

欧盟双轨制 外资安全审查改革： 理念、制度与挑战^{*}

张怀岭

摘 要：欧盟外资审查框架条例是在欧盟层面协调并强化对第三国对欧投资安全审查的最新立法措施。新的外资审查框架被作为追求市场对等开放的法律工具，内容上呈现为以成员国外资审查为基础性审查机制和以欧盟委员会审查为辅助性审查机制的“双轨制”审查模式。“公共秩序与安全”的抽象审查标准通过清单模式和“国别因素”实现具体化。作为我国投资者的应对措施，应充分利用框架条例既有救济机制，个案中启动反规避措施的合法性审查，推动中欧投资协定的签订以及秉承对等原则构建我国的外资安全审查机制。

关键词：外资安全审查； 欧盟法； 双轨制； 外商投资法

作者简介：西南财经大学 法学院 副教授 博士 成都 611130

中图分类号：D952.29

文献标识码：A

文章编号：1005-4871(2019)02-0069-19

^{*} 本文系司法部2018年度国家法治与法学理论研究项目“欧盟及其核心成员国外资并购安全审查法律风险与对策研究”(编号:18SFB3035)、2018年度四川省社会科学规划项目“一带一路”国家外资安全审查法律风险与对策研究”(编号:SC18B127)、中央高校基本科研项目“非上市公司治理中董事勤勉义务规则优化与实施研究”(编号:JBK1801074)的阶段性成果。

一、引言

自2008年金融危机以来,我国对欧盟直接投资持续增长,并在2013~2014年度超越欧盟28个成员国在华投资总额。根据Rhodium Group的统计数据,截至2017年,我国累计对欧直接投资总额(约1319亿欧元)几乎追平欧盟成员国对华直接投资总额(约1323亿欧元)。在投资形式上,我国对欧洲直接投资绝大多数采取并购的形式,而绿地投资比重很小。在投资的分流上,英国、德国、法国等传统西欧国家是我国对欧直接投资的主要目的国。德国、法国、英国等成员国近年来纷纷修订或颁布外国投资安全审查法律法规,强化对非欧盟投资者投资活动的审查。例如,德国分别于2017年和2018年两次对其《对外经济条例》(AWV)进行大幅度修订,一再扩大德国经济部基于“公共秩序与安全”禁止或者限制外国投资的权力。英国议会于2018年6月通过修订《企业法案2002》,降低了对军民两用技术、计算机硬件以及量子技术领域外资并购审查的标准。2018年7月24日,英国商务大臣公布《国家安全与投资白皮书》^①,建议设立强大的并购审查机制。欧盟法层面,在《里斯本条约》生效后欧盟对外国直接投资领域制定共同商业政策享有专属权限的背景下,应德国、法国等成员国的呼吁,^②欧盟委员会于2017年9月13日公布了《关于制定建立外国对欧直接投资审查框架条例的建议》^③(简称《外资条例草案》)。在欧洲议会、欧盟理事会以及欧盟委员会历经多轮三方会谈后,欧洲议会于2019年2月14日表决通过了《建立外国对欧直接投资审查框架的条例》(简称《新框架条例》),^④并于2019年4月10日生效。一种欧盟层面协调统一的、以成员国审查机制为基础、欧盟委员会审查为辅助的“双轨制”外资安全审查格局已然成形。

欧盟部分成员国强化安全审查的立法与实践构成我国对欧直接投资自2017年开始出现断崖式下跌的主因之一,部分中资企业甚至因所谓“安全问题”事实上被排除在东道国市场之外。国家电网在德并购接连受挫等新近的案例以及美欧强

^① The Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy, “National security and investment: proposed legislative reforms”, 24 July 2018, <https://www.gov.uk/government/consultations/national-security-and-investment-proposed-reforms>, 访问日期:2019-05-16.

^② 石岩:《欧盟外资监管改革:动因、阻力及困局》,载《欧洲研究》,2018年第1期,第114-134页,这里第114页。

^③ 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, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-487-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>, 访问日期:2019-05-16.

^④ 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, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/452/oj>, 访问日期:2019-04-23.

化外资审查国际合作的趋势表明,东道国外国投资安全审查未来将构成阻碍我国企业对外投资的最主要法律障碍。如何保障我国投资者的权益免遭东道国政治驱动性、恣意性安全审查的法律风险成为亟待解决的问题。在此背景下,本文旨在以《新框架条例》的规定为基础,结合欧盟委员会《外资条例草案》和欧洲议会国际贸易委员会《关于制定建立外国对欧直接投资审查框架条例建议的报告》(简称《意见报告》)^①的内容,从规制理念与法律工具的角度,着重阐释欧盟外资安全审查立法的规制理念、制度内容与特征,落脚于探讨欧盟外资审查改革对我国投资者的法律挑战及其应对措施。2019年3月15日十三届全国人大二次会议审议并通过的《中华人民共和国外商投资法》将外资安全审查作为我国外资管理的核心制度。欧盟法的立法理念、法律工具选择以及对我国投资者所构成的法律挑战对于《外商投资法》在对等原则下构建我国的外资审查机制具有重要参考意义。

二、欧盟外资审查框架的规制理念

作为公权力对商事活动的干预,外资安全审查构成对投资方抑或被投资方财产权益的限制甚至剥夺。因此,各国立法者在构建本国外资安全审查机制时均需要解决两个维度的基本问题:其一,应秉承何种立法目的和理念来对投资行为进行规制。规制理念在很大程度上是政策的法律化,这对于外资审查法律法规的基本属性具有决定性意义。其二,通过哪些法律工具来最大限度地实现立法目的与规制理念。^②

(一) 框架条例的宏观立法目的:战略利益保护

以近年来中资在欧盟大规模的投资并购(例如,美的集团并购德国库卡公司)为直接背景,欧盟《新框架条例》的核心目的在于预防和消除外国投资对安全与公共秩序的威胁。欧盟委员会主席容克在其2017年盟情演讲中公开宣称“在欧盟层面建立一个新外国投资审查框架”来保障欧盟的战略利益。^③在保障欧盟战略利益这一宏观目的之下,《新框架条例》旨在实现以下具体目标:其一,统一现有多元化的外资审查模式,构建成员国之间以及成员国与欧盟之间系统化的合作机制。目前14个成员国已经基于公共秩序与安全的理由来限制资本流动自由。这些限制措施反映了成员国对外国投资的担忧,并制度化为在审查范围和程序上差异巨

^① INTA-Report, A8-0198/2018, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0198_EN.html, 访问日期:2019-04-23.

^② Jens-Hinrich Binder, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, S. 41.

^③ European Commission, President Jean-Claude Juncker's State of the Union Address 2017, https://ec.europa.eu/commission/priorities/state-union-speeches_en, 访问日期:2019-05-16.