

國立政治大學國際貿易研究所碩士論文

指導教授：楊光華 博士

國際解決投資爭端中心管轄權問題及其改革之 研究－兼論 WTO 納入投資人與地主國爭端解決 機制之展望

研究生：徐耀宏 撰

中華民國九十三年五月

摘要

伴隨著全球化潮流的來臨，國際直接投資金額大幅成長，相對的，投資爭端案件亦持續增加，國際投資人於是迫切期待一個有效而公平之國際投資爭端解決機制。台灣經過多年經濟發展，已成為全球重要對外投資國家，惟根據調查，台灣廠商發生投資爭端，並不擅於利用國際仲裁維護其本身權益。據此，本論文乃針對國際投資協定有關投資人與地主國爭端解決法制加以研析，並希望能對我政府對外談判及廠商對外投資提供具體實用之對策，惟國際間對於投資人與地主國爭端解決機制研究面向相當廣泛，本文研究主軸則以世界銀行於 1965 年成立之國際解決投資爭端中心 (ICSID) 之管轄權為中心。

本論文先自投資人與地主國爭端解決機制之發展背景介紹起，並論述 1966 年生效的 ICSID 公約主要條款與其他國際投資協定的關係，其後則進一步從 ICSID 管轄權角度切入，對 ICSID 對人 (*ratione personae*) 及對物 (*ratione materiae*) 管轄權相關法律問題逐一說明，並輔以個案加以研析之。

經過上述分析後，本文繼而對現行投資人與地主國投資爭端解決機制提出評論，在制度面方面，本文對 ICSID 未來運作提出放寬對物管轄範圍、檢討投資未予定義之作法、雙重國籍認定及外國控制的程度與形式等四項改革建議。此外，本文亦針對 ICSID 管轄權與 BITs 最惠國待遇條款問題、BITs 不同的爭端解決機制所引發程序衝突問題，以及仲裁判斷衝突 (*conflicting award*) 問題，說明 ICSID 公約與 BIT 所產生之一些法律問題。在未來展望方面，則分析在多邊投資架構是否為解決現階段投資人與地主國爭端解決機制之新契機，以及 WTO 納入投資人與地主國爭端解決條款之可能性分析，本文末並對我國政府與廠商現階段利用 ICSID 機制提出建議。

關鍵字：投資爭端、管轄權、投資人與地主國爭端解決、國際解決投資爭端中心、仲裁、世界貿易組織

**A Study of Jurisdiction and Reform of the International Center for
Settlement of Investment Disputes, with a Discussion of the
Prospects for Inclusion of investor-State Dispute Settlement
Mechanism in the WTO**

Abstract

While the inexorable trend towards globalization has caused international direct investment to grow dramatically, it has also led to a steady increase in the number of investment disputes. International investors therefore eagerly look forward to the institution of an effective and impartial international investment dispute resolution mechanism. Although Taiwan, through its many years of economic development, has become a major source of foreign investment, surveys show that Taiwan firms are not good at using international arbitration to protect their rights and interests in investment disputes. This study accordingly analyzes the investor-State dispute settlement provisions in international investment agreements(IAs) in an effort to provide concrete, practical strategies for the government of Taiwan in international negotiations and for Taiwanese firms in their foreign investment. Since there is already extensive research literature addressing investor-State dispute settlement mechanisms, this study focuses on the jurisdiction of the International Center for Settlement of Investment Dispute(ICSID) under the aegis of the World Bank in 1965.

This study first introduces investor-State dispute settlement mechanisms and their development. Next, the study discusses the main provisions of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) came into force on 1966 and its relationship to other IAs. The study then explains the various legal issues connected with ICSID's jurisdiction *ratione personae* and *ratione materiae*, and finally, analyzes specific cases.

The results of the aforementioned analysis are employed to critique existing investor-State investment dispute settlement mechanisms. This study makes four system-related recommendations, namely that the ICSID convention should: 1) liberalize the scope of ICSID's subject-matter jurisdiction; 2) review undefined investment methods; 3) recognize dual nationalities; and 4) reform the degree and circumstances of foreign control. This study further discusses legal problems related to the ICSID Convention and bilateral investment treaties (BITs), including conflicting awards, procedural conflicts stemming from different dispute settlement forum in BITs, and problems involving ICSID's jurisdiction

and most-favored nation(MFN) provisions in BITs. As for future prospects, the study analyzes whether the current multilateral investment framework can resolve the problems of the current investor-State dispute settlement mechanism, and examines the possibility of incorporating investor-State dispute settlement mechanism in the WTO. This study concludes with recommendations concerning how the government and companies of Taiwan can use the ICSID mechanism at the current stage.

Keywords: investment dispute, jurisdiction, investor-State dispute settlement, ICSID, arbitration, WTO

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機、背景與目的	1
第二節 研究範圍與方法.....	3
第二節 研究架構.....	5
第二章 投資人與地主國投資爭端解決機制	8
第一節 國際解決投資爭端中心爭端解決機制概述	9
第二節 ICSID 附加機制之建制	33
第三節 ICSID 與雙邊投資協定之關係	35
第四節 ICSID 與多邊投資協定的關係	38
第五節 本章小結	46
第三章 ICSID 管轄權之相關法律問題研析－對人的管轄	48
第一節 締約國	48
第二節 組成次級單位與代理機構	52
第三節 另一締約國國民	55
第四節 受外國控制之當地成立之公司	59
第五節 其他國際協定對人管轄比較	71
第六節 我國對外國投資人之相關法規	74
第七節 本章小結	75
第四章 ICSID 管轄權之相關法律問題研析－對物的管轄	77
第一節 ICSID 的事物管轄權	77
第二節 法律爭端	78
第三節 直接因投資而引起	80
第四節 本章小結	98

第五章 由管轄權角度論投資人與地主國爭端解決機之改革與展望	100
第一節 ICSID 公約未來運作之檢討－以 ICSID 管轄權為中心	100
第二節 ICSID 公約與 BITs 兩者之法律關係與檢討	110
第三節 投資人與地主國爭端解決機制改革之新契機－建立多邊投資協定的展望	117
第四節 我國政府與廠商現階段利用 ICSID 機制之建議	133
第五節 本章小結	138
第六章 結論	142
參考文獻	146

第一章 緒論

第一節 研究動機、背景與目的

近五十年來，全球化可謂影響世界人類層面最廣的一股浪潮，包括政治、經濟、文化、社會、宗教、語言、環境、法律等無不受其影響，無論你反對全球化也好，支持全球化也好，全球化已無形中充滿生活周遭。在這波全球化過程中，國際投資無疑是主要趨動力(driving force)¹，而多國公司(Multinationals)則扮演主要推手。從法律觀點言，全球化的結果意味著國內政府，即使是強權國家，單方面實行對外經濟事務的能力持續降低，而雙邊與多邊條約大量出現，進而改變傳統國家主權至上之觀念，這些國際間締結的法律文件，也日益影響許多國家國內法律及政策之內容²。

外國直接投資(Foreign Direct Investment, FDI)金額從 1980 至 2002 年間增長速度非常驚人，1980 年全球對外投資(FDI outflows)金額為 280 億美元，而至 2002 年底 FDI outflows 已快速成長至 6,474 億美元，2000 年在網路公司興起及跨國併購風潮下，當年度 FDI outflows 更創歷史新高，高達 1 兆 3,794 億美元。隨著 FDI 大幅增加，多國公司亦逐步擴展其全球營運版圖，目前全球約有 6.4 萬家跨國企業，其在海外設立 87 萬家以上之分支機構，2001 年全球跨國企業子公司雇用員工數約為 5,300 萬人³。隨著跨國投資活動增加，國際投資爭端也逐漸產生。

¹ 其實國際投資起源相當早，早在十七、十八世紀東印度公司已開始擴展其商業版圖，現代世界上共出現三次投資浪潮，第一次在十七、十八世紀「舊殖民主義」時期，西班牙、荷蘭和英國公司在美洲及亞洲開礦及種植，掠奪當地天然資源與財富。第二次在十九世紀末期「新帝國主義」時期，非洲、東南亞等地方納入帝國體系範圍內。第三次投資浪潮啓始於 1960 年代迄今。羅伯特·吉爾平著，楊宇光譯，《國際關係的政治經濟分析》，頁 276-277，台北，桂冠圖書公司（1994 年 8 月初版）。

² Alfred Escher, *Current Development, Legal Challenges and Definition of FDI*, in LEGAL ASPECTS OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT 8-9 (DANIEL D BRADLOW & ALFRED ESCHER ed.) (1999).

³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), WORLD INVESTMENT REPORT 2003-FDI POLICIES FOR DEVELOPMENT 3, 23 (2002).

外國投資爭端係指外國投資人在直接投資過程中所發生之爭端，一般言可分為外國投資人與地主國政府之爭議、外國投資人與地主國不同國籍合資者之間的爭議及投資人母國與地主國間之爭端三種類型⁴。上述三種爭端類型尤以投資人與地主國之爭議問題較複雜，處理上也較棘手，因其爭議的主體具有不同法律地位、爭議涉及不同主體方面的權利與投資爭議常引起投資人母國與地主國兩國間政治、外交關係不良後果，因此處理上較為複雜⁵。

在傳統國際法下，外交手段(diplomacy)、諮商(negotiation)、斡旋(good office)、調解(conciliation)、調停(mediation)與調查(inquiry)為國際爭端實務上常用之方式⁶。面對國際投資爭端，投資人以往均透過母國以外交手段解決或直接向地主國法院尋求救濟，但上述二方式對投資人言，並非是有效及具有實益的爭端解決方式。近半世紀來，投資人透過國際仲裁與地主國解決爭端方式，即所謂投資人與地主國(Investor-State)爭端解決方式，逐漸獲得認同。

台灣身為全球對外直接投資重要國家⁷，也自 2001 年 1 月 1 日正式加入有經貿聯合國之稱的世界貿易組織(WTO)，惟依據我國經濟部投資業務處 2003 年委託中華經濟研究院所作之「我國廠商對外投資障礙調查」結果顯示，我國廠商一旦與地主國政府發生爭端，其解決方式，仍以私下和解居絕大多數⁸，並不像歐美國際企業常用國際仲裁方式解決跨國投資爭端，

⁴范劍虹主編，《國際投資法導讀》，頁 223，中國杭州，浙江大學出版社(2000 年 10 月)。

⁵姜亮仔，國際投資法一般法律原則之研究，東吳大學法律研究所碩士論文，頁 84，(民國 91 年 7 月)。

⁶ RAY AUGUST, INTERNATIONAL BUSINESS LAW 109-110 (Prentice Hall 3rd Ed., 2000).

⁷我國 2002 年對外投資金額為 49 億美元，排名全球第 19 名(與 2001 年排名相同)，居亞洲第 3 名，次於日本、香港。累計至 2002 年底，我國對外投資金額為 596 億美元，排名全球第 17 名(2001 年排名第 18 名)，在亞洲次於香港、日本及新加坡，居亞洲第 4 大對外投資國。UNCTAD, *supra* note 3, at 41.

⁸該調查針對 1,800 家對外投資廠商進行調查，回收有效問卷 1,058 家，回收率 58.8%，調查結果顯示，僅有 59 家曾與投資地政府發生爭端，有 38 家與投資地政府私下和解。中華經濟研究院，

其原因當然有許多因素⁹，惟隨著我國廠商逐漸大型化、國際化，因此有必要優先考慮利用著名之國際仲裁機構，解決其跨國投資爭端。

此外，不僅是我國廠商對於國際投資爭端解決機制感到陌生，我國政府部門因國際現實政治壓力，無緣參與許多國際組織活動，在此情勢下，對於國際間普遍應用之爭端解決機制，亦缺少動力加以長期、系統性之研究，然隨著我國加入 WTO 後，積極擴展與外國之經貿關係，亦列為政府重要外交政策，可預期未來投資領域將是我國對外談判相當重要議題之一。承此，我國實有必要對國際投資法領域中相當重要之投資爭端議題予以研析，並提出妥善的因應對策。

綜此，在前述研究動機與背景下，本文試圖針對國際投資協定有關投資人與地主國爭端解決法制加以研析，並期對現行爭端解決機制改革與展望提出建議，此外，並希望上述分析結果，能對我政府對外談判及廠商對外投資提供具體實用之對策，達成本文的第二個目的。

第二節 研究範圍與方法

一、研究範圍

國際投資法領域自二十世紀後半時期發展迄今，已經發展出一套普遍實踐的法律原則¹⁰，其法律體系相當完整，無論是雙邊、區域性或多邊投資協定(以上三種不同型式協定通稱為國際投資協定，International Investment Agreements (IIAs))，其實體規範雖並不完全相同(identical)，但其實體內容頗為類似。國際投資協定與其他國際協定最大不同特色在於允許

《WTO 投資議題未來發展趨勢與我國之因應措施(上冊)》，頁 8-21，台北，經濟部投資業務處委託研究計畫(民國 92 年)。

⁹其原因包括我國國際仲裁法務人才不足，我國對外投資廠商仍以中、小企業為主，且有七成廠商以中國為主要投資地，其他因素包括政府宣導不足等因素。

¹⁰姜亮仔，國際投資法一般法律原則之研究，東吳大學法律研究所碩士論文，頁 44-73，(民國 91 年 7 月)。

私人以其名義向國家提起國際訴訟或仲裁。

現今投資人與地主國間爭端可利用之國際仲裁機構不少，觀察現行國際投資協定投資人與地主國爭端解決條款可知，世界銀行所設立之國際解決投資爭端中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 簡稱 ICSID)仍是被最普遍及長久使用之爭端解決機制，因此本文研究範圍將以 ICSID 爭端解決機制為主要研究對象，包括其成立之公約—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 Member States，簡稱 ICSID 公約)之介紹。

另從 ICSID 過去所處理案例分析，仲裁庭所受理的案件仍以管轄權問題居首¹¹，推其原因可能為被告國大多為開發中國家，為避免案件直接進入實質審查對該國不利，而先以管轄權問題作為抗告，因此本文將進一步申論 ICSID 公約對人管轄與對物管轄相關法律問題。

除了 ICSID 為研究主軸外，本文其他研究範圍亦包括 ICSID 與其他國際協定之相互關係，如 BITs、區域(NAFTA)或多邊投資協定(MAI 及能源憲章)。除此之外，WTO 坎昆部長宣言亦指示貿易與投資關係工作小組(Working Group on the Relationship between Trade and Investment, WGTTI) 研究「會員體間的諮商與爭端解決」此一主題，我國剛入會即因緣際會完整參與此主題之討論，因此有關 WTO 對此主題之討論及未來與 ICSID 之相互關係亦納入研究範圍。

二、 研究方法

本文研究方法採取「文獻整理法」及「案例分析法」。有關國際投資

¹¹ 至 2003 年 4 月共有 156 件提付 ICSID 仲裁，其中 84 件已完成仲裁判斷，72 件仍在審理中。available from URL: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> (visited on April 5, 2004).

協定爭端解決機制研究部分，係採取「文獻整理法」。關於第三章及第四章 ICSID 公約管轄權相關法律問題之探討，除先以「文獻整理法」將 ICSID 公約第 25 條之逐條釋義之方式外，另佐以「案例分析法」加以強調說明。另有關於我國參與 ICSID 會議乙節，係利用官方文獻從歷史觀加以整理。本文資料來源方面，主要以國內外學者發展之專書、期刊論文、網路、會議資料等，部分資料國內並無收藏者，係取材位於日內瓦之 WTO 圖書館收藏資料，併此敘明。

第三節 研究架構

本文之章節共分為六章，第一章為緒論，說明本論文研究動機與目的、研究範圍與方法，其他章節內容如下：

第二章為投資人與地主國投資爭端解決機制，主要介紹國際解決投資爭端中心成立背景與經過、ICSID 公約及附加機制概要內容、ICSID 公約與 BITs、區域性投資協定(如 NAFTA)及多邊投資協定(如 MAI 及能源憲章)之關係。

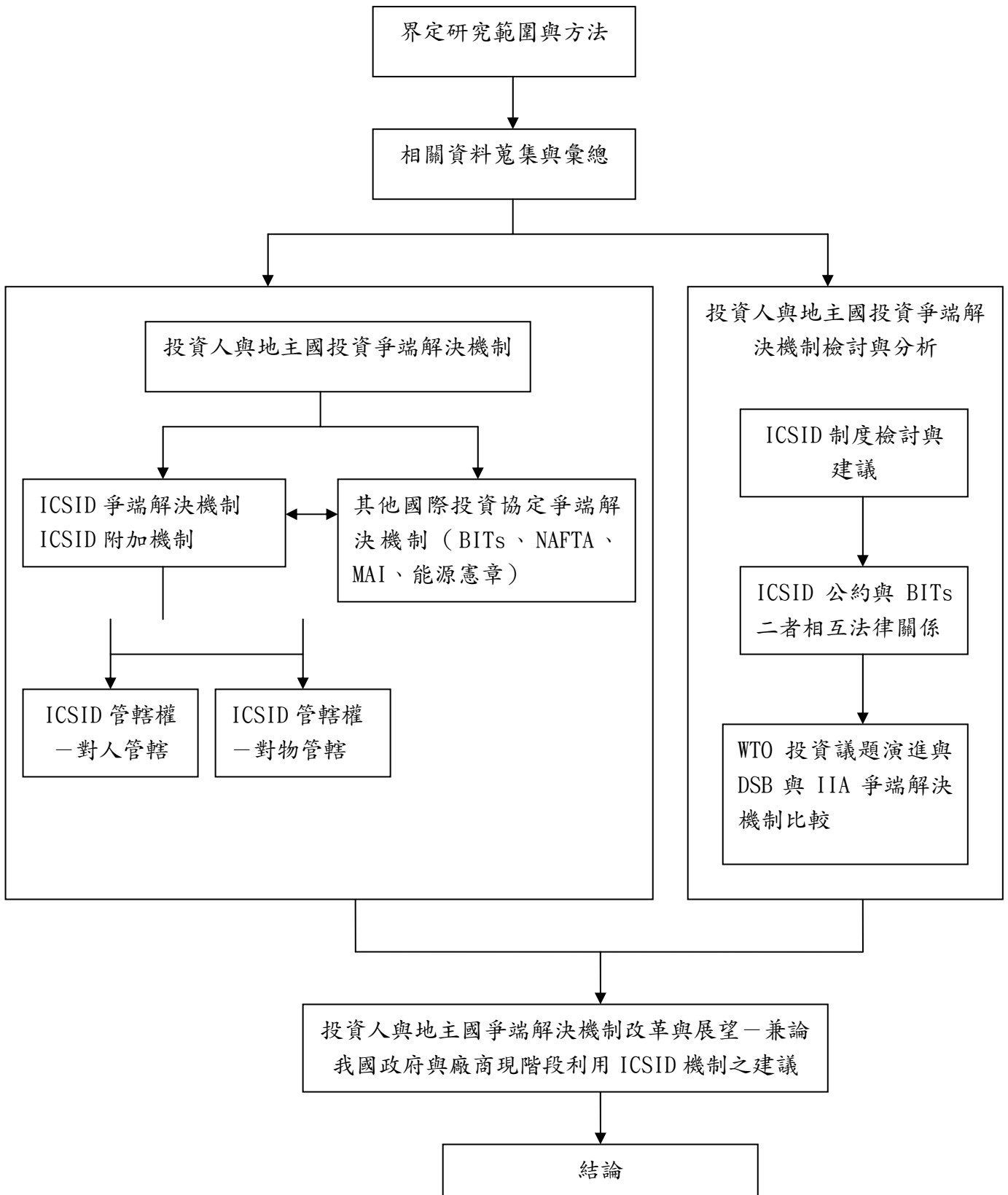
第三章及第四章則進一步從 ICSID 管轄權角度切入，探討其相關法律問題，第三章則分析有關對人管轄的法律問題，主要針對締約國定義、組成次級單位與代理機構作為當事人適格問題、另一締約國國民定義、受外國控制之當地成立公司之判定標準等觀念進行分析。第四章則分析有關對物管轄法律問題，諸如法律爭端意義、直接因投資而引起之法律概念，包括直接引起之意義與投資的定義。

第五章基於上述章節分析與鋪陳後，提出本文對於投資人與地主國投資爭端解決機制之改革建議與未來展望，在檢討改革部分，除試由管轄權角度對 ICSID 公約運作問題提出改革建議外，另針對 ICSID 公約與 BITs

二者之間的相互法律關係所產生之問題提出討論。在展望部分，則分析在多邊投資架構是否為解決現階段投資人與地主國爭端解決機制之新契機，以及 WTO 納入投資人與地主國爭端解決條款之可能性分析。本章末並另闢專節對我國政府與廠商現階段利用 ICSID 機制提出建議。

第六章為結論，綜合本文各章節之論點。本文研究步驟如圖一。

圖一：研究架構圖



第二章 投資人與地主國投資爭端解決機制

國際直接投資常包含多種不同形式之交易(transaction)，而國際投資本質在於外國投資人希望與地主國建立長期關係¹，因此外國投資人與地主國發生爭端後，常希望採用國際仲裁和平解決方式，此種爭端解決方式，即投資人與地主國(investor-State)爭端解決，經過多年來運作，已逐漸獲得國際認同。

目前投資人與地主國間爭端可利用之國際仲裁機構不少，除了國際解決投資爭端中心(ICSID)外，其他世界性仲裁機制包括國際商會(International Chamber of Commerce, ICC)、美國仲裁協會(American Arbitration Association, AAA)及倫敦國際仲裁法庭(London Court of International Arbitration, LCI A)等。至於區域性仲裁機構則有Euro-Arab Chambers of Commerce (Cairo)、Inter-American Commercial Arbitration Commission(Washington, D.C.)，以及著名的Stockholm Chamber Arbitration Institute等²。

如前章研究範圍所述，本文研究重點將聚焦於國際間通用之ICSID爭端解決機制，此外，本章亦介紹與ICSID有密切關係之雙邊、區域或多邊投資協定之爭端解決條款。承上，本章第一節先介紹世界銀行集團下國際解決投資爭端中心之爭端解決機制，包括成立背景，以及1965年制定之解決國家與他國國民間投資爭端公約(ICSID公約)之介紹；第二節介紹ICSID於1978年制定之附加機制規則(Additional Facility Rules)；第三節討論ICSID公約與國際間盛行之雙邊投資協定之關係；第四章討論ICSID公約與國際

¹ M. SORNARAJAH, THE SETTLEMENT OF FOREIGN INVESTMENT DISPUTES 4-5 (Kluwer Law International, 2000).

² ALFRED ESCHER, *LEGAL ISSUES FOR FOREIGN INVESTORS*, in BRADLOW, DANIEL D. & ALFRED ESCHER (ed.), *LEGAL ASPECTS OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT* 45 (1999)..

多邊投資協定之關係，包括北美自由貿易協定(NAFTA)及 OECD 多邊投資協定(MIA)之爭端解決條款；最後則為小結，總結本章看法。

第一節 國際解決投資爭端中心爭端解決機制概述

一、ICSID 產生的背景

1944年7月1日至25日45個國家政府代表於美國新罕布夏州(New Hampshire)布列敦森林(Bretton Woods)集會，會中簽訂了國際貨幣基金協定(Agreement of the International Monetary Fund, IMF)及國際復興開發銀行協定(Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development, IBRD)，1945年12月8日國際復興開發銀行協定經28國政府於華盛頓簽署生效³，而國際復興開發銀行即通稱世界銀行(World Bank)。

世界銀行經過多年擴展，從一個單一機構發展成由許多附屬開發機構所組成的世界銀行集團(World Bank Groups)，而其任務也從一開始的促進戰後重建及發展，到今日的消除全球的貧窮⁴。目前世界銀行附屬機構包括國際開發協會(International Development Association, IDA)、國際金融公司(International Finance Corporation, IFC)、多邊投資保證機構(The Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA)及國際解決投資爭端中心⁵。

³ World Bank Group Historical Chronology, available from URL: <http://siteresources.worldbank.org/EXTARCHIVES/Resources/Bank%20chronology.pdf> (visited on Nov. 21, 2003).

⁴ available from URL: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/EXTARCHIVES/0..contentMDK:20035653~pagePK:36726~piPK:36092~theSitePK:29506,00.html> (visited on Nov. 21, 2003).

⁵ available from URL: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/EXTARCHIVES/0..contentMDK:20035653~pagePK:36726~piPK:36092~theSitePK:29506,00.html> (visited on Nov. 21, 2003)

依據世界銀行創始人的想法及早期的計畫顯示，世界銀行主要功能在於鼓勵私人進行國際投資，提供直接貸款只是世界銀行的次要功能。國際復興開發銀行協定第 1 條即強調世界銀行的角色在於促進以生產為目的的投資資金流動，並以促進私人外國投資為世界銀行為主要目標。在此目標下，世界銀行開創後的四十餘年，即透過不同方式追求上揭目標，例如作為資金中介者、資金提供者或提供會員國技術協助，以協助會員吸引外國投資⁶。

其實世界銀行作為一個資金貸款會員與借款會員的中介財務機構，不免會介入資金借入國與資金提供者間的投資爭端，在世界銀行介入的爭端中，其中較著名案件包括印度與巴基斯坦關於印度河之水資源公用系統、1951- 52 關於伊朗國有化其境內英僑擁有之石油公司、1956 年成功調解蘇彝士運河公司(Suez Canal Company)股東對埃及政府的控訴等案件⁷。

在過去發生的案例，世界銀行總裁通常以其個人權能介入投資爭端解決，但其大部分角色僅作為一個調解人或調停人，而無法像仲裁人可提出具有約束力的仲裁報告，在其他的一些少數案例，世界銀行僅擔任斡旋或建議的角色，協助雙方當事人達成協議或建議具體可行的解決方法。

1961 年世界銀行總裁察覺到世界銀行的設施及日常運作，長期言並不適合做為一個解決爭端的機構，因此有必要建立一專門機制，處理爭端調解及仲裁，以鼓勵更多的私人資本流入開發中國家，此外，國際投資人與會員亦希望世界銀行能提供投資人與政府間調解及仲裁之協助。在此時空背景下，世界銀行總裁便宣佈有必要考慮建立某種特別機構，以處理投資

⁶ IBRAHIM F.I. SHIHATA, THE WORLD BANK IN A CHANGING WORLD: SELECTED ESSAYS AND LECTURES 287-288 (1991).

⁷ *Id.* at 289-290.

爭端調解及仲裁的可能性⁸。

其後廣泛的準備工作及諮商便開始展開，1961年8月世界銀行首席法律顧問送交執行董事一份備忘錄，並召開區域性之法律專家會議，然後交由世界銀行的法律委員會討論，在首席法律顧問 Dr. Broches 主持下，1963年6月12日在 Aethiopi en 的阿迪斯阿貝巴(Addis Abeba)，1964年2月3日至7日在智利的聖地牙哥(Santiago de Chile)，1964年2月17至20日在瑞士日內瓦，1964年4月27日至5月1日在泰國曼谷陸續召開了四次區域性會議，歷次會議總共有86個國家的法律專家參加了討論⁹。在經過多年的討論與諮商後，1964年世界銀行理事會決議指示執行董事會擬定一國際公約，「在自願基礎上建立設施與程序，經由調解與仲裁以解決締約國與其他締約國國民間的投資爭端」¹⁰。

其後，在來自61國家代表協助下，1965年3月18日完成制定「解決國家與他國國民間投資爭端公約(又稱華盛頓公約)」，並交由世界銀行會員國考慮簽署與批准。依據ICSID公約第68條，公約在第20件批准書存放之日後三十日起生效，第20件批准書於1966年9月14日存放，公約爰於1966年10月14日起生效¹¹，至2003年11月3日止共有154個國家簽署了ICSID公約，140個國家存放批准書正式成為會員¹²。

二、 ICSID 公約宗旨

ICSID 公約的首要目的在於促進經濟發展，而其作法在於創造良好的

⁸ *Id.* at 291.

⁹ 范劍虹主編，《國際投資法導讀》，頁246，中國杭州，浙江大學出版社(2000年10月)。

¹⁰ JOHN COLLIER & VAUGHAN LOWE, *THE SETTLEMENT OF DISPUTES IN INTERNATIONAL LAW* 59 (Oxford University Press 1999).

¹¹ IBRAHIM F.I. SHIHATA, *supra* note 6, at 292. ARON BROCHES, *SELECTED ESSAYS: WORLD BANK, ICSID, AND OTHER SUBJECTS OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW* 164-165 (1995).

¹² available from URL: <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm> (visited on Nov. 13, 2003).

投資氣氛，以便利私人國際投資。ICSID公約前言開宗明義即謂：「考量經濟發展國際合作的需要，暨私人投資在本項合作中所佔的地位；¹³」(Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;)。

前揭前言，有關和平解決投資爭端、促進經濟發展與私人國際投資三者之關連，執行董事會報告第九段進一步說明如下：

「9. 在公約交予各相關政府之際，執行董事會基於經濟發展之由，有意強化各國間的夥伴關係。設立一促進國家與外國投資人間爭端解決的機構，為朝向促進相互信賴氣氛的一個重大步驟，而且可促使大量外國私人資本流入那些想吸引外資的國家。¹⁴」

雖然執行董事不否認未加入公約的國家若提供親和的投資環境，也會達到吸引外國私人資本流入的目的，但執行董事會報告強調，加入公約的國家將可提供額外的誘因及激勵大量國際私人資本流入該國領域，這也是公約的主要目的之一¹⁵。

公約另外一個目的即在平衡外國投資人與地主國兩者的利益，如執行董事會報告第 13 段即謂：「儘管公約大體的目的在於鼓勵更大規模的國際

¹³ Preamble of Convention of The Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Others States (ICSID Convention), available from URL: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-archive/11.htm> (visited on Oct. 26, 2003).

¹⁴ 其原文如下：「9. In submitting the attached Convention to governments, the Executive Directors are prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development. The Creation of an institution designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors can be a major step toward promoting an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it.」 Report of the Executive Directors on the Convention, para.9.

¹⁵ *Id.* para.12.

私人資本流動，但公約條文仍謹慎維持投資人與那些地主國之間利益的平衡……¹⁶」。

據上可知，世界銀行設立公約其積極目的在於促進國際私人資本流動，促進經濟發展。其消極目的在於提供一個具有公信力的投資爭端解決機制，以和平方式解決因投資所產生的紛爭。透過 ICSID 中心，國際投資人可以將其爭端交付較為信賴及中立的第三人裁斷。

三、 ICSID 的組織架構

ICSID 係依據 ICSID 公約所成立的，目前總部設於位在美國華盛頓的世界銀行總行之內，ICSID 本身並非是一個國際仲裁法庭，而是有點類似永久仲裁法庭(Permanent Court of Arbitration)，提供一個調解與仲裁的架構¹⁷。ICSID 組織架構係由行政理事會(Administrative Council)及秘書處(Secretariat)所組成，其下並設置一個調解人及仲裁人小組¹⁸，茲分述如下：

(一) 行政理事會

行政理事會由締約國各派一名代表組成，締約國首席代表不能出席會議或無法行使職權時，得由其候補代表代理之¹⁹。若無相反的指派，各締約國派駐世界銀行的理事及候補理事，為各該國的當然代表及候補代表²⁰。世界銀行總裁應為行政理事會當然主席(以下簡稱「主席」)，但無表決權，主席缺席或無法行使職權或總裁職位出缺時，則由代理總裁之人擔任行政

¹⁶ *Id.* para.13.

¹⁷ JOHN COLLIER & VAUGHAN LOWE, *supra* note 10, at 60.

¹⁸ ICSID Convention Article 3. available from URL: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-archive/12.htm> (visited on Nov. 24, 2003).

¹⁹ ICSID Convention Article 4(1).

²⁰ ICSID Convention Article 4(2).

理事會主席²¹。

行政理事會主要職權包括：採認中心有關行政及財務之規則；採認調解及仲裁規則；採認調解程序之程序規則；採認仲裁程序之程序規則；批准使用世界銀行各項行政設施及服務而與世界銀行訂立之各項協議；決定秘書長及副秘書長的服職條件；通過中心的年度收支預算；核定中心的年度工作報告；設立其所認為必需之委員會；行使及執行為實施本公約規定所必需的其他權力和職能²²。

行政理事會應每年舉行常會一次，每一理事應有一投票權，行政理事會應以過半數理事出席為其最低法定出席人數。除公約另有規定外，行政理事會一切議決事項，應以投票的過半數決定之²³。

(二) 秘書處

秘書處設秘書長一人，副秘書長一人或數人，以及其他職員所組成²⁴。秘書長及副秘書長由行政理事會主席提名，並經理事會會員三分之二多數選任之，任期不得超過六年，連選得連任。

秘書長及副秘書長辦公室不得有其他任何政治職務功能，除經行政理事會核准外，秘書長及副秘書長不得兼任其他職務或從事其他職業。秘書長缺席或不能行使職權，或其職位出缺時，應由副秘書長代理之。副秘書長有數人時，應由行政理事會決定代理的順序²⁵。

秘書長為中心的法定代表及首席官員，秘書長依據公約及行政理事會所訂的各項規則，負責行政事務，包括任命職員。秘書長還擔任案件登錄

²¹ ICSID Convention Article 5.

²² ICSID Convention Article 6.

²³ ICSID Convention Article 7.

²⁴ ICSID Convention Article 9.

²⁵ ICSID Convention Article 10.

官的職務，以及根據公約所作出的仲裁判斷書予以認證及核證其副本²⁶。

中心現任秘書長為秘魯籍的 M. Dañi no，渠同時亦為世界銀行副總裁及總顧問，M. Dañi no 於 2003 年 9 月 24 日經行政理事會選任為秘書長，並於 2003 年 10 月底就任²⁷。

(三) 調解和仲裁小組

中心設有調解和仲裁小組，每一小組由具有服務意願者之合格人員擔任之²⁸，其任命程序如下：

1. 每一締約國得就每一小組各指定四人參加之，其所指定的人選，得為其本國國民，但不限其本國國民²⁹。
2. 主席得就每一小組指定十人參加，被指定列入同一小組的人員，須為不同國籍³⁰。
3. 被指定列入小組人員，應俱備高尚品德，公認為法學、商務、工業或財金方面深具才識，並足信其能作獨立判斷之人。其中關於仲裁員，應注意其在法學領域的才識³¹。
4. 主席在任命小組人員時，應注意各小組能代表世界各主要法律制度及各主要經濟活動形態³²。

四、 中心的地位、豁免及特權

ICSID 公約賦予中心充分的國際法人地位，其行為能力包括締約、取

²⁶ ICSID Convention Article 11.

²⁷ ICSID News Release (September 24, 2003).

²⁸ ICSID Convention Article 12.

²⁹ ICSID Convention Article 13(1).

³⁰ ICSID Convention Article 13(2).

³¹ ICSID Convention Article 14(1).

³² ICSID Convention Article 15(2).

得及處分動產及不動產及提起訟訴的能力³³。除中心放棄豁免外，中心的財產及資產享有司法豁免³⁴。此外，豁免權亦及於主席、行政理事會會員、調解或仲裁員、依第 52 條第 3 項規定所指派之委員會委員、以及秘書處官員及聘雇人員因執行職務所為之行為，享有司法豁免。如非該國國民，享有締約國賦予他締約國相當階級相同的待遇與便利³⁵。

中心的檔案不得侵犯，關於中心通訊，應享受不低於締約國賦予其他國際組織的待遇³⁶。中心的財產、收入及公約所授權的業務活動，免納一切稅捐和關稅。除當地國民外，中心給付行政理事會主席、調解人或秘書處職員等相關人員之津貼或薪資，應予以免稅³⁷。

五、 ICSID 的管轄權

ICSID 並不是一個國際司法機構，而其本身並不介入仲裁，僅是提供一仲裁場合 (forum) 給予雙方當事人解決其爭端，因此此處所謂管轄權並不是嚴格定義的司法管轄權，而是一個借用語，用來說明 ICSID 受理調解或仲裁的條件與範圍³⁸。

管轄權是 ICSID 公約的核心，投資人與地主國若產生爭端，是否能提付 ICSID 仲裁機制，首要的問題即在於 ICSID 的管轄權問題，在會員所提付 ICSID 仲裁的案件，接近半數是當事人的一方以 ICSID 不具有管轄權為由提出異議³⁹，因此在研究 ICSID 相關案例，管轄權問題顯得很重要，ICSID 公約架構第一章先規範中心之組織、功能、財務等事項後，第二章

³³ ICSID Convention Article 18.

³⁴ ICSID Convention Article 20.

³⁵ ICSID Convention Article 21.

³⁶ ICSID Convention Article 23.

³⁷ ICSID Convention Article 24.

³⁸ 范劍虹，如前揭註 9，頁 232。

³⁹ IBRAHIM F.I. SHIHATA, THE WORLD BANK IN A CHANGING WORLD: SELECTED ESSAYS AND LECTURES: VOL: III 755 (2000).

即規範管轄權相關規範，可見管轄權為中心之核心。

ICSID 公約第二章名稱為「中心的管轄權」，ICSID 公約第 25 條、第 26 條及第 27 條所組成之第二章為處理 ICSID 管轄權問題之實體條文⁴⁰，主要規範在第二章，第二章尤以第 25 條最為重要⁴¹，第 25 條第 1 項規定公約對物管轄部分，其條文如下：

「中心的管轄權及於締約國（或該締約國向中心所指定之任何組成單位或機構）與他締約國國民間直接因投資所引起，並經爭端當事人書面同意提交中心任何法律爭端，爭端當事人一經同意，任何一方不得片面撤回其同意。」(The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.)

第 25 條第 2 項為公約所稱「他締約國國民」之定義，包括自然人與法人，其條文如下：

「(二)本公約稱「他締約國國民」者，係指：

- (1) 在爭端當事人同意將爭端交付調解或仲裁之日，及該項交付調或仲裁之請求依本公約第二十八條第三項或第三十六條第三項之規定登記之日，具有爭端當事國以外之締約

⁴⁰ 有關管轄權程序規定係規範於 ICSID 公約第 28 條第 3 項及第 36 條第 3 項關於秘書長之審核權力。

⁴¹ 公約第 26 條主要規範 ICSID 仲裁程序的自立性(self-contained nature)，亦即仲裁程序之不可中斷性(non-interference)，一旦爭端當事人同意進行仲裁時，除另有聲明外，應認為同意此項仲裁排除任何其他救濟辦法。第 27 條則排除外交保護及其他國際主張之救濟管道，該條規定，任何締約國依公約規定同意交付或經已交付仲裁之爭端，除該他締約國不遵守及履行對該爭端所作之裁決外，不得給予外交保護或提出國際主張(bring international claim)。

國國籍之任一自然人，但不包括在上述任一日期亦具有為爭端當事國之締約國國籍者。

- (2) 在爭端當人同意將該爭端交付調解或仲裁之日，具有該爭端當事國以外之締約國國籍之任一法人，以及在上述日期具有為爭端當事國之締約國國籍，但由於外來控制，爭端當事人業已同意，就本公約而言，應視為他締約國國民之任一法人。」

“National of another Contracting State” means:

- (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and
- (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.)

由上可知，ICSID 管轄權成立基本要件，需滿足下列三項條件，第一在主體適格問題，即關於對人管轄部分，第二，客體適格問題，即關於對物管轄部分，第三，需經雙方當事人書面同意。

有關締約國地方政府或代理機構之訴訟能力，依據公約第 25 條第 1 項規定，亦具有訴訟能力，但該組成次級單位或代理機構之當事人能力，依公約第 25 條第 3 項規定，需經該締約國指定之，其條文如下：

「締約國之組成次級單位或代理機構所為之同意，應得該締約國之核准。其由締約國通知中心無須獲其核准者，不在此限。」(Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.)

此外，公約第 25 條第 4 項規定，任一締約國得於批准、接受或認可本公約之時或其後的任何時間，通知中心何種類之爭端該締約國接受或排除 ICSID 管轄，惟該項通知並不構成第 25 條第 1 項所稱之通知。ICSID 成立迄今，僅有少數國家通知中心⁴²，如沙烏地阿拉伯「保留關於其石油及國家主權問題交付仲裁之權利」。其條文如下：

「任一締約國得於批准，接受或認可本公約之時或其後之任何時間，通知中心接受或不接受何類之爭端由中心管轄。秘書長應即將此項通知轉知全體締約國，此項通知並不構成本條第一項所稱之同意。」(Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).)

有關對人(*ratione personae*)及對物(*ratione materiae*)管轄問題將於本文第三章及第四章另辟專章討論，本節將介紹當事人合意之相關法律

⁴² 僅有中國、瓜地馬拉、沙烏地阿拉伯、以色列、巴布亞紐幾內亞及土耳其依據 ICSID 公約第 25 條第 4 項通知中心。available from URL: <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-d.htm> (visited on Mar. 27, 2004).

與實務問題。

(一) 雙重合意系統(double consent system)

ICSID建立了雙重合意系統以確保當事人合意管轄的有效性⁴³，雙重合意系統可從地主國及投資人二方面說明之：在地主國一方，地主國成為締約國⁴⁴後，並不代表有使用ICSID機制的義務，上揭程序只是表達該國使用ICSID機制之意願，必須地主國另外以書面同意將特定爭端提付ICSID仲裁，始對該國產生義務及拘束力，此即為在地主國一方所需完成之二道同意程序。

另在投資人一方，投資人母國必須如同地主國履行成為締約國之法定程序，然縱使投資人母國為ICSID締約國，投資人也無義務當爭端發生時必須利用ICSID機制與地主國解決爭端，投資人可以在投資時要求在投資協議納入ICSID條款，而等到爭端發生時再決定是否要向ICSID秘書長提出仲裁要求，利用ICSID機制以解決投資爭端⁴⁵。

上述雙重合意系統，代表具有利益之三方利害關係人，即投資人母國、地主國及投資人三方，必須全部同意ICSID仲裁⁴⁶。此種設計反映二方面意義：

1. 反映公約成立目的在於平衡外國投資人與地主國利益，由當

⁴³ Kenneth S. Jacob, *Reinvigorating ICSID with a New Mission and with Renewed Respect for Party Autonomy*, 33 VA. J. INT'L L. 123, 128.

⁴⁴ 依據公約第 68 條規定，任一締約國依其國內憲法程序予以批准(ratification)、接受(acceptance)或認可(approval)公約，並於存放批准書、接受書及認可書於 ICSID 三十日後，即可成為締約國 (ICSID Convention Article 68 : (1) This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States in accordance with their respective constitutional procedures. (2) This Convention shall enter into force 30 days after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance or approval. It shall enter into force for each State which subsequently deposits its instrument of ratification, acceptance or approval 30 days after the date of such deposit.)

⁴⁵ Kenneth S. Jacob, *supra* note 43.

⁴⁶ *Id.*

事人自願性質使用公約設施。

2. 限縮中心管轄權範圍，僅限於經當事人所合意的特定案件。

(二) 合意是中心管轄的基石

依據公約第 25 條第 1 項規定，投資人與地主國雙方需以書面合意提付仲裁，ICSID 始具有管轄權，且依該條規定，爭端一經當事人合意提付仲裁，任何一方即不得片面撤回其同意，因此執行董事會報告將合意的重要性形容為「中心管轄的基石」(the corner stone of the jurisdiction of the Centre)⁴⁷。

雖然當事人合意為 ICSID 公約管轄權成立的必要條件，但此種當事人自主原則並非完全任意由當事人決定，有某些程序問題值得注意。首先，一方當事人向 ICSID 提付仲裁聲請時，秘書長必先就請求書內容進行研判，若很明顯(manifestly)不屬於 ICSID 管轄權範圍，則秘書長應立即拒絕登錄(register)，並通知雙方當事人⁴⁸。秘書長登錄後，ICSID 即依據相關程序召開仲裁庭，嗣後組成的仲裁庭仍會依據公約第 25 條的原則決定是否具有管轄權，即需符合對人與對物管轄的條件。此外，當事人一旦合意，當事人一方不得片面撤回其同意，即謂合意的不可撤銷性。

(三) 合意的形式

ICSID 公約對於雙方當事人合意只要求必須以書面方式為之，但對於合意的形式或格式並未有強制規定，例如在 *Holiday Inns v. Morocco*⁴⁹ 一案，雙邊當事人仲裁條款約定於基本協議(Basic Agreement)，另在 *Anco*

⁴⁷ Report of the Executive Directors on the Convention, para.23.

⁴⁸ ICSID Convention Article 36(3).

⁴⁹ Pierre Lalive, The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco)—Some Legal Problems, 51 BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW 123, 126 (1980).

*Asia P. T. v. Indonesia*⁵⁰一案，雙方合意仲裁條款係內含於投資申請核准執照之中，*Anco* 案仲裁庭對於仲裁協議形式認為，無需過度限縮解釋 (construed restrictively)，也不能過於廣泛或任意 (broadly or liberally)，而需尊重雙方當事人意思 (common will) 及以誠信 (in good faith) 之方式為之⁵¹。

通常書面合意會傳達 (communicate) 於雙方當事人間，但無需於合意時通知 ICSID，惟必須於提付仲裁之時點，提出書面合意之事證。書面合意必須以明示 (explicit) 方式，不能以推定或透過解釋 (construed) 的方法，如在 *Cable TV v. St. Kitts and Nevis*⁵² 一案，被告 Nevis Island Administration 是 Federation of St Kitts and Nevis 之地方政府，而原告 Cable Television of Nevis 係由美國國民持股 99% 所設立之電視公司，該公司獨家供應 Kitts and Nevis 聯邦境內有線電視，其後因為收視費調整問題雙方發生爭端，並合意提付 ICSID 仲裁。本案被告辯稱 Cable TV 所簽訂之協議係與聯邦政府簽訂，因此仲裁庭不能以其地方政府 Nevis Island Administration 為當事人，St Kitts and Nevis 檢察總長 (Attorney-General) 在向其高等法院提起之禁制令訴訟雖曾出現 ICSID 條款，但並不代表該國已同意將本案交付 ICSID 仲裁，最後仲裁庭採信被告的說法，裁定仲裁庭無管轄權，仲裁庭認為，在 St. Kitts and Nevis 檢察總長提起訴訟僅是防止 Cable TV 在仲裁判決前提高收視費率的保全措施，該訴訟文件提到 ICSID 條款只是作事實陳述，並不代表該國任何人同意將本案交付 ICSID 管轄。

實務上，合意的形式以不同的方式呈現，比較直接的方式即由當事人直接於雙方協議或契約訂立仲裁條款，有些開發中國家為鼓勵外國人前往

⁵⁰ 1 ICSID REPORT 380.

⁵¹ *Id.* at 394.

⁵² 5 ICSID REPORT 106.

投資，往往在該國外國人投資法令中加入仲裁條款，而國際間頗為盛行的雙邊投資保障協定(BITs)，大多數的協定爭端解決條款將 ICSID 條款列為標準條款，近來簽訂之區域(如 NAFTA)或多邊協定(如能源憲章)也漸漸將 ICSID 仲裁條款納入協定之中。有關 ICSID 公約與雙邊投資協定及 ICSID 公約與多邊協定關係，將於本章第三節與第四節專節討論，此處僅先介紹前面二者之作法。

1. 當事人之合意以直接協議方式

投資人可與地主國直接協議將現在或未來的爭端提付 ICSID 仲裁，並載於契約或協議條款中⁵³，依過去經驗，絕大多數案件合意方式，係當事人事先約定將未來的爭端提付仲裁，較少案件係雙方爭於爭端發生後，再約定將爭端提付仲裁，據上顯示，在爭端未發生之前，先約定未來爭端解決方式，要比爭端發生後，再合意以仲裁解決的方式較為容易⁵⁴。

另假若投資人與地主國訂立的契約或協議無效或終止後，原雙方的仲裁條款是否有效？依國際仲裁實務或學者專家主張，即使契約無效或終止後，其原訂的仲裁條款不受影響，仍然有效⁵⁵。

2. 合意透過地主國法令達成

有些地主國為吸引外國投資直接於該國國內法制定相關條款，同意外

⁵³ 如 ICSID 1993 年模範條款第一條即建議當事人可自行參採下列條文：「The [Government]/[name of constituent subdivision or agency] of name of Contracting State (hereinafter the "Host State") and name of investor (hereinafter the "Investor") hereby consent to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter the "Centre") any dispute arising out of or relating to this agreement for settlement by [conciliation]/[arbitration]/[conciliation followed, if the dispute remains unresolved within time limit of the communication of the report of the Conciliation Commission to the parties, by arbitration] pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereinafter the "Convention").」

⁵⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2.3 CONSENT TO ARBITRATION 7 (2003), available from URL <http://r0.unctad.org/dispsett/course.htm> (visited on 27 December, 2003).

⁵⁵ 李貴英，〈國際投資糾紛解決中心之國際仲裁制度〉，頁 11，行政院國科會研究案 (NSC87-2414-H-033-003)(民國 88 年 7 月)。

國投資人可將未來爭端提付 ICSID 管轄，有些國家國內法則提供數種仲裁管道供投資人選擇。另在某些情況，地主國國內法之合意約附帶某些條件、時間限制或形式，如必須經該國主管機關核准之投資。此種地主國單方面同意提付 ICSID 管轄之行為，形同地主國向投資人提出之要約(offer)，因此必須經由投資人承諾(acceptance)，合意條件才能成就，產生法律效果⁵⁶。

在此情境下，投資人承諾形式並未有硬性規定，投資人可於取得投資執照時與地主國另行締結書面協議，也可於爭端發生時，直接提付仲裁，此方式即視為投資人對地主國要約承諾，合意將爭端交付仲裁⁵⁷。雖然提付仲裁可視為投資人承諾的方式之一，但一般仍建議投資人儘早作出承諾，使合意條件完成，以保障其投資權益，以防地主國於事前修改或廢除法令，撤回之前之要約，此時投資人將喪失此訴訟管道，而有風險存在⁵⁸。

六、 ICSID 的準據法

一般而言，仲裁庭必須基於與當事人有關的準據法，作出仲裁判斷。而 ICSID 公約有關準據法規定可概括分為程序法與實體法兩大部分⁵⁹，茲分述如下：

(一) 程序法

ICSID 公約仲裁程序原則主要規定於 ICSID 公約第 44 條，該條規定如下：

⁵⁶ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* 198 (Cambridge University Press, 2001). Also see Report of the Executive Directors of the Convention, para. 24.

⁵⁷ 如在 ICSID 曾發生案例 *Tradex v. Albania* 案即支持此觀點，*Tradex v. Albania, Decision on Jurisdiction*, 24 December 1996, 14 *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal* 161, 187 (1999). Also cited at footnote 389 on the book of CHRISTOEPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*.

⁵⁸ Antonio R. Parra, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, 12 *ICSID REVIEW—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL* 287, 320(1997).

⁵⁹ 李貴英，如前揭註 55，頁 9。

「除當事人另有約定外，仲裁程序應依本章之規定進行，以及應依爭端當事人同意交付仲裁之日經已生效之仲裁規則進行之。如發生本章、仲裁規則或任何當事人約定之規則所未規定之程序問題時，則由仲裁庭決定之。

⁶⁰」

除上條所規定的原則外，ICSID 公約對於仲裁程序之規定相當多，包括第三章關於仲裁請求程序、仲裁庭的組設、仲裁庭的職權、裁決程序、裁決的解釋、修正與廢棄及裁決的承認與執行；第五章對調解人及仲裁人更換與資格喪失；第六章對於仲裁費用等。

(二) 解決爭端實體問題之準據法

解決爭端實體問題之準據法是規定權利義務或具體事項的法律，以 ICSID 公約言，即謂仲裁庭依據爭端各實質部分所適用之法律，有關中心的法律適用問題是中心仲裁公正的保證⁶¹。

ICSID 公約本身並未規範其適用實體問題之準據法，僅於公約第 42 條提供仲裁庭選擇準據法之程序機制。第 42 條規定如下：

- 「(1) 仲裁庭應依據當事人所合意的法理決定爭端。若無此項協議，仲裁庭應適用為爭端當事國之締約國法律(包括衝突法規則)及可適用的國際法原則。
- (2) 仲裁庭不得以法律未有明文規定或規定含糊，而作案情不明之處斷。

⁶⁰ ICSID Convention Article 44: Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the arbitration rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or by the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.

⁶¹ 范劍虹，如前揭註 9，頁 237。

(3) 本條第 1 項及第 2 項之規定，不影響仲裁庭於爭端當事人同意時，依衡平善意原則裁決之權限⁶²。」

由上開規定可知，ICSID 公約就準據法選擇訂定二項原則：第一、由當事人合意選擇適用爭端實體問題之準據法；二、若無此等協議，則由仲裁庭合意之。換言之，ICSID 公約準據法選擇基本上採當事人意思自主原則，並以仲裁人決定作為補充。在此標準下，仲裁庭必先確認當事人是否運用了意思自主原則，若是，則當事人選擇對仲裁庭產生約束力。若當事人未選擇，則由仲裁庭依據第 42 條第一項後段裁定準據法的適用⁶³。

ICSID 公約第 42 條第 1 項方式可謂彈性附帶確認的作法(flexibility with certainty)之機制⁶⁴，首先由當事人自由合意選擇仲裁庭解決爭端適用之實體法，此為公約提供的準據法選擇的彈性機制，另若當事人未能就準據法達成協議，則由仲裁庭就地主國國內法或國際法何者適用決定之，此方式之設計可以避免仲裁庭在裁決時，面臨法律不確定問題。

第 42 條僅敘及準據法適用情形，有關程序性規定則非屬本條之規範，實際上公約第 44 條規定仲裁程序依照公約本身規定及雙方當事人合意之仲裁規定，並不受第 42 條所選擇之實體法所影響。

此外，第 25 條有關管轄權之規定，亦不受第 42 條之規範，例如在 ICSID

⁶² ICSID Convention Article 42: (1) 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.

(2) The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.

⁶³ 李貴英，〈國際投資法專論－國際投資爭端之解決〉，頁 74，台北，元照出版公司(2004 年)。

⁶⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2.6 APPLICABLE LAW 5 (2003), available from URL <http://www.wto.org> (visited on 3 September, 2003).

過去曾經發生的案例 *CSOB v. Slovakia*⁶⁵一案，仲裁庭即認為，有關雙方當事人合意交付 ICSID 管轄是否有效，應依照國際法的規定，即 ICSID 公約第 25 條第 1 項之規定，排除第 42 條實體法以國內法為準據法之情形。同理可論，有關投資人國籍的認定，並不受第 42 條所選擇之準據法所規範，即當事人雙方依第 42 條合意以地主國法律為實體法，然關於自然人投資人國籍的認定，仍以其國籍所在國國內法為準，法人投資人國籍則依其設立地或住所地國內法之規定。

七、 仲裁判斷的承認與執行

依 ICSID 公約第 48 條規定⁶⁶，仲裁庭裁決採多數決，仲裁判斷以書面為之，仲裁庭每一仲裁人，不論是否同意多數意見，得將其個人意見聲明書附於仲裁判斷內。ICSID 在未徵得當事人同意前，不得將仲裁判斷公佈。

仲裁判斷具有終局性，對當事人具有拘束力，依 ICSID 公約第 53 條第 1 項規定⁶⁷，仲裁判斷對於爭端當事人，應有拘束力，即謂敗訴的一方，有履行仲裁判斷的法律義務，勝訴的一方，有要求相對方履行的法律權利。另依同項規定，除本公約另有規定者外，不得對仲裁判斷提起上訴或尋求其他救濟措施，如不得再向國際法院 (ICJ) 提起上訴。仲裁判斷一旦作成，原當事人間不得對同一事項、同一訴訟標的、同意請求再次提起訴訟，即所稱之既判力，此原則常用於仲裁庭及國內法院。

仲裁判斷是否具有國際效力，亦即在締約國是否承認並予以執行，規定於第 54 條第 1 項⁶⁸，依該條規定，每一締約國對於依公約所成之判斷，

⁶⁵ *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 14 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 251, 263/4 (1999). UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2.6 APPLICABLE LAW 5 (2003).

⁶⁶ ICSID Convention Article 48.

⁶⁷ ICSID Convention Article 53.

⁶⁸ ICSID Convention Article 54.

應承認具有拘束力，並在其領域內執行該項裁決所課的金錢義務，一如該判斷為其國內法院的終局判決。同條第 2 項規定，執行程序應受請求在該國領域內執行該判斷國家關於執行仲裁判斷之法律之規定，也就是說，對於內國執行仲裁判斷之法院或機構，公約則依各締約國內法之規定。

ICSID 公約雖於第 54 條規定仲裁判斷對每一締約國具有拘束力，然而公約仍不凌駕國家主權豁免原則，第 55 條規定，有關任一締約國對於相對國或任一外國豁免之法律，不適用於第 54 條的相關規定，亦即，只有作為商業目的國家財產才可被執行，其餘關於公務用途的財產則不得被執行，如駐外使領館銀行帳戶、中央銀行之財產等。

從上述第 53 條及 54 條等條文觀之，ICSID 裁決被視為締約國法院最終判決，締約國法院必須直接承認和執行，締約國法院之任務只是協助執行中心之裁決，可說 ICSID 公約排除了締約國以公共秩序保留作為仲裁判斷不予承認和執行的理由⁶⁹，公約亦否決了國際習慣法，對於外國判決或仲裁判斷在國內不予直接執行，需經一定程序審查的作法，始可承認其判決效力及執行，如我國民事訴訟法第 402 條及強制執行法第 43 條，對於外國判決需經我國法院判決宣示，方可承認外國判決的效力或方許可其強制執行。此亦為公約特色之一，仲裁判斷一旦作成，假定具有超國家性質，對於每一締約國自動具有執行力，只要提出秘書長簽證之仲裁判斷副本，即由內國法院或相關機構，不需作進一步審查之情況下，逕予執行⁷⁰。

八、 仲裁判斷的補救措施

如前所述，仲裁判斷具有終局性與拘束雙方當事人的效力，因此為了

⁶⁹范劍虹，如前揭註 9，頁 240-241。

⁷⁰陳香巖，外人投資爭端解決有關法律問題之研究，東吳大學法律研究所碩士論文，頁 73（民國 74 年 7 月）。

避免仲裁產生不當裁決，ICSID 公約提供數項補救措施，該補救措施包括補充及更正 (supplementation and rectification)、解釋 (interpretation)、修改 (revision) 及廢棄 (annulment)，茲析述如下：

(一) 補充及更正

ICSID 公約第 49 條第 2 項規定當事人對於仲裁判斷作成之日起 45 日內，就仲裁判斷所遺漏的任何問題、書寫、數字或類似錯誤給予補充或更正⁷¹。此條主要針對仲裁判斷技術上小錯誤或書寫錯誤，給予事後補救機會。

(二) 解釋

若當事人對於判斷之意義或範圍發生爭執，公約第 50 條規定，爭端當事人任何一方得向秘書長提出書面申請，請求就該判斷加以解釋。該項請求於可能範圍將交由原仲裁庭，否則將另組新的仲裁庭。新的仲裁庭認為需要時，得宣告中止該項判斷的執行，直到其判斷作成時為止⁷²。

(三) 修改

公約第 51 條規定，爭端當事人任何一方，如發現對裁決具有決定性影響力之事實，得向秘書長提出書面申請，請求修正判斷，但以該項事實係裁定時為仲裁庭及聲請人所不知，且申請人之不知非由其過失者為限。此條主要針對發現新事實，而請求仲裁庭調查新事實，並據以修正原判斷⁷³。

(四) 廢棄

依公約第 52 條規定⁷⁴，當事人任何一方，可以基於下列理由之一項或

⁷¹ ICSID Convention Article 49(2).

⁷² ICSID Convention Article 50.

⁷³ ICSID Convention Article 51.

⁷⁴ ICSID Convention Article 52.

多項，以書面向秘書長提出申請，請求廢棄原判斷：

1. 仲裁庭的組設不適當；
2. 仲裁庭明顯逾權；
3. 仲裁庭成員之一有貪污情事；
4. 嚴重違反基本的程序規則；
5. 仲裁判斷未明定其所根據的理由。

本條為仲裁判斷終局性原則僅有的一項例外情況，廢棄與上訴不同，上訴可能是原判決的修正或取代，廢棄則是宣告原判決無效。只要行政理事會主席於接獲請求後，任命三人組成專案委員會(*ad hoc committee*)，根據案件是非曲直重新審理該案，此條款設計是 ICSID 公約所創設的控制機制⁷⁵。

九、 ICSID 公約的特色

縱觀 ICSID 公約整體架構系統，具有以下特點，茲分述如下：

(一) 雙方利益的平衡

在草擬 ICSID 公約時，執行董事們即有意設計一套系統能謹慎的平衡投資人與締約國之間的利益⁷⁶。此利益均衡的設計執行董事會報告第 13 段即有清楚的說明，在該段報告謂公約廣泛的目的在於鼓勵大量私人外國投資的流動，而公約條文很謹慎的維持投資人與地主國間利益的平衡，允許地主國與投資人皆可以原告身分提起仲裁⁷⁷。

如前所述，投資人可直接以原告的身分，提起仲裁，同時為強化仲裁程序的進行，ICSID 公約亦有訴訟程序不中斷(Non-frustration of

⁷⁵ W. Michael Reisman, *The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration*, 1989 Duke L.J. 739, 754.

⁷⁶ IBRAHIM F.I. SHIHATA, *supra* note 6, at 292-293.

⁷⁷ Report of the Executive Directors on the Convention, para.13.

proceedings) 的設計，如公約第 45 條規定，在仲裁程序進行任何階段，爭端當事人一方不到庭或不為陳述時，並不影響仲裁程序的進行。

除了前段給予投資人的利益外，ICSID 公約並不單方面偏向保護投資人，而給予締約國相對的制衡措施，只要雙方一旦同意將爭端交付中心管轄，則由中心取得專屬管轄權，締約國可排除投資人再利用其他國際司法途徑，地主國可要求投資人窮盡當地行政及司法救濟作為同意交付仲裁的條件⁷⁸，此項規定顯示，公約並無意修改國際法關於國內救濟耗盡原則⁷⁹。

再者，公約第 27 條規定，除非該其他締約國不遵守及履行對該爭端所作之裁決外，任何締約國對其國民與他締約國依本公約之規定，同意交付或經已交付仲裁之爭端，不得給予外交保護或提出國際主張⁸⁰。此種排除母國外交保護的設計，等同將投資爭端去政治化(depoliticization)，可以防止投資人母國利用大國優勢欺凌居於比較弱勢的地主國⁸¹，當然此設計主要目的在於增進雙方彼此互信氣氛，以增加外國資本流入開發中國家⁸²。

此外，在締約國之間利益平衡方面，可從 ICSID 行政理事會安排即可反映此種利益的平衡，理事會係由每一締約國所指派的一位代表組成⁸³，每一締約國擁有一投票權⁸⁴，如此可確保每一締約國地位的平等。

總體言，ICSID 公約架構可說不偏不倚，即不偏袒地主國，也不傾向投資人，地主國與投資人皆可主動提起調解或仲裁，惟從過去案例顯示，大多數的案件都是由投資人一方作為原告，這或許顯示地主國擁有行政及

⁷⁸ ICSID Convention Article 26.

⁷⁹ Report of the Executive Directors on the Convention, para.32.

⁸⁰ ICSID Convention Article 27.

⁸¹ 如同執行董事會報告第 33 段謂：「當地主國與投資人雙方同意將爭端交付中心，即給予該投資人國際管轄地位，從而該投資人即無立場請求母國提起主張，同時該國亦不允許如此做。」*

⁸² IBRAHIM F.I. SHIHATA, *supra note* 6, at 293.

⁸³ ICSID Convention Article 4(1).

⁸⁴ ICSID Convention Article 7(2).

立法權力，往往較居優勢地位。

(二) ICSID 自願性

ICSID 公約採開放性架構，不僅是世界銀行會員國可成為公約的締約國，其他非世界銀行會員國只要是國際法院規約締約國及經行政理事會三分之二多數決投票通過，即可被邀請參與簽署公約⁸⁵。締約國一旦核准公約並不強制該國即應利用 ICSID 解決其與投資人的爭端，必須經由雙方當事人另以書面同意，ICSID 始具有管轄權⁸⁶。另外，締約國得於批准公約之際或其後的任何時間，通知中心何種爭端為其所接受或不接受由中心管轄⁸⁷，其中特別是有關國家主權行為及自然資源方面的爭議，許多締約國不願交付 ICSID 仲裁。例如中國即通知 ICSID 有關主權爭議不適用 ICSID 仲裁，照中國的看法涉及國家主權的行為，係指下列三項爭議：(1) 國有化或徵收合法化的爭議；(2) 有關中國法律的解釋及適用所引起的爭端；(3) 有關中國行政機關對外國投資人違法行為依法制裁所引起的爭端⁸⁸。

(三) ICSID 系統具有彈性

適用於 ICSID 仲裁程序之規則具有相當彈性，甚少強制性規定⁸⁹，許多的程序尊重當事人自主原則，惟若當事人無法達成合意，始由 ICSID 的仲裁規定予以決定，如仲裁人的選任及選任方法，若當事人無法達成協議，則依公約的規定，又如當事人一方派拒絕任命仲裁人，以致仲裁庭無法組成時，世界銀行總裁(行政理事會當然主席)則以其職能，任命尚懸缺的仲

⁸⁵ ICSID Convention Article 67.

⁸⁶ ICSID Convention Article 25(1).

⁸⁷ ICSID Convention Article 25(4).

⁸⁸ 范劍虹，如前揭註 9，頁 242。

⁸⁹ 如 ICSID 公約僅對仲裁庭仲裁人需為奇數、仲裁人資格、仲裁人國籍等予以強制規定。

裁人，以組成仲裁庭⁹⁰。

(四) ICSID 仲裁系統的效力

ICSID公約下的爭端解決系統具有高度的效力，其原因如下：

1. 雖提付 ICSID 管轄係當事人雙方自主行為 (self-contained)，一旦進入仲裁程序，則不能單方面撤回⁹¹。
2. 在 ICSID 仲裁程序不中斷原則下，任何一方皆不可以拒不任命仲裁人⁹²、不到庭或不為陳述⁹³，來試圖中斷仲裁程序的進行。
3. 如前所述，仲裁判斷具有終局及拘束當事人的效力，不得提起上訴或尋求其他救濟，同時每一締約國對於依本公約所做成的仲裁判斷，應承認其具有拘束力，若涉及金錢義務，應在其領域內執行，具有如同在其本國法院最終審的效力。

有了上述的設計，使得 ICSID 仲裁系統具有相當的效力，對於投資人與地主國產生抑制效果，雙方皆儘量避免爭端產生，此外，此機制亦使當事人當爭端發生時，樂於使用此機制，有效使國際投資爭端能和平的解決。

第二節 ICSID 附加機制(Additional Facility)之建制

回顧 ICSID 發展歷史，自 1966 年設立至 1978 年 11 月 1 日止有七十

⁹⁰ ICSID Convention Article 38.

⁹¹ ICSID Convention Article 25(1).

⁹² ICSID Convention Article 38.

⁹³ ICSID Convention Article 45(1).

二個國家批准及接受 ICSID 公約，另有八個簽約國尚未完成批准程序，然至 1978 年僅有九件爭端案提付 ICSID 仲裁，而其中有五件仲裁案在經過和平解決後，中斷仲裁程序，一件完成仲裁判斷，三件仍待審理。在該時期，提付仲裁案件不多，但數據顯示，當事人仍朝向和平解決之方式⁹⁴，ICSID 仍未被投資人所廣泛使用。

另 ICSID 公約雖可提供專屬於締約國與他國締約國國民間投資爭端之諮商及仲裁機制，但在當時 ICSID 秘書處已經收到來自企業界及部分政府之請求，要求擴大 ICSID 使用範圍，請求 ICSID 秘書處服務那些不屬於 ICSID 管轄範圍之內之國家與私人團體之爭端⁹⁵。

在上述時空背景下，1978 年 9 月 27 日 ICSID 行政理事會第十二次年會採認附加機制規則(Additional Facility Rules)⁹⁶，依據附加機制規則之授權，秘書長得處理 ICSID 管轄範圍之外某些國家與他國國民之間所產生的特定訴訟案件，擴大 ICSID 服務的範圍，依 ICSID 附加機制規則，該規則之管轄範圍如下：

- 一、 解決中心管轄權之外直接因投資而引起之法律爭端之諮商及仲裁程序，其中作為爭端當事人之一的投資地主國或投資人所屬之國家，兩者有一方非為公約締約國⁹⁷。
- 二、 解決中心管轄權之外非直接因投資而引起之法律爭端之諮商及仲裁程序，其中作為爭端當事人之一的投資地主國或投資人所屬之國家，

⁹⁴ ARON BROCHES, *SELECTED ESSAYS: WORLD BANK, ICSID, AND OTHER SUBJECTS OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW* 249-250 (1995).

⁹⁵ *Id.* at 250.

⁹⁶ The Additional Facility Rules comprise a principal set of Rules Governing the Additional Facility and their three schedules: Fact-Finding Rules (Schedule A), Conciliation Rules (Schedule B) and Arbitration Rules (Schedule C). On September 29, 2002, the Administrative Council approved amendments of the Additional Facility Rules. These amendments came into effect on January 1, 2003.

⁹⁷ The Additional Facility Rules Art. 2(a).

至少有一方為公約締約國⁹⁸。

三、事實調查程序(fact-finding proceedings)⁹⁹。

由上述規定可知附加機制規則設立目的在於解決(1)符合公約對物管權，但不符公約對人管轄之爭端；(2)符合公約對人管轄爭端，但不符公約對物管轄爭端；以及(3)單純請求釐清案件事實之調查程序。另前者第二項所謂非直接因投資引起之爭端，其爭端標的之主交易仍與普通商業交易有別，亦即其主要交易仍為投資，只是該爭端與投資不具有直接關係，至於何謂與投資具有直接關係，將在其後章節詳述。

此外，由於附加機制所適用的對象包括非締約國，因此為確保仲裁判斷結果之執行，附加機制仲裁規則特別規定，仲裁程序必須在 1958 年聯合國關於承認及執行外國仲裁判斷公約締約國(1958 UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 簡稱紐約公約)境內進行¹⁰⁰，由於我國並非紐約公約簽署國，仲裁則無法在我國有效管轄領土內進行。

第三節 ICSID 與雙邊投資協定之關係

一、ICSID 與雙邊投資協定之發展歷史

在過去四十多年來，雙邊投資協定(Bilateral Investment Treaties, BITs)對於促進私人外國投資流動及世界經濟發展扮演非常重要角色，1959 年 11 月 25 日德國與巴基斯坦簽訂世界第一個雙邊投資保障協定¹⁰¹，

⁹⁸ The Additional Facility Rules Art. 2(b).

⁹⁹ The Additional Facility Rules Art. 2(c).

¹⁰⁰ Arbitration (Additional Facility) Rules Art. 19.

¹⁰¹ RUDOLF DOLZER & MARGRETE STEVENS, BILATERAL INVESTMENT TREATIES 1(1995).

1960年代共有六十五個BITs產生¹⁰²，早期主要是以友好通商條約(treaties of friendship, commerce and navigation)之形式出現，那時BITs提供締約國之間的爭端解決機制，而無締約國與其他締約國國民或公司之爭端解決機制。因此投資人在地主國遭到不平等或非法的待遇，受到損害時，只能在地主國國內法院尋求救濟，或是請求母國循外交途徑保護。

以地主國國內法院訴訟言，投資人常會懷疑該國法院之公正性及審判效率，有時地主國會利用國家主權豁免原則而逃避責任。而請求母國外交保護之另一救濟途徑，亦有許多限制，第一，外交保護常透過外交諮商之方式，外交諮商往往歷經數年而無法解決；第二，以外交談判就算獲得地主國賠償，有些母國則保留該補償金，有些則僅給予部分補償金予投資人；第三，有些母國顧及外交情誼，往往不願發動外交保護；第四，母國在發出外交保護之時，地主國往往要求依據國際法，要求該投資人先用盡當地一切法律救濟為前提，即所謂國內救濟耗盡原則(Principle of Exhaustion of Local Remedies)。由於上開國內法院訴訟與外交保護二種救濟方式，對投資人言並非是有效的爭端解決方法，因此早期部分BITs則納入特別仲裁機制(ad hoc arbitration)以讓母國以政府對政府之方式，將爭端提付具有拘束力之仲裁庭裁定¹⁰³。

之後為了給予外國投資人有效保護，以鼓勵外國資金流金流入，因此開始有BITs納入投資人與地主國間爭端解決仲裁條款，允許投資人若與地主國發生投資爭端，可直接將爭端交付中立之仲裁機構解決¹⁰⁴。

自1966年ICSID公約生效後，開始有國家制定國內投資促進法及對外簽署BITs援引ICSID公約，1968年荷蘭與印尼簽訂之BITs為史上第一

¹⁰² Antonio R. Parra, *ICSID and Bilateral Investment Treaties*, 17 ICSID NEWS (Spring 2000).

¹⁰³ UNCTAD, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES IN THE MID-1990S* 103-104 (1998).

¹⁰⁴ M. SORNARAJAH, *THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT* 265 (Cambridge University Press 3rd ed. 1996).

個援引 ICSID 公約的雙邊投保協定，距離第一件 BITs 的簽署日期約十年左右¹⁰⁵，1970 年代簽訂了 86 件 BITs，包括拉丁美洲及東歐國家所簽署的第一件 BITs，在此年代簽訂之 BITs，締約國同意援引 ICSID 機制，已成為通用趨勢¹⁰⁶。

1970 年代有兩件事產生，對於 BITs 爭端解決條款的發展有重大影響，第一為 1976 年聯合國國際貿易法委員會所發佈之仲裁規則 (Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)；第二即是 1978 年 ICSID 所另發展之 ICSID 附加機制。UNCITRAL 甫發佈即成為臨時仲裁規則之先趨，而 ICSID 附加機制授權秘書處處理某些 ICSID 管轄權之外之投資爭端，由於上述兩套仲裁規則的出現，也使 BITs 爭端解決條款有其他的選擇方案。

1980 年代 BITs 數量急遽增加，產生了 211 個 BITs，部分先前並不熱衷簽署 BITs 之國家，如中國與美國，也開始向外尋求簽訂 BITs，而此時期開發中國家與社會主義國家相互之間亦開始簽訂 BITs。1980 年代中期以後，BITs 援引 ICSID 公約、UNCITRAL 仲裁規則及 ICSID 附加機制成為常態¹⁰⁷。在此同期，亦有少部分之 BITs 援引 ICC 國際商會仲裁規則¹⁰⁸及斯德哥爾摩商會仲裁機構 (the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce)¹⁰⁹。

1990 年代，BITs 可稱得上是爆炸性成長時期，在此時期產生了 1300 個 BITs¹¹⁰，至 2002 年底全球已有 2,181 件 BITs 簽署¹¹¹。據估計大約有一

¹⁰⁵ RUDOLF DOLZER & MARGRETE STEVENS, *supra* note 101, at 130.

¹⁰⁶ Antonio R. Parra, *supra* note 102.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ 如英國 BITs 模範條款第八條第二項，3 UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM 190.

¹⁰⁹ 如美國 BITs 模範條款第九條第三項，*Id.* at 201-202.

¹¹⁰ Antonio R. Parra, *supra* note 102.

¹¹¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), WORLD INVESTMENT

千個 BITs 援引 ICSID 公約，ICSID 公約已被 BITs 所普遍使用，大多數援引 ICSID 之 BITs 簽署國均係 ICSID 公約締約國¹¹²。

如美國 1992 年草擬之 BIT 模範條款即規定如下¹¹³：

- ICSID 仲裁機制；
- ICSID 附加機制¹¹⁴；
- 依據聯合國貿易法委員會仲裁規則組成之臨時性仲裁庭¹¹⁵；
- 依據雙方所同意之其他仲裁機構或其他仲裁規則。

第四節 ICSID 與多邊投資協定的關係

自 1990 年代開始，許多國際協定爭端解決條款開始援引 ICSID 公約，其主要架構類似先前所述之雙邊投資協定爭端解決架構，即簽約國批准條約的同時，同意將現在或未來爭端交付 ICSID 管轄，如同締約國提出的要約，而雙方合意的達成，必須俟其他締約國國民接受始完成其條件。本節將以國際間較常被討論的多邊協定為主軸，如北美自由區貿易協定 (NAFTA)、能源憲章(Energy Charter Treaty)、經濟合作發展組織(OECD) 所倡議之多邊投資協定(MAI)，來說明其與 ICSID 公約的關係。

一、北美自由貿易協定(NAFTA)

為了消除北美地區貿易障礙、促進公平競爭、保護智慧財產及鼓勵多

REPORT 2003-FDI POLICIES FOR DEVELOPMENT 3, 21 (2002).

¹¹² IBRAHIM F.I. SHIHATA, *supra* note 39, at 804.

¹¹³ Kenneth J. Vandeveld, *U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave*, 14 MICH. J. INT'L L. 621, 656. Also see Dana H. Freyer et al, *Bilateral Investment Treaties and Arbitration*, 53-MAY DISP. RESOL. J. 74, 77.

¹¹⁴ 此條款曾經出現於美國 1983、1984 年 Model BIT，但 1987 年 Model BIT 則未出現，至 1992 年 Model BIT 始出現。*Id.*

¹¹⁵ 1992 年 Model BIT 由 UNCITRAL 仲裁規則取代 ICSID 公約仲裁規則成立之臨時仲裁庭，主要是基於 Iran-United States Claims Tribunal 之成功經驗，以及擔憂仲裁判斷可由國內法院予以廢棄。

元投資、建立有效執行及爭端解決機制，美國、加拿大及墨西哥三個國家於 1992 年 9 月 17 日簽署北美自由貿易協定(North American Free Trade Agreement)，該協定並於 1994 年 1 月 1 日開始生效，NAFTA 包括 20 個章節及許多的附錄，總共有 2000 頁，是一相當冗長之文件¹¹⁶。NAFTA 是世界第一個提供個人與公司可直接訴諸國際仲裁爭端解決機制之多邊條約，自其開始生效後，其他多邊條約也採取類似 NAFTA 之爭端解決機制，如能源憲章等。而 NAFTA 第 11 章具有象徵地位，因其是第一個二個已開發國家間(美國與加拿大)簽署之投資協定，而 NAFTA 也是墨西哥第一個簽署包括投資人與地主國仲裁之國際協定¹¹⁷。

NAFTA 設有三種不同形式爭端解決程序，以確保協定能有效執行與運作，第一種方式為一般機制，規定於 NAFTA 第 20 章，解決成員間關於條約解釋、執行及應用所產生的爭端，此爭端解決機制包括協定所有層面所產生的爭端，諸如市場進入、非關稅貿易障礙、原產地規則、標準、政府採購、投資、跨境服務、電信、金融服務及智慧財產權。除了上述一般機制外，NAFTA 尚包括二種特別爭端解決機制，其一為第 11 章投資專章第 B 節專為解決 NAFTA 會員國與其他會員國投資人間因投資而引起的爭端¹¹⁸；其二為第 19 章關於解決因反傾銷及平衡稅法令修正及最後決定(final determinations)所產生之爭端。本節將僅探討與本論文中心主旨相關之 NAFTA 第 11 章第 B 節解決投資人與會員國爭端之相關規定。

¹¹⁶ 自簽署後由於美國政治團體堅持加入補充協議如環境合作、勞工合作及緊急措施，爰至 1994 年 1 月 1 日才生效。Jose Luis Siqueiros, *An Overview of Arbitration Mechanisms between States and Investors –The Mexican Experience*, 2 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT 250, 250 (2001)

¹¹⁷ Patrick Dumberry, *The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism –A Review of the latest Case-Law*, 2 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT 151, 151-152 (2001).

¹¹⁸ NAFTA 提供關於 investor-to-state 爭端解決機制主要也是著眼於降低投資爭端政治性，增加投資人信心，給予投資人自力救濟管道，保障其權益，因此投資人之訴訟可以根據案件之是非曲直予以斷定，而不用透過政府與政府間的政治對話。Michael Ewing-Chow, *Investor Protection in Free Trade Agreement: Lessons from North America*, 5 SING. J. INT'L & COMP. L. 748, 767.

NAFTA第 11 章主要包括二節¹¹⁹，第 A 節為關於在 NAFTA 地區投資保護的相關實體規範，包括給予其他會員國投資人及其投資之待遇與保護機制，諸如投資與投資人定義、例外規定、國民待遇、最惠國待遇、待遇標準、最低標準待遇、資深經理人與董事會、實績要求、資金轉移、徵收與補償、環境條款及國營企業等規定。第 B 節為關於解決 NAFTA 會員國與其他會員國投資人之爭端，當地主國違反第 A 條實體規範，投資人可依據第 B 條程序提付仲裁，其目的在於「依據國際互惠原則，以及在公正法庭前的正當程序，確保締約國投資人的平等待遇」¹²⁰。此外第 B 節有關爭端解決之規定，並不影響會員依據協定第 20 章提起國家與國家間爭端的權利¹²¹。

第 B 節係以美國對外所簽署雙邊投資保障協定之爭端解決模式為基礎，其所提供投資人與締約國間爭端解決之仲裁規則包括 ICSID 公約，ICSID 附加機制規則及 UNCITRAL 仲裁規則¹²²。在 NAFTA 下，締約國一旦簽署協定，即同意投資人使用上述三種不同的仲裁規則，依其文義等同締約國向投資人所發出的確定要約¹²³。而投資人如將爭端交付 NAFTA 所同意使用的三種仲裁規則，則視為投資人接受地主國的要約，惟雙方合意的達成，雖可滿足 ICSID 管轄權的第一要件，但仲裁庭仍需審視 ICSID 公約第二章管轄權的其他條件¹²⁴。此外，NAFTA 與 ICSID 公約、ICSID 附加機制規則及 UNCITRAL 仲裁規則最大不同之處，在於 NAFTA 僅同意由投資人發動仲裁請求權，地主國不可主動將與投資人的爭端請求仲裁¹²⁵。

值得注意的是，至目前為止只有美國是 ICSID 的締約國，加拿大與墨

¹¹⁹ The full text of NAFTA were reproduced in UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM, VOL. III, 73-99. Also Available from URL: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=78 (visited on Nov. 21, 2003).

¹²⁰ NAFTA, Article 1115.

¹²¹ NAFTA, Article 1115.

¹²² NAFTA, Article 1120.

¹²³ NAFTA, Article 1122(1): Each Party consents to the submission of a claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement.

¹²⁴ NAFTA, Article 1122(2).

¹²⁵ NAFTA, Article 1121.

西哥皆尚未簽署 ICSID，因此 ICSID 公約實際上無法使用。而 ICSID 附加機制規則只有以美國人或美國公司為原告，或美國政府成為被告時，始有適用餘地¹²⁶。甚至如果當事人一方是加拿大政府或是加拿大投資人，另一方是墨西哥政府或是墨西哥投資人，則在 NAFTA 下可以使用的仲裁規則僅有 UNCITRAL 仲裁規則，縱使使用 UNCITRAL 仲裁規則，依據 NAFTA 第 1124 條及 1126 條，ICSID 秘書長亦可受命指派仲裁員。

二、 能源憲章條約

為了促進前蘇聯與東歐地區經濟復甦與市場改革，並增加能源部門的外國直接投資，增進西歐能源安全之需求，1994 年 12 月 17 日在葡萄牙里斯本完成能源憲章的簽署，簽署國包括歐盟(含其會員國)、中東歐國家、日本、澳大利亞等國。該條約經 32 個簽署國批准後，於 1998 年 4 月 16 日生效，目前秘書處設於比利時布魯塞爾。以國際投資多邊架構言，該條約為全球第一個針對特定部門所簽訂的多邊投資協定¹²⁷，對於未來其他國際組織發展多邊投資協定具有一定的意義。

如同大多數的國際投資協定(雙邊、區域性協定)，能源憲章條約爭端解決機制亦包括國家與國家間與國家與他國投資人間爭端解決機制。除此之外，因能源憲章除了規範國際投資問題外，亦規範貿易、輸送、競爭及環境等問題，因此，該條約亦針對各種特定問題設計不同的爭端解決機制，如為了解決輸送問題所進行的強制性調解機制，以及在競爭與環境方面也另外設有個別的爭端機制¹²⁸。

能源憲章條約關於締約國與投資人間爭端解決機制主要規定於條約

¹²⁶ Patrick Dumberry, *supra* note 117, at 159.

¹²⁷ M. SORNARAJAH, *supra* note 1, at 16.

¹²⁸ *Supra* note , at 15。

第 26 條，該條規定若地主國違反條約義務，而他締約國投資人無法以談判方式與地主國解決，投資人可將爭端訴諸下列三個管道¹²⁹：

- 爭端締約國國內法院；
- 依據事先協議之其他程序；
- 尋求國際仲裁，由投資人就 ICSID、UNCITRAL，或是斯德哥爾摩商會仲裁機構仲裁規則三者擇一，此外若投資人母國或地主國其中一方並非 ICSID 公約締約國，則可利用 ICSID 附加機制規則¹³⁰。

第 26 條並規定，各締約國應無條件同意(unconditional consent)將爭端提付國際仲裁，此代表締約國對於在其境內投資的投資人之確定要約。而雙方當事人合意達成仍需以投資人以書面方式接受，條件始成就。能源憲章條約如同 NAFTA，其仲裁發動權在於投資人，締約國不能主動將爭端提付國際仲裁。

三、OECD 多邊投資協定(MAI)

鑒於國際投資對於世界經濟發展的重要性，以及簽訂雙邊投資協定及區域性投資協定之缺點與限制，OECD 爰亟思建構一套廣泛通用的多邊投資協定。1991 年 OECD 國際投資暨多國企業委員會(Committee on International Investment and Multinational Enterprises, CIME)及資本移動暨無形交易委員會(Committee on Capital Movements and Invisible Transactions, CMT)於是開始研究多邊投資協定之問題。1994 年 6 月 OECD 部長級會議指示 CIME 與 CMT 正式展開探討多邊投資架構的主要問題。1995 年 5 月上揭二委員呈交名為「多邊投資協定」(Multinational

¹²⁹ The Energy Charter Treaty: Annex 1, Article 26(2). 2 UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM 569.

¹³⁰ The Energy Charter Treaty: Annex 1, Article 26(4)(a).

Agreement on Investment, MA)之報告予 OECD 部長層級的理事會。OECD 部長們於檢視這份報告後，同意 MA 之諮商談判，並希望能於 1997 年部長會議時通過。該草擬之 MA 條文目的能替國際投資建立一套廣泛的多邊投資架構，設立高標準的投資自由化與投資保護，以及包含爭端解決程序。MA 實際上係以 NAFTA 第 11 章為雛型¹³¹。

MA 在協商過程中由於已開發國家(尤其是美國與歐盟)對於文化、環境、勞工、國家特定保留清單、區域經濟整合及爭端解決等議題無法達成共識，加上來自開發中國家、非政府組織(NGOs)及社會團體的外界強烈反對壓力，1997 年 5 月部長會議決議將談判期間延長一年，惟在延長的一年裡，談判進展依然不樂觀，就在 1998 年 10 月召開 MA 談判小組會議前夕，法國總理 L. Jospin 宣布不參與在該年 10 月 20 至 21 日舉行之 MA 談判小組會議。該談判小組會議在法國退出後，爰無法再繼續討論 MA 條文，僅決議如何進行 MA 談判，以及在年底前再召開一次會議討論，然在英國、澳洲、加拿大及德國逐一退出諮商後，MA 談判實際上已經全部停止。1998 年 12 月 3 日 OECD 負責投資事務資深官員在巴黎舉行非正式會議，正式宣告停止 OECD 談判。

雖然 MA 最後以失敗收場，但這也是全球第一次首度建立多邊投資協定之嘗試，其條文曾引起學界廣泛的討論，後來國際間討論多邊投資協定場合(如 WTO 等)，MA 常被提起討論與比較，因此可說 MA 對於後來建立多邊投資協定的努力具有一定程度的影響力。因 MA 草案條文內容甚多，本文爰僅簡介與本論文中心主旨有關之 MA 爭端解決機制，尤其是投資人與地主國爭端解決機制之部分。

¹³¹ CHEN HUIPING, OECD'S MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT: A CHINESE PERSPECTIVE 8-9.

為了能適當執行 OECD 所給與投資人與投資高標準的保護與待遇，MAI 起草人爰設計了有效及有強力拘束力的爭端解決機制¹³²。此種正式的爭端解決程序改變了 OECD 以往依賴同儕壓力(peer pressure)的運作實務¹³³。在草擬 MAI 草案之際，OECD 亦參考許多 BITs、ECT、WTO 及 NAFTA 之相關條文，由於 MAI 自許之高水準目標，與其他投資協定相較，MAI 堪稱最完善、最先進及最詳盡之爭端解決機制，以 MAI 草案言，爭端解決章節內容佔全份草案內容相當份量¹³⁴。

MAI 爭端解決機制亦如其他國際常見的 BITs 及多邊協定(如 ECT、NAFTA)，包括提供締約國與締約國間及投資人與地主國間爭端解決機制。

MAI 兩個締約國或兩個以上締約國間對於協定解釋與應用發生紛爭時，原則上適用 MAI 所規定的國家與國家間爭端解決程序，然而締約國間亦得協議選擇協定以外的其他規則或程序¹³⁵。至於其有的規則或程序為何，OECD 相關文件並未加以說明，可能的情況為，如果締約國違反 MAI 義務，該情事若亦違反 WTO 與貿易相關的投資協定(Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs Agreement)或是與服務業貿易總協定(General Agreement on Trade in Service, GATS)之相關規範，此時二造可依其裁量權選擇 MAI 或是 WTO 之爭端解決機制解決糾爭¹³⁶。

除了上述國家與國家間爭端解決機制外，若地主國違反協定義務而造成投資人及其投資之損失或損害(loss or damage)，或投資人與地主國間

¹³² 在 OECD 草擬時有學者認為，MAI 將來並不限於 OECD 會員國，將開放非會員國簽署，如韓國、新加坡、香港、泰國、台灣、巴西及智利等國家，這些開發中國家法律系統有些並不似 OECD 會員國如此先進，因此有必要建立一爭端解決機制充分適合投資人與會員之需要。Christopher N. Camponovo, *Dispute Settlement and the OECD Multilateral Agreement on Investment*, 1 UCLA J. INT'L L. & FOREIGN AFF. 181, 212.

¹³³ OECD, TOWARDS MULTILATERAL INVESTMENT RULES 151.

¹³⁴ CHEN HUIPING, *supra* note 131, at 129-130.

¹³⁵ *Multinational Agreement on Investment: Consolidated Text*, Section V. Dispute Settlement, Article A. 1., OECD Doc. DAFFE/MAI/NM(98)2 (February 13, 1998).

¹³⁶ 在 NAFTA 第 2005 條亦有類似設計。CHEN HUIPING, *supra* note 131, at 131.

之任何投資爭端(僅能提付仲裁)，可利用 MA 之投資人與地主國之爭端解決程序。依據 MA 草案，投資人可利用下列三種爭端解決方式¹³⁷：

- 第一、 向地主國國內法院或行政法院尋求救濟；
- 第二、 依據雙方於爭端發生前協議的方式；
- 第三、 依協定所規定的仲裁方式。

有關前述的仲裁方式，OECD 1996 年剛開始討論 MA 之際，當時有 22 個 OECD 會員國同時亦為 ICSID 締約國，23 個會員國簽署紐約公約。因此，一般認為 ICSID 及其附加規則、UNCITRAL 規則及紐約公約為適用於 MA 投資人與地主國爭端解決國際仲裁架構，雖然其他架構如斯德哥爾摩商會仲裁機構、海牙永久仲裁法庭(Permanent Court of Arbitration in the Hague)、倫敦國際仲裁法庭(London Court of International Arbitration)等國際仲裁機構亦曾考慮納入 MA 架構之內¹³⁸。惟草案最後仍僅採用 ICSID 公約、ICSID 輔助規則、UNCITRAL 及國際商會仲裁規則(the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, ICC)¹³⁹。

MA 如同先前所述之 ECT 及 NAFTA，締約國一旦批准 MA 即需無條件同意(unconditional consent)投資人將爭端提付協定所允許之仲裁機構或公約¹⁴⁰，亦即締約國對於在其境內投資的投資人之書面確定要約。而雙方當事人合意達成仍需以投資人以書面方式接受，條件始成就。MA 如同能源憲章條約、NAFTA，其仲裁發動權在於投資人，締約國不能主動將爭端提付國際仲裁，此時外國投資人佔在較有利的地位，地主國只能被動採取防禦角色。

¹³⁷ *Multinational Agreement on Investment: Consolidated Text*, supra note 135, Section V. Dispute Settlement, Article D. 2.

¹³⁸ OECD, supra note 133, at 151.

¹³⁹ *Multinational Agreement on Investment: Consolidated Text*, supra note 135, Section V. Dispute Settlement, Article D. 2. c.

¹⁴⁰ Id. Section V. Dispute Settlement, Article D. 3. a.

第五節 本章小結

在投資人心理，無論在已開發或開發中國家投資，皆會產生實質上的財務風險，如果能直接訴諸具有拘束力之第三人仲裁，則將可減少其風險，增進投資人投資信心，因此有助於國際資本流動¹⁴¹。惟依傳統國際法，國家是國際法的主體，只有國家才有行為能力(capacity)進行國際訴訟，因此外國投資人(或是跨國企業)缺乏國際法上之法律定位，因此在ICSID公約成立之前，傳統國際法對於外國私人投資人之利益，無法予以有效保障，成為傳統國際法之漏洞¹⁴²。

在世界銀行支持下，1965年3月18日完成制定之「解決國家與他國國民間投資爭端公約(簡稱ICSID公約)」，對投資人與地主國爭端解決機制言，是一項偉大的發明，在此機制下投資人可以利用將投資爭端或是投資協定之解釋及執行之疑義，交付中立第三者予以仲裁。此外，此機制之出現也可降低投資爭端的政治性(depoliticizing)，投資人不用訴諸其母國向地主國諮商或訴諸國際法庭，亦可避免母國懼於損及與地主國之外交關係，不願用外交手段交涉，使投資人無法獲得應有之救濟¹⁴³。依據ICSID公約所創立的國際解決投資爭端中心，為世界銀行集團五個附屬的國際組織之一，其組織結構相當簡單，主要包括行政理事會與秘書處，行政理事會是ICSID最高的意思機構，秘書處則執行ICSID日常運作。

ICSID本身雖具有國際法人地位，但並不是一個國際司法機構，ICSID並不介入仲裁，僅是提供一仲裁場合(forum)給予雙方當事人解決投資爭端。ICSID管轄權成立基本要件，需滿足下列三項條件，第一在主體適格

¹⁴¹ Christopher N. Camponovo, *supra* note 132.

¹⁴² 陳香巖，如前揭註 70，頁 14-18。

¹⁴³ Gennady Pilch, *The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties*, 86 AM. SOC'Y INT'L PROC. 532, 538.

問題，即關於對人管轄部分，第二，客體適格問題，即關於對物管轄部分，第三，需經雙方當事人書面同意。此外，為了擴大 ICSI D 的服務範圍，ICSI D 於 1978 年通過附加機制規則，處理公約管轄權以外之投資爭端及事實調查程序。

縱觀 ICSI D 公約整體架構，具有以下之特色：第一、ICSI D 公約能謹慎的平衡投資人與地主國間的利益；第二、ICSI D 公約採開放式架構，締約國並不強制利用 ICSI D 機構；第三、ICSI D 仲裁程序之規則具有相當彈性，甚少強制性規定；第四、ICSI D 公約下的爭端解決系統具有高度的效力，一旦進入仲裁程序，則不能單方面撤回，每一締約國對於依本公約所做成的仲裁判斷，應承認其具有拘束力。

自 1959 年德國與巴基斯坦簽訂史上第一個雙邊投資協定開始，投資協定經過四十年發展，增加數量相當驚人，也促使了包括 ICSI D 在內之投資人與地主國爭端解決機制被廣泛使用。1990 年代開始，許多多邊協定亦開始援引包括 ICSI D 在內之投資人與地主國之爭端解決機制，其主要架構如同雙邊投資協定爭端解決架構，簽約國批准條約的同時，同意將現在或未來爭端交付 ICSI D 管轄。目前國際間較常被討論的多邊協定包括 1994 年生效之北美自由區貿易協定 (NAFTA)、1994 年完成簽署之能源憲章 (Energy Charter Treaty)、經濟合作發展組織 (OECD) 1994 年所開始倡議之多邊投資協定 (MA)。

第三章 ICSID 管轄權之相關法律問題研析一

對人的管轄

ICSID 公約是世界上唯一專門處理投資人與地主國投資爭端之公約，可利用此機制之當事人主體包括締約國與其他締約國之國民，傳統國際法認為國家是國際法主體，而個人僅是國際法之客體¹，因此可說投資爭端具有複合特質(mixed nature)²。如前章所述，ICSID 管轄權問題可以區分對人管轄(Ratione Personae) 與對物管轄(Ratione Materiae)兩大主軸。依 ICSID 公約第 25 條第 1 項規定，ICSID 對人管轄權所涉及對象包括締約國、組成次級單位或機構、他締約國國民三大類對象。

承上，本章將先論述管轄權第一項基本主題，即對人管轄之相關問題，所謂對人管轄(即屬人理由)通常係論斷當事人適格之爭議，本章第一節討論締約國定義與相關法律問題；第二節探討組成次級單位與代理機構相關法律問題，即締約國地方政府或代理機構作為當事人資格之問題；第三節討論另一締約國國民定義與相關法律問題，即通稱之投資人適格問題；第四節討論受外國控制之當地成立之公司之定義與相關法律問題；第五節討論其他國際協定對人管轄比較；第六節比較我國對於外國投資人之相關法規；第七節則為本章小結。

第一節 締約國

一、 ICSID 締約國的加入程序

¹ 丘宏達，《現代國際法》，頁 248、303，三民書局（民國 84 年 11 月）。

² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2.2 SELECTING THE APPROPRIATE FORUM 33 (2003), available from URL <http://r0.unctad.org/dispsett/course.htm> (visited on 27 December, 2003).

ICSID 公約既是國家間所締結以國際法為準之國際書面協定，因此其一方當事人必定國家為主體，國家經獲准加入公約後，只要依其國內憲法程序予以批准(ratification)、接受(acceptance)或認可(approval)公約後，於存放批准書、接受書及認可書於 ICSID 三十日後，即成為締約國³。另締約國欲廢棄公約，得以書面通知存放單位，並自收到該通知後六個月開始生效⁴。

二、 締約國正式加入公約之期日

當任一締約國或其國民申請調解或仲裁時，此時秘書長將依其職權審視當事人所提出之相關資料，以決定是否具有管轄權⁵。因此，提出調解或仲裁之時點，投資人之母國及地主國是否具有締約國身分，便成為秘書長依其職能查定是否受理的重要審查要件之一。設若，雙方當事人在未批准公約之前(未成為正式締約國之前)，若先合意將未來爭端提付 ICSID 管轄，其合意是否有效？茲以下列案件說明之：

在 *Holiday Inns v. Morocco*⁶一案，仲裁庭即審視要件之一節即為當事人具有締約國身分之期日。該案，摩洛哥政府為發展其旅館事業，與美國 Occidental Petroleum Corporation(O.P.C.) 及 Holiday Inns 集團在美國華府摩洛哥駐美大使館簽訂「基本協議」(Basic Agreement)，商定以合資(joint venture)方式在摩洛哥興建四間各三百個房間之 Holiday Inns 連鎖旅館⁷，為

³ ICSID Convention Article 68 : (1) This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States in accordance with their respective constitutional procedures.

(2) This Convention shall enter into force 30 days after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance or approval. It shall enter into force for each State which subsequently deposits its instrument of ratification, acceptance or approval 30 days after the date of such deposit.

⁴ ICSID Convention Article 71: Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice.

⁵ ICSID Convention Article 28.3 and 36.3.

⁶ Pierre Lalive, *The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems*, 51 BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW 123, 142-143 (1980).

⁷ 該旅館興建於 Rabat, Marrakesh, Fez, Tangiers, *Id.* at 126.

執行本計畫，Holiday Inns 在瑞士成立一家百分之百持股之子公司 Holiday Inn S. A. Glarus，O.P.C.亦成立一家子公司，而摩洛哥政府則相對提供財務及其他獎勵，如租稅優惠及關稅減免等⁸，雙方並約定將爭端交付 ICSID 中心仲裁。

其後，當上開開發計畫發生財務困難時，摩洛哥政府停止貸款及提供外匯，導致由於 Holiday Inns 資金周轉發生困難，以致無法償付供應商貨款，Holiday Inns 於是停止營運。1971 年 12 月 22 日雙方諮商失敗，Holiday Inns 等八家公司⁹為共同原告，向 ICSID 提出仲裁之請求，要求摩洛哥政府恢復貸款及賠償停業所造成之損失等。

本案被告摩洛哥政府首先抗辯仲裁庭並無管轄權，因於雙方在簽署投資協議時，雖合意交付 ICSID 仲裁，但在該時點摩洛哥與瑞士並未加入 ICSID 公約，惟仲裁庭並不採認其說法，認為摩洛哥於 1967 年 6 月 10 成為締約國，瑞士於 1968 年 6 月 14 日成為締約國，因此雙方合意條件滿足之日在 1968 年 6 月 14 日，已經符合 ICSID 公約第 25 條第 2 項第 b 款之要件，在該日之後，雙方對於仲裁之合意並不可撤銷¹⁰。

從 Holiday Inns 案例可以得知，在地主國與外國投資人締結協議，約定以 ICSID 作為爭端解決之協議時，不論是地主國或是外國投資人母國在該時點均可以不是 ICSID 公約締約國，但在爭端發生雙方合意提付仲裁之日，地主國與投資人母國必須為 ICSID 公約合格的締約國¹¹。也就是說，

⁸ *Id.* at 126-127.

⁹ *Id.* at 131.該八個原告為 Holiday Inns, Holiday Inns S.A., 在摩洛哥興建之四家 Holiday Inns, O.P.C. 及 O.P.C.之子公司.

¹⁰ *Id.* at 146. Also see CHRISTOEPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* 142-143 (Cambridge University Press, 2001).

¹¹ C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 47 *BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW* 227, 231-232 (1974/75). Also see Kenneth S. Jacob, *Reinvigorating ICSID with a New Mission and with Renewed Respect for Party Autonomy*, 33 *VA. J. INT'L L.* 123, 128-129.

在雙方當事人將爭端交付仲裁之日，地主國與投資人母國均需已依各該國之憲法程序批准、接受或認可公約，並於三十日前將其批准書或認可書存放於 ICSID 中心。

據上所論，若雙方當事人(或任一當事人)未成為締約國之前，可先行合意將未來爭端交付 ICSID 之管轄，並約定其成立要件，於提付調解或仲裁之日，雙方均為適格的締約國即可¹²，因此，調解或仲裁成立的效力，並不因合意之時點，雙方或有一方為非締約國而受影響¹³。

誠以，若雙方當事人於合意時均具有締約國身分，而於提付調解或仲裁時，其締約國身分仍繼續，其當事人能力當不容置疑。反面論之，若雙方當事人於合意時均具有締約國身分，然於提付調解或仲裁時，兩方或有一方當事人退出公約，則無提付調解或仲裁之基礎。惟此時點，若有一方仍具有締約國身分，則可利用附加機制提付調解或仲裁¹⁴。

再者，若提付調解或仲裁的時點，雙方均尚未成為締約國，此時雙方可合意成立特別仲裁庭(Ad Hoc Arbitration)，並請求 ICSID 行政理事會主席(Chairman of the Administrative Council)或 ICSID 秘書長指派調解人或仲裁人，惟秘書長可以拒絕¹⁵，因此在實務上建議的作法是，雙方於約定仲裁條款之時，先取得秘書長的同意。

，¹² 通常可在雙方締結雙邊投資保障協定(BITs)、或於國內法內訂立此類條款。參閱前揭註，頁 144-145。

¹³ See ICSID model Clause 20 provided that: The Government of name of host State (hereinafter the “Host State”) and name of investor (hereinafter the “Investor”), a national of name of home State (hereinafter the “Home State”), hereby consent to submit to the International Center for Settlement of Investment Disputes (hereinafter the “Center”) any dispute arising out of or relating to this agreement for settlement by arbitration pursuant to:

(a) the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereinafter the “Convention”) if the Host State and the Home State have both become parties to the Convention at the time when any proceeding hereunder is instituted, or
(b) the Arbitration (Additional Facility) Rules of the Centre if the jurisdictional requirements *ratione personae* of Article 25 of the Convention remain unfulfilled at the time specified in (a) above.

¹⁴ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, para. 138.

¹⁵ *Id.*, at 147.

第二節 組成次級單位與代理機構(Constituent Subdivision or Agency of a Contracting State)

由於各國憲政體制及行政架構並不盡然相同，尤其是聯邦制國家，不僅只有中央政府可以對外簽署投資協議，其所屬之組成次級單位，即通稱地方政府，亦可依法以其自己名義對外，而一些國家之國營企業或準官方機構(quasi-government)，有時也接受中央政府委任，執行公共事務，如與外國投資人簽訂合約(如開採特許合約)等事宜¹⁶。此時，另一締約國投資人若與上開機構發生紛爭，依據雙方簽訂協定，應以地方政府或機構為告訴對象，因此，為便利該雙方當事人可利用 ICSID 機制，ICSID 公約第 25 條第 1 項特別訂明，該締約國指定之組成次級單位或代理機構，亦具有當事人資格。

惟上開次級單位或代理機構，公約並未予以明確定義，依據當初公約談判歷史，學者認為「組成次級單位」應指包括隸屬國家之州(state)、省(province)、小行政區(canton)或市(municipality)。至於「代理機構」係以其功能來認為，並不論其組成結構為何，其形態可為公司形態(不論其是否為國營或是具有獨立法人資格)，需注意的是，該代理機構係為政府委任具有執行公共事務之功能(public functions)¹⁷。如在 ICSID 過去所發生的案例，即有仲裁庭認為，雖然地主國高速公路管理機構以公司型態呈現，但因該公路管理機構係由政府所控制且執行公共事務，因此屬於為政府實體(state

¹⁶ 如我國經濟部投資業務處亦以機構名義與外國對等機構簽訂雙邊投保協定，請參閱經濟部投資業務處網站: <http://www.idic.gov.tw>.

¹⁷ 當初草擬此段文字，曾引起與會代表廣泛討論，因此在草案中曾使用「political subdivision or agencies」、「political subdivision or agencies」、「political subdivision or instrumentality」or「any body」等，最後則採用「any constituent subdivision or agency of a contracting State」，see CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 150-151. Also see UNCTAD, *supra* note 2, 2.4 Requirements Ratione Personae 9.

entity)，投資人以該公司為被告符合 ICSID 對人管轄之規範¹⁸。

一、中央政府之指定與同意

由當初公約談判歷史得知，欲明確定義其次級單位或代理機構，非常困難，原因在於各國政府組織結構各異，可作為當事人之地方單位層級為何，如省級單位，亦或更下層的部門，往往難以判定¹⁹。因此為避免爭議，最後決議可作為當事人之次級單位與代理機構應由締約國來指定，並由該締約國通知中心，該次級單位即可當然使用中心之機制。如此即避開了擾人的定義問題，並推定(presumption)經由締約國指定之次級單位與代理機構，即符合公約對於 Constituent Subdivision or Agency 之定義。惟該等單位或機構是否適格，仍需經由調解委員會及仲裁庭依據公約第 32 條及第 41 條來審理²⁰。

此外，次級單位或代理機構一旦經締約國指定，其與投資人合意提交 ICSID 之協議仍需經中央政府核准，除非該締約國以明示方式通知中心無需予以核准²¹。綜上所論，次級單位或代理機構必須經由締約國之指定，始具備當事人能力，而其與投資人之合意，必須經由締約國同意。

假若締約國並未指定次級組成單位，則投資人直接與該次級組成單位所訂定之投資協議，並不發生 ICSID 管轄效力。惟此情形並不代表締約國可置身事外，如果投資人母國與地主國兩國間有雙邊投資協定，則投資人可根據雙邊投資協定提起控訴，此時地主國仍應負起國際法下之國家責任

¹⁸ Elobe Obadia, *ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues*, 18 ICSID NEWS (Fall 2001).

¹⁹ *Id.*, at 150-151.

²⁰ *Id.*, at 151-152.

²¹ ICSID Convention Article 25.3: Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Center that no such approval is required.

上開情形若從 BITs 角度切入，便成為現存許多 BITs 之一項可能缺失，因地主國可以未經指定為由，而利用地方政府之作為，規避 ICSID 管轄。另因現行 BITs 對於次級組成單位之訴訟地位未有通用之規定，縱使有些 BITs 明確指出該 BITs 適用於該國之次級組成單位，但以訴訟程序言，投資人是否即可直接對該次級組成單位提起訴訟(或列為當事人之一)仍有疑義²³。

二、 指定之時點

次級單位與代理機構一經締約國指定，即具備訴訟當事人能力，惟指定之時點，公約並未明定，可以在爭端開始前先予指定，亦可在爭端發生後，始予指定。然而在雙方當事人提付調解或仲裁時，必須完成指定之程序，否則秘書長可依據 ICSID 公約第 28 條第 3 項及第 36 條第 3 項拒絕受理²⁴。

三、 指定之撤回(Withdrawal of designation)

次級單位與代理機構一經締約國指定後，締約國是否可予撤回，公約亦未明定，惟似可以引用公約第 25 條第 1 項後段之規定，即爭端經雙方同意提交中心管轄，任何一方不得單方面撤回其同意。據此，若次級單位或代理機構一經締約國指定予中心，且其提付中心管轄之合意經締約國核准，即具備當事人能力，因此其合意不能因締約國單方面撤回其同意而終

²² Francisco Orrego Vicuña, *Globalizing Investment Dispute Settlement*, paper for APEC Seminar on Trade and Investment (August, 2003), available on author.

²³ Dana H. Freyer et al, *Bilateral Investment Treaties and Arbitration*, 53-MAY DISP. RESOL. J. 74, 76.

²⁴ *Id.*, at 156.

止²⁵。

四、 案例說明

在 ICSID 過去發生案例，仲裁庭曾處理與組成次級單位有關的案例，可以 1997 年之 *Cable TV v. St. Kitts and Nevis*²⁶ 一案來說明，該案原告 (Cable TV) 於 1986 年 9 月與 Nevis Island Administration (NIA) 締結協定，該協定約定將未來爭議提付 ICSID 仲裁。依據 St. Kitts and Nevis 憲法規定，該國為聯邦體制，Nevis Island 為自治區 (NIA)。其後，原告要求將爭議提付仲裁，惟仲裁庭發現，原告並未與該國聯邦中央政府締約，而係與 NIA 締約，但 NIA 未經該國指定，其合意仲裁條款也未經該國中央政府同意，最後，仲裁庭依據上述事證，裁定無管轄權，不予受理²⁷。

第三節 另一締約國國民

由 ICSID 公約名稱可以清楚瞭解，此公約唯一目地在於解決締約國與另一締約國國民之間的投資爭端，因此締約國與其國民之投資爭端並不在 ICSID 管轄權範圍之內。因此除了締約國作為當事人之一外，其相對之當事人則為另一締約國的國民，而依據公約第 25 條第 2 項定義²⁸，另一締約國國民包括自然人 (natural person) 與法人 (juridical person)。至於該自然人與

²⁵ *Id.*, at 164.

²⁶ *Cable TV v. St. Kitts and Nevis*, ICSID Award of 13 January, 1997. 5 ICSID Report 106.

²⁷ *Id.* at 107. CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, para. 152.

²⁸ ICSID Convention ARTICLE 25.2: "National of another Contracting State" means:

- (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and
- (b)) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

法人與其母國之繫屬關係，ICSID 公約則使用一般國際法原則，以該自然人或法人所擁有之國籍作為判斷的標準，ICSID 對於自然人與法人國籍認定標準採取不同之方式，以下則分述之：

一、 自然人資格

國籍係指自然人因忠順關係而隸屬於某一國家之地位，是連繫個人與國家之政治與法律關係之紐帶，具有該國籍，即享有該國之保護與作為國民應有之權利，同時亦應負有相應義務，如納稅、服兵役等。此外，該個人不論在國境內或境外，有接受其本國政府管轄的義務。

有關國籍認定，涉及國家主權問題，大多回歸各國國內法決定²⁹。一般言依國籍取得方式不同，大致可區分為原始國籍(original nationality)與繼有國籍(acquired nationality)兩類。原始國籍取得又可分為血統主義(jus sanguinis)及出生地主義(jus soli)二種。前者係指依父母的國籍來決定子女的國籍，即以血緣關係或親子關係來確認一個人的國籍。後者係指依某人出生地來決定其國籍，不論其父母的國籍為何。除此之外，亦有因歸化、結婚、收養而取得的繼有國籍。有些國家只有遵行一定的程序即可取得該國國籍，此種便利取得國籍(nationality of convenience)的方式，常遭到地主國的質疑³⁰。

ICSID 對於國籍並未予以定義，因此有關自然人國籍認定，基本上如前段所述，尊重各締約國國內法之立法。惟公約對於自然人當事人之資格，則於第 25 條第 2 項規範其積極要件(positive requirement)與消極要件

²⁹ 請參閱丘宏達，前揭註 1，頁 388-389。另請參閱朱宏亮，《國際經濟合作法律基礎》，頁 16-17，淑馨出版社(民國 88 年 3 月)。

³⁰ UNCTAD, *supra* note 2, 2.4 *Requirements Ratione Personae* 14. 另請參閱丘宏達，前揭註 1，頁 388-399。

(negative requirement)³¹。所謂積極要件係指，該自然人投資人需具有公約任一締約國之國籍，而消極要件指，該自然人投資人不能具有地主國之國籍³²。

至於判定投資人國籍時點，ICSID 公約規定該自然人之投資人必須在雙方當事人同意將爭端交付調解或仲裁之日，以及依據第 28 條第 3 款或第 36 條 3 款案件登錄之二個時點，具有某一締約國國籍，但不能在上開兩時點之任一期日，同時具有地主國的國籍。

二、 法人的資格

(一) 法人國籍通說

由於跨國公司跨國營運行為的多樣性，或基於稅捐規劃、資金取得、接近市場、人才等因素，而在不同地區設立不同組織，因此要確定法人的國籍，相當複雜，也產生了不同的學說，如成立地主義(the place of incorporation)、住所地主義(the place of its seat)、股東國籍主義、實際控制主義及複合標準主義³³。

成立地主義係指，法人依一國相關法令所設立或登記的地方，作為確定該法人國籍的依據，國際法院過去曾經發生之 Barcelona Traction 一案即採此標準³⁴，從該案法庭判決，可以很清楚瞭解到佔有大多數股份之股東國籍不必然是判定公司國籍的標準，但在某些情形下，公司股東的國籍有時是相關的，該股東國籍之國家可允許提起訴訟³⁵。一般而言，在大陸法

³¹ C. F. Amerasinghe, *supra* note 11, at 246.

³² 依公約目的，地主國與其國民之爭端應透過國內訴訟程序的解決。

³³ 余勁松主編，《國際投資法》，頁 84-86，法律出版社（中國北京），1999 年 7 月一版。

³⁴ ICJ Report, 1970, at 43. 有關本案說請參閱李貴英，《國際投資法專論－國際投資爭端之解決》，頁 40，台北，元照出版公司(2004 年)。

³⁵ JOHN COLLIER & VAUGHAN LOWE, THE SETTLEMENT OF DISPUTES IN INTERNATIONAL LAW 193

系國家（德國、法國）任一企業組織形式必須為公司組織，並需向該國登記(register)³⁶，言如我國公司法第一條規定：「本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。」。

住所地主義又稱管理中心主義，係以法人的總部或管理中心座落地作為該法人之國籍，實際控制主義係以實際對該公司有控制或影響力之股東、出資者、多數董事之國籍等判斷因素，來決定法人的最大利益屬於那個國家，來決定其國籍。

若由上述單一學說來決定法人國籍，往往會造成國籍衝突，二次戰後，有些國家使用複合標準主義³⁷，依照二至三個標準來確定法人的國籍，如法人除了依一國法令成立外，尚需在該國有住所。

(二) ICSID 法人國籍判定原則

ICSID 系統，法人國籍原則仍是採用典型的方式，依據法人成立地法律規定、成立地或是住所地主義³⁸。如依 ICSID 公約第 25 條第 2 項第 2 款文義來看，兼採成立地說及控制學說，該款對於法人資格採取二項準則，其一，法人需於雙方當事人同意將爭端提付調解或仲裁之日，擁有他造爭端當事國(地主國)以外之國籍。此外，有些地主國基於行政管理或稅務考量，要求外國公司依其國內法令設立登記，從法的表面言，這些公司應視為國內公司，但因 ICSID 不處理締約國與其國民之紛爭，如此將有許多跨國公司被排除在 ICSID 管轄之外，為解決前項問題，公約第 25 條另設立第二項準則，即允許法人雖具有爭端當事國國籍，惟若經雙方同意，該法

(Oxford University Press 1999).

³⁶ RAY AUGUST, INTERNATIONAL BUSINESS LAW 177.

³⁷ 余勁松，如前揭註 33，頁 88。

³⁸ Antonio R. Parra, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, 12 ICSID REVIEW – FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 287, 299(1997).

人可由於外國控制，而在本公約目的範圍內，被視為另一締約國之國民。

若單從同項第 1 款與第 2 款文義比較，公約對於法人國籍認定不似自然人如此嚴格，如第 2 款允許具地主國國籍法人，可經雙方同意視為另一締約國的國民。此外，在認定時點上，第 2 款僅需在雙方當事人同意將爭端交付調解或仲裁之日具有他造爭端當事國以外之國籍，至於在案件接受登錄之日（正式提起仲裁之日），是否仍具有該國籍或是擁有其他國籍(包括非締約國國籍)，則在所不論。

ICSID 條文雖使用成立地與控制學說來決定法人國籍，惟從 ICSID 仲裁實務言，ICSID 大多採用成立地或住所地主義來決定法人國籍³⁹，如在 *Kaiser Bauxite v. Jamaica*⁴⁰一案，仲裁庭即裁定 Kaiser 為依美國 Nevada 州成立之私人公司，因此具有另一締約國國籍，為適格之當事人。亦如 *SOABLA v. Senegal* 一案，仲裁庭即謂「公約第 25 條第 2 項第 2 款所稱之具有爭端當事國締約國國籍之法人，即指依照爭端國法律在該國設立總部或成立之公司⁴¹。」此現象反映仲裁庭習慣上仍先使用傳統國際法以成立地或住所地決定法人國籍之方法⁴²，其優點在於較不易引起爭議，也較簡便可行。

第四節 受外國控制之當地成立之公司(Locally Incorporated Companies under Foreign Control)

如前所述，ICSID 公約成立目的在於解決締約國與其他締約國國民間之投資爭端，惟常見許多國家國內投資法要求外國投資人依其國內法設立

³⁹ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, para. 465.

⁴⁰ 1 ICSID REPORT 296.

⁴¹ 其原文如下：「Thus, a “juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute”, the phrase used in Article 25(2)(b) of the Convention, is a juridical person which, in accordance with the laws of the State in question, has its head office or has been incorporated in that State.」 Decision on Jurisdiction, 1 August 1984, 2 ICSID Reports 180/1.

⁴² 如在 *Amco v. Indonesia*、*Klockner c Cameroon*、*SOABI v. Senegal*、*LETCO v. Liberia*、*Cable TV v. St. Kitts and Nevis* 仲裁庭均以法人成立地或住所地來決定法人當事人國籍，請參閱 CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, para. 501.

公司，如此該地主國可避免複雜情形，以執行其在稅務或其他目的(如獎勵措施)之行政管轄，但此情形將會造成「外國」公司「國內化」(“foreign” investment “domestic”)的效果⁴³。假設該外國投資人所設立之「國內」公司與地主國發生投資爭端，如投資財產被徵收，地主國政府可以將之視為「國內」公司，不予補償，規避國際法義務，甚或排除在 ICSID 管轄之外，使 ICSID 公約功能大為降低⁴⁴。

為克服上述問題，ICSID 公約爰加入第 25 條第 2 項第 2 款，使得那些在締約國成立之公司得因「外國控制」並經由雙方之同意，視該公司為另一締約國的國民。據上可知，ICSID 公約不僅認知設立地主國為決定國籍之首要標準，但也允許經由雙方合意可偏離公約原則性規定，作為例外之許可情形⁴⁵。因此有學者指出，公約第 25 條第 2 項第 2 款之設計「相當大膽脫離傳統國際法原則，傳統國際法認為一國國民不得尋求國際訴訟控訴其國家」⁴⁶。

上述彈性⁴⁷設計賦予地主國部分權力，解決法人國籍認定問題，只要經雙方當事人同意，仲裁庭即有充分的理由推定該法人之國籍。惟地主國與投資人之合意，在某些情況並不具有效力，如法人實際係由非締約國國民所控制，依公約規定並不具有當事人資格，惟地主國有意或無意認定該法人係由某一締約國所掌控，則仲裁庭於審理相當事證後，可不予受理⁴⁸。

⁴³ JOHN COLLIER & VAUGHAN LOWE, *supra* note 35, at 65.

⁴⁴ Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136 *Recueil des Cours* 331, 358-59(1972). 轉錄自 C.B. Lamm, *Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 6 *ICSID REVIEW – FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL* 462, 470 (1991).

⁴⁵ M. SORNARAJAH, *THE SETTLEMENT OF FOREIGN INVESTMENT DISPUTES* 198 (2000).

⁴⁶ Pierre Lalive, *supra* note 6, at 140.

⁴⁷ 如執行董事會報告第 30 段即謂：「30. Clause (b) of Article 25(2), which deals with juridical persons, is more flexible.」

⁴⁸ 當初條文草案第一版，基於當事人自治原則，地主國依其自由意志認定他造之法人為另一締約國之國民，惟遭致批評，爰未列入正式版本，其後僅同意於第 25 條第 2 項之例外情形，始可由雙方協議，請參閱 CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 281.

一、 明示協議(Explicit agreement)

ICSID 公約第 25 條第 2 項第 2 款對於外國控制雙方協議之形式(Form of agreement)並未有明文規定，若從條文文義解釋及談判歷史推之，第 25 條第 2 項第 2 款應以從嚴解釋，亦即除非締約國以明示方式表示，在該國設立之公司可視為另一締約國之國民，否則仲裁庭並無解釋之空間，仍應以該公司設立地決定其國籍，不可依其他準則視該公司為受外國所控制之另一締約國國民。另早期學者亦認為，只有在締約國以明確字眼表示同意視國內登記的法人為另一締約國國民，此條之例外情形才有適用餘地⁴⁹。

另比較 ICSID 公約第 25 條第 1 項與同條第 2 項發現，第 1 項要求雙方合意形式應以書面(in writing)方式行之，惟另觀第 2 項對於受外國控制公司國籍之指定，並未作如此之要求。二者為何作此不同方式之處理，尚無法從談判歷史可清楚得知，有一說法認為，鑒於雙方書面合意與法人國籍指定兩者關係密切，在雙方以書面同意提付調解或仲裁之際，已假定地主國已同意該國內設立公司係受外國控制的法人，因此，有學者建議在雙方簽訂投資協議時，即將法人國籍明白註記於書面同意書內⁵⁰。而公約起草人亦認為，公約原本目的即不處理締約國與其國民之紛爭，第 25 條第 2 項為其例外規定，例外規定更應以明示方式清楚表示⁵¹。

從 ICSID 過去所發生的第一個案例 *Holiday Inns v. Morocco* 一案，摩洛哥政府即將第 25 條第 2 項第 2 款採用嚴格解釋方式，辯稱在該國成立之 Holiday Inns 為其本國公司，但在面對此管轄問題時，仲裁庭則以矛盾之文字表達，因而有學者評論謂，第 25 條第 2 項係偏離 ICSID 公約一般原則

⁴⁹ M. SORNARAJAH, *supra* note 45, at 198-199.

⁵⁰ 如模範條款第 7 條建議締約國採行之文字如下：「It is hereby agreed that, although the Investor is a national of the Host State, it is controlled by nationals of [name(s) of other Contracting State(s) and shall be treated as a national of [that]/[those] State(s) for the purposes of the Convention.]

⁵¹ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 295.

之例外情形，當事人應以清楚及明示方式表達其同意，以避免發生爭議⁵²。

二、 默示協議 (Implicit agreement)

雖然早期見解認為應以明示方式處理此類受外國控制之當地成立之公司之國籍問題，但從後來實務見解，可以發現仲裁庭處理的方式，非常彈性，有些則以較寬鬆方式解釋，茲舉以下 ICSID 過去曾發生的二個案例說明如下：

1. *Amco v. Indonesia* ⁵³案

1968 年 4 月一家在美國 Delaware 成立之 Amco Asia 公司與印尼房地產公司 P.T. Wisma Kartika (P.T. Wisma) 簽訂租賃及管理契約，協議在印尼 P.T. Wisma 島興建與管理一家 Kartika Plaza Hotel，Amco Asia 則從旅館營運中收取一定比例的利潤，而 Amco Asia 可在印尼成立一家擁有全部股權之子公司或與 P.T. Wisma 合資成立公司，P.T. Wisma 則為一家依據印尼法令成立，受印尼政府及軍方之指揮的公司，其宗旨在於增進印尼軍人福利。依據 1968 年協議，該投資案分二階段完成，雙方並協議將未來爭端交付仲裁，若雙方無法選任仲裁人，則由國際商會主席選任之。

依據印尼於 1967 年頒布之外國資本投資法(Foreign Capital Investment Law)規定，外國投資人只要依印尼法令在當地設立公司，即給予租稅特許權(tax concessions)。1968 年 5 月 Amco Asia 於是向印尼外國投資局申請許可成立一家印尼公司 P.T. Amco Indonesia (PT Amco)，該項申請案則包括 PT Amco 與印尼政府之爭端提付 ICSID 仲裁條款，1968 年 7 月印尼政府批准

⁵² Pierre Lalive, *supra* note 6, at 141.

⁵³ *Amco v. Indoneaia*, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, 1 ICSID REPORTS 377-412. CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 297-298. M. SORNARAJAH, *supra* note 45, at 200-202.

該申請案，1969 年 1 月 PT Amco 正式成立，同時 Amco Asia 並將其於 1968 年所簽署之租賃及管理契約上的所有權利轉讓予 PT Amco。其後由於雙方合作發生爭議，PT Amco 爰未將先前 Amco Asia 所允諾投資之 4 百萬美元全數匯入，1980 年 3 月 P.T. Wisma 在印尼軍方協助下接管該旅館，1980 年印尼政府取消 P.T. Amco 的投資許可執照，印尼法院並廢止 Amco Asia 與 P.T. Wisma 先前簽訂之合約，1981 年 1 月 15 日 Amco、P.T. Amco 及 Pan American(一家香港公司，1968 年 10 月 Amco 將契約部分利益轉移至該公司)於是聲請將此案提付 ICSID 仲裁⁵⁴。

本案第一個抗辯事項即為管轄權問題，印尼政府抗辯 PT Amco 為其本國公司，並表示該國並未將 PT Amco 視為受外國控制之另一締約國之公司，雖然 Amco Asia 雖為一外國公司，但並非為投資協議之當事人，因此仲裁庭無管轄權。惟仲裁庭並不採信印尼政府看法，認為依據公約目的，特別是第 25 條，並未有正式要求雙邊當事人需有明確條款約定受外國控制法人之正式形式，印尼政府在發給許可執照時已充分認知 PT Amco 為一受外國控制之本國公司，該核准執照係發給外國企業(foreign business)，因此很清楚的印尼政府已同意視 P.T. Amco 為另一締約國之國民⁵⁵。本案仲裁庭基於印尼政府與 PT Amco 間已有默示協議存在，視 PT Amco 為一受外國控制的當地成立公司。

從本案的裁決可以發現，仲裁庭並不依據第 25 條之文義解釋及公約草擬歷史，也不因為有模範條款存在，而要求雙方之協議必須納入如模範

⁵⁴ 1 ICSID REPORTS 378.

⁵⁵ 仲裁庭判決原文摘錄如下：「14...(ii)Nothing in the Convention, and in particular in Article 25, provides for a formal requisite of an express clause stating that the parties have decided to treat a company having legally the nationality of the Contracting State, which is a party to the dispute, as a foreign company of another Contracting State, because of the control to which it is submitted. What is needed, for the final provision of Article 25(2)(b) to be applicable, is (1) that the juridical person, party to the dispute be legally a national of the Contracting State which is the other party and (2) that this juridical person being under foreign control, **to the knowledge of the Contracting State**, the parties agree to treat it as a foreign juridical person.」1 ICSID REPORTS 394.

條款之文字，才可認為締約國已同意該受外國控制公司為另一締約國國民

56。

2. *Klöckner v. Cameroon* 案⁵⁷

在 ICSID 曾經發生的 *Klöckner v. Cameroon* 案，仲裁庭亦援用 *Amco v. Indonesia* 案仲裁庭之判斷方式，在該案 *Klöckner* 為一家德國、比利時及荷蘭合資成立的跨國公司，在喀麥隆負責興建及營運一家肥料工廠。該公司與喀麥隆人在喀國合資成立一家公司 SOCAME，*Klöckner* 擁有 51% 股權，喀麥隆擁有 49% 股權。在雙方簽訂之多項協議，其中有一個設立協議 (Establishment Agreement) 給予 SOCAME 多項優惠，包括租稅及關稅優惠待遇，該協議並包括提付 ICSID 仲裁之爭端解決條款。在有關管轄權爭端提付仲裁時，雖然被告抗辯 SOCAME 不是外國公司，是喀麥隆公司，但仲裁庭裁定，喀麥隆在簽訂興建協議時，已意味及默示 (presuppose and imply) SOCAME 為一受外國控制之本國公司，因此具有當事人能力。仲裁庭更進一步說明，假若雙方並未同意外國投資人對 SOCAME 有控制利益，則在設立協議插入 ICSID 仲裁條款將無任何意義。

雖然學理上對於法人國籍之指定應以明示清楚表示，惟由於條文本身對於該協議是否以正式書面文件存在並不明確，因此後來實務上採用較不拘泥字面之解釋，只要雙方具有默示協議，即作為支持判決的理由。但此種作法，漸漸受到質疑，如只要在雙方協議納入 ICSID 仲裁條款，即認為締約國同意視為受外國控制之本國公司，那第 25 條第 2 項第 2 款即無存在必要。惟此情形，從最近發生的案例 *Vacuum Salt v. Ghana* 已有所改變，可以發現仲裁庭以較為嚴謹方式處理前述問題，仲裁庭並不光以默示協議

⁵⁶ M. SORNARAJAH, *supra* note 45, at 201.

⁵⁷ *Klöckner v. Cameroon*, award, 21 October, 1983. Excerpts from C.B. Lamm, *supra* note 44, at 472.

為該條之滿足要件，而另再檢視該本國成立公司之外國控制關係，如以是否佔有大多數股份為標準，以該公司事實上之控制者來決定其國籍⁵⁸。有關外國控制之概念，將於下文說明之。

三、 外國控制之概念與實務

ICSID 公約對於本地成立公司可視為另一締約國法人，係以雙方當事人同意為前提，至於雙方協議形式則無強制規定。此外，地主國茲所以會同意其國內公司，可利用國際仲裁機制解決糾爭，其理由基於該公司與外國有緊密關連，形式上雖等同國內公司，但實質上仍由外國所控制。有關外國控制之定義與要件，ICSID 公約並未明定，至於實務作法，說明如下：

(一) 外國控制之意義

ICSID 公約對於「外國控制」並未有明確定義，以文義解釋言，「外國」意指地主國以外的國家，惟是否僅限於發生爭端之對造國(另一締約國)，亦或擴及對造國以外的任何國家，於當初談判公約草案時，曾引起不少的爭辯，最後，與會成員認為依公約目的，外國控制應指其他締約國之國民所控制，可不限於發生爭端之對造國，但需排除非締約國民之控制關係⁵⁹。

另從條文上下文義及語法結構言，「....., because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.」，「because」為表示原因關係之連接詞，應與其同句最接近之「another Contracting」相呼應，所以同句之「foreign」應指上開之「another Contracting」，始合語法邏輯，否則該句將

⁵⁸ M. SORNARAJAH, *supra* note 45, at 203-204.

⁵⁹ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 221.

解釋成「由於該法人受到非締約國(外國)國民所控制，因此雙方當事人同意，依本公約意旨，視為另一締約國國民」，似乎不合語法邏輯⁶⁰。

(二) 控制係客觀要件(objective requirement of control)

依第 25 條第 2 項第 2 款規定，該法人雖具有爭端當事國締約國(地主國)國籍，但可視為另一締約國國民之另一法人，必須基於「外國控制」(because of foreign control)，意涵「控制」係客觀要件，由仲裁庭決定，無法由雙方協議來取代或改變，如原係由 A 國國民所控制，但 A 國非為締約國，然為達提付仲裁之目的，卻私下自行協議由 B 締約國國民所控制，則非屬公約所許之情形⁶¹。

另在 *Vacuum Salt v. Ghana* 案，Vacuum Salt Products Ltd. 為依迦納政府 1963 年公司法成立之公司，1988 該公司與迦納政府簽訂租賃合約，負責發展該國之鹽業。Vacuum Salt 與迦納簽訂之合約，包括提付 ICSID 仲裁條款。在本案提付仲裁庭審理時，迦納辯稱 Vacuum Salt 為迦納本國公司，且迦納並未同意將 Vacuum Salt 視為另一締約國之法人。惟仲裁庭首先依據先前仲裁慣例，認定迦納與 Vacuum Salt 有默示協議存在，迦納已默認 Vacuum Salt 係另一締約國之法人。但其後，仲裁庭進一步檢視 Vacuum Salt 與外國之關連，發現該公司外國資本僅佔 20%，其餘 80% 係由迦納國民所持有，此情形客觀上，並不符合本公約所稱之外國控制要件，於是仲裁庭另調查有無除了股權以外之控制要件，如在管理上具有控制力，惟最後仲裁庭發現無

⁶⁰ *Id.* at 313.

⁶¹ 公約初始草案一開始僅強調純粹具有控制客觀準則即可，惟討論至草案第一版時則從前揭論點轉移至單純雙方有共識協議即可，至最後公約正式版本時，則將前揭二者要件併入，即需具有控制的客觀準則加上需有雙方共識之協議(because of foreign control, the parties have agreed)，因此控制成為獨立於協議之外之必要條件。*Id.* at 308-309.

法滿足外國控制之因素，爰裁定無管轄權而駁回⁶²。

(三) 直接控制與間接控制

由於國際金融工具發達及國際資金流動的多樣化，因此實際資金供應者往往透過多層次控制關係，在地主國成立公司，此種間接控制現象在國際投資活動中不僅常見，也非常複雜。ICSID 仲裁庭在審理此類問題時，究竟只需調查其直接控制者即可，亦或追溯其實際背後控制(間接控制)者，作法並不一致，也常面臨衝突，茲以下列說明之：

1. *Amco v. Indonesia* 案⁶³

如在前述之 *Amco v. Indonesia* 一案，仲裁庭檢視本案雙方協議要件後(即印尼政府同意 PT Amco 為另一締約國國籍之公司)，再審視 PT Amco 與外國母公司之控制關係。

本案印尼政府辯稱，PT Amco 實際控制者並非為設籍於美國之 Amco Asia，而係由一在香港成立之公司所控制，而該香港公司唯一及主要股東為一居住於香港之荷蘭公民 Mr. Tan。仲裁庭雖不否認考慮實際控制者國籍在某些層面有其必要性，如地主國可能基於政治或經濟理由不會同意該國投資人提付仲裁，但在本案，仲裁庭認為僅需以其最接近控制者國籍，決定其外國控制者國籍即可，因美國、英國(當時統治香港)、荷蘭皆為 ICSID 締約國，沒有立即往上追溯其實際控制者國籍之必要⁶⁴。本案可以看出仲裁庭主要是基於訴訟經濟考量，而不考慮間接控制之問題。

⁶² CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 311, 313.

⁶³ *Amco v. Indonesia*, 1 ICSID REPORTS 377-412.

⁶⁴ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 315-316.

2. *SOABI v. Senegal*⁶⁵案

在 ICSID 曾發生的 *SOABI v. Senegal* 仲裁案則採取不同於前案的方式，SOABI 為一在塞內加爾(Senegal)設立的公司，S 公司負責在該國 Dakar 興建低收入戶住宅。SOABI 係由巴拿馬公司 Flexa 所控制，Flexa 又由比利時人所控制。亦即，S 公司由巴拿馬公司所直接控制，並由比利時人所間接控制，但當時巴拿馬並非是 ICSID 締約國。本案仲裁庭係由 Dr. Broches 擔任主席，塞內加爾政府辯稱 S 公司直接控制者巴拿馬為非締約國，不符合公約第 25 條要件，因此 ICSID 無管轄權。但仲裁庭不採信塞國的說法，認為依據第 25 條第 2 項第 2 款公約目的，外國投資人在地主國設立公司，主要是便利其進入投資，並未放棄其提付 ICSID 仲裁保護其權益之請求權。仲裁庭爰跳過直接控制關係，裁定該公司之實際控制者為具有締約國身分之比利時國民，所以 ICSID 具有管轄權。

由上述 *Amco* 及 *SOABI* 案例以及 ICSID 其他仲裁實務得知，ICSID 對於間接控制問題沒有明確法律立場，仲裁庭處理方式也因案而異，學者立場也非常分歧⁶⁶。有一派看法認為，不論其背後之控制連結層次多少，只要發現有一締約國國民所控制，即可作為仲裁庭成立依據。此作法另有質疑之意見認為，若非締約國國民或地主國國民在另一締約國成立權宜性公司(a company of convenience)，表面上象徵性達到外國控制要求，此時，仲裁庭處理上將非常棘手。另一派看法則認為，為避免上述缺失，仲裁庭必須找出實際控制者，因而可以排除非締約國或地主國國民以直接或間接方式控制之公司進入 ICSID 管轄⁶⁷。此方法看似合理，但亦有缺點，即外國

⁶⁵ *SOABI v. Senegal*, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984, 2 ICSID Reports 182/3. 有關本案摘錄整理自 UNCTAD, *supra* note 2, 2.4 Requirements Ratione Personae 24. 並請參閱 C.B. Lamm, *supra* note 44, at 473.

⁶⁶ UNCTAD, *supra* note 2, 2.4 Requirements Ratione Personae 24.

⁶⁷ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 318.

公司常以不同身分及不同管道迂迴控制一國公司，其關係有時非常錯綜複雜，因此欲清楚查明其資金流向，實務上極其不易。

(四) 控制形式與程度(Form and Extent of Control)

公約第 25 條第 2 項第 2 款並未對「外國控制」形式與程度有明確的法律立場⁶⁸，仲裁庭不免將依其裁量權處理何種形式可達成控制效果，如股權、債權、黃金股或管理控制等⁶⁹，何種控制程度稱為具有影響力之控制，如持股比率等問題，而國際間對此問題亦未有一致看法，此處將就 ICSID 過去實務案例、雙邊投資協定、地主國投資法及多邊架構處理方式，作一比較分析，茲分述如下：

1. ICSID 仲裁庭之處理方式

如前所述，仲裁庭對於控制的形式及程度之處理方式，係採逐案認定的方式，如以 ICSID 過去發生案例 *Klückner v. Cameroon* 一案，係以持有過半股權為判定標準⁷⁰。在 *LETCO v. Liberia* 一案，因 L 公司為由法國國民百分之百持股公司，此點在事實認定上，仲裁庭並無問題，除此之外，仲裁庭亦檢視該公司經營決策結構，發現該公司董事全數為法國人，因此判定 L 公司由法國人所控制⁷¹。另在 *Cable TV v. St. Kitts and Nevis* 一案，仲裁庭同樣以持股比率及董事國籍為審查標準⁷²。

⁶⁸ 依據公約談判歷史，當初草案第一次引進「control」文字時，曾引起談判代表爭論，有人直指控制應指占有大多數股份(majority holding)，有人則提出持有股份百分之二十五或十五，已可改變公司重大經營策略，應以此為準則，惟最後並無一致看法，爰留待締約國自行決定。Id., para. 565.

⁶⁹ C. F. Amerasinghe, *supra* note 11, at 264.

⁷⁰ *Klückner v. Cameroon*, Award, 21 October 1983, 2 ICSID Reports 15/16. CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 319.

⁷¹ *LETCO v. Liberia*, Decision on Jurisdiction, 24 October 1984, 2 ICSID REPORTS 349, 351. CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 319.

⁷² *Cable TV v. St. Kitts and Nevis*, Award, 13 January 1997, 13 ICSID REVIEW- FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 366-370 (1998). CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 312.

2. 地主國投資法

有許多國家投資法提供投資人可訴請 ICSID 管轄的條款，這些投資法對於外國控制的準則幾乎都採用持有本國成立公司大多數股權即可視為外國控制公司的立法。如中非共和國(Central African Republic)1988 年投資法第 30 條、莫三鼻克(Mozambique)1993 年投資法第 1 條、查德(Zaire)1986 年投資法第 1 條等⁷³。

3. 雙邊協定

雙邊投保協定有關投資人與地主國爭端解決條款，若有援用 ICSID 機制，其對於外國控制的處理呈現多樣的方式⁷⁴。如瑞典模範雙邊投資法第 8 條第 3 項採用概括方式，未對外國控制意義加以細分⁷⁵。另如澳洲與寮國 1994 年雙邊投保協定⁷⁶及英國與土耳其 1991 年雙邊投保協定⁷⁷，即將外國控制定義為持有受控制公司大多數股份(the majority of the shares)之準則。

4. 多邊或區域協定

國際間多邊協定有關投資人與地主國爭端解決條款，若援用 ICSID 機制涉及外國控制之形式與程度，其處理方式通常包括下列數種：

⁷³ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 10, at 321.

⁷⁴ *Id.* at 322-323.

⁷⁵ Agreement Between The Government of the Kingdom of Sweden and The Government of _____ on The Promotion and Reciprocal Protection of Investments Article 8(3): For the purpose of this Article and Article 25(2)(b) of the said Washington Convention, any legal person which is constituted in accordance with the legislation of one Contracting party and which, before a dispute arise, was controlled by an investor of the other Contracting Party, shall be treated as a national of the other Contracting Party. See 9 UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM 309 (2002).

⁷⁶ See UNCTAD, BILATERAL INVESTMENT TREATIES IN THE MID-1990s 107 (1998).

⁷⁷ RUDOLF DOLZER & MARGRETE STEVENS, BILATERAL INVESTMENT TREATIES 142 (1995).

- (1) NAFTA：NAFTA 第 1117 條⁷⁸即規定一締約方投資人代表另一締約方企業提付仲裁時，該投資人需直接或間接擁有(own)或控制該法人，與 ICSID 相較，NAFTA 條文將控制關係，直接列明直接或間接控制，此外，除了控制外，NAFTA 並加上擁有之概念，雖然廣義控制觀念包括擁有之概念。與 ICSID 相同的，NAFTA 也未明確定義控制的意義。
- (2) 能源憲章條約：能源憲章條約第 26 條第 7 項⁷⁹本文僅敘及法人投資人若被另一締約國投資人所控制(controlled by investors of another Contracting Party)，可被視為另一締約國國民之文字。另能源憲章條約第 1 條第 6 項對於「投資」定義為投資人直接或間接擁有或控制之任何種類之資產，此處所指的控制概念，依同時通過之瞭解書(Understandings)有詳細的釋義，該瞭解書指出，本條約所謂的控制包括對該投資之財務利益 (financial interest in the Investment)、對該投資管理或經營有實質影響力 (exercise substantial influence over the management and operation of the investment) 或是對董事會、經理部門之選任有實質影響力 (exercise substantial influence over the selection of members of the board of directors or any other managing body)⁸⁰。綜觀能源條約對於控制的定義仍不脫 ICSID 仲裁庭實務運作之範圍內。

第五節 其他國際協定對人管轄比較

⁷⁸ Art. 1117 of NAFTA: An Investor of a Party, of behalf of an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under the Section a claim that the other Party has breached an obligation under..... See 3 UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM 73 (1996).

⁷⁹ The full text of this Charter are reprinted in UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM, VOL II, 570 (2002).

⁸⁰ *Id.*, at 542.

通常 IIAs 僅適用與其簽署國之一有法律關係之投資人之投資，因此其條文必須規範何者投資人與其有法律關係。關於投資人定義在實務運作上比起投資定義更多樣化。有些 IIAs 則避免使用「投資人」之名詞，而改以定義及使用「涵蓋投資」(covered investment)之名詞，以因應其實體條文應用之範圍⁸¹。無論使用之方法為何，相同之考慮因素在於決定何者投資被 IIAs 所納入。例如瑞士投資協定範本即將「投資人」定義規範如下：

「投資人」係指與任一締約國有關之：

- (1) 自然人係依據該締約國之法律為其國民(natural persons who, according to the law of that Contracting Party, are considered to be its nationals)；
- (2) 法律實體系依據該締約國法律所成立或組織，包括公司、基金、公會及其他組織，並在同一締約國境內有所在地及實際經濟活動(legal entities, including companies, corporations, business associations and other organizations, which are constituted or otherwise duly organized under the law of that Contracting Party and have their seat, together with real economic activities, in the territory of that same Contracting Party)。
- (3) 法律實體系依據締約國法律任一國家所成立，並直接或間接被該締約國國民或在其境內有所在地及有實際經濟活動之法律實體所控制(legal entities established under the law of any country which are, directly or indirectly, controlled by nationals of that Contracting Party or by legal entities having their seat, together with real economic activities, in the territory of that Contracting Party)⁸²。

大多數之 IIAs 將投資人區分為「自然人」及「法律實體」兩大類，其說明如下：

⁸¹ WTO Secretariat, *Scope and Definitions: "Investment" and "Investor"*, para. 27, WTO Doc. WT/WGTI/W/108 (21 March, 2002).

⁸² *Id.*

「自然人」指直接投資其私人所有企業於地主國或將其私人所有證券資金配置於地主國之個人。這些自然人與 IIAs 之締約國之一有直接關係，並依據締約國國內法具有該國「國籍」，因此締約國之一的國民所從事之投資便包含於 IIAs 範圍之內。有些 IIAs 並將自然人定義擴及在該締約國有永久居留權或有住所身分者。

「法律實體」在 IIAs 有時係指擬制人(artificial person)或法人(legal person or juridical person)，不論其使用名詞為何，泛指公司(companies)型態。大多數 IIAs 包含所有形式之公司，如前揭瑞士投資協定範本第二段包含之類型(不限於此)。美國投資協定範本對此有較詳盡及開放式之清單：

「公司」意指依據相關法令規定所成立或組織之法律實體，不論是否以營利為目的及是否為私人或政府所有或控制，包括公司、基金、合夥、獨資、分公司、合資、協會或其他組織⁸³。有些 IIAs 將公司定義排除合夥或合資、非營利機構、或國營公司等組織。

通常公司只要滿足依據母國法律所成立或組織之必要條件，即可被認可與 IIAs 之締約國具有正式直接關係。惟有些 IIAs 除了必要條件外，另規定需滿足充份條件始可被認可為締約國之一的投資人，例如前揭瑞士投資協定範本規定該公司需總部(所在地)設於母國，及在母國從事實質經濟活動，其目的主要在防範一些公司在締約國之一設立紙公司(mail-box operations)，以便從該協定獲取利益。此外，亦有建議採用於 IIAs 設置「利益否決」(denial of benefits)之條文，例如美國投資協定範本規定：

「任一方得保留其他國家公司就本協定所規定利益予以否決之權利，如該公司係由第三國國民所有或控制，而(1)拒絕的

⁸³ "company" means any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately or governmentally owned or controlled, and includes a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, branch, joint venture, association, or other organization.

一方與該第三國並未維持正常經濟活動；或(2)該公司依其準
據法設立或組織之締約國境內無實質營業活動⁸⁴。」

第六節 我國對外國投資人之相關法規

一、 外國人投資條例

我國「外國人投資條例」對於投資人定義規定於第三條，依該條對投資人定義包含自然人與法人，其條文如下：

第三條 本條例所稱外國人包括外國法人。

外國法人依其所據以成立之法律，定其國籍。

外國人依照本條例之規定，在中華民國境內投資人，稱投資人。

二、 公司法

由外國人投資條例得知外國人包含外國法人，若外國法人來台設立形式屬我國公司法四種分類公司(無限期公司、有限公司、兩合公司及股份有限公司)之一，即受公司法所規範，我國公司法對於外國公司規定於第七章，其主要規範如下：

第一條 本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。(公司定義)

第三百七十一條 外國公司非在其本國設立登記營業者，不得申請認許。

非經認許，並辦理分公司登記者，不得在中華民國境內營業。

⁸⁴ Each party reserves the right to deny to a company of the other party the benefits of this Treaty if nationals of a third country own or control the company and (a) the denying Party does not maintain normal economic relations with the third country; or (b) the company has no substantial business activities in the territory of the Party under whose laws it is constituted or organized.

第三百七十五條 外國公司經認許後，其法律上權利義務及主管機關之管轄，除法律另有規定外，與中華民國公司同。
(外國公司之權利義務)

三、 企業併購法

為因應我國產業全球化之趨勢、提升我國產業國際競爭力與推動知識經濟發展，並可藉由併購方式取得技術、市場行銷管道或品牌，發揮企業經營效率，國內外企業相互併購更是未來無法避免的趨勢之一，我國乃於91年2月6日經總統公布施行「企業併購法」，該法第四條第一項對於公司的定義係指股份有限公司，同條第八項第於外國公司定義指以營利為目的，依照外國法律組織登記之公司。外國公司與台灣股份有限公司從事併購行為時，始可適用該法。

第七節 本章小結

ICSID公約對人管轄權問題可從ICSID公約第25條第1項可知，包括締約國與他締約國國民二大法律主體，而他締約國國民則通稱外國投資人，外國投資人通常以自然人與法人兩大類型存在。

所謂適格之當事之首要條件，即作為當事人之地主國及投資人之母國，必須經過一定之法定程序，成為ICSID之締約國，但在雙方當事人(或任一當事人)未成為締約國之前，依ICSID仲裁實務，雙方可先行合意將未來爭端交付ICSID管轄，但在爭端發生，提付仲裁之時，兩造必須具有正式締約國身分。

此外，ICSID對人管轄所處理之第二個重要問題，如何確定投資人與母國之之繫屬關係，ICSID公約對於自然人與法人國籍認定，採取不同方

式。ICSID 對於自然人國籍認定，基本上尊重各締約國國內法之立法。惟公約對於自然人當事人之資格，則於第 25 條第 2 項規範其積極要件(positive requirement)與消極要件(negative requirement)。所謂積極要件係指，該自然人投資人需具有公約任一締約國之國籍，而消極要件指，該自然人投資人不能具有地主國之國籍。

ICSID 公約對於法人國籍認定，採用典型的方式，依據法人成立地法律規定、成立地或是住所地主義。如依 ICSID 公約第 25 條第 2 項第 2 款文義來看，兼採成立地說及控制學說，該款對於法人資格採取二項準則，其一，法人需於雙方當事人同意將爭端提付調解或仲裁之日，擁有他造爭端當事國(地主國)以外之國籍。此外公約第 25 條另設立第二項準則，即允許法人雖具有爭端當事國國籍，惟若經雙方同意，該法人可由於外國控制，而在本公約目的範圍內，被視為另一締約國之國民。由公約第一項第 1 款與第 2 款文義比較，公約對於法人國籍認定不似自然人如此嚴格。

國際投資領域，有關外國控制觀念與實務操作，異常複雜，傳統投資法處理方式常傾向不予明確定義，若予以定義，大多採用傳統方法，如以具有股權等利益或在人事、財務或管理具有實質影響力為認定標準。ICSID 公約對於外國控制未有明確定義，唯從仲裁庭實務運作，傾向從寬認定，期使 ICSID 能更廣為使用，處理更多的投資爭端⁸⁵。至於在其他雙邊或多邊工具，如 BITs、NAFTA、MAI 及能源憲章若以 ICSID 機制作為其爭端解決方法之選項之一，可以明顯看出，其對外國控制概念或多或少仍以 ICSID 處理的精神為其主軸。

⁸⁵ C.B. Lamm, *supra* note 44, at 473.

第五章 由管轄權角度論投資人與地主國爭端 解決機制之改革與展望

從 ICSID 過去發生許多案例發現，許多案例訴之理由涉及管轄權問題，因此本章將從 ICSID 管轄權角度，檢討國際投資法領域有關投資人與地主國爭端解決機制現階段運作所產生之問題，並試對未來改革方向與展望予以析論。

承上，本章第一節依據前述 ICSID 管轄權相關問題整理與分析，對 ICSID 制度本身提出檢討與建議；本章第二節則針對 ICSID 公約與 BITs 二者相互法律關係與 BITs 援引 ICSID 公約所衍生之法律問題，提出檢討；第三節分析多邊投資架構是否為解決現階段投資人與地主國爭端解決機制之新契機；第四節則對我國政府與廠商現階段利用 ICSID 機制提出建議；第五節為本章小結。

第一節 ICSID 公約未來運作之檢討—以 ICSID 管轄權為 中心

ICSID 公約自 1965 年制定迄今，其機制在多年運作下雖已相當成熟與廣為使用，惟公約本身及仲裁實務仍產生部分問題有待檢討，依據前述章節對 ICSID 管轄權之整理分析，有關 ICSID 體制未來運作之檢討，茲析論如下：

一、 面對全球化新經濟型態，放寬對物管轄範圍

ICSID 公約對物管轄規範於公約第 25 條第 1 項，公約對物管轄係指「直接因投資而引起之任何法律爭端」，從條文文義及談判歷史可知，仲裁庭受理案件的範圍相當限縮於某些特定案件，亦即必須為法律爭端，排

除道德、政治及純粹商業爭端，另其爭端必須直接因投資而起，亦即與投資有「合理而密切之連結」關係。

實務上要清楚界定何者為直接引起，何者為間接引起，有其實際之困難，將爭端界定於「直接」因投資而引起之法律爭端，於是大幅限縮仲裁庭之裁量權。然為因應投資自由化趨勢，國際間現行 BITs 對於投資爭端，已普遍使用寬鬆的定義¹，一般最普遍使用之方式即定義為「與投資相關之爭端」，條文常見的用語包括「disputes in connection with investment」、「disputes related to investment」、「disputes with respect to investment」、「regarding investment」、「concerning an investment」等，上述用語雖有不同，但其實體內涵並無太大差異。此種方式，對於可提付仲裁之爭端種類相當廣泛，並不限於地主國違反 BIT 條文實體義務部分，例如投資人是否違反地主國國內法之爭端即可提交爭端解決，不論該法令是否違反 BIT 之規範，目前此方式已被許多國家 BITs 所使用，如法國、芬蘭、丹麥、德國、挪威、瑞士及英國等國²。

此外，隨著跨國交易複雜化及大型化，一項跨國投資活動涉及不同法律領域之人、事、物，而且經常伴隨著許多附屬交易及法律契約，如融資、租賃、買賣及稅捐等，在 ICSID 公約如此限縮之管轄權，常無法符合投資人需要，因此投資人於是轉而求助其他可處理廣泛商業爭端之國際仲裁機構如 ICC 等，長久下來將對 ICSID 未來發展形成不利影響。

基此，本文建議 ICSID 公約未來檢討時，應放寬第 25 條第 1 項之規

¹ 有些國家所簽訂之 BITs，對於投資爭端定義範圍則相當狹隘，只限於條約之「解釋與應用 (interpretation or application)」，或限於與某些條文有關之爭端，如中國對外所簽署之 BITs (如 1992 年中越 BIT、1988 中紐 BIT) 大多將投資爭端種類限定於與徵收補償有關之爭端。另美國 BITs 適用於投資人與地主國間之投資爭端定義為「因或由於與投資主管機關、投資協定有關或違反條約所給之投資權利等所引起之爭端」(an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to an investment authorization, an investment agreement or an alleged breach of any right conferred, created or recognized by this Treaty with respect to a covered investment.)

² UNCTAD, BILATERAL INVESTMENT TREATIES IN THE MID-1990s 104 (1998).

定，將 ICSID 事物管轄定義為「因投資而引起之爭端」，如此不僅可擴大 ICSID 的案件來源，也可與大多數 BITs 管轄權範圍相容。

二、 因應國際投資新類型產生，檢討公約對投資未予定義之作法

雖然公約擬訂之時對於第 25 條有意採限縮立法之原則，但隨著全球化潮流、新型投資工具(如衍生性金融性商品)出現及跨國投資交易大型化及複雜化，ICSID 公約能否因應時代潮流及國際投資人需要，不無疑問。

由第五章整理可知，在國際投資協定中，狹義投資定義與廣義投資定義，直接影響地主國鼓勵國際投資及追求其經濟與發展目標。而目前國際間普遍使用之投資協定，對投資之定義不外乎以財產為基礎之定義、以企業為基礎之定義及以交易為基礎之定義三種類型。

從公約草案談判歷史可知，ICSID 未對投資一詞予以定義，在當時時空背景下，或許不失為一可行的彈性作法，未定義之作法可因應任何一種新投資型態出現，因應時代潮流而彈性應用，此作法也使 ICSID 過去所受理的案例涵蓋廣泛而多樣化的經濟活動，如興建與經營旅館、生產紡織品、天然資源探勘與開採、石油配銷權、冶礦廠、漁船裝配與經營、房舍興建、架構有限電視系統、銀行、證券等涵蓋農、工、礦、服務業等行業之活動均屬之。甚至投資前之支出(pre-investment expenditure)，是否可認為是實際投資(actual investment)的一部分，亦成為最近國際仲裁法界之焦點

但隨著國際金融工具不斷創新，投資的概念也愈來愈多樣化，一些創新或衍生性財務工具是否可視為投資，將引起很大爭議，如最近發生的一件未公開的案例，一購買國際資產組合基金的比利時投資人控告馬來西亞政府，指稱因該國所實施的一般總體經濟措施，使得其資產組合投資價值降低，本案於管轄權階段即被仲裁庭駁回，後來就算進入實體審查也幾無

勝訴希望³，上開案件雖被駁回，但可預知的是，未來有關此類案件仍將會陸續出現。此種投資類似多樣化與變異化之趨勢，將形成 ICSID 仲裁庭莫大的挑戰。

基此，為減輕 ICSID 仲裁庭之壓力，在放寬對物管轄範圍之際，未來 ICSID 公約修正時，應可考慮檢討對投資未予定義之作法是否得宜，其具體建議作法包括，參考大多數國際投資協定的定義，於 ICSID 公約本文給予適當定義，或是不予更動公約本文，增列附錄有關公約對於投資定義之瞭解書。但為免定義太過侷限，有損公約目的，該瞭解書可以負面表列方式，依經濟環境不同，列示 ICSID 所不處理之交易類型，如前述之共同基金即不屬於 ICSID 公約投資之範圍。

三、 公約對於雙重國籍認定及國籍繼續原則應予明確

在本文第四章整理可知，公約對人管轄部分包括締約國與他締約國國民，他締約國國民則包括自然人與法人兩類。有關公約對於雙重國籍與國籍繼續原則茲以自然人及法人兩部分分析論之：

(一) 自然人部分

1. 自然人具有雙重國籍或多重國籍之情形

有關自然人國籍認定部分，公約基本上尊重各締約國國內立法，但對於自然人具有雙重國籍之情形，公約條文並未予以處理，當然若反面解釋，可以說公約未明文禁止，因此投資人可以擁有雙重或是多重國籍。如依據 ICSID 法務委員會(Legal Committee)及執行董事報告書第 29 段(Report of the Executive Directors on the Convention) 的解釋，若投資人同時具有地主國國籍及另一締約國國籍，將不是一個適格的當事人(would not be

³ Francisco Orrego Vicuña, *Globalizing Investment Dispute Settlement*, paper for APEC Seminar on Trade and Investment (August, 2003), available on author.

eligible to be a party in proceeding) ，就算該自然人證明與另一締約國比起地主國有強烈之連結關係，也不被 ICSID 仲裁庭所接受，因此可說 ICSID 仲裁領域是上述國際法通用原則的例外，且此不適格的情形是絕對的且無法補正(absolute and cannot be cured) ，縱使該爭端當事人一方(締約國)同意對造(投資人)具有當事人資格亦同⁴。

上述情形係指自然人同時具有二締約國國籍之情形，但若該自然人同時具有締約國國籍及非締約國國籍，此時該如何認定其國籍將引起另一層面之法律爭議，亦即若仲裁庭以該自然人具有締約國國籍而接受管轄，而該自然人卻訴請其為非締約國國民，要求排除管轄，甚而對爭端當事國(締約國)行使外交保護，此時將對地主國產生莫大壓力與困擾⁵。據上，本文認為公約未來修正時，有必要對此問題予以釐清。

2. 國籍繼續之問題

在許多場合，國籍確認後，才有國際法之適用，因此在某些情況，國籍在國際法便相當具有重要性，如國家行使外交保護時，國籍繼續原則便成為傳統國際法所要求之要件。也就是說，該受到損害之人必須於損害發生時點具有求償國國籍，而且必須於提出求償要求之時點持續該國籍，對於國籍認定如前述仍由各相關當事人自行依法認定⁶。

但 ICSID 對於國籍繼續並未有強制性要求，第 25 條第 2 項文字係使用「as well as」及「on either date」，而非「from to」或「continuously until」，因此依文義解釋，投資人若在同意提付仲裁及與 ICSID 登錄案件兩時點之間，擁有其他國家國籍(可能是非締約國)，此情形應是被允許的。進一步

⁴ JOHN COLLIER & VAUGHAN LOWE, THE SETTLEMENT OF DISPUTES IN INTERNATIONAL LAW 193 (Oxford University Press 1999).

⁵ 依據 ICSID 公約第 27 條，任何締約國對其國民已依公約規定與他造締約國提起仲裁案件，不得行使外交保護或提出國際主張，但本條並未包括非締約國之情形。

⁶ JOHN COLLIER & VAUGHAN LOWE, *supra* note 4.另請參閱丘宏達，《現代國際法》，頁 388-390，三民書局（民國 84 年 11 月）。

論之，若在此期間投資人暫時擁有地主國國籍，而在案件登錄之期日前，又喪失該國籍，依公約對於當事人資格消極要件言，此現象應可推論是被允許的。甚至若投資人在提付仲裁日期具有 A 締約國國籍，而在 ICSID 登錄案件之日變成擁有 B 締約國國籍(假若 A、B 兩國皆非地主國)，雖有學者認為在公約未明文禁止下，此情形可以被允許的⁷，但本文認為為免仲裁庭於審理時產生困擾，公約似有必要與國際法一致，予以較清楚之界定。

3. 地主國自行認定投資人國籍的問題

如前所述，若地主國與投資人合意提付 ICSID 管轄之後，依公約規定，不得單方面撤回其同意，此時，設若地主國為了阻礙 ICSID 管轄權之行使，強制授予投資人國籍，使投資人在非自願狀態下，取得地主國國籍，因而不符合當事人之消極要件，如此將使投資人處於極度不安狀態，此節本文亦認為有必要予以釐清⁸。

(二) 法人部分

1. 跨國公司國籍認定之問題

全球化時代來臨，跨國公司基於全球運籌策略，常在不同國家設立不同據點，例如某一跨國公司將總部設立 A 國，區域總部設在 B 國，在 C 國成立子公司，位於 C 國的子公司係由 A 國國民所控制，如果 A、B、C 三國皆為締約國，則該公司若與 ICSID 任一締約國(A、B、C 三國以外之締約國)發生紛爭，依 ICSID 第 25 條第 2 項準則，皆可認定具有締約國之國籍。惟若上開三國，有一國不是締約國，則可能會發生是否為締約國國民認定之問題。如 C 國不是締約國，若該 C 國子公司與締約國 D 發生糾爭，則此時 C 公司是否具有當事人資格，將產生疑義。

⁷ CHRISTOEPH H. SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY 146-147 (2001).

⁸ 當初草擬公約條文時，原欲於條文中明文禁止此途徑，以解除此困境，惟公約談判最後結果並未列入，留待調解人或仲裁庭來認定。Id. at 272.

從 ICSID 過去發生之 *MINE v. Guinea* 一案，仲裁庭係使用控制說來判定法人國籍，在該案 MINE 係依登記於列支敦斯登(Liechtenstein)之公司，實際控制 MINE 的人為瑞士人。列支敦斯登並非為 ICSID 公約締約國，因此幾內亞(Guinea)政府與 MINE 訂定之協議，即包括同意將 MINE 視為瑞士國籍公司之條款。本案經提付 ICSID 仲裁，仲裁庭並未質疑 MINE 當事人為非締約國國民，等於默示 MINE 具有瑞士國籍，默認控制關係之存在⁹。

2. 法人國籍繼續原則

在第四章整理可知，公約對於法人國籍認定不似自然人如此嚴格，在認定時點上，僅需在合意調解或仲裁之日具有他造爭端當事國以外之國籍，至於在案件接受登錄之日（提起仲裁之日），是否仍具有該國籍或是擁有其他國籍(包括非締約國國籍)，則在所不論。惟有學者認為，公約未規定法人國籍繼續原則之情形，應依國際法之規則，在提起仲裁之日，仍應雙方同意仲裁該日所具有之國籍，否則如在提起仲裁之日，該法人卻具有爭端當事國（地主國）國籍，而又未約定可視為具有外國控制之外國公司，則將有背公約成立目的¹⁰。

四、 外國控制的概念及控制的程度與形式(Form and Extent of Control)將成為未來管轄權問題之焦點

當初制定公約第 25 條第 2 項第 2 款時，並未對「外國控制」形式與程度有明確的法律立場¹¹，因此仲裁庭不免將依其裁量權處理。惟隨著新式金融商品創新、通訊科技進步及國際資本市場發達，跨國公司基於稅

⁹ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 7, at 282-284.

¹⁰ Omar E. Garcia-Bolivar, *Foreign Investment Disputes under ICSID – A Review of its Decisions on Jurisdiction*, 5 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 188, 201 (2004).

¹¹ 依據公約談判歷史，當初草案第一次引進「control」文字時，曾引起談判代表爭論，有人直指控制應指占有大多數股份(majority holding)，有人則提出持有股份百分之二十五或十五，已可改變公司重大經營策略，應以此為準則，惟最後並無一致看法，爰留待締約國自行決定。CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 7, at 318-319.

賦、接近市場等因素，而以不同多樣的形式存在¹²，如一家跨國企業可能在不同國家設置區域總部、營運總部或研發中心，而其資金來源可能來自不同國家，甚至由機構投資人佔有大多數股權，董事會或經理人可能由全球不同國籍之人組成，此時在公約第 25 條模糊概念下，要如何認定法人之實際外國控制者，將對仲裁庭形成莫大的挑戰，而此問題預期也將成為管轄權問題之重要焦點，甚至可能造成 ICSID 仲裁庭為了找出其實際控制者，而導致仲裁效率不彰之負面效果。基此，本文建議 ICSID 未來檢討修正相關仲裁條文或規則時，可參考現行其他國際條約之規範，對於具有影響力控制效果之標準，如股權、式債權、黃金股或管理控制等¹³，能有一致看法。

有關 ICSID 過去案例實務作法、雙邊投資協定、地主國投資法及多邊架構處理方式，茲先作一比較分析：

(一) ICSID 仲裁庭之處理方式

如前所述，仲裁庭對於控制的形式及程度之處理方式，係採逐案認定的方式，如以 ICSID 過去發生案例 *Klökner v. Cameroon* 一案，係以持有過半股權為判定標準¹⁴。在 *LETCO v. Liberia* 乙案，因 L 公司為由法國國民百分之百持股公司，此點在事實認定上，仲裁庭並無問題，除此之外，仲裁庭亦檢視該公司經營決策結構，發現該公司董事全數為法國人，因此判定 L 公司由法國人所控制¹⁵。另在 *Cable TV v. St. Kitts and Nevis* 一案，仲裁庭同樣

¹² 有些學者把多國公司區分為國內型多國企業(The National Multinational Enterprise)及國際型多國企業(The International Multinational Enterprise)，詳請參閱 RAY AUGUST, INTERNATIONAL BUSINESS LAW 193-194 (Prentice Hall 3rd Ed. 2000).

¹³ C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 47 BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW 227, 264 (1974/75).

¹⁴ *Klockner v. Cameroon*, Award, 21 October 1983, 2 ICSID REPORTS 15/16. CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 7, at 319.

¹⁵ *LETCO v. Liberia*, Decision on Jurisdiction, 24 October 1984, 2 ICSID REPORTS 349, 351. CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 7, at 319-320.

以持股比率及董事國籍為審查標準¹⁶。

(二) 地主國投資法

有許多國家投資法提供投資人可訴請 ICSID 管轄的條款，這些投資法對於外國控制的準則幾乎都採用持有本國成立公司大多數股權即可視為外國控制公司的立法。如中非共和國(Central African Republic)1988 年投資法第 30 條、莫三鼻克(Mozambique)1993 年投資法第 1 條、查德(Zaire)1986 年投資法第 1 條等¹⁷。

(三) 雙邊協定

雙邊投保協定有關投資人與地主國爭端解決條款，若有援用 ICSID 機制，其對於外國控制的處理呈現多樣的方式¹⁸。如瑞典模範雙邊投資法第 8 條第 3 項採用概括方式，未對外國控制意義加以細分¹⁹。另如澳洲與寮國 1994 年雙邊投保協定²⁰及英國與土耳其 1991 年雙邊投保協定²¹，即將外國控制定義為持有受控制公司大多數股份(the majority of the shares)之準則。

(四) 多邊或區域協定

國際間多邊協定有關投資人與地主國爭端解決條款，若援用 ICSID 機制涉及外國控制之形式與程度，其處理方式通常包括下列數種：

¹⁶ *Cable TV v. St. Kitts and Nevis*, Award, 13 January 1997, 13 ICSID REVIEW- FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 366-370 (1998). CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 7, at 321.

¹⁷ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 7, at 321.

¹⁸ *Id.*, at 322.

¹⁹ Agreement Between The Government of the Kingdom of Sweden and The Government of _____ on The Promotion and Reciprocal Protection of Investments Article 8(3): For the purpose of this Article and Article 25(2)(b) of the said Washington Convention, any legal person which is constituted in accordance with the legislation of one Contracting party and which, before a dispute arise, was controlled by an investor of the other Contracting Party, shall be treated as a national of the other Contracting Party. See 9 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM 309 (2002).

²⁰ See UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), BILATERAL INVESTMENT TREATIES IN THE MID-1990s 107 (1998).

²¹ RUDOLF DOLZER & MARGRETE STEVENS, BILATERAL INVESTMENT TREATIES 142 (1995).

1. NAFTA：NAFTA 第 1117 條²²即規定一締約方投資人代表另一締約方企業提付仲裁時，該投資人需直接或間接擁有(own)或控制該法人，與 ICSID 相較，NAFTA 條文將控制關係，直接列明直接或間接控制，此外，除了控制外，NAFTA 並加上擁有之概念，雖然廣義控制觀念包括擁有之概念。NAFTA 與 ICSID 相同之處在於，NAFTA 也未明確定義控制的意義。
2. 能源憲章條約：能源憲章條約第 26 條第 7 項本文僅敘及法人投資人若被另一締約國投資人所控制(controlled by investors of another Contracting Party)，可被視為另一締約國國民之文字²³。另能源憲章條約第 1 條第 6 項對於「投資」定義為投資人直接或間接擁有或控制之任何種類之資產，此處所指的控制概念，依同時通過之瞭解書(Understandings)有詳細的釋義，該瞭解書指出，本條約所謂的控制包括對該投資之財務利益 (financial interest in the Investment)、對該投資管理或經營有實質影響力 (exercise substantial influence over the management and operation of the investment) 或是對董事會、經理部門之選任有實質影響力 (exercise substantial influence over the selection of members of the board of directors or any other managing body)²⁴。綜觀能源條約對於控制的定義仍不脫 ICSID 仲裁庭實務運作之範圍內。
3. WTO 服務業貿易總協定(GATS)：GATS 第一條第四項所規定

²² Art. 1117 of NAFTA: An Investor of a Party, of behalf of an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under the Section a claim that the other Party has breached an obligation under..... See UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM, VOL III, at 73(1996).

²³ 條文全文請參閱 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM, VOL.II, 570 (2002).

²⁴ *Id.*, at 542.

的四種服務貿易提供模式，其中第三種服務提供模式(mode 3)指「由一會員之服務供給者以設立商業據點 (commercial presence)方式，在其他會員境內提供服務」，此模式即通稱服務業投資。第二十八條為對協定用語之定義，其中一法人由會員之人所「擁有(owned)」，係指該會員之人擁有之股權權益超過百分之五十者，一法人由某一會員之人所「控制 (controlled)」者，係指該人有權任命該法人之多數董事或依法指揮其行事者。據上可知，GATS 對於其他會員之法人國籍兼採股權擁有及管理控制學說。

第二節 ICSID 公約與 BITs 兩者之法律關係與檢討

由前述章節分析可知 ICSID 爭端解決機制已被 BITs 所大量使用，此種趨勢也促進了 ICSID 仲裁機制的未來發展，然這種以條約為基礎的仲裁 (Treaty-based arbitration)與 ICSID 公約管轄權之法律關係有幾點問題值得探討，以下將分析 BIT 援引 ICSID 公約之法律效果、兩者在管轄權範圍之差異、ICSID 管轄權與 BITs 最惠國待遇條款問題及 BITs 所包括國家與國家間及投資人與國家間兩種不同的爭端解決機制可能引發程序衝突問題。

一、 BIT 援引 ICSID 公約之法律效果

ICSID 第一任秘書長 Dr. Broches 指出，並非 BITs 援引 ICSID 公約即對締約國產生拘束性效果，投資人即可將爭端直接交付仲裁，其法律效果必須視其條文文字而定²⁵，大致而言，可分為地主國的確定要約及尚未確定的要約二種型式，茲分述如下：

(一) 地主國的確定要約

²⁵ M. SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 268 (Cambridge University Press 3rd ed. 1996).

有些國家 BITs 使用明確字眼，形同締約國向外國投資人同意以 ICSID 公約作為爭端解決方式之確定要約，如英國與斯里蘭卡於 1980 年簽訂之 BITs 第八條即以直接簡明文字「Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (herein referred to as “the Centre”) for settlement by conciliation or arbitration under the Convention.....」表達締約國對投資人確定的要約²⁶。有些 BITs 並不使用「consent」之文字，而是使用「shall be submitted to the Centre」表達其要約²⁷，上述二種方式則可視為地主國提供投資人的確定要約。

有些 BITs 除了提供 ICSID 爭端解決機制外，亦另外提供提供多重爭端解決機制供投資人選擇，如國內法院、UNCITRAL 仲裁規則、ICC 仲裁規則或是特仲裁委員會，如瑞典模範投資協定第 8 條即提供投資人多種爭端解決選擇方式(at the investor's choice)²⁸。

(二) 尚待未來確定之要約

除了上述之外，並非是所有援引 ICSID 公約的 BITs 地主國皆提供投資人確定的要約，依據 Broches 分類，有三種型式條文文義並不構成確定要約，第一種型式 BITs 則使用締約國應同意(shall assent to submit to the Centre)將爭端提付 ICSID 管轄之文字，如荷蘭與巴基斯坦於 1988 年簽訂的 BITs 第 10 條即規定：「The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party makes or intends to make an investment,

²⁶ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 7, at 212.

²⁷ See the German MODEL Agreement in its Art.11 provides:” (2) If the divergency cannot be settled within six months of the date when it has been raised by one of the parties in dispute, it shall, at the request of the national or company of the other Contracting Party, be submitted for arbitration. Unless the parties in dispute agree otherwise, the divergency **shall be submitted** for arbitration under the Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”. 3 UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM 172.

²⁸ See the Sweden MODEL Agreement in its Art.8 provides:”(2) If any such dispute cannot be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by the investors through written notification to the Contracting Party, each Contracting Party hereby **consents to the submission of the dispute, at the investor's choice**, for resolution by international arbitration to one of the following for a:.....”. UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM, VOL IX, 313.

shall assent to any demand on the part of such national to submit, for arbitration or conciliation, to the Centre.....」²⁹，或如荷蘭與印尼投保協定規定：「to assent to any demand on the part of the national to submit for conciliation or arbitration any dispute arising from the investment.」³⁰。此型式投資人並未立即取得提付 ICSID 仲裁的權利，地主國仍可拒絕投資人將爭端交付 ICSID 仲裁之請求，此時 ICSID 秘書長可依據 ICSID 公約第 28 條第 3 項及第 36 條第 3 項所賦予的權利，以雙方當事人並無合意，拒絕此案件之登錄，惟地主國依國際法仍應負違反國際協定義務之責任。

第二種型式 BITs 雖援引 ICSID 公約，但其法律效果相當弱，其條文僅規定締約國應慎重考慮(sympathetic consideration)投資人之請求，如荷蘭與肯亞於 1970 年簽訂的 BITs 第 11 條即規定：「The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting makes or intends to make an investment, shall give sympathetic consideration to a request on the part of such national to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention of Washington of 18 March 1965, any dispute that may arise in connection with the investment.」³¹。縱觀此條文文義，其法律效果形同地主國尚未同意將爭端交付 ICSID，僅是隱含一種「不會不合理的拒絕給予同意之義務 (obligation not to withhold consent unreasonably)」³²。

第三種型式 BITs 採逐案認定(case-by-case agreement)或待未來協商(further negotiation)之方式，如過去加拿大與匈牙利於 1991 年簽訂之 BITs，規定該兩國締約國之投資人在另一對造國所產生之投資爭端，依據雙方之協議(upon agreement)而提付仲裁³³，又如瑞典與馬來西亞簽訂的 BITs 亦採

²⁹ RUDOLF DOLZER & MARGRETE STEVENS, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES* 133 (1995).

³⁰ M. SORNARAJAH, *supra* note 25, at 268.

³¹ RUDOLF DOLZER & MARGRETE STEVENS, *supra* note 29, at 133.

³² M. SORNARAJAH, 25, at 268.

³³ Antonio R. Parra, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, 12 ICSID REVIEW –

此方式，其協定規定「in the event of a dispute arising ...it shall upon agreement of both the Parties to the dispute arising be submitted to arbitration.」

34。

二、 管轄權與最惠國待遇條款問題

第二個問題係關於 ICSID 管轄權與 BITs 普遍使用之最惠國待遇條款問題(most-favored-nation clauses)之間所產生之法律問題。此問題關鍵在於某一投資人母國與地主國間已簽署 BITs，但該 BITs 沒有納入 ICSID 條款，而地主國另與其他國家簽訂的 BITs 納入 ICSID 條款，此時若該投資人要求適用最惠國待遇，將爭端直接交由 ICSID 管轄，ICSID 仲裁庭是否要受理該案件，將考驗仲裁庭智慧³⁵。

最近曾發生一件阿根廷投資人控訴西班牙，而直接向 ICSID 提起仲裁之案例，依據阿根廷與西班牙簽署之雙邊投資協定規定，在提起仲裁之前，投資人應先向西班牙國內法院尋求救濟，若經過十八個月後，仍未能解決，始得向 ICSID 請求仲裁，惟該案阿根廷投資人則引用智利與西班牙投保協定可直接提付 ICSID 仲裁之規定，聲稱依據最惠國待遇條款，可直接適用智利與西班牙之爭端解決程序，仲裁庭於詳細檢視相關事證後判決，最惠國待遇條款可適用於程序性問題，而受理該案³⁶。

三、 BITs 內含的不同的爭端解決機制所引發程序衝突問題

第三個問題在於 BITs 所包括國家與國家間及投資人與國家間兩種不同的爭端解決機制可能引發程序衝突問題。一般言，現存 BITs 關於二締約國對於條約的解釋與適用之爭端，普遍透過國家與國家間爭端解決機制

FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 287, 322(1997).

³⁴ JOHN COLLIER & VAUGHAN LOWE, *supra* note 4, at 64 (Oxford University Press 1999).

³⁵ *Id.* at 809.

³⁶ Francisco Orrego Vicuña, *supra* note 3.

解決，包括以外交途徑解決³⁷，若無法於一定期間內解決，則組成專門仲裁庭審理之。此時可能發生一個情形，即若爭端發生，投資人與地主國依據 BITs 提付 ICSID 仲裁，但投資人亦透過母國以地主國違反條約義務(條約解釋與適用問題)之由，尋求 BITs 國家與國家間爭端解決之途徑，此時可能會發生同一訴訟事由，而由二個不同訴訟庭審理，此種平行訴訟程序理論上並不相競合，因其牽涉不同當事人³⁸。假若上述二平行訴訟程序審判結果不同，則將會產生仲裁衝突問題，尤其是牽涉到投資人海外投資保險給付之問題。

此問題在草擬 ICSID 公約時亦曾被談判代表注意，ICSID 前任秘書長 Mr. Broches 指出，有關國家與國家間對於條約的解釋與應用較為武斷 (arbitrated)，因此任何關於透過國家與國家間仲裁或談判的結果，不得影響 ICSID 仲裁結果³⁹。為了降低前述平行訴訟程序不確定的後果、減少政治對仲裁庭的干擾及平衡地主國與投資人利益，ICSID 公約設計第 27 條以解決上述問題，該條規定，任何締約國對於其國民與他締約國依 ICSID 公約規定而同意提付或已經提付仲裁之爭端，除另一締約國不遵守及履行仲裁庭對該仲裁所作之裁決外，不得給予外交保護或提出國際主張。

該條之產生，亦保護地主國而同時處理多重訴訟及面對多重訴訟人的困境。從執行董事會報告，可以清楚瞭解設計第 27 條的目的，即當地主國同意投資人將爭端提付 ICSID 管轄，等於給投資人直接使用國際管轄，因此該投資人就無立場要求其母國就該爭端給予保護。一旦該締約國國民一旦同意將爭端提付 ICSID 仲裁，第 27 條明白禁止締約國利用外交保護

³⁷ 如瑞士促進投資及相互保護模範條約第九條第一項即規定如下：「(1) Disputes between Contracting Parties regarding the interpretation and application of the provisions of this Agreement shall be settled through diplomatic channels.」UNCTAD, INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM VOL.III 181.

³⁸ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 7, at 404.

³⁹ *Id.* at 403.

或提出國際主張⁴⁰。有些國家為根本防止上述二種爭端解決機制競合情形，更直接在 BITs 直接訂明，如果雙方皆是 ICSID 公約締約國，則依據該條約所成立解決國家與國家爭端之仲裁庭職權行使，應考量公約第 27 條第 1 項之情形，如德國簽署之許多 BITs 皆是如此⁴¹。

在解讀 ICSID 公約第 27 條應注意，該條並未排除投資人將來可尋求其母國外交保護或提出國際主張的機會，也不得被解釋為投資人一旦同意提付 ICSID 仲裁，即放棄(waiver)尋求外交保護的權利⁴²，只是締約國行使外交保護或提出國際主張的權利，在某些條件下被暫停(suspended)而已⁴³，亦即在投資人與地主國達成提付仲裁的合意或爭端已經交付仲裁的期間，該權利或主張被暫時停止使用。

如前所述，合意需雙方當事人以書面同意，因此縱使地主國同意將爭端交付仲裁，投資人仍可依其裁量權是否同意將爭端交付仲裁，在投資人未同意之前，第 27 條即無適用餘地，換句話說，投資人可自由選擇是否將爭端交付仲裁或是尋求母國外交保護。當然依國際法，投資人在使用外交保護之前，仍需以用盡當地救濟原則(exhaustion of local remedies)為前提，所以其母國以外交手段交涉之前，仍有不確定因素存在。

上揭情形為投資人已依據 BITs 提付 ICSID 仲裁，而又再透過其母國依據 BITs 行使國家與國家爭端解決之情形，反面而言，若投資人要求將爭端交付 ICSID 仲裁，但對造國以二國間對條約適用範圍看法不同，要求暫停仲裁庭程序，先與投資人母國設立仲裁庭，先行審理條約解釋與應用

⁴⁰ Report of the Executive Directors on the Convention, para.33.

⁴¹ See Germand Model BIT Article 10:” (6) If both Contracting Parties are Contracting States of the Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States the arbitration tribunal provided for above may in consideration of the provisions of Article 27(1) of the said Convention not be appealed to insofar as agreement has been reached between the national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party under Article 25 of the Convention.”. Also see Antonio R. Parra, *supra* note 33, at 336.

⁴² CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 7, at 400-401. Also see Antonio R. Parra, *supra* note 33, at 337.

⁴³ *Id.* para. 14.

之問題，此時 ICSID 秘書長是否要接受登錄投資人提起的案件，將產生問題。上述問題有學者認為，秘書長此時不應先登錄投資人提付之案件，應等到兩國間對於此案件是否屬於 BITs 的適用範圍達成解決時，才予以登錄。然而，若地主國提出國家與國家爭端解決目的只是在於中斷(frustrate)仲裁程序的進行則不再此論⁴⁴。

四、日益增多的投資仲裁案件所引發仲裁判斷衝突 (conflicting award)問題

目前全球已有超過二千個 BITs 的簽訂，若再加上一些區域性、多邊協定，使得投資仲裁案件近十年來大幅增加，雖然上開國際投資協定主要架構相當類似，但其實體條文並不全然相同，例如對於投資人定義或是公平與公正待遇等條文便不盡相同。投資仲裁案件之所以會引發仲裁判斷衝突問題，其原因不外乎下列二種：

(一) 投資人任擇法院 (Forum shopping) 之情形

投資人母國可能與他造當事國有不同協定關係，如二國間不僅簽訂 BITs，亦有可能同時簽訂雙邊或多邊 FTA，或是同為某個多邊協定之會員國，如 WTO 或是能源憲章條約(ECT)，因此有些投資人為求有利於己之判決，往往對同一案件根據不同國際協定採取任擇法院之方式對地主國提起訴訟，例如根據 BIT 向 ICSID 提請仲裁，又根據 FTA 尋求國際仲裁，如 ICC，也有可能透過其母國向 WTO 提起訴訟⁴⁵，此時因各法庭對協定解釋及事實認定不同，很有可能會對同一事件作出不同之判決。

(二) 公司不同國籍股東依據不同協定提出訴訟

⁴⁴ IBRAHIM F.I. SHIHATA, THE WORLD BANK IN A CHANGING WORLD: SELECTED ESSAYS AND LECTURES, Vol. III, at 809 (2000).

⁴⁵ 如義大利米蘭之 Bocconi 大學教授 Giorgio Sacerdoti 於日內瓦舉行之第十屆日內瓦全球仲裁論壇(December 3-4, 2003)曾以加拿大與美國之 Soft Lumber 案為例，該案加拿大分別依據 NAFTA 及 WTO SCM 提出控訴，而 NAFTA 及 WTO 亦分別成立仲裁庭審理。5 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 98 (2004).

如前所述，跨國公司其股東可能來自不同國家，若發生投資爭端案件，公司依據其成立地 A 國與地主國 C 國間之 BIT 爭端解決條款請求仲裁，但公司股東係 B 國國民，而依據 B 國與 C 國間之 BIT 請求仲裁，此時將發生向同一事件對地主國分別提起訴訟之所產生仲裁衝突的情形⁴⁶。況且依據國際法，就算該股東並未持有大多數股權，也不能阻止該股東就其財產權向地主國提起訴訟⁴⁷。

第三節 投資人與地主國爭端解決機制改革之新契機—— 建立多邊投資協定的展望

如前開第一節與第二節的研析，ICSID 成立迄今成功處理了許多投資人與地主國之投資爭端，但其制度本身隨著全球投資環境的演進，有些地方有待檢討改善，而其與 BITs 及區域、多邊協定之相互關係所產生之最惠國待遇條款、仲裁衝突等問題，正為國際投資法界所討論及嘗試提出各項解決方案，如建立通用之模範 BIT 條款，或是建立仲裁上訴機制或其他控制機制(appellate or other control mechanisms)，甚或直接建立多邊投資協定等提議。

前述解決方案，有關建立通用之模範 BIT 條款，雖屬可行，但要逐一修改現存之二千個 BIT，工程相當浩大。另關於建立仲裁上訴機制，可能會使仲裁機制官僚化，有礙仲裁強調之效率。除了此二種方式外，建立多邊投資協定顯然較符合現階段改革之期待，多邊投資協定的優點除了可以提供穩定、透明及可預期的投資環境外，亦可增加世界投資資本流動及世

⁴⁶2003 年 12 月 3 日至 4 日在日內瓦舉行之第十屆日內瓦全球仲裁論壇亦曾以 *CME v. The Czech republic* 案為例，討論如何避免仲裁衝突及第三人參與問題，其中有關避免衝突問題，會中有學者提到可建立另一上訴制度、或修改現行雙邊投資協定，另有學者則認為，要一一修改現存 2000 多個 BITs 工程相當浩大，不如建立多邊投資協定，使投資爭端解決有一統一機制。另關於第三人參與問題，有學者擔心若建立類似法庭之友參與仲裁制度，將會產生如何認定 NGOs、增加當事人訴訟成本、不當增加仲裁人的工作量等問題。

⁴⁷ Omar E. Garcia-Bolivar, *supra* note 10, at 194.

界貿易量，並促進世界經濟成長。就以爭端解決面向言，有了多邊投資協定統一規則，有助於解決現存 BIT 及區域協定條文解釋不一致之困難，以及建立全球一致通用之爭端解決機制。

就以建立多邊投資協定場合言，自從 OECD MAI 以失敗收場後，WTO 便成為支持成立多邊投資協定人士希望之寄託，雖然坎昆部長會議後，WTO 對於貿易與投資議題之討論暫告停止，惟本文謹以學術研究立場析論 WTO 未來如建立多邊投資協定，WTO 現有爭端解決機制與多邊投資協定爭端解決機制整合之問題，在探討上述問題之前，本節茲先對 WTO 投資議題演進與 WTO 爭端解決機制與一般國際投資協定之爭端解決程序作一比較，其後則分析 WTO 若建立多邊投資協定，現行之爭端解決機制是否適合處理投資協定建立後所產生之投資爭議。

一、GATT/WTO 投資議題演進

(一) 烏拉圭回合談判前投資議題背景

貿易與投資的關係，在烏拉圭回合之前，並未受到應有的重視。雖然在第二次世界大戰之後，國際上原欲成立的「國際貿易組織」(International Trade Organization)，其哈瓦那憲章(即 Havana Charter)有專門的條款處理「直接投資」，並提及對外人投資的待遇，但該憲章並未生效。在 1955 年時 GATT 的締約國大會曾通過一項稱為「有益經濟發展之國際投資」(1955 Resolution on International Investment for Economic Development)的決議；在該決議中 GATT 鼓勵各國簽署雙邊協定，以便對外來投資提供保障與安全。

自二次世界大戰後，國際政治、經濟情勢產生重大變化，隨著科技發展及第三世界崛起，國際投資也快速增長，其中跨國企業便扮演主要推手。在此時空背景下，一些發達國家便想利用當時 GATT 架構，建構一個

投資多邊規範，以保護其投資利益。

(二) 烏拉圭回合談判投資議題處理情形

貿易與投資問題，隨著跨國投資之增長，在美國及主要資本輸出國的要求下，1986年烏拉圭回合談判首度將投資議題納入談判。烏拉圭回合經過七年談判，終於在1993年達成協議，並簽訂最終法案(Final Act)，1995年WTO正式成立，與貿易有關之投資措施協定(TRIM協定)亦同時生效。

(三) 新加坡部長會議投資議題進展

TRIMs協定雖隨烏拉圭回合談判產生，但該協定全文僅有九條，相當簡短，並不是一個完整的投資協定，並不能充分保障外國投資及投資人，因此1996年新加坡部長會議時，已開發國家提議將包括投資在內之新議題(貿易與投資、貿易與競爭、政府採購透明化及貿易便捷化⁴⁸)納入WTO多邊架構討論。

在投資議題部分，新加坡部長會議最後決議設立貿易與投資關係工作小組(Working Group on the Relationship between Trade and Investment, WGTI)⁴⁹，以審查貿易及投資互動關聯，並與其他國際經貿組織合作，共

⁴⁸ 此四大議題通稱為新加坡議題。

⁴⁹ 新加坡部長宣言第二十段文字如下：

"20. Having regard to the existing WTO provisions on matters related to investment and competition policy and the built-in agenda in these areas, including under the TRIMs Agreement, and on the understanding that the work undertaken shall not prejudice whether negotiations will be initiated in the future, we also agree to:

- establish a working group to examine the relationship between trade and investment; and
- establish a working group to study issues raised by Members relating to the interaction between trade and competition policy, including anti-competitive practices, in order to identify any areas that may merit further consideration in the WTO framework.

These groups shall draw upon each other's work if necessary and also draw upon and be without prejudice to the work in UNCTAD and other appropriate intergovernmental fora. As regards UNCTAD, we welcome the work under way as provided for in the Midrand Declaration and the contribution it can make to the understanding of issues. In the conduct

同推動全球多邊貿易體系發展。

(四) 杜哈部長會議投資議題進展

2001 年杜哈(Doha)部長會議所通過的杜哈發展議程，若以進度而言，各種議題大體上可分為：決定不進行談判者、部長會議前已進行談判者(如農業及服務業)、決定必須進行的談判，以及在下屆部長會議時再決定進行談判與否。其中投資議題即屬上述第四種，應於第五屆部長會議(2003 年)時，以明示及共識決方式，決定談判模式。

由上可知，2003 年在坎昆舉行之第五屆部長會議為 WTO 是否展開多邊投資談判的關鍵時刻，然因農業補貼、棉花問題及新加坡議題在多方角力下，坎昆部長會議僅發表六點聲明草草收場，當然投資議題談判亦隨之以失敗結束。坎昆部長會議後，主要國家對於投資議題之立場與策略已有不同之改變，因此我國對於投資議題之基本立場與推動策略也應要有不同的思維。

二、WTO 的爭端解決機制概述

烏拉圭回合談判針對過去四十年來 GATT 爭端解決的架構予以全面翻修與更新，制定了「爭端解決規則與程序瞭解書」(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 簡稱 DSU)，針對烏拉圭回合各項協議制定一項整合型的爭端解決體制。WTO 爭端解決體系係由 GATT 1994 第二十二條及第二十三條、服務貿易總協定(GATS)第二十二條及第二十三條及 DSU 所組成。根據 DSU 附錄 1 所列 DSU 適用之協定

of the work of the working groups, we encourage cooperation with the above organizations to make the best use of available resources and to ensure that the development dimension is taken fully into account. The General Council will keep the work of each body under review, and will determine after two years how the work of each body should proceed. It is clearly understood that future negotiations, if any, regarding multilateral disciplines in these areas, will take place only after an explicit consensus decision is taken among WTO Members regarding such negotiations." WTO Doc: WT/MIN(96)/DEC.

包括建立世界貿易組織協定、多邊貿易協定(貨品貿易多邊協定、GATS、TRIPS)及複邊協定，當然會員對於適用 DSU 所產生之爭端亦為 DSU 所解決事項之一。此外，DSU 附錄 2 亦列示 WTO 涵括協定所另訂之特殊或附加規則與程序，由各該協定優先適用該特殊或附加規則與程序。

DSU 仍保留 GATT 爭端體系的核心規則第二十二條與第二十三條，要求會員在正式提起爭端解決程序前，應先與會員國諮商⁵⁰。在諮商不成後，會員體始得要求斡旋、調停、調解⁵¹或請求成立爭端解決小組(Panel)⁵²，以處理其與其他會員體之爭議；若係採取成立爭端解決小組之解決方式，則經由會員代表所組成之爭端解決體制(Dispute Settlement Body, 簡稱 DSB)所通過成立⁵³，爭端解決小組成立後，則進行審查、作成報告、向當事國提出報告⁵⁴、期中檢討⁵⁵、DSB 在小組報告提交六十天內通過報告⁵⁶，當事國若不服小組裁決可向上訴機構提起上訴⁵⁷，上訴機構只能就小組的報告涉及的法律問題進行審查⁵⁸，上訴機構報告應在發出後三十天日經 DSB 通過⁵⁹，DSU 不同於 GATT 時代爭端解決機制之一，即強化了對敗訴會員遵守小組或上訴機構裁決與建議的監督與執行⁶⁰，敗訴方若不能改正其被認定不符協定的措施或不遵守小組或上訴機構的建議與裁決，可經雙方諮商由敗訴會員給予補償⁶¹，如雙方無法對補償達成協議，勝訴會員可請求 DSB 對不遵守小組或上訴機構裁決會員國之授權進行報復，包括授權暫停減讓或其他義務⁶²，若同部門報復不可行，也可尋求跨部門報復⁶³。

⁵⁰ DSU Article 4.

⁵¹ DSU Article 5.

⁵² DSU Article 6.

⁵³ DSU Article 6.

⁵⁴ DSU Article 12.

⁵⁵ DSU Article 15.

⁵⁶ DSU Article 16.

⁵⁷ DSU Article 17.

⁵⁸ DSU Article 17(6).

⁵⁹ DSU Article 17(4).

⁶⁰ DSU Article 21.

⁶¹ DSU Article 22(2).

⁶² DSU Article 22.

WTO DSU 與原 GATT 爭端解決制度相較，DSU 規定比較詳細，較傾向以規則導向以及法律解決⁶⁴，此一爭端解決體制相當強調會員以和平解決方式，即會員在進入爭端解決程序前，兩造需先經諮商過程，以確保爭端的解決，並且在爭端無法循諮商解決時，始賦予會員體要求成立爭端解決小組的權利。DSU 甚至對爭端解決小組的程序，設置十分詳細的規則與時限。在某一會員體的措施被認定與 WTO 協定不相符合時，爭端解決小組必須建議該會員體將其措施改正，以符合 WTO 規範。而 DSU 十分重要的一項特性，即是對爭端的會員體提供上訴的機會；由常設上訴機構決定是否維持、修改或推翻原爭端解決小組的認定。DSU 進一步強化監督執行機制，監督相關國家履行爭端解決機構（DSB）建議內容的情形，並對未能依照其建議執行的會員體所可能提出的補償、對手國所可能提出的報復等，進行監視，其實該報復的正式說法是允許會員「可以歧視性的針對另一成員暫停實施適用協定下的減讓或其他義務(the possibility of suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements on a discriminatory basis vis-à-vis the other Member)⁶⁵」。

三、WTO DSU 與 IIAs 爭端解決機制之比較

若將 WTO 的 DSU 與前述的國際投資協定(雙邊或多邊協定)，以及 ICSID 相較，可以發現若干重要的差異⁶⁶：

(一) 「國家與國家」(State-to-State dispute resolution)的爭端解決機制之比較

⁶³ DSU Article 22(3).

⁶⁴ 羅昌發，〈國際貿易法〉，頁 841，月旦出版公司（1996 年）。

⁶⁵ 世界貿易組織秘書處編，索必成、胡盈之 譯，〈烏拉圭回合協議導讀〉，頁 37，北京，法律出版社（2001 年 12 月 3 刷）。

⁶⁶ WTO, Working Group on the Relationship between Trade and Investment (WGTI), Consultation and The Settlement of Disputes Between Members, para. 69, WTO Doc. WT/WGTI/W/134, 7 August, 2002 (Note by the Secretariat).

WTO 的 DSU 僅提供會員間爭端解決，類似 IIAs 有關「國家與國家」的爭端解決機制，惟兩者仍有明顯差異，茲簡述如下：

- ❖ 仲裁庭組成方面：一般 IIAs 通常其「地主國與投資人母國之間」的爭端解決條款，大體均係規定經由「臨時性或非常設性」的仲裁（*ad hoc* arbitration）為之。有些雙邊或區域性的條約，則有自行設置的機構⁶⁷。而仲裁程序與規則則由該臨時成立之仲裁庭決定之。而 WTO 則提供制度性的爭端解決體系，每一爭端案件由臨時性小組及半常設性（quasi-permanent）的上訴機構審理，DSU 對於不同的爭端階段，另規定有詳細程序⁶⁸。
- ❖ 有關準據法方面：IIAs 與 WTO 的 DSU 最主要的差異在於準據法，WTO 的爭端解決體制限於各個 WTO 協定（covered agreements）之下權利義務關係的爭議；而 IIAs 之下的「國家與國家」間爭端解決，範圍似乎較廣。此係由於在相關條約規定之外，IIAs 常在「外國投資人待遇」的規定中及在爭端解決的規定中，引用其他國際法的規則及當事國所簽定的其他協定（甚至針對特定投資所為的承諾）⁶⁹。
- ❖ 爭端解決判斷遵守問題：IIAs 與 WTO 爭端解決體制另外一個重要差異在於不遵守爭端解決判斷的問題，除了少數的 IIAs 有其內建的監督機制外，大多數的 IIAs 對此並未規定，勝訴國家可以自由使用傳統國際法有關國家責任規範，如單方面採取反制措施（countermeasures）或暫停條約的運作（suspension of the operation of the treaty）。但 DSU 則設有監督遵守爭端解決結論的機制與針對不遵守情形的救濟措施，如補償、暫停減讓或義

⁶⁷ *Id.* para. 28.

⁶⁸ *Id.* para. 70.

⁶⁹ *Id.* para. 71.

務中止。惟 WTO 不准會員片面採取單方面的報復行動，必須在某些特定條件下，經由 DSB 事先授權，始可對另一會員採取報復行動⁷⁰。此原則可以從 DSU 第 23 條標題「多邊制度的強化(Strengthening of the Multilateral System)」而不難理解，該條禁止會員針對其認為違反協定或義務或導致其 WTO 協定規定之任何利益剝奪或減損，而採取單方面的行動。

(二) 「投資人與地主國」(Investor-State dispute resolution)
的爭端解決機制之比較

- ❖ 投資人是否可直接訴諸國際仲裁方面：有關「投資人與地主國」的仲裁，IIAs 與 WTO 的 DSU 主要差異在於，IIAs 允許私人投資人提供直接利用國際仲裁對地主國提出請求的機會，而無需借助投資人母國的外交保護，尤其在外國投資人遭到地主國不合法徵收或歧視性待遇，投資人與地主國爭端解決機制提供相當有效的保障；而 WTO 的爭端解決機制僅對會員體提供解決爭議的機會，而不對私人提供⁷¹。
- ❖ 法律救濟方面：IIAs 所提供投資人的仲裁管道，若地主國敗訴，仲裁庭可以要求該地主國提供金錢的損害賠償或回復原狀，但卻無法要求撤銷某一與投資協定不符的措施；反之，WTO 的爭端解決小組與上訴機構必須建議某一與 WTO 規範不符的措施改正，以符合規範，但卻不能判定被控訴國應賠償損失⁷²。
- ❖ 上訴機制方面：一般言，IIAs 下所臨時設置的仲裁庭，其仲裁判斷具有終局性，除非敗訴方在其內國法院聲請仲裁判斷廢棄。而 WTO 的 DSU 允許爭端會員針對小組報告的法律問題或

⁷⁰ *Id.* para. 72.

⁷¹ *Id.* para. 74.

⁷² *Id.* para. 75.

法律解釋意見，要求成立上訴機構審理⁷³。

- ❖ 仲裁判斷或小組報告的承認與執行方面：在 IIAs 下投資人與地主國若訴諸國際仲裁，仲裁庭的仲裁判斷之承認與執行，一般皆援引國際公約之規範，如 1958 年紐約公約或 ICSID 公約，若地主國不遵守仲裁判斷的情形，投資人的母國可以訴諸國際法之下的救濟程序，如提起國家對國家間的爭端解決程序或傳統國際法的救濟方式。但在 WTO 會員體不遵守爭端解決小組或上訴機構建議的情形，多數國家均尋求爭端解決機構的授權，以對不遵守的國家暫停承諾或暫停義務（亦即實施報復）

74。

- ❖ 訴訟費用負擔問題：依投資人與地主國之國際仲裁解決方式，其仲裁費用通常依由爭端兩造負擔，而循 WTO 爭端解決體系，WTO 並不另向爭端會員收取費用。

四、 未來多邊投資協定爭端解決條款之探討

國際貿易與國際投資之間兩者關係在學界已有許多論著加以深入探討，由於投資議題本質有其特殊性，處理上與處理貿易問題之走向不同，WTO 以往皆沒有類似處理經驗，WTO 若建立多邊投資協定，現行之爭端解決機制是否適合處理投資協定建立後所產生之投資爭議、究竟何種爭端解決條款可以適用於多邊投資架構（是否應納入投資人與地主國爭端解決機制）及 WTO 的投資爭端解決程序與既有的雙邊與區域性的投資協定中的爭端解決程序的關係⁷⁵，必須加以先行釐清，茲研析如下：

⁷³ *Id.* para. 76.

⁷⁴ *Id.* para. 2-9.

⁷⁵ WTO, Working Group on the Relationship between Trade and Investment (WGTI), Consultation and The Settlement of Disputes Between Members, para. 77, WTO Doc. WT/WGTI/W/134, 7 August, 2002 (Note by the Secretariat).

(一) WTO 的爭端解決機制是否應適用於投資爭議

WTO 的爭端解決體制是否應適用於因多邊投資架構所產生的爭議，在 WTO 以往討論中，部分會員觀點之一為，由於 DSU 的重要功能之一為消除或修正被認定違反規範的措施，故 WTO 的爭端解決機制可以完全適用於投資爭議，而無庸為任何調整。不過，若將 WTO 的爭端解決機制適用於將來的投資架構，必須考量的重要問題之一為：DSU 第 22 條所規定的「補償」與「暫停減讓」(後者即為貿易報復)，是否應適用於投資爭議。有關此一問題，有會員體認為，此等「補償」與「暫停減讓」的條款既然已經適用於 GATS 與 TRIMS 協定中與貿易有關的投資措施，似無不適用於投資爭端的理由⁷⁶。

另 WGTI 亦於 2002 年 9 月召開之例會針對「會員體間的諮商與爭端解決」主題由會員進行系統性的討論，此一會議也是 WTO 會員對於投資協定下所要設置爭端解決機制之最新立場，大體而言，發言之會員大致肯定 WTO 爭端解決系統可以因應於未來投資協定下所衍生之投資爭端，而且目前一些與投資議題相關之協定，如 GATS、TRIMS、TRIPS 下之爭端已經由現有之爭端解決機制加以處理⁷⁷。

部分會員如印尼代表則憂慮未來增加的投資爭議案件將會造成現有爭端解決系統沉重負擔，尤其是未來投資協定因投資保障條款所產生之糾爭⁷⁸。巴基斯坦、印度及中國等國代表則認為在投資協定尚未有清楚面貌之前，要討論此問題似乎言之過早⁷⁹。

⁷⁶ *Id.* para. 4.

⁷⁷ 如台灣、日本、澳洲、歐盟、加拿大、紐西蘭、澳大利亞、瑞士、智利、巴西、斯洛伐克等國。WTO, Working Group on the Relationship between Trade and Investment (WGTI), Report on the Meeting Held on 16-18 September 2002, para. 152-220, WTO Doc. WT/WGTI/M/19, 3 December, 2002 (Note by the Secretariat).

⁷⁸ *Id.* para. 215.

⁷⁹ 如中國代表認為，因 GATS 並未處理投資保障，因此不能直接論斷 WTO 的爭端解決機制可以適用於投資爭端。*Id.* para. 210.

我國也在該次會議中提出立場文件，我國認為 WTO 的 DSU 雖然仍可以適用在多邊的投資架構，但仍應在投資架構中設置特別的規定（如同 WTO 既有協定中均仍設有爭端解決的特別規定），優先於 DSU 的適用，賦予投資人母國請求金錢賠償的可行性，其主要理由在於：若單純屬於貿易上的損失，以另外的貿易減讓可以獲得補償，但投資人的損失（特別是遭到違法徵收時所受到的損失），為直接財產上的喪失，若僅給予投資人母國「投資減讓」上的彌補，顯然甚難平衡所失的權益。在此等特別規定中，可將前述金錢賠償的規定納入⁸⁰。

（二）何種爭端解決條款可以適用於多邊投資架構

關於未來 WTO 若建立投資協定，何種爭端解決條款可以適用於多邊投資架構，值得關注。以第一種「國家與國家」（地主國與投資人母國）之爭端解決方式，其性質上與 WTO 現行爭端解決機制以會員與會員間為基礎之爭端解決方式較為類似，雖兩者實務運作並不全然相同，但兩者僅提供政府與政府間(inter-governmental)爭端解決管道，排除私人投資人直接使用此一爭端方式，其特性非常相近，因此投資協定要納入此種爭端解決方式想必應無太大阻力。

至於第二種爭端解決方式，即「投資人與地主國」之爭端解決方式是否可以適用於多邊投資架構內，若納入將是 WTO 爭端解決體系的一大創舉與革新，在 WGTI 於 2002 年 9 月召開之例會中，會員對此曾有激烈的論戰，會中除我國表示支持納入該機制之明顯立場外，少數會員表示有待研究或值得 WGTI 進一步探討外⁸¹，其餘發言會員均強烈反對 WTO 使用

⁸⁰ WTO, Working Group on the Relationship between Trade and Investment (WGTI), Dispute Settlement Mechanism, para. 3-4, WTO Doc. WT/WGTI/W/145, 16 September, 2002 (Communication from The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kimen and Matsu). 中文譯文請參見新時代經貿法律事務所，《WTO 新回合談判與我國關於投資議題應有之政策與立場》，頁 98，經濟部投資業務處委託研究計畫(民國 91 年)。

⁸¹ 如韓國、捷克、美國等國未表示支持或反對之立場。美國並表示，美國之所以將投資人與地主國爭端解決條款納入其對外簽署之雙邊投保協定內，其目的在於將投資人與地主國間的爭端

「投資人與地主國」之爭端解決模式。

綜合上述會員反對的理由，會員表示，杜哈部長宣言僅指示會員釐清「會員與會員間」的爭端解決機制，「投資人與地主國」的爭端解決機制，並不在杜哈部長宣言的授權範圍之內，而且「投資人與地主國」的爭端問題非常複雜與敏感，不適宜將之引進 WTO 爭端解決體系之內⁸²。此外，埃及代表則以 NAFTA 近期發生許多案例為例，說明若允許私人公司利用國際訴訟控訴地主國，將會對地主國產生重大問題。這些案例地主國基於維護健康與環境保護的理由，採行一些法規或措施，卻造成地主國必須補償外國投資人⁸³。埃及代表進一步表示，多邊投資協定若使用投資人與地主國爭端解決制度，將會對地主國造成成本上沉重負擔及防礙其經濟發展，尤其對開發中國家而言，更是如此。其次，給予投資人權利控訴地主國政府，將有損地主國國家主權，同時地主國國內投資人並未享有同等權利，導致國內、外投資人待遇不平等的情事⁸⁴。另馬來西亞則提醒與會代表注意，OECD MAI 失敗原因即嚐試將投資人與地主國爭端解決條款納入⁸⁵。

根據我國在此次會議所提出之立場文件，我國清楚表達「投資人與地主國」之爭端解決方式可以適用於多邊投資架構內，我國立場主要如下⁸⁶：

- ❖ 雖在 WTO 之下並不處理私人之間的爭議以及私人與政府之間的爭議。不過，典型的投資協定卻均包括私人與政府間爭議的

「去政治化」(de-politicise)及移除母國政府的角色。從美國豐富的執行經驗得知，該機制為一促使遵循投資義務高度有效的工具，但若運用於多邊機制，尚有許多複雜問題有待探討，因此美國目前保留其立場，惟認為 WTO 是否要納入該機制值得進一步探討。WTO, *supra* note 77, para. 175.
⁸² 如匈牙利、紐西蘭、香港、挪威、瑞士、巴西、波蘭、印尼等國即反對 WTO 納入「投資人與地主國爭端解決機制」。WTO, *supra* note 77, para. 171, 187, 191, 199, 200, 202, 212, 213.

⁸³ 有關 NAFTA 第 11 章在適用上所引發公共健康及環境保護與徵收賠償之相互問題，國內學者東吳大學法律學系李貴英副教授對此有詳細研究，請參見李貴英，〈〈國際投資法專論－國際投資爭端之解決〉〉，頁 258-279，台北，元照出版公司(2004 年)。

⁸⁴ WTO, *supra* note 77, para. 207.

⁸⁵ WTO, *supra* note 77, para. 220.

⁸⁶ WTO, *supra* note 80, para. 5-6.

解決程序。Doha 部長宣言雖然並未表示將處理私人（投資人）與政府（地主國政府）間的爭議，然此並不阻止會員體提出此問題的解決方式。

- ❖ WTO「裝船前檢驗協定」已有類似的處理經驗，該協定針對出口商（私人）與檢驗公司（私人）間的爭端解決，要求設置獨立審查程序（independent review procedures）。該協定第二條第二十一項雖規定裝船前檢驗機構應設置申訴之方法，但其畢竟為裝船前檢驗機構內之程序，對出口商未必足以確保公平性。故協定第四條另行規定獨立之審查程序。該條規定會員國應鼓勵裝船前檢驗機構與出口商，協議解決其爭議，但在出口商依照第二條第二十一項提出抱怨兩日後，任何一方當事人均得將其爭議提付獨立審查程序。而獨立審查程序係由會員國共同依照第四條所規定之原則設置，該程序係由獨立機構（independent entity）管理，而該機構係由代表裝船前檢驗機構之組織以及代表出口商之組織共同構成；獨立機構應設置專家名單（分成三組，分別由裝船前檢驗機構所組成之組織所提名、由出口商所組成之組織所提名、及由獨立機構所提名之成員所組成）。出口商或裝船前檢驗機構得要求就其爭議組成小組（panel）（該小組由前述三組名單分別選出一人組成，其選定之方法在第四條第（c）款有詳細之規定）以儘速就爭議當事人是否遵守協定之規定作成認定。更重要者，第四條第（h）款規定，小組就爭議所作成之認定，對爭議當事人之裝船前檢驗機構及出口商均有拘束力（binding）。此項經驗似乎可以作為將來的多邊投資架構有關投資人與地主國爭端解決處理的參考。簡言之，WTO 本身的爭端解決機構並不處理此種爭議，但在協定中要

求會員體依照另行設置的獨立程序處理。不過，此種獨立程序，與既有的 ICSID 等程序應為平行的程序，可由投資人選擇。

除了上述立場外，本文建議我國未來在參與 WTO 投資協定談判時，可以本文整理之 ICSID 管轄權相關問題之基調，作為我國支持 WTO 納入投資人與地主國爭端解決機制之補強論點，茲分述如下：

- ❖ 「投資人與地主國」之爭端解決機制，雖常見於 IIAs，且大多數 WTO 會員對外簽訂之投資條約，無論是雙邊、區域或是多邊投資協定均大量使用此機制，顯見會員對此機制並不陌生，開發中國家也利用此機制作為該國改善投資環境，吸引外國投資放心前往投資之工具，而跨國投資人也以地主國是否同意將未來爭端利用機制，作為選擇投資地點之判斷準則之一，WTO 爭端解決體系若未納入此機制，其所欲達成營造穩定、透明及可預期投資環境及擴大國際投資與貿易的目標將有所減損。
- ❖ 證諸過去 ICSID 及相關國際仲裁機構(如 ICC)案例法(case law)多年發展及國際法界多年研究投入，投資人與地主國爭端解決體系已建構一套成熟及完整的法律體系。WTO DSB 在過去一向以處理貿易問題為主，若投資協定納入 WTO 架構之內，DSB 是否有足夠人力及專業處理投資爭端，令人產生很大疑問，況且若未納投資人與地主國爭端解決體系，投資人為免透過其政府向 DSB 提起控訴之不便，仍會求助已有多年運作基礎之國際仲裁機構如 ICSID 等，使 WTO DSB 功效有所折扣，甚或投資人一方面利用 ICSID 等國際仲裁，也在 WTO DSB 提起訴訟，造成平行訴訟(parallel proceeding)，無形中對地主國產生相當困擾，此情況對於缺乏國際訴訟人才、經驗及預算之低度開發國家及開發中國家尤為不利。

- ❖ ICSID 公約制定當時的時空背景與現行經濟環境已大不相同，加上大量國際協定使用投資人與地主國爭端解決機制下，在不同多樣的協定規範下，不僅使得仲裁庭負荷加重，亦產生諸多問題，如不同爭端解決機構程序衝突、投資人任擇法院、不同國籍股東分別提起訴訟所產生仲裁判斷衝突等問題，因此有必要建立一套全球一致通用投資人與地主國爭端解決機制，自 OECD MAI 失敗後，WTO 實為目前最為適合之場合。
- ❖ 目前 WTO 雖未有一套完整的投資協定，但仍有許多協定觸及投資協定，如 GATA、TRIMS、SCM、GPA 等，而 WTO 也有相當數量協定涉及私人(如附錄一)，如 GATS 之服務供應者(service suppliers)、TRIPS 之權利持有人(right holder)等⁸⁷，因 WTO 相關協定與投資議題並未有有特定性，所以這些協定以不同名稱定義這些與貿易相關之權利或義務之私人，而這些協定定義下之私人通常具有投資人身分，而其權利與義務也具有投資意涵⁸⁸。因此除了上述「裝船前檢驗協定」外，TRIPS、GPA、GATS 及 SPS 亦提供私人可直接利用會員國國內訴訟管道之機制，基此，WTO 亦在 DSB 外另提供私人直接利用之訴訟管道，應可考慮在 DSB 外提供投資人與地主國爭端解決機制，給予這些實際上具有投資人身分之私人，相較於會員國國內法院更公平、中立的國際仲裁管道。

(三) WTO 的投資爭端解決程序與既有的雙邊與區域性的投資協定中的爭端解決程序的關係

有關 WTO 的投資爭端解決程序與既有的雙邊與區域性的投資協定中

⁸⁷ OECD, Working Party of the Trade Committee, The Investment Architecture of the WTO, para. 27-33, OECD Doc. TD/TC/WP(2002)41/FINAL, 14 April, 2003.

⁸⁸ *Id.* para. 26.

的爭端解決程序的關係。在以往 WGTI 會議有些會員認為，利用 WTO 的爭端解決程序不應排除會員體利用雙邊或區域性的投資協定下的爭端解決程序。關於此點，有會員體建議必須設計一套規範，以避免不符效率的情形，且避免不必要的重複⁸⁹。

有些會員體認為，當事國可以憑藉 WTO 現有的爭端解決機制，乃係設置多邊投資規範的重要優勢。有一會員體認為，以雙邊協定言，爭端解決機制甚易被爭端的性質以及兩國的關係所影響，而在 WTO 之下，透過多邊的監視機制，將更可以確保爭端解決程序的公平與透明。另一個不同的意見為，在此一領域採行多邊架構，將產生對多國企業較為有利（而對地主國較為不利）的結果；更廣泛而言，此一見解係認為 WTO 投資規範之下的爭端解決機制，將僅會有利於投資人的母國⁹⁰。

近來亦有會員(智利)指出，其實 WTO 的 DSU 已與既存的 BITs 爭端解決條款並行(this problem was nothing new)，如會員現行在 GATS 下對於服務提供模式三所作之承諾，已受 DSU 及雙邊投資協定爭端解決條款之規範，此時潛在之衝突及競合情形已經產生⁹¹。依上述論理，若一外國投資人在地主國投資服務業(該服務業係地主國在 GATS 服務業特定承諾表所承諾開放事項)，而該投資人母國與地主國亦簽署 BITs，此時若地主國違反 GATS 或 BITs 之義務(如國民待遇條款)，則該糾爭應適用何者爭端解決機制或兩者皆可適用，由投資人「任擇法院」(Forum shopping)，擇對其有利之爭端解決機制。更而甚之，若投資人一方面不僅請求其母國循 DSU 向地主國提請訴訟，另一方面又根據 BITs 相關條款將爭端提付國際仲裁，若兩者判決不同，則所產生仲裁衝突情事，將如何處理，值得進一步深思。

另有會員回應智利指出，依據維也納條約法公約相關條款，假若某二

⁸⁹ WTO, *supra* note 77, para. 5.

⁹⁰ *Id.* para. 6.

⁹¹ *Id.* para. 195.

國家間發生投資爭端，而該兩國之間有雙邊投資保障協定存在，又若該兩國亦同時為某一多邊協定之會員，此時該爭端當事國應嘗試在多邊架構下解決爭端⁹²。

多邊投資協定建立對於未來國際投資爭端解決具有重大意義，目前會員對於未來 WTO 設置之多邊投資協定與現有眾多 BITs 間的關係尚未有一致定論，且未來多邊投資協定爭端解決條款亦與其實體規範有密切關係，基本言，雙邊或區域投資協定現有之爭端解決機制、發生之案例，應可作為研擬未來 WTO 多邊投資協定爭端解決條款之重要參考⁹³。再者，多邊投資協定爭端解決條款設置不應與現有雙邊投資協定爭端解決條款產生競合效果，而是補充 BITs 的不足或是調和 BITs 相互間衝突的情形發生⁹⁴。

第四節 我國政府與廠商現階段利用 ICSID 機制之建議

一、我國對外 BITs 談判關於援引 ICSID 條款之建議

我國原於 1966 年以國際復興開發銀行身分(以中華民國名義)簽署 ICSID 公約，並於 1968 年 12 月 21 日公布實施「解決國家與他國國民間投資爭端公約施行條例」⁹⁵，依該條例第四條規定，外國投資人合於該條例相關規定者，得向經濟部請求將投資爭端提交 ICSID 調解或仲裁。但同條亦規定經濟部對於投資人之請求，應予書面為駁回或准否之決定，因此依該條例規定，我國並未提供確定要約，無條件同意投資人利用 ICSID 機制之合意，而是屬於上述尚待確定要約之法律效果較弱之逐案認定或待未來

⁹² *Id.* para. 197.

⁹³ 李貴英，*supra* note 83，頁 483。

⁹⁴ 國際投資季刊於 2003 年 12 月 3 日及 4 日在日內瓦舉辦之第十屆全球仲裁論壇，曾針對跨國公司不同國籍股東根據其不同母國與地主國簽訂之 BITs 分別提付仲裁之情形，探討後坎昆時代建立多邊投資協定解決此仲裁衝突的可能性。

⁹⁵ 該條例以我國已於 1980 年 12 月 2 日召開之 ICSID 行政理事會通過認知我國為非締約國，而依據該公約制定之施行條例已失其立法依據為由，經立法院三讀通過廢止，並經總統 82 年 7 月 30 日華總(一)義字第 3706 號令廢止。

協商之方式。

1980 年中華人民共和國取代我國在世界銀行集團地位後，遂於 1980 年 12 月 2 日召開之 ICSID 行政理事會成功運作將我國自締約國中除名⁹⁶，自此我國即無權參與 ICSID 相關會議，我國政府也未對我國如何繼續利用 ICSID 機制或恢復我國會籍作相關後續研究，在此背景下，我國目前與外國簽署之 BITs 之爭端解決條款亦大多排除 ICSID 公約或 ICSID 附加機制，此種作法是否適宜，以及我國投資人是否可利用其他方式提付 ICSID 仲裁，茲研析如下：

- 1.由前開我國參與公約歷史可知，我國自 1966 年以中華民國名義參加公約，而於 1980 年被強迫撤銷會籍，惟我國並未如公約第 70 條聲明台灣地區領土不適用本公約，也未如第 71 條聲明退出本公約⁹⁷，因此我國可主張我國係原簽約國之一，只是於 1980 年遭政治力取消出席代表權，而中華人民共和國係於 1993 年依公約第 68 條新加入之新締約國，並非取代我國原有代表權，據此，我國代表權應仍存在，只是我國皆未邀請派員出席。
- 2.我國當初係以經濟理由簽署公約，主要目的在於改善投資環境，提供外國投資人「程序上的保障」，加強投資人信心，因此我國可於 BIT 或於國內投資法規主動同意投資人可將其投資爭端交付 ICSID 仲裁或調解，至於 ICSID 是否依據第 36 條立即登記或拒絕登記案件，則非我國所能勉強。況且，依據公約第 72 條規定，締

⁹⁶ 中華人民共和國於 1980 年成為世銀理事會後，旋於 1980 年 8 月 30 日由其財政部長王丙乾致函世銀總裁表示，中華人民共和國為代表中國之唯一合法政府，台灣當局無資格作為 ICSID 締約國，我之簽字及批准書均屬非法無效，要求 ICSID 撤銷我國會籍，1980 年 10 月 2 日 ICSID 舉行行政理事會通過撤銷我在 ICSID 會籍案，當時中華人民共和國並無意馬上加入公約，直到 1990 年 2 月 9 日始簽署公約，並於 1993 年 2 月 6 日正式成為締約國。

⁹⁷ 我國當時由時任外交部長之張繼正部長以 ICSID 我國理事身分函復該中心，對該中心行政理事會屈從中共無理要求擅自排除我會籍，表示我深切遺憾，並說明我今後仍願遵守該組織公約，續將投資爭議案件送請該中心仲裁。

約國依公約第 70 條或 71 條之規定提出之通知，不影響該締約國或其任何國民於存放處接獲該項通知前，因同意中心管轄而依本公約取得之權利與義務。準此，假設我國被迫撤銷會籍之效果視同依第 71 條退出公約，則不影響我國於 1980 年前與外國投資人合意提付 ICSID 仲裁之協議，或是我國投資人在 1980 年前與締約國合意提付仲裁之協議。亦言之，若遇上述情形，ICSID 秘書長不應拒絕登記案件，應交由仲裁庭依據第 41 條依其本身職權決定爭端中心是否有管轄權。

3.據上論理，我國只是實質上被排除使用 ICSID 機制，惟形式上我國仍未依國內法定程序公開退出該公約，另依公約第 71 條我國投資人對締約國一方或是他方締約國投資人對我國，仍可依據 1980 年以前雙方之協議，提起 ICSID 協議。

4.此外，自我國於 1980 年未參與 ICSID 活動以來，目前我國對外所簽署之 BITs 有關投資人與地主國爭端解決條款大多僅援引 UNCITRAL 或 ICC 規則或機制，並大多排除 ICSID 公約或 ICSID 附加機制，此做法是否適宜，依本文見解，是可採取較有彈性之作法，其建議作法如下：

- (1) 加入 ICSID 公約：因我國並未正式通知 ICSID 退出公約，且我國也表示願繼續將投資爭端送請該中心仲裁，建議我國現存及未來對外簽署之 BITs 加入 ICSID 條款，雖然實務上現階段我國要將爭端提付 ICSID 仲裁機會不大，但可達成我國營造良好投資環境的宣示目的，也可使我國 BITs 相關條款文字不致與國際通用之條款文字差距太大。如為求周全可另加一但書，說明此條款之適用須待爭端締約國(地主國)及投資人之母國同為該公約之締約國之際，實務

已有國際條約採用此方式，如中國尚未正式成為 ICSID 締約國前，已採用此立法方式，又如 NAFTA 三個締約國中，僅有美國為 ICSID 締約國，因此 NAFTA 第 1120 條即規定，自導致請求之事件發生滿足六個月後，有爭端之投資人得依據 ICSID 公約提付仲裁，但須爭端締約國及投資人所屬之締約國雙方均為該公約之締約國⁹⁸。而我國與巴拿馬於 2002 年簽訂之台巴自由貿易協定第 10.21 條第 1 項也開始使用此類似條文設計。

- (2) 加入 ICSID 附加機制：依據 ICSID 附加機制規則提起仲裁，此方式前提在於爭端締約國或投資人所屬之締約國一方，有一方不是 ICSID 公約之情形。此方式為考量我國已被認定不是締約國之情形下，較為可行之方式，只要外國投資人之母國或是我國投資人之投資當地國係為締約國，外國投資人或我國投資人均可依此機制向我國或投資當地國提起仲裁。此方式理論上雖屬可行，惟依該規則規定，爭端之一造須為國家(state)，且爭端解決之受理須經秘書長同意，因此我國是否能運用附加機制規則，實務上仍有疑義，但本文認為，我國已具備國際法之國家資格，未來若遇有投資爭端時，不妨試行附加機制規則之仲裁方式。

二、我國 BITs 合意仲裁條款之建議型式

假若我國對外簽署之 BITs 已經相關單位（如經濟部、外交部、法務部）同意加入上述 ICSID 條款，此時須注意同意交付仲裁條款之文字，如

⁹⁸ NAFTA Article 1120(1)(a): the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention.

前所述，不同的文字造成不同之法律效果，如確定之要約或不確定之要約。依據我國目前使用之 BITs 模範條款，我國文字之使用係屬確定之要約，一旦發生爭端時，外國投資人提起仲裁，我國即需強制參與國際仲裁，當然相對言，我國投資人一旦向簽署對造國提起仲裁，該簽署對造國即需強制參與國際仲裁。

目前與我國簽署 BITs 之國家多為開發中國家，以二國雙邊投資關係言，有些國家我國為該國之重要外資來源國家，有些國家則鮮少台商前往投資，與該國簽訂 BITs 政治層面大於經濟層面，綜言之，與我國簽署 BITs 國家，大多為資本接受國，因此若用上述交付仲裁條款，對我國政府及投資人言，較為有利。

另在擴展實務經貿關係的策略下，我國亦不排除與歐、美、日等我國主要外國投資國家簽署類似 BITs 或 FTA 之國際協定，因歐、美、日等國投資人多為大型跨國企業，具有豐富國際仲裁經驗及熟練國際法務人才，此時我國則必須考量使用確定要約類型仲裁條款對我國未來的衝擊，如我國政府部門是否有足夠國際法務人才及預算，建議我國可優先爭取使用上述尚待確定要約之條款文字，其優先順序可從第三種類型逐案認定之方式開始作為談判底線，儘量爭取我國緩衝空間。

三、我國廠商利用 ICSID 爭端解決機制之建議

依據我國經濟部投資業務處於 92 年委託中華經濟研究院所作之「我國廠商對外投資障礙調查」顯示，我國廠商一旦與地主國政府發生爭端，其解決方式，仍以私下和解決居絕大多數⁹⁹，並不似歐美國際企業常用國際仲裁方式解決跨國投資爭端，其原因當然有許多因素，包括我國國際仲

⁹⁹該調查針對 1,800 家對外投資廠商進行調查，回收有效問卷 1,058 家，回收率 58.8%，調查結困顯示，僅有 59 家曾與投資地政府發生爭端，有 38 家與投資地政府私下和解。中華經濟研究院，《WTO 投資議題未來發展趨勢與我國之因應措施(上冊)》，頁 8-21，台北，經濟部投資業務處委託研究計畫(民國 92 年)。

裁法務人才不足，我國對外投資廠商仍以中、小企業為主，且有七成廠商以中國為主要投資地，其他因素包括政府宣導不足等，惟隨著我國廠商逐漸大型化、國際化，建議我國廠商在發生跨國投資爭端時，仍應優先考慮利用著名之國際仲裁機構，如 ICSID 設施、ICC 仲裁機構等。

在利用 ICSID 設施方面，由於中華民國已不被承認為 ICSID 之締約國，爰要直接利用 ICSID 機制幾無可能，就算利用 ICSID 附加機制，在政治現實下，也有可能被質疑我國是否具有「國家」身分，因此建議我國廠商善用「外國控制」概念，在第三地(如締約國)成立之公司，直接以第三地公司名義前往地主國投資或當地投資企業資金來源包含第三地資金來源，並與地主國約定為該第三地企業所控制之外國公司，遇有爭端案件，即可利用 ICSID 機制尋求國際仲裁解決。

第五節 本章小結

ICSID 公約制定迄今，雖已成為相關國際投資協定最廣被使用之爭端解決機制，但實務上仍有部分問題有待進一步檢討，本章以 ICSID 管轄權為中心，對 ICSID 未來運作之問題提出四項建議：第一，因應國際間對投資定義採寬鬆定義及跨國交易大型化及複雜化之趨勢，放寬對物管轄範圍，擴大 ICSID 服務範圍；第二，因應新型態投資不斷出現，檢討公約對投資未予定義之作法，如以負面表列方式，明確列出 ICSID 不予處理之投資類型；第三，鑒於公約未明定投資人國籍認定之標準，因此本文建議對於雙重國籍認定及國籍繼續原則應予明確；第四，由過去仲裁實務，由於公約未對外國控制的概念及控制的程度與形式有明確標準，因此隨著科技進步，新金融工具推陳出新，對仲裁庭形成莫大挑戰，本文茲舉出其他國際協定之作法，作為未來思考之方向。

在 ICSID 公約與 BITs 之法律關係方面，由前述分析可知 ICSID 機制

已被 BITs 所大量使用，此種趨勢也促進了 ICSID 仲裁機制的未來發展，有關 BIT 援引 ICSID 公約之法律效果，可依文字不同，分為地主國明確要約及尚待確定要約二類不同之法律效果。另外，有些國家間所簽訂之 BITs 雖未引用 ICSID 條款，但漸漸有國家卻要求援引地主國與他國簽訂 BITs 的最惠國待遇條款案例發生，此情形也間接擴展 ICSID 管轄權範圍。至於在 BITs 所內括國家與國家間及投資人與國家間兩種不同的爭端解決機制方面，實務上也引發起程序衝突問題，如投資人向地主國提起仲裁請求後，投資人母國或地主國以條約解釋為由，另要求進行國家與國家間之仲裁。此外，隨著投資仲裁案件日益增加，也產生投資人任擇法院及不同國籍股東對同一事件分別提請仲裁，而造成仲裁判斷衝突之情事發生。

為解決現行通用之投資人與地主國爭端解決機制之部分問題，漸漸有人把希望寄託於未來多邊投資協定之建立，尤其是 OECD 建立 MAI 意圖失敗後，許多人便把焦點集中於 WTO。雖然在杜哈部長宣言第 22 段指示有關爭端解決的文字，僅觸及「會員體間」的諮商與爭端解決，但在 WTO 秘書處在會前為各會員體準備之討論文件中，秘書處考量處理投資人與地主國爭端之國際仲裁機制已被國際投資協定所廣為使用，因此該文件亦將此種爭端類型納入。在 WGTI 於 2002 年 9 月 16 至 18 日召開之例會中，有關會員對「會員體間的諮商與爭端解決」此一主題討論過程中，探討的重點為 WTO 的爭端解決機制是否可直接適用於未來投資協定下所產生的投資爭端、究竟何種形式的爭端解決機制可以納入將來的 WTO 投資架構，WTO 投資架構之爭端解決條款與既存國際間雙邊或區域投資協定爭端解決程序兩者關係應如何處理。

WTO 的爭端解決機制是否可適用於將來的投資架構，大體而言，WTO 會員大致肯定 WTO 爭端解決系統可以因應於未來投資協定下所衍生之投資爭端，而且目前一些與投資議題相關之協定，如 GATS、TRIMS、TRIPS

下之爭端已經由現有之爭端解決機制加以處理。台灣亦提出立場文件認為，WTO 的 DSU 雖然仍可以適用在多邊的投資架構，但仍應在投資架構中設置特別的規定，優先於 DSU 的適用，賦予投資人母國請求金錢賠償的可行性。

另關於何種爭端解決條款可以適用於 WTO 多邊投資架構，「國家與國家」之爭端解決方式，其性質上與 WTO 現行爭端解決機制以會員與會員間為基礎之爭端解決方式較為類似，因此投資協定要納入此種爭端解決方式會員並無太多反對意見。至於「投資人與地主國」之爭端解決方式若納入將是 WTO 爭端解決體系的一大創舉與革新，但觀察 WGTI 會議討論情形，除台灣以「裝船前檢驗協定」設立之獨立機構為例，明顯表示支持納入該機制外，少數會員表示有待研究或值得 WGTI 進一步探討外，其餘發言會員均強烈反對 WTO 使用「投資人與地主國」之爭端解決模式。綜合其反對的理由，會員表示，杜哈部長宣言僅指示會員釐清「會員與會員間」的爭端解決機制，「投資人與地主國」的爭端解決機制，並不在杜哈部長宣言的授權範圍之內，而且「投資人與地主國」的爭端問題非常複雜與敏感，不適宜將之引進 WTO 爭端解決體系之內。

有關 WTO 的投資爭端解決程序與既有的雙邊與區域性的投資協定中的爭端解決程序的關係。在以往 WGTI 會議有些會員認為，利用 WTO 的爭端解決程序不應排除會員體利用雙邊或區域性的投資協定下的爭端解決程序。另有會員認為，以雙邊協定言，爭端解決機制甚易被爭端的性質以及兩國的關係所影響，而在 WTO 之下，透過多邊的監視機制，將更可以確保爭端解決程序的公平與透明。

近來亦有會員(智利)指出，其實 WTO 的 DSU 已與既存的 BITs 爭端解決條款並行(this problem was nothing new)，如會員現行在 GATS 下對於服務提供模式三所作之承諾，已受 DSU 及雙邊投資協定爭端解決條款之規

範，此時潛在之衝突及競合情形已經產生，因此若投資人一方面請求其母國循 DSU 向地主國提請訴訟，另一方面又根據 BITs 相關條款將爭端提付國際仲裁，若兩者判決不同，則所產生仲裁衝突情事，將如何處理，值得進一步深思。

由於中華民國已不被承認為 ICSID 之締約國，我國模範 BIT 也大多不再援引 ICSID 機制，但本文依我國參與公約歷史及公約規定，認為我國仍可採彈性作法於 BIT 爭端解決條款加入 ICSID 及 ICSID 附加機制之條款。另我國 BIT 合意仲裁條款型式，建議依談判對手國不同而採取確定要約及尚待確定要二種不同模式。最後，本章建議在現有情勢下，我國廠商可利用 ICSID 公約「外國控制」概念，善加利用 ICSID 機制解決投資爭端。

第六章 結論

古諺謂「有貿易之處，必有仲裁」(where there is trade, there is arbitration)¹，當然吾人亦可謂「有投資之處，必有糾紛」，隨著全球化時代潮流及跨國投資活動興盛，跨國投資活動在不同文化、語言、法律制度下，投資爭端發生頻率亦持續增加，加上雙邊、區域或多邊貿易協定之大量出現，有效及公平之爭端解決系統便成為投資人急迫之需求。1965年3月18日「解決國家與他國國民間投資爭端公約」的制定，便適時扮演中立、和平解決國際投資爭端之角度。從過去實務經驗證實，投資者利用投資人與地主國爭端解決機制，而不用透過母國政府用外交管道解決其爭端，對於降低投資爭端去政治化 (depoltical)、維持區域安全的效果顯著²，同時地主國亦可藉由此機制，增進投資人信心，作為吸引外國直接投資之誘因。

觀察現行國際投資協定(雙邊、區域或多邊協定)投資人與地主國爭端解決條款可知，ICSID 仍是使用最久長、被普遍援引之爭端解決機制。一般國際間通常由不同面向探討 ICSID 機制，包括從管轄權、仲裁庭組成、仲裁人選任、仲裁判斷執行與廢棄等方面，本文係從 ICSID 公約核心—管轄權之角度切入，探討本文主題「投資人與地主國爭端解決機制之改革與展望」，本文第二章、第三章、第四章係作為立論之基礎，第五章則依據前述論理，從 ICSID 管轄權角度論投資人與地主國爭端解決機制之改革與建立多邊投資協定之契機。

本文第二章先介紹 ICSID 成立背景、組織架構、仲裁庭組成、仲裁人選任、準據法、仲裁判斷承認與執行、以及仲裁判斷的補救措施。ICSID 本身雖具有國際法人地位，但並不是一個國際司法機構，ICSID 並不介入

¹ Giorgio Bernini, *Foreign Investments and Arbitration in the Frame of Globalization of World Economy*, 4 CROAT. ARBIT. YEARB. 83 (1997).

² Gilbert Gagne, *The Investor-State Provisions in the Aborted MAI and in NAFTA —Issues and Prospects*, 2 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT 481, 486 (2001).

仲裁，僅是提供一仲裁場合(forum)給予雙方當事人解決投資爭端。縱觀 ICSID 公約整體架構，具有以下之特色：第一、平衡投資人與地主國間的利益；第二、ICSID 公約具自願性；第三、ICSID 仲裁規則具有相當彈性；第四、ICSID 體系具有高度的效力及拘束力。另鑒於 ICSID 發展與國際投資協定發展有密切關係，因此有關 ICSID 公約與雙邊及多邊投資協定關係亦在該章予以說明。

ICSID 雖為一專責處理投資人與地主國投資爭端之國際仲裁機構，但並非所有的國際投資爭端均可交付 ICSID 處理，經由本文第三章及第四章整理可知，ICSID 管轄權成立基本要件，需滿足下列三項條件，第一，需經雙方當事人書面同意；第二，符合對人管轄要件；第三，符合對物管轄要件。惟為擴大 ICSID 服務範圍，ICSID 於 1978 年採認附加機制規則，以解決(1)符合公約對物管轄，但不符公約對人管轄之爭端；(2)符合公約對人管轄爭端，但不符公約對物管轄爭端；以及(3)單純請求釐清案件事實之調查程序。

有關當事人書面同意乙節，從本文整理可知，ICSID 管轄權來源來自雙方當事人的合意，其管轄權與國內法院不同，不具有強制性，且當事人具有高度自治性，可選擇仲裁機構和仲裁人，因此執行董事會報告稱合意是「中心管轄的基石」。

在對人管轄部分，當事人之一為任一締約國之國民，對造當事國也必為締約國，經由第三章相關條文文義及案例整理發現，投資人可為自然人及法人，自然人必須滿足具有公約任一締約國之國籍之積極要件與不能具有地主國之國籍之消極要件。法人國籍之認定，並不似自然人如此嚴格，兼採成立地說及控制學說，即法人需於雙方當事人同意將爭端提付調解或仲裁之日，擁有他造爭端當事國(地主國)以外之國籍，此外公約亦允許法人雖依地主國法令設立，但可與地主國先行協議，由於外國控制，視為另

一締約國之國民。

在對物管轄部分，經過第三章相關條文文義及案例整理發現，符合 ICSID 公約事物管轄要件之爭端必為法律爭端，且該爭端係直接因主要交易為投資而引起。所謂法律爭端，係指「中心管轄範圍內的權利衝突，單純的利益衝突則不屬於中心的管轄」，至於何謂直接因投資而引起之爭端，依實務必須證明爭端必須與投資有「合理之密切連結」。ICSID 公約對於投資並未予以定義，雖可配合時代潮流而彈性應用，因應未來新型態投資，但從過去案例可以發現，提付中心審理的案件涵蓋廣泛而多樣化的經濟活動，如投資前之支出，如何認定此種型態之活動是否符合公約目的之投資定義，亦形成 ICSID 仲裁庭莫大的挑戰。

最後經由前開整理與分析，本文試圖對投資人與地主國爭端解決機制現行制度面問題提出檢討與建議，本章以 ICSID 管轄權為中心，對 ICSID 未來運作之問題提出四項建議：第一，放寬對物管轄範圍；第二，檢討公約對投資未予定義之作法；第三，對於雙重國籍認定及國籍繼續原則應予明確；第四，則需注意外國控制的概念及控制的程度與形式等層面之問題。

另由於 ICSID 機制已被 BITs 所大量使用，而促進了 ICSID 仲裁機制的未來發展，有關 BIT 與 ICSID 公約之關係，本文針對關於 ICSID 管轄權與 BITs 最惠國待遇條款問題(most-favored-nation clauses)、BITs 內含的不同的爭端解決機制所引發程序衝突問題，以及仲裁判斷衝突(conflicting award)問題，說明 ICSID 公約運用在全球二千多個現存 BIT 所產生之問題。

ICSID 成立迄今其制度本身隨著全球投資環境的演進，有些地方有待檢討改善，而其與 BITs 及區域、多邊協定之相互關係所產生之最惠國待遇條款、仲裁衝突等問題，國際投資法界曾嘗試提出各項解決方案，如建立通用之模範 BIT 條款，或是建立仲裁上訴機制或其他控制機制(appellate or other control mechanisms)，甚或直接建立多邊投資協定等提議。惟本文

認為，建立一套普世通用之多邊投資協定，為解決上開諸多問題之最適宜方案，而 WTO 也是最適合談判及建立多邊投資協定之場合。

有關 WTO 未來投資協定爭端解決條款之設計，本文認為現行 WTO 爭端解決系統可以因應於未來投資協定下所衍生之投資爭端，惟應在投資架構中設置特別的規定，優先於 DSU 的適用，賦予投資者母國請求金錢賠償的可行性。至於何種形式的爭端解決機制可以納入將來的 WTO 投資架構，本文研究發現「國家與國家」之爭端解決方式，其性質上與 WTO 現行爭端解決機制較為類似，因此納入投資協定較無困難，而「投資人與地主國」之爭端解決方式，本文支持我國在 WTO 已提出之立場，以「裝船前檢驗協定」設立之獨立機構為例，認為 WTO 納入該機制已有先例，實施上應無困難。另外有關 WTO 的投資爭端解決程序與既有的雙邊與區域性的投資協定中的爭端解決程序的關係。基本言，雙邊或區域投資協定現有之爭端解決機制、發生之案例，應可作為研擬未來 WTO 多邊投資協定爭端解決條款之重要參考。再者，多邊投資協定爭端解決條款設置不應與現有雙邊投資協定爭端解決條款產生競合效果，而是補充 BITs 的不足或是調和 BITs 相互間衝突的情形發生。

第四章 ICSID 管轄權之相關法律問題研析一

對物的管轄

從 ICSID 公約名稱可以清楚瞭解，ICSID 並不處理所有之國際爭端，僅處理所謂的「投資爭端」(Investment Disputes)，而該爭端必須與投資有直接關係，而且必須為法律適用性質之爭端，由此可知該公約對物的管轄權非常限縮。據此，何種類型之交易可以稱為 ICSID 公約管轄權範圍內之投資，該投資爭端是否為法律爭端，該爭端是否與訴訟標的物直接相關，即為屬物理由所應予以釐清之關鍵問題。

據上，本章將先探討 ICSID 事物管轄權一般原則；第二節論述何謂法律爭端；第三節討論直接因投資而引起之法律概念，包括直接引起的意義，投資的定義等觀念；第四節則為本章小結。

第一節 ICSID 的事物管轄權(ICSID's subject-matter jurisdiction)

有關 ICSID 的事物管轄權主要規範於公約第 25 條第 1 項，依該條項前段定義，公約的事物管轄指「直接因投資而引起之任何法律爭端」(any legal dispute arising directly out of an investment)，依該條文文義，符合公約對物管轄權標準如下¹：

- ⇒ 爭端的存在(the existence of a dispute)；
- ⇒ 該爭端為法律爭端 (that the dispute is a legal one)；
- ⇒ 該爭端直接因投資而引起 (that the dispute arise directly out of an

¹ C. Chatterjee, *When Pre-Investment or Development Cost May or May Not Be Regarded as Part of "Investment" under Article 25(1) of the ICSID Convention*, 4 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT 900, 915 (2003).

investment)；

⇒ 投資確實存在 (that an investment actually existed)

亦即 ICSID 事物管轄問題涉及三項要素，第一，法律爭端；其次，直接因主要交易(underlying transaction)而引起的法律爭端；第三，該主要交易本質為投資。從公約談判歷史可知，談判者將公約或仲裁庭的管轄權予以限縮於某些特定範圍的案子，其原因在於，避免投資人提交任何爭端至 ICSID 中心來壓迫地主國²。

第二節 法律爭端

本節將探討 ICSID 事物管轄權的第一項要素，法律爭端，爭端的存在為任何國際司法或仲裁行使管轄權的基本前提。依據學者定義爭端為由於一方拒絕(refusal)、反訴(counter-claim)或否認(denial)另一方關於事實、法律或政策的看法，爭端於是產生³。國際法院在一件有關東帝汶的判決將爭端定義為「對於一法律或事實觀點的不一致，當事人間利益或法律觀點的衝突」(a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties.)⁴。

一、 法律爭端的本質

ICSID 公約本身並未對「法律爭端」一詞作詳細定義，惟從執行董事會報告的解釋，所謂法律爭端係指「中心管轄範圍內的權利衝突，單純的利益衝突則不屬於中心的管轄⁵」，故公約所指的爭端必須與法律上權利

² C.B. Lamm, *Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 6 ICSID REVIEW – FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 462, 474(1991).

³ J. D. MERRILLS, *INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT* 1-2 (1998).

⁴ 1995 ICJ Reports 89, 99. Cited from CHRISTOEPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* 102.

⁵ 原文如下: 「26. Article 25(1) requires that the dispute must be a “legal dispute arising directly out of an investment.” The expression “legal dispute” has been used to make clear that while **conflicts of**

或義務之存在或範圍有關，或是因違反法律義務所生之賠償的類別或程度。從公約談判歷史言，公約使用「法律爭端」一詞之意，即明顯有意將道德、政治及純粹商業爭端(moral, political or purely commercial disputes)排除在 ICSID 管轄權之外⁶。當初在草擬公約之際，世界銀行法務委員會主席 Dr. Broches 即謂 ICSID 仲裁庭所處理的爭端必須為法律爭端，也就是說，有關於法律權利、契約權利或財產權的爭端，而不是政治或是商業的爭端⁷。

二、 法律爭端與事實調查

爭端可分為「可由法院裁決的(justiciable)」及「不可由法院裁決的(non-justiciable)」兩種類型之爭端，可由法院裁決的爭端即所謂「法律爭端(legal dispute)」⁸。ICSID 公約將爭訴標的界定為一法律事件，即說明談判代表有意將 ICSID 爭端解決機制定位為提供法律救濟的途徑，並不提供單純事實調查之功能(fact-finding function)⁹。雖然公約第 25 條未允許事實調查作為提付仲裁的理由，但在其附加機制規則其實已提供此項功能，而且當事人並不限於締約國，亦即任何國家及任一國家之國民均可提起事實調查的程序¹⁰。

rights are within the jurisdiction of the Centre, mere conflicts of interests are not. The dispute must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation.」 Report of the Executive Directors on the Convention, para. 26.

⁶ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 4, at 103.

⁷ C. Chatterjee, *supra* note 1, at 915.

⁸ *Id.*

⁹ 雖然仲裁庭在案件進行時，必須先調查事實，然後依據第 42 條選擇適當之法理、準據法，作出裁決，惟在公約草案談判時，談判代表即有意將法律爭端包括「concerning a fact relevant to the determination of a legal right or obligation」之文字刪除，僅保留 legal dispute，其目的在於避免事實調查也可做為提起調解或仲裁之理由。 *Id.*, para.28-33.

¹⁰ See ICSID Additional Facility Rules Article 2(c): The Secretariat of the Center is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories:
(c) fact- finding rproceedings.

據上說明，中心僅處理直接因投資而引起之法律爭端，而所謂之法律爭端雖在執行董事會報告曾有解釋，惟因爭端必定來自某項事實，而由該事實引起法律問題，爰實務上，有關法律認定與事實調查不易明顯區分，例如投資人與地主國簽訂之特許協議包括地主國於必要時可提高稅率，地主國某日依據法定程序提高稅率，投資人認為稅率增加幅度不合理，影響其依合約所預期之經濟利潤，認為地主國違反協定，此時投資人若聲請仲裁，則此案件係屬法律爭端或事實調查案件將有所爭議。此法律審與事實審模糊之情形，不管在國內訴訟(如高等法院僅做法律審)或是國際組織爭端解決機構(如 WTO 上訴機構僅進行法律審查)，皆曾面臨上揭問題。

三、 絕對要件

依公約第 25 條上下文文義，法律爭端屬於 ICSID 管轄權的絕對要件之一，不因當事人選擇不同的爭端解決方法，而有所改變，即不論當事人選擇調解或是仲裁方式解決紛爭，仍需為法律爭端始符合要件。此外，公約第 42 條第 3 項規定，在當事人同意時，仲裁庭可依衡平善意的原則作出裁決，不受限於任何法律規定，縱使仲裁庭不選擇適用法律原則或準據法，此時訴訟標的仍受公約第 25 條之拘束，必須為該條所稱之法律爭端¹¹。

第三節 直接因投資而引起 (Arising Directly out of an investment)

如前所述，ICSID 事物管轄權最重要的核心即為「直接因投資而引起之法律爭端」，所謂法律爭端已於前節加以說明，本節將探討 ICSID 事物

¹¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2.5 *Requirements Ratione Materiae* 9 (2003), available from URL <http://r0.unctad.org/dispsett/course.htm> (visited on 27 December, 2003).

管轄權的第二及第三項要素，直接因主要交易而引起及該主要交易本質為投資二項概念。

一、「直接引起」的意義

一般而言，跨國投資活動涉及不同法律管轄之人、事、物，因此其牽涉的法律關係往往較為複雜，而一項跨國投資完成常伴隨許多附屬交易及法律契約，如融資、租賃、買賣及稅捐等。以經濟意義言，這些附屬交易及契約或多或少與該項投資有所關連，然就法律意義，是否與 ICSID 管轄之投資所直接相關，值得進一步討論。

當初擬定草案第一版，對於中心事物管轄原只規定「因任何投資而引起或與任何投資有關」之法律爭端。該草案一提出，即遭談判代表所批評，認給予裁判庭太寬廣及糊模的裁量權，於是經過 26：8 票決，於投資一字之前加入此客觀要件－「直接」¹²，加入此要件也反映出，公約僅專注於解決投資爭端，且建立此爭端解決機制的目的在於鼓勵國際投資。

由於公約並未對「直接」一詞加以定義或解釋，若依 Black's Law Dictionary¹³對「direct」之解釋，direct 指「straight; free from extraneous influence; immediate」。然 Scheruer 指出，直接係管轄權之客觀要件之一，如同法律爭端要件一樣，無法以雙方當事人合意為由而有所改變，因此 Scheruer 認為滿足此要件的條件為，該爭端需與系爭投資有「合理而密切的連結」(reasonably closely connected)¹⁴。

另依據 ICSID 公約第 46 條規定，仲裁庭可經一方請求，對於直接因爭端標的而引起之附帶或附加主張或反訴(incidental or additional claims or

¹² CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 4, at 114.

¹³ BRYAN A. GARNER, BLACK'S LAW DICTIONARY 471 (1999).

¹⁴ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 4, at 114.

counterclaims) 予以決定，但以其屬爭端當事人所同意之範圍內，且原屬 ICSID 管轄者為限。由該條文義可以得知，公約允許當事人一方可以提起附帶或附加主張，但該等主張係直接因爭端標的而引起。Dr. Broches 對第 46 條評論為「使當事人多餘的開起新程序提起附加主張或反訴(unnecessary for parties making additional claims or counterclaims to state new procedures)」¹⁵。

(一) 外國直接投資

由於爭端需與系爭投資有直接連結，然並不代表該投資要屬「外國直接投資」(Foreign Direct Investment, FDI)之型態，如在 *Fedax v. Venezuela* 一案，被告辯稱系爭交易為由委內瑞拉所發行之債權工具(debt instruments)，並非為「外國直接投資」，因此並非為公約所指之「投資」，惟仲裁庭並未採信其說法，認為管轄權的成立要件之一，即無論該投資是否為直接投資，只要該爭端係直接由系爭交易所直接引起即可，仲裁庭解釋謂，依公約第 25 條第 1 項文義：「any legal dispute arising directly out of an investment」，「directly」與「dispute」相關，與「investment」無關，因此就算該主要交易為間接投資，管轄權仍可成立¹⁶。上開案例另涉及投資定義問題，將於下節予以說明，惟可以說明的是，公約所謂因投資而直接引起，並不代表該投資係為直接投資，間接投資亦可，只要證明與投資有直接連結即可。

(二) 案例說明

有關 ICSID 裁判庭對於直接關係之實務見解，茲舉二個過去曾經發生

¹⁵ C.B. Lamm, *supra* note 2, at 476.

¹⁶ 5 ICSID REPORT 192. CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 4, at 113.

之案例說明如下：

1. *SOABI v. Senegal* 一案

本案塞內加爾終止一項房屋建築之投資計劃，因此外國投資者無法依約完成，需賠償當地建築師費用。仲裁庭最後裁定，有關投資者與當地建築師之爭端，屬於外國投資者與當地建築師所另訂之契約之爭議事項，應循當地司法救濟。至於地主國終止投資計劃，而使外國投資者受到包括前者在內之損失的賠償，係直接因投資而引起之損失，則屬 ICSID 之管轄範圍之內¹⁷。

2. *Tradex v. Albania* 案

原告 Tradex 為一家在希臘設立之外國公司，該公司於 1992 年與阿爾巴尼亞之一家國營農業企業 T. B. Torovitsa 簽訂一項合資契約，由 Torovitsa 提供土地供商業與農業用途，後因該國政府放任村民強佔土地，1993 年雙方合資關係於是終止。當雙方提起仲裁時，阿爾巴尼亞聲稱本案為 Tradex 與 Torovitsa 兩家私人公司之爭端，因此 ICC 為適合之仲裁機構，但仲裁庭不採認其說法，認為 Tradex 之請求係針對阿爾巴尼亞之一項形同徵收行為，因該徵收行為直接影響原告在合資關係之投資¹⁸。

二、 投資的定義

在國際投資協定中，界定「投資」的概念，對於地主國追求其經濟與發展目標，關係甚為重大。同樣的，投資的概念為 ICSID 公約管轄權的中心，狹義投資定義與廣義投資定義，直接影響公約前言所欲達成鼓勵國際投資之目的。以下將先介紹一般國際協定，包括雙邊及多邊協定對於投資

¹⁷ 5 ICSID REPORT 192. CHRISTOEPH H. SCHREUER, at 117.

¹⁸ 5 ICSID REPORT 320.

的定義，其次將探討 ICSID 公約關於投資定義的作法，最後將討論當事人依據雙方簽訂之雙邊或多邊協定爭端解決條款提付 ICSID 中心管轄時，ICSID 何者定義優先適用之問題

(一) 雙邊及多邊投資協定有關投資的定義

目前國際間對投資之定義可見三種類型¹⁹：以財產為基礎之定義 (asset-based definition)、企業為基礎之定義 (enterprise-based definition) 及交易為基礎之定義 (transactions-based definition)。各種不同之定義方式，會對該投資協定造成不同的效果，也由於締約的目的不同，亦會影響採用定義型態之不同，以下介紹前揭三者定義之不同：

1. 以財產為基礎之定義

以財產為基礎之定義為三者之中投資範圍最廣之定義方式，它包含所有態樣 (all type) 之外國投資 (包括直接投資及間接投資)，及所有型式之投資資產 (all forms of investment assets)。

一般國際間於制定雙邊投資保障協定 (BITs) 常採用此定義，其標準定義及用語如下²⁰：

「投資」一詞意指任何一種資產，特別包括，但不限於下列：

- (1) 動產、不動產及其他權利，諸如抵押權、留置權及質押權等；
(Moveable and immovable property as well as other rights such as mortgages, liens or pledges.)
- (2) 公司股份、股票、債券及任一種參與公司之種類；(shares, stock

¹⁹ WTO Secretariat, *Scope and Definitions: "Investment" and "Investor"*, para. 5, WTO Doc. WT/WGTI/W/108 (21 March, 2002).

²⁰ *Id.* para. 10.

and debentures and any other kind of participation in companies)

- (3) 金錢請求權，或有財務價值之履行；(Claims to money, or to any performance having a financial value.)
- (4) 智慧財產權；(intellectual property rights)
- (5) 法定或依契約而有之許可，包括搜尋開發自然資源之特許權。(concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for or exploit natural resources.)

以我國所簽署之投保協定範本為例²¹，即採用此標準定義，如

「投資」一詞意指任何一種資產，特別包括，但不限於下列：

- (1) **動產、不動產及其他權利**，諸如抵押權、留置權及質押權等 (Moveable and immovable property as well as other rights such as mortgages, liens or pledges)；
- (2) **公司股份、股票、債券及其他形式之權益**(Shares in and stock and debentures of a company and any other form of interest in a company)；
- (3) **金錢請求權，或有經濟價值之任何契約之履行**(Claims to money, or to any performance under contract having an economic value)；
- (4) **智慧及工業財產權**，尤指著作權、專利、新型專利、已註冊登記圖樣、商標、商名、業務及商業秘密、技術方法及專業知識，以及商譽 (Intellectual and industrial property rights, in particular copyrights, patents, utility-model patents, registered designs, trade-marks, trade-names, trade and business secrets, technical processes and know-how, goodwill)；
- (5) **法定或依契約而有之權利及許可**，包括搜尋、栽培或開發自然資

²¹ 我國標準投資保障協定範本，經濟部投資業務處。

源之特許權(Rights or permits conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources)。

2. 以企業為基礎的定義

以企業為基礎的定義採取較狹義之範圍，投資範圍專注於對一企業之外人投資，而非在地主國投入之各式資產清單。此定義之出發點在於投資人之目標係藉由對外資持股及管理控制之方式，而對一企業獲取持續、長期及控制的利益²²。

1988 年美加自由貿易協定(1992 年北美自由貿易協定(NAFTA)沿用此定義)對於投資的定義即採用此模式，定義如下：

- (1) 設立一新的企業 (the establishment of a new business enterprise)，或；
- (2) 收購一企業(the acquisition of a business enterprise)；及包括：
- (3) 經營因設立、收購之企業及該投資人因投資而控制之企業 (as carried on, the business enterprise so established or the business enterprise so acquired, and controlled by the investor who has made the investment)；及
- (4) 由該投資人所擁有企業之股份及投資利益，惟該企業係持續被該投資人所控制(the share or other investment interest in such business enterprise owned by the investor provided that such business enterprise continues to be controlled by such investor)。

²² Its point of departure is the investor's objective of taking a lasting, or long-term, controlling interest in an enterprise through foreign ownership and/or management control.

3. 以交易為基礎的定義

以交易為基礎之投資定義主要專注於資金及相關資產之跨境移動，跨境交易涉及外國投資之設立及清算，IIAs 採用以交易為基礎之定義主要係地主國政策較關注於國際資金移動而非投資本身。IMF 國際收支平衡表有關投資金額之統計即利用此定義之方式，有關 IMF 對投資的定義如下²³：

「直接投資係國際投資之範疇，它反映出以一國為據點之實體從事獲取另一國企業之長遠利益為目標(上述以一國為據點之實體為直接投資人，另一國的企業係指直接投資事業)。長期利益意涵直接投資人與該投資企業間現存之長期關係，以及投資人對該企業的管理具有相當程度的影響力。直接投資不僅包含投資人與企業間最初所建立之交易關係，包括該兩者與關係企業之間的後續交易，無論關係企業是否為法人組織。」

(Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of obtaining a lasting interest by a resident entity in one economy in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise.) The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated.)

直接投資資金為一直接投資人提供予直接投資企業之資金，或是直接

²³ International Monetary Fund, BALANCE OF PAYMENTS 86 (Fifth Edition, 1993).

投資人從直接投資企業收取之資金。直接投資交易成分可分為股本(equity capital)、盈餘再投資(reinvested earnings)，以及與不同關係企業內部間債權交易有關之其他²⁴。

另有關 IMF 對於長遠利益之定義並非以時間架構來定義，而係以擁有一企業股權程度來計算，通常以擁有一企業股權 10%以上可視為具有長遠利益。

(二) ICSID 對於投資定義的作法

ICSID 對於投資一詞未予明文解釋，從公約草案談判歷史可知，這是有意的省略²⁵，公約草案第一次提出時，該草案第 30 條對投資定義如下：

「”investment” means any contribution of money or other assets of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years;」，惟遭到許多質疑，有人認為該定義不精準(imprecise)、有人反對使用「contribution」、有代表欲將其雙邊投保協定或國內法對投資定義納入，Broches 亦反對將投資的概念予以定義，認為應交由雙方當事人合意自行認定，因當事人同意提付仲裁之合意，為管轄權先決要件之一，也可避免未來事物管轄認定的困難。在經過與會代表爭辯後，最後決定公約不予定義「投資」一詞，執行董事會報告則記載「考量到當事人合意為重要的要件，爰締約國無意對投資一詞予以定義²⁶」。

在 ICSID 曾經發生之案例 *Alcoa Minerals of Jamaica v. Jamaica*²⁷ 即可說明仲

²⁴ 依據 IMF 國際收支表編製手冊分類標準，外人直接投資分類為(1)直接投資、(2)證券投資及(3)其他投資。

²⁵ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 4, at 112-113.

²⁶ 其原文如下「27. No attempt was made to define the term “investment” given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4).)」 Report of the Executive Directors on the Convention, para.27.

²⁷ ICSID ARB/74/2. 本案之介紹轉摘自 C.B. Lamm, *supra* note 2, at 474-475.

裁尊重當事人合意之重要性，Alcoa Minerals 為一家美國公司，該公司與牙買加政府簽訂 25 年合約，給予 Alcoa 長期開採鐵鋁氧石礦產開採權及租稅特許權，而 Alcoa 同意興建一家煉鋁工廠，以為回報。在雙方簽訂的契約中包括「不增稅條款(no further taxes clause)」，該條款限制牙買加政府除了在協議中註明的特定稅賦外，不得再額外增加任何稅賦或權利金，當然該合約爭端解決條款亦包括提付 ICSID 仲裁條款。後來牙買加政府提高鐵鋁氧石礦之稅捐，以致造成 Alcoa 稅賦增加九倍，該公司控告牙買加違反合約規定，於是提起 ICSID 仲裁。

在本案仲裁庭調查是否有符合公約管轄之投資時，仲裁庭認為，投資指「一私人公司依照與地主國之協議，投資相當金額至外國」，因此該資金投入即為投資的一種型式。仲裁庭並指出，一旦當事人合意提付仲裁，當事人必定瞭解該協議涉及投資。

據上可知 ICSID 對於投資未予定義之作法亦不失為一可行的彈性作法，因隨著國際金融工具不斷創新，投資的概念也愈來愈多樣化，任何定義皆無法全數囊括，而隨著締約國日益增加，公約也無法因應一種新型投資型態出現，而隨時予以修改，因此通說認為，不針對此一標準而給與定義，預留空間，反而可以配合時代潮流而彈性應用，因應未來可能發展的新型態投資，侷限於特定範圍內之投資，而損及公約之功能²⁸。

(三) 客觀要件

縱使公約未對投資下定義，交由當事人合意認定，然並不代表當事人有極度自由裁量權來決定何者交易構成投資，依據公約第 36 第 3 項規定，

²⁸請參閱李貴英，《國際投資法專論－國際投資爭端之解決》，頁 32，台北，元照出版公司(2004 年)。另請參閱范劍虹主編，《國際投資法導讀》，頁 234，浙江大學出版社（中國杭州），2000 年 10 月一版。

締約國或締約國國民可向秘書長提出請求書，提起仲裁，而秘書長可根據請求書內容，決定是否予以登記。如果秘書長認為該爭端顯然非屬「中心」管轄權範圍之內，則可拒絕其登記，此為秘書長的專屬審查權力。例如在 1999 年 ICSID 秘書長曾對某一請求案予以拒絕登記，秘書長拒絕理由為該引起爭端之交易為一貨物銷售之供應契約，很明顯並非屬於中心管轄權之內所稱之「投資」²⁹。

假若秘書長受理登記請求仲裁案件，但當事人一方提出異議，認為該爭端不屬於中心管轄範圍內，此時仲裁庭仍可依公約第 41 條規定，可就此異議作初步問題處理，或將之併入爭端實體部分，一併決定。另若當事人之一方未就管轄權問題提出異議，此時仲裁庭可否依職權主動審查？依仲裁規則第 41 條第 2 項規定，仲裁庭在仲裁進行任何階段，可依其職權主動調查，該爭端是否屬於中心之管轄權範圍之內³⁰。

綜上可知，公約雖留給當事人較大的裁量權，決定其爭端是否屬於公約目的所稱之投資，但當事人之合意只是構成中心管轄權之客觀要件，秘書長及仲裁庭仍可依其職權決定是否屬於中心管轄權範圍之內。

三、 ICSID 對事物管轄權與其他國際協定之關係

如前所述，有些國際投資協定其爭端解決條款，大多援引 ICSID 作為爭端解決方式之一，因此投資人若欲依據該等協定提付仲裁解決需符合下列二項前提，第一，該交易必須符合該投資協定對於投資之定義；其次，引起爭端之交易必須為 ICSID 公約所謂之投資³¹。亦即，公約雖未對投資予以定義，交由當事人合意認定，但一般言，仍須符合雙邊投資保障協定

²⁹ UNCTAD, *supra* note 11, 2.5 *Requirements Ratione Materiae* 17.

³⁰ Rules of Procedure for Arbitration Proceedings Rule 41(2).

³¹ UNCTAD, *supra* note 11, 2.5 *Requirements Ratione Materiae* 16.

之規定。然此並不代表當事人可隨意自由認定投資之定義，仍需符合公約目的，即可合理稱作「投資」。

據上，若引起爭端之交易同時符合上開二要件，即對於投資的認定並無不同，則無爭議，惟有些情形，兩者對於投資概念的認定，並不相符，例如，有些投資協定對於投資定義係採一般性定義或分類，如「投資意指任何型態之資產」(investment means every kind of investment)，此時，該提交仲裁之交易或許符合 BIT 之定義，但可能不符合在 ICSID 公約目的下所稱之投資。另外一個情況為被告辯稱，該引起爭端之投資並不符合雙方簽訂投保協定所定義之投資，惟仲裁庭調查相關事證後，並不採認其說法。如在 *AMT v. Zaire* 一案，雖被告辯稱 AMT 只是佔有系爭公司之大多數股份，並未以其名義在該國投資，惟仲裁庭並不採認其說法，認為 AMT 雖僅持有該國公司股份，但依薩伊與美國簽訂之投保協定，「公司股份或其他權益」(shares of stock or other interests in a company)亦屬投資定義之一，因此 AMT 持有股份亦為該協定所稱之「投資」³²。另在 *Fedax v. Venezuela* 案，仲裁庭裁定本票(promissory notes)屬於荷蘭與委內瑞拉所簽訂投保協定所定義之「任一種類資產」與「金錢所有權」(titles to money)之投資³³。

四、 投資的本質

由於公約未對投資一詞給予定義，因此從過去案例可以發現提付中心審理的案件涵蓋廣泛而多樣化的經濟活動，如興建與經營旅館、生產紡織品、天然資源探勘與開採、石油配銷權、冶礦廠、漁船裝配與經營、房舍興建、架構有限電視系統、銀行、證券等涵蓋農、工、礦、服務業等行業之活動均屬之³⁴。而其中以礦產及石油特許權約佔所有發生案例之百分之

³² 5 ICSID REPORT 11. CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 4, at 130-131.

³³ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 4, at 130-131.

³⁴ *Id.*, at 138.

十五，發電廠及輸電企業也是常見的案例³⁵，而一些項目常被質疑是否屬於投資範圍內，例如營建契約、訓練計畫(training programmes)、技術訓練計畫(technical assistance programmes)、顧問合約(consultants contract)及供應商所給予的信貸(suppliers' credits)，上述情形是否相當於投資，端視整理情況而定，一些非重覆發生之交易，例如簡單的買賣契約或是短期的商業性貸款，則很明顯的稱不上是投資³⁶，以下僅舉數例說明之：

1. 與服務有關的投資

隨著經濟發展的進步，服務業佔一國整體產業的比重日益增加，尤其是已開發國家服務業更佔其產業之百分之五十以上，因此服務業跨國投資更成為必然的趨勢。在 ICSID 曾經發生案例與服務業有關者包括航運、港口及運輸服務、廢棄物處理、旅館及渡假勝地管理、出口及免稅企業、往來業及銀行業³⁷，可謂五花八門。

2. 營建契約

營建契約是否構成 ICSID 公約所稱之投資，常常引起爭端當事人很大的質疑，而也隨個案實際情況不同，而有不同結果。在 ICSID 曾發生的 *SOABI v. Senegal* 案，仲裁庭調查發現，在雙方簽訂的後續協議，其客體非常狹隘，僅限於一項建築物承攬合約，顧客隨著工程進度而交付工程，因此該協議無法符合投資的定義³⁸。

而在另一件也是關於營建合約的案例 *Salini v. Morocco*，仲裁庭裁定結果則與上揭案例不同，該案仲裁庭依據出資額、一定期限、營運風險及是否有助於地主國發展，而認為該營建合約符合上開準則，因此裁定該營建合

³⁵ UNCTAD, *supra* note 4, 2.5 Requirements Ratione Materiae 19.

³⁶ CHRISTOEPH H. SCHREUER, *supra* note 4, at 138-139.

³⁷ UNCTAD, *supra* note 4, 2.5 Requirements Ratione Materiae 19.

³⁸ *Id.*, at 20.

約符合投資的要件³⁹。綜此，營建活動是否符合投資的要件，一般而言，仲裁庭大多依上開準則判定，特別是該行為是否具有投資風險，如開發中國家因財政不足，而以 BOT 方式將其基礎建設交由外國投資人興建，此種 BOT 營運模式，均可認為是投資的一種模式。

3. 財務工具(Financial Instruments)

財務工具雖與傳統之投資定義有所區別，惟財務工具已成為政府融資及重大投資案之主要財源，因此其發展趨勢值得注意。有關貸款與債券等相關財務工具是否能歸屬於投資類別的一種，曾引起國際間之注目，在過去 ICSID 曾發生的案例，一些金融工具及貸款融資等財務工具，仲裁庭認為係符合公約目的所稱之投資。以下茲將 ICSID 過去發生之相關案件簡述如后：

(1) *Fedax v. Venezuela*⁴⁰案

Fedax NV 係一家設立於荷屬安地列斯之公司，經向一家委內瑞拉公司以背書轉讓方式獲取委內瑞拉政府開出的六張期票(promissory notes)，惟該期票到期後，委內瑞拉均未給付票款及利息，於是 Fedax 根據荷蘭與委內瑞拉簽訂之雙邊投資促進與保護協定之規定，向 ICSID 提出仲裁申請，請求委內瑞拉給付票款。

委內瑞拉政府辯稱，該期票並不屬於外國投資，就以投資的經濟意義言，投資係指對企業資產或資金的累積，以致於能產生收入或收益(the laying out of money or property in business ventures, so that it may produce a

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, 5 ICSID REPORT 200.* 本案之事實及仲裁庭對於管轄權的決定要點，另請參閱李貴英，〈國際投資糾紛解決中心(ICSID)管轄權問題之研究—以 *Fedax NV v. Republic of Venezuela* 一案為例〉，*仲裁季刊(原商務仲裁季刊)*，第 55 期，頁 82-85，(民國 88 年 11 月)。

revenue or income)，因此該期票並不屬於外國直接投資，因外國直接投資係為獲取某一公司利益，而進行長期性質的財務資源移轉，同時該期票亦非透過合格證券市場交易之間接投資。

針對該期票是否屬於投資，仲裁庭根據公約起草歷史、過去案例及學者評論，認為借貸仍屬於 ICSID 公約所稱之投資，而期票即為借貸的證明，且為普通之財務及信用工具，因此 Fedax N.V. 所購買之期票在本質上符合公約對於投資的定義。此外，仲裁庭亦認為該期票符合委內瑞拉公共信貸法(the Law on Public Credit)的規定，而該法目的在於監管募集基與財源之公共信用債務運作，從事生產性工程，以顧及國家利益及滿足財政暫時之需要，很顯然與一般之商業運作有別。

仲裁庭並認為依據委國公共信貸法發行之期票，並非為偶然、短期之金融操作，仲裁庭指出，投資的一般特性包括一定期間、規律的利潤與報酬、負擔一定之風險、實質的義務，以及對地主國經濟發展具有重要性。在本案期票發行期間、利息給付、資本額、負擔的風險及幫助地主國經濟發展等因素均符合上項有關投資的特性，尤其是委內瑞拉到期時違約給付足代表購買該期票將負擔一定義務。據上所論，仲裁庭最後裁定委內瑞拉應給付原告相關價金。

(2) *CSOB v. Slovakia*⁴¹案

本案原告 Ceskoslovenska Obchodni Bnaka, A.S. (簡稱 CSOB)為一家前身為捷克與斯洛伐克共和國之國營銀行，在斯洛伐克脫離捷克獨立建國後，登記於捷克共和國境內，原告指控被告斯洛伐克政府違反 1993 年 12 月 19 日雙方簽訂之「一項 CSOB 財務整併基本原則協議」(Agreement on the

⁴¹ Ceskoslovenska Obchodni Bnaka, A.S. v. The Slovak Republic, *Decision on Jurisdiction*, 24 May 1999, 5 ICSID REPORT 330. Also available from website: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

Basic Principles of a Financial Consolidation of Ceskoslovenska Obchodni Banks, AS (簡稱「整併協議」)。該協議旨在促進 CSOB 的民營化，在兩國財政部長及 CSOB 簽署下，同意於雙方國境內各設立一個催收公司(Collection Companies)，由 CSOB 將其不良債權(non-performing loans)移轉至該兩家催收公司，其後 CSOB 將其於斯洛伐克境內之不良債權移轉至在斯洛伐克成立之催收公司，並同時與該公司另簽訂一單獨的貸款協議(Loan Agreement on the Refinancing of Assigned Receivables)，由 CSOB 提供貸款予該公司，作為支付債權移轉之價金，至於該公司之損失與貸款償還則由捷克政府承諾予以負責，惟斯洛伐克政府最終違反其承諾，CSOB 爰於 1997 年 4 月 8 月提起仲裁申請。

有關本案是否屬於 ICSID 管轄權的問題上，被告指出，原告指控斯洛伐克違反整併契約之義務與承諾，並非針對貸款協議來提起，因此該爭端並非直接因貸款協議而引起，所以不在 ICSID 的管轄權之內。另依據 ICSID 公約第 25 條及兩國簽訂的投保協定第 1 條，CSOB 給予該國催收公司的貸款並不屬於投資，因該項貸款並未移轉資源至斯洛伐克境內。

以前者爭點言，仲裁庭首先單獨檢視斯洛伐克政府承諾給付催收公司之款項是否構成投資，及該承諾事項與貸款協議之關連。仲裁庭認為該項承諾並未涉及 CSOB 在斯洛伐克任何資源之支出、撥款及花費，因此斯洛伐克拒絕給付催收公司之事項，若單獨拆開來看並不構成投資。惟仲裁庭另檢視系爭事項與貸款協議之關係，仲裁庭援引 Fedax 案指出，投資涉及一項相當複雜的營運，由許多相互關連的交易所組成，每一個別交易若單獨拆開檢視，可能構不上是一項投資，但以 ICSID 管轄權言，雖個別交易無法單獨構成投資的類別，只要該筆交易係整體營運計畫不可分的一部分，即可稱為是投資。據此，仲裁庭認為被告之承諾事項與 CSOB 提供之

貸款之關係，兩者有緊密連結(close link)關係。

以後者爭點言，仲裁庭認為就法律本身言，ICSID 對於投資概念係採廣義解釋，只要外國貸款有助於該國經濟發展，即可構成投資要件，雖然並非所有之貸款均可屬於投資定義，在本案仲裁庭認為，CSOB 給予斯洛伐克催收公司之貸款為 CSOB 在該國發展事業之工作資本，因此該筆貸款構成 CSOB 至該國投資之證明。另依據兩國簽訂之投保協定第一條觀之，貸款可視為廣義資產(asset)定義之一種，以及該條所指稱之金錢請求權(monetary receivables or claims)。另被告提出，該貸款並未有實體資金跨國移轉乙節，仲裁庭指出，雖本案未涉及實體資金的轉移，惟以 Fedax 乙案仲裁判斷為例，有些交易雖沒有實體資金的轉移，但仍可以構成投資。

仲裁庭最後裁定，上開整併協議基本及最終目的在於確保 CSOB 繼續及擴展在兩國之營運，關於 CSOB 對斯洛伐克的重大投入有助於該國之經濟發展，因此 CSOB 可以稱作投資人，而其全部過程可作為 CSOB 在該國之投資，並與 ICSID 公約目的相符。如此可從該等事實證明，CSOB 之作為包括在該國之所支出之資源，即在反應該國銀行基礎建設發展之需求。

4. 投資前階段與市場進入之爭端

有些潛在投資人在與地主國協商投資至完成投資協議或特許契約之期間可能投入相當金額之資源，假若至協議簽訂前協商失敗，此時這些投資案落實前之支出可否構成 ICSID 公約所稱之投資，而將此糾紛提付仲裁？此外，有些地主國對外簽訂之條約給予外國投資人在某些情況下享有設立據點前之待遇，此時該市場進入權利若遭受損害，可否以地主國侵害其投資權利而提付仲裁？茲以下例 *Mihaly v. Sri Lanka* 案說明之：

1991 年 9 月 20 日，美國政府與斯里蘭卡政府簽署雙邊投資保障及鼓

勵投資條約，1992年斯里蘭卡政府為發展該國電力，乃計畫以BOT(Build Own Transfer)獨家方式，由私人興建與經營熱能發電廠，該計畫一開始有25家廠商表達參與之意願，有5家被斯里蘭卡政府邀請參與協商，最後由一家美國公司成立於加拿大子公司(Mihaly)獲得獨家經營權，斯里蘭卡隨後於1993年2月15日發出Letter of Intent (LOI)，1993年9月22日發出Letter of Agreement (LOA)及於1994年7月20日發出Letter of Extension (LOE)，以確保Mihaly的獨家經營權及規範後續相關契約簽訂事宜，但前揭文書均載明該等文書對雙方均無拘束力，相關事項均需依照斯里蘭卡法令規定及以最後簽訂之正式契約為準，惟斯里蘭卡拖延後續契約簽訂事宜，最後則終止該計畫。

在本案調查期間，仲裁庭發現，斯里蘭卡於1993及94年所發出的三份文書，並無任何一件文件對於原告或被告有任何拘束力，同時也無法證明斯里蘭卡同意將這些開辦支出視為投資的一部分。然仲裁庭亦不否認，在現今之商業活動，在最後正式契約簽訂的準備階段，可能需投資大量資金，而該投入之開辦費用，可於雙方正式契約簽訂後，由雙方合意於何時點以後發生的費用，內化成整體投資資金的一部分，惟本案仲裁庭裁定，因本案雙方當事人最後並未簽訂正式合約，因此原告於投資契約簽訂前之協商階段所發生的任何費用，不能資本化成實際投資的一部分，爰仲裁庭以不符對物管轄不予受理本案。

據上說明可知，*Mihaly v. Sri Lanka*案主要爭點在於投資前之支出(pre-investment expenditure)，亦即在投資案落實前準備工作之支出(開辦費用)，是否可認為是實際投資(actual investment)的一部分。本案原告雖引用專家意見辯稱，開發階段活動對於BOT是否能成功營運相當重要，因此開發成本應計算入投資成本。但在本案，由於缺少地主國實際有效之合

意，因此該外國投資人之支出不能視為整體投資組合之一部分⁴²。從 Mihaly 案得知，雙方當事人在談判契約時，應特別將投資前或是開發成本明確載入契約條款，作為整體投資的一部分，而不是依賴國際商業實務⁴³。

第四節 本章小結

有關 ICSID 的事物管轄權主要規範於公約第 25 條第 1 項前段所定義之「直接因投資而引起之任何法律爭端」(any legal dispute arising directly out of an investment)，依該條文文義，ICSID 事物管轄權涉及三項要素，第一，法律爭端；第二，直接因主要交易而引起的法律爭端；第三，該主要交易本質為投資。

所謂法律爭端，ICSID 公約本身並未對「法律爭端」一詞作詳細定義，惟從執行董事會報告的解釋，所謂法律爭端係指「中心管轄範圍內的權利衝突，單純的利益衝突則不屬於中心的管轄」，故公約所指的爭端必須與法律上權利或義務之存在或範圍有關，或是因違反法律義務所生之賠償的類別或程度。

至於何謂直接因投資而引起之爭端，實務上要清楚界定何者為直接引起，何者為間接引起，有其實際之困難，從談判歷史言，ICSID 公約將爭端界定於「直接」因投資而引起之爭端，即有意限縮裁判庭之裁量權，公約雖未對「直接引起」加以定義，但從後來實務見解及學者評論，可以證明爭端必須與投資有「合理之密切連結」，惟不需要具有與「immediately」相同強度之效果。此外，必須注意直接因投資而引起之意，該引起爭端之投資為外國直接投資，依過去仲裁實務，政府發行期票等債權或其他金融工具在某些條件下，仍可視為符合公約目的所謂之投資。

⁴² C. Chatterjee, *supra* note 1, at 900.

⁴³ *Id.* at 924

以投資的定義言，一般國際投資協定，不論是雙邊或是多邊協定，大致可分為以財產為基礎的定義、以企業為基礎的定義及以交易為基礎的定義三種類型。ICSID 對於投資一詞未予明文解釋，從公約草案談判歷史可知，這是有意的省略，主要是避免未來事物管轄認定的困難，與會代表最後決定不予定義「投資」一詞，執行董事會報告對此記載「考量到當事人合意為重要的要件，爰締約國無意對投資一詞予以定義」。

ICSID 對於投資未予定義之作法，根據後來實務及學者看法，亦不失為一可行的彈性作法，因隨著國際金融工具不斷創新，投資的概念也愈來愈多樣化，任何定義皆無法全數囊括，而隨著締約國日益增加，公約也無法因應一種新型投資型態出現，而隨時予以修改，因此通說認為，不針對此一標準而給予定義，預留空間，反而可以配合時代潮流而彈性應用，因應未來可能發展的新型態投資，侷限於特定範圍內之投資，而損及公約之功能。

由於公約未對投資一詞給予定義，從過去案例可以發現，提付中心審理的案件涵蓋廣泛而多樣化的經濟活動，如興建與經營旅館、生產紡織品、天然資源探勘與開採、石油配銷權、冶礦廠、漁船裝配與經營、房舍興建、架構有限電視系統、銀行、證券等涵蓋農、工、礦、服務業等行業之活動均屬之。近來甚至投資前之支出，是否可認為是實際投資的一部分，亦成為最近國際仲裁法界之焦點，未來此種投資類似多樣化與變異化之趨勢，將形成 ICSID 仲裁庭莫大的挑戰。

參考文獻

一、中文部分

(一) 中文書目

1. 中華經濟研究院，『WTO 投資議題未來發展趨勢與我國之因應措施(上冊)』，台北，經濟部投資業務處委託研究計畫(民國 92 年)。
2. 丘宏達，『現代國際法』，台北，三民書局(民國 84 年 11 月)。
3. 世界貿易組織秘書處編，索必成、胡盈之譯，『烏拉圭回合協議導讀』，中國北京，法律出版社(2001 年 12 月 3 刷)。
4. 余勁松主編，『國際投資法』，中國北京，法律出版社(1999 年 7 月)。
5. 李貴英，『國際投資法專論—國際投資爭端之解決』，台北，元照出版公司(2004 年)。
6. 李孟玟，『中共雙邊投資保障協定之研究』，台北，行政院大陸委員會委託研究(民國 86 年)。
7. 金彭年主編，『國際經濟爭端法導讀』，中國杭州，浙江大學出版社(2000 年 10 月)。
8. 范劍虹主編，『國際投資法導讀』，中國杭州，浙江大學出版社(2000 年 10 月)。
9. 姜勵男，『國際投資法概要』，台北，五南圖書出版公司(民國 83 年 8 月)。
10. 黃輝主編，『WTO 與國際投資法律實務』，中國長春，吉林人民出版社(2001 年 1 月)。
11. 徐崇利、林忠合著，『中國外資法』，香港，三聯書店(香港)有限公司(2001 年 5 月)。
12. 陳治世，『條約法公約析論』，台北，台灣學生書局(民國 81 年 8 月)。
13. 姚梅鎮，『國際投資法』，中國湖北，武漢大學出版社(1985 年)。
14. 羅昌發，『國際貿易法』，台北，月旦出版公司(民國 85 年)。
15. 羅伯特·吉爾平著，楊宇光譯，『國際關係的政治經濟分析』，台北，桂冠圖書公司(1994 年 8 月初版)。
16. 新時代經貿法律事務所，『WTO 新回合談判與我國關於投資議題應有之政策與立場』，台北，經濟部投資業務處委託研究計畫(民國 91 年)。

(二) 中文期刊

1. 甘龍強，「國家與他國國民間投資爭端之解決(1)」，法律評論，第 49 卷 8 期，台北(民國 72 年 8 月)。
2. 甘龍強，「國家與他國國民間投資爭端之解決(2)」，法律評論，第 49 卷 9 期，台北(民國 72 年 9 月)。
3. 李貴英，「國際投資爭端解決中心(ICSID)金字塔台地仲裁判斷之評析」，

商務仲裁季刊，第 47 期，台北（民國 86 年 9 月）。

4. 李貴英，「國際投資仲裁相關問題之探討－以國際投資糾紛解決中心（ICSID）American Manufacturing & Trading, INC. v. Republic of Zaire 一案為例」，商務仲裁季刊，第 52 期，頁 68-77，台北（民國 88 年 2 月）。
5. 李貴英，「國際投資糾紛解決中心（ICSID）管轄權問題之研究－以 Fedax NV v. Republic of Venezuela 一案為例」，仲裁季刊（原商務仲裁季刊），第 55 期，台北（民國 88 年 11 月）。
6. 李貴英，「國際投資糾紛解決中心之國際仲裁制度」，行政院國科會研究案（NSC87-2414-H-033-003），台北（民國 88 年 7 月）。
7. 李貴英，「北美自由貿易協定第十一章投資爭端解決之研究」，政大法學評論，第 72 期，台北（民國 91 年 12 月）。
8. 李貴英，「能源憲章條約與國際投資爭端解決之研究」，東吳法律學報，第 14 卷第 2 期，台北（民國 92 年 12 月）。

（三） 中文學位論文

1. 朱婉琪，從國際法論對外直接投資保護，東吳大學法律研究所碩士論文，（民國 79 年 6 月）。
2. 吳必然，從國際經濟法之觀點論對跨國企業之規範－我國相關法令之檢討，東吳大學法律研究所碩士論文，（民國 78 年 6 月）。
3. 姜亮仔，國際投資法一般法律原則之研究，東吳大學法律研究所碩士論文，（民國 91 年 7 月）。
4. 陳香嚴，外人投資爭端解決有關法律問題之研究，東吳大學法律研究所碩士論文（民國 74 年 7 月）。
5. 陳振峰，國際投資爭端解決法制之研究，東海大學法律研究所碩士論文，（民國 78 年 6 月）。

二、外文部分

（一） 外文書目

1. 5 ICSID REPORT (Edward Helgeson ed. 2002).
2. AUST, ANTHONY, MODERN TREATY LAW AND PRACTICE (Cambridge University Press 3rd 2000).
3. BROCHES, ARON, SELECTED ESSAYS: WORLD BANK, ICSID, AND OTHER SUBJECTS OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW (Martinus Nijhoff 1995).
4. CHEN, HUIPING, OECD'S MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT: A CHINESE PERSPECTIVE, (Kluwer Law International 2002).
5. SCHREUER, CHRISTOPH H., THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY

- (Cambridge University Press 3rd 2001).
6. BRADLOW, DANIEL D. & ALFRED ESCHER, LEGAL ASPECTS OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT (Kluwer Law International 1999).
 7. WALLACE, DON, & JR. ROBERT B. SHANKS, MODEL FOREIGN INVESTMENT LAW (INTERNATIONAL LAW INSTITUTE 1996).
 8. COLLIER, JOHN & VAUGHAN LOWE, THE SETTLEMENT OF DISPUTES IN INTERNATIONAL LAW (Oxford University Press 1999).
 9. MERRILLS, J. D., INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT (Cambridge University Press 3rd 1998).
 10. SHIHATA, IBRAHIM F.I., LEAGAL TREATMENT OF FOREIGN INVESTMENT:"THE WORLD BANK GUIDELINES" (Martinus Nijhoff 1993).
 11. SHIHATA, IBRAHIM F.I., THE WORLD BANK IN A CHANGING WORLD: SELECTED ESSAYS AND LECTURES (Martinus Nijhoff 2000).
 12. SORNARAJAH, M., THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT (Cambridge University Press 3rd ed. 1996).
 13. SORNARAJAH, M., THE SETTLEMENT OF FOREIGN INVESTMENT DISPUTES (Ckluwer Law International 2000).
 14. DIXON, MARTIN, TEXTBOOK ON INTERNATIONAL LAW (Blackstone Press 4th ed. 2000).
 15. TREBILCOCK, MICHAEL J. & ROBERT HOWSE, THE REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE (1995).
 16. OECD, TOWARDS MULTILATERAL INVESTMENT RULES (1996).
 17. OECD, FOREIGN DIRECT INVESTMENT FOR DEVELOPMENT: MAXIMISING BENEFITS, MINIMISING COSTS (2002).
 18. SAUVE, PIERRE & DANIEL SCHWANEN ed., INVESTMENT RULES FOR THE GLOBAL ECONOMY (C.D. Howe Institute, Toronto 1996).
 19. DOLZER, RUDOLF & MARGRETE STEVENS, BILATERAL INVESTMENT TREATIES (Kluwer Law International 1995).
 20. AUGUST, RAY, INTERNATIONAL BUSINESS LAW (Prentice Hall 3rd Ed. 2000).
 21. MORAN, THEODORE H., FOREIGN DIRECT INVESTMENT AND DEVELOPMENT: THE NEW POLICY AGENDA FOR DEVELOPING COUNTRIES AND ECONOMIES IN TRANSITION (Institute for International Economics 1999).
 22. BREWER, THOMAS L. & STEPHEN YOUNG, THE MULTILATERAL INVESTMENT SYETEM AND MULTINATIONAL ENTERPRISES (Oxford University Press 1998).
 23. DON, R. Y. (唐豫民), PORTECTION OF FOREIGN INVESTMENT UNDER INTERNATIONAL LAW (1979).
 24. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), DISPUTE SETTLEMENT: INVESTOR-STATE (2002).

25. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (2003).
26. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), WORLD INVESTMENT REPORT 2002: (2002).
27. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), BILATERAL INVESTMENT TREATIES IN THE MID-1990s (1998).
28. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), INTERNATIONAL INVESTMENT INSTRUMENTS: A COMPENDIUM
29. PETER, WOLFGANG, ARBITRATION AND RENEGOTIATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (Kluwer Law International 1995).

(二) 外文期刊

1. Amerasinghe, C. F., “*Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*”, 47 BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW 227-267 (1974/75).
2. Bernini, Giorgio, “*Foreign Investments and Arbitration in the Frame of Globalization of World Economy*”, 4 CROAT. ARBIT. YEARB. 83-96 (1997).
3. Brower II, Charles H., “*Investor-State Disputes under NAFTA: The empire Strikes Back*”, 40 COLUM. J. TRANSNAT’L L. 43-88 (2001).
4. Camponovo, Christopher N., “*Dispute Settlement and the OECD Multilateral Agreement on Investment*”, 1 UCLA J. INT’L L. & FOREIGN AFF. 181-219 (1996).
5. Chatterjee, C., “*When Pre-Investment or Development Cost May or May Not Be Regarded as Part of “Investment” under Article 25(1) of the ICSID Convention*”, 4 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT 900-924 (Oct. 2003).
6. Chow, Michael Ewing, “*Investor Protection in Free Trade Agreement: Lessons from North America*”, 5 SING. J. INT’L & COMP. L. 748-772 (2001).
7. Dumberry, Patrick, “*The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism –A Review of the latest Case-Law*”, 2 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT 151-195 (Mar. 2001).
8. Freyer, Dana H. et al, “*Bilateral Investment Treaties and Arbitration*”, 53-MAY DISP. RESOL. J. 74-78 (1998).
9. Gagne, Gilbert, “*The Investor-State Provisions in the Aborted MAI and in NAFTA –Issues and Prospects*”, 2 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT 481-505 (Sep. 2001).
10. Garcia-Bolivar, Omar E., “*Foreign Investment Disputes under ICSID –A*

- Review of its Decisions on Jurisdiction*”, 5 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 188-214 (Feb. 2004).
11. Jacob, Kenneth S., “*Reinvigorating ICSID with a New Mission and with Renewed Respect for Party Autonomy*”, 33 VA. J. INT’L L. 123-159 (1992).
 12. Lalive, P., “*The First ‘World Bank’ Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems*”, 51 BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW 123-161 (1980).
 13. Lamm, C.B., “*Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*”, 6 ICSID REVIEW – FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 462-483 (1991).
 14. Naon, Haracio A. Grigera, “*The Settlement of Investment Disputes Between States and Private Parties –An Overview from the Perspective of the ICC*”, 1 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT 59-103 (July 2000).
 15. Obadia, Elobe, “*ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues*”, 18 ICSID NEWS (Fall 2001).
 16. Parra, Antonio R., “*Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Law, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*”, 12 ICSID REVIEW – FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 287-364 (1997).
 17. Parra, Antonio R., “*ICSID and Bilateral Investment Treaties*”, 17 ICSID NEWS (Spring 2000).
 18. Pilch, Gennady, “*The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties*”, 86 AM. SOC’Y INT’L PROC. 532-557 (1992).
 19. Reisman, W. Michael, “*The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration*”, 1989 DUKE L.J. 739-807 (1989).
 20. Schneider, Andrea Kupfer, “*Getting Along: The Evolution of Dispute Resolution Regimes in International Trade organizations*”, 20 MICH. J. INT’L L. 697-773 (1999).
 21. Siqueiros, Jose Luis, “*An Overview of Arbitration Mechanisms between States and Investors –The Mexican Experience*”, 2 THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT 250-257 (June 2001).
 22. Staff, Marcia. J. & Christine W. Lewis, “*Arbitration under NAFTA Chapter II: Past, Present, and Future*”, 25 HOUS. J. INT’L L. 301-332 (2003).
 23. Vandevelde, Kenneth J., “*U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave*”, 14 MICH. J. INT’L L. 621-704 (1993).

參考網站

WTO : <http://www.wto.org/>

ICSID: <http://www.worldbank.org/icsid/>

World Bank Group: <http://rru.worldbank.org/>

UNCTAD:

<http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068>

OECD: <http://www.oecd.org/home/>