

國立政治大學國際經營與貿易學系研究所

碩士學位論文

國際投資爭端解決之研究—以投資人與地主國
爭端仲裁為中心

Research on the Settlement of International Investment Disputes

Especially on the Investor-State Dispute Settlement

指導教授：蔡孟佳 博士

研究生：陳稚卿 撰

中華民國一〇四年八月

摘要

過去幾年間投資人與地主國爭端仲裁案件量急遽增加，越來越多案件涉及環境、健康、公共衛生等公共利益，與投資人私人利益拉扯日益明顯，引發對 ISDS 制度諸多疑慮及批評，包括對國家主權之侵害、限制國家公共政策規制權、仲裁程序運作不透明等，亦出現針對 ISDS 機制進行改革，甚或是廢除投資協定中 ISDS 條款之聲音。若廢除 ISDS 機制，當發生國際投資爭端時，回歸舊途循外交手段如協商、調解或訴諸地主國國內法院尋求救濟，是否能有效保障投資人之投資利益不無疑問；若保留 ISDS 機制，則現行 ISDS 制度明顯存在缺失亟需改善。本論文透過文獻整理法及歸納比較法，整理比較主要國家其投資協定中 ISDS 機制之最新發展，發現 ISDS 制度仍有其存在之必要性，而目前 ISDS 機制亦已有相當程度變革。ISDS 機制未來在短期內可持續朝向維護國家主權及公共政策規制權、改善仲裁程序，包括提升仲裁人之公正性及獨立性、提升仲裁程序透明度及設立上訴機制提升仲裁判斷之可預測性及安定性等方向進行改革；長期而言，則可將追求一全球性多邊規範為目標，雖然在各國經貿政策多以區域整合為核心之現況下，加之多邊談判涉及各國間不同利益非一蹴可幾，但或可依循當前巨型區域協定潮流，在各區域協定內部先進行溝通及妥協，進而互相交流參考彼此規範，漸進融合形成全球一致之共同標準。

關鍵詞：國際投資協定、國際投資爭端、投資人與地主國爭端仲裁

目次

第壹章 緒論.....	1
第一節 研究動機及目的.....	1
第二節 研究方法及論文結構.....	3
第貳章 投資人與地主國爭端仲裁.....	4
第一節 國際投資爭端.....	4
第二節 投資人與地主國爭端仲裁概述.....	6
第三節 國際解決投資爭端中心（ICSID）仲裁規則.....	19
第四節 聯合國國際貿易法委員會（UNCITRAL）仲裁規則.....	27
第五節 投資人與地主國 ISDS 仲裁之優缺點.....	31
第參章 支持 ISDS 的國家及其 ISDS 制度之最新發展.....	39
第一節 歐盟.....	39
第二節 美國.....	45
第三節 跨大西洋貿易及投資夥伴協定（TTIP）.....	52
第肆章 反對 ISDS 的國家及其 ISDS 制度之最新發展.....	59
第一節 拉丁美洲.....	60
第二節 澳洲.....	71

第伍章 投資人與地主國 ISDS 未來發展趨勢分析.....	84
第一節 ISDS 機制衝突發展趨勢.....	84
第二節 ISDS 機制改革現況發展.....	90
第三節 ISDS 機制未來改革方向.....	111
第陸章 結論與建議.....	121
參考文獻.....	125



表次

表 5-1	ICSID、UNCITRAL 與 Model BIT 之比較.....	94
表 5-2	2012 US Model BIT、CETA、中澳 FTA 之比較.....	104
表 5-3	巨型 RTA 經濟規模佔比.....	118



圖次

圖 1-1	1990 年至 2013 年外國投資佔全球 GDP 比例	1
圖 1-2	1987 年至 2014 年間公開之 ISDS 案件數量.....	2
圖 2-1	ISDS 仲裁案件分布比例.....	18
圖 4-1	ISDS 仲裁最常被控訴國家案件數量統計（截至 2014 年底）	62
圖 4-2	ISDS 仲裁最常控訴投資來源國案件數量統計（截至 2014 年底）	64
圖 5-1	南北陣營分布圖	84
圖 5-2	2000 年與 2013 年區域 FDI 流量.....	85



第壹章 緒論

第一節 研究動機及目的

世界經濟發展邁全球化，各國經貿之往來日益頻繁，投資人赴外國直接投資（Foreign Direct Investment, FDI）比例逐年升高，根據聯合國貿易暨發展委員會（United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD）所公布之報告顯示，自 1980 年代起，全球 FDI 之金額快速成長，為同期全球出口成長率的 3 倍量，全球生產量成長率的 4 倍；到了 1990 年代後期成長更為迅速，2000 年在跨國併購風潮下，當年度之 FDI 輸入額更創下歷史新高，高達 1 兆 2710 億美元¹；而近 10 多年間，雖遭逢金融海嘯或歐債危機等，造成外國直接投資量微幅下跌，但整體而言 FDI 仍持續蓬勃發展。另外，全球海外直接投資之存量（輸入量加輸出量）佔全球 GDP 之比例逐年攀升（見下圖 1-1），至 2013 年年底已佔全球 GDP 的 36%，顯示出 FDI 成為全球經濟發展的主要動力之一。

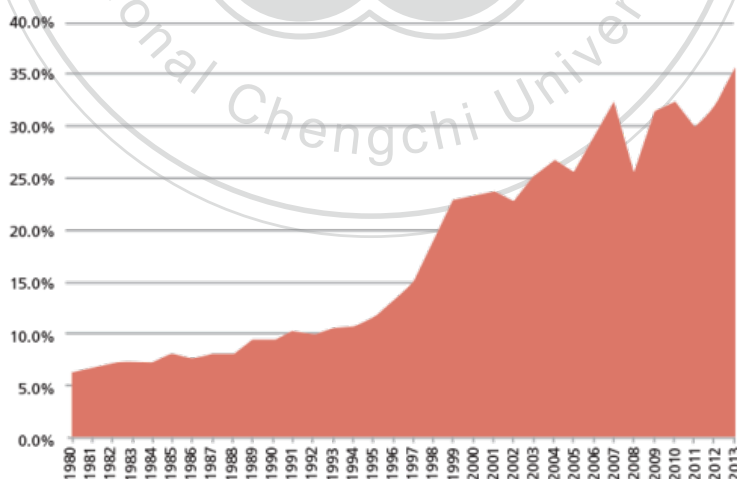


圖 1-1 1990 年至 2013 年外國投資佔全球 GDP 比例

資料來源：聯合國貿易與發展委員會 2014 年世界投資報告

¹ UNITED NATIONS, United Nations Conference on Trade and Development-World Investment Report 1996, 4, available at http://unctad.org/en/Docs/wir1996_en.pdf (last visited July 6, 2015).

隨著 FDI 數量及金額之增加，因投資所產生之糾紛有逐年上升的趨勢。當外國投資人於地主國執行投資計畫時，有可能面臨諸多商業與非商業性的風險，國際投資爭端亦因而產生；此時，建立有效的爭端解決機制便成為國際投資法的重要任務²。國際投資爭端解決，一般可分為政治途徑解決或訴諸法律救濟，前者如談判、諮商或外交保護，後者如地主國國內司法途徑、以及國際仲裁³。其中投資人與地主國爭端仲裁（Investor-State Dispute Settlement，下簡稱 ISDS）在過去 10~15 年間案件量激增，在 2013 年案件量達到新高，截至 2014 年底目前已知 ISDS 案件共計有 604 件⁴（見下圖 1-2）。

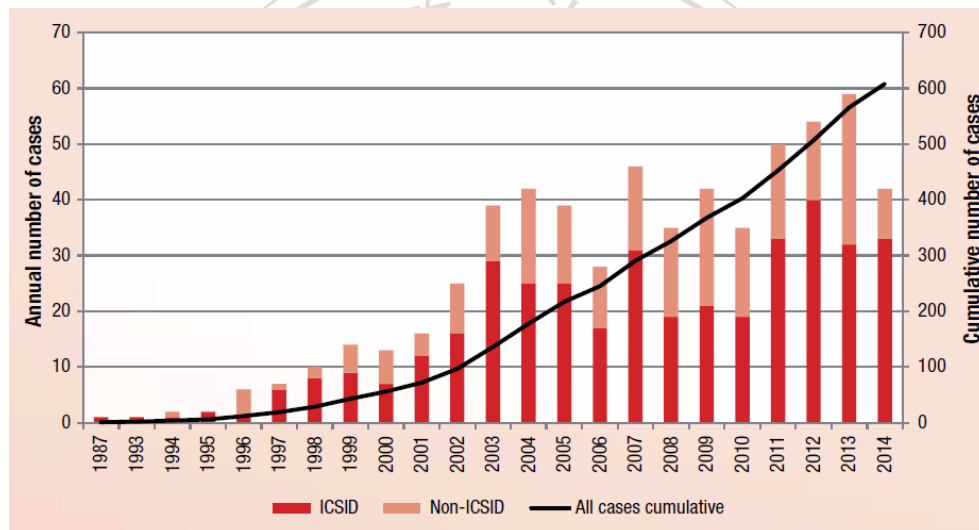


圖 1-2 1987 年至 2014 年間公開之 ISDS 案件數量

資料來源：IIA Issues Note Feb. 2015

近期許多 ISDS 案件涉及環境、健康、公共衛生等公共利益，與投資人之私人利益拉扯日益明顯招致諸多批評，包括對國家主權之侵害、限制國家公共政策規制權、仲裁程序運作不透明等，引起公眾對 ISDS 機制之關注及反思，各界亦因而開始出現針對 ISDS 機制進行改革，甚或是廢除投資協定中 ISDS 條款之聲

² 李貴英，國際投資法專論國際投資爭端之解決，頁 8，2004 年。

³ 同上註，頁 10。

⁴ 但現行 ISDS 制度下，多數仲裁機構並未強制要求公開登記仲裁案件（public registry），因此實際上 ISDS 仲裁案件數量可能更高。

音。若支持廢除 ISDS 機制，當發生國際投資爭端時，回歸舊途循外交手段如協商、調解或訴諸地主國國內法院尋求救濟，是否能有效保障投資人之投資利益？是否有更好解決投資人與地主國間投資爭端之替代方法？若反對廢除 ISDS 機制，則現行制度明顯存在缺失，其缺失為何？應如何改善？又目前 ISDS 面臨諸多批評其改革進度及方向及進度？未來 ISDS 制度改革方向為何？均為本論文所欲深入探討之問題。惟須說明的是，ISDS 乃處理涉及政府與私人迥然不同主體間之投資爭端，二者立場互異、利益相悖，本論文將著重於主要國家對外投資政策之發展，整理觀察 ISDS 最新發展進行研究及分析。

第二節 研究方法及論文結構

本文之研究方法係採取文獻整理法、歸納比較法，蒐集相關國內外期刊、論文及專書，歸納投資者與地主國間 ISDS 現行制度之優缺點，整理歸納支持或反對 ISDS 制度雙方立場態度，並比較分析支持／反對國家之現行國際投資協定中 ISDS 制度相關條文規範及其改革發展，並進一步研究分析未來 ISDS 制度可能之改革方向及發展趨勢。

本論文之章節共分為六章：第壹章為緒論，主要說明本論文之研究動機及研究方法；第貳章就 ISDS 爭端解決機制進行介紹，說明其執行現況以及現行制度下所存在之問題與缺失；第參章及第肆章，蒐集整理支持／反對 ISDS 制度國家之立場及其現行投資協定中 ISDS 條款內容，分別由正、反面看法深入探討其背後隱藏之意涵及對 ISDS 制度發展可能之影響；第伍章，比較現行 ISDS 制度與支持／反對 ISDS 國家間規範之差異，歸納 ISDS 目前改革方向，並分析 ISDS 制度可進一步改革之方向及方法，預測 ISDS 未來可能之發展趨勢；第陸章，提出本論文之結論及建議。

第貳章 投資人與地主國爭端仲裁

第一節 國際投資爭端

一、國際投資爭端類型

國際投資爭端，依其所涉入之主體不同，而有不同之爭端解決方式，可分為三種類型。而國際投資爭端依涉及紛爭的主體不同，可分為三種不同類型，其解決之途徑與方法也不盡相同：

1. 私人與私人（不同國籍的投資人）間：當事人雙方係不同國籍之自然人或法人，其間之紛爭一般由地主國司法機關或提交仲裁機構處理，在地主國法律允許之前下，爭端當事人亦得協議將爭端提交地主國以外之國際仲裁機構進行裁決。
2. 國與國間（State-State）之爭議：當事人雙方均為主權國家政府，通常政治途徑透過外交談判、諮商或外交保護，或訴諸法律途徑提交國際仲裁、訴諸國際法院等方式，謀求紛爭之解決。
3. 私人與國家間之爭議（外國投資人與地主國）：當事人雙方一方為外國投資人，另一方則為主權國家政府（地主國政府），目前多數國際投資協定中均有納入 ISDS，允許投資人能直接以地主國為另一方當事人，將投資爭端交付仲裁，賦予投資人提付仲裁之發動權。

上述前二種類型紛爭之處理方式已為當代國際社會所廣泛接受，故歧見不多。但是第三種類型捲入涉外投資爭端之當事人，一方是外國投資人，另一方卻是有權管理國家之地主國政府，其爭端解決之方式因涉及一國主權問題而十分複雜，也引起諸多討論，本文僅就外國投資人與地主國之投資紛爭為研究主軸，其他二種國際投資爭端類型則不在討論之列，本文所探討之國際投資爭端僅指「外國投

資人與地主國間之投資爭端」。

二、國際投資爭端解決方式

解決國際投資爭議的方法，大致可分為訴諸政治管道或訴諸法律解決方法二種，以下分別說明之：

（一）政治方法

外交保護係指投資人所屬國家代表投資人，透過外交途徑向地主國提起國際請求。此通常必須為外國投資人在尋求當地救濟管道失敗後，才轉向母國尋求協助。此外，在外交保護之國際法原則，必須海外投資者未曾中斷其國籍，亦即在其權益遭受損失的當時到要求實行外交保護之時，只要曾一度喪失其保護國的國籍，均不能受到該國的外交保護。請求外交保護國如不違反用盡當地救濟與國籍持續原則，就可向地主國提起國際請求，兩國政府應就此爭議通過外交談判或國際仲裁或通過國際法院的訴訟加以解決。

（二）法律方法

協商（Negotiation）、調停（Conciliation）與調解（Mediation）乃採法律方法之前置程序：協商是指各方當事人直接交換意見，在評判自身利益的得失中，通過談判達到互諒互讓的協議；調停是指當事人（或當事國）將爭端提交由當事人（或當事國）所認可的委員會，委員會基於調查與公平合理的基礎，提出解決方案，該方案不具有法律約束力，因此爭端方沒有必須接受的義務。協商與調解的區別在於：協商無需第三者介入，而調解需第三者介入。在國際投資爭議解決方法中往往出現調解的方法，其與調解相同點在於均有第三人之介入，但調解須由第三人提出方案，而調停一般不提出方案，僅是由第三人穿梭在當事國間，提供當事國談判與重開談判之溝通管道。

法律方法除訴諸地主國國內司法途徑外，另一方法即提付國際仲裁。仲裁亦即雙方當事人通過協議將爭議提交第三者（一般是國際商事仲裁和專門的投資仲裁機構），對爭議進行評斷並做出判斷。仲裁性質與調解之區別在於仲裁有法律效力，具有排他性和終局性以及司法裁判性質，而調解沒有法律效力，亦無強制效力。而採取仲裁方式，若有簽訂投資協定者，則透過投資協定之同意條款及可由投資人發動仲裁程序。若未有投資協定者，可能尚須透過投資人與地主國政府在投資合約中註明國際仲裁合意條款，屆時才能將投資爭議訴諸國際仲裁之法律途徑。

第二節 投資人與地主國爭端仲裁概述

ISDS 此一機制賦予投資人提付仲裁之發動權，允許投資人能直接以地主國為另一方當事人提出仲裁，值得注意的是，在國際法上，允許私人得不考慮母國之意見，得以自己為主體直接挑戰主權國家的國家行為，並於獲勝後要求賠償的情形並不多見⁵，因此 ISDS 制度相較於前述其他爭端解決方式，給予投資人相當大的保護。

一、投資人與地主國 ISDS 爭端仲裁發展背景

第二次世界大戰期間，同盟國國家達成共識將共同推動戰後全球經濟秩序重建，於 1944 年布列敦森林會議創建了國際貨幣基金組織（International Monetary Fund, IMF）及世界銀行（World Bank），同時亦倡議成立國際貿易組織

（International Trade Organization, ITO），其談判內容同時包含貿易與投資之自由化，並簽署哈瓦那憲章（Havana Charter），最終因未能獲美國國會批准而胎死腹

⁵ 李宜芳，投資人與地主國間爭端解決機制之反思，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，146 期，頁 1，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no146/1.pdf>。（最後瀏覽日：2015 年 7 月 20 日）。

中⁶。第二次世界大戰結束後，亞洲、非洲及拉丁美洲各國紛紛脫離殖民母國獨立，此些新興國家當初多被西方國家以經濟殖民方式掌控，因此獨立後之新政府首先欲脫離外國干涉的即為經濟實權，對外紛紛廢除或修改過往所簽訂之不平等條約或是不公平之投資協議，對內則對外國投資人的投資或資產加以限制、徵收或收歸國有，對於外國投資造成相當大的威脅⁷。ITO 的失敗，加上戰後新興獨立國家亟欲掌握經濟實權的背景，均促使國際投資議題轉向雙邊談判舞臺發展。

1959 年德國與巴基斯坦締結簽署現代意義上第一個雙邊投資保護協定，而後於 1960 年代，許多西歐國家紛紛跟進德國腳步，開始對外簽署雙邊投資協定，主要締約對象為戰後獨立之新興國家⁸。而 ISDS 條款最早出現在國際投資協定中之確切時間點雖無法確定，但可知的是在 1970 年荷蘭與肯亞經濟合作協定中即包含 ISDS 條款，協定中第 11 條規定⁹：「締約國對於在其境內進行或擬進行投資之他締約方國民，於其就任何可能與投資相關之爭議，向 1965 年 3 月 18 日所成立之國際解決投資爭端中心提交調解或仲裁時，應予充分考慮。」。在此之前，ISDS 不存在之時，當發生投資爭端時，例如投資人被地主國強制徵收其資產或地主國違反投資協定的情況下，只有二途徑可解決紛爭：地主國國內法院或尋求母國外交保護。但投資者透過地主國國內司法體系進行救濟，經常遭遇困難而求償無門，如地主國國家主權干預國內司法體系；至於尋求母國外交保護，投資者在依循地主國國內司法體系無法獲得救濟後，雖可透過母國政府訴諸外交保護手段尋求救濟，此一方法對於來自經濟實力較強國家（如美國）之投資者而言可能有效，但母國政府通常基於政治考量，未必願意介入投資者與地主國間投

⁶ Kenneth J. Vandeveld, *A Brief History of International Investment Agreement*, 12 U. C. DAVIS JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLICY, 161 -167 (2005).

⁷ 參見陳雅眉，ICSID 架構下國際投資爭端解決體制之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 37，2008 年 2 月。

⁸ Kenneth J. Vandeveld, *Supra note 6*.

⁹ Agreement on economic co-operation between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of the Republic of Kenya, art.11:” The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party 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.”

資糾紛，更遑論經濟實力較弱之國家，其外交保護手段所能發揮之效果有限。

而後至 1980 年代，ISDS 條款已成為雙邊投資協定之共同特徵，ISDS 條款賦予投資人提付仲裁之發動權，於其受到不公平對待時，允許投資人能直接以地主國為另一方當事人，將投資爭端交付仲裁¹⁰。ISDS 條款是近代以來各國為加強其於國際投資協定所為承諾之可信度的一個基本要素，自 20 世紀中期開始發展以來至今有顯著進展，投資者與國家均已對此一機制相當熟悉，ISDS 亦已成為最常為投資者使用於對地主國行使權利之工具。根據 OECD 的統計，時至今日現行雙邊投資協定中高達 93% 均包含 ISDS 條款¹¹。

二、投資人與地主國 ISDS 爭端仲裁條款內容

國際投資協定中 ISDS 條款內容歷經不同年代有顯著轉變，早期西歐國家對外簽署的雙邊投資協定多僅以簡短文字規範 ISDS 條款；隨著國際投資流動日趨頻繁，ISDS 條款內容細節亦趨於細緻，如 1994 年北美自由貿易協定 (NAFTA) 第 11 章及日後其他國家仿效 NAFTA 以之為基礎而簽署之投資協定。而近期所簽署的部分協定則採取介於二者間之作法，即依締約對象及對外投資政策策略，在投資協定中選擇性地規範雙方共同關注之 ISDS 重要議題。

國際投資協定納入 ISDS 機制者，多就 ISDS 程序基礎議題 (primary issues) 有所規範，包括事前同意仲裁 (consent to arbitration)、ISDS 適用範圍 (the scope of ISDS) 以及投資者可適用之仲裁場域及規則 (arbitral forums available to investors) 等；至於前述基本議題以外之次要議題 (secondary issues) 外，如岔路條款 (fork-in-the-road) 或禁止迴轉條款 (no-U-turn)、準據法之適用 (applicable

¹⁰ *ISDS – what's going on?*, MARIETJE SCHAAKE, Nov. 19, 2014, available at <http://www.marietjeschaake.eu/2014/11/isds-whats-going-on/> (last visited July 8, 2015).

¹¹ OECD, *Investor-State Dispute Settlement Public Consultation*, at 8, available at <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf> (last visited July 8, 2015).

substantive law)、仲裁人之選任 (appointment of arbitrators)、先行裁決程序 (frivolous claims and preliminary objections)、臨時措施 (provisional measures)、合併審理 (consolidation of claims)、國家在協定解釋過程之角色 (the role of States in the interpretative process) 及對仲裁聲請人及其他人賠償之限制 (the limitation of remedies available to the claimants and others) 等，並非所有納入 ISDS 機制之投資協定都會有所規範，而係由締約國雙方視其需求選擇性納入。投資協定中未規範者，通常會適用其他仲裁規則作為補充。本文以下將就前述 ISDS 機制基礎議題及其可能規範內容進行介紹¹²。

(一) 事前同意仲裁 (consent to arbitration)

國際仲裁為一個以「自願性」及「雙方同意」為基礎之爭端解決方式，即爭端當事人雙方必須事先予以同意，仲裁庭始得進行仲裁程序。投資者之所以可提出 ISDS 乃係根據國際投資協定中「事前同意仲裁」之規定，而其同意又有以下不同方式¹³：

1. 國際投資協定中「同意」之形式

(1) 明確之同意 (explicit consent)

第一種同意之形式係在投資協定中明確表達其同意，如 2011 年韓國與斯洛伐克雙邊投資協定第 10 條第 5 項¹⁴規定：「任一締約方應對於他締約方投資者依據本條提出之仲裁無條件同意。」。

¹² UNITED NATIONS, Investor-State Dispute Settlement, UNCTAD/DIAE/IA/2013/2, at 30-31, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf (last visited July 8, 2015).

¹³ *Id.* at 31-34.

¹⁴ Agreement between the Government of the Slovak Republic and the Government of the Republic of Kenya for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, art 10:” Disputes between an Investor and a Contracting Party[...] 5. Each Contracting Party hereby gives its **unconditional consent** to the submission of a dispute between it and an investor of the other Contracting Party to arbitration in accordance with this Article.” (Emphasis added).

(2) 隱含之同意 (inexplicit consent)

部分投資協定中其文字雖未明確表示同意，但文字中隱含同意之意思相當明確，如 1999 年智利與印尼雙邊投資協定第 9 條第 2 項¹⁵規定：「若當事人雙方未能在提出書面通知後 4 個月內經由諮商或談判獲致滿意之解決，投資者得在以下場域提出仲裁：……」。

(3) 在個案中同意

部分國際投資協定規定地主國應達成協議在未來提請仲裁時同意，如 1998 年澳洲與立陶宛雙邊投資協定第 13 條規定¹⁶：「若締約之一方投資者在 ICSID 提出仲裁時，他締約方應於收到投資者請求之 30 日內向 ICSID 以書面形式表達其同意。」就其文字規定而言，此一規定意味著 ICSID 在收到他締約方書面同意前，就該仲裁案件應不具管轄權；然，若他締約方拒絕提供同意，則其將違反投資協定義務，而有可能開啟國與國間之爭端解決程序；並且，由於協定中已明確規定他締約方在未來具有同意之義務，仲裁庭似亦可自行判斷其就該仲裁案件具有管轄權。

(4) 保留仲裁同意權

部分國際投資協定則明確保留對於仲裁之同意權，如 1999 年阿根廷與紐西蘭雙邊投資協定第 12 條規定¹⁷須經當事人雙方同意後始得將爭端依

¹⁵ Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Republic of Indonesia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, art 9.2: "If these consultations and negotiations do not result in a solution within four months from the date of a written notifications for settlement, the investor may submit the dispute either:.....".

¹⁶ Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of Lithuania on the Promotion and Protection of Investments, art 13: "the other Party shall consent in writing to the submission of the dispute to the Centre within thirty days of receiving such a request from the investor [...]."

¹⁷ Agreement between the Government of Argentine Republic and the Government of New Zealand for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, art.12: "In the case of international arbitration, unless the parties to the dispute agree otherwise, the dispute shall be submitted to either: (a) The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) [...] or, (b) If both parties to the dispute agree, arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations

ICSID 仲裁規則或 UNCITRAL 仲裁規則提請交付仲裁。因此，在此種類型規範下，投資者不能遽以雙邊投資協定提請交付仲裁，必須取得地主國政府之同意。此一方式地主國保留是否透過仲裁解決與投資人間之投資爭端最大空間之決定權及掌控權。而我國與日本所簽訂之台日投資保障協定第 17 條第 4 項則採折衷方式，規定需「在爭端雙方同意下」，始得將投資爭端提交國際調解或仲裁；但搭配第 17 條第 5 項課予締約雙方「促使其領域內有關機關同意爭端投資人提交調解或仲裁之要求」之義務，亦即雖未強制地主國預先同意仲裁，但締約雙方應促使地主國同意他方投資人提交仲裁之請求。

2. 仲裁前置程序及條件

投資協定中可能有提付仲裁的前提要件相關規範，如要求投資者必須符合以下要求¹⁸：

(1) 須先進行諮商 (consultation) 或協商 (negotiation)，此一規定之目的在於促使雙方先嘗試以善意解決爭端，而不用進入仲裁或其他爭端解決機制。因此，多數雙邊投資協定均規定投資人將爭端正式提交仲裁之前，必須先以書面通知對造國，且於經過一段期間後 (通常為 3 至 6 個月) 仍無法透過諮商或談判解決爭端時，才可以提交仲裁。

(2) 要求先將爭端提交地主國國內之行政救濟程序，讓地主國有先審酌的機會，但為保障投資人之權益，如果有此類前提條件通常會搭配規定：a. 行政救濟程序如果沒有在一定期間內做成，應視同該程序完結，允許投資人提付仲裁；b. 該行政救濟程序結果不應影響投資人提付仲裁之權利。因為該行政救濟程序是給地主國再一次審查機會，如果有不當之處可先行改正，或與

Commission on International Trade Law, as then in force. (4) Paragraph (3) of this Article shall not constitute, by itself, the consent of the Contracting Party required in Article 25(1) of the [ICSID] Convention [...].” (Emphasis added).”

¹⁸ 經濟部，國際投資協定應用篇，頁 131-132，2013 年 7 月。

投資人取得共識，且既然該程序不是投資人自願提出，即不應影響投資人提付仲裁之權利。此類型條件常見於中國大陸對外簽署的投資協定。

(3) 叉路條款 (fork-in-the-road clause)，即當投資人選擇一爭端解決方式 (自願性的選擇國內訴訟程序或國際仲裁程序) 後，須放棄再循其他爭端解決方式的機會。叉路條款的目的是避免投資人就同一爭端提付多個爭端解決程序而導致結果不一致的情形。

2012 年美國 Model BIT 第 25.1 條規定¹⁹：「各締約方同意依本協定提請仲裁應遵守本協定中本節相關規定。」此一規定在許多美國對外簽署之投資協定均可看到，美國亦曾經以此規定成功主張投資人須先滿足所有程序要件後，法院始具有管轄權，例如在 *Railroad Development Corporation v. Guatemala* 一案中，投資人根據中美洲與美國自由貿易協定 (DR-CAFTA) 提請仲裁，但仲裁庭認為其投資人對於在他場域進行仲裁之棄權有瑕疵，進一步認定該瑕疵阻礙同意要件之構成。然而，在某些瑕疵很容易被補正之情況下，仲裁庭已不太嚴格要求同意仲裁之前提要件條件的精確符合 (precise compliance)，如早期北美自由貿易協定 (North America Free Trade Agreement，下簡稱 NAFTA) 下許多仲裁案件，被訴國提出投資人未能符合同意仲裁之前提條件，包括如投資人未能尋求合議解決、仲裁意向書或仲裁通知書未在期限內提出等，其主張即經常未果。原則上，投資協定中文字規範越明確，仲裁庭則必須嚴格遵守其締約國所設立同意之前提要件相關規定，如 2004 年加拿大 Model BIT 第 26.5 條²⁰即規定：「不符合本條前述第 1~3 段之條件，則他締約方於本協定第 28 條之同意視為無效」²¹。

(二) ISDS 適用範圍 (the scope of ISDS)

¹⁹ 2012 US Model BIT, art. 25.1: "Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Treaty."

²⁰ Canada 2004 Model BIT, art. 26.5: "Failure to meet any of the conditions precedent provided for in paragraphs 1 through 3 shall nullify the consent of the Parties given in Article 28 (Consent to Arbitration)."

²¹ UNITED NATIONS, *supra note 12*, at 35-36.

締約國對投資協定中可提付仲裁之事項經常有特定限制，不同協定中締約國所同意得提付仲裁之事件類型亦有所不同，投資協定經常透過不同處及不同形式之規定形塑 ISDS 適用範圍。近期之國際投資協定中，締約國對可提請交付仲裁之爭端類型有進一步之管控，透過修訂或增加條款 ISDS 條款，以期提高 ISDS 仲裁之可預測性 (predictability)²²。

1. 決定 ISDS 適用範圍之核心條款

在不同投資協定中，締約國採用不同方法劃定可適用 ISDS 程序之爭端類型，有廣如「所有爭端」(all disputes) 皆可提請交付 ISDS 仲裁，也有對爭端類型範圍規範非常嚴格者，以下分別說明之：

(1) 「所有爭端」(all disputes)

部分國際投資協定對於可適用 ISDS 仲裁之爭端類型範圍相當廣，延伸到各類投資者與締約方地主國間發生之爭議均可提請交付 ISDS 仲裁，如 2009 年中國與秘魯自由貿易協定第 139 條即規定投資者與他締約國間就於他締約國領土內所發生與投資相關之任何爭議均可提請仲裁。其他類似之規定方式有 ISDS 程序適用於因投資而「產生」之爭端 (“arising out” of investment)；與投資「有關」之爭端 (“with respect to” an investment)；「關於」投資之爭端 (“concerning” an investment)；與投資「相關」之爭端 (“related to” an investment.)，其在文字使用上有些微差異，但基本上劃定範圍相同，為相當常見之規範方式。

(2) 違反投資協定之內容

部分投資協定所劃定的範圍則較窄，投資人只能針對地主國違反投資協

²² UNITED NATIONS, *supra* note 12, at 37-38.

定之行為提請交付 ISDS 仲裁，如 2009 年印度與韓國自由貿易協定第 10.21.1 條²³即規定只有當投資人提請就他締約國涉及本協定投資章節義務違反時，並且對投資人造成損失或損害時，始有 ISDS 條款之適用。此一規範方式範圍較前述「所有爭端」之方式為窄，將非以協定為基礎之控訴排除在外。

(3) 列舉特定類型

部分投資協定則係透過正面表列之方式，列舉地主國違反特定義務，而投資人可據以提請交付 ISDS 仲裁之情形。此一規範方式，其範圍寬窄不定，端看締約國雙方之約定。適用範圍較寬者，如 2009 年加拿大與約旦雙邊投資協定第 22 條²⁴即列舉數項投資者可據以主張違約之投資協定義務類型；部分投資協定 ISDS 適用範圍則較窄，僅規範當投資人遭到徵收時應給予補償，如 2000 年模里西斯與史瓦濟蘭雙邊投資協定第 8.3 條²⁵即規定當投資爭端係涉及徵收、國有化或其他與徵收或國有化具有相同效果之措施請求補償，可在進行諮商或談判後 6 個月仍未獲致解決時，提付 ISDS 仲裁。

(4) 違反投資協定、投資契約或投資許可

部分國際投資協定，尤其是美國對外簽署者，其 ISDS 適用範圍不限於對投資協定義務違反之控訴，但其同時又避免開放式地規範「所有爭端」皆可

²³ Comprehensive Economic Partnership Agreement between the Republic of Korea and the Republic of India, art.10.21.1:“..... This Article shall apply to disputes between a Party and an investor of the other Party **concerning an alleged breach of an obligation of the former Party** under this Chapter, which causes loss or damage to the investor or its investments.”

²⁴ Canada-Jordan BIT, art. 22:“An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under Articles 2 to 5, paragraph 6 (1), paragraph 6 (2), Articles 7 to 10 and Articles 12 to18, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.”

²⁵ Mauritius-Swaziland BIT, art. 8.3:“**If a dispute involving the amount of compensation resulting from expropriation, nationalisation, or other measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation**, mentioned in Article 6 cannot be settled within six months after resort to negotiation as specified in paragraph (1) of this Article by the investor concerned, it may be submitted to an international arbitral tribunal established by both parties.”

適用 ISDS 仲裁，如 2003 年新加坡與美國自由貿易協定第 15.15 條²⁶即明確規定投資者在締約國違反投資協定下義務、投資許可或投資契約下義務，並且對投資人造成損失或損害時可提出 ISDS 仲裁。此一規定方式介於前述過寬或過窄之規範，為 ISDS 立下明確之適用範圍²⁷。

2. 限制 ISDS 適用範圍之附加條款

部分投資協定會進一步使用附加條款限制 ISDS 之適用範圍，以下說明之：

(1) 排除特定產業／部門

一國國內依其經濟、政策之發展定會存在敏感性產業或部門，為地主國不願放棄其國內法院專屬司法管轄權者，在投資協定中即可能明確排除特定敏感產業或部門 ISDS 條款之適用，如 2009 年土耳其 Model BIT 第 9.4 條²⁸即規定與不動產相關之資產或權利應專屬於土耳其國內法院管轄，而不應提付國際投資爭端解決中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes，下簡稱 ICSID）或任何其他國際仲裁機構進行仲裁。另一保護敏感性產業或部門之規範方式，則是特別就特定產業或部門列出可適用 ISDS 條款之情形，如 2009 年約旦與加拿大雙邊投資協定第 21 條規定²⁹並未完全

²⁶ art. 15.15:” [...] (a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim: (i) that the respondent has breached (A) an obligation under Section B, (B) an investment authorization, or (C) an investment agreement; and (ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach”.

²⁷ UNITED NATIONS, *supra* note 12, at 38-41.

²⁸ Turkey Model BIT, art. 9.4:” The disputes, related to the property and real rights upon the real estates [sic] are totally under the jurisdiction of the Turkish courts and therefore shall not be submitted to jurisdiction of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) or any other international dispute settlement mechanism.”.

²⁹ Agreement of the Government of Canada and the Government of Jordan on the Promotion and the Promotion of Investments, art. 21:” Limitation of Claims with Respect to Financial Institutions With respect to: (a) financial institution of a Party; and (b) investors of a Party, and investments of such investors, in financial institutions in the other Party’s territory, this Section [on ISDS] applies only in respect of claims that the other Party has breached an obligation under Articles 13 [“Expropriation”], 14 [“Transfers”], or 18 [“Denial of Benefits”].” (Emphasis added).”

排除金融產業投資下 ISDS 條款之適用，而係特別列舉該項產業下投資人得適用 ISDS 條款之情形。

(2) 特定管制範圍或特定義務之排除

締約國在投資協定中會對其想要保留完整監管自主權（regulatory autonomy）而由國內法院管轄之領域，排除 ISDS 條款之適用，如 2009 年約旦與加拿大雙邊投資協定附件 4 爭端解決之例外中，即將以下情形排除適用 ISDS 仲裁：a. 根據加拿大投資法所做出與收購（acquisitions）有關之決定；b. 與加拿大競爭法管理或執行有關之決定；c. 根據一定約旦法規有關參與大型開發專案之相關決定。而 2007 年馬來西亞與巴基斯坦緊密經濟夥伴協定中則是排除所有與國民待遇或績效要求之爭端適用 ISDS 機制³⁰。投資協定中被締約國排除適用 ISDS 條款之爭端類型，當發生投資爭端時僅能訴諸國與國（state-state）爭端解決機制或是透過地主國國內司法體系解決。近期投資協定中最常排除之領域尚包括環境保護領域、國家安全利益領域及金融危機後涉及國家主權債務義務領域等。

(3) 「設立前」（pre-establishment）議題之排除

傳統投資協定係採「設立後」之保護模式，僅在投資人投資已在地主國建立後始予以保護，在這樣的情況下，締約國可完整保留其是否承認投資之自由裁量權；然而，越來越多的國際投資協定除對投資人設立後投資予以保護外，亦對於投資人「設立前」狀態予以保護，保證其不受歧視性待遇而得進入地主國市場。雖然投資協定中予以保護「設立前」狀態，但部分投資協定排除「設立前」保護適用 ISDS，如 2004 年日本與墨西哥自由貿易協定³¹及 2008

³⁰ Malaysia-Pakistan Closer Economic Partnership Agreement, art.98.13:” This Article [on ISDS] shall not apply to any dispute arising between a Party and an investor of the other Party on any right or privileges conferred or created by Article 89 [National Treatment] and 92 [Performance Requirements].”

³¹ Japan-Mexico Free Trade Agreement, art. 95:” Without prejudice to the applicability or non-

年加拿大與哥倫比亞自由貿易協定³²中，雖然均給予「設立前」階段保護，但卻排除其適用 ISDS。

(4) 時效期限 (limitation periods)

近期許多國際投資協定中 ISDS 條款均包含時效期限之規定，時效起算的時間點係以投資人得知或可得而知地主國違反義務對其造成損害或損失開始起算，因此投資協定中明確規定時效起算點是相當重要的。在許多仲裁案件中時效之起算點並非難題，但在侵害具持續性之案件中，應自何時起算不無疑問。國際投資協定中通常限制 ISDS 條款適用之時效期限為 3 年，部分則為 5 年。投資者於地主國國內法院起訴所花費之時間通常亦會計入，而後續相關時效計算之問題，亦值得深入研究探討。

值得注意的是，除了上述投資協定中 ISDS 適用範圍規定之相關條款外，ISDS 適用範圍很大一部分亦取決於協定本身，其包括：協定涵蓋範圍、適用協定之人員、協定適用之地理範圍及協定適用時間範圍等之解釋，對 ISDS 之適用範圍亦有相當程度之影響³³。

(三) 投資者可適用之仲裁場域及規則 (arbitral forums available to investors)

國際投資協定中對投資者可提出 ISDS 仲裁場域及適用規則並無統一規定，締約國可依其需求自行約定其可提出 ISDS 仲裁之場域、規則，不同投資協定所適用之仲裁場域、規則均有所不同且類型亦相當多元，以東南亞國家協會全面投資協定為例 (ASEAN Comprehensive Investment Agreement)，其可提出 ISDS 仲

applicability of the dispute settlement provisions of this Section or of Chapter 15 to other actions taken by a Party pursuant to Article 169, a decision by a Party to prohibit or restrict the acquisition of an investment in its Area by an investor of the other Party, or its investment, pursuant to that Article shall not be subject to such provisions.”

³² Canada-Colombia Free Trade Agreement, annex 837:” A decision by Canada under the Investment Canada Act, with respect to whether or not to permit an acquisition that is subject to review; A decision by a Party to prohibit or restrict the acquisition of an investment in its territory by an investor of the other Party pursuant to Article 2202 (National Security Exceptions).”

³³ UNITED NATIONS, *supra note 12*, at 38-49.

裁場域及適用規則：1.地主國國內法院或行政法庭；2.ICSID；3.ICSID 附加機制；4. UNCITRAL 仲裁規則；5.吉隆坡區域仲裁中心或其他區域仲裁機構。

雖然投資協定中 ISDS 仲裁場域及適用規則之規範呈現多樣化發展，而 ISDS 仲裁場域原則上可分為三種態樣：1.國際投資爭端解決中心（ICSID）：為解決投資人與地主國間爭端特別成立之組織；2.UNCITRAL 仲裁規則；3.國際商事仲裁常用之仲裁機構：斯德哥爾摩商會仲裁院（Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, SCC）、國際商會國際仲裁院（The International Court of Arbitration of International Chamber of Commerce, ICC）、倫敦國際仲裁院（The London Court of International Arbitration, LCIA）以及各區域／國家仲裁中心等。其中又以 ICSID 仲裁規則和 UNCITRAL 仲裁規則此兩項是最常被使用者，根據聯合國貿易與發展會議網站統計，截至 2014 年底共有 608 件已知之國際投資爭端案件，其中有 347 件依國際投資爭端解決中心（ICSID）提出，169 件依聯合國國際貿易法委員會規則（UNCITRAL），約已占投資者地主國爭端仲裁所有案件達 85%³⁴。

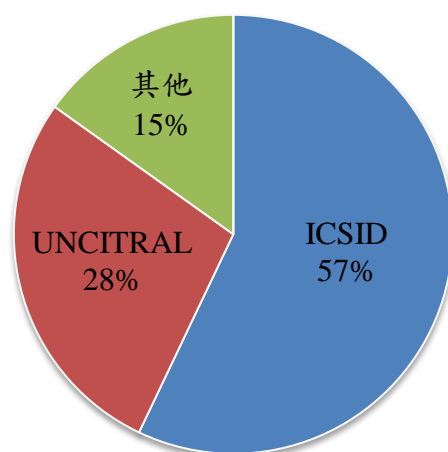


圖 2-1 ISDS 仲裁案件分布比例

³⁴ *Id.*, at 38-49.

第三節 國際解決投資爭端中心（ICSID）仲裁規則

一、ICSID 仲裁規則簡介

國際投資爭端解決中心（ICSID）乃係根據 1965 年「關於解決國家和其他國家國民投資爭端公約」（Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States，又稱華盛頓公約）所成立之國際組織³⁵。至 2013 年為止，共有 149 個國家為該公約簽署國，當地主國及投資者母國均為該公約簽署國，即可利用 ICSID 進行仲裁³⁶。根據華盛頓公約，ICSID 設立宗旨目的在於為外國投資者與地主國政府間投資爭端提供國際解決途徑，即在地主國國內司法程序外，另設國際調解和國際仲裁程序。但 ICSID 本身並不直接負責調解及仲裁業務，而是提供一份調解人員與仲裁人員名單，由當事者選擇指定，由被選定的調解人或仲裁人依公約的規定及管轄，作必要的調停或判斷。換言之，ICSID 僅係為因應個案組成之調解委員會或國際仲裁庭提供必要協助，便於其開展調解或仲裁工作。目前 ICSID 運作架構下的公約與規則共有以下 5 個：

1. 解決國家與他國國民間投資爭端公約（Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States）：為

³⁵ 顏慧欣，BIA 及 FTA（投資專章）等投資協定之我國立場分析及因應，中華經濟研究院，頁 61，民國 97 年 12 月。

³⁶ 除此之外，ICSID 另有一套 ICSID 附加規則（ISDS Additional Facility Rules），是由 ICSID 行政理事會通過，授權中心的秘書長處理在華盛頓公約管轄外之爭端案件的進程序，當地主國或投資者母國其中有一方非 ICSID 公約締約國時仍可利用 ICSID 之規則，在此種情況下 ICSID 僅為一爭端程序管理機構。ICSID 附加便利規則與 ICSID 仲裁規則非常類似，但仍有幾項重要之差別：ICSID 附加機構所做出之仲裁判斷不適用 ICSID 之撤銷程式（annulment procedure）；相反地，其判斷可在仲裁地之國內法院提出質疑，並依據紐約公約一關於承認和執行外國仲裁判斷，而 ICSID 公約本身並不適用爭端。在此方面，ICSID 附加便利規則與聯合國國際貿易法委員會仲裁規並無不同。

ICSID 組織憲章，其中規範 ICSID 內部組成機關、機關權限及爭端解決機制等。

2. 行政和財政規則 (Administrative and Financial Regulations)：由行政會議通過的調解及仲裁程序相關事項。
3. 申請調解和仲裁程序規則 (Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings) (Institution Rules)：申請調解或仲裁程序之要件。
4. 調解程序規則 (Rules of Procedure for Conciliation Proceedings) (Conciliation Rules)：規範調解程序之進行。
5. 仲裁程序規則 (Rules of Procedure for Arbitration Proceedings) (Arbitration Rules)：規範仲裁程序各階段之進行，包括仲裁庭的成立、爭端當事人書面或口頭上的陳述、仲裁判斷的準備等。

二、ICSID 仲裁程序

ICSID 仲裁程序規則分為 8 章，共計 56 條。仲裁程序規則第 1 章為仲裁庭之成立；第 2 章為仲裁庭之工作範圍；第 3 章為一般程序條款；第 4 章為仲裁之書面審理與言詞辯論；第 5 章為特別程序；第 6 章為仲裁判斷之做成；第 7 章規定仲裁判斷之解釋、修改與撤銷，第 8 章為一般性條款，以下就 ICSID 公約及 ICSID 仲裁程序規則規範下之 ICSID 下仲裁程序進行介紹。

(一) 仲裁程序之開始

締約國或國民欲提起仲裁，必須先向秘書長以 ICSID 官方語言（英文、法文或西班牙文）提出書面請求，表明希望進行仲裁程序之意思，亦可由當事人雙方共同為請求。申請人須先繳交規費，而後待秘書長於收到書面請求後，並確認該爭端屬於 ICSID 管轄範圍者，即登錄於仲裁登記簿上，並於登記當日通知爭

端雙方³⁷。秘書長登記後，當事人應儘速組成仲裁庭。

(二) 仲裁庭之組成

ICSID 公約第 37 條第 2 項³⁸規定，當事人雙方約定的仲裁人人數須為一名或奇數的數名；若雙方未事先約定，則仲裁人人數應為三人，由當事人雙方各任命一名，第三名首席仲裁人則由雙方協議定之。ICSID 公約第 38 條³⁹規定，若未能於秘書長登記後 90 日內組成仲裁庭，則 ICSID 行政理事會主席應當事人一方之要求並經諮詢當事人雙方後任命尚未任命之仲裁人，其所任命之仲裁人不得與當事人任一方相同國籍者。仲裁人依 ICSID 公約第 14 條⁴⁰規定應具有高尚道德品質，並在法律、商務、工業及金融具公認能力，若仲裁人不符上述要求一方可依 ICSID 公約第 57 條⁴¹規定請求取消其資格。至於仲裁人是否負揭露義務，ICSID 公約及仲裁規則就此並無特別規定。

(三) 仲裁程序之進行

1. 一般程序

(1) 審理程序前階段

ICSID 規則第 20 條及第 21 條分別就程序事項與實體事項爭議設有準備程序：程序預先協商（Preliminary Procedural Consultation）規定仲裁庭主席應主動釐清雙方在程序事項上之觀點，除非公約或行政理事會條例另有規定，往後仲裁庭進程序時應適用當事人間就程序事項達成之協定⁴²；審前會議（pre-hearing conference）則係基於秘書長的要求或仲裁庭主席裁

³⁷ Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, art. 6.1.

³⁸ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, art. 37.2.

³⁹ *Id.*, art. 38.

⁴⁰ *Id.*, art. 14.

⁴¹ *Id.*, art.57.

⁴² Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, art. 20.

量決定，得安排仲裁庭與當事人召開審前會議，以便交換訊息，確定無爭執之事實，加速程序進行。另一方面根據當事人的請求，亦可以安排仲裁庭與有授權代表代理的當事人召開審前會議，就爭議事項考慮是否能達成和解⁴³。

(2) 審理程序

根據 ICSID 仲裁規則第 29 條規定，一般程序分為書面審理 (the written procedure) 及言詞辯論 (the oral procedure) 兩階段。書面審理範圍包括雙方之申訴書 (memorial) 及答辯書 (counter-memorial)；若仲裁庭認為有必要或經雙方當事人同意，申請仲裁之當事人得提交第二份申訴書，對造亦可再提交第二份答辯書⁴⁴。申訴書的內容應包括相關事實的陳述、法律及主張與意見 (submission) 及請求之救濟；答辯書、回應申訴書及第二答辯書應包括對申訴書陳述事實的承認或否認、任何欲補充之相關事實、對申訴書法律陳述的回應及意見⁴⁵。言詞辯論程序除非經當事人雙方同意，原則上不對外公開，由爭端當事人、其代理人、律師、證人和專家參與⁴⁶。

2. 特別程序

(1) 臨時措施 (Provisional Measures)

臨時措施係當事人為保全證據或確保將來可執行財產，可請求法院為保全程序，以維護其權益。ICSID 的仲裁規則制定臨時措施規定，仲裁人有權依當事人請求命令採取臨時措施，或仲裁庭認為依情況有必要時得建議採取臨時程序，以維護當事人之權益⁴⁷。但須注意的是仲裁庭本身並無強制執行

⁴³ *Id.*, art. 21.

⁴⁴ *Id.*, art. art. 31.1.

⁴⁵ *Id.*, art. 31.3.

⁴⁶ *Id.*, art. 32.

⁴⁷ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, *supra* note 38, art. 47.

的權力，仍必須透過內國法院協助予以執行。

(2) 仲裁庭管轄權異議

由於異議屬於程序性抗辯，應為程序先決事項，故異議提出後，原則上應即中止實體問題之程序，主仲裁人與其他仲裁人協商後，應確定雙方對此異議提出意見的期限⁴⁸。當事人認為爭端或附屬請求不屬於中心管轄範圍或仲裁庭職權範圍，當事人應於提交答辯書期限屆至前向秘書長提出異議；如果異議涉及附屬請求，應在提交第二答辯書前提出，除非該事實於期限屆至後始為知悉，才得於到期後提出異議；仲裁人有權審視爭端案件即附帶請求是否屬於 ICSID 管轄範圍以及其職權範圍⁴⁹。若仲裁庭認為其有管轄權，則應出具理由書，並繼續進行未完成的實體問題程序；若仲裁庭認為該爭端不屬於中心管轄範圍或仲裁庭職權範圍，則應作成仲裁判斷⁵⁰。

(四) 仲裁程序之透明化⁵¹

ICSID 規則第 37.2 條規定，仲裁庭與雙方當事人諮商後，得接受非爭端當事人之第三人 (nondisputing party) 就爭端範圍內事項提交書面意見；然而，仲裁庭裁量是否接受第三人之書面意見時，應將下列幾點要素納入考量：該意見書對於爭端是否有幫助；該意見書是否為該爭端範圍內事項；以及提出意見書之非當事人之利益在程序中是否顯著⁵²。此一規定提升投資仲裁將公共利益納入考量之可能性，且從其規範文字中可看出，仲裁庭雖仍需與當事人雙方進行諮商，但其可不必完全遵循其意見，標誌著 ISDS 程序的一大轉變。

⁴⁸ Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, *supra* note 42, art. 41.3.

⁴⁹ *Id.*, art. 41.1-41.2.

⁵⁰ *Id.*, art. 41.5.

⁵¹ ICSID 在 2006 年實施一系列改革，主要改革之一為增加仲裁程序透明度相關規定，特別是公眾參與問題，其主要包括以下幾項重要修正：1. 公開審理的可能性；2. 非爭端當事方（法庭之友）提交書面意見之程序；3. 有條件公開仲裁判斷等。

⁵² Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, art. 37.2.

惟須注意的是，ICSID 第 37.2 條第三人提交書面意見與 ICSID 第 32.2 條第三人參與聽證會（hearings）之規定有所不同。ICSID 第 32.2 條規定仍須以雙方當事人雙方同意為基礎，若當事人中有一方反對，則第三人不得參與聽證會。之所以有此不同規定或可解釋為係 ICSID 試圖尋求程序透明化過程中，公共利益和當事人之私人利益間之平衡。然而，ICSID 透明化之進展不應以此為已足，在允許第三人可不經雙方當事人同意提出書面意見後，應可考慮允許非當事人無條件參與聽證會，使 ICISD 下 ISDS 仲裁透明化獲得進一步發展⁵³。

（五）仲裁判斷之法律效力

ICSID 規則第 46 條規定，仲裁判斷應於仲裁程序終結起 120 天內完成，必要時仲裁庭得再延長 60 天。

1. 仲裁判斷的解釋、修改與撤銷

（1）仲裁判斷的解釋

如果爭端當事人對仲裁判斷的意義或範圍有所爭議，任何一方可以向秘書長提出書面申請，要求對仲裁判斷做出解釋，此項要求應提交給作出仲裁判斷的原仲裁庭，如果無法提交給原仲裁庭，應另成立一新仲裁庭，原仲裁庭認為有必要時，在新仲裁庭作出解釋前，可停止執行原仲裁判斷⁵⁴。

（2）仲裁判斷的修改

任何一方發現對仲裁判斷有決定性影響的新事實時，可以向秘書長提出書面申請修改判斷，但該事實必須為已存在，但於做出仲裁判斷前為當事人

⁵³ UNITED NATIONS, Transparency, UNCTAD/DIAE/IA/2011/6, at 46, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/unctaddiaeia2011d6_en.pdf (last visited July 15, 2015).

⁵⁴ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, *supra* note 38, art. 50.

及仲裁庭所不知，且非因過失而不知⁵⁵。發現新事實後 90 日內或最遲於作成判斷後 3 年內向原仲裁庭申請，若無法提交給原仲裁庭，則應組成新仲裁庭為審理。仲裁庭得依情勢或當事人申請，停止原仲裁判斷之執行，直到對新事實的決定產生為止⁵⁶。

(3) 仲裁判斷的撤銷 (Annulment)

ICSID 收到撤銷仲裁判斷請求後，行政理事會主席應立刻從仲裁小組中任命三位成員組成專門委員會 (*Ad hoc Committee*)。專門委員會的成員不得為原仲裁庭之仲裁員，亦不得與原當事人之國民及與原仲裁人具相同國籍。專門委員會有權依 ICSID 公約第 52 條第 1 項規定之事由撤銷原仲裁⁵⁷，其所規範之撤銷事由如下⁵⁸：

A. 仲裁庭組成不當：主要是違反程序規則，例如仲裁人資格不符當事人之約定或 ICSID 規定，或是仲裁人之任命程序不當等。

B. 仲裁庭明顯逾越權限：從歷年案例可歸納出下列幾個情形，包括裁決的範圍超過仲裁協議的規定事項；仲裁判斷未適用適當之準據法等。

C. 仲裁人收受賄賂

D. 嚴重違背基本程序原則

E. 仲裁判斷不備理由：包括仲裁判斷未說明任何理由；仲裁判斷理由相互矛盾；理由不確定或是具假設性的；判斷理由與案件無關；理由不足或不當。

⁵⁵ *Id.*, art. 51.1

⁵⁶ *Id.*, art. 51.2-51.4.

⁵⁷ *Id.*, art. 52.3.

⁵⁸ *Id.*, art. 52.1.

撤銷仲裁判斷之請求應在做出判斷後 120 日內提出，如果是仲裁人受賄之情形，最晚應在做出仲裁判斷後 3 年內提出⁵⁹。撤銷仲裁判斷與一般國內的司法上訴程序有異，專門委員會不會對原仲裁庭在仲裁判斷中處理的實質問題加以審理，也不會對原仲裁庭的審理理由給予意見，其決定撤銷原仲裁判斷，原仲裁判斷將直接無效。撤銷仲裁判斷的效力是使爭端當事人得到第二次機會，由一全新組成的仲裁庭處理原爭端爭點。此外，撤銷仲裁判斷有法定的事由，以保護仲裁庭的審理權，至於國內法院之上訴程序，如認為審判結果不合法規，無論是程序法或實體法，皆可進行上訴審理⁶⁰。

2. 仲裁之承認與執行

仲裁判斷與執行之問題乃為該制度的核心價值所在，成為仲裁制度發揮其積極效力之原因，最早關於承認與執行仲裁判斷的國際習慣法是 1958 年「承認與執行外國仲裁判斷公約」(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards，下簡稱紐約公約)，紐約公約第 5.1 條列舉 5 款⁶¹、第 5.2 條列舉 2 款⁶²例外得拒絕承認與執行事由。ICSID 公約制定時，考量到紐約公約模式將破壞 ICSID 仲裁判斷應由其內部為審查機制之規定，而採取不同模式。為使 ICSID 公約締約國必須尊重並執行 ICSID 所作出之仲裁判斷，其規定判斷之拘束力與國內法院終局判決效力相同，締約國均受仲裁判斷約束，有義務承認並執行 ICSID 所作出之仲裁判斷。ICSID 公約此項規定異於傳統之國際仲

⁵⁹ *Id.*, art. 52.2.

⁶⁰ LUCY REED, JAN PAULSSON & NIGEL BLACKABY, *GUIDE TO ICSID ARBITRATION* 99 (2d ed. 2010)

⁶¹ 紐約公約第 5 條第 1 項列舉 5 款例外得拒絕承認與執行事由：：(一) 依據紐約公約第二條做出協議之當事人依對其適用之法律有無行為能力情形者，或該項協議之準據法無效，或當事人未指定準據法而依仲裁地國法律為無效；(二) 當事人之一造未獲關於選任仲裁員或仲裁程序之適當通知，或因其他原因未能出庭；(三) 所處理之爭端非為仲裁契約之標的，或不在仲裁條款之內，或仲裁判斷就仲裁契約範圍以外之事項為判斷。但交付仲裁事項之決定可與未交付仲裁之事項劃分時，仲裁判斷中屬於交付仲裁事項之決定部分得予承認及執行；(四) 仲裁機構之組成或仲裁程序與當事人之協議不符，或當事人對此無協議而與仲裁庭所在國法律不符；(五) 仲裁判斷對當事人無拘束力，或該仲裁判斷已經仲裁庭所在國或仲裁準據法之國家主管機關撤銷或停止執行。

⁶² 紐約公約第 5 條第 1 項規定 2 款：(一) 依該國法律，爭議事項不得提交仲裁者；(二) 承認或執行仲裁判斷有為該國公共政策者。

裁規則，在傳統的國際法下，國家主權不容侵犯，所以一國國內執行仲裁與否，是其主權行為，各國不得強制要求；然，華盛頓公約的締約國必須尊重並執行 ICSID 所做出之仲裁判斷，將國家管轄的主權讓步。但值得注意的是，雖然 ICSID 公約第 54 條⁶³使締約國放棄管轄豁免，但 ICSID 公約第 55 條⁶⁴保留國家豁免執行之主權。

第四節 聯合國國際貿易法委員會（UNCITRAL）仲裁規則

一、UNCITRAL 仲裁規則簡介

UNCITRAL 仲裁規則係於 1976 年 4 月 26 日由聯合國第 31 次大會正式通過所成立，並在聯合國所有會員國監督下運作。UNCITRAL 仲裁規則最初係為了私人間商事仲裁而創建，但在伊美索償法庭（Iran-US Claims Tribunal）中適用 UNCITRAL 仲裁規則作為其程序規範，顯現其作為投資人與地主國間爭端及國家間爭端之仲裁規則之可能性⁶⁵。目前，UNCITRAL 仲裁規則已成為僅次於 ICSID 仲裁規則最常被使用之 ISDS 仲裁規則。

聯合國國際貿易法委員會曾於 2010 年對 UNCITRAL 仲裁規則進行修訂，但現行國際投資協定中 ISDS 條款多數應仍係適用 1976 年 UNCITRAL 仲裁規則，本文考量到目前已有許多國家均已開始就其對外之投資協定進行檢討更新，勢必亦將更新其適用 UNCITRAL 之版本，故以下介紹之 UNCITRAL 仲裁規則 2010 年修訂之版本為主。在 2010 年進行修訂時，UNCITRAL 工作小組將 UNCITRAL 在 ISDS 仲裁中之適用納入考量，試圖將僅適用於 ISDS 程序之相關規定以附件

⁶³ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, *supra* note 38, art. 54:” Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State.”

⁶⁴ *Id.*, art. 55:” Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.”

⁶⁵ UNITED NATIONS, *supra* note 12, at 68..

形式納入 UNCITRAL 仲裁規則，但 UNCITRAL 工作小組為維持 UNCITRAL 仲裁規則之通用性，最終仍決定不納入 ISDS 相關之特別條款。然，UNCITRAL 工作小組一致認為國際投資協定下 ISDS 仲裁確實應提升其透明度，而於 2013 年 12 月日通過「聯合國國際貿易法委員會投資人與國家間基於條約仲裁透明度規則」。

二、UNCITRAL 仲裁規則內容

UNCITRAL 仲裁規則分為四章，共計 41 條條文。第一章介紹性規則規範規則之適用範圍、仲裁通知和代理等事項；第二章規範仲裁庭之組成；第三章規範仲裁程序；第四章則為仲裁判斷規定。

(一) 仲裁程序之開始

UNCITRAL 第 3 條規定，申請仲裁之程序係由一方當事人將仲裁通知書送交他方當事人，自他方當事人收到仲裁通知書之日起，為仲裁程序起始之日。

(二) 仲裁庭之組成

UNCITRAL 第 7 條規定仲裁人人數由當事人約定，若當事人未事先約定仲裁員人數，且在被訴人收到仲裁通知後 30 天內當事人未就只應指定一名仲裁員達成共識者，應指定三名仲裁人。UNCITRAL 第 8 條至第 10 條規定有關仲裁人任命之程序，就獨任仲裁人或三名仲裁人而有不同規定：獨任仲裁人時，在他各方當事人收到指定獨任仲裁員的建議後 30 天內各方當事人未就選擇獨任仲裁員達成約定的，經一方當事人請求，應由指定機構指定獨任仲裁員；三名仲裁人時，由雙方當事人各指定一名仲裁人，第三名仲裁人由已被指定的兩名仲裁員選定，擔任首席仲裁員，若未能於 30 日內選定仲裁人時則由指定機構任命。

UNCITRAL 仲裁規則第 11 條規定仲裁人負有揭露義務，如有任何情況可能使與

其聯繫的人對其公正性及獨立性有理由可懷疑時，應事前作出解釋。仲裁人一經任命或選定，亦應將此項情況向當事人雙方說明。UNCITRAL 仲裁規則第 12 條、第 13 條規定若存在可能對任何仲裁員的公正性或獨立性產生有正當理由懷疑的情況，應在被要求迴避之仲裁人的任命通知書發出後 15 日內，或在得知可要求該仲裁人迴避原因後 15 日內，發出迴避通知。若他當事人不同意迴避，或者被要求迴避之仲裁人不辭職，提出迴避之當事人可堅持要求迴避。此種情況下，該當事人應自迴避通知發出日起 30 日內，請求指定機構就迴避申請作出決定。

（三）仲裁庭程序之進行

UNCITRAL 仲裁規則第 17 條至第 32 條為仲裁程式進行相關規定。UNCITRAL 仲裁規則第 17 條規定強調給予當事人雙方公平待遇，以及給予每一方充分陳述其案情之機會。此外，如有任何一方當事人在仲裁程序適當階段請求開庭審理，仲裁庭應開庭審理，由證人包括專家證人出示證據或進行口頭辯論。若未提出此種請求，仲裁庭應決定開庭審理或是根據書面資料和其他資料進程序。UNCITRAL 仲裁規則第 20 條至第 22 條規定仲裁申請書及答辯書相關規定，雙方當事人應以書面形式將申請書及答辯書傳遞給各方當事人及每位仲裁人；在仲裁程式進行過程中，當事人可更改或補充其仲裁請求或答辯。UNCITRAL 第 23 條規定管轄權之爭議，仲裁庭有權力對其自身管轄權作出裁定，包括對與仲裁協議的存在或效力有關的任何異議作出裁定。當事人若欲主張仲裁庭無管轄權，至遲應在答辯書中提出；涉及反請求或為抵消目的而提出之請求，至遲則應於對反請求或對為抵消目的而提出請求之答覆中提出。UNCITRAL 第 26 條規定臨時措施相關規定，經一方當事人請求，仲裁庭可准予臨時措施。

（四）仲裁程序之透明化

UNCITRAL 於 2013 年 12 月通過「聯合國國際貿易法委員會投資人與國家間

基於協定仲裁透明度規則」(UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 下簡稱 UNCITRAL ISDS 透明化規則), 其主要規範內容包括: 仲裁啟動時向公眾公開仲裁資訊⁶⁶; 仲裁文件公開⁶⁷; 允許第三人及非爭端當事人之條約締約方提交書面意見⁶⁸; 審理程序原則上要公開進行⁶⁹等。UNCITRAL ISDS 透明化規則使 ISDS 仲裁過程及其結果近乎完全公開透明(除機密資訊和受保護資訊外), 公眾知情權在該領域將完全貫徹落實; 並且, 與仲裁有利益關係的第三人在仲裁庭允許下也可以提交資料, 陳述事實和表達意見, 對於公共利益之維護有很大改善。

(五) 仲裁判斷之法律效力

1. 仲裁判斷的解釋、修改與撤銷

UNCITRAL 第 37 條規定當事人在收到仲裁判斷後 30 日內, 任何一方當事人, 經通知他方後, 得要求仲裁庭就仲裁判斷進行解釋。仲裁庭應於收到要求後 45 日內作出書面解釋。至於仲裁判斷內容有計算上或任何謄抄、打字等類似性質之錯誤, UNCITRAL 規定仲裁庭得自行更正並通知當事人, 或由當事人於 30 日內提出更正之申請。

2. 仲裁之承認與執行

UNCITRAL 第 34 條規定, 仲裁裁決為終局性, 對各方當事人均具有拘束力。各方當事人應盡速履行所有仲裁裁決。但須注意的是, UNCITRAL 下之仲裁並非直接具有執行效力, 仍須依紐約公約相關規定及各國國內對於外國仲裁之相關

⁶⁶ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, art. 2

⁶⁷ *Id.*, art. 3; 所應公開之仲裁文件包括仲裁通知、對仲裁通知的答覆、申請書、答辯書以及任何當事人雙方所提交之進一步書面陳述或書面資料; 上述文件所有證物、專家報告和證人陳述證物清單; 非條約締約方或第三人所提交的任何書面材料、公聽會筆錄(若有); 仲裁庭命令、決定和裁決; 透明化規則第 3 條規定, 除第 7 條所規定機密資訊和受保護資訊外, 其他仲裁文件均應公開, 以及經任何人向仲裁庭提出請求, 應向公眾公開之專家報告和證人陳述。

⁶⁸ *Id.*, art. 4&5

⁶⁹ *Id.*, art. 6.

規定決定其效力。

第五節 投資人與地主國 ISDS 仲裁之優缺點

一、投資人與地主國 ISDS 仲裁之優點

(一) 吸引外國投資促進經濟發展

從總體經濟面而言，國外直接投資對被投資國之經濟效益包括資本形成、出口擴張與分散、創造就業機會、增加稅收、獲取新技術及現代化管理制度、透過產業關聯效果促進相關工業建立等，甚至對提昇國家之競爭力皆有相當程度的貢獻。此外，國外直接投資亦促使投資國與被投資國雙方的國內的市場和全球經濟體系能更密切的整合，而這種整合的速度絕非傳統貿易交流所能比擬。因此，外國投資對一國經濟發展具相當程度之重要性。而外國投資人進行海外投資時，往往面臨許多商業及非商業性之風險，其中政治風險更經常對投資人之資產造成莫大損害，投資協定中納入 ISDS 制度，可加強投資人對投資環境之信心，吸引投資人投入，進而獲取外國投資所帶來之利益、促進經濟成長。或有論者以為，在締約國間國內法制環境均健全之情況下，當發生投資爭端時，投資人應可透過地主國國內法院尋求救濟或國與國間爭端解決即為已足，無須賦予投資人如此大權力，可直接向地主國提出仲裁。

ISDS 制度將投資爭端統一於仲裁庭解決，一方面能直接適用雙邊投資協定，另一方面能透過仲裁判斷個案的累積，增加對投資協定條款之了解，提高對爭端解決結果的可預測性，進而提升對投資人權利之保障；此外，相較於國內法院可能受到地主國干預，仲裁庭之中立性可獲得投資人之信任。綜前所述，若能夠借重 ISDS，使投資人擁有直接提付仲裁之權利，可加強投資人權益之保障，提升外國投資人信心，促進外國投資的流入而達成發展國內經濟之目的。

(二)「仲裁」符合國際投資性質

訴訟外紛爭解決機制(Alternative Dispute Resolution)提供當事人法院訴訟以外的糾紛解決途徑，而仲裁為其中最重要的機制之一。國際商事爭端樂於採取仲裁程序的原因在於：一、仲裁制度可避開各國因法律體系不同所產生的司法差異；二、當事人可合意選擇共同信任且具特定專業之人士擔任仲裁人，因為法官不一定對技術性問題有所認識或嫻熟；三、可聲請國際仲裁者不限於國家，國際組織、個人或私法人亦可利用仲裁機制；四、仲裁程序具有機密性，可保護當事者欲維護之機密；五、仲裁程序較司法程序快速且費用經濟，同時兼具效率及彈性；六、仲裁判斷與法院確定判決有相同的效力，得以據以聲請強制執行，有效保障當事人權益。在國際商務下尤其注重速度、交易關係與保密性之情況下，仲裁具有上述之優點，因此相當受到歡迎。而國際投資為商業活動之重要一環，企業在從事投資活動之時，所關注者不外乎整體經營策略調配及企業獲益，當發生投資爭端時，與國際商務相同亦相當注重爭端之迅速解決及企業投資活動與交易關係之保密，故仲裁為一相當適合解決國際投資爭端之方法。

二、投資人與地主國 ISDS 之缺點

如前所述，ISDS 制度提升對外國投資人之保護，進一步促進地主國國內之經濟發展；然而，為吸引外國投資而賦予外國投資人直接向地主國提出仲裁之權利，同時對地主國之權力造成相當程度之影響，由地主國角度觀察並非有益無害，亦因此引發地主國對 ISDS 制度之疑慮，包括澳洲及部分開發中國家均曾明確表示其對 ISDS 仲裁之反面態度。其中澳洲政府因 Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia 一案（下簡稱澳洲菸品包裝案）面臨 ISDS 機制對其國內所造成的危機；而拉丁美洲等開發中國家則因近年來成為最常被控訴之國家，唯恐 ISDS 仲裁需負擔之鉅額費用對國內財政支出造成影響，而選擇迴避對 ISDS 仲裁之適用。以下就反對 ISDS 機制者(地主國)所提出 ISDS

現行制度之數項缺失進行說明。

(一) 國家主權受侵害

ISDS 仲裁提供外國投資人顯著之實質及程序性權利，讓私人仲裁員獨立發展相關規範和條款之解釋，而欠缺審查及平衡系統，通過這種資助的權利和立法權力轉移，ISDS 仲裁可能破壞法律制度和政策在國內。(行政、立法權) 規制權力限縮。近年來越來越多的 ISDS 仲裁案件涉及公共利益問題，如環境保護、健康安全或勞工人權等，ISDS 仲裁允許投資人直接向地主國就可能損及其投資相關權利之行為提出控訴，在面臨涉訟以及可能付出高額賠償金負擔下，政府行使其規制政策權力將可能受到相當程度的影響，甚或將產生「寒蟬效應」(chilling effect)，進而引發「向下競爭」(race to the bottom)，對於全球環境衛生安全等攸關公共利益事項相關法規標準的發展無疑是一大威脅，對民主立法過程以及各國政府治理權構成嚴重威脅。

在歐盟所發布 Business Europe 有關 ISDS 仲裁立場文件中強調：「ISDS 仲裁裁定在任何情況下都不會要求一國撤銷其國內法律、法規或任何其他措施，即使該法律、法規或措施已違反了雙邊投資協定。ISDS 仲裁人僅就如補償等做出判斷。」但此一主張毫無說服力。ISDS 仲裁庭通常判斷地主國應給付金錢賠償外，同時亦有權命令政府撤銷具爭議之措施，如在 Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia 一案中，先前仲裁庭即曾作出裁定，除金錢賠償外，亦要求該國暫時吊銷或撤銷菸品管制法令。縱使未來針對 ISDS 仲裁相關規定進行修改，明確規定「一國不能被強迫廢除相關法規措施」，如同歐盟與加拿大全面性經濟合作協定中已明確規範雙方均保留其攸關合法政策制定之規制權，但這樣的規範是否完整不無疑問。即使仲裁人不能強迫各國撤銷系爭法規措施，但攸關數十億美元鉅額補償的爭端一旦被提出，難謂不會對地主國形成威脅，進而「自願性」取消系爭法規措施。於此前的先例已有：德國政府降低

對燃煤電廠環境限制措施，以解決與瑞典能源公司 Vattenfall 間之投資爭端；紐西蘭宣布在澳洲與 Philip Morris 菸品素面包裝案獲得解決前，推遲其國內菸品素面包裝措施之推行；以及 Ethyl vs Canada 一案中，最終結果加拿大政府支付 1600 萬美元，並決定撤銷系爭對有毒化學品之貿易限制措施。而在過去 NAFTA 實行滿五週年時，前加拿大政府官員亦曾告訴記者：「每次當有新的環境相關法規提案，往往會收到數封來自紐約及華盛頓律師事務所來信關切毫無例外，亦因此有許多新提案只能塵封相抵而無機會能見天日。」以上數項 ISDS 仲裁先例均再再顯示 ISDS 仲裁對政府規制權產生「寒蟬效應」，而使人對現行 ISDS 仲裁制度感到憂心忡忡。

（二）仲裁程序問題

1. 仲裁人獨立性和公正性疑慮

擁護 ISDS 仲裁者認為：「由於在部分國家權力分立與司法獨立性的存在並不明顯，ISDS 仲裁提供投資人一個向以專業及技術作為其後盾之仲裁人尋求獨立、公正判斷的機會」；同時，其亦將 ISDS 仲裁定義為一「中性、以事實為基礎、客觀」之機制；然，實際上仲裁人似往往已預設對投資者較為有利之立場。仲裁人選任疑慮，雖然仲裁人原則上應依循仲裁人道德守則公平公正進行仲裁判斷，但越來越多爭端當事人認為仲裁人對於仲裁結果早有偏見或早已預先安排好。特別是有些當事國會特別指派對其案件具有同情心者擔任仲裁人，或者是以將來可能再度被指派之誘因，而做出符合指派人利益之判斷。

根據前述不論是 ICSID 仲裁規則或 UNCITRAL 仲裁規則，仲裁庭通常係由三位以此營利之仲裁人所組成，其不若法官為終身職、每月領取固定薪資，而係依個案支領，每日費用約 3000 元美金甚或更多。如投資律師 Lord Goldsmith 所言，仲裁人淪為：「法官待雇—其薪酬仰賴於下次受任命」，而在 ISDS 仲裁僅投

資人可提出控訴的單邊系統之下，使仲裁人有強大的誘因與投資人站在同一邊，對投資者為更友善之判斷將有助於其日後提出更多 ISDS 仲裁，同時也保障著仲裁人未來受任命之機會以及收入來源。根據學者的實證研究亦證實，仲裁庭的確傾向於針對投資協定中之法律爭議擴張解釋解決爭端。如果 ISDS 機制目的旨在於提供以理性、公正、中立原則為基礎，提供投資人與地主國間爭端公正且獨立之判斷程序，則在因投資協定條款規範模糊而生法律爭議之情形下，應相當程度衡量原、被告國間均衡而為法律的解釋及適用以解決爭端。惟證據顯示，仲裁庭傾向於為較有利於投資人一方之解釋，此一運作方式提升 ISDS 機制對控訴者補償之承諾，但同時亦提升地主國所面臨之責任風險。

2. 仲裁程序透明度不足

ISDS 仲裁涉及國家與私人間之爭端，且近年來其所處理之議題越經常涉及攸關公共利益之事項，ISDS 仲裁繼續適用國際商務仲裁模式，程序開啟至結束，公眾往往對攸關己身利益事項毫無參與機會，難謂妥適且亦招致許多批評。在廣大批評聲浪中，目前已有部分投資協定對 ISDS 仲裁透明度改善做出努力，在對外投資協定中加入提升透明度條款，以反映 ISDS 同時涉及國際公法及國際商務仲裁公私層面結合之本質。ISDS 仲裁透明化最主要論述圍繞在：1. 仲裁程序是否應該公開；以及 2. 是否應向公眾公開一定資訊，包括仲裁程序意向通知書、爭端當事人提交仲裁庭之答辯狀 (pleadings)、意見書 (submissions)、臨時決定 (interim decisions)，證據資料及最終判斷等。此外，ISDS 仲裁透明化亦討論到非當事人雙方之第三人參與，尤其是「法庭之友」(amicus curiae) 相關問題，如 ISDS 仲裁庭在在何種情況下應接受或拒絕法庭之友意見書。但須注意的是，ISDS 仲裁長期遵循國際商務仲裁特性，程序上強調其保密性、封閉性以及商業因素考量，而此亦為當事人選擇仲裁此一爭端解決方式之主要誘因之一，因此在倡議提升 ISDS 程序透明化之同時，亦應思考如何在當事人需求與公共利益間取得平

衡。

3. 仲裁判斷解釋不一致或錯誤—欠缺上訴機制

現行國際投資法領域並無一全球性多邊協定，而係由各國分別對外簽署投資協定，目前全球有超過 3000 個國際投資協定，縱使許多國際投資協定中的規定非常相似甚至雷同，但 ISDS 仲裁庭因非常設而係依個案 (ad hoc) 組成，仍傾向於依個案情形而為不同解釋。由目前可得已公開之 ISDS 仲裁判斷即出現許多不一致之判斷，其中包括對相似或雷同之條款而為不同的法律解釋，或者是就對相同事實而為不同評估，如公平公正待遇義務，由於其文字規範較為抽象，亦因此呈現出多元的解釋方式。對於投資協定條款解釋的不一致，導致對於投資協定義務的不確定性 (uncertainty)，以及對於未來類似案件判斷的不可預測性 (unpredictability)。

錯誤的 ISDS 仲裁判斷是另一隱憂，因為在現行制度下，不論是依據 ICSID 仲裁規則和 UNCITRAL 仲裁規則作出 ISDS 仲裁判斷均為具約束力之終局判決，而無有效審查機制如上訴、再審等。雖然 ICSID 公約設有「撤銷」(annulment) 制度或是透過國內法院進行審查，但是其管轄權範圍均非常狹隘，即使發現明顯之法律錯誤，亦無權限撤銷或更正原判斷；此外，ICSID 撤銷程序的仲裁庭亦係依個案所組成，可能再度做出不一致之解釋，而再度侵蝕投資法之可預見性。ISDS 仲裁人就重要問題下判斷卻欠缺有效之審查機制，難謂已予當事人雙方足夠之程序保障。因此，是否應建置一類似於 WTO 爭端解決機構之上訴機制以提高判斷之一致性及可預測性，係 ISDS 仲裁中各界所共同關注之重要議題之一。

(三) 仲裁成本及時間的耗費

ISDS 機制與其他爭端解決方式相比，乃一相對兼具效率與彈性且成本較低之方式，此點固然適用於部分國內司法機制較不健全之國家，如印度；但是，在

ISDS 歷經多年實務運作後，數據顯示 ISDS 並非總是如想像中兼具效率彈性且低成本。觀察 ISDS 仲裁過去實務運作，每一仲裁案件的花費，包含法律費用及仲裁庭費用，往往高達 800 萬美元，此一金額對於較貧窮之開發中國家而言，無疑是國家財政之重大負擔。且縱使該政府最終贏得仲裁，仲裁庭大多不會命令提請仲裁之投資人支付應訴國應訴相關花費；同時，對於投資人而言，尤其是中小企業，此項高額花費卻是也一大考量。

至於時間的耗費，專門處理 ISDS 仲裁之大型法律所通常會有專業律師群負責針對仲裁案件進行深入研究，包括每一仲裁候選人之背景、厚重之案件相關資料以及雙方之主張等等，其通常索取高額費用。許多案件由於必須投注大量時間及資源研究相關法律見解及先前仲裁案件，許多法律議題耗費多年，最終仍未能解決。

(四) ISDS 對提升投資效益被誇大

支持投資協定中納入 ISDS 條款者之主要論點之一乃透過加強對外國投資人保護，可進而吸引、增加外國對本國之投資；但是，投資協定的保護和外國投資量間的關聯性並不明確，經濟學家透過計量經濟模型研究發現，部分投資協定固然對投資人有吸引力，但部分則無；並且，質性研究亦顯示投資協定並非投資者決定是否進行海外投資的關鍵性要素。此外學者亦指出，在 2010 年歐盟委員會（European Commission）曾針對 300 家歐洲企業進行投資協定相關性之訪談，其中一半的企業甚至對投資協定一無所知，顯見投資協定對於其進行海外投資決策的相關性並不如想像中來得高。

綜上所述，ISDS 仲裁對國家主權形成威脅，干涉國家公共政策規制權、妨礙國家公權力的正常行使，對國際法律秩序構成威脅，使人懷疑其合法性；其次，仲裁案件案件解釋不一致，使人對於 ISDS 仲裁庭解釋投資協定之能力產生懷疑，

減損投資人對投資協定保護功能之合理預期，亦有違一成熟法規範所應具備之嚴肅性，同時也使國家對於國內行政、立法和司法行為是否符合國際投資法之合法性缺乏判斷標準；復次，仲裁人公正性及獨立性遭到懷疑，恣意擴大解釋協定保護義務的惡例頻傳，各界出現許多質疑仲裁人職業素養及道德操守之聲音，並對涉及重要公共議題事項交付仲裁人之公正性提出質疑。一些一貫主張將仲裁作為解決投資爭議的最佳方法的學者，近年來也紛紛對過分偏袒投資者而嚴重忽視東道國國家利益的仲裁判斷提出嚴厲的批評；又次，ISDS 仲裁似已賦予外國投資人較國內投資人更好之保護及待遇，形成國內外投資者間的不平等待遇，似亦違反投資法領域根本性的公平待遇和公平競爭原則。所謂合法性 (legitimacy)，又稱正當性，係指一法律制度受人認可認同之程度，觀察前面所提出對 ISDS 仲裁之批評、產生之負面影響，可知目前 ISDS 仲裁制度正面臨合法性危機。

第叁章 支持 ISDS 的國家及其 ISDS 制度之最新發展

歐洲乃雙邊投資協定之發源地，也是目前世界上對外簽署最多投資協定之地區，自 1960 年以來，歐盟成員國已與其他國家談判並簽署 1400 多個投資協定，主要目的有二：一為確保歐洲企業海外投資的安全，二是吸引更多外國企業赴歐投資，其中多數投資協定均納入 ISDS 機制。歐盟在 2009 年里斯本條約生效後，對外國直接投資取得新權限，其對外投資協定中是否納入 ISDS 條款及其發展值得關注；美國於 1970 年代起亦跟進西歐國家腳步，開始對外簽署投資協定，爾後挾其經濟實力居於全球投資規範發展之領導地位，NAFTA 下投資章節更是成為其他國家對外簽署投資協定之標準，其中 ISDS 條款的先進規範亦成為其他國家仿效學習之對象。以下本章第一、二節將分別介紹 ISDS 機制主要支持國家—歐盟及美國目前對外投資協定中 ISDS 條款內容以及 ISDS 面臨各界批評現況下其所作之改革，第三節則介紹美歐雙方目前進行談判中，全球最大區域協定之一的跨大西洋投資與夥伴協定（TTIP）下，歐盟及美國對於 ISDS 機制內容設計的最新發展。

第一節 歐盟

一、歐盟對外投資保護政策

在 2009 年 12 月 1 日里斯本條約生效前，外國直接投資政策領域係由歐盟及其成員國進行分工，在對外簽署雙邊投資協定時，分別就投資市場進入及投資保護等事務擁有簽署資格。亦即，歐盟僅得就投資市場進入與投資自由化事項對外簽署雙邊投資協定，從而協定中欠缺投資保護之規定；而其成員國則僅得就投資促進與投資保護之事項對外簽署雙邊投資協定，因此協定中多無有關投資市場進入之規定。惟歐盟執委會（European Commission）認為此等權限分歧之情形，

不利於整體對外投資政策之落實，不若美國對外進行談判時可結合投資市場進入及投資保護雙方面同時進行談判，為其不足之處⁷⁰。里斯本條約生效後，歐盟取得共同貿易政策的專屬職權，為防止會員國單獨對外貿易政策破壞歐洲內部市場的一致性，里斯本條約明文規定歐盟對談判與簽署投資協定享有專屬職權，加強歐盟在多邊外國投資談判的角色。從 2009 年歐洲法院對於雙邊投資協定的判決可以推論，未來會員國將不得再與第三國締結雙邊投資協定，而是由歐盟與第三國簽署雙邊投資協定⁷¹；而在對外洽簽自由貿易協定時，歐盟亦可納入投資專章之談判⁷²。

在歐盟取得談判簽署投資協定專屬職權後，歐盟執委會於 2010 年所發布一項國際投資政策溝通文件中表示，在里斯本條約生效前，成員國對外簽署之投資協定多納入投資人與地主國爭端解決機制，在歐盟成員國將投資政策權限移轉與歐盟後，其為歐盟所承繼之重要部分之一；加上外國投資係與地主國建立之長期合作關係，當遇到投資爭端時並非可輕易轉移到其他市場解決。此外，ISDS 機制是吸引外國投資重要誘因之一，若移除之可能使外國投資人卻步，喪失外國投資人之吸引力。基於此些原因，歐盟執委會表示未來歐盟對外簽署投資協定，在投資保護方面仍會納入投資人與國家爭端解決機制⁷³。而溝通文件中特別強調此一全新 ISDS 仲裁機制應遵守兩項重要原則：一為 ISDS 爭端仲裁應符合透明性，包括公開聽審會，公布仲裁請求、書狀、法庭之友書面文件以及仲裁判斷等；二為採用半常設性的仲裁庭與上訴程序。

⁷⁰ Marc Maes, *Investment protection in the EU-US Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Mar. 5 2014, available at

<http://eu-secretdeals.info/upload/2014/02/Investment-in-CETA-MarcMaes-S2B-analysis-140306.pdf>.

⁷¹ 陳麗娟，里斯本條約生效後歐盟投資保護協定之研究，貿易政策論叢，第 15 期，頁 73-96，2011 年。

⁷² 陳稚卿，投資地主國爭端解決機制在跨大西洋貿易與投資夥伴協定面臨的困難與挑戰，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，164 期，頁 1，網址：

<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no164/1.pdf>。(最後瀏覽日：2015 年 7 月 15 日)。

⁷³ *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, at 9, COM(2010)343 final.

根據溝通文件所揭示之原則，歐盟未來與其他國家洽簽條約或協定時，在 ISDS 機制之設計上有兩種可能的模式：一為不另訂一套新的仲裁程序規則，而是列舉數項目前國際間常用之仲裁規則以供當事方選擇；二為特別為歐盟制定一套量身訂做的新仲裁規則，做為歐盟對外洽簽自由貿易協定投資專章或投資條約的標準條款。其中第一種模式，似乎與歐盟之初步構想並不完全吻合，因國際間常用於解決投資爭端之仲裁規則，未能充分符合歐盟對於透明性的期待，縱使某些程序規則得依當事人合意予以修改，不過目前國際間處理投資仲裁案件，仍欠缺半常設性的仲裁庭及上訴程序。此外，現有之仲裁規則某些部分並不適用於歐盟，如 ICSID 公約開放與世界銀行成員國或國際法院(International Court of Justice, ICJ) 成員國簽署，但歐盟為一國際組織，前述二標準歐盟均不符，雖可考慮建議修正 ICSID 公約以利歐盟加入，但修正 ICSID 公約並非易事。第二種模式，參考現有國際投資仲裁機制及歐盟會員國在投資仲裁之實務運作經驗，制定全新的仲裁規則，以期符合歐盟揭示之原則。若為來制定全新的仲裁規則，則其應包括仲裁程序發動至仲裁判斷承認與執行各個階段所應適用之相關規範⁷⁴。

二、歐盟與加拿大全面性經濟夥伴協定中的 ISDS 條款

2013 年 10 月歐盟與加拿大全面性經濟夥伴協定 (Canada-European Union Trade Agreement, 下簡稱 CETA) 係歐盟取得對外談判投資保護規範權限後，對外簽署納入投資相關規範的第一個協定，使歐盟所有投資人首次對外立於相同地位；同時，CETA 也是歐盟首次就投資保護規範進行重要變革，在維持歐盟追求制定合理公共政策目標（如保護健康、安全或環境）之際，同時引進高標準之投資保護規範。其中 ISDS 制度較以往更有大幅度之變革，試圖改善現有 ISDS 制度積弊⁷⁵。CETA 第 10 章為投資章，分為六節，分別規範範圍與定義、投資之

⁷⁴ 李貴英，論歐洲聯盟國際投資政策之法律規範，歐美研究，第 42 卷第 2 期，頁 339-389，2012 年。

⁷⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)*, Dec. 3, 2012, available at

設立、不歧視待遇、投資保護、保留與例外及 ISDS 條款。第 6 節 ISDS 條款自第 10.17 條至第 10.43 條，共計 26 條。以下就 CETA 中 ISDS 條款中重要規範進行介紹。

(一) 仲裁管轄範圍

CETA 第 10.17 條⁷⁶規範仲裁管轄範圍，依本條規定投資人不能僅因為其投資利益可能受影響而提出仲裁，僅限於在違反 CETA 投資章第 3 節不歧視待遇、第 4 節投資保護規範，並且投資人因此受有損害時，始得提出仲裁⁷⁷。此外，同條第 3 段亦規定不得透過虛假程序、隱瞞或任何其他濫用程序之行為以提出仲裁，如 Phillip Morris 一案中國籍安排方式即被禁止，至目前為止無任何其他投資協定中 ISDS 條款有此一規定⁷⁸。而了追求仲裁之迅速性，CETA 下 ISDS 設有快速追蹤系統（fast track system）以在短時間內駁回顯無根據（unfounded）⁷⁹或瑣碎（frivolous）⁸⁰之控訴。

(二) 事前同意仲裁及其限制

CETA 第 10.24 條⁸¹規範事前同意仲裁，各締約方同意就依本協定本節規定所提出之仲裁。但第 10.21 條對提交仲裁有一定條件限制，申請人必須符合相關期間以及格式要求；此外該條亦規定禁止平行訴訟，企業不得同時在地主國國內法院、其他國際法庭及 ISDS 仲裁庭尋求救濟。總言之，CETA 締約方雖已事先同意，但提出仲裁須符合第 10.24 條所規定之要件。

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf (last visited July 15, 2015).

⁷⁶ Canada-European Union: Comprehensive Economic and Trade Agreement, art. X.17.

⁷⁷ *In focus: Comprehensive Trade and Economic Agreement (CETA) Questions and answers*, EUROPEAN COMMISSION, available at

<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/questions-and-answers/> (last visited July 15, 2015).

⁷⁸ EUROPEAN COMMISSION, *supra note* 76.

⁷⁹ Canada-European Union: Comprehensive Economic and Trade Agreement, *supra note*, art. X.29.

⁸⁰ *Id.*, art. X.30

⁸¹ *Id.*, art. X.24.

(三) 仲裁程序之開始

CETA 第 10.18 條、第 10.19 條分別規定諮商及調解，當發生投資爭端時，當事人雙方應先盡力透過諮商或調解尋求解決，且 CETA 訂有法定期間 (statutory limits)，諮商應於 3 年內提出。當無法透過諮商或談判獲得解決時，始得提交仲裁。

(四) 仲裁庭之組成

CETA 第 10.25 條⁸²規定仲裁庭之組成，除非當事人雙方另有約定，通常情況下，將由三位仲裁人進行仲裁，其中兩位由爭端雙方自行選任，第三位首席仲裁人 (presiding arbitrator) 則從歐盟與加拿大預先同意之仲裁人名單內選任，此制度將確保至少有三分之二之仲裁人係雙方所同意。若於 90 日內未能組成仲裁庭或雙方無法決定獨立仲裁人 (sole arbitrator)，依當事人雙方要求，ICSID 秘書長應自歐盟與加拿大預先同意之仲裁人名單內選任仲裁人；若未建立前述之名單，ICSID 秘書長依其裁量權限指派仲裁人，除非雙方同意，不得指派與任一當事人相同國籍之仲裁人。此外，為了確保仲裁人之獨立性及公正性，CETA 亦定有仲裁人行為準則 (binding code of conduct)，若仲裁人被認定未遵循此準則時，將會被要求迴避或離職⁸³。

(五) 仲裁之進行

1. 非爭端方之締約國得就協定解釋提出意見

CETA 第 10.35 條第 2 段規定，仲裁庭應接受非爭端方之締約國就協定解釋提出口頭或書面陳述，或經與爭端當事人諮商後，得邀請非爭端方之締約國就協定解釋提出口頭或書面陳述。非爭端方之締約國亦可參加依本節所舉辦之聽證會

⁸² *Id.*, art. X.25.

⁸³ *Id.*, art. X.25, ¶¶ 5-11.

(hearings)。

2. 臨時措施 (interim measure)

CETA 第 10.31 條規定暫時處分，為維護爭端當事人之權益或確保仲裁庭管轄權為有效，仲裁庭得為臨時措施。

3. 合併審理 (consolidation)

CETA 第 10.41 條亦規定合併審理程序之相關規範，當基於同一事實背景，具有相同事實或法律基礎之仲裁案件被分別提出時，當事人雙方可尋求合併審理。

4. 準據法

CETA 第 10.27 條規定仲裁應適用之準據法。本條規定中特別設有「安全閥」(safety valve) 規定，雙方依本協定成立之服務與投資委員會 (Committee on Services and Investment) 有權作出具拘束力之解釋，允許其影響法院對投資條約之解釋及矯正潛藏之錯誤解釋，目的係為確保雙方對協定解釋之控制及影響力⁸⁴，作為保障權利之另一種形式。

(六) 仲裁程序之透明化

CETA 第 10.33 條規定仲裁程序之透明化適用 UNCITRAL 透明化規則相關規定。為確保 CETA 下 ISDS 之透明度，當爭端不涉及商業機密及地主國國內法律被認為機密資訊隱私時，有關係爭端之所有文件 (包含當事人提交之文件及仲裁庭之決定) 應公開於網站上；聽證會應公開舉行，利益團體 (非政府組織及

⁸⁴ EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 76.

貿易聯盟) 亦可提出意見書，且仲裁庭及當事人不得拒絕該意見書之提出⁸⁵。

(七) 仲裁判斷

CETA 第 10.36 條規定仲裁判斷之內容，根據本條規定仲裁庭仲裁庭只可單獨或一併裁決命相對人給付金錢損害賠償與其相關利益，及／或返還財產；且仲裁庭不可為懲罰性賠償之判斷。並且，仲裁判斷僅就特定案件於當事人間具拘束力；此外，本條更領先所有投資協定，首次明確規定訂規定敗訴方須承擔訴訟費用，不僅可避免 ISDS 機制被濫用也可以避免政府在成功防禦後仍須負擔訴訟成本⁸⁶。

(八) 上訴機制

CETA 第 10.42.3 條規定本協定下之服務與投資委員會應就本章可能改進方向進行討論，特別是是否建置上訴機制針對法律問題進行審查之可能性。設立上訴機制此一倡議最早出現於前述 2010 年歐盟執委會所提出的溝通文件中，美國對外簽署之投資協定中亦有相同規定，CETA 中設立上訴機制之規定，係繼美國後第一個納入此一規定之投資協定⁸⁷。

第二節 美國

一、美國對外投資保護政策發展

繼歐洲國家於 1960 年代雙邊投資條約 (Bilateral Investment Treaty, BITs) 的成功，美國於 1977 年確立採用雙邊投資協定範本 (下簡稱 Model BIT) 進行雙邊投資協定及自由貿易協定下投資章節之談判，而其程序由國務院和美國貿易代

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

表辦公室（Office of the United States Trade Representative, USTR）共同管理。最初版本的「Model BIT」於1981年完成，美國於1982年對外簽署首個BIT。「Model BIT」歷經多次修訂，最近兩次為2004年及2012年，其制定、審查及修訂係透過多年來國會、利益相關者及公眾間廣泛協商所達成，足以代表各團體間不同政策利益的平衡。

美國在投資協定中發展、制定投資保護下 ISDS 相關規範之腳步一直以來領先全球，1994 年北美自由貿易協定（NAFTA）的投資章節中被認為是該協定最重要部分之一，其中即效法美國過往對外雙邊投資協定中 ISDS 機制，允許投資人在為國際間接受之仲裁規則下將爭端提付仲裁⁸⁸。NAFTA 中 ISDS 條款對仲裁程序的詳細規範，更成為日後其他國家簽署投資協定中納入 ISDS 條款所參考之範本。至今，投資保護下 ISDS 條款仍是美國對外投資保護政策之核心部分之一⁸⁹，Model BIT 中 ISDS 相關條款亦與時俱進，2012 年 Model BIT 即對 ISDS 條款仲裁程序之透明化有相當程度改革。截至目前為止，美國約有 50 個對外 BITs 包含 ISDS 條款，並持續以保護政府的控管能力、確保高透明化制度為其主要目標，已使美國現行 ISDS 規範相對完善⁹⁰。

二、2012 Model BIT ISDS 條款

2012 Model BIT 分為 A、B、C 三節，分別規範投資保護基本規定、ISDS 條款及國與國爭端解決機制。第 B 節 ISDS 條款自第 23 條至第 36 條，共計 14 條，下面就 2012 US Model BIT 中 ISDS 條款之重要規定進行介紹。

⁸⁸ 李貴英，北美自由貿易協定下第 11 章投資爭端解決之研究，政大法學評論，第 72 期，頁 152

⁸⁹ 美國國務院網站中，雙邊投資協定範本相關政策中介紹對基本投資利益保護之六大核心條款，包括：1. 國民待遇原則及最惠國待遇原則；2. 徵收與補償；3. 資金轉移；4. 績效要求；5. 爭端解決；6. 董事及高級管理人。其中爭端解決係指在給予投資人當遇到投資爭端可不必訴諸國內法院尋求救濟，而可直接提出國際仲裁；參見 United States Department of States 網站，網址：<http://www.state.gov/e/eb/afd/bit/index.htm>（最後瀏覽日：2015 年 7 月 23 日）。

⁹⁰ 陳稚卿，前揭註 73。

（一）仲裁管轄範圍

2012 US Model BIT 第 24 條⁹¹規定締約國須符合違反雙邊投資協定義務（第 3 條至第 10 條）、投資合約或投資授權，並且投資人因締約國違反義務受有損害時，投資者方能依本條規定將爭端交付仲裁。

（二）事前同意仲裁及其限制

2012 US Model BIT 第 25 條⁹²規定使締約國直接對未來可能發生之仲裁表示同意，使投資人得以確保日後締約國不會片面撤回其同意；並且，締約國之同意須符合相關國際公約之規定。此一規範方式相較於其他模式：即於締約國同意投資爭端發生後，若投資人欲提付仲裁仍須再個別取得地主國的同意，對於投資人的保障較為完整⁹³。

2012 US Model BIT 第 26 條為提出仲裁之條件及同意仲裁之限制。本條第 1 項規定當事人至遲應於知悉或應當知悉有違反義務情事，且受有損害 3 年內提出仲裁。第 2 項規定提出仲裁之條件，聲請人於請求仲裁時，須依本條約以書面同意仲裁程序⁹⁴，並且聲請人必須明示放棄利用地主國之行政或司法程序或其他爭端解決機制救濟之權利。第 3 項規定暫時權利保護，於仲裁判斷未做成前，聲請人得以地主國之行政或司法程序或其他爭端解決機制，請求不包含金錢損害賠償在內之暫時權利保護。

（三）仲裁程序之開始

2012 US Model BIT 第 23 條之規定，當投資爭端發生時，雙方應先透過諮商或談判盡力尋求解決。當無法透過協商或談判獲致滿意解決時，始得將爭端提交

⁹¹ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, art. 24.1.

⁹² *Id.*, art. 25.

⁹³ 經濟部，國際投資協定應用篇，頁 130，2013 年。

⁹⁴ 此處之「同意」與第 25 條之同意應分別觀察，亦即雖締約國已依第 25 條給予概括同意，但仲裁程序之進行，仍需聲請人以書面同意，方能開啟之。

仲裁。

(四) 仲裁人之選任

2012 US Model BIT 第 27 條⁹⁵規定仲裁人之選任。本條第 1 項規定，仲裁庭由 3 位仲裁人組成：二締約國各指派一位；第三位首席仲裁人(presiding arbitrator)則經由爭端雙方當事人之同意指派之。第 2 項規定，ICSID 秘書長為本條規定之特定場合作為任命仲裁人之機構。第 3 項規定若於提交仲裁後 75 日內無法組成仲裁庭，ICSID 秘書長有權任命尚未任命之仲裁人。2012 US Model BIT 自行規範選任之程序，與其他協定僅提及某些現存仲裁規則之名稱而適用該等規則規定之程序者有所不同。

(五) 仲裁程序之進行 (conduct of arbitration)

1. 非爭端當事人之締約方及法庭之友 (amicus curiae)⁹⁶表示意見

2012 US Model BIT 第 28 條第 2 項規定非爭端當事人之締約方可向仲裁庭以書面或口頭方式對條約之解釋提出建議。同條第 3 項規定仲裁庭具有權限接受並予以考量「法庭之友」之意見。相較於 NAFTA 並未提及仲裁庭是否可採納法庭之友意見，2012 US Model BIT 之規定可能引起兩個問題：法庭之友意見內容可能加重當事人攻擊防禦之負擔；法庭之友意見常由環保團體或遊說團體提出，投資人與其意見相悖可能加以反對⁹⁷。

2. 先行裁決程序

所謂先行問題 (preliminary question) 係指當事方所提出，而仲裁庭必須於

⁹⁵ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, *supra* note 92, art. 27.

⁹⁶ 法庭之友 (amicus curiae) 係指在法庭中就某特定法律問題提出見解、立場中立之人。

⁹⁷ 經濟部投資業務處，102 年度「國際投資協定諮商談判際參與國際經貿組織投資相關議題」諮詢及廣宣計畫附冊 2012 US Model BIT 逐條釋義，頁 212，2013 年 9 月 2 日。

為正式仲裁判斷前先行審酌之問題。隨著爭端解決機制之高度發展，投資人濫訴之可能性亦漸增，因投資人可能認為提訴件數越多，越有可能獲得有利之決定。因此，先行裁決程序可避免顯然欠缺請求理由之仲裁聲請，減少訴訟上勞力、時間及費用之浪費⁹⁸。先決程序相關規範為 NAFTA 所未規定者。

2012 US Model BIT 第 28 條第 4 項規定當事方可提出先決問題，而仲裁庭必須於為正式仲裁判斷前先行審酌；同條第 5 項規定若被訴之地主國提出異議，認為聲請人不可能就該請求得到有利之仲裁判斷，則仲裁庭應將該異議作為先決問題處理。進行先行程序時，仲裁庭應假設聲請人用以支持請求之事實全部為真，並且就先決問題迅速作成決定；同條第 6 項規定若仲裁庭認為聲請人之聲請或地主國之異議顯無理由，則仲裁庭可依本項規定命主張為顯無理由者負擔仲裁相關費用；同條第 7 項規定縱使聲請人已因其所投保之保險或保證而獲賠償或其他補償，相對人亦不得以此作為抗辯事由。

3. 臨時措施 (provisional measure)

2012 US Model BIT 第 28 條第 8 項規定仲裁庭可採取臨時措施，以保障當事方權益或確保仲裁庭管轄權之有效。

4. 仲裁庭之初步提案 (proposed decision or award)

為了提高仲裁判斷之正確性，2012 US Model BIT 第 28 條第 9 項規定若當事人向仲裁庭提出作成初步提案之請求，仲裁庭應於作成決定或判斷前，先行提出初步提案。在仲裁庭提出初步提案後 60 日內，當事人可就初步提案提出書面意見；仲裁庭應將當事人提出之意見納入考量，至遲應於前項傳閱期限截止後 45 日內做出正式決定或裁定⁹⁹。但若仲裁判斷仍可上訴，即無初步提案規定之適用，

⁹⁸ 同上註，頁 213。

⁹⁹ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, art. 28.9 (a)

蓋上訴程序可取代初步提案，用以增加仲裁判斷之正確性與一致性¹⁰⁰。

5. 上訴機構

2012 US Model BIT 第 28 條第 10 項規定若未來涉及投資人與地主國仲裁能於其他組織架構下成立上訴機制，則締約雙方應考量是否將本條約第 34 條下之仲裁判斷，納入該等上訴機制，並確保該上訴程序之透明化。此一修正強化了有關締約國未來可能訴諸多邊上訴機制對透明化與公共參與要求之文字，規定締約國應努力確保此類上訴機制對透明化要求之程度，應與本條約對仲裁程序所要求之透明化程度相當¹⁰¹。

6. 合併審理

合併訴訟機制之設計，可以節省訴訟資源，其設計與先行程序相同，乃係為了促進訴訟經濟，避免濫訴造成勞力時間費用上之浪費；此外，亦可同時避免仲裁判斷間之矛盾發生。2012 US Model BIT 第 33 條規定，當數個依本協定第 24 條提出之請求，有共同事實上或法律上問題時，或是請求原因事實相同時，任一爭執當事方即得請求合併仲裁。本條共計 10 項，規定詳細規範合併之程序，包括對 ICSDI 秘書長之書面通知、合併仲裁庭之組成、合併仲裁庭得採之措施及仲裁程序應採用之仲裁規則等。

7. 準據法

準據法係指用以決定當事人權利義務關係之特定法領域之法規範。就當事人間權利義務關係適用之準據法預為決定者，則為準據法條款。因仲裁判斷結果之勝敗有時取決於其所適用之法規範，因此準據法條款係投資協定中常見之條

¹⁰⁰ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, *supra* note 92, art. 28.9 (b).

¹⁰¹ 前揭註 98，頁 213。

款¹⁰²。2012 US Model BIT 第 30 條規定投資人依 2012 US Model BIT 第 23 條提出仲裁時之基礎不同所應適用之不同法規範。

8. 專家報告

2012 US Model BIT 第 32 條規定，除了依據各該仲裁案件所適用之仲裁規則，原本即得指定其他領域專家外，經爭端當事人雙方之同意後，就爭端當事人提出之事實爭點，仲裁庭得依爭端當事人之請求或基於其職權，指定一個或多個專家提出關於環境、健康、安全或其他科學事項之事實爭點的書面意見。仲裁程序調查證據時難免涉及如環境、健康、安全或其他科學專業領域事項，此一規定目的即在於協助釐清事實，儘可能做成正確之仲裁判斷。

(六) 仲裁程序之透明化

2012 US Model BIT 第 29 條為仲裁程序之透明化，其規範目的在於藉由使仲裁程序一定程度透明化，全面提高仲裁判斷之正當性。第 1 項規定特定範圍內之文件應予公開，包括仲裁意向書(notice of intent)、仲裁通知(notice of arbitration)、答辯狀(pleadings)、訴狀(memorials)、陳述訴訟事實要旨之訴訟文件(briefs)、非爭端當事人意見及法庭之友意見、合併訴訟書面文件、仲裁庭筆錄或錄音譯文(minutes or transcripts of hearings of the tribunal)、仲裁庭命令(orders)、仲裁判斷(awards)及仲裁決定(decisions)等；同條第 2 項規定仲裁程序應公開舉行聽證會，且仲裁庭應與仲裁當事人諮商後，就其程序為適當安排。本條亦規定就公開文件或公開聽證程序中之機密資訊，應劃定保護範圍及保護方式，使當事人之機密資訊所享有之保護力亦不受影響。與以往雙邊投資貿易協定不同，本條就仲裁程序中之資訊揭露及保護有更為細緻之規定。

(七) 仲裁判斷

¹⁰² 同上註，頁 219。

2012 US Model BIT 第 34 條自實體內容及執行程序兩方面，對仲裁判斷做出規範。仲裁判斷之內容，根據本條第 1 項至第 4 項規定，仲裁庭只可單獨或一併裁決命相對人給付金錢損害賠償與其相關利益及／或返還財產；且仲裁庭不可為懲罰性賠償之判斷。並且，仲裁判斷僅就特定案件於當事人間具拘束力。程序方面，根據本條第 5 項至第 10 項規定，當事人如欲請求執行終局仲裁判斷，須符合一定要件；若相對人未遵守終局仲裁判斷，於非爭端當事人 (non-disputing Party) 提出之請求送達後，應旋即依本協定第 37 條國與國間爭端解決組成仲裁庭。

第三節 跨大西洋貿易及投資夥伴協定 (TTIP)

2008 年美國與歐盟兩大經濟體遭逢金融海嘯，經濟成長及就業受到嚴重影響，歐洲國家主權債務危機更是雪上加霜。而世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 杜哈回合多邊貿易談判陷入僵局，各國紛紛由多邊轉向雙邊，區域整合成為各國貿易政策主軸，隨著開發中國家經濟實力的提升，其對外發展 FTA 表現積極，在國際舞臺上的影響力和話語權亦不斷增加，打破原有全球經貿秩序，逐漸侵蝕美歐在國際經貿規則的領導地位。

為了促進經濟成長及就業及維持對全球經貿秩序之主導權，美歐於 2013 年 7 月展開「跨大西洋貿易與投資夥伴關係 (Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)」談判，試圖建立一個全面性的貿易與投資協定，促進雙方經濟成長，並重塑全球經貿規則。歐盟及美國為現今全球最大經濟體，兩者間之貿易總額佔全球 31%、總生產毛額佔全球世界 53%，對全球具有重大影響力。若 TTIP 談判成功將成為世界最大的雙邊貿易與投資合作協定，創造一全球最大的自由貿易區外，其談判議題亦將成為其他國家進行談判之標竿，進而創造全球一致性的規範。投資是經濟成長及就業機會主要動能之一，因此如何透過投資保護政策吸引外國投資進而帶動經濟發展，是歐盟所關注的重要議題之一。建構嶄新、先進之投資保護規範是美歐雙方所共同追求的目標之一，其中 ISDS 條款對投資

保護更是不可或缺的一環。然而，TTIP下ISDS條款之談判並不若想像中順利，歐盟及美國內部均出現強烈反彈聲浪，以下本節將深入探討TTIP下ISDS談判之內容、目前所面臨之困難，以及美歐官方就此強烈批判聲浪所作之回應及其最新發展作一說明。

一、TTIP 下 ISDS 談判內容

在歐盟方面，2013 年 7 月 TTIP 正式進行第一回合談判，歐盟提出「TTIP 談判：服務貿易、投資和電子商務修正草案」(TTIP negotiations: Modified EU draft proposals on trade in services, investment and electronic commerce)，惟該草案未有 ISDS 相關規定，而僅於該草案未提出之「TTIP - ISDS 談判計劃書」(TTIP - Negotiations on Investor-State Dispute Settlement Concept note)，僅概括列出共計 19 項歐盟對 TTIP 下 ISDS 制度之期許，但無實際規範。2013 年 11 月歐盟執委會提出「歐盟協定中之投資保護與 ISDS」¹⁰³ (Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements)，其中指出歐盟針對 ISDS 制度改革方向以改善機制運作為主，已達成協議之 CETA 中 ISDS 條款已朝此一目標制定，包括以下幾個面向之改革：

1. 防止投資者重複提訴或濫訴：引進禁止平行訴訟之規定，避免投資人獲得雙重救濟；允許仲裁庭駁回聲請，並引進仲裁費用制度，使敗訴者負擔費用，避免投資人浮濫提訴。
2. 提升仲裁程序透明度：歐盟在聯合國國際貿易法委員會 (UNCTRAL) 成功推動 UNCITRAL 透明化規則，並將該規則適用到歐盟對外簽署之協定中。其透明化義務包括文件公開、公開舉行聽證會及允許第三人(如

¹⁰³ European Commission, Fact Sheet Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, Nov. 2013, available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf (last visited July 24, 2015). ; 歐盟執委會於該份文件說明投資保護規範重要性及投資規範發展二大方向：「闡明並改善投資保護規範」及「現有 ISDS 制度之改革」，本文著重於「ISDS 制度之改革」部分說明。

非營利組織) 在程序中提出意見等。

3. 解決利益衝突和仲裁判斷不一致之問題：CETA 中已成功引入仲裁人行為準則，並納入雙方共同建立仲裁人名單，避免現有 ISDS 制度中可能產生仲裁人利益衝突之情形；歐盟亦提出在 ISDS 制度建立上訴機制之可能性，以避免仲裁判斷矛盾、不一致之情形，增加 ISDS 制度之合法性。
4. 引入防衛措施 (safeguard) 保障成員國對投資條款解釋權限：CETA 中引入雙方可在仲裁程序中提出解釋意見之規定，並確保締約雙方對協定具有解釋權，避免仲裁庭錯誤或不一致之解釋。

而美國方面，自 2013 年 7 月 TTIP 展開第一回合談判以來，即主張於 TTIP 中納入 ISDS 並以美國運作已久的「Model BIT」作為雙方投資談判之基礎。而當 TTIP 下 ISDS 談判於歐盟內部引起軒然大波、歐盟執委會宣布暫停 ISDS 條款談判之際，美國貿易代表辦公室 (USTR) 於 2014 年 3 月 27 日發表「ISDS 事實：維護公共利益及保護投資者」(The Facts on Investor-State Dispute Settlement: Safeguarding the Public Interest and Protecting Investors) 一文，說明美國現有貿易協定下 ISDS 條款不同於其他國家而有較嚴密確實的規範，主要基於以下 8 項事實：1. 提供海外的美國公司與國內公司相同的基本法律保障；2. 保障政府對公共利益事項的監管權；3. 保障聯邦、州和地方政府維持或採用其認為必要的措施之權利；4. 不使各州或地方政府因 ISDS 負擔新的負債；5. 不提供企業僅因其利益受侵害而挑戰法律的依據；6. 制訂有效防衛措施，以防止輕率挑戰合法公共利益的控訴；7. 確保公平、公正、透明的司法程序；8. 確保獨立、公正的仲裁。美國試圖藉此說明美國現有 ISDS 規範之良善，使社會大眾了解美國貿易協議與其他協議不同處、消除對 ISDS 制度所存疑慮，進而說服其接受於 TTIP 談判納入

ISDS¹⁰⁴。

二、TTIP 下 ISDS 爭議發展

自 TTIP 開展談判以來，其談判程序的不透明已引發歐盟內部各界諸多批評；加上近期數件 ISDS 案件因涉及投資人利益與地主國公共利益政策規制權拉扯，各界對 ISDS 現行制度運作產生極大疑慮。歐盟在 2014 年 1 月面臨內部各界廣大壓力之下，終於宣布暫停 TTIP 下有關投資議題之談判後，並於同年 3 月至 7 月開放線上公眾諮詢，徵詢公眾對於在 TTIP 下關於投資保護與 ISDS 之意見。此外，歐盟的主要會員國中亦出現反對聲浪。法國參議院 (Sénat) 全體於日前無異議通過決議文草案¹⁰⁵ (proposition de résolution)，呼籲在 TTIP 中排除 ISDS 條款¹⁰⁶。法國外貿國務秘書¹⁰⁷ (Secretary of State for Foreign Trade) 以及德國環境部長 (Environment Minister) 等皆公開反對 ISDS¹⁰⁸。歐洲議會內對此議題亦有持反對意見者¹⁰⁹。歐洲議會的國際貿易委員會 (Committee on International Trade) 於其工作文件¹¹⁰ (Working Document) 中即明白指出國與國間 (state-to-state)

¹⁰⁴ 陳稚卿，前揭註 73，頁 2。

¹⁰⁵ Le Sénat de la France, *Proposition de résolution sur le règlement des différends entre investisseurs et États dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les États-Unis*, Feb. 3, 2015, available at <http://www.senat.fr/rap/14-134/14-1342.html#toc12> (last visited Aug. 3, 2015).

¹⁰⁶ Cécile Barbière (Samuel White trans.), *French Senate tells TTIP negotiators to 'abolish' ISDS*, EURACTIV, Feb. 9, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/french-senate-tells-ttip-negotiators-abolish-isds-311823> (last visited Aug. 3, 2015).

¹⁰⁷ Cécile Barbière & Anne-Claude Martin (Samuel White trans.), *French government will not sign TTIP agreement in 2015*, EURACTIV, Nov. 20, 2014, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/french-government-will-not-sign-ttip-agreement-2015-310037> (last visited Aug. 3, 2015).

¹⁰⁸ Cécile Barbière (Samuel White trans.), *France and Germany to form united front against ISDS*, EURACTIV, Jan. 15, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/france-and-germany-form-united-front-against-isds-311267> (last visited Aug. 3, 2015).

¹⁰⁹ James Crisp, *European Parliament committee signals opposition to ISDS*, EURACTIV, Jan. 14, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/isds-decision-delayed-end-ttip-talks-311234> (last visited Aug. 3, 2015).

¹¹⁰ European Parliament, *Working Document in view of preparing the draft report on Parliament's recommendations to the Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Jan. 9, 2015, available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.593>

之爭端解決機制以及國內法院係處理投資爭端的最佳工具¹¹¹¹¹²。

三、TTIP 下 ISDS 談判現況

2015 年 1 月，歐盟執委會發布公眾諮詢報告。該報告統整了近 15 萬份意見書¹¹³，並針對 TTIP 中與投資保護及 ISDS 有關的 12 項爭議¹¹⁴進行討論，其結果呈現對於 ISDS 本身以及 TTIP 整體的普遍反對¹¹⁵。該報告亦指出未來歐盟應特別深入討論的四個子議題：(1) 對政府監管權利的保護；(2) 仲裁法庭的建立與運轉；(3) 國內司法體系與 ISDS 機制之關係；(4) 建立上訴機制審議 ISDS 之仲裁判斷¹¹⁶。2015 年 5 月 5 日，歐盟針對今年初發布之公眾諮詢報告中所列舉之待討論議題釋出一概念文件 (concept paper)¹¹⁷，進一步提出若干可能之改革選項。

1. 管制權 (right to regulate)：除在前言明定政府採取一定措施以達合法公共政策目的之權利外，可進一步在 TTIP 中納入一獨立條文 (article) 保障政府此項權利，以設立投資保護規範適用之標準。此外，有鑑於近期仲裁庭就數個歐盟內部涉及國家補助之 ISDS 案件作出錯誤判斷，歐盟另提議於 TTIP 納入一條款，以闡明投資協定不應被投資人用以阻止

+01+DOC+PDF+V0/EN&language=EN (last visited Aug. 3, 2015).

¹¹¹ “Given the EU’s and the US developed legal systems, a state-to-state dispute settlement system and the use of national courts are the most appropriate tools to address investment disputes;” *id* at 6.

¹¹² 蔡元閔，試析歐盟於跨大西洋貿易及投資夥伴協定排除投資人對地主國爭端解決機制之可行性，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，175 期，網址：

<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no175/1.pdf> (最後瀏覽日：2015 年 8 月 3 日)。

¹¹³ EUROPEAN COMMISSION, *Report: Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, Jan. 13, 2015, at 9, available at

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf (last visited July 24, 2015).

¹¹⁴ 主要包含保障政府監管公共利益的權利 (right to regulate)、ISDS 訴訟之透明化、仲裁人倫理 (arbitrators ethics)、設立上訴機制以及判決之合致性 (consistency of rulings) 等議題。

¹¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 114, at 14.

¹¹⁶ *Id.*, at 28.

¹¹⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Concept Paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, May 5, 2015, available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF. (last visited Aug. 3, 2015).

國家停止發放國家補助（state aid）政策或阻止國家要求償還（reimbursement）已發放之國家補助。

2. 改進仲裁庭之建立與運作以增加 ISDS 制度之合法性：要求所有仲裁人應自 TTIP 雙方事先建立（pre-determined）的名錄（roster）中選出，並可與對仲裁人之資格限制搭配使用，如規定仲裁人應在其母國有擔任司法職位之資格並應具有國際法專業。此一方式有助於排除對仲裁人利害衝突之疑慮，而條件限制可避免仲裁人不具專業能力作出錯誤判斷。此外，歐盟於概念文件更進一步提議，在仲裁庭認為第三方與爭端結果具有直接或既有利益時，應賦予其介入之權利（right to intervene）
3. ISDS 與國內法庭之關係：應確保禁止投資人有平行訴訟之可能，以避免其因此獲得雙重補償，其可透過「岔路（fork-in-the-road）條款」或「無迴轉（no u-turn）條款」達到此一要求。岔路條款要求投資人於國內法院與 ISDS 仲裁作出明確選擇，當選擇其一不可再行於另一處提出訴訟，此一方式將有助縮短訴訟之時間並降低訴訟成本；而無迴轉條款則要求投資人一旦提出 ISDS 仲裁，必須聲明放棄循國內法院尋求救濟之權利，投資人可能將會考慮先以國內救濟程序為主，可達到減少 ISDS 訴訟之效。
4. 建立上訴機制：歐盟提議應納入一雙邊的 ISDS 上訴機制，其相關條文應敘明其角色、設置、實際運作等。上訴機制將審理仲裁判斷中法律上錯誤及明顯之事實認定錯誤，以確保 TTIP 條文解釋之一致性，並透過強化獨立性、公正性與可預測性，以增加投資規範本質上與制度設計上之合法性。此一雙邊上訴機制可參考 WTO 上訴機構制度及其運作經驗，經修正後以符合 ISDS 之運作。歐盟提議可設有 7 名常任仲裁人，包含 2 名歐盟籍、2 名美國籍及 3 名外國籍專家，而仲裁人之資格則可參照 WTO 上訴機構或國際法院（ICJ）相關規範。為了使上訴機制順利運作，

亦將可能設立秘書處協助其日常業務之處理。

5. TTIP and Beyond—ISDS 邁向多邊體系：歐盟於概念文件中指出，前述改革應作為 ISDS 邁向多邊體系之基礎，尋求進一步發展。首先，雙邊上訴機制不應僅在 TTIP 中規範，亦應適用於歐盟與其他貿易夥伴之投資協定中。同時考慮建立一具終身職法官之上訴機制適用於數協定、不同貿易夥伴間，但係以自由選擇是否加入（opt-in）方式進行。其次，歐盟應建立固定之仲裁人名單，長久而言將發展出類似於法官之終身職仲裁人，ISDS 亦逐漸趨近於永久性質之國際投資法庭，達到將多邊化（multilateralize）之目的。

從過往美國的對外貿易政策觀之，美國對於投資協定中納入 ISDS 機制一職係採支持態度。美國首次提及建立上訴機制之可能性可見於 2002 年貿易法(Trade Act of 2002) 第 2102 條 (section 2102) 第 (b) 項第 (3) 款有關外人投資 (foreign investment) 的主要談判目標 (Principal Trade Negotiating Objective) 之中，以期增進投資人與地主國間之爭端機制；而如本章前述 2012 US Model BIT 中就 ISDS 機制亦有詳細規範，可知美國官方對 ISDS 機制一直係採正面態度。惟須注意的是，雖然美國官方向來主張於投資協定中納入 ISDS 條款，美國境內諸多學者、法律專家反對聲浪方興未艾，美國眾議院 (House of Representatives) 更有議員即提案反對將 ISDS 納入美國未來任何雙邊、多邊之投資貿易協定。但縱然面對國內諸多反對聲浪，美國政府對外投資協定始終主張納入 ISDS 條款，在 TPP 談判下亦係極力主張納入 ISDS 條款。

第肆章 反對 ISDS 的國家及其 ISDS 制度之最新發展

自從投資人與地主國 ISDS 仲裁於 40 年前引進國際投資協定中以來，隨著時代更迭、全球經濟迅速發展，ISDS 仲裁已產生幾項基本變化：1.ISDS 仲裁數量顯著增加，近 10 年來 ISDS 仲裁案件數量暴增，近十年來案件數量是過去三十年來案件數量的數倍之多；2.ISDS 仲裁性質發生變化，投資人開始挑戰地主國國家的規制行為（regulatory activities），如環境政策、能源政策、衛生政策及與金融危機有關之政策；3.ISDS 仲裁複雜化，仲裁人需要解決之法律問題日益複雜，尤其是與間接徵收、公平公正待遇之意義、範圍等相關法律難題；4.國際投資協定中條款被寬泛認定、解釋不一，不同仲裁案件對國際投資協定條款解釋不一引發爭議，甚至有相互矛盾之情形¹¹⁸。隨著 ISDS 案件數量大幅增加及其重大變化，ISDS 仲裁機制備受各界關注，存廢與否備受爭議。

過去數年間迅速增加之 ISDS 仲裁案件中，又以能源、礦業等自然資源部門為最常被控訴之產業，開發中國家由於其產業結構經常成為被控訴國，其中又以拉丁美洲國家承受最多 ISDS 控訴，拉丁美洲國家屢屢面臨被控訴及鉅額賠償金之風險，該地區已出現諸多反彈聲浪。而除開發中國家外，澳洲位居已開發國壓之列，在面臨跨國公司 Phillip Morris 對其之 ISDS 控訴後，對於 ISDS 機制亦開始產生疑慮。以下本章第一節首先將探討開發中國家與 ISDS 仲裁之關係，並深入觀察拉丁美洲反對 ISDS 之原因及 ISDS 機制在拉丁美洲之現況發展；第二節則研究 Phillip Morris 對澳洲所造成之影響，分析其反對 ISDS 仲裁之原因，並觀察澳洲對於 ISDS 機制態度及其現況發展。

¹¹⁸ Joachim Karl, Investor-state dispute settlement: A government's dilemma, Columbia FDI Perspectives no. 89, Feb. 18, 2013, available at http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_89.pdf (last visited July 11, 2015).

第一節 拉丁美洲

一、開發中國家與 ISDS

開發中國家產業結構多屬於自然資源的開發，例如礦業、能源產業等，皆為資本、技術密集之產業，資本與技術為開發中國家所欠缺，開發中國家因此多積極簽署投資協定，以吸引外國企業投入協力開發，甚至提供優惠的稅率以鼓勵外人投資。外國企業因開發中國家自然資源豐富，且環保、勞工等法規較為寬鬆，加以優惠之稅率，而樂於投資設廠¹¹⁹。然而，自然資源往往是徵收或國有化等投資爭端之主要客體，開發中國家因此經常成為面臨 ISDS 控訴之地主國。

簽署投資協定時，投資協定條款內容相當程度取決於雙方談判實力的強弱，部分國家雖仍屬開發中國家或過渡經濟體（transition economies），如金磚四國（BRIC）為 OECD 以外國家全球最大市場，對於外國投資具有相當大吸引力，即擁有足夠談判實力得以避免投資協定中 ISDS 條款所將為其帶來的風險¹²⁰；惟，並非所有開發中國家都擁有足夠條件及實力避免風險。因而，隨著 ISDS 案件量攀升，開發中國家亦開始出現反對 ISDS 的浪潮：近年來經常遭受控訴的印度政府成立了專門機構來審核現存的雙邊投資協定，並考慮重啟談判，目的在於弱化、甚至移除 ISDS 條款¹²¹；經常受到歐洲採礦公司控訴的南非政府自 2007 年起即著手進行對外投資保護制度之檢討，並且於 2012 年至 2013 年間陸續宣布終結和

¹¹⁹ 李宜芳、王耀誠，試析納「投資地主國爭端解決機制」於 TPP 投資專章之可能—澳洲觀點與現存僵局，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，153 期，頁 19，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no153/4.pdf>。（最後瀏覽日：2015 年 7 月 13 日）。

¹²⁰ Michael Mortimore & Leonardo Stanley, *Justice, Denied: Dispute Settlement in Latin America's Trade and Investment Agreements*, Working Group on Development and Environment in the Americas, 55-56, Oct. 2009, available at https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/DP27Mortimore_St StanleyOct09.pdf (last visited July 16, 2015).

¹²¹ Geoffrey S. Stewart, Baiju S. Vasani & Sylvia Tonova, *BIT Protection of Foreign Investments in Times of Volatile Currency, Slow Growth, and Political Uncertainty in India*, Jones Day Publications, JONES DAY, Oct. 2013, available at http://www.jonesday.com/BIT-Protection-of-Foreign-Investments-in-Times-of-Volatile-Currency-Slow-Growth-and-Political-Uncertainty-in-India-10-08-2013/?RSS=true#_edn17 (last visited Nov. 9, 2013).

比利時—盧森堡、西班牙、德國、瑞士、荷蘭間之投資協定¹²²；印尼亦認為其國內投資保護相關規範亦發展成熟，而宣布考慮終止現行投資協定中 ISDS 條款效力之可能性；至於拉丁美洲開發中國家，玻利維亞、厄瓜多及委內瑞拉¹²³已相繼宣布退出 ICSID 公約，而於 2013 年 9 月底在厄瓜多所舉行的部長級高峰會，拉丁美洲國家甚至群起抵制目前易興訟的 ISDS，而鼓吹應以新的機制取而代之¹²⁴，由此可見開發中國家開始反對 ISDS 的浪潮。

二、拉丁美洲國家

根據華盛頓智庫 Institute for Policy Studies 發表的報告¹²⁵指出，拉丁美洲國家僅占國際投資爭端解決中心（ICSID）簽署國家數的 14%，然而卻在將近 47% 的案件當中成為被告，而其中阿根廷、委內瑞拉及厄瓜多更是名列於 ISDS 仲裁最常被控訴國前 10 名國家名單中（見下圖 4-1）。

¹²² *South Africa Terminates Bilateral Investment Treaties with Germany, Netherlands and Switzerland*, ROBERT HUNTER INTERNATIONAL ARBITRATION AND INVESTMENT LAW, available at <http://www.rh-arbitration.com/south-africa-terminates-bilateral-investment-treaties-with-germany-netherlands-and-switzerland/> (last visited July 16, 2015).

¹²³ Sergy Ripinsky, *Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve*, INVESTMENT TREATY NEWS, Apr. 13, 2012, available at https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/#_ftn1 (last visited July 15, 2015).

¹²⁴ Carey L. Biron, *Latin American Countries Put Up Front Against Corporate Lawsuits*, MINT PRESS NEWS, Oct. 3, 2013, available at <http://www.mintpressnews.com/latin-american-countries-put-front-corporate-lawsuits/170030/> (last visited July 15, 2015).

¹²⁵ Sarah Anderson & Manuel Perez-Rocha, *Mining for Profits in International Tribunals-Lessons for the Trans-Pacific Partnership*, INSTITUTE FOR POLICY STUDIES, available at <http://www.ips-dc.org/wp-content/uploads/2013/05/Mining-for-Profits-2013-ENGLISH.pdf> (last visited July 15, 2015).

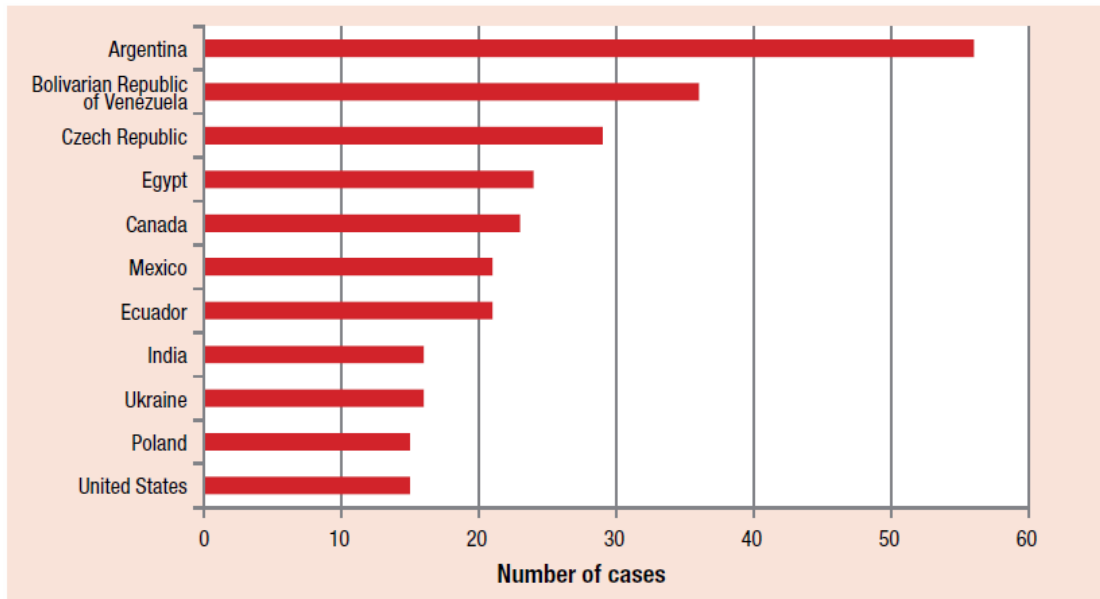


圖 4-1 ISDS 仲裁最常被控訴國家案件數量統計（截至 2014 年底）

資料來源：UNCTAD, IIA Issues Note, Feb 2015.

決定一國或一地區投資協定中 ISDS 仲裁機制風險表現之因素很多，包括投資協定涵蓋範圍內的外國投資地性質、投資協定對手國之取向、地主國外國投資政策決策品質以及談判投資協定條款時談判實力之運用等均有所影響。東亞地區國家與拉丁美洲國家一樣同屬擁有廣大人口及豐富自然資源，而吸引眾多外國投資，追究拉丁美洲國家之所以成為 ISDS 仲裁主要被控訴國，ISDS 仲裁案件數量遠多於東亞地區開發中國家原因如下¹²⁶：

1. 投資地區性質

就投資地區性質而言，亞洲地區與拉丁美洲差異甚大：外國地區對亞洲地區投資主要著眼於其在全球價值鏈之效率導向（efficiency-seeking）投資，因此主要投資產業為製造業；至於拉丁美洲國家，外國投資則主要是尋求市場導向（market-seeking）的私人服務投資，因此主要投資產業為能源、電信、衛生、交通、基礎建設，或是投入自然資源開發之投資。其中公共服務事業因具相當程

¹²⁶ Michael Mortimore & Leonardo Stanley Justice, *supra* note 121, at 55-56.

度社會敏感性，政府通常會進行一定管制；而自然資源開發相關事業，由於外國投資與經濟主權間之矛盾，一直是投資爭端中徵收和國有化主要對象，加上拉丁美洲國家政權往往更迭頻繁，候選人經常提出徵收開發自然資源的外國企業，以資助社會政策、紓解財政困境博取選民支持之政見，實行後即遭受外國企業控訴。與前述東亞國家外國投資以製造業為主，可想而知拉丁美洲國家自然較容易涉入 ISDS 爭端。

2. 投資夥伴性質

就投資夥伴性質而言，近年來亞洲地區開發中國家對外簽署之投資協定簽署數量增加，亞洲地區內區域合作亦大幅提升¹²⁷，已相當程度稀釋歐洲及美國投資者在亞洲地區國家之重要性；而拉丁美洲國家目前主要投資夥伴仍多來自於歐洲及美國地區。根據研究，亞洲地區跨國企業與歐美地區跨國企業相比，當發生投資爭端時，較少訴諸於 ISDS 仲裁尋求，此由目前已知案件中統計最常之母國前 10 名多為歐美地區國家可知（見下圖 4-2）。

¹²⁷ 東南亞國家協會（The Association of Southeast Asian Nations, ASEAN）簡稱「東協」，於 1967 年 8 月 8 日在曼谷成立，五個創始會員國為印尼、馬來西亞、菲律賓、新加坡及泰國。其後汶萊於 1984 年 1 月 8 日加入、越南於 1995 年 7 月 28 日加入、寮國和緬甸於 1997 年 7 月 23 日加入，柬埔寨於 1999 年 4 月 30 日加入，形成東協 10 國，持續至今。

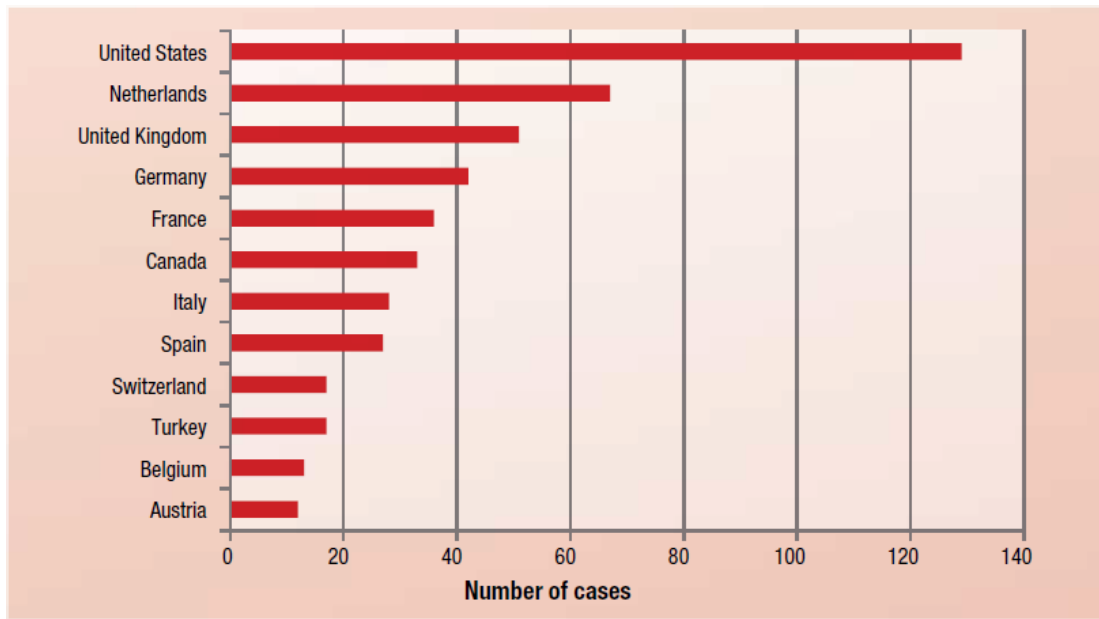


圖 4-2 ISDS 仲裁最常控訴投資來源國案件數量統計（截至 2014 年底）

資料來源：UNCTAD, IIA Issues Note, Feb 2015.

3. 投資政策之品質

投資政策之品質往往受許多因素影響，一般而言，長期發展戰略、政策較明確之國家或地區，通常會有較穩定、高效率的制度環境，包括民主體制、總體經濟及法制環境等，且其政策執行亦較具凝聚力（cohesive）；同時，其對外簽署之投資協定中 ISDS 條款也會呈現相同趨勢。自歷史角度觀察，東亞地區開發中國家的發展策略表現大致上優於拉丁美洲地區開發中國家；而東亞地區國家於 90 年代末遭遇亞洲金融風暴之經驗，亦較拉丁美洲於 80 年代經歷之債務危機來得深刻。綜言之，東亞地區開發中國家投資政策主動、聚焦性強，相較於拉丁美洲開發中國家多採取被動、水平式之政策，較可避免 ISDS 制度所帶來之危害。

4. 投資協定談判實力

對外投資協定談判實力運用由區域層面探討很難有一具體衡量標準，但就結果而言，亞洲地區開發中國家與美國簽署投資協定者僅新加坡及韓國，而拉丁美

洲共計有 11 個國家與美國簽署投資協定，包括墨西哥、智利、多明尼加、哥斯達黎加、尼加拉瓜、宏都拉斯、薩爾瓦多、瓜地馬拉、巴拿馬、秘魯¹²⁸等。而近來中國及印度挾其經濟實力，在與美國進行投資協定談判時有效展現其談判實力，與巴西單純選擇不加入投資協定談判形成強烈對比。

以上種種因素使得拉丁美洲開發中國家成為 ISDS 仲裁下最常被控訴國家，其中阿根廷又為最常被控訴國之首，追究其原因許多爭端係來自於 2000 年阿根廷的財政危機，導致阿根廷政府必須採取如貨幣控制的緊急措施，侵害投資者之利益而成為被告¹²⁹。

三、拉丁美洲國家對 ISDS 機制之擔憂

拉丁美洲國家在相繼宣布退出 ICSID 公約後，表示其對 ICSID 公約下 ISDS 仲裁之擔憂如下¹³⁰：

1. ICSID 仲裁程序缺陷

(1) 仲裁程序時間：ICSID 仲裁從申請仲裁請求到成立仲裁庭的時間平均約為 263 天，與 WTO 爭端解決小組成立時間最多 30 天相比來得長；此外平均 3.6 年的延遲裁決也比 WTO 爭端解決規定 1 年的時間長。

(2) 仲裁判斷解釋不一致、解釋錯誤—欠缺上訴機制

ISDS 係依個案所組成之仲裁庭而無一固定體系，故對相同或類似情況之案件，因組成之仲裁庭不同，可能會出現不同之裁決結果，例如 CMS v. Argentina¹³¹ 及 LG&E v. Argentina¹³² 兩案中，雖然仲裁庭對兩案中實質待遇

¹²⁸ 至於南美洲最大外資流入國—巴西則從未對外簽署國際投資協定。

¹²⁹ 李宜芳、王耀誠，前揭註 120。

¹³⁰ Silvia Karina Fiezzoni, *The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration*, 2 BEIJING LAW REVIEW 134, 135-136 (2011).

¹³¹ “The Tribunal had already decided that **Argentina had breached its international obligations**

標準獲致相同結論，但最終卻就阿根廷於特定時期是否處於緊急狀態此一問題有截然不同之結果認定。

此外，ICSID 架構下亦未設有上訴機制或任何外部控管機制確保裁決過程之一致性，僅設有撤銷（annulment）程序，但其管轄權依華盛頓公約相當狹隘，因此作用有限。由 *Repsol v. Petroecuador*¹³³ 一案可知上訴機制存在之必要性。該案中，負責撤銷裁決之專門委員會（*Ad hoc Committee*）據先前之撤銷決定為認定基礎，拒絕以仲裁庭明顯逾越權限為由撤銷仲裁庭裁定，並於裁定中指出：「即使仲裁庭顯然錯誤地適用厄瓜多法律，但其仍認為 ICSID 之撤銷程序中，適用法律錯誤並不構成撤銷裁決之理由，不應將 ICSID 撤銷程序與上訴程序有所混淆。」。

（3）仲裁人選任程序缺乏公正性－利益衝突可能

根據研究數據顯示，在過去 30 年間 ICSID 公開之仲裁案件中共 1468 未受任命之仲裁人中，美國籍、法國籍及英國籍仲裁人佔所有仲裁人近三分之一；而根據 ICSID 數據統計，截至 2014 年年底，ICSID 仲裁人有超過半數係來自西歐國家（47%）及北美地區（美國、加拿大及墨西哥，約 22%），來自拉丁美洲之仲裁人位居第三，但所佔比例遠低於前兩者僅 11%。儘管

under Article II(2)(a) and Article II(2)(c) of the BIT. It also decided that in the present case **there was no state of necessity and did so in terms which, by necessary inference, excluded also the application of Article XI**. Thus, under the well-known principle of international law recalled in Article 1 of the ILC Articles, Argentina was responsible for the wrongful measures it had taken.[...] The Committee concludes that, whatever may have been the errors made in this respect by the Tribunal, there is no manifest excess of powers or lack of reasoning in the part of the Award concerning Article XI of the BIT and state of necessity under customary international law.”; See *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8). Decision of the Ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, Sept. 25, 2007, ¶¶ 149-150.

¹³² “Between 1 December 2001 and 26 April 2003, **Argentina was in a state of necessity, for which reason it shall be exempted from the payment of compensation for damages incurred during that period**”.; See *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Incv. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1). Decision on Li-ability, Oct. 3, 2006, ¶ 267.

¹³³ *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (ICSID Case No. ARB/01/10) Decision on the Application for Annulment (Jan. 8, 2007), ¶ 38.
https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC619_En&caseId=C203

ICSID 仲裁案件中，開發中國家為經常被控訴之國，截至 2014 年年底，ICSID 案件有 83% 係針對開發中國家之控訴，但 ICSID 仲裁人資料中卻僅有 50% 之仲裁人係來自開發中國家，其中來自開發中國家受任命之仲裁人更低於 30%¹³⁴。

ICSID 中關於仲裁人選任及仲裁人資格爭議相關規定 ICSID 之公正性產生質疑，根據 ICSID 仲裁規則規定，首席仲裁人由雙方協議進行選任，當雙方無法合意決定時，則由 ICSID 行政理事會主席（同時也是世界銀行主席）進行任命。此種情形下，吾人不應忽略 ICSID 與世界銀行間之密切關係：世界銀行可能持有投資人之股票或是對投資人有相當程度影響力；世界銀行轄下之國際復興開發銀行（International Bank for Reconstruction and Development）及國際開發協會（International Development Association, IDA），其主要業務之一為提供附條件之貸款予國家進行結構調整，而此與外國投資人具直接利害關係；世界銀行更有可能透過其轄下國際金融公司（International Finance Cooperation, IFC）而直接身為投資人。諸如此類之密切關係，當其擁有任命首席仲裁人權限時，極有產生利害衝突。例如在 *Agua Argentinas, SA v. Republic of Argentina* 一案中，國際復興開發銀行在公共服務經營特許項目和私有化程序的管理模式制定過程中扮演重要角色，而國際金融公司也持有投資者一定比例之股份，因而招致世界銀行球員兼裁判之批評。

此外，ICSID 仲裁規則第 6 條第 2 款關於仲裁人資格爭議之規定，要求仲裁人應簽署聲明表明其履歷、專長、商業活動、與當事方關係及任何可能引起一方當事人質疑其獨立判斷可靠性之情況；但是 ICSID 仲裁規則並未就該「任何可能引起一方當事人質疑其獨立判斷可靠性之情況」有進一步規

¹³⁴ Joost Pauwelyn, *WTO Panelists are from Mars, ICSID Arbitrators are from Venus Why? And Does It Matter?*, at 6, Apr. 16, 2015, available at http://iilj.org/courses/documents/MarsandVenusPauwelyn_13_04_2015.pdf (last visited July 27, 2015).

定，在文字規範如此寬鬆之情況下，縱 ICSID 公約第 57 條賦予一方當事人有提出仲裁人不符合資格之權利，依該規定提出者應達到何種程度之證明標準為何無從得知。如在 *Compania de Aguas del Aconquija S.A. v. Argentine Republic* 一案中阿根廷因專門委員會主席 Yves Fortier 在先前其他案件中，其所屬律師事務所與 Vivendi 一方有過聯繫，而對其資格提出質疑，但仲裁庭認為 Yves Fortier 中立性並不因先前存在之客戶關係而受到損害，從而否決阿根廷對仲裁人獨立性所提出之異議。相較之下，UNCITRAL 仲裁規則僅要求申請人表明對仲裁人公正性和獨立性有「合理的質疑」即可否定。

(4) 透明度

ICSID 下 ISDS 仲裁之仲裁程序可維持其保密性，其可能剝奪大眾獲得已經資訊之機會；此外，即使是涉及重要公共利益之仲裁，聽證會亦得以非公開方式舉行，被廣泛批評與民主社會公開透明理念有所違背。

2. 高額法律費用及鉅額賠償

地主國面臨投資人提請 ISDS 控訴，無可避免必須委託大型法律事務所（多數位於美國）進行爭訟，其費用通常相當昂貴，單一仲裁案件花費可能即高達 400 萬美元。而對地主國提出控訴之外國企業，其營業收入往往高於被告國家之國民生產總值。例如，在 *Aguas del Tunari/Bechtel* 公司對玻利維亞提出 ISDS 仲裁時，其營收為玻利維亞國民生產總值的三倍；Shell 公司對尼加拉瓜提出 ISDS 仲裁時，其營收為該國國民生產總值的 62 倍。在訴訟實力上的不對等，對地主國而言面臨訴訟相對而言乃一沉重之負擔。

此外，地主國同時亦面臨鉅額賠償之風險，南美洲國家迄今為止賠償金額最多的案例係厄瓜多 2006 年取消 U.S.-based Occidental Petroleum Corporation (Oxy) 之營運契約，而於 2012 年 10 月仲裁庭裁決應支付 Oxy 公司 17 億美金附帶利息

之補償；而先前於 2010 年 3 月厄瓜多爾曾於與雪弗蘭與石油產業相關之仲裁敗訴，而應支付 7 億美元。二仲裁案之賠償金額總和，已相當於厄瓜多爾國內生產總值（GDP）之 3.3%，對厄瓜多爾國內財政形成莫大負擔。

四、拉丁美洲國家現況發展

南美洲國家聯盟（Union of South American Nations, UNASUR）由 12 個成員國組成，包括阿根廷、玻利維亞、巴西、智利、哥倫比亞、厄瓜多爾、圭亞那、巴拉圭、秘魯、蘇利南、烏拉圭及委內瑞拉，於 2008 年 5 月 23 日簽署南美洲國家聯盟憲章，標誌著南美洲區域合作之重要里程碑。於 2009 年 6 月，當時許多南美洲國家表達其對 ICSID 架構下 ISDS 仲裁之不滿，厄瓜多爾外交部長遂於第 39 次美洲國家組織會議中倡議於 UNASUR 架構下建立一仲裁中心，而後 2010 年 12 月，UNASUR 各成員國外交部長於圭亞那達成協議，由厄瓜多爾外交部長領導工作小組，進行 UNASUR 爭端解決建置工作。厄瓜多爾隨後提出建立倡議建立替代性爭端解決制度之提案，其中包含三份文件：1. 仲裁中心之建立；2. UNASUR 仲裁人及調解人之行為準則；3. 投資爭端解決諮詢中心¹³⁵。厄瓜多爾之提案中，共包含以下數項有趣之提議¹³⁶：

1. 仲裁程序之開始

在提請交付仲裁前，各方須盡力透過諮商或調解程序解決任何爭端（除非雙方同意延長時間，否則自提交請求進行「諮商」時起 6 個月內應解決爭端；至於「調解」則無具體之時間限制）。

2. 仲裁人選任

¹³⁵ Silvia Karina Fiezzoni, *supra note* 131, at 140.

¹³⁶ Silvia Karina Fiezzoni, *UNASUR Arbitration Centre: The Present Situation and the Principal Characteristics of Ecuador's Proposal*, INVESTMENT TREATY NEWS, Jan.10, 2012, available at <https://www.iisd.org/itn/2012/01/12/unasur/> (last visited July 15, 2015).

厄瓜多提案充分回應先前對 ICSID 仲裁規則之批評：首先，是 ICSID 仲裁規定當雙方無法合意決定首席仲裁人由世界銀行董事長選任此一規定，引發各界對 ICSID 公正性之疑慮。在厄瓜多之提案中，當一方未選任或雙方無法就首席仲裁人達成合意時，UNASUR 理事會主席應透過「抽籤」方式指定；其次，有關仲裁人資格爭議之相關規定，ICSID 僅規範仲裁人應簽署聲明表明其履歷、專長、商業活動、與當事方關係及任何可能引起一方當事人疑慮之事項，可能無法有效防止可能具利害關係之仲裁人加入仲裁。厄瓜多之提案中，進一步增加對仲裁人是否可能擁有預斷或偏向於一方當事人之想法之可能性進行審查。

3. 建立上訴機制避免不一致之決定或裁決

仲裁庭應將二個或以上具有事實上或法律上相同之措施或決定之程序進行合併。此外，為了提供投資人及國家具一致性、連貫性之裁決，創造可預測性之制度，厄瓜多提案中亦提出應建立上訴機制，透過上訴仲裁庭建立先例制度，就法律問題進行裁決。

4. 透明度

厄瓜多之提案指出除了涉及國家國防安全，或經雙方同意一定之特殊情況下，UNASUR 所有仲裁程序均應公開，包括文件、記錄、證據資料、聽證會及裁決等，此一提案內容與 NAFTA 中 ISDS 透明化條款大致相同。

5. 拒絕承認或拒絕執行裁決

厄瓜多之提案規定，拒絕承認或拒絕執行裁決之唯一依據是其違反地主國憲法、非仲裁爭端系爭主體或其違反公共政策，此一規定雖與 1958 年紐約公約和多數其他國際仲裁規則類似，但其與 ICSID 公約不同的是，在 ICSID 公約下各國不得援引公共政策為由對抗 ICSID 公約第 53 條之執行。

6. 不同執行階段

根據厄瓜多之提案，UNASUR 仲裁中心成立後會有不同執行階段：在初期，服務對象限於 UNASUR 締約國家；第二階段，以中美洲和加勒比海國家為對象開放仲裁中心服務；最後階段，對所有希望利用仲裁中心服務之任何國家開放。期盼透過循序漸進之開放過程，促進 UNASUR 仲裁中心之穩定發展。

在經過 11 次工作小組會議後，UNASUR 祕書長宣佈 UNASUR 仲裁中心預計將於 2015 年開始營運：「雖然仍就部份議題未能達成協議，如仲裁中心資金仍有待各會員國進行商討，但此些問題並非難以解決，UNASUR 仲裁中心應可於其 2015 年 UNASUR 大樓落成時同時啟動。」¹³⁷ 未來 UNASUR 仲裁中心開始運作後，其成效及發展仍值得吾人持續關注。

第二節 澳洲

一、澳洲反對 ISDS 機制背景

澳洲對外投資協定，除 1982 年澳洲與紐西蘭自由貿易協定 (Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement) 及 2004 年澳洲與美國自由貿易協定 (Australia-US Free Trade Agreement, AUSFTA) 因締約國國內均有健全法律制度¹³⁸ 而未包含 ISDS 條款外，澳洲目前共於 27 個對外簽署之自由貿易協定

¹³⁷ UNASUR dispute settlement centre will start operating in 2015, BILATERALS.ORG, Sept. 30, 2014, available at <http://www.bilaterals.org/?unasur-dispute-settlement-centre> (last visited July 20, 2015).

¹³⁸ AUSFTA 於 2004 年 5 月 18 日完成簽署，並於 2005 年 1 月 1 日正式生效。AUSFTA 投資專章中涵蓋了傳統的投資保護條文，如最低標準待遇 (minimum standard of treatment)、徵收與補償 (expropriation and compensation) 等條文，亦包含近年來於投資協定中新進之條款，如績效要求 (performance requirements)、高階經理人與董事會 (Senior Management and Boards of Directors) 等相關條款。然而，相較於目前美國正積極提倡在 TPP 與 TTIP 中納入 ISDS，AUSFTA 當時因考量到美澳雙方皆已具備健全且成熟的法律制度以解決投資人與地主國間之爭端，故並未將 ISDS 包含於協定中。AUSFTA 僅於第 11 條第 16 項第 1 段規定，在未來若有情勢變化 (change in circumstances) 致影響關於投資專章之爭端時，締約國一方得向另一方針對考慮採行 ISDS 一事進行諮商；蔡元閣，前揭註 113，頁 3。

或投資協定中定有 ISDS 條款，其中如與智利、新加坡、香港、阿根廷、印度、匈牙利、越南等國家簽署者均納入 ISDS 條款。由其過往簽署歷史看來，澳洲對於 ISDS 條款似採取正面態度。但 2011 年菸草公司 Philip Morris 透過亞洲子公司挑戰澳洲菸品包裝法律，使澳洲國內對 ISDS 條款產生疑慮，進而引發反彈聲浪，2011 年 4 月當時由工黨領政之澳洲政府即宣布¹³⁹：為了避免 ISDS 條款對澳洲對公共政策之規制權，亦為了避免提供給外國企業較國內企業更好之待遇，日後對外投資協定中不再將 ISDS 條款納入任何雙邊或區域協定中¹⁴⁰，該聲明明確顯示其時澳洲政府對於 ISDS 條款之負面態度。

二、澳洲菸品包裝案

(一) 簡介

澳洲政府於 2010 年 4 月 29 日開始，對菸草採取一系列的管制，包含增加菸草的貨物稅、限制菸品的網路廣告行銷、增加反菸宣導、公共場所禁菸、加強取締走私菸草、於菸品包裝加強健康警語等的管制措施。此舉引起 Philip Morris 的注意，並公開反對引入強度更甚的菸品素面包裝法案 (Tobacco Plain Packaging Act)，認為此舉將會侵害 Philip Morris 使用商標之權利。2011 年 12 月 1 日，菸品素面包裝法案正式實行，禁止在菸品包裝上呈現公司標誌、符號或任何促進菸品廣告與銷售的圖樣，菸品一律須採取深褐色的包裝，包裝的尺寸、材質也有限制，禁止獨特或新穎的包裝。品牌名稱、公司名稱等可顯示在包裝上特定的位置以供識別，然而必須使用規定的字體、大小與顏色。Philip Morris 進而於 2011

¹³⁹ AUSTRALIA GOVERNMENT DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS & TRADE, GILLARD GOVERNMENT TRADE POLICY STATEMENT: TRADING OUR WAY TO MORE JOBS AND PROSPERITY, Apr. 2011, 14, available at <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html> (last visited July 15, 2015).

¹⁴⁰ Edwina Kwan, *Australia's Conflicting Approach to ISDS: Where to From Here?*, HERBERT SMITH FREEHILLS DISPUTE RESOLUTION, June 3, 2015, available at <http://hsfnotes.com/arbitration/2015/06/09/australias-conflicting-approach-to-ids-where-to-from-here/> (last visited July 14, 2015).

年 11 月透過香港的子公司，利用澳洲與香港投資保障協定（Agreement between the Government of Australia and the Government of Hong Kong for the Promotion and Protection of Investments），於常設仲裁法院（Permanent Court of Arbitration）主張澳洲政府應廢除菸品素面包裝法案，且該法案對 Philip Morris 在澳洲所投資的商標權造成間接徵收，使其無法使用商標，澳洲政府之行為不符合公平公正待遇（fair and equitable treatment）、欠缺對投資之完整保障與安全（full protection and security）等¹⁴¹。

（二）澳洲對 ISDS 機制之擔憂

1. 法律費用支出及面臨鉅額賠償之風險

澳洲政府因 Phillip Morris 一案首要關切來自於本案面臨的高額法律費用與可能負擔的鉅額賠償。Philip Morris 在仲裁通知書（notice of arbitration）當中，提出澳洲政府應負擔所有的訴訟、仲裁費用¹⁴²，並且賠償因菸品素面包裝法案對其所造成的相關損失，金額可能高達數百萬澳幣¹⁴³。如此高額の法律費用及賠償之支出，對澳洲政府財政無疑是一大重擔。接受 ISDS 機制使本國政府暴露於所費不貲的國際仲裁程序當中、並面臨高額賠償金的風險

2. 投資協定條款規範模糊欠缺統一解釋

本案例中，Philip Morris 在澳洲由兩間公司所構成：Philip Morris Australia Limited 以及 Philip Morris Limited，後者擁有 Philip Morris 在澳洲的商標等智慧財產權。Philip Morris 主張，Philip Morris Australia Limited 擁有 Philip Morris Limited 100% 的持股，而 Philip Morris Australia Limited 全部持股又為香港設立之 Philip Morris Asia Limited 所擁有。Philip Morris Asia Limited 既根據香港法律

¹⁴¹ 李宜芳、王耀誠，前揭註 120，頁 19。

¹⁴² Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration, ¶ 8.4. (Nov. 21, 2011).

¹⁴³ *Id.*, ¶ 8.2.

所設立，當然係澳洲香港投資保護協定所欲保護的投資人，而對於 Philip Morris Limited 智慧財產權的侵害，即為對於 Philip Morris Asia Limited 投資利益之侵害，進而得根據澳洲香港投資保障協定提出控訴，此即任擇法庭(forum-shopping)的不合理現象。

然而，澳洲政府認為，其早在 2010 年 4 月便開始對菸品實行一系列的管制措施，包含菸品包裝的限制，然而 Philip Morris Asia Limited 遲至 2011 年 2 月才取得 Philip Morris Australia Limited 的股份，此時兩方的爭端已經發生¹⁴⁴，Philip Morris Asia Limited 取得股權之行為僅為了將現存的爭端「再次包裝(re-package)」為投資協定下之爭端，為權利的濫用，本案並非系爭投資協定所規範的爭端。此外，澳洲政府更進一步主張，認為 Philip Morris Australia Limited 對於澳洲政府的菸品相關限制措施已有清楚之認知，因而澳洲政府之行為尚難謂侵害其投資利益¹⁴⁵。

由於國際投資法欠缺多邊之規範架構，許多投資協定之條款文字仍欠缺統一解釋，例如「間接徵收」、「公平公正待遇」目前在國際投資法上並無清楚的定義，使得投資協定保護範圍處於不確定之狀態。在現行澳洲香港投資保護協定對於投資者僅規範「根據當地法所設立之公司」，無法排除如本案於爭端發生後才成為投資者的狀況，且對於投資爭端的定義，亦無法除去將已存在之國內爭端再次包裝為投資協定爭端的情形。即因對「投資者」以及「投資爭端」之規範不夠嚴謹，造成任擇法庭之不合理現象。

三、澳洲對 ISDS 機制態度之矛盾

雖然 2011 年在面臨 Philip Morris 提出仲裁時，當時由工黨領導之澳洲聯邦政府曾明確表示未來不再於任何投資協定中納入 ISDS 條款。惟，2013 年 9 月澳

¹⁴⁴ PCA, *Phillip Morris Tobacco Packaging Arbitration—Australia Submission*, ¶ 30.

¹⁴⁵ 李宜芳、王耀誠，前揭註 142。

洲政府歷經政黨輪替，對於 ISDS 條款態度再度轉向，目前澳洲聯合政府表示對於投資協定中是否納入 ISDS 條款將採取個案基礎（case by case）而為決定，倘若採納 ISDS 亦會增加限制及排除條款，以充分保護政府執行公共利益之權力¹⁴⁶。

而自澳洲聯合政府於 2013 年 9 月上台以來，已分別於 2014 年 4 月簽署韓國與澳洲自由貿易協定（Korea-Australia Free Trade Agreement，下簡稱韓澳 FTA）、2014 年 7 月簽署日本與澳洲經濟夥伴協定（Agreement between Australia and Japan for an Economic Partnership，下簡稱日澳 EPA），而於今（2015）年 6 月簽署中國與澳洲自由貿易協定（Free Trade Agreement between the Government of China and the Government of the People's Republic of China，下簡稱中澳 FTA），除了日澳 EPA 未納入 ISDS 條款，韓澳 FTA 及中澳 FTA 之投資章節中均納入 ISDS 條款；值得注意的是，日澳 EPA 中雖然未納入 ISDS 機制，但其中第 14.19 條投資章節之審查，包括有關 ISDS 程序的地位之審查，第 14.19（2）條¹⁴⁷指出：「若澳洲於日澳 EPA 生效後，同意另一個多邊或雙邊協定納入 ISDS 機制，則日澳雙方應進行日澳 EPA 投資章節的審查，在日澳 EPA 之下建立一個等效的機制」¹⁴⁸。

四、韓澳 FTA 與中澳 FTA 中之 ISDS 條款

（一）韓澳 FTA

¹⁴⁶ AUSTRALIA GOVERNMENT DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS & TRADE, *Investor-State Dispute Settlement, Trade and Investment Topics*, available at <http://dfat.gov.au/trade/topics/Pages/isds.aspx> (last visited July 15, 2015).

¹⁴⁷ Agreement between Australia and Japan for an Economic Partnership, art. 14.9(2): “The Parties shall also conduct such a review if, following the entry into force of this Agreement, Australia enters into any multilateral or bilateral international agreement providing for a mechanism for the settlement of an investment dispute between Australia and an investor of another or the other party to that agreement, with a view to establishing an equivalent mechanism under this Agreement. The Parties shall commence such review within three months following the date on which that international agreement entered into force and will conduct the review with the aim of concluding it within six months following the same date.”

¹⁴⁸ 李宜靜，中澳 FTA 納入投資者爭端解決機制，中華經濟研究院 WTO 與 RTA 中心，2014 年 11 月 27 日，網址：<http://web.wto.org.tw/Mobile/page.aspx?pid=257296&nid=120>（最後瀏覽日：2015 年 7 月 13 日）。

韓澳 FTA 第 11 章為投資章，分為 A、B、C 三節，分別規範投資保護基本規定、ISDS 條款及基本定義。第 B 節 ISDS 條款自第 11.15 條至第 11.27 條，共計 13 條；此外，另有三份附件 11-E（審查上訴機制之建置）、11-F（韓國對提交仲裁附加規定）及 11-H（文件送達地點）共同組成 ISDS 相關規範。以下就韓澳 FTA 中 ISDS 條款中重要條文進行介紹。

1. 事前同意仲裁及其限制

韓澳 FTA 第 11.17 條¹⁴⁹規定，各締約方同意就依本協定本節規定所提出之仲裁，但第 11.18 條¹⁵⁰對事前同意仲裁有條件限制，除了須符合協定中相關規定提出外，另定有「不變期間」之規定：自申訴方首次獲悉、或應首次獲悉第 11.16.1 條之違反行為，並且申訴方已遭受損失或損害之日起已超過 3 年時間，則不可依據本節規定將訴請提交仲裁。

2. 仲裁之開始

根據韓澳 FTA 第 11.15 條¹⁵¹、第 11.16 條¹⁵²規定，當發生投資爭端時，當事人雙方應先透過諮商或談判尋求解決。當無法透過諮商或談判獲得解決時，始得提交仲裁。自導致爭端事件發生後 6 個月，而雙方又諮商或談判未果時可提交仲裁，且申訴方至少應於提交仲裁前 90 天以書面通知被訴方（仲裁意向書）。

3. 仲裁庭之組成

根據韓澳 FTA 第 11.19 條¹⁵³規定，除非當事人雙方另有約定，仲裁庭應由三名仲裁人組成，雙方各指派一名仲裁人，第三名仲裁人為首席仲裁員由雙方共同協議決定。此外，依本節所提出之仲裁，秘書長為仲裁任命機構，當仲裁庭未

¹⁴⁹ Korea-Australia Free Trade Agreement, art.11.17.

¹⁵⁰ *Id.*, art. 11.18.

¹⁵¹ *Id.*, art. 11.15.

¹⁵² *Id.*, art. 11.16.

¹⁵³ *Id.*, art. 11.19.

能依本條規定於提交仲裁後 75 日內組成，依當事人雙方要求，秘書長應依其裁量權限指派仲裁人；除非當事人雙方同意，秘書長不得指派與任一當事人雙方同國籍之仲裁人。

4. 仲裁的進行 (conduct of arbitration)

(1) 非爭端當事人之締約方就協定解釋提出意見、法庭之友 (amicus brief) 意見

韓澳 FTA 第 11.20.4 條規定非爭端當事人之締約方可向仲裁庭就協定解釋提出口頭或書面陳述；第 11.20.5 條規定在「諮詢過當事人雙方意見」後，仲裁庭可允許爭端當事人外之第三人就爭端範圍內事項提交法庭之友 (*amicus curiae*) 意見書。

(2) 先決問題異議

韓澳 FTA 第 11.20.6 條至第 11.20.8 條¹⁵⁴為被訴方提出先決問題異議之相關規定。異議應在仲裁庭組成後儘快提出，最晚不能遲於仲裁庭確定的被訴方提交答辯狀的日期，仲裁庭應在收到本款所述異議時，中止任何有關實體問題之程序，然後針對異議做出決定或裁決，並說明理由。仲裁庭可就提出異議或反對異議的過程中支出之合理費用和律師費進行裁決。在決定如此裁決是否合理時，仲裁庭應考慮申訴方的訴請或被訴方的異議是否毫無道理，並應為爭端雙方提供合理的評論機會。此外，不得因被訴方提出或未提出本款所述的異議，即認定被訴方放棄了對管轄權或實體問題提出異議的權利。

(3) 臨時措施 (interim measure)

¹⁵⁴ *Id.*, art. 11.20.6~11.20.8..

韓澳 FTA 第 11.20.10 條¹⁵⁵規定，為維護爭端雙方之權益或為保存證據確保仲裁庭之管轄權，仲裁庭得為臨時措施。

(4) 合併審理

澳韓 FTA 第 11.25 條¹⁵⁶規範合併審理。第 1 項規定當基於同一事實背景，具有相同事實或法律基礎之仲裁案件被分別提出時，當事人雙方可尋求訴訟合併。第 2 項規定當事人應向秘書長提出申請。第 3 項規定秘書長應於 30 日內完成審查，若無不可合併之情形則應進行合併。第 4、5 項規定訴訟合併後仲裁庭之組成。第 6 項規定訴訟合併後仲裁程序之進行。第 7 項規定基於相同事實或法律基礎而未進行合併之案件，可提出書面請求合併。

(5) 準據法

澳韓 FTA 第 11.22 條¹⁵⁷規範應適用之準據法。其中第 3 項特別規定本協定成立之聯合委員會（Joint Committee）依第 21.3.3 條所做出協定相關之解釋，應對仲裁庭有拘束力，仲裁庭所為之決定或裁決必須符合該聯合委員會所作之決定。

(6) 專家報告

澳韓 FTA 第 11.24 條¹⁵⁸規定，除非爭端雙方予以反對，仲裁庭可依爭端當事人一方之請求或自行任命一名或多名專家，就爭端當事人一方在仲裁過程中提出涉及環境、健康、安全或其他科學性事項的事實性問題，向仲裁庭提交書面報告。

¹⁵⁵ *Id.*, art. 11.20.10.

¹⁵⁶ *Id.*, art.11.25.

¹⁵⁷ *Id.*, art.11.22.

¹⁵⁸ *Id.*, art.11.24.

(7) 初步決定或裁決 (proposed decision or award) 審閱

韓澳 FTA 第 11.20.11 條¹⁵⁹規定，依本節所進行之仲裁，在仲裁庭做出任何決定或裁決前，應向當事人雙方及非當事人之第三人遞送其擬定之決定或裁決建議書。在仲裁庭發送建議書後 60 日內，當事人雙方得就建議書內容提出意見，仲裁庭應將其所提出之意見納入考量，至遲應於前項傳閱期限截止後 45 日內做出正式決定或裁定。

5. 仲裁程序之透明化

韓澳 FTA 第 11.21 條規定仲裁程序之透明化，第 1 項規定應公開文件包括仲裁意向書、仲裁通知、爭端一方提交於仲裁庭之起訴狀、記錄和摘要、可獲得的仲裁庭聽證會紀要或筆錄以及仲裁庭的指令、裁決和決定等。第 2 項規定應公開舉行聽證，並與爭端雙方討論程序安排。若爭端雙方有需要進行保密之資訊應事先建議仲裁庭，仲裁庭應為適當措施進行保護。

6. 仲裁判斷

澳韓 FTA 第 11.26 條¹⁶⁰規定仲裁判斷相關事項。根據本條規定仲裁庭只可單獨或一併裁決金錢賠償和任何適用的利息以及財產返還；仲裁庭亦可對仲裁支出之法律費用及律師費用進行裁決；仲裁庭不可為懲罰性賠償之裁決；並且，仲裁庭所作之裁決除在爭端雙方案件外不具拘束力。此外，本條尚規定當被訴方未能遵守裁決時，非爭端當事人可請求成立小組 (panel) 確認是否執行裁決以及未執行裁決時請求小組給予執行建議¹⁶¹。

7. 上訴機制的建置

¹⁵⁹ *Id.*, art.11.20.11.

¹⁶⁰ *Id.*, art.11.26.

¹⁶¹ *Id.*, art.11.26.9.

澳韓 FTA 第 11.20.13 條規定，若在多邊場域下已建置審查投資爭端仲裁之上訴機制，則雙方應盡力達成協議將本協定納入該上訴機制。

(二) 中澳 FTA

中澳 FTA 第 9 章為投資章，分為 A、B 二節，分別為投資保護基本規範及 ISDS 條款。第 B 節 ISDS 條款自第 9.10 條至第 9.25 條，共計 16 條；此外，另有兩份附件 9-A (仲裁人行為準則)、9-B (文書送達地點) 規範 ISDS 相關事項。以下就中澳 FTA 中 ISDS 條款中重要條文進行介紹。

1. 事前同意仲裁及其限制

中澳 FTA 第 9.13 條¹⁶²規定，各締約方同意就依本協定本節規定所提出之仲裁，但第 9.14 條¹⁶³對事前同意仲裁有條件限制，除了須符合協定中相關規定提出外，另有「法定期間」(statutory limits)之規定：自申訴方首次獲悉、或應首次獲悉第 9.12 條之違反行為，並且申訴方已遭受損失或損害之日起已超過 3 年時間，則不可依據本節規定將訴請提交仲裁。此外，更規定在任何情況下，自引起爭端之行為措施或事件發生之日起 4 年後，均不可依據本節規定提交仲裁。

2. 仲裁之開始

中澳 FTA 第 9.11 條¹⁶⁴規定當發生投資爭端時，應先透過諮商尋求解決，自導致爭端之措施或事件發生 2 個月可請求諮商；惟，本條亦規定若一方採取非歧視且係基於公共健康、安全環境和道德或公共秩序等合法利益目標之措施，不可為訴請諮商之對象。被訴方可在收到諮商請求後 30 日內，向申訴方及非爭端當

¹⁶² Free Trade Agreement between the Government of China and the Government of the People's Republic of China, art. 9.13.

¹⁶³ *Id.*, art. 9.14.

¹⁶⁴ *Id.*, art. 9.11.

事人提供理由說明該措施屬於公共利益措施(公共利益通知)。第9.12條¹⁶⁵規定，若自請求諮商後120日內仍無法解決爭端即可提請仲裁。

3. 仲裁庭之組成

中澳 FTA 第 9.15 條¹⁶⁶規定仲裁庭之組成，除非當事人雙方另有約定，仲裁庭應由三名仲裁人組成，雙方各指派一名仲裁人，第三名仲裁人為首席仲裁員由雙方共同協議決定。此外，依本節所提出之仲裁，秘書長為仲裁任命機構，當仲裁庭未能依本條規定於提交仲裁後 90 日內組成，依當事人雙方要求，秘書長應依其裁量權限指派仲裁人；除非當事人雙方同意，秘書長不得指派與任一當事人雙方同國籍之仲裁人。本條亦要求投資委員會應建立仲裁人名單。並且，值得注意的是，中澳 FTA 於附件 9-A¹⁶⁷共列有 21 項規定對仲裁人行為準則做了相當詳細之規範。

4. 仲裁的進行 (conduct of arbitration)

(1) 非爭端當事人就協定解釋提出陳述、法庭之友 (*amicus curiae*)

中澳 FTA 第 9.16.2 條規定非爭端締約方可向仲裁庭就協定解釋提出口頭或書面陳述；第 9.16.3 條規定在「獲得爭端雙方當事人書面同意」後，仲裁庭可允許爭端當事人外之第三人就爭端範圍內事項提交法庭之友 (*amicus curiae*) 意見書。

(2) 先決問題異議

中澳 FTA 第 9.16.5 條至第 9.16.7 條為被訴方提出先決問題異議之相關規定。其規定大致與韓澳 FTA 相同，詳見前述。

¹⁶⁵ *Id.*, art. 9.12.

¹⁶⁶ *Id.*, art. 9.15.

¹⁶⁷ *Id.*, Annex 9-A.

(3) 合併審理

中韓 FTA 第 9.21 條¹⁶⁸規定合併審理。其規定大致與韓澳 FTA 相同，詳見前述。

(4) 準據法

中澳 FTA 第 9.18 條¹⁶⁹規定適用之準據法，與澳韓 FTA 有相同規定，雙方透過投資委員會對本協定解釋之共同決定，應對仲裁庭具拘束力，且仲裁庭做出的決定或裁決須符合該共同決定。

(5) 專家報告

中澳 FTA 第 9.20 條¹⁷⁰規定專家報告，其規定大致與韓澳 FTA 相同，詳見前述。

5. 仲裁程序之透明化

中澳 FTA 第 9.17 條¹⁷¹規定仲裁程序之透明化，其規定大致與韓澳 FTA 相同，詳見前述。

6. 仲裁裁決

中澳 FTA 第 9.22 條¹⁷²規定仲裁裁決，其中共八項規定，均與韓澳 FTA 相同，詳見前述。惟，中澳 FTA 並未有當被訴方未能遵守裁決時，非爭端當事人可請求成立 panel 確認是否執行裁決以及未執行裁決時請求 panel 給予執行建議之規定。

¹⁶⁸ *Id.*, art. 9.21.

¹⁶⁹ *Id.*, art. 9.18.

¹⁷⁰ *Id.*, art. 9.20.

¹⁷¹ *Id.*, art. 9.17.

¹⁷² *Id.*, art. 9.22.

7. 建立上訴機制之審查

中澳 FTA 第 9.23 條規定自本協定生效之日起 3 年內，雙方應啟動談判以期建立上訴審查機制。

(三) 差異比較

中澳 FTA、韓澳 FTA 與引發澳洲對 ISDS 仲裁之疑慮之港澳投資保障協定相比，規範內容明顯增加，對於 ISDS 條款有更詳細之規範，增加澳洲 ISDS 仲裁之掌握程度，減少 ISDS 為地主國所帶來之風險。中澳 FTA 及韓澳 FTA 均為近期所簽署，其大致上規範架構相同，但在管轄權範圍及仲裁權初步提案之規範有所不同：在管轄權方面，韓澳 FTA 下 ISDS 適用範圍較中澳 FTA 廣，韓澳 FTA 中規定當締約國違反投資協定中 A 節、投資授權或投資合約之義務且投資人因此受有損害，可提出 ISDS 仲裁，中韓 FTA 則僅限於締約國違反協定中國民待遇義務且投資人因此受有損害使得提起仲裁；至於仲裁之初步提案，韓澳 FTA 中定有初步提案相關規定，中澳 FTA 中則無，以上差異推測係因談判對手國不同而此差異。但由此二協定中 ISDS 條款之規範，可看出澳洲雖然近期已改變立場認為將視個案基礎決定是否納入 ISDS 條款，其在投資協定中對 ISDS 規範內容已有更詳細明確之規範且有趨於嚴格之勢。

第五章 投資人與地主國 ISDS 未來發展趨勢分析

第一節 ISDS 機制衝突發展趨勢

一、全球直接投資發展趨勢

在全球經濟貿易中，北方陣營（Global North）泛指歐洲、美國、加拿大等等已開發國家或經濟體；與其相對之南營（Global South）則意指開發中國家¹⁷³。

第二次世界大戰以後，國際貿易大部分在已開發國家之間進行，北北貿易（North-North Trade）在國際貿易中的比重遠遠高於南北貿易（North-South Trade），但是自 90 年代以來，開發中國家的經濟成長較已開發國家快速許多，根據 WTO 報告指出，南南貿易額從 1990 年的 2,190 億美元上升到 2001 年的 6,400 億美元；南南貿易佔全球貨物貿易中的比重則從 6.5% 上升到 10.7%，呈現 50 年來歷史最高點，並日漸增長¹⁷⁴。

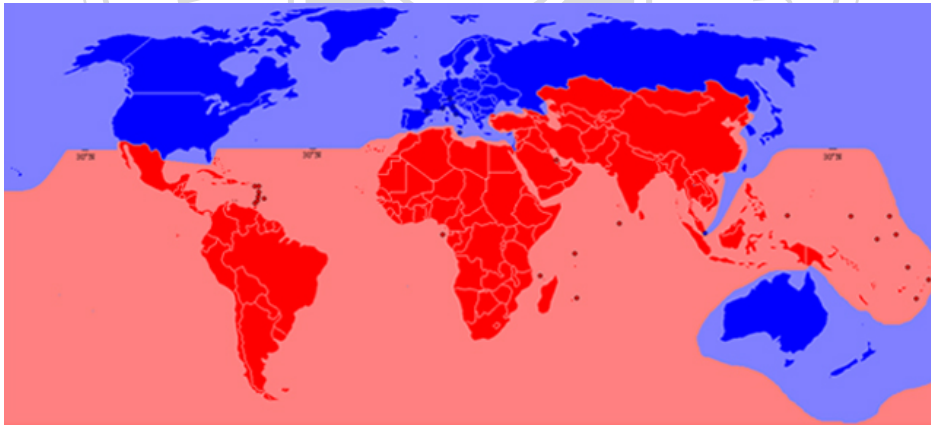


圖 5-1 南北陣營分布圖

資料來源：WIKI

¹⁷³ 南北世界是由前德國總理 Willy Brandt 所提出的布萊登線（the Brandt Line）所劃分。

¹⁷⁴ 蘇怡文，開發中國家如何在南南貿易擴張的情勢下開創發展新局面，中華經濟研究院 WTO 電子報，第 189 期，2009 年 11 月 20 日，網址：
<http://web.wtoeconomy.org.tw/file/newsletter/OrderNewsletter/wtoepaper/article189.htm>（最後瀏覽日：2015 年 7 月 25 日）。

國際直接投資發展，亦隨著開發中國家崛起、經濟實力增加開始有所改變，開發中國家在國際投資市場開始活躍。在 2000 年時，已開發國家的外國直接投資總額約佔全球直接投資流量的 81% (\$1,138 百萬美元)，而開發中國家約僅佔 18% (\$256 百萬美元)；但至 2013 年，全球直接投資發展有顯著轉變，在過去的 13 年間，已開發國家外國直接投資總額經歷相當大跌幅，目前僅佔全球直接投資 39% (約\$567 百萬美元)，而開發中國家成長超過一半佔全球直接投資 52% (見下圖 5-2)。

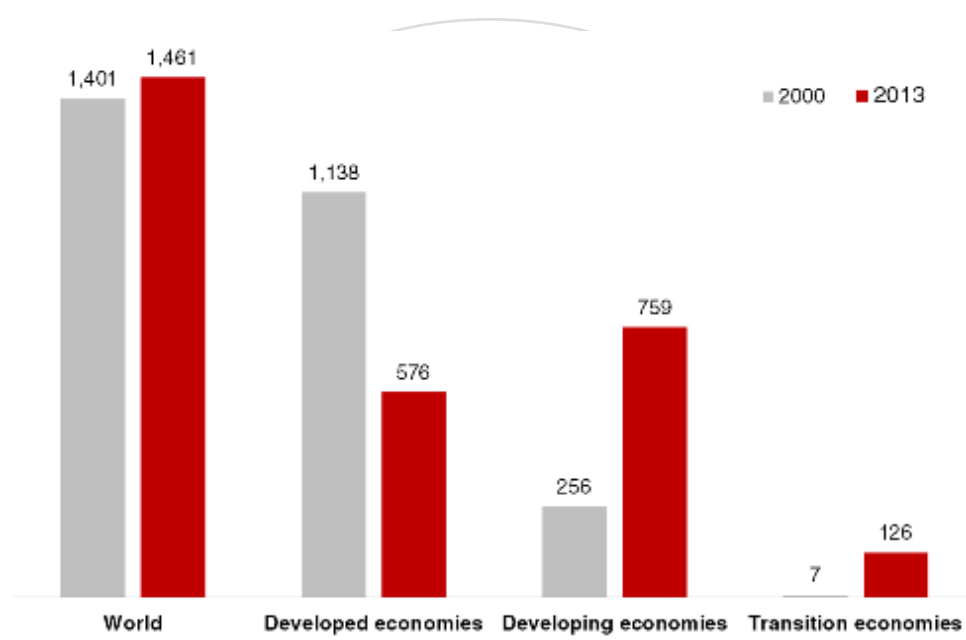


圖 5-2 2000 年與 2013 年區域 FDI 流量

資料來源：UNCTAD

二、全球直接投資發展趨勢引發之 ISDS 衝突

(一) 開發中國家與已開發國家間之衝突

雙邊投資協定的發展最初即係歐洲國家為保護在前海外殖民地投資資產，而 ISDS 條款則為對投資人行使權利之保障。如前所述，彼時已開發國家與前殖民國之開發中國家或低度開發國家所簽署者，由於簽署雙方經濟實力之不平等，開

發中國家或低度開發國家往往為吸引投資促進國內經濟發展，而簽下權利義務未必平等之投資協定。而開發中國家由於其產業結構的問題，多以自然資源開發吸引外國投資，如礦業、能源產業等，但此類產業往往國家涉入管制程度較高，且經常為徵收或國有化等投資爭端之主要客體，而使開發中國家經常成為 ISDS 仲裁被訴國。加上現行 ISDS 仲裁最常被利用之場域及使用之仲裁規則之一為 ICSID 及其仲裁規則。但 ICSID 之設立係由世界銀行主導，為促進國際間投資流動、提供投資人與地主國間投資爭端一便利解決管道而創設。在多年運作後，ICSID 下 ISDS 仲裁制度所存在之固有缺陷一一浮現，開發中國家不免對歐美為首國家主導之世界銀行創設之 ICSID 規則心生不滿。開發中國家與已開發國家間就投資爭端及 ISDS 仲裁機制下之衝突日益嚴重，終至開發中國家紛紛考慮選擇退出 ICSID 公約之境。

(二) 已開發國家與已開發國家間之衝突

TTIP 談判下 ISDS 爭議發展，充分展現已開發國家間就 ISDS 條款之緊張關係，而早先完成歐盟與加拿大達成談判協議之 CETA 中之 ISDS 條款，亦因 TTIP 談判引發關注，至今仍尚未通過締約國國內審查及簽署程序¹⁷⁵。更早於 2005 年美國與澳洲簽署自由貿易協定，當時即因考量到雙方皆已具備健全且成熟的法律制度以解決投資人與地主國間之爭端，故並未將 ISDS 包含於協定中。NAFTA 係目前唯一一個已開發國家間 FTA 納入 ISDS 條款者，當時美國考量墨西哥之加入，而堅持納入 ISDS 條款，加拿大雖持反對立場，但最後仍因考量整體談判利益而同意納入。而日後 NAFTA 下 ISDS 仲裁案件發展出人意料，美國與加拿大間 ISDS 仲裁案件量遠超過其與墨西哥間之案件量。推測目前已開發國家間多對於在與其他已開發國家間投資協定納入 ISDS 條款有所疑慮，推測應與 NAFTA 下案件量發展有關。

¹⁷⁵ EUROPEAN COMMISSION, Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), available at <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/> (last visited July 27, 2015).

(三) 未來開發中國家與開發中國家間可能發生之衝突

根據開發中國家對外直接投資之流向顯示，開發中國家相互間之對外直接投資總額在過去幾年間顯著增加，而隨著開發中國家經濟蓬勃發展，未來應會持續呈現正成長趨勢，如開發中國家之兩大經濟體－中國及拉丁美洲，2015年1月即於北京舉辦「中國與拉丁美洲加勒比海共同體論壇」(下簡稱中拉論壇)首屆部長會議，針對經濟、投資和相互政治支持制定合作戰略。古諺有謂「有貿易之處，必有仲裁」(where there is trade, there is arbitration)，當然吾人亦可謂「有投資之處，必有糾紛」¹⁷⁶，隨著投資活動日趨頻繁興盛，投資爭端發生頻率亦將增加，雖然目前似未有開發中國家間對投資協定中 ISDS 機制產生疑慮之情形，但不排除未來產生衝突之可能性。

三、ISDS 機制仍有其存在必要

(一) ISDS 仲裁相較於其他方式為較好之爭端解決方式

現行 ISDS 仲裁機制存在缺陷引發諸多批評，但若因此決定自投資協定中排除 ISDS 條款，投資人與地主國間之爭端並不會因此消失，則當投資人與地主國間發生投資爭端時，投資人只能回歸前述一般國際投資爭端之處理方式，包括 1. 政治手段：協調、調解或外交保護；或透過 2. 法律方法：投資協定中國與國間爭端解決機制、地主國國內法院尋求救濟。惟此些方式都有一定缺陷及限制，對投資人保障難謂充足。

透過政治手段解決，爭端兩方因對於爭端解決之程序有充分的自主權，可自行設定談判議題，自行決定談判時間、地點，更有隨時終止談判的權利，雖可充分保護其主權，但此一方式國家實力成為勝負關鍵，且一國對外之外交、政治、

¹⁷⁶ 參見徐耀宏，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，國立政治大學國際經營與貿易研究所碩士論文，頁 142，2004 年 5 月。

經濟策略縝密複雜，投資人通常不具備實力說服國家冒風險為其爭取私人投資利益，投資人往往難能獲得充分保障；而協定中國與國爭端解決方式，如前所述，投資人是否能具有相當實力說服國家為其爭取利益不無疑問。

至於被認為是最可行之替代方式之地主國國內司法體系救濟¹⁷⁷，實亦存在許多問題：1.各國法律規範及司法制度迥異，加之語言、習慣、風俗民情等不同，不若國際投資協定中 ISDS 條款(目前多數係適用 ICSID 仲裁規則及 UNCITRAL 仲裁規則)一致，其所適用的法律規範及司法程序更加多樣化，所得到之判斷結論結果更為多變，是否較 ISDS 仲裁更具一致性及可預測性不無疑問。且對投資人而言，必須適應不同國家之法律及司法制度，無疑是一大負擔；2.若在地主國國內法院尋求救濟，投資人得否能在國內法院主張其依據國際投資協定應有之權利？國內法院是否得適用國際投資協定規範而為判斷？此一問題涉及國際投資協定在各國國內法的效力為何，依各國法律制度不同而具不同效果，對投資人而言亦形成一大負擔。

此外，或有論者認為投資人在決定進行海外直接投資時，應自行評估政治性相關風險，必要時可購買政治風險保險避險，故 ISDS 條款無存在之必要，但此一說法實忽略目前保險公司所提供之政治風險保險，其通常承保條款複雜、承保時間有限、且承保範圍有一定限制，對投資人來說未必是一具有實際效用之選擇。綜上所述，現行 ISDS 機制運作固然有一定缺陷，但與其他方式相較之下，應為一相對較好之爭端解決方式。是以，吾人應思考的是如何改善現有 ISDS 機制，而非因噎廢食將 ISDS 條款自投資協定中排除。

(二) 反對意見並非全盤否定 ISDS 仲裁而是不滿現行 ISDS 仲裁運作機制

第肆章中述及反對國家所提出之批評及其後續發展觀察，澳洲政府雖於 2011

¹⁷⁷ 美澳 FTA 及以雙方國內司法體系已相當健全，投資人與地主國發生投資爭端時可尋求國內法院救濟即為已足為由，在協定中排除 ISDS 條款之適用。

年曾公開表示日後對外投資協定不再納入 ISDS 條款，但隨著執政黨更迭，爾後於中澳 FTA 及韓澳 FTA 中，經相當程度改革 ISDS 條款後將其納入投資協定中；而拉丁美洲國家，雖有部分國家表達對 ISDS 仲裁機制之不滿，並相繼退出 ICSID 公約，但反對國家之一的厄瓜多於 2007 年宣布退出 ICSID 公約後，而後卻於 2010 年南美國家聯盟高峰會上主張成立 UNASUR 仲裁中心。由此可知，雖然各界對於現有 ISDS 仲裁機制運作存在諸多批評，但其所否定者應為現行 ISDS 機制之運作方式，而非 ISDS 仲裁機制本身。在國際投資或動日趨頻繁之際，現行之 ISDS 仲裁雖非一完美之爭端解決機制，但仍有其存在之必要性；但同時不可否認的是，現行 ISDS 仲裁之運作確實存在許多缺失亟待改革，以符合投資人與地主國之需求及期待。



第二節 ISDS 機制改革現況發展

一、ICSID、UNCITRAL 仲裁規則與 2012 US Model BIT 比較

美國在對外投資協定 ISDS 之規範一直是領導標竿，NAFTA 第 11 章投資章 ISDS 條款為當時最先進之 ISDS 條款規範，而後 2004 年及 2012 年的 Model BIT 均亦承襲 NAFTA 之規定，並成為許多國家對外簽署投資協定之範本。以下本文首先將簡單比較目前 ISDS 仲裁最常使用之 ICSID 及 UNCITRAL 仲裁規則間之差異；接著，以 2012 US Model BIT 為基礎與 ICSID 及 UNCITRAL 仲裁規則進行比較，分析 ISDS 仲裁目前主要改革方向¹⁷⁸。

UNCITRAL 與 ICSID 仲裁規則由於其最初設立目的不同，由下表 5-1 之比較可發現，二者在各個方面均呈現其差異：

1. 在管轄權方面，由於 ICSID 自始即係為了解決國際投資爭端所設立，相較於 UNCITRAL 係為了解決私人間商務爭端應具備普遍適用性範圍不應過於限縮，ICSID 之管轄權範圍明顯較為狹窄，限於「締約國和另一締約國國民間直接因投資而產生並經雙方書面同意提交給中心的法律爭端」；
2. 在仲裁庭之組成方面，ICSID 對於仲裁人之國籍及資格有一定限制，即仲裁人不應與任一當事人具相同國籍且應具高尚道德品質並在法律、商務、工業及金融具公認能力，至於 UNCITRAL 對仲裁人之國籍及資格則未有限制；
3. 在仲裁程序之進行方面，ICSID 之整體程序規定有較詳細之規範並賦予仲裁庭較多權限，而 UNCITRAL 則僅就大方向進行規範且主要係以當

¹⁷⁸ Stephen Jagusch & Jeffrey Sullivan, *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, in *THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION: PERCEPTIONS AND REALITY* 79, 81-108 (Michael Waibel ed al. eds., 2010).

事人意思為主。如 ICSID 在仲裁程序尚區分為準備程序及審理程序，使仲裁庭在訴訟前階段就雙方程序及實體爭點進行整理，以利審理階段迅速進行。在臨時措施之規定，ICSID 仲裁庭具有「建議」採取臨時措施之權限，而 UNCITRAL 仲裁庭則無此權限，僅能依當事人請求而為決定；

4. 在仲裁程序之透明化方面，由於 ISDS 仲裁案件涉及公共利益日益頻繁，二者均承受諸多對其透明化程度不足之批評。ICSID 於 2006 年針對仲裁規則進行修改，公開仲裁案件資訊及允許非爭端當事人就爭端提出意見，而 UNCITRAL 則於 2014 年通過 UNCITRAL ISDS 仲裁透明化規則，要求當事人應公開特定範圍內之文件、公開舉行聽證程序及允許法庭之友提出書面意見等等。目前就規範而言二者相比，UNCITRAL ISDS 仲裁透明化規之透明化程度較 ICSID 高，惟須注意的是，UNCITRAL 仲裁規則其適用尚有一定限制，就早先已簽署之投資協定仍須待各國另為同意加入始有 UNCITRAL ISDS 仲裁透明化規則之適用；
5. 在仲裁判斷之效力方面，ICSID 公約所作之仲裁判斷對爭端當事人具拘束力與國內法院終局判決效力相同，不得進行上訴外或採取 ICSID 公約規定以外之任何方法救濟，而 UNCITRAL 下仲裁雖亦為終局性對當事人具拘束力，但其不得直接執行仍須依紐約公約由地主國法院審查其效力。

在 ISDS 仲裁面臨諸多批評之現況下，2012 Model BIT 中的 ISDS 條款之改革並非完全重新制定一套全新仲裁規範，而仍以適用現有仲裁規則為原則，如程序細節規範包括答辯書狀提出、言詞辯論及證據等仍適用 ICSID 及 UNCITRAL 仲裁規則，締約國雙方僅就現有仲裁規則中未規範或認為不滿意或不足之處，另外協議約定不同規範。經由下表 5-1 比較 2012 Model BIT 與 ICSID、UNCITRAL 仲裁規則，發現 2012 Model BIT 中 ISDS 條款之規範，可分為兩類：一類係就現

有仲裁規則開放式規定事先明確約定，如仲裁庭之組成規定中明確規定仲裁人人數、任命方法及指定機構；準據法明確約定不同情況下所應適用之準據法，此類規範推測係為了避免日後發生仲裁爭端時，就此類事項無法達成協議推延仲裁程序；另一類規範佔多數，主要即係締約國雙方對現有仲裁規則認為規範不足或不滿意處所額外約定之條款，共有以下幾項迥異於 ICSID 及 UNCITRAL 之條款：

1. 管轄權範圍：2012 US Model BIT 限縮 ISDS 仲裁管轄範圍，限於違反雙邊投資協定義務（第 3 條至第 10 條）、投資合約或投資授權，且投資人因締約國違反義務受有損害時，投資者始能交付仲裁。此依規定目的係為限縮投資人所能提起仲裁之範圍，避免將地主國陷於隨時可能被投資人控訴之境地。

2. 仲裁程序之開始：2012 US Model BIT 規定諮商先行程序，當投資爭端發生時，投資人應先透過諮商尋求解決，當諮商未果始得將爭端提交仲裁。此一規定鼓勵爭端雙方先行透過諮商尋求解決方案，避免貿然起訴造成雙方之不利益。

3. 仲裁程序之進行

(1) 先行裁決程序：2012 Model BIT 訂有先行裁決程序，與現有 ICSID 及 UNCITRAL 仲裁規則相比，其擴大先決問題處理範圍不限於管轄權爭議問題之處理，應可有效在此階段將部分案件駁回，防止濫訴避免訴訟程序之浪費。

(2) 臨時措施 (interim measure)：2012 Model BIT 規定仲裁庭可採取臨時措施，以保障當事人之權益或確保管轄權之有效。相較於 UNCITRAL 仲裁規則須經當事人請求採取臨時措施、ICSID 仲裁規則可透過當事人請求或仲裁庭得建議採取臨時措施，2012 Model BIT 明確規定仲裁庭可採取臨時措施，賦予仲裁庭一定權限。

(3) 合併審理：2012 Model BIT 增加合併審理之規定，當數個請求有共同事實上或法律上問題時，或是請求原因事實相同時，任一爭執當事方得請求合併仲裁程序。此一規範目的係為避免具有相同事實或法律問題之仲裁案件，其仲裁判斷矛盾或不一致。

(4) 仲裁庭之初步提案：2012 Model BIT 增加仲裁庭初步提案之規定，當事人可向仲裁庭提出作成初步提案之請求並可就該提案提出書面意見，仲裁庭在作成正式判斷前應將當事人提出之意見納入考量。此一規定給予當事人表達意見機會，目的在於避免仲裁判斷之錯誤，提升仲裁判斷之可預測性及一致性。

4. 仲裁判斷

(1) 內容：ICSID 及 UNCITRAL 仲裁規則就仲裁內容並無特別限制，2012 US Model BIT 就仲裁內容作出限制，仲裁庭只可命金錢賠償且不得為懲罰性賠償決定，不得命地主國撤回原本措施，目的應係為了減輕仲裁庭可能對地主國之規制權形成侵害之疑慮。

(2) 審查：ICSID 及 UNCITRAL 仲裁規則欠缺上訴機制廣為批評，但突然間於投資協定中納入上訴機制亦非易事，因此 2012 US Model BIT 納入考量未來設置上訴機制可能性之條款，企盼締約國雙方能朝向在 ISDS 仲裁下設置上訴機制此一方向共同努力。

表 5-1 ICSID、UNCITRAL 與 Model BIT 之比較

比較項目	ICSID	UNCITRAL	2012 US Model BIT
管轄權	<p>公約第 25 條 締約國和另一締約國國民間直接因投資而產生並經雙方書面同意提交給中心的法律爭端。</p>	<p>第 1、23 條 凡各方當事人同意一項確定的法律關係不論是<u>契約或非契約</u>，彼此間就關於此之爭端。但須服從各方當事人協議就此協定所作之修改。仲裁庭有權對其自身管轄權作出裁定，當事人若欲主張仲裁庭無管轄權，有時間限制。</p>	<p>第 24 條 締約國須符合違反雙邊投資協定義務（第 3 條至第 10 條）、投資合約或投資授權，並且投資人因締約國違反義務受有損害時，投資者方能依本條規定將爭端交付仲裁。</p>
仲裁程序之開始	<p>仲裁規則第 1、2、6 條 締約國或國民欲提起仲裁，必須先向秘書長以 ICSID 官方語言提出書面請求，亦可由當事人雙方共同為請求。待秘書長於收到書面請求確認該爭端屬於 ICSID 管轄範圍後，即登錄於仲裁登記簿上並通知爭端雙方。</p>	<p>第 3 條 申請仲裁之程序係由一方當事人將仲裁通知書送交他方當事人，自他方當事人收到仲裁通知書之日起，為仲裁程序起始之日。</p>	<p>第 23 條 當投資爭端發生時，雙方應先透過諮商或談判盡力尋求解決。當無法透過協商或談判獲致滿意解決時，始得將爭端提交仲裁。</p>

<p>仲裁庭之組成</p>		<p>公約第 37、38 條規定 除當事人另有約定外，仲裁人原則為三人。若於登記後 90 日內未能組成仲裁庭，則由指定機構任命仲裁人，其所任命之仲裁人不得與當事人任一方相同國籍者。仲裁人應具有高尚道德品質，並在法律、商務、工業及金融具公認能力。仲裁人應簽署獨立聲明書以揭露任何可能違反其公正性之情形。</p>	<p>第 7、11、13 條 除當事人約定仲裁人為一人，仲裁人原則為三人。若在仲裁通知後 30 日內就仲裁人人數或任命方法未能達成協議，則由指定機構任命三名仲裁人。對於仲裁人之資格或國籍並無特別要求。仲裁人負有揭露義務，有任何可能使人對其公正性及獨立性產生疑慮時，應事前作出解釋。</p>	<p>第 27 條 仲裁庭由三位仲裁人組成，二締約國各指派一位；第三位首席仲裁人由爭端雙方當事人協議決定。ICSID 書長為本條規定之特定場合作為任命仲裁人之機構。若於提交仲裁後 75 日內無法組成仲裁庭，ICSID 秘書長有權任命尚未任命之仲裁人。</p>
<p>仲裁程序之進行</p>	<p>先行裁決程序</p>	<p>無相關規定。</p>	<p>無相關規定。</p>	<p>第 28 條第 4 項 當事人可提出先決問題，而仲裁庭須於為正式仲裁判斷前先行審酌。若被訴地主國提出異議，認為聲請人不可能就該請求得到有利之仲裁判斷，則仲裁庭應將該異議作為先決問題處理。進行先行程序時，仲裁庭應假設聲請人用以支持請求之事實全部為真，並且就先決問題迅速作成決定。仲裁庭可依本項規定命主</p>

				張為顯無理由者負擔仲裁相關費用。
準備程序	<p>仲裁規則第 20、21 條</p> <p>程序預先協商：仲裁庭主席應主動釐清雙方在程序事項上之觀點。</p> <p>審前會議：於秘書長的要求或仲裁庭主席裁量決定，得安排仲裁庭與當事人召開審前會議，以便交換訊息，確定無爭端之事實，加速程序進行。</p>	無相關規定。		適用仲裁規則相關規定。
審理程序	<p>仲裁規則第 29 條</p> <p>除當事人另有約定，審理程序應包含書面審理及言詞辯論兩階段。</p> <p>1.書面審理：雙方之申訴書及答辯書。若仲裁庭認為有必要或經雙方當事人同意，得再提交第二份申訴書及答辯書。</p> <p>2.言詞辯論程序：除非經當事人雙方同意，原則上不對外公開。</p>	<p>第 17 條至第 32 條</p> <p>任一方當事人在仲裁程序適當階段請求開庭審理，仲裁庭應開庭審理。若未提出請求，仲裁庭應決定開庭審理或是根據書面資料和其他資料進程序。</p> <p>雙方當事人應以書面形式將申請書及答辯書傳遞給各方當事人及每位仲裁人；在仲裁程式進行過程中，當事人可更改或補充其仲裁請求或答辯。</p>		依仲裁規則相關規定。

	<p>臨時措施</p>	<p>公約第 47 條、仲裁規則第 39 條 除當事人另有約定，當事人於仲裁程序期間皆可請求仲裁庭採取臨時措施，ICSID 仲裁庭有建議採取臨時措施之權限。ICSID 公約就其臨時措施類型並無定義，可採用臨時措施範圍廣。仲裁庭之建議嚴格來說不具拘束力。ICSID 須雙方當事人同意，始得向國內法院請求臨時措施。</p>	<p>第 26 條 經一方當事人請求，仲裁庭可准予臨時措施。仲裁庭並無建議權限，只能於當事人提出請求時為臨時措施命令。UNCITRAL 下之臨時措施為仲裁判斷之一部，對爭端當事人具拘束力。仲裁庭組成前可選擇直接向國內法院請求做成臨時措施。</p>	<p>第 28 條第 8 項 仲裁庭可採取暫時處分，以保障當事人權益或確保仲裁庭管轄權之有效。</p>
	<p>證據</p>	<p>仲裁規則第 33 條至第 36 條 當事人應於仲裁庭所規定之期限內，與行政理事會溝通證據之傳遞。仲裁庭在仲裁程序進行期間，可要求各方當事人在其所決定之期限內出示文件、證物或其他證據。仲裁庭應就證據之證據能力、證明力做出決定。證人及專家證人得出庭作證，其為陳述前應為證人宣誓。證人或專家證人在仲裁庭裁量下得以書面形式呈現。</p>	<p>第 27 條 仲裁庭在仲裁程序進行期間，可要求各方當事人在其所決定之期限內出示文件、證物或其他證據。當事人應就其仲裁請求及答辯所主張之事實負舉證責任。當事人可就任何問題提出證人作證，包括專家證人，除非仲裁庭另有指示可以由證人簽署後由書面形式呈遞。仲裁庭就所出示證據之證據能力、關聯性、實質性和重要性做出決定。</p>	<p>依仲裁規則相關規定。</p>

專家報告	雖無專項規定，但根據專家證人相關規範似亦允許專家報告。	第 29 條 經與當事人協商後，仲裁庭可指定一人或數人之專家以書面形式就仲裁庭需決定之特定問題向仲裁庭提出報告。	第 32 條 經爭端當事人雙方同意，就爭端當事人提出之事實爭點，仲裁庭得依爭端當事人之請求或基於其職權，指定一個或多個專家提出關於環境、健康、安全或其他科學事項之事實爭點的書面意見。
合併審理	無相關規定。	無相關規定。	第 33 條 當數個請求有共同事實上或法律上問題時，或是請求原因事實相同時，任一爭執當事方即得請求合併仲裁。
準據法	公約第 42 條 仲裁庭應依雙方同意之法律規範做出判斷，若無此協議則仲裁庭應依爭端當事人之一方之法律以及可能適用之國際法相關規範。	無相關規定。	第 30 條 明確規範投資人依不同基礎提出仲裁時之基礎不同所應適用之法律規範。
仲裁庭初步提案	無相關規定。	無相關規定。	第 28 條第 9 項 若當事人向仲裁庭提出作成初步提案之請求，仲裁庭應於作成

				決定或判斷前，先行提出初步提案。在提出初步提案後 60 日內，當事人可就初步提案提出書面意見；仲裁庭應將當事人提出之意見納入考量，至遲應於前項傳閱期限截止後 45 日內做出正式決定或裁定。
仲裁程序之透明化		<p>仲裁規則第 37 條第 2 項</p> <p>在與雙方當事人諮詢後，得接受非爭端當事人之第三人就爭端範圍內事項提交書面意見，為仲裁庭應考量本條所規範之要素而為決定。至於第三人參與聽證程序，仍須以雙方當事人雙方同意為基礎。</p>	<p>UNCITRAL ISDS 透明化規則</p> <p>1. 仲裁啟動時向公眾公開仲裁資訊；</p> <p>2. 仲裁文件公開；</p> <p>3. 允許第三人及非爭端當事人之條約締約方提交書面意見；</p> <p>4. 審理程序原則上要公開進行等。</p>	<p>第 28 條、29 條</p> <p>1. 非爭端當事國之締約國亦可向仲裁庭以書面或口頭方式對條約之解釋提出建議。</p> <p>2. 仲裁庭具有權限接受並予以考量「法庭之友」之意見；</p> <p>3. 公開特定範圍內之文件；</p> <p>4. 聽證程序應公開舉行；</p> <p>5. 公開文件或公開聽證程序中之機密資訊，應劃定保護範圍及保護方式，使當事人之機密資訊所享有之保護力亦不受影響。</p>
仲裁判斷	內容	無相關規定。	無相關規定。	<p>第 34 條</p> <p>仲裁庭只可單獨或一併裁決命相對人給付金錢損害賠償與其</p>

				相關利益，及／或返還財產。不可為懲罰性賠償之判斷。仲裁判斷僅就特定案件於當事人間具拘束力。
	審查	<p>公約第 53 條</p> <p>依 ICSID 所做出之仲裁判斷對爭端當事人具拘束力，除不得進行上訴或採取 ICSID 公約規定以外之任何救濟方法。當事人雖可請求撤銷，但 ICSID 下之撤銷程序，其訂有法定撤銷事由，管轄範圍相當窄，且其係撤銷仲裁判斷重新進行仲裁程序，與上訴機制有很大差別。</p>	<p>第 34、37 條</p> <p>UNCITRAL 下仲裁判斷為終局性、對當事人具有拘束力，無任何上訴或訴諸其他救濟之權利。雖紐約公約亦有一定事由允許國內法院就仲裁判斷審查其效力，但其管轄範圍與上訴機制相比仍屬狹隘，與上訴機制仍有差異。</p>	<p>第 28 條第 10 項</p> <p>若未來 ISDS 仲裁於其他組織架構下成立上訴機制，則締約雙方應考量是否將本條約第 34 條下之仲裁判斷，納入該等上訴機制，並努力確保此類上訴機制對透明化要求之程度，應與本條約對仲裁程序所要求之透明化程度相當。</p>
	承認與執行	<p>公約第 54 條至第 55 條</p> <p>ICSID 仲裁判斷拘束力與國內法院終局判決效力相同。</p>	<p>依紐約公約及各國國內法律規範決定其效力。</p>	<p>依仲裁規則相關規定。</p>

資料來源：本研究自行整理

二、2012 US Model BIT、CETA 與中澳 FTA 比較

2012 US Model BIT、CETA 與中澳 FTA 為前二章所述對 ISDS 立場持不同立場國家新近具代表性之投資協定，以下將透過比較此三協定中 ISDS 條款，歸納出 ISDS 機制之最新發展狀況。由下表 5-2 針對美國、歐盟及澳洲近期對外投資協定中 ISDS 條款進行比較，結果發現雖然其規範仍有些微差異，但就投資協定中 ISDS 條款改革方向，主要係圍繞著對現行對 ISDS 機制之批評，可歸納出以下幾個主要改革方向：

1. 國家主權及公共政策規制權之維護

面臨各界批評 ISDS 仲裁對國家主權之侵害以及公共政策規制權之限制，三協定均就此做出相當程度之改善。在國家主權的維護上，相較於傳統之投資協定以及目前常用之 ICSID、UNCITRAL 仲裁規則，2012 US Model BIT、CETA 與中澳 FTA 下 ISDS 仲裁適用範圍均明顯限縮，2012 US Model BIT 及 CETA 均規定須締約國違反特定義務且投資人因此受有損害始得提出 ISDS 仲裁，中澳 FTA 下 ISDS 適用範圍更為狹窄，限於締約國違反投資協定中所規範之國民待遇條款且投資人因此受有損害，始得提出 ISDS 仲裁；而針對仲裁之提起，協定中亦明訂一定條件限制，包括諮商先行程序、法定期間及相關文件格式要求等；仲裁程序中則增加先行裁決程序，在訴訟中當事人可就先決問題提出異議，仲裁庭應就先決問題處理，可有效避免顯無異議或浮濫之仲裁請求。主要係透過減少 ISDS 仲裁提出之可能性，減少國家面臨被控訴之風險，進而減少對國家主權之侵害。

而針對地主國公共政策規制權之維護，CETA 在前言中明文規定「此一協定條款仍維護締約國於領土內之規制權以及其為達成合法政策目標之彈性，如公共健康、安全、環境、公共道德及文化多樣性促進與保護」，中澳 FTA 則在諮商程序明文規定「採取非歧視和出於公共健康、安全、環境、公共道德或公共秩序等

合法公共利益目標之措施，不應作為訴請之對象」，2012 US Model BIT 則未見相關條款；在仲裁判斷內容部分，2012 US Model BIT、CETA 與中澳 FTA 均規定仲裁庭僅可做出金錢賠償之判斷，不可要求地主國撤銷其相關政策或措施。

2. 仲裁庭之組成—仲裁人之公正性及獨立性

仲裁人之選任訂立明確規範並設立行為準則，確保仲裁人之公正性及獨立性，CETA 及中澳 FTA 均規定雙方應共同建立一仲裁人名單，作為決定仲裁人或雙方就仲裁人無法達成協議時，由指定機構從中選任仲裁人。有別於過往適用 ICSID、UNCITRAL 仲裁規則相關規定，締約國共同建立仲裁人名單，對仲裁人具一定預期性，可提升雙方當事人對其仲裁人及仲裁判斷之信任程度。此外，CETA 及中澳 FTA 均就仲裁人之資格及行為有一定規範，若仲裁人不符合資格，爭端當事人可請求撤換仲裁人，此一規定亦可有效消除當事人對仲裁人之公正性及獨立性之疑慮。

3. 仲裁程序透明化

提升 ISDS 仲裁之透明化乃國際間之共識，2012 US Model BIT、CETA 與中澳 FTA 中均有規定程序透明化相關規定，包括公開仲裁文件、公開舉行聽證會、允許非爭端方之締約國就協定解釋提出意見、允許法庭之友 (*amicus curiae*) 提出書面意見，相關細節規範或有些許不同，但均以提升 ISDS 仲裁透明度、擴大公眾參與為目標進行改革。

4. 仲裁判斷錯誤及不一致之改善

現行 ISDS 機制所為人詬病之最大缺點是仲裁判斷之不一致及矛盾，2012 US Model BIT、CETA 與中澳 FTA 中就此亦做出相應規範。在仲裁程序中分別增設專家報告、合併審理、準據法中之「安全閥」規定及仲裁庭初步提案等相關規定。

就專家報告之規定，2012 US Model BIT 及中澳 FTA 均明文規範，允許仲裁庭可任命專家就專業問題提交書面報告，提升仲裁庭所作仲裁判斷之準確性，CETA 未有單獨條文明文規範專家報告，但就第 34 條仲裁資訊分享之規定，專家仍有可能參與仲裁程序。合併審理之部分，2012 US Model BIT、CETA 與中澳 FTA 均有明文規範就具有相同原因事實背景之案件同時進行審理，得避免分別審理造成仲裁判斷不一致或矛盾之情形。而準據法適用中的「安全閥」規定，2012 US Model BIT 未見相關規範，但 CETA 及中澳 FTA 中均有此一規範，使締約國對協定保有解釋權，防止仲裁庭恣意擴大解釋範圍，對締約國雙方造成突襲。而仲裁庭初步提案之規定，2012 US Model BIT 增加此一規定，當事人得請求仲裁庭於做成正式仲裁判斷前提出初步提案，當事人得就此表示意見，仲裁庭應考量當事人之意見做出最終仲裁判斷，此一規定係充分保障當事人對仲裁庭判斷表達意見之機會，防止仲裁庭恣意解釋對當事人造成突襲，避免仲裁判斷之錯誤。除了在仲裁程序增加前述規定外，現行 ISDS 機制下欠缺對於仲裁判斷有效審查制度經常為人所詬病之處，2012 US Model BIT、CETA 與中澳 FTA 皆對此有所體認，在協定中均納入考量設立上訴機制之可能性之規範，但須說明的是，其規範均僅說明締約國雙方應考量設立之可能性，而未有真正設立 ISDS 仲裁上訴機制者，就上訴機制之架構、程序運作等均未能有進一步規範。

表 5-2 2012 US Model BIT、CETA、中澳 FTA 之比較

比較項目	2012 US Model BIT	CETA	中澳 FTA
仲裁管轄範圍	<p>第 24 條 締約國須符合違反雙邊投資協定義務(第 3 條至第 10 條)、投資合約或投資授權,並且投資人因締約國違反義務受有損害時,投資者方能依本條規定將爭端交付仲裁。</p>	<p>第 10.17 條 締約國違反 CETA 投資章第 3 節不歧視待遇、第 4 節投資保護規範,並且投資人因此受有損害時,始得提出仲裁。不得透過虛假程序、隱瞞或任何其他濫用程序之行為以提出仲裁。</p>	<p>第 9.12 條 投資人依地主國法律、法規和投資政策之協定涵蓋投資,因締約國違反國民待遇義務且投資人因其違反義務行為而遭受損失或損害,得提出仲裁。</p>
事前同意仲裁	<p>第 25 條 締約國直接對未來可能發生之仲裁表示同意。</p>	<p>第 10.24 條 各締約方同意就依本協定本節規定所提出之仲裁。</p>	<p>第 9.13 條 各締約方同意就依本協定本節規定所提出之仲裁。</p>
仲裁前置程序及條件	<p>第 26 條 當事人至遲應於知悉或應當知悉有違反義務情勢,且受有損害 3 年內提出仲裁。</p>	<p>第 10.21 條 提交仲裁有一定條件限制,申請人必須符合相關期間以及格式要求。禁止平行訴訟,企業不得同時在地主國國內法院、其他國際法庭及 ISDS 仲裁庭尋求救濟。</p>	<p>第 9.14 條 提交仲裁有一定條件限制,須符合協定中相關格式要求。自申訴方首次獲悉、或應首次獲悉第 9.12 條之違反行為,並且控訴方已遭受損失或損害之日起已超過 3 年時間內應提交仲裁。自</p>

			引起爭端之行為措施或事件發生之日起 4 年後，均不可提交仲裁。
仲裁程序之開始	<p>第 23 條</p> <p>當投資爭端發生時，雙方應先透過諮商或談判盡力尋求解決。當無法透過協商或談判獲致滿意解決時，始得將爭端提交仲裁。</p>	<p>第 10.22 條</p> <p>當發生投資爭端時，當事人雙方應先盡力透過諮商或調解尋求解決，且 CETA 訂有法定期間 (statutory limits)，諮商應於 3 年內提出。當無法透過諮商或談判獲得解決時，始得提交仲裁。</p>	<p>第 9.11 條</p> <p>當發生投資爭端時，應先透過諮商尋求解決，自導致爭端之措施或事件發 2 個月可請求諮商。若一方採取非歧視且係基於公共健康、安全環境和道德或公共秩序等合法利益目標之措施，不可為訴請諮商之對象。被訴方可在收到諮商請求後 30 日內，向控訴方及非爭端締約方提供理由說明該措施屬於公共利益措施（公共利益通知）。4.若自請求諮商後 120 日內仍無法解決爭端即可提請仲裁。</p>

<p>仲裁庭之組成</p>		<p>第 27 條 仲裁庭由三位仲裁人組成，雙方各指派一位；第三位首席仲裁人由雙方協議決定。ICSID 書長為本條規定之特定場合為任命仲裁人之機構。若於提交仲裁後 75 日內無法組成仲裁庭，ICSID 秘書長有權任命尚未任命之仲裁人。</p>	<p>第 10.25 條 除非當事人約定獨任仲裁人，仲裁庭由三位仲裁人組成，雙方各指派一位，第三位首席仲裁人則從歐盟與加拿大預先同意之仲裁人名單內選任。若於 90 日內未能組成仲裁庭或無法決定獨立仲裁人，任命機構依當事人一方要求，由 ICSID 秘書長自歐盟與加拿大所建立之名單選任；若未建立前述之名單，ICSID 秘書長依其裁量權限指派仲裁人，除非雙方同意，不得指派與任一當事人相同國籍之仲裁人。CETA 訂有仲裁人行為準則，若仲裁人被認定未遵循此準則時，將會被要求迴避或離職。</p>	<p>第 9.15 條 除當事人雙方約定獨任仲裁人，仲裁庭由三位仲裁人組成，雙方各指派一名仲裁人，第三位首席仲裁人由雙方協議決定。若於 90 日內未能組成仲裁庭或無法決定獨立仲裁人，任命機構應當事人任一方要求，依中國與澳洲所建立之名單選任；若前述名單尚未建立，秘書長依其裁量權限指派仲裁人；除非當事人雙方同意，秘書長不得指派與任一當事人雙方同國籍之仲裁人。附件 9-A 列有 21 項規定仲裁人行為準則。</p>
<p>仲裁之進行</p>	<p>先行裁決程序</p>	<p>第 28 條第 4 項 當事人可提出先決問題，而仲裁庭須於為正式仲裁判斷前先行審酌。若被訴地主國提出異議，認為聲請人不可能就該請求得</p>	<p>依仲裁規則相關規定。</p>	<p>第 9.16.5~9.16.7 條 異議應在仲裁庭組成後儘快提出，仲裁庭應在收到本款所述異議時，中止任何有關實體問題之程序，然後針對異議做出決定或</p>

		到有利之仲裁判斷，則仲裁庭應將該異議作為先決問題處理。進行先行程序時，仲裁庭應假設聲請人用以支持請求之事實全部為真，並且就先決問題迅速作成決定。仲裁庭可依本項規定命主張為顯無理由者負擔仲裁相關費用。		裁決，並說明理由。仲裁庭可就提出異議或反對異議的過程中支出之合理費用和律師費進行裁決。在決定如此裁決是否合理時，仲裁庭應考慮申訴方的訴請或被訴方的異議是否毫無道理，並應為爭端雙方提供合理的評論機會。
	臨時措施	第 28 條第 8 項 仲裁庭可採取暫時處分，以保障當事方權益或確保仲裁庭管轄權之有效。	CETA 第 10.31 條 為維護爭端當事人之權益或確保仲裁庭管轄權為有效，仲裁庭得為暫時處分。	依仲裁規則相關規定。
	專家報告	第 32 條 經爭端當事人雙方同意，就爭端當事人提出之事實爭點，仲裁庭得依爭端當事人之請求或基於其職權，指定一個或多個專家提出關於環境、健康、安全或其他科學事項之事實爭點的書面意見。	未有專門條文規範，但第 34 條提到得對證人及專家揭露仲裁相關資訊，似未禁止專家涉入仲裁程序。	第 9.20 條 除非爭端雙方予以反對，仲裁庭可依爭端當事人一方之請求或自行任命一名或多名專家，就爭端當事人一方在仲裁過程中提出涉及環境、健康、安全或其他科學性事項的事實性問題，向仲裁庭提交書面報告。
	合併審理	第 33 條 當數個請求有共同事實上或法	第 10.41 條規定 當基於同一事實背景，具有相同	第 9.21 條 當基於同一事實背景，具有相同

	律上問題時，或是請求原因事實相同時，任一爭執當事方即得請求合併仲裁。	事實或法律基礎之仲裁案件被分別提出時，當事人雙方可尋求訴訟合併。	事實或法律基礎之仲裁案件被分別提出時，當事人雙方可尋求訴訟合併。
準據法	第 30 條 明確規範投資人依不同基礎提出仲裁時之基礎不同所應適用之法律規範。	第 10.27 條 明確規範仲裁庭應適用之準據法。設有「安全閥」規定，協定下服務與投資委員會有權作出具拘束力之解釋。	第 9.18 條規定 明確規範仲裁庭應適用之準據法。協定下投資委員會對協定解釋之共同決定對仲裁庭具拘束力，仲裁庭所為判斷須符合之。
仲裁庭初步提案	第 28 條第 9 項 若當事人向仲裁庭提出作成初步提案之請求，仲裁庭應於作成決定或判斷前，先行提出初步提案。在提出初步提案後 60 日內，當事人可就初步提案提出書面意見；仲裁庭應將當事人提出之意見納入考量，至遲應於前項傳閱期限截止後 45 日內做出正式決定或裁定。	無相關規定。	無相關規定 ¹⁷⁹ 。
仲裁程序之透明化	第 28 條、29 條 1.非爭端當事國之締約國亦可	第 10.33、10.35 條 仲裁庭應接受非爭端方之締約	第 9.16.2、9.16.3、9.17 條 非爭端締約方可向仲裁庭就協定

¹⁷⁹ 韓澳 FTA 則有規定。

		<p>向仲裁庭以書面或口頭方式對條約之解釋提出建議。2. 仲裁庭具有權限接受並予以考量「法庭之友」之意見；</p> <p>2. 公開特定範圍內之文件；</p> <p>3. 聽證程序應公開舉行；</p> <p>4. 公開文件或公開聽證程序中 之機密資訊，應劃定保護範圍及保護方式，使當事人之機密資訊所享有之保護力亦不受影響。</p>	<p>國就協定解釋提出口頭或書面陳述，或經與爭端當事人諮商後，得邀請非爭端方之締約國就協定解釋提出口頭或書面陳述。非爭端方之締約國亦可參加聽證程序。</p> <p>適用 UNCITRAL 透明化規則：公開文件、公開舉行聽證程序、法庭之友可提出書面意見，且仲裁庭及當事人不得拒絕該意見書之提出</p>	<p>解釋提出口頭或書面陳述。在獲得爭端雙方當事人書面同意後，仲裁庭可允許爭端當事人外之第三人就爭端範圍內事項提交法庭之友意見書。</p> <p>公開文件、公開舉行聽證。若爭端雙方有需要進行保密之資訊應事先建議仲裁庭，仲裁庭應為適當措施進行保護。</p>
仲裁判斷	內容	<p>第 34 條</p> <p>仲裁庭只可單獨或一併裁決命給付金錢損害賠償與其相關利益，及／或返還財產。不可為懲罰性賠償之判斷。仲裁判斷僅就特定案件於當事人間具拘束力。</p>	<p>第 10.36 條</p> <p>仲裁庭只可單獨或一併裁決命給付金錢損害賠償與其相關利益，及／或返還財產；且仲裁庭不可為懲罰性賠償之判斷。仲裁判斷僅就特定案件於當事人間具拘束力。敗訴方須承擔訴訟費用。</p>	<p>第 9.22 條</p> <p>仲裁庭只可單獨或一併裁決命金錢損害賠償與其相關利益，及／或財產返還；仲裁庭不可為懲罰性賠償之裁決。仲裁庭判斷僅就特定案件在當事人間具拘束力。仲裁庭亦可對仲裁支出之法律費用及律師費用作出判斷。</p>
	審查： 上訴機制	<p>第 10 項</p> <p>若未來 ISDS 仲裁於其他組織架構下成立上訴機制，則締約雙方</p>	<p>第 10.42 條</p> <p>本協定下之服務與投資委員會應就本章可能改進方向進行討</p>	<p>第 9.23 條</p> <p>自本協定生效之日起 3 年內，雙方應啟動談判以期建立上訴審查</p>

		應考量是否將本條約第 34 條下之仲裁判斷，納入該等上訴機制，並努力確保此類上訴機制對透明化要求之程度，應與本條約對仲裁程序所要求之透明化程度相當。	論，特別是是否建置上訴機制針對法律問題進行審查之可能性。	機制。
	承認與執行	第 34.6 條、第 34.8 條 當事人一方欲執行裁決，須待 1.依 ICSID 所為之仲裁判斷作出 120 日後，且未有請求修改或撤休或修改或宣告無效之程序已結束；2.依 UNCITRAL 仲裁規則所為之仲裁判斷 90 日後，且未啟動修改擱置或撤銷程序，或法院已駁回或批准申請而無進一步上訴，始得執行裁決。 若相對人未遵守終局仲裁判斷，於非爭端方締約國提出請求後依本協定國與國間爭端解決組成仲裁庭。	第 10.39 條 當事人一方欲執行裁決，須待 1.依 ICSID 所為之仲裁判斷作出 120 日後，且未有請求修改或撤休或修改或宣告無效之程序已結束；2.依 UNCITRAL 仲裁規則所為之仲裁判斷 90 日後，且未啟動修改擱置或撤銷程序，或法院已駁回或批准申請而無進一步上訴，始得執行裁決。	第 9.22 條 當事人一方欲執行裁決，須待 1.依 ICSID 所為之仲裁判斷作出 120 日後，且未有請求修改或撤休或修改或宣告無效之程序已結束；2.依 UNCITRAL 仲裁規則所為之仲裁判斷 90 日後，且未啟動修改擱置或撤銷程序，或法院已駁回或批准申請而無進一步上訴，始得執行裁決。

資料來源：本研究自行整理。

第三節 ISDS 機制未來改革方向

現行 ISDS 機制面臨諸多批評，ICSID 及各國對外簽署投資協定時均已採取一定措施因應進行改革，以下本文根據前述比較及觀察之結果，就 ISDS 機制在近期及長期可能之改革方向進行討論。

一、ISDS 機制近期改革方向

(一) 維護國家主權及公共政策規制權

ISDS 仲裁案件量暴增，加之 ISDS 仲裁與公共利益難以分割之密切關連性的情況下，引發各界就 ISDS 仲裁對國家主權之侵害以及對地主國公共政策規制權之限制之疑慮。針對此一批評，目前主要改革方向有二：限制 ISDS 仲裁適用範圍及提出仲裁要件之限制，減少投資人提訴之機會；增列公共利益例外條款，維護國家之規制權。

管轄權的範圍及提起仲裁之要件，對於投資人就一投資爭端得否得提出 ISDS 仲裁影響重大，有別於 ICSID 及 UNCITRAL 仲裁規則中對於管轄權範圍及提起仲裁之要件之規定寬鬆，近期各國對外簽署投資協定中 ISDS 條款多朝向限縮 ISDS 仲裁適用範圍及對提出仲裁之要件嚴格規範之方向發展，如 2012 US Model BIT 即規定須締約國須違反投資協定一定義務、投資合約或投資授權，且投資人因此受有損害時，始能將爭端交付仲裁、中澳 FTA 更僅限於違反國民待遇條款且投資人因此受有損害時始得提出仲裁；此外，對於仲裁之提出更設有法定期間之限制等。未來各國在對外簽署投資協定時，可透過管轄權範圍之規範有效控制國家面臨投資人控訴之風險；但是，在進行限制之時應同時注意是否過度限縮，使得投資人實際得提出仲裁之機會甚低，失去 ISDS 機制存在之意義。

至於增列公共利益例外條款，如 CETA 於前言¹⁸⁰明文規定：「此一協定條款乃維護締約國於領土內之規制權以及其為達成合法政策目標之彈性，如公共健康安全環境公共道德及文化多樣性促進與保護」；而中澳 FTA 則於諮商程序中規定「採取非歧視和出於公共健康安全環境公共道德或公共秩序等合法公共利益目標之措施，不應作為訴請之對象」。其中 CETA 將公共利益例外條款規範於前言，其效力為何不無疑問，因其就 ISDS 仲裁案件可能涉及公共利益時於仲裁程序中如何處理並無相關規範；而中澳 FTA 中則有較詳細之規範，當被訴方認為申訴方所提出之諮商請求涉及公共利益時，可向申訴方及非爭端締約方發出公共利益通知（public welfare notice）說明其立場及理由，申訴方及非爭端締約方應於 90 日內進行諮商，爭端解決程序應自動中止。未來各國在對外簽署投資協定 ISDS 條款時，為維護國家合於合法目的之公共政策規制權，納入公共利益例外條款之時，應注意其於仲裁程序中主張公共利益例外條款之效果及處理程序，以避免國家仍處於被控訴之風險，承擔訴訟時間及費用成本上之不利益。

（二）仲裁庭之組成—仲裁人之公正性及獨立性

仲裁庭之組成是仲裁程序之第一步，且由於仲裁人對於仲裁之勝敗往往具關鍵因素，因此仲裁庭之組成無疑亦為最重要的部分之一。近期主要國家對外簽署之投資協定中，就仲裁庭之組成均納入有別於 ICSID、UNCITRAL 仲裁規則之規範，增加其對仲裁人選任之控制。未來對外簽署投資協定 ISDS 條款之時就仲裁人選任之部分，締約國可詳細規範仲裁人選任之相關規定，透過建立一仲裁人名單，長久而言將形成一定穩定性達到「準法官」之效果，可提高對仲裁人之信任，同時可降低拖延仲裁程序之可能性，加速仲裁程序之進行。此外，仲裁人行為準則部分，雖然目前投資協定中多對仲裁人之資格及行為準則有一定規範，但就仲裁人違反行為準則或具利益衝突之情形之撤換程序並未有完整規範，未來應可就

¹⁸⁰ CETA Preamble.

仲裁人違反行為準則或具利益衝突之情形作出嚴正規範，提升對仲裁人之信賴。

(三) 仲裁程序之透明化

ISDS 仲裁之透明化之改革大致上均係朝相同的方向發展，包括公開仲裁相關文件、公開舉行聽證程序及允許法庭之友意見的提出等，目的在於提升公眾對於 ISDS 仲裁程序之參與程度，以回應各界對於仲裁程序隱密性的諸多批評。然而，ISDS 仲裁畢竟仍係一涉及私人之爭端解決程序，投資人海外投資活動往往其商業利益及機密資訊，未來在致力於提升 ISDS 仲裁透明化程度之同時，亦應注意到投資人私人商業利益及機密資訊之維護，如何兼顧地主國國民之公共利益與投資人之私人利益為透明化過程中應思考之重要議題。

(四) 仲裁判斷錯誤及不一致之改善—建立上訴機制

1. ISDS 機制建立上訴機構之倡議

仲裁制度基於對迅速解決爭端價值之追求，其特色之一為一審終局性，即仲裁庭就某一爭議作出裁決後，當事人不得就該爭議再次要求仲裁或者就該爭議向法院起訴，此亦被視為是仲裁制度最重要的優點及特色之一。ISDS 仲裁因適用不同仲裁規則有不同之救濟方式，如 ICSID 下之撤銷(annulment)及 UNCITRAL 下依紐約公約之撤銷事由，但其與上訴機制迥異，現行 ISDS 機制下之撤銷管轄範圍狹窄，往往需耗費許多時間且未能獲得滿意之結果。因此，ISDS 機制改革之主要訴求之一即為納入上訴機制。美國最早於其「2002 年貿易法」(Trade Act of 2002)第 2102 條(section 2102)第(b)項第(3)款有關外人投資(foreign investment)的主要談判目標(Principal Trade Negotiating Objective)之中，即已提及建立 ISDS 上訴機制之可能性¹⁸¹，而後自 2004 年起簽署之國際投資協定中即包含成立雙邊

¹⁸¹ 蔡元閔，試論「投資人對地主國爭端解決機制」之改革—以歐盟倡議在「跨大西洋貿易及投資夥伴協定」建立上訴機制為中心，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，181 期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no181/4.pdf>

ISDS 上訴機制之可能性之文字。而 2006 年 ICSID 中心仲裁規則修訂之議程中，亦就納入上訴機制進行討論¹⁸²。至於歐盟方面，其在 CETA 及與新加坡之自由貿易協定中均亦納入考量設置上訴機制可能性之文字，在 TTIP 談判中，其概念文件中除提議納入一 ISDS 上訴機制外，更指出此一上訴機制可仿照 WTO 之上訴機構之制度，設置 7 名常任仲裁人，包含 2 名歐盟籍、2 名美國籍及 3 名外國籍專家，而該等仲裁人之資格則可參照 WTO 上訴機構或國際法院（International Court of Justice）所要求者；在 ISDS 機制公眾諮詢文件中，則就設立上訴機制提出相應之條約文字草案，包括「仲裁判斷（Award）」以及「上訴審查（Appellate Review）」兩條。在仲裁判斷條文中，歐盟針對爭端方提起上訴之時間以及下級仲裁庭就上訴機構之報告修正其原仲裁判斷之期間皆設有 90 日時間限制，但並未就上訴機構作成報告之時間有特別限制。而上訴審查一條中則有別於現行 ISDS 機制任務性（ad hoc）之特色，將建立一常設之上訴機構，此上訴機構將有權針對仲裁庭之判斷以及法律解釋所涵蓋之法律上爭點（issue of law）進行聽審。但截至目前為止，近期多數投資協定中雖皆有考量建立 ISDS 上訴機制之文字規範，但 ISDS 下上訴機制建立之發展亦僅止於此，處於紙上談兵之階段，不論是 ICSID 架構下或投資協定架構下均未真正建立 ISDS 上訴機制。

2. 設立 ISDS 上訴機制－參考 WTO 上訴機制

ISDS 欠缺上訴機制招致諸多批評，但上訴機制之設立並非易事，是以至今仍未能真正設立。而 WTO 乃國際間公認最成功之爭端解決機制之一，其上訴機制之運作之成功為有目共睹，未來 ISDS 仲裁仍應持續努力推動上訴機制之建立，並可以 WTO 上訴機制經驗為參考加以修正設立之，本文以下就 ISDS 中才可參考 WTO 上訴機制之制度可參考處提出數點說明。

¹⁸² Anna Joubin-Bret, *Why we need a global appellate mechanism for international investment law*, COLUMBIA FDI PERSPECTIVES No. 146, Apr. 27, 2015, available at <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-146-Joubin-Bret-FINAL.pdf> (last visited July 31, 2015).

(1) 各階段程序時間之限制

WTO 爭端解決規則與程序瞭解書(Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, 下簡稱 DSU) 中對各階段程序之時間限制均有嚴格規範, 旨在避免程序拖延、迅速解決爭端, 上訴程序亦不例外。DSU 第 16.4 條規定, 爭端當事國若對小組報告之法律認定不服者, 應於收到該報告後 60 日內向上訴機構提起上訴。DSU 第 17.5 條規定上訴機構應於爭端當事人提出上訴請求後以 90 日內作成報告。ISDS 仲裁處理投資事項爭端, 部分案件較 WTO 更具時效性要求, 因此未來 ISDS 建立上訴機制時亦應考量此點, 就上訴程序進行之時間做出規範, 以免上訴機制曠日費時, 無法達到爭端解決機制之最大效益。

(2) 上訴機構之組成

根據 DSU 第 17.1 條規定, WTO 之上訴機構係一常設機構, 設有 7 位成員, 每一案件輪流由其中 3 位成員進行審理; 第 17.2 條規定上訴機構成員由 DSB 指派, 其任期四年且得連任一次; 第 17.3 條規定上訴機構成員應具備法律、國際貿易及涵蓋協定 (covered agreements) 事務之專長。關於上訴機構成員之資格, 現行 ISDS 仲裁已就仲裁人資格有所規範並無須擔憂, 未來 ISDS 建立上訴機制或可參考 WTO 制度者應為上訴機構成員之組成方式及其審理分配, 審酌 ISDS 仲裁與 WTO 之差異, 並考量時間成本花費及上訴機構審理之公正性而為規範。

(3) 職能

根據 DSU 第 17.13 條規定, WTO 上訴機構得就小組報告之法律見解及結論做出維持 (uphold)、推翻 (reverse) 或修改 (modify) 之決定, 由其規定可知 WTO 上訴機構就小組報告並無發回更審 (remand) 之權限, 而 WTO

上訴機構亦因缺乏發回更審之規範而為人所詬病。但由於 WTO 爭端解決與投資爭端解決本質上存在一定差異，WTO 爭端解決機制雖為一具「準司法」程序特性之機制，但某種程度上仍具有外交、政治導向，爭端解決小組所作成者乃為「小組報告」(panel report)，而非如投資爭端中仲裁庭作成「判斷」(award) 可據以要求敗訴方支付金錢賠償。在 WTO 下，即使上訴機構因缺乏發回更審或繼續完成小組分析之權限而使得案件未獲解決，但由於 WTO 仍具有一定程度之外交、政治導向，持小組報告結果與對手國進行談判，仍可達到爭端解決機制之目的。然而，在國際投資仲裁其並不具有 WTO 此一國際組織之外交談判導向；相反地，當地主國同意發生投資爭端時投資人得提出 ISDS 仲裁，而非使用國與國間爭端解決程序解決，基本上已排除透過外交管道解決衝突之可能性。投資人提出仲裁時所期待者即為獲得一終局性且得據以執行之仲裁判斷。基於此，未來建立 ISDS 上訴機制時就此或可詳加考量是否就此一瑕疵加以修改，賦予 ISDS 上訴機制發回更審之權利。但於此同時仍應注意避免拖延上訴程序違反仲裁機制力求儘速解決爭端之初衷，特別是若已有「初步提案」之規範，發回更審是否有存在之必要需詳加考慮。

(4) 判決先例 (*stare decisis*) 原則

在 WTO 爭端解決機制下，原則上前案對於後案並不具有拘束力，但 DSU 第 3.2 條首句規定「WTO 之爭端解決機制提供多邊貿易體系安全性及可預測性之重要」，爭端當事人、爭端解決小組和上訴機構均曾同意此一規定乃支持先例拘束之有力推定，而在許多案例中之論理中，小組與上訴機構多傾向於參考前案結論進行該案之審理。未來 ISDS 建立上訴機制亦可仿效 WTO 模式，以「為確保雙邊或多邊投資環境之安全性與可預測性或「為保障爭端雙方之合理期待 (legitimate expectations)」等相對較隱晦且具有彈性之

文字，規範投資爭端中前後案之關係，以確保不同爭端案件中針對類似投資法律原則與概念在詮釋上之一致性。

二、ISDS 機制長期改革方向

國際投資法有別於與其他國際法子領域，在欠缺一單一多邊投資協定之情況下，國際投資法係由 3200 多份國際投資協定及許多國際組織協議所組成，隨著不同國家間簽訂之投資協定內容不同，而呈現多樣化之發展。國際間一直存在倡議成立多邊投資協定之聲音，在過去三十年間亦曾有三次針對多邊投資協定之談判，分別是在聯合國、經濟合作與發展組織組織(OECD)及世界貿易組織(WTO)場域下進行，但最終均宣告失敗。其中值得注意的是 1998 年於 OECD 架構下所提出之多邊投資協定草案 (Multilateral Agreement on Investment, 下簡稱 MAI)，MAI 草案集中反映自 1980 年代中期以來對國際投資法主要問題所持的基本立場和態度，亦反映所存在之矛盾及衝突，特別是對 ISDS 機制之疑慮，由於該草案對投資定義範圍甚為廣泛，引發對 ISDS 機制侵犯國家主權之疑慮，更擔心此機制若被投資人濫用將導致地主國窮於應付¹⁸³。OECD 之 MAI 草案最終因談判各國間利益之矛盾與衝突而宣告失敗。然一直以來均有主張建立全球性多邊投資協定者，但至目前為止，制定一具有普遍約束力、涵蓋範圍廣泛之綜合性、實體性多邊投資協定迄今仍然是國際社會追求而未能實現之目標。而自 WTO 杜哈回合談判 10 多年來停滯不前，全世界各經濟體為確保自身對外經貿利益，伴隨而來的是雙邊或複邊自由貿易協定的蓬勃發展，各國經貿政策目前均係以區域整合為重心，因此短時間內欲促成全球性多邊投資協定之談判似非易事。

但近幾年來巨型區域協定蔚為潮流，如跨太平洋戰略夥伴關係(Trans-Pacific Partnership, 下簡稱 TPP)、TTIP 和區域全面經濟夥伴協議 (RCEP) 等，其所涵

¹⁸³ 林俊宏，概論多邊投資協定—以開發中國家為中心之省思，經社法制論叢，第 38 期，頁 150，2006 年 7 月。

蓋之國家、經濟規模及投資流量通常相當驚人(見表 5-3)，其中均包含投資章節之談判。而在 TTIP 及 TPP 談判進程中，ISDS 條款則為其投資章節談判重點之一。如前所述，TTIP 下歐美雙方均有意願將 ISDS 條款納入投資章節，歐美二大經濟體向來為國際投資流入大國佔全球投資流量相當大之比重，且在投資規範之發展一直以來領先於其他國家而成為其他國家之典範，若其就 ISDS 條款若能達成協議，勢將成為全球投資保護新標準。

表 5-3 巨型 RTA 經濟規模佔比 (占全球比重) 單位：%

	人口數	GDP	貨品貿易 出口值	貨品貿易 進口值	外人直接 投資流入	外人直接 投資流出
TTIP	11.8	45	39.9	44.5	31.5	46.9
TPP	11.4	38.4	23.6	29.7	30.7	43.8
RCEP	48.9	29.5	28.5	26.7	24.4	23.4

資料來源：杜巧霞，巨型區域經濟整合之興起與可能影響。

TPP 自 2010 年 3 月開啟首輪擴大談判迄今，至今已舉行多次回合談判、首席談判代表會議、部長級會議與領袖高峰會議。過去四年間 TPP 在美國大力主導下，12 個談判成員以將 TPP 打造成為同時具備全面性市場進入、促進區域市場整合、涵蓋新興與跨領域貿易議題，且會隨談判成員擴增及新議題挑戰之出現而與時俱進等特質之廿一世紀區域貿易協定為目標進行談判。TPP 下美國亦極力推動於投資章節納入 ISDS 條款，根據 2015 年 3 月 25 日維基解密 (Wiki Leaks) 網站所外流之投資章節草案條文¹⁸⁴，TPP 投資章節條文共計 29 條，分為 A、B 兩節與 13 個附錄。其中 ISDS 條款規範於第 B 節第 2.17 條至第 2.29 條，其規範

¹⁸⁴ 此一投資專章草案係由 12 國談判代表於今 (2015) 年 2 月 1 日完成談判，係 TPP 下投資議題談判目前外流之最新版本草案，於 2015 年 7 月底舉行之部長及談判退測應係以此份草案作為最終談判基礎，Wiki Leaks, Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - Investment Chapter, Mar. 25, 2015, available at <https://www.wikileaks.org/tpp-investment/WikiLeaks-TPP-Investment-Chapter/page-7.html> (last visited July 31, 2015).

內容與 2012 US Model BIT 相當類似¹⁸⁵。但須注意的是，雖然美國極力推動在投資章節中納入 ISDS 條款，在該份草案中註腳 29 言明第 B 節 ISDS 條款不適用於澳洲政府及澳洲投資人。其餘亦有多個 TPP 談判國家表達反對納入 ISDS 之意見，包括馬來西亞、越南等。今（2015）年 7 月 28 日至 31 日在美國夏威夷州舉行談判部長級會議，展開號稱 TPP 最終回合談判。雖然 TPP 由於美國、加拿大、日本和墨西哥四大經濟體在醫藥品、汽車及奶製品等議題仍存在對立，未能達成最終協議。但據談判消息人士指出，ISDS 談判協商進入最終階段，各談判成員國此刻正就以下內容進行檢討：ISDS 條款之控訴期間限於一定年數、迅速駁回明顯無法律依據之控訴、為提升透明度若適用 ISDS 相關條款將公開資訊等，並討論 ISDS 相關運用細節等，預料於本次談判會議將達成共識¹⁸⁶。TPP 涵蓋國家數高達 12 國，且其經濟發展程度不一，若在 TPP 談判下各方能夠充分交流意見最終就在 TPP 下納入 ISDS 條款達成協議，對未來國際投資法領域發展亦將為一重要里程碑。

本文認為國際投資法本異於其他國際法子領域，並非由單一協定進行規範，而係由全世界各國間超過三千份之投資協定及諸多國際協定文件共同組成，學者 Joost Pauwelyn 以複雜適應系統理論（Complex Adaptive Systems Theory）重新建構對國際投資法之理解，認為國際投資法系統中之主體具有適應性，與周遭環境及其它主體進行交互作用，而在持續不斷的交互作用過程中，不斷地學習積累經驗，進而改變其結構和行為方式，雖然看似複雜混亂，但國際投資法此一特性正

¹⁸⁵ 第 2.17 條至第 2.29 條內容分別為：諮商與談判（Consultation and Negotiation）、提付仲裁（Submission of a Claim to Arbitration）、同意仲裁（Consent of Each Party to Arbitration）、締約國同意仲裁之條件與限制（Conditions and Limitations on Consent of Each Party）、仲裁人選任（Selection of Arbitrators）、仲裁程式之進行（Conduct of the Arbitration）、仲裁程式之透明化（Transparency of Arbitral Proceedings）、準據法之決定（Governing Law）、附件之解釋（Interpretation of Annexes）、專家報告（Expert Reports）、合併審查（Consolidation）、仲裁判斷（Awards）、文件之送達（Service of Documents）。

¹⁸⁶ TPP 談判相關議題，經貿透視雙周刊最新商情，2015 年 7 月 29 日，網址：<http://www.trademag.org.tw/News.asp?id=669714&url=/Default.asp>（最後瀏覽日：2015 年 7 月 31 日）。

好賦予其足夠之彈性以因應不同變化，而維持一動態平衡之狀態¹⁸⁷。是以，吾人在思考國際投資法之改革之時，應考量現行國際投資法之特性，貿然追求大刀闊斧之改革將適得其反，如徹底革除現有體制建立一全新國際投資法體系。

ISDS 仲裁之改革亦然，過於迅速、躁進之改革可能導致反效果，若能依循當前巨型區域整合之潮流，在各區域協定內部先進行溝通、衝突及妥協，區域間再互相交流參考彼此規範，漸進融合形成全球一致之共同標準，而後再討論建置全球性投資協定及投資爭端解決機制實為一較可行之方法。



¹⁸⁷ Joost Pauwelyn, *At the Edge of Chaos ? Foreign Investment Law As A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed*, 29 ICSID REVIEW 372, 372-348 (2014).

第陸章 結論與建議

第一節 結論

在過去 10~15 年間 ISDS 案件量急遽增加，且越來越多案件涉及環境、健康、公共衛生等公共利益，與投資人私人利益拉扯日益明顯，引發各界對現行 ISDS 制度諸多疑慮及批評，包括對國家主權及公共政策規制權之限制、仲裁人公正性及獨立性疑慮、仲裁程序透明度不足、仲裁判斷錯誤或不一致存在等，均使現行 ISDS 制度面臨危機。現行 ISDS 制度在國際間存在諸多爭議，許多國家亦紛紛表態反對 ISDS 制度，開發中國家由於其產業結構之關係經常成為 ISDS 仲裁下被控訴國，其中又以拉丁美洲國家反對態度最為激烈；而已開發國家亦有反對 ISDS 制度者，澳洲政府面臨 Phillip Morris 公司之控訴下引發國內諸多反彈，即曾表態其於未來對外投資協定中不再納入 ISDS 條款。

惟若廢除 ISDS 制度，當投資人與地主間發生投資爭端時，只能回歸舊途循政治手段或地主國國內法院進行救濟，前者需仰賴投資人母國之政治、經濟、外交實力，且投資人多無能力說服國家為其爭取投資利益；後者則可能有受地主國干預而影響判決結果公正性之問題，二者對投資人保障均難謂充足。而觀察反對國家在對外投資政策之現況，澳洲政府對 ISDS 機制之立場已有所更動，其表示未來投資協定中是否納入 ISDS 條款將視締約對象依個案決定，最近所簽署之韓澳 FTA 及中澳 FTA 中均包含 ISDS 條款；而拉丁美洲國家雖包括厄瓜多、玻利維亞等國已退出 ICSID 公約，其餘國家亦並紛紛考慮終止現行對外投資協定重新進行談判，但在南美洲國家聯盟各國仍倡議成立 UNCSUR 仲裁中心，顯示 ISDS 仲裁仍有其存在必要性，其所反對者應非 ISDS 制度而為 ISDS 制度現行運作方式。歐盟（歐洲地區）及美國作為 ISDS 制度發展最為純熟之經濟體，仍維持其對 ISDS 制度之正面態度，面臨諸多批評現況下，對 ISDS 制度有所改革。觀察

近期投資協定中 ISDS 機制之改革方向，包括：透過限縮管轄權及仲裁提起要件維護國家主權及公共政策規制權；增加仲裁人選任規定及仲裁人行為準則規範，提升仲裁人之公正性及獨立性；提升仲裁程序透明度，擴大公眾參與 ISDS 仲裁程序及表達意見之機會；增加專家報告、合併審理、準據法中之「安全閥」規定、仲裁庭初步提案，減少仲裁判斷錯誤及不一致之情形，提升仲裁判斷之可預測性及安定性；限制仲裁庭判斷限於金錢賠償不可要求地主國撤銷其政策或措施，以維護地主國公共政策之規制權。期盼透過這些手段，減緩各界對 ISDS 制度之疑慮，提高其存在之合法性。

本文認為為保障投資人之權益 ISDS 制度仍有存在之必要性，目前雖已針對現行 ISDS 制度諸多缺陷進行改革，但仍有努力空間，短期而言可將許多協定均有提及之建置 ISDS 上訴機制可能性之條款加以落實，建置一 ISDS 上訴機制以改善仲裁判斷之錯誤及不一致，提升對 ISDS 仲裁之可信度及合法性。長期而言，則可將建立一全球性多邊投資協定及多邊投資爭端解決機構作為目標，雖然在目前各國經貿政策多以區域整合為核心之現況下，加之多邊談判涉及各國間不同利益非一蹴可幾；但在近年的巨型區域協定潮流之下，各巨型區域協定包括 TTIP 及 TPP 均包含投資章節及 ISDS 條款之談判，本文認為或可依循此一潮流，在各區域協定內部先進行溝通及妥協，區域間再相互交流參考彼此規範，漸進融合形成全球一致之共同標準，而後再討論建置全球性投資協定及投資爭端解決機制實為一較可行之方法。

第二節 建議

國外直接投資對被投資國之經濟效益包括資本形成、出口擴張與分散、創造就業機會、增加稅收、獲取新技術及現代化管理制度、透過產業關聯效果促進相關工業建立等，甚至對提昇國家之競爭力皆有相當程度的貢獻。因此各國往往透過制定各種政策期盼引入外國投資促進本國經濟發展，為增加投資誘因，給予投

資人足夠保障乃地主國所需承受之必要之惡，而 ISDS 制度賦予投資人對地主國提請仲裁之權利，對投資人實為一相當大保障，但對地主國而言則將形成一定限制，因此，ISDS 機制之設計及改革重點即在於如何維持二者間之平衡。本研究綜合整理出 ISDS 機制改革最新發展趨勢，未來我國在對外洽簽投資協定時應注意當前 ISDS 機制相關規範最新發展，同時立於投資人母國與地主國不同立場多方思考，以兼顧不同利益間之平衡。但應注意的是，ISDS 制度畢竟為投資爭端發生後之解決方式之一，所謂「預防勝於治療」，吾人關注 ISDS 制度改革之時，不應忽略事前防免投資爭端發生之重要性，對於政府及企業分別建議如下：

1. 對政府之建議：地主國於制定投資相關政策及措施時，應秉持公開透明化原則揭露相關資訊，賦予投資人參與及表達意見之機會，投資人與地主國間的完善溝通，避免投資人對政策或措施因應措手不及，減少日後發生衝突之可能性，有助於維持合作關係。
2. 對投資人之建議：進行海外投資時，其於擬定投資策略時應建置嚴謹之內部風險評估控管機制，以防免可能發生之投資爭端。若能於事前防免投資爭端避免訴諸 ISDS 機制，投資人與地主國共同合作追求利益較訴諸 ISDS 仲裁毋寧為一更好結果。

。



參考文獻

一、中文部分

(一) 專書

1. 李貴英，國際投資法專論國際投資爭端之解決，2004年。
2. 經濟部，國際投資協定應用篇，2013年。

(二) 期刊論文

1. 李宜芳，投資人與地主國間爭端解決機制之反思，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，146期，2013年。
2. 李宜芳、王耀誠，試析納「投資地主國爭端解決機制」於TPP投資專章之可能—澳洲觀點與現存僵局，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，153期，2013年。
3. 李貴英，論歐洲聯盟國際投資政策之法律規範，歐美研究，第42卷第2期，2012年。
4. 李貴英，北美自由貿易協定下第11章投資爭端解決之研究，政大法學評論，第72期，2002年。
5. 林俊宏，概論多邊投資協定—以開發中國家為中心之省思，經社法制論叢，第38期，2006年。
6. 陳麗娟，里斯本條約生效後歐盟投資保護協定之研究，貿易政策論叢，第15期，2011年。
7. 陳稚卿，投資地主國爭端解決機制在跨大西洋貿易與投資夥伴協定面臨的困難與挑戰，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，164期，2014年。

8. 蔡元閔，試論「投資人對地主國爭端解決機制」之改革—以歐盟倡議在「跨大西洋貿易及投資夥伴協定」建立上訴機制為中心，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，181期，2015年。
9. 蘇怡文，開發中國家如何在南南貿易擴張的情勢下開創發展新局面，中華經濟研究院 WTO 電子報第 189 期，2009 年。

(三) 研究計畫

1. 經濟部投資業務處，102 年度「國際投資協定諮商談判際參與國際經貿組織投資相關議題」諮詢及廣宣計畫附冊 2012 US Model BIT 逐條釋義，2013 年 9 月 2 日。
2. 顏慧欣，BIA 及 FTA (投資專章) 等投資協定之我國立場分析及因應，中華經濟研究院，2008 年 12 月。

(四) 博碩士學位論文

1. 徐耀宏，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，國立政治大學國際經營與貿易研究所碩士論文，2004 年 5 月。
2. 陳雅眉，ICSID 架構下國際投資爭端解決體制之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2008 年 2 月。

(五) 網際網路

1. 李宜靜，中澳 FTA 納入投資者爭端解決機制，中華經濟研究院 WTO 與 RTA 中心，2014 年 11 月 27 日，網址：
<http://web.wtocenter.org.tw/Mobile/page.aspx?pid=257296&nid=120>。

二、英文部分

(一) 專書

1. Jagusch, Stephen & Jeffrey Sullivan, *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, in THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION : PERCEPTIONS AND REALITY 79, 81-108 (Michael Waibel ed al. eds., 2010)
2. REED, LUCY, JAN PAULSSON & NIGEL BLACKABY, GUIDE TO ICSID ARBITRATION 99 (2d ed. 2010)

(二) 期刊論文

1. Fiezzoni, Silvia Karina, *The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration*, 2 BEIJING LAW REVIEW 134, 135-136 (2011).
2. Joubin-Bret, Anna, *Why we need a global appellate mechanism for international investment law*, COLUMBIA FDI PERSPECTIVES NO. 146, Apr. 27, 2015.
3. Karl, Joachim, *Investor-state dispute settlement: A government's dilemma*, COLUMBIA FDI PERSPECTIVES NO. 89, Feb. 18, 2013.
4. Pauwelyn, Joost, *WTO Panelists are from Mars, ICSID Arbitrators are from Venus Why? And Does It Matter?*, Georgetown Faculty Workshop, at 6, Apr. 16, 2015.
5. Pauwelyn, Joost, *At the Edge of Chaos ? Foreign Investment Law As A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed*, 29 ICSID REVIEW 372, 372-348 (2014).

6. Vandeveld, Kenneth J., *A Brief History of International Investment Agreement*, 12 U. C. DAVIS JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLICY, 161 -167 (2005).

(三) 官方文件

1. AUSTRALIA GOVERNMENT DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS & TRADE, GILLARD GOVERNMENT TRADE POLICY STATEMENT: TRADING OUR WAY TO MORE JOBS AND PROSPERITY, Apr. 2011.
2. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, at 9, COM(2010)343 final.
3. EUROPEAN COMMISSION. *Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)*, Dec. 3, 2012.
4. EUROPEAN COMMISSION, *In focus: Comprehensive Trade and Economic Agreement (CETA) Questions and answers*.
5. EUROPEAN COMMISSION, *Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)*, Dec. 3, 2012
6. EUROPEAN COMMISSION, Fact Sheet Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, Nov. 2013, *available at*
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf.
7. EUROPEAN PARLIAMENT, *Working Document in view of preparing the draft report on Parliament's recommendations to the Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*,

Jan. 9, 2015.

8. EUROPEAN COMMISSION, *Report: Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, Jan. 13, 2015.
9. EUROPEAN COMMISSION, *Concept Paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court* [hereinafter Concept Paper] (May 5, 2015), available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.
10. Le Sénat de la France, *Proposition de résolution sur le règlement des différends entre investisseurs et États dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les États-Unis*, Feb. 3, 2015, available at <http://www.senat.fr/rap/114-134/114-1342.html#toc12> (last visited Mar. 25, 2015).
11. OECD, *Investor-State Dispute Settlement Public Consultation*.
12. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), UNCTAD World Investment Report 1996.
13. UNITED NATIONS, *Investor-State Dispute Settlement UNCTAD Series on International Investment Agreements II* (2014).
14. UNITED NATIONS, UNCTAD *Investor-State Dispute Settlement*.
15. UNITED NATIONS, UNCITRAL *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*.

(四) 網際網路

1. Anderson, Sarah & Manuel Perez-Rocha, *Mining for Profits in International Tribunals-Lessons for the Trans-Pacific Partnership*, Institute for Policy Studies, available at <http://www.ips-dc.org/wp-content/uploads/2013/05/Mining-for-Profits-2013-ENGLISH.pdf>.
2. Barbière, Cécile (Samuel White trans.), *French Senate tells TTIP negotiators to 'abolish' ISDS*, EURACTIV, Feb. 9, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/french-senate-tells-ttip-negotiators-abolish-isds-311823>.
3. Barbière, Cécile (Samuel White trans.), *France and Germany to form united front against ISDS*, EURACTIV, Jan. 15, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/france-and-germany-form-united-front-against-isds-311267>.
4. Biron, Carey L., *Latin American Countries Put Up Front Against Corporate Lawsuits*, MINT PRESS NEWS, Oct. 3, 2013, available at <http://www.mintpressnews.com/latin-american-countries-put-front-corporate-lawsuits/170030/>.
5. Crisp, James, *European Parliament committee signals opposition to ISDS*, EURACTIV, Jan. 14, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/isds-decision-delayed-end-ttip-talks-311234>.
6. Hunter, Rober, *South Africa Terminates Bilateral Investment Treaties with Germany, Netherlands and Switzerland*, ROBERT HUNTER INTERNATIONAL ARBITRATION AND INVESTMENT LAW, available at <http://www.rh-arbitration.com/south-africa-terminates-bilateral-investment-treaties-with-germany-netherlands-and-switzerland/>.

7. Kwan, Edwina, *Australia's Conflicting Approach to ISDS: Where to From Here?*, HERBERT SMITH FREEHILLS DISPUTE RESOLUTION, June 3, 2015, available at <http://hsfnotes.com/arbitration/2015/06/09/australias-conflicting-approach-to-isds-where-to-from-here/>.
8. Maes, Marc, Investment protection in the EU-US Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Mar. 5 2014, available at <http://eu-secretdeals.info/upload/2014/02/Investment-in-CETA-MarcMaes-S2B-analysis-140306.pdf>.
9. Mortimore, Michael & Leonardo StanleyJustice, *Denied: Dispute Settlement in Latin America's Trade and Investment Agreements*, Working Group on Development and Environment in the Americas, 55-56, Oct. 2009, available at https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/DP27Mortimore_St StanleyOct09.pdf.
10. Ripinsky, Sergy, *Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve*, INVESTMENT TREATY NEWS, Apr. 13, 2012, available at https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/#_ftn1.
11. *ISDS – what's going on?*, MARIETJE SCHAAKE, available at <http://www.marietjeschaake.eu/2014/11/isds-whats-going-on/>
12. Stewart, Geoffrey S., Baiju S. Vasani & Sylvia Tordova, BIT Protection of Foreign Investments in Times of Volatile Currency, Slow Growth, and Political Uncertainty in India, Jones Day Publications, JONES DAY, Oct. 2013, available at <http://www.jonesday.com/BIT-Protection-of-Foreign-Investments-in-Times-of-Volatile-Currency-Slow-Growth-and-Political-Uncertainty-in-India-10-0>

8-2013/?RSS=true#_edn17.

13. *UNASUR dispute settlement centre will start operating in 2015*,
BILATERALS .ORG, Sept. 30, 2014, *available at*
<http://www.bilaterals.org/?unasur-dispute-settlement-centre>.
14. Wiki Leaks, *Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - Investment Chapter*, Mar. 25, 2015, *available at*
<https://www.wikileaks.org/tpp-investment/WikiLeaks-TPP-Investment-Chapter/page-7.html>.

