

試析納「投資地主國爭端解決機制」於 TPP 投資專章之可能

— 澳洲觀點與現存僵局

李宜芳、王耀誠

今 (2013) 年 9 月 18 日澳洲政黨輪替，過去堅決反對納入投資者與地主國間爭端解決機制 (Investor-State Dispute Settlement, 以下簡稱 ISDS) 條款於跨太平洋戰略經濟夥伴關係協議 (Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement, 以下簡稱 TPP) 的勞工黨下野，取而代之的是澳洲新總理 Tony Abbott，帶著選前政見—「考慮納 ISDS 機制於 TPP 中」上任¹；此一發展可能打破 TPP 投資章節是否納入 ISDS 機制的僵局。

TPP 於 2011 年 11 月 12 日起宣布了 21 世紀 TPP 的綱要，並展開一系列的談判回合。內容包含透明化、提供有效率的爭端解決程序等，以加強對投資者的保護²。然而於投資專章，談判遲遲未能達成共識的主要原因之一在於是否納入 ISDS 機制。對此，今 (2013) 年 9 月 18 日前的澳洲勞工黨政府採取非常明確的反對立場³；而反對的原因在於澳洲政府認為納入 ISDS 機制將使投資者得對地主國政府措施直接控訴並索求鉅額賠償金，進而導致立法權與公共利益之侵害等問題。事實上，澳洲確實面臨 ISDS 機制所造成的危機，最具代表性者不外乎 Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia 一案 (以下簡稱澳洲菸品包裝案)。因而，本文希望藉由觀察此案，進一步了解澳洲遲遲不肯同意 ISDS 之細部原因；並歸納澳洲政府態度之變化，評估其對納 ISDS 於 TPP 可能性的影響。

澳洲菸品包裝案之簡介

澳洲政府於 2010 年 4 月 29 日開始，對菸草採取一系列的管制，包含增加菸草的貨物稅、限制菸品的網路廣告行銷、增加反菸宣導、公共場所禁菸、加強取

¹ *New Australian Government Says No Position Yet on ISDS in TPP*, INSIDE U.S. TRADE, Sept. 26, 2013.

² *Trans-Pacific Partnership Leaders Statement*, THE WHITE HOUSE, Nov. 12, 2011, available at <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/11/12/trans-pacific-partnership-leaders-statement> (last visited Nov. 24, 2013).

³ *Trans-Pacific Partnership Agreement Frequently Asked Questions*, AUSTRALIA ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT, available at <http://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/FOI/Documents/DocumentsrelatingtotheIntellectualPropertyorE-CommercechaptersoftheTrans-PacificPartnershipAgreementfromfive/Attachment%20-%20TPP%20FAQ%20-%20Draft%202.PDF> (last visited Nov. 24, 2013).

締走私菸草、於菸品包裝加強健康警語等的管制措施⁴。此舉引起 Philip Morris 的注意，並公開反對引入強度更甚的菸品素面包裝法案 (Tobacco Plain Packaging Act)，認為此舉將會侵害 Philip Morris 使用商標之權利⁵。2011 年 12 月 1 日，菸品素面包裝法案正式實行，禁止在菸品包裝上呈現公司標誌、符號或任何促進菸品廣告與銷售的圖樣，菸品一律須採取深褐色的包裝，包裝的尺寸、材質也有限制，禁止獨特或新穎的包裝。品牌名稱、公司名稱等可顯示在包裝上特定的位置以供識別，然而必須使用規定的字體、大小與顏色⁶。

Philip Morris 進而於 2011 年 11 月透過香港的子公司，利用澳洲香港投資保障協定 (Agreement between the Government of Australia and the Government of Hong Kong for the Promotion and Protection of Investments)，於常設仲裁法院 (Permanent Court of Arbitration) 主張澳洲政府應廢除菸品素面包裝法案，且該法案對 Philip Morris 在澳洲所投資的商標權造成間接徵收，使其無法使用商標，澳洲政府之行為不符合公平公正待遇 (fair and equitable treatment)、欠缺對投資之完整保障與安全 (full protection and security) 等⁷。

澳洲菸品包裝案使澳洲政府因本案而對 ISDS 機制產生擔憂

澳洲政府的首要關切是來自於本案面臨的高額法律費用與可能負擔的鉅額賠償。Philip Morris 在仲裁通知書 (notice of arbitration) 當中，提出澳洲政府應負擔所有的訴訟、仲裁費用⁸，並且賠償因菸品素面包裝法案所造成的相關損失，金額可能高達數百萬澳幣⁹。如此高額的法律費用支出、賠償，對澳洲政府的財政而言無疑是一大重擔。因而，若接受「投資地主國爭端解決機制」可能將本國政府暴露於所費不貲的國際仲裁程序當中、並面臨高額賠償金的風險，澳洲政府可能因而對於「投資地主國爭端解決機制」採取保守之看法。

此外，由於國際投資法欠缺多邊的規範架構，許多涉及投資協定違反的名詞欠缺統一解釋，例如「間接徵收」、「公平公正待遇」目前在國際投資法上並無清楚的定義，2012 年 6 月所外流的 TPP 投資專章草案中，亦無法解決此問題¹⁰，意味著澳洲政府若對「投資地主國爭端解決機制」做出承諾，可能使其面臨不確

⁴ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Australia's Response to the Notice of Arbitration, ¶ 21 (Dec. 21, 2011). [hereinafter, the *Phillip Morris Tobacco Packaging Arbitration – Australia Submission*]

⁵ *Id.*, ¶ 27.

⁶ *Id.*, ¶ 23.

⁷ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration (Nov. 21, 2011). [hereinafter, the *Phillip Morris Tobacco Packaging Arbitration – Phillip Morris Submission*]

⁸ *Id.*, ¶ 8.4.

⁹ *Id.*, ¶ 8.2.

¹⁰ 2012 年 6 月由 Citizens Trade Campaign 所釋出的 TPP 投資專章，可參考：

<http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2012/06/tppinvestment.pdf> (最後瀏覽日：2013 年 11 月 24 日)。

定的法律風險，澳洲政府將無從措其手足。

當中，對於「投資者」的規範並不夠嚴謹，更有可能造成下述「任擇法庭(forum shopping)」的不合理現象，此亦為澳洲可能之擔憂。

本案例中，Philip Morris 在澳洲由兩間公司所構成：Philip Morris Australia Limited 以及 Philip Morris Limited，後者擁有 Philip Morris 在澳洲的商標等智慧財產權。Philip Morris 主張，Philip Morris Australia Limited 擁有 Philip Morris Limited 百分之百的持股，而 Philip Morris Australia Limited 全部持股又為香港設立之 Philip Morris Asia Limited 所擁有。Philip Morris Asia Limited 既根據香港法律所設立，當然係澳洲香港投資保護協定所欲保護的投資人，而對於 Philip Morris Limited 智慧財產權的侵害，即為對於 Philip Morris Asia Limited 投資利益之侵害¹¹，進而得根據澳洲香港投資保障協定提出控訴，此即任擇法庭的不合理現象。

然而，澳洲政府認為，其早在 2010 年 4 月便開始對菸品實行一系列的管制措施，包含菸品包裝的限制，然而 Philip Morris Asia Limited 遲至 2011 年 2 月才取得 Philip Morris Australia Limited 的股份，此時兩方的爭端已經發生¹²，Philip Morris Asia Limited 取得股權之行為僅為了將現存的爭端「再次包裝(re-package)」為投資協定下之爭端¹³，為權利的濫用¹⁴，本案並非系爭投資協定所規範的爭端。此外，澳洲政府更進一步主張，認為 Philip Morris Australia Limited 對於澳洲政府的菸品相關限制措施已有清楚之認知，因而澳洲政府之行為尚難謂侵害其投資利益¹⁵。

在現行澳洲香港投資保護協定對於投資者僅規範「根據當地法所設立之公司」¹⁶，無法排除如本案於爭端發生後才成為投資者的狀況，且對於投資爭端的定義，亦無法除去將已存在之國內爭端再次包裝為投資協定爭端的情形。而於 2012 年 6 月所外流的 TPP 投資專章當中，對於投資者規範¹⁷、投資爭端的設計，亦無法排除此種任擇法庭的不公平現象，使得澳洲政府一旦接受了 TPP 專章中 ISDS 的條款，除使政府暴露於受 TPP 締約國投資者控訴的風險當中，更有可能因任擇法庭的現象，使政府面臨來自 TPP 締約國以外之投資者的控訴。

¹¹ PCA, *Phillip Morris Tobacco Packaging Arbitration – Phillip Morris Submission*, ¶ 1.3.

¹² PCA, *Phillip Morris Tobacco Packaging Arbitration – Australia Submission*, ¶ 30.

¹³ *Id.*, ¶ 7.

¹⁴ *Id.*, ¶ 31.

¹⁵ *Supra* note 13.

¹⁶ Agreement between the Government of Australia and the Government of Hong Kong for the Promotion and Protection of Investments, art. 1(f)(i)(B): “investors’ means: ...companies as defined in paragraph (1)(b)(i) of this Article; and...” ; Agreement between the Government of Australia and the Government of Hong Kong for the Promotion and Protection of Investments, art. 1(b)(i): “...in respect of Hong Kong: corporations, ...incorporated or constituted or otherwise duly organised under the law in force in its area or...”

¹⁷ *Supra* note 10.

澳洲政府目前對於 ISDS 機制之立場

誠如前段所提到及的種種原因，致使澳洲政府自 ISDS 機制納入 TPP 提案以來始終抱持反對的立場¹⁸。然而 2013 年 9 月 18 日，隨著澳洲新總理、隸屬自由黨的 Tony Abbott 上任，其是否實行選前政見—「考慮將 ISDS 機制納入於 TPP」成為 TPP 決定投資章節內容的關鍵，且受各國所關注。日前澳洲政府發言人表示：「將於個案基礎上處理 ISDS 爭端」¹⁹，其透露出的訊息為「縱使過去與其他國家的 FTA 並未納入 ISDS 機制，不代表在 TPP 中並不可能納入」，也因此澳洲政府的態度與過去勞工黨政府堅決反對任何談判的態度有所差異，雖澳洲政府基於談判籌碼的考量並未進一步明確表示支持²⁰，但已可從其發言察覺立場的鬆動。

各國政府對於 ISDS 機制之立場

欲了解 ISDS 機制納入於 TPP 之可行性，除了分析澳洲政府之態度以外，更需了解各國政府於此議題下的態度，以下僅就目前可得資訊分析各國之立場。

首先較明確表示肯定立場之國家有美國及日本兩國。美國方面，學者分析美國貿易代表署近期的聲明，認為美國政府不會對菸草管制有排除 ISDS 適用的保障²¹，易言之，美國的回應建立在 ISDS 條款已存在的前提之上；另外從美國最近簽署的兩次的雙邊投資協定及其 2012 年雙邊投資架構協定 (US Model BIT) 中均有納入 ISDS 之條款²²。此外自過去案例仲裁的結果以觀²³，美國也未因 ISDS 機制受有如澳洲政府所擔憂之不利結果。是以，美國對支持納入 ISDS 並不令人意外。而日本方面，在過去貿易的實踐上已經支持 ISDS 機制，且其公開表示在 TPP 此議題上可與美國結盟²⁴，故對此議題亦應抱持贊成之態度。

反觀表示反對之國家雖以澳洲為主，然而近期因為美國貿易代表署對菸草管制議題納入 TPP 之聲明，引起馬來西亞的反彈，並從其反對理由中可見其對 ISDS

¹⁸ *Supra* note 3.

¹⁹ *Australia Seeks Broad Market Access To Offset TPP Rules Commitments*, INSIDE U.S. TRADE, Oct 31, 2013.

²⁰ *Id.*

²¹ *TPP Tobacco Proposal May Not Affect Investor-State Disputes, Expert Says*, INSIDE U.S. TRADE, Oct 18, 2013.

²² *U.S. Faces Opposition in TPP on Demands for Broad Investor-State Clause*, INSIDE U.S. TRADE, Oct 3, 2013.

²³ 可參考 *Apotex Inc. v. United States of America* 一案：<http://www.state.gov/s/l/c27648.htm> (最後瀏覽日：2013 年 11 月 24 日)。

²⁴ *Japanese Officials Stress That Tokyo Will Play Constructive Role in TPP*, INSIDE U.S. TRADE, May 9, 2013.

限制政府實施公權力之顧忌²⁵，且馬來西亞及越南於 8 月談判回合中表示反對此提案²⁶，是以馬來西亞及越南同樣採取了反對的態度。

各國立場與 TPP 是否可能納入 ISDS 機制之綜合分析

從過去澳洲菸品包裝案可以見得，澳洲政府對 ISDS 機制抱持堅決反對態度並非偶然，而既然該案行仲裁程序，以過去仲裁案例求和的傾向看來，澳洲政府應不會需要賠償其擔憂的天價賠償金；再者，由仲裁程序所需的時間以觀，勢必遲於 TPP 預定於 2013 之收割日期，澳洲政府不需顧忌仲裁結果對 TPP 談判的影響。此外，隨著新總理 Tony Abbott 的上任及所發表的聲明，顯然澳洲政府態度已有鬆動。

雖然馬來西亞、越南於 2013 年 8 月表示反對的態度，然而如果澳洲政府轉向支持 ISDS 納入 TPP 投資專章中，面對美國、日本的支持、原先最主要反對會員的澳洲倒戈，馬來西亞及越南應沒有迫切的理由非阻止 ISDS 的納入不可；此外，越南政府在 TPP 談判中，主要面臨各國針對其國內國有企業 (State Owned Enterprises, 以下簡稱 SOE) 的質疑，其關注焦點應在 SOE 而非 ISDS 議題之上；且在 SOE 議題上澳洲與美國一同站在與越南相反的立場，越南是以更無理由非支持澳洲對 ISDS 機制的反對態度不可。申言之，反對 ISDS 機制的阻力減緩，ISDS 機制最終納入 TPP 投資專章中，不無可能。

結論

綜上而言，ISDS 機制確實可能因此次澳洲政府政黨輪替而被採納於 TPP 之中；申言之，自此次總理改選之後，新總理所屬的自由黨近期並無選舉之壓力而必須與選民妥協，澳洲政府之讓步應為可預見之結果。然而，TPP 雖預定於 2013 年收割，惟諸多議題遲遲未有共識，倘若於 2013 年底仍無法順利收割，隨著各國選舉年度的來臨，所抱持的立場勢必將趨於緩和，而澳洲政府此際也無需再繼續表明立場，最終 ISDS 機制納入的議題亦有可能進入冬眠期。

²⁵ *FAQ of Trans-Pacific Partnership Agreement (English version)*, MALAYSIA MINISTRY OF INTERNATIONAL TRADE AND INDUSTRY, available at http://www.miti.gov.my/storage/documents/181/com.tms.cms.document.Document_fc8340ce-c0a81573-98dbc960-b566897a/1/TPP%20FAQs%20-%20English%2025102013.pdf (last visited Nov. 24, 2013).

²⁶ 馬越兩國反對引入 ISDS 條款令 TPP 談判再生分歧，共同社，2013 年 8 月 27 日，網址：<http://tchina.kyodonews.jp/news/2013/08/58639.html> (最後瀏覽日：2013 年 11 月 24 日)。