

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2021.02.002

真诚合作义务对欧盟成员国外资安全准入自主决策空间的限制^{*}

陈若鸿¹ 隋 军²

(1. 北京外国语大学国际商学院, 北京 100089; 2. 东北大学文法学院, 沈阳 110169)

摘 要: 欧盟外资安全审查条例实施后, 表面上成员国拥有外资准入的最终决策权, 但实际上成员国的决策空间会因“真诚合作义务”而受到较多限制。欧洲法院已明确将欧盟成员国的合作义务解释为具体的行为义务或结果义务, 在合作义务为结果义务的情况下, 成员国不得采取与欧盟立场相悖的措施。成员国合作义务的内涵受到欧盟权能性质的影响。外资安全审查既涉及共同商业政策, 又涉及共同安全与外交政策, 但在欧盟利益受到威胁的情况下, 欧委会及欧洲法院的一贯立场表明, 外资安全准入可能被定性为欧盟专属权能, 这意味着成员国会承担结果义务性质的合作义务, 不得与欧盟发生立场冲突。即使欧盟权能未被认定为专属权能, 欧洲法院仍有可能将合作义务解释为结果义务, 借此弥补欧盟的权能困境, 实现欧盟与成员国对外关系一致性之目标。由此, 在欧盟委员会认为欧盟利益受到威胁的情况下, 成员国可能因合作义务而被迫遵从欧盟意见, 在外资安全准入问题上实质性失去自主决策空间。

关键词: 欧盟外资安全审查条例; 真诚合作义务; 专属权能; 一致性原则; 欧盟对外关系

中图分类号: D912.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2021)02 — 0017 — 16

一、问题的提出

2019年4月, 欧盟《建立外国直接投资审查框架的条例》(Regulation on Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investments into the European Union, 2019/452/EU, 以下简称“条例”)正式生效, 从此在欧盟层面增设了外资安全审查制度。欧盟委员会(以下简称“欧委会”)获得了新权力, 可以以安全和公共秩序为由, 对进入欧盟任一成员国的外国直接投资进行调查、评估并发布意见。条例使得非欧盟企业对欧盟的投资面临更加严密的审查网络, 标志着欧盟外国投资政策和规则趋向保守。条例的审查重点包括关键基础设施和关键技术领域的外资、第三国政府控制或提供大额资金的外资, 这些内容对中国的指向性相当明显, 我国需密切关注该条例的实施(廖凡, 2018)。

条例实施中的一个关键问题是: 如果欧委会与成员国在外资安全准入问题上有不同意见, 二者的分歧该如何解决? 假如欧委会认为某外资可能影响欧盟利益, 以安全

^{*} 基金项目: 本文受北京市社科基金项目“投资者-东道国投资仲裁中的审查强度问题与北京市对外投资企业的利益保护”(项目编号: 18FXB006)、2015年国家社会科学基金一般项目“欧盟REACH法规对全球化学品安全监管立法影响及中国对策研究”(项目编号: 15BFX191)及北京外国语大学基本科研业务费项目“可持续发展视野下国际投资规则的新发展及其对我国的影响”资助。

和公共秩序为由，不同意其进入欧盟，但投资目的地成员国不认为存在这种安全威胁，这一问题最终应如何处理？这个问题的实质是成员国在外资安全准入问题上有多大的自主决策空间，它的处理结果会对我国赴欧投资产生实际的影响——以我国在中东欧国家的投资为例，我国投资以基础设施项目为主，部分项目直接与对象国政府发展规划对接，政府搭台企业唱戏，由国家开发银行或其他银行为项目提供多种融资优惠，这样的投资模式与德国等欧盟主导大国不同，德国可能会心生不满，并利用欧盟的平台来对投资目的地成员国施加影响(王灏晨，2018)。

对此，条例似乎已经做出了安排——根据条例第8.2(c)条，如果欧委会基于安全和公共秩序的考虑，认为某外资可能影响欧盟利益，它可以发布意见(*opinion*)，投资目的地成员国“需对欧委员会的意见给予最大程度的考虑(*take utmost account*)，如果不遵从这一意见，应向欧委会提供解释”。条例前言第19段也有类似的表述——

“欧委会可以根据《欧盟运作条约》(*the Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU*) 第288条，以安全或公共秩序为由，对可能影响欧盟利益的项目或计划的外国直接投资发表意见。该意见为委员会提供了保护欧盟整体利益并对欧盟经济增长、就业及竞争力做出巨大贡献的项目或计划的工具……成员国应对欧委会的意见给予最大程度的考虑，在适当情况下采取国内法可行的措施或边境政策。如果成员国不遵从欧委会的意见，应按照《欧洲联盟条约》(*TEU*)第4(3)条的真诚合作义务向欧委会提供解释”。

上述两个法条都包含“如果不遵从欧委会的意见”的字眼，这似乎表明欧委会的否定性意见并不具有约束力，成员国仍有权自主决策，只需向欧委会提供解释即可。以此观之，成员国似乎仅负有提供解释的行为义务(*duty of conduct*)，而不负有遵守欧委会意见的结果义务(*duty of result*)，在外资安全准入方面仍保有较大程度的自主决策空间。但笔者认为，问题远远不像看上去那么简单。首先，如果成员国不遵从欧委会的否定性意见，势必要解释自己是否对欧委会意见给予了“最大程度的考虑”，而决策过程中是否给予某因素“最大程度的考虑”则涉及到：(1)哪些因素被纳入考量范畴；(2)各因素权重如何。这就远不止提供一个解释那么简单，最终将回到成员国的决策方法与结果是否具有正当性的问题。第二，特别值得注意的是，根据条例前言第19段，成员国如不遵从欧委会的意见，“应按照TEU第4(3)条的真诚合作义务(*in line with its duty of sincere cooperation under Article 4(3) TEU*)向欧委会提供解释”。在这里，“TEU第4(3)条的真诚合作义务”构成了成员国履行解释义务的上下文，那么，这个上下文是否会使解释义务获得更丰富的内涵呢？只需对TEU第4(3)条进行初步考察，便不难得出肯定的结论：从地位来看，成员国对欧盟的真诚合作义务是欧盟关键的宪法原则(Klammert, 2014)，在涉及到欧盟对外关系时尤其重要(Eckes, 2020)；从法条内容来看，TEU第4(3)条不仅要求成员国以欧盟任务、欧盟目标为行动指南，还以严厉的措辞禁止成员国采取任何可能损害欧盟目标实现之措施——“根据真诚合作原则……成员国应促进欧盟任务的实现，并不得采取任何可能

损害欧盟目标实现之措施”；从判例法精神来看，在过去几十年间里，欧洲法院已通过一系列裁决使抽象的真诚合作义务具体化，成员国的合作义务意味着具体的程序或实体义务，在某些情况下甚至是一种结果义务，要求成员国为了欧盟利益而不得从事相关行为(duty of abstention)。

因此笔者认为，有必要超越条例字眼，在欧盟与成员国互动的情境下去理解成员国真实的自主决策空间。我们可以假定欧委会以欧盟利益受到威胁为由不同意某外资进入一成员国，而该成员国有自己的考虑且不打算遵从欧委会的意见。成员国向欧委会提供了解释，但欧委会不接受这一解释，并根据TFEU第258条对成员国提起违反之诉，指控其违反了TEU第4(3)条的真诚合作义务。^①在这种情况下欧洲法院可能会如何判决此类案件？成员国有可能赢得诉讼吗？如果胜诉可能性很小，就意味着即使条例字面上未强制成员国遵守欧委会意见，事实上成员国也没有太大的自主决策空间，只能选择遵从。为此，下文将首先分析欧盟成员国的真诚合作义务的内涵，然后讨论外资安全准入的语境下该义务对成员国自主决策空间的影响。

二、成员国真诚合作义务的法律地位及内涵

(一) 欧盟条约文本中的真诚合作义务

1. 历史沿革及概念辨析

真诚合作义务事关成员国的行动对欧盟对外关系的影响。^②成员国对欧盟的真诚合作义务主要由TEU第4(3)条规定，该条的前身是《欧共同体条约》(EC)第10条“忠诚合作基本原则”(general principle of loyal cooperation)。就成员国对欧盟负有的合作义务而言，TEU第4(3)条与EC第10条在措辞上并无实质变化，^③然而法条名称从“忠诚合作”到“真诚合作”的变化直接导致法院判决和相关文献在对TEU第4(3)条及EC第10条展开分析时使用了若干种不同的表述：欧洲法院曾使用过的表述有“忠诚合作义务”(duty of loyal cooperation)^④、“忠诚义务”(duty of loyalty)^⑤、“紧密合作义务”(duty of close cooperation)，近年来多使用真诚合作义务(sincere cooperation)^⑥。一些文献使用“合作义务”或“真诚合作义务”，而另一些文献与

① TFEU第258条规定，如果委员会认为成员国未能履行协定下的义务，应就此事项发布意见，该意见应附有理由，在发布前应给予成员国提交意见的机会。如果成员国未能在委员会确定的时间内调整其做法使其符合该意见，后者可以将此事提交欧洲法院。

② 在欧盟，合作义务在许多方面存在，除成员国对欧盟的合作义务而外，还有欧盟对成员国的合作义务，欧盟机构间的合作义务以及成员国之间的合作义务。这些义务散见于欧盟条约的不同部分。本文主要关注TEU第4(3)条下成员国对欧盟的合作义务。

③ 欧共同体时代的EC第10条规定：“成员国应采取适当的一般措施或特殊措施，以确保履行《欧共同体条约》中的义务，或欧共同体机构立法中的义务。成员国应促进欧共同体任务的实现，并避免采取任何可能有损《欧共同体条约》目标实现之措施”，而《欧盟条约》时代的TEU第4(3)条规定“成员国应采取一般或特殊的适当措施，以确保欧盟基础条约或欧盟机构法规中所规定之义务得以履行。成员国应促进欧盟任务的实现，并不得采取任何可能有损欧盟目标实现之措施”。可见两条款在描述成员国义务的措辞上丝毫不变。

④ Case C-374/89 *Commission v Belgium* (Directive 76/491/EEC) [1991] ECR I-367, para. 15; Case C-64/05 *P. Sweden v Commission* (Public Access) [2007] ECR I-11389, para. 85.

⑤ Case C-459/03 *Commission v Ireland* (MOX Plant) [2006] ECR I-4635, para. 168.

⑥ C-213/88 and C-39/89 *Luxemburg v European Parliament* [1991] ECR I-5643, para. 29; Joined cases C-36/97 and C-37/97 *Kellinghusen* [1998] ECR I-6337, para. 30; Case C-202/97 *Fitzwilliam Executive Search* [2000] ECR I-883, para. 51; Case C-205/98 *Commission v Austria* (Brenner Motorway) [2000] ECR I-7367, para. 39; Case C-50/00 *P. Unión de Pequeños Agricultores* [2002] ECR I-6677, para. 29; Case C-511/03 *Ten Kate Holding* [2005] ECR I-08979, para. 28.

判例法在讨论TEU第4(3)条时使用的核心概念却是“忠诚”，包括“忠诚义务”“忠诚原则”“对欧盟的忠诚”（Klamert, 2014; Casteleiro, 2018; Eckes, 2020）。出现这种现象主要是由于这部分学者或法官认为，TEU第4(3)条规定的“合作义务”是“忠诚义务”的重要组成部分，是后者的具体体现，只有使用“忠诚”一词才能更好地凸显欧盟成员国身份的独特含义，也只有通过“忠诚”才能真正地理解成员国的合作义务（Cremona, 2008）。然而，这一理解即使在欧洲学界也未成为共识，如Hyett(2000)就认为，如果欧洲法院的判例法提到的是合作义务而不是忠诚义务，就应该把二者区别开来。

综上，由于法条名称的改变及学界的不同理解，TEU第4(3)条中的成员国“合作义务”长着一张普罗透斯之脸，表述上存在一定程度的语言混乱，在“合作义务”、“真诚合作义务”之外，相关概念还包括忠诚义务、忠诚合作义务等。本文在行文时将尽量沿用TEU第4(3)条“真诚合作义务”的措辞，但在介绍到相关学者观点或判例时则尽量忠实于原文，沿用其中使用的忠诚、忠诚义务或合作义务等概念。

2. 发挥宪法性作用的合作义务

无论是一般性的真诚合作原则，还是具体的合作义务，都是欧盟团结的表述，而团结是“整个欧盟体系的基础”。^①过去几十年间，欧洲法院在裁决中发展出了具体的成员国合作义务，以促进欧盟和成员国在国际层面协调行动，实现欧盟对外行动的一致性和连续性（De Baere, 2011）。

从历史角度来看，成员国合作义务在欧盟的重要性与日俱增。里斯本条约之后的欧洲联盟条约进一步强化了合作义务，将其提前到条约开头部分，紧随欧盟价值与目标条款出现，占据了条约核心位置（Van Elsuwege, 2012）。欧洲法院在对外关系领域特别愿意使用合作义务来规训成员国，以至于“即使欧洲法院使用不同的措辞，最终看起来，在涉及合作义务时它都是在使用专属权能的话语讲话”（Casteleiro and Larik, 2011）。欧盟享有专属权能意味着只有欧盟可以立法和通过有法律约束力的行动，成员国只能在得到欧盟授权或是为了实施欧盟行动的情况下才能行动。因此，规训的结果正如Casteleiro和Larik(2011)所说，“在外部关系上的真诚合作义务事实上更多时候表现为成员国保持沉默的义务，除非它们被欧盟机构告知如何说话”。此时成员国的作用被降低为欧盟共同立场的捍卫者（Van Elsuwege, 2012）。可见，欧洲法院对成员国合作义务的理解会触发一体化进程（Eckes, 2020），产生宪法性的后果，对欧盟权能和成员国自治空间带来深远影响。鉴于其作用及地位，有研究者将真诚合作原则描述为“欧盟法律秩序中具有普遍适用性的关键宪法性原则”（a key constitutional principle of general application in the EU legal order）（Klamert, 2014）。^②也有论者认为，该原则即使不是欧盟的宪法性原则，至少也是欧盟整体法律秩序的基石（foundation）之一（Schermer, 1992; Dashwood, 2004）。

^① Case 6 & 11/69 *Commission v France* [1969] ECR 523, para. 16.

^② 在里斯本条约之前的文本中，真诚合作原则只是在欧洲共同体条约第10条中提及，理论上它只限于欧盟第一支柱。

（二）欧洲法院判例法中成员国合作义务的性质和内涵

欧盟对外关系法的产生和发展很大程度上归功于欧洲法院的司法解释(张华, 2016:12)。下面结合欧洲法院的判例法分析成员国真诚合作义务的两个关键问题: 其一, 合作义务是法律义务还是政治责任? 其二, 成员国承担的是行为义务还是结果义务? 成员国能否不遵从欧盟的意见而坚持自己的立场?

1. 成员国的合作义务是法律义务而非政治责任

欧洲法院的判例法已表明, 成员国的合作义务是一项法律义务, 而不仅仅是政治责任。Dior案判决中, 欧洲法院指出: 合作义务要产生法律上的后果, 并不需要以一种机构间协议的方式来进行正式表述。这一义务对未来的工作无需任何条件即可产生约束力(Hillion, 2010)。换言之, 合作义务发挥法律上的约束力并不需借助于更为具体的协议或条款。法院在该案判决中多次使用obligation而不是duty, 使用close cooperation而非cooperation, 都是在强调合作义务本身即具有规范性。^①PFOS案等系列判决中, 欧洲法院指出, 合作义务意味着“成员国受到采取具体行动或在特定情形下不采取行动之义务的约束”(De Baere, 2015)。此外, 2000年欧洲赫尔辛基FIDE欧洲国际法会议上, 欧洲各界对EC第10条进行了史上最大范围的讨论。会议报告表明, EC第10条可以与欧盟政策目标一起为成员国创设具体的义务。由于欧盟政策目标相当宽泛, 涵盖面可谓无所不包, 理论上讲欧洲法院在相当多的情境下可以运用EC第10条, 将其与欧盟政策目标结合, 为成员国创设欧盟条约中并不曾明文规定的具体义务; 从实践来看, 大量欧洲法院的判例法也证明了这一点, 下文将对此展开详细分析。学界也认为, TEU第4(3)条应被理解作为一种法律原则而非政治责任, 以该条为基础可以发展出法律义务和其他法律原则(De Baere, 2015)。

2. 成员国合作义务可能是一项结果义务

成员国合作义务的具体内涵是什么? 成员国会不会为此被迫放弃自己的立场和主张? 判例法表明, 欧洲法院既会动用合作义务来解决成员国与欧盟之间的现实冲突, 也会用它来约束成员国, 以便将成员国与欧盟的潜在分歧扼杀在萌芽阶段。从相关案例来看, 成员国的合作义务有时候是行为义务, 要求成员国行动前进行必要的通知和磋商, 有时候则是结果义务, 成员国被禁止采取与欧盟立场相悖的行动(张华, 2016:184)。

合作义务在什么情况下会被解释为结果义务? 这与欧盟权能的性质有关。在欧盟专属权能和共享权能领域, 合作义务的内涵可能有所不同。2003年的欧委会诉卢森堡案^②和MOX工厂案^③表明, 在共享权能的情况下, 合作义务意味着成员国至少应承担通知和磋商义务。学者们通常将这种义务称为尽力而为的义务(obligation of best endeavors), 这时, 只要成员国能证明其采取对外行动之前履行了必要的通知和磋商

① Joined Cases C-300/98 *Christian Dior* and C-392/98 *Assco Gerüste* [2000] ECR I-11307.

② Case C-266/03, *Commission v. Luxembourg* (2005) ECR I-4805, paras.57-66.

③ Case C-459/03, *Commission v. Ireland*(MOX Plant) (2006) ECR I-4635, paras.173-183.

义务,就可以避免被控违反合作义务(张华,2016:187)。欧委会诉卢森堡案中,欧委会就与多瑙河流域国家开展内陆水道运输协定谈判事宜向欧盟部长理事会提交了提案,并得到了谈判授权。卢森堡在这种情况下继续与相关国家谈判并启动议会批准程序,被欧委会以违反EC第10条合作义务为由提起违宪之诉。欧洲法院在裁决中指出:部长理事会的谈判授权决定标志着统一的欧共体对外行动的开始。为此目的,成员国即使无需承担避免采取行动的义务,至少也应承担与欧共体机构紧密合作的义务,以促进欧共体目标的实现,并确保欧共体对外行动以及国际代表的统一性和一致性(张华,2016:186)。卢森堡在欧委会已拿到谈判授权的情况下继续单独谈判、缔结、批准和实施相关的双边协定,未能与欧委会开展合作或磋商,违反了《欧共体条约》第10条中的“真诚合作义务”。^①

在欧盟专属权能领域,通知和磋商义务并不足以满足合作义务的要求,此时成员国应承担“避免采取行动的义务”或“放弃行动的义务”,通常又称为结果义务。可见,结果义务实际上要求成员国放弃自己的主张而维护欧盟的立场。在欧委会诉瑞典案中,欧洲法院指出,只要在欧盟层面形成了一种“协调的共同战略”(a concerted common strategy),成员国便受到“采取行动和放弃行动”的特殊义务的制约。^②可见,在欧盟专属权能领域,成员国能否按照自己的意愿采取单独的行动,关键在于欧盟是否已形成了协调的共同战略。根据欧洲法院的判决,这一共同战略的形式无关紧要,无需通过一份法律上有约束力的文件,只要欧盟已通过决定授权欧委会谈判多边(混合)协定,就意味着欧盟在国际层面协调行动的开始。^③在欧委会诉瑞典案中,法院将共同战略的起始点进一步延伸到理事会未通过任何正式决定的时候——只要一个问题已经在欧盟机构内进行讨论,即使正式的欧盟决定程序尚未生效,成员国也有义务不单独行动(Elsuwege,2012)。该裁决将合作义务推向极致,被学者概括为成员国负有“保持沉默的义务”(duty to remain silent)(Casteleiro and Larik, 2011)。该案裁决虽然引发了争论,但其深远影响让人无法忽略 (Van Vooren and Wessel, 2014)。

综上,大体而言,欧洲法院沿着传统的权能为重点的判例法,就合作义务做出了一系列裁决。欧洲法院针对《洛迦诺公约》发布的法律意见表明了这一系列裁决的精神:“在所有与条约目标相关的领域,EC第10条都要求成员国推动欧共体任务的实现,并且不得采取可能损害条约目标的任何措施”。^④欧盟的目标或利益是否受到损害、欧盟任务的实现是否受到阻碍,成了欧洲法院运用成员国合作义务进行裁判时的裁量基准。不同案件中,虽然成员国合作义务的内容因情境差异而表现得相当多元,但其内核却是相当稳定的,都是本着实现欧盟目标、维护欧盟利益的精神来处理

^① Case C-266/03, *Commission v. Luxembourg* (2005) ECR I-4805, paras.57-66.

^② Case C-246/07, *Commission v Sweden* [2010] ECR I-3317.

^③ Case C-266/03, *Commission v Luxembourg* [2005] ECR I-4805, para. 60; Case C-433/03, *Commission v Germany* [2005] ECR I-6985, para. 66.

^④ Competence of the Community to Conclude the New Lugano Convention, [2006] E.C.R.I-1145, 119.

成员国与欧盟之间的现实冲突，并预防潜在冲突。如今该义务已成为判定欧盟国际代表性以及成员国单独行动范围的关键机制 (Neframi, 2010; Casolari, 2012)，促使成员国沿着欧盟利益和目标的方向，在国际场合与欧盟机构协调其表现 (Hillion, 2010)。

三、合作义务对成员国外资安全准入自主决策空间的影响

根据欧盟外资安全审查条例第8条，如果欧委会基于安全和公共秩序的考虑，认为某外资可能影响欧盟利益的项目，可以发布意见，投资目的地成员国“需对欧委员会的意见给予最大程度的考虑，如果不遵从这一意见，应向欧委会提供解释”。条例前言规定，“如果成员国不遵从欧委会的意见，应按照TEU第4(3)条的真诚合作义务向欧委会提供解释”。可见，真诚合作义务是成员国解释的上下文，为成员国解释其最终决定设定了约束性条件。将前言与第8条内容放在一起解读可以看到，成员国如不遵从欧盟意见，其给出的解释必须达到这样的条件：根据真诚合作义务，已经对欧委会的意见给予了最大程度的考虑。

欧洲法院的判例法已经确立，成员国的合作义务并不只是一个抽象的务虚表达，而是法律性质的义务：在共享权能下，合作义务可能是一种沟通信息和磋商的义务，在欧盟拥有专属权能的情况下，合作义务转换成为一种结果义务，成员国应避免采取与欧盟立场相悖的行动，以确保欧盟在国际社会行动和表达的一致性和连续性。那么，在外资安全准入领域里，合作义务对于成员国来说究竟意味着什么呢？沿着欧洲法院的裁决精神，下文将首先探讨欧盟在外资安全审查领域的权能的性质，再分析欧洲法院面对此类争议时可能采取的立场。

（一）外资安全准入政策中的欧盟对外关系权能

1. 外资安全准入与欧盟权能竞合

从表面来看，外资安全准入政策既与欧盟的外商直接投资政策有关，又与欧盟的共同外交与安全政策有关。前者是欧盟拥有专属权能的领域，《里斯本条约》之后“外国直接投资”被引入共同商业政策中，《欧洲联盟运行条约》第207条第1款明确将“货物贸易、服务贸易、知识产权的商业层面、外国直接投资”列为共同商业政策的涵盖领域，使欧盟在这些领域享有确定无疑的专属权能。与之相对，后者共同外交与安全则一直被视为成员国的专属权能(叶斌, 2018)。这种情况下，外资安全准入问题可能出现权能竞合，给相关问题的解决带来不确定性。在外资安全审查条例出台之前，欧盟各界就曾对市场准入与投资保护是否属于共同商业政策、安全例外的权能归属等问题进行过争论(Shan and Zhang, 2010; Bischoff, 2011; Klamert and Maydell, 2008; Krajewski, 2005)。在外商直接投资相关的安全例外权能归属问题上，欧盟理事会与部分成员国的立场是，协定投资章节中外国投资者国民待遇的“安全例外条款”属于成员国的专属权能，而欧委会则将其归入共同商业政策项下并主张

欧盟具有专属权能。

在欧盟,因权能竞合而导致的内部争论并非罕见。这一方面是因为,欧盟内部权能是按类型划分而非由政策内容驱动的,这就导致实践中欧盟与成员国之间的对外权能并不像想象中那么容易区分;^①另一方面的根源是欧盟的“支柱型架构”。《里斯本条约》虽然在形式上取消了之前由《马斯特里赫特条约》所建立的“支柱型架构”(pillar structure),但仍在很大程度上保留了共同外交与安全政策的特性,造成欧盟对外行动仍然由两大支柱组成,在第一支柱中超国家性质表现明显,而第二支柱“共同外交与安全政策”中政府间性质基本得以沿袭。由于这两块的权能分配以及决策程序各不相同,导致欧盟对外关系法呈现出双重属性(张华,2016:10)。根据原TEU第11条,欧盟共同外交与安全政策“涵盖所有的外交与安全政策领域”,^②这个囊括一切形式的措辞不可避免地会与其他领域的权能发生冲突。在现实中,欧盟的共同商业政策等对外政策都或多或少地带有一定的政治目的,很难同外交安全政策截然分离,第一支柱和第二支柱之间的对外关系难以绝缘,从而造成权能竞合。一体化进程中,随着欧盟权能扩大,成员国也会努力捍卫其主权、维护自主决策空间,因此权能竞合的情形下争议不可避免。近期提交到欧洲法院的共同外交与安全政策和其他对外政策冲突的案件频频出现,暴露出超国家性支柱和政府间支柱的本质区别仍然是成员国与欧盟之间以及欧盟机构相互之间权能角逐的根源(张华,2016:58)。而从趋势来看,欧盟对外政策领域的权能竞合不仅无法避免,还可能会越来越多。正如迈克尔·杜干(Michael Dougan)所说,“支柱也许消失了,但类似于跨支柱间协调(cross-pillar coordination)的问题将持续下去,当然,更加合适的称呼应该是:确定(对外行动)正确的法律基础”(Dougan, 2008)。欧盟的共同外交与安全政策与共同商业政策等其他对外政策的权能划分问题将公开化,并日渐成为法律争议的焦点。

2. 权能竞合可能的结果

面对权能竞合,《里斯本条约》并没有提供解决之道,只是在新TEU第40条规定了“互不侵犯”原则。那么,就本文所关心的问题——当欧盟基于安全和公共秩序声称欧盟利益受到影响时,外资安全准入究竟是否属于欧盟专属权能?笔者认为,从欧委会和欧洲法院的一贯立场来看,它们对这个问题的答案大概率是肯定的。

(1) 欧委会认定外资安全审查属于共同商业政策

根据欧委会的解释,欧盟外资安全审查条例的法律依据为共同商业政策,欧盟在此领域享有专属权能。2017年欧委会公布条例草案的解释说明时称“外国直接投资被纳入TFEU第207条第1款有关共同商业政策的清单中。根据TFEU第3条,欧盟在共同商业政策领域享有专属权能。由此,仅联盟可以在该领域中立法和通过具有法律约束力的法令”。欧委会的上述措辞是微妙的,它并没有直接称欧盟对“外资安全审

^① 例如在国际组织或国际会议的议题往往既涉及欧盟权能,也涉及成员国权能,欧盟代表在阐明立场时究竟是单独作为欧盟的代表,还是作为欧盟与成员国的共同代表,实践中存在很大争议,参见张华(2016)。

^② Consolidated Version of the Treaty on European Union, OJ325/5, 2002, Art.11

查”具有专属权能，而是将外资安全审查机制理所当然地视为外国直接投资领域的一部分，将其归于共同商业政策领域，从而确定了该问题的法律基础。其隐含的逻辑是，外资安全审查属于第207条外国直接投资领域，故而属于欧盟的专属权能(叶斌，2018)。

另一点值得注意的是，在TEU中实际上存在两个“合作义务”，除了第4(3)条外，TEU第24(3)条中还有一个单独的共同外交与安全领域的合作义务(下称CFSP-specific合作义务)，规定“成员国应本着忠诚和团结的精神，积极且无保留地支持欧盟的外部与安全政策，遵守欧盟在这一领域的行动。成员国应该共同合作，以增强并发展共同的政治团结。成员国不应采取与欧盟利益不符或可能损害欧盟作为国际关系一极(as a cohesive force in international relations)之实效性的行动”。TEU第4(3)条和第24(3)条虽然内容相似，但存在一个关键区别：TEU第24条下，欧委会不能以违反共同外交与安全政策为由在欧洲法院起诉成员国，而TEU第4(3)条则不存在这一限制。欧盟外资安全审查条例虽与安全有关，但在合作义务方面却只字未提TEU第24(3)条，只规定成员国依照TEU第4(3)条行事。这表明欧委会试图将外资安全准入问题与共同安全与外交政策切割开来，并且一旦成员国的行为损害了欧盟行动目标，根据TEU第4(3)条，成员国的行动也在欧洲法院权能范围之内(Hillion, 2014)。

(2) 欧洲法院的目的在于维护欧盟对外行动的一致性

欧洲法院在确立欧盟对外关系权能中发挥着决定性的作用，通过各类诉讼以及咨询意见书对欧盟权能的来源、属性和范围进行解释和适用。欧洲法院和欧盟委员会一样，都偏好更深层次的一体化(Pollack, 1998)。政治科学和国际关系文献已经阐释了欧洲法院作为一体化驱动力量所发挥的作用(Eckes, 2020)。欧洲法院在其裁决中“处处彰显了维护欧盟法的一致性和实效性的决心”(张华, 2016:46)。对外关系是欧盟法律秩序尚未成熟的领域，欧洲法院借助对欧盟权能的解释以及TEU第4(3)条的合作义务等工具对成员国进行规训(Eckes, 2020)，以使欧盟能够有效地在国际事务中展开行动。

欧洲法院的上述立场在以下两方面表现得很清晰：首先，欧洲法院法官和佐审官倾向于对欧盟权能属性作扩大解释。在2017年欧洲法院就《欧盟与新加坡自贸协定》发布的第2/2015号咨询意见书(下称第2/2015号咨询意见)中，^①欧洲法院将欧盟共同商业政策的专属权能进一步拓展，认定市场准入、政府采购、可再生能源的生产、直接投资保护、知识产权、反垄断、可持续发展以及有关(直接)投资争端解决机制均为欧盟行使专属管辖权的政策领域。其次，在面对权能竞合产生的争议时，欧洲法院力保欧盟专属权能不受影响。这方面有著名的ECOWAS案判决为证。^②该案起因是欧委会与理事会就一项既涉及发展政策也涉及共同外交与安全政策的措施产生争议。发展政策是欧盟拥有专属权能的领域，而共同外交与安全政策则属于欧盟第二支柱，具有

^① Opinion 2/15 of the Court, ECLI:EU:C:2017:376.

^② Case C-91/05 *Commission v. Council (ECOWAS)* [2008] ECR I-3651.

政府间性。欧委会认为该措施的目标和内容均属于发展政策,故欧盟享有专属权能,因此主张理事会的一项共同行动和决定不合法。欧洲法院认定,发展政策范围宽泛,只要某一措施是为了追求相关目标,便在其涵盖范围内。^①法院指出,被质疑的理事会决定追寻若干个目标,这些目标分别处于共同外交与安全政策领域及发展合作政策领域,^②不存在一个从属于另一个的情况,因此理事会决定涉及了欧盟拥有专属权能的发展合作政策问题,违反了欧盟条约第47条,应被宣告无效。^③

由上可见,即使出现共同商业政策与共同安全与外交政策的权能竞合,欧洲法院立场也倾向于确保欧盟专属权能不受影响。在欧委会已将外资安全审查条例的法律基础明确为共同商业政策的情况下,欧洲法院更可以水到渠成地主张欧盟的专属权能。^④

笔者认为,对欧洲法院立场的理解和预判还应从其作为欧盟宪法性原则最终裁决者的角度切入(Hillion, 2014)。在权能竞合的案件中,欧洲法院面对的是欧盟对外行动中的不一致难题,其中既有欧盟支柱间各项对外政策的横向一致性问题(horizontal consistency),也有欧盟与成员国对外政策的纵向一致性问题(vertical consistency)。为应对这些难题,欧盟条约规定了一致性原则(principle of consistency),该原则是欧盟对外关系法的一项基本原则,也是欧盟对外关系法律制度历次改革的重点(张华, 2010)。《里斯本条约》为进一步提高对外关系的一致性,在“去支柱化”、整合欧盟对外政策、协调欧盟对外职能机构等方面进行了积极的改革尝试,并在序言中强调提高行动一致性的目标。^⑤新TEU第21(3)条也再度明确了一致性原则:

“欧盟应确保所有对外行动领域之间,以及这些领域与其他政策之间的一致性。欧盟理事会和委员会在欧盟外交与安全政策代表的协助下,应确保一致性并为此目的开展合作”。^⑥这些规定都表达了欧盟这样一种愿望:能够以“一个声音”在国际事务中表达自己的观点、在国际舞台上表现出更紧密的联合和一致性的立场。^⑦一致性原则除确保欧盟各项对外行动之间不产生法律上的抵触外,还意味着要寻求对外行动中积极的协同效应和增值效应(张华, 2010)。基于一致性原则,当一项行动涉及到不同领域的权能时,应当为欧盟整体上带来最大化的利益,而欧盟的利益是最核心和优先的(左文君, 2016)。在这些原则的指导下,欧洲法院在就欧盟对外关系权能争议进行裁决时,很可能以合作义务为抓手来规训成员国,以便化解一致性难题,呼应TEU所规定的“维护共同体成果原则”。在欧盟内部,虽然曾有对“外国直接投

① CaseC-91/05 *Commission v. Council (ECOWAS)*[2008] ECR I-3651, para. 64.

② CaseC-91/05 *Commission v. Council (ECOWAS)*[2008] ECR I-3651, para. 99.

③ CaseC-91/05 *Commission v. Council (ECOWAS)*[2008] ECR I-3651, paras. 109-110.

④ 学界对于这一法律基础也有质疑的声音,参见叶斌(2018)。

⑤ Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, OJC306, 2007, “Preamble”.

⑥ Consolidated Version of the Treaty on European Union, OJC115/13, 09/05/2008, Art.21(2)

⑦ 不过,由于共同外交与安全政策的特殊性依旧,整合后的欧盟对外政策目标过于宽泛,欧盟外交与安全政策高级代表以及欧盟对外行动署的职能设计含糊,《里斯本条约》提高欧盟对外关系一致性的努力打了折扣。尽管如此,新生效的《里斯本条约》总体上为欧盟开展更加一致和有效的对外行动夯实了法律基础,并提供了未来进一步努力的原则和方向。

资”权能范围的多种不同解释，但欧盟享有综合性FDI权能的主张渐渐获得认同和支持，^①也是由于它有助于摆脱共享权能体系造成的不协调与不一致的困境，更有助于提升欧盟在投资政策的双边或多边谈判中的角色分量。

(3) 条例区别“成员国安全”和“欧盟利益受影响”两种情形

近年来，美欧均出现经贸政策泛安全化的现象，将国际贸易、外商投资与安全挂钩(陈若鸿，2019)。国际关系领域的研究揭示了这样一种社会事实——有关国家安全的“威胁”是可以凭借主观想象和观念假设制造出来，是一定的历史及社会环境下经由主体活动建构的政治结果。以研究安全化现象闻名的哥本哈根学派的研究表明，像美欧这样实力雄厚的超级政治体将事物安全化，其本质是通过建构安全“威胁”来操纵政治话语，使其对外政策行动“合法化”(孙吉胜，2009；刘永涛，2010)。不过，当欧盟主张安全受到威胁而欲采取行动时势必遇到这个问题：由于共同安全一直被视为成员国的专属权能，欧盟机构(欧盟委员会或欧洲法院)将外资安全准入认定为欧盟专属权能是否会被批评为侵蚀了成员国在安全问题上的专属权能呢？面对这样的批评，欧洲法院可能会这样来为其立场辩护：条例区分对待成员国安全和欧盟利益受影响两种情况，如果某外资仅仅涉及成员国安全，即使欧委会发表了意见，最终审查决定仍由“负责外资安全审查的成员国做出”，该成员国只需对欧委会的意见“给予应有的考虑”(第6.9条、第7.7条)。相比而言，如果某外资威胁的是欧盟利益，成员国就需对欧委会意见“给予最大程度的考虑”(第8.2(c)条)。因之，在仅涉及成员国安全的情况下，条例的措辞强度明显减弱，最终审查决定仍由成员国主导做出。欧洲法院在2/2015号咨询意见中也表达了类似立场——法院认定《欧盟与新加坡自贸协定》投资章节中的公共安全(例外)条款并没有侵蚀成员国关于公共秩序、公共安全和其他公共利益的权能；^②此外，投资保护部分的条款，包括安全例外条款在内，只要涉及外国直接投资的，都被法院归为欧盟的共同商业政策。^③也就是说，欧盟利益与成员国安全是两回事，处理方法也有所不同。在前一种情况下，成员国无论如何都会受到TEU第4(3)条的约束和规制。

(二) 超越权能范畴的合作义务及其影响

虽然外资安全准入既涉及共同商业政策又涉及共同安全与外交政策，如果出现欧盟利益受影响的情况，并导致成员国与欧盟就某外资的准入问题发生争议，欧洲法院有较大可能将其认定为共同商业政策领域的外商直接投资范畴问题，且欧盟具有专属权能。根据TFEU第2条，专属性权能的内涵是：当欧盟基础条约赋予欧盟在某一领域享有专属性权能时，只有欧盟才能立法和通过具有法律约束力的法令。成员国只有在欧盟授权，或者是为了实施欧盟法的目的才能采取类似行动。在《洛迦诺公约》案

① 如季莫普洛斯(Dimopoulos)就主张，欧盟的FDI权能应广泛涵盖准入、资本流动、准入后待遇包括最惠国待遇、履行要求和人员自由流动、征收以及投资者-东道国争端等问题。

② Opinion 2 /15 of the Court, para.103.

③ Opinion 2 /15 of the Court, para.109

中, 法院指出了确立专属性权能的出发点, “简言之, 应确保欧盟法规则的统一和一致适用, 以及欧盟法体系的正常运作, 以便维护欧盟法的实效性”。^①

如果外资安全准入被认定为欧盟专属权能, 那么只要在欧盟层面形成了一种“协调的共同战略”, 成员国便受到“采取行动和放弃行动”的特殊义务的制约。此时, 为确保欧盟在国际社会行动和表达的一致性和连续性, 合作义务成为一种结果义务。共同战略的形式无关紧要, 无需通过一份法律上有约束力的文件, 按照委员会诉瑞典案的裁决精神, 只要一个问题已经在欧盟机构内进行讨论, 即使欧盟决定程序尚未生效, 成员国也有义务不单独行动。以此判断, 一旦欧委会内部讨论认定某外资威胁了欧盟安全并决定拒绝准入, 无论是否正式发布意见, 成员国都很难再有背离欧盟立场单独行事的空间, 否则很可能被认定为违反合作义务。

退一步而言, 即便因成员国强烈反对导致外资安全准入未被认定为欧盟专属权能,^②也不一定意味着成员国有单独行动的空间。原因在于, 基于权能属性而对合作义务做出不同解释并非是绝对的。毕竟, TEU第4(3)条并未提到权能的区分, 换言之, 成员国的合作义务并不取决于欧盟的权能是专属的还是非专属的。^③即使在成员国也享有部分权能的语境下, 根据第4(3)条, 成员国仍然应当协助实现欧盟的任务, 并且“不得采取任何可能损害欧盟实现其目标的措施”。也就是说, 忠诚合作原则对于成员国自主行动范围的影响是一个问题, 欧盟的权能是另一个问题, 二者是性质不同的两个问题。^④无论欧盟权能性质如何, 成员国都受到合作义务的制约。

合作义务的具体内容的确会受到权能性质的影响, 但反过来, 合作义务又可以在一定程度上化解欧盟不同支柱间、欧盟与成员国之间的对外关系权能划分的困境。有学者指出, 合作义务近年来愈发重要, 欧洲法院在对外关系领域特别愿意用它来规训成员国 (Eckes, 2020)。这一现象恐怕与合作义务的特性有关——该义务源于欧盟法的优先效力原则和TEU第4(3)条的真诚合作原则, 推动成员国在欧盟法框架下朝着与欧盟保持协调一致的方向行动, 在一定程度抑制了成员国在国际关系中的离心倾向, 确保欧盟对外行动的一致性和统一性(张华, 2016:209)。服务于这一目标, 合作义务首先包含一项通知和磋商义务, 要求成员国对其拟采取的行动通知欧盟机构以便考虑一个协调的战略。这一事先磋商义务可以防止成员国先采取行动给欧盟带来的外部压力, 在起始点上就尽可能消除成员国与欧盟未来可能存在的不一致。第二步, 当成员方采取单独行动确实可能对欧盟的任务和目标产生负面影响的情况下, 真诚合作义务就变成了一个结果义务。近年来, 欧洲法院致力于“确保欧盟行动及其国际代表的一致性和连续性”,^⑤以至于“即使欧洲法院使用不同的措辞, 最终看起来, 在涉及合

① Opinion 1/03, *Re Lugano Convention* (2006) ECR I-1145, paras. 114–128.

② 由于共同外交与安全政策的特殊性, 《里斯本条约》将其作为“自成一类”的权能而单独规定。

③ Case C-246/07, *Commission v Sweden* [2010] ECR I-3317, para. 71; Case C-266/03, *Commission v Luxembourg* [2005] ECR I-4805, para. 58; Case C-433/03, *Commission v Germany* [2005] ECR I-6985, para. 64.

④ Case C-246/07, *Commission v Sweden* [2010] ECR I-3317, para. 71; Case C-266/03, *Commission v Luxembourg* [2005] ECR I-4805, para. 58; Case C-433/03, *Commission v Germany* [2005] ECR I-6985, para. 64.

⑤ Case C-266/03 *Commission v Luxembourg* [2005] ECR I-4805, para. 60.

作义务时它都是在使用专属权能的话语讲话”(Casteleiro and Larik, 2011)。也就是说,合作义务往往超越权能的性质,例如在共享权能下,法院判决中的尽力而为的义务与结果义务就很难分开(De Baere, 2011)。正如Centro-Com案中法院强调的那样,“(即使在共享权能的情况下)成员国所享有的权力也必须以一种与欧盟法一致的方式行使……虽然成员国采取外交和安全政策方面的措施是在行使其国家权能,但这些措施必须尊重欧盟共同商业政策领域的相关规定”。^①因此,即使欧盟并不享有专属权能,只要成员国在国际组织机构和程序框架内采取对欧盟有直接影响的行动,或欧盟与成员国的权能紧密相连时,合作义务往往都具有更大的强制性。^②

在对外关系领域,从欧洲法院的判例来看,合作义务适用情形相当广泛,包括混合协定的谈判、缔结和实施,国际组织的决策参与,国际争端解决,成员国缔约权的限制等等。它几乎可以在所有情形下发挥作用并根据具体的语境被赋予丰富的内涵。欧洲法院既会动用合作义务来解决成员国与欧盟之间的现实冲突,也会用它来约束成员国,从而将成员国与欧盟的潜在冲突扼杀在萌芽阶段。欧洲法院在违反之诉中频繁适用合作义务,而且往往做出成员国违反合作义务的裁决。而欧委会为了排除或限制成员国的行动,在诉讼中往往一面主张欧盟对外权能的专属性,一面又援引合作义务,这样一来,即便专属权能的主张失利,法院往往也会做出成员国违反合作义务的裁决(张华,2016:191)。学者指出,欧洲法院对合作义务的扩大解释使得共享权能产生了近似于专属权能的效果(张华,2016:190)。

以上例证充分说明,欧洲法院对合作义务的解释与适用势必对成员国的自主决策空间产生严重限制。有欧洲学者敏锐地观察到,欧盟成员国事实上又回到《欧洲联盟条约》生效之前就存在的情境,成员国被“再授权”来决定欧盟内部市场对外国直接投资的开放水平(Hindelang and Maydell, 2011)。

结语

综上,合作义务的内涵与欧盟权能有关,但合作义务也完全可能超越权能而对成员国产生结果导向的义务,迫使其放弃原有立场而遵从欧盟立场。欧洲法院在对成员国合作义务运用过程中表现出司法能动性,这一方面和欧洲法院积极推动欧盟一体化的立场一脉相承;另一方面,它也是欧盟为了应对近年来全球政经格局的演变和自身遭受债务危机、难民危机以及“英国脱欧”等一系列困局的司法反应,试图在欧盟层面大幅加强在国际经贸政策领域的规制和话语权(程保志,2017)。在这样的背景下,在外资安全准入问题上,一旦欧委会认定欧盟利益受到影响,合作义务都很有可能被解释为结果义务,导致成员国除了与欧盟并肩同行之外已没有太多的独立决策空间。除非能证明所谓的欧盟利益受影响、安全和公共利益受威胁纯属子虚乌有,否则成员

^① Case C-124/95 *Centro-Com* [1997] ECR I-81, paras. 25 and 27.

^② Case C-459/03, *Commission v Ireland (Mox Plant)* [2006] ECR I-4635, para. 176.

国背离欧委会意见采取单独行动就可能因损害欧盟目标而被判违反真诚合作义务。

近几年来,欧盟在贸易及投资领域将更多问题与安全挂钩。在2020年底,《中欧全面投资协定》谈判宣布如期完成,从2021年1月披露文本来看,协定第六节“最后条款”(Sub-section 2: Final provisions)部分包含了一个安全例外条款(Article 10 Security Exceptions)。该条在结构上与GATT第二十一条“安全例外”有相似之处,其中规定“本协议不得解释为……(b)阻止一方为保护其基本安全利益而采取其认为必要的行动”,这明确了该领域安全例外的边界。这些措辞有助于防止外资准入问题泛安全化,可为我国赴欧投资打造法治化的营商环境提供重要制度保障。与此同时,考虑到近年来国际政治经济格局的变化及风险,我国仍可继续探讨如何通过威慑性的制度对可能出现的恣意性外资安全审查进行反制。通过健全外资安全审查法律体系,并引入“欧盟条款”,在审查对象、审查范围、审查标准及审查决定的可救济性等方面参照欧盟外资审查条例的规定和实践适用,将有助于全面降低我国对欧投资受到政治驱动性安全审查的法律风险。

参考文献

- [1] 陈若鸿. 特朗普政府232措施中的“国家安全话语”——选择、意图及合法性[M]//林中梁,陈咏梅主编. WTO法与中国论坛(2019)年刊. 北京: 知识产权出版社, 2019:78-108.
- [2] 程保志. 从欧洲法院咨询意见看欧盟专属权能的拓展与演进[C]//中国欧洲学会欧洲法律研究会第十一届年会论文集:2017年卷, 2017: 268.
- [3] 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):第182-192.
- [4] 刘永涛. 建构安全威胁——美国战略的政治选择[J]. 世界经济与政治, 2010(6):118-129.
- [5] 孙吉胜. 国际关系中语言与意义的建构——伊拉克战争解析[J]. 世界经济与政治, 2009(5):43-56.
- [6] 王灏晨. 欧盟对中国—中东欧合作的态度、原因分析及我国的应对措施[J]. 发展研究, 2018(7):58-61.
- [7] 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.
- [8] 张华. 欧洲联盟对外关系法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [9] 张华. 欧盟对外关系法中的一致性原则:以《里斯本条约》为新视角[J]. 欧洲研究, 2010(3):18-36.
- [10] 左文君. 从对外关系权能“一致性”分析欧盟外交事务与安全政策高级代表的法律定位[J]. 华北电力大学学报, 2016(1):71-77.
- [11] Bischoff, J. A., “Just a Little BIT of ‘Mixity’ ? The EU’s Role in the Field of International Investment Protection Law” , *Common Market Law Review*, 2011, 48(5):1527-1569.
- [12] Casolari, F., “The Principle of Loyal Cooperation: A ‘Master Key’ for EU External Representation?” , in S. Blockmans and R. Wessel (eds.), *Principles and Practices of EU External Representation*, CLEER Working Papers, 2012/5:11-36.
- [13] Casteleiro, A. D., “Loyalty in External Relations Law: The Fabric of Competence, Autonomy and Institutional Balance” , in Eleftheria Neframi, Mauro Gatti (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden: Nomos 2018.
- [14] Casteleiro, A. D., and J. Larik, “The Duty to Remain Silent: Limitless Loyalty in EU External Relations?” *European Law Review*, 2011,36(4):522-539.
- [15] Cremona, M., “Defending the Community Interest: The Duties of Cooperation and Compliance” , in M. Cremona and B. De Witte(eds.), *EU Foreign Relations Law Constitutional Fundamentals*, Oxford: Hart Publishing, 2008:126.
- [16] Cremona, M., “External Relations and External Competence: The Emergence of an Integrated Policy” , in P. Craig and G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: OUP, 1999:170.

- [17] Dashwood, A., “The Relationship between the Member States and the European Union/European Community”, *CML Rev.*, 2004,41:355–377.
- [18] De Baere, G., “O, Where is Faith? O, Where Is Loyalty? Some Reflections on the Duty of Loyal Cooperation and the Union’s External Environmental Competences in the Light of the PFOS Case”, *EL Rev.*, 2011:417–18.
- [19] De Baere, G., and T. Roes, “EU Loyalty as Good Faith”, *International & Comparative Law Quarterly* 2015, 64(4): 829.
- [20] Dougan, M., “The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts”, *Common Market Law Review*, 2008, 45(3):617–703.
- [21] Eckes, C., “Disciplining Member States: EU Loyalty in External Relations”, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- [22] Hillion, C., “A powerless court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy”, in Cremona and Thies (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Oxford: Hart Publishing, 2014:47–70.
- [23] Hillion, C., “Mixity and Coherence in EU External Relations: The Significance of the ‘Duty of Cooperation’”, in C. Hillion & P. Koutrakos (eds.), *Mixed Agreements Revisited —The European Union and Its Member States in the Word*, Oxford: Hart Publishing, 2010.
- [24] Hindelang, S., and N. Maydell, “The EU’s Common Investment Policy—Connecting the Dots”, in M. Bungenberg, J. Griebel and S. Hindelang(eds.), *International Investment Law and EU Law*, Springer, 2011:11.
- [25] Hyett, S., “The Duty of Cooperation: A Flexible Concept”, in A. Dashwood and C. Hillion (eds.), *The General Law of EC External Relations*, London: Sweet & Maxwell, 2000:248.
- [26] McLeod, I., D. Hendry and S. Hyett, *The External Relations of the European Communities*, Oxford: Clarendon Press, 1996:145.
- [27] Klamert, M., and Niklas Maydell, “Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law”, *European Foreign Affairs Review*, 2008,13(4):493–513.
- [28] Klamert, M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford: OUP,2014.
- [29] Krajewski, M., “External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?”, *Common Market Law Review*, 2005,42(1):91–127.
- [30] Neframi, E., “The Duty of Loyalty: Rethinking its Scope Through Its Application in the Field of EU External Relations”, *CML Rev.*, 2010(47):331–337;
- [31] Pollack, M., “The Engines of Integration? Supranational Autonomy and Influence in the European Union”, in W. Sandholtz and A. Stone Sweet, *European Integration and Supranational Governance*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1998:217–249.
- [32] Schermers, H. G., “Commentary on Opinions 1/9nd 1/92”, *CML Rev.*, 1992,29:991.
- [33] Shan Wenhua and Sheng Zhang, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law*, 2010,21(4):1049–1073.
- [34] Van Elsuwege, P., The Duty of Sincere Cooperation (Art. 4 (3) TEU) and Its Implications for the National Interest of EU Member States in the Field of External Relations, CLEER Working Papers, 2012/5, 37–55. <https://www.uaces.org/documents/papers/1501/Van%20Elsuwege.pdf>.
- [35] Van Vooren, B., and R. A. Wessel, *EU External Relations Law*, Cambridge University Press, 2014: 206.

【作者简介】陈若鸿：北京外国语大学国际商学院副教授，硕士生导师，法学博士。研究方向：国际经济法。

隋 军：东北大学文法学院副教授，法学博士。研究方向：国际经济法 and 国际环境法。

Implication of Duty of Sincere Cooperation on EU Member States' Discretion in FDI Security Review

CHEN Ruo-hong¹ & SUI Jun²

(1. Beijing Foreign Studies University, Beijing 100089, China; 2. North East University, Shenyang 110169, China)

Abstract: EU member states are subject to duty of sincere cooperation where their conduct has an impact on EU external relation. In the implementation of EU Regulation for screening of FDI, even though member states are the final decision makers, their discretion are limited by the duty of sincere cooperation. Jurisprudence of European Court of Justice has shown that, duty of cooperation brings legal obligations to member states either in the form of duty of conduct or duty of result. In the latter case, the member states are forbidden from taking any measure which goes against EU objective. Based on the jurisprudence of duty of cooperation, the article explores the discretion enjoyed by EU member states in FDI security review when EU declares that its security is threatened. Now that duty of cooperation is linked to the nature of EU competence, the article explores and finds that FDI security review touches both the common commercial policy where EU enjoys exclusive competence and common security and foreign relations policy where member states enjoy competence. Based on jurisprudence, the article argues that, where EU security is found threatened, FDI security review may well be found falling under the area where EU enjoys exclusive competence, which means that FDI destination country undertakes duty of result and is forbidden to take any measure which may damage EU objective. The article further argues that, even if EU competence is not defined as exclusive competence, member states' duty of cooperation is still likely to be interpreted as duty of result because the court is likely to discipline member states with duty of cooperation so as to maintain consistency in EU external relationship and settle complicated competence dispute. Therefore, it can be concluded that, where a FDI is regarded as threatening EU security, there is hardly any room left for member states to deviate from the Commission's opinion unless the presumption of "EU security threatened" is successfully rebutted.

Keywords: EU Regulation for Screening of FDI; duty of sincere cooperation; exclusive competence; principle of consistency; EU external relation

(责任编辑: 黄志瑾)

(上接第16页)

Seven Suggestions on the Draft of Hainan Free Trade Port Law

HE Xiao-yong

(International School of Financial Law of East China University of Politics and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The legislation on Hainan Free Trade Port is a pioneering undertaking in China's legislative history. It demonstrates China's determination and confidence to unswervingly follow opening-up policy. The Hainan Provincial People's Congress and its standing committee is empowered by the Hainan Free Trade Port Law Draft to make rules on trade, investment and relevant management activities, which is an innovation of delegated legislation. To amend the draft, the definition of "Free Trade Port" should be included, thus defining Hainan Free Trade Port as the trade zone with the highest level of opening-up in the legal form. In completing the legal framework, it is needed to draw on the experience of the internationally recognized economic and trade rules and adjust the terms of financial service and digital trade. In management authority and the initiative of formulating lists, it is necessary to delegate the power of administrative licensing by law, following the principle of fully empowering Hainan Province autonomy to carry out reforms. In terms of tax, the upper and lower limits of taxes should be defined to give clear expectations to market subject. Moreover, the terms of evaluation should be added to make the effective ways in evaluating the construction of Hainan Free Trade Port solidified by regulations.

Keywords: the Free Trade Port Law; law draft; amendment; Hainan; free trade port

(责任编辑: 黄志瑾)