

# 投資地主國爭端解決機制在跨大西洋貿易與投資夥伴協定 面臨的困難及挑戰

陳稚卿

近年來跨國企業利用投資地主國爭端解決機制 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) 解決投資爭端相當頻繁, ISDS 的案件數量逐年攀升<sup>1</sup>, 已有超過 500 個案例, 至少 95 個國家涉訟, 而當中超過 400 件於近 10 年內提出, 但由於 ISDS 之訴訟程序具保密性, 實際案件量可能遠遠超過上述數字<sup>2</sup>, ISDS 雖已廣泛使用, 然現行 ISDS 事實上卻存在相當大爭議。

自 2013 年 6 月歐盟及美國開展跨大西洋貿易與投資夥伴協定 (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) 談判, 其談判進程發展即為眾所矚目焦點, 若 TTIP 談判成功成為世界最大的雙邊貿易與投資合作協定, 創造一全球最大的自由貿易區外, 其談判議題亦將成為其他國家進行談判之標竿, 進而創造全球一致性的規範。因此, 在 ISDS 備受爭議的現況下, TTIP 下 ISDS 之談判進展為何? 又面臨哪些困難及挑戰? 值得我們深入探討。

本文首先將簡介歐盟及美國之投資保護規範現況; 第二部分說明 TTIP 下 ISDS 目前談判之進展; 第三部分透過歐盟及美國內部不同意見觀察 TTIP 下 ISDS 談判所面臨的困難與挑戰; 最後作一評析與結論。

## 歐盟及美國對外投資保護規範現況

### 一、歐盟

在 2009 年 12 月 1 日里斯本條約生效前, 歐盟及其成員國 (Member States, MS) 對外簽署雙邊投資協定, 各自就投資市場進入及投資保護等事務, 分別擁有不同之簽署資格。亦即, 歐盟僅得就投資市場進入之事項對外簽署雙邊投資協定, 從而協定中欠缺投資保護之規定; 而其成員國僅得就投資保護之事項對外簽署雙邊投資協定, 因此, 協定中多無有關投資市場進入之規定。惟此等權限分歧之情形, 不利於整體對外投資政策之落實, 而此問題為歐盟執委會 (European

<sup>1</sup> European Parliament Research Service, *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) State of play and prospects for reform*, Jan. 21 2014, available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130710/LDM\\_BRI\(2014\)130710\\_REV2\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130710/LDM_BRI(2014)130710_REV2_EN.pdf).

<sup>2</sup> John Hilary, *THE TRANSATLANTIC TRADE AND INVESTMENT PARTNERSHIP - A CHARTER FOR DEREGULATION, AN ATTACK ON JOBS, AN END TO DEMOCRACY*, Feb. 2014.

Commission) 所重視，認為歐盟制度與功能不若美國對外進行談判時可結合投資市場進入及投資保護雙方面同時進行談判，為其不足之處<sup>3</sup>。

自里斯本條約生效後歐盟取得共同貿易政策的專屬職權，開始得以發展投資保護政策，防止會員國單獨對外貿易政策破壞歐洲內部市場的一致性，因此，里斯本條約明文規定歐盟對談判與簽署外國直接投資協定享有專屬職權，加強歐盟在多邊外國投資談判的角色。從 2009 年歐洲法院對於雙邊投資協定的判決可以推論，未來會員國將不得再與第三國締結雙邊投資協定，而是由歐盟與第三國簽署雙邊投資協定，里斯本條約授與執委會更大的職權，以談判與締結外國投資的國際協定<sup>4</sup>。而在歐盟取得發展投資保護權限後，於 2013 年 10 月歐盟與加拿大達成協議之自由貿易協定(Canada-European Union Trade Agreement, CETA)<sup>5</sup>中，所訂 ISDS 條款相較於過往對外自由貿易協定亦有所變革，試圖改善現行 ISDS 程序積弊，包括：禁止企業同時透過地主國法院及 ISDS 尋求救濟、規定消滅時效提升地主國確定性、增設仲裁人選認規範及行為準則、設立雙方共同為具拘束力解釋的機制、設立上訴機制之可能性、程序完全透明化、鼓勵替代性紛爭解決方法等<sup>6</sup>。

## 二、美國

繼歐洲國家於 1960 年代雙邊投資條約 (Bilateral Investment Treaty, BITs) 的成功，美國於 1977 年確立採用「Model BIT」進行 BITs 及 FTAs 下投資章節之談判，而其程序由國務院和美國貿易代表辦公室 (Office of the United States Trade Representative, USTR) 共同管理。原始的「Model BIT」於 1981 年完成，美國於隔年簽署首個 BIT，目前約有 50 個 BITs 包含 ISDS 規定。

「Model BIT」歷經多次修訂，最近一次為 2012 年<sup>7</sup>，其制定、審查及修訂係透過多年來國會、利益相關者及公眾間廣泛協商所達成，足以代表各團體間不同政策利益的平衡<sup>8</sup>。而美國在發展、制定投資保護下 ISDS 相關規範之腳步一直

<sup>3</sup> Marc Maes, *Investment protection in the EU-US Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Mar. 5 2014, available at

<http://eu-secretdeals.info/upload/2014/02/Investment-in-CETA-MarcMaes-S2B-analysis-140306.pdf>.

<sup>4</sup> 陳麗娟，里斯本條約生效後歐盟投資保護協定之研究，貿易政策論叢，第 15 期，頁 73-96，2011 年。

<sup>5</sup> Laura Payton, *CETA: Canada-EU free trade deal lauded by Harper, Barroso*, CBCNEWS, Oct. 18, 2013, available at <http://www.cbc.ca/news/politics/ceta-canada-eu-free-trade-deal-lauded-by-harper-barroso-1.2125122> (last visited Jun. 5, 2014).

<sup>6</sup> European Commission, *Investment Provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA)*, Dec. 3, 2012, available at [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc\\_151918.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf).

<sup>7</sup> Shayerah Ilias Akhtar & Martin A. Weiss, *U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress*, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE REPORT FOR CONGRESS, Apr. 29, 2013.

<sup>8</sup> *The Facts on Investor-State Dispute Settlement: Safeguarding the Public Interest and Protecting Investors*, USTR, Mar. 27, 2014, available at <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/blog/2014/March/Facts-Investor-State%20Dispute-Settlement-Safeguarding-Public-Interest-Protecting-Investors>.

以來領先全球，以保護政府的控管能力、確保高透明化制度為其主要目標，已使美國現行 ISDS 規範相對完善。

### TTIP 下 ISDS 之談判進展

歐盟方面，根據一歐盟官方未公開揭露之談判立場意見書<sup>9</sup>顯示：於 2013 年 6 月開始進行 TTIP 第一回合談判前夕，歐盟委員會 (Council of the European Union) 下達歐盟執委會之談判授權，似明確表達歐盟欲將 ISDS 囊括於 TTIP 談判之立場，展現歐盟欲於 TTIP 引入覆蓋層面廣、保護水準較高規範的野心。而後，同年 7 月 TTIP 正式進行第一回合談判，歐盟提出「TTIP 談判：服務貿易、投資和電子商務修正草案」(TTIP negotiations: Modified EU draft proposals on trade in services, investment and electronic commerce)<sup>10</sup>，惟該草案未有 ISDS 相關規定，而係於該草案末提出之「TTIP-ISDS 談判計劃書」(TTIP - Negotiations on Investor-State Dispute Settlement Concept note)，列出共計 19 項歐盟對 TTIP 下 ISDS 制度之期許，但皆為概括性說明並未涉及現行 ISDS 制度的根本爭議，例如：第 9 項雖展現歐盟欲防止重複賠償情況之企圖，但卻又未禁止平行索賠。值得注意的是歐盟於該份草案中一再重申：就 TTIP 下是否達成 ISDS 協議須視最終方案是否符合歐盟利益及整題談判之利益平衡而定。據上所述，可見歐盟在 TTIP 談判之始，對於 TTIP 下 ISDS 之談判雖未表達反對意見，但態度亦非積極。

事實上自 TTIP 開展談判以來，其程序之不透明已引發歐盟及美國內部各界批評，又現行 ISDS 制度運作亦備受爭議，歐盟在 2014 年 3 月面臨內部各界廣大壓力之下，終於宣布暫停 TTIP 下關於 ISDS 之談判，召開公聽會展開內部各方意見交換。於此同時歐盟提出「歐盟協議中之投資保護與 ISDS」(Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in EU agreements) 說明現有 BITs 下 ISDS 制度改革以改善機制運作為主，包括：透過訴訟費用制度防止投資者提出多起訴訟、提升仲裁制度透明度、引入仲裁人行為準則規範避免利益衝突、引入防衛措施保障成員國對投資條款解釋權限等。

而美國方面，自 2013 年 7 月 TTIP 展開第一回合談判以來，即主張於 TTIP 中納入 ISDS 並以美國運作已久的「Model BIT」作為雙方投資談判之基礎。而當 TTIP 下 ISDS 談判於歐盟內部引起軒然大波、歐盟執委會宣布暫停 ISDS 條款談判之際，美國貿易代表辦公室 (USTR) 於 2014 年 3 月 27 日發表「ISDS 事實：維護公共利益及保護投資者」(The Facts on Investor-State Dispute Settlement:

<sup>9</sup> Council of the European Union, Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America, Jun.17 2013, available at <http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/EU-TTIP-Mandate-from-bfmtv-June17-2013.pdf>.

<sup>10</sup> European Commission, TTIP negotiations: Modified EU draft proposals on trade in services, investment and electronic commerce, TRADE B1, B2/asc / 2557028, Jul.2 2013.



Safeguarding the Public Interest and Protecting Investors) 一文，說明美國現有貿易協定下 ISDS 條款不同於其他國家而有較嚴密確實的規範，主要基於以下 8 項事實：1. 提供海外的美國公司與國內公司相同的基本法律保障；2. 保障政府對公共利益事項的監管權；3. 保障聯邦、州和地方政府維持或採用其認為必要的措施之權利；4. 不使各州或地方政府因 ISDS 負擔新的負債；5. 不提供企業僅因其利益受侵害而挑戰法律的依據；6. 制訂有效防衛措施，以防止輕率挑戰合法公共利益的控訴；7. 確保公平、公正、透明的司法程序；8. 確保獨立、公正的仲裁。美國試圖藉此說明美國現有 ISDS 規範之良善，使社會大眾了解美國貿易協議與其他協議不同處、消除對 ISDS 制度所存疑慮，進而說服其接受於 TTIP 談判納入 ISDS。

### TTIP 下 ISDS 談判所面臨的困難及挑戰

如前所述現行 ISDS 制度運作本即備受爭議，而 TTIP 自開展談判以來即因不透明之程序引發各界諸多批評，是 TTIP 下 ISDS 談判所面臨首要的困難及挑戰為來自歐盟及美國內部公民團體之反對。2013 年 12 月 16 日，當 TTIP 第三回合談判在美國華盛頓展開之際，來自歐盟、美國超過 100 個國際組織及公民團體向美國貿易代表 Michael Froman 及歐盟貿易執委 De Gucht 聯名發表公開信<sup>11</sup>，反對將 ISDS 納入 TTIP 談判。各方所提出的批評及疑慮主要可分為兩部分：首先是針對 TTIP 本身談判程序之問題，其談判進度及談判內容均不公開，欠缺透明度，對社會大眾保障不足；其次，則集中於對 ISDS 制度缺陷之疑慮，包括：ISDS 破壞民主決策機制、ISDS 制度削弱地主國對涉及公共利益議題（如：環保、健康等）的規制能力、ISDS 制度迫政府以納稅人的錢彌補企業因政府推行與公共利益相關政策所受損害、ISDS 制度下仲裁庭為大型律師事務壟斷充斥利益衝突及決定專斷性等。且亦有認為歐盟及美國現有法律體系已相當健全，足以處理投資糾紛，實無將 ISDS 納入 TTIP 之必要。

TTIP 下 ISDS 談判所面臨的另一困難及挑戰則為歐盟與其成員國間權限劃分及法律經濟責任之矛盾。里斯本條約於 2009 年生效後，外國直接投資已經成為共同貿易政策的一部分，歐盟成員國對於外國投資政策的職權移轉給歐盟，賦予其更大職權範圍，但是就投資保護仍未有相關實體規範，如投資保護法特點即為金錢的損害賠償，未來的投資保護問題，除國際法的歸責問題外，歐盟與其成員國的內部關係如何釐清？應如何規範財政上的補償義務？<sup>12</sup> 歐洲聯盟法相關規定付之闕如，而這也是歐盟成員國包括英國、荷蘭及德國對於 TTIP 納入 ISDS 所提出的主要疑慮，歐盟如何化解會員國疑慮無疑為一大挑戰。

<sup>11</sup> *Open letter of civil society against investor privileges in TTIP*, Dec. 27 2013, available at [http://www.bilaterals.org/spip.php?page=print&id\\_article=24354&lang=en](http://www.bilaterals.org/spip.php?page=print&id_article=24354&lang=en).

<sup>12</sup> 前揭註 5。

## 評析及結論

由歐盟已與加拿大達成協議的CETA觀之，歐盟對於ISDS制度變革已有相當程度進展；然比對CETA與歐盟TTIP談判所提出草案內容，其並未以CETA成果作為TTIP談判之基礎，反而回歸原點進行談判，雖歐盟宣稱係因BITs應依各國情況不同而為不同處理，惟似乎即與TTIP下納入ISDS係為達成全球一致的ISDS標準的目的相違背<sup>13</sup>。本文認為歐盟之所以未以CETA為基礎進行TTIP談判，可能係因歐盟內部對於在雙邊自由貿易協定納入ISDS本即具有諸多爭議，面臨各界反彈聲浪，歐盟執委會不宜提出過於具體之草案，但歐盟亦不願篤定否決TTIP下ISDS談判，因此截至目前為止的談判僅於草案後以附件形式提出概括性的概念說明；且歐盟於草案中一再重申是否達成協議須視最終方案是否符合談判利益平衡而定可知，現階段歐盟應係將此議題作為談判籌碼，在爭取歐盟內部意見統合同時，也希望可透過此議題之保留，為歐盟在其他談判議題獲得較大利益。

至於美國主張以其運作已久的「Model BIT」為基礎在TTIP下納入ISDS，雖然美國相當自豪最近一次「Model BIT」的修訂，重視各方意見且來源意見多元，足以代表各團體間不同利益的平衡，為領先全球之ISDS規範，但現行ISDS確實產生許多弊害，使各國對ISDS產生諸多疑慮，美國修訂後「Model BIT」中的ISDS規範是否能改善制度積弊？是否能成功說服談判對手接受並於TTIP納入ISDS？不無疑問。

綜而言之，TTIP下ISDS談判目前仍面臨來自歐盟、美國公民團體的反對，以及歐盟與其成員國間權限劃分及法律經濟責任矛盾之挑戰，其後續談判將如何發展值得我們持續關注！

---

<sup>13</sup> *Supra* note 11.