

試析歐盟法律以及成員國間投保協定對於投資者之保障

林明億

摘要

歐盟執委會 (European Commission) 近年來為維持境內歐盟法律於解釋以及適用上的一致性，呼籲各成員國能夠終止成員國內部間的投保協定 (intra-EU Bilateral Investment Treaties)，而使用歐盟法律體系來解決投資爭端。相關爭議在歐洲聯盟法院 (the Court of Justice of the European Union, CJEU) 對 Slovak Republic v. Achmea B.V. 案做出先行裁決 (preliminarily ruling) 後，漸趨白熱化。於該裁決中，CJEU 認定荷蘭—斯洛伐克雙邊投資協定 (Netherlands-Slovakia BIT) 第 8 條仲裁條款對歐盟法律的自主性 (autonomy) 有負面的影響，而認該條款與歐盟法律不相容。各界則開始討論成員國內部間的投保協定可能面臨被終止的命運，使得成員國必須回歸歐盟法律的體系。針對投資人實質保障，本文試整理在歐盟成員間的投保協定，將之與歐洲聯盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) 比較，並發現兩規範中的投資保障待遇可相互對應。惟本文認為 TFEU 目的較無涉於保護投資人，即便具有類似規範，仍可能無法提供完整的投資人保障，故認歐盟成員間的投保協定仍有其存在必要。

歐盟執委會 (European Commission) 近年來為維持境內歐盟法律於解釋以及適用上的一致性，呼籲各成員國能夠終止成員國內部間的投保協定 (intra-EU Bilateral Investment Treaties)，而使用境內歐盟法律體系來解決投資爭端。執委會係於 2015 年展開終止成員國間投保協定的進程，而成員國間的投保協定以及歐盟法律間的衝突，必須從歐盟以及近年來歐盟東擴的歷史進行了解¹。

回溯到 1990 年代，一開始歐盟的成員國僅包含西歐國家，大部分的投保協定係由西歐國家與中、東歐國家締結²。締結這些協定之目的是為了加強各國對於投資者的保障，並提供投資者適當的爭端解決機制³。在當時，對於歐盟而言，中、東歐的國家屬於「第三國」，故與其締結投保協定並不會引起爭議⁴。然而，幾年後，這些中、東歐國家陸續加入歐盟，上述締結的投保協定遂成為歐盟內部成員間之協定，而不再是歐盟成員對外簽訂之協定⁵。隨著情況改變，執委會認為

¹ *The End of an Era: Termination of Intra-EU BITs*, VELCHEV & CO. (Apr. 10, 2017), <https://www.vlaw.bg/en/news/end-era-termination-intra-eu-bits>.

² *Id.*

³ *Id.*

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

這些成員國間不再需要透過投保協定來保護其投資者，係因所有歐盟成員國皆位於同個單一市場當中，受同樣的歐盟法律規範，包含跨境的投資，因此所有的投資者都可以受到相同的保護⁶。除此之外，執委會亦認為歐盟成員國間的投保協定具有歧視的特性，因為該種協定係基於雙邊的基礎，僅賦予來自協定締約國的投資者權利，而不提供相同待遇給協定締約國以外之歐盟成員國，而使其與歐盟法律不相容⁷。

今 (2018) 年歐洲聯盟法院 (the Court of Justice of the European Union, CJEU) 針對該投保協定中的仲裁條款與歐盟法律相容性的問題作出第一個裁決，係於 *Slovak Republic v. Achmea B.V.* 案中裁決裁決荷蘭—斯洛伐克雙邊投資協定 (Netherlands-Slovakia Bilateral Investment Treaty) 第 8 條仲裁條款對歐盟法律的自主性 (autonomy) 有負面影響，而認該條款與歐盟法律不相容⁸。此一裁決的出現，使各界開始討論歐盟成員國內部間的投保協定可能面臨必須被終止的可能性，使歐盟投資者在未來可能必須轉向歐盟內部的司法體系。然各界對於現今歐盟內部司法體系是否能夠提供投資者充足的保障多有疑慮。本文試比較歐盟法律以及投保協定之規範，以確認歐盟內部司法體系保障投資者之程度是否相當於歐盟成員國間投保協定。礙於篇幅的關係，本文將討論範圍限縮在實體規範的部分，而不論及程序面向的討論，實體規範則討論在各投保協定所提供投資人的保障，包含：國民待遇、最惠國待遇、公平公正待遇、徵收補償、完整保護與安全以及資金移轉等等，是否均能在歐盟法體系中找到相對應的保護規範。本文預先簡單介紹問題起源的背景，後簡要整理多數歐盟成員國間投保協定中所提供的 6 項待遇，並試找出歐盟法律當中相對應的待遇，最後簡單比對歐盟法以及投保協定當中對投資者的保護程度，並初步作一結論。

壹、案件背景以及影響

斯洛伐克於 2006 年部份撤銷其健康保險市場的自由化，因此禁止 Achmea B.V. 針對其於斯洛伐克境內從事保險活動時所取得的利潤加以分配⁹。Achmea B.V. 在荷蘭與斯洛伐克間雙邊投資保障協定 (Netherlands—Slovakia Bilateral Investment Treaty, 以下簡稱荷斯投保協定) 下提出仲裁程序，惟該專案仲裁庭判定斯國違反該投保協定，斯國旋即向德國法院提起撤銷仲裁判斷的訴訟，後被德國法院駁回，斯國政府則向德國聯邦最高法院提出上訴，該最高法院則將該投保協定之仲裁條款與歐盟法律是否相容之問題提交給 CJEU，請求先行裁決¹⁰。CJEU

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

⁸ Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea BV*, 2018, ¶ 7.

⁹ Clément Fouchard & Marc Krestin, *The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!*, KLUWER ARB. BLOG (Mar. 7, 2018), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>.

¹⁰ *Id.*

基於三個理由，包含：一、歐盟法律的優先性；二、仲裁庭可能被要求解釋或適用歐盟法律；三、仲裁庭並非隸屬於成員國的法院或法庭，以及成員國法院無法對仲裁判斷複審以確保該判斷與歐盟法相容，而最終認定該仲裁條款對歐盟法的自主性 (autonomy) 有負面影響，而與歐盟法律不相容¹¹。

有論者認為本次裁決後，在歐盟成員國間的雙邊投保協定下、位於歐盟境內的仲裁庭且非ICSID的仲裁判斷面臨許多法律上的挑戰¹²，而使190個歐盟成員國內部間的投保協定面臨終止的窘境¹³，引起了歐盟內部的投資保障問題以及投資地主國爭端解決機制 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) 於歐盟內部適用的相關政策辯論。雖然歐盟執委會於近年來不斷鼓勵成員國終止歐盟內部間的投資保障協定¹⁴，但投保協定終止之後，現行的歐盟法律體系是否能夠提供投資者充足的保障成為值得討論的議題，以下試整理目前歐盟法律以及投保協定對於投資者的保障，後以此為基礎來分析何種法體系能提供投資者相對充足的保障。

貳、投保協定以及歐盟法律對於投資者的保護規範

在投資協定下提供投資人保障待遇，相關的實體規範主要包含：國民待遇 (National treatment, NT)、最惠國待遇 (Most-favoured-nation treatment, MFN)、公平公正待遇 (Fair and equitable treatment, FET)、完整保護與安全 (Full protection and security)、徵收 (Expropriation)、資金流動 (Transfer of funds)、績效要求 (performance requirements, PRs) 以及雨傘條款 (Umbrella clause) 等。本文試先整理在現存 190 個歐盟成員國間的投保協定當中，有多少投保協定提供上述的保障規範，並試解釋其中最重要的幾項規範。

一、投保協定對於投資者的保護規範

待遇標準	NT	MFN	FET	徵收補償	完整保護與安全	資金流動	績效要求	雨傘條款
數量	120	160	148	160	138	158	5	67

本表係整理自各投保協定以及相關的二手資料¹⁵，惟仍有 30 個投保協定因

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ Szilárd Gáspár Szilágyi, *Guest Post: The CJEU Strikes Again in Achmea. Is this the end of investor-State arbitration under intra-EU BITs?*, INT'L ECON. LAW AND POLICY BLOG (Mar. 7, 2018), <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2018/03/guest-post-the-cjeu-strikes-again-in-achmea-is-this-the-end-of-investor-state-arbitration-under-intr.html>.

¹⁴ Clément Fouchard & Marc Krestin, *supra* note 9.

¹⁵ See INV. POLICY HUB, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/>

語言關係而無法整理相關資料，故僅針對歐盟成員間的 160 個投保協定進行統計。由上表可知在此 8 項國際常見的待遇中，僅有 6 項待遇係過半數歐盟成員國間的投保協定有提供的待遇，分別為：NT、MFN、FET、完整保護與安全、徵收以及資金流動，其中 160 個投保協定皆將 MFN 以及徵收補償兩種待遇納入規範。以下分別介紹此 6 項待遇標準的涵義，了解目前歐盟成員國家間的投保協定能提供投資人的保障程度。

(一) 國民待遇

NT 的規範目的主要係為使締約國他方之投資者，得以享受與地主國國內投資者相同之待遇¹⁶。原則上認定違反國民待遇之前，必須先論證：政府的作為或不作為有沒有在國內以及國外投資者間造成歧視¹⁷，兩者間要具「相似情況 (like circumstances)」¹⁸，而在考量相似情況時，則應將所有的情況納入考量¹⁹。這裡所說的歧視可以是法律上 (*de jure*) 歧視或是事實上 (*de facto*) 歧視²⁰。除此之外，決定政府是否違反國民待遇，應取決於系爭措施對於投資計畫的影響，而非取決於政府採取措施的意圖²¹。

在 *Cargill, Incorporated v. Republic of Poland* 案中，美國私人公司 Cargill，於 1991 年在波蘭設立子公司，並在 1995 年開始於波蘭投資澱粉以及糖精工廠，後將製造業務擴及至高果糖漿 (isoglucose)²²。在當時波蘭對於高果糖漿的銷售以及製造上沒有任何數量上的限制，Cargill 成為第一個也是爭端當時唯一一個位於波蘭境內的高果糖漿製造商²³。後波蘭修改法律，限制高果糖漿的生產量，使得 Cargill 在波蘭境內對於高果糖漿的投資受到嚴重的負面影響。在國民待遇的部分，Cargill 公司主張波蘭政府給予國內的製造商較優惠的待遇。仲裁庭一開始則先分析 Cargill 以及國內的糖製造商是否具有相似情況，最後仲裁庭認為國內的糖製造商所製造商品雖非高果糖漿，但此二商品在功能上具有替代性，兩者在市場上為直接競爭關係，而視 Cargill 以及國內的糖製造商具有相似情況²⁴，而認波蘭政府違反國民待遇²⁵。

¹⁶ 國際投資協定分析釋義，經濟部，2012 年 12 月，頁 73，網址：
<https://www.dois.moea.gov.tw/> (最後瀏覽日：2018 年 7 月 11 日)。

¹⁷ *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, ¶ 426 (Nov, 8, 2010).

¹⁸ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, NAFTA (Dec. 30, 2002). 是否具有相似情況可以取決於國內以及國外的投資者是否具有相同的經濟或是商業要素，但如果國內以及國外的投資者間的不同待遇與政策間具有合理的關係，則國內與國外的投資者則不被視為具有相似情況，使得兩者間的差別帶與得以被正當化。

¹⁹ *United Parcel Service of America Inc. v. Canada*, UNCITRAL, NAFTA (May 24, 2007).

²⁰ *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ¶ 426.

²¹ *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ¶ 427.

²² *Cargill, Incorporated v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/2, ¶¶ 82-83.

²³ *Cargill, Incorporated v. Republic of Poland*, ¶¶ 82-83.

²⁴ *Cargill, Incorporated v. Republic of Poland*, ¶¶ 77-81.

²⁵ *Cargill, Incorporated v. Republic of Poland*, ¶ 411.

(二) 最惠國待遇

MFN 之規範目的則在於使締約國一方承諾締約國他方國民之待遇不低於其賦予任何第三國之投資待遇²⁶。在過往涉及 MFN 的案件當中，可以分為兩大類：針對仲裁程序以及針對實體規範。

在 *Maffezini v. Spain* 案中，阿根廷投資人 Maffezini 於西班牙境內建立化工廠，利用該工廠生產並銷售化學產品，該工廠係與 SODIGA 此一公營事業體合資。後投資失敗，該投資人認為投資失敗係源於 SODIGA 給予錯誤的建議，而導致其錯估成本。Maffezini 認為該行為構成違反阿根廷與西班牙間的投保協定。西班牙政府則主張 Maffezini 並沒有滿足該投保協定下的程序要求，亦即將爭端交付仲裁前應先提起國內救濟，故西班牙政府主張該仲裁庭上無管轄權²⁷。Maffezini 則主張西班牙以及智利間的投保協定未設有前開程序要求，而可以直接將爭端提交仲裁，並主張其違反 MFN²⁸。仲裁庭判斷如果 MFN 條款的定義範圍較廣以及如果與第三國間的投保協定在仲裁程序上給予更優惠的待遇，則該 MFN 之範圍應可擴展至仲裁程序，但若該待遇係基於公共政策考量時，不適用 MFN²⁹。

在 *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania* 案中，挪威公司 Parkerings 與立陶宛的維爾紐斯市簽訂契約，於該城市中某一系列入世界遺跡清單之歷史區域建蓋停車場，該契約於簽訂後被認為不符合立陶宛的法律。後來維爾紐斯市政府宣告該契約無效，因 Parkerings 沒有履行其餘契約下的義務。Parkerings 則主張與其他同與該政府簽訂相似契約的公司相比，維爾紐斯市政府給予其較低待遇，而認為該政府措施構成歧視。仲裁庭則採取類似於 NT 之審理原則，先判斷是否具有相似情況，和考量若該歧視可以合理管制目標來正當化，則可視為兩者不具有相似情況，而不違反 MFN³⁰。

(三) 公平公正待遇

FET 是許多雙邊投資協定 (Bilateral Investment Treaty, BIT) 要求地主國提供投資者保障之重要原則，該原則係屬「絕對」且「無條件」的標準³¹。目前對於 FET 的解釋在政府官員、仲裁員以及學者間仍有所分歧，並沒有統一的定義。除

²⁶ 經濟部，前揭註 16，頁 73。

²⁷ Emilio August Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Argentina-Spain BIT, Decision on Objections to Jurisdiction (January 25, 2000), 5 ICSID Rep. 419 (2002).

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Norway-Lithuania BIT, Award, Sept. 11, 2007.

³¹ OECD, FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INT'L INV. LAW 2, OECD Working Papers on International Investment (Sept. 2004), https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf.

此之外，FET 所代表的意義也會根據條約的用字、內容、歷史或是當事人間的表示而有所不同³²，一般認為涵蓋實質規範以及程序性的規範³³。有論者認為 FET 的定義之所以模糊之原因為，其有意讓仲裁人有機會在特定爭端中，考量各個條約所欲達成的目的，再決定其必要原則的範圍³⁴。

在歐盟成員國間的投保協定當中，*Spyridon Roussalis v. Romania* 案的仲裁庭援引 *Rumeli and Telsim v. Republic of Kazakhstan* 案，認為 FET 應包含下列具體的原則：國家必須以公開且善意的方式行動，而不可以專斷、極度不公平、不公正、歧視或是缺乏正當程序。除此之外，依過往的案例，依照 FET 的標準，國家必須尊重一個投資者合理期待³⁵。判斷投資者是否為合理期待，則應將在公共利益上的規制權納入考量³⁶。除了這些一般性的原則之外，FET 的適用範圍並沒有明確的定義，而是由個別的仲裁庭決定³⁷。

(四) 徵收

徵收規範之主要目的係為人民財產提供合法保障，原則上不得任意剝奪。徵收則係指政府將財產沒收或國有化，目前國際法上對於徵收的要件看法不一，主要有四大項：基於公共目的、非歧視性之措施、依正當法律程序以及給予及時充分且有效之補償³⁸。除此之外，徵收亦可分為「直接徵收」以及「間接接收」。前者稱為法律上之徵收，係指地主國直接剝奪投資人的財產權；後者則為事實上徵收，指政府雖未直接剝奪投資人之財產權，但措施卻實質影響投資人之權益，而予徵收有相同之效果³⁹。

在 *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* 案中，討論英國與埃及投保協定中對於徵收的定義。本案中認為，徵收必須以構成完全與永久剝奪為原則，且不限於有形資產，並適用基於契約所生的權利⁴⁰。本案中，原告的投資因為國

³² *Id.*

³³ European Parliament, CETA: Investment and the right to regulate, Feb. 2017, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599265/EPRS_ATA\(2017\)599265_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599265/EPRS_ATA(2017)599265_EN.pdf)

³⁴ OECD, *supra* note 31, at 2.

³⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/02, Award, May 29, 2003, ¶ 154; *LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, October 3, 2006, ¶ 127; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8 Award, May 12, 2005, ¶ 279; *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467 Final Award, July 1, 2004, ¶ 185; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 Award, May 25, 2004, ¶ 114.

³⁶ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, Dec. 7, 2011, ¶317; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, ¶305.

³⁷ *Spyridon Roussalis v. Romania*, *supra* note 36, ¶ 318; See F.A. Mann, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, 52 BRITISH Y.B. INT'L L. 241 (1981).

³⁸ 經濟部，前揭註 16，頁 124。

³⁹ 同上註，頁 131。

⁴⁰ 同上註，頁 136。

有 ECH 公司介入而被完全奪取，進而適用徵收條款⁴¹。除此之外，該案仲裁庭也考量剝奪手段的嚴重性，本案中 EHC 公司接管原告之飯店後，對飯店進行破壞且近舉辦拍賣，程度已達永久剝奪，已構成徵收⁴²。

(五) 完整保護與安全

完整保護與安全係指締約國一方有義務提供他方締約國投資人之投資，有完整的保障以及安全，避免遭到他人不法侵害⁴³。於過往的案例當中，判斷是否受「完整保護與安全」繫於要求締約國一方不得以武力侵害他方締約國投資人之資產，而另一方應按國際習慣法提供警力，以提供保護⁴⁴。

(六) 資金移轉

資金移轉此一待遇係要求國家允許與投資相關的資金支付 (payment)、換算 (conversion) 以及回流 (repatriation)⁴⁵。此規範主要有兩個主要的議題：一為地主國允許資金移轉的範圍，包含資金移轉規範所涵蓋的類型，以及移轉者的所需遵守的義務等一般性原則；其二為一般性原則的適用資格及例外的情況⁴⁶。除此之外，締約方亦有權在國際收支困難的期間，有限度地以公平以及善意的方式行使法律所賦予的權利，以禁止資金的流動⁴⁷。

二、歐盟法律中對於投資者的保護規範

目前歐盟中的四大自由，包含：貨物自由流通、人員自由流動、建立和提供服務的自由以及資本自由流動，此四大自由係為歐洲單一市場的重要里程碑⁴⁸。TFEU 第三部分針對四大自由進行規範，包含第 45 條對於人員的自由流動、第 49 條的建立自由、第 53 條的服務自由以及第 63 條的資本流動自由。其中設立自由即包含投資的概念，也就是說投資人之保障為歐盟規範所涵蓋。

上部分整理了目前歐盟成員間的投保協定當中，最常見的 6 種投資保障規範。本部分以投保協定當中各待遇的名稱作為標題，試整理在歐盟法律當中有無相對應的保障規範。若 TFEU 亦能提供相對應的規範，則或可考量成員間投保協定是

⁴¹ 同上註，頁 136。

⁴² 同上註，頁 137。

⁴³ 同上註，頁 101。

⁴⁴ 同上註，頁 101。

⁴⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, TRANSFER OF FUNDS 5 (2000), <http://unctad.org/en/docs/psiteiitd20.en.pdf>.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ See Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Hungarian People's Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, U.K.-Hung. Mar. 9, 1987.

⁴⁸ *The Four Freedoms in the EU: Are They Inseparable?*, EUROPA, <http://www.institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/171024jdigrundfreiheitenenwebeinzelseitena4.pdf>.

否仍有存在的必要。

(一) 相當於國民待遇以及最惠國待遇之保障

TFEU 第二部份關於不歧視以及歐盟公民權的規範中，有提供不歧視待遇之保障⁴⁹，而可能可與投保協定下的國民待遇以及最惠國待遇相對比。該條禁止任何基於國籍上的歧視，避免成員國僅提供國內公民保障而違反不歧視義務⁵⁰。

歐洲法院總結措施本身除了不基於國籍而構成歧視之外，除非涉及一般公共事項，如：公共政策、公共健康以及公共安全以外，會員國措施本身亦不能妨礙或是阻礙歐盟整體四大自由的運作⁵¹。除此之外，不論是市場進入前或是市場進入後的階段，都禁止對國內市場的基本自由造成阻礙⁵²。觀看 CJEU 過往的案例，CJEU 提及 TFEU 第 18 條本身並沒有十分具體地禁止歧視⁵³，但在討論不歧視的案件中，通常不僅援引第 18 條，亦會再援引相關針對自然人或是服務等方面的條文。在判斷是否違反第 18 條不歧視原則前，會先判斷是否落入該條之適用範圍。於過往案例當中可知，第 18 條適用之範圍等同於歐盟條約，若該爭端落入歐盟法律的涵蓋範圍，則其應適用第 18 條不歧視之規定，後始討論案件是否於事實上或是法律上基於國籍而構成歧視⁵⁴。

(二) 類似公平公正待遇之規範

TFEU 本身並沒有與公平公正待遇相似的概念，但公平公正待遇本身是由一系列的保障構成，所以重點是歐盟法體系能否提供類似於公平公正待遇內涵的保障。歐盟係由 28 個成員國（英國尚處脫歐程序當中，故仍列入會員國間）所組成，各國政府於其境內提供成熟的法律框架，而包含誠信原則（principle of good faith）以及合法性原則（principle of legality）等原則。

除了在國內的層級提供保障之外，其他歐盟層級的法律也涵蓋了許多原則，如不歧視原則、保護合理期待、透明化要求、預警原則、不受壓迫以及侵擾等等⁵⁵。其中不歧視原則如上述說明，規定於 TFEU 第 18 條當中，對於合理期待的保護則基於行政命令的可撤回性⁵⁶，透明性則是基於（Charter of Fundamental Rights of

⁴⁹ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 18, May 9, 2008 O.J. (C 115) 47 [hereinafter TFEU].

⁵⁰ DOMINIK MOSKVAN, IS THERE AN ALTERNATIVE TO INTRA-EUROPEAN BILATERAL INVESTMENT TREATIES FRAMEWORK UNDER EUROPEAN LAW? 365 (2011).

⁵¹ *Id.* at 365.

⁵² *Id.*

⁵³ C-195/16, Staatsanwaltschaft Offenburg, 1998, ¶ 70; C-336/96, Gilly v Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, 1998, ¶ 27; C-566/15, Erzberger, 2017, ¶ 25.

⁵⁴ See C-566/15, Konrad Erzberger v TUI AG, 2018, ¶ 25.

⁵⁵ Dominik Moskvan, *supra* note 51.

⁵⁶ C-112/77, August Toepfer & Co GmbH v. Commission of the European Communities, 1978.

the European Union) 第42條對於資訊的近用權 (right of access to documents) 或是 Regulation 1049/2001⁵⁷。

(三) 徵收規範

TFEU 第345條規範該條約不能損害成員國針對財產所有權所設下的規範⁵⁸。從文字上解釋，該條適用範圍為條約當中所有涉及所有權的規範，因而包含：私人所有權、徵收以及限制所有權使用等與所有權相關的規範⁵⁹。

(四) 等同完整保護與安全之規定

投保協定中完整保護與安全係指締約國一方有義務提供他方締約國投資人之投資，有完整的保障以及安全，避免遭到他人不法侵害，包含：財產以及人身安全等基本權利保障。歐洲聯盟條約 (Treaty on European Union) 第6條要求歐盟應該要遵守歐洲聯盟基本權利憲章 (Charter of Fundamental Rights of the European Union) 以及歐洲人權公約 (European Convention on Human Rights)，使歐盟應保障其公民之基本人權，包含：生命、自由、公民權利等。

(五) 保障資金自由移轉之規範

歐盟保證資金的自由流動，TFEU 第63條第1項規定禁止對資金的流動設下任何限制，阻礙資金流動。除此之外，第63條亦將資金流動自由的範圍擴及到歐盟境外之第三國⁶⁰。然而，TFEU 第65條同時考量到各國立法的特殊性，表明各國可適用其各自的稅法。成員國亦被授權可以基於公共政策或是公共安全而採取限制措施，進而削弱了資金流動的自由性⁶¹。第75條更要求成員國若發現恐怖主義或是相關活動的發生，亦應採取措施限制資金流動⁶²。

參、分析

本部分將以上述歐盟法律以及投保協定的規範，來分析歐盟法律是否也能提供與投保協定相同的待遇。分析順序則依上述整理之順序，依序討論之。最後則由整體而言，試論成員國間的投保協定有無存在之必要。

⁵⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union art. 42.

⁵⁸ TFEU art. 45.

⁵⁹ Maciej Mataczynski, *What Did the European Community Founders Actually Mean by Saying That the Treaties Shall in No Way Prejudice the Rules in Member States Governing the System of Property Ownership? Analysis of Article 345 TFEU*, Adam Mickiewicz University Law Review, 39, 42, file:///D:/Users/user/Downloads/4587-4698.pdf (last visited June 24, 2018).

⁶⁰ Dominik Moskvan, *supra* note 51, at 374.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

在國民待遇以及最惠國待遇的部分，歐盟法律以 TFEU 第 18 條涵蓋之⁶³。筆者認為，相較於投保協定當中以特定條文規定國民待遇以及最惠國待遇，TFEU 則以不歧視原則涵蓋之，且不論市場進入前或是市場進入後都不得造成歧視。然而，在一般的投保協定當中，其所保障的範圍僅涵蓋市場進入後⁶⁴。由此可知，若投資爭端係發生於市場進入前，則投保協定無法提供相對應的保障。

在 FET 的部分，相對於投保協定，TFEU 並雖沒有以單一的條文來規範此待遇⁶⁵，而投保協定雖然有條文規範，在適用的內容上則較為模糊。就目前國際投資法的發展來看，可大致整理出 FET 當中可能還有的幾項原則，如上述所提及的透明化、尊重合理期待等原則。將該些原則對應到歐盟法律當中，部分原則可與 TFEU 相對應，如透明性可與 TFEU 第 15 條相對應，然仍有部分規範如：保障合理期待或是不受壓迫以及侵擾等 FET 所涵蓋的原則，無法於 TFEU 當中找到相對應的規範，而須視各成員國國內法中有無提供相似之保障規範，進而造成法律上的不確定性。

徵收、完整保護與安全以及資金移轉則分別對應到 TFEU 第 345 條、TEU 第 6 條以及 TFEU 第 63 條，如上所述，針對此 3 種待遇提供保障。在徵收的部分，TFEU 第 345 條係指成員國應保障公民之財產權，進而包含了徵收與所有權有關的規範，但實際上並沒有針對徵收的相關規範⁶⁶。相對於投保協定係針對徵收此一剝奪財產權的行為進行規範，且目前亦已漸漸發展出相關判斷要件，包含：基於公共目的、非歧視性之措施、依正當法律程序以及給予及時充分且有效之補償。在完整保護與安全的部分，不論是投保協定抑或是歐盟法律皆強調一公民之權益應受到保障，成員國亦應保護其不受到侵害。最後資金移轉之部分，不論是投保協定或是 TFEU 皆要求締約國應確保資金的流動，在特定的情況下亦設有限制，如：TFEU 允許成員國可以因公共政策考量或是恐怖主義相關活動，而降低資金流動的自由性；投保協定則是針對一家公司在破產或是重組的情況下，禁止資金流動。

總結上述，目前歐盟成員國間的投保協定所能提供的 6 項保障中，皆能在 TFEU 當中找到相對應的條文規範，或能夠以成員國層級的法律對應，故就保障待於上觀之，TFEU 亦似能夠提供與投保協定中同樣待遇。惟就整體而言，TFEU 並非專門設計適用於投資人的保障規範，而旨在維持歐盟整體的運作，提供更詳盡的法律依據，確保各成員國在運作上的一致性，並達成歐盟整體的目標⁶⁷。相反地，歐盟成員國間的投保協定則是專門設計處理與投資相關的議題，並旨在保護投資者的權益不被地主國所侵害。考量到此兩種條約的目的不同，可能造成法

⁶³ *Id.* at 365

⁶⁴ *Id.* at 364.

⁶⁵ *Id.* at 371.

⁶⁶ Maciej Mataczynski, *supra* note 59

⁶⁷ TFEU, preamble.

院或法庭在適用上會有不同的考量。除此之外，不論將爭端提交到任一法體系中，投保協定以及 TFEU 皆有可能成為適用的法律規範之一，使投資者在主張上能有更大的彈性。由上析之，本文認為雖就上述分析而言，TFEU 在 6 大保障上似能提供相似之保障程度，但考量到 TFEU 之目的並非保護投資者，而有可能在法條適用上會更傾向維護歐盟整體的一致性，而損害到投資者權益，故本文認為成員國間的投保協定應繼續留存，直至歐盟將投保協定當中所有保障投資者的規範納入歐盟法律體，包含：將上述 FET 原則納入歐盟法律中，或是其他本篇並未討論到的投資定義範圍，以及投資保障的程序性規範。如此一來，始能確保投資者在歐盟法律的體系下，仍能受到完整的保障，而不被剝奪權益。

參、結論

在 Achmea B.V. 案後，引起歐盟內部的投資保障問題以及 ISDS 於歐盟內部適用的相關政策辯論，執委會希望各成員國能夠回歸歐盟法律的體系。針對投資人的實質保護規範，本文分析歐盟各國間的投保協定與 TFEU 規範的異同。經比較後，本文發現歐盟層級法律提供投資人的保障與歐盟成員國間投保協定所提供待遇相當。然而，因為 TFEU 之目的並非保護投資者，故在適用上可能側重於維護歐盟一致性，而非保障投資人權利。據此，本文認為成員國內部間的投保協定有其留存的必要性。