

試析於各雙邊投資協定下建立上訴機制是否惡化投資仲裁

破碎化之問題

賈棕凱

摘要

國際投資爭端解決中心 (International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 於 2004 年提出一份 ICSID 投資仲裁的改革架構 (Possible Improvements of The Framework for ICSID Arbitration)，其中提到相較於各國在各個投資條約下建立各自之上訴機制，在多邊場域建立單一上訴機制，更有助於解決國際投資法破碎化的問題。為了解當今的雙邊投資條約建立之上訴機制是否惡化國際投資法破碎化之問題，本文首先整理 ICSID 上述文件的附件與學者之建議，以得出設立多邊上訴機制的制度設計要素；其次分析近年各國於雙邊場域下成立上訴機制的現況，並以前述制度設計要素介紹歐盟目前於兩個自由貿易協定中所設立之投資上訴法庭。本文比較多邊的上訴機制與歐盟投資上訴法庭後，發現雖然後者的設計幾乎與前者的設計相同，但是兩個自由貿易協定中所設立之投資上訴法庭制度，彼此間並沒有協調機制，致使審理機制間所作出的案例法未能達成連續性 (coherence) 和一致性 (consistency)，因此歐盟現行的投資法庭上訴機制似乎無助於緩解國際投資法體系破碎化的問題。

學術及實務界長期以來都有希望國際投資仲裁建立上訴機制的聲浪¹，例如國際投資爭端解決中心 (International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 於 2004 年所提出的「ICSID 仲裁架構之可能改革」此一討論文件 (discussion paper) 中，即有建立上訴機制的倡議²。該份文件主張各國在投資條約 (Investment Treaty) 下建立投資仲裁的上訴機制，可能導致國際投資法破碎化，故呼籲各國應在 ICSID 建立上訴機制，避免加劇國際投資法破碎化的情形發生³。然而此份文件提案因討論不足而未竟其功。

目前，各國有在自由貿易協定 (Free Trade Agreement, FTA) 或雙邊投資條約 (Bilateral Investment Treaty, BIT) 建立上訴機制的趨勢，例如歐盟已在兩個

¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, POSSIBLE IMPROVEMENTS OF THE FRAMEWORK FOR ICSID ARBITRATION (2004) [hereinafter ICSID Proposal]; David M. Howard, *Creating Consistency Through a World Investment Court*, 41(1) FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL 1-52 (2017).

² ICSID Proposal, *supra* note 1, at 14-16.

³ *Id.*

FTA 下建立投資法庭與上訴機制。本文將從當今的情況，探討當初 ICSID 討論文件所擔憂之國際投資法破碎化是否發生。因此，本文首先探討國際投資多邊上訴機制的設計要素；其次研究目前國際投資仲裁建立上訴機制的發展，並以歐盟之投資上訴法庭為例，運用前述多邊上訴機制的設計要素來審視歐盟之投資上訴法庭的設計要素，最後進行簡要的評析。

壹、2004 年 ICSID 討論文件的背景與上訴機制的設立要件

ICSID 秘書處於 2004 年提出針對 ICSID 之仲裁進行改革的討論文件 (discussion paper)，其中一個方向是在 ICSID 建立多邊的上訴機制，以取代於各投資條約建立雙邊的上訴機制⁴。此改革起因於越來越多 BIT 準備在其投資人—地主國投資仲裁制度中 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) 建立上訴機制，且簽署此些 BIT 的國家大部分亦簽署關於《解決國家與其他國家國民之間投資爭端公約 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States，以下簡稱 ICSID 公約)》⁵。ICSID 建立此上訴機制的目的為：使依據投資條約所作出的案例法可以達成連續性 (coherence) 和一致性 (consistency)⁶，以免各投資條約建立上訴機制造成國際投資法破碎化。以下先介紹國際投資法破碎化的定義，以說明 ICSID 為何希望於其下建立多邊上訴機制，其次說明建立 ICSID 多邊上訴機制應有的制度設計要素。

一、國際投資仲裁裁決破碎化的意義與影響

所謂國際法的破碎化 (fragmentation of international law) 係指實體規範與審理機制多樣性的現象，旨在關切不同法源處理同一議題別的衝突問題⁷。國際法的破碎化起因於功能性因素 (functional) 與政治性 (political) 因素⁸。功能性因素係指三項成因，第一，國際法架構下缺乏最高法律制定者 (central world legislator)；第二，各國國內的政府部門各自談判其專業領域的國際條約，且此些國際條約可能由不同的主管機關管轄；第三，全球性的問題使專業的新國際法領域、新國際法規範蓬勃發展⁹。政治性因素係指：第一，欲進行國際條約談判的國家有其政策優先順序的考量，使其在不同談判場域抱持不同立場；第二，政治實力較強的國家刻意創造有利於自身的不同國際條約談判場域，以削弱其他國家的談判能力¹⁰。國際法的破碎化造成法律義務的衝突與不相容、國際法的規則失去

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

⁷ 陳貞如，國際法之破碎性於國際漁業貿易規範的體現，收於：楊光華編，第十二屆國際經貿法學發展學術研討會，頁 267-275 (2012 年)。

⁸ Anne Peters, *The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization*, 15(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 671, 674 (2017).

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.* at 674-675.

法律確定性，以及國際法體系失去一致性與連續性¹¹。

國際投資法亦有破碎化的情形，國際投資法破碎化同樣是因為國際投資法下眾多投資條約與審理機制的發展，造成國際投資法解釋不一致與不連續等諸多問題¹²。投資條約之發展源於各國在二次大戰後開始簽訂投資條約，特別是 1990 年代前後 ICSID 公約之會員國快速增加，各國亦簽訂大量 BIT，至今為止，各國已簽訂超過 3000 個投資條約¹³。此外，投資條約下建立多樣的審理機制亦造成國際投資法破碎化的問題。一般來說，投資條約之審理機制為 ICSID 中心之仲裁庭或其他非機構仲裁庭 (ad hoc arbitral tribunal)¹⁴。除此之外，仲裁當事方對該仲裁案件有疑義可以利用 ICSID 撤銷仲裁制度請求撤銷仲裁，在執行程序亦可以請求國內法院不承認該仲裁之效力，使該仲裁不能受到執行。由於各審理機制眾多且分立，且設立目的與審理程序亦不盡相同，使國際投資法有破碎化的現象。

國際投資法體系破碎化問題之影響甚鉅，將會在個案上產生有瑕疵的決策過程 (defective decision-making process)、仲裁庭對條約解釋的不一致 (inconsistency)，或國際投資法體系的不連續性 (incoherent) 等問題，進而降低國家參與國際投資法體系之意願。首先，許多南美洲國家開始質疑國際投資仲裁機制的透明度、無視 ICSID 公約會員國的經濟狀況，與仲裁人不獨立等決策過程瑕疵的問題，造成許多南美洲國家開始退出 ICSID 公約、終止或重啟談判 BIT¹⁵。其次，仲裁庭對條約解釋不一致的現象，儼然威脅到國際投資法體系的正當性¹⁶，此解釋不一致的現象恐肇因於國際投資法之法源眾多，如 BIT、FTA 之投資專章或是國家與投資人間的投資契約 (Investment Contract) 均可被援引¹⁷，且當事人得依據不同法源向不同的機構提起仲裁¹⁸，造成不同審理機制審理類似案件事實卻得出不同結果。最後，國際投資法律解釋的不一致性造成援用先例的困難。仲裁人通常在審理過程會參考過去的仲裁判斷，投資人與地主國亦根據過去的仲裁判斷作為其權利與義務的指引¹⁹，若此些仲裁判斷對類似的案例事實或條約文字做出衝突性的解釋，而仲裁當事方亦援引截然不同的法律解釋，將造成國際投資仲裁案件間的齟齬，對國際法秩序與投資條約的存續構成極大威脅。

¹¹ *Id.* at 678-679.

¹² David M. Howard, *supra* note 1, at 27-37.

¹³ Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime for Investment*, 51(2) HARVARD INT'L LAW JOURNAL 427, 428 (2010).

¹⁴ David M. Howard, *supra* note 1, at 12.

¹⁵ Jeswald W. Salacuse, *supra* note 13, at 469-470.

¹⁶ Debra P. Steger, *Enhancing the Legitimacy of International Investment Law by Establishing an Appellate Mechanism*, in IMPROVING INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS 257-264 (Armand de Mestral & Céline Lévesque eds., 2012). (manuscript at 5), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2223714.

¹⁷ *Id.* at 2-3.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Susan D. Franck, *The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have A Bright Future*, 12 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 47, 56-57 (2005).

ICSID 欲建立上訴機制目的為促進投資條約的案例法之連續性和一致性，此或許可部分解決上述所提及，因國際投資法破碎化所造成之結構性問題中的條約解釋不一致，以及國際投資法體系的不連續性等問題。然亦如同上述，國際投資法碎裂的成因相當多，於 ICSID 下建立多邊上訴機制，顯然無法完全根治國際投資仲裁破碎化的所有問題。

二、在 ICSID 建立上訴機制的主張與制度設計要素

關於是否於 ICSID 建立上訴機制，事實上有正反雙方意見。正方論者認為國際投資仲裁案件的不一致性與不連續性的問題已經不容忽視，因此 ICSID 確有必要建立上訴機制²⁰。惟反方論者認為，由於 ICSID 公約第 52 和 53 條的條約目的在於確保仲裁終局性 (finality)，而非條約解釋的準確性 (accuracy)²¹，且於 ICSID 建立多邊上訴機制會增加仲裁當事方的成本，並造成仲裁的遲延²²，故為了維護仲裁的終局性、效率性，反方論者不建議建立上訴機制。然而，國際投資仲裁目前的發展更迫切需要條約解釋的一致性與法體系的連續性，且多邊上訴機制若是運作得宜不必然犧牲仲裁的效率性，因此本文認為於 ICSID 建立上訴機制確有其必要性。

根據學者建議，若欲建立多邊投資仲裁上訴機制，其基本原則為：確保仲裁的一致性和連貫性、仲裁人的獨立性和公正性、程序的公平性，同時亦應考量仲裁的終局性與效率性²³。為說明多邊上訴機制的具體要件，以下將參考 ICSID 於其 2004 年之討論文件的附件中，所提出的數項設計要素，並兼採學者針對多邊上訴機制之制度要素建議。

(一) 制度設計要素一：管轄權 (Jurisdiction) 設計

針對管轄權之設計要素，ICSID 之討論文件建議上訴機制應盡可能受理欲上訴之案件。曾有論者主張在 ICSID 建立上訴機制仍會造成國際投資法體系的破碎化，原因在於若 ICSID 之上訴機制僅受理使用 ICSID 仲裁規則之仲裁，不受理使用其他仲裁規則之仲裁，則無法達成多邊上訴機制促進案例法之連續性和一致性的目的²⁴。故為確保非 ICSID 之仲裁仍有機會向此上訴機制提出上訴，以避免投資破碎化的疑慮，ICSID 上訴機制應考慮受理採用任何仲裁規則的仲裁，包括使用 ICSID 仲裁規則的仲裁、使用 ICSID 附加機制規則 (Additional Facility Rules) 之仲裁²⁵、使用聯合國貿易委員會仲裁規則之仲裁 (UNCITRAL Rules

²⁰ Debra P. Steger, *supra* note 16, at 5.

²¹ *Id.* at 6.

²² *Id.* at 10.

²³ *Id.*

²⁴ ICSID Proposal, *supra* note 1, at 14-15.

²⁵ 在無法使用 ICSID 仲裁規則的情況下，例如不屬於 ICSID 管轄範圍內之國家與私人團體欲向

arbitration)，以及使用其他仲裁規則之仲裁²⁶。學者亦支持上訴機制的設計應廣泛受理或至少受理大部分上訴案件²⁷，蓋上訴機制對特定爭點作出之第一個裁決可能影響嗣後之仲裁裁決，因此，若是上訴機制可以受理所有的上訴案件，較可能避免國際投資仲裁的破碎化²⁸。

(二) 制度設計要素二：上訴事由 (Grounds of Appeal)

國際投資仲裁上訴機制雖應廣泛受理上訴案件，然在確保國際投資仲裁的正確性之餘，亦應注意仲裁的效率性。為避免所有仲裁案件任意提起上訴，反而架空初審仲裁，訂定上訴事由與範圍即相當重要²⁹。ICSID 之討論文件中所提出的上訴事由包括：明確的法律錯誤 (clear error of law)、嚴重的事實錯誤 (serious errors of fact)，以及 ICSID 協定第 52 條五項撤銷 (annulment) 事由³⁰。惟 ICSID 之討論文件明確表示，此等事由應以較為嚴格的方式加以定義，以尊重 (deference) 投資仲裁庭認定的事實³¹。

(三) 制度設計要素三：上訴機制成員之組成

有關上訴機制的成員選任係採仲裁人名冊制度 (roster-type system)³²或是常設組織 (standing permanent body) 的固定成員 (permanent members) 制度，於文獻中尚有爭議。仲裁人名冊制度意指該份名單有大量人選供仲裁雙方選任，仲裁雙方可以依其爭端內容或其他因素選擇合適的仲裁人；常設組織的固定成員制度則類似於國內法院的制度設計，爭端當事方沒有大量人選可供選任，甚至沒有挑選仲裁人的權利。有論者反對仲裁人名冊制度，因為固定的成員更能確保仲裁的一致性與連續性，且成員之間更能肩負共同角色與責任³³。惟常設機構的建立需要更多政治上支持，且常設上訴機構成員獨立性更強，各國對此機構的控制不易³⁴。因此，亦有論者認為採用仲裁人名冊制度可以取得對國家主權的損害與國家責任間的平衡，因為仲裁人名冊制度下的仲裁人獨立性較小，對國家主權的損

ICSID 提起仲裁，可以使用 ICSID 附加機制規則向 ICSID 提起仲裁。請參照：徐耀滋，國際解決投資爭端中心管轄權問題及其改革之研究—兼論 WTO 納入投資人與地主國爭端解決機制之展望，國立政治大學國際經營與貿易研究所碩士論文，頁 34 (2004 年)。

²⁶ ICSID Proposal, *supra* note 1, Annex at 1.

²⁷ Christian J. Tams, *Is There a Need for an ICSID Appellate Structure?*, THE INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES: TAKING STOCK AFTER 40 YEARS 238 (Hofmann, R. & Tams, C. J. eds., 2010).

²⁸ *Id.*

²⁹ Debra P. Steger, *supra* note 16, at 12.

³⁰ ICSID Proposal, *supra* note 1, Annex at 4.

³¹ *Id.*

³² 以中華民國仲裁協會之仲裁人名冊為例，該仲裁人名冊上之仲裁人專長各異，學經歷亦不同，仲裁當事方可以根據案件之爭議選擇適合的仲裁人。

³³ Debra P. Steger, *supra* note 16, at 12.

³⁴ *See Id.*

害亦較小³⁵。

ICSID 討論文件的建議為常設機制的固定成員制，其建議的上訴小組 (appeals panel)³⁶ 成員為 15 人，均為國際法權威且為不同國籍的人士³⁷。學者亦支持上訴機制應由少數成員構成³⁸。蓋從現行 ICSID 的案例觀察，造成投資仲裁破碎化的原因之一在於仲裁人間法律解釋不一致，使法律見解缺乏個人連續性 (personal continuity)³⁹。關於審理個別上訴案件的 3 位上訴機制成員，ICSID 討論文件建議應由上訴小組 (Appeals Panel)⁴⁰ 與仲裁當事方協商後選任⁴¹。

(四) 制度設計要素四：上訴機制內部程序

針對上訴機制的內部程序，論者建議 ICSID 之秘書處應賦予上訴機制制定其審理規則和內部行政管理的權力，並減少對上訴機制的影響⁴²。重要的是，上訴機構應發展成一個為其裁決負責的機構⁴³，而不受仲裁當事方左右。另外，有論者建議採納 WTO 上訴機制之合議 (collegiality) 程序，使所有上訴機構成員均能參與每一個上訴案件之討論⁴⁴。此合意程序的進行為，上訴機構受理上訴案件後，所有成員都會審查上訴方的書面訴狀，而不僅只審理個別案件的三位成員審查此書狀，三位成員於聽取完當事國之言詞辯論後 (oral hearing)，再與其他上訴機構成員一起討論，最後由此三位成員作成最終報告⁴⁵。

(五) 制度設計要素五：期間的限制

多邊的仲裁上訴機制仍須考量到仲裁的即時性與效率性，因此有論者建議此類上訴機制應參考 WTO 上訴機制，訂定各類嚴格的期間限制，包括：提交書面訴狀 (written pleading) 的期間、發布最終報告的期間⁴⁶。此些期間限制使程序更加迅速⁴⁷，使仲裁的一致性與效率性可以達到平衡。

³⁵ David M. Howard, *supra* note 1, at 39.

³⁶ ICSID 管理委員會 (Administrative Council of ICSID) 根據該中心秘書長 (Secretary-General of the Centre) 提名之人選，選出 15 位成員構成上訴小組；ICSID Proposal, *supra* note 1, Annex at 3.

³⁷ *Id.*

³⁸ Christian J. Tams, *supra* note 27, at 238-239.

³⁹ *Id.* at 239.

⁴⁰ ICSID 管理委員會 (Administrative Council of ICSID) 根據該中心秘書長 (Secretary-General of the Centre) 提名之人選，選出 15 位成員構成上訴小組。*Id.* Annex at 3.

⁴¹ *Id.*

⁴² Debra P. Steger, *supra* note 16, at 17.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ See Donald Mcrae, *The WTO Appellate Body: A Model for an ICSID Appeals Facility?*, 1(2) JOURNAL OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT 371, 375 (2010).

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

三、小結

具有上述之五大制度設計要素的多邊投資上訴機制，較能回應當初 ICSID 建議設計多邊上訴機制的兩大目的：使國際投資仲裁可以達成法律解釋的連續性，以及法體系的一致性。此五大要素分別為管轄權、上訴事由、上訴機制成員的組成、上訴機制內部程序，與期間的限制。若一投資上訴機制之設計可以考慮到上述所提到的制度設計要素，或許較能確保該多邊上訴機制可以部分解決國際投資法的破碎化問題。

貳、現行國際投資仲裁中設立上訴機制之現況

截至 2017 年為止有超過 3300 個的國際投資協定 (international investment agreement, IIA) 生效，大部分含有 ISDS⁴⁸，惟過去其所援用的 ICSID 公約或其他仲裁規則均無上訴機制之設計⁴⁹。近期，各國考量到仲裁的法律解釋不一致造成的影響，紛紛在投資條約建立上訴機制。統計數據顯示，至 2005 年為止，有多達 20 個國家可能在投資條約簽署投資人地主國的上訴機制。例如，美國雖在其 2004 年之投資保護協定模範範本 (Model BIT) 附件 D 訂有上訴機制⁵⁰，但至今尚未和任何國家簽訂有包含上訴機制的 BIT⁵¹；美國 2012 年之投資保護協定模範範本雖刪除附件 D，不再要求締約雙方在固定期間內討論建立上訴機制，但是該範本第 28 條仍對將來建立上訴機制的情形進行規範⁵²。韓國則是在 4 個 FTA 簽訂未來建立上訴機制的規定⁵³。至於區域協定例如南美洲國家聯盟仲裁中心 (UNASUR Arbitration Centre)⁵⁴將納入上訴機制⁵⁵。除上述例子外，受到最多討論的莫過於歐盟所推動的投資法庭 (investment court system) 上訴機制，如下所

⁴⁸ N. Jansen Calamita, *The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime*, 18 JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 585-627 (2017). (manuscript at 1), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2945881.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ 2004 年投資保護協定模範範本 (Model BIT) 附件 D 規定：締約雙方在固定期間內對投資仲裁的上訴機制進行談判。請參照：Dany Khayat, Timothy J. Keeler Duane & W. Layton, *US Bilateral Investment Treaties: Recent Developments*, MAYER BROWN 5 (June 11, 2012), https://www.mayerbrown.com/files/Publication/ae444628-6a40-4a3a-b6ba-fe81cbde0a3e/Presentation/PublicationAttachment/bb82d4d6-b014-4a3c-935f-00dee2cc9748/Update_US_Bilateral_Investment_Treaties_V1_0112.pdf.

⁵¹ N. Jansen Calamita, *supra* note 48, at 3.

⁵² Dany Khayat et al., *supra* note 50, at 5.

⁵³ Comm. on International Trade Law, *Compilation of comments on Settlement of commercial disputes Investor-State Dispute Settlement Framework on its Fiftieth session*, U.N. Doc. A/CN.9/918/Add.9 (2017).

⁵⁴ 南美洲國家聯盟由 12 個南美洲國家構成，由南美洲國家共同體發展而來。此仲裁中心由厄瓜多爾總統在 2010 年提出，旨在解決其成員之間的國際投資爭端。請參照：Daniela Páez-Salgado & Fernando Pérez-Lozada, *New Investment Arbitration Center in Latin America: UNASUR, A Hybrid Example of Success or Failure?*, KLUWER LAW BLOG 1-3 (May 27, 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/27/unasur/?print=pdf>.

⁵⁵ *Id.*

討論。

一、 歐盟在 FTA 建立上訴機制的現況

雖然多邊之上訴機制未能建立，然許多國家仍支持對國際投資仲裁進行改革，尤其是歐盟投資法庭的上訴機制受到許多討論⁵⁶。有論者認為歐盟的投資法庭已經對投資仲裁機制做出劇烈的改變，因此該法庭不是 ICSID 公約定義之仲裁⁵⁷。若肯認上開論述，則將投資法庭機制與前述多邊的上訴機制相比並不恰當。惟歐盟與其他 FTA 之締約國為使用既有的投資條約體系，且為使投資法庭之裁決做出後可以透過紐約公約 (New York Convention) 執行，其投資法庭仍援引 ICSID、UNCITRAL 規則或其他雙方同意之仲裁規則⁵⁸，故本文仍以歐盟投資法庭的上訴機制，作為相關的個案來進行分析。

歐盟執委會於 2015 年提出的跨大西洋貿易及投資夥伴協議的投資改革概念文件 (Concept Paper: Investment in TTIP and beyond-the Path for Reform) 說明，建立上訴機制之目的為確保投資法庭 (investment tribunal) 體系的正確性、連續性、可預測性，並回應 ISDS 機制的危機⁵⁹。此一體系亦受到歐盟利害關係人的廣泛支持⁶⁰。反對意見則表示歐盟應尋求多邊上訴機制的建立而非雙邊，因為雙邊之上訴機制可能造成多個上訴機制分立⁶¹。其後，歐盟越南自由貿易協定 (EU-Vietnam Free Trade Agreement，以下簡稱歐盟越南 FTA) 於 2015 年 12 月簽署，其中第八編 (服務貿易、投資與電子商務) 第二章 (投資) 納入投資法庭機制與上訴機制⁶²。歐盟與加拿大則於 2016 年之加拿大歐盟自由貿易協定 (EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) 中，以投資法庭機制取代投資仲裁機制，並且新增上訴法庭機制⁶³。

歐盟投資法庭建立上訴機制不僅適用於歐盟層級的 FTA 或 BIT，此機制亦適用於成員國層級的 BIT。根據歐洲議會 (European Parliament) 公布之有關 CETA 的投資法庭文件 (From arbitration to the investment court system – The evolution of CETA rules)，歐盟談判完成之投資協定或協定的特定條款，將取代歐盟成員國與

⁵⁶ N. Jansen Calamita, *The Challenge of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID*, 32(3) ICSID REVIEW 611, 613 (2017).

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, art. 8.23(2), [hereinafter CETA].

⁵⁹ *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*, at 8 (May 5, 2015), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² EU-Vietnam Free Trade Agreement, arts. 12, 13, [hereinafter EU-Vietnam FTA].

⁶³ 黃詩晴、李旺達，「試析投資法庭制度與發展—以歐盟加拿大全面經濟和貿易協定為例」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，206 期，頁 18，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no206/3.pdf> (最後瀏覽日：2018 年 5 月 28 日)。

第三國現有的 BIT 相關部分⁶⁴。具體而言，一旦歐盟簽訂的協定之特定條款生效，成員國與同一第三國的雙邊協定之特定條款將終止 (terminate)，改為適用歐盟與第三國新簽訂的條款⁶⁵。至於歐盟投資章相關規範，只有在加拿大和歐盟完成批准程序後才生效⁶⁶。因此，歐盟成員國與加拿大之間現有的 BIT 仍然適用；並且只有在 CETA 生效時才會中止 (discontinued)⁶⁷。此外，歐盟嗣後簽署的 BIT 或 FTA 的投資章均會納入投資法庭與上訴法庭機制⁶⁸，因此本文討論之歐盟投資上訴法庭具有普遍性而非僅單一個案。

歐盟簽訂的 FTA 最與眾不同之處就是投資上訴法庭的設立。歐盟將此機制引入 FTA 有兩個目的，第一、上訴機制可以糾正錯誤的初審裁決，並且相較於 ICSID 成立之撤銷委員會 (annulment committee) 更節省時間與費用⁶⁹。第二、上訴機制可以確保各初審法庭之裁決對條約的解釋一致⁷⁰。以下將以第壹部分所提及、於 ICSID 下設立上訴機制所應具備之五大制度設計要素為架構，簡介歐盟於兩個 FTA 下所建立的投資法庭之上訴機制。

(一) 制度設計要素一：管轄權的設計

仲裁案件欲提起上訴首應符合管轄權之要求，而歐盟投資上訴法庭可受理的仲裁上訴案件類型相當多元，包括使用其他仲裁規則之仲裁。例如 CETA 第 8.23 條第二項規定，將允許使用 ICSID 仲裁規則 (ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings) 之仲裁、使用 ICSID 附加機制規則之仲裁、使用 UNCITRAL 仲裁規則之仲裁，以及使用仲裁雙方同意的仲裁規則之仲裁提起上訴⁷¹。

(二) 制度設計要素二：上訴事由

歐盟之 FTA 中明訂有允許國際投資仲裁提起上訴之事由，例如：CETA 第 8.28 條第二項規定，投資上訴法庭受理仲裁案件的上訴事由包括⁷²：第一、法律

⁶⁴ Laura Puccio & Roderick Harte, *From Arbitration to the Investment Court System (ICS) – the Evolution of CETA Rules*, at 4 (June 15, 2017), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607251/EPRS_IDA\(2017\)607251_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607251/EPRS_IDA(2017)607251_EN.pdf).

⁶⁵ *See Id.*

⁶⁶ *Id.* at 5.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Steffen Hindelang & Teoman M. Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court: Recently Negotiated Investment Chapters in EU Comprehensive Free Trade Agreements in Comparative Perspective*, at 174 (July 4, 2017), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603844/EXPO_STU\(2017\)603844_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603844/EXPO_STU(2017)603844_EN.pdf).

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ CETA, art. 8.23(2).

⁷² CETA, art. 8.28(2).

適用或解釋錯誤；第二、對案件事實的認定明顯錯誤，包括對國內法的認定錯誤；第三、ICSID 公約第 52.1 條的五款撤銷仲裁事由⁷³，除非該事由已落入前述兩款事由中。

(三) 制度設計要素三：上訴機制成員的組成

歐盟投資上訴法庭成員組成為固定的成員名單，而人數之多寡由各 FTA 規定。例如 CETA 第 8.28 條第 7 項 f 款規定，上訴機制成員之人數由聯合委員會 (Joint committee) 決定⁷⁴；而歐盟越南 FTA 第 13 條第五項則是規定上訴法庭由 6 位成員組成⁷⁵。每一庭組⁷⁶ (division) 之 3 位成員的選任，兩個 FTA 均規定隨機輪換 (randomly appointed)⁷⁷，以確保仲裁雙方不能知悉特定案件由何成員審理，此規定似乎是參照 WTO 上訴機制的規定⁷⁸。

歐盟之 FTA 對上訴機制成員的能力有所要求。例如：CETA 第 8.27 條第四項規定，投資法庭成員應具備其母國任職於司法機關的資格，或是公認具有能力的法律執業者 (jurists)⁷⁹；該些成員應係國際公法的專家，且最好能夠瞭解國際投資法、國際貿易法及因自由貿易協定、投資保護協定引起的爭端⁸⁰。上訴機制成員之能力要求與投資法庭成員之要求相同⁸¹。

針對上訴機制分庭之成員國籍，僅有歐盟越南 FTA 第 13 條第四項做出國籍規定，而 CETA 沒有做出規定⁸²。歐盟越南 FTA 第 13 條第八項規定，全體 6 位成員中，歐盟、越南、第三國各 2 位，而上訴分庭之三位成員亦分別由 3 個國籍

⁷³ ICSID Convention, art. 52.1, (providing that: “Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.”).

⁷⁴ CETA, art. 8.28(7)(f).

⁷⁵ EU-Vietnam FTA, art. 13(5).

⁷⁶ WTO 上訴機構由 7 位成員所組成，每件爭端由其中 3 位組成一庭組聽案。「庭組」之翻譯請參照：于永廷，析論 WTO 皇冠上的明珠—爭端解決機制，外交部通訊，26 卷 6 期，2007 年。

⁷⁷ CETA, art. 8.28(5); EU-Vietnam FTA, art. 13(8).

⁷⁸ Elsa Sardinha, *The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement*, 32(3) ICSID Review 625, 644 (2017).

⁷⁹ CETA, art 8.27(4), (providing that: “The Members of the Tribunal shall possess the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial office, or be jurists of recognized competence. They shall have demonstrated expertise in public international law. It is desirable that they have expertise in particular, in international investment law, in international trade law and the resolution of disputes arising under international investment or international trade agreements.”).

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ CETA, art 8.28(4).

⁸² EU-Vietnam FTA, art.13(4).

之成員構成，主席由第三國之成員擔任⁸³。

仲裁人常因身兼二職 (double hatting) 而廣受批評，所謂身兼二職係指同時在本案作仲裁人卻在其它案件作該案當事人一方之代理人⁸⁴。針對成員的倫理義務 (ethical obligation)，歐盟的 FTA 做出進一步規定。例如：CETA 第 8.30 條對投資法庭成員和上訴法庭成員的倫理要求為：法庭成員不得與任何政府有關；其不得接受有關政府或組織就繫屬仲裁有關的指示；法庭成員不得審理有直接或間接利益衝突之任何爭端；法庭成員受到任命後，不得在審理中或新的投資爭端擔任代理人或專家證人⁸⁵。

(四) 制度設計要素四：上訴機制的內部程序

CETA 第 8.27 條第十項規定投資法庭得 (may) 制定自身的工作程序 (working procedure)，但是 CETA 第 8.28 條投資上訴法庭的規定並未要求上訴法庭制定工作程序，僅 CETA 第 8.28 條第 10 項規定上訴法庭運作的行政和組織事項，由聯合委員會負責與施行⁸⁶。歐盟越南 FTA 第 13 條第十項則是規定上訴法庭應 (shall) 建立自己的工作程序⁸⁷。

(五) 制度設計要素五：期間的限制

CETA 第 8.28 條第九項 a 款規定與歐盟越南 FTA 第 28 條第一項均規定，仲裁雙方可以在仲裁 90 日內對仲裁進行上訴⁸⁸。另外，歐盟越南 FTA 第 28 條第五項規定：自上訴方提交上訴狀到上訴法庭作出裁決之日為止，上訴程序不得超過 180 日⁸⁹。如果上訴法庭不能在 180 日做出決定，則應書面告知當事方延期的理由以及預計發佈決定所需要的時間，至多不可超過 270 日⁹⁰。

二、小結

⁸³ EU-Vietnam FTA, art.13(8)

⁸⁴ See Malcolm Langford, Daniel Behn & Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, 20 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW, 301-331(2017).

⁸⁵ CETA, art 8.30(1), (providing that: “The Members of the Tribunal shall be independent. They shall not be affiliated with any government. They shall not take instructions from any organisation, or government with regard to matters related to the dispute. They shall not participate in the consideration of any disputes that would create a direct or indirect conflict of interest. They shall comply with the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration or any supplemental rules adopted pursuant to Article 8.44.2. In addition, upon appointment, they shall refrain from acting as counsel or as party-appointed expert or witness in any pending or new investment dispute under this or any other international agreement.”).

⁸⁶ CETA, art. 8.27(10), 8.28(7).

⁸⁷ EU-Vietnam FTA, art. 13(10).

⁸⁸ CETA, art. 8.28(9)(a); EU-Vietnam FTA, art. 28(1).

⁸⁹ EU-Vietnam FTA, art. 28(5).

⁹⁰ EU-Vietnam FTA, art. 28(5).

本文將歐盟之投資上訴法庭透過五大制度要素分析，發現歐盟投資上訴法庭之設計在管轄權、上訴事由的部分與第壹部分中所提到之多邊投資上訴機制的設計相同，而上訴機制成員的組成、上訴機制內部程序、期間限制則與多邊上訴機制的設計相似。此情形是否可以緩解國際投資法的破碎化將在下一大段分析之。

參、評析

於第壹部分已說明，依照 ICSID 討論文件以及論者之建議，若欲成立多邊投資上訴機制以解決部分國際投資法破碎化的問題，有五大關鍵的制度設計要素；而第貳部分則以歐盟投資法庭的上訴機制為例，並以前述之五大制度要素介紹歐盟投資上訴法庭。以下將對照第壹部分的制度要素，比較歐盟投資上訴法庭與這些關鍵制度要素之異同，其次再對歐盟投資上訴法庭進行綜合分析，以探討這些上訴機制是否如同當年 ICSID 討論文件中所擔心，造成國際投資法破碎化更為嚴重。

一、五大制度要素的比較

針對管轄權要件，ICSID 文件與學者均建議多邊投資上訴機制應廣泛受理欲上訴之仲裁案件，以利法律解釋之統一。歐盟投資上訴法庭則允許使用 ICSID 仲裁規則之仲裁、使用 ICSID 附加機制規則之仲裁、使用聯合國貿易委員會仲裁規則之仲裁、使用仲裁雙方同意的仲裁規則之仲裁，均得向其提出上訴。由此觀之，歐盟投資上訴法庭之設計目的與 ICSID 文件之設計目的相似，均能廣泛的受理欲上訴之仲裁案件。

針對上訴機制的上訴事由，ICSID 文件建議多邊上訴機制可將事實嚴重錯誤、法律明確錯誤，與 ICSID 第 55 條之撤銷仲裁事由均納入上訴事由。歐盟投資上訴法庭的上訴事由亦與多邊上訴機制之上訴事由相符合。

針對上訴機制成員的組成，ICSID 文件的多邊上訴機制制度要素建議該機制成員為固定的成員、不同國籍、國際法權威。歐盟投資上訴法庭亦採納常設機構的固定成員制度，惟其他兩點有些微不同，CETA 與歐盟越南 FTA 均規定上訴機制成員之國籍為歐盟、FTA 另一簽署國、第三國；歐盟對於成員的資格要件規定更具體，其要求成員應係國際公法之專家，且最好瞭解國際投資法。

針對上訴機制的內部程序，學者建議多邊上訴機制之制度要素為：上訴機制制定自身的工作程序，並且可以採納 WTO 上訴機制之合議程序。CETA 與歐盟越南 FTA 則有不同的規定。CETA 規定上訴機制的內部工作程序由聯合委員會負責，但未具體說明工作程序是否由投資上訴法庭制定；歐盟越南 FTA 則規定投資上訴法庭應制定自己的工作程序。關於 WTO 之合議程序，CETA 與歐盟越

南 FTA 均未採納。

針對上訴機制的期間限制，考量仲裁的效率性，避免仲裁因上訴而拖延，ICSID 以及學者均提到，多邊投資上訴機制應就各項程序設有嚴格的期間限制，例如提交書面訴狀的期間、發布最終報告的期間等。CETA 與歐盟越南 FTA 上訴機制，對仲裁雙方上訴期間之限制、上訴機制做出裁決的期間限制等均訂有規定，至於書狀提交之期限或最終報告之期限等細部規定須待 CETA 與歐盟越南 FTA 上訴機制的工作程序制定方可得知。

二、綜合分析與建議

從前述歐盟投資上訴法庭與多邊上訴機制之要素比較可以發現，兩者的制度設計差異不大，且未來歐盟建立之投資上訴法庭極有可能依循既有之投資上訴法庭進行設計，此兩項歐盟投資上訴法庭的特性是否緩解國際投資法體系的破碎化，或反而加劇國際投資法體系破碎化的發生？以下將從第壹部分之多邊上訴機制設立的目的與多邊上訴機制的設計要素，分析歐盟投資上訴法庭之制度設計是否造成國際投資法破碎化？其次，從歐盟兩個自由貿易協定之投資上訴法庭的制度設計分析此些分立的投資上訴法庭是否造成國際投資法破碎化？

(一) 相似的五大設計要素可以緩解國際投資法體系破碎化的現象

於第壹部分中所提出之多邊上訴機制的五大制度要素，主要係以促進案例法之連續性和一致性為目標進行設計。在管轄權之設計，不論是2004年ICSID的文件或是學者均建議多邊上訴機制要盡量受理仲裁上訴案件，多邊上訴機制若得以審理越多之仲裁案件，對於各別仲裁案件可能導致歧異或錯誤的法律解釋，即有機會可以予以矯正，藉此或許得避免國際投資法破碎化的問題發生。歐盟在兩個 FTA 所設立的投資上訴法庭採納此制度要素的內涵，使該些投資上訴法庭得以受理大量仲裁上訴案件，使歧異或錯誤的法律解釋有修正的機會，有助於避免國際投資法破碎化。

在上訴事由的設計，2004年之ICSID文件與學者均建議多邊上訴機制應有權審查程序問題與實體問題，以避免國際投資仲裁案件法律解釋不一致造成國際投資法的破碎化。歐盟在兩個 FTA 所設立的投資上訴法庭亦納入此制度要素的內涵，該些投資上訴法庭有權審查前審法庭裁決的實體問題與程序問題，有利於法律解釋的統一以避免國際投資法的破碎化。

在上訴法庭成員的組成設計，學者間有主張應採納仲裁人名冊制度，亦有主張應採納常設機構固定成員制度，2004年之ICSID文件採納後者，並在此基礎上規定成員的資格與國籍。固定的少數成員所做出之法律解釋較為穩定且不易改變，

更能促進案例法之連續性和一致性。歐盟在兩個FTA所設立的投資上訴法庭亦採納常設機構固定成員制度，如此封閉的成員群體所作出之法律解釋理應較為穩定，有助於緩解投資仲裁判斷的不一致，以避免國際投資法的破碎化。

在上訴法庭的內部程序設計，學者建議多邊上訴機制應制定自己的工作規則，以彰顯投資法庭之獨立性，避免受到ICSID中心之秘書處的行政干預，影響仲裁判斷的結果。歐盟越南FTA規定投資上訴法庭應制定自身的工作程序，使投資上訴法庭的審理具有獨立性不受外界干預，以避免國際投資法的破碎化。但是CETA僅要求投資法庭規定其工作程序，在投資上訴法庭的條文中則無此一規定，較為可惜。

最後，期間的限制設計為促進多邊上訴機制的效率性，與國際投資法的破碎化較無關聯，故不對此制度要素進行評析。綜上所述，歐盟投資上訴法庭的設計與多邊之上訴機制相近，意味著歐盟投資上訴法庭的設計符合此兩大目的，似乎於一定程度上緩解了國際投資法破碎化的問題，但是否有其他疑慮仍待往日觀之。

(二) 歐盟投資上訴法庭間不具備協調機制，可能惡化國際投資法破碎化之問題

回顧ICSID於2004年的討論文件，其擔憂的問題之一便是各投資條約上訴機制各自運作後，由於各審理機構追求之目的不同、審理程序各異，所產生的國際投資法破碎化問題。儘管歐盟之投資上訴法庭於設計上符合本文第壹部分所提出的多邊上訴仲裁機制之五大要素，惟當其設立多個類似的投資法庭上訴機制時，是否反而會加劇國際投資法破碎化問題，則不無疑問。

誠然，同樣具備多邊上訴機制的制度要素，「多個」上訴機制與「一個」上訴機制相比，仍較有可能引發國際投資法破碎化現象。於第貳部分中介紹歐盟設立投資法庭機制的背景時，亦提到當時的反對意見表示歐盟應尋求多邊上訴機制的建立，因為雙邊之上訴機制可能造成多個上訴機制分立。從目前的情況觀之，歐盟同時推動在雙邊場域建立各自的上訴機制、與在多邊場域建立一個上訴機制，亦即是，其一方面在FTA下建立雙邊投資上訴法庭，另一方面仍在UNCITRAL推動多邊上訴機制的建立，如此游移的心態使解決國際投資法破碎化的步伐停滯不前。從歐盟執委會向公眾徵詢的多邊投資改革文件觀之，歐盟的最終目標仍是追求「一個」多邊的常設投資法庭，例如2016年8月，歐盟執委會 (European Commission) 建議開啟多邊投資法庭的談判，並向大眾徵詢投資爭端解決的多邊化改革方式⁹¹。2017年7月10日UNCITRAL在歐盟及其成員國的要求下，同意推動投資爭端解決機制多邊化的改革，並討論建立多邊投資法庭的方案⁹²。同時，雙

⁹¹ European Commission, *The Multilateral Investment Court project*, (Dec. 21, 2016), <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>.

⁹² *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Factsheet*, at 1-2 (July 10,

邊 FTA 下，例如 CETA 第 8.29 條，也規定 FTA 之締約國應嘗試在將來建立多邊投資法庭。雖然歐盟嘗試在多邊場域進行多邊投資上訴機制的談判，但考慮到現行歐盟已經在雙邊的基礎上建立投資上訴法庭，其首要目標應該是思考如何在雙邊的場域解決國際投資法破碎化的問題，其次才考量在多邊場域中談判出一個多邊上訴機制的可行性。

若歐盟欲在雙邊場域解決國際投資法破碎化，目前最大的問題是 FTA 下所設立的投資上訴法庭間係為各自獨立的機制，因此某一投資上訴法庭（例如：CETA 下所成立的投資上訴法庭）的法律解釋，並未對其他投資上訴法庭（例如：歐盟越南 FTA 下所成立的投資上訴法庭）產生拘束力，造成上訴法庭間的法律解釋無法統一。若歐盟投資上訴法庭間沒有協調或合作機制，殊難想像投資仲裁法律解釋不一致與不連續性的情況可以緩解。因此，當歐盟透過個別條約，無論是 FTA 或 BIT，建立投資上訴法庭時，應明確認知其目的是實現單一投資條約內部的案例法之一致性與連續性，還是實現國際投資法體系的案例法之一致性與連續性。若歐盟建立投資上訴法庭的目的之一是後者，則歐盟實有必要在上訴法庭間建立協調或合作機制，以緩解國際投資法破碎化的問題。

肆、結論

2004 年 ICSID 的討論文件論及國際投資仲裁的改革，並主張相較於在各投資條約中建立上訴機制，各國在多邊場域建立單一上訴機制，更能解決仲裁破碎化的問題。本文首先分析 ICSID 討論文件附件與學者建議之設計要素，列出建立多邊投資上訴機制應考量的五項制度設計要素。其次，為分析當今各投資條約建立上訴機制的現況，以歐盟目前在 CETA 以及歐盟越南 FTA 中所設立之投資法庭上訴機制為個案，透過前述之五大制度設計要素來解構該上訴機制。在比較多邊上訴機制與歐盟投資法庭上訴機制的五要素後，本文發現多邊上訴機制與歐盟現行之上訴機制差異不大，但是 CETA 與歐盟越南 FTA 上訴機制間沒有協調或合作機制，在審理機制分立的情況下，國際投資仲裁法律解釋不一致、法體系不一致的情形可能仍會發生。因此，歐盟目前在 CETA 與歐盟越南 FTA 建立投資上訴法庭，的確會惡化國際投資法體系破碎化的問題，至於是否有必要如 ICSDI 之 2004 年討論文件中所提、於 ICSID 下設立多邊上訴機制，則有待更多的討論。

2017), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155744.pdf.