

欧盟外资安全审查立法草案及其法律基础的适当性*

叶 斌

内容提要:2017年9月13日,欧盟委员会公布首部在欧盟层面建立外资安全审查机制并且试图协调成员国外资安全审查机制的条例草案。欧盟委员会背离原先处理主权财富基金的立场,将共同商业政策作为立法草案的法律基础,并且认为欧盟具有专属权能并采取共同决策的立法程序。对欧盟立法措施及其缔结的国际协定而言,法律基础的选择极为重要,不适当的法律基础将导致法令无效。鉴于外资安全审查也涉及欧盟资本自由流动规则,本文通过比较欧洲联盟基础条约和欧洲联盟法院的判例法,特别是2017年第2/15号意见来分析该立法草案法律基础的适当性。文章认为,欧盟外资安全审查立法草案构成欧盟法单方面承诺资本自由流动的“后退”措施,其法律基础应是《欧洲联盟运行条约》第64条,而非共同商业政策。

关键词:资本自由流动 外国直接投资 安全审查 法律基础 欧盟法

2017年9月13日,欧盟委员会(European Commission)公布首部在欧盟层面建立外资安全审查机制并且试图协调成员国外资安全审查机制的条例草案。^①该立法草案的目的,是为了回应近年来中国对欧盟高新技术企业的并购或基础设施投资引发的所谓“安全关切”,计划通过建立初步“中心化的”欧盟外资安全审查框架来保护欧盟

* 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。

^① European Commission, “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”, 2017/0224 (COD), COM(2017) 487 final, Brussels, 13.9.2017. 文中关于欧盟外资安全审查立法草案的内容均引自该文献。

的核心利益。^① 欧盟外资安全审查框架立法草案是由德国、法国和意大利三国政府倡导,^②并得到欧洲议会国际贸易委员会的支持。^③ 欧盟委员会将草案的公布日期放在容克发表盟情咨文的同一天,并且欧盟主要机构同意将其纳入本届欧洲议会结束前优先通过的立法事项,表明欧盟对尽早通过该草案抱有很强的政治意愿。

尽管欧盟草案得到欧洲各界不同程度的支持,但反对的声音也不少。^④ 欧洲智库布鲁盖尔(Brugel)著名经济学家安德雷·沙皮尔(Andre Sapir)和阿莉西亚·加西亚-埃雷奥(Alicia Garcia-Herrero)在草案出台之前就表示反对。沙皮尔认为,限定审查机制的范围和保持成员国偏好的多样性非常重要,并且关键在于:制定单一欧盟规则的好处是否会牺牲各国的不同偏好?加西亚-埃雷奥则认为,欧盟的竞争政策可以方便地替代欧盟层面的投资保护政策。德国产业联合会(BDI)也批评欧盟草案,不仅认为草案划定的监管产业清单过宽,而且声明:“德国产业欢迎一个同时可以兼顾成员国权能的更加共同的方式”,“最后决定投资是否被禁止的权力应保留在成员国的手中”。德国联邦参议院对欧盟草案表示谨慎欢迎,但认为安全或者公共秩序的概念模糊不清,导致在法律上无法确定欧盟的干预权,进而担心德国丧失自治的决策权。^⑤ 上述质疑尽管大多针对草案的实质内容,但也间接指向了欧盟与成员国之间关于外资安全审查的权能分配问题。

自《里斯本条约》机缘巧合地将外国直接投资(FDI)纳入欧盟的共同商业政策以

① 对欧盟草案立法目的和中国因素的分析,参见 Gisela Grieger, “Foreign Direct Investment Screening: A Debate in Light of China-EU FDI Flows”, *European Parliamentary Research Service*, PE 603.941, May 2017; Rasmussen Global Memo, “Foreign Investment Screening and the China Factor”, November 16, 2017; Gisela Grieger, “EU Framework for FDI Screening”, *European Parliamentary Research Service*, PE 614.667, January 2018。有关机制“中心化”的表述,参见 Lawrence Eaker and SUN Tao, “Chinese Investment in the European Union & National Security Review: Is the EU Legal Regime about to Follow the US Model?”, *Frontiers of Law in China*, March 2014, pp.42-64。

② 德国、法国和意大利三国政府对立法草案的倡导,参见“Proposals for Ensuring an Improved Level Playing Field in Trade and Investment”, Berlin, Paris, Rome, February 2017, http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkt Papier-proposals-for-ensuring-an-improved-level-playing-field-in-trade-and-investment.pdf?__blob=publicationFile&v=4, 2018年10月1日访问。

③ 2017年3月20日,欧洲议会欧洲人民党团十名议员提议就审查战略产业的外国投资制定欧盟立法,要求在欧盟层面干预可能导致市场扭曲的、不符合市场规则或者受国家补贴的第三国对欧投资,参见 Daniel Caspary et al., “Proposal for a Union Act on the Screening of Foreign Investment in Strategic Sectors”, B8 0302/2017, 26.4.2017。

④ 对欧盟草案的反馈意见,参见 Gisela Grieger, “EU Framework for FDI Screening”; 叶斌:“欧盟外资安审机制立法草案评述”,《欧洲发展报告(2017-2018)》,北京:社会科学文献出版社2018年版。对欧盟草案面临的阻力分析,参见石岩:“欧盟外资监管改革:动因、阻力及困局”,《欧洲研究》2018年第1期。

⑤ https://www.umwelt-online.de/PDFBR/2017/0655_2D1_2D17.pdf, last accessed on 1 October 2018.

来,^①就引发了法学界关于欧盟是否享有外国直接投资的专属权能的广泛讨论。然而,当前对权能问题的讨论绝大多数围绕欧盟与成员国对国际投资协定的谈判与批准权能的归属、外国直接投资与间接投资的权能区分、外国间接投资是否属于默示权能、市场准入与投资保护是否属于共同商业政策、投资争端解决机制是否属于欧盟专属权能等方面。^② 这些讨论都与欧盟对外签订国际投资协定的权能有关,但极少从资本自由流动方面论及欧盟层面限制外国投资的立法权能问题。^③ 尽管有学者注意到《里斯本条约》(Lisbon Treaty)给资本自由流动规则与共同商业政策权能的区分带来了不确定性,但更多的是在国际协定问题上讨论。^④ 此外,“长期沉睡”的欧盟层面的资本自由流动的限制权能(《欧洲联盟运行条约》第64条)与成员国安全政策例外(第65条)之间的区别,并没有得到深入的讨论。有某知名律师事务所对欧盟外资安全审查做了一些法律分析,但也没有对欧盟立法草案的法律基础问题做深入研究。^⑤

本文旨在讨论欧盟委员会提出的外资安全审查条例草案是否采取了适当的法律基础。对欧盟立法措施及其缔结的国际协定而言,法律基础的选择极为重要。^⑥ 欧洲

^① 有学者认为,这种权能转变不是因为欧盟委员会“浑水摸鱼”,而是由于条约修订的日程紧张且复杂,成员国忙于其他的优先事项,是历史的机缘巧合以及议程设定共同作用的结果。See Sophie Meunier, “Integration by Stealth: How the European Union Gained Competence over Foreign Direct Investment”, *Journal of Common Market Studies*, Vol.55, No.3, 2017.

^② See Marc Bungenberg, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics”, August Reinisch, “The Division of Powers Between the EU and Its Member States ‘After Lisbon’”, in Marc Bungenberg, Joern Griebel and Steffen Hindelang eds., *International Investment Law and EU Law*, Springer, 2011, pp.29-42, 43-54; Wenhua Shan and Sheng Zhang, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, *The European Journal of International Law*, Vol.21, No.4, 2010, pp.1049-1073; Jan Asmus Bischoff, “Just a Little BIT of ‘Mixity’? The EU’s Role in the Field of International Investment Protection Law”, *Common Market Law Review*, Vol.48, No.5, 2011, pp.1527-1569; Marcus Klamert and Niklas Maydell, “Lost in Exclusivity: Implied Non-Exclusive External Competences in Community Law”, *European Foreign Affairs Review*, Vol.13, No.4, 2008, pp.493-513; Markus Krajewski, “External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?”, *Common Market Law Review*, Vol.42, No.1, 2005, pp.91-127.

^③ 从资本自由流动方面论及欧盟层面限制外国投资的立法权能问题,参见 Joachim Karl, “The Competence for Foreign Direct Investment: New Powers for the European Union?”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol.5, No.3, 2004, pp.413-448; Steffen Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, Oxford University Press, 2009; Steffen Hindelang and Niklas Maydell, “The EU’s Common Investment Policy - Connecting the Dots”, in Marc Bungenberg, Joern Griebel and Steffen Hindelang eds., *International Investment Law and EU Law*, pp.1-27; Angelos Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, 2011; Philip Strik, *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*, Hart Publishing, 2016.

^④ Angelos Dimopoulos, “The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism between Internal and External Economic Relations?”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol.4, No.4, 2008, p.113.

^⑤ 该律师事务所认为,欧盟对外资安全审查具有专属权能,但缺乏深入的分析。其推论部分存在矛盾:一方面承认欧洲法院的第2/15号意见没有提供明确指引;另一方面又不加分析地认为欧盟在原则上具有该领域立法的专属权能,参见 Mannheimer Swartling, “EU FDI Screening - Legal Considerations”, June 2017, pp.8-9.

^⑥ Panos Koutrakos, “Legal Basis and Delimitation of Competence in EU External Relations”, in Marise Cremona and Bruno de Witte eds., *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, 2008, pp.172-198; Angelos Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, 2011, pp.136-138.

法院在第2/00号意见中称,选择适当的法律基础具有宪法意义。^①如果一项欧盟法令选择了错误的法律基础,将导致法令无效。

首先,本文简要介绍欧盟外资安全审查框架草案的核心内容;其次,重点分析草案采取的法律基础的适当性,包括讨论《里斯本条约》生效前后欧盟委员会对限制外国直接投资措施法律基础的转变,揭示欧盟理事会与欧盟委员会的意见分歧,并且试图通过欧洲法院的判例来寻求草案的正确法律基础的线索;最后,根据上述分析,得出欧盟委员会采用共同商业政策作为法律基础可能存在的利弊和法律后果。

一 欧盟投资安全审查条例草案的核心内容

2017年9月13日,在容克发表盟情咨文的同日,欧盟委员会公布首部对外国直接投资进行安全审查的条例草案。^②当天,德国、法国和意大利三国政府发表联合新闻稿,欢迎欧盟委员会立法草案。9月25日,欧洲议会国际贸易委员会(INTA)首次讨论欧盟委员会提出的投资审查立法草案,多数议员肯定欧盟委员会的建议稿。10月26日,欧洲议会全体会议宣布草案移交相关委员会,启动关于外国直接投资安全审查立法的一读程序。12月14日,欧盟委员会、欧洲议会和欧盟理事会通过联合声明,将投资安审立法草案作为2018年欧盟优先立法之一。截至2018年8月31日,欧洲议会国际贸易委员会通过对草案的意见报告,^③欧盟理事会亦同意与欧洲议会及欧委会的磋商立场。^④目前,草案已进入三方会谈阶段。

在2017年5月欧盟委员会关于驾驭全球化的政策文件中,可以发现欧盟委员会转变对外资安全审查态度而采取立法行动的端倪。欧盟委员会在该文件中强调,欧盟必须拥有可供使用的工具来恢复公平竞争环境,并对采取不公平做法的国家或者公司采取果断的行动。欧盟委员会进一步指出,尽管对外国投资开放一直是欧盟的核心原则,也是欧盟经济增长的主要来源,但最近出现了不少对外国投资者尤其是外国国有

^① Opinion 2/00 of 6 December 2001, ECR I-9753, para. 5.

^② European Commission, "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", Brussels, 13.9.2017, COM(2017) 487 final, 2017/0224 (COD).

^③ Committee on International Trade of European Parliament, "Report on the 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", Rapporteur: Franck Proust, A8-0198/2018, 4.6.2018.

^④ Council of the EU, "Screening of Investments: Council Agrees Its Negotiating Stance", Press Release 335/18, 13/06/2018.

企业的担忧。这些外国企业出于战略原因收购持有关键技术的欧洲公司,而欧盟投资者却常常不能在该国享有同样的投资权利。出于上述担忧,欧盟认为需要仔细分析并且采取适当的行动。^①

该草案是对近年来外国对欧投资情势快速变化的反应。起草者认为,需要在保持欧盟对外资开放与确保欧盟核心利益不受损害之间寻求平衡。当前欧盟的外资审查机制是“去中心化”和“碎片化”的,近期变化的外资流入趋势与某些投资东道国的国家政策对欧盟外资审查机制能否应对外资对安全或公共秩序的潜在跨境影响提出了挑战。

(一) 双重授权机制

欧盟投资安全审查条例草案构成一种双重授权机制:一方面允许欧盟成员国维持、修改或者建立外资安全审查机制,同时允许欧盟委员会和成员国对某一成员国的决策发表意见或评论;另一方面为欧盟委员会提供新的审查工具,在欧盟层面建立对可能影响所谓“欧盟利益”的外国投资项目进行安全审查的全新框架,赋予欧盟委员会发表意见的权力。

欧盟草案实质上扩大了安全的范围,将“经济安全”纳入需要考量的因素。对于哪些该属于“可能受影响的具有联盟利益的计划或者项目”,草案采取了举例的方式,其中包括对欧盟经济增长、就业和竞争力具有重要贡献的联盟计划和项目,以及受欧盟立法调整的关键基础设施、关键技术和关键投入品。草案附件列举了六项具有联盟利益的欧洲项目或计划,包括:欧洲全球卫星导航系统项目(GNSS)、哥白尼项目(地球环境安全监控)、地平线 2020(研究与创新项目)、泛欧交通网络(TEN-T)、泛欧能源网络(TEN-N)和泛欧通信网络。

对于投资安审中须考虑的因素,草案列举了可能受到潜在影响的四个方面,并且强调可以对特定来源的投资加以特别考量。其范围非常广泛,包括:(1)关键基础设施;(2)关键技术;(3)关键投入品的供应安全;(4)获得敏感信息与控制敏感信息的能力。其中,关键基础设施包括能源、交通、通信、数据存储、空间和金融的基础设施,以及敏感设施;关键技术包括人工智能、机器人、半导体、潜在的军民两用技术、网络安全、空间和核能等技术。

对于投资的来源或性质,草案特别强调,成员国和欧盟委员会应考虑外国投资者

^① European Commission, “Reflection Paper on Harnessing Globalisation”, COM(2017) 240 final, Brussels, 10.5.2017, p.18.

是否受到外国政府直接或者间接的控制,其中包括外国政府对其提供重大资助。

关于委员会审查框架和程序,草案规定:欧盟委员会可以向被投资成员国就计划中或已完成的外国投资发表具有咨询性质的“意见”。欧盟委员会可以要求成员国提供与投资有关的任何必要信息。欧盟委员会须在25个工作日内发表意见。对于欧盟委员会投资安审“意见”的效力,草案并未赋予强制的法律约束力,而是要求成员国应尽最大可能考虑委员会的意见。如果成员国未遵循委员会意见,须向委员会做出解释。尽管欧盟委员会意见无约束力,但可通过政治施压达成类似效果。

(二) 建立欧盟成员国信息交换机制和成员国相互评议机制

对于成员国层面的投资安审机制,条例草案的重点是设立信息交换机制和相互评议机制。草案对成员国投资安审机制做了四点要求:其一,要求成员国建立信息交换和年度汇报机制,成员国应及时和定期向委员会公开本国的投资审查情况或外国直接投资的数据信息;其二,要求建立合作机制,实际上是互相评议机制,允许成员国对其他成员国的投资审查发表评论,允许委员会发表意见;其三,要求成员国现有安审机制满足一定的程序要求,特别强调被审查者获得司法救济的权利;其四,要求成员国建立“反规避”机制,防止外国投资通过在欧盟设立投资公司等方式隐藏资金来源以规避成员国的投资安审机制,目的是为了确保审查机制和审查决定的有效性。该规定将导致某些尚未建立反规避机制的成员国修改其国内法。

对于已经建立外资安审机制的12个欧盟成员国而言,该立法草案将成员国外资安审机制置于欧盟委员会的非约束性意见之下和成员国的“同行评议”之中,通过这种软法方式影响成员国现有外资安审决策。对于那些尚未建立外资安审机制的欧盟成员国而言,该草案将建立一种全新的欧盟层面的外资安审机制。

二 欧盟外资安全审查条例草案的法律基础的适当性分析

2009年生效的《里斯本条约》将外国直接投资纳入欧盟的共同商业政策,在很大程度上解决了欧盟对外缔结投资协定的权能问题。但由于欧盟内部的资本自由流动原则也适用于第三国对欧投资,这就造成了欧盟基础条约不同政策领域的潜在冲突,引起对与外国直接投资有关机制的法律基础的不同理解。

欧盟外资安全审查框架草案将共同商业政策作为其法律基础,引发了一系列的法律问题:其一,欧盟外资安全审查框架草案反映了欧盟共同商业政策与内部市场资本自由流动条款之间的冲突,建立欧盟层面的外资安全审查机制究竟属于欧盟共同商业

政策,还是构成内部市场资本自由流动的限制或者“后退”措施?其二,共同商业政策下的立法程序与资本流动“后退”措施的立法程序不同,究竟应采取普通立法程序,还是特别立法程序?

(一) 欧盟委员会关于主权财富基金的先前立场

在《里斯本条约》生效前后的一段时期,欧盟委员会认为,欧盟应对主权财富基金(SWFs)的共同方法基于五项原则:(1)开放投资环境的承诺;(2)支持多边机制的工作;(3)利用现有工具;(4)尊重欧共体条约义务和国际承诺;(5)比例性原则和透明度原则。^①其中,欧盟委员会明确指出,对投资监管或者限制的规则应适用《欧共体条约》关于资本自由流动(free movement of capital)的条款,并且重申这是欧盟的一项基本原则。

在欧债危机爆发不久,主权财富基金对欧投资激增,引发不少欧洲人的担心,要求对主权财富基金施加监管的呼声渐涨。为此,2008年2月,欧盟委员会发布“关于主权财富基金的共同方法”的政策文件。对于处理以主权财富基金方式投资的欧盟法律框架,欧盟委员会认为:“与其他形式的投资一样,以主权财富基金方式进行的投资受相同欧盟规则的约束,不论外国或国内投资,都适用《欧共体条约》第56条规定的成员国之间以及成员国与第三国之间的资本自由流动原则”。^②当时,欧盟委员会并不倾向于在欧盟层面引入新的监管机制,而是认为欧盟和成员国的现有工具足以应对跨境投资带来的涉及公共政策和公共安全的风险或挑战,不论财富基金的所有权为何,现行监管框架已经提供了保护公共利益的有效工具。

对于欧盟层面的机制,欧盟委员会认为,欧盟兼并条例允许成员国为了保护除竞争以外的“合理利益”而采取适当的措施;当然,这种措施必须满足必要性、非歧视和合乎比例的要求,并且与共同体法的其他规则相一致。何为“合理利益”(legitimate interests),欧盟委员会认为,公共安全、媒体的多样性和审慎规则可视为“合理利益”,而其他利益则应在告知委员会的基础上以个案考察的方式处理。

对于投资与内部市场和共同商业政策的关系,欧盟委员会指出:“欧盟贸易政策的一项主要目标,是为欧盟投资者打开第三国的市场,其基本的原则与管理内部市场的原则是一样的。如果欧盟被外界认为正在欧盟内部设置障碍,那么实现这样的目标

^① Commission of the European Communities, “Communication: A Common Approach to Sovereign Wealth Funds”, February 27, 2008, COM(2008) 115 final, at 4.2.

^② Ibid., at 3.1.

会更加困难”。^①

当时,有不少人建议针对主权财富基金建立新的机制,例如有人建议欧盟模仿美国成立外国投资委员会,或者建立欧盟范围的审查机制,或者对非欧盟的外国投资建立所谓“黄金股机制”。欧盟委员会在上述政策文件中指出,所有这些建议都存在释放错误信号的危险,使人误以为欧盟打算从开放投资机制的承诺“后退”(stepping back),而且,这些建议也难以与欧盟法和欧盟的国际义务相一致。

《欧洲联盟运行条约》第63条(原《欧洲共同体条约》第56条)第1款规定:在本章框架内,禁止对成员之间及成员国与第三国之间的资本流动施加任何限制;第2款规定:在本章框架内,禁止对成员国之间及成员国与第三国之间的支付施加任何限制。

《欧洲联盟运行条约》第64条(原《欧洲共同体条约》第57条)第2款规定:在努力实现成员国与第三国之间资本自由流动的目标的同时,并在不影响两部条约其他各章的前提下,欧洲议会和欧盟理事会应根据普通立法程序,就涉及流入或来自第三国的直接投资(包括房地产投资)、设立商业机构、提供金融服务、允许证券进入资本市场等方面的资本流动制定措施。第3款规定:尽管有本条第2款的规定,但只有理事会才可以在咨询欧洲议会后,以一致通过的方式,根据一项特别立法程序,在涉及流入或来自第三国的资本流动方面制定构成联盟法上“后退”的措施。^②

对于立法的程序和形式,欧盟委员会当时还进一步明确指出:“在欧洲层面,可以根据《欧共体条约》第57条第2款从两个方面对资本自由流动这项条约的基本原则进行规制:其一,共同体可以特定多数通过与来自第三国直接投资有关的资本流动的措施;其二,也不排除共同体以一致方式引入限制直接投资的措施。”这一表态至少有两方面的含义:首先,欧盟委员会认为限制外国直接投资^③的立法措施就是《欧共体条约》第57条第2款或《欧洲联盟运行条约》第64条第3款中所称的“构成联盟法上后退的措施”;其次,采取一致通过而非特定多数的方式通过限制直接投资的立法措施。

需要强调的是,《里斯本条约》并没有对《欧共体条约》的资本自由流动条款进行

^① Commission of the European Communities, “Communication: A Common Approach to Sovereign Wealth Funds”, at 3.2.

^② 本文中关于两部欧盟基础条约的中译文,均引自《欧洲联盟基础条约——经〈里斯本条约〉修订》,程卫东、李靖堃译,北京:社会科学文献出版社2010年版。

^③ 外国直接投资的概念与资本自由流动,参见 Angelos Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, 2011, pp.37-42。

实质上的修改。^① 除去与条约其他部分保持一致地增加欧洲议会的立法功能、将第2款中的两种情形分别规定为第2款和第3款之外,《欧洲联盟运行条约》第64条与原《欧共同体条约》第57条对立法程序的规定是一致的——自由化的立法措施以特定多数通过,限制或后退措施则采取一致方式通过。

《里斯本条约》的起草者将这两种立法程序从原来的第2款中分立出来,显然是为了强调资本自由化措施与限制资本流动措施的明显区别,加强成员国在后一种立法决策中的作用,增加在欧盟层面通过限制资本流动措施或者后退措施的难度。根据第64条第3款,在欧盟层面制定对来自第三国的资本流动的后退措施,其立法程序是特别立法程序而非普通立法程序,欧洲议会仅有咨询权而无批准权,欧盟理事会内部以一致方式而非特定多数通过。^②

欧盟单方面对世界各国承诺资本自由流动原则,并且欧洲法院早在桑兹·德·莱拉等人案(Sanz de Lera and Others)中就认定资本自由流动规则是直接适用的。^③ 长期以来,欧盟尚未使用《欧洲联盟运行条约》第64条第2款和第3款(原《欧共同体条约》第57条第2款)作为立法性法令的法律基础。^④ 斯蒂芬·欣德朗(Steffen Hindelang)教授形象地将该条款称为“尚未醒来的睡美人”。但是,该学者认为,“随着具有战略利益的经济领域,诸如能源供应和电信业的外国直接投资激增,对于来自第三国所有或者控制的投资基金,欧盟一直以来存在的限制贸易保护主义的路线很可能转向迎合保护主义思潮”。早在2009年,他就预测,《欧共同体条约》第57条第2款将被用于处理这种情况,成为欧盟制定限制性措施的权能基础。^⑤ 在2011年《欧洲国际经济法年刊(国际投资法与欧盟法专刊)》中,该学者在讨论自由流动原则与外国直接投资的权能问题时指出,欧盟的权能架构,特别是《欧洲联盟运行条约》第64条第2款为

^① 《里斯本条约》对资本自由流动条款的影响,参见 Federico Ortino and Piet Eeckhout, “Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment”, in Andrea Bioni, Piet Eeckhout and Stefanie Ripley eds., *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp.312-327。

^② Joachim Karl, “The Competence for Foreign Direct Investment: New Powers for the European Union?”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol.5, No.3, 2004, p.434。

^③ Judgment of the Court of 14 December 1995, Joined cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94, Sanz de Lera and Others, ECR I-4821, paras.41-47。

^④ 佐审官马杜罗(Maduro)也持相同观点,转引自 Federico Ortino and Piet Eeckhout, “Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment”, in Andrea Bioni, Piet Eeckhout and Stefanie Ripley eds., *EU Law after Lisbon*, p.371。斯蒂芬·欣德朗认为,仅有极少数的立法性法令以第57条第2款为唯一的或者与其他权能相结合的法律基础,参见 Steffen Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, Oxford University Press, 2009, pp.304-305。

^⑤ Steffen Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, pp.304-305。

保卫欧盟及其成员国利益提供了足够的工具。^①

(二) 欧盟委员会: 欧盟外资安全审查草案的法律基础是共同商业政策

欧盟委员会在2017年公布的欧盟外资安全审查立法草案的解释说明中陈述了草案的法律依据,称“外国直接投资被纳入《欧洲联盟运行条约》(TFEU)第207条第1款有关共同商业政策(Common Commercial Policy, CCP)的清单中。根据《欧洲联盟运行条约》第3条,欧盟在共同商业政策领域享有专属权能(exclusive competence)。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”。^② 草案在前言中特别提及《欧洲联盟运行条约》第207条第2款,表明依该款采用普通立法程序(ordinary legislative procedure)进行立法。简言之,在2017年或稍早时候,欧盟委员会改变了先前的态度,将《欧洲联盟运行条约》第207条作为其外资安全审查立法草案的法律基础,认为应采用“普通立法程序”通过草案。

《欧洲联盟运行条约》第207条第1款规定:共同商业政策应建立在统一原则的基础上,特别是应考虑关税税率的变化、涉及货物与服务贸易的关税与贸易协定的缔结、知识产权的商业方面、外国直接投资、贸易自由化措施的统一、出口政策、以及在倾销或补贴等情况下采取的贸易保护措施。共同商业政策应在联盟对外行动的原则与目标框架内实施。第2款规定:欧洲议会和理事会应按照普通立法程序,经由条例的方式,采取措施确定实施共同商业政策的框架。

欧盟委员会的上述措辞是微妙的,没有直接地称欧盟对“外资安全审查”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。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。

欧盟委员会在向欧洲联盟法院提交的“第2/15号咨询案”中表达了相关的立场。2015年7月,欧盟委员会就《欧盟与新加坡自贸协定》(包括投资章节)是否符合欧盟基础条约而向欧洲法院请求发表意见。欧盟委员会请求欧洲法院裁定自贸协定中的哪些条款属于欧盟的专属权能,哪些属于欧盟的共享权能,以及哪些属于成员国的专属权能。2016年12月,欧洲法院佐审官(Advocate General,或译为“法律顾问”)埃莉

^① Steffen Hindelang and Niklas Maydell, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots”, in Marc Bungenberg, Joern Griebel and Steffen Hindelang eds., *International Investment Law and EU Law*, p.8.

^② See European Commission, “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”, 2017/0224 (COD), COM (2017) 487 final, Brussels, 13.9.2017, p.8.

诺·沙普斯顿(Eleanor Sharpston)对该案发表“法律意见书”^①。2017年5月,欧洲法院对欧盟委员会提出的请求发表“第2/15号意见”^②。根据欧洲法院对欧盟委员会观点的转述,欧盟委员会认为,除去涉及跨境交通服务和外国间接投资之外,《欧盟与新加坡自贸协定》中的所有条款都属于欧盟的共同商业政策。^③此外,根据沙普斯顿佐审官意见书的转述,欧盟委员会还进一步认为,共同商业政策不仅包括最初准许投资进入东道国市场的管理规则,而且包括准入后的投资保护规则。^④

(三)欧盟理事会:投资协定中的“安全与公共秩序例外条款”属于成员国的专属权能

目前,还难以从公开文件中获得由各成员国部长组成的欧盟理事会(the Council of European Union)关于欧盟外资安全审查框架草案法律基础的具体立场。但是,从前述“第2/15号咨询案”中佐审官法律意见书和欧洲法院意见对各方论点的转述中可以探知,欧盟理事会及部分成员国^⑤对投资章节国民待遇安全例外的观点。

《欧盟与新加坡自贸协定》第9.3.3条“国民待遇”(核准版为投资协定第2.3条)^⑥第1款规定:任一缔约方应给予另一缔约方的涵盖投资者及其涵盖投资在运营、管理、经营、维护、使用、享有和销售或其他处置其领土内投资方面的待遇,不得低于在类似情形下给予其自身投资者及其投资的待遇。第3款规定:尽管有第1款和第2款的规定,任一缔约方可采取或执行措施给予另一缔约方的涵盖投资者和投资低于在类似情况下给予其自身投资者及其投资的待遇,只要相关措施不以构成对缔约方领土内另一缔约方的涵盖投资者或投资以武断或不合理歧视的方式适用,或不构成对涵盖投资的变相限制,这些措施包括:(a)保障公共安全、公共道德或维持公共秩序所必要的措施。^⑦

根据欧洲法院的转述,欧盟理事会在论述欧盟缺乏对《欧盟与新加坡自贸协定》

^① Opinion (C-2/15) of Advocate General Sharpston, 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:992.

^② Opinion 2/15 of the Court, 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376. 对欧洲法院第2/15号意见的评述,参见 Marise Cremona, “Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017”, *European Constitutional Law Review*, Vol.14, No.1, 2018, pp.231-259.

^③ Opinion 2/15 of the Court, 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376, para. 13.

^④ Opinion (C-2/15) of Advocate General Sharpston, 21.12.2016, ECLI:EU:C:2016:992, para. 272.

^⑤ 在该案中,除克罗地亚、爱沙尼亚和瑞典三国之外的其他25个欧盟成员国都提交了书面或口头观察意见。

^⑥ 欧洲法院发表意见时援引的是《欧盟与新加坡自贸协定》草签版本的第9.3.3条,协定的核准版在章节顺序上有所调整,编排为投资章节第2.3条。

^⑦ 此处条约自注6:“只有在对社会的某项根本利益构成真正和足够的严重威胁的情况下,才可援引该公共秩序例外”。

投资章节的专属权能时,认为《欧盟与新加坡自贸协定》以及成员国与新加坡缔结的其他双边投资协定中的部分条款属于成员国的专属权能,例如国民待遇的“安全或公共秩序例外条款”^①、直接征税例外条款、由武装冲突造成投资损害的赔偿例外条款、由刑罚而限制支付的例外条款、社会保障或退休金的支付例外条款、征收以及代位条款。^② 欧盟理事会和部分成员国还进一步认为,《欧盟与新加坡自贸协定》投资章节只涉及投资保护,不涉及投资许可。即使是该章中与外国直接投资有关的条款,也不能由欧盟单独批准。因为投资保护与国际贸易没有特定的联系,不属于共同商业政策。^③

由以上转述的观点可知,欧盟理事会在提交观察意见时认为给予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。由于共同商业政策是欧盟的专属权能,资本自由流动属于欧盟与成员国的共享权能领域,可以推论,欧盟理事会很可能将给予外国投资者国民待遇的“安全例外条款”归入到“共同外交与安全政策”(CFSP)。

(四) 欧洲法院判例法:尚无对欧盟层面外资安全审查机制的直接解释

欧盟外资安全审查草案是第一部在欧盟层面限制外资的立法措施,欧洲法院以往的判例法仅对成员国的外资安全审查机制进行解释,并未涉及欧盟层面的限制性立法措施。当然,欧洲法院的判例法在如何判断方面发布了三条指南:其一,欧洲法院判例法对成员国层面的外交安全审查机制的法律基础及其合理性做出了裁定;其二,欧洲法院在确定共同商业政策的范围方面建立了数条规则,可用来分析外资安全审查机制能否归入这一范围;其三,欧洲法院的判例法对欧盟的对内权能与对外权能做了区别,可用来解释内部市场的资本流动自由与对外关系的共同商业政策的区别。

(1) 确认“资本自由流动的安全例外条款”是成员国外资安全审查机制的法律基础

与货物自由流动、开业权自由和服务自由流动仅限定在欧盟成员国之间不同,《欧洲联盟运行条约》第63-66条将资本流动自由原则也适用于成员国与第三国之间。目前,欧盟成员国层面建立的外资安全审查机制是以《欧洲联盟运行条约》第65条第1款第2项“资本自由流动的安全例外条款”为法律依据的,这一法律基础一再

^① 欧洲法院第2/15号意见并没有采用“安全例外”术语,也没有采用《欧盟与新加坡自贸协定》脚注中使用的“公共秩序例外”术语,而且统一引述为“涉及公共秩序、公共安全和其他公共利益的条款”。这些术语的范围是不同的,但为便于论述,本文不加区别地使用这些术语。

^② Opinion 2/15 of the Court, 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376, para.26, para.100; Opinion (C-2/15) of Advocate General Sharpston, 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:992, para.283.

^③ Opinion 2/15 of the Court, 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376, para.27.

被欧洲法院的判例法所确认。^①

《欧洲联盟运行条约》第 65 条(原《欧洲共同体条约》第 58 条)第 1 款规定,第 63 条不影响成员国的以下权利:(1)……;(2)采取一切必要措施,防止违反本国法律或法规中规定的国内条款,特别是在税收或对金融机构的谨慎监管方面,制定为行政管理或统计信息之目的而对资本流动进行申报的程序,或者基于公共秩序或公共安全考虑采取措施。第 2 款规定,本章不影响符合两部条约的对有关开业权的限制之适用性。第 3 款规定,本条第 1 款和第 2 款中提及的措施和程序不构成对第 63 条规定的资本与支付自由流动的任意性歧视或变相限制。

在桑兹·德·莱拉等人案中,欧洲法院认定成员国对外国直接投资的事前审批机制构成对资本自由流动的限制。^② 欧洲法院多次确认西班牙对能源产业的限制规则违反《欧共体条约》有关开业自由和资本自由流动的规则。^③ 在科学论教会案(*Église de Scientologie*)^④中,欧洲法院裁定法国以公共政策或者安全存在威胁为由对资本投资实施的事前审批机制,在原则上属于《欧洲联盟运行条约》第 65 条第 1 款第 2 项。该裁定明确地将欧盟成员国层面的外资安全审查机制归入资本自由流动的安全例外条款之下。裁定得到其他欧盟成员国国内法的承认,例如,2017 年 7 月修订的德国《外国贸易与支付法令》第四条规定:“为了确保联邦德国在《欧洲联盟运行条约》第 36 条、第 52 条第 1 款和第 65 条第 1 款意义上的公共秩序或者公共安全,可以对交易和行为加以限制”。^⑤

《欧洲联盟运行条约》包括了多项“安全例外条款”,其本质是为了落实成员国对国家安全和公共秩序的专属权能。根据《欧洲联盟条约》第 4 条,联盟“尊重成员国的基本国家职能,包括确保国家领土完整、维护法律和秩序以及保护国家安全的基本职能。国家安全仍是每个成员国独一无二的责任”。

(2) 欧洲法院对共同商业政策范围的检验方法

在第 2/15 号意见中,欧洲法院再次重申了对共同商业政策的范围的解释规则:^⑥

^① See Paul Crag and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials* (Sixth Edition), Oxford University Press, 2011, p.723.

^② Judgment of the Court of 14 December 1995, Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94, *Sanz de Lera and Others*, ECR I-4821, paras.24-25.

^③ See Case C-463/00 *Commission v Spain* [2003] ECR I-4581, Case C-274/06 *Commission v Spain* [2008] ECR I-26, and Case C-207/07, *Commission v Spain (ENDESA)* [2008] ECR I-00111.

^④ Judgment of the Court of 14 March 2000, *Église de Scientologie*, Case C-54/99, ECR I-1335.

^⑤ Außenwirtschaftsgesetz – AWG durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S.2789).

^⑥ Opinion 2/15 of the Court, para.35.

其一,区分内部市场规则与对外贸易。根据《欧洲联盟运行条约》第207条第1款,特别是其第二句“共同商业政策应在联盟对外行动的原则与目标框架内实施”,共同商业政策属于“联盟的对外行动”,欧盟的共同商业政策应“涉及与第三国的贸易”;^①其二,在认定属于对外行动后,欧洲法院采取“重心检验”方法(centre of gravity test)。^②具体而言,某部欧盟法令(如其缔结的协定)影响欧盟与第三国贸易的单一事实,还不足以认定该法令属于欧盟的共同商业政策。要认定某部欧盟法令属于共同商业政策的范围,除了影响与第三国贸易之外,该法令还应“特别涉及该贸易”(relate specifically to such trade),其“本质目的是为了促进、便利或者管理该贸易”(essentially intended to promote, facilitate or govern such trade),并且对其具有“直接和即刻的效果”(direct and immediate effects)。^③根据这种方法,要推断外资安全审查机制属于共同商业政策,首先需要判定外资安全审查机制是否特别涉及与第三国的贸易,其次运用“重心测试”方法判定外资安全审查机制的本质目标是否为了促进、便利或者管理该贸易,并且是否对该贸易具有直接和立即的效果。

第2/15号意见并没有直接对外资安全例外进行判断,而是将其放在“与投资保护有关的承诺”之下进行解释。欧洲法院没有首先判断投资保护是否特别涉及第三国的贸易,而是径直认为欧盟对批准向第三国做出的涉及直接投资的任何承诺享有专属的权能,但涉及间接投资的承诺则没有专属权能。^④接下来,欧洲法院认为,来自第三国的外国直接投资或者反过来欧盟对第三国直接投资是通过管理或者控制公司来参与执行经济活动,任何促进、便利或者管理这种参与的欧盟法令对该第三国与欧盟之间的贸易具有直接和即刻的效果。^⑤

对于欧盟理事会和部分成员国关于协定的投资章节只涉及直接投资的保护,从而不属于共同商业政策的观点,欧洲法院加以驳斥。欧洲法院认为,协定的投资章节确实仅与准入后的待遇相关,协定第9.2条规定“本章应适用于根据……的准据法所做的……投资”确实将投资许可排除在协定的范围之外;但是,这并不妨碍欧盟与新加

^① Judgments of 18 July 2013, Daiichi Sankyo and Sanofi-Aventis Deutschland, C-414/11, EU:C:2013:520, para.50, and of 22 October 2013, Commission v Council, C-137/12, EU:C:2013:675, para.56.

^② 在“重心检验”过程中,欧洲法院通常会检验对外行动的内容与特定目标之间是否存在“强烈的、直接的和即刻的联系”(strong, direct and immediate link),参见张华:《欧洲联盟对外关系法原理》,北京:法律出版社2016年版,第68-69页。

^③ Judgments of 18 July 2013, Daiichi Sankyo and Sanofi-Aventis Deutschland, C-414/11, EU:C:2013:520, para.51, and of 22 October 2013, Commission v Council, C-137/12, EU:C:2013:675, para.57, and Opinion 3/15 of 14 February 2017, EU:C:2017:114, para.61.

^④ Opinion 2/15 of the Court, para.82.

^⑤ Ibid., para.84.

坡对直接投资的保护规则归属于共同商业政策,如果它们显示与欧盟和第三国的贸易具有特定的联系(specific link)的话。^①

欧洲法院认为,协定中关于“不更低待遇”(no less favourable treatment)和禁止武断待遇(prohibitions of arbitrary treatment)的承诺是为了巩固投资者的法律确定性,协定制定的这种法律框架(指投资保护规则)就是为了促进、便利和管理欧盟与新加坡之间的贸易。^②由此,欧洲法院认为,协定中的投资保护满足前述判例法对与贸易具有“特定的联系”的要求。

从欧洲法院的上述推论可以发现,就国民待遇而言,欧洲法院对“是否特别涉及第三国贸易”分析过程是含混不清的。欧洲法院在1995年第2/92号意见中建立该方法。在论证当时某项投资条约中的国民待遇条款不属于共同体的专属权能时,欧洲法院认为,“就外国控制企业参与共同体内部贸易而言,这种贸易受共同内部市场规则调整,而非共同商业政策。由此,国民待遇原则只是部分涉及与第三国的贸易,它不过是在影响内部贸易的同时也同样影响国际贸易”。^③同样是针对国民待遇条款,第2/15号意见与第2/95号意见却采取了不同的思路,前者注意到内部市场规则与对外贸易规则的区别,并且建立了区别两者的功能分析方法,后者则将这一检验法与重心检验法混合使用,采用了目的分析方法。相比于功能分析方法的严谨,目的分析法过于宽泛。

对于欧盟理事会与部分成员国指出的《欧盟与新加坡自贸协定》投资章节中包括安全例外条款的事实,欧洲法院认为这不影响判断。欧洲法院认为:“协定第9.3.3条(安全例外)并非一项承诺,而是减损适用的条款。成员国可以依据这项减损,以公共秩序、公共安全或者该款中的其他公共利益为由给予新加坡投资者非国民待遇。该条款并没有构成关于公共秩序、公共安全或其他公共利益的任何国际承诺”。^④欧洲法院认定:“协定第9.3.3条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。”^⑤最后,欧洲法院将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,都归为欧盟的共同商业政策。^⑥

欧洲法院认为,《欧盟与新加坡自贸协定》的国民待遇安全例外并非一项承诺,这

① Opinion 2/15 of the Court, paras.85-86.

② Ibid., para.94.

③ Opinion 2/92 of the Court of 24 March 1995, paras.25-26.

④ Opinion 2/15 of the Court, para.101.

⑤ Ibid., para.103.

⑥ Ibid., para.109.

是一项惊人的自欺欺人的论断。第 9.3.3 条要求成员国给予新加坡投资者的任何较低待遇都应当是“必要的”,且不得构成“变相限制”,该条款恰恰是对成员国或新加坡裁量权的限制。如果将欧洲法院的观点向前推,就显得更加荒唐,假如安全例外条款不构成承诺,那么缔约方岂不是可以不顾该条款而任意启动安全审查?此外,国家安全例外确实构成了对资本流动自由化原则的限制。

另外值得注意的是,《欧盟与新加坡自贸协定》的投资章节是以独立的协定缔结的,其缔约方与贸易部分的缔约方仅为欧盟与新加坡是不同的,投资协定的缔约一方为欧盟及其成员国。^① 投资协定的安全例外条款不是具体地指向欧盟成员国,而是指向缔约方。由此,对新加坡而言,并不必然排除欧盟层面的公共秩序、公共安全和其他公共利益。尽管欧洲法院裁定:“协定第 9.3.3 条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”,但没有解释欧盟层面安全例外与成员国层面安全例外的关系。仅根据欧洲法院的这一判断,还不足以完全排除欧盟层面也可能存在公共秩序与安全考量。

由此可见,欧洲法院第 2/15 号意见并没有给予欧盟层面外资安全审查立法是否属于共同商业政策明确的判断线索,只是肯定了成员国对公共秩序、公共安全和其他公共利益的权能,但没有涉及欧盟是否具有在外国投资领域进行安全审查的权能。欧洲法院将安全例外条款解释为减损适用条款,认为并不构成一项新的国际承诺,进而言之,并不对成员国施加新的义务,其说服力不足。

三 结论

(一) 欧盟委员会将共同商业政策作为草案法律基础的原因判断

欧盟外资安全审查立法草案的法律基础存在诸多疑问,欧洲法院的判例法也没有给予清晰和明确的指引。但从上文剖析中可以发现,欧盟委员会弃用资本流动自由规则而改用共同商业政策作为法律基础至少有以下三个原因。

第一,共同商业政策是欧盟的专属权能,将草案的法律基础认定为共同商业政策意味着欧盟权能的最大化,不仅有权在欧盟层面建立外资安全审查框架,而且将现有成员国外资安全审查机制的法律基础归结为欧盟的授权,从而可以径直约束成员国审

^① “Preamble” of *Investment Protection Agreement between the European Union and Its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156739.pdf, last accessed on 1 October 2018.

查机制,并且为未来实现中心化的欧盟外资审查机制埋下伏笔。

第二,在立法程序上,如果采取资本流动为法律基础,则需要欧盟理事会以一致方式通过草案,以这种程序通过一部充满争议的立法草案无疑是非常困难的。

第三,更为重要的是,由于《欧洲联盟运行条约》第 64 条第 3 款将限制措施称为“构成联盟法上的后退”,如果将其作为法律基础,即是毫不掩饰地承认欧盟外资安全审查立法是对资本流动自由基本原则和对外开放投资市场承诺的后退,而这恰恰是欧盟委员会不愿承认的。

(二) 将共同商业政策作为其法律基础带来成员国机制的法律真空

尽管存在促使欧盟委员会采取共同商业政策作为立法依据的上述三点理由,但是,这种选择将带来一个无法回避的严重问题。根据《欧洲联盟运行条约》第 2 条第 1 款,“当两部条约赋予联盟在某一特定领域享有专属权能时,只有联盟可在此领域立法和通过具有法律约束力的法令,成员国仅在获得联盟授权或为实施联盟法令的情况下才可在此等领域立法或通过具有法律约束力的法令”。如果外资安全审查属于欧盟的专属权能,并且草案如欧盟委员会所愿于 2019 年顺利通过并生效,那么在 2009 年《里斯本条约》生效到 2019 年的 10 年间,成员国外资安全审查机制就将长期处于无授权的非法状态。这不仅背离欧盟的法治原则和法律的确定性原则,而且使成员国的现行投资安全审查机制陷入十分尴尬的境地。更为严重的法律后果是,投资人可能通过司法程序而使得成员国审查机构已经做出的审查决定无效。

(三) 落空的《欧洲联盟运行条约》第 64 条第 2 款和第 3 款

如果按照欧盟委员会将共同商业政策作为欧盟外资安全审查机制的法律依据,以普通立法程序通过某项旨在管理或者限制第三国直接投资的措施,那么《欧洲联盟运行条约》第 64 条第 2 款和第 3 款规定的程序将会在国外直接投资这个领域落空。因为《欧洲联盟运行条约》第 64 条第 2 款规定,欧洲议会和欧盟理事会可以根据普通立法程序,就涉及流入或来自第三国的直接投资(包括房地产投资)、设立商业机构、提供金融服务、允许证券进入资本市场等方面的资本流动制定措施。第 3 款但书规定,如果是联盟法后退的措施,则应采取一致通过的方式。

(四) 解决资本自由流动与共同商业政策竞合的可能方案

解决资本自由流动与共同商业政策的竞合难题,要等待未来欧洲法院在合适的场合进行解释。可能的解决方案是将资本自由流动规则解释为适用于发生在欧盟内部市场的资本流动,其中包括内部资本流动、外国对欧盟投资和欧盟资本流出(包括直接投资和间接投资),同时将共同商业政策范围中的外国直接投资解释为发生在欧盟

内部市场之外的直接投资。换言之,资本自由流动规则可用来保护、促进和管理欧盟内部市场发生的对内投资与对外资本流动,共同商业政策的直接投资规则旨在扩大和保护欧盟在其境外的直接投资活动。

如果依这种方案处理,欧盟层面的外资安全审查框架应以《欧洲联盟运行条约》第 64 条第 3 款为法律依据,即采用所谓联盟法上后退措施的法律依据,其立法程序为特别立法程序,欧洲议会只有咨询权。对于欧盟草案中欧盟成员国层面的外资安全审查机制,其法律基础应为有关内部市场法律趋同的第 114 条,或者采取加强型合作,因为仅部分成员国具有投资安全审查机制。另外,草案应符合第 65 条第 1 款,即不得影响成员国基于公共秩序或公共安全考虑而采取的措施。

(五)该领域中欧盟权能的特殊性影响了欧盟外资安全审查草案的设计

由于欧盟外资安全审查实际上涉及资本自由流动,并且在很大程度上涉及共同外交与安全政策,这种权能的特殊性影响了欧盟外资安全审查草案的设计。公共秩序或公共安全一直被视为成员国的专属权能,并且被 2017 年欧洲法院第 2/15 号意见再次确认。该领域的特殊性使得欧盟委员会无权在安全审查框架下做出具有约束力的权力,因为成员国才是安全审查的最后决策者。

正如有欧洲学者敏锐地观察到的,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,欧盟成员国被“再授权”来决定欧盟内部市场对外国直接投资的开放水平。^①《里斯本条约》以及欧盟外资安全审查立法草案带来的法律基础的适当性问题,只是冰山一角而已,它正在拉开欧盟撤回单方面对外资完全开放承诺的帷幕。

(作者简介:叶斌,中国社会科学院欧洲研究所副研究员;责任编辑:莫伟)

^① Steffen Hindelang and Niklas Maydell, “The EU’s Common Investment Policy – Connecting the Dots”, in Marc Bungenberg, Joern Griebel and Steffen Hindelang eds., *International Investment Law and EU Law*, p.11.