



## 哥伦比亚国际直接投资展望

哥伦比亚大学维尔可持续投资中心

FDI 热门问题的观点

系列 21 2010 年 3 月 24 日

总编辑: Karl P. Sauvant ([Karl.Sauvant@law.columbia.edu](mailto:Karl.Sauvant@law.columbia.edu))

编辑: Lisa Sachs ([Lsachs1@law.columbia.edu](mailto:Lsachs1@law.columbia.edu))

执行编辑: Rex Chatterjee ([rchatt@law.columbia.edu](mailto:rchatt@law.columbia.edu))

## 欧盟 BITs 模型是可能的——甚至是合意的吗？

Armand de Mestral C.M.\*

2009 年 12 月 1 日生效的欧盟工作模式条约 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) 扩展了共同商业政策 (Common Commercial Policy, CCP) 的第 206 条和第 207 条, 在其中加入“外商直接投资” (FDI) 的内容。这就引发了一个疑问——欧盟现在是否准备实行统一规定 FDI 政策的 BIT 模型? 欧盟对 FDI 的单一政策可以改变 27 个成员国各自为政的局面, 巩固和加强成员国的能力, 并向世界展现更强大的形象, 尤其是在当前欧盟似乎不再是其他国家 FDI 首选目的地的情况下<sup>1</sup>。

认为欧盟应通过一个 BIT 模型与第三国建立协议关系的观点隐含了一个假

---

\* 作者是麦吉尔大学让-莫内法学教授, 联系方式为 [armand.de.mestral@mcgill.ca](mailto:armand.de.mestral@mcgill.ca)。对本文主题的完整讨论见作者的“*The Lisbon Treaty and the expansion of EU competence over foreign direct investment and the implications for investor-state arbitration*”, Karl P. Sauvant 编, 国际投资法律和政策年鉴 2009/2010 (纽约: 牛津大学出版社, 即将出版)。作者感谢 Marc Bungenberg, Jan Winter, Joern Griebel 和 Thomas Eilmansberger 的有益建议。作者观点不代表哥伦比亚大学或其合作伙伴及支持者的观点。哥伦比亚国际直接投资展望是同行评议刊物。

<sup>1</sup> 见 José Guimón, “It’s time for an EU investment promotion agency” 哥伦比亚国际投资展望, No. 20, 2010 年 3 月 4 日。

设，即欧盟有权力也有能力进行协商并最终实施这样的协议。然而，尽管 CCP 加入了 FDI 的内容，但对于欧盟能否独自协商和实施协议还存在许多质疑。这其中存在许多政治方面的和法律方面的障碍，前者如成员国不愿意放权力，后者如 CCP 下管制国内市场的力量有限。在此背景下可以考虑三种模型：（1）约束所有成员国、但由欧盟单独达成的 BIT。（2）作为混合协议达成的 BIT（由欧盟和每个成员国共同达成）。（3）只与欧盟行为有关的 BIT。在当前情况下，BIT 模型的协商和实施只可能是在全部成员国一致同意的情况下建立混合协议。

在 CCP 下欧盟具有完全的权力，这使得许多人认为既然存在了 TFEU 的第 206 条和第 207 条，各成员国就必须停止自行协商 BIT<sup>2</sup>。然而新的 CCP 的管辖范围并不明确。欧洲法院（ECJ）认为 CCP 主要协调对外事务，如给予欧盟为外国投资进入本国市场设定准入条件的权力，包括 FDI 和投资者进入的类型及条件。但并未明确 CCP 是否包含了对待各国市场中 FDI 的标准的规定，以及对经营要求（performance requirements）和征用的保障性规定。TFEU 并未定义“外商直接投资”，而且似乎将证券投资排除在外。欧盟是否会承担所有形式的投资者—政府仲裁也不确定。当然，由于欧盟不是一个国家，ICSID 程序并不适用。更大的难点在于，欧盟可能不会赔偿由于成员国过失造成的损失，而这一点也是一些联邦国家同样面对的问题。

由于存在这些障碍，统一的欧盟 BIT 可能不如成员国与第三国之间签订标准 BITs 更有效——几乎不存在一个有吸引力的谈判出发点。其他问题还包括：欧盟的 BIT 是只保护欧盟，还是要保护所有成员国？如果要提供最惠国待遇和国民待遇，那标准是欧盟还是其成员国？欧盟要就数百个 BITs 与第三国进行重新协商吗？重新协商 BITs 会遇到许多困难，至少会给希望摆脱现有 BITs 责任的国家造成一些麻烦。关于这一问题值得一提的是，数百个“过期的”空运双边协议仍在执行，就是由于使用的惯性和重新协商的困难性。

一个与此相关的法律问题是，是否要取消成员国之间现有的 191 个 BITs，

---

<sup>2</sup> Marc Bungenberg, “The politics of the European Union’s investment treaty making,” Tomer Broude 和 Amy Porjes 编, *The politics of international economic law*, CUP 2010 (即将出版), 17 页, 工作论文见 <http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>; C. Tietje, ‘Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon,’ 83 *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* (2009) 19 页。

就像 1989 年欧盟对空运的管辖权生效后空运双边协议就被取消了一样？迄今为止只有捷克共和国同意放弃其欧盟内的 BITs——或许是因为其在几起投资者-政府诉讼中都败诉了。

应当注意到，已经存在一个欧盟 BIT 的雏形：《欧盟自由贸易协定中投资的最低纲领》（Minimum Platform for Investment for the EU FTAs）。这个特殊的文件是 2006 年贸易总理事会提出的<sup>3</sup>，主要涉及提供投资服务的金融企业的创立和贸易。其为欧盟贸易协议的协商者提供了指导，而协商者有权力加入关于投资的内容。它看起来不像一个标准的 BIT，要成为真正的 BIT 模型还需要大幅修改和扩展。

当然，设立一个规制欧盟 FDI 的共同法律标准是十分必要的目标。它会用一个高标准的司法保护来取代 27 个相互竞争的国家，会使得欧盟在 FDI 问题上一致对外，还会成为推动全球标准的重要动力。虽然这一目标值得称赞，但通向目标的道路布满荆棘。

（南开大学国际经济研究所关秋翻译）

转载请注明 “Armand de Mestral C.M.，‘欧盟 BITs 模型是可能的——甚至是合意的吗？’，哥伦比亚国际直接投资展望，No.21，2010 年 3 月 24 日。转载需经哥伦比亚维尔可持续国际投资中心授权（[www.vcc.columbia.edu](http://www.vcc.columbia.edu)）。”

请将副本发送至哥伦比亚维尔中心 [vcc@law.columbia.edu](mailto:vcc@law.columbia.edu)。

如需详细信息请联系：维尔哥伦比亚国际可持续投资中心，Ken Davies，[kenneth.davies@law.columbia.edu](mailto:kenneth.davies@law.columbia.edu)。

由 Karl P. Sauvant 博士领导的哥伦比亚维尔可持续国际投资中心（VCC）是由哥伦比亚法学院和地球研究所联合建立的研究机构。它力图成为全球经济环境下的对外直接投资事务的领导者。VCC 致力于分析和讲授对外直接投资公共政策和国际投资法的含义。

---

<sup>3</sup> 欧盟委员会，布鲁塞尔，2009 年 3 月 6 日，7242/09，首次发布时名为 *Minimum platform on investment for EU FTAs - Provision on establishment in template for a Title on “Establishment, trade in services and e-commerce”*，133 委员会，欧委会贸易总理事会，布鲁塞尔，2006 年 7 月 28 日，D (2006) 9219。值得一提的是，尽管这份文件可以再一些 NGO 网站上看到，但官方并未正式发表过，禁止转载。