

投資人與地主國間爭端解決機制之反思

李宜芳

如火如荼進行中的貿易談判，如美國歐盟跨太平洋自由貿易夥伴協定 (Transatlantic Trade and Investment Partnership)、加拿大歐盟全面性經濟與貿易協定 (Comprehensive Economic and Trade Agreement, 下簡稱 CETA)、跨太平洋夥伴協議 (Trans Pacific Partnership, TPP) 等之中，皆可以觀察到各方對於投資人與地主國間爭端解決機制 (Investor-State Dispute Settlement, 下簡稱 ISDS) 的討論。除此之外，過去曾經引發爭議的菸品包裝訴訟，亦與 ISDS 有所關連¹。執此足見 ISDS 已是現行國際投資法下不可忽視之重要議題。本文首先針對 ISDS 進行介紹，復提出現行 ISDS 執行的影響分析，最後以評估各國是否繼續採用 ISDS 作為代結論。

投資人與地主國間 ISDS 之介紹

在經濟邁向全球化的現代，投資人赴外國投資的比例逐年升高。當外國投資人於地主國進行投資計畫時，有可能面臨商業與非商業性的風險，其中如國有化及徵收等非商業性風險更是潛在的重大威脅，國際投資爭端也因而產生，並亦隨著國際投資金額的增加而有逐年上升的趨勢。此時，建立有效的爭端解決機制便成為國際投資法的重要任務²。

國際投資爭端解決機制，一般可分為政治途徑解決或訴諸法律救濟，前者如談判、諮商或外交保護，後者如地主國國內司法途徑、以及國際仲裁³。而就投資紛爭解決機制而言，可依紛爭解決的主體，分為投資協定締約國雙方間爭議 (State-State) 以及投資人與地主國 (Investor-State) 爭議，大多數的雙邊投資協定 (Bilateral Investment Treaty) 當中皆包含此二種爭端解決程序⁴。

本文將聚焦於投資人與地主國間 ISDS 之介紹與分析，此一機制賦予投資人提付仲裁之發動權，允許投資人能直接以地主國為另一方當事人，將投資爭端交付仲裁，首見於北美自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement, 下稱 NAFTA)。值得注意的是，在國際法上，允許私人得不考慮母國之意見，能夠以

¹ Gillard Government Trade Policy Statement, Publications, AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE, Apr. 2011, available at <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html#invest-or-state> (last visited Apr. 24, 2013).

² 李貴英，國際投資法專論國際投資爭端之解決，頁 8，2004 年。

³ 同上註，頁 10。

⁴ 經濟部投資業務處，國際投資協定分析釋義，頁 222，2012 年。

自己為主體直接挑戰主權國家的國家行為並於獲勝後要求賠償的情形並不多見⁵。也由於此類機制多以投資協定為本，將爭端的本質由私人商業、契約糾紛轉化為國際法層次的問題，在爭端解決上亦應採與一般商業糾紛不同的措施與手段⁶。

一般認為，中立的仲裁庭較國內法院公平、公正，並較獲得投資人之信任⁷，且各國法規對於外國投資人投資規範亦各不相同，循國內司法救濟途徑救濟，結果難以預測，對於外國投資人而言此救濟方式未必妥適⁸。且就適用法的角度而言，由於締約國憲法賦予國際條約的效力未必相同，國內法院可能以雙邊投資協定於國內法體系中不具直接效力而不予適用，對投資人而言相當不利⁹。若統一將紛爭於仲裁庭解決，一方面能直接適用雙邊投資協定¹⁰，另一方面能透過案件的積累，使投資人對於爭端解決結果的預期度提升、透過仲裁判斷中對於投資協定的解析而增加對於投資法規的了解，進而增進對於投資人權利的保障¹¹。此外，相較於外交保護，投資人之母國的支持度可能因投資人之企業規模、遊說能力而有所不同，投資母國所採取之對外政策與投資人之利益未必一致，且投資人多無力影響談判¹²，對於投資人利益之保障略嫌不足。綜前所述，若能夠借重 ISDS，使投資人擁有直接提付仲裁之權利，似能加強投資人權益之保障，以避免資金外流、促進投資進而達成經濟成長之目的¹³。

投資人與地主國間 ISDS 之影響分析

然而，在 ISDS 實際執行多年之後，許多問題逐漸浮出檯面，也成為各界關注的焦點，更是造成目前許多國際貿易與投資談判停滯不前之原因。

首先被提出來批評的是 ISDS 所帶來的經濟效益被過於誇大。歐盟於 2011 年針對 CETA 的永續性影響評估報告 (sustainability impact assessment, 下稱「評估報告」) 當中即以 NAFTA 當中 ISDS 對於加拿大的影響為例，認為使投資金額增加的因素眾多，亦無法得出 ISDS 會造成投資額、經濟效益增加的直接結論¹⁴。該報告同時也指出，設置 ISDS 所增加的法律成本支出相較於總投資金額的增加是相對小的。地主國因 ISDS 所增加的支出，一般認為包含了可能需要付出的高

⁵ Jeswald W. Salacuse, *Is there a better way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*, 31 FORDHAM INT'L L.J. 138, 144 (2007).

⁶ *Id.* at 140.

⁷ M. SORNARAJAH, *THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT* 217 (3d ed. 2010).

⁸ 前揭註 2，頁 251。

⁹ 同上註。

¹⁰ 前揭註 2，頁 252。

¹¹ *Supra* note 5, at 152-153.

¹² 前揭註 2，頁 252。

¹³ EUROPEAN COMMISSION, *A TRADE SIA RELATING TO THE NEGOTIATION OF A COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT (CETA) BETWEEN THE EU AND CANADA FINAL REPORT* 347, available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/september/tradoc_148201.pdf (last visited Apr. 24, 2013).

¹⁴ *Id.* at 364.

額賠償金、進行仲裁所需付出的直接或間接支出、與敗訴後投資者可能要求地主國政府修改公共利益法規所可能形成額外的政策成本，此類支出逐漸成為各國財政負擔，甚或造成財政困難，對於開發中國家影響尤甚¹⁵。此外，亦有看法指出直接訴諸仲裁的爭端解決方式反而容易使投資人與地主國關係破裂，不利長期的發展¹⁶。申言之，當投資爭端浮現並提付仲裁時易引發各界關注，在投資人方易形成對地主國投資環境的不信任，在地主國方則因易因可能隨之而來的高額費用負擔、政策爭議等，反而使國內對於投資自由化卻步，整體而言不利於投資的促進¹⁷。

接著，在仲裁庭的組成與運作方面，亦招來許多批評。就爭端解決的本質而言，有認為國際投資糾紛的本質是私人企業利益與公共利益的平衡，而此權衡的工作本應為各地主國國內憲法賦予法庭的權力，不應由仲裁庭取代¹⁸。部分的仲裁庭甚至可以發出禁制令停止地主國國內判決的執行，被認為侵害地主國憲法權力分立的精神¹⁹，並且在司法成熟的已開發國家，投資人依國內救濟程序亦可獲得充分保障²⁰。而就程序方面，現行的商業仲裁多具有機密性，第三方、利益團體並無法對切身相關的主題表示意見²¹，且由於部分仲裁判斷與和解協定亦不對外公開，仲裁庭因而在程序參與、獨立性、公平、透明度與公正度等方面飽受質疑²²。此外，在仲裁庭的實質審理層面，有認為仲裁庭在計算賠償額時，只考慮市場價值，而未能將公共利益、政策考量、整體經濟環境的變化等納入考慮，未必妥適²³。而就外國投資人提付仲裁的發動權而言，曾有地主國政府認為此權限係本國投資人所無，似為對外國投資人的過度保障，在投資權利的保護上並不公平²⁴。

在所有對於 ISDS 的批評與檢討之中，最受矚目的便是 ISDS 可能帶來的侵

¹⁵ *Supra* note 5, at 145-146.

¹⁶ 顏慧欣，國際投資協定之發展與前景，中華經濟研究院台灣 WTO 中心，2009 年 9 月 24 日，網址：http://www.wto.org.tw/SmartKMS/do/www/readDoc?document_id=101913 (最後瀏覽日：2013 年 4 月 23 日)。

¹⁷ *Supra* note 5, at 146.

¹⁸ Margaret B. Devaney, *Remedies in Investor-State Arbitration: A Public Interest Perspective*, *Investment Treaty News*, INTERNATIONAL INSTITUTE OF SUBSTANTIAL DEVELOPMENT, Mar. 22, 2013, available at <http://www.iisd.org/itn/2013/03/22/remedies-in-investor-state-arbitration-a-public-interest-perspective> (last visited Apr. 24, 2013).

¹⁹ *An Open Letter from U.S. State Legislators to Negotiators of the Trans Pacific Partnership Urging the Rejection of Investor-State Dispute Settlement*, PUBLIC CITIZEN, July 5, 2012, available at <http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-Letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf> (last visited Apr. 24, 2013).

²⁰ *Supra* note 13, at 349.

²¹ Stephen J. Byrnes, *Balancing Investor Rights and Environmental Protection in Investor-State Dispute Settlement Under CAFTA: Lesson From the NAFTA Legitimacy Crisis*, 8 U.C. DAVIS BUS. L.J. 103, 8. (2007).

²² *Supra* note 13, at 387.

²³ *Supra* note 18.

²⁴ *Supra* note 1.

害政府法規制定權限，以及伴隨而來的寒蟬效應 (chill effect)。ISDS 制定之後，地主國政府制定社會福利、環保法規時，有可能被外國投資人以侵害其投資權利為由交付仲裁，由於被控的賠償額通常十分龐大，地主國政府為了避免訟累與可能的賠償風險，即有可能選擇放棄制定此類法規，形成寒蟬效應²⁵，並且，此類效應所帶來的影響難以估計。雖然在前述的「評估報告」之中，針對檢察總長、國家級行政官員所進行的問卷調查之中，皆認為 ISDS 條款對於法規的制定並沒有負面影響，然而學者仍認為此調查結果低估了 ISDS 的影響²⁶。在「評估報告」當中，亦指出 2001 年 12 月加拿大即因私人企業的抗議而放棄制定菸草包裝標示之法案²⁷。以此觀之，ISDS 的制定極有可能間接造成社會福利的縮減²⁸、侵害政府政策制定的空間與自由²⁹、影響政府對於社會資本的安排³⁰等，而此類干預內政的效果也被部分團體認為係侵害該國的民主³¹以及剝奪政府本於主權管理領土內企業的權限³²。

而於法規寒蟬效應可能影響的範圍之中，ISDS 與環境法規、環境保護的衝突與案例則被廣為探討，例如加拿大在 NAFTA 下被訴案件當中，有高達四分之一皆與環保法規有關³³。這些案例大多可以分為兩類型，第一類係為爭取開發權利而提付仲裁，例如現正進行當中的 Bilcon 案，即係因加拿大拒絕其於 White Point Quarry 自然保護區的開發計畫³⁴。第二類型係為指控地主國政府環境法律上的限制或障礙，例如著名的 Metalclad 案，即係該公司認為墨西哥政府拒絕簽發廢料處理地點之許可，進而於國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes) 之下提起仲裁之要求，並獲得勝訴³⁵；或如 S.D. Mayer 案當中，該公司成功控訴了加拿大針對有毒廢棄物 PCB 的禁運令³⁶。在投資人勝訴的案件當中，由於原本基於環境保護考量所制定的法規多因此修改，因而使環境暴露於遭受破壞的風險之中，加以此類案件可能如前述所帶來的環保法規寒蟬效應、環保政策形成空間縮減等，ISDS 無異使環境保護受到空前的威脅，

²⁵ *Supra* note 13, at 375.

²⁶ *Supra* note 13, at 375.

²⁷ *Supra* note 13, at 377.

²⁸ *Supra* note 13, at 379.

²⁹ *Supra* note 13, at 381.

³⁰ *Supra* note 13, at 378.

³¹ *Transatlantic Statement Opposing Excessive Corporate Rights (Investor-State Dispute Settlement) in the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, TRADE JUSTICE NETWORK, Feb. 5, 2013, available at <http://tradejustice.ca/pdfs/Transatlantic%20Statement%20on%20Investor%20Rights%20in%20CETA.pdf> (last visited Apr. 24, 2013).

³² *Supra* note 5, at 141.

³³ *Supra* note 13, at 387.

³⁴ Bilcon 案全案發展可參考：http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1341 (最後瀏覽日：2013 年 4 月 23 日)。

³⁵ Metalclad 案全案發展可參考：http://www.naftalaw.org/disputes_mexico_metalclad.htm (最後瀏覽日：2013 年 4 月 23 日)。

³⁶ S.D. Mayer 案全案發展可參考：http://www.naftalaw.org/disputes_canada_sdmyers.htm (最後瀏覽日：2013 年 4 月 23 日)。

例如有見解具體認為加拿大在控制油砂產業溫室氣體的排放的政策可能會受到影響³⁷。從而，環境保護的考量係 ISDS 最受人詬病之處。

結語

觀諸各國於進行中的貿易與投資談判對於 ISDS 的立場，採取較為支持態度的似有歐盟³⁸、美國³⁹，相對而言，持保守態度的則為澳洲⁴⁰、紐西蘭⁴¹、印度⁴²與韓國⁴³，此分析對於是否納入 ISDS 亦可能因其貿易談判對象、協定本質而異。在如火如荼的貿易談判進行當中，國際投資爭端解決的機制亦會成為討論的焦點，於 1990 年代出現的 ISDS 是否將繼續沿用，抑或將由締約國間爭端解決機制取代，甚或將回歸由地主國國內司法程序解決投資爭端，有待進一步的觀察。

³⁷ *Supra* note 13, at 387.

³⁸ *EU Take On ISDS In Canada Talks Could Pose Hurdle for U.S.-EU Talks*, INSIDE U.S. TRADE, Mar. 14, 2013.

³⁹ *TPP Countries Face Legal Issues Over FTA Coexistence, Entry Into Force*, INSIDE U.S. TRADE, Mar. 14, 2013.

⁴⁰ *Australia May Be More Open To ISDS In TPP With Government Change*, INSIDE U.S. TRADE, Mar. 14, 2013.

⁴¹ *Trans-Pacific Partnership—Investor-State Dispute Provisions (Order Paper and Questions)*, *Parliamentary Business*, NEW ZEALAND PARLIAMENT, Feb. 20, 2013, available at http://www.parliament.nz/en-NZ/PB/Business/QOA/d/f/a/50HansQ_20130220_00000009-9-Trans-Pacific-Partnership-Investor-State.htm (last visited Apr. 24, 2013).

⁴² *India Places All BIT Talks On Hold, Pending Review Of Own Model Deal*, INSIDE U.S. TRADE, Jan. 31, 2013.

⁴³ *Korea Will Not Seek Renegotiation Of Investor-State In KORUS: Minister*, INSIDE U.S. TRADE, May 17, 2012.