

試析國際投資法下「國內訴訟先行」之程序規定得否由仲裁庭認定—以 BG Group Plc v. Argentina 案為中心

李宜芳、邱彥禎

2003年4月25日，英國公司BG Group Plc. (以下簡稱BG Group) 依據英國政府與阿根廷政府的雙邊投資協定 (Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments of 11 December 1990, 下簡稱雙邊投資協定) 以美國華盛頓特區為仲裁地對阿根廷政府提出仲裁，主張其在阿根廷的投資受到阿根廷政府的侵害，請求阿根廷政府賠償其損失¹，仲裁庭認定阿根廷政府須以金錢賠償予BG Group²。阿根廷政府不服，於2008年3月21日在美國聯邦哥倫比亞地方法院起訴爭執BG Group未滿足投資協定中國內訴訟先行之程序規定，仲裁庭無管轄權，法院應撤銷系爭仲裁判斷。全案歷經一審、二審，三審將於今 (2013) 年12月召開言詞辯論庭³。本案值得探討者，係投資協定中，「國內訴訟先行」之程序規定應由仲裁庭或法院認定，以及法院是否得對其進行實質審查。

目前許多雙邊投資協定中亦定有類似國內訴訟或調解先行程序，因而本案判決如何定性此先行程序，將對此制度有一定之參考價值，同時也能反應於投資爭端中，仲裁庭與國內法院的審理權限分配，而本案最終之結果，亦可能影響投資人對於投資地主國爭端解決機制的信心，即投資協定之仲裁是否有受到國內法院干預之風險，亦可能影響投資人選擇美國作為仲裁地之意願。

本文將分為三大部分，第一部分略述本案之事實與背景，第二部分介紹系爭爭議在仲裁判斷與法院歷審見解；第三部分將以利益團體的法庭之友意見書為基礎對本案進行評析並作一結論。

一、本案之事實

1999年起，阿根廷政府為拯救國內經濟危機，採取相關緊急措施，包括暫緩實施美國的生產者物價指數、維持披索幣值之貨幣政策、凍結銀行帳戶、發布緊

¹ Republic of Argentina v. BG Group Plc, 715 F.Supp.2d 108, 114 (2010). [hereinafter *Argentina v. BG Group Plc*, 715 F.Supp.2d].

² BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, Final Award, ¶ 467 (Dec. 24, 2007) [hereinafter *BG Group Plc. v. Argentina*, Final Award].

³ *Arbitration Threat: BG Group v. Argentina*, LATIN AMERICA NEWS AND ANALYSIS, Nov. 6, 2013, available at <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/awards-and-decisions-7/> (last visited Dec. 25, 2013).

急法令等⁴，BG Group認為這些措施對其造成歧視，並對其於阿根廷的投資⁵造成負面影響⁶，因而BG Group透過英國政府與阿根廷政府雙邊投資協定之投資地主國爭端解決機制條款，對阿根廷政府提出仲裁，以美國華盛頓特區作為仲裁地，主張阿根廷政府違反系爭雙邊投資協定第2.2條不歧視原則及第5條損失補償之規定，請求阿根廷政府彌補其損失⁷。

二、仲裁判斷與法院歷審見解

(一) 仲裁判斷

根據雙邊投資協定第 8.1⁸與 8.2⁹條，在發動投資地主國爭端解決機制的仲裁程序前，應於阿根廷當地法院進行為期 18 個月之國內救濟程序。然而，BG Group 未踐行國內訴訟先行之程序，便直接將爭端提付仲裁，阿根廷主張 BG Group 違反程序規定，仲裁庭不應受理本案¹⁰；而 BG Group 認為，踐行此項程序並無實益，蓋在本案之情形下，本案之阿根廷國內判決無可能於 18 個月內產生，並引用國際習慣法所指出之「若窮盡當地的國內救濟途徑，將使損失填補緩不濟急時，則該項國內救濟程序可以被忽略¹¹」之原理，是以 BG Group 主張本案仲裁庭有管轄權。

就前述爭議，仲裁庭指出，阿根廷政府施行緊急法令與制定其他多項法規，

⁴ 關於相關措施之詳細內容，可參考本案仲裁判斷 22 頁第 63 段至第 29 頁 82 段。

⁵ 參本案仲裁判斷第 10 頁第 17 段、第 11 頁第 22 段、第 12 頁第 26 段、第 13 頁第 27 段至第 20 頁第 51 段；阿根廷政府於 1989 年起，為降低其國內之通貨膨脹與公部門赤字，開始對某些國營企業進行私人化，石油企業的運輸及分銷即為國營事業私人化之其中一部分。阿根廷政府並制訂法規，將石油之運輸及分銷服務，授權由私人公司進行，並得在該授權被徵收時獲得相關補償；英國 BG Group 在阿根廷進行投資，因上述措施享有阿根廷 MetroGAS 石油公司 45.11% 之股權及相關權利。

⁶ BG Group Plc. v. Argentina, Final Award, ¶77.

⁷ BG Group Plc. v. Argentina, Final Award, ¶¶ 84-86.

⁸ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and the Protection of Investments, art. 8(1): “Disputes with regard to an investment which arise within the terms of this Agreement between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party, which have not been amicably settled shall be submitted, at the request of one of the Parties to the dispute, to the decision of the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made.”

⁹ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and the Protection of Investments, art. 8(2): “The aforementioned disputes shall be submitted to international arbitration in the following cases: (a) if one of the Parties so requests, in any of the following circumstances: (i) where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made, the said tribunal has not given its final decision; (ii) where the final decision of the aforementioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute; (b) where the Contracting Party and the investor of the other Contracting Party have so agreed.”

¹⁰ BG Group Plc. v. Argentina, Final Award, ¶141.

¹¹ BG Group Plc. v. Argentina, Final Award, ¶142.

使阿根廷政府得干涉國內司法救濟途徑¹²，在此情況下，仲裁庭認為如按照系爭投資協定第 8.2 條(a)(i)規定之字面意義解釋，將得出 BG Group 必須先踐行 18 個月國內救濟程序之結論，而此種結論即為維也納條約法公約 (The Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT) 第 32 條規定所欲避免「解釋結果顯屬荒謬或不合理」之情形，如此之字面解釋，使 BG Group 一定要進行國內訴訟先程序，將侵害 BG Group 的救濟權¹³。仲裁庭進而認為縱使 BG Group 未滿足 18 個月之國內訴訟先程序，仲裁庭亦有管轄權¹⁴，並進一步就本案實體事項作成使阿根廷負擔高額賠償金之仲裁判斷¹⁵。

(二) 一審判決

有關仲裁庭是否有本案管轄權，一審法院支持仲裁庭之見解，並認為法院對此無權干涉仲裁庭之判斷¹⁶，僅就形式上觀察系爭仲裁判斷係根據國際投資協定與國際法而作成，因而駁回阿根廷政府認為仲裁庭無本案管轄權之主張¹⁷，並判決阿根廷敗訴¹⁸。

(三) 二審判決

二審聯邦上訴法院則將爭議的核心聚焦於「仲裁容許性 (arbitrability)」，意即本案「是否滿足訴訟先行期間之要件」可否由仲裁庭來審理。聯邦上訴法院首先引用最高法院的見解，認為仲裁容許性應視爭議雙方當事人的真意而定，除非有明確證據證明雙方欲將仲裁容許性之問題交由法院審理，否則法院不得假設合意存在而逕為審理。申言之，仲裁的目的並非以最快的速度解決爭端而罔顧雙方的意願，而是在確保商業仲裁條款能夠被正確地解讀，反應雙方合理的期待和契約義務¹⁹。

聯邦上訴法院接著強調，由本案所涉及的雙邊投資協定第八條中，並無法得知雙方欲將仲裁容許性的問題交由仲裁庭或法院審理²⁰。然而，投資協定第九條第五項明確規定在締約國間發生爭端時，程序問題應交由仲裁庭審理²¹，解讀上可包含仲裁容許性之程序問題。是以，第八條欠缺相關規範應為有意省略，意在

¹² BG Group Plc. v. Argentina, Final Award, ¶¶148-155.

¹³ BG Group Plc. v. Argentina, Final Award, ¶147.

¹⁴ BG Group Plc. v. Argentina, Final Award, ¶157.

¹⁵ *Supra* note 2.

¹⁶ Argentina v. BG Group Plc, 715 F.Supp.2d at 122.

¹⁷ Argentina v. BG Group Plc, 715 F.Supp.2d at 123.

¹⁸ Argentina v. BG Group Plc, 715 F.Supp.2d at 126.

¹⁹ Republic of Argentina v. BG Group Plc, 665 F.3d 1363, 1369, (D.C. Cir. 2012). [Hereinafter *Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, 665 F.3d 1363*].

²⁰ Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, 665 F.3d 1363 at 1371.

²¹ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and the Protection of Investments, art. 9(5): "...The tribunal shall determine its own procedure."

將仲裁容許性之問題交由法院審理²²。再者，聯邦上訴法院認為最高法院所作成仲裁容許性的問題應交由仲裁人審理因爭端之本質不同，於本案應無適用之餘地²³。聯邦上訴法院重申國際商務糾紛的解決應著重於雙方的真意，而本案所涉的投資協定即強調僅於滿足國內訴訟先行要件的前提下，才能具備仲裁之合意，進而得將爭端交付仲裁²⁴。因此，仲裁容許性之程序要件之應作為獨立的法律問題由法院來審理²⁵，聯邦上訴法院因而認為國內訴訟先行之要件為投資協定中交付仲裁合意之暫時限制 (temporal limitation)²⁶，本案因未滿足18個月國內訴訟先行之規定，不具有仲裁合意而欠缺仲裁容許性。基此，聯邦上訴法院推翻聯邦地方法院之見解，作出撤銷本案仲裁判斷之結論²⁷。

三、法庭之友意見與相關評析

聯邦上訴法院作成判決後引發熱切討論，因而在上訴最高法院的過程中，各界紛紛提出法庭之友意見書，表達對本案的關切。

當中部分意見認為，本案的判決結果將成為先例，於美國法院審理仲裁判斷之訴訟將有深遠的影響，特別是本案中對國內訴訟先行要件之解讀，可能對於仲裁前程序先行制度如調解、協商會有一定程度之影響。高達三分之一左右的現存投資協定中皆有類似的程序先行規定，且有日漸普及之趨勢，讓本案更加受到關注。然而，亦有不同見解主張本案僅具有個案效力，對於其他類似的程序規定如調解、協商先行之規定並不會有影響：第一，因為法院於本案並無意樹立通案之原則；第二，由於本案涉及之投資協定美國並非締約國，而美國現所簽署之投資協定中，也無以國內訴訟先行程序作為要件之規定，因此尚難反映美國對於管轄權之立場；再者，本案與私人商業仲裁之本質截然不同，私人商業仲裁係於雙方之合意，然而如本案係涉及投資協定之條約解釋，如國際禮讓、國家主權等因素皆應納入考慮，此本質之不同可能使相同之程序先行要件在私人商業仲裁與投資協定之仲裁有不同的解讀，且因私人商業仲裁中，較無可能出現國內訴訟先行之程序規定，因而本案對於私人商業仲裁之影響可謂十分有限。

聯邦上訴法院則認為本案仲裁之合意受到暫時限制，僅於滿足國內訴訟先行程序後，方得援引UNCITRAL作為仲裁合意之基礎，本案因未滿足國內訴訟先行之程序要件，而不得援引UNCITRAL之規定。有見解批評如此之解讀，認為雙方在選擇仲裁地時，即已援引UNCITRAL之規定，UNCITRAL並非在滿足國內訴訟先行程序後方得適用²⁸。因而，於本案應得援引UNCITRAL作為雙方存有仲裁

²² *Supra* note 20.

²³ *Argentina v. BG Group Plc*, Court of Appeals, 665 F.3d 1363 at 1372.

²⁴ *Argentina v. BG Group Plc*, Court of Appeals, 665 F.3d 1363 at 1373.

²⁵ *Argentina v. BG Group Plc*, Court of Appeals, 665 F.3d 1363 at 1370.

²⁶ *Supra* note 20.

²⁷ *Supra* note 24.

²⁸ *Republic of Argentina v. BG Group Plc*, 665 F.3d 1363, On Writ of Certiorari to the United States

合意之明顯證據，本案仲裁合意存在，本案具備仲裁之容許性而得由仲裁庭審理，法院不得撤銷系爭仲裁判斷。

聯邦上訴法院認為仲裁容許性的問題應交由法院審理之意見也招致強烈的批評。批評意見指出，若將仲裁容許性交由法院審理，將會造成將同一爭端交付不同法庭（forum）審理的割裂結果²⁹，同時也將侵蝕仲裁庭作為爭端解決場域之權限³⁰。國內法院之介入，將使冗長的國內司法程序破壞仲裁程序原有之效率、迅速之特性，並恐使當事人得藉由國內法院之程序，惡意障礙仲裁之進行，對仲裁條款之效用造成限制³¹。此外，基於由仲裁庭自行判斷本身是否具有管轄權為仲裁之基本原則³²，加以仲裁人相較於國內法院較具備國際投資法相關之知識與背景，仲裁庭為適宜審理仲裁容許性之場域³³，且也可免去同一爭端交由不同法庭審理之訟累。

反對聯邦上訴法院判之意見同時也警告，如此之判決結果將動搖美國作為熱門仲裁地點之地位。蓋選定仲裁地點時，多以當地法規環境是否完備、法院對於仲裁程序的介入與審理的強度等作為主要考慮，而聯邦上訴法院之判決結果揭示了美國司法程序對於仲裁判斷之干預，恐降低各界選擇美國作為仲裁地之意願³⁴。持此見解者亦指出，於著名的Metcaland案中，加拿大國內法院撤銷部分仲裁判斷引發各界強烈的批評，同時也影響了選擇加拿大作為仲裁地的意願，值得引為本案的前車之鑑³⁵。

相反地，支持聯邦上訴法院見解者認為，縱然仲裁庭有權決定自己是否有管轄權，然此決定應受實質的司法審查。申言之，當仲裁係涉及「仲裁合意」之基

Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief of Amici Curiae Professors and Practitioners of Arbitration Law in Support of Reversal, at 19-20. [Hereinafter *Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief of Amici Curiae Professors and Practitioners of Arbitration Law in Support of Reversal*].

²⁹ Republic of Argentina v. BG Group Plc, 665 F.3d 1363, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief for the United States Council for International Business as Amicus Curiae in Support of Petitioner, at 15. [Hereinafter *Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief for the United States Council for International Business as Amicus Curiae in Support of Petitioner*].

³⁰ Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief of Amici Curiae Professors and Practitioners of Arbitration Law in Support of Reversal, at 18.

³¹ Republic of Argentina v. BG Group Plc, 665 F.3d 1363, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief of Amicus Curiae the American Arbitration Association in Support of Petitioner, at 15. [Hereinafter *Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief of Amicus Curiae the American Arbitration Association in Support of Petitioner*].

³² Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief for the United States Council for International Business as Amicus Curiae in Support of Petitioner, at 14-15.

³³ Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief for the United States Council for International Business as Amicus Curiae in Support of Petitioner, at 20-21.

³⁴ Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief of Amicus Curiae the American Arbitration Association in Support of Petitioner, at 19.

³⁵ Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief for the United States Council for International Business as Amicus Curiae in Support of Petitioner, at 24

本問題時，由於仲裁庭很可能因仲裁合意不存在而使該案欠缺仲裁之容許性，仲裁庭因而無權審理，是以司法得於此情形下對仲裁庭的判斷進行實體審查；相反地，若非涉及「仲裁合意」，因仲裁之容許性並未受到挑戰，仲裁庭本即為較適的爭端解決場域，司法對之的審查即應受到限制³⁶。而本案即涉及仲裁合意是否存在的基本問題，屬於前者之情形，是以司法得對之進行實體審查，應無疑問。

而就本案是否具備仲裁合意，支持聯邦上訴法院見解者主張，在雙邊投資協定中，阿根廷同意仲裁之規定僅為仲裁之「邀約 (offer)」，僅於個別投資者滿足投資協定中所訂條件時，投資人提付仲裁之行為才構成「承諾 (acceptance)」，而使仲裁之合意存在³⁷。然而，本案因BG Group並未滿足國內訴訟先行之條件，因此並無法構成適格的承諾，本案自無仲裁之合意，聯邦上訴法院之見解有理由。

而在審理過程中應適用之法律，法庭之友的意見也點出本案為「投資協定」糾紛之本質，涉及投資協定之條約解釋，與私人商業仲裁有別，是以法院審理時，援引國內私人投資協定之案例最為參考並不恰當，應援引投資協定相關案例、或以維也納條約法公約等條約解釋之方法方屬恰當³⁸，值得參考。

三、結語

觀察上述討論，就先行程序踐行與否應由國內法院或仲裁庭認定之問題仍存有相當之爭議，尚無定論。然而，因此先決之問題將實質地影響爭端是否得交付仲裁庭審理，因而具備相當之重要性。美國最高法院若維持聯邦上訴法院之判決，將此問題交付法院審查，可能對投資地主國爭端解決機制之運用造成相當之限制，但或許亦有可能平衡投資協定獨厚投資人的現象也未可知；而若美國最高法院推翻二審見解，而將先行程序問題交由仲裁庭審理，綜認為本案僅具個案效力，仍無損本案其他對先行程序如協商、調解之參考價值。因而，本案之發展，值得吾人持續之關注。

³⁶ Republic of Argentina v. BG Group Plc, 665 F.3d 1363, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Vacatur and Remand, 9-10. [Hereinafter *Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Vacatur and Remand*].

³⁷ Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Vacatur and Remand, at 9-10.

³⁸ Argentina v. BG Group Plc, Court of Appeals, Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Vacatur and Remand, at 7.