

欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对

廖 凡^{*}

摘要:2019年4月生效的《欧盟外资审查条例》首次在欧盟层面构建起基于安全或公共秩序的外资审查框架,使得外国直接投资面临更加牢固的审查基础和更加严密的审查网络,标志着欧盟外资政策和规则趋向阶段性保守。《欧盟外资审查条例》在很大程度上是为中国量身定做的,其潜在影响主要体现在审查因素的泛化和认定标准的模糊增加了审查的难度和不确定性,统一的审查框架和细密的程序机制则将延长审查期限及压缩规避空间。《欧盟外资审查条例》的出台是中国加速融入全球化所导致的经济格局变化和国际规则调整的反映,对此应当从4个方面予以应对,即援引多边及区域规则限定“安全”和“公共秩序”的范围、尽快升级和完善我国外商投资国家安全审查机制、在规则和制度层面进一步厘清政企关系、在更广领域扩大外资市场准入。

关键词:外国直接投资 欧盟 安全审查 国家安全 公共秩序

2019年3月5日,欧盟理事会批准了众所瞩目的《关于建立欧盟外国直接投资审查框架的条例》(以下简称《欧盟外资审查条例》)。此前该条例已于2019年2月14日获得欧洲议会批准,欧盟理事会的批准则意味着其完成了生效所需的全部程序。2019年3月21日,该条例在欧盟《官方公报》上公布,^①并在公布后第20日生效。根据《欧盟外资审查条例》第17条的规定,该条例将自2020年10月11日起实施,给成员国18个月的过渡期来制定和采取实施该条例所需的必要措施。《欧盟外资审查条例》首次在欧盟层面构建起统一的外资安全审查框架,使得非欧盟企业对欧盟投资面临更加严密的审查网络。尽管欧盟拥有目前全球最开放的投资体制,也是全球最大的外国直接投资目的地,但《欧盟外资审查条例》的出台在很大程度上标志着欧盟外国投资政策和规则趋向保守,且对中国的指向性相当明显,需要引起高度关注。

一、“中国威胁”:保护主义背景下的欧盟外资审查新规

在外国直接投资法律制度方面,欧盟历来以开放著称和自诩。尽管自美国于20世纪70年代逐渐建立外资安全审查制度后,德国、英国、法国等欧洲主要外资吸收国也开始探索建立外资安审制度,但相比美国,欧盟成员国的审查一直较为宽松,呈现松散管理和低限管制的特征。^②特别是,在《欧盟外资审查条例》出台前,欧盟层面并无基于安全或公共秩序的统一审查框架,欧盟与其成员国之间或者成员国相互之间也没有关于安全审查的正式协调机制。这使得欧盟外国家在赴欧盟投资时可以采取先进入尚未设立外资安全审查机制的成员国、再向最终目标成员国转移的策略,借此规避后者较为严格的外资安全审查制

^{*} 中国社会科学院国际法研究所研究员

基金项目:中国社会科学院哲学社会科学创新工程项目(2017GJFSB01)

^① See Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, Official Journal of the European Union, L 79 I, 21 March 2019.

^② 参见卢进勇、李小永、李思静:《欧美国家外资安全审查:趋势、内容与应对策略》,《国际经济合作》2018年第12期。

度。但自 2008 年全球金融危机及其后的欧洲主权债务危机以来,欧洲发展模式陷入困境,保护主义日渐抬头。尤其是近几年来,随着中国在欧盟投资迅速增长、经济活动日益增多、影响力不断增强,欧洲舆论场兴起中国要“买空”欧洲的担忧,担心中国的介入会威胁欧洲核心技术、产业乃至生活方式。^①加之对中国的“非市场经济国家”标签和意识形态偏见作祟,限制和约束中国对欧盟投资的呼声愈加高涨。

在 2017 年一份题为《驾驭全球化》^②的反思文件中,欧盟委员会对中国对欧盟投资的不满和担忧跃然纸上。尽管欧盟委员会在这份文件中谴责全球经济危机以来某些国家的反全球化、孤立主义和保护主义动向,重申多边制度、多边规则和集体行动的必要性,但同时也强调建立以高标准规则为基础的公平国际秩序,使全球化的手段(市场开放和技术进步)与目的(彰显权利和增进福祉)相协调,用更多全球治理和全球规则来“驾驭”全球化。^③如果说对“公平”的强调还只是旁敲侧击的话,那么下面这段话的含义就非常明显了:“对外资开放仍然是欧盟的一个关键原则和重要增长源泉。但是,已经有人对外国投资者特别是国有企业出于战略原因收购拥有关键技术的欧洲公司表达了关切。欧盟投资者往往并不享有在这些投资的来源国进行投资的相同权利。对这些关切需要进行仔细分析并采取适当行动”。^④特别是,注意到这段话中的“投资的来源国”(the country from which the investment originates)一词用的是单数而非复数,其指向何在可谓不言自明。

中国对欧盟投资总量增长本身并未直接促使欧盟调整外资监管政策,但几宗大型并购则触发了其对既有外资监管政策的反思和辩论。2011 年,鑫茂集团收购荷兰光纤光缆巨头特雷卡虽以失败告终,但引发了是否在欧盟层面建立外资审查机制的讨论;2016 年美的集团成功收购德国机器人制造巨头库卡公司则最终促使改革提上日程。^⑤作为欧盟核心成员国,德国在此方面的态度和立场举足轻重。事实上,自 2009 年以来,德国外资安全审查制度的历次修订都充斥着针对中国企业投资的浓厚政治意味,中资企业在德国掀起的大规模并购热潮构成其直接动因。^⑥在美的集团收购库卡公司后,德国国内对于保护本国高科技产业的呼声空前高涨,同时也抱怨无法在中国得到对等的投资空间和市场准入。2017 年 7 月,德国通过《德国对外经济条例》第 9 修正案,^⑦对其外资安全审查制度作出重大调整:(1)以列举方式将“对公共秩序与安全构成威胁”的标准具体化,强调非欧盟投资者对关键基础设施经营企业、关键基础设施行业专用软件开发企业、生产或曾经生产用于实施法定电信监控措施的设备并掌握相应技术知识的企业以及提供云计算服务的企业等德国企业所进行的并购尤其可能威胁德国的公共秩序与安全;(2)强化了对形式上由欧盟居民(包括自然人和企业)所进行的所谓滥用(主体资格)行为和规避(外资审查)行为的监管,不要求相关交易单纯出于规避安全审查之目的,只要有迹象表明交易中采取了滥用方法或规避手段,即可对其进行审查;(3)引入主动申报义务,强化依职权启动审查,并将审查期限从 2 个月延长为 4 个月。^⑧总体而言,《德国对外经济条例》第 9 修正案进一步明确了审查标准,凸显了审查重点,收紧了审查口径,延长了审查期限。2017 年 2 月,德国联合欧元区第二、第三大经济体法国和意大利致信欧盟委员会,对非欧盟投资者出于战略原因收购拥有关键技术能力的欧盟企业表示担忧,并敦促在欧盟层面建立统一的审查和干预机制,将对等原则作为非欧盟国家在欧盟直接投资的前提条件,并强化欧盟委员会的干预权。^⑨在上述

① 参见刘作奎:《欧洲保护主义的兴起及其对“一带一路”建设的影响》,《国际问题研究》2018 年第 6 期。

② European Commission, Reflection Paper on Harnessing Globalization, COM (2017) 240, 10 May 2017.

③ See European Commission, Reflection Paper on Harnessing Globalization, COM (2017) 240, 10 May 2017, pp. 12—13.

④ See European Commission, Reflection Paper on Harnessing Globalization, COM (2017) 240, 10 May 2017, p. 15.

⑤ 参见石岩:《欧盟外资监管改革:动力、阻力及困局》,《欧洲研究》2018 年第 1 期。

⑥ 参见张怀岭:《德国外资并购安全审查:改革内容与法律应对》,《德国研究》2018 年第 3 期。

⑦ See Foreign Trade and Payments Ordinance, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_awv/index.html#gl_p0016, 2019—06—01.

⑧ See Foreign Trade and Payments Ordinance, Sections 55, 57.

⑨ See Felix Helmstädtter, “Reciprocity Rules” — Germany, France and Italy Initiate Debate about EU—Wide Restrictions on Foreign Investment and Access to Government Contracts, <http://govcon.mofo.com/international-public-procurement/reciprocity-rules-germany-france-and-italy-initiate-debate-about-eu-wide-restrictions-on-foreign-investment-and-access-to-government-contracts/>, 2019—05—04.

成员国的大力推动下,2017年9月13日,欧盟委员会发布《欧盟外资审查条例(草案)》(以下简称《草案》)。^① 欧盟委员会在《草案》说明中强调,尽管欧盟对外国直接投资的开放性不会改变,但其必须伴之以有力且有效的政策,以便一方面促使其他经济体开放市场,确保遵守相同游戏规则;另一方面保护欧盟关键资产免于对欧盟或其成员国正当利益有害的投资。

由于事关欧盟及其成员国核心利益,欧盟与成员国之间以及成员国彼此之间的关切和诉求不尽相同,《草案》发布后并未迅速获得通过。欧盟内部对于应在欧盟层面建立外资审查机制意见不一,其中德国、法国和意大利态度最为积极,而北欧、南欧和中东欧国家则有所质疑和保留。^② 分歧不仅存在于如何认识和处理自由贸易与公共安全之间的关系,防止政策基调滑向贸易保护主义,还存在于如何划分和平衡欧盟与成员国的相关权限,防止欧盟“盟权”侵夺成员国主权。一定程度上,外资安全审查在欧盟构成政治敏感问题,因为根据《欧盟条约》第4(2)条,维护国家安全属于成员国专属职责,欧盟若处理不当,将有削弱成员国主权之虞。在这方面,欧盟坚持外商直接投资属于共同商业政策的领域,而根据《欧盟运行条约》第(3)(1)(e)条,欧盟在共同商业政策方面拥有排他性权能。^③ 2018年11月20日,欧洲议会和欧盟理事会最终就批准条例达成一致,^④随后分别于2019年2月14日和3月5日批准了该条例。

二、变与不变:《欧盟外资审查条例》的主要内容与初步评价

(一)成员国外资安全审查的欧盟法依据及其限制

在《欧盟外资审查条例》之前,欧盟层面并无统一的外资安全审查制度,也没有正式的协调机制或合作框架。截至2017年9月《草案》公布之时,在28个欧盟成员国中,奥地利、丹麦、芬兰、法国、德国、意大利、拉脱维亚、立陶宛、荷兰、波兰、葡萄牙、西班牙和英国13个成员国设置有全面或者针对具体行业的安全审查机制。其后,匈牙利于2018年10月立法要求对特定行业的外国投资进行审查,新法于2019年1月生效。^⑤

严格说来,国家安全问题并不属于欧盟法律规制范畴,因为作为经济一体化组织,欧盟并不干预其成员国的军事与外交关系。安全问题在欧盟法体系内毋宁说是作为一种抗辩而存在,成员国据此免于履行欧盟法规定的特定义务。这种抗辩在外商投资领域同样存在,而欧盟对成员国相关措施的行政及司法审查,就间接构成欧盟对安全问题的干预。^⑥ 例如,根据2004年《欧盟合并控制条例》第21(3)条,^⑦达到一定规模或者影响多个欧盟国家的所谓具有“共同体维度”的企业并购,应由欧盟委员会专属管辖,成员国不得对之适用其国内法。但作为例外,《欧盟合并控制条例》第21(4)条允许成员国采取与欧盟法一般原则及其他规定相容的适当措施来保护其正当利益,并明确列举了公共安全、媒体多元化、金融审慎规则这3类利益;成员国为保护上述3类利益而采取的措施无须通报欧盟委员会,而为保护其他公共利益而采取的措

① See European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investments into the European Union, COM(2017) 487 final, 13 September 2017.

② 参见驻欧盟使团经商参处:《欧盟外资审查成员国分歧大》,http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/m/201707/20170702607958.shtml, 2017-05-04。其中,北欧国家向来推崇自由化的贸易和投资政策,从理念上就反对增加对资本流动的限制;而南欧和中东欧国家则主要是从当前自身经济状况和利益需求出发,反对德法提议。参见石岩:《欧盟外资监管改革:动力、阻力及困局》,《欧洲研究》2018年第1期。

③ 这一立场明确写入了《欧盟外资审查条例》“说明”部分。对于欧盟选择共同商业政策作为《欧盟外资审查条例》法律基础的质疑。参见叶斌:《欧盟外资安全审查立法草案及其法律基础的适当性》,《欧洲研究》2018年第5期。

④ 欧洲议会由在各成员国普选产生的议员组成,在机构设置上类似于一国议会下院;欧盟理事会则由各成员国部长组成,又称部长理事会,类似于一国议会上院。

⑤ See European Parliamentary Research Service, EU Framework for FDI Screening, February 2019, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614667/EPRS_BRI%282018%29614667_EN.pdf, 2019-05-04。该文件指出,欧盟委员会发布《欧盟外资审查条例(草案)》之时之所以称只有12个成员国设置外资安全审查机制,是因为没有将荷兰统计在内,而事实上后者2012年就进行了能源领域的外资审查立法。

⑥ 参见赵海乐:《论投资争议中国国家安全问题的司法审查》,《武大国际法评论》2016年第1期。

⑦ See Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ L 24, 29 January 2004.

施则须通报欧盟委员会,在后者对相关措施与欧盟法一般原则及其他规定的相容性作出评估后方可采取。

投资自由是欧盟“四项基本自由”(即货物、服务、资本和人员的自由流动)之一,也是欧盟单一市场的重要基础。作为欧盟基本法的《欧盟运行条约》^①第 63(1)条明确规定:“禁止一切对成员国之间或者成员国与第三国之间资本流动所施加的限制。”换言之,资本流动自由原则不仅适用于欧盟成员国相互之间,也适用于非欧盟国家与欧盟成员国之间。事实上,资本流动自由也是唯一一项直接涵盖欧盟外国人的基本自由。^② 作为例外,《欧盟运行条约》第 65(1)(b)条规定:“第 63 条之规定不影响成员国……基于公共政策或公共安全理由而采取的正当措施。”此外,《欧盟运行条约》第 346(1)(b)条规定,该条约的规定不妨碍“成员国为保护其与武器、军火及战争物资的生产或贸易有关的基本安全利益而采取的必要措施”,亦即将国防部门排除在包括第 63(1)条在内的条约适用范围之外。这两个例外条款构成成员国外资安全审查机制在欧盟法层面的基本依据或者说合法性基础。

但既然是一种例外或者说抗辩,那么从法理上说,外资安全审查本身就理应受到严格的审查和约束。《欧盟运行条约》第 65(2)条明确规定,成员国采取的上述措施不得构成“任意歧视的手段或者对资本自由流动的变相限制”。据此,成员国不能不受欧盟控制地单方面确定“公共安全”的范围,而是只能在社会根本利益受到“足够严重的真实威胁”的情况下才能援引公共安全例外;该例外不能出于纯粹的经济目的而适用,且投资者必须有机会通过司法程序对审查决定提出质疑;限制措施必须符合《欧盟条约》第 5 条所确立的比例原则,即该等措施系达成相关目标所必需,且不存在同样有效但限制性更小的措施。^③ 换言之,欧盟层面对成员国外资安全审查机制的审查主要关注两个方面,(1)相关限制事由是否属于公共安全或公共政策的范畴,(2)相关限制措施是否符合比例原则。从欧洲法院的既往实践看,对此采取了相对慎重的立场:一方面欧洲法院认定的涉及国家安全或公共利益的情形多集中于国防、军事部门以及能源、电信、电力等“关键领域”,并将某些其他情形明确排除在外;^④ 另一方面,相较于对安全或公共利益的认定,欧洲法院对手段合法性的审查甚至要更加严格,在多起案件中认定成员国的投资限制措施不符合比例原则。^⑤

(二)《欧盟外资审查条例》的基本内容与核心关切

《欧盟外资审查条例》第 1 条开宗明义地指出,其旨在为成员国基于安全或公共秩序的外资审查建立框架,并在成员国之间以及成员国与欧盟之间建立合作机制。作为欧盟立法,《欧盟外资审查条例》并不取代成员国现有外资安全审查机制,也不强制要求任何成员国建立或维持该等机制,而是旨在为已有或希望建立审查机制的成员国创设一个授权框架,并确保任何此种机制都满足某些基本要求,如司法救济、非歧视、透明度等。换言之,尽管《欧盟外资审查条例》并不主动要求建立外资安全审查机制,但成员国已有或将来可能建立的审查机制都必须遵守其相关规定。

1. 程序机制

《欧盟外资审查条例》旨在加强成员国在外资安全审查方面的协调与合作,并在欧盟范围内增强安全审查机制的透明度和确定性。因此,《欧盟外资审查条例》“说明”第 26 条和第 27 条规定,所有成员国,无论是否设置有国家层面的安全审查机制,均须设立一个联络点来实施该条例;这类联络点应当适当设置于各国政府,且拥有履行合作协调职责及妥善处理保密信息所需之合格人员和权力。《欧盟外资审查条例》第 3 条、第 5 条和“说明”第 22 条还规定了若干与外资流入和审查有关的通知、报告和信息要求,有助于提

① See Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C83, 30 March 2010.

② 参见张怀岭:《德国外资并购安全审查:改革内容与法律应对》,《德国研究》2018 年第 3 期。在很大程度上,《欧盟运行条约》第 49 条规定的“设立自由(freedom of establishment)”也是促进投资自由化的一项保障,但该条款仅适用于欧盟成员国相互之间。

③ See European Parliamentary Research Service, Foreign Direct Investment Screening: A Debate in light of China—EU FDI Flows, May 2017, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI\(2017\)603941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI(2017)603941_EN.pdf), 2019-05-04.

④ 例如,在“欧盟委员会诉西班牙王国案”中,欧洲法院认定,烟草企业与商业银行间的并购至多只会产生经济上的影响,且涉案企业也未承担任何公共管理职责,因此这些企业间的并购对国家安全并无妨害,西班牙政府不得基于国家安全理由提出抗辩。参见赵海乐:《论投资争议中国国家安全问题的司法审查》,《武大国际法评论》2016 年第 1 期。

⑤ 参见张怀岭:《德国外资并购安全审查:改革内容与法律应对》,《德国研究》2018 年第 3 期。

高透明度和信息交流水平。^①

取决于外国投资所在成员国是否已有国内安全审查机制,成员国之间以及成员国与欧盟之间合作机制的运作流程略有不同。根据《欧盟外资审查条例》第6条,有外资安全审查机制的成员国在进行任何外资安全审查时,必须尽早向欧盟委员会及其他成员国通报并提供相关信息;通报中可以包括一份其认为安全或公共秩序可能受此影响的成员国的名单,并说明该项外国投资有无可能属于《欧盟合并控制条例》的适用范围。^② 欧盟委员会及其他成员国应当在收到通知后15日内,通知审查国其是否意欲发表意见或评论,并可以要求后者提供额外信息;审查国应尽力提供此类额外信息。其他成员国可以对相关外国投资有无可能影响其安全或公共秩序作出评论,欧盟委员会则可以对相关外国投资有无可能影响多个成员国的安全或公共秩序发表意见。无论其他成员国是否作出评论,欧盟委员会均可发表意见;但若有三分之一以上成员国认为某项外国投资有可能影响其安全或公共秩序,则欧盟委员会应当发表意见。对于欧盟委员会及其他成员国的意见和评论,《欧盟外资审查条例》“说明”第17条指出审查国应予“适当考虑”,^③但最终决定仍由审查国专属作出,欧盟委员会及其他成员国均无权推翻审查国主管机关作出的审查决定。

没有国内安全审查机制的成员国则不存在主动通报的问题。根据《欧盟外资审查条例》第7条,对没有外资安全审查机制的成员国,如果其他成员国认为在该国计划进行或已经完成的外国投资可能影响其安全或公共秩序,或者欧盟委员会认为相关外国投资可能影响多个成员国的安全或公共秩序,则欧盟委员会及其他成员国可以就此发表意见或评论,或者要求投资所在国提供额外信息。

此外,根据《欧盟外资审查条例》第8条,如果欧盟委员会认为相关外国投资可能在安全或公共秩序方面对“事关欧盟利益的项目或计划”产生影响,则其可以向投资所在国发表意见。在此情况下,欧盟委员会意见的分量将更重。尽管仍不具有法律约束力,但投资所在国此时不再只是“适当考虑”,而是必须“尽力顾及”欧盟委员会的意见;如果不遵从该意见,还必须向欧盟委员会作出说明。根据《欧盟外资审查条例》,所谓“事关欧盟利益的项目或计划”,是指涉及相当数量或重要份额的欧盟资金,或者在有关对安全或公共秩序至关重要的关键基础设施、关键技术或关键输入的欧盟法律适用范围内的项目或计划。《欧盟外资审查条例》附件明确列举了8个这样的项目和计划,包括欧洲全球卫星导航系统计划、哥白尼计划、“地平线2020”计划、泛欧运输网络项目、泛欧能源网络项目、泛欧电信网络项目、欧洲国防工业发展计划和永久结构性合作计划。《欧盟外资审查条例》第8条和第16条还授权欧盟委员会制定委任立法,对此清单不定期进行修订。

2. 实体规则

根据《欧盟外资审查条例》第2条的定义,“外国直接投资”是指外国投资者所进行的任何目的在于在该外国投资者与接受其资金的企业家或企业之间建立长期直接联系以便在一成员国内开展经济活动的投资,包括那些使得该外国投资者能够有效参与对开展经济活动之企业的管理或控制的投资或。据此,与管理权和控制权无关的纯粹的证券投资,不属《欧盟外资审查条例》的适用范围。进而,“外国投资者”是指已经或意图进行外国直接投资的第三国(非欧盟)自然人或企业,“审查”则是指允许对外国直接投资进行评估、调查、许可、设限、禁止、解散的程序。

① 概言之,成员国必须在2019年5月10日前向欧盟委员会通报其现有的审查机制;在收到通知后3个月内,欧盟委员会将据此公布成员国现有审查机制清单。任何新制定的审查机制或者对现有审查机制的任何修订均须在生效后30日内通报欧盟委员会。此外,成员国还须在每年3月31日前,向欧盟委员会提交关于上一年度的报告,其中包括如下方面的汇总信息:(1)在其境内进行的外国直接投资;(2)从其他成员国收到的请求;(3)其审查机制的适用情况,包括对外国投资的允许、禁止或者附条件或减缓措施的决定,以及关于有可能影响事关欧盟利益的项目或计划的外国投资的决定。

② 根据《欧盟外资审查条例》第9条,通知中应当提供的信息包括:(1)外国投资者及目标企业的所有权结构,包括最终投资者及资本参与的信息;(2)外国投资的大致价值;(3)外国投资者及目标企业的产品、服务及业务活动;(4)外国投资者及目标企业在哪些成员国开展相关业务活动;(5)投资的资金方式及其来源;(6)外国投资计划完成或已经完成的日期。成员国可以要求外国投资者或目标企业提供上述信息。

③ 审查国应当根据《欧盟条约》第4(3)条规定的“真诚合作”义务,通过其国内法律或更广泛的决策过程中的适当措施来体现和给予此种“适当考虑”。

《欧盟外资审查条例》第4条列举了判断影响安全或公共秩序可能性的考量因素。在笔者看来,这是该条例最具实质意义的内容,因为其反映了欧盟的真实意图及核心关切。根据《欧盟外资审查条例》第4(1)条,在确定某项外国投资有无可能影响安全或公共秩序时,成员国和欧盟委员会可以重点考虑该投资对如下方面的潜在影响:(1)关键基础设施,无论有形或无形,包括能源、交通、水、卫生、通讯、媒体、数据处理或存储、航空航天、国防、选举和金融基础设施,敏感设施,以及用于这类基础设施的土地和不动产;(2)关键技术及军民两用物品,包括人工智能、机器人、半导体、网络安全、航空航天、国防、能源存储、量子及核技术,以及纳米技术和生物技术;(3)关键输入品的供应,包括能源、原材料和食品;(4)获取或控制包括个人数据在内的敏感信息的能力;(5)媒体的自由与多元。不仅如此,《欧盟外资审查条例》第4(2)条还规定,成员国和欧盟委员会在作出决定时可以特别考虑如下因素:(1)外国投资者是否通过所有权结构或重大资助等方式,直接或间接地受到外国政府(包括政府机构或武装部队)控制;(2)外国投资者是否已经卷入影响某一成员国安全或公共秩序的活动;(3)是否存在该外国投资者从事非法或犯罪活动的严重风险。

《欧盟外资审查条例》强调,上述列举是非穷尽式的。在确定一项外国直接投资有无可能影响安全或公共秩序时,成员国和欧盟委员会应当考虑所有相关因素,包括该投资对那些对于保证安全和维护公共利益不可或缺,其干扰、失灵、损耗或破坏将在某一成员国或欧盟造成重大影响的关键基础设施、关键技术(包括关键使能技术^①)和关键输入的影响。《欧盟外资审查条例》“说明”第12条至第14条指出成员国和欧盟委员会还应考虑到该项外国投资的具体情形,特别是外国投资者是否直接或间接受到第三国政府控制,如通过包括补贴在内的重大资金资助,或者是否在执行国家牵头的对外项目或计划。适当时,成员国和欧盟委员会还可以考虑从经济主体、公民社会组织、工会等处收到的信息。

可以说,欧盟的核心关切主要是两端,一是投资标的,二是资金来源。就投资标的而言,《欧盟外资审查条例》聚焦于对成员国或欧盟具有战略重要性的基础设施、高新技术、敏感信息和能源物资供应,关注外国投资者借助特定投资获得战略竞争优势的可能性。结合《欧盟外资审查条例》附件所列举的8类“事关欧盟利益的项目或计划”来看,这一点就更加明显。^②就资金来源而言,该条例则聚焦于资金性质和来源,或者说投资者与政府的关系,关注外国投资者是否因其与政府之间的密切关系而受到以补贴等形式呈现的资金资助,从而在市场条件之外享有不公平的竞争优势。这种聚焦,实质上是基于企业的国有性质以及一国的产业政策和对外投资整体战略的区别性对待,在很大程度上偏离了“所有制中立”的传统原则,而带有浓厚的“所有制歧视”色彩。这种思路和做法,既与美欧对中国所谓“国家龙头企业”战略的诟病一脉相承,也与欧盟针对中国出口产品生造出的“严重市场扭曲”概念一以贯之。

(三)《欧盟外资审查条例》评析

尽管离《欧盟外资审查条例》正式施行尚有一段时日,但从制度纵向沿革和横向比较的角度,可以对其作出如下3个方面的初步评价。

首先,《欧盟外资审查条例》是妥协和折中的立法产物。该条例的积极推动者——德、法、意等国——原本期望强化欧盟层面的外资审查和干预权,与成员国配合形成某种意义上的“双重审查”体制,以确保监管有效性。但《欧盟外资审查条例》最终并未在欧盟层面建立起真正意义上的统一外资安全审查机制,而毋宁说是一个信息共享和监管合作机制:外资安全审查决定仍由成员国专属作出,欧盟委员会的意见并无法律约束力,对审查结果也无否决权。同时,该条例也没有如德、法、意所愿,将“对等”设置为审查要素,而

^① 所谓“使能技术(enabling technology)”尚无严谨定义,大致是指某些特定设备及/或方法,其单独或与其他相关技术相结合,能够给使用者带来能力和绩效方面的巨大飞跃。例如,电信技术、互联网和群件(groupware)的结合就使得竞争更加公平,让小企业也能够在本来力不能及的领域与大企业角逐。See “enabling technology”, BusinessDictionary, <http://www.businessdictionary.com/definition/enabling-technology.html>, 2019-05-04。《欧盟外资审查条例》附件所指的“关键使能技术”包括人工智能、机器人、半导体和网络安全技术等。

^② 其中,全球卫星导航系统(GNSS)计划是与美国全球定位系统和中国北斗计划相竞争的卫星定位系统研发计划;哥白尼计划是一项全球环境与安全监测计划;“地平线2020”计划是欧盟成员国共同参与的中型重大科研计划,也是世界上规模最大的官方综合性科技研发计划之一;泛欧运输网络项目、泛欧能源网络项目和泛欧电信网络项目均属关键基础设施项目;欧洲国防工业发展计划和永久结构性合作计划则涉及国防这一国家安全审查的传统领域。

是仍然围绕安全和公共秩序标准展开。这无疑反映了成员国之间以及成员国与欧盟之间的妥协,如上所述,不少成员国对制定该条例并不积极的一个重要原因,就是担心此举侵夺其在维护国家安全方面的专属权限。欧盟理事会将《欧盟外资审查条例》的法律基础选定为共同商业政策,强调“本条例不影响《欧盟条约》第4(2)条所规定的各成员国对其国家安全的专属职责,也不影响各成员国根据《欧盟运行条约》第346条保护其基本安全利益的权利”(《欧盟外资审查条例》第1条),甚至可能是刻意回避了更为常用但权力意味更重的“review”一词,恐怕也是在尽量淡化与成员国争夺外资安全审查主导权的色彩。尽管如此,《欧盟外资审查条例》仍将使欧盟在对外资安全审查方面占据更加有利的位置并扮演更加重要的角色。例如,通过列举判断影响安全或公共秩序可能性的考量因素,《欧盟外资审查条例》在很大程度上框定了成员国的自由裁量范围;而制定“事关欧盟利益的项目或计划”清单,并规定成员国对欧盟委员会就清单事项所发表意见的“尽力顾及”和“或遵从或说明”义务,则在一定程度上表明欧盟事实上已经获得部分主导权。

其次,《欧盟外资审查条例》与美国强化外资安全审查的晚近趋势遥相呼应。美国2007年7月签署生效的《外国投资与国家安全法》将“国家安全”从传统的国防、军事领域拓展至交易会否对重要基础设施和关键技术产生潜在影响、是否受外国投资控制、会否对能源及其他重要资源需求计划产生影响等10类,并附加“总统或外国投资委员会认为应当纳入考虑范围的其他因素”这一兜底条款,表明审查标准由传统安全领域向非传统安全领域外溢。^①2018年8月签署生效的《外国投资风险审查现代化法》则进一步强化了外国投资委员会的审查权限,提高了相关投资通过审查的难度。《外国投资风险审查现代化法》包括3个方面核心内容:(1)拓宽审查对象范围,新增了4类需要接受审查的交易,包括特定不动产交易,对涉及个人敏感数据、关键基础设施或者关键技术的美国企业所进行的非控制性投资,外国投资者治理权利的变化(即使没有新投资),以及试图规避外国投资委员会审查的投资;(2)强化外国投资委员会的审查权限,包括增强重启调查权、提高风险减缓标准、新增中止交易权、限缩司法救济渠道等;(3)延长审查期限,最长可至120天。^②从《外国投资风险审查现代化法》的相关内容和措辞来看,其以中国为主要对象这一点与《欧盟外资审查条例》高度一致。正如美国业界人士指出的,所谓“现代化”不过是“解决关于中国投资的担忧的委婉说法”,新增的4类受审查交易很大程度上是为了让外国投资委员会能够审查更多类型的中国投资。^③就此而言,《欧盟外资审查条例》与《外国投资风险审查现代化法》可谓遥相呼应。

最后,《欧盟外资审查条例》标志着欧盟外国直接投资政策和规则趋向阶段性保守。无论欧盟在立法说明中如何标榜反对保护主义和坚持对外资开放,《欧盟外资审查条例》将在现有的各成员国国内安全审查机制之外额外增加一重机制和规则障碍,都是不争的事实。尽管《欧盟外资审查条例》并不强迫没有外资安全审查机制的成员国创设之,但在欧盟层面存在一个审查框架这一事实本身就会增大成员国创设国内审查机制的可能性。前述匈牙利在《欧盟外资审查条例》通过前夕于2019年1月正式建立国内审查机制即为明证。据悉瑞典和捷克也拟于近期建立相关机制。^④更重要的是,作为一个“授权框架”,《欧盟外资审查条例》正面规定成员国有权基于安全或公共秩序对外国投资进行审查并作出决定,明确允许乃至在某种意义上鼓励这种做法,从而在欧盟法层面上将成员国外资安全审查从一种豁免资本自由流动义务的例外抗辩,实质上变成了成员国的一项常规权限。不仅如此,该条例对审查因素的列举也超出了传统国家安全的范畴,将诸多战略性行业和高技术领域涵盖在内,且强调该清单是非穷尽式的,从而显著扩展了成员国的审查范围和审查权限。不但成员国此后建立的外资安全审查机制势必以此为圭臬,而且既有审

① 参见陈云东、冯纯纯:《美国外国投资国家安全审查制度解析与应对》,《湖南科技大学学报》(社会科学版)2018年第3期。

② 参见冯纯纯:《美国外资国家安全审查的新动向及其应对——以美国〈外国投资风险评估现代化法案〉为例》,《河北法学》2018年第9期;李巍、赵莉:《美国外资审查制度的变迁及其对中国的影响》,《国际展望》2019年第1期。

③ See Farhad Jalinous, et al., CFIUS Reform Becomes Law: What FIRRMA Means for Industry, <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/cfius-reform-becomes-law-what-firrma-means-for-industry.pdf>, 2019-05-04.

④ See Wilhelm Reinhardt, et al., EU Regulation on Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investments into The European Union Has Been Adopted, March 5, 2019, <https://www.gibsondunn.com/eu-regulation-on-establishing-a-framework-for-screening-of-foreign-direct-investments-into-eu-has-been-adopted/>, 2019-05-04.

查机制也将受到影响,因为后者也要进行必要调整,以符合欧盟层面的合作流程。总体而言,这可能会导致成员国外资审查规则进一步趋严。例如,2018年12月德国就再次对《德国对外经济条例》作出修订,对某些所谓“关键”交易,即针对国防、军备、关键基础设施运营或相关软件开发、云计算服务等行业内的德国企业的外国投资,将安全审查的触发门槛从通常的获得目标企业25%表决权,下调至获得10%表决权。^①

三、标本兼治:欧盟外资规则转向的多重应对

《欧盟外资审查条例》的出台标志着欧盟外国投资政策和规则的重大调整,必将在欧盟内外产生深远影响。作为该条例最主要的潜在“标靶”,中国势必首当其冲,必须加以妥善应对。

(一) 欧盟外商投资规则转向对中国的潜在影响

对中国企业近年来对欧盟国家高科技领域和战略性行业投资增长的担忧,以及对欧盟企业未能在中国获得“对等”待遇的不满,是促使《欧盟外资审查条例》出台的直接诱因。而对该条例相关实质内容的分析也表明,其对中国的指向性非常明显,核心目标在于阻碍和削减中国等新兴经济体对欧盟高科技领域和战略性行业的直接投资。这一“高科技+战略性”的基本导向,加之更加泛化的审查因素、更加多元的参与主体以及更加细密的程序机制,将对中国企业赴欧盟投资产生显著影响。具体而言:

首先,关于投资标的和资金来源的核心关切,将使中国企业成为重点盯防对象。就投资标的而言,《欧盟外资审查条例》所列举的“关键基础设施”和“关键技术”特别是所谓“关键使能技术”,很多是中国企业拥有竞争优势乃至占据领先地位的领域,如已然成为当下中美欧竞争焦点的5G技术。而就资金来源而言,《欧盟外资审查条例》第4(2)(a)条明确指示,在确定一项外国投资有无可能影响安全或公共秩序时,要特别考虑“外国投资者是否通过所有权结构或重大资助,直接或间接受到包括国家机构或武装部队在内的第三国政府控制”。这一条款几乎是为中国量身定做,其实质效果是对中国政府与企业之间的控制关系作出“有罪推定”,不仅试图将国有企业等同于履行政府职能的“公共机构”,还试图基于产业补贴、银行贷款等资金方面的理由,将控制关系推定延伸至所有权结构之外,从而潜在地将民营企业也涵盖在内。这与欧盟在《中国入世议定书》第15(a)(ii)条到期失效后,拒不放弃对华产品倾销和补贴认定中的替代国价格做法,而是通过修改相关立法引入所谓“严重市场扭曲”概念,^②继续“合法”歧视中国出口产品的套路一脉相承。

其次,审查因素的泛化和认定标准的模糊,增加了安全审查的难度和不确定性。传统的国家安全审查主要关注国防安全,侧重于国防、军事等领域,后来虽然逐渐向经济安全扩展,但在认定上仍然相对严格。《欧盟外资审查条例》的相关条款则使得审查因素大为泛化。具体表现如下:

第一,《外资审查条例》第4(1)条将“关键基础设施”的范围扩展至“对于使用这类基础设施至关重要的土地和不动产”,从而扩展了“安全”的外延,将针对诸如酒店、写字楼、周边地块之类不动产的投资行为也潜在地纳入了审查范围。这与前述美国《外国投资风险审查现代化法》对审查范围的扩展可谓如出一辙。

第二,《欧盟外资审查条例》并未对“公共秩序”这样一个弹性颇大的概念予以界定,从而进一步泛化了审查因素,增加了裁量空间。《欧盟外资审查条例》也许是借鉴《服务贸易总协定》第14(a)条,使用了“公共秩序”这一表述,但并未对其含义作出任何解释,也没有说明其与此前欧盟相关立法中使用的“公共利益”“公共政策”等表述之间是何关系,既显得颇为随意,也给成员国实际操作留下了更多弹性空间。正如

^① 参见金杜律师事务所:《德国外商投资管控的最新发展》, <https://www.kwm.com/zh/knowledge/insights/germany-further-tightens-transaction-environment-for-foreign-investors-20190205>, 2019-05-04.

^② See Regulation (EU) 2017/2321 of The European Parliament and of the Council of 12 December 2017 Amending Regulation (EU) 2016/1036 On Protection against Dumped Imports from Countries not Members of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on Protection against Subsidized Imports from Countries not Members of the European Union, Official Journal of the European Union, L 338, 19 December 2017. 根据该条例,所谓“严重市场扭曲”是指包括原材料和能源成本在内的相关价格或成本因受到政府实质性干预而非自由市场力量的结果而产生的扭曲。

德国产业联合会在对《草案》的反馈意见中所言:“对‘保护公共秩序和安全’这一审查标准的根本性扩展将向成员国发出错误的信号……委员会草案中的模糊用语将为成员国上行下效打开方便之门。对国家秩序与安全的透明、准确的理解可以为投资者增强法律确定性……防止新形式的隐蔽保护主义。”^①也许是部分接受了这一意见,最终通过的《欧盟外资审查条例》在第4(1)条列举的考量因素中加入了“媒体的自由与多元”,也许可以看作对“公共秩序”作出了某种限定。但一来该条款并未明言两者之间的对应关系,二来立法者也强调列举是非穷尽式的,因此模糊和不确定依然存在。

第三,在涉及“事关欧盟利益的项目或计划”时,欧盟委员会在外资安全审查方面拥有较大发言权,甚至是一定意义上的主导权。如上所述,所谓“事关欧盟利益的项目或计划”,是指涉及相当数量或重要份额的欧盟资金,或者在有关对安全或公共秩序至关重要的关键基础设施、关键技术或关键输入的欧盟法律适用范围内的项目或计划。然而,对“相当数量”和“重要份额”这两个关键限定概念,《欧盟外资审查条例》却是点到即止、语焉不详,给欧盟委员会留下了充分的自由裁量空间。尽管《欧盟外资审查条例》“附件”列出了8个项目和计划,但这个清单同样是非穷尽式的,欧盟委员会有权根据需要对其加以更新,从而无法提供足够的约束性和确定性。

第四,统一的审查框架和细密的程序机制可能延长审查期限并压缩规避空间。根据前述合作机制运作流程,无论投资所在国是否设有安全审查机制,其他成员国和欧盟委员会均可要求该国提供投资相关信息,并发表评论和意见。这不但势必导致审查/准入时间延长,而且当事国面对其他成员国和欧盟委员会事实上的“同行评议”压力,很可能会倾向于在审查或处理过程中从严掌握。不仅如此,一些中国企业此前采取的先投资于对外国投资规制相对宽松的成员国,再向其他成员国转移,借此规避最终目的地国较为严格的外资安全审查机制的“迂回模式”,恐怕也将难以为继。一方面,《欧盟外资审查条例》第3条及“说明”明确提出了反规避要求,要求设置有审查机制的成员国“维持、修改或采取必要措施,辨识并防止规避审查机制和审查决定的行为”,包括那些“被人为安排成来自联盟内……投资者最终由第三国自然人或企业所有或控制的投资”。另一方面,在《欧盟外资审查条例》的示范效应下,将会有更多成员国选择建立安全审查机制,从而使得欧盟内的外资审查网络覆盖更加周延,进一步压缩“迂回模式”的应用空间。

(二) 多边、区域和国内层面的应对策略

面对上述制度和规则变革,中国政府和企业应当从多边、区域和国内层面予以多重应对。具体如下:

首先,援引世界贸易组织(以下简称世贸组织)多边规则和欧盟既有判例,限定“安全”和“公共秩序”的范围,防止对其可能的滥用。尽管投资领域尚无多边条约,世贸组织协定也未对投资规则作出细致规定,但服务贸易中的“商业存在”这一类型本质上构成投资行为,大部分欧盟国家对《服务贸易总协定》下的计算机及相关服务、通讯服务、视听服务等行业也都承诺了市场准入和国民待遇。这构成中国企业主张相关权利和待遇的基础。《欧盟外资审查条例》“说明”第35条明确指出,欧盟及其成员国对条例的实施应当符合《服务贸易总协定》第14(a)条(“一般例外”之“公共秩序例外”)和第14条之二(“安全例外”)关于以安全和公共秩序为依据施加限制性措施的相关要求。而根据《服务贸易总协定》上述条款,“安全例外”主要涉及军事设施、核材料以及战时或者国际关系中的其他紧急情况,“公共秩序例外”则限于社会根本利益受到足够严重的真实威胁的情形。不仅如此,如上所述,欧洲法院的相关判例也为认定“安全”和“公共秩序”以及判断相关限制措施的合法性提供了必要的参考和约束。当然,《欧盟外资审查条例》是否以及会在多大程度上影响欧洲法院对待外资审查机制的态度和标准,本身也尚待观察。但无论如何,就中国而言,都应当充分利用世贸组织和欧盟的相关规则和既有判例,对未来《欧盟外资审查条例》下的安全审查行为进行合理的抗辩和制约。

其次,尽快升级和完善我国外商投资国家安全审查机制,对外形成潜在反制。我国现有外商投资国家

^① Federation of German Industries, Screening Foreign Direct Investment? Position on the Proposed EU Regulation Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investments into the European Union, 12 December 2017, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2017-487/feedback/F8162_en? p_id=111803, 2019-05-04.

安全审查机制的主要依据是 2011 年《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》[国办发(2011)6 号]和 2015 年《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》[国办发(2015)24 号],对安全审查的范围、内容、机制和程序作出了基本规定。但一方面,这两份规范性文件的法律效力层级不高,权威性不足;另一方面,相关机制和程序还不够完善,特别是在审查机构和工作机制上采取以国家发改委和商务部“双牵头”的较为松散的部际联席会议形式,有效性和终局性存疑。^① 2019 年 3 月 15 日通过、2020 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》)明确规定,国家建立外商投资安全审查制度,对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查,依法作出的安全审查决定为最终决定。应当以此为契机,尽快出台配套法规,完善相关机制,在国内法层面对外形成潜在反制。

再次,在规则和制度层面进一步厘清政企关系,避免授人以柄。如上所述,《欧盟外资审查条例》格外关注政府与投资者之间的控制关系,这反映出欧盟对中国政企关系根深蒂固的不信任。也反映出西方国家对中国特色社会主义市场经济体制和模式根深蒂固的不信任。例如,2017 年 6 月通过并施行的《中华人民共和国国家情报法》(以下简称《国家情报法》)第 7 条规定,任何组织和公民都应当依法支持、协助和配合国家情报工作,保守所知悉的国家情报工作秘密。一些西方国家据此断言,中国企业将会配合政府开展窃密行为,中国政府可以要求本国企业提供境外的相关情报信息,乃至在本国通讯设备中放置“后门”。^② 这些论断和指责固然充满意识形态偏见,但也从一个侧面提醒我们,不妨在规则和制度构建上做得更加细致周全,避免授人以柄。在整体层面,可以考虑由适当部门出台政府与企业行为守则,进一步厘清政府与企业、政府与市场的关系;在具体层面,如情报收集领域,可以考虑制定《国家情报法》实施细则,具体规定相关信息收集程序,并将信息范围严格限定为与国家安全有关,同时强调依法保障通讯自由和通讯秘密。

最后,进一步扩大外资市场准入,回应和消除欧盟在“对等”方面的质疑和顾虑。近年来,欧美发达国家在对华经贸关系中日益强调对等性,主张中国应当开放更多市场、承担更高义务。前述欧盟委员会发布的《驾驭全球化》这一文件也强调,要以对等方式开放市场。^③ 抛开在基本立场上的一些分歧不论,这既是双方经济实力消长变化的自然结果,在很大程度上也符合中国推进新一轮高水平对外开放的总体方向。《外商投资法》第 4 条明确规定,我国对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度;我国缔结或者参加的国际条约、协定对外国投资者准入待遇有更优惠规定的,还可以按照相关规定执行。国家主席习近平在 2019 年 4 月 26 日第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上的主旨演讲中宣布,中国将采取一系列重大举措推进更高水平对外开放,包括在更广领域扩大外资市场准入,继续大幅缩减负面清单,在更多领域允许外资控股或独资经营。^④ 长远而言,这无疑是应对欧盟外资审查潜在压力、寻求双方经贸投资关系“新常态”的治本之道。

四、结论与展望

《欧盟外资审查条例》的出台有着深刻的全球背景和时代原因,是中国和平崛起和加速融入全球化所导致的经济格局变化和国际规则调整的必然反映。如前所述,《欧盟外资审查条例》的制定和通过,与美国出台《外国投资风险审查现代化法》拓宽审查对象范围、强化外国投资委员会审查权限,以及德国两度修订《德国对外经济条例》收紧审查标准、降低触发门槛,在步调上高度一致。在某种意义上,这可以看作传统发达国家和传统资本输出国,对作为新兴经济大国和新兴资本输出国的中国在法律规则层面的一次“围堵”。与《欧盟外资审查条例》几乎同时出台的欧盟委员会《中欧战略展望》文件,认为中国在不同政策领域兼具“欧盟与其密切协调目标的合作伙伴、欧盟需要寻求利益平衡的谈判伙伴、追求技术领导地位的经济

① 参见廖凡:《〈外国投资法〉宜完善审查机构设计》,《经济参考报》2015 年 1 月 28 日。

② 参见于潇清:《美方指责中国〈国家情报法〉,外交部发言人以四点事实回应》, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_3001544, 2019-06-01。

③ See European Commission, Reflection Paper on Harnessing Globalization, p. 14.

④ 参见习近平:《齐心开创共建“一带一路”美好未来——在第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上的主旨演讲》,《人民日报》2019 年 4 月 27 日。

竞争者、推广替代治理模式的体制性对手”多重角色,并强调中国“在世界上的存在,包括在欧洲的存在,应当伴随着支持以规则为基础的国际秩序的更大责任,以及更多的对等性、非歧视和体制开放”。^① 这堪称欧盟对中国地位的系统性重估和对华政策的系统性调整。将《欧盟外资审查条例》放在这样的大背景中来分析,有助于得出更加准确的认识和判断。

严格说来,《欧盟外资审查条例》并未建立一个统一的欧盟外资审查机制,而只是如其全名《关于建立欧盟外国直接投资审查框架的条例》所示,搭建了一个有助于强化成员国外资安全审查机制正当性、规范性和协调性的“框架”。尽管如此,其意义和影响依然不容忽视。该条例所规定的定期报告制度、个案通报机制以及信息提供和汇总发布要求,有助于提高欧盟外资流入和审查机制方面的透明度。更重要的是,《欧盟外资审查条例》将为欧盟成员国搭建起一个合作框架和互动平台,投资东道国、其他成员国以及欧盟委员会之间,通过围绕不同投资个案交流信息、发表评论/意见及作出/接收反馈,有望逐步取得更多共识,使得相关概念、标准和尺度更加清晰一致,从而增强欧盟外资安全审查领域的确定性和统一性。

进而言之,《欧盟外资审查条例》对安全审查考量因素的列举,超出了传统的“安全”和“公共秩序”的范畴,着眼于维护其战略性竞争优势。从其所列举的关键基础设施、关键技术、数据安全、政府控制等重点考量因素及其具体涵盖项目可见,《欧盟外资审查条例》名义上是立足于当下的“安全”和“公共秩序”,实质上是着眼于未来的高科技产业竞争。这使得《欧盟外资审查条例》在诸多方面呈现出为中国“量身定做”的特征,也与欧美国家晚近以来联手推广竞争中立、集中抨击国企补贴、严厉指责“国家龙头企业”、竭力论证“严重市场扭曲”等做法一脉相承。

《欧盟外资审查条例》使得欧盟外资安全审查在审查程序上更加规范和严密,在审查内容上更加宽泛和灵活,形成了以投资东道国为主、欧盟成员国及其他成员国为辅的有欧盟特色的外资安全审查机制。在可以预见的相当长一段时间内,这将成为欧盟外国直接投资政策和规则的主基调。对于中国企业而言,这无疑将在很大程度上增加投资风险和不确定性,需要引起充分重视,并作为对欧投资决策中一个相当重要的制度考量因素。

责任编辑 何 艳

^① See European Commission, EU—China—A Strategic Outlook, Join (2019) 5 final, 12 March 2012, p. 1.