

試析《能源憲章條約》仲裁條款與歐盟法律體系之相容性

鄭伊廷

摘要

《能源憲章條約》之仲裁條款長久以來被頻繁使用於歐盟內部投資爭端，而歐盟法院於 2018 年 *Slovak Republic v. Achmea B.V.* 一案之先行裁決中，認定歐盟內部「雙邊投資保障協定」下之仲裁條款與歐盟法不相容，因而引發是否停止歐盟成員國間投資仲裁之爭論，也連帶掀起歐盟內部對《能源憲章條約》之仲裁條款的關切。由於《能源憲章條約》為一多邊之投資協定，以及歐盟在其談判歷史中扮演起草者與推動者之角色，因此不同於歐盟內部雙邊投資保障協定，似乎有其存在之必要性。是以本文欲討論 *Slovak Republic v. Achmea B.V.* 一案對《能源憲章條約》之仲裁條款的影響，並分析《能源憲章條約》之仲裁條款與歐盟法律體系之相容性。

歐洲聯盟法院 (Court of Justice of the European Union, CJEU) 於 *Slovak Republic v. Achmea B.V.* 一案 (以下簡稱 Achmea 案) 中首次認定歐盟內部雙邊投資保障協定 (Bilateral Investment Treaties, BITs) 的仲裁條款會抵觸歐盟法¹，此舉與歐盟執委會 (European Commission) 長期以來對於歐盟內部 BITs 仲裁之否定立場一致，亦促使歐盟成員國於去 (2019) 年底達成終止歐盟內部 BITs 之共識²。今年 5 月歐盟成員國間正式完成《終止歐盟內部 BITs 之協定》 (Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union) 之簽署，並預計於歐盟理事會 (European Council) 秘書長收到第二份批准文件 (second instrument) 後 30 天生效³。

¹ Case C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV* (Mar. 6, 2018) [hereinafter Achmea Case]; 參考：林明億，歐洲聯盟法院裁決荷蘭—斯洛伐克雙邊投資協定之仲裁條款與歐盟法律不相容，政治大學國際經貿組織暨法學研究中心經貿法訊，234 期，頁 14-19，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no234/3.pdf> (最後瀏覽日：2020 年 6 月 10 日)。

² *Statement: EU Member States Agree on a Plurilateral Treaty to Terminate Bilateral Investment Treaties*, EUROPEAN COMMISSION (Oct. 24, 2019), https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/191024-bilateral-investment-treaties_en.pdf; 參考：鐘苡甄，歐盟成員國間雙邊投資保障協議的末路，政治大學國際經貿組織暨法學研究中心經貿法訊，262 期，頁 11-15，<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no262/3.pdf> (最後瀏覽日：2020 年 6 月 10 日)。

³ Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, arts.11.1,16, 2020 O.J. (L 169) 1 [hereinafter Agreement for the Termination of Intra-EU BITs].

由於《能源憲章條約》(Energy Charter Treaty, ECT)中與歐盟內部BITs同樣設有仲裁條款⁴，故Achmea案之裁決作成後，亦掀起歐盟內部對於ECT仲裁條款之關切。ECT之成立宗旨係為改善能源供應之穩定、提高能源生產、轉換、輸送、分配與使用之效能，以在可行的經濟基礎上增加能源安全與減少環境問題⁵。ECT為一多邊投資協定，締約方包括歐盟與歐洲原子能共同體(European Atomic Energy Community)、26個歐盟成員國、英國、及日本等⁶，因此可以將ECT締約方間之關係大致劃分為：歐盟成員國間之內部關係、歐盟成員國與第三國間之外部關係、及非歐盟成員國間之關係⁷。據統計，至目前為止共有1023起投資人對地主國之爭端解決(Investor-To-State Dispute Settlement, ISDS)機制案件，在根據ECT所成立的128起案件中，又有83起為歐盟內部之投資爭端案件⁸，顯見ECT之仲裁條款被頻繁使用於歐盟內部之投資爭端中。

事實上，歐盟執委會已強烈表示其反對ECT仲裁條款適用於歐盟內部投資爭端的立場⁹，然而歐盟成員國間對此仍有歧見¹⁰，導致《終止歐盟內部BITs之協定》中特別聲明該協定不適用於根據ECT仲裁條款所進行之歐盟內部仲裁案件¹¹，這也為ECT仲裁條款的後續發展增添了不確定性。因此本文第一部分欲透過ECT的談判歷史與規範目的進行說明，帶出ECT與歐盟內部BITs的不同之處。第二部分則會探討根據ECT所成立之歐盟內部投資仲裁的管轄權爭議，先介紹過往仲裁庭

⁴ 協定設有投資保護與爭端解決機制之規定，使締約國及其投資人得以透過 ECT 仲裁條款訴諸於投資爭端仲裁庭。Energy Charter Treaty art. 26, Apr. 16, 1998, 2080 U.N.T.S. 100. [hereinafter ECT].

⁵ The Energy Charter Treaty (with Incorporated Trade Amendment) and Related Documents, at 10, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/itre/dv/energy_charter_/energy_charter_en.pdf (last updated July 14, 2014).

⁶ 目前簽署《能源憲章條約》的有 54 個締約國、歐盟、以及歐洲原子能共同體，其中，有 4 個締約國尚未批准該協定，分別為澳洲、白俄羅斯、挪威、俄羅斯聯邦，而 27 個歐盟成員國中，僅義大利後來退出 ECT。Energy Charter Treaty: Signatories / Contracting Parties, INTERNATIONAL ENERGY CHARTER, <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/signatories-contracting-parties/> (last updated Feb. 18, 2019).

⁷ Graham Coop, *Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable?*, 27(3) J. ENERGY & NAT. RESOURCES L. 404, 411(2009).

⁸ *Investment Dispute Settlement Navigator*, INVESTMENT POLICY HUB, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=1000> (last visited Jun. 7, 2020).

⁹ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Protection of Intra-EU Investment*, at 26, COM (2018) 547 final (July 19, 2018).

¹⁰ 英國及 21 個歐盟成員國肯定 Achmea 案之先行裁決將影響 ECT 仲裁條款，使其無法適用於歐盟內部之投資爭端。其餘 5 國如芬蘭、瑞典、盧森堡、馬爾他、斯洛維尼亞，則認為該案之先行裁決僅涉及歐盟內部 BITs 之投資爭端，並拒絕對是否影響 ECT 仲裁條款一事表態。而匈牙利是唯一表明 Achmea 案之先行裁決因並未提及 ECT 仲裁條款，故不會對該條款產生任何效果的歐盟成員國。Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union (Feb. 16, 2019), https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

¹¹ Agreement for the Termination of Intra-EU BITs, annex A, at 6, (“[T]his Agreement addresses intra-EU bilateral investment treaties; it does not cover intra-EU proceedings on the basis of Article 26 of the Energy Charter Treaty.”).

之相關判斷，再說明歐盟內部之立場。第三部分則會分析 ECT 仲裁條款與歐盟法律體系之相容性。

壹、ECT 之緣起與特性

歐盟執委會與成員國在 1980 年代中期頒布了單一市場計畫 (Single Market Programme) 以推動規模經濟及促進能源效率與歐盟的競爭力，歐盟執委會與歐盟理事會認為該計畫必須涵蓋各成員國的能源部門，且將破碎化的國家壟斷市場轉型為一個具有競爭力之歐盟能源市場，將使能源價格的降低幅度達到歐盟當時 GDP 的 0.5%，並提升能源安全與促進經濟繁榮¹²。因此歐盟期望透過 ECT 達成能源單一市場的推動，建立連接歐盟主要能源輸送國與提供國之區域性框架¹³。在歐盟積極的推動下，ECT 最終於 1994 年在葡萄牙里斯本完成簽署，並於 1998 年 4 月開始生效，值得注意的是，最終簽署時，歐盟、歐洲原子能共同體 (European Atomic Energy Community) 及當時的各歐盟成員國分別成為 ECT 之締約方¹⁴。

ECT 之範疇極廣，觸及締約當時屬於歐盟的「專屬權限」(如貿易政策)、歐盟與成員國之「共享權限」(如能源與其運輸之政策)與歐盟成員國之「專屬權限」(如投資保護)¹⁵。而涉及歐盟「專屬權限」之協定，歐盟享有批准的全權，無需再經由成員國議會批准；反之，若是涉及歐盟與成員國「共享權限」的協定，則需歐盟與成員國議會的共同批准¹⁶。因 ECT 包含歐盟與成員國之「共享權限」，採取混合批准 (mixed ratification) 之形式有法律上必要性¹⁷。

歐盟成員國與歐盟機構間之權限分配係規範於歐盟底下之各項條約，像是《羅馬條約》(Treaty of Rome)¹⁸、《里斯本條約》(Treaty of Lisbon)¹⁹、《歐洲聯盟條約》(Treaty on European Union, TEU)²⁰與《歐洲聯盟運作條約》(The Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)²¹，歐盟並受限於該些條約之規定²²。對此，儘管 ECT 中涉及能源政策部分目前仍為歐盟與成員國之「共

¹² J. Robert Basedow, *The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration*, 23 J. INT'L ECON. L. 271, 277 (2020).

¹³ *Id.*

¹⁴ *The Energy Charter Treaty*, INTERNATIONAL ENERGY CHARTER, <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/> (last updated Feb. 18, 2019).

¹⁵ J. Robert Basedow, *supra* note 12, at 288.

¹⁶ 鄭昶欣，歐盟新型態經貿協定有關投資議題之特色，*經濟前瞻*，189 期，頁 97，98-99 (2020 年)。

¹⁷ J. Robert Basedow, *supra* note 12, at 273-274.

¹⁸ Treaty Establishing the European Economic Community, Mar. 25, 1957, 298 U.N.T.S. 3.

¹⁹ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, 2007 O.J. (C 306) 1, 1-146 [hereinafter Treaty of Lisbon].

²⁰ Consolidated Version of the Treaty on European Union, 2012 O.J. (C 326) 13, 13-45 [hereinafter TEU].

²¹ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2012 O.J. (C 326) 47, 47-200 [hereinafter TFEU].

²² April Lacson, *What Happens Now? The Future of Intra-E.U. Investor-State Dispute Settlement*

享權限」，但《里斯本條約》生效後，TFEU 第 3(1)(e)條²³將共同商業政策收歸為歐盟之專屬權限，而由於外人直接投資被 TFEU 第 207 條²⁴納入共同商業政策之範圍內，故有關外人投資之權限也被歐盟收回，就此投資被劃歸為歐盟之專屬權限²⁵。換言之，歐盟之機構如歐盟執委會與 CJEU 即享有投資方面之主管權限²⁶。如此一來，有爭議的是倘若未來 CJEU 認定 ECT 仲裁條款與 TFEU 不相容，成員國應如何依歐盟之指示處理歐盟內部的 ECT 爭端？²⁷就目前而言，歐盟執委會已表明 ECT 仲裁條款與歐盟法律體系不相容²⁸，惟 CJEU 並未對該仲裁條款與 TFEU 之相容性做出判斷²⁹。

由於依 ECT 與歐盟內部 BITs 建立之投資仲裁庭，不屬於歐盟成員國之司法體系，仲裁庭無權向 CJEU 提起先行裁決，使仲裁庭對於歐盟法之解釋可能與歐盟法律體系不一致，故兩者皆受到挑戰³⁰。然而 ECT 與歐盟內部 BITs 仍有許多不同之處，首先，ECT 不僅僅作為投資協定，其也是一個提倡能源合作之多邊框架，特別著重在外人投資、貿易、輸送與環境保護這四項議題；再者，歐盟內部 BITs 僅會在歐盟成員國間簽署，ECT 之締約國卻不只包含歐盟成員國，還包括歐盟與歐洲原子能共同體及其他非歐盟之第三國³¹。就此，本於 ECT 與歐盟內部 BITs 不全然相同，即使目前 CJEU 於 Achmea 案已認定歐盟內部 BITs 之仲裁條款與歐盟法律體系不相容，並不表示 ECT 之仲裁條款也會得到相同之認定結果。

貳、依 ECT 成立之歐盟間投資仲裁庭的管轄權爭議

自 CJEU 作成 Achmea 案之先行裁決後，英國及 21 個歐盟成員國針對 Achmea 案之後續影響力作成一宣言（以下簡稱 22 國宣言），其提及任何由歐盟締結之國際協定（如 ECT）皆能構成歐盟法之一部分，因此該協定必須與 TFEU 與 TEU 相容³²。22 國宣言中指出因為仲裁庭將 ECT 解釋為含有適用於成員間的仲裁條款，故將使 ECT 之仲裁條款與歐盟條約不相容³³。就此，地主國可能直接以該宣

Under the Energy Charter Treaty, 51(4) N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 1327, 1333 (2019).

²³ TFEU, art. 3(1)(e).

²⁴ *Id.* art 207.

²⁵ *Id.*; Treaty of Lisbon, arts. 188A, 188C.

²⁶ April Lacson, *supra* note 22, at 1333.

²⁷ *Id.*

²⁸ EU Commission, *supra* note 9, at 4.

²⁹ April Lacson, *supra* note 22, at 1334.

³⁰ J. Robert Basedow, *supra* note 12, at 275.

³¹ Gloria M. Alvarez, *Redefining the Relationship Between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative Conflict to Policy Tension*, 33(2) ICSID REV. 560, 562 (2018).

³² Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union (Jan. 15, 2019), at 2, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf [hereinafter Declaration of 22 EU Member States].

³³ *Id.*

言來反對仲裁庭之管轄權，惟因為 22 國宣言中並未附上詳細之解釋理由，導致投資仲裁庭在回應此一主張時亦產生許多批評。

繼 CJEU 於 Achmea 案宣布歐盟內部 BITs 仲裁條款與歐盟法律體系不合致後，Vattenfall AB and others v. Germany 案³⁴（以下簡稱 Vattenfall 案）乃首件就 Achmea 案之法律效果做出判斷的案件，而在 Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic 案³⁵（以下簡稱 Eskosol 案）中，仲裁庭則針對 22 國宣言之效力作成完整的裁斷。以下將先回顧前述兩案之仲裁庭分析過程，說明目前多數仲裁庭對於歐盟內部因 ECT 所生之投資仲裁中有無管轄權之見解，接著再闡述歐盟執委會之相關聲明。

一、Vattenfall 案對仲裁庭有無管轄權之認定

本案為瑞典能源公司 Vattenfall 控訴德國政府之投資爭端，此係由於 2011 年日本核災發生後，德國政府隨即宣布加速淘汰核電廠之核能法修正案，造成 Vattenfall 公司在德國投資之核電廠受到不利益，遂至國際投資爭端解決中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID）提起仲裁程序³⁶。

本案中原被告援引 ECT 第 26(6)條，將歐盟法與 Achmea 案之先行裁決納為準據法，使仲裁庭依此決定管轄權之有無，惟仲裁庭認為該條僅能作為處理爭端「實體層面」，與仲裁庭之管轄權無關，因此重新認定管轄權的準據法³⁷。仲裁庭認為其對此投資爭端之審查權限係因當事雙方同意根據 ECT 進行仲裁，然而由於本案缺乏判斷管轄權的選法條款，故應回歸 ECT 之條約內容來判斷，特別是 ECT 第 26 條（ECT 之仲裁條款）³⁸。在解釋 ECT 第 26 條時應遵循國際法之解釋原則，即 VCLT 之規定³⁹。此外，雖然本案是在 ICSID 下所提起之爭端程序，《解決國家與他國國民間投資爭端公約》（Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States，以下簡稱 ICSID

³⁴ Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue (Aug. 31, 2018), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf> [hereinafter Vattenfall Case].

³⁵ Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Italy's Request for Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-Eu Disputes (May 7, 2019), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10512.pdf> [hereinafter Eskosol Case].

³⁶ 楊筑羽，論國際投資條約中合理期待之爭議－以德國憲法法院第 13 次核能修正案判決對合理期待之解釋試評國際投資爭端 Vattenfall II 案之可能發展，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，215 期，頁 19-40，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no215/4.pdf>（最後瀏覽日：2020 年 6 月 10 日）。

³⁷ Vattenfall Case, ¶¶ 120,121.

³⁸ *Id.* ¶ 124.

³⁹ *Id.* ¶ 125.

公約)⁴⁰ 理應可作為管轄權之依據⁴¹，惟原告之所以能夠到 ICSID 下提起仲裁，係因 ECT 第 26(4)條僅允許投資人將爭端提交到四個指定之仲裁機構 (ICSID 即為其一)，故仲裁庭認為與本案管轄權最相關者仍為 ECT 第 26 條，準據法之判斷應透過解釋 ECT 第 26 條來論斷⁴²。

有關歐盟法與 Achmea 案之先行裁決是否會成為仲裁庭解釋 ECT 第 26 條所需參酌的國際法，仲裁庭認為需要分成兩階段審查，首先判斷歐盟法與該先行裁決是否為國際法，接著再認定是否有 VCLT 第 31(3)(c)條之適用⁴³，導致須考量適用於當事國間之任何相關的國際法規則⁴⁴。

在判斷歐盟法是否具備國際法層級時，仲裁庭認為應該參考《國際法院規約》(Statute of the International Court of Justice) 第 38(1)條⁴⁵規定之國際法法源⁴⁶。根據該條(a)款，任何由確立訴訟之當事國間所簽訂的國際公約與條約皆為適用於該爭端之國際法⁴⁷。是以 TEU 與 TFEU 在歐盟成員國間之投資爭端中皆為國際法層級的法源⁴⁸。而 TFEU 與 TEU 為歐盟法律之根本，因此歐盟法也得以被視為國際法⁴⁹。Achmea 案之先行裁決則因係由 TEU 第 18 條與 TFEU 第 267 條授權 CJEU 對歐盟法進行解釋，故也具有國際法層級之地位⁵⁰。

接著，歐盟執委會以非當事方 (Non-disputing Parties) 之身份於該案所提的意見中主張，歐盟法與 Achmea 案之先行裁決應可落入 VCLT 第 31(3)(c)條「適用於當事國間之任何相關的國際法規則」的範疇，因此仲裁庭在對 ECT 進行解釋時，須將歐盟法與該案之先行裁決作為準據法⁵¹。雖然仲裁庭已肯定歐盟法為國際法層級之法源，但不認同歐盟執委會之解釋方式⁵²。其指出應依條文順序優先適用 VCLT 第 31(1)條，依該條之用語按其上下文並參照條約之目的及宗旨與通常意義，善意解釋 ECT 第 26 條⁵³。不能跳過 VCLT 第 31(1)條的順序，直接套

⁴⁰ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 575 U.N.T.S. 159, (“The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.”) [hereinafter ICSID Convention].

⁴¹ Vattenfall Case, ¶ 126.

⁴² *Id.* ¶¶ 126, 128.

⁴³ The Vienna Convention on the Law of Treaties art. 31(3)(c), May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, (“[A]ny relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.”) [hereinafter VCLT].

⁴⁴ Vattenfall Case, ¶¶ 134-135.

⁴⁵ Statute of the International Court of Justice, art. 38(1), 33 U.N.T.S. 993.

⁴⁶ Vattenfall Case, ¶ 140.

⁴⁷ Statute of the International Court of Justice, art. 38(1)(a).

⁴⁸ Vattenfall Case, ¶ 145.

⁴⁹ *Id.* ¶ 146.

⁵⁰ *Id.* ¶ 148.

⁵¹ *Id.* ¶ 151.

⁵² *Id.* ¶ 152.

⁵³ *Id.* ¶ 153.

用 VCLT 第 31(3)(c)條對條約進行解釋，直接以「適用於當事國間之國際法規則」決定管轄權之準據法⁵⁴。

最後，從 VCLT 之前言與第 26 條可知，締約國應善意履行其義務，因此對多邊協定之所有締約國而言，同一條款之同一詞彙應具有相同涵義，不應取決於任一國之個別法律義務或因爭端當事方而異，因為這樣將會帶給締約國條約解釋上與義務上的破碎化與不確定性⁵⁵。是以，仲裁庭認為不能僅為了歐盟法律體系整體之調和，即在歐盟內部之投資爭端中排除 ECT 仲裁條款的適用，使 ECT 之仲裁條款在非歐盟內部投資爭端與歐盟內部投資爭端中有不同的解釋，否則將悖離 ECT 條文之原意⁵⁶。

因此根據上述見解，仲裁庭認為依 VCLT 第 31 條對 ECT 第 26 條進行解釋時，無須考慮歐盟法⁵⁷，加上 Achmea 案之先行裁決並無明確指向 ECT 仲裁條款與歐盟法之相容性⁵⁸，故其在對 ECT 第 26 條進行解釋時無需參酌歐盟法與 Achmea 案之先行裁決。更甚者，即便依 VCLT 第 31(3)(c)條對 ECT 第 26 條進行解釋，將歐盟法與 CJEU 之先行裁決作為仲裁庭判斷管轄權時之準據法，亦不得以悖離 ECT 條文原意的方式作解釋，恣意認定 ECT 第 26 條不能適用於歐盟內部之投資爭端⁵⁹。

二、Eskosol 案對於「22 國宣言」的認定

本案為比利時籍 Eskosol 公司針對義大利政府所提起之投資爭端，因為義大利通過一系列法令以減少太陽能計劃之關稅優惠，使 Eskosol 公司無法進行在義大利的太陽能電板相關項目，導致其破產⁶⁰。義大利在本案中主張由於比利時與義大利皆有簽署「22 國宣言」，故應終止本案之投資仲裁程序，為支持其立論，義大利又主張應依 VCLT 第 31(2)(b)條與 VCLT 第 31(3)(a)條來解釋 ECT 第 26 條，使 ECT 第 26 條不能適用於歐盟內部之投資爭端，進而讓仲裁庭喪失本案之管轄權，惟上述見解皆未被仲裁庭所採納⁶¹。

首先，VCLT 第 31(2)(b)條中規定條約得以「一個以上當事國因締結條約所訂，並經其他當事國接受為條約有關文書之任何文書」來作上下文解釋⁶²。就本

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* ¶¶ 155, 156, 158; VCLT, art. 26, (“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”).

⁵⁶ Vattenfall Case, ¶ 158.

⁵⁷ *Id.* ¶ 165.

⁵⁸ *Id.* ¶¶ 163, 165.

⁵⁹ *Id.* ¶¶ 165, 167.

⁶⁰ *Investment Dispute Settlement Navigator: Eskosol v. Italy*, INVESTMENT POLICY HUB, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy> (last visited May 23, 2020).

⁶¹ Eskosol Case, ¶ 218.

⁶² VCLT, art. 31(2)(b), (“[A]ny instrument which was made by one or more parties in connection with

條之「因締結條約所訂」之要件，由於此宣言係於 2019 年 1 月作成，而 ECT 早在 1998 年生效，因此該宣言似乎無法符合該要件⁶³。此外，仲裁庭認為依據 VCLT 第 31(2)(b)條解釋締約方原意時，該條所謂之「上下文」應不包括事後所作成之特別聲明 (post-hoc statement)⁶⁴。

再者，雖然 VCLT 第 31(3)(a)條中允許以「當事國嗣後所訂關於條約解釋之協定」來作為條約之補充性解釋，然而本條之「嗣後解釋性協定」根據《2001 年版國際法律人委員會有關條約保留實踐之指引》(ILC's 2001 Guide to Practice on Reservations to Treaties) 應區分為全體締約國所作成之共同解釋，與部分締約國所作成之單邊解釋⁶⁵。而「22 國宣言」僅由 20 個 ECT 締約國作成，並非 ECT 全體締約國共同制定，因此即使在本案中，地主國與投資人之母國皆有簽署此宣言，其仍不會改變此宣言的單邊性質⁶⁶。況且，由此宣言的內容觀之，其實質上並未針對 ECT 之特定條文語句做任何解釋，反而比較具有政治意志 (political will) 之性質，故與「嗣後解釋性協定」相差甚遠⁶⁷。

最後，當一條約中有禁止保留的條文規定時，還需進一步釐清「解釋性聲明」與「條約之保留適用」之差異⁶⁸。由於 ECT 第 46 條中明文締約方禁止對 ECT 為保留，故需特別定性 22 國宣言的性質⁶⁹。根據國際法相關之指引原則，當一條約中有禁止保留之規定時，一旦任何針對該條約之單邊解釋性聲明，具有修改條約中特定條文之法律效果，即非「解釋性聲明」，而構成「條約之保留適用」⁷⁰。有鑒於「22 國宣言」為 ECT 部分締約國之單邊性聲明，且其對於 ECT 仲裁條款之解釋，甚至會修改 ECT 底下各締約國與投資人提起投資爭端之權利，故此宣言應該為「條約之保留適用」，而非 ECT 仲裁條款之「解釋性聲明」⁷¹。

是以，根據國際法之解釋原則，「22 國宣言」無法落入 VCLT 第 31(2)(b)條與第 31(3)(a)條之範疇，並非仲裁庭判斷管轄權時所需審酌之法律文件，而無法透過該宣言認定 ECT 仲裁條款不能適用於歐盟內部之投資爭端。

三、歐盟執委會對於仲裁庭管轄權的相關聲明

the conclusion of the treaty....”).

⁶³ Eskosol Case, ¶ 219.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.* ¶ 220; VCLT, art. 31(3)(a), (“[W]hich was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty.”).

⁶⁶ Eskosol Case, ¶ 221.

⁶⁷ *Id.* ¶ 222.

⁶⁸ *Id.* ¶ 224.

⁶⁹ *Id.* ¶ 225.

⁷⁰ *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, Y.B OF THE INT’L. COMM’N 2011, at 26, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/2011/Add.1 (Part 2).

⁷¹ Eskosol Case, ¶ 225.

早先在 Achmea 案之先行裁決作成後，歐盟執委會隨即於有關保護歐盟內部投資之文件中聲明：「有鑒於歐盟法之優位性，若認為 ECT 仲裁條款得以適用於歐盟內部投資爭端中，則會與歐盟法律體系不相容。⁷²」該文件中並表示歐盟作為 ECT 之締約方，其在 ECT 下所生之權利義務僅發生於歐盟與第三國間，而不會對歐盟成員國間之關係產生任何影響⁷³。

雖然根據 ECT 之規定，締約方應在投資人選擇訴諸國際仲裁或和解之途徑時，「無條件地同意」將爭端提交國際仲裁或和解⁷⁴。然而 ECT 第 26(3)(b)條卻提供例外規定，使列於附件 1D 之締約方於向 ECT 秘書處遞交相關聲明後，得在投資人已訴諸 ECT 第 26(2)(a)條「地主國之國內法院與行政救濟程序」、ECT 第 26(2)(b)條「任何雙方先前同意與可適用之爭端解決程序」時，免除無條件同意提交國際仲裁之義務⁷⁵。就此，歐盟在其對 ECT 秘書處所提交之聲明中不但說明 CJEU 作為歐盟與歐洲原子能共同體之司法機構，有權審查 ECT 之相關爭議，更表示第三國之投資人在 CJEU 下所提起的合法訴訟等同「地主國之國內法院與行政救濟程序」，在該情況下，歐盟並不負無條件同意提交國際仲裁之義務⁷⁶。

從歐盟向 ECT 秘書處所遞交的聲明可知，歐盟執委會似乎強調 CJEU 對於 ECT 下之爭端享有專屬管轄權，藉此表示仲裁庭在依據 ECT 所提起之投資仲裁中並無管轄權。惟該聲明之註腳中卻寫明「此份聲明僅適用在非歐盟成員國之 ECT 締約方所提起的爭端，歐盟內部投資爭端並不落入此聲明之範疇」⁷⁷。此項排除看似執委會是在否認 CJEU 在歐盟內部投資仲裁中享有專屬管轄權，然而細究執委會長久以來對於歐盟內部投資仲裁所持之態度，更有可能係因其認為 ECT 仲裁條款根本不適用於歐盟內部投資仲裁中，所以才特別不於該份向 ECT 秘書處所遞交的聲明中處理歐盟內部投資仲裁之議題。

由於歐盟執委會將這份聲明特別排除適用於歐盟內部投資爭端，且 CJEU 亦尚未就 ECT 仲裁條款與歐盟法之相容性作出相關裁決⁷⁸，有關仲裁庭與 CJEU 在歐盟內部投資爭端之管轄權爭議似乎尚無定論。

此外，後來 21 個歐盟成員國與英國又發表了「22 國宣言」，否定 ECT 仲裁條款適用於歐盟內部投資爭端，足以顯見歐盟內部目前對於仲裁庭在歐盟內部投資仲裁之管轄權，應是傾向採取否定見解。

⁷² EU Commission, *supra* note 9, at 4.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ ECT, arts. 26(2), 26(3)(a).

⁷⁵ *Id.* art. 26(3)(b)(ii).

⁷⁶ Statement Submitted to the Energy Charter Treaty (ECT) Secretariat Pursuant to Article 26(3)(B)(Ii) of the ECT Replacing the Statement Made on 17 November 1997 on Behalf of the European Communities, 2019 O.J. (L 115) 1, 2.

⁷⁷ *Id.* at 1, n.2.

⁷⁸ April Lacson, *supra* note 22, at 1334.

參、ECT 仲裁條款與歐盟法律體系之相容性

Achmea 案之先行裁決並未明確指出 ECT 仲裁條款是否與歐盟法律體系相容，故本段首先欲透過歐盟與成員國的權限分配來簡單說明兩者之關係，接著再探討若歐盟法與 ECT 條款發生衝突時之優位性，分析 ECT 之仲裁條款是否可能因違反歐盟法相關規定，而與歐盟法律體系不相容。

一、歐盟與成員國間在能源方面的權限分配

雖然在《里斯本條約》生效後，歐盟已將外人直接投資之權限全部收回，然而能源方面仍是歐盟與其成員國之共享權限⁷⁹。從政策面來看，歐盟之能源法規係透過規範貿易促進、成員國之間的連結、潔淨能源與滿足其能源需求的能源效能技術等，演變為對能源消耗的監管⁸⁰。而 ECT 卻是將外國投資人與地主國置於一個國際法競爭環境 (playing field) 中，要求締約國提供不歧視的跨境合作⁸¹。因此，歐盟能源法與 ECT 中有不同的議程和目標，這也顯示出能源部門的多元面向，使其難以被規範在單一法律框架下⁸²。

此外，由於能源為歐盟與成員國之共享權限，再加上歐盟各成員國又有其獨立之能源規範與政策，因此歐盟在制定能源相關法律時，勢必會受到「法律一致性 (uniformity)」之挑戰，像是各國對於能源投資之態度可能不同，而導致成員國間不平等的能源投資待遇⁸³。在此情況下，因為 ECT 可以規範到投資後 (post-investment) 議題，要求地主國提供外國投資人特定之待遇，故 ECT 在能源投資方面似乎能觸及較歐盟能源法更廣之範疇，這也使 ECT 運用在歐盟內部的跨境投資爭端中有其重要性⁸⁴。本於 ECT 與歐盟法在能源部分所處理之層面不完全相同，且能源仍為歐盟與其成員國之共享權限，不像歐盟內部 BITs 因所涉之投資部分已全數收歸為歐盟之專屬權限，故可以期待歐盟法院在未來處理 ECT 與歐盟法之相容性時，或許不會採取如此強硬之否定態度，而使 ECT 在歐盟成員國間可能不會走向廢除之路。

二、歐盟法是否會優先適用於 ECT 仲裁條款

首先，自仲裁庭與歐盟法院的立場觀之，兩者在處理 ECT 案件時，勢必主張其對於該案件享有管轄權。根據歐盟法院過往之案例，只要混合協定中所規定者在歐盟權限範圍內，則該協定與歐盟對外締結之一般協定具有相同法律地位

⁷⁹ Gloria M, *supra* note 31, at 566.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.* at 8.

⁸⁴ *Id.* at 8-9.

⁸⁵。此外，歐盟在協定內所負之義務也將構成歐盟法之一部分，同時對歐盟及其成員國產生拘束力，使歐盟法院對於該協定之爭議享有管轄權⁸⁶。就此，本文認為由於 ECT 係歐盟與其成員國共同批准之混合協定，且歐盟亦享有關於投資與能源方面之權限，因此歐盟法院可能對於 ECT 之案件有管轄權。至於該管轄權是否為歐盟法院所專屬，則非本文所欲討論之重點。

再者，雖 ECT 第 26(1)條中僅要求仲裁庭判斷地主國是否違反 ECT 第 3 章關於「投資促進與投資保護」之義務，使仲裁庭的審查範圍較為限縮⁸⁷；然而，因仲裁庭在作成判斷的過程中，可能將歐盟法作為與爭端相關的國際法、內國法或是事實予以參考，故仲裁庭仍有解釋或適用歐盟法之可能性⁸⁸。是以，若依 ECT 成立之仲裁庭會涉及歐盟法之解釋或適用，其管轄權將與 TFEU 第 344 條⁸⁹及第 267 條⁹⁰賦予 CJEU 解釋歐盟法之專屬管轄權有所衝突，從而需要判斷兩法間之優位關係。

有鑒於 ECT 第 16 條中已針對 ECT 與其他協定之關係做規範，說明締約國於 ECT 先後所成立之協定，若處理之議題同於 ECT 第 3 章與第 5 章關於投資保護及爭端解決之條款，應適用兩者間給予投資人較高保護者⁹¹，因此 ECT 與歐盟法的優位關係將取決於兩者給予投資人之保護水準。而探究歐盟法與 ECT 中有關投資之實質規範內容，前者專注於促進市場公平競爭並禁止國家援助，後者則著重提供外國投資人與國民相同之投資待遇⁹²。在依據 ECT 所成立之歐盟內部投資爭端中，投資人最常主張之投資保護為公平公正待遇 (Fair and Equitable Treatment, FET) 與徵收之補償⁹³，因此以下將聚焦於兩法中關於此兩種投資保護水準之比較，以進行優位性之判斷。

(一) 公平公正待遇

⁸⁵ Case C-459/03, *Commission v Ireland*, Opinion of Advocate General Poiares Maduro (Jan. 18, 2006).

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ J. Robert Basedow, *supra* note 12, at 275.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ TFEU 第 344 條規定成員國不能將有關條約解釋或適用的爭端提交至非條約所規定之任何爭端解決方式。TFEU, art. 344, (“Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein.”).

⁹⁰ TFEU 第 267 條賦予 CJEU 透過先行裁決以統一解釋條約與歐盟法律之權利，從而確保其在適用上之一致性。TFEU, art. 267, (“[T]he Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning: (a) the interpretation of the Treaties; (b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union....”).

⁹¹ ECT, art. 16, (“[N]othing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty, where any such provision is more favourable to the Investor or Investment.”).

⁹² Gloria M. Alvarez, *supra* note 31, at 16.

⁹³ *Id.*

FET 底下給予投資人之相關保護有合理期待之保障、誠信原則、透明化、不專斷之待遇、穩定之政治環境與正當程序⁹⁴。而歐盟法雖無直接關於 FET 之條款，然而其底下仍設有公平待遇、透明化、正當程序與合理期待保障等相關概念，使投資人在歐盟法底下亦可獲得與 FET 相當之投資保護水準⁹⁵。就此，關於公平公正待遇這項投資保護，ECT 與歐盟法給予投資人之實質保護水準十分接近。

(二) 徵收之補償

雖然在 TFEU 底下並未有任何條文明確規定徵收之合理補償，然而歐盟法底下也有關於財產權與補償之相關規定，此可由《歐盟基本權利憲章》(The Charter of Fundamental Rights of the European Union) 中強調對於財產權之保護所證實⁹⁶。由於「國家措施 (national measure)」為歐盟成員國之專屬權限，因此在 CJEU 過往之案例中並未能找到有關政府公用徵收的救濟方式⁹⁷。此外，歐盟法下沒有明確規定財產權受到侵害之後果，且投資人僅在耗盡所有地主國之國內救濟途徑時，始能訴諸《歐盟基本權利憲章》底下之保護，這將使投資人的保護受限於各成員國的國內補償制度⁹⁸。

更甚者，歐盟法並無提供一套關於補償之明確計算方式，且當 CJEU 在評估個人財產權受侵害程度時，將著重於「比例原則」之考量，亦即對徵收手段與公共利益作權衡⁹⁹。惟如此之作法不但將使投資人之補償取決於比例原則的判斷，並可能將使投資人無法獲得全額補償¹⁰⁰。相反地，ECT 卻要求地主國提供財產權人按徵收當時公平市場價格所計算出之補償金額，就此，關於徵收補償部分之投資保護，ECT 似乎提供給投資人更高之投資保護水準¹⁰¹。本文認為由於 ECT 給予投資人較高之實質保護，因此，依 ECT 第 16 條之規定，應優先適用於歐盟法之規定。在依據 ECT 所成立之歐盟內部投資爭端中，即無歐盟法優先適用之原則，仲裁庭在作成判斷時也較無解釋歐盟法之可能性，故 ECT 之仲裁條款較不會因為抵觸歐盟法而與之不相容。

肆、總結

針對能否在歐盟內部投資爭端中排除 ECT 仲裁條款之適用，從 ECT 的條文觀之並無此規範，再加上仲裁庭已於 Vattenfall 案中明確表示 Achmea 案之先行裁決並無明確指向 ECT 仲裁條款與歐盟法之相容性，且即使歐盟法與該案之先

⁹⁴ *Id.* at 17.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.* at 18.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.* at 19.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

行裁決落入爭端適用之國際法，其亦不能跳過 VCLT 第 31(1)之順序，逕行以 VCLT 第 31(3)(c)條來對 ECT 仲裁條款進行解釋。仲裁庭還認為對於 ECT 仲裁條款進行解釋時，不該在歐盟內部投資爭端與非歐盟內部投資爭端中有不同之解釋方式，否則將悖離該條文之原意，故其認為在審查管轄權時，無需參酌 Achmea 案之先行裁決與歐盟法之規定。因此除非未來 CJEU 有直接對 ECT 仲裁條款作出與歐盟法律體系之相容性裁決，否則地主國無法再援引 Achmea 案的先行裁決來拒絕仲裁庭之管轄權。

其次，雖然「22 國宣言」中已表明 ECT 仲裁條款與歐盟法不相容，然而該宣言事實上僅具政治意義，又因 ECT 為多邊協定，歐盟亦無法將終止歐盟內部 BITs 之方式直接運用到 ECT 中。更甚者，因為 ECT 與歐盟對於能源法之規範層面不完全相同，歐盟亦尚未將能源權限全面收歸為其之專屬權限，故 ECT 仲裁條款是否會被排除適用於歐盟內部投資爭端仍有疑義。此外，因為 ECT 第 16 條已提供一定之彈性空間以處理其與歐盟法的關係，使歐盟法得以在對投資人之保護水準高於 ECT 時被優先適用，就某種程度應該也減少仲裁庭解釋歐盟法之可能性，如此一來，似乎較不會造成與歐盟法律體系不一致之情形。

此外，歐盟執委會於去年 10 月 6 日在 ECT 會議上遞交了一份有關 ECT 現代化之政策建議，表明歐盟及其成員國將根據歐盟近期所簽訂之雙邊協定中的作法以及歐盟在聯合國國際貿易法委員會 (United Nations Commission on International Trade Law) 下 ISDS 改革第三工作小組中之立場，來參與 ECT 爭端解決機制之現代化工作，確保其欲建立投資法庭系統 (Investment Court System) 或投資爭端解決之常設機制的立場得以反映在 ECT 之現代化進程中¹⁰²。此一舉動顯示出歐盟懇切希望調和 ECT 仲裁條款與其法律體系的決心，也說明歐盟執委會對於 ECT 之態度未如其對歐盟內部 BITs 那麼強硬。

¹⁰² Energy Charter Secretariat, *Decision of the Energy Charter Conference: Adoption by Correspondence – Policy Options for Modernisation of the ECT*, at 3, CCDEC 2019 (Oct. 6, 2019), <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf>.