

國立臺灣大學社會科學院政治學系



碩士論文

Department of Political Science

College of Social Sciences

National Taiwan University

Master Thesis

論 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟調和

Coordination of Parallel Proceedings between WTO Dispute
and Investment Arbitration

郭家汝

Chia-ju Kuo

指導教授：蔡季廷博士

Advisor：Chi-ting Tsai, J.S.D.

中華民國 105 年 12 月

December, 2016

誌謝



在論文告一段落之際，回首漫長的寫作過程，有時光飛逝之感。我原以為論文只是幾個月即可完成的任務，未料淹沒在國際經濟法浩瀚領域，難以自拔。

首先要感謝我的媽媽。沒有她在背後催促，我可能因拖延症，而無法如期完成；沒有她的鼓勵，我可能因為對這個題目灰心喪志而無法堅持。

非常感謝我的指導教授蔡季廷老師。老師忙於教職與各種業務，仍不吝撥空指導我的論文。指導論文的過程中，老師一方面給予我發揮的空間，另一方面仔細修改我的論文，並針對論文上的問題給予精準的建議，讓論文不致因資料過於龐雜而失焦。

要特別感謝林彩瑜教授，因緣際會選修老師開設的國際投資法專題課程，猶記老師清晰的上課方式以及紮實、深厚的學問，讓門外漢的我一窺投資法的深廣。同時，老師對同學各種天馬行空的意見保持開放且認真對待的態度，令人十分欽佩。除了在課業上，私下彩瑜老師也很關心及提攜學生，感念萬分。

更要感謝陳貞如教授。陳老師在國際法領域豐富的知識與專業，在口試時給予我切中要點的建議，讓我重新釐清論文的脈絡、減少研究的盲點。

在此，謹向國際法學者表達誠摯的謝意，你們在這個議題各方面先進的研究，讓我能得到這些知識積累，並完成這篇尚有很大改進空間的論文。

最後，感謝台大認識的好朋友們，你們的鼎力協助我都銘感於心。特別感謝思彬在各種事務上給予我的幫助，很開心認識你這個好友。還要感謝親愛的法研所的小夥伴們，特別是夢珂、佻孜、芸欣、懋緯學長還有 Charles Ho。平常雖然都忙於各自的生活，但每次見面都無話不談，感謝有你們在身邊。

2016/11/27

郭家汝 謹誌

中文摘要



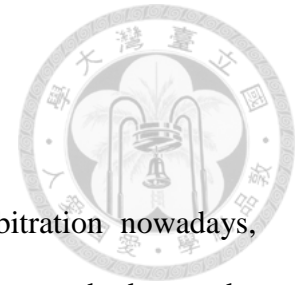
本文探討「世界貿易組織」(World Trade Organization, 以下簡稱 WTO) 爭端解決機制 (Dispute Settlement Mechanism) 與「投資人—國家投資爭端解決」(Investor-State Dispute Settlement, 以下簡稱 ISDS) 下的投資仲裁之平行 (parallel) 訴訟現象與調和方式。近來, 投資仲裁面臨許多爭議, 例如投資人提訴權造成其與母國及地主國之救濟權不平等、影響地主國規制權等問題。然而, 在此背景下, WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟現象及其衍生問題, 往往被忽略。兩種機制之平行訴訟現象源於「國際法碎裂化」(fragmentation of international law) 的情形。投資人透過投資條約下的 ISDS, 對地主國提起投資仲裁, 同時投資人母國或其他國家針對相關爭端, 對地主國在 WTO 提起爭端解決程序, 而形成平行訴訟現象。兩者間的平行訴訟, 可能對國際法體系、地主國及對 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭產生之問題, 例如場域選擇 (forum-shopping 或 forum-choosing)、訴訟經濟 (judicial economy)、衝突法理 (conflicting jurisprudence) 或規範衝突 (conflict of norms) 等。這些問題可能影響國際法穩定性、可預測性與安定性, 凸顯管理平行訴訟程序之必要性。因此, 本文將針對兩種機制之平行訴訟現象以及調和方式等兩方面進行研究。在平行訴訟現象方面, 本文從國際法碎裂化理論檢視兩種機制之平行訴訟及其衍生問題。此外, 近年來亦產生四件 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟的案例, 本文亦將一一檢視, 試圖從實務經驗觀察平行訴訟現象, 並歸納可行之調和方式。在平行訴訟調和方式方面, 本文區分國際法原則與條約條款等兩部分, 進行調和方式研究: 第一, 歸納現行適用於 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟調和方式, 包括條約解釋與一般法律原則之參考與適用等。第二, 當前投資條約及國際社會推動之投資法典範轉移 (Paradigm Shift) 與改革倡議中, 部分內容有助於調和并行訴訟之問題, 前者如場域選擇條款; 後者如多邊投資架構 (Multilateral Framework for Investment, 以下簡稱 MFI) 或例外條款 (subject matter exclusion or carve-outs) 等

改革倡議及國際法原則法典化，本文亦將一併討論。

關鍵詞：國際法碎裂化、管轄權重疊、平行訴訟、WTO 爭端解決機制、ISDS、投資仲裁、調和研究



英文摘要

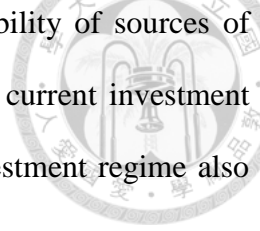


With the rapid development of international investment arbitration nowadays, challenges and controversies facing such a dispute settlement method can be conspicuously observed in literature. However, against the backdrop of such development, issues over parallel proceedings in WTO Dispute Settlement and investment arbitral tribunals remain largely unraised.

Parallel proceedings emanate from “fragmentation of international law.” Parallel proceedings arise when investors bring claims against host countries under Investor-State Dispute Settlement (ISDS) conferred by international investment treaties while home countries pursue related cases through the WTO Dispute Settlement. To date, there existed four relevant cases of parallel proceedings between WTO Dispute Settlement and arbitral tribunals, which gives insights to how trade and investment regimes interact, and provides us practical guidance on how they tackle problems of parallel proceedings.

Parallel proceedings in WTO Dispute Settlement and investment arbitral tribunals produce enormous number of legal issues and ramifications, including forum-shopping, judicial economy, conflicting jurisprudence, conflict of norms, together with the international legal system as a whole. The thesis consequently argues that those consequences highlight the need to seek methods to better coordinate related proceedings between the WTO and investment arbitral tribunals.

As a result, the thesis aims to examine the phenomenon and coordination approaches of parallel proceedings in WTO Dispute Settlement and international arbitral tribunals. The coordination techniques will be addressed in two aspects. Firstly, the thesis explores the feasibilities of existing international norms and rules to regulate



related proceedings, by means of treaty interpretation and applicability of sources of law, general principles of law in particular. Secondly, some of the current investment treaties, ongoing paradigm shift and reforms efforts within the investment regime also inform progress ways to manage related proceedings.

Lastly, the thesis suggests that among general principles of law, principle of comity, good faith, estoppel as well as abuse of rights may help with coordination of related proceedings. In terms of establishing of proceeding regulating clauses in treaties, subject matter exclusion (carve-outs) provisions, codification of existing international rules, along with explicit conflict clauses provide potential for avoiding parallel proceedings. Considering each coordination technique comes with their own practical restraints when applied to different circumstances and setting of cases, the way to manage parallel proceedings between these two mechanisms remains a fertile ground for future study.

Keywords: fragmentation of international law, jurisdiction overlap, parallel proceedings, WTO Dispute Settlement, Investor-State Dispute Settlement, investment arbitral tribunals, coordination approaches of proceedings

目錄



誌謝	I
中文摘要	II
英文摘要	IV
目錄	VI
圖目錄	IX
表目錄	X
GATT/WTO 案例對照表	XI
投資仲裁案例對照表	XVI
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 文獻回顧	7
壹、WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭管轄權重疊問題	7
貳、WTO 與投資仲裁管轄權重疊與平行訴訟之相關研究	12
第三節 研究方法與限制	19
壹、研究方法	19
貳、研究範圍	20
參、研究限制	22
肆、研究問題	23
第四節 論文架構與章節安排	25
壹、論文架構	25
貳、章節安排	26
第二章 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟	29
第一節 國際法的碎裂化	29
壹、國際法的碎裂化與「自足建制」	30
貳、國際性司法機構管轄權重疊類型	38
參、WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟與國際法的碎裂化	40
第二節 平行訴訟引發之問題	53
壹、對國際法體系之影響	53
貳、規範性碎裂化引發之問題	54
參、機制性碎裂化引發之問題	60
肆、知識性碎裂化引發之問題	61
伍、ISDS 制度政治化	63
第三節 小結	64

第三章 平行訴訟相關案例	67
第一節、Australia — Tobacco Plain Packaging 案與 Philip Morris v. Australia 案	68
壹、案例背景	68
貳、訴訟涉及之相似訴訟標的與訴因	69
參、案件進展	71
肆、平行訴訟調和	74
第二節 Canada — Feed-In Tariff Program 案與 Mesa Power v. Canada 案	76
壹、案例背景	76
貳、訴訟涉及之相似訴訟標的與訴因	76
參、案件進展	80
肆、平行訴訟調和	85
第三節 Mexico — Taxes on Soft Drinks 案與 Corn Product, ADM & Cargill v. Mexico 案	86
壹、案例背景	86
貳、訴訟涉及之相似訴訟標的與訴因	88
參、案件進展	89
肆、平行訴訟調和	100
第四節 US — Softwood Lumber 與 Canfor, Tembec & Terminal Forest v. USA 案	103
壹、案例背景	104
貳、訴訟涉及之相似訴訟標的與訴因	105
參、案件進展	106
肆、平行訴訟調和	112
第五節 小結	114
第四章 國際法原則於調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之適用性	117
第一節 條約解釋與適用	119
壹、WTO 爭端解決機制規範與實務	121
貳、投資仲裁規範與實務	131
參、參考其他機構判決為事實證據	133
肆、小結	142
第二節 一般法律原則於調和 WTO 爭端與投資仲裁之適用性	145
壹、「固有管轄權」	145
貳、一般法律原則	154
參、衝突法則	192
第三節 一般法律原則於既有平行訴訟案例之適用	199
壹、WTO Australia — Tobacco Plain Packaging 與 Philip Morris v. Australia	201

貳、WTO Canada — Feed-In Tariff Program 與 PCA 的 Mesa Power v. Canada	202
參、WTO Mexico — Taxes on Soft Drinks 與 ICSID 的 Corn Products, ADM & Cargill v. Mexico	203
肆、WTO US — Softwood Lumber 與 ICSID 投資仲裁庭合併仲裁案 ..	205
第四節 小結	208
第五章 調和兩種程序平行訴訟之投資條約與改革倡議	211
第一節 場域選擇條款	212
壹、專屬管轄權條款	212
貳、非專屬管轄權條款	219
參、岔路條款	221
肆、規範衝突條款	225
第二節 投資法典範轉移與改革倡議	229
壹、從雙邊或區域邁向「多邊投資架構」	232
貳、投資法建制之「結構改革」	244
參、「條約原理改革」	246
第三節 國際法原則法典化	252
壹、「順序條款」	252
貳、「有限訴訟暫停條款」	253
參、「適用其他訴訟認定條款」	255
第四節 小結	255
第六章 研究結論	259
第一節 研究發現	259
第二節 研究限制	263
第三節 研究貢獻	264
參考文獻	277

圖目錄



圖 6-1：WTO 爭端解決機制調和并行訴訟方式.....	274
圖 6-2：投資仲裁庭調和并行訴訟方式	275

表目錄

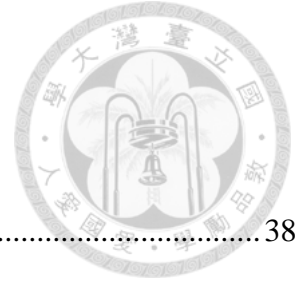


表 2-1：國際性司法機構管轄權重疊類型.....	38
表 4-1：WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭之外來法源解釋與適用.....	144
表 6-1：一般與法律原則與投資條約調和 WTO 爭端與投資仲裁之可行性.....	267

GATT/WTO 案例對照表



縮寫	全名與引用
<i>Canada — Renewable Energy</i>	Appellate Body Report, <i>Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector</i> , WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R (May 6, 2013). Panel Report, <i>Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector</i> , WT/DS412/R, WT/DS426/R (Dec. 19, 2012).
<i>EC — Chicken Cuts</i>	Appellate Body Report, <i>European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts</i> , WT/DS269/AB/R; WT/DS286/AB/R (Sept. 12, 2005).
<i>EC — Computer Equipment</i>	Appellate Body Report, <i>European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment</i> , WT/DS62/AB/R; WT/DS67/AB/R; WT/DS68/AB/R (June 5, 1998).
<i>EC and certain member States — Large Civil Aircraft</i>	Appellate Body Report, <i>European Communities — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft</i> , WT/DS316/AB/R (May 18, 2011).
<i>EC — Hormones</i>	Appellate Body Report, <i>European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)</i> , WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R (Jan. 16, 1998). Panel Report, <i>EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)</i> , WT/DS26/R/USA (Aug. 18, 1997).
<i>EC — Bananas III</i>	Appellate Body Report, <i>European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas</i> , WT/DS27/AB/R, (Sept. 9, 1997).
<i>EC — Export Subsidies on</i>	Appellate Body Report, <i>European Communities — Export Subsidies on Sugar</i> , WT/DS265/AB/R; WT/DS266/AB/R;

<i>Sugar</i>	WT/DS283/AB/R (Apr. 28, 2005).
<i>EC — Bed Linen</i>	Appellate Body Report, <i>European Communities- Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India</i> , WT/DS141/AB/R (March 1, 2001).
<i>Guatemala — Cement I</i>	Appellate Body Report, <i>Guatemala — Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico</i> , WT/DS60/AB/R (Nov. 2, 1998).
<i>India — Patents (US)</i>	Appellate Body Report, <i>India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products</i> , WT/DS50/AB/R (Dec. 19, 1997).
<i>Japan — Alcoholic Beverages II</i>	Appellate Body Report, <i>Japan — Taxes on Alcoholic Beverages</i> , WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R (Oct. 4 1996).
<i>Mexico — Corn Syrup</i>	Appellate Body Report, <i>Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States</i> , WT/DS132/AB/RW (Oct. 22, 2001). Panel Report, <i>Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States</i> , WT/DS132/R (Jan. 28, 2000).
<i>Mexico — Taxes on Soft Drinks</i>	Appellate Body Report, <i>Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages</i> , WT/DS308/AB/R (Mar. 6, 2006). Panel Report, <i>Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages</i> , WT/DS308/R (Oct. 7, 2005).
<i>Peru — Agricultural Products</i>	Appellate Body Report, <i>Peru — Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products</i> , WT/DS457/AB/R (July 20, 2015).
<i>US — Offset Act (Byrd Amendment)</i>	Appellate Body Report, <i>United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000</i> , WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R (Jan. 16, 2003). Panel Report, <i>United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000</i> , WT/DS217/R; WT/DS234/R (Sept. 16, 2002).

<i>US — Softwood Lumber V</i>	Appellate Body Report, <i>United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada</i> , WT/DS264/AB/R (Aug 11, 2004). Panel Report, <i>United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada</i> , WT/DS264/R (Apr. 13, 2004).
<i>US — Shrimp (Article 21.5 –Malaysia)</i>	Appellate Body Report, <i>United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia</i> , WT/DS58/AB/RW (Oct. 22, 2001).
<i>US — Shrimp</i>	Appellate Body Report, <i>United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products</i> , WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998).
<i>US — Lead and Bismuth II</i>	Appellate Body Report, <i>United States — Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom</i> , WT/DS138/AB/R (May 10, 2000).
<i>US — Softwood Lumber VI</i>	Appellate Body Report, <i>United States — Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada</i> , WT/DS277/AB/R (Apr. 13, 2006).
<i>US — Wool Shirts and Blouses</i>	Appellate Body Report, <i>United States — Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India</i> , WT/DS33/AB/R (Apr. 25, 1997).
<i>US — Gasoline</i>	Appellate Body report, <i>United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline</i> , WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996).
<i>US — FSC</i>	Appellate Body Report, <i>United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations,”</i> WT/DS108/AB/R (Feb. 24, 2000).
<i>Canada – FIRA</i>	GATT Panel Report, <i>Canada –Administration of the Foreign Investment Review Act</i> , BISD 30S/140 (Feb. 7, 1984).
<i>US – Tuna (EEC)</i>	GATT Panel Report, <i>United States- Restrictions on Imports of Tuna- Complaint by the ECC and the Netherlands</i> , DS 29/R (June 19, 1994).

<i>EEC (Member States) – Bananas I</i>	GATT Panel Report, <i>EEC – Member States’ Import Regimes for Bananas</i> , DS32/R (June 3, 1993), unadopted.
<i>Germany – Starch Duties</i>	GATT Panel Report, <i>German Import Duties on Starch and Potato Flour</i> , 3S/77 (Feb. 7, 1955).
<i>Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties</i>	Panel Report, <i>Argentina – Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil</i> , WT/DS241/R (Apr. 22, 2003).
<i>Brazil – Desiccated Coconut</i>	Panel Report, <i>Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut</i> , WT/DS22/R (Oct. 17, 1996).
<i>EC – Asbestos</i>	Panel Report, <i>European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos</i> , WT/DS135/R (Sept. 18, 2000).
<i>EC – Approval and Marketing of Biotech Products</i>	Panel Report, <i>European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products</i> , WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R (Sept. 29, 2006).
<i>India – Autos</i>	Panel Report, <i>India – Measures Affecting the Automotive Sector</i> , WT/DS146/R; WT/DS175/R (Dec. 21, 2001).
<i>India – Patents (US)</i>	Panel Report, <i>India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products</i> , WT/DS50/R (Sept. 5, 1997).
<i>Indonesia – Autos</i>	Panel Report, <i>Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry</i> , WT/DS54/R; WT/DS55/R ; WT/DS59/R; WT/DS64/R (July 2, 1998).
<i>Korea – Procurement</i>	Panel Report, <i>Korea—Measures Affecting Government Procurement</i> , WT/DS163/R (May 1, 2000).
<i>US – Softwood Lumber IV</i>	Panel Report, <i>United States – Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada</i> , WT/DS257/R (Aug. 29, 2003).
<i>US – Softwood</i>	Panel Report, <i>United States – Investigation of the International</i>

<i>Lumber VI</i>	<i>Trade Commission in Softwood Lumber from Canada</i> , WT/DS277/R (Mar. 22, 2004).
<i>US — Softwood Lumber III</i>	Panel Report, <i>United States — Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada</i> , WT/DS236/R (Sept. 27, 2002).
<i>Australia — Tobacco Plain Packaging (Cuba, Honduras, Indonesia, Dominican Republic, Ukraine)</i>	<p>Request for consultations by Cuba, <i>Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging</i>, WT/DS458/1 (May 7, 2012).</p> <p>Request for consultations by Honduras, <i>Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging</i>, WT/DS435/1 (Apr. 10, 2012).</p> <p>Request for consultations by Indonesia, <i>Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging</i>, WT/DS467/1 (Sept. 25, 2013).</p> <p>Request for consultations by the Dominican Republic, <i>Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging</i>, WT/DS441/1 (July 23, 2012).</p> <p>Request for consultations by Ukraine, <i>Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging</i>, WT/DS434/1 (Mar. 15, 2012).</p>

投資仲裁案例對照表



縮寫	全名與案號
<i>Abaclat v. Argentina</i>	Abaclat and Others v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/5)
<i>Amco v. Indonesia</i>	Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1
<i>ADM v. Mexico</i>	Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5
<i>Benvenuti & Bonfant v. Congo</i>	S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/2
<i>Canfor v. USA, Tembec v. USA, Terminal Forest v. USA</i>	Canfor Corporation v. The United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. The United States of America (formerly Canfor Corporation v. United States of America; Tembec et al. v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America), UNCITRAL
<i>Cargill v. Mexico</i>	Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2
<i>CME v. Czech Republic</i>	CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL
<i>Corn Products v. Mexico</i>	Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1
<i>Eli Lilly v. Canada</i>	Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2
<i>Eureko B.V. v. The Slovak Republic</i>	Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic)
<i>Helnan v. Egypt</i>	Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19
<i>Libananco v. Turkey</i>	Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8



<i>Mesa Power v. Canada</i>	Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17
<i>Methanex v. USA</i>	Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL
<i>Philip Morris v. Australia</i>	Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12
<i>Phoenix Action v. Czech Republic</i>	Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5
<i>Pope & Talbot v. Canada</i>	Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL
<i>Lauder v. Czech Republic</i>	Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL
<i>Saluka v. Czech Republic</i>	Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, PCA
<i>SPP (ME) v. Egypt</i>	Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3
<i>Waste Management v. Mexico (I)</i>	Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2

第一章 緒論



第一節 研究動機與目的

自 1960 年代投資條約出現，1990 年代之後各類投資條約數量大幅成長 (Garcia et al., 2015: 866; Leal-Arcas, 2009: 59)，包括雙邊投資條約 (Bilateral Investment Treaty，以下簡稱 BIT)、區域貿易協定 (Regional Trade Agreement，以下簡稱 RTA) 下的投資專章及國際投資協定 (International Investment Agreement，以下簡稱 IIA)。投資條約之定位亦歷經多個階段發展，投資仲裁即將發展至第三世代 (Roberts, 2014: 2-6)。第一代投資條約過度彰顯國家主權，而忽略投資人權益與保障。而第二代投資條約則改弦易轍，除了在條約實體規範上，實現投資促進、投資保障之目標 (Franck, 2014: 69)，且在程序規範上，投資人亦可透過 ISDS 向地主國提訴，尋求救濟 (Roberts, 2014: 2-5, 24)。

ISDS 之下，最常被使用之制度為投資仲裁 (Investment Treaty Arbitration, ITA) (Constain, 2014: 25-26)。¹1972 年，「國際投資爭端解決中心」(International Centre for Settlement of Investment Disputes，以下簡稱 ICSID) 處理第一件投資仲裁，然而其後的 20 年間，投資人極少透過 ICSID 或其他投資仲裁機制，解決投資爭端 (Salacuse, 2010: 439)。然而，1990 年代後，每年投資仲裁數量出現激增情況 (Constain, 2014: 25; Franck, 2014: 67, 70)。截至 2014 年 12 月為止，共有 356 件國際投資爭端案件完成仲裁。截至 2016 年 8 月 15 日為止，國際投資爭端案件完成仲裁之數量，更已增加至 471 件 (UNCTAD, 2016d)。

¹ ISDS 仍有其他爭端解決方式 (Alternative dispute resolution, ADR)，例如爭端避免政策 (Dispute Prevention Policies)、地主國與母國諮商機制 (conciliation)、地主國與母國直接協商 (direct negotiation)、調停 (mediation)、投資人與地主國協商、行政監察機關模式 (Ombudsman Model)、早期評估或事實認定 (early neutral evaluation or fact-finding) 等 (Franck, 2014: 67; Constain, 2014: 30)。



然而，投資仲裁案數量的增加，也產生許多投資法建制結構與制度性的問題 (Garcia et al., 2015: 861)，說明如下：

第一，投資條約給予投資人於 ISDS 之提訴權，但地主國卻無相應救濟權 (王煜翔，2016)。

第二，有論者認為當前的投資條約對於外國投資人過度保護，已偏離當初訂定投資條約之原意 (Lester, 2015 : 212)。尤其，ISDS 制度已對地主國主權與規制權造成不良影響 (Lester, 2015 : 212; Roberts, 2014: 24-25, 39; Alvarez & Park, 2003; Harten & M. Loughlin, 2006; Peterson, 2004; Schreuer, 2004; Poulsen, 2011; Lee, 2013: 440)。²學者 Muthucumaraswamy Sornarajah 也指出，目前的國際投資仲裁較偏向國際商務仲裁模式，較為保護投資人利益，但同時可能侵害地主國利益 (Ranjan, 2014)。

第三，投資人與其母國提訴權不均等的問題，Roberts 指出，投資人母國行使外交保護權須「用盡當地救濟辦法」，但投資人於 ISDS 之提訴，卻無相同要求 (2014: 42)。因此，Roberts 認為，新一代的投資條約，應讓投資人及其母國享有互賴之程序及實體權利 (interdependent rights)，而非享有各自獨立之權利 (independent rights) (2014:1, 37-39)，並可避免過度單方偏向投資人或地主國的情形。

第四，地主國與投資人母國洽簽投資條約是否確實帶來投資利益，仍有疑問，致使投資仲裁之正當性受到質疑 (Poulsen, 2011)。此外，地主國為吸引外資而廣為洽簽投資條約，可能對一國其他領域之發展造成不良影響 (Roberts, 2014: 3; Garcia et al., 2015: 867)。近年來，許多國家透過實際作為，反對繼續採取 ISDS 制度。例如，2013 年南非終止其過去所簽訂的投資條約，並於 2015 年 12 月頒布「投資保護法案」(the Protection of Investment Act)，³期以國內立法落實投資保護之目標；2007 年玻利維亞、2009 年厄瓜多、2012 年委內瑞拉等國分別退出 ICSID；挪威與波蘭

² 儘管近年來 *Australia — Tobacco Plain Packaging Act* 案、及德國廢除核能等例，皆呈現投資仲裁庭有考量國家規制權的傾向，但仍不可否認仲裁庭裁量權須受限制之趨勢 (Henckels, 2016: 28)。

³ 「投資保護法案」前身為 2013 年之「投資促進與保護法案」(the Promotion and Protection of Investment Bill) (Joubert, 2016)。



更從 2000 年以來即未再洽簽 BIT (OECD Working Papers on International Investment, 2015: 7; Joubert, 2016)。

第五，仲裁員之中立性遭到質疑，尤其，身兼仲裁員與投資仲裁律師之情形，時有所聞 (Constain, 2014: 28)。

為處理上述投資仲裁產生的問題，從多邊主義、制度及結構等層面進行改革之討論逐漸增加 (Garcia et al., 2015: 885-888)。其中，各國政府、相關國際組織與國際法學界等，均紛紛提出許多改革倡議。例如 UNCTAD 舉辦的「世界投資論壇」(World Investment Forum) 與 2015 年 UNCTAD 發布的「行動計畫與路徑圖」(Action Manu and a Roadmap for IIA Reform) 等倡議 (UNCTAD, 2016a: 1)。

然而，綜觀近年對 ISDS 制度之反思，較常被忽略的是 WTO 爭端解決機制與投資仲裁平行訴訟的問題。當投資人透過 ISDS 將其與地主國間的投資爭端提交仲裁，且投資人母國或其他國家亦將同一爭端，提交 WTO 進行爭端解決時，投資仲裁庭與 WTO 爭端解決機制皆須對該爭端之合致性進行審理，而形成平行訴訟 (Allen & Soave, 2014: 4)。由於地主國於投資爭端及貿易場域皆為被告國，故該平行訴訟將對地主國造成嚴重壓力或國際法秩序，引發本文對此現象研究之動機。

從 1995 年 WTO 成立至今，共出現四件涉及 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之案例。第一件平行訴訟案例，係美國菸商 Philip Morris 公司主張澳洲 2011 年的「素面包裝法案」(Tobacco Plain Packaging Act 2011)，影響 Philip Morris Australia 與 Philip Morris Ltd 之商標與商譽，遂依據「澳洲香港投資保障協定」(Agreement between the Government of Australia and the Government of Hong Kong for the Promotion and Protection of Investments)，在「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」(UNCITRAL Arbitration Rules) 下，對澳洲進行投資仲裁 (Ranjan, 2014)。此外，Philip Morris 及其分公司也在其他場域對澳洲提起訴訟，請求澳洲政府改變其公共衛生政策。這些場域包括：澳洲法院、WTO 爭端解決機制與常設仲裁法院 (Permanent Court of Arbitration, 以下簡稱 PCA) 等場域 (經濟部貿易調查委員會，

第 588 期、第 565 期、第 515 期、第 479 期)。有學者認為，此現象凸顯平行訴訟之弊端及投資仲裁程序缺失，包括投資仲裁未必對地主國公共政策之執行給予尊重 (羅懋璋，2015: 103; Garcia et al., 2015: 869 ; Lee, 2013: 440)、場域選擇問題 (Garcia et al., 2015: 868-869; Ranjan, 2014; Trakman, 2012)、地主國訴訟負擔增加 (Scully-Hill & Mahncke, 2009: 133-156; 羅懋璋，2015: 103-104) 與 BIT 準據法擴大問題等。

Canada — Feed-In Tariff Program 案與 *Mesa Power v. Canada* 案是另一個平行訴訟的案件。日本與歐盟於 WTO 對加拿大提起爭端解決程序，兩國認為加拿大安大略省電力管理局 (The Ontario Power Authority，以下簡稱 OPA) 所推動的「再生能源收購計畫」(the feed-in tariff programme，以下簡稱 FIT 計畫) (趙思博，2013: 8) 當中有關「自製率要求」(local content requirements)，不僅違反 GATT 第 3.4 條國民待遇規定，亦違反「與貿易有關之投資措施協定」(TRIMs Agreement on Trade-Related Investment Measures，以下簡稱 TRIMs 協定) 第 2.1 條自製率的規定。⁴同時，美商 Mesa Power Group 透過其在加拿大的子公司 (Global Affairs Canada, 2016)，於 2011 年 7 月在 PCA 控告加拿大 OPA，並主張「FIT 計畫」之自製率規定違反 NAFTA 第 1106 條 (績效要求) 等多項規定。⁵可見，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭針對相似事實皆展開訴訟。

第三件案例 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案與 *Corn Product, ADM & Cargill v. Mexico*，及第四件案例 *US — Softwood Lumber* 案與 *Canfor, Tembec & Terminal Forest v. USA* 案發展已久，過去已有許多文獻 (Pauwelyn, 2006; Dunoff, 2007; 林彩瑜，2011; Bjorklund, 2007: 241, 274-286; Alford, 2013: 44-50; Kuijper, 2010: 29-39;

⁴ 加拿大 OPA 推動 FIT 相關計畫 (the feed-in tariff programme)，包涵 FIT 契約與 micro FTA 電力採購契約。「FIT 計畫」其中要求投資者設計並建造再生能源電廠，並給予符合規定的風力或太陽能發電之業者 20 年的 feed-in tariff; 本案尚涉及「補貼」定義，包括「財務提供」(financial contribution)、「授予利益」(benefit)之問題，但在投資仲裁程序上並未處理此問題。

⁵ OPA 在授予「電力採購契約」方面，具武斷性與歧視性 (an arbitrary and discriminatory manner)，其一，OPA 實施 FIT 相關計畫時，以自製率作為評估與授予電力採購契約的條件；其二，OPA 突然改變現行的再生能源計畫，且此種改變具有歧視性，使 Mesa Power Group 無法再進行其風力發電廠相關計畫 (Global affairs Canada, 2016)。

Guglya, 2011), 應可觀察 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭如何調和并行訴訟問題。第四件案例則涉及貿易場域之平行訴訟, 以及貿易與投資場域之平行訴訟, 其中貿易場域之平行訴訟凸顯判決結果不同、爭端解決程序無效率 (謝蕙如, 2008: 97-98; Allen & Soave, 2014: 33) 等弊病, 更顯示調和并行訴訟之必要性。

除了上述已發生之案例外, 近年的 *Eli Lilly v. Canada* 案, 亦是可能發展成并行訴訟之案例。美國藥品公司 Eli Lilly 因過動症藥品兩項專利權 (CA 2,209,735 與 CA 2,041,113) 遭加拿大撤銷, 該公司遂在 ICSID 控告加拿大違反 NAFTA 第 17 章 (智慧財產權) 之規定 (Klopschiniski, 2016: 218-220)。⁶ 本案其中一項爭執, 即在於仲裁庭可否審理 WTO 內括協定 (covered agreements) 下的「智慧財產權協定」 (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, 以下簡稱 TRIPS 協定)。⁷ 然而, 無論投資仲裁是否能適用 TRIPS 協定之相關規定, Eli Lilly 仍可遊說其母國對加拿大提出 WTO 訴訟, 從而有產生并行訴訟之隱憂。

除了以上相關案例凸顯之問題, WTO 爭端與投資仲裁并行訴訟更產生以下問題, 更顯兩種機制調和之必要性: 對國際法體系之影響 (Franck, 1995: 6)、規範衝突 (Lee, 2013: 443-444)、準據法擴大現象 (Lin, 2016a: 306-312; Allen & Soave, 2014: 15-19, 53; Lee, 2013: 435)、場域選擇 (Allen & Soave, 2014: 4, 19-20; 胡美蓁, 2012: 20; Lee, 2013: 428-429, 439)、濫訴、投資仲裁透明化不足、「事實認定衝突」與「條款解釋與適用衝突」等判決不一致問題 (Allen & Soave, 2014: 15-16, 2; Leal-Arcas, 2009: 73-74, 80, 1240; ILC report, 2006: 12, 247; Lee, 2013: 435), 以及 ISDS 制度趨向政治化等問題 (Lee, 2013: 440)。

綜合以上觀察, 本文的研究目的有二: 第一, 在近年來檢討 ISDS 制度問題之背景下, 較常被忽略的是 WTO 爭端與投資仲裁并行訴訟的問題, 僅有少數學者進行研究 (Allen & Soave, 2014; Sekstelo, 2014; Alschner, 2014; Douglas, 2014; Lee,

⁶ *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Arbitration, (Sep. 12, 2013), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1582.pdf>.

⁷ *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Statement of Defense, (June 30, 2014), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3253.pdf>.

2013; Alford, 2013 : 41-44), 故本文試圖探討兩種機制產生之平行訴訟現象。第二, 由以上案例推測, 兩種機制之管轄權重疊與平行訴訟可能帶來程序與實體法律問題, 故本文期探討當前是否具可行之調和手段, 以減緩平行訴訟帶來的不良影響。



第二節 文獻回顧



壹、WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭管轄權重疊問題

在討論調和 WTO 爭端解決機制與投資仲裁之管轄權重疊現象前，⁸應先釐清何謂管轄權重疊。又，本文探討之兩種機制互動，究有無符合管轄權重疊之定義，或僅為密切相關訴訟 (intimately or closely related proceedings) (Shany, 2003: 39, 46) 之問題。

一、管轄權重疊與平行訴訟的定義

Yuval Shany 指出，管轄權重疊意指，對於相似 (similar) 或相關 (related) 之爭端當事方 (parties) 之間相似 (similar) 或相關 (related) 之爭端 (disputes)，複數爭端解決機制均能進行審理，即發生管轄權重疊 (2003: 21, 24-28)。其中，相似或相關爭端之要件為，訴訟標的 (object or subject matter) 與訴訟原因 (cause & grounds)⁹ 皆須相似 (Shany, 2003: 25)。其中，「訴訟原因」意指爭端當事方提起訴訟所依據之法律文件 (instruments or legal arguments) 或其規範內容 (provisions) 之權利義務 (Nguyen, 2013: 142, 146-147)。

Kyung Kwak 與 Gabrielle Marceau 則認為，管轄權重疊指兩個不同的機構，或是兩個不同的爭端解決機制皆可處理「同一爭端」或「同一爭端」的相關方面的爭議 (2003: 86-87)。此外，國際性司法機構通常以兩項標準，檢視是否為「同一

⁸ 在指稱複數爭端解決機制可審理同一爭端之情形時，管轄權競爭 (competing jurisdiction) (Nikolaos Lavranos, 2009: 1; Christoph Schreuer, 2011: 76-78)、管轄權重疊 (Jurisdiction overlap) 或管轄權衝突 (Jurisdiction conflicts) 等說法均被學者採用。而依 Yuval Shany 之見解，認為三者應具有相同意義 (Shany, 2003: 21)。本文採用「管轄權重疊」之名稱。

⁹ 「訴訟原因」英文又為 legal basis、claim (Nguyen, 2013: 152)。

爭端」：「事實同一性」與「規範同一性」（張愷致，2012:33）。「事實同一性」指爭端之客觀事實應相同，而「規範同一性」，亦即當事方之訴訟主張（claim）相同，換言之，若當事方對某一爭端之訴訟主張不同，則基於保障當事國於條約下的權利與義務，並無重複審理或管轄權重疊之問題，故該當事國自可另行提起訴訟（張愷致，2012:33-35）。¹⁰

依 Shany 對管轄權重疊之定義，複數爭端解決機制所審理之爭端，須符合管轄權重疊之定義，而有避免（objectionable）之必要（2014: 8, 14; Shany, 2003: 24, 155）。因此，WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟是否產生管轄權重疊，值得探討。其中，WTO *Guatemala-Cement I* 小組對於「爭端」組成要件有二：系爭措施與訴訟原因（林彩瑜，2011: 436; 李濬勳，2015: 109）。¹¹而在投資仲裁實務方面，一般需透過「三階段同一性測試」（Triple Identity Test）來確認是否存在「同一爭端」。爭端當事方、訴訟標的與訴訟原因¹²等三項都相同，始屬同一爭端（Williams, 2008: 1013-1016; Allen & Soave, 2014: 22-24; Waibel 2014a: 46; Yannaca-Small, 2008: 1023-1024）。¹³

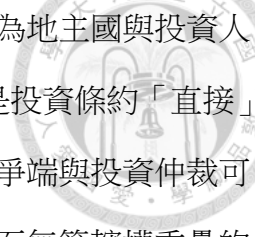
依據 Yuval Shany 之定義，本文討論之兩種機制之爭端當事方並不相同。其中，

¹⁰ 「相同訴訟主張」又可再分為「名義上」（nominal）與「實質上」（substantive）訴訟主張兩種意涵。前者以是否為同一條約或法律文件，來判斷是否屬於相同訴訟主張；後者則視實質規範是否相同，來判斷是否屬於相同爭端，可見後者較為寬鬆（張愷致，2012:33-35）。另外，此處「訴訟主張」應指「訴訟原因」。

¹¹ Appellate Body Report, *Guatemala — Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*, ¶¶ 7.61-7.66, WT/DS60/AB/R [hereinafter - Appellate Body Report, *Guatemala-Cement I*] (November 2, 1998).

¹² 或稱 causes of action。請參見 International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration. 2006. “Conference Report Toronto”，¶ 5.6. in <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>.

¹³ PCIJ (Permanent Court of International Justice). 1927. “Dissenting Opinion by M. Anzilotti (Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8).” in http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_13/44_Interpretation_des_Arrets_No_7_et_8_Usine_de_Chorzow_Opinion_Anzilotti.pdf. Latest update 16 December 1927; ICSID 仲裁庭即採用「三階段同一性測試」，認為「開羅區域中心國際商業仲裁」（the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration，以下簡稱 CRCICA）仲裁庭之判斷不同於透過雙邊投資所提起之爭端，兩者非為同一爭端，故無「一事不再理」之適用（*Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Award, ¶ 126-127 (July 3, 2008), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0399.pdf> [hereinafter - *Helnan v. Egypt*, Award])。



WTO 爭端解決機制為國家間爭端解決機制，ISDS 下的投資仲裁為地主國與投資人的爭端解決機制。在 ISDS 機制方面，又取決於投資人的權利是投資條約「直接」授權，抑或是「間接」授權而定。若是「直接」授權，則 WTO 爭端與投資仲裁可被視為地主國與投資人間的爭端 (Allen & Soave, 2014: 14-15)，而無管轄權重疊的問題，亦無排除任一方管轄權之必要。

此外，引起 WTO 爭端與投資仲裁之訴訟原因不同，前者基於內括協定與「爭端解決規則與程序瞭解書」(Dispute Settlement Understanding，以下簡稱 DSU) 規定賦予針對內括協定事項之專屬、強制管轄權。後者則基於賦予仲裁庭管轄權之投資條約及投資仲裁機構之管轄權規定 (Sanja, 2012: 219)。然而，學者 August Reinisch 在談論「一事不再理原則」之要件時指出，訴訟原因之認定上，可依控訴方提起控訴所依據之規範內容是否相同，而不僅以形式上之法律文件來認定訴訟間之訴因是否相同 (2004: 65)。當一國措施同時涉及 WTO 內括協定與投資條約之相似規範內容時，此種對於訴因認定上較寬鬆之說法，似有機會解釋 WTO 爭端與投資仲裁具相同或相似訴因。

從上述有關管轄權重疊定義來看，嚴格來說，WTO 爭端解決機制與投資仲裁之爭端因爭端當事方或訴訟原因之故，而無管轄權重疊之情形。然而，即便兩項爭端雖有爭端當事方、訴訟標的、救濟方式與訴訟原因等差異，仍不可否認兩種機制之訴訟程序具互動性及緊密相關性 (Shany, 2003: 34-37, 39-40, 46)，且兩種機制之訴訟程序可能帶來負面影響。

按 2006 年「國際法協會」(The International Law Association, ILA) 之「待決訴訟與仲裁的最終報告」，「平行訴訟」意指，於國內法院或仲裁庭待決之複數訴訟，且訴訟之間涉及相同或足夠相同之主體與爭端 (proceedings pending before a domestic court or another arbitral tribunal in which the parties and one or more of the issues are the same or substantially the same as the ones before the arbitral tribunal in

the Current Arbitration)。¹⁴

「國際法協會」該份報告指出，除了仲裁庭與國內法院之間，國際司法機構之間亦有平行訴訟現象。然而，國際司法機構之平行訴訟因主體或訴因難以相同，故難以透過待決訴訟等原則進程序調和。¹⁵即便如此，報告仍建議，「國際商務仲裁委員會」基於案件管理 (case management) 與仲裁效率 (arbitral efficiency) 之考量，在某些情形下，應暫停商務仲裁程序，等待另一訴訟程序之判決結果。¹⁶顯見，報告也承認國際司法機構間的平行訴訟將帶來許多負面影響，例如，判決不一致與重複救濟等問題。¹⁷

同理，如同前文對於相關案例之描述，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭兩種爭端解決程序的同時運作，可能影響國際法體系穩定、不符訴訟經濟與限縮地主國規制權等問題。綜合以上討論，由於兩種機制並未符合管轄權重疊定義，又考量到兩種機制之訴訟程序仍具有 Shany 所稱之「緊密相關性」，本文將以平行訴訟一詞，對於兩種機制平行訴訟現象與調和方式，進行研究。

二、國際法碎裂化與 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟

前文討論之 WTO 爭端與投資仲裁的平行訴訟，可從國際法的碎裂化理論分析。申言之，WTO 爭端與投資仲裁的平行訴訟現象，係源於貿易法與投資法兩種「自足建制」(self-contained regimes) 的專業法，兩建制皆對某一爭端之實體義務有管轄權，而出現程序面上的「機制性碎裂化」(institutional) 現象，並可能進一步在實體法上產生「規範性碎裂化」(normative) 及「知識性碎裂化」(epistemic) 現象 (Allen & Soave, 2014: 6)。因此，WTO 規範與投資法兩建制之國際法碎裂化，致生 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟。


2000 年時，聯合國國際法委員會 (United Nations International Law Commission，

¹⁴ International Law Association, *supra* note 12, ¶ 5.13.

¹⁵ *Id.* at ¶¶ 4.51-4.52, 5.6.

¹⁶ *Id.* at ¶¶ 4.47-4.50, 4.52.

¹⁷ *Id.* at ¶ 5.7.



以下簡稱 ILC) 即認知碎裂化可能帶來的不良影響，故將此議題納入長期工作項目 (陳貞如，2012: 186)。聯合國的專家委員會、國際法院 (The International Court of Justice，以下簡稱 ICJ) 主席也正視國際法碎裂化可能造成的問題，因而有必要找出解決衝突之法則 (Lescano & Teubner, 2004: 1001-1102; ILC report, 2006; Report of Stephen M. Schwebel, 1999: 3-4; Report of Gilbert Huillaume, 2000: 7; 林彩瑜，2011: 395)。2006 年 ILC 請 Martti Koskenniemi 撰寫一份報告 (以下簡稱 ILC 報告)，當中提出當前國際法碎裂化之衍生問題，例如產生「衝突法理」、場域選擇等問題 (2006: 12, 14, 247)。

同時，ILC 報告指出，國際法碎裂化現象展現了當前國際法之多元面貌，以及國際社會行為者各自追求之偏好與價值 (2006: 14-15)。此外，此現象所帶來之負面影響亦非無解決之道，ILC 報告認為，似可透過過去解決規範衝突之方式處理 (ILC report, 2006: 14)。因此，該報告歸納四種規範衝突解決方式：「特別法優於普通法」(lex specialis derogat legi generali) (ILC report, 2006: 30-115)、「後法優於前法」(lex posterior derogat legi priori) (ILC report, 2006: 115-166)、層級 (hierarchical) 關係或「下位規範不得牴觸上位規範」(lex superior derogat legi inferiori) (ILC report, 2006: 166-206) 及「體系解釋」(systemic interpretation)。針對「自足建制」間的規範衝突，該報告期望以「維也納條約法公約」(The Vienna Convention on the Law of Treaties，以下簡稱 VCLT) 為框架，進行調和 (harmonization) 並達成國際法統一性 (unity of law) (ILC report, 2006: 25)。

然而，ILC 報告僅提到各種專業領域法律碎裂化的問題，特別是「機制上的碎裂化」，例如 ICJ、仲裁庭等國際性司法機構，卻未能提出避免管轄權重疊及判決不一致的方法 (Murphy, 2013: 296-297)。因此，本研究之目的，除觀察國際法碎裂化理論衍生之 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟外，更試圖討論兩種機制之調和方式。

貳、WTO 與投資仲裁管轄權重疊與平行訴訟之相關研究



綜觀 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭管轄權重疊與平行訴訟之相關研究，僅有少數學者進行探討 (Allen & Soave, 2014; Sekstelo, 2014; Alschner, 2014; Lee, 2013; Alford, 2013: 41-44; Mitchell, Voon & Munro, 2015)。相關研究較少之原因，可能係因當前 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之相關案件少與現存法理不足所致。

除了學界討論較少之外，近年來，雖然國際社會做出許多行動來因應 ISDS 制度過度發展之趨勢，¹⁸但在此對 ISDS 制度重新檢視的背景，WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之問題亦較少被處理。相較之下，WTO 與其他國際協定間的互動關係，為歷來學術研究討論的重點 (Allen & Soave, 2014: 3)。例如 WTO 與 RTA 管轄權互動問題 (Pauwelyn, 2006; Pauwelyn and Salles, 2009; Kwak & Marceau, 2003: 86-87; Shany, 2003; Henckels, 2008; Nguyen, 2008; Kuoppamäki, 2016; Kuijper, 2010; 林彩瑜, 2011; 胡美綦, 2012; Nikolaos, 2009; Yang, 2014; Shany, 2003: 53-58)，又如 WTO 與其他專業法領域 (環境法、人權法等) 間的互動 (Shany, 2003: 59)。

對於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟調和，相關學界研究整理如下。

一、Allen & Soave

Allen & Soave 兩人認為，依據 Shany 對管轄權重疊之定義，本文所探討之 WTO 爭端與投資仲裁並不屬管轄權重疊，僅為密切相關之平行訴訟，似無避免其中一項訴訟程序之必要 (2014: 8; Shany, 8, 24, 34-37, 39-40, 46, 155)。相反地，Allen & Soave 認為，兩種機制之平行訴訟可謂相輔相成 (complementary) (2014: 4, 8, 15)。然而，Allen & Soave 也承認，即便兩種機制之平行訴訟互補，但若未善加處理，仍有前述之不良後果，例如「事實認定衝突」 (conflicting factual determinations)、
「條款解釋與適用衝突」 (conflicting Interpretation and Application of Similar Legal

¹⁸ 例如修改雙邊投資條約、退出條約或提出改革倡議。

Provisions)、救濟方式不一致 (Inconsistent Remedies) 與違反訴訟經濟 (Allen & Soave, 2014: 15-20)。¹⁹

兩人也討論 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之案例，特別是 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 與 *US — Softwood Lumber* 案，並參考 WTO-RTA 管轄權重疊之相關案例，作為法理參考，例如 *Brazil — Retreaded Tyres* 與 *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties* 兩案。Allen & Soave 認為，WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟問題僅能依個案處理，並無「一體適用」之作法 (2014: 20)。兩人也將兩種機制多項訴訟之現象分為平行訴訟 (parallel) 與連續 (consecutive) 訴訟，並分別探討調和方式 (2014: 20-49)。

二、Sekstelo

與 Allen & Soave 相似，Sekstelo 也認為，WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之背景可從國際法碎裂化解釋，且有必要進行調和。Sekstelo 提出之四項調和作法，與 Allen & Soave 所提相似。第一，落實司法禮讓，仲裁庭或小組應考量過去判決或仲裁判斷；第二，暫停仲裁程序，以避免管轄權重疊，其中考量到 DSU 對於管轄權嚴格規定，故由仲裁庭暫停仲裁程序機會較大；第三，相關文件與資訊交流；第四，WTO 與仲裁庭進行非正式對話 (informal dialogue)。

三、Lee

與 Allen & Soave 意見相仿，Jaemin Lee 認為貿易與投資之匯流有利有弊，若能截長補短，將能增加國際社會之法治 (2013: 441)。Lee 也提出調和作法避免負面影響，並增進國際法一致性 (2013: 442-445)。同時，Lee 將當前國際投資法與國際貿易法互動劃分為三種類型，茲再以程序面與實質面分述如下。

¹⁹ 「事實認定衝突」意指，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭對事實之不同法律解釋 (Allen & Soave, 2014: 15)。「條款解釋與適用衝突」兩種機制對於近似條款之不同解釋與適用方式 (Allen & Soave, 2014: 16)。「事實認定衝突」、「條款解釋與適用衝突」等判決不一致情形，與知識性碎裂化相關之負面影響，請參見第二章第二節第肆部分「知識性碎裂化引發之問題」。



在程序面上，兩者出現「交叉運用」(cross-utilization) 的現象，亦即地主國某措施同時由 WTO 與投資仲裁庭審理。例如澳洲的 2011 香菸包裝法案使 Philip Morris 同時將爭端提交至 PCA 以及 WTO (2013: 423)。

實質面有兩種現象，分為「擴散現象」(Cross-over) 與「交叉影響」(cross-influence)，分述如下：

(一). 「擴散現象」

「擴散現象」意指，投資仲裁除了處理與投資有關的爭端外，也有機會解決貿易爭端。例如，*Canfor v. USA* 案 ICSID 仲裁庭依據加拿大軟木業者之主張，對美國之「柏德修正條款」(Byrd Amendment) 是否違反 NAFTA 第 11 章規範之合致性問題，進行審理 (Lee, 2013: 425)。由於「柏德修正條款」與反傾銷稅與平衡稅法規密切相關，再加上仲裁庭對於 WTO 小組報告之參考，因此，仍可預見投資仲裁庭的判斷將影響一國貿易措施 (Lee, 2013: 425; Marceau et al., 2013: 496)。²⁰

(二). 「交叉影響」

「交叉影響」意指，WTO 爭端解決機構及投資仲裁庭對同一爭議皆表達意見，且兩方的結果將相互影響各自的仲裁判斷與判決 (Lee, 2013: 425-428)。投資仲裁判斷也常援引 WTO 的法理、小組以及上訴機構的判決 (Muchlinski et al., 2008: 213-214)。²¹

四、Alschner

Wolfgang Alschner 則指出，近年來雙邊投資條約增加，而彼此間義務與爭端解決機制重疊現象越趨頻繁 (2014: 271, 274)。然而，投資法內部體制之管轄權重疊的問題，尚未有整合性的解決方式，故 Alschner 比較投資法與貿易法建制，並

²⁰ 有關 *Canfor v. USA* 投資仲裁庭對於「柏德修正條款」之討論，請參見第三章第四節第參部分「案件進展」與第肆部分「平行訴訟調和」，及第四章第一節第參部分「參考其他機構判決為事實證據」。

²¹ 請參見第四章第一節第參部分「參考其他機構判決為事實證據」。

提出一調和框架，以探討投資法建制內部如何調和管轄權重疊，以及面臨更進一步的規範衝突時，應如何處理 (2014: 285)。雖本文討論 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之問題，而非投資法建制內部應如何進行調和。然而，Alschner 之見解仍提供本文在研究上述兩種機制如何進行調和之問題上，提供重大幫助 (2014: 285)。該框架包含三種調和方式，分述如下：

其一為「功能調和」(functional coordination)，亦即從兩種法律體制之目標與功能進行調和，以避免彼此義務重複，或使兩種體制能相互補充。例如，在貿易法方面，RTA 多有超 WTO 待遇，又稱 WTO-plus，²²或與時俱進將新議題納入方式，又稱 WTO-extra²³ (Alschner, 2014: 285-286)。

其二為「管轄權調和」(jurisdiction coordination)，為本文調和研究之關切所在，又可概分為兩種調和方式類型：一般法律原則與條約條款。條約條款又包括條約建立之專屬管轄權、岔路條款 (fork-in-road provisions or a forum exclusion rule) 與²⁴棄權條款 (Waiver clause) ²⁵等三種形式 (Alschner, 2014: 288-290)。

其三為管轄權確立後的「準據法適用調和」(applicable law coordination) 問題，亦指處理兩種法建制規範不一致的問題 (Alschner, 2014: 292-293)。

五、Alford

與前面討論之學者相同，Alford 同樣認為，兩者匯聚的情形日益增加。然而，較為不同的是，Alford 對貿易爭端與投資仲裁匯聚持較樂觀的看法，並認為此有利

²² 超 WTO 待遇可以強化 WTO 義務落實 (Alschner, 2014: 286)。

²³ 能處理 WTO 未能審理議題 (Alschner, 2014: 286)。

²⁴ 英文名採用 Caroline Henckels 之命名方式 (2008: 581)。

²⁵ 如同岔路條款，棄權條款常用於關國際仲裁與國內法院程序之協調。棄權條款要求投資人，在提出投資仲裁請求前，需先提出聲明放棄尋求國內救濟之權利。例如，某一政府措施可能有「分裂訴訟主張」(claim-splitting) 之可能，亦即一方面因違反雙邊投資條約，而提出投資仲裁；於此同時，此一政府措施可能也違反契約規定，而提起國內訴訟之可能 (Yannaca-Small, 2008:1028-1029)，而造成管轄權重疊的問題。例如，NAFTA 第 1121 條第 1 項(b)款規定，對於被告違反 NAFTA 之措施，投資人若將相似措施提交至 NAFTA 解決，應放棄於任何締約國國內行政法院或依其他爭端解決機制，開啟或繼續訴訟程序 (Alschner, 2014: 291)。

於國際經濟法一致性 (2013: 60-61)。²⁶ 另請參見本文第二章第一節第參部分「規範性碎裂化」與第二章第二節第貳部分之討論。

如上所述，目前僅有少數學者對此問題與相關案例，進行較深入的研究 (Allen & Soave, 2014; Sekstelo, 2014; Alschner, 2014; Waibel, 2014a; Lee, 2013; Alford, 2013 : 41-44; Mitchell, Voon & Munro, 2015)。此外，當前的調和方式多為處理其他更常見的管轄權重疊類型，例如投資仲裁庭與國內法院、RTA 與 WTO 間等其他類型的管轄權重疊 (Lee, 2013: 439, 442-443)，對於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟的調和方式，仍未有詳盡研究。

綜觀以上學者相關研究，Allen & Soave 對於兩種爭端解決機制之平行訴訟之研究最為完整。然而，仍有幾處尚待研究：

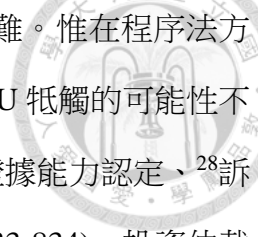
第一，當前未有研究對 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟案例進行深入探討，而本文擬討論四件相關案例，以了解相關案例如何調和訴訟程序。

第二，WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之調和作法，尚未有完整討論，鑑於平行訴訟潛在的負面影響，實有必要討論 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭內部有無管理訴訟之機制、兩種機制能否運用外來法源調和訴訟程序、全面由某一機制審理爭端是否可行等三方面。

其一，目前，WTO 爭端與投資仲裁之間並無調和與平行訴訟之機制。WTO 爭端解決機制方面，一來 WTO 能否暫停訴訟或制定參考判決之條款等方式，以與其他國際性的司法機構進行協調，DSU 並未有明文條款規定 (張愷致, 2012: 34-35)。投資仲裁庭方面，雖若干投資條約設置「管轄權調和」條款 (Alschner, 2014: 288-290)，然而非所有投資條約均有相關條約設計，仍舊無法完全避免平行訴訟。

其二，WTO 爭端解決機制對於外來法源之運用，包括一般法律原則或國際條約，能否協助調和與平行訴訟，尚待研究。相關文獻顯示，WTO 多以參考外來法源

²⁶ Alford 提到 Tomer Brode 支持鼓勵兩者匯聚之看法，See Brode, Tomer. 2012. "Investment and Trade: The 'Lottie and Lisa' of International Economic Law?" *New Directions and Emerging Challenges in International Investment Law and Policy*, eds. Pierre Sauvé and Roberto Echandi. New York: Cambridge University Press.



為主，較少適用的情形，加深透過外來法源調和并行訴訟之困難。惟在程序法方面，由於國際慣例與一般法律原則中有關程序法的規定，與 DSU 抵觸的可能性不高，且已廣泛被小組及上訴機構適用，例如舉證責任分配、²⁷證據能力認定、²⁸訴訟經濟原則²⁹等（張南薰，2007: 145-147, 152; Mitchell, 2007: 833-834）。投資仲裁方面，仲裁庭能否透過參考或適用外來法源，以管理并行訴訟，尚待釐清。

其三，建立以 WTO 為首的多邊投資建制，雖可大幅度地促成兩種制度調和，但究有無可能實現，仍待觀察。³⁰另一方面，若能完全依投資仲裁庭審理，來處理 WTO 爭端與投資仲裁并行訴訟之問題，將能帶來以下優點：避免并行訴訟之諸多弊端，且投資仲裁庭透過條約解釋（Pauwelyn, 2003a: 273）或適用準據法之方式（Lin, 2016a: 305-306），可協調與 WTO 協定之差異，除促進兩種制度調和，也避免國際法碎裂化。然而，在現實層面，逕依投資仲裁庭審理，將會產生兩種問題：由上述對 WTO 管轄權規定之說明可知，WTO 對會員所提之爭端有強制管轄權（compulsory jurisdiction），不可能完全依投資仲裁庭進行審理；可能出現「事務管轄權」範圍與準據法（applicable law）擴大之現象與負面問題。³¹

第三，近來投資法典範轉移與投資法改革，似為 WTO 爭端與投資仲裁之調和研究帶來新契機。Allen & Soave 提到「例外條款」（Subject Matter Exclusion），可維護國家規範自主性、增加地主國的辯論空間（Sappideen & He, 2015; Garcia et al., 2015）、限制投資條約涵蓋範圍，³²甚至可進一步用來排除管轄權。雖然 Allen & Soave 認為因貿易與投資活動難以截然劃分，如何確認可排除之特定事項，仍有疑

²⁷ Appellate Body Report, *United States — Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, at 14, WT/DS33/AB/R (Apr. 25, 1997) [hereinafter - Appellate Body Report, *US — Wool Shirts and Blouses*].

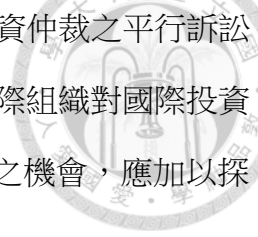
²⁸ Appellate Body Report, *India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, ¶ 65, WT/DS50/AB/R (Dec. 19, 1997) [hereinafter - Appellate Body Report, *India — Patents (US)*].

²⁹ Appellate Body Report, *United States — Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, ¶ 71, WT/DS138/AB/R (May 10, 2000) [hereinafter - Appellate Body Report, *US — Lead and Bismuth II*].

³⁰ 請參見第五章第二節第壹部分「從雙邊或區域邁向多邊投資架構」。

³¹ 請參見第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」。

³² 例如 2012 年「美國投資條約範本」（U.S. Model Bilateral Investment Treaty，以下簡稱 US Model BIT）。



問 (2014: 52)，此外，採納例外條款純粹為規避 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟問題，似無意義 (2014: 53)。然而，考慮到近年來各國與許多國際組織對國際投資條約之反思，本文認為，例外條款等條約設計之方式應有實現之機會，應加以探討。

綜合以上文獻回顧，貿易法與投資法存在國際法碎裂化的現象，而使兩種機制發生平行訴訟現象。從相關案例與國際法碎裂化的發展來看，此問題若不處理，可能引發嚴重問題。例如，「事實認定衝突」、「條款解釋與適用衝突」、³³救濟方式不一致、違反訴訟經濟 (Allen & Soave, 2014: 15-20)、場域選擇 (Salles & Pauwelyn, 2009: 79, 81-82; Leal-Arcas, 2009: 124)、議題複雜性增加 (Lee, 2013: 435)、造成地主國負擔 (Lee, 2013: 439) 與 ISDS 政治化 (Lee, 2013: 440) 等問題。然而，本文發現，當前除了相關研究闕漏之外，也無機制處理兩者平行訴訟問題。因此，本文認為，應有重新檢視以下兩方面：第一，貿易法與投資法之國際法碎裂化及其衍生之平行訴訟現象；第二，兩種機制平行訴訟之調和方式。

³³ *Supra* note 19.



第三節 研究方法與限制

壹、研究方法

- 一. 文獻分析法：由於人力及經費之限制，本文資料蒐集以二手文獻為主，進行分析。主要資料來源如下。一、網路資料庫：台灣大學電子期刊蒐集權威期刊文章、台灣大學資料庫、政治大學資料庫、成功大學資料庫、Westlaw 資料庫、J-Store、HeinOnline、SSRN、ProQuest、Google 學術；二、國際組織官方文件，例如 UNCTAD、OECD、ICSID、WTO 等工作報告及出版品；三、ICSID、PCA 等判決；四、台灣大學、政治大學圖書館藏之研究專書；五、臺灣博碩士論文知識加值系統；六、新聞與時事評論。
- 二. 比較分析法：本文比較 WTO 爭端解決機制與投資仲裁兩種機制，包括兩者之管轄權規定、相關判例與學術見解，同時亦討論相關調和方式對於兩者平行訴訟之適用性。
- 三. 案例研究法：本文討論涉及投資與貿易場域之爭端中平行訴訟之問題，並觀察兩種機制如何調和。而在案例選擇方面，本文首先從經濟部貿易救濟調查委會「貿易救濟動態週報」，搜尋近幾年涉及 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之案例。其次，從 UNCTAD 的 Investment Policy Hub 網站，搜尋拒絕管轄權 (None - jurisdiction declined) 之案例 (UNCTAD, 2016c)。然而，目前 WTO 爭端解決機制判決與投資仲裁判斷並未提及平行訴訟之問題，故僅以此方式尋找涉及 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之案例，有遺漏之可能。是故，在蒐集拒絕管轄權案例之清單後，再於 Google 以 WTO 為檢索關鍵字搜尋。最後，從文獻回顧所提及之學者文章進行補充，蒐集相關案例，目前共計四件相關案例。而案例分析之資料，則源於 WTO 爭端與投資仲裁之相關判決與判斷、

學者文章評論等。至於有可能產生平行訴訟之 *Eli Lilly v. Canada* 案，並不在本文案例分析之列。



貳、研究範圍

在 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟現象方面，本文關注之「規範性碎裂化」現象，僅指兩種「自足建制」因有相似規範，而使某一措施同時涉及 WTO 爭端解決與投資仲裁之平行訴訟現象，以及程序面上如何進行調和。而另一種「規範性碎裂化」(某一措施本身分別違反投資法與貿易法之不同規範，而引發多個專業法領域爭議)，無訴訟程序之緊密關聯性，非為本文討論之列。³⁴

在 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟調和方面，由本章第二節文獻回顧可知，相關研究少，且法理不足，目前也無 WTO 爭端與投資仲裁之調和機制。因此，本文期對兩者之調和方式進行討論。Alschner 所提之調和框架，包括「功能調和」、「管轄權調和」以及「規範調和」(Alschner, 2014: 285)，有助於理解本文欲討論之調和研究全貌。然而，為聚焦於管轄權與平行訴訟之調和，本文從國際習慣法之條約解釋、一般法律原則之參考與適用與投資條約與改革倡議等三方面，重新檢視調和研究，並調整研究範圍如下：

- 一. 有關 Alschner 所提及之「功能調和」：對於 WTO 內括協定與投資條約兩種法律體制是否可進行目標與功能上的調和，因目前尚未有相關機制，且當前修改 WTO 內括協定的可能性不大，且既有的雙邊投資條約亦難以全面性修改，本文之研究範圍將不納入 Alschner 所提及之「功能調和」方式。
- 二. 有關本文第四章所探討之一般法律原則：由文獻回顧可知，WTO 與其他國際協定間的互動關係，為歷來學術研究討論的重點，特別是 WTO 與 RTA 管轄權重疊問題。鑑於相關研究成果頗豐，本文所歸納之一般法律原則，多參考

³⁴ 請參見第二章第一節第參部分「一、規範性碎裂化」與第三章前言。

學界所討論之 WTO 與 RTA 管轄權重疊調和方式，再將探討此類原則調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之適用性與可行性。

- 三. 有關本文第四章所討論之衝突法則 (conflict rule)、及第五章討論之衝突條款 (conflict clause)：兩種法建制面臨規範不一致的問題，而產生規範衝突時，應如何處理，一向為國際社會與學界之探討焦點。而衝突法則與衝突條款一般為國際性司法機構運用，以處理自身與外來法源的規範衝突。有學者認為規範衝突之規範包括程序及實體規範 (Shany, 2003: 201; Pauwelyn, 2003b: 1015; Allen & Soave, 2014: 42-43; Waibel, 2014a: 9; Yang, 2014: 129-135; Kuoppamäki, 2016: 37)，因此衝突法則與衝突條款應有助於調和衝突之程序及實體規範。本文第四章與第五章試圖探討衝突法則或衝突條款於調和與平行訴訟之適用性。³⁵ 並於圖 6-1 與圖 6-2 簡要說明，衝突法則或衝突條款如何為 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭運用，以調和彼此衝突之程序上管轄權規範。至於實體規範衝突如何化解，非為本文研究目的，故本文於第二章³⁶僅以實體規範衝突說明平行訴訟可能衍生之問題，並不深入探討如何協調兩種機制之實體規範衝突，以免偏離本文欲探究之程序規範衝突調和方式的範疇。
- 四. 有關投資法典範轉移下的改革倡議：新型投資條約如「跨太平洋夥伴協定」(The Trans-Pacific Partnership，以下簡稱 TPP) 與「跨大西洋貿易投資夥伴協定」(Transatlantic Trade and Investment Partnership，以下簡稱 TTIP)，都設立例外條款，一方面可維護國家規範自主性，另一方面也可限制投資人之提訴權。因此，若有某爭端已於 WTO 提起爭執，將因投資人提訴權受限於例外條款，而無法提訴，而可避免平行訴訟。顯見，雖然例外條款主要目的為保障國家之規制權，並非避免 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，但仍可間接達到此目的，故仍為本文欲探討之範圍。

³⁵ 衝突法則請參見第四章第二節第參部分、衝突條款請參見第五章第一節第肆部分。


³⁶ 請參見第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」。



參、研究限制

本文面臨之研究限制有四，分述如下：

- 一. 與平行訴訟相關案件數量有限。目前，同時使用 WTO 爭端解決機制與投資仲裁的情形較為特殊，故案件數量不足，較著名案例僅約四件。因此，能給予之啟示亦不多，無法形成平行訴訟程序調和之通則。
- 二. 探討兩種機制之平行訴訟之研究不足，故本文僅能從當前處理管轄權重疊之文獻，尋求處理 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之調和方式，例如條約解釋、國際法原則之適用等。
- 三. WTO 爭端解決機制與投資仲裁有根本上的差異，致使進行調和之動機不高，可能原因概分如下：
 - (一) 兩種制度之本質不同。投資仲裁具有公法與私法之特質，於公法上，投資仲裁源自於國家間的投資條約；於私法上，投資仲裁有著商務仲裁的傳統 (Roberts, 2014: 24; Garcia et al., 2015: 861)。相較之下，WTO 作為貿易組織，其做出之決定較符合貿易邏輯，而非維護國家主權為主，故難以做出關係各方均滿意的法律解釋 (ILC report, 2006: 72)。
 - (二) 地主國與投資人並無體系一致性 (system-conscious) 的概念：投資人較無體系一致性的認知 (Waibel, 2014a: 8)，其通常只重視案件勝訴與否，而維護國際法體系之完整性並非其考量重點；地主國也並非只國際法體系完整性為主要考量，其關注是否仲裁判斷之結果會影響該國名聲、法治環境等 (Waibel, 2014a: 33-36)。
 - (三) 起訴動機不同。WTO 體系下，國家提起爭端解決程序往往經過利弊分析之評估；而投資人對國家提起投資仲裁時，通常無這層思考 (Sykes, 2005; Klopschinski, 2016:224)。
 - (四) 在救濟措施方面，WTO 體系以改善政府措施為目的，WTO 爭端解決機



制提供「前瞻性的補償」(prospective damages) (Sarooshi, 2014: 461)；但 BIT 涉及個體與國家之爭議，救濟措施為「回溯性補償」(retrospective damages)，由政府賠償金錢 (Allen & Soave, 2014: 18; Sarooshi, 2014: 460)。調和與平行訴訟雖可帶來許多優點，例如避免地主國面臨平行訴訟之負擔，但因 WTO 爭端與投資仲裁救濟措施並不同，影響投資仲裁庭與 WTO 爭端解決機制進行平行訴訟調和之動機。其一，對投資人來說，參考 WTO 判決可能影響仲裁庭之效率，WTO 案例約需 4 至 5 年才能完成判決 (Lee, 2013: 432)；而投資仲裁約 39 個月 (Commission, 2016: 2)。其二，投資人往往希望獲得「回溯性補償」，但 WTO 要求「前瞻性補償」(Lee, 2013: 432)，使投資人更不願意與 WTO 訴訟進行調和。其三，對 WTO 體系而言，參考投資仲裁判斷，可能有損 WTO 整體法理 (Lee, 2013: 438)。

- 四. 平行訴訟的調和方式會衍生「別訴禁止」的問題 (Nguyen, 2013: 138)。
- 五. 調和方式實際運用之問題：本文參考 WTO 與投資條約之規範、法理、爭端解決機制及仲裁庭實務、學術見解，所歸納之調和與平行訴訟之方式，仍有實際操作的困難，仍有賴地主國、投資人母國、WTO 與仲裁庭妥善配合。體現在以下兩方面。第一，基於個案事實不同、雙邊投資條約條款規定不同、原被告於小組或仲裁庭所採之主張不同，後繫屬之 WTO 爭端解決機制或投資仲裁庭是否透過條約解釋進行調和，有待觀察。第二，地主國與投資人母國是否為了規避 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟而增設條款，仍是未知數。

肆、研究問題

針對管轄權重疊、平行訴訟定義與相關學術研究等方面進行文獻回顧之後，



本文擬回答以下問題：

- 一. 在國際法碎裂化的背景下，管轄權的重疊有哪些類型？其與平行訴訟又如何區分？又，國際法碎裂化衍生之 WTO 爭端解決機制與投資仲裁的平行訴訟，可能產生何種法律上問題？
- 二. 目前可得之 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭兩種機制平行訴訟案例中，各機制是否及如何調和_parallel訴訟程序問題？
- 三. 調和 WTO 爭端與投資仲裁訴訟程序之國際法原則是否存在，以處理平行訴訟所生之法律問題？又，這些國際法原則如何適用於既存之平行訴訟案例中？WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭如何運用此類原則？
- 四. 當前投資條約條款與投資法典範轉移進行改革倡議，其中，調和_parallel訴訟問題之條款是否存在？WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭如何運用此類條款？

第四節 論文架構與章節安排



壹、論文架構

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第二節 文獻回顧

第三節 研究方法與限制

第四節 論文架構與章節安排

第二章 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟

第一節 國際法的碎裂化

第二節 平行訴訟引發之問題

第三章 平行訴訟相關案例

第一節 Australia — Tobacco Plain Packaging 案與 Philip Morris v. Australia

第二節 Canada — Feed-In Tariff Program 案與 Mesa Power v. Canada

第三節 Mexico — Taxes on Soft Drinks 案與 Corn Product, ADM & Cargill v. Mexico

第四節 US — Softwood Lumber 案與 Canfor, Tembec & Terminal Forest v. USA

第四章 國際法原則於調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之適用性

第一節 條約解釋與適用

第二節 一般法律原則於調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之適用性

第三節 一般法律原則於既有平行訴訟案例之適用

第五章 調和兩種程序平行訴訟之投資條約與改革倡議



- 第一節 場域選擇條款
- 第二節 投資法典範轉移與改革倡議
- 第三節 國際法原則法典化

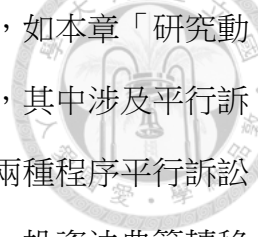
第六章 結論

貳、章節安排

本文第二章至第三章從國際法的碎裂化討論 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟的現象。其中，第二章回應本論文第一個問題與第二個問題，第一節為深入瞭解 WTO 規範與投資法的國際法碎裂化致生之平行訴訟，將探討國際法的碎裂化與自足建制、國際法碎裂化利弊、國際性司法機構有何管轄權重疊之類型、WTO 規範與投資法兩建制如何展現國際法碎裂化；第二節討論 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟究竟會衍生那些問題，致生調和之必要。

本文第三章再從四個平行訴訟相關案例，觀察案例是否衍生問題，並討論案例中是否有調和管轄權或平行訴訟之判例，包括 *Australia — Tobacco Plain Packaging* 案與 *Philip Morris v. Australia*、*Canada — Feed-In Tariff Program* 案與 *Mesa Power v. Canada* 案、*Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案與 *Corn Products, ADM & Cargill v. Mexico* 等三項 ICSID 投資仲裁案、*US — Softwood Lumber* 案與 *Canfor, Tembec & Terminal Forest v. USA* 案等。

本文第四章至第五章討論調和_parallel訴訟之問題，包括 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否運用外來法源管理平行訴訟、何種國際法原則與條款有助於調和_parallel訴訟，以及 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭運用具可行性之國際法原則與條款之侷限等議題。其中，第四章回應論文的第三個問題。從 WTO 與投資法建制之規範、法理、實務與學術見解，來探討國際法於調和_parallel訴訟之適用性，包括 VCLT 的條約解釋原則與國際法原則適用兩方面。



本文第五章回應論文最後一個問題。除了國際法原則之外，如本章「研究動機與目的」所述，近來國際社會推動之投資法典範轉移等改革，其中涉及平行訴訟之改革，或可成為調和_parallel訴訟的新契機。故本章討論調和兩種程序_parallel訴訟之投資條約與改革倡議，並評估其可行性，包括場域選擇條款、投資法典範轉移與改革倡議及國際法原則法典化等三方面。



第二章 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟



WTO 爭端與投資仲裁產生之平行訴訟，源於「國際法碎裂化」。當前國際法體系出現多種專業法「自足建制」與司法機構，因而產生多種管轄權重疊之類型。因此，本文擬從國際法的碎裂化討論 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，分為以下兩節：第一節將討論國際法碎裂化理論與「自足建制」；當前國際法體系之司法機制管轄權重疊之類型，以對 WTO 爭端與投資仲裁現象有更全面之認識；本文探討之 WTO 規範與投資法建制如何展現國際法碎裂化的現象。第二節分析國際法碎裂化衍生之 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟現象，可能帶來何種負面影響。

第一節 國際法的碎裂化

本章所探討之 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，源於 WTO 規範與投資法兩建制「國際法碎裂化」現象。根據 Koskenniemi 的 ILC 報告，碎裂化的定義為「專業化與具自主性的規範、法律機構與法律實踐」(specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice) (ILC report, 2006: 11, 247)。此現象有三種面向，其一為「規範性碎裂化」，亦即許多依據條約的專業法出現；其二為「機制性碎裂化」，亦即許多國際司法機構、準司法機構或爭端解決機構出現；其三為「專業性 (professional) 或知識性碎裂化」，指不同的專業人士受制於既定的裁決機構，並有特定的法律推論 (rationalities)，因此各有其優先考量 (Allen & Soave, 2014: 5-7)。

如前文所述，³⁷投資與貿易法兩種「自足建制」均對某一爭端有管轄權，而產生以上三種國際法碎裂化的面向。因此，以下將從 WTO 規範與投資法兩建制之國

³⁷ 請參見第一章第二節第壹部分「二、國際法碎裂化與 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟」之討論。

國際法碎裂化理論，探討 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，包括三個方面：國際法的碎裂化現象與「自足建制」之意涵、國際性司法機構之管轄權重疊類型、WTO 規範與投資法兩建制如何展現國際法碎裂化及其如何衍生兩種機制之平行訴訟。



壹、國際法的碎裂化與「自足建制」

二次大戰之後，因全球對專業及技術上合作之需求，國際法體系越趨複雜，許多自主的 (autonomous) 的法律次級體系大量出現，並隨時間演變持續發展，例如貿易法、投資、環境、海洋、人權、難民法等領域，而此種「自足建制」有其專門規範及高度專業化之國際性司法機構 (ILC report, 2006: 11-12, 14-15, 244)。其中，國家可運用之國際性司法機構增加，凸顯國際法碎裂化的現象，例如「南方黑鮪魚案」(Southern Bluefin Tuna Case) 中，紐西蘭與澳洲分別透過「南方黑鮪保育委員會」(Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, CCSBT) 與國際海洋法仲裁法庭 (arbitral tribunal)，對日本提出「幾乎相同」(substantially the same) 之控訴 (Waibel, 2014a: 46-47)。³⁸再者，此類專業法建制能有效地處理隨之而生之新型爭端 (Burke-White, 2004: 967)。此外，非國家行為者運用國際仲裁場域之現象增加，例如美國「外國人損害賠償請求法」(Alien Tort Claims Act) 即允許個人依國際法請求損害賠償。以上現象都凸顯國際法碎裂化之趨勢 (Burke-White, 2004: 964, 969)。

一、「自足建制」之意義

「自足建制」與「特別法原則」有關，共有三種意義 (ILC report, 2006: 72, 84)，並分為狹義與廣義說法。

³⁸ 其中由「南方黑鮪公約」引起之爭端為可捕撈魚量問題，而由 UNCLOS 引起之爭端為漁業養護與管理。兩項程序之主張雖有不同，但國際海洋仲裁法庭認為，兩項主張「幾乎相同」，因此廣義來說可稱為同一爭端 (Waibel, 2014a: 46-47)。



(一) 狹義說法

「自足建制」意指，國家責任之國際法規範下，一套相對於普通法之次要特別規範 (a special system of secondary rules) (ILC report, 2006: 66, 68, 72)，例如 1985 年的「維也納臭氧層公約」(the 1985 Vienna Convention of Ozone Layer) 及其特別法—1987 年「蒙特婁議定書」(Montreal Protocol)。在適用上，主要以「蒙特婁議定書」為優先，但若有其他疑問，則仍須訴諸於「維也納臭氧層公約」內文和標準 (ILC report, 2006: 72)。此外，「國家對國際不法行為責任條款草案」第 55 條為特別條款，其規定若一國受到特別法管理時，則不適用一般國際法規範 (ILC report, 2006: 65, 72)。

(一) 廣義說法

廣義說法又分為兩種。其一，「自足建制」意指，針對特定問題 (on some problem-area) 之整體規範 (interrelated wholes)，包含主要規定 (primary rules) 與次要規定 (secondary rules)，且此整體規範與普通法之規範有所區別 (ILC report, 2006: 68, 72)。例如，1923 年 *S.S. Wimbledon* 號案即討論 1919 年「凡爾賽條約」的規定，其中除了主要規定外，對於基爾運河 (Keil Canal) 的法律地位制定了特別規定 (ILC report, 2006: 66-67)。其二為最廣義的「自足建制」，係指在全球範圍內，整個專業領域 (The widest notion covers a whole area of functional specialization or teleological orientation at a universal scale) 形成「自足建制」，有其行政與司法規範 (special rules and techniques of interpretation and administration are thought to apply)，非普通國際法能夠規範，例如 WTO 規範、人權法、太空法等 (ILC report, 2006: 68, 72)。WTO 爭端解決機制即為「自足建制」，其排除體系外的單邊認定 (unilateral determinations) 或體系外的措施 (ILC report, 2006: 71)。而本文探討之 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭分別源於貿易法與投資法建制，即為此種最為廣義的「自足建制」。

此類自足法律體系之間，自然而然地出現互動或衝突關係，但由於國際法體

系去中心化的性質 (decentralized)，故這類專業法建制間的關係未明，也無現存規範或法律層級區別，來解決他們之間的管轄權衝突或規範衝突 (normative conflict) (ILC report, 2006: 244-245, 248, 249)。相較之下，國內法律體系有高低層級化解管轄權或規範衝突的問題，例如上訴機制、法院進行闡釋 (authoritative interpretation) 或發布先決判決 (preliminary rulings) 等 (Waibel, 2014a: 9)。

二、國際法碎裂化利弊之爭論

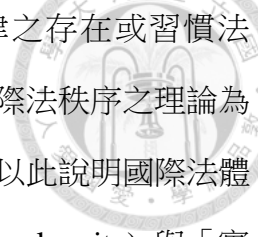
2000 年的 ILC 即認知碎裂化可能帶來的不良影響，因而將此議題納入長期工作項目 (陳貞如，2012: 268; ILC report, 2006: 11)。ICJ 主席 Gilbert Huillaume 也正視國際法碎裂化與管轄權重疊可能造成的問題，因而有必要找出解決衝突之法則 (Lescano & Teubner, 2004: 1001-1102; ILC report, 2006)。³⁹2006 年 ILC 撰寫一份報告，當中提出當前國際法碎裂化的問題，並希望以 VCLT 為框架，調和 (harmonization) 國際法統一性 (unity of law) 的問題 (ILC report, 2006: 25; 陳貞如，2012: 265-306)。

國際法碎裂化是否對國際法體系帶來不良影響之問題，產生國際法本質之爭論，可概分為統一論與多元論等兩種見解 (Koskenniemi, 2002: 553-579; Vadi, 2009: 574; Craven, 2003: 3-34; Simma & Pulkowski, 2006; Dupuy, 2007: 30-31; Prost & Clark, 2006: 341-342; Burke-White, 2004; Pauwelyn, 2004: 903-916; Casanova, 2001; Fischer-Lescano & Teubner, 2004; Charney, 1998; Simma, 1985: 111-136; Buergenthal, 2001)。以下分別說明之。

(一) 統一論

統一論的學者認為國際法具統一性 (universalistic)，國際法體系呈現系統性，

³⁹ Report of Judge Stephen M. Schwebel, President of the International Court of Justice, to the 54th General Assembly, U.N. Doc. A/54/PV.39, at 3-4 (Oct. 26, 1999); Report of Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the 55th General Assembly, U.N. Doc. A/55/PV.42, at 7 (Oct. 26, 2000).

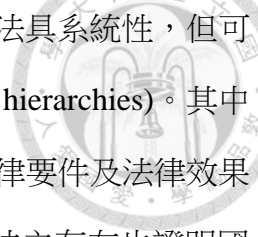


有統一的法秩序，其中普通法規範整體秩序，例如絕對規律之存在或習慣法 (Simma & Pulkowski, 2006: 495)。Dupuy 以 H. L. A. Hart 對於國際法秩序之理論為基礎，提出「兩種秩序的理论」(Theory of the Two Unities)，並以此說明國際法體系為何具統一性。Dupuy 認為國際法體系包括「形式秩序」(formal unity) 與「實質秩序」(substantive unity 或 material unity)。「形式秩序」意指國際法有產生、變更與運用主要規範 (primary norms) 之次要規範 (formal rules 或 secondary rules)。「實質秩序」則指可實質被適用規範，例如絕對規律，並非如「形式秩序」般僅有形式上之適用。此兩種秩序遵循不同邏輯，故有時會相互抵觸。例如，形式規範如普通法的國家主權豁免與特別法的保留原則，在面對「實質秩序」之規範，如國際人權法時，孰有優先效力而先適用 (Dupuy, 2007: 36-37)。

Paul Stephan 則從政治經濟學的角度，指出國際法調和與一致化具有下列優點。第一，穩定與可預測的國際法體系，可加強法律準確性 (certainty)、減少投機行為 (opportunism)，而有助與控管法律風險 (legal risk)、避免投資人利益損失。第二，穩定的國際法體系有助於國內法律規範之進步，其原因在於可匯集國際法律人員之經驗與知識，並能對不同法律體系進行系統性的研究，以制定更好的選法規則，避免對外國控訴方有歧視之可能。第三，各國律師可交換專業的知識，有助於增進全球福利。第四，選法自由使投資人容易游走在法律灰色地帶，尋找對其有利的法律，最終導致嚴重的外部成本，不可不慎。而穩定的國際法體系可避免此種問題 (Stephan, 1999: 36-38)。

對於國際法碎裂化，統一論之學者認為，國際法碎裂化帶來各自獨立的法律次級體系，法律若無秩序將對國際法受信賴度及權威度，產生不良影響，故企圖建立爭端解決機制之位階，以根絕碎裂化問題 (ILC report, 2006: 274-275. Prost & Clark, 2006: 342; Charney, 1998: 125; Buergenthal, 2001: 272)。

然而，Simma & Pulkowski 則指出，在實務上，統一論所稱之國際法階層與共同價值 (overlapping consensus of values) 等，均無法得出國際法本質具有秩序



之結論 (2006: 496-500)。首先，在國際法階層方面，雖然國際法具系統性，但可能尚未形成全面的法秩序，僅有較不正式的法律層級 (informal hierarchies)。其中「絕對規律」(Simma & Pulkowski, 2006: 496-497, 500-501) 之法律要件及法律效果為何，尚未有清楚定義，有時甚至無法實際運用。此外，特別法之存在也證明國際法體系屬於不正式的法律層級 (Simma & Pulkowski, 2006: 500)。

有論者如 Karl Engisch 與 Claus-Wilhelm Canaris 則主張，應透過普世性的共同價值 (universal values) 建立國際法秩序 (Simma & Pulkowski, 2006: 497-498)。然而，此種「國際憲法」(constitutionalization of international law) 的理想能否於國際層面實踐，仍有疑問。Simma & Pulkowski 指出，具垂直整合 (vertically-integrated)、制度化 (institutionalized)、社群導向 (community-oriented) 之國際法秩序已有所發展，且許多普世性共同價值也因此成形 (2006: 498)。然而，實際上國際法體系仍以國家中心為主，並各有其擁護的價值並信仰 (conviction)，因此，維繫 (glue) 整個國際法體系運行之普世價值是否出現，仍有疑慮 (Simma & Pulkowski, 2006: 498)。

因此，Simma & Pulkowski 指出，當前的國際法體系是特別法 (lex specialis) 與普通法來回運作 (oscillation)，只有在特別法無效時，普通法始能被適用 (2006: 483-485, 493-494, 496-497)。例如，WTO 為「自足建制」，DSU 作為 WTO 會員違反條約義務之規定，屬於特別法規範，而國家違反國際義務之普通法，次於此特別法之適用。又如，WTO 之貿易制裁 (trade sanctions) 規範 (DSU 第 22.1 條補償規定與第 22.4 條暫停減讓措施) 與普通法允許的反制措施 (countermeasures, reprisals) 皆為救濟方式，而孰有優先效力而先適用，仍有爭議 (Simma & Pulkowski, 2006: 521)。WTO 內括協定之規範既作為特別法規定，其 DSU 規範應有優先適用空間，故應依 DSU 第 22.7 條，禁止 WTO 會員在 WTO 爭端解決機制判決前，採取反制措施 (Simma & Pulkowski, 2006: 520-523)。然而，美國通常認為，採取反制措施為其普通法下允許之權利 (Kuijper, 2010: 30; Simma & Pulkowski, 2006: 521)。

⁴⁰此外，在 WTO 爭端中，若完全禁止採取反制措施，可能使得開發中國家容易處於不利地位，在此情形下，WTO 體系外的普通法或可成為對開發中國家有利之作法 (Simma & Pulkowski, 2006: 522-523)。因此，在特別法與普通法之適用上，可否從 WTO 之特別規範回歸 (fallback) 至普通法下的國家責任規定，而不禁止 WTO 會員國使用反制措施，仍有疑問 (Simma & Pulkowski, 2006: 522)。

另一方面，當自足體系之有效性及正當性 (effectiveness-legitimacy) 有所不足時，由於國際法具有較高之有效性與正當性，國際法統一性之重要性即提升，此時「自足建制」即成為國際法秩序的一部分。如同其他專業法領域，目前，WTO 爭端解決機制常常引用國際習慣法、普通法，甚至其他國際法法源，以解釋 WTO 相關協定 (ILC report, 2006: 71)。例如，*US — Gasoline* 上訴機構報告即指出，WTO 不自外於國際公法之外 (ILC report, 2006: 29-30)。⁴¹*Korea — Procurement* 小組報告也指出，在與 WTO 規範無不一致或衝突之情形下，WTO 適用習慣法，且作為 WTO 協定形成之過程 (ILC report, 2006: 235)。⁴²據此，當前的「自足建制」都無法完全獨立於 (autonomous) 國際法體系之外，不論是歐盟法、WTO 規範、人權法等，均是如此 (Simma & Pulkowski, 2006: 510-512, 519)。

(二) 多元論

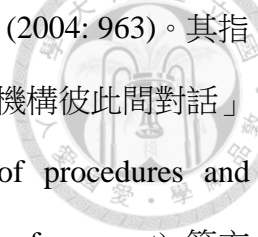
多元論的學者認為，國際法體系具多元性 (particularistic)。國際法的本質是鬆散的次級體系，有其實體義務的規定 (Simma & Pulkowski, 2006: 499, 506, 510)。
。國際法體系之健全發展體現在多樣性及多元性 (pluralism) 上 (Prost & Clark, 2006: 342; Burke-White, 2004: 977-979)。

對於國際法碎裂化是否影響國際法的穩定性，多元論者不同意統一論者之說

⁴⁰ 然而，美國在 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 當中，則改變此態度，轉而認為墨西哥不享有採取反制措施之普通法權利。

⁴¹ Appellate Body report, *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, at 17, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996) [hereinafter - Appellate Body report, *US — Gasoline*].

⁴² Panel Report, *Korea-measures Affecting Government Procurement*, ¶ 7.96, WT/DS163/R (May 1, 2000) [hereinafter - Panel Report, *Korea — Procurement*].



法。Burke-White 認為，國際法多元性可強化國際法體系之穩定 (2004: 963)。其指出，「共同準據法」(a common body of applicable law)、「司法機構彼此間對話」(inter-judicial dialogue)、「程序與法律傳統調和」(Blending of procedures and traditions) 與「混合仲裁庭」(the hybridation of international law enforcement) 等方法，有助於促進國際法穩定，避免碎裂化 (2004: 964, 970-977)。

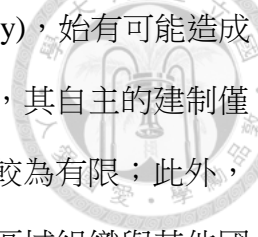
1900 年以來，國內法與國際法對彼此的影響逐漸增加，今日，國內法院時有適用國際法原則，且國際法原則內國法化可促進國內法之法制化 (Burke-White, 2004: 965-967)。大部分的國際司法機構均有共享之準據法，而不同的國際仲裁庭審理爭端時，多有國際普通法 (general international law) 之適用，故各種專業法建制可調為國際法體系之一部分，並適用體系裡共享之法律原則 (Burke-White, 2004: 964, 970-971; Pauwelyn, 2004: 908)。因此，專業法建制之間縱有規範衝突，亦可透過共享之國際法原則化解 (Burke-White, 2004: 971)。

此外，跨國司法機構間、國內與國際司法機構間以及國內外法院間，均有互動，且可觀察彼此對話或採取司法禮讓之案例，有助於避免碎裂化 (Burke-White, 2004: 972-973)。

Burke-White 又指出，近來，國內與國際司法機構內部之法律程序與傳統逐漸「調和」(harmonization)，此趨勢有助於維持國際法體系之統一性，例如美國的行政程序法 (the Administrative Procedure Act) 有濃厚大陸法系傳統；而國際性司法機構則混合運用大陸法系與英美法系之實踐 (2004: 974-975)。

最後，全球治理下的混合仲裁庭 (hybrid tribunals) 模式，有助於加深國內法與國際法體系之互動與彼此影響。混合仲裁庭由國內法院負責選任司法人員與決定準據法，包括本國法、人員或外國法、人員，並由國際性司法機構執行判決。由此可見，混合仲裁庭可調整國內層次之法律分歧，於此同時又維持國際法體系之統一性 (Burke-White, 2004: 975-977)。

Prost & Clark 亦不認為「自足建制」大量出現必然會影響國際法之完整性。事



實上，行為者須有制定法律的「自主權限」(autonomous authority)，始有可能造成國際法競爭，甚至危及其一致性與統一性。以國際組織為案例，其自主的建制僅對特定議題領域有管轄權，故碎裂化而引起的管轄權重疊問題較為有限；此外，國際組織也非僅有競爭性互動，例如在維持和平的實踐當中，區域組織與其他國際組織均有管轄權，但視彼此為夥伴而非競爭者 (Prost and Clark, 2006: 343-345)。

43

2006 年 ILC 報告也指出，法律多元主義 (legal pluralism) 是一個國際法體系的重要組成關鍵，專業條約建制的出現並未影響法律之可預測性 (predictability) 及主體間 (legal subjects) 的平等性 (2006: 14-15, 248-249)。此外，國際法碎裂化現象展現了當前國際法之多元面貌，以及國際社會行為者各自追求之偏好與價值 (2006: 14-15)。

在多元論的脈絡下，有學者認為，多元論不僅是上述的政治多元，而有社會多元的特質，故可透過全球社會 (global society) 來探討國際體系碎裂化的現象 (Fischer-Lescano & Teubner, 2004)。在全球社會的背景，全球法律體系不再具有一完整結構 (structure-based)，相反地，有其發展過程 (process-based)。全球社會中的「自足建制」自成體系，有其主要規範 (primary norms)，並有法律建立 (law-making)、法律承認 (law-recognition) 與法律制裁 (legal sanctions) 等規範，又被稱為「自足憲法性建制」(Auto-constitutional regimes) (Fischer-Lescano & Teubner, 2004: 1016-1017)。此派學者認為，國際法碎裂化之現象在於，全球社會之「自足建制」具有不同「制度性的理念」(institutionalized rationalities)，有其「理念原則」(rationality principles)，致生與其他建制之結構性衝突 (Fischer-Lescano & Teubner, 2004: 1016-1017)，例如 WTO 與人權、環境、經濟等建制出現衝突的情形 (Fischer-Lescano & Teubner, 2004: 1003-1004, 1005-1038, 1045)，也成為學者

⁴³ 不過，作者認為國際組織處於兩者中間地位 (intermediate position)，無法明確分類，蓋因國際組織由各國政府彼此合作、進行政策協調 (policy coordination) 與聯盟建構 (coalition building)，以交流資訊及增加組織的正當性，最終達成共同目標 (Prost & Clark, 2006: 345, 368-369; Keohane & Nye, 1974: 44-50, 55)。

探討對象 (Pauwelyn, 2001; Fischer-Lescano & Teubner, 2004: 1013)。



貳、國際性司法機構管轄權重疊類型

為對 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟現象有更全面的認識，有必要釐清當前國際法體系中，國際性司法機構間有何種管轄權重疊類型。Shany 針對管轄權範圍與國際性司法機構之地域性，進行全面性的分類 (2003: 29-74) (如下表 1-1 所示)。其中，法院或仲裁庭分為區域性與全球性法庭，管轄權範圍則區分為普遍性管轄權與專業性管轄權。前者係指管轄權範圍包括所有「主體之管轄權」(personal jurisdiction) 與「事務之管轄權」(subject matter jurisdiction)，後者指管轄權範圍僅涉及特定事務。

表 2-1：國際性司法機構管轄權重疊類型。

法院或仲裁庭 管轄權範圍	區域性	全球性
普遍性 (包含所有主體 與事務之管轄權)	類型三 例如「中美洲法院」 (the Central American Court of Justice)	類型一 例如 ICJ、PCA、臨時仲裁庭等
專業性 (僅包含特定事 務)	類型四 例如「北美自由貿易 協定」(以下簡稱 NAFTA) 之仲裁機構	類型二 例如 WTO 爭端解決機制、人 權條約下的機構、國際海洋法 法庭 (the International Tribunal for the Law of the Sea, 以下簡 稱 ITLOS) 等

資料來源：Shany (2003: 29-74).



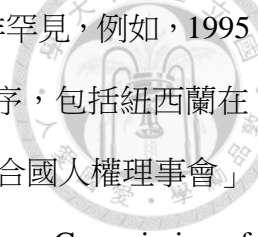
各種類型彼此如何產生管轄權重疊，Shany 又再區分八種情形：類型一之間、類型一與類型二、類型一與類型三、類型一與類型四、類型二之間、類型三與類型二、類型三與類型四、類型二與類型四 (2003: 32-53)。例如，類型一本身即有管轄權重疊的情形，1989 年 *Guinea-Bissau v. Senegal* 一案，即發生 ICJ 面臨審理過去仲裁庭判斷的問題 (Shany, 2003: 31)。類型一與類型二也發生管轄權重疊，例如 ICJ 與 ITLOS 於「利比亞馬爾他大陸礁層案」(*Continental Shelf (Libya/Melita)*)、「格陵蘭和揚馬延島案」(*Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*)等案，也出現管轄權重疊的隱憂 (Shany, 2003: 33)。類型二與類型四 (Shany, 2003: 47-51; Nikolaos, 2009: 13) 即為全球性與區域性的專業法互動，如 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 一案，美國與墨西哥之軟性飲料爭議引發 WTO 與 NAFTA 第 20 章場域的管轄權重疊 (Nikolaos, 2009: 22-26)。⁴⁴又如 *Brazil — Retreaded Tyres* 一案，也面臨「南錐共同市場」仲裁庭與 WTO 爭端解決機制管轄權重疊的問題，其中，巴西為了履行「南錐共同市場」仲裁庭之判斷，頒布 SECEX 2/2002 法案，對於來自「南錐共同市場」成員之廢棄輪胎，取消進口限制。歐洲共同體認為此舉僅圖利「南錐共同市場」成員，故而在 WTO 提起爭端解決程序 (Nikolaos, 2009: 28-32)。

本文討論之 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟，與上述類型二之管轄權重疊相當類似。如同本文於第一章的說明，⁴⁵Allen & Soave 指出，依 Shany 對管轄權重疊之定義，嚴格來說，WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟，因爭端當事方或訴訟原因之故，並未符合「同一爭端」要件，應無避免管轄權重疊（又稱管轄權競爭或管轄權衝突）之必要 (2014: 8, 14; Shany, 2003: 24, 155)。然而，仍不可否認兩種機制之訴訟程序具互動性及緊密相關性 (Shany, 2003: 34-37, 39-40, 46)，且兩種機制之平行訴訟更帶來負面影響。⁴⁶

⁴⁴ Panel Report, *Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R, (Oct. 7, 2005) [hereinafter - Panel Report, *Mexico — Taxes on Soft Drinks*].

⁴⁵ 請參見第一章第二節第壹部分「一、管轄權與平行訴訟定義」。

⁴⁶ International Law Association, *supra* note 12, ¶ 5.13.



值得注意的是，國際性司法機構間關係緊密的平行訴訟並非罕見，例如，1995年法國決定繼續南太平洋地下核試爆時，此舉引發四項訴訟程序，包括紐西蘭在 ICJ 控告法國違反 1974 年之承諾；另外三項訴訟則由個人向「聯合國人權理事會」(United Nations Human Rights Council)、「歐洲人權委員會」(European Commission of Human Rights) 及「歐洲法院」(European Court of Justice) 提出。雖四項程序涉及不同當事方及不同控訴主張，但彼此仍有相關性 (Shany, 2003: 36-37)。又如 1990 年代前南斯拉夫內戰所引發之兩項訴訟程序：個人在「南斯拉夫國際刑事法庭」(The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia，以下簡稱 ICTY) 控訴南斯拉夫；賀賽哥維納與克羅埃西亞在 ICJ 控訴南斯拉夫代理人犯下種族屠殺罪行。雖兩項程序涉及不同當事方，管轄權並非真正彼此競爭，但仍不可否認彼此之緊密相關性 (Shany 2003: 39-40)。

參、WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟與國際法的碎裂化

前文討論國際法碎裂化可能帶來之利弊，而本節以 Allen & Soave 所劃分之碎裂化三種面向，亦即程序上的「機制性碎裂化」與實體上之「規範性碎裂化」與「知識性碎裂化」(Allen & Soave, 2014: 6)，說明 WTO 規範與投資條約兩建制之間，確實展現國際法碎裂化的現象，並衍生出 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。

一、規範性碎裂化

規範性碎裂化意指，許多專業法建制產生，例如人權法、環境法、經濟法等，使某一措施同時為多項專業法建制規範 (Allen & Soave, 2014: 6)。又可往下區分兩種情形：第一，該措施之本質涉及多項專業法領域爭議，致使該措施受到多項專業法建制管理，例如貿易法與國際環境法。第二，某措施涉及各專業法建制之間



相似規範，而使該措施受到多種專業法建制規範 (Pauwelyn, 2004: 905-906)。

貿易法與投資法之間，展現了規範性碎裂化之現象，概分以下兩點說明：

(一). WTO 內括協定與投資條約之相似規範

WTO 內括協定與投資條約往往有相似規範，例如「非歧視原則」(non-discrimination principle) (Alford, 2013 : 40-44)、⁴⁷市場進入 (market access) 規定、自製率與績效要求、智慧財產權保障等。Broude 與 Shany 則稱此種類似條款為「多來源相稱規範」(Multi-Sourced Equivalent Norms，以下簡稱 MSENs) (2011: 5)。MSENs 由不同的國際法文件與立法程序所建立，但具有相似或相同的規範內容，能拘束簽署方，且能適用於不同實體法領域 (Broude & Shany, 2011: 5)。此種使投資人可能於仲裁庭，而同時投資人母國在 WTO 提起爭端解決，最終造成平行訴訟。本文所討論之四件案例，均是如此。

值得注意的是，WTO 內括協定中亦有規範與投資有關之措施，散見於多項 WTO 協定如「服務暨貿易總協定」(General Agreement on Trade in Services，以下簡稱 GATS)、「與投資有關之貿易措施協定」(TRIMs)、「補貼暨平衡稅措施協定」(Subsidies and Countervailing Measures，以下簡稱 SCM 協定)、TRIPS 協定與「政府採購協定」(Agreement on Government Procurement) 等。RTA 亦有投資專章，例如 NAFTA 第 11 章或「歐洲能源憲章條約」(European Energy Charter，以下簡稱 ECT) (李貴英，2003: 421)。因此，政府某一項措施可能同時違反 WTO 規範和投資條約之相似規範 (Albertas Sekstelo, 2014; Allen & Soave, 2014: 6)，而產生 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟問題及一系列負面影響。

綜觀 WTO 架構下有關投資之相關規定，相較於專業的投資條約來說，較不全面，範圍也比較狹隘 (李貴英，2003: 421)，下以 WTO 的 TRIMs 協定與 GATS 為例。

⁴⁷ 「非歧視原則」包含最惠國待遇與國民待遇。



1. TRIMs 協定

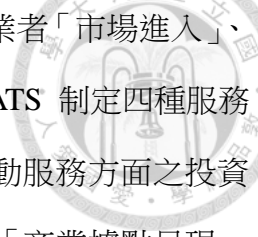
1980 年代末期，地主國對外資採取限制措施，並對國內相關產業提供投資獎勵，致生貿易扭曲及貿易保護效果（陳麗娟，2015: 182; Weiss, 2008: 199-200）。因此，1986 年烏拉圭回合談判中，受影響之國家積極推動投資自由化。TRIMs 協定即是改善此問題之重大成果，其將 GATT 第 3 條國民待遇與第 11 條禁止數量限制之規定適用於與貿易有關的投資措施（Weiss, 2008: 200-201）。然而，對於與貿易有關之投資措施是否造成貿易扭曲之效果，地主國與投資人母國有歧見（李貴英，2003: 421-422），其中投資人母國主張，採取與貿易有關之投資措施屬於非關稅障礙，不利促進外國投資，並列出造成貿易扭曲效果之投資措施清單，作為 TRIMs 協定之涵蓋範圍。另一方面，地主國認為與貿易有關之投資措施係為避免跨國公司對地主國之不利影響。

最終雙方達成妥協，TRIMs 協定涵蓋範圍「僅限於對貿易造成限制及扭曲效果之特定投資措施」，故僅屬於消極措施，包括違反國民待遇原則之投資措施（自製率要求、貿易平衡要求）、違反數量限制原則之投資措施（進口限制、數量限制、外匯平衡等），及「例示清單」（the Illustrative List in the Annex to the TRIMs Agreement）所載不符 GATT 第 3.4 條與第 11 條之措施（李貴英，2003: 423, 425）。⁴⁸由此可知，WTO 會員需搭配其他 WTO 條文，始能主張 TRIMs 協定義務之違反，而提起爭端。此外，TRIMs 協定之涵蓋範圍較為狹隘，僅限對貿易造成限制及扭曲效果之投資措施，並無投資保障之規定（李貴英，2003: 425; 陳麗娟，2015: 182; Leal-Arcas, 2009: 113）。

2. GATS

WTO 架構下另一投資保護之規範為 GATS（陳麗娟，2015: 182）。GATS 規範

⁴⁸ 與貿易有關之投資措施可分「積極措施」與「消極措施」。前者為投資獎勵（租稅減免、租稅假期、補貼）；後者包括自製率要求、國內持股要求、技術轉移要求、特許要求、技術轉移、貿易平衡要求、外匯限制等（李貴英，2003: 423-425）。



服務業貿易活動，WTO 會員應負擔之義務，包括提供外國服務業者「市場進入」、「非歧視原則」與「透明化」等義務 (李貴英，2003: 426)。GATS 制定四種服務業者提供之服務類型，其中有兩種服務類型與投資相關，可推動服務方面之投資自由化。其一為「模式三」(Mode 3)，亦即投資人在地主國的「商業據點呈現」(commercial presence)，類似「設立權」(right of establishment)，通常以子公司、分公司或商業機構的方式提供服務；⁴⁹其二為模式四 (Mode 4)，亦即「自然人呈現」(presence of natural persons)，「一會員國之服務提供者以自然人身分於其他會員國境內提供服務」，包括專業人員入境與公司人員調派等兩種方式 (李貴英，2003: 425-426)。⁵⁰

GATS 所開放之服務業產業與部門採取「正面表列」(a positive list approach) (Weiss, 2008: 189)，所有 WTO 會員於提供四種型態之服務時，會員應履行其「特定承諾表」(the schedules of specific commitments) 所載之承諾，不得對服務業與其服務業者採取違反最惠國待遇、國民待遇與市場進入等措施，除非有在承諾表上載明限制與禁止之規定 (李貴英，2003: 426)。由此可知，WTO 會員履行 GATS 義務之程度多寡，包括「市場進入」、「非歧視原則」與「透明化」等義務，視 WTO 會員國於「特定承諾書」所載之服務產業型態與部門而定，若有於承諾表上載明，始需承擔 GATS 對外國提供者之義務 (李貴英，2003: 427; Weiss, 2008: 189)。

然而，在實務上，許多會員在特定承諾表所納入的產業有限，且多在特定承諾表對投資活動增加限制，例如開發中國家限制 FDI、對於外國法人設定持股上限等 (李貴英，2003: 426-427)。此外，GATS 僅有模式三「商業據點呈現」允許 FDI，且僅限於服務業及金融業 (Weiss, 2008: 192-193)。因此，GATS 對於促進投資自由化之影響不大，許多產業的商業據點呈現與 FDI 仍受限於國境障礙 (Weiss, 2008:

⁴⁹ GATS 第 28 條(d)款定義「商業據點呈現」: "commercial presence" means any type of business or professional establishment, including through (i) the constitution, acquisition or maintenance of a juridical person, or (ii) the creation or maintenance of a branch or a representative office, within the territory of a Member for the purpose of supplying a service.

⁵⁰ GATS 第 1.2 條。



195-196; 李貴英，2003: 426)。

從上述對 WTO 架構下與貿易有關投資措施之介紹，可發現 WTO 規範對於多邊投資架構三個目標（投資保護、投資促進與爭端解決）僅給予有限的保障（陳麗娟，2015: 182）。

(二).投資條約之準據法範圍擴大⁵¹

準據法範圍擴大將使司法機構能審理之事項增加，一方面展現學者 Lee 所稱「擴散現象」，使 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭有機會解決涉及彼此事項之爭端 (2013: 425)；另一方面，可能因準據法範圍擴大，而增加一國某措施同時違反 WTO 內括協定與投資條約之可能。

在說明兩種機制之準據法範圍擴大前，有必要釐清實體管轄權 (substantive jurisdiction) 與準據法之定義。實體管轄權基於基礎條約之同意而成立 (Pauwelyn, 2003b: 447)，決定法院或法官有無能力審理對某案件主張，並進行實體問題裁決，⁵²以審理爭端是否違反該條約 (Waibel, 2014b: 9)。其中，RTA 與 WTO 之間，事務管轄權擴大之現象較為常見 (張愷致，2012: 32, 38)。相較之下，WTO 爭端與投資仲裁之管轄權範圍皆較為狹窄 (Alschner, 2014: 293)，故少有事務管轄權擴大之現象。

相較之下，準據法為司法機構適用之法律，不限於自身條約，用以審理是否違反自身條約，但並不影響管轄權之範圍 (Waibel, 2014b: 9-10; ILC report, 2016: 28-30)。例如，司法機構可對準據法進行解釋，以處理規範衝突的問題 (Alschner, 2014: 293)。

WTO 方面，小組及上訴機構尚未對是否可適用投資條約之義務表達意見，從

⁵¹ WTO 內括協定與投資條約準據法擴大適用雖有此處所指之弊端，但條約解釋與準據法之適用，也可能有助於促進兩種程序之優點（例如若投資條約有場域選擇、事務管轄權例外等條款時，WTO 是否需納入考量），與本文之平行訴訟調和研究密切相關，將於第四與第五章討論。

⁵² ICJ (International Court of Justice). 1956. “Advisory Opinion of 23 October 1956 (Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against UNESCO),” ¶ 87. in <http://www.icj-cij.org/docket/files/30/2187.pdf>. Latest update 23 October 1956.



WTO 實踐與學界觀察，WTO 能否適用外來法源，仍有爭議。⁵³

而投資條約之準據法範圍則有擴大之可能。雙邊投資條約會透過「整合條款」(WTO-incorporated) 來整合 WTO 協定內容，林彩瑜教授稱之為「投資條約之 WTO 整合條款」，可分「明示採納」(explicit incorporation) 與「非明示採納」(Implicit incorporation) (2016a: 301-305)，進而擴大準據法之範疇。

1. 「明示採納」外來法源

BIT 有時「明示採納」外來法源，成為其準據法範圍，例如 US Model BIT 第 6 條第 5 項將 WTO 下的 TRIPS 協定納入，規定地主國發布、撤銷與建立與智慧財產權相關之「強制授權」(compulsory license) 時，若符合 TRIPS 協定規範，則 BIT 的徵收規範不適用於「強制授權」之行為 (Lin, 2016a: 301)。

再如，「日本與瑞士自由貿易與經濟夥伴協定」(The Japan-Switzerland Free Trade and Economic Partnership Agreement，以下簡稱 JSFTEPA) 第 96 條納入 TRIMs 附件；又，「台紐經濟合作協定」(Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu on Economic Cooperation，以下簡稱 ANZTEC) 第 24 章納入 GATT 第 20 條與 GATS 第 14 條 (Lin, 2016a: 302-303)。

又如「東協全面投資協定」(ASEAN Comprehensive Investment Agreement，以下簡稱 ASEAN CIA) 第 28 條第 1 項雖規定，管轄權範圍限於該條約，但該條約透過第 40 條第 1 項將準據法適用範圍擴大，而可適用該協定、其他會員間的協定、可適用之國際法以及爭端當事國適用之國內法等四種，以評估爭執措施是否違反 ASEAN CIA (Alschner, 2014: 292)。

2. 「非明示採納」外來法源

⁵³ 請參見第四章第一節第壹部分「WTO 爭端解決機制規範與實務」有關外來法源「開放說」與「限制說」之討論。

投資條約有時「非明示採納」外來法源，透過投資條款之模糊性，將會員其他條約（例如 WTO 內括協定）之義務納入投資條約中。在 WTO 規範與投資建制之脈絡下，投資人得以地主國違反 WTO 規範為由，主張地主國亦違反雙邊投資之規範，使投資仲裁庭也有權審理投資措施是否違反 WTO 協定之義務，並據此做出有無違反該雙邊投資規範之認定 (Lin, 2016a: 303-305)。此舉儼然視 WTO 協定之義務為投資仲裁庭審理範圍，因而擴大投資條約之準據法範圍。相關納入方式概分如下：

第一，投資條約之管轄權範圍可透過「傘狀條款」(umbrella clause) 而擴大。地主國與投資人簽訂的投資契約若遭到違反，則投資契約有機會藉傘狀條款，使外來法源成為投資條約之義務，而得以交至投資仲裁解決 (Salacuse, 2010: 271-284; Wong, 2006: 137-179; Lin, 2016a: 304)。實務上，多項 ICSID 仲裁庭判斷認為地主國基於國內法規定而給予投資人單方承諾，也屬於「傘狀條款」規範範圍。⁵⁴

例如，2011 年，美國菸商 Philip Morris 依據 1993 年的「澳洲香港投資保障協定」，針對澳洲 2011 年的「菸盒素面包裝法案」在 PCA 對澳洲提告，並在「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」之下進行投資仲裁。Philip Morris 透過「澳洲香港投資保障協定」第 2 條第 2 項「傘狀條款」規定，認為地主國與其他締約方所簽與投資相關之協定，都屬於傘狀條款的範疇，地主國有必要遵守。而澳洲實施之香菸包裝的法案，已違反 WTO 內括協定，致投資仲裁庭可擴大其審理範圍，然而，澳洲政府認為，傘狀條款的定義與範疇仍有爭議 (Alford, 2013: 56-58)。又如 *Eli Lilly v. Canada* 案中，爭端雙方爭執，仲裁庭得否審理 WTO 內括協定下的 TRIPS 協定 (Lin, 2016a: 304)。⁵⁵

第二，投資人有時也透過 BIT 之「公平公正待遇」(fair and equitable treatment, 以下簡稱 FET)，來擴大 BIT 義務，並據此主張因地主國某些投資活動違反 WTO 規範或其他國際條約義務，故違反 BIT 之下的 FET。FET 被視為投資條約之基礎

⁵⁴ 相關案例如：*CMS v. Argentina*; *LGE v. Argentina*; *Enron v. Argentina*; *Sempra v. Argentina*。

⁵⁵ *Supra* note 7.

義務，地主國必須遵守 (Lin, 2016b: 72-73; Lin, 2016a: 305)。例如 *Eli Lilly v. Canada* 案中，⁵⁶美國藥廠公司即主張加拿大撤銷藥品專利之行為，違反 WTO 協定之 TRIPS 協定，而違反投資條約之 FET 規定 (Lin, 2016 b: 72)，並因此產生仲裁庭可否審理 TRIPS 協定之爭執。

二、機制性碎裂化

機制性碎裂化意指，大部分國際條約建立其司法機制，並能解釋及執行其規範，而使全球性及獨立性的國際性司法機構湧現的現象 (Allen & Soave, 2014: 6)，如同本章第貳部分所示，各種國際性司法機構出現，例如國家法院、國際間的仲裁庭、專門的爭端解決機構、「歐洲人權法院」(European Court of Human Rights，以下簡稱 ECtHR) 及國內法院等，並衍生管轄權重疊的多種類型。二次大戰之後，國際社會的非國家行為者的活動越發活躍，例如國際組織、非政府間組織及個人等，也促成許多貿易、金融、投資、武器、人權、環境等跨國議題的建制與組織。

WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭亦展現了「機制性碎裂化」，可見諸於兩種機制自身之管轄權規定，分別說明如下：

(一). WTO 爭端解決機制管轄權規定

WTO 爭端解決機制之管轄權規範源於 DSU。WTO 爭端解決機制之管轄權，規定於 DSU 第 23.1 條，其規定對於內括協定義務違反、內括協定得享有之利益受剝奪或損害，或有違內括協定之任何目標，會員國應 (shall) 訴諸 (recourse to) DSU 裁決及提起爭端解決程序。

與管轄權相關的條文如：DSU 第 1.1 條明確表示，DSU 僅適用內括協定所生爭端；DSU 第 11 條要求小組對於適當提出之事實進行客觀評估；DSU 第 3.2 條則明文規定小組及上訴機構應依國際解釋慣例釐清條款；而第 7 條指示 (instruct) 小

⁵⁶ *Id.*

組應檢視 WTO 會員提出之事項，並做出裁決。而 DSU 第 19.2 條與第 3.2 條同樣規定，不得增減會員於 WTO 內括協定之權利及義務。⁵⁷

由上述條文觀察，DSU 第 23 條針對內括協定所引起之爭端，顯賦予 WTO 爭端解決機制強制、專屬管轄權，而 DSU 第 1.1 條確立管轄權範圍僅限內括協定 (林彩瑜，2011: 398; Pauwelyn, 2003a: 465-466; Pauwelyn, 2003b:1000)。DSU 第 11 條也規定，小組有客觀評估案件事實與相關協定之適用性義務，故有強制意涵 (林彩瑜，2011: 402)。DSU 第 1 條與第 7 條則限制 WTO 之審查職權，故 WTO 之管轄權範圍具限制性。此外，從 WTO 實務觀之，WTO 為「自足建制」，僅管轄涉及內括協定之事務，被稱為是 WTO「管轄獨立主義」(jurisdictional isolationism) (Henckels, 2008: 571) 或「鴕鳥策略」(ostrich approach) (Alschner, 2014: 292-293)，因此對於其管轄權範圍之議題，較不容易拒絕審理。

(二). 投資條約之管轄權規定

在投資仲裁方面，國際投資條約除有實體之規範，尚有程序性的規範 (Franck, 2014: 69)。國際投資條約包括雙邊投資條約、NAFTA 第 11 章與、ECT 與 RTA 的投資專章等 (Salacuse, 2010: 1-3)。在實體規範上，以投資保護、投資促進為目標 (Franck, 2014: 69; 陳慧芝等，2012: 16)，例如最惠國待遇、國民待遇、徵收規定、公平與公正待遇、完全保護與安全 (full protection and security)、績效要求等規定。在程序規範上，則確保投資爭端得以解決，超過 90%的國際投資條約設有爭端解決機制，這類條約源於行之有年的國際商務仲裁規則，多半明文賦予外國投資人透過 ISDS 提交仲裁之權 (Roberts, 2014: 2-5, 24)。因此，投資仲裁庭之管轄權來源包括投資條約、各仲裁機構有關管轄權之規範等 (Sanja, 2012: 219)。

相關仲裁程序機制如 ICSID、PCA、ICC、「斯德哥爾摩仲裁商會」(The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce，以下簡稱 SCC)、「倫

⁵⁷ Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 44, ¶¶ 7.6-7.9; Appellate Body Report, *Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, ¶¶ 44-57, WT/DS308/AB/R (Mar. 6, 2006) [hereinafter - Appellate Body Report, *Mexico — Taxes on Soft Drinks*].

敦國際仲裁院」(The London Court of International Arbitration, 以下簡稱 LCIA) (Williams, 2008: 916) 及「開羅區域中心國際商業仲裁」(the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, 以下簡稱 CRCICA)。



相關仲裁規則如「ICSID 附加便利規則」(ICSID Additional Facility Rules)、「ICSID 仲裁規則」(the ICSID Rules of Procedures for Arbitration Proceedings)、「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」、任何爭端當事方同意之其他仲裁機制或規則等 (陳慧芝等, 2012: 206) 及「倫敦國際仲裁院仲裁規則」(LCIA Rules) (Williams, 2008: 916) 等。而多種 ISDS 各有其管轄權規定, 以下以 ICSID、NAFTA、ICC 與「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」為例:

(一) ICSID 公約第 25 條

ICSID 第 25 條設立之管轄權要件, 包括同意 (consent)、「主體管轄權」(jurisdiction *ratione personae*) 與「事務管轄權」(jurisdiction *ratione materiae*) (Williams, 2008: 870-871)。第 25 條第 1 項規範「事務管轄權」, 要求 ICSID 處理「直接衍生於投資之法律爭端」(any legal dispute arising directly out of an investment)。且若爭端當事各方同意提交仲裁, 一方不得單方撤回同意。第 25 條第 2 項規定, 「管轄主體」為 ICSID 公約締約國與另一締約國之法人及自然人, 而諮商或仲裁提出後, 該自然人或法人不得有爭端當事國之國籍; 然而, 第 25 條第 2 項(b)款規定因外國控制 (foreign control) 之故, 縱然該法人為爭端當事國國籍, 但若已經爭端當事方同意, 則該法人仍為 ICSID 管轄之法人。「ICSID 附加便利規則」規定, 僅於 ICSID 第 25 條要件無法符合時, 始有「ICSID 附加便利規則」之適用 (Williams, 2008: 906-907)。

(二) NAFTA 第 1101 條

NAFTA 第 1101 條規範投資專章之範圍, 其中「管轄主體」為 NAFTA 締約國自然人或法人; 而「管轄之事務」為 NAFTA 締約國自然人或法人之投資, NAFTA



第 1138 條規定「投資」包括「直接或間接投資」，同時該條對「管轄之事務」有詳細定義 (Williams, 2008: 909)。

(三) ICC 管轄權規定

ICC 之管轄權源於當事方之初步 (prima facie) 仲裁協議，ICC 第 6 條即規定，ICC 仲裁法院需先檢視當事方是否有初步仲裁協議 (Williams, 2008: 915)。

(四) 聯合國國際貿易法委員會仲裁規則管轄權規定

「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」第 1 條以爭端當事方之同意，作為仲裁規則之適用要件，且仲裁規則可處理契約或非契約之爭端。⁵⁸

相較於 WTO，投資條約管轄權範圍較大，某些 (非全部) 投資條約甚至直接明文規定，使外來法源成為投資條約之管轄權範圍。例如「印尼—泰國雙邊投資條約」(Indonesia - Thailand BIT) 第 10 條第 1 項，任何有關投資之爭議都可為該條約管轄。顯見其管轄權範圍較大 (Alschner, 2014: 294)。

此外，透過投資條約提起仲裁之機會較高，原因如下：

其一，仲裁庭及仲裁員多為特設，而非常設機構，且組建較為迅速，也使管轄權重疊機率增加；其二，投資人利用「聯營實體」(intermediary entities) 來增加訴訟機會，例如某些投資條約之投資定義包含「股份」(shares)，又因「股份」利益易引起「衍生控訴」(derivative claims) 及「反射損失」(reflective loss)，有時讓投資人得以利用股份利益被侵害為由，控訴地主國，致管轄權衝突機會大增 (Waibel, 2014a: 21-27)。「衍生控訴」指，當一公司利益受到侵害，其股東可提出衍生控訴，並針對其所遭受的「反射損失」，提出另一控訴 (Waibel, 2014a: 21-27)。

⁵⁹再加上全球的跨國公司數量多，且多能符合投資與投資人的寬鬆定義，包括直接

⁵⁸ UNCITRAL Arbitration Rules 第 1 條第 1 項: Where parties have agreed that disputes between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, shall be referred to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree.

⁵⁹ 相關案例有 *CMS v. Argentina*、*Enron v. Argentina*、*Gami v. Mexico*、*Gas Natural v. Argentina*、*Lanco v. Argentina*、*Saluka v. Czech Republic*、*Siemens v. Argentina*、*TSA Spectrum v. Argentina*、

投資和間接投資，致投資爭端及其與貿易場域之平行訴訟增加 (Lee, 2013: 428-429; Yannaca-Small, 2008: 1009)。其三，大部分的投資條約可適用的準據法範圍較廣，使仲裁庭可直接適用外來條約，來判斷爭執措施是否違反該投資條約 (Alschner, 2014: 292-294)，例如 *SGS v. Pakistan* 與 *SGS v. Philippines* 透過「傘狀條款」使仲裁庭審理契約爭議 (contract claims)，以及第一章第一節提及之 *Eli Lilly v Canada* 案中仲裁庭欲審理 TRIPS 協定之爭議。

綜上所述，WTO 方面基於 DSU 第 23 條之強制管轄權，不論爭端是否涉及其他爭端，WTO 爭端解決機制對於涉及內括協定之事項都有管轄權 (Henckels, 2008: 574)，而投資仲裁之管轄權規定較為寬鬆 (Lee, 2013: 428)，使提交投資仲裁之機會很高。例如，若某地主國實施邊境措施，使境內投資人投資成本增加，而構成影響投資人投資之措施；同時，此邊境措施也影響投資人母國的貿易利益，最終將導致投資與貿易爭端 (Lee, 2013: 429)。據此，投資仲裁管轄權規定寬鬆與 WTO 之強制管轄權規定等兩種因素作用下，平行訴訟機會大增，例如，投資人得以透過 ISDS 將其與地主國之爭端提交仲裁，同時又透過其母國或其他國家，將同一爭端提交至 WTO 場域解決。此即學者 Lee 所稱 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭「交叉運用」的現象 (2013: 423)。

由此可見，WTO 規範與投資條約除了設立自有實體規範外，更建立司法機構之管轄權，闡釋並執行各自規範，展現了機制性碎裂化的現象。

三、知識性碎裂化

知識性碎裂化意指，不同建制有其關切焦點，且其司法機制亦有其推論邏輯，並據此做出判決，使不同建制難以彼此協調 (Allen & Soave, 2014: 6)。WTO 小組、上訴機制與投資仲裁庭亦有知識性碎裂化現象，展現於以下三方面：

第一，在本質方面，WTO 作為貿易組織，其爭端解決機制所作判決較符合貿

UPS v. Canada、*Waste Management v. Mexico* 等 (Waibel, 2014a)。

易邏輯，而非維護國家主權為主 (ILC report, 2006: 72)。而投資仲裁具有公法與私法之特質，於公法上，投資仲裁源自於國家間的投資條約；於私法上，投資仲裁有著商務仲裁的傳統，基於商業考量，仲裁程序往往以秘密方式進行 (Garcia, et al., 2015: 872)。

第二，國際法體系之完整性，並非 WTO 爭端解決機制與投資仲裁之考量重點。因此，若兩者產生平行訴訟，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭對於類似條款各自解釋，可能產生「事實認定衝突」或「條款解釋與適用衝突」等判決不一致的問題 (Allen & Soave, 2014: 16-17)。⁶⁰如前所述，WTO 方面，長久以來，WTO 被視為「自足建制」，僅針對內括協定之事務有管轄權 (ILC report, 2006: 71; Shany, 2003: 186; Simma & Pulkowski, 2006: 519)，較少參考或適用體系外的法源。除了 WTO 與投資仲裁庭之間，WTO 爭端解決機制內部並無「遵循先例原則」之規定 (Henckels, 2008: 574)；另一方面，投資仲裁判斷內部亦缺乏該原則之實踐，無可依循之仲裁判斷先例 (Commission, 2007: 135; Waibel, 2014a: 4; Schill, 2009: 284)，遑論更進一步地維持國際法體系之完整性 (Waibel, 2014a: 33-36)。

第三，在救濟措施方面，WTO 以改善政府措施為目的，故提供「前瞻性補償」(Sarooshi, 2014: 461)，要求敗訴會員國在「合理期間」(a reasonable period of time, RPT) 撤銷或修正措施。若敗訴會員國未能在此期間內遵守爭端解決機制的建議，則勝訴會員國可以施加貿易報復 (Sarooshi, 2014: 461)。⁶¹BIT 則涉及個體與國家之爭議，並提供「回溯性補償」，由地主國政府賠償損害 (Sarooshi, 2014: 460; Allen & Soave, 2014: 18)。

綜合以上對國際法碎裂化三種面向之討論，可見三種面向之碎裂化互為關連，且 WTO 規範與投資條約兩建制展現國際法碎裂化現象，並因此現象，導致 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟。

⁶⁰ *Supra* note 19.

⁶¹ *US — Certain EC Products* 與 *Brazil — Aircraft* 小組報告等，皆認為「回溯性補償」非 WTO 傳統上採取的方式 (Sarooshi, 2014: 461)。

第二節 平行訴訟引發之問題



由第一節討論可知，「國際法碎裂化」導致 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟產生。由於兩種專業法「自足建制」，均對某一爭端有管轄權，而出現三種互為關連之國際法碎裂化面向：程序面上的「機制性碎裂化」，並可能進一步在實體法上產生「規範性碎裂化」及「知識性碎裂化」現象 (Allen & Soave, 2014: 6)。

延襲國際法體系統一論之學者見解，多種面向的國際法碎裂化所衍生之平行訴訟，可能產生許多問題，而生調和之必要。本節討論分為：對國際法體系之影響、與國際法碎裂化相關之問題與 ISDS 政治化等方面，探討 WTO 爭端解決與投資仲裁發生平行訴訟時，可能產生之問題。

壹、對國際法體系之影響

平行訴訟可能影響國際體系整體之公平性 (fairness)。Thomas Franck 曾言，國際法體系已邁入成熟階段，國際法是否存在之本體論不再是學界辯論焦點，亦即國際法是否存在、國際法是否有法律性質等問題。取而代之的是國際法是否具有「公平性」(fairness) 與「正當性」(legitimacy) 的問題 (1995: 6)。⁶²國際法碎裂化

⁶² Franck 認為，一個「互惠」(reciprocity)「規範社群」(rule community)，若有「中等匱乏」(moderate scarcity) 的情形，「公平性的爭論」(fairness discourse) 就會產生，(1995: 9-10, 12)。其中，「中等匱乏」指資源並未過度稀缺，而有管理、分配的空間，以謀求利益之共享 (1995: 9-10)；而「規範社群」當中，有程序上各成員均同意之程序規範、以及實質上的互惠規範 (1995: 12)。而「公平性」內容有二：正當性 (程序公平性) (legitimacy) 及實質上之分配正義 (實質公平性) (distributive justice)，前者指社群成員是否認為程序正當 (right process)，更崇尚秩序之價值；後者指法律規範及社會價值是否符合社群成員重新分配資源之期待，更重視正義是否達成 (1995: 7-8, 25)。由此可知，「公平性爭論」兩個前提中：「中等匱乏」為「公平性的爭論」的必要條件；而「規範社群」之內容，可能因社會氛圍及時代變遷，產生變化 (1995: 11, 14)。為求「公平性的爭論」達到共識，須尋求公平問題上，最為限縮之共識焦點 (irreducible core of shared assumptions about fairness) (1995: 15-16)。另外，程序是否被社群成員認為正當，須檢視規範明確性 (Determinacy)、被確認之象徵 (symbolic validation)、規範一致性 (coherence)、及主要規範與次要規範之凝聚性 (adherence) 等四項指標，若符合四項指標，將使「正當性」上升，並能強化社群成員遵守社群之規範 (1995: 26, 30-46)。其中，主要規範與次要規範之凝聚性意指，主要規範經過社群之次要規範創造、闡述後，凝聚性增加，而有「公平性」，並能強化遵守程度，最終成為廣為承認之規範 (the ultimate rule of recognition)，例如絕對規律 (1995: 41-46)。

的現象可能衍生之問題，例如投資條約與地主國國內法規之衝突，影響程序上之公平性 (procedural fairness)，而有調和 (harmonization) 之必要 (Franck, 1995:452)。因此，應針對某領域建立一致的國際法規範，或有完善之司法機制，使國際法與國內法能協調 (Franck, 1995:447, 472-473)。

而近年來，針對相似爭議，投資人一方面透過其母國或相關國家向 WTO 提訴，另一方面投資人又提起投資仲裁，產生本文討論之 WTO 爭端與投資仲裁庭平行訴訟的現象。平行訴訟將增加對地主國的負擔，地主國對 ISDS 制度之「正當性」與實質分配正義下降，影響「公平性」，使地主國有退出或修改條約等作為。因此，投資人及其母國與地主國應訂定新的規範，以提高國際投資法建制之「正當性」、分配正義及「公平性」。

貳、規範性碎裂化引發之問題

1990 年代後，國際投資條約陡增，包括雙邊、區域與多邊層次 (Franck, 2005: 1521,1528-1535; Drezner, 2009: 65)。地主國某一措施同時為 WTO 協定與投資條約所規範，產生「規範性碎裂化」現象及平行訴訟，並因此引發規範衝突與準據法擴大等影響。

一、WTO 規範與投資條約之規範衝突

從近年來貿易法與投資法建制發展觀察，可發現兩者互動增加 (Lee, 2013:

Franck 認為，政治體系本身也有「公平性的爭論」，體系成員也有程序正當及分配正義之要求 (1995:439)。在國內層次之制度變革，往往透過制定新法來化解衝突，而維持穩定 (1995:439-440)。然而，Franck 指出，雖然政治體系對危機之容忍度 (tolerance for risk)，能允許一定程度之政策變遷，但體系成員對體系穩定之期待，仍不可忽視 (1995:439)。事實上，國際層次上的制度變革，更為困難，往往需透過相互期待 (mutuality of expectations) 來實現分配正義，以及建立一合法框架如爭端解決機制來實現程序公平 (1995: 440, 449)。若將此論述置於國際投資建制脈絡之下，則有如投資人與地主國對於外國投資之不同考量，兩者應如何取得「公平性」，值得深究 (1995: 438)。地主國政府若因分配正義之故，而損害投資人期待，將使制度之正當性下降，需透過「相互期待」來訂定規範，並建立一正當性的框架，來提高正當性 (1995: 439-440, 449)。Franck 指出，雙邊投資條約之洽簽，其條約內容以及爭端解決機制，即是在投資人(投資環境穩定) 與地主國(政治課責與分配正義) 不同主張之間，尋求平衡的國際正當性框架，而取得公平性 (1995: 449-450)。



422-428)。雖然各國於簽署條約時，可能未預見貿易與投資之密切關聯，然而隨者 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭互動越趨增加 (Lee, 2013: 441)，地主國未來可能面臨更多「規範衝突」的問題，值得關注。

於此，有必要先說明「規範衝突」現象。規範衝突與管轄權重疊或平行訴訟不同，如第一章所述，⁶³複數爭端解決機制能處理之爭端，若爭端與爭端當事方相似或相關，即發生管轄權重疊 (Shany, 2003: 21, 24-28)；又依據管轄權重疊之定義，嚴格來說，WTO 爭端解決機制與投資仲裁之平行訴訟應無管轄權重疊（又稱管轄權競爭或管轄權衝突）之情形，但仍不可否認兩種機制之訴訟程序具互動性及緊密之相關性 (Shany 2003: 34-37, 39-40, 46)，且平行訴訟可能衍生問題。

相較之下，「規範衝突」為準據法發生衝突之情形，定義分為兩種說法。其一為嚴格定義，亦即兩種規範互相違反、或是互相牴觸 (mutually exclusive)，始能稱作嚴格衝突。Vranes 則稱此種規範衝突為「雙邊衝突」(bilateral conflict) (Vranes, 2006: 20) 或「必要衝突」(necessary conflict) (Tuncer, 2012: 37)。其二為寬鬆定義，指兩種規範未達相互牴觸的程度，但如果遵守或適用一規範，將會違反另一規範時，始稱為規範衝突。Vranes 稱此種衝突為「單邊衝突」(unilateral conflicts) (Vranes, 2006: 416) 或潛在衝突 (potential conflicts) (Tuncer, 2012: 32)。有論者支持採用寬鬆定義，其原因在於國際法有避免衝突之目標 (presumption against conflict)，採用較寬鬆的規範衝突定義，始能更大程度地管理規範衝突的問題 (Tuncer, 2012: 32-37)。

WTO 判例也常面臨規範衝突的問題 (Tuncer, 2012: 43-48)。以 *Guatemala-Cement I* 一案為例，⁶⁴上訴機構表達如何處理規範衝突之見解。此案涉及「反傾銷協定」(Agreement on Antidumping，以下簡稱 ADA) 之爭端解決規定與 DSU 第 6.2 條兩者之適用問題 (Tuncer, 2012: 45)。上訴機構依賴 DSU 第 2.1 條之規定，認為兩種規範若互補 (complementing) 或「無差異」(no “difference”)，則兩

⁶³ 請參見第一章第二節第壹部分「一、管轄權重疊與平行訴訟的定義」。

⁶⁴ Appellate Body Report, *Guatemala-Cement I*, *supra* note 11.

種規範可同時適用；若兩種規範無法互補或「有差異」(difference)，而產生遵守(adherence to)一規範而違反另一規範之「衝突」(conflict)情形，此時依循 DSU 第 2.1 條，應優先適用 WTO 其他協定中的特別條款 (Tuncer, 2012: 46)。⁶⁵

由此觀之，*Guatemala-Cement I* 上訴機構雖表達如何處理規範衝突之見解，但並未對規範衝突定義明確說明 (Tuncer, 2012: 46)。然而，上訴機構以兩規範產生「不一致或差異」、「衝突」與「無法互補」，作為優先適用內括協定特別規定之前提，並未以「互相牴觸」(mutual exclusivity) 作為前提，⁶⁶差異可能是適用一規則而違反另一規則、一規範較嚴格而另一規範較寬鬆、或是原則相對於特別法的情形 (Tuncer, 2012: 46-47)。由此觀之，WTO 可能採寬鬆規範衝突之定義 (Tuncer, 2012: 47)。

回到本部分之焦點，WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟可能使地主國面臨「規範衝突」的問題，此種平行訴訟將對地主國造成嚴重壓力。可分為以下兩種情形：

(一) 遵守投資條約卻違反 WTO 內括協定

地主國遵守投資條約，卻違反 WTO 內括協定。若地主國於投資仲裁敗訴，為履行仲裁判斷而須給予投資人金錢賠償。⁶⁷地主國給予一投資人之金錢賠償，可能對其他在地主國進行相似商業活動的外國投資人構成歧視，而違反 WTO 下的最惠國待遇，並因此引發貿易爭端 (Lee, 2013: 443)。然而，對於適用其他條約而違反 WTO 協定之情形，WTO 尚未視其為 WTO 內括協定義務之例外 (Lee, 2013: 443)，故上述規範衝突問題很可能發生。

⁶⁵ *Id.* at ¶ 65.

⁶⁶ *Id.* at ¶ 65.

⁶⁷ 原文敘述如下：Suppose that a state loses an action at an ISDS proceeding. Suppose further that as a result, it is required to pay damages to an aggrieved foreign investor, and that the state does pay the damages. If there are many foreign investors conducting similar business activities dealing in the same or similar product in the market of the state, such payment to an individual foreign corporation may constitute a violation of the most-favoured-nation treatment provision. It would be indeed embarrassing and awkward, but under the WTO, for instance, there is no such thing like an exception for the payment made as a result of the application of another treaty. (Lee, 2013: 443)



(二) WTO 下的合法措施卻違反投資條約

地主國於 WTO 下的合法措施，卻違反投資條約，又可概分為兩種情形：

其一，Lee 假設，地主國作為 WTO 之勝訴國 A，而對 WTO 之敗訴國 B 進行貿易報復，可能損害敗訴國境內投資人利益。⁶⁸WTO 敗訴國 B 沒有在「合理期間」確實履行爭端解決機制之建議與裁決，並修正或撤銷某種貿易措施，而遭到勝訴國 A 之貿易報復 (2013: 443)。貿易報復內容包括，勝訴國 A 對來自敗訴國 B 之進口產品課徵較高關稅、數量限制或關稅配額。而勝訴國 A 之貿易報復可能影響其境內投資人 (母國為 C) 與敗訴國 B 交易之利益。此時，若勝訴國 A 與投資人母國 C 有簽訂投資條約，則在勝訴國 A 投資之投資人 (母國為 C) 可能對其地主國 A 提起投資仲裁 (Lee, 2013: 443)。由此可見，貿易報復雖為 WTO 協定下合法措施，但卻成為歧視性投資措施，而違反投資人母國與勝訴國 A 間的投資條約。然而，針對此問題，如同 WTO 之情形，目前投資條約亦無設置免除地主國責任等例外條款，或許可成為未來國家洽簽投資條約之改善方向 (Lee, 2013: 444)。

值得一提的是，Pauwelyn 提出另一種國家面臨規範衝突之案例，也產生上述 WTO 下合法措施，可能違反 BIT 之規範衝突之情形。當 A 國於 WTO 承諾 B 國貿易自由化，但與 C 國的環境條約，則限制血鑽石貿易 (2004: 909)。因此，當 A 國遵守與 C 國之環境條約，將因限制貿易而違反 WTO 協定。此時 A 國若於 WTO 敗訴，一方面將引起勝訴國 B 對敗訴國 A 展開貿易報復之外 (2004: 909); 另一方面，若勝訴國 B 境內投資人 (母國為 D) 與敗訴國 A 有貿易往來，勝訴國 B 國之貿易報復可能影響其境內投資人 (母國為 D) 之利益。若 B 國與投資人母國 D 有洽簽

⁶⁸ 原文敘述如下：Likewise, let us also suppose that a state loses an action at the WTO. Suppose further that, it has continued to fail to bring the measure into conformity with the rulings and recommendations of the DSB during the RPT. Let us also suppose that a compliance panel has also confirmed the continuing non-compliance. Then the prevailing Member will receive an authorization to suspend the concessions against the failing Member... This retaliation measure, though perfectly legitimate within the WTO framework or FTA framework, may nonetheless constitute discriminatory treatment for the foreign investors within the retaliating Member's territory, who are affiliated with the exporters from the failing Member. This may implicate a violation of most-favoured nation or national treatment obligation of a BIT or an investment chapter of an FTA. Again, these investment treaties usually do not contain an exception for discriminatory treatment accorded as a result of the operation of other international treaties. (Lee, 2013: 443-444)

投資條約，B 國境內投資人可透過該投資條約，對其地主國 B 國提出投資仲裁。反之，若 A 國遵守與 B 國之 WTO 承諾，又產生違背與 C 國所簽條約之情形。對此，如同 Lee 之見解，Pauwelyn 認為，此種僵局僅能透過國家間洽簽新投資條約改善 (Lee, 2013: 444; Pauwelyn, 2004: 909)。

其二，地主國作為 WTO 敗訴國而修正或撤銷措施，但可能影響境內投資人利益，而違反投資條約義務。WTO 敗訴國若確實依 DSU 之規定，於「合理期間」修正或撤銷措施，例如投資鼓勵措施、績效要求等與投資相關之貿易措施，但此類政策可能僅為「事實上歧視措施」(de facto discriminatory measures)，而非為投資條約禁止 (Weiss, 2008: 218-219)。因此，地主國境內投資人可基於地主國修正或撤銷此類措施，影響投資人之利益，而對地主國提出投資仲裁。

二、準據法擴大之負面影響

除了以上規範衝突的問題，近來 WTO 內括協定與投資條約之準據法擴大現象，凸顯「規範性碎裂化」的現象。然而，於此同時，亦產生達成貿易法與投資法協調 (coherence) 之契機 (Lin, 2016a: 307)。如前文所述，⁶⁹準據法之適用與管轄權不同，準據法適用屬於實體法階段。WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭在面對外來法源時，若無明文規定於內括協定或條約中，可參考外來法源進行條約解釋，或直接適用其他法源。就兩種機制對條約解釋與適用之態度，各有差異，請容後述。⁷⁰

準據法之擴大有助於促進投資法與貿易法之一致性。林彩瑜教授認為，投資仲裁庭透過解釋與適用 WTO 多邊協定 (coherent application of WTO agreements under investment regimes)，可強化投資法建制與 WTO 規範間的一致性，符合 WTO 會員利益，也有助於解決投資爭端 (2016a: 306)。具體作法如投資仲裁庭參考 WTO 法理、規範以進行條約解釋，以及 WTO 提供專業法律意見促進投資爭端之解決等

⁶⁹ 請參見第二章第二節第貳部分「二、準據法範圍擴大」。

⁷⁰ 請參見第四章第一節第壹「WTO 爭端解決機制規範與實務」、貳「投資仲裁規範與實務」部分討論。



(2016a: 306-312)。學者 Alford 亦指出，透過寬鬆解釋傘狀條款，有助於促進投資法制與貿易法制匯聚，並使投資仲裁能審理 WTO 協定下有關投資之義務 (2013: 60-61)。⁷¹

然而，準據法擴大之現象，增添貿易與投資爭端的複雜性，可能產生以下問題：

(一) WTO 爭端解決機制能否適用外來法源之爭議

近來投資仲裁庭有擴大準據法範圍之現象，例如透過「明示採納」條款或「非明示採納」條款 (Lin, 2016a: 301-305)，然而，WTO 爭端解決機制擴大其準據法範圍，而適用外來條款，有違反 DSU 管轄權與準據法規範之虞。⁷²總此，將產生投資仲裁庭有機會審理貿易爭端，而 WTO 爭端解決機制卻無法審理投資爭端之情境。

(二) 知識性碎裂化衍生之判決不一致問題

WTO 爭端解決機制或投資仲裁庭若擴大其準據法範圍，可能因知識性碎裂化之現象，致生 Allen & Soave 所稱之「事實認定衝突」、「條款解釋與適用衝突」等判決不一致之負面後果 (2014: 15-19, 53)。此外，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭可能亦不甚了解，難以反映 WTO 規範之本質 (Lin, 2016a: 306)。進一步而言，假使無判決不一致的情形，若仲裁判斷與 WTO 小組皆裁決地主國敗訴，則鑑於 WTO 爭端與投資仲裁之救濟措施不同，地主國需同時負擔「前瞻性補償」與「回溯性補償」，而使負擔增加。另一方面，投資人則能從兩種爭端解決場域獲利 (Allen & Soave, 2014: 19)，有違國際性爭端解決機制之公平性。

(三) 增加平行訴訟之可能性

投資仲裁庭或 WTO 爭端解決機制之準據法範圍擴大，將增加一國某措施同時違反 WTO 內括協定與投資條約之可能。

⁷¹ 請參見第二章第二節第貳部分「二、準據法範圍擴大」。

⁷² 請參見第四章第一節第壹部分「WTO 爭端解決機制規範與實務」。



參、機制性碎裂化引發之問題

如本章對「機制性碎裂化」之討論，WTO 規範與投資條約除了自有實體規範，更有其程序規範，而賦予其司法機構管轄權，並由司法機構闡釋與執行規範。因此，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭展現了「機制性碎裂化」的現象。然而，兩種機制同時存在，可能產生與「機制性碎裂化」相關之問題，歸納如下：

一、國際爭端解決無效率

國際法碎裂化所下的「機制性碎裂化」，將使國際爭端解決序無效率，不符訴訟經濟。多種爭端解決方式涉及多個法律團隊、政治與經濟資源的投入，將造成資源之濫用 (Allen & Soave, 2014: 19-20)。此外，受理爭端之司法機構對同一爭端或相關事項重複審理，無疑浪費司法資源 (胡美蓁，2012: 20)。

二、場域選擇

在「機制性碎裂化」之背景下，各種國際性司法機構出現，致各種爭端解決場域均對某一爭端有管轄權，國家及投資人得以從中進行「場域選擇」(Salles & Pauwelyn, 2009: 79, 81-82; Leal-Arcas, 2009: 124)，而產生平行訴訟現象 (Allen & Soave, 2014: 4)。「場域選擇」為一持續性的行為，其定義眾說紛紜 (Ferrari, 2013: 9)。學者 Franco Ferrari 認為，場域選擇可定義為「原告會選擇最能取得期望結果之法域」(the choice in favour of a given forum, based on the conviction that the chosen forum is the most favourable one for the purpose of reaching a given result) (2013: 16)，以擴大利益、減少風險。

控訴方進行場域選擇之動機主要有三，其一，某爭端未能於一爭端解決機制妥善解決，故當事方尋求另一救濟機制；其二，爭端方未獲得有利於己的判決，可能為彌補先前訴訟所受的損失，或企圖以新的有利判決作為不執行先前判決之



理由；其三，為增加對手國訴訟負擔（何志鵬，雋薪，2011: 59-60; Allen & Soave, 2014: 20）。

近年來，出現多件投資人同時運用投資仲裁及 WTO 爭端解決機制，形成投資條約與 WTO 規範的互動關係（Allen & Soave, 2014: 4），此舉也將加深地主國的負擔（Lee, 2013: 439）。⁷³

值得注意的是，目前投資條約與 WTO 體系內部皆正視場域選擇之負面影響，而透過場域選擇條款來避免該問題，但 WTO 爭端與投資仲裁跨建制之場域選擇問題，目前卻未有相應之解決辦法（Lee, 2013: 439），更凸顯調和彼此程序之必要性。

三、投資人濫訴

因投資人可訴諸的爭端解決管道增加，致使投資人更易被補償（amendable）（Allen & Soave, 2014: 19）。再者，投資仲裁之管轄權規定較為寬鬆、限制較少（Lee, 2013: 428-429），⁷⁴且 WTO 爭端解決機制通常不會拒絕管轄權等因素，致提供投資人濫訴的空間，且亦對地主國構成壓力。⁷⁵此外，投資條約多半無禁止仲裁庭與其他爭端解決場域之平行訴訟，例如 ICC 與 SCC 等，如此一來，提交投資仲裁之機會很高，進而產生本文所討論之平行訴訟現象。

肆、知識性碎裂化引發之問題

一、投資仲裁之商務仲裁傳統

在本質方面，投資仲裁庭基於商業考量，往往以秘密方式進行仲裁程序（Garcia et al., 2015: 871-872），但投資仲裁判斷將對一國公共政策構成重大影響，若

⁷³ 如本案探討之四案例。

⁷⁴ 請參見第二章第一節第參部分「二、機制性碎裂化」。

⁷⁵ 某些學者倡議 WTO 應可開放個人提出訴訟，將造成 WTO 的爭端解決機制需處理過多訴訟案的負擔。WTO 小組及上訴機構對於是否可適用 BIT 之義務，尚未表達意見，不過機率應不大，因難以想像 WTO 破壞當前平衡，賦予私人在 WTO 提告之權利，此舉無異於一國採取單邊措施，為 WTO DSU 第 23.2 條(a)款明文禁止（Klopschinski, 2016: 229）。



透明化不足，難以取信於地主國及其人民。

二、判決不一致

WTO 規範與投資法之「知識性碎裂化」衍生之平行訴訟，也造成「事實認定衝突」與「條款解釋與適用衝突」等判決不一致之後果 (Allen & Soave, 2014: 15-16, 20)，⁷⁶一方面影響國際法體系之穩定與可預測性，另一方面亦對地主國構成龐大負擔。

「事實認定衝突」意指，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭對事實之不同法律解釋。因兩種爭端解決機制有不同提供證據之規則、程序，或爭端當事方有不同訴訟策略，使爭端解決機制對於同一國家所採的措施有「事實認定衝突」(Allen & Soave, 2014: 15)。

「條款解釋與適用衝突」意指，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭對於近似條款之不同解釋與適用方式 (Allen & Soave, 2014: 16)。WTO 與部分雙邊投資條約均有類似條款 (MSEs)。然而，MSEs 之規範內容並非完全相同；例如，在「同類產品」之定義上，兩種爭端解決機制有不同解釋：GATT 第 3 條與 BIT 皆有規定的國民待遇，但 GATT 規定不得給予外國同類產品低於「國內產品」之待遇；而 BIT 則規定不得給予「外國投資人與投資」較低待遇 (Allen & Soave, 2014: 16-17)。據此，由於 WTO 與 BIT 兩者目標不同，故相同條款之規範仍有些微不同，致 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭可能作出不同的法理解釋，或適用不同法規解決爭端。

以上判決不一致的現象 (Leal-Arcas, 2009: 73-74, 80, 124) 或「衝突法理」之現象 (ILC report, 2006: 12, 247; Lee, 2013: 435)，一方面影響仲裁機制的正當性 (Nguyen, 2008: 124)，也使法律明確性降低 (Abi-Saab, 1999: 922)。另一方面，如同機制性碎裂化之負面影響，敗訴方可因另一爭端勝訴作為辯護理由，而不遵守裁

⁷⁶ *Supra* note 19.



判 (Allen & Soave, 2014: 20)。

值得注意的是，因國際性司法機構間並無參考彼此判決之強制規範，故仲裁庭對體系之認知，即成為能否避免平行訴訟的關鍵。若仲裁庭自視為「自足建制」，重視內部法理之一致性，則各種建制間的衝突無法避免，如 ICTY 的「塔蒂奇案」(the Tadic case) 案即強調，除非另有特殊規定，每個法院都是自足的 (陳貞如，2012: 274)；⁷⁷相對地，若仲裁庭有體系的認知，則就易與其他仲裁庭所服膺之法理協調，避免判決不一致 (Waibel, 2014a: 8)。⁷⁸

三、救濟措施不一致

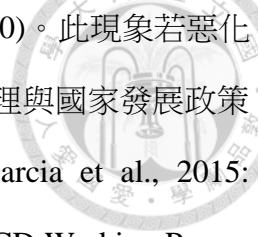
除此之外，如本章第一節對「知識性碎裂化」之討論，WTO 爭端解決機制與投資仲裁各有其救濟方式，展現了「知識性碎裂化」現象。然而，WTO 爭端與投資仲裁之救濟措施不同，若仲裁判斷與 WTO 小組皆判決地主國敗訴，地主國需同時負擔「前瞻性補償」與「回溯性補償」，負擔增加；而投資人則從兩種爭端解決場域獲利。因此，學者 Allen & Soave 指出，為免仲裁判斷與 WTO 小組判決不一致，兩種爭端解決機制有必要體察對方判斷與判決 (2014: 19)。

伍、ISDS 制度政治化

ISDS 政治化意指，ISDS 制度之運用可能衍生政治上的問題，包括投資仲裁影響國家主權，以及地主國運用其國籍公司提出仲裁等兩種問題。其一，仲裁庭處理的投資爭端案件，可能觸及地主國主權與政府管理能力及規制權，成為敏感議

⁷⁷ ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia). 1995. "Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction," ¶11. in <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Latest update 2 October 1995.

⁷⁸ 請參見第五章第二節第貳部分「投資法建制之結構改革」：無「遵循先例原則」對仲裁庭、國家、國際法體系產生不良影響。在仲裁庭方面，投資仲裁判斷無一致標準，仲裁員有較大裁量權；在國家方面，其在實施具公共利益性質的政策時無所依據 (Garcia, et al., 2015:873)，容易因違反投資條約，致負擔龐大的賠償金。此外，也影響各國規制權，因此產生正當性危機，故近年來漸有論者呼籲投資法建制應進入典範轉移，建立較健全的管理體系，加強公平性與法治 (Garcia, et al., 2015:861-876)；在國際法體系方面，除了不利於國際法體系之穩定與可預測性，也使投資法建制無法達到漸進演變 (progressive evolution) 之目標 (Garcia, et al., 2015:873)。



題。這在近來全球貿易保護興起之際，尤為嚴重 (Lee, 2013: 440)。此現象若惡化也不利於投資人。例如，有些國家較不願讓國際投資仲裁庭審理與國家發展政策相關之措施，致使許多國家如澳洲、歐盟 (Lin, 2013: 477; Garcia et al., 2015: 884-885) 於洽簽雙邊投資條約時，不願納入投資仲裁條款 (OECD Working Papers on International Investment, 2015: 7)，顯見 ISDS 制度為許多國家質疑。

其二，地主國也能以其國籍公司透過 ISDS 對投資人母國提交投資仲裁，有違雙邊投資條約保護在地主國投資人之初衷 (Lee, 2013: 440)。又，因政治或外交因素，投資人母國或地主國若不願於 WTO 提起貿易爭端程序 (Salacuse, 2010: 439)，各自之投資人仍可訴諸投資仲裁解決，使地主國與投資人母國仍處於緊張情勢，更有投資人凌駕其母國之嫌。

第三節 小結

本文所討論之 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，源於 WTO 規範與投資法所展現的國際法碎裂化現象。統一論與多元論對於國際法碎裂化之影響，立場大不相同，前者認為國際法碎裂化對國際法體系帶來負面影響，後者則認為國際法碎裂化所展現之多樣性，是國際法體系健全之象徵。

本文認為，從 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之發展而論，統一論與多元論兩種說法各有見地，各自反映國際法體系之部分面貌。一方面，WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟確實體現統一論之疑慮，亦即國際法碎裂化將帶來眾多負面影響，包括對國際法體系之影響 (Franck, 1995: 6)；與「規範性碎裂化」相關的規範衝突 (Lee, 2013: 443-444) 與準據法擴大現象 (Lin, 2016a: 306-312; Allen & Soave, 2014: 15-19, 53; Lee, 2013: 435)；與「機制性碎裂化」相關的場域選擇 (Allen & Soave, 2014: 4, 19-20; 胡美蓁, 2012: 20; Lee, 2013: 428-429, 439) 及濫訴可能；與「知識性碎裂化」相關的投資仲裁透明化不足、「事實認定衝突」與「條款解釋與適用衝

突」等判決不一致問題 (Allen & Soave, 2014: 15-16, 2; Leal-Arcas, 2009: 73-74, 80, 1240; ILC report, 2006: 12, 247; Lee, 2013: 435) 與救濟措施不一致 (Allen & Soave, 2014:19) 等問題，以及 ISDS 制度趨向政治化之問題 (Lee, 2013: 440)。

另一方面，二次大戰後「自足建制」蓬勃發展，貿易建制與投資建制即展現國際法碎裂化的三種面向 (Allen & Soave, 2014: 5-7)，吾人不可迴避國際法碎裂化之現實。

如同學者 Abi-Saab 所言，自足建制須以國際法統一性為基礎，始能正常運行 (1999: 925-926)。因此，在國際法碎裂化之現實面下，如何調和并行訴訟，以避免 WTO 規範與投資建制體現之國際法碎裂化帶來之負面影響，尤其重要。因此，下一章將分析兩種司法機制於實際之并行訴訟案例，涉及何種相似訴訟標的、并行訴訟是否產生本章所提及之負面影響，以及其如何調和并行訴訟等問題。



第三章 平行訴訟相關案例



本文第二章透過 Shany 對於管轄權重疊類型之分類，認為投資法與貿易法應屬於類型二。由於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟間，爭端主體與訴訟原因可能不同，難以認為符合管轄權重疊之定義。然而，仍無法否認兩種機制間的平行訴訟具有緊密相關性，且可能對國際法體系與地主國等造成許多不良影響。⁷⁹

國際社會與學界針對兩者之平行訴訟現象研究甚少，可能是因此類平行訴訟相關案例與現存法理不足之故。然而，由於「機制性碎裂化」及「規範性碎裂化」之現象，⁸⁰確實產生相關平行訴訟案例，顯示兩者之間確有可能產生平行訴訟。因此，透過相關案例之討論，除了解各平行訴訟所涉之爭議，更可釐清 WTO 爭端解決機制與仲裁庭如何處理平行訴訟，此也與本文兩個研究目的密切相關，包括平行訴訟之現象與平行訴訟調和研究。

因此，以下整理既有的四個相關案例，並再分為案例背景、平行訴訟皆涉及之訴訟標的與訴訟原因、案件發展與平行訴訟調和等四方面進行討論。

⁷⁹ 請參見第二章第一節第貳部分「國際性司法機構管轄權重疊類型」與第二節「平行訴訟引發之問題」之討論。

⁸⁰ 「規範性碎裂化」分為兩種：第一，某一措施分別違反投資法與貿易法之不同規範，而引發貿易法與其他專業法領域爭議；第二，各專業法建制之間具相似規範，使某措施亦受到多種專業法建制規範 (Pauwelyn, 2004: 905-906)。本文認為，依據 Shany 對管轄權之定義，複數爭端解決場域所處理之爭端，若爭端或爭端當事方相似或相關，始發生管轄權重疊 (2003: 24-28)。第一種情形既未符合管轄權重疊定義，又無訴訟程序之互動性及緊密關聯性，故本章以第二種規範碎裂化所生之平行訴訟案例，作為研究對象。

第一節、Australia — Tobacco Plain Packaging 案與 Philip Morris v. Australia 案



壹、案例背景

澳洲長期致力於菸害防制，並積極落實「世界衛生組織」(World Health Organization, WHO) 制定的「菸草控制框架公約」(the Framework Convention on Tobacco Control, FCTC)。2010 年 4 月 29 日，澳洲政府宣布，將採取菸草管制之系列措施，以促進公共健康、減少菸害。⁸¹

為落實上述措施，2011 年 4 月，澳洲政府公布「菸盒素面包裝法案」(the Tobacco Plain Packaging Bill 2011) 之草案，⁸²內容大幅參考 FCTC 第 11 條指導準則的建議，包括素面包裝措施、健康警語面積之要求 (羅懋緯，2015: 85)。其中素面包裝措施禁止廠商在澳洲販售之香菸產品使用商標。該法案亦詳細規定廠牌名稱位置、字形、尺寸及顏色 (經濟部貿易調查委員會，第 479 期)。此外，澳洲政府修正商標法，使「菸盒素面包裝法案」的內容優先於商標法之適用 (羅懋緯，2015: 86)。2011 年 11 月澳洲眾議院通過、2011 年 12 月 1 日頒布「菸盒素面包裝法案」(the Tobacco Plain Packaging Act 2011)，⁸³並於 2012 年 12 月 1 日正式實施。


84

⁸¹ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Australia's Response to the Notice of Arbitration, ¶¶ 21-22 (Dec. 21, 2011), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0666.pdf> [hereinafter - Australia's Response to the Notice of Arbitration, *Philip Morris v. Australia*].

⁸² Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Notice of Claim, ¶ 6 (June 22, 2011), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0664.pdf> [hereinafter - Notice of Claim, *Philip Morris v. Australia*].

⁸³ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration, ¶ 4.7 (Nov. 21, 2011), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf> [hereinafter - Notice of Arbitration, *Philip Morris v. Australia*].

⁸⁴ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 178 (Dec. 17, 2015),



近幾十年來，各國紛紛推動菸害防制法，相關規範也引發其他 WTO 爭端與投資仲裁。投資仲裁方面，2009 年烏拉圭政府發布菸盒包裝新規定，包括增加菸盒警語面積、加入指定警示圖案、禁止商標印有促銷或誤導之文字等。2010 年 2 月，總部設於瑞士之菸草公司 Philip Morris，依據「瑞士-烏拉圭雙邊投資協議」(Swiss-Uruguayan bilateral investment treaty) 對烏拉圭之香菸標示規定提出仲裁(經濟部貿易調查委員會，第 565 期; McGrady, 2012: 3-6; 羅懋緯，2015: 82-84)。

WTO 場域則有美國與印尼之「丁香香菸案」(*US — Clove Cigarettes*) (McGrady, 2012:2)。⁸⁵2009 年 9 月，美國推動「家庭吸菸防治與香菸管制法」(the Family Smoking Prevention Tobacco Control Act of 2009)。該法禁止有口味之香菸進口至美國，以達到降低青少年吸菸人口之目標。但此舉影響印尼丁香香菸對美國之貿易，因而引發 WTO 爭端(邱彥禎、蘇郁珊，政治大學經貿法訊，2015: 1-2)。⁸⁶

貳、訴訟涉及之相似訴訟標的與訴因

澳洲之「菸盒素面包裝法案」(訴訟標的) 引發之智慧財產權爭議(訴訟原因)，同時引起 WTO 爭端與投資仲裁兩種爭端解決程序，形成本文所討論之平行訴訟現象。


一、WTO 爭端解決機制方面

澳洲之「菸盒素面包裝法案」也引發多項 WTO 爭端。由於法人無法透過 WTO 提起爭端解決程序，故菸商 Philip Morris 向多明尼加支付法律費用，以透過多明尼

<http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1711> [hereinafter - Award on Jurisdiction and Admissibility, *Philip Morris v. Australia*].

⁸⁵ Panel Report, United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/R (Sept. 2, 2011); Appellate Body Report, United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R (Apr. 4, 2012).

⁸⁶ 該案小組及上訴機構均駁回美國的辯稱理由，其認為美國僅限制印尼製的丁香香菸進口，但美國製的薄荷香菸卻排除在外，已違反 WTO 相關規定(經濟部貿易調查委員會，第 479 期)。



加向澳洲提出控訴。⁸⁷2012 年 3 月，烏克蘭率先主張澳洲素面包裝的規定違反 WTO TRIPS 協定中商標使用及保護的規定，也違反「技術性貿易障礙協定」(Agreement on Technical Barriers to Trade，以下簡稱 TBT 協定) 等規定，故要求與澳洲進行諮商。2014 年 5 月爭端解決小組成立 (經濟部貿易調查委員會，第 479 期)。⁸⁸宏都拉斯、⁸⁹多明尼加、⁹⁰古巴、⁹¹印尼⁹²等四國，也指控澳洲「菸盒素面包裝法案」之規定違反 WTO TRIPS 協定之規定，並展開 WTO 訴訟程序 (經濟部貿易調查委員會，第 515 期)。

二、投資仲裁方面

澳洲之「菸盒素面包裝法案」嚴重影響 Philip Morris 之收益，其指出，素面包裝規定已侵害菸商之商標權；此外，素面包裝使仿冒菸品數量增加，也影響香菸業者的自由競爭；Philip Morris 又批評該法案非為達成政策目標之必要措施，蓋因科學研究並未證實素面包裝可降低年輕人吸菸 (經濟部貿易調查委員會，第 588 期)。鑑此，Philip Morris 首先向澳洲國內法院提起訴訟，認為該法案違反澳洲聯邦憲法 (Commonwealth of Australia Constitution Act) 有關財產權的規定。2012 年 8

⁸⁷ ASH. 2015. “World Trade Organization panel to hear oral arguments on Australia tobacco plain packaging case from June 1-5, 2015.” in <http://www.ash.org.uk/media-room/press-releases/:world-trade-organization-panel-to-hear-oral-arguments-on-australia-tobacco-plain-packaging-case-from-june-1-5-2015>. Latest update 1 June 2015.

⁸⁸ Request for consultations by Ukraine, Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS434/1 (Mar. 15, 2012). (2015/5/29，小組經烏克蘭要求，根據 DSU 第 12.12 條，此爭端暫停程序。2016 年 5 月 30 日此案已逾時效，故管轄權消失。)

⁸⁹ Request for consultations by Honduras, Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS435/1 (Apr. 10, 2012). (May 2014 小組成立，預計 2016 年底發布小組報告)。

⁹⁰ Request for consultations by the Dominican Republic, Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS441/1 (July 23, 2012). (May 2014 小組成立，預計 2016 年底發布小組報告)。

⁹¹ Request for consultations by Cuba, Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS458/1 (May 7, 2012). (May 2014 小組成立，預計 2016 年底發布小組報告)。

⁹² Request for consultations by Indonesia, Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS467/1 (Sept. 25, 2013). (May 2014 小組成立，預計 2016 年底發布小組報告)。

月 15 日，澳洲高等法院判決，「菸盒素面包裝法案」並未違反該公司的智慧財產權，判決理由則於同年 10 月公布 (Williams, 2012)。⁹³

在投資仲裁方面，Philip Morris 也透過投資仲裁來爭取權益。Philip Morris 透過其香港子公司 Philip Morris Asia Limited，主張澳洲「菸盒素面包裝法案」影響其在澳洲之投資。⁹⁴2011 年 6 月 22 日，Philip Morris 香港子公司 Philip Morris Asia Limited，依據 1993 年「香港—澳洲投資保障條約」第 10 條，提出仲裁聲明 (Notice of claim)；⁹⁵2011 年 11 月，其透過香港子公司 Philip Morris Asia Limited 依據 1993 年「澳洲香港投資保障協定」第 10 條及「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」第 3 條，向澳洲政府提出投資仲裁。⁹⁶Philip Morris Asia Limited 主張，Philip Morris 商品品牌是該公司業務核心，可供消費者辨識、區別其他廠牌之商品，且能帶來商業利益。⁹⁷而「菸盒素面包裝法案」禁止在菸盒上使用菸商之商標，已侵害 Philip Morris 之商標權，Philip Morris Asia Limited 於澳洲之投資利益因此受損。⁹⁸

參、案件進展

一、WTO 爭端解決機制方面

目前尚無法獲悉小組報告之推論。對於烏克蘭提起之爭端解決程序，小組原訂 2016 上半年發布報告，但 2015 年 5 月 28 日，烏克蘭依據 DSU 第 12.12 條暫停程序，以尋求「彼此滿意的解決方式」。2015 年 5 月，小組經烏克蘭要求，根據 DSU 第 12.12 條，暫停此爭端之程序。2016 年 5 月，此案因已逾時效，WTO 對該

⁹³ 請參見：JT International SA v. Commonwealth of Australia [2012] HCA 43, ¶¶ 355-372 (Oct. 5, 2012). 高等法院認為，相關措施需同時有貶損特定人之財產，並使其他人受益，始能稱作違反財產權。

⁹⁴ Australia's Response to the Notice of Arbitration, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 81, ¶ 4.

⁹⁵ Notice of Claim, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 82, ¶ 1.

⁹⁶ Notice of Arbitration, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 83, ¶¶ 1.1-1.2.

⁹⁷ *Id.* at ¶ 1.4.

⁹⁸ *Id.* at ¶¶ 1.5-1.6.

爭端之管轄權消失。而宏都拉斯、多明尼加、古巴、印尼等國提起之爭端解決程序，仍待 2016 年底小組報告發布，始能釐清小組推論。



二、投資仲裁方面

(一) 澳洲政府的三項「先決反對意見」

澳洲提出三項「先決反對意見」(preliminary objections) 之程序性爭議，質疑仲裁庭對此案有管轄權，⁹⁹分述如下：

1. Philip Morris Asia Limited 重整公司控股構成「權利濫用」

其一，Philip Morris Asia Limited 在素面包裝相關措施於 2010 年 4 月 29 日剛宣布之時，尚未對 Philip Morris Australia 進行投資。有基於此，Philip Morris Asia 主張之投資損害，非為「澳洲香港投資保障協定」第 10 條所保障之「投資」。¹⁰⁰2011 年 2 月，Philip Morris Asia Limited 重整公司控股 (corporate restructuring)，使香港公司取得 Philip Morris Australia 股份，致香港公司具有在澳洲投資之投資人身分，而得以援引 1993 年「澳洲香港投資保障協定」，對澳洲提出投資仲裁。澳洲主張，由於此舉已構成「權利濫用」(an abuse of rights)，¹⁰¹故仲裁庭應拒絕管轄權，或不受理此案。¹⁰²

2. Philip Morris Asia 尚未依「澳洲香港投資保障協定」獲得投資條約保護

Philip Morris Asia 尚未依「澳洲香港投資保障協定」第 1 條第 e 項之取得投資條約之保護，即提出此爭端。第 1 條第 e 項規定，「投資」須被相關締約方承認 (they are "admitted" by the relevant Contracting Party)，始能受到保護。¹⁰³

⁹⁹ Australia's Response to the Notice of Arbitration, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 81, ¶ 29; Permanent Court of Arbitration, Press Release. 2016. "Philip Morris Asia Limited Hong Kong v. The Commonwealth of Australia." in <http://www.pcacases.com/web/view/5>. Latest update 16 May 2016.

¹⁰⁰ Australia's Response to the Notice of Arbitration, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 81, ¶ 30-31.

¹⁰¹ *Id.* at ¶¶ 30-31.

¹⁰² *Id.* at ¶¶ 30-31.

¹⁰³ *Id.* at ¶ 32; Permanent Court of Arbitration, *supra* note 99.



3. 傘狀條款無法擴大 BIT 義務

Philip Morris Asia Limited 指出，澳洲之系爭措施因違反 WTO 內括協定，包括 TRIPS 協定、TBT 協定與「巴黎公約」(Paris Convention)，亦構成 BIT 第 2 條第 2 項 FET 或傘狀條款之違反。¹⁰⁴澳洲政府則認為，即便認為第 2 條第 2 項可擴大仲裁庭之管轄權，而可審理澳洲與其他國家之多邊條約，然而若投資仲裁庭做出與其他爭端解決機制衝突之認定，則非 BIT 之爭端解決條款原意。¹⁰⁵此外，澳洲政府認為，傘狀條款的定義與範圍仍有爭議，且傘狀條款並不涵蓋地主國於多邊條約下的一般義務，應僅限於投資義務。¹⁰⁶

(二) 投資仲裁庭判斷

2015 年 12 月仲裁庭公布其判斷，並於 2016 年 5 月 16 日公布仲裁判斷內容，其中，投資仲裁庭拒絕對本案行使管轄權。¹⁰⁷仲裁庭反對第二項主張，且未說明第三項傘狀條款問題，但支持第一項「權利濫用」主張。¹⁰⁸

對於 Philip Morris Asia 可預期訴訟產生，而進行公司重組之指控，Philip Morris Asia 主張，其無法預知 2011 年 11 月之訴訟產生；且其並非因預期訴訟產生，而進行公司重組，乃因公司有擴大集團、節稅等考量（經濟部貿易調查委員會，666 期）。但仲裁庭認為，2010 年 4 月 29 日澳洲政府公布素面包裝之系列措施後，即已具備爭訟可預期性；此外，Philip Morris Asia 並無證據證明公司重組係因公司有擴大集團、節稅等考量。¹⁰⁹因此，Philip Morris 進行公司重組時，已可「合理預期」(a reasonable prospect) 本仲裁爭端即將發生，且公司重組之主要目的是為獲得該投資條約之保障，故仲裁庭認定此舉構成「濫用權利」。鑑此，本案仲裁庭不受理本案，並拒絕對本案行使管轄權。¹¹⁰

¹⁰⁴ Australia's Response to the Notice of Arbitration, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 81, ¶¶ 33-34.

¹⁰⁵ *Id.* at ¶ 35.

¹⁰⁶ *Id.* at ¶¶ 57-58.

¹⁰⁷ Permanent Court of Arbitration, *supra* note 99.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 84, ¶¶ 586-587.

¹¹⁰ Permanent Court of Arbitration, *supra* note 99; Business Wire. 2015. "Philip Morris Asia Limited Comments on Tribunal's Decision to Decline Jurisdiction in Arbitration Against Commonwealth of



肆、平行訴訟調和

一、爭端各方無提出平行訴訟調和之主張

本案由澳洲「菸盒素面包裝法案」所引起之 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，因爭端各方均未能提出平行訴訟調和之主張，故無法觀察實例中，兩種機制如何調和_parallel訴訟。

WTO 方面，目前亦尚無法獲悉小組報告之推論。然而，由於爭端各方均未能提出調和_parallel訴訟之主張，考慮到 WTO 一貫的「管轄獨立主義」(Henckels, 2008: 571)，小組對兩種機制_parallel訴訟表達意見之可能性並不高。


在投資仲裁方面，投資仲裁之提出先於 WTO 爭端，因此澳洲所提出三項「先決反對意見」，均無涉_parallel訴訟之調和，仲裁庭自無從探討管轄權或_parallel訴訟的問題，殊為可惜。再者，因 Philip Morris 進行公司重組以獲得投資條約之保護，投資仲裁庭認為此舉構成「權利濫用」，而於程序階段認定對本案無管轄權。因此，自無法從本例觀察兩種機制如何調和_parallel訴訟。

二、本例仍凸顯_parallel訴訟帶來之弊端

然而，本例仍可觀察_parallel訴訟帶來之弊端與投資仲裁程序本身之缺失。概分為以下五點。

其一，投資仲裁律師多由商務仲裁律師組成，其對於影響地主國為公共政策目的所作之措施，未必能給予尊重，例如本案即涉及地主國欲遵守 FCTC 條約，卻可能違反雙邊投資條約之規範衝突的問題 (羅懋璋，2015: 103)。

Australia Over Plain Packaging” in <http://goo.gl/0THmGg>. Latest update 17 December 2015; Investment Treaty News. 2016. “Philip Morris Fails in PCA Arbitration against Australia over Plain Packaging Laws.” in <https://www.iisd.org/itn/2016/02/29/philip-morris-fails-in-pca-arbitration-against-australia-over-plain-packaging-laws/>. Latest update 29 February 2016; Award on Jurisdiction and Admissibility, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 84, ¶ 588.



其二，Philip Morris 透過澳洲高等法院、WTO 與 PCA 等三種途徑，尋求救濟，凸顯「場域選擇」的問題 (Garcia et al., 2015: 868-869)，亦即 Philip Morris 利用國際法模糊地帶之現象及多重爭端解決場域之策略，以遂行其目標 (Ranjan, 2014)。其中值得注意的是，Philip Morris 公司於 WTO 無適格性，但卻透過付法律費用給國家，向澳洲提出控訴，此舉嚴重濫用場域，將成為未來隱憂。

其三，投資保障條約給予投資人控告地主國的權力，致使地主國往往處於被動的地位 (羅懋璋，2015: 103-104; Scully-Hill & Mahncke, 2009: 133-156)。

其四，本例中，投資人 Philip Morris Asia Limited 透過該投資條約之 FET 或傘狀條款，繼而主張澳洲之系爭措施因違反 WTO 內括協定，而有違該投資條約，¹¹¹此凸顯了規範性碎裂化下的準據法擴大現象。此外，由本例爭端各方之主張，準據法擴大現象確可能衍生問題，例如判決不一致或透過傘狀條款擴張管轄權而審理外來國際條約。值得注意的是，透過傘狀條款擴張管轄權更有增加平行訴訟之可能。對於投資人 Philip Morris Asia Limited 之主張，地主國澳洲顯採保守態度，要求投資仲裁庭於審理外來條約時，不得背離 BIT 之爭端解決條款原意，¹¹²且傘狀條款應僅限於地主國於多邊條約下的投資義務。¹¹³因此，從地主國之態度觀察，規範性碎裂化下的準據法擴大現象，可能衍生問題，而應加以避免。

其五，投資仲裁之提起可能影響地主國規制權與管理能力，且當前的投資法建制本身無從解決此問題 (Garcia et al., 2015: 869; Lee, 2013: 440)。美國菸商 Philip Morris 依據「澳洲香港投資保障協定」，對澳洲提告，指控澳洲之「菸盒素面包裝法案」影響 Philip Morris Australia 與 Philip Morris Ltd 之商標與商譽等智慧財產權。可預見的是，此投資仲裁將不利於澳洲為菸害防治之目標。此投資仲裁案似也產生擴散效果，例如南非、愛爾蘭與紐西蘭等多國，原也有意研擬並推動素面包裝法案，惟均一度暫緩執行法案 (Trakman, 2012)。

¹¹¹ Australia's Response to the Notice of Arbitration, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 81, ¶¶ 33-34.

¹¹² *Id.* at ¶ 35.

¹¹³ *Id.* at ¶¶ 57-58.

第二節 Canada — Feed-In Tariff Program 案與 Mesa Power v. Canada 案



壹、案例背景

因氣候變遷的問題、環保意識高漲的社會氛圍，以及再生能源成本較高的問題，許多國家不得不制定獎勵方案，以鼓勵綠能產業之發展（林怡臻、郭于榛，2010:7）。

許多政府提供再生能源獎勵方案，本例即為其中之一。2009 年加拿大 OPA 通過「綠色能源及綠色經濟法案」(Green Energy and Green Economy Act)，並依該法推行「FIT 計畫」(趙思博，2013: 8-9)。其中，「FIT 計畫」又依發電規模，區分「FIT 契約」與「micro FIT 契約」。¹¹⁴該計畫要求，參與之廠商在設計與製造再生能源設備時，需符合自製率要求，始能於再生能源收購契約維持期間，獲得加拿大 OPA 保證優於市場電價收購。¹¹⁵而收購契約為期 20 年或 40 年。有關詳細的自製率規定，「FIT 契約」要求當地生產之風力發電機與太陽能板等綠能設備符合自製率規定；「micro FIT 契約」則僅要求太陽能發電廠需符合自製率要求規定。¹¹⁶

貳、訴訟涉及之相似訴訟標的與訴因

前述之加拿大「FIT 計畫」規範，由國營企業 OPA 執行，包括設定價格與契

¹¹⁴ Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, ¶ 1.3, WT/DS412/AB/R (May 6, 2013) [hereinafter - Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*]; Appellate Body Report, *Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS426/AB/R (May 6, 2013).

¹¹⁵ *Id.* at ¶¶ 1.3, 4.20-21.

¹¹⁶ *Id.* at ¶ 1.4; FIT 規則 (FIT Rules) 之自製率要求已經歷多次修改，最新版本為 FIT Rules Version 4.0.2，已無自製率之要求。而 2011 年日本與歐盟提出本案時，所爭執之自製率要求，請參見 FIT Rules Version 1.5.1. 第 6.4 條 規 定：
http://fit.powerauthority.on.ca/sites/default/files/FIT%20Rules%20Version%201%205%201_Program%20Review_0.pdf.



約管理。¹¹⁷而此計畫同時引發 WTO 爭端與投資爭端平行訴訟，兩項訴訟程序皆處理之爭議為「FIT 計畫」(訴訟標的)，但在訴訟原因方面，WTO 爭端涉及國民待遇義務爭議，而投資仲裁涉及自製率要求。

一、WTO 爭端解決機制方面

此計畫先後引發日本與歐盟指控，加拿大 OPA 的「FIT 計畫」及其自製率規定違反多項 WTO 多邊協定之規範。¹¹⁸因日本與歐盟提起小組成立之時間相近，因而合併訴訟，於 2012 年 1 月成立小組。¹¹⁹本案引發之日本與歐盟爭議歸納如下。

(一) 加拿大 OPA 之「FIT 計畫」及其自製率規定而引發之疑慮

其一，參與「FIT 計畫」之再生能源電廠業者，為取得政府保證價格收購之電價，會達成自製率要求，因而傾向優先購買安大略省之發電設備，「使進口之發電設備於安大略省之銷售、販賣、購買、運輸、配銷或使用，受到低於安大略省同類產品之待遇」(林怡臻、郭于榛，2010: 8)。日本及歐盟因而稱其發電設備受到較低待遇，違反 GATT 第 3.4 條國民待遇。¹²⁰其二，「FIT 計畫」為與貿易有關的投資措施 (TRIMs)，蓋因「FIT 計畫」以購買或使用安大略省當地之綠能產業相關設備或零件為前提。¹²¹而依 TRIMs 協定第 2.1 條規定，會員不得採取與 GATT 第 3.4 條國民待遇或第 11.1 條普遍數量限制牴觸之與貿易有關的投資措施。因此，若會

¹¹⁷ Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Notice of Intent to Arbitrate, ¶ 5, (July 6, 2011), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1168.pdf> [hereinafter - Notice of Intent to Arbitrate, *Mesa Power v. Canada*].

¹¹⁸ Panel Report, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, ¶¶ 3.1, 8.3, WT/DS412/R (Dec. 19, 2012) [hereinafter - Panel Report, *Canada — Renewable Energy*]; Panel Report, *Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS426/R (Dec. 19, 2012).

¹¹⁹ *Id.* at ¶ 1.7.

¹²⁰ *Id.* at ¶¶ 3.1, 3.4, 8.3;

GATT 1994 第 3.4 條: The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.

¹²¹ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.70; Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶ 5.3.

員違反與 GATT 第 3.4 條國民待遇或第 11.1 條普遍數量限制之規定，將違反 TRIMs 協定第 2.1 條。¹²²

對於有無違反 GATT 第 3.4 條方面，加拿大主張，「FIT 計畫」符合 GATT 第 3.8 條(a)款政府採購之定義，而可免受 GATT 第 3.4 條之義務拘束。¹²³此計畫係基於獲得穩定供電之政策目的，且加拿大認為，具有獲利之意圖始能稱為「商業轉售」(commercial resale)。然而，「FIT 計畫」所生產之電力非用於商業轉售目的，據此，FIT 作為政府採購，可豁免於國民待遇義務。¹²⁴然而，歐盟與日本皆不認為「FIT 計畫」等相關措施屬於政府採購措施。日本及歐盟也反對獲利是判定商業轉售的必要條件。¹²⁵此外，歐盟指出，「FIT 計畫」屬貿易有關的投資措施，且此種與貿易有關的投資措施，為 TRIMs 協定第 2.2 條與附件「例示清單」所禁止，故無法適用 GATT 第 3.8 條(a)款之豁免規定，仍構成 GATT 第 3.4 條措施之違反。¹²⁶

(二)「補貼」(subsidy) 爭議

對於符合自製率規定之再生能源廠商，加拿大政府或公立機構給予保證電力收購價格，使再生能源廠商會偏好購買國內生產之設備，此舉構成 SCM 協定第 1.1

¹²² Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶¶ 3.1, 3.6;

GATT 1994 第 11.1 條: No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party;

TRIMs 協定第 2 條 (National Treatment and Quantitative Restrictions):

1. Without prejudice to other rights and obligations under GATT 1994, no Member shall apply any TRIM that is inconsistent with the provisions of Article III or Article XI of GATT 1994.
2. An illustrative list of TRIMs that are inconsistent with the obligation of national treatment provided for in paragraph 4 of Article III of GATT 1994 and the obligation of general elimination of quantitative restrictions provided for in paragraph 1 of Article XI of GATT 1994 is contained in the Annex to this Agreement.

¹²³ GATT 1994 第 3.8 條(a)款: The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale; Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.86.

¹²⁴ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.86.

¹²⁵ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.146; Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶ 5.70.

¹²⁶ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.80.

條所稱之「補貼」，也違反 SCM 協定第 3.1 (b)與 3.2 條。¹²⁷有關「補貼」定義，聚焦於兩點爭執：其一，政府或公立機構保證優於市場電價收購，是否構成「財務補貼提供」(financial contribution)，而違反 SCM 協定第 1.1 (a) (1) (i)條「資金直接移轉」(direct transfer of funds)？其二，政府或公立機構保證優於市場電價收購，參與計畫之再生能源發電廠業者是否「受有利益」(benefit)，而違反 SCM 協定第 1.1 (b) 條？¹²⁸

二、投資仲裁方面

美商 Mesa Power Group 主張，OPA 在授予「電力採購契約」方面，具武斷性與歧視性 (an arbitrary and discriminatory manner)，其一，OPA 實施 FIT 計畫時，以自製率作為評估與授予再生能源收購契約的條件 (Global Affairs Canada, 2016)；其二，安大略省為限縮市場進入權利，未經通知與正當程序，即更動「FIT 計畫」規範，¹²⁹且此種改變具有歧視性，使 Mesa Power Group 無法再進行其風力發電

¹²⁷ Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, supra note 114, ¶ 1.6.

¹²⁸ 小組認為，對於「FIT 計畫」衍生之保證電力收購價格補貼爭議，需先釐清系爭措施有無補貼。在「財務提供」(financial contribution)方面，日本與歐盟認為「FIT 計畫」為 SCM 協定第 1.1(a)(1) (i)條所稱之「資金直接移轉」；同時，兩國也認為「FIT 計畫」構成 SCM 協定第 1.1 (a) (2) 條所稱之「價格支持」(income or price support) (Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, supra note 118, ¶ 7.169.)。然而，加拿大認為系爭措施為 SCM 協定第 1.1(a) (iii)條所稱之「政府採購商品」(government purchases of goods) (*Id.* at ¶ 7.181.)。小組支持加拿大之說法，認為「FIT 計畫」為 SCM 協定第 1.1(a) (iii) 條所稱之「政府採購商品」，而非控訴國所稱之「直接資金移轉」。另基於訴訟經濟之考量，由於小組已認定系爭措施屬於「政府採購商品」，故未進一步審理「價格支持」之主張 (趙思博，2013: 10; *Id.* at ¶¶ 7.243, 7.248-249.)。

在補貼定義方面，另需考量「FIT 計畫」等系爭措施是否「授予利益」。在認定有無 SCM 協定第 1.1 條(b)款所稱「授予利益」時，控訴國提議多種「電力批發競爭市場」(competitive wholesale electricity markets) 價格基準 (price benchmarks)，以進行價格比較。小組同意 SCM 協定第 14 條(d)款，以一基準市場進行批發市場利益分析。控訴國認為，在安大略省之「電力批發競爭市場」之下，再生能源發電廠商需透過「FIT 計畫」等措施，才得以營運，故系爭措施確實授予更多利益給參與計畫之廠商，而符合「授予利益」之定義 (*Id.* at ¶¶ 7.275-276.)。然而，小組認為，安大略省之「電力批發競爭市場」並非一有效競爭市場，相反地，應視 OPA 之「電力批發競爭市場」為安大略省政策下的電力系統，其政策目的透過政府干預，吸引穩定電力之投資 (*Id.* at ¶ 7.312.) 及維持安全的永續能源。因此，小組認為控訴國提出之多種基準市場，均不適合進行利益分析 (*Id.* at ¶ 7.308.)。小組認同之基準市場為，對於同一領域計畫之成本與參與「FIT 計畫」廠商所得利益兩者進行比較。然而由於當前無法獲得足夠資訊，無法完成分析 (*Id.* at ¶¶ 7.323, 7.326.)。由於當前多種基準市場不適合進行利益分析，小組因而不認為，「FIT 計畫」等相關措施屬於 SCM 協定第 1.1(b) 條「授予利益」(*Id.* at ¶ 7.328 (ii).)。

¹²⁹ Notice of Intent to Arbitrate, *Mesa Power v. Canada*, supra note 117, ¶ 1.



廠相關計畫 (Global Affairs Canada, 2016)。

Mesa Power Group 於加拿大安大略省有 4 座風力發電廠，¹³⁰但因安大略省上述措施，而無法獲得 FIT 電力採購契約，並遭受嚴重損失。¹³¹Mesa Power Group 遂於 2011 年 7 月，控告加拿大 OPA 違反 NAFTA 第 11 章之義務。其指控，加拿大於「同類情況」(in like circumstances) 下給予加拿大公司與當地之韓國子公司較佳待遇，已違反第 1102 條國民待遇；於「同類情況」下，加拿大提供予當地之韓國子公司較佳待遇，業已違反 1103 條最惠國待遇規範；再者，加拿大未經正常程序，並以不透明、武斷與歧視之方式變更「FIT 計畫」下的規範，且未給予 Mesa Power Group 公平待遇，已違反第 1105 條之最低標準待遇；此外，加拿大以自製率要求作為獲准再生能源收購契約之條件，而有違第 1106 條之績效要求等規定。

132

參、案件進展

由本節第貳部分討論可知，WTO 爭端與投資爭端兩項訴訟程序，皆處理「FIT 計畫」下的自製率要求所引發之爭議。然而，兩項程序之爭端各方，因自製率之要求所主張違反之條約義務，並不相同。申言之，WTO 爭端中，日本與歐盟主張「FIT 計畫」下的自製率要求造成其發電設備之銷售、販賣、購買等，受到低於當地電廠業者享有之待遇，故自製率要求違反 GATT 第 3.4 條國民待遇。¹³³另一方面，投資仲裁中，美商 Mesa Power Group 係主張，加拿大以自製率要求作為授予再生能源收購契約之條件，違反 NAFTA 第 1106 條之績效要求。¹³⁴顯見，兩種訴訟程序主張之義務違反，並不相同，兩種程序似無產生重複審理之問題。再者，WTO

¹³⁰ *Id.* at ¶ 2.

¹³¹ Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award or other decision, ¶ 207 (Mar. 24, 2016), <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1675> [hereinafter - Award or other decision, *Mesa Power v. Canada*].

¹³² Notice of Intent to Arbitrate, *Mesa Power v. Canada*, , *supra* note 117, ¶¶ 24-28.

¹³³ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶¶ 3.1, 3.4, 8.3.

¹³⁴ Notice of Intent to Arbitrate, *Mesa Power v. Canada*, , *supra* note 117, ¶ 25.

爭端與投資仲裁之訴訟主體不同，前者為日本與歐盟對加拿大之指控，後者為美國投資人對加拿大政府之控訴。因此，為保障當事國於條約下的權利與義務（張愷致，2012:33-35），WTO 會員國與投資人自可提起訴訟，似無調和兩種程序之必要。

此外，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭於本例中，亦呈現各自審理爭端當事方主張之現象。WTO 爭端與投資仲裁之判決與判斷，皆未涉及訴訟程序間之調和等程序性爭議，因此，考量上述兩機制各自之推論於本研究之相關性有限，以下僅對兩機制之案件進展擇要說明之。

一、WTO 爭端解決機制方面

針對控訴方提出之主張，小組及上訴機構釐清以下問題，概分為以下四點：「FIT 計畫」是否屬於 TRIMs 所稱之與貿易相關措施；違反 TRIMs 第 2.1 條、2.2 條與附件「例示清單」，是否即構成 GATT 第 3.4 條國民待遇義務之違反；「FIT 計畫」能否適用 GATT 第 3.8 條(a)款之要件而豁免 GATT 第 3.4 條之義務；與「FIT 計畫」保證電力價格是否違反 SCM 協定等問題。

一、「FIT 計畫」之相關措施是否為 TRIMs 所稱與貿易相關之措施。¹³⁵小組認為，「FIT 計畫」及自製率規定，屬於與貿易有關之投資措施。¹³⁶

二、違反 TRIMs 第 2.1 條、2.2 條與附件「例示清單」，是否即構成 GATT 第 3.4 條國民待遇義務之違反，且無 GATT 第 3.8 條 (a)款豁免範圍 (scope) 條款之適用餘地。¹³⁷小組指出，TRIMs 第 2.2 條並未對 WTO 會員施加義務，僅用來闡釋第 2.1 條。¹³⁸因此，考慮 TRIMs 第 2.1 條的文字後，不應直接推定，符合 TRIMs 第 2.2 條與附件「例示清單」之貿易有關的投資措施必違反 GATT 第 3.4 條，相反地，應有 GATT 第 3.8 條(a)款之適用空間，來認定該與貿易有關的投資措施是否符合第

¹³⁵ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.108.

¹³⁶ *Id.* at ¶ 7.112.

¹³⁷ *Id.* at ¶ 7.113.

¹³⁸ *Id.* at ¶ 7.119

3.8 條(a)款，而豁免國民待遇義務。¹³⁹上訴機構則認為，小組並未錯誤解釋 TRIMs 第 2.1 與第 2.2 條及附件「例示清單」，事實上小組僅進行解釋，以協調這些條款與 GATT 第 3 條之間的問題。¹⁴⁰此外，依據 TRIMs 第 2.1 條前言之規定，可知 TRIMs 並無意透過 GATT 第 3.8 條「範圍條款」來減損 GATT 之義務。¹⁴¹綜上所述，上訴機構同意小組見解，TRIMs 第 2.2 條及附件「例示清單」之措施，亦即「FIT 計畫」及相關措施，仍有 GATT 第 3.8 條(a)款之適用空間。¹⁴²

三、若無法阻止第 3.8 條(a)款之豁免範圍條款之適用，本案事實是否符合該條要件，而可適用？¹⁴³ 小組檢視第 3.8 條(a)款後，認為「FIT 計畫」中，OPA 保證電價收購電力，涉及「商業轉售」(with a view to commercial resale) 目的，小組即推定無「政策目的」(governmental purposes) 之政府採購，¹⁴⁴也因此未符合 GATT 第 3.8 條(a)款之要件，無法豁免於國民待遇義務。¹⁴⁵小組認為，基於「政策目的」之政府採購與商業轉售之政府採購，不能同時發生，故若無商業轉售之政府採購，即推定為「政策目的」之政府採購，而得以適用 GATT 第 3.8 條(a)款；¹⁴⁶若有商業轉售之政府採購，即推定無「政策目的」之政府採購，也無法適用 GATT 第 3.8 條(a)款。¹⁴⁷

小組繼續推論，「FIT 計畫」之自製率規定以「購買或使用」(purchase or use) 本地來源商品為前提，外國電廠業者又依自製率獲取利益 (obtain an advantages)，故為 TRIMs 第 2.2 條及附件「例示清單」段落 1(a)禁止。¹⁴⁸據此，小組認為，「FIT 計畫」自製率規定不符合 TRIMs 第 2.2 條及附件「例示清單」，而有違 GATT 第

¹³⁹ *Id.* at ¶¶ 7.120-7.121.

¹⁴⁰ Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶ 5.28.

¹⁴¹ *Id.* at ¶ 5.27.

¹⁴² *Id.* at ¶ 5.29.

¹⁴³ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.113.

¹⁴⁴ 小組認為，根據 GATT 第 3.8 條(a)款之規定，基於「政策目的」之政府採購與商業轉售之政府採購，不能同時發生，故若無商業轉售之政府採購，即推定為「政策目的」之政府採購，而得以適用 GATT 第 3.8 條；若有商業轉售之政府採購，即推定無「政策目的」之政府採購，也無法適用 GATT 第 3.8 條 (*Id.* at ¶ 7.145)。

¹⁴⁵ *Id.* at ¶¶ 7.145, 7.152.

¹⁴⁶ *Id.* at ¶ 7.145.

¹⁴⁷ *Id.* at ¶ 7.145.

¹⁴⁸ *Id.* at ¶ 7.166.

3.4 條。¹⁴⁹而又因「FIT 計畫」之自製率規定已違反 GATT 第 3.4 條，故本案也違反 TRIMs 第 2.1 條有關國民待遇之規定。¹⁵⁰

然而，上訴機構不認同小組見解，上訴機構認為，「政策目的」與「非為商業轉售」兩者為累積適用要件 (cumulative requirements)，須同時檢視是否符合此兩種要件。¹⁵¹兩項要件須符合，「FIT 計畫」等相關措施始能適用 GATT 第 3.8 條(a)款國民待遇義務豁免；若有一項要件未符合，即無法適用 1994 第 3.8 條(a)款國民待遇義務豁免。因此，上訴機構認為，小組未依第 3.8 條之兩種要件進行推論。¹⁵²

就是否符合 GATT 第 3.8 條(a)款而可適用方面，針對「FIT 計畫」及其措施是否為「政府機構採購物品之法律、規範與要求」(laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased)，小組與上訴機構之解釋亦不相同。上訴機構認為，「政府採購物品」指政府基於「FIT 計畫」所購買之電力，而非指因自製率要求而受到較低待遇的發電設備，¹⁵³故政府採購物品之「法律、規範與要求」應僅指「FIT 計畫」，似無包含自製率要求之規定。但小組認為，自製率要求之下購買國內發電設備，為加拿大政府購電承諾之前提，因此發電設備與電力之間有緊密關係 (close relationship)，亦應視自製率要求為政府採購之「法律、規範與要求」規定，屬於 GATT 第 3.8 條(a)款之範疇。¹⁵⁴上訴機構則反駁小組見解，並指出自製率要求並無法歸類成政府機關採購之「法律、規範與要求」，故本案無法適用 GATT 第 3.8 條(a)款之豁免條款。¹⁵⁵

綜上，小組與上訴機構都不認為「FIT 計畫」及相關措施符合 GATT 第 3.8 條(a)款豁免條款，故不得適用之。¹⁵⁶小組所持理由為，「FIT 計畫」中，OPA 保證電

¹⁴⁹ *Id.* at ¶ 7.166.

¹⁵⁰ *Id.* at ¶ 7.166.

¹⁵¹ Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶ 5.69.

¹⁵² *Id.* at ¶¶ 5.69-5.70.

¹⁵³ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.64; Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶ 5.75.

¹⁵⁴ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶¶ 7.127, 128, 152; Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶ 5.79.

¹⁵⁵ Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶ 5.79.

¹⁵⁶ *Id.* at ¶ 5.84.



價收購電力，涉及商業轉售目的，即推定無「政策目的」之政府採購；而上訴機構則認為，「FIT 計畫」下的自製率要求與發電設備非 GATT 第 3.8 條(a)款所稱之「採購物品」。¹⁵⁷

四、處理 SCM 協定之爭議。¹⁵⁸「FIT 計畫」尚衍生保證電力收購價格之補貼爭議，並在小組及上訴機構報告中詳細討論，然此實體爭議與本文探討之平行訴訟涉及爭議較無關，故於此不詳述。

綜合以上推論，上訴機構認為，自製率要求並無法歸類成政府機關採購之「法律、規範與要求」，而無法適用 GATT 第 3.8 條(a)款之豁免條款。¹⁵⁹故上訴機構同意小組報告認定，認為「FIT 計畫」已違反 GATT 第 3.4 條及 TRIMs 第 2.1 條，¹⁶⁰且「FIT 計畫」之自製率規定也違反 GATT 第 3.4 條及 TRIMs 第 2.1 條。¹⁶¹此外，鑑於加拿大並未對此小組報告內容進行上訴，¹⁶²故上訴機構維持小組之認定，「FIT 計畫」之自製率要求致使外國設備遭到歧視待遇，故加拿大違反 GATT 第 3.4 條與 TRIMs 第 2.1 條。¹⁶³又因「FIT 計畫」之購電承諾並未造成外國電力歧視待遇，自無違 GATT 第 3.4 條規定，而無須適用 GATT 第 3.8 條豁免條款。¹⁶⁴

綜上所述，上訴機構維持小組結論，「FIT 計畫」下的自製率要求違反 GATT 第 3.4 條與 TRIMs 第 2.1 條。¹⁶⁵

二、投資仲裁方面

在程序上管轄權問題方面，加拿大提出三項主張，認為仲裁庭無管轄權，並指出 Mesa Power Group 不論在事實上或法律上，皆無依據 (were wholly without

¹⁵⁷ *Id.* at ¶¶ 5.79, 5.84.

¹⁵⁸ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.70.

¹⁵⁹ Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶¶ 5.79, 5.85.

¹⁶⁰ Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶ 7.167.


¹⁶¹ *Id.* at ¶¶ 8.2, 8.6.

¹⁶² Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶ 5.85.

¹⁶³ *Id.* at ¶ 5.85.

¹⁶⁴ *Id.* at ¶ 5.84.

¹⁶⁵ Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114, ¶ 5.85 Panel Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 118, ¶¶ 8.2, 8.6.



merits) (Global Affairs Canada, 2016)。第一，Mesa Power Group 未符合依 NAFTA 第 11 章提出仲裁所需之前提要件，且 Mesa Power Group 所指控之 OPA 措施，在其進行投資前即已存在，故仲裁庭無管轄權。¹⁶⁶第二，OPA 的 FIT 計畫為 NAFTA 第 1108 條第 7 項(a)款與第 1108 條第 8 項(b)款所稱之「政府採購」，而第 1102、1103 與第 1106 條排除適用政府採購計畫，故加拿大不受第 1102、1103 與第 1106 條之義務拘束。¹⁶⁷第三，Mesa Power Group 所稱 OPA 有武斷性與不公平行為 (arbitrary nor unfair)，而違反第 1105 條最低待遇標準，但加拿大稱已公平且合理地評估 Mesa Power Group 申請之「FIT 計畫」案，並無武斷性與不公平行為。¹⁶⁸此外，「FIT 計畫」並無對國籍歧視，且在「同類情況」下 (in like circumstances)，Mesa Power Group 並無受到較低待遇，故加拿大未違反 NAFTA 第 1102 與第 1103 條 (Global Affairs Canada, 2016)。

最後，PCA 投資仲裁庭認為，仲裁庭認定對本案之主張有管轄權，並受理本案，但對於原告於加拿大投資前業已存在之 OPA 措施，本案仲裁庭無管轄權。¹⁶⁹此外，仲裁庭判斷，依據 NAFTA 第 1108 條第 7 項(a)款與第 1108 條第 8 項(b)款之例外條款，加拿大之政府採購計畫，並未違反 NAFTA 第 1102 與第 1103 條等規定，故仲裁庭駁回原告之主張。¹⁷⁰安大略省之行為亦未違反第 1105 條。¹⁷¹

肆、平行訴訟調和

由上述案例討論可知，本例爭端各方並未提出調和并行訴訟之主張，故小組及投資仲裁庭亦未處理此平行訴訟的問題。

WTO 方面並未出現管轄權之爭議。¹⁷²投資仲裁方面，PCA 仲裁庭判斷駁回原

¹⁶⁶ Award or other decision, *Mesa Power v. Canada*, *supra* note 131, ¶ 213.

¹⁶⁷ *Id.* at ¶ 214.

¹⁶⁸ *Id.* at ¶ 215.

¹⁶⁹ *Id.* at ¶¶ 706.1-706.2.

¹⁷⁰ *Id.* at ¶¶ 460, 706.3.

¹⁷¹ *Id.* at ¶¶ 509, 706.4.

¹⁷² Appellate Body Report, *Canada — Renewable Energy*, *supra* note 114; Panel Reports, *Canada —*

告其中之一項主張，仲裁庭認為依據 NAFTA 第 1108 條第 7 項(a)款與第 1108 條第 8 項(b)款之例外條款，加拿大之政府採購計畫，並未違反 NAFTA 第 1102 與第 1103 條等規定。¹⁷³加拿大政府主張之例外條款，PCA 採取肯定態度並適用之。此種例外條款除了可排除某些特定領域，保障地主國規制權，更可間接避免 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。因此，由此次投資仲裁案觀察，例外條款確有被仲裁庭適用之可能，應有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟。

第三節 Mexico — Taxes on Soft Drinks 案與 Corn Product, ADM & Cargill v. Mexico 案

壹、案例背景

美國與墨西哥之蔗糖爭端，源於 1994 年 NAFTA 附件 703.2 (b)¹⁷⁴規定。對此蔗糖市場之規定，美國與墨西哥有不同解讀，進而引發市場開放的爭議 (Kuijper, 2010: 29-30; Haley, 1999: 17-19)。¹⁷⁵美國未能履行依 NAFTA 附件 703.2 開放蔗糖市場，但於此同時，美國生產之 HFCS 卻能依 NAFTA 附件享受墨西哥給予之關稅優

Renewable Energy, *supra* note 118.

¹⁷³ Award or other decision, *Mesa Power v. Canada*, *supra* note 131, ¶¶ 460, 706.3.

¹⁷⁴ NAFTA 第 703 條: Market Access

1. The Parties shall work together to improve access to their respective markets through the reduction or elimination of import barriers to trade between them in agricultural goods.
2. Annex 703.2 applies to the Parties specified in that Annex with respect to customs duties and quantitative restrictions, trade in sugar and syrup goods, and agricultural grading and marketing standards.;

附件 703.2 A 部分第 14 條: For each of the first 14 marketing years beginning after the date of entry into force of this Agreement, each Party shall accord duty-free treatment to a quantity of sugar and syrup goods that are qualifying goods.

¹⁷⁵ NAFTA 附件 703.2 給予出口過剩之農產品免稅待遇。墨西哥認為，依據附件 703.2，墨西哥符合「剩餘生產者」(net surplus position)之要件，美國應開放蔗糖市場，往後 14 年得以將過剩蔗糖以免關稅銷至美國 (林彩瑜，2011: 401; Haley, 1999: 17)。同時，墨西哥須開放高果糖漿市場。但美國則以 1993 年簽署的 NAFTA 附屬文件 (side letter) 為由，認為目前尚未到達期限，故美國仍有權對墨西哥出口至美國之蔗糖實施關稅配額 (Haley, 1999: 18)。但墨西哥認為其國會並未批准附屬文件，故尚未生效 (林彩瑜，2011: 401)。

惠，故墨西哥要求美國執行原本的 NAFTA，並質疑 1993 年簽署的 NAFTA 附屬文件之效力 (Kuijper, 2010: 29; Haley, 1999: 18)。¹⁷⁶

其後，墨西哥認為 NAFTA 機制已有數年發展，有能力解決本件爭端，故於 1998 年 11 月 15 日，透過 NAFTA 第 20 章「機構設置與爭端解決程序」第 2008 條對美國提出控訴，要求美國遵守開放蔗糖市場之優惠，撤銷對墨西哥之所有關稅配額 (Haley, 1999: 19)。¹⁷⁷同時，墨西哥對來自美國之高果糖漿施加反傾銷措施，此舉引發美國同時透過 WTO¹⁷⁸與 NAFTA 第 19 章「反傾銷與平衡稅之爭端解決與審查」提起爭端解決程序，¹⁷⁹而於兩項爭端中，墨西哥皆因實施反傾銷稅而被批評 (Kuijper, 2010: 29)。至於墨西哥依 NAFTA 第 20 章所提之爭端解決程序，則因美國拒絕任命 NAFTA 小組成員名單，使爭端解決未能進行 (Kuijper, 2010: 29; 林彩瑜，2011: 401)。¹⁸⁰

由於美國未能確定 NAFTA 第 20 章之仲裁員名單，使爭端程序停滯 (Kuijper, 2010: 29)。其後，墨西哥對於進口之軟性飲料及高果糖玉米糖漿 (High Fructose Corn Syrup，以下簡稱 HFCS) 課徵歧視性稅賦；¹⁸¹此外，2002 年 1 月，墨西哥又實施 Law on the Special Tax on Production and Services (以下簡稱 IEPS 法案)，¹⁸²做為對美國之反制措施，蓋因美國未能依 NAFTA 實施開放市場之優惠、且對墨西哥的蔗糖施加關稅配額 (林彩瑜，2011: 401; Kuijper, 2010: 30-31)。該法案對使用 HFCS 等非蔗糖之甜味劑飲料課徵 20% 飲料稅 (soft drink tax) 及配銷稅 (distribution tax)，但該法案並不對蔗糖製成的飲料課稅 (Magda Kornis, 2006: 3, 6-8;

¹⁷⁶ Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 44, ¶¶ 4.79-4.84.

¹⁷⁷ Mexico's appellant's submission, ¶¶ 15-27, as cited by Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 54.

¹⁷⁸ Panel Report, *Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States*, WT/DS132/R (Jan. 28, 2000) [hereinafter - Panel Report, *Mexico — Corn Syrup*].

¹⁷⁹ North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *Imports of High Fructose Corn Syrup Originating from the United States of America: the Final Determination of the Antidumping Investigation*, MEX-USA-98-1904-01 (Apr. 15, 2002).

¹⁸⁰ Mexico's appellant's submission, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, ¶¶ 15-27, 173, as cited by Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶¶ 54, 19.

¹⁸¹ Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 44, ¶ 4.3.

¹⁸² *Id.* at ¶¶ 2.3, 8.10.



林彩瑜，2011: 401)。¹⁸³

而墨西哥之國內稅賦措施及 IEPS 法案，使此一糖業貿易爭議又衍生貿易爭端與投資仲裁之平行訴訟現象。

貳、訴訟涉及之相似訴訟標的與訴因

本例中，WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟相似之訴訟標的，係墨西哥課徵歧視性稅賦與頒布課稅法令（訴訟標的），可能違反 WTO 與 NAFTA 投資專章（第 11 章）之國民待遇義務（訴訟原因）。

一、WTO 爭端解決機制方面

在 WTO *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案方面，2004 年 3 月 16 日，墨西哥所頒布之 IEPS 法案，引發美國向 WTO 控訴，墨西哥所採之一系列措施已違反 GATT 的第 3.2 條第 1 句及第 2 句與第 3.4 條等國民待遇規定（林彩瑜，2011: 401-402）。¹⁸⁴

二、投資仲裁方面

美國投資人於墨西哥子公司生產 HFCS 之投資利益，也因墨西哥 IEPS 法案而受到影響。¹⁸⁵權益受損的三位美國投資人依據 NAFTA 第 11 章投資專章，提起三

¹⁸³ *Id.* at ¶¶ 4.3-4.4.

¹⁸⁴ *Id.* at ¶¶ 1.2, 3.2.

¹⁸⁵ *Corn Product International, Inc. v. Mexican States; Archer Daniels Midland Co. and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico; Cargill, Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1 & ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunal, ¶ 1 (May 20, 2005), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0242.pdf> [hereinafter - Order of the Consolidation Tribunal, *Corn Product v. Mexican States; ADM v. Mexico; Cargill v. Mexico*]; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, ¶¶ 3, 8 (Nov. 11, 2007), http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf [hereinafter - Award, *ADM v. Mexico*]; *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, ¶ 1 (Sept. 18, 2009), http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0133_0.pdf [hereinafter - Award, *Cargill v. Mexico*].

項 ICSID 投資仲裁程序 (依據「ICSID 附加便利規則」)，指控墨西哥課徵國內稅賦，且未發給進口許可證，已違反第 1102 條 (國民待遇)、1106 (績效要求) 與第 1110 條 (徵收) 等規定。¹⁸⁶墨西哥則反駁，美國未能對墨西哥蔗糖市場開放，又拒絕任命 NAFTA 第 20 章之仲裁小組成員名單，因此 IEPS 法案等課稅措施係對美國行為之合法反制措施。¹⁸⁷

墨西哥另要求依 NAFTA 第 1126 條合併仲裁。根據 NAFTA 第 1126 條之合併仲裁規定，針對由 NAFTA 投資專章 (第 11 章) 所提起的仲裁，投資仲裁庭享有是否合併仲裁程序之裁量權 (Waibel, 2014a: 50)。若「爭端在法律或事實方面有相同點」及為求「更公平與效率的方式解決衝突」 (have a question of law or fact in common; in the interest of a fair and efficient resolution of the claims)，則仲裁庭可基於此兩項理由，將多項仲裁程序合併。不過，2005 年 5 月 20 日，仲裁庭認為合併仲裁可能損害商業機密性，且爭端當事方自主性 (party autonomy) 也為 NAFTA 第 1126 條保障，因而認為無法「更公平與效率的方式解決衝突」，故最終未合併仲裁 (Waibel, 2014a: 50-53)。¹⁸⁸

參、案件進展

一、WTO 爭端解決機制方面

Mexico — Taxes on Soft Drinks 案之主張分為程序部分與實體部分兩項，程序爭議方面，包括墨西哥所爭執之 WTO 管轄權問題、墨西哥的 IEPS 法案是否為第 20 條(d)款所稱「確保法令執行」 (secure compliance)¹⁸⁹之例外情形等兩部分；實

¹⁸⁶ *Corn Product v. Mexico*、*ADM v. Mexico* 與 *Cargill v. Mexico* 等三項 ICSID 投資仲裁案。

¹⁸⁷ Award, *ADM v. Mexico*, *supra* note 185, ¶ 4; Award, *Cargill v. Mexico*, *supra* note 185, ¶ 4.

¹⁸⁸ Order of the Consolidation Tribunal, *Corn Product v. Mexican States; ADM v. Mexico; Cargill v. Mexico*, *supra* note 185, ¶¶ 9, 11-12; 若「法律或事實爭點相同」，以及為求「更公平與效率的方式解決衝突」 (have a question of law or fact in common; in the interest of a fair and efficient resolution of the claims)，則仲裁庭可基於此兩項理由，將多項仲裁程序合併。

¹⁸⁹ 對於 GATT 第 20 條(d)款例外情形，墨西哥主張：第一，在國內待遇方面，IEPS 法案雖違反 GATT 第 3 條規定，但墨西哥之課稅措施符合第 20 條(d)款的例外情形，亦即為確保 GATT 1994 協



體爭議部分，涉及墨西哥歧視性稅賦及 IEPS 稅賦課徵法案，是否違反國民待遇相關規定。

須說明的是，本例中，WTO 爭端與投資仲裁兩項訴訟程序相似之訴訟標的為墨西哥之 IEPS 稅賦課徵法案，且在訴訟原因方面，兩項訴訟程序之爭端各方並主張，該法案分別違反 WTO 與 NAFTA 投資專章之國民待遇規定。因此，考量與本文研究目的之相關性，以下暫不論墨西哥 IEPS 法案是否為 GATT 第 20 條(d)款之例外，以下僅就 WTO 判決與投資仲裁庭有關國民待遇義務與管轄權之見解，進行探討。

(一) 國民待遇義務

美國主張，墨西哥所採歧視性稅賦及 IEPS 法案已違反 GATT 第 3.2 條第 1 句及第 2 句 (稅賦)、3.4 條 (法規) 等國民待遇規定，原因在於：一、墨西哥對於進口之軟性飲料及 HFCS 等非蔗糖甜味劑，課徵超過其國內同類產品之稅賦，已違反第 3.2 條第一句。¹⁹⁰二、墨西哥蔗糖與進口之 HFCS 等非蔗糖甜味劑，在墨西哥市場上具「直接競爭性」且「可替代性」 (directly competitive or substitutable)，故為「同類產品」(like products)，但 HFCS 與墨西哥本國生產之蔗糖，卻適用不同國內稅率，已違反第 3.2 條第二句。¹⁹¹三、IEPS 法案對使用 HFCS 等非蔗糖甜味劑之飲料，課徵飲料稅及配銷稅，致使美國的 HFCS 因此受到較低待遇，墨西哥課

定之執行，可採取有關關稅、獨佔行為、保護或詐欺防止等事項之法令必要措施，但不得與本協定各項規定有所抵觸。墨西哥提出兩原因如下：其一，課稅措施是為確保履行 GATT 第 24 條而建立之 NAFTA 義務，所採之「必要措施」(Necessary to secure compliance with laws or regulations) (Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 44, ¶¶ 4.116-4.138)；其二，NAFTA 根據 GATT 1994 協定授權建立，故無與本協定各項規定有所抵觸 (*Id.* at ¶ 4.120)。

小組則認為，墨西哥此項措施並非 GATT 第 20 條 (d)款的例外，主要原因有二 (*Id.* at ¶ 9.2)。第一，該條規定，為確保「法律或規章」(laws or regulations) 執行而採之「必要措施」，可為例外措施，但小組認為該條中的「法律或規章」僅限國內規範，並不擴及國際義務。墨西哥稱其為確保 NAFTA 等國際義務之履行，而採課稅法案 (*Id.* at ¶¶ 8.191-8.198)，小組認為墨西哥之說法並不合理，故該項主張被小組駁回。第二，墨西哥稱 IEPS 法案等課稅措施，係為確保履行 NAFTA 義務，所採之「必要措施」，因此無違 GATT 義務 (*Id.* at ¶ 8.199)。小組認為，由於已認定墨西哥之措施並非第 20 條(d)款所稱，為確保法律或規章義務履行之措施，故無必要再釐清，此項措施是否為「必要措施」(*Id.* at ¶ 8.202)。

¹⁹⁰ Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 44, ¶ 3.1.

¹⁹¹ *Id.* at ¶ 3.1.



稅措施已違反 GATT 第 3.4 條。

墨西哥對於進口之軟性飲料、HFCS 等非蔗糖甜味劑、及使用 HFCS 等非蔗糖之甜味劑飲料課徵 20% 飲料稅及配銷稅，且其課徵稅賦超過其國內同類產品，已違反第 3.2 條第一句。¹⁹²對於墨西哥蔗糖與進口之「直接競爭性」且「可替代」的 HFCS，墨西哥課徵不同稅賦，係為保護其國內蔗糖產業，已違反第 3.2 條第二句。¹⁹³又，經由課徵飲料稅及配銷稅，墨西哥給予外國之 HFCS 等非蔗糖甜味劑較低待遇，已違反 GATT 第 3.4 條。¹⁹⁴

小組未能拒絕行使管轄權，且其對於 GATT 第 20 條(d)款所作認定，墨西哥並不同意，故提出上訴。¹⁹⁵因此，上訴機構針對程序部分之兩項爭執進行討論，包括 IEPS 法案等課稅措施，是否為第 20 條(d)款所稱之例外情形，¹⁹⁶以及管轄權問題之爭執。管轄權問題說明如下。

(二) 管轄權爭議

墨西哥主張，此蔗糖雙邊貿易爭端源於 1998 年美墨之間的蔗糖產品市場進入與關稅配額免除等問題，致使墨西哥透過 NAFTA 第 20 章提出爭端解決，故該爭端涉及 NAFTA 成員與 NAFTA 條款主張，僅有 NAFTA 小組能解決本爭端，而 WTO 小組應拒絕行使實體管轄權。¹⁹⁷

1. 小組見解

小組駁回墨西哥對於管轄權的要求，主要原因有二：基於 DSU 規定，小組並

¹⁹² *Id.* at ¶ 9.2.

¹⁹³ *Id.* at ¶¶ 8.86-8.89, 8.137, 9.2.

¹⁹⁴ *Id.* at ¶¶ 8.123, 9.2.

¹⁹⁵ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 6.

¹⁹⁶ 上訴機構指出，GATT 第 20 條(d)款所稱之「確保執行法令」，並非要求 WTO 會員確保另一會員於其他國際協定下的義務 (Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶¶ 67-69)。而墨西哥所稱，其頒布 IEPS 法案係為確保美國執行另一國際協定 (即 NAFTA)，而為之必要措施，並不符合第 20 條(d)款例外規定 (胡美蓁，2012: 83-85; Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 85)。

¹⁹⁷ Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 44, ¶¶ 4.72-4.73, 4.78-4.82, 4.98, 7.11; Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 3.



無決定是否行使實體管轄權之裁量權；本案並無事實使小組得以拒絕行使實體管轄權等兩方面。¹⁹⁸分別說明如下。

第一，在 DSU 規範方面，小組認為其雖有裁量權，以決定是否行使實體管轄權，但僅能於原告無權將爭端提交至 WTO 小組之時，小組始有相關裁量權。¹⁹⁹WTO 爭端解決機制之宗旨為解決爭端，而依據 DSU 第 23.1 條規定，WTO 會員國因其他會員之措施使利益受到損害或目標受到阻礙時，會員國應 (shall) 尋求 DSU 裁決及提起爭端解決程序；DSU 第 11 條也規定，小組有客觀評估案件事實與相關協定之適用性義務。²⁰⁰小組認為，第 23 條顯示，會員因其他會員之措施使利益受到損害或目標受到阻礙時，會員國有權尋求 WTO 爭端解決機制之救濟。²⁰¹又根據 DSU 第 3.2 條與第 19.2 條規定，小組不得增減 WTO 會員國的權利與義務，而小組若拒絕管轄權，等同減損 WTO 會員國之利益。²⁰²

第二，1998 年墨西哥依 NAFTA 第 20 章所提出之爭端，與本案之間具關聯性，墨西哥因此主張，應由 NAFTA 場域處理此爭端。美國則主張，依據 NAFTA 所引發之爭端與依據 WTO 規範所引發爭端，有所差異。²⁰³對此問題，小組認為，本案並無事實使小組得以拒絕行使管轄權。²⁰⁴小組之見解如下：

其一，墨西哥並未主張，美國與墨西哥於 NAFTA 或其他國際協定之義務，將構成小組之「法律障礙」，而使小組無法審理美國所提爭端；且墨西哥也未主張，其課徵稅賦之措施，為 NAFTA 所授權。²⁰⁵

其二，兩項爭端所設之實體議題不同，本案實體面涉及違反國民待遇之歧視性措施，源於墨西哥對美國所課徵之國內稅賦與其他國內措施；而 NAFTA 爭端涉及市場進入問題，源於美國未能依據 NAFTA 附件給予墨西哥蔗糖免稅待遇，因此，

¹⁹⁸ Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 44, ¶ 7.18.

¹⁹⁹ *Id.* at ¶ 7.7.

²⁰⁰ *Id.* at ¶¶ 7.6, 7.8-7.9.

²⁰¹ *Id.* at ¶ 7.9.

²⁰² *Id.* at ¶ 7.9.

²⁰³ *Id.* at ¶ 7.12.

²⁰⁴ *Id.* at ¶ 7.18.

²⁰⁵ *Id.* at ¶¶ 7.13, 7.16.



兩項爭端並不相同。²⁰⁶

其三，小組依據 DSU 第 3.10 條指出，有關事件之控訴 (NAFTA) 及反訴 (WTO) 不宜互為關連。²⁰⁷因此，本案與 NAFTA 衍生之爭端，「不宜互為關聯」(林彩瑜，2011: 407)。此也反映了 WTO 視 WTO 與 RTA 為各自獨立之態度，WTO 並不視 RTA 為其管轄之事務 (張愷致，2012: 85)，小組之管轄權僅及於處理墨西哥是否履行 WTO 內括協定的權利與義務，不涉及墨西哥在其他國際協定的權利與義務。若被告對此不滿，則依 DSU 第 3.10 條規定，被告僅能另行提訴 (Pauwelyn, 2003a: 442-43)。

其四，即便小組於某些情況下，得認為某場域較為適合 (appropriately) 審理某爭端，然而，本案中，墨西哥並非因為 NAFTA 較適合審理爭端，而要求透過該場域進行審理，而是為使墨西哥得以對美國提出另一控訴。²⁰⁸據此，小組若於此案拒絕行使管轄權，則爭端中可被合法考量以拒絕行使管轄權之因素，其範圍將毫無實際限制，且可能使爭端解決機制淪於政治考量。²⁰⁹

2. 上訴機構見解

墨西哥於上訴階段表示，小組不拒絕對本案行使管轄權，為錯誤認定。²¹⁰小組認為，依 DSU 第 11 條，其應審理 WTO 會員所提主張，並做出建議與裁決，故無拒絕行使實體管轄權之裁量權。然而，墨西哥認為，當爭端礙於其他國際條約或國際法規則，例如應交由更「適當」(appropriate) 之場域等原因，則小組基於「固有權限」(implied powers)，有拒絕行使實體管轄權之裁量權。²¹¹墨西哥因而認為，由於本 WTO 爭端與依 NAFTA 第 20 章所提起之爭端「關係密切」(are inextricably linked)，故唯有 NAFTA 場域可處理美國與墨西哥有關蔗糖之爭議。²¹²此外，墨西

²⁰⁶ *Id.* at ¶ 7.14.

²⁰⁷ *Id.* at ¶ 7.15.

²⁰⁸ *Id.* at ¶ 7.17.

²⁰⁹ *Id.* at ¶ 7.17.

²¹⁰ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 10.

²¹¹ *Id.* at ¶¶ 10, 44.

²¹² Mexico's appellant's submission, ¶ 73, as cited by Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 10.



哥指出，DSU 並無相關規定禁止小組拒絕行使管轄權。²¹³綜合以上，墨西哥認為，WTO 小組如同其他國際性司法機構，出於司法機構之職能，有「固有管轄權」(implied jurisdictional powers) 可決定是否行使實體管轄權。²¹⁴

針對管轄權的問題，上訴機構維持小組之意見，上訴機構認為就本案而言，小組並無權拒絕行使實體管轄權。²¹⁵上訴機構之推論分述如下：

第一，針對小組有無固有權力，以拒絕行使實體管轄權之問題。上訴機構指出，墨西哥並未質疑小組對本案有實體管轄權，僅主張即便小組有實體管轄權，但基於司法機構之「固有管轄權」，小組有裁量權，拒絕對本案行使實體管轄權。²¹⁶對此，上訴機構同意墨西哥上述說法，認為小組基於司法機構之職能，而有「固有管轄權」，來認定是否有實體管轄權或其範圍、²¹⁷DSU 未規定之程序事項裁量權、以及行使訴訟經濟 (judicial economy) 認定某爭端更適合 (more appropriately) 於某一法庭處理 (林彩瑜，2011: 405)。²¹⁸

然而，上訴機構雖然承認，一旦實體管轄權已合法建立 (has been validly established)，小組有「固有管轄權」而拒絕對某爭端行使實體管轄權，但上訴機構認為，這不代表小組可隨意拒絕行使實體管轄權 (林彩瑜，2011: 403, 405; Kuijper, 2010:30; Pauwelyn, 2003b: 447-448, 451-455; Henckles, 2008: 574-575)，相反地，裁量權之行使須受到 DSU 規範之限制，不得增減 DSU 之實體規範。²¹⁹

第二，墨西哥主張，對於小組能否拒絕行使實體管轄權之問題，DSU 並無相關規定予以排除。對此，上訴機構在檢視 DSU 第 3.2、7.1、7.2、11、19.2 與第

²¹³ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 11.

²¹⁴ Mexico's appellant's submission, ¶ 65, as cited by Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶¶ 10-11; 「固有管轄權」又稱 implied or incidental jurisdiction (Pauwelyn, 2003a: 447-448)，或 Inherent Powers (Pauwelyn & Salles, 2009: 112 Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 44)。

²¹⁵ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶¶ 52-53; Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 44, ¶ 9.1.

²¹⁶ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 44.

²¹⁷ 又稱為 “compétence de la compétence” 原則，請參見第四章第二節第壹部分「固有管轄權」。

²¹⁸ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 45.

²¹⁹ *Id.* at ¶ 46.



23 條等管轄權相關規定後，²²⁰上訴機構支持小組之見解，認為小組不處於自由決定是否行使實體管轄權之地位。²²¹相反地，裁量權之使用，須受到 DSU 相關規定之拘束 (Mitchell & Heaton, 2010: 601-602)。²²²

DSU 第 7 條規範小組之職權範圍，規定小組有必要審理 (shall address) 爭端當事方依內括協定所提出之主張。²²³第 11 條賦予小組客觀評估案件 (matter) 之「義務」(obligation)，以協助「爭端解決機關 (Dispute Settlement Body, DSB) 做成建議與裁決。²²⁴鑑此，上訴機構認為，若小組拒絕行使已合法建立之實體管轄權，將無法履行第 11 條之義務。²²⁵

又，DSU 第 23 條規定，對於內括協定義務違反、內括協定得享有之利益受剝奪或損害，或有違內括協定之任何目標等情形，會員國應依 DSU 裁決及提起爭端解決程序。²²⁶再者，DSU 第 3.3 條規定，WTO 會員認為 (consider) 其內括協定下的利益，因其他會員採行之措施而受損，會員若向小組尋求救濟，應被迅速處理 (prompt settlement)。²²⁷據此，上訴機構認為，若小組拒絕行使已合法建立之管轄權，將增減權利義務，除了違反第 23 與第 3.3 條之規定，更違反第 3.2 與第 19.2 條之規範。

第三，有關法律障礙的問題。上訴機構認為，本案中，無情形顯示「法律障礙」(legal impediments) 之存在，而使小組無法行使實體管轄權。²²⁸理由分述如下：其一，墨西哥雖主張本案與更廣泛之 NAFTA 爭端密切相關，故本爭端應由 NAFTA 場域解決，但並未主張，「NAFTA 或其他國際協定將構成小組審理本案之法律障礙」(林彩瑜，2011: 409)。²²⁹其二，依 NAFTA 第 20 章所提起之爭端與 WTO 爭端，

²²⁰ *Id.* at ¶ 47.

²²¹ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 53; Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 44, ¶ 7.8.

²²² Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 47.

²²³ *Id.* at ¶ 49.

²²⁴ *Id.* at ¶ 51.

²²⁵ *Id.* at ¶ 51.

²²⁶ *Id.* at ¶ 52.

²²⁷ *Id.* at ¶ 52.

²²⁸ *Id.* at ¶ 54.

²²⁹ Mexico's appellant's submission, ¶ 73, as cited by Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft*

仍有差異。小組報告指出，NAFTA 與本案等兩項爭端所涉之實體議題不同，但墨西哥並未質疑此見解，且墨西哥也於公聽會時表示，NAFTA 爭端下的市場開放爭議，墨西哥並無法源依據於 WTO 提出相同主張。²³⁰其三，墨西哥並未主張，NAFTA 第 2005 條第 6 項岔路條款，構成本案小組審理之「法律障礙」，因此上訴機構並未對該條是否構成本案小組審理之「法律障礙」表達意見（林彩瑜，2011: 405, 409）。²³¹綜上，上訴機構認為，NAFTA 之爭端解決程序並未對 WTO 法律程序構成法律障礙。

二、投資仲裁方面

多位生產 HFCS 之美商於墨西哥子公司之投資利益，因墨西哥之 IEPS 課稅法案，而蒙受損失。因此，多位美商遂於 ICSID 提出多項主張，指控墨西哥違反 NAFTA 投資專章，包括國民待遇、徵收等。考量相關主張與本文之相關程度，以下就 WTO 爭端與投資仲裁所涉之相似訴訟標的進行討論，換言之，以下僅針對各投資人之國民待遇主張與各投資仲裁庭對此爭議之見解，進行探討。

（一）Cargill v. Mexico

美商 Cargill 主張墨西哥之措施違反 NAFTA 第 1102 條國民待遇義務。其一，墨西哥的 IEPS 法案僅對使用 HFCS 之飲料課稅，卻未對使用蔗糖之飲料課稅。其二，墨西哥未能授予 Cargill 進口許可，而影響 Cargill 之利益，且圖利其國內糖業者。²³²

墨西哥反駁 Cargill 之主張，其認為，Cargill 之主張應指涉 NAFTA 第 301 條之義務違反，該條整合 GATT 第 3 條，故涉及與產品相關之國民待遇義務，而與 NAFTA 第 1102 條之投資人與投資人國民待遇義務並不相同。此外，IEPS 法案並

Drinks, supra note 57, ¶ 54.

²³⁰ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 54; Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 44, ¶ 7.14.

²³¹ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 54.

²³² Award, *Cargill v. Mexico*, supra note 185, ¶ 185.

未違反第 1102 條，申言之，墨西哥該法案並未對國籍有所歧視，且 Cargill 與墨西哥本國糖業者，並未處於「同類情況」。²³³

投資仲裁庭遂逐一檢視 NAFTA 第 1102 條中「同類情況」與「較低待遇」(treatment no less favorable) 等兩要件。²³⁴Cargill 認為其於墨西哥之投資，與墨西哥本國糖業者屬於相同產業，故處於「同類情況」。Cargill 又援引 *Mexico-Taxes on Soft Drinks* 小組認定，主張 HFCS 與糖在墨西哥市場上具「直接競爭性」且「可替代性」，而違反 GATT 第 3 條義務。²³⁵然而，仲裁庭認為該條之「同類情況」自有其意義，不可直接解釋為等同於 GATT 之「同類產品」。²³⁶

墨西哥則主張，Cargill 子公司與墨西哥本國糖業者，並未處於「同類情況」。墨西哥認為 Cargill 子公司生產多種商品，而其本國業者則否；墨西哥高度管制國內糖業市場，而未高度管制 HFCS 市場；墨西哥國內糖業市場遭受經濟損害，但 HFCS 市場則否。投資仲裁庭對此繼續推論，並認為 Cargill 子公司之產業多樣化及墨西哥高度管制國內糖業市場，無法成為 Cargill 子公司與墨西哥本國糖業者不處於「同類情況」之理由。²³⁷至於墨西哥國內糖業市場遭受經濟損害之主張，投資仲裁庭認為，墨西哥為打擊 HFCS 產業而制定 IEPS 法案，並非鼓勵其本國之國內糖業市場，因此墨西哥國內糖業市場遭受經濟損害，難以作為 Cargill 子公司與墨西哥本國糖業者不處於「同類情況」之理由。²³⁸

對於墨西哥未能授予 Cargill 進口許可之問題，由於仲裁庭認為進口許可為 IEPS 法案替代，故 Cargill 子公司與墨西哥本國糖業者是否屬於「同類情況」，應有相同推論。²³⁹

最後，仲裁庭認為，針對墨西哥 IEPS 法案與進口許可之措施，Cargill 於墨西哥之子公司與墨西哥本國糖業者符合 NAFTA 第 1102 條所稱之「同類情況」。²⁴⁰

²³³ *Id.* at ¶¶ 186, 197.

²³⁴ *Id.* at ¶ 189.

²³⁵ *Id.* at ¶¶ 190, 199.

²³⁶ *Id.* at ¶ 193.

²³⁷ *Id.* at ¶¶ 197-200.

²³⁸ *Id.* at ¶¶ 207-210.

²³⁹ *Id.* at ¶¶ 212-213.

墨西哥之 IEPS 法案與進口許可，是否使 Cargill 子公司受到低於墨西哥國內糖業之待遇，投資仲裁庭進行審理。²⁴¹Cargill 又援引 *Mexico-Taxes on Soft Drinks* 小組認定，主張墨西哥 IEPS 法案使 HFCS 受到低於蔗糖之待遇，²⁴²因此，墨西哥違反 NAFTA 第 1102 條。²⁴³然而，墨西哥主張，IEPS 法案雖造成 HFCS 受到較低待遇，但此種歧視措施並未針對國籍，因而無違 NAFTA 第 1102 條。²⁴⁴Cargill ICSID 仲裁庭認為墨西哥之 IEPS 法案與進口許可，確實使 Cargill 子公司受到低於墨西哥國內糖業之待遇，且此歧視措施係為向美國施壓，故墨西哥之 IEPS 法案與進口許可之意圖與效果上，應屬於針對國籍之歧視措施，而有違 NAFTA 第 1102 條。²⁴⁵

(二) ADM v. Mexico

美商 ADM 也主張，墨西哥之 IEPS 法案給予其本國投資人與投資優於外國投資人之待遇，而有違 NAFTA 第 1102 條。²⁴⁶因此，ADM 要求仲裁庭檢視第 1102 條要件，類似 Cargill 案，包括：是否有該條所稱「投資」(investment)、在墨西哥本國糖業者與生產 HFCS 之美國投資人是否屬於「同類情況」、以及 IEPS 法案是否造成生產 HFCS 之美國投資人於「同類情況」下，受到低於墨西哥本國糖業者之待遇。²⁴⁷

與 Cargill 相同，ADM 認為其於墨西哥之投資，與墨西哥本國糖業者屬於相同產業，故處於「同類情況」。²⁴⁸此外，ADM 也援引 *Mexico-Taxes on Soft Drinks* 小組認定，認為 HFCS 與糖在墨西哥市場上具「直接競爭性」且「可替代性」，屬於「同類產品」。因此，ADM 與墨西哥本國糖業者可被視為處於「同類情況」。²⁴⁹

²⁴⁰ *Id.* at ¶ 214.

²⁴¹ *Id.* at ¶ 215.

²⁴² *Id.* at ¶ 216.

²⁴³ *Id.* at ¶ 218.

²⁴⁴ *Id.* at ¶ 217.

²⁴⁵ *Id.* at ¶¶ 219-221.

²⁴⁶ Award, *ADM v. Mexico*, *supra* note 187, ¶¶ 186-187.

²⁴⁷ *Id.* at ¶ 191.

²⁴⁸ *Id.* at ¶ 189.

²⁴⁹ *Id.* at ¶ 189.

同時，墨西哥基於保護其本國之蔗糖產業，而實施 IEPS 法案，而該法案也造成 ADM 及其子公司受到較低待遇。²⁵⁰

墨西哥則指出，因美國不對墨西哥開放蔗糖市場，故 IEPS 法案為針對此爭執之反制措施，並未針對 HFCS 之生產者。²⁵¹再者，GATT 下的「同類產品」不等同 NAFTA 第 1102 條所稱之「同類情況」。又，美國 HFCS 於墨西哥市占率增加，但美國卻未能開放墨西哥糖業，已違反 NAFTA 規範，同時，墨西哥本國糖業者已因外國之 HFCS，受到嚴重損害。²⁵²鑑此，ADM 及其子公司與墨西哥本國糖業者並不處於「同類情況」。²⁵³

針對 ADM 及其子公司與墨西哥本國糖業者是否處於「同類情況」之問題，仲裁庭認為，ADM 及其子公司生產之 HFCS 與墨西哥業者所生產之蔗糖，並非相同之比較對象，而若無相同之比較對象，應可比較較為不同之對象。²⁵⁴因此，ADM ICSID 仲裁庭認為，ADM 及其子公司與墨西哥本國糖業者為相同部門，彼此處於競爭關係，應可視為處於「同類情況」。²⁵⁵

IEPS 法案是否造成生產 HFCS 之美國投資人於「同類情況」下，受到低於墨西哥本國糖業者之待遇，對此問題，如同 Cargill 投資仲裁庭之判決，ADM ICSID 投資仲裁庭援引 *Mexico-Taxes on Soft Drinks* 小組見解，認為 IEPS 之目的為保護國內的蔗糖產業，²⁵⁶且 IEPS 法案造成 ADM 及其子公司受到低於墨西哥本國糖業者之待遇。²⁵⁷因此，IEPS 法案之目的與效果皆具歧視性，²⁵⁸故違反 NAFTA 第 1102 條規範。²⁵⁹

²⁵⁰ *Id.* at ¶ 190.

²⁵¹ *Id.* at ¶ 192.

²⁵² *Id.* at ¶ 192.

²⁵³ *Id.* at ¶ 192.

²⁵⁴ *Id.* at ¶¶ 202-203.


²⁵⁵ *Id.* at ¶¶ 201, 203.

²⁵⁶ *Id.* at ¶¶ 208, 212.

²⁵⁷ *Id.* at ¶¶ 206, 211-212.

²⁵⁸ *Id.* at ¶¶ 209, 212.

²⁵⁹ *Id.* at ¶ 213.



綜合以上對於投資仲裁之討論，針對墨西哥 IEPS 法案之措施，Cargill 與 ADM 仲裁庭皆認為，Cargill 與 ADM 於墨西哥之子公司與墨西哥本國糖業者符合 NAFTA 第 1102 條所稱之「同類情況」，且 IEPS 法案之目的與效果皆具歧視性，故違反 NAFTA 第 1102 條規範。

肆、平行訴訟調和

值得注意的是，本例較為特別之處在於，同時有貿易場域平行訴訟及投資仲裁與貿易爭端平行訴訟的問題。

一、貿易爭端平行訴訟

在貿易場域方面，因美國不確實履行 NAFTA 附件 703.2，1998 年墨西哥透過 NAFTA 第 20 章對美國提起爭端解決程序；2005 年美國因墨西哥 IEPS 法案違反國民待遇義務，遂透過 WTO 場域，對墨西哥提起爭端解決程序。²⁶⁰由此可見，美墨先後相互提起爭端解決程序。而墨西哥之法案又引發三項投資爭端。

雖然本例中，貿易爭端與投資仲裁並未調和 parallel litigation，不過在貿易場域所生之 parallel litigation 中，²⁶¹*Mexico — Taxes on Soft Drinks* 小組與上訴機構對管轄權之見解，可觀察 WTO 對複數場域管轄權或 parallel litigation 之看法則，對本研究極具價值。

(一) 釐清能否基於「固有管轄權」適用「司法禮讓原則」

學者 Mitchell & Heaton 認為本案可協助釐清 WTO 基於「固有管轄權」，能否適用「司法禮讓原則」。本案中，雖墨西哥並未主張 WTO 爭端解決機制應透過「司法禮讓原則」來避免 parallel litigation (Mitchell & Heaton, 2010: 601)，但墨西哥主張，當爭端礙於其他國際條約或國際法規則，例如應交由更「適當」之場域等原因，則

²⁶⁰ *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案。

²⁶¹ NAFTA 第 20 章提起之貿易爭端與 WTO 的 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案。

小組基於「固有權限」(implied powers)，有拒絕行使實體管轄權之裁量權。²⁶²墨西哥又指出，此 WTO 爭端與依 NAFTA 第 20 章所提起之爭端「關係密切」，故唯有 NAFTA 場域可處理美國與墨西哥有關蔗糖之爭議。²⁶³ Mitchell & Heaton 認為，此一主張，無異於基於「固有管轄權」而適用「司法禮讓原則」(2010: 601)。

(二) 小組拒絕行使管轄權是否違反 DSU 規範

此外，對於小組拒絕行使實體管轄權是否違反 DSU 相關規範之問題，²⁶⁴其中，針對 DSU 第 11 條，Mitchell & Heaton 認為，小組若因某措施非其管轄權範圍，而做出不行使實體管轄權之認定，應視為已作出認定，故符合 DSU 第 11 條要求 (2010: 602-603)。再者，當相似爭端已由其他仲裁庭作出判決或已有進行中之相關訴訟程序，DSU 亦未有條文反對小組拒絕行使實體管轄權，或暫停訴訟程序 (Henckels, 2008: 593)。此外，該案上訴機構又提到，若 WTO 行使「司法禮讓原則」，而讓其他法域行使管轄權，將損及 DSU 第 23.2 條 WTO 強制管轄權之規範 (Mitchell & Heaton, 2010: 603)，且也將違反 DSU 第 3.2 與第 19.2 條。²⁶⁵然而，Mitchell & Heaton 認為，此認定無增減會員之權利與義務，小組仍有權作出禮讓其實體管轄權之認定 (2010: 603-604)。

(三) 「法律障礙」的概念

在限縮小組對實體部分審理之管轄權方面，*Mexico — Taxes on Soft Drinks* 上訴機構提出「法律障礙」之概念，似有助於調和并行訴訟。本案較為可惜之處是，墨西哥未提出與「法律障礙」相關之主張，例如主張本案已於 NAFTA 爭端審理、或主張 NAFTA 第 2005 條第 6 項等，構成 WTO 小組審理本案之法律障礙 (林彩瑜，2011: 405, 409)。因此小組與上訴機構，故無法依相關請求，進一步說明「法律障

²⁶² Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶¶ 10, 44.

²⁶³ Mexico's appellant's submission, ¶ 73, as cited by Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 10.

²⁶⁴ Panel Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 44, ¶¶ 7.6-7.9; Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶¶ 47, 49, 51-53.

²⁶⁵ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 53.



礙」(legal impediment) 之構成要件和法律效果。²⁶⁶

學者 **Kuijper** 認為，上訴機構對於透過「法律障礙」以拒絕行使實體管轄權採取較保守的態度。上訴機構於本案中，承認一旦實體管轄權已合法建立 (has been validly established)，小組有「固有管轄權」，而可拒絕對某爭端行使實體管轄權。然而，上訴機構仍強調，小組不可隨意行使裁量權，來拒絕對某案行使實體管轄權。²⁶⁷因此，**Kuijper** 指出，上訴機構並未體察，不行使裁量權可能帶來之不公正性 (2010:30)。換言之，在同一爭端情形下，一方基於 WTO 對會員所提控訴有強制管轄權，又因 WTO 爭端解決機制無法隨意拒絕行使管轄權，致使該會員可非法排除另一可行之爭端解決場域 (**Kuijper**, 2010: 31)。例如，本案中，墨西哥認為美國於 NAFTA 場域拒絕任命仲裁員，為不合法行為 (an illegal act)，故墨西哥質疑其對美國負擔 WTO 義務之適用性 (applicability)，卻仍可於 WTO 尋求救濟。²⁶⁸然而，**Kuijper** 指出，本案上訴機構較不傾向因此拒絕行使實體管轄權，其原因在於，若因美國於 NAFTA 場域之不合法行為，而質疑墨西哥對美國負擔 WTO 義務之適用性，並進而導致小組及上訴機構裁決拒絕行使管轄權，此舉一方面無 DSU 法源依據，更因在解釋與適用條文上，增減會員義務，而違反 DSU 第 3.2 條。²⁶⁹鑑此，**Kuijper** 認為，WTO 成立之初雖無設想當前有各種國際性的司法機構，而可能忽略此種不公平的問題，故 WTO 爭端解決機制應進行調整 (2010: 31)。

然而，相較於 **Kuijper** 的觀點，林彩瑜教授則認為，本案上訴機構對「法律障礙」似採取較開放之態度，亦即若被告確有提出因其他國際法原則或國際協定，或透過其他協定之「場域選擇條款」，而構成小組審理本案之「法律障礙」等相關主張，是故上訴機構似未排除運用此概念之可能 (2011: 409-410)。²⁷⁰因此，若墨

²⁶⁶ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 54.

²⁶⁷ *Id.* at ¶ 46.

²⁶⁸ Mexico's appellant submission, ¶ 73, as cited by Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 55.

²⁶⁹ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 56.

²⁷⁰ *Id.* at ¶ 54.



西哥確實提出相關主張，或許有「法律障礙」適用之可能。²⁷¹

二、投資仲裁與貿易爭端解決平行訴訟

在投資仲裁與貿易爭端解決平行訴訟方面，也可觀察投資法與貿易法之互動，有助於促進國際法一致性，並降低對地主國之負擔。ICSID 仲裁庭參考 WTO 的判決作為事實證據 (factual evidence)。例如，在 *Corn Products v. Mexico* 案中，ICSID 仲裁庭認為，GATT 第 3 條與 NAFTA 第 1102 條的國民待遇規定具有類似條文，且與本案高度相關 (highly relevant) (Allen & Soave, 2014: 37-40)。ADM v. Mexico 案中，ICSID 仲裁庭引用 WTO 小組的判決，²⁷²認為墨西哥課稅基於保護主義之目的，有違 NAFTA 第 1102 條的國民待遇規定 (Marceau et al., 2013: 496)。

然而，對於投資仲裁庭參考 WTO 判決一事，不應過於樂觀。Cargill ICSID 投資仲裁庭對 WTO 判決持謹慎態度，其認為不可直接將 WTO 的 GATT 條文適用在 NAFTA 的條文上，因 NAFTA 第 1102 條所規定之「同類情況」(like circumstances) 自有其意義，不可逕自以 GATT 的「同類產品」規範加以定義該條，兩者僅有相關性 (Allen & Soave, 2014: 39)。此外，對於墨西哥實施 IEPS 法案等課稅措施，以作為反制措施，Cargill ICSID 仲裁庭對此爭議也沒有參考 WTO 對此爭議所作之判決，²⁷³而是參考另一兩項平行 ICSID 仲裁案之判斷—ADM. v. Mexico 及 *Corn Products v. Mexico*，其認為先前判決對本案雖無拘束力，但因爭議之顯著性及本案與兩項平行仲裁案間的密切關係，故 Cargill ICSID 仲裁庭認為應可參考過去仲裁庭之推論 (Allen& Soave, 2014: 39)。

第四節 US — Softwood Lumber 與 Canfor,

²⁷¹ 一般法律原則如何調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，請參見第四章第三節的討論。

²⁷² Award, *ADM v. Mexico*, supra note 185, ¶¶ 139, 141, 190.

²⁷³ WTO 的 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案。

Tembec & Terminal Forest v. USA 案



壹、案例背景

美國與加拿大之間的軟木材爭端從 1982 年 10 月，一直延續至 2006 年 10 月，可分為四個階段。加拿大的軟木產業攸關其經濟利益，佔美加雙邊貿易的 1.7%，但兩國因該產業管理模式不同，引發有關補貼及傾銷 (dumping) 等爭議 (林仁光、鄭欣怡，2010: 4.8-4.12；謝蕙如，2008: 79-100)。

1982 年 10 月，「公平木材進口聯合工會」(The Coalition for Fair Lumber Imports) 認為加拿大給予其軟木業者及出口商補貼，故要求美國商務部 (Department of Commerce，以下簡稱 DOC) 對加拿大軟木業者及出口商實施平衡稅，但 1983 年 5 月，DOC 認為實施平衡稅之要件並不充分，最終並未對加拿大實施平衡稅 (童福來，2003:3)。美國歷經 1 年調查，1991 年，認定加拿大對軟木出口確有補貼，故美國國際貿易委員會 (United States International Trade Commission，以下簡稱 USITC) 通知加拿大，將對加拿大出口之軟木產品課徵平衡稅 (林仁光、鄭欣怡，2010: 4.9)。隨後，加拿大透過「美加自由貿易協定」第 18 章，對美國提出控訴。1996 年 5 月，雙方達成「軟木協定」(Softwood Lumber Agreement)，其中加拿大自動限制出口軟木材數量，美國則暫停平衡稅及反傾銷稅的調查 (林仁光、鄭欣怡，2010: 4.10)。

然而，2001 年 3 月 31 日，該協定失效後，加拿大又再度正常出口軟木至美國；2001 年 4 月 30 日，受到「公平木材進口聯合工會」之請求，DOC 隨即又重新展開平衡稅與反傾銷稅之調查 (林仁光、鄭欣怡，2010: 4.10)。²⁷⁴此調查開啟軟木爭

²⁷⁴ U.S. Dep't of Commerce, Notice of Initiation of Antidumping Duty Investigation: Certain Softwood Lumber Products from Canada, 66 Fed. Reg. 21,328 (Apr. 30, 2001); U.S. Dep't of Commerce, Notice of Initiation of Countervailing Duty Investigation: Certain Softwood Lumber Products from Canada, 66 Fed. Reg. 21,332 (Apr. 30, 2001). 針對平衡稅與反傾銷稅，美國由 USITC 與 DOC 同時進行，其中 DOC 接受廠商之控訴而展開事實調查，也可主動展開事實調查，以確認是否有符合補貼或傾銷之要件



端之第四階段，引發實體爭議最多，且涉及之程序面也最複雜（林仁光、鄭欣怡，2010: 4.10）。2002年5月22日DOC公布調查結果，引發加拿大先後透過NAFTA第19章與WTO提起貿易爭端解決（林仁光、鄭欣怡，2010: 4.8; 謝蕙如，2008: 81）。

²⁷⁵最後，2006年10月美國與加拿大達成「軟木材協議」(Softwood Lumber Agreement) 生效，軟木材爭端暫告一段落。²⁷⁶

涉及貿易間、貿易與投資場域間的平行訴訟，為本文研究問題，故特別針對2002年5月之後此段軟木案發展進行探討。

貳、訴訟涉及之相似訴訟標的與訴因

本案引發之爭端程序複雜，包括貿易場域間的平行訴訟、及投資與貿易之平行訴訟。而與本文相關者為WTO與ICSID之平行訴訟，兩項訴訟程序皆涉及相似訴訟標的為反傾銷及平衡稅措施，但兩項訴訟程序之訴因並不相同。

在WTO場域方面，加拿大要求小組處理美國政府所做的補貼、反傾銷最終認定及損害調查最終認定等三項問題。²⁷⁷在投資場域方面，2002年7月9日，加拿

，而有補貼或傾銷之存在；而USITC則是確認對手國的補貼或傾銷措施是否造成損害或有損害之虞，且該措施與損害之間是否有因果關係。兩個機構之調查內容互相參考，而DOC展開調查後，應通知爭端當事國及知會USITC（謝蕙如，2008: 83-84）。

²⁷⁵ North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Certain Softwood Lumber from Canada: Final Affirmative Countervailing Duty Determination*, USA-CDA-2002-1904-03 (Aug. 13, 2003; June 7, 2004; Dec 1, 2004; May 23, 2005; Oct. 5, 2005; Mar. 17, 2006); North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Certain Softwood Lumber Products from Canada: Final Affirmative Antidumping Determination*, USA-CDA-2002-1904-02 (July 17, 2003; Mar. 5, 2004; June 9, 2005; Jan 5, 2007); North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Softwood Lumber from Canada: Final Affirmative Threat of Material Injury Determination*, USA-CDA-2002-1904-07 (Sept. 5, 2003; Apr. 18, 2004; Aug. 31, 2004); *US — Softwood Lumber IV*; *US — Softwood Lumber V*; *US — Softwood Lumber VI*.

²⁷⁶「軟木材協議」於2015年10月15日屆滿。美國原可再次對加拿大的軟木材施加平衡稅及反傾銷稅，但受制於協定中「維持現狀條款」，協議屆滿後1年內（即2016年10月15日），美國不得採行貿易行動；2016年3月，加拿大體認軟木材穩定輸入美國市場之重要性，包括貿易收入及就業方面，故積極尋求與美國簽署新的軟木材協議（經濟部貿易調查委員會：貿易動態救濟週報第635期）。2016年2月加拿大貿易部長Chrystia Freeland表示，加拿大積極與美國洽談（經濟部貿易調查委員會：貿易動態救濟週報第654期）。另一方面，2016年8月，美國談判代表表示，雙方仍有分歧，難以在10月15日期限完成協議，即便如此，Freeland仍期望2017年春季可以達成協議（李宜靜，2016）。

²⁷⁷ Panel Report, *United States — Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain*

大軟木業者依據 NAFTA 第 1120 條，主張美國的反傾銷、平衡稅措施，以及「柏德修正條款」(Byrd Amendment) 給予受影響美國製造商補貼等，²⁷⁸已違反 NAFTA 第 1102 (國民待遇)、1103 (最惠國待遇)、1105 (公平公正待遇) 及第 1110 條 (徵收)，故透過「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」提出投資仲裁，隨後此爭議產生三項訴訟程序，²⁷⁹最後合併仲裁。²⁸⁰

參、案件進展

2001 年 5 月 18 日，USITC 做成初步認定，認為加拿大對其本國「立木計畫」(stumpage program) 為補貼行為，且其木材以低於市場價值銷售，故美國國內產業因加拿大軟木進口，而有實質損害 (material injury) 之虞；²⁸¹2001 年 8 月 17 日，DOC 做成初步認定，加拿大的「立木計畫」為可施以平衡稅之行為；²⁸²2001 年 11 月 6 日，DOC 初步認定，加拿大軟木材構成傾銷。²⁸³以上 USITC 之損害調查與 DOC 之補貼、傾銷等初步認定引發加拿大不滿。加拿大即就美國之初步補貼調查

Softwood Lumber from Canada, WT/DS257/R (Aug. 29, 2003) [hereinafter - Panel Report, *US — Softwood Lumber IV*]; Panel Report, *United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/R (Apr. 13, 2004) [hereinafter - Panel Report, *US — Softwood Lumber V*]; Panel Report, *United States — Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada*, WT/DS277/R (Mar. 22, 2004) [hereinafter - Panel Report, *US — Softwood Lumber VI*].

²⁷⁸ *Canfor Corporation v. The United States of America*; *Terminal Forest Products Ltd. v. The United States of America* (formerly *Canfor Corporation v. United States of America*; *Tembec et al. v. United States of America*; *Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*), UNCITRAL, Decision on Preliminary Question, ¶¶ 4-5 (June 6, 2006), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0122.pdf> [hereinafter - Decision on Preliminary Question, *Canfor v. USA*].

²⁷⁹ *Canfor v. USA*; *Tembec v. USA*; *Terminal Forest v. USA* 三項仲裁程序。

²⁸⁰ *Canfor Corporation v. The United States of America*; *Terminal Forest Products Ltd. v. The United States of America* (formerly *Canfor Corporation v. United States of America*; *Tembec et al. v. United States of America*; *Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*), UNCITRAL, Order of the Consolidation Tribunal, (Sept. 7, 2005), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0115.pdf>.

²⁸¹ U.S. Dep't of Commerce, Preliminary Determination of Sales at Less than Fair Value and Postponement of Final Determination: Certain Softwood Lumber from Canada, 66 Fed. Reg. 56,062 (Nov. 6, 2001).

²⁸² U.S. Dep't of Commerce, Notice of Preliminary Affirmative Countervailing Duty Determination, Preliminary Affirmative Critical Circumstances Determination, and Alignment of Final Countervailing Duty Determination with Final Antidumping Duty Determination: Certain Softwood Lumber Products from Canada, 66 Fed. Reg. 43,186 (Aug. 17, 2001).

²⁸³ *Supra* note 281.

尋求 WTO 爭端解決，2001 年 12 月 WTO 小組成立。²⁸⁴並於 2002 年 3 月，要求就美國所採之反傾銷措施進行諮商。²⁸⁵

2002 年 3 月 21 日，DOC 發布 (issued) 反傾銷最終認定；2002 年 3 月 25 日，DOC 發布平衡稅最終認定，其認為加拿大的「立木計畫」給予軟木材生產者補貼，為「可課徵平衡稅」(countervailable) 之行為。在補貼的定義上，最終認定認為，依據「美國關稅法」第 771(5)(E)條，「立木計畫」符合「財務提供」、「授予利益」、且具有「特定性」(de facto specific)，蓋因受惠之伐木者有限；2002 年 4 月 2 日，美國將此補貼與傾銷最終認定公布在美國聯邦公報 (the U.S. Federal Register)。²⁸⁶其後，2002 年 5 月 16 日，USITC 做出最終損害之虞 (Threat of injury) 認定，認為美國國內產業因來自加拿大的軟木進口，而有損害之虞，其後通知 DOC；DOC 於 2002 年 5 月 22 日修正，公布於美國聯邦公報 (the U.S. Federal Register)，並發布課徵反傾銷稅與平衡稅之命令。²⁸⁷同日，USITC 也將最終認定公布於美國聯合公報。²⁸⁸美國政府所作之最終認定引發 WTO 與 NAFTA 貿易方面之平行訴訟、WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，以下分別說明之。

一、貿易場域間的平行訴訟

美國政府的最終傾銷、平衡稅認定及損害調查認定，在發布當天即引發加拿大依 NAFTA 第 1901 條第 1 項，展開「雙邊審查小組」(binational panel review) 程

²⁸⁴ Panel Report, *United States — Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS236/R (Sept. 27, 2002) [hereinafter - *US — Softwood Lumber III*].

²⁸⁵ Request for consultations by Canada, *United States - Provisional Anti-Dumping Measure on Imports of Certain Softwood Lumber from Canada*, G/ADP/D40/1; G/L/522; WT/DS247/1 (Mar. 12, 2002).

²⁸⁶ U.S. Dep't of Commerce, Notice of Final Affirmative Countervailing Duty Determination and Final Negative Critical Circumstances Determination: Certain Softwood Lumber Products From Canada, 67 Fed. Reg. 15,545 (Apr. 2, 2002); U.S. Dep't of Commerce, Notice of Final Determination of Sales at less than fair value: Certain softwood lumber from Canada, 67 Fed. Reg. 15,539 (Apr. 2, 2002).

²⁸⁷ U.S. Dep't of Commerce, Notice of Amended Final Determination of Sales at Less Than Fair Value and Antidumping Duty Order: Certain Softwood Lumber from Canada, 67 Fed. Reg. 36,068 (May 22, 2002); U.S. Dep't of Commerce, Notice of Amended Final Affirmative Countervailing Duty Determination and Notice of Countervailing Duty Order: Certain Softwood Lumber Products from Canada, 67 Fed. Reg. 36,068 (May 22, 2002).

²⁸⁸ United States International Trade Commission, Final Determination: Softwood Lumber from Canada, 67 Fed. Reg. 36,022 (May 22, 2002).



序。隨後，加拿大也尋求 WTO 爭端解決程序，分別處理補貼、反傾銷最終認定及損害調查最終認定問題。²⁸⁹

(一) NAFTA 貿易爭端

針對三項認定，NAFTA 雙邊審查小組來回發布多次判決，美國也發布多次更正。²⁹⁰

在補貼認定方面，加拿大所提爭議與 WTO 相同，亦即「財務提供」認定與「授予利益」比較基準等；但於 6 次小組判決中，「授予利益」之比較基準價格 (benchmark prices)，各方一直未能妥協。²⁹¹

在傾銷認定方面，加拿大引用 WTO 的 *EC-Bed Linens* 上訴機構報告，認為美國所採之「歸零法則」(zeroing methodology)，²⁹²已違反 ADA 第 2.4.2 條規定；而 4 次小組判決中，對於美國採用之歸零法則，小組在第一次發回更正與第三次發回更正判決結論不同。²⁹³

在損害調查方面，加拿大要求小組審理 USITC 所做之實質損害最終認定；而在 3 次小組判決中，小組持續認為，並未有足夠證據支持加拿大軟木材有補貼及傾銷行為，故要求 USITC 修正損害調查。最終，NAFTA 雙邊審查小組發布第三次更正時指出，委員會不情願接受小組審查職權，要求美國不斷更正並無益處。²⁹⁴

²⁸⁹ Panel Report, *US — Softwood Lumber IV*, *supra* note 277; *US — Softwood Lumber V*, *supra* note 277; *US — Softwood Lumber VI*, *supra* note 277.

²⁹⁰ NAFTA 第 1904 條第 2 項規定，小組應以進口國國內法律，來審理進口國最終反傾銷或平衡稅命令，是否符合地主國國內法律。

²⁹¹ North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Certain Softwood Lumber from Canada: Final Affirmative Countervailing Duty Determination*, USA-CDA-2002-1904-03 (Aug. 13, 2003; June 7, 2004; Dec 1, 2004; May 23, 2005; Oct. 5, 2005; Mar. 17, 2006).

²⁹² 為一種傾銷差額之計算方式，以認定外國出口廠商是否有傾銷行為。進口國主管機關於認定傾銷差額 (dumping margin) 之時，若採用「歸零法則」，則不計入個別調查程序之傾銷差額負值 (negative dumping margin) 的情形，導致高估最終傾銷差額，外國出口廠商可能因較高的傾銷差額而蒙受較高損失 (陳靜儀等人，2006: 1)。

²⁹³ North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Certain Softwood Lumber Products from Canada: Final Affirmative Antidumping Determination*, USA-CDA-2002-1904-02 (July 17, 2003; Mar. 5, 2004; June 9, 2005; Jan 5, 2007).

²⁹⁴ North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Softwood Lumber from Canada: Final Affirmative Threat of Material Injury Determination*, USA-CDA-2002-1904-07 (Sept. 5, 2003; Apr. 18, 2004; Aug. 31, 2004).



(二) WTO 貿易爭端

加拿大也透過 WTO 尋求爭端解決。針對 DOC 對於平衡稅之最終認定，2002 年 10 月 1 日，*US — Softwood Lumber IV* WTO 小組成立，²⁹⁵加拿大爭執，調查之展開、最終認定 (final determination)、權宜審視 (expedited review) 等條款違反 WTO 內括協定 (WTO, 2010a)。2003 年 8 月 29 日，小組報告認為 DOC 之平衡稅最終認定未依 SCM 協定之規定 (WTO, 2010a)；2004 年 1 月 19 日，上訴機構肯定此認定，亦認為「立木計畫」符合 SCM 協定第 1.1 條「商品」定義，但平衡稅最終認定是否未依據 SCM 協定之規定，上訴機構認為，因缺乏足夠事實調查，故無法完成法律分析 (WTO, 2010a)。

針對 DOC 反傾銷最終認定，加拿大認為反傾銷最終認定已違反 ADA 與 GATT 第 10 條第 3 項(a)款，2003 年 1 月 8 日，*US — Softwood Lumber V* WTO 小組成立 (WTO, 2010b)。²⁹⁶

在損害調查方面，針對 USITC 之傾銷與平衡稅實質損害調查，加拿大認為美國違反 GATT 第 6 條第 6 項(a)款、ADA 與 SCM 協定等多項條款，遂於 WTO 提訴，2003 年 5 月 7 日，*US — Softwood Lumber VI* WTO 小組成立 (WTO, 2010c)。²⁹⁷

(三) 平行貿易訴訟引發判決不一致問題

值得注意的是，以上案件進展中，DOC 反傾銷最終認定所引發之 WTO 與 NAFTA 第 19 章審查小組之平行貿易爭端，產生判決不一致之問題，凸顯平行訴訟之弊端。

2004 年 4 月，*US — Softwood Lumber V* 案的 WTO 小組認為，美國「逐筆交易對逐筆交易」(transaction-and-transaction basis) 之比較基準若採用歸零法則，將不計入個別調查程序之傾銷差額負值，致使傾銷差額膨脹，已違反 ADA 第 2.4.2 條，故該案小組認為 DOC 不得使用歸零法則來計算傾銷差額 (WTO, 2010b)。

²⁹⁵ Panel Report, *US — Softwood Lumber IV*, *supra* note 277.

²⁹⁶ Panel Report, *US — Softwood Lumber V*, *supra* note 277.

²⁹⁷ Panel Report, *US — Softwood Lumber VI*, *supra* note 277.



NAFTA 雙邊審查小組於第一次發回更正中，²⁹⁸認為加拿大所引用之 *EC-Bed Linens* 上訴機構報告無拘束力，僅有建議性質，故不可用來認定歸零法則違反 ADA 第 2.4.2 條。據此，美國採用歸零法則並未違反 ADA。

然而，2004 年 8 月 11 日 *US — Softwood Lumber V* 案 WTO 上訴機構報告認同小組見解，認為 DOC 以歸零法則計算傾銷差額，有違 ADA。²⁹⁹該上訴機構報告公布後，2005 年 6 月 9 日，NAFTA 雙邊審查小組發布第三次發回更正，³⁰⁰轉而要求 DOC 重新計算對所有被告之傾銷差額，其轉變原因在於 NAFTA 第 19 章第 1904 條要求雙邊審理小組應依據進口國之國內法律進行審理，以判斷進口國之相關認定是否符合適法性，但不得就案件本身或法律之是非做出判斷。又，依據 *Charming Betsy* 原則，美國國內法應解釋為不違反國際法。而 WTO 小組及上訴機構之裁決屬於國際法，NAFTA 雙邊審理小組所依據之國內法律審理，也應與 WTO 小組及上訴機構之裁決一致，故 NAFTA 雙邊審理小組裁定 DOC 所採之歸零法則不再具備適法性 (謝蕙如，2008: 93-94, 96)。值得一提的是，NAFTA 第 1904 條所指之進口國之法律包括相關法規、立法歷史 (legislative history)、行政慣例及司法程序等資料。小組可做出維持認定或是駁回認定兩種有拘束力的決定。³⁰¹

²⁹⁸ North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Certain Softwood Lumber Products from Canada: Final Affirmative Antidumping Determination*, USA-CDA-2002-1904-02 (July 17, 2003).

²⁹⁹ Appellate Body Report, *United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, ¶¶ 113-116, WT/DS264/AB/R (Aug 11, 2004).

³⁰⁰ North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Certain Softwood Lumber Products from Canada: Final Affirmative Antidumping Determination*, USA-CDA-2002-1904-02 (June 9, 2005).

³⁰¹ NAFTA 的爭端解決機制規定於第 11 章、第 19 章與第 20 章，第 19 章處理反傾銷稅與平衡稅案件救濟，其中第 1904 條規定，在反傾銷稅及平衡稅認定方面，爭端當事方可要求雙邊審查小組 (binational panel review) 進行司法審查，做為各國國內法院之替代方案，審理進口國對出口國之措施是否合乎適法性問題，也即相關認定是否有依據進口國之法律，包括相關法規、立法歷史、行政慣例、司法程序等資料，但不得就案件本身或法律之是非做出判斷。而小組可做出維持認定或是駁回認定兩種有拘束力的決定，而審查標準依據國內法律所採之標準。附件 1904.13 (3) 規定，為了維持小組的完整性，以及使裁決符合國內法律與判決先例，若有小組成員涉及利益衝突，或有小組偏離基本法律程序的情形，則各爭端當事方可提起「非常異議程序」(Extraordinary Challenge Committee, ECC) (林仁光、鄭欣怡，2010：Ch4.11-12)。



二、投資與貿易之平行訴訟

另在投資爭端方面，加拿大軟木業者 Canfor Corporation 依據 NAFTA 第 1120 條 (謝蕙如，2008: 86-88, 96)，主張 DOC 與 USITC 依 2002 年 5 月認定所為之傾銷與平衡稅之措施，以及「柏德修正條款」所給予受影響美國製造商之補貼，³⁰²已違反 NAFTA 第 1102 (國民待遇)、1103 (最惠國待遇)、1105 (最低待遇) 與第 1110 條 (徵收)，故依「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」，於 ICSID 提出投資仲裁，隨後產生三項訴訟程序。³⁰³

美國則主張，合併仲裁能「更公平與效率的方式解決衝突」，且能避免衝突的判斷 (to avoid the possibility of conflicting determinations) 作為理由，要求 ICSID 合併仲裁。³⁰⁴2005 年 9 月 7 日，Canfor 仲裁庭認為，此合併仲裁案符 NAFTA 第 1126 條第 2 項之要件，其不以相同爭端當事方作為要件，只要是提出相同的法律議題，不論是由相同事件或由相同之有關措施而引起之爭議，仲裁庭都可合併仲裁，故此三項仲裁案可以合併 (Waibel, 2014a: 50-53; Yannaca-Small, 2008: 1032-1036; 1039-1044)。

針對美國政府傾銷稅及平衡稅措施與第 11 章之合致性問題，仲裁庭認為審理此爭議違反 NAFTA 第 1901 條第 3 項規定。³⁰⁵ NAFTA 第 1901 條第 3 項規定，除第 19 章之規範，其他 NAFTA 條款均不得對成員國國內傾銷與平衡稅法規課予義務，而其所稱之「條款」自包括第 11 章及其爭端解決機制之規定。³⁰⁶換言之，仲裁庭僅能審理成員反傾銷稅及平衡稅義務是否符合第 19 章的爭議。

本案加拿大軟木業者根據 NAFTA 第 11 章提出投資仲裁，控訴美國政府機構

³⁰² Decision on Preliminary Question, *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, *supra* note 278, ¶¶ 4-5.

³⁰³ *Canfor v. USA; Tembec v. USA; Terminal Forest v. USA* 等三項投資仲裁。

³⁰⁴ Order of the Consolidation Tribunal, *Canfor v. USA; Terminal Forest v. USA*, *supra* note 280.

³⁰⁵ NAFTA 第 1901 條第 3 項: Except for Article 2203 (Entry into Force), no provision of any other Chapter of this Agreement shall be construed as imposing obligations on a Party with respect to the Party's antidumping law or countervailing duty law.

³⁰⁶ Decision on Preliminary Question, *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, *supra* note 278, ¶ 273.

依國內傾銷與平衡稅法規所做措施，此舉顯已透過非第 19 章之規範，審理成員國國內傾銷與平衡稅法規之合致性，已對成員國施加傾銷與平衡稅之義務，有違第 1901 條第 3 項之規定；是故，ICSID 仲裁庭決定，不審理加拿大製造商所主張之反傾銷與補貼措施。³⁰⁷

至於「柏德修正條款」，仲裁庭認為，其並非第 1901 條第 3 項所稱之傾銷與平衡稅的法規 (Lee, 2013: 425)，因此仲裁庭審理「柏德修正條款」與第 NAFTA 第 11 章相關規範的合致性問題，並不違反第 1901 條第 3 項規定。故仲裁庭認為，可對「柏德修正條款」是否違反 NAFTA 第 11 章相關規範，進行審理 (John Crook, 2007: 222-223)。³⁰⁸ 本案中，ICSID 仲裁庭援引 2003 年 1 月之 *US — Offset Act (Byrd Amendment)* WTO 小組報告，³⁰⁹而該報告認為，美國的「柏德修正條款」違反 WTO 的 ADA 與 SCM 協定。

肆、平行訴訟調和

一、投資與貿易機制並未處理平行訴訟問題

與 WTO 之 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案相似，美國與加拿大之傾銷與補貼爭議，使貿易場域亦出現美加透過 NAFTA 第 19 章與 WTO 提起訴訟的情形，以處理反傾銷稅與平衡稅的問題。本例中，WTO 爭端解決機制並未留意與投資仲裁間的平行訴訟，但貿易場域出現之平行訴訟，凸顯在 NAFTA 貿易爭端先於 WTO 爭端提起之情形下，後繫屬之 WTO 若適用 NAFTA 第 2005 條第 6 項，有調和管轄權重疊或平行訴訟之可能。然而，在該貿易爭端平行訴訟中，加拿大並非依據

³⁰⁷ *Id.* at ¶ 273.

³⁰⁸ Decision on Preliminary Question, *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, *supra* note 278, ¶¶ 333-336, 347-349.

³⁰⁹ Panel Report, *United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, ¶¶ 4.501 - 4.502, WT/DS217/R; WT/DS234/R (Sept. 16, 2002) [hereinafter – Panel Report, *US — Offset Act (Byrd Amendment)*].



該展開訴訟程序，使 WTO 無解釋此問題之必要，殊為可惜。

二、本例凸顯平行訴訟產生之缺點

此外，貿易爭端之平行訴訟產生之缺點，應也能反映在 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟上，展現於以下兩點：

(一) 判決結果不同

此平行貿易爭端顯示，平行訴訟可能導致判決結果不同。例如本例之「案件進展」所述，DOC 對反傾銷最終認定所採之歸零法則，WTO 與 NAFTA 第 19 章雙邊審查小組一度有不同見解。

WTO 方面認為歸零法則違反 ADA。³¹⁰NAFTA 雙邊審查小組方面，加拿大援引 *EC-Bed Linens* 之上訴機構報告內容，主張不得於「加權平均對逐筆交易」做為比較基準時採用歸零法則，否則即違反 ADA 第 2.4.2 條之規定，但 NAFTA 雙邊審查小組於第一次發回更正中，認為該報告無拘束力，故美國所採之歸零法則並未違反 ADA。³¹¹ 2005 年 6 月第三次發回更正中，NAFTA 小組改變過去裁定，其要求 DOC 需遵守 2004 年 8 月上訴機構報告之裁決。³¹²蓋因根據 *Charming Betsy* 原則，美國國內法應解釋為不違反國際法，而 WTO 上訴機構之裁決屬於國際法，故美國國內法也須解釋為與該上訴機構報告一致（謝蕙如，2008: 93-94, 96）。據此，NAFTA 雙邊審查小組因美國之措施不再具備適法性，而做出駁回認定之裁定。³¹³

(二) 爭端解決程序無效率

平行訴訟致使爭端解決程序無效率（謝蕙如，2008: 97）。例如本案 NAFTA 貿易救濟場域中，DOC 對於傾銷、補貼之最終認定及 USITC 損害調查之最終認定，

³¹⁰ *Supra* note 299.

³¹¹ *Supra* note 298.

³¹² *Supra* note 300.

³¹³ *Supra* note 293.



引發 NAFTA 雙邊審查小組對此三項爭議來回多次發布判決，卻無助於被告改正措施。最終，此爭端仍是回到談判與諮商等作法達成協議，即 2006 年 10 月生效之「軟木材協議」(謝蕙如，2008: 97-98; Allen & Soave, 2014: 33)。

三、貿易與投資場域之互動

由 NAFTA 第 11 章所提起之投資仲裁方面，可觀察兩個貿易與投資場域之互動現象：WTO 爭端與投資仲裁之「擴散現象」³¹⁴及 ICSID 投資仲裁庭參考 WTO 小組報告等 (Lee, 2013: 424)。

本例 ICSID 投資仲裁庭雖無法依 NAFTA 第 11 章審理傾銷與平衡稅措施，但仲裁庭得以依據第 11 章，對非屬反傾銷與平衡稅法規之「柏德修正條款」進行審理，以裁定該條款與第 11 章之合致性 (Lee, 2013: 425)。³¹⁵考慮到「柏德修正條款」與反傾銷稅與平衡稅法規密切關聯，投資仲裁庭似有機會審理與貿易相關之措施 (Lee, 2013: 425)。又，本例 ICSID 投資仲裁庭援引 *US — Offset Act (Byrd Amendment)* WTO 小組報告，³¹⁶當中 WTO 小組認為美國的「柏德修正條款」違反 WTO ADA 與 SCM 協定 (Marceau et al., 2013: 496)。綜合觀察本例 ICSID 仲裁庭對「柏德修正條款」之審理與對 WTO 判決之參考後，仲裁庭很可能做出影響美國政府機構之傾銷與平衡稅法規之判斷 (Lee, 2013: 425; Marceau et al., 2013: 496)。

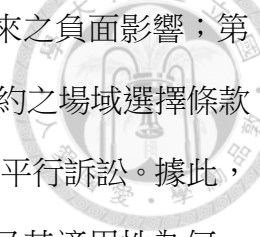
第五節 小結

實際之四件案例均有涉及相似之訴訟標的，但第二件與第四件案例之訴訟原因不同，且四件案例中，WTO 爭端與投資仲裁並未積極調和彼此之平行訴訟。然

³¹⁴ 意指投資仲裁庭除了審理投資相關爭端之外，也有機會審理貿易爭端。

³¹⁵ Decision on Preliminary Question, *Canfor Corporation v. United States of America*; *Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, *supra* note 278, ¶¶ 333-336, 347-349.

³¹⁶ Panel Report, *US — Offset Act (Byrd Amendment)*, *supra* note 309, ¶¶ 4.501- 4.502.



而，四件案例仍帶來三種啟示：第一，兩者之平行訴訟，將帶來之負面影響；第二，貿易與投資法之互動增加；第三，WTO 有可能透過外來條約之場域選擇條款或運用國際法律原則，而投資仲裁庭有可能透過自身條約，調和平行訴訟。據此，第四章將探討，調和兩者訴訟程序之國際法律原則是否存在，又其適用性為何，以合理分配爭端各方之管轄權。



第四章 國際法原則於調和 WTO 爭端與 投資仲裁平行訴訟之適用性



有關 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟現象，本文於緒論文獻回顧部分，發現當前僅有少數學者進行探討此現象 (Allen & Soave, 2014; Sekstelo, 2014; Alschner, 2014; Lee, 2013; Alford, 2013 : 41-44; Mitchell, Voon & Munro, 2015)。相關研究缺漏可能係因當前 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之相關案件少，現存法理亦不足之故。再者，從第三章案例討論可知，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭並未積極調和與平行訴訟，故本文難以觀察兩種訴訟程序如何進行調和。此外，當前亦無調和此類平行訴訟之機制，致使調和之運作窒礙難行。³¹⁷

綜合以上對現行調和方式缺漏與侷限，本文欲重新檢視平行訴訟之調和研究。本章將討論何種一般法律原則、第五章將探討何種 BIT 管轄權條款之解釋與適用等，有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟。然而，在討論一般法律原則與 BIT 管轄權條款之解釋與適用於調和與平行訴訟適用性之前，有必要先釐清兩個問題：何謂外來法源以及 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否參考或適用外來法源。若上述法源無法被參考或適用，遑論更進一步被用來協助調和與平行訴訟。

因此，本章第一節將討論何謂外來法源，以及 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否參考或適用外來法源。第二節將討論何種一般法律原則有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。第三節則討論一般法律原則於調和第三章所提案例之適用性，換言之，本文試圖於此節探討國際性司法機制於實際案例中，應如何運用本章所提之一般法律原則，來調和與平行訴訟。

另以下兩方面須特別說明：

第一，本章所歸納之一般法律原則，參考學界所討論之 WTO 與 RTA 管轄權

³¹⁷ 請參見第一章第三節第參部分「研究限制」。

重疊調和方式，再將此適用於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟調和研究中。

第二，對於本章第二節部分討論衝突法則於調和程序法之可行性，有必要在此說明。規範衝突之定義已於前文闡述，³¹⁸而衝突之解決方式包括規範衝突條款、衝突法則，原用於處理司法性機構自身規範與其他規範之準據法衝突等實體法爭議，而本文所關切之 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟調和屬程序法問題，兩者似非同一層次之問題，無法混為一談。然而，有論者認為此規範包括程序與實體規範，因而使某一場域之管轄權規範與實體規範具優先之效力而適用。

例如，Shany 提到 1993 年「北美環境合作協議」(North American Agreement on Environmental Cooperation，以下簡稱 NAAEC) 第 40 條規定，NAAEC 條款之權利義務不影響成員於其他國際環境協議之權利義務，應包括程序性與實體上的權利義務，因此在程序上締約國成員應可理解為同時享有 NAAEC 與其他國際環境協議之管轄權保障，可於兩種場域中選擇 (Shany, 2003: 201)。此外，WTO 內括協定並無場域選擇條款與規範衝突規範，學者認為，WTO 小組及上訴機構可參考或適用衝突法則或規範衝突條款，並再進一步使某法域之規範具優先效力而適用 (Pauwelyn, 2003b: 1015; Allen & Soave, 2014: 42-43; Waibel, 2014a: 9; Yang, 2014: 129-135)。又，Luiz Salles 認為，GATT 第 24 條與 GATS 第 5 條允許建立 RTA，而 RTA 包含程序與實體規範，故 RTA 之管轄權規範與實體規範皆能排除 WTO 最惠國待遇之效力，因而使 RTA 場域之管轄權優先於 WTO 場域之管轄權 (Kuoppamäki, 2016: 37)。

因此，規範衝突法則或條款可確定程序規範之優先性，並有助於調和程序法訴訟，故與本文密切相關，將一併於本章第二節討論。此外，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否參考與適用衝突法則或衝突條款之問題，亦凸顯第一節探討之「條約解釋與適用」之必要性。

³¹⁸ 請參見第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」對於規範衝突定義之討論。

第一節 條約解釋與適用



在檢視國際法原則如何調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之前，首須討論兩個問題：第一，何謂外來法源；第二，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否適用或參考外來法源。

針對第一個問題，依據「國際法院規約」第 38 條第 1 項的規定，國際法法源包括國際公約 (international conventions)、國際慣例 (international custom)、一般法律原則 (general principles of law)、司法判例 (judicial decisions) 與公法家學說 (the teachings of the most highly qualified publicists)。³¹⁹其中，國際慣例需有足夠的國家實踐，並已形成「法之信念」(opinion juris) (Brownlie, 2008: 7-10)；而一般法律原則是主要法源，為文明國家所承認，源於 19 世紀之仲裁庭「爭端解決協議」(compromis)。Root 與 Phillimore 認為一般法律原則為文明國家國內法規範 (rules) 所接受之原則 (principles)。而 Oppenheim 則認為，法院被賦予職權去運用源於國內法之一般法律原則。因此，國際性司法機構可自行運用一般法律原則，使其隨時間演進 (Brownlie, 2008: 16-17)。

針對第二個問題，上述之法源，能否為 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭適用，或僅作為解釋工具，並進一步調和訴訟的問題？此問題將於本節討論，但回答此問題之前，須體認 WTO 爭端與投資仲裁各屬於「自足建制」，有其專業規範與制度，因此當面臨程序或實質規範衝突時，能否直接透過外來法源進行調和，仍有爭議。

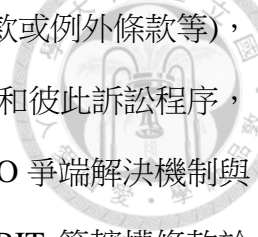
Pauwelyn 指出，在「法律創造」(law-creation) 階段，不同條約之規範衝突，

³¹⁹ Statute of the International Court of Justice 第 38 條第 1 項: The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
c. the general principles of law recognized by civilized nations;
d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

可透過條約解釋與適用，或透過制定「明文衝突條款」(explicit conflict clauses)、
「衝突法則」與制定新的「明文衝突條款」等三種方式，予以化解 (2004: 908)。³²⁰
然而，在 Pauwelyn 所稱之實際「法律執行 (law-enforcement) 階段」時，專業法建
制之間若發生規範衝突時，其自身又無規定處理與外來法源之規範衝突，各專業
法建制之間不見得願意參考或適用這些調和規範衝突的外來規範 (2004: 909-910)。
此時，衝突調和方式可能無法逕自適用，例如規範衝突條款或衝突法則，而須回
歸至 (fall back) 條約解釋或適用之方式，始能被運用以調和外來法源 (2004:
907-910)。

同理，WTO 爭端與投資仲裁作為兩種專業法建制，其自身又無調和與其他法

³²⁰ Pauwelyn 認為，任何新興規範或條約被建立時，皆須置於「事前存在之國際法」(pre-existing international law) 脈絡之下(Pauwelyn, 2004: 906)，包括一般法律原則或其他條約內容(Pauwelyn, 2003b: 488)。在此背景下，不同條約建制之規範有重疊(accumulation)或潛在衝突(potential conflicts)的可能 (Pauwelyn, 2003b: 239; 2003a: 440, 488)，而可透過事前調和 (coordination *ex ante*)，設立消極的例外或減損 (derogation) 義務條款，或積極的整合條款 (incorporation) (Pauwelyn, 2003a: 237)；此外，亦可透過國家事前諮商、資訊交流之方式，來避免潛在衝突 (Pauwelyn, 2003a: 238-39)。僅有在條款被成員運用之時，潛在衝突才會產生。若衝突仍無法避免，則衝突則即成為「明顯衝突」(apparent conflicts) (Pauwelyn, 2003a: 240)，須由國際性的司法機構審理。理想上，司法機構基於國際體系之穩定與一致性，會先回歸 (fall-back)至「事前存在之國際法」，共有兩種調和潛在衝突做法：其一，透過無衝突推定 (presumption against conflict) 之方式，對衝突規範進行解釋 (interpretation)，但該衝突規範須由運用該司法體系之全體成員同意，且全體成員均受其拘束 (Pauwelyn, 2003a: 272-273, 488; 2004: 906-907)。其二，直接適用國際法規範，包括習慣法、一般法律原則或任何其他條約，若拘束爭端當事方即可適用，但可另以條款排除 (contract-outs)，(Pauwelyn, 2003a: 273-274, 488, 491; 2004: 906-915)。其中，習慣法、一般法律原則與已存在條約之適用，如同契約於國內法之地位，無須明文於條約中規定，即可適用 (Pauwelyn, 2003b: 1001)。最終，若潛在衝突得以上述兩種方式處理，該衝突僅為「明顯衝突」(Pauwelyn, 2003a: 240)；若無法處理，則顯示規範有違反或抵觸的情形，產生「真正的規範衝突」(genuine conflicts) (Pauwelyn, 2003a: 240, 488-489; 2004: 907)，而另有處理方式。「真正衝突」類型分為「本質規範衝突」(inherent normative conflicts)、
「準據法規範衝突」(conflict in the applicable law)。套用第二章引用 Vranes 對規範衝突之定義，本質規範衝突為嚴格定義之規範衝突，指兩種規範違反另一規範或抵觸另一規範，其中一規範無效，例如絕對規律；而準據法規範衝突為寬鬆定義之規範衝突，意指兩種規範未達相互抵觸的程度，但如果遵守或適用一規範，而違反另一規範之情形 (Pauwelyn, 2003a: 489; 2004: 907)。對於準據法規範衝突之調和方式有三：第一，「明文衝突條款」，例如 NAFTA 第 104 條、「聯合國憲章」第 103 條 (Pauwelyn, 2004: 908; 2003a: 489; 2003b: 1015)、UNCLOS 第 311 條第 3 項、ECT 第 4 條「非減損條款」、1993 年 NAAEC 第 40 條 (李濬勳, 2005: 85)、2006 年「智利—祕魯自由貿易協定」(Chile-Peru FTA)、2007 年「德國—巴林」(Germany-Bahrain BIT) 及 2006 年「美國—烏拉圭」(United States-Uruguay BIT)第 16 (2) 條的「非減損條款」(non-derogation clause)、「東協與澳紐自由貿易協定」(ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Agreement)第 18 章的「臨時諮商」(ad hoc consultations)規定 (Alschner, 2014: 296)；第二，一般法律原則下的衝突法則，亦即 VCLT 第 30 條「後法優於前法」與「特別法優於普通法」(張南薰, 2007: 141; Pauwelyn, 2003a: 489; 2003b: 1015; 2004: 908)，Alschner 稱此為“public international default rules” (Alschner, 2014: 295)；第三，若上述方式都無法解決，僅能重啟談判，在條約設置新的明文衝突條款 (Pauwelyn, 2003a: 490)。



建制一般法律原則或投資條約條款（場域選擇條款、規範衝突條款或例外條款等），兩者在面臨彼此司法機制的訴訟時，能否參考或適用外來法源調和彼此訴訟程序，例如國際法原則或相關投資條約條款等，值得優先討論。若 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭無從解釋或適用外來法源，則討論一般法律原則與 BIT 管轄權條款於調和并行訴訟之適用性，將無意義。

綜上以上推論，以下第一節第壹部分將從 WTO 規範、BIT 規範與相關判例等，說明 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否適用或參考上述之法源，以調和彼此訴訟程序。本章第二節將討論一般法律原則於調和并行訴訟之適用性。本章第三節將探討 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭如何參考或適用一般法律原則，以調和兩種機制之并行訴訟。

壹、WTO 爭端解決機制規範與實務

一、WTO 對外來法源之適用

對於 WTO 爭端解決機制是否適用外來法源，或僅作為解釋工具，首須探討的是何謂外來法源，此問題已於此前探討法源時說明。其次須再討論 WTO 內括協定能否適用外來法源為準據法之問題。以下分為 DSU 管轄權與準據法相關規範、以及學界對於 WTO 體系適用外來法源等兩方面進行討論。

(一) DSU 管轄權與準據法相關規範

相較於「國際法院規約」第 38 條所明列之法源，DSU 並無明文規定其所適用之法源為何，僅有規定管轄權範圍於第 23.1 條；而 DSU 第 3.2、7.1、7.2、11 與第 19.2 條暗示 WTO 爭端解決機制可適用之法源 (Nguyen, 2013: 127; Kuoppamäki, 2016: 28; Lee, 2013: 444)。

DSU 第 1 條明確表示，DSU 僅適用於內括協定所生爭端；DSU 第 11 條則規



定，小組有客觀評估案件事實與相關協定適用性之義務；對於內括協定所引起之爭端，DSU 第 23 條則賦予 WTO 專屬管轄權 (林彩瑜，2011: 398)；會員因內括協定義務及利益受損，應依據 DSU 尋求救濟。而 DSU 第 3.2 條與第 19.2 條規定，DSB 之建議與裁決不得增減會員在內括協定下的權利與義務 (Marceau, 2001: 1116)；第 7 條明定審查職權來源，小組及上訴機構審查之對象，應以內括協定為限，不包含國際慣例、一般原理原則 (張南薰，2007: 147, 152)。但若主張係由爭端當事方提出，則無理由禁止小組之裁量權，且小組可據此進行法律推論 (Yang, 2014: 130)。內括協定包含本文、附件 (annexes)、多邊協定 (multilateral agreement) 與複邊協定 (plurilateral agreement)。而除了內括協定之外，WTO 內括協定提到會員應遵守其他條約之義務，如「巴黎公約」、「伯恩公約」(Berne Convention)、「羅馬公約」(Rome Convention) 等與 TRIPS 協定相關之條約，上述條約雖為外來法源，但亦為 WTO 爭端解決機制可直接適用之法源 (Palmer & Mavroidis, 2004: 69-73)。據此，一般而言，國際公約、國際慣例、一般法律原則、司法判決與公法家學說等無法直接適用於 WTO 體系當中。

(二) 學界對於 WTO 體系適用外來法源

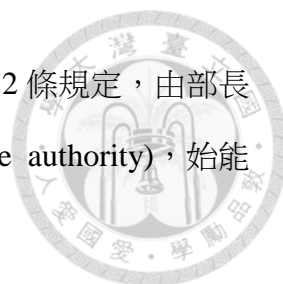
對於 WTO 體系適用外來法源之態度，學者立場不一，可概分為限制說與開放說。

1. 限制說 (restrictive approach)

一派學者採取限制說法 (Kuoppamäki, 2016: 34)，此派相關學者如 Alschner、Joel P. Trachtman、Gabrille Marceau、Debra P. Steger (Nguyen, 2013: 128)。

此說學者認為 WTO 為自足體系，故對於爭端解決機構管轄權之立場採取「管轄獨立主義」(Henckels, 2008: 571) 或「駝鳥策略」，亦即管轄權範圍較為狹窄，僅及於內括協定，且不適用其他外來條約規範 (Alschner, 2014: 292-293)。

再者，適用 WTO 外來法源將因增減會員權利與義務，而違反 DSU 第 3.2 與



第 19.2 條規定 (Marceau, 2001: 1103)。目前，僅能依 DSU 第 9.2 條規定，由部長會議或大會對 WTO 內括協定之闡釋賦予「專屬權限」(executive authority)，始能增減條款意義 (Fox & Trebilcock, 2012: 471)。

此外，DSU 並未明文規定 WTO 對外來法源之適用，故若適用未規定之外來法源將喪失 Franck 所稱的條文明確性 (determinacy)，亦削弱了國際法的正當性 (legitimacy) (Franck, 1995: 30; Nguyen, 2013: 136)。

基於上述理由，即便外來條約設置場域選擇條款或衝突條款等，以排除或優先於 WTO 場域之管轄權，但 WTO 爭端解決機制並不適用之，且其對於內括協定仍有強制管轄權 (Kuoppamäki, 2016: 34-35)。因此，與本文相關的是，若採取此種立場，將無從透過 WTO 適用投資條約之場域選擇條款或規範衝突條款，以調和平行訴訟。

2. 開放說 (liberal approach)

另一派學者採取開放說 (Kuoppamäki, 2016: 35)，其主張 WTO 並不自外於國際法體系，對於外來法源於 WTO 之適用採取開放態度。Pauwelyn、Nguyen、Mitchell & Heaton、Lindroos & Mehling 等人認為，即便 WTO 依據 DSU 第 23 條而有專屬管轄權，但 WTO 小組與上訴機制準據法範圍並非侷限於內括協定，而有適用外來法源之餘地 (Nguyen, 2013: 128)。它們有時也適用準據法如習慣法、一般法律原則，甚至其他國際條約 (Pauwelyn, 2003b: 1001)，除非條約明文排除 WTO 適用之 (Pauwelyn, 2004: 906)。

採取限制態度學者質疑，適用外來法源是否因增減會員權利與義務，可能違反 DSU 第 3.2 條與第 19.2 條。對此，Pauwelyn 認為，DSU 第 3.2 與第 19.2 條為解釋內括協定之工具，並非 WTO 管轄權與準據法之規定，故僅規範小組及上訴機構解釋內括協定時，不得增減會員權利與義務，但並未禁止 WTO 拒絕行使管轄權，(Pauwelyn, 2003a: 353)。DSU 第 3.2 與第 19.2 條亦非規範衝突條款，其並未指示 WTO 之規範有優先於外來法源之效力。Pauwelyn 指出，規範衝突條款需顯示締約



國意向，例如，某條約之締約國無意讓現行規範有優先於 WTO 規範之效力，或指示締約國未來締約時，不得修改或推翻 WTO 規範等意向 (2003a: 354)。然而，DSU 第 3.2 與第 19.2 條係指示「爭端解決機構」解釋內括協定時，不得增減會員之權利與義務 (Pauwelyn, 2003a:353)，並未顯示「締約國」以 WTO 規範為優先之意向。

321

2006 年 ILC 報告亦指出，雖然 WTO DSU 限縮管轄權範圍，但並不盡然限縮條約解釋及準據法範圍 (ILC report, 2006: 28-29, 90)。因此，應有適用外來法源之空間，包括其他建制之場域選擇條款或其他規範。

實際上，國際慣例與一般法律原則中有關程序法的規定，與 DSU 牴觸的可能性不高，且已被廣泛適用於 WTO 之判例中。例如，學者張南薰整理適用程序性的一般法律原則之判例：無明文規定也適用舉證責任分配此等一般法律原則 (*US — Wool Shirts and Blouses*)、³²²地方法規作為事實證據之認定 (*India — Patents (US)*)、³²³無明文規定也有適用訴訟經濟原則之餘地 (*US-Lead and Bismuth II*) ³²⁴等 (2007: 145-147, 152)。

然而，WTO 判例承認對於程序法性質的國際慣例與一般法律原則有適用空間，但 WTO 對外來法源之適用，仍有以下侷限性。

(1). 外來實體法於 WTO 體系之適用尚無定論

WTO 體系對於能否適用國際慣例與一般法律原則中有關實體法的規定，尚無定論 (Mitchell, 2007: 795, 833-834; 張南薰, 2007:145-147,152; Nguyen, 2013: 129-130)。例如，*Korea— Procurement* 小組採取正面態度，其承認若 WTO 規範無排除此類實體法之適用，則 WTO 可適用國際習慣法，且國際習慣法作為 WTO 規

³²¹ 此外，在 WTO 與 RTA 管轄權重疊的情形中，WTO 爭端解決機制若適用 RTA 的管轄權規範，亦未增減 DSU 第 3.2 與第 19.2 條，其原因在於，RTA 之適用已為 GATT 第 24 條與 GATS 第 5 條允許 (Yang, 2014: 134)，亦為 RTA 成員同意，因而並未增減權利與義務 (Kuoppamäki, 2016:35)。

³²² Appellate Body Report, *US — Wool Shirts and Blouses*, *supra* note 27, at 14.

³²³ Appellate Body Report, *India — Patents (US)*, *supra* note 28, ¶ 65.

³²⁴ Appellate Body Report, *US — Lead and Bismuth II*, *supra* note 29, ¶ 71.

範之形成過程。³²⁵

又，*EC — Approval and Marketing of Biotech Products* 案中，歐洲共同體主張國際環境法下的「預防原則」(precautionary principle) 已成為一般國際法原則或國際習慣法而可適用，且有優於「食品衛生檢驗與動植物檢疫措施協定」(Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS) 之效力 (張南薰，2007: 146-147)。 *EC — Approval and Marketing of Biotech Products* 小組考量 1998 年歐洲共同體於 *EC—Hormones* 案提出之「預防原則」，並認為若預防原則成為國際習慣法，則有透過 VCLT 第 31 條第 3 項(c)款解釋之必要 (ILC report, 2006: 227)。在 *EC—Hormones* 案中，歐洲共同體主張，國際環境法的「預防原則」為 1992 年「里約宣言」所載，已成為國際習慣法。然而，*EC—Hormones* 上訴機構認為，雖然 WTO 適用國際慣例，但國際環境法的「預防原則」尚未構成國際慣例，因此無法解釋為 WTO 爭端解決機制可適用之國際法 (ILC report, 2006:73)。³²⁶因此，*EC — Approval and Marketing of Biotech Products* 小組最終認定，預防原則之法律地位未明，因而亦無討論「預防原則」是否成為國際習慣法而須適用 VCLT 第 31 條第 3 項(c)款之必要 (ILC report, 2006: 227)。

(2). WTO 爭端解決機制較少適用外來實體法

適用外來實體法法源之案例僅有 *US-Shrimp* (Nguyen, 2013: 130)、*Chile — Price Band System* 等案 (ILC report, 2006: 225)。³²⁷由此可見，尚無法累積直接適用外來法源之足夠判例。

(3). WTO 爭端解決體系對外來法源之適用受制於 DSU 規範

Mitchell & Heaton 指出，WTO 適用外來法源時，須符合內括協定 (2010: 563,

³²⁵ Panel Report, *Korea—Procurement*, *supra* note 42, ¶ 7.96.

³²⁶ Appellate Body Report, *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, ¶¶ 123-125, WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R (Jan. 16, 1998) [hereinafter - Appellate Body Report, *EC — Hormones*].

³²⁷ 該案中，小組適用智利與南錐國家的經濟合作協議 (ECA 35 Agreement) 之條文，以證明該協議未反對適用其他國際規範之義務，故 WTO 之「農業協定」(Agreement on Agriculture) 第 4.2 條可被適用 (ILC report, 2006: 225-226)。

575)，僅憑司法性機構之「固有管轄權」，無法自由地適用外來法源，仍需考慮形成條約之基礎，亦即有無違背締約國同意之條約意義，而有與條約權利義務不符之情形 (Nguyen, 2013: 139)。因此，Mitchell 雖同意 WTO 可適用外來法源，特別是在適用一般法律原則時，但須符合以下條件：第一，適用一般法律原則可維持 WTO 管轄權行使與運作，並能獲致各方滿意之結果；第二，一般法律原則並非實體權利義務之法源，僅用於處理程序法事務 (2007: 833-834)。

學者張南薰也提到，在 WTO 管轄權相關規範 (DSU 第 1、7、23 條) 與第 3.2 條與第 19.2 條義務之前提下，國際規範 (包括國際慣例、國際協定或一般法律原則) 等外來法源應有條件地適用於 WTO。因此，非 WTO 之其他法源雖可適用，但其位階仍低於 WTO 內括協定 (張南薰，2007: 156-157)。

綜合以上討論可知，由於 DSU 與管轄權相關之規定，其他外來國際規範包括國際協定、國際慣例與一般法律原則等，雖有機會直接適用於 WTO 體系當中，但仍有很大保留。

二、參考外來法源進行條約解釋

(一) VCLT 第 31 到 33 條已形成條約解釋之國際習慣法

儘管 DSU 並無規定 WTO 可適用之準據法，而無法直接適用外來法源 (Lee, 2013: 444)，然而，國際法學界認為，依 VCLT 第 31 到 33 條進行條約解釋，已形成國際習慣法，而可作為 WTO 爭端解決機制 (Kuijper, 2010: 6; Pauwelyn, 2003b: 1001) 之解釋工具。甚至，Pauwelyn 認為，WTO 無須提及 VCLT 第 31 條第(3)項 (c)款，其自身即可進行條約解釋 (2003a: 269)。ILC 報告也認為，透過 VCLT 第 31 與第 32 條進行條約解釋，為 DSU 第 3.2 條授權，故並未減損 WTO 會員之權利及義務 (2006: 89-90,226)。該報告也提到，WTO 爭端解決機制經常援引國際習慣法，甚至其他國際法法源，例如國際性的法院與仲裁庭，來解釋 WTO 內括協定



(2006: 212)。

因此，基於「無衝突推定原則」(presumption against conflict) (張南薰，2007: 157; Pauwelyn, 2003a: 272-273, 488; Pauwelyn, 2004: 906-907)，WTO 爭端解決機制於審理爭端時，應依據 DSU 第 3.2 條，透過 VCLT 第 31 條與第 32 條之條約解釋慣例，進行解釋。

(二) WTO 體系參考外來法源之可能性：VCLT 第 31 條第(3)項(c)款

VCLT 第 31 條第(3)項(c)款規定，進行條約解釋時，應參考締約國「有關係約解釋與適用之協議與後續實踐」(subsequent agreement and practice) (Cameron & Gray, 2001: 252-253; Pauwelyn, 2003a: 465-466, 470; 張南薰，2007: 150-151, 156; Pauwelyn, 2003b: 1001) 及「適用於締約國間關係之任何相關國際法規則」(any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties) (Pauwelyn, 2004: 907; Pauwelyn, 2003b: 997, 1001; Pauwelyn, 2003a: 269-270; Allen & Soave, 2014: 28; 張南薰，2007: 150-151, 156-157)。³²⁸

以下針對第 31 條第 3 項(c)款進行說明。首先，「後續協定與實踐」(subsequent agreements and practice) 意指，締約國經事後合意，可修正規範或賦予條約權威性解釋，且該條所稱之「締約國」不以 WTO 全體會員國為限，故爭端當事國亦符合該條所稱之「締約國」(Brownlie, 2008: 633-634)。例如，若依據過往實踐，爭端國往往拒絕重複管轄另一爭端解決機構審理之案件，以避免判決不一致或重複救

³²⁸ VCLT 第 31 條 (General rule of interpretation):

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context: (a) *any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions*; (b) *any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation*; (c) *any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*. (以斜體標示處，為作者自行加入)。
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended

濟 (double jeopardy) (張愷致，2012: 109-110)，則審理該案件之國際性的司法機構應將此過往實踐納入參考。

有關「適用於締約國間關係之任何有相關國際法規範」(international law applicable in the relations between the parties) 之詮釋，「國際法規範」似包括「國際法院規約」第 38 條第 1 項(d)款所載之法源，故國際協定、國際慣例和一般法律原則等法源，自當屬第 31 條第(3)項(c)款所稱之「國際法規範」，而可作為釐清 WTO 內括協定之解釋工具 (instrument of interpretation) (張南薰，2007: 151-152; Allen& Soave, 2014: 28)，使不同條款得以協調。

值得注意的是，對於其中的「締約國」解讀，WTO 實務有不同見解。*EC — Approval and Marketing of Biotech Products* 中，歐洲共同體認為，其對基改食品 (GMOs) 所頒之禁令係依據 1992 年「生物多樣性公約」(Convention on Biological Diversity) 與 2000 年「生物安全議定書」(The Cartagena Protocol on Biosafety)，故未違反 WTO 內括協定。但本案小組對於 VCLT 第 31 條第(3)項(c)款採取從嚴解釋，認為其他國際法源需拘束所有 WTO 會員，始能成為解釋 WTO 內括協定之工具 (張南薰，2007: 153; ILC report, 2006: 226-227)。³²⁹此外，*EC-Large Civil Aircraft* 上訴機構也採保留態度，認為不可逕自援引此原則，亦不得超出 WTO 會員於 WTO 內括協定應負之義務 (Allen& Soave, 2014: 28)。³³⁰

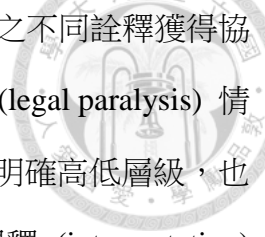
然而，學者 Henckels 認為，採取從嚴解釋之作法，將使拘束爭端當事方的條約無法成為解釋 WTO 內括協定之工具，儼然使其他條約成為 WTO 之次級體系，更加劇 WTO 與其他條約之碎裂化現象 (2008: 581)。此外，*EC-Chicken Cuts* 上訴機構認為，拘束爭端當事方之條約即可成為 WTO 內括協定之解釋工具。³³¹

條約解釋也為 2006 年 ILC 報告提及之四種規範衝突解決方式之一——透過

³²⁹ Panel Report, *European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, ¶¶ 7.68, 7.70, WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R (Sept. 29, 2006).

³³⁰ Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, ¶ 845, WT/DS316/AB/R (May 18, 2011).

³³¹ Appellate Body Report, *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, ¶ 195, WT/DS269/AB/R ; WT/DS286/AB/R (Sept. 12, 2005) [hereinafter - Appellate Body Report, *EC— Chicken Cuts*].



VCLT 第 31 條第(3)項(c)款進行「體系解釋」，使各方對於文字之不同詮釋獲得協調 (2006: 207-211)，以解決規範衝突問題，且避免法律體系癱瘓 (legal paralysis) 情形 (2006: 248-249)。多種法律規範若面臨衝突，因條文往往無明確高低層級，也無法透過各建制本身的機制化解，故國際性司法機構須透過闡釋 (interpretation) 及條文「相互輔助」(mutual supportiveness) 的方式進行「體系解釋」(ILC report, 2006: 207)。一般會參考下列常見 7 種法律途徑 (legal pathways)，例如正常意義 (normal meaning)、成員意願 (party will)、正當期待 (legitimate expectations)、誠信原則 (good faith)、後續實踐 (subsequent practice)、目的宗旨 (object and purpose)、有效原則 (the principle of effectiveness) 等，以調和衝突的條文 (ILC report, 2006: 207-208)。最終若仍有建立多種規範位階之必要，則以「後法優於前法」、「特別法優於普通法」及「下位規範不得牴觸上位規範」等方式，解決規範衝突 (ILC report, 2006: 208)。

(三) WTO 對條約解釋之國際習慣法見解

從多項 WTO 判例觀察，條約解釋已為小組及上訴機構認同 (張南薰，2007: 144-145, 151, 153, 157)，並同意其有習慣法之地位。例如，*US-Gasoline* 案，上訴機構即指小組未能進行條約解釋，釐清內括協定 (張南薰，2007: 157)。³³²又如 1998 年的 *US-Shrimp* 案中，上訴機構除參考一般法律原則，如「誠信原則」與「權利濫用原則」之外，³³³更首次參考外來實體法源 (Pauwelyn, 2003a: 269)。³³⁴該案上訴機構基於 DSU 第 3.2 條及 VCLT 第 31 與第 32 條，考量 UNCLOS 第 56 條的規定，解釋 GATT 第 20 條(g)款，認定「可耗盡之自然資源」(exhaustible natural resources) 包括生物及非生物資源。而針對海龜是否屬於「可耗盡之自然資源」之問題，上訴機構則參考「瀕危野生動植物種國際貿易公約」(Convention on

³³² Appellate Body report, *US — Gasoline*, *supra* note 41, at 16-18.

³³³ Appellate Body Report, *US-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, ¶ 158, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998) [hereinafter - Appellate Body Report, *US — Shrimp*].

³³⁴ Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, ¶ 130-134, WT/DS58/AB/RW (Oct. 22, 2001) [hereinafter - Appellate Body Report, *US — Shrimp (Article 21.5-Malaysia)*].

International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, CITES) 的規定 (ILC report, 2006: 223-224)。該案上訴機構也提到，WTO 爭端解決小組應依據「國際公法」之解釋慣例，亦即透過 VCLT 第 31 條第(3)項(c)款，³³⁵釐清 WTO 內括協定。

此外，*EC-Computer Equipment* 上訴機構也批評小組未能參考非 WTO 法源已進行解釋 (Pauwelyn, 2003a: 269)。³³⁶*EC-Poultry* 案的上訴機構也參考了條約法公約第 32 條，將 1994 年「油籽協定」 (Oilseeds Agreement) 納入考量 (ILC report, 2006: 225)。*EC — Approval and Marketing of Biotech Products* 案，小組考量 1998 年歐洲共同體提出之「預防原則」，³³⁷若「預防原則」成為國際習慣法，則有透過 VCLT 第 31 條第 3 項 (c)款解釋之必要 (ILC report, 2006: 227)。在 *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties* 案中，根廷援引 DSU 第 3.2 條及 *US-Gasoline* 案，認為 WTO 小組在解釋 WTO 內括協定時，也應將爭端當事方之規範納入考量，換言之，「南錐共同市場臨時仲裁庭」(以下簡稱 MERCOSUR 臨時仲裁庭) 所做之裁決，WTO 也應考量之 (張愷致，2012: 66)。³³⁸

綜合以上對 WTO 參考與適用外來法源之討論，國際規範 (包括習慣法、一般法律原則、國際協定) 等外來法源，既非 DSU 之法源，與 WTO 亦無法律位階關係，能否直接適用於 WTO 體系仍有爭議。然而，如同學者張南薰之論點，透過法律解釋的方式，或有條件適用的方式，進入 WTO 爭端解決機構，於符合 DSU 第 3.2 條與第 19.2 條，亦即「不損及 WTO 於內括協定下的權利義務」，尋求納入 WTO 體系之可能性，或對 WTO 體系造成些許影響 (2007: 150-151, 156)。

³³⁵ Appellate Body Report, *US — Shrimp*, *supra* note 333, ¶ 157.

³³⁶ Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment*, ¶¶ 89-90, WT/DS62/AB/R; WT/DS67/AB/R; WT/DS68/AB/R (June 5, 1998).

³³⁷ 1998 年 *EC—Hormones* 案當，歐洲共同體主張，國際環境法的「預防原則」為 1992 年「里約宣言」所載，已成為國際習慣法。然而，上訴機構認為，雖然 WTO 適用國際慣例，但國際環境法的「預防原則」尚未構成國際慣例，因此無法解釋為 WTO 爭端解決機制可適用之國際法 (ILC report, 2006:73; Appellate Body Report, *EC — Hormones*, *supra* note 326, ¶¶ 123-125.)

³³⁸ Panel Report, *Argentina — Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil*, ¶¶ 7.20-7.22, WT/DS241/R (Apr. 22, 2003) [hereinafter - Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*]; Appellate Body report, *US — Gasoline*, *supra* note 41, at 16-17.



貳、投資仲裁規範與實務

一、投資仲裁適用外來法源

綜觀 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭之實踐，投資仲裁庭的準據法適用範圍較 WTO 寬鬆，學者 Alschner 認為，一般而言，投資條約可適用其他體系之法規 (2014: 292-293)。然而，何種法律可作為準據法，學界與實務上仍存在爭議 (Sarooshi, 2014: 444-445)。以下分為明文或非明文的方式適用外來法源，進行討論。

(一) 投資條約明文適用外來法源

林彩瑜教授提及「投資條約之 WTO 整合條款」，³³⁹其中，某些投資條約之「明示採納」條款，直接納入 WTO 條款之部分內容 (Lin, 2016a: 301-303)，而成為投資條約適用準據法，例如 US Model BIT 第 6 條第 5 項、JSFTEPA 第 96 條、ANZTEC 第 24 章 (Lin, 2016a: 301-303) 或 ASEAN CIA 第 40 條第 1 項等。

(二) 投資條約非明文適用外來法源

以 ICSID 為例，ICSID 公約與仲裁規則僅對仲裁庭可適用之準據法制定原則規定，並未做出詳細規範 (Fauchald, 2008: 305)。其中，ICSID 公約第 42 條規定，據以判斷有無違反條約之準據法(實體法)，應由爭端當事方合意，若無合意，則仲裁庭應適用爭端當事方同意之法律進行審理做成仲裁判斷 (黃文政，2014; Fauchald, 2008: 310)。因此，經地主國與投資人同意之地主國國內法、雙邊投資條約締約國之生效法律及一般法律原則，均能為 ICSID 仲裁庭適用 (Sarooshi, 2014: 445)。而實務上，ICSID 確實也將其他法源視為準據法而適用，包括習慣法、一般法律原則等，但其適用之法源往往僅限於爭端當事方所主張之法源 (Fauchald, 2008: 309-310, 312)。

³³⁹ 請參見第二章第一節第參部分「一、規範性碎裂化」與第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」之討論。

總此，可以確定的是，投資仲裁適用外來法源，且範圍較 WTO 廣，惟何種國際法源可被適用以調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，仍待討論。



二、參考外來法源進行條約解釋

(一) 投資條約少有參考外來法源之明文規定

面對外來法源，投資條約多無明文規範指導應如何解釋該投資條約，僅有少數條約制定相關規定，例如「NAFTA 第 102 條第 2 項規定應根據 NAFTA 目的與可適用之準據法進行解釋、ECT 附件 D 要求應依相關 WTO 協定解釋第 5 條與第 29 條」(Fauchald, 2008: 305)。

此外，如同對於外來法源之適用，ICSID 公約與仲裁規則賦予仲裁庭解釋投資條約之裁量權，並未對應適用何種法源制定過多規範，僅做出原則性的規定，ICSID 公約第 48 條第 3 項與仲裁規則第 47 條第 1 項第 1 款中，仲裁庭應審理爭端當事方所提爭端，且應敘明理由 (Fauchald, 2008: 305)。因此，ICSID 仲裁庭是否參考外來法源及參考外來法源之多寡等問題，需視仲裁庭採「爭端取向」(dispute-oriented tribunal)或「立法者取向」(legislator-oriented tribunal)而定。若仲裁庭偏向「立法者取向」，則會參考更多外來法源以解釋投資條約；若仲裁庭偏向「爭端取向」，則僅就爭端當事方所提主張有關法源，納入參考 (Fauchald, 2008: 307)。

(二) 學界看法

有論者主張，ICSID 公約本身即顯示其並不自外於國際法體系之意圖 (Fauchald, 2008: 313-314)，因而仲裁庭在考量有無違反條約義務時，如同第一部分 WTO 實踐，仍會依解釋習慣法 VCLT 之第 31 條至第 32 條，來參考外來法源進行條約解釋，包括習慣法與一般法律原則；又如 NAFTA 第 102 條第 2 項規定，成員應適用或依據可適用之國際法，進行解釋 (Fauchald, 2008: 309, 324-325)。

此外，學者 Lee 認為，當前許多雙邊投資條約已明文規定應參考「可適用之

國際法」，雖條款規定並不明確，但因可為投資仲裁庭參考之「可適用之相關國際規則」包含貿易法，故投資仲裁庭也應參考貿易法，以促進兩種專業法建制之一致性 (2013: 437, 444)。再者，若無明文規定，也有透過 VCLT 第 31 條將外來法源納入參考之可能 (2013: 444)。

林彩瑜教授也指出，VCLT 作為國際習慣法，仲裁庭在考量有無違反條約義務時，仍應依 VCLT 第 31 條至第 32 條對外來法源進行文義解釋、目的解釋與歷史解釋。且雙邊投資條約之締約方應能合理期待投資仲裁庭，透過外來法源對投資條約進行適當解釋 (Lin, 2016a: 307)。而對於 WTO 內括協定是否符合第 31 條第(3)項(c)款「適用於締約國關係之任何相關國際法規則」之問題，因投資條約之締約國通常亦為 WTO 之會員，投資仲裁庭參考 WTO 內括協定規範解釋投資條約，似無生「締約國」應指 BIT 全體締約方或指爭端當事方之爭議 (Lin, 2016a: 308-309)。而本文也採取此種見解，認為投資仲裁庭會參考外來法源，以利討論 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭可參考外來法源達成平行訴訟調和。

(三) 投資仲裁實務

實務上，WTO 爭端解決機制法理也形成「法理一致性」(jurisprudence constante)，並對其他國際性司法機構造成影響 (Allen & Soave, 2014: 9)。例如，投資仲裁庭常參考 WTO 實體、程序規範及判例等 (Marceau et al., 2013:481, 485)，以做出事實認定、運用程序規則解決程序問題、³⁴⁰適用條約解釋原則與一般法律原則或³⁴¹定義實體規範及其內容等 (Marceau et al., 2013:483, 485, 487, 493, 497, 505, 512-513)。

參、參考其他機構判決為事實證據 (Prior Decision as

³⁴⁰ 如法庭之友、舉證責任、專家選擇、訴訟經濟、無意義 (mootness)等 (Marceau et al., 2013: 497)。

³⁴¹ 如禁反言、預防原則、永續發展等 (Marceau et al., 2013: 493)。



Evidence)

由第一節第壹、貳部分的討論可知，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭皆有適用外來法源之空間，也會參考外來法源進行條約解釋。尚待討論的是，對於其他國際司法機構之先前判決，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭內部有無「遵循先例原則」(Doctrine of stare decisis 或 Principle of Precedent) 之適用？又，兩種機制之間能否參考對方機構所做判決？雖然參考外來機構判決無法調和 parallel litigation 或管轄權重疊，但可增加國際法體系之一致性 (Allen & Soave, 2014: 29)，故有必要探討。

一、「遵循先例原則」

(一) 「遵循先例原則」定義與目的

「遵循先例原則」源於國內法原則，依據 Henry C. Black 之定義，該原則指法院應依涉及相似爭議或案件之判決先例，作出判決，除非被上級法院修正 (Commission, 2007: 133-134)。此原則頻繁適用於英美法系國家，但仍未見於大陸法系國家 (李濬勳, 2015: 35)。此外，該原則之適用有助於促進法律體系之穩定與可預測性 (Commission, 2007: 134; Acquaviva, Guido & Pocar, Fausto. 2012: 469)。

(二) 「遵循先例原則」之 WTO 與投資仲裁庭實務運用

在無權威與層級之國際法體系下，各專業法建制內部並無遵守「遵循先例原則」之義務，例如「國際法院規約」第 59 條規定判決僅拘束當事國及該案；且規約第 38 條第 1 項規定之法源，司法判決 (judicial decisions) 僅為輔助法源 (Commission, 2007: 133-134, 154; Acquaviva, Guido & Pocar, Fausto, 2012: 474)。國際商務仲裁亦無遵守該原則之義務，但有規定適用之條件，包括針對特定爭議之多項判決需有同質性或判決公開等 (Commission, 2007: 135)。而在國際投資仲裁方面，也無遵守該原則之義務 (Commission, 2007: 135; Garcia et al., 2015: 873)，以下



以 *Lauder v. Czech Republic* 與 *CME v. Czech Republic* 案為例。

此案中，美國人 Ronald Lauder 是荷蘭公司投資公司 CME 的股東，有 30% 的股份。Lauder 依其國籍與荷蘭公司之國籍，分別透過「捷克—美國雙邊投資條約」(Czech Republic—US BIT) 及「捷克—荷蘭雙邊投資條約」(the Czech—Dutch BIT)，透過「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」提出投資仲裁，控訴捷克政府侵害 CME 投資之電視台 TV Nova 利益 (Waibel, 2014a: 1)。兩投資仲裁庭之判決並不一致，前者仲裁庭認為，地主國捷克政府並無違反條約；但後者仲裁庭則認為捷克政府違反投資條約，並要求捷克給予投資人賠償 (Waibel, 2014a: 2)。


以上案例顯示，投資法建制內部並無「遵循先例原則」之義務、也缺乏仲裁判斷的連貫性 (Commission, 2007: 135; Waibel, 2014a: 4; Schill, 2009: 284)。然而，依據逐年累積之投資仲裁判斷、公開之投資仲裁判斷 (特別是 ICSID) 及臨時仲裁庭成員變動性低，再加上投資條約條款相似、爭點相似等種種因素，投資仲裁援引判決先例增加，顯示該原則似有發展之可能 (Commission, 2007: 135-136, 149-151, 157)。例如第三章提及之 *Cargill. v. Mexico* 案，ICSID 仲裁庭在考量墨西哥稱 IEPS 課稅法案為反制措施之問題上，參考另一兩項平行 ICSID 仲裁案之判斷—*ADM. v. Mexico* 及 *Corn Products v. Mexico* (Allen & Soave, 2014: 39)。

WTO 爭端解決機制並無規定「遵循先例原則」，且在實務上亦遵行一案僅拘束該案與當事國，但仍會參考判決先例 (Henckels, 2008: 574; Acquaviva, Guido & Pocar, Fausto. 2012: 472-473)。例如 *India-Patent* 案小組報告表示，小組雖不受前案拘束，但前案之報告仍可為後案參考 (張愷致，2012: 48)。³⁴² WTO 許多案件亦參考上訴機構報告之判決先例，並做成見解 (張愷致，2012: 49)，³⁴³WTO 會員也對判決先例之效果產生「正當期待」。³⁴⁴

³⁴² Panel Report, *India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, ¶ 7.30, WT/DS50/R (Sept. 5, 1997).

³⁴³ 包括：Appellate Body Report, *India — Patents (US)*, *supra* note 323, ¶ 65; Appellate Body Report, *US — Lead and Bismuth II*, *supra* note 29, ¶71; Appellate Body Report, *US — Shrimp (Article 21.5-Malaysia)*, *supra* note 334, ¶¶ 108-109.

³⁴⁴ Appellate Body Report, *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages*, at 12,14-15, WT/DS8/AB/R;



綜上，因國際法體系無國內法般的層級關係，故各個專業法建制各行其事，亦無義務遵守其他國際司法機制之判決先例 (Acquaviva, Guido & Pocar, Fausto, 2012: 469)。不過，儘管「遵循先例原則」無法在國際性司法機構之間適用，司法機構之間仍會參考彼此判例，「作為其見解或解釋之依據」(李濬勳，2015: 36)。此情形也可見於 WTO 爭端與投資仲裁間，分述如下。

二、WTO 參考其他機構判決為事實證據

(一) DSU 相關規範與 WTO 實踐呈現保守態度

WTO 可否參考其他機構判決作為事實證據，未於 DSU 明文規定，故須檢視 WTO 管轄權相關規定，以判斷 WTO 若參考其他機構判決作為事實證據，是否有違相關 DSU 規範。依據本章第壹部分所討論之 WTO 管轄權範圍，小組與上訴機構管轄爭端時，須遵守 DSU 第 1、3.2、7.1、7.2、11、19.2 與第 23.1 條等規定。

然而，對於 WTO 參考外來機構判決是否違反相關 DSU 規範，DSU 規範似未能給予明確指導。一方面，依據 DSU 第 3.2、19.2、7.1 與第 7.2 條之規定，WTO 小組及上訴機構參考外來機構之判決，可能增減 WTO 會員之權利義務，而違反內括協定。目前，依 DSU 第 9.2 條規定，僅透過部長會議或大會對 WTO 協定之「專屬闡釋權限」，始能增減條款意義 (Fox & Trebilcock, 2012: 471)。此外，本文第三章所探討之 *Mexico-Taxes on Soft Drinks* 案中，墨西哥指出該 WTO 與 NAFTA 平行貿易爭端有密切關聯，WTO 小組應拒絕對本案行使實體管轄權。但該案上訴機構認為，考量 NAFTA 之判決可能違反增減 WTO 會員權利義務，而違反 DSU 第 3.2 條 (Allen & Soave, 2014: 30-31)。³⁴⁵

然而，另一方面，DSU 似未禁止 WTO 參考其他機構判決。DSU 第 11 條提到，WTO 須對爭端進行「客觀評估」，包括須對案件事實進行評估，因此，WTO 應可

WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R (Oct. 4 1996).

³⁴⁵ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 56.



參考先前判決 (Allen & Soave, 2014: 29)。又，DSU 第 12.7 條規定小組應於書面報告中，對認定事實以及檢視之證據闡明理由 (Mitchell & Heaton, 2010: 584)。

(二) 學者持肯定態度

對於 WTO 可否參考其他機構判決之問題，許多學者持肯定態度。Scully-Hill & Mahncke 認為，參考判決僅為釐清條文，並非有增減條文範圍效果之「權威性闡釋」(authoritative interpretation)，故無違反 DSU 第 3.2 條與第 19.2 條之虞 (2011: 147-150)。

至於 WTO 能否參考投資仲裁庭判斷之問題，Allen & Soave 指出，投資仲裁庭目前累積龐大的條約體系，其判決亦廣受外界關注 (2014: 32)，WTO 應有理由參考投資仲裁庭判斷。

學者 Lee 也認為，雖然受限於 DSU 第 3.2 與第 19.2 條，小組與上訴機構僅能檢視內括協定，且投資條約無法成為 DSU 之準據法，然而，WTO 爭端解決機制若與其他法建制審理相似爭端，應有參考其他「情況證據」(circumstantial evidence) 之可能性 (2013: 437-438)。

由以上討論可知，對於 WTO 可否參考外來判決之問題，學界及 WTO 規範間未有一致態度，此現象亦反映在 WTO 爭端解決機制較少援引投資仲裁判斷。目前，僅有「美國—不鏽鋼反傾銷措施案」(*US-Stainless Steel*) 之上訴機構曾參考 *Saipem S.p. A v. Bangladesh* 案，該案仲裁庭認為針對相同法律問題，仲裁機構對於後案應以相同方式處理 (Allen & Soave, 2014: 28)。值得注意的是，*Argentina —Poultry Anti-Dumping Duties* 案中阿根廷也企圖透過 DSU 第 3.2 條及 *US-Gasoline* 案之國際法解釋慣例，主張 WTO 小組在解釋 WTO 內括協定時，也應將爭端當事方之規範納入考量，包括「說明相關準據法規範」(as an expression of a rule of applicable international law) 之司法機構之判決或判斷 (Allen & Soave, 2014: 28)，換言之，「MERCOSUR 臨時仲裁庭」所做之裁決，WTO 也應一併考量。³⁴⁶

³⁴⁶ Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, supra note 338, ¶¶ 7.21-7.22.

儘管相關案例稀少，未來 WTO 若能參考投資仲裁判斷，雖無法避免平行訴訟，但有助於國際法體系之一致性 (Lee, 2013: 438)，值得觀察。



三、投資仲裁庭參考其他機構之判決為事實證據

投資仲裁庭亦曾參考 WTO 小組與上訴機構判決，作為事實證據 (Marceau et al., 2013: 496-497; Weiss, 2008: 213)，且略高於 WTO 參考仲裁判斷數量。Marceau 等人歸納，投資仲裁庭參考 WTO 小組或上訴機構判決之案例，通常有以下兩點特色：第一，在議題領域上，此現象多涉及國際經濟法領域；第二，由於 WTO 規範與投資條約之「規範性碎裂化」現象，當國家之相似措施，同時違反 WTO 內括協定與投資條約之相似規範時，而產生平行訴訟時，投資仲裁庭為增加國際法一致性，可能參考 WTO 判決 (2013: 497)。相關案例分述如下：

(一) ICSID 仲裁庭參考 *WTO Mexico – Taxes on Soft Drinks* 小組報告

如第三章所述，³⁴⁷美國與墨西哥之間蔗糖市場開放爭議，除引發兩國於兩貿易場域尋求救濟，亦引起貿易爭端與投資仲裁平行訴訟。2002 年 1 月，墨西哥 IEPS 法案對美國進口之高果糖玉米糖漿課稅，引發 WTO 貿易爭端與依據 NAFTA 第 11 章提起之投資爭端。其中在投資仲裁方面，*ADM v. Mexico* 案的 ICSID 仲裁庭大量參考相關之 *Mexico – Taxes on Soft Drinks* 小組報告，並以此認定，墨西哥 IEPS 法案對高果糖玉米糖漿課稅係基於保護主義之目的 (Marceau et al., 2013: 496)。³⁴⁸

(二) ICSID 仲裁庭援引 *WTO US – Offset Act (Byrd Amendment)* 小組報告

本文第三章所討論之軟木案平行訴訟中，在合併之投資仲裁方面，加拿大製造商 Canfor Corporation 主張美國政府機構依補貼及反平衡稅認定所為之措施，違

³⁴⁷ 請參見第三章第三節第壹部分「案例背景」。

³⁴⁸ Award, *ADM v. Mexico*, *supra* note 187, ¶¶ 139, 141, 190, 212.

反 NAFTA 第 11 章相關規範，但 ICSID 仲裁庭認為，加拿大製造商之主張透過非第 19 章之規範，審理 NAFTA 成員國國內傾銷與平衡稅法規之合致性，已對成員國施加傾銷與平衡稅之義務，而有違第 1901 條第 3 項之規定。³⁴⁹因此，ICSID 仲裁庭決定，不審理加拿大製造商所主張之反傾銷與補貼措施。³⁵⁰

至於「柏德修正條款」，因其並非第 1901 條第 3 項條所稱之傾銷與平衡稅的法規，故仲裁庭依據 NAFTA 第 11 章，對「柏德修正條款」之合致性進行審理，並未違第 1901 條第 3 項規定 (Lee, 2013: 425)。³⁵¹投資仲裁庭於審理中，ICSID 仲裁庭援引 *US — Offset Act (Byrd Amendment)* WTO 小組報告，³⁵²WTO 小組認為美國的「柏德修正條款」違反 WTO ADA 與 SCM 協定，ICSID 投資仲裁庭可能做出美國之傾銷與補貼措施違反 NAFTA 之判斷 (Lee, 2013: 424-425; Marceau et al., 2013: 496)。

值得再提的是，此案中投資場域有機會審理貿易相關爭端。本案中，NAFTA 投資仲裁庭雖無法依第 11 章審理傾銷與平衡稅等貿易措施，但仍得以依據第 11 章，對「柏德修正條款」之合致性進行審理 (Lee, 2013: 425)。而「柏德修正條款」與反傾銷稅及平衡稅法規密切相關，再加上仲裁庭對於 WTO 小組報告之參考，使投資仲裁判斷可能影響美國傾銷與平衡稅國內法規之執行 (Lee, 2013: 425; Marceau et al., 2013: 496)，此現象無異於由投資場域對於貿易爭端做出判斷。

(三) *White Industries v. India* 案仲裁庭

在國營企業之認定上，投資仲裁庭亦參考 WTO 小組及上訴機構過去判決。*White Industries v. India* 案中，印度煤炭公司 (Coal India) 的行為是否屬於國家行為，引發爭議。仲裁庭（依「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」所建立）參考許多 WTO 小組及上訴機構過去的判決後，採納 WTO 之作法，依政府是否有「有效控

³⁴⁹ Decision on Preliminary Question, *Canfor v. USA*, *supra* note 278, ¶ 273; 請參見第三章第四節第參部分「案件進展」。

³⁵⁰ *Id.* at ¶ 273.

³⁵¹ *Id.* at ¶¶ 333-336, 347-349.

³⁵² Panel Report, *US — Offset Act (Byrd Amendment)*, *supra* note 309, ¶¶ 4.501-4.502.



制」(effective control) 進行判斷 (Lee, 2013: 426)。

(四) *Myers v. Canada* 投資仲裁庭參考 WTO *EC — Bananas III* 見解解釋 NAFTA

1. 參考 WTO 「事實上」與「法律上」之歧視性國民待遇措施相關見解

Myers v. Canada 案中，加拿大禁止 PCB 廢料進口，引發美國公司 S.D. Myers 控訴，主張加拿大之歧視性措施違反 NAFTA 第 1102 條國民待遇義務 (Weiss, 2008: 213)。該條禁止國家或省對外國人及其投資之相關投資活動歧視，在「同類情況」(like circumstances) 下，須給予投資人及其投資「不低於」(no less favourable) 該國之投資人及其投資之待遇，投資活動如設立 (establishment)、收購 (acquisition)、擴充 (expansion)、管理 (management)、營運 (operation) 等。

本案仲裁庭解釋 NAFTA 第 1102 條國民待遇下的「同類情況」(like circumstances) 時，即參考 WTO 過去判例如 *EC — Bananas III* 案發展之概念，認為包含「事實上」(de facto) 與「法律上」(de jure) 之歧視性國民待遇投資措施，並將這些內容適用於投資法領域中。之後，仲裁庭首先透過「不成比例利益」(disproportionate benefit) 測試，認為加拿大政府禁止 PCB 廢料進口，對於本國與外國投資人一視同仁，故並未有「法律上歧視措施」(de jure discriminatory measures)，然而加拿大政府之措施實則卻造成本國與外國國民之間的「不成比例利益」，已構成「事實上歧視措施」，故仍違反國民待遇之義務 (Weiss, 2008: 213-214)。

本案仲裁庭最終未採取「不成比例利益」測試，來檢視是否有歧視措施，原因之一為，此種測試方式並未有 WTO 對應之判例，另一方面，其後 *Pope & Talbot v. Canada* 第二階段實體判斷，仲裁庭在參考 WTO 法理後，反對以「不成比例之利益」來認定加拿大是否給予其本國之投資人「不成比例之利益」，而構成歧視待遇之要件，並因此違反國民待遇義務 (Weiss, 2008: 214; Alford, 2013: 42)³⁵³然而，

³⁵³ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, ¶¶ 71-72 (Apr. 10, 2001), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>.



兩項仲裁仍顯示，投資仲裁庭確有參考 WTO 判例之可能。

2. 參考 GATT 第 20 條(b)款環境保護例外以解釋 NAFTA 第 1102 條「同類情況」

Myers v. Canada 仲裁庭又考量 GATT 第 20 條(b)款等涉及環境保護之例外規定，以解釋加拿大與外國是否屬於 NAFTA 第 1102 條所稱之「同類情況」(Alford, 2013: 41-42)。此舉係為在國家規制權與 NAFTA 條款間，找到平衡點 (Weiss, 2008: 214)。本案仲裁庭認為，解釋國民待遇時應考量整體脈絡，因此，NAFTA 雖無明文規定環境保護可做為國民待遇之例外，但仍需遵守地主國的環保政策 (Alford, 2013: 41-42)。儘管本案參考 GATT 公共價值之例外規定，來解釋「同類情況」，但未獲得具體結果，且 WTO 判例本身對於 GATT 第 20 條公共價值例外之看法，也未有定論 (Weiss, 2008: 214-215)，不過，本案仍可證明投資仲裁庭確有參考 WTO 判例。

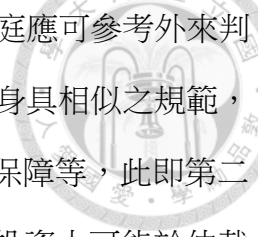
(五) 投資仲裁庭參考 WTO 「同類產品」解釋 NAFTA 「同類情況」

Methanex v. USA ICSID 仲裁庭也參考 WTO 國民待遇下的「同類產品」(like products) 後，但認為其與 NAFTA 第 1102 條下的「同類情況」不可相提並論；*Occidental v. Ecuador(I)* LCIA 仲裁庭認為，投資法中的「類似情形」(like situations) 與 WTO 規範的「同類產品」(like products)不同，故受歧視待遇的外國投資人與受到優惠待遇之地主國公司，不能以「有競爭關係」來解釋 (Alford, 2013: 42)。³⁵⁴儘管投資仲裁庭對於 WTO 之「同類產品」解讀不同，但 Alford 仍認為，儘管 WTO 與 BIT 有不同的法律文件基礎、不同的目的與宗旨、不同組織架構及不同救濟方式，投資仲裁庭勢必繼續援引 WTO 的法理來支持其仲裁判斷 (2013: 50-55)。³⁵⁵

綜合以上對於 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否參考對方機構判決之討論，Allen & Soave 指出，若判決之間具有「可比較之法律標準」(comparison of legal

³⁵⁴ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Part IV - Chapter B, ¶¶ 29-38 (Aug. 3, 2005), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>.

³⁵⁵ 最終，*Myers v. Canada* 第一部分判斷、*Methanex v. USA* 最終判斷、與 *Pope & Talbot v. Canada* 第二階段實體判斷均以製造商之競爭關係，認定是否屬於「同類情況」(陳慧芝等，2012: 83)。



standards), 則國際性司法機構如 WTO 爭端解決機制或投資仲裁庭應可參考外來判決 (2014: 31)。「可比較之法律標準」為投資與仲裁專業法建制本身具相似之規範, 例如最惠國待遇、國民待遇、自製率與績效要求、智慧財產權保障等, 此即第二章所稱「規範性碎裂化」之展現。³⁵⁶「可比較之法律標準」使投資人可能於仲裁庭、投資人母國於 WTO 提起爭端解決程序, 最終造成平行訴訟。本文所討論之四件案例, 均是如此。例如, 當投資人透過條約之「傘狀條款」、FET 等條約條款, 將 WTO 內括協定之義務納入準據法範圍, 進而主張地主國因違反 WTO 規範, 而構成雙邊投資條約義務之違反。此時, 投資仲裁庭為確認地主國是否確有違反 WTO 義務, Allen & Soave 認為, WTO 爭端解決機制之相關判決與認定, 可成為「可比較之法律標準」, 而為仲裁庭參考 (2014: 31)。

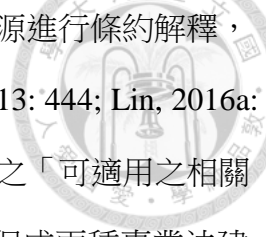
學者 Jaemin Lee 則稱此種 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭之互動為「交叉影響」, 亦即兩種機制對同一爭端表達意見, 並相互影響各自判決與仲裁判斷 (2013: 425-428)

肆、小結

在 WTO 方面, 對於外來法源之適用問題, 分為限制說與開放說之立場 (Kuoppamäki, 2016: 34-35)。前者認為 WTO 若適用外來法源將增減會員權利與義務, 除違反 DSU 規範 (Marceau, 2001: 1103), 亦影響條文明確性 (Franck, 1995: 30; Nguyen, 2013: 136)。後者認為 WTO 爭端解決機制適用外來法源, 與 DSU 之管轄權規定無涉 (Pauwelyn, 2003a: 353), 而可適用外來法源, 包括一般法律原則或投資條約之條款, 並進一步與投資仲裁調和。在外來法源之參考方面, WTO 可參考外來法源, 包括一般法律原則或投資條約之條款, 以進行平行訴訟之調和。

在投資仲裁方面, 由於投資條約一般可適用其他體系之法規, 若 BIT 無管理管轄權之條款時 (Alschner, 2014: 292-293), 應能適用一般法律原則, 調和并行訴

³⁵⁶ 請參見第二章第一節第參部分「一、規範性碎裂化」與第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」中, 討論此種「非明示採納條款」。



訟。此外，投資仲裁應會依 VCLT 之解釋習慣法，參考外來法源進行條約解釋，包括一般法律原則或其他條約 (Fauchald, 2008: 313-314; Lee, 2013: 444; Lin, 2016a: 307)，故亦有調和并行訴訟之可能。此外，Lee 認為，因可參考之「可適用之相關國際規則」包含貿易法，故投資仲裁庭也參考貿易法之時，也促成兩種專業法建制之一致性 (2013: 437, 444)。

表 4-1 綜合以上討論，對於 WTO 爭端解決機制而言，無 BIT 管轄權相關條款時，WTO 有可能參考或適用一般法律原則，並據此調和與投資仲裁之平行訴訟；而有 BIT 管轄權相關條款時，WTO 爭端解決機制可能同時運用一般法律原則與 BIT 管轄權相關條款，以調和并行訴訟，甚至僅參考或適用 BIT 管轄權相關條款管理訴訟程序。相較之下，對於投資仲裁庭而言，BIT 無管轄權相關條款存在時，仲裁庭可能參考或適用一般法律原則以調和程序。然而，若 BIT 已設置管轄權相關條款，則仲裁庭有必要適用之，並據以調和并行訴訟，似無須再參考或適用一般法律原則來調和程序。

值得注意的是，雖然 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭參考彼此判決，有助達成法一致性，但也帶來負面影響，而影響參考彼此判決之動機：對投資人來說，參考 WTO 判決可能影響仲裁庭之效率；對 WTO 體系而言，參考投資仲裁判斷，可能有損 WTO 整體法理 (Lee, 2013: 438)。

表 4-1：WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭之外來法源解釋與適用。

法源	平行訴訟調和方式	WTO 解釋與適用	投資仲裁庭解釋與適用
一般法律原則 (無 BIT 管轄權相關條款)		依 DSU 第 3.2 條, 參考外來法源	依 VCLT 參考外來法源
		適用外來法源 ● 開放說：適用外來法源。WTO 多運用「固有管轄權」而適用程序法 ● 限制說：適用外來法源將影響整體條約義務	適用外來法源：範圍較 WTO 寬鬆
BIT 管轄權條款		參考或適用 一般法律原則 +BIT 管轄權條款 BIT 管轄權條款	適用 BIT 管轄權條款

參考來源：Mitchell & Heaton (2010: 583); Pauwelyn (2003a: 447-448, 353); Henckels (2008: 574-575); Kuoppamäki (2016: 35, 67-68); Alschner (2014: 292-293); Allen & Soave (2014: 30); Ram (2016: 373-374); Kuijper (2010: 30); Fauchald (2008: 313-314); Lee (2013: 442, 444); Lin (2016a: 307); Mitchell, Voon & Munro (2015: 74, 87).

第二節 一般法律原則於調和 WTO 爭端與投資 資仲裁之適用性



在釐清 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否參考或適用外來法源後，本節將討論 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭基於「固有管轄權」，能適用何種一般法律原則，以調和兩者之平行訴訟。但在討論此問題前，需釐清「固有管轄權」之概念。因此，本節第壹部分將探討「固有管轄權」之概念。本節第貳部分將各別討論，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭基於「固有管轄權」，如何適用一般法律原則調和兩者之平行訴訟。本節第參部分則討論，衝突法則能否為 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭運用，使某場域之規範具優先效力而使用，進而調和彼此的訴訟程序。

以下另須注意兩方面：

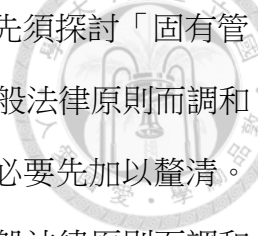
第一，面對 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟現象，³⁵⁷國際司法機構僅能依個案處理，並無「一體適用」之作法 (Allen & Soave, 2014: 20)。

第二，在眾多處理原則之中，雖然有學者將「一事不再理原則」與「待決訴訟原則」視為國際私法原則 (Kwak & Marceau, 2003: 102-104; Henckels, 2008: 580-581; 胡美蓁, 2012: 23)，但目前學界似多認為兩項原則應屬一般法律原則 (Lowe, 1996: 39; Allen & Soave, 2014: 21; Pauwelyn, 2003b: 1018; Shnay, 2003: 245-246; Yannaca-Small, 2008: 1013-1016)，故本文暫將其分類為一般法律原則。

壹、「固有管轄權」

討論 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭基於「固有管轄權」，如何適用一般法

³⁵⁷ 另須說明的是，Allen & Soave 又將各種仲裁調和方式再區分為連續訴訟與平行訴訟 (2014: 20)。平行訴訟意指兩項訴訟程序同時進行之情形，而本文所討論之案件多為此種類型。然而，為避免調和方式分類之混亂，本文不區分連續訴訟與平行訴訟。



律原則調和兩者之平行訴訟之前，尚有四點須釐清：第一，首先須探討「固有管轄權」之內涵。第二，WTO 爭端與投資仲裁庭若適用或參考一般法律原則而調和
平行訴訟，究為實體管轄權問題，或是可受理性問題，故亦有必要先加以釐清。
其次，再討論 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭若適用或參考一般法律原則而調和
平行訴訟，究為實體管轄權問題，或是可受理性問題。第三，與管轄權、可受理
性問題有關之「先決問題」，亦將一併探討。第四，討論國際司法機構對「固有管
轄權」之實踐。

一、「固有管轄權」意義

「固有管轄權」與「實體管轄權」(substantive jurisdiction) 不同。「實體管轄權」基於基礎條約之同意而成立 (Pauwelyn, 2003a: 447)，有關法院或法官有無能力審理對某案件主張，並進行實體問題裁決。³⁵⁸換言之，締約國依據一條約賦予司法機構有能力審理某案主張 (Waibel, 2014b: 9-10; ILC Report, 2016: 28-30)。例如 WTO 之「實體管轄權」僅限於內括協定及 DSU 第 7 條所允許之職權範圍 (Pauwelyn & Salles, 2009: 99)。其中，DSU 第 7 條形成小組之職權範圍，小組及上訴機構於審理爭端時，不得超出職權範圍。

「固有管轄權」之概念起源於英美法系所授予上級法院 (superior) 之權限 (powers)，最高法院行使此權限之目的為維護法院權威 (maintain the authority)、避免程序遭到濫用、落實司法功能以主持正義 (administering justice) (Lacey, 2003: 64)，並維持及確保司法體系有秩序地運作 (Mitchell & Heaton, 2010: 562)。此外，學者 Keith Mason 依據「固有管轄權」之主要功能試圖將此權限分類，其中「固有管轄權」之功能包括：確保法律程序之便利與公平性、避免無效司法訴訟之措施、避免濫用程序與協助上級與下級法院運作等四種 (Mason, 1983: 449; Lacey, 2003:

³⁵⁸ ICJ, *supra* note 52, ¶ 87.



65-66)。

因此，「固有管轄權」源於司法機構之職能，無須國家同意之明文條款，即有運用「固有管轄權」之裁量權 (Kuoppamäki, 2016: 67-68; Henckels, 2008: 583; Lacey, 2003: 65)，除非成員明文限制或修正該「固有管轄權」之適用。

國際性司法機構得行使「固有管轄權」，決定該機構是否一開始即無實體管轄權之管轄權問題，或雖有管轄權但拒絕行使之可受理性問題 (Henckels, 2008: 583)。學者 Pauwelyn 則指出，「固有管轄權」之四種內容：闡釋當事方所提爭端之管轄權 (the jurisdiction to interpret the submissions of the parties in order to isolate the real issue in the case and to identify the object of the claim)、決定是否對此爭端有實體管轄權以進行審理 (la compétence de la compétence)、實體管轄權合法建立後是否免於對此爭端進行審理之管轄權 (the jurisdiction to decide whether one should refrain from exercising substantive jurisdiction that has been validly established)、檢視程序上相關事宜以決定是否實質審理之管轄權 (the jurisdiction to decide all matters linked to the exercise of substantive jurisdiction and inherent in the judicial function)，例如正當法律程序、舉證責任或國家責任等 (2003a: 447-448)。

二、「固有管轄權」調和并行訴訟究屬管轄權或可受理性問題

(一) 管轄權與可受理性之差異

「實體管轄權」問題與可受理性問題皆為先決問題判決之範疇 (Ram, 2016: 370)，但兩者概念有異，分別說明如下。

第一，在定義上，「實體管轄權」基於基礎條約之同意而成立 (Pauwelyn, 2003a: 447)，有關法院或法官有無能力審理對某案件主張，並進行實體問題裁決。³⁵⁹而可受理性問題則無影響基礎條約所建立之管轄權 (Pauwelyn & Salles, 2009: 95)，而是

³⁵⁹ ICJ, *supra* note 52, ¶ 87.

法院或法官對某案已有合法建立之管轄權，但對於爭端當事方所提主張，在程序上有裁決這些主張是否有缺陷的能力 (Waibel 2014b:5, 8-9; Douglas, 2009: paragraph 293)。³⁶⁰國際性司法機構處理可受理性問題時，通常無分階段，可於初步階段 (preliminary stage) 之「可受理性先決反對」處理，或與實體問題一併審理 (Waibel 2014 b: 7)。

第二，「實體管轄權先決反對」與「可受理性先決反對」對司法機構有無管轄權之影響不同。若原告先決反對法院對某案之管轄權，Salles 認為可能導致法院對該案無實體管轄權 (Kuoppamäki, 2016: 72)，例如締約國於某條約建立例外條款，排除某一法院管轄某議題；又如 WTO 會員國明文同意排除 WTO 管轄某議題 (contracting out of the jurisdiction of the WTO)，則有機會透過 VCLT 第 41 條改變基礎條約，使基於基礎條約而有權限之法院無實體管轄權 (Kuoppamäki, 2016: 74)，則 WTO 對此案將無實體管轄權。另一方面，對於法院是否可受理性一案提出先決反對時，由於實體管轄權已合法成立，法院若不對該案進行審理 (Kuoppamäki, 2016: 75)，並未影響法院之實體管轄權。

(二) 基於「固有管轄權」調和訴訟程序究屬何種問題

WTO 爭端解決機制或投資仲裁庭若基於「固有管轄權」，運用一般法律原則調和并行訴訟，究屬於管轄權問題，或可受理性問題？

ICJ 對於實體管轄權與可受理性之區分較為明確，其定義明文規定於「國際法院規則」(Rules of Court) 第 79 條，列舉對於實體管轄權與可受理性問題之「先決反對」條件；同時，也規定法院可決定是否分別檢視實體管轄權與可受理性問題 (Waibel 2014b: 6)。³⁶¹在 ICJ 之下，「管轄權反對」為爭端當事方主張，法院無能

³⁶⁰ Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Dissenting Opinion (of Keith Hight), ¶ 58 (May 8, 2000), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0894.pdf>; Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion to Decision on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 18 (Aug. 4, 2011), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4085.pdf>.

³⁶¹ ICJ (International Court of Justice). “Basis of the Court’s Jurisdiction.” in <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=2>. Latest update 15 June 2016.



力 (incompetent) 做出任何判決，包括可受理性問題判決或實體判決；「可受理性反對」則為法院雖爭端有實體管轄權，而有審理爭端並對實體問題裁決之能力，但爭端當事方主張，基於非實體問題之理由 (a ground other than ultimate merits)，法院應裁決對某爭端不具可受理性 (rule the claim to be inadmissible) (Williams, 2008: 919)。Salles 認為，此已成為國際司法之重要特徵 (Kuoppamäki, 2016: 73)。

相較之下，WTO 體系並無區分實體管轄權與可受理性，但在判例上似已承認以可受理性問題，來拒絕行使實體管轄權，如本文第三章討論之 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案，上訴機構則提出法律障礙概念，此可使小組拒絕行使實體管轄權。³⁶²此應為可受理性的問題，亦即實體管轄權合法建立後，能否免於對此爭端進行審理之問題 (Ram, 2016: 370; Kuoppamäki, 2016: 73)。

投資仲裁法規方面，往往亦無意區分管轄權與可受理性問題，僅需審理有無管轄權之問題，例如 ICSID 公約第 41 條第 2 項僅規範管轄權與法律上的能力 (competence) 之反對問題。而在投資仲裁判例上，對於管轄權與可受理性之處理，也未有一致處理方式 (Williams, 2008: 919-920)。例如 *CMS v. Argentina* 案與 *Bayindir v. Pakistan* 案，均未處理被告國對於管轄權與可受理性反對之主張。

值得注意的是，*Methanex v. USA* 仲裁庭有不同意見，其認為有必要釐清管轄權與可受理性的定義 (Waibel 2014 b: 6-7, 8)。然而，被告方何類型反對屬於管轄權反對或可受理性反對之問題，各仲裁庭之看法不同 (Williams, 2008: 920)。³⁶³

由上述可知，投資仲裁庭在決定可受理性與否方面，擁有較高的裁量權。涉

³⁶² Appellate Body Report, *Mexico — Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 54.

³⁶³ *Methanex v. USA* 依據「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」進行仲裁，*Methanex* 稱美國違反 NAFTA 之措施使 *Methanex* 遭受損失，但被告美國主張其並未違反 NAFTA 相關規定，仲裁庭認為，為判斷原告據稱事實是否違反 BIT 條文而解釋 BIT 實體條文，應為可受理性問題，故非為法院有權於初步階段處理之問題 (Williams, 2008: 920-921)。而 *Salini v. Jordan* 案，*Salini* 主張 *Jordan* 違反契約與 *Italy-Jordan BIT* 規定，但被告主張本案為契約爭端 (contract claims)，應以契約之爭端解決機制為先，且 *Jordan* 亦未違反 *Italy-Jordan BIT*，仲裁庭認為，為判斷原告據稱事實是否違反 BIT 條文而解釋 BIT 實體條文，應為管轄權問題，而為法院有權於初步階段處理之問題，以避免法院需處理過多爭端，然而，仲裁庭亦未對相關 BIT 條文進行審理，其原因在於，仲裁庭在考量管轄權問題時，不應沒有事前辯論卻進入實體議題 (Williams, 2008: 922)。此外，*Salini v. Jordan* 仲裁庭也未再進一步說明管轄權與可受理性之差異 (Williams, 2008: 922)。

及可受理性之事項繁多，例如適格性 (standing)、主張是否無意義 (mootness)、用盡當地救濟方法、「待決訴訟原則」(lis pendens)、「不便利法庭原則」(forum non conveniens) 或「一事不再理原則」(res judicata) 等 (Waibel 2014b: 8)。

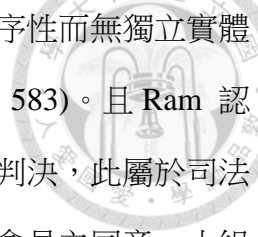
綜合以上討論，在 WTO 或投資仲裁庭調和并行訴訟之問題上，WTO 方面，依判例觀察，應屬可受理性問題；而投資仲裁庭方面，因管轄權及可受理性等議題於投資仲裁未明朗，本文暫將其歸納為管轄權問題。

三、與管轄權及可受理性相關之「先決反對」判決

除了管轄權與可受理性問題之外，另一值得說明的是前文提及之「先決反對」判決。根據爭端解決機制主席 Elin Østebø Johansen 之說法，先決問題判決之定義為，爭端當事方在爭端起始時，針對程序性爭議或與管轄權相關之爭議，由小組或上訴機構做出先決問題判決 (Ram, 2016: 370)。先決問題判決與小組或上訴機構最終報告不同 (Ram, 2016: 377)。先決問題又區分程序與實體性質之爭議，程序性問題之先決判決較為單純，無涉實體階段之爭議，例如私人律師存在 (presense of private counsel)、機密性、第三方權利等；而實體性質問題之先決判決則可能因涉及實體階段之問題，而面臨爭議，例如與爭端解決機制管轄權相關之準據法問題，如 *Brazil-Desiccated Coconut* 小組，即因準據法與小組職權問題涉及爭端實體階段之問題，小組並不先行裁決爭端實體問題，故不發布先決問題判決³⁶⁴(Ram, 2016: 376, 378)。

WTO 方面，DSU 並無先決問題判決之相關規定 (Ram, 2016: 388)，但 DSU 也無明文禁止 (Mitchell & Heaton, 2010: 583)。然而，學術見解方面，Mitchell & Heaton 認為，先決問題判決為國際司法機構之「固有管轄權」，因符合「固有管轄權」之三項要件：促進爭端滿意解決 (裁定是否進行對爭端進行實體審理)、無

³⁶⁴ Panel Report, *Brazil — Measures Affecting Desiccated Coconut*, WT/DS22/R (Oct. 17, 1996).



違 WTO 規範之目標與宗旨 (先決問題判決無違 DSU)、相對程序性而無獨立實體性質 (autonomous substantive content), (Mitchell & Heaton, 2010: 583)。且 Ram 認為, WTO 小組或上訴機構基於「固有管轄權」能發布先決問題判決, 此屬於司法行政之一環 (Ram, 2016: 375)。Van Samme 也認為, 基於 WTO 會員之同意, 小組及上訴機構透過行使「固有管轄權」, 來訴諸 DSU 外的程序法、以及其他法院和仲裁庭之實踐, 能帶動 WTO 體系之程序法演進 (Ram, 2016: 375)。

實務上, 先決問題判決並非 WTO 爭端解決機制新的實踐, 且依據過去判例, 小組及上訴機構經爭端當事方要求, 皆認為其有權召開先決會議處理管轄權問題 (Mitchell & Heaton, 2010: 583), 並針對許多議題做出先決問題判決 (Ram, 2016: 375)。Ram 亦認為, 小組及上訴機構發布先決問題判決已成廣為接受之實踐 (2016: 370, 377)。例如 *EC-Bananas* 案, 小組需針對第三方權利與政府代表團是否採納私人諮商等, 做出先決問題判決。由於這類議題屬程序性爭議, 若遲至實體階段再處理並不實際, 故小組對此問題做出先決問題判決。*Mexico-Taxes on Soft Drinks* 一案, ³⁶⁵小組也針對是否拒絕行使管轄權發布先決問題判決 (Ram, 2016: 377)。

然而, 由於 WTO 內括協定並無先決問題判決之明文規定, WTO 爭端解決機制是否能做出先決問題判決, 仍有疑問 (Ram, 2016: 370), 此外, 近年來激增之先決問題判決及判決一致性不足, 有些 WTO 會員對此表達疑慮 (Ram, 2016: 371, 374, 383-384)。

至於投資仲裁方面, 仲裁庭亦有發布先決問題判決之規範與實踐。ICSID 公約第 41 條與仲裁程序規則 41 規定, 對於當事方對仲裁庭所提之管轄權反對, 仲裁庭應決定「將其作為先決問題處理, 或與實體問題一併處理」(李貴英, 2003: 54)。此外, 在許多 ICSID 投資仲裁案中, 均可見仲裁庭對於先決問題發布判決之實踐 (李貴英, 2003: 54-55; Newcombe, 2010)。

³⁶⁵ Panel Report, *Mexico — Taxes on Soft Drinks*, Annex B, *supra* note 44.



四、國際性司法機構之「固有管轄權」實踐

「固有管轄權」亦有 ICJ 之實踐。例如 *Legality of Use of Force* 案，塞爾維亞與蒙特內哥羅為原告，其在 ICJ 指控 10 個北大西洋公約國家轟炸科索沃。然而，兩國於另一 ICJ 之 *Bosnia Genocide* 案為被告，故稱 *Legality of Use of Force* 案提出時兩國尚未成為聯合國會員國，有意使 ICJ 對上述兩案皆無管轄權 (Henckels, 2008: 585)，以避免因敗訴而有國際責任。該案法官 Higgs 與 Kooijman 皆認為國際性司法機構有「固有管轄權」，審理有關有無管轄權之先決反對，前者認為此管轄權可協調司法行政事務，後者認為此管轄權是為維持司法程序完整性與秩序 (Henckels, 2008: 583, 586; Mitchell & Heaton, 2010: 582-583)。又如，ICJ 於 *Northern Cameroons* 與 *Nuclear Tests* 案均表示，即使法院有管轄權，但並不一定對某案行使實體管轄權 (Mitchell & Heaton: 2010: 598-599)。

在 WTO 方面，除了強制管轄權外，WTO 小組對於會員所提爭端有「固有管轄權」之裁量權以管理爭端程序 (Pauwelyn, 2003a: 447-448, 451-453; Allen & Soave, 2014: 30; Mitchell & Heaton, 2010: 569-570; Ram, 2016: 373-374)。包括：小組透過 *la compétence de la compétence* 以決定對某爭端有無管轄權並進行實體審理 (Pauwelyn, 2003a: 447)，此為 *US — 1916 Act (EC)* 上訴機構、³⁶⁶ *Mexico — Corn Syrup*³⁶⁷ 等上訴機構報告肯定 (Mitchell & Heaton, 2010: 582; Henckels, 2008: 593)。又或是管轄權已合法成立後而拒絕對某爭端行使管轄權，此為 *Lead and Bismuth II* 上訴機構、³⁶⁸ *EC — Hormone* 上訴機構肯定³⁶⁹ 與 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 上訴機構肯定，³⁷⁰ 但不得影響 DSU 規範 (Henckels, 2008: 592-593)。此外，在其他仲裁

³⁶⁶ Appellate Body Report, United States—Anti-Dumping Act of 1916, WT/DS136/AB/R, ¶ 54, WT/DS162/AB/R (Aug. 28, 2000) [hereinafter Appellate Body Report, *U.S.—1916 Act*].

³⁶⁷ Appellate Body Report, *Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States*, ¶ 36, WT/DS132/AB/RW (Oct. 22, 2001) [Appellate Body Report, *Mexico — Corn Syrup*].

³⁶⁸ Appellate Body Report, *US — Lead and Bismuth II*, *supra* note 29, ¶ 39.

³⁶⁹ Appellate Body Report, *EC — Hormones*, *supra* note 326, ¶ 152.

³⁷⁰ Appellate Body Report, *Mexico — Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 44-46, 54.

庭已對相似爭端作出判決，或已有相關訴訟程序正在進行等情形，DSU 亦未有條文反對小組拒絕行使管轄權，或暫停訴訟程序 (Henckels, 2008: 593)。

再者，如前文所述，³⁷¹WTO 基於「固有管轄權」而適用之準據法範圍並不限於內括協定 (Kuoppamäki, 2016: 68)，亦可適用一般法律原則，特別是程序法相關之一般法律原則等其他國際法原則 (Mitchell & Heaton, 2010: 570-571)。又，雖依據 DSU 第 7 條，小組及上訴機構於審理爭端時，不得超出職權範圍，但若主張係由爭端當事方提出，則無理由禁止小組依裁量權依此進行法律推論。³⁷²因此，若爭端當事方依外來法源提出控訴，則小組應有裁量權加以運用 (utilize) 外來法源 (Yang, 2014: 130)。

然而，WTO 爭端解決機制基於「固有管轄權」而適用國際法原則，不可任意為之 (Mitchell & Heaton, 2010: 574)，相反地，WTO 爭端解決機制之裁量權受制於 DSU 規範，如 *Lead and Bismuth II* 上訴機構、³⁷³*EC — Hormone* 上訴機構³⁷⁴之見解 (Henckels, 2008: 593)。Mitchell & Heaton 認為國際法原則可透過「固有管轄權」，而為 WTO 爭端解決機制適用，但須符合以下三要件：適用某原則以獲致爭端滿意解決、原則之適用不得違反 WTO 內括協定與目標及宗旨、適用之原則無獨立之實體性質 (2010: 568)。Mexico — *Taxes on Soft Drinks* 案上訴機構亦認為，會員依據內括協定提至 WTO 之爭端，無法任意拒絕行使管轄權 (林彩瑜, 2011: 403, 405; 胡美蓁, 2012: 92-93; Kuijper, 2010:30; Pauwelyn, 2003b: 447-448, 451-455)。³⁷⁵ Michelle Grando 也指出，WTO 爭端解決機制運用「固有管轄權」時，不得增減 DSU 規範 (Ram, 2016: 374)。

投資仲裁方面，仲裁庭亦承認，如同其他國際性司法機構，仲裁庭被賦予「固有管轄權」，以維護其司法程序之完整性 (integrity)，例如 *Libananco v. Turkey* 投資

³⁷¹ 請參見第四章第一節第壹部分「WTO 爭端解決機制規範與實務」。

³⁷² Appellate Body Report, *EC — Hormones*, *supra* note 326, ¶ 156.

³⁷³ Appellate Body Report, *US — Lead and Bismuth II*, *supra* note 29, ¶ 39.

³⁷⁴ Appellate Body Report, *EC — Hormones*, *supra* note 326, ¶ 152.

³⁷⁵ Mexico's appellant's submission, ¶¶ 65,73, as cited by Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶¶ 10, 42, 44-45.

仲裁庭於先決問題判決之見解 (Newcombe, 2010)。³⁷⁶



貳、一般法律原則

一、「一事不再理原則」(res judicata)

(一)「一事不再理原則」意義

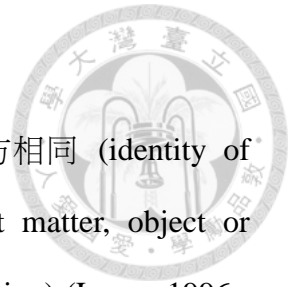
1. 定義

「一事不再理原則」意指，有權限之司法機構所作之判決，具有終局效力並拘束當事方，相同爭端當事方不得再針對同一事件 (the same matter) 重複提訴 (Pauwelyn, 2003b: 1017; Dodge, 2006: 1; Shany, 2003: 245)。顯見，一事不再理原則可調整時序前後的訴訟程序 (Waibel, 2014a: 41)。國際性的司法機構基於「固有管轄權」，有能力決定有無「一事不再理原則」之適用，並輔以「誠信原則」、「權利濫用原則」與「禁反言原則」，強化該原則之適用，以避免訴訟程序遭濫用 (Lowe, 1999: 191)。

2. 法律地位

「一事不再理原則」，又稱「終局原則」(principle of finality) (Shany, 2003: 246)，源於國內法處理複數管轄之重要原則 (Lowe, 1996: 38; Nguyen, 2013: 142)，大陸法系與英美法系皆有此原則之適用 (Nguyen, 2013: 140)。而 ICJ、仲裁庭等國際性司法機構判例亦承認此原則之適用 (Shany, 2003: 251)。雖有學者 William Dodge 認為此原則已具習慣法地位 (李濬勳，2015: 56)，然本文仍依大部分學者之看法，視此原則為一般法律原則 (Lowe, 1996: 39; Nguyen, 2013: 142; Allen & Soave, 2014: 21; Pauwelyn, 2003b: 1018; Shnay, 2003: 245-246)。

³⁷⁶ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, ¶ 79 (June 23, 2008), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf>.



3. 「一事不再理原則」之適用要件

「一事不再理原則」之適用須滿足三項要件，亦即當事方相同 (identity of parties, persona)、訴訟標的與救濟 (petitum: identity of subject matter, object or relief)、同一訴訟原因 (causa petendi, identity of legal basis of action) (Lowe, 1996 : 39-40; Nguyen, 2013: 140-141, 146; 張愷致, 2012 : 125-126; Dodge, 2006)。³⁷⁷準此，當事方指爭端當事方應相同；系爭之事實需相同；同一訴訟原因指依據相同法律文件或規範而提起訴訟 (Nguyen, 2013: 142)，若某爭端基於不同訴訟原因而引起，儘管其他要件相同，仍被視為不同訴訟程序，而無「一事不再理原則」之適用，故相同或其他司法機構可續行訴訟。

然而，國際性的司法機構對於以上「一事不再理原則」要件，究採寬鬆或嚴格之認定，仍有爭議 (Nguyen, 2013: 146)。

其中，在當事方相同之要件上，某些國際性司法機構認為，「當事方足夠相同」(essential the same parties) 即符合該原則之要件，但另有其他國際司法機構堅持應採嚴格認定 (Nguyen, 2013: 146)。

又，針對訴訟標的此一要件，有學者主張寬鬆認定，其認為足夠相似 (substantially similar) 的法律事實，亦能視為符合「一事不再理原則」要件，而為同一爭端。據此，「一事不再理原則」之適用範圍擴大，而可避免跨建制爭端之管轄權重疊問題。例如，在「南方黑鮪魚案」一案中，國際海洋法仲裁法庭採取較為彈性的解釋，認為基於 UNCLOS 與 CCSBT 為「足夠相同」(substantially the same) 之爭端，蓋因兩爭端之事實「足夠相似」(substantially similar) 與「足夠相同」(substantially the same)，故儘管所依據之條約、援引之協定不同 (訴訟原因)，但仍應視為相同爭端 (Waibel, 2014a: 46; Yannaca-Small, 2008: 1018)。³⁷⁸

³⁷⁷ PCIJ (Permanent Court of International Justice). 1927. “Dissenting Opinion by M. Anzilotti (Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8),” ¶ 1. in http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_13/44_Interpretation_des_Arrets_No_7_et_8_Usine_de_Chorzow_Opinion_Anzilotti.pdf. Latest update 16 December 1927.

³⁷⁸ *Supra* note 38.

此外，在訴訟原因要件認定上，當事國應採取形式上或實質上之認定，亦莫衷一是。形式上認定指，以控訴方主張違反之法律文件是否相同，來判斷有無訴訟原因之相似性，例如學者 Shany 之觀點 (Nguyen, 2013: 146-147)；而實質上認定則指援引之規範實質內容是否相同，來判斷是否具訴訟原因相似性。學者 Reinisch 即指出，由於締約方需遵守條約規範義務，而不僅是形式上的整體條約，故多以規範實質內容是否相同，來判斷爭執客體相似性 (張愷致，2012: 126-128; Reinisch, 2004: 65)。

另有學者提到第四要件，亦即爭端須由同一法律秩序之司法機構處理，包括法院或仲裁庭 (courts or tribunals in the international legal order)。但該要件仍有相佐意見，故此原則能否為 WTO 體系所用，仍待未來司法實踐指示 (Yannaca-Small, 2008:1017; Allen & Soave, 2014: 21)。

(二) WTO 爭端解決機制相關判例

WTO 實務上將此原則視為國際法原則 (Pauwelyn, 2003b: 1018; Lowe, 1996: 39)，並在多項案件中被 WTO 爭端解決機制提及，例如 *US-Offset Act*、³⁷⁹*US-FSC* (通過之小組報告不拘束後案，除非針對同一特定爭端)、³⁸⁰*EC-Bed Linen* (DSB 通過之報告對於特定爭端之判決，應視為最終決定)、³⁸¹*US-Shrimp (Article 21.5)* (上訴機構承認判決具有最終確定性)、³⁸²*India-Auto* (檢視「一事不再理原則」要件) (張愷致，2012: 125-126)。³⁸³

對於會員所提之爭端 WTO 爭端解決機制基於「固有管轄權」，自可援引「一事不再理原則」，以決定是否進行實質審理，不論爭端當事方是否有提出相關主張

³⁷⁹ Appellate Body Report, *United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, ¶¶ 7.57, 7.66, WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R (Jan. 16, 2003) [hereinafter - Appellate Body Report, *US — Offset Act (Byrd Amendment)*].

³⁸⁰ Appellate Body Report, *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, ¶ 108, WT/DS108/AB/R (Feb. 24, 2000).

³⁸¹ Appellate Body Report, *European Communities- Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, ¶ 93, WT/DS141/AB/R (Mar. 1, 2001).

³⁸² Appellate Body Report, *US — Shrimp (Article 21.5-Malaysia)*, *supra* note 334, ¶¶ 92-96.

³⁸³ Panel Report, *India — Measures Affecting the Automotive Sector*, ¶ 4.67, WT/DS146/R; WT/DS175/R (Dec. 21, 2001) [hereinafter - Panel Report, *India-Auto*].



(Mitchell & Heaton, 2010: 568; 李濬勳, 2015: 122)。然而，目前 WTO 爭端解決機制於「一事不再理原則」之適用，大致上採取從嚴認定，且僅產生對內效力 (李濬勳, 2015: 122)，以下分別說明之。

1. WTO 實務於適用「一事不再理原則」採從嚴認定

WTO 實踐上，「一事不再理原則」要件認定採從嚴認定，亦即「一事不再理原則」之三項要件均符合，始有此原則之適用空間 (Nguyen, 2013: 151-152)，³⁸⁴以下以 WTO 案件為例說明之。

(1). *India-Auto* 案

印度認為該案之主張已於先前 *India-Quantitative Restrictions* 案審理完成，故主張適用「一事不再理原則」，小組不應行使管轄權並進入實質審理。³⁸⁵此案中，因 DSU 並無規範「一事不再理原則」之要件與範圍，故小組對「一事不再理原則」之要件與範圍進行解釋。小組援引 *Guatemala-Cement I* 之見解，其認為爭端組成有二：系爭措施與訴訟原因。小組以此解釋「一事不再理原則」之要件有三：相同當事國、相同系爭措施、相同主張 (林彩瑜, 2011: 436; 李濬勳, 2015: 109)。³⁸⁶

由上述可知，WTO 對「一事不再理原則」之內容、要件及效力之見解與「常設國際法院 (the Permanent Court of International Justice，以下簡稱 PCIJ)、國際法院、國際投資爭端解決中心」等國際實踐一致，亦即若符合此原則之三項要件，則先前司法機構所作之判決具有效力並拘束當事方，且相同爭端當事方不得再針對同一事實或措施重複提訴 (李濬勳, 2015: 111, 124)。

(2). *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案

小組認為墨西哥透過 NAFTA 提出之訴訟與美國於 WTO 開啟之爭端解決程序基於不同法律事實，前者基於 NAFTA 附件之市場開放問題，後者源於墨西哥 IEPS 法案而引發之 GATT 國民待遇問題。因此，兩項程序不被視為同一爭端，而無從

³⁸⁴ *Id.* at ¶ 7.66.

³⁸⁵ *Id.* at ¶¶ 7.42-48.

³⁸⁶ *Id.* at ¶¶ 7.61-7.66.



適用「一事不再理原則」(Waibel, 2014a: 46)。

(3). *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties* 案

阿根廷指控巴西對阿根廷傾銷家禽，並展開調查。但巴西則稱阿根廷之傾銷調查違反 ADA，³⁸⁷並於 2000 年 8 月，依據「亞松森條約」(Treaty of Asunción)下的「巴西利亞議定書 (Protocol of Brasilia)」，將該爭端提交至「MERCOSUR 臨時仲裁庭」(MERCOSUR Ad Hoc Tribunal)，但遭判決敗訴。其後，巴西於 2001 年 11 月時，將該爭端提交至 WTO 爭端解決機制處理 (張愷致，2012: 63-64)。在管轄權方面，阿根廷主張，2000 年時本案已由區域協定所同意的爭端解決機構審理 (即「MERCOSUR 臨時仲裁庭」)，WTO 爭端解決小組應避免對同一事件重複審理，故應拒絕巴西之提訴。若 WTO 爭端解決小組仍審理此案，亦應將「MERCOSUR 臨時仲裁庭」之裁決視為納入考量 (胡美蓁，2012: 24; 張愷致，2012: 63-66)。³⁸⁸

需注意的是，本案與「一事不再理原則」密切相關，該案符合此原則之同一當事方、同一訴訟標的，惟阿根廷並未於爭端程序中提出此主張，並據此拒絕 WTO 小組行使實體管轄權 (林彩瑜，2011: 436)。此外，兩項爭端之訴訟原因不同，前者為 MERCOSUR 規範，後者為 WTO 的 ADA，各項協定之整體架構、宗旨與目的與救濟方式都有不同，因此嚴格來說該案難以適用此原則，除非 WTO 對此原則採寬鬆定義 (胡美蓁，2012: 24-25)。

相較於 WTO 判例，對於「一事不再理原則」應採嚴格或寬鬆認定之見解，學者見解並不一致，一派學者引用 WTO 判例見解，認為應採嚴格認定，亦即三項要件均須符合。其中，對於訴訟原因要件，兩項爭端形式上需相同，亦即兩項爭端所涉之法律文件需相同，始得適用「一事不再理原則」(Nguyen, 2013: 152-153)；另一派學者呼籲應將認定標準放寬，在訴訟原因之要件上，並不要求形式上法律文件相同，只要兩項爭端涉及之規範內容相同，仍可適用此原則 (Reinisch, 2004: 65)。

³⁸⁷ Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, *supra* note 338, ¶ 3.1 (a).

³⁸⁸ *Id.* at ¶ 7.17.



2. 「一事不再理原則」於 WTO 體系之適用僅具對內效力


對內效力意指，由上訴機構及小組確定之報告公布後，即在 WTO 內部上有阻斷後訴之效果；而對外效力指上訴機構及小組確定之報告公布後，對其他司法機構產生阻斷後訴之效果，國際性司法機構應承認彼此判決具有拘束力，不得再針對同一爭端提訴 (李濬勳，2015: 115, 117-118)。³⁸⁹例如，「中美洲共同市場」(the Central American Common Market, CACM) 認為仲裁判斷對成員具有「一事不再理原則」之效力，但該仲裁判斷是否有對外部的國際性司法機構產生效力，而使其他國際性司法機制無法對同一爭端進行審理，仍有疑問 (Kwak & Marceau, 2003: 104)。

依 *India-Auto* 案小組對於「一事不再理原則」之見解，可肯定 WTO 實踐上，「一事不再理原則」至少具對內效力 (李濬勳，2015: 116)。*India-Auto* 案小組表示，前後之 WTO 爭端需具備相同性，始有「一事不再理原則」之適用 (Nguyen, 2013: 151-152)，³⁹⁰顯示小組認為該原則有對內效力之可能 (李濬勳，2015: 116)。此外，根據 DSU 第 12.8 條，小組及上訴機構最終報告一旦通過，即具確定性，且依「DSU 第 16.4、17.14 及 21.1 條」可知小組及上訴機構最終報告，對爭端當事國產生拘束力 (李濬勳，2015: 116)。

另一方面，該原則是否具對外效力，尚待討論。申言之，WTO 小組與上訴機構對某案之判決，已經 DSB 通過最終報告，此報告可否對其他國際性的司法機構產生「一事不再理原則」之效果，而使其不得再審理該案？Reinisch 與 Dodge 皆認為該原則具有外部效力，國際性司法機構之間應承認彼此判決具有拘束力 (李濬勳，2015: 118)。然而，依據目前 WTO 判例觀察，WTO 小組及上訴機構未能對此

³⁸⁹ Panel Report, *India-Auto*, *supra* note 383, ¶ 7.65. 依 *India-Auto* 案小組對於「爭端」之見解：包括相同事實與訴訟原因。

³⁹⁰ “for res judicata to have any possible role in WTO dispute settlement, there should, at the very least, be in essence identity between the matter previously ruled on and that submitted to the subsequent panel. This requires identity between both the measures and the claims pertaining to them. There is also, for the purposes of res judicata, a requirement of identity of parties, which is clearly met with regard to the United States in this instance.” *Id.* at ¶ 7.66.



等「一事不再理原則」之對外效果提出其見解。其原因在於，儘管 WTO 判例多次提及「一事不再理原則」，但因在要件上採取嚴格認定，故對於其他國際性司法機構判決往往因未能符合訴訟原因之要件，使 WTO 爭端解決機制無從進一步討論此原則之效果 (Kwak & Marceau, 2003: 103)。

綜上，由於目前 WTO 實務上「一事不再理原則」僅具對內效力，並不拘束其他國際性司法機構，故其他國際性司法機構仍可對相似訴訟標的或訴訟原因（假設在訴訟原因之要件上採寬鬆認定，僅檢視引發兩項爭端之規範內容是否相同）之爭端提訴，可能形成平行訴訟，並衍生「判決事實認定」不同與判決結果不同等問題。不過，Kwak & Marceau 認為，若國際性司法機構能參考彼此判決，作為事實證據，將能避免上述問題 (2003: 104)。

(三) 投資仲裁實踐

國際仲裁庭也有討論此類原則的案例，但此原則於調和投資仲裁平行訴訟之效果不大 (Pauwelyn & Salles, 2009: 104)。投資仲裁庭一般採用嚴格的「三階段同一性測試」，亦即檢測爭端主體、訴訟標的與訴訟原因等三項要件，以判別是否符合「一事不再理原則」 (Allen & Soave, 2014: 22-24)。例如在 *Helnan International Hotels v. Egypt* 案中，埃及稱此前的 CRCICA 之判斷具有「一事不再理原則」之效力，*Helnan v. Egypt* ICSID 仲裁庭認為本案與先前爭端並未符合「三階段同一性測試」 (Allen & Soave, 2014: 24)。³⁹¹

又如 *AMCO v. Indonesia* 案中，AMCO 亞洲公司控告印尼軍方與警方驅離 AMCO 公司之管理人員，其後更以不正當之方式撤銷該公司之飯店投資許可契約。1984 年，ICSID 仲裁庭做出印尼敗訴之仲裁判斷。印尼隔年又要求成立特別委員會，以撤銷仲裁判斷某些部分 (李貴英，2003: 32-33)。在 ICSID 發布仲裁判斷撤銷範圍後，由於印尼與 AMCO 亞洲公司對撤銷範圍仍有不滿，且因撤銷範圍影響

³⁹¹ *Helnan v. Egypt*, Award, *supra* note 13, ¶ 126-127.

了「一事不再理原則」之適用範圍，故 ICSID 又成立小組，說明撤銷之效果與「一事不再理原則」之內涵，其中 ICSID 小組裁判肯定「一事不再理」為國際法原則（李濬勳，2015: 65-66），³⁹²並援引 ICSID 公約第 25、52 及第 53 條，作為適用「一事不再理原則」之支持。由於學界對於該原則於國際仲裁之適用仍未有定見，以「一事不再理原則」為一般法律原則地位作為裁判依據，可能引發之糾紛，故另援引經過締約國合意且明文之條約，較為妥善（李濬勳，2015: 66-67, 70）。

某些投資仲裁庭甚至不採納「一事不再理原則」，例如 *SPP v. Egypt*。埃及提起該案之前，埃及以保護金字塔古蹟為由，終止與「南太平洋產業中東公司」（Southern Pacific Properties (Middle East) Limited，以下簡稱 SPP (ME)) 公司之「金字塔綠洲計畫」（the Pyramids Oasis project），SPP (ME) 因蒙受損失而向國際商會 (ICC) 提出投資仲裁，仲裁判斷認為埃及敗訴。且 SPP (ME) 又於巴黎上訴法院向最高法院提出上訴，但該判斷最後遭法國上訴法院撤銷（李貴英，2003: 89）。

1984 年底，SPP (ME) 又將此案提交至 ICSID，審理埃及是否因終止計畫而不符契約義務，並須賠償 SPP (ME) 相關損失，包括此前埃及未能履行 ICC 之判斷，而應對 SPP (ME) 給予應有之補償（李貴英，2003: 89-90, 93-96）。對此，埃及否定 ICSID 有管轄權，其中，埃及認為先前已有 ICC 之仲裁判斷，且 SPP (ME) 業已透過法國法院審理此案，ICSID 再審理此案即違反「一事不再理原則」（Yannaca-Small, 2008: 1016）。³⁹³此外，埃及又稱，其國內法第 43 號第 8 條法律僅告知投資人可於 ICSID 提訴，但並未構成埃及同意將爭端提交至 ICSID，且該法律亦因計畫終止而消失，因此仲裁庭對本案無管轄權（李貴英，2003: 94-95）。

然而，ICSID 於「管轄權先決反對裁定」（Decision on Preliminary Objections to

³⁹² Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case: Decision on Jurisdiction, ¶ 26 (May 10, 1988), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357.pdf> [hereinafter- Resubmitted Case, *Amco v. Indonesia*].

³⁹³ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, ¶¶ 1, 5, 10, 15 (May 20, 1992), http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf; 本文雖不對實體問題進行討論，但此案之實體爭議（案例詳細討論）請參見：李貴英，2003: 89-116。

Jurisdiction)³⁹⁴中，較偏好做出自己的仲裁判決，並認為縱有其他救濟管道，投資人向 ICSID 提訴之權並不因此受影響；且 ICSID 透過法律解釋後，認為第 8 條已構成埃及對 ICSID 管轄權之同意，無須另附書面同意 (Yannaca-Small, 2008: 1016; 李貴英, 2003: 94-95)。

綜上，由於投資仲裁庭以嚴格標準適用「一事不再理原則」，且某些仲裁庭甚至不採納此原則，故似難以此原則調和并行訴訟。

(四) 基於「固有管轄權」適用「一事不再理原則」以調和并行訴訟之可行性

Allen & Soave 認為，以「一事不再理原則」處理 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之適用性，可能性不大 (2014: 22-24)。

第一，從上述論述可知，WTO 爭端與投資仲裁判例對於「一事不再理原則」之適用，多採取嚴格認定 (李濬勳, 2015: 122; Nguyen, 2013: 152-153; Pauwelyn & Salles, 2009: 104; Allen & Soave, 2014: 22-24)。WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟中，兩者所主張違反之條約不同，故訴訟原因不可能相同，而無法符合「一事不再理原則」之要件，除非採取寬鬆認定方式，亦即以引發平行訴訟之規範內容是否相同，作為判斷標準。此外，WTO 爭端與投資仲裁是否涉及相同主體，仍有疑問，使此原則難以適用 (Shany, 2003: 24-28)，惟若 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能認定，投資人之提訴權為投資條約「間接授權」(Allen & Soave, 2014: 14-15)，仍可能符合相同主體之要件。

第二，WTO 實務上「一事不再理原則」僅具對內效力，而不具對外效力，故其他國際性司法機構仍可對相似訴訟標的之爭端提訴，平行訴訟問題無法避免 (李濬勳, 2015: 115, 117-118)。

第三，此兩種爭端解決救濟途徑不同，其中 WTO 爭端解決機制要求會員改善違反義務措施，或暫停減讓承諾；而投資仲裁往往訴諸地主國賠償。

³⁹⁴ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction (Nov. 27, 1985) [hereinafter – *SPP (ME) v. Egypt*, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction].

第四，WTO 爭端與投資仲裁兩種仲裁程序是否處於同一法律秩序，仍有爭議，有論者認為投資仲裁屬於商務私法性質，並非國家間條約之國際公法性質。³⁹⁵



二、「待決訴訟」(lis pendens)

(一)「待決訴訟原則」定義

1. 定義

「待決訴訟原則」適用於爭端同時於兩國法院審理之平行訴訟情形。大陸法系與英美法系對於「待決訴訟原則」之作法不同，故尚未成為法律傳統 (Nguyen, 2013:158)。大陸法系認為若有一爭端已由其他法院進行審理，則後繫屬之國內法院應暫停訴訟程序 (Waibel, 2014a: 41)。相較之下，英美法系不機械地以先繫屬之法院為主，相反地，法院能基於裁量權 (discretionary) (Pauwelyn & Salles, 2009: 112)，以「不便利法庭原則」決定何種場域較為合適 (appropriate) 後，再決定應適用「待決訴訟原則」暫停訴訟程序或繼續審理該案 (Nguyen, 2013: 155, 160-161, 163; Allen & Soave, 2014: 43; Pauwelyn & Salles, 2009: 106; Kwak & Marceau, 2003: 102)。James J. Fawcett 於 “Declining Jurisdiction in Private International Law” 一書指出，「待決訴訟原則」僅為法院採取「不便利法庭原則」與否之一項相關因素，而非決定性因素 (Nguyen, 2013: 155, 163)，而「不便利法庭原則」考量之因素，尚包括相關性、費用、事證與證人、訴訟經濟與當事方利益等 (Kwak & Marceau, 2003: 102)。

James Fawcett 指出構成平行訴訟之要件為：相同當事方 (the same parties)、相同訴因 (the same cause of action) (Kwak & Marceau, 2003: 103)。³⁹⁶此原則目的在於避免訴訟策略 (litigation tactics) 運用、管轄權重疊及裁判衝突的問題。³⁹⁷如同「一事不再理原則」，「待決訴訟原則」亦輔以「誠信原則」、「權利濫用原則」

³⁹⁵ International Law Association, *supra* note 12, ¶ 40.

³⁹⁶ *Id.* at ¶ 1.2.

³⁹⁷ *Id.* at ¶ 1.5.



與「禁反言原則」，以強化該原則之適用，並避免訴訟程序遭濫用 (Lowe, 1999: 191)。

2. 法律地位

「待決訴訟原則」與「一事不再理原則」皆源於國內法程序 (Nguyen, 2013:161)，然而，如同「一事不再理原則」，仲裁規則與國際法律文件皆未有適用「待決訴訟原則」之規定，因此國際司法機構面臨平行訴訟時，能否適用「待決訴訟原則」，仍有爭議 (Yannaca-Small, 2008)。

實務上，1927年 PCIJ「邵作工廠案」(Factory at Chorzow) 與 ITLOS「MOX 核廢料加工廠案」(Mox Plant) 中，兩司法機構皆未能確定「待決訴訟原則」之要件；此外，*SPP (ME) v. Egypt* 案中，ICSID 認為，針對「同一爭端」(the same dispute) 之兩獨立司法程序，兩司法機構 (two unrelated and independent tribunals) 並無暫停行使管轄權之國際法義務 (Nguyen, 2013: 156-157)。³⁹⁸

學界對於此議題也莫衷一是。Reinisch (2004: 48) 與 Yannaca-Small 皆認為「待決訴訟原則」已成為一般法律原則 (2008: 1013-1016)。³⁹⁹然而，學者 Gilles Guniberti 雖肯定「待決訴訟原則」對於國內法院之必要性，但不認為此原則已成為一般法律原則，主因在於時間問題。此原則使先審理之法院取得管轄權，而其後之法院需暫停程序，Guniberti 認為，「待決訴訟原則」於國內法院或有必要，但對於兩個發展成熟，且無上下層級關係的法庭，適用此原則之必要性令人質疑 (Pauwelyn & Salles, 2009: 106-107)。Shany 與 McLachlan 亦認為，尚未累積足夠相關判例證明此原則已成為一般法律原則，此原則更像是國際性司法機構本身之裁量權 (Nguyen, 2013: 157-158)。

³⁹⁸ *SPP (ME) v. Egypt*, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction, *supra* note 394, ¶ 84.

³⁹⁹ 除有學者不認為此原則有一般法律原則之地位，亦有學者認為此原則為國內私法原則，但為分類簡潔，本文採一般法律原則之見解。



(二) 基於「固有管轄權」適用「待決訴訟原則」以調和 WTO 爭端與投資仲裁之可行性

目前 WTO 判例均未能闡述對「待決訴訟原則」之立場 (Allen & Soave, 2014: 43)。而在國際仲裁判例方面，「待決訴訟原則」常適用於投資仲裁與國內法院之間。然而，從兩種機制之判例觀察，兩種機制皆難以此原則調和管轄權重疊或平行訴訟 (Kwak & Marceau, 2003: 103; Yannaca-Small, 2008: 1021-1022)。原因分述如下：

1. WTO 方面

(1). 「待決訴訟原則」定義之歧見

大陸法系與英美法系對於此原則之定義仍有歧見，包括後訴暫停、依「不便利法庭原則」決定是否暫停訴訟程序，或 WTO 爭端解決機制將「待決訴訟原則」法典化等三種，WTO 小組或上訴機構將面臨適用何種方式之問題 (Nguyen, 2013: 160)。例如，若 WTO 採「不便利法庭原則」調和_parallel 訴訟，將面臨如下問題。

首先，於國內層次上，被告通常同意適用此原則，故國內法院適用此原則並無疑問；然而，在無權威中心之國際層次上，若無國家同意，「不便利法庭原則」一般無法逕自適用於調和國際性司法機構間的平行訴訟 (Kwak & Marceau, 2003: 102-103)。

再者，若 WTO 採取「不便利法庭原則」而不審理會員所提案件，可能違反 DSU 第 23 條，該條賦予 WTO 爭端解決機制對內括協定之專屬管轄權 (Kwak & Marceau, 2003: 103; Nguyen, 2013: 164-165)，其規定會員於認為內括協定有義務違反或利益遭剝奪時，而向 WTO 尋求救濟，小組及上訴機構應加以審理。又，修改 DSU 第 23 條可能有採行單邊措施之虞，而為 WTO 所禁止 (Kwak & Marceau, 2003: 103)。此外，該原則考量之效益、事證與證人、訴訟經濟或當事方利益等因素，往往涉及私人利益，並非國際性司法機構最重要考量 (Kwak & Marceau, 2003: 103)。

又，在「待決訴訟原則」之要件認定上，由前文討論可知，James Fawcett 指

平行訴訟之要件為：相同當事方、相同訴因 (Kwak & Marceau, 2003: 103)。⁴⁰⁰而投資仲裁與 WTO 爭端解決機制平行訴訟所涉措施可能相同，且若視投資條約僅為「間接」授權予投資人，當事方有可能相同 (Allen & Soave, 2014: 14-15)。然而，在訴因上仍難謂有相同之處，而無法符合「待決訴訟」之要件 (Kwak & Marceau, 2003: 103)，因此，WTO 難以因「待決訴訟原則」而拒絕行使管轄權。

(2). 「待決訴訟原則」之法律地位未明

由於 WTO 僅能適用明確具備一般法律原則地位之規範，而「待決訴訟原則」是否為一般法律原則，仍未有定論，WTO 難以依「固有管轄權」適用 (Nguyen, 2013: 159)。

(3). 「司法積極主義」之嫌

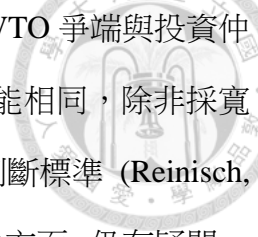
若適用「待決訴訟原則」，還可能產生小組或上訴機構權限擴大之疑慮，最終因「司法積極主義」(judicial activism)，違背調和_parallel訴訟程序之初衷，反而不利國際法一致與可預測性 (Nguyen, 2013: 160)。

2. 投資仲裁庭方面

投資仲裁庭雖無排除「待決訴訟原則」之適用，但與「一事不再理原則」對於同一爭端之認定要件相似，皆以嚴格標準檢視「同一爭端」，亦即須符合「三階段同一性測試」，於主體、訴訟標的與訴訟原因等三項均需相同，才屬於「同一爭端」(Yannaca-Small, 2008: 1023-1024)。例如，1980 年 *Benvenuti & Bonfant v. Congo* 投資仲裁庭皆認為，僅在爭端當事方、案件事實與訴訟原因等條件符合，始有「待決訴訟原則」之適用空間 (Yannaca-Small, 2008: 1023)。又如 *Lauder v. Czech Republic* 與 *CME v. Czech Republic* 案，⁴⁰¹投資仲裁庭亦嚴格解釋「待決訴訟原則」，須符合「三階段同一性測試」始能適用該原則 (Ascensio, 2014: 775-776)。

⁴⁰⁰ International Law Association, *supra* note 12, ¶ 1.2.

⁴⁰¹ *Lauder & CME v. Czech Republic* 詳細案例，請參見本章第一節第參部分「一、遵循先例原則」。



因此，如同「一事不再理原則」於調和并行訴訟之限制，WTO 爭端與投資仲裁并行訴訟中，兩者所主張違反之條約不同，故訴訟原因不可能相同，除非採寬鬆認定，以并行訴訟所依據之規範內容是否相似或相同，作為判斷標準 (Reinisch, 2004: 65)。此外，WTO 爭端與投資仲裁是否涉及相同主體之要件方面，仍有疑問，除非 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能認定，投資人之提訴權為投資條約「間接授權」，始可能稱兩項訴訟之當事方相同 (Allen & Soave, 2014: 14-15)。

3. 國際司法機構間適用「待決訴訟原則」之爭議

「待決訴訟原則」與「一事不再理原則」皆源於國內法程序 (Nguyen, 2013:161)，是否可提高至國際層次上，而為國際性司法機構所適用，將因兩種訴訟程序處於不同法律秩序之事實，面臨障礙 (Nguyen, 2013: 162)。

除了上述所提及之「待決訴訟原則」要件，平行訴訟尚須由「相同法律地位之場域」審理 (*fora of equal status*)，始有「待決訴訟原則」適用空間。⁴⁰²國內法院之間處於相同法律地位，故面臨平行訴訟時，有該原則之適用可能 (Nguyen, 2013: 161-162)。然而，在無權威中心之國際層次上，組織制度、歷史脈絡、救濟方式、訴因都不相同，難以認為具「相同法律地位之場域」 (Pauwelyn & Salles, 2009: 107)。因此，WTO 爭端與投資仲裁難謂具相同法律地位，可能無法以該原則處理 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。

4. 「待決訴訟原則」仍無法遏止平行訴訟

「待決訴訟原則」在運用上並無法遏止平行訴訟的問題，其原因在於先繫屬 (*first-in-time*) 法院發布判決後，爭端當事方仍可另行開啟新的訴訟程序 (Shany, 2003: 212)。

綜合以上討論，由於「待決訴訟原則」定義之爭議、「待決訴訟原則」之法律地位未明、司法積極主義之虞、WTO 爭端與投資仲裁難謂有相同法律地位等原因，

⁴⁰² International Law Association, *supra* note 12, ¶ 3.2.



故 WTO 較難基於「固有管轄權」而適用此原則，而無助於調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。投資仲裁庭亦因投資仲裁庭嚴格解釋「待決訴訟原則」之要件，而難以據此協助調和 WTO 爭端與投資仲裁彼此程序。

三、「司法禮讓原則」(the principle of comity)：

(一)「司法禮讓原則」定義

「司法禮讓原則」要求法院面臨平行訴訟時，應對其他有管轄權之法律或判決展現尊重並禮讓 (deference) (Shany, 2003: 262-263)。此原則為「待決訴訟原則」之後續行為，要求國際性司法機構若面臨其他相關訴訟程序，在無條約明文規定之時，為避免濫用爭端解決場域，國際性司法機構可行使「司法禮讓原則」，有裁量權決定拒絕訴訟程序或暫停對某爭端之管轄權 (Mitchell & Heaton, 2010: 598-599, 616; Henckels, 2008: 584)。

在平行訴訟的情形下，可選擇對「先繫屬法院」(first-seized court) 或較方便之法域禮讓 (Shany, 2003: 266)，以避免各國際司法機構間產生平行訴訟 (Mitchell & Heaton, 2010: 600)。而在連續訴訟的情形下，由於先前已有法域發布判決，法院若無法運用「一事不再理原則」，基於「司法禮讓原則」，亦應對於此判決給予適當注意 (Shany, 2003: 266)。

(二)「司法禮讓原則」之國際司法機構實踐

「司法禮讓原則」源自於司法機構之「固有管轄權」(Mitchell & Heaton, 2010:600)，無須明文條款即有此原則運用 (Kuoppamäki, 2016: 68)。此原則多為國內法院運用以調和并行訴訟問題 (Henckels, 2008: 584)。

「司法禮讓原則」為被承認之國際公法原則 (Mitchell & Heaton, 2010: 600)，然而，相較於其他國際法原則，如「一事不再理原則」等，「司法禮讓原則」尚未成為習慣法或一般法律原則，故無法對國際性的法院與仲裁庭施加義務 (Henckels,

2008: 584)。Shany 亦認為，儘管「司法禮讓原則」對國際法秩序帶來諸多利益，但當前國際法並無足夠權限要求國際性司法機構適用該原則 (2003: 266)。此外，相較於條約合意管轄權，少有以條約賦予法院行使「司法禮讓原則」，故此原則之適用範圍尚未明朗 (Shany, 2003: 262-263)。

各國對「司法禮讓原則」之適用，亦莫衷一是，例如部分國家運用此原則管理訴訟程序，但也有國家無意阻止平行訴訟 (Shany, 2003: 263)。國際性司法機構對此原則之適用，也不一致，此外，國際性司法機構為維持其本身之尊嚴及重要性，較不傾向運用「固有管轄權」來適用此原則 (Henckels, 2008: 584)。以下分別討論 WTO 及投資仲裁庭對「司法禮讓原則」適用之實踐。

1. WTO 方面

WTO 爭端解決機制是否能基於「固有管轄權」而適用「司法禮讓原則」，學界聚焦於該原則之適用是否違反 DSU 規範之問題。Mitchell & Heaton 一一討論 WTO 「固有管轄權」三要件後，認為基於「固有管轄權」WTO 爭端解決機制可適用「司法禮讓原則」 (2010: 601)。「固有管轄權」三要件包括：其一，該原則有助於促成爭端解決，其二，該原則亦不具有自足實體性質，而須透過適用實體法之方式，始能管理國際性司法機構之職能 (2010: 600)，而「司法禮讓原則」皆能符合。然而，第三項原則仍有爭議，亦即該原則之適用是否與 WTO 內括協定一致之問題，說明如下。

學者 Shany 持否定態度，其原因在於 DSU 規範之時限問題。第 12.8 條規定應於 6 個月內完成，而第 12.9 條容許延長為 9 個月完成，故若 WTO 小組讓其他法域先行，將可能超過 DSU 所規定之時限，而違反 DSU 規範 (Shany, 2003: 265, 279-280)。即便透過 DSU 第 12.12 條規定，經控訴國請求後，得暫停爭端解決程序，但暫停時間最多僅 12 個月 (Allen & Soave, 2014: 45)。而投資仲裁時程比 WTO 爭端長，據統計 2015 年之 ICSID 判決約需 39 個月始能完成 (Commission, 2016: 2)，若投資爭端當事方要求撤銷或挑戰程序等情形，時程可能更久 (Allen & Soave,

2014: 13)。總此，即便 WTO 暫停程序 12 個月，未來仍會與投資仲裁產生平行訴訟的問題。學者 Henry Gao & Chin Leng Lim 也持反對意見，認為既然 DSU 未有適用「司法禮讓原則」之規定，WTO 爭端解決機制則無義務適用之 (Kuoppamäki, 2016: 59)。

有學者則反對上述見解。*Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案中，墨西哥雖未主張 WTO 爭端解決機制應透過「司法禮讓原則」來避免平行訴訟，但墨西哥認為，本案與 NAFTA 第 20 章提起之爭端「關係密切」，小組基於交由更便利場域等原因，應拒絕行使管轄權。⁴⁰³Mitchell & Heaton 因此認為，此舉無異於基於「固有管轄權」而適用「司法禮讓原則」(2010: 601)。且 Mitchell & Heaton 又認為，WTO 爭端解決機制適用「司法禮讓原則」以拒絕行使管轄權，並未違反 DSU 之問題 (2010: 601-604)。

學者 Henckels 也支持「司法禮讓」原則於國際公法領域之適用，其認為此原則之適用並非對其他司法機構妥協，相反的，彼此禮讓可增進仲裁庭之間的相互尊重與合作，更能有效地解決平行訴訟 (2008: 584-585)。然而，Henckels 亦認同，考慮到該原則之適用是否與 WTO 內括協定一致之問題，學界與 WTO 實務上仍有爭議，故 WTO 爭端解決機制於行使「固有管轄權」時，應秉持司法紀律 (judicial propriety)，並僅於特定情形行使「固有管轄權」，例如，前後訴訟程序關係密切時，司法機構若能行使「固有管轄權」而適用「司法禮讓原則」，有助於司法機制之完整性 (2008: 596-597)。

2. 投資仲裁庭方面

投資仲裁庭對「司法禮讓原則」之運用，也不一致。例如，在 *SPP v. Egypt* 案「管轄權先決反對」判決中，ICSID 仲裁庭認為，為維持國際法秩序，針對「同一爭端」(the same dispute) 之兩獨立司法程序，兩司法機構 (two unrelated and

⁴⁰³ Mexico's appellant's submission, ¶ 73, as cited by Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶10; Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 44; 本案請參見第三章第三節之討論。

independent tribunals) 於其裁量權範圍內，有適用「司法禮讓原則」之可能 (may)，而「暫停行使管轄權」 (suspend the proceedings)。⁴⁰⁴同時，該仲裁庭認為，法院基於固有權力得行使「司法禮讓原則」，此原則亦體現在 ICSID 公約第 44 條中。⁴⁰⁵

然而，有些投資仲裁庭則認為，僅在案件事實與法律主張相似時，仲裁庭始有暫停訴訟程序之可能，例如在 *Eureko B.V. v. The Slovak Republic* 一案，⁴⁰⁶PCA 即認為，本案與歐盟委員會正在審理之程序並無足夠連結 (insufficient linkage)，故儘管 PCA 承認此原則，但不認為可適用於本案 (Allen & Soave, 2014: 46-47)。

(三) 基於「固有管轄權」適用「司法禮讓原則」以調和并行訴訟之可行性

在討論學界、WTO 判例與投資仲裁判斷後，與本文相關的是，能否基於「固有管轄權」適用「司法禮讓原則」，以調和 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟。Allen & Soave 指出，理論上，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭基於尊重，應會透過「司法禮讓原則」考量彼此所做之判決 (2014: 32)。然而，由上述討論可知，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭可否基於「固有管轄權」而適用「司法禮讓原則」，仍面臨爭議。原因如下：

第一，學者 Shany 認為，受限於 DSU 有關時限之規定，WTO 爭端解決機制無從逕自適用 (2003: 265, 279-280)。

第二，採取此原則而暫停管轄權之行使，可能因兩機制雙雙暫停管轄權，致使爭端當事方無從獲得救濟。

第三，受限於各自管轄權範圍 (Mitchell & Heaton, 2010: 601-604; 林彩瑜，2011: 403, 405; Kuijper, 2010: 30; Pauwelyn, 2003b: 447-448, 451-455; Henckels, 2008: 574-575)，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭可能不願審理對方的規範內容 (Allen & Soave, 2014: 32)。

⁴⁰⁴ *SPP (ME) v. Egypt*, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction, *supra* note 394, ¶ 84.

⁴⁰⁵ *Id.* at ¶ 87.

⁴⁰⁶ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, ¶ 292 (Oct. 26, 2010), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>.

第四，兩種機制之間亦不見得熟悉彼此規範之內容，或無益於各自爭端之審理 (Allen & Soave, 2014: 32; Lin, 2016a: 309)。

第五，對於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，可否透過「司法禮讓原則」調和之問題，目前亦未出現實際案例 (Allen & Soave, 2014:32)，故無從探知能否基於「固有管轄權」適用「司法禮讓原則」，以調和平行訴訟。

因此，綜觀學界、DSU 條款及以上討論之判例，目前 WTO 小組較不可能因平行訴訟，而對提交於 WTO 之爭端拒絕行使管轄權 (Mitchell & Heaton, 2010: 604; Kuoppamäki, 2016: 59)。相較之下，投資仲裁庭較可能透過「固有管轄權」運用「司法禮讓原則」而暫停訴訟，尤其是在 WTO 爭端在先、投資仲裁在後的情形，例如，上述之 *SPP v. Egypt* 「管轄權先決反對」判決指出，依據 ICSID 公約第 44 條，「司法禮儀」原則為法院之固有權力，故投資仲裁庭有適用該原則之可能 (may)，而可暫停行使管轄權 (Allen & Soave, 2014: 46)。⁴⁰⁷因此，實務上，由投資仲裁庭方面行使「司法禮讓原則」而調和訴訟程序，應較為可行。

四、「誠信原則」(good faith)：

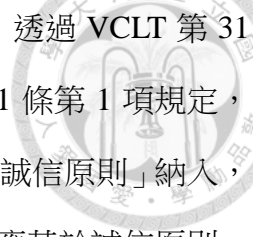
「誠信原則」意指，締約國應履行條約內容，不得違反條約之義務 (ILC report, 2006: 226)。「誠信原則」於國際法體系之運用，能維護體系正當性及權利受損之爭端當事方，且在無明文規定時，仍可以該原則之適用來避免體系遭到濫用 (Sanja, 2012: 208-209)。國際機構之文件亦多援引此原則，例如「聯合國憲章」與 VCLT 等 (Sanja, 2012: 208)。

(一) WTO 方面

1. DSU 有關「誠信原則」之規範

WTO 應可基於「固有管轄權」而適用「誠信原則」，且 DSU 亦有明文規範納入此原則 (Mitchell & Heaton, 2010: 608-609)。其一，由第一節第壹部分之討論可

⁴⁰⁷ *SPP (ME) v. Egypt*, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction, *supra* note 394, ¶¶ 84, 87.



知，WTO 爭端解決機制於審理爭端時，應依據 DSU 第 3.2 條，透過 VCLT 第 31 與第 32 條條約解釋慣例，並對於內括協定進行解釋。其中第 31 條第 1 項規定，應以「誠信原則」解釋內括協定。其二，DSU 第 3.10 條明文將「誠信原則」納入，要求 WTO 會員不應好訟或被視為好訟而提出爭端，且於訴訟中應基於誠信原則，致力於解決爭端 (Mitchell & Heaton, 2010: 609)。其三，DSU 第 4.3 條要求被告國應回應控訴國之諮商請求，並依「誠信原則」進行協商 (胡美蓁，2012: 29)。

2. WTO 實務

WTO 實務上多次援引「誠信原則」。例如，*US — Offset Act* 上訴機構⁴⁰⁸建立之「誠信原則」要件，採取較嚴格之認定：會員需違反 WTO 內括協定之協定義務、會員「不僅是違反」(something more than mere violation) 條約之義務等二項要件。⁴⁰⁹ 此外，*Mexico — Corn Syrup* 上訴機構亦依據「誠信原則」進行判定⁴¹⁰ (Mitchell & Heaton, 2010: 609)。又如 *US-Shrimp* 之上訴機構見解，締約國應以「善意」(bona fide)的方式，解釋或適用規範。⁴¹¹

再如，*Argentina-Poultry Anti-Dumping Duties* 案亦涉及 WTO 爭端解決機制是否可基於一方違反外來條約義務，而透過「誠信原則」之適用，來調和并行訴訟，應有助於回答本文研究問題。本案源於阿根廷對來自巴西的家禽產品實施 3 年期的反傾銷措施，而引發雙方爭執。阿根廷基於調查結果，認定巴西對阿根廷構成傾銷，阿根廷市場因此受到損害，故對來自巴西進口的家禽產品，實施反傾銷措施。但巴西認為，阿根廷所作之傾銷調查違反 WTO 下的 ADA (張愷致，2012: 63-64)。⁴¹²

由於雙方皆為「南錐共同市場」之「亞松森條約」締約國，巴西遂於 2001 年 1 月，依據「亞松森條約」下的「巴西利亞議定書」，將該爭端提交至「MERCOSUR

⁴⁰⁸ Appellate Body Report, *US — Offset Act (Byrd Amendment)*, *supra* note 379, ¶ 298.

⁴⁰⁹ Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, *supra* note 338, ¶ 7.36.

⁴¹⁰ Appellate Body Report, *Mexico — Corn Syrup*, *supra* note 366, ¶ 50.

⁴¹¹ Appellate Body Report, *US — Shrimp*, *supra* note 333, ¶ 158.

⁴¹² Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, *supra* note 338, ¶ 3.1 (a).

臨時仲裁庭」(林彩瑜, 2011: 411),⁴¹³其中,巴西利亞議定書規定成員須於「MERCOSUR 臨時仲裁庭」提起訴訟。⁴¹⁴最終,巴西遭判決敗訴,遂而於 2002 年時,將同一爭端提交至 WTO 爭端解決機制處理(林彩瑜, 2011: 411)。

阿根廷主張 2000 年時,本案已由「MERCOSUR 臨時仲裁庭」審理,巴西現又於 WTO 場域尋求救濟,阿根廷同時於兩場域提訴,等同無視「亞松森條約」及議定書下設之爭端解決機制所做成之承諾,已違反「誠信原則」。⁴¹⁵巴西之重複提訴亦違反「禁反言原則」。⁴¹⁶基於以上論述,阿根廷認為 WTO 應拒絕對本案進行實體管轄權(Henkels, 2008: 579)。阿根廷另外要求,WTO 小組若仍繼續審理本案,應根據 VCLT 第 31 條第(3)項(c)款與 DSU 第 3.2 條之規定,將「MERCOSUR 臨時仲裁庭」判決先例納入考量。⁴¹⁷最終,本案小組基於其對「誠信原則」、「禁反言原則」與透過 DSU 第 3.2 條進行解釋之認定,認為小組無須拒絕行使本案管轄權。

418

值得討論的是,本案 WTO 小組在是否適用「誠信原則」上,援引 *US — Offset Act* 上訴機構⁴¹⁹建立之「誠信原則」要件,並採取較嚴格之認定:會員需違反 WTO 內括協定之協定義務、會員「不僅是違反」條約之義務等二項要件。⁴²⁰針對第一要件,WTO 爭端解決機制認定之「條約」僅止於 WTO 內括協定之權利及義務,而不及於其他國際協定之義務。⁴²¹而阿根廷主張巴西違反「亞松森條約」下的「巴西利亞議定書」之爭端解決規定,但該議定書並非 WTO 內括協定之實體規範,故未符「誠信原則」之第一要件(林彩瑜, 2011: 412-416)。針對第二要件,阿根廷需證明,巴西提起 WTO 爭端解決程序時,未能評估提訴造成之結果,違反「誠信

⁴¹³ *Id.* at ¶ 2.10.

⁴¹⁴ *Id.* at ¶ 20, Annex B, at B-7.

⁴¹⁵ *Id.* at ¶¶ 7.18-7.19.

⁴¹⁶ *Id.* at ¶¶ 7.18, 7.20.

⁴¹⁷ *Id.* at ¶¶ 7.17, 7.19, 7.21-22, 7.40.

⁴¹⁸ *Id.* at ¶ 7.42.

⁴¹⁹ Appellate Body Report, *US — Offset Act (Byrd Amendment)*, *supra* note 379, ¶ 298.

⁴²⁰ Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, *supra* note 338, ¶ 7.36.

⁴²¹ *Id.* at ¶ 7.36.

原則」，但阿根廷無法提出證明。⁴²²因此，本案因無法符合「誠信原則」之要件，使 WTO 小組無法基於「誠信原則」拒絕行使實體管轄權。

又如 *Peru — Agricultural Products* 案，被告祕魯主張，瓜地馬拉於 WTO 另行起訴，已違反 DSU 第 3.7 與第 3.10 條下的「誠信原則」。上訴機構表示，爭端會員國若有明文之棄權條款限制 WTO 提訴權，顯已明文放棄 DSU 下的權利，此時會員國又再度於 WTO 提訴，則有違反「誠信原則」之可能 (Kuoppamäki, 2016: 60)。⁴²³因此，本案爭端當事方是否違反 DSU 第 3.7 與第 3.10 條下的「誠信原則」之問題，本案上訴機構以爭端當事方是否有「明文放棄於 WTO 爭端解決機制提訴 (clearly stipulated the relinquishment of their right to have recourse to WTO dispute settlement)」⁴²⁴進行判斷，若明文放棄 WTO 提訴權，且又再度於 WTO 提訴，則有違 DSU 「誠信原則」之規定；若無明文放棄之條款，且又再度於 WTO 提訴，則無違 DSU 「誠信原則」之規定。最後，因 *Peru — Agricultural Products* 上訴機構並未發現有明文條款禁止瓜地馬拉向 WTO 另行提訴，故無違「誠信原則」。⁴²⁵此外，針對違反「誠信原則」之要件問題，本案上訴機構考量瓜地馬拉是否違反 DSU 第 3.7 與第 3.10 條，以認定其有無違反「誠信原則」，似延續 *Argentina-Poultry Anti Dumping Duties* 小組之推論，同樣以違反 WTO 內括協定之義務作為違反「誠信原則」之其中一項要件 (Kuoppamäki, 2016: 61)。

由以上 WTO 判例討論可知，WTO 多次援引「誠信原則」，且多延襲 *US — Offset Act* 上訴機構對此原則所立下之兩項要件。

(二) 投資仲裁庭方面

多項投資仲裁判例參考 VCLT 第 31 條，以「誠信原則」解釋 BIT 之實體規範 (Newcombe, 2010)，例如投資仲裁庭以「誠信原則」解釋 BIT 之「公平公正待遇」

⁴²² *Id.* at ¶ 7.36.

⁴²³ Appellate Body Report, *Peru — Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*, ¶ 5.25, WT/DS457/AB/R (July 20, 2015) [hereinafter - Appellate Body Report, *Peru — Agricultural Products*].

⁴²⁴ *Id.* at ¶ 5.25.

⁴²⁵ *Id.* at ¶ 5.27.

等實體義務，而使「誠信原則」成為地主國實體義務 (Sanja, 2012: 212)。

「誠信原則」有時亦為地主國運用，地主國主張投資人違反 BIT 之程序上義務，而有違「誠信原則」，例如地主國指出投資人之主張未能符合「合法性要件」(Legality Requirement)，故非為 BIT 所稱之「投資」，其並無義務給予投資保障，投資人也因此違反「誠信原則」，故地主國反對仲裁庭對此種案件有實體管轄權或可受理性 (Sanja, 2012: 219-220)。再如，地主國依據 ICSID 仲裁規則第 41 條第 5 項，⁴²⁶於仲裁開始時提出初步反對意見，主張投資人提訴「顯無理由」(manifestly without legal merit)，已違反「誠信原則」，並要求仲裁庭駁回投資人主張 (Sanja, 2012: 217-218, 231)。又如，*Phoenix v. Czech Republic* 一案，仲裁庭認為，Phoenix 公司之提訴「濫用」ICSID 仲裁程序，故該投資人並非依「誠信原則」進行投資 (Newcombe, 2010)。⁴²⁷

(三) 基於「固有管轄權」以「誠信原則」調和 WTO 爭端與投資仲裁之可行性

有論者認為，若此兩項訴訟間的爭端當事方 (entities)、法律與事實上的爭點 (questions of law and fact) 相近，則被告似能主張原告違反「誠信原則」(Mitchell, Voon & Munro, 2015: 87)。然而，在 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之脈絡下，「誠信原則」能否管理兩種機制訴訟？以下分別從 WTO 爭端解決機制、投資仲裁庭與運用「誠信原則」之限制等三方面討論。

1. WTO 方面

學者如 Bregt Natens 與 Sidonie Descheemaeker 指出，「誠信原則」於 DSU 第

⁴²⁶ ICSID Rule 41 (5): Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit.

⁴²⁷ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, ¶¶ 144-145 (Apr. 15, 2009), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf> [hereinafter- *Phoenix v. Czech Republic*, Award].

3.10 條有明文規定，因此，或可基於某 WTO 會員違反外來之場域選擇條款，而有違 DSU 第 3.10 條，因而符合「誠信原則」之要件 (Kuoppamäki, 2016: 61)。在符合「誠信原則」後，控訴國可主張「誠信原則」之違反形成法律障礙，小組應拒絕行使管轄權 (Kuoppamäki, 2016: 61)。此外，因「誠信原則」於 WTO 有明文規定，應可避免本章第一節所討論之 WTO 適用外來法源之爭議 (Kuoppamäki, 2016: 62)。

除了為 DSU 明文規定外，「誠信原則」之適用亦有實際案例佐證。例如，依 *Peru — Agricultural Products* 案上訴機構之見解，若 WTO 會員曾明文放棄於 WTO 爭端解決機制提訴，⁴²⁸若該會員另行提訴，則 WTO 確有可能因該會員違反 DSU 第 3.7 與第 3.10 條下的「誠信原則」，而暫停訴訟，並進而調和并行訴訟。


2. 投資仲裁庭方面

相較於 WTO，投資仲裁庭面臨 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟時，若投資條約設置場域選擇條款，則投資仲裁庭可適用該管理訴訟程序之條款，似無須再透過「誠信原則」調和彼此程序。另一方面，面臨 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟時，若投資條約沒有設置場域選擇相關條款，則投資仲裁庭能否基於「固有管轄權」而運用「誠信原則」，認定作為原告之投資人又提起投資仲裁，已違反 WTO DSU 有關管轄權的規範，而有違「誠信原則」，並據此拒絕行使管轄權？

第一，從以上對於投資仲裁實務之觀察，「誠信原則」之違反似僅及於投資人或地主國違反 BIT 義務，而不包括 BIT 以外之條約義務，如 WTO DSU 有關管轄權的規範。若 BIT 並無設置場域選擇相關條款，此時相似爭端若已透過 WTO 審理，投資人卻又提起投資仲裁，並無違 BIT 之義務，故被告地主國而無法向仲裁庭主張投資人此舉違反「誠信原則」。且即便 BIT 設有場域選擇相關條款，投資仲裁庭適用之即可調和訴訟程序，似無須再運用「誠信原則」。

第二，縱使投資仲裁庭認為「誠信原則」之適用包括 BIT 以外之條約義務，

⁴²⁸ Appellate Body Report, *Peru — Agricultural Products*, *supra* note 428, ¶ 5.25.



如 WTO 之 DSU 規範，然而，於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之脈絡下，若相似爭端已於 WTO 審理，投資人另行提起投資仲裁，投資仲裁庭亦難以認定投資人另行提起投資仲裁有違 WTO DSU 有關管轄權之規定。其原因在於，雖然 DSU 規定 WTO 爭端解決機制對於內括協定事項有專屬、強制之管轄權，但 WTO 會員針對其他條約中與 WTO 規範相似之事項，另外於其他法域再次提訴，似未為 WTO DSU 所禁止，故無違反 WTO DSU 管轄權相關規定，致投資仲裁庭無法運用「誠信原則」來拒絕行使管轄權。此外，投資仲裁庭是否認定 WTO 爭端與投資仲裁具相同主體，仍為待跨越之障礙，其中，另行提出之投資仲裁當事方為投資人與地主國，而 WTO 爭端為作為 WTO 會員之投資人母國與地主國。因此，投資仲裁庭難以透過投資人另行提訴有違 WTO DSU 管轄權相關規定，而認定其違反「誠信原則」。

綜上，不論投資條約是否設置場域選擇相關條款，投資仲裁庭皆較難參考或適用「誠信原則」管理平行訴訟程序。

3. 「誠信原則」於調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之限制

由於「誠信原則」為 DSU 明文規定及相關判例觀察，本文認為，依此原則調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之可行性較大，惟須注意以下幾點：

首先，從判例觀察，WTO 爭端解決機制對於「誠信原則」之適用，並不一致。

再者，以上 WTO 判例均涉及「誠信原則」於調和貿易爭端之適用性，而與「誠信原則」於調和 WTO 爭端與投資仲裁之適用性，有所區別，且 WTO 尚未有適用「誠信原則」調和與投資仲裁之平行訴訟實例，故當投資條約確有明文規定放棄於 WTO 提訴，在投資人提交投資仲裁後，投資人之母國又於 WTO 對作為 WTO 會員之地主國提訴，WTO 小組是否會認定此舉違反「誠信原則」，尚待觀察。

又，相較於 WTO，投資仲裁庭方面較難運用「誠信原則」調和彼此程序，一方面，若投資條約設置場域選擇條款，則投資仲裁庭似無須再主張控訴方另行提訴違反該場域選擇條款，而有違「誠信原則」；另一方面，若投資條約沒有設置場

域選擇相關條款，投資仲裁庭難以稱投資人違反 WTO DSU 相關規定，進而透過「誠信原則」調和并行訴訟。

最後，條約通常規定締約國需善意履行條約義務，故有必要選擇最佳場域以尋求救濟，但若締約國於條約同意多方尋求救濟，此時某一締約國將爭端提交複數場域，亦難以認定其違反「誠信原則」，例如 WTO 會員國可於 WTO 體系下要求諮商，同時透過 RTA 之爭端解決機制審理爭端，最終善意地獲致雙方滿意的結果，亦符合 WTO DSU 規範 (Kwak & Marceau, 2003: 100-101)。

五、「禁反言原則」(Principle of estoppels)：

(一) 定義

「禁反言原則」定義為，一國受其自願訂定之明確規範約束，不得恣意背離，亦不得損害他國善意信賴規範而受有條約之利益 (Brownlie, 2008: 640-642)，若改變立場而導致對方利益損害，則違反「禁反言原則」 (Cameron & Gray, 2001: 293-294)。

在英美法系下，適用「禁反言原則」之要件有三：相同爭議 (the same question)、終局 (final) 判決與當事方相同 (the parties to the judicial decision) (Lowe, 1996: 42)。由此可知，「禁反言原則」與前述之「一事不再理原則」在訴訟上，皆有拘束後來行為的效果，皆期望達到判決結果一致性。兩種原則之差異有二：其一，「禁反言原則」無訴因相似之要求，運用上比「一事不再理原則」更為廣泛 (Lowe, 1996: 42)。其二，兩種原則之功能亦有差異，其中，「禁反言原則」指一國認為另一國會以「誠信原則」行事，若否即違反此原則 (Waibel, 2014a: 43)；而「一事不再理原則」主要是調和時序前後的訴訟程序 (Waibel, 2014a: 41)。

(二) 法律地位與國際司法機構實務

「禁反言原則」為「誠信原則」而衍生之原則，已成為一般法律原則，且 WTO

爭端解決機制可基於「固有管轄權」而適用 (Mitchell & Heaton, 2010: 608-609)。此原則有助於促進國際體系之保障性與可預測性 (Mitchell & Heaton, 2010: 610)。

在國際貿易之場域上，「禁反言原則」之適用被廣泛承認，如 1955 年 GATT 時期的 *German—Import Duties on Starch Potato Flour* 案，比荷盧政府 (the Benelux government) 指出德國政府未履行明文之關稅優惠，而 GATT 小組報告注意到 1952 年兩政府之協商中，德國同意給予關稅優惠，似暗示德國政府若拒絕履行優惠，將違反「禁反言原則」(Cameron & Gray, 2001: 294)。⁴²⁹

而在 WTO 方面，學者 Mitchell 認為，WTO 基於「固有管轄權」，可運用「禁反言原則」管理程序問題，其亦認為「禁反言原則」符合前述之「固有管轄權」三要件，而可於 WTO 爭端解決機制適用，例如「禁反言原則」無獨立之實體性質，亦即締約國需依據明文條約規定之違反，始能主張違反此原則 (Mitchell & Heaton, 2010: 610)。然而，WTO 爭端解決機制確有適用「禁反言原則」之判例，但仍有爭議 (Mitchell & Heaton, 2010: 612)，且往往因無法符合「禁反言原則」之要件，而無法適用，相關案例說明如下。

例如，*Mexico-Corn Syrup* 案之上訴機構報告指出，WTO 實務上雖未於判決書明示，但已實質適用該原則；而 *EEC (Member States)-Bananas I* 案小組認為，因未能滿足「禁反言原則」之要件，故無法適用 (張愷致，2012: 119-120)。

⁴³⁰*EC-Asbestos* 小組則認為，當加拿大合法依賴法案之通知，卻遭到負面影響時，將有「禁反言原則」之適用。⁴³¹

又如，*Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties* 案中，除此前討論之阿根廷主張巴西重複提訴而違反「誠信原則」外，⁴³²阿根廷主張「MERCOSUR 臨時仲裁庭

⁴²⁹ GATT Panel Report, *German Import Duties on Starch and Potato Flour*, ¶ 7, 3S/77 (Feb. 7, 1955).

⁴³⁰ GATT Panel Report, *EEC — Member States' Import Regimes for Bananas*, ¶ 361, DS32/R (June 3, 1993), unadopted [hereinafter, GATT Panel Report, *EEC (Member States)-Bananas I*].

⁴³¹ Panel Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, ¶ 8.60, WT/DS135/R (Sept. 18, 2000).

⁴³² Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, supra note 338, ¶¶ 7.18-19; 本案始末，請參見本章第二節第貳部分「四、誠信原則」。

」已做出裁決，而巴西所簽署的 *Olivos* 議定書規定，MERCOSUR 會員國於「MERCOSUR 臨時仲裁庭」提訴後，不得另向 WTO 提起訴訟，故巴西的重複提訴已經違反「禁反言原則」。⁴³³ 阿根廷提出「禁反言原則」要件：事實陳述需清楚 (clear and unambiguous)；陳述為自願 (voluntary)、無附加條件 (unconditional) 且經授權 (authorized)；他國基於「誠信原則」信賴此陳述 (relied on in good faith) 等三項要件。⁴³⁴

巴西則否認其於本案違反「禁反言原則」。巴西援引 *EEC (Member States) — Bananas I* GATT 小組見解，認為「禁反言原則」須以當事國明示或例外情形默示為條件。然而，*Olivos* 議定書無法作為巴西不於 WTO 另行提訴之明示或默示同意。⁴³⁵ 其原因有二：第一，巴西提交相似爭端於「MERCOSUR 特別仲裁庭」，並不代表同意放棄於 WTO 提訴；第二，WTO 與 MERCOSUR 特別仲裁基於不同法律文件而提起。巴西雖認為其的確須遵守「亞松森條約」及該條約下的「巴西利亞議定書」所規定之爭端解決機制規定，但因兩項訴訟基於不同法律文件而提起，前案基於 *Olivos* 議定書，後案則基於 WTO ADA 之違反，巴西提交相似爭端於「MERCOSUR 特別仲裁庭」，顯示巴西並不同意放棄於 WTO 提訴。⁴³⁶

最終，小組駁回阿根廷所提之「禁反言原則」三項要件，並認定巴西無違反「禁反言原則」。針對第一要件，小組援引 *EEC (Member States) — Bananas I* 小組見解，指出「禁反言原則」須以當事國明示或例外情形默示為條件。然而，巴西並未明確放棄於 WTO 提訴之權利；且也無特殊情況有此默示，⁴³⁷ 展現於以下兩點：第一，MERCOSUR 爭端基於「亞松森條約」及該條約下的「巴西利亞議定書」而提起，但該議定書並未影響 WTO 會員針對同一事件，在 WTO 場域提訴之權利；第二，在「MERCOSUR 臨時仲裁庭」做出裁決後，巴西不於 WTO 提訴，亦不代

⁴³³ Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, supra note 338, ¶¶ 7.18, 7.20.

⁴³⁴ *Id.* at ¶¶ 7.20, 7.37.

⁴³⁵ *Id.* at ¶ 7.22.

⁴³⁶ *Id.* at ¶ 7.22.

⁴³⁷ *Id.* at ¶ 7.38.

表針對同一爭端巴西默示放棄於 WTO 提訴。⁴³⁸ 此外，巴西於 2002 年 2 月簽署 Olivos 議定書，該議定書雖有岔路條款，限制 MERCOSUR 成員針對同一措施於 WTO 另行提訴。但小組指出，Olivos 議定書尚未生效，故並不適用於已透過「巴西利亞議定書」解決之爭端。⁴³⁹ 針對第三項要件，小組認為，無紀錄證明阿根廷信賴巴西之陳述，故而駁回阿根廷有關「禁反言原則」主張。⁴⁴⁰

儘管 *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties* 案因巴西無違反「禁反言原則」，且巴西於 WTO 之提訴中，Olivos 議定書亦尚未生效，⁴⁴¹ 故小組無從更進一步討論是否因該議定書之岔路條款，而使巴西之重複提訴違反「禁反言原則」，使小組可據此拒絕行使管轄權 (Kuoppamäki, 2016: 81)。此外，「禁反言原則」是否為 WTO 爭端解決機制之適用，並成為小組行使管轄權之「法律障礙」，*EC — Export Subsidies on Sugar* 上訴機構亦持反對態度。⁴⁴² 該案上訴機構指出，其從未適用「禁反言原則」，且 DSU 並未明文限制 WTO 會員之提訴權，其中第 3.10 條更要求會員，應以「誠信原則」進行訴訟程序，訴訟程序包括訴訟起始至執行判決。⁴⁴³

投資仲裁實務方面，仲裁庭雖未明言其對「禁反言原則」之見解，但仍可觀察該原則有時為被告地主國或投資人運用，作為事實證據或作為違反 BIT 規範主張之基礎。例如，地主國變更明文公布之措施，使投資人因地主國不一致 (inconsistently) 行為受到損失，此時，投資人可主張其正當期待受到政府不連貫行為之影響，故地主國違反 BIT 之實體義務，而有違「禁反言原則」(Sanja, 2012: 215-216)。又如 *Amco v. Indonesia* 投資仲裁庭在仔細檢視「一事不再理原則」後，適用「禁反言原則」於前案，並認定不得違背先前仲裁庭所作之特定事實 (specific

⁴³⁸ *Id.* at ¶ 7.38.

⁴³⁹ *Id.* at ¶ 7.38.

⁴⁴⁰ *Id.* at ¶ 7.39.

⁴⁴¹ *Id.* at ¶ 7.38.

⁴⁴² Appellate Body Report, *European Communities — Export Subsidies on Sugar*, ¶ 270, WT/DS265/AB/R; WT/DS266/AB/R; WT/DS283/AB/R (Apr. 28, 2005) [hereinafter - Appellate Body Report, *EC — Export Subsidies on Sugar*].

⁴⁴³ *Id.* at ¶ 312.



facts) 與法律描述 (legal characterization) 認定 (Lowe, 1996: 42)。⁴⁴⁴

(三) 「禁反言原則」調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之適用性

1. WTO 對「禁反言原則」之運用

針對本文欲討論之問題，若控訴方已於某場域提訴，被告能否基於「禁反言原則」主張控訴方被禁止於另一場域提訴 (Mitchell, Voon & Munro, 2015: 74)？*Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties* 案帶來有意義的啟示，亦即若有外來條約之場域選擇條款禁止締約國再度於其他場域提訴，WTO 能否基於「固有管轄權」運用「禁反言原則」以調和_parallel_訴訟？

第一，該案小組指出，MERCOSUR 成員於「巴西利亞議定書」後又簽署 *Olivos* 議定書，即是承認 MERCOSUR 與 WTO 產生平行訴訟之可能性。⁴⁴⁵

第二，林彩瑜教授指出，本案中，「禁反言原則」作為 DSU 明文下的「誠信原則」衍生概念，小組似不排除基於「固有管轄權」而適用「禁反言原則」，並進而使外來場域選擇條款，成為小組行使管轄權之法律障礙，並拒絕行使管轄權 (2011: 416)。申言之，若 *Olivos* 議定書已生效，則其明文場域選擇條款即能符合「禁反言原則」之「事實陳述需清楚」要件，故有「禁反言原則」之適用空間，致使此外來條約之明文場域選擇條款成為小組審理爭端之法律障礙 (Mitchell & Heaton, 2010: 616; Pauwelyn, 2003b: 1013; 林彩瑜, 2011: 416; 張愷致, 2012: 130-131; Kuoppamäki, 2016: 81)。此外，對於 *EC — Export Subsidies on Sugar* 上訴機構反對運用該原則之見解，Mitchell & Heaton 有不同看法，其亦認為 DSU 雖未限制 WTO 會員之提訴權，但亦未禁止透過「禁反言原則」限制會員提訴權，且「誠信原則」明文規定於 DSU 第 3.10 條 (2010: 615)，而「禁反言原則」做為「誠信原則」之衍生概念，應也可為 WTO 爭端解決機制適用 (2010: 616; 林彩瑜, 2011: 416)。因此，Mitchell & Heaton 認為，小組基於「固有管轄權」可適用「禁反言原則」，並

⁴⁴⁴ Resubmitted Case, *Amco v. Indonesia*, *supra* note 392.

⁴⁴⁵ Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, *supra* note 338, ¶ 7.38.

使外來法源之場域選擇條款成為小組行使管轄權之法律障礙 (2010: 615-616)。

因此，本文認為，WTO 方面，外來法源之場域選擇條款致生「禁反言原則」之適用，似能成為 WTO 爭端解決機制之法律障礙，而有助於調和parallel訴訟。

2. 投資仲裁庭對「禁反言原則」之運用

投資仲裁方面，面臨 WTO 爭端與投資仲裁parallel訴訟時，若投資條約設置場域選擇條款，則投資仲裁庭因可適用該管理訴訟程序之條款，似無須再透過「禁反言原則」調和彼此程序。另一方面，面臨 WTO 爭端與投資仲裁parallel訴訟時，若投資條約沒有設置場域選擇相關條款，則投資仲裁庭能否基於「固有管轄權」而運用「禁反言原則」，認定作為原告之投資人又提起投資仲裁，已違反 WTO DSU 有關管轄權的規範，而有違「禁反言原則」，並據此拒絕行使管轄權？此問題之推論類似投資仲裁庭能否參考或適用「誠信原則」以管理parallel訴訟之情形。

第一，從以上對於投資仲裁實務之觀察，「禁反言原則」之違反似僅及於投資人或地主國違反 BIT 義務，不包括 BIT 以外之條約義務，因而亦不包括 WTO DSU 有關管轄權的規範。BIT 並無設置場域選擇相關條款，故相似爭端若已透過 WTO 審理，投資人卻又提起投資仲裁，並無違反 BIT 之義務，而不符「禁反言原則」之條件。且即便 BIT 有場域選擇相關條款，投資仲裁庭適用之即可調和訴訟程序，似無須再運用「禁反言原則」。

第二，縱使投資仲裁庭認為 BIT 以外之條約義務若被違反，亦構成「禁反言原則」之違反，於 WTO 爭端與投資仲裁parallel訴訟之脈絡下，若相似爭端已於 WTO 審理，投資人另行提起投資仲裁，投資仲裁庭亦難以認定投資人違反 WTO DSU 有關管轄權之規定，並據此主張投資人違反「禁反言原則」，並進一步管理訴訟程序，蓋因 DSU 之管轄權相關並未禁止 WTO 會員針對其他條約中與 WTO 規範相似之事項，另外於其他法域再次提訴。因此，投資人另行提訴之行為因無違反 WTO DSU 管轄權相關規定，致投資仲裁庭無法運用「禁反言原則」來拒絕行使管轄權。又，投資仲裁庭是否認定 WTO 爭端與投資仲裁具相同主體，仍為待跨越之障礙，



致投資仲裁庭難以透過違反 WTO DSU 管轄權相關規定，主張投資人違反「禁反言原則」。

因此，同「誠信原則」之推論，不論投資條約是否設置場域選擇相關條款，投資仲裁庭皆較難參考或適用「禁反言原則」管理平行訴訟程序。

3. 「禁反言原則」調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之限制

綜合以上討論，WTO 是否可適用「禁反言原則」，並進一步調和_parallel 訴訟，有其可能性，但仍有幾點仍待觀察：

首先，由以上相關之 WTO 判例觀察，WTO 爭端解決機制對於「禁反言原則」之適用，並不一致。

再者，即便 WTO 適用此原則，WTO 爭端與投資仲裁間是否符合該原則之要件，亦即相同爭議、終局判決與相同當事方 (Lowe, 1996: 42)，仍有疑問。在當事方方面，需釐清投資人的權利是投資條約「直接」授權，抑或「間接」授權，若是「間接」授權，則 WTO 爭端與投資仲裁可被視為地主國與投資人母國間的爭端 (Allen & Soave, 2014: 14-15)，而有可能符合當事方相同之要件。

此外，本部分討論之 WTO 判例多涉及「禁反言原則」於調和_parallel 貿易爭端之適用性，而該原則如何調和 WTO 爭端與投資仲裁，仍未有實際案例，故尚有不確定性。因此，當 BIT 設有場域選擇條款時，投資人母國又於 WTO 對作為 WTO 會員之地主國提訴，此時 WTO 小組能否基於「禁反言原則」，使 BIT 的場域選擇條款成為其審理爭端之法律障礙，尚待觀察。

最後，相較於 WTO，投資仲裁庭方面較難運用「禁反言原則」調和彼此程序，一方面，若投資條約設置場域選擇條款，則投資仲裁庭適用 BIT 相關條款即可，似無須再透過「禁反言原則」調和彼此程序；另一方面，若 BIT 沒有設置場域選擇相關條款，投資仲裁庭難以稱投資人違反 WTO DSU 相關規定，並據此透過「禁反言原則」調和_parallel 訴訟。



六、「權利濫用原則」(Abuse of Rights) ⁴⁴⁶

(一) 定義

「權利濫用原則」意指，一方行使權利時需考量其行為，不得對另一方權利 (rights) 與利益 (interests) 構成負面影響，或不得偏離其條約義務之目的與條約義務之合理期待 (Cameron & Gray, 2001: 294; Mitchell & Heaton, 2010: 617; Shany, 2003: 257)。因此，一國不得「惡意」(malicious) 行使權利，僅為造成另一方損害；或虛構 (fictitious) 原先所被賦予之權利；或完全不合理地 (wholly unreasonable) 地行使權利，致其享有之權利與造成他方之損害兩者間不成比例 (disproportionate) (Shany, 2003: 257; Ascensio, 2014: 765)。

Kwak & Marceau 認為，在國際法上，一國針對同一措施向一司法機構再度提訴，卻提出毫無根據 (groundless) 主張或進行「無益訴訟」⁴⁴⁷(frivolous proceedings)，或僅為造成對方不利影響，因該國惡意地 (vexatious) 濫用權利，已違反「權利濫用原則」，故該司法機構可拒絕行使管轄權 (2003: 100)。

(二) 法律地位

「權利濫用原則」源於「誠信原則」與「衡平原則」(principle of equity) (Cameron & Gray, 2001: 294)，且常為大陸法系與英美法系國家於裁決時採用 (Shany, 2003: 255-256)。許多國際條約與判例亦明文適用「權利濫用原則」，例如 UNCLOS 第 294 至第 300 條即授權法院及仲裁庭駁回濫用司法之訴訟程序 (Shany, 2003: 256)。國際法領域中，一般認為此原則已成為一般法律原則 (Shany, 2003: 257)，且 PCIJ 與 ICJ 皆有參考此原則，前者如 *Certain German interests in Polish Upper Silesia* 及 *The Oscar Chinn Case*；後者如「科孚海峽案」(Corfu Channel Case)

⁴⁴⁶ 此處指濫用程序上的權利 (procedural rights)。

⁴⁴⁷ 「無益訴訟」指投資人之提訴無管轄權，或其基於實體法主張之權利明顯不充分 (manifestly insufficient)，而構成權利濫用 (Ascensio, 2014: 767)。



之 Alejandro Álvarez 法官意見 (Kuoppamäki, 2016: 60)。

國際司法機制之實務中，若某一訴訟被視為濫用司法程序，則審理之國際性司法機構應拒絕行使管轄權 (Shany, 2003: 258)。例如，「南方黑鮪魚案」案中，國際海洋法仲裁法庭認為，若違反專屬管轄權規定，將因違反條約義務而構成權利濫用 (abusive) (Shany, 2003: 258)。⁴⁴⁸又如，若條約無訂定專屬管轄權條款，原告若選擇其他場域尋求救濟，雖然並不因違反專屬管轄權條款而構成權利濫用，但若被告認為原告所選場域無「正當利益」(a legitimate interest) 之時，且對被告構成「過度負擔」(excessively burdensome)，仍將構成權利濫用，法院可拒絕行使實體管轄權 (Shany, 2003: 258-259)。此外，被告亦可稱原告所選定之場域並不便利，而違反「不便利法庭原則」，並對被告構成負擔，故也違反「權利濫用原則」(Shany, 2003:259)。然而，值得注意的是，若被告以「不便利法庭原則」主張原告違反「權利濫用原則」，可能面臨以下問題：

第一，當被告同意於原告所選之法域審理時，即難認為將對被告造成過度負擔或「非常不便」(exceptionally inconvenient) (Shany, 2003:259)。

第二，原告提起訴訟，可能出於程序或戰略上之利益考量，並非無「正當利益」(Shany, 2003:259)。

第三，除了原告，被告也有違反「權利濫用原則」之可能。例如，在一案已經結束，或待決訴訟的情形之下，被告若不滿意結果，可能另於其他場域尋求救濟，同樣亦造成對方「過度負擔」，而有違「權利濫用原則」(Shany, 2003: 258-259)。又如，原告亦可主張，被告惡意拒絕管轄 (object to jurisdiction) 或被告稱原告選定場域不便利之後，卻又改變態度，轉而稱該場域較為適當 (appropriate)，此時被告也違反「權利濫用原則」(Shany, 2003: 260)。

⁴⁴⁸ Arbitral Tribunal under United Nations Convention on the Law of the Sea. 2000. "Award on Jurisdiction and Admissibility (Southern Bluefin Tuna)." in http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIII/1-57.pdf. Latest update 4 August 2000.

(三) 基於「固有管轄權」以「權利濫用原則」調和并行訴訟之可行性

學者 Lee 認為，對於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，若某一爭端之情況或時機，係延續已存在之貿易或投資爭端，則應為非正當 (illegitimate) 的「二次提訴」(second bite)，因此儘管小組或投資仲裁庭有管轄權，仍應行使裁量權，拒絕審理該案 (2013: 442)。然而，WTO 與投資仲裁庭能否基於「固有管轄權」運用「權利濫用原則」，透過認定一方濫用訴訟程序，並據此拒絕行使管轄權？此問題應從 WTO 對此原則之適用、投資仲裁庭對此原則之適用與目前限制等三方面進行討論，分述如下：

1. WTO 對「權利濫用原則」之運用

當 BIT 有設置場域選擇等管理管轄權之條款時，投資人若已依 BIT 提訴，卻又透過其母國於 WTO 提訴，此時 WTO 爭端解決機制基於「固有管轄權」，能否適用「權利濫用原則」，使 BIT 規定之場域選擇條款成為 WTO 爭端解決機制對該案管轄權之法律障礙，並進一步調和并行訴訟的問題？

「權利濫用原則」為 DSU 第 3.10 條明文規定，目的為避免濫用 WTO 爭端解決程序 (Ascensio, 2014: 766)。WTO 實務有適用「權利濫用原則」之案例 (Shany, 2003: 257)。例如 *US — Gasoline* 上訴機構指出，WTO 會員不得濫用 GATT 第 20 條例外條款，而應「合理適用」(must be applied reasonably) 之，且其運用該條款時應適當顧及其所負之法律義務與相關 WTO 會員之法律權利 (Shany, 2003: 257)。

449

又如，*US-Shrimp* 上訴機構指出，若某 WTO 會員已透過外來專屬管轄權條款提訴，卻又於 WTO 提訴，則提訴之會員國不合理地 (unreasonably) 運用 WTO 內括協定之權利，除導致條約義務之違反，亦使其他 WTO 會員權利受損，被告會員國可主張「權利濫用原則」(Cameron & Gray, 2001: 294; Mitchell & Heaton, 2010:

⁴⁴⁹ Appellate Body report, *US — Gasoline*, *supra* note 41, at 22.

618)。⁴⁵⁰顯見，若當事方濫用 WTO 權利，WTO 小組及上訴機構承認此原則且有適用該條之可能。

學者 Mitchell & Heaton 認為，如同「禁反言原則」之運用，WTO 基於「固有管轄權」可適用「權利濫用原則」，且此原則符合「固有管轄權」三項要件，亦即該由原則之運用符合 DSU 第 3.10 條、無獨立實質性質等，故 WTO 基於「固有管轄權」，可適用「權利濫用原則」管理訴訟問題 (2010: 608-609, 618)。而 WTO 爭端解決機制若無法透過「固有管轄權」而適用「權利濫用原則」，Mitchell & Heaton 指出，WTO 爭端解決機制亦可透過 VCLT 第 31 條第(3)項(c)款，對 DSU 第 3.10 條「誠信原則」內容進行解釋 (須依「誠信原則」進行爭端解決程序)，並據「誠信原則」作出 DSU 不允許控訴國濫訴之推論 (2010: 620)。

又 *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties* 案小組之理由，小組似認為當事國在其他條約若已有設置場域選擇條款，又於 WTO 提訴，可能因違反條約義務，構成權利濫用，WTO 可能拒絕管轄該爭端 (胡美蓁，2012: 27)。

綜合以上，WTO 爭端解決機制基於「固有管轄權」，應能適用「權利濫用原則」，使 BIT 的場域選擇條款成為 WTO 爭端解決機制對該案管轄權之法律障礙，並進一步調和并行訴訟。

2. 投資仲裁庭對「權利濫用原則」之運用

學界原較少討論「濫用權利原則」於投資仲裁之運用 (Ascensio, 2014: 766)，且針對此原則之法律地位，投資仲裁庭之立場並不一致，某些仲裁庭認為此原則已成為一般法律原則 (Ascensio, 2014: 777)，而有些仲裁庭僅將此原則視為強化仲裁判斷之「原理」(doctrine)。例如，「濫用權利原則」為衍生自「誠信原則」之概念，故投資仲裁庭通常運用已具一般法律原則地位之「誠信原則」，再進一步推論控訴方之訴訟違反「濫用權利原則」(Ascensio, 2014: 777)，故仲裁庭並非直接運用

⁴⁵⁰ Appellate Body Report, *US — Shrimp*, *supra* note 333, ¶ 158.

此原則。⁴⁵¹又如，「濫用權利原則」禁止爭端各方違反條約目的，換言之，爭端各方之行為應遵守條約之目的。因此投資仲裁庭對該原則之討論，主要係為展現其依據 VCLT 第 31 條第 1 項，「參照條約之目的」對 BIT 進行解釋 (Ascensio, 2014: 771, 778)。

然而，直至近日，隨著投資仲裁之發展，可觀察多起投資仲裁案件中，被告之地主國向投資仲裁庭指控投資人之行為構成「權利濫用」，要求投資仲裁庭駁回投資人之提訴 (Ascensio, 2014: 763, 777)，致投資仲裁庭及學者對此原則之討論增加，且有學者認為此原則有成為一般法律原則之可能 (Ascensio, 2014: 764, 785)。

濫用仲裁程序之現象屢見不鮮，例如，投資人提起「無益訴訟」、「惡意起訴」(malicious claim)、⁴⁵²或投資人重組 (restructuring) 投資並改變其國籍以獲得投資條約之保障、投資人重複訴訟而違反「一事不再理原則」或⁴⁵³影響仲裁程序完整性 (integrity) 之控訴行為等類型 (Ascensio, 2014: 767-777)。其中，投資人影響仲裁程序完整性之行為如平行訴訟與場域選擇等 (Ascensio, 2014: 766, 776)，前者如 *Lauder & CME v. Czech Republic* 案，Lauder 透過其自身與公司，分別依據不同 BIT 對相似事實提訴，而生平行訴訟 (Ascensio, 2014: 775-776)；⁴⁵⁴後者如，投資人透過 BIT 的「最惠國待遇」條款，來運用地主國與他國所簽條約之爭端解決場域，致使投資人得以進行場域選擇 (Ascensio, 2014: 776)。

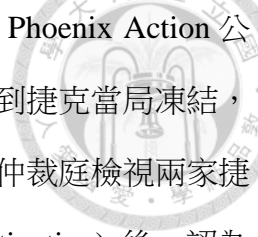
值得注意的是，涉及投資人重組公司以獲得投資條約保障之 *Phoenix v. Czech Republic* 一案中，投資仲裁庭罕見地運用該原則拒絕對該案進行管轄 (Ascensio, 2014: 772)。該案中，捷克人 Vladimír Beňo 在捷克擁有兩家捷克籍公司，並與捷

⁴⁵¹ 有些投資仲裁庭並不視「濫用權利原則」為獨立法律原則，而可基於此原則反對濫用之行為。相反地，投資仲裁庭透過「誠信原則」帶進「濫用權利」之概念 (Ascensio, 2014: 778) (*Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, PCA, Partial Award*, ¶¶ 231, 238 (March 17, 2006), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.)。

⁴⁵² 「惡意起訴」指投資人提起投資仲裁時出於惡意目的 (Ascensio, 2014: 770)。

⁴⁵³ 值得注意的是，「一事不再理原則」於投資仲裁之適用性大多僅具內部效果，亦即投資人須遵守「一事不再理原則」，針對先前之仲裁判斷不得再次提訴，例如 ICSID 公約第 53 條之規定 (Ascensio, 2014: 774-775)。

⁴⁵⁴ *Lauder & CME v. Czech Republic* 案平行訴訟，請參見本章第一節第參部分「一、遵循先例原則」。



克政府發生糾紛，其後 Beño 將兩家公司之股份轉至以色列籍的 Phoenix Action 公司 (Ascensio, 2014: 772)。Beño 遂而稱此捷克公司資產先前遭到捷克當局凍結，故要求捷克公司賠償 (Mitchell & Heaton, 2010: 619)。⁴⁵⁵ICSID 仲裁庭檢視兩家捷克公司重組以更改公司國籍之「時機」(timing) 與「動機」(motivation) 後，認為移轉股份至以色列公司僅為 (sole purpose) 獲得投資條約之提訴權 (Ascensio, 2014:772-773)。⁴⁵⁶ ICSID 投資仲裁庭因此裁定，ICSID 公約整體權利不得被濫用 (Mitchell & Heaton, 2010: 620)。⁴⁵⁷最後，ICSID 仲裁庭認為被 Phoenix Action 所併購之捷克籍公司非為 ICSID 公約與所涉雙邊投資條約所稱之「投資」(Mitchell & Heaton, 2010: 619-620)，⁴⁵⁸故仲裁庭基於對本案無管轄權而駁回投資人之提訴 (Ascensio, 2014: 772)。

又如第三章所提之 *Philip Morris v. Australia* 一案，投資仲裁庭認定，Philip Morris 進行公司重組前，已「合理預期」該仲裁爭端即將發生，故其重組公司係為獲「澳洲香港投資保障協定」之⁴⁵⁹保障，故仲裁庭認為此舉已構成「權利濫用」，並拒絕對本案行使管轄權。

整體來說，雖投資仲裁庭對於「權利濫用原則」運用之實踐，仍待未來判例累積觀察，然而，從上述討論可知，若相似爭端已於 WTO 進行審理，投資人又透過其母國或其他國家於 WTO 提訴，投資仲裁庭似有可能因 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟影響投資仲裁程序之完整性，而認定兩種機制之平行訴訟構成 BIT 權利之濫用，並據此拒絕行使管轄權。因此，本文認為，投資仲裁庭有可能基於「固有管轄權」而運用「權利濫用原則」調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。

3.目前限制

綜合以上討論，WTO 爭端解決機制基於「固有管轄權」，應能適用「權利濫

⁴⁵⁵ *Phoenix v. Czech Republic*, Award, *supra* note 427, ¶¶ 24-33.

⁴⁵⁶ *Id.* at ¶¶ 135-145.

⁴⁵⁷ *Id.* at ¶¶ 107, 113.

⁴⁵⁸ *Id.* at ¶¶ 116-117, 145.

⁴⁵⁹ Award on Jurisdiction and Admissibility, *Philip Morris v. Australia*, *supra* note 84, ¶ 588.

用原則」，使 BIT 規定之場域選擇條款成為 WTO 爭端解決機制對該案管轄權之法律障礙，並進一步調和_parallel 訴訟。另一方面，投資仲裁庭有可能基於 WTO 爭端與投資仲裁_parallel 訴訟影響投資仲裁程序之完整性，而透過「固有管轄權」運用「權利濫用原則」，僅而調和_parallel 訴訟。

然而，該原則之運用仍有以下限制，仍待未來判例累積與觀察，概分為以下三點：

其一，一般而言，國際司法機構難以判定，控訴方之提訴屬於惡意 (vexatious) (Kwak & Marceau, 2003: 100)。

其二，上訴機構較不願認定會員出於惡意 (Mitchell & Heaton, 2010: 619)，例如 *EC — Export Subsidies on Sugar* 一案，歐洲共同體主張原告之行為「明顯不合理」，⁴⁶⁰且違反 DSU 第 3.10 條，⁴⁶¹但上訴機構認為，無證據顯示控訴會員國違反 DSU 第 3.10 條及違反「誠信原則」(Mitchell & Heaton, 2010: 618)。⁴⁶²

其三，如同「誠信原則」與「禁反言原則」於調和 WTO 與投資仲裁之可行性討論，「權利濫用原則」如何調和兩種機制之_parallel 訴訟，目前僅止於學術討論，尚未有實例。

參、衝突法則

如前文所述，⁴⁶³相較於「國際法院規約」第 38 條，WTO 並未明文規定準據法 (Nguyen, 2013: 127; Kuoppamäki, 2016: 28; Lee, 2013: 444)，亦無明文規定 WTO 內括協定與體系外之規範產生準據法衝突時，何種規範有優先適用之效力 (Yang, 2014: 139)。

此外，各專業法建制各有其司法機構，不見得願意參考或適用這些調和規範衝突的外來規範，來處理各建制間的規範衝突。此時，衝突調和方式可能無法逕

⁴⁶⁰ Appellate Body Report, *EC — Export Subsidies on Sugar*, *supra* note 442, ¶ 304.

⁴⁶¹ *Id.* at ¶ 37.

⁴⁶² *Id.* at ¶ 319.

⁴⁶³ 請參見第四章第一節第壹部分「WTO 爭端解決機制規範與實務」之討論。

自適用，例如規範衝突條款或衝突法則，而須透過條約解釋或適用之方式，始能調和外來法源 (Pauwelyn, 2004: 909-910)。此外，如本章前言所述，許多學者認為，規範衝突之規範包括程序上管轄權規範與實體規範 (Shany, 2003: 201; Pauwelyn, 2003b: 1015; Allen & Soave, 2014: 42-43; Waibel, 2014a: 9; Yang, 2014: 129-135; Kuoppamäki, 2016: 37)。

而與本文研究問題密切相關的是，在此背景下，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭是否仍可運用規範衝突條款或衝突法則，使某一法域之程序規範具有優先效力而適用，進一步調和并行訴訟問題？

為釐清以上問題，以下先簡要說明規範衝突調和方式，以釐清「衝突法則」之地位，再分別探討「後法優於前法原則」與「特別法優於普通法原則」之內涵，最後則探討兩種衝突法則於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之可行性。

一、「衝突法則」地位

如前文討論，⁴⁶⁴Pauwelyn 認為，不同專業法之法律文件或規範出現規範衝突時，可基於「無衝突推定」進行條約解釋，使衝突規範獲致協調 (2003a: 272-274, 488; 2004: 906-915)。⁴⁶⁵

然而，目前並無固定且單一之法律位階以解決規範衝突問題 (ILC report, 2006: 205)。因此，若仍無法解決規範衝突問題，則可透過「準據法規範衝突」解決，應先依規範衝突條款、⁴⁶⁶後依一般法律原則如衝突法則，以處理何種規範優先之問題 (Pauwelyn, 2004: 908)。其中，一般法律原則下的衝突法則意指 VCLT 第 30 條「後法優於前法原則」與「特別法優於普通法原則」 (ILC report, 2006: 30-116; 張南薰, 2007: 141; Pauwelyn, 2003a: 489; 2003b: 1015; 2004: 908)。

⁴⁶⁴ 請參見本章第一節「條約解釋與適用」之前言。

⁴⁶⁵ *Supra* note 320.

⁴⁶⁶ 雖聯合國憲章第 103 條具有位階性而確立其優先性，但當前仍有許多並不具本質上位階性的明文衝突規範，例如 UNCLOS 第 311 條第 3 項、ECT 第 4 條「非減損條款」、1993 年 NAAEC 第 40 條 (李濬勳, 2005: 85)，此種條款僅規定不影響締約國原有之條約義務。



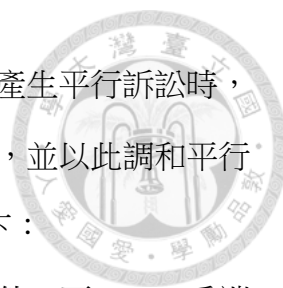
2006 年 ILC 報告亦提及四種衝突解決的法則，亦即「特別法優於普通法」、「後法優於前法」、「下位規範不得牴觸上位規範」，以及「體系解釋」。這些原則並非機械性地適用，而是可作為「準則」(guideline) 以指示規範之間的關係，並維持國際法的一致性 (ILC report, 2006: 25)。

然而，各專業法建制各有其司法機構，不見得願意參考或適用這些調和規範衝突的外來規範，來處理各建制間的規範衝突。此時，衝突調和方式可能無法逕自適用，例如規範衝突條款或衝突法則，而須透過條約解釋或適用之方式，始能調和外來法源 (2004: 909-910)。同理，當 WTO 與其他專業法領域之下的兩項訴訟程序，若涉及相同訴訟標的 與訴訟原因時，可被視為同一爭端 (2003b: 1015; Allen & Soave, 2014: 42-43)，並因兩者的規範碎裂化之現象加上機制上的碎裂化，產生本文所討論之 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。

對此，Pauwelyn 與 Yang 認為，WTO 爭端解決機制與其他國際性司法機構面臨管轄權規範衝突時，WTO 可透過適用外來法源之規範衝突條款，來拒絕行使管轄權；若無規範衝突條款，則可適用衝突法則如「後法優於前法」、「特別法優於普通法」等原則，拒絕行使管轄權 (Pauwelyn, 2003b: 1015; Allen & Soave, 2014: 42; Yang, 2014: 131-133)。

二、「後法優於前法原則」

「後法優於前法原則」之概念為，針對同一事項之規範衝突爭議，後約優先於前約適用。「後法優於前法原則」規定於 VCLT 第 30 條。其中，第 30 條第 1 項指示針對「同一事項」先後所訂之條約，若遇規範衝突時的處理方式。依第 30 條第 3 項與 30 條第 4 項(a)款規定，針對同一事項，前法與後法之成員若重疊，則前法僅於未牴觸第 59 條或未違反後法之時，始能適用。而第 30 條第 4 項(b)款規定，若一國為兩條約之締約國，而另一國僅為其中一條約之締約國，則兩國之間僅適用兩國皆為當事國之條約。



而與本文相關的是，當 WTO 爭端與投資仲裁因某一措施而產生平行訴訟時，是否可依「後法優於前法原則」，確定何者之程序規範具優先性，並以此調和_parallel 訴訟。然而，此原則於規範及實務上將面臨適用困難，分述如下：

第一，「後法優於前法原則」以先後條約之締約國相同為要件，而 WTO 爭端與投資仲裁是否符合相同主體之要件，仍有疑問 (Allen & Soave, 2014: 42)，惟若認定投資人的權利是投資條約「間接」授權，則 WTO 爭端與投資仲裁可被視為地主國與投資人母國間的爭端 (Allen & Soave, 2014: 14-15)，而有可能主張 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟符合該原則。

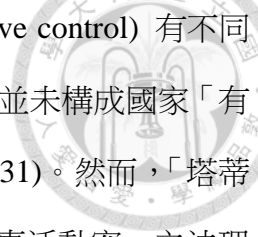
第二，難以判斷條約的時間性，其原因在於有時締約國會重啟條約談判或進行修正 (Pauwelyn, 2004: 908-909)。第三，透過「後法優於前法原則」處理 WTO 規範與投資建制之規範衝突，仍有所限制 (ILC report, 2006: 49, 54)。申言之，經過法律解釋後仍無法調和，「後法優於前法原則」等衝突法則才可適用 (ILC report, 2006: 208)。此外，如本部分「衝突法則地位」之討論，規範衝突條款優先於 VCLT 第 30 條「後法優於前法原則」適用 (Pauwelyn, 2004: 908; Kuoppamäki, 2016: 43)，因此若投資條約已有規範衝突條款，亦無從適用該原則。

三、「特別法優於普通法」

(一) 定義

「特別法」之定義有二，分述如下：其一，經闡釋之普通法而被視為特別法的規定，優先適用之；其二，協定或權利無存在高低法律關係時，而優先適用之協定或特別權利，稱為特別法 (ILC report, 2006: 35, 45, 49)。

ILC 報告將特別法與普通法之衝突概分為三種類型 (2006: 30-31)。其一，普通法與對於普通法的特別解釋 (a particular, unorthodox interpretation of general law) 之間的衝突。例如，1986 年 ICJ「尼加拉瓜案軍事及準軍事活動案」(the Nicaragua



case) 與 1999 年 ICTY 「塔蒂奇案」⁴⁶⁷對於「有效控制」(effective control) 有不同的見解。在「尼加拉瓜案軍事及準軍事活動案」中，美國的行為並未構成國家「有效控制」之條件，故無法稱美國違反與尼加拉瓜的契約 (2006: 31)。然而，「塔蒂奇案」則有不同見解，ICTY 檢視 ICJ 「尼加拉瓜案軍事及準軍事活動案」之法理後，認為該案對國家「有效控制」所設立的標準過高，致難以追究外國勢力造成國內動盪之責任 (ILC report, 2006: 32)。這種衝突在國內法體系中，可透過上訴來化解，然而國際法體系中尚無此種機制 (ILC report, 2006: 32)。其二，普通法及其特別之例外規定 (particular rule)。1988 年 *Belilos* 案中，ECtHR 認為瑞士所作之保留聲明 (即例外規定) 與條約之目的不符，故瑞士仍受「歐洲人權公約」拘束 (ILC report, 2006: 33)。其三，兩種特別法 (special law) 之間的衝突，1998 年 *EC — Hormones* 案凸顯國際環境法與貿易法建制間的衝突，上訴機構認為國際環境法的「預防原則」尚未構成國際習慣法，因此無法成為 WTO 爭端解決機制可適用之國際法 (ILC report, 2006: 34, 73, 227)。⁴⁶⁸

(二) 法律地位

「特別法優於普通法原則」未於 VCLT 明文規定，但為國際法學界及司法實務界⁴⁶⁹經常援引之一般法律原則，以特別法優先於普通法適用來處理規範衝突 (Pauwelyn, 2003a: 385)。由於特別法較能突顯締約方之意向，使司法機構能以此為基礎，得出特別法優先於普通法之結論 (ILC report, 2006: 48)。

(三) WTO 實務

WTO 實務上有「特別法優於普通法原則」之適用。WTO 內括協定附件 1A 也承認此原則 (Yang, 2014: 135-138)。而 DSU 第 1.2 條則規定，DSU 受附錄 2 特別規定之限制，以附錄 2 特別規定優先適用。WTO 的爭端解決案例中，*Turkey—Textiles*

⁴⁶⁷ 「塔蒂奇案」中，ICTY 審理塞爾維亞與蒙特內哥羅於波士尼亞屠殺案之國家責任。

⁴⁶⁸ Appellate Body Report, *EC — Hormones*, supra note 326, ¶¶ 123-125.

⁴⁶⁹ Appellate Body Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, ¶ 204, WT/DS27/AB/R, (Sept. 9, 1997); Panel Report, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, ¶ 8.45, WT/DS26/R/USA (Aug. 18, 1997).

小組於解釋內括協定時，也曾訴諸特別法 (ILC report, 2006: 43)。WTO 亦尊重其他國際法之權利與義務，例如 GATT 第 21 條規定，「聯合國憲章」維持國際和平與安全之權利義務，具有優先性；又如 TRIPS 協定第 2.2 條規定，TRIPS 協定不得違反「巴黎公約」、「伯恩公約」與「羅馬公約」等條約義務 (Yang, 2014: 139-140)。

然而，DSU 第 1.2 條規定「特別法優於普通法原則」僅適用於內括協定間的規範衝突，而對於 WTO 體系外的規範衝突，DSU 並無規定 (Yang, 2014: 138-139)。此外，在 WTO 實務上，特別法作為衝突解決法則之角色有所限制，例如 *Indonesia — Autos* 小組認為，僅有在涉及國家、訴訟標的以及條文相互抵觸等情形下，始有此原則之適用餘地 (ILC report, 2006: 43)。⁴⁷⁰

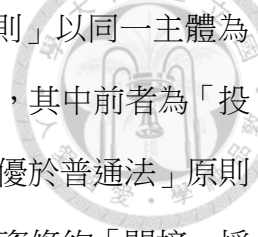
(四) 學者見解

學者多支持以「特別法優於普通法」原則處理規範衝突。Pauwelyn 指出，由於適用「後法優於前法原則」時，難以判斷時間性，故支持以「特別法優於普通法原則」將非 WTO 體系之規範視為特別法 (2004: 908-909)。值得一提的是，對於處理 WTO 與 RTA 規範衝突之問題，有論者認為，RTA 為特定事項所作規範，故相對於 WTO 為特別法之存在，而可依據「特別法優於普通法」原則，RTA 之爭端解決條款應優先於 WTO 的 DSU 適用 (Allen & Soave, 2014: 42; Pauwelyn, 2003b: 1015; Yang, 2014: 132-133; 張愷致, 2012:115)。

(五) 「特別法優於普通法原則」於調和并行訴訟之適用性

與本文相關的是，「特別法優於普通法原則」是否運用以管理 WTO 爭端與投資仲裁并行訴訟，亦即視某一規範為針對特定事項與特定對象所設置之特別規範，而有優先效力，致某一國際司法機構需將此特別規範納入考量，並進而認定無管轄權，以調和并行訴訟。然而，目前並無相關案例，且適用此原則時，可能面臨以下須解決之問題，分述如下：

⁴⁷⁰ Panel Report, *Indonesia — Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, ¶ 14.28, WT/DS54/R; WT/DS55/R; WT/DS59/R; WT/DS64/R (July 2, 1998).



第一，如同「後法優於前法原則」，「特別法優於普通法原則」以同一主體為要件，但投資爭端與 WTO 平行訴訟客體相同，所涉之主體不同，其中前者為「投資人—地主國」爭端、後者為國家間爭端，故能否符合「特別法優於普通法」原則之要件，仍有疑問 (2014: 42)。然而，若認定投資人的權利是投資條約「間接」授權，則 WTO 爭端與投資仲裁可被視為地主國與投資人母國間的爭端 (Allen & Soave, 2014: 14-15)，則有可能主張 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟符合該原則。

第二，如同「後法優於前法原則」之困境，此原則之適用在 WTO 爭端解決機制中，有所限制 (ILC report, 2006: 49, 54)。經過法律解釋後仍無法調和，該條原則始可適用 (ILC report, 2006: 208)，且次於規範衝突條款之適用 (Pauwelyn, 2004: 908; Kuoppamäki, 2016: 43)，故若投資條約已有規範衝突條款，則無從適用該原則。

第三，從「自足建制」之角度，WTO 規範與投資法建制皆為自足建制，而無從認定何者為針對特定事項與特定對象所設置之特別規範，並據此透過「特別法優於普通法原則」，來調和兩種訴訟之程序。因此，「特別法優於普通法原則」能否調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，仍有疑問。

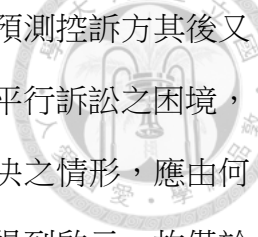
第三節 一般法律原則於既有平行訴訟案例之適用



為釐清於實際案例中，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭如何運用一般法律原則之問題，在程序方面，本節之推論如下：首先確定 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之先後順序，先繫屬之司法機構爭端各方因無法預測有另一訴訟，而無法提出有關調和訴訟程序之主張，故該司法機構難以進行調和。其次，而後繫屬之司法機構爭端各方，應能認知另一訴訟程序之存在，並能主張該司法機構調和兩種訴訟程序。據爭端當事方之指控，若該司法機構為 WTO，則有 BIT 管轄權相關條款，WTO 有機會參考或適用之，或是參考或適用一般法律原則及 BIT 管轄權條款；若無 BIT 管轄權相關條款，則可參考或適用一般法律原則管理訴訟程序。若該司法機構為投資仲裁庭，則有 BIT 管轄權相關條款則適用之，若無 BIT 管轄權條款，仍可透過參考或適用一般法律原則調和兩種訴訟程序。

程序方面，尚須注意實際上後繫屬法院可能先於先繫屬法院作出判決，此時是否應由先繫屬法院調和程序？猶有疑問。⁴⁷¹本文第三章討論之案例二、三與四中，均為後繫屬之 WTO 爭端解決機制先行做出裁決，此情形可能係因 WTO DSU 第 12.8 與第 12.9 條對於爭端之時限訂有強制規範，且 DSU 第 3.3 條又規定會員若認其內括協定下利益因其他會員之行為而受損，應「迅速處理」(prompt settlement of situations) 此爭執 (Allen & Soave, 2014: 45)。相較之下，投資仲裁庭之時限規範較不嚴格，往往需 39 個月始能完成仲裁 (Commission, 2016: 2)。且即便 WTO 爭端之控訴方透過 DSU 第 12.12 條要求小組暫停訴訟程序 12 個月 (Allen & Soave, 2014: 45)，鑑於投資仲裁庭做出判斷需較長時間，後繫屬之 WTO 爭端解決機制所做判決，仍可能先於先繫屬之投資仲裁庭。此時，似以先繫屬但較後作出判決之

⁴⁷¹ 此處推論感謝口試委員林彩瑜教授之建議。



投資仲裁庭調和訴訟程序較佳，惟因先繫屬爭端之被告方無法預測控訴方其後又於其他場域另行起訴，將再度面臨被告方無從要求仲裁庭調和與平行訴訟之困境，致兩種平行訴訟程序無調和之可能。對於後繫屬場域先發布判決之情形，應由何種場域管理訴訟，本文未能從第三章對於第二、三與第四案例得到啟示，故僅於此處提出後繫屬法院先發布判決之可能性，而本文以下暫以後繫屬法院管理平行訴訟，並據此進行推論。

兩種機制如何調和與平行訴訟，尚有實體上的規範衝突問題。申言之，當國際性司法機構如 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭參考或適用上述一般法律原則，以調和與平行訴訟時，勢必影響各自基礎條約所賦予之管轄權規範，其管轄權規範亦因此出現衝突之情形。例如，WTO 爭端解決機制若為後繫屬之場域，但因 DSU 管轄權與準據法相關規範，WTO 爭端解決機制不得影響 WTO 會員國權利義務，且從 WTO 判例而觀，WTO 較不可能因平行訴訟而拒絕行使管轄權 (Mitchell & Heaton, 2010: 604; Kuoppamäki, 2016: 59)。由此觀之，WTO 爭端解決機制或投資仲裁庭參考或適用上述一般法律原則之時，應以各自管轄權規範不產生衝突為前提，以免損害各自條約締約國之權利與義務。

本章此前已歸納較有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁庭平行訴訟之一般法律原則，包括「司法禮讓原則」、「誠信原則」、「禁反言原則」與「權利濫用原則」等。因此以下將探討，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭如何運用上述一般法律原則，以調和既有平行訴訟案例。⁴⁷²

⁴⁷² 本文第五章歸納之各類 BIT 管轄權相關條款，雖亦有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁庭平行訴訟，但因相關條款尚未於國際社會發展成熟，條款亦未臻完善，致使討論各類 BIT 管轄權相關條款如何調和與平行訴訟之時，需考量之不確定因素過多，故本文暫不討論各類 BIT 管轄權條款應如何調和既有平行訴訟案例，僅於圖 6-1 與圖 6-2 中示意。



壹、WTO *Australia — Tobacco Plain Packaging* 與 *Philip Morris v. Australia*

此例中，投資仲裁先於 WTO 爭端，故投資仲裁之爭端各方無法預見有平行訴訟之可能，而無調和_parallel訴訟之主張，應以較後之訴訟進行調和。

在 WTO 方面，本例因投資仲裁庭無法調和兩種訴訟程序，故端視 WTO 爭端解決機制能否進行調和。理論上，本例 WTO 爭端發生於投資仲裁之後，WTO 爭端各方應可認知另一訴訟程序之存在，並主張 WTO 爭端解決機制應可參考或適用 BIT 管轄權條款或一般法律原則調和_parallel訴訟，而交由 PCA 審理該爭端。然而，實際上，此種假設面臨如下問題，分述如下：

第一，本例中，WTO 爭端各方實際上並未主張 WTO 爭端解決機制應可參考或適用 BIT 管轄權條款或一般法律原則，以調和_parallel訴訟，且「澳洲香港投資保障協定」亦未有場域選擇條款等調和_parallel訴訟之條款，故本例_parallel訴訟僅能依 WTO 之「固有管轄權」適用一般法律原則。

第二，有關條約解釋與適用之問題，如同本章第一節之討論，WTO 能否適用外來法源，仍有爭議。其中採取限制說之學者認為，參考或適用外來法源將影響 WTO 整體規範與義務。因此，小組對兩種機制_parallel訴訟表達意見之可能性並不高。相較之下，若採開放說之學者見解，則 DSU 並未禁止小組與上訴機構適用外來法源，且若參考外來法源時，並無增減 WTO 內括協定之情形，故未違反 DSU 有關管轄權及準據法之規定。另在 WTO 能否參考外來法源之問題上，從 WTO 實務觀察，小組及上訴機構大致認同條約解釋已經具備習慣法的地位，而可參考外來法源。據此，WTO 若適用 BIT 管轄權條款或一般法律原則，並據此拒絕行使管轄權，可能會產生投資條約與 WTO 管轄權之規範衝突，而影響締約國之權利義務。

即便如此，考量本例兩項爭端皆源於澳洲之「菸盒素面包裝法案」，且投資人 Philip Morris 進行場域選擇而造成濫訴，若 WTO 爭端解決機制對該爭端進行審理，

將使法律問題變調，成為政治問題。此外，本例為美國及其投資人與澳洲間的爭端，故兩項訴訟程序具一定程度之相關性。

因此，如上所述，由 WTO 小組基於其「固有管轄權」調和兩種程序之平行訴訟，並由 PCA 審理該爭端，應為可行方式。而 WTO 小組基於職權，應可透過「司法禮讓原則」與「權利濫用原則」，拒絕對本案行使管轄權。

惟如本章第二節「司法禮讓原則」之討論，WTO 能否基於職權而適用「司法禮讓原則」之問題，目前並無實際案例，且學界仍有爭議，包括 DSU 時限之規定、違反 DSU 有關管轄權之規範等。然而，學者 Mitchell & Heaton 認為，墨西哥於 *Mexico — Taxes on Soft Drinks* 案之主張，無異於主張司法機構基於其自身之「固有管轄權」，可適用司法禮讓原則，且亦無違反 DSU 相關規範之問題 (2010: 601-604)。⁴⁷³又，學者 Henckels 主張，司法機構在秉持司法紀律之下，基於「固有管轄權」而適用「司法禮讓原則」，將能有效地解決平行訴訟 (2008: 584-585, 596-597)。

另外，本例因「澳洲香港投資保障協定」並未有調和_parallel_訴訟之條款，故 WTO 爭端解決機制亦無法透過「禁反言原則」、「誠信原則」與「權利濫用原則」，使該外來場域選擇條款成為 WTO 小組之法律障礙，而拒絕對該案進行管轄。

貳、WTO *Canada — Feed-In Tariff Program* 與 PCA 的 *Mesa Power v. Canada*

本例中，投資仲裁先於 WTO 爭端，故本例中，投資仲裁之爭端各方無法預見有平行訴訟之可能，而無調和_parallel_訴訟之主張，應由後繫屬之場域管理訴訟程序。

在 WTO 方面，本例因投資仲裁庭無法調和兩種訴訟程序，故端視 WTO 爭端解決機制能否進行調和。理論上，本例 WTO 爭端發生於投資仲裁之後，WTO 爭端各方應可認知另一訴訟程序之存在，並主張 WTO 爭端解決機制應可參考或適用

⁴⁷³ 當爭端礙於國際法規則，如不便利法庭原則等原因，則小組基於其固有權限，有拒絕行使實體管轄之裁量權 (Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, *supra* note 57, ¶ 10, 44)。



BIT 管轄權條款或一般法律原則調和平行訴訟，而交由 PCA 審理該爭端。然而，實際上，此種假設面臨如下問題，分述如下：

第一，本例中，WTO 爭端各方實際上並未主張 WTO 爭端解決機制應參考或適用 BIT 管轄權條款或一般法律原則，來調和平行訴訟，且 NAFTA 投資專章並未調和與 WTO 平行訴訟之條款，故本案例中，WTO 僅能依其「固有管轄權」適用一般法律原則。

第二，有關條約解釋與適用之問題，如同第一個案例所述，雖小組及上訴機構大致認同參考外來法源以解釋內括協定，已具備習慣法的地位，但 WTO 爭端解決機制能否適用外來法源，仍有爭議。因此，WTO 若適用 BIT 管轄權條款或一般法律原則，而拒絕行使管轄權，可能會產生投資條約與 WTO 管轄權之規範衝突，而影響締約國之權利義務。

更重要的是，雖然本例皆源於「FIT 計畫」之自製率要求（訴訟標的）而引起爭端，但兩項程序之爭端各方所主張違反之條約義務（訴訟原因），並不相同，其中，WTO 主張該計畫的自製率要求違反 GATT 第 3.4 條國民義務；而投資仲裁中，Mesa Power Group 係主張，該計畫之自製率要求違反 NAFTA 第 1106 條績效要求規定。由此觀之，兩項程序應被視為不同爭端，而無重複審理之問題。於此情形下，兩種機制若透過調和彼此程序，勢必對當事國之條約權利及義務造成嚴重影響，故本文認為似無調和本例平行訴訟之必要。

參、WTO Mexico — *Taxes on Soft Drinks* 與 ICSID 的 *Corn Products, ADM & Cargill v. Mexico*

此例中，ICSID 爭端在前，而 WTO 爭端在後。如同前例，本例投資仲裁庭方面，投資仲裁之爭端各方無法預見有平行訴訟之可能，而無調和平行訴訟之主張，應以較後之法域進行調和。

在 WTO 方面，本例因投資仲裁庭無法調和兩種訴訟程序，故端視較後的 WTO



爭端解決機制能否進行調和。理論上，本例 WTO 爭端發生於投資仲裁之後，WTO 爭端各方應可認知另一訴訟程序之存在，並主張 WTO 爭端解決機制應可參考或適用 BIT 管轄權條款或一般法律原則調和并行訴訟，而由 ICSID 審理該爭端。然而，實際上，此種假設面臨如下問題，分述如下：


第一，WTO 爭端各方實際上並未主張 WTO 爭端解決機制應參考或適用管轄權 BIT 管轄權條款或一般法律原則，來調和并行訴訟，且 NAFTA 投資專章並未有調和與 WTO 并行訴訟之條款，故僅能依 WTO 之「固有管轄權」適用一般法律原則。由前文對本例之分析可知，⁴⁷⁴「法律障礙」概念之適用，或可調和 WTO 爭端與投資仲裁之并行訴訟。申言之，若被告墨西哥主張基於其他國際法原則或國際協定，WTO 小組及上訴機構應有適用「法律障礙」概念的空間。然而，在此 WTO 案例中，無情形顯示有「法律障礙」之存在，故小組與上訴機構並無法以爭端各方之相關主張形成「法律障礙」，來拒絕對該案行使管轄權。

第二，有關小組及上訴機構能否進行條約解釋與適用之問題，如同第一個案例所述，雖 WTO 爭端解決機制大致認同，條約解釋之規範已具備習慣法的地位，但 WTO 爭端解決機制能否適用外來法源，仍有爭議。因此，WTO 若適用 BIT 管轄權條款或一般法律原則，而拒絕行使管轄權，可能會產生投資條約與 WTO 管轄權之規範衝突，而影響締約國之權利義務。

即便如此，雖然 WTO 拒絕行使管轄權，有影響 WTO 會員權利義務之虞，惟有學者如 Mitchell & Heaton 認為，小組做出不行使管轄權之認定，並未違反相關 DSU 規範。Henckels 亦認為，DSU 並未有條文禁止小組不行使管轄權，或暫停仲裁程序。因此，本例中，WTO 若適用 BIT 管轄權條款或一般法律原則，而拒絕行使管轄權，應不會產生 WTO 與投資條約管轄權規範衝突，亦不至於影響各自締約國權利義務。

再者，由於兩項訴訟皆源於墨西哥之 IEPS 法案，且兩項訴訟之爭端當事方相

⁴⁷⁴ 請參見第三章第三節第肆部分「平行訴訟調和」。



似，皆主張該法案違反各自條約下的國民待遇義務。又，本例為美國及其投資人與墨西哥間的爭端。以上事實均凸顯了兩項訴訟程序之密切關係。另外，回顧該投資仲裁判斷與 WTO 判決，可觀察兩項訴訟程序之密切關聯性。例如，美商 Cargill 於認定「同類情況」時，參考 *Mexico-Taxes on Soft Drinks* 小組對於「同類產品」與「較低待遇」之認定。ADM 仲裁庭亦援引 *Mexico-Taxes on Soft Drinks* 小組見解，來認定「同類產品」。

由於以上之推論以及支持調和兩項程序之理由，本文認為，由 WTO 小組基於其「固有管轄權」，應可調和兩種程序之平行訴訟。如同前案情形，本例中，WTO 小組基於職權，應可透過「司法禮讓原則」之適用，拒絕對本案行使管轄權，而由 ICSID 仲裁庭審理該爭端，惟各種原則於平行訴訟調和上仍有其限制，仍待未來觀察。另外，因 NAFTA 投資專章並未有調和與 WTO 平行訴訟之條款，故本例中，WTO 爭端解決機制難以依「禁反言原則」、「誠信原則」與「權利濫用原則」，使該外來場域選擇條款成為 WTO 小組之法律障礙，而拒絕對該案進行管轄。

肆、WTO US — *Softwood Lumber* 與 ICSID 投資仲裁庭合併仲裁案

與以上三例不同，此例中，WTO 爭端先於投資仲裁。因此，本例中，因 WTO 之爭端各方無法預見有平行訴訟之可能，故無調和_parallel訴訟之主張。

ICSID 仲裁庭方面，由於本例無法由 WTO 調和兩項訴訟程序，故端賴投資仲裁庭能否進行調和。理論上，本例中，因 ICSID 仲裁後於 WTO 爭端，故投資仲裁之爭端各方，特別是地主國，應已認知另一訴訟程序之存在，而主張投資仲裁庭應適用 BIT 管轄權條款或參考一般法律原則，以調和_parallel訴訟，並由 WTO 審理該爭端。然而，實際上，此種假設面臨如下問題，分述如下：

第一，本例中，投資爭端各方並未主張投資仲裁庭應適用 BIT 管轄權條款或參考一般法律原則，以調和_parallel訴訟。此外，NAFTA 投資專章並未有調和與 WTO



平行訴訟之條款，ICSID 仲裁庭無法適用之，僅能依據「固有管轄權」參考或適用一般法律原則以調和兩種程序之平行訴訟。

第二，有關投資仲裁庭能否進行條約解釋與適用之問題，如前文所述，⁴⁷⁵投資仲裁庭對外來法源之適用，比 WTO 寬鬆，惟何種準據法可適用，仍有疑慮，也因此討論投資仲裁庭適用外來法源以調和 WTO 爭端與投資仲裁時，可能會產生投資條約與 WTO 之管轄權規範衝突，而可能對投資條約締約國之整體權利義務造成不利影響。

至於投資仲裁庭能否參考外來法源之問題，多數投資條約賦予仲裁庭解釋裁量權，且從投資仲裁實踐可知，投資仲裁會依 VCLT 解釋習慣法，對投資條約進行解釋。因此，認定投資仲裁庭能參考外來法源，以調和 WTO 爭端與投資仲裁，較無太大爭議。

縱有以上問題，但兩項訴訟皆涉及美國之反傾銷與平衡稅措施，且本例涉及美國與加拿大及其投資人的爭端，種種事實皆凸顯兩項訴訟之緊密關聯性。因此，本例中，ICSID 應管理平行訴訟。

首先，本例中，因 NAFTA 投資專章並未有調和與 WTO 平行訴訟之條款，故 ICSID 仲裁庭無法適用此類條款來拒絕行使管轄權，並交由 WTO 審理該爭端。

再者，ICSID 仲裁庭應可參考或適用一般法律原則中的「司法禮讓原則」與「權利濫用原則」，由 WTO 審理該爭端，進而調和兩種程序之平行訴訟，其中，依據過往判例，投資仲裁庭應有可能基於相似爭端已於 WTO 審理，投資人卻又透過其母國於 WTO 提訴，而影響投資仲裁程序完整性，構成 NAFTA 投資專章之濫用，並據此拒絕行使管轄權。惟以上兩種原則於運用上仍有其限制，仍待觀察。

又，ICSID 仲裁庭能否運用「誠信原則」與「禁反言原則」以調和平行訴訟？本例中，加拿大已於 WTO 控告美國之反傾銷與平衡稅等措施，而加拿大軟木業者又透過 NAFTA 第 11 章提起投資仲裁。從投資仲裁實務觀察，「誠信原則」與「禁

⁴⁷⁵ 請參見第四章第一節第貳部分「投資仲裁規範與實務」。

反言原則」之適用僅及於 BIT 條款義務之違反，然而本例中，NAFTA 投資專章並未調和與 WTO 平行訴訟之條款，故 ICSID 仲裁庭難以稱投資人因違反該條約義務而有違「誠信原則」與「禁反言原則」，並據此調和_parallel 訴訟。

若 ICSID 仲裁庭認為「誠信原則」與「禁反言原則」之適用及於其他條約義務之違反，則仲裁庭亦難以稱投資人另行提出投資仲裁，有違 WTO 的 DSU 管轄權相關規範。其原因在於，WTO 的 DSU 管轄權相關規範並未禁止 WTO 會員針對其他條約中與 WTO 規範相似之事項，於其他法域再次提訴。因此，投資仲裁庭較難以因投資人違反 DSU 管轄權相關規定，而認定投資人有違「誠信原則」與「禁反言原則」，並據此拒絕行使管轄權。

綜合以上對四件案例之推論，須注意的是，以上假設之侷限在於，WTO 與投資仲裁庭兩種機制之平行訴訟雖涉及相似事實，但兩者之訴訟當事方與訴訟原因是否相同，仍有是否為同一爭端之爭議，仍待觀察。再者，調和方式於實際運用於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟上，有其侷限。⁴⁷⁶此外，因 WTO DSU 之時限規定，WTO 即便為後繫屬場域，仍可能先於投資仲裁庭作出判決，此時似難以由後繫屬之司法機構調和_parallel 訴訟，亦難以透過先繫屬之司法機構管理訴訟程序，成為一大難題。最後，運用調和方式時，應避免兩種機制之管轄權規範衝突問題，申言之，WTO 爭端解決機制或投資仲裁庭參考或適用上述一般法律原則之時，應以各自管轄權規範不產生衝突為前提，以免影響條約整體義務。

⁴⁷⁶ 請參見第一章第三節第參部分「研究限制」。

第四節 小結



國際性司法機構基於職權，得行使「固有管轄權」，決定該機構是否一開始即無管轄權之管轄權問題，或雖有管轄權但拒絕行使之可受理性問題 (Henckels, 2008: 583)。在 WTO 或投資仲裁庭調和并行訴訟之問題上，WTO 方面依判例觀察，應屬可受理性問題；而投資仲裁庭方面，因管轄權及可受理性等議題於投資仲裁未明朗，本文暫將其歸納為管轄權問題。

國際司法機構亦有「固有管轄權」之實踐。依 WTO 判例觀察，小組對於會員所提爭端有「固有管轄權」，且 WTO 基於「固有管轄權」而適用之準據法範圍，並不限於內括協定，亦可適用一般法律原則，特別是程序法相關之一般法律原則等其他國際法原則 (Kuoppamäki, 2016: 68; Mitchell & Heaton, 2010: 570-571)。然而，對於 WTO 基於「固有管轄權」而適用外來法源，仍有爭議。

本章首先討論何謂外來法源，其後探討 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否參考外來法源，再來檢視何種國際性法律原則於調和兩種機制之平行訴訟具可行性。其中，本文發現「司法禮讓原則」、「誠信原則」與「禁反言原則」等一般法律原則，應有機會為 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭參考或適用，並進而調和并行訴訟。對於上述原則調和 WTO 爭端與平行訴訟，學界態度各異 (Mitchell, Voon & Munro, 2015: 87)，且實際上，各種原則於運用上均有其限制，因此，上述原則是否確能調和并行訴訟，仍待觀察。

另須注意的是，WTO 與 RTA 相對於 WTO 與投資條約仍有不同，將 WTO 與 RTA 管轄權重疊之調和方式直接移植至 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，從 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭之判例而觀，將面臨四種侷限：⁴⁷⁷第一，在「一事不再理原則」、「待決訴訟原則」、「禁反言原則」、「後法優於前法原則」與「特別法優於普通法」之運用方面，WTO 與 RTA 之間較易符合「同一爭端」之要件，而兩

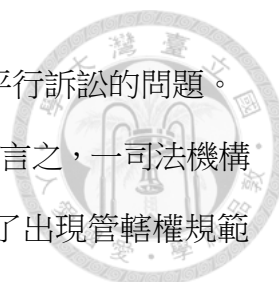
⁴⁷⁷ 此處感謝口試委員陳貞如教授之建議。



種機制是否認定 WTO 爭端與投資仲裁屬「同一爭端」，仍待未來判例指示。第二，在「誠信原則」、「禁反言原則」與「權利濫用原則」方面，WTO 判例中，被告爭執控訴方所違犯之外來管轄權相關條款，多為 RTA 之規定，而非 BIT 規範，因此兩種情形仍有差異，被告能否主張控訴方違反外來 BIT 管轄權相關條款，而有違「誠信原則」、「禁反言原則」與「權利濫用原則」，並據此要求小組拒絕行使管轄權，仍待未來判例累積。第三，在「特別法優於普通法原則」運用方面，鑑於 WTO 貿易法建制與投資法建制皆為相對於國際普通法之自足建制，應難以認定何者為特定事項與特定事項所為之程序或實體規範，並進而運用該原則調整兩種機制之平行訴訟。第四，面臨 WTO 與 RTA 管轄權重疊時，RTA 之適用為 GATT 第 24 條與 GATS 第 5 條允許 (Yang, 2014: 134)，亦為 RTA 成員同意，故並未違反 DSU 第 3.2 與第 19.2 條增減權利與義務 (Kuoppamäki, 2016:35)。相較之下，面臨 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟時，BIT 之適用並未為 WTO 內括協定所規範，亦未為 WTO 會員同意，因此，WTO 與 RTA 關係相對於 WTO 與投資條約之關係，仍有不同，逕將 WTO 與 RTA 之調和方式移植至 WTO 與投資條約平行訴訟上，有其爭議。

本文亦討論較為可行之一般法律原則，應如何為兩種機制適用於既有之四件案例。首先在程序上，須確認訴訟程序之先後順序，在前之訴訟程序之被告方因無法預期另一訴訟，而無調和程序之主張，此時有賴後繫屬之司法機構參考或適用一般法律原則或 BIT 管轄權相關條款，以進行調和。其中，若後繫屬之司法機構為 WTO，則 WTO 基於「固有管轄權」，可參考或適用一般法律原則或 BIT 管轄權條款進行調和；若該司法機構為投資仲裁庭，則有 BIT 條款則適用之，若無 BIT 管轄權條款，仍可基於「固有管轄權」，透過參考或適用一般法律原則調和兩種訴訟程序。

值得注意的是，WTO 受限於 DSU 時限規範，WTO 若為後繫屬場域，仍可能先於投資仲裁庭提出裁決，此時是否仍由後繫屬之司法機構調和_parallel 訴訟程序，仍有疑問。此時亦難以先繫屬之司法機構管理訴訟程序，蓋因先繫屬場域之被告



難以預料控訴方將於其他場域另行提訴，將無從解決兩種機制平行訴訟的問題。

其次牽涉 WTO 爭端與投資條約之管轄權規範衝突問題，申言之，一司法機構若任意參考或適用外來法源，將可能損害自身管轄權規範，除了出現管轄權規範衝突之問題，更有影響締約方權利義務之虞。例如，WTO 爭端解決機制受限於 DSU 管轄權與準據法相關規範，應避免影響 WTO 會員國權利義務，且從 WTO 判例而觀，即便 WTO 為後繫屬之司法機構，仍較不可能因平行訴訟而拒絕行使實體管轄權 (Mitchell& Heaton, 2010: 604; Kuoppamäki, 2016: 59)。

最後，將以上推論適用於四件案例後，本文發現，除案例二之外，其餘案例因訴訟之間之相關性，或為避免濫訴可能，審理較後訴訟之司法機構，應基於其「固有管轄權」，透過「司法禮讓原則」與「權利濫用原則」調和訴訟程序。

案例一與案例三兩件平行訴訟中，因投資條約無場域選擇條款等調和_parallel 訴訟之條款，致後繫屬之 WTO 無法基於違反外來之場域選擇條款運用「誠信原則」與「禁反言原則」，以管理平行訴訟。而案例四之平行訴訟中，一方面從投資仲裁實務而觀，「誠信原則」與「禁反言原則」之適用多及於 BIT 義務之違反，但本例因投資條約無場域選擇條款等，致後繫屬之投資仲裁庭無法運用「誠信原則」與「禁反言原則」拒絕行使管轄權，且若有相關條款，投資仲裁庭適用之即可，似無須再運用「誠信原則」與「禁反言原則」管理訴訟程序。此外，若投資仲裁庭願意使兩原則之適用範圍擴及非 BIT 義務之違反，其亦難以認定加拿大軟木業者於 NAFTA 另行提出投資仲裁，違反 WTO DSU 管轄權，而有違「誠信原則」與「禁反言原則」，並據此拒絕行使管轄權。其原因在於，WTO 的 DSU 管轄權相關規範並未禁止 WTO 會員針對其他條約中與 WTO 規範相似之事項，於其他法域再次提訴。

以上調和方式於既存案例之運用，更加凸顯 BIT 設置管轄權相關條款以調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之重要性，將由下一章討論。

第五章 調和兩種程序平行訴訟之投資 條約與改革倡議



第四章何種一般法律原則可為 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭參考或適用，以調和彼此程序。由探討結果而言，若干一般法律原則應有機會透過條約解釋、適用等方式，為國際司法機構參考或適用，來調和此兩種機制之平行訴訟。

本章將討論投資條約條款與近來投資法建制改革之倡議，是否亦有助於調和
平行訴訟，且何種條款與倡議內容，有助於達成此目標？為回應本文最後一個研
究問題，本章分為三大部分進行討論：

第一節介紹投資條約之場域選擇條款，並區分專屬管轄權條款、非專屬管轄
權條款、岔路條款與規範衝突條款與等四種類型。其中，在 WTO 方面，由第四章
之討論可知，雖然 WTO 內括協定並無場域選擇條款，但 WTO 仍可能參考或適用
此類條款。而投資條約可建立場域選擇條款，再由投資仲裁庭適用並調和
平行訴訟。值得說明的是，規範衝突條款可使某法域之程序規範具優先效力而適用
(Pauwelyn, 2003b: 1015; Allen & Soave, 2014: 42-43; Waibel, 2014a: 9; Yang, 2014:
129-135)，進而可調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，故亦一併納入本章探討。

第二節探討投資法建制之改革倡議內容。目前有些國際組織與國家，以遏止
國際法碎裂化的負面影響為目標，並提出許多投資法建制改革之倡議，本文認為，
某些改革內容亦涉及平行訴訟之調和，例如，例外條款及「多邊投資架構」之建
立，是否有助於調和兩者間的平行訴訟，因與本文關注之問題密切相關，故一併
討論。

第三節討論 Allen & Soave 所提出之三種新型條款，本文歸納為國際法原則之
法典化，並討論其是否有助於調和兩者間的平行訴訟。

第一節 場域選擇條款 (forum selection or a choice of forum clause)



場域選擇條款以條款建立管轄權場域，而依給予締約國選定特定場域權利之程度不同，本文又區分為「專屬管轄權條款」(Exclusive jurisdiction provisions)、「非專屬管轄權條款」(Non-exclusive jurisdiction provisions)、岔路條款、規範衝突條款等。⁴⁷⁸其中，「專屬管轄權條款」規定，僅有授予管轄權之法律文件所設之爭端解決場域 (the jurisdiction-granting instrument)，始有管轄權；「非專屬管轄權條款」則以授予管轄權之法律文件設定之場域為主，惟允許締約國選定特定場域，又可區分為「非剩餘管轄權」(non-residual jurisdictional arrangements) 與「剩餘管轄權」(residual jurisdictional arrangements)。「專屬管轄權條款」與「非專屬管轄權條款」之分類，依管轄權條款給予締約國於眾多場域選擇之自由程度而定 (Shany, 2003: 180)。

壹、專屬管轄權條款

Shany 又將專屬管轄權條款區分為「嚴格專屬管轄權條款」(inflexible) 與「寬鬆專屬管轄權條款」(flexible provisions)，其分類依據締約當事方可偏離法律文件所指定管轄權之程度多寡而定 (2003: 180)。「嚴格專屬管轄權條款」展現「自足建制」之特色，有其一致規範與制度的完整結構，重視建制法理一致性 (jurisprudential coherence)，較不允許其他外來法律建制涉入 (Shany, 2003: 182, 186)。而「寬鬆專屬管轄權條款」則給予締約國更多場域選擇之自由，較不以建制內部法理一致性至上 (Shany, 2003: 188)。

⁴⁷⁸ 「專屬管轄權條款」與「非專屬管轄權條款」(Non-exclusive jurisdiction provisions) 之分類與命名，採取 Yuval Shany 之見解 (2003: 180)。



一、嚴格專屬管轄權條款

採「嚴格專屬管轄權」之條約如 RTA，其以貿易自由化、消除貿易壁壘為最終目標 (Shany, 2003: 186; Henckels, 2008: 573)。例如，歐盟制定專屬管轄權，禁止成員再向 WTO 提出爭端解決程序 (Alschner, 2014: 288-290)；「歐洲共同體條約」第 292 條規定，不得將爭端提交於其他爭端解決場域；又如，許多關稅領域之爭端解決程序均有專屬管轄權，禁止成員向 WTO 另行提訴 (Henckels, 2008: 573)。

(一) WTO DSU 第 23.1 條

WTO 方面，DSU 第 23.1 條為強制管轄權，要求會員針對內括協定相關事項，應援用並遵守 DSU 尋求救濟。值得注意的是，長久以來，WTO 與 RTA 被視為「自足建制」，難與其他專業法領域互動，且對於貿易事務有專屬管轄權，然而，相較於 RTA，WTO 之管轄權條款較具彈性，並非全然為嚴格專屬管轄權條款 (Shany, 2003: 186)，Shany 認為主要原因有三：第一，依據 DSU 之規範，並非只有 WTO 爭端解決機制能處理爭端，例如 DSU 允許會員在 DSB 之控制下，透過仲裁的方式解決爭端 (2003: 184)；第二，透過嚴格專屬管轄權條款，以追求全球貿易法法理一致性，並非 WTO 最為關切之目標；第三，從 WTO 判例觀察，WTO 並不自外於國際法體系 (2003: 186; Simma & Pulkowski, 2006: 519)，例如，依第四章第一節所述，WTO 體系對於外來法源之適用分為限制說與開放說 (Kuoppamäki, 2016: 34-35)，其中採取開放說之學者主張 WTO 並不自外於一般國際法原則。且從多項 WTO 判例觀察，參考外來法源進行條約解釋已為小組及上訴機構認同 (張南薰，2007: 144-145, 151, 153, 157)。

(二) ICSID 公約第 27 條

1. ICSID 公約第 27 條內容

在投資建制方面，ICSID 也有專屬管轄權之規定，例如，ICSID 公約第 27 條第 1 項規定，若爭端當事方 (投資人及地主國) 同意仲裁後，締約國 (Contracting

State) 將不得行使外交保護權或提出國際請求，除非地主國未能遵守並履行仲裁判斷 (Waibel, 2014b: 38-39)。⁴⁷⁹由此可知，第 27 條第 1 項強調 ICSID 專屬管轄權，僅有在地主國未能遵守並履行仲裁判斷時，投資人母國始有可能開啟國家間訴訟 (Shany, 2003: 194)。

但即便如此，在不影響投資人之提訴權，該條仍無禁止兩締約國制定新協議 (Shany, 2003: 194-195)。值得注意的是，Shany 認為第 27 條第 1 項屬於寬鬆專屬管轄權條款，其原因在於，新協議能透過「後法優於前法」或「特別法優於普通法」原則，具有優先於第 27 條之效力而適用 (2003: 194-195)。

值得一提的是，Anthea Roberts 提出之「合併理論」(the Hybrid Theory) 中 (2014: 1)，即以 ICSID 公約第 27 條第 1 與第 2 項為例，展現如何對平行訴訟進行「順序調和」(sequence) (2014: 43-44)，以論述國際投資條約下投資人及其母國之關係應屬於互賴關係 (interdependent rights)，共享 (shared or jointly hold on) 程序及實體法權利及義務 (2014: 37-39)。於此有必要簡要說明 Roberts 之「合併理論」內容。

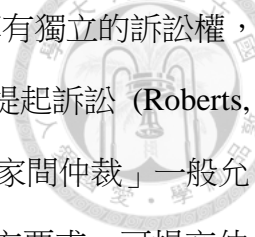
投資仲裁發展至今，已進入第三世代，其中第一代投資條約重視國家主權而忽略投資人權益保障；第二代投資條約改弦易轍，轉而強化投資人訴訟權利，惟因投資人與國家之目的不同 (前者是投資保護、後者是投資促進) (Roberts, 2014: 2-5)，而產生許多問題，例如影響地主國的規制權、投資人提訴權造成與其母國與地主國之不平衡關係、場域選擇及衍生之平行訴訟等。⁴⁸⁰在第二代協定之下，投資人及其母國之關係屬獨立關係，在一投資條約下各有其程序及實體之權利與義

⁴⁷⁹ ICSID 公約第 27 條第 1、2 項:

1. *No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.*

2. *Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.* (以斜體標示處，為作者自行加入)。

⁴⁸⁰ 請參見第一章第一節「研究動機與目的」討論。

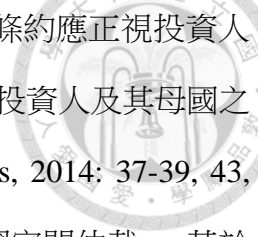


務 (independent rights)，在程序面上，由於投資人與其母國各享有獨立的訴訟權，故投資人可透過 ISDS，而其母國可透過「國家間仲裁」對地主國提起訴訟 (Roberts, 2014: 28-31, 39-42)。於此需先說明「國家間仲裁」的內容。「國家間仲裁」一般允許，投資條約之締約國對於條約解釋或適用之爭端，經其中一方要求，可提交仲裁 (Roberts, 2014: 6)。外交保護、條文解釋爭議與確認訴訟 (declaratory relief) 等主張，常透過「國家間仲裁」解決 (Roberts, 2014: 7)。

然而，投資人與其母國間各自獨立的訴訟權難以調和，僅能暫停訴訟程序或依本文第四章討論之一般法律原則避免，前者如「MOX 核廢料加工廠案」，ITLOS 討論「待決訴訟原則」之要件，但未有定論；後者如同 *Lauder & CME v. Czech Republic* 案，被告捷克主張，仲裁庭依「待決訴訟原則」無管轄權，並以此來避免平行訴訟 (Roberts, 2014: 41-42; Ascensio, 2014: 776)。⁴⁸¹而若平行訴訟無法避免，將產生訴訟成本增加、判決不一致，更對地主國增加負擔、出現重複救濟等問題 (Roberts, 2014: 41)。

另一問題是，若認為投資人及其母國之關係屬獨立關係，投資人母國欲透過「國家間仲裁」(此情境為母國控告地主國) 行使外交保護權，須符合「用盡當地救濟辦法」要件，亦即投資人須先尋求地主國國內行政或司法救濟，投資人母國始能提出國家間仲裁；但 ISDS 卻無此規定，如此不一致之規定，將造成投資人與其母國之權利與義務不均等 (Roberts, 2014: 42)。如此一來，地主國雖得到更大保障，得以裁量某案應僅於國內處理，或升高至國際層次處理，但另一方面，「國家間仲裁」數量可能隨之大減。相對地，因 ISDS 並無「用盡當地救濟辦法」要求，投資人可自行提出投資仲裁要求，使投資人權益受到極大保障 (2014: 42)。因此，對於 ISDS 與「國家間仲裁」(此情境為母國控告地主國) 之「用盡當地救濟辦法」規定不一的問題，Roberts 認為，為使投資人及其母國共享權利的情形，應省略當地救濟之過程 (2014: 42)，較為公平且合理。

⁴⁸¹ Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, ¶¶ 170-175 (Sept. 3, 2001), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>.



鑑於過去投資條約設計之缺陷，合併理論認為第三代投資條約應正視投資人與締約國同時並存的特殊性 (Roberts, 2014: 1)，國際投資條約下投資人及其母國之關係應屬於互賴關係，共享程序及實體法之權利及義務 (Roberts, 2014: 37-39, 43, 52)。投資人及其母國若因實體權益受損而分別提起 ISDS 與「國家間仲裁」，基於相同主張與相關當事方，可透過「一事不再理原則」(已有確定終局判決)、「待決訴訟原則」(已向法院提出案件但尚未有確定判決)與「禁反言原則」之適用，避免 ISDS 及「國家間仲裁」(此情境為母國控告地主國)產生平行訴訟 (2014: 43)。但為確定締約國提訴或投資人提訴何優先，有必要進一步調和「國家起訴」(state's claim) 與「投資人起訴」(investor's claim) 之必要。

因此，Roberts 區分為「層級調和」(hierarchy) 與「順序調和」(2014: 43)等方式。1967 年 OECD 的「保護外國財產的公約草案」(Draft Convention on the Protection of Foreign Property) 第 7 條第(a)與(b)項有層級性規定，「國家起訴」高於「投資人起訴」(Roberts, 2014: 43-44)。ICSID 公約第 27 條第 1 與 2 項則為順序性規定，若「投資人起訴」先於「締約國 (Contracting State) 行使外交保護權或提出國際請求」，則「投資人起訴」為先。顯見，ICSID 公約第 27 條的目的在於，其一，避免地主國同時面臨「投資人起訴」與「國家間仲裁」之困境；其二，外交保護權往往有政治、外交的作用力，故以「投資人起訴」為先，應可避免爭端淪於政治與外交影響 (Roberts, 2014: 44-45)。

有趣的是，ICSID 公約第 27 條第 1 與 2 項並未指示應採取何種途徑，條文僅規定若「投資人起訴」先於「締約國」行使外交保護權或提出國際請求，則「投資人起訴」為先，但未能規範若「締約國 (Contracting State) 行使外交保護權或提出國際請求」先於「投資人起訴」時，應如何處理 (2014: 47)。因此，在訴訟順序調和方面，Roberts 又再區分「不對等途徑」(Asymmetrical approach) 與「對等途徑」(Symmetrical approach)，前者指若以保護投資者為重，則無論如何「投資人起訴」都須先行；後者指若以避免平行訴訟為重，則先提起訴訟者為先 (2014: 47-48)。

惟若「國家起訴」與母國行使外交保護權先行，則有學者憂心投資人與其母國可能因利益不同調，而使投資人未能得到妥善救濟 (2014: 51)。



2. ICSID 公約第 27 條第 1 項於調和 WTO 爭端與投資仲裁之運用

另外，承襲 Anthea Roberts 互賴關係之論點，ICSID 公約第 27 條第 1 項似有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。ICSID 公約第 27 條第 1 項中「提起國際請求」(bring an international claim) 或可理解為 ICSID 締約國可於其他國際司法機構提起訴訟，換言之，由於 WTO 爭端解決機制也屬於國際司法機構，國家可於此場域尋求救濟。需先說明的是，地主國雖亦可提出國際請求，但於投資爭端中一般為被告國，故較難想像地主國因於投資場域被告，轉而提出國際請求之可能，故此處僅討論投資人母國提出國際請求對地主國提訴之情形，並分以下兩種情形討論：

第一，投資人起訴在前，國家起訴在後之情形下，雖依據 ICSID 公約第 27 條第 1 項之明文規定，國家即不得再另於 WTO 提起救濟，但基於 WTO 對於內括協定之爭議有強制管轄權，WTO 拒絕行使管轄權之可能性，難以評估。第二，國家起訴在前，而投資人起訴在後之情形，由於 ICSID 該條並未指示若「國家起訴」先於「投資人起訴」時，應如何處理 (Roberts, 2014: 47)，若採「不對等途徑」，而以投資人提訴為優先，則將又回到前述 WTO 對於內括協定之爭議有強制管轄權之困境，而面臨先繫屬場域難以拒絕行使管轄權之困境。相反地，若採取「對等途徑」，而以避免平行訴訟現象為主，則後繫屬之投資仲裁庭應能將該爭端交由 WTO 審理。如此一來可解決平行訴訟之問題，並有助於釐清本文欲解決之問題。

二、寬鬆專屬管轄權條款

寬鬆專屬管轄權條款規定，賦予管轄權之法律文件設立之場域為主，但允許締約國選擇其他法域 (Shany, 2003: 180)。例如「歐洲人權公約」(European Convention on Human Rights，以下簡稱 ECHR) 第 55 條規定，締約國不得將涉及



該公約解釋與適用之爭端，訴諸該公約之外之其他爭端解決方式，除非有特別協定。因此，對於涉及該公約解釋與適用之爭端，締約國可透過特別協定選擇其他爭端解決場域，免於 ECHR 之管轄權 (Shany, 2003: 188-189)。

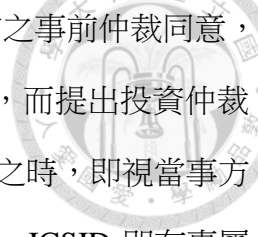
如同本文對「規範性碎裂化」之描述，⁴⁸²各專業法建制之間具相似規範，Broude 與 Shany 則稱此種類似條款為 MSENs (Broude & Shany, 2011: 5)，某措施將可能受到多種專業法建制規範 (Pauwelyn, 2004: 905-906)，而其他國際法原則或其他條約之規定若與 ECHR 之規範相似 (Shany, 2003: 189)，則若締約國訴諸其他國際條約之爭端解決場域，似也無違 ECHR 第 55 條，惟可能產生管轄權重疊問題。⁴⁸³

在投資仲裁方面，ICSID 公約第 26 條也屬於較具寬鬆專屬管轄權規範 (Shany, 2003: 192)。其中，第 26 條規定，當事方 (parties) 同意接受 ICSID 仲裁後，不得再請尋求其他救濟，除非有其他特別規定 (unless otherwise stated)。顯見，ICSID 公約第 26 條有避免平行訴訟之明文規定，故與本文密切相關。申言之，該條是否有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟？可惜的是，該條主要針對國內法院與投資仲裁之平行訴訟問題 (2014a: 38)，並未禁止與 WTO 之仲裁機構進行平行訴訟，故仍無法避免此問題。

另值得注意的是，對於 ICSID 公約第 26 條屬於何種類型之條款，學界出現爭議。投資仲裁處理投資人與國家間爭端，ICSID 之管轄權來自於締約國，但開啟仲裁之同意則來自投資人與地主國 (Shany, 2003: 192)。如上所述，Shany 認為該條為寬鬆專屬管轄權規範，仲裁需要「當事方同意」包括締約國及投資人，不過此仲裁協議屬於特別法，而可優先於其他國際條約下的爭端解決機制而適用 (2003: 192)。Waibel 則認為該條屬於「棄權條款」(2014a: 38)。而依 Jan Paulson 所提出之

⁴⁸² 請參見第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」。

⁴⁸³ 1975 年發布之 ECHR 之準備工作，也反應出各方對於該條之看法。一派主張締約國之自主性 (party autonomy)，反對強迫締約國之意願 (Shany, 2003: 191)，認為 ECHR 第 55 條非專屬管轄權條款，而為任擇管轄權條款；但另一派擔心此可能導致管轄權重疊問題增加 (Shany, 2003: 189-190)。Shany 則認為，ECHR 起草之時，並無意排除其他國際條約所建立之國際性司法機構裁決，或解釋與適用 ECHR (2003: 190-191)。因此，不應認為國際法原則或其他條約之規定會與 ECHR 產生競爭關係，相反地，應認為締約國無意排除適用其他爭端解決機制 (Shany, 2003: 189)。



「強制仲裁」(arbitration without privity) 模式，無須爭端當事方之事前仲裁同意，投資人可藉由地主國單方面於簽署投資條約時所作之仲裁同意，而提出投資仲裁(楊彩霞、秦泉，2011: 108-109)。因此，當投資人提出仲裁要求之時，即視當事方同意接受 ICSID 仲裁，似無須第 26 條所規定之「當事方同意」，ICSID 即有專屬管轄權 (Waibel, 2014a: 38)。相較之下，Allen & Soave 則認為第 26 條為岔路條款，因控訴方若選一爭端解決場域，該場域即有專屬管轄權 (2014: 54)。本文認為，依據 Shany 與 Waibel 之見解，ICSID 公約第 26 條應同時為寬鬆專屬管轄權條款與棄權條款。然而，依據當前盛行之「強制仲裁」模式 (Waibel, 2014a: 38)，當投資人提出仲裁要求時，即視當事方皆同意接受 ICSID 仲裁，由此觀之，並無給予控訴方場域選擇權，因而本文較不認為該條為岔路條款。

貳、非專屬管轄權條款

一、「非剩餘管轄權」與「剩餘管轄權」

非專屬管轄權條款則允許締約國選定特定場域，又可區分為「非剩餘管轄權」(non-exclusive jurisdictional arrangements) 與「剩餘管轄權」(residual jurisdictional arrangements)，其區別方式依管轄權條款給予締約國於眾多場域選擇之自由而定 (Shany, 2003: 180)。其中，Shany 認為，前者允許締約國選擇管轄權條款設定之場域，以及其他法域管轄與審理爭端，但管轄權條款設定之場域並不處於次要地位，惟此種管轄權條款可能增加管轄權重疊的風險 (2003:195-196)；而後者則使管轄權條款設定之爭端場域處於剩餘之地位 (2003:201)。

非剩餘管轄權條款如「聯合國憲章」第 95 條規定，本憲章不禁止聯合國會員國依據既存或未來締結之協定，將其爭端託付其他法院解決。顯見該條會員國可自由選擇於 ICJ 或其他法域提起爭端，但可能有場域選擇與管轄權重疊危機 (Shany, 2003: 196)。

而剩餘管轄權則使管轄權條款設定之爭端處於剩餘之地位，例如聯合國會員國可依「國際法院規約」第 36 條第 2 項，賦予 ICJ 強制管轄權，但若締約國同意訴諸其他爭端解決手段，則不由 ICJ 管轄爭端。顯見 ICJ 處於剩餘之地位 (Shany, 2003: 196)。

UNCLOS 第 282 條規定，本公約締約國涉及本公約解釋與適用之爭端，若爭端當事國已通過一般性、區域性或雙邊協定或以其他方式，經爭端任何一方要求，應將這種爭端提交至能做出有拘束力裁判的爭端解決程序，該程序應代替本部分所規定之程序而適用，除非爭端各方另有協議。⁴⁸⁴可見 UNCLOS 下的爭端解決機制處於剩餘地位，僅在涉及爭端之當事國無法運用其他能做出拘束力裁判的爭端解決程序、以及爭端當事各方另有協議等兩種情形時，始能適用 UNCLOS 下的爭端解決機制 (Shany, 2003: 201-202)。

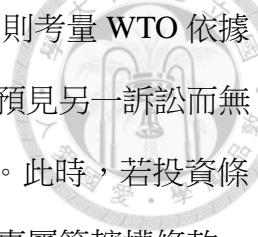
又如「聯合國經濟暨社會委員會」 (the Economic and Social Council) 1503 決議，當中涉及「聯合國人權理事會」下的控訴機制，其規定若有關國家希望依其他國際協議之程序，來審理違反人權爭端，則「聯合國人權理事會」下的控訴機制不進行審理 (Shany, 2003: 207-208)。可見 1503 決議給予有關國家選擇場域審理人權爭端，而「聯合國人權理事會」下的控訴機制僅處於剩餘管轄權之地位。

二、專屬管轄權條款與非專屬管轄權條款於調和并行訴訟之運用

專屬管轄權條款與非專屬管轄權條款是否可用於 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟，此問題值得討論。以下分別假設國家於 WTO 提訴在前及投資人於投資仲裁庭提訴在前等兩種情形，再依據 Shany 之分類方式，探討「專屬管轄權」及「非專屬管轄權」條款於調和并行訴訟之適用性。

⁴⁸⁴ UNCLOS 第 282 條規定：

If the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of this Convention have agreed, through a general, regional or bilateral agreement or otherwise, that such dispute shall, at the request of any party to the dispute, be submitted to a procedure that entails a binding decision, that procedure shall apply in lieu of the procedures provided for in this Part, unless the parties to the dispute otherwise agree.



若國家先於 WTO 提訴，而投資人於投資仲裁庭提訴在後，則考量 WTO 依據 DSU 第 23.1 條之專屬、強制管轄權，且 WTO 爭端當事方無法預見另一訴訟而無調和訴訟之主張，因此僅能依賴後繫屬之投資仲裁庭進行調和。此時，若投資條約設置專屬管轄權條款，如前文提及之 ICSID 公約第 27 條第 1 項專屬管轄權條款，若 ICSID 採取「對等途徑」，以避免平行訴訟現象為主，則後繫屬之投資仲裁庭應能將該爭端交由 WTO 審理，而有調和與平行訴訟之可能。若投資仲裁庭設置非專屬管轄權條款，則尚須討論應採「非剩餘管轄權」或「剩餘管轄權」條款。若投資條約設立「非剩餘管轄權」條款，則投資條約下的 ISDS 並不處於次要地位，仍可能與 WTO 產生平行訴訟；另一方面，若投資條約設立「剩餘管轄權」條款，則由於 ISDS 僅屬處剩餘地位，應可讓 WTO 場域審理同一爭端。⁴⁸⁵

另一方面，若投資人先於投資仲裁庭提出仲裁，國家於 WTO 提訴在後，考量投資仲裁之當事方無法預見另一訴訟之出現，此時不論投資條約設置專屬或非專屬管轄權條款，皆無助於調和兩項程序之平行訴訟。因此，僅能依賴後繫屬之 WTO 爭端解決機制進行調和。然而，依據 DSU 第 23.1 條，WTO 對內括協定之事項有專屬、強制管轄權，故 WTO 能否拒絕行使管轄權來調和兩項訴訟程序，難以評估，且受制於 DSU 相關規範。

參、岔路條款

岔路條款給予控訴方場域選擇權，控訴方能在多種場域中選擇其一，其所選之救濟場域即具終局性，且有專屬管轄權 (Alschner, 2014: 290; Henckels, 2008: 573)，而另一救濟場域應視該爭端為「不可受理性」(inadmissible) (Waibel, 2014a: 47)。

岔路條款普遍見於投資條約，一般用來解決國際仲裁與國內法院之平行訴訟

⁴⁸⁵ 至於 WTO 爭端與投資仲裁之「同一爭端」之主體是否相同，尚待討論同一爭端要件。若投資條約為「間接」授權提訴權予投資人，則可視為相同主體 (Allen & Soave, 2014: 14-15)。



問題 (Allen & Soave, 2014: 54; Alschner, 2014: 290; Lee, 2013: 442-443)。如我國「台日投資協議」第 17 條規定，如一方已於對方領域之法院、行政法庭或機關提起救濟，需先於最終判決前撤回在對方領域內的救濟主張，始得進入仲裁程序。如未能於判決前撤回，即不得提起仲裁 (陳慧芝等，2012: 227)。再如，NAFTA 投資專章第 1120 條規定，投資人可透過 NAFTA 或「聯合國國際貿易法委員會仲裁規則」兩者提出投資仲裁，但投資人選擇其中一種方式後，即無權再訴諸地主國國內行政與司法程序 (Waibel, 2014a: 39; Shany, 2003: 209)。又如，「阿根廷—法國雙邊投資條約」(Argentina-France BIT) 第 8 條規定，投資人可提交爭端至締約國國內法院或國際投資仲裁，而其作之選擇將具終局性 (Alschner, 2014: 290)。

然而，岔路條款之規定，也可用來解決國際性司法機構之平行訴訟。NAFTA 第 20 章「機構設置與爭端解決程序」中，第 2005 條第 6 項則規定，締約國僅能在 NAFTA 第 2007 條與 WTO 爭端場域擇一尋求救濟 (Waibel, 2014a: 40)。此外，學者 Lee 指出，岔路條款通常也用來處理 WTO 與 RTA 之間的管轄權重疊問題 (2013: 442-443)。

一、岔路條款於調和并行訴訟之運用

與本文有關的是，岔路條款之運用，規定投資人僅能在兩種場域擇一，故此種設計能有效防範管轄權重疊或平行訴訟的問題，而岔路條款是否有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟，值得探討。從 WTO 的 *Mexico—Taxes on Soft Drinks* 與 *Argentina—Poultry Anti-Dumping Duties* 兩判例，⁴⁸⁶應可觀察 WTO 是否採納岔路條款，並以此拒絕行使管轄權。

前案中，因墨西哥未援引 NAFTA 第 2005 條第 6 項岔路條款，並以此構成本

⁴⁸⁶ *Mexico—Taxes on Soft Drinks* 案請參見第三章第三節第肆部分「平行訴訟調和」，有關其他國際協定規範成為 WTO 小組審理某案法律障礙之討論；*Argentina—Poultry Anti-Dumping Duties* 案請參見第四章第二節第貳部分「五、禁反言原則」，有關運用「禁反言原則」使 *Olivos* 議定書成為法律障礙之可能性。

案小組審理之「法律障礙」，上訴機構以此為由，並未表達意見，甚是可惜（林彩瑜，2011: 405, 409; Waibel, 2014b: 48），但林彩瑜教授指出，上訴機構於該案對「法律概念」採取開放之態度，亦即若被告墨西哥主張場域選擇條款構成小組審理本案之法律障礙，則上訴機構似未排除拒絕管轄權之可能性（2011: 409-410）。⁴⁸⁷

後案中，阿根廷主張基於 *Olivos* 議定書之岔路條款，巴西又於其他場域提訴，已違反「禁反言原則」，WTO 小組應拒絕行使管轄權。⁴⁸⁸然而，本案小組一方面認為巴西無違反「禁反言原則」，另一方面因巴西於 WTO 之提訴時，*Olivos* 議定書尚未生效，⁴⁸⁹故小組即不再進一步釐清岔路條款之內容。因此，該案無法釐清「禁反言原則」之適用能否使外來條約之場域選擇條款成為法律障礙，以調和并行訴訟（Kuoppamäki, 2016: 81），也無法了解 WTO 如何解讀岔路條款等場域選擇條款（張愷致，2012: 90, 93-95），並透過岔路條款之適用調和并行訴訟。

然而，有論者認為該案仍有機會可適用 *Olivos* 議定書之岔路條款，來調和并行訴訟，說明如下：

其一，依 VCLT 第 18 條規定，條約簽署國於條約生效前，應避免做出侵害該條約宗旨及目的之行為，而 *Olivos* 議定書之宗旨及目的，即是為遏止締約國重複提訴及後續之複數判決問題（張愷致，2012: 94-95）。因此，巴西於「MERCOSUR 臨時仲裁庭」尋求救濟後，不應再向 WTO 提出訴訟。

其二，學者 Songling Yang 指出，WTO 爭端解決機制亦可透過 DSU 第 7 條職權範圍之規定，來適用外來法源，包括場域選擇條款（2014: 130）。*EC — Hormones* 上訴機構之見解認為，小組及上訴機構於審理爭端時，不得超出職權範圍，但若爭端當事方提出適用場域選擇條款之主張，則無理由禁止小組行使裁量權，並進行法律推論。⁴⁹⁰因此，若爭端當事方提出岔路條款等場域選擇條款，小組需將其

⁴⁸⁷ Appellate Body Report, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, supra note 57, ¶ 54.

⁴⁸⁸ Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, supra note 338, ¶¶ 7.18, 7.20 ; 爭端相關主張，請參見第四章第二節第壹部分「五、禁反言原則」之討論。

⁴⁸⁹ Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, supra note 338, ¶ 7.38.

⁴⁹⁰ Appellate Body Report, *EC — Hormones*, supra note 326, ¶ 156.

主張納入考量，並拒絕行使管轄權，但最後因 *Argentina—Poultry Anti-Dumping Duties* 小組指該條款於爭端發生時，尚未生效，而無法使用之 (Yang, 2014: 130-131)。⁴⁹¹因此，儘管 *Argentina—Poultry Anti-Dumping Duties* 最終未適用場域選擇條款，但該案仍顯示，經由職權範圍之確立，有調和并行訴訟或管轄權之可能。

二、岔路條款於調和并行訴訟之運用之侷限

與本文相關的是，由於岔路條款通常處理 WTO 與 RTA 之間、或國內法院與投資仲裁庭等場域選擇問題，WTO 爭端與投資仲裁產生平行訴訟時，岔路條款於 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟是否有適用空間，有必要釐清 (Lee, 2013: 442-443)。岔路條款於兩種機制之平行訴訟適用，可能面臨以下問題，而有必要改變岔路條款之內容，以適用於 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟中 (Lee, 2013: 443)：

第一，如同「一事不再理」、「待決訴訟」等原則之要件，如何確定兩項訴訟為同一爭端，頗具爭議 (Alschner, 2014: 290)。其中，在同一主體之要件上，若投資條約為「間接」授權予投資人，則可能被視為屬於同一主體 (Allen & Soave, 2014: 14-15)。

第二，岔路條款是否有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟，與訴訟順序密切相關，此處推論與前文描述之 ICSID 公約第 27 條第 1 項相似。⁴⁹²


若投資人母國且為 WTO 會員國先於 WTO 提訴，其後投資人透過 ISDS 提訴，則投資條約之岔路條款有助於調和并行訴訟，後繫屬之投資仲裁庭可將相似爭端交由 WTO 場域審理。

另一方面，從前述之 WTO 判例觀察，⁴⁹³投資人先向 ISDS 提訴，投資人母國且為 WTO 會員國再於 WTO 提訴之情形下，若經確定此兩項爭端為同一爭端後，WTO 爭端解決機制似可進行條約解釋或適用岔路條款，以認定有無管轄權之「法

⁴⁹¹ Panel Report, *Argentina — Poultry Anti-Dumping Duties*, *supra* note 338, ¶ 7.38.

⁴⁹² 請參見本章第一節第壹部分「一、嚴格專屬管轄權條款」之討論。

⁴⁹³ *Supra* note 486.



律障礙」(legal impediments) (Alschner, 2014: 290-291)，或由爭端當事方提出岔路條款等場域選擇條款，以確立小組之職權範圍，使小組進行平行訴訟調和 (Yang, 2014: 130-131)。然而，亦如前文所述，⁴⁹⁴WTO 或可參考外來法源，但針對 WTO 體系能否適用外來法源之問題，學者立場不一，仍有限制與開放說法 (Kuoppamäki, 2016: 34-35)。且實務上，WTO 之判例中雖廣範適用國際慣例與一般法律原則中有關程序法的規定 (Pauwelyn, 2003b: 1001; 張南薰，2007: 145-147, 152)，但 WTO 對外來法源之適用仍有侷限，因此，難以確定 WTO 爭端解決機制能否適用岔路條款，以認定有無構成小組管轄權之「法律障礙」。又，若 WTO 爭端解決機制未能參考或適用該岔路條款，此時投資仲裁庭因爭端各方無相關主張，而無法調和訴訟程序。

肆、規範衝突條款⁴⁹⁵

規範衝突條款 (Pauwelyn, 2003a: 489; 2003b: 1015; 2004: 908) 與本文第四章所述之衝突法則⁴⁹⁶(張南薰，2007: 141; Pauwelyn, 2003a: 489; 2003b: 1015; 2004: 908; Alschner, 2014: 295)，皆為管理「準據法規範衝突」之作法。⁴⁹⁷

規範衝突條款之分類應可區分為優先性條款與非減損條款：優先性條款確立某一國際文件之優先性，如「聯合國憲章」第 103 條 (ILC report, 166-206; Pauwelyn, 2004: 908) 與 NAFTA 第 104 條 (Pauwelyn, 2004: 908; 2003a: 489; 2003b: 1015) 等。

非減損條款不影響締約國原有之國際義務，此類條款如 ECT 第 4 條「非減損條款」、1993 年 NAAEC 第 40 條 (李濬勳，2005: 85)、「東協與澳紐自由貿易協

⁴⁹⁴ 請參見本文第四章第一節第壹部分「WTO 爭端解決機制規範與實務」。

⁴⁹⁵ *Supra* note 320. 「規範衝突條款」採 Pauwelyn 之命名方式 (2004: 908; 2003a: 489; 2003b: 1015)。

⁴⁹⁶ 請參見本文第四章第二節第參部分「衝突法則」之討論。

⁴⁹⁷ *Supra* note 320; Pauwelyn 又區分為「本質規範衝突」與「準據法規範衝突」等兩種真正衝突類型 (Pauwelyn, 2003a: 489; 2004: 907)。

定」(ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Agreement, AANZFTA) 第 18 章第 2 條第 3 項的「非減損條款」規定不影響締約國於 WTO 協定下之權利或義務 (Alschner, 2014: 296)、2006 年「美國—烏拉圭」(United States-Uruguay BIT) 第 16 條第 2 項、UNCLOS 第 311 條第 3 項等。

一、規範衝突條款於調和并行訴訟之運用

重複前文所述，⁴⁹⁸一般規範衝突條款與衝突法則雖處理準據法衝突等實體法問題，然而，學者 Salles 指出，規範衝突條款與衝突法則適用具優先效力之某一場域規範，而此規範包括程序與實體規範 (Kuoppamäki, 2016: 37)。因此，鑑於規範衝突確定規範優先性或不減損其他程序性規範之特性，故本文認為規範衝突條款應有助調和本文所討論之 WTO 爭端與投資仲裁并行訴訟問題。

在 WTO 方面，WTO 內括協定並無規範衝突規範，其判例也常面臨規範衝突的問題 (Tuncer, 2012: 43-48)，如前文討論之 *Guatemala-Cement I* 一案中，WTO 應採寬鬆規範衝突之定義 (Tuncer, 2012: 47)。⁴⁹⁹申言之，上訴機構以兩規範產生「不一致或差異」、「衝突」與「無法互補」，作為優先適用內括協定特別規定之條件。⁵⁰⁰此外，學者認為，WTO 小組及上訴機構可參考或適用衝突法則或規範衝突條款，並再進一步使某法域之規範具優先效力而適用 (Pauwelyn, 2003b: 1015; Allen & Soave, 2014: 42-43; Waibel, 2014a: 9; Yang, 2014: 129-135)。

在投資仲裁方面，有些投資條約有規範衝突條款，顯示締約方有意使條約具獨立性，故投資仲裁庭會偏向以「規範衝突條款」解決規範衝突，例如，「中日韓自由貿易協定」第 25 條及「烏克蘭—歐洲自由貿易聯盟自由貿易協定」(The EFTA-Ukraine FTA) 第 4.1 條第 3 項，皆明文規定規範衝突條款 (Alschner, 2014:

⁴⁹⁸ 請參見本文第四章前言之討論。

⁴⁹⁹ 規範衝突之嚴格定義為，兩種規範相互牴觸之情形 (Vranes, 2006: 20)。請參見本文第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」。

⁵⁰⁰ Appellate Body Report, *Guatemala-Cement I*, *supra* note 64, ¶ 65；請參見本文第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」。

295, 297)。然而，並非所有投資條約都有設立規範衝突條款，若無衝突規範條款，學者 Alschner 認為，基於國際法期待國家間互動具一致性，若前法容許後法闡明或擴大前法之意義，則不應認為有規範衝突之情形，而應採取「體系解釋」協調規範內容，而「體系解釋」有助於法律創新 (2014: 297)。由前文討論可知，⁵⁰¹投資仲裁庭應會依據 VCLT，參考外來法源如 WTO 內括協定，以對投資條約進行適當解釋。

綜合以上討論，WTO 應可透過參考或適用投資條約下的規範衝突條款，並再依據該條款，使兩者其一之程序性規範具優先效力而適用；另一方面，某些投資條約則適用其本身的規範衝突條款，以調和 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟。

二、規範衝突條款於調和并行訴訟之運用之侷限

然而，透過規範衝突條款雖具適用性，但仍有以下問題待釐清：

第一，WTO 方面，如同前文所述，⁵⁰²WTO 體系能否適用外來法源，學者立場不一。且實務上，WTO 對外來法源之適用仍有侷限，因此，WTO 爭端解決機制能否適用規範衝突條款，使某法域之程序性規範具優先效力而適用，並再進一步調和并行訴訟，仍待未來判例累積。

第二，投資條約方面，並非所有投資條約均設立規範衝突條款，故投資仲裁庭如何參考 WTO 內括協定，以對投資條約進行適當解釋，並進一步調和并行訴訟，仍待觀察。

第三，規範衝突條款能否調和兩種程序之并行訴訟，受限於條款規定與程序先後不一致兩種變數。以下假設兩種情況：其一，若 WTO 爭端先於投資仲裁之時，規範衝突條款若以 WTO 規範為優先，後繫屬之投資仲裁庭可拒絕行使管轄權，進而能調和并行訴訟。然而，規範衝突條款若以 BIT 管轄權條款為優先，一方面先繫屬之 WTO 小組較不可能調和訴訟程序，另一方面 WTO 爭端之當事國，因無法

⁵⁰¹ 請參見第四章第一節第貳部分「投資仲裁規範與實務」。

⁵⁰² 請參見本文第四章第一節第壹部分「WTO 爭端解決機制規範與實務」。

預見另一訴訟之發生，而無此調和訴訟程序之主張。在此情形下，兩種程序之平行訴訟將無法避免。

其二，若投資仲裁先於 WTO 爭端之時，規範衝突條款若以 BIT 管轄權條款為優先，則應由後繫屬之 WTO 進行訴訟程序之調和，但 WTO 小組能否參考或適用該規範衝突條款，來拒絕行使對爭端之管轄權？依前文討論，⁵⁰³顯有爭議。若規範衝突條款以 WTO 規範為優先，則一方面，先繫屬之投資仲裁庭較不可能調和與 WTO 訴訟之關係，另一方面，因投資仲裁之爭端各方無法預見另一訴訟之發生，而無調和程序之主張。在此情形下，亦無法避免兩種程序之平行訴訟。因此，當面臨條款規定之順序與實際訴訟前後順序之間不一致時，各國際性司法機構應如何處理訴訟關係，猶有疑問。

⁵⁰³ *Id.*

第二節 投資法典範轉移⁵⁰⁴與改革倡議

貿易法曾面臨「貿易相關爭議」(trade-and issues) 而遭遇「正當危機」(legitimacy crisis)，進入 21 世紀後，投資法建制同樣也面臨類似爭論，其原因在於投資條約因體制上有所缺陷，常影響地主國政策空間 (Garcia et al., 2015: 862-863)，而引發批評。

Franck 所提出之「公平性的爭論」，⁵⁰⁵其認為制度的「公平性」內容有二：程序上的正當性 (legitimacy) 及實質上之分配正義 (distributive justice)，前者指社群成員是否認為程序具正當性 (right process)，更崇尚秩序與穩定；後者指法律規範及社會價值，有無符合互惠社群成員重新分配資源之期待，故更重視是否取得正義 (1995: 7-8, 25)。Franck 將此論述置於國際投資建制脈絡之下 (1995: 438)，認為地主國政府若因分配正義之故，而損害投資人對於穩定投資環境的期待，使制度之正當性下降，因此需透過「相互期待」來訂定規範，並建立一具正當性的框架，來提高正當性及公平性 (1995: 439-440, 449)。

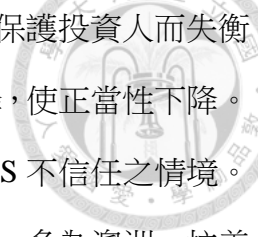
Franck 之公平性論述，說明投資條約發展前，投資人對於制度之不信任，致使公平性下降。投資條約尚未問世前，投資人僅能透過母國之外交保護或地主國法院，尋求救濟。無投資條約之保障，投資人對投資環境穩定之期待，易受到地主國之行為影響，使制度正當性下降 (Franck, 1995: 442)。而雙邊投資條約之洽簽，其條約內容以及爭端解決機制，即是在投資人(投資環境穩定) 與地主國 (政治課責與分配正義) 不同立場間，尋求平衡的國際正當性框架，而取得公平性 (1995: 449-450)。⁵⁰⁶

隨著投資法之發展，投資人缺乏保障之問題獲得改善，然而，卻有新的問題

⁵⁰⁴ UNCTAD 的 IIA Issues No.5 指出，為因應經濟現實以及多重危機，投資法建制正經歷典範轉移 (2013: 1)。此說法也為 Garcia 等人認同，其指出，如同 1990 年代貿易法經歷的典範轉移，目前投資法建制典範轉移之時機已經成熟 (2015: 861, 873)。

⁵⁰⁵ *Supra* note 62。

⁵⁰⁶ 請參見第二章第二節第壹部分「對國際法體系之影響」。

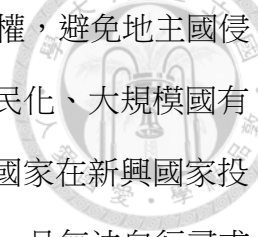


產生。如同本文第一章第一節所述，近年來投資法的 ISDS 過度保護投資人而失衡 (Garcia, et al., 2015: 870)，反過來使地主國對 ISDS 制度信任下降，使正當性下降。因此，Franck 所稱的公平性論述，亦可反映目前地主國對於 ISDS 不信任之情境。目前，各國對於 ISDS 的態度並不相同，其中對 ISDS 不信任者，多為澳洲、拉美國家、南非、德國；而採取中間地位，僅要求改革現行投資建制者，為美國歐巴馬政府、加拿大、大部分歐盟國家；中國大陸由於需吸引外資，並希望增進投資人對其司法體系之信任，因而尚未有明顯反對 ISDS 的主張 (Rzeen & He, 2015: 89-94)。因此，需透過地主國、投資人母國及投資人之間的「相互期待」，來訂定新的規範，從中分配正義，以提高公平性 (1995: 439-440, 449-450)。

有基於此，Garcia 等人認為，化解當前投資法的「正當性危機」的做法，在於透過進行典範轉移，亦即正視當今之投資法為分配建制內部正義 (distributive justice) 之治理體系 (global governance system) (2015: 861, 863, 876, 880-881)，可從改善投資法建制內部分配「正義」 (justice) (2015: 876-881) 與加強投資法建制之「治理」 (governance) (2015: 880-881, 892) 等兩方面進行改革，而後者又區分為「結構 (法治) 改革」 (structural reforms) 與「條約原理改革」 (doctrinal reform) 等兩方面 (2015: 861, 881, 885, 892)，此兩方面改革之具體做法如多邊投資架構、增進法治與投資條約之例外條款等三項 (Garcia et al., 2015: 892)，與本文關切之 WTO 爭端與投資仲裁調和密切相關。以下分別說明投資法建制內部分配「正義」與加強投資法建制之「治理」之內涵。

投資法建制內部分配正義意指，公平分配建制內的經濟權利與資源 (allocation of economic resources) (Garcia et al., 2015: 869-871, 876-881)。當前的投資法建制，⁵⁰⁷即是為維持投資人與地主國平衡關係，並經長年演變而來 (Garcia et al., 2015: 865)。外國人投資保障源自於習慣法對於人權之維護 (Garcia et al., 2015: 865)，傳統上，投資人僅能尋求地主國當地救濟，投資人往往質疑當地法院之獨

⁵⁰⁷ 此即 Anthea Roberts 所稱之第二代投資條約 (2014: 2-5)。



立與中立性 (Franck, 2014: 69)；投資人母國也可透過外交保護權，避免地主國侵害投資人利益。然而，投資活動發展之初，隨著新興國家去殖民化、大規模國有化及加強控制自然資源等局勢發展，作為資本輸出國的已開發國家在新興國家投資時，其投資人卻屢屢面臨徵收問題 (Leal-Arcas, 2009: 55-56)，且無法自行尋求救濟，僅能透過母國行使外交保護權尋求救濟，但母國的外交保護往往淪於政治，而非法律性質，致使變數過多 (Salacuse, 2010: 439)。因此，作為資本輸出國的已開發國家，呼籲地主國提供投資人保障 (Garcia et al., 2015: 866; Sappideen & He, 2015: 87-88)。由於 1980 年代後期開發中國家正值債務危機 (Leal-Arcas, 2009: 59)，開發中國家同意與已開發國家洽簽投資條約，以加強投資保障，致使 1987 年至 2010 年間，投資條約數量大增 (Garcia et al., 2015: 866; Leal-Arcas, 2009: 59)。

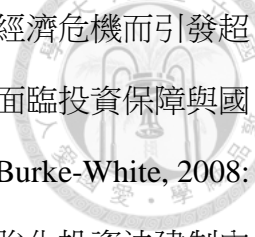
然而，如本文第一章第一節所描述，國際社會及學界體認到投資條約至今過度發展，許多負面影響已經浮現：

其一，投資條約給予投資人提交 ISDS 進行仲裁之權利，但地主國及其投資人卻無相同救濟權，可能不利於地主國企業 (王煜翔，2016)。

其二，投資人於運用提訴權上，偏離投資條約初始目的，甚至影響地主國主權與規範自主權 (Lester, 2015 : 212; Roberts, 2014: 24-25, 39; Alvarez & Park, 2003; Harten & M. Loughlin, 2006; Peterson, 2004; Schreuer, 2004; Poulsen, 2011; Lee, 2013: 440)，特別是當前投資活動不再是已開發國家掌控，許多開發中國家投資人也頻繁地在已開發國家進行對外投資活動，反倒對已開發國家的政策自主性構成影響 (Sappideen & He, 2014: 89)。

其三，投資人與其母國提訴權不均等的問題，Roberts 指出，投資人母國行使外交保護權須符合「用盡當地救濟辦法」要件，但投資人於 ISDS 之提訴，卻無相同要求 (2014: 42)。

其四，廣為洽簽投資條約是否確能帶來利益，仍有爭議 (Poulsen, 2011)。地主國為透過外資以推動經濟成長，而給予投資人過度保障，可能對地主國其他領域



之發展帶來不良影響，例如環境、國家發展等。2001 年阿根廷經濟危機而引發超過 40 項投資爭端 (Roberts, 2014: 3; Garcia et al., 2015: 867)，即面臨投資保障與國家發展政策之角力，被認為是投資建制正當性危機之關鍵時點 (Burke-White, 2008: 202)。凡此種種，更有必要重整當前發展數十年的投資法建制，強化投資法建制內部分配正義。


為建立一強調公平治理之投資法體系，除了上述加強內部分配正義之外，Garcia 等人認為，可透過「結構 (法治) 改革」與「條約原理改革」等兩方面 (Garcia et al., 2015: 861, 881, 892) 進行改善。其中，多邊投資架構即融合「結構 (法治) 改革」與「條約原理改革」(Garcia et al., 2015: 881)；增進法治屬「結構改革」(Garcia et al., 2015: 885)；例外條款即為「條約原理改革」之展現，其透過限制投資條約涵蓋之領域，增進地主國之政策空間。

以上 Garcia 等人所提之三項作法，應可進一步排除投資仲裁庭對某些領域之管轄權，而達到調和并行訴訟之目的，包括多邊投資架構、「結構改革」與「條約原理改革」(Garcia et al., 2015: 888-891)，與本文所欲回答之問題密切相關，故本文以下簡述三項改革方向之內容，並進一步探討其於調和并行訴訟可行性。

壹、從雙邊或區域邁向「多邊投資架構」(MFI)⁵⁰⁸

學者 Gary Hufbauer 認為，投資建制體系之弊病為碎裂化現象 (Garcia et al., 2015: 881)。依本文第二章討論之「規範性碎裂化」所述，WTO 內括協定與投資條約本身具相似規範，且 WTO 內括協定也有規範與投資相關之措施，可發現貿易與投資措施之密切關聯性，似有以多邊投資架構進行整合貿易與投資法規之可能。因此，本文以學者 Leal-Arcas 之整理，釐清當前與投資相關之規範，並論述以多

⁵⁰⁸ 命名方式依據 Leal-Arcas，由於當前國際投資法建制碎裂化的現象，應建立一管理眾多國際投資條約之架構 (2009: 36-37)。



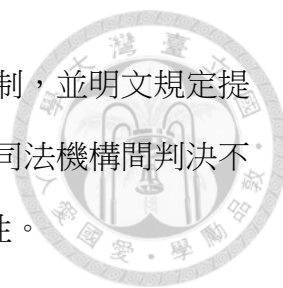
邊投資架構改善平行訴訟之可行性。Leal-Arcas 指出，當前與投資相關規範有五，包括國際習慣法、軟法 (soft law)、雙邊投資條約、區域主義 (regional approaches to investment regulation) 與多邊主義 (multilateral approaches to investment regulation) (2009: 74)。其中，國際習慣法如領土主權、國家責任、賠償等規定 (Leal-Arcas, 2009: 75)。軟法則代表國際社會多數的期待，並透過不斷被援引及使用，可逐漸成為拘束各國的法律 (Leal-Arcas, 2009: 76)。以下特別說明雙邊投資條約、區域主義與多邊主義之部份。

一、雙邊投資條約

雙邊投資條約從 1960 年代發展至今，起初各國洽簽條約之數量稀少，1970 年代間，僅有約 100 項雙邊投資條約 (Garcia et al., 2015: 866)。然而，1980 年代末期發生轉變，因開發中國家所採之計畫經濟失敗，發生債務危機，為吸引外資輸入以改善經濟體質並推動經濟成長，開始採納新自由經濟主義 (neo-liberal economic model)，厲行開放市場、私有化及去管制等政策 (Salacuse, 2010: 433, 442)。

在此發展下，開發中國家同意與已開發國家洽簽投資條約，加強投資保障，1989 年以前，僅有約 300 項雙邊投資條約 (Franck, 1995: 449)，但 1987 年至 2010 年間，投資條約數量大增 (Garcia et al., 2015: 866; Leal-Arcas, 2009: 59)，其中 2001 年間雙邊投資條約洽簽 158 項 (Leal-Arcas, 2009: 77)。截至 2016 年 8 月，已有 2,993 項雙邊投資條約 (UNCTAD, 2016b)。此數量顯示各國有意規範投資活動，故雙邊投資條約規範可做為未來多邊投資架構之基礎 (Leal-Arcas, 2009: 77)。

此外，全球 FDI 流動迅速，根據 UNCTAD 的統計，1982 年全球 FDI 總金額僅 270 億美元，自 1980 年代後半期規模開始攀升，並於 2007 年達 2.2 兆之高峰 (Aslund, 2013: 1)。值得注意的是，FDI 往返於已開發國家和開發中國家之間，其雙向之流動於 2010 年達到平衡 (Aslund, 2013: 2)。



又，如第二章所述，⁵⁰⁹由於國際投資條約多有爭端解決機制，並明文規定提起訴訟途徑，雖給予投資人自由，但也造成程序上場域選擇與司法機構間判決不一致等問題。基於以上理由，多邊投資架構之建立更有其必要性。

二、區域主義

現階段，以多邊方式推動投資自由化仍存在許多限制，除了雙邊投資條約，目前許多 RTA 也規範投資措施，並推動許多努力，例如 NAFTA、MERCOSUR、EU 等 (Leal-Arcas, 2009: 126)，⁵¹⁰來促進貿易與投資活動發展，除增進經濟效率、創造福利與帶動當地企業發展之外 (Weiss, 2008: 209, 216)，更可作為邁向多邊化之準備 (Leal-Arcas, 2009: 91; Geiger, 2011: 161)。例如 2010 年以來發展的 TPP 與 TTIP，即是先在區域層次上，建立一涉及貿易與投資之治理架構，為未來國際投資治理架構之實現基礎 (Garcia et al., 2015: 883-884)。

RTA 可做為 WTO 之「非歧視原則」(Principle of Non-Discrimination) 之例外，故可跨越 WTO 的 TRIMs 協定對於投資較為狹隘之規範，例如 RTA 於條文中擴大對投資之定義，並給予於國內投資之外國企業較有利的措施等吸引外資的手段，並因此形成「與投資有關的貿易措施」(investment-related trade measure, IRTM) (Weiss, 2008: 207-208)。

以 RTA 推動投資活動之方式有二：第一為 NAFTA 模式，NAFTA 為第一個設有投資專章的區域協定 (Leal-Arcas, 2009: 102)，Weiss 認為 NAFTA 已形成「區域貿易投資條約範本」(model RTA investment chapter)，並為 NAFTA 簽署國運用 (Weiss, 2008: 208-209)。NAFTA 第 11 章對「投資人」及「投資」有較為詳盡的規定，例如「投資」包含「外國證券投資」(Foreign Portfolio Investment, FPI) (Weiss, 2008: 210)。相較之下，綜觀 WTO 的 GATS，僅有模式三「商業據點呈現」允許

⁵⁰⁹ 請參見第二章第二節「平行訴訟引發之問題」。

⁵¹⁰ 此種協定又稱為「優惠貿易投資協定」(Preferential Trade and Investment Agreements, PTIAs)、經濟夥伴協定 (economic partnership agreement)、新型夥伴協定 (new-age partnership agreement) 等 (UNCTAD, 2005: 10)。

FDI，且僅限於服務業及金融業；TRIMs 協定則未有服務業 FDI 之規範 (Weiss, 2008: 193)。

再者，NAFTA 第 11 章投資專章以「負面表列」(a negative list approach)，⁵¹¹加深投資自由化 (Weiss, 2008: 209)；而 WTO 的 GATS 採取較為狹隘的「正面表列」的方式 (Weiss, 2008: 189)，亦即 WTO 會員於「特定承諾書」所載之服務產業型態與部門之承諾，始須承擔 GATS 之「市場進入」、「非歧視原則」與透明化等義務 (李貴英，2003: 426)，而至於該 WTO 會員未於「特定承諾表」載明之承諾事項，或於其承諾書施加之限制規定，則該會員無須對此承擔 GATS 義務 (李貴英，2003: 427)。

另外，NAFTA 重視促進投資保護，而 GATS 則較重視推動服務業自由化 (Weiss, 2008: 193)。其中 NAFTA 第 1110 條即針對地主國徵收訂有賠償義務；第 1105 條要求地主國須以國際法為原則，給予最低限度標準 (FET) (Weiss, 2008: 209)。此外，NAFTA 簽署國的各個經濟部門與國內法有自由化的義務，除非有「例外措施」(non-conforming measures) 之特殊規定；WTO 規範較不嚴格，讓會員全面開放或選擇性開放市場 (Weiss, 2008: 210-211)。

除了 NAFTA 模式，第二種方式逐步廢除對市場進入、投資建立及投資營運的限制，為歐盟和東協採納 (Weiss, 2008: 208-209)。

三、多邊投資架構 (MFI)

(一) 多邊投資條約發展

1. 二次大戰後：初步發展

貿易與投資兩種領域之規範制定，始於二次戰後，當時國際局勢恢復和平，

⁵¹¹ 負面表列為「上而下」的途徑 (top-down)，指除臚列之產業型態與部門之外，簽署國同意所有產業與部門接受條約義務；而正面表列屬「下而上」的途徑 (bottom-up)，指僅有簽署國臚列之產業與措施需承擔條約義務 (Weiss, 2008: 189, 209)。

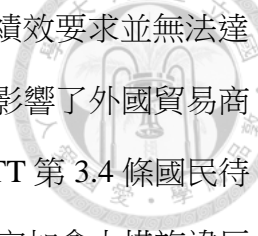


各領域的爭端解決機制也逐漸發展，美國即於「哈瓦那憲章」(Havana Charter) 談判期間，積極在 GATT 貿易法建制之下，推動全面性的投資條約 (Weiss, 2008:184; Leal-Arcas, 2009 : 59-60, 121)。然而，二次大戰剛結束時，貿易與投資被視為不同領域的事務，GATT 之目標即是處理貿易問題，特別是消除貿易障礙、降低關稅與促進貿易自由化等議題 (李貴英，2003: 417)，而非促進外國投資活動。此外，此倡議亦遭到開發中國家反對 (Weiss, 2008:184; Leal-Arcas, 2009 : 59-60, 121)。1948 年「哈瓦那憲章」僅設置禁止投資歧視規定，未能積極促進投資自由化 (李貴英，2003: 419-420)。其後，「國際貿易組織」籌組失敗，而各國所達成之 GATT 1947 關稅承諾，也未對投資活動制訂全面規範，僅處理特定投資問題 (李貴英，2003: 417-418, 421)，大多有關外國投資人之財產規定、地主國 (多為開發中國家) 國際義務與責任，以及投資人母國 (多為已開發國家) 之外交保護權行使等問題 (Leal-Arcas, 2009 : 53-62; 李貴英，2003: 417; Garcia, et a., 2015: 870)。

由於以上發展，二次大戰有關投資措施之規定，散見於 1946 年後，美國陸續與他國洽簽之「友好通商航海條約」(Friendship, Commerce, and Navigation Treaties, FCNs)，以促進貿易、並建立穩定的外交與經濟關係，但此種條約所涉範圍大多僅限於貿易與漁船運輸，外國人的財產保障及 FDI 等領域 (Weiss, 2008: 184)。1977 年之後，美國展開制定雙邊投資條約計畫，規定徵收行為有補償之義務、投資人可直接對地主國提出控訴等規定 (Weiss, 2008: 184)。

2. GATT 後期：態度轉變

GATT 對與貿易有關之投資議題態度轉變，可從 1982 年「外國投資審查法」案 (Canada – FIRA) (Leal-Arcas, 2009: 62) 與 1986 年 GATT 烏拉圭回合談判成果觀察 (李貴英，2003: 419-421)。在「外國投資審查法」案中，美國指控加拿大「外國投資審查法」(Foreign Investment Review Act, FIRA) 制定「自製率規定」，要求外國投資人購買加拿大產品，此舉影響外國對加拿大之產品出口，儼然形成非關稅障礙 (李貴英，2003: 420)。GATT 爭端解決小組指出，其理解加拿大政府希望



讓當地的產品及業者能有較好的競爭環境，但對外國投資人的績效要求並無法達成這個目標，且加拿大政府的措施對加拿大的產品較有利，而影響了外國貿易商利益，故屬於 GATT 底下與貿易相關的投資措施，且已違反 GATT 第 3.4 條國民待遇規定 (Leal-Arcas, 2009: 63; 李貴英, 2003: 420)。雖然小組認定加拿大措施違反 GATT 國民待遇規定，係因損害外商貿易利益，非因對外國投資人構成歧視待遇，但此舉無異於將 GATT 規範適用於投資措施上 (Weiss, 2008: 199-200; Leal-Arcas, 2009: 62; 李貴英, 2003: 420; 陳麗娟, 2015: 182)。⁵¹²

1980 年代末期，隨著 FDI 流動快速與頻繁，有些地主國消極性地對外資採取限制措施，以防止外匯流出，並以此改善其國際收支及經濟體質；另一方面則積極性地獎勵其國內相關產業，致生貿易扭曲及貿易保護效果 (陳麗娟, 2015: 182)。上述地主國之措施往往違反 GATT 第 3 條國民待遇與第 11 條數量限制規定 (陳麗娟, 2015: 182)，致投資輸出國更加強烈要求投資保護。美國即於烏拉圭回合談判時，主張扭曲的貿易相關投資措施應受管制，且自 1990 年代以來，各商業部門呼籲建立穩定與具一致性的投資建制 (Leal-Arcas, 2009: 66-67)。烏拉圭回合談判在投資問題上達成 TRIMs 協定此項重大成果，該協定要求 GATT 締約方於採取貿易相關投資措施時，不得違反 GATT 第 3 條國民待遇與第 11 條數量限制規定 (Leal-Arcas, 2009: 71)。

然而，此回合中，各締約方仍未達成國際投資協議，故美國期望於 OECD 的框架下達成協議，此即是 1995 年至 1998 年協商之「多邊投資協定」(the Multilateral Agreement on Investment，以下簡稱 MAI) 之緣起 (Leal-Arcas, 2009: 67-121)。然而，MAI 之談判多無開發中國家參與，使開發中國家及利益團體擔心外國投資人難以管制，最後 MAI 無疾而終 (Geiger, 2011: 153, 157)。

⁵¹² GATT Panel Report, *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*, ¶ 6, BISD 30S/140 (Feb. 7, 1984).



3. WTO 時期：投資框架之嘗試

在 WTO 建立之後，部分會員亦期待以 WTO 建立多邊投資規範 (Leal-Arcas, 2009: 72)。1996 年新加坡部長宣言提到，WTO 於 1997 年成立「貿易與投資關係工作小組」以研究並處理投資議題，並於 2001 年杜哈回合宣言第 20 段表示，將建立一多邊投資架構，期以此多邊投資架構促進穩定、可預測且透明的投資環境，以利長期跨境投資，特別是 FDI 流動 (Leal-Arcas, 2009: 130; 李貴英, 2003: 418)。然而，在坎昆會議上，已開發國家與開發中國家對於投資議題之談判有不同立場 (Leal-Arcas, 2009: 72)。前者認為，依據 2003 年坎昆宣言，投資議題於坎昆會議後即可展開授權談判；後者認為，依據該宣言，會員需明確共識後，始能展開投資議題談判，故反對將投資議題納入談判議程 (李貴英, 2003:478)。

綜上所述，開發中國家與已開發國家對於 MAI 無法達到妥協，且在坎昆會議時，仍未能透過 WTO 建立多邊投資架構 (Leal-Arcas, 2009: 73)，致使目前無一國際投資機構整合貿易與投資規範，雖也有多邊投資條約，但大多停留在雙邊與區域的層次 (Leal-Arcas, 2009: 109-110, 124)。投資規範散見於 BITs、NAFTA 的投資專章 (Salacuse, 2010: 428)；多邊法律文件如自由貿易協定 (亦有規範投資活動)、⁵¹³WTO 相關協定、⁵¹⁴ECT、OECD 投資文件 (investment instruments) 與 UNCTAD 相關投資倡議等 (Leal-Arcas, 2009: 52; Salacuse, 2010: 429; 陳麗娟, 2015: 192)。其中，ECT 也是邁向多邊投資架構之重要基礎 (Leal-Arcas, 2009: 109)。ECT 之宗旨為建立能源競爭市場，以維持能源安全。其功能於冷戰後擴大，鼓勵能源領域上的 FDI 和全球的跨國能源貿易。目前的 ECT 對於投資保護、爭端解決機制都有較為完整的規定，其中有保障投資人與其投資免於因政治風險，而受到差別待遇、徵收、國有化、違約或戰爭的損害等；同時，ECT 第 26 條建立一具拘束力的爭端解決程序，並有多項可供選擇的仲裁規則 (陳麗娟, 2015:178- 180)。

⁵¹³ 例如 NAFTA、「美國-阿曼自由貿易協定」(United States-Oman Free Trade Agreement) 等 (Nitschke, 2014: 118)。

⁵¹⁴ 請參見本文第二章第一節第參部分「一、規範性碎裂化」；本章第二節第壹部分「從雙邊或區域邁向多邊投資架構」。



4. 近期：投資改革倡議

近年來，國際上已有幾項改革倡議，有助於推動新型投資協定範本之建立，或修改現行條約之修改，並已在多國國內、雙邊、區域間與多邊層次取得一些成果 (UNCTAD, 2016a: 4)。例如 UNCTAD 於 2015 年的「世界投資報告」(World Investment Report, WIR) 發布行動計畫與路徑圖 (Action Menu and a Roadmap for IIA Reform)；UNCTAD「投資政策架構」推動投資政策永續及包容性 (inclusive) 發展；聯合國之「阿迪斯阿貝巴行動議程」(Addis Ababa Action Agenda) 第 91 段，也宣布新一代投資政策之必要，以維護國家規制權 (UNCTAD, 2016a: 1) 等。但因上述倡議之詳細內容已超出本文欲討論之平行訴訟問題，故不再贅述。

儘管 MAI⁵¹⁵與透過 WTO 建立多邊投資架構皆以失敗告終，但其投資自由化規定廣於當前的投資條約，仍舊為未來健全且廣泛的投資建制，作了一良好基礎 (Leal-Arcas, 2009: 68, 73, 109, 122)，例如 MAI 之「投資」與「投資人」的規範廣於 NAFTA 第 11 章，更納入 WTO 體系下未規範的投資人保障部分，包括擴大 WTO 對於投資的定義、給予公司控訴地主國的權力等 (Leal-Arcas, 2009:68)。再者，MAI 與 2003 年坎昆會議之努力，已促成新一波投資保障與促進風潮，例如，前述提及國家與國際社會透過 BIT 及貿易協定之投資專章，來規範雙邊與區域之投資活動 (Leal-Arcas, 2009: 73)。Leal-Arcas 指出，當前國際投資條約以雙邊、區域與多邊投資條約洽簽，均可視為廣泛之投資條約下的一環 (2009: 73, 124)。

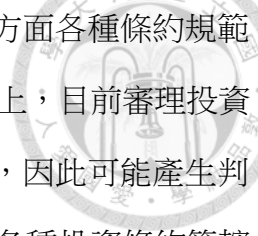
(二) 多邊投資架構之優點與限制

1. 多邊投資架構之優點

鑑於當前許多現象，推動建立多邊投資架構以進行整合，國際社會仍認為有其必要 (Leal-Arcas, 2009: 121)，原因如下：

第一，當前無統一的國際投資仲裁之機構，投資法建制呈現碎裂化。由於 1990

⁵¹⁵ 有學者分析 MAI 失敗之因 (Amarasinha & Kokott, 2008: 127; Leal-Arcas, 2009: 66-69)。



年代後國際投資條約陡增，包括雙邊、區域與多邊等方式，一方面各種條約規範不一，可能影響法一致性 (Franck, 2005: 1521,1528-1535)，再加上，目前審理投資爭端之機構多為臨時仲裁庭，不需國家監督的情形下即可設立，因此可能產生判決不一致的問題 (Leal-Arcas, 2009: 73-74, 80, 124)；另一方面，各種投資條約管轄上的重疊，使投資人可進行場域選擇 (Leal-Arcas, 2009: 124)。顯見，建立多邊投資架構進行整合，以減少碎裂化帶來的負面影響，有其必要 (Leal-Arcas, 2009: 74, 124, 126)。

第二，鑑於投資條約影響地主國規制權等問題，由於現今開發中國家與已開發中國家皆為資金輸出國，為改善投資條約之缺失，可能有利將來統一的多邊投資架構出現 (Garcia et al., 2015: 882)。

第三，目前全球 FDI 流動規模大增、FDI 流動範圍擴大、跨國公司之湧現、投資條約數量遽增 (Aslund, 2013: 1)，種種現象若無穩定投資規範，可能導致規範衝突。

2. 多邊投資架構之限制

雖然建立多邊投資架構進行整合，將帶來如上好處，但在達成目標前，仍有待克服之實際限制。

第一，難以制定同時保障開發中國家與已開發國家利益之條款 (Leal-Arcas, 2009: 125)。第二，國家與投資人的利益應如何調和，爭端各方為達成共識，可能須採取較廣泛的定義，但清楚定義徵收、保護主義、「根本安全利益」(essential security) 及最惠國待遇等概念，又有其必要性，各國最終仍會以發布雙邊文件，闡明其對於特定產業之特別規定 (Sauvant, 2009; Leal-Arcas, 2009: 125)，此舉無異於削弱 MFI 欲達成之投資自由化目標。第三，投資條約內容為求涵蓋範圍廣泛性，往往過於模糊，故需透過法院解釋，才能跨越國際法體系本身的缺陷，但常被批評為「司法造法」(judicial legislation) (Petersmann, 1997: 92)。第四，國際多邊投資架構致力應達成三項重要目標，即投資保障、投資促進與爭端解決 (Kurtz, 2002:



713)，故國際社會須展開對話，並提出多樣的多邊投資架構，方有可能實現此三項目標 (Leal-Arcas, 2009: 110)。

(三) 「WTO 投資協定」之可行性

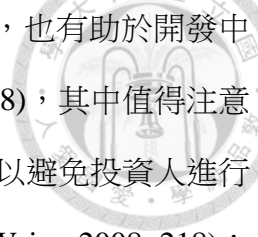
在確定多邊投資架構之必要性之後，國際性的投資框架是以何種方式，是另一需要釐清的問題。主要有三種方式：第一，另外設置一獨立的專門條約 (a stand-alone agreement)，例如 MAI 所建立之多邊投資框架；第二，在現有之 WTO 體系下設置多邊投資架構 (Leal-Arcas, 2009: 122) 之可行性；第三，由現有三千多項雙邊投資條約之規範來建構多邊投資框架 (Leal-Arcas, 2009: 126) 之可行性。

本文第二章第一節第參部分討論 WTO 內括協定下有關投資之措施，例如 GATS 與 TRIMs 協定等規範。因此，鑑於投資與貿易之相關性，若以 WTO 框架建立多邊投資協議，使涉及投資與貿易之爭端可透過 WTO 爭端解決機制解決，或能避免 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟的問題。然而，由 WTO 建立一個多邊投資架構，也面臨不少問題，仍待克服：

1. 開發中國家與已開發國家應尋求共識

建立「WTO 投資協定」(WTO Investment Agreement) 之前，需多加考量開發中國家之態度。投資自由化之進程發展至今，仍是政治敏感之議題，開發中國家擔心全面投資自由化損害其控制經濟的能力，仍有卻步 (Weiss, 2008: 216; Leal-Arcas, 2009: 122)。

因此，在推動投資自由化時，應考量開發中國家可能仍維持投資限制措施，而影響投資活動可得之利益 (Weiss, 2008: 216)；再者，「WTO 投資協定」之條款設計不應停留在冷戰時代，當時之投資條款充滿保護主義，並制定嚴格規定禁止地主國之徵收行為，但現今的投資人已與過去有所不同，如今更加重視市場進入保障及營運自由，不再僅止於投資保障 (Weiss, 2008: 217)；此外，投資的定義仍須釐清，大部分的 IIAs 採取較為廣泛的定義，包含直接投資與間接投資，此寬鬆



定義的做法較為彈性，且能與過去及未來之投資條約進行協調，也有助於開發中國家與已開發國家在投資自由化方面達成共識 (Weiss, 2008: 218)；其中值得注意的是，開發中國家較不願意將 FPI 納入「投資」之定義範圍，以避免投資人進行短期的投機活動，故於制定「WTO 投資協定」時也應一併考量 (Weiss, 2008: 218)；如前所述，1998 年 MAI 也有類似「WTO 投資協定」之倡議，但遭到利益團體的反彈，其認為投資自由化可能影響地主國環境或勞工利益，據此，「WTO 投資協定」在談判期間應透明化，並納入更多面向的考量，例如環境、勞工標準以及永續發展等概念，來設計協定之規範 (Weiss, 2008: 217; Leal-Arcas, 2009: 66-70,73, 121, 124)。

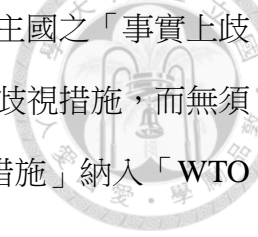
2. GATS 能否替代「WTO 投資協定」之爭議

GATS 規範被稱為第一個多邊投資條約 (Leal-Arcas, 2009: 72, 129)，因此，有論者認為，GATS 透過模式三「商業據點呈現」，已對營業機構之建立 (establishment) 有所規定，要求服務提供者承擔「市場進入」、「非歧視原則」等義務，此時再透過「WTO 投資協定」推動投資自由化，似無太大必要 (Weiss, 2008: 216-217)。

3. WTO 與 BIT 規範衝突問題：非歧視原則

「非歧視原則」為 WTO 之基礎原則，包括最惠國待遇與國民待遇，故「WTO 投資協定」勢必採行「非歧視原則」，而禁止地主國歧視措施，但何種地主國之歧視措施，違反「非歧視原則」，仍待釐清 (Weiss, 2008: 218)。

地主國之「法律上歧視措施」，原則上違反「WTO 投資協定」下的「非歧視原則」，但是否涵蓋地主國「投資進入前」(pre-admissions) 所採行之限制、投資鼓勵或績效要求等措施，值得深思，換言之，「WTO 投資協定」是否應更具體地區分「法律上歧視措施」類型，並將某些類型之「法律上歧視措施」排除，否則地主國投資前的行為，可能也因未符「非歧視原則」而有違「WTO 投資協定」(Weiss, 2008: 218)。因此，學者 Weiss 建議，由於投資人進入之議題敏感，應排除地主國



於此議題之「非歧視原則」之義務較妥 (2008: 218)。再者，地主國之「事實上歧視措施」仍可能造成歧視效果，卻因不構成「WTO 投資協定」歧視措施，而無須承擔「WTO 投資協定」之義務，因此是否應將「事實上歧視措施」納入「WTO 投資協定」下的歧視措施，值得觀察 (Weiss, 2008: 218)。

4. 「WTO 投資協定」設置 ISDS 衍生問題

「WTO 投資協定」設置 ISDS，並給予投資人提訴權，一來可統一解決投資與貿易爭端，避免投資人濫訴或影響地主國公共政策措施；二來可避免本文所欲探討之 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟問題 (Weiss, 2008: 219)。然而，「WTO 投資協定」設置 ISDS，可能產生以下問題：

第一，學者 Philip M. Nichols 指出此舉可能使 WTO 爭端解決機制面臨過多訴訟；Nichols 也指出，WTO 擴大適格性，將使私人可向 WTO 提訴，而私人更關注私益而非共同利益 (the common good) (Sarooshi, 2014: 463)。

第二，賦予私人在 WTO 提告之權利將破壞 WTO 現行規範，故此舉無異於一國採取單邊措施，為 WTO 明文禁止 (Klopschinski, 2016: 229)。

第三，與 WTO 下常設機構不同，投資仲裁員多半為國際商務背景之執業律師，故可能不甚了解 WTO 規範與法理，且有時投資仲裁庭也無相關 WTO 法理可供參考 (Lin, 2016a: 309)。對此情形，林彩瑜教授認為，WTO 可提供專業法律意見，以促進投資法建制與 WTO 規範間的一致性，包括 WTO 以「法庭之友」(amicus curiae) 的身分提供專業意見，或當投資仲裁庭面臨解釋或適用 WTO 規範之困難時，有義務先向上訴機構提出先決問題，再由上訴機構針對先決問題發布諮詢意見 (advisory opinion) 解決 (2016a: 309-312)。

第四，WTO 內括協定與投資條約規範可能彼此不相容 (compatibility)，故兩種機制於審理政府措施之時，可能因不同解讀方式，導致條款解釋與適用衝突等



判決不一致之弊端 (Lee, 2013: 436-437)。⁵¹⁶

第五，如何協調出所有 WTO 會員均能滿意之 ISDS 制度，仍未可知 (Weiss, 2008: 219)。雖然學者 Benno Ferrarini 認為，以 WTO 建立多邊投資架構可顧及各國利益，其原因在於 WTO 以「共識」為基礎，開發中國家有關切並改變結果的機會 (Leal-Arcas, 2009: 129-130)。然而，應值得注意的是，學者 Claude E. Barfield 認為，WTO 所重視的共識決有其體制上的缺陷 (constitutional flaw)，可能限制其與時俱進、制定新興仲裁規定的能力 (Leal-Arcas, 2009: 131)。因此，共識決帶來之缺點，可能影響「WTO 投資協定」成敗。

綜合以上，透過 WTO 建立多邊投資架構，統一處理涉及貿易與投資之爭端，應可處理本文所關切的平行訴訟問題。然而，因以上問題於現階段難以克服，目前採取其他調和并行訴訟之方式，應是較佳選擇。

貳、投資法建制之「結構改革」

一、「結構改革」內容

投資法建制內部之法治問題，可透過「結構改革」加以改善。法治問題即法一致性、可預測性與中立性 (Garcia et al., 2015: 862-863)。Garcia 等人認為，可從增加一致性 (coherence)、漸進演變 (2015: 871-873) 與透明程度 (transparency) 等三方面，改善法治問題。

在投資法建制一致性之方面，投資仲裁法理與實務並無遵守「遵循先例原則」之義務，故難以形成後案可依循之仲裁判斷體系 (Commission, 2007: 135; Waibel, 2014a: 4; Schill, 2009: 284)。⁵¹⁷因此，投資仲裁程序無判斷標準，使仲裁庭有時會做出不一致之仲裁判斷，除不利於投資法建制一致性 (Garcia et al., 2015: 872)，仲裁判斷不連貫，也將使國家在實施公共政策時 (Garcia et al., 2015: 873)，進退失據，

⁵¹⁶ 請參見第四章第一節第參部分「參考其他機構判決為事實證據」。

⁵¹⁷ 請參見第二章第一節第參部分「三、知識性碎裂化」。



更可能因違反投資條約，須負擔龐大的賠償金。

在漸進演變方面，投資仲裁缺乏穩定體系以調適制度變化，主要原因有二：第一，投資仲裁缺乏上訴機構以推動新規範之演變 (Garcia et al., 2015: 873)。第二，如同投資法建制一致性之問題，投資仲裁並無遵守「遵循先例原則」之義務，而難以形成可依循的投資仲裁先例體系 (Commission, 2007: 135; Garcia et al., 2015: 873)，作為漸進演變的基礎。⁵¹⁸

最後，在透明程度方面，投資仲裁源自於商務仲裁，基於商業考量，通常希望仲裁程序以秘密方式進行 (Garcia et al., 2015: 871-872)，但投資仲裁判斷牽動地主國政策，故若透明化不足，將難以信服於地主國及其人民。

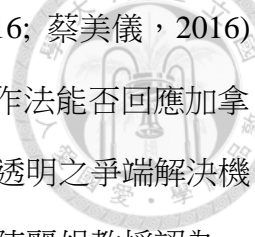
二、以 TTIP 與 CETA 為例

區域主義下的 TPP 與 TTIP 等自由貿易協定，在其投資爭端解決機制規範中，亦有與「結構改革」相關之內容 (Garcia et al., 2015: 884)。例如，在 TTIP 談判中，即便美國歐巴馬政府確信，已對 ISDS 進行「結構改革」與「條約原理改革」，歐盟也同意將 ISDS 納入 TTIP 之下，然而 2015 年 1 月，歐盟委員會指出 TTIP 中的 ISDS 制度仍需朝四方面改進，其中與「結構改革」相關者為，增加對投資仲裁庭之監理與增設上訴機制兩方面 (Garcia et al., 2015: 885)。

2015 年 12 月，歐盟於 TTIP 談判中，首度提出以「投資法庭體系」 (Investor Court System，以下簡稱 ICS) 代替 ISDS，期能同時兼顧投資人保障及地主國採取公共政策之空間。目前，歐盟正推動以 ICS 取代過去所簽投資條約下的 ISDS，並以此作為未來之爭端解決機制 (貿易動態救濟週報，第 654 期)。⁵¹⁹此外，2014 年完成談判、2016 年已公布之「歐加自由貿易協定」 (Comprehensive Economic and

⁵¹⁸ 然而，學者 Commission 認為，投資仲裁逐年增加其援引之判例，「遵循先例原則」似有發展之可能 (2007: 135-136, 149-151, 157)。此外，投資仲裁庭也曾參考 WTO 小組與上訴機構判決，作為事實證據之現象 (Marceau et al., 2013: 496-497)。請參見本文第四章第一節第貳部分「投資仲裁實務」。

⁵¹⁹ 「美國官員預期在 TTIP 談判上有更多的觀點想法與歐盟趨於相同」；「歐盟貿易委員鼓吹 TTIP 中設立投資人法庭系統之益處」 (貿易動態救濟週報，第 654 期)。



Trade Agreement，以下簡稱 CETA)，也引進 ICS (吳柏寬，2016; 蔡美儀，2016)，展現對於投資法之「結構改革」。但當前最大的困難是，此作法能否回應加拿大、歐盟公民和企業多方面之需求，並提供比 ISDS 更為公平與透明之爭端解決機制 (陳麗娟，2015: 200; 吳柏寬，2016; Garcia et al., 2015: 885)。陳麗娟教授認為，CETA 可能為未來歐盟及加拿大與其他國家簽署自由貿易協定的藍本，未來也會有更多國家跟進，例如歐盟與美國間的 TTIP (2015: 200)。

ICS 應有助於改善投資法建制之結構缺陷：第一，ICS 改變過去特設仲裁法庭之制度，而建立常設投資爭端解決法庭，爭執雙方將於此常設法庭進行仲裁，且該法庭有公開任命之法官，不再由國家與投資人指派仲裁人 (陳麗娟，2015: 199; 貿易動態救濟週報，第 654 期)。第二，投資法庭增加上訴救濟，模仿國內法制度中的上訴審，一方面針對法律的正確性進行審查並檢視錯誤 (陳麗娟，2015: 199)，另一方面亦可避免仲裁庭之間見解或判決不一致的問題 (Constain, 2014: 28)。第三，制定更為明確的行為準則，以避免利益衝突。例如，法庭成員和上訴法庭法官不得身兼其他投資爭端之律師或諮詢專家 (陳麗娟，2015: 199)。第四，設置時程限制之規定，以增進投資法建制之穩定性，並避免動輒興訟的問題。例如，投資人三年內若無法裁決爭端，不得再行請求救濟；同時嚴禁動輒興訟，規定敗訴須負擔訴訟費用 (陳麗娟，2015: 199)。又如，投資人在提出諮商後，若未能於 18 個月內提交仲裁，將被視為放棄提訴權，該投資人不得再依投資條約對同一措施提交仲裁 (王煜翔，2016)。第五，提升仲裁透明性，要求訴訟程序透明，包括文件公開、開放審理程序與給予利害關係人提訴權等規定 (陳麗娟，2015: 199)。

以上發展，說明近期投資法建制的確進入了典範轉移的階段，並期望針對目前建制之法治缺陷，進行「結構改革」。

參、「條約原理改革」

投資條約之「條款原理改革」與本文所探討之平行訴訟調和密切相關 (Garcia



et al., 2015: 888)。上述所提之 TPP 與 TTIP，除了進行「結構改革」，在規範上也有新的突破 (Garcia et al., 2015: 884)，其中，某些條款設計應有助於調和parallel訴訟，與本文之研究問題密切相關，以下分別說明之：

一、排除 FET 增加締約國義務

某些投資人透過 BIT 內的 FET 納入其他國際條約之義務，並據此主張地主國某些投資活動違反其他國際條約之義務，而有違 BIT 下的 FET 義務，致生投資仲裁庭審理其他國際條約義務之 BIT 準據法擴大現象。⁵²⁰鑑此，有些投資條約設置「排除國際協定義務條款」(delinking breach of international agreement clause)，排除其他國際協定之義務構成投資條約下的 FET 之違反可能 (Lin, 2016b: 86)。⁵²¹例如「美韓自由貿易協定」(The United States–Korea Free Trade Agreement，以下簡稱 KORUS FTA) 第 11.5 條「最低標準待遇」(minimum standard of treatment) 規定與 ANZTEC 第 12 章第 10.4 條，排除自身條約中的最低標準待遇或 FET 規定適用其他國際協定之義務 (Lin, 2016b: 86)。申言之，地主國若違反其於其他條約之義務，投資人無法主張地主國違反 BIT 下的最低標準待遇義務 (Lin, 2016b: 87)。

在 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之脈絡下，此種條款似可避免投資仲裁庭透過投資條約之 FET 條款，審理 WTO 爭端，然而，此種條款之適用須以其他國際協定義務之違反為前提，申言之，若尚未有違反其他國際協定義務之認定，則無此種條款之適用，此時投資仲裁庭仍可透過投資條約之 FET 條款，對地主國措施是否違反 WTO 規範進行審理 (Lin, 2016b: 87)。因此，於此種情形下，「排除國際協定義務條款」仍無法避免 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟。

⁵²⁰ 請參見第二章第一節第參部分「一、規範性碎裂化」。

⁵²¹ *Supra* note 51.有關投資條約透過 FET 擴大準據法範圍之現象與衍生問題，請參見第二章第一節第參部分「一、規範性碎裂化」與第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」。WTO 內括協定與投資條約準據法擴大適用雖有弊端，但條約解釋與準據法之適用，也可能有助於促進兩種程序之優點 (例如若投資條約有場域選擇、事務管轄權例外等條款時，WTO 是否需納入考量，並據以管理平行訴訟)，請參見本章與第四章之討論。

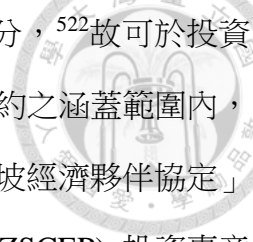


二、例外條款

有些投資條約設置公共政策之例外條款 (carve-out provisions or subject matter exclusion)，限縮投資條約之事務管轄權，此種「避風港」(safe harbour) 條款 (Allen & Soave, 2014: 53)，主要係為維護國家制定公共政策之自主性 (Garcia et al., 2015: 888)，保障較敏感的領域。然而，因例外條款同時也排除投資仲裁庭之管轄權，使國家於特定領域上可免於 BIT 義務之責任，故可間接避免 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟 (Allen & Soave, 2014: 51-52)。然而，Garcia 等人指出，各國設置例外條款之意識雖增加，但根據 UNCTAD 的文獻顯示，1990 年至 2014 年間，僅有 90 項雙邊投資條約設有此類條款 (2015: 889)。

(一) 明文例外條款

早期投資條約之例外條款多來自於國際習慣法，以國家的「根本安全利益」作為例外；相較之下，新型投資條約增加許多公共政策例外之領域，包括環境保護、國家安全、金融服務、文化考量、公共衛生等方面 (Garcia et al., 2015: 889)。又如 CETA，其雖強化投資自由化，但也排除適用某些領域，以維護國家各自的規制權 (right to regulate)。例如，CETA 不適用於航空服務 (air service) 及其相關措施、空中運輸服務、歐盟境內的視聽服務 (audiovisual services)；亦不適用於加拿大的文化產業 (cultural industries) (陳麗娟，2015: 198)。「中國大陸-紐西蘭自由貿易協定」(the New Zealand-China Free Trade Agreement) 第 145 條亦為例外條款，該條排除條約之徵收規範適用於國家為公共目的所作之措施，也排除徵收規範適用於符合 TRIPS 協定的「強制徵收」行為 (Trakman, 2012:96)。顯見，例外條款允許中國大陸與紐西蘭，基於保障公共利益而為之措施，如公共衛生、安全、與環境等，因此限制投資人對地主國進行訴訟之議題領域，不過當前尚未有仲裁判斷說明此種條款之效果為何 (Trakman, 2012:96-97)。



此外，如前文所述，貿易與投資法於義務上有許多重疊部分，⁵²²故可於投資條約設置例外條款，將 WTO 內括協定之某些措施排除於投資條約之涵蓋範圍內，因此能避免 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。例如「紐西蘭-新加坡經濟夥伴協定」(New Zealand and Singapore on a Closer Economic Partnership, ANZSCEP) 投資專章第 26 條第 2 項，排除國民待遇與最惠國待遇義務適用於服務業章節下的「商業據點呈現」。⁵²³換言之，若國家確有違反國民待遇或最惠國待遇之義務而違反 WTO 規範，並不受 ANZSCEP 之拘束，因此不致與 WTO 產生管轄權重疊的問題 (Allen & Soave, 2014: 52)。

又如 US Model BIT 第 6 條第 5 項規定，地主國發布、撤銷及建立與智慧財產權相關之「強制授權」時，若不違反 TRIPS 協定，則 US Model BIT 徵收規範不適用於「強制授權」之行為 (Lin, 2016a: 301)。因此，就符合 TRIPS 協定之「強制授權」行為，地主國無需就此負擔投資條約義務，而投資人於此不受 US Model BIT 保障，不得主張地主國違反投資條約義務 (Allen & Soave, 2014: 53)。

ASEAN CIA 亦設有例外條款，第 3 條第 4 項與 3 條第 5 項規定，涉及 ASEAN Framework Agreement on Services 之服務貿易措施，不受該協定國民待遇及最惠國待遇規範之拘束 (Allen & Soave, 2014: 52)。又，該條約第 14 條之徵收與補償規範，規定香菸生產與製造相關之公共政策規範，為該條之例外 (Alschner, 2014: 292)。

(二) 非明文之例外規定

相較於上述之明文規定，有些條約並無明文設置例外規定，然而，有學者認為透過以下方式，仍可產生明文例外條款之效果。

⁵²² 請參見見本文第二章第一節第參部分「一、規範性碎裂化」；第二節第貳部分「規範性碎裂化所引發之問題」；本章第二節第壹部分「從雙邊或區域邁向多邊投資架構」。

⁵²³ ANZSCEP 第 26 條第 2 項: Articles 28, 29 and 30 shall not apply to any measures affecting investments adopted or maintained pursuant to Part 5 to the extent that they relate to the supply of any specific service through commercial presence as defined in Article 16(n), whether or not they are covered by Annex 2.



1. 習慣法「必要性原則」與投資條約之「非排除措施」

投資仲裁庭透過「闡釋性改革」(interpretive reforms)，仍可參考或適用 (Garcia et al., 2015: 889-891) 國際習慣法中的「必要性原則」(defense of necessity) 及投資條約之「非排除措施」(Non-Precluded Measures，以下簡稱 NPMs)，以避免與 WTO 產生平行訴訟之可能。其中，地主國可援引習慣法中的「必要性原則」，或於投資條約中設置 NPMs 措施條款 (Burke-White, 2008: 207; Garcia et al., 2015: 890) 等，主張地主國之措施與該國之政策目標足夠相關 (sufficiently related)，且為唯一措施，故可排除於條約之適用 (Garcia et al., 2015: 890-891)。其中「唯一措施」係指，投資仲裁庭評估國家所為措施是否基於合法管理之目的時，需檢視較不限制投資之唯一作法 (Less Investment Restrictive Alternative, LIRA)，以平衡投資限制所生之負面效果及國家公共政策之規制權 (Garcia et al., 2015: 890)。

2. 參考 WTO 內括協定之例外條款

學者 Sappideen & He 認為，可參考 WTO GATT 第 20 條與 GATS 第 14 條例外條款，來建立投資條約之例外條款範本，排除對特定領域之投資仲裁庭之管轄權。GATT 第 20 條與 GATS 第 14 條維護國家政策目標，包括維護公共道德、人類、動植物生命或安全與保育耗盡的自然資源等。近期許多投資條約也參考 GATT 第 20 條與 GATS 第 14 條而訂定例外條款，例如 KORUS FTA 第 23.1 條，即是「一般例外」條款，惟該條範圍僅限於商品與服務貿易活動，尚未擴及投資活動 (Sappideen & He, 2015: 113-115)。然而，須留意的是，不可忽略投資條約投資保障與投資促進之宗旨與目標，故應於國家規制權與投資人利益損害之間取得平衡，否則也無須相互妥協並達成投資條約；同時，也須秉持「誠信原則」進行訴訟程序，避免濫用程序 (Sappideen & He, 2015: 115)。

綜上所述，針對特定領域設置例外條款，在保障地主國規制權之同時，亦可間接避免 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟問題。但 Allen & Soave 認為，仍有以下難解問題：

第一，由於貿易與投資法在義務上多有重疊，將導致投資條約之涵蓋範圍過於限縮，勢必影響投資人之提訴權與投資保障；

第二，投資仲裁庭於適用例外條款時，可能對 WTO 內括協定之內容進行解釋，以判定仲裁庭有無管轄權，而可能產生與 WTO 判例解釋不一之情形，例如，US Model BIT 第 6 條第 5 項，要求投資仲裁庭檢視地主國措施是否符合 TRIPS 協定，若是則可排除 US Model BIT 的「強制授權」之適用，故仲裁庭勢必將對 TRIPS 協定相關內容進行解釋，而生與 WTO 爭端解決機制解釋不一致之可能；⁵²⁴

第三，各國主要係基於保障規制權而採納例外條款，故各國較不可能僅為規避 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，而特別限制設置例外條款 (2014: 53)。

總此，國家應採取較溫和之立場，僅針對特定領域設置例外條款，排除投資條約對特定領域之管轄權，使國家得以增加論述空間，增進政策自主性，同時也能減少 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟問題，進而增加各國設立例外條款之意願。

⁵²⁴ 請參見第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」中，有關投資條約準據法範圍擴大所引發問題之討論。

第三節 國際法原則法典化



本文將學者 Allen & Soave 所提之「順序條款」(Sequencing Provisions)、「有限訴訟暫停條款」(Bounded Stay Provisions) 及「適用其他訴訟認定條款」(Clauses Regulating the Use of Findings from other Proceedings) 歸納為國際法原則法典化。於投資條約中將國際法原則法典化，將可增加適用原則之正當性，且有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟。以下本文將針對三種條款，逐一探討。

壹、「順序條款」(Sequencing Provisions)

Allen & Soave 提出「順序條款」，此種規範要求後繫屬法院暫停對案件進行審理 (2014: 55)。林彩瑜教授所提之「暫停仲裁程序條款」(Stay Investment Arbitral Proceedings Clause) 有類似意涵，亦即若另有基於國際協定所引起之訴訟程序，投資仲裁庭應暫停其仲裁程序 (2016b: 88)。由此觀之，本文認為此條款應為第四章第二節「司法禮讓原則」與「待決訴訟原則」下大陸法系規定之法典化。

2014 年「CETA 第 8 章第 8.24 條、2016 年『歐越 FTA』(The European Union-Vietnam Free Trade Agreement, EVFTA) 第 8 章第 2 節第 8.8 條及『歐星 FTA』(The European Union-Singapore Free Trade Agreement, EUSFTA) 第 9 章 9.29 條第 10 款」(王煜翔，2016)，即為「順序條款」，其規定若有平行訴訟情形，仲裁庭應盡快暫停程序，或確保於其判決中，參考其他訴訟程序，以避免重複救濟或判決結果不同的問題 (王煜翔，2016)。

因此，未來面臨 WTO 爭端與投資仲裁時，基於「順序條款」，投資仲裁庭似有必要暫停仲裁程序，而調和兩種機制之平行訴訟 (Lin, 2016b: 88)。然而，此種條款能否確實調和_parallel_訴訟，端視條款明確性與否。林彩瑜教授以 CETA 為例，投資仲裁給予「回溯性補償」，不同於 WTO 規範下的「前瞻性補償」，則是否符合



第 8.24 條所稱之「重複救濟」，仍有疑問 (2016b: 88)。此外，該條容許仲裁庭以參考 WTO 訴訟程序取代暫停仲裁程序，因此，仍無法避免兩種機制之平行訴訟 (Lin, 2016b: 89)。

Allen & Soave 又提及與「順序條款」相關之「別訴禁止條款」(claim preclusion)，以處理 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟 (2014: 55)。「別訴禁止條款」規定，若一爭端已由其他司法機構進行審理，該條款完全禁止締約國針對同一爭端另行提訴。因此，此類條款類似「先繫屬原則」(first-filed rule)，使爭端僅能透過一爭端解決機構處理，故有助於法一致性 (certainty) 與終局性 (finality) (2014: 55)。值得注意的是，「別訴禁止條款」並提供投資人場域選擇，故與岔路條款有所區別。

此條款於調和 WTO 爭端與投資仲裁之方式如下，地主國若已於 WTO 爭端解決機制尋求救濟，則投資人不得再針對同一措施依投資條約提出仲裁；反之，投資人若已依投資條約提出仲裁，DSU 可透過修改，使國家不得再提出爭端解決程序 (2014: 55)。

以上兩種條款之異同在於，「別訴禁止條款」與「順序條款」雖皆以先繫屬法院為優先，以處理平行訴訟問題，然而，「別訴禁止條款」較「順序條款」嚴格，前者禁止締約國對同一爭端重複提訴，而後者僅要求後繫屬法院暫停對該爭端進行審理 (2014: 55)。然而，Allen & Soave 也提醒，若投資人須緊急解決爭端，機械性地運用「順序條款」，可能使投資人之提訴權受到影響 (2014: 55)。事實上，「別訴禁止條款」與「順序條款」皆會產生別訴禁止的問題，而影響國家或投資人分別於 WTO 爭端解決機制與 ISDS 的訴訟權 (2014: 55)。

貳、「有限訴訟暫停條款」

學者 Allen & Soave 提出軟性的「有限訴訟暫停條款」，此種條款強化與指導 (guide) 投資仲裁庭或 WTO 爭端解決機制「固有管轄權」之行使，使其於平行訴



訟時，得以暫停自身訴訟程序 (2014: 5, 55)。由此觀之，本文認為「有限訴訟暫停條款」應為「固有管轄權」法典化。另值得注意的是，該條款並未強制要求 (compel) 司法機構暫停自身訴訟程序 (2014: 5, 55)。

「固有管轄權」源於國家機構之職能，可決定對某爭端有無實體管轄權，或管轄權已經合法建立但不受理等問題，以確保法律程序之便利與公平性、避免程序遭到濫用 (Mason, 1983: 449; Lacey, 2003: 65-66) 或維持司法體系有秩序之運作 (Mitchell & Heaton, 2010: 562) 等。⁵²⁵從 WTO 判例⁵²⁶與投資仲裁庭判斷⁵²⁷可知，WTO 與投資仲裁庭皆有「固有管轄權」之實踐，然而，若能以「有限訴訟暫停條款」將「固有管轄權」法典化，授權投資仲裁庭或 WTO 於平行訴訟時，暫停其自身訴訟程序，將能增加正當性 (Allen & Soave, 2014: 5, 55)。

然而，如同其他章節之討論，⁵²⁸依 WTO 爭端解決機制之見解，WTO 雖可基於「固有管轄權」而適用國際法原則，但仍受限於 DSU 規範，而不得任意違背締約國同意之條約意義 (Allen & Soave, 2014: 55; Nguyen, 2013: 139; Mitchell & Heaton, 2010: 563, 575)。例如，WTO 爭端解決機制受限於 DSU 有關時限之規定，故實務上極少會暫停訴訟 (Mitchell & Heaton, 2010: 601-602)。Allen & Soave 認為，若能修正 DSU，使在特殊情況下，WTO 小組或上訴機構若經控訴方或被告方要求，可暫停訴訟，則不受到 DSU 原本時程之限制 (2014:5, 55-56)。

綜合以上討論，本文認為「有限訴訟暫停條款」應為「固有管轄權」法典化，其運用上若能符合 DSU 相關規範，應有助於 WTO 與投資仲裁調和彼此訴訟程序。

⁵²⁵ 請參見第四章第二節第壹部分「固有管轄權」。

⁵²⁶ *Id.*

⁵²⁷ *SPP (ME) v. Egypt*, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction, *supra* note 394, ¶ 87; 請參見第四章第二節第貳部分「三、司法禮讓原則」。

⁵²⁸ 請參見第三章第三節第參、肆部分；第四章第二節第壹部分「固有管轄權」。



參、「適用其他訴訟認定條款」

學者也提出，投資條約之締約國可設置條款，規範仲裁庭於何種情形下，應「適用」其他國際性司法機構的判決或判斷 (Allen & Soave, 2014: 56; Lin, 2016a: 306-307)。然而，Allen & Soave 又指出，應以軟性條款及個案判斷較妥善，以免過度影響小組與仲裁庭之判決。依據前文所述，⁵²⁹WTO 並無「遵循先例原則」之實踐 (Henckels, 2008: 574; Commission, 2007: 135; Garcia et al., 2015: 873)，由此觀之，此種條款應為「遵循先例原則」之法典化規定。

實務上，仲裁庭有時參考其他司法機構之判決或判斷，惟尚無相關明文規定 (Marceau et al., 2013: 496-497; Weiss, 2008: 213)。⁵³⁰因此，若明文化規範將能增加拘束力，雖無法直接避免 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟，但如同 Lee 所言，將有助於貿易法與投資法之一致性 (2013: 438)，亦為可行方向。

第四節 小結

第四章所討論之一般法律原則中，若干原則之適用應有助於 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟現象。此外，BIT 管轄權條款亦可調和兩種程序之平行訴訟。其中，場域選擇條款可於程序上調和 parallel litigation；而規範衝突條款，可使某法域之程序性規範具優先效力而適用 (Pauwelyn, 2003b: 1015; Allen & Soave, 2014: 42-43; Waibel, 2014a: 9; Yang, 2014: 129-135)，進而可調和 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟。在兩者調和方式上，WTO 或可參考或適用外來之場域選擇或規範衝突條款作為小組審理某案之法律障礙；投資條約則可適用其自身之場域選擇或規範衝突等條款，來管理兩種機制之平行訴訟。

綜合以上討論，本文發現，投資條約之場域選擇條款中，嚴格管轄權條款之

⁵²⁹ 請參見第四章第一節第參部分「參考其他機構判決為事實證據」。

⁵³⁰ *Id.*



ICSID 第 27 條、剩餘管轄權條款、岔路條款及衝突規範條款，較可為 WTO 爭端解決機制參考或適用與投資仲裁庭適用，並據以調和并行訴訟。而投資法典範轉移下的改革倡議中，例外條款應可間接調和并行訴訟。另外，Allen & Soave 提出之三種新型條款，本文歸納為國際法原則法典化，均有助於調和并行訴訟。

此外，Allen & Soave 贊成透過投資條約之條款規定，調和并行訴訟，其原因在於：第一，此作法優點為較高預測性，可規範仲裁員之行為；第二，因條約源自於國家同意，故較具正當性 (2014: 50)。

然而，如同本章所示，各種條款雖有效避免并行訴訟問題，但於實際操作上仍有諸多限制，而有賴各爭端解決機制、締約國與投資人各方之配合，始能調和 WTO 爭端與投資仲裁之并行訴訟。體現在以下兩方面：

第一，各種條款之運用有其限制以及兩種爭端解決機制能否確實運用條款管理訴訟程序，仍有疑問。

值得注意的是岔路條款與規範衝突條款之運用。岔路條款為順序性規定，若國家於 WTO 提訴在前，投資人於投資仲裁庭提訴在後，則投資仲裁庭得以適用岔路條款，調和并行訴訟；然而，若投資人於投資仲裁庭提訴在前，國家於 WTO 提訴在後，則投資仲裁庭無從適用岔路條款，且 WTO 依 DSU 規範又有強制、專屬管轄權，此時，WTO 爭端解決機制能否參考或適用本文第四章歸納之一般法律原則或本章討論之相關條款？猶有疑問。

規範衝突條款則有條款規定與訴訟先後順序不一致之困境，亦即若國家於 WTO 提訴在前，投資人於投資仲裁庭提訴在後，則僅在規範衝突條款以 WTO 場域優先，能由投資仲裁庭管理訴訟程序，但規範衝突調款若以投資仲裁庭為優先場域，此時將無從解決并行訴訟之困境。若投資人於 ISDS 提訴在前，國家於 WTO 提訴在後，則僅在規範衝突條款以投資仲裁場域優先，理應由 WTO 管理訴訟程序，但此時再度面臨 WTO 爭端解決機制能否參考或適用一般法律原則或 BIT 管轄權相關條款之爭議；而若該規範衝突條款以 WTO 場域為優先，更無助於管理并行訴訟

程序。

第二，除了條款本身之侷限性，尚須考慮地主國與投資人母國是否有意願增設新行條款。在投資仲裁方面，由於 WTO 爭端與投資仲裁重疊數量較少，條約制定者並無誘因另設條款去避免此種情形 (Allen & Soave, 2014: 50)。此外，截至 2016 年 8 月，已有 2,993 雙邊投資條約生效 (UNCTAD, 2016b)，因此，難以全面性地規避平行訴訟；而在 WTO 方面，考量到當前 WTO 有更多挑戰與目標，將重心放在修改 DSU 之可能性不高。以上各種問題，均有賴未來判例累積與實踐。



第六章 研究結論



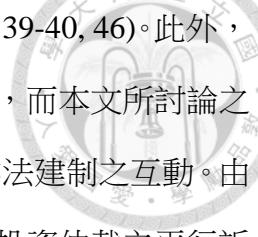
第一節 研究發現

1990 年代以來，投資條約 (Garcia et al., 2015: 866; Leal-Arcas, 2009: 59) 及投資仲裁案件大增 (IIA Issues Note, 2015:2; ICSID, 2016: 7)，投資法之快速發展，也凸顯諸多結構與制度之問題 (Garcia et al., 2015: 861)，引發各國、學界及國際社會對 ISDS 制度及投資仲裁之反思。本文發現，WTO 爭端解決機制與投資仲裁平行訴訟之現象很可能對國際法體系、地主國、WTO 爭端解決機制及投資仲裁庭等多方面的負面影響。此外，當前確有兩種機制平行訴訟之案例，亦有可能發展成平行訴訟之案例，例如 *Eli Lilly v. Canada* 案。然而，在當前改善 ISDS 制度之趨勢下，卻因相關案例少、法理不足，使此現象較少受學界及國際社會關注，且僅有少數學者進行研究。再者，本文發現，目前並未有完善機制調和兩者之平行訴訟，實際上，WTO 協定與投資條約並無機制或條款，致無法勝任調和兩者平行訴訟的角色。

因此，針對相關研究及調和機制之缺漏，本文旨在探討 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟現象及調和方式。為達成本文之研究目的，並回答研究問題，本文研究方法為：透過蒐集並分析相關文獻、比較分析 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭兩種機制，包括規範、法理、判例與學者見解等。此外，本文亦採取案例研究法，以了解 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟實際之案例，及兩爭端解決機制各自如何看待此現象。

針對本文研究問題，本文暫得四項結論，分述如下：

第一，WTO 爭端與投資仲裁間爭端當事方與訴訟原因可能不同，故依據 Shany 對管轄權之定義，難調為管轄權重疊，但不可否認兩項訴訟涉及相似措施，且具



相關性，故應可稱兩項訴訟為平行訴訟現象 (Shany, 2003: 34-37, 39-40, 46)。此外，依 Shany 對國際性司法機構之管轄權重疊之分類 (2003: 29-74)，而本文所討論之 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，應歸屬於類型二——全球性專業法建制之互動。由此可知，應從全球性專業法建制之互動角度，觀察 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟現象。

WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭皆對某一爭端有管轄權，致生 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟，此源於國際法碎裂化現象。WTO 規範與投資條約等兩建制展現了程序面的「機制性碎裂化」，以及實體面的「規範性碎裂化」與「知識性碎裂化」等三種國際法碎裂化之面向。如同國際法統一論學者之看法，國際法碎裂化確會產生負面影響，本文發現，多種面向衍生之 WTO 爭端解決機制與投資仲裁平行訴訟，確實衍生諸多問題，包括影響國際法體系、與三種國際法碎裂化有關之負面影響及 ISDS 政治化之可能。然而，吾人仍不可忽視國際法體系呈現多元性的面貌，應以調和方式管理 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟程序，以減緩對國際法、地主國、WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭等造成負面影響。

第二，四件 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟案例中，本文發現，WTO 爭端與投資仲裁並未積極調和彼此之平行訴訟，因此也無法釐清兩種機制如何調和_parallel 訴訟。然而，在檢視案例後，對於平行訴訟調和，本文仍發現三則之啟示：其一，兩者之平行訴訟確實帶來負面影響；其二，貿易與投資法之互動增加；其三，WTO 有可能透過運用國際法律原則或外來條約之場域選擇條款作為小組審理某案之法律障礙，而投資仲裁庭有可能透過自身條約，調和_parallel 訴訟。由此可知，實際案例顯示，平行訴訟現象確實帶來負面影響，且因貿易與投資法互動增加，應有適用與參考國際法原則或投資條約條款等調和方式，有必要進行調和。

第三，本文首先釐清何謂外來法源，以及 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否參考或適用外來法源，否則本文討論之國際法原則與投資條約條款與改革倡議，將無從被參考或適用，更別提進一步協助調和_parallel 訴訟。而依據表 4-1 之討論，本



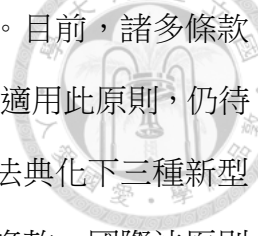
文發現，在無 BIT 管轄權相關條款時，WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭基於「固有管轄權」，確有參考或適用外來法源之機會；在投資條約設有 BIT 管轄權相關條款之時，WTO 爭端解決機制可能同時運用一般法律原則與該條 BIT 條款，而投資仲裁庭會適用該 BIT 條款，以管理訴訟程序。

根據表 6-1 之歸納，「司法禮讓原則」、「誠信原則」、「禁反言原則」與「權利濫用原則」等一般法律原則，有機會為 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭參考或適用，並進而調和并行訴訟。然而，在實際適用上，仍有若干限制。其中，投資仲裁庭較有可能透過「司法禮讓原則」進行訴訟程序調和，而 WTO 則礙於 DSU 規範之限制；「誠信原則」與「禁反言原則」較難以被投資仲裁庭運用以管理并行訴訟等問題；「誠信原則」、「禁反言原則」與「權利濫用原則」如何調和 WTO 爭端與投資仲裁之問題，目前僅止於學術討論，尚無實例；「禁反言原則」之適用尚須檢視 WTO 爭端與投資仲裁是否符合同一主體之要件；「權利濫用原則」又有 WTO 方面較不願意判定控訴之會員國為惡意提訴等障礙。

即便如此，由結果觀察，確實存在調和 WTO 爭端與投資仲裁兩項程序之國際法原則，應可為 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭基於「固有管轄權」而參考或適用。

第四，本文回應投資條約與投資典範轉移下的改革倡議是否有助於并行訴訟調和之問題，根據表 6-1 之歸納，投資條約之場域選擇條款中，嚴格專屬管轄權條款如 ICSID 第 27 條、剩餘管轄權條款、岔路條款及衝突規範條款，較可為 WTO 爭端解決機制參考或適用與投資仲裁庭適用，並進一步調和并行訴訟。嚴格專屬管轄權條款中，ICSID 公約第 27 條第 1 項可進行訴訟順序之調和，為一例外。而投資法典範轉移下的改革倡議中，例外條款應可間接調和并行訴訟。另外，本文將 Allen & Soave 提出之三種新型條款視為國際法原則法典化，均有助於調和并行訴訟。

然而，在實際適用上，本文所歸納之場域選擇條款、投資法典範轉移下的改



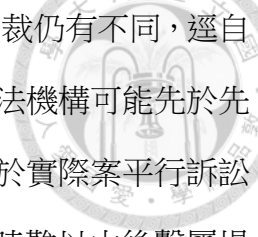
革倡議及國際法原則法典化等三方面，其運用上仍有若干限制。目前，諸多條款之運用均無實際案例，故 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭能否適用此原則，仍待判例累積與觀察，例如岔路條款、規範衝突條款與國際法原則法典化下三種新型條款等。再者，目前多數投資條約並未有規範衝突條款、例外條款、國際法原則法典化下的「順序條款」或「適用其他訴訟認定條款」等投資條約條款設計，故有待未來實踐。又，投資條約下的例外條款國際法原則法典化下的「別訴禁止」條款等條款設計，可能限制投資人提訴權。

此外，投資條約之場域選擇條款、投資法典範轉移之改革倡議及國際法原則法典化，也各有其他運用上的限制：其一，岔路條款之參考或適用，尚須確認兩項訴訟程序是否符合相同主體之要件，且如同 ICSID 公約第 27 條第 1 項，僅限於 WTO 提訴在前，ISDS 訴訟在後的情形。其二，投資仲裁庭適用例外條款時，所作解釋可能與 WTO 判例不一致，且各國於談判投資條約時，有無意願採納例外條款，仍有疑問。其三，國際法原則法典化方面，如同「司法禮讓原則」之限制，投資仲裁庭較有可能透過「有限訴訟暫停條款」進行訴訟程序調和，惟 WTO 則礙於 DSU 規範之限制；「適用其他訴訟認定條款」如同「遵循先例原則」，並無法直接避免 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟，僅能促進兩者之一致性。

即便如此，由以上討論可知，投資條約與投資法典範轉移下的改革倡議中，確有助於調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之條款設計，應有機會為 WTO 參考或適用，並為投資仲裁庭直接適用之。

最後，針對 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭如何運用第四章與第五章討論之調和方式，本文再將以上研究發現歸納於圖 6-1 與圖 6-2：WTO 與投資仲裁庭能否參考或適用外來法源、何種原則與條款有助於調和_parallel 訴訟，以及 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭如何運用調和方式管理彼此訴訟程序。

值得注意的是，以上所臚列之各原則與條款，一方面，其本身均有其實際運用限制；另一方面，本文將 WTO 與 RTA 管轄權重疊之調和方式移植至 WTO 爭端



與投資仲裁平行訴訟，礙於 WTO 與 RTA 相對於 WTO 與投資仲裁仍有不同，逕自運用 WTO 與 RTA 之調和方式可能有爭議。再者，後繫屬之司法機構可能先於先繫屬之司法機構發布判決，例如 WTO 受限於 DSU 時限規範，於實際案平行訴訟案例中（案例二、三與四），往往先於投資仲裁庭做出裁決，此時難以由後繫屬場域管理訴訟程序，亦因先繫屬場域之被告無從主張該司法機構應調和_parallel 訴訟，而難以透過先繫屬場域管理訴訟程序。最後，除了上述程序問題，parallel 訴訟之調和可能產生兩種機制之管轄權規範衝突，而生損害 WTO 或投資條約締約方權利義務之虞。以上種種限制，有賴各國於洽簽條約時，將相關條款納入條約中，同時也須 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭適用或參考之，方能避免 parallel 訴訟問題。

第二節 研究限制

綜合以上本研究之結果，本文發現四項研究限制與問題，有待未來克服，分述如下：

第一，如同文獻回顧之觀察，與 parallel 訴訟相關案件數量有限，僅有四件，且對 parallel 訴訟之調和之啟示不多。此外，學界與國際社會對此議題之關注有限，尚未累積足夠資料，且可能影響本文之推論。

第二，本文透過 WTO 與投資仲裁之規範、法理、實務與學術見解所歸納之可行調和方式，包括國際法原則、投資條約與改革倡議兩方面，有實際操作之困難，有待 WTO 爭端解決機制、投資仲裁庭、締約國，甚至投資人之配合，始能促進調和，分述如下：

其一涉及各種原則與條款調和 parallel 訴訟之侷限性。例如，若投資條約確有調和 parallel 訴訟之相關條款，特別是岔路條款，在 ISDS 提訴為先，WTO 提訴在後的情形下，先繫屬之投資仲裁庭無從適用調和 parallel 訴訟之相關條款，且 DSU 又有強制、專屬管轄權。此時，基於個案事實不同、原被告主張不同，WTO 爭端解決



機制基於其職權，是否確能參考投資條約之調和與平行訴訟條款或適用國際法原則，進而避免平行訴訟？又如規範衝突條款之適用問題，若條款規定之順序與實際訴訟前後順序不一致，而無從調和兩種程序之平行訴訟。

其二涉及爭端解決機制本身，若投資條約無調和與平行訴訟之條款，WTO 爭端解決機制能否基於其職權，而適用國際法原則進行調和？

其三涉及洽簽新型 BIT 條款之可能，對於本文所歸納之調和與平行訴訟之相關條款，締約國與投資人是否有意願採納？

其四牽涉調和與平行訴訟所衍生之實體法問題，亦即若 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭確參考或適用一般法律原則或投資條約，以調和兩種訴訟程序，但是否有影響 WTO 與投資條約整體規範之虞？種種問題，均有待未來實踐與判例累積。


第三，如本文第一章第三節「研究限制」所述，須正視 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭兩種機制之根本差異，致使相關各方調和與平行訴訟之意願不高，包括：公或私法之本質，而影響兩種機制之運作邏輯；地主國與投資人有無維護體系一致性的認知；國家運用 WTO 爭端解決機制與投資人提交投資仲裁之動機不同；國家與投資人所期望之救濟措施不同。

第四，調和 WTO 爭端與投資仲裁後，將無從解決「別訴禁止」之問題。

第三節 研究貢獻

回顧近年各界對於 ISDS 制度及投資仲裁之質疑，其中，有些國家針對外國投資政策排除 ISDS 制度之適用，此舉亦能杜絕 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟問題，例如澳洲於 TPP 第 9 章附件中排除 ISDS 與第 28 章爭端解決規定之適用 (Garcia et al., 2015: 884; Lin, 2013: 447)。⁵³¹

⁵³¹ TPP 第 9 章附件 9-H 規定：A decision under Australia's foreign investment policy, which consists of the *Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975*, *Foreign Acquisitions and Takeovers Regulations 1989*, *Financial Sector (Shareholdings) Act 1998* and associated Ministerial Statements by the Treasurer



然而，本文所關切的是，在 ISDS 制度存在之下，如何減緩兩種機制之平行訴訟問題，而非透過革除 ISDS 制度及投資仲裁來迴避問題，更何況，ISDS 制度並非有害而無利，ISDS 是給予投資人程序上直接的救濟管道，依現況難以全面廢止 (Franck, 2014: 69)，且投資仲裁亦不見得完全偏向投資人較有利，據 UNCTAD 的統計，2014 年仲裁庭判決約 37% 地主國勝訴，25% 投資人勝訴 (UNCTAD 2015: 1)。因此，本文認為，一國排除外國投資政策適用 ISDS 制度雖可避免平行訴訟問題，但並不實際。以本文所臚列之調和方式 (見表 6-1)，來改善 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟之問題，減緩不良影響，應為當前較務實之作法。

我國為 2015 年全球第 17 大貨品出口國與第 18 大進口國 (WTO, 2016: 94)，也為 WTO 會員國，近年來又希望多方洽簽投資條約，以吸引外資，故我國有完善條款設計之必要。據此，由於相關研究及調和機制之缺漏，本文重新檢視 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟現象及其衍生問題，並參考 WTO 爭端解決機制與投資仲裁之規範、法理、判例與學術見解，歸納可行之調和方式。未來我國洽簽投資條約時，對於條約之制定，本文期能提供一個完善條約的方向。

of the Commonwealth of Australia or a minister acting on his or her behalf, on whether or not to approve a foreign investment proposal, shall not be subject to the dispute settlement provisions under Section B (Investor-State Dispute Settlement) or Chapter 28 (Dispute Settlement).



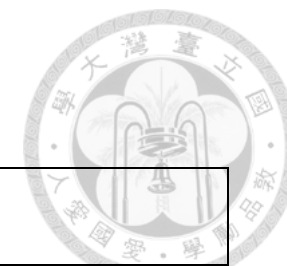


表 6-1：一般與法律原則與投資條約調和 WTO 爭端與投資仲裁之可行性。

調和方式 法源	平行訴訟調和	適用性	限制
一般法律原則 (無 BIT 管轄權 相關條款時)	一事不再理原則	X	WTO 與投資仲裁判例對於「一事不再理原則」之適用，多採取嚴格認定； ⁵³² 投資人須為投資條約之「間接授權」，始有可能符合相同主體之要件， ⁵³³ 且訴訟原因須採寬鬆認定， ⁵³⁴ 始能符合相同訴因之要件；「一事不再理原則」僅具對內效力，而不具對外效力，故無助於調和_parallel 訴訟； ⁵³⁵ 兩者爭端解決救濟途徑不同；兩項程序是否處於同一法律秩序，仍有爭議。 ⁵³⁶
	待決訴訟原則	X	WTO 爭端解決機制面臨以何方式適用之問題； ⁵³⁷ 未具備明確的一般法律原則地位； ⁵³⁸ 無法符合相同訴因或主體之要件，除非訴訟原因須採寬鬆認定， ⁵³⁹ 且司法機構視投資條約僅「間接授權」給投資人； ⁵⁴⁰ WTO「司法積極主義」； ⁵⁴¹

⁵³² 李濬勳，2015: 122; Nguyen, 2013: 152-153; Pauwelyn & Salles, 2009: 104; Allen & Soave, 2014: 22-24.

⁵³³ *Supra* note 485, at 14-15.

⁵³⁴ Reinisch, 2004: 65.

⁵³⁵ 李濬勳，2015: 115, 117-118.

⁵³⁶ International Law Association, *supra* note 12, ¶ 40.

⁵³⁷ Nguyen, 2013: 160.

⁵³⁸ Nguyen, 2013: 159.

⁵³⁹ Reinisch, 2004: 65.

⁵⁴⁰ Kwak & Marceau, 2003: 103; *Supra* note 485, at 14-15.

⁵⁴¹ Kwak & Marceau, 2003: 103.

調和方式 法源	平行訴訟調和	適用性	限制
			投資仲裁庭往往採較嚴格之「三階段同一性測試」； ⁵⁴² 兩種訴訟處於不同法律秩序； ⁵⁴³ 「待決訴訟」在運用上並無法遏止平行訴訟的問題等限制。 ⁵⁴⁴
	司法禮讓原則	V。透過投資仲裁庭暫停訴訟， ⁵⁴⁵ 較可行。	DSU 時限規範之限制； ⁵⁴⁶ 違反 DSU 管轄權規範之虞； ⁵⁴⁷ 兩種機制不熟悉彼此規範之內容； ⁵⁴⁸ 無實際案例等； ⁵⁴⁹ 雙雙暫停管轄權的可能。
	誠信原則	V。WTO 透過「誠信原則」之違反，使外來場域選擇條款形成小組審理爭端之法律障礙。 ⁵⁵⁰	WTO 判例對於「禁反言原則」之適用，並不一致。WTO 方面，「誠信原則」於調和_parallel訴訟之可行性，目前僅止於學術討論，尚未有實例，WTO 小組是否會認定為違反「誠信原則」，尚待觀察。投資仲裁庭難以稱平行之投資仲裁因違反 WTO DSU 相關規定，而透過「誠信原則」調和_parallel訴訟。多方尋求救濟若為締約國於條約同意，難以其提交複數場域有違「誠信原則」。 ⁵⁵¹
	禁反言原則	V。WTO 透過「禁反言原則」主	WTO 判例對於「禁反言原則」之適用，並不一致；WTO

⁵⁴² Yannaca-Small, 2008: 1023-1024.

⁵⁴³ Nguyen, 2013: 161-162.

⁵⁴⁴ Shany, 2003: 212.

⁵⁴⁵ Allen & Soave, 2014: 46.

⁵⁴⁶ Shany, 2003: 265, 279-280; Allen & Soave, 2014: 45.

⁵⁴⁷ Mitchell & Heaton, 2010: 601-604; 林彩瑜, 2011: 403, 405; Kuijper, 2010: 30; Pauwelyn, 2003b: 447-448, 451-455; Henckels, 2008: 574-575.

⁵⁴⁸ Allen & Soave, 2014: 32.

⁵⁴⁹ *Id.*

⁵⁵⁰ Kuoppamäki, 2016: 61; Bregt Natens & Sidonie Descheemaeker.

⁵⁵¹ Kwak & Marceau, 2003: 100-101.

調和方式 法源	平行訴訟調和	適用性	限制
		張，使外來場域選擇條款形成小組審理爭端之法律障礙。 ⁵⁵²	爭端與投資仲裁間是否符合該原則之要件亦即相同爭議、終局判決與相同當事方，仍有爭議， ⁵⁵³ 投資人須「間接受權」，始有可能符合相同主體之要件； ⁵⁵⁴ 「禁反言原則」之適用於調和與平行訴訟，目前僅止於學術討論，尚未有實例；投資仲裁庭難以稱平行之投資仲裁因違反 WTO DSU 相關規定，而透過「禁反言原則」調和與平行訴訟。
	權利濫用原則	V。WTO 基於「固有管轄權」，應能適用「權利濫用原則」，使 BIT 規定之場域選擇條款成為小組對該案管轄權之法律障礙。 ⁵⁵⁵ 另一方面，投資仲裁庭亦有可能基於「固有管轄權」運用「權利濫用原則」調和 WTO 爭端與投資仲裁平行訴訟。	控訴方之惡意主張，難以判定， ⁵⁵⁶ 上訴機構亦較不願認定會員出於惡意； ⁵⁵⁷ 目前僅止於學術討論，尚未有實例。
	衝突法則	後法優於前法	X。 「後法優於前法原則」於規範及實務上將面臨適用困難。第一，此原則要求前後條約之締約國相同， ⁵⁵⁸ 僅有在 WTO

⁵⁵² Mitchell & Heaton, 2010: 615-616; Pauwelyn, 2003b: 1013; 林彩瑜, 2011: 416; 張愷致, 2012: 130-131; Kuoppamäki, 2016: 81.

⁵⁵³ Lowe, 1996: 42.

⁵⁵⁴ *Supra* note 485, at 14-15.

⁵⁵⁵ Mitchell & Heaton, 2010: 618; 胡美蓁, 2012: 27.

⁵⁵⁶ Kwak & Marceau, 2003: 100.

⁵⁵⁷ Mitchell & Heaton, 2010: 619.

⁵⁵⁸ Allen & Soave, 2014: 42.

調和方式 法源	平行訴訟調和		適用性	限制
				爭端解決機制與投資仲裁庭認定投資人的權利是投資條約「間接」授權，始可能符合該原則。 ⁵⁵⁹ 第二，難以判斷條約的時間性。 ⁵⁶⁰ 第三，「後法優於前法原則」無法優先被適用，需先經法律解釋， ⁵⁶¹ 若無法調和，仍須再依規範衝突條款之適用， ⁵⁶² 始能適用此衝突法則。
		特別法優於普通法	X。	目前無相關案例；同「後法優於前法原則」「特別法優於普通法原則」以同一主體為要件，但投資爭端與 WTO 平行訴訟客體相同，所涉之主體不同， ⁵⁶³ 僅有在 WTO 爭端解決機制與投資仲裁庭認定投資人的權利是投資條約「間接」授權，始可能符合該原則。 ⁵⁶⁴ 如同「後法優於前法」之困境，「特別法優於普通法原則」無法優先被適用，需先經法律解釋， ⁵⁶⁵ 若無法調和，仍須再依規範衝突條款之適用， ⁵⁶⁶ 始能適用此衝突法則。無從認定何者為針對特定事項與特定對象所設置之特別規範。
BIT 管轄權條款	場域	專屬管轄	X。	但有例外。「國家起訴」先於「投資人起訴」時，後繫屬之

⁵⁵⁹ *Supra* note 485, at 14-15.

⁵⁶⁰ Pauwelyn, 2004: 908-909.

⁵⁶¹ ILC report, 2006: 208.

⁵⁶² Pauwelyn, 2004: 908; Kuoppamäki, 2016: 43.

⁵⁶³ Allen & Soave, 2014: 42.

⁵⁶⁴ *Supra* note 485, at 14-15.

⁵⁶⁵ ILC report, 2006: 208.

⁵⁶⁶ Pauwelyn, 2004: 908; Kuoppamäki, 2016: 43.



調和方式 法源	平行訴訟調和		適用性		限制
1. WTO 爭端解決機制之參考或適用：一般法律原則+BIT 管轄權條款 2. 投資仲裁庭適用：BIT 管轄權條款	選擇 條款	權條款			投資仲裁庭若運用 ICSID 公約第 27 條第 1 項，並採取「對等途徑」，以避免平行訴訟現象為目的，則投資仲裁庭應會將相似爭端交由 WTO 審理。 ⁵⁶⁷
		非專屬管 轄權條款 ⁵⁶⁸	非剩餘管轄 權條款	X。	目前無實際案例。
			剩餘管轄權 條款	V。投資仲裁庭為後繫屬法院時，透過投資條約下的「剩餘管轄權」條款。WTO 為後繫屬法院時，「剩餘管轄權」作用不大。	
岔路條款	V。	第一，WTO 爭端與投資仲裁等兩項訴訟是否為同一爭端，頗具爭議， ⁵⁶⁹ 投資人須為投資條約之「間接授權」，始有可能符合相同主體之要件。 ⁵⁷⁰ 第二，與 ICSID 公約第 27 條第 1 項相似， ⁵⁷¹ 投資條約之岔路條款運用，亦與訴訟順序			

⁵⁶⁷ Roberts, 2014: 47-48.

⁵⁶⁸ Shany, 2003: 180.

⁵⁶⁹ Alschner, 2014: 290.

⁵⁷⁰ *Supra* note 485, at 14-15.

⁵⁷¹ 請參見本章第一節第壹部分「嚴格專屬管轄權條款」之討論。

調和方式 法源	平行訴訟調和	適用性	限制
			密切相關。一方面，當投資仲裁在前，WTO 爭端在後之情形下，實務上，作為後繫屬之 WTO 爭端解決機制對外來法源或可納入參考，但對外來法源之適用仍有侷限， ⁵⁷² 故岔路條款能否成為小組審理爭端之法律障礙，仍待觀察。另一方面，投資人母國且為 WTO 會員國於 WTO 提訴為先，投資人於 ISDS 提訴為後之情形，先繫屬之投資仲裁庭岔路條款，並由先繫屬之 WTO 場域審理相似爭端。
	規範衝突 條款	V。	第一，實務上，WTO 對外來法源之適用仍有侷限， ⁵⁷³ 能否適用規範衝突條款之問題，調和parallel訴訟，仍待判例累積。第二，並非所有投資條約都有設立規範衝突條款，故投資仲裁庭如何透過 WTO 內括協定，對投資條約進行適當解釋，並調和parallel訴訟，仍待觀察。第三，條款規定之順序與實際訴訟前後順序不一致之情形。
	投資 法典 範轉 移與	例外條款	V。排除投資仲裁庭之管轄權。投資條約之涵蓋範圍過於限縮，勢必影響投資人之提訴權； ⁵⁷⁴ 投資仲裁庭於適用例外條款時，其所作解釋可能與 WTO 判例解釋不一之情形； ⁵⁷⁵ 各國不太可能為調和 WTO 爭端與投資仲裁之parallel訴訟，而特別限制設置例外條款。 ⁵⁷⁶

⁵⁷² 請參見本文第四章第一節第壹部分「WTO 爭端解決機制規範與實務」。

⁵⁷³ 請參見本文第四章第一節第壹部分「WTO 爭端解決機制規範與實務」。

⁵⁷⁴ Allen & Soave, 2014: 53.

⁵⁷⁵ 請參見第二章第二節第貳部分「規範性碎裂化引發之問題」中，有關準據法範圍擴大所引發問題之討論。

⁵⁷⁶ *Supra* note 574.

調和方式 法源	平行訴訟調和		適用性	限制
	改革 倡議	多邊投資 架構	X。須說明的是，本文並非認為多邊投資架構無法實現，但現階段有諸多難以克服之實際障礙，故目前採取其他調和與平行訴訟之方式，應是較佳選擇。	WTO 擴大適格性將使 WTO 爭端解決機制面臨過多訴訟，且私人更關注私益而非共同利益； ⁵⁷⁷ 各國仍須協商滿意之條文。 ⁵⁷⁸ 此外，WTO 內括協定與投資條約規範仍有不同，雙方仲裁庭對政府之同一措施，可能有不同解讀。 ⁵⁷⁹
國際 法原 則法 典化	順序條款 580	V。應為「待決訴訟原則」與「司法禮讓原則」法典化。	可能影響地主國或投資人之訴訟權； ⁵⁸¹ 目前無相關條款之實踐。	
	有限訴訟 暫停條款 582	V。應為「固有管轄權」法典化。	仍受限於 DSU 規範，不得任意為之，如修改 DSU 時限規範不易。 ⁵⁸³	
	適用其他 訴訟認定 條款 ⁵⁸⁴	V。應為「遵循先例原則」法典化。	無法直接避免 WTO 爭端與投資仲裁之平行訴訟；目前無相關條款之實踐。	

資料來源：本研究整理。

⁵⁷⁷ Sarooshi, 2014: 463.

⁵⁷⁸ Weiss, 2008: 219.

⁵⁷⁹ 請參第四章第一節第參部分「參考其他機構判決為事實證據」；Lee, 2013: 436-437.

⁵⁸⁰ Allen & Soave, 2014: 55.

⁵⁸¹ *Id.*

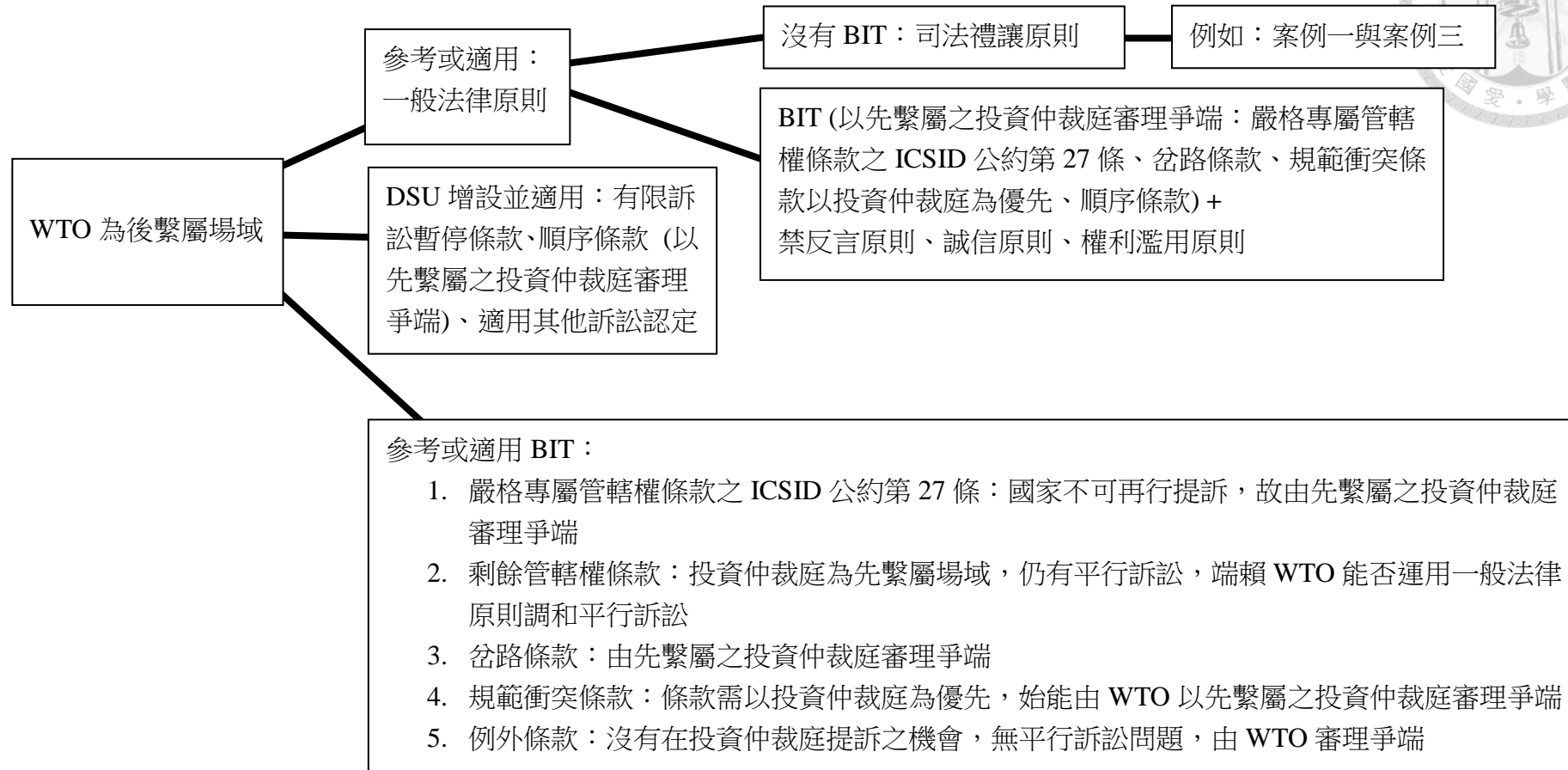
⁵⁸² Allen & Soave, 2014: 5, 55-56.

⁵⁸³ *Id.* at 5, 55-56 ; Mitchell & Heaton, 2010: 601-602.

⁵⁸⁴ Allen & Soave, 2014: 56.



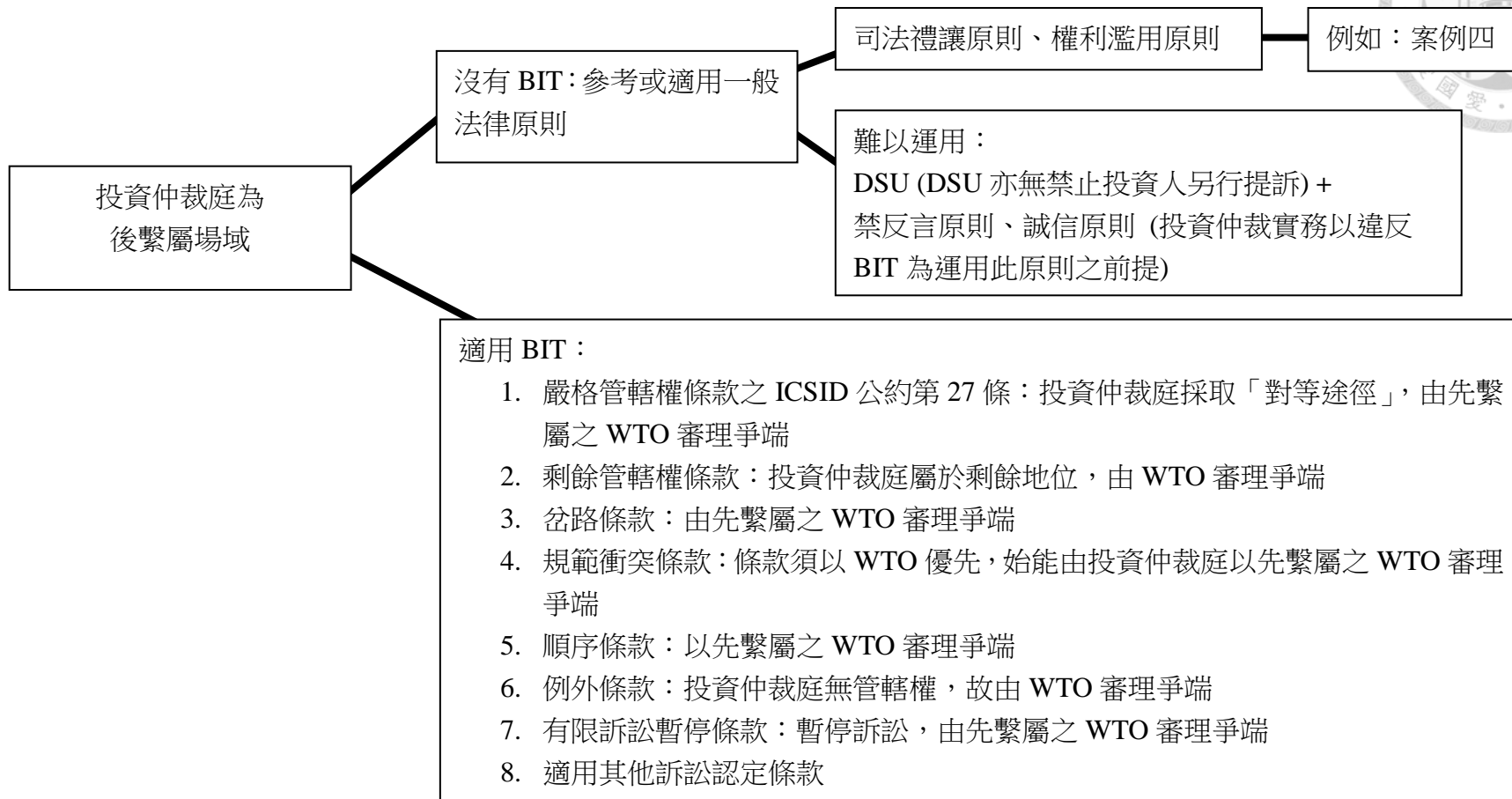
圖 6-1：WTO 爭端解決機制調和并行訴訟方式。



資料來源：本研究整理。



圖 6-2：投資仲裁庭調和平行訴訟方式。



資料來源：本研究整理。



參考文獻



壹、中文部分

一、專書

- 李貴英，2004，《國際投資法專論－國際投資爭端之解決》，台北，元照出版公司。
- 林彩瑜，2013，《WTO 制度與實務：世界貿組織法律研究（三）》（二版），台北：元照出版。

二、期刊

- 林俐瑩、吳憲，2014，〈論 WTO 與區域貿易協定爭端解決管轄重疊之負面影響－以 NAFTA 為例〉，《萬國法律》，195: 66-76。
- 林彩瑜，2011，〈論 WTO 與區域貿易協定爭端解決機制之衝突與協調〉，《臺大法學論叢》，40 (1): 393-451。
- 何志鵬，雋薪，2011，〈WTO 與 NAFTA 爭端解決機制管轄權衝突研究〉，《世界貿易組織動態與研究》，18 (2): 57-64。
- 謝蕙如，2008，〈WTO 與 NAFTA 架構下對美、加軟木材爭議不同論〉，《嶺東財經法學期刊》，1: 79-100。
- 陳麗娟，2015，〈全球治理下『投資人地主國爭端解決機制』之研究：以歐盟與加拿大的 CETA 為例〉，《貿易政策論叢》23：175-203。
- 楊彩霞、秦泉，2011，〈國際投資爭端解決中的無默契仲裁初探〉，《比較法研究》，3: 108-20。

三、專書論文

- 林仁光、黃郁嵐、張瑜倩，2007，〈NAFTA「美國對加拿大軟木反傾銷案」之研究〉，《運用貿易救濟爭端處理機制--貿易救濟爭端解決案例之研究》，經濟部貿易跳達委員會。
- 林仁光、鄭欣怡，2010，〈美國對自加拿大進口軟木材課徵最終反傾銷稅案- 加拿

大提起 DSU 第 21.5 條裁決履行之訴》，《運用貿易救濟爭端處理機制：貿易救濟爭端解決案例研究》，經濟部貿易調查委員會，<https://goo.gl/fRlpB2>。

陳慧芝、呂書賢、羅少驊，2012，《國際投資協定分析釋義經濟部投資業務處》，經濟部投資業務處。



四、研討會論文

陳貞如，2012，〈國際法之碎裂性於國際漁業貿易規範之體現〉，「第 12 屆國際經貿法學發展學術研討會論文集」，(3 月 17 日)，台北：經濟部國際貿易局、國立政治大學國際經貿組織暨法律研究中心、國立政治大學商學院國際經營與貿易學系。

楊光華，2015，〈補貼協定下「受有利益」要件新解：市場基準之偏離〉，「第 15 屆國際經貿法學發展學術研討會」(3 月 14 日)，台北：經濟部國際貿易局、國立政治大學國際經貿組織暨法律研究中心、國立政治大學商學院國際經營與貿易學系。

五、碩博士論文

李濬勳，2015，《論一事不再理原則於 WTO 爭端解決程序之適用》，台北：東吳大學法學院法律學系碩士論文。

羅懋緯，2015，《論國際投資爭端中公平公正待遇原則與菸草控制公共衛生政策衝突之解決》，台北：臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

胡美蓁，2012，《從 Mexico—Soft Drinks 案分析 WTO 與 NAFTA 爭端解決機制之比較與管轄衝突》，台北：國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文。

張南薰，2007，《WTO 協定間法律適用關係之研究》，台北：政治大學法律學系博士論文。

張愷致，2012，《世界貿易組織與區域貿易協定之競合與衝突研究—以爭端解決機制為中心》，新竹：交通大學科技法律研究所碩士論文。

六、網路資訊

吳柏寬，2016，「歐加 CETA 引進新投資法庭」，中華經濟研究院，

- <http://web.wtocenter.org.tw/Page.aspx?pid=276516&nid=120>，2016/3/3。
- 周澄，2016，〈〈同場加映〉 跨國資本 vs. 公眾利益？——TPP 仲裁機制的國際法觀點〉，<https://goo.gl/gNMmkC>，2016/2/7。
- 周芷維，政治大學經貿法訊，2012，www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no127/1.pdf，2012/3/10。
- 李宜靜，2016，「新加美軟木協議前景黯淡，木材貿易戰爭醞釀中」，中華經濟研究院，<http://web.wtocenter.org.tw/Page.aspx?pid=283461&nid=120>，2016/8/1。
- 林怡臻、郭于榛，政治大學經貿法訊，2010，<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no106/2.pdf>，2010/11/1。
- 王煜翔，2016，「歐盟 FTAs 有關「投資法庭體系（ICS）」規範發展趨勢之研析」，中華經濟研究院，<http://web.wtocenter.org.tw/Page.aspx?nid=126&pid=284120>，2016/09/22。
- 童福來，2003，「加拿大與美國有關軟木出口補貼之各項爭議」，行政院農業委員會主要國家農業政策法規與經濟動態，<http://www.coa.gov.tw/view.php?catid=5410&print=1>。
- 經濟部貿易調查委員會，2014。《貿易救濟動態週報》第 479 期，<http://portal.moeaitc.gov.tw/Portal/document/wFrmDocument02.aspx?doctype1=9&docid=484-6>，2012/8/27。
- . 2014。《貿易救濟動態週報》第 515 期，<http://www.moeaitc.gov.tw/itcweb/weekly/wFrmWeeklyDetail.aspx?seq=520&msg=2>，2013/5/17。
- . 2014。《貿易救濟動態週報》第 565 期，<http://www.moeaitc.gov.tw/itcweb/weekly/wFrmWeeklyDetail.aspx?seq=570&msg=1>，2014/5/16。
- . 2014。《貿易救濟動態週報》第 588 期，<http://www.moeaitc.gov.tw/itcweb/weekly/wFrmWeeklyDetail.aspx?seq=593&msg=2>，2014/10/24。
- . 2015。《貿易救濟動態週報》第 635 期，<http://www.moeaitc.gov.tw/ITCWEB/Weekly/wFrmWeeklyDetail.aspx?seq=641&msg=5>，2015/10/2。

- . 2015。《貿易救濟動態周報》第 644 期，
<http://www.moeaitc.gov.tw/itcweb/weekly/wFrmWeeklyN.aspx?type=1&weeklyseq=650#650t4>，2015/12/4。
- . 2016。《貿易救濟動態周報》第 653 期，
http://www.moeaitc.gov.tw/ITC/main/epaper/wfrmEpaperWeekly.aspx?menu_id=48&Weeklyid=669，2016/2/26。
- . 2016。《貿易救濟動態周報》第 654 期，
http://www.moeaitc.gov.tw/ITC/main/epaper/wfrmEpaperWeekly.aspx?menu_id=48&Weeklyid=670#654t3，2016/3/4。
- . 2016。《貿易救濟動態周報》第 666 期，
http://www.moeaitc.gov.tw/ITC/main/epaper/wfrmEpaperWeekly.aspx?menu_id=48#666t5，2016/5/27。
- 蔡美儀，2016，「美歐雙方於 TTIP 第 12 回合談判針對 ISDS 改革方案達成初步共識」，中華經濟研究院，http://www.twcsi.org.tw/trade_detail.php?Iid=3169，2016/3/4。
- 趙思博，政治大學經貿法訊，2013，www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no148/2.pdf，2013/5/27。
- 邱彥禎、蘇郁珊，政治大學經貿法訊，2015，
<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no171/3.pdf>，2015/1/9。
- 鄭昀欣，2016，「歐加 CETA 文本出爐，是否成為 TTIP 談判基礎引發熱議」，中華經濟研究院，http://www.twcsi.org.tw/trade_detail.php?Iid=3165，2016/3/17。
- 陳靜儀、梁雅娟、吳思萱、姜璿、郭亦文，政治大學經貿法訊，2006，
<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/?p=1544>，2006/9/25。
- 黃文政，2014，《國際投資爭端解決中心簡介》，
<http://www.zoomlaw.net/files/16-1138-38041.php>，2014/11/14。

貳、英文部分

一、專書

- Abbott, Kenneth W. and Snidal, Duncan. 2012. "Law, Legalization and Politics: An Agenda for the Next Generation of IR-IL Scholars." In *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, eds. Jeffrey L. Dunoff and Mark Pollack. New York, In: Cambridge University Press.
- Acquaviva, Guido & Pocar, Fausto. 2012. "Stare Decisis" in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, eds. Rüdiger Wolfrum. New York, In: Oxford University Press.
- Amarasinha, D. Stefan and Kokott, Juliane. 2008. "Multilateral Investment Rules Revisited." In *The Oxford Handbook of International Investment Law*, eds. Muchlinski, Peter, Ortino, Federico and Schreuer, Christoph. Oxford, In: Oxford University Press.
- Casnovas, Oriol. 2001. *Unity and Pluralism in Public International Law*. Hague, In: Martinus Nijhoff Publishers.
- Dam, Kenneth W.. 1970. "The GATT: Law and the International Economic Organization." Chicago, In: The University of Chicago Press.
- Dodge, William. 2006. "Res judicata" in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, eds. Rüdiger Wolfrum. New York, In: Oxford University Press.
- Douglas, Zachary. 2009. *The International Law of Investment Claims*. New York, In: Cambridge University Press.
- Ferrari, Franco. Forum. 2013. "Shopping in the International Commercial Arbitration Context: Setting the Stage." In *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*, eds. Ferrari, Franco. Munich: sellier european law publishers GmbH.
- Fox, Eleanor and Arena, Amedeo. 2012. "The International Institutions of Competition Law: The Systems' Norms." In *The Design of Competition Law Institutions*, eds. Fox, Eleanor M & Trebilcock, Michael J. Oxford, In: Oxford University Press.
- Franck, Thomas. 1995. *Fairness in International Law and Institutions*. New York, in : Clarendon Press.
- Geiger, Rainer. 2011. "Multilateral Approaches to Investment: The Way Forward." In *The Evolving Int'l Investment Regime*, eds. Jose E. Alvarez and Gabriela P. Vizcaino. New York, In: Oxford University Press.
- Jagusch, Stephen, and Sullivan, Jeffrey. 2010. "Chapter 4: A comparison of ICSID and UNCITRAL Arbitration: Areas of Divergence and Concern." In *The Backlash*

- Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, eds. Waibel, Michael et al.. Leiden: Kluwer Law International B.V.
- Lin, Tsai-yu. 2016a. “Facilitating Coherent Application of WTO Law within and outside the Organization: Investment Regime as an Example.” In *International Economic Law and Governance: Essays in Honour of Mitsuo Matsushita*, eds. Chaisse, Julien & Lin, Tsai-yu. New York: Oxford University Press.
- Mitchell, Andrew D., Voon, Tania & Munro, James. 2015. “Good Faith in Parallel Trade and Investment Disputes.” In *Good Faith and International Economic Law*, eds. Mitchell, Andrew D., Sornarajah, M & Voon, Tania. New York: Oxford University Press.
- Palmeter, David and Mavroidis, Petros C. 2004. *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure* (2 edition). New York, In: Cambridge University Press.
- Pauwelyn, Joost. 2003a. *Conflict of norms in Public International Law: How WTO Relates to other Rules of International Law*. New York, In: Cambridge University Press.
- Pauwelyn, Joost. 2012. “Fragmentation of International Law.” in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, eds. Rüdiger Wolfrum. New York, In: Oxford University Press.
- Petersmann, Ernst-Ulrich.1997. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. Leiden, In: Martinus Nijhoff Publishers.
- Sauvant, Karl P.. 2009. “Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies.” in *the YEARBOOK on International Investment Law and Policy 2008-2009*, eds. Karl P. Sauvant. New York, In : Oxford University Press.
- Schill, Stephen. 2009. *The Multilateralization of International Investment Law*. New York, In: Cambridge University Press.
- Shany, Yuval. 2003. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford, In: Oxford University Press.
- Waibel, Michael. 2014a. “Chapter 16: Coordinating Adjudication Processes.” in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, eds. Douglas, Zachary, Pauwelyn, Joost and Viñuales, Jorge E.. Oxford, In: Oxford University Press.
- Webb., Philippa. 2013. *International Judicial Integration and Fragmentation*. Oxford,

In: Oxford University Press.

- Wehland, Hanno. 2013. “Chapter 3: Determining the jurisdictions of competing forums in the context of investment disputes.” In *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*. Oxford, In: Oxford University Press.
- Weiss, Friedl. 2008. “Trade and Investment.” In *The Oxford Handbook of International Investment Law*, eds. Muchlinski, Peter, Ortino, Federico and Schreuer, Christoph. Oxford: Oxford University Press.
- Williams, David. 2008 “Jurisdiction and Admissibility.” In *The Oxford Handbook of International Investment Law*, eds. Muchlinski, Peter, Ortino, Federico and Schreuer, Christoph. Oxford, In: Oxford University Press.
- Yannaca-Small, Katia. 2008. “Parallel Proceedings.” In *The Oxford Handbook of International Investment Law*, eds. Muchlinski, Peter, Ortino, Federico and Schreuer, Christoph. Oxford, In: Oxford University Press.

二、期刊

- Abi-Saab, George.1999. “Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks.” *International Law and Politics* 31: 919-933.
- Alford, Roger P.2014. “The Convergence of International Trade and Investment Arbitration.” *Santa Clara Journal of International Law* 35 (12): 35-63.
- Allen, Brooks E. and Soave, Tommaso. 2014. “Jurisdiction Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration” *Arbitration International* 30 (1): 1-58.
- Alschner, Wolfgang. 2014. “Regionalism and Overlap in Investment Treaty Law Towards Consolidation or Contradiction?” *Journal of International Economic Law* 17: 251-298.
- Ascensio, Hervé. 2014. “Abuse of Process in International Investment Arbitration.” *Chinese Journal of International Law* 13 (4): 763-785.
- Bronckers, M. 2015. “Is Investor–State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements.” *Journal of International Economic Law* 18(3):655-677.
- Broude, Tomerand Shany, Yuval. 2011.“The International Law and Policy of Multi-sourced Equivalent Norms.” in *Multi-sourced Equivalent Norms in International Law*. Oxford, In: Hart Publishing.
- Brownlie, Ian. 2008. *Principle of Public International Law*. New York, In: Oxford

University Press.

- Buergenthal, Thomas. 2001. "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it good or Bad?" *Leiden Journal of International Law* 14 (2): 267-275.
- Burke-White, William W.. 2008. "The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System." *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 3 (1): 199-234.
- Burke-White, William W..2004. "International Legal Pluralism." *Michigan Journal of International Law* 25: 965-979.
- Cameron, James and Gary, Kelvin R.. 2001. "Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body." *International and Comparative Law Quarterly* 50 (2): 248-298.
- Charney, Jonathan I.. 1998. "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunal?" *Recueil des Cours* 271.
- Commission, Jeffery P..2007. "Precedent in Investment Treaty Arbitration—A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence." *Journal of International Arbitration* 24 (2): 129–158.
- Constain, Silvia. 2014. "Mediation in Investor–State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape." *ICSID Review* 29 (1): 25-40.
- Craven, Matthew. 2005. "Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law." *Finnish Yearbook of International Law* 14: 3-34.
- Drezner, Daniel W. 2009. "The Power and Peril of International Regime Complexity." *Perspectives on Politics*. 71 (1): 65-70.
- Dupuy Pierre-Marie. 2007. "A Doctrinal Debate in the Globalization Era: On the 'Fragmentation' of International Law." *European Journal of Legal Studies* 1.
- Fauchald, Ole Kristian. 2008. "The legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis." *The European Journal of International Law* 19 (2): 301-364.
- Franck, Susan D. 2005. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions." *Fordham Law Review* 73: 1521-1625.
- Franck, Susan D. 2014. "Using Investor–State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide." *ICSID Review* 29 (1): 66-89.
- Garcia, Frank, Ciko, J. Lindita, Gaurav, Apurv & Hough, Kirrin. 2015. "Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law." *Journal of International Economic Law* 18 (4): 861-892.

- Henckels, Caroline. 2008. "Overcoming Jurisdictional Isolationism at the WTO-FTA Nexus: A Potential Approach for the WTO." *The European Journal of International Law* 19 (3): 571-599.
- Henckels, Caroline. 2016. "Protecting Regulatory Autonomy through greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP." *Journal of International Economic Law* 19 (1): 27-50.
- Keohane, Robert and Nye, Joseph. 1974. "Transgovernmental Relations and International Organizations." *World Politics* 27(1): 39-62.
- Klopschinski, Simon. 2016. "The WTOs DSU Article 23 as Guiding Principle for the Systematic Interpretation of International Investment Agreements in the Light of TRIPs." *Journal of International Economic Law* 19 (1): 211-239.
- Kornism, Magda. 2006. "U.S. Corn Sweeteners and Mexican Sugar: Agreement at Last!" *Journal of International Commerce and Economics*: 1-12.
- Koskenniemi, Martti. 2002. "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties." *Leiden Journal of Int'l Law* 15: 553-579.
- Kurtz, Jurgen. 2002. "A general Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECS Multilateral Agreement on Investment." *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 23 (4): 713-789.
- Kwak, Kyung and Marceau, Gabrielle. 2003. "Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements." *Canadian Yearbook of International Law* 41: 83-152.
- Lacey, Wendy. 2003. "Inherent Jurisdiction, Judicial Power and Implied Guarantees Under Chapter III of the Constitution." *Federal Law Review* 31 (1): 57-86.
- Leal-Arcas, Rafael. 2007. "Choice of Jurisdiction in International Trade Dispute: Going Regional or Global?" *Minnesota Journal of International Law* 16 (1): 1-57.
- Leal-Arcas, Rafael. 2009. "The Multilateralization of International Investment Law." *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 35 (1): 33-135.
- Lee, Jaemin. 2013. "Complementing Each Other or Stoking Further Complexity?" *Journal of World Trade* 47(2): 421-445.
- Lester, Simon. 2015. "Rethinking the International Investment Law System." *Journal of World Trade* 49 (2): 211-222.
- Lin, Tsai-yu. 2016b. "Inter-Mingling TRIPS Obligations with an FET Standard in

- Investor-State Arbitration: An Emerging Challenge for WTO Law?” *Journal of World Trade* 50 (1): 71-92.
- Lowe, Vaughan. 1996. “Res Judicata and the Role of Law in International Arbitration.” *African Journal of International Affairs* 8: 38-50.
- Lowe, Vaughan. 1999. “Overlapping Jurisdiction in International Tribunals.” *Australian Year Book of International Law* 20: 191-204.
- Marceau, Gabrielle. 1999. “A Call for Coherence in International Law: Praise for the Prohibition Against ‘Clinical Isolation’ in WTO Dispute Settlement.” *Journal of World Trade* 33 (5) 87-152.
- Marceau, Gabrielle. 2001. “Conflict of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties.” *Journal of World Trade* 35 (6): 1081-1131.
- Marceau, Gabrielle, Izaguerri, Arnau and Lanovoy, Vladyslav. 2013. “The WTO’s Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the storm of Fragmentation.” *Journal of World Trade* 47 (3): 481-574.
- Mason, Keith. 1983. “The Inherent Jurisdiction of the Court.” *Australian Law Journal* 57: 449.
- Mitchell, Andrew D. & Heaton, David. 2010. The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function.” *Michigan journal of international law* 31 (3): 561-621.
- Mitchell, Andrew D.. 2007. “The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes.” *Journal of International Economic Law* 10 (4): 795-835.
- Murphy, Sean D.. 2013. “Deconstructing Fragmentation: Koskenniemi's 2006 ILC Project.” *Temple International & Comparative Law Journal* 27: 293-308.
- Nguyen, Son Tan. 2008. “Towards a Compatible Interaction between Dispute Settlement under the WTO and Regional Trade Agreements.” *Macquarie Journal of Business Law* 5: 113-135.
- Nguyen, Son Tan. 2013. “The applicability of Res Judicata and Lis Pendens in World Trade Organization dispute settlement.” *Bond Law Review* 25 (2): 123-165.
- Paulwelyn, Joost, and Salles, Luiz Eduardo. 2009. “Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im) Possible Solutions.” *Cornell International Law Journal* 42 (1): 77-118.
- Paulwelyn, Joost. 2003b. “How to Win a World Trade Organization Dispute based on Non-World Trade Organization Law? Questions of Jurisdiction and Merits.”

- Journal of World Trade* 37 (6): 997-1030.
- Pauwelyn, Joost. 2004. "Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands." *Michigan Journal of International Law* 25: 903-916.
- Prost, Mario and Clark, Paul Kingsley. 2006. "Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?" *Chinese Journal of International Law* 5 (2): 341-370.
- Ram, Jayant Raghu. 2016. Pitching Outside the DSU: Preliminary Rulings in WTO Dispute Settlement. *Journal of World Trade* 50 (3): 369-390.
- Reinisch, August. 2004. "The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes." *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 3 (1): 37-77.
- Robert, Anthea. 2014. "State-to-state Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority." *Harvard International Law Journal* 55 (1): 1-70.
- Roberts, Anthea. 2010. "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States." *American Journal of International Law* 104 (2): 179-225.
- Salacuse, Jeswald W. 2010. "The Emerging Global Regime for Investment." *Harvard International Law Journal* 51(2): 427-473.
- Sanja, Djajic. 2012. "Mapping the good faith principle in international investment arbitration: Assessment of its substantive and procedural value." *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* 46 (3): 207-233.
- Sappideen, Rzeen & He, Ling Ling. 2015. "Dispute Resolution in Investment Treaties: Balancing the Rights of Investors and Host States." *Journal of World Trade* 49 (1): 85-116.
- Sarooshi, D. 2005. "Future of the WTO and Its Dispute Settlement System" *International Organizations Law Review* 129 (2): 129-152.
- Sarooshi, D. 2014. "Investment Treaty Arbitration and the World Trade Organization: What Role for Systemic Values in the Resolution of International Economic Disputes?" *Texas International Law Journal* 49 (3): 445-467.
- Schott, Jeffrey J..1991. "Trading Blocs and the World Trading System" *The World Economy* 14 (1): 1-17.
- Schreuer, Christoph. 2011. "Interactions of International Tribunals and Domestic Courts

- in Investment Law.” *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* 4: 71-94.
- Scully-Hill, Anne and Mahncke, Hans. 2011. “The Emergence of the Doctrine of Stare Decisis in the World Trade Organization Dispute Settlement System.” *Legal Issue Econ. Integration* 36 (2): 133-156.
- Simma, Bruno and Pulkowski, Dirk. 2006. “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes and International Law.” *European Journal of International Law* 17 (3): 483-529.
- Sykes, Alan O. 2005. “Public Versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy.” *The Journal of Legal Studies* 34 (2): 631-666.
- Teubner, Gunther and Fischer-Lescano, Andreas. 2004. “Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law.” *Michigan Journal of Int'l Law* 25 (4): 999-1046.
- Trakman, Leon. 2012. “Investor State Arbitration or Local Court: Will Australia Set a New Trend.” *Journal of World Trade* 46 (1): 83-120.
- Tsai-yu Lin. 2013. “Preventing Tobacco companies’ Interference with Tobacco Control Through Investor-State Dispute Settlement under the TPP.” *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 8 (2): 565-582.
- Tuncer, Nazmi Tolga. 2012. “The Definition of ‘Norm Conflict’ in Public International Law: The case of World Trade Organization Law.” *Ankara Law Review* 9 (1): 27-52.
- Vadi, Valentina. 2009. “Fragmentation or Cohesion? Investment versus Cultural Protection Rules.” *Journal of World Investment and Trade* 573 (10): 574-600.
- Vranes, Erich. 2006. “The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory.” *European Journal of International Law* 17 (2): 395-418.
- Wapner, Paul. 1995. “Politics Beyond the State: Environment Activism and World Civic Politics.” *World Politics* 47 (3): 311-340.
- Yang, Songling. 2014. “The Solution for Jurisdictional Conflicts Between the WTO and RTAS: The Forum Choice Clause.” *Michigan State International Law Review* 23 (1): 107-52.

三、碩博士論文

- Kuoppamäki, Riikka. 2016. Overlapping Jurisdictions between the World Trade

Organization and Preferential Trade Agreements. Finland: University of Helsinki
Master's Thesis.



四、國際組織官方文件

EC (European Commission). 2013. “Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement EU Agreements.” in http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf. Latest update November 2013.

General Assembly, 2001, “United Nations International Law Commission, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,” UN Doc A/56/10. Report of the ILC on the Work of its Fifty-third Session, UN GAOR, 56th Session, Supp No 10.

ICSID, Issue 2016-2. 2016. “The ICSID Caseload – Statistics.” in [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20\(English\)%20Sept%2020%20-%20corrected.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20(English)%20Sept%2020%20-%20corrected.pdf). Latest update 30 June 2016.

Report of Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the 55th General Assembly, U.N. Doc. A/55/PV.42, at 7 (Oct. 26, 2000).

Report of Judge Stephen M. Schwebel, President of the International Court of Justice, to the 54th General Assembly, U.N. Doc. A/54/PV.39, at 3-4 (Oct. 26, 1999).

UN General Assembly. 2006. “Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law.” in http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf. Latest update 13 April 2006.

UNCTAD, IIA Issues Note 1. 2016a. “Taking stock of IIA Reform.” in <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1458>. Latest update March 2016.

UNCTAD, IIA Issues Note, No. 2. 2015. “Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014.” in http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf. Latest update 21 March 2016.

UNCTAD. 2005. “Recent Development in International Investments.” in

http://unctad.org/en/docs/webiteit20051_en.pdf. Latest update 30 August 2005.

UNCTAD, IIA Issues Note, No. 5. 2013. Towards a New Generation of International “Investment Policies: UNCTAD's Fresh Approach to Multilateral Investment Policy-Making.” in

http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d6_en.pdf. Latest update 19 July 2013.



五、工作報告

Aslund, Anders, Peterson Institute for International Economics, Policy Brief. 2013. “The World Needs a Multilateral Investment Agreement.” in <https://piie.com/sites/default/files/publications/pb/pb13-1.pdf>. Latest update January 2013.

Dunoff, Jeffery L.. Temple University Beasley School of Law. Temple University Legal Studies Research Paper 24. 2007. “The Many Dimensions of Softwood Lumber.” in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1013609. Latest update 15 October 2007.

Fabry, Elvire and Garbasso, Giorgio, Notre Europe-Jacques Delors Institute. 2015. “ISDS in the TTIP: The Devil is in the Details.” in <http://www.institutdelors.eu/media/ttipisds-fabrygarbasso-nejdi-jan15.pdf?pdf=ok>. Latest update 16 January 2015.

Gordon, Kathryn and Pohl, Joachim, OECD Working Papers on International Investment. 2015. “Investment Treaties over Time- Treaty Practice and Interpretation in a Changing World.” Latest update January 2015.

Haley, Stephen. Economic Research Service/USDA 1999. 1999. “U.S.-Mexico Sweetener Trade Mired in Dispute.” in <http://pdic.tamu.edu/pdicdata/pdfs/ao264g.pdf>. Latest update September 1999.

International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration. 2006. “Conference Report Toronto.” in <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>.

Kuijper, Pieter Jan, ICTSD, ICTSD Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade Issue Paper No. 10. 2010. “The Case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO.” in <http://www.ictsd.org/downloads/2011/12/conflicting-rules-and-clashing-courts.pdf>.

Latest update 2010.

Lavranos, Nikolaos, European University Institute, EUI Working Papers. 2009. “On the Need to Regulate Competing Jurisdictions between International Courts and Tribunals.” in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1418518. Latest update 12 June 2009.

Stephan, Paul B. University of Virginia School of Law. Working Paper no.99-10. 1999. “The futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law.” in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=169209. Latest update 18 July 1999.

Waibel, Michael. 2014b. University of Cambridge Faculty of Law. Legal Studies Research Paper Series. “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility.”

六、國際條約

Agreement on Trade-Related Investment Measures, Apr. 15, 1994, 1868 U.N.T.S. 186.

ASEAN Framework Agreement on Services, Dec. 15, 1995, <http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2008%20-%20AFAS.pdf> (Last visited Dec. 8, 2016).

ASEAN-Australia and New Zealand Free Trade Agreement, Chapter 18, Feb. 27, 2009, <http://fta.miti.gov.my/miti-fta/resources/ASEAN-Australia-New%20Zealand/Agreement.pdf> (Last visited Dec. 8, 2016).

Free Trade Agreement Between the Government of New Zealand and The Government of the People’s Republic of China, Apr. 7, 2008, <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/china-fta/text-of-the-new-zealand-china-fta-agreement/> (Last visited Dec. 8, 2016).

General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 187.

General Agreement on Trade in Services, Apr. 15, 1994, 1869 U.N.T.S. 183.

ICSID Convention, Regulations and Rules, Apr. 10, 2006, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf> (Last visited Dec. 8, 2016).

North American Free Trade Agreement, *entered into force* Jan. 1, 1994, <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement> (Last visited Dec. 8, 2016).

- Rules of Court, *adopted* Apr. 14, 1978,
<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> (Last visited Dec. 8, 2016).
- The Statute of the International Court of Justice, Oct. 24, 1945,
<http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2> (Last visited Dec. 8, 2016).
- The Trans-Pacific Partnership, Feb. 4, 2016,
<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tp-p-full-text> (Last visited Dec. 8, 2016).
- UNCITRAL Arbitration Rules, *adopted* Dec. 16, 2013,
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (Last visited Dec. 8, 2016).
- United Nations Convention on the Law of the Sea, *opened for signature* Dec. 10, 1982,
http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf
(Last visited Dec. 8, 2016).
- Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

七、WTO/ GATT 案件文件

- Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R (May 6, 2013).
- Appellate Body Report, *Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS426/AB/R (May 6, 2013).
- Appellate Body Report, *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R; WT/DS286/AB/R (Sept. 12, 2005).
- Appellate Body Report, *European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R; WT/DS67/AB/R; WT/DS68/AB/R (June 5, 1998).
- Appellate Body Report, *European Communities — Export Subsidies on Sugar*, WT/DS265/AB/R; WT/DS266/AB/R; WT/DS283/AB/R (Apr. 28, 2005).
- Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R (May 18, 2011).
- Appellate Body Report, *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R (Jan. 16, 1998).
- Appellate Body Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and*

Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, (Sept. 9, 1997).

Appellate Body Report, *European Communities- Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, WT/DS141/AB/R (March 1, 2001).

Appellate Body Report, *Guatemala — Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*, WT/DS60/AB/R (Nov. 2, 1998).

Appellate Body Report, *India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R (Dec. 19, 1997).

Appellate Body Report, *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R (Oct. 4 1996).

Appellate Body Report, *Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States*, WT/DS132/AB/RW (Oct. 22, 2001).

Appellate Body Report, *Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R (Mar. 6, 2006).

Appellate Body Report, *Peru — Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*, WT/DS457/AB/R (July 20, 2015).

Appellate Body Report, *United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R (Jan. 16, 2003).

Appellate Body Report, *United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/AB/R (Aug 11, 2004).

Appellate Body Report, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/AB/RW (Oct. 22, 2001).

Appellate Body Report, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998).

Appellate Body Report, *United States — Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/AB/R (May 10, 2000).

Appellate Body Report, *United States — Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada*, WT/DS277/AB/R (Apr. 13, 2006).

Appellate Body Report, *United States — Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R (Apr. 25, 1997).

Appellate Body report, *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996).

Appellate Body Report, *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales*

Corporations,” WT/DS108/AB/R (Feb. 24, 2000).

GATT Panel Report, *Canada –Administration of the Foreign Investment Review Act*, BISD 30S/140 (Feb. 7, 1984).

GATT Panel Report, *United States- Restrictions on Imports of Tuna- Complaint by the ECC and the Netherlands*, DS 29/R (June 19, 1994).

GATT Panel Report, *EEC — Member States’ Import Regimes for Bananas*, DS32/R (June 3, 1993), unadopted.

GATT Panel Report, *German Import Duties on Starch and Potato Flour*, 3S/77 (Feb. 7, 1955).

Panel Report, *Argentina — Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil*, WT/DS241/R (Apr. 22, 2003).

Panel Report, *Brazil — Measures Affecting Desiccated Coconut*, WT/DS22/R (Oct. 17, 1996).

Panel Report, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/ R (Dec. 19, 2012).

Panel Report, *Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS426/R (Dec. 19, 2012).

Panel Report, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/R/USA (Aug. 18, 1997).

Panel Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS135/R (Sept. 18, 2000).

Panel Report, *European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R (Sept. 29, 2006).


Panel Report, *India — Measures Affecting the Automotive Sector*, WT/DS146/R; WT/DS175/R (Dec. 21, 2001).

Panel Report, *India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/R (Sept. 5, 1997).

Panel Report, *Indonesia — Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R; WT/DS55/R ; WT/DS59/R; WT/DS64/R (July 2, 1998).

Panel Report, *Korea-measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R (May 1, 2000).

Panel Report, *Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States*, WT/DS132/R (Jan. 28, 2000).



Panel Report, *Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R (Oct. 7, 2005).

Panel Report, *United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS217/R; WT/DS234/R (Sept. 16, 2002).

Panel Report, *United States — Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/R (Aug. 29, 2003).

Panel Report, *United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/R (Apr. 13, 2004).

Panel Report, *United States — Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada*, WT/DS277/R (Mar. 22, 2004).

Panel Report, *United States — Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS236/R (Sept. 27, 2002).

Request for consultations by Canada, United States - *Provisional Anti-Dumping Measure on Imports of Certain Softwood Lumber from Canada*, G/ADP/D40/1 ; G/L/522 ; WT/DS247/1 (Mar. 12, 2002).

Request for consultations by Cuba, *Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS458/1 (May 7, 2012).

Request for consultations by Honduras, *Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS435/1 (Apr. 10, 2012).

Request for consultations by Indonesia, *Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS467/1 (Sept. 25, 2013).

Request for consultations by the Dominican Republic, *Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS441/1 (July 23, 2012).

Request for consultations by Ukraine, *Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS434/1 (Mar. 15, 2012).

八、投資仲裁案文件

Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion to Decision on Jurisdiction and Admissibility, (Aug. 4, 2011), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4085.pdf>.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case: Decision on Jurisdiction, (May 10, 1988), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357.pdf>.

Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (Nov. 11, 2007), http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf.

Canfor Corporation v. The United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. The United States of America (formerly Canfor Corporation v. United States of America; Tembec et al. v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America), UNCITRAL, Order of the Consolidation Tribunal, (Sept. 7, 2005), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0115.pdf>.

Canfor Corporation v. The United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. The United States of America (formerly Canfor Corporation v. United States of America; Tembec et al. v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America), UNCITRAL, Decision on Preliminary Question, (June 6, 2006), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0122.pdf>.

Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, (Sept. 18, 2009), http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0133_0.pdf.

Corn Product International, Inc. v. Mexican States; Archer Daniels Midland Co. and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v Mexico; Cargill, Inc. v Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1 & ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunal, (May 20, 2005), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0242.pdf>.

Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Award, (Aug. 18, 2009).

Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2,

(Sep. 12, 2013),
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1582.pdf>.

Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2,
Statement of Defense, (June 30, 2014),
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3253.pdf>.

Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.
ARB/05/19, Award, (July 3, 2008),
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0399.pdf>.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8,
Decision on Preliminary Issues, (June 23, 2008),
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf>.

Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No.
2012-17, Notice of Intent to Arbitrate, (July 6, 2011),
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1168.pdf>.

Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No.
2012-17, Award or other decision, (Mar. 24, 2016),
<http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1675>.

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the
Tribunal on Jurisdiction and Merits, (Aug. 3, 2005),
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case
No. 2012-12, Australia's Response to the Notice of Arbitration, (Dec. 21, 2011),
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0666.pdf>.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case
No. 2012-12, Notice of Arbitration, (Nov. 21, 2011),
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf>.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case
No. 2012-12, Notice of Claim, (June 22, 2011),
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0664.pdf>.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case
No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, (Dec. 17, 2015),
<http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1711>.

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, (Apr.
15, 2009), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>.

- Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2 (Apr. 10, 2001), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>.
- Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, (Sept. 3, 2001), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>.
- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, PCA, Partial Award, (March 17, 2006), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.
- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Preliminary Objections to Jurisdiction, (Nov. 27, 1985).
- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, (May 20, 1992), http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf.
- Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Dissenting Opinion (of Keith Hight), (May 8, 2000), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0894.pdf>.

九、其他司法機構判決

- Arbitral Tribunal under United Nations Convention on the Law of the Sea. 2000. “Award on Jurisdiction and Admissibility (Southern Bluefin Tuna).” in http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIII/1-57.pdf. Latest update 4 August 2000.
- ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia). 1995. “Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction.” in <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Latest update 2 October 1995.
- ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia). 1999. “Judgment of International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991.” in <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>. Latest update 15 July 1999.
- ITLOS (International Tribunal for the Law of the Sea). 1999. “Provisional Measures Order (Southern Bluefin Tuna).” in

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/Order.27.08.99.E.pdf. Latest update 27 August 1999.

JT International SA v. Commonwealth of Australia [2012] HCA 43, (October 5, 2012).

North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *Imports of High Fructose Corn Syrup Originating from the United States of America: the Final Determination of the Antidumping Investigation*, MEX-USA-98-1904-01 (Apr. 15, 2002).

North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Certain Softwood Lumber Products from Canada: Final Affirmative Antidumping Determination*, USA-CDA-2002-1904-02 (July 17, 2003; Mar. 5 2004; June 9, 2005; Jan 5, 2007).

North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Certain Softwood Lumber from Canada: Final Affirmative Countervailing Duty Determination*, USA-CDA-2002-1904-03 (Aug. 13, 2003; June 7, 2004; Dec 1, 2004; May 23, 2005; Oct. 5, 2005; Mar. 17, 2006).

North American Free Trade Agreement Binational Panel Review, *In the Matter of Softwood Lumber from Canada: Final Affirmative Threat of Material Injury Determination*, USA-CDA-2002-1904-07 (Sept. 5, 2003; Apr. 18, 2004; Aug. 31, 2004).

PCIJ (Permanent Court of International Justice). 1927. Dissenting Opinion by M. Anzilotti (Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8). in http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_13/44_Interpretation_des_Arrets_No_7_et_8_Usine_de_Chorzow_Opinion_Anzilotti.pdf. Latest update 16 December 1927.

U.S. Dep't of Commerce, Notice of Amended Final Affirmative Countervailing Duty Determination and Notice of Countervailing Duty Order: Certain Softwood Lumber Products from Canada, 67 Fed. Reg. 36,068 (May 22, 2002).

U.S. Dep't of Commerce, Notice of Amended Final Determination of Sales at Less Than Fair Value and Antidumping Duty Order: Certain Softwood Lumber from Canada, 67 Fed. Reg. 36, 068. (May 22, 2002).

U.S. Dep't of Commerce, Notice of Final Affirmative Countervailing Duty Determination and Final Negative Critical Circumstances Determination: Certain Softwood Lumber Products From Canada, 67 Fed. Reg. 15,545 (Apr. 2, 2002).

U.S. Dep't of Commerce, Notice of Final Determination of Sales at less than fair value: Certain softwood lumber from Canada, 67 Fed. Reg. 15,539 (Apr. 2, 2002).

- U.S. Dep't of Commerce, Notice of Initiation of Antidumping Duty Investigation: Certain Softwood Lumber Products from Canada, 66 Fed. Reg. 21,328 (Apr. 30, 2001).
- U.S. Dep't of Commerce, Notice of Initiation of Countervailing Duty Investigation: Certain Softwood Lumber Products from Canada, 66 Fed. Reg. 21,332. (Apr. 30, 2001).
- U.S. Dep't of Commerce, Notice of Preliminary Affirmative Countervailing Duty Determination, Preliminary Affirmative Critical Circumstances Determination, and Alignment of Final Countervailing Duty Determination with Final Antidumping Duty Determination: Certain Softwood Lumber Products from Canada, 66 Fed. Reg. 43,186 (Aug. 17, 2001).
- U.S. Dep't of Commerce, Preliminary Determination of Sales at Less than Fair Value and Postponement of Final Determination: Certain Softwood Lumber from Canada, 66 Fed. Reg. 56,062 (Nov. 6, 2001).
- United States International Trade Commission, Final Determination: Softwood Lumber from Canada, 67 Fed. Reg. 36,022 (May 22, 2002).

十、網路資料

- ASH. 2015. "World Trade Organization panel to hear oral arguments on Australia tobacco plain packaging case from June 1-5, 2015." in <http://www.ash.org.uk/media-room/press-releases/:world-trade-organization-panel-to-hear-oral-arguments-on-australia-tobacco-plain-packaging-case-from-june-1-5-2015>. Latest update 1 June 2015.
- Business Wire. 2015. "Philip Morris Asia Limited Comments on Tribunal's Decision to Decline Jurisdiction in Arbitration Against Commonwealth of Australia Over Plain Packaging." in <http://goo.gl/0THmGg>. Latest update 17 December 2015.
- Commission, Jeffery. 2016 "How long is too long to wait for an award?" *Global Arbitration Review Online News* 11 (1). in http://vannin.com/press/pdfs/18-2-16_How_long_is_too_long_to_wait_for_an_award_.pdf. Latest update 18 February 2016.
- Global Affairs Canada. 2016. "Mesa Power Group LLC v. Government of Canada in : Mesa Power Group." in <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-dom>

- aines/disp-diff/mesa.aspx?lang=eng. Latest update 18 April 2016.
- ICJ (International Court of Justice). “Basis of the Court's Jurisdiction.” in <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=2>. Latest update 15 June 2016.
- ICJ (International Court of Justice). 1956. “Advisory Opinion of 23 October 1956 (Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against UNESCO).” in <http://www.icj-cij.org/docket/files/30/2187.pdf>. Latest update 23 October 1956.
- Investment Treaty News. 2011. “More Legal Woes for Canada’s Feed-in Tariff Program for Renewable Energy.” in <http://www.iisd.org/itn/2011/10/07/news-in-brief-5/>. Latest update 7 October 2011.
- Investment Treaty News. 2012. “Trends in Investor Claims Over Feed-in Tariffs for Renewable Energy.” in <https://www.iisd.org/itn/2012/07/19/trends-in-investor-claims-over-feed-in-tariffs-for-renewable-energy/>. Latest update 19 July 2012.
- Investment Treaty News. 2016. “Philip Morris Fails in PCA Arbitration against Australia over Plain Packaging Laws.” in <https://www.iisd.org/itn/2016/02/29/philip-morris-fails-in-pca-arbitration-against-australia-over-plain-packaging-laws/>. Latest update 29 February 2016.
- Joubert, Niel. Caveat Legal. 2016. “New Protection of Investment Act – The Implications for Foreign Investors.” in <http://www.caveatlegal.com/new-protection-of-investment-act-the-implications-for-foreign-investors>. Latest update 29 February 2016.
- Newcombe, Andrew. 2010. “The Obligation to Arbitrate Fairly and in Good Faith in Investment Treaty Arbitration.” Kluwer Arbitration Blog. in <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/04/19/the-obligation-to-arbitrate-fairly-and-in-good-faith-in-investment-treaty-arbitration/>. Latest update 17 April 2010.
- Permanent Court of Arbitration, Press Release. 2016. “Philip Morris Asia Limited Hong Kong v. The Commonwealth of Australia.” in <http://www.pcacases.com/web/view/5>. Latest update 16 May 2016.
- Ranjan, R. 2014. “Packaging a New Era of International Dispute Settlement.” in <http://www.globalpolicyjournal.com/blog/06/10/2014/packaging-new-era-international-dispute-settlement>. Latest update 6 October 2014.
- Sekstelo, Albertas. 2014. “Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and

- Investment Arbitration.” in
<http://slidegur.com/doc/143453/jurisdictional-overlap-between-wto-and-bit-dispute-settle...> Latest update 2014.
- UNCTAD. 2016b. “BITs & Other IIAs – search results.” in
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/AdvancedSearchBITResults>. Latest update 15 August 2016.
- UNCTAD. 2016c. “Investment Dispute Settlement Navigator: Breaches of IIA provisions alleged and found.”
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByBreaches>. Latest update 15 August 2016.
- UNCTAD. 2016d. “Investment Dispute Settlement Navigator: Known treaty-based investor-State arbitrations.” in
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=100>. Latest update 15 August 2016.
- Williams, Simon. 2012. “JT International SA v. Commonwealth [2012] HCA 43.” in
<http://www.spruson.com/jt-international-sa-v-commonwealth-2012-hca-43/>. Latest update 20 November 2012.
- WTO. 2010a. “United States — Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada.” in
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds257_e.htm. Latest update 24 February 2010.
- WTO. 2010b. “United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada.” in
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds264_e.htm. Latest update 24 February 2010.
- WTO. 2010c. “United States — Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada.”
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds277_e.htm. Latest update 24 February 2010.
- WTO. 2016. “World Trade Statistical Review 2016.” in
https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2016_e/WTO_Chapter_09_tables.pdf. Latest update 15 May 2016.