

# 國際投資協定之典範移轉？ 論WTO投資便捷化協定之發展面向

第23屆國際經貿法學發展學術研討會

9.9.2023



國立政治大學國際經營與貿易學系

薛景文 副教授

## 背景—W T O 完成投資便捷化談判

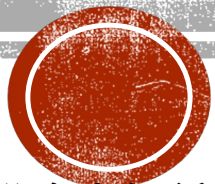
2023年7月談判取得重大成果。參與此倡議之會員們終於完成條文之協商，提出基於發展之投資便捷化協定，並規劃在2023下半年完成細部條文修正，以及討論如何將IFD協定整合至WTO之規範架構之下，期待在第13屆WTO部長會議能有更深化之成果





## IFD特色：投資協定關注視角之轉換

- 在杜哈部長宣言中，特別言明工作重點會放在「投資之定義與範圍、透明性、不歧視、基於GATS模式的正面表列之設立前（pre-establishment）承諾、發展條款、例外以及收支平衡防衛措施、會員間之爭端解決制度」，但是在2019年的投資便捷化聯合倡議即特別聲明，關於市場開放、投資保障、以及投資人與地主國爭端解決（Investor-State Dispute Settlement，簡稱ISDS）都不會列入討論，重點會放在投資相關法規以及行政程序之透明性提升以及流程簡化，加強國際合作以及「爭端預防」。

- 
- 不再將投資人當成投資協定所保護的「主體」，地主國願意給予外國投資人何種保障將不是重點，而是將視角轉換為國家「出於發展的目的」需要什麼樣的投資，而外國投資或投資人則被當成驅動地主國發展之因素，間接地受到保護。

## 問題提出

IFD協定可以被當作是開發中國家所偏好的投資協定，於此提出來討論的問題是IFD協定真的有助於開發中國家引進符合永續發展目標的外國投資嗎？

IFD協定真的可以改善國際投資協定中永續發展面向不足的問題，而產生典範移轉的效果？





## 投資協定新規範模式

- 排除投資人保障跟爭端解決
- 不歧視義務之限縮
- 相對軟性義務
- 採取程序控制方式取代結果控制方式
- 強調永續之義務或責任
- 與能力建構掛鈎的過渡期間



## 排除所有投資人保障條款與爭端解決

- IFD協定傾向將所有可能連結到直接投資人保障的因素加以排除，如將投資人之設立權（**right to establish**）以及公共特許權（**public concession**）排除於IFD協定適用範圍之外，此外其也排除投資保障規則跟ISDS。
- 因為IFD協定否認投資人直接受保障之權利，其必須儘量與現存的國際投資協定切分。IFD協定要求國際投資協定不得成為本協定解釋或適用的手段或工具，相對地，IFD協定也不能成為解釋任何國際投資協定的工具，也不能在ISDS中以「任何方式」加以使用，而IFD協定的任何條文「本身」，不構成國際投資協定所指的投資人待遇。





## 不歧視義務限縮

- IFD協定不承認國民待遇，只有最惠國待遇，採取內外有別的雙軌制。
- 對於開發中與低度開發國家而言，要求國內與外國投資人處以相同待遇，需要進行的國內規範盤點以及修改的幅度可能遠超過僅開放最惠國待遇。又或者是出於各類扶助在地產業的政策性考量，而欲排除國民待遇之限制。



## 相對軟性的義務

- 保留會員執行上的空間與彈性。
- 特別是與永續發展相關的條文，不具強制力，其餘條文使用應（shall）一詞強調其強制性，但其後在行為義務內容的設定上都是軟性，如在第五條透明化義務的部分，要求會員應「儘速」公開相關資訊，會員在實施新措施前，應於「現實上可行的範圍內」，「盡力」給予投資人合理的過渡時間。
- 使用不確定法律概念，保留會員裁量的空間，如對於透明化義務，其謂：「本協定不得要求會員提供有害於法律執行、公共利益或特定公私企業之正當商業利益的機密資訊」，其中「機密資訊」、「公共利益」、「正當商業利益」的內涵相當廣泛，尤其是所謂公共利益更是如此，會員可以透過此類條款調整其所承擔的義務內。
- IFD協定中有硬性的法律義務，但是數量相當稀少，目前看起來只有兩個：
  - 要求投資相關規費不得成為規避 IFD協定承諾或義務之方法
  - 會員應有適當的司法、行政或仲裁機制，以對受其行政措施影響的投資人提供救濟。 IFD協定又設有彈性保留，其稱本條不得被解釋為要求會員設立與其憲法架構或「法律制度本質」上不相容的機制，使用「法律制度本質」之不確定法律概念，弱化此種義務之拘束力。





# 程序控制取代結果控制

IFD協定與一般國際投資協定最大的不同

此種程序控制約略分成「告知資訊」、「協助」、「解釋與評論」等三部分

**告知資訊**的部分，強調投資人有充分與適當的管道知悉投資相關措施的資訊，此主要出現在透明化義務的條款中，而與投資人越密切相關的資訊，會員所承擔的透明化義務也越高。如與一般的透明化義務相比，涉及投資的各類申請的相關資訊公開程度明顯較高，前者公布方式原則上沒有限制，而後者要求儘速以書面為之，實際上可行時應以電子化方式為之，並且於可行時使用WTO的官方語言。

**協助**的部分，則是要求地主國「主動」對於投資人提供協助，IFD協定要求的是各類申請程序中，地主國的主動揪錯與容錯機制，如遲誤申請期間，應盡量給予合理的彈性，以及主動通知申請程序是否完成，是否有補件的需求，明確指出缺少的文件或資訊為何等。此外，IFD協定也鼓勵地主國提供在地供應商的資料庫，以協助投資人進行投資。

**「解釋與評論」**則是地主國與投資人及利害關係人進行對話之機制，地主國盡可能說明解釋影響投資之措施如何做成，並給予投資人提出資訊與評論的機會。但解釋與評論並不總是相對應，如在拒絕投資人之申請時，IFD協定要求地主國於現實可行的範圍內提供理由，但並不再給予評論的機會，而是進入救濟程序。而對於投資產生影響之措施，公告時雖未必要說明理由，但於現實可行的範圍內也須提供投資人以及相關利害關係人評論的機會。



## 正面強調永續投資之義務或責任

永續概念再也不是以例外條款或是排除的方式呈現，會員承擔一定之義務或行為責任。符合永續發展目標的投資，特性相當廣泛，有環保、經濟、社會以及治理等面相，IFD協定主要提及責任企業行為（**Responsible Business Conduct, RBC**）、反貪腐，中小企業則附帶處理。





## 正面強調永續投資之義務或責任（續）

IFD協定對於永續投資的要求多屬建議性質，要求會員盡力「鼓勵」投資人遵循國際RBC相同的標準、建議或行為準則，特別是聯合國商業人權準則（UNGP）、國際勞工組織關於跨國企業與社會政策的三方宣言，OECD跨國企業指導綱領，並且建議地主國鼓勵投資人與在地社群進行對話，而會員間則針對彼此促進RBC的作法進行交流。

同樣屬於建議性質的還有投資規範影響評估，IFD協定建議在會員施行投資相關措施之前，針對系爭措施之社會、經濟與環境影響，進行全面性評估。值得一提的是利害關係人得對此影響評估提供意見，而會員需特別注意到中小企業所受之影響。



## 正面強調永續投資之義務或責任（續）

反貪腐的部分，相較之下有較偏硬性規範的傾向

目前比較確定的部分是會員應採取措施防範以及對抗貪腐、洗錢以及恐怖主義金援，並於適當時提供有效的民事、行政或刑事裁罰。但此義務仍然是偏軟性，會員仍可「依據其內國法律制度」做調整。

加拿大的提案則是包括一整套完整的反貪腐規範，然而同樣也保留彈性以及許多建議性的用詞。其建議採取《聯合國反貪腐公約》、《禁止在商業交易中賄賂外國公職人員公約》、《美洲反貪腐公約》中的基準，要求會員針對此類行為設置刑事責任，甚至建議可以針對法人為刑事裁罰。此外為防治貪腐行為，會員也須針對公司財報之撰寫設立規範，以及考慮設立吹哨者保護制度。加拿大提案甚至也包括公司治理的部分，其要求會員鼓勵投資人設置適當的監理措施以防治貪腐行為，以及維持企業財報之正確性。加拿大此種全面性的提案是否能通過，目前尚無公開資訊可以得知，一旦被接受，則無疑是IFD協定最重要的亮點。





## 提供開發中以及低度開發國家更為彈性以及量身定做的過渡期間

IFD協定將條文分成ABC三類，

A類條文為協定生效一年半至兩年內實施；

B類條文則為協定生效後一年半至兩年半後，會員通知其預定的實施期間；

C類條文則是協定生效後一年半或兩年半之後，會員需通知其預定的實施期間並列明其所需的技術援助。

B類以及C類條文的過渡期間均可申請延長，而在審查是否准予延長時，會考慮到會員現實上的困難以及技術援助或能力建構協助是否出現遲延的情況。



## 新模式的問題—雞肋或特洛伊木馬？

- 是否有抑制非永續投資的功能？
  - IFD協定多採取軟法的方式，建議會員促進RBC
  - 投資母國的規制義務，同樣也沒有出現在IFD協定之中
  - 稍偏硬性的反貪腐條款，其實與其說是針對永續發展，還不如說是政府廉潔性的規範，只能防止外國投資人成為貪腐之助力，並不能抑制投資人從事非永續投資
  - 就IFD協定對於投資的定義也沒有做特殊的限制，非永續投資同樣也適用IFD協定。





## 新模式的問題—雞肋或特洛伊木馬？

- 是否具備支援永續投資的功能？
  - 在開發中以及低度開發國家的能力建構支援上，其並沒有提供超出現存投資協定、國際組織以及合作架構所能給予的額外扶助。
  - 沒有移除或減輕WTO協定中對於產業扶助政策的限制
  - 從簡化行政流程的觀點，IFD協定也沒有對於符合永續發展之投資給予特殊待。

簡言之，最大的功能是宣示性，宣告永續相關責任，成為WTO規範的一環，直接援引諸多國際上的RBC相關原則。



## 新模式的問題—雞肋或特洛伊木馬？

- 潛在的木馬？

整個IFD協定中較具意義是透明化以及便捷化等程序性的要求，把規範的重點放成「如何」做出與投資相關的措施，而不是關注投資相關措施的「內容」，甚至建議要進行投資影響評估。但是透明度加上行政程序的優化，需要嫻熟的行政能力以及完整的法律制度建置，甚至先牽涉到國家整體法律體制的修改，要求的是開發中國家法律的升級轉型。





## 結語：新模式的展望—IFD協定之提煉與昇華

### 象徵性意義大於實質幫助

- 顯示近年WTO力推包容性貿易的理念，現實上是可行的
- IFD協定納入了永續發展的條文，也援引國際上永續相關的規範與準則，同時也承諾與國際上發展相關的國際組織密切合作
- 針對開發中國家如何履行義務提供更多彈性。



## 結語：新模式的展望—IFD協定之提煉與昇華

### IFD協定之昇華

- IFD協定都打破了WTO協定長久以來，將永續相關國際規範排除於WTO涵蓋協定的做法，至少在IFD協定中，永續發展的議題，不見得需要依附例外條款才能被納入考量，將永續發展相關條文善加援引延伸，改變投資甚至貿易的條文解釋與適用方式，修正一直以自由貿易為優先考量的傳統。
- 事實上遵守IFD協定中的透明性以及行政流程的規範，降低地主國被提交投資仲裁的機會，或提高其勝訴機率。尤其是在地主國出於永續發展之理由而欲變更法規提高標準，或是終止或撤銷許可時，透明化義務即可以成為建立投資人新認知很重要的方式，某程度上也可以解除地主國之ISDS的壓力。





感謝聆聽，歡迎提問

