

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.02.006

欧盟国际投资规则的源与流^{*}

董静然

(上海对外经贸大学贸易谈判学院, 上海 200336)

摘要: 欧盟在其近年来的国际投资协定谈判中, 提出了不少对国际投资规则进行革新的内容。中国为应对将来中欧自由贸易协定谈判, 除了分析欧盟国际投资规则本身之外, 更应该对欧盟国际投资规则的形成与发展趋势有清晰的把握。欧盟投资规则的形成受到《里斯本条约》的影响, 在发展过程中欧盟法院又起到了至关重要的作用。同时, 欧盟的国际投资规则发展面临着一致性问题的影响。欧盟如何协调内部投资规则的冲突, 如何协调欧盟与欧盟成员在外部的国际投资仲裁中的主体地位等问题都将影响着欧盟国际投资规则的发展, 更影响着中国应对中欧双边贸易投资规则的谈判策略。

关键词: 欧盟国际投资规则; 共同商业政策; 欧盟法院; 规则的一致性

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2020)02—0065—11

习近平主席在《关于深化互利共赢的中欧全面战略伙伴关系的联合声明》中, 提出“中欧双方应在条件成熟时签订全面深入的自由贸易协定”。之后, 国家领导人又在多个场合表达了中欧自贸区可行性研究的重要性。

近年来, 欧盟与第三国签订的双边投资协定(下称BITs)或自由贸易协定中的投资条款都有了较大的革新与发展。在《综合性经济贸易协议》(下称CETA)、欧盟与美国之间的《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》草案(下称TTIP)和《欧盟—越南自由贸易协定》中, 欧盟不仅创造性地提出国际投资法庭体系, 来积极回应国际社会长期以来对现有的投资者—国家争端解决机制的批评与质疑, 还对国际投资规则中的“公平公正待遇”条款、“间接征收”条款、“国民待遇”条款进行了更加详细的阐释, 以限制投资仲裁庭在条款解释上的自由裁量权。欧盟在国际投资规则中的这些变化, 不仅透露出欧盟试图引领国际投资规则的变革, 也部分体现出了国际投资规则的发展方向。

研究欧盟上述国际投资协定条款固然重要, 但是更需要从这些国际投资协定背后的投资政策、法律渊源等因素, 分析欧盟制定这些投资规则的内部动因。这就需要从欧盟国际投资规则发展变化的历史进程, 探寻欧盟投资规则未来的发展方向, 进而了解欧盟投资规则中更深层次的内容。

一、欧盟国际投资规则的形成

(一) 欧盟国际投资政策专属权的确立

共同商业政策(common commercial policy)作为欧盟对外法律最为重要的

^{*} 基金项目: 本文受上海高校智库项目“国际经贸治理与中国改革开放联合研究中心”以及世界贸易组织讲席计划项目的资助。

支柱之一，是欧盟以“超国家”的专属权能，统一对外进行商业谈判、制定国际经济规则的重要依据。^①由于《欧共同体条约》（Treaties Establishing the European Communities，下称TEC）并没有对共同商业政策的概念和范围有一个清晰的界定，这就使得欧盟哪些经济领域应该纳入共同商业政策一直存在争议。^②

在《里斯本条约》之前，就“国际投资”是否应该涵盖在共同商业政策中，长期存在争议。《尼斯条约》（Treaty of Nice）扩大了共同商业政策的范围，将服务贸易和商业知识产权纳入共同商业政策中。^③TEC和《欧洲联盟运行条约》（下称TFEU）曾规定，“欧盟议会和欧盟理事会有权对直接投资（direct investment）采取措施，以满足资本在欧盟成员之间和第三国之间最大可能的自由流动”。^④但未明确说明共同商业政策包含直接投资。同时，欧盟成员也开始签订大量BITs。这些不同类型的BITs用不同的投资保护条款就对外直接投资（foreign direct investment，下称FDI）下了不同的定义。^⑤尽管投资政策对欧盟全球影响力来说，代表了一种实质上的进步，不过作为共同商业政策的一个新领域，欧盟投资政策是否应该纳入共同商业政策还是引起了不小的争论。^⑥

随着2009年《里斯本条约》的生效，FDI被正式纳入到共同商业政策的范围。^⑦这在欧盟层面上，确保了FDI规则的统一性。^⑧不过，该条约并没有对欧盟行使投资保护专属权的范围，提出直接、准确的指导。因此，这为欧盟与欧盟成员在投资领域各自权能如何划分，留下了某种程度的不确定性。这些不确定性主要包括：其一，欧盟除了FDI的权能之外，是否包括投资自由化；其二，FDI的权能从欧盟成员移交给欧盟，这会使得之前大量的BITs与TFEU规则不符；其三，欧盟成员之前与非欧盟第三国签订的BITs是否仍有效力；其四，欧盟成员国之间签订BITs的权能也将与欧盟法存在一定的冲突；^⑨其五，《里斯本条约》将FDI纳入共同商业政策的范围内，自此FDI相关政策的制定成为欧盟的专属权能。但《里斯本条约》并没有明确BITs中的“间接投资”（portfolio investment）是否应作为欧盟的专属权能。

欧盟与欧盟成员为解决这些问题，也做过积极的尝试，提出了欧盟投资政策需要

① 张华. 欧共同体共同商业政策运行机制中的法律问题初探[J]. 欧洲研究, 2007(6):61-62.

② 根据《欧共同体条约》第113条的规定，“共同商业政策应基于统一的原则，尤其是与关税税率变动、关税与贸易协定的确定、统一自由化措施的形成、出口政策和贸易保护等方面，应基于统一的原则”。但未对共同商业政策的概念与范围进行界定。共同商业政策建立在关税同盟与商业关系之上。一方面，欧盟成员不再是与第三国进行关税谈判的主体，取而代之的是欧盟；另一方面，第三国不能以最惠国待遇要求享受欧盟以及欧盟成员之间的优惠措施。同时，第三国在与欧盟国家进行自由贸易区谈判时，应以欧盟整体作为谈判对象。参见：曾令良. 欧洲共同体的共同商业政策[J]. 法学评论, 1991(5):17-18.

③ The Treaty of Nice, Article 2.8.5

④ TEC, Article 57 and TFEU, Article 64.

⑤ Nikos Lavranos, Bilateral Investment Treaty (BITs) and EU Law, ESIL Conference 2010. [2017-11-16]. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683348.

⑥ Jan Ceysens, “Towards a Common Foreign Investment Policy?—Foreign Investment in the European Constitution”, *Legal Issues of Economic Integration*, 2005, 32(3): 259-291.

⑦ The Treaty of Lisbon, Article 188 C.

⑧ TFEU第3条再次确认了欧盟对共同商业政策的专属权能。这一改变表明，在国际直接投资领域，欧盟不再仅仅是经济联合体，更能在政策制定与实施上发挥作用，以此来实现欧盟整体的价值。Jacopo Tavassi, “The EU Investment Policy: How to Ensure a Fair Regulation of the Concerned Interests”, *The Journal of World Investment & Trade*, 2012, 13(4): 645-658.

⑨ 肖芳.《里斯本条约》与欧盟成员国国际投资保护协定的欧洲化[J]. 欧洲研究, 2011(3): 94-97.

考虑的核心要素：通过标准化条款为欧盟投资者提供高水平的投资保护；尊重东道国的规制权，以满足合法公共利益的目的；为投资者与东道国增加法律确定性；符合欧盟对外政策的目标；在投资者—国家争端解决程序中确定相应的规则条款。^①

为确定目前FDI的准确范围，需要指出的是欧盟投资政策仅仅包含欧盟与非欧盟第三国的投资协议。欧盟成员内部的投资协议仍属于欧盟成员的权能范围。在欧盟法中，有指令文件将直接投资定义为，“自然人、商业、工业或金融企业进行的各种类型的投资，用以建立商业存在或维持提供资本的自然人和将资本用于经济活动的企业之间的联系”。^②TFEU在共同商业政策的相关规定中，也仅仅是将FDI纳入了共同商业政策的范畴，并未包含间接投资内容。^③

《ICSID公约》认为“投资”应该包含：特定的持续过程；承担风险；投资者的实质承诺；对东道国发展的贡献。根据这些定义，可以基本总结出共同商业政策中的FDI是不包括“间接投资”的。^④欧盟法院（The Court of Justice of the European Union）将“间接投资”定义为“仅仅获得资本市场的股份，以金融投资为目的，没有意图影响管理和控制企业”。^⑤

这也就意味着在BITs或自由贸易协定的投资章节中，有关间接投资的政策仍然应属于欧盟成员的专属权能。这可能为以后欧盟及欧盟成员的BITs谈判产生一定的法律问题。目前，一般来说，BITs或自由贸易协定中对“投资”的定义都是既包括直接投资又包括间接投资。^⑥此时，如果间接投资属于欧盟成员的专属权，欧盟本无专属权对此问题进行谈判，那就会产生对该条款效力问题的质疑。

（二）欧盟国际投资政策的目标

《欧盟条约》（Treaty on the European Union）将欧盟建立的目标设定为：通过无内部边界区域的建立、经济社会的协调，以及经济和货币联盟的建立，来促进经济和社会的进步；通过共同外交、安全政策的执行，以确保欧盟在国际场合的统一身份；通过“欧盟公民”的引入，强化国民权利、利益的保护等。同时，该条约还指出，欧盟应该尊重成员的国民身份，尊重人权、基本自由权等权利。^⑦《里斯本条约》进一步指出，欧盟应该促进其价值的实现，为欧盟成员的利益服务，确保一致性、效率和政策的连续性。并且，欧盟需要建立统一的内部市场，并基于平衡的经济发展、物价的稳定、高就业率和高水平的环境保护来实现欧洲的可持续发展，以及实现科技的进步。另外，共同商业政策的目标是基于统一的原则，运用关税、货物服务

① Marc Bungenberg, “The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT”, *Journal of World Investment & Trade*, 2014, 15(3): 375–378.

② Belen Olmos Giupponi, “Recent Developments in the EU Investment Policy: Towards an Investment World Court”, *Journal of Arbitration Studies*, 2016, 26(3): 180–191.

③ TFEU Article 206.

④ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010.

⑤ Joined Cases C-282/4, C-283/04, *Commission v. Netherlands*, 2006, ECR I-9141, para 19, Judgment of 26 September 2008. 由于间接投资难以属于共同商业政策，所以仍由欧盟成员负责间接投资相关政策。

⑥ CETA Article 8.1, the Definition of the “Investment” and EU TTIP Proposal Chapter II, Definitions Specific to Investment Protection.

⑦ TEU TITLE I Common Provisions Article B and Article F.

贸易协定、知识产权、对外直接投资、自由化措施、出口政策等来保护贸易，并确保欧盟外部行动的协调与统一。^①

基于上述欧盟相关协定所体现出的一般性目标，可以推知，欧盟的国际投资政策目标也应包括：实现民主原则、保护人权、可持续发展、确保发展中国家对全球经济的参与、实现投资自由化等内容。投资自由化与发展在《欧盟条约》中进一步得到了强化，“欧盟应努力实现成员与第三国之间资本在最大程度上的自由流动。欧盟机构应采取直接投资、金融服务、资本市场安全准入等相关措施，以统一的、符合欧盟法的行动来确保与第三国资本流动的自由化”。^②在《里斯本条约》中，也有对资本自由流动目标的相关内容，“欧盟机构应该制定针对资本自由流动的管理措施框架，例如资金冻结、自然人和法人所持有的金融资产的归属等问题”。^③从这些规定中可以体现出欧盟对投资政策的目标之一是实现资本流动自由化，进而实现投资的自由化。

欧盟国际投资政策的重要目标除了确保资本的自由流动，以实现投资自由化以外，还包括确保FDI的流动与人权、环境保护、民主、公平贸易等核心价值相契合。这也要求欧盟需要在投资保护与其他非商业利益之间寻求一种平衡。通过欧盟提出的《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》草案（TTIP）可以看出，欧盟投资政策的目标应还包括：保护公共健康、维护安全、保护消费者利益、促进和保护文化多样性、维护投资者的期待利益等。^④所以，可以看出欧盟的国际投资政策目标既有对促进投资活动发展、确保欧盟投资活动统一性的方面，也有对国际社会普遍关注的社会公共利益与人类核心价值理念的融入。这些投资政策目标也将对欧盟的国际投资规则产生重要的指导作用。具体来说，欧盟制定国际投资政策主要考虑五个核心目标：其一，通过标准的条款设计，为欧盟投资者提供高水平的保护；其二，尊重东道国为满足合法公共政策目标的规制权；其三，为投资者和东道国提升投资政策的法律确定性；其四，确保投资政策符合欧盟基本原则和欧盟的外部行动目标；其五，进一步完善投资者—国家争端解决机制。^⑤欧盟前述中的这些国际投资政策的目标对研究欧盟的国际投资规则来说，有着至关重要的作用，因为这是欧盟制定或提出国际投资规则改革的内部动因。在欧盟提出的建立国际投资法庭体系规则中，就体现出维护东道国为公共利益的规制权、逐步完善投资者—国家争端解决机制等国际投资政策的目标。

二、欧盟法院对欧盟国际投资规则的影响

正如前文所述，《里斯本条约》将FDI纳入欧盟共同商业政策后，引起了大量法律问题。欧盟法院（Court of Justice of the European）在解决这些法律问题过程

^① The Treaty of Lisbon, Article 188 C and the Treaty of Lisbon, Article 2.3.

^② TEU, Article 73c.

^③ The Treaty of Lisbon, Article 61 H.

^④ EU TTIP Proposal Chapter II Article 2.

^⑤ Frank Hoffmeister and Gabriela Alexandru, “A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT”, *The Journal of World Investment & Trade*, 2014, 15(3-4): 379-386.

中, 应该处于何种位置, 是需要认真考虑的。无论从何种层面来说, 欧盟法院都将为欧盟投资政策的形成起到至关重要的作用。^①

(一) 欧盟法院的释法地位

由于欧盟法院也是在欧盟的机构框架范围内, 所以根据《里斯本条约》“授权原则”(the Principle of Conferral)的要求,^②欧盟法院要行使权能也需要找到相应的法律依据。根据《里斯本条约》的规定, 欧盟各级法院应确保条约的解释和适用依法进行。^③这也意味着欧盟法院在解释和适用欧盟法律, 以及废除欧盟机构措施上具有排他性质的司法权。这同时也表明, 一方面, 欧盟法院对未来欧盟的投资政策是否具备合法性, 有着重要的决定权; 另一方面, 欧盟法院也肩负着解释、审查欧盟及其成员的投资政策是否违反欧盟法律的责任。^④

根据TFEU第218条第11项的规定, “欧盟成员、欧盟议会、理事会或委员会有权获得欧盟法院的意见, 来判断协议是否满足条约。如果欧盟法院认为协议违反条约, 则该协议不能生效, 除非修改协议或条约发生变化”。可能出现的情况是, 欧盟议会认为某项欧盟国际投资协议过分限制了欧盟成员的规制权, 此时欧盟委员会则认为国际投资协议属于欧盟专属权能, 由此排除欧盟成员参与。那么, 此时与欧盟谈判的第三方就需要知道, 该项投资协议应该与欧盟签订还是应该与欧盟及其成员国一同签订。面对此类问题, 欧盟法院不能悬而不决, 但是可以采取必要的临时措施。^⑤像这种欧盟各机构或者欧盟与欧盟成员之间发生意见冲突或规则冲突的地方经常存在,^⑥此时欧盟法院对这些法律冲突就有权做出相应的、具有约束力的咨询意见。

欧盟法院不仅对欧盟国际条约享有解释权, 也对欧盟机构所实施的措施的有效性和措施的内容享有解释权。^⑦若某一投资者依据欧盟国际投资条约向欧盟成员的法庭提起诉讼, 并且投资者主张欧盟成员国的措施作为次级立法违反了欧盟的国际投资条约。欧盟法院要解决此问题, 就必须首先确定欧盟投资协议在何种程度上对欧盟法律秩序产生直接影响。根据TFEU第216条第2项的规定, “欧盟签订的协议对欧盟机构及欧盟成员均具有约束力”。不过, 欧盟法院也曾经否认过《关税及贸易总协定》(GATT)对欧盟法律秩序的直接影响, 其理由是GATT基于谈判成员的互惠安排具

① Christoph Herrmann, “The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy”, *Journal of World Investment & Trade*, 2014, 15(3-4): 570-578.

② 在“授权原则”下, 欧盟必须在成员国授予权能的限度内采取行动。若在条约中, 成员国没有授予欧盟的权能, 仍由成员国自己行使该权能。See the Treaty of Lisbon, Article 3b.

③ The Treaty of Lisbon, Article 3b.

④ A. Dimopoulos, “The Effects of the Lisbon Treaty on the Principles and Objectives of the Common Commercial Policy”, *European Foreign Affairs Review*, 2010: 153-165.

⑤ TFEU, Article 278 and Article 279.

⑥ 例如, TFEU第218(6)条规定, “欧盟理事会与非欧盟第三方谈判, 应该形成决议并负责签订协议。除非协议与共同外交安全政策有关, 此事理事会需要获得欧盟议会的同意”, 该条规定容易产生欧盟理事会与欧盟议会的冲突; TFEU第263条规定, 欧盟法庭有权审查理事会、委员会、欧盟中央银行的立法措施的合法性。并且, 若欧盟成员的某项措施违反了实质程序要求、违反了法律适用规则、或滥用权力, 由于欧盟议会、理事会或委员会没有权能, 此时也应该由欧盟法院来对成员的该项措施进行审查。

⑦ TFEU, Article 278 and Article 267.

有很大的灵活性与不确定性。^①为进一步明确国际协定是否对欧盟法律秩序产生直接影响,欧盟法院在实践中以国际协定的“精确性”作为该国际协定是否对欧盟法律秩序产生直接影响的参考依据。在一些案件中,欧盟法院因某项国际协定中的条款缺乏精确性,从而否认该国际协定中的条款对欧盟法律秩序的直接影响。^②由此,可以预见当投资者依据欧盟签订的自由贸易协定或BIT,向欧盟成员国法院提起诉讼时,就该国际协定是否对欧盟成员产生效力,确实还存在一定的不确定性,^③仍然需要欧盟法院根据其对相关国际协定的认识来做出相应的判断。

另外,如果某项条约本身没有规定需要依据欧盟国际协定对争端做出裁决,这并不意味着欧盟法院就没有对此争端的管辖权。也就是说,欧盟签订的合同中,并非都包含了欧盟之前签订的国际协定,但是根据TFEU第272条的规定,“欧盟法院可以依据欧盟签订的合同中的任何仲裁条款做出裁决”。这也意味着欧盟法院的管辖权可以延伸至投资者与欧盟之间的仲裁案件,因为该条款内容并没有限制欧盟法院对合同双方争端案件的管辖权。然而,相比于国际仲裁庭,出于公正性考虑,欧盟法院的这一权能有可能很难被第三国接受。此时,尽管欧盟法院的裁决具有可执行性,但这仍需要第三国的承认。

(二) 欧盟法院对其他国际裁决的接受范围

一般来说,欧盟法院是愿意接受基于国际协定的裁决的。欧盟法院认为基于国际协定而设立的其他法庭是不违反欧盟法的,并且这些国际法庭所作的裁决也不会对欧盟法律秩序的自治权有任何消极影响。^④最明显的证明就是欧盟对WTO争端解决机制的接受,不过欧盟同样愿意接受在《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty)中规定的投资者—国家争端解决机制。^⑤并且,欧盟也愿意接受欧洲人权法院(European Court of Human Rights)的司法权,并且接受该法院对《欧洲人权公约》(European Convention on Human Rights)的解释对欧盟的约束力。^⑥所以,欧盟国际投资协议中的投资者—国家争端解决机制也并非明显违反欧盟法。

不过,欧盟法院基于“欧盟法律的自治权”的理念会限制某些欧盟体制框架之外的法庭或仲裁庭的司法权能。欧盟法院一般会认为两种情况将会涉及对欧盟法律自治权的违反。其一,如果一个外部法庭或仲裁庭授权解释欧盟法,并产生对欧盟法的约束力;其二,当外部法庭或仲裁庭可能干涉欧盟成员与欧盟或欧盟机构的权能分配。

值得注意的是,欧盟国际投资协定中的投资者—国家争端解决机制其实很难违反

^① CJEU, Case C-149/96, *Portuguese Republic v. Council*, 1999, ECR I-8395, paras.36-47.

^② CJEU, Case C-308/06, *Intertanko*, 2008, ECR I-4057, para. 45.

^③ Angelos Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, 2011:298.

^④ CJEU, Opinion C-1/09, *European Patent Court*, 2011, ECR I-01137, paras.74-76.

^⑤ Energy Charter Treaty, Article 26.

^⑥ European Convention on Human Rights, Article 32.

上述两种情况。也有观点认为投资者—国家争端解决机制会干涉东道国的规则自治权。^①不过,这类情况同样也会在WTO争端解决机制或其他有约束力的争端解决机制中出现。当WTO成员违反WTO一揽子协定的相关条款,也面临着对其国内法的修改或废除。WTO争端虽起因于某个行业,却最终是两个WTO成员之间的纠纷。不过,投资者—国家争端案件的双方均存在投资者,这就使得东道国的公共利益和自治权问题更加突显出来了。但是,应该注意的是国际投资法庭也无权依据一方成员的国内法来判定某项争议措施的合法性。国际投资法庭仅仅可以将缔约方的国内法作为一项事实问题来进行考虑,不能将其作为仲裁庭可适用的法律内容。^②所以,国际投资仲裁庭是不能影响欧盟法律秩序的。

未来,欧盟法院对欧盟国际投资政策的影响重点在于:一方面,欧盟法院是否接受以及在何种程度上接受投资者—国家争端解决机构。TFEU第218条赋予了欧盟法院对欧盟机构采取措施的咨询权,并且欧盟法院有权做出有约束力的咨询意见。当然,投资者—国家争端解决机制也必须符合欧盟法律秩序自治权的要求;另一方面,欧盟法院在何种程度上接受欧盟新近国际投资条约对私人主体赋予的直接权利。

三、欧盟国际投资规则的一致性问题

《里斯本条约》规定,“欧盟应形成一套体制,以促进其价值目标的实现、服务于欧盟成员及公民,同时确保欧盟政策的一致性、有效性与持续性。欧盟应确保在不同领域的外部行动的一致性”。《欧盟条约》特别指出,“在外部关系、安全、经济发展政策上,欧盟应确保其外部行动作为一个整体的一致性。欧盟理事会和委员会应确保这样的一致性”。^③由此可见,“一致性”(coherence and consistency)对于欧盟来说有着非常重要的意义。一致性对于欧盟的国际投资政策与国际投资规则也有着重要意义。根据TFEU第350条的规定,欧盟法律秩序的一体化和一致性,既包括国内市场,也包括共同政策的相关内容。这里强调了一致性内部与外部的协调统一。

(一) 欧盟内部国际投资规则的一致性问题

欧盟内部BITs是欧盟扩大化过程中产生的国际投资规则冲突问题。大部分的东欧国家和地中海国家加入欧盟是在2004年到2007年。而在这之前,这些新加入欧盟的国家与欧盟创始成员签订了大量的BITs,这些欧盟内部BITs给欧盟国际投资规则的一致性造成极大的挑战。^④

在欧盟与斯洛伐克相关的案例中,已经出现了此类问题。欧盟委员会的观点是,在欧盟内部BITs中的投资者—国家争端解决条款违反了欧盟非歧视基本原则,因为

^① Caroline Henckels, “Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP”, *Journal of International Economic Law*, 2016,19(1): 33–35.

^② CETA, Article 8.31 and EU TTIP Proposal, Chapter, II Section 3, Article 13.2 and Article 13.3.

^③ The Treaty of Lisbon, Article 9, Article 10 A3 and Treaty on European Union, Article C.

^④ Hannes Lenk, “Challenging The Notion of Coherence in EU Foreign Investment Policy”, *European Journal of Legal Studies*, 2015,8(2): 8–17.

BIT中相关国籍的投资者受到了比欧盟其他国籍的投资者更优惠的待遇。并且欧盟委员会认为欧盟条约的位阶是在欧盟内部BITs之上的，或者可以起到中断欧盟内部BITs的效果。^①

由于欧盟内部BITs不一致，欧盟成员没有找到合适的措施来应对欧盟内部BITs在投资者—国家争端解决机制上的有效性问题。也有欧盟成员依据《维也纳条约法公约》第59条认为欧盟内部的BITs不满足该条款规定的条约终止条件，因而应该继续适用。欧盟委员会认为，即便欧盟内部的BITs不会因《维也纳条约法公约》第59条而自动终止，但《维也纳条约法公约》第30.3条也明确了作为先订立的欧盟内部BITs只能在与后产生的欧盟协定在“相互吻合的范围之内适用”。所以，欧盟委员会认为欧盟内部早期的BITs也不应该再作为可以适用的法律。^②

通过以上在欧盟内部的投资争端案件所表现出来的情况，可以发现具有新加入欧盟成员国籍的投资者与之前的欧盟成员国之间的投资纠纷，投资者通常希望借助欧盟内部的BITs获得更多的投资保护。而欧盟委员会则更倾向于否定之前欧盟内部BITs的效力，来维护东道国的合法公共利益。由此可见，投资者—国家争端解决机制在欧盟内部也存在着很大的冲突与不确定性。

投资者—国家争端解决机制允许投资者选择国际投资仲裁庭或者东道国国内法庭，当投资者选择国际投资仲裁庭时，也会给欧盟国内法律秩序带来一定的影响。不像国内法庭，国际投资仲裁庭无权向欧盟法院获得有约束力的咨询意见来阐释欧盟法，又不会受欧盟法或欧盟法院先例的影响。所以，投资者有可能会更倾向于选择国际投资仲裁庭，只要它更加有利于投资者利益。倘若国际投资仲裁庭的裁决又有违欧盟法律，此时国际投资仲裁裁决就可能面临着在欧盟无法获得执行的风险。^③并且，根据欧盟法院咨询意见，国际协定或国际法庭的行为不能有助于欧盟法律秩序，也不得有助于欧盟法院根据TFEU第267条获得的权力。^④

然而，近十年来以欧盟内部BITs为基础，产生的投资争端案件大幅上升。欧盟委员会认为欧盟内部BITs违反了欧盟内部市场运行的基础原则，即TFEU第18条所规定的非歧视原则。因为，此类BITs为缔约方的投资者提供了相比于其他欧盟成员更为优惠的待遇。由于这些欧盟内部BITs的存在，其他欧盟成员的投资者无法在欧盟内部获得实质性权利，也无法平等地运用投资者—国家争端解决机制。^⑤

（二）欧盟与非欧盟国家之间的国际投资规则的一致性问题

自《里斯本条约》将FDI纳入共同商业政策起，现在已有大量的欧盟国际投资协

① *U.S. Steel Global Holdings v. Slovak Republic*, UNCITRAL, (PCA Case No.2013-16); *European American Investment Bank AG v. Slovak Republic*, UNCITRAL (PCA Case No. 2010-17); *Acbmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, (PCA Case No. 2008-13).

② Stephan W. Schill, “Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?”, *The Journal of World Investment and Trade*, 2015, 16(3): 379-382.

③ Christian Tietje and Clemens Wackernagel, “Enforcement of Intra-EU ICSID Awards”, *The Journal of World Investment and Trade*, 2015, 16(2): 205.

④ Opinion 1/09 European Patents Court, 2011, ECR I-1137, at para 80.

⑤ Commission asks Member State to Terminate their intra-EU Bilateral Investment Treaties. EU Commission[2017-03-06]. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm.

定正在谈判。如欧盟与加拿大的《综合性经济贸易协议》(CETA)、欧盟与美国的《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(TTIP)、《欧盟—新加坡自由贸易协定》和《欧盟—越南自由贸易协定》等。欧盟在国际投资协定谈判中,也提出了建立永久投资法庭体系的建议。可以期待的是,欧盟与欧盟成员会共同致力于推动投资者—国家争端解决机制在国际投资协定中的协调发展。不过,这仍然面临着欧盟与非欧盟国家之间的国际投资规则如何进行协调的问题。

正如前文所述,欧盟内部的机构或成员可以向欧盟法院获得有约束力的咨询意见,从而可以在一定程度上通过欧盟法院的条约解释来解决规则一致性问题。但是,国际投资仲裁庭是无法获得欧盟法院的咨询意见的,即不能根据TFEU第267条获得欧盟法院的初步裁决。但是,实践中国际投资仲裁又在很大程度上取代了东道国当地法院。^①

国际投资仲裁庭或欧盟国内法庭还可能面临的问题是投资者可能同时适用其“母国”与欧盟签订的BIT和其“母国”与欧盟成员签订的BIT。如果欧盟内部都没有解决好其成员的BIT与欧盟签订的BIT之间的关系,那么此问题将同样困扰非欧盟国家投资者起诉对象和适用法律可能存在的规则冲突问题。这也体现出国际投资法与其他欧盟法律之间潜在的规则冲突问题。^②

同时,还需要注意的是欧盟并不是《ICSID公约》的成员方。换言之,欧盟不能作为ICSID仲裁案件中的争端方,因为根据《ICSID公约》第67条的规定,该公约向世界银行成员开放。因此,很难说由多个国家组成的欧盟可以成为《ICSID公约》的成员方。那么,当非欧盟国家的投资者在国际投资仲裁法庭起诉欧盟或欧盟成员时,谁应该作为合适的应诉方呢?有欧盟规章认为,“无论是欧盟还是欧盟成员涉及的违反国际协议的案件,原则上,都应该是欧盟作为应诉的主体,因为这是欧盟的专属权能”。^③但是,该规定能否约束国际公约和国际仲裁庭,仍旧是个问题。欧盟机构试图参与到国际投资仲裁中去。欧盟委员会曾经提出希望作为“法庭之友”参与到涉及西班牙与危地马拉BIT的ICSID案件中去,结果ICSID认为欧盟的申请不能满足《ICSID公约》的要求而予以驳回。欧盟议会认为欧盟作为整体参与到国际投资仲裁案中,更有利于从综合层面维护欧盟的合法公共利益。^④这些尝试和观点究竟在多大层面上能够得到国际投资仲裁机构的支持,还有待进一步观察。

目前,欧盟将欧盟成员与非欧盟第三国签订的BITs分为三类:第一类是2009年12月1日之前的BITs。^⑤这些BITs现在仍然有效,不过欧盟成员有义务通知欧盟委员会这些BITs的存在。并且,欧盟委员会有权评估这些BITs是否给欧盟与非欧盟第三

① Rudolf Dolzer and Christian Schreure, *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2012.

② 正如Micula与罗马尼亚投资仲裁案,欧盟委员会先是通知罗马尼亚,其将要审查该案情况是否符合TFEU第108条的规定。随后,欧盟委员会决定不遵守ICSID的裁决,因为其认为该裁决违反了欧盟法。Hannes Lenk, “Challenging The Notion of Coherence in EU Foreign Investment Policy”, *European Journal of Legal Studies*, 2015, 8(2): 8-17.

③ Regulation (EU) No 912/2014 of the European Parliament and of the Council, Establishing a Framework for Managing Financial Responsibility Linked to Investor-to-State Dispute Settlement Tribunals Established by International Agreements to which the European Union is Party, 23 July 2014.

④ Belen Olmos Giupponi, “Recent Developments in the EU Investment Policy: Towards an Investment World Court”, *Journal of Arbitration Studies*, 2016, 26(3): 197-206.

⑤ 《里斯本条约》生效的时间为2009年12月1日。

国成员的BITs谈判造成障碍。如果造成障碍，欧盟成员需与欧盟委员会商议修改之前的BITs，欧盟委员会有权要求欧盟成员按照合适的方式修改之前的BITs，该欧盟成员必须按要求执行；第二类是2009年12月1日至2013年1月9日之间的BITs。与第一类相同的是，欧盟成员也需要告知欧盟委员会这类BITs的存在。另外，欧盟委员会有权决定这类BITs是否有效或生效。值得注意的是，为确保在该过渡性条款上的最大一致性，当出现依据该类BITs条款发生的国际投资争端案件时，欧盟成员必须立即通知欧盟委员会，以期共同有效地应对该类案件；第三类是2013年1月9日之后的BITs。如果欧盟成员在2013年1月9日之后，想要与非欧盟第三国签订BITs，就必须获得欧盟委员会的授权。欧盟成员若获得授权，届时欧盟委员会也要参与该BITs的谈判。^①

欧盟国际投资规则一致性还需要解决合适的应诉方问题。面对非欧盟第三方在国际投资仲裁庭的起诉，是欧盟成员还是欧盟作为应诉方？投资者可能在一个或多个欧盟成员领土范围内开展投资活动，可能同时会受到欧盟成员和欧盟的相关措施影响。在发生投资争端时，也许投资者会同时起诉欧盟成员和欧盟，那么国际投资仲裁庭也需要了解究竟是谁的行为违反了国际投资协定。这也与案件裁决结果中的责任划分和补偿义务相联系。^②为此，欧盟委员会提出的建议是分三种情况来对待：其一，涉及欧盟，包括欧盟的相关机构违反国际投资协定的案件，欧盟将作为唯一的应诉方；其二，完全由欧盟成员措施产生的纠纷，不涉及欧盟的案件，欧盟委员会仍然有优先权来决定是否由欧盟作为应诉方；其三，当欧盟成员不愿意作为应诉方时，由欧盟作为应诉方。这种安排虽然给第三国对欧盟及其成员提起仲裁提高了可预测性，但是还会存在一些问题。一方面，如果欧盟成员与欧盟委员会在应诉策略上发生分歧，或者欧盟成员被欧盟委员会限制了应诉权力，此时会影响欧盟在应对投资案件上的一致性问题；另一方面，如果欧盟委员会确定不让欧盟成员参与国际投资争端案件，由欧盟委员会作为唯一的应诉方。若国际仲裁庭认为是欧盟成员的责任，在没有欧盟成员方参与的情况下，根据国际惯例，却又无法让欧盟成员承担相应的责任。^③

四、结论与启示

欧盟的国际投资规则正式形成于《里斯本条约》将FDI纳入共同商业政策之后。不过，由于欧盟缺乏对共同商业政策的概念和范围有清晰的界定，使得之后对于“间接投资”是否应该纳入共同商业政策产生了持续的争议。这也直接影响欧盟对外进行国际投资协定谈判的专属权范围问题。

由于《里斯本条约》与TFEU授予了欧盟法院解释欧盟法律的权能，这就使得欧

① Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and of the Council, Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreement between Member States and Third Countries, Article 5 and Article 6, 12 December 2012.

② 尽管欧盟在TTIP草案第5.3条中提出，“欧盟应该在受到通知后60天内，做出决定并通知申诉方，是由欧盟还是欧盟成员作为应诉方”。一方面，该条规定目前仍是欧盟单方的意见，是否得到其他国家以及国际仲裁规则的认可，还有待进一步考察；另一方面，即便该条得到适用，仍然需要欧盟或者国际投资仲裁庭来确认欧盟和欧盟成员哪一方应作为应诉方的问题。

③ Freya Baetens, Gerard Kreijen & Andrea Varga, “Determining International Responsibility Under the New Extra-EU Investment Agreements: What Foreign Investors in the EU Should Know”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2014, 47(5): 1215-1221.

盟法院对欧盟国际投资规则的发展产生了一定程度的影响。一方面, 欧盟法院对内有权对欧盟成员提出的咨询提供有约束力的意见; 另一方面, 欧盟法院对是否接受国际投资仲裁裁决也有权做出自己的判断。所以, 欧盟国际投资规则的走向与发展也受到欧盟法院的影响。

欧盟国际投资规则中的一致性问题是欧盟需要面对和解决的重要法律难题。这包括欧盟内部和外部两个方面的BITs协调一致的问题。欧盟内部如何处理好欧盟成员与欧盟委员会对待欧盟成员之间BITs的效力问题上的分歧, 将直接影响着欧盟国际投资规则的发展与实施。欧盟与非欧盟第三国之间如何协调欧盟的国际投资仲裁主体地位和欧盟法院对国际投资仲裁裁决的承认问题也将影响着欧盟与第三国之间的国际投资规则谈判进程。

无论是将来的中欧双边投资协定谈判, 还是中欧自由贸易协定谈判都应该对欧盟国际投资规则的形成与发展进行深入的了解和分析。通过了解欧盟在投资保护与其他非商业利益之间寻求一种平衡的政策目标, 中国可以有的放矢地应对欧盟对国际投资规则的革新。在谈判过程中, 中国还需特别注意欧盟自身存在的国际投资规则一致性问题, 既要考虑到中国之前与欧盟成员签订的BITs是否有效, 也要考虑到谈判中的事项欧盟是否有专属权和欧盟对专属权范围的变化, 以免造成与欧盟和欧盟成员之间的规则重叠与规则冲突问题。

【作者简介】董静然: 上海对外经贸大学贸易谈判学院讲师, 硕士生导师, 法学博士。研究方向: 国际投资法。

The Origin and Development of the EU International Investment Regulations

DONG Jing-ran

(Shanghai University of International Business and Economics, Shanghai 200336, China)

Abstract: In the recent EU international investment agreement negotiations, EU proposed a great number of reformations on the international investment regulations. For coping with the future negotiation of China—EU Free Trade Agreement, except for analyzing the EU's international investment regulations, the more crucial is to understand the formation and development tendency of the EU international investment regulations. The formation of the EU international investment regulations is affected by the Treaty of Lisbon, and the Court of Justice of the European Union plays a significant role in the development of the EU international investment regulations. The development of the EU international investment regulations is confronted with the problems of the coherence and consistency. Coordinating the investment rules of the intra-EU and harmonizing the subjects between the EU and EU member states in the extra-EU international investment arbitrations are vital for the development of the EU international investment regulations and for the strategy of China to copy with the trade and investment negotiations with EU.

Keywords: EU international investment regulations; Common Commercial Policy; the Court of Justice of the European Union; coherence and consistency of the regulations

(责任编辑: 黄志瑾)