

試論改善投資地主國爭端解決機制之方法

— 以 UNCTAD 的 Investment Policy Framework for Sustainable Development 為中心

李宜芳、莊亞婷

投資地主國間爭端解決機制 (Investor State Dispute Settlement, 以下簡稱 ISDS) 在國際投資法上一直是備受討論的議題, 常有侵害地主國立法權、環境、人權保護之批評¹, 且投資地主國爭端動輒涉及高額的賠償金, 讓許多財政吃緊的開發中國家更視之為畏途: 近年來經常遭受控訴的印度政府成立了專門機構來審核現存的雙邊投資協定, 並考慮重啟談判, 目的在於弱化、甚至移除 ISDS 條款²; 厄瓜多也採取相似作法, 於今 (2013) 年 10 月 5 日宣布成立專門的委員會來審視可能侵害國家利益的 26 個雙邊投資協定³; 經常受到歐洲採礦公司控訴的南非政府, 目前也在進行終結南非西班牙投資協定的程序⁴, 南非政府亦於今 (2013) 年 10 月 28 日、11 月 1 日宣布終結其與德國⁵、瑞士⁶的投資協定。今 (2013) 年 9 月底在厄瓜多所舉行的部長級高峰會, 拉丁美洲國家甚至群起抵制目前易興訟的 ISDS, 而鼓吹應以新的機制取而代之⁷, 由此可見開發中國家開始反對 ISDS 的浪潮。

¹ 李宜芳, 投資人與地主國爭端解決機制之反思, 政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊, 146 期, 網址: <http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no146/1.pdf> (最後瀏覽日: 2013 年 11 月 9 日)。

² Geoffrey S. Stewart, Baiju S. Vasani & Sylvia Tonna, *BIT Protection of Foreign Investments in Times of Volatile Currency, Slow Growth, and Political Uncertainty in India*, Jones Day Publications, JONES DAY, Oct. 2013, available at http://www.jonesday.com/BIT-Protection-of-Foreign-Investments-in-Times-of-Volatile-Currency-Slow-Growth-and-Political-Uncertainty-in-India-10-08-2013/?RSS=true#_edn17 (last visited Nov. 9, 2013).

³ Paula Hodges, Laurence Shore & Peter Godwin, *Ecuador to establish commission to audit bilateral investment treaties*, HERBERT SMITH FREEHILLS ARBITRATION NOTES, Oct 14, 2013, available at <http://hsf-arbitrationnotes.com/2013/10/14/ecuador-to-establish-commission-to-audit-bilateral-investment-treaties/> (last visited Nov. 9, 2013).

⁴ Carey L. Biron, *Latin American Countries Put Up Front Against Corporate Lawsuits*, MINT PRESS NEWS, Oct. 3, 2013, available at <http://www.mintpressnews.com/latin-american-countries-put-front-corporate-lawsuits/170030/> (last visited Nov. 9, 2013).

⁵ Carol Paton, *SA annuls bilateral investment treaty with Germany*, BUSINESS, BUSINESS DAY, Oct. 28, 2013, available at <http://www.bdlive.co.za/business/trade/2013/10/28/sa-annuls-bilateral-investment-treaty-with-germany> (last visited Nov. 9, 2013).

⁶ Rene Vollgraaff, *South Africa Cancels Investment Treaty With Switzerland*, BLOOMBERG BUSINESSWEEK, Nov. 1, 2013, available at <http://www.businessweek.com/news/2013-11-01/south-africa-cancels-investment-treaty-with-switzerland/> (last visited Nov. 9, 2013).

⁷ *Supra* note 4.

基此，本文將先試分析開發中國家反對 ISDS 之原因，並以聯合國貿易暨發展會議 (United Nations Conference on Trade and Development, 下簡稱 UNCTAD)⁸ 所提出之 Investment Policy Framework for Sustainable Development (下簡稱 IPFSD) 中所提出關於 ISDS 的建議為核心，以開發中國家之觀點，討論對於開發中國家而言，ISDS 可能之修正方向。

開發中國家與 ISDS

以開發中國家占多數的拉丁美洲為例，華盛頓智庫 Institute for Policy Studies 所發表的報告當中指出，拉丁美洲國家僅占國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 下簡稱 ICSID) 簽署國家數的百分之十四，然而卻在將近百分之四十七的案件當中成為被告⁹。究其原因，該報告認為許多的爭端來自於 2000 年阿根廷的財政危機，導致阿根廷政府必須採取如貨幣控制的緊急措施，侵害投資者之利益而成為被告。拉丁美洲的其他國家，因其政權更迭頻繁，候選人往往提出徵收開發自然資源的外國企業，以資助社會政策、紓解財政困境以博取選民支持之政見，實行後遭受被徵收之外國企業控訴。另一方面，隨著環保意識的抬頭、拉丁美洲國家政府也漸漸意識到 ISDS 所造成的限制，相似的狀況亦存在於其他開發中國家。此外，由於開發中國家的產業架構多係自然資源的開發，例如礦業、能源產業等，皆為資本、技術密集之產業，資本與技術為開發中國家所欠缺，開發中國家因此多以簽訂投資協定吸引外國企業投入、協力開發，甚至提供優惠的稅率以鼓勵外人投資。外國企業因開發中國家自然資源豐富、且環保、勞工等法規較為寬鬆，加以優惠之稅率，而樂於投資設廠，開發中國家因此經常成為地主國，面臨 ISDS 下的控訴，而 ISDS 下的天價賠償金額、訴訟費用等，對開發中國家原本脆弱的財政而言，也是一大威脅。因而，開發中國家間開始有了反對 ISDS 的浪潮。

然而，ISDS 條款的設計，即在於避免外國投資人須承擔部分國家的司法體制尚欠完備、立場偏袒地主國政府、訴訟程序效率不彰導致曠日廢時的風險¹⁰，使外國投資人得以尋求公正第三方作為爭端解決的場域。然前述情形於開發中國家當中所在多見。不過，開發中國家直接除去 ISDS 條款是否妥適，不無疑問，以下將介紹 UNCTAD 所提出之 IPFSD 當中，即對 ISDS 條款提供七項可能之立

⁸ UNCTAD 成立於 1964 年，旨在協助開發中國家與世界貿易接軌，同時也協助確保各國國內政策、國際間的行為皆能符合永續發展之宗旨。UNCTAD 主要作為一個專家、學者與各國意見交流的平台，同時也進行相關議題的研究工作、數據蒐集，並定期發表研究報告，同時也提供開發中國家所需的技術援助，並特別關注落後國家之發展。更進一步之說明可參考 UNCTAD 網站：<http://unctad.org/en/Pages/AboutUs.aspx>。(最後瀏覽日：2013 年 11 月 9 日)。

⁹ INSTITUTE FOR POLICY STUDIES, *Mining for Profits in International Tribunals-Lessons for the Trans-Pacific Partnership*, available at <http://www.ips-dc.org/files/6061/Mining%20for%20Profits%202013%20-%20ENGLISH.pdf>.

¹⁰ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development 56*, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6_en.pdf(last visited Nov. 9, 2013).

法建議，以下逐步說明。

IPFSD 之簡介

IPFSD 係由 UNCTAD 所作成，邀請專家學者、利益團體集思廣益，本於 UNCTAD 協助開發中國家發展之經驗而完成，希冀能作為各國訂立國內政策、國際投資協定時之參考，目標是強化投資協定中永續發展之面向，確保地主國擁有充足之立法空間、自由，並且關注現存投資協定中備受討論的議題，特別是 ISDS 之不足。IPFSD 主要可分為三大部分：第一，IPFSD 提出十一個核心原則，適用於國內政策、國際投資協定，旨在引導開發中國家能夠經營永續發展之投資協定。第二部分則是提供國內立法之建議，策略面主張應結合經濟發展與永續經營，規範面則強調須著眼於課稅、貿易、環保等面向。第三，則是國際投資協定的建議，提供多元的選項作為訂立投資協定之指引與選擇，內容包括了協定範圍、實體義務、爭端解決之程序等¹¹。以下將針對當中關於 ISDS 機制之建議進行說明，並輔以相關國家實踐的介紹，以作為開發中國家改善 ISDS 機制之參考。

IPFSD 中關於 ISDS 之建議與相關的國家實踐

IPFSD 當中，共提出七種 ISDS 可能之制度設計，本文將分別介紹如下。

第一，即係允許投資人可以透過 ISDS 機制提出任何與投資相關之爭端，而不作任何之限制。例如在國際投資爭端解決公約 (ICSID Convention, Regulation and Rules) 第 25 條之中，強調 ICSID 針對任何「投資」相關之爭端皆有管轄權¹²，亦未針對「投資」有明確之定義。或如捷克與柬埔寨的雙邊投資協定第八條，即規定任何與投資相關的爭端皆適用該協定的爭端解決程序¹³。馬來西亞與丹麥的雙邊投資協定當中，亦規範投資所衍生的爭端、或任何與投資有關聯的爭端皆可使用協定中的爭端解決程序¹⁴，較早期簽署之投資協定皆採用此類規範方式。

第二，則是針對爭端的類型進行限制，例如只能針對投資協定、投資契約或

¹¹ UNCTAD, Towards a New Generation of International Investment Policies: UNCTAD's Fresh Approach to Multilateral Investment Policy Making (Issue Note No. 5), July, 2013, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d6_en.pdf(last visited Nov. 9, 2013).

¹² ICSID Convention, Regulation and Rules, art.25 (1): "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. ..."

¹³ Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the Kingdom of Cambodia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, art. 8(1): "Any dispute which may arise between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of that other contracting party ..."

¹⁴ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Government of Malaysia for the Mutual Promotion and Protection of Investments, art. 10(1): "Each Contracting Party consents to submit and dispute that may arise out of or in relation to an investment made in its territory..."

開發執照相關的爭端，方能透過 ISDS 提付仲裁，或是允許地主國提出反訴 (counterclaim)。例如於馬來西亞與印尼的雙邊投資協定第 7 條的規定，僅能就地主國針對投資相關所承諾的義務違反、投資協定相關權利的侵害，方能以投資協定的爭端解決程序進行控訴¹⁵。或如美國與阿根廷的雙邊投資協定當中，即規定地主國與投資人間的協議違反、地主國作成的投資授權、投資協定下的義務違反，方能使用協定中的爭端解決機制¹⁶。而就地主國提起反訴¹⁷的容許性，目前仍存有爭議，於 *Roussalis V. Romania* 案當中，仲裁庭即認為雙邊投資協定僅規範國家的義務，並未就投資人有任何義務之規範，且仲裁庭僅得針對投資協定之爭議進行審理，是以地主國不得主張當地法之違反作為反訴。相反地，於 *Goetz v. Burundi* 案當中，仲裁庭則認為根據比利時蒲隆地 (Burundi) 的投資協定，仲裁庭有權審理任何授權投資相關的爭議、釋義，因而亦得審理國內法、國際法相關的義務違反，亦可透過此爭端程序進行解決，肯認地主國提起反訴之可能性¹⁸。

第三，即是採用訴訟外解決機制 (Alternative dispute resolution¹⁹，以下簡稱 ADR) 中的調解 (conciliation)²⁰ 或調停 (mediation)²¹ 作為替代管道。上述兩種程序，於定性上尚有不同說法，有謂調解員 (conciliator) 在過程中會比較積極的提供意見和評估審訊，調停員 (mediator) 則相對而言只居於協助者的角色，不會做出任何指引性的決定；亦有謂兩者在定性其實並無不同。無論如何，兩者最大的特點在於：同為第三人介入的程序，其較仲裁程序更簡便彈性，且花費成本小，能夠減輕當事人的負擔，但相對於仲裁判斷而言，沒有法律拘束力²²。

¹⁵ Agreement between Malaysia and the Government of the Republic of Indonesia for the Promotion and Protection of Investments, art.VII(1): “Any dispute arising between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party which involve: (i) an obligation entered into by that Contracting Party with the investors of the other Contracting Party regarding an investment by such investor; or (ii) an alleged breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment by such investor...”

¹⁶ Treaty between United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, art.VII(1): “For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.”

¹⁷ 例如地主國主張投資人違反投資契約當中的規定、投資人之行為不符合當地環境保護法規等。

¹⁸ Jean E. Kalicki, *Counterclaims by States in Investment Arbitration*, INVESTMENT TREATY NEWS, Jan. 2013, available at http://www.iisd.org/pdf/2013/iisd_itn_january_2013_en.pdf (last visited Nov. 9, 2013).

¹⁹ UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration 26*, available at http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf (last visited Nov. 9, 2013).

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor State Dispute Resolution*, 31 FORDHAM INT'L L.J. 138, 180 (2007).

目前從國際間的雙邊投資協定觀察，可看出採取 ADR 作為爭端解決程序之一的趨勢漸增，而規定方法有採用明示者，例如澳洲與印尼投資型定第 11 條當中，即可見調解作為爭端解決程序之選擇的規定。此外，亦有以概括方式規定者，例如美國土耳其的雙邊投資協定第六條即規定，雙方可以合意選擇第三方來進行不具有拘束力的爭端解決程序²³。此外，亦有聯合國貿易法委員會調解規則 (United Nations Commission for International Trade Law Conciliation Rules) 可作為程序中的準則²⁴。然而由於 ADR 制度本質上不具法拘束力，其作為替代仲裁或者獨立存在的爭端解決制度能發揮的功效有限，因此若採用 ADR 制度，應將其定位在輔助仲裁制度的角色，例如規定其作為仲裁的先程序，似較能有效解決 ISDS 的弊病。

第四，則是在程序面限制投資人發動 ISDS 的權利，例如要求投資人必須用盡當地救濟程序、禁止投資人再向其他爭端解決機構提出相同控訴的叉路條款 (fork-in-the-road clauses)、限制投資者僅能於侵害事件發生後幾年間提訴、僅能針對投資協定成立生效後的爭端提訴等等。如阿根廷與英國的雙邊投資協定第八條，即要求投資人須先向國內法院進行救濟，逾 18 個月未獲最終判決時、或最終判決後雙方仍有爭執時，方得據 ISDS 條款向仲裁庭提出控訴²⁵。或如中國與阿根廷的雙邊投資協定第八條即定有叉路條款，規定雙方選擇仲裁或國內救濟程序後，即為最終決定，不可再選擇其他爭端解決機制²⁶。

第五，設定特殊例外條款使國家就特定爭端不致暴露於 ISDS 的控訴中，例如遇到國家安全、環境保護相關議題時，投資者不可以據 ISDS 提出控訴。或相反地，限制投資者僅能於特定事件發動 ISDS 條款，例如僅能就徵收事件發動 ISDS 機制。例如在美國與吉爾吉斯斯坦 (Kyrgyzstan) 的雙邊投資協定第 10 條即強調，投資協定不能妨害地主國為維護公眾秩序 (public order)、維持或恢復國際安全與必要的國家利益保護所採行的措施²⁷。在土耳其與卡達 (Qatar) 的雙邊

²³ Treaty between the United States of America and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, art. VI(2): "...If such consultations and negotiations are unsuccessful, the dispute may be settled through the use of a non-binding third party procedures upon which such national or company and the Party mutually agree..."

²⁴ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Conciliation Rules.

²⁵ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments, art. 8(2): "The aforementioned disputes shall be submitted to international tribunal in the following cases: (a) if one of the Parties so request, in any of the following circumstances, (i) where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made, the said tribunal has not given its final decision; (ii) where the final decision of the aforementioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute;..."

²⁶ Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Argentine Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, art. 8(3): "Where an investor has submitted a dispute to the aforementioned competent tribunal of the Contracting Party where the investment had been made or the international arbitration, this choice shall be final."

²⁷ Treaty between United States of America and the Republic of Kyrgyzstan concerning the

投資協定第 7 條，也有相似規定，並更進一步強調投資協定不可以違反國家維持道德 (morals) 或緊急措施之義務²⁸。

第六，給予國家是否提付仲裁的同意權，讓國家能就個案來決定是否與投資人進行仲裁。國際投資爭端解決公約第 25 條即強調，仲裁庭的管轄權來自於雙方的同意。以目前的規範而言，例如荷蘭與委內瑞拉的雙邊投資協定為利，第九條即強調地主國無條件地同意將與投資協定中所定之爭端交付國際仲裁²⁹。未來在訂立投資協定時，是否可針對無條件同意之規範進行限縮、或就特定爭端提付仲裁應經國家之同意，以平衡國家主權的維護與投資者利益，不無討論之空間。

第七，完全排除 ISDS 爭端解決機制。例如日前委內瑞拉、厄瓜多、玻利維亞退出 ICSID 簽署國之行列，例如 2012 年由馬來西亞、澳洲所簽屬的自由貿易協定當中，雖有投資章節之規定，然亦揚棄 ISDS 之制度³⁰。

結語

IPFSD 所提出之七種關於 ISDS 機制之建議，涵括了現存雙邊投資協定、自由貿易協定當中投資專章的各類規範方式，不一而足，可資開發中國家在進行投資相關雙邊協定的訂定或修正時參考。然而，如同本文所述，完全揚棄 ISDS、回歸國內訴訟程序，對於開發中國家而言，觀其司法制度之完備與公正程度，似難謂周全之決定。此外，對於已採取前述 ISDS 制度之國家，其後續投資相關爭端如何發展、投資環境是否因之改變，亦值得注意。

encouragement and Reciprocal Protection of Investment, art.X(1):“1. This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

²⁸ The Agreement between the Government of the State of Qatar and the Government of the Republic of Turkey concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, art. VII(1): “This agreement shall not preclude the application by either Contracting Party of measures necessary of the maintenance of public order and morals, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interest.”

²⁹ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela, art.9(4): “Each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of disputes as referred to in Paragraph I of this Article to international arbitration in accordance with the provisions of this Article.”

³⁰ 可參考澳洲馬來西亞自由貿易協定：

<https://www.dfat.gov.au/fta/mafta/documents/Malaysia-Australia-Free-Trade-Agreement.pdf> (最後瀏覽日：2013 年 11 月 9 日)。