

歐盟投資爭端解決機制新趨勢之研究

陳麗娟 *

綱 要

- | | |
|--------------------------|-------------------|
| 壹、研究動機與目的 | 肆、歐盟與亞太地區其他國家的作法 |
| 貳、投資人地主國爭端解決機制之發展演進 | 一、 歐盟與中國的雙邊投資保護協定 |
| 參、歐盟『新世代自由貿易協定』投資保護之發展趨勢 | 二、 歐盟與印度的自由貿易協定 |
| 一、 歐盟的立場 | 三、 歐盟與澳洲的自由貿易協定 |
| 二、 『新世代自由貿易協定』的投資保護趨勢 | 四、 歐盟與印尼的全面經濟夥伴協定 |
| 三、 歐盟與韓國的自由貿易協定 | 伍、 代結語與展望 |
| 四、 歐盟與新加坡的自由貿易協定 | |
| 五、 歐盟與日本的經濟夥伴協定 | |
| 六、 歐盟與越南的自由貿易協定 | |

壹、研究動機與目的

國際投資協定會影響外國投資進入，不僅對於現有外國投資給予法律保

* 淡江大學歐洲研究所教授/歐盟研究中心主任
歐盟莫內講座教授（2015-2018）

護，而且對外國投資人開放新的市場。歐盟是目前國際投資保護制度的重要推手，不僅以雙邊投資協定的方式，而且投資人地主國爭端解決（Investor-State Dispute Settlement；以下簡稱 ISDS）都是歐洲人首創，歐盟運用國際投資協定形成一個廣泛的網絡，以期確保國際投資規則支持投資地政府為公共利益規範外國投資與給予外國投資人公平的保護。隨著 2013 年美國與歐盟的跨大西洋貿易暨投資夥伴協定（Transatlantic Trade and Investment Partner；簡稱 TTIP）談判，使得國際投資法規快速成為重要的議題。

在投資保護協定規範仲裁法上的投資人地主國爭端解決機制已經有很長的歷史，近年來在歐盟與美國雙邊貿易實務上倍受重視，而在亞太地區 ISDS 亦成為一個重要的議題，尤其是歐盟陸續與韓國、新加坡、日本及越南簽署所謂的『新世代自由貿易協定』（New Generation Free Trade Agreement）均對於投資保護設定了爭端解決機制。亞太地區國家有全球最多的雙邊投資保護協定，根據統計資料約有 1200 個，佔全球三分之一的投資保護協定（註一），而有些是以雙邊投資保護協定、有些是以貿易協定方式規定投資保護。整體而言，這些投資保護的內容猶如一碗『亞洲麵』（Asian Noodle Bowl）（註二）內容交錯複雜，不同的協定並未整合投資保護規定，同時投資地主國仲裁程序的規定有愈來愈多的趨勢。

以東南亞國協（Association of Southeast Asian Nations；簡稱 ASEAN）為例，是一個擁有高達 6 億 4000 萬消費人口充滿活力的消費市場，在全球為第八大經濟體（註三），僅次於美國與中國，ASEAN 是歐盟第三大貿易夥

註一：Julien Chaisse (2015), *The Shifting Tectonics of International Investment Law – Structure and Dynamics of Rules and Arbitration on Foreign Investment in the Asia – Pacific Region*, *George Washington International Law Review* Vol.47, pp. 569, 575.

註二：Julien Chaisse/Shintaro Hamanaka (2014), *The Investment Version of Asian Noodle Bowl – Proliferation of International Investment Agreements*, *Asian Development Bank Working Paper* No.128.

註三：2016 年時，ASEAN 已經形成一個經濟共同體。

伴。歐盟試圖與 ASEAN 締結跨區域的自由貿易協定，但在雙邊貿易暨投資協定談判破局後，2009 年 12 月歐盟轉而決定與 ASEAN 個別的成員，例如新加坡（2010）、馬來西亞（2010）、越南（2012）、泰國（2013）、菲律賓（2015）與印尼（2016）開始雙邊自由貿易協定的談判，而歐盟已經完成與新加坡（2014）及越南（2015）的談判，這兩個雙邊自由貿易協定已經成為重要的墊腳石，歐盟的最終目標仍為與 ASEAN 簽署跨區域的雙邊自由貿易協定。

整體而言，對歐盟而言，除了過去殖民的歷史淵源外，亞太地區是一個充滿吸引力與商機的出口市場。2010 年時，歐盟將中國、印度、日本、南錫共同市場（Mercosur）（註 四）的巴西與阿根廷、俄羅斯、美國列為第一波的策略夥伴國家（註 五），亞太地區已經是全球經濟最蓬勃發展的地區之一，吸引了全球主要的資本出口國（例如美國與西歐國家）進入。外國投資對於開發中國家的經濟發展扮演著非常重要的角色，亞洲國家為吸引外國投資進入，有許多的雙邊投資協定給予外國投資基本的法律保護，也就是這些投資協定明定國際義務因而形成投資地主國的投資政策，特別是亞洲國家的自由貿易協定含有投資專章已經是一個趨勢。歐盟體認到投資是歐洲企業在全球各國輸出與促進歐盟標準的重要方法，因此歐盟認為應在自由貿易協定內規範有效率和可信賴的投資保護制度，2015 年 11 月執委會提案應建立一個新的投資法院制度（Investment Court System），以期使歐盟的企業在第三國可以保障其合法權利（legitimate rights），進而穩固與貿易夥伴的經濟統合。（註六）

為創造新的貿易暨投資機會，歐盟與許多貿易夥伴著手進行全面的貿易

註四：南錫共同市場成立於 1991 年，在 1994 年完成共同市場的架構，目前的成員有巴西、阿根廷、烏拉圭、委內瑞拉、巴拉圭；準成員有波利維亞、智利、哥倫比亞、厄瓜多、祕魯；紐西蘭與墨西哥為觀察員。

註五：http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/november/tradoc_146955.pdf., last visited 2019/9/28.

註六：European Commission (2015), Trade and Investment Barriers Report 2015, COM (2015) 127 final.

談判議程，以期致力於解決長期的貿易障礙與建立更有效率的爭端解決機制。亞太地區的國家已經逐漸成為歐盟最重要的貿易夥伴，歐盟相繼與亞太地區的國家進行自由貿易協定，本文將以歐盟與韓國、新加坡、日本及越南的自由貿易協定相關規定為主，並以歐盟與中國、澳洲、印度、印尼等亞洲國家自由貿易協定的投資保護規定為輔，進行比較分析，以期深入探討歐盟藉由所謂的『新世代自由貿易協定』規範投資爭端解決機制新的發展趨勢。

貳、投資人地主國爭端解決機制之發展演進

投資人地主國爭端解決（Investor-State Dispute Settlement；簡稱 ISDS）已經成為國際投資保護協定的核心議題。本質上，ISDS 是一個投資仲裁程序（註七），早自 1959 年德國與巴基斯坦簽署的第一個雙邊投資保護協定開始，一甲子以來已經有相當可觀數量的國際投資保護協定，均有規定 ISDS 的投資仲裁程序，特別是在 1966 年世界銀行國際投資爭端解決中心（World Bank International Centre for Settlement of Investment Dispute；以下簡稱 ICSID）（註八）設立後，ISDS 逐漸成為雙邊投資協定的特色，1968 年荷蘭與印尼的雙邊投資協定為全球第一個含有 ISDS 機制的投資協定（註九）；1970 年代開始，在雙邊投資暨貿易協定中，ISDS 已經是典型的爭端解決機制。（註十）

註七：Lars Markert/Jana Bade (2019), *Investor-Staat-Streitbeilegung in der Region Asien, Recht der Internationalen Wirtschaft* S.93.

註八：國際投資爭端解決中心（World Bank's International Centre for Settlement of Investment Disputes；簡稱 ICSID）設立於 1966 年，是一個獨立、非政治與有效率之爭端解決機構，以期解決跨國的投資爭端與作為監督投資決議執行的國際機構。自 ICSID 成立時起，已經解決了許多雙邊的國際投資爭端。

註九：Burghard Ilge (2016), *An Account of the EU's Engagement with Bilateral Investment Treaties, in Kavaljit Singh/ Burghard Ilge (eds.)(2016), Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choice, Amsterdam: Both Ends, p.156.*

註十：Pohl/Mashigo/Nohen (2012), *Dispute Settlement Provisions in International Investment*

一開始 ISDS 只是國際習慣法，是一種以外交保護方式的爭端解決機制，1980 年代國際社會逐漸將 ISDS 法典化（註 十一），因而導致以規範為基礎解決在投資人與投資地主國間的爭端，而不再成為政治考量與事實上權利關係的衝突（註 十二），但很多國家抨擊 ISDS 程序不透明、單方面的優惠投資人與擔憂限制投資地主國的規範權（Right to Regulate）。（註 十三）例如德國政府傾向於應改革 ISDS，主張應設立一個永久的多邊仲裁法院，以處理國際投資爭端。（註 十四）

在雙邊投資保護協定下，外國投資人享有不同的權利，例如在投資仲裁時的補償權、優惠條款的權利、保護與安全的權利、由一個國家移轉資本及利潤到另一個國家的權利等，通常投資地主國政府在雙邊投資保護協定中會給予外國投資人更多的法律保障與優惠外國投資人，也就是給予外國投資人許多的法律保護。大部分的雙邊投資保護協定亦會給予外國投資人訴訟權利，即爭端解決條款，也就是外國投資人可訴請 ISDS 進行適當的投資爭端解決。（註 十五）

近年來，國際投資法已經發展成為國際社會主要的法律規範，回顧歷史發展，自 1960 年代末期以來，國際投資保護制度愈來愈受各國重視，而逐步成為國際協定的重要內容，國際社會逐漸主張『世界經濟新秩序』（New

Agreement: A Large Sample Survey, OECD Working Paper No.2, p.11.

註十一：Christoph Schreuer, *The Future of Investment Arbitration*,

https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf, last visited 2019/9/1.

註十二：Catherine A. Rogers/Roger P. Alford (eds.)(2009), *Future of Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, p.251.

註十三：Rolf Knieper (2015), *Rethinking Investment Arbitration*, *SchiedsVZ*, S.25.

註十四：Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Themenseite Investitionsschutz,

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Art./Aussenwirtschaft/investitionsschutz.html>, last visited 2018/12/7.

註十五：Hamzah (2018), *Bilateral Investment Treaties (BITS) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges*, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* Vol.21, Issue 1, p.5.

Economic World Order) (註 十六) 的論點，認為國際投資協定已經成為西方國家維護其經濟利益的重要方法，由於亞洲國家仍不是以資本出口為主，尚未如西方國家有保護其投資人的特別制度 (註 十七)，但自 1990 年代起至 2000 年代初期，這種現象逐漸改變 (註 十八)，亞洲國家愈來愈體認到外國投資對於其國民經濟發展之重要性與促進作用，因此開始簽署雙邊投資保護協定以保護外國投資。除了與工業國家簽署投資保護協定外，亞洲國家的一些區域貿易協定亦有投資保護條款。(註 十九) 對於國際投資保護法的發展實務，這些亞洲國家著實扮演著推波助瀾的作用。(註 二十)

在 1990 年代中期，美國與歐盟在全球開始致力於發展國際投資法與政策，例如 1994 年在加拿大、美國與墨西哥所簽署的北美自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement；簡稱 NAFTA) 首開先河，即在第 11 章規定投資，是一個創新的作法，在自由貿易協定架構下規範投資保護規則。1990 年代末期，ISDS 機制快速成為國際投資爭端的主要解決方法，歐盟的會員國近年來亦面臨許多 ISDS 的爭訟，因此歐盟希冀運用雙邊投資協定、甚至多邊投資協定，特別是在 WTO 架構下擴大 GATT 的適用範圍亦包含多邊投資協定。(註 二十一) 自 2000 年起，許多亞洲國家亦發展與加強國際投資網絡，投資成為與第三國經濟盟約的關鍵點。(註 二十二) 因而國際投資條約

註十六：K. Ipsen (2014), *Völkerrecht*, 6. Auflage, München: C. H. Beck Verlag, S.601, 603; M. Sornarajah (2009), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press, pp.1ff.

註十七：Stephan W. Schill (2015), Special Issue: Dawn of an Asian Century in International Investment Law? *Journal of World Investment and Trade* Vol.16, No.5-6, p.765.

註十八：Julien Chaisse (2015), op. cit., *George Washington International Law Review* Vol.47, p. 567.

註十九：Julien Chaisse/Shintaro Hamanaka (2014), op. cit., *Asian Development Bank Working Paper No.128*, p.4.

註二十：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., *Recht der Internationalen Wirtschaft* S.95.

註二十一：Burghard Ilge (2016), op. cit., p.158.

註二十二：Julien Chaisse/Shintaro Hamanaka (2014), op. cit., *Asian Development Bank Working Paper Series on Regional Economic Integration No.128*, p.1.

化造成跨國投資活動明確的合法化，最近 10 年以來國際投資協定開始亦規範外國投資人與投資地主國政府間的投資爭端，這種投資爭訟現象造成在不同仲裁的許多裁決，因而逐漸發展出一套投資法制度，特別是在世界銀行的 ICSID 進行仲裁。(註 二十三)

仲裁的獨立性與中立性已經成為目前各國質疑國際仲裁作為解決投資爭端手段正當性 (legitimacy) 的主要理由，投資爭端常涉及所規範的投資議題與公共利益，有愈來愈多的國家在新的投資保護協定規範嚴格的倫理標準，而成為現代的投資協定或協定範本 (Model Agreement)。例如歐盟在新的雙邊自由貿易協定均會以投資法院制度 (Investment Court System) 取代傳統的 IDSD，歐盟的設計是由專業法官組成常設第一審法院與上訴審法院以解決投資爭端，並且針對公共徵收請求補償給予外國投資人與大企業強有力的方法。(註 二十四)

現階段歐盟的目標為在全球倡導接受與設立多邊投資法院 (multilateral investment court)，WTO 的爭端解決機制雖然是解決貿易爭端最重要的場域，但要耗費時日才能達到法律確定的裁決，而 WTO 的爭端解決機制並不是解決所有的貿易爭端，因此歐盟主張應擴大 WTO 的爭端解決機制適用到所有的貿易爭端，特別是進口執照程序、與貿易有關的貿易措施、補貼與反補貼措施等。(註 二十五) 歐盟的想法是由一個委員會任命法官，這些法官具有準公務員的身分、固定的薪資、隨機分案、處理投資爭端。(註 二十六)

總而言之，在國際投資保護上，歐盟扮演一個先驅的領導角色，2015 年執委會宣布投資仲裁管轄已死 (註 二十七)；另一方面，執委會開始在國

註二十三：Julien Chaisse/Shintaro Hamanaka (2014), op.cit., p.2.

註二十四：Burghard Ilge (2016), op. cit., p.162.

註二十五：European Commission (2015), Trade and Investment Barriers Report 2015, COM (2015) 127 final., p.11.

註二十六：Katia Fach Gómez (2019), Key Duties of International Investment Arbitrations: A transnational Study of legal and ethical dilemmas, Cham: Springer, pp.4-5.

註二十七：Commission of EU Press Release of 12.11.2015, EU finalizes proposal for investment

際經貿社會大力鼓吹設立一個常設的多邊投資法院（註二十八），雖然國際社會對於此一議題尚無明顯的改革共識，但歐盟已經在其雙邊投資保護制度上取得一定的成效，例如與加拿大（CETA）、新加坡（EUSFTA）、越南（EUVFTA）的自由貿易協定均明文規定建立雙邊的投資法院制度（investment court system）以解決投資爭端。（註二十九）

參、歐盟『新世代自由貿易協定』 投資保護之發展趨勢

一、歐盟的立場

歐盟是全球最主要輸出投資與吸引外國投資的目的地，歐盟一向採取開放的投資政策，可以說是全球最開放的投資地，投資保護已經是一個非常重要的政策議題，歐盟亦積極參與國際投資保護的規範與運作，例如歐盟參與 OECD 的投資委員會（Investment Committee）（註三十）、聯合國貿易暨發展會議（United Nations Conference on Trade and Development; 簡稱 UNCTAD）的世界投資論壇（World Investment Forum）、WTO 架構下的與貿易有關的投資措施委員會（Committee on Trade-Related Investment Measures）（註三十一）及促進投資結構討論會（Structured Discussions on Investment

protection and Court System for TTIP,

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm, last visited 2018/12.17.

註二十八：http://www.uncitral.org.uncitral/en/commission/working_groups/3Investor_State.html, last visited 2018/12.17.

註二十九：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., *Recht der Internationalen Wirtschaft* S.94.

註三十：在歐盟、日本與美國的推動下，OECD 已經達成高標準的投資模式，簽署多邊投資協定（Multilateral Investment Treaty），以規範外國投資的流通與對外國投資人創設可執行的權利。1994 年生效的 NAFTA 投資專章即是採納多邊投資協定的內容與結構。

註三十一：WTO 在 1996 年新加坡部長會議成立了四個新加坡議題（Singapore issues）的永久

Facilitation)、2017 年 11 月聯合國國際貿易委員會 (UN Commission on International Trade Law; 簡稱 UNCITRAL) 針對投資人地主國爭端解決改革的第三國工作小組 (Working Group III on Investor – State Dispute Settlement Reform)、國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Dispute) 與能源憲章條約 (Energy Charter Treaty)。(註 三十二)

2009 年里斯本條約 (Treaty of Lisbon) 生效後，歐洲聯盟運作條約第 47 條規定，歐盟享有法律人格，也就是歐盟是國際法上的權利義務主體，在歐盟的基礎條約 (包含歐洲聯盟條約與歐洲聯盟運作條約) 明示或默示移轉的權利義務範圍內，歐盟得與第三國或其他的國際主體締結國際協定。(註 三十三) 歐洲聯盟運作條約第 2 條至第 6 條規定歐盟的職權類型 (包括專屬職權、共享職權及平行職權) 與管轄的政策範圍包含關稅同盟、單一市場的競爭規範、歐元區 (註 三十四) 的貨幣政策、共同漁業政策範圍的維持海洋生物寶藏、共同漁業政策、單一市場、社會政策、經濟、社會與領域的結合、農業及漁業、環境、消費者保護、交通、泛歐網絡、能源、自由、安全及司法區域、公共衛生領域的共同安全要件、保護及改善人類的健康、產業、文

工作小組，即政府採購透明化、貿易便捷、貿易暨競爭、貿易暨投資。歐盟在 2001 年的杜哈回合 (Doha Round) 主張應開始談判一個外國直接投資協定，以期建立一個穩定與無差別待遇的投資環境，以促進國際投資；但 2004 年時 WTO 決議，在杜哈回合中將不進行貿易與投資的談判。

註三十二：能源憲章條約為在能源產業建立跨國合作多邊架構的國際協定，主要宗旨為在冷戰結束時，將蘇聯與東歐國家的能源業納入廣大的歐洲與世界市場。能源憲章條約涵蓋能源所有的商業活動，包括貿易、過境、投資與能源效率，此一條約具有法律拘束力，並有爭端解決程序。能源憲章條約致力於全球能源市場的開放、禁止差別待遇，以鼓勵外國直接投資與全球的能源跨國貿易。

註三十三：Jan Ulrich Heinemann (2016), Die Entwicklung der Außenkompetenzen der Europäischen Union im Vergleich der Rechtslagen vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon unter besonderer Berücksichtigung der impliziten Außenkompetenzen, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, S.190.

註三十四：目前有 19 個會員國使用歐元，而形成所謂的歐元區，這 19 個歐元國為法國、德國、義大利、比利時、荷蘭、盧森堡、希臘、西班牙、葡萄牙、奧地利、愛爾蘭、芬蘭、斯洛維尼亞、斯洛伐克、馬爾他、賽浦路斯、愛沙尼亞、拉脫維亞與立陶宛。

化、觀光、一般教育、職業教育、青少年及休閒、災害保護、以及行政合作。總而言之，2009 年生效的里斯本條約擴大了共同貿易政策的適用範圍，亦涵蓋智慧財產權與外國直接投資。

自 2009 年里斯本條約生效施行以來，外國直接投資亦屬於共同貿易政策的範圍，歐盟投資政策之目標為：

- 1、保障平順的環境，以便歐盟投資人在國外不受差別待遇或不好的待遇；
- 2、以創造一個可預見與透明的商業環境而使投資更容易；
- 3、促進投資以支持永續發展、尊重人權、高的勞工與環境標準，這包括鼓勵企業社會責任與有責任的商業行為；
- 4、吸引國際投資進入歐盟，同時保護歐盟重要的利益；
- 5、維護投資來源國與地主國的權利，以規範其產業的公共利益。

總而言之，自 2009 年起，歐盟對於外國直接投資享有專屬職權，歐盟可以單獨與其他貿易夥伴締結國際投資協定，但在歐盟運作條約第 207 條並未明文規定定義外國直接投資，而過去會員國與第三國簽署了許多的國際投資協定，特別是與新興市場經濟體的貿易夥伴簽署自由貿易協定，這也是執委會積極要解決的問題。(註 三十五) 歐盟是全球主要的外國投資人，例如 2010 年時，歐盟在亞洲地區的外國直接投資高達 5749 億歐元，其中新加坡、香港、中國與日本為主要的投資地，其次為韓國、印度與印尼。(註 三十六) 由於歐盟超國家組織 (supranational organization) (註 三十七) 的特性，使得歐盟在貿易談判上佔有即大的優勢，改善投資保護標準或發展新形式包羅萬象的協定，即所謂的『新世代自由貿易協定』，例如歐盟與加拿大、新加

註三十五：Selen Sarisoy Guerin (2010), Do the EU's bilateral investment treaties matter? The way forward after Lisbon, Centre for European Policy Studies Working Document No.333, pp.1, 4.

註三十六：European Commission, Eurostat, July 2013.

註三十七：歐盟為一個獨立自主的組織體，擁有自己的主權與獨立的法律制度、自己的官僚體系、司法體系、自主財源與法律人格，會員國與其人民軍需服從歐盟因行使其職權所賦予的權利義務。

坡、印度洽簽的自由貿易協定，均屬於所謂的『新世代自由貿易協定』。(註三十八)

2013年2月時，歐盟與美國開始談判 TTIP，自始 ISDS 爭端解決機制即為 TTIP 的重要議題，但也引起社會各界極大的反彈與批評；2015年9月16日，執委會提出改革投資人地主國爭端解決機制(註三十九)；2015年11月12日，歐盟執委會針對 TTIP 的投資保護與投資爭端解決(Investment Protection and Resolution of Investment Disputes)提出新的作法，並通知美國，主要內容是提案建立投資法院制度，重點為保障規範權(right to regulate)與建立一個有上訴機制的法院制度，由專業的法官審理與透明的程序規則，當時歐盟希望在 TTIP 以新的投資法院制度取代現行的 ISDS 機制，同時也落實在其他正在談判及未來貿易暨投資協定，並在全球推動建立投資法院制度。(註四十)雖然 TTIP 最後在 Trump 總統上台後無疾而終，但歐盟與其他國家洽商建立一個永久的國際投資法院(International Investment Court)，並在其洽簽的貿易暨投資協定中落實國際投資法院制度，也就是希望未來可以以一個現代、有效率、透明與中立的國際爭端解決制度完全取代舊的 ISDS 機制。

二、『新世代自由貿易協定』的投資保護趨勢

歐盟已經分別與韓國、新加坡、日本、越南簽署了『新世代自由貿易協定』，以下將以協定中的投資保護條款進行比較分析，以期歸納歐盟對於投資保護法制之新發展趨勢。

2006年執委會公布『全球歐洲』文件(Communication on Global Europe:

註三十八：Julien Chaisse/Shintaro Hamanaka (2014), op.cit., Asian Development Bank Working Paper No.128, p.22.

註三十九：http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm., last visited 2019/9/9.

註四十：European Commission (2015), EU finalises proposal for investment protection and Court System for TTIP, Press release, Brussels, 12 November 2015, IP/15/6059.

Competing in the world. A Contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy) (註 四十一)，即指明現代的貿易是深入與全面的自由貿易協定(註 四十二)，『新世代自由貿易協定』(new generation free trade agreement)除了傳統的 WTO 議題外，還包括與貿易有關的新政策，例如監管合作、投資、競爭、投資保護、智慧財產權、政府採購、永續發展、自由與公平貿易、環境保護、勞工權益等，而使得貿易協定成為一個包羅萬象的包裹。(註 四十三)因此，歐盟『新世代自由貿易協定』主要的內容有商品貿易、服務業貿易、投資保護、政府採購、智慧財產權之保護、競爭與永續發展。

2016 年 3 月，執委會公布了一個文件說明貿易的重要性，表明自由貿易是經濟成長的推動力，有助於開放新的市場，唯有施行自由的貿易及投資政策才能達到經濟成長與創造就業的目標。在全球化的時代，貿易政策不僅只是商品貿易的關稅與配額，還涵蓋服務貿易、智慧財產權、外國直接投資、動植物的衛生及檢疫標準、工業產品及非工業產品的規格、授權及國內租稅等。自由貿易協定有助於促進永續發展、好的治理與尊重人權。(註 四十四)

歐盟對於共同貿易政策享有專屬職權，透過雙邊自由貿易協定，歐盟可以切實貫徹共同貿易政策，因此自由貿易協定的目標為(1)開放商品及服務貿易的新市場；(2)增加投資保護的機會；(3)藉由降低關稅及簡化繁雜手續使貿易更物美價廉；(4)藉由更簡便的通關程序及制定可相容的技術與衛生標準而使貿易更迅捷；(5)在智慧財產權、競爭與政府採購，創造明確的規則可提高法律的安定性；(6)以促進合作、透明化及針對社會和環境議

註四十一：COM (2006) 567 final.

註四十二：COM (2006) 567 final., p.11.

註四十三：Marise Cremona (2017), Distinguished Essay: A Quiet Revolution – The Changing Nature of the EU's Common Commercial Policy, in Marc Bungenberg/Markus Krajewski/Christian Tams/Jörg Philipp Terhechte/Andreas R. Ziegler (eds.): European Yearbook of International Economic Law 2017, 2017 Springer, p.17.

註四十四：European Commission (2016), The European Union Explained: Trade, Luxembourg: Publications Office of the European Union, p.6.

題的對話，支持永續發展。(註 四十五)

由於歐盟對於共同貿易政策享有專屬職權，因此執委會在 WTO 以一個聲音 (one voice) 代表歐盟進行談判，因此市場進入、貿易暨投資規則、貿易便捷、政府採購透明化、投資暨競爭等議題，均已或多或少成為雙邊自由貿易協定的內容，因而形成與傳統的自由貿易協定有非常大的差異，這類新型的自由貿易協定就成為所謂的『新世代自由貿易協定』。為回應自 2001 年以來裹足不前的杜哈發展回合 (Doha Development Round)，歐盟於 2006 年時提出『新的貿易策略』(new strategy for trade) (註 四十六)，執委會在『全球歐洲』涵示強調應發展及提高歐洲的雙邊貿易關係，而多邊談判並未充分的規範投資、政府採購、競爭法與智慧財產權 (註 四十七)，因此這些議題逐漸成為歐盟『新世代自由貿易協定』的內容。

2010 年時，執委會公布了『邁向歐洲全面的國際投資政策』(Toward a Comprehensive European International Investment Policy) 文件 (註 四十八)，強調一個全面的共同國際投資政策應更加關注投資人的需要，因此共同貿易政策亦納入投資自由化與投資保護，應在雙邊投資協定中規範投資保護，尤其是在歐盟層級與第三國簽署多邊或雙邊貿易協定，以規範投資的市場進入、投資自由化與多邊承諾提供服務的營業所設立的法律架構，以重新檢討投資地主國的規範權與投資對於永續發展的貢獻。因此，在 2009 年 12 月里斯本條約生效後，也反映出歐盟在外國直接投資職權的轉變，也就是外國直接投資亦屬於歐盟專屬職權的共同貿易政策的範圍。(註 四十九)

註四十五：European Commission (2016), *The European Union Explained: Trade*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, p.7.

註四十六：SEC (2006) 1230, p.14.

註四十七：COM (2006) 567 final., p.14.

註四十八：COM (2010) 343 final.

註四十九：Julien Chaisse/Shintaro Hamanaka (2014), *op.cit.*, Asian Development Bank Working Paper No.128, p.23.

2012 年歐盟公布了一個規章（註 五十），以作為個別會員國與非歐盟國家在 2009 年 12 月里斯本條約生效前即存在的雙邊投資協定的範本，以期這些雙邊投資協定遵循歐盟法與歐盟的投資政策。也就是會員國得修訂現有的雙邊投資協定或依據此一規章的條件與程序締結新的雙邊投資協定；為落實投資政策，執委會在與其他國家的自由貿易協定納入了投資保護（investment protection）專章，也成為歐盟『新世代自由貿易協定』的特色之一。也就是歐盟『新世代自由貿易協定』不僅規範貿易優惠，同時還影響著國際貿易規則與國際貿易秩序之發展，但由於投資的內容包括外國直接投資與所謂的『證券投資』（portfolio investment），因此有必要釐清歐洲聯盟運作條約第 207 條投資的概念，是否全屬於歐盟專屬職權的範圍。2015 年時，歐盟法院確立歐盟不得單獨簽署『新世代自由貿易協定』，必須由歐盟與全體會員國共同簽署，因為屬於『新世代自由貿易協定』的規定，例如非外國直接投資、投資人與投資地主國間的爭端解決仍屬於歐盟與會員國共享職權。因職權分配而針對投資仍因會員國享有職權，這類協定仍屬於『混合協定』（mixed agreement），尤其是歐盟主張應適用投資地主國爭端解決機制及設立永久的投資法院（investment court）。（註 五十一）

2015 年 11 月，歐盟提出改革投資爭端解決機制，以更新高標準的正當性與透明化，新的制度有更明確的投資保護，歐盟傾向於設立投資法院制度，以建立一個永久的爭端解決機制。在此一制度下，任何人均得適用相同的投資保護規則、尋求在透明方式下受保護投資人間的平衡與維護地主國的規範權，以追求公共政策的目標。2017 年 9 月 14 日，歐盟執委會提出一個『貿易暨投資措施包裹』（註 五十二），倡議一個均衡與進步的貿易政策（a

註五十： 2012 年第 1219 號對會員國與第三國間雙邊投資協定建立過渡安排的規章。OJ 2012 L 351/40.

註五十一： Stephen Woolcock (2007), European Union Policy towards Free Trade Agreements, ECIPE Working Paper, No.03, p.9.

註五十二： COM (2017) 492 final.

balanced and progressive trade policy),以落實 2015 年『貿易無所不包』(『Trade for all』)更有責任的貿易暨投資政策。『貿易暨投資措施包裹』主要的內容(註五十三)為：

- 1、提案建構一個篩選外國直接投資的歐洲架構，以確保外國直接投資仍是歐盟主要的成長來源，同時保護歐盟的重要利益；
- 2、建議理事會開啟與紐西蘭及澳洲的自由貿易協定談判，這兩個自由貿易協定談判應以與加拿大、越南、新加坡、日本的自由貿易協定為藍本，擴大夥伴聯盟，以承諾實施全球貿易的進步規則；
- 3、建議理事會開啟談判建立一個投資爭端解決的多邊法院，應邁向一個更透明、整合與公平處理在投資保護協定下的企業爭訟；
- 4、前所未有的透明度，即執委會公布貿易協定的談判準繩，也就是執委會期盼在盡可能初期的階段納入會員國與區域的利害關係人參與貿易對話；
- 5、設立一個歐盟貿易協定諮詢小組，更廣泛的收集各方（例如工會、資方組織、消費者族群、其他民間組織）的觀點與見解，也就是執委會致力於更透明與更融合的貿易政策。

2018 年 3 月 6 日，歐盟法院作成 Achmea 案的指標判決(註五十四)，歐盟會員國間國際投資協定的仲裁條款係牴觸歐盟法，因為會員國揚棄其本

註五十三：COM (2017) 492 final., pp.2-3.

註五十四：Case C-284/2016, Slovak Republik v. Achmea, 2018 ECR I-158.本案的事實為荷蘭與斯洛伐克雙邊投資協定(Dutch-Slovak Bilateral Investment Treaty)有投資仲裁規定。由於斯洛伐克政府決定廢止一部分先前決定的民營健康保險市場，因而 Achmea 在德國提起仲裁，仲裁裁決判賠 Achmea 的損害 2210 萬歐元，斯洛伐克政府認為仲裁法庭對於系爭訴訟無管轄權，應向斯洛伐克法院訴請司法救濟，因此斯洛伐克政府向德國法院提起不服投資仲裁裁決之訴，之後德國法院向歐盟法院提起預先裁判之訴。歐盟法院認為雙邊投資協定內的仲裁條款違反了歐盟法，因為此一仲裁條款侵害會員國法院與歐盟法院間的司法對話，此一司法對話是歐盟司法制度的基本原則，歐盟條約要求全體會員國應確保授權其國內法院依據歐盟法解決爭端。這些會員國的法院應可以向歐盟法院訴請解釋歐盟法。此一司法對話確保在全體會員國內完全與一致的解釋與適用歐盟法、以及歐盟法對個人權益的司法保障。

國法院的訴訟管轄權，因而也將系爭案件應適用歐盟法或依據歐盟法解釋的司法救濟制度移除，也就是無法依據歐盟法進行司法救濟已經牴觸相當於歐盟憲法規定的歐盟條約。歐盟法院認為投資仲裁條款牴觸歐盟法，因為投資仲裁並非歐盟的司法制度，雖然有負責解決關於歐盟法解釋或適用的爭端，但會員國法院卻無法充分檢視仲裁裁決，而無法確保歐盟法規完全有效適用，因此歐盟會員國間雙邊投資協定內的仲裁條款係牴觸歐盟法。歐盟法院認為在歐盟與非歐盟會員國的投資仲裁條款亦牴觸歐盟法；若一會員國錯誤適用或解釋歐盟法時，個人可以訴請歐盟的司法救濟，但投資仲裁卻無這種救濟管道，這也是歐盟法院認為投資仲裁條款牴觸歐盟法的主要理由，因此歐盟法院主張在歐盟與第三國雙邊投資協定的仲裁條款是違反歐盟法。換言之，歐盟法院認為關於歐盟法解釋或適用的爭端應屬於歐盟司法一部分，法院應負責解決，在歐盟條約下，會員國必須確保在歐盟的司法制度內有效的司法救濟，因此會員國必須授權其國內法院應在歐盟法範圍內進行司法救濟，因此不得廢除在仲裁法庭對於爭端解決的管轄權。Achmea 案新確立的原則對於目前與未來的國際投資協定內的投資仲裁條款有很大的影響，其中可以肯認的是執委會將不再有權可以簽署含有投資仲裁條款的雙邊投資協定。

2018 年 4 月底，在國際經貿社會，執委會促進改革爭端解決與強力主張設立一個多邊投資法院（multilateral investment court）與進行貿易談判，以促進投資爭端解決，全球持續討論改革 ISDS 機制。

三、歐盟與韓國的自由貿易協定

早在 1964 年時，韓國即與德國簽署了第一個雙邊投資保護協定（註五十五），韓國是在亞洲第二大國家（僅次於中國）有許多投資保護協定。（註

註五十五：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.97.

五十六) 1953 年韓戰結束後，韓國採取自由的投資政策以吸引外資，以期致力於經濟復甦與經濟發展。(註 五十七) 1980 年代，韓國經濟穩定發展並朝現代化轉型，韓國由資本進口國逐漸轉變成資本出口國。(註 五十八) 隨著這種資本出口發展趨勢，韓國與大部分的亞洲國家、全球的資本進口國簽署投資保護協定(註 五十九)，這些投資保護協定大都包含 ISDS 作為爭端解決機制。

值得一提的是，韓國的 ISDS 條款在法律上優惠投資人，爭端解決規定多為廣泛的規定與一般條款，且幾乎沒有以保護健康或環境保護為目的的限制條款。(註 六十) 韓國這種友善投資人政策在 1988 年亞洲金融危機時達到高潮，韓國政府的作法為簡化外國投資人進入與支持韓國企業到外國投資，也因此更新修訂許多舊的國際投資保護協定。(註 六十一) 但韓國社會普遍懷疑 ISDS 制度，2008 年爆發的全球金融海嘯，韓國社會各界更懷疑自由貿易協定與全球化的發展，但韓國政府卻一直支持 ISDS 制度。(註 六十二)

2011 年 7 月 1 日，歐盟與韓國的自由貿易協定生效施行，雖然有投資專章僅規範投資人的市場進入與營業所設立，但並未規範投資保護的核心議題，例如待遇、徵收與補償的最低標準，亦未規範 ISDS 的仲裁程序，這也反映出 2009 年 12 月里斯本條約生效前的法律狀況，即投資協定是屬於歐盟與全體會員國共享職權的混合協定。因此，歐盟與韓國在談判自由貿易協定

註五十六：Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), *International Investment Treaties and Arbitration Across Asia*, Nijhoff: Brill, p.486.

註五十七：Jounsik Kim (2016), *Investor-State Arbitration in South Korea International Trade Policies: An Uncertain Future, Trapped by the Past*, Waterloo: Centre for International Governance Innovation, *Investor-State Arbitration Series Paper No.15*, pp.2f.

註五十八：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., *Recht der Internationalen Wirtschaft* S.97.

註五十九：Jounsik Kim (2016), *op. cit.*, pp.9f.

註六十：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., *Recht der Internationalen Wirtschaft* S.97.

註六十一：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., *Recht der Internationalen Wirtschaft* S.97.

註六十二：Luke Nottage (2015), *Investment Treaty Arbitration Policy in Australia, New Zealand – and Korea?*, Sydney Law School Legal Studies Research Paper No.15/66, pp.24ff.

的過程中，仍是循著此一路徑進行談判。值得注意的是，歐盟認真有效率地監督在協定內所約定市場進入策略之執行，尤其是雙邊合作工作小組以共同施行雙邊同意的特別承諾，這種實務也逐漸發展成為大力鼓吹落實自由貿易協定的先例。(註 六十三)

四、歐盟與新加坡的自由貿易協定

新加坡是歐盟在亞洲的重要貿易夥伴，也是歐盟在東南亞最大的貿易夥伴，同時是 ASEAN 最高度開發的國家，2010 年 3 月歐盟開始與新加坡進行自由貿易協定 (EU – Singapore Free Trade Agreement；簡稱 EUSFTA) 的談判，2014 年 12 月 16 日，歐盟與新加坡完成自由貿易協定的談判(註 六十四)，也成為歐盟與 ASEAN 成員成功洽簽的第一個自由貿易協定。新加坡雖然只是一個城市國家，藉由雙邊的自由貿易協定，將開放雙邊的許多服務業市場，例如銀行、保險及其他金融業。(註 六十五)

EUSFTA 主要的內容為適用範圍、宗旨與定義規定、商品的國民待遇與市場進入、貿易救濟 (反傾銷措施、反補貼措施與防衛措施)、貿易技術障礙、衛生暨檢疫措施、關稅暨貿易便捷、非關稅貿易障礙與再生能源電廠之投資、服務、營業所設立及電子商務、投資、政府採購、智慧財產權保護、競爭及相關議題、貿易暨永續發展、透明原則、爭端解決、調解機制、設立一個貿易委員會與四個專門委員會、以及一般與最終條款。

EUSFTA 第九章的投資保護專章改善了投資條件，給予歐盟投資人在新加坡更多的投資保障。(註 六十六) EUSFTA 有投資人地主國爭端解決機制，有助於建構更好的法律氛圍，鼓勵更多的新加坡企業投資於歐盟。EUSFTA

註六十三：COM (2015) 127 final., p.11.

註六十四：IP/12/1380.

註六十五：MEMO/13/576.

註六十六：European Parliament, Free Trade Agreement between the EU and the Republic of Singapore – Analysis, EP/EXPO/B/INTA/2017/07, March 2018-PE603864., p.14.

使新加坡企業更容易進入歐盟市場與增加政府採購的機會。整體而言，新加坡的運輸業與物流、金融業、藥品、基礎設施、能源與資料中心有進入歐盟市場更好的機會。

歐盟與新加坡自由貿易協定所引發歐盟與其會員國對於投資保護的職權分配爭議，在 2015 年歐盟法院判決確認由歐盟與全體會員國共享職權，應共同簽署具有混合協定性質的投資保護協定，因此歐盟與新加坡又簽署了一個投資保護協定，全體會員國亦必須批准此一協定。此一協定包含所有歐盟新的投資保護職權事務與施行機制，此一投資保護協定取代了原來由 12 個會員國與新加坡的雙邊投資協定，亦為所有歐盟投資人在新加坡建立了一個現代共同的投資保護架構。歐盟與新加坡的投資保護協定具有非常重要的指標意義，之後歐盟與日本、越南、馬來西亞、泰國、菲律賓、印尼等國的『新世代自由貿易協定』均採相同的模式。

五、歐盟與日本的經濟夥伴協定

日本是全球第三大經濟體與全球第四大的資本出口國（註 六十七），過去日本並沒有很積極的簽署國際投資保護協定（註 六十八），在 2001 年杜哈回合（Doha Round）範圍，WTO 改革多邊投資協定失敗（註 六十九），2002 年時日本政府重申將持續致力於締結自由貿易協定。（註 七十）之後，日本亦積極與許多國家（例如 ASEAN、非洲國家、俄羅斯、土耳其等）簽署投資保護協定（註 七十一），逐漸地國際投資保護成為日本經濟政策獨立的一

註六十七：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.95.

註六十八：Lars Markert (2017), Neue Entwicklungen in der japanischen Handels- und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, ZJapanR Nr.43, S.147.

註六十九：Buckley/Hu/Arner(eds.)(2011), East Asian Economic Integration: Law, Trade and Finance, Cheltenham: Edward Elgar Publisher, p.83.

註七十：Ministry of Foreign Affairs of Japan, Japan's FTA Strategy, <https://www.mofa.jp/policy/economy/fta/strategy0210.html>, last visited 2018/12/7.

註七十一：UNCTAD, International Investment Agreements Navigator: Japan,

環。(註七十二)近年來，日本亦積極主張國際投資保護法，而且也鼓吹 ISDS 制度。(註七十三)

由於亞太地區各國協商談判跨太平洋夥伴協定 (Trans-Pacific Partnership；簡稱 TPP)，對於歐盟在亞太地區的貿易地位受到相當大的壓力，因此歐盟積極與日本進行貿易談判，尤其是針對歐洲葡萄酒及乳酪、日本的汽車及機械設備進入彼此的市場為雙方首要開放的市場，此外更公平與透明的規範智慧財產權、公司治理及政府採購也是雙方要解決的議題。

在歐盟與日本談判自由貿易協定進行中，正值 TTIP 與 TPP 進行中，自 2017 年初起，全球的國際貿易政策有非常大的轉變，美國在 Trump 總統上台後撤回 TPP 與凍結 TTIP，瀰漫一股新的貿易保護主義，因而促成了歐盟與日本完成自由貿易協定談判，也可說是歐盟與日本聯手明確的回應美國 Trump 政府的新保護主義。(註七十四)Trump 總統的『美國優先』(American First) 策略使得全球經濟外交呈現真空的狀態，著實給歐盟與日本有機會提高貿易利益，並致力於全球的自由貿易。(註七十五)換言之，本來 TTIP 是歐盟最優先談判的自由貿易協定，但後來 Trump 上台，導致 TTIP 無疾而終。歐盟與日本完成了自由貿易協定談判鞏固了歐盟在亞太地區的呈現，也清楚地體現 2015 年執委會『貿易無所不包』文件的首要目標，以貿易作為

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/105#iiaInnerMenu>, last visited 2018/12/7.

註七十二：Bath/Nottage (eds.)(2011), *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*, London and New York: Routledge, pp.54f.

註七十三：Fukubaga, *ISDS under the CPTPP and Beyond: Japanese Perspectives*, Kluwer Arbitration Blog of 30.05.2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/30/isds-cptpp-beyond-japanese-perspectives/>, last visited 2018/12/7.

註七十四：Pedro Silva Pereira (2019), *The EU – Japan Economic Partnership Agreement from the European Parliament’s Perspective: A Landmark Agreement beyond Trade*, *Journal of Inter – Regional and Global Perspectives* Vol.2, p.16.

註七十五：Pedro Silva Pereira (2019), *op.cit.*, *Journal of Inter – Regional and Global Perspectives* Vol.2, p.17.

促進歐盟的重要價值與原則，並鼓勵永續發展。日本與歐盟為有相同理念的貿易夥伴，共享民主、人權、法治、致力於永續發展及以 WTO 規則為基礎的基本價值，因而也使經濟夥伴協定（Economic Partnership Agreement；簡稱 EPA）成為歐盟最雄心壯志的貿易協定。（註七十六）

2012 年 11 月，歐盟與日本開始積極洽商自由貿易協定，自 2013 年 4 月起，歐盟與日本開始進行自由貿易協定談判（註七十七）；2017 年 12 月時，歐盟與日本完成 EPA 的談判，在談判過程雙方對於爭端解決機制有許多歧見，歐盟主張應設立一個常設的投資仲裁法院，但日本堅持應實施現代的 ISDS 條款。（註七十八）歐盟與日本的 EPA 是近年來堪稱歐盟最重要的雙邊自由貿易協定，形成全球最大的自由貿易區，亦反映了一個新的全球貿易秩序。（註七十九）

此一 EPA 定主要的內容涵蓋關稅、非關稅措施、原產地規則、服務、公司治理、政府採購、智慧財產權、地理標示、競爭、補貼、國營事業、貿易救濟、通關暨貿易便捷、技術性的貿易障礙、衛生及檢疫措施、貿易暨永續發展、中小企業、國與國的爭端解決機制等專章，其中國與國的爭端解決機制在於確保安全遵守 EPA 的權利與義務，主要是以事前設立的專業及有經驗的人員名單以規定一個有效率、有效及透明的機制，以期避免雙方的爭端與促進解決爭端；但仍有些議題，例如投資爭端解決機制、監管合作（regulatory cooperation）尚待進一步的討論達成共識。

由於歐盟與新加坡自由貿易協定針對投資爭端的法律爭議，因此歐盟與

註七十六：Pedro Silva Pereira (2019), *op.cit.*, Journal of Inter – Regional and Global Perspectives Vol.2, p.17.

註七十七：MEMO/13/348.

註七十八：Markert/Wilske (2018), How the current controversy about an Investment Court System highlights Japan's emerging role as a key player in international investment policy, JCCA Newsletter No.39, <http://www.jcca.or.jp/arbitration/docs/Newsletter%20No.39%20.pdf>, last visited 2018/12/7.

註七十九：Pedro Silva Pereira (2019), *op.cit.*, Journal of Inter – Regional and Global Perspectives Vol.2, p.16.

日本就投資保護議題額外的洽談投資保護協定，特別是雙方對於投資保護標準與投資爭端解決機制仍有歧見。整體而言，日本亦支持 ISDS，亦接受歐盟的主張，日本的投資人亦希望可以在雙邊的投資協定規範在投資地國受保護的利益可訴請司法救濟。歐盟反對以國際仲裁作為解決外國投資人與投資地主國的爭端機制，歐盟偏好採取以與加拿大的 CETA（Comprehensive Economic and Trade Agreement）的模式，即設立一個新的投資法院，以處理投資爭端。雖然雙方歧見尚未達成共識，但均承諾應致力於在歐盟與日本穩定與安全的投資環境。（註 八十）

六、歐盟與越南的自由貿易協定

僅次於新加坡，越南已經是歐盟在 ASEAN 的第二大貿易夥伴。繼新加坡之後，歐盟與越南開始談判、簽署雙邊的自由貿易協定，成為歐盟與開發中國家洽簽的第一個自由貿易協定，也成為與 ASEAN 第二個成員簽署的自由貿易協定。歐盟與越南雙邊的自由貿易協定（EU – Vietnam Free Trade Agreement；簡稱 EUVFTA）也是一個全面的自由貿易協定，性質上也是屬於所謂的『新世代自由貿易協定』。歐盟與越南自由貿易協定開啟了雙邊的貿易關係新的篇章，具有劃時代的意義。

由於投資保障議題涉及會員國的職權，因此在 2015 年 8 月另外由歐盟及全體會員國與越南締結一個投資保護協定（Investment Protection Agreement）（註 八十一），宗旨為保護在歐盟與越南的投資人與投資，確保符合公平待遇與不受差別待遇。通常在投資人與投資地主國間有爭端時，投資人得向世界銀行的 ICSID 或類似的仲裁機構訴請法律救濟。歐盟與越南同意設立一個永久法院（permanent court），稱為法庭（Tribunal），以處理投資

註八十： European Commission Press Release, EU and Japan sign Economic Partnership Agreement, 17. July 2018.

註八十一：投資保護協定涉及會員國的職權，因此由歐盟及全體會員國與越南簽署此一投資保護協定。

爭端。此一永久法院不僅保護投資人及其投資，而且也保護國家監督執行公共政策的權利。此一永久法院制度是一個獨立的爭端解決制度。(註 八十二)換言之，投資保護協定有新的投資法院制度 (Investment Court System)、現代的投資保護規則與確保雙邊政府的規範權以保護人民的利益，並將完全取代過去由 21 個會員國與越南簽署的雙邊投資保護協定。

依據歐盟與越南的自由貿易協定 (以下簡稱 EUVFTA)，應設立一個永久的爭端解決制度，以處理在自由貿易協定中關於投資保護規定的爭端，例如無補償的徵收保護。不允許國內法院干預或質疑法庭的判決，以確保程序透明與公平待遇。EUVFTA 規定由九位法官組成法庭，由歐盟與越南各任命三位法官，其餘三位法官則任命來自第三國的法官。所有案件均應由歐盟、越南與第三國各一位法官組成的法庭進行聽證程序，由法庭庭長選擇這三位法官，應由第三國的法官擔任審判長。在 90 日內依據法定理由，例如法規錯誤、事實錯誤、程序不公平等，原告得提起上訴；未在 90 日內提起上訴時，則法庭的判決即為確定。上訴法庭由六位法官組成，歐盟、越南與第三國各有二位法官。

在向法庭訴請救濟時，原告得尋求諮商或調解；可選擇在河內、布魯塞爾或歐盟會員國的首都進行諮商，並得進行視訊會議 (video conference) 或由涉案當事人同意在其他的地點進行諮商。在調解的情形，由爭端當事人同意任命調解人，調解人得為法庭的法官。若諮商在 90 日內未解決爭端時，原告得告知進行訴訟的意圖；自通知進行訴訟意圖之日起三個月內或提出諮商六個月內未解決爭端時，得向法庭訴請救濟。但訴訟已經繫屬於其他國內或國際法庭或法院時，即不得再向法庭訴請救濟。

越南與歐盟亦同意建立一個條文解釋與施行歧見解決架構，以期建立一

註八十二：Investment Protection in EU Vietnam FTA,

<https://www.vietnam-briefing.com/news/investment-protection-eu-vietnam-fta.html>, last visited 2019/5/23.

個更迅速與更有效率的爭端解決機制。此一架構主要的特徵為（註 八十三）：

- 1、僅為最後手段；
- 2、有一套固定的程序與時間表；
- 3、歐盟與越南的行政機關得要求建立一個由獨立的法律專家組成的小組。

這種國對國的爭端解決機制（state-to-state dispute settlement mechanism）允許歐洲企業向其政府提出關於協定施行的相關問題，也就是歐洲企業必須透過其政府請求解釋，並無直接管道可以提出協定施行的質疑。（註 八十四）整體而言，EUVFTA 已經相對具體的規範投資爭端解決的運作。

肆、歐盟與亞太地區其他國家的作法

印度、澳洲與印尼這三個國家基本上對 ISDS 持懷疑態度，因此在其與歐盟的貿易協定中排除 ISDS 制度。（註 八十五）中國在 1980 年代改革開放的步調下才開始融入全球的經貿體系，但中國仍為計畫經濟與共產專制，雖然在 WTO 的架構下開放其市場與積極在海外投資，而逐步成為全球的一個新興經濟體，但尚未完全取得市場經濟地位。以下僅就歐盟與中國、印度、澳洲與印尼的雙邊協定進行分析。

一、歐盟與中國的雙邊投資保護協定

自 1979 年對外開放改革後，中國的經濟發展突飛猛進，目前已經是全球第二大簽署投資保護協定的國家（僅次於德國）（註 八十六），1982 年時

註八十三：EU-Vietnam Free Trade Agreement Status Report, Foreign Trade Association, February 2016, p.9.

註八十四：EU-Vietnam Free Trade Agreement Status Report, Foreign Trade Association, February 2016, p.9.

註八十五：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.100.

註八十六：UNCTAD, International Investment Agreements Navigator: China,

中國簽署了第一個雙邊的投資保護協定。(註 八十七) 自此時起，中國開始發展其投資保護政策。初期在國際投資保護協定中 ISDS 條款只是象徵性質，外國投資人必須先適用中國的法律救濟程序，只能依據中國法進行仲裁程序。(註 八十八)

1989 年時，中國與位於加勒比海島國巴巴多斯 (Barbados) 的雙邊投資保護協定、1993 年時世界銀行的 ICSID 協定亦對中國生效 (註 八十九)，從此以後中國的投資保護協定均會規範 ISDS 條款，中國也逐漸發展成為資本出口國。(註 九十) 在所謂的『走向全球策略』(Going Global Strategy) 下，中國逐漸重視自己的投資人在海外的投資保護，尤其是在許多開發中國家的中國投資增多，而通常這些開發中國家仍無足夠的法治國家結構。(註 九十一)

在全球經濟體系下，自 2007 年開始，中國的國際投資保護協定逐漸『美國化』，也就是原則上中國接受國際投資保護制度，明顯地施行 ISDS 制度。中國已經一躍成為全球最大的資本出口國之一，保護本國投資人愈來愈重要，因此中國有更多的雙邊投資保護協定。(註 九十二) 2010 年中國公布第四個雙邊投資協定範本 (Model Bilateral Investment Treaty)，為目前最新的投資協定範本，第 13 條規定投資人與一締約當事人間的爭端解決 (Settlement

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/42#iiaInnerMenu..>, last visited 2018/12/7.

註八十七：Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), op. cit., p.558.

註八十八：Axel Berger (2008), *China and the Global Governance of Foreign Direct Investment*, Bonn: Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, Discussion Paper 10, p.7.

註八十九：ICSID, List of Contracting States and Other Signatories of the Convention, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx..>, last visited 2018/12/7.

註九十：Chi/Wang (2015), *The Evolution of ISA Clauses in Chinese IIAs and Its Practical Implications*, *Journal of World Investment and Trade* Vol.16, No.5-6, p.869.

註九十一：Axel Berger (2008), op. cit., p.11.

註九十二：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., *Recht der Internationalen Wirtschaft* S.99.

of Disputes Between Investors and One Contracting Party) 應先進行談判 (Negotiation), 並得包括進行調解 (Mediation) (註九十三); 2013 年中國與哥倫比亞簽署的雙邊促進暨保護投資協定 (Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments) 即有 ISDS 機制。(註九十四) 2013 年中國宣布『一帶一路』(One Belt One Road) 的基礎設施計畫, 甚至設立專門處理『一帶一路』爭端的商事法院(註九十五), 因而中國新的投資仲裁規則成為全球最大的仲裁制度。(註九十六)

中國對於外國投資仍有相當多的限制, 例如中國股東應佔企業大多數持股的條件、技術移轉、應使用當地產品比例的自製率要件、官僚主義的事前審批程序, 另外對於國有企業的補貼亦是重要的議題。雖然中國在 2014 年 11 月檢討其外國投資目錄 (Foreign Investment Catalogue) 與廢除了一些對外國投資的限制, 但仍有許多的限制。(註九十七)

在中國的法律制度中, 針對外國投資, 調解在投資爭端解決扮演一個重要的角色, 可分為獨立與混合的調解機制, 投資人與相關機關間的爭端由國家工商管理局 (State Administration of Industry and Commerce) 負責獨立的調解, 若當事人未選擇或因其他理由未能選擇進行獨立的調解時, 仍得在其他的爭端解決機制運用調解, 例如行政上的再議、仲裁與訴訟。(註九十八)

註九十三: Chunlei Zhao (2018), *Investor – State Mediation in a China – EU Bilateral Investment Treaty: Talking About Being in the Right Place at the Right Time*, *Chinese Journal of International Law*, pp.124-125.

註九十四: Chunlei Zhao (2018), *op. cit.*, *Chinese Journal of International Law*, p. 125.

註九十五: Matthew S. Erie, *The China International Commercial Court: Prospects for Dispute Resolution for the “Belt and Road Initiative”*, <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/11/china-international-commercial-court-prospects-dispute-resolution-belt.>, last visited 2018/12/7.

註九十六: Rogers/Townsend (2015), *CIETAC’s New Arbitration Rules 2015*, *Kluwer Arbitration Blog* of 17.02.2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/02/17/cietacs-new-arbitration-rules-2015.>, last visited 2018/12/7.

註九十七: COM (2015) 127 final., p.5.

註九十八: Chunlei Zhao (2018), *op. cit.*, *Chinese Journal of International Law*, p. 126.

2006 年時，中國又公布一個特別針對外國投資爭端解決的機制，即訴訟協調（complaints coordination），2015 年公布的外國投資法（Foreign Investment Law）並將訴訟協調作為外國投資人爭端解決的方法之一，訴訟協調在性質上為準調解程序（quasi – mediation process）。（註 九十九）

畢竟中國仍是一個一黨專政的共產國家，因此 2011 年時執委會公布了一個名為『歐盟與中國未來的投資關係』（The Future Investment Relationship between the EU and China）文件（註 一百），在歐盟與中國雙邊投資協定的投資爭端解決方法重點為具結（voluntary）、調解方式、爭端協議的透明與執行。（註 一百零一）中國已經是歐盟最大的進口國，亦是歐盟成長最快速的出口市場之一，中國與歐盟的雙邊投資量仍有很大的發展潛力，因此目前正在進行的雙邊投資協定談判有助於擴展雙邊的投資潛力。

2014 年 1 月 21 日至 23 日在北京，歐盟與中國開始進行雙邊投資協定第一回合談判。2019 年 7 月 15 日至 19 日歐盟與中國在布魯塞爾舉行雙邊投資協定（Bilateral Investment Treaty）第 22 回合談判，對於 ISDS 亦有進展，但仍應加速討論國對國的爭端解決（state-to-state dispute settlement）及與外國直接投資有關的資金流通與自由化。畢竟中國仍為計畫經濟體系，國有企業仍是中國經濟的主體，國對國的爭端解決仍有帶雙方持續的溝通。（註 一百零二）在談判上，歐盟希冀以與加拿大的 CETA 為範本，在雙邊投資協定規範透明的行政決策與肯認市場進入的承諾，雙方並期待可以在 2020 年可以達成共識完成投資協定的談判，以期取代所有個別會員國與中國的雙邊投資協定，事實上僅愛爾蘭未與中國簽署雙邊投資協定。（註 一百零三）

註九十九：Chunlei Zhao (2018), op. cit., Chinese Journal of International Law, p. 126.

註一百：http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/december/tradoc_148394.pdf, last visited 2019/9/28.

註一百零一：Chunlei Zhao (2018), op. cit., Chinese Journal of International Law, p. 128.

註一百零二：European Commission (2019), Report of the 22nd round of negotiations for the EU-China Investment Agreement.

註一百零三：International Institute for Sustainable Development, IISD.org/ITN 2019 Vol.10, Issue3,

無論如何，歐盟與中國的雙邊投資協定是一個很好的機會，可以重新檢討既有的投資規則，以便在給予外國投資人權利與投資地主國在公共利益規範外國直接投資能力間尋求更好的平衡。一旦歐盟與中國完成簽署雙邊投資協定將有助於更整合的全球投資制度。

二、歐盟與印度的自由貿易協定

印度是亞洲另一個特殊的經濟體，過去印度對於 ISDS 亦抱持相當懷疑的態度，但自 1990 年代起，印度開始推行對外開放政策，為了吸引外國投資進入，印度已經簽署超過 80 個雙邊投資保護協定（註一百零四），有趣的是印度的雙邊投資保護協定有類似歐盟的雙邊投資保護協定的標準。（註一百零五）但印度至今仍非世界銀行 ICSID 協定的締約國，印度的雙邊投資保護協定均規定 ISDS，雖然不適用世界銀行的 ICSID 協定，但通常適用聯合國國際貿易法會議（UNCITRAL）的仲裁制度。（註一百零六）

2003 年時，印度公布了一個雙邊投資保護協定範本（Model Bilateral Investment Agreement）第 4 條明文規定自由貿易協定不適用最惠國待遇原則。由於在關稅同盟、自由貿易協定或其他經濟統合組織的最惠國待遇條款往往使非締約國亦享有利益，而形成『搭便車』（free-rider）的現象。為避免這種現象，許多國際協定明文規定排除由締約國因此一投資協定所享有的利益亦立即無條件適用於非締約國的關稅同盟、自由貿易協定或其他經濟統合的成員。（註一百零七）

2015 年起，印度開始終止超過 50 個雙邊投資保護協定，主要是自 2011

pp.16-17.

註一百零四：Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), op.cit., p.580.

註一百零五：Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), op.cit., p.581.

註一百零六：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.101.

註一百零七：Julien Chaisse/Shintaro Hamanaka (2014), op.cit., Asian Development Bank Working Paper No.128, p.6.

年起印度面對許多的投資爭訟，特別是印度與澳洲 White Industries 公司間的訴訟（註一百零八）而達到高潮，印度法院有許多的投資保護訴訟，投資人譴責印度違反有效方法條款（effective means clause）（註一百零九），所謂的有效方法條款，係指投資地國應以有效的法律救濟以保障投資人行使權利。（註一百一十）

2016 年時，印度公布了新的雙邊投資保護協定範本，以作為新的投資保護協定內容的依據（註一百一十一），雖然正式以 ISDS 作為爭端解決機制，但卻明顯有保護主義的傾向，新的雙邊投資保護協定範本限制了 ISDS 的適用範圍，事實上已經限制了 ISDS 的效力，投資人必須走完五年的國內法律救濟途徑，而接下來的六個月還必須進行協商（註一百一十二），依據雙邊投資保護協定範本第 135 條規定（註一百一十三），投資仲裁法院的管轄不得審查印度法院判決的實體法部分；換言之，在仲裁程序不得對國內的法院判決訴請救濟，即便是違反雙邊投資保護協定，這種條款不無疑問，因為限制了司法審查權似乎無法使投資人以司法途徑主張權利，基於互惠原則，這樣的條款恐怕也會使印度投資人在國外投資受到不利的影響。（註

註一百零八： Wilske/Rawal/Sharma (2018), The Emperor's new Clothes: Should India Marvel at the EU's new Proposed Investment Court System?, Indian Journal of Arbitration Law Vol.6, No.2, p.85.

註一百零九： Hsu, Trade and Investment Dispute Settlement Mechanism in ASEAN: The evolving landscape and major developments, http://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4539&context=sol_research, last visited 2018/12/7.

註一百一十： Jessica Wirth (2013), "Effective Means" Means? The Legacy of Chevron v. Ecuador, Columbia Journal of Transatlantic Law Vol.52 No.1, p.325.

註一百一十一： Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>., last visited 2018/12/7.

註一百一十二： Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.102.

註一百一十三： <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>., last visited 2018/12/7.

一百一十四)

因此，印度的雙邊投資保護協定範本備受批評。印度未來在談判雙邊投資保護協定是否會以雙邊投資保護協定範本為依據，仍值得後續觀察。(註一百一十五) 歐盟企業在印度市場仍然面對在 IT 與電子產品的市場進入障礙。歐盟與印度目前正在進行自由貿易協定談判，未來是否會以投資法院取代 ISDS 制度，亦值得關注。(註一百一十六)

三、歐盟與澳洲的自由貿易協定

過去澳洲原則上拒絕以 ISDS 作為其新的投資保護協定的爭端解決機制(註一百一十七)，直到 2011 年的 Philip Morris 香煙案(註一百一十八)因無標示商標的包裝而違反澳洲法，之後因程序理由，澳洲法院駁回訴訟，但此一訴訟引發各界討論，尤其是 ISDS 制度是否過度限制國家主權，未標示商標的香煙包裝是否會影響國家對人民健康的保護義務，因此當時澳洲政府轉而採取了一個激進的政策，而完全在投資保護協定中放棄 ISDS 制度。(註一百一十九)

此一政策轉變值得關注，除了澳洲與美國的自由貿易協定談判外，在澳

註一百一十四：Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), op.cit., p.589.

註一百一十五：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.102.

註一百一十六：Modi and Merkel Put India – EU Free Trade Agreement Back on the Agenda, <https://thewire.in/external-affairs/modi-merkel-berlin-india-eu-germany.>, last visited 2018/12/7.

註一百一十七：Hindelang/Krajewski (eds.)(2016), Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, less Isolated Increasingly Diversified, Oxford: Oxford University Press, pp.317f.

註一百一十八：Luke Nottage (2015), op.cit, Sydney Law School Legal Studies Research Paper No.15/66, p.6.

註一百一十九：Kwan, Australia's Conflicting Approach to ISDS: Where to from here?, Kluwer Arbitration Blog of 4.6.2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/06/04/australias-conflicting-approach-to-isds-where-to-from-here>, last visited 2018/12/7.

洲幾乎很少公開討論 ISDS 制度的優點與缺點（註一百二十），但澳洲政府並未如印尼政府一樣終止現存的雙邊投資保護協定。（註一百二十一）卻仍是拒絕 ISDS 的政策，在政黨輪替後，新政府有新的作法，2012 年時澳洲與祕魯更新雙邊投資保護協定，仍包含 ISDS 機制；2014 年與韓國、2015 年與中國簽署自由貿易協定，仍以 ISDS 作為爭端解決機制（註一百二十二），但 2015 年澳洲與日本的自由貿易協定卻又放棄 ISDS（註一百二十三）；接著澳洲政府並宣布在個案上決定是否在國際投資協定使用 ISDS 制度。（註一百二十四）

在參與 TPP 的談判上，澳洲竭力說服其他國家不要將 ISDS 納入協定。（註一百二十五）雖然 TPP 最後無疾而終，但澳洲對 ISDS 的態度仍值得後續觀察。雖然 TPP 因 Trump 接任美國總統而停擺，但這些國家最後達成跨太平洋夥伴全面進步協定（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans – Pacific Partnership；簡稱 CPTPP），並於 2018 年 10 月 31 日生效（註一百二十六），CPTPP 並將 TPP 的現代爭端解決機制納入，即亞太地區的國家施行現代的 ISDS 條款，未來有可能影響全球的投資爭端解決機制。（註一百二十七）

歐盟是澳洲的第二大貿易夥伴，雙邊的貿易持續的增加，2018 年 5 月

註一百二十： Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), op.cit., p.470.

註一百二十一： Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.100.

註一百二十二： Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), op.cit., pp.472f.

註一百二十三： Luke Nottage (2014), Investor-State Arbitration: Not in the Australia – Japan Free Trade Agreement and Not Ever for Australia?, Journal of Japanese Law Vol. 19, No.38, p.37.

註一百二十四： Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade, About Foreign Investment: Investor – State Dispute Settlement (ISDS), <http://dfat.gov.au/trade/investment/Pages/investor-state-dispute-settlement.aspx>, last visited 2018/12/7.

註一百二十五： Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.100.

註一百二十六： Alison Ross, Revamped TPP to enter force, Global Arbitration Review News of 31.10.2018.

註一百二十七： Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), op.cit., pp.528f.

22 日歐盟開始與澳洲進行自由貿易協定的談判，宗旨為廢除貿易障礙、協助歐盟企業公平的開發澳洲市場、結合貿易與永續發展、共同承諾改善勞工權與在貿易的環境保護、防止歐盟特別的區域食品與飲品在澳洲被仿冒、開放澳洲的政府採購市場給歐盟企業。2019 年 7 月 1 日至 5 日，歐盟與澳洲在布魯塞爾舉行第四回合的自由貿易協定談判，雙方仍詳細的討論爭端解決專章與其兩個附件，即程序規則與行為規約 (Code of Conduct)，雙方有共識應有透明、有效率與有效的爭端解決程序，但雙方仍應繼續溝通爭端解決機制與化解歧見。(註 一百二十八)

四、歐盟與印尼的全面經濟夥伴協定

印尼是 ASEAN 最大的經濟體 (註 一百二十九)，擁有最多的人口，約 2 億 6400 萬人，自 1995 年起，印尼即為 WTO 的創始成員，歐盟並給予印尼普遍優惠關稅 (Generalized Scheme of Preferences)，據估計約有 30% 的印尼產品享有這些低關稅的優惠。外國投資對於印尼的經濟發展與成長扮演一個很重要的角色 (註 一百三十)，為吸引更多的外國投資進入，印尼政府體認到雙邊投資保護協定對於吸引外國投資人仍是很重要的，但由於印尼與不同國家簽署的雙邊投資保護協定內容與結構各異，這種現象不利於印尼吸引外國投資人進入，因此印尼政府認為有必要改善這種現象，而重新檢討投資保護法並參酌其他國家的經驗而發展出新的雙邊保護協定範本，以期平衡外國投資人與印尼作為投資地國的利益。(註 一百三十一)

回顧歷史，可以看到印尼在第二次世界大戰後結束殖民時代時，對於國

註一百二十八：European Commission (2019), Report of the 4th round of negotiations for a Free Trade Agreement between the European Union and Australia.

註一百二十九：Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), op.cit., p.159.

註一百三十：Sefriani Sefriani (2018), The New Model of Bilateral Investment Treaty (BIT) for Indonesia, Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, p.1.

註一百三十一：Sefriani Sefriani (2018), op. cit., Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, p.4.

際投資保護仍相當質疑，因此有一段時間印尼形同被國際社會孤立，直到 1967 年時印尼加入了世界銀行的 ICSID 協定，並於 1968 年與荷蘭簽署第一個雙邊投資保護協定。(註 一百三十二) 原先印尼政府很反對 ISDS 制度，主要是擔憂外國投資人的訴訟有可能限制印尼的主權，但隨著印尼的經濟穩定發展，也逐漸的由資本進口國轉變為資本出口國，印尼亦希望可以保護其本國人在國外的投資。(註 一百三十三) 事實上，印尼也參與以中國為首的 RCEP (Regional Comprehensive Economic Partnership) (註 一百三十四)，內容包括商品貿易、服務貿易、經濟與技術議題、智慧財產權、投資、ISDS 與爭端解決機制等。(註 一百三十五) 整體而言，印尼所有的雙邊投資保護協定亦有透過國際仲裁機制的爭端解決條款，例如向 ICSID 訴請投資爭端解決；若未向印尼國內法院訴請救濟或適用印尼國家仲裁法 (National Arbitration Law) 時，外國投資人得依據雙邊投資保護協定的規定向印尼法院訴請 ISDS 或以仲裁途徑 (例如 ICSID) 解決投資爭端。(註 一百三十六)

印尼政府認為原來的雙邊投資保護協定使外國投資人享有更多的利益，由於許多國家 (例如印度、波利維亞、委內瑞拉、厄瓜多、南非、義大利、俄羅斯等) 陸續檢討雙邊投資保護協定的經驗，因此印尼亦認為有必要檢討與重新定義投資與投資人的概念與範圍。(註 一百三十七) 印尼在 2007 年公布投資保護法 (Investment Protection Law)，明定禁止國家對外國投資

註一百三十二： UNCTAD, International Investment Agreements Navigator: Indonesia,

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/97>, last visited 2018/12/7.

註一百三十三： Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.101.

註一百三十四： RCEP 成員包括 ASEAN 的 10 個成員、中國、韓國、日本、印度、澳洲與紐西蘭，希冀在 2025 年以前完成一個整合的市場。

註一百三十五： Magiera (2017), International investment Agreements and Investor-State Disputes: A Review and Evaluation for Indonesia, ERIA Discussion Paper Series 2017, p.20, <http://www.eria.org/ERIA-DP-2016-30.pdf>, last visited 2018/12/7.

註一百三十六： Hamzah (2018), op. cit., Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, Issue 1, p.5.

註一百三十七： Sefriani Sefriani (2018), op. cit., Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, pp.8-9.

人予以差別待遇，並明文規定平等待遇、無補償不得國有化之保障（註一百三十八）、靈活轉移與匯回利潤、爭端解決機制等。這些規定基本上係依據 GATT 的與貿易有關的投資措施協定（Treaty on the Trade Related Investment Measures；簡稱 TRIMs）的規定。（註一百三十九）

印尼新的雙邊投資保護協定範本主要的內容有（1）重新定義不明確的概念，例如投資、外國投資人；（2）用明確的標準重新描述公平與平等待遇（Fair and Equitable Treatment）；（3）用盡當地救濟義務；（4）進行爭端的國際仲裁應有雙方當事人的書面同意；（5）靈活規定保護公共利益與人權；（6）重新定義徵收的概念。（註一百四十）

21 世紀全球經濟有了很大的轉變，亦影響著印尼的經濟發展，2014 年 3 月印尼宣布終止所有的 67 個雙邊投資保護協定（註一百四十一），主要是希望可以改革投資地主國的規範權、承認依據印尼仲裁法執行國際仲裁法庭的裁決。（註一百四十二）印尼政府希望檢討所簽署的雙邊投資保護協定、改革與現代化其投資保護制度、更清楚的規範保護的內容及爭端解決規定、外國投資人向印尼政府訴請徵收補償的訴訟。（註一百四十三）歸納而言，印

註一百三十八：補償金額依據市場價格計算；對於補償金無共識時，則得進行中才解決。

註一百三十九：Sefriani Sefriani (2018), op. cit., Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, pp.1-2.

註一百四十：Sefriani Sefriani (2018), op. cit., Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, p.12.

註一百四十一：事實上，印尼與歐盟大部分的會員國（例如比利時、丹麥、法國、義大利、荷蘭、英國、德國等）均有簽署雙邊投資保護協定。這些投資保護協定係保護外國投資人在印尼的投資，但由於欠缺互惠性，因此這些雙邊投資保護協定並未保護印尼在對方的投資。換言之，印尼只是單向的提供投資保護，以給予外國人在印尼的投資更多的保護。Hamzah (2018), Bilateral Investment Treaties (BITS) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges, Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, Issue 1, p.2.

註一百四十二：Lars Markert/Jana Bade (2019), aaO., Recht der Internationalen Wirtschaft S.101.

註一百四十三：Hamzah (2018), op. cit., Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, Issue 1, p.9.

尼終止所有雙邊投資保護協定主要的理由如下（註一百四十四）：

- 1、這類雙邊投資保護協定不利於地主國，雙邊投資保護協定應確保投資國的商業團體能在其締約夥伴國進行投資；
- 2、有許多雙邊投資保護協定被誤解，締約國希望得到保護，但印尼政府並不希望擴大任何保護，印尼政府希望未來的雙邊投資保護協定文字更精準，以避免條款的錯誤解釋；
- 3、現行的雙邊投資保護協定被解釋為限制國家規範自己經濟與社會的主權，新的投資保護協定用語應確保國家有規範經濟的自由，而不會有違法徵收或侵害外國投資人的徵收；
- 4、由於幾乎所有的雙邊投資保護協定被解釋為給外國投資人比本國投資人更優惠的待遇，在新的雙邊投資保護協定中，印尼政府希望不會給予外國投資人與本國人更差的待遇，但也不應該有更好的待遇。因此，應儘速檢討雙邊投資保護協定的最惠國待遇條款；
- 5、同時亦應檢討關於公平及平等待遇、完全或適當的保護及安全；
- 6、在保護傘條款（umbrella clauses）下，有些雙邊投資保護協定的爭端解決條款被誤解為允許外國投資人可選擇其他的仲裁或其他的爭端解決方法；在雙方締約國同意使用特別的仲裁方法時，修訂後的雙邊投資保護協定將明確地不再有其他仲裁條款；
- 7、目前的國對國雙邊投資保護協定雖然投資人享有所有的權利與優惠，但有任何牴觸或違反雙邊投資保護協定的規範時，可豁免起訴投資人；個別投資人應遵循在進行投資所在地國的法律規章，且在違反法規時，應無差別的被起訴；因此亦應授權投資地國得對錯誤提起仲裁的投資人反訴（counter-claim）；
- 8、原來的期限與終止規定限制印尼政府應適用過長的時間，因此印尼政府

註一百四十四： Hamzah (2018), op. cit., Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, Issue 1, pp.8-9.

希望在合理時間的告知後有權終止或可以選擇不適用，以期使終止條款更靈活。

由於印尼並未簽署任何施行國際法庭判決或保證有利判決的國際條約，而當事人可完全自由選擇任何的機構進行仲裁，並未禁止使用本國或外國的仲裁機構，但外國投資人不喜歡向印尼法院訴請外國投資的爭端解決，因為外國投資人擔憂印尼法官不熟悉國際商務法規與外國當事人不得由其本國的律師擔任訴訟代理人，而所有的文件與證據必須委請官方的翻譯人士翻譯成印尼文，凡此種種均讓外國投資人有許多的疑慮。(註 一百四十五)

印尼為 ASEAN 的成員，亦簽署 ASEAN 的全面投資協定 (ASEAN Comprehensive Investment Agreement) (註 一百四十六)，ASEAN 並與中國、韓國、日本、澳洲、紐西蘭簽署了自由貿易協定，亦含有類似的投資保護條款，因此雖然印尼終止了雙邊投資保護協定，但上述這些外國投資人權利的保護仍繼續有效。(註 一百四十七)

歐盟是印尼的第三大貿易夥伴，僅次於新加坡、馬來西亞、泰國、越南，印尼為歐盟在 ASEAN 內的第五大貿易夥伴與全球的第 31 大貿易夥伴。(註 一百四十八) 印尼是東南亞地區成長最快速的國家之一。相較於歐盟在馬來西亞的投資，印尼對於歐盟而言，仍有許多的投資機會，進出口仍有很大的進步空間。早在 1980 年，歐盟與 ASEAN 的合作協定 (Cooperation Agreement) 生效，雙邊定期舉行經濟與政治的對話，印尼與歐盟雙邊的對話包括在高級官員會議進行定期的政治、經濟與合作的檢討。

2009 年 11 月 9 日印尼與歐盟簽署了全面夥伴暨合作架構協定

註一百四十五：Hamzah (2018), op. cit., Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, Issue 1, p.7.

註一百四十六：此一全面投資協定為保護來自 ASEAN 成員的外國投資人。

註一百四十七：Hamzah (2018), op. cit., Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Vol.21, Issue 1, p.9.

註一百四十八：European Commission Directorate – General for Trade, Countries and regions: Indonesia, www.europa.eu., last visited 2019/9/23.

(Framework Agreement on Comprehensive Partnership and Cooperation)，並在 2014 年 5 月 1 日生效，形塑雙邊全面關係的架構，規定定期舉行政治對話及部門合作的法律依據與在更高層級發展雙邊的關係，並持續發展一個自由貿易協定。此一架構協定並規定進行更廣泛的政策範圍（包括人權、政治對話與貿易）合作的法律架構。

2016 年 7 月 18 日，歐盟與印尼開始包括貿易與投資的自由貿易協定談判，目標為簽署涵蓋貿易便捷、投資、降低關稅、廢除非關稅的貿易障礙、服務貿易與投資、政府採購、競爭規則、智慧財產權、永續發展。歐盟與印尼的自由貿易協定為一個全面經濟夥伴協定（EU – Indonesia Comprehensive Economic Partnership Agreement；簡稱 CEPA），除了預計在九年內大幅降低關稅（高達 95% 的進口關稅）外，並將廢除貿易障礙、提昇印尼企業的能力及促進投資，特別是協助印尼企業符合歐盟嚴格的資格與安全標準的要求，以期增加印尼出口到歐盟，亦有投資保護與爭端解決機制，此一全面經濟夥伴協定有助於改善歐盟在印尼的投資。歐盟並且已經開始進行永續衝擊評估（Sustainability Impact Assessment），以支持歐盟在印尼的自由貿易協定談判，此一評估在尋求自由貿易協定中的貿易及關於貿易的規定有可能對雙方與其他相關國家的經濟、社會、人權與環境方面造成何種衝擊。

2019 年 6 月 17 日至 21 日，歐盟與印尼進行第八回合的自由貿易協定談判，此次談判重點為政府採購與國有企業，反托拉斯與企業併購已經完成談判，並在技術層次完成衛生暨檢疫措施，另一個棘手問題為貿易暨永續發展。在協定中亦有關於投資保護的規定，對於投資爭端解決，雙方仍有相當大的歧見，歐盟傾向於建立投資法院制度（Investment Court System），但印尼尚未做出明確的回應。（註一百四十九）

註一百四十九：European Commission (2019), Report of the 8th round of negotiations for a Free Trade Agreement between the European Union and Indonesia.

伍、代結語與展望

全球化的世代促使國際投資活動蓬勃發展，因而使國際投資保護法因應發展成為國際經濟法重要的一環。UNCTAD 亦強調國際投資保護法進入一個重新定位的時代 (era of reorientation)，不僅應在實體法規與爭端解決機制，而且也應對國際投資的主體，進行重新定位，以改革國際投資治理。(註一百五十)目前世界銀行正在修改 ICSID 規則，熱烈討論一個行為規約 (Code of Conduct) 與要求更嚴格的倫理標準；在 UNCITRAL 第三個工作小組亦在進行多邊 ISDS 的改革，亦針對仲裁人明顯欠缺獨立性與中立性、專業性多有論述，是目前改革的重點議題。(註一百五十一)

對於開發中國家而言，投資保護協定不僅可以提供外國投資人更多的保護，例如免於受到差別待遇與投資的國有化，同時投資保護協定又可以促進外國資金與技術的進入，因此投資保護協定對於開發中國家的經濟發展與成長扮演著非常重要的角色。通常雙邊投資保護協定針對下列的議題予以規範：(1) 平等與公平待遇、(2) 對於戰爭、武力衝突、革命、國家緊急狀態、暴動或騷亂等造成的企業損失予以補償，也就是給予完全保護與安全、(3) 防止徵收或國有化的保護，並應給予補償、(4) 爭端解決機制，即一般熟知的投資人地主國爭端解決 (ISDS)，由投資地主國提供投資保護最低標準。

近年來，亞太地區經濟欣欣向榮，是全球經濟發展的動能，由歐盟與亞太地區國家簽署的投資保護規定來看，國際投資法儼然有區域化的發展趨勢 (註一百五十二)，不可否認此一發展趨勢已經成為定局。美國 Trump 政府

註一百五十： UNCTAD (2015), World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance, pp.123ff, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

註一百五十一： Martin Dietrich Brauch (2019), Toward a Code of Conduct for Investment Adjudicators: Can ethical standards salvage ISDS?, IISD.org/ITN Vol.10, Issue 3, p.11.

註一百五十二： Julien Chaisse (2013), Assessing the Exposure of Asian States to Investment Claims,

漠視 WTO，只顧著自己的經貿利益，WTO 的多邊貿易機制不彰，區域貿易成為現階段的經貿特色，更凸顯亞太地區在國際經濟法發展的重要角色，例如 CPTPP、RCEP 與中國的『一帶一路倡議』(Belt and Road Initiative) 這些重量級的貿易協定中國際投資保護法的新規定，已經是一個不容忽視的態勢。尤其是歐盟與日本的經濟夥伴協定是一個超越傳統自由貿易協定具有劃時代意義的國際協定，更是對美國貿易保護主義明確的對立宣示；另一方面，歐盟以『新世代自由貿易協定』與亞洲國家，例如韓國、新加坡、日本、越南等國的投資保護規定，落實 ISDS 機制，亦發揮推波助瀾的作用，可以預見國際投資法與 ISDS 制度的未來。

自 2019 年 12 月里斯本條約生效後，歐盟享有締結國際投資協定的職權，歐盟也是全世界最大的外國直接投資來源，國際投資已經成為共同貿易政策重要的議題之一。長遠來看，歐盟希望藉由自由貿易協定談判以廢除貿易與投資障礙，進而使歐盟成為國際貿易規範全球的領導角色。執委會希望以設立投資法院制度的機制取代目前的 ISDS 機制，以便在未來逐漸落實多邊投資法院作為解決國際投資爭端的方法。自 2017 年歐盟法院針對歐盟與新加坡自由貿易協定投資保護爭議做成判決，確立投資保護為歐盟與全體會員國共享職權的事務，應由歐盟與全體會員國一起簽署混合協定，這已經成為歐盟投資法的新發展趨勢。2018 年歐盟法院在 Achmea 案確立投資協定的仲裁條款抵觸歐盟法，投資仲裁並非歐盟司法制度的一環，因此歐盟、會員國與其他國家的雙邊投資協定不應含有仲裁條款，以確保在歐盟的司法制度內有效的司法救濟。

總而言之，歐盟與日本的經濟夥伴協定是一個指標協定，生效時正值貿易保護主義高漲，歐盟與日本共同回應全球化的挑戰，而建置全球標準與更好的合作，EPA 也是一個對抗貿易戰的協定，也是一個典型的『新世代自由

貿易協定』。回顧近 10 年來，歐盟積極與亞太地區國家簽署自由貿易協定，承認亞太地區在策略利益之重要性。姑且不論這些協定名為自由貿易協定或經濟夥伴協定，在性質上這些協定都是屬於所謂的『新世代自由貿易協定』，涵蓋的內容不再只侷限於傳統的商品貿易，而是全面的廣納服務貿易、政府採購、投資、勞工權利、智慧財產權的保護、競爭、爭端解決機制、環境保護、永續發展等非傳統的貿易議題。

參考文獻

英文

Bath/Nottage (eds.)(2011), *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*, London and New York: Routledge.

Axel Berger (2008), *China and the Global Governance of Foreign Direct Investment*, Bonn: Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, Discussion Paper 10.

Martin Dietrich Brauch (2019), *Toward a Code of Conduct for Investment Adjudicators: Can ethical standards salvage ISDS?*, IISD.org/ITN Vol.10, Issue 3, pp.11-14.

Buckley/Hu/Arner(eds.)(2011), *East Asian Economic Integration: Law, Trade and Finance*, Cheltenham: Edward Elgar Publisher.

Julien Chaisse (2013), *Assessing the Exposure of Asian States to Investment Claims*, *Contemporary Asia Arbitration Journal* Vol.6, No.2, pp.187-225.

Julien Chaisse/Shintaro Hamanaka (2014), *The Investment Version of Asian Noodle Bowl – Proliferation of International Investment Agreements*, Asian Development Bank Working Paper Series on Regional Economic Integration No.128.

Julien Chaisse (2015), *The Shifting Tectonics of International Investment Law – Structure and Dynamics of Rules and Arbitration on Foreign Investment in the Asia – Pacific Region*, *George Washington International Law Review* Vol.47, pp. 563-638.

Julien Chaisse/Luke Nottage (eds.)(2017), *International Investment Treaties and*

- Arbitration Across Asia, Nijhoff: Brill.
- Chi/Wang (2015), The Evolution of ISA Clauses in Chinese IIAs and Its Practical Implications, *Journal of World Investment and Trade* Vol.16, No.5-6, pp.869-895.
- Marise Cremona (2017), Distinguished Essay: A Quiet Revolution – The Changing Nature of the EU’s Common Commercial Policy, in Marc Bungenberg/Markus Krajewski/Christian Tams/Jörg Philipp Terhechte/Andreas R. Ziegler (eds.): *European Yearbook of International Economic Law 2017*, 2017 Springer.
- Matthew S. Erie, The China International Commercial Court: Prospects for Dispute Resolution for the “Belt and Road Initiative”, <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/11/china-international-commercial-court-prospects-dispute-resolution-belt.>, last visited 2018/12/7.
- European Commission (2016), *The European Union Explained: Trade*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Katia Fach Gómez (2019), *Key Duties of International Investment Arbitrations: A transnational Study of legal and ethical dilemmas*, Cham: Springer.
- Selen Sarisoy Guerin (2010), Do the EU’s bilateral investment treaties matter? The way forward after Lisbon, *Centre for European Policy Studies Working Document No.333*.
- Hamzah (2018), Bilateral Investment Treaties (BITS) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* Vol.21, Issue 1, pp.1-13.
- Hindelang/Krajewski (eds.)(2016), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, less Isolated Increasingly Diversified*, Oxford: Oxford University Press.

Hsu, Trade and Investment Dispute Settlement Mechanism in ASEAN: The evolving landscape and major developments,

http://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4539&context=sol_research, last visited 2018/12/7.

Burghard Ilge (2016), An Account of the EU's Engagement with Bilateral Investment Treaties, in Kavaljit Singh/ Burghard Ilge (eds.)(2016), Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choice, Amsterdam: Both Ends, pp.155-168.

Jounsik Kim (2016), Investor-State Arbitration in South Korea International Trade Policies: An Uncertain Future, Trapped by the Past, Waterloo: Centre for International Governance Innovation, Investor-State Arbitration Series Paper No.15.

Rolf Knieper (2015), Rethinking Investment Arbitration, SchiedsVZ, S.25.

Magiera (2017), International investment Agreements and Investor-State Disputes: A Review and Evaluation for Indonesia, ERIA Discussion Paper Series 2017, p.20, <http://www.eria.org/ERIA-DP-2016-30.pdf>., last visited 2018/12/7.

Markert/Wilske (2018), How the current controversy about an Investment Court System highlights Japan's emerging role as a key player in international investment policy, JCCA Newsletter No.39,

<http://www.jcca.or.jp/arbitration/docs/Newsletter%20No.39%20.pdf>., last visited 2018/12/7.

Luke Nottage (2014), Investor-State Arbitration: Not in the Australia – Japan Free Trade Agreement and Not Ever for Australia?, Journal of Japanese Law Vol. 19, No.38, pp.37-52.

Luke Nottage (2015), Investment Treaty Arbitration Policy in Australia, New

- Zealand – and Korea?, Sydney Law School Legal Studies Research Paper No.15/66.
- Pedro Silva Pereira (2019), The EU – Japan Economic Partnership Agreement from the European Parliament’s Perspective: A Landmark Agreement beyond Trade, *Journal of Inter – Regional and Global Perspectives* Vol.2, pp.16-25.
- Pohl/Mashigo/Nohen (2012), Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreement: A Large Sample Survey, OECD Working Paper No.2.
- Catherine A. Rogers/Roger P. Alford (eds.)(2009), *Future of Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press.
- Rogers/Townsend (2015), CIETAC’s New Arbitration Rules 2015, *Kluwer Arbitration Blog* of 17.02.2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/02/17/cietacs-new-arbitration-rules-2015>., last visited 2018/12/7.
- Stephan W. Schill (2015), Special Issue: Dawn of an Asian Century in International Investment Law? *Journal of World Investment and Trade* Vol.16, No.5-6, pp.765-771.
- Christoph Schreuer, *The Future of Investment Arbitration*, https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf., last visited 2019/9/1.
- Sefriani Sefriani (2018), The New Model of Bilateral Investment Treaty (BIT) for Indonesia, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* Vol.21, pp.1-14.
- M. Sornarajah (2009), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press.

- UNCTAD (2015), World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance,
http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf..
- Wilske/Rawal/Sharma (2018), The Emperor's new Clothes: Should India Marvel at the EU's new Proposed Investment Court System?, Indian Journal of Arbitration Law Vol.6, No.2, pp.79-97.
- Jessica Wirth (2013), "Effective Means" Means? The Legacy of Chevron v. Ecuador, Columbia Journal of Transatlantic Law Vol.52 No.1, pp.325-367.
- Stephen Woolcock (2007), European Union Policy towards Free Trade Agreements, ECIPE Working Paper, No.03.
- Chunlei Zhao (2018), Investor – State Mediation in a China – EU Bilateral Investment Treaty: Talking About Being in the Right Place at the Right Time, Chinese Journal of International Law, pp.111-135.

德文

- Jan Ulrich Heinemann (2016), Die Entwicklung der Außenkompetenzen der Europäischen Union im Vergleich der Rechtslagen vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon unter besonderer Berücksichtigung der impliziten Außenkompetenzen, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- K. Ipsen (2014), Völkerrecht, 6. Auflage, München: C. H. Beck Verlag.
- Lars Markert (2017), Neue Entwicklungen in der japanischen Handels- und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, ZJapanR Nr.43, S.111-149.
- Lars Markert/Jana Bade (2019), Investor-Staat-Streitbeilegung in der Region Asien, Recht der Internationalen Wirtschaft S.93-104.

