

簡介《歐盟—英國貿易暨合作協定》下之投資保護

張書芳 編譯

摘要

英國已於 2021 年 1 月 1 日正式脫歐，並與歐盟簽訂《歐盟—英國貿易暨合作協定》以處理雙方之關係。此協定涵蓋面向極廣，除著墨於貿易、刑事司法合作、漁權分配等議題，亦對投資保護有所規範。從該協定的條文觀之，其無論在投資人與投資的定義、或投資爭端解決機制，亦或是實質保護義務之縮減，皆再再顯示該協定對外國投資人之保護相當有限。另考量到歐盟執委會對其成員國間雙邊投資保障協定長期持反對態度，且部分歐盟成員國已於 2019 年末簽署終止協定，《歐盟—英國貿易暨合作協定》之後續發展值得觀察。

(本篇取材自：Ben Sanderson & Lucia Bizikova, *Investment Protection Falls Victim to Brexit – The Analysis of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement*, JUS MUNDI BLOG (Jan. 25, 2021), <https://blog.jusmundi.com/investment-protection-falls-victim-to-brexit-the-analysis-of-the-eu-uk-trade-and-cooperation-agreement/>.)

《歐盟—英國貿易暨合作協定 (EU-UK Trade and Cooperation Agreement, TCA)》於今 (2021) 年 1 月 1 日起暫時適用 (provisionally applicable)¹。雖然是否正式生效仍取決於歐洲議會的批准²，一旦該協定生效，即會為英國充滿爭議的脫歐過程畫上句點，並為未來歐盟與英國間的貿易關係建立全新框架。

TCA 除涵蓋英國脫歐後其與歐盟間刑事司法合作、貿易及爭端解決等安排³，亦針對投資保護相關之議題設有規範⁴。而就投資保護方面，儘管歐盟與英國

¹ Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of The Other Part, art. FINPROV.11, 2020 O.J. (L 444) 14, 429 [hereinafter TCA].

² Philip Blenkinsop, *EU Lawmakers Stall Vote to Ratify EU-UK Trade Deal in Protest*, REUTERS (Mar. 4, 2021), <https://www.reuters.com/article/uk-britain-eu-vote-idUSKBN2AW1MY>;

鑑於北愛爾蘭地理位置的特殊性，且為維持北愛爾蘭地區與愛爾蘭共和國邊界的和平，《北愛爾蘭議定書》使北愛爾蘭名義上雖與英國一起脫歐，但仍留在歐盟單一市場內，繼續適用相關之歐盟規則。而因英國已於 2021 年正式脫歐，無須適用歐盟的市場規則，故從英國輸往歐盟之貨品須經過檢查，檢查點即設在位於歐盟與英國交界的北愛爾蘭地區。考量到貨品檢查的實施可能讓業者無所適從，歐盟同意給予三個月的寬限期，惟英國卻單方面延長該寬限期，造成歐洲議會杯葛《歐盟—英國貿易暨合作協定》之批准，為協定是否能正式生效增添變數。Tom Edgington & Chris Morris, *Brexit: What Is the Northern Ireland Protocol and Why Are There Checks?*, BBC NEWS (Mar. 16, 2021), <https://www.bbc.com/news/explainers-53724381>.

³ TCA, Parts 2, 3, 6.

⁴ *Id.* Part 2, Heading 1, Title II.

雙方承諾「建立一良好的投資及貿易發展環境」⁵，TCA 仍僅對外國投資人提供有限之保護。此一情況對歐盟境內之英國投資人以及英國境內之歐盟投資人，皆構成相當大的不確定性和潛在風險。目前尚缺乏官方數據的佐證，然數以千計的企業可能將喪失國際層級上之投資保護，且亦無法訴諸完善的國際爭端解決機制。

本文欲先簡介 TCA 之內容，接下來將重點放在討論 TCA 下之投資保護條款，比較該等條款與其他貿易協定、雙邊投資保障協定 (Bilateral Investment Treaties, BITs) 規範之異同，後再論及英國與其他歐盟成員國間所簽訂的 BITs 之未來發展，最後做一總結。

壹、簡介 TCA

TCA 提供橫跨不同產業部門間的優惠性貿易安排，並同時建立歐盟與英國間智慧財產權⁶、政府採購⁷、航空和公路運輸⁸、能源⁹、漁業¹⁰、社會安全¹¹和刑事司法互助¹²等事項之合作。TCA 中適用於外人投資的條款與其他自由貿易協定及 BITs 之相關規範大不相同。其中最大差異在於 TCA 之適用範圍較狹窄、針對外國投資人之實質保護較為限縮，以及欠缺有效的投資人對地主國之爭端解決 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) 機制。TCA 之規範明顯吻合歐盟有意以內國法院或超國家投資法院 (Supranational Investment Court) 來取代投資仲裁之立場。

貳、TCA 下之投資保護條款

就投資保護方面，TCA 的適用範圍相較於其他貿易協定以及 BITs 都狹窄許多，以下將就不同層面分述之。

一、「投資人」與「投資」的定義更為限縮

TCA 中將「締約方的投資人」定義為「尋求於另一方領土內建立、正在建立

⁵ *Id.* art. Servin. 1.1.

⁶ *Id.* Part 2, Heading 1, Title V.

⁷ *Id.* Part 2, Heading 1, Title VI.

⁸ *Id.* Part 2, Headings 2, 3.

⁹ *Id.* Part 2, Heading 1, Title VIII.

¹⁰ *Id.* Part 2, Heading 5.

¹¹ *Id.* Part 2, Heading 4.

¹² *Id.* Part 3.

或已經建立企業的自然或法人」¹³。TCA 亦要求所有投資人要實質參與公司的運營，且在歐盟成員國境內開展業務之英國投資人應與該歐盟成員國政府保有「持續且有效的連結 (effective and continuous link)」¹⁴。藉此，得以排除空殼公司、未營運或不活躍子公司於 TCA 下受到保護。此外，TCA 亦將一系列的產業排除於保護之外，包括航空業與其相關服務、海上和內陸水路運輸、以及視聽服務¹⁵。且 TCA 不適用於與政府採購、政府補貼及補助有關的措施，包含政府優惠性貸款、貸款擔保以及保險¹⁶。更甚者，TCA 亦允許締約方以維護國際和平、安全和人權為由，拒絕給予投資人投資保障¹⁷。

二、限縮對於外國投資人之實質保護標準

不同於與其他國際投資保障協定，TCA 提供予外國投資人的投資保障相當限縮，條文中僅明文規範國民待遇、最惠國待遇以及市場開放之實質保護，至於其他常見的投資保護條款如徵收補償、「公平公正待遇 (Fair and Equitable Treatment)」、「充分保護與安全 (Full Protection and Security)」之措施，或「傘狀條款 (Umbrella Clause)」則付之闕如，因此，投資人在權利受到侵害時（如遭遇國家徵收）可能須援引國際習慣法上的原則以尋求救濟。以下介紹 TCA 內提供予投資人的保護，即國民待遇、最惠國待遇以及市場開放的相關條款。

(一) 國民待遇

TCA 課予歐、英雙方國民待遇的義務，即無論歐盟或是英國，皆需給予另一方投資人不低於其提供予本國投資人和企業之待遇¹⁸。

(二) 最惠國待遇

TCA 亦對歐、英雙方課予最惠國待遇的義務，該義務要求英國和歐盟在涉及一方投資人於其境內成立公司和營運之事項時，提供該投資人不低於其給予第三國投資人之待遇¹⁹。惟該規定將與租稅有關之國際協定、授權與核照標準或要

¹³ *Id.* art. SERVIN. 1.2(j).

¹⁴ *Id.* art. SERVIN. 1.2(k); 「持續且有效的連結」是指公司在歐盟成員國境內，有以該歐盟成員國之內國法為登記，並設有辦公據點。Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, art. 54, 2012 O.J. (C326) 47, 69.

¹⁵ TCA, art. SERVIN. 1.1.5.

¹⁶ *Id.* arts. SERVIN. 1.1.6-1.1.7.

¹⁷ *Id.* art. SERVIN. 1.3.

¹⁸ *Id.* art. SERVIN. 2.3.

¹⁹ *Id.* arts. SERVIN. 2.4.1-2.4.2.

件之認許、檢定之認許排除於最惠國待遇之適用範圍²⁰。更重要的是，TCA 明文規定最惠國待遇條款不適用於其他國際協定中所訂之 ISDS 機制²¹。因此，投資人不得援引最惠國待遇以主張其他 BITs 中更有利的爭端解決條款。

(三) 禁止對市場開放設有限制

TCA 禁止歐、英雙方對市場開放施加限制。特別是雙方皆不可以任何方式限制從事特定經濟活動的企業數量、交易或資產的總價值、營運或產出之總數量、外資參與的資本額，又或是特定產業或特定企業可能雇用的自然人總數²²。雙方並不可要求或限制投資人以特定之法人型態或合資形式從事經濟活動²³。TCA 對於市場開放之要求為較新穎之實質保護標準，而不常見於過往的 BITs 及自由貿易協定中。

三、肯認地主國的規制權

TCA 明文承認歐盟與英國作為地主國之規制權²⁴。該條款之適用範圍很廣，其允許歐、英雙方為達成「合法政策目標 (legitimate policy objectives)」而制定相關規範，前述目標包含了保護公共衛生、公共安全、環境與氣候變遷、社會保障或消費者保護、隱私和資料保護、社會服務、國民教育、公共道德、或是保護和促進文化多元性²⁵。綜上，英國和歐盟在 TCA 底下享有相當廣泛的地主國規制權，再加上該協定對於投資人的「實質保護標準 (substantive standards of protection)」有所不足²⁶，導致其提供予外國投資人的一般性保護可能受到限制。

四、爭端解決條款的不足及其替代方案

TCA 最備受關注處在於該協定有意排除投資人對地主國之爭端解決機制，即其不允許投資人直接向地主國提起控訴。此係因為該協定明文禁止投資人在任何歐盟成員國或英國之內國法院中援引其之規定²⁷，且該協定中亦不存在允許投資人尋求國際仲裁的條款。取而代之的是，TCA 提供一國與國之間的爭端解決

²⁰ *Id.* art. SERVIN. 2.4.3.

²¹ *Id.* art. SERVIN. 2.4.4.

²² *Id.* art. SERVIN. 2.2(a).

²³ *Id.* art. SERVIN. 2.2(b).

²⁴ *Id.* art. SERVIN. 1.1.2.

²⁵ *Id.*

²⁶ 實質保護標準是指投資保障協定中所訂定的條款，其中可能規範最惠國待遇、國民待遇、傘狀條款或公平公正待遇等原則，該些保護標準並為投資人日後主張投資保護的依據。See ALEXANDRA DIEHL, THE CORE STANDARD OF INTERNATIONAL INVESTMENT PROTECTION: FAIR AND EQUITABLE TREATMENT 30-34, 67 (2012).

²⁷ *Id.* art. COMPROV. 16.

機制，以避免和解決任何因解釋或適用 TCA 而生的爭議²⁸。就此，若歐盟或英國政府違反 TCA 之規定，投資人並沒有直接的救濟管道。此外，針對投資人應如何將地主國與投資人間爭端上升至國家間層級，TCA 亦隻字未提。因此，若在英國營運的歐盟投資人（反之亦然）希望為地主國違反投資保護標準之行為、或其他歧視性措施尋求救濟，其救濟管道將限於以下五種方式：

1、訴諸 TCA 下新建立的國家間爭端解決機制，且尋求其母國以該國政府之名義提出控訴。惟此選項顯然對投資人而言成效有限，因為投資人之母國不會希望成為投資爭端的中介者。前述理由亦為 ISDS 制度發展之主因。

2、援引任一個英國與歐盟成員國間目前仍有效的 BITs（共 11 個）以尋求保護²⁹；

3、主張《能源憲章條約》（Energy Charter Treaty, ECT）下所提供之保護，惟 ECT 僅能適用於與能源相關的少數投資爭端中；

4、英國與各歐盟成員國間其他明文規定可訴諸仲裁之投資協定；

5、積極採取公司重組之行為以確保其於國際法下受到保護³⁰。

參、英國與歐盟成員國間所簽訂的 BITs 與 TCA 之關係

現行規範英國與歐盟間投資關係的協定除 TCA 之外，尚有 11 個現存之英國與歐盟各成員國簽訂之 BITs。值得注意的是，TCA 的簽訂並未終止該等 BITs，該協定反而明文表示「TCA 之適用不會影響任何英國與歐盟成員國間既有的雙邊協定」，並重申「雙方有履行此類協定的義務」³¹。另外，TCA 承認未來英國與歐盟成員國間有簽訂其他雙邊協定之可能，並聲明該等協定會成為 TCA 之附隨協定，且構成英國與歐盟成員國間雙邊關係不可或缺之部分，亦會成為 TCA

²⁸ *Id.* Part 6, Title 1.

²⁹ 與英國訂有 BITs 的 11 個歐盟成員國分別為保加利亞（1995）、捷克共和國（1990）、克羅埃西亞（1997）、愛沙尼亞（1994）、匈牙利（1987）、拉脫維亞（1994）、立陶宛（1993）、馬爾他（1986）、羅馬尼亞（1995）、斯洛維尼亞（1996）及斯洛伐克（1990）。*International Investment Agreements Navigator: United Kingdom*, INVESTMENT POLICY HUB, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/221/united-kingdom>.

³⁰ 當投資人為了取得特定國際投資協定下之保護，其可能透過投資架構之安排，例如跨國投資、併購公司、設立子公司等等之公司重組行為，以間接或直接方式成為該國際投資協定之適格當事人。黃意涵，論國際投資協定國籍安排之爭議——台新彰銀案之管轄權初探，國立政治大學國際經營與貿易學系研究所碩士學位論文，頁 9（2017 年）。

³¹ TCA, art. FINPROV. 2.

總體框架之一部分³²。

鑑於 TCA 限縮其對於投資人之實質保護，且欠缺有效的爭端解決機制，因此，若投資人可利用英國與歐盟成員國間現存的 BITs 尋求救濟，則其所受到之保障可能大幅改善。然而，值得注意的是自 2018 年 *Achmea v. Slovakia* 案以後，歐盟執委會即認為歐盟成員國彼此間簽訂之 BITs 與歐盟法不相容³³。23 個歐盟成員國更於 2020 年 5 月 5 日簽署終止協定，該終止協定有效地終止簽署國間現存的 BITs，及免除該等 BITs 中落日條款之所有法律效果³⁴。惟 4 個歐盟成員國（奧地利、芬蘭、冰島、瑞典）和英國皆未簽署該終止協定，故英國與其他 11 個歐盟成員國間所簽署的 BITs 仍屬有效³⁵。

肆、結論

本文聚焦在討論 TCA 簽訂後對投資人產生的影響，其中最受矚目者為該協定中爭端解決機制的設計，因 TCA 除禁止投資人於歐盟或英國之內國法院援引該協定外，針對投資人可否尋求國際仲裁則保持沈默，此沈默似代表投資人沒有尋求國際仲裁救濟之可能。另外就現行英國與部分歐盟成員國間 BITs 與 TCA 的關係，該等雙邊協定並不會因為 TCA 的生效而失效，且未來英國仍可與各歐盟成員國簽訂其他雙邊投資保障協定。惟由於歐盟不滿英國在今年 3 月時單方面延長北愛爾蘭的食品進口檢查寬限期，對於歐洲議會是否會正式批准 TCA 增添變數，則其後續發展仍值得吾人繼續關注。

³² *Id.* art. COMPROV. 2.

³³ Case C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV* (Mar. 6, 2018); 相關討論可見：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：2021 年 3 月 25 日)。

³⁴ 落日條款是指於 BITs 終止日前所簽訂的投資契約仍受該協定終止後一定期間的保護。

Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, arts. 1(7), 2, 2020 O.J. (L169) 1, 3-4 [hereinafter *The Termination Agreement*]; 相關討論可見：鐘苡甄，歐盟內部雙邊投資保障協定的末路，國立政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，262 期，頁 11-15，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no262/3.pdf> (最後瀏覽日：2021 年 3 月 25 日)。

³⁵ *The Termination Agreement*, at 1; 縱使該 11 個與英國訂有 BITs 之歐盟成員國皆簽署了終止協定，但因為英國並未簽署該終止協定，故該 11 國與英國間之 BITs 仍屬有效。