

欧盟

新型国际投资规则 法律问题研究

董静然◎著

OU MENG XIN XING GUO JI TOU ZI GUI ZE
FALU WEN TI YAN JIU



中国政法大学出版社

欧盟

新型国际投资规则 法律问题研究

董静然◎著

OUMENG XINXING GUOJI TOUZI GUIZE
FALU WENTI YANJIU



中国政法大学出版社

2019·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

欧盟新型国际投资规则法律问题研究/董静然著. —北京:中国政法大学出版社, 2019. 3

ISBN 978-7-5620-8952-0

I. ①欧… II. ①董… III. ①欧洲联盟—国际投资—法律—研究
IV. ①D996. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第060541号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	9.375
字 数	230 千字
版 次	2019 年 3 月第 1 版
印 次	2019 年 3 月第 1 次印刷
定 价	49.00 元

前言

欧盟国际投资规则的形成受到《里斯本条约》(The Treaty of Lisbon)的影响,在其发展过程中,欧盟法院(The Court of Justice of the European Union)也起到了至关重要的作用。欧盟的国际投资规则在内部存在着欧盟成员的双边投资协定(Bilateral investment treaties, BIT)与欧盟法律之间的规则冲突,在外部存在着非欧盟国家与欧盟及欧盟成员之间的投资规则冲突。形成这些投资规则冲突的原因是,欧盟为实现欧盟法律的自治性与独立性,需要重构与欧盟成员、国际投资仲裁制度之间的法律关系。以《里斯本条约》为代表的欧盟法律没能很好地界定欧盟在国际投资领域的专属权能,也没能明晰欧盟法律与欧盟成员之间的双边投资协定关系,从而加剧了欧盟的投资规则冲突。

欧盟在《跨大西洋贸易与投资伙伴协议(草案)》(以下简称“TTIP 草案”)、《欧盟-韩国自由贸易协定》《欧盟-越南自由贸易协定》与《综合性经济贸易协议》(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)中对国际投资规则进行了较多的革新与发展。一方面,在国际投资的实体法律问题上,欧盟对于国际投资规则中的公平公正待遇、间接征收、最惠国待遇、保护伞条款等问题以限制解释为主要方向,对这些问题进行了许多革新。欧盟已经在国际投资协定中针对维护国家规制权有



了一些重要的变革。其中最为重要的变化就是，在国际投资实体问题上，投资协定加强了对相关概念的限制解释。中国应该积极研究欧美国家对国际投资规则的新变革，从而使中国在国际投资协定谈判过程中可以更好地平衡投资者与东道国之间的利益，切实维护国家规制权。另一方面，在国际投资的程序法律问题上，欧盟创造性地提出了国际投资法庭制度。饱受争议的投资者-国家争端解决机制亟待寻求改革之路。这其中的关键是如何在投资者与东道国之间实现平衡。从早期的以投资者为中心理论，到公法理论，再到合同法的“默认规则”，利益平衡理论在不断发展。近年来，美国和欧盟都对投资者-国家争端解决机制的改革做出过不同的尝试。美国以《双边投资协定 2012 年范本》为蓝本，对此问题进行过改良。欧盟则借助《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) 的谈判机会，激进式地提出了建立投资仲裁法庭的建议。国际社会对投资者-国家争端解决机制的质疑不断，学界也提出过各种改良方案。欧盟提出的国际投资法庭制度可谓是对投资者-国家争端解决机制的一次激进式革新。但是，欧盟提出国际投资法庭制度也并不只是为了迎合国际社会对投资者-国家争端解决机制的批评与质疑，其主要是为了重构欧盟自身的国际投资规则与维护其国家利益。并且，国际投资法庭制度也存在着法律可行性不足的问题，这导致其无法真正解决投资者-国家争端解决机制的缺陷。建立以东道国国内法庭为初审法庭，以多边的常设机构为上诉法庭，并且结合私人救济、法律评估机制等辅助工具的投资者-国家争端解决机制，也许能为改良投资者-国家争端解决机制提供新的思路。

“一带一路”连接着东亚经济圈与发达的欧洲经济圈。欧洲作为“一带一路”的重要组成部分，其对投资者-国家争端解决

机制的革新应是中国考察和研究的重点。欧盟在 TTIP 草案中创造性地提出了建立“国际投资法庭制度”，并将其实施在了《欧盟-韩国自由贸易协定》《欧盟-越南自由贸易协定》与 CETA 之中。欧盟的国际投资法庭制度是否具备可行性，又是否符合“一带一路”的要求？这需要详细的分析和考察。

“一带一路”倡议下，我国对“一带一路”沿线国家的投资体量庞大。如何维护我国在该地区的投资者权益和投资安全是亟待解决的重要问题。投资者-国家争端解决机制作为国际投资争端解决的重要规则，是在国际法层面保护我国投资安全的重要方式。欧盟积极回应了国际社会长期以来对于投资者-国家争端解决机制的批评和质疑，创造性地提出了国际投资法庭制度，并将其运用到了双边自由贸易协定之中。同时，欧盟表示会以建立多边国际投资法庭制度为目标。我国应该结合“一带一路”沿线国家的具体情况，研究国际投资法庭制度对构建“一带一路”国际投资法律体系的借鉴作用。我国应以构建多边投资争端解决机制为目标，立足于在“一带一路”区域范围内，建立起兼具协调统一和开放包容特点的投资者-国家争端解决机制。当然，多边投资争端解决规则的建立需要循序渐进，必须首先改善和更新我国与“一带一路”沿线国家在双边投资协定中的投资者-国家争端解决机制条款。

实现多边投资者-国家争端解决机制构建的目标，还需要协调“一带一路”沿线国家的规制权与区域法律秩序。这正如欧盟投资法庭制度需要协调欧盟成员的规制权与 TTIP 中的投资者权利一样。一方面，必须对投资法庭解释条约的权力进行限制。另一方面，还必须对“法律救济”措施进行限制。这样才能确保东道国对国家安全、公共利益的规制权不被剥夺和限制。同时，增设例外条款来维护东道国规制权也是较为可取的手段。

中国的“一带一路”倡议从提出，到制度构建，正在不断升级，起到了激发世界经济增长和打造全球化“新引擎”的作用。多边贸易投资体制的构建仍是中国外贸政策的首选。目前，中国应该立足于更新与“一带一路”沿线国家现有的双边投资协定，努力构建区域范围内统一协调的投资者-国家争端解决机制，最终达到构建具有中国特色的多边投资者-国家争端解决机制的目标。

目 录

CONTENTS

前 言	001
导 论	001
第一章 欧盟国际投资规则之法律渊源与固有问题	009
第一节 欧盟国际投资规则的源与流	009
引 言	009
一、欧盟国际投资规则的形成	010
二、欧盟法院对欧盟国际投资规则的影响	016
三、欧盟国际投资规则的一致性问题	021
四、结论与启示	027
第二节 欧盟国际投资规则的冲突与中国因应	029
引 言	029
一、欧盟国际投资规则的内部冲突	030
二、欧盟国际投资规则的外部冲突	037
三、中国应对欧盟国际投资规则冲突的策略	047
结 语	055
第三节 国际投资规则中的国家规制权研究	056
引 言	057



一、国际投资法中国家规制权理论的缘起	058
二、国家规制权面临的主要挑战	063
三、维护国家规制权的因应	067
四、结论与启示	077
本章小结	078
第二章 新型欧盟国际投资规则：投资待遇条款	
研究	085
第一节 欧盟对国际投资公平公正待遇条款的革新	085
引 言	085
一、TTIP 草案中的公平公正待遇条款：列举式清单的进路 ...	087
二、TTIP 草案中的公平公正待遇条款：稳定条款的设置	094
三、比例原则对欧盟方案的进一步完善	099
四、对中国的启示	104
第二节 欧盟新近国际投资协定中的间接征收条款研究 ...	106
一、问题的提出	106
二、欧盟对间接征收条款的设置与评析	110
三、完善欧盟间接征收条款的进路分析	118
四、对中国的启示	124
第三节 新型欧盟国际投资规则：最惠国待遇条款法律	
问题	127
引 言	128
一、问题的提出	130

二、最惠国待遇条款适用于争端解决程序问题的法律解释	134
三、欧盟新近国际投资协定中的最惠国待遇条款评析	141
四、对中国的启示	146
第四节 欧盟国际投资协定中的保护伞条款研究	149
引 言	149
一、国际投资协定中的保护伞条款：分歧与范围的界定	151
二、欧盟议会对保护伞条款的态度与选择	158
三、欧盟新近国际投资协定中的保护伞条款	162
四、对中国的启示	168
本章小结	172
第三章 新型欧盟国际投资规则：争端解决程序研究	180
第一节 投资者-国家争端解决机制改良路径新论： 基于对欧盟国际投资法庭体系的质疑	184
引 言	184
一、欧盟提出国际投资法庭体系的动因：揭开虚幻的 面纱	187
二、国际投资法庭体系的法律可行性探析	192
三、投资者-国家争端解决机制的改良：另辟蹊径	199
四、对中国的启示	202
第二节 国际投资争端解决机制的理论创新与实践	204
引 言	205
一、摒弃或保留：ISDS 机制的发展现状	206



二、利益平衡理论的发展：合同法中“默认规则”的有效运用	210
三、美欧对 ISDS 条款的改良实践	215
四、对中国的启示	221
本章小结	223
第四章 新型欧盟国际投资规则与中国的应对策略	227
第一节 “一带一路”倡议下投资者-国家争端解决机制研究	227
引 言	227
一、“一带一路”倡议借鉴国际投资法庭制度的障碍	230
二、维护“一带一路”沿线国家的规制权	237
三、“一带一路”倡议与多边投资者-国家争端解决机制的构建	241
余 论	246
本章小结	249
附录一 世界贸易组织讲席计划背景资料和指导方针目标	252
附录二 上海高校智库上海对外经贸大学国际经贸治理与中国改革开放联合研究中心简介	256
参考文献	259

导 论

欧盟在近年来的国际投资协定谈判中提出了不少针对国际投资规则的革新。中国为应对将来的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一个清晰的把握。

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:“在条件成熟时签订全面深入的自贸协定。”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。聚焦欧盟在国际新秩序中的热点法律问题,对于推进中欧自贸区建设以及深化中欧战略伙伴关系意义重大。中欧双边投资协定的建立是中欧自贸区建设的前提和基础条件,对深化中欧自贸协定谈判可以起到至关重要的作用。

本书将聚焦欧盟在《跨大西洋贸易与投资伙伴协议(草案)》(以下简称“TTIP 草案”)、《欧盟-韩国自由贸易协定》《欧盟-越南自由贸易协定》与《综合性经济贸易协议》(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)中对国际投资规则的革新与发展,在回顾欧盟国际投资规则固有法律问题的基础之上,深入分析欧盟国际投资规则最新的发展趋势和内容特点。

全书一共分为四章:第一章为欧盟国际投资规则之法律渊源与固有问题;第二章为新型欧盟国际投资规则:投资待遇条



款研究；第三章为新型欧盟国际投资规则：争端解决程序研究；第四章为新型欧盟国际投资规则与中国的应对策略。

第一章，欧盟国际投资规则之法律渊源与固有问题。该章节主要分析了欧盟国际投资规则的演变过程和欧盟国际投资规则面临的规则冲突问题。欧盟投资规则的形成受到了《里斯本条约》（The Treaty of Lisbon）的影响，在其发展过程中，欧盟法院（The Court of Justice of the European Union）也起到了至关重要的作用。同时，欧盟的国际投资规则发展还受到了一致性问题的影响。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欧盟国际投资规则的发展，进而影响中国在中欧双边贸易投资谈判中的策略。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，尊重东道国出于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-国家争端解决问题。

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“双边投资协定”（Bilateral investment treaties, BIT）协调一致问题。欧盟内部如何处理好欧盟成员与欧盟委员会之间在欧盟成员之间的双边投资协定效力问题上的分歧，将会直接影响到欧盟国际投资规则的发展与实施。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到欧盟与第三国之间的国际投资规则谈判进程。欧盟的国际投资规则在外部存在着非欧盟国家与欧盟及欧盟成员之间的投资规则冲突。欧盟形成了一种新的国际法秩序，这种秩序不同于纯粹的

国际公法。欧盟法律作为独立的法律渊源,具有特殊性和独创性。欧盟要维护欧盟法律的特殊性与独创性,就必须保护欧盟法律的独立性和自治性。为了确保国际投资仲裁制度对欧盟法律秩序自治性原则的尊重,TTIP 草案的官方文件阐明:其一,欧盟法律的适用不在国际投资仲裁庭的权限范围内;其二,国际投资仲裁庭仅可以将欧盟法律作为案件事实加以考虑;其三,国际仲裁庭对欧盟法律的任何解释都不会对欧盟法庭有任何的约束力。中国在面对欧盟国际投资规则内部和外部的规则冲突时,首先要厘清“中国-欧盟双边投资协定”与“中国-欧盟成员双边投资协定”的关系。这其中特别需要注意在《里斯本条约》生效后重新签订的《中国-法国双边投资协定》和《中国-比利时与卢森堡双边投资协定》。这类双边投资协定的效力问题容易受到欧盟法律和欧盟成员的挑战。一方面,中国可以适时考虑让欧盟对这两个“中国-欧盟成员双边投资协定”的效力进行官方确认;另一方面,一般情况下,只有中国投资者在欧盟的投资受到不公待遇时,欧盟才会考虑否定双边投资协定的效力问题。此时,在国际投资争端解决程序中,中国投资者可以借鉴民商事案件中的商事外观主义原则。

第二章,新型欧盟国际投资规则:投资待遇条款研究。该章节主要以欧盟新型国际投资协定的公平公正待遇、间接征收、最惠国待遇、保护伞条款等实体问题为研究对象,详细分析了上述条款在新型欧盟国际投资协定中的特点与发展趋势。TTIP 草案针对公平公正待遇条款,采用了列举清单的方式。总体上看,TTIP 草案所列出的五类具体违反公平公正待遇的情形对限制公平公正待遇的法律解释起到了一定的限制作用,并且结合投资仲裁实践和学界观点,选择了从严解释公平公正待遇。不过,在具体细节上也许还有一些地方值得进一步优化。规则制

定者需要在东道国对规则灵活性的需求与投资者对法律的可预测性之间寻求合适的平衡。公平公正待遇也需要满足这样的平衡。而法律的可预测性与合法期待蕴含了投资者对稳定的法律环境的需求。比例原则对完善欧盟公平公正待遇条款的启示主要在于：其一，公平公正待遇条款不仅可以对那些属于违反公平公正待遇的行为进行罗列，还可以为东道国的合法目标设置列表清单，以便形成比例原则判断的前提和基础。其二，在合法目标清单之外，还可以设置类似于必要性测试的内容，以满足东道国相关争议措施对投资者利益损害最小的要求。其三，建议对东道国违反公平公正待遇的赔偿或补偿设置相关的计算标准，以平衡东道国与投资者在承担投资者所受损失中的责任分担问题。

TTIP 草案“投资”章节第 5 条“征收条款”第 1 项即明确，原则上禁止征收或间接征收，除非是基于公共利益，且符合正当程序、非歧视，同时给予了及时、足够、有效的补偿。并且，为确保征收条款的确定性，TTIP 草案第 5 条第 2 项还要求对征收条款的解释须符合该条附件一中的规定。TTIP 草案中的间接征收从积极影响上来说有两个方面：一方面，可以看出欧盟从整体上对间接征收的判定提出了较为详细的规定，对限制仲裁庭的自由裁量权，以及防范间接征收的扩大解释起到了积极作用。另一方面，从间接征收的构成要件来看，TTIP 草案中的间接征收基本上采纳了兼具行为效果与行为目的理论。兼具行为效果与行为目的理论也许更具有优势，但是就界定间接征收的性质而言，对行为效果的判断要比对行为目的的判断更为重要。因为行为效果更具有客观因素的特点，其构成要件之一的合法期待，也是合法目的比例原则适用的基础。判断间接征收的目的在于东道国是否承担补偿责任。欧盟明确将争端解

决程序排除在了最惠国待遇条款适用范围之外。CETA 在最惠国待遇条款中规定：“为确保含义的确定性，本条款中的最惠国待遇不包含规定在其他国际投资协定和其他贸易协定中的投资者与东道国争端解决程序。”这也就意味着，欧盟在这两个国际协议中，排除了其他争端解决方式适用的可能。欧盟将最惠国待遇条款排除在了争端解决程序适用的范围之外，可能会对国际投资法庭制度产生两个方面的影响：从积极方面来说，欧盟排除其他争端解决方式有利于国际投资法庭制度的贯彻和执行。从消极方面来说，排除其他争端解决方式无疑限制了投资者对争端解决机制的选择权。TTIP 草案对保护伞条款的规定为：“如果缔约方已经与另一缔约方的投资者达成某种书面合同承诺，那么该缔约方就不应该通过行使政府权力违反其所作出的承诺。”其中值得注意的是，该条款只提出了“书面承诺”（written commitment），因此该条款就不应该包含缔约方所作出的非书面承诺，如口头承诺就不应该在保护伞条款所涵盖的范围之内。并且，该条款在书面承诺之前，使用的是“书面合同承诺”（contractual written commitment）。这里并没有提到“单方承诺”（unilateral commitment）。在国际投资仲裁实践尚未对该问题形成统一认识的情况下，欧盟选择仅保留双边性质的合同承诺，放弃了单方承诺在保护伞条款上的适用。从这可以看出，欧盟意在对保护伞条款设置较多的限制，以抬高该条款的适用门槛。就保护伞条款问题而言，欧盟在 CETA 和 TTIP 草案中已经对其进行了一定程度的限制：CETA 将保护伞条款限制在“具体的书面义务”（specific written obligations）上，这不仅排除了口头承诺等非书面承诺义务，也排除了抽象义务对保护伞条款的援引。TTIP 草案则将保护伞条款限定在“书面合同承诺”（contractual written commitment）上，这不仅排除了非书面承诺，还排除了非



合同或者非合意性质的单方承诺。由此可见，欧盟已经对保护伞条款的法律解释及适用尽可能地做了限制。

第三章，新型欧盟国际投资规则：争端解决程序研究。在区域贸易协定中，建立欧盟提出的“投资法庭体系”可能存在一定的弊端：一方面，多边框架下的投资法庭体系确实可以增强裁决的一致性与合法性。但在区域协定中，建立“投资法庭体系”反而会进一步加剧投资仲裁裁决的“碎片化”，不利于裁决的一致性，也不利于争端双方对裁决的可预见性。另一方面，TTIP 草案提出的法官选任方法也许并不能达到其所追求的“公正”目的。究其症结，还是在于世界贸易组织（World Trade Organization, WTO）的争端解决是在多边体系下设立的，而欧盟通过 TTIP 草案提出的“投资法庭体系”则是建立在区域协定之下的。欧盟提出的国际投资法庭体系面临着诸多的法律可行性障碍，欧盟推行该制度的道路仍然较为坎坷。并且，国际投资法庭体系是否真的能消除国际社会对现行投资者-国家争端解决机制的批评与质疑，也仍是问题。国际投资法庭体系中的规定让其法律性质处在了一个较为尴尬的境地。一方面，其形式和内容更接近于法庭制度，却在较多的地方引入了国际仲裁规则，这与法庭制度存在明显的冲突。另一方面，欧盟希望将国际投资法庭体系认定为仲裁制度，从而使得引入国际仲裁规则变得顺理成章，但却存在欧盟不是《解决国家与他国国民间投资争端公约》成员的问题。综合来看，国际投资法庭体系对投资者-国家争端解决机制的改良似乎并不完美。可以尝试以东道国国内法庭为初审法庭，以多边的常设机构为上诉法庭，并且结合私人救济、法律评估机制等辅助工具来对投资者-国家争端解决机制进行一定程度的改良。中国必须认识到，国际投资法庭体系是建立在欧盟对其自身国际投资规则的协调、统一考虑