

## 欧盟干预内部投资仲裁的国际法批判与中国因应

黄丽萍

**内容提要:** 欧盟当前普遍干预内部投资仲裁,其对欧盟法的解释和适用多方面违反国际法。其一,欧盟单边修改《华盛顿公约》等涉第三方条约在成员国之间的适用,违反条约适用原则。其二,《里斯本条约》与欧盟法院判例溯及在先投资条约的涵盖投资,违背条约不溯及既往原则。其三,欧盟法效力优先原则的扩张使欧盟法在投资仲裁适用法中优先于投资条约,违背条约解释原则。其四,对投资仲裁裁决的国家援助干预,不符合国际经贸反补贴和救济的理论与实践,忽视投资损害赔偿的非让利性与非歧视性,不能类比贸易救济中经济赔偿补贴化的风险。欧盟的干预可能影响国际投资仲裁制度以及中国对欧盟投资者的潜在利益。除了批判欧盟做法,建议完善非争端当事方参与的条件。中国对欧盟投资者在寻求投资条约救济时可优先适用中欧投资条约,如适用欧盟内部投资条约更有利,应避免欧盟境内的仲裁地和受欧盟法约束的仲裁规则。

**关键词:** 投资仲裁 欧盟法 非争端当事方参与 条约解释 补贴

黄丽萍,湖南大学法学院助理教授。

按照欧盟共同商业政策,成员国之间的投资条约均应废止。大约自 2006 年起,欧盟明确排除成员国与其他成员国国民之间的投资仲裁,即欧盟内部仲裁(intra-EU arbitrations)。<sup>[1]</sup> 欧盟委员会(European Commission)频频介入欧盟内部仲裁程序,欧盟法院(Court of Justice of the European Union, CJEU)<sup>[2]</sup>也通过多个案例确认此类仲裁违反欧盟法,认定含有仲裁同意的国际投资条约不适用于内部投资争端。而近二十年来,欧盟多国因能源转型等政策变动引发的大量投资者与国家间争端解决(investor-state dispute settle-

[1] 从公开的国际投资仲裁决定来看,欧盟内部投资仲裁异议首次出现于 Eastern Sugar v. Czech Republic 案,由于捷克政府咨询了欧盟委员会的意见,仲裁庭在决定管辖权问题时讨论了欧盟委员会 2006 年 1 月 13 日致信捷克财政部的意见。See Eastern Sugar B. V. v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award dated 27 March 2007, paras. 119-125.

[2] 欧盟法院在组成上包括法院(Court of Justice)、普通法院(General Court)和特别法庭。作为欧盟最高司法机构,前者通常被直接称为欧盟法院。在学术和实践中,为便于区分,前者有时也被称为欧洲法院(European Court of Justice, ECJ),但《里斯本条约》等相关官方文件并无此表述。

ment, ISDS) 纠纷均属内部仲裁。欧盟进行干预的主要法律依据无疑是欧盟法, 然而其解释和适用是否符合国际法有诸多疑点。国内外现有研究主要探讨争议措施在欧盟法框架下存在的问题, 并反思国际投资法相关规则,<sup>[3]</sup> 缺乏针对欧盟干预本身的国际合法性研究。基于此, 本文将探究欧盟干预内部投资仲裁的思路, 重点依据条约适用和解释规则、国际经贸反补贴和救济理论与实践, 论证欧盟的干预是否有违国际法。虽然名义上是内部纠纷, 但欧盟的干预可能影响国际投资仲裁制度的共同受益者, 且中国企业对欧盟投资可能形成欧盟内部投资, 因而有必要从中国利益相关角度研究法律对策。

## 一 欧盟干预内部投资仲裁的实践和思路

欧盟终止内部双边投资条约 (Bilateral Investment Treaty, BIT) 的政策并没有立即得到成员国的执行, 导致欧盟内部仲裁争端持续发生。随着欧盟法院明确判定此类仲裁与欧盟法不符, 欧盟干预的思路逐渐明确, 法律疑点也随之暴露。

### (一) 欧盟干预内部投资仲裁实践

欧盟干预内部投资仲裁集中表现为申请介入仲裁及相关程序。以此类案件发生最多的时期——2015 年为例, 欧盟申请作为非争端当事方介入、提交法庭之友意见的情况见表 1。<sup>[4]</sup> 考虑到英国已于 2020 年完成脱欧, 英国投资者或英国政府所涉案件未计入。

表 1 2015 年欧盟内部投资仲裁干预情况

程序阶段	仲裁程序	裁决复审或撤销	裁决承认与执行
申请介入 (* 表示 意见准入)	9REN Holding v. Spain, Adamakopoulos v. Cyprus *, B3 Croatian Courier v. Croatia, BayWa r. e. v. Spain, Belenergia v. Italy *, Cavalum SGPS v. Spain *, CEF Energia v. Italy, Cube Infrastructure v. Spain, Eskosol v. Italy *, Foresight v. Spain *, Greentech v. Italy *, Hydro Energy v. Spain *, Kruck v. Spain *, Landesbank Baden-Württemberg v. Spain *, Novenergia v. Spain *, OperaFund v. Spain *, Silver Ridge v. Italy *, SolEs Badajoz v. Spain *, Stadtwerke München v. Spain *, Watkins v. Spain	9REN Holding v. Spain *, BayWa r. e. v. Spain *, Foresight v. Spain *, Hydro Energy v. Spain *, OperaFund v. Spain *, SolEs Badajoz v. Spain *, Watkins v. Spain *	Novenergia v. Spain *, Foresight v. Spain *

[3] See e. g. Valentina Vadi, Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals, 48 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1285, 1340–1342 (2015); Begona Perez Bernabeu, Taxation, State Aid Rules and Arbitral Courts: A BIT of a Mess in the Micula Saga, 19 *European State Aid Law Quarterly* 329, 334 (2020); 吕江、赵靖:《〈能源宪章条约〉对可再生能源投资的规制研究》,《武大国际法评论》2021 年第 4 期,第 52–62 页;陈红彦、黄丽萍:《可再生能源投资仲裁裁决的反执行行动及其破解》,《法学杂志》2024 年第 1 期,第 67–71 页。

[4] 本表系作者根据联合国贸易与发展会议 (UNCTAD) Investment Dispute Settlement Navigator 的信息整理, 参见 <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, 最后访问时间 [2024-08-25]。

(续表 1)

程序阶段	仲裁程序	裁决复审或撤销	裁决承认与执行
不公开等 原因未知	Alten Renewable v. Spain, Belegging-Maatschappij “Far East” v. Austria, E. ON SE v. Spain, ENERGO-PRO v. Bulgaria, Fin. Co. Ge. Ro v. Romania, KS v. Spain, Solarpark v. Spain, STEAG v. Spain, WCV v. Czechia		

如表格所示,对于 2015 年启动的 29 项欧盟内部投资仲裁,除了因裁决不公开、程序进展未知等不可知情况外,欧盟委员会主动申请作为非争端当事方介入其余 20 项仲裁,概率达 100%,有 12 起案件的仲裁庭准许其提交意见,说明准入率也过半。在后续的裁决复审和执行程序,还有案件涉及欧盟委员会的干预申请和实践。不过,仲裁庭和国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)撤销委员会普遍将欧盟委员会的介入限定于就特定问题提交书面意见,拒绝其阅卷和参与庭审。<sup>[5]</sup>

欧盟对内部投资仲裁的干预,已有两种不同的思路 and 对应法律依据,可概括为欧盟内部仲裁无效化和以国家援助(state aid)规则为基础的投资损害赔偿补贴化。

## (二) 欧盟内部仲裁无效化

根据《里斯本条约》(*Treaty of Lisbon*),欧盟认为其确立了对联盟与成员国外直接投资事务的专属管辖权,包括《欧盟运行条约》(*Treaty on the Functioning of the European Union*, TFEU)第 207 条下对外谈判和缔结投资条约的专属权,剥夺了成员国彼此之间谈判和缔结此类协定的权能,成员国之间的投资者与国家间争端解决条款违反欧盟法,从而使内部仲裁缺乏有效仲裁协议。2018 年,欧盟法院在对 *Achmea v. Slovakia* 案的判决中确认,该案依据的双边投资条约及其仲裁同意条款因违反欧盟法而无效,<sup>[6]</sup> 因为《欧盟运行条约》第 267 条和第 344 条确立了欧盟法院对欧盟条约解释问题进行初步判定的专属权,禁止成员国将涉及这类问题的争议提交条约规定以外的其他争端解决方法。<sup>[7]</sup> 此后,面对 *Komstroy v. Moldova* 案所引发的争议,法院表示内部仲裁无效不仅限于双边投资条约仲裁,还包括《能源宪章条约》(*Energy Charter Treaty*, ECT)等多边条约仲裁。<sup>[8]</sup> 对于更近的 *PL Holdings v. Poland* 案,法院提出,通过临时仲裁协议作出的内部仲裁同意同样违反欧盟法。<sup>[9]</sup> 仲裁地的瑞典最高法院据此撤销了裁决。然而,欧盟内部投资争端在争议投资、争议措施、适用法、裁决执行依据等方面均有差异,决定着仲裁协议和裁决效力

[5] See Charanne B. V. and Construction Investments S. a. r. l. v. Spain, SCC Case No. 062/2012, Final Award, 21 January 2016, paras. 49, 56.

[6] See *The Slovak Republic v. Achmea B. V.*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, 6 March 2018, paras. 56–60.

[7] See Tasnim Ahmed, *The CJEU and the Introduction of International Dispute Settlement Mechanisms within the EU: Is Alternative Dispute Resolution in the EU in Safe Hands?*, 22 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 491, 493 (2022).

[8] See *République de Moldavie v Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, 2 September 2021, paras. 64–66.

[9] See *Republiken Polen v. PL Holdings Sàrl*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, 6 October 2021, paras. 47–50.

的具体判定。忽略这些因素、全盘否定欧盟内部投资仲裁的立场明显值得怀疑。

### (三) 投资损害赔偿补贴化

欧盟国家援助干预,主要针对成员国调整投资激励措施引发的争端。如果败诉成员国遵照裁决履行赔偿,可能构成国家援助。其中违反通知等法定要求的国家援助为欧盟法所禁止。<sup>[10]</sup> 名义上,这是一种反补贴措施,因为从其依据的具体法律条文来看,<sup>[11]</sup> 国家援助属于国际经贸领域非常普遍的补贴。履行投资仲裁损害赔偿被认定为国家援助的典型莫过于 *Micula v. Romania* 案。<sup>[12]</sup> 该案缘起于罗马尼亚入欧,为符合欧盟法的要求,该国取消了承诺给瑞典投资者的税收激励,引发国际投资争端解决中心仲裁并部分履行了裁决。但在入欧之后,欧盟委员会认定裁决履行构成非法国家援助,要求罗马尼亚停止履行裁决并收回赔偿。<sup>[13]</sup> 无独有偶,欧盟委员会于 2017 年 11 月 10 日发布专门针对西班牙能源转型相关投资仲裁纠纷的声明,认为西班牙调整可再生能源激励的措施不属于欧盟法所禁止的非法国家援助,但国际仲裁庭裁决的赔偿被视为国家援助。<sup>[14]</sup> 然而,将国际仲裁庭裁决的损害赔偿界定为补贴性的国家援助,明显值得商榷。根据欧盟法,裁决履行可能构成非法国家援助,需要欧盟机构和成员国法院的介入,但这是否属于正当的反补贴措施,应当根据国际法上的反补贴规则来判定。针对这些疑点,下文首先从国际公法角度分析欧盟干预过程中适用欧盟法的一般性问题,进而考察欧盟对投资仲裁的国家援助干预是否符合国际经贸规则的特殊问题。

## 二 欧盟法在内部投资仲裁中适用的国际公法批判

主张欧盟法为适用法且优先适用,是欧盟干预内部投资仲裁的法律基础。根据国家主权原则,欧盟成员国的共同意志应当得到尊重,但作为区域性国际条约,欧盟法还受到国际公法上条约解释与适用规则的限制。

### (一) 适用范围上对欧盟领域的超越

欧盟法以成员国之间的条约为基础,在适用范围上应限于联盟领域。以决定内部仲裁无效的欧盟法为例,其应当适用于根据成员国之间双边投资条约等纯粹欧盟内部协定进行的投资仲裁。<sup>[15]</sup> 然而,从欧盟对投资仲裁的干预来看,相关欧盟法的适用范围已经

[10] See Ana Mercedes López-Rodríguez & Pilar Navarro, Investment Arbitration and EU Law in the Aftermath of Renewable Energy Cuts in Spain, 25 *European Energy and Environmental Law Review* 2, 4 (2016).

[11] 参见《欧盟运行条约》第 107 条第 1 款。

[12] See Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013, paras. 36, 1329.

[13] European Commission, Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA. 38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania - Arbitral award *Micula v Romania* of 11 December 2013, OJ L 232, 4 September 2015, paras. 69-70.

[14] European Commission, State Aid SA. 40348 (2015/NN) - Spain, Support for Electricity Generation from Renewable Energy Sources, Cogeneration and Waste, C (2017) 7384 final, 10 November 2017, paras. 162-165.

[15] See Ana Mercedes López-Rodríguez, The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU, 8 *Transnational Environmental Law* 279, 289 (2019).

超越欧盟领域,波及第三方。譬如欧盟法院提出,内部投资仲裁协议无效决定适用于含有非欧盟缔约国的公约。

欧盟成员国在缔结多边条约后,如果在相互之间排除适用,属于“仅在若干当事国间修改多边条约之协定”,应当满足诸多条件。除条约特别规定了如何修改的情况以外,一般情况下的条件还包括:第一,修改不为条约所禁止;第二,不影响其他当事国享有条约权利义务;第三,不损害整个条约目的与宗旨的有效实行;第四,通知其他当事国。<sup>[16]</sup> 而欧盟主张《能源宪章条约》等不适用于欧盟成员国之间,并未证明其履行了“通知”非欧盟缔约国的条件,在欧盟成员国之间排除适用是否会影响“整个条约目的与宗旨的有效实行”也存疑。<sup>[17]</sup> 欧盟的主张无异于为坚持欧盟法优先而忽视既有国际公约建立的制度和规则,是一种单边主义主张。<sup>[18]</sup>

欧盟的主张还违背《欧盟运行条约》第 351 条的不影响第三国原则。<sup>[19]</sup> 譬如, *Micula v. Romania* 案的被申请人罗马尼亚在入欧前就加入了《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》( *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 下称“《华盛顿公约》”), 欧盟委员会就该案提出《欧盟运行条约》第 351 条不适用于成员国根据公约所承担的义务,因为该案投资条约不涉及公约的第三方缔约国。<sup>[20]</sup> 但欧盟司法机关在过往的案件中曾确认,第 351 条适用于成员国与非成员国缔结的多边条约,无论第三国是否存在即时利益。<sup>[21]</sup> 而且,每个缔约国都对条约所规定的义务及其遵从享有共同利益,这并不取决于缔约国是否为个案争端当事方。<sup>[22]</sup> 欧盟委员会以第三方对争端无利害关系为由,将欧盟内部仲裁无效决定扩张适用于《华盛顿公约》等包含非欧盟缔约方的条约,无异于将欧盟法进行域外适用。

## (二) 适用时限上的溯及既往

欧盟条约和国际投资条约都受到《维也纳条约法公约》( *Vienna Convention on the Law of Treaties*, VCLT) 第 28 条“条约不溯及既往原则”的约束。<sup>[23]</sup> 2009 年《里斯本条约》生

[16] 参见《维也纳条约法公约》第 41 条。

[17] See e. g. *BayWa r. e. Renewable Energy GmbH and BayWa r. e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2 December 2019, para. 276.

[18] 参见廖凡:《多边主义与国际法治》,《中国社会科学》2023 年第 8 期,第 63 页。

[19] 该条规定:“1958 年 1 月 1 日前,或对于加入国而言,在加入之日前,缔结的协定所产生的权利义务,在一个或多个成员国与一个或多个第三国之间,不应当受条约规定的影响。”

[20] European Commission, Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA. 38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania - Arbitral award *Micula v Romania* of 11 December 2013 (OJ L 232, 4 September 2015, 43-70), para. 129.

[21] 以 *Commission v. Austria* 案为例,欧共体委员会指控奥地利违反有关就业性别平等的欧共体指令,欧共体法院支持了奥地利的抗辩,认为奥地利履行指令的义务受制于其加入的《国际劳工组织第 45 号公约》( *Convention No 45 of the International Labour Organization* ) 下禁止妇女从事特定类型危险工作的义务。法院并未讨论公约第三国是否在奥地利履行公约义务上存在利害关系。See e. g. *Commission v Austria*, C-203/03, ECLI:EU:C:2005:76, 1 February 2005, paras. 62-65.

[22] See Kai Struckmann, Geneva Forwood & Aqeel Kadri, *Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: Conflict or Co-Existence?*, 15 *European State Aid Law Quarterly* 258, 261-262 (2016).

[23] See e. g. *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015, para. 144.

效前,欧盟成员国相互缔结了大量投资条约。<sup>[24]</sup> 它们通常规定了至少十年的有效期,有的还规定了日落条款或自动延期条款。《里斯本条约》生效时,许多条约都在有效期内,有何依据否定这些条约的效力? 在主张欧盟内部投资仲裁异议时,有被申请方提出在后欧盟法优于在先国际投资法。比如,《里斯本条约》与《华盛顿公约》被平等视为国际法的组成部分,由于前者为后法,根据《维也纳条约法公约》第 30 条优先适用。<sup>[25]</sup> 然而,该条不仅区分了先后条约的缔约方是否相同的情况,且明确规定适用的前提是先后条约关乎同样的主体事项。而《里斯本条约》与《华盛顿公约》的缔约方和主体事项都不同,不满足《维也纳条约法公约》第 30 条的适用条件。

欧盟法适用的溯及性在 *Micula v. Romania* 案中有直观的体现。由于欧盟委员会阻碍裁决履行,投资者在欧盟司法机关起诉。欧盟普通法院起先判定罗马尼亚支付赔偿不构成非法国家援助,因为与该案相关的所有事件都发生在该国加入欧盟之前。此前欧盟委员会并未获得对该国适用欧盟法的权限,“由于仲裁裁决只是争议赔偿的附随因素,无法与之前的税收激励割裂开,其不能被归为一项新的援助从而作为欧盟委员会对发生在过去的所有事件(即引发罗马尼亚入欧前争端的事件)行使权限以及欧盟法适用于这些事件的基础”。<sup>[26]</sup> 欧盟普通法院的分析足以说明,欧盟委员会对本案投资仲裁裁决的事后干预是一种将欧盟法溯及既往的思路。在上诉阶段,欧盟法院强调《欧盟运行条约》第 108 条授权欧盟委员会对于国家援助的提前控制,欧盟委员会有权决定一项措施是否构成国家援助并保证成员国不实施非法国家援助,因此认定受益人确定获得国家援助的时间为仲裁庭作出裁决之日。<sup>[27]</sup> 可见,欧盟法院和欧盟委员会的立场更加一致。但判断欧盟法是否适用于欧盟所干预的国家援助相关投资仲裁案件,应当回归争议行为本身。正如美国哥伦比亚地区地方法院在处理裁决执行时指出的,“罗马尼亚的争议行为发生在其处于欧盟外部时,因此主要只受到自身国内法的限制。”<sup>[28]</sup>

由于欧盟成员国在《里斯本条约》生效前加入了大量国际投资条约,已经对涵盖投资负有在先条约所规定的义务,欧盟突然宣布内部投资仲裁无效必然引起冲突。欧盟有权追求商业政策的内部融合,但目前直接终止内部仲裁的方式过于武断。实践中有更可取的先例。比如,意大利和罗马尼亚在 2010 年共同决定终止双边投资条约,其中的日落条款允许在终止之前已做出投资的投资者在五年内提起仲裁请求。<sup>[29]</sup> 2012 年,有意大利

[24] See Tamas Kende, *Arbitral Awards Classified as State Aid under European Union Law*, 37 *ELTE Law Journal* 37, 37 (2015).

[25] See Christian Tietje & Clemens Wackernagel, *Enforcement of Intra-EU ICSID Awards: Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration*, 16 *Journal of World Investment & Trade* 205, 208 (2015).

[26] *Micula and Others v Commission*, T-624/15, ECLI:EU:T:2019:423, 18 June 2019, para. 77.

[27] See *Commission v. European Food S. A.*, C-638/19P, ECLI:EU:2022:50, 25 January 2022, paras. 109–125.

[28] See *Micula v. Romania*, 404 F. Supp. 3d 265, 279–280 (D. D. C. 2019).

[29] See Jarrod Hepburn & Luke Eric Peterson, *Italy Is the EU's Model Citizen*, “When It Comes to Following European Commission Demands to Terminate Intra-EU Investment Treaties”, 2 June 2015, <https://www.iareporter.com/articles/investigation-italy-is-the-eus-model-citizen-when-it-comes-to-following-european-commission-demands-to-terminate-intra-eu-investment-treaties/>, 最近访问时间[2024-09-20]。

投资者依据该条约提起仲裁并获得仲裁庭支持,后续裁决在意大利法院申请执行也得到了承认。<sup>[30]</sup>可见,欧盟要实现内部投资仲裁无效化目标,需要成员国共同采取更合理的程序性措施,而不是直接武断地将《里斯本条约》溯及既往适用。

### (三) 欧盟法效力优先主张与条约解释原则的不符

首先,欧盟法效力优先原则本身有特定的适用对象。该原则经 1964 年的 *Costa v ENEL* 案判决确立。<sup>[31]</sup> 欧盟官方解释为“当欧盟法与某一欧盟成员国法(国内法)产生冲突,欧盟法优先”。<sup>[32]</sup> 这直接说明了它只能决定成员国国内法与联盟法的位阶。<sup>[33]</sup> 然而,欧盟干预内部投资仲裁面对的是欧盟法与国际投资法的冲突,应当适用国际公法的条约冲突原则,尤其是《维也纳条约法公约》。<sup>[34]</sup>

其次,对于投资者与国家间争端,欧盟内部投资仲裁从主体事项上首先应当适用专门规范这类法律关系的国际投资法。国际投资法主要由国际投资条约构成,包含着许多专属于这一领域的特殊规则,对于投资者与国家间争端解决而言,相当于“特别法”的存在。尤其是,投资争端当事方通常不会明确约定解决争端的适用法。不过,无论是否这样约定,案件的基础性协定都是对适用法作出的选择。<sup>[35]</sup> 由于欧盟内部仲裁本质上是投资者与国家间纠纷,由此产生的法律问题首先应当依据可适用的国际投资法。仲裁庭审查和决定案件的实体标准是欧盟成员国根据国际投资法所承担的义务,与欧盟法义务无关。<sup>[36]</sup>

再次,根据对国际投资条约适用法条款的解释,欧盟法效力优先也毫无根据。有部分国际投资条约规定,仲裁庭在决定争端时除了依据条约本身,还可以依据对当事方适用的缔约国国内法或国际法规则与原则。<sup>[37]</sup> 欧盟利用这种条款将“适用的国际法规则与原则”解释为包括欧盟法,然后通过援引欧盟法效力优先原则主张优先适用欧盟法。<sup>[38]</sup> 此方法错误地造成了相关案件的适用法中《能源宪章条约》的降位。适用法条款所规定的条约以外的其他可适用规则和原则应作为辅助性或补充性规则,在基础投资条约对争端有关问题存在条约沉默或规定模糊的情况下帮助仲裁庭解释。<sup>[39]</sup> 正如 *AAPL v. Sril Lan-*

[30] See Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25, Award, 18 April 2017; Francesco Sorace, Enforcing an ICSID Award Issued in an Intra-EU Investment Arbitration: An Italian Law Perspective, 3 *Italian Review of International and Comparative Law* 87, 104 (2023).

[31] *Flaminio Costa v E. N. E. L.*, Case 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Judgment of 15 July 1964.

[32] See Primacy of EU Law, <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/primacy-of-eu-law-precedence-superiority.html>, 最近访问时间[2024-08-20]。

[33] See Ana Mercedes López-Rodríguez, The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU, 8 *Transnational Environmental Law* 279, 294 (2019).

[34] See *Infrastructure Services Luxembourg SARL (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg SARL) v Spain*, [2023] EWHC 1226 (Comm), paras. 67-88, 160.

[35] See *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, paras. 18-20.

[36] See *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S. à r. l.*, [2023] HCA 11, para. 79.

[37] See Christoph Schreuer, Failure to Apply the Governing Law in International Investment Arbitration, 7 *Austrian Review of International and European Law* 147, 149-155 (2002).

[38] See *Blasket Renewable Investments, LLC v. The Kingdom of Spain*, 665 F. Supp. 3d 1, 11-12 (D. D. C. 2023).

[39] 参见乔慧娟:《论国际投资条约仲裁中的法律适用问题》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2014年第2期,第81-84页。

ka 案仲裁庭所言：“双边投资条约并不是一个局限于只规定直接适用的实质规则的自足法律体系，而必须在一个更大的法律语境下理解，其他来源的规则通过默示的纳入方法或通过直接援引特定国际法或国内法性质的补充性规则，被融入进来。”<sup>[40]</sup> 这也是系统性条约解释方法的要求，<sup>[41]</sup> 即客观上存在着“应当与上下文一起考虑”的其他法律渊源以及明显暗指其他可适用规则的“补充性解释方法”。<sup>[42]</sup> 但基础投资条约是“主要的适用法渊源”和“仲裁庭首要适用的法律规则”。<sup>[43]</sup> 在投资条约仲裁中优先适用欧盟法毫无依据，欧盟甚至试图排除基础投资条约的适用，更是对适用法条款的扭曲解释。

### 三 国际经贸规则下投资损害赔偿补贴化的批判

除了一般性问题，欧盟对内部投资仲裁损害赔偿的国家援助干预还关系到反补贴这一特殊的国际经贸问题，需要根据有关的理论和实践进行审查。补贴是世界贸易组织（World Trade Organization, WTO）法所规制的关键问题，现行有效的规范主要包括《1994年关税与贸易总协定》（*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT 1994）第6条与《补贴与反补贴措施协定》（*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*），但其中没有规定损害赔偿是否构成补贴。《关于争端解决规则与程序的谅解》（*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*，下称“《争端解决谅解》”）也没有明确将损害赔偿作为贸易救济方式，实践中十分罕见。<sup>[44]</sup> 不过，将经济赔偿明确纳入贸易救济体系的呼声由来已久。<sup>[45]</sup> 该方案可能存在的问题包括补贴和违反最惠国（Most Favored Nation, MFN）待遇原则的风险，<sup>[46]</sup> 两种风险成立的共同点在于支付经济赔偿是否属于授予利益和对受偿方以外其他缔约方的歧视。

#### （一）赔偿的非让利性

将经济赔偿视为补贴，首先要证明利益转让，即欧盟国家援助规则所要求的经济利益，等同于国际贸易法下政府给予的财政资助。<sup>[47]</sup> 在适用最惠国原则时，与之类似的概念是利益、优待、特权或豁免。<sup>[48]</sup>

主张经济赔偿构成补贴的学者并没有论证赔偿的让利性，而反对者提供了更具说服

[40] Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, para. 21.

[41] See Simon Batifort & Andrew Larkin, The Meaning of Silence in Investment Treaties, 38 *ICSID Review* 322, 343 (2023).

[42] 《维也纳条约法公约》第31(3)(c)条和第32条。

[43] Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, paras. 78–79.

[44] 参见《争端解决谅解》第22条。

[45] 《1947年关税与贸易总协定》的原始谈判涉及经济赔偿提案，但被驳回。1964年，相关提议在乌拉圭回合依然未获得支持。See Bryan Mercurio, Why compensation cannot replace trade retaliation in the WTO Dispute Settlement Understanding, 8 *World Trade Review* 315, 328 (2009).

[46] See Marco Bronckers & Naboth van den Broek, Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement, 8 *Journal of International Economic Law* 101, 113–121 (2005).

[47] 《补贴与反补贴措施协定》第1条。

[48] 参见《1947年关税与贸易总协定》第1条第1款。



力的阐述。比如一篇广受引用的论文提出,“金钱损害是出于赔偿私人当事方遭受的实际损害且在此范围内支付的,因而不满足《补贴与反补贴措施协定》意义上补贴存在的一个重要条件,即不存在向私人当事方转移的利益。”同理,“当某一政府支付经济赔偿来弥补其通过世贸组织违法措施造成的损害时,这很难被归为常见最惠国用语所表达的一种‘利益、优待、特权或豁免’”。<sup>[49]</sup> 这说明了损害赔偿与政府补贴的两大区别:第一,损害赔偿方实施了违法措施并造成了损害,而政府通过补贴授予的利益是纯粹让利,不以违法和导致损害为必要前提;第二,损害赔偿的范围限于造成的损害,起到填补损害的效果,而政府让利理论上没有限定范围,结果将增加受让方的利益。

有学者谈到,经济赔偿如果要起到引导成员遵从贸易约束的效果,需要引入制裁性的过度支付,如根据败诉方不遵从的时长等因素增加赔偿额,如果赔偿额超出了损害,可能产生贸易扭曲性的非法补贴效果。<sup>[50]</sup> 在过度支付的情况下,的确存在授予利益的问题,但这样的经济赔偿不属于正常的损害赔偿。损害赔偿本身没有制裁效果,因而不具有补贴所需的让利性。

## (二) 赔偿的非歧视性

在世贸规则下支付经济赔偿存在两方面的歧视性风险。一方面,专向性补贴明确被禁止;另一方面,假设经济赔偿构成让利,最惠国原则要求给予某一成员的利益同时给予其他所有成员。这意味着沉重的经济负担和实际困难,因而存在与最惠国原则不相符的问题。<sup>[51]</sup> 以 US - Copyright 案为例,该案专家组认定美国《版权法》违反世贸组织法。<sup>[52]</sup> 由于不能在实施期内执行,专家组报告,美国和欧共体约定由其资助有利于欧共体音乐创作者的项目和活动,最终向欧洲作家和作曲家协会设立的私有基金支付了资金。表面来看,只向特定胜诉方的部分受害者支付赔偿具有选择性,存在违反最惠国原则非歧视性的嫌疑。又如,美国在 US - Upland Cotton 案败诉后与起诉方巴西达成谅解备忘录,约定向巴西棉花协会支付赔偿金,由巴西确保用于当地棉花生产者的技术援助和能力建设。<sup>[53]</sup> 质疑者认为,直接给予受损企业的赔偿相当于财政补贴,受到《补贴与反补贴措施协定》的专向性限制。<sup>[54]</sup>

然而,例外出现的经济赔偿是否具有歧视性的问题,不能简单嵌入世贸框架来判断。

[49] Marco Bronckers & Naboth van den Broek, Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement, 8 *Journal of International Economic Law* 101, 119 (2005).

[50] See Takemasa Sekine, Financial Compensation in Trade Dispute Settlements: Can the Free Trade Agreement Experiment Be Successful?, 10 *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 465, 476 (2015).

[51] See Rebecca Ullman, Enhancing the WTO Tool Kit: The Case for Financial Compensation, 9 *Richmond Journal of Global Law and Business* 167, 194 (2010).

[52] See WTO Panel Report, US - Section 110 (5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, 15 June 2000; WT/DS160/23, United States - Section 110 (5) of the US Copyright Act - Notification of a Mutually Satisfactory Temporary Arrangement, 26 June 2000.

[53] See United States - Subsidies on Upland cotton - Notification of a mutually agreed solution, WT/DS267/46, 23 October 2014.

[54] See Jiaxiang Hu, The WTO Dispute Settlement System at Twenty Years: From the Perspective of the WTO Compensation Mechanism, 5 *Journal of WTO and China* 44, 62 (2015).

现有规则可能本身就不兼容通常的经济赔偿。损害赔偿属于法律责任的延伸范畴,原本应由败诉方支付给受害方,用以填补后者的损害。国际贸易措施的普遍影响和现有世贸组织争端解决机制的特殊性,决定了诉讼当事方只能是政府,尽管直接受违法措施影响的是企业和行业;它们所在国政府的加入模糊了赔偿的性质,使其具有补贴的假象。现行世贸规则只针对相同产品、同类服务和提供者来确定待遇的歧视性。假设贸易救济明确增加经济赔偿,判断贸易措施和救济是否符合最惠国原则的标准也需要调整。如果其他成员在同等情形下可以寻求同等救济,特定成员通过争端解决程序获得的赔偿就不应被认定为歧视。<sup>[55]</sup> 有反对意见认为这属于强迫其他世贸组织成员提出索赔,那样将对所有各方以及争端解决机构造成巨大的财政和人力资源浪费。<sup>[56]</sup> 对于欧盟委员会主张成员国支付投资仲裁裁决的赔偿构成选择性赋予利益,也有类似的异议。但有评论指出,“只有在被诉成员国普遍没有清偿其判决债务的情况下,才存在对裁决的选择性支付。”<sup>[57]</sup> 还有学者建议,只有当成员国通常不会履行裁决而只武断性地履行了某些裁决的情况下,裁决执行才是有选择性的。<sup>[58]</sup> 可见,经济赔偿能否被纳入贸易救济体系有不确定性和未解决的问题。<sup>[59]</sup> 上述分析足以表明贸易赔偿补贴化论点的漏洞。

### (三) 贸易赔偿补贴化风险对投资损害赔偿的不适用

欧盟对内部投资仲裁损害赔偿的国家援助干预,是否受到了世贸组织贸易救济改革中经济赔偿补贴性争议的启发,本文不得而知。如果存在这一关联,那么欧盟的干预思路忽视了世贸争端解决和投资争端解决的差异。在贸易救济的背景下,经济赔偿方案所招致的补贴嫌疑,其一是因为胜诉方即使获得经济赔偿,也难以直接补偿实际受损企业或产业的损失。因为其追求的主要目标是引导成员遵从多边贸易纪律,消除违反贸易规则的措施,而非赔偿私有贸易主体所遭受的损害。其二,贸易争端的当事方是主权政府,贸易救济即使采用经济赔偿也存在支付和分配的问题,难免引发最惠国原则相符性争议。其三,贸易救济体系下的经济赔偿可能采用制裁性赔偿标准,从而对被诉方施加取消违法措施的压力,这种情况下的经济赔偿存在补贴化风险。

相较之下,国际投资仲裁裁决的损害赔偿不存在上述问题。首先,外国投资者可以直接索赔,无需通过其母国代表诉讼,胜诉后可以自行请求执行,不涉及母国政府财政收入和分配赔偿利益的问题;其次,投资仲裁救济采用金钱方式弥补特定外国投资者的损害,而非纠正东道国的违法措施,因而不具有贸易补偿的一般性影响;最后,投资仲裁裁决的赔偿没有制裁性的附加利益。东道国的赔偿责任主要依据与国家责任有关的习惯国际法

[55] See Marco Bronckers & Naboth van den Broek, Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement, 8 *Journal of International Economic Law* 101, 119 (2005).

[56] See Bryan Mercurio, Why Compensation Cannot Replace Trade Retaliation in the WTO Dispute Settlement Understanding, 8 *World Trade Review* 315, 332 (2009).

[57] Kai Struckmann, Geneva Forwood & Aqeel Kadri, Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: Conflict or Co-Existence?, 15 *European State Aid Law Quarterly* 258, 266 (2016).

[58] See Begona Perez Bernabeu, Taxation, State Aid Rules and Arbitral Courts: A BIT of a Mess in the Micula Saga, 19 *European State Aid Law Quarterly* 329, 335 (2020).

[59] See Takemasa Sekine, Financial Compensation in Trade Dispute Settlements: Can the Free Trade Agreement Experiment Be Successful?, 10 *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 465, 465 (2015).

确定。根据《国家对国际不法行为的责任条款草案》(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts),国家赔偿“涵盖任何财务上可评估的损害,包括已确定的利润损失”,<sup>[60]</sup>不涉及惩罚性赔偿或精神损害赔偿。<sup>[61]</sup>无论具体适用何种赔偿标准,投资损害赔偿最理想的结果只是填补损害,在法律上不具有让利性。而且,按照公平市场价值计算投资损害,事实上也无法创造附加赔偿,不构成经济利益。<sup>[62]</sup>因此,国际仲裁庭就欧盟成员国采取和变更投资激励措施裁决的赔偿不具有补贴性。欧盟将其视为国家援助予以干预,将扰乱国际经贸规则正常的反补贴秩序。

综上,欧盟干预成员国所涉投资仲裁在多个方面违反了国际法规则与实践。从联盟的角度而言,欧盟的干预是为了维护联盟法律秩序,但这明显转嫁了成员国违反国际投资法责任,相当于从联盟层面侵犯外国投资者权利,本质上是一种单方面改变成员国国际法义务的单边行为,应当受到批判。

#### 四 欧盟内部投资仲裁干预与中国利益的相关性及应对

考虑到欧盟干预行为对国际投资仲裁制度以及中国在欧盟投资者的影响,中国利益可能受到波及。为维护国际法治和海外利益,有必要明确欧盟内部投资仲裁干预与中国利益的相关性,从而考虑应对措施。

##### (一) 国际投资仲裁制度的共同利益相关性

欧盟为干预内部投资仲裁所提出的欧盟法适用主张在多方面违反国际法。如果任由其继续干预,将增加仲裁程序和裁决执行的不确定性,损害国际投资仲裁制度公信力。

一方面,因欧盟干预所增加的成本可能加剧国际投资仲裁的程序效率问题。时间、费用等方面的高耗费本就是近年来投资者与国家间争端解决机制改革的重点。欧盟对内部投资仲裁程序各阶段的干预,进一步增加了仲裁庭需处理的事项,同时也加重了争端当事人的负担。另一方面,欧盟支持败诉成员国对裁决反执行可能损害国际仲裁终局性。相较于国际诉讼等争端解决方式,国际仲裁的一大优点在于其一裁终局性。原则上,除了向仲裁地法院、撤销委员会等法定机关申请撤销裁决,没有其他可挑战裁决的机制。而欧盟通过支持败诉成员国向执行地和投资者母国法院发起反执行程序,重复主张前置程序中已提出的异议,相当于变相上诉,可能损害这一终局性。

国际投资仲裁制度是跨国投资者寻求法律保护和救济的主要方式。中国投资者作为投资仲裁申请方的实践不断增加,案件数已超过中国政府被诉案的两倍。<sup>[63]</sup>我国无疑是

[60] ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2 Yearbook of the International Law Commission 1, 99 (2001).

[61] See Joshua B. Simmons, Valuation in Investor-State Arbitration: Toward a More Exact Science, 30 Berkeley Journal of International Law 196, 197 (2012).

[62] 参见朱雅妮:《国家与投资者间争端的损害赔偿:法律标准与经济估值》,《法学杂志》2017年第4期,第77-85页。

[63] 根据联合国贸易与发展会议的统计,中国投资者提起的国际投资仲裁案件为19起,中国政府被诉的案件为9起。See UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, 最近访问时间[2024-08-20]。

国际投资仲裁制度的共同受益方之一,在欧盟的干预可能损害这一制度的情况下,有权利和义务表达立场。

## (二) 中国企业对欧盟投资的利益相关性

虽然欧盟排斥内部投资仲裁并非针对中国投资者,但从欧盟外国投资的来源和结构来看,中国投资者的利益可能受到间接影响。

### 1. 中国对欧盟投资中的欧盟内部投资

根据最新的《中国对外直接投资统计公报》,2022年末中国境内投资者对欧盟投资存量占对发达经济体投资存量的33.9%,在欧洲设立的境外企业超4700家,占境外设立企业总数的10.2%。<sup>[64]</sup> 欧盟《外国直接投资审查年度报告》显示,在向欧盟委员会报告的投资中,投资者来源于中国的交易数量排在第三位,2022年中国(包括中国内地与中国香港)对欧盟的跨国并购和绿地投资分别占交易量的第八位和第五位。<sup>[65]</sup> 中国企业对欧盟的投资,可能发展出欧盟内部投资。例如,当前正在国际投资争端解决中心进行仲裁程序的Huawei v. Sweden案,争议投资系华为技术有限公司通过其荷兰子公司Huawei Technologies Coöperatief U. A.对后者的瑞典子公司Huawei Technologies Sweden AB做出的投资。<sup>[66]</sup>

### 2. 中国投资者利用欧盟内部投资条约的可能性

首先,《中国—欧盟双边投资协定》暂未签署,双方还未就投资者与国家间争端解决机制达成一致。但是,除爱尔兰以外,中国与欧盟其他26个成员国均建立了投资条约关系,与其中14国的投资条约可称为“限制开放型中欧投资条约”,因其在投资者与国家间争端解决机制适用的范围上仅限于征收或征收补偿额相关争议,且未同意《华盛顿公约》机制。相比之下,欧盟内部投资条约在这两方面的情况如何?为此,本文选择2022年中国对欧盟直接投资流量最大国——卢森堡、直接投资存量最大国——荷兰、中企在欧盟建立企业数量最大国——德国,<sup>[67]</sup>和前述14国之间的投资条约与“限制开放型中欧投资条约”进行了比较,见表2。<sup>[68]</sup>针对两个体现投资者与国家间争端解决机制开放度的关键指标,实心符号“●”和“★”分别代表条约未限定征收或征收补偿额相关争议和同意《华盛顿公约》机制。由此可直观地看出,欧盟内部投资条约的投资者与国家间争端解决机制,在多数情况下未限定于征收或征收补偿额相关争议,适用的争议范围普遍更广,且对《华盛顿公约》机制的接受度也更高。

[64] 参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局编:《2022年度中国对外直接投资统计公报》,中国商务出版社2023年版,第35页。

[65] See European Commission, Third Annual Report on the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, 19 October 2023, pp. 4, 19.

[66] See Huawei Technologies Co., Ltd. v. Kingdom of Sweden, ICSID Case No. ARB/22/2, Request for Arbitration, 7 January 2022, para. 78.

[67] 参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局编:《2022年度中国对外直接投资统计公报》,中国商务出版社2023年版,第21-43页。

[68] 本表系作者根据商务部条法司“我国对外签订双边投资协定一览表 Bilateral Investment Treaty”以及联合国贸易与发展会议 International Investment Agreements Navigator 所载国际投资条约绘制。参见 [http://tfs.mofcom.gov.cn/gjk/art/2011/art\\_20513f4a33d64e528279070a25d63050.html](http://tfs.mofcom.gov.cn/gjk/art/2011/art_20513f4a33d64e528279070a25d63050.html), 以及 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, 最后访问时间[2024-8-25]。

表 2 限制开放型中欧投资条约与对应欧盟内部投资条约对比

BIT 缔约方	中国	卢森堡	荷兰	德国
奥地利	○ ☆	无	无	无
保加利亚	○ ☆	○ ☆	● ★	○ ☆
克罗地亚	○ ☆	● ★	● ★	● ★
捷克	○ ☆	○ ☆	● ☆	● ☆
斯洛伐克	○ ☆	○ ☆	● ★	● ☆
丹麦	○ ☆	无	无	无
爱沙尼亚	○ ☆	● ★	● ★	● ★
希腊	○ ☆	无	无	无
匈牙利	○ ☆	● ★	● ★	○ ★
爱尔兰	○ ☆	无	无	无
意大利	○ ☆	无	无	无
立陶宛	○ ☆	● ★	● ★	● ★
波兰	○ ☆	● ★	● ★	● ☆
斯洛文尼亚	○ ☆	● ★	● ★	● ★

是否限定征收或征收补偿额相关争议:是○ 否● 是否同意《华盛顿公约》机制:是★ 否☆

通过对比可知,如果中国投资者对欧盟投资形成欧盟内部投资,在有些情况下会遇到适用欧盟内部投资条约比中欧投资条约更有利的情况。尽管表中的所有欧盟内部投资条约均已在 2019 年至 2022 年间终止,但由于普遍存在日落条款,条约终止前做出的投资依然有效,最久可至 2042 年。<sup>[69]</sup> 因此总体上,欧盟内部投资条约可增加中国对欧盟投资者寻求条约保护和救济的机会。

### 3. 中国对欧盟新能源投资适用《能源宪章条约》的特殊问题

尽管中国对欧盟投资自 2016 年起一直在下降,但对部分欧盟国家的新能源投资项目却增长迅猛。2022 年,中国内地与中国香港对欧盟与英国的电车项目绿地投资首次超过跨国并购和其他绿地投资,2023 年增长至 78%。其中,中企对匈牙利的大型电池厂投资使之成为中国对欧洲地区投资最大目的地,占中国对欧洲地区投资总额比例高达 44%。<sup>[70]</sup> 中企对德国可再生能源领域的投资也大幅增长,占投资项目数的 20.5%。<sup>[71]</sup>

虽然目前中国对欧盟新能源投资如火如荼,但潜在的风险不可忽视。欧盟地区新能

[69] 例如,卢森堡与克罗地亚的双边投资条约 2022 年 8 月 26 日才终止,其中的日落条款长达 20 年。

[70] See Rhodium Group & MERICS, Chinese FDI in Europe: 2022 Update, May 2023, p. 6; Rhodium Group & MERICS, Chinese FDI in Europe: 2023 Update, June 2024, pp. 5-6.

[71] See Germany Trade & Invest, 2023 Report: Germany Records Big Rise in FDI, <https://www.gtai.de/en/invest/business-location-germany/foreign-direct-investment#1768642>, 最近访问时间[2024-08-20];《外国企业 2023 年在德投资总额再创新高》,中国新闻网, <http://www.chinanews.com.cn/cj/2024/05-15/10216831.shtml>, 最近访问时间[2024-08-20]。

源立法普遍不稳定,西班牙、匈牙利、捷克、意大利等欧盟国家均有在外国投资做出之后变更可再生能源投资激励政策的前车之鉴。作为解决此类投资争端的主要法律依据,《能源宪章条约》比现有多数中欧投资条约都更有利于能源投资者。譬如,其投资者与国家间争端解决机制比表 2 所列的 14 个中欧投资条约都更开放。<sup>[72]</sup> 而除意大利外的其他所有欧盟成员国都为《能源宪章条约》缔约国,但中国本身并非缔约国。鉴于中国投资者在欧盟多国开展新能源投资且相互之间有许多投资关联,由此形成的欧盟内部投资可能构成《能源宪章条约》的涵盖投资。<sup>[73]</sup> 例如,上海某公司全资所有的马耳他控股有限公司,通过其全资所有的匈牙利子公司,在匈牙利投资建设光伏项目。<sup>[74]</sup> 作为根据马耳他国内法所设立的法律实体,马耳他公司形式上符合《能源宪章条约》对“投资者”的定义,且该公司在马耳他有许多实质性商业活动,通过与马耳他可再生能源公司的合作,为马耳他能源转型提供技术、管理等方面的支持,不构成条约拒绝授予利益的情形。<sup>[75]</sup> 由于《中华人民共和国和匈牙利共和国关于鼓励和相互保护投资协定》第 10 条规定投资者仅可将征收补偿额有关的争端提交临时仲裁,如果该投资日后发生争端,相比由上海母公司依据该协定寻求救济,不如由马耳他公司作为申请方,依据《能源宪章条约》索赔。换言之,《能源宪章条约》的适用可间接增加中国对欧盟新能源投资获得保护和救济的机会。

### (三) 欧盟内部投资仲裁干预的应对

在国际经贸规则谈判与政策协调等场合,我国可支持国际投资争端解决中心和国际投资仲裁机构,反对欧盟武断排斥所有内部投资仲裁,以反补贴为由拒绝履行裁决的行径。此外,根据欧盟干预的方式和效果,还可以从下列两方面考虑对策。

#### 1. 非争端当事方参与条件的完善

欧盟干预内部投资仲裁最重要的程序手段是非争端当事方参与,包括提交法庭之友意见。许多国际仲裁规则都提供了这种方式,并规定了适用条件。<sup>[76]</sup> 但已有的实践暴露出一些问题,可能为欧盟滥用该机制留下空间。

首先,仲裁庭裁量标准不一致。例如,早期仲裁庭经常要求介入方为可能增加的仲裁费用提供保证,欧盟委员会由于拒绝提交书面保证而频频被驳回申请,即使提交了法庭之友意见书也未被记入笔录。<sup>[77]</sup> 近年来,仲裁庭倾向于淡化费用保证要求,甚至在投资者提出此条件的情况下,有仲裁庭明确拒绝。<sup>[78]</sup> 这不仅只是对费用问题的忽视,也未充分

[72] 参见《能源宪章条约》第 26 条。

[73] 参见《能源宪章条约》第 1 条第(7)款。

[74] 参见上海电力股份有限公司董事会:《上海电力股份有限公司关于匈牙利 Victor 光伏发电项目全容量并网的公告》,2023 年 11 月 29 日, [http://www.sse.com.cn/disclosure/listedinfo/announcement/c/new/2023-11-29/600021\\_20231129\\_1I2F.pdf](http://www.sse.com.cn/disclosure/listedinfo/announcement/c/new/2023-11-29/600021_20231129_1I2F.pdf);《国家电投上海电力匈牙利 Victor 132MW 光伏项目持续为匈牙利注入绿色动能》,2024 年 3 月 27 日, <http://sh.news.cn/20240327/e2e1912d98bb4d5c84f600c56335820c/c.html>,最近访问时间[2024-08-20]。

[75] 参见《能源宪章条约》第 17 条。

[76] 参见 2022 年《ICSID 仲裁规则》第 67 条。

[77] See e. g. Stadtwerke München GmbH and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, 2 December 2019, paras. 25-29.

[78] See Hydro Energy 1 S. ù r. l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/42, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 March 2020, para. 47.

顾及当事方投资者的意见。

其次,对于不同程序阶段重复的介入申请缺乏附加限制。欧盟委员会对内部投资仲裁的干预不仅涉及仲裁庭管辖权和实体程序,还包括裁决撤销和复审、裁决执行和反执行等各个环节。如果前置程序中提出的干预主张在后续阶段再次提及,应当设置附加限制。比如,如果在管辖权阶段,欧盟委员会提交过法庭之友意见,在同一案件的后续阶段,如果欧盟委员会再次申请介入,应当证明有新的主张,否则应予驳回。即使初步证明有新的主张,也可适用简易或快速程序进行确认,避免重复审查。

最后,对于非争端当事方参与的目的和效果,仲裁庭可以更充分地行使裁量权予以审查。非争端当事方参与机制创立的初衷,是为了帮助仲裁庭更全面地了解与争端相关的事实和法律问题,从而更公正地解决争端。然而欧盟在内部投资仲裁中强推欧盟法效力优先原则可能有特定的意图。有学者分析,欧盟机构在联盟内的地位受到威胁,为了通过其他方式强化欧盟法的优位,欧盟委员会和欧盟法院极力排斥投资者与国家间争端解决和国际公法。<sup>[79]</sup> 国家援助干预也存在特定历史背景,譬如,许多欧盟内部投资仲裁针对中东欧国家,因为这些国家为加入欧盟普遍需要进行私有化改革,一般会在前期向外国投资者承诺优惠。以 *Electrabel v. Hungary* 案为例,在匈牙利电力部门私有化时期,Electrabel 与匈牙利有关机构签订能源采购协议,但在投资做出后被匈牙利政府终止,引发了国际投资争端解决中心仲裁。欧盟委员会作为非争端当事方介入,主张裁决的赔偿不应当抵消国家援助决定要求收回非法援助的效果。<sup>[80]</sup> 然而,如果没有能源采购协议提供的优惠,外国公司当时不会对投资匈牙利抱有太大兴趣。<sup>[81]</sup> 另外,有研究发现,欧盟成员国可能误导第三方受益人继续某项可能违反欧盟国家援助法的计划。<sup>[82]</sup> 仲裁庭有权决定欧盟的介入是否真正出于帮助解决争端的意图,如果明显对投资者不公平,仲裁庭应当行使裁量权拒绝。

## 2. 中国在欧盟投资者选择投资仲裁救济的建议

截至 2024 年 8 月,欧盟内部投资仲裁干预已经对争端解决结果产生实际影响。在 *PL Holdings* 案被提交至欧盟法院进行初步裁定之后,不仅该裁决被瑞典最高法院撤销,其他多个同样仲裁地位于斯德哥尔摩、由斯德哥尔摩商会仲裁院(*Stockholm Chamber of Commerce, SCC*)依据其仲裁规则作出的裁决被撤销,包括表 1 中的 *CEF Energia v. Italy*、*Greentech v. Italy* 案和 *Novenergia v. Spain* 案。而且,2022 年 6 月 16 日,斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁庭作为投资仲裁庭首次在 *Green Power and SCE v. Spain* 案中支持了欧盟内部仲

[79] See Emma Iannini, *Euroscepticism and the Fading Dream of a “Federal” Europe: The Driving Forces behind the Conflict between EU Law and Investment Arbitration?*, 38 *Connecticut Journal of International Law* 17, 35 (2023).

[80] See *Electrabel S. A. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, paras. 22, 87.

[81] See Tihamer Toth, *Evaluation of Pre-Accession State Aid in the Energy Sector*, Case Comment to the Judgment of the Court of Justice of October 2015 *Electrabel SA, Dunamenti Eromu Zrt. European Commission (Case C-357/14 P)*, 14 *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 17, 35 (2016).

[82] See Leonardo Armati & Federico Macchi, *The Commission Adopts the New Notice on the Enforcement of State Aid Rules before National Courts: An Overview of the State of Play of Private Enforcement of State Aid Law*, 21 *European State Aid Law Quarterly* 3, 17 (2022).

裁管辖权异议。<sup>[83]</sup> 所以,中国企业对欧盟投资形成的欧盟内部投资如果与欧盟东道国发生纠纷,需要慎重考虑申请方、适用条约、仲裁地、仲裁机构和仲裁规则。

为了尽可能避免欧盟内部投资仲裁异议,在既可以选择欧盟内部投资仲裁救济、也可以适用中欧投资条约的情况下,应优先考虑由中国投资者作为申请方,依据中国与该国投资条约提起国际仲裁请求,除非相关中欧投资条约的投资者与国家间争端解决机制严格限定争议范围、排除了实际的争议类型。在选择中欧投资条约的情况下,应优先选择适用国际投资争端解决中心仲裁。不过,中欧投资条约有许多未同意该中心管辖。尽管中欧投资条约没有规定投资者将争端提交斯德哥尔摩商会仲裁院等欧盟仲裁机构或依据它们的仲裁规则解决争端的情况,投资者也需避免主动选择这类仲裁规则。如果适用欧盟内部投资条约明显比中欧投资条约有利,需要由相关的欧盟投资者作为申请方,同样应优先援引《华盛顿公约》机制。如果不能适用,在未专属指定欧盟境内仲裁机构和仲裁规则的情况下,应当选择不受欧盟法约束的仲裁机构和仲裁规则。更为关键的是,仲裁地应选择在欧盟境外。

总之,欧盟干预内部投资仲裁并非完全与中国利益无关。由于对国际投资仲裁制度的依赖增加,且中国对欧盟投资客观上存在欧盟内部投资,中国利益可能间接受到影响,需要考虑和采取相关对策。

## 五 结 论

当前,国际投资法正在深刻变革中。作为全球经贸秩序的主导者之一,欧盟的举动对国际投资法的发展方向有至关重要的影响。然而,欧盟不仅从区域一体化角度提出改革国际投资法的诸多举措,还普遍干涉成员国的外国投资法律政策。本文通过分析欧盟干预内部投资仲裁的思路和法律依据,揭露了欧盟单边干预行为违反国际法的众多具体表现。欧盟全盘否定成员国国民对其他成员国提起投资仲裁请求的权利与裁决效力,不仅影响外国投资者的救济;其主张适用欧盟法的方式,也违背国际公法的条约适用和解释规则,以及国际经贸规则中反补贴与救济的理论和实践。一方面,作为国际投资仲裁制度的共同受益方,我国应支持国际投资争端解决中心和处理相关纠纷的国际仲裁机构拒绝欧盟不正当干预,通过倡议完善非争端当事方参与的条件进行限制。另一方面,鉴于中国对欧盟投资客观上可能形成欧盟内部投资,本文为相关中国投资者寻求条约保护和选择投资仲裁救济方式提供了建议。此外,欧盟内部投资仲裁还可能涉及其他与中国有关的方面,包括欧盟对内部投资仲裁的消极排斥可能影响欧盟境内国际仲裁中心的市场竞争力,引导投资者和利益相关者转向世界其他地区的国际商事与投资仲裁机构。为及时应对海外利益受损的风险、把握潜在的发展机遇,欧盟内部投资仲裁问题值得继续研究。

[本文为作者参与的2022年度教育部基地重大项目“我国海外经济利益保护的法理探索与制度创新研究”(22JJD820007)的研究成果。]

[83] See Green Power Partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain, SCC Case No. 2016/135, Award, 16 June 2022, para. 478.



---

---

## An International Law Critique of EU Interventions in Intra-EU Investment Arbitrations and Solutions from a Chinese Perspective

[**Abstract**] Since around 2006, the European Union (EU) has attempted to exclude and increasingly intervened in intra-EU investment arbitrations as a non-disputing party. Having explored how it interprets and applies EU law in such dispute settlement procedures, this article argues that the EU intervention violates international law in the following aspects. Firstly, the way it argues for the application of EU law is inconsistent with the rules on the application of treaties as it is intended to modify multilateral treaties, such as the ICSID Convention, between certain parties without fulfilling the legal conditions. Secondly, the proposed application of the Treaty of Lisbon and several CJEU decisions to investments covered by preexisting treaties runs counter to the principle of non-retroactivity, which is particularly evident in *Micula v. Romania*. Thirdly, the expansive application of the primacy of EU law in order to construe EU law as the preferential applicable law to investment arbitrations while it is actually auxiliary and complementary means of interpretation does not conform with the rules of treaty interpretation. Fourthly, state aid interventions in investment arbitral awards are incompatible with the anti-subsidy theory and practice under international trade framework because it ignores the non-concessional and non-discriminatory nature of compensation for investment damage and is not analogous to subsidization risk incurred by economic compensation in the context of international trade remedy. EU interventions in intra-EU arbitrations pose a threat to the credibility of the investment arbitration regime, affecting all of its beneficiaries, including Chinese investors. Moreover, Chinese companies that invest in EU countries are likely to be involved in intra-EU disputes indirectly, especially considering that Chinese renewable energy investment in the EU region has grown rapidly in recent years. Based on the above two considerations, the author, in addition to the aforementioned critique of the EU practices, proposes the following solutions from Chinese perspective: on the one hand, the conditions for non-disputing party participation need to be improved, including more consistent application of the standards, additional restrictions on repeated requests, and more substantive scrutiny of the purpose and effect of interventions; on the other hand, Chinese companies should make a balanced choice between the applicable remedies when involved in investment disputes with EU member states relating to intra-EU investments. An applicable BIT between China and an EU host state takes precedence over an intra-EU counterpart. In cases where an intra-EU arbitration is more possible or favorable, the claiming party should try to avoid places of arbitration within the EU and arbitral rules governed by EU law.

---

---

(责任编辑:余佳楠)