

加拿大欲尋求改善 NAFTA 下投資人對地主國爭端解決機制

林明億 編譯

摘要

北美自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement, NAFTA) 已於 2017 年 8 月 16 日重啟談判。由於加拿大政府過去受到之相關控訴居三國之冠，因此表示將第 11 章中的投資人對地主國爭端解決機制 (investor-state dispute settlement, ISDS) 列為優先談判事項之一，以確保國內規制權不受不當限制。惟有論者認為加拿大利用談判改革 ISDS 時，應同時思考該此舉是否影響加拿大過去所簽訂或未來將簽訂的外國投資促進和保障協定 (foreign investment promotion and protection agreements, FIPAs)，甚而影響加國投資人在外所可享之投資保障。

(取材自：Riyaz Dattu & Sonja Pavic, *Canada Seeks to Reform NAFTA's Investor-State Dispute Settlement Chapter*, OSLER, Aug. 23, 2017.)

北美自由貿易協定 (North American Free Trade Agreement, NAFTA) 已於 2017 年 8 月 16 日重啟談判，加拿大政府表示將該協定第 11 章中的投資人對地主國爭端解決機制 (investor-state dispute settlement, ISDS) 列為其優先談判的事項之一。NAFTA 係由加拿大、美國以及墨西哥三國所簽訂，於 1994 年生效，且為已開發國家間第一個包含 ISDS 機制的自由貿易協定。該機制賦予北美地區投資人控告另一締約國政府的權利，且不須先窮盡該國國內救濟途徑。在 NAFTA 之前，ISDS 機制僅存在於已開發國家與非已開發國家間之談判¹。

有論者認為加拿大欲改革 ISDS 之動機，係由於自 NAFTA 生效以來，加拿大政府在 ISDS 下受到控告的次數眾多，且相關控訴不無爭議²。本文先簡介依 NAFTA 之 ISDS 規則所提起之 Bilcon 仲裁，並說明多起投資仲裁案之結果如何促使加拿大擬利用重啟 NAFTA 談判之際，改善 ISDS 對其規制權之不利影響。第貳部分則以論者擔憂加拿大此舉可能影響加國投資人對外投資利益之保障的

¹ Maude Barlow, *NAFTA's ISDS: Why Canada Is One of the Most Sued Countries in the World*, COMMON DREAMS, Oct. 23, 2015, <https://www.commondreams.org/views/2015/10/23/naftas-isds-why-canada-one-most-sued-countries-world> (last visited Sept. 12, 2017).

² *Id.*

觀點，說明加拿大在 ISDS 規則談判所可能面臨的兩難。最後結論則提及 ISDS 的最新談判進展。

壹、加拿大於 NAFTA 下所涉及之 ISDS 機制爭議事件—以 Bilcon 事件為例

2007 年，時任加拿大諾瓦斯科西亞省 (Nova Scotia) 環保部長的馬克佩恩 (Mark Parent) 寄信給 Bilcon 公司，通知該公司擬於芬迪灣 (Bay of Fundy) 開設的採礦場因為對環境、社會以及文化造成威脅，故不予核可。當初 Bilcon 公司係受到省政府的鼓勵，始投入大量的時間以及金錢規畫玄武岩採礦場以及運送站。不料聯邦與省政府之聯合審查小組卻以相關規劃違反社區核心價值 (core community values)，而予以否決。Bilcon 公司因此訴諸 NAFTA 中備受爭議之第 11 章下之 ISDS 機制。由兩位美籍仲裁人與一位加籍仲裁人所組成之仲裁小組於 2015 年 3 月做出仲裁判斷，認為諾瓦斯科西亞省政府違反 NAFTA 所保證的公平公正待遇 (fair and equitable treatment)，故應賠償 Bilcon 公司之損失。

NAFTA 仲裁小組雖作出上述判斷，本案爭議卻未因此落幕，當仲裁小組續行審酌 Bilcon 公司所要求之 1 億美元賠償，加國已於該國聯邦法院對判其應賠償之仲裁判斷提出質疑，主張仲裁人逾越其職權，因該仲裁判斷超越貿易協定的範疇，並與加拿大公共政策相衝突。儘 Bilcon 主張於仲裁庭未對賠償金額作出判斷前，加國要求法院廢棄仲裁判斷之司法程序應暫停，但加國聯邦法院認為續行之仲裁程序並不影響其司法審查權，因而仍受理了加國政府司法審查之請求³。

截至目前為止，透過 ISDS 機制向加國政府提出投資仲裁的僅有美國投資人。自 1994 年 NAFTA 生效以來，加拿大在此機制下被控告 39 次，占了總計 84 件的 NAFTA 投資仲裁案中之近一半。儘管投資仲裁案件數量眾多，但加國實際上僅賠償了 2.15 億加幣，且大多數為和解的賠償。其中有數案件，涉案措施其實是省政府所採行者，例如 AbitibiBowater 案，加國政府於該案是以和解收場，支付了 1.3 億加幣補償因紐芬蘭政府 (Government of Newfoundland) 之徵收而受有損害之投資人。

相對於加拿大之敗北記錄，美國至今尚未在 NAFTA 之投資仲裁案中失利。

³ Caroline Simson, *Canada can Advance Appeal Over Nova Scotia Quarry Row*, LAW 360, Feb. 27, 2017, <https://www.law360.com/articles/895925/canada-can-advance-appeal-over-nova-scotia-quarry-row> (last visited Oct. 1, 2017).

儘管在最近的基石 XL 輸油管計畫 (Keystone XL Pipeline)⁴，其投資仲裁判斷對美國不利，但因川普上任後推翻之前的政府決定而允許該計畫續行，因此也化解了美國可能為此付出龐大代價的危機。

貳、修改 NAFTA ISDS 條款對加拿大投資人可能帶來的衝擊

2017 年 8 月 14 日，加拿大外交部長方慧蘭 (Chrystia Freeland) 表示：加拿大將會尋求改革 NAFTA 的第 11 章，以保障加國在公共利益的規制權不受到第 11 章仲裁之影響。方部長此番發言的意欲為何？假如改革遂行後，NAFTA 的締約國是否較不容易面臨第 11 章的仲裁請求？上述問題無疑地將會成為國際投資法專家及政策制定者熱議的課題。

第 11 章之改革雖非美國的優先談判事項，但美國已表示 NAFTA 下爭端解決的規範應包含一般例外條款，以允許美國保護國內健康、安全、重要國家安全以及其他等合法目的。此外，美國亦表示將尋求消弭 ISDS 下所賦予外國投資人的超國民待遇⁵。加國擬修改 NAFTA 第 11 章之舉，在一定程度內，似與美國立場一致。

儘管可能與美國立場有一定的重疊而得以推動上述改革，但有論者認為方慧蘭外交部長有關第 11 章改革之聲明，不應忽略可能對加國之其他自由貿易協定與雙邊投資協定（即所謂外國投資促進和保障協定 (foreign investment promotion and protection agreements, FIPAs) 中類似的投資保護條款所產生的廣泛影響。除了數個自由貿易協定含有 ISDS 機制外（如 NAFTA），加國另有 43 個已生效或尚待生效的 FIPAs。當加國企業赴發展程度較加拿大落後的國家進行投資時，鑑於這些國家的法律制度發展不足、政府的決策通常高度政治化，因此加國投資人十分依賴 FIPAs 中的投資爭端解決程序。同時，加國亦可在貿易談判中，利用 FIPAs 排除對加拿大投資人造成損害的措施，或是向外國政府索求因其措施所造成的損失。

⁴ 該爭議為加國 TransCanada 公司對時任歐巴馬政府取消開發案之舉，請求超過 150 億美元賠償，參考：Shawn McCarthy, *NAFTA's Chapter 11 Provision under Fire*, July 24, 2017, <https://beta.theglobeandmail.com/report-on-business/economy/investor-state-dispute-process-is-key-nafta-point-of-conflict/article35777863/?ref=http://www.theglobeandmail.com&> (last visited Oct. 11, 2017).

⁵ Riyaz Dattu & Sonja Pavic, *Canada Seeks to Reform NAFTA's Investor-State Dispute Settlement Chapter*, OSLER, Aug. 23, 2017, <https://www.osler.com/en/resources/cross-border/2017/canada-seeks-to-reform-nafta-s-investor-state-disp> (last visited Oct. 1, 2017).

迄今為止，加國投資人透過投資協定（含 NAFTA）所提出仲裁請求且已公開者共 44 件，由於並非所有案件皆公開仲裁程序，所以實際上的數量可能遠大於此。除此之外，在某些案件中加國投資人會利用 FIPAs 與外國政府達成更公平的解決方式以及賠償。

加國政府近年來開始正視 FIPAs 的重要性，並優先進行相關談判且批准了大量的 FIPAs，此與加國從投資淨輸入國轉成為投資淨輸出國家的發展吻合。同時，加拿大投資人在 FIPAs 下所獲得的高額賠償亦顯現 FIPAs 對加國對外投資的重要性。

當加國開始重新談判 NAFTA 第 11 章，其一方面需尋求能在國內繼續行使規制權，並促進公共政策目標，另一方面也需兼顧在海外進行投資的加拿大企業（及其擁有者及股東）的合理期待。無疑的，加國投資人仍需要自由貿易協定與 FIPAs 以確保其長期投資受到高標準的待遇以及有效率的爭端解決機制保障。

參、結論

NAFTA 於今（2017）年 8 月 16 日重啟談判，加拿大表示其欲改善第 11 章下的 ISDS 機制。加拿大在 NAFTA 下遭到控訴之次數不僅居三國之冠，從 Bilcon 案中，亦可發現外國投資人之利益與加國政府公共政策規制權間之衝突。儘管加拿大利用談判修改 ISDS 條款，有利於其確保公共政策之規制權；然而，亦有論者提醒，加拿大應考量此舉是否會影響到加拿大相關的 FIPAs，而使 FIPAs 無法繼續維護加拿大投資人在外投資之利益。

目前 NAFTA 第三輪談判已結束，有報導指出 ISDS 相關爭議仍未能取得共識⁶，顯然此議題之困難，未來勢必影響談判之發展，而有待後續觀察。

⁶ Paul Vieira & Sara Schaefer Muñoz, *Trade Officials Make Progress at Latest NAFTA Talks, but Uncertainty Remains*, THE WALL STREET JOURNAL, Sept. 27, 2017, <https://www.wsj.com/articles/trade-officials-make-progress-at-latest-nafta-talks-but-uncertainty-remain-s-1506541633> (last visited Sept. 30, 2017).