

回顧 2023 年投資仲裁規範體系對於處理氣候變遷之因應

李子維 編譯

摘要

氣候變遷對投資仲裁及投資人與地主國爭端解決機制逐漸產生影響，投資人已然就國家為實現氣候目標而採取行動，而這個影響從國際海洋法院、國際法院與美洲人權法院收到大量徵求諮詢意見的請求中得以窺知一二，反映出對投資人的權利保障與國家在國際環境法下的義務中需要有更平衡的做法。除此之外，釐清各國在國際法下對於調適氣候變遷之責任及義務，亦有助於解決投資爭端。是故，希冀相關法理之未來發展能更加符合全球調適氣候變遷之目標。

(取材資料: Maria José Alarcon, *2023 in Review: Climate Change and ISDS – Reshaping Investment Arbitration to Achieve Climate Goals*, KLUWER ARB. BLOG (Jan. 31, 2024), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/31/2023-in-review-climate-change-and-isds-reshaping-investment-arbitration-to-achieve-climate-goals/>.)

去(2023)年，國際間對於氣候變遷的擔憂日增以及釐清國家責任的呼聲漸高，影響投資人與地主國爭端解決機制(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)之改革。這種擔憂反映在國家紛紛向國際仲裁庭提出諮詢意見，意圖釐清關於氣候變遷的國家義務¹。此種發展顯現國家權力與環境責任間，正採取更為平衡的取徑，並有可能開啟投資仲裁領域之重大改革。以下將概述 2023 年發生的 ISDS 與氣候變遷發展。

壹、《能源憲章條約》之現代化進程

《能源憲章條約(ECT)》為具有爭議性的國際投資協定²，該條約最初旨在

¹ See *General Assembly Adopts Resolution Requesting International Court of Justice Provide Advisory Opinion on States' Obligations Concerning Climate Change*, U.N. (Mar. 29, 2023), <https://press.un.org/en/2023/ga12497.doc.htm>; *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Request for Advisory Opinion Submitted to the Tribunal)*, INT'L TRIBUNAL FOR THE L. OF THE SEA, <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/request-for-an-advisory-opinion-submitted-by-the-commission-of-small-island-states-on-climate-change-and-international-law-request-for-advisory-opinion-submitted-to-the-tribunal/> (last visited Mar. 22, 2024).

² Energy Charter Treaty (ECT), Dec. 17, 1994, 2080 U.N.T.S. 100; Fabian Eichberger, *ECT Modernisation Perspectives: No Winners: The Long End of the ECT Modernisation Process*, KLUWER ARB. BLOG (May 8, 2023), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/05/08/ect-modernisation-perspectives-no-winners-the-long-end-of-the-ect-modernisation-process/>.

促進能源合作³，惟後受到來自多方的批評⁴。特別的是，聯合國人權與環境特別報告員批評 ECT 可能會限制「各國為調適氣候變遷，而欲採取更為積極政策的能力」，尤其是在成員國退出後仍會受制於其落日條款⁵。除此之外，更有論者主張，因為 ECT 文字之修正成效有限，仍會使國家為應對氣候變遷的行動付出高昂成本⁶。

儘管 ECT 的現代化文本已收到褒貶不一的評價，有些學者仍肯認其在支持再生能源投資與促進綠色燃料創新之貢獻，同時亦承認各國於正當政策目標上保有規制權⁷。在一些歐盟成員國決定退出 ECT 後，歐盟執委會於去年七月中旬提出「共同退出」的建議⁸，惟其最終被視為沒有實益而促使更多成員通報退出⁹。

有學者認為，ECT 很可能會瓦解，並造成法律真空的狀態¹⁰。這個缺口需要透過國際性、區域性及各國國內法律架構之間的合作填補，用以平衡風險管理與投資保護。值得一提的是，儘管有些國家選擇退出 ECT，但其第 47 條 3 項的落日條款仍將在國家退出後的二十年內延續對化石燃料之投資保護¹¹。鑑此，亦有論者認為，改革 ECT 比退出更為有益¹²。

然而，即便歐盟執委會欲促成其成員國達成內部協議，以間接終止落日條款

³ ECT, art. 2.

⁴ E.g. Promotion and Protection of Human Rights: Human Rights Situations and Reports of Special Rapporteurs and Representatives, *Paying Polluters: The Catastrophic Consequences of Investor-State Dispute Settlement for Climate and Environment Action and Human Rights: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/78/168.

⁵ *Id.* para. 46.

⁶ E.g. Martin Dietrich Brauch, *The Agreement in Principle on ECT “Modernization”: A Botched Reform Attempt that Undermines Climate Action*, COLUMBIA CTR ON SUSTAINABLE INV. (Oct. 17, 2022), <https://ccsi.columbia.edu/news/agreement-principle-ect-modernization-botched-reform-attempt-undermines-climate-action>.

⁷ Eichberger, *supra* note 2.

⁸ *Proposal for a Council Decision on the Withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty*, COM (2023) 447 final (July 7, 2023).

⁹ 參見：戴維萱，歐盟執委會提案建議退出《能源憲章條約》，經貿法訊，321 期，2023 年 11 月 27 日，頁 10-15，<https://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no321/3.pdf>。Written Notifications of Withdrawal from the Energy Charter Treaty, INT’L ENERGY CHARTER, <https://www.energychartertreaty.org/details/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/> (last visited Mar. 22, 2024); Maria José Alarcon, *2023 in Review: Climate Change and ISDS – Reshaping Investment Arbitration to Achieve Climate Goals*, KLUWER ARB. BLOG (Jan. 31, 2024), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/31/2023-in-review-climate-change-and-isds-reshaping-investment-arbitration-to-achieve-climate-goals/>.

¹⁰ See James McGlaughlin, *ECT Modernisation Perspectives: Big Shoes to Fill? Governing Foreign Energy Investments in an Energy Charter Treaty Lacuna*, KLUWER ARB. BLOG (May 9, 2023), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/05/09/ect-modernisation-perspectives-big-shoes-to-fill-governing-foreign-energy-investments-in-an-energy-charter-treaty-lacuna/>.

¹¹ ECT, art. 47(3); Eichberger, *supra* note 2.

¹² Johannes Tropper & Kilian Wagner, *Don’t Pull the Plug on the Energy Charter Treaty: Why EU Member States Should Modernise Rather than Abandon It*, VÖLKERRECHTSBLOG (May 16, 2022), <https://voelkerrechtsblog.org/dont-pull-the-plug-on-the-energy-charter-treaty/>.

的適用¹³，惟此種制度是否能在 ISDS 體制下具有效力，仍屬未定。

貳、重塑投資人與地主國爭端解決中之「國家責任」

目前與氣候變遷有關的國際法院諮詢意見皆處於未決狀態，然而其結果將對投資仲裁與國際公法產生重大衝擊。理由在於，國際海洋法院¹⁴、國際法院與美洲人權法院等國際法庭將必須釐清關於氣候變遷之國家義務¹⁵。此外，其亦需建立與氣候變遷相關之國家責任的指引與原則，特別是在國家不法行為與氣候、環境損害中因果關係的建立，較其他案件困難。

一、遵守調適氣候變遷承諾之義務

上述所提及之國際法庭有責任釐清於氣候變遷下之國際義務。這種國家義務主要是依據軟法以及國際習慣法，而較不受到條約法的規制¹⁶。這些國際法庭被期待能夠確立實質上有拘束力的國際義務。這種闡釋將對於 ISDS 產生兩種潛在影響：一、各國遵守氣候變遷的承諾將成為法律上之義務；二、遵守這些氣候變遷的承諾可以成為 ISDS 案件中國家責任的抗辯事由。

首先，國家調適氣候變遷之義務 (Climate Change Obligation) 若具法律拘束力，可能會加重國際環境法中的國家責任以及促使外國投資人要求地主國強化對於環境保護的努力¹⁷。其次，特別是當這些義務已經根深於國際習慣法或強行法規範時，投資仲裁庭宜至少承認部分與氣候變遷相關的國際法義務，得作為在 ISDS 當中國家責任之抗辯事由¹⁸。

在這種脈絡下，國家不得為了保障外國投資人而忽視其因應氣候變遷之國際義務，亦不宜因實施法治改革以履行上述義務而受到不利影響。原因在於，國家

¹³ See LEAK: Exit from Energy Charter Treaty 'Unavoidable', EU Commission Says, EURACTIV (Feb. 8, 2023), <https://www.euractiv.com/section/energy/news/exit-from-energy-charter-treaty-unavoidable-eu-commission-says/>.

¹⁴ E.g. Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Request for Advisory Opinion Submitted to the Tribunal), INT'L TRIBUNAL FOR THE L. OF THE SEA, <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/request-for-an-advisory-opinion-submitted-by-the-commission-of-small-island-states-on-climate-change-and-international-law-request-for-advisory-opinion-submitted-to-the-tribunal/> (last visited Mar. 22, 2024).

¹⁵ E.g. Obligations of States in Respect of Climate Change, INT'L CT. OF JUST., <https://www.icj-cij.org/case/187/request-advisory-opinion> (last visited Mar. 22, 2024); e.g. Inter-American Court: Submission on Climate Emergency and Human Rights, ART. 19 (Dec. 22, 2023), <https://www.article19.org/resources/inter-american-court-submission-on-climate-emergency-and-human-rights/>.

¹⁶ See CARTER A. HANSON, HARD AND SOFT LAW IN THE PARIS CLIMATE AGREEMENT (2021), https://cupola.gettysburg.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1995&context=student_scholarship.

¹⁷ See e.g. Peter A. Allard v. Barbados, PCA Case No. 2012-06, Award (June 27, 2016), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7594.pdf>.

¹⁸ See North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark) (Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, 1969 I.C.J. Rep. 3, para. 63 (Feb. 20); Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) art. 53, 1155 U.N.T.S. 331, 344.

有義務行使相應的規制權，以確保國內遵從國際上氣候變遷的指示。然而，投資仲裁庭對於上述立場持保留態度。曾有學者指出，投資人仍持續在 ISDS 案件中挑戰國家為實現氣候目標而採取之行動¹⁹，例如逐步淘汰碳密集型能源²⁰。此外，在有關國家基於與氣候相關的理由，拒絕或撤回投資項目批准的些許案件中，仲裁庭亦維持投資人對於徵收的主張²¹。

基於上述考量，在體認到投資法係國際法律體制的一部份，並非獨立的私法體系，仲裁庭宜以更廣泛的國際法律脈絡審視案件，避免國際法破碎化。這要求仲裁庭在裁決訴訟時須遵循現存的國際法義務，且不應忽視其他國際法體系中相關聯的義務。

二、認定涉及調適氣候變遷之國家責任

談及國家責任之判定，「國家對國際不法行為之責任草案 (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)」的條文規範了相對嚴謹的構成要件，包含需有國際法義務的存在、國際法義務的違反、該不法行為可歸因於國家²²，以及不法行為與所造成的損失或損害具有因果關係²³。然而，這些要件並沒有充分掌握到氣候變遷中潛在的因果關係議題，如集體貢獻 (collective contribution)。毫無疑問地，因果關係是更為複雜的議題，在此種情境下，前述所提及之諮詢意見結果對投資仲裁與國際公法均有影響重大。雖國際法領域中，對於因果關係之存否以「條件因果關係 (but for)」為判定標準²⁴，但是在本文所討論的氣候變遷議題更為複雜，單純條件因果關係的判斷標準可能不太適當²⁵。

因此，法院在涉及氣候變遷的案件中判斷國家是否有違反義務，可能會跳脫

¹⁹ E.g. Louise Barber, *Zeph Investments v Australia: The Latest in Investor-State Climate Change-Related Claims*, KLUWER ARB. BLOG (Aug. 24, 2023), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/08/24/zeph-investments-v-australia-the-latest-in-investor-state-climate-change-related-claims/>.

²⁰ E.g. RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4; *Zeph Investments Pte Ltd v The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2023-67.

²¹ E.g. *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America*, ICSID Case No. ARB/16/21; *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, Final Award (Aug. 23, 2022); *Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/15/2, Award (Nov. 21, 2022).

²² G.A. Res. 56/83, at 2 (Jan. 28, 2002).

²³ *Id.* at 8.

²⁴ Ilias Plakokefalos, *Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity*, 26(2) EUR. J. INT'L L. 471, 476-477.

²⁵ 例如國際法院曾在南斯拉夫種族滅絕案中闡釋「集體貢獻」的概念，強調了集體因果關係及多個國家的努力，隱喻共同遵守國際法本身就可能阻止種族滅絕，而不論個別國家的行動是否單獨足以制止它，惟本文所提及之氣候變遷的成因不僅僅包含「集體貢獻」，故本文主張先前所建立的因果關係測試可能不足以在氣候變遷領域中應用。Case Concerning Application of the Convention on The Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 43, para. 431 (Feb. 26).

「條件因果關係」的準則，轉為裁定國家是否有履行其國際環境法下之義務，例如有無利用其管制權力減少生產與使用化石燃料、控制溫室氣體排放，以及是否有在國家境內執行（減緩、防止、因應）氣候變遷之義務。

而若涉及 ISDS，這意味著當仲裁庭裁決案件時，必須考量投資人的活動對氣候變遷與風險擴大的影響。仲裁庭宜使用現行最佳可得科學證據，確定投資人在地主國境內的活動是否違反該國之國際氣候變遷義務，從而免除該國之國際投資法責任，及重申地主國在此些事物中之規制權。

三、涉及氣候變遷案件中提出反訴的可適用性

在減緩氣候變遷的背景之下亦有必要考慮到反訴 (counterclaim) 的問題。即使 ICSID 與 UNCITRAL 的規則在特定情形允許反訴²⁶，但仍僅限於當事雙方的合意始得為之。於這種情形，如果存在相關的合意文件，被控訴國可能提出反訴²⁷。

雖然有些仲裁庭認同「合意仲裁」即意味著反訴之當然合意²⁸，亦有持不同意見之仲裁庭²⁹。仲裁庭的管轄權通常取決於投資人與地主國仲裁條款的具體用語。然而，按《維也納條約法公約》的規定，條約解釋需要扣合法律文意，並有義務依據「誠信原則 (Good Faith)」為之³⁰，因此需要遵守禁反言 (estoppel)，故在考量是否有反訴的適用時，亦須將國際習慣法納入考量³¹。鑑此，基於國際習慣法，因為反訴的目的係考量到 ISDS 中地主國與投資人間之程序公平性，目前國際間承認反訴係為一項新興趨勢³²，且有些仲裁庭主張，規制權是國家管制權力的一部分，且推定其行使為適法，因此在涉及氣候變遷的案件中，雖然條約沒有明文，但仍隱含提出反訴的權利。

²⁶ ICSID, ICSID CONVENTION, REGULATIONS AND RULES 115 (2022), https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Convention.pdf; UNCITRAL, UNCITRAL ARBITRATION RULES (2021), EXPEDITED ARBITRATION RULES, RULES ON TRANSPARENCY IN TREATY-BASED INVESTOR-STATE ARBITRATION 17 (2021), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-book.pdf.

²⁷ E.g. David Aven et al. v. Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Final Award, para. 742 (Sept. 18, 2018).

²⁸ E.g. BSG Resources Limited (in Administration), BSG Resources (Guinea) Limited, BSG Resources (Guinea) Sàrl v. Rep. of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22, Award, para. 1095 (May. 18, 2022).

²⁹ E.g. Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/13/1, Award, para. 1012 (Aug. 22, 2017).

³⁰ VCLT, art. 31(3)(a).

³¹ Andreas R Ziegler & Jorun Baumgartner, *Good Faith as a General Principle of (International) Law*, in GOOD FAITH AND INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 12 (Andrew D. Mitchell, M Sornarajah & Tania Voon eds., 2015); Anthony D'Amato, *Consent, Estoppel, and Reasonableness: Three Challenges to Universal International Law*, 10 VA. J. INT' L. 1, 15 (1969).

³² Alarcon, *supra* note 9.

結論

談及 ISDS，無論是實體法或是程序法，都將持續進行重大的結構性改革。去年，眾多的諮詢意見請求闡明氣候變遷下之國家責任，展現出這類議題已然成為焦點。而在未來，除了諮詢意見中有關國家責任的決定，ISDS 案件中有關於氣候變遷義務的法律解釋將會持續演變，冀望能使投資仲裁與全球氣候變遷目標趨於一致。

