

## 試析歐盟於跨大西洋貿易及投資夥伴協定排除投資人對地

### 主國爭端解決機制之可行性

蔡元閣

「跨大西洋貿易及投資夥伴協定」(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) 第八回合談判甫於今(2015)年 2 月於比利時布魯賽爾結束談判。雖然投資保護與「投資人對地主國爭端解決機制」(investor-state dispute settlement, ISDS) 之議題目前仍暫停談判, 但隨著 1 月底歐盟執委會(European Commission) 釋出公眾諮詢報告<sup>1</sup>之分析結果, 加上德國、法國等歐盟會員國政府陸續提出將 ISDS 排除於 TTIP 之倡議, 且學界也有在 TTIP 中納入 ISDS 之必要性不足之看法, 此議題再度受到關注。

關於此議題, 有學者提出數種於 TTIP 納入或不納入 ISDS 之方案分析<sup>2</sup>, 本文僅就歐盟循「美澳自由貿易協定」(Australia-United States Free Trade Agreement, AUSFTA) 模式排除 ISDS 此一方案進行更深入之可行性分析。是以, 本文擬先回顧此一議題之近況發展; 接著介紹 AUSFTA 模式下的投資專章; 而後分析 TTIP 採 AUSFTA 模式排除 ISDS 之可行性; 最後做一結論。

#### 壹、TTIP 下 ISDS 爭議的近況發展

ISDS 本身向來即存有許多爭議<sup>3</sup>, 而 TTIP 從 2013 年展開談判以來, ISDS 自不外於歐盟內部大批的反對聲浪<sup>4</sup>。歐盟遂於 2014 年 1 月宣布暫停 TTIP 下有關投資議題之談判, 並於同年 3 月至 7 月開放線上公眾諮詢, 徵詢公眾對於在 TTIP 下關於投資保護與 ISDS 之意見。今年 1 月, 針對該公聽會之結果, 歐盟

<sup>1</sup> European Commission, *Report: Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, Jan. 13, 2015, available at [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf) (last visited Mar. 25, 2015).

<sup>2</sup> Jan Kleinheisterkamp & Lauge Poulsen, *Investment Protection in TTIP: Three Feasible Proposals*, THE GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE PROGRAMME, Dec. 2014, available at <http://www.globaleconomicgovernance.org/sites/geg/files/Kleinheisterkamp%20and%20Poulsen%20December%202014.pdf> (last visited Mar. 25, 2015); 該作者提出三種解決方案, 除本文將於後文詳述之循 AUSFTA 模式之外, 尚包括針對條文實質層面以及爭端解決層面之建議。在條文規範上, 該作者主張應於 TTIP 中建立一基本原則, 以確保 TTIP 賦予投資人之保護並不會優於雙方內國法之規範; 在爭端解決層面上, 作者主張, 若 ISDS 確實納入 TTIP 中, 則應有相關配套措施, 包括應設有用盡當地救濟原則; 賦予地主國與母國得以「過濾(filter)」個人控訴(individual claim)之權力; 歐美雙方針對 TTIP 投資條文之解釋應在仲裁庭上具拘束力; 以及設立一有效之上訴機制。

<sup>3</sup> 關於 ISDS 之介紹與爭議可參考: 李宜芳, 投資人與地主國間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: 2015 年 2 月 27 日)。

<sup>4</sup> 關於 ISDS 在 TTIP 下之爭議可參考: 陳稚卿, 投資地主國爭端解決機制在跨大西洋貿易與投資夥伴協定面臨的困難與挑戰, 政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊, 164 期, 網址: <http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no164/1.pdf> (最後瀏覽日: 2015 年 2 月 27 日)。

執委會發布公眾諮詢報告。該報告統整了近 15 萬份意見書<sup>5</sup>，並針對 TTIP 中與投資保護及 ISDS 有關的 12 項爭議<sup>6</sup>進行討論，結果呈現對於 ISDS 本身以及 TTIP 整體的普遍反對<sup>7</sup>。該報告亦指出未來歐盟應特別深入討論的四個子議題：(1) 對政府監管權利的保護；(2) 仲裁法庭的建立與運轉；(3) 國內司法體系與 ISDS 機制之關係；(4) 透過上訴機制審議 ISDS 之裁決<sup>8</sup>。

除此之外，歐盟的主要會員國中亦出現反對聲浪。法國參議院 (Sénat) 全體於日前無異議通過決議文草案<sup>9</sup> (proposition de résolution)，呼籲在 TTIP 中排除 ISDS 條款<sup>10</sup>。法國外貿國務秘書<sup>11</sup> (Secretary of State for Foreign Trade) 以及德國環境部長 (Environment Minister) 等皆公開反對 ISDS<sup>12</sup>。歐洲議會內對此議題亦有持反對意見者<sup>13</sup>。歐洲議會的國際貿易委員會 (Committee on International Trade) 於其工作文件<sup>14</sup> (Working Document) 中即明白指出「地主國對地主國」(state-to-state) 之爭端解決機制以及國內法院係處理投資爭端的最佳工具<sup>15</sup>。TTIP 在談判完成之後必須經過歐洲議會之批准程序，是以，若無法得到多數支持，將難以生效。

除了 ISDS 本身制度面的爭議之外，許多反對的主張係奠基於該機制在歐美間存在的必要性並不充足。ISDS 機制之目的，係為避免締約國其中一方不夠健全的國內司法體系將損及投資人權益之現象，故該機制多存在於已開發國家與開發中國家間之雙邊投資協定 (Bilateral Investment Treaty, BIT)<sup>16</sup>，而美歐

<sup>5</sup> European Commission, *supra* note 1 at 9.

<sup>6</sup> 主要包含保障政府監管公共利益的權利 (right to regulate)、ISDS 訴訟之透明化、仲裁人倫理 (arbitrators ethics)、設立上訴機制以及判決之合致性 (consistency of rulings) 等議題。

<sup>7</sup> European Commission, *supra* note 1 at 14.

<sup>8</sup> *Id.* at 28.

<sup>9</sup> Le Sénat de la France, *Proposition de résolution sur le règlement des différends entre investisseurs et États dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les États-Unis*, Feb. 3, 2015, available at <http://www.senat.fr/rap/14-134/14-1342.html#toc12> (last visited Mar. 25, 2015).

<sup>10</sup> Cécile Barbière (Samuel White trans.), *French Senate tells TTIP negotiators to 'abolish' ISDS*, EURACTIV, Feb. 9, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/french-senate-tells-ttip-negotiators-abolish-isds-311823> (last visited Mar. 7, 2015).

<sup>11</sup> Cécile Barbière & Anne-Claude Martin (Samuel White trans.), *French government will not sign TTIP agreement in 2015*, EURACTIV, Nov. 20, 2014, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/french-government-will-not-sign-ttip-agreement-2015-310037> (last visited Mar. 7, 2015).

<sup>12</sup> Cécile Barbière (Samuel White trans.), *France and Germany to form united front against ISDS*, EURACTIV, Jan. 15, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/france-and-germany-form-united-front-against-isds-311267> (last visited Feb. 14, 2015).

<sup>13</sup> James Crisp, *European Parliament committee signals opposition to ISDS*, EURACTIV, Jan. 14, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/isds-decision-delayed-end-ttip-talks-311234> (last visited Mar. 3, 2015).

<sup>14</sup> European Parliament, *Working Document in view of preparing the draft report on Parliament's recommendations to the Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Jan. 9, 2015, available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.593+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN> (last visited Mar. 25, 2015).

<sup>15</sup> "Given the EU's and the US developed legal systems, a state-to-state dispute settlement system and the use of national courts are the most appropriate tools to address investment disputes;" *id.* at 6.

<sup>16</sup> 以澳洲為例，美澳 FTA 並未包含 ISDS (詳後述)，然澳洲與新加坡、泰國以及許多其與開發中國家簽訂之 BIT 中皆含有 ISDS；William S. Dodge, *Investor-State Dispute Settlement Between*

等已開發國家間的貿易與投資關係通常未涉及投資保護協定<sup>17</sup>。歐盟前貿易執委 (trade commissioner) 德古特 (Karel De Gucht) 也曾指出, ISDS 只有在與一不具備正常運作司法體系的第三國簽訂協定中才有所必要<sup>18</sup>。職是之故, 即有學者主張歐盟或可參照 AUSFTA 之模式<sup>19</sup>, 將 ISDS 予以排除。下文將先針對 AUSFTA 的投資專章做介紹, 並進而分析歐盟以之為前例仿效的可行性。值得一提的是, 即使 AUSFTA 模式可供作另一種解決之道, 美歐雙方實際上是否將考慮此種替代方案, 尚待觀察。

## 貳、美澳自由貿易協定下的投資專章

AUSFTA 於 2004 年 5 月 18 日完成簽署, 並於 2005 年 1 月 1 日正式生效。AUSFTA 投資專章中涵蓋了傳統的投資保護條文, 如最低標準待遇 (minimum standard of treatment)、徵收與補償 (expropriation and compensation) 等條文, 亦包含近年來於投資協定中新進之條款, 如績效要求 (performance requirements)、高階經理人與董事會 (Senior Management and Boards of Directors) 等相關條款。然而, 相較於目前美國正積極提倡在 TPP 與 TTIP 中納入 ISDS, AUSFTA 當時因考量到美澳雙方皆已具備健全且成熟的法律制度以解決投資人與地主國間之爭端, 故並未將 ISDS 包含於協定中<sup>20</sup>。AUSFTA 僅於第 11 條第 16 項第 1 段<sup>21</sup>規定, 在未來若有情勢變化 (change in circumstances) 致影響關於投資專章之爭端時, 締約國一方得向另一方針對考慮採行 ISDS 一事進行諮商。

是以, 在沒有 ISDS 的情形下, 當美澳雙方在 AUSFTA 下投資專章發生爭端, 和其他 AUSFTA 各類型的爭端相同, 投資人得依第 11 條 16 項第 2 段第 1

---

*Developed Countries: Reflection on the Australia-United States Free Trade Agreement*, 39 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, 1, 23 (2006).

<sup>17</sup> Markus Krajewski, *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, FRIEDRICH-EBERT-STIFTUNG, July 1, 2014, available at <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/11044.pdf> (last visited Mar. 25, 2015).

<sup>18</sup> “Obviously you need it [ISDS] when it is an agreement with a third country that does not have a properly-functioning judicial system, where one can have doubts about the rule of law.”; European Parliament, *Financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the EU is party - Bilateral investment treaties and EU law (debate)*, May 22, 2013, available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20130522+ITEM-019+DOC+XML+V0//EN> (last visited Mar. 1, 2015).

<sup>19</sup> Daniela Vincenti, *Analyst: ISDS model is Australia, not Canada*, EURACTIV, Dec. 17, 2014, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/analyst-isds-model-australia-not-canada-310835> (last visited Feb. 14, 2015).

<sup>20</sup> Australia Government Department of Foreign Affairs and Trade, *Australia-United States Free Trade Agreement: Fact sheets*, available at <http://www.dfat.gov.au/about-us/publications/trade-investment/australia-united-states-free-trade-agreement-fact-sheets/Pages/investment.aspx> (last visited Apr. 6, 2015).

<sup>21</sup> Australia-United States Free Trade Agreement, art. 11.16.1: “If a Party considers that there has been a change in circumstances affecting the settlement of disputes on matters within the scope of this Chapter and that, in light of such change, the Parties should consider allowing an investor of a Party to submit to arbitration with the other Party a claim regarding a matter within the scope of this Chapter, the Party may request consultations with the other Party on the subject, including the development of procedures that may be appropriate. On such a request, the Parties shall promptly enter into consultations with a view towards allowing such a claim and establishing such procedures.”

句<sup>22</sup>訴諸地主國對地主國之爭端解決機制<sup>23</sup>。此外，有學者主張，投資者似必須先用盡當地救濟 (exhaustion of local remedies) 才得以訴諸 AUSFTA 第 21 條之爭端解決機制<sup>24</sup>。

在 AUSFTA 第 11 條 15 項<sup>25</sup>中規定，美澳雙方應定期就 AUSFTA 中投資專章的落實以及其他相關議題進行諮商，使 AUSFTA 成為一與時俱進之動態協定 (living agreement)。此外，如前所述，雖然投資爭端之解決應以訴諸雙方之國內法為原則，然而在 AUSFTA 第 11 條 16 項第 2 段第 2 句<sup>26</sup>中，在地主國法律允許的範圍下，該條文並不禁止投資人對地主國提起仲裁<sup>27</sup>。換言之，地主國與投資人仍可自行合意，例如透過契約訂定之方式，採用其他爭端解決的方式<sup>28</sup>。

### 參、歐盟採 AUSFTA 模式之可行性分析

#### 一、歐盟與澳洲國情之異同

##### (一) 產業界利益

雖然公眾諮詢報告之結果顯示對於 ISDS 之普遍反對，然而，是否排除 ISDS，應考慮對歐盟產業之利益是否造成損害。歐洲具影響力及支持 TTIP 的親商遊說團體「歐洲工商聯合會」(Business Europe) 日前提出支持 ISDS 的立場文件<sup>29</sup>，亦積極遊說歐洲議會內反對 ISDS 之黨團<sup>30</sup>，顯見 ISDS 的存在對歐洲

<sup>22</sup> Australia-United States Free Trade Agreement, art. 11.16.2: “For greater certainty, nothing in this Article prevents a Party from raising any matter arising under this Chapter pursuant to the procedures set out in Chapter 21 (Institutional Arrangements and Dispute Settlement). . . .”

<sup>23</sup> Sachet Singh & Sooraj Sharma, *Investor-State Dispute Settlement Mechanism: The Quest for a Workable Roadmap*, 29 MERKOURIOS UTRECHT JOURNAL OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW 76, 98 (2013).

<sup>24</sup> 在美國控告義大利之「西古拉電子工業股份有限公司」案 (Elettronica Sicula S.p.A.，以下簡稱 ELSI 案) 的判決中，國際法院 (International Court of Justice, ICJ) 之分庭 (Chamber) 認為，用盡當地救濟作為一重要之國際習慣法原則，在無任何條約文字清楚表明其排除此原則之意圖時，應予以適用。故在 ELSI 案中，美義「友好通商暨航海條約」(Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, FCN) 因未明確排除用盡當地救濟，故必須適用該原則。是以，AUSFTA 中之第 11 章 (投資專章) 與第 21 章 (爭端解決專章) 皆不若北美自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement) 設有第 1121 條，得以不需用盡當地救濟即將投資爭端提交仲裁；William S. Dodge, *supra* note 16 at 22-23.

<sup>25</sup> Australia-United States Free Trade Agreement, art. 11.15: “The Parties shall meet annually, or as agreed otherwise, to discuss the implementation of this Chapter and other issues of mutual interest, including the operation of their respective investment regimes.”

<sup>26</sup> Australia-United States Free Trade Agreement, art. 11.16.2: “... Nor does anything in this Article prevent an investor of a Party from submitting to arbitration a claim against the other Party to the extent permitted under that Party’s law.”

<sup>27</sup> Sachet Singh & Sooraj Sharma, *supra* note 23 at 98.

<sup>28</sup> Jan Kleinheisterkamp & Lauge Poulsen, *supra* note 2 at 4.

<sup>29</sup> BUSINESSSEUROPE, *ISDS- Overview of BUSINESSSEUROPE position*, Feb. 16, 2015, available at <http://www.businessseurope.eu/content/default.asp?PageID=568&DocID=33833> (last visited Mar. 22, 2015).

<sup>30</sup> BUSINESSSEUROPE, *Investment protection and the investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism - Letter from Markus J. Beyrer to MEPs Gianni Pittella and Bernd Lange*, Mar. 13, 2015, available at <http://www.businessseurope.eu/content/default.asp?PageID=568&DocID=33891> (last visited Mar. 22, 2015).

企業進行海外投資行為時具有一定的價值。相反地，澳洲產業界在 AUSFTA 排除 ISDS 之立場並未出現顯著的反對聲浪，蓋其產業界，以礦業為例，係已習慣在從事海外投資時，以將 ISDS 條款納入投資人地主國契約 (investor-state contracts) 之方式尋求投資保護<sup>31</sup>，並非極度仰賴 ISDS 作為海外投資保護的救濟途徑。

## (二) 政治意願

雖然目前在 ISDS 議題上面對來自各界之反彈，但歐盟當局實際上未曾公開表示在 TTIP 排除 ISDS 列為其談判的選項之一。反觀澳洲政府，在現任總理艾伯特 (Tony Abbott) 於 2013 年上任前，向來皆公開表示一概反對 ISDS<sup>32</sup>。尤其在 2011 年全球最大的菸草商菲利普莫理斯國際公司 (Philip Morris International) 針對澳洲「菸品素面包裝法案」 (Tobacco Plain Packaging Act) 在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) 下提出控告之後<sup>33</sup>，澳洲應對於 ISDS 議題將有更多的保留。相反地，歐盟目前並未有特別顯著的投資人對地主國爭端案例產生，故歐盟是否具有足夠的政治意願能仿效 AUSFTA 模式排除 ISDS，尚值得觀察。

## 二、美國立場與「跨太平洋戰略經濟夥伴協定」因素

### (一) 美國與其他已開發國家簽訂包含 ISDS 之雙邊協定之例

北美自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement, NAFTA) 係目前第一個已開發國家之間包含 ISDS 之 FTA<sup>34</sup>。然而實際上，在原先 1988 年的美加自由貿易協定 (Canada-United States Free Trade Agreement) 中，加拿大原先反對，但而後讓步，使得美國得以於該協定納入投資專章，但卻未包含投資人得以直接控訴地主國之條文<sup>35</sup>。是以，後於 1992 年簽署的 NAFTA 中之所以多納入了 ISDS，應可推測與墨西哥之加入息息相關。再者，在美國簽訂的 BIT 中，並未見與已開發國家簽署者<sup>36</sup>。因此，嚴格上來說，美國目前尚未在單獨

<sup>31</sup> Kyla Tienhaara & Patricia Ranald, *Australia's rejection of Investor-State Dispute Settlement: Four potential contributing factors*, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, July 12, 2011, available at <http://www.iisd.org/itn/2011/07/12/australias-rejection-of-investor-state-dispute-settlement-four-potential-contributing-factors/> (last visited Mar. 22, 2015).

<sup>32</sup> 澳洲政府目前對於是否於對外投資協定中納入 ISDS 條款之立場係基於個案決定 (on a case-by case basis)，可參考澳洲外交事務與貿易部 (Department of Foreign Affairs and Trade) 之官方網站，網址：<http://www.dfat.gov.au/trade/topics/pages/isds.aspx>。

<sup>33</sup> 關於澳洲菸品包裝案之背景及其對澳洲之影響，可參考：李宜芳、王耀誠，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，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，153 期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no153/4.pdf> (最後瀏覽日：2015 年 2 月 27 日)。

<sup>34</sup> Elvire Fabry & Giorgio Garbasso, *"ISDS" in the TTIP: the Devil is in the Details*, JACQUES DELORS INSTITUTE, Jan. 16, 2015, available at <http://www.notre-europe.eu/media/ttipisds-fabrygarbasso-nejdi-jan15.pdf?pdf=ok> (last visited Mar. 24, 2015).

<sup>35</sup> William S. Dodge, *supra* note 16 at 15.

<sup>36</sup> 可參考美國「貿易遵循中心」 (Trade Compliance Center) 中美國簽訂的 BIT 列表，網址：[http://tcc.export.gov/Trade\\_Agreements/Bilateral\\_Investment\\_Treaties/index.asp](http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp) (最後瀏覽日：2015 年 3 月 25 日)。

與已開發國家簽訂之雙邊協定中有納入 ISDS 之先例。基此，美國此次堅持在與歐盟此一由已開發國家所組成之經濟體談判中納入 ISDS，是否係其一貫之政策抑或實為產業界大力遊說而生之決策，值得持保留態度。

## (二) 跨太平洋戰略經濟夥伴協定中之 ISDS 議題

美國向來主張 TTIP 中應納入 ISDS<sup>37</sup>。而在歐盟決定採 AUSFTA 模式排除 ISDS 的假設下，美國能否鬆手亦仍是未知數。然而能確定的是，TPP 中之國家發展程度、法治環境、彼此間之投資關係異質性高，ISDS 或許確有存在之必要。相反地，歐盟會員國普遍司法環境發展已臻成熟，美國在歐之投資者應不至於缺少 ISDS 而使其享有之投資保護低於其在 TPP 締約國境內者。此外，美國與較晚加入之中、東歐的歐盟會員國亦多簽有 BIT<sup>38</sup>，即便美國擔心該等後進之歐盟成員司法體系不若西歐之歐盟成員，其亦可訴諸該等 BIT 中之 ISDS。

值得注意的是，在今年 3 月 25 日甫揭漏的 TPP 投資專章<sup>39</sup>中，在第 B 節 (Section B) 關於 ISDS 的部分，註腳 29 言明該部分目前係不適用於澳洲政府與澳洲投資人<sup>40</sup>。由此觀之，若美國願意於自由化程度高標準之 TPP 中允許個別國家不適用於 ISDS，則美國在 TTIP 中鬆手亦不無可能。然而，若 TTIP 先於 TPP 完成談判，基於擔心在 TTIP 妥協之後勢必將使 TPP 中其他國家之立場產生動搖，美國讓步之可能性將因而大幅降低。

## (三) 美國國內聲浪

然而，ISDS 在美國以及 TPP 談判中之反對聲浪方興未艾。美國眾議院 (House of Representatives) 有議員即提案反對將 ISDS 納入美國未來任何雙邊、多邊之投資貿易協定，包括目前之 TPP 及 TTIP<sup>41</sup>。同時，在目前可得之參考文獻中，法律界<sup>42</sup>、學界<sup>43</sup>等採取反對立場者居多。在 TPP 談判中，除了澳洲之反對外，紐西蘭亦對 ISDS 有所保留。紐西蘭優先黨 (New Zealand First) 亦在紐國國會內提出法案力促該國於自由貿易協定中排除 ISDS 條款<sup>44</sup>。是以，美國是否能成功將 ISDS 一體適用於最終所有的 TPP 談判國尚有待觀察。

<sup>37</sup> *The Facts on Investor-State Dispute Settlement*, USTR, Mar. 2014, available at <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/blog/2014/March/Facts-Investor-State%20Dispute-Settlement-Safeguarding-Public-Interest-Protecting-Investors> (last visited Apr. 6, 2015).

<sup>38</sup> 與美國簽訂 BIT 之中、東歐國家計有保加利亞、克羅埃西亞、捷克、愛沙尼亞、拉脫維亞、立陶宛、波蘭、羅馬尼亞、斯洛伐克等 9 國，前揭註 36。

<sup>39</sup> Wikileaks Release of Secret Trans-Pacific Partnership Agreement Investment Chapter, available at <https://www.wikileaks.org/tpp-investment/WikiLeaks-TPP-Investment-Chapter.pdf>.

<sup>40</sup> *Id.*; Footnote 29: "Section B does not apply to Australia or an investor of Australia. Notwithstanding any provision of this Agreement, Australia does not consent to the submission of a claim to arbitration under this Section."

<sup>41</sup> *House Bill Seeks To Block Inclusion Of ISDS In Trade, Investment Deals*, INSIDE US TRADE, Feb. 20, 2015.

<sup>42</sup> 亞洲與環太平洋國家等超過百位的法界人士聯手撰寫公開信呼籲將 ISDS 自 TTP 排除，網址：<https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/> (最後瀏覽日：2015 年 3 月 25 日)。

<sup>43</sup> *Over 100 Law Professors Say ISDS Should Be Left Out Of TPP, TTIP In Letter To Congressional Leaders*, Froman, INSIDE US TRADE, Mar. 11, 2015.

<sup>44</sup> *New Zealand First Introduces Bill To Strip ISDS Provisions From TPP*, INSIDE US TRADE, Mar. 22, 2015.

### 三、外國投資人保護問題

為使投資人能在排除 ISDS 下之 TTIP 享有其應得之投資保護，且能保障投資人的利益不至於因缺少 ISDS 而遭剝奪或減損，有學者認為，歐盟宜主張在 TTIP 中涵蓋明確之條文以確保 TTIP 賦予外國投資者之保護將不低於、但也不高於其予以國內投資者之待遇<sup>45</sup>。美國副貿易代表 (Deputy Trade Representative) 馬倫提斯 (Demetrios Marantis) 於 2013 年 3 月 20 日向眾議院發表演說中提及《2002 年貿易法》(Trade Act of 2002) 第 2102 條 (section 2102) 第 (b) 項第 (3) 款有關外人投資 (foreign investment) 的主要談判目標<sup>46</sup>，以及歐盟 2014 年 7 月 23 日的第 912/2014 號條例 (EU Regulation 912/2014) 前言第 (4) 段中，皆提及將賦予外國投資者等同但不高於國內投資者的保護程度<sup>47</sup>。是以，將此一概念之條款明確納入 TTIP 中原則上皆符合美歐雙方在談判上的政策目標<sup>48</sup>，故在實務上應能達成。

再者，TTIP 排除 ISDS 機制不代表投資人不能興訟，而係投資人須以雙方國內司法體系為救濟之管道。如前所述，AUSFTA 並不排除地主國與投資人雙方可再行以具拘束力之合意，於內國法或契約中約定以國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 或紐約公約<sup>49</sup> (New York Convention) 等為救濟管道之投資仲裁<sup>50</sup>。此外，歐洲議會國際貿易委員會在其工作文件中亦主張，關於海外投資人的不歧視待遇及訴諸救濟管道之公平機會皆能在排除 ISDS 的 TTIP 中達到<sup>51</sup>。退萬步言，若投資人對於地主國之司法體系不具足夠之信心，仍可透過購買政治風險保險 (political risk insurance) 之方式增加對自身之保護<sup>52</sup>。

### 四、小結

綜上所述，歐盟循 AUSFTA 模式於 TTIP 中排除 ISDS 應不致於使投資人利

<sup>45</sup> Jan Kleinheisterkamp & Lauge Poulsen, *supra* note 2 at 3.

<sup>46</sup> Trade Act of 2002, Section 2102 (b) (3): “Recognizing that United States law on the whole provides a high level of protection for investment, consistent with or greater than the level required by international law, the principal negotiating objectives of the United States regarding foreign investment are to reduce or eliminate artificial or trade-distorting barriers to foreign investment, while ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States,....”

<sup>47</sup> Paragraph (4) of the Preamble: “Union agreements should afford foreign investors the same high level of protection as Union law and the general principles common to the laws of the Member States grant to investors from within the Union, but not a higher level of protection...”; Regulation (EU) No 912/2014, of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 Establishing a Framework for Managing Financial Responsibility Linked to Investor-to-state Dispute Settlement Tribunals Established by International Agreements to which the European Union is Party, 2014 O.J. (L 257) 121, available at [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.257.01.0121.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.257.01.0121.01.ENG).

<sup>48</sup> Jan Kleinheisterkamp & Lauge Poulsen, *supra* note 2 at 3.

<sup>49</sup> 為《承認及執行外國仲裁裁決公約》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)，1958 年 6 月 10 日於紐約簽訂，故又謂之紐約公約。

<sup>50</sup> Jan Kleinheisterkamp & Lauge Poulsen, *supra* note 2 at 5.

<sup>51</sup> “Investors abroad have to be treated in a non-discriminatory fashion and should have a fair opportunity to seek and achieve redress of grievances. This can be attained in TTIP without the inclusion of ISDS provisions;” *supra* note 14 at 6-7.

<sup>52</sup> Jan Kleinheisterkamp & Lauge Poulsen *supra* note 2 at 5.

益嚴重受損，故有其一定之可行性。然而，仍有其必須克服之潛在阻礙。除了歐盟目前似缺乏明確之政治意願外，縱使境內反對聲浪高漲，產業界支持 ISDS 之聲音亦不容忽視。此外，在假設歐盟採排除 ISDS 之策略下，美國是否妥協亦為未知數。是以，為求更高之可行性，且有鑑於歐盟內部如德、法等會員國強烈之反對，再將美國可能不讓步之考量納入，未來 TTIP 在 ISDS 議題上或許亦可採用前述提及之 TPP 個案排除澳洲的折衷方式，將該等堅決反對 ISDS 之國家部分排除於 TTIP 下之 ISDS，而非完全將該機制移除。

#### 肆、結論

從歐洲執委會於今年 1 月發表的公眾諮詢報告可知，歐盟境內民間對於在 TTIP 中納入投資保護專章以及 ISDS 機制多持反對態度。除此之外，近日歐盟會員國政府亦有不少反對聲浪，希望將 ISDS 從 TTIP 中移除。然而將 ISDS 移除，如透過 AUSFTA 模式，未必阻礙地主國與投資人雙方可再行以具拘束力之合意；在歐盟採 AUSFTA 模式之可行性分析上，本文以為，關於投資人保護之健全性，歐美應有達成共識之空間，惟歐盟內部之產業界聲音以及美國向來擁護 ISDS 之立場，都將有可能對於歐盟在採行 AUSFTA 模式上造成阻礙。

再者，歐盟當局目前似無強烈之政治意願考量在 TTIP 中排除 ISDS 之可能。是以，歐盟接下來在 TTIP 的談判上將如何參考此次公眾諮詢後之結果，以及如何面對其內部會員國之反對聲浪，進而在投資保護議題上的談判策略上做出修正，值得吾人持續關注。