

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論國際投資仲裁處理氣候變遷議題的角色

Exploring the Possible Role of Investor-State Arbitration
for Climate Change

呂昫儒

Yun-Ru Leu

指導教授：林彩瑜 博士

Advisor: Tsai-yu Lin, Ph.D.

中華民國112年1月

January 2023

謝辭



感謝林彩瑜老師，以精實的課程以及種種機會，開拓我對於國際貿易法以及生涯規劃的想像。感謝楊培侃老師以及陳在方老師擔任本篇論文口試委員，細心提點本文不足及未盡之處。很幸運能有機會向老師們學習。也謝謝張文貞老師的國際環境法課程，讓我對於氣候變遷認識更深。

劉霽萱、高至鴻、張景儒、李依庭、劉祐君、林其勸、韓在善、許雅琳、黃婉婷、蔡宗霖、柏佳妘、向恩、楊舒晴、葉家瑄、陳以儒以及冠燁學姐，這兩年謝謝你們溫暖的陪伴和鼓勵。

感謝萬國法律事務所、鴻邦法律事務所、中華國際聯合法律事務所、以及禾同國際法律事務所的栽培。

謝謝我的家人，謝謝你們相信著我、支持著我。

謝謝林奕延，是你使一切變得可能。

昀儒

2023 年 1 月 9 日

於霖澤 1803 窗邊

論文摘要



投資仲裁與氣候變遷之關聯為何，對於國家將來如何實施氣候政策以及投資人如何進行跨國投資均有高度之影響。第一章簡述投資仲裁與氣候變遷議題之潛在衝突。第二章從廣義角度，分別討論現有之國際氣候變遷法制、國際貿易法、國際人權法以及各國國內法院如何處理氣候變遷議題，於各種制度下氣候訴訟所遭遇之挑戰及其拘限。第三章於氣候變遷之脈絡下，討論以投資仲裁處理的限制與可能性，本章分為實體面及程序面之不同議題分別為討論。實體面分為：制度目的、政策空間、以及國家實踐：締約國合意。程序面分為：管轄權、仲裁判斷之既有類型及效力、國內法及內國法之適用、反訴、以及第三人參與、公開化及透明化程序。第四章，介紹兩則地主國基於環境保護因素而影響投資之案例。因氣候變遷議題涉及全球之環境保護，自有參考性。第五章，介紹與再生能源政策有關之案例。由類似事實所衍生之大量投資仲裁案例，檢視投資仲裁之現況。

第六章，筆者觀察投資仲裁與氣候變遷議題之關聯。因投資仲裁為中性且獨立之公共財，其具有不可替代性及多樣性，由前述之限制及可能性可知其有處理氣候變遷議題之空間，並且，氣候變遷議題需要大量之私人資本投資，而排除適用投資仲裁並無實際上利益。於解釋論層面，本文提出三種方式，使氣候變遷議題進入投資仲裁之審理範圍：（一）強化締約國意見以及氣候變遷法規之影響、（二）於公平公正待遇原則強化地主國國內法比重、以及（三）於公平公正待遇原則強化投資人審慎義務。於立法論，則已有多樣化之提案供國家未來談判投資協定時為參考。



第七章，筆者建議將氣候變遷議題視為投資仲裁須處理之眾多議題之一，並使投資仲裁成為處理氣候變遷議題之爭端解決機制之一。因投資仲裁之特殊性，其得同時衡量投資人保護以及地主國之公共利益，更得由全球治理之角度為衡量。考量投資仲裁之高額金錢賠償以及強制執行機制，使其成為最能保障再生能源（或其他低碳科技）跨國投資人之爭端解決機制。長遠而言，投資仲裁或得促進國際間資金及技術之流動，使全球社會更有能力因應氣候變遷之挑戰。

關鍵字：氣候變遷、投資仲裁、國際投資法、國際投資協定、公平公正待遇原則、政策空間

ABSTRACT

The relationship between Investor-State Arbitration and climate change will influence two aspects: how countries will implement climate policies and how investors will invest across borders. Chapter 1 briefly describes the potential conflicts between Investor-State Arbitration and climate change. Chapter 2 examines the existing international climate change legal system, international trade law, international human rights law, and domestic courts. The author compares how these systems deal with climate change issues and their challenges and constraints for climate litigations. Chapter 3 explores the limitations and possibilities of investment arbitration in the context of climate change. This chapter consists of substantive and procedural issues for discussion. In terms of substantive aspects, it is divided into institutional purpose, policy space, and state practice: the agreement of the contracting parties. In terms of procedure, it is divided into jurisdiction, the types and effects of arbitration judgments, the application of international law and domestic laws, counterclaims, third-party participation, and open and transparent procedures.

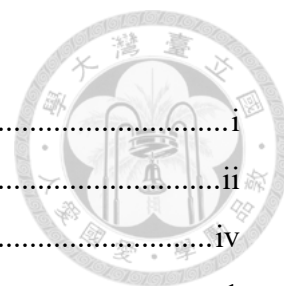
Chapter 4 introduces two cases where the host state affected the investment based on environmental protection factors. Since climate change could connect to global environmental protection, it has its importance. Chapter 5 summarizes three cases related to renewable energy measures, and examines the current status of investment arbitration.

In Chapter 6, the author made some observations regarding the relationship between investment arbitration and climate change issues. Investor-State Arbitration is a neutral and independent public property. It is irreplaceable and diverse. From the limitations and possibilities of Investor-State Arbitration, it is capable to consider climate change issues in investment disputes. In addition, climate change requires a large amount of private investment. Besides, there is no substantial benefit in excluding investment arbitration. At the level of interpretation, this thesis proposes three ways to bring the issue of climate change into the scope of investment arbitration. At the level of drafting treaties, there are plenty of novel proposals for the future contracting parties of investment agreements.

In Chapter 7, the author suggests considering climate change as one of the many issues to be dealt with in investment arbitration and making investment arbitration one of the dispute resolution mechanisms for solving climate change issues. Due to the uniqueness of investment arbitration, private investor protection and the public interest of the host state can be weighed simultaneously, and it can play a role from the perspective of global governance. Considering the huge amount of monetary compensation and enforcement mechanism of investment arbitration, it becomes the dispute resolution mechanism that best protects transnational investors of renewable energy (or other low-carbon technologies). In the long run, it might promote the flow of international capital and technology, and possibly empower the global community to overcome the challenges of climate change.

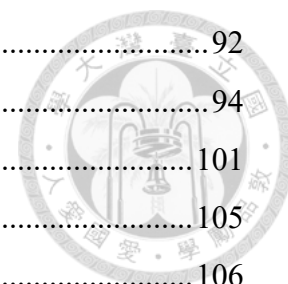
KEYWORDS: *Climate Change, Investor-State Arbitration, International Investment Law, International Investment Law Agreement, Fair and Equitable Treatment, Regulatory Space*

【目 錄】



謝辭.....	i
中文摘要.....	ii
英文摘要.....	iv
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法.....	3
第三節 論文架構.....	4
第二章 氣候變遷議題之國際發展重點與爭端解決.....	7
第一節 氣候變遷議題國際趨勢及重點發展.....	7
第一項 氣候變遷議題之特殊性.....	7
第二項 國際規範簡介.....	10
第二節 跨國爭端解決機制（一）：WTO	23
第三節 跨國爭端解決機制（二）：國際人權法院.....	30
第四節 國內法院.....	35
第五節 小結：現有機制之侷限及氣候變遷議題之需求.....	41
第三章 以投資仲裁處理氣候變遷議題的限制與可能.....	46
第一節 實體面.....	46
第一項 制度目的.....	46
第二項 政策空間.....	49
第三項 國家實踐：締約國合意.....	57
第二節 程序面.....	60
第一項 管轄權.....	60
第二項 仲裁判斷之類型及效力.....	64
第三項 國際法及國內法之適用.....	67
第四項 反訴.....	72
第五項 第三人參與、公開化及透明化程序.....	78
第三節 小結.....	83
第四章 投資仲裁案例（一）：地主國調整有關環境措施.....	89
第一節 Eco Oro v. Colombia	89
第一項 案件事實概述.....	89

第二項 程序層面.....	92
第三項 實體層面（一）：系爭條約第 811 條.....	94
第四項 實體層面（二）：系爭條約第 805 條.....	101
第五項 法律分析.....	105
第二節 Windstream v. Canada	106
第一項 案件事實概述.....	106
第二項 程序層面.....	109
第三項 實體層面.....	109
第四項 法律分析.....	114
第三節 小結.....	116
第五章 投資仲裁案例（二）：地主國調整能源政策.....	118
第一節 PV Investors v. Spain & 9REN v. Spain	118
第一項 案件事實概述.....	118
第二項 程序層面.....	119
第三項 實體層面.....	119
第四項 法律分析.....	123
第二節 Eskosol v. Italy.....	124
第一項 案件事實概述.....	124
第二項 程序層面.....	125
第三項 實體層面.....	125
第四項 法律分析.....	130
第三節 小結.....	131
第六章 發展有利於減緩氣候變遷之投資仲裁程序：改革方向建議.....	134
第一節 投資仲裁與氣候變遷之關聯.....	134
第二節 解釋論.....	141
第三節 立法論.....	147
第四節 小結.....	153
第七章 結論.....	156
參考文獻.....	169



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的



從歐洲各國政府對於能源憲章條約（Energy Charter Treaty，下稱 ECT）¹的反應，可以得知氣候變遷議題與投資協定有相當顯著的關聯性。西元(下同)2022年10月21日，法國總統公開表示為了貫徹其氣候政策，法國將退出 ECT，以避免可能遭到化石燃料公司所提起之高額賠償訴求，荷蘭、西班牙以及義大利亦已退出或表明其退出之意向。² 2022年8月，義大利政府因禁止英國公司開採石油，經未公開之仲裁庭依據 ECT 裁定 210 百萬歐元以上之賠償金，遠高出據稱已投資之 33 百萬歐元金額。³ 由此可知，部分國家之政府認為投資協定所提供之外國投資人保護將危及自身實施氣候政策之空間，於已有案例使此類風險發生之時，有意積極實施氣候政策之政府進而據此退出 ECT。另一方面，亦有大量投資仲裁之案例係因政府調整再生能源獎勵政策而發生，投資仲裁機制同時具有保障跨國投資再生能源產業之外國投資人之重要功能。

有論者言，於破壞氣候之政策前緣即為投資仲裁體制，因其允許企業挑戰國內政策，於 2015 年以前更有過半數投資仲裁案件來自於石油、礦業、天然氣、電力或其他能源形式之產業，許多案件之原告依據均建立於 ECT。⁴ 強而有力之經濟及政治因素，大量投資以遊說政府支持貿易系統，並且反對公共利益協商取得進展。⁵ 於氣候變遷訴訟中，部分類別為「擱淺資產（stranded assets）」，針對政府採行氣候政策後影響對於財產權之使用或投資可產生之預期利益所受損害，藉由創造「擱淺資產」尋求賠償⁶。

因烏克蘭戰爭所導致的能源危機及能源價格驟升，對於能源轉型方面之國際

¹ Energy Charter Treaty, December 17, 1994, 2080 U.N.T.S. 95. [hereinafter ECT].

² Arthur Neslen, *France Becomes Latest Country to Leave Controversial Energy Charter Treaty*, THE GUARDIAN (Oct. 21, 2022, 5:08 PM), <https://www.theguardian.com/world/2022/oct/21/france-becomes-latest-country-to-leave-controversial-energy-charter-treaty>.

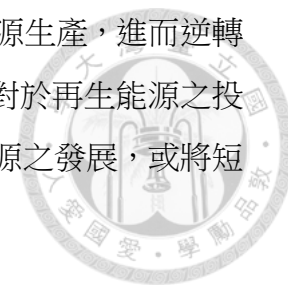
³ Arthur Neslen, *Oil firm Rockhopper Wins £210m Payout After Being Banned from Drilling*, THE GUARDIAN (Aug. 24, 2022, 6:43 PM), <https://www.theguardian.com/business/2022/aug/24/oil-firm-rockhopper-wins-210m-payout-after-being-banned-from-drilling>.

⁴ Sharon Anglin Treat, *Fixing a Broken System That Promotes Climate Change and Depletion of Global Fisheries: WTO Subsidy Reform Is Just the Tip of the (Melting) Iceberg*, 49 ENVTL. L. REP. NEWS & ANALYSIS 10755, 10757 (2019).

⁵ *Id.* at 10760.

⁶ Joana Setzer & Catherine Higham, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*, The Centre for Climate Change Economics and Policy & The Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment 1, 23 (2022), <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2022/06/Global-trends-in-climate-change-litigation-2022-snapshot.pdf>.

投資，一方面，可能使其回歸採礦業以及化石燃料為基礎之能源生產，進而逆轉過去十年向再生能源發展之趨勢，另一方面，亦可能促進歐洲對於再生能源之投資。⁷ 各國整體如何因應能源危機，是否將重點著重於再生能源之發展，或將短期可用之能源視為第一要務，仍待時間驗證。



若將國際間私人投資氣候變遷試行分類，可以初步分為兩大類，「氣候變遷減緩 (mitigation)」以及「氣候變遷調適 (adaptation)」。⁸ 前者涵蓋再生能源、能源效率 (energy efficiency)、減少排放，以及低排放運輸等三種，具有明確的利潤模式，對於私人資本有其吸引力；後者多為水資源管理相關，由於缺乏明確的利益產出，多仰賴公共資本。⁹ 在再生能源的類別中，除了 2019、2020 年停滯不前，於 2021 年投資總金額近乎翻倍，其中由太陽能及風力發電占據了四分之三以上的比例。¹⁰

現代之投資協定多數提供兩種爭端解決機制：締約方就條約之解釋或適用得互相提起仲裁請求，以及投資人就對其投資有不利影響之違反條約行為對地主國提起仲裁。¹¹ 前者為國與國間之仲裁 (state-state arbitration)，後者為跨國之投資人對地主國爭端解決機制 (investor-state arbitration)，前者幾無案例，後者則有數百件案例，亦為討論之重心之所在。¹² 相較於國內法院，當外國投資人之責任於國際投資仲裁體系內建立後，對受害者的保護更為全面，因國際投資仲裁體制具有更為有力之國際強制執行機制。¹³ 國際投資法因其限制國家對於私人投資者行使權力而有公法面向，投資條約仲裁於功能上得以類比為行政或憲法之司法審查，進而脫離了傳統上對於國際法、國內公法、或商法之分類。¹⁴ 以國際投資法之法源而言，其為國際法；以其功能而言，其為行政法或憲法以限制政府；以其爭端解決機制及專業社群而言，其則為商業仲裁。¹⁵

⁷ UNITED NATIONS, WORLD INVESTMENT REPORT 2022: INTERNATIONAL TAX REFORMS AND SUSTAINABLE INVESTMENT 38 (2022).

⁸ *Id.* at 32.

⁹ *Id.* at 33.

¹⁰ *Id.* at 36-37.

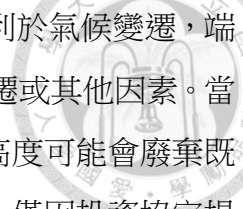
¹¹ Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, 104(2) AM. J. INT'L L. 179, 183 (2010).

¹² *Id.* at 183.

¹³ Kevin Crow & Lina Lorenzoni-Escobar, *What Does a Corporation Owe?: The Scope of Obligations in International Investment Counterclaims*, 31(1) MINN. J. INT'L L. 1, 27 (2022).

¹⁴ Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law – an Introduction*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 3, 17 (Stephan W. Schill ed., 2010).

¹⁵ *Id.* at 17.



持平而言，國家與私人投資人之間，並沒有哪一方必然有利於氣候變遷，端視其當下處於何種情境、其當時整體利益更著重於考量氣候變遷或其他因素。當政府面對經濟危機、跨境傳染疾病或戰爭等威脅時，政府亦有高度可能會廢棄既有之氣候政策，而將資源集中於當下所面對之挑戰。本文認為，僅因投資協定提供跨國之化石燃料產業之外國投資人條約保障，並不得逕行斷定投資仲裁本身不適用於處理氣候變遷議題，或有害於各國政府因應氣候變遷議題之政策空間。

投資仲裁與氣候變遷議題尚無明確之仲裁判斷之意見表明是否相容，得否與此種體系下處理氣候變遷議題，亦即仲裁實務對此保持沈默。本文為探究此空白地帶將來有無發展可能性，為以下議題之討論。氣候變遷議題本身涵蓋甚廣，可謂包山包海，所有之當代議題及紛爭均於氣候變遷之脈絡下發生，僅其關聯性是否緊密、有無必要為討論等有所差異。本文有意探究在排除投資仲裁之應用下，現有之其他法律體制如何因應氣候變遷議題，處理的成效及難處為何。在此前提下，進一步討論投資仲裁現有體制討論氣候變遷議題時可能面對之限制與可能性。此前均為制度性、理論面之討論。有鑒於投資仲裁庭有其內部之邏輯及論述習慣，簡要摘錄共五則與氣候變遷議題有所關聯之案例，以利判斷投資仲裁庭面對氣候變遷議題時可能產生之回應。最終，綜合以上資訊，試圖預測、勾勒將來之投資仲裁機制如何處理氣候變遷議題。

第二節 研究方法

本文以國際投資協定條文、投資仲裁案例實務、國際公法、國際氣候變遷法規、國際貿易法、國際人權法為基礎。具體之研究方法為文獻歸納與分析法，廣泛蒐羅國內外相關專書、學術論文、期刊文獻、相關國際條約及國內法規，對相關文獻進行整理、比對與分析。本文主要參考英文文獻，研究範圍為學者及研究機構之論述、國際投資協定、投資仲裁之案例分析及介紹。

第三節 論文架構

本文共分為七章，第一章為緒論，簡介研究動機、研究方法及論文架構。本文第二章之出發點為目前有哪些氣候變遷國際法規範，有哪些爭端解決機制正在處理氣候變遷議題相關之紛爭，進而形塑出在不討論投資仲裁之前提下現有之處理氣候變遷議題之廣義之背景事實。具體而言，先行介紹氣候變遷議題本身所具有之特殊性，基於此種特殊性，國際上現有之國際氣候變遷法規範之主要內容為何、規範及落實氣候目標之方式為何，有無爭端解決機制等。而氣候變遷議題與國際貿易法間，尚無明確之規範或國際共識，因氣候政策普遍有相當之經濟上影響，產生諸多未來可能發生爭議之類型，並且，簡述三則與氣候變遷相關之國際貿易法案例。最為常見且直接之氣候變遷議題，多於人權法及環境法領域產生案例。此部分雖有大量之國際文件，仍面對諸多尋求救濟之難處。進步言之，國際人權法院相對缺乏有效之跨國強制執行機制，並且缺少高額之損害賠償金額，更無從嚇阻私人跨國企業。於各國之國內法院亦有相當數量之案件，其依據視各國國內法而定，本文主要介紹美國及法國兩地之發展。

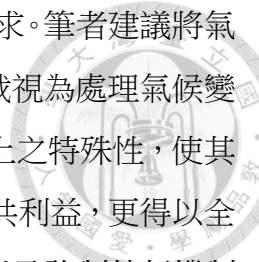
本文第三章之出發點為討論投資仲裁與氣候變遷議題之交集，分別由程序面以及實體面之相關議題出發，探討投資仲裁機制的既有限制與未來可能性。程序面，分別討論：（一）管轄權、（二）仲裁判斷之既有類型及效力、（三）國內法及內國法之實踐、（四）反訴、以及（五）第三人參與、公開化及透明化程序。實體面而言，分別討論：（一）制度目的、（二）政策空間、以及（三）國家實踐：締約國合意。

第四章，第一則案例為礦業開採對氣候變遷，簡言之，則為破壞環境之產業與全球性之環境議題之爭，第二則案例則為另一種典型之環境議題，再生能源政策與環境保護相衝突，通常會體現於選址等問題。此外，兩件案例中均有締約國針對投資協定表示意見之部分，得由此檢視仲裁庭對於締約國表示意見之基本態度。廣義而言，氣候變遷議題亦屬於全球性的環境議題，將來之投資人或地主國有意於投資仲裁討論氣候變遷議題時，此類環境案例有高度之參考性。

第五章，主要討論涉及再生能源之投資仲裁案件。第一節聚焦於西班牙之投資仲裁案件，西班牙之能源政策調整引發諸多投資仲裁案件，難以於有限篇幅中窮盡。個別仲裁庭對於西班牙是否因再生能源改革而負有責任採取了相當多樣化之方式為判斷，第一種，採納了依據上網電價機制主張，第二種，則完全否認原告之主張，第三種，則各自以不同的方式肯認以合理比例計算之利潤，展現了個別仲裁庭多樣化之觀點。本文僅由前述三種案件結果之類型中，選取案例數量較為多數之第一種及第三種仲裁判斷結果對於公平公正待遇原則之解釋適用，進而為比較。第二節聚焦於義大利再生能源政策案件，主要討論尚處於籌資階段之投資人，用以檢視當後續氣候政策衍生之權利或利益得如何受保護、受到何種程度之保護。氣候變遷政策多需要長時間之籌備及落實，會涉及相當複雜之制度及計算，許多時候並不會有明確之財產權或已經於法律上建立之權利，而須符合繁瑣之前提要件。當投資人僅僅取得「將來」之法律上權利時，若未能受有任何保障，對於進行大規模、長時間之投資人而言，恐將顯著削弱其商業動機。進步言之，符合氣候變遷政策之投資，是否應放寬保障之範圍及降低其標準，方得提高跨國投資人進行有助於改善氣候變遷問題之投資意願。

本文第六章，討論如何發展有利於減緩氣候變遷之投資仲裁程序。首先，檢視投資仲裁與氣候變遷議題之關聯，釐清投資仲裁之於氣候變遷是否為必要之機制、機制本身之限制及可能性如何、相較於其他爭端解決機制之差異、是否應直接排除適用投資仲裁等問題。於氣候變遷之脈絡下，肯認投資仲裁機制之必要後，回歸其將以何種方式承載氣候變遷議題，或將氣候變遷之影響納入其審理範圍之方式，進而避免遭公眾以「與氣候變遷議題之全球共通之公共利益絕緣」罵名進行抵制或反對，本文謹提出以下三種方式：（一）強化締約國意見以及氣候變遷法規之影響、（二）於公平公正待遇原則強化地主國國內法比重、以及（三）於公平公正待遇原則強化投資人盡責調查義務。進步言之，當締約國形成共識，有意於投資協定直接明定有利於氣候變遷之條約內容時，討論有哪些可能之選項及解決方案。

本文第七章為結論，於氣候變遷之脈絡下，不同國家基於自身立場對於投資仲裁之改革提出多種觀點，筆者認為投資仲裁之問題毋庸大幅度之制度性改革，



投資仲裁機制得以透過締約國或投資仲裁庭之環節呼應當代需求。筆者建議將氣候變遷議題視為投資仲裁須處理之眾多議題之一，亦將投資仲裁視為處理氣候變遷議題之爭端解決機制之一，或為最佳解。投資仲裁本身制度上之特殊性，使其不限於特定之目的，而得同時衡量投資人保護以及地主國之公共利益，更得以全球治理之角度衡量氣候變遷議題。而投資仲裁之高額金錢賠償以及強制執行機制，將使仲裁判斷之影響力穿透各個層面。投資仲裁仍為現有制度下，最能保障再生能源（以及其他低碳科技）之跨國投資人之爭端解決機制，長遠而言，仍能促進國際間資金及技術之流動，使得全球社會更有能力因應氣候變遷之挑戰。單純排除適用投資仲裁，不必然導致私人資金流向有助於氣候變遷議題之產業，而僅強化各國保護主義，減少國際間私人資金流動之機會，恐對於發展中國家更為不利。

第二章 氣候變遷議題之國際發展重點與爭端解決

第一節 氣候變遷議題國際趨勢及重點發展

第一項 氣候變遷議題之特殊性



氣候變遷會造成多方面之影響。於健康層面，氣候變遷會造成與熱度有關之健康問題（例如：熱浪）、空氣污染、極端氣候事件及自然災害、擴散的致病媒介、營養問題、精神健康問題以及其他風險（例如：遷移、生物多樣性以及政府之資源分配）。¹⁶

氣候變遷議題要求社會及個人於當下以具有高額成本的措施因應長期且不確定的威脅，將會於事實上影響國家的能源、農業及運輸等各方面國內政治，更要求各國協調其不同的利益及情況達成集體行動。¹⁷ 氣候變遷做為全球共有的問題之母，要求全球社會集體行動以減少碳排放，因各國不同的利益考量，難以達成責任分擔，以及消除國內對於去碳化所造成之潛在經濟及社會成本。¹⁸

由 UNFCCC 與 UNEP 於 2021 年 11 月 9 日所發布之聯合技術性說明（Joint technical note）可知，若以各國現有之 NDC 為依據，縱使兩機構因計算方式和採用模型而使數據略有出入，整體而言，兩機構做成之預測結果均明白肯認依現況難以達成於本世紀末限制全球升溫於 1.5°C 或低於 2°C 之目標，預期目標與現況間仍有相當落差。¹⁹

專責統計氣候變遷法律及案件之國際組織，將氣候變遷訴訟定義為「於司法或準司法機構前提起之案件，涉及與氣候變遷科學、政策或法律有關之實質議題」²⁰。本文後續所提起之氣候變遷訴訟亦依循此定義。

並非所有氣候變遷訴訟均係為減緩氣候變遷所提起，許多案件係為了挑戰會

¹⁶ Human Rights Council, Analytical Study on the Relationship Between Climate Change and the Human Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, ¶ 12-22, UN Doc. A/HRC/32/23 (May 6, 2016).

¹⁷ Daniel Bodansky, *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope*, 110 AM. J. INT'L L. 288, 289 (2016).

¹⁸ Daniel Bodansky, *Climate Change: Reversing the Past and Advancing the Future*, 115 AJIL UNBOUND 80, 80 (2021).

¹⁹ *Joint technical note by the UNFCCC and UNEP*, UN ENVIRONMENT PROGRAMME 1, 3 (Nov. 9, 2021),

<https://www.unep.org/resources/publication/joint-technical-note-unfccc-and-unep>.

²⁰ Setzer & Higham, *supra* note 6, 6.

造成正面氣候結果之政策或法律，這些案件的原告多數就延緩或阻礙氣候變遷行動具有經濟或意識形態上之利益。²¹

依據國際組織所做成之報告，統計至 2022 年 5 月為止，全球與氣候變遷有關之訴訟案件，比起至 2015 年之總量加倍，並且過去 8 年間已有超過 1200 件案件，所有案件中約有四分之一係於最近兩年間提起²²。可知氣候變遷已成為全球關注之焦點，並且造成氣候變遷有關訴訟案件數量上之劇烈增加。

雖於國際法院或區域法院等機構（非各國境內之法院）提起之氣候變遷訴訟僅有 103 件，分布於：歐盟之各法院、聯合國組織（人權理事會、聯合國兒童權利委員會等）、美洲人權法院以及美洲人權委員會、歐盟法院以及歐洲人權法院、投資仲裁、世界貿易組織（World Trade Organization，下稱 WTO），國際刑事法院（the International Criminal Court）等。²³

然而，氣候變遷訴訟所引起之具體影響及結果尚未明朗，考量氣候變遷訴訟本質上密集消耗資源，有相當可能由反對氣候變遷訴訟之一方利用氣候變遷訴訟以達成其等目的²⁴。即使是並未進入正式訴訟程序之氣候變遷案件仍有可能對於政府之決策產生影響及壓力，於澳洲、加拿大、日本及英國等地均有類似案件顯示威脅提起氣候變遷訴訟本身即有可能影響政府之決策²⁵。

氣候策略專家 Jorgen Randers 曾於 2015 年之訪談表示：「延緩全球氣候行動是合乎效益的。讓整個世界陷入地獄更能獲利。短視仍會主宰我們接下來的數年。因此。一些長期問題即使可能曾經能夠解決，最終也無法被解決，甚至會逐漸對所有的選民造成更多難處。...資本主意係為了將資本集中於最能獲利的計畫上的精巧設計。這並不是我們今天所真正需要的。我們需要投資在更為昂貴的風能或太陽能上，而不是便宜的煤炭或天然氣。資本主義市場本身不會獨自完成這件事。這需要不同的背景條件，例如替代性價格或嶄新規範。」²⁶

²¹ *Id.* at 7.

²² *Id.* at 1.

²³ *Id.* at 9.

²⁴ *Id.* at 27-28.

²⁵ *Id.* at 29.

²⁶ Jo Confino, *It is profitable to let the world go to hell*, THE GUARDIAN (Jan. 19, 2015, 5:00 PM),

以美國為例，從 1970 年起燃燒化石燃料以及工業製程佔有四分之三之溫室氣體排放，於 2019 年，燃燒化石燃料更佔據了 74% 之溫室氣體排放。²⁷ 許多年來，為化石燃料產業工作的遊說者，刻意散播資訊已造成民眾混淆，這些遊說者部分先前為菸草產業進行類似的遊說行為，使民眾難以認知到氣候變遷的危害、急迫性以及重要性。²⁸ 2008 年的金融危機，使公眾將注意力由氣候變遷所帶來的長期威脅移轉到更為立即的經濟問題，即使科學預測之結果越發悲觀。²⁹

有學者言，問題在於，如何平衡「集體利益」與「個人自由」：一方面，對個人自由最小干預之手段與集體層次行動的急迫需求間有難以協調的緊張關係；另一方面，個人及集體均有道德責任，足以正當化對於個人自由的限制，進而預防足以危害人類整體之環境災害發生³⁰。

若將氣候變遷議題比做共有財的悲劇或集體行動問題，此種建議的解決方案導向由上而下的規範，以免基於自利而為不利行動，長期影響環境相關政策決定。³¹ 當世界面臨最為重大之環境挑戰時，政府並未產出學界強烈建議之全面性的、由上而下的規範。³² 當社群具有合作之社會規範時，該社群得以成功地在自由市場內自我管理以保存資源，或是有時個人利益會與對環境友善之行為重疊。³³

多層次方法具有以下優勢：得以同時應對社會不平等、提供更多實驗機會、對國家施壓提高減碳目標、以及利用貿易法創造集體行動之誘因，迴避多邊協商之路徑。³⁴ 其中，由地方政府由下而上所為之政策，更能反映少數族群之利益，在氣候變遷與社會不平等兩者間達成平衡。³⁵ 由於氣候變遷為嶄新議題，地方層級之實驗對於氣候政策有其價值。³⁶ 基於巴黎協定主要為由下而上之措施，要求

<https://www.theguardian.com/sustainable-business/2015/jan/19/davos-climate-action-democracy-failure-jorgen-randers>.

²⁷ The Harvard Law Review Association, *Developments in the Law — Climate Change*, 135(6) HARVARD L. REV. 1522, 1540-41 (2022).

²⁸ FELIX R. FITZROY & ELISSAIOS PAPYRAKIS, AN INTRODUCTION TO CLIMATE CHANGE ECONOMICS AND POLICY 2 (2d ed. 2016).

²⁹ *Id.* at 7.

³⁰ Mara Tignino & Makane M'oise Mbengue, *Climate change at the crossroads of human rights: The right to a healthy environment, the right to water and the right to development*, 31(1) REV. EUR. COMPAR. & INT'L ENV'T L. 3, 4 (2022).

³¹ The Harvard Law Review Association, *supra* note 27, at 1526-27.

³² *Id.* at 1533.

³³ *Id.* at 1533.

³⁴ *Id.* at 1533-34.

³⁵ *Id.* at 1534.

³⁶ *Id.* at 1534-35.

國家自願設定不具有約束力之目標，地方政府也得以扮演重要角色。³⁷



第二項 國際規範簡介

第一款 基本規範類型簡介

學者將國際氣候變遷法分為四種基本議題，分別為：(1) 減緩 (mitigation) 氣候變遷，亦即限制或預防其發生；(2) 調適 (adaptation) 氣候變遷，限制其損害；(3) 財務或其他支持；以及 (4) 國際監督以促進實踐。³⁸據學者觀察，起初氣候變遷機制偏重於減緩，後逐漸重視調適；而發展中國家則關注財務及其他支持，包含技術移轉及能力建構 (capacity building)；聯合國方面則有意發展較為完善之程序以利各國確實實踐。³⁹

減緩通常需要集體行動，其成果將由國際社會共享；相反地，個別國家得由調適中直接獲益，國際合作主要在於提供弱勢國家支持以及促進資訊共享⁴⁰。國際監督部分，則包含五個項目：(1) 個別國家報告其溫室氣體排放量、減緩及調適措施；(2) 專家檢視各國提供資訊；(3) 評估是否實踐及遵循；(4) 評估效果；以及 (5) 正式的爭端解決機制，其中前四項國際監督機制均已於 UNFCCC，京都議定書，以及巴黎協定陸續落實⁴¹。

以獎勵 (胡蘿蔔) 和裁罰 (棍子) 的角度而言，裁罰之落實相對困難，多數仍以提供獎勵之方式進行設計，未能授權跨國界的機構對於並未達成承諾之國家進行裁罰。⁴²

學者將各國落實 UNFCCC 或京都議定書的方式分為三種：限額與交易制度 (cap-and-trade system)、命令與控制規範 (command-and-control regulations) 以及差異化 (differentiation，例如稅制或補貼)。⁴³

³⁷ *Id.* at 1535.

³⁸ DANIEL BODANSKY ET AL., INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE LAW 11 (2017).

³⁹ *Id.* at 12.

⁴⁰ *Id.* at 14.

⁴¹ *Id.* at 16.

⁴² FITZROY & PAPYRAKIS, *supra* note 28, at 138.

⁴³ JORGE E. VIÑUALES, FOREIGN INVESTMENT AND THE ENVIRONMENT IN THE INTERNATIONAL LAW 255 (2d ed. 2012).

「限額與交易制度」有各種不同的變體，其基本架構為設定參與主體（國家、公司或同一聯盟之國家）溫室氣體排放量之共有上限，將前述排放量分配與各主體（可直接分配或拍賣），參與主體間有權交易其排放權，並且得以給定方式取得超過上限的排放配額。⁴⁴ 在投資人是否納入參與主體、投資人具體分配所得之排放量、進行交易的限制、或是藉由其他方式取得之排放權，以上四種情境都是可能引起爭議的環節。⁴⁵

「命令與控制規範」則為生產特定貨品之技術需求或特定活動之運作需求，不限於直接與溫室氣體有關，也可涉及能源效率（energy efficiency）或營建標準。

46

原則上氣候政策均可以納入「差異化」之範疇，試舉兩種範例：因規範客體和方式而調整的稅制，以及補貼或其他經濟誘因。⁴⁷ 未能從中獲益的投資人或將主張此種補貼違反不歧視原則，從中獲益的投資人或將於廢棄此種補貼時主張應賠償其所受損害。⁴⁸ 基於氣候變遷考量新增補貼，廢棄原有對於化石產業之補貼，亦或是對於再生能源補貼的更動都可能引發紛爭。⁴⁹ 關於此類案件，歐盟法院對於如何正當化差異，表示應基於：「合乎立法目的的客觀標準 ... 考量採取系爭行為時可取得之所有事實、技術及科學資料 ... 所有涉及之利益 ... 此種裁量不得產生與其他合乎同樣目標之措施相較顯不相當之結果。」⁵⁰

第二款 國際環境法

一般而言，國際法並非最適於處理複雜的全球性環境議題，因此以條約為基礎之環境機制，就是特別處理前開議題而設計的機制，有意吸引足夠數量的關鍵成員國家，並且達成有實質意義的承諾及共識⁵¹。

⁴⁴ *Id.* at 256.

⁴⁵ *Id.* at 261-65.

⁴⁶ *Id.* at 256.

⁴⁷ *Id.* at 258.

⁴⁸ *Id.* at 258.

⁴⁹ *Id.* at 258.

⁵⁰ *Id.* at 270.

⁵¹ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 36.

學者部分強調環境和大氣為人類之共同擔憂（common concern），部分則強調不傷害（no harm）原則，部分則為了因果關係上之不確定性，著重於預防（precautionary）原則，種種用意均在於嘗試建立國家因應氣候變遷之國際習慣法上之義務。⁵² 由國際實踐上則甚難謂已建立起此種義務。⁵³

為了克服集體行動的挑戰，要盡可能地鼓勵相關成員參加，同時確保目標足以有效解決問題，更遑論為了免於長期且不明確的風險所需要付出的高昂成本⁵⁴。多邊環境協定（Multilateral environmental agreement，下稱 MEA）是動態發展且長期演進的，並非一蹴可幾，比起整個體制建立的終點，更像是起點⁵⁵。MEAs 通常會建立於框架性的模式上，同時建構其對應之機構，在此等前提上促進標準設定的更新流程⁵⁶。

聯合國氣候變遷體系發展時日甚久，並涉及多處國際組織，因其歷史脈絡非本文著重之處，故略之⁵⁷。以下僅將重點簡要介紹構成今日氣候變遷體系之重點條約。

第三款 1992 UNFCCC

聯合國氣候變化綱要公約（United Nations Framework Convention on Climate Change，下稱 UNFCCC）⁵⁸建立了國際間氣候管制的基本架構，後續許多氣候相關之條約均奠基於其上，關於是否允許國家藉由市場機制實踐其減排的承諾已得到肯定見解，關於如何區分不同國家所應做成之承諾已相對取得共識，關於已開發國家是否有義務支持開發中國家減緩及調適氣候變遷則仍有相當爭議⁵⁹。

⁵² The Harvard Law Review Association, *supra* note 27, at 1655.

⁵³ *Id.* at 1655-56.

⁵⁴ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 56.

⁵⁵ *Id.* at 56.

⁵⁶ *Id.* at 57-61.

⁵⁷ See generally *id.* at 97-117.

⁵⁸ United Nations Framework Convention on Climate Change, May 9, 1992, 1771 U.N.T.S. 107 (entered into force March 24, 1994) [hereinafter UNFCCC].

⁵⁹ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 118-19.

UNFCCC 並未明文規範人權相關之條文，僅於第 3.4 條提及關於永續發展的權利，在此「永續發展 (sustainable development)」係為避免將發展權 (right to develop) 延伸解讀為排放權。⁶⁰

UNFCCC 於第 3.5 條明文規定：「各締約方應當合作促進有利的和開放的國際經濟體系，這種體系將促成所有締約方、特別是開發中國家的永續經濟增長和發展，因而使它們有能力更佳對應氣候變遷的問題。為處理氣候所採取的措施，包括單方措施，不應當成為國際貿易上的專斷或不正當的歧視手段或者隱藏性限制。」⁶¹ UNFCCC 僅僅係重述 GATT 第 20 條的規範，並未肯定或否定貿易措施的合法性，而使締約方回歸既有的貿易法體系為判斷。⁶²

前述原則得於貿易的脈絡下產生影響，並得擴張其影響至投資領域。⁶³ 此項條文創造了個別法院或仲裁庭據此限制貿易或投資爭端解決機制下環境法之潛在適用空間，國家宜事前策略性釐清投資規範與國際氣候變遷規範間關聯性。⁶⁴

UNFCCC 介於框架性公約與有實質權利義務之條約之間，規範減少溫室氣體排放的第 4.2 條並無拘束力⁶⁵。於 UNFCCC 第 4.1 條為由下往上 (bottom-up) 的規範模式，由各締約國自行決定其目標，其目標有法律上拘束力，反之，第 4.2 條則為由上往下 (top-down) 的規範模式，對於附表I所列之國家統一決定其整體目標，而其目標並無法律上拘束力⁶⁶。

關於如何區分締約國的類型，UNFCCC 建立了兩份清單，附表I (1992 年 OECD 成員國及其他轉型中經濟體)，附表II (OECD 成員國)，並未列入附表I即為「非附表I成員國」，非附表I成員國僅受到適用於所有成員國之條約限制(第 4.2, 5, 6, 12.1 條)，附表I成員國則另有減緩及報告之特定承諾 (第 4.2, 12.2 條)，附表II成員國則另有經濟援助及技術移轉之特定承諾 (第 4.3-4.5 條)⁶⁷。

⁶⁰ *Id.* at 309-10.

⁶¹ UNFCCC art. 3.5.

⁶² BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 347.

⁶³ VIÑUALES, *supra* note 43, at 278.

⁶⁴ *Id.* at 278.

⁶⁵ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 119-20.

⁶⁶ *Id.* at 120.

⁶⁷ *Id.* at 122.



UNFCCC 提供締約國間以協商談判或其他和平方式解決爭端，並且得透過聲明進而將爭端提交國際法院或仲裁，實際上並未有任何案例，僅有部分國家曾提出過聲明。⁶⁸

UNFCCC 首次提出「共同但有區別責任與各自能力」(common but differentiated responsibilities and respective capabilities, 下稱 CDBRRC) 原則，發展中國家據此要求已開發國家領導並且區別對待其等國家，而已開發國家則認為應視各國實際情況動態調整。⁶⁹ CDBRRC 原則主要建立於各締約方對於造成氣候變遷問題所負有之不等歷史責任，並且各國因應本議題之能力亦不同。⁷⁰ 然而，隨著全球經濟轉變，前述區別與現況之斷裂越發嚴重。⁷¹

由 UNFCCC 建立之氣候體制被認為是無法充份回應科學上急迫性並且未能確實實行的，據此衍生了後續的協商。⁷² 整體而言，UNFCCC 提供了氣候變遷體系的基本框架，而京都議定書建立了時程表和目標，以及遵循體制。⁷³ 前者反應了軟法的途徑，強調促進國際合作，後者反應了硬法的途徑，強調了裁罰。⁷⁴

第四款 1997 京都議定書

京都議定書 (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 下稱京都議定書)⁷⁵設立了有拘束力之排放目標，為了分配各國負擔，本條約豁免發展中國家，使其等免於有拘束力之目標，同時使歷史上貢獻最多溫室氣體排放之工業化國家承擔最為沈重之目標。⁷⁶ 基於不同認知，美國並未批准，而加拿大後續也退出，當國際法無從提供強迫遵循之機制時，國家主權

⁶⁸ Lavanya Rajamani, *The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Framework approach to climate change*, in CLIMATE CHANGE LAW 205, 214 (Daniel A Farber & Marjan Peeters eds., 2016).

⁶⁹ *Id.* at 209-10.

⁷⁰ Daniel Bodansky, *supra* note 17, at 298.

⁷¹ *Id.* at 298.

⁷² Rajamani, *supra* note 68, at 206.

⁷³ *Id.* at 206.

⁷⁴ *Id.* at 206-07.

⁷⁵ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, December 10, 1997, 2303 U.N.T.S. 162 (entered into force February 16, 2005) [hereinafter Kyoto Protocol].

⁷⁶ The Harvard Law Review Association, *supra* note 27, at 1528.

即成為危及共有財之致命的自由。⁷⁷

京都議定書過於強調區分開發中國家以及已開發國家，有利於開發中國家，遭到美國反對，後續巴黎協定則由國家自主決定，特別在於如何減緩。⁷⁸ 京都議定書第 2.3 條指出締約方應盡力減少對於國際貿易的不良影響，並且特別提及開發中國家的社會、環境和經濟影響。⁷⁹

京都議定書提供了三種市場機制，分別為共同履行（Joint Implementation），清潔發展機制（Clean Development Mechanism），以及排放交易（Emissions Trading），其基礎論據在於不同地點減少碳排放所帶來的作用是一致的，故減少碳排放應該於最符合成本效益的地點進行。⁸⁰這些市場機制相對於國內行動都是補充性的。⁸¹

「共同履行」規定於京都議定書第 6 條。本機制允許附表 I 成員國於另一附表 I 成員國減少碳排放或加強碳匯時（限制為原本情況下不會發生的「附加的」部分），得到減少碳排放之點數，僅僅限於附表 I 成員國之間。⁸²

「清潔發展機制」規定於京都議定書第 12 條。本機制允許附表 I 成員國從事或投資非附表 I 成員國，並將從此產生之減少碳排放點數使用於達成附表 I 成員國所設定之目標。⁸³ 目標在於支援非附表 I 成員國達成永續發展，以及使附表 I 成員國符合規範。⁸⁴由於非附表 I 成員未受到京都議定書規範，並無設定達成之目標，亦有可能使附表 I 成員國增加碳排放量，而逸脫原先規範目的。⁸⁵ 如何定義及評價該計畫是否符合永續發展亦成難題。⁸⁶

「共同履行」與「清潔發展機制」兩者都是以計劃為基礎（project-based）的

⁷⁷ *Id.* at 1528-29.

⁷⁸ Rajamani, *supra* note 68, at 208.

⁷⁹ Kyoto Protocol art. 2.3.

⁸⁰ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 179.

⁸¹ *Id.* at 179.

⁸² *Id.* at 181.

⁸³ *Id.* at 183.

⁸⁴ *Id.* at 183.

⁸⁵ *Id.* at 184.

⁸⁶ *Id.* at 185-86.

機制。⁸⁷ 普遍而言，「清潔發展機制」比起「共同履行」產生更多有價值的單位，更容易引入資金，更少暴露於地主國的政策空間之下，並且得以在策略上更有力的國家進行，然而，於環境層面上卻不必然更為有利。⁸⁸



若以投資者的觀點而言，可以想像的風險則為：計畫未能產生預期數量的點數、在國際市場上點數的價格下滑或是地主國干涉。⁸⁹

「排放交易」規定於京都議定書第 17 條。本機制允許附表 I 成員國參與「碳排放交易」，與另一附表 I 成員國「移轉」或「取得」，其中歐盟得以區域創造交易機制，而其他締約國家得以國家、地區或城市為等級創造交易機制。⁹⁰

第五款 2015 巴黎協定

巴黎協定 (Paris Agreement)⁹¹ 為了使關鍵國家接受，也為了維持其有效性，巴黎協定採用由下而上 (bottom-up) 方式，著重於反應各國的自主決策，並強化透明化及可歸責規範。⁹² 巴黎協定是法律上有效的文件，不再區分是否為已開發國家而全球性地為規範，其建立了每五年更新的長期機制，並且以透明化、可歸責性的同儕及公眾壓力為主要監督機制。⁹³ 原則上巴黎協定為國際法上之條約幾無異議，然而其多數條約並未形成法律義務。⁹⁴ 進步言之，使用「shalls」的條約形成法律義務，使用「should」、「encourage」形成不同程度的建議，而使用「will」、「may」或「are to」則可能為不同程度的期待或許可等意，依其使用之文字而有不同之規範意涵。⁹⁵ 巴黎協定整體上不再明確區分國家類別，並未提供附表劃分國家類型，而視各國具體的需求提供彈性解讀空間。⁹⁶

⁸⁷ VIÑUALES, *supra* note 43, at 51.

⁸⁸ *Id.* at 51.

⁸⁹ *Id.* at 51.

⁹⁰ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 191-92.

⁹¹ Conference of the Parties, Adoption of the Paris Agreement, Dec 12, 2015, U.N. Doc. FCCC/CP/2015/L.9/Rev/1 (Dec. 12, 2015) [hereinafter Paris Agreement].

⁹² Bodansky, *supra* note 17, at 289.

⁹³ *Id.* at 290-91.

⁹⁴ *Id.* at 296.

⁹⁵ *Id.* at 297.

⁹⁶ *Id.* at 300.

巴黎協定前言明言：

「承認氣候變遷是人類共同關注的問題，締約方在針對氣候變遷採取行動時，應當尊重、促進和考慮它們各自對人權、健康權；原住民、在地社區、遷徙者、兒童、身心障礙者、弱勢族群等之權利；以及發展權，與性別平等、婦女賦權和跨世代衡平等的義務，

...

注意到必須確保包括海洋在內的所有生態系統的完整性，保護被有些文化認作大地母親的生物多樣性，並注意到針對氣候變遷採取行動時關於某些『氣候正義』概念的重要性，

申明對各本協定所述之各層面事項，其教育、訓練、公眾認知、公眾參與、公眾接取資訊以及合作有其重要性，

認識到依據締約方各自的國內立法，使各層級政府和各行為者參與處理氣候變遷的重要性，」⁹⁷

巴黎協定之前言論及諸多面向，其中涉及人權之部分條文係本協定唯一明文規範人權之處。就此，有以下三點分析：

1. 僅涉及針對氣候變遷採取之行動，並未涉及氣候變遷本身；
2. 並未提及國家「實現」人權之義務，僅消極規範，未有積極實踐之義務；
3. 限制於各國國家「個別現有」之人權規範，並未創設其他人權之依據或規範。⁹⁸

巴黎協定同時也於前言隱含程序權之要求，要求締約方強化公眾參與、建立取得資訊之管道等措施。⁹⁹

巴黎協定第 2 條明揭：

「1.本協定在加強《公約》，包括其目標的執行方面，旨在聯繫永續發展和消除貧困的努力，加強對氣候變遷威脅的全球應對，包括：

(a) 把全球平均氣溫升幅控制在相當低於工業化前水準 2°C 之內，並努力將氣溫升幅限制在低於工業化前水準 1.5°C 之內，同時認識到這將大幅大減少氣

⁹⁷ Paris Agreement pmb1. (emphasis added).

⁹⁸ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 227-28.

⁹⁹ *Id.* at 312-13.

候變遷的風險和影響；

(b) 提高因應氣候變遷不利影響的調適能力，並以不威脅糧食生產的方式增強氣候韌性和溫室氣體低排放發展；

(c) 使資金流向符合邁向溫室氣體低排放和氣候韌性發展的路徑。

本協定的執行將按照不同的國情，反映衡平以及共同但有區別的原則和各自能力的原則。」¹⁰⁰

考量現實需求，巴黎協定所設定之氣溫升幅 1.5°C 難以有效改善現況，並且各國所提出之國家自定貢獻（Nationally Determined Contribution）亦不足以達成設定目標，可知巴黎協定亦有表達及倡導之功能，作為推進國家和其他行為者採取更為激進行動之基礎。¹⁰¹ 進步言之，巴黎協定未能提出具體之碳排放高峰或淨排放之具體時程表，僅宣示其為長期目標。¹⁰²

本條第 1 項第 c 款建立了與巴黎協定目標相符之公有及私有資金移轉的目標，為達到此目標，需要增加綠色金融（例如，減緩及調適行動，以及潔淨能源），並限制碳密集型（carbon-intensive）產業之金融活動。¹⁰³ 進步言之，可能途徑為：發展促進揭露氣候變遷相關連之金融活動的國際標準、推進全球性的終止補貼化石產業及其他國際政策。¹⁰⁴

關於減緩，巴黎協定第 4 條有言：

「1. 為了落實第二條規定的長期氣溫目標，締約方意在儘快達到溫室氣體排放的全球峰值，同時認識到達峰對開發中國家締約方來說需要更長的時間；締約方並承諾達峰後援用既有最佳科技迅速減量，藉以聯繫永續發展和消除貧困，並在衡平的基礎上，於本世紀下半葉實現溫室氣體源的人為排放與匯的消除之間的平衡。

2. 各締約方應編制、通報並保持它預期實現的下一期國家自定貢獻。締約方應採取國內減緩措施，以落實該貢獻的目標。

¹⁰⁰ Paris Agreement art. 2.

¹⁰¹ Bodansky, *supra* note 17, at 302-03.

¹⁰² *Id.* at 303.

¹⁰³ Bodansky, *supra* note 18, at 83.

¹⁰⁴ *Id.* at 83.

3. 各締約方下一期的國家自定貢獻將按不同的國情，逐步增加締約方現有的國家自定貢獻，並反映其最大可能的企圖心，同時反映其共同但有區別的責任和各自能力。

4. 已開發國家締約方應當繼續帶領，努力實現各部門絕對減量目標。開發中國家締約方應當繼續加強它們的減緩努力，並鼓勵它們根據不同的國情，逐漸實現各部門絕對減量或排放限制目標。

...

6. 低度開發國家和小島嶼開發中國家可編制和通報用以反映它們特殊情況的溫室氣體低排放發展策略、規劃和行動。

...

9. 各締約方應根據第 1/CP.21 號決議和作為《巴黎協定》締約方會議之《公約》締約方大會的任何有關決議，並參照第十四條所述的全球盤點的結果，每五年通報一次國家自定貢獻。

...

19. 所有締約方應積極擬定並通報長期溫室氣體低排放發展策略，同時慮及第二條之規定，應參採在不同國情下，其共同但有區別的責任和各自能力。」¹⁰⁵

於減緩方面，相較於京都議定書，巴黎協定藉由國家自定貢獻（Nationally Determined Contribution），係為各國自主決定而非國際協商，並無法律上拘束力，紀錄於秘書處保管的公共登記簿，並且所有締約方均有此義務。¹⁰⁶ 透過巴黎協定各國提出最高的可能目標，提供了氣候訴訟案件之原告據此主張政府所為低於其所承諾之目標。¹⁰⁷

巴黎協定第 6 條雖未直接論及市場（market），而強調非市場方法，然而其實際上提供了兩種以市場為基礎之機制。¹⁰⁸ 依巴黎協定第 6.2 條認可締約方以合作方法、使用國際轉讓之減緩成果等方式實現國家自定貢獻。¹⁰⁹ 另依巴黎協定第 6.4 條則建立致力於減緩溫室氣體排放並支持永續發展之體制，混合了京都

¹⁰⁵ Paris Agreement art. 4.

¹⁰⁶ Bodansky, *supra* note 17, at 304.

¹⁰⁷ John Darcy, *Global Climate Change Law*, 2021 GLOB. ENVTL. L. ANN. 7, 33 (2021).

¹⁰⁸ Bodansky, *supra* note 17, at 307.

¹⁰⁹ *Id.* at 307.

議定書之兩種機制即共同履行（Joint Implementation），清潔發展機制（Clean Development Mechanism），並且不限於以計劃為基礎（project-based）。¹¹⁰

調適則規定於巴黎協定第 7 條，肯認其為全球性挑戰，透過軟性手段採取鼓勵態度。¹¹¹ 由於調適主要提供當地利益，與國家自身利益較為相關，對於集體行動較無需求。¹¹²

巴黎協定第 8 條將損失及損害納入其範疇，將損失及損害與調適分開為獨立之規定，進而創造了後續發展中國家將本條作為其等繼續發展論述之立足點。¹¹³

巴黎協定第 9 條明言：

「1. 已開發國家締約方應就協助發展中國家延續其在《公約》現有減緩和調適之義務提供資金。

2. 鼓勵其他締約方自願提供或繼續提供這種援助。

3. 作為全球努力的一部分，已開發國家締約方應繼續帶領，從各種大量來源、手段及管道活化氣候資金，同時注意到公部門資金藉由多樣作為；包括援助國家主導的策略，以及將開發中國家締約方之需求和優先事項納入考量，所扮演的重要角色。這些活化氣候資金的努力，應當展現出超越前期努力的進展。

4. 擴大資金資源的規模，旨在達成調適與減緩之間的平衡，其中必須考慮到國家驅動主導策略以及開發中國家締約方的優先事項和需求，尤其該些因氣候變遷不利影響特別脆弱和受到嚴重的能力限制的開發中國家締約方，如低度開發國家，小島嶼開發中國家等，亦應考慮到其調適對於公部門及資助資金之需要。

5. 已開發國家締約方應適當根據情況，每兩年對與本條第 1 項和第 3 項相關的指示性定量、定性資訊進行通報；包括表定預期向開發中國家締約方提供的公共部門財務資源。鼓勵其他提供資源的締約方，也自願每兩年通報一次同樣的資訊。

6. 第十四條所述全球盤點，應將已開發國家締約方與/或本協定下設機構與

¹¹⁰ *Id.* at 307.

¹¹¹ *Id.* at 308.

¹¹² *Id.* at 308.

¹¹³ *Id.* at 309.

氣候資金所涉努力的相關資訊一併納入考量。

7. 根據第十三條第 13 項的規定，已開發國家締約方應按照作為《巴黎協定》締約方會議之《公約》締約方大會第一屆會議通過的條件、程序和指導，就透過公共干預措施向開發中國家提供和調動援助的情況，每兩年提供透明一致的資訊。鼓勵其他締約方也比照辦理。

8. 《公約》的資金機制，包括其經營實體，應作為本協定的資金機制。

9. 為本協定服務的機構，包括《公約》資金機制的經營實體，旨在透過精簡審查程序和強化已準備就緒之支援予開發中國家締約方，尤其是低度開發國家和小島嶼開發中國家，來確保它們在國家氣候策略和規劃方面能有效地獲得資金。」¹¹⁴

由巴黎協定第 9.2 及 9.3 條可知，作為資金提供者及資金接受者之分界已經開始鬆動，並且雖呼籲已開發國家領導，然其僅做為全球努力之一部而非全部。

115

若討論是否能解決氣候變遷問題，巴黎協定並不足以解決，然而其確為超乎眾人預期之進步。¹¹⁶ 或許最為重要的是，巴黎協定捨棄了差異化手段，而關注全球的總體碳排放。¹¹⁷ 而氣候變遷問題之成敗，不僅繫諸於法律體系，而係繫諸於各國國內政治與技術革新。¹¹⁸

事實上，巴黎協定之實體承諾主要在本質上多為自行決定（self-directed）以及自我監督（self-policing）的，國家有責任自主提供其氣候目標以及完成報告需求，若有需要也可自行加入或退出，對於如何提供有拘束力且得以強制執行之承諾，巴黎協定之貢獻則為有限。¹¹⁹

氣候變遷法制的發展漫長而蜿蜒，其中京都議定書設定了有法律拘束力、由上到下、量化目標及明確時程表來限制溫室氣體的排放；Copenhagen Accord 則

¹¹⁴ Paris Agreement art. 9.

¹¹⁵ Bodansky, *supra* note 17, at 310.

¹¹⁶ *Id.* at 316.

¹¹⁷ *Id.* at 316-17.

¹¹⁸ *Id.* at 319.

¹¹⁹ The Harvard Law Review Association, *supra* note 27, at 1654.

是政治性的、由下往上並給予國家高度彈性；巴黎協定則在各方面均取其折衷。¹²⁰ 在成員國的區別上，UNFCCC 溫和區別所有締約國的共同承諾以及各附表成員國的承諾，京都議定書則激烈地排除了非附表I成員國，巴黎協定則不再基於附表而作成有差異化的區別。¹²¹

科學與環境的考量始終與關於減少碳排放所生成成本之經濟考量相抗衡，許多國家擔憂接受具有法律拘束力的目標將會產生的經濟潛在影響，故巴黎協定允許締約國自行決定減少碳排放之貢獻，以透明化及監督機制促進締約國實踐，而非藉由法定的強制執行機制。¹²²

國際氣候變遷法制是管理偏向的，相較於直接要求執行特定行為；著重於區分不同對象；多中心的，表現出氣候變遷議題本身的多面性。¹²³ 關注於環境及公共健康之多邊協商，例如巴黎協定，缺乏類似於 WTO 所提供之以貿易為基礎之強制執行機制。¹²⁴

關於責任分擔仍將會是問題，考量國家間財富、歷史排放量、人均排放量等情況的差異性，發展中國家仍將會繼續要求增加財務援助、協助取得有利氣候變遷之科技技術，尤其是貧窮且特別脆弱的國家將如何就氣候變遷所造成之損害求償亦會成為重要議題。¹²⁵

縱使與會國於第 26 屆締約方大會（Conference of the parties，下稱 COP26）提出了減排承諾，氣候科學家判斷依會議中達成之有限進展，仍遠不及於氣溫升幅 1.5°C 之目標，甚至無法將氣溫升幅控制於 2°C 之範疇內。¹²⁶

¹²⁰ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 351.

¹²¹ *Id.* at 352-53.

¹²² *Id.* at 353.

¹²³ *Id.* at 355-56.

¹²⁴ Treat, *supra* note 4, at 10760.

¹²⁵ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 361.

¹²⁶ The Harvard Law Review Association, *supra* note 27, at 1525.

第二節 跨國爭端解決機制（一）：WTO



貿易的氣候影響，直接表現於透過全球價值鏈將商品運往全世界的消費者手上，間接表現於貿易規範得用於攻擊替代性能源並使化石燃料補貼免於檢視等方面。¹²⁷ 如何重新平衡貿易規範使其支持轉型為低碳經濟及永續環境係註定的難題。¹²⁸ 整體而言，各國政府對於挑戰化石燃料補貼議題不感興趣，而於區域貿易協定多加維護化石燃料產業既有權益。¹²⁹

基於氣候變遷政策的經濟面影響，介於氣候變遷議題及國際經貿體系間的潛在衝突是相當廣泛的，故而國家發展氣候政策時經常將貿易法做為其主要考量面向。¹³⁰ 國際經濟法通常預設之角色為把餅做大，而國家的角色則為確保這塊餅如何公平分配，亦即，國際經濟法通常不涉及如何公平分配之領域範疇。¹³¹ 此預設本身一方面可能使得國際經濟法延續既有之不平等，另一方面認為國家無法正確進行分配之評價則可能有家父長式、居高臨下之判斷意涵。¹³²

由於高度政治性及其潛在影響範圍過於龐大，聯合國氣候變遷條約體系並未直接明確規定貿易措施或是貿易措施於氣候變遷政策下之定位。¹³³ UNFCCC 及京都議定書簡略論及貿易措施，而巴黎協定保持全然沈默，並未表示此等爭議已有定論，而後待各體系於個案的界定中逐漸釐清。¹³⁴

國家政策可能會引起以下三種疑慮：（1）優惠國內生產者的保護主義，（2）形成貿易障礙，使生產者難以向全球販售單一貨品，（3）主權議題，使發展中國家需要遵循已開發國家所訂立之規範。¹³⁵ 通常而言，多邊環境措施相較於單邊國家措施會引起較少的貿易風險，得以減少前述疑慮，共通的國際標準則更佳。

136

¹²⁷ Treat, *supra* note 4, at 10755.

¹²⁸ *Id.* at 10757.

¹²⁹ *Id.* at 10758.

¹³⁰ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 328.

¹³¹ Crow & Lorenzoni-Escobar, *supra* note 13, at 27.

¹³² *Id.* at 27.

¹³³ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 347.

¹³⁴ *Id.* at 348-49.

¹³⁵ *Id.* at 335.

¹³⁶ *Id.* at 335.

在 WTO 的規範體系下，貿易相關的環境措施的討論集中於是否適用「關稅暨貿易總協定」（General Agreement of Tariff and Trade，下稱 GATT）¹³⁷第 20 條之例外規範，普遍性的環境措施的討論則會集中於類似性（likeness）以及低於待遇（less favorable treatment）。¹³⁸ 製程暨生產方法（processes and production methods，下稱 PPMs）是否得將與產品本身無關之製造過程中產生的碳排放量作為判斷產品是否具有類似性，即為重點。¹³⁹ 此外，亦有討論發展中國家議題、境外保護措施、碳邊界措施及碳稅、補貼、生態標章（Eco-label）以及永續標準亦為可能議題。¹⁴⁰

於 *Canada — Renewable Energy* 上訴機構報告，暗示了從潔淨能源產生之電力與高度排放溫室氣體之能源或許不具有類似性。¹⁴¹ 報告提及政府對於能源分類的定義或已反應出消費者願意以高價購買以嶄新科技生產之電力，並且，考量到生產端方面的成本結構、營運成本等特質，應當將風力發電及太陽能發電視為與其具有競爭關係之市場。¹⁴²

目前關於補貼的討論，仍多為再生能源的補貼，是否能夠利用 WTO 補貼相關規範挑戰化石燃料的補貼，對於後續的氣候變遷政策恐將有深遠影響。¹⁴³ 由於各國多採取補貼再生能源之政策，關於生質能源、太陽能、風力發電相關之紛爭陸續發生，目前上網電價（feed-in-tariff）制度是否為補貼尚有爭議，亦未建立明確分界，學者建議直接引入環境例外條款。¹⁴⁴

關於碳排放制度是否屬於 GATS 規範範圍尚有爭議，縱使有所違反，氣候政策亦有可能適用 GATS 第 14 條第 b 款之保護人類、動物或植物之生命與健康之必要措施。¹⁴⁵

¹³⁷ General Agreement on Tariffs and Trade 1994, April 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation 17 (1999), 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994) [hereinafter GATT 1994].

¹³⁸ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 337.

¹³⁹ *Id.* at 339.

¹⁴⁰ Wybe Th Douma, *The WTO and Climate Change*, in CLIMATE CHANGE LAW 298, 298-99 (Daniel A Farber & Marjan Peeters eds., 2016).

¹⁴¹ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 345.

¹⁴² Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector & Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, ¶ 5.177,178, WTO Doc. WT/DS412/AB/R (adopted May 24, 2013).

¹⁴³ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 346-47.

¹⁴⁴ Douma, *supra* note 140, at 303.

¹⁴⁵ *Id.* at 303-04.

馬爾喀什設立世界貿易組織協定(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization)¹⁴⁶前言提及永續發展(sustainable development)，此點或將為平衡貿易利益及氣候變遷利益之關鍵。¹⁴⁷ WTO 可能為最適於實施裁罰的機構，對於能源密集的產業而言，未能遵守減少碳排放的承諾將會於國際市場上形成優勢地位。¹⁴⁸ WTO 提供之救濟手段是嚴格的限於前瞻性(prospective)，多限於要求移除違規行為，賠償僅限於促進未來的遵循，而非填補過去的損失。¹⁴⁹

於 GATT 1994 第 20 條之適用，氣候政策是否得以視為本條第 b 款之維護人類、動物或植物之生命與健康之必要措施，抑或得以視為本條第 g 款之為了保護可能枯竭之自然資源之保存措施。¹⁵⁰ 當氣候變遷形成對國家重大之安全挑戰時，得否適用 GATT 1994 第 21 條第 b 款第 3 項之在戰時或其他國際關係緊張時期所採取之措施亦成問題。¹⁵¹ 進步言之，GATT 1994 第 21 條第 b 款第 3 項以及 ECT 第 24 條第 3 款第 a 項第 2 節均提供安全例外條款(security exceptions) 允許締約方採取不符合其規定之措施，進而可能創造容許考量公共利益之特殊情況。¹⁵²

於 2021 年 12 月，由歐盟等 18 位 WTO 會員代表提出關於化石燃料補貼之部長聲明，肯認缺乏效率之化石燃料補貼將挫敗再生能源，並不利於能源效率(energy efficiency) 之投資，進而使得政府資金得以支持綠色且適應於氣候變遷之疫情後重建。¹⁵³ 前述會員代表並肯認此類補貼過去十年均穩定增加，且於 2019 年已達到近 5000 億美金，挪用了本可用於能源轉型之大量資金。¹⁵⁴ 於氣候變遷之脈絡下，逐步停止(phase out) 化石燃料將能有效達成巴黎協定所設定之目標，更可減少原先預測可能發生之氣候相關全球風險。¹⁵⁵ 於此聲明中，前述會員代表確認於永續發展之過程中，貿易是顯著且不可或缺的落實力量，WTO

¹⁴⁶ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154; 33 I.L.M. 1144 (1994).

¹⁴⁷ Douma, *supra* note 140, at 300-01.

¹⁴⁸ FITZROY & PAPYRAKIS, *supra* note 28, at 138.

¹⁴⁹ Won-Mog Choi, *The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm*, 10(3) J. INT'L ECON. L. 725, 743-44 (2007).

¹⁵⁰ Douma, *supra* note 140, at 301.

¹⁵¹ *Id.* at 301.

¹⁵² Danae Azaria, *Community Interests Obligations in International Energy Law*, in COMMUNITY INTERESTS ACROSS INTERNATIONAL LAW 297, 314 (Eyal Benvenisti & Georg Nolte eds., 2018).

¹⁵³ World Trade Organization, Ministerial Statement on Fossil Fuel Subsidies, WTO Doc. WT/MIN(21)/9/Rev.1, ¶ 1 (2021).

¹⁵⁴ *Id.* ¶ 3.

¹⁵⁵ *Id.* ¶ 4.

在於減少化石燃料補貼所造成之貿易和投資扭曲，對於缺乏效率之化石燃料補貼施加有效之紀律，有機會扮演主要角色。¹⁵⁶更為激進之做法則為以全球性分配正義（international distributive justice）取代 WTO 體系下之最惠國待遇以及國民待遇原則，進而使貿易規範積極呼應氣候變遷規範。¹⁵⁷



進入 21 世紀後，WTO 會員開始關注能源貿易於 WTO 協定之應用，或於協商之脈絡，或於向爭端解決體系提出控訴之脈絡。¹⁵⁸ 減緩氣候變遷與能源安全顧慮促使國家以及區域經濟整合組織（regional economic integration organizations）推動再生能源之普及，進而造成此種政策是否與貿易自由化義務之合法性（compatibility）爭議。¹⁵⁹

貿易措施於缺乏多邊協定之情況下，仍得以形塑全球氣候政策，以碳稅為例。¹⁶⁰ 碳稅藉由使有規範及無規範之區域貿易條件平等化減少因應氣候變遷所產生之社會成本，同時提供尚未有規範之區域嶄新誘因得以催化其等區域有意願採取全球行動，反面則突顯了國際法既有規範及構造面對氣候變遷問題之不足。¹⁶¹ 碳稅之法律定位不明，不論係因難以確定是否與 WTO 法既有系統相容，或因上訴機構陷入僵局而無從定義其於貿易法上之定位。¹⁶²

氣候政策所伴隨之常見共有財兩難困境為：單一國家限制排放得以嘉惠全球，而採取措施之國家自身須承擔主要之成本。¹⁶³ 各國解釋適用碳稅概念之範疇及方式有所變化，但均係為了保護國內就業機會以及創造全球行動之動機。¹⁶⁴ 美國與歐盟就鋼鋁製品所達成之協議、歐盟碳邊境調整機制（Carbon Border Adjustment Mechanism）、美國立法部門提案以及學者提案，均有論及碳稅。¹⁶⁵

¹⁵⁶ *Id.* ¶ 7-8.

¹⁵⁷ Ahmad S.A.S. Al-Tayer & A.F.M. Maniruzzaman, *Addressing the Global Climate Change Problem in GATT/WTO Law: The Vision of a New International Climate Law Based on International Distributive Justice*, 12(5) *J. World Inv. & Trade* 631, 631, 656-58, 666 (2011).

¹⁵⁸ Azaria, *supra* note 152, at 305.

¹⁵⁹ *Id.* at 305.

¹⁶⁰ The Harvard Law Review Association, *supra* note 27, at 1536.

¹⁶¹ *Id.* at 1642.

¹⁶² *Id.* at 1642.

¹⁶³ *Id.* at 1643.

¹⁶⁴ *Id.* at 1645.

¹⁶⁵ *Id.* at 1645-48.

出口產品遭課徵碳稅之國家得以控訴其違反最惠國待遇原則（most-favoured-nation）以及國民待遇原則（national-treatment）。¹⁶⁶ 碳排放本身並非最終產品之物理成分，使得學者就類似產品有不同碳排放是否可認為同類產品（like goods）有所爭議。¹⁶⁷ 依據現有提案，進口國對於出口國氣候政策框架之評價將可能造成對產生相近碳排放之同類產品課以不同之關稅。¹⁶⁸ 再者，由爭端解決機制既有案例對於 GATT 第 20 條例外所為之解釋適用，現有碳稅提案要符合要件付出大量行政成本。¹⁶⁹ 在現有 WTO 法體系下正當化碳稅，將需要延展或調整 WTO 法既有法律概念，亦即透過當代對於氣候變遷之全球化本質之瞭解重新解釋適用 WTO 法既有條文。¹⁷⁰ 前景難謂樂觀，並且可能對於 WTO 爭端解決機制造成額外之負擔。¹⁷¹ 在國際法上，樂觀而言，則有可能於各國實踐中建立國際習慣法，創造足以回應氣候變遷議題之法律義務。¹⁷²

區域貿易協定以三種方式論及氣候變遷：（一）關於環境整體、（二）促進有利於氣候之貿易及投資、以及（三）深化氣候變遷方面之國際合作。¹⁷³ 此外，既有之政府採購 WTO 法使政府保有相當充足之空間採購低碳產品或是選擇友善環境之業者，此部分亦得由區域貿易協定予以深化。¹⁷⁴ 氣候相關之產品與服務之貿易、標準制定、補貼、政府採購、投資、制度及程序上措施均得為區域貿易協定平衡兼顧貿易與氣候變遷等目標時所採行之規範方式。¹⁷⁵

國際貿易法體制如何處理氣候變遷議題，已初步反應於以下三則案例。

DS412：Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector

於加拿大 DS412 案件，加拿大政府最終雖得以繼續其氣候政策，爭端解決機構（Dispute Settlement Body）及上訴機構（Appellate Body）均未給出明確論述。¹⁷⁶ 據

¹⁶⁶ *Id.* at 1648.

¹⁶⁷ *Id.* at 1649.

¹⁶⁸ *Id.* at 1650.

¹⁶⁹ *Id.* at 1650-51.

¹⁷⁰ *Id.* at 1659-60.

¹⁷¹ *Id.* at 1660.

¹⁷² *Id.* at 1661.

¹⁷³ Harro van Asselt, *Climate Change and Trade Policy Interaction: Implications of Regionalism*, OECD Trade and Environment Working Papers 2017/03, 26-28, 52-54, <https://dx.doi.org/10.1787/c1bb521e-en>.

¹⁷⁴ *Id.* at 30.

¹⁷⁵ *Id.* at 36.

¹⁷⁶ Douma, *supra* note 140, at 304.

此可知氣候條約與 WTO 相關規定之相容性確成問題。¹⁷⁷



DS593 : European Union — Certain measures concerning palm oil and oil palm crop-based biofuels

2019 年 12 月 9 日，印尼向歐盟提出諮商要求。¹⁷⁸印尼主張歐盟違反 GATT 1994 及技術性貿易障礙協定之規定，而歐盟之成員國違反 GATT 1994 及補貼暨平衡措施協定。¹⁷⁹歐盟方面則表示這些措施是為了追求歐盟的合法政策目的，其目標涵蓋減緩氣候變遷、環境保護、保存生物多樣性以及確保能源安全及穩定性。¹⁸⁰

本件主要爭執點在於歐盟關於生質燃料之再生能源政策對於以棕櫚油為基底之生質燃料有差別待遇。¹⁸¹政策用意在於避免為了生產製造生質燃料所需之原料，取代原先為了食物和糧食用途之傳統作物生產，進而造成高風險之溫室氣體排放之土地使用變化。¹⁸²在歐盟的各項標準下，僅有以棕櫚油為基底之生質燃料認定有此種風險，反之，較有可能於歐盟境內生產之生質燃料（例如：以向日葵或油菜籽為基底）則未經認定有此種風險。¹⁸³若有此種風險，將於 2030 年不再使用。

184

歐盟對於土地使用（直接及間接）的變更之管理，是處理溫室氣體排放議題、減少對於再生能源以及農業貨物用以生產「傳統型」生質燃料之需求增加因而產生的環境影響之合法手段。¹⁸⁵同樣的措施也可以在非歐盟的其他國家中尋得，例如：加拿大以及美國。¹⁸⁶

進步言之，特定類型之用於生質燃料生產之穀物有高度風險會造成環境問題或

¹⁷⁷ *Id.* at 304.

¹⁷⁸ DS593: European Union — Certain measures concerning palm oil and oil palm crop-based biofuels, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds593_e.htm (last visited July 15, 2022).

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ DS-593: European Union — Certain measures concerning palm oil and oil palm crop-based biofuels, CLIMATE CHANGE LAWS OF THE WORLD, https://climate-laws.org/geographies/international/litigation_cases/ds-593-european-union-certain-measures-concerning-palm-oil-and-oil-palm-crop-based-biofuels (last visited July 15, 2022).

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *European Union - Certain Measures Concerning Palm Oil and Oil Palm Crop-Based Biofuels (DS593): First Written Submission by the European Union*, EU, ¶ 301 (Mar. 5, 2021), http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210305_DS-593_petition.pdf.

¹⁸⁶ *Id.* ¶ 302-05.

大量的溫室氣體排放量，因此制度性分辨不同穀物的手段是必要的；其中，棕櫚油是一種用於「傳統型」生質燃料的原料，連帶造成高碳庫存（high-carbon stock）與負面環境影響的間接土地使用變更的高度風險。¹⁸⁷



DS600 : European Union and Certain Member States – Certain Measures Concerning Palm Oil and Oil Palm Crop-Based Biofuels

2021 年 1 月 15 日，馬來西亞向歐盟、法國以及立陶宛提出諮商要求。¹⁸⁸本件主要爭執點在於歐盟關於生質燃料之再生能源政策對於以棕櫚油為基底之生質燃料有差別待遇。¹⁸⁹政策用意在於避免為了生產製造生質燃料所需之原料，取代原先為了食物和糧食用途之傳統作物生產，進而造成高風險之溫室氣體排放之土地使用變化。¹⁹⁰在歐盟的各項標準下，僅有以棕櫚油為基底之生質燃料認定有此種風險，反之，較有可能於歐盟境內生產之生質燃料（例如：以向日葵或油菜籽為基底）則未經認定有此種風險。¹⁹¹若有此種風險，將於 2030 年不再使用。¹⁹²後續法國及立陶宛陸續通過國內法案，其中法國更制定有利於特定穀物類型之生質燃料，並且明確排除以棕櫚油為基底之生質燃料。¹⁹³

馬來西亞援引 GATT 1994、技術性貿易障礙協定以及補貼暨平衡措施協定之諸多條文為依據。¹⁹⁴ 歐盟方面則表示這些措施是為了追求歐盟的合法政策目的，其目標涵蓋減緩氣候變遷、環境保護、保存生物多樣性以及確保能源安全及穩定性。¹⁹⁵

歐盟表示其生質燃料之整體設計係同時為了追求多樣、相互牽連且合法的目的：
(1)減緩氣候變遷（減少溫室氣體排放及減少交通運輸部門的碳排放）；(2)確立環

¹⁸⁷ *Id.* ¶ 308.

¹⁸⁸ DS600: European Union and certain Member states — Certain measures concerning palm oil and oil palm crop-based biofuels, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds600_e.htm(last visited July 15, 2022).

¹⁸⁹ DS-600: European Union and Certain Member States – Certain Measures Concerning Palm Oil and Oil Palm Crop-Based Biofuels, CLIMATE CHANGE LAWS OF THE WORLD, https://climate-laws.org/geographies/international/litigation_cases/ds-600-european-union-and-certain-member-states-certain-measures-concerning-palm-oil-and-oil-palm-crop-based-biofuels (last visited July 15, 2022).

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*

境保護的高標準（保存生物多樣性，並且避免因再生能源政策對生物多樣性造成之負面影響）；(3) 環境保護、保存生物多樣性以及減緩氣候變遷；(4) 促進能源安全的永續且長期的能源政策。¹⁹⁶ 歐盟進一步引用 UNFCCC、京都議定書以及巴黎協定，以說明氣候變遷議題之重要性。¹⁹⁷ 歐盟強調：「氣候變遷、環境惡化以及生物多樣性，是不可分割的道德關注，穿越疆界、領域、年齡及財富的限制。」

198

第三節 跨國爭端解決機制（二）：國際人權法院

全球暖化將使許多人缺少充足的食物、住所，影響其經濟上及社會上的權益，同時，因應氣候變遷的措施也會有其人權法上的疑慮。¹⁹⁹ 人權法與環境法雖有其相似之處，亦有所差異，前者無需仰賴國際間的互惠互助，著重於國家對於個人的責任，體系於程序及實質規定均較為法制化；後者有賴於國際間的互惠互助方能有效行動，偏重於國家間的責任，體系於程序及實質規定均較為政治化。²⁰⁰

相較於環境法規範，人權法雖有其限制（例如：規範內容、管轄權、因果關係、實際損害等。），卻提供了穩定的法律依據，法院以及報告員制度以利申訴，得以藉由個案使氣候變遷議題更容易凝聚公眾共識及政治支持。²⁰¹ 從 Inter-American Court of Human Rights 以及 United Nations Human Rights Council 之有利聲明，可知國際軟法之領域上已有明確共識肯認氣候相關權利，更使原告於 Human Rights Committee、Committee on the Rights of the Child 以及 U.N. Special Rapporteurs 等人權機構主張政府回應氣候變遷之行動匱乏。²⁰²

有學者稱，當巴黎協定對於執行機制相對弱勢，且各國得依據自身情勢定奪國家自定貢獻，人權法將有潛在之可能填補此間縫隙，促使減少碳排放之法律行

¹⁹⁶ *EU and Certain Member States - Palm Oil (Malaysia) (DS600): First Written Submission by the European Union, EU*, ¶ 280 (Nov. 30, 2021), http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211130_DS-600_na.pdf.

¹⁹⁷ *Id.* ¶ 292-95.

¹⁹⁸ *Id.* ¶ 352.

¹⁹⁹ BODANSKY ET AL., *supra* note 38, at 295.

²⁰⁰ *Id.* at 298-99.

²⁰¹ *Id.* at 299-300.

²⁰² Darcy, *supra* note 107, at 33.



聯合國人權理事會（United Nations Human Rights Council，下稱 UNHRC）於 2008 年首次通過與人權與氣候變遷議題有關之 7/23 號決議，明白表示：「關切氣候變遷對於世界各地民眾和社群造成直接且深遠的威脅，並且對於充分享有人權造成影響，認識氣候變遷是全球性問題，需要全球的解法，...」²⁰⁴。後續 UNHRC 亦陸續通過多項與氣候變遷議題相關連之決議。UNHRC 於 2016 年即提出以下建議：

一、由於氣候變遷直接導致侵害人權，國家有明確義務採取相應措施以預防負面影響，並且使所有人（尤其是弱勢族群）有足夠之能力因應氣候變遷之情況，規範私人部門減緩氣候變遷並遵循人權規範。²⁰⁵

二、有效之以權利為基礎之氣候行動要求公開且可參與之組織及程序，並且應有準確且透明碳排放、氣候變遷及其影響之評估。²⁰⁶

三、氣候減緩及調適應將人類擺在中心為考量，對於弱勢處境之人群（例如：女性、孩童、原住民、移民及貧困人群）應確保其權利。²⁰⁷

四、強化處理損失及損害之機制應予強化，並使公私部門之行為均可歸責。其中國內之人權機構得強化氣候變遷之相關討論，並且法院或其他司法機構得保護弱勢族群、確保究責及補救之管道。²⁰⁸

UNHRC 指出氣候變遷是真實的，而人為溫室氣體排放為其主要原因，造成了極端氣候事件、自然災害、海平面上昇、洪水、熱浪、旱災以及熱帶氣候及蟲媒傳染病之發生頻率增加，這些直接或間接之威脅，影響了人權完整且有效之實現，在於生命權（right to life）、享有安全飲用水及衛生設施之人權（right to water and sanitation）、食物權（right to food）、健康權（right to health）、居住權（right to housing）、自決權（right to self-determination）以及文化及發展權（right to culture and development）。²⁰⁹ 於最為極端的狀況下，氣候變遷本身會奪人性命，依據 2014

²⁰³ Tignino & Mbengue, *supra* note 30, at 4.

²⁰⁴ Human Rights Council Res. 7/23, U.N. Doc. A/HRC/REC/7/23, at 1 (Mar. 28, 2008).

²⁰⁵ Human Rights Council, *supra* note 16, ¶ 54.

²⁰⁶ *Id.* ¶ 58.

²⁰⁷ *Id.* ¶ 59.

²⁰⁸ *Id.* ¶ 62.

²⁰⁹ *Id.* ¶ 4.

年 WHO 預測於 2030 年至 2050 年每年可能會造成額外之 25 萬人死亡。²¹⁰

許多氣候變遷所造成之負面影響係由因為地理位置、性別、年齡、身心障礙或文化及種族背景所導致之弱勢族群不成比例地承受，同時，此類族群過去製造之溫室氣體排放量是最少量的。²¹¹ 地理位置上，居住於小型島嶼之開發中國家、海岸、高山、沙漠、極地以及其他脆弱（*delicate*）之生態系統，將成為最容易受到氣候變遷影響之人群。²¹² 世界銀行（*World Bank*）亦指出貧困人群最易受到氣候變遷衝擊，並將於 2030 年造成近 1 億人口陷入極端貧困狀態。²¹³ 人權法上之平等原則及不歧視原則，要求處理並補救氣候變遷對於弱勢族群之不成比例之影響，確保氣候行動將使脆弱環境下之人群獲益，並且減少不平等。²¹⁴

依據<<Declaration on the Right to Development>>以及<<經濟社會文化權利國際公約>>（*The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*）可知，所有國家應主動支持並分享嶄新的氣候減緩及調適科技。²¹⁵ 依據<<Declaration on the Right to Development>>以及<<聯合國工商企業與人權指導原則>>（*The Guiding Principles on Business and Human Rights*）可知，所有行為人（尤其是企業）應對其行為所造成之負面影響負責，並且承擔補救之責任。²¹⁶

奧爾胡斯公約（*Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters*，亦稱 *Aarhus Convention*）著重於環境議題之公開透明（*transparency*）、公眾參與（*participation*）以及可歸責性（*accountability*）。²¹⁷

UNHRC 曾於 2018 年提出報告，主要討論因氣候變遷造成跨國界人員移動，如何藉由人權規範予以保護。²¹⁸ 近年，UNHRC 於 2021 年 7 月通過 47/24 號決

²¹⁰ *Id.* ¶ 8.

²¹¹ *Id.* ¶ 5.

²¹² *Id.* ¶ 23.

²¹³ *Id.* ¶ 24.

²¹⁴ *Id.* ¶ 37.

²¹⁵ *Id.* ¶ 35.

²¹⁶ *Id.* ¶ 36.

²¹⁷ *Id.* ¶ 40 & fn. 51.

²¹⁸ Human Rights Council, *Addressing Human Rights Protection Gaps in the Context of Migration and Displacement of Persons Across International Borders Resulting from the Adverse Effects of Climate Change and Supporting the Adaptation and Mitigation Plans of Developing Countries to Bridge the Protection Gaps: Report of the United Nations High Commissioner for*

議，闡明：「表示關切氣候變遷已經導致並將持續造成突發性（sudden-onset）自然災害及長期性（slow-onset）事件兩者之發生頻率及強度，前述事件對於充分享有人權造成負面影響；強調有急迫之重要性，依照各國之人權義務，因應氣候變遷對所有人所造成之負面影響，尤其是發展中國家以及對於氣候變遷最為脆弱易受影響之群體；...」²¹⁹。

由於缺乏對於享有健康環境之明確權利，氣候變遷之受害者僅能依賴現有之權利據以提起訴訟，於氣候變遷之脈絡下顯然難以充分有效地賠償受害者所受損失。²²⁰ 相較於各國國內氣候訴訟，國際法上之氣候訴訟並未取得同等的成功，多建立於環境保護及人權規範之上，然而，由於氣候變遷本質上較為複雜、全球性以及跨世代而更增添難度。²²¹

第一種理論上的困難在於因果關係，其一為如何建立國家之行為或不行為造成特定氣候影響，其二為如何建立氣候影響造成個人之人權受到損害。²²² 荷蘭地方法院以及美國奧瑞岡州地方法院於個案中已建立起某程度之關聯性。²²³ 相較於非洲、美洲及歐洲人權法院於環境案件中多為明確之行為或不行為於具體情況下造成特定人之特定人權受到損害，氣候變遷之脈絡下難以如此特定或明確化處理。²²⁴ 第二種理論上的困難在於如何跨國界適用人權法，第三種理論上的困難在於人權規範通常係處理已經發生之損害，難以處理未來影響或是如何針對僅會影響未來世代之人權侵害尋求救濟。²²⁵

事實上，當許多國家憲法已經肯認人民有權享有健康環境，國際人權法卻遲遲未能明確肯認獨立的享有健康、乾淨或良好環境之權利，直到 2021 年 UNHRC 通過 48/13 號決議方於國際人權法及環境法領域肯認此種權利之存在。²²⁶ 葡萄牙於 1976 年率先肯認此種權利，後續已有超過 100 個國家賦予享有健康環境憲

Human Rights, UN Doc. A/HRC/38/21 (April 23, 2018).

²¹⁹ Human Rights Council Res. 47/24, UN Doc. A/HRC/RES/47/24, at 5 (July 26, 2021).

²²⁰ Elena Cima, *The Right to a Healthy Environment: Reconceptualizing Human Rights in the Face of Climate Change*, 31(1) REV. EUR. COMPAR. & INT'L ENV'T L 38, 38 (2022).

²²¹ *Id.* at 38-39.

²²² *Id.* at 40-41.

²²³ *Id.* at 42; see generally Michael Burger et al., *The Law and Science of Climate Change Attribution*, 45 COLUMBIA J. ENV'T L. 60 (2020).

²²⁴ Cima, *supra* note 220, at 41.

²²⁵ *Id.* at 41.

²²⁶ *Id.* at 42.

法上之肯認及保護。²²⁷ 縱使國際人權條約尚未此類規範，於部分區域人權文件已涵蓋享有健康環境之權利。²²⁸

UNHRC 於 2021 年 10 月通過 48/13 號決議，說明：「更加認識到環境惡化（environmental degradation）、氣候變遷以及不具有永續性的發展構成現在及未來的世代能否享有諸種人權（包含生命權在內）之最為急迫且嚴重之威脅，

認識到為了有效參與政府決策、公共事務、環境決策以及取得有效救濟手段，人權之實踐涵蓋有權蒐集、接受及利用資訊，對於保護一個乾淨、健康且永續之環境具有重要性，...

肯認享有乾淨、健康及永續之環境對於所有人權之實現具有重要意義，...

指出超過 155 國，除了另有規定外，均已於國際協定或其國家憲法、法律或政策之中承認某種形式之享有健康環境之權利，...

1. 承認享有乾淨、健康及永續環境之權利係對於人權之實現具有重要意義之權利；
2. 指出享有乾淨、健康及永續環境之權利與其他權利和現行國際法相關聯；
3. 肯認為促進享有乾淨、健康及永續環境之人權，需要依據國際環境法之原則完整實踐多邊環境協定；...」²²⁹。

進步言之，為了促進有效應對氣候變遷之人權發展，應著重於人類之共同擔憂（common concern of mankind）、跨代正義（intergenerational equity）之概念，並且採取預防性手段。²³⁰ 如能發展獨立之享有健康環境之權利，將提供公民社會監督政府是否充分考量氣候議題之嶄新工具，並且亦能夠對於既有之人權類型產生正面之外溢效應（spillover effects）。²³¹

歐洲人權公約（European Convention of Human Rights）並無特定規範提供健康環境之權利，因此於歐洲人權法院提起之氣候訴訟案件多係基於歐洲人權公約第 2 條（生命權 right to life）以及第 8 條（隱私及家庭權 right to private and family

²²⁷ *Id.* at 43.

²²⁸ *Id.* at 43.

²²⁹ Human Rights Council Res. 48/13, UN Doc. A/HRC/RES/48/13, at 2-3 (Oct. 18, 2021).

²³⁰ Cima, *supra* note 220, at 46.

²³¹ *Id.* at 48.

life)，試圖建構政府有積極義務（positive obligations）預防並保護免於氣候變遷所造成之損害²³²。

國際人權法領域普遍允許個人於窮盡國內救濟手段後，得以向國際機構直接提起救濟。²³³ 國際人權機構以及國際法院對於特定糾紛之當事國雖有拘束力，然其等缺乏有效之強制執行機能，因此僅僅具有象徵意義，而並無可得執行之強制力。²³⁴ 人權法體系以及區域人權法院增進其作為國家不法行為之監督者之功能，卻持續性地難以對商業行為者之不法行為為糾正。²³⁵

第四節 國內法院

有學者分析各國國內氣候變遷相關訴訟之諸種型態，若以階段區分，可分為「當事人能力及當事人適格」、「實質依據」以及「救濟手段」²³⁶；在多數氣候訴訟案件中可能面臨之法律問題則為「因果關係」、「科學證據」以及「權力分立原則」²³⁷；至於個人難以提起氣候訴訟之原因則可能為「缺少接近法院之管道」、「缺乏應訴能力」、「法律文化不利於提起訴訟」以及「缺少氣候變遷意識」²³⁸。

於各國國內法院所提起之氣候變遷訴訟中，學者整理可能據此提起訴訟之實質依據共有以下 11 種類型：（1）違反國際法義務；（2）人權法；（3）侵權法；（4）民事責任（Liability）；（5）司法審查（Judicial Review）；（6）公共信託原則（Public Trust Doctrine）；（7）違反其他環境法義務；（8）刑事法；（9）競爭法；（10）忠實義務（Fiduciary Duties）；（11）違反國際、國內或企業指導原則。²³⁹

依國際組織做成之氣候變遷訴訟資料庫顯示，計算至 2022 年 5 月，全球共有 2022 件進行中或已結案之氣候變遷訴訟，其中 1426 件於美國境內法院提起，

²³² Setzer & Higham, *supra* note 6, at 37.

²³³ Choi, *supra* note 149, at 746.

²³⁴ *Id.* at 740-41.

²³⁵ James Gathii & Sergio Puig, *Introduction to the Symposium on Investor Responsibility: the Next Frontier in International Investment Law*, 113 AJIL UNBOUND 1, 1 (2019).

²³⁶ Francesco Sindico et al., *Climate Change Litigation and the Individual: An Overview*, in *COMPARATIVE CLIMATE CHANGE LITIGATION: BEYOND THE USUAL SUSPECTS* 1, 8 (Francesco Sindico & Makane Moïse Mbengue eds., 2021).

²³⁷ *Id.* at 20.

²³⁸ *Id.* at 24.

²³⁹ *Id.* at 9-17.

其餘 576 件則係於其他 43 國之法院以及 15 個國際或區域法院，其中澳洲（124 件），英國（83 件）及歐盟（60 件）²⁴⁰。多數氣候變遷訴訟案件之被告均為政府，其中對於地方政府即非國家政府所提起之案件數量增加²⁴¹。多數案件均發生於北半球，案件關注重點在於政府對應氣候變遷之政策設計及目標是否足夠，僅有少數案件關注既有氣候變遷政策之實踐²⁴²。

由近期提起之案件可確認氣候訴訟之案件重點由揭露相關資訊，變更為於轉型為低碳社會之脈絡下，怎樣的金融管理手段較為妥適²⁴³。另外，關注如何妥適轉型之案件，短期而言，雖不必然直接有利於氣候變遷行動，長期而言，對於氣候變遷行動之成功則為必要²⁴⁴。

以下先行介紹美國氣候訴訟案件之現況。美國雖有一定數量之法規規範和氣候變遷有關之人類活動，亦有相關政策，並無完整且全面地應對氣候之法規存在。²⁴⁵ 計至 2019 年 4 月，美國已有 1,015 件案件，並有 4,600 份以上之文件（例如：行政行為、立法請願等）涉及氣候變遷。²⁴⁶ 這些案件之依據橫跨國家及地方層級之法令，涉及憲法、普通法（common law）、公眾信託（public trust）、證券及金融管制、貿易協定等方面。²⁴⁷ 縱有部分學者主張應以司法自制（judicial restraint）限制氣候訴訟，原告仍轉向法院要求補救因溫室氣體排放所造成之傷害。²⁴⁸

部分案件係基於要求司法審查行政決策，針對政府如何規範環境標準，進而要求關於減緩或調適更為嚴密之規範要求，或是機關決策時應考量氣候變遷因素。²⁴⁹ 機關於決策時多考量經濟目標，而拒絕考量公眾要求之氣候變遷因素。²⁵⁰ 部分案件則基於侵權法，然此並非有效手段，仍待立法部分建立規範性框架後，司法部門較能有權介入。²⁵¹ 部分案件係基於公眾信託理論，要求政府為了現在及

²⁴⁰ Setzer & Higham, *supra* note 6, at 2, 9.

²⁴¹ *Id.* at 11-12.

²⁴² *Id.* at 3.

²⁴³ *Id.* at 4.

²⁴⁴ *Id.* at 7.

²⁴⁵ Margaret Rosso Grossman, *Climate Change and the Individual in the United States*, in *COMPARATIVE CLIMATE CHANGE LITIGATION: BEYOND THE USUAL SUSPECTS* 199, 200 (Francesco Sindico & Makane Moïse Mbengue eds., 2021).

²⁴⁶ *Id.* at 202.

²⁴⁷ *Id.* at 202.

²⁴⁸ *Id.* at 202.

²⁴⁹ *Id.* at 202.

²⁵⁰ The Harvard Law Review Association, *supra* note 27, at 1541.

²⁵¹ Grossman, *supra* note 245, at 203.

未來之世代保護特定自然資源，於此脈絡下，則為政府負有受託人責任（fiduciary obligation）對其公民暨受益人（beneficiary）保護公眾信託資產，亦即受到氣候變遷影響之大氣及水體。²⁵²



法院整體而言肯認氣候變遷科學以及溫室氣體係氣候變遷之重大原因之相關事證。²⁵³ 主要爭議落於當事人適格原則（standing）、政治問題原則（the political question doctrine）以及因果關係（causation）之事證。²⁵⁴ 美國法律提供民眾對於受規範影響提起訴訟，然而民眾通常並不具備對於政府或私人行為者提起訴訟所需之高額成本，故氣候訴訟之原告多為環境組織。²⁵⁵ 相當數量之美國案件著重於機關責任，機關於決策時應考量溫室氣體排放之影響及氣候變遷。²⁵⁶ 整體而言，美國之氣候變遷政策及訴訟均強調減緩，較少關注調適，但近期有逐漸重視，有要求禁制令為調適措施者，亦有就財產損害尋求賠償者。²⁵⁷

相對而言，較少的氣候訴訟原告對於私人部門提起訴訟，其中地方政府得為氣候訴訟之原告，向化石燃料私人公司提起訴訟。²⁵⁸ 亦有個人原告主張氣候變遷詐欺（fraud），宣稱能源公司誤導投資人及公眾其商業活動所產生氣候變遷風險。²⁵⁹

整體而言，氣候訴訟之成功率偏低，在法律層面以及證據層面均遭遇諸多障礙，有時得促成更為嚴格之溫室氣體排放規範及政府行為時更為謹慎地考量氣候變遷影響，卻不易藉由訴訟取得賠償，對於私人甚難負擔，而環境組織或其他非政府組織較有資源進行氣候訴訟。²⁶⁰

COP26 雖著重於大國，同時反映了不同層級之政府參與氣候行動之趨勢。²⁶¹ 呼應國際上及國家層級上對於氣候變遷之應對不足，美國之地方政府身處應對氣

²⁵² *Id.* at 204.

²⁵³ *Id.* at 204.

²⁵⁴ *Id.* at 205-07.

²⁵⁵ *Id.* at 208.

²⁵⁶ *Id.* at 212.

²⁵⁷ *Id.* at 214.

²⁵⁸ *Id.* at 216-18.

²⁵⁹ *Id.* at 218.

²⁶⁰ *Id.* at 218-19.

²⁶¹ The Harvard Law Review Association, *supra* note 27, at 1525.

候變遷之前線，數以百計的地方政府採取了積極措施，例如：規範交通工具之排放、創造再生能源需求、建立電廠之標準、鍛造跨洲之報告碳排放共識、甚至向聯邦政府提起訴訟等。²⁶² 此種做法得以填補規範漏洞、試驗性學習，並且引起公眾支持國家層級或國際層級之措施。²⁶³



再行介紹政府具有高度環境意識，並且提供相對健全之法律制度之法國。法國為巴黎協定之締約國，並提出將 2030 年之溫室氣體排放量減少 1990 年之溫室氣體排放量之 40%，於 2015 年以前達成 16.4% 之減量，藉由廣泛採用核能產電，仍為溫室氣體減排上表現相對傑出之歐洲國家，即使並未能達成巴黎協定所設定之目標。²⁶⁴ 法國曾有意將氣候變遷納入憲法規範，然此計劃未能取得共識，並已於 2021 年 7 月宣布放棄。²⁶⁵ 法國環境憲章及環境法規均承認預警原則（Precautionary Principle）、預防原則（Prevention Principle）、污染者付費原則（Polluter Pays Principle）以及不可逆原則（Non-Regression Principle）。²⁶⁶ 整體趨勢上，除了法國環境相關立法的顯著發展，環境訴訟之被告從私人（非公部門）轉變為公部門，並且環境相關訴求逐漸變為主要起訴依據²⁶⁷。

法國於近年來頒布多則有助於國家因應氣候變遷之國內法案，以下分別簡述相關法案內容。

2017 年<<企業監督法>>（法文名稱：Loi no 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre，英文名稱：Corporate Duty of Vigilance Law），其規範客體為透過直接或間接子公司在法國境內雇用員工超過五千人，或在法國境內及境外雇用員工超過一萬人之大型公司，前述公司需建立並實施有效監督之計畫，其計畫內容涵蓋由其公司運作（飽含境外子公司或任何有商業關係之供應商等）所產生之人權、環境損害以及健康

²⁶² *Id.* at 1530.

²⁶³ *Id.* at 1531.

²⁶⁴ Maud Sarliève, *Climate Change Legislation and Litigation in France: A Work in Progress*, in COMPARATIVE CLIMATE CHANGE LITIGATION: BEYOND THE USUAL SUSPECTS 485, 485-86 (Francesco Sindico & Makane Moïse Mbengue eds., 2021).

²⁶⁵ Constant Méheut, *France Drops Plans to Enshrine Climate Fight in Constitution*, THE NEW YORK TIMES (July 6, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/07/06/world/europe/france-climate-change-constitution.html>.

²⁶⁶ Sarliève, *supra* note 264, at 490-93.

²⁶⁷ Laurent Gouiffès & Melissa Ordonez, *Climate change in international arbitration, the next big thing?*, 40(2) J. ENERGY & NAT. RES. L., 203, 205 (2022).

風險等，措施分為：標示、分析並排序風險；定期評估程序；適當減緩風險或預防嚴重違規之行為；建立示警系統；監督已實施措施及評估效果之方案，若未能確實履行，任何有合法利益之人均得提起訴訟²⁶⁸。



法國為了轉型為低碳經濟體，更制定<<能源政策框架法案>>、<<格勒納勒法案>>、<<綠色能源轉型法案>>、<<禁止化石燃料法案>>等諸多法案²⁶⁹。為了落實環境法規，法國放寬提起環境訴訟之當事人資格，國家、地方政府、已成立五年且其設立目的為保護自然及環境之組織以及環境集體訴訟均獲得法院認可²⁷⁰。

承前所述，法國不僅有相對先進之國內立法，同時已有與氣候變遷相關之國內案件。

於大地之友案（法文名稱：Les amis de la Terre），環保組織大地之友主張，由於法國政府未能遵循歐盟關於空氣品質的法案規範；法國最高行政法院於2017年宣判，法國政府持續性地排放特定氣體超過容許門檻已經違反了歐盟法規，並且命令法國政府採取所有必要措施以確保制定並實施改善空氣品質之計畫²⁷¹。於2020年，法國最高行政法院在法國政府未採取任何行動之情況下，宣判每半年一千萬歐元之罰款，這是有史以來的最高裁罰金額紀錄²⁷²。於2021年，法國最高行政法院就2021年上半年之季度再次裁罰一千萬歐元之罰款，並且將該筆款項分配予大地之友與其他與對抗空氣污染有關之機構²⁷³。

另於世紀之案（法文名稱：L'affaire du siècle，英文名稱：The case of the century），本案由四個環保組織提起，要求法院肯認法國政府未能採取對抗氣候變遷之行動，造成環境損害，並且要求法國政府履行其義務；巴黎行政法院於2021年2月3日宣判，環境損害反應在全球均溫的上昇，在因果關係上，法國

²⁶⁸ Loi no 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

²⁶⁹ Sarliève, *supra* note 264, at 493-95.

²⁷⁰ Gouiffès & Ordonez, *supra* note 267, at 206.

²⁷¹ *Pollution de l'air*, CONSEIL D'ÉTAT (12 Juillet 2017), <https://www.conseil-etat.fr/actualites/pollution-de-l-air>.

²⁷² *Le Conseil d'État ordonne au Gouvernement de prendre des mesures pour réduire la pollution de l'air, sous astreinte de 10 M€ par semestre de retard*, CONSEIL D'ÉTAT (10 Juillet 2020), <https://www.conseil-etat.fr/actualites/le-conseil-d-etat-ordonne-au-gouvernement-de-prendre-des-mesures-pour-reduire-la-pollution-de-l-air-sous-astreinte-de-10-m-par-semestre-de-retard>.

²⁷³ *Pollution de l'air : le Conseil d'État condamne l'État à payer 10 millions d'euros*, CONSEIL D'ÉTAT (4 Août 2021), <https://www.conseil-etat.fr/actualites/pollution-de-l-air-le-conseil-d-etat-condamne-l-etat-a-payer-10-millions-d-euros>.

政府未能行動對此損害負有部分的責任，賠償金額限於象徵性的一歐元，整體而言，法國政府對於未能充分達成減少溫室氣體之目標負有責任，法國政府應採取行動²⁷⁴。

即使法國有相當程度之法規發展，仍然不足以落實對抗氣候變遷之目標，並且引起政治上、社會上及環境上之批評²⁷⁵。承前所述，在環境法規及司法當局對於環境議題均相對友善先進之情況下，雖已有高額罰款及適於氣候變遷訴訟案件發展之法律體系，仍難以迫使法國政府採取立即有效的行動，以因應氣候變遷議題，遑論其他欠缺有利法規及法律體系之國家，其國民顯然難以藉由國內法院訴訟向當地政府有效施壓。

相對於美國及法國，於我國亦有首件之氣候訴訟。財團法人綠色和平基金會、四名自然人（易受氣候變遷衝擊之群體之特定人）以及環境法律人協會為原告，於我國臺北高等行政法院提起行政訴訟，主要之依據為再生能源發展條例（應屬保護特定人之保護規範，可據此提起行政訴訟），聲明為：「1、抑制溫室氣體排放；2、配合我國溫室氣體減量及管理法之法定減碳目標；3、因應我國氣候環境；4、達成再生能源發展條例第6條法定推廣目標之立法授權意旨，修訂『一定契約容量以上之電力用戶應設置再生能源發電設備管理法』。」，並且強調政府不應以已採取其他行政手段而脫免²⁷⁶。

整體而言，原告仍傾向對於國際司法機構提出訴訟案件，原因在於國際法領域有諸多有利之軟法可供援引，並且可提供國內法院無法提供之策略性機會。²⁷⁷ 首先，國內法院對於使國內政府負責較不友善或難以有效落實，再者，原告可藉此倡議，縱使未能取得可供強制執行之法律義務，亦得透過正式及非正式管道影響國內法院或其他利害關係人。²⁷⁸ 排除部分進展，於外國國內法院對於企業所

²⁷⁴ *L'affaire du siècle*, TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS (3 février 2021), <http://paris.tribunal-administratif.fr/Actualites-du-Tribunal/Communiqués-de-presse/L-affaire-du-siecle>.

²⁷⁵ Sarliève, *supra* note 264, at 488.

²⁷⁶ *Greenpeace East Asia and others v. Ministry of Economic Affairs*, CLIMATE CHANGE LAWS OF THE WORLD (last visited July 7, 2022), https://climate-laws.org/geographies/taiwan/litigation_cases/greenpeace-east-asia-and-others-v-ministry-of-economic-affairs.

²⁷⁷ Darcy, *supra* note 107, at 32-33.

²⁷⁸ *Id.* at 33.

為之侵害人權之行為究責仍未有定論。²⁷⁹



第五節 小結：現有機制之侷限及氣候變遷議題之需求

第 27 屆 UNFCCC 締約國會員大會(即聯合國氣候變遷大會,下稱 COP27), 做成歷史性決議, 同意建立對於氣候變遷之損害及損失之補償基金, 從全球尋求資金以支持發展中國家應對氣候變遷之負面影響, 更有目的地進行減緩及調適, 此外, 也特別鼓勵對於發展中國家之投資。²⁸⁰ 對於氣候變遷議題而言, 資金與投資均為相當重要之議題, 而國際氣候變遷法制迄今僅僅踏出第一步。

氣候變遷會造成多方面之影響。於健康層面, 氣候變遷會造成與熱度有關之健康問題(例如: 熱浪)、空氣污染、極端氣候事件及自然災害、擴散的致病媒介、營養問題、精神健康問題以及其他風險(例如: 遷移、生物多樣性以及政府之資源分配)。

氣候變遷議題要求集體行動, 然而因各國不同的利益考量, 難以達成責任分擔, 以及消除國內對於去碳化所造成之潛在經濟及社會成本。全球社會並未產出全面性的、由上而下的規範。或許需要以多層次之方法, 得以應對社會不平等、提供更多實驗機會、對國家施壓提高減碳目標、以及利用貿易法創造集體行動之誘因, 迴避多邊協商之路徑。

氣候變遷訴訟之數量於近年來大幅增加, 並非所有氣候變遷訴訟均係為減緩氣候變遷所提起, 許多案件係為了挑戰會造成正面氣候結果之政策或法律, 這些案件的原告多數就延緩或阻礙氣候變遷行動具有經濟或意識形態上之利益。

各國落實氣候變遷法制之方式主要分為三種: 限額與交易制度(cap-and-trade system)、命令與控制規範(command-and-control regulations) 以及差異化(differentiation, 例如稅制或補貼)。以獎勵(胡蘿蔔) 和裁罰(棍子) 的角度而

²⁷⁹ Gathii & Puig, *supra* note 235, at 1.

²⁸⁰ *Historic Climate Deal Sealed at COP27 as Climate Conference Takes a Leap to Save Lives and Livelihoods*, COP27 (Nov. 20, 2022), <https://cop27.eg/#/news/259/Historic%20Climate%20Deal%20Sealed%20a>.

言，裁罰之落實相對困難，多數仍以提供獎勵之方式進行設計，未能授權跨國界的機構對於並未達成承諾之國家進行裁罰。

UNFCCC 提供了氣候變遷體系的基本框架，而京都議定書建立了時程表和目標，以及遵循體制。前者反應了軟法的途徑，強調促進國際合作，後者反應了硬法的途徑，強調了裁罰。京都議定書設立了有拘束力之排放目標，為了分配各國負擔，本條約豁免發展中國家，使其等免於有拘束力之目標，同時使歷史上貢獻最多溫室氣體排放之工業化國家承擔最為沈重之目標。結論上遭到大國反對。

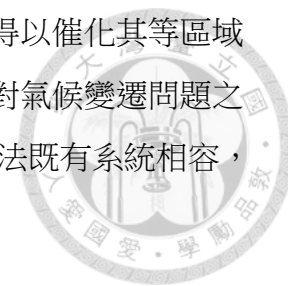
巴黎協定採用由下而上 (bottom-up) 方式，著重於反應各國的自主決策，並強化透明化及可歸責規範。巴黎協定是法律上有效的文件，不再區分是否為已開發國家而全球性地為規範，其建立了每五年更新的長期機制，並且以透明化、可歸責性的同儕及公眾壓力為主要監督機制。相對於現實需求，巴黎協定以及各國之國家自定貢獻難以達成設定目標，更傾向於宣示長期目標。

現有之國際氣候變遷法制本身並未提供有拘束力且得以強制執行之法律上承諾，也缺乏以貿易為基礎之強制執行機制，對於責任分擔並未有明確答案。

基於氣候變遷政策的經濟面影響，介於氣候變遷議題及國際經貿體系間的潛在衝突是相當廣泛的，故而國家發展氣候政策時經常將貿易法做為其主要考量面向。由於高度政治性及其潛在影響範圍過於龐大，聯合國氣候變遷條約體系並未直接明確規定貿易措施或是貿易措施於氣候變遷政策下之定位。UNFCCC 及京都議定書簡略論及貿易措施，而巴黎協定保持全然沈默，並未表示此等爭議已有定論，而後待各體系於個案的界定中逐漸釐清。國家政策可能會引起以下三種疑慮：(1) 優惠國內生產者的保護主義，(2) 形成貿易障礙，使生產者難以向全球販售單一貨品，(3) 主權議題，使發展中國家需要遵循已開發國家所訂立之規範。此外，WTO 提供之救濟手段是嚴格的限於前瞻性 (prospective)，多限於要求移除違規行為，賠償僅限於促進未來的遵循，而非填補過去的損失。

舉例而言，碳稅藉由使有規範及無規範之區域貿易條件平等化減少因應氣候

變遷所產生之社會成本，同時提供尚未有規範之區域嶄新誘因得以催化其等區域有意願採取全球行動，反面則突顯了國際法既有規範及構造面對氣候變遷問題之不足。碳稅之法律定位不明，不論係因難以確定是否與 WTO 法既有系統相容，或因上訴機構陷入僵局而無從定義其於貿易法上之定位。



從人權法及環境法之角度觀之，許多氣候變遷所造成之負面影響係由因為地理位置、性別、年齡、身心障礙或文化及種族背景所導致之弱勢族群不成比例地承受，同時，此類族群過去製造之溫室氣體排放量是最少量的。人權法上之平等原則及不歧視原則，要求處理並補救氣候變遷對於弱勢族群之不成比例之影響，確保氣候行動將使脆弱環境下之人群獲益，並且減少不平等。

第一種理論上的困難在於因果關係，其一為如何建立國家之行為或不行為造成特定氣候影響，其二為如何建立氣候影響造成個人之人權受到損害。第二種理論上的困難在於如何跨國界適用人權法，第三種理論上的困難在於人權規範通常係處理已經發生之損害，難以處理未來影響或是如何針對僅會影響未來世代之人權侵害尋求救濟。

國際人權機構以及國際法院對於特定糾紛之當事國雖有拘束力，然其等缺乏有效之強制執行機能，因此僅僅具有象徵意義，而並無可得執行之強制力。人權法體系以及區域人權法院增進其作為國家不法行為之監督者之功能，卻持續性地難以對商業行為者之不法行為為糾正。

於各國國內法院氣候變遷訴訟而言，均可能面臨「因果關係」、「科學證據」以及「權力分立原則」等法律問題。於美國，有最多數量且多樣化之氣候變遷案例，整體而言雖肯認氣候變遷之科學證據，原告仍須負擔高額成本，且難以取得賠償，成功率仍偏低。於法國，則有先進之環境法規，亦有高額罰款和有利之潛力，整體而言，仍難以利用氣候變遷訴訟案件直接促使國家政府為有利之行動。於我國亦有氣候變遷訴訟，然目前尚未有判決結果。

相較於國內法院，氣候變遷訴訟之原告仍多傾向對於國際司法機構提出訴訟

案件，可減少國內政府之影響，也可增加對外之影響力。縱有大量條約以及低於國際習慣法之規範，現有之國際環境法並未提供使國家負有回應氣候變遷議題之責任的有法律上拘束力之條款。²⁸¹



如同 UNCTAD 秘書長 Rebeca Grynspan 於 2022 年投資年度報告總結所言，即使各國面對立即性的生存成本危機，長期投資仍有其重要性，因為不論是短期或長期都始於現在。²⁸²

當氣候變遷訴訟案件的數量及多樣性都逐日增加，在各種類型的案件中，如何實行救濟手段始終為一種挑戰。²⁸³ 進步言之，如何因應氣候變遷所造成之影響對於案件結果如何履行或如何不履行將成為未來衍生案件之訴訟標的。²⁸⁴ 此外，原告為了證明義務之違反，在越來越多氣候變遷案件進入實體審理後，如何將損失具體歸責於被告將越顯重要。²⁸⁵

同時，國際法院亦可能為反對氣候行動之原告提供機會，於投資仲裁已有私人企業對於政府提出高額賠償請求，即使透過投資仲裁通常無法直接使地主國之措施無效，亦有可能減少政府採取更為嚴格之氣候規範，甚至形成溢出個案範疇之影響。²⁸⁶

投資仲裁機制為私人對於國家得以提起訴訟之跨國爭端解決機制，於先前檢視之國際貿易法、國際人權法及環境法抑或是國內法院，均未提供相同之管道。國際貿易法、國際人權法以及各國國內法院各有其受限之處。國際貿易法因上訴機構危機、以及久未更新之法規範，尚未能清楚定義貿易法與氣候變遷之交界。並且，國際貿易法僅限於向未來所為之救濟，並未能充分填補所造成之損害，整體而言，更為政治化、政策導向。國際人權法主要仍係對於國家，且其賠償金額相對有限，管轄範圍亦有限，多為象徵性之示範作用，難以在經濟層面上確實造成影響。各國國內法院對於跨國事務於程序層面上多有受限，且受到各國國內法

²⁸¹ *Id.* at 1653.

²⁸² UNITED NATIONS, *supra* note 7, at v.

²⁸³ Darcy, *supra* note 107, at 31.

²⁸⁴ *Id.* at 32.

²⁸⁵ *Id.* at 32.

²⁸⁶ *Id.* at 33-34.

法規、各國國內法院發展程度之影響。

相對於本章節所介紹之各種爭端解決機制，國際投資仲裁機制，藉由其特殊之性質以及機制設計，或有機會成為各種多層次之爭端解決機制中之一種，有效協助各國因應氣候變遷。



第三章 以投資仲裁處理氣候變遷議題的限制與可能

第一節 實體面

第一項 制度目的



投資協定的前身為友好通商航海條約 (Friendship, Commerce, and Navigation Treaties)，由美國於 1946 年至 1966 年與其他已開發國家簽署，僅提供國家與國家間透過國際法院所為之爭端解決機制。²⁸⁷ 雙邊投資協定 (Bilateral Investment Treaties，下稱 BIT) 後續提供了外國投資人迴避國內法院 (較具有風險及繁複程序)，得以免於投資人母國之政治因素，直接選擇相對去政治化的程序提起訴訟。²⁸⁸ 簡言之，本制度使紛爭遠離投資人母國，並至少避免了在地主國與投資人母國之間的衝突。²⁸⁹

在 1980 年代的外債危機的背景下，使得外國直接投資 (Foreign Direct Investment，下稱 FDI) 成為更為誘人，甚至是必要的外國資金來源，對發展中國家而言，外國資金不再是敵意表示，而成為經認可的需求。²⁹⁰ ISDS 的支持者通常認為 FDI 會鼓勵更多的外國資金投入，此類資金將會使經濟體得到更多工作機會及發展，因此促進經濟成長。²⁹¹ 超脫於相對性的國際仲裁管道，使得「真正的」原告得以直面「真正的」被告，產生明確性和現實主義觀點下的龐大利益。²⁹²

ISDS 的反對者則基於公益與私益的對立，以及對於國家主權的保護與企業利益間的對立；進步言之，國內法院更有可能充分考量環境及社會利益，相較於與地主國政府、公眾利益絕緣之投資仲裁庭。²⁹³

對於外國投資人而言，投資仲裁為一個直接、有效的國際法院，相較於地主

²⁸⁷ Choi, *supra* note 149, at 731.

²⁸⁸ *Id.* at 732.

²⁸⁹ *Id.* at 736.

²⁹⁰ *Id.* at 733.

²⁹¹ Nikesh Patel, *An Emerging Trend in International Trade: A Shift to Safeguard against ISDS Abuses and Protect Host-State Sovereignty*, 26 MINN. J. INT'L L. 273, 277(2017).

²⁹² Jan Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10(2) ICSID REV.-FOREIGN INV. L. J. 232, 256 (1995).

²⁹³ Patel, *supra* note 291, at 279.

國母國法院，仲裁原則上是較不昂貴且更有效率的，提供雙方當事人自行選擇更為中立且可信賴的仲裁人。²⁹⁴ 對於地主國而言，藉由 BIT 改善投資環境得以吸引更多國際投資資金，並且得使地主國免於其他國際訴訟，更得以免除受到投資人母國外交保護所造成之政治問題，BIT 提供了一個「去政治化」的手段。²⁹⁵ 藉由公法與私法間的劃分，國際投資仲裁作為處理國家與私人間涉及規範之紛爭的司法機制，與傳統上商業領域使用國際仲裁之途徑已有顯著差異。²⁹⁶ 此種新類型的仲裁機制允許原告與被告之間並無契約關係，並且被告無從提起仲裁，也無法確認是否足以提起反訴。²⁹⁷

原則上，投資協定目標為促進外國投資，並且刺激資本進口國的國內經濟。²⁹⁸ 至 2019 年年底為止，投資仲裁案件之總量達到 1023 件，多數案件之結果均有利於地主國，少數結果有利於投資人之案件因其高額賠償金造成國家預算之嚴重傷害。²⁹⁹

國際投資仲裁係在私法與公法、契約權利與普遍權利、個人參與及國家參與以及國內法與國際法間的夾縫上運作。³⁰⁰ 「國家的撤退」(retreat of the state) 意指國家將由其行使的政府功能轉由國家以外的主體行使，在主權如何行使司法職能的領域，有將解決紛爭的主體自法院移轉為仲裁人的趨勢。³⁰¹ 仲裁係「私人的」，國家決定尊重由非政府之主體間自主所為決定取代法院職能。³⁰² 反面言之，國際投資仲裁之目標並非從國家處奪走任何事物或創造獨厚外國人之仲裁機制，而係確保外國人對國家之承諾之信心，進而創造獨厚「中立性」之仲裁機制。³⁰³

若地主國有意吸引投資人，於協商階段，投資人較能主宰情勢，並且依據計

²⁹⁴ Choi, *supra* note 149, at 735.

²⁹⁵ *Id.* at 735-36.

²⁹⁶ Gus Van Harten, *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State*, 56(2) INT'L & COMPAR. L. Q. 371, 374 (2007).

²⁹⁷ Paulsson, *supra* note 292, at 232.

²⁹⁸ Matteo Fermeiglia et al., 'Investor-State Dispute Settlement' as a new avenue for climate change litigation, THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (June 2, 2021), <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/investor-state-dispute-settlement-as-a-new-avenue-for-climate-change-litigation/>.

²⁹⁹ *Id.*

³⁰⁰ Emilie M. Hafner-Burton et al., *Against Secrecy: The Social Cost of International Dispute Settlement*, 42(2) YALE J. INT'L L. 279, 302 (2017).

³⁰¹ Van Harten, *supra* note 296, at 371.

³⁰² *Id.* at 372.

³⁰³ Paulsson, *supra* note 292, at 256.

畫之本質及時間長度衡量地主國於國際法上提供之條約擔保。³⁰⁴ 原則上投資人決定之關鍵因素為商業考量，而非係於投資協定之有無。³⁰⁵ 投資人通常而言會自行承擔關於市場變化之潛在商業風險。³⁰⁶ 在實際進行投資以前，外國投資人得以決定其資本的分配，在權力上有高度的不對等，然而，當進行投資以後，權力的不對等就移轉到了地主國。³⁰⁷ 於投資期間地主國政府後續發生變化時，其更有可能變更原先協商時所承諾之責任、風險及利益分配。³⁰⁸

國家間具有不對稱的利益，作為單純的資本進口國抑或是單純的資本出口國會應影響其實際所締結的條約以及其等談判能力的不對等。³⁰⁹ 早期美國（做為資本出口國）的投資協定通常會強化對於投資人保護，僅有少數保障國家主權之例外，反之，早期中國（做為資本進口國）的投資協定則是僅限於同意部分投資保護並且拒絕適用投資仲裁。³¹⁰ 然而，近期有越來越多的國家同時具有資本出口國（投資人母國）以及資本進口國（地主國）之雙重身分，因此更為接近羅爾斯(John Rawls)所提出的無知之幕的談判模式。³¹¹ 投資協定數量增長此一事實，反應了傳統區分資本出口國和資本進口國的分界已被打破，不再是單純地締約於已開發國家與開發中國家之間。³¹²

人權規範得做為投資仲裁機制之類比，個人得以向國家提起訴訟，國家則否，這種人權規範體系與投資仲裁機制共享的單向之本質，彰顯其有意於國家權力之前保護個人及企業。³¹³

若將投資協定的前提由「保護外國投資以交換經濟發展」調整為「保護外國投資為了促進經濟發展」，並且建立投資與發展間之關聯性，使國家有足夠空間發展，同時避免投資人侵害社會或環境權利，結論上使得永續發展整合進國際投

³⁰⁴ RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 21 (2d ed. 2012).

³⁰⁵ *Id.* at 23.

³⁰⁶ *Id.* at 21.

³⁰⁷ Hafner-Burton et al., *supra* note 300, at 310.

³⁰⁸ DOLZER & SCHREUER, *supra* note 304, at 22.

³⁰⁹ Anthea Roberts, *Triangular Treaties: the Nature and Limits of Investment Treaty Rights*, 56(2) HARVARD INT'L L.J. 353, 360 (2015).

³¹⁰ *Id.* at 358.

³¹¹ *Id.* at 360.

³¹² Markus Wagner, *Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law*, 36 U. PA. J. INT'L L. 1, 19 (2014).

³¹³ Kristen Boon, *Theorizing Responsibility in the Investor State Dispute Resolution System*, 95 ST. JOHN'S L. REV. 253, 256 (2021).

資法。³¹⁴ 由投資協定條文以及案例可知，投資與經濟發展有一定之關聯性，雖非是否為「投資」之要件，亦為可期待之結果或目標，投資活動應對經濟發展有所貢獻，然而，絕大多數之投資協定及條文解釋仍偏重於投資人保護，並未將經濟發展或永續發展之概念引入投資法。³¹⁵



縱使仲裁庭肯認環境議題之重要性時，仲裁庭對於國家無法正當化其政策、執行其環境政策時，採取高度標準為審查，可見於 *Gold Reverse v. Venezuela* 案、*Crystallex v. Venezuela* 案、*Copper Mesa v. Ecuador* 案、以及 *Windstream Energy v. Canada* 案。³¹⁶

綜上所述，投資仲裁制度之初始目的，最初係為提供跨國且去政治化之爭端解決機制，藉由提供更為有效率且中立之仲裁機制，促進外國投資，藉此機制平衡投資前後地主國以及外國投資人於權力及風險上之不對等。後續因越來越多國家同時具有資本出口國以及資本進口國之雙重身分，已不再拘泥於傳統分界。締約國得將永續發展等概念引進投資協定，亦得將氣候變遷納入投資協定之目的。

第二項 政策空間

投資協定之目標在於處理長期投資計畫所面臨的典型風險，進而提供穩定性及可預測性，創造一個有利於投資的環境。³¹⁷ 於國際習慣法上，沒有國家有義務許可外國資金進入，拒絕或管制外國資金本即是國家主權的一種。³¹⁸ 當地主國許可外國資金進入時，則受限於國際習慣法上之最低保障待遇標準，或得以投資協定創造超過前述標準之地主國對於外國投資人所負義務。³¹⁹

國家原有無限制的政策空間 (*regulatory space*)，藉由簽署國際貿易條約而部分受限，但仍在非經濟價值部分享有高度自治空間。³²⁰ 許多紛爭不再得以僅僅

³¹⁴ Barnali Choudhury, *International Investment Law and Noneconomic Issues*, 53 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1, 5 (2020).

³¹⁵ *Id.* at 13-14.

³¹⁶ *Id.* at 30-32.

³¹⁷ DOLZER & SCHREUER, *supra* note 304, at 22.

³¹⁸ *Id.*

³¹⁹ *Id.*

³²⁰ Wagner, *supra* note 312, at 4.

考量個案本身，而須考量對於公共政策所造成之影響。³²¹ 國際投資仲裁體系所裁量之標的，不再限於國家與投資人之間國家之非法行為，而拓展至公共利益。³²² 國際投資協定對於非經濟價值之重視，也隨著時間而增加，於條文中逐漸出現相關討論。³²³ 於國際投資法，政策空間之功能係「正當化」對於投資擔保之介入，特別是在投資與地主國著重之公共政策相衝突時。³²⁴

討論 ISDS 時，難處往往在於如何尋得提供投資人保護以及國家主權保護間的平衡，使該制度免於濫用。³²⁵ 寬廣的政策空間恐將損害國際投資法體系的規範有效性，反之，過於限制政策空間恐使仲裁人得免於任何民主控制而逕行將國家決策無效化。³²⁶ 為了更清楚地區分需要賠償之情況，以及投資人須自行承擔風險之情況：規範框架時常會基於科學發現、風險評估或社會風氣而改變，在此之上討論有無基於投資的合理期待。³²⁷

免於窮盡國內救濟手段之投資仲裁機制，或將會造成對於國家主權之過度限制。³²⁸ 投資仲裁案件對於有利於氣候變遷行動之國內措施或將有「寒蟬效應」（Chilling Effect）。³²⁹ 近期趨勢下，各國將其貿易政策的重心移轉至如何使 ISDS 免遭濫用，並且提供對地主國而言更加有利（host-state friendly）的框架。³³⁰ 已開發國家越來越頻繁地在仲裁庭之前為自己的政策決定辯護。³³¹

「國家的撤退」（retreat of the state）對於法律概念上如何區分「公眾的」及「私人的」形成挑戰。³³² 在國際投資仲裁更為顯著，該機制係國家退出其司法裁決領域，對於公法事務以私人裁決模式取代法院。³³³ 對於公共領域的法律建構不再受到法院的監督，而轉為私有化。³³⁴

³²¹ *Id.* at 24.

³²² *Id.* at 26.

³²³ *Id.* at 36-42.

³²⁴ *Id.* at 35.

³²⁵ Patel, *supra* note 291, at 273.

³²⁶ Wagner, *supra* note 312, at 15.

³²⁷ *Id.* at 52.

³²⁸ Choi, *supra* note 149, at 746.

³²⁹ Fermeiglia et al., *supra* note 298.

³³⁰ Patel, *supra* note 291, at 274.

³³¹ Wagner, *supra* note 312, at 24.

³³² Van Harten, *supra* note 296, at 371.

³³³ *Id.* at 372.

³³⁴ *Id.* at 393.

於國際仲裁劃分公私領域之重要性，在於呈現出仲裁人於解釋適用先前由法院主掌之公法問題時所扮演的角色。³³⁵ 仲裁人對於政府行為所做成之仲裁判斷之精緻度如有不足，恐將引起反對，但若得當，將得填補缺乏強制管轄所形成之真空，進而強化國際經濟活動之法律安定性（*legal security*）。³³⁶ 在所有的國內法系統之中，個人無法因國家行為而得到損害賠償的政策空間都是存在的，於國際法中亦應如此。³³⁷

國家為了避免過度賠償低碳投資，有權合法調整其政策支持之程度以及期間。³³⁸ 國家也可能基於減少公共債務或於近期選舉中減少消費者之能源價格等短期政策目標，將氣候政策之財務負擔由國家移轉至私人投資者。³³⁹ 於不歧視標準下，若未為區分而普遍地撤回國家支持機制時，縱使僅因國家預算或消費者保護均得為合法之公共政策目的。³⁴⁰

學者整理 1992 年至 2018 年期間公開之仲裁判斷，國家或法庭之友（*amicus curiae*）曾提及人權或環境議題共有 56 件，公平公正待遇原則（FET）以及徵收（*expropriation*）為最常見宣稱違反之投資條約，而基於公平公正待遇原則所為之主張相較於徵收，有較高之成功率。³⁴¹ 投資仲裁庭通常不要求明示之穩定化擔保以辨別有無合理期待存在，於公平公正待遇原則下，當國家引誘投資人之行為係投資人決定為投資之關鍵因素時，投資人之合理期待即受到保護。³⁴² 於再生能源之國家支持機制中，維護低碳投資之經濟上可行性為此項措施之基本特徵，若國家對於國家支持機制有實質變動，進而使投資人難以回收成本或取得合理收益，則有違反投資人合理期待之可能。³⁴³

於 *Urbaser v. Argentina* 案，投資仲裁庭對於公平公正待遇原則（FET）、合理期待（*legitimate expectations*）之解釋適用均高度考量國家之公共利益，並且進一

³³⁵ *Id.*

³³⁶ Paulsson, *supra* note 292, at 257.

³³⁷ GUS VAN HARTEN, INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW 150 (2007).

³³⁸ Anatole Boute, *Combating Climate Change through Investment Arbitration*, 35 FORDHAM INT'L L.J. 613, 648 (2012).

³³⁹ *Id.*

³⁴⁰ *Id.* at 650.

³⁴¹ Choudhury, *supra* note 314, at 14-15, 17.

³⁴² Boute, *supra* note 338, at 640.

³⁴³ *Id.* at 640-41.

步規定投資條約義務與人權義務之互動，將人權整合進投資法框架。³⁴⁴

國家有權為管制（right to regulate）本身並未創造法律上可得執行之權利，僅僅為表示應考量公共利益之輔助、前提性功能，確認投資人保護並非絕對，或得協助仲裁庭為法律解釋，但無從確實對抗投資協定下之投資人保護。³⁴⁵ 於 *Al Tamini v. Oman* 案及 *Aven v. Costa Rica* 案均有利用條約文字建構解釋公平公正待遇原則時應考量環境議題。³⁴⁶

對於間接徵收，國家於草擬及協商投資協定相當謹慎，致力於保護其政策空間，反之，於公平公正待遇原則時並未等同視之，進而造成投資人最偏好利用公平公正待遇原則提起投資仲裁。³⁴⁷ 進步言之，公平公正待遇原則本身文字上之曖昧性，由於其無明確定義，使得仲裁庭得以自由為解釋，其中合理期待（legitimate expectation）造成最多問題。³⁴⁸

為了建構政策空間，亦有部分國家採取類似 GATT 第 20 條之規範方式，但可能造成須符合「必要性」（necessity）要見之問題，或是該清單為列舉，進而排除其他可能情況。³⁴⁹ 部分國家則直接明示其有意特別為保護之目標，然而，殊難想像國家可能於事前全然預測自身有意特為保護或規範之目標，此種手段有其助益，卻非完備。³⁵⁰

為了建構政策空間，國家亦得限縮仲裁庭裁量空間，使國家得以自行決定或由締約國之間合意，抑或國家得將與人權及環境議題有關之紛爭直接適用其他爭端解決機制以迴避既有之投資仲裁機制。³⁵¹ 諸多投資協定，已採行多樣方式優化及澄清國家基於公共利益為規範之權利，部分協定甚至於前言及實際條文明文納入永續發展（sustainable development）、SDG 與人權。³⁵²

³⁴⁴ Choudhury, *supra* note 314, at 20-21; Urbaser S.A. et al. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, ¶¶ 594, 622 (Dec. 8, 2016).

³⁴⁵ Choudhury, *id.* at 43-44.

³⁴⁶ *Id.* at 44 (2020); *Al Tamimi v. Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, ¶¶ 387-90 (Nov. 3, 2015); *Aven v. Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Award, ¶ 412 (Sept. 18, 2018).

³⁴⁷ Choudhury, *supra* note 314, at 45.

³⁴⁸ *Id.* at 46.

³⁴⁹ *Id.* at 49-50.

³⁵⁰ *Id.* at 51.

³⁵¹ *Id.* at 52.

³⁵² Human Rights Council, Right to Development in International Investment Law: Overview of the Ongoing Study by the

投資協定可能採取的方式為強化國家管制權 (right to regulate)、增加外國投資人責任、或要求遵循人權標準或企業社會責任 (corporate social responsibility)。

³⁵³ Dutch Model Treaty (2019) 及 Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT (2019) (the “BLEU Model BIT”) 為此方向上較為激進之模範協定。³⁵⁴ Dutch Model Treaty (2019)於前言及第 2, 3, 5 和 6 條多處論及永續發展及人權，並可能經荷蘭政府與其他國家重新協商或開始協商投資協定時有所適用。³⁵⁵

舉例而言，Canada-Mongolia BIT (2016) 及 the Georgia-Japan BIT (2021)提供公共政策例外，允許地主國採取保護公共政策目的 (例如：健康及環境) 之措施，或是 Brazil-India BIT (2020)及 Islamic Republic of Iran-Slovakia BIT (2016) 於前言提及永續發展，或是 Colombia-United Arab Emirates BIT (2017) 及 Japan-Morocco BIT (2020)不為吸引外國投資而放寬環境標準，抑或是 European Union-Singapore Free Trade Agreement (2019)特別鼓勵遵循永續發展之外國直接投資。

356

於區域貿易協定，謹慎草擬地定義政府為了公益目的為管制之權利，特別涉及「間接徵收」、FET，以及國內氣候規範如何以不涉及歧視而制定及實施等部分，得以有效地取得投資人保護與環境保護間之平衡。³⁵⁷

Philip Morris 案以及 Urbaser 案為終局對國家有利之高知名度爭議案件，整體而言，此種高度肯定國家基於公共利益為規範之仲裁案例僅為例外之特殊案例，而非非常態之普遍案例，多數案件均背離此方向。³⁵⁸

現行之投資仲裁機制之政策空間於不歧視原則、比例原則以及傘狀條款之解釋適用，以下分別簡述。

Expert Mechanism on the Right to Development, ¶ 11, U.N. Doc. A/HRC/EMRTD/5/CRP.2 (Mar. 1, 2022).

³⁵³ *Id.* ¶ 13.

³⁵⁴ *Id.* ¶ 16.

³⁵⁵ *Id.* ¶ 17.

³⁵⁶ Human Rights Council, *supra* note 352, ¶ 14.

³⁵⁷ van Asselt, *supra* note 173, at 30.

³⁵⁸ Choudhury, *supra* note 314, at 35.

現有之國家實踐並未否定投資協定有規範氣候變遷相關措施之權限，同時絕大多數之投資協定並未明文規範例外條款以確保其出於公共利益而為規範之權力。³⁵⁹ 縱使於並未有明文規範普遍之例外條款之投資協定，仲裁庭仍肯定基於合法目的所為之區別待遇並不構成違反不歧視原則，實質上限縮了不歧視原則之適用範圍以維護對於環境規範之自主空間。³⁶⁰

基於不歧視原則，外國投資人或投資對於氣候變遷之影響得於決定是否處於同類條件（like circumstances），並且其相異之程度影響其等是否處於競爭關係之中，判斷之標準也會受到投資或投資人之本質影響。³⁶¹ 於 *S.D. Myers v. Canada* 案，仲裁庭綜合了環境條約來判斷不同之待遇是否基於保護公共利益之目的。³⁶²

投資仲裁庭對於國民待遇原則下之同類條件（like circumstances）有不同之觀點，*SD Myers v. Canada* 案偏重於是否有競爭關係，*Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania* 案則將公共政策納入考量，不僅限於差別待遇之正當化依據，更據此推論兩間公司並非處於同類條件下無從比較。³⁶³ 對於地主國措施區別對待氣候友善（climate-friendly）與非氣候友善（non-climate-friendly）之投資，因跨國投資仲裁不受前例拘束，難以預測承辦之投資仲裁庭採取何種見解，為確保地主國之政策空間，投資協定須有明文規定方得確實保障。³⁶⁴

對於外國投資人從國家支持機制因再生能源或減少碳排放許可而取得之權利，國家介入得構成不得正當化之差別待遇。³⁶⁵ 於 *Nykomb v. Latvia* 案，仲裁庭發現國家對於本國投資人繼續維持既有國家支持機制之運作，卻拒絕繼續支付外國投資人，兩者於類似條件下營運，故違反國民待遇原則，應為賠償。³⁶⁶ 前述案例展現了國際投資仲裁對於低碳投資人面對國家不法介入投資人先前為投資之財務或規範基礎時，得以提供之潛在保護，進而使得國家所為之承諾成為可信

³⁵⁹ Bradley J. Condon, *Climate Change and International Investment Agreements*, 14(2) CHINESE J. INT'L L. 305, 322 (2015).

³⁶⁰ *Id.* at 326.

³⁶¹ *Id.* at 323.

³⁶² *Id.* at 324.

³⁶³ Fiona Marshall, *Climate Change and International Investment Agreements: Obstacle or Opportunities?*, IISD 1, 35-37 (2010), https://www.iisd.org/system/files/publications/bali_2_copenhagen_iias.pdf.

³⁶⁴ *Id.* at 37.

³⁶⁵ Condon, *supra* note 359, at 325.

³⁶⁶ Boute, *supra* note 338, at 642; *Nykomb Synergetics Tech. Holding AB v. Republic of Lat.*, SCC Case No. 118/2001, Award, ¶¶ 1.1, 4.3.2 (Dec. 16, 2003).

且具有跨國強制執行基礎之投資誘因及擔保。³⁶⁷ 然而，當國家並非針對外國投資人，而係對於本國投資人及外國投資人一視同仁地拒絕遵守先前國家支持體制下之承諾時，外國投資人則難以主張國民待遇原則而保護自身權益。³⁶⁸

比例原則 (proportionality) 涉及適當性 (suitability)、必要性 (necessity) 以及嚴格之比例原則 (proportionality *stricto sensu*)。³⁶⁹ 「適當性」須確認系爭措施是否為了合法目的而採取，以及系爭措施是否符合追求所述目的，亦即目的與手段之間是否有關聯性 (causal relationship)，於投資仲裁之脈絡下，多數政府之善意行為均不至於完全無法達到所追求之目的。³⁷⁰ 「必要性」則須檢驗有無限制較少之措施，並且該措施是否同樣有效，亦即當有同樣有效之替代方案時，政府不應造成超過必要程度之損害或限制。³⁷¹ 「嚴格之比例原則」則係衡量因系爭措施所影響之權利或利益，以及政府所欲保護之目的之重要性，要求考量所有相關因素：成本效益分析 (cost-benefit analysis)、受影響之權利之重要性、受保護之權利或利益之重要性、介入之輕重程度、介入之期間長度、有無其他替代方案等。³⁷² 相較於單純尊重政府決策，比例原則要求仲裁人主動、積極且有創意地考量如何最佳化互相衝突之利益，而並非單純評估其合理與否。³⁷³ 參考 Voon 及 Mitchell 對於菸害管制之公共利益衡量標準，氣候變遷規範或得同樣適用：

- 一、國家有合法之規範利益 (legitimate regulatory interest)，
- 二、政策目的與措施之間有合理關聯 (rational relationship)，
- 三、依據給定之公共利益，投資人無從合理期待管制環境會維持不變。³⁷⁴

傘狀條款之適用範圍，部分仲裁庭認其包含所有契約上義務，部分仲裁庭則限制於以主權國家行使，而不擴及單純之商業契約。³⁷⁵ 由於推廣再生能源以及減少碳排放都是公共政策之目標，國家基於公益所簽署之氣候政策相關契約應屬

³⁶⁷ Boute, *supra* note 338, at 643.

³⁶⁸ *Id.*

³⁶⁹ Benedict Kingsbury & Stephan W. Schill, *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of Proportionality*, in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW* 75, 86 (Stephan W. Schill ed., 2010).

³⁷⁰ *Id.*

³⁷¹ *Id.* at 86-87.

³⁷² *Id.* at 87.

³⁷³ *Id.*

³⁷⁴ Condon, *supra* note 359, at 332.

³⁷⁵ Boute, *supra* note 338, at 644-45.

於以主權國家行使，而得為傘狀條款之適用範圍。³⁷⁶

再生能源之國家支持機制多由從國家分離之主體為管理，於歐盟多要求獨立主體管理以避免被認定為國家補貼，在此情形下，是否可歸責於國家端視其政府對於違約行為之決定有無影響。³⁷⁷ 一般而言，僅有當獨立主體為系爭行為時係行使政府主權，或依據政府之指示而為之，或受政府管理或控制。³⁷⁸

藉由將有利之仲裁庭見解公開採納為共通之解釋標準，例如：將因再生能源或減少碳排放計畫獲益之個別獨立權利都明確肯定為「投資」，公平公正待遇原則應符合機制之通常功能，傘狀條款應包含由獨立之公共主體做成之行為。³⁷⁹ 方式則可透過做成共通之解釋性宣言（common interpretative statement）或針對低碳投資於未來之國際條約採取特殊機制為規範。³⁸⁰

對於規範之穩定性及可預測性提供擔保本身具有爭議性，因其涉及國家政策空間之限制，然而，若國家有意增加其政治承諾之可信度，國家自應接受此種限制。³⁸¹

綜上所述，當國家未受到投資協定之限制時，原初享有無限制之政策空間。於投資協定之限制下，如何維護公共利益以及非經濟價值，多見於投資仲裁庭如何解釋適用公平公正待遇原則以及徵收。部份投資協定則採取多樣化方式進行規範，以建構政策空間。進步言之，於氣候變遷之脈絡下，不歧視原則、比例原則及傘狀條款均有案例考量公共利益，投資仲裁庭或得援引有利之仲裁庭見解，進而實際拓展地主國於氣候變遷議題下之政策空間。

³⁷⁶ *Id.* at 645.

³⁷⁷ *Id.* at 646.

³⁷⁸ *Id.* at 645.

³⁷⁹ *Id.* at 657-59.

³⁸⁰ *Id.* at 657.

³⁸¹ *Id.* at 659-60.

第三項 國家實踐：締約國合意

投資協定將典型條約之相互性 (mutuality) 及互惠性 (reciprocity) 以嶄新的方式呈現，著重於地主國及投資人可相互獲得的利益之上，國家放棄部分主權，換取投資人做出長期承諾於境內進行投資。³⁸²



維也納條約法公約 (Vienna Convention on the Law of Treaties, 下稱 VCLT) 第 31 條第 3 項明文表示：(a) 當事國嗣後所訂關於條約之解釋或其規定之適用之任何協定；(b) 嗣後在條約適用方面確定各當事國對條約解釋之協定之任何慣例；(英文原文：“(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.”)³⁸³ VCLT 第 31 條第 3 項 (a) 段與 (b) 段，於解釋適用特定條約時要求考量締約方後續的協議，兩段分別在後續協議的直接性和立即性有所差異。³⁸⁴ 這些條款使締約方有相當可觀的空間得以影響投資協定如何解釋適用，尤其投資協定多締結於低數量的締約國之間，同時資金出口國及進口國之間的立場差異所導致達成共識的難度亦不應低估。³⁸⁵

亦有論者提出三角關係以說明並強化投資協定中締約國之重要性，著重於締約方之利益及意圖，而非投資人的利益或期待。³⁸⁶ 國家將得以強制執行的權利賦予做為第三方的投資人，係為了達成自身的目標，而非僅出於善意，並且據此重新思考投資協定的兩大目的：投資人保護以及投資糾紛的去政治化。³⁸⁷

藉由前述的三角關係，得以分析「投資人及投資人母國間的關係」以及「投資人與締約國作為集體的關係」所衍生的各種問題。³⁸⁸ 國際投資協定涉及國際公法 (國家間之跨國條約)、契約法 (賦予第三人暨投資人權利) 以及公法關係 (主權國家賦予非國家主體權利)。³⁸⁹

³⁸² DOLZER & SCHREUER, *supra* note 304, at 20.

³⁸³ Vienna Convention of Law of Treaty, art. 31(3), May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

³⁸⁴ Arwel Davies, *Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations*, 15 MANCHESTER J. INT'L ECON. L. 314, 336 (2018).

³⁸⁵ *Id.* at 336-37.

³⁸⁶ Roberts, *supra* note 309, at 353.

³⁸⁷ *Id.* at 353.

³⁸⁸ *Id.* at 354.

³⁸⁹ *Id.* at 356-57.

當仲裁人過於傾向商業仲裁之類比時，會將投資人及地主國視為對等的雙方，並會強調紛爭當事人雙方的意圖，而非締約國之意圖。³⁹⁰ 於 *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada* 案，在 NAFTA 自由貿易委員會明文宣示條約實質意涵後，仲裁庭仍以不得自為審判為由，認為加拿大既為紛爭當事人則無從參與解釋適用系爭條文意涵，漠視加拿大既為締約當事國自有權進行有約束力之解釋適用。

391

國家於投資協定下擁有雙重角色，其一為條約締約方（據此有解釋適用條約之利益），其二為實際上或潛在之投資仲裁糾紛之被告（據此有規避責任之利益）。³⁹² 當締結投資協定時，國家係以國際公法之締約方角色為之，賦予其等解釋適用其為締約方之條約之合法利益（*legitimate interest*）。³⁹³ 若將事先制定之條約分為兩種類型，一種為規則型（*rule-like*），該社群傾向事前以立法主體（在此為締約方）決定特定行為是否可行，另一種則為標準型（*standard-like*），該社群傾向事後以司法主體（在此為投資仲裁庭）依據特定事實而為決定。³⁹⁴ 法院或仲裁庭之裁量權限範圍與其所適用之法律之普遍性及曖昧性有所關聯，越是抽象或廣泛之用詞，其由立法單位或締約方授予之裁量權限越是寬廣。³⁹⁵ 國家可能由於無法就特定術語之定義達成共識，或是寧願選擇標準而非明確之規則，或是刻意使該規範保持開放以利後續發展，抑或是該領域尚未有充分發展。³⁹⁶ 於投資協定，其不確定性僅提供遵循之標準，實質內容則留待仲裁庭予以特定。³⁹⁷

當國家對於投資仲裁體制本身有所不滿時，得以選擇退出 ICSID Convention、特定投資協定或不再更新協定，也得以選擇要求仲裁庭回應其等需求或期待。³⁹⁸ 然而，締約方對於仲裁庭之控制程度越高，於仲裁庭之獨立性將有越低之可信度，反之亦然。³⁹⁹ 投資人不應期待其等受條約保障之權利將為絕對且不可撤回的，

³⁹⁰ VAN HARTEN, *supra* note 337, at 124-25.

³⁹¹ *Id.* at 126-28.

³⁹² Roberts, *supra* note 11, at 180.

³⁹³ *Id.* at 182.

³⁹⁴ *Id.* at 190.

³⁹⁵ ANDRÉS RIGO SUREDA, INVESTMENT TREATY ARBITRATION: JUDGING UNDER UNCERTAINTY, 9 (2012).

³⁹⁶ *Id.*

³⁹⁷ *Id.*

³⁹⁸ Roberts, *supra* note 11, at 191-92.

³⁹⁹ *Id.* at 187.

投資人應知悉其等條約保護之範圍可能因解釋適用（interpretation）、增補（amendment）、撤回（withdrawal）及終止（termination）而有所變更。⁴⁰⁰ 於雙邊條約之情況下，締約方雙方即使難以達成共識，作為地主國及投資人母國於未來應會有高度意願達成解釋適用性質之共識（interpretive agreements）。⁴⁰¹ 於 ADF Group Inc. v. United States 案，仲裁庭例外考量了締約國的國內法，表示特定措施對於各締約國均有實例且未遭到禁止，以此釐清締約國並無禁止特定措施之意。⁴⁰² 當締約方與仲裁庭之間對於解釋適用條約之權限達成較佳之均衡狀態時，將能促進更具有合法性及永續性之投資環境。⁴⁰³

關係性責任（relational responsibility）之觀點採取整體性之手段，涵蓋當地的以及全球的，不僅僅限於案件之雙方當事人。⁴⁰⁴ 關係性責任強調長期、動態之關係，並將受影響之群體納入考量。⁴⁰⁵ 投資人母國責任（home state responsibility）之觀點則著重於投資人之母國對於投資人之監督，於現有之投資仲裁體制下全然未被考量。⁴⁰⁶ 國家及國際規範亦未有著墨，國家或許係為了免於建構強而有力之國內法規範框架。⁴⁰⁷ 通常而言，除非為國有企業，於境外運作之跨國企業之行為難以歸責至投資人母國，境外規範亦有其爭議性。⁴⁰⁸ 正常情況下，投資人母國對於投資人最有能力為規範，因其最為接近決策環節，投資仲裁機制未有規定係因設計上之疏忽，部分起因於其商業源頭。⁴⁰⁹

綜上所述，依據VCLT 第 31 條第 3 項（a）段與（b）段，投資仲裁庭於解釋投資協定時亦應考量締約方後續之協議，依據三角關係理論，更為著重國際公法上「投資人母國」以及「締約國」之角色，使得投資中才得以回應國家對其之期待及要求。進步言之，依據關聯性責任或投資人母國責任之角度，或得使氣候變遷議題得到更廣更深之實踐。

⁴⁰⁰ *Id.* at 210.

⁴⁰¹ *Id.* at 224.

⁴⁰² ADF Group Inc. v. United States, ICSID No. ARB(AF)/00/1, Award, ¶ 188 (Jan. 9, 2003), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>.

⁴⁰³ Roberts, *supra* note 11, at 225.

⁴⁰⁴ Boon, *supra* note 313, at 263.

⁴⁰⁵ *Id.* at 277-78.

⁴⁰⁶ *Id.* at 263.

⁴⁰⁷ *Id.* at 263.

⁴⁰⁸ *Id.* at 270.

⁴⁰⁹ *Id.* at 271.

第二節 程序面

第一項 管轄權



管轄權並非由案件實體部份適用之法律為判斷，而係依據建立管轄權之法律文件以及國際法為判斷。⁴¹⁰ 於投資合法性、投資人之國別以及是否存在財產權等問題時，會受到國內法規範。⁴¹¹ 於國際投資法，通常並未於提起投資仲裁之前，要求窮盡國內救濟手段，如同 WTO 之爭端解決機制，大幅促進了此程序的可得性，並且進而增進了投資人的信心和更快更高額的投資資金流。⁴¹²

相較於商業仲裁（其同意係針對已存在的商業關係，並且發生於特定的法律關係當事人之間），當國家以條約「普遍地」同意以仲裁解決投資糾紛時，國家係單方暴露於多數可能因國家行為而影響其投資的外國投資人對其提起仲裁之風險之中。⁴¹³ 至於投資人同意提起仲裁，相較於個人之間於私法體系下尋求損害賠償，更近乎個人決定對國家進行國內行政訴訟已尋求損害賠償。⁴¹⁴ 管轄權條款應如何撰寫甚為關鍵，於特定案例中，被告可能會利用任何不確定性以規避管轄。⁴¹⁵

投資協定之管轄權要求仲裁庭適用地主國法律以判斷投資之合法性，進而決定是否為條約保護範圍，是否得以投資仲裁為救濟管道。⁴¹⁶ 實務據此發展諸多標準，涵蓋違反之嚴重程度、涉及國內法是否為地主國之投資體制之一部，以及非法係於投資之做成或運作階段。⁴¹⁷

管轄權之具體範圍視條約條款如何規定為仲裁同意而有所變化。⁴¹⁸ 部份投資協定之管轄權限定於條約實質標準之解釋適用。⁴¹⁹ 部份投資協定之管轄權則

⁴¹⁰ Christoph Schreuer, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, 1 MCGILL J. DISP. RESOL. 1, 24 (2014).

⁴¹¹ *Id.*

⁴¹² Choi, *supra* note 149, at 737.

⁴¹³ Van Harten, *supra* note 296, at 379.

⁴¹⁴ *Id.* at 380-81.

⁴¹⁵ Paulsson, *supra* note 292, at 235.

⁴¹⁶ Schreuer, *supra* note 410, at 5.

⁴¹⁷ *Id.*

⁴¹⁸ *Id.* at 6.

⁴¹⁹ *Id.*

不限於投資協定自身之解釋適用，得以涵蓋源自於契約或其他與投資有關聯之規範。⁴²⁰ 由投資仲裁庭之判斷可知，當投資協定涉及管轄權之條款規定寬廣且概括提及投資紛爭時，絕大多數仲裁庭均肯定管轄權之範圍不限定於條約之實質保護應用爾爾。⁴²¹ 當管轄權較為放寬時，仲裁庭須審理基於其他法源（例如：國內法、其他條約或國際習慣法）所為之主張為判斷。⁴²² 另外，亦有投資協定之管轄權為實質條款加上與投資有關之條約或授權，或是投資協定將管轄權限定於徵收。⁴²³ 簡言之，投資協定之管轄權範圍得為條約之特定實體標準、與任何條約標準有關之紛爭，亦或是與投資有關之任何紛爭（any disputes arising from an investment）。⁴²⁴

於投資協定中對於投資的定義脫離日常使用範疇，不僅涵蓋單純契約上權利，也涵蓋可能受到國家行為影響之部分資產（assets）或權利（rights），進而拓展了可得仲裁之紛爭涵蓋範圍。⁴²⁵ 於 2000 年以前法國、英國以及美國協商投資協定之過程中，可見其等刻意使投資涵蓋盡可能廣泛的無形資產，甚至於行政法創設之某些權利。⁴²⁶

投資仲裁庭將「投資」以四種標準為定義，也稱作薩利尼測試（Salini test）：投資人有資源投入（contribution by the investor），行為持續一定期間（certain duration of performance），存在經營風險（existence of operational risks），並且對於地主國之經濟發展有所貢獻。⁴²⁷ 絕大多數的低碳（low-carbon）投資都符合投資法下之「投資」定義，再生能源及其他低碳技術通常具有高資本密集性以及長時間回收期（pay-back period），其高額成本以及社會連帶性，讓此類投資暴露於高度之經濟、金融以及政治風險之下，並且能源產業通常對於國家經濟之發展具有相當重要性。⁴²⁸

⁴²⁰ *Id.* at 7-8.

⁴²¹ *Id.* at 9-10.

⁴²² *Id.* at 10.

⁴²³ *Id.*

⁴²⁴ *Id.* at 24.

⁴²⁵ Paulsson, *supra* note 292, at 238.

⁴²⁶ *Id.* at 239.

⁴²⁷ Boute, *supra* note 338, at 625.

⁴²⁸ *Id.* at 626.

多數之投資協定下，依據法律或契約所產生之權利亦屬於投資之範疇，得為徵收之標的。⁴²⁹ 問題在於投資協定保護做為整體之「投資」，對於氣候政策下衍生之權利及利益是否個別仍得為投資協定之保護標的，或需整體觀之，尚有爭議。⁴³⁰ 於 *Eureko* 案，則例外因特定權利為該項投資之重要元素，而保護特定權利。

431

對於「投資」主要有三種規範類型：（一）以資產為基礎（asset-based）之開放模式，定義為任何形式之資產，以列舉式清單賦予仲裁庭寬廣之裁量權；（二）以資產為基礎之封閉模式，規定投資之要件及特徵；以及（三）以企業為基礎（enterprise-based）之限縮模式，限於以地主國法律設立之企業。⁴³² 國家藉由採取對於「投資」較為狹義之定義來重新平衡投資人之私人權利與國家之公權力。

433

Belarus-India BIT 第 1.4 條⁴³⁴、Slovakia-Iran BIT 第 1.2 條⁴³⁵以及 Morocco-Nigeria BIT⁴³⁶第 1 條均將「投資」定義為對於永續發展有所貢獻，建議未滿足此項要件之投資將逸脫投資協定保護範圍。⁴³⁷

舉例而言，Morocco-Nigeria BIT (2016)及 Mauritius-Egypt BIT(2014)於投資之定義，納入對於地主國永續發展之貢獻。⁴³⁸ 仲裁庭後續將如何解釋適用，「永續發展」係做為受保護投資之重要組成要素，或是僅為建議性質，進而是否得以此方式取得硬法地位。⁴³⁹ 於 *Cortec v. Kenya* 案，投資仲裁庭基於投資人並未取得環境影響評估執照而直接於管轄權階段駁回投資人主張，於審理有無管轄權之階段高度重視環境議題。⁴⁴⁰ 具體而言，仲裁庭認為投資人並未遵循地主國環境規範係為關鍵，表現了對於地主國環境政策之嚴重漠視，進而認為投資人無從享有

⁴²⁹ *Id.* at 627.

⁴³⁰ *Id.* at 627-31.

⁴³¹ *Id.* at 629-30; *Eureko B.V. v. Republic of Pol.*, 12 ICSID Rep. 335, ¶¶ 144-45 (UNCITRAL Arb. 2005).

⁴³² *Boon*, *supra* note 313, at 265.

⁴³³ *Id.* at 266.

⁴³⁴ *Bilateral Investment Treaty, Belr.-India*, art. 1.4, Sept. 24, 2018.

⁴³⁵ *Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, Slov.-Iran*, art. 1.2, Jan. 19, 2016.

⁴³⁶ *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement, Morocco- Nigeria*, art. 1, Dec. 3, 2016.

⁴³⁷ *Choudhury*, *supra* note 314, at 11.

⁴³⁸ *Human Rights Council*, *supra* note 352, ¶ 14, 22.

⁴³⁹ *Id.* ¶ 22.

⁴⁴⁰ *Choudhury*, *supra* note 314, at 34.

條約下之投資人保護。⁴⁴¹

投資協定為了認定是否符合條約所規範之投資，要求符合地主國之國內法，例如「與地主國法律相符」(in accordance with host State law)，或規定於「投資」之定義條款中。⁴⁴² 不符合地主國法律之投資，則非投資協定所規範及保護之「投資」，通常得據此提出仲裁之條約條款亦同，結論上不合於地主國法律之投資未能藉由投資協定取得有效之仲裁同意。⁴⁴³ 有嚴格管制環境之地主國，得以藉由要求投資人符合國內法、通過投資審查程序或要求承諾遵循人權、環境及勞動規範等方式，校正系統。⁴⁴⁴ 部分國家之模範投資協定甚至建議於提起仲裁前引入耗盡國內救濟程序之要件。⁴⁴⁵

於 *Salini* 案，仲裁庭將投資定義為對地主國之經濟發展有貢獻。⁴⁴⁶ 於 *Mitchell v. Democratic Republic of Congo* 案，仲裁庭認定由於並未對地主國之經濟發展有所貢獻，而非保護之「投資」標的。⁴⁴⁷ 投資人責任的概念，藉由要求投資人支持地主國經濟發展，填充進「投資」之定義本身，自此，新世代之投資協定、改革方案以及社會企業責任 (corporate social responsibility) 或商業與人權之發展將重心移轉至投資人需要符合哪些要件以取得提起訴訟之權利。⁴⁴⁸ 換言之，企業需達到環境、人權或永續發展之標準後，方得成為受保護之「投資人」。⁴⁴⁹ 限縮實體保護之範圍，並不能建立確實或直接之義務或責任，僅僅係對於救濟管道附加限制條件，這是目前處理投資人責任之主流做法。⁴⁵⁰

因各國支持再生能源機制之設計有所不同，是否得將該機制視為獨立之經濟上權利並得為徵收之標的亦有不同，涉及許可交易市場的投資較有可能經認為部分徵收之標的，固定價格而無交易市場的投資則較難為此認定，故投資人援引

⁴⁴¹ *Id.*; *Cortec v. Kenya*, ICSID Case No. ARB/15/29, Award, ¶¶ 346, 349, 365 (Oct. 22, 2018).

⁴⁴² Schreuer, *supra* note 410, at 4.

⁴⁴³ *Id.*

⁴⁴⁴ Boon, *supra* note 313, at 268.

⁴⁴⁵ *Id.* at 269.

⁴⁴⁶ Choudhury, *supra* note 314, at 12; *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, ¶ 52 (July 23, 2001).

⁴⁴⁷ Boon, *supra* note 313, at 258; *Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, ¶ 30 (Nov. 1, 2006).

⁴⁴⁸ Boon, *id.* at 258-59.

⁴⁴⁹ *Id.* at 259.

⁴⁵⁰ *Id.* at 264.

徵收以維護自身權利之難易度視國家所採取之制度而定。⁴⁵¹



綜上所述，管轄權視投資協定之具體條約條款而定，而多數之低碳投資均符合投資法下所定義之「投資」。地主國得藉由地主國環境規範、國內法規範、對地主國之經濟發展等要件限縮實體保護之範圍。此外，因氣候政策下衍生之權利及利益是否得獨立成為投資協定之保護標的亦為可能問題。故管轄權當然有其限制適用之範疇，然而得因投資協定之具體條文內容而有相當豐富之變化性，得以充分反映締約國所欲偏重之價值或公共利益追求。

第二項 仲裁判斷之既有類型及效力

國際法上當國家所為不法時所產生之國家責任有三種形式，回復原狀（*restitution*）、賠償（*compensation*）以及履行原給付義務（*satisfaction*）。⁴⁵² 於投資仲裁之脈絡下，多數投資人通常自行框限其主張於金錢損害賠償。⁴⁵³ 於國際投資仲裁實務上，通常會涉及金錢賠償，履行原給付義務居於補充地位，回復原狀則較少論及，此種情況並非出於該體系之既有內在限制，而係實務運作之結果爾爾。⁴⁵⁴ 通常情況下，賠償範圍僅限於受害人實際遭受之損害，而不擴張至懲罰性賠償（*punitive damages*）或精神慰撫金（*moral damages*）。⁴⁵⁵

投資仲裁機制的救濟手段原則上基於回溯性（*retroactive*），主要係對於私人投資人受到非法侵害的「事後」（*ex post*）之金錢賠償。⁴⁵⁶ 廣義而言，仲裁庭所做成之判決仍會影響其他現存及未來之投資人，對於形塑將來之投資決策之穩定性及可預測性仍有相當影響。⁴⁵⁷ 投資仲裁不會直接影響國內規範及政策，限於

⁴⁵¹ Boute, *supra* note 338, at 635.

⁴⁵² DOLZER & SCHREUER, *supra* note 304, at 293.

⁴⁵³ Tomoko Ishikawa, *Restitution as a Second Chance for Investor-State Relations: Restitution and Monetary Damages as Sequential Options*, 3 MCGILL J. DISP. RESOL. 154, 169 (2016-2017).

⁴⁵⁴ DOLZER & SCHREUER, *supra* note 304, at 294.

⁴⁵⁵ *Id.* at 295.

⁴⁵⁶ Choi, *supra* note 149, at 744-45.

⁴⁵⁷ *Id.* at 745.

在個案基礎上之特定措施所造成之損害所為求償，換句話說，投資仲裁之請求並不會導致國內措施的調整，有些論者甚至認為得以強化氣候變遷行動。⁴⁵⁸

ICSID Convention 第 54 條僅提及金錢損害賠償，係因非金錢損害賠償之跨國責任難以強制執行，無意限制仲裁庭做成非金錢損害賠償之仲裁判斷，故仲裁庭亦有權命當事人為特定行為或不為特定行為。⁴⁵⁹ 於國際投資仲裁案件中，投資人時常自我設限而主張金錢損害賠償，或將金錢損害賠償列為先位主張。⁴⁶⁰ 如 *Enron v. Argentina* 案，明白肯認仲裁庭有權命一方履行特定行為，或禁止其為特定行為。⁴⁶¹

回復原狀之仲裁判斷不可強制執行為問題之關鍵，即使國家展現履行仲裁判斷之意願，也無從擔保是否落實，投資人能否滿足便有高度不確定性，造成投資人主張回復原狀之障礙，並且使此類案例更為稀少，稀少性本身也會阻卻其他投資人尋求此類救濟手段，形成惡性循環。⁴⁶²

仲裁庭得為非金錢損害賠償之仲裁判斷，其可能涉及範圍甚廣，涵蓋返還已沒收之財產、取回許可執照或停止收取不合理之稅賦。⁴⁶³ 現存實際案例多以金錢損害賠償為主之現實情況，並非因仲裁庭不得為他種判斷，毋寧係因投資人與地主國之關係多已破裂，投資人傾向將其等主張限制於金錢賠償。⁴⁶⁴ 然而，仲裁庭於為非金錢損害賠償之仲裁判斷時，自應一併考量其難以強制執行之現實限制，同時提供不為履行時之替代方案，例如：事先約定違約金 (liquidated damages)、罰款或其他需支付特定金額之義務。⁴⁶⁵

⁴⁵⁸ Fermeglia et al., *supra* note 298.

⁴⁵⁹ Christoph Schreuer, *Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, 20(4) ARB. INT'L 325, 325-26 (2004).

⁴⁶⁰ *Id.* at 329.

⁴⁶¹ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, ¶ 81 (Jan 14, 2004), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>.

⁴⁶² Ishikawa, *supra* note 453, at 170-71.

⁴⁶³ Schreuer, *supra* note 459, at 332.

⁴⁶⁴ *Id.*

⁴⁶⁵ *Id.*



於 ICSID Convention，UNCTRAL 以及其他仲裁規則，均未限制仲裁庭為特定之救濟方案，可知原物回復(*material restitution*)以及法律上之回復原狀(*judicial restitution*) 之非金錢損害賠償皆屬投資仲裁庭可採行之救濟方式。⁴⁶⁶ 法律上回復原狀是否適當雖有爭議，若投資協定明文承認為救濟方式之一種則再無爭議。

⁴⁶⁷ *ATA v. Jordan* 案以及 *Arif v. Moldova* 案仲裁庭判斷均為法律上回復原狀之稀少案例。⁴⁶⁸

有學者認為法律上回復原狀與投資協定之目的更為相符，締約國得以展示其形塑長期且穩定之投資環境之意願，相較於以金錢賠償「購買違反條約約定之權利」，金錢賠償僅能處理過去行為造成之結果，無從有效阻卻後續違反之可能性，故於特定情境下法律上回復原狀或為更佳之選擇。⁴⁶⁹ 進步言之，要求金錢賠償相較於要求回復原狀，可以對締約國之主權造成更加嚴重之影響，換言之，得以協助仲裁庭免於做成過度高額之金錢賠償仲裁判斷。⁴⁷⁰ 當回復原狀實質上不可能(*materially impossible*) 或造成額外負擔(不符比例原則時)，則不應以回復原狀為救濟手段，其中，回復原狀將造成人民之公共利益受損時亦屬實質上不可能。⁴⁷¹ 依據案例事實、違反國際法上責任之行為本質以及投資人之利益，有時回復原狀為更佳選擇。⁴⁷²

於 *Arif v. Moldova* 案，投資人偏好金錢賠償，而地主國偏好回復原狀，投資仲裁庭表示回復原狀對於維持投資以及投資人與地主國之間之關係為更佳選擇，並且要求於特定時間內回復原狀，若未履行，則回歸金錢損害賠償。⁴⁷³ 此種仲

⁴⁶⁶ Ishikawa, *supra* note 453, at 163.

⁴⁶⁷ *Id.* at 165.

⁴⁶⁸ *Id.*

⁴⁶⁹ *Id.* at 165-66.

⁴⁷⁰ *Id.* at 166-67.

⁴⁷¹ *Id.* at 167-68.

⁴⁷² *Id.* at 168-69.

⁴⁷³ *Id.* at 172-73; Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, Award, ¶ 568-72, ICSID, Case No ARB(AF)/11/23 (April 8, 2013).

裁判斷，賦予國家最後的機會留下投資，也使得投資人有權取得其應得之金錢賠償或滿足其需求之回復原狀。⁴⁷⁴ 除非紛爭當事人雙方合意排除回復原狀，或是系爭投資協定明文排除回復原狀，縱使投資人（原告）主張金錢損害賠償，投資仲裁庭仍得為回復原狀之仲裁判斷。⁴⁷⁵ 於此種觀點下，回復原狀之仲裁判斷不必然為對國家主權之威脅，國家應認可此種救濟手段，亦免於造成投資人多餘之負擔或不確定性。⁴⁷⁶

綜上所述，仲裁判斷之既有類型，通常而言，投資人多主張金錢損害賠償，於制度上，仲裁庭仍得為非金錢損害賠償之仲裁判斷，進而使地主國展現其維護穩定投資環境之意願，更可減少高額金錢損害賠償之發生，於特定情況下或為更佳選擇。從氣候變遷議題之觀點，僅就高額且有跨國強制執行機制之金錢損害賠償而言，投資仲裁即已提供了再生能源之外國投資人於國際氣候變遷法制、國際貿易法制、國際人權法院以及各國國內法院無從提供之救濟方案。若私人有意要求國家維持既有之氣候政策，為長時間且有效之監督，投資仲裁難以由其他跨國爭端解決機制取而代之。進步言之，若投資仲裁庭放寬對於非金錢損害賠償之跨國責任，於回復原狀同時有利於地主國及投資人時，地主國得免於高額之金錢損害賠償，並且投資人得以繼續其既有之投資。

第三項 國際法及內國法之適用

基於 ICSID Convention 第 42 條第 1 項，預設了適用法律，涵蓋了地主國法律、管轄權實質規範、相關條約以及共通（習慣）國際法。⁴⁷⁷ 當投資協定並未規範適用法律時，仲裁庭得依據 ICSID Convention 第 42 條第 1 項地主國國內法律以及國際法。⁴⁷⁸ 簡言之，投資協定規範適用法律時，有些限縮於條約及國際

⁴⁷⁴ Ishikawa, *supra* note 453, at 173.

⁴⁷⁵ *Id.* at 174.

⁴⁷⁶ *Id.* at 175.

⁴⁷⁷ Schreuer, *supra* note 410, at 12.

⁴⁷⁸ *Id.* at 24-25.

法，有些則擴及地主國法律。⁴⁷⁹

原則上投資協定規範適用法律的條文均會提及國際法，問題在於國際法所指為何，廣義而言，涵蓋各方面之國際法做為一個整體，例如環境保護及人權條約，狹義而言，則限於投資法直接提及或直接相關之國際法，將會排除人權規範。⁴⁸⁰ 不論廣義或狹義，國際習慣法對於國家責任、緊急狀態、賠償標準以及 VCLT 關於條約解釋之部分，均有所適用。⁴⁸¹ 外國投資人保護之標的是否有應受保護之權利存在，則先決依據國內法判斷，不論投資協定之管轄權是否提及國內法均難以排除其適用。⁴⁸²

國際投資仲裁涉及兩種層級的決策：(1) 國際層級而言，仲裁人基於國際法評價主權國家的行為，(2) 國內層級，主權國家採取涉及外國投資人之決策時，亦為仲裁庭所評價。⁴⁸³ 輔助原則 (*principle of subsidiarity*，要求決策於較低層級發生，除非有例外情況) 於人權法領域較為常見，於國際投資法並無此種原則之明確規範，而對於仲裁庭應對於國內決策者保有何種程度之尊重持開放態度。⁴⁸⁴

對於輔助原則的需求強弱，會受到基於公眾觀點或私人觀點而做出不同解釋適用，前者認為投資仲裁體制的主要挑戰為缺乏民主正當性，會高度要求輔助原則之實踐以建立決策者的正當連結；後者則認為投資仲裁體制的主要挑戰係難以建立具有可預測的、去政治化的法明確性的規範環境，會避免要求輔助原則的實踐。⁴⁸⁵ 整體而言，這些垂直劃分的機制並非來自於投資仲裁體制本身特性，而係用於回應外界不滿，進而維持體制穩定性、強化其正當性及合法性的壓力閥。⁴⁸⁶ 亦有建議仲裁人於衡量政策空間時，由於國家仍是主要進行各種價值衡量的場所，自應考量國內法之既有限制。⁴⁸⁷

⁴⁷⁹ *Id.* at 24.

⁴⁸⁰ *Id.* at 16-17, 25.

⁴⁸¹ *Id.* at 17.

⁴⁸² *Id.* at 17-18, 25.

⁴⁸³ René Urueña, *Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration*, 79(2) L. & CONTEMP. PROBS. 99, 99 (2016).

⁴⁸⁴ *Id.* at 99-100.

⁴⁸⁵ *Id.* at 100.

⁴⁸⁶ *Id.* at 101.

⁴⁸⁷ VAN HARTEN, *supra* note 337, at 150.

許多仲裁庭所面臨的問題，無法從國際法得到解答，例如投資人為投資時是否合乎國內法、投資是否符合私法要求，學者進一步主張仲裁庭應該強化國內法所扮演之角色，以達成投資協定所追求之永續發展、傳播法治原則以及改善人類福祉等目標。⁴⁸⁸



國際法層面

學者整理 1992 年至 2018 年期間公開之仲裁判斷，國家或法庭之友（*amicus curiae*）曾提及人權或環境議題共有 56 件，涉及：水權（right to water）、健康權（right to health）、享有健康環境權（right to healthy environment）、環境議題、原住民權利、文化權（right to culture）以及因經濟危機所衍生之社會議題。⁴⁸⁹ 對於環境保護，將會對於健康權、水權、享有一定之生活標準等權利產生連鎖反應。⁴⁹⁰ 多數投資仲裁庭簡單提及非經濟議題，但未予分析，或直接不提及，但有將近五分之一之投資仲裁庭明確提及非經濟議題並為法律分析，特別在於健康議題、近期案例或是當國家提出基於人權或環境規範之反訴之情況下。⁴⁹¹

於 *Urbaser v. Argentina* 案，投資仲裁庭首次明確肯認國家關於水權之人權責任。⁴⁹² 於 *Methanex v. USA* 案、*Chemtura v. Canada* 案、*Eli Lilly v. Canada* 案、以及 *Philip Morris v. Uruguay* 案，均不等程度地肯定了健康權之重要性。⁴⁹³

有鑑於 UNFCCC 以及京都議定書係政治性承諾，將如何落實交由各國自主決定，並無法律上拘束力。⁴⁹⁴ 直接適用國際氣候變遷條約而推導出國際法上法律義務有相當之難度，然而，國際投資仲裁機制既為國際法之一環，若能建立國內措施與國際氣候變遷規範之關聯性，對於後續之法律論述仍會有所助益，故以下討論建立兩者間關聯性時可能遭遇的問題及挑戰。

在建立國內措施及國際氣候變遷規範之關聯性時，會遇到以下三種挑戰：「建

⁴⁸⁸ JARROD HEPBURN, DOMESTIC LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION 195-97 (2017).

⁴⁸⁹ Choudhury, *supra* note 314, at 14-15.

⁴⁹⁰ *Id.* at 26.

⁴⁹¹ *Id.* at 16-17.

⁴⁹² *Id.* at 20; *Urbaser S.A. et al. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, ¶ 1220 (Dec. 8, 2016).

⁴⁹³ Choudhury, *supra* note 314, at 22-26.

⁴⁹⁴ VÍÑUALES, *supra* note 43, at 274.

立與國際規範之連結」；「連結是否合理可信」以及「有無可得適用之規範」。⁴⁹⁵ 為建構國內措施與國際規範間之連結，或可使用各國於氣候變遷會議時的決議、各國的自主承諾以及相關之人權規範。⁴⁹⁶ 國內措施具體是否得適用國際規範，則回歸到是否合乎比例原則以及正當法律程序之要求。⁴⁹⁷ 在國際投資法體系與國際氣候變遷體系產生規範衝突之時，目前仍缺乏特定的規範或共通的原則，僅有 UNFCCC 第 3 條第 5 項簡略提及。⁴⁹⁸

2019 荷蘭模範投資協定 (Netherlands model Investment Agreement) 第 23 條規定投資人行為：「於不影響國內行政或刑事程序下，仲裁庭決定賠償金額時，應將投資人是否遵循其於<<聯合國工商企業與人權指導原則>>及 OECD 之<<跨國企業準則>>下企業應有之承諾。」(Without prejudice to national administrative or criminal law procedures, a Tribunal, in deciding on the amount of compensation, is expected to take into account non-compliance by the investor with its commitments under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.)⁴⁹⁹

討論人權議題時，仲裁人是否須具有特定程度之人權專業亦為議題，例如紛爭與人權議題或 SDG 有關時，仲裁人須符合特定資格方得經選定。⁵⁰⁰ 國家及公民社會擔憂部分仲裁人對於人權法缺少理解，或應事先要求其等具備人權法專業，或指定獨立專家協助仲裁庭為判斷。⁵⁰¹ 學者整理 1992 年至 2018 年期間公開之仲裁判斷，國家或法庭之友 (*amicus curiae*) 曾提及人權或環境議題共有 56 件，其中具有大學教授或法官背景之仲裁人，相較於僅有嚴格意義上之商業背景之仲裁人，更為支持人權或環境議題。⁵⁰²

依據現有之事證，投資人母國對於跨國公司於境外之活動難謂有國際法上之義務預防人權侵害，並無任何積極之法律上基礎支持此種說法，國家有權利但無

⁴⁹⁵ *Id.* at 275.

⁴⁹⁶ *Id.* at 275-76.

⁴⁹⁷ *Id.* at 276-77.

⁴⁹⁸ *Id.* at 277.

⁴⁹⁹ Netherlands model Investment Agreement, art. 23, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>.

⁵⁰⁰ Human Rights Council, *supra* note 352, ¶ 3.

⁵⁰¹ *Id.* ¶ 48-49.

⁵⁰² Choudhury, *supra* note 314, at 14-15, 18.

責任，管制其公司於境外活動所產生之人權方面影響。⁵⁰³ 缺少權威性之法律依據，僅有提及投資人母國規範跨國企業之角色，但並未賦予其義務，並且從各國實際反應亦不足以構成國家實踐。⁵⁰⁴ 縱使有義務，亦針對手段而非結果，國家有責任採取合理且適當之手段避免可預見之風險，對於結果更受限於有無因果關係、有無必要關聯（sufficient nexus）。⁵⁰⁵

2012 Model BIT of the Southern African Development Community 第 15.1 條、Netherlands Model BIT (March 2019 version)第 5.3 條, India Model BIT (2016)第 13 條、Morocco- Nigeria BIT (2016)第 14 條, 以及 India Model BIT (2016)第 13 條明文要求投資人依據地主國國內法律遵循人權規範。⁵⁰⁶ 此種方式使得違反人權規範有相應之責任，並且避免以無管轄權拒絕國家提出之反訴。⁵⁰⁷法國、英國、加拿大及荷蘭之國內法院均採取使母公司可能對其等子公司之海外營運負有法律責任之觀點。⁵⁰⁸

內國法層面

傳統上國內法係作為事實而為裁量，然而參考 UNCITRAL2010 第 35 條第 1 項，當並無其他參考時，或非不得使國內法成為適用法之一部。⁵⁰⁹ 當判斷正當法律程序（有無徵收時）以及非法投資人（亦即投資人是否合乎國內法規範）時，國內法所指涉之範圍即成為問題，此時，國內法不應受限於基本原則，或是否直接與投資有關，僅應排除輕微不法。⁵¹⁰

於部分案例，國內法之合法性為仲裁庭衡量是否違反公平公正待遇原則之重要因素，雖並未明言其依據。⁵¹¹ 學者認為，可能藉由正當期待（legitimate expectations）及可仲裁性（arbitrariness）等途徑，正當化仲裁庭於論述公平公正

⁵⁰³ Claire Methven O'Brien, *The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal*, 3(1) BUS. & HUM. RTS J. 47, 72 (2018).

⁵⁰⁴ *Id.* at 68.

⁵⁰⁵ *Id.* at 70.

⁵⁰⁶ Human Rights Council, *supra* note 352, ¶ 34.

⁵⁰⁷ *Id.* ¶ 34.

⁵⁰⁸ *Id.* ¶ 38.

⁵⁰⁹ HEPBURN, *supra* note 488, at 104-08.

⁵¹⁰ *Id.* at 139-62.

⁵¹¹ *Id.* at 40.

待遇原則提及國內法。⁵¹² 於投資人主張徵收時，是否合乎國內法，可能得於國家是否能主張警察權理論（*police powers doctrine*），或是國家是否符合正當法律程序（*due process*）之要求時影響仲裁庭之判斷。⁵¹³

司法干預（*judicial intervention*）藉由憲法法庭作用於投資事務可能發生於以下四種情境：（1）審查投資協定之合憲性，（2）當有同時競合之管轄權發生時，（3）對外國仲裁認可或執行進行司法審查時，（4）對於立法實踐投資仲裁判斷所為之司法審查。⁵¹⁴ 憲法法庭藉由勾勒出對於共通社會及文化權利的保護，與國際仲裁庭進行「垂直」對話，進而強化投資保護機制的合法性。⁵¹⁵

對於國家責任的究責，並未依據國家各機關所行使的功能為區分，由司法部門所行使之國家行為亦有可能成為國際投資仲裁機制的客體，並且不限於達到國際法上拒絕正義（*denial of justice*）的司法行為。⁵¹⁶

綜上所述，原則上投資協定之適用法律均涵蓋國際法，然而國際法係採廣義或狹義之定義，則影響投資仲裁庭如何解釋適用投資協定。於國際法層面，已有部分投資仲裁案例及投資協定提及人權議題。而如何將國際氣候變遷規範與地主國國內措施產生連結，尚缺乏共通之原則。於內國法層面，除了作為事實，亦得成為仲裁庭判斷是否違反公平公正待遇原則之重要因素。

第四項 反訴

反訴與答辯（*defense*）有所不同，答辯並非單獨之主張，而係為了打擊另一方所提出之主張，若另一方之主張經駁回，答辯本身不會單獨存在。⁵¹⁷ 傳統上，國家無從依據投資協定對於外國投資人提出主張，由於投資協定僅僅約束身為締

⁵¹² *Id.* at 40.

⁵¹³ *Id.* at 67.

⁵¹⁴ Alejandro Linares-Cantillo, *The Intervention of Constitutional Courts in International Investment Law: The Case of Colombia*, 54 CORNELL INT'L L.J. 47, 52-53 (2021).

⁵¹⁵ *Id.* at 53.

⁵¹⁶ *Id.* at 79-80.

⁵¹⁷ Andrew Ling, *Adjudicating State Counterclaims in ICSID Investor-State Arbitration*, 57 TEX. INT'L L. J. 103, 110 (2021).

約方之國家。⁵¹⁸ 外國投資人於損害發生之地主國境內可能缺乏足夠之資產，也可能對於國內法院做成之判決於國際法院挑戰其合法性，也可能由於先前嘗試於國際管道尋求救濟遭遇失敗之經驗，這些現實使得於國際投資仲裁機制為反訴有其需求。⁵¹⁹



國際投資仲裁機制是為了矯正對於外國投資人之不法待遇（*mistreatment*），而非矯正外國投資人所為之不法行為（*wrongdoing*）。⁵²⁰ 過去外國投資人定性為法律上之弱勢，國家得以投資人無從利用之國內管道為主張，在政治不穩定之國家其外國投資人尤其居於弱勢。⁵²¹ 當國家嘗試使用仲裁挑戰外國投資人於地主國境內所為之不法行為時，投資仲裁庭駁回其等訴求或無從發現足以建構投資人責任之法律基礎。⁵²² 當國家不得利用投資仲裁減少其損害時，不僅喪失其主權，更喪失其公民之利益。⁵²³

缺少有效對投資人究責之跨國機制以及國內司法機構之諸多限制，形塑國際投資仲裁中反訴之顯著重要性。⁵²⁴ 因投資人而實際直接受害之個人及群體於投資仲裁體制前並非當事人，地主國代表該等群體則為得提出反訴主張之當事人，進步言之，國家有義務監督私人商業行為之運作，且當私人行為造成權利侵害時有義務提供救濟管道。⁵²⁵ 藉由反訴，投資仲裁機制更為全面且廣泛地承認投資人責任之存在，抑或得改進公司治理（*corporate governance*）。⁵²⁶

其一，新型投資協定多有要求投資人尊重人權、環境並負有社會責任之條文，其二，地主國於投資仲裁中已具國內法或國際法提起反訴之案件數量有所增加，其三，聯合國發表官方文件強化對於跨國企業與人權間之論述，以上發展均有利於提供討論投資人責任之背景環境。⁵²⁷ 地主國不再採取防禦立場，而開始於投資仲裁庭之前尋求對於外國投資人之不法行為究責。⁵²⁸

⁵¹⁸ Crow & Lorenzoni-Escobar, *supra* note 13, at 6.

⁵¹⁹ Jackson Shaw Kern, *Investor Responsibility as Familiar Frontier*, 113 AJIL UNBOUND 28, 31 (2019).

⁵²⁰ Gathii & Puig, *supra* note 235, at 1.

⁵²¹ Crow & Lorenzoni-Escobar, *supra* note 13, at 16.

⁵²² Gathii & Puig, *supra* note 235, at 1.

⁵²³ Crow & Lorenzoni-Escobar, *supra* note 13, at 16.

⁵²⁴ Tomoko Ishikawa, *Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration*, 113 AJIL UNBOUND 33, 35 (2019).

⁵²⁵ *Id.* at 35-36.

⁵²⁶ *Id.* at 36.

⁵²⁷ Gathii & Puig, *supra* note 235, at 2.

⁵²⁸ Ling, *supra* note 517, at 105.



審理反訴時，投資仲裁庭於 ICISD Convention 下須檢視兩種問題，其一，締約方是否已同意就反訴為仲裁，亦即同意仲裁之範圍，其二，反訴與投資人提出之主張有無緊密連結。⁵²⁹

依據 ICISD Convention 第 25 條規定可知，仲裁之基石為同意。⁵³⁰ 投資仲裁庭應依據當事人之間之條約文字，具體決定其同意之範圍。⁵³¹ *Goetz v. Burundi II* 採取事實上同意之理論，由於 ICISD Convention 第 46 條提供了反訴之程序性規範，締約方據此同意就反訴為仲裁。⁵³² 事實上同意之觀點著重於政策目的，有意避免於國內法院或其他仲裁庭之平行程序以及於不同法院之不一致之矛盾判斷，進而促進訴訟經濟 (judicial efficiency)。⁵³³ 事實上同意為少數論點，多數投資仲裁庭均認為當締約方並未特意明確同意反訴時，管轄權無從及於反訴，依據 ICISD Convention 第 25 條、第 46 條之文義解釋、功能以及草擬之歷史紀錄均同多數說見解。⁵³⁴

Roussalis v. Romania 以及 *Gavazzi v. Romania* 兩案所依據之投資協定對於反訴之程序及實質要件未有提及，兩案之投資仲裁庭並未認定投資協定有隱含同意就反訴為仲裁之意。⁵³⁵ *Roussalis v. Romania* 以及 *Gavazzi v. Romania* 兩案，均將反訴限制於締約方所簽署之投資協定明確同意為仲裁時，*Roussalis v. Romania* 更為第一件投資仲裁庭因缺乏同意而無管轄權，據此駁回反訴之案例。⁵³⁶ *Roussalis v. Romania* 仲裁庭判斷其條約文字僅表示締約雙方同意就國家方面之責任為仲裁，且投資協定之架構並未規範投資人之責任，進步言之，若締約雙方同意就反訴為仲裁，投資協定應明確特定國家得對於投資人主張何種糾紛或反訴之依據。⁵³⁷ *Gavazzi v. Romania* 由投資協定之文字判斷，投資人為唯一得向投資仲裁庭提訴之一方，並無明示條文表示國家得向投資人提訴。⁵³⁸ *Gavazzi v. Romania* 仲裁庭

⁵²⁹ *Id.* at 103.

⁵³⁰ *Id.* at 105.

⁵³¹ *Id.* at 106.

⁵³² *Id.*; Antoine Goetz v. Republic of Burundi (II), ICSID Case No. ARB/01/2, Sentence, ¶ 278. (June 21, 2012), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2/DC2651_Fr.pdf.

⁵³³ Ling, *supra* note 517, at 106-07.

⁵³⁴ *Id.* at 107-08.

⁵³⁵ *Id.* at 111.

⁵³⁶ *Id.*

⁵³⁷ Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Awards, ¶ 869, 871 (Dec. 7, 2011).

⁵³⁸ Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, International Centre

判斷，僅僅提及國內程序法不足以同意反訴，條約文字須有明文約定允許締約雙方使用國內程序法為仲裁程序，方得據此主張得為反訴。⁵³⁹ *Gavazzi v. Romania* 仲裁庭認為締約方僅受限於其等實際同意之內容，若條約未有明文規定，意味著締約方無意願包含該內容或並未達成共識，據此，仲裁庭於未有條約明確規定時，無從承認國家有權利提起反訴。⁵⁴⁰

投資仲裁庭曾表示其對於人權議題並無管轄權，於國家依據違反人權而向投資人提起反訴時，亦時常因管轄權而遭駁回。⁵⁴¹ *Urbaser v. Argentina* 及 *Ecuador v. Burlington* 兩案例之仲裁庭例外地肯認反訴。⁵⁴² *Urbaser v. Argentina* 為具有標誌性意義的首例案件，國家依據人權提起反訴並經投資仲裁庭承認其管轄權。⁵⁴³ *Urbaser v. Argentina* 所依據之投資協定文字相對保有開放性且中性，並未排除國家提出反訴之可能性，故有暗示締約方同意就反訴為仲裁之意。⁵⁴⁴ *Urbaser v. Argentina* 投資仲裁庭強調投資協定係與其他國際法規範共存，涵蓋人權相關規範，不應排除此方面之考量而為解釋適用。⁵⁴⁵ 相較於過去之投資仲裁判斷，*Urbaser v. Argentina* 採取不同之前提，投資協定並未明文規定投資人責任不表示預先排除地主國提起反訴之可能性，而係藉由整合性手段引入其他國際法之外部法源做為依據。⁵⁴⁶

投資協定對於反訴保持沈默造成了兩種解讀可能，一種為限定為投資協定有明文規定者之多數見解，另一種則為條約文字暗示同意者之少數見解。⁵⁴⁷ 國際投資法提供投資人對國家提出主張之依據，卻未提供地主國對於投資人提出主張之依據，這種不對稱，一方面提供了仲裁人寬廣的解釋適用空間，得以保持必要之模糊性，另一方面，國家也要求一定之曖昧性以保留規範自由或政策空間。⁵⁴⁸

for Settlement of Investment Disputes, ¶ 152 (Apr. 21, 2015), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888_Eapdf.

⁵³⁹ Ling, *supra* note 517, at 111.

⁵⁴⁰ *Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ¶ 154 (Apr. 21, 2015),

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888_Eapdf.

⁵⁴¹ Human Rights Council, *supra* note 352, ¶ 29.

⁵⁴² *Id.* ¶ 30.

⁵⁴³ Ling, *supra* note 517, at 112.

⁵⁴⁴ *Id.* at 112-13; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, ¶ 1143, 1144, 1147 (Dec. 8, 2016).

⁵⁴⁵ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, ¶ 1200 (Dec. 8, 2016).

⁵⁴⁶ Ling, *supra* note 517, at 114.

⁵⁴⁷ *Id.* at 119.

⁵⁴⁸ *Crow & Lorenzoni-Escobar*, *supra* note 13, at 13-14.

多數新型之投資協定並未將管轄權擴及解決與企業社會責任（corporate social responsibility）有關之紛爭或其他類似用語之條款。⁵⁴⁹



就法律上連結（legal connection）而言，諸多案例強調反訴不得單純立基於國內法之上，反訴亦應具有國際法要素，而事實上連結（factual connection）不足以建立投資人主張與反訴間之緊密連結。⁵⁵⁰ *Urbaser v. Argentina* 則表示事實上連結足以建立對於反訴之管轄權，並且藉由投資協定連結至其他國際法上之投資人責任。⁵⁵¹ 於 *Urbaser v. Argentina* 案，國家主張投資人違反其與水權相關之人權法義務，而仲裁庭僅肯認投資人有消極義務不參與侵害人權之活動，並無積極義務維護當地居民之人權，使人民得以取得水資源。⁵⁵²

縱使成功建立了反訴之管轄權，於實質審理時反訴勝訴之案例相當稀少，僅有 *Burlington v. Ecuador* 及 *Perenco v. Ecuador* 兩案極其例外地經投資人同意建立於國內法提起反訴之管轄權。⁵⁵³ *Burlington v. Ecuador* 投資仲裁庭判斷就反訴之環境及基礎建設部分，總共應賠償超過四千萬美元之金額⁵⁵⁴。 *Burlington v. Ecuador* 係極其例外地由投資人同意管轄之案例。⁵⁵⁵ *Perenco v. Ecuador* 投資仲裁庭以國內法作為評估標準，並指派專家進行後續事實發現⁵⁵⁶。

於投資仲裁體制下，先前之仲裁判斷對於後續之仲裁判斷並無拘束力，仲裁人得以自由決定是否遵循先前判斷或為相反之判斷，難以預測未來之仲裁人如何從相互矛盾之前例中為判斷，進而影響體制的公信力（credibility）及合法性（legitimacy），甚至影響地主國提起反訴之意願。⁵⁵⁷ 如何決定反訴之實質標準亦會影響國際仲裁庭與國內法院之間之利益平衡，如何正確適用國內法並尊重地主國之政策空間。⁵⁵⁸ 2019 年荷蘭模範投資協定（2019 Netherlands model Investment

⁵⁴⁹ Nicolas M. Perrone, *The "Invisible" Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime*, 113 AJIL UNBOUND 16, 18 (2019).

⁵⁵⁰ Ling, *supra* note 517, at 123.

⁵⁵¹ Urbaser S.A. et al. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, ¶ 1151 (Dec. 8, 2016).

⁵⁵² Urbaser S.A. et al. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, ¶¶ 1156, 1199, 1207-10 (Dec. 8, 2016).

⁵⁵³ Ishikawa, *supra* note 524, at 37.

⁵⁵⁴ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims, ¶ 1075 (Feb. 7, 2017).

⁵⁵⁵ Perrone, *supra* note 549, at 18; Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims, ¶ 6 (Feb. 7, 2017).

⁵⁵⁶ Perenco Ecuador Limited v. the Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, ¶ 611 (Aug. 11, 2015).

⁵⁵⁷ Ling, *supra* note 517, at 127-29.

⁵⁵⁸ *Id.* at 129-30.

Agreement)第 7.1 條及第 7.4 條則直接要求投資人遵循地主國國內法關於人權及環境保護之規範，並且提供管轄權之依據。⁵⁵⁹

外國投資人對於當地社群負有依據國內法（以及有限增長之國際法）尊重當地社群之財產及契約之責任，例如：尊重當地社群與投資計畫相鄰之財產權、以及重視當地社群整體價值並使其繁榮等。⁵⁶⁰ 然而，係國家或外國投資人應對當地社群負有人權規範之法律上責任尚有未定。⁵⁶¹ 問題在於，國家對於使第三方之人權免於侵害仍負有首要責任，進而難以明白界定外國投資人應負之責任範疇。⁵⁶²

對受害者而言，於投資人母國之國內法院提起訴訟亦為一種選擇，然而投資人母國之國內法院多藉由不便利法庭（*forum non conveniens*）原則等方式否認其有管轄權，進而拒絕審理對於投資人之民事賠償請求。⁵⁶³

有學者建議透過絕對法（*jus cogens*）以及對世權（*erga omnes*）等具有普世性之法律概念，於程序及實質上建構國際投資法上之私人跨國行為者之責任。⁵⁶⁴ 進步言之，當國家取得反訴之賠償金額後，國家是否直接或間接將該等賠償分配予實際受害之民眾，或是依據該國家之公共利益為分配，則為多數見解普遍忽略之議題。⁵⁶⁵ 即使受害者並無其他有效救濟管道，國家亦有可能拒絕提出反訴，或對受害者主張為限制或妥協，學者建議對此問題建立監督國家是否落實其保護義務之跨國機制。⁵⁶⁶

做為替代方案，國家得將投資人責任做為答辯以排除投資人主張或減少國家應負擔之賠償金額。⁵⁶⁷ 當外國投資人對於造成損害亦有過失時，於 *Copper Mesa v. Ecuador* 案投資仲裁庭減低了 30%之賠償金額。⁵⁶⁸ 當外國投資人疏未考量地

⁵⁵⁹ The Netherlands Model Investment Agreement, arts. 7.1 & 7.4 (Mar. 2019), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>.

⁵⁶⁰ Perrone, *supra* note 549, at 17.

⁵⁶¹ *Id.* at 17-18.

⁵⁶² *Id.* at 20.

⁵⁶³ Ishikawa, *supra* note 524, at 35.

⁵⁶⁴ Crow & Lorenzoni-Escobar, *supra* note 13, at 1.

⁵⁶⁵ *Id.* fn. 121.

⁵⁶⁶ Ishikawa, *supra* note 524, at 36.

⁵⁶⁷ Perrone, *supra* note 549, at 18.

⁵⁶⁸ *Id.* at 19.

主國國內法時，於 *MTD v. Chile* 案投資仲裁庭則減低了 50% 之賠償金額。⁵⁶⁹

樂觀而言，建立於氣候變遷之反訴，將可使因氣候變遷受到損害之國家及人民迅速取得一強而有力之求償管道，亦可使製造大量溫室氣體之跨國企業有所警惕。並且投資協定因其締約國關注焦點不同，而在條約內容上有高度之多樣性，也因投資仲裁庭之仲裁人組成並非固定而富有變化性，更有可能積極嘗試不同論述，或有可能領先於其他國際法領域而建立可供後人參考之範例。然而，氣候變遷尚無明確之國際法上法律基礎，相較於環境及人權規範更有因其全球化性質而難以舉證、歸責等多種障礙。

綜上所述，反訴使地主國得於投資仲裁庭前對於外國投資人之不法行為究責。投資仲裁庭須檢視是否為系爭投資協定為同意之範圍，以及有無緊密連結。同意之標準依個案仲裁庭而定，多數仍要求於條約文字為明確之同意。有無緊密連結亦有事實上連結以及法律上連結兩說。於仲裁實務，地主國為反訴並取得有利仲裁判斷結果之案例仍有限。然因投資協定及投資仲裁庭之多樣性，仍有相當可觀之發展空間。

第五項 第三人參與、公開化及透明化程序

投資仲裁機制混合了國家間條約所建構之仲裁庭管轄權及保護標準，以及國際商務仲裁之程序規範。⁵⁷⁰ 引用國際商務仲裁規範之結果使得投資仲裁機程序係不公開的 (*private*)。⁵⁷¹ 投資仲裁機制之公共性質，則體現於其受到國際公法及地主國法律規範，進而形塑國際公法之發展，並且仲裁判斷對於大眾有所影響。⁵⁷²

投資仲裁機制吸引投資人之因素為具有效率且免於國內司法程序之終局性，並具有起源於商業仲裁之隱私權 (*privacy*) 以及保密性 (*confidentiality*)。⁵⁷³ 氣

⁵⁶⁹ *Id.*

⁵⁷⁰ Tomoko Ishikawa, *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, 59 INT'L & COMP. L.Q. 373, 373 (2010).

⁵⁷¹ *Id.* at 375.

⁵⁷² *Id.* at 376.

⁵⁷³ Eugenia Levine, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third- Party*

候變遷訴訟涉及高度之公益性及不確定性，為了提供充足之科學證據，第三人介入，或對於訴訟結果有所影響，進而影響國家於投資仲裁機制下能夠確實維護自身國民之權益。



特別在於自然資源榨取(*extraction*)部門，當地社群為主要角色且深受影響，除了提出法庭之友(*amicus curiae*)摘要(*brief*)外，於國際投資仲裁體制中並無權利亦無補救管道，近乎隱形。⁵⁷⁴ 於國際投資法機制下，當地社群係由國家為代表，當地民眾是否能維護其利益繫諸於當地政府。⁵⁷⁵ 多數之法律系統下，涉及法律關係之當事人之權利及義務，得以透過該法律系統直接強制執行。⁵⁷⁶ 程序上，不論國際投資法體系的解釋適用是否由私法模式轉移往公法模式，於涉及國家管制結構時，均相當可能會使法庭之友以及第三人參與的案例數量增加。⁵⁷⁷

正面而言，法庭之友促進程序上之公開性，藉由更為廣泛之公眾參與，強化程序上之正當性。⁵⁷⁸ 第三人參與亦得改善判斷之法律品質，協助國際投資法之整體系統化發展。⁵⁷⁹ 若得透過國際組織為第三人參與，特別得以預防國際法之碎片化。⁵⁸⁰ 法庭之友得向仲裁庭提出更為全面且完整之法律分析。⁵⁸¹ 法庭之友得以關注紛爭當事人不能或不願處理之議題，使仲裁庭不限於考量由雙方當事人所提出之議題爾爾。⁵⁸² 法庭之友得提供科學或技術面專家知識，或與紛爭有關之其他事實方面資訊。⁵⁸³ 考量前述之法庭之友或第三人參與之種種正面影響，若確實得以對於仲裁程序以及廣義之國際法脈絡下創造實質上利益，或應進一步放寬第三人參與之方式及程度。⁵⁸⁴

負面而言，法庭之友或第三方介入對於紛爭當事人會增加額外負擔，可能造成程序費用增加或延誤仲裁程序。⁵⁸⁵ 進步言之，過度增加第三方介入之幅度，

Participation, 29(1) BERKELEY J. INT'L L. 200, 204 (2011).

⁵⁷⁴ Perrone, *supra* note 549, at 16.

⁵⁷⁵ *Id.* at 18.

⁵⁷⁶ *Id.* at 20.

⁵⁷⁷ Wagner, *supra* note 312, at 26.

⁵⁷⁸ Levine, *supra* note 573, at 217.

⁵⁷⁹ *Id.*

⁵⁸⁰ *Id.* at 218.

⁵⁸¹ Ishikawa, *supra* note 570, at 402.

⁵⁸² *Id.*

⁵⁸³ *Id.* at 403.

⁵⁸⁴ Levine, *supra* note 573, at 219.

⁵⁸⁵ *Id.*

將損害程序本身之效率及速度，更接近於法庭化（court-like）。⁵⁸⁶ 保密性（confidentiality）及隱私性（privacy）的喪失，可能潛在地再度政治化（re-politicize）紛爭，減少雙方和解機會，於整體角度上，恐將減少投資人對投資仲裁機制之信心，進而侵蝕仲裁程序傳統上之根基：當事人同意。⁵⁸⁷

法庭之友（*amicus curiae*），做為並非系爭案件之當事人，卻有利害關係之第三方提出之訴求，得以提供專業意見，亦得使權利受到影響之第三人參與。⁵⁸⁸ 國際貿易法與國際投資法均處理經濟利益與其他公共利益間之關係，有高度參考價值。⁵⁸⁹ 參考 WTO 處理貿易紛爭時，亦允許限定以提交法庭之友摘要之形式之第三方介入。⁵⁹⁰ 通常而言，法庭之友於紛爭解決程序中採取提交書面文件予決策者之方式參與，定義上並未僅限於此種方式，參考其他國際法院為例，亦得出席或參與庭審、取得雙方當事人提出之文件，甚至於交叉詰問證人。⁵⁹¹ 學者建議，使第三人參與經滿足特定要件即可取得資格，並且對於各種參與之形式均有明確之標準，而非均交由個案之仲裁庭裁量。⁵⁹²

非政府組織（Non-Governmental Organization，下稱為 NGO）原先為主要之第三方介入之主體，多於非政府組織及公民社會團體，為了於紛爭程序中充分反應公共利益，例如健康及永續發展，後續利用法庭之友程序之主體則更為多元。⁵⁹³ *Methanex* 案為首例承認第三方有權以法庭之友參與投資仲裁程序，仲裁庭接受其書面摘要，並駁回參與庭審及取得文件之聲請。⁵⁹⁴ 另一方面，產業型非政府組織或商業組織亦有可能做為法庭之友，參與投資仲裁程序，使得仲裁庭得接受多元觀點及意見，促進辯論並更加深入地分析，進而做成建立於廣泛基礎之上之判斷。⁵⁹⁵ 非政府組織對於紛爭之判斷結果並無直接法律上利害關係，其等所提交之摘要較為議題導向、意見導向，而非與紛爭有直接關連性，亦有法庭之友較有顯著、直接且法律上得受保護之利害關係，例如對於特定法律之解釋適用是

⁵⁸⁶ *Id.* at 220.

⁵⁸⁷ *Id.* at 220-221.

⁵⁸⁸ Human Rights Council, *supra* note 352, ¶ 2.

⁵⁸⁹ Ishikawa, *supra* note 570, at 378.

⁵⁹⁰ Levine, *supra* note 573, at 207.

⁵⁹¹ *Id.* at 207-08.

⁵⁹² *Id.* at 222.

⁵⁹³ *Id.* at 209.

⁵⁹⁴ *Id.* at 209-10; *Methanex Corp. v. United States*, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae, ¶¶ 42, 49 (Jan. 15, 2001).

⁵⁹⁵ Ishikawa, *supra* note 570, at 400.

否各法律系統均有共通之解釋。⁵⁹⁶

誠然，法庭之友不必然得已增加公眾對於結果之接受度，然而法庭之友最主要之目的在於提供仲裁庭額外之資訊及論點，使得仲裁庭增強其判斷之品質及可信度。⁵⁹⁷ 考量仲裁程序所影響之公共利益，有需要促進公眾參與及提高透明性，同時因第三方難以影響案件之實體權利，投資仲裁庭多傾向使第三人於程序層面介入而非於實體層面介入，並且僅授予有相當限制之權利。⁵⁹⁸

於 *Biwater v. Tanzania* 案，法庭之友表示投資人責任應於永續發展及人權之脈絡下為解釋，仲裁庭卻並未於其法律論述中明確回應前述主張。⁵⁹⁹ 於 *Suez v. Argentina* 案，法庭之友表示水權得以連結到健康權，並且國家有義務採取措施使人民取得水資源，仲裁庭則表示國家需同時尊重人權及投資條約責任，實際上並未將人權整合進其法律論述。⁶⁰⁰

是否接受法庭之友提出之書面資料並不代表仲裁庭將書面資料納入考量，亦即第三人並未取得任何權利，仲裁庭仍有權裁量是否於仲裁判斷中提及或考量。⁶⁰¹ 經檢視實際案例可知，於投資紛爭中出現法庭之友，此一事實本身不必然導致投資仲裁庭考量人權或環境議題，投資仲裁庭在法庭之友缺席之情況下仍然積極考量人權或環境議題，或是投資仲裁庭即使有法庭之友參與仍然不予討論，此部分之限制或許源自於法庭之友「有限」之參與權限。⁶⁰²

法庭之友得以消弭程序與實體間之差距，協助投資仲裁庭瞭解與系爭紛爭有關之公共議題，以及判斷結果對於公眾造成之可能影響，因涉及高度之公共利益有必要與國際商務仲裁之程序規定產生差別。⁶⁰³ 仲裁庭對於是否接受法庭之友提出之書面摘要以及是否考量摘要內容均得自行裁量，學者建議於應賦予經仲裁

⁵⁹⁶ Levine, *supra* note 573, at 215.

⁵⁹⁷ Ishikawa, *supra* note 570, at 403-04.

⁵⁹⁸ Levine, *supra* note 573, at 212.

⁵⁹⁹ Choudhury, *supra* note 314, at 19; *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, ¶¶ 379, 387, 392 (July 24, 2008).

⁶⁰⁰ Choudhury, *id.* at 19-20; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, ¶¶ 256, 262 (July 30, 2010).

⁶⁰¹ Ishikawa, *supra* note 570, at 404.

⁶⁰² Choudhury, *supra* note 314, at 58.

⁶⁰³ Ishikawa, *supra* note 570, at 411.

庭接受之「法庭之友」實質上功能及角色，進而有效利用此制度。⁶⁰⁴

國際法的領域及影響隨著時間擴張，在人權法以及外國直接投資的領域尤其顯著，已經進入社會以及經濟的範疇。⁶⁰⁵ 當國際法變得更為複雜及專業化，過去由立法部門及行政部門決定之公共政策落入了由法院及仲裁人等司法機構掌控並釐清具體權利義務之範疇，產生了權力的深遠移轉。⁶⁰⁶

討論如何解決紛爭時，有一個典型的二元論：法律是一個單純協助訴訟當事人有效率地管理衝突並且解釋適用系爭規則的機制，抑或是法律承擔了更為廣泛的目的，使社會有機會觀察並辯論紛爭所致的結果？⁶⁰⁷

討論通常的法律程序時「透明審理的公共利益」與「私人的效益及危機管理」是兩種相背反的訴求，私下和解著重於安靜地解決紛爭，並且免於公眾的檢視，同時使和解依據之法律推理、實質結果免於公眾監督及辯論，可能誘使貪污，損害法律程序的合法性，進而影響判例之形成以及正確的適用。⁶⁰⁸ 私下和解於三種層面上或將影響公眾利益：（1）法律系統形成準確且穩定的前例，（2）監督公務員免於濫用其權力之機制，以及（3）給予公眾討論規範內容合理性的機會。⁶⁰⁹ 事實上，部分國際法學者將和解預設為較為優越之解決紛爭之方式。⁶¹⁰ 是否決定和解涉及四種因素：（1）揭露規則，（2）不對稱之資訊或談判能力，（3）免於聽眾成本之意願，以及（4）策略性原因。⁶¹¹

許多提起複數投資仲裁案件的公司是基礎建設、礦業以及碳氫化合物（Hydrocarbon）之產業，此類公司在多國進行類似之投資活動，面臨相似的風險，因此有高度動機和平解決紛爭，以免於高額的沈沒成本，甚至也有意形塑投資法。

612

⁶⁰⁴ *Id.* at 411-12.

⁶⁰⁵ Hafner-Burton et al., *supra* note 300, at 289.

⁶⁰⁶ *Id.* at 290.

⁶⁰⁷ *Id.* at 286.

⁶⁰⁸ *Id.* at 282.

⁶⁰⁹ *Id.* at 287-88.

⁶¹⁰ *Id.* at 292.

⁶¹¹ *Id.* at 293.

⁶¹² *Id.* at 299.

於國際爭端解決之過程及結果之透明性，對學者而言，於實踐國家間條約時得以穩定例外，發展國際間的法治原則（*rule of law*），更能降低交易成本；同時，也會使利益團體的交易與交換取捨變得可見，進而可能引起政治上不良反應或者商業競爭者得以獲取有利資訊。⁶¹³ 當透明性的公眾利益愈強時，當事人保密的私人動機也愈強。⁶¹⁴對於涉及較長時程的投資紛爭，以及對於當地規範及稅制高度敏感的產業，這兩種類型有更高的動機追求保密性。⁶¹⁵

當國際法得以入侵國內政治決策的領域時，將會面對合法性的挑戰，也會涉及公司以及公民社會在此所扮演的角色，廣義言之，影響全球治理（*international governance*）的層面。⁶¹⁶ 綜合人權法與氣候變遷政策對於投資範疇所產生的影響，其一，是強化資訊取得、在決策過程中的公眾參與以及接受公平審判的權利（與能源部門尤其是），其二，是建立國內措施與國際規範之連結。⁶¹⁷ BLEU Model BIT 於第 14 條第 3 項則鼓勵締約國之間的對話以及進行與締約國內部之公民社會組織之對話，為強制多邊性之範例。⁶¹⁸

綜上所述，不同設計之第三人參與、公開化及透明化程序均側重於投資仲裁之公共性質，同時會增加程序上負擔，更使非政府組織得以提供多元觀點及意見。實際運作上，不必然使得投資仲裁庭積極考量人權或環境議題，制度上仍有改善空間。考量投資仲裁如何面對全球社會及公民社會所扮演之角色，不應僅考量如何有效率地解決紛爭，更應考量使社會有機會觀察並參與價值判斷之辯論。

第三節 小結

於氣候變遷之脈絡下，討論以投資仲裁處理的限制與可能性，本章分為程序面及實體面之不同議題分別為討論。

⁶¹³ *Id.* at 281.

⁶¹⁴ *Id.* at 282.

⁶¹⁵ *Id.* at 309.

⁶¹⁶ *Id.* at 337.

⁶¹⁷ VÍÑUALES, *supra* note 43, at 271.

⁶¹⁸ Human Rights Council, *supra* note 352, ¶ 18.

實體面而言，分為以下三項：(一) 制度目的、(二) 政策空間、以及 (三) 國家實踐：締約國合意。

「制度初始目的」，最初係為提供跨國且去政治化之爭端解決機制，藉由提供更為有效率且中立之仲裁機制，促進外國投資，藉此機制平衡投資前後地主國以及外國投資人於權力及風險上之不對等。後續因越來越多國家同時具有資本出口國以及資本進口國之雙重身分，已不再拘泥於傳統分界。締約國得將永續發展等概念引進投資協定，亦得將氣候變遷納入投資協定之目的。

「政策空間」，當國家未受到投資協定之限制時，原初享有無限制之政策空間。於投資協定之限制下，如何維護公共利益以及非經濟價值，多見於投資仲裁庭如何解釋適用公平公正待遇原則以及徵收。部份投資協定則採取多樣化方式進行規範，以建構政策空間。進步言之，於氣候變遷之脈絡下，不歧視原則、比例原則及傘狀條款均有案例考量公共利益，投資仲裁庭或得援引有利之仲裁庭見解，進而實際拓展地主國於氣候變遷議題下之政策空間。

「國家實踐：締約國合意」，依據VCLT 第 31 條第 3 項 (a) 段與 (b) 段，投資仲裁庭於解釋投資協定時亦應考量締約方後續之協議，依據三角關係理論，更為著重國際公法上「投資人母國」以及「締約國」之角色，使得投資中才得以回應國家對其之期待及要求。進步言之，依據關聯性責任或投資人母國責任之角度，或得使氣候變遷議題得到更廣更深之實踐。

程序面而言，分為以下五項：(一) 管轄權、(二) 仲裁判斷之既有類型及效力、(三) 國內法及內國法之適用、(四) 反訴、以及 (五) 第三人參與、公開化及透明化程序。

「管轄權」視投資協定之具體條約條款而定，而多數之低碳投資均符合投資法下所定義之「投資」。地主國得藉由地主國環境規範、國內法規範、對地主國之經濟發展等要件限縮實體保護之範圍。此外，因氣候政策下衍生之權利及利益是否得獨立成為投資協定之保護標的亦為可能問題。故管轄權當然有其限制適用

之範疇，然而得因投資協定之具體條文內容而有相當豐富之變化性，得以充分反映締約國所欲偏重之價值或公共利益追求。

「仲裁判斷之既有類型及效力」，通常而言，投資人多主張金錢損害賠償，於制度上，仲裁庭仍得為非金錢損害賠償之仲裁判斷，進而使地主國展現其維護穩定投資環境之意願，更可減少高額金錢損害賠償之發生，於特定情況下或為更佳選擇。從氣候變遷議題之觀點，僅就高額且有跨國強制執行機制之金錢損害賠償而言，投資仲裁即已提供了再生能源之外國投資人於國際氣候變遷法制、國際貿易法制、國際人權法院以及各國國內法院無從提供之救濟方案。若私人有意要求國家維持既有之氣候政策，為長時間且有效之監督，投資仲裁難以由其他跨國爭端解決機制取而代之。進步言之，若投資仲裁庭放寬對於非金錢損害賠償之跨國責任，於回復原狀同時有利於地主國及投資人時，地主國得免於高額之金錢損害賠償，並且投資人得以繼續其既有之投資。

「國內法及內國法之適用」，原則上投資協定之適用法律均涵蓋國際法，然而國際法係採廣義或狹義之定義，則影響投資仲裁庭如何解釋適用投資協定。於國際法層面，已有部分投資仲裁案例及投資協定提及人權議題。而如何將國際氣候變遷規範與地主國國內措施產生連結，尚缺乏共通之原則。於內國法層面，除了作為事實，亦得成為仲裁庭判斷是否違反公平公正待遇原則之重要因素。

「反訴」使地主國得於投資仲裁庭前對於外國投資人之不法行為究責。投資仲裁庭須檢視是否為系爭投資協定為同意之範圍，以及有無緊密連結。同意之標準依個案仲裁庭而定，多數仍要求於條約文字為明確之同意。有無緊密連結亦有事實上連結以及法律上連結兩說。於仲裁實務，地主國為反訴並取得有利仲裁判斷結果之案例仍有限。然因投資協定及投資仲裁庭之多樣性，仍有相當可觀之發展空間。

「第三人參與、公開化及透明化程序」側重於投資仲裁之公共性質，同時會增加程序上負擔，更使非政府組織得以提供多元觀點及意見。實際運作上，不必然使得投資仲裁庭積極考量人權或環境議題，制度上仍有改善空間。考量投資仲

裁如何面對全球社會及公民社會所扮演之角色，不應僅考量如何有效率地解決紛爭，更應考量使社會有機會觀察並參與價值判斷之辯論。



無數研究指出外國投資對於經濟發展有益，然而其益處之規模取決於地主國有無適當之框架或政策工具使其實現。⁶¹⁹ 理論上，國際投資協定能夠吸引外國資金，然而研究顯示兩者間並無絕對關係，更甚者，投資協定會阻礙國家於社會層面之目標實現，例如：人權保護及環境保護。⁶²⁰

由於對現況之不滿多來自於地主國（被告），實體及程序之改革多造成限縮使用爭端解決機制之門檻，並且強化對於投資人之監督，在各種變形之中，並未創造真正之投資人責任。⁶²¹ 國際投資仲裁體制作為國際法領域中之新品種，因其去中心化之決策程序以及影響國內核心公共事務之影響力，有機會釐清尚未成形之投資人責任。⁶²²

國際投資法有其不對稱性，將外國投資人之權利國際化，卻未將外國投資人相對應之財產及契約責任國際化，故國際投資法體制是否足以擔當同時處理外國投資人之權利及義務之職責仍有疑慮，或有需要尋找或創造另一體制。⁶²³

從 2012 年至 2021 年 6 月，至少有 13 件與氣候變遷有關之投資仲裁案件，此等案件並非直接明顯涵蓋氣候變遷議題，然而，均與國家如何藉由政策達成氣候變遷目標之引進、撤回或調整相關聯。⁶²⁴ 主要分為三種類型，第一種為影響既有資產或投資之價值，第二種為鼓勵再生能源之政策調整，第三種為環境許可的發放及審核。⁶²⁵

針對氣候變遷所做成之政策難以避免影響與化石燃料基礎建設有關之投資，越是有企圖心且突發性地達成目標之政策，引發對於地主國提起之投資仲裁案件

⁶¹⁹ Choudhury, *supra* note 314, at 3.

⁶²⁰ *Id.* at 3-4.

⁶²¹ Boon, *supra* note 313, at 283-84.

⁶²² *Id.* at 284.

⁶²³ Perrone, *supra* note 549, at 21.

⁶²⁴ Ferneglia et al., *supra* note 298.

⁶²⁵ *Id.*

之風險越高。⁶²⁶ 此類案件固然數量有限，已然提示了真實存在的風險，可能會移轉公眾以及政治決策者對於有利於氣候變遷行為之資源以及關注，涉及如何決定適當的政策，進而闡釋了長期、穩定且具有永續性的治理體系之重要性。⁶²⁷

此外，由於多數之投資協定均未規定設立前之權利(*pre-establishment rights*)，地主國得以自由地依據其國內法規範外國投資之許可及設立標準，同時表示當地主國僅接受符合其氣候政策之新投資時，多數之投資協定不會構成障礙。⁶²⁸ 反之，當地主國有任何投資協定規定設立前之權利時，須格外注意是否有違反不歧視原則，於氣候變遷之脈絡下亦同。⁶²⁹

從 Jones Day 律師事務所之角度分析，涉及氣候變遷之投資仲裁案件，部分源自於因氣候相關措施而損害投資價值，部分則源自於國家調整或削弱既有鼓勵再生能源投資之措施，部分則源自於環境許可。⁶³⁰ 該事務所認為國際投資仲裁有高度可能成為解決氣候變遷相關紛爭之重要途徑，最容易受到國家氣候變遷政策影響之產業（例如：化石燃料、採礦等）自應於紛爭發生之前，事先審核是否收到投資協定保護，於必要情況下應預先調整其公司結構，以利取得最能保護其免於受到國家因氣候變遷相關措施而受有負面影響之投資協定保護。⁶³¹

本文討論之實際案例主要關注兩方面，其一為地主國基於環境保護因素進而影響投資（請參第四章），其二為地主國調整既有之再生能源政策（請參第五章）。地主國與化石燃料產業投資人間之投資糾紛，雖為最直接關聯且有高度影響之面向，然現查無已公開之仲裁判斷，故無從由此類案例檢視目前投資仲裁庭面對氣候變遷議題時之態度為何。

第四章，第一則案例為礦業開採對氣候變遷，簡言之，則為破壞環境之產業與全球性之環境議題之爭，第二則案例則為另一種典型之環境議題，再生能源政

⁶²⁶ *Id.*

⁶²⁷ *Id.*

⁶²⁸ Marshall, *supra* note 363, at 34.

⁶²⁹ *Id.*

⁶³⁰ Jones Day, *Climate Change and Investor-State Dispute Settlement*, LEXOLOGY (Mar. 1, 2022), <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=086370ea-bd96-4c3d-9446-24ca72136151>.

⁶³¹ *Id.*

策與環境保護相衝突，通常會體現於選址等問題。此外，兩件案例中均有締約國針對投資協定表示意見之部分，得由此檢視仲裁庭對於締約國表示意見之基本態度。

第五章，第一節聚焦於西班牙能源政策案件，西班牙之能源政策涉及諸多案件，難以於有限篇幅中窮盡。於三種案件結果中選取較為多數之兩種，各擇其一相比較。第二節聚焦於義大利再生能源政策案件，主要討論尚處於籌資階段之投資人，用以檢視當後續氣候政策衍生之權利或利益可以如何受保護，受到何種程度之保護。

第四章 投資仲裁案例（一）：地主國調整有關環境措施

第一節 *Eco Oro v. Colombia*⁶³²

第一項 案件事實概述



Eco Oro 公司（下稱原告）為加拿大公司，為最早於哥倫比亞（下稱被告）新興礦業部門進行投資之外國礦業公司之一。⁶³³ 被告為中美洲規模最大、歷時最久的暴動發生國，伴有規範變化之風險，原告對此雖有認知，並不認為會造成其投資障礙。⁶³⁴ 原告於 2006 年、2015 年及 2016 年均因其在環境上之優良表現於被告境內獲獎。⁶³⁵

被告以其高度之生物多樣性聞名，與巴西並列世界第一，於其十分之一之領土範圍上有全球十分之七之生物多樣性。⁶³⁶ 由被告 1991 年之政治憲法可知環境保護為被告社會及法治之核心。⁶³⁷ *Páramo* 生態系為高山生態系，其特有的吸收和儲存水分的能力有助於保存生物多樣性，其中 *Santurbán Páramo* 提供周邊兩百五十萬人所需之水資源。⁶³⁸

原告投資計畫：

（一）露天開採計畫

原告於 1994 年 10 月 28 日取得第 3452 號許可，於 *Angostura* 金礦的 250 公頃範圍內探勘（*explore*）及開採（*exploit*）貴重金屬。⁶³⁹ 原告於 1997 年至 2010 年陸續進行多次探勘，預估將有一千萬盎司之黃金可供開採。⁶⁴⁰ 原告於 2007 年 2 月 8 日與礦業部門簽訂第 3452 號特許權（*Concession*）契約，得以探勘及開採貴重金屬。⁶⁴¹

⁶³² *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (Sept. 9, 2021), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16212.pdf> [hereinafter *Eco Oro v. Colombia*].

⁶³³ *Id.* ¶ 80.

⁶³⁴ *Id.*

⁶³⁵ *Id.* ¶ 82.

⁶³⁶ *Id.* ¶ 83.

⁶³⁷ *Id.* ¶ 84-85.

⁶³⁸ *Id.* ¶ 86.

⁶³⁹ *Id.* ¶ 98.

⁶⁴⁰ *Id.* ¶ 101.

⁶⁴¹ *Id.* ¶ 104.

依據被告 1993 年環境法所成立之非營利組織，於 2007 年提出 1：250,000 比例尺之 2007 Atlas 地圖，將 Santurbán Páramo 生態系之邊界調整至與第 3542 號特許權之區域有 54%重疊。⁶⁴² 原告於 2009 年 9 月 23 日向礦業部門提出工作計畫，因被告 2001 年礦業法要求須取得特定許可後方得進行開採。⁶⁴³

原告於 2009 年 12 月 22 日向環保部門提出申請許可，因 2010 年礦業法修正得禁止於 Páramo 生態系原已取得授權之礦業活動，環保部門於 2010 年 4 月 20 日據此要求原告提出排除 Páramo 生態系之相關研究。⁶⁴⁴ 前述之行政命令涉及本露天開採計畫之半數區域，使其不再可行並不具有經濟效益，原告公告此消息後，原告之市場價值亦嚴重下降。⁶⁴⁵ 於 2010 年 5 月 27 日環保部門推翻先前決定而重新開始評估。⁶⁴⁶

被告礦業部門於 2010 年 12 月 15 日許可原告依據第 3542 號特許權延長兩年期間之探勘階段申請。⁶⁴⁷ 被告礦業部門於 2011 年 1 月 20 日通知原告補強其關於水文地質學(hydrogeological)方面之研究，並於 2011 年 2 月 22 日將第 3542 號特許權指定為與國家利益有關之計畫。⁶⁴⁸

(二) 地下開採計畫

基於外界反對，原告於 2011 年 3 月 23 日向環境部門要求撤回申請，然而，環境部門並未同意，並進而拒絕許可其申請。⁶⁴⁹ 原告於 2011 年 3 月 18 日，於記者會將地下開採計畫做為替代方案，其用意並非全然放棄原有計畫，而在尋找可行的方案。⁶⁵⁰ 2011 年 5 月 14 日，被告礦業部門於原告撤回申請後，決定不再進行評估。⁶⁵¹

⁶⁴² *Id.* ¶ 91, 105.

⁶⁴³ *Id.* ¶ 108.

⁶⁴⁴ *Id.* ¶ 110-13.

⁶⁴⁵ *Id.* ¶ 114.

⁶⁴⁶ *Id.* ¶ 117.

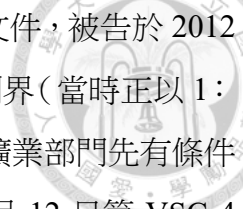
⁶⁴⁷ *Id.* ¶ 120.

⁶⁴⁸ *Id.* ¶ 121-22.

⁶⁴⁹ *Id.* ¶ 123.

⁶⁵⁰ *Id.*

⁶⁵¹ *Id.* ¶ 125.



2011年6月20日，原告向被告要求申請環境許可之參考文件，被告於2012年2月27日提出之參考文件要求原告考量 Santurbán Páramo 劃界（當時正以1：25,000比例尺之尺度進行中），以及2007 Atlas 地圖。⁶⁵² 被告礦業部門先有條件許可原告申請延展兩年期間的探勘階段申請，後於2012年9月12日第VSC 4命令表明，原告須等待被告環境部門完成技術上、經濟上、社會上及環境研究後之1：25,000比例尺之最終劃界後，方得進行探勘活動。⁶⁵³ 原告據此多次要求中斷其時效計算。⁶⁵⁴ 2013年6月19日，被告礦業部門再次將原告計畫劃定為與國家利益有關之計畫。⁶⁵⁵ 2014年8月6日，被告礦業部門第三次許可原告展期並重申其意旨。⁶⁵⁶

被告於2014年12月19日以第2090號決定完成 Santurbán Páramo 劃界，其中第3542號特許權與其有54.7%重疊。⁶⁵⁷ 前述劃界與長期投資趨勢相背離，於1990年至2009年期間，Páramo 生態系大量許可授權礦業活動，投資金額從2002年466百萬美元增加至2009年之3,054百萬美元，達到555%之增長。⁶⁵⁸ 於2015年1月6日，被告礦業部門不再延展原告活動許可。⁶⁵⁹

於2015年6月9日，被告頒布第1753號法律，並將與國家利益有關之計畫之環境許可之權限全部移轉至國家層級之環境部門。⁶⁶⁰ 於2016年1月5日，原告向國家層級之環境部門就申請地下開採計畫之環境許可所需之參考文件提出要求。⁶⁶¹

於2016年2月8日，被告憲法法院以第C35號判斷，宣告第1753號法律許可例外允許於Páramo 生態系採礦，以及環境許可權限移轉部分均違憲。⁶⁶² 於2016年8月8日，原告經通知被告以第VSC 829號決定同意延展第3542號特許

⁶⁵² *Id.* ¶ 130.

⁶⁵³ *Id.* ¶ 134.

⁶⁵⁴ *Id.* ¶ 139.

⁶⁵⁵ *Id.* ¶ 137.

⁶⁵⁶ *Id.* ¶ 147.

⁶⁵⁷ *Id.* ¶ 154.

⁶⁵⁸ *Id.* ¶ 155.

⁶⁵⁹ *Id.* ¶ 156.

⁶⁶⁰ *Id.* ¶ 158-59.

⁶⁶¹ *Id.* ¶ 164.

⁶⁶² *Id.* ¶ 165.

權，並強調僅限於與未與 Santurbán Páramo 重疊之區域。⁶⁶³ 於 2017 年 3 月 7 日，原告向被告礦業部門申請展期，由於不可抗力或無法預見之情況，主要依據被告憲法法院第 C35 號判斷以及進行中與第 2090 號決定有關之案件造成之不確定性。⁶⁶⁴



於 2017 年 11 月 10 日，被告憲法法院以第 T-361/17 號判斷，認定第 2090 號決定違憲，缺少公眾參與（public consultation）而須重新劃界。⁶⁶⁵ 於 2018 年 4 月 16 日，被告礦業部門駁回原告之展期申請。⁶⁶⁶ 2018 年 6 月 21 日，原告通知被告礦業部門其無從依法申請礦業許可，由於「原告是否能於第 3542 號特許權區域進行礦業活動之法律上高度不確定性」以及「被告環境部分未能合憲地完成 Santurbán Páramo 劃界之資訊缺乏」。⁶⁶⁷

2019 年 5 月 29 日，於長達 25 年之經營和據稱超過 250 百萬美元之投資金額以發展本計畫，原告依法放棄第 3542 號特許權。⁶⁶⁸ 至 2019 年 11 月，被告環境部門仍未完成 Santurbán Páramo 劃界。⁶⁶⁹

第二項 程序層面

被告主張仲裁庭依據以下五點無管轄權：

- (1) 依據系爭條約第 814 條第 2 項之拒絕授惠（deny of benefits）條款；
- (2) 原告並非系爭條約下之投資人；
- (3) 原告不符系爭條約第 821 規定之要件，未於時效內提起仲裁；
- (4) 原告主張非屬本仲裁庭對時（*ratione temporis*）管轄權；
- (5) 原告主張非屬本仲裁庭對物（*ratione matetiae*）管轄權。⁶⁷⁰

前四點多涉及技術性細節，本文僅就第五點部份為以下說明。第五點係依據

⁶⁶³ *Id.* ¶ 171.

⁶⁶⁴ *Id.* ¶ 180.

⁶⁶⁵ *Id.* ¶ 189.

⁶⁶⁶ *Id.* ¶ 192.

⁶⁶⁷ *Id.* ¶ 193.

⁶⁶⁸ *Id.* ¶ 201.

⁶⁶⁹ *Id.* ¶ 204.

⁶⁷⁰ *Id.* ¶ 215.

系爭條約第 2201 條第 3 項之一般例外條款。⁶⁷¹

被告主張，依據系爭條約的體系解釋，環境措施已明文排除不再適用第 8 章，故原告之主張並非同意仲裁之範圍。⁶⁷² 被告並援引歐盟法院（Court of Justice of the European Union）第 1/17 號意見，以及 GATT 第 20 條，說明本條應解釋為環境例外。⁶⁷³ 本件涉及之措施係保護 Páramo 生態系及水資源，符合本條例外，並且無歧視，故仲裁庭應無管轄權。⁶⁷⁴

原告主張，系爭條約第 2201 條第 3 項並未免於賠償，僅適用於國家有意採取或實施環境措施爾爾。⁶⁷⁵ 原告依據 VCLT 所為體系解釋，本條仍適用於第 8 章。⁶⁷⁶ 原告認為被告援引之歐盟法院意見之情境和性質均不相符，GATT 亦不適用於本條。⁶⁷⁷ 本條允許投資人尋求損害賠償，但不得要求回復原狀，與原告之主張相符，不得據此排除。⁶⁷⁸

加拿大表示，系爭條約第 2201 條第 3 項之一般例外條款使國家得以基於公益目的對投資為差別待遇，並且作為保障國家管制權之最終安全網。⁶⁷⁹ 本條之例外條款僅於已先有違反第 8 章之認定時再行適用。⁶⁸⁰ 若符合本條之要件，無從違反系爭條約，且無國家責任，進而毋須賠償。⁶⁸¹

仲裁庭依據 VCLT 及本條之字面意思推斷，主要係適用於第 8 章，難以適用本條以排除對於第 8 章之適用。⁶⁸² 對於環境措施之特定目標及必要性進行細節描述，以及加拿大表示須先有違反第 8 章等事均與此解釋相符。⁶⁸³ 仲裁庭不認為系爭條約第 2201 條第 3 項有排除管轄權之意，故本件有對物管轄權。⁶⁸⁴

⁶⁷¹ Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Colombia art. 2201(3), Nov. 21, 2008 (entered into force Aug. 15, 2011).

⁶⁷² *Eco Oro v. Colombia*, *supra* note 632, ¶ 362.

⁶⁷³ *Id.* ¶ 363-64.

⁶⁷⁴ *Id.* ¶ 366.

⁶⁷⁵ *Id.* ¶ 367.

⁶⁷⁶ *Id.* ¶ 368-69.

⁶⁷⁷ *Id.* ¶ 371.

⁶⁷⁸ *Id.* ¶ 372.

⁶⁷⁹ *Id.* ¶ 373.

⁶⁸⁰ *Id.* ¶ 374.

⁶⁸¹ *Id.*

⁶⁸² *Id.* ¶ 380.

⁶⁸³ *Id.*

⁶⁸⁴ *Id.* ¶ 381.

第三項 實體層面（一）：系爭條約第 811 條

第一款 投資



原告主張：

至 2014 年 12 月，原告基於第 3542 號特許權及其規範框架，受投資協定保護之權利有：

- (1) 於特許權全體區域進行探勘及開採金屬資源的排他權利；
- (2) 於 2007 年取得特許權後僅適用更有利之新法，亦即較為穩定的礦業規範框架；
- (3) 有權更新特許權期限 30 年以完成所需條件。⁶⁸⁵

依據第 3542 號特許權，原告有權利及義務於探勘階段的時限之內，向礦業部門申請礦業許可，向環境部門申請環境許可；取得環境許可後，原告方得開始進行開採活動。⁶⁸⁶ 原告經實現特定事前要求後方得開採，並不影響其已經獲得權利之事實，亦非屬先決條件，其獲得相關許可僅為實現已經取得之權利之一部。⁶⁸⁷ 為了實現其權利，原告已投資超過 250 百萬美元，以建造道路、鑽機、隧道以及污水處理廠。⁶⁸⁸ 依據被告法規，原告僅需承擔技術上及經濟上風險，毋須承擔法律上或規範上風險，若因公共利益而有負面影響時，被告應賠償其損害。⁶⁸⁹

被告主張：

原告僅有探勘之權利，並於時限內完成必要之申請方得進行開採。⁶⁹⁰ 特許權契約為多層架構之契約，其權利義務會因不同階段而變化。⁶⁹¹ 並非所有之契約權利均為已經取得之權利，需要滿足所有條件，並且不可撤回，當特許權契約之最終目的為商業開採，而其實現仍繫諸於諸多條件時，甚難謂其開採權利為已

⁶⁸⁵ *Id.* ¶ 388.

⁶⁸⁶ *Id.* ¶ 393.

⁶⁸⁷ *Id.* ¶ 395.

⁶⁸⁸ *Id.* ¶ 397.

⁶⁸⁹ *Id.* ¶ 398-99.

⁶⁹⁰ *Id.* ¶ 400.

⁶⁹¹ *Id.* ¶ 405.

經取得之權利。⁶⁹² 於本件，原告之露天開採計畫申請環境許可失敗，而地下開採計畫則未申請環境許可及礦業許可，自無進行開採活動之權利可言。⁶⁹³ 進步言之，相對於單純之期待，已經取得之權利可移轉至第三人並不會受到後續規範影響，當權利仍受限於停止條件時，除非滿足條件，否則自始不存在該權利。⁶⁹⁴

對於規範框架之權利並非契約權利，無從成為可得徵收之投資。⁶⁹⁵ 原告取得之權利應為：對於第 3542 號特許權部分區域進行探勘活動之權利，以及申請環境許可之權利。⁶⁹⁶ 當原告並未取得開採權利時，自無從賠償，也無從要求更新特許權時限。⁶⁹⁷

仲裁庭判斷：

經檢視被告憲法法院、最高行政法院意見、礦業法規相關文件以及第 3542 號特許權本身文字後，仲裁庭多數認為並無明確之權責單位，然有共識認為當一方取得特許權後，其權利本身係不可分割，有權進行探勘及開採，若未能取得經濟結果時，有權請求損害賠償。⁶⁹⁸ 其開採權利雖難以評價，於特定情況下毫無價值，仍為已取得之權利。⁶⁹⁹

仲裁庭認為當系爭條約生效時，原告已經取得於第 3542 號特許權範圍內探勘之權利，且仲裁庭多數認為，當原告取得礦業許可與環境許可時，有權對第 3542 號特許權全部區域進行開採，並且當時限屆至時，有權延展之。⁷⁰⁰

第二款 當系爭條約生效時，第 3542 號特許權有無受到礦業禁令限制

原告檢視被告與本件相關之各種法規，認其等均非屬礦業禁令。⁷⁰¹ 被告則

⁶⁹² *Id.* ¶ 405.

⁶⁹³ *Id.* ¶ 406.

⁶⁹⁴ *Id.*

⁶⁹⁵ *Id.* ¶ 412.

⁶⁹⁶ *Id.* ¶ 413.

⁶⁹⁷ *Id.* ¶ 414-15.

⁶⁹⁸ *Id.* ¶ 416-39.

⁶⁹⁹ *Id.* ¶ 439.

⁷⁰⁰ *Id.* ¶ 440.

⁷⁰¹ *Id.* ¶ 442-51.

引述各種法規說明，對於礦業活動本有限制，更有依據 2007 Atlas 地圖畫定之 Páramo 生態系禁止礦業活動。⁷⁰²



仲裁庭判斷：

依 2001 年礦業法第 34 條可推斷，被告環境部門將來有權依據特定程序劃定不得進行礦業活動之區域。⁷⁰³ 分析 2001 年礦業法第 36 條可知，當投資人依據 2001 年礦業法進行活動時，將來之環境法律或規範得有回溯性法律效果，於判斷原告期待之本質及合理性或將有幫助。⁷⁰⁴ 依據被告環境部門法規，以 1:25,000 比例尺劃界有其重要性，2007 Atlas 地圖僅為 1:250,000 比例尺，不得僅據此完成 Santurbán Páramo 劃界。⁷⁰⁵ 另依據被告法規，於決定 Páramo 生態系劃界時須有技術上、經濟上、社會上以及環境上研究。⁷⁰⁶

被告雖通過多項法令，原告仍僅受制於暫時性的礦業禁令，並未於第 3542 號特許權建立起永久礦業禁區，僅為強制性的礦業活動停止條件，待符合適用法規之 Santurbán Páramo 劃界完成。⁷⁰⁷ 當 Santurbán Páramo 依據相關法規完成劃界後，方有永久的礦業禁令，否則，僅為暫時停止礦業活動，並非永久之礦業禁令。⁷⁰⁸ 當系爭條約生效時，礦業活動雖遭停止，然第 3542 號特許權並未受到礦業禁令限制，原告仍有權於第 3542 號特許權全體區域為探勘。⁷⁰⁹

第三款 被告有無非法徵收原告投資

原告主張：

依據系爭條約第 811 條已明文約定間接徵收 (indirect expropriation)，契約上權利亦得為徵收標的，意圖、形式、及目的並非先決條件，措施之效果方為問題之所在。⁷¹⁰ 原告主張自被告第 2090 號決定起，至被告依據憲法法庭第 C 35 號

⁷⁰² *Id.* ¶ 453-59.

⁷⁰³ *Id.* ¶ 465.

⁷⁰⁴ *Id.* ¶ 469.

⁷⁰⁵ *Id.* ¶ 485.

⁷⁰⁶ *Id.* ¶ 489.

⁷⁰⁷ *Id.* ¶ 492.

⁷⁰⁸ *Id.* ¶ 496.

⁷⁰⁹ *Id.* ¶ 499.

⁷¹⁰ *Id.* ¶ 501.

判斷以第 VSC 829 號決定所為種種措施，間接徵收了原告對於第 3452 號特許權之大體上之使用、價值及享有。⁷¹¹ 原告對於第 3452 號特許權整體得為開採活動，以及延伸其特許權期限，均為已經取得之權利，並遭被告徵收。⁷¹²

被告以第 2090 號決定等劃界 Santurbán Páramo 之任意行為，使原告失去第 3452 號特許權過半區域，與其所剩區域是否會受到後續劃界影響之不確定性，再再使被告之計畫失去經濟效益。⁷¹³ 系爭條約第 811 條係國際習慣法之法典化，亦即僅有符合未有歧視性、善意、非任意且合乎比例原則之措施得免於賠償。⁷¹⁴ 被告之措施適用於系爭條約第 811 條第 2 項第 b 款，挫敗原告之合理期待，係任意且不符比例原則之行為，造成不透明且無法預期之規範體系，更非出於善意。⁷¹⁵ 被告係基於第 3452 號特許權以及 2001 年礦業法，合法地形成合理期待。⁷¹⁶ 原告有以下三種合理期待：

- (1) 有排他權利於第 3452 號特取權範圍內進行礦業活動；
- (2) 於為了符合各項要件所延展之期間有權使用特許權全體區域；
- (3) 第 3452 號特許權免於減少其權利範圍之政府行為。⁷¹⁷

當原告取得第 3452 號特許權時，並無任何法律禁止或限制於 Páramo 生態系之礦業活動。⁷¹⁸ 被告後續之決定亦表明至 Santurbán Páramo 劃界完成之前，僅有暫時性停止，直到劃界完成後方有礦業禁令。⁷¹⁹ 被告於第 2090 號決定所為之劃界亦以任意、混亂且不符比例原則的方式進行，亦沒有文件表明其係基於技術上、環境上、社會上及經濟上之研究而為。⁷²⁰ 原告經歷制度上之動盪，並且被告之措施並非出於善意。⁷²¹ 原告由第 3452 號特許權及其規範框架所得應受條約保障之權利如下：

- (1) 有排他權利於第 3452 號特取權全體範圍內探勘及開採礦產；
- (2) 於取得第 3452 號特許權後僅適用更有利之新法，亦即較為穩定的礦業

⁷¹¹ *Id.* ¶ 502.

⁷¹² *Id.* ¶ 503.

⁷¹³ *Id.* ¶ 525-26.

⁷¹⁴ *Id.* ¶ 537.

⁷¹⁵ *Id.* ¶ 543.

⁷¹⁶ *Id.* ¶ 549.

⁷¹⁷ *Id.* ¶ 551.

⁷¹⁸ *Id.* ¶ 555.

⁷¹⁹ *Id.* ¶ 562.

⁷²⁰ *Id.* ¶ 565.

⁷²¹ *Id.* ¶ 576-77.

規範框架：

(3) 有權更新特許權期限 30 年以完成所需條件。⁷²² 被告措施使第 3452 好特許權已無價值，等同於直接徵收之經濟效果，考量同項第 a 款已有間接徵收，並不符合系爭條約第 811 條第 2 項第 b 款例外，既無賠償，即為非法徵收。⁷²³

被告主張：

原告既然未進入開採階段，其權利自會受到後續法規之限制而無從存續。⁷²⁴ 於解釋適用系爭條約時，應參考系爭條約前言、加拿大與被告間之環境條約以及加拿大之主張。⁷²⁵ 被告自始即保留劃定禁止礦業活動區域之權限，行使其權限並不構成剝奪。⁷²⁶ 任何礦業計畫都有高度可能性會因預警原則而須符合行政部門所要求之環境評估及取得執照許可。⁷²⁷ 考量原告之股價，其經濟價值並未受到被告措施影響。⁷²⁸

合理的基於投資所生期待，係促使投資人為投資之原因，投資人自有其義務於進行投資及再次投資之前為盡職調查（*due diligence*）。⁷²⁹ 原告對於其得於 Páramo 生態系為開採活動乙事，並無任何明確的合理基於投資的期待。⁷³⁰ 被告有長期保護 Páramo 生態系之事實。⁷³¹ 系爭條約第 811 條縱使涵蓋警察權理論（*police power doctrine*），其屬於特別法，超越既有之警察權理論而使締約方同意環境保護優位於投資保護之意圖落實，限縮應為賠償之範圍。⁷³²

被告之措施均係基於保護 Páramo 生態系之單一目的，並且符合比例原則，已無其他手段可採。⁷³³ 被告以第 2090 號決定所為劃界過程並無任意或不透明之處，且全然可得預見。⁷³⁴

⁷²² *Id.* ¶ 578.

⁷²³ *Id.* ¶ 579-80.

⁷²⁴ *Id.* ¶ 582-83.

⁷²⁵ *Id.* ¶ 584.

⁷²⁶ *Id.* ¶ 585.

⁷²⁷ *Id.* ¶ 586.

⁷²⁸ *Id.* ¶ 587.

⁷²⁹ *Id.* ¶ 588.

⁷³⁰ *Id.* ¶ 589, 597.

⁷³¹ *Id.* ¶ 591.

⁷³² *Id.* ¶ 602.

⁷³³ *Id.* ¶ 604-05.

⁷³⁴ *Id.* ¶ 606.



加拿大表示：

於適用系爭條約第 811 條，須先確認有效的財產權存在，附條件之權利並非保護標的，並且單純影響使用或享有投資之權利並不足夠。⁷³⁵ 為了保護環境之善意、非歧視性措施，即使係基於預防，縱使影響其價值或可行性，原則上毋庸賠償。⁷³⁶

被告對此表示仲裁庭應重視加拿大之前述主張，因其並無利益關係、做為締約方之特有解釋適用觀點以及國家確保解釋一貫性之系統性利益。⁷³⁷

仲裁庭判斷：

仲裁庭多數判斷原告有探勘、開採及延展特許權權限之權利，並且於系爭條約生效時並無永久之禁止採礦區建立，故問題在於爭執措施是否構成對於原告所有權利之間接徵收，抑或是被告合法行使其公權力。⁷³⁸

兩造對於本條是否適用普遍承認之國際法上構成警察權理論例外有所爭議，原告認為應於國際法脈絡下理解，被告認為屬特別法。⁷³⁹ 仲裁庭認為條約之締約方無法自外於國際法體系而締結條約，於解釋本條時仍應考量國際習慣法下之警察權理論。⁷⁴⁰ 投資人須瞭解國家本有權利為了公共利益而為規範。⁷⁴¹ 仲裁庭會先判斷其爭執措施之效果是否等同於直接徵收，若是如此，再行討論有無間接徵收。⁷⁴²

當第 3452 號特許權與 *Paramo* 生態系有所重疊時，滿足環境部門之要求將變得困難，尤其是被告法律體系重視預警原則，然而，亦有多項事證指出為地下

⁷³⁵ *Id.* ¶ 617.

⁷³⁶ *Id.* ¶ 618.

⁷³⁷ *Id.* ¶ 619.

⁷³⁸ *Id.* ¶ 623-24.

⁷³⁹ *Id.* ¶ 625.

⁷⁴⁰ *Id.* ¶ 626.

⁷⁴¹ *Id.* ¶ 629.

⁷⁴² *Id.* ¶ 629.

開採計畫取得環境許可及礦業許可並非必然不可行。⁷⁴³ 因爭執措施，原告喪失了將與第 2090 號決定劃界範圍重疊區域之開採權利，據此，使第 3452 號特許權整體失去經濟價值。⁷⁴⁴ 原告簽訂第 3452 號特許權契約之目的在於獲利，而主要獲利來自於開採階段，縱使其經濟價值未定，因爭執措施喪失開採之機會，仲裁庭認為已經等同於實質徵收，故構成間接徵收。⁷⁴⁵

Páramo 生態系遭到人類影響及氣候變遷之威脅，其提供水資源，並且從大氣中捕捉大量碳。⁷⁴⁶ 其重要性亦經被告憲法法庭多次肯認。⁷⁴⁷ 爭執措施對於所有與 *Páramo* 生態系重疊之採礦業者均有影響，並無歧視性。⁷⁴⁸ 仲裁庭多數認為系爭措施係被告合法行使其公權力，並無歧視性，亦合乎公益目的，問題在於是否符合附件第 811 條第 2 項 a 款之稀有情況。⁷⁴⁹

仲裁庭認為稀有情況須於國家行為有顯著嚴重之情況，國家無效率或官僚泥淖爾爾並不符合。⁷⁵⁰ 爭執措施顯然係出於善意，其未能實現所有必要措施並不影響。⁷⁵¹ 仲裁庭進一步討論 *Páramo* 生態系劃界之方式是否合乎比例原則？⁷⁵² 仲裁庭並表示是否合乎地主國法律固為考量因素，然非其義務。⁷⁵³ 仲裁庭依據被告憲法法庭等相關事證，將預警原則引入考量系爭措施之成效以及是否合乎比例原則。⁷⁵⁴ 仲裁庭認為考量預警原則，將過渡區納入 *Páramo* 生態系劃界範圍係合乎比例原則，其係合理且出於善意，不得認為係惡意行使國家權力。⁷⁵⁵

關於 2007 Atlas 地圖，仲裁庭考量破壞生態系後果之嚴重性、難以回復之程度、地下開採計畫與露天開採計畫同樣產生威脅等事實，認定其並無任意性、不合理性或善變。⁷⁵⁶ 仲裁庭對於被告環境部門公告前述 2007 Atlas 地圖之方式產

⁷⁴³ *Id.* ¶ 630-32.

⁷⁴⁴ *Id.* ¶ 632-33.

⁷⁴⁵ *Id.* ¶ 634.

⁷⁴⁶ *Id.* ¶ 636-37.

⁷⁴⁷ *Id.* ¶ 638-39.

⁷⁴⁸ *Id.* ¶ 640.

⁷⁴⁹ *Id.* ¶ 642.

⁷⁵⁰ *Id.* ¶ 643.

⁷⁵¹ *Id.* ¶ 645.

⁷⁵² *Id.* ¶ 646.

⁷⁵³ *Id.*

⁷⁵⁴ *Id.* ¶ 654.

⁷⁵⁵ *Id.* ¶ 655-56.

⁷⁵⁶ *Id.* ¶ 662.

生疑問。⁷⁵⁷ 仲裁庭並未發現任何依照 2001 年礦業法進行任何形式的可信賴的社會和經濟研究之事證。⁷⁵⁸ 由被告憲法法庭之批評亦可知環境部門未進行公眾諮詢。⁷⁵⁹ 仲裁庭認為未能符合地主國法律本身，不足以據此認定被告並非出於善意。⁷⁶⁰ 由被告國內法之相關規定，仲裁庭更表示原告自應知悉本案將有預警原則之適用。⁷⁶¹ 仲裁庭並未發現關於第 3452 號特許權後續不會有任何禁止礦業活動之區域，被告曾作出任何特定的承諾。⁷⁶² 仲裁庭認為僅有對於計畫之支持，並無明確的基於投資所生的期待。⁷⁶³ 仲裁庭認為不論法律體系之混亂、政府立場之搖擺，均難以期待影響對於世界及被告無以倫比之珍貴自然資源。⁷⁶⁴ 仲裁庭多數認為被告之法規有其不明確之處，進而使 Santurbán Páramo 最終劃界難以進行，其嚴重性仍不足以影響被告係出於善意以及整體政策仍合乎比例原則。⁷⁶⁵

仲裁庭多數認為爭執措施係出於保護環境之重要性之真意，並且係依循被告長期建立之法律傳統，故被告並不構成間接徵收。⁷⁶⁶

第四項 實體層面（二）：系爭條約第 805 條

原告主張：

公平公正待遇原則已成為習慣國際法之一部，其要求國家應：合於投資人之合理期待，提供穩定及公開之規範環境，並且出於善意行為，不以任意、善變、不合乎比例原則等方式進行。⁷⁶⁷ 此外，被告有義務提供原告完整保障與安全（full protection and security）。⁷⁶⁸ 被告違反原告對於得以探勘、開採第 3452 號特許權之合理期待。⁷⁶⁹ 由公平公正待遇原則要求被告提供穩定且公開之投資環境，由其劃界之不一貫性，使原告經歷了制度上的雲霄飛車。⁷⁷⁰ 公平公正待遇原則亦

⁷⁵⁷ *Id.* ¶ 663.

⁷⁵⁸ *Id.* ¶ 664.

⁷⁵⁹ *Id.* ¶ 676.

⁷⁶⁰ *Id.* ¶ 678.

⁷⁶¹ *Id.* ¶ 683.

⁷⁶² *Id.* ¶ 688.

⁷⁶³ *Id.* ¶ 694.

⁷⁶⁴ *Id.* ¶ 696.

⁷⁶⁵ *Id.* ¶ 698.

⁷⁶⁶ *Id.* ¶ 699.

⁷⁶⁷ *Id.* ¶ 710.

⁷⁶⁸ *Id.* ¶ 711.

⁷⁶⁹ *Id.* ¶ 712.

⁷⁷⁰ *Id.* ¶ 717-18.

要求使投資人免於國家不同機關間之行為不一致。⁷⁷¹ 被告劃界相關行為之進行方式係任意、善變且不符比例原則，已非出於善意。⁷⁷²



被告主張：

合理期待並不受到國際習慣法上對外國人之最低保障待遇標準（*minimum standard of treatment*）之保護，於加拿大及美國之主張亦可見得。⁷⁷³ 退步言之，被告並未向原告提供任何特定的、不曖昧的保證，原告既無合理期待，自無從破壞之。⁷⁷⁴ 被告保護 *Páramo* 生態系之政策是持續的，並無制度上動盪。⁷⁷⁵ 被告之政策決定應得到尊重，仲裁庭不應後設地評價（*second-guess*）之，被告有權利不無條件地優先考量原告之利益，而劣後 *Páramo* 生態系之完整性。⁷⁷⁶

仲裁庭判斷：

仲裁庭於 VCLT 第 31 條以及系爭條約前言，推知系爭條約第 805 條之意在於原告有權期待被告以公平公正的方式確保一個可以預測的商業環境並促進外國投資，同時強化環境保護。⁷⁷⁷ 仲裁庭認為第 3452 號特許權並未包含穩定條款（*stability clause*），被告並無使相關規範維持與做成投資時相同之義務。⁷⁷⁸

仲裁庭瞭解國家於行使公權力時，尤其於環境保護與公共健康議題時，需要做出困難且有爭議性之決定，同樣地，對國家公權力之尊重，不代表仲裁庭需要寬恕違反系爭條約第 805 條之行為。⁷⁷⁹ 原告應先行證明「被告違反原告之合理期待」，或「未能提供穩定且公開之投資環境」，亦或「並未如國際法所要求地出於善意而行為」，並確認「其行為是否從國際法觀點不可接受」。⁷⁸⁰ 若有善盡適當的盡責調查（*due diligence*），原告將會知悉 *Páramo* 生態系於其特許權範圍內

⁷⁷¹ *Id.* ¶ 719.

⁷⁷² *Id.* ¶ 722-27.

⁷⁷³ *Id.* ¶ 732.

⁷⁷⁴ *Id.* ¶ 734-35.

⁷⁷⁵ *Id.* ¶ 736.

⁷⁷⁶ *Id.* ¶ 742.

⁷⁷⁷ *Id.* ¶ 746-48.

⁷⁷⁸ *Id.* ¶ 749.

⁷⁷⁹ *Id.* ¶ 751.

⁷⁸⁰ *Id.* ¶ 762.

之存在。⁷⁸¹ 被告鼓勵外國礦業進入其境內，並將原告列為成功投資人之範例。⁷⁸² 問題之核心在於被告未能履行其法定義務，而依據被告法規進行 Santurbán Páramo 劃界。⁷⁸³ 自第 3452 號特許權迄今，並未有合法之最終 Santurbán Páramo 劃界完成，使 Páramo 生態系之法律定位始終不明。⁷⁸⁴ 未能以 1：25,000 比例尺完成劃界，顯示被告未能修正其錯誤，亦未能明確原告之計畫與 Santurbán Páramo 之關聯性。⁷⁸⁵ 若被告之目標為保護 Páramo 生態系，其應確保劃界於合理期間、符合 2001 礦業法規定而完成，原告認為其可能探勘、開採並非不合理。⁷⁸⁶ 由相關事證，仲裁庭認為原告所描述之規範上之雲霄飛車是適當的描述。⁷⁸⁷ 縱有大量之法規命令要求被告履行其憲政義務，甚至從 2001 年之礦業法即已建立基本之規範體系要求完成劃界，被告仍未完成並未提出合理之理由。⁷⁸⁸

仲裁庭多數認為原告有以下四點合理期待：(1) 於第 3452 號特許權之整體將會取得授權進行礦業開發活動，(2) 若有徵收已取得之權利，將會賠償，(3) 為了商業計劃及投資，原告會確保一個可得預測的商業框架。⁷⁸⁹ 仲裁庭多數認為被告拒絕於第 3452 號特許權的全體區域之礦業開發活動且未為賠償，並且於 Santurbán Páramo 劃界之不一致及未能完成最終劃界，侵害原告之合理期待。⁷⁹⁰

仲裁庭多數認為被告之行為，包含最終未能完成劃界、未能延展原告申請礦業許可，均構成未能提供原告一個穩定且可以預期的規範環境。⁷⁹¹

仲裁庭認為是否違反合理期待，毋庸出於惡意。⁷⁹² 於憲法法庭命令環保署於一年內完成劃界後，被告仍遲遲未能完成，當原告之權利高度繫於劃界結果時，此種情形顯然對原告不公，反之，若被告完成劃界，方能主張係基於合法目的而為。⁷⁹³ 被告之憲法法庭第 C35 判斷亦表明，政府之立法及行政部分固然得以迎

⁷⁸¹ *Id.* ¶ 768.

⁷⁸² *Id.* ¶ 769.

⁷⁸³ *Id.* ¶ 772.

⁷⁸⁴ *Id.* ¶ 775.

⁷⁸⁵ *Id.* ¶ 777.

⁷⁸⁶ *Id.* ¶ 790.

⁷⁸⁷ *Id.* ¶ 791.

⁷⁸⁸ *Id.* ¶ 803.

⁷⁸⁹ *Id.* ¶ 804.

⁷⁹⁰ *Id.*

⁷⁹¹ *Id.* ¶ 805.

⁷⁹² *Id.* ¶ 806.

⁷⁹³ *Id.* ¶ 810.

合民眾之立即需求，於憲政體系下，憲法法院需要特別考量長期之環境因素。⁷⁹⁴ 被告部門之間長期有兩種互相競爭之路線，由礦業衍生之經濟利益與環境保護相對抗，並且始終於政府內部欠缺任何共識或是協調。⁷⁹⁵ 互相競爭之利益：環境、周邊區域之水資源需求、當地之農民與傳統礦工、外國礦業公司之就業機會以及該等公司之權利等。⁷⁹⁶

被告之行為整體而言相當不一致，就目前現有劃界內可行及不可行之活動、最終的劃界位置以及最終決定時點，造成高度之混淆以及不確定，進而使原告難以申請環保許可執照。⁷⁹⁷

被告就涉及 Santurbán Páramo 邊界劃界位置之嚴重分歧利益，亦即保護該地生態系及獲取更多權利金，未能連貫、持續且穩定地進行管理，侵害了公平性、衡平性以及合理性，甚至達到無視基本原則的程度。⁷⁹⁸ 根據聯合國國際法委員會 (International Law Commission) 於 2001 年通過之國家責任公約草案 (Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) 第 4 條第 1 項規定，任何國家機關之行為於國際法上均視為國家之行為，不論該機關係行使立法、行政、司法或其他功能，不論其餘國家體系下之位階，亦不論其為中央政府或地方政府之機關。⁷⁹⁹ 仲裁庭多數認為被告已經違反系爭條約第 805 條規定，對原告之投資措施已然違反國際習慣法上對外國人之最低保障待遇標準 (minimum standard of treatment)，包含提供公平公正待遇原則 (fair and equitable treatment)。

800

實體層面 (三)：系爭條約第 2201 條第 3 項

雙方主張同前述第二項所述，此處不再贅述。

仲裁庭認為依據 VCLT 第 31 條第 1 項，由系爭條約之前言可知環境保護與

⁷⁹⁴ *Id.* ¶ 813.

⁷⁹⁵ *Id.* ¶ 815.

⁷⁹⁶ *Id.* ¶ 816.

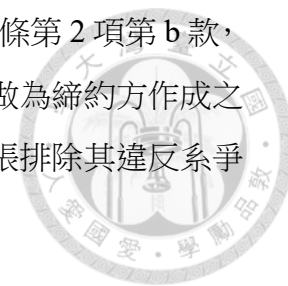
⁷⁹⁷ *Id.* ¶ 820.

⁷⁹⁸ *Id.* ¶ 821.

⁷⁹⁹ Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

⁸⁰⁰ *Eco Oro v. Colombia*, *supra* note 632, ¶ 821.

投資保護為共存之目標，並無優劣次序，而比對系爭條約第 811 條第 2 項第 b 款，可知締約時並無意據此免除賠償責任。⁸⁰¹ 仲裁庭認為加拿大做為締約方作成之解釋，顯然與體系解釋相背離。⁸⁰² 對於被告依據本項條款主張排除其違反系爭條約第 805 條之賠償責任，仲裁庭駁回此部分主張。⁸⁰³



第五項 法律分析

第一款 徵收

仲裁庭於判斷有無徵收時，主動引入比例原則以判斷，並且以預警原則為考量，使得投資仲裁庭亦得充分考量公共利益。於地主國政府法律體系混亂、政府立場搖擺，甚至自身違反地主國規定之法律，仍然肯認該自然資源之重要性，認為前述問題均不影響有無間接徵收之問題，整體仍出於善意且合乎比例原則。進步言之，仲裁庭肯認投資協定需要於國際法體系下為解讀，並且引入了比例原則以及預警原則等有利於仲裁庭討論公共利益之法律原則以利判斷。

仲裁庭利用地主國之國內法以及憲法法庭判決等相關事證，表示預警原則於本案有所適用，而外國投資人亦應知悉本案可能適用預警原則。預警原則於氣候變遷之脈絡下亦有相當之重要性。

此外，本案之締約國（投資人母國亦即加拿大）對於如何解釋適用投資協定之徵收表示意見，而仲裁庭並未為回應。考量締約國於國際公法上為條約之當事人，縱不能全然限制仲裁庭解釋適用條約之權限，亦應有相當之影響，亦可協助投資仲裁呼應當代需求。

第二款 公平公正待遇原則

仲裁庭於判斷公平公正待遇原則時，並未提供明確清楚之標準，更多篇幅均在於描述、整理案件事實本身。仲裁庭將焦點集中於地主國有無依據地主國法律

⁸⁰¹ *Id.* ¶ 827-30.

⁸⁰² *Id.* ¶ 836.

⁸⁰³ *Id.* ¶ 837.

規定而為劃界，並進一步論述相關之規範及事實行為。據此，形成投資人之合理期待，並且違反合理期待毋庸出於惡意，由於地主國之不同政府部門行為不一致，最終認定為未能提供投資人穩定且可以預期之規範環境，故違反公平公正待遇原則。



矛盾的是，仲裁庭於論述有無違反公平公正待遇原則時，未再討論比例原則或預警原則以強化公益方面之主張。若為能更加地衡量各方利益，於規定模糊之公平公正待遇原則，是否更有必要引入比例原則或預警原則以協助正當化地主國政策面之不完美？

第二節 *Windstream v. Canada*⁸⁰⁴

第一項 案件事實概述

第一款 簡要說明

本件投資仲裁爭端係源自於位於加拿大安大略省沃爾夫島淺灘區域之離岸風電計畫(下稱「WWIS 計畫」)。⁸⁰⁵ 原告方為設立於美國德拉瓦州之 *Windstream Energy* 公司，為了 WWIS 計畫於安大略省另行設立子公司。⁸⁰⁶原告方取得了安大略省上網電價補貼制度之許可之後，由於安大略省政府延誤發放後續必要許可，最終於 2011 年 2 月 11 日直接停止了 WWIS 計畫。⁸⁰⁷原告方提起本件投資仲裁之主要依據為 NAFTA 第 1110 條(徵收及賠償)、第 1105 條(公平公正待遇原則)、第 1102 條(國民待遇)、第 1103 條(最惠國待遇)以及國有企業之相關條文。⁸⁰⁸

第二款 安大略省再生能源規範框架

2003 年，安大略省政府考量燃煤發電廠 (coal-fired power plants) 之健康及環境顧慮，同時為了避免電力短缺，決定採取鼓勵再生能源發展之政策。⁸⁰⁹ 於

⁸⁰⁴ *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award (Sept. 27, 2016), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7875.pdf> [hereinafter *Windstream v. Canada*].

⁸⁰⁵ *Id.* ¶ 5.

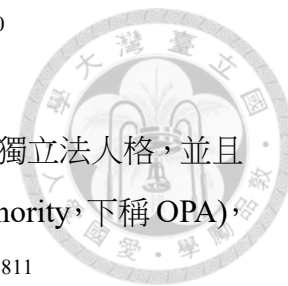
⁸⁰⁶ *Id.* ¶ 1-2.

⁸⁰⁷ *Id.* ¶ 5.

⁸⁰⁸ *Id.* ¶ 6.

⁸⁰⁹ *Id.* ¶ 86.

安大略省，原則上所有的湖積層（lakebed）均為國有土地。⁸¹⁰



2004 年，安大略省政府為了中長期的電力契約，成立了有獨立法人格，並且可以簽署購買電力契約的安大略省能源機構(Ontario Power Authority, 下稱 OPA)，其在能源部的指示下進行締約活動，但是並非國家之代理人。⁸¹¹

綠色能源與經濟法案（Green Energy and Green Economy Act of 2009，下稱 GEGEA）於 2009 年通過。⁸¹² 依據 GEGEA，離岸風電計畫需要符合以下四項條件：(1)取得上網電價契約；(2)取得國有土地之合法使用；(3)取得申請者之認可（Applicant of Record）；(4)取得電力網許可。⁸¹³其中取得國有土地之合法使用涉及諸多環環相扣之程序。⁸¹⁴

GEGEA 授權能源部指示 OPA 於 2009 年 9 月 24 日至 2009 年 10 月 1 日期間接受上網電價（Feed-in-Tariff）計畫之申請，用意在於提供穩定之投資環境吸引公司於安大略省投資、雇用員工、並且生產及銷售再生能源。⁸¹⁵依據上網電價計畫，一般而言，上網電價契約針對各種方式所生產的再生能源，提供長達二十年的固定優勢價格，使廠商可以利用此契約來確保長期獲益。⁸¹⁶同時廠商也需要在一定期間內使計畫開始商業運作，若未能如期履行，將會沒收簽約時提供的擔保金。⁸¹⁷

第三款 WWIS 計畫

2008 年起，原告方開始就 WWIS 計畫為投資，並且於該年度 2 月 8 日向自然資源署提出離岸風電廠之申請。⁸¹⁸ 2009 年 9 月 24 日，自然資源部之首長通知原告，為了保持本計畫申請場址之優先地位，必須提出上網電價制度之申請。

⁸¹⁰ *Id.* ¶ 89.

⁸¹¹ *Id.* ¶ 87.

⁸¹² *Id.* ¶ 96.

⁸¹³ *Id.* ¶ 106.

⁸¹⁴ *Id.* ¶ 107.

⁸¹⁵ *Id.* ¶ 97.

⁸¹⁶ *Id.* ¶ 99.

⁸¹⁷ *Id.* ¶ 100.

⁸¹⁸ *Id.* ¶ 117-18.



2009 年 11 月 27 日，原告方就本計畫提出上網電價制度之申請，並且同時依據該制度之要求提出三百萬元加幣之信用狀。⁸²⁰ 2010 年 4 月 8 日，原告方收到已經通過上網電價制度之申請，原告方據此亦與相關政府單位討論如何推進本計畫。⁸²¹ 2010 年 5 月 4 日，OPA 提供原告上網電價契約，並且要求原告將三百萬加幣之信用狀變更為六百萬加幣。⁸²² 經過多次延展簽約期限，於 2010 年 8 月 20 日，原告同意提供六百萬元加幣之信用狀並完成簽約。⁸²³

2010 年 6 月，環保部提供政策提案，建議離岸風電之發展排除離海岸線起算五公里內之區域，以保護水體、並且確保居民安全的飲用水、食物、漁獲以及自然及文化資源。⁸²⁴ 同年 8 月，原告提出依循前開政策的調整方案。⁸²⁵ 2010 年 6 月至 9 月，環境部進行的公眾諮詢收到了 1403 份意見，其中六成民眾反對離岸風電之發展，並且多數民眾均認為僅僅排除海岸線起算五公里之區域並不充分，且科學上仍有高度不確定性需要進一步研究。⁸²⁶

2010 年 12 月 10 日，原告主張由於缺乏規範上必要的支援，其無法進行測試、劃定區域以及相關的準備工作，故其援引上網電價契約不可抗力條款延長其履約期限。⁸²⁷

2011 年 2 月 11 日，安大略政府表示在有更完善的科學評估及規範之前，WWIS 計畫不會再有進展。⁸²⁸ 於公告停止 WWIS 計畫後，兩造就上網電價契約進入協商程序，該契約要求原告於 2017 年 5 月 4 日前開始商業運行，並且繼續提供六百萬元加幣之擔保金額。⁸²⁹

⁸¹⁹ *Id.* ¶ 121.

⁸²⁰ *Id.* ¶ 123.

⁸²¹ *Id.* ¶ 125.

⁸²² *Id.* ¶ 126.

⁸²³ *Id.* ¶ 137.

⁸²⁴ *Id.* ¶ 131-32.

⁸²⁵ *Id.* ¶ 135.

⁸²⁶ *Id.* ¶ 138.

⁸²⁷ *Id.* ¶ 142.

⁸²⁸ *Id.* ¶ 146.

⁸²⁹ *Id.* ¶ 149.

2011年3月18日，OPA同意延長原告之履約期限，並且將擔保金額減少至三百萬加幣。⁸³⁰2011年4月至5月，原告曾試圖提出太陽能之替代方案以完成其履約義務，然亦未能達成共識。⁸³¹至2014年1月10日，OPA拒絕返還原告之信用狀，並且放棄單方終止上網電價契約之權利。⁸³²



第二項 程序層面

雙方主要爭執點在於OPA是否符合NAFTA第1503條第2項之國有企業。⁸³³仲裁庭為判斷OPA所為是否可歸責於被告，須回歸具體判斷，而無從概括判斷，並且無法脫離實體層面，故將此留待實體部分再為具體認定。⁸³⁴

第三項 實體層面

第一款 NAFTA 第 1110 條 徵收

原告認為WWIS計畫與上網電價契約分別構成其於加拿大境內之投資，而加拿大停止其計畫即屬間接徵收。⁸³⁵原告宣稱加拿大政府並非出於公益目的而停止，係為了免於支付高額電價。⁸³⁶並且，相較於其他上網電價契約相對人，加拿大政府對於被告有差別待遇，亦不符合加拿大相關規範之正當法律程序。⁸³⁷原告認為加拿大係基於政治考量，以及費用與公眾反對而為停止WWIS計畫。⁸³⁸

被告認為依據NAFTA第1139條對投資所為列舉，本件所涉及之上網電價契約不足以構成得以徵收之投資。⁸³⁹被告稱原告僅有「機會」，實際仍繫諸於原告得否達到上網電價契約所約定之先決條件。⁸⁴⁰被告認為WWIS計畫因為難以實行而尚無價值，而停止僅為暫時性的措施，並未影響上網電價契約本身。⁸⁴¹被

⁸³⁰ *Id.* ¶ 151.

⁸³¹ *Id.* ¶ 152.

⁸³² *Id.* ¶ 160.

⁸³³ *Id.* ¶ 219-21.

⁸³⁴ *Id.* ¶ 234.

⁸³⁵ *Id.* ¶ 235.

⁸³⁶ *Id.* ¶ 243-44.

⁸³⁷ *Id.* ¶ 245-46.

⁸³⁸ *Id.* ¶ 253.

⁸³⁹ *Id.* ¶ 257.

⁸⁴⁰ *Id.* ¶ 259.

⁸⁴¹ *Id.* ¶ 260-63.

告進一步表示，第 1110 條之功能並非杜絕外國投資人的正常商業風險，或為其不審慎的商業決策為賠償。⁸⁴² 被告引用預防原則（precautionary principle），當現有的科學不足以發展得以評估世界上第一個大型淡水離岸風電廠影響之規範框架時，係合法之考量。⁸⁴³

關於 NAFTA 第 1128 條之締約國立場如下述：美國表示就有無間接徵收應以事實認定為基礎，並且考量「政府行為之經濟影響」、「對於合理期待之影響」以及「政府行為之本質」。⁸⁴⁴ 墨西哥則表示投資應符合第 1139 條之描述，並且地主國縱使未能滿足投資人的特定合理期待也不必然構成間接徵收，進步言之，若是出於善意的、為了公共利益所為之政府行為，原則上不會構成間接徵收。⁸⁴⁵

原告反對美國及墨西哥之立場，宣稱第 1110 條並無適用範圍廣泛之公共利益例外。⁸⁴⁶ 被告則依據 VCLT 第 31 條第 3 項，表示仲裁庭應將 NAFTA 締約國各方明確且長期地對於條文解釋適用所達成之共識納入考量。⁸⁴⁷ 被告並強調締約國「三方」均同意於間接徵收時，國家出於善意及公共利益所為管制行為原則上並非徵收或需要賠償。⁸⁴⁸

關於本件有無間接徵收之判斷，NAFTA 之仲裁庭普遍而言於裁量第 1110 條所規範之間接徵收（indirect expropriation）時，首先判斷是否有相關事證，亦即事實上是否有可歸責於國家之有效或事實上之財產移轉，即使無涉於所有權之正式移轉，甚至地主國未能從中得到任何經濟上利益。⁸⁴⁹ 若確有此等事實，爭議移轉至是否合法、適合的形式以及應有之救濟。⁸⁵⁰

仲裁庭判斷在審閱相關事證後，於事實層面上，於本件並未發生徵收。⁸⁵¹ 首先，原告方之上網電價契約仍有效，仍有機會經由雙方協商調整契約條件。⁸⁵² 其

⁸⁴² *Id.* ¶ 264.

⁸⁴³ *Id.* ¶ 269.

⁸⁴⁴ *Id.* ¶ 271.

⁸⁴⁵ *Id.* ¶ 275-76.

⁸⁴⁶ *Id.* ¶ 277.

⁸⁴⁷ *Id.* ¶ 279.

⁸⁴⁸ *Id.* ¶ 281.

⁸⁴⁹ *Id.* ¶ 284.

⁸⁵⁰ *Id.*

⁸⁵¹ *Id.* ¶ 290.

⁸⁵² *Id.*

次，原告依據上網電價契約之規定，仍有機會取回六百萬元加幣之擔保金額，並非如原告所稱已然重大剝奪（substantially deprive）其投資。⁸⁵³ 具體而言，原告的投資涵蓋沈沒之投資成本、擔保金，以及原告發展本計畫所創造之價值，原告得以取回之資產，相較於投資之整體價值仍相對主要（substantial），故仲裁庭難以認定原告之投資已剝奪其主要價值。⁸⁵⁴

第二款 NAFTA 第 1105 條 公平公正待遇原則⁸⁵⁵

原告主張公平公正待遇原則涵蓋違反承諾或投資人之合理期待、未能遵循所需之規範平等及可預測性、專斷（arbitrariness）以及歧視。⁸⁵⁶ 原告列舉出 11 項事實說明被告所做出之承諾、陳述及擔保，這些事實鼓勵原告訂立上網電價契約並形成了合理期待，被告公告停止違反了前述期待，更使原告無從依據契約期限取得國有土地。⁸⁵⁷ 相較於 TransCanada、Samsung、其他申請使用國有土地之人以及其他發展大規模計畫之上網電價契約當事人，原告遭受歧視待遇，無法實施替代方案，亦無法取得認可地位。⁸⁵⁸

被告引述 NAFTA 下「北美自由貿易委員會」（Free Trade Commission，下稱 FTC）於 2001 年所做出之具有拘束力解釋，表示 NAFTA 第 1105 條第 1 項僅規範加拿大須遵守國際習慣法上對外國人之最低保障待遇標準（minimum standard of treatment）。⁸⁵⁹ 具體而言，需有普遍之國家實際等嚴格要求，其成立門檻甚高。⁸⁶⁰ 被告暫時停止並非明顯專斷或歧視之行為，本條並未使選出之公務員於進行公眾決策時免於考量全盤脈絡，自應考量公眾之疑慮。⁸⁶¹ 被告之停止並未與既有之規範框架相背離，且其規範框架尚未存在。⁸⁶² 被告表示原告因下列事項而無從為合理期待：（1）取得國有土地之許可、（2）於有具體規範前繼續程序、（3）

⁸⁵³ *Id.*

⁸⁵⁴ *Id.* ¶ 291.

⁸⁵⁵ North American Free Trade Agreement [hereinafter NAFTA], art. 1105(1), U.S.-Can.-Mex., Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993) “Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

⁸⁵⁶ *Windstream v. Canada*, *supra* note 804, ¶ 293.

⁸⁵⁷ *Id.* ¶ 298-99.

⁸⁵⁸ *Id.* ¶ 307-09.

⁸⁵⁹ *Id.* ¶ 310.

⁸⁶⁰ *Id.* ¶ 311-12.

⁸⁶¹ *Id.* ¶ 316-17.

⁸⁶² *Id.* ¶ 318.

僅因上網電價契約即得繼續進行計畫，以及（4）得作為試驗性計畫而繼續。⁸⁶³ 另因前述解釋，若已違反 NAFTA 其他條文或其他國際條約者，不會構成本條之違反。⁸⁶⁴ 被告表示並無與原告同為離岸風電之比較對象，自無歧視。⁸⁶⁵

關於 NAFTA 第 1105 條之締約國立場如下述：美國同意 FTC 之解釋，並且國際習慣法上並無合理期待，國家有權採取行動。⁸⁶⁶ 於舉證責任上原告應建立國家實踐（state practice）以及法之確信（*opinio juris*），並應高度尊重國家主權於境內管制之權力。⁸⁶⁷ 墨西哥之立場同美國。⁸⁶⁸ 原告認為，由公平公正待遇原則於雙邊及多邊投資協定無所不在之事實，可見標準化對於外國投資之保護之努力，並且依據 Dolzer 教授之意見，已有國家實踐及法之確信，使公平公正待遇原則成為國際習慣法上之最低保障待遇標準。⁸⁶⁹ 被告則同意前述兩國之立場。⁸⁷⁰

仲裁庭判斷問題主要在於規範之內容為何，而其並未嚴格受限於雙方立場。⁸⁷¹ 仲裁庭為判斷其內容，考量間接證據亦即其他 NAFTA 仲裁庭對本條所做成之解釋及適用。⁸⁷² 於參考 *Pope & Talbot* 案及 *Mondev* 案後，對於條文之解釋應回歸對於事實之適用。⁸⁷³ 仲裁庭認為被告公告停止乙事同時有缺乏科學支持之考量及政治考量。⁸⁷⁴ 然而，當被告停止之後，被告並未積極進行科學研究，未能有效處理法律及契約上之真空狀態，也未能指示 OPA 協商之方向，最終被告未能釐清整體情況，這段期間因被告行為使原告受到違反本條之待遇。⁸⁷⁵ 另外，由於係安大略政府公告停止，並且造成規範及契約上之真空狀態，可歸責於被告，仲裁庭無需再考量 OPA 之行為是否可歸責於被告。⁸⁷⁶

第三款 NAFTA 第 1102 及 1103 條 不歧視原則

⁸⁶³ *Id.* ¶ 322.

⁸⁶⁴ *Id.* ¶ 324.

⁸⁶⁵ *Id.* ¶ 326.

⁸⁶⁶ *Id.* ¶ 329-30.

⁸⁶⁷ *Id.* ¶ 332.

⁸⁶⁸ *Id.* ¶ 333-36.

⁸⁶⁹ *Id.* ¶ 340.

⁸⁷⁰ *Id.* ¶ 342-46.

⁸⁷¹ *Id.* ¶ 350.

⁸⁷² *Id.* ¶ 351.

⁸⁷³ *Id.* ¶ 359-62.

⁸⁷⁴ *Id.* ¶ 376-77.

⁸⁷⁵ *Id.* ¶ 379.

⁸⁷⁶ *Id.* ¶ 380.

原告認為關於不歧視原則應先建立表面上 (*prima facie*) 違反三要件：待遇 (treatment)、同類情況 (like circumstances) 以及低於待遇 (treatment less favorable)，此後舉證責任即移轉至國家。⁸⁷⁷ 並且，本件並不適用於 NAFTA 第 1108 條第 7 項第 (a) 款之規範不適用不歧視原則之政府採購例外。⁸⁷⁸



具體而言，另有 TransCanada (加拿大公司) 同樣為與 OPA 締結上網電價契約，其契約同樣受到不可抗力因素影響，而因政治因素而終止整個契約，使其提供新的計劃並賠償相關成本，相較之下，無從正當化對原告之歧視待遇。⁸⁷⁹ 亦有 Samsung (南韓公司) 同為提出太陽能計劃的相對人，卻成功取得上網電價契約，顯然係優於原告之待遇。⁸⁸⁰ 相較於其他確實推進之大型風力發電計畫之上網電價契約相對人，僅有原告無法獲得利益。⁸⁸¹

被告首先認為本件屬政府採購，不適用不歧視原則。⁸⁸² 關於舉證責任，除了前述要件之外，亦應由原告證明系爭待遇係基於對國家別之歧視結果。⁸⁸³ 原告所提及之兩間公司係適用不同公共目的之不同規範，並非適用同一制度，亦無申請國有土地以發展離岸風電。⁸⁸⁴ 進步言之，原告係唯一取得上網電價契約之離岸風力發電申請人，其契約僅遭到「凍結」，而非整個終結，實際上是更為有利的待遇。⁸⁸⁵

關於 NAFTA 第 1102 及 1103 條之締約國立場如下述：美國表示於考量「同類情況」時，除商業部門外，亦應考量政策框架、政策目的，於實際比較時除國家別外，其他條件均應一致。⁸⁸⁶ 於政府採購例外則應適用於採購程序中之所有階段。⁸⁸⁷ 原告回應毋庸證明歧視之意圖，被告則回應僅有待遇之差異不足以構成違反。⁸⁸⁸ 雙方均未回應政府採購例外之美國立場。⁸⁸⁹

⁸⁷⁷ *Id.* ¶ 383.

⁸⁷⁸ *Id.* ¶ 384.

⁸⁷⁹ *Id.* ¶ 387-88.

⁸⁸⁰ *Id.* ¶ 389.

⁸⁸¹ *Id.* ¶ 390.

⁸⁸² *Id.* ¶ 391-94.

⁸⁸³ *Id.* ¶ 395.

⁸⁸⁴ *Id.* ¶ 397.

⁸⁸⁵ *Id.* ¶ 400-01.

⁸⁸⁶ *Id.* ¶ 404.

⁸⁸⁷ *Id.* ¶ 405.

⁸⁸⁸ *Id.* ¶ 406, 408.

⁸⁸⁹ *Id.* ¶ 407, 409.



仲裁庭判斷原告所述並不符合「同類情況」，與 TransCanada 與 Samsung 不同，原告為唯一身為上網電價契約締約方之離岸風電申請人，並無其他人處於同類情況，無從比較。⁸⁹⁰ 據此，仲裁庭毋庸考量 OPA 之行為是否適用政府採購例外。⁸⁹¹

第四項 法律分析

第一款 徵收

關於徵收的條文解釋，由於仲裁庭直接認定實際上並無徵收之事實，故討論僅停留在前一層次，未能實際進入是否適用公共目的之例外之討論。然而於本件，適用之投資協定之締約國均以正式文件向仲裁庭表示其等對於條約之文字應如何具體適用並解釋。美國之解釋肯認了地主國的政策空間，而墨西哥的解釋則更進一步表示為了公共利益所進行的善意措施，即使對於投資產生負面影響，也不應該構成間接徵收。

筆者認為，仲裁庭未能於本件直接討論締約國對於投資協定的解釋適用在何種層面上影響仲裁庭之判斷，有無拘束力或係僅有參考價值，實屬可惜。倘若締約國之事後解釋適用對於仲裁庭之判斷有所影響，是否亦將創造國家藉此實質調整既有的投資協定之規範內容之嶄新管道？如此一來，有意於投資協定中強化公眾利益之保護之國家，毋需使用終止既有投資協定之激進手段，而得更為緩和、務實地進行改革。畢竟，一旦終止既有之投資協定，雙方仍需投入大量的時間及心力重新草擬投資協定之文字，期間的規範真空期將使外國投資人由於難以評估而放緩投資腳步。

從氣候變遷之議題觀之，發展中國家需要已開發國家大量的資金以及技術移轉。雖然投資協定之簽署與否是否直接帶動外國資金尚有爭議，但缺乏投資協定顯然不會是增加外國投資人信心的良方。

⁸⁹⁰ *Id.* ¶ 414.

⁸⁹¹ *Id.* ¶ 415.

於本件，仲裁庭並未諮詢加拿大政府之意見乙事，則另有討論空間。本件之原告為美國公司，美國身為締約方則能夠對條文之解釋適用正式表示意見，加拿大卻無法循同一管道表示意見。若以前述三角關係等強化締約國之學者觀點討論，加拿大既為締約國，縱使同時身為當事人，亦應有表示意見之權利。在此前提下，若仲裁庭有意將締約國間的合意解釋適用視為國家的事後實踐，在國際法上或將更有正當性。

第二款 公平公正待遇原則

仲裁庭迴避直接定義公平公正待遇原則之內涵，不論是國家或是投資人均難以預測公平公正待遇原則會如何具體適用於個案當中。

對於停止本身有無違反並未明確界定：政府決策時部分係基於政治因素是否可接受？管制權的界線在哪？仲裁庭並未正面回答是否有合理期待之適用？到底停止而非終止契約是優於還是劣於呢？仲裁庭對於締約國意見之立場有無受到任何拘束呢？對於 OPA 之行為是否可歸責如何認定？若今天並非由安大略政府公告停止呢？是否有可供比較的對象呢，或是單純僅針對單一個案內部討論呢？

第三款 不歧視原則

本件為當時唯一之淡水離岸風電計畫之申請人，由於缺乏與其情況完全相同之其他投資人，陷入了無從比較之困境。此種分類是否過於狹隘，值得省思。在對應氣候變遷議題時，會有各種新興科技，在考量各種環境因素，對於各項投資計畫是否能夠真的找到如美國立場所述之各種因素均完全可以相對應之比較對象，顯有疑慮。

如對於「同類情況」之條件要求如此嚴格，對於投資人的保護就會高度削弱。而對於率先採用新技術或是在新的環境條件下作出投資的第一人，需要自行吸收沒有前例的投資風險。

第四款 主體認定

本件仲裁庭由於原告未能充分舉證被告有違反不歧視原則之待遇，故而毋庸討論政府採購例外是否適用於本件。然而，考量絕大多數氣候政策之執行者均為政府，而投資協定為尊重各國主權行為，多會排除政府採購而另為規範。在此前提下，何種情況下以何種主體進行何種法律行為會落入政府採購之範疇即為關鍵。

若如美國所採納之立場，將政府採購之所有階段均納入例外，則外國投資人有高度風險可能會因為政策搖擺而損失商業利益，卻又無從適用投資仲裁以取得合理賠償金額。如此一來，將有可能減少外國投資人對於氣候政策的投資信心。

第三節 小結

於本章整理兩件案例中，都是政府基於環境保護之理由而拒絕核發許可，進而影響外國投資人權益。廣義而言，氣候變遷議題亦屬於全球性的環境議題，將來之投資人或地主國有意於投資仲裁討論氣候變遷議題時，此類環境案例有高度之參考性。

於 *Eco Oro v. Colombia* 案，可知地主國國內法以及憲法法庭判決內容，對於仲裁庭如何解釋適用徵收標準產生重大影響，甚至使仲裁庭適用預警原則以判斷有無徵收，惜於公平公正待遇原則雖簡單提及投資人盡責調查義務，更側重於地主國行為不一致之事實。於 *Windstream v. Canada* 案，則側重於地主國公告停止後之法律上及契約上之真空狀態。

仲裁庭雖於多處整理締約國提出之法律意見，多數時候均未將締約國提出之法律意見作為論述依據，仍回歸國際法或國際習慣法或既有案例為論述之基礎。參考第三章整理之締約國角色可知，投資協定之當事國身為締約國本身即有部分解釋、解釋適用條文之權力。投資仲裁庭無視締約國提出之意見，不僅難以反應締約國真意，也同時限制了自身回應當代需求之可能性。

再者，政策空間於間接徵收以及公平公正待遇原則有何具體內容，於案例中仍未能得知。仲裁庭高度偏重個案事實，而拒絕給出明確之標準，使得標準於個案均有所不同，難以預測。



第五章 投資仲裁案例（二）：地主國調整能源政策

第一節 PV Investors v. Spain & 9REN v. Spain

第一項 案件事實概述



過去十年，西班牙相較於任何國家成為最多投資仲裁案件中之被告，共有 51 件案件，其中已有仲裁判斷之 27 件案件當中有 21 件之結果有利於投資人，整體而言，每 10 件案件中有 8 件案件有利於投資人。⁸⁹²

能源憲章條約（Energy Charter Treaty）經多數之利害關係人認為過時，主要因其抽象模糊之投資保護標準和具有高度爭議性之國際投資仲裁機制，以及多數認為能源憲章條約與巴黎協定之氣候變遷目標與永續發展之目標不相容。⁸⁹³

西班牙政府於 2007 年為了吸引外國及國內投資人而通過相當豐厚之誘因，後續持續下修前開誘因，在此背景下值得注意的是，西班牙所有之案件都是來自於再生能源產業之外國投資人。⁸⁹⁴ 大環境下，太陽能產業之繁榮與不動產泡沫破滅及相關銀行危機發生於同一時期，使得太陽能補貼成為國家債務危機，西班牙主權債務嚴重超過歐盟財政規範，而太陽能補貼要求之金額也大幅上升，儘管補貼之金額仍遠遠低於西班牙對於其他能源產業之補貼，西班牙政府宣稱再生能源誘因無法於危機中存續，並且要求緊縮。⁸⁹⁵ 從 2008 年起，西班牙政府開始採行越發具有限制性的措施來減少再生能源之支持體制，重新計算、減少並且限制給付之年限，於 2012 年停止了獎勵及誘因，於 2013 年及 2014 年則替換為僅支付合理比例之利潤之體制，這些變化被原先獲益於 2007 年體制之太陽能光電投資人嚴重批評。⁸⁹⁶ 嗣後，歐盟規定禁止國家回溯性地改變再生能源之支持體制。⁸⁹⁷ 有趣的是，於絕大多數的仲裁判斷中，投資仲裁庭僅提及投資人之經濟上期

⁸⁹² Lucía Bárcena & Fabian Flues, *From Solar Dream to Legal Nightmare: How Financial Investors, Law Firms and Arbitrators are Profiting From the Investment Arbitration Boom in Spain.*, TRANSNATIONAL INSTITUTE & POWERSHIFT 1, 4 (May 2022), https://www.tni.org/files/publication-downloads/english_from_solar_dream_to_legal_nightmare_online.pdf.

⁸⁹³ *Id.*

⁸⁹⁴ *Id.*

⁸⁹⁵ *Id.* at 10.

⁸⁹⁶ *Id.*

⁸⁹⁷ *Id.* at 11.

待，而未提及能源轉型議題。⁸⁹⁸



第二項 程序層面

PV Investors 案⁸⁹⁹於程序部分較少著墨。9REN 案⁹⁰⁰，被告於本件提起多項管轄權主張，其中並涉及是否符合歐盟法之疑慮，仲裁庭表示本件係基於投資協定之國際法案件，並非歐盟法案件，不影響本件之管轄權。⁹⁰¹

第三項 實體層面

PV Investors 案

公平公正待遇原則（基於 RD 661/2007 合理期待）

原告主張：

能源憲章條約以兩種方式達成其目標，第一，要求締約國維持穩定、可預測且透明之法律上及規範上之規範框架；第二，相較於一般之投資協定更為健全之保護層級，僅受限於少數國家管制權（right to regulate）之例外。⁹⁰² 原告表示，當其於西班牙太陽能產業進行投資時，其對於法律及商業環境將保持穩定及可預測具有合理且合法之期待，主要建立於 RD 661/2007 文字明示之保證及保障，以及西班牙等各種主體所為之公眾發言，進步言之，其他太陽能產業之投資人、貸款人（lender）、提供法律意見者以及能源顧問均共享此種期待。⁹⁰³ 首先，系爭措施對既有之投資實施回溯性之減少誘因。⁹⁰⁴ 其次，系爭措施並不符合西班牙政府宣稱之政策目的。⁹⁰⁵

⁸⁹⁸ *Id.* at 16.

⁸⁹⁹ The PV Investors v. the Kingdom of Spain, PCA Case No. 2012-14, Final Award (Feb. 28, 2020), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11250.pdf> [hereinafter PV Investors v. Spain].

⁹⁰⁰ 9REN Holding S.À.R.L. v. the Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15, Award (May 31, 2019), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10565.pdf> [hereinafter 9REN v. Spain].

⁹⁰¹ PV Investors v. Spain, *supra* note 899, ¶ 172-73.

⁹⁰² *Id.* ¶ 295.

⁹⁰³ *Id.* ¶ 297.

⁹⁰⁴ *Id.* ¶ 307.

⁹⁰⁵ *Id.* ¶ 308.

被告主張：

作為前提條件，西班牙主張國際法上預設國家有權自由修改其法律，仲裁庭應由此討論有無合理期待之存在。⁹⁰⁶ 簡而言之，再生能源補貼需與整個系統的存續性為平衡，當補貼及誘因造成不平衡之威脅時，管制者有權合理調整補貼以避免過度補貼。⁹⁰⁷ 此種不平衡因全球經濟危機而加劇，造成西班牙之經濟衰退，減少對於電力之需求，更無從繼續維持增加中之電力價格。⁹⁰⁸ 由西班牙之立場，RD 661/2007 並未確保誘因機制之不變，僅確保合理之獲利，而合理之獲利係依據經濟成本架構定義適當之金額。⁹⁰⁹ 被告表示並未做成任何明確且特定之承諾。⁹¹⁰ 被告之措施，基於改正過度支付、補救財政赤字、保護消費者及符合歐盟法規等事由，而合乎比例原則且正當。⁹¹¹

仲裁庭判斷：

再生能源（例如：太陽能光電、熱、太陽能、風力等其他科技）提供顯著之環境上利益，由於其等高額資本需求，無從與其他利用化石燃料之傳統發電方式競爭，亦即再生能源之市場價格本身無從支付安裝及營運再生能源電廠之成本。⁹¹² 據此，西班牙與其他國家相同，主要透過國家補貼促進再生能源之發展。⁹¹³

對於 RD 661/2007 第 44.3 條如何解讀，不得僅由其本身為解釋，而應由西班牙規範框架之整體脈絡以觀。⁹¹⁴

首先，由西班牙最先奠定整個規範框架之法案可知，其規範框架為了適應技術上及經濟上持續性之變化而不斷調整，對於投資該產業之理性行為人均可清楚知悉有容易變化之傾向。⁹¹⁵ 對於持續演變之規範框架，仲裁庭認為難以建立得

⁹⁰⁶ *Id.* ¶ 367.

⁹⁰⁷ *Id.* ¶ 370.

⁹⁰⁸ *Id.* ¶ 372.

⁹⁰⁹ *Id.* ¶ 377-79.

⁹¹⁰ *Id.* ¶ 405-06.

⁹¹¹ *Id.* ¶ 455.

⁹¹² *Id.* ¶ 589.

⁹¹³ *Id.*

⁹¹⁴ *Id.* ¶ 601.

⁹¹⁵ *Id.* ¶ 602.

以持續收受相同之上網電價補貼長達 25 年為合理之期待。⁹¹⁶

再者，西班牙最高法院長期維持投資人應合理期待其規範框架有可能變化之見解，對於國際法下運作之仲裁庭，國內法院見解僅為事實，做為事實，其等關乎如何評價是否存在合理期待。⁹¹⁷ 當原告為投資時，西班牙最高法院已拒絕投資人基於規範性誘因機制之變動主張以取得特定法定權利之要求，雖非針對 RD 661/2007 所為，亦應廣泛適用其論述，故合理知情（*reasonably informed*）之投資人自應知悉規範框架有可能發生變化。⁹¹⁸ 綜合考量背景事實及所有相關情事，仲裁庭不認為投資人得「自客觀觀點，無涉自身主觀視角」形成不會有任何 RD 661/2007 之規範性變化影響其等投資之合理期待。⁹¹⁹

9REN 案

公平公正待遇原則

所涉違反公平公正待遇原則之依據為能源憲章條約第 10 條第 1 項：「任一締約方應依據本條約規定，鼓勵並創造對於其他締約方於其區域內進行投資時享有穩定、公平、有利且透明之條件。這些條件應涵蓋承諾對於其他締約方之投資人於任何時刻均遵循公平公正待遇原則。這些投資亦應享有持續性的保護及保障，任一締約方均不得以任何方式的不合理或歧視性措施損害投資之管理、營運、使用、利用或處分。於任何情況下，投資均不應受有低於國際法要求之待遇，包含條約規範之待遇。任何締約方應遵循其與其他締約方之任一投資人或投資締約時之義務。」⁹²⁰

⁹¹⁶ *Id.* ¶ 602.

⁹¹⁷ *Id.* ¶ 603.

⁹¹⁸ *Id.* ¶ 608.

⁹¹⁹ *Id.* ¶ 612.

⁹²⁰ ECT art. 10(1).

Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments

(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions of Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.

當事人雙方間主要之矛盾在於於國際法下西班牙是否確實負有(原告主張但被告否認)不可撤回之義務,應向原告支付由 RD 661/2007 建立之上網電價費率,長達 25 年,此後於設備之生命週期內支付 80%之原始費率。⁹²¹ 關鍵問題在於本案之相關事證是否得構成合理期待,被告認為應有針對特定投資人之行為,原告認為綜合週邊情勢亦得構成合理期待。⁹²²

被告依據西班牙最高法院之法律見解,認為原告不得享有其所聲稱之合理期待。⁹²³ 仲裁庭認為,西班牙最高法院對於西班牙國內法所為之法律意見自應得到極大的尊重,然而西班牙最高法院判決所涉議題與仲裁庭所處理之議題顯有不同,投資仲裁庭所處理之議題僅為國際法上之義務。⁹²⁴ 西班牙最高法院肯認於西班牙國內法下,藉由行使西班牙之主權得調整規範性措施並無任何問題,然而此種調整是否得於能源憲章條約下毋庸負擔任何賠償則為仲裁庭所面對之問題。⁹²⁵ 仲裁庭係依據能源憲章條約第 26 條第 6 項,處理國際法下有無合理期待,是否違反合理期待,並且是否造成任何法律上結果,從 VCLT 第 27 條規定亦可證國家不得利用國內法正當化未能履行條約上義務。⁹²⁶

仲裁庭認為,問題在於依據能源憲章條約,規範改變之成本應由受到西班牙再生能源特定對於穩定性之承諾吸引之投資人承擔,或應由西班牙之消費者或納稅人承擔。⁹²⁷ 當不可預見的事件造成西班牙政府及經濟嚴重之困難,西班牙仍有能源憲章條約下之國際法責任,仲裁庭之責任並非改寫歷史,而係依據 RD 661/2007 創造之合理期待之穩定性使其有效並體現其政府政策。⁹²⁸

仲裁庭確認被告違反原告之合理期待,並且違反公平公正待遇原則,被告所宣稱之「合理比例之報酬」並未經仲裁庭接受。⁹²⁹ 仲裁庭進一步表示:「再生能源計畫之財務上脆弱性在於沈重之前期成本。當資金『沈沒』於太陽能光電設備,

⁹²¹ 9REN v. Spain, *supra* note 900, ¶ 212.

⁹²² *Id.* ¶ 214-16.

⁹²³ *Id.* ¶ 234-41.

⁹²⁴ *Id.* ¶ 242.

⁹²⁵ *Id.* ¶ 243.

⁹²⁶ *Id.* ¶ 244.

⁹²⁷ *Id.* ¶ 253.

⁹²⁸ *Id.* ¶ 259.

⁹²⁹ *Id.* ¶ 308-09.

廠商（及其投資者）之資金就鎖進上網電價契約，其等投資即成為長期之人質。……西班牙的立場是其自身單獨獲益於上升之能源價格，但能源價格跌落所造成之負擔將由投資人承擔。依據西班牙之國內法，對於當地投資人此種待遇係合憲，但由仲裁庭之觀點，此種單方面的待遇並不公平亦不公正。依據能源憲章條約，原告，作為外國投資人，有權受有公平公正待遇原則，且於本件並未得到此等待遇。」⁹³⁰

第四項 法律分析

如同 *PV Investors* 案對西班牙再生能源系列案件之分析，個別仲裁庭對於西班牙是否因再生能源改革而負有責任採取了相當多樣化之方式為判斷，第一種，採納了依據上網電價機制主張，第二種，則完全否認原告之主張，第三種，則各自以不同的方式肯認以合理比例計算之利潤，展現了個別仲裁庭多樣化之觀點。⁹³¹ 整體趨勢而言，於 2016 年早期的兩件投資仲裁案件（*Charanne* 案，*Isolux* 案）結果對西班牙有利，後續於 2017 年至 2019 年主要之趨勢為採納投資人依據上網電價機制所為之主張（雖有少數案件為其他結果），自 2019 年起，多數之仲裁判斷則為採納投資人以合理比例計算之利潤之主張。⁹³² 其中，當仲裁庭肯認西班牙違反其義務時，係依據 2013 年及 2014 年之規範體制，迄今尚無仲裁庭肯認依據先前之措施所計算之損害，主要之論述為此前之規範僅為調整，並非根本上改變既有之獎勵機制，故不構成違反公平公正待遇原則。⁹³³

筆者認為西班牙系列案件之發展，正好說明了投資仲裁制度的彈性以及自我修正之可能性。投資仲裁與國際人權法院不同，並非為了貫徹人權法價值而設立之機構，投資仲裁介於公法與私法間之複雜性以及涉及之高額損害賠償，使得仲裁人亦有意追求足以平衡各方利益之解決方案。而公平公正待遇原則之抽象性，使得個別仲裁庭得各自摸索不同之解決方案，最終具有最佳平衡性之見解將由多

⁹³⁰ *Id.* ¶ 311.

⁹³¹ Chris Osborne & Dora Grunwald, *The Renewable Energy Law Review: Determination of Quantum in Spanish Solar Disputes*, *The Law Reviews* (July 26, 2022), <https://thelawreviews.co.uk/title/the-renewable-energy-law-review/determination-of-quantum-in-spanish-solar-disputes>; *Id.* ¶ 553.

⁹³² Osborne & Grunwald, *id.*

⁹³³ *Id.*

數仲裁庭所採納。於更為複雜之氣候變遷議題，更需要此種不限於單一價值，並且具有高度影響力之爭端解決機制，於此種體制下將氣候變遷議題納入考量，與其他方面之考量折衝損益。



於 *PV Investors v. Spain* 案，仲裁庭雖肯認再生能源投資高度仰賴國家支援，然而，依據地主國規範框架以及最高法院判決，認為外國投資人無從期待上網電價機制不予改變。反之，於 *9REN v. Spain* 案，仲裁庭並未依據地主國國內法而為解釋，而係強調再生能源產業之特殊性，於解釋公平公正待遇原則時，將此一併納入考量。進步言之，再生能源產業之特殊性，於間接層面，將氣候變遷議題實質納入考量，而做成更為有利於再生能源產業投資人之仲裁判斷。

此外，西班牙為歐盟成員國，亦為已開發國家。對於再生能源產業之跨國投資人而言，顯然已為較為穩定、較具有可信度之地主國，於此前提下，外國投資人仍須投資仲裁確保地主國於一定程度上繼續其政策。若再生能源產業之跨國投資人有意投資發展中國家，在缺少投資仲裁之保障下，地主國將更難以取信於跨國投資人，結論上更難以取得再生能源產業發展所需之資金及技術，更難以進行氣候變遷下所需之產業轉型。

第二節 *Eskosol v. Italy*⁹³⁴

第一項 案件事實概述

Eskosol（下稱原告）主張義大利（下稱被告）於 2011 年對於先前實施以鼓勵於義大利境內興建更多太陽能發電廠之獎勵機制為特定之變更，使得原告所為之投資無從實現依據原始獎勵機制之期待，故被告依據 ECT 負有國際法上之責任。⁹³⁵

⁹³⁴ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Award (Sept. 4, 2020), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11779.pdf> [hereinafter *Eskosol v. Italy*].

⁹³⁵ *Eskosol v. Italy*, ¶ 5.

第二項 程序層面

仲裁庭先前已處理歐盟成員國內是否適用 ECT 之管轄權問題。⁹³⁶ 被告另外就是否符合國別要求 (nationality requirements) 以及是否應有受他案一事不再理 (*res judicata*) 之既判力限制。⁹³⁷ 仲裁庭駁回被告缺乏外國控制 (foreign control) 之主張。⁹³⁸ 仲裁庭認為原告並非他案之當事人，亦不因有部分股東為被告之國民而喪失其權利，仍為本案適格之當事人。⁹³⁹ 本案於程序部分之討論，與氣候變遷議題關聯有限，在此不予細論。

第三項 實體層面：公平公正待遇原則 (Fair and Equitable Treatment)

原告主張：

原告主張被告所採取之措施於以下六種層面均違反公平公正待遇原則之標準：(一) 合理期待、(二) 未能提供穩定且可預測之投資框架、(三) 並未透明化、(四) 行為不一致、(五) 行為不合理且專斷 (*arbitrarily*)、(六) 不符比例原則。⁹⁴⁰

於「合理期待」，原告強調系爭措施缺少落日條款 (*sunset clause*)，使得缺少充分時間應對，並且破壞原有之期待，由於缺少穩定之獎勵機制，使得原告無從取得計畫所需資金之銀行借款。⁹⁴¹ 原告並否認其事前得預測規範變化，由原告觀點，既有之獎勵機制 (*Conto Energia III*) 本已考量太陽能光電技術發展下之成本降低。⁹⁴² 被告措施引起之綜合效果使得原告計劃於經濟上不可行，進而使得原告完全喪失其於義大利境內之投資。⁹⁴³ 原告認為，被告於原告之投資落實之前終止先前獎勵機制之事實，或原告之電廠從未實際營運之事實，都不影響原告之投資為 ECT 保護之標的。⁹⁴⁴

⁹³⁶ *Id.* ¶ 188.

⁹³⁷ *Id.* ¶ 191.

⁹³⁸ *Id.* ¶ 238.

⁹³⁹ *Id.* ¶ 264-66.

⁹⁴⁰ *Id.* ¶ 279.

⁹⁴¹ *Id.* ¶ 289.

⁹⁴² *Id.* ¶ 291.

⁹⁴³ *Id.* ¶ 293.

⁹⁴⁴ *Id.* ¶ 307.

於「未能提供穩定且可預測之投資框架」，原告主張地主國禁止改變將負面且實質影響投資人因國家法律所為承諾之規範或政策。⁹⁴⁵ 原告表示被告突然終止既有之獎勵機制與國際法下要求之穩定性相背反，無從得知後續之再生能源將適用何種獎勵機制，使得投資於太陽能光電產業銀行產生高度不確定性，對於是否繼續投資新計畫也徒增風險。⁹⁴⁶

於「行為不合理且專斷」，原告主張被告終止既有之獎勵機制，並非追求合法目標，太陽能光電產業並未有過度成長之事實，政策之轉向係因核能產業之遊說所致。⁹⁴⁷

於「不符比例原則」，原告主張被告並未評估其法律變化對於外國投資之影響，亦未能平衡國家獲得之利益與外國投資所受之負擔。⁹⁴⁸

被告主張：

被告表示 ECT 對於公平公正待遇原則缺少定義。⁹⁴⁹ 被告進而主張仲裁庭應依據國際習慣法以及仲裁實踐上對於外國人之保護標準以及外國人財產之保護標準，應出於善意及公平而為解釋，並非商業風險之擔保，故分析之重點應為客觀上依其具體情事是否公平，而非特定之投資人因政府措施而受有之不利益。⁹⁵⁰

被告主張，原告從未符合任何被告之獎勵機制，僅有規劃之行程表，並無足以付諸實行之資金，進步言之，原告計畫之失敗主要係因銀行不願提供資金，而非被告獎勵機制期間之縮短。⁹⁵¹ 被告主張原告係因商業風險而失敗。⁹⁵²

被告主張，原告僅有於將來獲得特定權利之期待，自始不符合公平公正待遇

⁹⁴⁵ *Id.* ¶ 309.

⁹⁴⁶ *Id.* ¶ 312.

⁹⁴⁷ *Id.* ¶ 320.

⁹⁴⁸ *Id.* ¶ 323.

⁹⁴⁹ *Id.* ¶ 326.

⁹⁵⁰ *Id.*

⁹⁵¹ *Id.* ¶ 336-37.

⁹⁵² *Id.* ¶ 353.

原則。⁹⁵³ 被告強調，原告從未符合法律所規定之要求，並且未曾依據既有之獎勵機制取得任何權利或利益。⁹⁵⁴



仲裁庭判斷：

有無原告宣稱之專斷且不合理之行為

對於現存事實之善意錯誤不構成專斷或不合理之行為，對於未來事件之不準確但善意預測，尤其係在於高度動態環境下更難以認為係任意所為，而更傾向於合理或誠實之行為。⁹⁵⁵ 被告基於對於未來之預測所為之規範調整及評估，並非不合理或專斷之行為。⁹⁵⁶

原告過於簡化被告之能源計畫背後之政策目的，被告之政策目的並非單一面向，僅透過經濟誘因以達成特定數額之太陽能光點產能。⁹⁵⁷ 被告之獎勵機制至少係以下三種交互作用之政策目的之互動所生成：（一）增加太陽能光電產能、（二）長期補貼市場定價，使投資人於興建及營運電廠時平均得以享有「公平收益（fair return）」，同時反應隨著科技進步而下降之成本、（三）管理電力消費者或使用者之負擔。⁹⁵⁸

依前述較為細緻脈絡下之政策目的為考量，當被告既有之獎勵機制造成遠比預期更多且更快之太陽能光電廠投資時，同時太陽能板之成本急劇下降，被告政府對獎勵機制產生之擔憂難謂不合理。⁹⁵⁹ 若不予調整獎勵機制，其劇烈成長所造成之可能潛在後果、如何達成公平但不過度之收益、以及如何最小化消費者負擔等機制設計之考量，均成為問題。⁹⁶⁰ 倘若維持既有之獎勵機制，將使以顯著低成本建造之新電廠取得遠高於「公平收益」之收益，逸脫該機制原先之設計目的。⁹⁶¹ 再者，由被告國內之消費者所承受之經濟負擔，因對於遠多於預期之太

⁹⁵³ *Id.* ¶ 354.

⁹⁵⁴ *Id.* ¶ 355.

⁹⁵⁵ *Id.* ¶ 389.

⁹⁵⁶ *Id.*

⁹⁵⁷ *Id.* ¶ 390.

⁹⁵⁸ *Id.*

⁹⁵⁹ *Id.* ¶ 397.

⁹⁶⁰ *Id.*

⁹⁶¹ *Id.* ¶ 398.

陽能光電生產者提供遠高於預期之收益，兩相加成之下，對消費者使用電力之價格造成遠遠超乎預期之負擔。⁹⁶² 將這些政策目的一同納入考量後，重新調整既有之獎勵機制，藉由限制符合資格之電廠使消費者負擔減輕並控制補貼下之成長速度，都與獎勵機制原先之政策目的相符合，並未缺少針對特定公共利益事務之合理解釋。⁹⁶³

承前所述，仲裁庭難以認定被告之新措施（Romani Decree & Conto Energia IV）違反了 ECT 第 10 條第 1 項所規定禁止之專斷且不合理之行為，不論係在於減少既有獎勵機制之層級或縮短作為緩衝之寬限期（*grace period*）。⁹⁶⁴

有無原告宣稱之不符合比例原則且不透明之行為

仲裁庭肯認大致上評估是否遵循公平公正待遇原則即為決定國家措施是否合乎比例原則，在於追求善意之公共利益目標時是否超過合理必要之範圍地對外國投資施加額外負擔。⁹⁶⁵ 首先，對於已經符合既有獎勵機制之太陽能光電廠，其等權益並未受有影響。⁹⁶⁶ 第二，被告對於已相當接近完成之計畫亦有所保障，整體觀之（而非以特定投資人所受到之影響而言），被告已經提供寬限期以及轉換機制（*transitional mechanism*），並非使相當接近合乎資格之投資人突然地承受變化，顯然已緩和規範變化將帶給投資人之潛在影響。⁹⁶⁷ 第三，考量到減少之成本以及追求「公平收益」，被告所為之調整仍合乎比例原則。⁹⁶⁸

對於透明化要求，仲裁庭發現並無保密性，於措施發布前已有充分之公眾辯論。⁹⁶⁹ 仲裁庭並肯定於嚴格檢視下，被告於政策調整時有兩個月期間使投資人於不確定性下發展新電廠計畫，嗣後，投資人方得依據被告公布之資訊細節為判斷，此項事實不足以構成違反透明化要求。⁹⁷⁰

⁹⁶² *Id.* ¶ 399.

⁹⁶³ *Id.* ¶ 400.

⁹⁶⁴ *Id.* ¶ 402.

⁹⁶⁵ *Id.* ¶ 410.

⁹⁶⁶ *Id.* ¶ 411.

⁹⁶⁷ *Id.* ¶ 413.

⁹⁶⁸ *Id.* ¶ 414.

⁹⁶⁹ *Id.* ¶ 419.

⁹⁷⁰ *Id.* ¶ 422.

有無原告宣稱涉及穩定性及一致性之合理期待之違反



基於被告提前終止既有之獎勵機制並且以較不有利之機制為替代乙事，原告宣稱其有合理期待得以於原定期間持續享有既有獎勵機制之保障，並應有相當之時間完成其預定計劃以符合既有獎勵機制之規定。⁹⁷¹

被告之公務員有無對原告作成特定承諾（**specific commitment**），意即當投資人依據前述承諾而為投資時，該特定之規範框架調整得造成公平公正待遇原則之違反，主要為有無該等事實之問題。⁹⁷² 有鑒於原告從未開始建造任何電廠，難以想見被告公務員要如何為任何擔保或承諾，於原告完成其建造並開始營運以前，也甚難想像被告公務員要如何確保其法律框架不會變動。⁹⁷³

原告另表示被告公務員之公開發言（**public statement**）為其合理期待之依據。⁹⁷⁴ 仲裁庭原則上接受，國家之公務員得以藉由清楚明白之承諾對經定義之特定類別之聽眾形成合理期待，而並非僅得針對直接對於單一投資人為之。⁹⁷⁵ 同時，仲裁庭認為區分「擔保投資人免於過於劇烈變化」之發言，以及「僅為政治發言或立法性質」之發言兩者間之差異，後者產生之期待有限，因投資人普遍上假設政治及善意之立法部門於公共利益之層面多會遇到挑戰和無法預期之變化。⁹⁷⁶ 仲裁庭檢視其發言後，僅為說明法案內容，並未有另為擔保不變之意。⁹⁷⁷ 進步言之，既有之獎勵機制之保障範圍應僅限於已經實際營運之投資人，而非對於所有可能適用之潛在投資人均有所保障。⁹⁷⁸

原告另基於既有之獎勵機制（**Conto Energia III**），認為其法案內容本身即構成合理期待，提供了清晰的法律框架使得原告據此計畫其商業計劃及為投資。⁹⁷⁹ 仲裁庭整理先前之仲裁判斷，確認對於是否得僅僅以原有之法案內容本身構成對法律穩定性之合理期待，而毋需任何外在的代表/代理（**representation**）或擔保，

⁹⁷¹ *Id.* ¶ 423.

⁹⁷² *Id.* ¶ 425.

⁹⁷³ *Id.* ¶ 428.

⁹⁷⁴ *Id.* ¶ 429-30.

⁹⁷⁵ *Id.* ¶ 432.

⁹⁷⁶ *Id.* ¶ 433.

⁹⁷⁷ *Id.* ¶ 434.

⁹⁷⁸ *Id.* ¶ 435-36.

⁹⁷⁹ *Id.* ¶ 437.

正反兩派見解均有前例。⁹⁸⁰ 於本件之具體事實，因原告之實際情況並未於既有之獎勵機制下符合資格並取得任何權利，毋庸討論。⁹⁸¹ 進步言之，假設既有之獎勵機制構成合理期待（僅為討論），原告並非獲益者，也無從主張合理期待之違反。⁹⁸²

此外，關於有無違反傘狀條款，由於本件並無投資契約或任何適用法律以外之書面形式約定，並且原告並非既有獎勵機制之適用對象，顯然難以適用傘狀條款。⁹⁸³ 關於有無徵收，原告主張其喪失透過既有之獎勵機制以特定之價格出售能源之預期。⁹⁸⁴ 問題在於原告無從其有財產權或已經建立之權利，在最好的情況下也僅是相當接近得以取得法律上之權利，然而既有之獎勵機制對於「將來」之法律上權利並無保障或規範，此等事實使得政府行為縱使損害了原告之商業計劃且使其財務上難以生存，也不等於徵收。⁹⁸⁵

第四項 法律分析

氣候變遷政策多需要長時間之籌備及落實，不論為限額與交易制度、命令與控制規範、或差異化類型之落實方式（請參第二章第一節第二項第一款），均會涉及相當複雜之制度及計算，許多時候並不會有明確之財產權或已經於法律上建立之權利，而須符合繁瑣之前提要件。當投資人僅僅取得「將來」之法律上權利時，若未能受有任何保障，對於進行大規模、長時間之投資人而言，恐將顯著削弱其商業動機。

現況下，國際氣候變遷法制並無強制力使各國落實其氣候目標，投資人多須仰賴地主國國內法規及相關事實，在此信賴基礎上評估並為投資。進步言之，符合氣候變遷政策之投資，是否應放寬保障之範圍及降低其標準，方得提高跨國投資人進行有助於改善氣候變遷問題之投資意願。

⁹⁸⁰ *Id.* ¶ 439.

⁹⁸¹ *Id.* ¶ 446.

⁹⁸² *Id.* ¶ 448-49.

⁹⁸³ *Id.* ¶ 462-63.

⁹⁸⁴ *Id.* ¶ 471.

⁹⁸⁵ *Id.* ¶ 472.

仲裁庭於討論政策目的時，除了增加太陽能光電產能之面向，並納入對投資人進行「公平收益」補貼、以及消費者考量等政策目的，並未提及氣候變遷議題，而單純進行各種不同層次之經濟面考量。換言之，仲裁庭於考量制度背後之政策目的時，亦非不得將地主國於氣候變遷議題下之氣候目標納入考量。進步言之，仲裁庭充分衡量氣候變遷議題之影響後，對於其所認定「公平收益」，將更足以說服全球社會以及民眾。

於程序層面，地主國則是展示經仲裁庭認可合乎比例原則以及透明化要求之漸進式調整，對於已經取得權利或相當接近完成之投資人有相應之保障，此部分之制度設計對於其他有意調整既有規範之地主國可供效法。

於合理期待如何形成，仲裁庭分別闡釋了易產生不同見解而有所分歧之環節，其一為如何認定公務員之公開發言有無擔保、是否形成期待，其二則為單獨法案本身之內容是否構成合理期待或需要其他擔保事證。由此可知，個別仲裁庭對於公平公正待遇原則下之合理期待之標準未有定論。

第三節 小結

本章主要討論涉及再生能源之投資仲裁案件。再生能源為有利於氣候變遷議題之產業，因其商業獲利模式尚未成熟，未能取代傳統之化石燃料產業，故再生能源產業高度依賴國家之政策支持，若政策有所變動，外國投資人之權利及利益將會受到劇烈影響。在此脈絡下，此類案件大量發生於西班牙及歐盟諸國，雖然仲裁庭均未論及氣候變遷議題。

第一節聚焦於西班牙之投資仲裁案件，西班牙之能源政策調整引發諸多投資仲裁案件，難以於有限篇幅中窮盡。個別仲裁庭對於西班牙是否因再生能源改革而負有責任採取了相當多樣化之方式為判斷，第一種，採納了依據上網電價機制主張，第二種，則完全否認原告之主張，第三種，則各自以不同的方式肯認以合理比例計算之利潤，展現了個別仲裁庭多樣化之觀點。本文僅由前述三種案件結果之類型中，選取案例數量較為多數之第一種及第三種仲裁判斷結果對於公平公

正待遇原則之解釋適用，進而為比較。

筆者認為西班牙系列案件之發展，正好說明了投資仲裁制度的彈性以及自我修正之可能性。投資仲裁介於公法與私法間之複雜性以及涉及之高額損害賠償，使得仲裁人亦有意追求足以平衡各方利益之解決方案。而公平公正待遇原則之抽象性，使得個別仲裁庭得各自摸索不同之解決方案，最終具有最佳平衡性之見解將由多數仲裁庭所採納。於更為複雜之氣候變遷議題，更需要此種不限於單一價值，並且具有高度影響力之爭端解決機制，於此種體制下將氣候變遷議題納入考量，與其他方面之考量折衝損益。

於 *9REN v. Spain* 案，仲裁庭並未依據地主國國內法而為解釋，而係強調再生能源產業之特殊性，於解釋公平公正待遇原則時，將此一併納入考量。進步言之，再生能源產業之特殊性，於間接層面，將氣候變遷議題實質納入考量，而做成更為有利於再生能源產業投資人之仲裁判斷。

此外，若再生能源產業之跨國投資人有意投資發展中國家，在缺少投資仲裁之保障下，地主國將更難以取信於跨國投資人，結論上更難以取得再生能源產業發展所需之資金及技術，更難以進行氣候變遷下所需之產業轉型。

第二節聚焦於義大利再生能源政策案件，主要討論尚處於籌資階段之投資人，用以檢視當後續氣候政策衍生之權利或利益得如何受保護、受到何種程度之保護。

氣候變遷政策多需要長時間之籌備及落實，會涉及相當複雜之制度及計算，許多時候並不會有明確之財產權或已經於法律上建立之權利，而須符合繁瑣之前提要件。當投資人僅僅取得「將來」之法律上權利時，若未能受有任何保障，對於進行大規模、長時間之投資人而言，恐將顯著削弱其商業動機。進步言之，符合氣候變遷政策之投資，是否應放寬保障之範圍及降低其標準，方得提高跨國投資人進行有助於改善氣候變遷問題之投資意願。

仲裁庭於考量制度背後之政策目的時，亦非不得將地主國於氣候變遷議題下

之氣候目標納入考量。進步言之，仲裁庭充分衡量氣候變遷議題之影響後，對於其所認定「公平收益」，將更足以說服全球社會以及民眾。

於合理期待如何形成，仲裁庭分別闡釋了易產生不同見解而有所分歧之環節，其一為如何認定公務員之公開發言有無擔保、是否形成期待，其二則為單獨法案本身之內容是否構成合理期待或需要其他擔保事證。由此可知，個別仲裁庭對於公平公正待遇原則下之合理期待之標準未有定論。

整體而言，前述之再生能源案件雖未直接討論氣候變遷議題，實質上已對於氣候變遷議題以及國家政策產生影響，亦可得知投資仲裁解釋適用公平公正待遇原則之多元性，藉此提供更為全面、平衡各方利益關係之仲裁判斷結果。

第六章 發展有利於減緩氣候變遷之投資仲裁程序：改革方向建議

第一節 投資仲裁與氣候變遷議題之關聯

對於氣候變遷議題，投資仲裁是否為必要之機制？於此脈絡下，投資仲裁機制本身之限制及可能性是否使其為適當之機制？相較於其他爭端解決機制之差異以及不可替代性為何？為了有助於各國因應氣候變遷之挑戰，直接排除適用投資仲裁機制之適用是否為妥適之解決方案？這些疑慮涉及投資仲裁機制與氣候變遷議題之相容性。

(一) 投資仲裁為中性且獨立之公共財

從公共財之角度出發，可知投資仲裁促進外國直接投資活動及強化其可預測性，並且創造了確保外國直接投資同時有利於締約國以及投資人之系統。⁹⁸⁶ 投資仲裁之架構減少了保護主義，並且鼓勵跨國界投資，更為重要的是，該系統於追求國家發展之時，最終會使得國家間之經濟不平等實質上減少。⁹⁸⁷ 投資仲裁係促進跨國界投資，並未限定投資之用途，本身為中性且獨立之爭端解決機制。

私人資金實際投資於化石燃料產業或再生能源產業(或其他低碳科技產業)，係基於商業考量，判斷各國相關政策、產業需求等經濟面因素而為決策，並非因投資仲裁機制現有之運作方式而決定投資於化石燃料產業或再生能源產業。私人資金，於不考量永續發展等其他道德因素之情況下，通常而言，最主要之考量仍是如何獲利。

在此前提上，各國政府如何於自身之產業政策、法規等方面貫徹氣候政策，進而使私人資金認為投資於再生能源產業相較於投資於化石燃料產業更有利益、更有保障、更為長遠，方為正本清源之道。

部分論者分析西班牙再生能源系列案件時，認為跨國投資人從中獲利，更表

⁹⁸⁶ Barnali Choudhury, *International Investment Law as a Global Public Good*, 17 LEWIS & CLARK L. REV. 481, 481-82 (2013).

⁹⁸⁷ *Id.* at 504.

示多數原告均非單純之再生能源公司而係私募基金或其他金融投資人，逾半數之案件之原告更同時於化石燃料產業或核能產業進行投資。⁹⁸⁸ 此種論述之前提為想像一種僅僅投資於再生能源之純潔的外國投資人，而僅願意對於此種想像中之投資人進行投資。考量現實層面，除非單純投資再生能源產業(或低碳科技產業)已經有明確之營利方式和穩定且大規模之市場需求，否則現有之市場機制本來即無法提供此種產業生存空間，故需要政府大量挹注資金以促進私人資金增加願意進入此類產業之意願。

進步言之，投資仲裁機制本身僅為爭端解決機制，並無特定之價值取向，各國政府於談判或簽署投資協定時，具體於前言、實質條文內容所植入之價值判斷等方具有明確之價值取向。換言之，若將投資協定視為契約，投資仲裁機制則為監督當事人是否落實契約之爭端解決機制爾爾，當契約之規定不公平或背離時代需求時，應改變解釋契約之方式或重新修訂契約內容，而非直接廢棄既有之爭端解決機制，單純之制度上真空不必然導向任何之權利義務關係之變化。

(二) 投資仲裁具有不可替代性及多樣性

相較於人權法院，於跨國爭端解決機制中，投資仲裁機制係少數與人權法院相同，得由私人直接向國家提起，並有強而有力之強制執行機制，更得做成高額之損害賠償金額，對於國家或跨國企業均有相當之政治及經濟上影響，其影響層面及力道得以更為直接且明確地改變政策走向，與跨國人權法院具有顯著之差異。相較於國對國之貿易法及氣候變遷法上之爭端解決機制，投資仲裁機制得以免去政治化之影響，更有效率地解決紛爭。相較於各國國內法院，投資仲裁機制得以免除各國政治之影響。簡言之，目前尚無具有同等之重要性或影響力之跨國爭端解決機制，直接排除適用投資仲裁機制，將使此類投資紛爭如何解決直接落入制度上之真空，僅能仰賴各國政府間之商業談判達成某種程度上之補償。

投資仲裁機制具有高度之變化性，除了個別投資協定視締約國之具體需求而

⁹⁸⁸ Bárcena & Flues, *supra* note 892, at 12.

有不同偏重，依個案成立之投資仲裁庭亦得依據個別仲裁人之專業背景而對於系爭投資協定做成針對特定投資紛爭所適用之法律解釋，如同民事法上之契約自由原則，對於如何簽訂、如何解釋投資協定均有高度彈性及操作空間。投資仲裁機制相較於需要相當數量國家同意之多邊或複邊條約，更有機會做成符合當代需求之法律解釋，並據此做成平衡各方利益之仲裁判斷結果，取信於紛爭當事人以及公眾。於處理相近事實卻有不同之仲裁判斷結果之西班牙系列案件可知，於 9REN v. Spain 案及 PV Investors v. Spain 案，對於西班牙最高法院以及再生能源產業之特殊性，即有不同之解釋。

(三) 投資仲裁有處理氣候變遷議題之空間

於氣候變遷之脈絡下，討論以投資仲裁處理的限制與可能性。由投資仲裁之制度目的而言，後續因越來越多國家同時具有資本出口國以及資本進口國之雙重身分，已不再拘泥於傳統分界。締約國得將永續發展等概念引進投資協定，亦得將氣候變遷納入投資協定之目的。於投資協定之限制下，如何維護公共利益以及非經濟價值，多見於投資仲裁庭如何解釋適用公平公正待遇原則以及徵收。部份投資協定則採取多樣化方式進行規範，以建構政策空間。進步言之，於氣候變遷之脈絡下，不歧視原則、比例原則及傘狀條款均有案例考量公共利益，投資仲裁庭或得援引有利之仲裁庭見解，進而實際拓展地主國於氣候變遷議題下之政策空間。此外，依據VCLT 第 31 條第 3 項 (a) 段與 (b) 段，投資仲裁庭於解釋投資協定時亦應考量締約方後續之協議，依據三角關係理論，更為著重國際公法上「投資人母國」以及「締約國」之角色，使得投資中才得以回應國家對其之期待及要求。進步言之，依據關聯性責任或投資人母國責任之角度，或得使氣候變遷議題得到更廣更深之實踐。

就程序面而言，管轄權雖有其限制適用之範疇，然而得因投資協定之具體條文內容而有相當豐富之變化性，得以充分反映締約國所欲偏重之價值或公共利益追求。並且，投資仲裁，除高額且有跨國強制執行機制之金錢損害賠償之外，亦有非金錢損害賠償之仲裁判斷，得使地主國展現其維護穩定投資環境之意願，更可減少高額金錢損害賠償之發生，於特定情況下或為更佳選擇。於投資協定所適

用之國際法層面，有機會使國際氣候變遷規範與地主國國內措施產生連結，或適用內國法層面，使地主國內國法成為仲裁庭判斷是否違反公平公正待遇原則之重要因素。



進步言之，投資仲裁下之反訴使地主國得於投資仲裁庭前對於外國投資人之不法行為究責。於仲裁實務，地主國為反訴並取得有利仲裁判斷結果之案例雖有限，然因投資協定及投資仲裁庭之多樣性，仍有相當可觀之發展空間。而第三人參與、公開化及透明化程序側重於投資仲裁之公共性質，得使非政府組織得以提供多元觀點及意見，使社會有機會觀察並參與價值判斷之辯論。故可知投資仲裁之程序面提供了諸多機會，使得投資仲裁庭得以考量氣候變遷議題，並且將公共利益納入考量。

承前所述，不論係於程序面或實體面，投資仲裁均有相當之彈性及延展性，藉由投資仲裁庭援引有利之論述，有多種方式得以建立氣候變遷議題或其他公共利益與投資仲裁之連結。於 *Eco Oro v. Colombia* 案，仲裁庭藉由梳理地主國國內法，著重環境保護，更引進預警原則以及比例原則。於 *9REN v. Spain* 案，仲裁庭對於再生能源產業結構之認定，實質上有助於再生能源產業之長期發展與保障，進而有利於氣候變遷議題。

（四）氣候變遷議題需要大量私人投資

全球技術擴散（diffusion）對於氣候變遷減緩以及調適均扮演要角，而跨國投資以及跨國金融對於全球技術擴散亦屬關鍵，此類資金流動受到投資協定如何因應氣候變遷相關措施影響，結論而言，投資協定會影響如何應對氣候變遷。⁹⁸⁹ 投資協定能夠減少外國投資人之管制及政治風險，並且創造誘因以吸引潔淨能源或減碳技術，故於投資協定充分處理氣候變遷議題，得以保障規範空間，亦得增加國家於經濟上及技術上因應氣候變遷之能力。⁹⁹⁰ 轉型為低碳經濟高度仰賴私人資本的注入，然而許多低碳技術相較於高碳排放之替代方案而言，成本較高，

⁹⁸⁹ Condon, *supra* note 359, at 305.

⁹⁹⁰ *Id.* at 307.

因私人資本多考量是否獲益而決定是否為投資，意謂僅有在公共資本的支持下（例如：直接補貼或債務擔保等），方能驅動私人資本。⁹⁹¹

私人資本與私人所有之技術對於如何轉型為低碳經濟扮演關鍵角色。⁹⁹² 由於缺少全球共通之碳價規範，促進私人投資者參與轉型之規範性誘因主要係影響其等投資所獲得之收入，國家藉由各種支持機制，使得低碳投資（low-carbon investment）之經濟上可行性提高。⁹⁹³ 低碳投資計畫涵蓋再生能源計畫、改良能源效率（energy efficiency）以及碳捕捉及儲存（carbon capture and storage）等方面。⁹⁹⁴ 國家或區域層級建立之碳排放交易機制，更會藉由制定上限以及交易等方式影響低碳經濟本身於經濟上可行性。⁹⁹⁵ 基於國家試圖將碳排放之外部性藉由管制轉換為內部成本的體制設計，低碳投資對於規範風險（regulatory risks）格外敏感脆弱。⁹⁹⁶

低碳投資本質上係長期且資本密集（capital-intensive）之投資，對於此種投資之經濟基礎為事後公共介入，將會大幅增加氣候政策之成本。⁹⁹⁷ 為了促進低碳投資，不僅僅關注於收入面，也應關注風險面，減少風險也是增加誘因之一種方式。⁹⁹⁸

國家實施再生能源支持機制時，時常陷入事後變更其金額及期間之誘惑，對於再生能源之發展產生負面影響，由歐洲經驗可見一斑。⁹⁹⁹ 對於投資人而言，國家支持之強度是影響預期收益最重要的因素，也因此成為再生能源投資中最具有風險的環節。¹⁰⁰⁰ 國家支持再生能源之機制是否成功繫諸於公共機構（public authority）對於長期承諾之可信度。¹⁰⁰¹ 公共機構能夠撤回已承諾之支持或縮短其支持期間長度，拒絕支付或減少支付之數額。¹⁰⁰²

⁹⁹¹ Daniel M. Firger & Michael B. Gerrard, *Harmonizing Climate Change Policy and International Investment Law: Threats, Challenges and Opportunities*, in YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW & POLICY 2010-2011, 517, 555-56 (Karl P. Sauvant ed., 2010).

⁹⁹² Boute, *supra* note 338, at 614.

⁹⁹³ *Id.*

⁹⁹⁴ *Id.*

⁹⁹⁵ *Id.*

⁹⁹⁶ *Id.*

⁹⁹⁷ *Id.* at 615.

⁹⁹⁸ *Id.*

⁹⁹⁹ *Id.* at 623-24.

¹⁰⁰⁰ *Id.* at 624.

¹⁰⁰¹ *Id.*

¹⁰⁰² *Id.* at 625.

理論上而言，當國家拒絕繼續其據以吸引投資人之支持機制，既有之投資法標準有足以充分保護低碳投資之投資人之潛在空間，藉由部分徵收（*partial expropriation*）、公平公正待遇原則（合理期待）、國民待遇原則及最惠國待遇原則、傘狀條款等種種途徑。¹⁰⁰³ 然而，國際投資法有高度之分歧性，基於其不同之組成、個案事實之分殊以及並無判例之拘束。¹⁰⁰⁴ 既有之投資協定，並未提供低碳投資明確且特定之保護，也因為國際投資法高度之分歧性，難以由仲裁庭創造絕對之保護標準。¹⁰⁰⁵

學者有言，過度著重於投資仲裁可能的抑制效果，或是將投資者視為污然者意圖濫用法律保障，抑或是綠色社群對抗貪心的、不環保的投資人的想像，在在忽視了私人資本及私人所有之技術，對於重新校正全球經濟成為更加有利於對抗氣候變遷之模式，係不可或缺的重要成分。¹⁰⁰⁶

投資協定並非環境條約，係全球化及經濟自由化脈絡之一部，並非直接設計為有利於低碳投資之目的。¹⁰⁰⁷ 氣候法與投資法為互補且互相強化的，兩種法體系以不同手段促進投資，兩者共通之目標為吸引私人資本（尤其係外國資本），並使得技術移轉至發展中國家，氣候法創造誘因，投資法則提供保護使其免於非商業性風險。¹⁰⁰⁸ 進步言之，兩種法體系均相當重視投資人之期待，氣候法基於收入面而創造權利及期待，投資法基於風險面則提供保護。¹⁰⁰⁹

對於需要外國資金及技術以因應氣候變遷挑戰之發展中國家而言，投資協定雖使國家放棄特定方面之主權，減少對於已進入國內投資之管控，相較於實際進行外交談判等國與國之間之談判方式，仍為相對有彈性並且自由之鼓勵外國投資人於國內進行投資之管道。對於擔憂商業風險或規範風險之外國投資人而言，排除投資仲裁機制之外，發展中國家若需要另行提供經濟上或金錢上之擔保或保障，

¹⁰⁰³ *Id.* at 651-52.

¹⁰⁰⁴ *Id.* at 652.

¹⁰⁰⁵ *Id.* at 656.

¹⁰⁰⁶ *Id.* at 660.

¹⁰⁰⁷ *Id.* at 662.

¹⁰⁰⁸ *Id.* at 661.

¹⁰⁰⁹ *Id.* at 661-62.

或將形成更高之門檻及障礙，進而變相減少發展中國家應對氣候變遷之資源。



(五) 排除適用投資仲裁無實質利益

國家亦得藉由普遍例外條款或氣候特定之例外條款來排除投資協定之適用。¹⁰¹⁰ 廣泛且易於適用之排除適用條款 (carve-out)，確保氣候政策不受到貿易規範限制。¹⁰¹¹

就氣候變遷而言，因現有科學僅能指出可能性及潛在風險，舉證責任之分配將對於結果產生重大影響。¹⁰¹² 氣候變遷規範之政治及經濟之本質，使其同時含有公益及私益之雙重追求，何者為首要目標以及個別目標之影響程度難以明確區分，並非純粹之公益追求，容易引起爭執。¹⁰¹³ 國家若採取使原告負擔舉證責任之規範方式，於氣候變遷議題較為可行，也得協助維持國際投資仲裁機制之政治上正當性。¹⁰¹⁴

Bradly J. Condon 統整了四種使得氣候變遷措施免於違反投資協定之方式：第一，使系爭措施不適用於投資協定整體之適用範圍；第二，使系爭措施不適用於特定義務之適用範圍；第三，使系爭措施適用投資協定但不違反投資協定；第四，使違反投資協定之系爭措施透過例外規定正當化。¹⁰¹⁵ 經由不同之條約設計，仲裁庭得以於適用投資協定之不同階段使得出於善意 (*bona fide*) 氣候變遷相關措施與投資協定下國家所負有之義務相容。¹⁰¹⁶ 結果雖同，舉證責任之分配則因投資協定之架構而相異，原告須證明系爭措施適用投資協定或適用投資協定中之特定義務，以及系爭措施違反投資協定，被告 (地主國) 則須證明系爭措施適用於例外規定。¹⁰¹⁷ 其中，例外規定則分為三類，限定於特定義務，或普遍適用於整個投資協定，又或是依據習慣國際法。¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁰ Firger & Gerrard, *supra* note 991, at 561.

¹⁰¹¹ *Discussion Paper: A New, Climate-friendly Approach to Trade*, SIERRA CLUB, 1, 4 (2016), <https://www.sierraclub.org/sites/default/files/uploads-wysiwig/climate-friendly-trade-model.pdf>.

¹⁰¹² Condon, *supra* note 359, at 308.

¹⁰¹³ *Id.*

¹⁰¹⁴ *Id.* at 308-09 (2015).

¹⁰¹⁵ *Id.*

¹⁰¹⁶ *Id.*

¹⁰¹⁷ *Id.*

¹⁰¹⁸ *Id.* at 306.

於投資協定引入普遍性之例外條款，相較於排除善意之環境措施於投資協定之適用範圍，因其將舉證責任歸諸於被告方，恐將造成更多問題，相較於其所欲解決的問題。¹⁰¹⁹ 儘管投資協定之架構於實踐上高度多樣化，仲裁庭仍有必要之彈性得以於個案中追求正解。¹⁰²⁰ 學者建議直接採用革命性之解釋方式，使得並無普遍排除適用範圍之投資協定，得以藉由解釋直接排除對於善意之環境措施之適用，使得該等措施免於受到條約規範以及國際習慣法標準之規範。¹⁰²¹

部份投資協定基於 GATT 第 20 條及 GATS 第 14 條建構普遍適用之例外條款，然此類條款如何解釋引發諸多問題，更有過於限縮之虞。¹⁰²² 上訴機構對於 GATT 第 20 條曾做成革命性解釋，雖然將貿易法之解釋引入投資法需謹慎為之，對於條約做出革命性解釋 (evolutionary treaty interpretation) 得使仲裁庭考量演化中之法律概念，並不限於貿易條約。¹⁰²³

承前所述，不論係將投資協定之保護範圍限定於有助於氣候變遷之投資 (由投資人負擔舉證責任)，或規定例外條款 (由地主國負擔舉證責任)，如何明確規範標準均亦成為問題，難以實際有助於氣候變遷議題之發展。進步言之，單純將投資協定限制於有利於氣候變遷議題，僅為理想中之空中樓閣，殊難想像外國投資人會因投資協定而刻意為低碳技術之投資，實際上僅會減少外國投資人跨國為任何投資之意願，且不必然增加對於低碳技術之投資。

第二節 解釋論

當投資仲裁於氣候變遷之脈絡下為必要、適當、不可取代之爭端解決機制時，投資仲裁庭或投資協定之締約國得以何種方式，於不為修改既有之投資協定條文規範內容時，將氣候變遷議題納入其審理範圍，使得投資仲裁庭符合當代需求，充分考量各方需求而為適當之仲裁判斷，進而落實投資仲裁機制於全

¹⁰¹⁹ *Id.* at 338.

¹⁰²⁰ *Id.* at 339.

¹⁰²¹ *Id.* at 338.

¹⁰²² *Id.* at 309.

¹⁰²³ *Id.* at 317.

球治理下所扮演之角色潛能。

投資仲裁本身僅為爭端解決機制，不為直接之價值優劣判斷，然為利建立制度正當性，除了確實維護外國投資人之權益之外，亦應同時考量全球社會、地主國民眾、締約國民眾之需求，方得避免各國政府因民意反彈而無從繼續既有之投資協定，或難以順利簽署投資協定。

氣候變遷議題基於其全球性本質，縱使實際對於各地之影響會因各地之地形、氣候、位置等因素而有變動，是否有氣候變遷之事實以及相應之科學證據均有延展性，換言之，相較於其他環境議題、勞動議題或人權議題，更有可能放諸四海而皆準，更有可能穿透不同之案件事實而共通其論述方式及相關事證。考量到大多數投資協定均未有明確規範公共利益之條款，並且涵蓋存續條款（*survival clauses*）使其保護期間延長，顯然有必要考量以條文解釋之手段使非經濟利益得到應有之重視。¹⁰²⁴

承前所述，由於實際於國際投資仲裁進行氣候變遷議題之論述的可能影響迄今仍未於任何案例中證實，本文推測係因身為國際投資仲裁之發起者暨跨國投資人以及各國政府均難以評估可能之影響，而遲遲未能將氣候變遷議題納入投資仲裁庭審理之範圍。對於國家而言，當國家受到氣候變遷之影響相當顯著，並且對於氣候政策有相當堅定之信心時，較有可能主動提出氣候變遷議題以捍衛自身之氣候政策。對於投資人而言，當其自身之商業利益以及經營權結構全然支持氣候變遷議題時，較有可能主動提出氣候變遷議題。進步言之，在國際投資仲裁體制之發展下，對於非雙方當事人之第三人之權益日漸重視，由第三人暨非營利組織於投資仲裁庭中發起氣候變遷議題之討論似乎更有機會。然此部分均為個別主體內部之利益權衡，僅能靜待與氣候變遷議題緊密相關之投資紛爭數量增多後，若有主體主動提出氣候變遷議題時，方得驗證實質之走向及趨勢。

¹⁰²⁴ Stephan W. Schill & Vladislav Djanic, *International Investment Law and Community Interests*, in *COMMUNITY INTERESTS ACROSS INTERNATIONAL LAW* 221, 235 (Eyal Benvenisti & Georg Nolte eds., 2018).

回歸國際投資仲裁機制本身將以何種方式承載氣候變遷議題，或將氣候變遷之影響納入其審理範圍之方式，進而避免遭公眾以「與氣候變遷議題之全球共通之公共利益絕緣」罵名進行抵制或反對，本文謹提出以下三種方式：(一) 利用 VCLT 第 31 條強化締約國意見以及氣候變遷法規之影響、(二) 於公平公正待遇原則強化地主國國內法比重、以及 (三) 於公平公正待遇原則強化投資人盡責義務。以上三種方式，於地主國具有友善氣候變遷議題之意見表示、國內法論述以及簽署氣候變遷法規之事實時，促使投資仲裁庭直面氣候變遷議題，將氣候變遷議題納入其權衡之各方利益之中，進而使最終之投資仲裁判斷係權衡氣候變遷議題後做成之決定，而非無視於全球社會共同面對之氣候變遷議題而做成之決定。長遠而言，國際投資仲裁機制亦得強化自身之公信力及說服力，使得各國民眾得以信賴此等機制，亦使各國政府得繼續推進與他國政府締結投資協定之對外政策，使得全球社會均得繼續享有國際投資仲裁機制帶來之促進全球資金及技術流動之活躍商業環境。

(一) 利用 VCLT 第 31 條強化締約國意見以及氣候變遷法規之影響

投資協定係各國政府間簽署之國際條約，自應具有一定之國際公法性質，對於如何具體解釋投資協定之內容，締約國與投資仲裁庭各應享有一定比例之權重，而非全然偏重投資仲裁庭，而輕視締約國所扮演之角色。投資仲裁庭得於何種條件下如何考量締約國對投資協定所表示之意見，即為本處討論之重點。

依據 VCLT 第 31 條第 3 項 c 款，當投資協定之締約國雙方同樣為氣候條約之締約方時，投資仲裁庭得參考氣候條約為判斷，雖然許多氣候措施並未受該等條約規範，較難解決規範衝突。¹⁰²⁵

於最為理想之境，當系爭投資協定之締約國均為特定之氣候變遷國際條約之締約國時，藉由 VCLT 第 31 條第 3 項直接將該等氣候變遷之國際條約視為系

¹⁰²⁵ Firger & Gerrard, *supra* note 991, at 566.

爭投資紛爭應適用之國際法，據此為投資仲裁判斷，將使本無強力之爭端解決機制之氣候變遷法制得以進入具有強力之爭端解決機制之國際投資仲裁體系，而落實各國自定之氣候政策目標。舉例而言，學者建議將 ECT 第 26 條第 6 項解釋為涵蓋巴黎協定等氣候變遷條約，以及環境法上原則，使得投資協定之解釋與氣候變遷法相符。¹⁰²⁶

於次要理想之情境，當系爭投資協定之締約國同時或個別為意見表示時，投資仲裁庭應對締約國之意見為論述，闡明其法律地位，同時表明何以採納或不予採納之理由。依據學者 Anthea Roberts 所提出之三角關係以及締約國角色等論述，當實際審理投資紛爭時，地主國以及投資人母國均得對投資協定表示意見，將使地主國以及投資人母國之民眾以及非營利組織等利害關係人得以監督自身政府，亦有可能使第三人（當地民眾）之權利及利益納入投資仲裁庭之考量範疇。

於 *Eco Oro v. Colombia* 案以及 *Windstream v. Canada* 案，投資協定之締約國均有表示意見，雖締約國之間並未形成共識，然仲裁庭亦應對此表示意見，並參考締約國意見為審理。於投資仲裁體制下，賦予投資協定締約國一定之地位參與，與第三人參與、公開化及透明化程序有相近之作用，得以使得公共利益進入投資仲裁庭之審理範圍，亦得反應地主國民眾、投資人母國民眾以及其他民眾或非營利組織之觀點。

（二）於公平公正待遇原則強化地主國國內法比重

於第四章及第五章可知個別之投資仲裁庭對於公平公正待遇原則之解釋適用，因實際解釋之條約文字有所差異，也因個別投資仲裁庭所關注之方向而有所差異，並無明確之共通範圍或定義。對於國家及投資人而言，難以利用明確之標準事前預測可能之仲裁判斷結果，有高度之不可預測性。反之，此種開放性及不可預測性，正使得個別之投資仲裁庭得以利用此種曖昧空間，將氣候變遷議題藉

¹⁰²⁶ Anja Ipp, *Regime Interaction in Investment Arbitration: Climate Law, International Investment Law and Arbitration*, KLUWER ARBITRATION BLOG (Jan.12, 2022), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/12/regime-interaction-in-investment-arbitration-climate-law-international-investment-law-and-arbitration/>.

由對於國內法之解讀以及評價，納入其審理範圍，進而使得氣候變遷議題本身直接或間接地進入投資仲裁庭之審理範圍。

關於國內法之相關討論，此處主要討論投資協定之文字並未明文規範之情形，請參第三章第一節第三項，此處暫不討論部分新型之投資協定直接將是否符合國內法或地主國國內法為適用法等規範內容納入條約文字，以規範是否為受投資協定保護之投資等將國內法直接明文規定於投資協定之情況。

於 *Eco Oro v. Colombia* 案，仲裁庭討論如何認定有無徵收時，利用地主國之檔地法律規定以及憲法法庭判斷均有提及預警原則，使得判斷有無徵收時，亦得考量預警原則，更表示外國投資人應認識本案有預警原則之適用。前述案件中仲裁庭於討論公平公正待遇原則時，並未再度提及預警原則，然公平公正待遇原則亦可為類似之論理。於氣候變遷之脈絡下，若地主國之當地法規或憲法法庭亦有預警原則或重視氣候變遷議題之相關論述，仲裁庭得以據此加強地主國國內法所扮演之角色。

於 *PV Investors v. Spain* 案，仲裁庭依據地主國規範框架以及最高法院判決，認為外國投資人無從期待上網電價機制不予改變，再次肯認地主國國內法、最高法院判決對於投資仲裁庭之判斷有所影響。當地主國國內法或最高法院判決長期支持氣候變遷議題或明確貫徹有利於氣候變遷之環境法原則時，仲裁庭得藉此種管道，將氣候變遷議題之討論納入投資仲裁之審理範圍。

（三）於公平公正待遇原則強化投資人盡責調查義務

投資仲裁庭於解釋公平公正待遇原則時，提及投資人於地主國進行投資前有必要事先進行盡責調查義務（*due diligence investigation*）之案例逐漸增加。

¹⁰²⁷ 外國投資人不僅應評估商業上風險，亦應評估普遍性的社會政治上風險，

¹⁰²⁷ Yulia Levashova, *The Role of Investor's Due Diligence in International Investment Law: Legitimate Expectations of Investors*, KLUWER ARBITRATION BLOG (April 22, 2020), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/22/the-role-of-investors-due-diligence-in-international-investment-law-legitimate-expectations-of-investors/>.

顯然已經超出為自身利益考量所為評估範圍，進而影響地主國如何依據公共利益行使其管制權（right to regulate），同時也有企業社會責任之應用。¹⁰²⁸

為了適當地評估有無違反合理期待，投資仲裁庭於再生能源案件，依據謹慎之外國投資人是否得以預見制度性變化而為判斷，主要考量盡責義務實際實施之形式及內容是否適當。¹⁰²⁹ 現有之仲裁庭已將投資人盡責調查義務發展為衡量有無違反合理期待之其中一種考量，依據仲裁庭而定，對於其形式及內容尚無明確之標準。¹⁰³⁰

於 *Eco Oro v. Colombia* 案，地主國於是否有非法徵收時，主張投資人於事前調查時，應知悉地主國已有長期保護環境之事實，不得構成合理期待，惜此未經仲裁庭肯認。反之，投資仲裁庭於論述公平公正待遇原則時，則肯認有外國投資人有盡責調查義務之存在，惜非本案之論述重點。故可知現有之仲裁實務雖已有投資人盡責調查義務之概念，然尚未積極建構其形式及內涵。

進步言之，若將跨國氣候變遷法制、各國承諾之氣候目標以及各國國內之氣候變遷政策及法規納入投資人盡責調查義務之必要內容，則投資仲裁庭於評估公平公正待遇原則之合理期待時，自得將氣候變遷議題之影響一併納入考量，使得投資仲裁機制免於隔絕於氣候變遷議題之外，減少做成使全球社會或地主國民眾難以苟同之仲裁判斷。

再者，於 *Windstream v. Canada* 案，地主國係為保護當地環境，投資人則為再生能源產業，兩方均得有利於氣候變遷議題。考量諸多再生能源均需要大面積之土地以進行生產活動，後續亦會有諸多再生能源之投資人涉及與環境議題之衝突。若投資仲裁庭得藉由投資人盡職調查義務，將投資前進行投資案是否對於氣候變遷議題有正面影響一併納入考量，或得減少紛爭之發生，長期而言，亦將真正有助於釐清氣候變遷議題之實際需求。

¹⁰²⁸ *Id.*

¹⁰²⁹ *Id.*

¹⁰³⁰ *Id.*

於 PV Investors v. Spain 案，仲裁庭依據地主國規範框架以及最高法院判決，認為外國投資人無從期待上網電價機制不予改變。若得將氣候變遷議題納入考量，則外國投資人亦應同時考量地主國於氣候變遷法制下之氣候政策目標，則仲裁庭是否仍會判斷再生能源投資人之期待不應受到保障，或有另論。

退萬步言，若以上三種方式均無從使氣候變遷議題進入投資仲裁體制，在此種情況下因政治現實或其他考量因素，不論係地主國或外國投資人均不願意提及氣候變遷議題，僅僅將其視為背景事實，此時若第三人參與之制度相對健全時，或可期待非紛爭當事人之第三人基於全球社會之公共利益，於氣候變遷相關之投資紛爭，直接向仲裁庭表示意見並提出相關事證，使得投資仲裁庭得同時衡量氣候變遷因素。

第三節 立法論

解釋條約仍有相當之限度，為能最佳反應氣候變遷議題之需求，當投資協定之締約國均有共識並將投資協定之條約內容修改為有助於各國處理氣候變遷議題時，締約國有哪些類型之締約方式？於此，各方提出了多樣化之不同方式，從不同角度拓寬投資協定之想像。

國家得於協商未來之投資協定或重新協商既有之投資協定時，使該等投資協定對於公共利益更為敏感，並且保留使決策者得為規範之空間。¹⁰³¹ 為了因應氣候變遷，貿易規範得從以下三種方向為調整，使得貿易政策得以充分反映現實需求：減少限制政府採取氣候政策之貿易規範，利用貿易規範達成氣候協議之目標並且促進氣候政策（終止化石燃料補貼以及增加再生能源投資）、以及減少貿易對於氣候之影響（強化公共利益標準並且減少運輸產生之碳排放）。

1032

投資協定中氣候友善（climate-friendly）之條款有兩種方向，前者為調整投

¹⁰³¹ Schill & Djanic, *supra* note 1024, at 234.

¹⁰³² SIERRA CLUB, *supra* note 1011, at 2.

資協定以增加地主國規範之彈性空間，後者為利用投資協定促進低碳資金流動。¹⁰³³ 如何於投資人面對之規範風險以及政府面對之訴訟風險間取得平衡，於不同之市場應有不同之答案，較為大型之市場縱使有較高之規範風險仍得吸引外國投資人，反之，經濟上較無吸引力之市場為了吸引外國投資人，需要大幅減少規範風險並且更加維護投資人之權益。¹⁰³⁴ 較為大型之市場通常也有較高之碳排放量，憑藉大型市場本身即已具備對於外國投資人之吸引力，其等應協商具有更為充足政策空間之投資協定以因應氣候變遷之挑戰。¹⁰³⁵

國家得於投資協定之前言明確規範氣候變遷，使其成為投資協定之目的，或是直接採用氣候條約文字以免去任何誤解或曖昧之解釋空間，正面且積極地加強投資協定對於氣候變遷政策之保障。¹⁰³⁶

明確最惠國待遇原則之適用，將有助於國家之政策空間，因投資人可能會援引先前簽署較無氣候意識之投資協定而使嶄新條約內容無效化，也使得地主國無從因為資金來源國有無氣候相關措施而為不同待遇，也得避免投資人援引其他投資協定之實體或程序上保護規範（尤其於另有投資協定規定須窮盡國內救濟途徑為前提要件時）。¹⁰³⁷ 於 2007 Investment Agreement for the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) 投資協定第 17 條則規定了考量國民待遇原則時，應考量對於當地、區域以及國家環境之影響，以此方式明確國民待遇原則之適用範圍。¹⁰³⁸

投資協定得以明確限制間接徵收的定義，並且明文規定出於公益目的之措施不違反投資協定。¹⁰³⁹ 或者，參考部分區域貿易協定例外排除依據 WTO TRIPs 所為之強制授權，投資協定得直接將氣候相關條約規定之義務明文規範於投資協定，使得國家依據氣候條約所為之措施不會違反投資協定下之徵收、不歧視原則等各項標準。¹⁰⁴⁰

¹⁰³³ Finger & Gerrard, *supra* note 991, at 557.

¹⁰³⁴ Condon, *supra* note 359, at 336.

¹⁰³⁵ *Id.*

¹⁰³⁶ Finger & Gerrard, *supra* note 991, at 562-63.

¹⁰³⁷ *Id.* at 560.

¹⁰³⁸ *Id.* at 560-61.

¹⁰³⁹ *Id.* at 557-58.

¹⁰⁴⁰ *Id.* at 558.

關於公平公正待遇原則，部份投資協定直接於近期簽署之投資協定中排除此類規定，部份投資協定則將公平公正待遇原則與最低保障待遇原則連結，部份投資協定則提供更為精準之定義。¹⁰⁴¹ 對於國際習慣法下之最低保障待遇原則（*minimum standard of treatment*），其法律解釋應依循演變中之國際習慣法而為。¹⁰⁴² 釐清公平公正待遇原則之標準，將實際保障之合理期待範圍明確化，對於國家有意創造穩定且可預測之投資環境以吸引投資人亦相當有利。¹⁰⁴³ 若經過適當的草擬，更為明確不曖昧的公平公正待遇原則，將得以區別可能損害氣候友善規範措施之合理期待，以及地主國未能繼續其保障低碳投資之必要政策所生之合理期待。¹⁰⁴⁴

為於公平公正待遇原則下建構出政策空間，學者建議採用限縮間接徵收之同等方式，進而避免公平公正待遇原則過於浮濫之問題。¹⁰⁴⁵ 於公平公正待遇原則中，從氣候政策的角度出發，最容易產生問題的環節即為合理期待，簡單言之，當國家透過法律、規定和行動等於投資人心中創造特定期待後，投資人一旦進行投資，國家則改變既有之法律和規範，此種改變嚴重影響國家先前制度性創造之期待時，是不公平的。¹⁰⁴⁶

為確保進入國內之投資與地主國因應氣候變遷之措施相符合，亦得限制投資協定之保護限於遵循地主國國內法律之投資，例如 *Netherlands-Costa Rica* 投資協定第 10 條規定僅適用於遵循地主國國內法律及規範，更於條文例示關於勞動與環境相關法規。¹⁰⁴⁷

於投資協定下設計實績要求（*performance requirement*），協助地主國確保外國資金流有助於氣候變遷政策，例如：要求移轉潔淨能源技術。¹⁰⁴⁸ 於 *Japan-Swiss FTA (2009)* 第 9 條要求締約國雙方鼓勵有利於環境之貨品及服務。

¹⁰⁴¹ *Id.* at 558-59.

¹⁰⁴² Condon, *supra* note 359, at 333.

¹⁰⁴³ Firger & Gerrard, *supra* note 991, at 559.

¹⁰⁴⁴ *Id.* at 559-60.

¹⁰⁴⁵ Choudhury, *supra* note 314, at 49.

¹⁰⁴⁶ Firger & Gerrard, *supra* note 991, at 544-45.

¹⁰⁴⁷ Marshall, *supra* note 363, at 63.

¹⁰⁴⁸ Firger & Gerrard, *supra* note 991, at 563.

1049 實績要求也得要求外國投資人協助當地社群增進實力，以因應氣候變遷之挑戰。¹⁰⁵⁰

激進的提案直接翻轉整個系統，允許國家、受到影響之社群以及公共利益團體直接向投資人提起訴訟。¹⁰⁵¹ Morocco-Nigeria BIT 提供了諸多革新規範方式，建構了投資人責任的可能型態。¹⁰⁵² Morocco-Nigeria BIT 第 14 條規定，投資應於實際為投資前進行環境影響評估（以投資人母國或地主國較為先進之一方為標準），對於潛在投資應為社會影響評估，整體上評估及決策並應貫徹預防原則。¹⁰⁵³ Morocco-Nigeria BIT 第 18 條規定，投資人及投資均應維護地主國之人權，並且不得以侵害投資人母國或地主國為締約國之國際環境、勞動及人權規範之方式管理或營運其投資。¹⁰⁵⁴ Morocco-Nigeria BIT 第 20 條規定，當投資人於地主國造成重大之損害、人身傷害或生命喪失時，應於投資人母國之司法程序下負有民事責任。¹⁰⁵⁵ 國家亦可將迄今為止僅為宣示性質之條款強化為對投資人母國具有約束力之法律上義務，例如：促進低碳投資、促進潔淨能源之技術移轉等。¹⁰⁵⁶

於已開發國家與開發中國家間之投資協定，條約得規定已開發國家主動促進於開發中國家之投資，並且雙方合作進行技術移轉（*technology transfer*）以及增進國家實力。¹⁰⁵⁷ Brazil-Malawi BIT 第 3.4 條及第 4 條利用了聯合委員會以及特別行政單位（*ombudsmen*）促進雙方間更多互動、增加互相合作及支持之機會。¹⁰⁵⁸

氣候變遷問題本身隱含之不平等，造成三種問題：國家間歷史上應負擔之

¹⁰⁴⁹ *Id.* at 563-64.

¹⁰⁵⁰ *Id.* at 564.

¹⁰⁵¹ SIERRA CLUB, *supra* note 1011, at 9.

¹⁰⁵² Choudhury, *supra* note 314, at 54.

¹⁰⁵³ Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement Between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, Morocco- Nigeria art. 14, Dec., 3, 2016, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>.

¹⁰⁵⁴ *Id.* art. 18.

¹⁰⁵⁵ *Id.* art. 20.

¹⁰⁵⁶ Firger & Gerrard, *supra* note 991, at 564.

¹⁰⁵⁷ Choudhury, *supra* note 314, at 59-60.

¹⁰⁵⁸ *Id.* at 60 (2020); Investment Cooperation and Facilitation Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Malawi, Braz.-Malawi, arts. 3.4, 4, June 25, 2015, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4715/download>.

責任比例如何影響今日之義務分擔、第一線承擔氣候變遷影響之社群有無權利對現況為法律上挑戰或請求損害賠償、以及因再生能源取代化石燃料產業所生之勞動人口轉型問題。¹⁰⁵⁹ 部分提案建議於貿易規範中落實氣候政策，批評者認為其將不公正地侵害民主政府之自主權，然而氣候變遷為全球議題，少數國家之不行為之負面結果將外溢至其他國家，結論上影響其他國家對於未來之自主決定權，故應有強而有力之國際規範以落實氣候政策。¹⁰⁶⁰ 對於開發中國家而言，參考 WTO 體系下之「特殊且差異之待遇」(Special and Differential Treatment) 原則條款，提供開發中國家於投資人保護時更多自由空間使其得以管制措施發展其目標，試舉一例，投資仲裁庭於裁量時應考量地主國之發展程度。¹⁰⁶¹

做為替代法庭之友並突破其限制之方案為「指派獨立專家」，仲裁庭自當事人指定之清單內指派獨立專家更為全面地協助仲裁庭衡量非經濟議題並做成適當之判斷，例如，評估科學證據、判斷系爭措施之社會及經濟影響、以及衡量措施與公共利益目的有無關聯。¹⁰⁶²

其他方案另有：於貿易規範對外國投資人為基本要求，若未履行，亦有相應究責機制。¹⁰⁶³ 允許政府限制外國化石燃料產業。¹⁰⁶⁴ 協助要求落實氣候協定之承諾，並且提供所需資金。¹⁰⁶⁵ 於協商議約階段，為了充分考量公共利益，則應使公眾參與，並將談判過程透明化。¹⁰⁶⁶

由政治現實之角度觀察，以上有助於氣候變遷之投資協定方案，均會耗費締約國大量之時間及心力。國內政治使得國際合作變得困難，進而影響實際之條約條款。¹⁰⁶⁷ 其中，利益團體同時扮演壓力團體以及資訊提供者，一方面影響政府偏好，一方面成為資訊來源。¹⁰⁶⁸ 當無從達成國際合作時，不得簡化為

¹⁰⁵⁹ SIERRA CLUB, *supra* note 1011, at 3.

¹⁰⁶⁰ *Id.*

¹⁰⁶¹ Choudhury, *supra* note 314, at 59.

¹⁰⁶² *Id.* at 58.

¹⁰⁶³ SIERRA CLUB, *supra* note 1011, at 1, 5, 9.

¹⁰⁶⁴ *Id.* at 6.

¹⁰⁶⁵ *Id.* at 7.

¹⁰⁶⁶ *Id.* at 13.

¹⁰⁶⁷ HELEN V. MILNER, INTERESTS, INSTITUTIONS, AND INFORMATION: DOMESTIC POLITICS AND INTERNATIONAL RELATIONS 234 (1977).

¹⁰⁶⁸ *Id.* at 247-48.

國家間的問題，而應指向個別國家政府所面對且無從克服之國內政治問題。¹⁰⁶⁹ 增加開放性得使政府領導者更有意願配合，也將創造更多將合作視為有利之國內團體，甚至刺激政治制度改變為更為偏好合作行為之制度。¹⁰⁷⁰ 最重要的是，應將國際合作視為國內政治之一種功能，於行政部門認為國際合作與其國內目標相符時方得實現。¹⁰⁷¹

由此觀點，所有之政策（涵蓋外交政策），都是內部妥協、折衷之結果，反映了國內團體之偏好以及權力。¹⁰⁷² 當國家內部有複數行為者有著不同之政策偏好時，這些行為者將會尋求實現其偏好，進而創造國家內部之交涉。¹⁰⁷³ 若國家具有政治制度使得一個以上之行為者影響決策過程，政策選擇會反應其談判程序。¹⁰⁷⁴ 如何取得國內共識以避免國內團體之威脅或內戰，有時會造成在國際角度而言不理性之行為。¹⁰⁷⁵ 普遍而言，於內部有越多數量之團體與執政部門共享權力以及這些團體之偏好歧異性越高，於國際間形成合作或衝突之難度越高，同時預防了國際間合作及國際間衝突。¹⁰⁷⁶

對於政策制定者而言，評估自身政策時應瞭解國內情況，評估他國行為時應瞭解他國內部情況，他國國內之信號亦應重視，他國之歷史及替代方案亦應重視，進而減少誤判或疏忽。¹⁰⁷⁷

以投資協定全體觀之，絕大多數有效之投資協定並未涵蓋直接提及永續發展目標之規範，使永續發展及 SDG 成為各國投資談判及協商之主流，發展系統性方法有其必要。¹⁰⁷⁸ 縱使，部分新型投資協定已將永續發展納入實質條文，主要仍限制於「例外、建議以及政治性承諾」，相較於施加國家或投資人有拘束力之法律義務。¹⁰⁷⁹ 由於此類條文本質上為宣示性，並未創造可供強致執行之權利或義務，也未創造規範空間（regulatory space），依其本身無從抵銷投資協

¹⁰⁶⁹ *Id.* at 251.

¹⁰⁷⁰ *Id.* at 252.

¹⁰⁷¹ *Id.* at 252-53.

¹⁰⁷² *Id.* at 256.

¹⁰⁷³ *Id.*

¹⁰⁷⁴ *Id.*

¹⁰⁷⁵ *Id.* at 257-58.

¹⁰⁷⁶ *Id.* at 259.

¹⁰⁷⁷ *Id.* at 259-61.

¹⁰⁷⁸ Human Rights Council, *supra* note 352, ¶ 20.

¹⁰⁷⁹ *Id.* ¶ 21.



第四節 小結

投資仲裁機制為鼓勵跨國界投資，意圖減少國家間經濟不平等。而私人資金係基於商業考量決定投資於何種產業，並非因投資仲裁機制而為決定。各國政府實際如何貫徹氣候政策，長遠而言，方得真正增加低碳技術之投資金額。可知投資仲裁機制本身僅為中性且獨立之全球社會之公共財，本身並不排除氣候變遷議題之討論。

相較於其他跨國爭端解決機制以及各國國內法院，投資仲裁所提供得由私人直接向國家提起仲裁之管道，具有不可替代性。而投資仲裁之高額金錢賠償，賦予其高度之影響力及重要性。再者，因投資協定及依個案設立之仲裁庭，提供了多樣化之操作空間，更有機會做成妥適之仲裁判斷。由投資仲裁之程序面及實體面多方觀察（請參第三章），投資仲裁雖有既有之限制，同時亦有多元化之可能性，使其得以處理氣候變遷議題。

氣候變遷議題需要大量私人投資，私人投資對於各國如何轉型為低碳經濟為關鍵因素。投資仲裁得以增加國家對於外國投資人之可信度。廣義而言，氣候法提供外國投資人各種機制上之誘因，而投資法則提供保障，兩者都促進技術及私人資金移轉至發展中國家，對於發展中國家為有效且可行之方案。

排除適用投資仲裁恐將產生額外之不利益，各種排除適用投資仲裁之規範方式須衡量如何分配舉證責任，以及如何具體特定標準及範圍，均成難題。並且，單純為了氣候變遷議題而設計投資協定不必然會帶來有助於氣候變遷議題之私人投資。

經檢視氣候變遷議題與投資仲裁之關聯性，可知投資仲裁於氣候變遷之脈絡下為必要、適當且不可替代之爭端解決機制，進而討論如何於既有投資協定之上，

¹⁰⁸⁰ *Id.* ¶ 32.

將氣候變遷議題納入投資仲裁庭之審理範圍。本文謹提出以下三種方式：

「利用 VCLT 第 31 條強化締約國意見以及氣候變遷法規之影響」，依據 VCLT 第 31 條第 3 項 c 款，當投資協定之締約國雙方同樣為氣候條約之締約方時，投資仲裁庭得參考氣候條約為判斷，雖然許多氣候措施並未受該等條約規範，較難解決規範衝突。於最為理想之境，將使本無強力之爭端解決機制之氣候變遷法制得以進入具有強力之爭端解決機制之國際投資仲裁體系，而落實各國自定之氣候政策目標。於次要理想之境，當系爭投資協定之締約國同時或個別為意見表示時，投資仲裁庭應對締約國之意見為論述，闡明其法律地位，同時表明何以採納或不予採納之理由。

「於公平公正待遇原則強化地主國國內法比重」，可知投資仲裁庭對於公平公正待遇原則之解釋適用，因實際解釋之條約文字有所差異，也因個別投資仲裁庭所關注之方向而有所差異，並無明確之共通範圍或定義。此種開放性及不可預測性，正使得個別之投資仲裁庭得以利用此種曖昧空間，將氣候變遷議題藉由對於國內法之解讀以及評價，納入其審理範圍，進而使得氣候變遷議題本身直接或間接地進入投資仲裁庭之審理範圍。於氣候變遷之脈絡下，若地主國之當地法規或憲法法庭亦有預警原則或重視氣候變遷議題之相關論述，仲裁庭得以據此加強地主國國內法所扮演之角色，並將氣候變遷議題之討論納入投資仲裁之審理範圍。

「於公平公正待遇原則強化投資人盡責義務」，藉由投資仲裁庭解釋投資人盡責義務之必要內容，得要求外國投資人事先進行投資對於氣候變遷議題之影響評估、並且審慎評估、預測地主國於國際法及國內法上之氣候變遷相關規範下之義務，進而於投資仲裁機制下妥適評估對於氣候變遷之影響。

投資協定得放寬地主國政策空間，使其得採行氣候政策，同時亦得促進低碳技術之資金流動。當締約國取得共識時，有諸多方案得於投資協定之框架下積極處理氣候變遷議題：於條約前言規範氣候變遷、限制最惠國原則、限制間接徵收、明文限縮公平公正待遇原則、要求遵循地主國國內法律、設計實績要求、建構投資人責任或強化投資人母國義務、要求已開發國家技術移轉、考量地主國發展程

度、指派獨立專家等。

由現實角度觀察，實際談判或簽署有利於氣候變遷議題之投資協定，高度仰賴各國政府整合國內不同意見並且取得跨國共識，實有相當難度。再者，縱使部分新型投資協定將永續發展等概念記載於條約文字，仍多限於宣示性意義，尚未創造明確之權利義務關係。



第七章 結論

國際投資法似乎與氣候變遷之近期發展相背離，國際投資協定本身對於氣候變遷議題保持沈默，達成氣候變遷目標之規範有可能於投資人保護規範下造成損害賠償責任。¹⁰⁸¹ 國家有兩種主要的工具，胡蘿蔔（獎勵）和棍子（懲罰），用以達成減少溫室氣體排放之目標，兩種方式都伴隨著投資法下之風險。¹⁰⁸² 獎勵的部分涉及鼓勵低碳科技之投資，可能使得外國投資人建立合理期待，對於未來之增補提出請求，反之，懲罰的部分會影響既有之化石燃料產業，可能影響外國投資之價值，進而形成間接徵收或違反公平公正待遇原則之請求。¹⁰⁸³

能源產業佔有近三分之二的溫室氣體排放量，許多國家需要顯著地改變其能源結構方能達成減少碳排放之目標，而這些措施很有可能會使得化石燃料產業之投資人於投資協定下尋求賠償。¹⁰⁸⁴ 基於能源憲章條約超過 70 件之投資仲裁案例中，均未將地主國於氣候變遷法下之責任納入考量，並未將投資人保護與地主國規範碳排放之權利相權衡，或是以任何其他方式分析兩種法律體系下之互動。

1085

衝突難以避免且會持續發生，由於不同國際法體系下有自我完滿（self-contained）本質並且追求單一之目的，一方追求保護環境，另一方則追求保護外國投資。¹⁰⁸⁶ 難以針對特定類型之案例普遍化仲裁庭將會如何進行審理，因為個案均基於不同之國內規範框架、不同之投資協定條約規定，以及個別案件之具體背景事實。¹⁰⁸⁷ 仲裁判斷雖無有約束力之判決先例體制，近乎所有仲裁判斷均有引述先前之仲裁判斷，並且在內容上解釋或適用共通存在於大部分投資協定之標準時，有實質影響。¹⁰⁸⁸

Anthea Roberts 將對國際投資仲裁體制改革方向提出之各方意見分類為三種

¹⁰⁸¹ Ipp, *supra* note 1026.

¹⁰⁸² *Id.*

¹⁰⁸³ *Id.*

¹⁰⁸⁴ *Id.*

¹⁰⁸⁵ *Id.*

¹⁰⁸⁶ Firger & Gerrard, *supra* note 991, at 517-18.

¹⁰⁸⁷ Condon, *supra* note 359, at 330.

¹⁰⁸⁸ Schill, *supra* note 14, at 20-21.

陣營：漸進主義者 (incrementalists)、系統改革者 (systemic reformers) 以及典範轉移者 (paradigm shifters)。¹⁰⁸⁹ 漸進主義者認為各種問題都得以重點性改善，並且擔心系統性的大幅度改革會破壞既有之指派仲裁人之中立性、判斷之終局性 (finality)、可得強制執行之既有制度、以及去政治化功能。¹⁰⁹⁰ 系統改革者之主要倡議者為歐盟、加拿大以及模里西斯 (Mauritius)，一方面維持投資人於國際層面直接向國家提起訴訟之權利，一方面以多邊投資法院及上訴機制取代既有之仲裁機制，整體上強調因個案指派所生之不一致性 (inconsistency)、條約解釋之不可預測性、以及正當性 (legitimacy) 顧慮。¹⁰⁹¹ 系統改革者之路線若未能取得一定數量之支持者，將有創造更為碎片化系統之風險。¹⁰⁹² 典範轉移者則以巴西 (Brazil) 及南非 (South Africa) 為代表，兩者均強烈反對現有之投資仲裁機制，反對使投資人得以直接向國家提起訴訟，巴西轉向國家對國家之仲裁 (State-State Dispute Settlement)，南非則轉向當地法院或其他替代性爭端解決機制。¹⁰⁹³ 多數之仲裁實務工作者傾向於支持漸進主義者。¹⁰⁹⁴ 整體而言，國際法之造法過程仍在持續進行，但是內容上轉為強調將經濟目標 (對於私人之優勢保護) 重新校正，在角色上則因政治經濟勢力之位移，不論新舊勢力都仍有諸多分歧，結論上形成更為自由、富有實驗性並且量身定做的制度。¹⁰⁹⁵

於氣候變遷越發劇烈影響各國民眾現實生活環境之背景事實下，各國對於投資仲裁體制應如何改革，是否應維持由投資人於國際法層面上直接向國家提起訴訟之權利，是否應維持既有之投資仲裁機制之系統均有不同意見。部分表明未來將退出 ECT 之政府更意圖說服全球社會，投資仲裁機制與氣候變遷議題無法相容，故需要以退出之激進方式保留自身之政策空間。

事實上，投資協定本身既係由締約國之間討論條約內容，締約國對於實質之權利義務有高度之介入空間，並非不得透過第六章所述之解釋論，使得氣候變遷議題成為投資仲裁庭所考量之範疇。進步言之，締約國更得直接修改或簽署有助

¹⁰⁸⁹ Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, 112 AM. J. INT'L L. 410, 410 (2018).

¹⁰⁹⁰ *Id.* at 415.

¹⁰⁹¹ *Id.* at 416.

¹⁰⁹² *Id.* at 421.

¹⁰⁹³ *Id.* at 416-17.

¹⁰⁹⁴ *Id.* at 418.

¹⁰⁹⁵ *Id.* at 431-32.

於氣候變遷之投資協定。換言之，投資仲裁機制本身並無絕對之偏好或傾向，而投資協定之偏好或傾向並非不得由締約國或投資仲裁庭予以變化。

本文第二章之出發點為目前有哪些氣候變遷國際法規範，有哪些爭端解決機制正在處理氣候變遷議題相關之紛爭，進而形塑出在不討論投資仲裁之前提下現有之處理氣候變遷議題之廣義之背景事實。

氣候變遷會造成多方面之影響。於健康層面，氣候變遷會造成與熱度有關之健康問題（例如：熱浪）、空氣污染、極端氣候事件及自然災害、擴散的致病媒介、營養問題、精神健康問題以及其他風險（例如：遷移、生物多樣性以及政府之資源分配）。氣候變遷議題要求集體行動，然而因各國不同的利益考量，難以達成責任分擔，以及消除國內對於去碳化所造成之潛在經濟及社會成本。全球社會並未產出全面性的、由上而下的規範。或許需要以多層次之方法，得以應對社會不平等、提供更多實驗機會、對國家施壓提高減碳目標、以及利用貿易法創造集體行動之誘因，迴避多邊協商之路徑。

UNFCCC 提供了氣候變遷體系的基本框架，而京都議定書建立了時程表和目標，以及遵循體制。前者反應了軟法的途徑，強調促進國際合作，後者反應了硬法的途徑，強調了裁罰。京都議定書設立了有拘束力之排放目標，為了分配各國負擔，本條約豁免發展中國家，使其等免於有拘束力之目標，同時使歷史上貢獻最多溫室氣體排放之工業化國家承擔最為沈重之目標。結論上遭到大國反對。巴黎協定採用由下而上方式，著重於反應各國的自主決策，並強化透明化及可歸責規範。巴黎協定是法律上有效的文件，不再區分是否為已開發國家而全球性地為規範，其建立了每五年更新的長期機制，並且以透明化、可歸責性的同儕及公眾壓力為主要監督機制。相對於現實需求，巴黎協定以及各國之國家自定貢獻難以達成設定目標，更傾向於宣示長期目標。整體而言，現有之國際氣候變遷法制本身並未提供有拘束力且得以強制執行之法律上承諾，也缺乏以貿易為基礎之強制執行機制，對於責任分擔並未有明確答案。

基於氣候變遷政策的經濟面影響，介於氣候變遷議題及國際經貿體系間的潛

在衝突是相當廣泛的，故而國家發展氣候政策時經常將貿易法做為其主要考量面向。由於高度政治性及其潛在影響範圍過於龐大，聯合國氣候變遷條約體系並未直接明確規定貿易措施或是貿易措施於氣候變遷政策下之定位。UNFCCC 及京都議定書簡略論及貿易措施，而巴黎協定保持全然沈默，並未表示此等爭議已有定論，而後待各體系於個案的界定中逐漸釐清。此外，WTO 提供之救濟手段是嚴格的限於前瞻性 (prospective)，多限於要求移除違規行為，賠償僅限於促進未來的遵循，而非填補過去的損失。

從人權法及環境法之角度觀之，許多氣候變遷所造成之負面影響係由因為地理位置、性別、年齡、身心障礙或文化及種族背景所導致之弱勢族群不成比例地承受，同時，此類族群過去製造之溫室氣體排放量是最少量的。人權法上之平等原則及不歧視原則，要求處理並補救氣候變遷對於弱勢族群之不成比例之影響，確保氣候行動將使脆弱環境下之人群獲益，並且減少不平等。國際人權機構以及國際法院對於特定糾紛之當事國雖有拘束力，然其等缺乏有效之強制執行機能，因此僅僅具有象徵意義，而並無可得執行之強制力。人權法體系以及區域人權法院增進其作為國家不法行為之監督者之功能，卻持續性地難以對商業行為者之不法行為為糾正。

於各國國內法院氣候變遷訴訟而言，均可能面臨「因果關係」、「科學證據」以及「權力分立原則」等法律問題。於美國，有最多數量且多樣化之氣候變遷案例，整體而言雖肯認氣候變遷之科學證據，原告仍須負擔高額成本，且難以取得賠償，成功率仍偏低。於法國，則有先進之環境法規，亦有高額罰款和有利之潛力，整體而言，仍難以利用氣候變遷訴訟案件直接促使國家政府為有利之行動。於我國亦有氣候變遷訴訟，然目前尚未有判決結果。相較於國內法院，氣候變遷訴訟之原告仍多傾向對於國際司法機構提出訴訟案件，可減少國內政府之影響，也可增加對外之影響力。

投資仲裁機制為私人對於國家得以提起訴訟之跨國爭端解決機制。國際貿易法、國際人權法以及各國國內法院各有其受限之處。國際貿易法因上訴機構危機、以及久未更新之法規範，尚未能清楚定義貿易法與氣候變遷之交界。並且，國際

貿易法僅限於向未來所為之救濟，並未能充分填補所造成之損害，整體而言，更為政治化、政策導向。國際人權法主要仍係對於國家，且其賠償金額相對有限，管轄範圍亦有限，多為象徵性之示範作用，難以在經濟層面上確實造成影響。各國國內法院對於跨國事務於程序層面上多有受限，且受到各國國內法法規、各國國內法院發展程度之影響。相對於本章節所介紹之各種爭端解決機制，國際投資仲裁機制，其提供外國投資人得以直接且獨立地向地主國提起投資仲裁，其並有高額之金錢賠償與強致執行制度，顯然難以由其他跨國爭端解決機制取而代之，或有機會成為各種多層次之爭端解決機制中的一種，有效協助各國因應氣候變遷。

第三章，於氣候變遷之脈絡下，討論以投資仲裁處理的限制與可能性，本章分為實體面及程序面之不同議題分別為討論。實體面而言，分為以下三項：（一）制度目的、（二）政策空間、以及（三）國家實踐：締約國合意。

「制度初始目的」，最初係為提供跨國且去政治化之爭端解決機制，藉由提供更為有效率且中立之仲裁機制，促進外國投資，藉此機制平衡投資前後地主國以及外國投資人於權力及風險上之不對等。後續因越來越多國家同時具有資本出口國以及資本進口國之雙重身分，已不再拘泥於傳統分界。締約國得將永續發展等概念引進投資協定，亦得將氣候變遷納入投資協定之目的。

「政策空間」，當國家未受到投資協定之限制時，原初享有無限制之政策空間。於投資協定之限制下，如何維護公共利益以及非經濟價值，多見於投資仲裁庭如何解釋適用公平公正待遇原則以及徵收。部份投資協定則採取多樣化方式進行規範，以建構政策空間。進步言之，於氣候變遷之脈絡下，不歧視原則、比例原則及傘狀條款均有案例考量公共利益，投資仲裁庭或得援引有利之仲裁庭見解，進而實際拓展地主國於氣候變遷議題下之政策空間。

「國家實踐：締約國合意」，依據VCLT 第 31 條第 3 項 (a) 段與 (b) 段，投資仲裁庭於解釋投資協定時亦應考量締約方後續之協議，依據三角關係理論，更為著重國際公法上「投資人母國」以及「締約國」之角色，使得投資中才得以回應國家對其之期待及要求。進步言之，依據關聯性責任或投資人母國責任之

角度，或得使氣候變遷議題得到更廣更深之實踐。



程序面而言，分為以下五項：(一) 管轄權、(二) 仲裁判斷之既有類型及效力、(三) 國內法及內國法之適用、(四) 反訴、以及(五) 第三人參與、公開化及透明化程序。

「管轄權」視投資協定之具體條約條款而定，而多數之低碳投資均符合投資法下所定義之「投資」。地主國得藉由地主國環境規範、國內法規範、對地主國之經濟發展等要件限縮實體保護之範圍。此外，因氣候政策下衍生之權利及利益是否得獨立成為投資協定之保護標的亦為可能問題。故管轄權當然有其限制適用之範疇，然而得因投資協定之具體條文內容而有相當豐富之變化性，得以充分反映締約國所欲偏重之價值或公共利益追求。

「仲裁判斷之既有類型及效力」，通常而言，投資人多主張金錢損害賠償，於制度上，仲裁庭仍得為非金錢損害賠償之仲裁判斷，進而使地主國展現其維護穩定投資環境之意願，更可減少高額金錢損害賠償之發生，於特定情況下或為更佳選擇。從氣候變遷議題之觀點，僅就高額且有跨國強制執行機制之金錢損害賠償而言，投資仲裁即已提供了再生能源之外國投資人於國際氣候變遷法制、國際貿易法制、國際人權法院以及各國國內法院無從提供之救濟方案。若私人有意要求國家維持既有之氣候政策，為長時間且有效之監督，投資仲裁難以由其他跨國爭端解決機制取而代之。進步言之，若投資仲裁庭放寬對於非金錢損害賠償之跨國責任，於回復原狀同時有利於地主國及投資人時，地主國得免於高額之金錢損害賠償，並且投資人得以繼續其既有之投資。

「國內法及內國法之適用」，原則上投資協定之適用法律均涵蓋國際法，然而國際法係採廣義或狹義之定義，則影響投資仲裁庭如何解釋適用投資協定。於國際法層面，已有部分投資仲裁案例及投資協定提及人權議題。而如何將國際氣候變遷規範與地主國國內措施產生連結，尚缺乏共通之原則。於內國法層面，除了作為事實，亦得成為仲裁庭判斷是否違反公平公正待遇原則之重要因素。

「反訴」使地主國得於投資仲裁庭前對於外國投資人之不法行為究責。投資仲裁庭須檢視是否為系爭投資協定為同意之範圍，以及有無緊密連結。同意之標準依個案仲裁庭而定，多數仍要求於條約文字為明確之同意。有無緊密連結亦有事實上連結以及法律上連結兩說。於仲裁實務，地主國為反訴並取得有利仲裁判斷結果之案例仍有限。然因投資協定及投資仲裁庭之多樣性，仍有相當可觀之發展空間。

「第三人參與、公開化及透明化程序」側重於投資仲裁之公共性質，更使非政府組織得以提供多元觀點及意見。考量投資仲裁如何面對全球社會及公民社會所扮演之角色，不應僅考量如何有效率地解決紛爭，更應考量使社會有機會觀察並參與價值判斷之辯論。投資仲裁於適度之第三人參與、公開化及透明化程序下，對於全球社會、地主國民眾、投資人母國民眾等，亦得成為討論、形成共識之機會。不同之投資協定、不同之投資仲裁庭均為實驗之一部，測試各國人民長遠而言對於各種利益之間如何折衝平衡為最佳解。

由於對現況之不滿多來自於地主國（被告），實體及程序之改革多造成限縮使用爭端解決機制之門檻，並且強化對於投資人之監督，在各種變形之中，並未創造真正之投資人責任。國際投資仲裁體制作為國際法領域中之新品種，因其去中心化之決策程序以及影響國內核心公共事務之影響力，有機會釐清尚未成形之投資人責任。

從 Jones Day 律師事務所之角度分析，涉及氣候變遷之投資仲裁案件，部分源自於因氣候相關措施而損害投資價值，部分則源自於國家調整或削弱既有鼓勵再生能源投資之措施，部分則源自於環境許可。本文討論之實際案例主要關注兩方面，其一為地主國基於環境保護因素進而影響投資（請參第四章），其二為地主國調整既有之再生能源政策（請參第五章）。地主國與化石燃料產業投資人間之投資糾紛，雖為最直接關聯且有高度影響之面向，然現查無已公開之仲裁判斷，故無從由此類案例檢視目前投資仲裁庭面對氣候變遷議題時之態度為何。

第四章，第一則案例為礦業開採對氣候變遷，簡言之，則為破壞環境之產業

與全球性之環境議題之爭，第二則案例則為另一種典型之環境議題，再生能源政策與環境保護相衝突，通常會體現於選址等問題。此外，兩件案例中均有締約國針對投資協定表示意見之部分，得由此檢視仲裁庭對於締約國表示意見之基本態度。廣義而言，氣候變遷議題亦屬於全球性的環境議題，將來之投資人或地主國有意於投資仲裁討論氣候變遷議題時，此類環境案例有高度之參考性。

於 *Eco Oro v. Colombia* 案，可知地主國國內法以及憲法法庭判決內容，對於仲裁庭如何解釋適用徵收標準產生重大影響，甚至使仲裁庭適用預警原則以判斷有無徵收，惜於公平公正待遇原則雖簡單提及投資人盡責調查義務，更側重於地主國行為不一致之事實。於 *Windstream v. Canada* 案，則側重於地主國公告停止後之法律上及契約上之真空狀態。

仲裁庭雖於多處整理締約國提出之法律意見，多數時候均未將締約國提出之法律意見作為論述依據，仍回歸國際法或國際習慣法或既有案例為論述之基礎。參考第三章整理之締約國角色可知，投資協定之當事國身為締約國本身即有部分解釋、解釋適用條文之權力。投資仲裁庭無視締約國提出之意見，不僅難以反應締約國真意，也同時限制了自身回應當代需求之可能性。

再者，政策空間於間接徵收以及公平公正待遇原則有何具體內容，於案例中仍未能得知。仲裁庭高度偏重個案事實，而拒絕給出明確之標準，使得標準於個案均有所不同，難以預測。

第五章，主要討論涉及再生能源之投資仲裁案件。再生能源為有利於氣候變遷議題之產業，因其商業獲利模式尚未成熟，未能取代傳統之化石燃料產業，故再生能源產業高度依賴國家之政策支持，若政策有所變動，外國投資人之權利及利益將會受到劇烈影響。在此脈絡下，此類案件大量發生於西班牙及歐盟諸國，雖然仲裁庭均未論及氣候變遷議題。

第一節聚焦於西班牙之投資仲裁案件，西班牙之能源政策調整引發諸多投資仲裁案件，難以於有限篇幅中窮盡。個別仲裁庭對於西班牙是否因再生能源改革

而負有責任採取了相當多樣化之方式為判斷，第一種，採納了依據上網電價機制主張，第二種，則完全否認原告之主張，第三種，則各自以不同的方式肯認以合理比例計算之利潤，展現了個別仲裁庭多樣化之觀點。本文僅由前述三種案件結果之類型中，選取案例數量較為多數之第一種及第三種仲裁判斷結果對於公平公正待遇原則之解釋適用，進而為比較。

筆者認為西班牙系列案件之發展，正好說明了投資仲裁制度的彈性以及自我修正之可能性。投資仲裁介於公法與私法間之複雜性以及涉及之高額損害賠償，使得仲裁人亦有意追求足以平衡各方利益之解決方案。而公平公正待遇原則之抽象性，使得個別仲裁庭得各自摸索不同之解決方案，最終具有最佳平衡性之見解將由多數仲裁庭所採納。於更為複雜之氣候變遷議題，更需要此種不限於單一價值，並且具有高度影響力之爭端解決機制，於此種體制下將氣候變遷議題納入考量，與其他方面之考量折衝損益。

於 *9REN v. Spain* 案，仲裁庭並未依據地主國國內法而為解釋，而係強調再生能源產業之特殊性，於解釋公平公正待遇原則時，將此一併納入考量。進步言之，再生能源產業之特殊性，於間接層面，將氣候變遷議題實質納入考量，而做成更為有利於再生能源產業投資人之仲裁判斷。

此外，若再生能源產業之跨國投資人有意投資發展中國家，在缺少投資仲裁之保障下，地主國將更難以取信於跨國投資人，結論上更難以取得再生能源產業發展所需之資金及技術，更難以進行氣候變遷下所需之產業轉型。

第二節聚焦於義大利再生能源政策案件，主要討論尚處於籌資階段之投資人，用以檢視當後續氣候政策衍生之權利或利益得如何受保護、受到何種程度之保護。氣候變遷政策多需要長時間之籌備及落實，會涉及相當複雜之制度及計算，許多時候並不會有明確之財產權或已經於法律上建立之權利，而須符合繁瑣之前提要件。當投資人僅僅取得「將來」之法律上權利時，若未能受有任何保障，對於進行大規模、長時間之投資人而言，恐將顯著削弱其商業動機。進步言之，符合氣候變遷政策之投資，是否應放寬保障之範圍及降低其標準，方得提高跨國投資人

進行有助於改善氣候變遷問題之投資意願。

仲裁庭於考量制度背後之政策目的時，亦非不得將地主國於氣候變遷議題下之氣候目標納入考量。進步言之，仲裁庭充分衡量氣候變遷議題之影響後，對於其所認定「公平收益」，將更足以說服全球社會以及民眾。



於合理期待如何形成，仲裁庭分別闡釋了易產生不同見解而有所分歧之環節，其一為如何認定公務員之公開發言有無擔保、是否形成期待，其二則為單獨法案本身之內容是否構成合理期待或需要其他擔保事證。由此可知，個別仲裁庭對於公平公正待遇原則下之合理期待之標準未有定論。

整體而言，前述之再生能源案件雖未直接討論氣候變遷議題，實質上已對於氣候變遷議題以及國家政策產生影響，亦可得知投資仲裁解釋適用公平公正待遇原則之多元性，藉此提供更為全面、平衡各方利益關係之仲裁判斷結果。

第六章，先行檢視投資仲裁與氣候變遷議題之整體互動。投資仲裁機制為鼓勵跨國界投資，意圖減少國家間經濟不平等。而私人資金係基於商業考量決定投資於何種產業，並非因投資仲裁機制而為決定。各國政府實際如何貫徹氣候政策，長遠而言，方得真正增加低碳技術之投資金額。可知投資仲裁機制本身僅為中性且獨立之全球社會之公共財，本身並不排除氣候變遷議題之討論。相較於其他跨國爭端解決機制以及各國國內法院，投資仲裁所提供得由私人直接向國家提起仲裁之管道，具有不可替代性。而投資仲裁之高額金錢賠償，賦予其高度之影響力及重要性。再者，因投資協定及依個案設立之仲裁庭，提供了多樣化之操作空間，更有機會做成妥適之仲裁判斷。由投資仲裁之程序面及實體面多方觀察（請參第三章），投資仲裁雖有既有之限制，同時亦有多元化之可能性，使其得以處理氣候變遷議題。氣候變遷議題需要大量私人投資，私人投資對於各國如何轉型為低碳經濟為關鍵因素。投資仲裁得以增加國家對於外國投資人之可信度。廣義而言，氣候法提供外國投資人各種機制上之誘因，而投資法則提供保障，兩者都促進技術及私人資金移轉至發展中國家，對於發展中國家為有效且可行之方案。排除適用投資仲裁恐將產生額外之不利益，各種排除適用投資仲裁之規範方式須衡量如

何分配舉證責任，以及如何具體特定標準及範圍，均成難題。並且，單純為了氣候變遷議題而設計投資協定不必然會帶來有助於氣候變遷議題之私人投資。

經檢視氣候變遷議題與投資仲裁之關聯性，可知投資仲裁於氣候變遷之脈絡下為必要、適當且不可替代之爭端解決機制，進而討論如何於既有投資協定之上，將氣候變遷議題納入投資仲裁庭之審理範圍。本文謹提出以下三種方式：

「利用 VCLT 第 31 條強化締約國意見以及氣候變遷法規之影響」，依據 VCLT 第 31 條第 3 項 c 款，當投資協定之締約國雙方同樣為氣候條約之締約方時，投資仲裁庭得參考氣候條約為判斷，雖然許多氣候措施並未受該等條約規範，較難解決規範衝突。於最為理想之境，將使本無強力之爭端解決機制之氣候變遷法制得以進入具有強力之爭端解決機制之國際投資仲裁體系，而落實各國自定之氣候政策目標。於次要理想之境，當系爭投資協定之締約國同時或個別為意見表示時，投資仲裁庭應對締約國之意見為論述，闡明其法律地位，同時表明何以採納或不予採納之理由。

「於公平公正待遇原則強化地主國國內法比重」，可知投資仲裁庭對於公平公正待遇原則之解釋適用，因實際解釋之條約文字有所差異，也因個別投資仲裁庭所關注之方向而有所差異，並無明確之共通範圍或定義。此種開放性及不可預測性，正使得個別之投資仲裁庭得以利用此種曖昧空間，將氣候變遷議題藉由對於國內法之解讀以及評價，納入其審理範圍，進而使得氣候變遷議題本身直接或間接地進入投資仲裁庭之審理範圍。於氣候變遷之脈絡下，若地主國之當地法規或憲法法庭亦有預警原則或重視氣候變遷議題之相關論述，仲裁庭得以據此加強地主國國內法所扮演之角色，並將氣候變遷議題之討論納入投資仲裁之審理範圍。

「於公平公正待遇原則強化投資人盡責義務」，藉由投資仲裁庭解釋投資人盡責義務之必要內容，得要求外國投資人事先進行投資對於氣候變遷議題之影響評估、並且審慎評估、預測地主國於國際法及國內法上之氣候變遷相關規範下之義務，進而於投資仲裁機制下妥適評估對於氣候變遷之影響。

投資協定得放寬地主國政策空間，使其得採行氣候政策，同時亦得促進低碳技術之資金流動。當締約國取得共識時，有諸多方案得於投資協定之框架下積極處理氣候變遷議題：於條約前言規範氣候變遷、限制最惠國原則、限制間接徵收、明文限縮公平公正待遇原則、要求遵循地主國國內法律、設計實績要求、建構投資人責任或強化投資人母國義務、要求已開發國家技術移轉、考量地主國發展程度、指派獨立專家等。

由現實角度觀察，實際談判或簽署有利於氣候變遷議題之投資協定，高度仰賴各國政府整合國內不同意見並且取得跨國共識，實有相當難度。再者，縱使部分新型投資協定將永續發展等概念記載於條約文字，仍多限於宣示性意義，尚未創造明確之權利義務關係。

本文整體立場傾向於前述之漸進主義者。氣候變遷議題尚缺乏一個一元性並且有強制執行機制的體制予各國或跨國公司制裁。投資仲裁機制，本身即具有跨國性，也有跨國之強致執行機制，投資仲裁庭所涉之賠償金額更屢屢得以影響國家決策或私人企業之商業決策。投資仲裁並非僅有象徵意義上之法律論述，其判斷將會實際影響國家及產業之佈局。隨著時代的發展與變遷，於許多新型態的投資協定以多種方式將永續發展等議題納入協定之條約文字內容，縱使條約文字未有相關規定，投資仲裁庭亦可能藉由適用國際法或國際習慣法將環境保護等議題納入考量。

在此情況下，投資協定本身的多元性，其保護標準的曖昧解讀空間，使得不同之投資仲裁庭得以針對不同的個案事實，發展並著重不同方面的論述。當締約國有意積極處理氣候變遷議題時，其等得於投資協定建構友善考量氣候變遷議題之間接徵收、公平公正待遇原則、不歧視原則之參考標準。投資仲裁機制本身即有足夠的包容性以及彈性得以乘載氣候變遷議題。在最好的情況下，可以成為減緩氣候變遷影響的前線，促進發展中國家取得私人資金及技術，利用其高額金錢賠償，有效減少政府事後就氣候政策調整的不利影響。

在適當的制度設計下，投資仲裁介於公共利益與私人利益之間的矛盾性，將

提供全球社會處於追求商業利益以及公共利益之間的不同解答。此後，若有仲裁庭提供一個足以說服各方利益，長遠而言，求取最大平衡的操作標準，則後續承辦類似案件之仲裁庭自有相當之誘因繼續承繼此種法律見解。相較於國家或是國內法院，會以單一國家當下之利益追求為標準，不必然會考量全球性之氣候變遷議題。氣候變遷議題之全球性，需要在跨國體制下體現，而僅僅於賠償金額有限之人權法院體系，至多作為倡議，對於各國現實之利益權衡不必然有立即之反應。

在當代面對跨境傳染性疾病之傳播、戰爭、貿易衝突等各種變局層出不窮之前提下，要求各國在缺少投資仲裁機制之要求下，持續地維持對於再生能源等氣候政策之支持，顯然徒增難度。在跨國強制執行機制並不普及之現今，要於真空中重新創造另一跨國爭端解決機制，顯然相當困難而不可行。

綜上所述，筆者認為將氣候變遷議題視為投資仲裁須處理之眾多議題之一，亦將投資仲裁視為處理氣候變遷議題之爭端解決機制之一，或為最佳解。投資仲裁本身制度上之特殊性，使其不限於特定之目的，而得同時衡量投資人保護以及地主國之公共利益，更得以全球治理之角度衡量氣候變遷議題。而投資仲裁之高額金錢賠償以及強制執行機制，將使仲裁判斷之影響力穿透各個層面。投資仲裁仍為現有制度下，最能保障再生能源（以及其他低碳科技）之跨國投資人之爭端解決機制，長遠而言，仍能促進國際間資金及技術之流動，使得全球社會更有能力因應氣候變遷之挑戰。單純排除適用投資仲裁，不必然導致私人資金流向有助於氣候變遷議題之產業，而僅強化各國保護主義，減少國際間私人資金流動之機會，恐對於發展中國家更為不利。

參考文獻



英文資料

Books

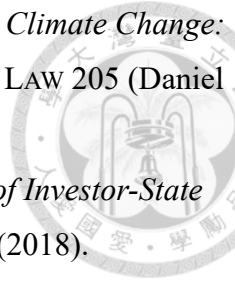
- BODANSKY, DANIEL ET AL., INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE LAW 299-300 (2017).
- DOLZER, RUDOLF & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2d ed. 2012).
- FITZROY, FELIX R. & ELISSAIOS PAPYRAKIS, AN INTRODUCTION TO CLIMATE CHANGE ECONOMICS AND POLICY 138 (2d ed. 2016).
- HEPBURN, JARROD, DOMESTIC LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION 67 (2017).
- MILNER, HELEN V., INTERESTS, INSTITUTIONS, AND INFORMATION: DOMESTIC POLITICS AND INTERNATIONAL RELATIONS (1977).
- SUREDA, ANDRÉS RIGO, INVESTMENT TREATY ARBITRATION: JUDGING UNDER UNCERTAINTY (2012).
- VAN HARTEN, GUS, INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW (2007).
- VIÑUALES, JORGE E., FOREIGN INVESTMENT AND THE ENVIRONMENT IN THE INTERNATIONAL LAW (2d ed. 2012).

Articles

- Al-Tayer, Ahmad S.A.S. & A.F.M. Maniruzzaman, *Addressing the Global Climate Change Problem in GATT/WTO Law: The Vision of a New International Climate Law Based on International Distributive Justice*, 12(5) JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 631 (2011).
- Azaria, Danae, *Community Interests Obligations in International Energy Law*, in COMMUNITY INTERESTS ACROSS INTERNATIONAL LAW 297 (Eyal Benvenisti & Georg Nolte eds., 2018).
- Bodansky, Daniel, *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope*, 110 AMERICAN JOURNAL INTERNATIONAL LAW 288 (2016).
- Boon, Kristen, *Theorizing Responsibility in the Investor State Dispute Resolution System*, 95 ST. JOHN'S LAW REVIEW 253 (2021).
- Boute, Anatole, *Combating Climate Change through Investment Arbitration*, 35 FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL 613 (2012).

- Choi, Won-Mog, *The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm*, 10(3) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 725 (2007).
- Choudhury, Barnali, *International Investment Law and Noneconomic Issues*, 53 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 1 (2020).
- Choudhury, Barnali, *International Investment Law as a Global Public Good*, 17 LEWIS & CLARK LAW REVIEW 481 (2013).
- Cima, Elena, *The Right to a Healthy Environment: Reconceptualizing Human Rights in the Face of Climate Change*, 31(1) REVIEW OF EUROPEAN, COMPARATIVE & INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW 38 (2022).
- Condon, Bradley J., *Climate Change and International Investment Agreements*, 14(2) CHINESE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 305 (2015).
- Crow, Kevin & Lina Lorenzoni-Escobar, *What Does a Corporation Owe?: The Scope of Obligations in International Investment Counterclaims*, 31(1) MINNESOTA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2022).
- Darcy, John, *Global Climate Change Law*, 2021 GLOBAL ENVIRONMENTAL LAW ANNUAL 7 (2021).
- Davies, Arwel, *Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations*, 15 MANCHESTER JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 314 (2018).
- Douma, Wybe Th, *The WTO and Climate Change*, in CLIMATE CHANGE LAW 298 (Daniel A Farber & Marjan Peeters eds., 2016).
- Firger, Daniel M. & Michael B. Gerrard, *Harmonizing Climate Change Policy and International Investment Law: Threats, Challenges and Opportunities*, in YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW & POLICY 2010-2011, 517 (Karl P. Sauvant, ed., 2010).
- Gathii, James & Sergio Puig, *Introduction to the Symposium on Investor Responsibility: The Next Frontier in International Investment Law*, 113 AJIL UNBOUND 1 (2019).
- Gouiffès, Laurent & Melissa Ordonez, *Climate change in international arbitration, the next big thing?*, 40(2) JOURNAL OF ENERGY & NATURAL RESOURCES LAW, 203 (2022).
- Grossman, Margaret Rosso, *Climate Change and the Individual in the United States*, in COMPARATIVE CLIMATE CHANGE LITIGATION: BEYOND THE USUAL SUSPECTS 199 (Francesco Sindico & Makane Moïse Mbengue eds., 2021).

- 
- Hafner-Burton, Emilie M. et al., *Against Secrecy: The Social Cost of International Dispute Settlement*, 42(2) YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 279 (2017).
- Ishikawa, Tomoko, *Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration*, 113 AJIL UNBOUND 33 (2019).
- Ishikawa, Tomoko, *Restitution as a Second Chance for Investor-State Relations: Restitution and Monetary Damages as Sequential Options*, 3 MCGILL JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION 154 (2016-2017).
- Ishikawa, Tomoko, *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, 59 THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 373 (2010).
- Kern, Jackson Shaw, *Investor Responsibility as Familiar Frontier*, 113 AJIL UNBOUND 28 (2019).
- Kingsbury, Benedict & Stephan W. Schill, *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of Proportionality*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 75 (Stephan W. Schill ed., 2010).
- Levine, Eugenia, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third- Party Participation*, 29(1) BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 200 (2011).
- Linares-Cantillo, Alejandro, *The Intervention of Constitutional Courts in International Investment Law: The Case of Colombia*, 54 CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL 47 (2021).
- Ling, Andrew, *Adjudicating State Counterclaims in ICSID Investor-State Arbitration*, 57 TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL 103 (2021).
- O'Brien, Claire Methven, *The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal*, 3(1) BUSINESS AND HUMAN RIGHTS JOURNAL 47 (2018).
- Patel, Nikesh, *An Emerging Trend in International Trade: A Shift to Safeguard against ISDS Abuses and Protect Host-State Sovereignty*, 26 MINNESOTA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 273 (2017).
- Paulsson, Jan, *Arbitration Without Privity*, 10(2) ICSID REVIEW-FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 232 (1995).
- Perrone, Nicolas M., *The "Invisible" Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime*, 113 AJIL UNBOUND 16 (2019).

- 
- Rajamani, Lavanya, *The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Framework approach to climate change*, in CLIMATE CHANGE LAW 205 (Daniel A Farber & Marjan Peeters eds., 2016).
- Roberts, Anthea, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, 112 AMERICAN JOURNAL INTERNATIONAL LAW 410 (2018).
- Roberts, Anthea, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, 104(2) AMERICAN JOURNAL INTERNATIONAL LAW 179 (2010).
- Roberts, Anthea, *Triangular Treaties: The Nature and Limits of Investment Treaty Rights*, 56(2) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 353 (2015).
- Sarliève, Maud, *Climate Change Legislation and Litigation in France: A Work in Progress*, in COMPARATIVE CLIMATE CHANGE LITIGATION: BEYOND THE USUAL SUSPECTS 485 (Francesco Sindico & Makane Moïse Mbengue eds., 2021).
- Schill, Stephan W. & Vladislav Djanic, *International Investment Law and Community Interests*, in COMMUNITY INTERESTS ACROSS INTERNATIONAL LAW 221 (Eyal Benvenisti & Georg Nolte eds., 2018).
- Schill, Stephan W., *International Investment Law and Comparative Public Law – an Introduction*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW 3 (Stephan W. Schill ed., 2010).
- Schreuer, Christoph, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, 1 MCGILL JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION 1 (2014).
- Schreuer, Christoph, *Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, 20(4) ARBITRATION INTERNATIONAL 325 (2004).
- Sindico, Francesco et al., *Climate Change Litigation and the Individual: An Overview*, in COMPARATIVE CLIMATE CHANGE LITIGATION: BEYOND THE USUAL SUSPECTS 1 (Francesco Sindico & Makane Moïse Mbengue eds., 2021).
- The Harvard Law Review Association, *Developments in the Law — Climate Change*, 135(6) HARVARD LAW REVIEW 1522 (2022).
- Tignino, Mara & Makane Moïse Mbengue, *Climate change at the crossroads of human rights: The right to a healthy environment, the right to water and the right to development*, 31(1) REVIEW OF EUROPEAN, COMPARATIVE & INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW 3 (2022).
- Treat, Sharon Anglin, *Fixing a Broken System That Promotes Climate Change and Depletion of Global Fisheries: WTO Subsidy Reform Is Just the Tip of the (Melting) Iceberg*, 49 ENVIRONMENTAL LAW REPORTER NEWS & ANALYSIS 10755

(2019).

Urueña, René, *Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration*, 79(2) LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 99 (2016).

Van Harten, Gus, *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State*, 56(2) INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW QUARTERLY 371 (2007).

Wagner, Markus, *Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law*, 36 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2014).

Cases

9REN Holding S.À.R.L. v. the Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15, Award (May 31, 2019), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10565.pdf>.

ADF Group Inc. v. United States, ICSID No. ARB(AF)/00/1, Award (Jan. 9, 2003), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>.

Al Tamimi v. Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award (Nov. 3, 2015)

Antoine Goetz v. Republic of Burundi (II), ICSID Case No. ARB/01/2, Sentence (June 21, 2012), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2/DC2651_Fr.pdf.

Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector & Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WTO Doc. WT/DS412/AB/R (adopted May 24, 2013).

Aven v. Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Award (Sept. 18, 2018).

Biwater Gauff v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (July 24, 2008).

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims (Feb. 7, 2017).

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (Sept. 9, 2021), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16212.pdf>.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (Jan 14, 2004), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>.

Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Award (Sept. 4, 2020), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11779.pdf>

EU and Certain Member States - Palm Oil (Malaysia) (DS600): First Written Submission by the European Union, EU (Nov. 30, 2021), http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211130_DS-600_na.pdf.

Eureko B.V. v. Republic of Pol., 12 ICSID Rep. 335 (UNCITRAL Arb. 2005).

Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, International Centre for Settlement of Investment Disputes (Apr. 21, 2015), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888_Eapdf.

Methanex Corp. v. United States, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae (Jan. 15, 2001).

Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID, Case No ARB(AF)/11/23, Award (April 8, 2013).

Nykomb Synergetics Tech. Holding AB v. Republic of Lat., SCC Case No. 118/2001, Award (Dec. 16, 2003).

Perenco Ecuador Limited v. the Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim (Aug. 11, 2015).

Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (July 23, 2001).

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Awards (Dec. 7, 2011).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability (July 30, 2010).

The PV Investors v. the Kingdom of Spain, PCA Case No. 2012-14, Final Award (Feb. 28, 2020), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11250.pdf>.

Urbaser S.A. et al. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (Dec. 8, 2016)

Windstream Energy LLC v. Government of Canada, PCA Case No. 2013-22, Award, ¶ 5 (Sept. 27, 2016), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case->



documents/italaw7875.pdf.



Treaties

Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, Slov.-Iran,
Jan. 19, 2016.

Bilateral Investment Treaty, Belr.-India, Sept. 24, 2018.

Conference of the Parties, Adoption of the Paris Agreement, Dec 12, 2015, U.N. Doc.
FCCC/CP/2015/L.9/Rev/1 (Dec. 12, 2015)

Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Colombia art. 2201(3),
Nov. 21, 2008 (entered into force Aug. 15, 2011)

Investment Cooperation and Facilitation Agreement Between the Federative Republic
of Brazil and the Republic of Malawi, Braz.-Malawi, June 25, 2015,
[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-
files/4715/download](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4715/download).

North American Free Trade Agreement, U.S.-Can.-Mex., Dec. 17, 1992, 32 I.L.M.
289 (1993)

Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement Between the
Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal
Republic of Nigeria, Morocco- Nigeria, Dec., 3, 2016,
[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-
files/5409/download](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download).

The Netherlands Model Investment Agreement, (Mar. 2019),
[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-
files/5832/download](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download).

United Nations Framework Convention on Climate Change, May 9, 1992, 1771
U.N.T.S. 107 (entered into force March 24, 1994).

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change,
December 10, 1997, 2303 U.N.T.S. 162 (entered into force February 16, 2005).

Vienna Convention of Law of Treaty, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

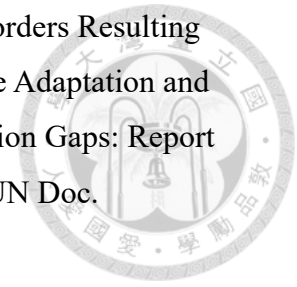
International Documents

Human Rights Council Res. 47/24, UN Doc. A/HRC/RES/47/24 (July 26, 2021).

Human Rights Council Res. 48/13, UN Doc. A/HRC/RES/48/13 (Oct. 18, 2021).

Human Rights Council, Addressing Human Rights Protection Gaps in the Context of

Migration and Displacement of Persons Across International Borders Resulting from the Adverse Effects of Climate Change and Supporting the Adaptation and Mitigation Plans of Developing Countries to Bridge the Protection Gaps: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN Doc. A/HRC/38/21 (April 23, 2018).



Human Rights Council, Analytical Study on the Relationship Between Climate Change and the Human Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN Doc. A/HRC/32/23 (May 6, 2016).

Human Rights Council, Right to Development in International Investment Law: Overview of the Ongoing Study by the Expert Mechanism on the Right to Development, U.N. Doc. A/HRC/EMRTD/5/CRP.2 (Mar. 1, 2022).

Joint technical note by the UNFCCC and UNEP, UN ENVIRONMENT PROGRAMME (Nov. 9, 2021), <https://www.unep.org/resources/publication/joint-technical-note-unfccc-and-unep>.

UNITED NATIONS, WORLD INVESTMENT REPORT 2022: INTERNATIONAL TAX REFORMS AND SUSTAINABLE INVESTMENT (2022).

World Trade Organization, Ministerial Statement on Fossil Fuel Subsidies, WTO Doc.WT/MIN(21)/9/Rev.1 (2021).

Working Papers

van Asselt, Harro, *Climate Change and Trade Policy Interaction: Implications of Regionalism*, OECD Trade and Environment Working Papers 2017/03
<https://dx.doi.org/10.1787/c1bb521e-en>.

Internet Sources

Ipp, Anja, *Regime Interaction in Investment Arbitration: Climate Law, International Investment Law and Arbitration*, KLUWER ARBITRATION BLOG (Jan.12, 2022), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/12/regime-interaction-in-investment-arbitration-climate-law-international-investment-law-and-arbitration/>.

Marshall, Fiona, *Climate Change and International Investment Agreements: Obstacle or Opportunities?*, IISD 1 (2010),
https://www.iisd.org/system/files/publications/bali_2_copenhagen_iias.pdf.

- Discussion Paper: A New, Climate-friendly Approach to Trade*, SIERRA CLUB (2016), <https://www.sierraclub.org/sites/default/files/uploads-wysiwig/climate-friendly-trade-model.pdf>.
- Day, Jones, *Climate Change and Investor-State Dispute Settlement*, LEXOLOGY (Mar. 1, 2022), <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=086370ea-bd96-4c3d-9446-24ca72136151>.
- Osborne, Chris & Dora Grunwald, *The Renewable Energy Law Review: Determination of Quantum in Spanish Solar Disputes*, *The Law Reviews* (July 26, 2022), <https://thelawreviews.co.uk/title/the-renewable-energy-law-review/determination-of-quantum-in-spanish-solar-disputes>.
- Bárcena, Lucía & Fabian Flues, *From Solar Dream to Legal Nightmare: How Financial Investors, Law Firms and Arbitrators are Profiting From the Investment Arbitration Boom in Spain.*, TRANSNATIONAL INSTITUTE & POWERSHIFT 1 (May 2022), https://www.tni.org/files/publication-downloads/english_from_solar_dream_to_legal_nightmare_online.pdf.
- Fermeglia, Matteo et al., *'Investor-State Dispute Settlement' as a new avenue for climate change litigation*, THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (June 2, 2021), <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/investor-state-dispute-settlement-as-a-new-avenue-for-climate-change-litigation/>.
- Historic Climate Deal Sealed at COP27 as Climate Conference Takes a Leap to Save Lives and Livelihoods*, COP27 (Nov. 20, 2022), <https://cop27.eg/#/news/259/Historic%20Climate%20Deal%20Sealed%20a>.
- Greenpeace East Asia and others v. Ministry of Economic Affairs*, CLIMATE CHANGE LAWS OF THE WORLD (last visited July 7, 2022), https://climate-laws.org/geographies/taiwan/litigation_cases/greenpeace-east-asia-and-others-v-ministry-of-economic-affairs.
- L'affaire du siècle*, TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS (3 février 2021), <http://paris.tribunal-administratif.fr/Actualites-du-Tribunal/Communiqués-de-presse/L-affaire-du-siecle>.
- Pollution de l'air : le Conseil d'État condamne l'État à payer 10 millions d'euros*, CONSEIL D'ÉTAT (4 Août 2021), <https://www.conseil-etat.fr/actualites/pollution-de-l-air-le-conseil-d-etat-condamne-l-etat-a-payer-10-millions-d-euros>.
- Le Conseil d'État ordonne au Gouvernement de prendre des mesures pour réduire la pollution de l'air, sous astreinte de 10 M€ par semestre de retard*, CONSEIL D'ÉTAT

(10 Juillet 2020), <https://www.conseil-etat.fr/actualites/le-conseil-d-etat-ordonne-au-gouvernement-de-prendre-des-mesures-pour-reduire-la-pollution-de-l-air-sous-astreinte-de-10-m-par-semester-de-retard>.

Méheut, Constant, *France Drops Plans to Enshrine Climate Fight in Constitution*, THE NEW YORK TIMES (July 6, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/07/06/world/europe/france-climate-change-constitution.html>.

Setzer, Joana & Catherine Higham, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*, The Centre for Climate Change Economics and Policy & The Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment 1 (2022), <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2022/06/Global-trends-in-climate-change-litigation-2022-snapshot.pdf>.

DS-600: European Union and Certain Member States – Certain Measures Concerning Palm Oil and Oil Palm Crop-Based Biofuels, CLIMATE CHANGE LAWS OF THE WORLD, https://climate-laws.org/geographies/international/litigation_cases/ds-600-european-union-and-certain-member-states-certain-measures-concerning-palm-oil-and-oil-palm-crop-based-biofuels (last visited July 15, 2022).

European Union -Certain Measures Concerning Palm Oil and Oil Palm Crop-Based Biofuels (DS593): First Written Submission by the European Union, EU, ¶ 301 (Mar. 5, 2021), http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210305_DS-593_petition.pdf.

Confino, Jo, *It is profitable to let the world go to hell*, THE GUARDIAN (Jan. 19, 2015, 5:00 PM), <https://www.theguardian.com/sustainable-business/2015/jan/19/davos-climate-action-democracy-failure-jorgen-randers>.

Neslen, Arthur, *France Becomes Latest Country to Leave Controversial Energy Charter Treaty*, THE GUARDIAN (Oct. 21, 2022, 5:08 PM), <https://www.theguardian.com/world/2022/oct/21/france-becomes-latest-country-to-leave-controversial-energy-charter-treaty>.

Neslen, Arthur, *Oil firm Rockhopper Wins £210m Payout After Being Banned from Drilling*, THE GUARDIAN (Aug. 24, 2022, 6:43 PM), <https://www.theguardian.com/business/2022/aug/24/oil-firm-rockhopper-wins-210m-payout-after-being-banned-from-drilling>.

Levashova, Yulia, *The Role of Investor's Due Diligence in International Investment*

Law: Legitimate Expectations of Investors, KLUWER ARBITRATION BLOG (April 22, 2020), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/22/the-role-of-investors-due-diligence-in-international-investment-law-legitimate-expectations-of-investors/>.

