

歐洲法院對歐盟與新加坡自由貿易協定中歐盟與會員國管轄權之爭議——以投資為討論中心

林明億

摘要

歐洲聯盟 (European Union, EU) 與新加坡自 2010 年 3 月展開自由貿易協定之談判，並於 2012 年 12 月達成「歐盟—新加坡自由貿易協定 (EU-Singapore Free Trade Agreement, EUSFTA)」之協商。為釐清該協定中諸多投資規範之管轄權歸屬爭議，歐盟執委會 (European Commission) 於 2015 年向歐洲法院 (European Court of Justice, ECJ) 尋求法律意見，最終意見書於今 (2017) 年 6 月 13 日公布。於過往討論有關 EU 於投資事項中的管轄權之相關文獻中，有論者認為涉及投資之項目皆屬 EU 之專屬權，亦有論者認為除了投資保護之外的事項始為 EU 之專屬權。此次 ECJ 裁決認為：就涉及投資相關之事項中，EU 僅對外國直接投資 (Foreign direct investment) 具有專屬權，間接投資 (non-direct investment) 以及爭端解決 (dispute settlement) 之管轄權皆為 EU 以及會員國所共享。其中投資人對地主國爭端解決機制 (Investor-to-States Dispute Settlement, ISDS) 在過往即引發許多爭議，例如去 (2016) 年，比利時瓦隆區因不滿 ISDS 以及改良的國際投資法庭 (Investment Court System)，利用全面貿易與經濟協定 (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) 係基於政治因素考量而以混合協定 (Mixed Agreement) 提出之特性來反對，使 CETA 於當時幾乎面臨破局，惟本次意見書裁決確定涉及 ISDS 之協定之管轄權由 EU 與會員國所共享。綜上所述，EU 日後若欲簽訂涵蓋 ISDS 之協定，皆須經過歐盟會員國之同意以及批准，恐影響未來 EU 簽訂自由貿易協定之方向。

歐洲聯盟 (European Union, EU) 與新加坡 (Singapore) 自 2010 年 3 月展開自由貿易協定之談判，並於 2014 年 10 月達成「歐盟—新加坡自由貿易協定 (EU-Singapore Free Trade Agreement, EUSFTA)」之協商¹。EUSFTA 係屬於新型的自由貿易協定，涵蓋範圍除了過往的貨品以及服務貿易中的關稅減讓以及非關稅障礙，亦包含智慧財產權、投資、政府採購以及永續發展²。該協定原預計經

¹ 經濟部國際貿易局，「新加坡經濟分析師表示，歐盟—新加坡自由貿易協定若延後生效，將間接拖慢新加坡製造業復甦」，2016 年 12 月 27 日，網址：<http://www.trade.gov.tw/World/Detail.aspx?nodeID=45&pid=587828> (最後瀏覽日：2017 年 7 月 9 日)。

² Press Release, Court of Justice of the European Union [ECJ], *The Free Trade Agreement with Singapore Cannot, In Its Current Form, be Concluded by the EU Alone*, May 16, 2017.

過歐盟理事會 (European Council) 以及歐盟議會 (European Parliament) 批准後，於 2018 年或 2019 年生效³。但因歐洲民眾對於 EUSFTA 之投資專章，以及投資爭端等相關規定抱有疑慮⁴，故歐盟執委會 (European Commission) 於 2015 年 7 月 10 日依歐洲聯盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)⁵ 第 218 條第 11 項之規定，向歐洲法院 (European Court of Justice, ECJ) 尋求法律意見⁶。並針對貨品貿易之市場進入、投資保護、智慧財產權、競爭、永續發展、運輸服務、運輸相關之採購、間接投資以及爭端解決等事項之管轄權歸屬尋求 ECJ 裁決。由於意見書裁決之爭端範圍極廣，故本文將針對與投資較為相關的投資保護、間接投資與爭端解決等三項管轄權爭議作為討論核心。

在過往的討論中，EU 與會員國之間針對管轄權分配的討論往往源於共同商業政策 (the common commercial policy, CCP)⁷ 的範圍。歐盟部長理事會、歐盟執委會以及學界的見解皆有所不同⁸，進而引起管轄權分配爭議。本次意見書針對 TFEU 第 3 條第 1 項第 e 款的實質 CCP 範圍進行定義，並以其定義檢視 EUSFTA 各議題是否落入 EU 之專屬管轄權；其他非 CCP 範圍之實質規範議題則以同條第 2 項作為管轄權判斷基準；另外並就透明化以及爭端解決等規款個別論述，作出 EU 與會員國間管轄權分配之裁決，解答過往爭議。

在投資領域之管轄權爭議中，又以爭端解決之管轄權分配尤其重要。如去 (2016) 年，EU 與加拿大所簽署之全面貿易與經濟協定 (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) 即針對投資人對地主國爭端解決機制 (Investor-to-States Dispute Settlement, ISDS) 之批准以及生效程序引發爭議。歐盟執委會原希望透過本次意見書確立爭端解決機制為 EU 專屬管轄權，但本次意

³ Suet-Fern Lee & Germaine Chia, *ECJ Decision Creates Potential Issues for EU-Singapore Free Trade Agreement*, LEXOLOGY, May 31, 2017, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d29f7787-2f03-46b2-b0a3-b06a8e0e3ed0> (last visited July 9, 2017).

⁴ 吳柏寬，「ECJ 近期將公布歐盟 FTA 未來是否均需會員國內議會批准的法律意見」，中華經濟研究院 WTO 及 RTA 中心，網址：<http://web.wtocenter.org.tw/Page.aspx?nid=121&pid=288903> (最後瀏覽日：2017 年 7 月 6 日)。

⁵ 2009 年正式生效之里斯本條約係同時修正 1993 年之歐洲聯盟條約 (Treaty of European Union, TEU，亦稱馬斯垂克條約) 以及歐洲聯盟建立條約 (Treaty Establishing the European Community, TEC)，修正後歐洲共同體被 EU 所取代，TEC 則重新命名為 TFEU。參考：PAUL CRAIG & GRÁINNE DE BÚRCA, *EU LAW—TEXT, CASES, AND MATERIALS* 13 (5th ed. 2011)。

⁶ Treaty on the Functioning of the European Union, art.218.11, [hereinafter TFEU] (providing that: “A Member State, the European Parliament, the Council or the Commission may obtain the opinion of the Court of Justice as to whether an agreement envisaged is compatible with the Treaties. Where the opinion of the Court is adverse, the agreement envisaged may not enter into force unless it is amended or the Treaties are revised.”).

⁷ EU 於其成立歐洲經濟共同體 (European Economic Community) 的初始時期，對內建立共同市場，對外則逐漸建立共同關稅 (common customs tariff) 以及共同商業政策。參考：吳建輝，*歐盟對外經貿法之發展：法律與政策變遷*，歐美研究，42 卷 4 期，頁 753，754 (2012 年)。

⁸ 可參考：陳怡凱，「里斯本條約時代之歐盟貿易政策」，新世紀智庫論壇，65 期，頁 71，74 (2014 年)。

見書卻裁定爭端解決機制之管轄權為 EU 以及會員國所共享，使歐盟執委會未來簽訂涉及爭端解決機制的協定時，仍須經過會員國之同意以及批准。

里斯本條約 (Treaty of Lisbon) 之後，將外國直接投資 (Foreign direct investment, FDI) 明確納入 TFEU 第 206 及 207 條 CCP 的涵蓋範圍內，而使 EU 於投資事項的專屬管轄權有所變動。故本文首先概述於里斯本條約生效後，EU 與會員國間針對投資相關事項的管轄權分配之爭議；接著簡述本次 ECJ 之裁決涉及投資相關部分的裁決內容，並試析本次裁決是否解決了前述投資相關事項的管轄權爭議；第參部分則針對 ISDS 於過往所引發的爭議，試析本次意見書之裁決對 ISDS 管轄權爭議之影響，並討論未來歐盟未來簽訂 ISDS 條款之可能方向；最後做一結論。

壹、過往歐盟與會員國間管轄權分配之爭議—以里斯本條約後為討論中心

國際投資條約的訂定可促進與保障外國投資，其在實際適用上不僅有助於提升國際貿易關係，亦直接影響國際投資之量與質，使各國逐漸積極簽訂此類條約。此外，為了更有效吸引外國投資，此類條約也可能同時提供外國投資人適當之爭端解決管道⁹。2006 年，歐盟執委會發現 EU 所簽署之國際投資協定相較於北美自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement, NAFTA) 之國家，因為當協定涉及非 EU 專屬管轄權事項時，須經會員國批准，使 EU 於協定締結與實施成效上皆瞠乎其後，並分析主要原因在於 EU¹⁰。為了使 EU 足以與其他經濟強國競爭，EU 在於 2009 年的里斯本條約中將 CCP 之範圍擴張而包含 FDI¹¹。

EU 與會員國之間的管轄權分配係根據歐洲聯盟條約 (Treaty on European Union, TEU) 第 5 條第 2 項之授權原則 (principle of conferral)，亦即 EU 僅能依據會員國於條約中的授權範圍內採取行動以達條約之目的，而條約未授權予 EU 者則仍屬會員國之管轄¹²。由於條約中並未區分對外 (國際) 或對內之行動，故此原則不僅適用 EU 對內之行動，亦適用於對外之行動。有論者分析指出：歐盟過往在管轄權授權範圍的解釋上，多使用憲法解釋論中的目的解釋 (constitutional technique of teleological interpretation)，而 ECJ 的判決也大致上透過此方法解釋歐盟之次級立法。因此在分析 EU 對外權限時，應參考過往 ECJ 的判決¹³。

⁹ 李貴英，「論歐洲聯盟國際投資政策之法律規範」，歐美研究，42 卷 2 期，頁 339，340 (2012 年)。

¹⁰ 同上註，頁 341。

¹¹ 同上註，頁 342。

¹² The Treaty on European Union, art. 5.2, [hereinafter TEU](providing that: “Under the principle of conferral, the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. Competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States.”).

¹³ Siegfried Fina & Gabriel M. Lentner, *The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon*, 14(2) SANTA CLARA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 418, 424 (2016).

在 2009 年的里斯本條約前，歐洲共同體 (European Community, EC)¹⁴ 與會員國共享國際投資的權限，EC 得與第三國協商涉及投資設立前階段與市場進入的規定。實務上，執委會曾進行有關投資市場進入與投資自由化之雙邊與多邊協定的談判，但有關投資保護之事項仍屬於會員國權限，故由會員國與第三國簽署雙邊投資協定¹⁵。然於里斯本條約之後，FDI 被寫入 TFEU 第 206 條以及 207 條，並落入 CCP 的範圍，另依據 TFEU 第 3 條第 1 項第 e 款之規定，EU 於 CCP 領域有專屬管轄權，故使 EU 取得 FDI 之專屬管轄權¹⁶。惟針對投資中細部的管轄權仍有許多爭議，如 FDI 管轄權是否包含投資保障、間接投資和爭端解決機制管轄權歸屬等等，引發學界相當多的討論，本文試將相關意見整理如下。

一、投資保障

投資保障係確保締約國於國內保護他方締約國國民之投資¹⁷，其範圍涵蓋 FDI 以及間接投資。EU 在過往制定投資政策時，即將外國投資區別為 FDI 以及間接投資¹⁸，故在釐清投資保障之管轄權範圍時，需要將兩者分別討論。

於里斯本條約之前，一般認為 EU 於 FDI 的專屬管轄權僅限於市場進入。但里斯本條約之後，執委會認為 EU 的專屬權不僅包含投資的市場進入，亦包含所有投資保護的標準¹⁹。為支持該論點，執委會援引 ECJ1/94 諮詢意見²⁰，認為：EU 在 CCP 的管轄權包含對據點設立後的事項 (post-establishment)²¹，意旨投資保障事項。亦有學者認為將 FDI 納入共同商業政策的範圍中可推知：立法者意圖擴大 EU 的專屬管轄權而非欲限制其管轄權²²。依目的解釋，投資條約最主要的目標即是藉由保證不歧視待遇 (national treatment)、最惠國待遇 (most-favoured treatment) 以及公平公正待遇 (fair and equitable treatment) 以促進投資，故在解釋 EU 專屬權時應考量此目的。綜上所述，在直接投資的部分，除了市場進入之外，將投資保護納入 EU 專屬權是更加具有說服力的²³。

二、間接投資

¹⁴ 歐洲聯盟 (European Union, EU) 一詞係出現於 1993 年之馬斯垂克條約，此時之 EU 仍為歐洲共同體 (European Community, EC) 之一部分，並無國際法人格。里斯本條約後，EC 被 EU 所取代，EU 正式擁有國際法人格。可參考：陳麗娟，「里斯本條約後 EU 的共同貿易政策之研究」，貿易政策論叢，11 期，頁 169，179，181 (2009 年)；TEU, art. 1.3.

¹⁵ Siegfried Fina & Gabriel M. Lentner, *supra* note 13, at 425; 李貴英，前揭註 9，頁 342。

¹⁶ Siegfried Fina & Gabriel M. Lentner, *supra* note 13, at 421.

¹⁷ 陳麗娟，「里斯本條約生效後歐盟投資保護協定之研究」，貿易政策論叢，15 期，頁 73，74 (2011 年)。

¹⁸ 同上註，頁 83。

¹⁹ Siegfried Fina & Gabriel M. Lentner, *supra* note 13, at 432.

²⁰ EUROPEAN COURT OF JUSTICE [ECJ], OPINION 1/94 OF THE COURT.

²¹ *Id.* at 433; 「設立據點前 (pre-establishment)」，即外人投資的許可與否階段，主要涉及開放投資市場與投資自由化問題的待遇，「設立據點後 (post-establishment)」，主要係涉及投資保障。

²² *Id.* at 434.

²³ *Id.* at 434.

支持間接投資不屬於 EU 專屬權者，通常係根據 TFEU 第 206 條以及 207 條的文字，指出條文僅提及 FDI，而未包含間接投資。此一論點受各會員國以及歐盟部長理事會 (Council of the European Union) 認同²⁴。

反對者之依據則有所不同：執委會認為在解釋投資權力 (power) 時，不能僅從文意視之，並堅持其授權的範圍應包含間接投資²⁵。有論者認為根據第 207 條第 1 項，可推論出間接投資亦應屬 EU 專屬管轄權，因為相對影響會員國管轄權程度大的 FDI 都被納入 EU 專屬權內，則影響較小之間接投資亦應納入 EU 專屬權中²⁶，其他與此相反的解釋都會違法立法者所欲達成的目標——極大化 EU 於外部行動的一致性以及效率。此外，亦有論者認為依據 TFEU 第 3 條第 2 項，針對任何基於 EU 的立法、使 EU 能夠運作其外部權限或改變共同規則範圍的國際協定，EU 均具有專屬管轄權。就間接投資而言，公司法以及資本市場的行政命令雖建立了和諧的規範框架，但亦會受投資協定當中的規範所影響，故 EU 對間接投資仍具有專屬權²⁷。

三、爭端解決機制

歐盟執委會認為 EU 對於投資事項的管轄權涵蓋了國對國或 ISDS 的爭端解決機制²⁸，原因在於 EU 既然已取得對於投資保護的管轄權，其中亦應包含必要的程序保障²⁹，而爭端解決機制正是為確保投資協定能有效地提供實質保護之程序³⁰。EU 於 ISDS 的管轄權亦被 EU 的立法機構所承認，例如 EU 於 2012 年所公布的第 1219 號規範中³¹，歐盟執委會可以指示各會員國在爭端解決程序中採取或不採取特定立場或行動，並在適當的情況下，歐盟執委會甚至被賦予權利參與由第三國對會員國提出的爭端，參與會員國辯護³²，此意謂代表 EU 的執委會將成為會員國與第三國發生投資爭端時的唯一被告³³。由此可知，EU 既已取得對投資保護的專屬權，而為確保投資保護能夠確實落實的爭端解決機制，亦須為 EU 之專屬權。除此之外，也有論者反對 EU 不具有 ISDS 專屬權，並認為 EU 並不能與第三國談判有關 ISDS 的條款。其論點主要自制度層面出發，因為 EU 並非「國家 (state)」，而只有「國家」才能夠加入國際投資爭端解決中心公約 (International Centre for Settlement of Investment Dispute Convention, ICSID

²⁴ August Reinisch, *The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements*, 12(1) SANTA CLARA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 110, 136 (2014).

²⁵ *Id.* at 136.

²⁶ Siegfried Fina & Gabriel M. Lentner, *supra* note 13, at 430.

²⁷ *Id.* at 431.

²⁸ *Id.* at 434.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ See Regulation No. 1219/2012 of the European Parliament and the Council of 12 December 2012 Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Treaties Between Member States and Third Countries [hereinafter Regulation No.1219/2012].

³² Regulation No.1219/2012, art. 13.2.

³³ Siegfried Fina & Gabriel M. Lentner, *supra* note 13, at 435.

Convention) ³⁴。

四、小結

由上述討論可知，過往各方對於 EU 與會員國間投資相關管轄權分配的意見皆有所不同。投資保障的討論包含 EU 對 FDI 的專屬管轄權是否僅限於市場進入，抑或包含投資保障？間接投資與爭端解決機制則視解釋方法的不同，同樣有類似的爭議。這些所提及的 EU 與會員國管轄權分配的爭議，法官於本次針對 EUSFTA 所提出的 2/15 意見書皆有所處理，詳細裁決內容述之如下。

貳、歐盟法院 2/15 意見書——投資相關部分

本意見書於裁決章節分成三大部分，第一部分涉及 TFEU 第 3 條第 1 項第 e 款之 CCP 範圍，裁決包含市場進入、投資保障、智慧財產保護、競爭以及永續發展等管轄權歸屬爭議；第二部分則是涉及 TFEU 第 3 條第 2 項，裁決內容包含運輸服務、運輸公共採購以及間接投資；第三部分則是制度規範的管轄權，包含資訊交換、透明化以及爭端解決，最後則做一總結。以下將針對投資部分之管轄權爭議，並依照意見書之章節排列順序說明裁決內容。故先介紹意見書於投資保障的裁決，後述間接投資以及投資人對地主國爭端解決機制，最後做一小結。

一、投資保障

ECJ 於裁決各議題管轄權前，首先闡述 CCP 之涵括範圍，後就各議題是否落入 CCP 進行討論。

依據 TFEU 第 3 條第 1 項第 e 款之規定，EU 於 CCP 的範圍內具有專屬管轄權³⁵。TFEU 第 207 條第 1 項³⁶之規定：共同商業政策應以統一原則為基礎來執行，特別是關於稅率變動、涉及貨品與服務貿易的關稅與貿易協定的締結以及商業方面的智慧財產權、外國直接投資、實現自由化措施的一致性、出口政策與保護貿易的措施，如傾銷或補貼，且 CCP 的執行應依據 EU 外部行動的原則以及目標³⁷。由此一條款看出：CCP 涉及與第三國間的貿易³⁸。依據目前已確立的案例法，若有歐盟行為（例如締結協定）隱含著可能影響與一個或多個第三國之貿易，此並不足以判定該行為屬於 CCP 之範圍。另一方面，如果歐盟行為主要涉及提倡、

³⁴ Wenhua Shan & Sheng Zhang, *The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy*, 21(4) THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1049, 1070 (2011).

³⁵ EUROPEAN COURT OF JUSTICE [ECJ], OPINION 2/15 OF THE COURT, ¶ 33, http://www.mlex.com/Attachments/2017-05-16_2CW21X23B07N046Z/C0002_2015%20EN.pdf (last visited July 2, 2017).

³⁶ TFEU, art. 207.1.

³⁷ ECJ, *supra* note 35, ¶ 34.

³⁸ *Id.* ¶ 35.

促進、管理貿易，並對其有直接與立即的影響，則落入 CCP 之範圍³⁹。在上述意義下，在 EUSFTA 中所展現出具有前述意涵中所指之特殊連結的部分者，始屬 CCP 範圍⁴⁰，也就是該協定下中的義務，是否「試圖提倡、促進、管理貿易並對其有直接與立即之影響」(to promote, facilitate or govern such trade and have direct and immediate effects on it)。

如 EUSFTA 第 9.1 條之描述，EUSFTA 第 9 章（投資專章）涉及：「任何具有提供資本或其他資源、獲利或利潤的期待、承擔風險或具一定存續期間等投資特性之資產⁴¹，且該資產在一方國家境內，被他方國家的自然人或法人直接或間接地擁有或控制。⁴²」據此，ECJ 認為 EUSFTA 第 9 章涉及直接投資以及其他態樣的投資⁴³。

意見書論述：在過往的案例即指出，直接投資係由自然人或法人所做出的任何形式的投資，此種投資用於建立或維持「提供資金的人與接受資金的企業之間」持續且直接的連結，使其得以從事經濟活動。依據 TFEU 第 207 條第 1 項⁴⁴，所有涉及 FDI 的歐盟行為皆屬「共同商業政策」之範疇⁴⁵，並裁定依照 TFEU 第 3 條第 1 項第 e 款之規定，EU 有批准涉及第三國自然人或法人於 EU 會員國境內投資的專屬權，反之亦然⁴⁶。ECJ 認為就 TFEU 第 207 條第 1 項的文字，可推測立法者有意排除非外國直接投資，並依照 TFEU 第 3 項的規定認為 EU 於任何涉及非外國直接投資的事項不具有專屬權⁴⁷。

意見書提及，歐盟部長理事會與部分會員國認為，EUSFTA 第 9 章固然涉及直接投資，但該章僅規範直接投資的保障，而非市場進入，因此，不落入 CCP 的範圍內⁴⁸。法官認為 EUSFTA 第九章確實不包括投資的市場進入，然而當其展現歐盟與第三國間貿易的特殊連結時，此一事實絕無事先排除 EU 以及新加坡兩者皆已同意的、落入 CCP 範圍且涉及投資保護的法規⁴⁹。TFEU 第 207 條第 1 項所指涉及 FDI 的歐盟法為 (EU acts)，並沒有區分該行為係涉及市場進入或是投資保護⁵⁰。EUSFTA 第九章係提供了國民待遇以及禁止專斷待遇的實質內容，特

³⁹ *Id.* ¶ 36.

⁴⁰ *Id.* ¶ 38.

⁴¹ *Id.* ¶ 78.

⁴² EU-Singapore Free Trade Agreement, EU-Sin., art. 9.1, [hereinafter EUSFTA] (providing that: “.....owned, directly or indirectly, or controlled, directly or indirectly, by a [natural or legal person] of one Party in the territory of the other Party.”).

⁴³ *Id.* ¶ 79.

⁴⁴ EUSFTA, art. 207.1, (providing that: “The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to.....foreign direct investment.....”).

⁴⁵ ECJ, *supra* note 35, ¶ 81.

⁴⁶ TFEU, art.3.1, (providing that: “The Union shall have exclusive competence in the following areas... (e) common commercial policy.”); *Id.* ¶ 82.

⁴⁷ ECJ, *supra* note 35, ¶ 83.

⁴⁸ *Id.* ¶ 85.

⁴⁹ *Id.* ¶ 87.

⁵⁰ *Id.*

別是涉及締約國雙方自然人與法人於另一方領土上的公司開展、增加與販售股份的經濟行為，為投資者提供了法律安定性⁵¹，這些涉及直接投資的投資待遇亦對貿易有直接且立刻的影響⁵²，故依據本意見書第 36 段⁵³，應落入共同商業政策的範圍，認定市場進入以及投資保障皆屬於 EU 專屬管轄權。

理事會以及部分會員國提到 EUSFTA 第 9 章 A 部分包含使會員國能夠自行評估本協定的適用是否符合該國對公共秩序、公共政策、公共安全以及其他與公共利益有關的規定，或對其國內財產法、刑法、稅法以及社會安全法造成影響⁵⁴，但法官認為此並不影響上述的裁定。首先，針對 EUSFTA 賦予會員國能自行評估本協定的適用是否足以防衛特定公共政策之目標，理事會以及部分會員國提出 EUSFTA 之第 9.3.3 條以及第 9.5 條，認為 EU 不能對本質上屬於會員國權限的事項作出承諾⁵⁵，但法官認為第 9.3.3 條涉及的不是承諾 (commitments)，只是可能適用之例外 (derogation)。成員有可能會視其欲達成的目標，而給予新加坡投資者較歐盟境內投資者較差的待遇，但授權會員國得做出此種差別待遇時，此規範並沒有承諾任何涉及公共利益的國際事項⁵⁶。第 9.3.3 條要求給予新加坡投資人較低待遇時，必須符合必要性且不構成隱藏性限制，此兩項要求皆係確保第 9.3.1 條以及第 9.3.2 條的國民待遇原則不至於被架空。導因於第 9.3.3 條所給予會員國裁量權之限制係國際貿易行為中所固有的，而國際貿易則屬於 EU 的專屬權，故第 9.3 條的要求亦屬於歐盟專屬權⁵⁷。ECJ 進一步認為第 9.3.3 條沒有侵害會員國在公共利益上的專屬權⁵⁸。第 9.5 條亦屬於類似的狀況，因為該條不影響會員國使用武裝或宣布國家緊急狀況的自主權，僅規定於所列情況下導致投資者損失時，其所受待遇應不低於本國投資者⁵⁹。

其次，涉及財產法、刑法、稅法以及社會安全法的部分，理事會與部分會員國則提出 EUSFTA 第 9.6 與 9.7 條。法官表示，第 9.6 條以及第 9.7 條不包含會員國對於財產權的任何承諾⁶⁰，也不涉及會員國對刑法、稅法以及社會保障的任何承諾⁶¹，且此兩條的目的皆為保護投資方不受到歧視，進而裁定該些條文不影響先前判定 EUSFTA 第九章涉及直接投資的部分屬於 CCP 的範圍。

⁵¹ *Id.* ¶ 94.

⁵² *Id.* ¶ 95.

⁵³ *Id.* ¶ 36.

⁵⁴ *Id.* ¶ 97.

⁵⁵ 歐盟部長理事會以及部分會員國認為此權力係為防衛機制，並依據第 9.3.3 條的規定，認為儘管第 9.3.1 條以及第 9.3.2 條規定了國民待遇，但仍可以在沒有造成隱藏性限制且具有保護公共秩序、公共安全以及其他第 9.3.3 條所列出的公共意義的必要時，採取差別待遇，並提及第 9.5 條損害賠償。See *Id.* ¶¶ 98-99.

⁵⁶ *Id.* ¶ 101.

⁵⁷ *Id.* ¶ 102.

⁵⁸ *Id.* ¶ 103.

⁵⁹ *Id.* ¶ 104.

⁶⁰ *Id.* ¶ 107.

⁶¹ *Id.* ¶ 108.

綜上，EUSFTA 第 9 章 A 部分中，歐盟與新加坡間涉及 FDI 的事項屬於共同商業政策的範圍⁶²，但法官認為此一結論仍不足以支持 EU 具有自行批准第 9 章的專屬權，因該章亦涉及非直接外國投資⁶³。

二、間接投資

外國之間接投資可以透過購買公司證券的形式進行，其目的為「進行財務投資」，而有別於直接投資意圖影響該「企業的管理與控制」，此種投資構成了 TFEU 第 63 條所欲達成的資本流動⁶⁴，而其他如房地產投資或使用貸款等可能涉及資本流動的間接投資，亦為第 9 章所涵蓋的投資⁶⁵。

依據 TFEU 第 3 條第 2 項之規定，EU 所締結的國際協定有以下三種情況時 EU 亦應具有專屬管轄權：一，其係依照歐盟立法機關制定之法案(legislative act)⁶⁶所締結；或是，二，EU 實行其內部管轄權所必須；或是，三，該締結會影響 EU 共同法規 (common rules) 或是改變其範圍⁶⁷。歐盟執委會認為依據意見書第 201 段所提及的判例法，即使與歐盟共同法規沒有矛盾，但歐盟所締結的國際協定仍有可能會「影響」歐盟的共同法規，進而符合 TFEU 第 3 條第 2 項之規定。據此，執委會認為因第 9 章 A 部分可能「影響」TFEU 第 63 條⁶⁸，所以間接投資落入 TFEU 第 3 條第 2 項的第三種情況，EU 並對此具有專屬管轄權。

但 ECJ 認為，判例法的適用需視情況而定，本判例所指的狀況並不能適用於當被改變的歐盟法規是 TFEU 的情況，而僅能適用於改變二級立法 (secondary legislation) 之情況⁶⁹。換言之，若受影響的 EU 規範是 TFEU，歐盟仍無法擁有

⁶² *Id.* ¶ 109.

⁶³ *Id.* ¶ 110

⁶⁴ *Id.* ¶ 227; TFEU, art.6.1, (providing that: “Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on the movement of capital between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited.”); art.6.2, (providing that: “Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on payments between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited.”).

⁶⁵ ECJ, *supra* note 35 ¶ 228.

⁶⁶ 此處立法機關所制定之法案，包含由歐盟部長理事會以及歐盟議會所通過之法案。See *European Union legal acts*, EU-LEX (Aug. 9, 2015), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3Aai0032>.

⁶⁷ TFEU, art. 3.2, (providing that: “The Union shall also have exclusive competence for the conclusion of an international agreement when its conclusion is provided for in a legislative act of the Union or is necessary to enable the Union to exercise its internal competence, or in so far as its conclusion may affect common rules or alter their scope.”).

⁶⁸ TFEU, art. 63.1, (providing that: “Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on the movement of capital between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited.”); TFEU, art. 63.2, (providing that: “Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on payments between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited.”).

⁶⁹ *Id.* ¶ 230.

專屬管轄權。理由在於：首先，此案例法來自 1971 年 3 月 31 的判決⁷⁰，由該判決的相關段落中，法官認為 EU 目前已逐步訂定的二級立法才屬於「共同法規」。當 EU 行使其內部權限來訂定二級立法時，其必須同時擁有外部專屬權限，以防止會員國做出可能影響 EU 共同法規的國際承諾⁷¹。本判決之理由係針對歐盟內部權限的專屬權之法規，若將本判決適用 EU 主要法規，則是不尊重本判決原旨⁷²。再者，考慮到歐盟以及 TFEU 的法律位階高於基於該些條約而訂定的法規(包含 EU 與第三國所締結的協定)，該些法規之合法性係源於上述之條約，其不可能同時針對上述條約條款的意義或範圍造成任何影響，故這些協定無法對主要之 EU 法規造成 TFEU 第 3 條第 2 項之意義下的「影響」或「改變其範圍」⁷³。

根據目前的 EU 法律，涉及間接投資的國際協定，並非 TFEU 第 3 條第 2 項所指，係「依照歐盟立法機關制定之法案」所締結之協定⁷⁴。除此之外，執委會本身也表示，締結此種協定似乎也沒有如同 TFEU 第 3 條第 2 項所指，係「為 EU 運作其內部管轄權所必須」者⁷⁵。因此，EU 對涉及非直接投資保障的 EUSFTA 沒有專屬的管轄權⁷⁶。

另一方面，ECJ 指出，EU 針對間接投資所締結之國際協定，得被認定為屬於 TFEU 第 216 條第 1 項⁷⁷所指：於 EU 的政策架構下，「達成 TFEU 目的所必要的國際協定」⁷⁸。尤其是 TFEU 第 63 條所規定的會員國與第三國間資本以及支付的自由流動，形式上對第三國並不產生拘束力，故基於互惠且有助於此類資本自由流動的國際協定，有可能被認為對達成 TFEU 第 3 部分（歐盟政策與內部行為）中第 4 章（人員、服務、與資本之自由流通）之目的所必需⁷⁹。依照 TFEU 第 4 條第 2 項第 a 款，第 4 章涉及 EU 內部市場的管轄權係由會員國以及 EU 所共享⁸⁰。TFEU 第 216 條第 1 項所指涉的管轄權亦為會員國以及 EU 所共享，因為 TFEU 第 4 條第 1 項提到，EU 應與會員國共享與第 3 條到第 6 條無關之條約所賦予 EU 的管轄權，故本案之間接投資條款之管轄權亦屬 EU 與會員國所共享。

三、爭端解決機制

⁷⁰ *Id.* ¶ 231.

⁷¹ *Id.* ¶ 233.

⁷² *Id.* ¶ 234.

⁷³ *Id.* ¶ 235.

⁷⁴ *Id.* ¶ 236.

⁷⁵ *Id.* ¶ 237.

⁷⁶ *Id.* ¶ 238.

⁷⁷ TFEU, art. 216.1, (providing that: “The Union may conclude an agreement with one or more third countries or international organizations where the Treaties so provide or where the conclusion of an agreement is necessary in order to achieve, within the framework of the Union's policies, one of the objectives referred to in the Treaties, or is provided for in a legally binding Union act or is likely to affect common rules or alter their scope.”).

⁷⁸ ECJ, *supra* note 35 ¶ 239.

⁷⁹ *Id.* ¶ 240.

⁸⁰ *Id.* ¶ 241.

EUSFTA 第 9.11.1 條⁸¹規定，第 9 章 B 部分的爭端解決機制，適用於一方認為對方違反 A 部分有關投資保障之實質規範、且對原告或原告當地公司造成損失或損害的情況⁸²。從第 9.11.2 條 a 項與 e 項皆可推論出，不僅 EU 可做為被告方，會員國依據以下之規定也得成為被告方（如依據協定第 9.15.2 條被 EU 指定為被告，或是依第 9.15.3 條所列舉的情況而必須成為被告）⁸³。如果該爭端無法合意解決、或是依第 9.12 條以及第 9.13 條之規定透過諮商解決，投資者則可依第 9.15 條，通知仲裁機構其欲提出仲裁的意圖，並依據第 9.16.1 條所述，投資者可於提出通知後 3 個月將爭端提交給協定中所舉之仲裁機構⁸⁴。協定第 9.16.2 條規定，第 9.16.1 條等同於被告同意將爭端提交給仲裁機構。第 9.17 條則列舉所有提交仲裁前，所需達成的要求，其中第 9.17.1 條 f 項規定，原告必須於提交仲裁前，撤銷於國內法院中所有涉及投資保護待遇的控告⁸⁵。據此，ECJ 認為，本協定並沒有排除將爭端提交給會員國法院的可能性，但事實上決定權仍在原告投資方⁸⁶。

依據協定第 9.16 條的規定⁸⁷，原告投資方能夠在會員國無法反對的情況下將爭端提交仲裁（指前述 9.16.2 條視為同意之規定）⁸⁸，而此一將爭端從會員國國內法院的管轄權移除的規定，並不屬於意見書第 276 段所述的附屬規定(ancillary)⁸⁹，因此需經過會員國的同意⁹⁰。綜上所論，第 9 章 B 部分不屬於 EU 的專屬管轄權，而屬於 EU 與會員國共享的權限範圍⁹¹。

除此之外，針對 EUSFTA 第 15 章國與國爭端解決機制，ECJ 認為此機制構成了 EUSFTA 實質規定的組織框架中的一部分，與 ISDS 不同，沒有將司法權從會員國或是 EU 法院移出的意圖。因此，此機制的管轄權歸屬應如過往之案例法中所建立之規則來判斷⁹²。由於第 15 章涉及之事項可能涉及第 9 章 A 部分，故

⁸¹ EUSFTA, art. 9.11.1, (providing that: “This Section shall apply to a dispute between a claimant of one Party and the other Party concerning treatment20 alleged to breach the provisions of Section A (Investment Protection) which breach allegedly causes loss or damage to the claimant or its locally established company.”).

⁸² ECJ, *supra* note 35 ¶ 285.

⁸³ *Id.* ¶ 286.

⁸⁴ *Id.* ¶ 287.

⁸⁵ *Id.* ¶ 289.

⁸⁶ *Id.* ¶ 290.

⁸⁷ EUSFTA, art. 9.16.1, (providing that: “No earlier than three months from the date of the notice of intent delivered pursuant to Article 9.15 (Notice of Intent to Arbitrate), the claimant may submit the claim to one of the following dispute settlement mechanisms.....”); EUSFTA, art. 9.16.2, (providing that: “Paragraph 1 of this Article shall constitute the consent of the respondent to the submission of a claim to arbitration under this Section. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall be deemed to satisfy the requirements of.....”).

⁸⁸ *Id.* ¶ 291.

⁸⁹ 意見書第 276 段說明，若該規範為附屬規定，則其管轄權之歸屬應視其所輔助的規範而定。*Id.* ¶ 276.

⁹⁰ *Id.* ¶ 292.

⁹¹ *Id.* ¶ 293.

⁹² 此處所指之案例法，亦即註腳第 94 所述意見書第 276 段之說明，以附屬規定原則 (a nature of

如意見書第 243 段以及 244 段所述之原因，認定第 15 章不得由 EU 獨自批准，其管轄權由 EU 與會員國共享⁹³。

四、小結

綜上所述，FDI 的管轄權依據 TFEU 第 3 條第 1 項第 e 款落入 CCP 範圍，故為 EU 專屬管轄權的一部分。間接投資的管轄權，則依 TFEU 第 4 條第 1 項以及第 2 項第 a 款，屬於由 EU 與會員國所共享⁹⁴，故 EUSFTA 第 9 章 A 部分不能由 EU 單獨批准⁹⁵。

ECJ 亦針對 EUSFTA 第 9 章第 9.10 條所規定的「與其他協定之關係」是否僅屬於會員國的職權範圍作出裁決。第 9.10 條第 1 項規定：本協定生效後，EU 會員國與新加坡之間的雙邊投資協定將停止適用，並由本協定替代之。ECJ 指出，只要條款涉及 EU 專屬管轄權的範圍，就不能視為侵犯會員國的管轄權。故當 EU 於其專屬權限內與第三國進行談判並締結協定時，此協定將會取代會員國與第三國間的協定，此亦為案例法所肯認⁹⁶。因此，自 2009 年 12 月 1 日 TFEU 生效的那一天起，EU 即有批准與第三國間涉及直接投資的協定，並以之取代會員國與第三國間涉及直接投資的雙邊協定下之承諾⁹⁷。由上述可知，第 9.10 條與其他同部分的規定一樣，只有涉及直接投資的部分才屬於 EU 的專屬權⁹⁸。

從上述論述可知，當協定涉及 EU 專屬管轄權時，EU 將於其專屬管轄權範圍內取代會員國。而在 EUSFTA 中，第 9.10 條仍涉及非 EU 專屬管轄權的間接投資⁹⁹，故 EU 於第 9.10 條的批准權限同意見書第 243 段所述¹⁰⁰：亦即涉及 FDI 者，依據 TFEU 第 3 條第 1 項第 e 款落入 CCP 範圍，屬 EU 專屬管轄權，涉及間接投資者，則依 TFEU 第 4 條第 1 項以及第 2 項第 a 款，則由 EU 與會員國共享管轄權。

最後，涉及 ISDS 之管轄權則因其係影響會員國國內法院管轄權，故屬於 EU 與會員國所共享。而國對國爭端解決機制則因其涵蓋範圍包含非 EU 專屬管轄權之事項，而依附屬規定之原則納入 EU 與會員國共享之管轄權範圍。本意見書裁決 ISDS 管轄權應由 EU 以及會員國所共享，此一意見引發各界討論。歐盟執委會原欲利用本次裁決，確立 EU 對 ISDS 之專屬管轄權以避免重演去年瓦隆區阻擋 CETA 之事件，惟本次裁決出爐後反確立涉及 ISDS 之協定皆須經會員國之同意，故下段欲先以因 ISDS 管轄權分配問題而導致的瓦隆區阻擋 CETA 之事件作

ancillary) 來判斷。Id. ¶¶ 276, 303.

⁹³ Id. ¶ 304.

⁹⁴ Id. ¶ 243.

⁹⁵ Id. ¶ 244.

⁹⁶ Id. ¶ 248.

⁹⁷ Id. ¶ 249.

⁹⁸ Id. ¶ 252.

⁹⁹ Id. ¶ 255.

¹⁰⁰ Id. ¶ 256.

為舉例說明，後試分析本意見書是否能夠解決 ISDS 過往的爭議、以及該機制未來在 EU 談判 FTA 可能的發展方向。

參、本意見書對歐盟未來投資條款談判之影響

「加拿大—歐盟全面性經濟與貿易協定 (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)」於 2016 年 10 月 30 日完成簽署，並於今年 (2017) 年 2 月 15 日於歐盟層級完成批准程序¹⁰¹。在批准之前，歐盟執委會一開始經法律評估認為 CETA 所涉及的範圍皆屬於 EU 專屬管轄權，而認為僅須經過歐洲議會批准即可生效¹⁰²，然協商的過程當中公眾的反對聲浪與日俱增並受到來自會員國政府的壓力，使執委會決定將該協定重新歸類為「混合協定 (Mixed Agreement)」¹⁰³，須經各會員國的同意，此一決定引發去年 (2016) 年底的瓦隆區阻擋事件，導致 CETA 在當時面臨破局¹⁰⁴。瓦隆區當時反對的並非 CETA 本身，而是協定中的 ISDS 條款，瓦隆區的議長 Andre Antonie 亦曾向媒體說明其反對的原因包含 ISDS，並認為：CETA 容許投資人與地主國間的投資爭端可訴諸仲裁，可能使跨國公司挑戰或癱瘓各國政府對社會規範、公共服務與環境議題等公權力，其亦認為應創立常設之國際投資法庭 (Investment Court System, ICS)，但 CETA 中對投資法庭之創設說明仍十分模糊¹⁰⁵。

由於過往 ISDS 常有過度保護外國投資人之爭議，因此類似條款常引發各國國內之討論，如上述瓦隆區事件即是對 ISDS 制度設計之反彈。本次意見書中對投資保護、間接投資以及爭端解決機制的管轄權歸屬爭議作出了裁決，認定除了涉及直接投資的投資保護外，其他皆為 EU 與會員國所共享，意謂未來所有涉及間接投資以及投資爭端解決機制的協定，皆須獲得歐盟以及全體會員國之同意方得生效。就 ISDS 之相關爭議來說，本項裁決無法解決所有的爭議，但裁決中有關 ISDS 機制的管轄權歸屬之認定，是否有助於解決類似前段中所提及的「瓦隆區阻擋事件」，將是本部分接著將進行討論者。

¹⁰¹ 紀珮宜，「以歐盟立場簡述全面性經濟與貿易協定後續可能之爭議」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，211 期，頁 12-16，網址：

<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no211/3.pdf> (最後瀏覽日：2017 年 7 月 10 日)。

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ Sarah Collins, *CETA: A National or EU Competence?*, EURANET PLUS, Oct. 26, 2016, available at <http://euranetplus-inside.eu/ceta-a-national-or-eu-competence/> (last visited June 13, 2017).

¹⁰⁴ 徐若水，「《歐加貿易協定》戲劇性轉折終現曙光」，大紀元，2016 年 10 月 28 日，網址：
<http://www.epochtimes.com/b5/16/10/28/n8439496.htm> (最後瀏覽日：2017 年 7 月 10 日)。

¹⁰⁵ 台灣經貿網，「比利時法語瓦隆區反對歐盟與加拿大簽署全面經貿協定(CETA)之原因」，2016 年 10 月 26 日，網址：

<https://info.taiwantrade.com/biznews/%E6%AF%94%E5%88%A9%E6%99%82%E6%B3%95%E8%AA%9E%E7%93%A6%E9%9A%86%E5%8D%80%E5%8F%8D%E5%B0%8D%E6%AD%90%E7%9B%9F%E8%88%87%E5%8A%A0%E6%8B%BF%E5%A4%A7%E7%B0%BD%E7%BD%B2%E5%85%A8%E9%9D%A2%E7%B6%93%E8%B2%BF%E5%8D%94%E5%AE%9A-ceta-%E4%B9%8B%E5%8E%9F%E5%9B%A0-1140347.html> (最後瀏覽日：2017 年 7 月 3 日)。

一、試析意見書裁決 ISDS 管轄權之影響

本次意見書係第一個對 ISDS 做出裁決的意見書，其表示：與 ISDS 相關條文將爭端從會員國國內法院的管轄權範圍移除，此一行為並不能視為附屬規定、亦不能在沒有會員國同意的情況下施行，因此 ISDS 規範仍為 EU 以及會員國所共享。有論者認為：ECJ 依然小心翼翼地避免透漏其對於國際投資條約下仲裁制度的想法以及其與 EU 法律的相容性，反而聚焦於會員國國內法院於國際投資爭端的管轄權地位¹⁰⁶。此意見過度簡化了 ISDS 之仲裁程序，因為仲裁判斷的承認、執行與廢除還是會涉及會員國的國內法院¹⁰⁷。此外，此一意見亦與過往的意見書中拒絕國際法庭 (international tribunal) 之裁決理由相呼應，即此種國際法院係運行於會員國國內法院與歐洲法院之間的初步裁決機制外¹⁰⁸。

亦有論者認為 ECJ 的判決似乎偏離其一般解釋 EU 專屬管轄權的方法，就特定主題而言，EU 依據其所被授權的權限締結的國際協定，當協定條款產生解釋以及適用上的爭議時，亦應具有將此爭端交付根據此協定所創設或指定的法院以及機構的權限¹⁰⁹。但在意見書認為，從 EUSFTA 第 9.17 條中可推論出：本協定並沒有排除將新加坡與會員國間的爭端提交至會員國國內法院的可能性¹¹⁰，故其認為不得在未經會員國同意的情況下排除法院的管轄權¹¹¹。此一裁決似乎回應了 ISDS 所引發的管轄權爭議，即透過賦予成員國批准 ISDS 的權利，將會員國的權力以及責任交還給會員國¹¹²，並認為此項裁決將大大降低未來 EU 將 ISDS 納入自由貿易協定的可能性¹¹³。

筆者認為本次裁決的重點係為管轄權，而無力處理 ISDS 與 EU 法律是否相容、法律適用的正確性與一致性、仲裁員中立性以及透明化等實質爭議，故瓦隆區當初所擔憂的問題並無法透過本次意見書獲得進一步的解決。筆者亦贊同上述論者表示本意見書可推敲出 ECJ 對於 CETA 中 ICS 制度可能存有所質疑，然此番言論無法解決 ISDS 的實質規範問題，故筆者認為 EU 若仍欲將 ISDS 納入未來 FTA 的談判中，應考量如何改善現有機制之缺陷。惟就現實層面考量，改善機制並非一朝一夕所能達成，故筆者亦認為若 EU 仍欲使用 ISDS，可參考下段學者所提出之未來 FTA 簽訂之可能途徑，以避免再次出現會員國或地方議會阻

¹⁰⁶ Nikos Lavranos, *The CJEU's Opinion on EU-SING FTA: More Confusion than Clarity*, KLUWER ARBITRATION BLOG, May 30, 2017, <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/05/30/cjeus-opinion-eu-sing-fta-confusion-clarity/> (last visited July 7, 2017).

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Anthea Roberts, *A Turning of the Tide against ISDS?*, EJIL: TALK!, May 19, 2017, <https://www.ejiltalk.org/a-turning-of-the-tide-against-isds/> (last visited July 3, 2017).

¹¹⁰ ECJ, *supra* note 35, ¶ 290.

¹¹¹ Anthea Roberts, *supra* note 109.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

擋 FTA 簽署以及生效的事件產生。

二、ISDS 於國際協定下未來可能發展方向

如上段所論，此意見書的裁決將影響到未來 EU 與第三國簽訂 FTA 時將 ISDS 制度納入協定中的意願，針對此疑問，評論者根據目前歐盟與第三國締結 FTA 的方式，推論未來 ISDS 可能的發展方向。

第一種方向為維持現況，EU 可繼續談判新式的 FTA，並視此類 FTA 為混合協定而將之同時提交至 EU 以及會員國批准。如果本意見書裁決的結論為，涉及投資的眾多項目均為共享權限，此一方向會成為最具可能性的途徑，但目前意見書之裁決僅認定 EU 對於非直接投資以及 ISDS 沒有專屬權，所以難以推論未來 EU 採取此方向的可能性，但維持現況的作法可能同樣會發生如同 CETA 遭受到比利時瓦隆區之阻擋的爭議，進而引發各式政治鬥爭¹¹⁴。

第二種方向為反轉目前將貿易與投資納入同一協定的趨勢，回到過往分別簽訂貿易協定以及投資協定的方式。此方式意謂將投資章以及 ISDS 從 FTA 中剔除，並另外簽訂投資協定。就投資保障而言，本方式頗具吸引力，因為此種方式讓 EU 可以在一個協定當中同時處理直接投資以及非直接投資，但是因為目前 EU 已取得直接投資的專屬權，故 EU 有可能還是希望將直接投資與非直接投資放入 FTA 當中¹¹⁵。

第三種方向為將投資爭端交付國內法院作為訴諸國際仲裁的先決條件，使國內法院再次介入投資爭端。此一作法固然可回應本意見書中之裁決所表達的疑慮，但此種方式無法確定能否消除以下擔憂：如果最終導致引入了會員國並未同意的國際爭端解決機制，還是需要會員國同意將此爭端從其國內法院管轄權移出¹¹⁶。

最後一種方向則為將 ISDS 從 FTA 移除，納入附屬協定中。FDI 的保護，以及涉及此等保護之 FTA 相關條款解釋與適用的國對國之爭端解決機制，依舊納入 FTA 的範圍，同時談判另外一個各談判方同意採用 ISDS、且屬於混合協定的附屬協定或議定書。如此一來，無論附屬協定最後能不能被批准、何時被批准、以及由誰批准等，都不會影響此類之 FTA 被批准¹¹⁷。

筆者認為，第一種方向的優點在於，可將所有貿易跟投資相關議題於同一個 FTA 中談判，無需另外重啟新協定之談判，但此一作法的可能性較低，因為採取此方式將使 FTA 批准程序延長，而使締約雙方難以估計 FTA 生效時間。第二種

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.*

方向的優點在於，EU 可將傳統貿易涉及的範疇與投資相關事項區分，使兩者能夠獨立而不互相影響，但此一作法的可行性亦不高，因為目前 EU 僅取得 FDI 之專屬管轄權，若其另外簽訂涉及非直接投資的投資保護以及 ISDS 之投資協定，最終仍須經會員國批准，還是無法改善現況，且反而將使談判過程更加冗長且費時。第四種方向的優點則如學者所說，能夠加速 FTA 的談判歷程，但缺點與第二種方向相似，雖 FTA 能夠更加快速地被批准，但 EU 仍需另外花費時間談判附屬協定，且亦須經會員國批准。

第三種方向則係筆者認為 EU 較可能採取之方向，亦即是將投資爭端交付國內法院作為訴諸國際仲裁的先決條件，此種方式目前已為印度所採用，其要求投資人提出投資爭端解決之前，必須先窮盡國內的救濟。惟，此種方式所引發的缺點在於，涉及 ISDS 的許多爭議為該爭端解決機制本身的運作與設計，若該機制始終未能改善其缺點，縱使會員國能夠要求爭端先交付國內法院，但此並無法說服會員國接受一有缺陷的機制。此點亦是意見書未能做出裁決之處，故同樣可能使得 EU 未來在簽訂 FTA 時，是否或如何納入 ISDI 機制帶來許多變數。

肆、結論

里斯本條約之後，歐盟委員會、部長理事會以及會員國對於投資相關的管轄權分配問題仍有不同意見，而本次 ECJ 意見書裁決終讓該些有關投資相關事項的管轄權分配問題塵埃落定。針對投資相關協定，意見書裁定涉及 FDI 事項，包括投資保護，為 EU 之專屬權；涉及間接投資，則由 EU 和會員國共享管轄權；而關於投資爭端解決機制，無論是國對國或是 ISDS，其管轄權亦由 EU 與會員國所共享。去年引發瓦隆區阻擋 CETA 的 ISDS 機制，於意見書中亦裁決由 EU 以及會員國共享管轄權，此一裁定使未來涉及 ISDS 之協定仍需以混合協定的方式提出，故類似事件恐再次上演。筆者觀察，認為本意見書將可能影響了 EU 未來在簽定 FTA 時處理 ISDS 機制之動向，使 EU 可能採取與過往不同之方式推動相關協定之簽署。然依照目前學界所提出的各項方式則各有優缺，EU 未來該如何簽署 ISDS 之相關協定仍值得持續觀察。