

曹兴国. 欧盟 ISDS 机制改革中的欧盟法挑战: 欧盟法院的解释与启示[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(4): 29-38

欧盟 ISDS 机制改革中的欧盟法挑战: 欧盟法院的解释与启示

曹兴国

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要: 因欧盟法的自治性及其有关欧盟缔约权能的分配, 欧盟有关投资者与东道国投资争端解决机制 (ISDS 机制) 的改革面临欧盟法的挑战。欧盟法院对相关 ISDS 机制与欧盟法的兼容性判断, 以及对欧盟在 ISDS 机制上缔约权限的澄清, 一方面推动欧盟原有 ISDS 机制的退出和新机制的构建, 另一方面也将增加后续 ISDS 机制缔约程序的复杂性, 并带来对部分案件的适用争议。欧盟法院的实践也反映了 ISDS 机制中的国内法适用与解释难题, 应当在仲裁庭对国内法体系的尊重和保持仲裁庭对国内法客观独立的适用和解释权之间寻求平衡。此外, 国内法院在 ISDS 机制中的作用和参与也应被重视。

关键词: 欧盟法院; ISDS 机制; 欧盟法; 国内法; 国内法院

中图分类号: D996.4 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2021)04-0029-10

Challenges of EU law in the reform of EU's ISDS mechanism: interpretation by Court of Justice of the European Union and its enlightenment

CAO Xing-guo

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: Due to the autonomy of EU law and the competence of EU's contracting power, EU's reform against the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Mechanism faces challenges from EU law. The rulings and opinions of the Court of Justice of the European Union (CJEU) regarding the compatibility of relevant ISDS mechanism with EU law and the confirmation of EU's power to conclude agreements on ISDS mechanism, constitute an important part of the EU's reform of ISDS mechanism. These rulings and opinions on the one hand promote the replacement of EU's formal ISDS mechanism and the construction of a new mechanism, on the other hand, increase the complexity of the follow-up approval procedure and bring disputes over the application of those cases. The practice of the CJEU reflects the issue of the application and interpretation of domestic law in the ISDS mechanism. Attention shall be paid to on how to keep a balance on the respect of the domestic law by the arbitral tribunal and the objective and independent right of application and interpretation of the domestic law by the arbitral tribunal. In addition, the role and participation of domestic courts in the ISDS mechanism shall also be emphasized.

Key words: CJEU; ISDS mechanism; EU law; domestic law; domestic courts

欧盟对投资者与东道国投资争端解决机制 (Investor-State Dispute Settlement, 简称 ISDS 机制) 的改革伴随着欧盟新一代自由贸易协定 (Free Trade Agreement, 简称 FTA) 的签订成为晚近该领域的研究热点。不过, 条约实践仅仅是欧盟 ISDS 机制改革的

外部推动, ISDS 机制在欧盟内部的革新同样因欧盟法的特殊性而面临不少挑战: 欧盟推动的以国际投资法院的构建为核心内容的 ISDS 新机制 (欧盟 ISDS 新机制) 如何取代既有的、存在于诸多双边投资协定 (Bilateral Investment Treaty, 简称 BIT) 中的、数

收稿日期: 2021-07-30

基金项目: 2021 年度辽宁省哲学社会科学青年人才培养对象委托课题“自由贸易港 (区) 航运深化创新的政策与法律保障研究” (2022lslwkt-010)

作者简介: 曹兴国 (1989-), 男, 浙江绍兴人, 法学博士, 大连海事大学法学院副教授, E-mail: caoxingguo@dlmu.edu.cn。

量庞杂的 ISDS 机制? 欧盟推动的 ISDS 机制本身是否会损害欧盟法律自治性(autonomy)而与欧盟法不兼容(incompatible)? 欧盟是否有权单独缔结包含 ISDS 机制的新条约而无需成员国的共同批准? 这些问题事关欧盟 ISDS 机制改革的内部程序、方式与合法性,其重要程度丝毫不逊于 ISDS 机制的国际协定谈判。

对于上述问题,作为负有保障欧盟法统一和一致解释职能的欧盟法院的角色非常关键——欧盟法院对上述问题的分歧澄清以及由此带来的路径设定,直接涉及到欧盟 ISDS 机制的改革进度和方向,构成欧盟 ISDS 机制改革的有机组成部分。鉴于此,笔者旨在关注欧盟 ISDS 机制改革的内部维度及其启示,通过对欧盟法院相关裁决的分析,一方面观察其对欧盟 ISDS 机制改革的争论回应和进程影响;另一方面也从欧盟法院的实践中挖掘其对 ISDS 机制改革的普遍性启示。

一、欧盟 ISDS 机制改革的欧盟法挑战

传统上,欧洲国家是 BIT 及其 ISDS 机制的受益国和推行者,但随着晚近越来越多的欧洲国家成为投资仲裁案件的被申请人,它们对 ISDS 机制可能对其产生的不利和制约愈发不满。尤其在欧盟于 2013 年启动与美国的《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership,简称 TTIP)谈判之后,其中可能包含的 ISDS 机制引起了广泛争论——以德国为首的部分欧盟成员国对在相关投资协定中纳入 ISDS 机制表达了强烈的反对意见。2015 年 9 月,欧盟在其公布的 TTIP 投资章节草案中明确提出了投资法院机制的设想,对包括初审法庭和上诉法庭的投资法院方案作出了较为系统的设计。上述草案的内容在后续欧盟与越南、加拿大以及新加坡签订的 FTA 中都得到了全面反映。同时,在多边层面,欧盟也积极推进多边投资法院的设立进程,并认为联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law,简称 UNCITRAL)是开展此种多边谈判进程的有效平台。在欧盟的倡议和推动下,UNCITRAL 于 2017 年底委托第三工作组启动了有关 ISDS 机制的改革议题,并将建立上诉机构或内含上诉机制的国

际投资法院模式作为重点研究内容之一。^[1]

显然,欧盟对 ISDS 机制的改革正沿着两条路径加以推进:先在双边的 FTA 层面通过双边 ISDS 机制的改革积累制度经验和建立伙伴共识;再在多边层面致力于构建一个多边的投资法院,并以此替换先前双边层面的 ISDS 机制。不过,双边层面的条约实践以及多边层面的改革谈判努力仅仅是欧盟 ISDS 机制改革推进的外部努力,在欧盟内部,因欧盟法的特殊性,ISDS 机制的改革推进还受制于 ISDS 机制与欧盟法的兼容性以及欧盟与欧盟成员国之间的缔约权限,具体表现为以下几个方面。

第一,欧盟成员国原有 ISDS 机制的替代问题。欧盟 ISDS 新机制的推行,必然建立在废止原有 ISDS 机制的基础上,包括欧盟成员国间的 ISDS 机制以及欧盟成员国与其他国家间的 ISDS 机制。这涉及到数量庞大的双边以及多边投资协定的修改或者废除问题,而欧盟成员国在此问题上的立场在很长一段时间内并不一致。这种认识不统一的关键在于欧盟内部对于成员国签订的 BIT,尤其是各成员国间 BIT(欧盟内部 BIT)中的 ISDS 机制是否与欧盟法兼容存在分歧:根据《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union,简称 TFEU)第 344 条的规定,欧盟成员国有义务不将涉及 TFEU 解释或适用的争议提交欧盟法院之外的其他争端解决机制解决,所以随着欧盟成员国在国际投资仲裁中成为被申请人的实践日益增多,欧盟成员国签订的 BIT 中的投资仲裁条款以及相应的 ISDS 机制是否损害了欧盟法院对于欧盟法的专属解释权,继而与欧盟法不兼容便成为一个引发争议的问题。基于统一行使外国直接投资专属缔约权能,促使成员国投资保护协定欧洲化的考虑,欧盟对上述问题一直持否定态度:欧盟委员会不仅在 *Eastern Sugar v. Czech Republic* 案^①、*Charanne v. Spain* 案^②、*Electrabel v. Hungary* 案^③等案件中通过提交法庭之友文件的方式对相关 BIT 中投资仲裁条款的效力及仲裁庭的管辖权提出异议,还通过启动对成员国的违规调查程序(infringement procedure)迫使欧盟成员国终止欧盟内部 BIT 及其 ISDS 机制的实践^④。但多数仲裁庭对欧盟委员会提出的管辖权异议并未予以采

① 参见 *Eastern Sugar B. V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004。

② 参见 *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012。

③ 参见 *Electrabel S. A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19。

④ 例如 2015 年 6 月,欧盟委员会对五个成员国(奥地利、荷兰、罗马尼亚、斯洛伐克和瑞典)启动违规调查程序,要求它们终止相互间的 BIT。

纳,各个成员国对此也认识不一。显然,如果能够按照欧盟的理解统一上述兼容性认识,对于推动欧盟 ISDS 机制的新旧替换将起到积极作用,反之,新旧 ISDS 机制的更替将成为一个旷日持久的议题。

第二,欧盟 ISDS 新机制与欧共同体法的兼容性。在欧盟法院的过往裁决中,认定相关国际协定创设的国际争端解决机制与欧盟法不兼容的先例并不鲜见。例如,在《欧洲经济区协定》(Agreement on the European Economic Area,简称《EEA 协定》)的咨询意见^①中,欧盟法院前身——欧共同体法院认定《EEA 协定》意图设立的欧洲经济区法院与欧共同体法不兼容。法院认为,由于《EEA 协定》的缔约方包括欧共同体和欧共同体成员国,欧洲经济区法院在确定作为被告的缔约方时需要同时对欧共同体和欧共同体成员国的权能和职责分配作出裁决,而这是《欧共同体条约》(European Communities Treaty)赋予欧共同体法院的专属管辖权。而且根据《欧共同体条约》第 228 条的规定,欧共同体加入的国际协定将成为欧共同体法的一部分而得到遵守,这就意味着依其成立的法院对条款作出的解释将对欧共同体法院解释欧共同体法产生约束力,进而产生解释欧共同体法的效果,对欧共同体法律的自治性造成负面影响。既有实践使得欧盟 ISDS 新机制与欧盟法的兼容性也面临质疑。

第三,欧盟 ISDS 新机制的推进方式。欧盟 ISDS 新机制是在欧盟签署之后即可生效,还是需要欧盟成员国批准之后才能生效,将直接影响欧盟推进 ISDS 新机制的进度。这涉及欧盟与其成员国在 ISDS 机制以及相关协定缔约权能上的划分问题:如果相关内容属于 TFEU 下共同商业政策(common commercial policy)的范畴,则其属于 TFEU 赋予欧盟的专属权能范围,欧盟可以单独缔结该条约而无需成员国的共同批准,否则,相关内容必须经过成员国的批准才能正式实施。显而易见,如果欧盟 ISDS 新机制需要成员国的共同批准,将极大增加其推进的不确定性和时间成本。

二、欧盟法院裁决对 ISDS 机制改革的推进

对于上述因欧盟法特殊性带来的挑战,欧盟法

院在 *Slovak Republic v. Achmea B. V.* 案(简称 *Achmea* 案)^②以及针对欧盟—加拿大自由贸易协定(简称 CETA)是否与欧盟法兼容的第 1/17 号咨询意见(简称 CETA 咨询意见)^③中的裁决对于欧盟 ISDS 机制的改革起到了积极作用。

(一) *Achmea* 案裁决对废止欧盟成员国间原有 ISDS 机制的推动

Achmea 案源于德国联邦法院提起的先行裁决程序——一种欧盟法院和成员国法院间的合作机制:成员国法院或法庭将涉及欧盟法解释的问题提交欧盟法院作出解释,欧盟法院对这些问题作出统一解释以指导成员国法院或法庭审理案件。^[2]而德国联邦法院提起先行裁决请求则源于斯洛伐克向其提起的撤销 *Achmea v. Slovak* 仲裁案(简称 *Achmea* 仲裁案)仲裁裁决的申请。具体而言,*Achmea* 仲裁案起因于斯洛伐克政府 2006 年之后在医疗保险领域采取的一系列立法措施。荷兰投资者 *Achmea* 公司认为,斯洛伐克政府的立法措施使其在斯洛伐克的投资失去价值,这构成对案涉 BIT 的违反,并依据 BIT 中的投资仲裁条款提起仲裁。仲裁适用 UNCITRAL 仲裁规则,仲裁地为德国法兰克福。

对于 *Achmea* 公司的主张,斯洛伐克在否认其行为构成间接征收,对投资者的主体身份、损失等提出反驳之外,还根据《维也纳条约法公约》第 59 条关于“条约因缔结后订条约而默示终止或停止施行”以及第 30 条关于“关于同一事项先后所订条约之适用”的规定,抗辩其加入欧盟和欧盟相关条约的事实使得案涉 BIT 及其投资仲裁条款因与欧盟法不兼容而终止或无法适用,从而提出仲裁庭不具有管辖权的异议。对此,仲裁庭于 2010 年作出关于管辖权的中间裁决,驳回了斯洛伐克的异议^④。在该中间裁决的基础上,仲裁庭于 2012 年 12 月作出最终裁决,裁定斯洛伐克政府的行为违反案涉 BIT 第 3 条和第 4 条有关公平公正待遇和自由转移投资收益的规定,应向 *Achmea* 公司支付约 2 210 万欧元的赔偿^⑤。对于仲裁庭的裁决,斯洛伐克随后向仲裁地法院——德国法兰克福地方法院提起撤销之诉。法兰克福地方法院一审驳回了撤销请求,但斯

① 参见 CJEU, Opinion 1/91, 14 December 1991。

② 参见 *Slovak Republic v. Achmea B. V.*, Case C-284/16。

③ 参见 CJEU, Opinion 1/17, 30 April 2019。

④ 参见 *Achmea B. V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B. V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, paras. 217-292。

⑤ 参见 *Achmea B. V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B. V. v. The Slovak Republic*), Award, para. 352。

洛伐克随即上诉至德国联邦法院。德国联邦法院虽然倾向于认为案涉投资仲裁条款并不违反欧盟法,但考虑到相关问题影响重大,决定中止上诉程序,并将类似案涉 BIT 中的投资仲裁条款是否与欧盟法兼容的问题提交欧盟法院先行裁决。

对于德国联邦法院提交的先行裁决申请,欧盟法院在 2018 年作出裁决。在裁决中,欧盟法院重申了欧盟法律体系的自治性以及欧盟法的直接效力原则和优先原则,强调根据 TFEU 第 344 条的规定,欧盟成员国有义务不将涉及 TFEU 适用和解释的争端提交 TFEU 规定之外的其他争端解决方式。而根据案涉 BIT 关于法律适用的规定,欧盟法将必然被适用,这导致根据案涉 BIT 投资仲裁条款成立的仲裁庭需要对欧盟法进行适用和解释。同时,因为该仲裁庭并不是 TFEU 第 267 条规定的可以申请先行裁决的成员国法院或法庭^①,且基于成员国法院对仲裁庭的裁决只能进行极为有限的审查的事实^②,欧盟法院认为其对欧盟法的解释权无法得到有效保障,相应的仲裁机制将对欧盟成员国间的信任和欧盟法律的自治性带来影响。基于此,欧盟法院最终得出结论:TFEU 第 344 条和第 267 条的规定排除了类似案涉 BIT 中的仲裁条款^③。

Achmea 案裁决一经作出便引发了广泛关注,有评论在当时就认为其将成为一个里程碑式的裁决:它将对现行 196 个欧盟成员国间 ISDS 机制产生深远影响。^[3]而这种影响的机理在于 *Achmea* 案裁决所依托的先行裁决程序虽然只是成员国法院或法庭审理的主案(引起先行裁决的案件)的一个中间程序,但其裁决不仅提出先行裁决申请的国内法院有义务遵循^④,而且其裁决中确立的裁判规则,也同样对其他欧盟成员国的法院或法庭具有法律上的约束力。^[4]这意味着类似 BIT 中的投资仲裁条款在欧盟中将变得不具有可执行性^⑤。同时,虽然 *Achmea* 案

裁决对依据 BIT 成立的仲裁庭不具有直接的约束力,但考虑到仲裁地法的适用以及后续仲裁撤销程序的限制,类似的仲裁庭也将不得不因 *Achmea* 案而否定自身的管辖权(尤其是在仲裁地设于欧盟境内的情况下)^⑥。

鉴于裁决撤销以及裁决承认与执行环节的制约力,*Achmea* 案动摇了类似本案中投资仲裁条款的可执行性,由此驱动欧盟成员国进行相应的改革:荷兰政府在欧盟法院作出 *Achmea* 案裁决后就宣布将废除荷兰与斯洛伐克以及其他欧盟国家间的 BIT。2019 年 10 月 24 日,欧盟成员国就终止相互间 BIT 正式达成协议。可以说,欧盟法院 *Achmea* 案的裁决对于推进欧盟 ISDS 新机制对原有 ISDS 机制的替代进程起到了非常关键的作用。

(二) CETA 咨询意见裁决对欧盟 ISDS 新机制与欧盟法兼容性的澄清

Achmea 案裁决对欧盟 ISDS 机制的影响已然充分显现,但随之产生的顾虑却是 *Achmea* 案裁决对欧盟法律自治性的强调是否会成为欧盟试图建立的 ISDS 新机制的障碍——新机制与欧盟法的兼容性引发了新一轮的论争。

实际上,欧盟 ISDS 新机制在制度设计中已经注意到了与欧盟法的兼容性问题。例如,为规避因认定欧盟和成员国的被告地位而涉嫌对二者的责任和权能进行划分的质疑,相关新机制将确定被告的任务转移给了欧盟,规定申请人在提起程序时应当通知欧盟并要求其确定应诉方,欧盟应在收到通知后的一定期间内(60 或 90 天)作出决定并通知申请人,欧盟的决定对法庭和当事人都具有约束力,当事人不得再以应诉方错误为由对法庭的管辖权或裁决效力提出异议^⑦。再如,为避免对欧盟法院的欧盟法专属解释权以及欧盟法律的自治性造成负面影响,相关新机制明确排除缔约方的国内法作为可适

① 其重要性在于:如果仲裁庭是成员国法院或法庭,则其有权就欧盟法的解释问题提交欧盟法院先行裁决,进而可以保障欧盟法院对欧盟法的统一解释权。

② 其重要性在于:如果负责司法审查的国内法院有权对裁决涉及的欧盟法适用和解释问题进行审查,则通过司法审查阶段国内法院将相关问题提交欧盟法院先行裁决,欧盟法院仍有机会保障欧盟法的统一解释。

③ 参见 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018, *Slovakische Republik v. Achmea B. V.*, Case C-284/16。

④ 参见 Case 52/76, *Benedetti v. Munari* [1977] ECR 163, para. 26; Order in Case 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft* [1986] ECR 947, para. 13; Case 446/98, *Fazenda Pública v. Camara Municipal do Porto* [2000] ECR I-11435, para. 49。

⑤ 德国联邦最高法院于 2018 年 10 月 31 日作出的撤销 *Achmea* 仲裁案仲裁裁决的裁定已经提供了充分的参照:德国联邦最高法院遵循欧盟法院的裁决,认定相关仲裁条款与欧盟法的不兼容导致斯洛伐克在 BIT 中作出的单边仲裁邀约不再有效,继而后续 *Achmea* 公司提起仲裁的行为也就无法构成承诺——双方之间不存在有效的仲裁协议,仲裁裁决应当被撤销。而仲裁裁决被仲裁地法院的撤销,意味着该裁决也难以再得到其他国家法院的承认和执行。

⑥ 即使仲裁地不在欧盟境内,*Achmea* 案仍会对类似仲裁裁决在欧盟成员国间的承认与执行带来影响,并可能通过法律适用条款,在欧盟成员国法或者欧盟法作为可适用的法律的情况下对仲裁庭的管辖权产生直接影响。

⑦ 参见 Article 5 of Sub-section 3 of *Commission Draft Text TTIP—Investment*, Article 8.21 of CETA。

用的法律而视其为事实问题,规定法庭无权依据缔约方国内法判断缔约方措施的合法性,且法庭不仅应当遵守该缔约方国内法院或其他权威机构对国内法作出的一般解释,而且其对国内法含义的裁定也不得对缔约方法院及机关产生约束力^①。但在 *Achmea* 案之后,上述措施是否足以保障新机制与欧盟法的兼容性却仍引发质疑。

首先,虽然过去对 TFEU 第 344 条是否适用于 ISDS 机制处理的争端存在争议,但在 *Achmea* 案中,欧盟法院显然已经明确此种争端为第 344 条所涵盖的争端范围。同时,虽然 TFEU 第 344 条只约束欧盟成员国而不约束欧盟,但鉴于目前欧盟推进的投资协定都涵盖于综合性的自由贸易协定中,后者在欧盟法下属于混合条约(mixed agreement),为欧盟成员国与欧盟分享的缔约权能,须由欧盟成员国与欧盟共同缔结,因此,在欧盟成员国也是缔约国的情况下,相关 ISDS 机制仍受 TFEU 第 344 条的制约。

其次,虽然欧盟在相关协定方案中试图通过将缔约方的国内法作为事实对待,遵守缔约方国内法院或其他权威机构对缔约方国内法的解释,以及限制其裁决对缔约方国内法院及机关的约束力来规避对欧盟法自治性的影响,但投资仲裁庭在解释和适用投资条约时是高度自主的,有时很难区别它们是在解释国内法还是仅仅把它当作一个事实加以适用。^[5]新机制下法庭或仲裁庭对欧盟法作出的“事实认定”很可能被欧盟法院认定为构成对欧盟法的解释,进而被视为有损欧盟法院对欧盟法的专属解释权以及欧盟法的自治性。

最后,依据 *Achmea* 案裁决,新机制下的法庭或仲裁庭显然也不属于 TFEU 第 267 条规定的成员国法院或法庭,无权就欧盟法的解释和适用问题提请欧盟法院先行裁决^②。同时,新机制方案下,法庭或上诉庭作出的最终裁决对当事人具有约束性,缔约方不得对其进行上诉、撤销或寻求其他救济,应当像国内法院的最终判决那样执行,这使得欧盟成员国的国内法院无法对裁决,尤其是裁决涉及的法律适用和法律解释问题进行司法审查。这将进一步导致成员国法院无法在裁决的司法审查过程中通过先行裁决制度将涉及欧盟法适用和解释的问题提交给欧盟法院。上述两个层面先行裁决沟通机制的受限,很可能使欧盟法院认为其对欧盟法的专属解释权和

欧盟法的自治性无法得到充分保障,进而否定新机制与欧盟法的兼容性。

针对 *Achmea* 案带来的上述争议,2017 年 9 月,比利时在批准 CETA 的过程中向欧盟法院提出申请,要求其就 CETA 中的 ISDS 机制是否与欧盟法兼容的问题发表意见。欧盟法院于 2019 年 4 月 30 日发布正式的咨询意见,认为 CETA 中的 ISDS 机制与欧盟法兼容。在该正式意见中,欧盟法院再次重申了欧盟法在原则上不禁止欧盟及其成员国签订包含争端解决机制的国际协定,但这些机构不能是欧盟的法院或法庭,而且必须满足与欧盟法兼容、符合平等待遇的一般原则和有效性要求以及与诉诸独立法庭的权利相符这三个条件。具体就 CETA 中的 ISDS 机制而言,基于前述在法律适用、仲裁庭裁决对欧盟机构约束力上的特殊设计以及 CETA 中包含的不能限制缔约国为了公共安全、公共道德、公共秩序或为了保护人类、动物和植物的生命和健康而采取必要措施的一般例外条款,欧盟法院首先判定 CETA 中的 ISDS 机制不会对欧盟法律的自治性造成负面影响,并认为 CETA 不同于欧盟内部 BIT,在 *Achmea* 案中至关重要的成员国间相互信任的原则不适用于欧盟与其他国家之间。其次,欧盟法院认为 CETA 中 ISDS 机制不会造成外国投资者与欧盟投资者之间的不公平待遇,因为在欧盟的加拿大投资者,只能与在加拿大的欧盟成员国的投资者比较,而不能与在欧盟的欧盟成员国的投资者相比较。最后,对于 CETA 下为保证法庭公正性和独立性作出的制度设计以及有关委员会将采取适当的措施(共同)资助中小型企业在法庭提起诉讼的规定,欧盟法院认为 CETA 中的 ISDS 机制符合《欧盟基本权利宪章》第 47 条规定的,在依法设立的、独立公正的法庭获得救济权利的要求。

可以预见,随着 CETA 咨询意见对欧盟 ISDS 新机制与欧盟法兼容性问题的澄清,欧盟新一代 FTA 在欧盟成员国的批准程序将得到极大的推进。

三、欧盟法院裁决对 ISDS 机制改革的挑战

欧盟法院在 *Achmea* 案和 CETA 咨询意见中对相关机制与欧盟法兼容性问题的澄清对其实现在 ISDS 领域的改革目标具有积极的价值。但欧盟对 ISDS 机制的革新并非就此坦途一片,因为根据欧盟

① 参见 Article 13 of Sub-section 5 of *Commission Draft Text TTIP—Investment*, Article 8.31 of CETA。

② 事实上,作为谈判相对方的第三国也很难接受相关争端的法律解释需要受欧盟法院裁决的约束。

法院稍前在针对欧盟—新加坡自由贸易协定(*EU-Singapore Free Trade Agreement*, 简称 EUSFTA) 缔约权限的第 2/15 咨询意见(简称 EUSFTA 咨询意见)^①中对欧盟与成员国在 ISDS 机制缔约权限上的认定, 欧盟在双边和多边推进 ISDS 新机制仍需受制于成员国, 而且 *Achmea* 案的适用范围也将在欧盟及其成员国 ISDS 机制的过渡时期带来争议。

(一) EUSFTA 咨询意见有关缔约权能的裁决带来的挑战

欧盟与成员国间的缔约权能划分对于未来欧盟 ISDS 新机制的推进方式具有重要影响。为明确自身的缔约权能和条约的生效条件, 欧盟委员会于 2015 年 7 月向欧盟法院提交请求, 希望后者就欧盟是否具有单独缔结 EUSFTA 的权能发表咨询意见。在此问题上, 欧盟委员会和欧洲议会持相同的观点, 认为 EUSFTA 中所涉的内容都属于 TFEU 下的共同商业政策, 欧盟可以单独缔结该条约而无需成员国的共同批准。而欧洲理事会与所有成员国则持相反立场, 认为 EUSFTA 中与运输、环境保护、社会保障、知识产权保护以及投资有关的内容并不属于欧盟的专属权限。在历经近两年的酝酿后, 欧盟法院于 2017 年 5 月发布咨询意见, 明确 EUSFTA 中涉及非直接投资以及 ISDS 机制的内容属于欧盟与成员国共享的缔约权限, 除此之外的其他内容欧盟享有专属的缔约权限。其中, 就 ISDS 机制部分而言, 欧盟法院得出上述结论的理由在于欧盟和成员国在 EUSFTA 的 ISDS 机制下都可能成为被申请人, 投资者无需成员国的额外同意即可以依据 EUSFTA 的 ISDS 机制直接对成员国提起诉讼, 这构成对成员国法院案件管辖权的剥离, 故 ISDS 机制需要经过成员国的同意才能构建, 属于欧盟成员国与欧盟共享的缔约权限。欧盟法院还进一步明确, EUSFTA 中终止欧盟成员国与新加坡间 BIT 条款的效力也需要视欧盟对相关事项是否具有专属缔约权限而定: 如果属于欧盟专属缔约权限范围内的事项, 欧盟有权在与第三国缔结的协定中终止第三国与欧盟成员国之间的投资协定, 反之则需要成员国同意。据此, 对于 ISDS 机制, 欧盟与第三国新缔结的 FTA 无法直接替代第三国与欧盟成员国间原有 BIT 中的 ISDS 机制。

显然, 该咨询意见将极大增加欧盟推进 ISDS 新机制的难度和不确定性, 即不仅新机制的构建需要成员国的同意, 而且新机制对欧盟成员国与第三国

之间原有机制的替换也需要成员国的同意。这种难度和不确定性可能会改变欧盟后续推进 ISDS 机制改革的路径——将 ISDS 机制以及投资部分的内容从当前综合性的 FTA 中独立出来成为一种现实的考虑。^[6]同时, 这种影响不仅是双边层面的, 其对欧盟引领在 UNCITRAL 层面的多边改革也会带来影响, 构成对欧盟多边层面领导力的现实挑战。

(二) *Achmea* 案适用争议带来的挑战

基于欧盟法院 EUSFTA 咨询意见的影响, 欧盟 ISDS 新机制的构建将难以在短时间内完成, 而且在欧盟成员国废除欧盟内部 BIT 的过程中, 也必然存在一些已经或者可以依据原有 BIT 提起的案件, 欧盟 ISDS 机制需要经历一个过渡时期。在此过程中, *Achmea* 案的适用范围——其对依据欧盟内部 BIT 提起的解决投资争端国际中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes, 简称 ICSID) 仲裁案件, 以及依据欧盟成员国与非欧盟成员国间 BIT 和《能源宪章条约》(*Energy Charter Treaty*, 简称 ECT) 提起的投资仲裁案件是否适用在实践中引发了不少争议。

1. 对依据欧盟内部 BIT 提起的 ICSID 仲裁案件的适用性

由于 *Achmea* 案裁决严格来讲针对的是非 ICSID 仲裁案件, 其能否适用于 ICSID 仲裁案件并不明确。ICSID 仲裁与一般的 BIT 仲裁最大的不同之一就在于其去当地化的制度设计。为排除国内司法监督对仲裁裁决带来的不确定, 《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》(*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 简称《ICSID 公约》) 在制度设计中明确对国内的司法监督程序进行了排除: 一方面, 《ICSID 公约》通过设立内部的裁决撤销制度取代了缔约国国内司法的撤销制度; 另一方面, 《ICSID 公约》通过赋予仲裁裁决直接的终局效力来排除国内法院在承认和执行环节对裁决的任何审查。这种特殊的制度设计使得 *Achmea* 案对 ICSID 仲裁庭的约束力受到很大的限制: 不仅仲裁地法对仲裁庭的影响在很大程度上被隔绝, 而且仲裁庭也不用受制于外部的裁决撤销制度, 那么其排除 *Achmea* 案适用, 进而作出对欧盟成员国不利裁决的可能性显著大于非 ICSID 仲裁庭。这可能对正在进行的以及未来过渡期内欧盟的投资仲裁实践带

^① 参见 CJEU, Opinion 2/15, 16 May 2017。

来不确定性。实践中,已有 ICSID 仲裁庭在裁决中否定 *Achmea* 案对 ICSID 仲裁庭的约束力。在 *The UP and C. D. v. Hungary* 案^①中,仲裁庭基于 ICSID 仲裁的去当地化特征,认为 ICSID 仲裁是在国际公法语境而非国家或地区语境下进行的,其与 *Achmea* 案依据 BIT 提起的事实存在根本区别,故 *Achmea* 案对其不适用,并在实体裁决中作出对东道国的不利裁决。

当然,对于非案件当事方的其他欧盟成员国法院来说,根据《ICSID 公约》,即使 ICSID 仲裁庭未理会 *Achmea* 案的影响,其仍可以基于 *Achmea* 案的影响而不执行相应的 ICSID 仲裁裁决。根据《ICSID 公约》第 54 条的规定,公约对非争端当事方的缔约国的要求是要将 ICSID 裁决视为本国法院的最后判决一样,但如果国内法规定了不能执行最终判决的例外情形,则 ICSID 裁决在此例外情形下同样无法执行,这在《ICSID 公约》的起草过程中就已经被承认。^[7] 基于此,欧盟成员国法院可以将 *Achmea* 案作为《ICSID 公约》允许的执行例外,继而承认但不执行裁决^②。英国高院在 *Miculas v. Romania* 案^③的承认执行程序中就采取了此种做法:其在承认该 ICSID 仲裁裁决的最终性并进行承认登记的基础上裁定该仲裁裁决在英国法下的效力相当于英国高院的最终裁决,仍应受欧盟法的制约,故决定中止执行程序,等待欧盟综合法院对罗马尼亚撤销欧盟委员会禁止其履行裁决赔偿义务的决定的申请作出裁决^④。值得进一步说明的是,有学者认为此种例外机制构成《ICSID 公约》对缔约方 ICSID 裁决审查权的间接授权。^[8] 对此,笔者持否定态度。如同英国高院在上述案件的承认执行程序中强调的,其在执行 ICSID 裁决过程中不享有类似公共政策等方面的审查权力,其作出中止执行的决定仅仅是因为受到欧盟法的制约,涉及的是执行的合法性问题^⑤。换言之,缔约国在执行环节并不能对仲裁裁决的效力本身进行审查,因为缔约国对 ICSID 裁决的承认义务没有例外,这意味着裁决已经是终局的,具有既

判力。执行的例外仅限于执行豁免、本国特殊的执行限制等,但无关仲裁裁决的效力。

不过,对作为案件当事人的欧盟成员国来说,在 ICSID 仲裁下得到不利裁决可能使其一方面需要履行《ICSID 公约》的义务,无条件地履行 ICSID 仲裁裁决,另一方面也要受欧盟法院 *Achmea* 案的约束,面临欧盟法律不允许其履行仲裁裁决的障碍。这种两难的境地已现实上演——罗马尼亚在 *Miculas v. Romania* 案中的遭遇便是最好的例证。在该案中,罗马尼亚依裁决需要向投资者支付约 25 亿美元的赔偿。在罗马尼亚支付部分赔偿之后,欧盟委员会作出一项决定,表示如果罗马尼亚履行该裁决,将违反欧盟竞争法^⑥。这导致罗马尼亚无法继续支付剩余部分的裁决赔偿,处于或违反《ICSID 公约》,或违反欧盟法的两难境地。^[9] 当然,欧盟综合法院在 2019 年 6 月撤销了欧盟委员会的此项决定,但欧盟综合法院的主要理由是引起本案的主要事实,包括引发争端的决定(给予和废除投资者优惠措施)以及仲裁裁决依据的 BIT 的缔结,都是在罗马尼亚加入欧盟前发生的,因此,欧盟法不应溯及既往^⑦。换言之,如果没有溯及既往的问题,欧盟委员会的上述决定未必会被撤销,欧盟成员国处于两难境地的可能性依然存在。

综上,*Achmea* 案对欧盟成员国间 ICSID 仲裁的影响虽然也存在(主要体现于执行环节),但总体要小于非 ICSID 仲裁,并可能涉及《ICSID 公约》和欧盟法的效力何者优先以及如何协调的问题。目前实践中对这一问题仍无定论。

2. 对欧盟成员国与非欧盟成员国间投资仲裁案件的适用性

虽然 *Achmea* 案针对的是欧盟内部 BIT,欧盟目前也无意立即废除欧盟与非欧盟成员国间的 BIT 及其 ISDS 机制,但 *Achmea* 案是否会波及欧盟成员国与非欧盟成员国间 BIT 中的投资仲裁条款却是实践中无法回避的问题。总体来看,考虑到依据欧盟成员国与非欧盟成员国间 BIT 提起的投资仲裁同样可

① 参见 *UP and C. D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35。

② 在国际投资仲裁下,仲裁裁决的承认与执行是不同的环节。根据《ICSID 公约》的规定,缔约国对 ICSID 裁决的承认是无条件的。

③ 参见 *Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food S. A, S. C. Starmill S. R. L. and S. C. Multipack S. R. L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20。

④ 参见 *Micula & Ors v. Romania & Anor* [2017] EWHC 31 (Comm)。

⑤ 参见 *Micula & Ors v. Romania & Anor* [2017] EWHC 31 (Comm), para. 133。

⑥ 参见 Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA. 38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania—Arbitral award *Micula v. Romania* of 11 December 2013。

⑦ 参见 *Micula v. Commission*, Case T-694/15。

能涉及到欧盟法的适用和解释,而且类似的仲裁庭也不可能被认定为成员国法院或法庭,无法适用先行裁决制度,*Achmea*案裁决的裁判逻辑和裁判结果对此应当具有高度的可适用性。^[10]当然,也存在区别,即欧盟成员国之间有相互信任和紧密合作的内部义务,但与非欧盟成员国之间却无此内部义务,继而是否能够适用先行裁决这一旨在促进欧盟成员国间司法互信的制度的重要性也会相对下降。这一点实际也在 CETA 咨询意见中被特别提及,这可能成为欧盟成员国与非欧盟成员国间投资仲裁机制未来能继续保持其有效性的突破口。此外,欧盟法院在 *Achmea* 案中作出的 BIT 仲裁条款与欧盟法不兼容的裁决以相应的仲裁案件可能适用欧盟法为前提——如果欧盟与非欧盟成员国的 BIT 中的法律适用条款未将成员国法和欧盟法列为可适用的法律,则 *Achmea* 案并不当然适用。

目前来看,对与欧盟成员国发生投资争端的中国投资者而言,谨慎起见的做法是尽量依据《ICSID 公约》提起仲裁,或者在无法依据《ICSID 公约》的情况下退而求其次将仲裁地设在欧盟境外,以尽可能地规避 *Achmea* 案的影响。

3. 对 ECT 投资仲裁案件的适用性

欧盟以及除意大利以外的所有欧盟成员国都是 ECT 的缔约国,而 ECT 第 26 条同样赋予了投资者起诉东道国的权利。*Achmea* 案对依据 ECT 提起的投资仲裁案件能否适用也在实践中引发了广泛争议。2019 年,此类争议有 15 个,在这些争议中,被诉的欧盟成员国基于 *Achmea* 案的影响,对仲裁庭的管辖权提出异议。但对于这些异议,所有的仲裁庭都予以了驳回,不少仲裁庭都明确提出 *Achmea* 案只针对欧盟内部 BIT,而 ECT 不同于一般的欧盟内部 BIT(为多边条约,且欧盟也是缔约方),故 *Achmea* 案不能适用于依据 ECT 提起的投资仲裁。^[11]

此外,基于 *Achmea* 案的影响而促使欧盟成员国达成的终止相互间 BIT 的协议,据称将一揽子废除包括日落条款在内的所有欧盟内部 BIT 条款,但上述协议的做法是否符合包括《维也纳条约法公约》在内的法律规则,是否损害了投资者的合法期待可能仍存在争议,还需要国内法院乃至欧盟法院的后续解释与澄清。^[12]

四、启示:ISDS 机制改革的国内维度

欧盟法院对 ISDS 机制与欧盟法关系的关注以

及法院司法裁决可能对 ISDS 机制带来的影响具有启发意义:对于 ISDS 机制的改革,在关注条约和改革方案的国际谈判时,也不能忽视其国内维度——国内法适用和国内法院参与在 ISDS 机制中同样关键,对国际投资争端治理的效果影响重大。

(一) 国内法的适用与解释

将国际投资争端从国内层面转移至国际层面,给予投资者在国际层面独立的出诉权被视为是国际投资仲裁机制的一大贡献,其对于推进投资争端解决的法律化和去政治化意义重大。但这并不意味着国际投资法从权利义务的设定到执行已经构建起一套自足的体系,可以脱离国内法运行。相反,在国内法作为投资仲裁的准据法,以及投资协定中存在“遵守东道国法律要求”的一般规定时,国际投资仲裁庭通常需要对东道国的国内法进行适用、解释,以确定投资者是否具有某种权利或者东道国是否违反了某种义务。^[13]《ICSID 公约》第 42 条第 1 款也明确规定了国内法在国际投资仲裁案件中的适用:“仲裁庭应依照双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。如无此种协议,仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律(包括其冲突法规则)以及可能适用的国际法规则。”不少投资协定中也明确规定东道国的国内法是仲裁庭应当考虑的准据法,如中国—澳大利亚自由贸易协定在投资章第 18 条有关准据法的规定中明确:“在相关和适当情况下,仲裁庭还应考虑被诉方的法律。”

ISDS 机制项下相关裁决对国内法的适用与解释,一方面可能会触及类似欧盟法解释专属权能这样特殊的、涉及一国或者特定区域政治安排的问题,另一方面可能引发更普遍的关注是,如何确保国际投资仲裁庭在适用、解释东道国的国内法时,给予其国内法体系充分的尊重。尤其是仲裁庭在适用、解释国内法的过程中,可能对国内法作出超出缔约国预期,甚至是明显偏离、违反缔约国本意的解读,并进而引发争议。典型的例证便是 2007 年香港居民谢业深诉秘鲁政府案^①中所涉及的中国与其他国家签订的 BIT 是否适用于香港特别行政区的问题:在本案中,仲裁庭无视中国“一国两制”这一特殊政治制度的涵义,也无视中国通过派出专家证人和外交照会等方式对中外 BIT 不适用于特别行政区的说明,执意作出有关中外 BIT 适用于香港特别行政区的裁决。显然,仲裁庭对于中国的“一国两制”政策

① 参见 *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6。

并未充分认同,使得该制度在本案中仅具备国内法的效力,从而在国际法层面抹杀了香港之于中国的特殊性,这不仅将在海外投资领域对于中国造成影响,也可能在其他领域造成危险。^[14]

仲裁庭对国内法的适用和解释应当引起足够的重视。不过,相比于越来越多通过对仲裁庭有约束力的缔约国联合解释机制来限制仲裁庭投资条约解释权的实践,投资协定中对国际投资仲裁中国内法解释的针对性规定并不多见。这种针对性规定的不足,不是因为这个问题不重要,更多在于这一问题的矛盾性:如果过度限制仲裁庭对国内法的适用和解释权,将国内法的解释收回到当事国手中,则会使 ISDS 机制的存在价值大打折扣;但国际投资仲裁庭不加限制、明确越界的国内法适用和解释也会引起当事国的不满,引发对 ISDS 机制正当性的质疑。因此,如何在保持对国内法客观独立的适用和解释权之间寻求平衡便成为关键。对此,潜在的方案包括:第一,参照欧盟 ISDS 新机制将欧盟法作为可适用的准据法进行排除的做法,排除仲裁庭或国际投资法庭对国内法的解释。但如前所述,将国内法的解释作为事实问题并不一定能在实质上排除裁判者对国内法的理解和解释,而且客观上,在很多投资法的争议问题上,国内法的适用是无法避免的。第二,对仲裁庭对国内法的解释权力进行局部限制。如对于某些关涉重大政治制度以及公共利益的国内法问题的解释,规定例外条款,明确仲裁庭对于这些事项的解释应当遵循所涉国内法当事国的特别声明。但这种方案的问题在于如何清晰地界定这种限制范围并不容易,不清晰的界定反而容易带来实践的争议。第三,在当事国与仲裁庭有关国内法的适用和解释界限无法划清的情况下,通过对 ISDS 机制适用的争端范围的限定来间接实现对仲裁庭就敏感国内法进行适用和解释的问题,即将某些关涉敏感领域的争议整体排除出 ISDS 机制的适用范围。从目前来看,第三种方案可能是目前最稳妥、最成熟的选择,即通过一般例外、安全例外以及特定事项例外条款对 ISDS 机制的适用范围进行限制。^[15]

(二) 国内法院的参与

虽然欧盟法院不是一般意义上的国内法院,但其在欧盟 ISDS 机制变革中所起到的作用仍然使我们意识到国内法院在 ISDS 机制中的角色和作用不应被遗忘:一方面,国内法院与国际投资仲裁庭之间的管辖权分配是各国在 ISDS 机制的构建中都必须考虑的,缔约国可以通过一般例外条款、当地救济条款、岔路口条款等,将部分国际投资争端留在或者首先尝试在国内法院层面解决;另一方面,以晚近瑞典、新加坡法院撤销国际投资仲裁裁决^①和印度法院对国际投资仲裁程序中的当事人签发禁仲裁令^②的实践为代表,国内法院可以通过仲裁裁决的司法审查和仲裁程序的司法介入等方式,对国际投资仲裁施加重要的影响。在此基础上,国内法院在上述环节对国内法以及相关国际投资规则的解释、裁判可能成为后续其他法院、仲裁庭乃至当事人援引、参考的对象,进而对国际投资治理产生影响。

国际投资争端治理需要国际国内多元主体的统筹治理。在习近平法治思想要求统筹推进国内法治和涉外法治的背景下,中国法院也应当意识到自身在国际投资争端治理中的角色和作用。以当前正在进行的中国政府被诉的国际投资仲裁第三案——德国海乐西亚泽有限公司诉中国案^③为例,投资者在提交国际投资仲裁前先在國內法院提起了行政诉讼,国内法院拥有首先审理并对当事人权利义务进行裁判的机会。当然,由于当前中国并非国际投资仲裁的主要仲裁地和裁决承认与执行地,涉及中国投资利益的仲裁案件也相对较少,因此中国法院尚未有机会通过对国际投资仲裁程序和裁决的监督、介入参与到国际投资的全球治理中。但从长远来看,随着中国在国际投资领域参与程度的不断深入,中国法院参与其中的机会必然随之增加。在此背景下,一方面中国应当更系统地筹划国内法院在国际投资争端治理中的参与角色和参与维度,协调国内司法与国际投资仲裁在 ISDS 机制中的关系配置;另一方面,相应的制度完善和机制安排应当早日提上日程,包括《中华人民共和国仲裁法》(简称《仲裁法》)适用于国际投资仲裁的限制的消除^④,中国对

① 斯德哥尔摩地方上诉法院作出的撤销 *Yukos v. Russia* 案仲裁裁决的判决、新加坡高等法院作出的撤销 SDM 等诉莱索托投资争端案仲裁裁决的判决。

② 印度德里高等法院于 2017 年 8 月 22 日签发了禁止英国沃达丰公司的工作人员、代理人、律师、受托人继续向印度政府发送纠纷通知、仲裁通知,以及继续依照印度与英国的 BIT 提起投资仲裁程序的单边临时禁令(ex-parte interim order)。参见 *Union of India v. Vodafone Group PLC United Kingdom & Anr*, Judgment of the High Court of Delhi Restraining the Claimant from Proceeding with Its Arbitration Claim, CS(OS)383/2017。

③ 参见 *Hela Schwartz GmbH v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/17/19。

④ 值得注意的是,在 2021 年 7 月 30 日司法部公开征求意见的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》中,已经删除了《仲裁法》第 2 条对可仲裁事项为“平等主体”间的纠纷的限制性表述。

《纽约公约》适用于国际投资仲裁案件作出的保留的撤销^①,有限度的禁诉令和反禁诉令制度的构建,^[16-17]等等。当然,从将中国建设为国际仲裁目的地的长远目标出发,禁令措施对国际仲裁程序的适用应当谨慎,防止其成为相关国际投资仲裁规则以及仲裁庭将仲裁地设在中国的顾虑因素。^[18]

五、结语

欧盟法院对欧盟 ISDS 机制改革中所涉及的欧盟法问题作出的解释对于欧盟 ISDS 机制改革的推进具有重要影响。同时,欧盟法院相关实践对欧盟

ISDS 机制的影响也将不可避免地辐射到后续《中欧全面投资协定》有关 ISDS 机制的补充谈判以及中欧 ISDS 机制的未来。其中,最直接的影响便是基于欧盟法院的 EUSFTA 咨询意见,《中欧全面投资协定》无法直接终止中国与欧盟成员国间现有 BIT 中的 ISDS 机制,未来新 ISDS 机制的生效将受制于各欧盟成员国的批准。中欧 ISDS 机制的更替问题值得进一步关注。同时,欧盟法院相关实践也提醒我们关注 ISDS 机制改革的国内维度,尤其是 ISDS 机制下的国内法适用与解释以及国内法院的参与。

参考文献:

- [1] UNCITRAL. Possible future work in the field of dispute settlement: reforms of investor-State dispute settlement (ISDS) [EB/OL]. (2017-04-20) [2021-04-20]. <https://undocs.org/en/A/CN.9/917>.
- [2] BARENTS R. Directory of EU case law on the preliminary ruling procedure [M]. Netherlands: Kluwer Law International, 2009: 17.
- [3] FOUCHARD C, KRESTIN M. The judgment of the CJEU in *Slovak Republic v. Achmea*—a loud clap of thunder on the Intra-EU BIT sky! [EB/OL]. (2018-03-07) [2021-04-20]. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea>.
- [4] 张彤. 欧盟法概论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 150-151.
- [5] SCHILL S W. Deference in investment treaty arbitration: re-conceptualizing the standard of review [J]. *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, 3(3): 591.
- [6] YOTOVA R. Opinion 2/15 of the CJEU: Delineating the scope of the new EU competence in foreign direct investment [J]. *The Cambridge Law Journal*, 2018, 77(1): 32.
- [7] SCHREUER C H. The *ICSID Convention*; a commentary [M]. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009: 1142-1143.
- [8] 王海浪. 论国际投资仲裁裁决的承认与执行——以执行法院的审查权为中心 [J]. *国际经济法学刊*, 2018(4): 88-90.
- [9] TIETJE C, WACKERNAGEL C. Enforcement of intra-EU ICSID awards: multilevel governance, investment tribunals and the lost opportunity of the micula arbitration [J]. *Journal of World Investment & Trade*, 2015, 16(2): 205-247.
- [10] LENK H. Investment arbitration under EU investment agreements: is there a role for an autonomous EU legal order? [J]. *European Business Law Review*, 2017, 28(2): 135-162.
- [11] UNCTAD. Review of ISDS decisions in 2019; selected IIA reform issue [EB/OL]. (2021-01-27) [2021-06-03]. <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1241/review-of-isds-decisions-in-2019-selected-ii-a-reform-issues>.
- [12] LAVRANOS N. The EU plurilateral draft termination agreement for all intra-EU BITs: an end of the post-achmea saga and the beginning of a new one [EB/OL]. (2019-12-01) [2021-05-11]. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/01/the-eu-plurilateral-draft-termination-agreement-for-all-intra-eu-bits-an-end-of-the-post-achmea-saga-and-the-beginning-of-a-new-one>.
- [13] 王鹏. 论国际投资法与国内法的互动 [J]. *国际经贸探索*, 2014, 30(9): 87-90.
- [14] 池漫郊. 刍议国际混合仲裁的法律适用——兼论 ICSID 仲裁庭在“谢业深案”中的法律适用 [J]. *国际经济法学刊*, 2010, 17(3): 134.
- [15] 曹兴国. 裁判者信任困境与国际投资争端解决机制的信任塑造 [J]. *政法论丛*, 2021(3): 141.
- [16] 伊鲁. 论中国反禁诉令制度的构建 [J]. *中国海商法研究*, 2020, 31(2): 106-112.
- [17] 沈红雨. 我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革——兼论不方便法院原则和禁诉令机制的构建 [J]. *中国应用法学*, 2020(5): 126.
- [18] 曹兴国. 国际投资仲裁效率的追求、反思与平衡 [J]. *江西社会科学*, 2021, 41(4): 201.

^① 1987 年发布的《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》明确将“外国投资者与东道国政府之间的争端”排除在外。