

疫情背景下欧盟法外资审查标准的扩张与限度

张怀岭

摘要：新冠肺炎疫情对欧洲的冲击加速了欧盟及其德国、法国等成员国强化对非欧盟投资者在医疗健康等领域并购交易的监管。以《欧盟外资审查条例》构建的双轨制审查机制为基础，无论是《欧盟外资审查条例实施指南》，还是德国《对外经济法第一修正案》和《对外经济条例第十五修正案》对交易主体的国别因素强调和实现“公共秩序或者公共安全”审查标准的扩张是其显著特征，政策法律化与政治针对性特征明显。在欧盟法框架下，即便作为限制资本流动自由的正当事由，欧盟委员会与成员国监管部门也应遵守比例原则的要求并接受欧洲法院的司法审查。

关键词：外资安全审查；公共秩序与安全；资本流动自由；比例原则

[中图分类号] D952.29 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2020) 04-0028-15

新冠肺炎疫情作为重大公共卫生紧急事件在全球范围内的蔓延对于欧盟及其德国、法国等核心成员国外资安全审查法律的改革产生了直接的影响。一方面，其加速了疫情开始前欧盟及其成员国立法者在考虑或者已经着手的法律改革；另一方面，疫情冲击对于欧洲企业经营造成的困境（尤其是上市公司市值的骤降）以及初期对意大利、西班牙、法国等成员国整体社会的影响使得欧盟及其成员国立法者反思经济的高度开放和对全球供应链的依赖所带来的安全风险，尤其是在医疗健康产业领域。在中美经贸摩擦前景充满不确定性以及美国特朗普政府妄图中美科技领域“脱钩”的背景下，欧盟法对于非欧盟投资者（尤其是中资企业）并购交易的安全审查的变革动向值得我国学界关注。鉴于德国外资审查机制的长期立法与实践经验以及对于欧盟层面立法（尤其是呼吁欧盟外资审查立法的动议）的推动作用和其他成员国立法对德国的“跟随效应”⁽¹⁾，本文对于疫情下成员国层面的法律改革考察将以德国法为中心。逻辑结构上，本文首先介绍疫情下欧洲立法者在外资安全审查领域新的立法与法律修订措施抑或动议。其次，着重探讨欧盟法“公共秩

【作者简介】张怀岭，西南财经大学法学院副教授，柏林洪堡大学法学博士。

【基金项目】2019年度国家社科基金一般项目“对等原则视域下我国外资‘国家安全’审查国别因素研究”（项目批准号：19BFX159）；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”（项目批准号：18SFB3035）。

(1) 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，第57页。

序或者公共安全”审查标准立法与适用上的扩张及其路径。再次，分析欧盟判例法中比例原则对于政策目的驱动下的审查标准扩张的限制。最后，落脚于疫情下欧盟外资审查法律如何实现开放与安全的平衡及其对《中华人民共和国外商投资法》（下称《外商投资法》）法律实施与完善的启示意义。

一、疫情下欧盟及其成员国外资审查改革动议

（一）《欧盟外资审查条例》构建的“双轨制”审查机制

2019年之前，欧盟层面并未对外国直接投资进行安全审查颁布专门立法。即便是在《里斯本条约》确定欧盟对于共同商业政策享有专属权之后，实践中对外国直接投资的审查也仅是在部分（迄今14个）成员国国内法层面进行。伴随着金融危机之后新兴经济体对欧盟直接投资的不断攀升和所导致的新的安全风险，德国、法国、意大利呼吁建立一种欧盟层面的外资审查机制。⁽²⁾ 作为回应，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⁾ 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》（下称《欧盟外资审查条例》）⁽⁴⁾，并将于2020年10月11日全面实施。该条例构建了一种欧盟层面协调统一的、以成员国审查机制为基础与欧盟委员会审查为辅助的“双轨制”外资安全审查格局。具体而言，欧盟立法者将审查对象进行了二元划分，即“可能影响公共秩序或者公共安全的一般外国直接投资”和“可能影响具有联盟利益的项目或者计划的外国直接投资”两种类型，并分别以两类外国投资为审查对象构建了以成员国审查权为主导的“基础性审查机制”和以欧盟委员会审查权为主导的“辅助性审查机制”。⁽⁵⁾

审查范围上，成员国的基础性审查权较典型的是德国的立法例。根据德国《对外经济法》（AWG）以及《对外经济条例》（AWV）的规定，在跨行业安全审查程序上，德国经济部（BMWi）有权审查非欧盟主体取得德国特定目标企业（即关键基础设施经营者、关键基础设施行业专用软件开发企业、从事法定电信监控措施的设备生产并且掌握相应技术知识的企业、提供云计算服务的企业或者大众媒体企业）10%以上表决权抑或其他企业25%及以上表决权的并购交易。在特殊行业安全审查程序上，德国经济部有权对任何外国（包括其他欧盟成员国）主体对德国的军事装备、IT安全设备企业取得10%及以上投票权的并购交易进行审查。欧盟委员会的辅助性审查权仅限于可能对“具有联盟利益的项目或计划产生影响的外国投资”⁽⁶⁾，目前包括伽利略计划（European

(2) 石岩：《欧盟外资监管改革：动因、阻力及困局》，《欧洲研究》2018年第1期，第114页。

(3) European Commission, *COM (2017) 487 Final*, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-487-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (last visited May 16, 2020).

(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> (last visited May 13, 2020).

(5) 张怀岭：《欧盟双轨制外资安全审查改革：理念、制度与挑战》，《德国研究》2019年第2期，第70页。

(6) Art. 8(3) Regulation (EU) 2019/452.

GNSS programmes)、地平线计划等八个项目或计划。

《欧盟外资审查条例》所确定的“双轨制”审查机制中,基础性审查规范的核心是协调和统一成员国既有和将来新设的外资安全审查机制,而辅助性审查规范的重点则在于以“立场声明”(Stellungnahme)的软法机制引入欧盟委员会事实上的审查权。该条例赋权欧盟委员会基于“公共秩序或者公共安全”的考量,在外国直接投资可能对具有联盟利益的项目或计划产生影响的情况下以向东道国发布具有事实拘束力的立场声明的方式进行审查。欧盟委员会的此项权利并不以相关外国投资的东道国已经基于国内法启动审查为前提。《欧盟外资审查条例》明确赋予成员国在外资安全审查事项的最终决定权。即便是前述“辅助性审查机制”所针对的“具有联盟利益的项目或者计划”,欧盟委员会并不自行作出最终的审查决定,而是通过立场声明来表达其对相关交易是否构成安全威胁的态度以及东道国应当采取何种措施的意见。作为相关外国投资东道国的成员国则应当对欧盟委员会的意见给予最大程度的考虑,结果上可以遵循该立场声明作出审查决定,或者在不遵循的情况下进行解释说明。这一机制与公司治理领域的“要么遵守、要么解释”(comply or explain)的软法机制极为类似,从而使其意见产生一种事实上的约束力。

(二)《欧盟外资审查条例实施指南》:疫情下投资安全风险的应对

作为应对新冠肺炎重大公共卫生危机措施的组成部分,欧盟委员会于2020年3月25日颁布了《欧盟第2019/452号条例(外国直接投资审查条例)实施前面向成员国针对外国直接投资和资本自由流动以及保障欧洲战略资产的指南》(下称《欧盟外资审查条例实施指南》)⁽⁷⁾,目的在于为成员国在公共健康危机和欧盟经济因疫情受到严重冲击的情况下如何利用外国直接投资审查机制提供指导。内容上,《欧盟外资审查条例实施指南》对欧盟外资审查条例的适用范围、外资审查在公共健康危机中的作用、成员国外资审查的现状以及限制资本流动自由的正当理由进行了指导性的解释。

针对疫情冲击下的新型安全风险,欧盟委员会认为,因新冠疫情引发的当前经济震荡增大了战略行业面临的潜在风险,尤其是医疗健康相关的行业领域。这种风险可能表现为外国投资者试图通过并购交易获得医疗健康产业的能力如医疗或者防护性设备的生产或者相关行业领域如(疫苗等的)研究机构。基于这一原因,需要警惕并且确保这些外国直接投资不对欧盟满足本地区居民医疗健康需要的能力产生任何有害的影响。这些行业的抗风险能力以及他们继续保持对欧盟居民的需求进行回应的能力应当作为欧盟和成员国层面所作共同努力的当务之急。

此外,新冠肺炎疫情的爆发已经凸显了在欧盟单一市场内部维持和增强这些宝贵的产业能力以及与世界上其他需要这些产业能力的国家的共享的必要性。在这一背景下,对医疗健康领域相关的资产进行并购会对欧盟整体产生影响。在其2020年3月13日的《新冠肺炎疫情爆发的协调

(7) European Commission, *Communication from the Commission Guidance to the Member States concerning Foreign Direct Investment and Free Movement of Capital from Third Countries, and the Protection of Europe's Strategic Assets, ahead of the Application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)*, C(2020) 1981 final (last visited May 30, 2020).

经济应对公告》⁽⁸⁾中，欧盟委员会提醒其成员国保持警惕的必要性以及采用所有欧盟及其成员国层面的工具来避免当前的危机导致关键资产的流失。在欧盟双轨制外资审查框架机制下，对外国投资进行安全审查主要是成员国的权限范围。欧盟委员会认为，成员国在外资审查中应当将其对欧盟整体的影响纳入考量范围，尤其是基于保障欧盟产业拥有持续性的关键能力，并应当远超出医疗健康行业。欧盟广泛领域的战略产业能力所面临的风险可能会由于欧盟资本市场的波动以及市值降低而增大，而战略资产不仅对于欧盟的安全，而且作为经济支柱同时也是欧盟能够快速从危机中得到复苏的重要保障。

基于上述考量，欧盟委员会呼吁所有成员国采取以下措施：第一，“充分利用”欧盟外国直接投资审查机制，充分考虑外国投资对关键健康基础设施的风险，对关键投入品供应的风险以及欧盟法律框架所规定的其他关键行业领域的风险。第二，针对迄今尚没有建立外资审查机制的成员国，或者国内法既有审查机制不能涵盖所有相关交易的成员国建立一个全面覆盖的审查机制。此外，在上述审查机制建立过程中，成员国应当利用其他既有工具来应对以特定营业、基础设施或者技术为目标并可能构成对欧盟公共秩序或者公共安全威胁的并购交易，尤其是对关键健康基础设施以及关键投入品的供应所构成的风险。⁽⁹⁾

（三）疫情下德国外资审查立法措施与改革动向：《对外经济法修正案》与《对外经济条例修正案》

德国外资安全审查的国内法基础主要是德国《对外经济法》以及《对外经济条例》。基于上述法律和行政法规的授权，德国经济部对欧盟及非欧盟外国投资者并购德国企业的交易进行安全审查。现行法下，在相关并购交易对德国的公共秩序或者公共安全及核心安全利益构成“现实且具体威胁”的情况下，德国经济部有权对交易加以禁止或者设定附加条件。近三年来，德国联邦政府分别于2017年和2018年对《对外经济条例》的外资审查规则进行了大幅度的修订。客观上，上述修订充满了针对中资企业投资的浓烈政治意味⁽¹⁰⁾，呈现明显的保守主义倾向。⁽¹¹⁾

新冠肺炎疫情的冲击加速了德国外资审查法律法规的改革进程并呈现新的特征。概括而言，德国法的修订采取三个步骤：第一步，面对新冠肺炎疫情对于德国整体经济造成的新型风险以及为了使德国法的规定适应《欧盟外资审查条例》的规定，德国联邦政府于2020年4月8日决议通过了《对外经济法第一修正案（草案）》，随后德国联邦议会也于2020年6月18日审议通过该修正案（下称《对外经济法修正案》）。第二步，2020年5月20日，德国联邦政府内阁审议批准了德国经济部拟定的《对外经济条例第十五修正案（草案）》（下称《对外经济条例修正案》）。

(8) COM(2020) 112 final.

(9) C(2020) 1981 final, p. 1.

(10) Drucksache 18/13417, S. 8.

(11) Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI), Positionspapier Erweiterung der staatlichen Eingriffsrechte für ausländische Direktinvestitionen vom 11. Juli 2017, S. 1.

第三步,待德国联邦议会完成《对外经济法》的法律修订程序后,德国政府预计将于2020年夏季进一步提出修改《对外经济条例》的建议,以配套新《对外经济法》的实施。^[12]以下将前两步中的立法为分析对象进行阐述。

立法目的上,《对外经济法修正案》与《对外经济条例修正案》均旨在更加有效地防控非欧盟投资者并购德国关键性企业可能导致的公共秩序与安全风险。与此同时,基于维持开放与安全的平衡,德国外资审查机制的强化充分考虑并清醒地认识到外国直接投资对于德国经济发展的意义,力图在不影响德国作为外国投资者目的地的吸引力的前提下实现前述目标。针对《对外经济法修正案》,德国经济部长阿尔特迈耶(Altmaier)称,“通过改革外国投资者审查法律,我们为外国投资者针对关键基础设施的投资进行更加广泛和更加具有前瞻性的审查创造了法律条件。恰恰是当前的疫情显示出,我们在德国和在整个欧洲的特定行业领域需要自己的产业能力和技术。如此,我们才能够更好地保护德国和欧洲的安全利益”。^[13]

内容上,《对外经济法修正案》首先将德国法的规定适应《欧盟外资审查条例》的规定,包括概念、审查标准规则等。《对外经济法修正案》所规定的“对公共秩序或者公共安全可能的损害”标准突破了德国现行法的审查标准,使得德国联邦政府能够“前瞻性地”针对非欧盟投资者并购德国关键企业进行审查。其次,除了可以审查外国投资对于“德国”的影响外,相关外国投资对于其他欧盟成员国和对于具有联盟利益的项目或者计划的影响也是该修正案审查的焦点。最后,修正案明确规定,任何一种须申报的并购交易在审查期间处于“效力待定状态”(schwebend unwirksam),旨在防止交易当事人在审查期间通过创造完成交易的既定事实来规避审查。组织机构上,德国经济部将新设一个所谓“国家联络站”,负责执行《欧盟外资审查条例》引入的合作机制,以此作为成员国之间以及与欧盟委员会之间的信息交流与协调合作的组织保障,提高透明度和改善对关键性企业并购的保护措施。除此之外,《对外经济法修正案》将原德国《卫星数据安全法》(SatDSiG)框架下的审查纳入对外经济法的框架下。理由在于,尽管《卫星数据安全法》已经规定了针对非欧盟投资者并购该法第2条第2款意义上“高价值地球遥感系统”进行审查的可能性,但是,德国立法者认为《卫星数据安全法》框架下的投资审查机制所提供的保障水平要低于《对外经济条例》的保障水平。因此,高价值地球遥感系统的经营者未来将被纳入《对外经济条例》的“特别安全相关企业目录”中,从而将针对这些企业的安全审查整合到《对外经济法》《对外经济条例》的审查机制中。

作为配套性行政法规,《对外经济条例修正案》关注的重点是医疗健康行业中的外资并购。该

[12] Wir wollen unsere Sicherheitsinteressen im Gesundheitssektor umfassender schützen, BMWi, <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/erstes-gesetz-aenderung-aussenwirtschaftsgesetz.html> (last visited May 30, 2020).

[13] Altmaier: Müssen von kritischen Unternehmenskäufen im Gesundheitssektor rechtzeitig erfahren und diese prüfen können, BMWi, <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/erstes-gesetz-aenderung-aussenwirtschaftsgesetz.html> (last visited May 15, 2020).

条例修正案生效后，德国经济部有权审查非欧盟主体针对德国医疗健康行业关键性企业的并购，即研发、制造（herstellen）或者生产（produzieren）用于治疗高度传染性疾病的疫苗、药品、医疗防护设备以及其他医疗物资的企业。而且，较之于以往 25% 股权比例的审查门槛，针对上述企业的审查门槛则为 10% 股权比例。对此，德国经济部长阿尔特迈耶称：“我们必须及时知晓第三国投资者在医疗健康行业中对关键企业的并购。这样做并非是对德国作为开放性的外国投资目的地的挑战，但是我们必须享有在必要情况下（对并购交易进行）仔细审查的能力。这涉及例如疫苗、药品和医用防护设备。因为只有这样我们才能够阻止对于满足公民健康防护至关重要的医学专有知识（Know-how）和生产能力流失到国外。当前，新冠疫情引发的公共健康危机凸显了这一必要性。”^{〔14〕}

二、疫情下欧盟法“公共秩序或者公共安全”标准内涵的扩张

（一）欧盟法中的“公共秩序或者公共安全”标准及其具体化

在《欧盟外资审查条例》颁布之前，事实上由成员国在国内法的框架下以“公共秩序或者公共安全”为由对外国投资者并购本国境内企业的交易进行审查。以现行德国法为例，德国经济部对于非欧盟主体直接或间接并购德国境内企业的交易享有“否决权”，而其审查权行使的标准是“联邦德国的公共秩序或者公共安全是否受到威胁”。然而，德国对外经济法律、法规并未对“公共秩序或者公共安全”进行法律界定，而是直接援引欧盟条约的规定以及欧洲法院适用基本自由条款的判例中的表述。由于（德国）外资并购安全审查构成对欧盟条约中“资本流动自由”（freedom of capital movement）的限制，而此种限制是否合理是判断德国安全审查法规是否与欧盟法冲突的标准^{〔15〕}，并受到欧洲法院的法律审查。“公共秩序或者公共安全”审查标准与欧盟条约、欧洲法院判例^{〔16〕}所许可的审查事由以及部分成员国国内法上的外资审查机制所适用的标准是一致的。

基于上述原因，为了将“公共秩序或者公共安全”这一抽象的标准具体化从而保障在个案适用中的统一性，成员国立法者与欧盟立法者采取了类似的立法技术，即“一般条款+非穷尽列举”的模式。^{〔17〕}成员国层面以德国为例：一方面，针对非欧盟成员国主体并购德国国内企业或者通过获取表决权的方式实现对德国国内企业直接或间接的参股行为，德国经济部有权对相关交易是否

〔14〕 Altmayer: Müssen von kritischen Unternehmenskäufen im Gesundheitssektor rechtzeitig erfahren und diese prüfen können, BMWi, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/erstes-gesetz-aenderung-aussenwirtschaftsgesetz.html> (last visited May 15, 2020).

〔15〕 Maximilian Clostermeyer, Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, München: Nomos, 2011, S. 336 ff.

〔16〕 Marcus Lutter/Walter Bayer/Jessica Schmidt, Europäische Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., Berlin/Boston: De Gruyter, 2012, S. 173.

〔17〕 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，第60页。

威胁德国的公共秩序与安全进行审查。⁽¹⁸⁾ 另一方面,又以列举的方式规定,在被并购的德国境内企业存在所列举的五种情形之一时,其可能威胁到德国公共秩序与安全。

欧盟法层面也类似,《欧盟外资审查条例》第4条第1款规定,基于安全或公共秩序之考量对外国直接投资进行审查时可以考虑但不限于对以下领域的影响:(1)实体的或虚拟的关键基础设施,包括但不限于能源、交通、供水、健康、通信、媒体、数据处理或存储设施、太空、国防、选举基础设施、金融服务基础设施和其他敏感设施,以及对这些基础设施的使用至关重要的土地和不动产;(2)关键技术和欧盟第428/2009号条例⁽¹⁹⁾所规定的两用技术和产品,包括但不限于人工智能、机器人、半导体、网络安全、太空、国防、能源存储、量子技术与核能技术、纳米技术与生物技术;(3)关键投入品的供应,包括但不限于能源、原材料以及食品安全;(4)获取或者控制敏感信息的能力,尤其包括欧盟居民个人信息;(5)媒体的自由和多元化。

(二) 强化投资者“国别因素”

作为实现外资审查框架政策目的的法律工具,《欧盟外资审查条例》将国别因素纳入审查考虑因素中,尤其是将外国投资者与第三国政府的关系(包括提供大量资助)作为判定相关投资是否构成对公共秩序与安全威胁的重要因素。在该条例立法过程中,外国投资者的国别因素条款得到强化,从赋权性条款(“可以考虑”)转变为强制性条款(“应当考虑”)。⁽²⁰⁾ 该条例第4条第2款第1项规定:“成员国和欧盟委员会在决定一项外国直接投资是否可能对公共秩序或者公共安全构成影响时,可以尤其考虑以下因素:(a)外国投资者是否直接或间接地由第三国的政府(包括国家机关和军队)控制,诸如通过所有权结构或者大量的融资支持;(b)外国投资者是否曾经参与到影响成员国公共秩序或者公共安全的投资活动中;(c)外国投资者是否存在从事非法活动或者刑事犯罪活动的重大风险。”

以上述规定为基础,欧盟监管部门将会在审查实践中特别关注投资者国别要素。新冠肺炎疫情期间,欧盟委员会执行副主席维斯塔格(Vestager)呼吁对受到国家支持的中国企业在欧并购采取更加严厉的审查措施。⁽²¹⁾ 与之类似,德国经济部长阿尔特迈耶也强调在疫情背景下保护德国的疫苗等医疗健康领域企业被“诸如美国或者中国投资者”收购的安全风险。⁽²²⁾ 可以预期的是,欧盟委员会及成员国监管实践中将会对非欧盟投资者进行二元划分,而中国(国有)企业的投资活动会受到更大程度的“关注”。

(18) 德国《对外经济条例》第55条第1款第1句。

(19) Verordnung (EG) Nr. 428/2009 (Dual Use).

(20) *Committee on International Trade-Report*, Amendment 44, A8-0198/2018, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0198-AM-001-088_EN.pdf (last visited May 30, 2020).

(21) Vestager urges stakebuilding to block Chinese takeovers, *Financial Times*, <https://www.ft.com/content/e14f24c7-e47a-4c22-8cf3-f629da62b0a7> (last visited May 30, 2020).

(22) Altmaier: Keine Übernahme deutscher Firmen, ZDF, <https://www.zdf.de/nachrichten/wirtschaft/altmaier-uebernahmen-100.html> (last visited May 30, 2020).

（三）《欧盟外资审查条例实施指南》对“公共秩序或者公共安全”的扩张解释

针对外资安全审查在应对公共卫生紧急实践中的作用，欧盟委员会在《欧盟外资审查条例实施指南》表示，《欧盟外资审查条例》授权在其法律框架下基于公共秩序或者公共安全的理由可以对外国投资者收购或者控制其国内企业的交易予以否决或者设定条件，其中，包括相关并购涉及在公共健康领域威胁的情形。在决定一项外国投资是否可能影响到安全与公共秩序时，成员国和欧盟委员会可以“考虑所有相关的因素，包括对关键基础设施的影响，对关系到安全和公共秩序维持的技术（包括核心使能技术）和投入品。这些技术和投入品中断、失败、损失或者破坏会对成员国或者欧盟造成巨大的影响”。⁽²³⁾《欧盟外资审查条例》明确地将对于关键“健康基础设施”的风险以及关键投入品供应的风险列为在对外国投资进行审查时应当考虑的因素。

在欧盟新条例的框架下，“公共秩序或者公共安全”风险的考量范围将不再局限于成员国一国之内。欧盟委员会认为，在欧盟内部单一市场内，一项外国投资所导致的风险并不会局限于东道国的国境范围之内。基于此，新条例不仅为欧盟委员会针对特定外国投资提供了发表立场声明的可能性，而且东道国之外的其他成员国也可以要求东道国提供与投资相关的信息并从自身立场提供评议。结果，这将导致“公共秩序或者公共安全”标准的扩张，即纳入对其他成员国的影响考量。此外，在一项外国投资可能影响具有联盟利益的项目或者计划时，欧盟委员会则会进行更加严格的审查，而成员国必须对欧盟委员会的立场声明给予“最大程度的考虑”。客观上，这是欧盟委员会“辅助性”审查权通过软法机制得到实现。例如，外国投资所涉及的目标企业是接收欧盟研究与创新项目“地平线计划 2020”资助的实体，因此，所有地平线计划 2020 中涉及健康领域的项目均受到严密的关注，包括未来针对新冠病毒预防的项目。

针对审查后采取的预防措施，欧盟委员会认为，在一些情况下采取“缓解措施”可能已经足够，例如，设定保障医药产品抑或设备供应的条件。因此，对外国投资的审查程序并不必然导致禁止相关投资。值得关注的是，欧盟的利益可以要求这些（医疗产品或者设备的）供应保障延伸至投资东道国预期需求的范围之外。而且，欧盟委员会也认可，成员国在特定情形下可以在审查机制之外进行干预，诸如，在国家紧急状态下（例如疫情大流行）可以对享有专利的药物实施强制性许可（compulsory licences）。⁽²⁴⁾

（四）疫情下德国法对“公共秩序或者公共安全”标准的扩张

前文已述，针对“公共秩序或者公共安全”的审查标准，德国法是通过“一般条款+非穷尽性列举”的立法技术来实现其具体化的，力图实现法律确定性与安全的平衡。现行德国《对外经济条例》第六章规定了“对资本流动的限制”。其中，第 55 条第 1 款第 1 句规定，“在非欧盟成员

(23) 《欧盟外资审查条例》立法理由十三。

(24) European Commission, *Communication from the Commission Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)*, C(2020) 1981 final.

国主体并购国内企业或者通过取得本条例第 56 条所规定之表决权的方式实现对国内企业直接或间接的参股的情况下，德国经济部有权对该交易是否对德国公共秩序或者公共安全构成威胁进行审查”。该款第 2 句规定，“针对下述目标企业所实施的并购尤其可能对德国的公共秩序或者公共安全构成威胁”，包括：（1）关键基础设施的经营者；（2）关键基础设施行业专用软件开发企业；（3）被委托从事《德国电信法》（TKG）第 110 条所规定的监控和信息共享措施，或者生产或者曾经生产过用于从事法定电信监控措施的设备并且掌握相应技术知识的企业；（4）提供云计算服务的企业；（5）拥有《德国社会法》（SGB）所规定的电子通信技术基础设施组件或服务许可的企业；（6）属于媒体行业的企业，能够通过广播、电信媒介或者印刷媒介对公众意见的形成产生影响而且具有突出的时效性和传播覆盖范围。

在新冠肺炎疫情的冲击下，德国政府认为上述列举式的规定存在安全保障不足^{〔25〕}，因此，德国《对外经济法修正案》及其《对外经济条例修正案》采取以下方式对“公共秩序或者公共安全”的审查标准进行扩张和具体化。

首先，扩大“尤其可能对德国的公共秩序或者公共安全构成威胁”之目标企业的类型。《对外经济条例修正案》将现行《对外经济条例》第 55 条第 1 款第 2 句所列举的“尤其可能对德国的公共秩序或者公共安全构成威胁”的目标企业类型由原来的 6 种扩大到 12 种。具体增加：第（7）种，为《设立承担安全事务之政府部门和组织数字广播管理局的法》（BDBOSG）第 2 条第 1 款第 1、2 句所规定之“国家通讯基础设施”的故障排除和运行能力提供保障服务的企业；第（8）种，从事《欧盟第 2016/425 号条例》^{〔26〕}第 3 条第 1 项所规定之“个人防护设备”研发、生产的企业，或者为上述研发、生产提供半成品或者零部件的企业；第（9）种，研发、生产、交易《药品法》（Arzneimittelgesetz）第 2 条第 1 款所规定的对于全民的医疗健康保障至关重要药品的企业，包括其初始原料以及有效成分，或者是相关药品法许可的持有人（Inhaber）；第（10）种，医疗器械法所规定的用于致命性高度传染性疾病预防、监控、预告（Vohersage）、预测（Prognose）、治疗或者治疗（Linderung）医疗器械的研发、生产、销售的企业，或者为医疗器械的研发或生产供应半成品或者零部件的企业；第（11）种，研发、生产销售医疗器械法所规定的用于提供关于致命性和高度传染性疾病的生理或病理过程或者状态信息，或者监控相关临床治疗措施信息的体外检测设备（In-vitro-Diagnostika）的企业，或者为这些体外检测设备的研发、生产供应半成品或者零部件的企业；第（12）种，开采或者再加工欧盟委员会《第（2017）490 号通告》^{〔27〕}附件（一）“欧盟关键原材料清单”中原材料或者其矿石的企业。另外，《对外经济条例修正案》还规定，前

〔25〕 Altmaier will Übernahmen deutscher Gesundheitsfirmen erschweren, Handelsblatt, 20 Mai 2020, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/coronakrise-altmaier-will-uebernahmen-deutscher-gesundheitsfirmen-erschweren/25845762.html> (last visited May 30, 2020).

〔26〕 Regulation (EU) 2016/425 of The European Parliament and of The Council of 9 March 2016 on personal protective equipment and repealing Council Directive 89/686/EEC.

〔27〕 COM(2017) 490 final.

述第（8）（9）（10）以及（11）种中所规定产品的生产装置或者研发或生产技术与这些产品等同。这同样适用于第（8）（10）以及（11）种中所规定产品的半成品或者零部件的生产装置、研发或者生产技术。

其次，审查交易类型中纳入“资产并购”，强化“投资者国别因素”的审查，从事实上对非欧盟投资者进行“中国投资者与其他非欧盟投资者”的二元化划分。传统上，德国跨行业并购审查所针对的所有“非欧盟投资者”对德国境内特定企业实施的并购，仅限于股权并购（Share Deal）。《对外经济条例修正案》在两个方面均实现了突破：其一，新增第 55 条第 1a 款规定，非欧盟投资者对德国国内企业“可界分的部分营业”（abgrenzbaren Betriebsmittel）的并购，或者对德国国内企业或者其可界分的部分营业的所有对于维持企业经营或可界分部分营业所必需的关键经营资源（alle wesentlichen Betriebsmittel）的并购也构成跨行业安全审查所针对的“并购”交易。其二，新增第 1b 款规定，“在公共秩序或者公共安全威胁审查中，可以尤其对下列因素加以考虑：（1）并购方是否直接或者间接地由第三国政府（包括其他国家机关或者武装部队）所控制（kontrolliert）”；（2）并购方曾经参与对到德国、其他成员国或者欧盟的公共秩序或者公共安全产生消极影响的活动中；（3）存在以下重大风险，即并购方或者为并购方行事的主体曾经或者正进行《德国反限制竞争法》（GWB）第 123 条所列举的犯罪行为，或者《对外经济法》或者《战争武器控制法》（KrWaffKontrG）所规定的犯罪行为或者行政违法行为。值得关注的是，《对外经济条例修正案》对“控制”这一要件采取了扩张解释，即“尤其可以通过所有权结构，或者通过第三国政府，包括其他国家机关、武装部队，（为并购方）提供超出少量之外的融资”来实现。

三、比例原则对外资审查措施的限制

（一）限制资本流动自由的正当事由

《欧盟运作方式条约》确定了“资本流动自由和支付自由”的“宪法性”基本权利地位。该条约第 63 条第 1 款规定，“在本章规定的框架内，禁止一切针对成员国之间以及成员国与第三国之间资本自由流动的限制”。可见，与同属基本自由的设立自由（freedom of establishment）相同之处在于，欧盟条约原则性地禁止欧盟成员国国内法对资本流动自由采取任何法律限制。然而，与设立自由的重要差异之处在于，资本流动自由不仅保护欧盟成员国之间资本流动免受限制，而且其保障范围还涵盖欧盟成员国与第三国之间的资本流动自由。事实上，资本流动自由也是唯一一项对第三国与欧盟成员国之间的资本流动提供欧盟条约基本权利保障的基本自由。^{〔28〕}同时，《欧盟运作方式条约》第 64—66 条也规定了禁止限制资本流动自由的例外情形。其中，第 65 条第 1 款第 b 项规定：“第 63 条的禁止性规定并不影响成员国的以下权利，……b）采取必要的措施来阻止违反本国法律和行政法规的违法行为以及基于行政管理或者统计信息的目的，规定申报程序或

〔28〕 Peter v. Wilmowsky, Freiheit des Kapital-und Zahlungsverkehrs, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin/Boston: De Gruyter, 3. Aufl., 2009, S. 402 – 403.

者基于公共秩序或者公共安全的充分理由而采取的措施。”⁽²⁹⁾

在新冠肺炎疫情的背景下，欧盟委员会认为，针对外国投资者对欧盟战略资产进行“掠夺性购买”行为，即以限制特定商品或服务对欧盟市场的供应为目的，属于上述《欧盟运作方式条约》第65条所规定之限制理由中的“公共秩序或者公共安全”事由。结合欧洲法院判例，首先，“公共秩序或者公共安全”事由可以正当化基于保障（诸如在能源领域）供应安全而采取的限制性措施，或者在较低程度限制措施（诸如，针对在特定行业经营的所有公司所施加的提供公共服务义务的监管措施）不足以应对对社会的根本利益所构成的真实且足够严重的威胁的情况下，正当化保障公共服务提供而采取的限制性措施。其次，还包括基于金融稳定所面临的威胁而采取的限制性措施。在经济与货币联盟⁽³⁰⁾运行遭遇严重困难或者威胁的情况下以及为成员国在欧元区之外的国际收支平衡而规定的保障措施。⁽³¹⁾最后，欧洲法院已经在其判决中认可公共健康可以作为基于公共利益的强制性理由（*overriding reason*）。⁽³²⁾被欧洲法院认可的与条约基本自由相关的其他基于公共利益强制性理由还包括消费者权益保护、保持社会保障体制的财务平衡、实现社会政策目标。⁽³³⁾

值得关注的是，欧盟委员会强调，在对限制性措施的正当性与合比例性进行分析时，与第三国的资本流动自由的限制是在一种不同于对欧盟内资本流动自由限制的法律背景下进行的。结果，在涉及与第三国的资本流动自由进行限制的情况下，在欧盟条约的框架下不仅可以接受更多的正当化理由，而且条约所允许的正当化理由也可以进行广义的解释。

（二）欧盟判例法中比例原则对“公共秩序或者公共安全”事由的限制

欧盟委员会在《欧盟外资审查条例实施指南》中也确认，《欧盟运作方式条约》第63条所保障的资本流动自由并不限于欧盟范围内，而且也包括与第三国之间的资本流动自由。对于实现正当的公共政策目标（*legitimate public policy objectives*）而言，任何限制措施必须符合“比例原则”（*Verhältnismäßigkeit*），即应当是适当（*suitable*）、必要（*necessary*）且合比例的（*proportionate*）。对于这一公法原则的准确理解必须借助于欧洲法院在涉及限制资本流动自由和设立自由的个案判决中的阐释，并以此作为判断欧盟成员国监管部门基于“公共秩序或者公共安全”对非欧盟投资者并购交易限制的合法性。

首先，在能源供应安全领域，尽管欧盟法原则上认可能源领域供应安全作为限制性措施的正当性基础，但也须符合比例原则的要求。在“在欧盟委员会诉法国（*Elf-Aquitaine*）案”（下称“*Elf-Aquitanie* 案”）⁽³⁴⁾中，法国政府以法令⁽³⁵⁾的形式赋予其在（前国有）SNEA 石油公司中的

(29) 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，第65页。

(30) 《欧盟运作方式条约》第66条。

(31) 《欧盟运作方式条约》第143、144条。

(32) C-531/06, *Commission v. Italy*, para. 51.

(33) C(2020) 1981 final.

(34) EuGH, Rs. C-483/99, Slg. 2002, I-4781 (*Elf-Aquitaine*).

股份以特殊权利（即“黄金股份”），并规定：（1）任何单一或多个自然人或法人以直接或间接的方式对 SNEA 石油公司的出资或者获得的投票权超过 1/10、1/5 或者 1/3 的界限时，必须事先获得法国经济部的批准；（2）法国政府作为黄金股份的股东对 SNEA 石油公司多数股东转让其股份或以股份作为抵押的决定享有异议权。本案原告欧盟委员会主张法国政府的上述法令违反了《欧盟运作方式条约》禁止限制资本流动自由和设立自由的规定。法国政府则辩称，其所持有之黄金股份所享有的特别权利旨在保障“公共秩序或者公共安全”，即为了将 SNEA 石油公司的决策中心留在法国，并认为 SNEA 石油公司的石油储备是保障危机时期法国石油供应安全和经济安全的必要措施。

欧洲法院认为，通过收购目标公司股份或通过证券交易市场获得目标公司的股票所进行的直接投资⁽³⁶⁾都属于欧盟法“资本流动自由”的范畴。欧洲法院在之后“黄金股份”判决中（诸如，KPN/TPG、Portugal Telecom、Idryma Typou、Energias de Portugal）逐渐确定了资本流动自由的范畴，即不仅包括以收购目标企业有价证券方式进行的单纯投资性的组合投资（Portfolioinvestitionen），而且还包括能够实际参与目标企业管理和控制的直接投资。⁽³⁷⁾本案的核心问题是，前述限制性规定是否具有正当性？欧洲法院认为，资本流动自由构成欧盟法的支柱性原则，欧盟成员国只有在以下例外情形下才能对其进行限制：（1）基于《欧洲联盟条约》第 58 条第 1 款所规定的事由；（2）基于公共利益的强制性理由，对所有在特定成员国区域内从事活动的自然人和企业统一适用的限制。即便如此，欧盟成员国特定的法律规范也必须符合比例原则的要求⁽³⁸⁾，即这些限制性措施必须在能够实现所追求的目的并且不超出实现该目的之必要范围内。本案中，针对法国政府所主张的保障危机时期石油供应的安全的抗辩，审理法院认为，公共安全的必要性，尤其是其构成对宪法性资本流动自由的限制时，应当进行“狭义理解”，从而避免该限制的范围单方面地不受欧盟立法者审查地由成员国单方面决定。只有针对社会的根本利益存在“实际且充分”的威胁时，才可以主张以公共安全为由来限制资本流动自由。此外，法国政府所颁布的法令为超过特定门槛的并购设定了事前批准程序。这种审查权范围非常广，涵盖任何性质、法律形式（主体）的直接或间接投资，并且除了一个广泛意义上的国家利益保护之外，没有规定审查权行使的前提条件。潜在的投资人无法提前预知在什么具体的、客观的情况下监管部门会批准或者否定特定交易。这种不确定性导致资本流动自由这一基本权利的范围不清晰，从而违反了法的安定性原则。⁽³⁹⁾这严重侵害甚至完全排除了资本流动自由，从而明显超出了实现目的所必要的范围。据此，欧洲法院认定法国政府的相关法令欠缺客观、准确的标准，导致对资本流动自由的限制超出了实现其目的所必

(35) 法国政府第 93-1298 号法令（Dekret）第 1 条第 1 款和第 3 款。

(36) Lutter/Bayer/Schmidt, Europäische Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, Berlin/Boston: De Gruyter, 5. Aufl. 2012, S. 176.

(37) EuGH, Az.: C-483/99, Rn. 37.

(38) EuGH, Urt. V. 04.06.2002, Az.: C-483/99, Rn. 45.

(39) EuGH, Az.: C-483/99, Rn. 57 f.

要的范围，从而违背了欧盟法中禁止一切限制资本流动自由的规定。正如在“E.ON/ENDESA 案”⁽⁴⁰⁾中那样，欧洲法院认为，单纯地取得一个能源领域目标公司 10%股权本身，或者取得对目标企业重要的影响力的并购行为在没有其他理由的情况下原则上都不能视为对能源安全构成“现实、足够严重的威胁”。⁽⁴¹⁾

其次，在医疗健康领域，欧洲法院的判决也确认了成员国基于公共健康考量而对资本流动自由采取限制性措施的正当性。例如，在“欧共同体委员会诉意大利案”⁽⁴²⁾中，欧洲法院认为，成员国基于保障国民健康（即保障安全且高质量药品供应）而对零售药店经营者资格（获得药剂师学位）以及外国投资者收购交易进行限制，尽管构成对于资本流动自由抑或设立自由的限制但符合比例原则的要求，因此具有正当性。这一比例原则的要求在“欧盟委员会诉意大利（ENI II）案”⁽⁴³⁾中得到充分体现。本案争议的两项意大利政府颁布的法令，即第 332/1994 号法令和 2004 年的实施法令⁽⁴⁴⁾，赋予国家享有下述特别股东权：（1）对特定比例投票权参股行为的异议权；（2）对持有特定比例投票权股东之间协议或约定的异议权；（3）针对特定事项的公司决议享有否决权。⁽⁴⁵⁾欧盟委员会主张，上述法令所规定的政府（作为公司股东）特别权行使标准违反了设立自由与资本流动自由的义务。关于意大利政府行使“异议权”的规定是否具有正当性，欧洲法院认为，本案涉及的特别权行使条件针对的是公共利益（尤其是公众生活重要物资、公共服务的持续提供、公共秩序与安全的保护以及医疗健康领域的紧急情形）。为了实现上述目的，在遵循比例原则的前提下，可以作为对基本自由的合理限制。⁽⁴⁶⁾但本案中，意大利政府法令设定的异议权行使标准和条件并不符合比例原则对“适宜性”的要求，即在该法令所追求的目标和异议权行使之间并不存在必然联系。政府异议权行使的标准和条件表述过于宽泛、不精确。此外，这些标准与政府享有的特别权之间缺乏关联更加使得异议权行使的情形充满不确定性，从而使得意大利政府在是否行使特别权上具有过大的自由裁量权。⁽⁴⁷⁾

四、开放与安全的平衡：疫情下欧盟法变革的启示

如何在保持高度对外开放的同时维护外国投资所引发的国家安全风险是各国立法者所共同面临的课题。客观上，自美国总统特朗普执政以来，中美经贸冲突延伸至投资领域。美国政府致力于推进所谓“中美脱钩”，2018 年美国《外国投资风险评估现代化法案》（FIRRMA）不仅针对性

(40) EuGH, Rs. C-207/07, (“E.ON/ENDESA”).

(41) EuGH, Rs. C-326/07, (“ENI II”), Rn. 69

(42) EuGH, Urt. V. 19.05.2009, Az.: C-531/06.

(43) EuGH, Rs. C-326/07, Slg. 2009, I-2291 (“ENI II”).

(44) Decreto-legge Nr. 332/1994; Dekrets des Präsidenten des Ministerrats vom 10. Juni 2004.

(45) ENI, Telecom Italia, Enel, Finmeccanica 等意大利公司在章程中纳入了政府特别权行使的条款；Vgl. EuGH, Rs. C-326/07, Slg. 2009, I-2291 (“ENI II”), Rn. 4-5.

(46) EuGH, C-274/06, Rn. 38.

(47) EuGH, C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Rn. 63 ff.

地强化了对中资企业赴美投资的安全审查，而且呼吁与其他“志同道合国家”的安全审查协调与合作，推广美国的外资投资委员会（CFIUS）模式。⁽⁴⁸⁾在这一背景下，欧盟对华态度也在发生调整：不仅将中国定位为“制度对手”（欧盟委员会）或者“制度竞争者”（德国经济联合会），而且立法上也通过建立外资审查框架来强化对非欧盟投资者，尤其是中资企业的对欧投资的监管。此外，法国、德国、意大利以及英国等频繁修订抑或颁布外资审查法律法规。在冯德莱恩（von der Leyen）担任欧盟委员会主席之后，面对（中美）地缘政治的博弈，“战略自主”“欧洲主权”等诉求凸显了欧盟告别“天真”⁽⁴⁹⁾，维护自身关键利益的意愿。⁽⁵⁰⁾

客观上，新冠肺炎疫情的冲击加速了欧洲强化外资审查的立法进程，直接催生了《欧盟外资审查条例实施指南》以及德国《对外经济法修正案》和《对外经济条例修正案》对审查范围的扩张（强调对包括医疗健康产业等领域的并购审查）和对欧盟判例法中“公共秩序或者公共安全”审查标准的突破。2020年4月29日，法国经济部长勒梅尔（Bruno Lemaire）宣布法国政府将强化非欧盟投资者对法国战略行业和技术并购。通过将生物科技纳入“关键性技术”的目录，临时性降低非欧盟投资者并购特定敏感行业上市公司的审查门槛（由原来25%投票权降低至10%投票权）来强化对外国投资的审查。⁽⁵¹⁾

疫情后可以预期的是，高度开放的欧洲将对中资企业（尤其是国有企业或者获得国家融资支持的企业）更趋保守；英国“脱欧”后，德国和法国外资审查理念和制度更容易“欧盟化”，从而协调所有成员国针对非欧盟投资者的立法和执法措施。作为应对措施，首先，上述欧盟法的改革措施和立法动向应当作为完善我国以《外商投资法》为基础的国家安全审查制度，尤其是如何平衡对外开放与国家安全之间张力的外部参照，这也是秉承对等原则的内在要求。其次，疫情下欧盟法“公共秩序或者公共安全”审查标准的扩张及其比例原则的限制，不仅为中资企业遭遇欧洲监管部门禁止性或限制性审查措施时寻求司法救济提供了可能性，而且对于我国外资审查机制中如何防止公权力的恣意从而保障法律的确信性也具有直接的启示意义。

(48) 张怀岭：《美欧强化外资安全审查及其影响》，《国际问题研究》2019年第5期，第66页。

(49) *EU leaders call for end to “naivety” in relations with China*, Reuters, March 22, 2019, <https://www.reuters.com/article/us-eu-china/eu-leaders-call-for-end-to-naivety-in-relations-with-china-idUSKCN1R31H3>.

(50) 金玲：《“主权欧洲”：欧盟向“硬实力”转型？》，《国际问题研究》2020年第1期，第67-68页。

(51) Walters/Régis, *Covid-19: Control of Foreign Direct Investments in France*, <https://www.morganlewis.com/pubs/covid-19-control-of-foreign-direct-investments-in-france-cv19-lf> (last visited May 30, 2020).

Expansion and Limitation of Foreign Investment Screening Standards of EU Law in the Context of Covid-19 Pandemic

ZHANG Huailing

Abstract: The impact of the Covid-19 pandemic on Europe has accelerated the process that the lawmakers of the EU and member states strength legal scrutinization of M&A transactions by non-EU investors in healthcare and other sectors. Based on the dual-track screening mechanism established by the EU FDI Screening Regulation, the distinguishing characteristics of three new legal texts, namely the Guidance to the Member States Concerning Foreign Direct Investment and Free Movement of Capital from Third Countries of Commission, the German First Amendment of Foreign Trade Law and the Fifteenth Amendment of Foreign Trade Regulations, are the strong emphasis on the nationality of investors and the expansion of “public order or security” standard. These legal measures are legalization of public policies and are targeting Chinese investors. Within the framework of EU law, even as a legitimate ground for restricting the freedom of capital movement, the European Commission and member states’ regulatory power should abide by the principle of proportionality and accept the judicial review by the European Court of Justice.

Keywords: FDI Screening; Public Order or Security; Freedom of Capital Movement; Principle of Proportionality

(责任编辑: 王乐兵)