

國立政治大學國際經營與貿易學系

碩士論文

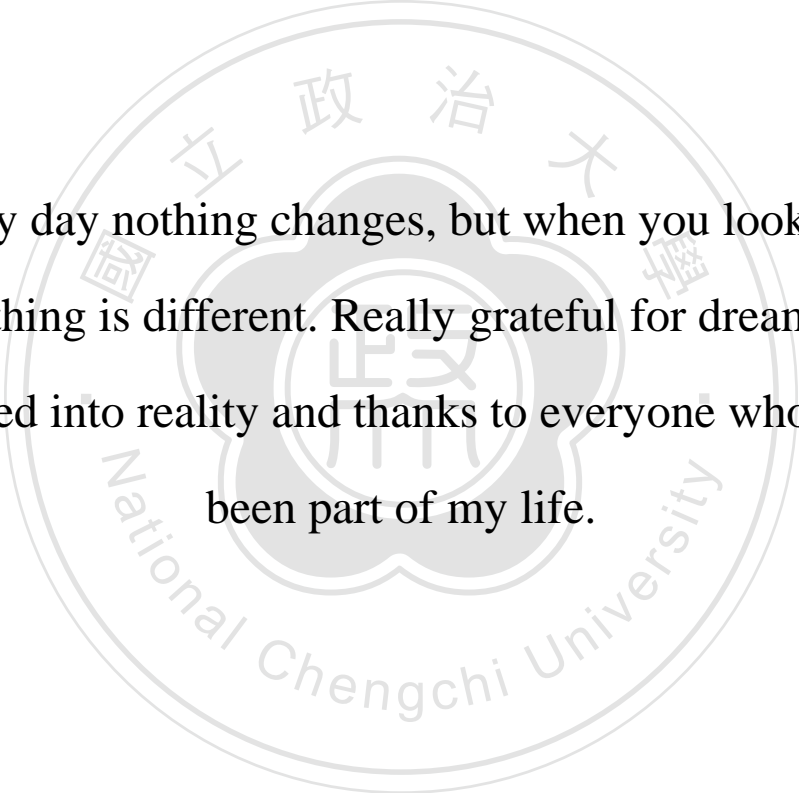
論原住民權利於國際投資仲裁制度
之現狀及改革

A Study on the Status of the Rights of Indigenous Peoples under
the International Investment Arbitration and its Reform

指導教授：楊 培 侃 博士

研究生：吳 晨 瑜 撰

中華民國一一〇年三月

The image features a large, faint watermark of the National Chengchi University logo in the background. The logo is circular and contains the university's name in Chinese characters (國立政治大學) at the top and in English (National Chengchi University) at the bottom. In the center of the logo is a stylized five-petaled flower or star shape with the Chinese characters '止文' (Zhi Wen) inside it.

Day by day nothing changes, but when you look back,
everything is different. Really grateful for dreams that
turned into reality and thanks to everyone who has
been part of my life.

摘要

鑒於資本的跨國界流通熱絡，輔以國際人權意識的高漲，國際間伴隨而來的經濟、社會與文化價值之衝突漸趨明顯。尤其在全球資本主義浪潮下，跨國企業對全球經濟的影響力不斷擴大，而跨國投資行為所偏好之自然資源多位處原住民居住地，使得外人投資計畫往往影響甚至侵害原住民之固有土地、文化或生活環境，導致原住民於《國際勞工組織第 169 號公約》與《聯合國原住民權利宣言》下之文化完整性、土地和資源等權利遭受破壞。從而涉及原住民權之國際投資爭端，每每引發投資人投資權益之保障與原住民權利之維護兩者間的衝突與調和問題。因此，本文旨在探討國際投資仲裁架構下，原住民權利是否以及在投資仲裁案件審理中受到保障，以及現行國際投資仲裁制度如何進一步將原住民權利之保障納入投資爭端解決之考量。檢視具體個案所涉及投資協定內的徵收條款、公平與公正待遇原則或完整保障與安全原則等爭議，探討原住民權利在國際投資法下的現況與問題。

歸結過往案例，本文認為原住民權之主張對於投資仲裁判斷結果之影響有限，因投資仲裁爭議之裁決主要仍取決於系爭投資協定下相關投資保障條款的解釋與適用。仲裁庭確曾以欠缺管轄權為由駁回原住民權之主張，亦曾拒絕援引相關的國際人權法規作為適用法，且為爭取原住民權所發起之抗議亦會招致違反完整保障與安全原則義務的控訴。另一方面，仲裁庭對法庭之友的認定有所侷限，且其並無採納法庭之友意見的義務，故在法庭之友未能發揮其效用的前提下，倘若原住民未兼具投資人之身分，則除非地主國願意以原住民權作為抗辯，否則原住民之權利不易在投資仲裁程序中被納入考量。儘管如此，從相關案件之仲裁判斷中看來，本文發現仲裁庭仍積極回應原住民權保障之相關論述，相較過往已有所突破，可以看出仲裁庭對於人權議題之探究仍抱持開放的態度，值得肯認。深究投資仲裁案件不易調和人權議題之原因，乃國際人權法與國際投資法之本質不

同，且國際投資協定也欠缺可供仲裁庭適用的人權保障條款。因此，若要調和人權與投資人的權利，得從解釋論的層面將人權法納入仲裁判斷之考量、從制度面改善仲裁機制與引進人權影響評估協議或藉由修法解決人權保障不足的疑慮。

關鍵字：國際投資法、國際投資仲裁、原住民權、國際人權法



Abstract

With the rising awareness of international human rights and the increase of cross-border capital flows, the tensions grows rapidly in the international community due to the potential conflicts between economic, social and cultural values. Under the trend of global capitalism, the multinational enterprises play a more influential role in shaping the contour of economy worldwide. Due to the fact that many natural resources are located in the indigenous peoples' residential areas, the rampant development of foreign direct investment projects is more likely to increase potential conflicts with indigenous' ancestral land, cultural integrity, rights of land and resources recognized under the "International Labor Organization Convention No. 169" and the "UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples". This paper aims to examine the investment disputes involved with the rights of indigenous people, and finds that most disputes despite the indigenous rights being concerned, mainly addressed substantive claims regarding the protection of investor's rights such as whether the specific cause of action constitutes expropriation under the investment agreement and whether it violates the principle of fair and equitable treatment or the principle of full protection and security.

After analyzing precedent international investment arbitration cases, it holds that the indigenous rights have only limited role to play in the investment arbitrations and have little influence on the outcome of arbitration award. Instead, the outcome depends on the substantive claims based on the rules under the investment agreement and how these rules are interpreted and applied in solving the dispute. Indeed, the arbitration tribunal declined to hear the human rights claims on the ground of the lack of jurisdiction, and to refer to international human rights law as an applicable law

under the investment dispute. Last but not the least, the protest to fight for indigenous right may also triggers the claim of violating the obligation of full protection security. On the other hand, owing that the arbitral tribunal has no obligation to adopt the opinions submitted by the amicus curiae, it is difficult for the indigenous people to defend their rights through amicus curiae unless they also possess the identity of investor or the host state is willing to claim the rights of the indigenous people as a defense. Nevertheless, judging from the award of such cases, this paper discovered that the arbitral tribunals still made many efforts to respond arguments associated with the indigenous rights in its findings. Thus, this is a sign of a positive development in the practice of investment tribunals, indicating their willingness to address the human right issues in the investor-state dispute proceedings.

In respect to the difficulties of reconciling human rights issues in investment arbitration cases, it is believed that the essence of international human rights law is different from that of international investment law. Apart from the improvement of arbitration system, there is also a lack of solid human rights protection found in the international investment agreements. To reconcile human rights with investors' rights, human rights laws must be taken into consideration via treaty interpretation, or modify the arbitration system, adopt human rights impact assessment agreement and amend the treaties that may fundamentally solve the problem of insufficient human rights protection.

Key words : International Investment Law, International Investment Arbitration, Indigenous Peoples Rights, International Human Rights Law

目次

第一章 緒論.....	1
第一節 研究背景與動機.....	1
第二節 研究方法與限制.....	3
第三節 研究範圍與架構.....	4
第二章 原住民權與國際投資法之潛在衝突.....	6
第一節 原住民權之內涵.....	6
第二節 國際投資法下原住民權之保護與衝突.....	14
第三節 小結.....	19
第三章 國際投資仲裁對原住民權爭議之處理機制與實務.....	22
第一節 地主國以保護原住民權利作為抗辯.....	22
第二節 投資人兼有原住民身分主張原住民權利.....	27
第三節 以法庭之友身分主張原住民權利.....	30
第四節 小結與評析.....	35
第四章 原住民權在現行國際投資法下之保障困境及其原因.....	40
第一節 國際投資法與人權法本質不同.....	40
第二節 國際投資制度與仲裁機制有所缺失.....	42
第三節 國際投資協定欠缺堅實的人權保障條款.....	49
第五章 國際投資法架構下調和原住民權益之可能方法.....	58
第一節 以解釋論納入人權法之考量.....	58
第二節 改革 ISDS 既有體制.....	62
第三節 修訂投資協定納入人權保障條款.....	63
第四節 締結人權影響評估協議.....	70
第六章 結論.....	76
附錄.....	79



第一章 緒論

第一節 研究背景與動機

自全球走向自由貿易及多邊貿易以來，大型跨國企業的興起加速國際投資的增長，使得各國為吸引外人直接投資（foreign direct investment）及促進投資之保障，多積極與他國洽簽雙邊投資保障協定（Bilateral Investment Treaty, BIT），抑或於自由貿易協定之投資專章下訂有詳盡規範。根據聯合國最新一期的「2020年世界投資報告」（World Investment Report 2020），全球之國際投資協定在2019年有不小變化，隨著歐盟決定終止成員國內部 BITs¹、英國脫歐²、以及《非洲大陸自由貿易協定》（African Continental Free Trade Agreement）³的問世，2019年共終止了34個國際投資協定，並締結了22個新的國際投資協定（包含16個BIT與6個含有投資條款的條約），截至2019年底，全球的國際投資協定達到3284個，而有效實施中的共計2654個⁴。

在經貿全球化的發展下，各種價值衝突逐漸浮上檯面，隨著人權意識的高漲，國際間的投資仲裁案例不乏出現許多涉及人權的爭端，例如：水權⁵、原住民權⁶、勞工權⁷、不受任意逮捕及居留權⁸等。從過往案例看來，事實背景包含以

¹ 繼歐盟成員國於2019年1月就歐洲法院在 Achmea 案中的判決以及歐盟的投資保護作出解釋性聲明後，歐盟於同年10月24日就終止歐盟內部 BIT 達成協議。UNCTAD, THE CHANGING IIA LANDSCAPE: NEW TREATIES AND RECENT POLICY DEVELOPMENTS, 3 (2020), <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d4.pdf>.

² 英國於2020年1月31日正式退出歐盟，雙方協議英國在11個月的過渡期間內能談判及簽署貿易協定，但將於過渡期結束後生效。Id. at 2, 3.

³ Id. at 2.

⁴ Id. at 1.

⁵ 如 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (Nov. 21, 2000), icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C159/DC548_En.pdf; Azurix Corp. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (July 14, 2006), icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C5/DC507_En.pdf.

⁶ 如 Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award (June. 8, 2009), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf> [hereinafter Glaims Gold v. USA].

⁷ 如 United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1,

環境和公共衛生為由而禁止汽油添加劑的進口⁹、在經濟危機期間採取必要措施以保障充足的公共供水¹⁰、以及出於公共衛生考量而對菸品包裝設有要求等¹¹。據統計，最容易受到外國投資影響的人權包含水權、食物權、健康權、生命權、自主權、集會結社權、人身自由權、言論自由權以及享受健康環境之權利¹²。研究也指出，許多涉及 BITs 的案例係源於將自然資源部門過去的公共服務或特許經營權私有化所致¹³。顯見自由貿易和國際投資協定對人權的影響隱含各種潛在問題，如土地權利、環境退化、貧困、國家監管和保護能力、赤字與對有關制定和執行此類協定的法治面挑戰以及政府提供保健和水資源等服務的能力¹⁴。

由於國際投資的制度框架與人權間的關係仍未臻成熟，從政府的角度而言，主要透過 BITs 及其他有關貿易和投資的條約來規範地主國應給予外國投資人的待遇，另一方面國際人權法則訂有一系列政府必須予以保護、尊重和實現的權利，是以如何衡平其於國際投資法與國際人權法下的義務至關重要¹⁵。一國基於其人權保障義務所採取的行動在多大程度上能減輕其違反國際投資協定義務的

Award on the Merits (May 24, 2007),
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0885.pdf>.

⁸ 如 *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL, Award (Oct. 27, 1989).

⁹ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction (June 24, 1998). https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/data/can/ethyl_corporation.html.

¹⁰ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Award (Apr. 9, 2015),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (July 14, 2006),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>.

¹¹ *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (July 8, 2016), icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1000/DC9012_En.pdf.

¹² KAITLIN Y. CORDES ET AL., *LEGAL FRAMEWORKS & FOREIGN INVESTMENT: A PRIMER ON GOVERNMENTS' OBLIGATIONS* 9 (2019),
https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=sustainable_investment_staffpubs.

¹³ See LUKE ERIC PETERSON, *RESEARCH NOTE: EMERGING BILATERAL INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT* (2003),
https://www.iisd.org/system/files/publications/trade_bits_disputes.pdf?q=sites/default/files/publications/trade_bits_disputes.pdf.

¹⁴ U.N. Secretary-General, *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the Rights of Indigenous Peoples on the Impact of International Investment and Free Trade on the Human Rights of Indigenous Peoples*, ¶ 20, U.N. Doc. A/70/301 (Aug. 7, 2015).

¹⁵ KAITLIN Y. CORDES ET AL., *supra* note 12, at 3.

行為仍然是一個懸而未決的問題，例如：仲裁庭在判斷是否符合國際投資協定義務時，是否應將徵收之目的納入考量仍被廣泛的爭辯¹⁶。是否能影響損害賠償金額之計算，也是爭論重點之一¹⁷。

對此，本文選定涉及原住民權的投資仲裁案件為據，旨在從原住民族群的視角檢視投資仲裁現況下對於相關爭議有哪些救濟途徑？以及仲裁庭是否能有效兼顧投資人與原住民權之保障？因為投資案的開發一方面時常涉及原住民族的土地與天然資源，另一方面該影響更擴及當今的文化多樣性，故原住民作為少數族群，其權利將如何在資本主義的散播與全球化的力量下受到保障尤令人關切，又倘若國際投資協定和自由貿易協定對原住民自治機制造成破壞，更將嚴重削弱人權保障的保護力度。進一步言，本文亦試圖發現國際投資法是否擴大了投資人、國家和原住民間現有的權力失衡？關鍵問題在於國際投資法是否允許在其運作中納入人權爭議？又投資協定是否以及係如何在保護投資之前提下，兼顧人權之保障？

第二節 研究方法與限制

本文通篇以「文獻研究法」作為主軸，主要參照外國二手文獻、期刊學術資料、投資與人權專書、與網站資料等，彙整國際間對相關議題之探討，包含原住民權之內涵、國家於國際投資法及人權法下之義務、國際人權法與國際投資法之比較、以及國際投資仲裁制度等。又本文雖以原住民權之案件作為研究主體，由於通篇所引用之文獻資料主要泛就人權為探討，故有些部分的論述會以人權為之，合先敘明。

此外，第三章額外採取「個案研究法」擇定國際投資仲裁中涉及原住民權的

¹⁶ United Nations Conference on Trade and Development, *Selected Developments in IIA Arbitration and Human Rights*, at 12, https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaeia20097_en.pdf.

¹⁷ *Id.* at 13; Ursula Kriebaum, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, 8(5) J. WORLD INVEST. TRADE 717, 717-744 (2007).

指標性案件，旨在從主要的四份仲裁判斷中釐清國際人權法與國際投資法在實務運作上的衝突點為何，包含爭端之緣起背景、當中涉及到的投資義務之違反、雙方當事人或協力廠商之主張、以及仲裁庭之論理。接著於章末揭示本文於案件中觀察到的現象，並提出自身對既存現狀的看法。

又本文第四章與第五章則涉及「規範分析法」，透過國際間既有的 BITs、模範 BIT 與附有投資專章之自由貿易協定，分析投資或貿易協定下係如何兼顧人權之保障、不同協定間針對人權保障條款之優劣、以及值得效法用以強化人權保障之締約方式。

本文研究限制在第二章、第四章及第五章。第二章僅擇定指標性案件加以分析說明，故無法一一列舉涉及原住民權利之案件，恐有疏漏之虞。又由於並非所有投資仲裁皆對外公開，故凡無從取得公開資料者亦為本文之研究限制。第四章及第五章則受限於語言限制，有些 BITs 僅能取得葡萄牙語或西班牙語等特殊語系之版本，故在分析投資協定之人權保障條款時，凡無從取得英文版本者皆不在本研究之探討範圍內。

第三節 研究範圍與架構

首先，「評估外人投資對地主國人權狀況的確切影響」並不在本文的研究範圍內，蓋其必須仰賴大量數據以及更宏觀的經濟社會理論；相反的，本文旨在探討國際法下之投資保障以及其爭端解決程序對人權的影響。再者，本文無意論斷國際投資制度不能對地主國的人權狀況產生積極性的外溢效應；相反的，目的只是有意聚焦於國際投資體制中待完善的缺失爾爾。

根據聯合國之定義，「人權」泛指身而為人所固有的權利，包括生命權、自由權、免受奴役與酷刑的權利、思想和言論自由、工作和受教育權等，且不因種族、膚色、性別、語言、宗教、政治理念、國籍、財富，出生地位而有所的區別

18。人權法並未具體界定人權為何，相關規範體現在各條約¹⁹、國際習慣法²⁰、及一般法律原則中，用以保護個人和群體的基本自由與人性尊嚴免受侵害，且各國亦有義務以特定方式行事²¹。鑒於人權概念下的態樣眾多，且自然資源的開發多涉及原住民之固有土地，本文遂選定以原住民權作為主要研究範圍。

本文共計六章。首先於第二章內說明原住民權之內涵、特性以及其與投資爭端間之關連性為何。藉原住民權之特徵說明原住民權與投資爭端有所衝突時將於實務上引發哪些投資義務違反的疑慮。第三章則進一步舉出實例佐證，以四個涉及原住民權的投資爭端為例，依原住民權之救濟途徑作為區分，分別說明在第一至三節，並於第四節提出綜整意見與本文評析。第三章旨在透過實例彰顯仲裁庭對於原住民議題的處理態度為何，進而釐清人權爭端是否見容於投資仲裁之程序中並受有重視。第四章則承上一章之發現，進而將原住民權擴大到整體人權於投資爭端下的處境，旨在分析投資人與人權保障之所以調和不易之原因為何。第五章則提出解決方案供未來參採。最後一章則為結論。

¹⁸ *Human Rights*, UNITED NATIONS, <https://www.un.org/en/global-issues/human-rights> (last visited June 14, 2021).

¹⁹ 例如 UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, at 171, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> [hereinafter ICCPR]; UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, at 3, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html> [hereinafter ICESCR].

²⁰ 例如《原住民權利宣言》之部分條款具有國際習慣法的特徵。OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHT, *HUMAN RIGHTS: A BASIC HANDBOOK FOR UN STAFF 5* (2001) <https://ohchr.org/Documents/Publications/HRhandbooken.pdf>.

²¹ *Id.* at 3.

第二章 原住民權與國際投資法之潛在衝突

第一節 原住民權之內涵

原住民被視為「根據國際法享有主權性質的主體」²²，惟在 1970 年代以前，國際法並未將其視為法律主體 (legal subjects)²³。在第一次和第二次世界大戰之後，爭取原住民權利的運動才開始獲得更多的關注，因殖民地人民目睹了戰爭帶來的巨大破壞和暴力後，遂開始質疑歐洲人關於其優越文明的說法²⁴。當歐洲國家逐漸衰敗而不再能掌控其殖民地，全世界遂看見了掙脫束縛的機會，導致反殖民主義和民族主義運動的浪潮開始如雨後春筍般湧現²⁵。隨著歐洲國家開始讓出殖民領土，對許多原住民族群而言，逐漸有了更多決定自身命運的機會。原住民權的規範進程主要有三：(一) 以有利於原住民期望的方式解釋現行國際法、(二) 頒佈專門針對原住民權的新興國際文書以及 (三) 在國際法庭上獲得勝訴²⁶。

一、與原住民權有關之國際公約與宣言

國際法不僅在過去半個世紀裡日益規範原住民事務²⁷，原住民也正在影響和促進國際上的相關立法²⁸。1945 年所通過的《聯合國憲章》(The Charter of the

²² Federico Lenzerini, *Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples*, 42(1) TEX. INT'L L.J. 155, 165 (2007).

²³ See *Cayuga Indians (Great Britain) v. United States*, 6 REV. INT'L ARBITRAL AWARDS 173, 176 (1926) (“Indian tribe is not a legal unit of international law.”).

²⁴ Anup Shah, *Rights of Indigenous People*, GLOBAL ISSUES (Oct. 16, 2010), <https://www.globalissues.org/article/693/rights-of-indigenous-people#IndigenousPeoplesStruggleAroundTheWorld>.

²⁵ *Id.*

²⁶ John D. Smelcer, *Using International Law More Effectively to Secure and Advance Indigenous Peoples' Rights: Towards Enforcement in U.S. and Australian Domestic Courts*, 15 PAC. RIM L. & POL'Y J. 301, 306 (2006).

²⁷ See José Paulo Kastrup, *The Internationalization of Indigenous Rights from the Environmental and Human Rights Perspective*, 32(1) TEX. INT'L L.J. 97, 98 (1997) (“[i]n the past few decades, the international community has been presented with numerous agreements and new policies regarding the Indigenous rights.”).

²⁸ Kristen A. Carpenter & Angela R. Riley, *Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights*, 102(1) CALIF. L. REV. 173, 177 (2014) (“Indigenous peoples are influencing law around and outside of their communities, all the way up into state and international practice.”).

United Nations) 為第一個體現人權和人民自決，並將「促進所有人的基本自由」作為聯合國主要宗旨的國際文書²⁹。人權的概念和體制遂成為國際社會更加關注原住民權利的基石，使原住民在人權框架中的地位終被國際社會所認可³⁰。統整當代人權框架內與原住民有關的國際文書，可以發現直接涉及原住民權利者，當以《國際勞工組織第 169 號公約》(International Labour Organisation Convention 169 on Indigenous and Tribal Population)以及《聯合國原住民權利宣言》(The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UNDRIP) 為代表，至於其他間接涉及原住民權利之國際公約則包含《公民與政治權利國際公約》(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) 與《經濟社會文化權利國際公約》(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR) 等。

(一) 國際勞工組織第 169 號公約

1957 年所通過的《國際勞工組織第 107 號公約》(The ILO Convention Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries) 是聯合國文件中第一個出現原住民字眼的文獻³¹，也是聯合國下第一個專門處理原住民議題的公約³²。惟此公約採高度同化主義 (assimilationist) 來解決問題，且將原住民視為各國中個別單一的人口，以「populations」稱之³³。隨著人權的發展和國際社會對原住民議題的關注，《國際勞工組織第 107 號公約》漸被視為對當代社會具有破壞性的公約³⁴。經國際勞工組織重新審視後，遂於 1989 年提出《國際勞工組織第 169 號公約》

²⁹ Odette Mazel, *The Evolution of Rights: Indigenous Peoples and International Law*, 13(1) AUSTL. INDIGENOUS L. REV 140,142 (2009).

³⁰ *Id.* at 143.

³¹ 官大偉，「原住民」到「原住民族」——從台北市政府原住民事務委員會更名為台北市政府原住民族事務委員會談起，原住民族教育情報誌，43 期，頁 72，73 (2012 年)。

³² 《勞工組織第 107 號公約》是通過研究和專家會議所形成的，該些研究和會議闡明了原住民勞工的脆弱性，並尋求促進經濟和社會平等以及與國家其他公民的融合。Odette Mazel, *supra* note 29, at 143.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.* at 146.

(The ILO Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries) 取代之，並將原住民改稱作「peoples」，以彰顯其集體性與集體地位。

《國際勞工組織第 169 號公約》的前言認知到原住民對於控制自身機構、生活方式和經濟發展的渴望，且欲保持和發展自身特性、語言和宗教。對此，該公約遂予以保障原住民文化的完整性、其掌控自身法律地位、土地和資源的權利，以及在社會福利中不受歧視的權利³⁵。至今，《國際勞工組織第 169 號公約》仍是「針對原住民權最詳細且最具法律約束力的國際文書」，即使只有少數國家批准此公約，但其影響力已超出該些締約國，被認為是國際習慣法的象徵³⁶。

(二) 聯合國原住民權利宣言

歷經 20 年的研議，UNDRIP 於 2007 年終於被聯合國大會所通過，將原住民權與文化遺產的保障納進國際法的範疇，乃原住民被重新賦權的里程碑³⁷。UNDRIP 所承認的原住民權包含國籍權、自決權、平等權、免受不利歧視的權利、文化權、教育權、語言權和其他經濟和社會權利等³⁸。此外，其也保障原住民涉及土地、領土和資源有關的權利，以及原住民與各國締結條約和協定的權利³⁹。UNDRIP 作為一人權文書的價值在於其已得到許多國家的承認和接受，惟由於此宣言不具拘束力，故並未在國際法中為原住民創造新的權利，僅為原住民與國家間提供一個以人權為基礎的對話框架，具有發展為國際習慣法的可能。

(三) ICCPR 與 ICESCR

ICCPR 及 ICESCR 是聯合國為落實《世界人權宣言》(Universal Declaration of

³⁵ *Id.* at 146.

³⁶ *Id.*

³⁷ Elvira Pulitano, *Indigenous Rights and International Law: An Introduction, in* INDIGENOUS RIGHTS IN THE AGE OF THE UN DECLARATION 25 (Elvira Pulitano ed., 2012).

³⁸ G.A. Res. A/RES/61/295, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, arts. 3, 4, 6, 14, 16 (Sept. 13, 2007) [hereinafter UNDRIP].

³⁹ UNDRIP, arts. 25, 26, 37,

Human Rights, UDHR) 於 1966 年經大會第 2200 號決議所通過的國際公約⁴⁰。兩公約與 UDHR 合稱作「國際人權憲章」(International Bill of Human Rights)，為當今國際社會最重要之人權法典，亦為國際人權保障體系的根本大法，係以闡明基本人權並敦促各國積極落實人權保障為宗旨。

ICCPR 雖未訂有針對原住民的具體條款，其仍適用於對原住民權利的若干關切，包含其承認「所有民族均享有自決權，並根據此種權利自由決定其政治地位並自由從事其經濟、社會與文化之發展」⁴¹，從而引入了原住民集體權的可能性⁴²。其中，ICCPR 第 27 條最常被援引適用於原住民族群，指出「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他份子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之」⁴³。雖然各國認為第 27 條係一種不損害權利的消極義務，但其在實務上已擴及國家維護少數族群文化的積極義務⁴⁴。ICESCR 涉及原住民權利的概念則包含「人人均享有自由從事其經濟、社會與文化發展之權利」⁴⁵、「締約國承認人人有權參加其文化生活」⁴⁶以及「締約國為求充分實現此種權利而採取之步驟，應包括保存、發揚及傳播科學與文化所必要之辦法」⁴⁷。

除了兩公約外，尚有許多可能觸及原住民利益的國際公約，如《禁止酷刑及

⁴⁰ G.A. Res. A/RES/21/2200, 2200 (XXI). International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (Dec. 16, 1966).

⁴¹ ICCPR, art. 1 (“All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely...pursue their economic, social and cultural development.”).

⁴² Odette Mazel, *supra* note 29, at 143.

⁴³ ICCPR, art. 27 (“In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language..”).

⁴⁴ Odette Mazel, *supra* note 29, at 143.

⁴⁵ ICESCR, art. 1 (“All peoples have the right [... to] freely pursue their economic, social and cultural development.”).

⁴⁶ ICESCR, art. 15.1 (“The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: (a) To take part in cultural life ...”).

⁴⁷ ICESCR, art. 15.3 (“The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture.”).

其他殘忍不人道或有辱人格之待遇或處罰公約》(Covenant Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) 和明確出現原住民字眼的《兒童權利公約》(Convention on the Rights of the Child) 等⁴⁸。而儘管《消除一切形式種族歧視國際公約》(Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICERD) 未明確提及原住民，其對於保護少數族群和個人不受國內種族歧視亦有重要貢獻，已成為消除對原住民之財產權和參政權歧視的重要工具⁴⁹。

二、原住民權之特性

(一) 原住民之定義不精確

據統計，原住民佔了全世界 6% 以上的人口⁵⁰。然而儘管聯合國的系統精細且複雜，其對「原住民」一詞並未給予明確的定義，不論是國際法、國際政策或 UNDRIP 皆是如此，顯見國際間並無明確一致的認定標準。當前最常被引用以界定原住民的是聯合國特別報告員 (The UN Special Rapporteur) Jose R. Martinez Cobo 於 1986 年提出的內涵⁵¹：

「原住民族指在被征服或殖民前已在其土地上有綿長之歷史，且自認與目前該土地之其他後來之成員有所不同，他們不屬於社會統治者之成員，並願意將祖先的土地、身分認同加以維持、發展並傳承給後代，他們擁有自己的文化型態、社會組織及法律體系。」

另一方面，《國際勞工組織第 169 號公約》第 1 條則載有「部落 (tribunal)」

⁴⁸ Odette Mazel, *supra* note 29, at 143.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *About Indigenous Peoples and Human Rights*, UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/AboutIndigenousPeoples.aspx> (last visited June 14, 2021).

⁵¹ Report of the UN Sub-Commission on Prevention on Discrimination and Protection of Minorities, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/1986 (1986).

和「原住民 (indigenous)」兩個詞，以盡可能納入較廣泛的群體，包括土地未被殖民而是由鄰國或國家所統治的族群⁵²；世界銀行 (World Bank) 則不考量殖民主義的因素，認為若「具有不同於其國家社會中占主導地位之群體的特徵，進而使其成為受邊緣化的弱勢群體」，即得稱作原住民⁵³；甚至是 UNDRIP 也未明文定義誰是原住民，反而是藉由前言和條文加以描述原住民的權利，以指稱原住民群體與其所面對的共同問題。

究其原因，這樣的發展和設計目的似乎係用以彈性判斷哪些群體是此系統所要保障的對象，而非以制式的抽象定義來加以規範。由於原住民的概念未達到足以應用於世界各地的精確程度，故藉由「自我定義」或「自我認同」的方式作為原住民身分的認可被認為是最適當的方法⁵⁴。UNDRIP 即指出「原住民族有權根據自己的習俗和傳統決定自己的身份或成員」⁵⁵，第 3 條亦言明原住民有自決權，得自由決定其政治地位，並自由謀求其經濟、社會和文化的發展。可見原住民身分並無單一權威性的定義，反而係一種自我認同的權利，也是自決權的一個基本要素⁵⁶。

(二) 集體權

聯合國早期所發布的人權宣言多半係在國家架構下保護「個人」之權益，例如作為人權法之基礎而於 1948 年通過的 UDHR 即是如此。相較之下，集體權的概念在「第三代人權」的興起下，正在迅速發展，故立基於一系列集體權的原住民權在很大程度上即逸脫了個人主義的色彩⁵⁷。1966 年通過的兩公約為原住民之

⁵² Odette Mazel, *supra* note 29, at 148; *Convention (No. 169) Concerning Indigenous and Tribal People in Independent Countries*, art 1, 27 June 1989, 1650 U.N.T.S. 383 (entered into force 5 September 1991) [hereinafter ILO No. 169 Convention].

⁵³ *World Bank Operational Directive 4.20 Paragraph*, MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL, <https://minorityrights.org/law-and-legal-cases/world-bank-operational-directive-4-20-paragraph-2/> (last visited June 14, 2021).

⁵⁴ Odette Mazel, *supra* note 29, at 148.

⁵⁵ UNDRIP, art 33(1).

⁵⁶ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, *supra* note 50.

⁵⁷ Odette Mazel, *supra* note 29, at 149.

集體權提供了基石，兩公約的第 1 條皆採用具有集體性與集體地位的複數民族主體 (peoples) 作為措辭，指出自決權屬於「所有民族 (all peoples)」⁵⁸。而從 UNDRIP 前言與第 1 條也能看出其兼納個人與集體權的概念⁵⁸。整體而言，原住民的集體人權概念體現於其自決權、土地和資源的完整以及文化權的完整上，為其特色之一。

(三) 土地之於原住民意義重大

國際人權法的一個重要面向是強調原住民的土地權需要得到本國政府的承認與保護⁵⁹。原住民與其土地、領土和資源有著深刻的關係，因對大多數原住民而言，土地不僅是其經濟生計的基礎，更是其精神和文化特性的來源，他們將陸地和海洋，包含與該地點相關的知識和法律視為一個整體加以保護，故通常其固有的原住民文化無法在傳統原住民領土以外的地區加以保存⁶⁰。

UNDRIP 之規範即反映了土地與環境對其文化存續的重要性，其指出原住民享有對傳統上擁有或以其他方式佔有和使用的土地、領土和資源的權利，並有權擁有、利用、開發並控制該些資源⁶¹。UNDRIP 就原住民文化完整性所載之規定也與國際上的文化權規範相關，包含人民實踐和向後代傳承其習俗、傳統、語言和信仰的權利，以及維護其文化尊嚴和多樣性的權利⁶²。《國際勞工組織第 169 號公約》則指出各國政府應尊重與原住民土地和領土有關的文化和精神價值⁶³；承

⁵⁸ UNDRIP pmb1 (“Indigenous individuals are”); UNDRIP, art. 1 (“Indigenous peoples have....”).

⁵⁹ JÉRÉMIE GILBERT, LAND GRABBING, INVESTMENTS & INDIGENOUS PEOPLES’ RIGHTS TO LAND AND NATURAL RESOURCES: CASE STUDIES AND LEGAL ANALYSIS 40 (2017), <https://iwgja.org/images/publications/new-publications/land-grabbing-indigenous-peoples-rights.compressed.pdf>.

⁶⁰ Valentina Vadi, *The Protection of Indigenous Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, in THE INHERENT RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW 208 (Antonietta Di Blase and Valentina Vadi eds., 2020).

⁶¹ UNDRIP, arts. 8, 25, 26, 29, 32.

⁶² *Id.* arts. 25, 26; BRIAN ASA OMWOYO, A CRITICAL EVALUATION OF THE REGIME FOR PROTECTION OF INDIGENOUS PEOPLES’ RIGHTS UNDER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 9 (2014), available at <https://reurl.cc/kV8YXn>.

⁶³ ILO No. 169 Convention, art. 13.

認原住民對其傳統土地的所有權和佔有權⁶⁴；以及原住民有權使用、管理和養護與其土地有關的自然資源⁶⁵。此外，《消除一切形式種族歧視國際公約》的委員會更指出倘若繼續剝奪原住民的土地和資源，以及以其他方式侵犯他們的基本權利和自由，將有損於保護他們的文化和歷史特性⁶⁶。足見土地權是國際法下原住民權的重要組成部分，甚至是美洲人權委員會（Inter-American Commission on Human Rights）、美洲人權法院（Inter-American Court of Human Rights）以及非洲人權和民族權利委員會（African Commission on Human and Peoples' Rights）也都對此做出很多有利的判決⁶⁷。

針對原住民、土地權與文化權三者的關係可以簡述如下：原住民對土地抱持整體的看法而不會刻意區分文化遺產和自然遺產，且原住民的文化傳統與其土地、領土和自然資源密不可分⁶⁸。從 UNDRIP 之規範看來，土地權之於原住民具有一獨特的精神與物質關係，又土地權之保障將深刻影響到原住民文化的存續⁶⁹。該文化遺產作為有形和無形因素的綜合體，更對其個人認同和生命價值有所貢獻⁷⁰。因此，論及原住民權之保障，其與原住民的土地權和文化權具有密不可分的關係。

（四）事先知情同意權與協商權

由於在多數情況下，投資人、企業和政府間對土地的使用並未與當地原住民進行任何協商，因此「自由、事先和知情同意（free, prior and informed consent）」可能是與土地徵收最相關的權利之一⁷¹。UNDRIP 第 10 條、第 29 條和第 32 條以及《國際勞工組織第 169 號公約》第 16 條皆訂有自由、事先和知情同意的規

⁶⁴ *Id.* art. 14.

⁶⁵ *Id.* art. 15.

⁶⁶ BRIAN ASA OMWOYO, *supra* note 62, at 9.

⁶⁷ JÉRÉMIE GILBERT, *supra* note 59, at 40.

⁶⁸ Valentina Vadi, *supra* note 60, at 206.

⁶⁹ 參見 UNDRIP, arts. 8, 11, 12.1, 13.1.

⁷⁰ Valentina Vadi, *supra* note 60, at 206

⁷¹ JÉRÉMIE GILBERT, *supra* note 59, at 41.

範。UNDRIP 第 32 條第 2 項更清楚指出「各國在批准任何影響到原住民族土地或領土和其他資源的專案，特別是開發、利用或開採礦物、水或其他資源的項目前，應本著誠意，藉由有關原住民族的代表機構，與其協商和合作，以徵得他們的自由知情同意。」其強調一個不受操縱和脅迫且尊重傳統的協商過程，除了在計畫執行前舉行，也提供充分的資訊以便原住民做出知情的決定⁷²。縱使此規範並未反映在其他主要的國際文書中，惟人們普遍同意對這一規定作出有目的性解釋，以維護對原住民及其祖傳土地和領土的尊重⁷³。惟有論者認為此權利目前是一個相較更具爭議性且更有限的權利，它僅適用於特殊和嚴峻的情況，例如：(一) 將導致原住民被迫從傳統土地上流離失所的開發計劃或項目；(二) 執行開發計劃或挖掘活動將阻止原住民社區為維持生計而使用其土地和其他自然資源的情況；或(三) 計劃在原住民佔領的土地上儲存或處置有害物質⁷⁴。過往經驗也顯示許多政府都以原住民不應享有特權做為抵制 UNDRIP 的理由，故若要最大化原住民權之利益，必須強調「自由、事先和知情同意」權並非賦予原住民特權，而是政府和贊同開發計畫者所必須遵守的一項權利⁷⁵。

第二節 國際投資法下原住民權之保護與衝突

原住民權固然明確載於相關國際人權文書內，其在國際投資的架構下仍面臨著若干危機。國際上除了積極建立自由的投資制度外，得降低投資風險的投資協定也大幅減少了全球參與資源開發的成本，使跨國企業能在過往遙不可及的地區開展業務。從國際投資的角度觀之，由於全球所剩的自然資源中有很大一部分位處原住民所在的土地上⁷⁶，故世界幾乎所有大洲都會在原住民土地上開展為數眾

⁷² *Id.*

⁷³ BRIAN ASA OMWOYO, *supra* note 62, at 11.

⁷⁴ *Inter-American Commission on Human Rights, Indigenous and Tribal Peoples' Rights over Their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, 35 AM. INDIAN L. REV. 263, 463 (2011).

⁷⁵ JÉRÉMIE GILBERT, *supra* note 59, at 41.

⁷⁶ Joshua Kleinfeld, *The Double Life of International Law: Indigenous Peoples and Extractive Industries*, 129(6) HARV. L. REV. 1755, 1756 (2016).

多的礦業和石油計畫、企業投資、經濟特區、旅遊開發和基礎建設等，因此不論是否經劃界，原住民權與自由貿易協定之間的衝突都可能越演越烈⁷⁷。隨著國際上有越來越多外人投資涉及原住民土地、水資源、礦物、金屬、石油、天然氣和木材等自然資源的開採，國際投資制度對原住民權利的影響更加不容小覷。又原住民在實務上多以「財產」的概念作為其主張土地所有權的基礎⁷⁸，因此在投資爭端下，究竟投資人與原住民之財產孰輕孰重也會是價值判斷的拉拔所在。

一、國際投資與受影響之原住民權

儘管自 2007 年通過 UNDRIP 以來，國際上對原住民權利的保護已有所進展，但估計全世界仍有 3.7 億原住民因為自然資源的開發已經或面臨著失去祖先領地的緊迫威脅⁷⁹。除了原住民的土地權將因自然資源的開採與建設等因素受有威脅外⁸⁰，經濟因素亦可能使投資人、國家和原住民間的權力不對稱得以延續⁸¹。值得注意的是，原住民土地和領土的文化意義，將益發加重投資和自由貿易協定對原住民權利帶來的負面影響，因承前所述，原住民與土地和水域的聯繫是其文化與身份認同不可或缺的一部分。因此，國際投資和自由貿易協定對原住民土地所有權造成的影響也可謂對原住民文化權利的侵犯，後續造成流離失所的社會問題將損及其文化完整性。

總體而言，國際投資和自由貿易協定對原住民自治機制造成的任何破壞都將進一步削弱國際間對於原住民權利保護的力度。這些侵權行為包括實質性權利，

⁷⁷ U.N. Secretary-General, *supra* note 14, ¶ 30.

⁷⁸ See *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Inter-Am. Ct. Hum. Rts. (Ser. C) Case No. 79, ¶ 103(k) (Aug. 31, 2001), available at http://www.corteidh.or.cr/seriecing/serie_c_79_ing.doc.

⁷⁹ *Human Rights Day 10 December 2010: Statement by the UN High Commissioner for Human Rights, Navi Pillay*, UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, Human Rights Day 10 December 2010: Statement by the UN High Commissioner for Human Rights, Navi Pillay (ohchr.org) (last visited June 14, 2021).

⁸⁰ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, *supra* note 50.

⁸¹ George K. Foster, *Investors, States, and Stakeholders: Power Asymmetries in International Investment and the Stabilizing Potential of Investment Treaties*, 17(2) LEWIS & CLARK L. REV. 361, 361–362 (2013).

如生命權（藉由直接暴力導致死亡或環境退化）、土地和資源開發權（迫使原住民流離失所）、文化權（土地權遭剝奪往往會破壞傳統信仰體系和社群的一致性）、自由表達的權利（暴力鎮壓）和 UNDRIP 所承認的關鍵程序性權利，特別是就原住民土地上的開發活動進行事先協商的權利以及自由、事先和知情同意的權利⁸²。

二、國際投資爭端涉及原住民權之規範衝突態樣

從過往涉及原住民權之投資仲裁案例看來，當原住民權與投資協定下的義務有所衝突，相關的實體主張多涉及是否構成徵收⁸³、公平與公正待遇原則（fair and equitable treatment, FET）⁸⁴、完整保障與安全原則（full protection and security, FPS）⁸⁵和不歧視原則（non-discrimination）⁸⁶。此外，亦不乏出現「事先知情同意權與協商權」的論理。由於投資仲裁庭對彼等實體主張所為的仲裁判斷多依個案判斷而無一貫的標準，以下僅統整國際投資爭端案件中涉及原住民權爭議時，常引發投資規範義務違反之可能態樣為何，藉由此等實體投資法義務之衝突態樣，以瞭解原住民權與國際投資爭端之關連性。

（一）地主國援引原住民權做為非法徵收之抗辯

徵收條款係用以限制政府機關在外國投資計畫中為公共目的徵收財產所造成的影響。對此，投資協定往往規定「與投資計畫有關的任何徵收都必須符合公

⁸² *The Double Life of International Law: Indigenous Peoples and Extractive Industries*, 129(6) HARV. L. REV. 1755 (2016).

⁸³ *See Glaims Gold v. USA; See South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, Award (Nov. 22, 2018) available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10361.pdf> [hereinafter SAS v. Bolivia].

⁸⁴ *See SAS v. Bolivia; Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. v. United States*, Award, NAFTA Trib. (Jan. 12, 2011), available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0384.pdf> [hereinafter Grand River v. USA].

⁸⁵ *See Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award (Nov. 30, 2017), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf> [hereinafter Bear Creek v. Peru].

⁸⁶ *Id.*

共利益、無歧視之情況並按市價予以補償」。實務中，地主國往往援引原住民權抗辯其政策不構成非法徵收。例如美國在 *Glamis Gold v. United States* 一案為抗辯時，即強調加拿大礦商之投資標的位處加州沙漠保護區（California Desert Conservation Area），乃美國原住民之領地，故其收回加拿大投資人採礦權的措施係為了保障原住民之權益⁸⁷。仲裁庭最終認為系爭措施未對投資人造成足以構成徵收的經濟影響⁸⁸，且投資人未能舉證說明地主國之措施係專斷而非出於合理的政策目標所為，故不構成「北美自由貿易協定」（North American Free Trade Agreement, NAFTA）下的間接徵收⁸⁹。

又在 *South American Silver Limited v. Bolivia* 一案，地主國玻利維亞亦以保護原住民權為由，抗辯其撤銷投資人採礦權一事未違反 BIT 下的徵收條款⁹⁰。惟保護原住民權的論理雖然通過了出於公共目的之必要性檢驗⁹¹，玻利維亞仍因未能及時給予賠償被認定違反該 BIT 下的徵收義務⁹²。

值得注意的是，地主國若是為了執行 UNDRIP 和其他人權標準而採取積極措施，將外國投資人取得的土地重新發還給原住民，則不論徵收土地係出於合法的公共目的或矯正投資人對原住民的土地和領土的不當使用，投資人皆能要求地主國以市場價格提供賠償⁹³。而在賠償金未能因公共利益之理由而免除的情況下，國際投資協定中的徵收條款只會增加地主國支付損害賠償金的難度⁹⁴。更甚者，地主國亦可能將該筆財務責任轉嫁予原住民，進而對原住民造成更加嚴重的侵權行為⁹⁵。

⁸⁷ *Glamis Gold v. USA*, ¶ 726.

⁸⁸ *Id.* ¶ 536.

⁸⁹ *Id.* ¶ 803.

⁹⁰ *SAS v. Bolivia*, Award, *supra* note 84, ¶ 525.

⁹¹ *Id.* ¶ 578.

⁹² *Id.* ¶¶ 590, 604.

⁹³ U.N. Secretary-General, *supra* note 14, ¶ 24.

⁹⁴ *Id.* ¶ 25.

⁹⁵ *Id.* ¶ 33.

（二）當事方皆援引原住民權作為 FET 義務違反與否的理由

FET 條款乃投資協定的核心，其多為內容寬泛的條款，要求國家以一貫、透明合理、不模糊、不武斷且不歧視的方式行事，以確保決策的正當程序。惟此條款之解釋出了名的模糊，有一說指稱 FET 義務是地主國必須向外國投資人提供最低待遇標準，另一說則施以更廣泛的解釋，認為地主國不得損及投資人的合理期待（legitimate expectation）⁹⁶。實務上曾有投資人主張其作為北美原住民所從事之菸草製品為其無形文化遺產，故享有不受地主國州法所監管的合理期待⁹⁷。此外，為了強化地主國違反 FET 義務之主張，該投資人更提及原住民「自由和事先知情同意權」之概念，強調各國在採取將對原住民利益產生重大影響的管制措施前，需積極與其進行協商已漸成為一國際習慣法⁹⁸。惟該主張最終因仲裁庭以人權法規不適用為由，失敗告終。另一方面地主國亦曾援引原住民權成功抗辯其政策未違反 FET 義務⁹⁹。整體而論，但凡地主國基於保障原住民之權利而變更其土地政策，往往將引起地主國是否違反投資人之合理期待的疑慮。又原住民之「自由和事先知情同意權」也常被用以強化 FET 義務違反之論述，畢竟有論者指出在國際投資和自由貿易協定的範疇內，有損「自由和事先知情同意權」的行為可能會加劇對原住民權利的侵害¹⁰⁰。

（三）投資人因原住民之抗爭主張地主國違反 FPS 義務

FPS 條款係為了防止私人行為（部分投資仲裁庭認為亦包括政府行為）對投資人和投資標的造成損害。由於原住民權被剝奪後將可能引發遊行等抗爭行動，一旦地主國未採取積極作為解決抗爭，將可能招致投資人控訴地主國違反投資協定下的 FPS 義務，*Bear Creek v. Peru* 與 *Burlington v. Ecuador* 便是一例。投資人於

⁹⁶ KAITLIN Y. CORDES ET AL., *supra* note 12, at 5.

⁹⁷ *Grand River v. USA*, Award, *supra* note 84, ¶ 128.

⁹⁸ *Id.* ¶ 190.

⁹⁹ *SAS v. Bolivia*, Award, *supra* note 84, ¶¶ 640, 673.

¹⁰⁰ See U.N. Secretary-General, *supra* note 14, ¶ 34.

前者因未能說服仲裁庭地主國的失職而遭駁回¹⁰¹，至於後者則在進入實體審查階段前即遭駁回¹⁰²。

（四）地主國可能援引原住民權抗辯未違反不歧視待遇之義務

不歧視待遇條款包含國民待遇義務（National Treatment Obligation）和最惠國義務（Most-Favored Nation Obligation），禁止地主國以投資人的國籍為據而故意歧視外國投資人。不歧視待遇條款可能會對原住民之土地權和文化權的保護造成損害，因倘若原住民的權利未被明確列為該些規定的例外，那麼無論是根據習慣法還是其他對原住民土地所為的特別立法，對此等地主國政府為保護原住民所為之措施，投資人都可能會在投資爭端中主張地主國政府採取歧視待遇措施¹⁰³。

實務上曾發生美國投資人向「國際投資爭端解決中心」（International Centre for Settlement of Investment Dispute, ICSID）遞交仲裁意向通知書（Notice of Intent），聲稱其在加拿大北部之原住民土地的馴鹿狩獵許可證遭到地主國降低配額而蒙受損失，懷疑加國是因為當地競爭者每年僅使用 75 至 100 個配額，始將其於原有的 360 個配額減至 75，構成保護本國人民的歧視行為¹⁰⁴。雖本案僅能取得該意向通知書之公開文本，且仲裁判斷之結果仍未知¹⁰⁵，亦可合理推斷加國將會主張保護原住民傳統文化權之立場作為違反不歧視義務之抗辯。

第三節 小結

保護原住民權的國際法規定包括硬法和軟法。依主要國際文書與原住民保障

¹⁰¹ Bear Creek v. Peru, Award, *supra* note 85.

¹⁰² 投資人主張原住民對其石油開發案的抗爭不利於其業務的開展，而厄瓜多爾聲稱未能提供人身安全的保障違反了「美國-厄瓜多爾 BIT」。Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, ¶¶ 26, 53 (June 2, 2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0106.pdf>.

¹⁰³ U.N. Secretary-General, *supra* note 14, ¶ 23.

¹⁰⁴ John R. Andre v. Government of Canada, Notice of Intent, ¶¶ 35, 51 (Mar. 19, 2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6335.pdf>.

¹⁰⁵ *John R. Andre v. Government of Canada*, ITALAW, <https://www.italaw.com/cases/3377> (last visited June 14, 2021).

之相關性排序，關聯性由高至低依序為《勞工組織第 169 號公約》、UNDRIP、ICCPR 和 ICESCR。《勞工組織第 169 號公約》是當代國際法對待原住民的一個核心文書，係原住民權最重要的公約之一。雖然 UNDRIP 不似《勞工組織第 169 號公約》具有法律上之拘束力，但相較於締約國不多的《勞工組織第 169 號公約》，UNDRIP 已廣泛被國際社會所認可，具備發展為國際習慣法之潛能。國際間縱然對原住民身分缺乏一權威性的定義，但通說認為該身分的認定乃原住民自決權的展現，其自我認可將是一大判准。相較於一般人權，原住民權之特殊性在於其為一集體權、原住民文化權繫於其土地權、且具有「事先知情同意權與協商權」之保障。多虧《勞工組織第 169 號公約》與 UNDRIP，使得原住民的法律地位和權利在現代的人權框架內得以取得重大進展。

遺憾的是，上述國際人權文書並沒有完全解決投資人、國家和原住民間的權力失衡問題。在跨國投資盛行的情況下，攸關原住民文化的土地權往往被迫犧牲，成為投資人開發天然資源的標的或開展投資計畫之地點，也可能變成地主國為了吸引外資、促進經濟成長的代價，不但剝奪了原住民對土地和自然資源的自主權，也導致原住民的文化完整性被侵犯。

在國際投資爭端的場域中，一旦引發涉及原住民權之爭端，通常會出現違反徵收條款、FET 標準、FPS 標準與不歧視義務的主張。常見的是地主國援引保護原住民權的理由作為非法徵收投資人財產的抗辯，惟原住民權在此能發揮之效用似乎取決於具體 BIT 下徵收條款的規定，蓋仲裁庭於判斷是否構成非法徵收時的評量依據仍會回歸到該徵收條款所規定的具體要件，並不會因為地主國係出於公益目的所為即直接正當化其措施。

例如在 *Glaims Gold v. USA*，仲裁庭表示 NAFTA 對間接徵收之認定包含兩判準，即「措施對合理期待的干涉程度」以及「措施之本質與目的」，美國之所以抗辯成功除了因為保護原住民權為該措施之目的外，也有賴仲裁庭做出投資人之

經濟損傷不大的判斷。反觀另一個失敗的案例 *South American Silver Limited v. Bolivia*，玻利維亞援引的原住民權縱使能通過系爭徵收要件下的「合法目的」要求，地主國仍因未能滿足其他要件被認定構成間接徵收。

至於原住民權對於判斷 FET 義務的違反與否究竟是否有利也無明確的定論，但可以確定的是不論投資人或仲裁人，皆曾於其主張中援引原住民權。仲裁庭曾表示「國家對投資人的 FET 義務並不意味著需要犧牲其對公益的監管權」，使得地主國得以成功援引原住民權作為 FET 義務違反的抗辯；另一方面，仲裁庭也曾以人權法非適用法且欠缺管轄權為由，拒絕考量投資人所援引的原住民權。

而論及 FPS 義務的違反與否，原住民權在此處所扮演的角色則更顯薄弱，僅能彰顯抗爭事件之開端皆始於保障原住民權之動機，至於仲裁庭於判斷地主國是否違反其 FPS 義務時，仍是以地主國是否採取行動以試圖解決紛爭為判斷依據，與原住民權之內涵關係不大。最後，本文推論在國際投資仲裁中亦可能出現地主國援引原住民權作為未違反不歧視待遇義務的抗辯，至於效用如何恐有待仲裁判斷公開後始得而知。

整體而言，原住民權在投資仲裁爭端中所能發揮效用的空間似乎不大，將可能受限於具體 BIT 之徵收條款的要件規定，並面臨適用法與管轄權的侷限性。另外，本文也留意到現實面並無法排除地主國將出於徵收而對投資人所負的損害賠償責任轉嫁予原住民的可能性。而不論地主國變更規範的動機是否為公共目的，仍會被投資人主張國家違反其 FET 義務，且原住民對系爭投資所發起的抗議與暴動更可能招致地主國違反 FPS 義務的控訴，針對原住民保障所為的特別立法亦可能被視為一種歧視行為。足見要在國際投資仲裁案件中成功援引原住民權以讓仲裁庭為有利的判斷並不容易，下一章遂進一步舉出涉及原住民權的指標性案件，說明投資仲裁庭對有關原住民權利主張所採取的處理態度與立場。

第三章 國際投資仲裁對原住民權爭議之處理機制與實務

國際投資仲裁乃投資人與地主國間之紛爭解決場域，惟在涉及人權保障之議題上，受侵害的弱勢族群往往並無直接訴諸仲裁的救濟管道。由於外人投資之開發案多會侵犯到原住民之土地權，本章遂從原住民之視角切入，探求在國際投資仲裁制度下，如涉及原住民權利之損害，得在國際投資架構下透過何種途徑維護其權利？並檢視相關過往案例，探討仲裁庭於審理具體投資義務之違反時，對於人權保障與投資人保障間的潛在衝突係採取何種立場與判斷？經初步歸納國際投資仲裁案例，其所呈現之原住民權保障議題，約有三種型態，茲分節說明如下。

第一節 地主國以保護原住民權利作為抗辯

地主國於爭端解決程序中援引人權作為抗辯乃實務上最常見的模式。例如玻利維亞在 *South American Silver Limited v. Bolivia* 一案便援引了許多人權文書為其收回投資人採礦特許權之措施作抗辯。為了探勘和開發位於玻利維亞 Malku Khota 的礦產，Compañía Minera Malku Khota (CMMK) 公司於 2003 年在玻利維亞註冊成立，本案原告 South American Silver Limited (SAS) 則是成立於玻利維亞並間接持有 CMMK 所有股份的公司¹⁰⁶。在 2003 年至 2007 年間，CMMK 獲得了 10 個主要坐落於原住民社區的採礦特許權¹⁰⁷，未料在 2010 年，該區的原住民指控 CMMK 不但玷汙其聖地，還濫用權威欺騙和威脅當地原住民，並縱容強姦原住民婦女之情事發生¹⁰⁸。最終，由於當地居民與 CMMK 間的緊張關係升溫引發了暴力衝突，玻利維亞政府遂介入其中，與原住民社區達成釋放具原住民身分之員警的協議¹⁰⁹，並發布了第 1308 號法令，將採礦權轉移給玻利維亞當局¹¹⁰。

¹⁰⁶ SAS v. Bolivia, Award, *supra* note 84, ¶¶ 79-80, 82.

¹⁰⁷ *Id.* ¶¶ 89, 104.

¹⁰⁸ *Id.* ¶¶ 113-114.

¹⁰⁹ *Id.* ¶ 151.

對此，SAS 根據「玻利維亞—英國 BIT」，主張玻利維亞之措施構成徵收、違反 FET 和 FPS 義務。

一、本案無其他國際人權法之適用

在進入實體程序前，本案雙方針對適用法有所爭執。玻利維亞主張應基於《維也納條約法公約》(Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT) 第 31.3 (c) 條進行系統性解釋 (systemic interpretation)，將國際條約和國內義務相結合，並在衝突發生時優先考慮人權保障及原住民權利¹¹¹。其更具體指出仲裁庭須根據「美洲人權公約」(American Convention on Human Rights)、UNDRIP、《國際勞工組織第 169 號公約》、「美洲禁止、處罰及消滅對婦女暴力公約」(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women) 和「OECD 多國籍企業指導綱領」(The OECD Guidelines for Multinational Enterprises) 解釋條約，並考量潔手 (clean hands) 原則與善意原則等一般法律原則和保護原住民權利之國際習慣法¹¹²。

投資人則認為本案的適用法即作為特別法的「玻利維亞—英國 BIT」本身，至於相關國際法僅能視作一般原則加以補充¹¹³。另外，國際法中就原住民權的範圍界定尚不明確，不能優先於 BIT 所提供的保護¹¹⁴。至於玻利維亞所援引的「美洲人權公約」、「美洲禁止、處罰及消滅對婦女暴力公約」和《國際勞工組織第 169 號公約》皆不具拘束力、不構成國際習慣法且英國並非締約國，故仲裁庭不應將非國際習慣法或一般法律原則的該些文書視作 VCLT 第 31.3 (c) 條下的適當規則¹¹⁵。

¹¹⁰ *Id.* ¶ 169.

¹¹¹ *Id.* ¶¶ 195, 210.

¹¹² *Id.* ¶¶ 199-200.

¹¹³ *Id.* ¶ 186.

¹¹⁴ *Id.* ¶ 188.

¹¹⁵ *Id.* ¶ 190.

對此，仲裁庭指出本案針對適用法的核心爭議在於玻利維亞法律與人權及原住民權利文書的適用規則和解釋規則¹¹⁶。爭端雙方皆認同 VCLT 第 31.3 (c) 條攸關系統性解釋，只是投資人主張玻利維亞未能證明保護人權和原住民權之規則具有優先適用的地位¹¹⁷。仲裁庭認同 VCLT 第 31.3 (c) 條的系統性解釋係作為條約解釋的工具，惟此工具必須與同條的其他規定相協調並謹慎地使用，以防止法庭逾越其管轄權且在爭端中適用雙方皆未同意的規範¹¹⁸。由於玻利維亞據該條規定主張仲裁庭必須適用某些關於人權保障的國際規則，卻未能證明其所援引之該些文書構成國際習慣法、玻利維亞或英國也並非該些人權條約的締約國、玻利維亞亦沒有解釋這些規則與系爭 BIT 的衝突之處，以及為什麼該些規則應優先適用，故仲裁庭遂未將玻利維亞援引之國際人權文書當作本案適用法¹¹⁹。

二、玻利維亞之措施構成非法徵收

本案雙方皆承認根據 BIT 第 5 條之規定，雙方在符合三個累積要素之情況下得徵收投資人的財產：(a) 出於與該締約方內部需求有關的公共目的和社會利益而進行的徵收；(b) 符合正當程序進行，以及 (c) 提出合理有效的賠償¹²⁰。爭執在於投資人認為玻利維亞未滿足上述任何一要素，玻利維亞則認為皆已符合，故為合法徵收¹²¹。經仲裁庭檢視，由於玻利維亞之公共聲明使用了系爭 BIT 內列舉的國有化 (nationalization) 一詞，故當構成徵收無誤，至於是否為非法徵收，重點則在於審視玻利維亞是否符合 BIT 第 5 條下的三要件¹²²。又由於系爭措施符合該條對公共目的、社會福利和正當程序的要求；重點應在於迄今為止未支付任何賠償金是否違反第 5 條之義務¹²³。由於從兩造的協商過程中看不出 BIT 所規定

¹¹⁶ *Id.* ¶ 209.

¹¹⁷ *Id.* ¶ 210.

¹¹⁸ *Id.* ¶¶ 212, 216.

¹¹⁹ *Id.* ¶ 217.

¹²⁰ *Id.* ¶ 546.

¹²¹ *Id.* ¶ 547.

¹²² *Id.* ¶¶ 550-551.

¹²³ *Id.* ¶ 590.

的賠償已得到滿足，或清楚表明投資人將能受償，仲裁庭遂認定系爭措施仍不符合 BIT 第 5 條下的賠償要求¹²⁴。

針對必要性之檢驗，「必要性」一詞係用以表彰例外情況，即一國若要維持目前受到嚴重和迫切危險所威脅的基本利益，其唯一方法是暫時不履行其他國際義務¹²⁵。本案玻利維亞主張系爭措施的必要性在於要保護人權和原住民權利，使其免遭 CMKK 所造成的嚴重和急迫危險¹²⁶。由於仲裁庭已認定系爭措施就 BIT 第 5 條之規定僅違反了賠償義務的要求，又玻利維亞的必要性抗辯並非旨在排除國家的賠償義務，也不能以此做為不支付歸因於其行為的損害賠償金，故將玻利維亞的必要性抗辯予以駁回¹²⁷。至於玻利維亞主張其乃合法行使員警權力而非徵收，仲裁庭則認為本案沒有足夠證據支持此論述，故同樣不予採納¹²⁸。

三、玻利維亞未違反 FET 標準

SAS 主張玻利維亞違反了 BIT 第 2 條第 2 項的 FET 標準，因（一）玻利維亞未能保護 SAS 的合理期待，且未能確保 SAS 之投資受到穩定的法律和商業環境所保障；（二）玻利維亞未能以善意的態度與透明可預測的方式行事¹²⁹。玻利維亞則主張投資人理當對適用於其投資標的之法律監管框架有所瞭解，認知到倘若其不尊重原住民族群，玻利維亞政府將依國內法與國際法的規定採取相應行動，因此未損及投資人之合理期待¹³⁰。雙方就 BIT 應保護的合理期待以及適用何種標準存在分歧¹³¹。對此，仲裁庭指出但凡（a）投資人已做出盡職調查（due diligence），並且（b）其根據系爭情況該預期心理係屬合理，投資人即得受 FET

¹²⁴ *Id.* ¶¶ 604, 610.

¹²⁵ *Id.* ¶ 612.

¹²⁶ *Id.* ¶ 618.

¹²⁷ *Id.* ¶¶ 619-621.

¹²⁸ *Id.* ¶ 622.

¹²⁹ *Id.* ¶ 642.

¹³⁰ *Id.* ¶ 640.

¹³¹ *Id.* ¶ 645.

標準所保護¹³²。投資人除了須衡量合法與否外，尚須將地主國的社會、文化和經濟環境等因素納入考量¹³³。此外，國家對外國投資人所負的 FET 義務並不意味著放棄其基於公共利益或為了適應新變化和需求所得行使的監管權¹³⁴。本案投資人理應知悉 CMMK 是在原住民居住地進行開發，而 CMMK 所聘的顧問亦對此有所警告並給予建議，然 CMMK 卻反而助長了衝突的產生¹³⁵。即使仲裁庭認同 SAS，表示在某些情況下玻利維亞的官員本得採取更有效率的措施，但最終仍認定系爭措施並未違反 FET 標準或說明玻利維亞係有預謀地取得系爭投資計畫的控制權¹³⁶。SAS 之指控須採取高度證明標準（high standard of proof）以證明玻利維亞係出於惡意或不被容忍的過失，由於本案證據不足，故玻利維亞尚不至違反 FET 標準¹³⁷。

四、玻利維亞未違反 FPS 標準

投資人主張，根據 FPS 標準，國家有義務確保其境內的投資享有法律和實體上的安全，並為此目的採取一切必要且合理的措施¹³⁸。此外，FPS 義務的違反並不需以證明有惡意或疏忽為前提¹³⁹。由於玻利維亞未即時派員警和軍隊來保護該地，因此沒有採取必要措施防止衝突升溫，且非但鼓勵抗爭行動還給予示威領導人豁免權，故破壞了 SAS 在 BIT 內所享的 FPS 保障¹⁴⁰。

仲裁庭主要基於三點認定玻利維亞並未違反「玻利維亞—英國 BIT」第 2.2 條下的 FPS 標準。首先，SAS 未能說明玻利維亞拒絕或未在 SAS 提出要求時介入紛爭之平息，且在採取行動時有所拖延或效率不彰並不足以構成 FPS 義務的

¹³² *Id.* ¶ 648.

¹³³ *Id.* ¶ 648.

¹³⁴ *Id.* ¶ 649.

¹³⁵ *Id.* ¶¶ 655-656.

¹³⁶ *Id.* ¶ 673.

¹³⁷ *Id.* ¶¶ 673-674.

¹³⁸ *Id.* ¶ 675.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.* ¶ 677.

違反¹⁴¹。第二，雖然 SAS 曾抱怨玻利維亞未將系爭地區予以軍事化，並以此作為玻利維亞未履行盡職調查之責的證據，仲裁庭卻認為 SAS 未能證明將該地區軍事化有助於解決社會衝突，且玻利維亞之政府官員仍透過召開會議、與示威者對話、回應支持開發者的關切並提出了替代方案等方式試圖解決衝突¹⁴²。第三，仲裁庭認定玻利維亞承諾暫停對原住民領導人追究刑責是為了結束衝突而於協議中做出的讓步，由此亦可知道玻利維亞對原住民示威活動及抗爭對投資人造成的威脅並非毫無作為¹⁴³。因此，本案玻利維亞並未違反其 FPS 義務。

第二節 投資人兼有原住民身分主張原住民權利

在諸多投資爭端中，投資人兼有原住民身分者乃可遇不可求的情況。故在此雙重身分之情形下，是否能影響仲裁庭之心證著實耐人尋味。本文以下所援引之 *Grand River v. United States* 便是一經典案例，該爭端涉及菸草製品的稅收以及加拿大原住民部落所生產的菸草製品是否能被視作文化習俗。本案原告係註冊於加拿大的 Grand River 公司及若干身為加國原住民的投資人。Grand River 從事煙草產品的生產和銷售，並出口到美國。1998 年美國主要的菸草商與美國 46 州政府締結了 MSA (Master Settlement Agreement) 契約，承諾願意出資以符合廣告及營運限制，並支持預防吸菸的計畫。對此，由原住民組成的加拿大煙草商便指控美國在沒有原住民參與的情況下，將 MSA 契約適用於其業務，違反了國際習慣法下須就可能影響到原住民權利之事項進行協商並取得其同意的規定¹⁴⁴。此外，也主張美國之系爭措施構成 NAFTA 投資專章下之非法徵收、違反 FET 標準及不歧視待遇原則。以下則進一步說明其中涉及原住民權的主張。

¹⁴¹ *Id.* ¶ 689.

¹⁴² *Id.* ¶¶ 690-691.

¹⁴³ *Id.* ¶¶ 693-694.

¹⁴⁴ *Grand River v. USA, Award, supra* note 84, ¶ 182(3).

一、美國之措施未構成 NAFTA 下的間接徵收

投資人主張美國的主要菸草公司藉著 MSA 契約，確保和解條款涵蓋其他公司，企圖迫使小規模的公司退出菸草市場¹⁴⁵，而美國系爭措施相當於間接徵收，違反 NAFTA 第 1110 條下的規定¹⁴⁶。美國對此抗辯系爭措施並未明顯或歧視性地違反相關法律，亦未背離法體系下的正義原則，故此為了維護公共衛生所採取的監管措施並不構成土地的徵收¹⁴⁷。對此，投資人則主張其作為北美原住民享有不受州法監管的合理期待¹⁴⁸。美國同意投資人此處提出的合理期待問題可能與 NAFTA 第 1110 條的徵收有關，但認為此種期待在法律上與 NAFTA 第 1105 條規定的習慣法下最低待遇標準的 FET 主張無關¹⁴⁹。基於此分歧，仲裁庭遂在徵收之主張處理與合理期待有關的問題¹⁵⁰。

仲裁庭認為美國印第安聯邦法（U.S. federal Indian law）係一個複雜又不完全一致的混合體，包括憲法條款、聯想法規以及美國最高法院和其他法院的司法判決，若要確定該法律的內容及其對特定國家監管類型的可能影響，往往需要對未來法院如何適用過去涉及不同類型國家監管的判決作出預測，並非投資人和美國所言般絕對¹⁵¹。仲裁庭表示其無權在 NAFTA 框架下判斷投資人基於國內法所主張的豁免權是否正確，即使仲裁庭最終在美國國內法問題上與投資人達成共識，亦無法解決投資人在美國從事系爭商業活動時所能合理期待的監管問題¹⁵²。相反的，仲裁庭認定通常 NAFTA 所保障的合理或合法期待是指透過締約國明示

¹⁴⁵ Grand River v. USA, Particularized Statement of Claim, ¶¶ 62-69 (June 30, 2005), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8883_0.pdf.

¹⁴⁶ *Id.* ¶ 149.

¹⁴⁷ Grand River v. USA, Counter-Memorial, at 160 (Dec. 22, 2008), <https://jusmundi.com/en/document/pdf/other/en-grand-river-enterprises-six-nations-ltd-et-al-v-united-states-of-america-respondents-counter-memorial-on-the-merits-monday-22nd-december-2008>.

¹⁴⁸ Grand River v. USA, Award, *supra* note 84, ¶ 128.

¹⁴⁹ *Id.* ¶ 127.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.* ¶ 137.

¹⁵² *Id.* ¶ 139.

或暗示下，就有針對性的陳述或保證所生的期望¹⁵³。由於菸草製品歷來都是各州密切和廣泛管制的對象，因此投資人不應期待能在不受州法規定的情況下從事相關貿易¹⁵⁴。從過往的 NAFTA 先例看來，第 1110 條下的徵收定義係「完全或非常嚴重地剝奪所有人在全部投資中的權利」¹⁵⁵，惟本案投資人仍保有所有權與控制權，且仍有利可圖，故本案並無徵收之情事¹⁵⁶。

二、美國之措施未違反 NAFTA 下之 FET 義務

投資人主張基於其原住民身分，系爭菸草產業為其傳統活動，故本案涉及其非物質文化遺產。進一步言，其主張¹⁵⁷：系爭仲裁案件與健康之保障或國家基於公共利益之監管權無關。本仲裁案是為了反制大型企業壟斷利潤所採取的反競爭措施，也是肇因於美國違反國際法之規定，剝奪了原住民投資人的傳統、生計與市場。其特別指出「美洲原住民權利宣言」(Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)、《國際勞工組織第 169 號公約》與 UNDRIP 之規定皆說明瞭國際習慣法在保護原住民集體和個人權利方面正在加速或具體化¹⁵⁸。對此，美國則以 UNDRIP 並非國際習慣法作為抗辯¹⁵⁹。

對於本案適用法，仲裁庭認為根據 NAFTA 第 1105 條所定的 FET 標準，保護外國投資人之投資的習慣法並不包括「根據其他法源可能得對投資人提供的法律保障」，否則將使第 1105 條成為操縱訴訟策略之工具，得藉由主張違反國內和國際法，不當地規避 NAFTA 之自由貿易委員會在其約束性指引中針對第 1105 條所明訂的有限範圍¹⁶⁰。至於條約解釋，仲裁庭雖然有參酌習慣法之規定¹⁶¹，仍

¹⁵³ *Id.* ¶ 141.

¹⁵⁴ *Id.* ¶¶ 144-145.

¹⁵⁵ *Id.* ¶ 148

¹⁵⁶ *Id.* ¶¶ 153-155

¹⁵⁷ Grand River v. USA, Statement of Claimants' Claims Arising from Allocable Share Amendments, at 1 (Nov. 6, 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8903.pdf>.

¹⁵⁸ Grand River v. USA, Particularized Statement of Claims, *supra* note 145, ¶ 139.

¹⁵⁹ Grand River v. USA, Counter-Memorial, *supra* note 147, at 134.

¹⁶⁰ Grand River v. USA, Award, *supra* note 84, ¶ 219

¹⁶¹ *Id.* ¶ 69.

重申基於有限管轄權，無權決定根據 NAFTA 協定以外的主張¹⁶²。其中兩名仲裁人認為研議州法的官員在討論監管措施時的做法確實不夠周嚴，若能讓原住民（特別是可能受到 MSA 影響之族群）參與討論程序將更加理想¹⁶³。惟無論對投資人或其商業給予何種不公平待遇，本案都未達到違反 NAFTA 第 1105 條的程度，亦即尚未違反國際習慣法下對待外國人之標準¹⁶⁴。

第三節 以法庭之友身分主張原住民權利

一、*Bear Creek v. Peru*

Bear Creek v. Peru 案涉及銀礦開採的開發計畫¹⁶⁵，加拿大投資人 Bear Creek 在秘魯的聖安娜 (Santa Ana) 礦山發掘大量銀礦，於 2007 年根據第 83 號法令取得購買、擁有和經營相應採礦權的授權¹⁶⁶。自此，Bear Creek 展開該區的探勘作業並進行環境和社會影響評估 (environmental and social impact assessment, ESIA)。秘魯當局於 2011 年核准該 ESIA 摘要後，進一步指示投資人進行社區參與機制 (community participation mechanisms) 以對 ESIA 進行評估¹⁶⁷。未料此開發計畫引起當地社區的強烈反彈，引發暴力的抗議與社會動盪¹⁶⁸，2011 年 6 月甫上任的新任政府遂發布第 32 號法令，不但撤銷了第 83 號法令也禁止投資人進行礦物的開採¹⁶⁹。2014 年 8 月，Bear Creek 遂根據「加拿大—秘魯自由貿易協定」對秘魯提起仲裁，指稱第 32 號法令違反了「加拿大—秘魯自由貿易協定」下保護投資人免受非法徵收的義務、FET 原則和 FPS 原則¹⁷⁰。

¹⁶² *Id.* ¶ 71

¹⁶³ *Id.* ¶ 185.

¹⁶⁴ *Id.* ¶ 187.

¹⁶⁵ *Bear Creek v. Peru*, Award, *supra* note 85, ¶ 663.

¹⁶⁶ *Id.* ¶ 149.

¹⁶⁷ *Id.* ¶ 168.

¹⁶⁸ *Id.* ¶ 190.

¹⁶⁹ *Id.* ¶ 202.

¹⁷⁰ *Id.* ¶ 113.

本案仲裁庭接受了兩份法庭之友 (*Amicus Curiae*) 的書面意見，分別為一促進 Aymara 和 Quechua 原住民人權的非營利組織 DHUMA，和一名具商業與人權專業之律師¹⁷¹。其認為不論 DHUMA 是否足以代表 Aymara 族群，或其利益是否與該族群相當，其專業知識與對當地事實的瞭解將可能為本案件注入不同於當事方的新觀點¹⁷²。本案法庭之友針對事實層面提出公眾對系爭開採計畫將對社會、文化和環境的造成影響的疑慮，且系爭開採地主要建立在 Aymara 族群之定居地，是該族群從事農業、小規模漁業和畜牧業的所在之處¹⁷³。至於法律層面，其則提及人權法與企業社會責任，特別是原住民享有自由知情的事先諮詢權利，且企業有責任尊重人權與盡職調查義務，以獲取當地的同意與經營許可¹⁷⁴。即使爭端雙方就法庭之友意見的完整性與準確性有所歧見，仲裁庭在作出仲裁判斷時仍有予以考量¹⁷⁵，以下則是仲裁庭之相關判斷。

(一) 系爭措施構成間接徵收

「祕魯—加拿大自由貿易協定」附件第 812.1 條第 2 項針對間接徵收之判斷訂了 3 個參考要素，分別是徵收措施所造成之經濟影響、對投資人之合理期待所造成之干擾、以及措施之特徵¹⁷⁶。對此，仲裁庭先是認定系爭措施對投資人根據第 83 號法令所取得的主要權利已造成顯著的經濟影響，使 Bear Creek 不再能合法地進行開採計畫¹⁷⁷。再者，投資人基於第 83 號法令被授權開發系爭計畫的合理期待也受到侵害，仲裁庭認為若非經過祕魯之授權，投資人並不會投入該筆投

¹⁷¹ Bear Creek v. Peru, Procedural Order No. 5 (July 21, 2016), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7447.pdf>.

¹⁷² *Id.* ¶ 40.

¹⁷³ Bear Creek v. Peru, Non-disputing Party Written Submission of DHUMA and Dr. Carlos Lopez, at 2, 3 (June 9, 2016), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7517.pdf>.

¹⁷⁴ *Id.* at 2, 14.

¹⁷⁵ Bear Creek v. Peru, Procedural Order No. 5, *supra* note 171, ¶ 5.

¹⁷⁶ Canada-Peru Free Trade Agreement, Annex 812.1, (“The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred, the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations, and the character of the measure or series of measures.”).

¹⁷⁷ Bear Creek v. Peru, Award, *supra* note 85, ¶ 375.

資額¹⁷⁸。又針對第 32 號法令之特徵，仲裁庭在經過一系列事實查核與分析後，指出祕魯之政府機關並未邀請投資人參與 2011 年 6 月的會議；祕魯並未出示其發布第 32 號法令所依據的證據，以至於無從審查撤銷第 83 號法令之合理性；鑒於祕魯當局在授予 Bear Creek 之員工開發權的程序中已知悉該員工將轉移其開發權予外國投資人，故祕魯不得正當化其撤銷第 83 號法令的措施¹⁷⁹。

至於祕魯得否援引「祕魯—加拿大自由貿易協定」附件第 812.1 條第 3 項，主張出於消弭社會動盪之公共政策而對第 83 號法令產生的減損係屬正當，仲裁庭對此則從兩面向加以判斷：（一）在尋求獲得社會許可（social license）的過程中，法律要求投資人採取哪些行動？投資人是否已採取該些行動¹⁸⁰？（二）本案之祕魯政府在取得社會許可方面的責任為何¹⁸¹？社會許可的概念固然未明確定義於國際法中，所有相關的國際文書皆清楚指出與原住民社區進行協商方能取得有關社區的同意¹⁸²。仲裁庭肯認投資人與地主國合作對外與當地原住民社區商議的努力，卻也承認投資人尚有其他可行措施能進行¹⁸³。本案投資人已採取許多行動，證據顯示支持開發者似乎來自能獲得就業機會等福利的社區，而保持沉默或反對的社區則是因為無從獲得福利或毫不知情¹⁸⁴。雖然投資人本能進一步開展協商活動，但仲裁庭要處理的係地主國是否能主張法律上有此要求，故此項不足所造成的社會動盪能正當化第 32 號法令的頒布¹⁸⁵。對此，仲裁庭認為祕魯已知悉當地區的不滿情緒，且除非祕魯能說明倘若投資人進一步進行協商將能免於動盪的發生，否則祕魯便未能證明投資人之措施與第 32 號法令間的因果關係¹⁸⁶。既然祕魯已批准並支援投資人之計畫，Bear Creek 理當可以自認其已符合所有法律

¹⁷⁸ *Id.* ¶ 376.

¹⁷⁹ *Id.* ¶¶ 395, 398-399.

¹⁸⁰ *Id.* ¶ 403.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.* ¶ 406.

¹⁸³ *Id.* ¶¶ 403-404.

¹⁸⁴ *Id.* ¶¶ 406-407

¹⁸⁵ *Id.* ¶ 408.

¹⁸⁶ *Id.* ¶¶ 409-411.

規範¹⁸⁷。綜上分析，第 32 號法令之頒布構成間接徵收。

為了否認存在間接徵收的存在，秘魯提出了員警權力（police power）作為抗辯，主張撤銷採礦權是為了確保公共安全¹⁸⁸。有趣的是仲裁庭在此將秘魯的主張視為違反「秘魯—加拿大自由貿易協定」義務的一般例外，而非用以否定徵收的行為。根據「秘魯—加拿大自由貿易協定」第 2201 條所載的一般例外條款，第 32 號法令之內容並未提及一般例外條款中列舉得構成例外的三種情況¹⁸⁹。仲裁庭認為一般國際法的例外規定都不能適用以解讀「秘魯—加拿大自由貿易協定」，因此不採納秘魯的員警權論理¹⁹⁰。

（二）無審查是否違反 FET、FPS 與不歧視義務之必要

基於仲裁庭已認定第 32 號法令構成違法的間接徵收，仲裁庭表示遂無審查秘魯是否違反 FET 及 FPS 義務的必要，且雙方並未對此審查方式提出異議，也不會改變或增加非法間接徵收之後果¹⁹¹。

（三）部分不同意見書

本案仲裁庭之多數意見顯示法律上並未規定投資人須取得經營其投資的社會許可，社會許可之概念僅表彰當地居民和其他利害關係人對其計畫的接受程度，而地主國須建立法律制度以便能和當地居民進行有效的協商程序。惟部分不同意見書則以《國際勞工組織第 169 號公約》來評估投資人對當地居民造成的影響，認為儘管該公約僅對國家而非外國企業施加直接義務，但並不意味著該公約

¹⁸⁷ *Id.* ¶ 412.

¹⁸⁸ *Id.* ¶ 460.

¹⁸⁹ Canada-Peru BIT, art .2201 (“...(a) to protect human, animal or plant life or health, which the Parties understand to include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health; (b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or (c) the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.”).

¹⁹⁰ *Bear Creek v. Peru*, Award, *supra* note 85, ¶ 473.

¹⁹¹ *Id.* ¶¶ 533, 544, 553.

對私營企業而言毫無意義或法律效力¹⁹²。其承認雖然公約係要求國家建立法律制度以便能和當地居民進行有效的協商程序，惟最終仍需透過外國投資人取得當地信任（即社會許可）¹⁹³。Bear Creek 既然未能取得當地社區的信任，故就損害之計算，部分不同意見書亦支持祕魯的主張，認為由於抗議活動與社會動盪是系爭投資計畫所致，因此應減少對投資人損失的評估¹⁹⁴。

二、*Border Timbers Limited and others v. Republic of Zimbabwe* 和 *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*

不同於 *Bear Creek v. Peru* 一案，過往亦有仲裁庭拒絕原住民以法庭之友身分遞交意見書之請願，本案即為一例。本案投資人分別根據「德國—辛巴威 BIT」與「瑞士—辛巴威 BIT」於 2010 年向辛巴威提起仲裁，質疑辛國於 2000 年後所實施的土地改革計劃徵收了其經營的木材種植園，且辛國未能於暴力衝突發生之際保護 Pezold 之財產，使其遭受居民之襲擊。除了雙方當事人外，2012 年 5 月，四個坐落於辛巴威東南邊的原住民部落聯合「歐洲憲法與人權中心」（the European Center for Constitutional and Human Rights, ECCHR）¹⁹⁵ 依據《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，以下簡稱 ICSID 公約）第 37.2 條¹⁹⁶，提交了一份以法庭之友參與仲裁程序的請願書，表示仲裁庭在解釋 BIT 條文和做

¹⁹² *Bear Creek v. Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, ¶ 10 (Nov. 30, 2017), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10107.pdf>.

¹⁹³ *Id.* ¶ 37.

¹⁹⁴ *Id.* ¶ 1.

¹⁹⁵ ECCHR 是一家獨立的非營利性法律和教育組織，致力於在全球範圍內執行公民權利和人權。它由沃爾夫岡·卡萊克（Wolfgang Kaleck）和其他國際人權律師於 2007 年成立，旨在通過法律手段保護和執行《世界人權宣言》以及其他人權宣言和國家憲法所保障的權利。About ECCHR, ECCHR, <https://www.ecchr.eu/en/about-us/> (last visited June 14, 2021).

¹⁹⁶ ICSID Convention, Regulations and Rules, art. 37.2, Apr. 10, 2006, 575 UNTS 159, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf> (“After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which: (a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties....”) [hereinafter ICSID Convention].

出仲裁判斷時應將國際人權法下針對原住民權利的規定納入考量，因系爭財產位於原住民的領土上，且原住民根據國際法享有土地的居住及使用權與協商權。請願書中特別提到：(1) 仲裁程序中應適用相關的國際人權法、(2) 居住在投資人財產所在地者是在國際法中受特定法律制度保障的原住民、(3) 該法律對本案當事國施加了積極義務、(4) 該法律定有投資人須負的責任以及 (5) 本案仲裁庭須充分考慮到上述情況。

仲裁庭最終並未給予 ECCHR 與原住民以法庭之友參與程序的機會¹⁹⁷。其雖然承認原住民對系爭土地具一定利益，及本案仲裁判斷可能會對原住民產生影響，但仲裁庭認為並無證據支持國際投資法和國際人權法是相互依存的，也沒有證據能說明仲裁庭任何未考量國際人權標準的決定不具備法律上的完整性¹⁹⁸。仲裁庭之駁回理由亦包含爭端當事雙方皆未提出原住民權利之問題¹⁹⁹，且仲裁庭對其是否有權確定系爭原住民身分真偽存疑，因此根據 ICSID 公約第 37.2 條，認為此問題和請願書不屬於爭端的範圍²⁰⁰。在合併審理之仲裁庭上，仲裁庭最終遂判定辛國敗訴，需遷移定居其上的居民且賠償投資人 6500 萬美金與利息。

第四節 小結與評析

本章所呈現之案件顯見投資仲裁案例往往並非單純的投資糾紛，爭端背後亦會牽涉到非經濟因素的價值判斷，引發應側重保障投資人或人權之價值衝突。論及投資仲裁庭對原住民權利保障之優劣，從本章案例看來似仍多有不足。首先，地主國援引人權法作為抗辯，並提出相關人權文書作為適用法，乃實務上最常見的情況。*South American Silver Limited v. Bolivia* 案即是如此，惟仲裁庭對於 VCLT 第 31 條第 3 項 c 款之適用採取十分嚴謹的態度，且除非爭端當事方證明其所援

¹⁹⁷ *Bear Creek v. Peru*, Procedural Order No 2, ¶ 64 (Apr. 19, 2015), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4332.pdf>.

¹⁹⁸ *Id.* ¶¶ 58, 62.

¹⁹⁹ *Id.* ¶ 57.

²⁰⁰ *Id.* ¶ 60.

引之人權文書具有法之確信與國家實踐而構成國際習慣法，且其為締約國之一，否則仲裁庭仍有拒絕適用之可能。次之，即便投資人恰好兼有原住民身分而為人權主張，從 *Grand River v USA* 案看來，似乎仍可能受有阻礙。縱使投資人已明確希望仲裁庭能於判斷 FET 義務違反與否時，衡量其基於其他國際人權法所享之權利，仲裁庭仍以有限度的管轄權作為回應，認定其無權評斷 NAFTA 協定以外的主張。最後，在原住民既非投資人，地主國又未提出原住民權利之主張時，從 *Border Timbers Limited* 和 *Bernhard* 等投資人訴辛巴威一案可知，即便 ECCHR 與相關原住民部落欲聲請作為法庭之友提交意見，仍被仲裁庭拒絕，導致其縱使於請願書中點出地主國與投資人皆負人權義務且應適用國際人權法規，相關主張仍無從被仲裁庭審酌。

依 *Bear Creek v. Peru* 案之經驗，最大化原住民權利之做法係在投資開始前即透過政府與投資人之協力徵詢原住民之意見，給予其充分的表意自由與參與機會。至於爭端發生後，*Bear Creek v. Peru* 案固然表彰原住民仍有機會透過法庭之友的身分表述其意見並且被仲裁庭納入判斷之考量，吾人仍須認知到其依舊有侷限性，因系爭原住民並不會因此成為當事方，其在此仲裁程序中所享之權利將受有限制，不但無法提出撤銷仲裁的請求，仲裁庭亦無義務回應法庭之友意見書之內容。更甚者，即便原住民僅憑藉發起抗議活動為其權利發聲，還可能招致投資人控訴地主國違反投資協定下的 FPS 義務，此失衡的結構與不利地位可謂不言而喻。

現實面而言，地主國固然可以在仲裁程序上提出人權問題作為正當化其措施之理由，然而考量到投資人可能轉往他國投資的負面影響，地主國仍多有芥蒂。至於投資人亦得援引人權以強化其主張，但此情形並不多見，即便有，投資人多半也是以其投資協定下之權利為主要依據。從前述案例看來，投資爭端一旦觸及原住民權的疑慮，多半在程序面會涉及法庭之友的核定、管轄權與適用法的爭論。放大至涉及其他人權法之投資爭端，結果亦同。由於彼等爭論為評量仲裁庭

對人權主張所持態度的指標，相關評析將於下一章一併做出說明。以下僅提出本文針對攸關原住民權的案例所觀察到的現象：

一、「社會許可」體現了原住民之事先知情同意權，對徵收之判定至關重要

在涉及人權的投資爭端上，對於徵收之認定除了依一般情形需端視各具體投資協定所規定之要件外，本文發現是否取得社會許可將構成仲裁判斷的關鍵因素。縱使社會許可的概念在國際法上未臻明確，惟從 *Bear Creek v. Peru* 案足見外國投資人和地主國進行公眾諮詢和與當地居民協商的重要性，以確保投資計畫能順利推行並受到正面評價，且外國投資人在取得社會許可的過程中也扮演重要角色。即便在判斷秘魯得否援引「秘魯—加拿大自由貿易協定」之例外條款時，仲裁庭也花了大量篇幅審酌了投資人為了取得社會許可所為的努力。該案不同意見書之仲裁人更賦予外國投資人在某些社會和人權義務方面的國際責任，彰顯出企業責任漸受到關注的事實。

二、原住民權受損之救濟管道有限

在國際人權法的場域下，原住民權利受損時可以就影響到他們的措施向聯合國層級的特定申訴機制、國內法院或區域人權法院提出控訴²⁰¹。惟其僅能先訴諸當地法院，且唯有在用盡當地救濟後，才能訴諸區域人權法院和聯合國的相關機制²⁰²。又除了傳統的人權機制外，並不存有其他國際法院得讓權利受侵害的原住民尋求救濟²⁰³。雖然部分人權條約會建立用以監測各國是否遵守人權的國際機制，有些甚至允許個人或團體能向法院或委員會提出指控國家侵犯人權的申訴，

²⁰¹ I. Watson and S. Venne, *Talking Up Indigenous Peoples' Original Intent in a Space Dominated by State Interventions*, in *INDIGENOUS RIGHTS IN THE AGE OF THE UN DECLARATION* 87, 96, 106 (E. Pulitano ed., 2012).

²⁰² INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *EXHAUSTION OF LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 5 (2017), <https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>.

²⁰³ Manfred Nowak, *The Need for a World Court of Human Rights*, 7(1) *HUM. RTS. L. REV.* 251, 252-254 (2007).

然而該些機制皆欠缺對私人（private parties）的管轄權，導致受外國直接投資影響的群體充其量僅能在發生人權侵犯之情事時，讓國家獲得不利裁決²⁰⁴。儘管如此，國家仍有不遵守人權機構裁決的可能，且執行該些裁決之方式也十分有限²⁰⁵。因此，由於人權條約所規定的爭端解決機制模糊且無約束力，其與國際投資法所規定的高度有效和複雜的爭端解決機制間存有結構性失衡，導致涉及投資人和原住民文化權的爭端開始被提交至投資仲裁庭²⁰⁶。

切換至國際投資之爭端解決場域，外國投資人縱使得直接訴諸投資人與地主國間的仲裁，受外國直接投資影響卻不具投資人身分的原住民僅能透過法庭之友的身分主動表彰其受損的權利。為了降低原住民權受損又缺乏救濟管道的問題，本文認為基於 UNDRIP 和《國際勞工組織第 169 號公約》的自由和事先知情同意權，各會員國應與受影響的原住民人民共同討論，俾使其參與所有相關的投資與自由貿易協定的談判和起草過程，或得發表意見的參與機制。

三、仲裁庭對於損害賠償金額能否依人權主張而酌減有所歧見

一般而言，BITs 並不禁止政府徵收外人投資所擁有的土地或資源，但在此情況下 BITs 通常規定地主國必須支付賠償金。至於徵收之賠償金額將視各投資協定之規範而定，有些規定要全額賠償，有些則認為需適當、公平、公正、或合理，使得法院對賠償金額容有解釋餘地²⁰⁷。雖然條款會因 BIT 而異，但該賠償金通常會明確地與所涉資產的公平市場價值掛鉤²⁰⁸。

對於徵收之補償，*Bear Creek v. Peru* 案之多數意見與部分不同意見書即對於

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ *Id.* at 391.

²⁰⁶ Valentina Vadi, *supra* note 60, at 210.

²⁰⁷ LUKE ERIC PETERSON AND KEVIN R. GRAY, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN BILATERAL INVESTMENT TREATIES AND IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION 30 (2003), https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_int_human_rights_bits.pdf; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, TAKING OF PROPERTY 26-31 (2000).

²⁰⁸ LUKE ERIC PETERSON, HUMAN RIGHTS AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES: MAPPING THE ROLE OF HUMAN RIGHTS LAW WITHIN INVESTOR-STATE ARBITRATION 37 (2009).

計算投資人之損害存有歧見，前者認為人權受損之情況不影響損害賠償之計算，後者則認為得予以酌減。因此在國家行為確實上升到或相當於徵收的情況下，人權準則是否可能被用以評估賠償金的多寡並無定論。

觀察其他涉及人權之投資仲裁案例，本文發現有些仲裁庭在計算損害賠償金額時確實會參酌人權之價值，如：*SPP v Arab Republic of Egypt* 案²⁰⁹；有些則否，如：*Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v Republic of Costa Rica* 案²¹⁰。事實上，看似矛盾的現象可能是出自於：（一）仲裁庭一方面受限於缺乏考慮人權的理論基礎，因此擔心會逾越其職權範圍，另一方面又認為其面臨著涉及全球公共利益的問題而不能置之不理；（二）案件的公開可能會招致輿論壓力而受到矚目²¹¹。對此，雖然當前仲裁庭並無定論，但隨著案例法的積累，本文認為在人權議題愈發高漲且眾人對跨國企業抱持更高期待的思潮下，未來的趨勢將會是徵收之損害賠償得因人權因素予以酌減。

綜合本章案例，所有爭端當事國間皆訂有 BIT 或內含投資專章之自由貿易協定，惟結果卻顯示原住民權並未於仲裁中受到充分保障，援引人權主張者並不易成功說服仲裁庭將國際人權法納入考量。因此，可以發現目前已經被概念化並實施的自由貿易協定與 BITs 針對原住民的各項權利，特別是自決權、土地和資源利用權、文化權以及自由和事先知情同意權，已對原住民權造成實際和潛在的負面影響。惟這並不代表投資活動存在固有的破壞性，僅在以下兩章試圖釐清國際投資法與國際人權法何以調和不易？並側重於應如何改進以使未來的投資仲裁爭端對人權和投資人給予相當的考量，而不偏廢任何一方之權利。

²⁰⁹ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (May 20, 1992), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf.

²¹⁰ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award (Feb. 17, 2000), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>.

²¹¹ Andreas Kulick, *Human Rights and Investment—Friends or Foes?*, in GLOBAL PUBLIC INTEREST IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 304 (Andreas Kulick ed., 2012).

第四章 原住民權在現行國際投資法下之保障困境及其原因

原住民權乃眾多人權態樣中的一環，前述案件彰顯出原住民權難以在國際投資仲裁下發揮其效用，以致該權利之保障恐有疏漏。對此，本章自原住民之視角放大至更宏觀的人權概念，說明原住民權甚或人權之所以在投資仲裁場域中窒礙難行的可能原因為何。

第一節 國際投資法與人權法本質不同

根據學者的分類，國際投資法與人權標準之間的互動至少包含五種形式：首先，投資人可能會犯下或參與侵犯人權之行為；第二，政府可能會侵犯投資人的人權；第三，國家可能會基於保護人權的動機去干涉投資人的財產權；第四，當事人可能會在爭端解決程序進行中援引國際人權法院的判決；最後，當事人在適用或解釋投資保障義務時可能會援引國際人權準則作為其主張²¹²。即使國際投資法與人權議題於上述互動模式中容易產生交集，兩制度之關聯性其實向來備受爭議，追溯原因則始於兩者在制度面即存有根本差異。

人權和投資保障之起源存有諸多相同點，兩者皆以「保護個人不受國家權力的侵害」作為其根本關切。首先，從歷史脈絡觀之，各國於 1945 年起便將某些基本人權視為對所有人皆具拘束力的規範，自此人權即成為國際法的一部分，也逐漸通過了許多國際條約²¹³。至於投資之保障也在該時期有所增加，1965 年的 ICSID 公約以及此後通過的許多 BITs，皆制定了一套保護外國投資人持有其財產的特別規範²¹⁴。再者，即使從經濟面觀之，兩者也不如乍看般分立，一項關於

²¹² Luis González García, *The Role of Human Rights in International Investment Law*, in THE FUTURE OF ICSID AND THE PLACE OF INVESTMENT TREATIES IN INTERNATIONAL LAW 29 (N Jansen Calamita eds., 2013).

²¹³ *Id.* at 32.

²¹⁴ *Id.*

BITs 的實證研究表明，BITs 能否成功地吸引外資，很大程度上取決於潛在地主國的政治環境，因此法治、尊重人權、與保護投資人三者的結合將能形成一種良性循環²¹⁵。最後，從規範面看來，兩者皆為個人或私部門對抗國家機關的利器，因此不同於典型的國際法，兩者所各自規範的主體間皆處於不對稱的關係，意即非國家之一方對主權國家享有直接的權利²¹⁶。

儘管如此，人權界與投資界的關係往往存在互不信任和敵對的特點，此種關係在 1998 年試圖建立《多邊投資協定》(Multilateral Agreement on Investment) 失敗，以及 1996 年至 2004 年間的世界貿易組織 (World Trade Organization) 投資協定談判破裂後尤為明顯²¹⁷。導致該些談判失敗的重要因素之一即與人權和環境等非政府組織的反對有關²¹⁸。

論及國際投資法與人權法的相異之處，其體現在多個面向：首先，相較於國際投資法，國際人權法的破碎化 (fragmentation) 程度明顯低了許多，理由在於國際間的投資協定多達上千個，其數量遠多於核心的人權條約²¹⁹。再者，從爭端解決途徑的角度觀之，投資爭端往往訴諸投資條約下所特別設立的法庭，而人權的爭端解決機制則更加多元，包含區域人權法院、區域人權委員會、以及與具體條約有關的申訴機制²²⁰。至於程序方面，人權領域在兩個重要面向上不同於投資仲裁程序：(一) 相較於主要人權文書所規定的程序，根據 BITs 獲得國際爭端解決的途徑不再以窮盡國內救濟作為前提²²¹；(二) 人權法庭做出的裁決通常不會是金錢上的損害賠償，即便是，亦不常出現投資法爭端中所看到的高額賠償²²²。

²¹⁵ Bruno Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, 60(3) CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS 573, 576. (2011).

²¹⁶ Andreas Kulick, *supra* note 211, at 272.

²¹⁷ ZACHARY DOUGLAS, JOOST PAUWELYN, AND JORGE E. VIÑUALES, *THE FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: BRIDGING THEORY INTO PRACTICE* 156 (2014).

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ KAITLIN Y. CORDES ET AL., *supra* note 12, at 4.

²²⁰ *Id.*

²²¹ LUKE ERIC PETERSON AND KEVIN R. GRAY, *supra* note 207, at 9; 少數 BIT 則載有窮盡當地救濟原則之規定，例如：India-Kyrgyzstan BIT。UNCTAD, *supra* note 1, at 10.

²²² KAITLIN Y. CORDES ET AL., *supra* note 12, at 8.

例如根據歐洲人權法院（The European Court of Human Rights, ECtHR）的判例，絕大多數的損害賠償案件皆屬精神賠償，而非經濟上之損害賠償²²³。惟值得注意的是，精神上之損害賠償已逐漸為投資仲裁所接受，2008 年初作成的一仲裁判斷即以公司主管遭逢騷擾、威脅和拘留的壓力，並受公務人員和武裝人員的威嚇為由，要求公司賠償該名主管 100 萬美元的精神上損害賠償，該鉅額的賠償金更遠超過大多數人權案件中所判命的數額，即便是涉及酷刑等最殘酷的虐待行為亦有所不及²²⁴。

國際投資法與人權法在本質上固有不同，彼此間仍可能產生相互作用，前述涉及原住民權利的投資爭端即昭然若揭。對此，「後法優於前法」與「特別法優於普通法」之一般法律原則似不足以解決人權法及投資法間的關係，因兩者的法律體系並不完全重疊，反而各自有不同的範圍與目的²²⁵。現況下除非該規定構成強行法（*jus cogens*），否則將難以支配不同法律制度間的調和。

第二節 國際投資制度與仲裁機制有所缺失

一、國家與投資人之權利義務有所失衡

涉及外國投資的法律複雜多樣且彼此相互牽連影響，國際法、國內法和投資人與地主國間的契約皆會為政府和投資人創造各種義務或責任，相互影響之下便可能導致彼等義務或責任加劇、被破壞或使其他現有的法律義務更複雜化。縱使不同法律制度間可能不存在固有衝突，但其規範在實務運作上卻可能產生衝突或競爭。以外國投資為例，國內法通常會對政府及投資人訂有法律義務，惟在傳統的國際投資法和國際人權法上，則是對政府施加具有拘束力的法律義務，而不包

²²³ LUKE ERIC PETERSON, *supra* note 208, at 44.

²²⁴ *Id.* at 44.

²²⁵ D. McRae, *International Economic Law and Public International Law: The Past and the Future* 17(3) J. INT'L ECON. L. 627, 635 (2014).

含投資人義務在內²²⁶。此外，由於投資仲裁庭將 FET 條款解釋為要求政府保護投資人的合理期待，並且概括條款（umbrella clause）要求地主國遵守對外國投資人的承諾，因此地主國政府尋求重啟談判的能力將可能受到限制；相反的，投資人則保留了更大的自由來請求重新談判或抵制試圖重啟談判的國家，而不會招致國際法責任²²⁷。如此足見投資人受有國際投資協定下之保護卻得逸脫人權保障之責，權利義務關係處於失衡之狀態，也因此成為跨國投資容易罔顧地主國人民人權的因素之一。

二、投資仲裁庭不願觸碰人權議題

從多數 BITs 的爭端解決條款可知，各國依據 BITs 所提起的爭端多半透過仲裁予以解決，是以國際投資之爭端解決程序是否能有效兼顧投資人與人權之保障在很大程度下將取決於仲裁庭之態度。相關衡量依據包含：仲裁庭在作成仲裁判斷的過程是否確願意審酌涉及人權的相關議題？若是，則仲裁人在仲裁判斷之論理中是否會參考 BITs 以外的相關國際協定或人權法院之判例？經檢視，本文發現不論援引人權作為相關主張者係地主國或投資人，從為數不少的仲裁判斷中可以發現仲裁庭對於觸及人權議題的主張多有所顧忌，或不願觸碰相關爭議而予以駁回，或就相似概念作出不同見解，且仲裁庭多不願在仲裁判斷中提及環境保護、勞動條件和標準、反貪腐等人權領域的其他國際協定。茲舉例說明如下：

（一）仲裁庭認定其對人權欠缺管轄權

在 *Border Timbers Limited* 和 *Bernhard* 等投資人訴辛巴威一案中，仲裁庭認為儘管本案所適用的兩個 BITs 均載有廣泛的管轄權條款，但人權問題仍超出了其管轄權限²²⁸。追溯過往其他涉及人權議題之投資仲裁判斷，不難發現採取相同

²²⁶ KAITLIN Y. CORDES ET AL., *supra* note 12, at 3.

²²⁷ *Id.* at 15.

²²⁸ 辛巴威—德國 BIT 的管轄權條款涵蓋「締約方與另一締約方的國民或公司之間有關該國民或公司的投資的爭議」。Zimbabwe-Germany BIT (1995), art. 11; 瑞士—辛巴威 BIT 也規定仲裁庭對

立場之仲裁庭不在少數。例如在 *Biloune v Ghana* 中，投資人主張地主國的任意居留及驅逐出境已侵犯到其人權²²⁹，根據系爭投資契約第 15 條的管轄權條款，在地主國與投資人間就地主國已核准的事業所生之爭議，投資仲裁庭具有管轄權。然而雖然該管轄權條款規範寬鬆，該案仲裁庭仍認為儘管國際法承認所有人均享有人權，但其管轄權僅限於因契約而起的商業糾紛，因此並未被授權審理以人權作為獨立請求權基礎的案件²³⁰。

又在 *Rompetrol v Romania* 一案，仲裁庭對於將人權法適用於投資爭端上採取保守態度，儘管爭端當事方都提出了基於 ECHR 的論點，仲裁庭還是拒絕審理 ECHR 下的任何問題，指出其管轄權限於依「荷蘭—羅馬尼亞 BIT」處理羅馬尼亞與投資人間因投資而起的爭端²³¹。本案特別之處在於儘管兩國皆為 ECHR 的締約國，仲裁庭仍拒絕考量雙方依 ECHR 為據所提出之主張，且該 BIT 之管轄權條款僅籠統地提到「解決與投資有關的爭端」，故仲裁庭明顯應有採納人權主張之空間，卻拒絕為之。究其原因，本文認為或可歸納為以下三點：

其一，國際投資法除了在 BITs 中所載者外，針對國際公法的適用尚未有堅實的理論基礎，故可以理解投資仲裁庭何以迴避人權或其他國際公法規範中所載的其他公共利益問題²³²。也因為仲裁規則對管轄權或有額外限制，且投資協定多半未提及人權條款，傳統實務上尋求當事方合意的做法以及限縮的文字使得仲裁庭並未被賦予審理獨立之人權主張的職權²³³。

其二，或可合理推論為與仲裁人之選任制度有關。對此，爭端雙方通常會各自選擇一名仲裁人，並共同商定第三位仲裁人或將此權限委託給其他指定機構，

於「締約方與另一締約方的投資人間的投資糾紛」具管轄權。Swiss-Zimbabwe BIT (1996), art. 10.

²²⁹ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, ¶ 202 (Oct. 27, 1989).

²³⁰ *Id.* ¶ 203.

²³¹ *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, ¶ 170 (May 6, 2013), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>.

²³² Andreas Kulick, *supra* note 211, at 302.

²³³ MARC JACOB, INEF, INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS AND HUMAN RIGHTS 26 (2010).

惟就用於提名仲裁人的選擇標準而言，大多數條約都是沉默的²³⁴。甚至連一般的仲裁規則也沒有給予太多指引，僅規定仲裁人必須是獨立公正的，或仲裁人應在法律、商業、工業或金融領域具備很高的道德素養和公認的能力，使其得以進行獨立判斷²³⁵。因此，由於多數經擇定的仲裁人皆是不具人權背景的商業專家，故難以在實務面期待仲裁庭果斷地處理人權問題²³⁶。

其三，此問題也肇於仲裁圈較狹隘的特性，導致仲裁人選間過從熟悉且高度緊密，有論者即批評仲裁人不僅執著於契約的不可侵犯性，也會為了再度被選任而展示其對跨國際企業的忠誠度，以至於有可能進一步弱化程序的合法性與可接受性²³⁷。因此，相較於關注普世價值與認為人權凌駕於國際法原則的人權推動者，投資仲裁人一方面傾向強調資本暢通無阻、法律可預測性和市場經濟的重要性，另一方面較不諳國際人權法，基於此相異的背景，在某種程度上影響了投資仲裁庭，導致仲裁人不願更重視國際投資法中的人權文書，而選擇從嚴解釋其管轄權，以規避人權爭議之審酌。

（三）仲裁庭認定人權法並非適用法

投資法庭不願考慮人權的癥結點之一在於適用法（applicable law）的問題²³⁸。儘管仲裁庭在仲裁判斷中經常納入一般國際法規則，但仲裁庭卻一致認為國際人權法在投資爭端中並不佔有重要地位²³⁹。除了少數例外，投資法庭多拒絕重視當事方援引的國際人權文書²⁴⁰。例如在經典的 *Siemens v Argentina* 案中，阿根廷援引 ECtHR 對 *James v United Kingdom* 之判決，主張徵收土地並不一定要賠

²³⁴ LUKE ERIC PETERSON AND KEVIN R. GRAY, *supra* note 207, at 11.

²³⁵ *Id.*; ICSID arbitration, art 14.1.

²³⁶ Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 357-358 (P-Dupuy eds., 2009).

²³⁷ M Sornarajah, *The Clash of Globalizations and the International Law of Foreign Investment: The Simon Reisman Lecture in International Trade Policy*, 10(2) CAN. FOREIGN POLICY J. 1, 2-10 (2003).

²³⁸ Andreas Kulick, *supra* note 211, at 302.

²³⁹ ZACHARY DOUGLAS, JOOST PAUWELYN, AND JORGE E. VIÑUALES, *supra* note 217, at 150.

²⁴⁰ *Id.*

償全部的市價²⁴¹。對此，仲裁庭指出，BIT 與人權法的法律狀況不具可比性，因 ECHR 第一議定書第一條留予國家的裁量餘地（margin of appreciation）並未出現在系爭 BIT 中，亦不構成國際慣習²⁴²。儘管 ECHR 並未明確規定補償金額，但 BIT 明確規定補償應與被徵收之投資標的價值相對應²⁴³。

相似的仲裁判斷也包含 *Pezold v Zimbabwe*，該案涉及三件未經賠償的不動產徵收，辛巴威同樣援引 ECtHR 之判決，主張本案有比例原則及裁量餘地的適用，故仲裁庭應給予各國對進行土地改革的必要性與做法更多的裁量權²⁴⁴。惟本案仲裁庭認為不應輕易將其他國際公法的概念移植到投資法的案件中，儘管權衡相競爭的人權以及在作出這些權衡時給予各國一定的裁量餘地的必要性在人權法中已得到充分確立，但仲裁庭不認為此概念在國際投資法中獲有足夠的支持。

由此可知，有些仲裁庭認為人權條約與投資保障條約下的法律狀況不同，因此拒絕將人權法所確立的原則適用於投資爭端中。即便國家試圖仰賴 ECtHR 提出的概念作為其干涉投資人權利的正當化事由，ECHR 亦不得作為適用法。的確，儘管國際投資法與國際人權法存有相互作用，兩者仍屬於截然不同的分支，國際人權法是否見容於仲裁庭的適用法亦無明確的定論，不同仲裁庭對於將人權法解釋為或適用於投資爭端中的適用性和可行性也抱持不同觀點，有認為由於國際法的這兩個分支是為不同目的而設計的，故人權法在投資仲裁中能發揮的作用十分有限²⁴⁵。此觀點通常與認為投資協定體系是一獨立制度的人有關，其主張該制度禁止投資法庭將另一套法律規則套用於系爭投資條約上，且在條約欠缺明文規定之前提下，投資協定旨在限縮人權法於仲裁庭中的影響性²⁴⁶。另一種觀點則

²⁴¹ Siemens A.G. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, ¶ 346 (Jan. 17, 2007), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf> [hereinafter Siemens v. Argentina].

²⁴² *Id.* ¶ 354.

²⁴³ Argentina-Germany BIT (1991), art.4.2.

²⁴⁴ Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, ¶ 453-454 (July 28, 2015), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf [hereinafter Pezold v Zimbabwe].

²⁴⁵ Luis González García, *supra* note 212, at 29.

²⁴⁶ *Id.*

是反映出國際法之一體性，亦即投資法的解釋不應與環境、人權和社會發展的背景脫鉤²⁴⁷。抱持第二種觀點者遂提出了以 VCLT 第 31.3 (c) 條作為過渡至人權法的方法，以下接續說明之。

根據 VCLT 第 31.3 (c) 條之規定，仲裁人可以根據「適用於當事方之間的相關國際法規則」來解釋條約義務。雖然如此，在某些情況下，究竟國際法的哪些規則具備相關性也會引起爭論。即使禁止奴隸制或種族歧視的強行法 (*jus cogens*) 或《聯合國憲章》(UN Charter) 所載的人權義務相對而言較無爭議，但對於其他諸如人權條約等國際法規則，則看法各異²⁴⁸。實務上，前述的 *South American Silver Limited v. Bolivia* 一案即是不透過 VCLT 援引人權規則的例子，仲裁庭認為不能藉由 FET 標準將外部的人權規範引入國際投資協定的內容中，其雖然未討論 VCLT 第 31.3 (c) 條在投資仲裁中可能發揮的潛在作用，卻在本案中從嚴解釋 VCLT 第 31.3 (c) 條之適用。觀諸過往先例，涉及人權適用法爭議的投資仲裁案件亦十分常見。例如在同樣涉及原住民權的 *Pezold v Zimbabwe* 一案，仲裁庭對於法庭之友提及的 UNDRIP，不僅表示原住民權利不在其審理的範圍內²⁴⁹，也提出 BIT 並未將國際法的範圍納入其中，且聲請人未提出任何證據來支持其「國際投資法和國際人權法相互依存」的主張，因此決定不考慮國際人權規範的作法，在法律層面上無可非議²⁵⁰。

主張從嚴解釋 VCLT 者中，有認為儘管 VCLT 可能有助於避免衝突並藉由解釋的方式調和國際法規則，VCLT 所採用的解釋方法並非旨在解決國際法規範之間的衝突²⁵¹。而本文認為雖然 VCLT 第 31.3 (c) 條不能作為對抗管轄權與準據

²⁴⁷ *Id.* at 29-30.

²⁴⁸ LUKE ERIC PETERSON, *supra* note 208, at 22.

²⁴⁹ *Pezold v Zimbabwe*, ¶ 57-60.

²⁵⁰ *Id.* ¶ 57-58.

²⁵¹ C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54(2) INT COMP LAW Q 279, 286 (2005), (“Interpretation, on the other hand, precedes all of these techniques, since it is only by means of a process of interpretation that it is possible to determine whether there is in fact a true conflict of norms at all. By the same token, the application of a technique of interpretation that permits reference to other rules of international law offers the enticing prospect of averting conflict of norms, by enabling the harmonization of rules rather than the application of one

法限制的萬能鑰匙，但該款仍得扮演協調的作用。至於哪些人權文書得作為投資爭端下的適用法？除了直接明文於 BITs 內納入人權條款外，似乎亦可透過制定選法原則（choice of law）將人權規範導入仲裁程序。例如加拿大 2004 年之模範 BIT 第 40 條即規定：仲裁庭應根據本協定和國際法的適用規則做出仲裁判斷。至於未載有選法條款者，ICSID 公約第 42 條亦提供了相當程度的規範以導入人權規範的適用，其指出仲裁庭應根據雙方同意的法律規範做出仲裁判斷，而在缺乏此協議的情況下，應適用爭端當事國的法律和可能適用的國際法規則²⁵²。

整體而言，國際投資法對於國際法的適用尚缺乏一堅實的理論基礎，至於國際公法是否為一個統一法律體系亦涉及跨國公司在國際投資協定下的特殊權利與救濟措施是否優先於人權事項的關切。事實上，儘管迄今為止國際法其他分支對國際投資的影響微乎其微，從既有的爭端觀之，投資法並未與國際法其他部分脫鉤。這意味著若欲將人權法作為國際投資協定解釋和適用之一部並無固有障礙，但兩者的確也未達系統性的整合²⁵³。對於人權法之適用，經濟社會文化權利委員會（Committee on Economic, Social and Cultural Rights）於第 24 號一般性意見書（General Comment No. 24）內也提到，各國應查明其在 ICESCR 下與貿易或投資條約下的義務間是否存有的任何潛在衝突；在發現該衝突的情況下避免締結此類條約；且不能在其可能締結的貿易和投資條約中減損 ICESCR 所規定的義務²⁵⁴。此外，各國對現行貿易和投資條約的解釋應考慮到國家的人權義務，各國應在未來的投資條約中明確提及人權義務，以便投資人與地主國之爭端解決機制在解釋時條約標準時會考慮到人權²⁵⁵。因此，本文係認為在 BITs 就適用法的規範未加以限制的前提下，凡有解釋空間時，投資仲裁庭應從寬認定人權法之適

norm to the exclusion of another. It is therefore to the process of interpretation that we must now turn.”)

²⁵² ICSID Convention, art. 42(1).

²⁵³ HOWARD MANN, INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: KEY ISSUES AND OPPORTUNITIES 9 (2008), https://www.iisd.org/system/files/publications/iaa_business_human_rights.pdf.

²⁵⁴ Economic and Social Council, UN Doc E/C.12/GC/24, ¶ 13 (Aug. 10, 2017).

²⁵⁵ *Id.*

用，似不應限縮 VCLT 第 31.3 (c) 條之適用，以最大程度地允許仲裁庭援引相關之人權規範，一方面達到系統性整合的目的，另一方面則能衡平投資爭端下對人權之保障。

第三節 國際投資協定欠缺堅實的人權保障條款

外人直接投資在全球經濟中扮演著重要角色，在缺乏多邊機構的情況下，BITs 一直是全球管理外人直接投資的手段中，增長得最明顯也最有力的方式，惟其條款雖然為外國投資人提供了強而有力的保護，其中的人權條款相較之下卻是微不足道的²⁵⁶。此現象與 BITs 之緣起及目的有關，以下遂從 BITs 之發展背景作為開端，進而說明何以人權保障條款不夠周延。

一、BITs 之發展

BITs 的產生係源於外交上始終未能締結一項更廣泛的多邊協定，且國際習慣法在對待外國投資人的標準上存有嚴重分歧所致²⁵⁷。在國際習慣法標準因為分歧而受有損害後，國際條約遂成為國際投資場域的主要規範來源²⁵⁸。其中，BITs 的數量便佔了大宗，且被廣泛認為是替外國投資人減少投資環境動盪的基石²⁵⁹。自 1950 年代末期以來，資本輸出國加劇了其與開發中國家談判 BITs 的進程²⁶⁰，使得自 1960 年代以來，投資人的權利一直受到大量 BITs 強而有力的保護²⁶¹。有論者認為 BITs 是一種有助於國家發展的工具，其降低了風險，從而將急需的資本移轉到貧窮國家²⁶²。事實上，研究也顯示一國簽署越多 BITs，其所收到的外

²⁵⁶ Cristina Bodea and Fangjin Ye, *Investor Rights Versus Human Rights: Do Bilateral Investment Treaties Tilt the Scale?*, 50(3) BR. J. POLIT. SCI. 955, 957 (2018).

²⁵⁷ LUKE ERIC PETERSON AND KEVIN R. GRAY, *supra* note 207, at 7.

²⁵⁸ P MUCHLINSKI ET AL., *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 16 (2008).

²⁵⁹ MARC JACOB, *supra* note 233, at 7.

²⁶⁰ LUKE ERIC PETERSON AND KEVIN R. GRAY, *supra* note 207, at 7.

²⁶¹ Cristina Bodea and Fangjin Ye, *supra* note 256, at 955.

²⁶² Benjamin Leo, *Where are the BITs? How U.S. Bilateral Investment Treaties with Africa Can Promote Development* 3 (Aug. 2010), https://www.cgdev.org/sites/default/files/1424333_file_Leo_BITs_FINAL.pdf

國直接投資流入量將更大²⁶³。

BITs 通常聲稱其具有兩個目標：(一) 藉由制定一系列權利來保障外人直接投資以及 (二) 鼓勵進一步的經濟合作，包括促進更多外人直接投資流入開發中國家等²⁶⁴。由此可知，BITs 的問世係以資本流通及經濟發展為出發點，其體現的核心原則是投資保護、鼓勵投資和市場自由化，人權保障並不在初期談判者所考量的範疇內。因此，相較於完善的投資人保障，BITs 很少提及勞工或人權等面向²⁶⁵，例如德國 2008 年的模範 BIT、法國 2006 年的模範 BIT、及美國 2004 年的模範 BIT 皆未明確提及人權²⁶⁶。以下則分別探討 BITs 對投資人及人權之保障內涵。

二、BITs 對投資人之保障不利政府行使規制權

儘管各 BITs 間的規範各有不同，但主要都是透過兩個手段來吸引外資，即 (一) 有關外人投資待遇的實體權利以及 (二) 程序面的爭端解決途徑²⁶⁷。從實體權利來論，大多數 BITs 的核心內容是對投資人提供免受地主國徵收與不公平或歧視待遇的保障，通常包含 (1) 利潤和其他投資相關資金的匯回、(2) 在投資人財產遭國有化或被徵收的情況下給予賠償、(3) FET 和 FPS 等保護標準、以及 (4) 保護外國投資人免受地主國投資人或第三國投資人之不利待遇 (分別為國民待遇和最惠國待遇條款)²⁶⁸。至於程序性權利，BITs 則允許投資人直接與地主國之政府進行國際仲裁，以作為在地主國之國內法院解決投資爭端的替代手段²⁶⁹。鑒於投資人與地主國間的仲裁並無窮盡當地救濟原則的適用，更因此提高了 BITs 的實用性。

²⁶³ Allee, Todd, and Clint Peinhardt, *Delegating Differences: Bilateral Investment Treaties and Bargaining Over Dispute Resolution Provisions*, 54(1) INT. STUD. Q. 1, 1-26 (2010).

²⁶⁴ LUKE ERIC PETERSON AND KEVIN R. GRAY, *supra* note 207, at 8.

²⁶⁵ MARC JACOB, *supra* note 233, at 9.

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ *Id.* at 8.

²⁶⁸ LUKE ERIC PETERSON, *supra* note 208, at 12.

²⁶⁹ MARC JACOB, *supra* note 233, at 8.

值得注意的是，BITs 下許多保障投資人的條款會影響到一國之規制權 (right to regulate)，國際投資法下的規制權源於國際習慣法中的「員警權 (police power)」概念²⁷⁰，所謂員警權則被定義為「國家為保護公共安全、健康和道德、或促進公共便利和普遍繁榮等，而對人身自由和財產權加以限制的權力，係政府為了促進秩序、安全、健康、道德和一般福利而行使之主權」²⁷¹。之所以對規制權造成負面影響係因投資人與地主國間仲裁的潛在財務和政治成本足以對國家監管造成寒蟬效應 (regulatory chill)²⁷²。

以徵收條款為例，直接或間接徵收財產通常必須不具歧視性、出於公共目的、且伴隨著及時和充分有效的賠償，因此該條款可能使得國家欲以人權為由在勞工權利、土地使用、環境以及公共衛生和安全等領域進行管制時有所卻步²⁷³。在涉及供水及衛生基礎設施私有化的 *Biwater Gauff* 一案，地主國坦尚尼亞便被仲裁庭判定違反 BIT 下的徵收條款²⁷⁴。尚有論者認為在國際習慣法下，國家意圖在傳統上應與徵收之認定無關²⁷⁵。以 *Metalclad* 案為例，該仲裁庭即拒絕考慮政府係基於生態考量而禁止將土地用作掩埋場的立法，進而對徵收賦予了更廣義的定義²⁷⁶。簡言之，徵收在法律上仍有許多不確定性，儘管有些仲裁庭會將監管目的納入仲裁判斷中²⁷⁷，公共福祉似仍不足以成為地主國抗辯的利器。

以 FET 條款為例，此條款非常靈活且依上下文而定，其開放性賦予仲裁人

²⁷⁰ HOWARD MANN, *supra* note 253, at 18.

²⁷¹ Black's Law Dictionary, 6th edition, 1990.

²⁷² J Waincymer, *Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION 309 (P-M Dupuy eds., 2009).

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, (July 24, 2008), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>.

²⁷⁵ GC Christie, *What Constitutes a Taking of Property Under International Law?* 38 B.Y.I.L. 307, 307-338 (1962).

²⁷⁶ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, ¶¶ 103, 111 (Aug. 30, 2000), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.

²⁷⁷ 例如 *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, ¶ 255 (Mar. 17, 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>。本案仲裁庭表示若地主國在其固有的員警權力範圍內為公眾福利行使主權時，此善意監管無須對任何經濟損失負責也無須進行賠償。

很大的裁量空間。依 FET 條款而起的爭議包含基本的警戒和保護、透明性、合理期待、誠信原則、和公權力之濫用等²⁷⁸。為了提供穩定性和可預測性，有些 FET 條款會進一步提到要根據國際法原則或其他條約之規定來處理爭端，每當地主國基於人權考量或規範所採取的行政、立法或司法措施未能遵守最低標準時，FET 條款便可能在該行為所引發的投資糾紛中牽涉到人權。對此，有論者認為相競合的人權義務不應排除對違反 FET 條款的認定；相反的，人權僅有在計算地主國應支付的賠償金額時被納入考量²⁷⁹。

針對不歧視性條款，其並未規定具體的投資人保護程度，僅在於確保地主國給予外國投資人的待遇不低於國內投資人，也不低於第三國的投資人。不歧視條款同樣很可能會限制地主國為有效執行與人權相關之政策所採取的措施，例如 *Myers v. Canada* 一案的仲裁庭便駁回了地主國以環境為由而給予外國投資人不同待遇的抗辯。其似乎對地主國的動機進行了事後猜憶，認定地主國具有歧視性的保護主義意圖²⁸⁰。相反的，有些仲裁判斷則側重於監管對投資人的影響，而不太重視國家的動機²⁸¹。

綜上說明可知，BITs 下針對投資人保障的常見條款往往讓地主國行使人權保障之措施時窒礙難行。因此，時至今日 BITs 常讓人詬病其僅對地主國施加義務，卻在賦予投資人權利的同時，漏未規定投資人亦須對地主國負起社會責任與永續發展之責，以至於可能會不當地限制地主國制定相關公共政策的能力²⁸²。

²⁷⁸ TJ Grierson

Weiler and IA Laird, *Standards of Treatment, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 272-290 (P Muchlinski, eds., 2008).

²⁷⁹ Ioana Knoll-Tudor, *supra* note 236, at 340-343.

²⁸⁰ See generally, S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award, ¶ 162 (Nov. 13, 2000), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>.

²⁸¹ Occidental Exploration and Production Co v Ecuador (Occidental), LCIA Case No UN2467, Award, ¶ 177. (July 1, 2004), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.

²⁸² KATHRYN GORDON, JOACHIM POHL AND MARIE BOUCHARD, OECD, INVESTMENT TREATY LAW, SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT: A FACT FINDING SURVEY 3, 5 (2014).

三、BITs 內的人權保障條款或有不足

早期的國際投資協定只注重投資人的權利，直至 1990 年代才開始提及諸如勞工和環境等社會問題，而彼等協定多數係以美國、加拿大、及歐洲國家作為締約國之一方，至於南半球國家間所締結之協定則少有相關論述²⁸³。從數據上論，OECD 於 2008 年之報告指出，投資協定之內文很少會出現「人權 (human right)」之字樣，當時僅一個國際投資協定符合²⁸⁴。直至 2014 年，OECD 在 2107 個協定（含多邊投資協定、雙邊自由貿易協定、及經濟夥伴協定）中也僅統計出 0.5% 出現人權之字樣²⁸⁵，足見人權保障之規範恐有不足或可能採取較間接之論述為之。

經推論，傳統 BITs 多半不會提及人權的原因至少有二：首先，有論者認為此舉並無必要，因人權法本即國際法的一環，理應被考量故無需贅述²⁸⁶；再者，有論者則認為人權議題並非投資協定所欲處理的對象，由於其與投資協定的精神不符，故毋庸提及²⁸⁷。此外，從早期談判者的角度觀之，似乎也難以想像當時會考量到人權等議題，畢竟投資協定之目的並非強調國家出於公共利益進行監管的權利，亦不是提醒投資仲裁庭注意人權的重要性。如此一來，導致僅有少數 BITs 論及人權相關的問題，使得外國企業不受人權義務所拘束，僅在有限的情況下，才能在 BIT 仲裁程序中向仲裁庭提出對人權的關注。以下則統整多數傳統 BITs 對人權保障做出的規範方式：

（一）前言宣示

前言係用以闡明協定的目的和宗旨，必要時將得賦予條約解釋更廣泛的解

²⁸³ HOWARD MANN, *supra* note 253, at 9-10.

²⁸⁴ *Best Practices in Promoting Investment for Development*, OECD 10 (2008), <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311282.pdf>.

²⁸⁵ KATHRYN GORDON, JOACHIM POHL AND MARIE BOUCHARD, *supra* note 282, at 5.

²⁸⁶ Luis González García, *supra* note 212, at 32.

²⁸⁷ *Id.* at 33.

讀空間。傳統 BITs 的共同特點是並未明確提及人權等其他國際法的分支，以 1992 年簽訂的「北美自由貿易協定」(The North American Free Trade Agreement, NAFTA) 為例，其充其量僅在協定前言中抽象地提及將「以保護環境的方式創造新的工作機會、維持政策靈活性以維護社會福祉、促進永續發展、加強環境法規的執行與制定、以及保護並強化勞工的基本權利」，足見其僅採取概略性之論述而未見任何具體手段²⁸⁸。惟在此態樣下，各 BITs 之前言論述也不盡相同，除了常見的環境保護外，亦有具體提及勞工、反貪腐等面向的例子，儘管前言並不會產生具有拘束力的承諾，但其重要性在於得協助釐清協定宗旨並作為條約解釋的基礎。

(二) 不降低標準條款

BITs 包括保障投資人權利的規定以及依法執行此類規定的機制，惟由於許多國家為了吸引外資與提高貿易競爭力，導致 BITs 之初始條款多半為利於投資人的條件，各國之政策發展也將受其拘束。一般而言，已開發國家對人權保障之要求往往較開發中國家為高，以至於投資人積極向外尋求低標準之國家投資以樽節成本，許多開發中國家亦持續透過降低稅率、勞工標準及福利措施的成本支出來與他國進行貿易上的競爭。為了避免各國競相放寬其國內法規之人權標準以吸引外人投資，訂立「不降低標準」(not lowering standards) 條款便有其必要性。

以美國 2004 年的模範 BIT 為例，其條文也指出藉由削弱或降低國內環境法或勞動法所提供的保護來鼓勵外人投資是不恰當的²⁸⁹。此條款的內涵多為「締約方不應放寬其健康、安全及環境措施或降低其勞動標準以鼓勵締約他方或非締約方的投資人前來投資」，此類用語通常會出現在條約主文內，但也不乏出現在前言內的例子。前者的規範形式不一，依不同 BITs 列於「促進與保護投資」

²⁸⁸ NAFTA, pmbl, (“Promote sustainable development; strengthen the development and enforcement of environmental laws and regulations; and protect, enhance and enforce basic workers' rights.”).

²⁸⁹ U.S. Model BIT (2004), arts. 12, 13, available at http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_066871.pdf.

(promotion and protection of investment) 條款²⁹⁰或「健康、安全和環境措施及勞工標準」(Health, Safety and Environmental Measures and Labour Standards) 條款²⁹¹之下；後者則有「芬蘭—納米比亞 BIT」為例²⁹²。進一步而言，部分 BITs 針對違反此規範之行為亦訂有明確規範，指出若締約之一方認為另一方提供了此類獎勵投資之手段，得請求與該締約之他方進行磋商，以消弭此種損及人權保障之獎勵措施²⁹³。

(三) 保留政府之規制權

多數開發中國家簽署 BITs 是礙於競爭壓力而欲吸引外人投資，惟地主國似乎並未充分預料到 BITs 對其自身所生的約束作用，逐漸開始抵制 BITs 對國內政策的限制²⁹⁴。人權團體也指控 BITs 束縛了仰賴資本輸入的開發中國家，不但引起許多不滿也讓政府的人權措施有所惡化。例如「英國—哥倫比亞 BIT」在 2010 簽署後，人權團體便主張該 BIT 使得哥倫比亞需面臨高額的訴訟成本並影響到該國的土地改革計畫，使得該 BIT 遲至 2014 年才完成批准²⁹⁵。BITs 影響一國政策規制權的案件也層出不窮，例如 2007 年盧森堡及義大利的投資人便透過 ICSID 控訴南非政府，指控南非要求礦業公司之一部須由歷史上受有不利地位之人所持有的立法對其構成徵收²⁹⁶。此外也有許多涉及供水及排放汙水服務條款所衍生的仲裁爭議也屬於政府政策受到投資人挑戰的類型²⁹⁷。

²⁹⁰ Cambodia–Hungary BIT (2016), art. 2; Hungary–Tajikistan BIT (2017), art. 2.

²⁹¹ Japan–Kenya BIT (2016), art. 22.

²⁹² Finland–Namibia BIT (2002), pmb, (“...these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application.”).

²⁹³ Cambodia –Hungary BIT (2016), art. 2.

²⁹⁴ Haftel, Yarm, and Alexander Thompson, *When Do States Renegotiate Investment Agreements?*, 13(1) REV. INT. ORGAN. 25, 25-48 (2018).

²⁹⁵ Claire Provost and Matt Kennard, *UK Investment Treaty with Colombia Threatens Fragile Peace Process*, THE GUARDIAN (July 9, 2014), <https://www.theguardian.com/global-development/2014/jul/09/uk-investment-treaty-colombia-human-rights>.

²⁹⁶ Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Award (Aug. 4, 2010),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>.

²⁹⁷ 例如 Suez v. Argentina, Award, *supra* note 10.

為了避免投資協定過於保護投資人，保留政府規制權之條款即旨在衡平締約雙方之權利，為地主國之公共利益保留政策制定的彈性空間。此規範多列於一般例外條款中，強調「協定的規範不得解釋為阻止締約國為維持公共秩序或防止對人類及動植物的生命或健康構成威脅而採取任何必要的措施」²⁹⁸。除了一般例外條款，亦有 BIT 會將此內涵載於前言或他項標題之下²⁹⁹。以前者為例，「澳洲—烏拉圭 BIT」即承認雙方固有之監管權利，承諾保持各方制定立法和監管事項的靈活性，以保障諸如公共衛生、安全及環境等合法的公共福祉。而「巴西—印度 BIT」則以較籠統之方式論述，僅扼要在前言重申雙方有權根據其法律和政策目標管制領土內的投資。至於後者則有列於「鼓勵及互惠」(promotion and reciprocal investments) 標題項的例子³⁰⁰。

(四) 間接徵收之排除

多數 BITs 皆要求地主國對直接徵收（如完全沒收財產）和間接徵收（如破壞投資經濟價值的政策措施）進行補償，雖然直接徵收相對容易辨識，但對於政府法規或其他措施是否構成間接徵收往往會引起爭議，也是投資爭端案件中的大宗。鑒於徵收之認定有其爭議，BITs 不乏訂有例外條款，規定凡是以保護公共衛生、安全及環境等公共利益為目標，在未違反不歧視原則及誠信原則之前提下，地主國之行為將不構成間接徵收³⁰¹。如此一來便賦予地主國更大的政策自主權，使其得兼顧人權保障之政策且倖免於構成間接徵收之賠償。此條款另一方面也是給予投資人事前的預期心理，使其認知到地主國之合理政策得排除於間接徵收之外，以免日後纏訟。

綜上歸納，可以發現傳統 BITs 並非完全罔顧人權，其仍訂有考量公益的相

²⁹⁸ 例如 Finland-Namibia BIT (2002), art. 16; Jordan-Singapore BIT, art. 18.

²⁹⁹ 例如 Japan-Morocco BIT (2020).

³⁰⁰ 例如 Hungary- Russian Federation BIT (1995), art. 2

³⁰¹ 例如 Korea-Rwanda BIT (2009), art. 5.4; Canada-Romania BIT (2009), Annex B (c); India-Mozambique BIT (2009), art. 5(1).

關內容，惟隨著時代的演進與日益加劇的投資爭端，似乎多有不足，有待進一步強化得保障人權的利器。例如傳統 BITs 多半未提及締約國在人權領域所做出的其他國際承諾，諸如 ICCPR 與 ICESCR 等聯合國公約、ECHR 及《美洲人權公約》（American Convention on Human Rights）等區域人權條約。此外，傳統 BITs 皆未載有涉及人權的實質條款，或施予投資人尊重人權的責任來限制投資人的權利或取得爭端解決的機會。整體而言，足見傳統 BITs 並未獨立制定屬於 BITs 下的人權義務，也沒有賦予遭受人權侵犯的公民向投資法庭尋求救濟的權利³⁰²。



³⁰² LUKE ERIC PETERSON AND KEVIN R. GRAY, *supra* note 207, at 6.

第五章 國際投資法架構下調和原住民權益之可能方法

國際投資法與國際人權法作為兩大國際法體系下的分支本即調和不易，又面臨投資人利益與人權保障之價值取捨更是無從明確論斷。本文認為重點不在於要在投資保障與人權規範之間作出選擇，而是在公共利益和私人利益間取得合理的平衡。受限於許多實務面與法制面的困境，衡平兩者的解決之道並非一蹴可幾。除了透過管轄權條款及適用法將人權規範納入考量外，仲裁庭似乎也得透過解釋論之方法調和兩者的內涵，此部分將於第一節說明其可行性。至於後面三節則是法制面的可能突破，盼能透過體制面的改革、既有條款的強化以及人權影響評估協議的引入逐步縮小現存的缺失。

第一節 以解釋論納入人權法之考量

一、以人權法作為 FET 標準之補充

在涉及高速公路建設的 *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v Lebanon* 一案，「義大利—黎巴嫩 BIT」的適用法條款指出「仲裁庭應根據本協定的規定和適用的國際法規則和原則對爭端作出裁決」³⁰³，仲裁庭遂據此認定該案適用法不限於投資協定之標準，其有權對任何違反國際法的行為作出判斷³⁰⁴。本案投資人援引 ECHR 第 6 條與 ICCPR 第 14 條的受公平審判權（right to fair trial）主張其在黎巴嫩進行的法律訴訟時間過長，違反了兩國 BIT 下的 FET 規定。對此，仲裁庭基於黎巴嫩並非 ECHR 之締約國，僅將 ICCPR 與其人權委員會的規定納入考量

³⁰³ Italia- Lebanon BIT, art. 7, (“The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of international law.”).

³⁰⁴ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, ¶154 (Sept. 21, 2009), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0869.pdf>.

³⁰⁵，最終認定投資人未能充分證明其已採取得加速流程的內部救濟措施而駁回投資人之主張³⁰⁶。本案雖未出現人權法與投資法之衝突，人權法仍作為判斷投資法義務違反與否的補充依據，此相互參照的做法似得縮短兩體系間的差距，也提高了在投資爭端中參酌相關國際人權規範的可能性。

二、將人權法引入 FET 標準下的合理期待判准

相較於前案，仲裁庭在面對發生人權法與投資法有所衝突的個案時亦曾採取相似的做法。*Urbaser v Argentina* 案的背景發生於阿根廷在 2001 年 2 月的金融危機，投資人 Urbaser 是一家特許公司的股東，該公司取得了在布宜諾斯艾利斯供水和處理污水的特許權³⁰⁷。投資人指出阿根廷採取許多措施使其特許經營無法盈利，且地主國為了拿回特許權而重啟談判，導致其於 2006 年喪失特許經營權³⁰⁸。投資人遂主張阿根廷違反「西班牙—阿根廷 BIT」下的不歧視待遇義務、FET 義務與禁止非法徵收義務³⁰⁹。阿根廷則認為該投資之所以失敗並非源於其因應金融危機所採取的關稅凍結等措施，而是公司股東管理不善以致未能對供水服務提供必要的資金，投資人不但未履行特許協議所規定的義務也侵犯了國際法下人民取得水的權利（right to water）³¹⁰。

仲裁庭在解釋系爭 BIT 下的 FET 條款時有將阿根廷提出的人權義務納入考量，針對人權和投資法義務的相容性問題，仲裁庭認為國家能夠也必須同時履行這兩種義務。本案仲裁庭在解釋該 BIT 下的合理期待時，提及了國際人權標準以解決投資法與人權法衝突的困境。仲裁庭指出 FET 標準涵蓋了整個法律、經濟和社會框架，且由於地主國的承諾與投資人之期待並不完全與契約中的權利有

³⁰⁵ *Id.* ¶¶ 157-160.

³⁰⁶ *Id.* ¶¶ 167-168.

³⁰⁷ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentina Republic, Award, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, ¶ 34 (Dec. 8, 2016), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf.*

³⁰⁸ *Id.*

³⁰⁹ *Id.* ¶ 35.

³¹⁰ *Id.* ¶ 36.

關，故倘若僅關注投資契約將會過於狹隘³¹¹。此外，由於地主國同時受國際法和憲法下的義務所拘束，因此應合理期待地主國將採取行動以促進該些基本的法律規範³¹²。若系爭措施的目的和效果旨在落實受憲法保障的基本權利，即未違反 FET 標準，因該些措施的發生必須被視為投資人在締約時已接受的事項³¹³。簡言之，FET 標準並不僅僅聚焦在法律層面的利益與期待，仍包含地主國實質上的經濟和社會環境，這也是投資人在做出商業決策時必須認知到的³¹⁴。對此，仲裁庭認同阿根廷所言，由於布宜諾斯艾利斯必須對人民確保其基本的供水需求，此普遍的基本人權應為投資人合理期待之一部分³¹⁵。由於系爭投資在阿根廷進入緊急情況前即已陷入困境，故該緊急措施並非投資人未能履行特許權義務的原因，仲裁庭認定緊急措施本身並未導致阿根廷違反其 FET 義務³¹⁶。

綜合以上兩例可知，人權準則可能通過條約解釋之方式去影響投資協定條款的含義，尤其 FET 標準更是給予仲裁庭很大的解釋空間，使得人權規範有望透過「合理期待」的概念過渡至投資法中。惟本文認為此方法可行之前提在於仲裁庭認為人權規範是適用法之一，故除了系爭投資協定外，亦得將人權標準適用於案件事實中，隨後將人權分析的結果用作確定是否違反投資法下義務的一個因素。

三、應從寬解釋法庭之友的認定資格

第三章提及之 *Border Timbers Limited* 和 *Bernhard* 等投資人訴辛巴威一案為仲裁庭拒絕核可法庭之友身分的典型案列。該案重要性在於其所涉及的爭議曾入選 2012 年十大商業與人權爭議的議題，包含解決土地使用和徵收對社區的負面影響、在人權盡職調查範圍內與社區進行磋商、以及強化企業侵害人權的法律責

³¹¹ *Id.* ¶ 618.

³¹² *Id.* ¶ 621.

³¹³ *Id.* ¶ 622.

³¹⁴ *Id.* ¶ 623.

³¹⁵ *Id.* ¶ 624.

³¹⁶ *Id.* ¶¶ 680-683.

任及救濟³¹⁷。惟雖然 ICSID 公約、VCLT 和系爭的「德國—辛巴威 BIT」與「瑞士—辛巴威 BIT」都要求仲裁庭適當考慮相關國際法和爭端各方在此制度下的國際習慣法與人權法義務，該仲裁庭仍拒絕給予 ECCHR 與原住民以法庭之友參與程序的機會。縱使 ECHR 與原住民已明確點出當今仲裁庭面對投資人與人權保障衝突之待解決爭議，仲裁庭仍以從嚴解釋 ICSID 公約第 37.2 條作為規避處理人權議題的手段。此仲裁判斷不僅拒絕在投資人與地主國間的投資仲裁中適用人權法，更剝奪了利害關係人在這些程序中提出論點的權利。

論及法庭之友的重要性，其提交的意見書往往得帶來不同於爭端當事方的觀點、特定知識或見解，有助於仲裁庭確認與系爭案件相關的事實或法律問題，在爭端涉及公共利益時，往往扮演重要角色³¹⁸。是以本文認為該案仲裁庭對 ICSID 公約下「非爭端當事方 (non-disputing party)」之參與標準賦予了過於狹隘的解釋，將可能導致仲裁庭排除過多潛在法庭之友的意見。

從 ICSID 公約第 37.2 條之規定可知，仲裁庭對於是否批准非爭端當事方之請求享有很大的裁量權，其應考慮的因素包含：(一) 是否有助於法庭，得提供不同於爭端雙方的觀點、(二) 提交的內容是否涉及爭議範圍內的事項、以及(三) 非爭端當事方是否與訴訟有重大利害關係³¹⁹。是以仲裁庭似得從寬解釋系爭事實與該條規定之相容性，且從寬核准法庭之友的認定於實務上並非不可行。更何況縱使仲裁庭不同意法庭之友之論據，亦不具有採納的義務，此觀 *Glaims Gold v. USA* 一案自明，因該案仲裁庭雖允許系爭原住民族群提交法庭之友意見，卻未在仲裁判斷中就其論點給與相關說明。總體而言，若試圖在投資制度與人權價值間搭建良好的互動關係，即應認知到法庭之友的參與將有助於仲裁庭對案件掌有更

³¹⁷ *Top Ten Business and Human Rights*, INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS AND BUSINESS, <https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2012> (last visited June 14, 2021).

³¹⁸ Valentina Vadi, *Heritage, Power, and Destiny: The Protection of Indigenous Heritage in International Investment Law and Arbitration*, 50(4) *GEO. WASH. L. REV.* 101, 143 (2018).

³¹⁹ *Non-Disputing Party Submission - ICSID Convention Arbitration*, ICSID, <https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/ndp> (last visited June 14, 2021).

全面的認知，這在當事雙方皆漏未提出人權論點時尤為重要。

第二節 改革 ISDS 既有體制

投資協定之程序性與實質條款構成了單一不可分的整體，由程序性條款所建構起來的「投資人與地主國間爭端解決機制」(Investor-state dispute settlement, ISDS) 機制是各國執行實質承諾的管道，然而據 OECD 之調查，多數投資協定內對於程序問題採取緘默態度，以至於 ISDS 機制僅受到輕度管控³²⁰。若要強化 ISDS 機制以發揮最大效益，本文僅列出以下可行之改革方案。

一、對仲裁人之選任訂出規範

鑒於當前沒有任何規定係要求投資爭端的仲裁人必須具備其他相關法律領域的專門知識，包括與人權發展或環境相關的國際法³²¹，有些 BIT 之條文訂定值得效法，例如「加拿大—巴貝多 BIT」第 11 條即言明：涉及審慎事項與財務事項之案件中，仲裁人之選任應具備相關的必要專業³²²。或者，仲裁人可以諮詢外部專家或專門機構，包括人權條約機構，以徵詢其專業意見。又「加拿大—約旦 BIT」第 42 條之專家報告 (expert report) 即表示：在不妨礙仲裁規則之前提下，仲裁庭應當事方之請求，或除非雙方不同意，否則應自行任命一名或多名專家，就爭端中涉及環境、健康、安全或其他科學事項的任何事實爭議提出書面報告，但須受雙方所同意的條款及條件所限³²³。本文認為藉此條款，不但部份解決了仲

³²⁰ DAVID GAUKRODGER AND KATHRYN GORDON, OECD, INVESTOR STATE DISPUTE SETTLEMENT: A SCOPING PAPER FOR THE INVESTMENT POLICY COMMUNITY 64 (2012).

³²¹ LUKE ERIC PETERSON AND KEVIN R. GRAY, *supra* note 207, at 11.

³²² Canada-Barbados BIT, art. 11, (“arbitrators selected for disputes on prudential issues and other financial matters shall have the necessary expertise relevant to the specific financial service in dispute.”).

³²³ Canada-Jordan BIT, art. 42, (“without prejudice to the appointment of other kinds of experts where authorized by the applicable arbitration rules, a Tribunal, at the request of a disputing party or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety or other scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree.”).

裁人在人權領域專業知識不足的疑慮，亦得間接幫助國際法體系之整合，以避免仲裁庭側重考慮投資法而偏廢其他領域之情形發生，屬於調和投資保障與人權保障的利器之一。

二、解決透明化程度不高的疑慮

投資爭端的仲裁將根據不同的程序規則來進行，由於其不具先例遵循原則以及上訴程序來調和相異的法律見解，將可能產生法律上之不確定性。惟本文認為引入上訴程序及先例原則或許有效，但其涉及整個 ISDS 體系的根本變動，故短期內仍不具可行性。對此，從提升透明化程度之層面著手應為較實際的做法。由於投資協定通常不包含有關透明化的規定，仲裁爭端解決程序的缺陷之一即為透明化程度的疑義。目前僅有 ICSID 會公開仍懸而未決的案件以即完成仲裁判斷的案件，其中包含系爭事由、當事人名稱、案件繫屬時點、仲裁庭之組成、和程序進行之階段，惟當事雙方仍得合意保留仲裁判斷的機密性。相較之下，聯合國貿易和發展委員會（United Nations Conference on Trade and Development）卻不會公開相關資訊。相信未來倘若能公開相關文件，將更易於達成仲裁判斷的一致性，也得做為當事方於爭端發生之際的參考依據。

第三節 修訂投資協定納入人權保障條款

觀諸既有 BITs，具體載有人權義務者仍屬少數，究其原因可能是基於政策面之考量。有論者指出，許多國家認為在國際投資協定中納入與投資的建立和運作有關的社會和環境問題，將使協定過於廣泛和累贅。例如，不同國際組織和國家代表認為人權、貪汙、和環境等社會問題應交由專門處理該些問題的其他國際制度，即使實際上不存有該種制度亦然；此外有論者也認為增加彼等「新議題」將可能對國際投資協定的談判帶來嚴重的複雜性³²⁴。惟從法律的角度而言，國家

³²⁴ HOWARD MANN, *supra* note 253, at .13

確實有重新談判擬定 BITs 條款之權利，且不與國際投資法相衝突。理論上有兩類條款可以明確地解決人權問題，第一種是從國家的監管、執行和政策程序中解決保護和促進人權的國家義務，第二種則是直接針對投資人，並為他們制定遵守人權標準的要求³²⁵。對此，隨著人權意識的高漲，晚近 BITs 開始出現有別於傳統多數 BITs 之人權規範，從用字遣詞、條文增補、到投資人責任等皆提高了對人權的著墨，以下就本文觀察到的重點及未來的修訂建議做出說明。

一、強化闡明傳統 BITs 條款的內涵

要讓 BITs 符合當代的人權思潮有許多法學方法，最明顯的莫過於重新談判或締結新的 BITs，但礙於此方法過於費時，倘若採取強化 BITs 條款的方式為之，不失為一較可行的方案。傳統 BITs 條款或有不足亦有模糊的解釋空間，為了改善人權問題，可以從以下面向切入³²⁶：

(一) 於前言明確說明締約雙方之立場：未來 BITs 的前言得明確重申其對國際公法體系的承諾，並聲明該 BIT 並非旨在建立一獨立的法律制度，且表明雙方認可諸如人權、永續發展、與環保等國際法系的相關規範與價值。(二) 限縮 BITs 對投資的定義：雙方得強調僅符合國內投資法及國內外人權法規範者，方可落入受 BITs 保護的投資定義下。(三) 限縮間接收的認定範圍：未來的 BITs 得參考美國 2004 年的模範 BIT³²⁷，載明凡是為了保護人權和合法的公共福利所實施之非歧視性措施皆不構成間接徵收。退步言之，或可規定地主國基於人權考量作出之規範得以減免其日後應負擔的損害賠償金額。(四) 闡明 FET 條款的內涵：針對 BITs 內的 FET 條款，有論者認為其乃投資法通往人權法的管道，因地主國之人權義務應包含在投資人之合理期待內，故投資人理應可以預見地主國遵

³²⁵ *Id.* at 9.

³²⁶ See MARC JACOB, *supra* note 233, at 34-37.

³²⁷ US Model BIT (2004), Annex B.

循人權條款的義務將可能阻礙其事業發展，無權主張違反 FET 標準³²⁸。基於種種爭議，本文認為列舉違反 FET 條款的例子或可能影響此標準的判斷因素，將得確保法律的明確性及可預測性。(五) 善用一般例外條款：自 2019 年締結的條約中，可以看到國際投資協定制度改革的進展狀況。幾乎所有新的國際投資協定都含有與聯合國貿易暨發展委員會（United Nations Conference on Trade and Development）之《國際投資制度改革一攬子計畫》一致的內容，其中最常見的改革便是保留國家的監管空間³²⁹。對此，制定一般例外條款以保留國家對重要領域進行規範的權利便有必要，一方面得藉此重申對於人權規範與相關利益的承諾，另一方面亦降低了寒蟬效應的現象，讓政府保有一定程度之施政空間。

二、於 BITs 內載明具體的國際人權標準

有別於傳統 BITs 多半以較隱晦或間接之文意作為人權保障之條文用語，本文發現晚近 BITs 中出現「人權」字樣者有增加的現象，且也不乏提及國際標準的例子。以前言為例，縱使前言多半用字籠統抽象，相較於傳統上多以「提高永續發展」或「增加社會福祉」作為論述，晚近 BITs 開始出現明確載有「人權」字樣的例子，如「摩洛哥—奈及利亞 BIT」便提到投資將有利於促進人權的推廣³³⁰。此外 BITs 中也開始出現具體的國際標準，例如 2010 年的「澳洲—科索沃 BIT」即於前言指出兩國相信《OECD 多國企業指導綱領》內提及的責任商業行為（responsible corporate behavior）可以促進企業與地主國間的互信。

若要將人權保障納入 BITs 中，本文認為除了 BIT 本身外，亦應明確提及國際法的適用原則，以提高人權論點被提出的頻率及可行性。對此，締約雙方在條約談判期間得自行決定欲將哪些基本人權和其他非投資義務納入 BITs。惟由於

³²⁸ Andreas Kulick, *supra* note 211, at 270.

³²⁹ UNCTAD, WORLD INVESTMENT REPORT 2020 Xii (2020), available at https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_en.pdf.

³³⁰ Morocco-Nigeria BIT (2016), art. 15, available at <https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/5409.pdf>.

此方法費時且耗費談判成本，未來或可優先考慮在 BITs 內直接提及企業必須遵守的以下五項國際公認的文本：UDHR、ICCPR、國際勞工組織之「工作基本原則與權利宣言」（ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work）、《聯合國反貪腐公約》（United Nations Convention Against Corruption）和《里約環境與發展宣言》（Rio Declaration on Environment and Development）。以這五份文件作為內文的優點在於其皆已獲得許多國家的批准或認可，且已被許多企業認定為境外商業活動的指導原則³³¹。例如在一項不具約束力的「聯合國全球契約」倡議下，來自 160 多國的 12,000 多名企業參與者和其他利害關係人即承諾遵守上述五項文書中的十個普遍原則³³²，且該十項原則在 2010 年的聯合國大會決議中也被許多國家所接受³³³。如此一來，BITs 的人權保障規範將更明確，也使得相關國際標準更容易作為投資仲裁庭做出判斷的適用法依據。

三、限制投資人之權利並對其施加人權保障義務

在 BITs 中提及具體的國際條約只是在 BITs 框架內尋求改善人權保障時應考慮的第一步，BITs 最為人詬病之處在於投資人所享的權利多於其應負擔之義務。因此，BITs 的投資人與地主國爭端解決條款尚必須納入一項規定，具體說明如何在仲裁庭上實際執行施予企業的人權義務。首要之務在於該條款必須明確規定投資仲裁庭對企業侵犯人權的指控擁有管轄權。在 BITs 的爭端解決條款中，至少可以設想出以下三種不同的執行可能性：（一）BITs 可以將投資人對人權的保障作為給予投資人保障的條件。例如有論者即指出，為了避免外國投資人規避國際勞工和人權公約，僅在投資人符合國際勞工組織和《OECD 多國企業指導綱領》

³³¹ *How to Incorporate Human Rights Obligations in Bilateral Investment Treaties?*, IISD (Mar. 22, 2013), <https://www.iisd.org/itn/en/2013/03/22/how-to-incorporate-human-rights-obligations-in-bilateral-investment-treaties/>.

³³² *Who We Are: The World's Largest Corporate Sustainability Initiative*, UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc> (last visited June 14, 2021); The Ten Principles of the UN Global Compact, UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (last visited June 14, 2021).

³³³ G.A. Res. A/RES/64/223, ¶ 14 (Mar. 25, 2010).

的前提下，方可有條件地給予投資人保護³³⁴。相似的作法亦可參考晚近訂有合法要求（legality requirements）之規定的國際投資協定，即對投資人施加需符合國內法下人權義務的規定³³⁵。（二）允許仲裁庭於判斷損害賠償時得將投資人的人權保障缺失納入考量。（三）BITs 的爭端解決條款應納入允許地主國提出反訴（counter claim）的可能性，以便外國投資人做出侵犯權之舉時，地主國能以此作為制衡手段³³⁶。值得一提的是，印度 2016 年的模範 BIT 更進一步對投資人母國訂有義務，根據該 BIT 第 13.1 條，若投資人在母國針對系爭投資有所作為、決策、或不作為，進而對地主國造成重大損害，則在不影響地主國法院管轄權的情況下，投資人及其投資應在其母國的司法程序中受到民事訴訟的審判³³⁷。顯見對投資人施加義務將能衡平投資法下權利義務不平等的現象，進而促進企業對人權保障之重視。

四、制定社會企業責任條款

近年來，社會企業責任之概念逐漸出現於國際投資法中，各國也開始在 BITs 內訂有企業社會責任（Corporate Social Responsibility, CSR）的規範，其型態不一而足，包含載於前言者、鼓勵企業自我監管の間接條款，以及直接施以外國投資人 CSR 義務的直接條款。例如「白俄羅斯共和國—匈牙利 BIT」於前言中即載明雙方會確保投資合於國際上的 CSR 標準³³⁸。而 CSR の間接條款則是將 CSR 責任視為投資人母國和地主國應推動的企業自律規範，如「加拿大—貝寧 BIT」指出=「締約方應鼓勵在其域內或管轄範圍內之企業於實務中和內規自願納入國

³³⁴ LUKE ERIC PETERSON, *supra* note 208, at 15.

³³⁵ Valentina Vadi, *supra* note 60, at 230.

³³⁶ LUKE ERIC PETERSON, *supra* note 208, at 15.

³³⁷ India Model BIT (2016), art. 13.1, (“Without prejudice to the jurisdiction of the Courts located in the Host State, Investors and its Investments shall be subject to civil actions for liability in the judicial process of their Home State for the acts, decisions or omissions made in the Home State in relation to the Investment where such acts, decisions or omissions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the Host State.”).

³³⁸ Belarus-Hungary BIT, pmbl ¶ 4, (“Seeking to ensure that investment is consistent with the protection of health, safety and the environment, the promotion and protection of internationally and domestically recognised human rights, labour rights, and internationally recognised standards of corporate social responsibility.”).

際公認的 CSR 標準，例如針對勞工、環境、和人權等問題已獲得雙方認可或支持的原則及聲明」³³⁹。又或者「加拿大—歐盟全面經濟與貿易協議」（Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA）亦言明締約方應鼓勵企業開發和使用諸如「OECD 多國籍企業指導綱領」等自願性的 CSR 實踐，以強化經濟、社會和環境目標間的一致性³⁴⁰。惟間接條款的規定並無法將企業的 CSR 義務轉為得以在投資之爭端解決程序中執行的法律義務，其充其量只是重申了企業自願遵行 CSR 的事實，國家至多僅能鼓勵企業承擔其 CSR 責任。對此，CSR 條款或可進一步敦促國家制訂內國法規以規範投資人的行為，如此一來，在解釋上方得透過國家對企業施以 CSR 義務來限縮投資人於 FET 條款下的合理期待。

另一方面，CSR 的直接條款旨在藉由訂立外國投資人的義務，以使外國投資人承擔其應負之責。但從既有 BITs 中的條款看來，其條文用語亦不甚強硬。例如「阿根廷—卡達 BIT」第 12 條之 CSR 條款採用「should」而非「shall」作為動詞，規定投資人應（should）努力自願將國際公認的 CSR 標準納入其商業政策及措施中³⁴¹。又即便 BIT 下的 CSR 條款以「shall」作為條文用語，其文意仍不具強制力，僅規定「投資人及其投資應（shall）努力（strive to）為地主國的永續發展做出最高貢獻」以及「投資人及其投資應（shall）竭力（endeavor to）遵守關於責任商業行為（responsible business conduct）的自願原則和標準」，此觀「巴西—阿拉伯聯合大公國 BIT」第 15 條之 CSR 條款自明³⁴²。是以，本文認為

³³⁹ Canada-Benin BIT, art. 16, (“[e]ach Contracting Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Contracting Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption.”).

³⁴⁰ CETA, art. 22.3(2)(b), (“...encouraging the development and use of voluntary best practices of corporate social responsibility by enterprises, such as those in the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, to strengthen coherence between economic, social and environmental objectives....”).

³⁴¹ Argentina-Qatar BIT, art. 12, (“[i]nvestors operating in the territory of the host Contracting Party should make efforts to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility into their business policies and practices.”).

³⁴² Brazil-United Arab Emirates, art. 15.1, (“[i]nvestors and their investment shall strive to achieve the highest possible level of contribution to the sustainable development of the Host State....”); art.

從現有 BITs 中的 CSR 條款看來，相關規範仍不足以對投資人施以具強制力的義務，惟此條款不失為界定投資人義務的一種方法，地主國於爭端解決程序上亦得透過條約解釋的方法將其作為抗辯的手段之一。綜合以上國際投資法下晚近的 CSR 規範，本文認為納入 CSR 條款仍能彰顯締約雙方對人權之重視，加以衡平 BITs 下對人權之保障。

五、增列保障特定人權之條款

人權之態樣眾多，採取一以概之的規範方式難免會產生掛一漏萬之疑慮，故部分國際協定會將其所重視之價值獨立增列一條款，以降低模糊的解釋空間並具體化相關規範。如此不失為一個調和投資之經濟價值與人權價值的有效方法。以原住民權為例，紐西蘭以其毛利文化著稱，一直以來對原住民權利之保障不遺餘力，端從其對外洽簽之協定即能看出其對原住民權的重視。紐西蘭對外締結之投資協定往往會列入原住民之例外條款，承認國家有權根據《懷唐伊條約》(Treaty of Waitangi) 保護毛利人，並排除仲裁庭對該些措施的審查³⁴³。例如「跨太平洋夥伴全面進步協定」(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership) 第 29.6 條即是³⁴⁴，且「台紐自由貿易協定」(Agreement between the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu and New Zealand on Economic Cooperation) 第 19 章亦訂有原住民合作之條款³⁴⁵，得在爭端發生時以條約解釋之方法作為兩國重視原住民權的依據。

15.2, (“[t]he investors and their investment shall endeavor to comply with the following voluntary principles and standards for a responsible business conduct and consistent with the laws adopted by the Host State receiving the investment”).

³⁴³ Lillian Aponte Miranda, *The Role of International Law in Intrastate Natural Resource Allocation: Sovereignty, Human Rights, and Peoples-based Development*, 45(3) VJTL 785, 828 (2012).

³⁴⁴ CPTPP, art. 29.6, (“Provided that such measures are not used as a means of arbitrary or unjustified discrimination against persons of the other Parties or as a disguised restriction on trade in goods, trade in services and investment, nothing in this Agreement shall preclude the adoption by New Zealand of measures it deems necessary to accord more favourable treatment to Maori in respect of matters covered by this Agreement, including in fulfilment of its obligations under the Treaty of Waitangi.”).

³⁴⁵ 《臺灣、澎湖、金門、馬祖個別關稅領域與紐西蘭經濟合作協定》，第 19 章原住民合作。

此外，實務上對於文化權之保障亦出現特別訂有「文化例外」條款的例子。加拿大與歐盟會在其自由貿易協定中以正面表述的方式列出文化例外的態樣，如將特定文化規範列為例外或不對文化領域做出任何承諾。歐盟近期的「經濟夥伴關係協定」(Economic Partnership Agreements)也將文化議題納入了自由貿易和外國直接投資的範疇。例如，「加勒比論壇—歐盟經濟夥伴協定」(Cariforum-EU Economic Partnership Agreement)即包含一項文化合作議定書，旨在促進文化多樣性和合作，發展文化產業，保護文化遺產和歷史古跡³⁴⁶。

是以從前述 BITs 看來，國際間亦不乏存在進一步於 BITs 內強化人權保障的範例，故此些修訂意見並不全然遙不可及。從現實面而言，重啟談判的可能性固然不高或需端視雙方締約國之意願而定，惟對於未來洽簽新的投資協定仍不失為一參考依據。此外，從監管的角度看來，BITs 條款之修訂似乎也隱含了囚徒困境 (prisoner's dilemma)，當所有國家都拒絕採用可能限制監管政策的條款時，將能共創最大利益。

第四節 締結人權影響評估協議

企業進行海外投資前皆會使用各種工具來評估其投資風險，至於地主國也多訂有環境影響評估的制度。以台灣為例，我國為預防及減輕開發行為對環境造成的不良影響並達成環境保護之目的，早在民國 83 年公佈了《環境影響評估法》。根據該法第 4 條第 2 項之規定，環境影響評估係指：「開發行為或政府政策對環境包括生活環境、自然環境、社會環境及經濟、文化、生態等可能影響之程度及範圍，事前以科學、客觀、綜合之調查、預測、分析及評定，提出環境管理計畫，並公開說明及審查。環境影響評估工作包括第一階段、第二階段環境影響評估及審查、追蹤考核等程序」。同理可證，受到環境影響評估的啟發，本文認為建立

³⁴⁶ Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of The One Part, and the European Community and its Member States, of The Other Part, 2008 O.J. (L 289) 1938, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22008A1030\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22008A1030(01)&from=EN).

一人權影響評估 (human rights impact assessment) 制度不失為一個兼顧經濟與人權的方法。

一、人權影響評估之概述

人權影響評估係一種衡量「國家做出的人權承諾」與「在國家中實際享有該些人權」間之差距的過程³⁴⁷。藉由利害關係人的參與，人權影響評估旨在找出不被尊重的權利或未來將不被尊重的潛在跡象，以便找到令人滿意的解決方案³⁴⁸。人權影響評估可以成為各國談判貿易和投資協定的重要工具，特別是確保締約方不會提出使任一締約方更難履行其人權義務的要求或讓步。人權條約機構和人權理事會特別程序經常呼籲各國對其締結的貿易和投資協定進行人權影響評估³⁴⁹。為了向各國提供指引，說明如何確保各國締結的貿易和投資協定符合各國根據國際人權文書承擔的義務，聯合國特別報告員於 2011 年提交了一份「貿易與投資協定的人權影響評估指導原則」(Guiding Principles on Human Rights Impact Assessments of Trade and Investment Agreements)³⁵⁰，其貢獻不在於建立新的國際法律義務，而在於闡述貿易和投資協定談判之際存的國際人權規範和標準的意義³⁵¹。

該份指導原則第一條即開宗明義指出：所有國家都應在締結貿易和投資協定之前進行人權影響評估，人權影響評估係一種工具，可確保各國根據國際法與它們所加入的其他國際協定所承擔的義務間具有一致性和連貫性，從而克服或至少減輕國際法破碎化所引發的問題³⁵²。第二條指出：各國必須確保任何貿易或投資

³⁴⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR HUMAN RIGHTS AND DEMOCRATIC DEVELOPMENT, GETTING IT RIGHT: A STEP BY STEP GUIDE TO ASSESS THE IMPACT OF FOREIGN INVESTMENTS ON HUMAN RIGHTS 2 (2008).

³⁴⁸ *Id.*

³⁴⁹ 例如 Committee on the Rights of the Child, UN Doc. CRC/C/15/Add.232), ¶ 48 (June 30, 2004); Committee on the Elimination of Discrimination against Women, UN Doc. CEDAW/C/COL/CO/6, ¶ 29; Committee on the Rights of the Child, UN Doc. CEDAW/C/PHI/CO/6, ¶ 26 (Aug. 25, 2006).

³⁵⁰ Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/19/59/Add.5 (Dec. 19, 2011).

³⁵¹ *Id.* ¶ 6.

³⁵² *Id.* Appendix, ¶ 1.

協議的締結均不會施加與既有國際條約義務相抵觸的義務。人權影響評估與其他影響評估的相異之處在於其具體目的是確保各國不會面臨人權條約和貿易或投資協定規範不一的狀況，且國家對人權保障的承諾不會因締結貿易或投資協議而面臨障礙³⁵³。至於貿易和投資協定的人權影響評估與此類協定之間的關係則於第三條訂有明文：貿易和投資協定的人權影響評估應在協定締結之前進行，並及時影響談判的結果，必要時也應採取事後影響評估。若發現人權影響評估的結果存有不相容之處，則會採取一系列應對措施，包括但不限於終止協議、修改協議、在協定中加入保障措施、第三國提供賠償、以及採取緩解措施等³⁵⁴。有鑑於並非所有貿易或投資協定生效後的影響皆能事先預料，因此事前的人權影響評估應輔之以事後的人權影響評估定期進行將為最完備之作法。

二、人權影響評估協議之益處

(一) 有助於程序性事項

人權影響評估協議可以在仲裁庭確定某些程序性事項時發揮作用，例如投資仲裁庭有時會以系爭事項不在其管轄範圍內為由拒絕法庭之友提出的人權問題，但若雙方締有人權影響評估協議，仲裁庭基於雙方已對人權及投資間之連結存有一定程度之共識，便可能提高其審理人權議題之可能並增加其採納法庭之友意見之機會。

除了在談判和執行貿易與投資協定期間使用以外，人權影響評估協議還可能與仲裁庭對投資條約的解釋和適用有關。仲裁庭在其管轄範圍內得參照國際人權規範和判例，並根據 VCLT 第 31.3 (c) 條解釋投資條約，從而有助於系統性地整合各國的國際義務。在此情形下，人權影響評估可能有助於顯示一國在協定達成前後皆遵守這些準則。此外，根據 VCLT 第 32 條，人權影響評估似乎得作為條

³⁵³ *Id.* Appendix, ¶ 2.1.

³⁵⁴ *Id.* Appendix, ¶ 3.

約準備 (travaux préparatoires) 之一部而發揮作用，從仲裁庭於 *Austrian Airlines v Slovak Republic* 案之態度看來，其確實對於條約準備抱持開放態度，會適時地與以參酌³⁵⁵。然而，倘若只有一締約方採取事前的人權影響評估，恐怕只能代表該締約國當時的動機與對條款的理解，而不會構成條約準備的一部分。

參照 VCLT 第 31 條之條約解釋原則，透過雙方後續協議中涉及條約解釋或適用的條款以及後續針對條約適用之慣例所形成的條約解釋，應一併被納入條約解釋之考量中³⁵⁶。因此，除了在 BITs 中清楚寫明事後人權影響評估機制之運作方式及影響性，倘若兩國於締結 BITs 後仍持續進行事後人權影響評估也將有助於形塑協定條款的涵義，以確保人權義務的一致性。

(二) 有利國家監管與行使規制權

人權影響評估協議可望為締約國在 BITs 下的監管空間提供解釋上的幫助，例如歐盟與加拿大「全面經濟貿易協定 (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)」之人權影響評估協議中，其建議採取之投資保障措施為「得彈性執行明確保護人類和生態系統健康所需的國家水資源政策」者。最終，CETA 之文本也因而確實提及締約國有保護和保存其天然水資源的明確權利³⁵⁷。同理，若人權影響評估協議已認定某部門可能要進行監管改革以確保人權之保障時，仲裁庭在解釋投資人對監管穩定性之合理期待時，便得將人權影響評估協議納入考量。例如「歐盟—緬甸 BIT」之人權影響評估協議即指出，有必要在緬甸建立一個明確的土地監管框架，以防止發生可能與外國投資有關的迫遷、生計喪失、和

³⁵⁵ *Austrian Airlines v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Award, ¶ 137 (Oct. 9, 2009), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0048_0.pdf.

³⁵⁶ VCLT, art. 31(3)(a)(b), (“There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation.”).

³⁵⁷ CETA, art. 1.9(2), (“Each Party has the right to protect and preserve its natural water resources. Nothing in this Agreement obliges a Party to permit the commercial use of water for any purpose, including its withdrawal, extraction or diversion for export in bulk.”).

掠奪土地³⁵⁸。如此一來，一旦緬甸之土地政策有所改變而發生投資人訴緬甸之投資爭端，該人權影響評估協議或可成為削弱投資人合理期待的因素之一。

三、具體實例

目前進行人權影響評估之國家仍屬於相對少數，原因可能出自保護人權不受外國投資的負面影響並非投資協定的主要目標和宗旨，相反的，投資協定的目的在於保護外國投資人的權利，藉由降低其商業風險吸引外國資本進入地主國。觀諸國際上採取人權影響評估之例子包含：歐盟執委會（European Commission）針對其貿易和投資條約進行了可持續性影響評估（sustainability impact assessment）³⁵⁹和事後影響評估（ex post impact assessment）³⁶⁰，其現行的方法則反映了2015年關於人權影響評估的指引方針³⁶¹。另一個例子是根據「加拿大和哥倫比亞間關於人權和自由貿易的年度報告協定」（the Agreement Concerning Annual Reports on Human Rights and Free Trade between Canada and Colombia）所為的事後人權影響評估，其要求當事方起草年度報告，以便在各自的立法機關中針對「加拿大—哥倫比亞自由貿易協定」之措施發表人權意見³⁶²。雖然各國皆得決定其自身的人權影響評估方法，但仍應考慮以下因素：明確提及人權義務的規範內容、將人權指標納入評估以及確保經充分適當的協商並符合平等和不歧視原

³⁵⁸ EUROPEAN COMMISSION, EUROPEAN COMMISSION SERVICES' POSITION PAPER ON THE SUSTAINABILITY IMPACT ASSESSMENT IN SUPPORT OF THE NEGOTIATIONS ON AN INVESTMENT PROTECTION AGREEMENT BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE REPUBLIC OF THE UNION OF MYANMAR 5 (2017).

³⁵⁹ *Sustainability Impact Assessments*, EUROPEAN COMMISSION, <https://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation/sustainability-impact-assessments/> (last updated June 14, 2021).

³⁶⁰ *Ex Post Evaluations*, EUROPEAN COMMISSION, <https://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation/ex-post-evaluations/> (last updated June 14, 2021).

³⁶¹ *Guidelines on the Analysis of Human Rights Impacts in Impact Assessments for Trade-related Policy Initiatives*, EUROPEAN COMMISSION, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153591.pdf

³⁶² Agreement Concerning Annual Reports on Human Rights and Free Trade Between Canada and the Republic of Colombia, art. 1, available at <https://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105278>.

則³⁶³。

四、未來發展

由於某些外國投資開始對人權帶來負面影響，部分利益團體可能會對國家施予實施人權影響評估的壓力。但國家目前仍沒有必須執行人權影響評估的義務，故此程序之缺漏並不會破壞貿易或投資協定的有效性。確保人權影響評估能有效發揮作用的方法包括：在主要利害關係人中廣為宣傳、與公司代表進行對話、向各種區域性或國家及國際機關提交該報告、以及與當地社區建立訓練工作坊³⁶⁴。惟人權影響評估仍有侷限性，無法一夜之間就帶來改變且其在投資仲裁中的作用尚未完全確立，目前亦缺少一標準化的方法論，現有評估似乎在範圍和深度上都不盡相同，各國針對人權影響評估協議中的建議亦採取不同作法。儘管如此，人權影響評估協議仍反映了一種新興的型態，未來有機會成為一種普遍存在的慣習。隨著人權影響評估協議逐漸發展成熟，可望在投資人與地主國間的仲裁中發揮更重要的效用，並在適當的情況下可以協助法庭審視投資保障與人權之間的複雜互動。

³⁶³ *Id.* Appendix, ¶ 5.

³⁶⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR HUMAN RIGHTS AND DEMOCRATIC DEVELOPMENT, *supra* note 347, at 6.

第六章 結論

外國投資對於自然資源之開發或建設時常涉及原住民之土地，進而衝擊到其文化權之存續。從過往涉及原住民權的投資仲裁案件看來，亦不乏肇因於投資標的位處原住民居住地的例子。在相關案件中，地主國可能援引原住民權作為投資協定下對非法徵收之抗辯，而投資人與地主國亦曾援引該權利作為 FET 及 FPS 義務之主張及抗辯。就本文之觀察，原住民權在國際投資制度法下所能發揮的效用似乎有其限制：其一，判斷是否構成非法徵收時，原住民權之效用時常受限於具體 BIT 之徵收條款之要件規定，例如地主國縱使通過公共利益要件之檢驗，亦未必符合徵收條款下的義務；其二，在投資仲裁中援引原住民權之國際人權文書往往會面臨到適用法的疑義，尤其《國際勞工組織第 169 號公約》雖然作為一個與原住民權最相關且具法律拘束力之檔，其締約國卻有限；又 UNDRIP 縱使受到多國認可，似不足以成為一國際習慣法，使得仲裁庭在適用上多有疑慮；其三，受限於管轄權條款的侷限性以及仲裁人的人權法背景不足，許多投資仲裁庭往往以欠缺管轄權為由拒絕審酌相關主張；其四、原住民之救濟途徑有限，在其不具投資人身分且地主國亦未援引相關權利時，縱使原住民欲以法庭之友的身分參與仲裁程序，仍有遭仲裁庭拒絕之可能。

惟隨著人權意識的高漲，本文也發現仲裁界逐漸出現更加保障原住民權的聲浪，對人權保障之衡平已愈趨重視，不失為投資仲裁下爭端解決程序之一大進展。如 *Bear Creek v. Peru* 的部分不同意見書即依《國際勞工組織第 169 號公約》來評估投資人對當地居民造成的影響，且認為儘管該公約僅對國家而非外國企業施加直接義務，卻不代表對私營企業毫無意義或法律效力。此外，其也提到應就源於人權保障之考量所為之徵收給予減低其損害賠償金額的意見。觀察本文所列之指標性案件，或可確定的是倘若將來發生涉及原住民土地之投資開發，取得原住民社群之「社會許可」對於徵收之判斷將至關重要，一方面得體現出對於原住

民之事先知情同意權的尊重，也得彰顯投資人的盡職調查義務。

本文就涉及原住民權所援引的案件皆具有經締結之 BIT 或自由貿易協定，則何以仲裁判斷之結果似乎仍彰顯出投資人、地主國與原住民處於權利不對等之情況？對此，本文認為縱使仲裁庭現今已願意加以審酌人權爭議，若干失衡之現象主要係肇因於國際投資法與國際人權法調和不易所致，因（一）兩體制的本質不論在發展背景或程序面皆有差異，且對亟需外資以促進經濟成長的地主國而言，殊難想像其於締約當時會考量到保障投資人權益以外之顧慮；（二）仲裁機制導致不具人權法專業的仲裁人可能傾向拒絕審理人權爭議，又投資人與地主國之權利義務高度不對等，使得投資人所享權利更甚應負義務；以及（三）既有之投資協定對人權保障條款不夠堅實，雖然仍透過前言、規制權之保留、一般例外等條款加以規範，但對人權之保障並不存有較具體明確的模式，所能發揮之效用有限。

現行國際投資法制度對於「在全球資本市場中嵌入支持健全人權政策的價值和做法」究竟是發揮了積極還是消極的作用？本文雖認為現況下仍有一段路要走，卻也對於晚近投資仲裁庭逐漸願意對人權爭議開啟大門給予肯認。從實務上的範例看來，仲裁庭未來除了得透過 VCLT 第 31 條引入人權法之規範外，似仍可以從解釋論的方式將人權法用以解釋 FET 下的「合理期待」內涵，提高兩者相參照應用的可能性。又除了解釋論之方法，似乎僅能從立法面著手，透過修訂仲裁人選任之標準、從寬認定法庭之友的資格及提高透明化程度作為改革 ISDS 的手段。抑或藉闡明傳統 BITs 條款之內涵、載明具體的國際人權標準、增列 CSR 或文化例外條款等來強化投資協定之規範。更甚者則得參照環境影響評估協議之作法，締結人權影響評估協議，以在爭端發生時協助法庭援引相關之人權法規。

綜合以上，本文認為縱使 BITs 設立之初的目的係追求雙邊經濟的發展，隨著投資保障與人權的價值衝突逐漸浮現，為了避免在追求外人投資的同時偏廢人權，BITs 的修訂有其必要。至於實務上的可行性，本文認為對開發中國家的誘

因在於得避免投資人濫用其地位而損及其境內人民之權利，也得據此類條款用作爭訟時的抗辯，惟如此一來亦須考量到此類 BITs 將可能導致企業選擇將公司登記在他國以規避承擔人權義務之責任，故規範尺度之拿捏仍為一門藝術。目前我國所簽署的 BIT 及含有投資專章的自由貿易協定/經濟夥伴協定共計 32 個³⁶⁵，盼日後能在相關投資規範中注入更多人權保障之精神，以約束企業必須遵循人權規範的義務與責任，讓國際投資協定在保護和促進人權的國家義務方面產生支持和約束作用。期待投資人或地主國未來皆能於投資仲裁的場域中繼續提出人權問題，實現得在管轄權抗辯中援引人權軟法，並以此替違反 FET 等原則的指控做出實質辯護。



³⁶⁵ *Investment Policy Hub: Taiwan Province of China*, UNCTAD, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/205/taiwan-province-of-china> (last visited June 14, 2021).

附錄

South American Silver Limited v. Bolivia			
	投資人	地主國	仲裁庭
適用法	<ul style="list-style-type: none"> 「玻利維亞—英國BIT」 不應將非國際習慣法或一般法律原則的該些文書視作VCLT第31.3 (c)條下的適當規則 玻利維亞未能證明保護人權和原住民權之規則具有優先適用的地位 	<ul style="list-style-type: none"> 依VCLT第31.3 (c)考量國際人權條約 美洲人權公約、UNDRIP、OECD多國籍企業指導綱領... 	<ul style="list-style-type: none"> VCLT第31.3 (c)應謹慎使用 玻利維亞未能證明其所援引之該些文書構成國際習慣法 玻利維亞或英國並非該些人權條約的締約國 玻利維亞未解釋這些規則與系爭BIT的衝突之處，以及為什麼這些規則應優先適用
徵收條款	<ul style="list-style-type: none"> 地主國未符合BIT下的3要素：(a) 出於與該締約方內部需求有關的公共目的和社會利益而進行的徵收；(b) 符合正當程序進行，以及(c) 提出合理有效的賠償 	<ul style="list-style-type: none"> 已符合3要素，未違反徵收條款 援引原住民權作為必要性抗辯 	<ul style="list-style-type: none"> BIT規定的賠償義務未獲得滿足，地主國不符合BIT第5條下的規定 玻利維亞的必要性抗辯並非旨在排除國家的賠償義務
FET條款	<ul style="list-style-type: none"> 玻利維亞未能保護SAS的合理期待，且未能確保SAS之投資受到穩定的法律和商業環境所保障 玻利維亞未能以善意的態度與透明可預測的方式行事 	<ul style="list-style-type: none"> 投資人應認知到倘若其不尊重原住民族群，玻利維亞政府將依國內法與國際法的規定採取相應行動，因此未損及投資人之合理期待 	<ul style="list-style-type: none"> 投資人須將地主國的社會、文化和經濟環境等因素納入考量 FET義務並不意味著放棄其基於公共利益或為了適應新變化和需求所得行使的監管權 投資人已受有顧問警告卻助長衝突的產生
FPS條款	<ul style="list-style-type: none"> 地主國未採取即時的必要保護 地主國給予示威領導人豁免權 	/	<ul style="list-style-type: none"> 止息紛爭的效率不佳不足以構成FPS義務的違反 軍事化未必有助解決衝突 豁免原住民領導人是利益折衝後的選擇與讓步

(表一) 地主國以保護原住民權利為抗辯

Grand River v. USA			
	投資人	地主國	仲裁庭
徵收條款	<ul style="list-style-type: none"> 作為北美原住民享有不受州法監管的合理期待 	<ul style="list-style-type: none"> 否認投資人可以合理預期其活動完全不受州法監管。 	<ul style="list-style-type: none"> 無權在NAFTA框架下判斷投資人基於國內法所主張的豁免權是否正確 通常NAFTA所保障的合理或合法期待是指透過締約國明示或暗示下，就有針對性的陳述或保證所生的期望 菸草製品歷來都是各州密切和廣泛管制的對象，因此投資人不應期待能在不受州法規定的情況下從事相關貿易
FET條款	<ul style="list-style-type: none"> 未經過事前協商並取得其同意的程序，剝奪了原住民投資人的傳統、生計與市場 援引原住民權之相關公約與宣言 	<ul style="list-style-type: none"> UNDRIP並非國際習慣法 	<ul style="list-style-type: none"> 依NAFTA第1105條所定的FET標準，保護外國投資人之投資的習慣法並不包括「根據其他法源可能得對投資人提供的法律保障」 對NAFTA外之主張欠缺管轄權

(表二) 投資人兼有原住民身分主張原住民權利

Brar Creek v. Peru	
法庭之友的書面意見	仲裁庭
<ul style="list-style-type: none"> • 事實面：系爭開採計畫建立在Aymara族群之定居地，是該族群從事農業、小規模漁業和畜牧業的所在之處，將對社會、文化和環境的造成影響。 • 法律面：提及人權法與企業社會責任。原住民享有自由知情的事先諮詢權利。企業有責任尊重人權與盡職調查義務，以獲取當地的同意與經營許可。 	<ul style="list-style-type: none"> • 系爭措施滿足「秘魯-加拿大BIT」下之間接徵收要素，故秘魯未能正當化撤銷第83號法令的措施，構成間接徵收。 • 多數意見認為法律上並未規定投資人須取得經營其投資的社會許可。 • 有部分不同意見書。

(表三) 以法庭之友身分主張原住民權利



參考文獻

中文參考資料

官大偉，「原住民」到「原住民族」——從臺北市政府原住民事務委員會更名為臺北市政府原住民族事務委員會談起，原住民族教育情報誌，43期，頁72，73（2012年）。

英文參考資料

書籍

García González Luis, *The Role of Human Rights in International Investment Law*, in *THE FUTURE OF ICSID AND THE PLACE OF INVESTMENT TREATIES IN INTERNATIONAL LAW* 29 (N Jansen Calamita eds., 2013).

Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, in *HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION* 357-358 (P-Dupuy eds., 2009).

Kulick Andreas, *Human Rights and Investment—Friends or Foes?*, in *GLOBAL PUBLIC INTEREST IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 304 (Andreas Kulick ed., 2012).

MUCHLINSKI P. ET AL., *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 16 (2008).

PETERSON ERIC LUKE, *HUMAN RIGHTS AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES: MAPPING THE ROLE OF HUMAN RIGHTS LAW WITHIN INVESTOR-STATE ARBITRATION* 37 (2009).

Pulitano Elvira, *Indigenous Rights and International Law: An Introduction*, in *INDIGENOUS RIGHTS IN THE AGE OF THE UN DECLARATION* 25 (Elvira Pulitano ed., 2012).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, TAKING OF PROPERTY 26-31 (2000).

Vadi Valentina, *The Protection of Indigenous Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, in *THE INHERENT RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW* 208 (Antonietta Di Blase and Valentina Vadi eds., 2020).

Waincymer J., *Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation*, in *HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION* 309 (P-M Dupuy eds., 2009).

Watson I. and S. Venne, *Talking Up Indigenous Peoples' Original Intent in a Space Dominated by State Interventions*, in *INDIGENOUS RIGHTS IN THE AGE OF THE UN DECLARATION* 87, 96, 106 (E. Pulitano ed., 2012).

Weiler TJ Grierson and IA Laird, *Standards of Treatment*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 272-290 (P Muchlinski, eds., 2008).

ZACHARY DOUGLAS, JOOST PAUWELYN, AND JORGE E. VIÑUALES, *THE FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: BRIDGING THEORY INTO PRACTICE* 156 (2014).

仲裁案件

Azurix Corp. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (July 14, 2006), icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C5/DC507_En.pdf.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (July 14, 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Award (Nov. 30, 2017),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf>.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, ¶ 10 (Nov. 30, 2017), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10107.pdf>.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Procedural Order No 2, ¶ 64 (Apr. 19, 2015), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4332.pdf>.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Procedural Order No. 5 (July 21, 2016), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7447.pdf>.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Non-disputing Party Written Submission of DHUMA and Dr. Carlos Lopez, at 2, 3 (June 9, 2016), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7517.pdf>.

Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, ¶¶ 453-454 (July 28, 2015), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, (July 24, 2008), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>.

Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, ¶¶ 26, 53 (June 2, 2010),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0106.pdf>.

Cayuga Indians (Great Britain) v. United States, 6 REV. INT'L ARBITRAL AWARDS 173, 176 (1926) (providing that “Indian tribe is not a legal unit of international law.”).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (Nov. 21, 2000), icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C159/DC548_En.pdf.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award (Feb. 17, 2000), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>.

Grand River Enter. Six Nations, Ltd. v. United States of America, Counter-Memorial, at 160 (Dec. 22, 2008), <https://jusmundi.com/en/document/pdf/other/en-grand-river-enterprises-six-nations-ltd-et-al-v-united-states-of-america-respondents-counter-memorial-on-the-merits-mond-ay-22nd-december-2008>.

Grand River Enter. Six Nations, Ltd. v. United States of America, Particularized Statement of Claim, ¶¶ 62-69 (June 30, 2005), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8883_0.pdf.

Grand River Enter. Six Nations, Ltd. v. United States of America, Statement of Claimants' Claims Arising from Allocable Share Amendments, at 1 (Nov. 6, 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8903.pdf>.

John R. Andre v. Government of Canada, Notice of Intent, ¶¶ 35, 51 (Mar. 19,

2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6335.pdf>.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Inter-Am. Ct. Hum. Rts. (Ser. C) Case No. 79, ¶ 103(k) (Judgment of Aug. 31, 2001), *available at* http://www.corteidh.or.cr/seriecing/serie_c_79_ing.doc.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, ¶¶ 103, 111 (Aug. 30, 2000), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.

Occidental Exploration and Production Co v Ecuador (Occidental), LCIA Case No. UN2467, Award, ¶ 177. (July 1, 2004), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.

Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (July 8, 2016), icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1000/DC9012_En.pdf.

Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Award (Aug. 4, 2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award, ¶ 162 (Nov. 13, 2000), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, ¶ 255 (Mar. 17, 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

Siemens A.G. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, ¶

346 (Jan. 17, 2007),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>.

South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Award (Nov. 22, 2018) *available at*

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10361.pdf>.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (May 20, 1992),

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Award (Apr. 9, 2015),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>.

The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, ¶ 170 (May 6, 2013),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>.

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, ¶154 (Sept. 21, 2009),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0869.pdf>.

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits (May 24, 2007),

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0885.pdf>.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentina Republic, Award, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, ¶

34 (Dec. 8, 2016),

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf.

研究報告

CORDES KAITLIN Y. ET AL., LEGAL FRAMEWORKS & FOREIGN INVESTMENT: A PRIMER ON GOVERNMENTS' OBLIGATIONS 9 (2019),
https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=sustainable_investment_staffpubs.

EUROPEAN COMMISSION, EUROPEAN COMMISSION SERVICES' POSITION PAPER ON THE SUSTAINABILITY IMPACT ASSESSMENT IN SUPPORT OF THE NEGOTIATIONS ON AN INVESTMENT PROTECTION AGREEMENT BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE REPUBLIC OF THE UNION OF MYANMAR 5 (2017).

GAUKRODGER DAVID AND KATHRYN GORDON, OECD, INVESTOR STATE DISPUTE SETTLEMENT: A SCOPING PAPER FOR THE INVESTMENT POLICY COMMUNITY 64 (2012).

GILBERT JÉRÉMIE, LAND GRABBING, INVESTMENTS & INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS TO LAND AND NATURAL RESOURCES: CASE STUDIES AND LEGAL ANALYSIS 40 (2017),
<https://iwgia.org/images/publications/new-publications/land-grabbing-indigenous-peoples-rights.compressed.pdf>.

GORDON KATHRYN, JOACHIM POHL AND MARIE BOUCHARD, OECD, INVESTMENT TREATY LAW, SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT: A FACT FINDING SURVEY 3, 5 (2014).

INTERNATIONAL CENTRE FOR HUMAN RIGHTS AND DEMOCRATIC DEVELOPMENT, GETTING IT RIGHT: A STEP BY STEP GUIDE TO ASSESS THE IMPACT OF FOREIGN INVESTMENTS ON HUMAN RIGHTS 2 (2008).

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, EXHAUSTION OF

LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 5 (2017),
<https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>.

MANN HOWARD, INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: KEY ISSUES AND OPPORTUNITIES 9 (2008),
https://www.iisd.org/system/files/publications/iaa_business_human_rights.pdf.

MARC JACOB, INEF, INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS AND HUMAN RIGHTS 26 (2010).

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, HUMAN RIGHTS: A BASIC HANDBOOK FOR UN STAFF 5 (2001)
<https://ohchr.org/Documents/Publications/HRhandbooken.pdf>.

OMWOYO BRIAN ASA, A CRITICAL EVALUATION OF THE REGIME FOR PROTECTION OF INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS UNDER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 9 (2014), available at <https://reurl.cc/kV8YXn>.

PETERSON LUKE ERIC AND KEVIN R. GRAY, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN BILATERAL INVESTMENT TREATIES AND IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION 30 (2003),
https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_int_human_rights_bits.pdf.

PETERSON LUKE ERIC, RESEARCH NOTE: EMERGING BILATERAL INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2003),
https://www.iisd.org/system/files/publications/trade_bits_disputes.pdf?q=sites/default/files/publications/trade_bits_disputes.pdf.

UNCTAD, THE CHANGING IIA LANDSCAPE: NEW TREATIES AND RECENT POLICY DEVELOPMENTS, 3 (2020),
<https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d4.pdf>.

UNCTAD, WORLD INVESTMENT REPORT 2020 Xii (2020), available at
https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_en.pdf.

聯合國文件

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, UN Doc. CEDAW/C/COL/CO/6, ¶ 29.

Committee on the Rights of the Child, UN Doc. CEDAW/C/PHI/CO/6, ¶ 26 (Aug. 25, 2006).

Committee on the Rights of the Child, UN Doc. CRC/C/15/Add.232, ¶ 48 (June 30, 2004).

Economic and Social Council, UN Doc E/C.12/GC/24, ¶ 13 (Aug. 10, 2017).

G.A. Res. A/RES/61/295, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, arts. 3, 4, 6, 14, 16 (Sept. 13, 2007).

G.A. Res. A/RES/64/223, ¶ 14 (Mar. 25, 2010).

Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/19/59/Add.5 (Dec. 19, 2011).

Report of the UN Sub-Commission on Prevention on Discrimination and Protection of Minorities, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/1986 (1986).

U.N. Secretary-General, *Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the Rights of Indigenous Peoples on the Impact of International Investment and Free Trade on the Human Rights of Indigenous Peoples*, ¶ 20, U.N. Doc. A/70/301 (Aug. 7, 2015).

United Nations Conference on Trade and Development, *Selected Developments in IIA Arbitration and Human Rights*, at 12,
https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaeia20097_en.pdf.

條約

Convention (No. 169) Concerning Indigenous and Tribal People in Independent Countries, art. 1, 27 June 1989, 1650 U.N.T.S. 383 (entered into force 5 September 1991).

Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of The One Part, and the European Community and its Member States, of The Other Part, 2008 O.J. (L 289) 1938,
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22008A1030\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22008A1030(01)&from=EN).

ICSID Convention, Regulations and Rules, art. 37.2, Apr. 10, 2006, 575 UNTS 159,
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>.

U.S. Model BIT (2004), arts. 12, 13, available at
http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_066871.pdf.

UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, at 3, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html>.

UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, at 171, available at:

<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html>.

期刊

Aponte Lillian Miranda, *The Role of International Law in Intrastate Natural Resource Allocation: Sovereignty, Human Rights, and Peoples-based Development*, 45(3) VJTL 785, 828 (2012).

Bodea Cristina and Ye Fangjin, *Investor Rights Versus Human Rights: Do Bilateral Investment Treaties Tilt the Scale?*, 50(3) BR. J. POLIT. SCI. 955, 957 (2018).

Carpenter Kristen A. & Angela R. Riley, *Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights*, 102(1) CALIF. L. REV. 173, 177 (2014).

Christie G. C., *What Constitutes a Taking of Property Under International Law?* 38 B.Y.I.L. 307, 307-338 (1962).

Foster George K., *Investors, States, and Stakeholders: Power Asymmetries in International Investment and the Stabilizing Potential of Investment Treaties*, 17(2) LEWIS & CLARK L. REV. 361, 361-362 (2013).

Inter-American Commission on Human Rights, Indigenous and Tribal Peoples' Rights over Their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System, 35 AM. INDIAN L. REV. 263, 463 (2011).

Kastrup José Paulo, *The Internationalization of Indigenous Rights from the Environmental and Human Rights Perspective*, 32(1) TEX. INT'L L. J. 97, 98 (1997).

Kleinfeld Joshua, *The Double Life of International Law: Indigenous Peoples and Extractive Industries*, 129(6) HARV. L. REV. 1755, 1756 (2016).

Lenzerini Federico, *Sovereignty Revisited: International Law and Parallel*

Sovereignty of Indigenous Peoples, 42(1) TEX. INT'L L. J. 155, 165 (2007).

Mazel Odette, *The Evolution of Rights: Indigenous Peoples and International Law*, 13(1) AUSTL. INDIGENOUS L. REV 140,142 (2009).

McLachlan C., *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54(2) INT COMP LAW Q 279, 286 (2005).

McRae D., *International Economic Law and Public International Law: The Past and the Future* 17(3) J. INT'L. ECON. L. 627, 635 (2014).

Nowak Manfred, *The Need for a World Court of Human Rights*, 7(1) HUM. RTS. L. REV. 251, 252-254 (2007).

Peinhardt Clint et. al., *Delegating Differences: Bilateral Investment Treaties and Bargaining Over Dispute Resolution Provisions*, 54(1) INT. STUD. Q. 1, 1-26 (2010).

Simma Bruno, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, 60(3) CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS 573, 576. (2011).

Smelcer John D., *Using International Law More Effectively to Secure and Advance Indigenous Peoples' Rights: Towards Enforcement in U.S. and Australian Domestic Courts*, 15 PAC. RIM L. & POL'Y J. 301, 306 (2006).

Sornarajah,
M. , *The Clash of Globalizations and the International Law of Foreign Investment: The Simon Reisman Lecture in International Trade Policy*, 10(2) CAN. FOREIGN POLICY J. 1, 2-10 (2003).

The Double Life of International Law: Indigenous Peoples and Extractive Industries, 129(6) HARV. L. REV. 1755 (2016).

Thompson Alexander et. al., *When Do States Renegotiate Investment*

Agreements?, 13(1) REV. INT. ORGAN. 25, 25-48 (2018).

Ursula Kriebaum, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, 8(5) THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT AND TRADE 717, 717-744 (2007).

Vadi Valentina, *Heritage, Power, and Destiny: The Protection of Indigenous Heritage in International Investment Law and Arbitration*, 50(4) GEO. WASH. L. REV. 101, 143 (2018).

YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 307, 307-338 (1962).

PDF 文件

Leo, Benjamin, *Where are the BITs? How U.S. Bilateral Investment Treaties with Africa Can Promote Development* 3 (Aug. 2010),
https://www.cgdev.org/sites/default/files/1424333_file_Leo_BITs_FINAL.pdf.

網站

About ECCHR, ECCHR, <https://www.ecchr.eu/en/about-us/> (last visited June 14, 2021).

About Indigenous Peoples and Human Rights, UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER,
<https://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/Pages/AboutIndigenousPeoples.aspx> (last visited June 14, 2021).

Ex Post Evaluations, EUROPEAN COMMISSION,
<https://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation/ex-post-evaluations/> (last updated June 14, 2021).

Guidelines on the Analysis of Human Rights Impacts in Impact Assessments for

Trade-related Policy Initiatives, EUROPEAN COMMISSION,
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153591.pdf

How to Incorporate Human Rights Obligations in Bilateral Investment Treaties?,
IISD (Mar. 22, 2013),
<https://www.iisd.org/itn/en/2013/03/22/how-to-incorporate-human-rights-obligations-in-bilateral-investment-treaties/>.

Human Rights Day 10 December 2010: Statement by the UN High Commissioner for Human Rights, Navi Pillay, UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, Human Rights Day 10 December 2010: Statement by the UN High Commissioner for Human Rights, Navi Pillay (ohchr.org) (last visited June 14, 2021).

Human Rights, UNITED NATIONS,
<https://www.un.org/en/global-issues/human-rights> (last visited June 14, 2021).

Investment Policy Hub: Taiwan Province of China, UNCTAD,
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/205/taiwan-province-of-china> (last visited June 14, 2021).

John R. Andre v. Government of Canada, ITALAW,
<https://www.italaw.com/cases/3377> (last visited June 14, 2021).

Non-Disputing Party Submission - ICSID Convention Arbitration, ICSID,
<https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/ndp> (last visited June 14, 2021).

Provost Claire and Matt Kennard, *UK Investment Treaty with Colombia*

Threatens Fragile Peace Process, THE GUARDIAN (July 9, 2014),
<https://www.theguardian.com/global-development/2014/jul/09/uk-investment-treaty-colombia-human-rights>.

Shah Anup, *Rights of Indigenous People*, GLOBAL ISSUES (Oct. 16, 2010),
<https://www.globalissues.org/article/693/rights-of-indigenous-people#IndigenousPeoplesStruggleAroundTheWorld>.

Sustainability Impact Assessments, EUROPEAN COMMISSION,
<https://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation/sustainability-impact-assessments/> (last updated June 14, 2021).

Top Ten Business and Human Rights, INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS AND BUSINESS, <https://www.ihrb.org/library/top-10/top-ten-issues-in-2012> (last visited June 14, 2021).

Who We Are: The World's Largest Corporate Sustainability Initiative, UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc> (last visited June 14, 2021).

World Bank Operational Directive 4.20 Paragraph, MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL,
<https://minorityrights.org/law-and-legal-cases/world-bank-operational-directive-4-20-paragraph-2/> (last visited June 14, 2021).