

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2021.02.003

欧盟外资审查机制改革及其对中国的影响^{*}

李 佳

(上海理工大学管理学院, 上海 200093; 海南省地方金融监督管理局自贸金融处, 海口 57000)

摘 要: 近年来, 外国投资者收购拥有关键技术的欧洲公司引起了欧盟内部广泛关切。本文从新外资审查框架下的合作机制和权力分配入手, 研究欧盟内部权益关系转换。外资审查框架针对成员国国内有无外资审查制度, 设计不同合作机制流程来增进欧盟内部信息流动, 并赋予欧委会新增权力参与外资监管, 提高其与其他成员国的话语权, 将东道国置于外部意见的“软约束”下。合作机制的实施也改变了欧盟与成员国间权力分配, 欧委会开始主动参与外资监管, 将之从法律条文落实至实际行动, 成员国外资监管权被分割但自由裁量权增加。新框架对欧盟内部的影响主要体现在欧盟与成员国利益关系变化上, 而各成员国如何理解与具体应用框架则对投资第三国尤其是中国至关重要。

关键词: 外资审查; 外资监管; 中欧投资协定; 权力分配; 欧盟

中图分类号: D912.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 - 8072(2021)02 - 0033 - 13

随着经济全球化进入新发展时期, 世界各国开始正视其引发的问题并思考如何正确利用全球化以实现自身最大利益。2017年, 欧盟发表了“关于驾驭全球化的反思文件”, 指出外资在欧盟的两种投资方式比例严重失衡, 跨国并购成为主要方式, 绿地投资却增长缓慢。2019年11月27日, 欧委会主席冯德莱恩(von der Leyen)在讲话中强调, 为了抓住机遇并应对潜在危险, 欧盟必须在市场无法做到的情形下达到明智的平衡以保护欧洲福祉与价值观, 其中之一是必须掌握欧洲关键技术。^①近年来欧盟内部对外国(尤其是国有)投资者收购拥有关键技术的欧洲公司表达了强烈关切,^②但欧洲投资者却无法在投资来源国享有对等权利, 欧盟需要对这些问题的采取行动以维护欧洲安全利益。^③

在世界贸易投资保护主义抬头的大背景下, 西方国家开始以安全利益和竞争力为由增强对外资尤其是中国资本的监管。紧跟美德法脚步, 欧盟也开始收紧外资政策, 经三方多轮协商, 于2018年12月完成了《关于建立外资审查制度的临时协定》(以下简称“新框架”)。^④新框架对欧盟内部外资监管提出了具体要求: 首先, 对关键领

^{*} 基金项目: 本文受2020年教育部人文社会科学研究规划青年基金项目“中欧双边投资博弈模型及关系转变: 基于欧盟新规制的研究”(项目编号: 20YJCGJW006)与2019年上海市哲学规划一般项目“新规制下中国对欧直接投资问题及对策研究”(项目编号: 2019JG016-BGJ565)的资助。感谢上海理工大学2019级国际商务硕士生雍媛对文章的工作与贡献。

① Speech by President-elect von der Leyen in the European Parliament Plenary on the occasion of her College of Commissioners and their programme. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_19_6408.

② Making the Most of Europe's Strengths. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/anno-uncements/making-most-europes-strengths_en.

③ European Commission, Reflection Paper on Harnessing Globalization. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-240-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

④ European Commission, “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*, 2019-03-21. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN>. 本文所有关于新框架的条例均出于此。

域外资进行严格审查,包括物理和无形的关键基础设施、可军民两用的关键技术、可获取或控制敏感信息、媒体自由与多元化领域,并且直接或间接受第三国政府控制或国家主导项目资本也受到重点关注;其次,设立合作机制来增强欧盟内部信息交流与协调合作,并赋予欧盟欧委会在外资监管上新的权力,提高其话语权;最后,加强信息披露要求,既包括外国投资企业需提交的供审查信息,也涵盖合作机制流程中欧盟内部共享信息及交流意见。不仅如此,尽管新框架并未指明其针对目标,但欧盟同时期出台的对中国在欧投资分析报告指出,^①中国在欧收购主要集中于高科技和高端制造行业(石岩,2018),《中欧战略展望》中也强调5G技术等前沿科技需由欧盟自主研发以确保完全安全,^②这些材料都证实了其对中国资本的担忧与重点盯防,特别是外国资金来源条款简直就是为中国量身定制。

自2017年提出外资监管草案时就引起成员国间诸多分歧,但提案最终还是获欧洲议会和欧盟理事会批准,并于2020年10月前在所有成员国实施。新框架一方面提高了成员国的外资监管意识,在过去两年中有德法等成员国更新了外资审查法律,匈牙利等国正在考虑新设外资审查制度。同时欧盟强调,所有成员国都有责任确保其与欧盟法律法规、政策的一致性,应抓紧时间调整国内立法、实践并创立行政机构以保证与欧委会共同实施既定机制(此处指新框架中的合作机制)。另一方面,合作机制加强了成员国间交流合作,改变了欧盟与成员国间权力分配,成员国外资管辖权被分割,欧委会开始在执行层面行使外资监管权,但成员国外资监管的自由裁量权增加,扩展了实际监管范围。

一、欧盟内部的合作机制

自《里斯本条约》(Lisbon Treaty)将外国直接投资纳入欧盟共同商业政策(common commercial policy)范畴后,欧盟就有权在该领域制定具有法律效力的法规政策,这也是新框架的法律基础。同时,依据《欧盟条约》(Treaty on the European Union,以下简称TEU)第4条第2款的规定,成员国对其国家安全和公共秩序负唯一责任。为了协调欧盟与成员国在影响安全或公共秩序领域外资的权力与合作关系,并且为成员国国内外资审查行为提供法律确定性,欧盟通过新框架的合作机制监管内部的外国直接投资,使成员国在欧盟设定的法律边界内享有对国内外资的最终决定权。

(一) 机制设计流程

在欧盟现有27个成员国中,只有14个拥有国内外资审查制度,其余近一半仍处于对外资无监管的真空状态。综合各方意见,新框架并没有强制所有成员国都设立外资

^① European Parliament, "Foreign Direct Investment Screening: A Debate in Light of China-EU FDI Flows", 2017-05. [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).

^② European Commission, "Joint Communication to the European Parliament, the European Council, and the Council: EU-China—A Strategic Outlook", 2019-03-12. <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/communication-eu-china-a-strategic-outlook.pdf>.

审查机制，只要求已经建立和未来将要建立的外资审查制度必须符合框架的基本要求和原则，包括第三国非歧视原则和反规避原则。同时，成员国建立或完善其外资审查制度的决定也需要在法案或修正案生效后的30天内通知欧委会。但是，鉴于新框架通过欧盟内部的合作机制在东道国外附加了新的外资审查程序，且强制所有成员国必须参与，因而，针对国内有无外资审查制度成员国的机制流程也略有不同。

表 1 欧盟成员国现有外资审查制度一览表

成员国	成员国国内关于审查机制的法律
丹麦	《战争物资法》（丹麦2012年10月22日第1004号综合法案） 关于大陆架和领水上某些管道设施的法案（丹麦2018年9月21日第1189号综合法案）
德国	《对外贸易和支付法》[2013年6月6日（联邦法律公报第1482页），最后由2017年7月20日法案第4条修订（联邦法律公报第2789页）]第4、5、13和15条 《对外贸易和支付条例》[2013年8月2日（联邦法律公报[BGBI.]第一部分第2865页），经2018年12月19日条例第1条最后修订（BAnz，2018年12月28日V1）]第55至62条
西班牙	关于外国投资的第664/99号皇家法令
法国	《金融和货币法》法律部分第一册第五篇：与外国的金融交易条款L.151-1至L.151-4 《金融和货币法》基础法律部分第一册第五篇：与外国的金融交易第三章：外国投资的事先批准条款R.153-1至R.153-13 《海关法》第459条（刑事制裁）
意大利	2012年3月15日第21号法令，“国防和国家安全部门企业资产特别权力规则，以及能源、运输和通信部门具有战略重要性的活动的特别权力规则” 2014年2月19日共和国总统令第35号，“根据2012年3月15日第21号法令第1条第8款确定国防和国家安全领域特别权力启动程序条例” 2014年3月25日共和国总统令第86号，“根据2012年3月15日第21号法令第2条第9款确定能源、运输和通信部门启动特别权力程序的条例” 2014年3月25日共和国总统令第85号，“根据2012年3月15日第21号法令第2条第1款确定能源、运输和通信部门战略重要资产的条例” 2014年6月6日部长会议主席令第108号，“根据2012年3月15日第21号法令第1条第1款确定对国防和安全系统具有战略重要性的活动的条例” 2014年8月6日部长会议主席令，“确定为行使特别权力而开展筹备活动的组织和程序方法”
拉脱维亚	《国家安全法》，第六章-对国家安全具有重要意义的商业公司的限制
立陶宛	《保护对确保立陶宛共和国国家安全重要的物体法》，第IX1132号（2018年1月12日第XIII-992号新版） 政府批准的关于欧委会会议事规则的第1540号决议（2018年3月21日第266号新版） 关于确定国家安全重点保护区的决议，政府批准，第1252号（2018年7月25日第746号新版）
匈牙利	2018年关于控制外国投资侵犯匈牙利安全利益的第LVII号法案 政府法令246/2018（十二17.）关于实施2018年关于控制外国投资侵犯匈牙利担保权益的第2号法案
荷兰	1998年电力法（第86f条）关于1998年电力法和天然气法控制权变更通知的部长条例 《天然气法》（第66c条）关于1998年《电力控制变更通知法》和《天然气法》的部长级法规
奥地利	2011年《外国商务法》（第25a节）
波兰	2015年7月24日，关于某些投资的控制法。DZ. 2015年的法律，项目 1272（经修订） 部长理事会2018年12月27日实施细则，关于受保护实体清单。DZ. 2018年法律，项目2524
葡萄牙	法令编号2014年9月15日，第138/2014号，于2014年9月15日发表于DR n:177, series I
罗马尼亚	1996年4月10日第21号《竞争法》重新颁布并修订了第21条47（9）-（12）
芬兰	外国公司收购筛选法（172/2012） 需要特别许可的房地产转让法（470/2019）

资料来源：European Commission. List of screening mechanisms notified by Member States (last update on 22 July 2019)

1. 针对国内有外资审查制度成员国的合作机制

对于国内有系统外资审查制度的成员国而言，例如德国和法国，合作机制的实施流程可以分为三个阶段（见图1）：第一阶段，东道国主动通知。东道国将正在接受审查的外国直接投资及其相关信息^①通知欧委会和其他成员国。第二阶段，欧盟内部反馈。当欧盟欧委会认为该项外国投资会影响一个以上成员国国家安全和公共秩序，亦或是拥有东道国未掌握的外资信息时，可在15个日历日内发表意见或在第一阶段信息反馈基础上向其提出额外信息要求，并在收到附加信息后的20个日历日内再次发表意见；同样地，其他成员国可以以影响本国国家安全和公共秩序为由向东道国发表评论，或要求其进一步提供信息，且在收到附加信息的20个日历日内再次评论。依据相称原则（proportionality），联盟行动的内容和形式不得超过实现条约目标所必需的限度（Reins, 2019），因而任何额外信息请求都应充分合理，且仅限于其他成员国直接目的所需，而不会给东道国造成过重负担（unduly burdensome）；东道国也可以以外国投资可能影响其国家安全和经济安全为由请求欧盟启动监管以协助其确定立场。特别地，当东道国认为该投资已严重威胁本国安全需要立即采取行动时，应在以上规定期限前进行通告并说明请求缩短反馈期限的理由，欧委会和成员国则应努力和迅速给予回复。第三阶段，东道国最终决定。东道国需要适当考虑（due consideration）欧委会和成员国的反馈意见，但其仍拥有最终决定权，可以在衡量各方意见后自主决定是否批准待审查外资。

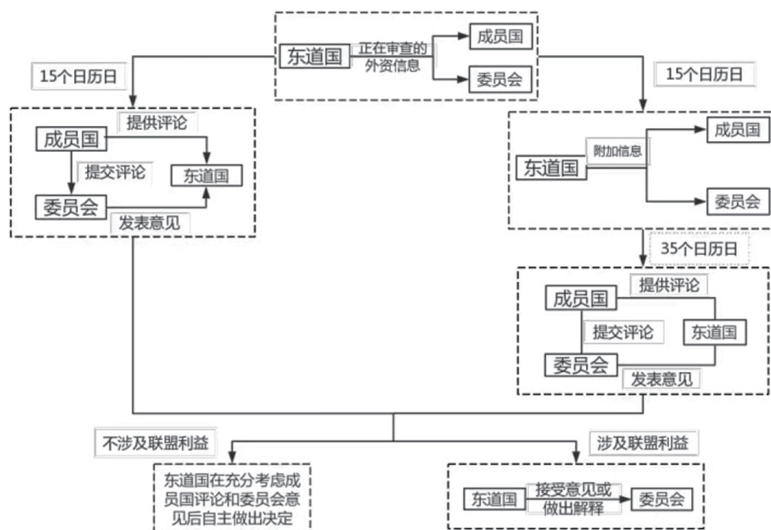


图1 针对国内有外资审查制度的成员国的合作机制流程图

2. 针对国内未有外资审查制度成员国的合作机制

对于国内未有外资审查制度的成员国而言，国内审查程序的缺失使其无法主动通告外资情况，因而合作机制的实施流程只分为两个阶段（见图2）：第一阶段，欧盟

^① 相关信息包括外国投资企业所有权结构、产品与服务内容、资金来源等和投资项目价值、完成日期，以及业务所涉及的其他成员国名单。

意见反馈。若欧委会认为该未经审查的外国直接投资会影响欧盟整体或部分国家安全和公共秩序，或拥有该项外资更多信息时，可以直接向东道国发表意见，甚至要求东道国以最大努力通过外国投资企业索取所需信息，欧委会在收到反馈信息后的35个日历日内再次发表意见；成员国也可同样发表评论并提交至欧委会，当欧委会采纳了这些意见时，双方均可额外获得15个日历日用以再次给予反馈；东道国可以以担心本国安全利益受损为由请求欧盟给予信息支持以协助其确定立场。第二阶段，东道国最终决定。东道国对欧盟的内部反馈应当谨慎考虑，并自主决定是否对该项外资加以限制。

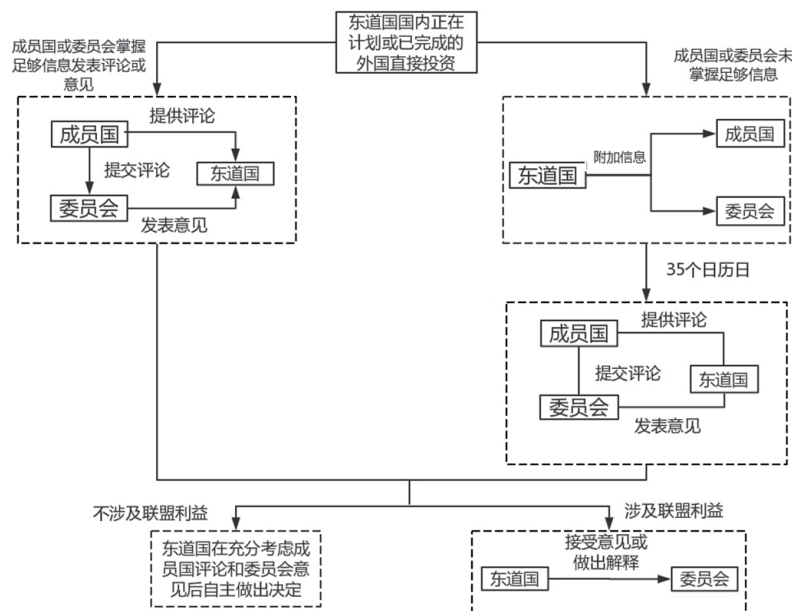


图2 针对国内未有外资审查制度成员国的合作机制流程图

鉴于东道国因对外资无通告造成的信息延迟，欧盟可能无法在外资交易成功前及时获知，因而合作机制针对无监管东道国的外资审查范围扩展到已经完成的外资项目（新框架生效前完成的外资项目不包括其中），相应地，欧委会和其他成员国的反馈可在不迟于投资项目完成后的15个月内发表。

合作机制本质上是欧盟内部信息交换和相互监督的机制，形成了以东道国为主，欧委会和其他成员国为辅的欧盟特色外资审查机制（廖凡，2019）。鉴于成员国国内的外资审查制度只能对领土范围内的外资加以限制，无法对跨国国家外资项目进行审查，新框架的实施还有助于确定和解决影响多个成员国或整个联盟的安全风险，^①因为欧委会被赋予权力，可以基于安全或公共秩序对影响联盟利益或项目的外资发表意见，进而弥补单个成员国因信息不全或仅自身利益考量而损害联盟利益的失误。

（二）合作机制下欧委会的新增权力

在外资监管权实质由成员国自主行使的前提下，合作机制赋予了欧委会很多新的权

^① European Commission, MEMO—Frequently asked questions on Regulation (EU) 2019/452 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157945.pdf.

力，使欧委会的外资监管权从《里斯本条约》时单纯的法案阶段递进到实际应用阶段。

1. 信息获取权

合作机制提供了一个正式的信息交流渠道，改变了欧盟以往无作为的立场，开始以主动的姿态参与外资监管。信息获取权是欧委会进一步对成员国发表非硬性约束意见的前提与基础，也是其应用外资监管权的第一步。具体地，欧委会通过机制可以掌握成员国国内的外资信息，包括所有成员国都需在每年3月31日前提交的年度报告，以及有外资审查制度成员国的通告内容。除此以外，由于成员国对东道国发表的评论、请求以及东道国的回复等都需同时提交至欧委会，从而欧委会对欧盟内部沟通、各国利益和立场都能有更深刻的了解和把握，提高了其整体控制能力。为进一步了解欧盟内部外资审查情况与新框架的实施效果，成员国会定期向欧委会汇报其审查机制运行情况和结果，欧委会据此评估新框架的功能和有效性。

相较于各成员国自扫门前雪的情况，合作机制增进了成员国间的沟通，欧盟的信息获取权使外资在透明、受监督的情况下进行交易，可以及时发现可能损害欧盟利益的外资。

2. 意见发表权

欧盟通过信息获取权获得外资情况后，可以对影响公共安全的外资发表意见，且这种意见发表是无限制的，即无论成员国是否提出关切，欧委会都有权表达自身看法与建议，但必须是在有正当理由情况下，即对该外资影响欧盟根本安全利益的担忧是确切有据的，尤其当已有超三分之一成员国认为其会影响自身安全与公共秩序时。相较于成员国，欧委会还拥有对于涉及联盟利益项目或计划的专属意见发表权。具体而言，联盟利益范畴可以涵盖大量或相当份额的联盟资金和关键基础设施、关键技术、关键原料输入等新框架中重点罗列领域。在该范畴内，新框架赋予了欧委会意见以更高的比重，东道国应给予最大限度的考虑（utmost account），并且在拒绝采纳其建议时还需进行解释说明。

可以说，欧委会意见发表权分为两部分，一是基础意见，二是专属意见。就基础意见而言，欧委会与其他成员国均可发表，但只是形成软约束，东道国可以自由决定是否采纳。但就专属意见而言，欧委会拥有了更高的话语权，会对东道国立场产生事实拘束力。不同于新框架前欧盟对外资监管的“无为而治”理念，这种立场声明明确揭示了欧委会的参与决心。

3. 委托立法权

欧委会借鉴了部分成员国和第三国成熟的外资监管经验以弥补自身在该领域的经验匮乏，并设立了专家组提供理论和方法上的技术指导。鉴于已经罗列出的清单不能有效涵盖外资监管过程中所需考虑的所有因素和项目，新框架还赋予了欧委会委托立法权，以供其不断补充和完善清单，并在各方同意的前提下修订或改进该条例（此处条例指新框架）。当然，委托立法权也受到欧洲议会和欧盟理事会监督，它们可以

随时撤销欧委会该项权力，且撤销决定不影响任何已生效授权行为的有效性。同时，为了更好地利用委托立法权，专家组会持续研究外资监管问题和新框架条例的实施问题，为欧委会提供专业意见与指导。迅速变化的政治经济时事和对外资监管日益加深研究必定会促使框架不断完善与细化，为将来构建统一的欧盟审查框架奠定基础。

欧委会通过合作机制获得新增权力，进而改变了欧盟与成员国在外资管辖权上的权力分配，欧委会不再只拥有法律层面的外资监管权，其话语权和主导权开始逐步增强。

二、合作机制下欧盟与成员国间的权力分配

欧盟作为政治经济整合的区域性组织，各成员国采用协商方式设立一级法律，且每制定或更改一部基础法律都需要所有成员国同意，《里斯本条约》的通过亦是如此。欧盟与成员国间管辖权划分是根据TEU第5条第2款授权原则的规定，凡是条约里被成员国授予欧盟的权限，欧盟均可在权限范围内采取行动来实现条约目的，但是未授予欧盟的权限则仍归属成员国。在以往关于欧盟和成员国间管辖权划分的争议中，共同商业政策是权衡权力归属的重要标准，即共同商业政策范畴内的管辖权皆可被视为欧盟专属权力。

（一）外资审查框架实施前的权力分配

1. 外资监管权实际由成员国自主行使

共同商业政策是欧洲经济共同体时期便确立的整体对外行动立场，目的是在国际贸易中保护欧盟利益。自《里斯本条约》生效后，外国直接投资（FDI）被纳入《欧盟运行条约》（Treaty on the Functioning of the European Union，以下简称TFEU）第206和207条共同商业政策范畴中，即外国直接投资领域内权力被成员国授予欧盟，成为欧盟专属权力，包括外资市场准入职能、对外贸易与投资协定的谈判和签订职能等（Reinisch，2011）。如果主权财富基金和国外私企投资被确定为外国直接投资，那么其就属于共同商业政策范畴（Bungenberg，2011：39-40）。但是一旦涉及到成员国国家安全和公共秩序领域，欧盟无权取代成员国行使该职能。有趣的是，尽管共同商业政策中包含了外国直接投资，但是TEU和TFEU均未给出明确定义，从而在实际应用中其界定范围无法律定论（Bungenberg，2011：35-37）。另外，其在《里斯本条约》中获得通过也有机缘巧合的原因，成员国对此颇有微词，因而在欧盟“窃取”的外资管辖权中，与主权密不可分的外资监管权一直由成员国自主行使，这也使得成员国可以灵活应用该权力来确保引进外资时本国处于优势地位。总之，在合作机制实施之前，欧盟享有法律确认的外资管辖权，但偏重国际投资协定的谈判与签订职能，成员国实际行使外资监管权。

2. 欧盟在合并控制上的专属权限

从《欧洲煤钢共同体条约》（The European Coal and Steel Community

Treaty) 开始, 共同市场上的合并控制就受到欧洲煤钢共同体重点关注, 也奠定了欧盟享有企业合并控制专属权限的基础。欧委会于1990年通过了第一个《合并控制条例》(1989 Merger Regulation), 该条例规定超过浓度(concentrations)限制的合并都需通告欧委会, 并由欧委会对其是否损害公平竞争进行调查, 只要不会对竞争产生永久负面影响, 就不会被禁止。2004年欧委会推出了新合并控制条例《2004合并控制条例》(2004 Merger Control Regime), 在《里斯本条约》通过后更名为《欧盟合并条例》(the European Union Merger Regulation (EC) No 139/2004)。当然, 共同市场上的合并问题也并不是只能提交欧委会进行审查。针对两类不同合并案例而言: 一是发生在单个成员国境内的合并审查, 倘若成员国可以提交足够承诺并且在较短时期内有效实施, 即可以明确排除《欧盟合并条例》第6条第1款(c)项的“严重疑问”(serious doubts)时, 欧委会经考虑可将审查权移交给成员国(Tyagi, 2019); 二是由于合并条例仅适用于经济领域的合并审查, 对于涉及国家安全与公共秩序等政治领域的合并审查, 成员国可以依据条例第21(4)条第2款保护自身合法利益(legitimate interests), 在告知欧委会后自主审查这类合并问题。

总体而言, 欧委会一直在合并审查领域拥有专属管辖权, 并在实践中不断发展完善。对于发生在跨成员国间的合并, 特别是欧盟有丰富经验的电信部门领域, 只有欧委会有权对其进行审查。考虑到成员国只能有效监管国内合并案例, 且跨成员国的合并可能产生更大负面影响, 因而由欧委会对合并控制实施更高层面的监管, 可以更有效维护公平竞争和共同市场, 并且确保审查过程和标准的一致性和连贯性。

(二) 外资审查框架实施后的权力分配

新框架在初次提出时就遭到冷遇, 其主要原因是成员国对让渡国家权力的抵触, 但这却是以德法为首核心成员国支持的目标。随着外国直接投资在欧蓬勃发展的, 许多资本先在监管较为薄弱的成员国投资, 进而绕过最终目标国的监管壁垒并成功进入欧盟共同市场, 这种情况引起了发达成员国的不满与担忧。因此, 新框架应运而生, 通过合作机制增进欧盟内部意见交流, 并赋予欧委会权力参与外资监管, 进而达到维护欧洲整体利益的目标。

1. 成员国外资管辖权被分割但自由裁量权增加

新框架实施后, 欧委会被赋予信息获取权、意见发表权和委托立法权, 改变了以往“沉默”表现, 开始主动表达自身看法与立场, 积极参与外资监管。欧委会以共同商业政策为法律基础, 理所应当行使其在该领域内的专属职能; 同时新框架的设立目的是保护欧盟战略资产以应对有潜在安全威胁的外资, 并不干涉成员国最终决定, 也在一定程度上淡化与成员国争夺外资审查主导权的色彩。在合法合理的情形下, 成员国外资管辖权被分割, 欧委会开始在执行层面行使外资监管权。

尽管成员国外资监管权被部分转移至欧委会, 但对有意向加强外资监管的成员国而言, 新框架也增强了其自由裁量权。依据TFEU第65条, 成员国可以基于安全或公

共秩序采取其认为的必要措施,成员国进行外资监管也是为维护其根本安全利益,并且《欧盟合并条例》中也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,如公共安全。但是,除非有明确证据可证实该外国投资会对社会某项根本利益构成真正和足够的威胁,成员国也不能随意引用该条款否决或中止该投资。不仅如此,在欧洲法院判例法中,还将“公共安全”范畴局限在石油、通信、电力等易受威胁的战略部门(石岩,2018:118)。但是,在新框架实施后,欧委会对外资筛选因素进行了不详尽列举,成员国可以对一些原先不受监管的范畴,例如关键基础设施、前沿科技等进行行政审查,外资监管的实际范围扩大。并且,欧委会新增的委托立法权使得该清单还可不断补充,即成员国可审查的潜在外资范围还十分宽泛,一旦欧委会将之列入框架,成员国就有正当理由审查原先禁止干涉的外国投资领域。

总之,新框架实施后,成员国外资管辖权被部分转移至欧委会层面,但由于欧委会将一些非传统意义上战略部门纳入审查范围并有权不断扩增,成员国在外资监管的自由裁量范围得到扩展。

2. 欧委会的外资监管权实际增强

在新框架实施前,欧盟外资监管权只停留在法律层面,从相反角度考察,TEU与TFEU对“外国直接投资”无明确释义可以理解为欧委会有机会对其作广泛解释,进而肯定了在此基础上制定新框架的合理性。新框架实施后,欧委会通过合作机制进行立场声明,其外资监管权实际得到增强。

首先,合作机制赋予了欧委会双重外资监管权。第一重是欧委会对成员国国内外资的意见发表权,成员国将国内外资情况在欧盟内部进行通告,欧委会在此信息基础上发表自身看法,供东道国外资审查时参考;第二重是欧委会独有的外资监管权力,一方面针对涉及联盟利益的外资,欧委会有义务对其实施监管以维护欧盟整体利益,另一方面是在无外资审查成员国中增设欧盟层面的外资审查程序,改变了原先这些成员国对外资无限制的情况,这也从侧面印证了欧委会实际监管权限扩大和权力增强。尽管外资审查最终决定权仍归属成员国,但欧委会双重外资监管权的获得,以及“适当或充分考虑”“或遵从或解释”的要求也在一定程度上提高了其话语权,欧委会已经在外资监管上获得部分主导权。

其次,新框架与欧盟对合并控制的专属权限相互补充,欧委会实际监管领域更全面。具体地,成员国在合作机制第一阶段通告外资信息时,需将其全部告知委员会,包括原先合并条例中不必提交欧委会审查的外资。并且,经欧委会认定后,归属合并条例管辖范畴的外资直接按照其法律规定提交欧委会审查,对于两条例(此处指新框架与合并条例)管辖重叠范畴的外国直接投资,采取与合并条例连贯的方式进行审查,以确保法律的兼容性。另外,相较于局限于经济领域的《欧盟合并条例》,新框架还增添了政治考量,例如对资金来源,特别是受第三国政府机构或武装部队直接或间接控制的外资进行审查。综合而言,新框架可以视为对合并条例的有效补充,不仅

不会影响欧委会在合并控制上的专属权限，而且通过合作机制在一定意义上促进了欧委会对各类合并控制的全面监管。

三、外资审查框架对欧盟内部的影响

相较于其他法规，自2017年9月欧委会公布草案至2019年三方协定正式生效，新框架的制定历时之短暂，可窥见欧盟对尽快进行外资监管强烈的政治意愿。尽管设立新框架旨在审查有潜在安全隐患的外国直接投资，但对欧盟内部也产生了一定影响，主要体现为欧盟与成员国间权力与利益关系的变化。

（一）外资审查框架的积极影响

首先，合作机制可以加强欧盟内部的信息交流与协作。在逆全球化与反思全球化的大背景下，欧洲民粹主义复苏，经济衰退和难民问题等危机逐步深化，民众对欧盟高层精英不满加剧，并且对欧洲一体化信心下降，英国脱欧更是进一步激化了这一矛盾。新框架是欧委会对成员国近期担忧的回应，通过合作机制，欧委会和其他成员国获得正式途径表达对自身安全利益有潜在危险外资的反对立场。考虑到有效的沟通可以减少矛盾，欧委会也试图借此增进欧盟内部的信息共享与意见交流，并进一步增进欧盟与成员国、成员国与成员国间的相互理解，从而减少摩擦，增强各成员国对一体化的信心。

其次，欧盟在外资领域以更统一的姿态出现。新框架实施前，欧委会对外资无监管，外资监管权完全由成员国自主行使，从而欧盟内部外资审查程度不一，不统一的外资监管制度与统一的欧洲共同市场给外国投资者带来较大投机空间。但是，在新框架实施后，合作机制更改了各扫门前雪的无沟通局面，新设更高层级的外资审查程序可以减少共同市场上的安全隐患，例如外国投资者在收购拥有关键技术的欧洲公司后，利用后发优势在一定程度上削弱其他拥有类似技术的欧洲公司，甚至将市场优势地位转移至投资来源国。除此以外，倘若合作机制运行顺利，可能会促使欧盟各方取得更多共识，使得外资监管标准和方式更加明晰统一，进而增强欧盟在外资监管领域的确定性和统一性（廖凡，2019：192）。

最后，新框架可以更有效地维护欧盟战略利益。欧委会希望借此来统一欧盟内部外资审查制度要求，通过列举筛选因素等指导成员国对外资的审查，通过合作机制更有效地维护欧洲整体利益，并且其他成员国话语权增强后也能更好地维护自身利益。更重要的是，合作机制很大程度上可能会提高成员国的外资监管意识，进而提高欧盟整体的外资监管水平，从而在引进外资发展经济的同时也保护自身权益。

（二）外资审查框架的消极影响

首先，成员国担忧欧委会干预本国主权事务。在新框架实施前外资监管属于成员国国内行政与司法程序，欧委会无权干涉，但合作机制赋予欧委会的新增权力使其外资监管权得以落实到执行层面，成员国部分外资管辖权被分割，增添了其对欧委会权

力扩张的担忧。因而，欧委会对成员国外资监管的干涉需维持合适的“度”，即成员国仍享有外资审查的最终决定权，欧委会既行使合法权力以维护联盟利益，又适当减轻插手成员国国内事务的色彩。

其次，新框架可能会增加行政成本，并提高法律风险。合作机制实施保障，例如建立联络点、提交年度报告、共享信息与意见等都会增加行政成本，拉长审查期限，增大外国投资者在欧投资阻力甚至影响欧洲市场对外资的吸引力。此外，高透明度要求也提高了信息泄露风险，对外国投资企业与东道国交易会产生产生不利影响。

再次，成员国在新框架实施前的外资审查制度存在法律不确定性。部分外资监管权从成员国转移至欧委会的法律基础是共同商业政策，外国直接投资是欧盟专属权能，那么成员国对外资进行审查需要事先得到欧委会授权批准，从而将成员国自《里斯本条约》签订以来的外资审查制度置于无授权的非法状态，甚至会造成投资者通过司法程序使得成员国已做出的外资审查决定无效的严重后果（叶斌，2018）。

最后，新框架可能与欧盟开放投资承诺形成冲突。新框架加强外资监管与资金自由流动原则是否冲突一直存在争议，欧委会以维护国家安全和公共秩序为由否认了两者的矛盾性，但外国在欧投资即将面临的监管力度加大和审查期限延长在一定程度上会形成投资壁垒，进而影响资本在欧盟与第三国间资金流动的有效性。欧委会前主席容克声称，欧盟是世界上最开放的投资地区之一，但也绝不是天真的自由贸易者，面对外资潜在的安全威胁，欧盟必定要采取有力措施来维护欧洲安全和利益。因此，外资审查领域被限定在国家安全和公共秩序范围内，但新框架中列举出的筛选因素远远超过欧洲法院判例法中限定的国家安全领域，一些战略性行业和技术领域也被纳入不详尽的审查清单中，鉴于框架还未全面实施，其对外资的具体影响还需持续关注。

四、外资审查框架对中国的影响

《中欧战略展望》中明确指出，中国不再仅是合作搭档，更是追求技术领先地位的经济竞争对手。^①新框架只是其平衡中欧竞争关系的第一步，其实施不仅会影响欧盟内部的投资环境，也会对中国在欧盟直接投资产生较大的不确定性，因而中国政府和企业需正视其影响。

首先，中国赴欧投资领域受限。新框架中非穷尽式列举的审查领域涵盖了中国在欧投资大部分行业，这些领域内的中资会受到更严格审查，特别是敏感行业准入将受到限制，甚至面临被拒风险；除却维护自身安全利益，欧盟对中国投资目的领域的限制也是其试图实现“对等开放”的信号，通过增添外部压力拓展欧盟投资者在中国的投资领域。

其次，欧盟外资审查广度增加，交易程序与不确定性提高。一方面，成员国新增或加紧国内外资审查制度的可能性提高；另一方面，合作机制增进了欧盟内部信息交

^① European Commission, “Joint Communication to the European Parliament, the European Council, and the Council: EU-China—A Strategic Outlook”, 2019-03-12. <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/communication-eu-china-a-strategic-outlook.pdf>.

流与合作，欧委会与其他成员国可以利用内部意见反馈间接参与东道国外资审查，从而中国对欧投资可能从单纯与东道国的双方博弈转换到包括欧盟立场的三方博弈，甚至包括隐藏在背后德法核心国利益在内的四方博弈。除此以外，国有资本因素更是为中国量身定做的条款。冯德莱恩表示，欧盟欢迎中国企业参与欧洲招标活动，但是未来将会考察这些公司在工作条件和环境法规等方面是否符合欧洲标准，特别是对经常由国家补贴的外国公司支出施加限制。^①新框架弥补了欧盟在政策层面的缺漏，可借此缓解国家补贴给市场公平竞争造成的扭曲。

最后是隐私安全问题。新框架中明确规定的信息要求以及潜在审查材料需求等都会影响外国投资企业信息安全问题，甚至会牵连资金来源国政府隐私安全与利益，且“国家安全”范畴拓展、审查因素泛化和认定标准模糊等都给予欧盟及其成员国较大的自由裁量余地，各成员国理解各异也容易造成新的沟通障碍，增加中国企业在不同成员国的投资难度。

面对英国脱欧和民粹主义复苏的重大挑战，欧盟更加意识到作为整体的重要性，欧洲人民需要更强大的勇气站在一起以便在欧洲利益受威胁时更有针对性地利用自身力量。^②但是，理想总是领先于现实的脚步，欧盟内部意见和利益关系仍存在较大分歧：北欧国家推崇投资贸易自由化，并认为欧盟掌握更多权力只会扩大其官僚机构；中东欧国家对外资有较大的经济依赖性，倾向于维持宽松政策，从而在引入外资时处于优势地位。因而，新框架这一欧盟行政性文件对中国的影响更取决于各成员国如何理解与应用，我国需密切关注其具体实施效果，并做好应对工作。首先，中国政府相关部门应继续健全完善《中华人民共和国外商投资法》，表明自身坚持深化对外开放的贸易投资立场以及维护本国国家利益的决心，深化双方在数字、基础设施等贸易投资领域的合作；其次，中方应与欧委会及成员国政府就正在商定的中欧投资贸易协定做好政策交流与意见沟通，并且考虑到实施效果，中方甚至可以从欧方试图要价的“对等开放”入手获得自身谈判优势地位，进而为中国赴欧投资企业与个体寻求政策确定性和法律安全性；再次，新框架作为欧盟收紧外资审查力度的号角，中国投资企业和个体应充分认识其重要性，提前对交易进行全面的风险评估和分析，并提前防范可能导致交易失败的因素和做好失败的后备方案，尤其要注意其他成员国对交易的审查；最后，对于欧盟在新框架中重点提防的“国有资本”因素，中国应继续优化对外投资结构，理顺政企关系并且准备好与政府资金关系等材料，以真诚合作的态度打消投资目的国的担忧，也降低投资失败的可能性。

参考文献

- [1] 廖凡. 欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对[J]. 法商研究, 2019(4):182-192.

^① Europe address—Dr Ursula von der Leyen President—elect of the European Commission—Allianz Forum (Pariser Platz). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_19_6248.

^② Speech by President—elect Ursula von der Leyen at the 2019 Paris Peace Forum. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_19_6270.

- [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):114-134.
- [3] 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.
- [4] Bungenberg, M., "The Division of Competences between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics", in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hindelang (eds.), *International Investment Law and EU Law*, Berlin: Springer, 2011.
- [5] Reinisch, A., "The Division of Powers between the EU and Its Member States 'After Lisbon' ", in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hindelang (eds.) *International Investment Law and EU Law*, Berlin: Springer, 2011.
- [6] Reins, L., "The European Union's Framework for FDI Screening: Towards an Ever More Growing Competence over Energy Policy", *Energy Policy*, 2019-01-31.
- [7] Tyagi, K., "Merger Control in the EU and the UK", *Munich Studies on Innovation and Competition*, 2019-06-22. https://doi-org-s.webvpn.usst.edu.cn/10.1007/978-3-662-58784-3_7.

【作者简介】李 佳: 上海理工大学管理学院副教授, 经济学博士, 研究生导师; 海南省地方金融监督管理局自贸金融处副处长(挂职)。研究方向: 世界经济、欧盟经济、自贸金融发展。

The Reform of EU's New Foreign Investment Review System and Its Influence on China

LI Jia

(School of Administration, University of Shanghai for Science and Technology, Shanghai 200093, China; Financial Affairs Office of Hainan Province, Local Financial Regulatory Bureau of Hainan Province, Haikou 570000, China)

Abstract: In recent years, the acquisition of European companies with key technologies by foreign investors has caused widespread concern within the EU. This article starts with the cooperation mechanism and power distribution under the framework of screening foreign direct investment, and studies the relationship between the EU and member states. The implementation of the cooperation mechanism has also changed the distribution of power between the EU and the member states. On the one hand, the European Commission has begun to actively participate in foreign investment supervision, from legal provisions to actual actions. On the other hand, the foreign investment supervision power of member states has been divided but discretionary power increase. The impact of the new framework within the EU is mainly reflected in the changes in the relationship between the EU and its member states, and how each member state understands and specifically applies the framework is very important for third countries to invest in, especially China.

Keywords: FDI screen; FDI review; CAI; power distribution; EU

(责任编辑: 黄志瑾)