

# 《欧盟外资安全审查条例》与 资本自由流动原则的不兼容性\*

叶 斌

**内容提要:**《欧盟外资安全审查条例》已于2019年4月10日生效,其目的是在欧盟层面建立外资安全审查框架,并且协调成员国外资安全审查机制,赋予欧盟委员会对外资安全审查的咨询权力。欧盟条例授权成员国与委员会在审查时考虑外国直接投资对关键基础设施、关键技术、防务投入品、敏感信息和媒体多样性的可能影响,考虑外国投资者是否被外国政府直接或间接控制,这些考虑因素隐含了经济安全与非现实威胁的考量。这种扩大性的解释方式,有悖于欧盟法院的判例法。《欧盟外资安全审查条例》还难以通过涉及资本自由流动原则的比例原则测试,并且与基础条约中的开业自由原则以及与不得强迫成员国提供有悖于其根本安全利益的信息的规则相冲突。通过对《欧盟外资安全审查条例》与欧盟基础条约和判例法的比较分析,本文认为,不仅欧盟委员会在中短期很难取得外资安全审查的最终决策权,而且《欧盟外资安全审查条例》存在与包括资本自由流动原则在内的欧盟既有成文法与判例法的一致性问题的。

**关键词:** 外资安全审查 资本自由流动原则 安全或公共秩序例外 欧盟投资法

2019年4月10日,由欧洲议会与欧盟理事会通过的《对进入联盟的外国直接投资建立审查框架的第2019/452号欧盟条例》(以下简称《欧盟外资安全审查条例》或《第2019/452号欧盟条例》)生效。<sup>①</sup>《欧盟外资安全审查条例》对所有欧盟成员国具

\* 本文为国家社科基金“欧盟投资法院制度及中国应对研究”项目(项目编号:17BFX147)的阶段性成果,并得到外交部欧洲司中欧关系研究“指南针计划”2018年度委托研究课题(项目编号:KT201801)的资助。作者感谢《欧洲研究》匿名审稿人对论文的修改建议。

<sup>①</sup> 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, OJ L 79 I/1, 21.3.2019. 该条例的中文译稿,可参见《2019年3月19日欧洲议会和理事会关于对进入联盟的外国直接投资建立审查框架的第2019/452号欧盟条例》,叶斌、胡建国、娄思彤译,载黄平、田德文主编:《欧洲发展报告2018~2019》,社会科学文献出版社2019年版。

有直接效力,将于2020年10月11日施行。《欧盟外资安全审查条例》在欧盟层面设计了全新的外资安全审查框架,赋予欧盟委员会以“安全或公共秩序”为由对成员国境内的外国直接投资交易发表咨询性意见的权力,并且建立所谓“合作机制”,允许成员国相互评议,对成员国施加强制性的信息汇报义务。

就立法动机而言,欧盟委员会表示,外国国有企业或受外国控制的企业对欧盟关键技术、基础设施、防务投入品和敏感信息等战略性领域的收购,不仅损害欧盟的技术优势,而且给欧盟带来安全和公共秩序方面的风险。<sup>①</sup> 欧盟委员会认为,现有工具(如欧盟并购审查工具等)不足以应对这种安全风险,希望通过《欧盟外资安全审查条例》来确保欧盟拥有更好的政策工具,通过这个新的监管框架来评估和控制外国直接投资对联盟的潜在安全风险,同时承诺要维持欧盟作为最开放的外国投资目的地的地位。<sup>②</sup>

在《欧盟外资安全审查条例》之前,包括德国、法国和意大利在内约15个欧盟成员国已经建立了外资安全审查机制。<sup>③</sup> 这些成员国审查机制一直受欧盟基础条约所奉行的“开业自由原则”(free establishment)和“资本自由流动原则”(free movement of capital)的约束,欧洲联盟法院在审理成员国措施是否符合这些原则的案件中建立了一些解释规则,包括对安全或公共政策做严格解释、不得追求纯粹的经济目的,等等。《欧盟外资安全审查条例》在前言中称,条例不妨碍《欧洲联盟条约》第4条第2款规定的维护国家安全是成员国独一无二的责任,不妨碍《欧洲联盟运行条约》(TFEU)所奉行的开业自由和资本自由流动原则。那么,《欧盟外资安全审查条例》是否确实与欧盟基础条约和欧盟法院的判例法兼容?

为了分析《欧盟外资安全审查条例》与欧盟既有法律制度(*acquis communautaire*)的兼容性问题,本文从五个方面的问题展开讨论:(1)在欧盟基础条约的规定之下,欧盟委员会能否就外资安全审查发表有约束力的意见?(2)欧盟外资安全审查框架是否适用资本自由流动原则?(3)《欧盟外资安全审查条例》的安全或公共秩序考虑清

<sup>①</sup> 对《欧盟外资安全审查条例》立法动因及欧盟内部不同观点的分析,可参见石岩:《欧盟外资监管改革:动力、阻力及困局》,载《欧洲研究》,2018年第1期;叶斌:《欧盟外资安全审查机制立法草案评述》,载黄平、周弘、程卫东主编:《欧洲发展报告(2017~2018)》,社会科学文献出版社2018年版,第168~182页;关于如何应对欧盟外资安全审查,可参见廖凡:《欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对》,载《法商研究》,2019年第4期。

<sup>②</sup> See European Commission, “Communication on Welcoming Foreign Direct Investment while Protecting Essential Interests,” COM(2017) 494 final, Brussels, 13.9.2017, p. 5.

<sup>③</sup> 截止到2019年7月22日,已向欧盟委员会通报本国外资安全审查机制的15个欧盟成员国为:丹麦、德国、西班牙、法国、意大利、拉脱维亚、立陶宛、匈牙利、荷兰、奥地利、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、芬兰和英国,相关信息可参见欧盟网站, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc\\_157946.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf), 2019年10月1日访问。《欧盟外资安全审查条例》之前欧盟与部分欧盟成员国的外资安全审查机制,可参见潘德勇:《欧盟外资并购国家安全审查制度对中国的启示》,载《湖北经济学院学报》,2013年第5期。

单是否符合严格解释的要求?(4)《欧盟外资安全审查条例》能否通过比例原则测试?(5)《欧盟外资安全审查条例》与其他欧盟规则的一致性问题。通过对这些问题的分析,本文试图展现《欧盟外资安全审查条例》与欧盟基础条约与判例法,特别是内部市场自由规则之间存在的冲突与张力。

## 一 欧盟委员会能否发表有约束力的意见

根据《欧盟外资安全审查条例》第1条,“条例建立成员国以安全或公共秩序为由审查进入联盟的外国直接投资的框架,以及成员国之间和成员国与欧盟委员会之间对于可能影响安全或公共秩序的外国直接投资的合作机制。欧盟委员会可以对这类投资发表意见”。由此,《欧盟外资安全审查条例》建立了两个层面的审查机制:其一,在欧盟层面,欧盟委员会有权对发生在欧盟境内的外国直接投资发表“意见”(opinion),无论外国直接投资影响多个成员国的安全或公共秩序,还是影响“具有联盟利益的欧洲项目或计划”,<sup>①</sup>也无论投资所在国是否对该外国直接投资施加审查。<sup>②</sup>在这个层面,其他成员国也有权对发生在另一成员国境内的外国直接投资发表“评论”(comment)。其二,在成员国层面,尽管部分成员国已经建立外资安全审查机制,但是条例第1条第1款仍郑重其事地授权成员国可以建立这种审查机制,并且在第1条第3款中允许成员国自行决定是否建立这种审查机制。

但是,《欧盟外资安全审查条例》并没有赋予欧盟委员会的意见以约束力,而是与成员国的评论一样仅具有咨询意义。条例第6条第9款和第7条第7款都只规定,成员国应“适当考虑”(give due consideration)其他成员国的评论和委员会的意见。第6条第9款更进一步指出:“最终的审查决定应由实施审查的成员国做出。”换言之,欧盟成员国才是外资安全审查的最终决策者。由此,《欧盟外资安全审查条例》建立的是一个“多行为体的”和“去中心化的”审查框架,成员国始终是这个框架中的核心。

当然,欧盟委员会发表意见和其他成员国发表评论的合作机制并非没有意义。《欧盟外资安全审查条例》为欧盟委员会和其他成员国以安全或公共秩序为由对某成员国境内的外国直接投资施加政治影响力,提供了明确的和程序化的渠道。尤其是对没有外资安全审查机制的成员国而言,欧盟条例实际上使其建立了一种被动性的审查方式。就此而言,《欧盟外资安全审查条例》建立的外资安全审查框架是一个高度政

<sup>①</sup> 《欧盟外资安全审查条例》在附件中列举了具有联盟利益的项目和计划清单。

<sup>②</sup> 根据《欧盟外资安全审查条例》第7条,欧盟委员会可对未在审查之中的外国直接投资发表意见,只要在投资完成前15个月内。

治化的施压或合作机制。这就引出了几个疑问:为什么不直接赋予欧盟委员会对外资安全审查的最终决策权,为什么不将制度设计为中心化的机制,而是代之以这种去中心化的合作框架?同样都是对外资施加限制或监管,为什么《欧盟外资安全审查条例》不能像《欧盟并购控制条例》<sup>①</sup>那样赋予欧盟委员会对欧盟层面的企业并购以唯一的管辖权(sole jurisdiction)?同样都属于欧盟具有专属权能的“共同商业政策”(Common Commercial Policy),为什么《欧盟外资安全审查条例》不能像《欧盟反倾销条例》<sup>②</sup>或《欧盟反补贴条例》<sup>③</sup>那样赋予欧盟委员会唯一的调查权和决策权?<sup>④</sup>

《欧盟外资安全审查条例》的前言为解答上述问题提供了方向。条例在前言7中援引了欧盟基础条约中涉及维护国家安全或安全利益的两个重要条款。它援引《欧洲联盟条约》第4条第2款,称条例建立的共同框架不妨碍维护国家安全是每个成员国独一无二的责任(sole responsibility)。它又援引《欧洲联盟运行条约》第346条,称不妨碍各成员国对其根本安全利益的保护。根据《欧洲联盟条约》第4条,“国家安全仍是每个成员国独一无二的责任”。《欧盟外资安全审查条例》援引该条款,原本旨在消除成员国对立法的疑虑以便促成草案通过,但是也排除了欧盟委员会成为安全审查最终决策者的可能性,即使安全审查的对象属于欧盟委员会认为的联盟专属权能领域。

由此可见,欧盟之所以没有建立中心化的外资安全审查机制,固然是因为一些成员国缺乏推动此种立法设计的政治意愿,但更重要的是欧盟基础条约存在根本上的法律限制。据此可以推论,除非欧盟成员国同意修订基础条约,或者成员国在突破欧盟基础条约限制的问题上具有足够的意愿,在中短期内欧盟委员会无法取得外资安全审查的最终决策权。

欧盟委员会可以就安全审查发表意见,这在《欧盟外资安全审查条例》之前也有法律上的蛛丝马迹可寻。欧洲联盟法院曾在判决中赋予欧共同体机构对解释“公共政策”概念的控制权,只不过欧盟法院没有明确这个欧共同体机构是否包括欧盟委员会。但有一点是确定的,对公共政策概念范围的解释至少应在欧洲联盟法院这个欧共同体机构的控制之下。在1974年涉及限制工人自由流动的伊冯娜·范杜恩案(Yvonne van

<sup>①</sup> See Article 21(2), Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 024, 29.01.2004.

<sup>②</sup> Regulation (EU) 2016/1036 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on Protection against Dumped Imports from Countries Not Members of the European Union (codification), OJ L 176, 30.6.2016.

<sup>③</sup> Regulation (EU) 2016/1037 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on Protection against Subsidised Imports from Countries Not Members of the European Union (codification), OJ L 176, 30.6.2016.

<sup>④</sup> 在反倾销反补贴调查中,通常称欧盟委员会是唯一的决策机构,尽管成员国仍保留阻止欧盟委员会决定的权力,参见 [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/april/tradoc\\_151022.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/april/tradoc_151022.pdf), 2019年10月1日访问。

Duyn)中,对于某成员国是否有权以公共政策为由限制另一成员国国民从事不为本国国内法禁止但是违反本国公共利益的工作,欧洲法院指出:“需要强调的是,在共同体语境下,特别是在减损适用共同体法基本原则时,公共政策的概念必须被严格解释,其范围不能在沒有共同体机构控制之下由各成员国单方面地决定。”<sup>①</sup>在该案中,欧洲法院首次明确欧共体机构(现为欧盟机构)拥有对公共政策概念范围的控制权。<sup>②</sup>

但是,对于欧盟机构如何行使这种对公共政策概念的控制权,欧洲法院并没有给予更清晰的指引。在范杜恩案中,欧洲法院在做上述解释之后就立即以但是为转折,转而重申成员国主管机构具有自由裁量的空间。欧洲法院称:“但是,援引公共政策概念的特别情形,可能因时、因地有所不同,因此有必要允许成员国主管机构在《欧共体条约》规定的限制之内具有自由裁量的余地”。在最终裁决中,欧洲法院允许英国以公共政策为由限制外国人在英国从事被英国政府视为邪教的传教工作。在此案中,欧洲法院事实上采取了近乎骑墙但务实的解释方式,一方面承认欧共体对公共政策范围的解释控制权,但未加进一步揭示,另一方面则在事实上肯定成员国可根据本国的特有概念和具体情形加以自由裁量。

《欧盟外资安全审查条例》是除欧盟法院之外的欧盟机构首次对减损适用内部市场基础自由原则的“安全或公共秩序”的概念范围施加控制。这种从欧盟立法层面对安全或公共秩序概念的控制,至少引发了两个法律问题:其一,由于《欧盟外资安全审查条例》以对外行动领域的共同商业政策为法律基础,<sup>③</sup>欧盟外资安全审查框架是否适用内部市场的资本自由流动原则?其二,《欧盟外资安全审查条例》对安全或公共秩序概念的控制是否符合欧盟基础条约和欧盟法院判例法?

## 二 欧盟外资安全审查框架是否适用资本自由流动原则

根据《欧盟外资安全审查条例》序言,条例以《欧洲联盟运行条约》第207条为法律基础,并且采用普通立法程序通过了这部立法。《欧洲联盟运行条约》第207条是“共同商业政策”的核心条款之一,属于欧盟的对外行动领域。就表面而言,欧盟内部

<sup>①</sup> Case 41/74, Yvonne van Duyn v Home Office, Judgment of 4.12.1974, para. 18.

<sup>②</sup> 在《里斯本条约》生效之后,欧共体被欧盟完全取代。在《马斯特里赫特条约》至《尼斯条约》时代,在法律上欧共体与欧盟是不同的机构。为了便于论述,本文不对两者做区分。

<sup>③</sup> 对《欧盟外资安全审查条例》以共同商业政策为法律基础的质疑,可参见 Bin YE, “Comments on EU’s Proposed Regulation on Establishing a European Framework for Screening FDI: Right Legal Basis?” *EU-China Observer*, Issue 4.18, March 2019, pp. 9-12; 叶斌:《欧盟外资安全审查立法草案及其法律基础的适当性》,载《欧洲研究》,2018年第5期。

市场规则与欧盟对外行动分属于不同的政策领域,具有不同的政策目标和方式,可以适用不同的原则和规则。那么,欧盟外资安全审查框架是否以及如何适用资本自由流动原则?

《欧洲联盟运行条例》第 63-66 条规定了资本自由流动原则与例外。与货物、工人、服务和开业等领域的自由流动条款不同,条约明确规定资本自由流动原则不仅适用于成员国之间,还适用于成员国与第三国之间。第 65 条第 1 款第 2 项允许成员国基于公共秩序或公共安全考虑而采取减损适用资本自由流动原则的限制性措施。第 3 款要求减损适用的措施或程序“不得构成对资本与支付自由流动的武断歧视或变相限制”。这个安全例外是《欧盟外资安全审查条例》生效之前成员国外资安全审查机制的法律基础,欧盟法院在内部市场自由流动领域发展出一系列与外资安全审查相关的解释规则。那么,《欧盟外资安全审查条例》是否与这些规则相一致?

#### (一)“资本流动”与“外国直接投资”的关系

理解“资本流动”与“外国直接投资”的关系非常重要,这不仅关乎《欧盟外资安全审查条例》的适用范围,而且涉及其在多大程度上适用资本自由流动原则及其例外。

《欧洲联盟运行条约》第 64 条明确将“直接投资”作为“资本流动”的下位概念,把来自第三国的直接投资、房地产投资、金融或证券商服务等作为“资本流动”的示例。与欧盟内部市场其他基本自由的概念(如开业权)不同,“资本流动”不是由欧盟基础条约直接定义,<sup>①</sup>而是由《关于资本流动自由化的第 88/362 号理事会指令》附件一中“有关资本流动的术语”(Nomenclature of the Capital Movements)来定义。<sup>②</sup>在这个术语中,外国直接投资(foreign direct investment)和外国间接投资(foreign portfolio investment)都被置于在资本流动的概念之下。由此,《欧盟外资安全审查条例》与《欧洲联盟运行条约》的资本自由流动章节存在适用范围上的交叉。

#### (二)“外国直接投资”的定义及其影响

对《欧盟外资安全审查条例》而言,“外国直接投资”的定义非常重要,因为这关乎条例的适用范围。由于《欧盟外资安全审查条例》的立法基础只限于外国直接投资,外国间接投资或证券投资被排除在适用范围之外。

在《欧盟外资安全审查条例》之前,前述《第 88/362 号指令》附件一已经对“直接

<sup>①</sup> Steffen Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, 2009, p. 44.

<sup>②</sup> Nomenclature of the Capital Movements Referred to in Article 1 of the Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the Implementation of Article 67 of the Treaty, OJ L 178, 8.7.1988, pp. 5-18. 根据欧盟法院的解释,该术语中有关资本流动的清单不是穷尽性的,参见 Case C-222/97, Trummer and Mayer, Judgment of 16.3.1999, para. 21.

投资”做了明确的定义,并且将其分为四类。根据《第 88/362 号指令》附件一有关术语的解释性说明,“直接投资”是指“由自然人或商业、工业或金融企业所做的各种投资,用于在提供资金的人与获得资金的企业或企业家之间建立或维持长久和直接的联系,以进行经济活动。本概念必须在最广泛意义上理解”。<sup>①</sup> 该术语将“直接投资”分为四类:(1)完全控股的类型,包括开设和扩展分支机构或者完全属于资金提供者的全新企业,以及完全收购现有企业。这一类企业指法律上自主的企业(全资子公司)或分支机构;(2)参与新企业或者现有企业,以建立或者维持持久的经济联系。这类直接投资指如果仅是部分控股,其所持份额能使投资者有权有效地参与公司的管理或者施加控制;(3)贷款类,指为了建立或维持持久的经济联系而提供长期贷款。这类直接投资是指为了建立和维持持久的经济联系而提供的五年以上期限的贷款,其中主要包括公司向其子公司或其拥有股份的公司提供的贷款,以及具有利润分享安排的贷款。金融机构为了建立或维持持久的经济联系而提供的贷款也包括在内;(4)再投资,指为了维持持久的经济联系而将利润用于再投资。

《欧盟外资安全审查条例》第 2 条中有关“外国直接投资”的定义与《第 88/362 号指令》附件的定义几乎一样:“外国直接投资是指其目的是在外国投资者与被投资的企业主或者企业之间建立或维持持久和直接的联系以在某成员国开展经济活动的任何类型的投资,包括能使其有效参与管理或者控制某个开展经济活动的公司的投资”。<sup>②</sup> 两者的区别在于,指令更明确地指出外国投资者的范围,包括自然人和商业、工业或金融企业。从指令对外国直接投资的分类来看,金融机构为了建立与企业的长期联系而提供的五年以上长期贷款、母公司对子公司或分支机构的贷款以及再投资,都属于欧盟法上的直接投资范围。由此,如果以中国为例,则中国国有银行以长期贷款形式给中国企业“走出去”或参与“一带一路”建设而提供的长期融资,以及已经在欧开设分支机构或子公司的中资企业在日后的追加投资,都被纳入《欧盟外资安全审查条例》的范围。

《欧盟外资安全审查条例》不仅应受资本自由流动原则成文法的约束,还应受欧

<sup>①</sup> 《第 88/362 号指令》附件一对直接投资的定义:“Direct investments; Investments of all kinds by natural persons or commercial, industrial or financial undertakings, and which serve to establish or to maintain lasting and direct links between the person providing the capital and the entrepreneur to whom or the undertaking to which the capital is made available in order to carry on an economic activity. This concept must therefore be understood in its widest sense”。

<sup>②</sup> See Article 2 of Regulation (EU) 2019/452, “‘foreign direct investment’ means an investment of any kind by a foreign investor aiming to establish or to maintain lasting and direct links between the foreign investor and the entrepreneur to whom or the undertaking to which the capital is made available in order to carry on an economic activity in a Member State, including investments which enable effective participation in the management or control of a company carrying out an economic activity”。

盟法院相关判例法的约束。在欧盟法院的判例法中,是否影响企业管理或对企业施加控制,是区分“直接投资”与“间接投资”的关键因素。在2006年委员会诉荷兰案(Commission v Netherlands)的判决中,欧盟法院指出,就《欧共体条约》第56条第1款而言,资本流动尤其包括通过持有股份而使其有效参加管理和控制的“直接投资”,以及在资本市场上购买股票,其目的只是为了金融投资而无意影响企业管理和控制的“间接投资”。<sup>①</sup>在委员会诉葡萄牙案(Commission v Portugal)中,欧盟法院称,直接投资的特征尤其体现于有效地参与企业的管理或者对其施加控制的可能性。<sup>②</sup>在委员会诉意大利案(Commission v Italy)中,欧盟法院指出:“跨境直接投资的特征在于可以有效参与管理和控制。由此,控股收购以及充分行使与此类控股有关的投票权,是涵盖在资本流动概念内的”。<sup>③</sup>

《欧盟外资安全审查条例》本身承认应与资本自由流动原则相一致。条例前言4称,“条例不妨碍《欧洲联盟运行条约》第65条第1款第2项规定的成员国减损适用资本自由流动的权力”。那么,条例的内容是否以及在多大程度上符合与资本自由流动原则有关的成文法与判例法?

### 三 安全或公共秩序考虑清单是否符合严格解释的要求

《欧盟外资安全审查条例》第4条是条例的核心条款之一,它授权成员国和欧盟委员会在判断外国直接投资是否可能影响安全或公共秩序时“可以考虑的因素”。条例将考虑因素分为两大类:其一是“行业或领域清单”,包括关键基础设施、关键技术、关键投入品、敏感信息和媒体在内的特定行业或领域;其二是所谓“特别考虑因素”,包括外国投资者是否受第三国政府控制,成员投资者是否已涉入影响安全或公共秩序的活动,外国投资者是否存在从事违法犯罪的严重风险。那么,这些考虑因素是否符合欧盟法院在资本自由流动领域的判例法?下文将从两个角度对此进行分析:一是条例中所列的庞杂的考量清单是否符合欧盟法院对公共安全相关概念的严格解释要求;二是条例中隐藏的经济目的和条例中提及的假想的风险,是否符合欧盟法院的判例法。

#### (一) 条例庞杂的清单 VS 欧盟法院的严格解释要求

《欧盟外资安全审查条例》第4条第1款的行业或领域清单包括五大类:关键基

<sup>①</sup> Joined Cases C-282/04 and C-283/04, Commission v Netherlands, Judgment of 28.9.2006, para. 19.

<sup>②</sup> C-367/98, Commission v Portugal, Judgment of 4.6.2002, para. 38.

<sup>③</sup> C-174/04, Commission v Italy, Judgment of 2.6.2005, para. 12.

基础设施、关键技术、关键投入品供应安全、涉及敏感信息的行业,以及媒体自由和多样性。

(1) 关键基础设施,无论是物理或者虚拟的,包括能源、运输、水、医疗、通信、媒体、数据处理或存储、航空、防务、选举或金融基础设施和敏感设施,以及对使用这些基础设施至关重要的土地和房地产;

(2) 关键技术和《第 428/2009 号 (EC) 理事会条例》第 2 条第 1 项定义的两用物项,包括人工智能、机器人技术、半导体、网络安全、航空、防务、能源储存、量子力学和核技术以及纳米技术和生物技术;

(3) 关键投入品的供应,包括能源或原材料在内,以及食品安全;

(4) 获取包括个人数据在内的敏感信息的能力,或者控制此类信息的能力;

(5) 媒体的自由和多样性。

《欧盟外资安全审查条例》还在附件中以清单形式列举了 8 项具有联盟利益的计划或项目,包括欧洲全球导航和卫星系统 (GNSS) 项目、哥白尼计划 (Copernicus)、地平线 2020 (Horizon 2020)、泛欧交通网络 (TEN-T)、泛欧能源网络 (TEN-E)、泛欧电信网络、欧洲防务工业发展计划和永久结构性合作 (PESCO)。这些项目或计划涉及关键基础设施、关键技术或关键投入品。这个清单不是穷尽性的,条例第 8 条第 4 款特别授权欧盟委员会未来修订这个清单。

对于“安全或公共秩序”(security or public order)的概念,欧盟立法以及欧盟法院一直避免给予确定的定义。欧盟法院也不对该术语与“公共政策”(public policy)、“公共利益”(public interest)或“公益”(public good)做特别的区分,而是以默示的方式加以混同使用。<sup>①</sup> 在与四大自由有关的判例法中,欧盟法院发展出对“公共安全或公共政策”做严格解释的规则。正是在前引涉及工人自由流动的伊冯娜·范杜恩案,欧盟法院指出:“需要强调的是,在共同体语境下,特别是在减损适用共同体法基本原则时,公共政策的概念必须被严格解释 (be interpreted strictly)”。<sup>②</sup> 在 2000 年科学教会案 (Église de Scientologie) 中,欧盟法院再次重申对于“安全或公共秩序”概念的严格解释规则,并将其从工人自由流动延伸适用于资本自由流动原则的安全或公共政策例外。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 在皮埃尔·布舍罗案 (Pierre Bouchereau) 中,欧盟委员会、伦敦警察厅、英国政府等各方的代理律师表达了对公共安全、公共秩序、公益等术语的不同理解,但是欧洲法院在判决中并未对这些概念做区分。参见 Case 30/77, Régina v Pierre Bouchereau, Judgment of 27.10.1977, pp. 2003-2007。

<sup>②</sup> Case 41/74, Yvonne van Duyn v Home Office, Judgment of 4.12.1974, para. 18.

<sup>③</sup> Case C-54/99, Église de Scientologie v Prime Minister, Judgment of 14.3.2000, para. 17.

与欧盟法院严格解释安全或公共政策概念的要求相对,《欧盟外资安全审查条例》在其授权考虑的安全因素中做扩张性的陈述,将基础设施、关键技术、关键投入品、敏感设施和媒体多样性都纳入其中。这个庞杂的清单中既有行业清单,也有技术清单;既有传统的安全考量,也包括政治安全的关切,例如媒体的自由和多样性以及与选举有关的设施;更为重要的是,条例把保护欧盟经济安全和技术竞争优势纳入考量范围。尤其是所谓“具有联盟利益的项目或计划”清单,其中大多数涉及欧盟技术和基础设施,无论实体还是虚拟的基础设施,而真正的防务或国家安全仅占其中一小部分。在通常情况下,很难想象外国投资者投资欧盟的纳米技术、生物技术、泛欧交通网络和食品等领域会如何严重影响欧盟的安全和公共秩序。在这些领域,第三国投资者与欧盟内部投资者影响欧盟安全或公共秩序的可能性应该是一样的。这个考虑清单很大程度上表现出欧盟向贸易保护主义转变的倾向。

对外国投资者而言,这些考量因素构成一个不鼓励外国资本进入的行业或项目的庞杂清单。与2017年欧盟委员会提出的立法草案<sup>①</sup>相比,条例最终文本的清单大为扩张。2017年草案第4条中并未明确包括虚拟基础设施、食品安全、纳米技术、生物技术、相关土地和房地产以及媒体等。这种扩张性解释的趋势与美国不断加强外资安全审查的做法相呼应。例如,2018年美国《外国投资风险审查现代化法》(FIRMA)把外国人购买或租赁邻近政府敏感设施的土地也纳入审查范围。<sup>②</sup> 欧盟立法者选择性地忽视欧盟法院严格解释安全或公共秩序的规则。这个庞杂的考虑因素清单为成员国在适用条例时突破欧盟法院判例法提供了可能性。

(二)隐藏的经济目的 VS 不得追求纯粹的经济目的,假想的风险 VS 真正足够的严重威胁

2000年科学教会案(Église de Scientologie)涉及法国外资事前审批机制的合法性问题。在该案中,欧盟法院把欧盟内部市场其他自由的安全例外解释规则全面引入资本自由流动领域,要求外国投资事前审批程序必须符合“法律确定性原则”。欧盟法院指出,如果以公共政策和公共利益为理由减损适用资本自由流动基本原则,则这些理由必须被严格解释。为了说明何为“严格解释”,欧盟法院将1975年鲁蒂利诉法国

<sup>①</sup> See Article 4, “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, 2017/0224 (COD), Brussels, 13.9.2017.

<sup>②</sup> 美国投资安全审查立法由一系列单行法律和总统令组成,其最新进展参见美国财政部网站: <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius>。亦可参见邵沙平、王小承:《美国外资并购国家安全审查制度探析》,载《法学家》,2008年第3期;漆彤:《美国外资并购安全审查制度的最新发展及其借鉴》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2009年第2期;刘斌、潘彤:《美国对华投资并购安全审查的最新进展与应对策略》,载《亚太经济》,2019年第3期。

内政部案(Roland Rutili v Ministre de l'intérieur)<sup>①</sup>中有关人员自由流动原则的解释延伸适用于资本自由原则。其一,“只有存在对社会根本利益的真正和足够严重的威胁”(a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society)时,才可以使用公共政策和公共安全理由;其二,这些减损不得被滥用,以至于事实上用于纯粹的经济目的(to serve purely economic ends);其三,任何受因这种减损而实施的限制性措施影响的个人都可以寻求司法救济。<sup>②</sup>

然而,《欧盟外资安全审查条例》第4条规定的众多安全考虑因素不仅纳入了传统安全,而且将保护经济安全与保护技术竞争力的“经济目的”隐藏在安全理由之下,这可能造成对资本自由流动的变相限制。不仅如此,条例要求考虑“可能”(likely)对安全或公共秩序的影响,而2017年条例草案中并无“可能”一词。将“可能”增加到条例正文中,自然不可能只有修辞上的作用。这意味着,《欧盟外资安全审查条例》将“假想的”或者“非现实的”风险一揽子纳入考虑因素。这种假想的安全威胁不仅涉嫌武断的歧视,而且与欧盟法院判例法——对公共政策或公共安全的威胁必须是“真正的”和“足够严重的”——相冲突。这种与欧盟法院严格解释规则相背离的立法方式,构成共同商业政策领域的成文法与资本自由流动章节的判例法之间的张力。

值得注意的是,在委员会诉比利时(Commission v Belgium)一案中,欧盟法院一度偏离了上述严格解释的方式,引入“危机时期保护战略资产”的特殊理由。在该案中,比利时国内法允许比利时政府在已经私有的天然气与电力公司拥有“黄金股份”(Golden Share),其目的是让政府能够控制未来对某些战略资产的处理。欧盟法院裁定该规则属于《欧洲联盟运行条约》第65条第1款第(2)项意义上的安全例外,因为它的目的是为了在危机时期保证能源最低水平的供应,其黄金股份并没有超出为了实现该目的的必要范围。欧盟法院强调本案所涉机制只涉及战略资产,尤其是能源供应网络。<sup>③</sup> 欧盟法院特别引入了“危机时期”的风险概念,将战略资产与危机应对联系在一起。这种新的解释方法为欧盟将战略资产或战略行业纳入安全考虑因素提供了法律上的依据。但是,这也可能打开了潘多拉的盒子,因为在“危机时期”,任何领域、项目或行业都可能涉及安全或公共政策。这种危机解释方式,给这个本来就政治化的决策领域增加了更多的政治色彩。

<sup>①</sup> Case 36/75, Roland Rutili v Ministre de l'intérieur, Judgment of 28.10.1975, para. 28, 30.

<sup>②</sup> Case C-54/99, Église de Scientologie v Prime Minister, Judgment of 14.3.2000, para. 17.

<sup>③</sup> Case C-503/99, Commission v Belgium, Judgment of 4.6.2002, para. 46, 50.

#### 四 《欧盟外资安全审查条例》能否通过比例原则测试

要使一项限制欧盟内部市场自由的措施正当化,还需要适用“比例原则测试”(Proportionality Test)。在2000年阿尔费雷多·阿尔博雷案(Alfredo Albore)中,欧盟法院明确将“比例原则”(principle of proportionality)引入对安全例外的解释。欧盟法院指出:“公共安全的理由不能用于减损诸如资本自由流动原则这样的条约规则,除非比例原则得到遵守,这意味着任何减损都必须保持在实现目标所需要的适当和必要范围内。”<sup>①</sup>

早在1995年莱因哈德·格伯哈德案(Reinhard Gebhard)中,欧盟法院总结了限制基本自由须满足的四个条件。欧盟法院认为,“有可能阻碍条约所保障的基本自由或使其吸引力降低的成员国措施,如果要取得正当性,必须满足四个条件:其一,必须以非歧视的方式适用;其二,必须出于普遍利益的迫切或必要要求(imperative requirements);其三,必须适合于确保实现其追求的目标;其四,不得超出为了实现其目标所必需的范围”。<sup>②</sup>这四个条件构成了所谓“比例原则测试”,可简单概括为:“非歧视原则”“普遍利益的迫切或必要要求原则”“限制措施的方式与目标的相称性”,以及“限制措施的功能范围与目标之间的相称性”。在后两个条件中,包含了目的分析与功能分析两种分析工具。

在科学教会案中,欧盟法院在要求对安全和公共政策做严格解释之后,裁定“以公共政策和公共安全为由限制‘资本流动’的措施,只有在为了保护其旨在保障的利益所必需的情况下,并且只有在那些目标不能通过更少限制的措施取得的情况下”。<sup>③</sup>在委员会诉比利时黄金股份案中,欧盟法院在引入危机时期保护战略资产的特别理由时也采用了比例原则测试。欧盟法院认为,比利时政府持有黄金股份的目的是为了在危机时期保证能源最低水平的供应,其黄金股份并没有超出为了实现该目的的必要范围。

由此,欧盟委员会和成员国在依据《欧盟外资安全审查条例》审查外国直接投资时,其审查决定不仅要符合对安全或公共秩序的“严格解释原则”,还必须通过“比例原则测试”。

<sup>①</sup> Case C-423/98, Alfredo Albore, Judgment of 13.7.2000, para. 19.

<sup>②</sup> Case C-55/94, Reinhard Gebhard v Consigliodell' Ordinedegli Avvocati e Procuratori di Milano, Judgment of 30.11.1995, para. 37.

<sup>③</sup> Case C-54/99, Église de Scientologie v Prime Minister, Judgment of 14.3.2000, para. 18.

### (一) 如何适用“非歧视原则”

就“非歧视原则”而言,无论《欧盟外资安全审查条例》是否有意针对某国以国有企业方式对欧所做的直接投资,例如中国企业“走出去”采取的投资方式,根据条例实施的安全审查都不得存在国籍歧视,即因外资的来源地而给予歧视性待遇,除非双方在双边投资协定中达成特别的安排。在这里,非歧视原则的适用分为两种情况:一种是针对不同第三国的投资者是否构成歧视,《欧盟外资安全审查条例》第3条第2款要求不得在第三国之间构成歧视;另一种是针对欧盟内部投资者与第三国投资者之间是否构成歧视,对于这种情况,条例并不加以禁止。在资本流动自由章节下,对于欧盟内部资本流动和欧盟与第三国之间资本流动是否适用相同的规则,欧洲学者存在不同的解读。有学者在分析完欧盟法院的判例后,认为两者并没有本质的不同。<sup>①</sup>也有学者认为由于《欧洲联盟运行条约》投资章节中祖父条款的存在,条约起草者事实上对欧盟内部投资与第三国对欧投资做了区分。<sup>②</sup>

在绝大多数欧盟法院判例中,欧盟法院对欧盟内部资本流动与第三国资本流动未加区别。但是,在 FII 集体诉讼案中,欧盟法院采纳了吉尔霍德(L. A. Geelhoed) 佐审官(Advocate General)的观点,指出“成员国可以出于某个特定原因限制非成员国资本的进出,即使在这种情况下,该原因不构成限制成员国之间进行资本流动的正当理由”。<sup>③</sup>换言之,成员国可以采取不同于限制成员国之间的原因来限制第三国资本。在瑞典税务局案中,欧盟法院做了进一步的解释,“由于欧盟成员国之间存在法律的一体化,特别是存在旨在确保成员国税务机关合作的共同体立法,成员国对发生在共同体的跨国经济活动征税,并不总是与对成员国与第三国之间发生的经济活动征税具有可比性”。<sup>④</sup>这里,欧盟法院注意到资本流动在欧盟内部与欧盟外部之间的差异。但是,欧盟法院的解释仍然保持克制,仅指出两者不一定具有可比性。

《欧盟外资安全审查条例》第3条第2款只规定第三国之间的非歧视原则,旨在否定在欧盟内部与第三国直接投资之间适用非歧视原则。这意味着在安全审查方面,《欧洲联盟运行条约》投资章节给予第三国投资者以欧盟内部投资者的“国民待遇原则”正在被摒弃,欧盟在收回向全世界单方面开放资本自由流动(*erga omnes*)的承诺

<sup>①</sup> See Steffen Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, 2009, pp. 242-243.

<sup>②</sup> See Paul Crag and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials* (Sixth Edition), Oxford University Press, 2011, p. 723.

<sup>③</sup> Case C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, Judgment of 12.12.2006, para. 171.

<sup>④</sup> Case C-101/05, *Skatteverket v A*, Judgment of 18.12.2007, para. 37.

方面迈出了第一步。但是,由于《欧洲联盟运行条约》第 63 条原则上禁止对成员国之间及成员国与第三国之间的资本流动施加任何限制,《欧盟外资安全审查条例》的歧视性做法正在挑战欧盟基础条约。这种挑战是否符合欧盟法,需要欧盟法院在未来的案件中予以进一步的澄清。

## (二) 如何适用“普遍利益的迫切或必要要求原则”

就“普遍利益的迫切或必要要求原则”而言,安全或公共秩序的理由当然是出于普遍利益,对《欧盟外资安全审查条例》来说,这个测试的重点在于利益的迫切性和必要性。根据科学教会案的判例规则,在适用安全或公共秩序理由时,“应存在对社会根本利益的真正和足够严重的威胁”。这意味着,这种安全上的威胁是真正的、真实的、现实的,不是假想的或设想的;是足够严重的威胁,不是轻微的或者一般严重的威胁;是紧迫的,而不是未来的、非紧迫的。

《欧盟外资安全审查条例》在第 4 条第 2 款有关安全或公共秩序的特别考虑中隐含了“普遍利益的迫切或必要要求原则”,但是又有所区别。该款允许成员国和欧盟委员会特别考虑三种情况:其一,外国投资者是否由第三国的包括国家机构或武装力量在内的政府直接或间接地控制,包括所有权结构或提供大量资金;其二,外国投资者是否已经涉入影响成员国安全或公共秩序的活动;其三,是否存在外国投资者从事非法或犯罪活动的严重风险。

对于第一种情况,外国政府的直接或间接控制并不一定构成安全上的严重威胁。而提供包括补贴、研发投入在内的资助,这是包括欧盟成员国在内的很多国家的普遍实践,不一定意味着实质上的控制。

对于第二种情况,条例要求考虑外国投资者是否正在从事影响成员国安全的活动。这个条款非常模糊,既可以解释为外国投资者的投资行为已经构成现实的安全威胁,又可以解释为审查外国投资者的过往安全历史。就法律的确定性而言,相对于欧盟法院对普遍利益的迫切或必要要求原则而言,欧盟条例不是去明确它,而是去淡化和模糊处理。这种淡化欧盟法院判例法的做法,为欧盟成员国歧视性地对待第三国外国直接投资带来了可能性,也损害了欧盟法律的确定性。

就受外国政府直接或间接控制而言,与美国规则相比,《欧盟外资安全审查条例》的列举范围更广,它允许考虑“外国政府是否通过所有权结构或提供大量资金”,这不仅可能将国有企业纳入其中,也可能把受外国政府补贴、融资优惠、研发资助等的高新技术民营企业的对外投资也纳入在内。2008 年 11 月美国修订《外国人合并、收购和接管条例》,其中将“控制”定义为“对目标实体所拥有的某些重要事务上的直接或间

接的权力,无论是否被行使,其方式是通过所有权多数或者在关键投票权中的主导性少数,在董事会占有席位、代理投票、特殊股份、合同安排、正式或非正式的协同安排以及其他方式,决定、指导或决定影响实体的重要事项”。<sup>①</sup> 美国对控制的审查方式是所谓“功能分析法”,综合考虑所有相关事实和情势,并不是采取投资金额等一刀切的方式。<sup>②</sup> 欧盟条例一方面吸收了美国实践中的所有权结构做法,另一方面将受外国大量资金资助纳入其中,呈现出更多扩张性解释的趋势。就此而言,中国对欧投资将很大程度上被纳入欧盟外资安全审查框架之下。对于如何解释“控制”这个关键概念,欧盟条例的列举很有限,这留给成员国很大的自由裁量的空间,需要欧盟法院在未来的诉讼中给予解释。

### (三) 目的测试与功能测试

为了便于论述,这里将后两条的目的测试与功能测试合并论述。这两种测试法,旨在分析限制性措施的目的与措施所采取的手段之间是否相称,是否存在更少限制效果的措施。

《欧盟外资安全审查条例》与欧盟资本自由流动原则安全例外的目的和手段存在明显的不同。《欧盟外资安全审查条例》将安全审查作为一般性做法,从前述的论述中不难得出这一观点。欧盟条例尽可能地扩张安全审查的范围,扩大安全因素的考量范围,并且增加欧盟机构的权力。而欧盟资本自由流动原则的安全例外是将安全或公共秩序作为减损适用资本自由流动原则的一种特殊的、例外的个别情形,其目的是禁止任何对资本流动的限制。

具有扩张性解释特征的《欧盟外资安全审查条例》,必然造成成员国和欧盟委员会对条例的扩大适用。作为欧盟的成文立法,实施外资安全审查的成员国机关或欧盟机构很可能倾向于在适用条例的情况下突破欧盟法院的严格解释规则。而就是否存在更少限制效果的措施而言,正如2008年欧盟委员会关于主权财富基金的共同立场中所言,欧盟层面的并购条例已经为欧盟内部市场的公平提供了保障,《欧盟并购控制条例》中的安全例外条款可以用来保护欧盟的安全利益。<sup>③</sup> 在未来的案件中,欧盟法院需要解释是否其他较少限制的措施无法达到《欧盟外资安全审查条例》的目的,否则《欧盟外资安全审查条例》就不符合比例原则。

<sup>①</sup> 王小琼、何焰:《美国外资并购国家安全审查立法的新发展及其启示——兼论〈中华人民共和国反垄断法〉第31条的实施》,载《法商研究》,2008年第6期。

<sup>②</sup> 73 Fed. Reg. 70702 (November 21, 2008).

<sup>③</sup> European Commission, “Communication: A Common Approach to Sovereign Wealth Funds,” February 27, 2008, COM(2008) 115 final, at 3.1.

综上所述,《欧盟外资安全审查条例》难以通过比例原则测试,它在“非歧视原则”“普遍利益的迫切或必要要求原则”,以及目的测试和功能测试方面,都试图与欧盟法院的判例规则打擦边球。尤其是在“非歧视原则”方面,条例摒弃了条约对欧盟内资与外资的同等待遇,转而对第三国投资者施以歧视性对待。在“普遍利益的迫切或必要要求原则”方面,条例引入外国政府的“直接或间接控制”,对控制做扩大性解释。在目的测试和功能测试方面,《欧盟并购控制条例》已经提供了保护欧盟内部市场安全利益的政策工具,《欧盟外资安全审查条例》则将例外工具转变为一种普遍性适用的工具,不符合比例性原则。

## 五 与其他欧盟规则的一致性

《欧盟外资安全审查条例》还涉及与欧盟基础条约其他规则的一致性问题,特别是条例中的反规避条款与《欧洲联盟运行条约》开业自由原则的一致性,以及成员国强制汇报机制与《欧洲联盟运行条约》第 346 条的一致性。

《欧盟外资安全审查条例》第 3 条第 6 款规定,成员国应维持、修订或采取必要措施以认定或防止对审查机制和审查决定的规避。如何理解和适用条例的反规避条款,该条款是否与开业自由原则相兼容?在实践中,外国投资者通常在某欧盟成员国设立投资企业,由该企业在其他成员国实施投资行为,这些通常做法受开业自由原则的保护。根据《欧洲联盟运行条约》第 54 条,依据成员国法律设立并在联盟内拥有总部、中心管理主要经营地的公司或企业,享有与作为成员国国民的自然人同等的待遇。该条并不考虑企业的资金来源地,外国投资者在联盟内依成员国法律设立的企业与欧盟投资者设立的企业具有同等待遇。又根据第 55 条,其他成员国应给予其他成员国参加第 54 条意义上的公司或企业的投资以国民待遇。简言之,根据《欧洲联盟运行条约》的开业自由原则,外国投资者实际上享有与欧盟内部投资者相同的开业权。例如,就中国对欧投资而言,很多中国资本通过在卢森堡等低税收国家设立企业的方式进入其他欧盟成员国开展投资,这些在当地设立的企业在法律上都属于《欧洲联盟运行条约》第 54 条的欧盟企业。《欧盟外资安全审查条例》的反规避条款究竟如何适用,将是条例未来实施的一个重点。

另一项可能存在法律冲突的条款是《欧洲联盟运行条约》第 346 条。该条第 1 款规定,任何成员国均不得被强迫提供其认为此类信息的披露与根本安全利益相悖的信息。《欧盟外资安全审查条例》在第 5 条、第 6 条、第 7 条以及第 9 条中,都给成员国施

加了强制性的信息汇报义务。<sup>①</sup>由此,如果成员国认为这类信息的披露与其根本安全利益相悖,根据条约第346条,成员国可以拒绝提供信息。因此,《欧盟外资安全审查条例》建立的强制性信息汇报与欧盟条约之间存在潜在的冲突。强制性信息汇报的实施一方面影响欧盟审查框架的有效性,另一方面又可能影响成员国的根本安全利益。这种矛盾如何处理,也将是条例未来实施的一个重点。

除了与以上规则的一致性之外,根据《欧盟外资安全审查条例》实施的审查是否符合欧盟在多边机制和双边条约下的国际承诺,也将是条例执行中所面临的法律问题。

## 六 结论

通过比较《欧盟外资安全审查条例》与欧盟既有法律制度(*acquis communautaire*),特别是资本自由流动原则的安全例外规则和欧盟法院建立的一系列解释规则,可以发现《欧盟外资安全审查条例》存在合法性的问题。《欧洲联盟运行条约》第63条确定了资本自由流动的基本原则,这是构成欧盟内部市场的基石,也是欧盟对全世界做出的单方面开放市场(*erga omnes*)的承诺。但是,《欧盟外资安全审查条例》的通过与生效表明,欧盟成员国在欧盟层面达成了一定的共识——欧盟正在逐步收回这种承诺,谋求与第三国市场的“对等”(reciprocity)开放。欧盟正在摒弃其主张的贸易自由主义,倒向了“有选择性的贸易保护主义”。

欧盟委员会辩称《欧盟外资安全审查条例》列入的安全考量清单提供了法律上的确定性,这种说法经不起推敲。既然欧盟法院在成员国外资安全审查中已经形成了诸多判例规则,为什么《欧盟外资安全审查条例》不将这些规则全部编纂其中?因为如果真的是为了法律上的确定性,欧盟立法者就应该原原本本地遵循欧盟法院的判例法,将欧盟法院对安全或公共秩序的“严格解释原则”和“比例原则”都写入《欧盟外资安全审查条例》。

《欧盟外资安全审查条例》意味着欧盟资本流动自由原则在欧盟内部和欧盟与第三国之间划出了一道鸿沟。这部新的欧盟条例是欧洲日益高涨的民粹主义在国际投资领域的回声,表明越来越多的欧洲政治精英不再谋求欧盟的市场开放,而是转向加强对本区域市场的保护,寻求在法律层面将其诉求落实。过去,欧盟法院在推动欧洲

---

<sup>①</sup> 值得注意的是,《欧盟外资安全审查条例》第9条第4款还特别允许成员国直接要求外国投资者提供这些信息,即成员国可对外国投资者施加信息汇报义务。

一体化和欧盟市场开放方面发挥了能动作用,未来欧盟法院如何在司法上做出调整,是坚持贸易自由化,还是倒向“有选择性的贸易保护主义”,值得进一步关注。

尽管如此,与其他国家的投资市场相比,欧盟市场仍具有法律制度上的优势,尤其是《欧洲联盟运行条约》对资本自由流动的保护。欧盟法院在守护资本自由流动原则上所采取的严格解释路径,为欧盟市场开放度带来了司法上的保护,并以条约承诺的方式给予外国投资者以信心和“依赖利益”。与美国的投资安全审查相比,欧盟立法提供了具有更高法律确定性的解释方式,以及更加有利于投资者保护的司法救济方式。

就《欧盟外资安全审查条例》的具体实施而言,欧盟委员会在中短期内不可能取得外资安全审查的最终审查权,欧盟成员国仍将是这个审查框架的核心。当然,欧盟委员会将利用这个框架提供的合作机制和汇报机制,加强其在外资安全审查中的影响力,特别是在政治施压的方面。欧盟成员国,尤其是欧盟中的强势国家,很可能是这个审查框架的受益者,它们可以通过相互评议机制实现对其他成员国的干预。这个框架的合作机制也可能成为某些成员国从第三国获取更高政治筹码的工具,以欧盟机构或其他成员国干预为借口,提高对外国投资的要价。对于中国决策者和投资者而言,欧盟外资安全审查框架与欧盟内部法律的潜在冲突,以及与欧盟在多边和双边层面的国际承诺的冲突,是未来可用于保护自身利益的有用法律工具。

(作者简介:叶斌,中国社会科学院欧洲研究所欧盟法研究室主任、副研究员;责任编辑:张海洋)