

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2019.02.008

# 欧盟外国直接投资审查立法研究 ——从产业政策的角度\*

蒋璇芳<sup>1</sup> 张庆麟<sup>2</sup>

(1. 武汉大学国际法研究所, 武汉 430072; 2. 上海对外经贸大学法学院, 上海 200235)

**摘要:** 欧盟历史上并没有统一的外国投资审查制度, 而是由各成员国根据国内法自行确定审查范围、方式。欧盟外国直接投资审查立法目前已取得重大进展, 相关立法框架创设了成员国与欧盟的双重审查机制, 其审查范围、立法进程对未来向欧盟投资将产生制度性影响, 因此受到业界广泛关注。在欧盟外国直接投资审查制度的立法过程中, 产业政策一直发挥着不可或缺的重要作用。欧盟通过提出对等性标准, 扩大政府“控制”概念的范围, 加强了对其他国家产业政策的关注。实现自身产业政策目标是欧盟加强对外资规制权的落脚点: 外资审查立法本身是欧盟产业政策的重要组成部分, 政策目标上将维护安全和公共秩序与保护产业安全和产业竞争优势相结合, 通过对欧盟资助项目的审查帮助实现具体产业政策目标。中国应转变产业政策模式, 建立更全面的外国投资审查制度, 并通过制度设计选择性地实现产业政策目标, 实现产业政策和外资政策的有效互动。

**关键词:** 欧盟外资审查立法; 产业政策; 规制权; 中国外商投资法草案

**中图分类号:** D996.1/DF964 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2019)02-0084-15

大量签订的双边投资协定促进了投资自由化, 但也带来国家监管空间缩小、管理复杂等问题。在国际投资法领域, 外国投资审查制度近年来发展迅速, 美国、澳大利亚、加拿大、欧盟等主要经济体先后修改或推出外国投资审查相关制度。外国投资审查制度的发展, 体现出各国对投资自由化和投资规制权之间再平衡的考量, 也使这一问题成为广受理论界和产业界关注的议题。

在澳大利亚、美国、加拿大等国修改其外国投资审查(或国家安全审查)相关法规后, 欧盟委员会(下称“欧委会”)也于2017年推出外国直接投资审查立法框架草案(下称“外资审查立法框架”)。2017年12月, 欧委会、欧洲议会和欧盟理事会通过联合声明, 将外资审查立法草案作为2018年欧盟优先立法之一。2018年5月, 欧洲议会国际贸易委员会投票通过了2017年9月欧委会提请审议的外资审查机制立法修正案。目前, 相关立法已进入三方会谈阶段, 据悉欧盟各方已于2018年底就欧盟外资审查框架达成了共识。<sup>①</sup>这意味着, 酝酿一年之久的欧盟外资审查立法取得重大进展。

\* 基金项目: 本文系国家社科基金重大项目“外商投资负面清单管理模式与中国外资法律制度重构研究”(项目编号: 14ZDC033)的阶段性研究成果。

① Commission Welcomes Agreement on Foreign Investment Screening Framework. European Commission Website[2018-12-21]. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEX-18-6506\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-18-6506_en.htm).

欧盟历史上并没有统一的外国投资审查制度,而是由各成员国根据国内法自行确定审查范围及方式,并最终做出相关决定。欧盟外资审查立法框架创设了欧盟层面对外国直接投资的审查权,其主要内容、立法进程对未来向欧盟投资将产生制度性影响,因此受到业界广泛关注。外国投资审查制度和东道国产业政策存在密切联系,但相关学术研究却很少涉及这一领域。因此,本文从产业政策的角度研究欧盟外资审查立法,分析其寻求投资自由化和规制权间新平衡的途径。探讨欧盟在全球经济实力对比变化的背景下,通过加强对外国直接投资的审查,实现自身产业政策的方式。

## 一、欧盟外资审查立法寻求投资自由化和规制权间平衡

在一系列的双边及区域性投资协定谈判中,发达经济体不断推广与负面清单相结合的准入前国民待遇。它使投资者的投资准入权和设业权作为一种法定权利成为常态,东道国的外资准入管治权却成了例外,需要在清单中明确表明,凡没有明确列出的不得实施管制权。<sup>①</sup>近年来,随着经济全球化趋势的不断加强和全球价值链等概念的形成,东道国不断放松对外国投资准入的限制,国际投资自由化趋势在加强。

随着发展中国家经济实力逐步增强,向发达经济体的投资也在增多。一贯推行投资自由化的发达经济体,越来越认识到国际投资规制权的重要性。要在准入前对外国投资予以审查和限制,需要建立外国投资审查机制。欧盟试图通过外资审查立法扩充其权利范围,体现出其对投资规制权的重视,并试图作为一个整体,而非单独主权国家,寻求投资自由化和投资规制权之间新的平衡。

### (一) 审查主体上,创设了欧盟对外国投资的规制权

欧盟外资审查立法框架构成一种双重授权机制:一方面允许欧盟成员国维持、修改或者建立外资安全审查机制,同时允许欧委会和成员国对某一成员国的决策发表意见或评论;另一方面为欧委会提供新的审查工具,在欧盟层面建立对可能影响所谓“欧盟利益”的外国投资项目进行安全审查的全新框架,赋予欧盟委员会发表意见的权力。<sup>②</sup>

#### 1. 欧盟外资审查框架在增设义务的前提下尊重成员国的审查权

欧盟成员国在与欧盟外资审查立法一致的情况下,可以维持、修改或采纳以安全或公共秩序为由对外国直接投资进行审查的机制。欧盟外资审查立法框架并未要求成员国必须建立审查外商直接投资的机制。根据相关研究,目前已有12个成员国进行某种形式的外商投资审查,部分成员国还在加强其审查机制的运作。<sup>③</sup>

总体上看,欧盟外资审查框架是以成员国外资审查为主体、欧盟层面审查为补充的外资审查机制。由于欧盟各国间已形成较高水平的投资及贸易自由化,考虑到一些欧盟成员国并没有外资审查机制,且成员国间因利益区别对安全和公共秩序的定义存

① 何芳.国际投资法律体系中的外资管辖权研究[M].北京:法律出版社,2018.

② 叶斌.欧盟外资安全审查立法草案及其法律基础的适当性[J].欧洲研究,2018(5):25-42.

③ 这些国家是奥地利、法国、德国、意大利、拉脱维亚、芬兰、立陶宛、卢森堡、波兰、葡萄牙、西班牙和英国。

在较大差异,因此从欧盟整体利益考虑,新设欧盟层面的外国直接投资审查机制。

欧盟对成员国外资审查权的尊重是以增设义务为前提的。欧盟要求成员国建立信息交换和年度汇报机制、欧委会及成员国相互评议机制。通过以上规定及相关机制的建立,欧委会可以定期获得成员国外国直接投资审查情况以及相关数据信息,并可发表意见;同时,欧盟还对成员国的外资审查增加了程序性的规定及司法救济要求,以确保其外资审查机制的有效性。

## 2. 创设了国际组织对外国投资的审查权

在未签订国际协定的情况下,对外国投资的审查属于国家主权范围内的事项。在欧盟外资审查立法框架提出前,基于国家安全、公共秩序或经济利益等因素,对外国投资进行审查的主体均为主权国家。

在欧盟的发展历程中,协调各成员国与欧盟之间的权力配置一直是困难重重却又无法回避的问题。作为一个高度一体化的区域性政治经济组织,欧盟历史上并没有统一的外国投资审查权,而是由各成员国分别依据国内立法对外国投资进行审查。根据《欧盟运行条约》,成员国有权基于“国家安全”的原因,对拥有管辖权的并购请求进行审核,并以此为由对本国外资进行规制,但审核与规制均不得有违资本自由流动原则。一旦投资者对此产生异议,则有权向欧委会进行申诉,从而启动行政乃至司法审查程序。<sup>①</sup>

辅助性原则(principle of subsidiarity)是《欧洲联盟条约》确定的一条法律原则,指欧盟在分享或并存权力领域,只有在证明成员国不能有效实现特定目的,并证明欧盟能更好地实现此等目标的情况下才能采取行动。在辅助性原则的限制下,欧盟只有在各成员国对外国投资审查权的范围之外,寻求自身对外资审查的空间。为解决这一难题,欧盟创设了双重审查机制,这也是目前唯一的区域性组织对外国投资的审查权。

## 3. 通过制度设计保持投资自由化和规制权的平衡

随着新加入国家不断增加,欧盟成员国间国情差异增大,不仅经济发展程度和模式不同,民族文化和历史导致政治理念也存在差异。经济发展程度和模式的多样性,直接反映为成员国间产业结构的差别:既有德国、法国、意大利等产业结构布局相对完整,致力于维持现有产业地位的传统制造业强国,也有发展相对落后、亟需引进外国直接投资建设本国工业体系的国家。各成员国进行外资审查时考虑的因素不尽一致,对于敏感或战略产业的认知也有较大差别。在引进外国直接投资的过程中,不同国家之间必然会出现意见分歧。

根据欧盟外资审查立法框架,如有三分之一的成员国认为相关投资损害安全、有违公共政策或欧盟利益,则东道国必须与欧委会及相关成员国合作寻求解决方案。同时,欧盟还专门列举了涉及欧盟利益的项目或计划。当外国直接投资涉及到相关项目

<sup>①</sup> 赵海乐.论投资争议中国国家安全问题的司法审查[J].武大国际法评论,2016(1):283-306.

或计划时，欧委会可以发表意见。双重审查机制加强了其他成员国及欧委会对外国投资审查的参与权，从而增大了外资审查结果的不确定性，可能增加外国投资者在准入阶段的投资成本。

## （二）审查范围上，纳入产业安全

国家安全是外国投资审查中最重要的考虑因素，但并非严格的法律概念，学者对国家安全进行的法学界定同样是模糊的、抽象的，远未实现其所希望的“明确”界定。<sup>①</sup>从近期各国外资立法及实践看，将与产业政策密切相关的产业安全纳入国家安全范畴之中，已成为各国外资审查立法的发展趋势。

### 1. 外资审查中“国家安全”范围的扩张是近期发展趋势

近十年来国家安全的定义在不断拓展，提到战略上重要的行业 and 关键基础设施的频率更为频繁。各国政策和实践表明，除了解决与传统安全及国防活动（例如军事和军事相关企业）直接相关的问题外，国家安全或其他类似术语的概念越来越多地包含了保护国内至关重要的产业或部门、关键基础设施及自然资源。电信、交通、能源和供水等都是被各国频繁列为关键基础设施的行业，教育、医疗服务、媒体、农业、食品供应等也被不同国家列为涉及国家安全的产业。<sup>②</sup>

### 2. 产业安全成为国家安全的重要考量因素之一

在外国投资审查实践中，通过军事安全、政治安全等传统国家安全镜头看待投资的情况越来越罕见，对经济、产业、技术、媒体、文化产品、环境等因素的考虑不断增加。

经济性因素涉及的范围相当广泛，产业安全是经济性因素中最主要的考量之一，实践证明其在外资审查中正在发挥着越来越重要的作用。在对外国投资进行审查的过程中，国内相同或竞争产业的战略性质可能体现于其在价值链中的作用，例如最后一家制造特定产品企业的战略意义，某地区唯一的就业来源在国家安全中的地位，民用技术未来成为军民两用技术的可能性等，都是可能影响产业安全的安全性因素。

不可否认，产业的健康发展将构成未来经济增长的主要来源，并可能成为整个经济的基础。但在外国投资审查过程中，政治性和经济性因素的交织，也必然导致受限制的投资领域增加。

### 3. 欧盟外资审查立法中融入了对产业安全的考虑

各国在外资审查中不断扩展“国家安全”的定义，欧盟外资审查立法框架同样迎合了这一趋势，其内容并未局限于传统的国家安全范畴。对于成员国和欧委会需要考虑的与“国家安全及公共秩序”相关的因素，欧盟列举的范围包括：在关键基础设施

① 王东光.国家安全审查：政治法律化与法律政治化[J].中外法学,2016(5):1289-1313.

② Investment Policy Related to National Security—A Survey of Country Practices. OECD Website [2018-12-23]. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jlwrrf038nx-en.pdf?expires=1545145402&id=id&accname=guest&checksum=EA5D22F157A89C161D459922E1CB25B1>.

领域,包括能源、交通、通讯、数据存储、空间或金融基础设施及敏感设备。在关键技术领域,包括人工智能、机器人、半导体、军民两用的技术、网络安全、空间或核技术等;关键投入或供应安全;获取及控制敏感信息的能力。在确定外国直接投资是否影响欧盟安全或公共秩序时,成员国和欧委会可考虑外国投资者是否通过大量注入资金等方式被第三国政府控制。

和美国国家安全审查的范围类似,欧盟虽然并未直接将经济安全引入国家安全审查,但在“国家安全”的范围中考虑了经济性因素,以实现外资开放与维护本国产业发展的平衡。

### (三) 相关产业政策可随时纳入投资审查

根据欧盟外资审查立法框架,当外国直接投资可能影响涉及欧盟利益的工程或项目,从而影响欧盟安全及公共秩序时,欧委会可以对该项投资进行审查。涉及欧盟利益的工程或项目特别应包括欧盟基金(EU funding)大量投入或拥有相当份额的,或欧盟立法覆盖的涉及关键基础设施、关键技术及关键投入的工程或项目。

#### 1. 通过附件形式将欧盟资助项目直接列入外资审查范围

在相关附件中,欧盟不完全列举了涉及欧盟利益的关键项目,包括卫星导航系统相关的GNSS项目(伽利略卫星导航系统和地球静止导航重叠服务);和地球监测相关的全球环境与安全监测计划(哥白尼项目);提升欧盟科研能力相关的地平线2020;跨欧洲运输网络(TEN-T);跨欧洲能源网络(TEN-E);跨欧洲电信网络(eTEN)。

在对欧盟外资审查立法框架的修正过程中,欧盟还进一步纳入若干需开展外资审查的行业领域:在关键基础设施领域,新纳入港口、铁路、机场、航天和空间基础设施、造船厂、大数据分析、博彩服务等;在关键技术领域,新纳入量子技术、纳米技术、信息通信技术、电子芯片、电池、网络技术、航天技术、汽车以及铁路技术等;在战略自主性领域,新纳入稀土、农田和耕地、能源和水资源等。同时扩充了资助项目审查清单,新纳入5G行动计划、防卫合作、包括燃料电池和创新医疗在内的技术倡议等内容。

#### 2. 附件的不完全列举使欧盟能够根据产业政策需要随时将相关产业纳入外资审查之中

为指导欧委会及成员国运用规则,欧盟外资审查立法框架提出,当基于国家安全和公共秩序对外国直接投资进行审查时,应当提供一个审查时应予考虑因素的清单,对可能影响安全或公共秩序的因素进行非穷尽式的列举。由于产业处于不断变化之中,产业政策也需要随之调整,因此对欧盟资助项目,外资审查框架也采用了同样的非穷尽式列举方式,使欧盟能够根据产业变化的需要随时调整外资审查范围。

## 二、欧盟外资审查立法加强了对其他国家产业政策的关注

传统产业政策通常聚焦于保护或促进特定产业的发展以及促进结构转型。然而在过去的几十年中，产业政策正在逐步转向以增进包括国际市场在内的整体工业竞争力为目标的统筹发展战略。伴随着一场可能预示新技术范式肇始的重大技术变革，相关领域生产能力和竞争力的改善已经引起了很多经济体的关注。因此现代产业政策已经涵盖了包括全球价值链、知识经济和新工业革命在内的广大范畴。<sup>①</sup>

随着产业国际化及与之相伴的产业政策国际性因素的不断增加，产业政策满足国家需要和优先事项的程度可能受到多边机制和国际规则的限制。同样，根据有关国家的一体化程度，它们也可能受到全球市场运作所产生的经济和政治压力的影响。除国际条约和规则外，其他国家的法律、政策也会对政策空间产生影响。在全球经济和政治权利不平衡的状况下，欧盟外资审查立法框架中的对等性标准和对政府“控制”的规定，将对其他国家产业政策产生影响。

### （一）在外资审查中提出对等性标准

#### 1. 欧洲议会在外资审查框架修正中提出对等性标准

虽然欧委会在立法提案中隐去了“对等”（reciprocity）一词，但欧委会主席容克在提出立法意图时，明确使用了“对等”的概念。欧洲议会在对欧委会草案的修正中更明确提出应考虑“对等”因素。外国投资者母国的市场是否开放、受限制或封闭，是否存在对等和公平的竞争环境，是欧盟在衡量外国投资对安全及公共秩序的影响时应考虑的因素。同时，在对相关概念的解释中，论及外国投资与国家安全、公共秩序之间的联系，欧洲议会进一步指出：投资与国家安全、公共秩序的联系，不应只局限于考虑第三国政府的控制，而应扩展至正在或已经发生的投资所面临的具体情况，包括在投资者母国该行业的开放程度。虽然这并不是外国投资审查过程中筛选的标准，但相关情况有助于审查的决策。

投资者母国的市场开放程度，取决于其自身经济和产业发展水平，与其产业政策密切相关。欧盟本次外资审查立法，除了吸引外国投资、保护欧盟安全及公共利益外，还考虑了外国市场如何对欧盟投资开放的问题，而这是传统的国家安全审查中并未考虑的问题。

#### 2. 对等性标准不利于国际投资的发展

目前各国签订的双边投资协定中，一般均包含最惠国待遇条款。2009年5月，经合组织（OECD）通过了《国家安全相关之东道国投资政策指南》（以下简称“指南”）。指南规定，OECD各国政府采取安全审查相关的投资措施或制定相关政策时，应遵循非歧视原则。原则上，政府应当采取统一的措施，对相似情形下的投资者

<sup>①</sup> 世界投资报告2018：投资及新产业政策[M]. 洗国明, 葛顺奇, 译. 天津: 南开大学出版社, 2018.

给予相似待遇。虽然指南并没有法律约束力,但是也体现了一种被多数OECD国家认同的最佳实践。有学者认为,最惠国待遇条款能平衡那些已经签署了双边投资协议的东道国与不同投资者母国之间的国际投资关系,并且能够推动国际投资保护制度朝着多边主义的方向进一步发展。<sup>①</sup>

在国际投资领域,由于缺少多边规则,对等一般通过双边或区域性投资协定来达成,缔约国通过谈判确定对外开放领域及外资待遇标准。欧盟在投资审查领域引入对等性标准,突破了外资审查领域一直采用的非歧视原则,形成了新的通过国内立法限制外国投资的方式。在不同发展阶段的各方之间通过互惠实现平等是不可行的,这也是多边贸易规则区分发达国家和发展中国家的原因之一。在国际投资领域,由于各国产业发展状况千差万别,对外资的开放领域一般通过双边或区域性投资协定协商确定,简单的互惠方式很大程度上将阻碍国际投资的发展。同时,对等性规则也将对其其他国家外资政策和产业政策形成政治上和经济上的压力,从而影响其他国家对外资的规制权。

## (二) 对政府“控制”的考量将增大对国有企业投资的限制

随着新兴经济体对外投资快速增长,全球范围内外商直接投资格局出现新的变化,国有企业成为全球外商直接投资的重要来源之一。一些国家正在着手通过改变国际投资规则来对国有企业的国际投资活动进行限制。除了推动实行国有企业“竞争中立”规则,在双边及区域性投资协定中增设对国有企业的限制性条款等方式,通过国内立法加强对国有企业投资的审查也是目前国际投资领域的趋势之一。

欧委会在《关于驾驭全球化的反思文件》中提出,一系列对欧洲公司的收购都涉及与本国政府关系密切的外国投资者,这些投资者的战略重点是收购那些开发技术或维护基础设施的欧洲公司,这些技术或基础设施对于在社会和经济中发挥关键作用至关重要。最终的风险是:这种投资可能损害欧盟或其成员国的安全和公共秩序。欧盟外资审查立法框架的出台正是基于类似担忧而采取的行动。

### 1. 欧盟外资审查立法框架中规定的影响安全及公共秩序的因素

在外资审查领域,国有企业的投资更易引发东道国对国家安全的忧虑。根据欧盟外国投资审查立法框架修正案,在确定外国直接投资是否可能影响安全或公共秩序时,欧盟成员国和委员会可以特别考虑以下因素:

(a) 存在供应中断、失败、损失或破坏的危险,可能对某一成员国或欧盟产生影响。

(b) 外国投资者直接或间接受政府、国家机构(state bodies)或武装部队控制;国家主导的项目;外国政府控制的直接投资,以实现产业战略目标,获取或转移关键支持技术,支持国家战略利益,包括通过所有权结构或可能采取补贴形式的重大资金,也可扩展至政府或国有金融机构提供的信贷和贷款;在其决策中心有政治存在。

(c) 投资者已参与威胁到一个成员国的安全或公共秩序的投资项目。

<sup>①</sup> 银红武.中国双边投资条约的演进—以国际投资法趋同化为背景[M].北京:中国政法大学出版社,2017.

同时,在考虑是否影响安全或公共秩序时,成员国和欧盟委员会还可以特别考虑到以下多个因素:

(a)投资的背景和情况,包括投资者母国是否视该部门为战略部门。

(b)外国投资者从事非法或犯罪活动,例如洗钱、挪用资金、贪污、资助恐怖主义、有组织犯罪或侵犯知识产权或违反国际人权文书和劳工组织核心劳工标准,是否存在严重和合法的风险。

(c)作出投资的章程是否包括所有权条款的改变。

(d)投资是否能加强或导致垄断结构或价值链的控制。

(e)外国投资者母国市场开放、受限制或封闭,以及是否存在互惠和公平的竞争环境。

(f)欧委会或成员国以前与外国投资者的关系。

## 2. 国有企业对欧盟投资受限制的风险增大

由于相关立法框架中并未对直接或间接受政府控制、国家机构等概念进行解释,因此其范围存在很大的不确定性。在美国的国家安全审查中,尤其强调交易是否导致美国企业被外国政府控制。对此的判断,关键在于并购方本身的身份是否属于外国政府或“外国政府控制的人”。对于“控制”一词,美国法将其定义为“直接或间接、通过股权、代理投票、特别股、合同等安排能够决定企业重要事项的权力”。<sup>①</sup>如果沿用美国对“控制”的标准,则欧盟相关规则中直接或间接受政府控制的外国投资者范围也会相当广泛,不仅国有控股企业符合这一标准,国家作为少数股东的企业甚至私营企业,也有可能满足这一标准。同时,国家机构概念的不明确,也将大幅增加国有企业接受欧盟外资审查的风险。

对外国投资进行审查是一国的主权权利,但是该权利的滥用可能会形成一种变相的保护,从而对资本的自由流动产生阻碍。特别是对国有企业的对外投资产生歧视。通过将贸易领域的“市场扭曲”、“国有企业”等标准复制到投资领域,欧美希望将这些投资规则长期固定下来,一方面为其限制我国投资寻求合法性依据,另一方面在规则上甚至道义上一劳永逸地形成对我国的压倒性态势。<sup>②</sup>

## 三、实现自身产业政策目标是欧盟外资审查立法的目的

各国产业发展状况和产业政策差异性,是国际分工存在的基础,是国际经济关系不断发展的动力,是制定国内法和签订国际条约时各缔约国必须考虑的因素,也是执行国际条约时面临的现实情况。随着国际经贸规则对产业政策关注度的提升,各国对经济进行传统直接干预的政策空间已越来越小。因此,各国政府就转而寻求基于开放竞争环境的更加有效的产业政策措施。<sup>③</sup>在跨国经济法律关系中,国际投资和产业政策的关系最为密切,最易受到产业政策的影响,国际投资法和产业政策的联系也越

① 赵海乐.国家安全还是国家利益——美澳外资审查比较研究对我国的启示[J].国际经贸探索,2018(6):109-120.

② 王宇鹏.欧美加严外资安全审查的趋势特点和分析建议[J].国际贸易,2018(5):28-30.

③ 孙彦红.欧盟产业政策与中欧产业合作[J].领导科学论坛,2018(1):81-96.

来越紧密。在欧盟外资审查制度的立法过程中,产业政策一直发挥着不可忽略的重要作用。

现代产业政策已经变得日趋多样化和复杂化,并容纳了很多超越传统产业发展和结构转型要求的新主题和新目标,如全球价值链整合与升级、知识经济的发展,以及与可持续发展目标和新工业革命竞争地位相关联的产业的建立等。

### (一) 欧盟外资审查立法框架是其产业政策的重要组成部分

随着全球化的深入和产业政策概念的发展,在国际投资法领域,通过修改国内立法或新签订投资、贸易协定,一定程度上实现国家或区域性组织的产业政策和产业发展目标,已成为当前重要的发展趋势。欧盟外资审查立法是在欧盟总体产业政策的指引下进行的,实现欧盟的产业政策目标也是其立法目的之一。

在过去的几十年中,产业政策正在逐步转向以增进包括国际市场在内的整体工业竞争力为目标的统筹发展战略。<sup>①</sup>欧盟新产业政策战略明确提出:“平衡和渐进的贸易政策倡议和欧洲筛选可能对安全或公共秩序构成威胁的外国直接投资的框架”是新产业政策框架的重要内容。

欧盟外国投资审查立法框架是其整体对外经济政策和产业政策的一部分,并非孤立的政策调整。为了配合产业政策的发展,投资政策也在不断演变。2017年5月欧盟委员会发布的“驾驭全球化”报告提到对非欧盟国有企业收购欧盟高科技企业及对等问题的关切,并将外资监管纳入应对全球化的整体部署。这意味着不论新的监管措施是否面面俱到,都将有配套措施从总体上应对资本跨境流动带来的挑战,包括“对等”问题。<sup>②</sup>欧盟在外国投资审查立法进程中表现出的对关键技术领域的关注,以及不断扩大的外资审查范围,都是为更好地实现产业政策目标而进行的调整。

### (二) 外资审查立法和产业政策目标具有趋同性

#### 1. 外资审查目标的模糊性和多元化

外国投资审查机制和国家安全审查之间并不存在清晰的界限,国家安全通常是外国投资审查机制考虑的首要问题,但不同国家在其审查制度中还将公共秩序、国家利益、对经济社会的影响等因素列入考虑范畴。“国家安全”利益的内涵不仅决定着国家安全审查制度的范围,更作为审查标准的一部分,为外国投资审查提供了一种宏观的、抽象的参考标准。<sup>③</sup>目前国际上并没有与国际投资审查相关的多边协定,在投资领域也缺乏对国家安全的法律界定,这为各国进行外资准入审查提供了灵活空间。

一国对外国投资开放的范围和对外国投资的限制是一个问题的不同方面。在经济全球化不断深入的背景下,各国都在寻求投资自由化和国家规制权之间的微妙平衡,

① 世界投资报告2018:投资及新产业政策[M].洗国明,葛顺奇,译.天津:南开大学出版社,2018.

② 石岩.欧盟外资监管改革:动因、阻力及困局[J].欧洲研究,2018(1):114-135.

③ 张庆麟,刘艳.澳大利亚外资并购国家安全审查制度的新发展[J].法学评论,2012(4):62-69.

这本身是一个国家主权让渡范围的问题。通过双边及区域性投资协定,各国在平等互惠基础上对投资开放领域、履行要求等问题达成协议,促进了投资自由化。而当世界各国通过国际贸易和对外投资更加紧密地联结时,国家对外国投资的规制权重新成为受各国重视的问题。国家安全是各国国家主权中最为核心的权力,即使在存在多边规则的国际贸易领域,将国家安全置于国际贸易组织司法管辖之下,也不是成员方乐意看到的。正如美国在赫尔姆斯案中辩称的,WTO专家组没有能力解决那些关乎国家存亡的政治顾虑。<sup>①</sup>在国际投资领域,国家安全的范围问题通常也由审查机关自行决定。欧盟外资审查立法框架明确提出对可能影响安全或公共秩序的因素应进行非穷尽式的列举,实际也是将外资审查范围作为自由裁量条款。

欧盟委员会提交的外资审查立法框架中,明确提出对国家安全和公共秩序的挑战,应采用综合性的方式予以判定,同时需要适应正在变化的情况。在此基础上,还应为成员国考虑自身情况及国家安全状况确定国家安全和公共秩序保留必要的灵活性。

对于“国家安全”的定义和范围,美国国家安全审查相关规则并未给出明确界定。美国外国投资委员会(CFIUS)曾几次拒绝对“国家安全”的含义给出指示的请求,认为这些方案会不适当地削减总统保护国家安全的广泛权限,同时又不能为交易各方提供足够详细的指引。<sup>②</sup>可见,在只有“国家安全审查”的美国,也通过不断调整“国家安全”的内涵扩大审查范围,将对产业和经济的影响纳入国家安全的考量之中。

## 2. 产业安全和产业竞争力成为外资审查和产业政策的共同目标

冷战结束后,世界进入总体和平态势。世界各国对国家安全的忧虑逐渐从军事领域转移至经济领域。经济成为各国外交的中心,经济因素成为影响一国实力的关键性因素。在国家安全领域,经济安全也逐步占据主导地位。

历史上,国际投资法更偏重于研究投资者保护,关于东道国利益和安全的理论研究偏弱。近年来,这一问题日益受到重视,国际投资条约中开始出现关于规制权的条款,如《欧加全面经济贸易协定》(CETA)中即规定“为本章之目的,成员国重申在其领土内的规制权,以取得政策目标的合法性,如保护公共健康、安全、环境或公共道德、社会或消费者保护或促进与保护文化多样性。”同时,理论上关于东道国规制权的研究也在改变这种不平衡的状况。但在外国投资审查领域,与产业安全相关的有影响力的研究仍然较少。

作为国家经济安全的基础,产业安全越来越受重视。产业安全问题归根到底是产业竞争力问题,竞争力强的产业一般不会存在产业安全问题。在经济学的发展历史上,关于“产业竞争优势理论”的研究是伴随着国家之间的贸易往来与产业竞争而发展起来的。从该理论产生的初始阶段,它就带有强烈的国际化色彩。<sup>③</sup>因此,它主要研究的对象就是国与国之间的产业竞争,研究的主要内容是如何在国与国之间的产业

① 黄志瑾.论国家安全审查措施在WTO中的可诉性[J].河北法学,2013(12):121-128.

② 韩龙.美国对外资并购的国家安全审查制度:中国之借鉴[J].江海学刊,2007(4):133-138.

③ 赵洪斌.论产业竞争力——一个理论综述[J].当代财经,2004(12):67-70.

竞争中持续保持优势。<sup>①</sup>比较优势和竞争优势两种理论虽然都直接地构成一种国际贸易理论,但是两种理论的自然延伸又都构成一种经济发展理论。竞争优势理论告诉我们,人均收入水平比较高的国家多数都是在某个或者某些产业具有高层次竞争优势的国家。因此,国家经济发展的最终目的就是要拥有属于自己国家的具有高层次竞争优势的企业和产业。<sup>②</sup>政府产业政策对产业竞争力具有重要的影响,是产业竞争力的支持要素。

欧盟外资审查立法框架中提出,欧委会有权审查涉及欧盟利益项目的外国直接投资,而相关项目对欧盟经济增长、就业和竞争力有重要贡献。这实质上承认了产业安全和产业竞争力是欧盟外资审查的政策目标。同样,保持和提高欧盟工业的竞争力也是欧盟产业政策的核心目标。为了实现这个核心目标,欧盟设定了4个方面的操作性目标:第一,加速工业调整以适应结构性变化;第二,为企业尤其是中小企业的创立和发展营造有利的环境;第三,为企业间的合作营造有利环境;第四,挖掘工业领域创新、研究与技术开发政策的潜力。<sup>③</sup>欧盟外资政策和产业政策目标上的趋同性,也从侧面反映出外资政策已成为产业政策的重要组成部分。

### (三) 对欧盟资助项目的审查集中体现了对具体产业政策的执行

#### 1. 欧盟产业政策与成员国产业政策的差别

由于欧盟政治体制的特殊性,欧盟的产业政策一直存在双重结构,即成员国有权制定符合本国国情的产业政策,欧盟层面的产业政策是作为成员国产业政策的一种必要补充而存在。欧盟与其成员国的产业政策形成了一种事实上的互补关系:从预算手段上看,欧盟产业政策只能算是对成员国产业政策的一种补充;而从横向政策上看,欧盟产业政策对成员国产业政策又起到明显的指导和引导作用。<sup>④</sup>

欧盟产业政策本身具有辅助性,因此联盟层面产业政策一直以横向政策为主,主要包括为制造业发展及竞争力提升创造良好的竞争环境、支持研发与创新、支持制造业产品开辟和拓展国际市场、减少制造业结构转型带来的社会成本、提高劳动者技能以适应结构转型等内容。从欧盟层面上看,欧盟资助项目本身就是其产业政策的重要组成部分。欧盟在外资审查立法框架中,采用直接列举的方式纳入最为重要的欧盟资助项目,在外资审查领域实现了对具体产业政策的执行。

#### 2. 欧盟资助项目是欧盟产业政策的重要组成部分

根据欧盟2017年发布的新产业政策战略,欧盟计划在先进制造业、人才和研发创新等领域进行大量投资。新产业政策战略的目标是使欧盟的工业更强大、更具竞争力。<sup>⑤</sup>新产业政策的范围非常广泛,涉及到网络技术、数据流动、知识产权、公共采

① 薛俊强.产业竞争优势理论的发展和演变[J].南京工业职业技术学院学报,2006(3):4-6.

② 林毅夫,李永军.比较优势、竞争优势与发展中国家的经济发展[J].管理世界,2003(7):21-28.

③ 孙彦红.欧盟产业政策与中欧产业合作[J].领导科学论坛,2018(1):81-96.

④ 孙彦红.欧盟产业政策研究[M].北京:社会科学文献出版社,2012.

⑤ State of the Union 2017—Industrial Policy Strategy: Investing in a Smart, Innovative and Sustainable Industry. EC Website[2018-12-21]. [https://ec.europa.eu/growth/content/state-union-2017-%E2%80%93-industrial-policy-strategy-investing-smart-innovative-and-sustainable\\_en](https://ec.europa.eu/growth/content/state-union-2017-%E2%80%93-industrial-policy-strategy-investing-smart-innovative-and-sustainable_en).

购、关键工业部门、可持续金融、关键原材料等多个领域。在关键工业部门中，专门列举了建筑、钢铁、造纸、绿色技术和可再生能源、海运等行业。<sup>①</sup>新产业政策战略还关注具体行业的产业政策，包括进一步保持欧洲航天工业的竞争力；支持国防工业的创新，提升竞争力；清洁、可持续和有竞争力的汽车工业（包括减少汽车排放行动、应对汽车产业全球化竞争的GEAR2030行动计划等），以及确保钢铁行业在全球范围内公平竞争的计划等。其中很多产业政策关注的领域，如网络技术、空间技术、可再生能源、国防工业等都纳入了欧盟资助项目的范围之内。

### 3. 欧盟的矩阵式产业政策<sup>②</sup>有利于和投资政策结合

2005年欧盟委员会发布了“执行里斯本议程：加强欧盟制造业竞争力的政策框架——通向更具综合性的产业政策”，这意味着欧盟的新产业政策体系及其理念已然形成。在该产业政策通报中，虽然仍然强调致力于采取横向性质的产业政策，避免重返选择性、干预性的产业政策，但是它明确提出为了使产业政策更为有效，横向产业政策也必须考虑不同行业的具体情况，需要将横向政策与部门政策相结合，形成矩阵式的产业政策。<sup>③</sup>

和产业政策领域的双重结构类似，欧盟对外国投资的审查制度也体现出其特有的多层治理模式。成员国拥有对外国直接投资的审查权，在涉及欧盟整体利益的问题上欧盟委员会有权发表意见，其他欧盟成员国也有发表意见的权利。由于在投资审查过程中明确了不同权利主体的权利义务范围，因此各主体所关注的国家安全及欧盟安全范畴相对确定，从而使投资政策能够明确实现不同层级的产业政策目标。

## 四、欧盟外资审查立法对中国的启示

产业政策成功的一个关键条件是与投资政策的有效互动，在世界各国开始重新关注产业政策时，国际投资规则改革的建议也不断被提出，以维护东道国的政策空间。根据欧盟现行法律，欧盟采取以横向为主的产业政策，虽然缺乏具体的纵向支持措施妨碍了一些政策目标的实现，<sup>④</sup>但却为其直接在投资政策中纳入产业政策提供了便利。产业政策在欧盟外资审查立法中发挥的作用，为我国完善产业政策及外资立法提供了启示。

### （一）我国产业政策模式亟需转变

我国的产业政策有完整的体系，包括结构、组织、布局、集群、技术五大方面，覆盖了经济发展的全方位；为了贯彻落实产业政策，配套有各种各样的政策手段，具体包括产业规划、配合产业政策的财政政策、国有企业政策、市场准入政策和融资政

① Investing in a Smart, Innovative and Sustainable Industry: A Renewed EU Industrial Policy Strategy. EC Website[2018-12-21]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0479&from=EN>.

② 矩阵式产业政策是由Karl Aiginger和Susanne Sieber于2006年针对欧盟产业政策变化提出的概念。随着产业政策理念的更新，欧盟在保持横向产业政策并提供了有利的竞争环境的同时，承认在有些行业可能需要横向产业政策之外的补充措施。横向产业政策和特定行业补充措施相结合，形成了矩阵式产业政策。

③ 李晓萍，罗俊. 欧盟产业政策的发展与启示[J]. 学习与探索, 2017(10):105-112.

④ 联合国贸易和发展会议. 贸易和发展报告2014:全球治理与发展政策空间[R]. 2014.

策等。<sup>①</sup>完整、全面的产业政策体系,同样存在体系庞杂、目标分散、效力等级难以确定等问题。一些行业性产业政策,已不能适应产业快速发展的需要,但既未废止也无修改程序,难以发挥对产业发展的指导性作用。随着我国产业升级和对外开放的深化,实施产业政策的环境和条件发生变化,产业政策模式需要转型。只有更加智慧、开放和科学地用好产业政策工具,才能更好地促进产业发展。

1.总体上,以构建功能性产业政策为导向。顺应市场化、高水平开放的大趋势,按照高质量发展的要求,加快推动从选择性产业政策向功能性的过渡,把政策资源集中在市场不愿意或者没有能力配置的环节,加强公共服务,完善基础设施,支持基础科学研究,形成全国统一开放、公平竞争的市场体系,鼓励市场公平竞争中的强者胜出。

2.布局上,形成更清晰更精准的产业政策边界。对战略性、关键性、涉及国家安全的产业领域,仍然要适用选择性产业政策,防止供应链中断风险,但范围要小、对象要精准。同时,在大量一般性竞争领域,大幅压缩并清理具有特定行业、企业、技术路线导向的政策措施,建立已实施政策的推出机制。

3.策略上,尽快完善产业政策的合规机制。认真对照多边贸易规则和我国签订的国际条约,全面评估产业政策中不符合规则的内容,建立并完善产业政策出台前的合规审查机制,减少外界疑虑。

4.操作上,实现产业政策和外资政策的有效互动。落实统筹国际国内两个大局的要求,制定产业政策要放在国际国内两个市场两种资源背景下,兼顾我国发展利益与国际市场承受力,对可能产生的外溢效应科学评估。提高政策的开放性和透明性,对各种所有制企业给予同等准入条件,通过市场竞争等更加柔性的方式实现发展目标。

## (二) 建立符合我国产业状况的更全面的外国投资审查制度

2018年12月23日,中国外商投资法草案提请十三届全国人大常委会第七次会议审议。此次提交审议的外商投资法草案全面推出准入前国民待遇加负面清单的外资准入管理模式,保障内外资平等待遇,进一步简化外商投资管理,加强与国际投资规则的衔接,进一步表明了中国支持经济全球化的坚定立场,也有利于中国更好地参与国际投资规则制定。外商投资法草案对外商投资审查制度仅进行了原则性规定,我国相关制度的建立还有很长的路要走。

### 1. 建立涵盖绿地投资的更为全面的外资审查制度

欧盟外资审查立法框架是针对外国直接投资的审查,将外国直接投资定义为:外国投资者以任何形式进行的投资,旨在建立或维持外国投资者与可获得资本的企业家或企业之间的持久和直接联系,以便在成员国内进行经济活动,包括能够有效参与经营活动的公司的管理或控制的投资。可见,欧盟对外国直接投资的定义既包括绿地投

<sup>①</sup> 卜伟,谢臻,赵坚.中国产业政策的特点、效果与演变——产业政策问题研讨会会议综述[J].经济与管理研究,2017(4):79-84.

资，也包括跨国并购。

目前，我国对外国投资进行国家安全审查的法律依据是《反垄断法》，具体法规包括2011年国务院发布的《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》，以及国家商务部《关于实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的办事指南》。依据上述法律法规，目前我国仅对外国投资者并购境内企业进行安全审查，具体范围包括：外国投资者购买境内非外商投资企业的股权或认购境内非外商投资企业增资，使该境内企业变更设立为外商投资企业；外国投资者购买境内外商投资企业中方股东的股权，或认购境内外商投资企业增资；外国投资者设立外商投资企业，并通过该外商投资企业协议购买境内企业资产并且运营该资产，或通过该外商投资企业购买境内企业股权；外国投资者直接购买境内企业资产，并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。对于外国投资者在中国境内进行的绿地投资，尚缺乏进行审查的法律依据。

2018年12月25日，国家发展改革委公布了《市场准入负面清单（2018年版）》，该清单包含禁止和许可两类事项。对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等，各类市场主体皆可依法平等进入。目前提交审议的外商投资法草案对外商投资的定义涵盖了绿地投资、跨国并购以及其他投资方式，为我国建立更全面的外国投资国家安全审查制度打下了基础。随着我国投资领域的进一步开放，应尽早建立起涵盖所有外商直接投资的外资审查制度。

## 2. 在外国投资审查制度建立过程中选择性实现产业政策目标

从全球范围看，不同国家和地区建立的外国直接投资筛选机制的范围或设计差异很大。澳大利亚、印度、日本、韩国、俄罗斯和美国等国家近年来大多加强了对外国直接投资的审查力度。现代产业政策需要在自由竞争和有效治理之间寻找平衡，投资政策则要在投资自由化和有效规制权之间保持均衡，这对产业政策和投资政策的制定提出了更高的要求。

我国制订市场准入负面清单时，从维护国家安全和社会稳定原则的角度进行考量。负面清单坚持总体国家安全观，遵循维护国家安全的法律法规和国家关于各领域安全的制度体系。对涉及人民生命财产安全、政治安全、国土安全、经济安全、文化安全、社会安全、生态安全等国家安全有关的行业、领域、业务等依法采取相应的禁止进入或许可准入的管理措施。<sup>①</sup>但负面清单从行业角度进行设置，难以全面覆盖涉及国家安全，特别是关键技术领域的所有外国投资。在外国投资审查制度建立过程中，可以考虑效仿欧盟做法，挑选战略性及国家支持的关键性技术领域，以列举形式有选择性地纳入外国投资审查制度。

<sup>①</sup> 发展改革委举行全民实施市场准入负面清单有关情况发布会[EB/OL]. 国务院新闻办网站[2018-12-26]. <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/gbwxfbh/xwfbh/fzggw/Document/1644393/1644393.htm>.

【作者简介】蒋璇芳：武汉大学国际法研究所国际法博士研究生，中国钢铁工业协会进出口协调处处长，高级经济师。研究方向：国际经济法。

张庆麟：法学博士，上海对外经贸大学法学院教授，博士生导师。研究方向：国际经济法。

## Study on the Legal Framework for Screening Foreign Direct Investment in the European Union ——From the Prospective of Industrial Policy

JIANG Xuan-fang<sup>1</sup> & ZHANG Qing-lin<sup>2</sup>

(1. International Law Institute of Wuhan University, Wuhan 430072, China; 2. Law School of Shanghai University of International Business and Economics, Shanghai 200235, China)

**Abstract:** There is no unified foreign investment review system in the history of the EU. Instead, each member state makes its own review in accordance with domestic laws. At present, significant progress has been made in the legal framework for screening foreign direct investment in the EU. The legal framework has created a dual review mechanism between member states and the European Commission. The legislative process will have an institutional impact on future investment in the EU. Industrial policy plays an important role in the legislation. The EU has strengthened its focus on other countries' industrial policies by proposing standards of reciprocity and expanding the scope of the concept of government control. The EU establishes its right to regulate FDI in order to achieve the objectives of its industrial policy. The legal framework for screening foreign direct investment itself is an important part of the EU's industrial policy. In terms of policy objectives, it combines national security, public order and industrial competitive. An indicative list of projects or programs of Union interest is included in order to achieve specific industrial policy objectives. China should promote industrial policy and establish a more comprehensive FDI review system. In order to make effective interaction between industrial policy and foreign investment policy, the FDI review system could also select some industrial policies to achieve its objectives.

**Keywords:** EU foreign investment law; industrial policy; regulatory right; Draft Foreign Investment Law

(责任编辑：黄志瑾)