

試論國際投資法管轄權條款有無 MFN 之適用

—以 Impregilo S.p.A. 案所涉之國內程序先行條款為中心

李宜芳

今 (2014) 年 1 月 23 日，國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Dispute, 下簡稱 ICSID) 的撤銷仲裁判斷委員會 (Annulment Committee) 認為管轄權條款有無最惠國待遇之適用 (Most Favoured Nation, 下簡稱 MFN) 之議題極具爭議，仲裁庭有選擇不同立場之可能，因此未作成撤銷原仲裁判斷之決定。

國內先程序之規定，在國際投資法下引發不同的討論：如過去 BG Group 案中，是以仲裁容許性之角度來探討國內程序先行之問題¹。而本案則是以 MFN 的角度，檢視其得否適用於管轄權條款，而有援引其他投資協定以免除國內先程序之可能。

本文首先將就 Impregilo S.p.A. 案進行簡介，並說明當中關於 MFN 是否可適用於管轄權條款之爭議與討論。以本案為例，即在案件所適用之投資保障協定設有國內程序先行之要件時，是否得援引他國與地主國之投資保障協定並無此先程序，主張自己亦應享有此「利益」，而得免除國內先程序之要求？接著，本文將援引不同意見書之論述作為基底，對本案進行分析並做出結論。

本案簡介

1990 年代，阿根廷政府決定將布宜諾斯艾利斯的供水與污水處理系統民營化²，由義大利 Impregilo 公司與其他投資人所組成的 Aguas del Gran Buenos Aires 公司 (下簡稱 AGBA) 取得簽訂特許契約 (concession contract) 之權利³。締約後，AGBA 公司提出執行之計畫⁴，並於 2000 年於特定區域取得獨占權⁵。然而，AGBA 發現部分消費者付不出相關費用，導致 AGBA 營收受到影響，致使 AGBA 無法施行其所提出之計畫。AGBA 遂提出重新協商之要求，但此問題仍未獲解決。更甚者，AGBA 亦受到阿根廷政府因應 2001 年經濟危機所採行措施之影響，包

¹ 李宜芳、邱彥禎，試析國際投資法下「國內訴訟先行」之程序規定得否由仲裁庭認定—以 BG Group Plc v. Argentina 案為中心，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，155 期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no155/2.pdf>。(最後瀏覽日：2014 年 3 月 12 日)

² Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, ¶ 13 (June 21, 2011). [hereinafter Impregilo Arbitration]

³ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 14.

⁴ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 20.

⁵ *Id.*

含披索化、固定費率等⁶。AGBA 再次提出重新協商契約之要求、並請求阿根廷政府除去系爭措施未果，阿根廷政府於 2006 年終止特許契約。2007 年此案進入 ICSID 仲裁程序，並於 2011 年作出仲裁判斷，認為阿根廷違反義大利阿根廷投資保障協定中「公平公正待遇」之規定⁷，並決定阿根廷須賠償 AGBA 高達美金 212 萬元⁸。

阿根廷遂提出撤銷仲裁判斷之訴，第一項理由即為仲裁判斷的權力逾越 (manifestly exceeded its power)：阿根廷義大利雙邊投資保障協定設有國內程序先行之規定，意即須先窮盡國內先行程序，始能將糾紛交付國際仲裁⁹。本案 Impregilo 尚未完成此先行程序下之義務，阿根廷認為 Impregilo 不得基於 MFN 援引其他雙邊投資協定中並無此程序，而主張自己亦可享有此程序之利益，無須進行國內先行程序，而得直接將爭端交付國際仲裁。以此觀之，Impregilo 尚未完成國內程序前，仲裁庭對於本案並無管轄權，仲裁庭基此所做出之判斷為顯著的權力逾越，以未獲兩造同意行使管轄權作為仲裁判斷得撤銷之原因¹⁰。

然而，關鍵的問題實則在於：MFN 可否適用於管轄權規定？以本案而言，即 Impregilo 可否主張因阿根廷所簽署的其他投資協定並無國內程序先行之規定，而認為自己不需完成此先行程序即可將此案件逕付仲裁？

MFN 得否適用於國際投資法下之管轄權條款—仲裁庭與撤銷仲裁判斷委員會

阿根廷義大利雙邊投資協定第 8 條第 1 項規定任何與此協定相關的爭端，「應」(shall) 進行友善之協商¹¹；同條第 2 項則說明，如果無法友善地解決爭端，則「可」(may) 將爭端交付給投資所在地的司法或行政部門處理¹²；第 3 項則規範，若進行第 2 項之程序，超過 18 個月未獲解決時，「可」(may) 將爭端交付國際仲裁¹³。仲裁庭認為，雖就文義觀之，其中一種可能之解釋方法為：僅適用第 2 項之情形，才須滿足第 3 項之國內先行程序之要求，而是否選擇第 2 項之程序，

⁶ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 28.

⁷ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 331.

⁸ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ E.

⁹ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Annulment Proceeding, ¶ 15 (Jan. 24, 2014). [hereinafter Impregilo Arbitration Annulment Proceeding]

¹⁰ ICSID, Impregilo Arbitration Annulment Proceeding, ¶ 17.

¹¹ Argentina-Italy Bilateral Investment Treaty, art. 8(1): “Any dispute regarding an investment between an investor of one of the Contracting Parties and the other Party, arising out of or relating to this Agreement, shall, to the extent possible, be settled through friendly consultation between the parties to the dispute.”

¹² Argentina-Italy Bilateral Investment Treaty, art. 8(2): “If the dispute cannot be settled amicably, it may be submitted to the competent judicial or administrative courts of the Party in whose territory the investment is made.”

¹³ Argentina-Italy Bilateral Investment Treaty, art. 8(3): “Where, after eighteen months from the date of notice of commencement of proceedings before the courts mentioned in paragraph 2, the dispute between an investor and one of the Contracting Parties has not been resolved, it may be submitted to international arbitration.”

則因其用字為「可」(may)，因而不具有強制力。換言之，即國內程序先行並非發動國際仲裁之必要條件；第二種解釋方式則以第 3 項為解釋之核心，即若欲交付國際仲裁，必須遵守第 2 項之規定，並完成第 3 項之等待期間¹⁴。仲裁庭認為第一種解釋方式給予當事人直接進行國際仲裁、或發起國內程序但完成等待期間始進行國際仲裁之選擇自由¹⁵，應非締約國之本意，阿根廷應希望由國內行政、司法程序能先有爭端解決之機會。換言之，須先滿足國內先行程序且等待期滿之後，始能進行國際仲裁¹⁶。

然而，Impregilo 並未滿足國內先行程序之要件，便直接將爭端交付國際仲裁。此時，Impregilo 主張，阿根廷美國雙邊投資協定中並提供投資人選擇國內程序、國際仲裁之自由，而根據阿根廷義大利雙邊投資協定第 3 條 MFN 之規定，Impregilo 亦可享有阿根廷給予美國投資人程序上之優惠待遇¹⁷。關於 Impregilo 是否得適用 MFN 之規定，仲裁庭首先檢視本案是否滿足阿根廷義大利雙邊投資協定中第 3 條第 1 項 MFN 適用之要件¹⁸。

關於本項中之「待遇 (treatment)」，阿根廷主張僅得包含投資、所得相關之待遇，而無法適用於程序要件；仲裁庭認為「待遇」之字義已足包含程序要件，且由條文結構觀察，「投資、所得相關」之後，條文中仍有「其他本協定所規範的事件 (all other matters regulated by this Agreement)」，解釋上亦可含括程序上之規定¹⁹；再者，阿根廷爭執條文中「領域」之限制，主張 MFN 僅適用於阿根廷境內之事件，而本案仲裁地非位於阿根廷境內，進而仲裁應無 MFN 規定之適用²⁰。仲裁庭雖肯認領域確實給予 MFN 條款適用範圍上之限制，然而仲裁庭指出本案涉及阿根廷是否給予法律之保護，此並非阿根廷無權決定之事，因而本案與領域限制並無關連，因而，領域之限制並無法排除 MFN 條款之適用²¹；第三，阿根廷認為要求國內程序先行並非「不利 (unfavorable)」之待遇，仲裁庭則採相反的看法，認為重點並非國內先行程序本身是否為不利之待遇，而是在於如阿根廷美國的雙邊投資協定給予投資人國內程序、國際仲裁之程序選擇權，而非如阿根廷義大利雙邊投資協定中係為強制國內程序先行，此「選擇」本身即為較有利之待遇²²。

¹⁴ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 82.

¹⁵ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 87.

¹⁶ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 90.

¹⁷ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 96.

¹⁸ Argentina-Italy Bilateral Investment Treaty, art. 8(3): “Each Contracting Party shall, within its own territory, accord to investments made by investors of the other Contracting Party, to the income and activities related to such investments and to all other matters regulated by this Agreement, a treatment that is no less favorable than that accorded to its own investors or investors from third-party countries”.

¹⁹ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 99.

²⁰ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 97.

²¹ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 100.

²² ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 101.

最後，阿根廷主張國內程序先行之規定為阿根廷義大利雙邊投資協定不可或缺之部分，因此無法以 MFN 條款所導入的其他協定條文置換²³。仲裁庭肯認此問題確實存在爭議，仲裁庭認為 MFN 條文的文義設計在此有相當之重要性：有部分過去的 ICSID 案件，於 MFN 條文當中定有「所有事件 (all matters)」、「任何事件 (any matter)」時，ICSID 的過去案件幾乎一致認為 MFN 可適用於管轄權條款²⁴；相反地，於 MFN 條文並非適用於所有事件、任何事件，而是針對適用範圍有特定限制時，ICSID 過去案件傾向於認為 MFN 不可以適用於管轄權條款²⁵。基此，仲裁庭認為，本案應較類似於前者，認定 Impregilo 可主張 MFN，得援引阿根廷美國雙邊投資協定之規定，自由選擇國內程序、國際仲裁程序，而不需遵循原先阿根廷義大利雙邊投資協定中國內程序先行之要件²⁶。

如同前述，阿根廷於撤銷仲裁判斷時所提出之理由，指出仲裁庭不當擴張 MFN 之效力於管轄權條款，仲裁庭僅於投資人滿足國內程序先行之要件時始取得管轄權，因而仲裁庭於本案的審理，係明顯逾越其管轄權²⁷。撤銷仲裁判斷委員會首先指出，明顯逾越管轄權為明顯、清楚與不證自明 (self-evident)，本質上嚴重²⁸且不需要努力分辨或深入探討即可察知之情形²⁹。本案所涉管轄權條款是否有 MFN 適用之問題，本質上極具爭議，仲裁庭本有選擇立場之權利，且檢視適用法律的正確與否並非撤銷仲裁判斷委員會之職責，因而在此議題上採用何種見解並不會構成明顯、清楚與不證自明的權力逾越，自也不足構成撤銷仲裁判斷之理由³⁰。

評析 MFN 與管轄權條款關聯之本質

本案的三位仲裁人中，其中一位仲裁人 Brigitte Stem 教授並不同意此認定方式。他在不同意見書當中首先說明，國內法上有權利即有救濟，而在國際法上，有權利並非皆有救濟：即使有權利，救濟方式必須要有特殊之制度設計、國家同意等。以此觀之，權利與救濟之權利本質上即有不同³¹。職此，在投資協定當中，可分為「權利 (right)」與「享有權利的基礎條件 (fundamental conditions for access to the rights)」，前者為實體的利益，後者則為適用條約而享有利益與否之條件，僅前者得為 MFN 所得適用、擴張之範圍³²。若承認後者得為 MFN 擴張之範圍，

²³ *Supra* note 20.

²⁴ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 108.

²⁵ ICSID, Impregilo Arbitration, ¶ 107.

²⁶ *Supra* note 24.

²⁷ Impregilo Arbitration Annulment Proceeding, ¶ 15.

²⁸ Impregilo Arbitration Annulment Proceeding, ¶ 128.

²⁹ Impregilo Arbitration Annulment Proceeding, ¶ 127.

³⁰ Impregilo Arbitration Annulment Proceeding, ¶ 141.

³¹ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Concurring and Dissenting Opinion by Professor Brigitte Stem, ¶ 45 (June 21, 2011). [hereinafter Impregilo Arbitration Concurring and Dissenting Opinion]

³² ICSID, Impregilo Arbitration Concurring and Dissenting Opinion, ¶ 47.

則無異承認能透過 MFN 來忽視條約適用之前提要件，不當地變更條約所適用的範圍³³，也增加了任擇法庭 (forum shopping) 的危險性，破壞原本條約所欲達成的政治目的。因此，如本案國內程序先行之要件為是否享有條約利益與否之條件，並非利益本身，並非 MFN 效力所及。

本文認為，在多邊框架完整的組織當中，MFN 為國家於多邊框架時可以預見且能互蒙其惠的運作方式，此時 MFN 之操作相對簡單。然而，在欠缺多邊框架的國際投資法下，MFN 條文不同之文字設計，代表了不同的適用範圍與條件，加以不同投資協定所給予的利益不盡相同，因此對於國家與投資人來說，MFN 適用欠缺預見之可能性，也導致條約的權利義務範圍不明確，使 MFN 的適用更加複雜。本文贊同不同意見書的邏輯，意即在國際法上，爭端解決機制本即需要國家特殊之合意，且國際投資法下 MFN 的操作較為複雜且不成熟，若承認得以 MFN 條款擬製救濟之合意，豈非將國家暴露於不特定的受控訴風險當中？侵害國家之主權，非國家締約時所得預見之風險。

結語

隨著國際投資法的發展，不同的爭議問題也累積了相當的案件量。有趣的是在國際投資法下，相同的「國內先程序」即有如本案般以 MFN 為出發的思考方式，亦有如 BG Group 一案所衍生的仲裁容許性問題，反映了國際投資法的多元面向。而本案中 MFN 是否適用於管轄權之問題，雖日漸出現見解之統一，然是否如仲裁人於不同意見書當中所提及，是相同的仲裁人於不同案件作成相同判斷所生之結果？抑或實際出現見解之統一³⁴？值得觀察。也期待未來有關的案件，能有更多法理的論述，使國際投資法下 MFN 的適用能有更多的法理基礎與實例，而非僅以多數意見之解讀作為判斷依據。

³³ ICSID, Impregilo Arbitration Concurring and Dissenting Opinion, ¶ 64.

³⁴ ICSID, Impregilo Arbitration Concurring and Dissenting Opinion, ¶ 5.