

## 試論「投資人對地主國爭端解決機制」之改革—以歐盟倡 議在「跨大西洋貿易及投資夥伴協定」建立上訴機制為中 心

蔡元閔

今 (2015) 年 5 月 5 日, 歐盟釋出一概念文件 (concept paper)<sup>1</sup>, 針對今年初發布有關「投資人對地主國爭端解決機制 (investor-state dispute settlement, ISDS)」之公眾諮詢報告<sup>2</sup>中所列舉之待討論議題<sup>3</sup>提出若干可能的改革選項<sup>4</sup>。其中, 在「跨大西洋貿易及投資夥伴協定 (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)」之 ISDS 下建立一上訴機制 (appellate mechanism) 同時受到業者與非政府組織 (Non-governmental Organizations, NGOs) 之支持<sup>5</sup>, 目前

<sup>1</sup> *Concept Paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court* [hereinafter Concept Paper] (May 5, 2015), available at [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF).

<sup>2</sup> 關於歐盟公眾諮詢報告之緣起與內容可參考: 蔡元閔, 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, 政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊, 175 期, 網址: <http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no175/1.pdf> (最後瀏覽日: 2015 年 5 月 18 日)。

<sup>3</sup> 分別為 (1) 對政府管制權的保護; (2) 仲裁法庭的建立與運作; (3) 國內司法體系與 ISDS 機制之關係; (4) 透過上訴機制審理 ISDS 之裁決; *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).

<sup>4</sup> 除了建立上訴機制外, 概念文件尚於以下幾個層面有所提議: (一) 管制權 (right to regulate): 進一步於協定下納入一條文 (article), 而不僅是前言, 保障政府在基於適當之保護水準下得採行措施以達合法之公共政策目的。歐盟另提議納入一條款, 以澄清 TTIP 不應被理解為阻止締約方停止發放國家補助 (state aid), 和/或要求已發放之國家補助的償付 (reimbursement); (二) 促進仲裁庭之建立與運作: 要求所有仲裁人應自 TTIP 雙方事先建立 (pre-determined) 的名錄 (roster) 中選出。此方式有助於排除爭端當事方與仲裁人間之利害關係, 蓋透過名錄之挑選與建立意味著該等仲裁人選係已受締約雙方審核。此要求亦可與對仲裁人之資格限制相互搭配, 特別係規定仲裁人應有擔任司法職位之資格。另外, 歐盟於概念文件更進一步提議, 認為在爭端結果與第三方有直接或既有利益時, 應賦予其介入之權利 (right to intervene); (三) ISDS 與國內法庭之關係: 應確保禁止投資人有平行訴訟之可能, 以避免其因此獲得雙重補償。此要求之落實可透過「叉路 (fork-in-the-road) 條款」的執行, 藉由禁止投資人先行於國內法庭進行訴訟, 而後又再行訴諸 ISDS, 將有助縮短訴訟之時間並降低訴訟成本。另外, 亦可納入「無迴轉 (no u-turn) 條款」。此方法之好處在於, 投資人可能將會考慮先以國內救濟程序為主, 藉此達到減少 ISDS 訴訟之效; (四) 設立國際投資法庭: 除上述改革之外, 概念文件更倡議歐盟應在 TTIP 之上同時著手建置一常設國際投資法庭以及具備終身職法官 (tenured judge) 之上訴機制的多邊投資爭端解決機制, 以在未來取代將於 TTIP 下建立的雙邊機制。而該法庭得基於自由參加 (opt-in) 之機制適用於歐盟與其貿易夥伴之協定, 將之建立為一自行運作之國際機構抑或將其嵌入既有之國際組織, 以期達到將此法庭多邊化 (multilateralize) 之目的。

<sup>5</sup> Concept Paper, *supra* note 1, at 8.

在歐盟內部並無明顯歧見。此外，ISDS 此一機制素來即存有諸多爭議<sup>6</sup>，其中最受批評者乃在仲裁庭判斷有誤的情況下，並無一既存且完善之矯正機制得以補救。實際上，關於建立 ISDS 上訴機制之倡議由來已久，而歐盟此次於其概念文件中再提此一主張自然值得關注。

本文將首先於第壹部分簡述於 ISDS 中設置上訴機制之必要性及其優劣；接著於第貳部分討論歐盟於此議題之推展情形及此次概念文件中相關之改革提議；第參部分則論及美國對於此議題之可能立場，並借鏡 WTO 上訴機構評析歐盟之提議；最後於第肆部分做一結論。

## 壹、ISDS 與上訴機制

### 一、設立上訴機制之必要性

現行之 ISDS 具分散 (decentralized) 之特色，係透過無審級制度 (non-hierarchical) 之個案 (ad hoc) 仲裁庭為爭端解決之場域。是以，引入上訴機制將有助於修正下級仲裁庭錯誤之判斷，並確保仲裁判斷之一致性與正確性，以增進法律之可預測性<sup>7</sup>。此外，有論者認為，國內法庭有逾越其管轄權之虞，針對既有之判斷進行審理 (review)，使得 ISDS 判斷之執行有受內國法庭干涉之情形；同時，內國法庭又易受地主國之影響，有損將爭端提交國際仲裁最初之立意<sup>8</sup>。而透過上訴機制之建立，可將投資仲裁判斷之審理限縮於一以國際標準與程序為基礎之中立且合格的 (qualified) 場域，而非由內國法庭審理<sup>9</sup>。另外，上訴機制之建立有助於仲裁之法律論理 (legal reasoning) 或判決理由 (ratio decidendi) 的建立，蓋一上訴機制在裁決時所發展之法律論理係具有高度參考價值與一定之說服力及權威性，將可強化嗣後爭端案件與類似前案之一致性<sup>10</sup>。

值得注意的是，亦有論者對建立上訴機制多所批評。首先，建立上訴機制將與「終局性原則 (principle of finality)<sup>11</sup>」相左，蓋此原則向來是仲裁相對於一般司法訴訟程序之優勢所在，保障爭端當事方之爭端解決程序與費用僅限於一定的時間與範圍之內。再者，上訴機制之引入勢必將拉長救濟程序，曠日費時，增加成本，與仲裁原先相較於訴訟更為快速、節省成本之特色衝突。另外，上訴機制之建立亦將導致更多爭端案件之產生，亦即爭端方可能針對每個案件都提出上訴，將有損下級仲裁庭之威信<sup>12</sup>，尤其，地主國若在下級仲裁庭敗訴，

<sup>6</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 6 月 27 日)。

<sup>7</sup> Katia Yannaca-Small, *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement*, OECD WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT 2006/01 (2006).

<sup>8</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, 101 (2013).

<sup>9</sup> Katia Yannaca-Small, *supra* note 7, at 12.

<sup>10</sup> Xian Yu Huang & David Chi Yu Cheng, *Protection of International Investment – The Study of Establishing Appellate Mechanisms in International Investment Arbitration*, 3 INTERNATIONAL REVIEW OF MANAGEMENT AND BUSINESS RESEARCH 4, 1826 (2014).

<sup>11</sup> 終局性原則係指仲裁之判斷應具有拘束力，且不得再對案件本身 (on the merits) 進行上訴。

<sup>12</sup> Katia Yannaca-Small, *supra* note 7, at 13.

基於國內之政治壓力，即有可能廣泛地提出上訴，使得上訴機制有政治化之虞<sup>13</sup>。是以，歐盟未來在 TTIP 下針對 ISDS 上訴機制之設計得否避免上述對於上訴機制之批評與質疑益形重要。

## 二、既有機制之不足

針對現行 ISDS 無法糾正仲裁判斷在法律或事實上認定錯誤之缺陷，實已有相關救濟程序，原則上可概分為透過仲裁機構本身內部之審理機構或再經由國內法庭對特定之仲裁判斷進行撤銷兩類。

前者之代表係國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 下《解決國家與他國國民間投資爭端公約》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States, 以下簡稱華盛頓公約) 第 52 條之撤銷 (annulment) 規定。根據第 52 條第 3 項<sup>14</sup>，在 ICSID 收到撤銷仲裁判斷的請求後，行政理事會 (Administrative Council) 主席應立刻從仲裁小組中任命三位成員組成專門委員會 (Ad hoc Committee) 審理，而非如解釋或修改仲裁判斷係由原仲裁庭處理。專門委員會的成員不得為原仲裁庭之仲裁員，亦不得為原當事國之國民或與原仲裁員同國籍<sup>15</sup>。然而，第 53 條第 1 項<sup>16</sup>規定除本公約所第 52 條第 1 項所列舉之五款<sup>17</sup>撤銷事由 (grounds) 之外，仲裁判斷不得被上訴抑或以其他救濟方式撤銷，使得撤銷事由相當侷限。

除此之外，尚有透過國內法庭為仲裁判斷撤銷之管道，聯合國國際貿易法委員會 (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) 《國際商事仲裁模範法》(Model Law on International Commercial Arbitration, 以下簡稱示範法) 第 34 條之撤銷 (set aside) 即為一例。模範法第 34 條規定爭端方在不服從仲裁判斷而欲訴諸法院 (court)<sup>18</sup>時，僅得依該條第 2 項與第 3

<sup>13</sup> *Id.* at 14.

<sup>14</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States [hereinafter Washington Convention], art. 52(3): “On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).”

<sup>15</sup> 翻譯參考自：陳雅眉，ICSID 架構下國際投資爭端解決體制之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 60-61，2008 年 2 月。

<sup>16</sup> Washington Convention, art. 53(1): “The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention...”

<sup>17</sup> 包括 (1) 仲裁庭組成不當、(2) 仲裁庭明顯逾越權限、(3) 仲裁人收受賄賂、(4) 嚴重違背基本程序規則、(5) 仲裁判斷不備理由等五種情況；Art. 52(1) of the Washington Convention.

<sup>18</sup> 此處謂之「法院」係如模範法第 6 條所示，每一頒布國具體指明履行此職責之一個或多個法院或其他有管轄權的機構。

項之規定申請撤銷<sup>19</sup>，撤銷事由與 ICSID 所規範者一樣極為限縮。而在模範法的案例中，通常法庭所進行的審理相當侷限，並不會對於仲裁庭所認定之事實或法律進行重新審理 (*de novo review*)，以確保法庭裁決之一致性；然而，即使是在一國之同一法庭內，一致性實際上難以維持，蓋不同案例皆由不同法官進行審理，該等法官對於仲裁判斷審理之經驗亦不相同，自然難以確保一致性<sup>20</sup>。

綜上所述，此二管道雖然在某種程度上提供了上訴之可能性，然而因其撤銷理由有所侷限，故未能視之為一真正完善的上訴機制<sup>21</sup>。

## 貳、歐盟有關建立 ISDS 上訴機制之提議

### 一、官方文件

在 2010 年 7 月歐盟執委會之政策文件 (communication) 中，歐盟即提及應考量納入上訴機制之可能，以保一致性與可預測性<sup>22</sup>。在 2011 年歐洲議會有關歐盟國際投資政策之決議文 (European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy) 亦提及提供上訴之可能，以改革現存之投資爭端解決機制<sup>23</sup>。而後在 2013 年之 TTIP 談判授權文件中即指出應將設立一 ISDS 上訴機制之可能性納入考量<sup>24</sup>。

### 二、全面性經濟與貿易協定與歐盟—新加坡自由貿易協定

承上所述，歐盟實際上已於加拿大—歐盟全面性經濟與貿易協定 (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) 及歐盟—新加坡自由

<sup>19</sup> Model Law on International Commercial Arbitration, art. 34(1): “Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.”

<sup>20</sup> David A. Gantz, *An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions In Investor - State Disputes: Prospects and Challenges*, BEPRESS LEGAL SERIES, Sept. 8, 2005, available at <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3890&context=expresso> (last visited May 27, 2015).

<sup>21</sup> Christian Tietje & Freya Baetens, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, June 24, 2014, available at <http://epthinktank.eu/2015/02/10/ttip-isds/> (last visited July 8, 2015).

<sup>22</sup> “Consistency and predictability are key issues and the use of quasi-permanent arbitrators (as in the EU’s FTA practice) and/or appellate mechanisms, where there is a likelihood of many claims under a particular agreement, should be considered....”

<sup>23</sup> Para. 31: “Believes that changes must be made to the present dispute settlement regime, in order to include greater transparency, the opportunity for parties to appeal, the obligation to exhaust local judicial remedies where they are reliable enough to guarantee due process, the possibility to use *amicus curiae* briefs and the obligation to select one single place of investor-state arbitration;” Resolution of 6 April 2011 on the Future European International Investment Policy, EUR. PARL. DOC. P7\_TA(2011)0141 (2011).

<sup>24</sup> Para. 23: “Consideration should be given to the possibility of creating an appellate mechanism applicable to investor-to-state dispute settlement under the Agreement....” Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Oct. 9, 2014, available at <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf> (last visited July 7, 2015).

貿易協定 (EU-Singapore Free Trade Agreement, EUSFTA) 中以「約定條款 (rendez-vous clauses)<sup>25</sup>」之方式賦予締約方未來在 ISDS 下設立上訴機制之可能。CETA 即於第 X.42 條<sup>26</sup>中規範「服務與投資委員會 (Committee on Services and Investment)」應於未來提供締約方一場域，以討論是否或者是應於何種情況下建立一 ISDS 上訴機制。而在 EUSFTA 中則於第 9.33 條<sup>27</sup>要求根據該協定第 17.2 條建立之「服務、投資與政府採購委員會 (Committee on Trade in Services, Investment and Government Procurement)」應於爾後檢討是否以及如何設立上訴機制。

### 三、公眾諮詢報告中有關上訴機制之條約文字提議

在 2014 年公眾諮詢的文件<sup>28</sup>中，歐盟進一步針對設立上訴機制一事進行諮詢，並於其中提出可能的相應條約文字建議，包括「仲裁判斷 (Award)」以及「上訴審查 (Appellate Review)」兩條。

在仲裁判斷此一條文中，歐盟針對爭端方提起上訴之時間以及下級仲裁庭就上訴機構之報告修正其原仲裁判斷之期間皆設有 90 天之天數限制<sup>29</sup>，但並未特別限制上訴機構產出報告之時限。在上訴審查一條中則有別於現行 ISDS 機制任務性 (ad hoc) 之特色，將建立一常設之上訴機構，此上訴機構將有權針對仲裁庭之判斷以及法律解釋所涵蓋之法律上爭點 (issue of law) 進行聽審<sup>30</sup>。

值得一提的是，從「仲裁判斷」該條之條文提議文字——「仲裁庭應於收到上訴機構報告 90 天內後發布其據以修正之仲裁判斷」觀之，是否意味者歐盟欲於 TTIP 下建立之 ISDS 上訴機制將不具有終局性？而係偏向 WTO 上訴機構之模式，產出「報告」提供仲裁庭修正其判斷？然而，仲裁庭修正過後之判斷

<sup>25</sup> 所謂「約定條款」係指在歐盟談判中若暫時未能就一特定議題達成共識，則先行於條約或協定中納入一條文，規範將於未來繼續檢視與討論此議題。

<sup>26</sup> Consolidated Comprehensive Trade and Economic Agreement Text, art. X.42: “The Committee on Services and Investment shall provide a forum for the Parties to consult on issues related to this Section, including: ... whether, and if so, under what conditions, an appellate mechanism could be created under the Agreement to review, on points of law, awards rendered by a tribunal under this Section, or whether awards rendered under this Section could be subject to such an appellate mechanism developed pursuant to other institutional arrangements....”

<sup>27</sup> EU-Singapore Free Trade Agreement, art. 9.33: “The Committee on Trade in Services, Investment and Government Procurement established pursuant to Article 17.2 (Specialised Committees) shall examine: ... (c) whether, and if so, under what conditions, an appellate mechanism to review, on points of law, awards rendered under this Section could be created under this Agreement or whether awards rendered under this Section could be subject to such an appellate mechanism developed pursuant to other institutional arrangements.”

<sup>28</sup> *Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP*, EUROPEAN COMMISSION, 42-43, available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc\\_152280.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf). (last visited July 7, 2015).

<sup>29</sup> *Id.*, art. xx (Award): “Either disputing party may appeal the award to the Appellate Body within 90 days of the issuance of the award. In such an event, if the Appellate Body modifies or reverses the award of the Tribunal then the Tribunal shall, after hearing the disputing parties if appropriate, revise its award to reflect the findings of the Appellate Body. The Tribunal shall seek to issue its revised award within 90 days of receiving the report of the Appellate Body.”

<sup>30</sup> *Id.*, art. xx (Appellate review): “A standing Appellate Body is hereby established. The Appellate Body shall hear appeals on issues of law covered in the Tribunal’s decision or award and legal interpretations developed by the Tribunal.”

是否足以反應上訴機構之裁決亦值得討論。歐盟目前並未於此有更深入之著墨，相關之細部設立勢必有待後續議題發展之追蹤。

#### 四、概念文件之提議

在此次概念文件中，歐盟提議應納入一雙邊的 ISDS 上訴機制，並應包括敘明其角色、設置、實際運作等之相關條文。此上訴機制將可審理仲裁庭在裁決中的法律上錯誤以及明顯之事實評估錯誤，以確保在解釋 TTIP 條文之一致性，並透過強化獨立性、公正性與可預測性以同時增加規範本質上與制度設計上之合法性。此雙邊之上訴機制可仿照 WTO 之上訴機構之制度設置，再經過修正後使其得以於 ISDS 下運作。歐盟提議可設有 7 名常任仲裁人，包含 2 名歐盟籍、2 名美國籍以及 3 名外國籍專家，而該等仲裁人之資格則可參照 WTO 上訴機構或國際法院 (International Court of Justice) 所要求者。為使此上訴機制能順利運作，亦將可能設立秘書處協助其日常業務之處理<sup>31</sup>。

然而，針對此份概念文件，歐洲議會若干議員並未表示肯定，認為雖然改革方向正確，但改革之幅度不足以取得民眾信任。歐洲議會亦表示希望歐盟執委會能對概念文件中之改革，尤其係成立國際投資法庭此一提案，做出具體承諾，以取得歐洲議會對於 TTIP 之支持<sup>32</sup>。同時，歐洲議會亦再次重申其將杯葛納入 ISDS 機制之 TTIP<sup>33</sup>。另一方面，亦有學者指出此次概念文件中提出之改革嚴重地不適切<sup>34</sup>。

#### 五、小結

綜上所述，歐盟雖一再於其官方文件中對於成立一上訴機制有所倡議，並於 CETA 與歐星 FTA 分別賦予締約方嗣後諮商設立上訴機制之可能，然而，實際上目前尚未有一真正的 ISDS 上訴機制之例。從公眾諮詢報告中之提議文字以及此次概念文件之倡議約可對於歐盟預期設立之 ISDS 雛形有基本了解，然而此一機制細部之運作則尚未有深入之提案。由於此次概念文件係以 TTIP 為中心，下文將首先分析設立 ISDS 上訴機制議題於美國之發展，再以 WTO 上訴機構之運作反觀歐盟此次於概念文件中之提議。

### 參、評析

#### 一、美國立場

從過往美國的對外貿易政策觀之，可以肯定美國對於在 TTIP 下之 ISDS 建立上訴機制應會持支持態度。美國首次提及建立上訴機制之可能性可見於

<sup>31</sup> Concept Paper, *supra* note 1, at 9.

<sup>32</sup> Daniela Vincenti, *MEPs unimpressed with Commission's ISDS proposal*, EURACTIV, May 7, 2015, available at <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/meps-unimpressed-commissions-isds-proposal-314389> (last visited June 5, 2015).

<sup>33</sup> Julie Levy-Abegnoli, *No TTIP deal with ISDS, warns parliament*, THE PARLIAMENT MAGAZINE, May 7, 2015, available at <https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/news/no-ttip-deal-isds-warns-parliament> (last visited June 5, 2015).

<sup>34</sup> Gus Van Gatten, *A parade of reforms: the European Commission's latest proposal for ISDS*, May 5, 2015.

《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 (Principal Trade Negotiating Objective) 之中，以期增進投資人與地主國間之爭端機制<sup>35</sup>。而後，在 2003 與智利簽訂之 FTA，美國首次提及成立雙邊 ISDS 上訴機制之可能性<sup>36</sup>。在多邊的貿易談判中，亦有 2004 年「中美洲自由貿易協定 (Dominican Republic-Central America-US FTA, CAFTA-DR)」，其進一步要求談判小組 (negotiating group) 之成立，以發展一上訴機構或相關機制，並規定該談判小組應將此一上訴機構或相關機制之相關設計納入考量，包括其本質與組成、適用範圍與審查基準 (standard of review)、程序之透明化、有關仲裁判斷之執行上此一上訴機構或相關機制之審理和既存內國法與國際法之關係等<sup>37</sup>。而後美國在與哥倫比亞、韓國、摩洛哥、阿曼、巴拿馬等國之 FTA，以及與烏拉圭之雙邊投資協定 (Bilateral Investment Treaty, BIT) 都有納入相關規定。

美國自 2002 年起即陸續於若干 FTA 中訂有於未來設立 ISDS 上訴機制之可能的相關條文。即使目前尚未有據以設立上訴機制之實例，但應可推測歐盟往後與美國在 TTIP 下針對 ISDS 設立一上訴機制應不難達成共識。

## 二、借鏡 WTO 之上訴機構

### (一) 上訴程序之時間限制

在上述公眾諮詢報告中仲裁判斷一條之提議有針對若干程序規範時限，目的應係為了解決因引入上訴機制將可能致使投資爭端解決曠日費時之安排；然而，未來在研擬相關程序規範時，應對上訴機構產出報告同時設有時間限制。蓋以 WTO 之經驗觀之，《爭端解決規則與程序瞭解書》(Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, DSU) 第 17 條第 5 項即

<sup>35</sup> Trade Act of 2002, Section 2102 (b) (3) (G): “seeking to improve mechanisms used to resolve disputes between an investor and a government through—(i)...; (iv) providing for an appellate body or similar mechanism to provide coherence to the interpretations of investment provisions in trade agreements;...”

<sup>36</sup> US-Chile Free Trade Agreement, Annex 10-H: “Within three years after the date of entry into force of this Agreement, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 10.25 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism.”

<sup>37</sup> Dominican Republic-Central America-US Free Trade Agreement, Annex 10-F: “Within three months of the date of entry into force of this Agreement, the Commission shall establish a Negotiating Group to develop an appellate body or similar mechanism to review awards rendered by tribunals under this Chapter. Such appellate body or similar mechanism shall be designed to provide coherence to the interpretation of investment provisions in the Agreement. The Commission shall direct the Negotiating Group to take into account the following issues, among others:

(a) the nature and composition of an appellate body or similar mechanism;  
(b) the applicable scope and standard of review;  
(c) transparency of proceedings of an appellate body or similar mechanism;  
(d) the effect of decisions by an appellate body or similar mechanism;  
(e) the relationship of review by an appellate body or similar mechanism to the arbitral rules that may be selected under Articles 10.16 and 10.25; and  
(f) the relationship of review by an appellate body or similar mechanism to existing domestic laws and international law on the enforcement of arbitral awards.”

規定上訴機構做出報告須以 90 天為限<sup>38</sup>，若 ISDS 上訴機制並未對上訴機構做成報告之時間做出限制，則可能難以解決上訴機制曠日費時之缺點。

## (二) 仲裁人選任

再者，承續本文第貳部分關於歐盟此次概念文件之介紹，關於仲裁人選任之方式，歐盟明顯有意以 WTO 上訴機構若干運作方式為參考典範進行 ISDS 上訴機制之細節設置。歐盟目前提議於 TTIP 下之上訴機制應由 7 名成員組成，與 WTO 下之規定相仿，且亦有將代表性納入考量，7 名成員中分別包含歐盟籍、美國籍以及第三國籍。根據 DSU 第 17 條第 1 項，WTO 之上訴機構係一常設機構，並設有 7 位成員，每一案件輪流由其中 3 位成員進行審理<sup>39</sup>。第 17 條第 3 項則規範上訴機構成員之資格，應具備法律、國際貿易及涵蓋協定 (covered agreements) 事務之專長<sup>40</sup>。基此，ISDS 上訴機制當可仿照 DSU 第 17 條之規範，設有仲裁人應符合一般公認具備法律、國際投資以及仲裁等領域相關專長的資格要求。然而，仍有待討論的是，在 TTIP 雙邊的結構下，7 名成員該如何選出？每一案件應由部分成員仿效 WTO 上訴機構之方式組成分庭 (division) 之方式進行審理抑或全體成員進行審理？

## (三) 職能

在職能方面，WTO 上訴機構得針對小組裁決做出維持 (uphold)、推翻 (reverse) 或修改 (modify) 等三種結論。參考 WTO 之經驗，ISDS 上訴機制在運作上除了仿效維持、推翻以及修改之職能外，或可考量額外負有「發回更審 (remand)」職權之可能性。蓋 WTO 上訴機構素因缺乏此職能而受詬病<sup>41</sup>，且 WTO 爭端解決與投資爭端解決本質上之不同亦使得 ISDS 上訴機制對此有詳加考量之必要。WTO 爭端解決機制雖具有一司法裁決程序之許多特性，但其設計之初衷係為協助爭端方解決爭端。WTO 小組產出者係「報告 (report)」，而非若投資爭端中仲裁庭直接做出「判斷 (award)」以要求敗訴方支付金錢賠償等。

在 WTO 下，即使上訴機構因缺乏發回更審或繼續完成小組分析之權限而

<sup>38</sup> Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes [hereinafter DSU], art. 17.5: “As a general rule, the proceedings shall not exceed 60 days from the date a party to the dispute formally notifies its decision to appeal to the date the Appellate Body circulates its report. In fixing its timetable the Appellate Body shall take into account the provisions of paragraph 9 of Article 4, if relevant. When the Appellate Body considers that it cannot provide its report within 60 days, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report. In no case shall the proceedings exceed 90 days.”

<sup>39</sup> DSU, art. 17.1: “A standing Appellate Body shall be established by the DSB. The Appellate Body shall hear appeals from panel cases. It shall be composed of seven persons, three of whom shall serve on any one case. Persons serving on the Appellate Body shall serve in rotation. Such rotation shall be determined in the working procedures of the Appellate Body.”

<sup>40</sup> DSU, art. 17.3: “The Appellate Body shall comprise persons of recognized authority, with demonstrated expertise in law, international trade and the subject matter of the covered agreements generally...”

<sup>41</sup> Joost Pauwelyn, *Appeal without Remand: A Design Flaw in the World Trade Organization Dispute Settlement and How to Fix it*, ICTSD DISPUTE SETTLEMENT AND LEGAL ASPECTS OF INTERNATIONAL TRADE ISSUE PAPER NO. 1, June 2007, available at [http://www.ruig-gian.org/ressources/Apea-Pauwelyn\\_Remand%20070723.pdf](http://www.ruig-gian.org/ressources/Apea-Pauwelyn_Remand%20070723.pdf) (last visited July 7, 2015).



使得部分爭點未獲解決，其仍可達爭端解決機制之目的。然而，在投資的情境下，並不若 WTO 具有外交或談判導向之性質；相反地，當一方訴諸於投資爭端解決機制，其基本上已排除透過外交管道解決衝突之可能性，並對於得以執行一決定性的仲裁結果有所期待<sup>42</sup>。是以，賦予 ISDS 上訴機制發回更審之權利抑或在針對下級仲裁庭之判斷做出修正或推翻的情況下得以繼續完成審理之權利應有其必要性，亦有助於仲裁終局性原則之維護<sup>43</sup>。不過值得一提的是，WTO 之上訴機構僅得為法律審，而根據目前歐盟之倡議，其所預想之 ISDS 上訴機制係可就仲裁庭「明顯之事實評估錯誤 (manifest errors in the assessment of facts)」進行審理。是以，若嗣後歐盟於 TTIP 下設立之 ISDS 上訴機制可同時為事實審與法律審，則或可不必賦予其發回更審之職能。尤其，若上訴機制得以透過發回更審之方式要求下級仲裁庭對於部分爭點重新進行審理，是否將反而拖延上訴程序，有違最初仲裁機制力求儘速解決爭端之初衷？

#### (四) 前案之拘束力

ISDS 上訴機制之前案是否應具有拘束力亦值得考量。在 WTO 下，前案對於後案並不具有拘束力，然而，在許多案例中之論理，小組與上訴機構多傾向參考前案之結論進行該案之審理，尤其 DSU 第 3 條第 2 項<sup>44</sup>首句即指出 WTO 之爭端解決機制提供多邊貿易體系安全性及可預測性之重要。同樣地，ISDS 上訴機制亦可仿效 WTO 模式，以為確保雙邊或多邊投資環境之「安全性」與「可預測性」抑或為保障爭端雙方之「合理期待 (legitimate expectations)」等相對較隱晦且具有彈性之文字表述方式規範投資爭端中後案與前案間之關係，以確保不同爭端案件中針對類似投資法律原則與概念在詮釋上之一致性<sup>45</sup>。

### 三、小結

綜上所述，歐美對於在 ISDS 下建立一上訴機制皆有持續之政策宣示與實際落實之努力，雙方而後若欲於 TTIP 下納入上訴機制應不難達成共識。然而，對於歐美雙方而言較為困難之處，將可能係如何建立此一上訴機制之細部運作規範。上述議題應係歐美雙方得參考 WTO 上訴機構運作經驗而擷取其精神以複製至 TTIP 雙邊情境下 ISDS 運作的程序規範；然而，除此之外仍包含許多有待雙方進一步討論之議題，包含上訴機制之設立是否意味仲裁地法庭之複審即因此被取代？另外，為了保護投資人，政府上訴是否應該設保證金繳納之要求？上訴機制審查基準 (standard of review) 之議題亦值得討論，是否得以進行重新審理 (*de novo review*) ？

### 肆、結論

<sup>42</sup> Theodore R. Posner, *An Appellate Mechanism for Investor-State Dispute Settlement: A Perspective Based on the WTO Appellate Body Experience*, CROWELL & MORING LLP, available at [http://apps.americanbar.org/intlaw/fall09/materials/Posner\\_Theodore\\_173\\_TP02001030173\\_CLEMaterials\\_sysID\\_1656\\_761\\_0.pdf](http://apps.americanbar.org/intlaw/fall09/materials/Posner_Theodore_173_TP02001030173_CLEMaterials_sysID_1656_761_0.pdf) (last visited July 7, 2015).

<sup>43</sup> *Id.* at 7.

<sup>44</sup> DSU, art. 3.2: “The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system....”

<sup>45</sup> Theodore R. Posner, *supra* note 42, at 8-9.

歐盟此次之概念文件針對於 TTIP 下設立 ISDS 上訴機制提出其基本構想。回顧歐盟與美國雙方過往之貿易政策與對外簽署之 FTA，ISDS 上訴機制皆係其推動目標之一，雙方應得在 TTIP 下達成設置 ISDS 上訴機制之共識，惟設置上訴機制牽涉之結構改革層面甚廣，歐美雙方得否在談判 TTIP 上同時推動 ISDS 改革有待吾人後續觀察。另一方面，在設置此一機制之同時，歐盟應可在若干層面上借鏡 WTO 之上訴機構，惟仍需將貿易爭端與投資爭端本質上之不同納入考量，以期設置一得以妥善運作之 ISDS 上訴機制，俾使投資仲裁之優點得以續存，並同時補足原本在無審級制度下仲裁之缺陷。

