

# 世界貿易組織的投資便捷化多邊架構可能影響地主國的投資保障義務

易婕 編譯

## 摘要

截至今 (2020) 年 12 月 8 日為止，世界貿易組織的「投資便捷化多邊架構」已完成四回合的正式談判，旨在提升各國投資措施的透明性與可預測性，進而促進跨境投資活動之進行。然此多邊架構與現有國際投資協定之規範內容有所重疊，參與會員擔心「投資人與地主國爭端解決機制」之仲裁庭在解釋國際投資協定下的投資保障義務時，可能透過對傘狀條款、公平與公正待遇條款與最惠國待遇條款之解釋，將多邊架構下的規範納入考量因素，導致不當擴大地主國的投資保障義務內涵。有鑑於此，參與會員積極提案極欲解決前述爭議，惟其效果可能僅止於協定用語字面上的更動，而仍無法處理仲裁庭的解釋問題。未來各會員提案是否能就仲裁實務面提出根本解決之道，進而對國際投資環境產生正面影響，仍有待觀察。

(本篇取材自：Nathalie Bernasconi-Osterwalder & Jonathan Bonnitcha, *Investment Negotiations at the WTO and the IIA Regime: Anticipating Unintended Interactions*, INVESTMENT TREATY NEWS (Oct. 5, 2020), <https://www.iisd.org/itn/2020/10/05/investment-negotiations-at-the-wto-and-the-iaa-regime-anticipating-unintended-interactions-nathalie-bernasconi-osterwalder-jonathan-bonnitcha/>.)

歷經兩年的討論，「投資便捷化 (investment facilitation)」議題在今 (2020) 年 9 月正式於世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 下進入談判階段<sup>1</sup>。截至今年 12 月 8 日為止，參與會員已進行四回合的正式談判並取得重大進展<sup>2</sup>，第五回合談判預計將在明年 1 月舉行，以期能夠於明年第 12 屆 WTO 部長會議舉辦前達成具體成果<sup>3</sup>。

部分 WTO 會員早已在 2017 年第 11 屆部長會議中共同發表「投資便捷化部長聯合聲明 (Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development,」

<sup>1</sup> *Structured Discussions on Investment Facilitation for Development Move into Negotiating Mode*, WORLD TRADE ORGANIZATION [WTO] (Sept. 25, 2020), [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/infac\\_25sep20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/infac_25sep20_e.htm).

<sup>2</sup> *Investment Facilitation Agreement Negotiators Wrap Up Productive Year*, WTO (Dec. 8, 2020), [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/infac\\_08dec20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/infac_08dec20_e.htm).

<sup>3</sup> *Id.*

以下簡稱聯合聲明)<sup>4</sup>，其主要目的為透過提升地主國內投資措施之透明度與可預測性，以促進跨境投資<sup>5</sup>。參與會員在聯合聲明中表示，希望能發展「投資便捷化多邊架構 (Multilateral Framework on Investment Facilitation, MFIF)」<sup>6</sup>，其結果可能大幅改變國際投資的治理環境。

聯合聲明自始即承認需要明確釐清 MFIF 與國際投資協定 (International Investment Agreements, IIAs) 的關係，並希望能夠防止 MFIF 的新規範落入 IIAs 下「投資人與地主國爭端解決機制 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS)」之適用範圍<sup>7</sup>。此一考量源自於若地主國違反 IIAs 中承諾，ISDS 為外國投資人提供了求償的機制，而相較之下，MFIF 從未設想過投資人主張地主國未遵守其規範、進而向之請求相關權利或賠償的可能性。然 ISDS 仲裁庭長久以來對 IIAs 下之義務皆採取廣義解釋，此引發參與會員之疑慮，擔心仲裁庭可能透過其所不樂見之方式解釋 MFIF 下的實質義務，並將該些義務納入 IIAs 下的地主國義務範圍內。

聯合聲明中已明確表示 MFIF 的討論不應涉及投資的市場進入、投資保護與 ISDS 等敏感議題<sup>8</sup>，在後續談判之文本草案中亦反映上述意圖。但因為此規定的有效性與確切文義仍待商榷，許多參與會員在後續談判中均提議應釐清 MFIF 與 IIAs 體系間的界限，從而防止投資人於 ISDS 中，以地主國違反 MFIF 下之義務為由進行求償。

為了解為何參與會員有上述疑慮，本文先簡介投資便捷化議題於 WTO 下進行談判的進程與 MFIF 草案目前主要的內容，接著說明 MFIF 與 IIAs 下地主國投資保障義務的解釋問題，並以其中三個最具爭議性的 IIAs 條款為例，再者概述目前會員對此問題的提案與評析，最後作一結論。

## 壹、投資便捷化多邊架構的主要內容

目前 MFIF 文本草案適用於投資設立前 (pre-establishment) 與營運階段中影響到投資人或投資的措施，而 IIAs 雖亦適用於影響投資的措施，但更側重於營運階段之部分。因此，MFIF 與 IIAs 的主要重疊範圍在於，兩者皆試圖規範營運階段的投資相關措施。

現行 MFIF 草案版本共列出七個主要章節：第一節涉及 MFIF 之適用範圍及一般性原則，包含重要定義與最惠國待遇條款；第二節主要規範投資措施的透明性，包含對 WTO 的通知義務、設置查詢點 (enquiry points)、與採行和公布新措

<sup>4</sup> Ministerial Conference, *Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development*, ¶ 4, WTO Doc. WT/MIN(17)/59 (Dec. 15, 2017).

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> *Id.*

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

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

施及進行諮商之程序等相關規定；第三節涉及行政程序之改革，旨在精簡與加速投資相關行政程序與要求；第四節著重於在國內外建立聯絡或查詢點、申訴窗口與其他協調機制。最後三節則分別規範對開發中國家與低度開發國家會員的特殊與差別待遇 (special and differential treatment)、企業社會責任與反貪腐等跨領域議題、以及爭端解決等制度性規定。值得注意的是，在第三節與第四節間設有兩個新提議的小節：第三節之一係有關投資人臨時入境、及以投資為目的之商業人士跨境移動的便捷化規範；第三節之二則為資本自由移轉與代位權的相關規定<sup>9</sup>。

除了企業社會責任和反貪腐之相關規範，上述草案之多數規定皆使用強制性用語 (shall)。惟各節的詳細條文目前仍在討論與磋商階段，其中包括對 MFIF 適用範圍影響重大的重要定義條款。

## 貳、MFIF 與既有投資承諾間的關係

如前述，MFIF 與 IIAs 的規範範圍有所重疊，因此若地主國同時為 MFIF 的締約國，當發生投資人透過 IIAs 下的 ISDS 進行求償的情形時，MFIF 與既有投資承諾間的關係恐將影響投資仲裁的結果。此風險係因 ISDS 下之仲裁庭於進行審理時，可能透過解釋或適用 IIAs 中具不確定法律概念或具抽象性的條款，將 MFIF 下的規範納入 IIAs 的投資保障義務範圍。以下就三個此類條款為討論，分別為傘狀條款 (umbrella clause)<sup>10</sup>、公平與公正待遇條款 (fair and equitable treatment)<sup>11</sup>、與最惠國待遇條款 (most favored nations provision)。

### 一、傘狀條款

根據聯合國貿易和發展會議 (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD) 的統計，約有百分之 43 的 IIAs 包含傘狀條款<sup>12</sup>，透過

<sup>9</sup> 代位權係指投資協定中，締約一方經締約他方承認，得針對該協定意義下之投資予以保證，而當該協定所定之政治風險發生時，若締約一方政府或指定代理機構已賠償該國投資人，即代位取得該投資人對締約他方之所有財產權利，並取得因此等權利而產生之權利主張或提起訴訟之代位權。投資保障協定，經濟部投資臺灣入口網，網址：

[https://investtaiwan.nat.gov.tw/showBusinessPagechtG\\_Agreement01?lang=cht&search=G\\_Agreement01&menuNum=92](https://investtaiwan.nat.gov.tw/showBusinessPagechtG_Agreement01?lang=cht&search=G_Agreement01&menuNum=92) (最後瀏覽日：2020 年 12 月 3 日)。

<sup>10</sup> 傘狀條款 (umbrella clause) 係指雙方於投資協定中約定，當締約一方對於締約他方投資人之投資，有本投資協定以外之義務承諾，該締約國仍應加以遵守。如符合要件，則投資人得援引該條款，依投資協定所約定之爭端解決機制向地主國提出控訴。經濟部投資業務處，國際投資協定分析釋義，頁 110-111 (2012 年)。

<sup>11</sup> 公平公正待遇 (fair and equitable treatment) 的內容較為抽象，其保護內涵亦隨協定用語而有所不同，目前仲裁庭所承認的公平公正待遇包含：(1)地主國對於影響投資人之法律架構，應確保公開透明性；(2)地主國應遵守投資契約之義務；(3)地主國應確保正當法律程序的實踐；(4)地主國應遵循善意原則；(5)地主國應確保投資人不受集權統治及不當干擾；(6)地主國應保障投資的穩定性並兼顧投資人正當合理期待。RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLE OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 145-160 (2nd ed. 2012).

<sup>12</sup> *Investment Policy Hub: Mapping of IIA Content*, UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT [UNCTAD], <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment->

該條款，地主國於 IIAs 以外作成與外國投資相關之義務或承諾亦得納入 IIAs 下的地主國保障義務範圍內。

由於傘狀條款的用語可能隨著時間變動，近年來許多投資協定已逐漸避免使用此類用字。然而，許多早期簽訂的投資協定仍訂有簡短且廣義的傘狀條款，如約定地主國政府應遵守「任何與投資有關之義務」。ISDS 仲裁庭往往將此類傘狀條款在解釋上擴及至契約、立法與任何地主國所為與投資相關之一般性承諾。

至於若違反如 WTO 協定等國際條約之規定，是否亦會違反傘狀條款？目前尚無仲裁庭針對此問題做出清楚解釋。然而，從目前各參與會員針對 MFIF 中有關「投資」與「投資人」之定義與範圍所提出的提案來看，仍無法完全避免在 MFIF 下做出的承諾被視為廣義傘狀條款下「與投資有關的義務」。尤其目前 MFIF 草案中多數的承諾皆具有強制性，故其更有可能被認為屬前開義務，而納入地主國的保障義務範圍內。

## 二、公平與公正待遇條款

據 UNCTAD 統計，約有百分之 95 的 IIAs 訂有公平與公正待遇條款<sup>13</sup>。當論及 MFIF 下的新規範將如何影響 IIAs 之公平與公正待遇條款時，仲裁庭可能根據《維也納條約法公約 (The Vienna Convention on the Law of Treaties)》之規定<sup>14</sup>，參考地主國做出的其他國際承諾以解釋公平與公正待遇條款。

仲裁庭亦可能考慮 MFIF 下的承諾是否創造了投資人的「合理期待 (legitimate expectations)」，因為仲裁庭向來承認地主國的法制可構成投資人合理期待的基礎，而該法制可能包含國際條約承諾。對仲裁庭而言，關鍵問題在於國家在 MFIF 下是否具有足以構成投資人合理期待之明確表現或承諾，進而吸引該等投資人進行投資。若仲裁庭認為上述情形存在，則其可能判定不遵守 MFIF 之規範等同於違背投資人之合理期待，從而不符合 IIAs 中有關公平與公正待遇條款之規定。

## 三、最惠國待遇條款

根據 UNCTAD 統計，超過百分之 98 以上的 IIAs 訂有最惠國待遇條款<sup>15</sup>，此條款要求地主國應給予締約國投資人不低於其給予來自第三國之投資人的投資待遇。在地主國與他國簽訂的 IIAs 較系爭 IIA 更為優惠的情況下，仲裁庭多次允許投資人得援引本條款來主張其亦應比照享有其他 IIAs 中的權利義務。

有鑑於 IIAs 與 MFIF 在適用範圍上具有高度重疊性，仲裁庭可能允許投資

---

agreements/iaa-mapping (last visited Dec. 3, 2020).

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

<sup>14</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties art. 31.3(c), May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

<sup>15</sup> UNCTAD, *supra* note 12.

人援用 MFIF 下相關權利義務之規定。如此一來，當發生地主國為 MFIF 締約國、而投資人母國則否的情況，投資人可能援引 IIAs 下之最惠國待遇條款，主張地主國給予其他 MFIF 締約國之投資人更優惠的待遇，進而要求其應同樣享有該等權利與義務。

上述條款的抽象性，原是為了能夠完整規範地主國之投資保障義務範圍<sup>16</sup>，惟其同時也創造了投資人主張 MFIF 下權利義務的空間，導致在實務上更加難以釐清 MFIF 與 IIAs 體系間的界限。

### 參、參與會員就此爭議的提案

參與會員已經意識到在 IIAs 下，投資人極有可能以 MFIF 之義務違反作為求償基礎，故試圖在定義 MFIF 適用範圍的條文中明定「不應包括涉及投資保護的相關規定以及 ISDS」。

有提案建議，為了增進規範的明確性，應明定「此架構不會創設新承諾或修改既有投資自由化的相關承諾，亦不會創設新規定或修改既有的投資人與地主國爭端解決機制與投資保護相關規定」。換言之，此類提案透過清楚闡明 MFIF 並無「創設或修改 IIAs 下的投資保護規定」之方式，以期能夠明確區隔兩者。然此條文是否能有效解決上述 ISDS 之爭議，仍無法預測；此外，尚待解釋的問題包括：「投資保護規定」所指為何？又何謂「創設新規定或修改既有規定」？這些解釋問題仍留待仲裁庭在日後涉及 IIAs 之爭端中作出判斷，而非交由 MFIF 之締約會員或其下的爭端解決機制進行決定。

其他參與會員試圖將 MFIF 排除於 IIAs 的適用範圍，其提案內容規定「MFIF 不應被理解或解釋為：以任何方式影響締約會員為了外國投資人及投資之保護與待遇，進而締結或即將締結的 IIAs」，且參與會員必須「確認其本身知悉 IIAs 的締約方與受保護的投資人不應為任何目的援引 MFIF 之內容」。

前述提案著重於對 MFIF 用字的解釋，其提到 MFIF 不能被理解或解釋為「以任何方式影響 IIAs」，但負責解釋投資協定條款的仲裁庭將如何實踐 MFIF 下的此一規定，目前仍不得而知。此外，由於 MFIF 之談判結果將在 WTO 場域中由參與會員國共同締約，投資人既非締約方，且其權利義務之基礎源自於 IIAs 而非 MFIF，故即使投資人的母國有參與 MFIF，要求投資人「不應為任何目的援引 MFIF 之內容」的指示是否具有任何法律效力，仍有疑義。遑論並非所有 IIAs 締約國皆為 MFIF 之參與會員，此更增添投資人與國家間爭端的複雜性。

另外亦有學者提出其他類似提案<sup>17</sup>，但皆面臨同樣的困境，即該些提案試圖

<sup>16</sup> RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *supra* note 11, at 132, 166, 206.

<sup>17</sup> E.g. George A. Bermann et al., *Insulating a WTO Investment Facilitation Framework from ISDS*,

以 MFIF 的用字來杜絕 MFIF 與 IIAs 制度間可能衍生的爭議，但兩者的關係終究取決於仲裁庭在處理 IIAs 下的爭議時，係如何根據 IIAs 下的義務來解釋上述規定。亦即，IIAs 條款的適用與解釋權限仍操之於仲裁庭，參與會員或 WTO 機構根本無權決定。

有鑒於 ISDS 的不可預測性、過去仲裁庭對投資保障義務的解釋逾越地主國的預期範圍、以及 ISDS 缺少上訴程序或相關機制以確保仲裁判斷與 MFIF 締約國意圖的一致性，各界有必要正視仲裁庭對於 MFIF 條文之解釋與適用可能產生參與會員不樂見後果。然而，此恐涉及根本性的體制問題，需由 IIAs 締約方修改並釐清 IIAs 下之相關條款適用範圍方能解決，惟迄今尚無任何提案能夠有效處理之。

#### 肆、結論

綜上所述，縱使各會員對 MFIF 積極提案，試圖以文字用語限縮仲裁庭對 IIAs 中投資保障義務的解釋範圍，以杜絕未來可能發生的爭議，惟該義務的解釋認定仍取決於 ISDS 下仲裁庭之判斷，目前會員之提案可能仍無法阻止仲裁庭在解釋地主國之投資保障義務時，亦將 MFIF 的規範納入其考量因素，進而導致義務內涵的不可預測性。在現今國際投資規範體系日益分散的情況下，各國政府面臨嚴峻挑戰，須進行一連串立法及行政改革以使其投資措施符合 MFIF 下的規範，以因應 MFIF 在 ISDS 實務上可能產生的拘束力。未來幾次的「投資便捷化」談判中，各國是否能就此問題提出具體解方、以及實務上 MFIF 與既有投資承諾間的關係將如何發展，均值得吾人持續關注。