

簡介《建立非洲大陸自由貿易區協定》投資人對地主國爭 端解決機制之潛在發展

馮小蓁 編譯

摘要

《建立非洲大陸自由貿易區協定》已於今 (2019) 年 5 月 30 日生效，其被認為是自世界貿易組織成立以來參加國數量最多的自由貿易協定，惟目前尚不確定本協定是否會包含投資人與地主國爭端解決之仲裁機制，與投資相關之談判將於明年進行。對於使用該機制與否各有正反意見，正面理由是因本協定對可預測性有所要求、大部分非洲國家不排斥使用此仲裁機制，以及多數成員國的國內法規環境不佳，需藉此吸引投資人；反面理由則認為仲裁判斷結果將增加國家財政負擔、非洲籍仲裁人與仲裁機構的參與有限，以及部分國家對此機制有所疑慮。由於非洲已就投資人與地主國爭端解決之仲裁機制出現改革浪潮，如果《建立非洲大陸自由貿易區協定》成員國選擇採用此機制，亦將可能是一改革過的機制。

(本篇取材自：Uche Ewelukwa Ofodile, *The African Continental Free Trade Area and Investor-State Arbitration: What Can Investors Expect and Why?*, KLUWER ARBITRATION BLOG (Sept. 25, 2019), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/25/the-african-continental-free-trade-area-and-investor-state-arbitration-what-can-investors-expect-and-why/>.)

《建立非洲大陸自由貿易區協定》(The Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area，以下簡稱 AfCFTA 協定)，在 22 個非洲國家批准後¹，已在今 (2019) 年 5 月 30 日生效²。非洲的經濟整合尚在起步階段，協定之諸多細節仍待進一步談判。由於 AfCFTA 協定關於投資之談判將始於明年，因此協定是否將納入投資人對地主國爭端解決機制 (Investor-State dispute settlement，

¹ 依據 AfCFTA 協定第 23 條規定，至少 22 個成員國簽署，並向非洲聯盟委員會遞交批准文書 30 天後，AfCFTA 協定始將正式生效，如今已有 28 個國家批准 AfCFTA 協定。Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area, art. 23 [2019] Afr. Union [hereinafter AfCFTA] (entered into force May 30, 2019), https://au.int/sites/default/files/treaties/36437-treaty-consolidated_text_on_cfta_-_en.pdf.

² *List of Countries Which Have Signed, Ratified/Acceded to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area*, AFRICAN UNION, <https://au.int/sites/default/files/pressreleases/34033-pr-indication20of20signing20authority20-20updated20final20final20docx.pdf> (last visited Dec. 10, 2019).

以下簡稱 ISDS 機制) 仍屬未知, 惟協定若缺乏完善投資保護機制, 將難以吸引投資人。因此本篇主要說明 AfCFTA 協定可能使用 ISDS 機制的正反理由。

壹、簡介《建立非洲大陸自由貿易區協定》

AfCFTA 協定將建立起非洲大陸自由貿易區 (African Continental Free Trade Area), 其被認為是自世界貿易組織 (World Trade Organization) 成立以來參加國數量最多的自由貿易協定, 並且是展現非洲大陸目前經濟整合趨勢的典型例子³。如果所有 54 個協定簽署國都批准 AfCFTA 協定, 其將涵蓋 12 億人口和經濟規模超過 2.5 兆美元的市場⁴。AfCFTA 協定將分兩個階段實施⁵, 第一階段涉及貨品以及服務貿易的自由化和爭端解決機制, 此階段部份議題談判仍在進行中, 包括原產地規則、關稅減讓表等⁶。第二階段涵蓋投資、競爭政策和智慧財產權⁷, 預計明年完成談判, 並將對投資事項達成投資議定書⁸。投資議定書的具體內容尚不清楚, 其是否包含對成員國有約束力的承諾還有待觀察⁹。AfCFTA 協定的目標之一是使成員國在投資方面進行合作, 因此, 談判之規範內容將可能包含公平和公正待遇、禁止歧視和國有化限制, 以及投資人為尋求在此類保護下的利益, 所應滿足的門檻¹⁰。

貳、投資人對地主國爭端解決機制潛在發展

在 AfCFTA 協定下 ISDS 機制的潛在發展, 存有樂觀與悲觀的不同看法, 說明如下。

一、ISDS 機制發展助力

³ *Africa's Free Trade Area: the Journey Begins*, AFRICA RENEWAL, Aug.-Nov., 2019, at 14-15.

⁴ *African Continental Free Trade Area (AfCFTA) Legal Texts and Policy Documents*, TRALAC, <https://www.tralac.org/resources/our-resources/6730-continental-free-trade-area-cfta.html> (last visited Dec. 10, 2019).

⁵ *African Continental Free Trade Agreement - Questions & Answers*, UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, at 5, https://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/qa_cfta_en_230418.pdf (last visited Dec. 10, 2019).

⁶ Landry Signé & Colette van der Ven, *Keys to Success for the AfCFTA Negotiations*, BROOKINGS, at 3, (May, 2019) https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/05/Keys_to_success_for_AfCFTA.pdf.

⁷ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, *supra* note 5, at 5.

⁸ Landry Signé & Colette van der Ven, *supra* note 6, at 4.

⁹ *African Continental Free Trade Agreement - What Next for Investment in Africa?*, ASHURST (July 11, 2019), <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/african-continental-free-trade-agreement-what-next-for-investment-in-africa/>.

¹⁰ *Id.*

AfCFTA 協定可望將使用 ISDS 機制，原因有三：（一）AfCFTA 協定對可預測性的需求；（二）大部分非洲國家不排斥使用 ISDS；以及（三）多數 AfCFTA 協定成員國的國內法規環境不佳。

（一）AfCFTA 協定對可預測性的需求

可預測性是 AfCFTA 協定的基本原則之一。成員國在 AfCFTA 協定的前言中確認「有必要建立明確、透明、可預測和互惠互利的規則」¹¹，以規範成員國間的貨品貿易、服務貿易以及投資。基於對可預測性的要求，AfCFTA 的具體目標之一就是「建立一處理成員國權利與義務之爭端解決機制」¹²，使成員國面對投資爭端時，將有更明確的解決機制。

（二）大部分非洲國家不排斥使用投資人與地主國爭端仲裁

下列跡象顯示非洲國家並不排斥使用 ISDS 機制，例如：批准《國際投資爭端解決中心公約》（Convention on the Settlement of Investment Disputes）的 153 個國家中，幾乎有三分之一是非洲國家¹³；非洲一半以上的國家批准了 1958 年《紐約公約》（Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards）¹⁴；非洲投資人開始利用 ISDS 機制對其他非洲國家主張權利¹⁵。

（三）大部分協定成員國內法規環境不佳

監管和司法體系不健全可能迫使非洲國家接受使用 ISDS 機制。在世界銀行集團「2019 年經商環境報告」（Doing Business 2019）排名中，超過一半的非洲國家居於後四分之一名次¹⁶。儘管非洲地區的一些國家表現出色，像是在前 50 名之中有模里西斯和盧安達，以及有 8 個非洲國家在前 100 名中，但該地區大多數國

¹¹ AfCFTA, preamble.

¹² *Id.* art. 4(f).

¹³ 「國際投資爭端解決中心公約」又稱為華盛頓公約，建立世界上第一個專門解決國際投資爭端的仲裁機構，主要通過調解和仲裁的方式為解決外國投資人與地主國之間的爭端，有助於促進國際投資。About ICSID, ICSID, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx> (last visited Dec. 8, 2019)；目前有 49 個非洲國家批准或簽署「國際投資爭端解決中心公約」。Database of ICSID Member States, ICSID, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (last visited Dec. 10, 2019).

¹⁴ 目前有 37 個非洲國家批准紐約公約。Contracting States, NEW YORK ARBITRATION CONVENTION, <http://www.newyorkconvention.org/countries> (last visited Dec. 10, 2019).

¹⁵ 例如：Oded Besserglik v. Republic of Mozambique, ICSID Case No. ARB(AF)/14/2, Concluded, (Oct. 28, 2019) 一案。

¹⁶ World Bank Group, *Doing Business 2019 Training for Reform*, at 5, (16th ed. 2019), https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf.

家表現不佳¹⁷。鑑於薄弱的監管環境，非洲各國可能會有必要使用 ISDS 機制來向投資人保證其歡迎投資。

二、ISDS 機制之阻力

儘管有充分的理由可以期待在 AfCFTA 協定下使用 ISDS 機制，但基於以下三項理由，亦有可能無法形成 ISDS 機制。

(一) 針對非洲國家的 ISDS 案件數量不斷增加且加劇其財政負擔

越來越多非洲國家正在面臨他們的第一個 ISDS 訴訟。像是在 2011 年獨立的南蘇丹，即在隔年面臨首次 ISDS 控訴¹⁸。ISDS 機制在金錢賠償、法律費用和應計利息方面的索償，對非洲國家財務有實質影響。例如 2018 年 Unión Fenosa Gas, S.A. 訴埃及一案的賠償約為 20 億美元¹⁹，是國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 截至目前賠償金額最高的投資仲裁判斷之一。

(二) 非洲籍仲裁人和非洲機構在投資仲裁中的有限參與

非洲籍仲裁人和非洲機構很少參與 ISDS 機制是許多非洲國家非常關切的問題。根據今 (2019) 年第 2 期國際投資爭端解決中心案件量統計數據，儘管薩南非洲 (Sub-Saharan Africa) 在所有 ICSID 案件中占比 15%²⁰，但 ICSID 案件中所指定之仲裁人、調解人和專門委員會 (ad hoc Committee) 成員只有 2% 為非洲籍仲裁人²¹。相比之下，西歐在所有 ICSID 案件中的占比為 8%，但在 ICSID 案件中，有 48% 西歐籍仲裁員被任命為仲裁人、調解人和專門委員會成員²²。北美 (加拿大、墨西哥和美國) 在所有 ICSID 案件中的占比為 4%，但在 ICSID 案件中被任命為仲裁人、調解人和專門委員會成員的占比則為 20%²³。儘管非洲於投資仲裁程序的參與有限，此等有限參與的問題，在非洲以外的其他仲裁中心，亦無面臨較佳的情況。鑑於非洲國家已為強化國內和區域性仲裁框架做出極大努力，且已有非洲仲裁中心之出現，例如開羅國際商業仲裁區域中心 (Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration)，模里西斯國際仲裁中心 (Mauritius International Arbitration Centre) 和吉佳利國際仲裁中心 (Kigali International

¹⁷ *Id.*

¹⁸ 本案於 2012 年 8 月 29 日成立，並於 2016 年 9 月 30 日為仲裁判斷；Sudapet Company Limited v. Republic of South Sudan, ICSID Case No. ARB/12/26, Concluded, (Sept. 30, 2016).

¹⁹ Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4, Concluded, ¶¶ 10.134-10.135 (Aug. 31, 2018), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf>.

²⁰ International Centre for Settlement of Investment Disputes, *The ICSID Caseload — Statistics*, Issue 2, 2019, at 12, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(English).pdf).

²¹ *Id.*, at 17.

²² *Id.*, at 12, 17.

²³ *Id.*

Arbitration Center) 等，許多非洲國家認為沒有必要再將整個非洲區域繼續排除於全球 ISDS 機制之外。

(三) 對 ISDS 機制的疑慮

因為部分非洲國家對 ISDS 機制有疑慮，此等國家仍考慮用其他方式來取代 ISDS 機制。例如，在 2018 年生效之「保護投資法 (The Protection of Investment Act)」²⁴指出：除非在非常有限的例外情況下，南非原則上將不再參與國際投資仲裁²⁵。2018 年 8 月，坦尚尼亞就其打算終止坦尚尼亞與荷蘭間雙邊投資保障協定發出通知，且終止已於今 (2019) 年 4 月生效²⁶。近來非洲國家參與的部份雙邊投資保障協定中缺少 ISID 規定，例如 2016 年《東非共同體示範投資條約》(East African Community Model Investment Treaty) 第 23 條的「特別附註」也顯示了偏向無 ISDS 機制的框架²⁷。

參、期待在 AfCFTA 下納入相關 ISDS 機制改革理由

基於 (一) AfCFTA 成員國有限縮使用 ISDS 機制的的需求，以及 (二) 在某些區域性和大陸性的政策手段中，非洲已經納入改革做法，故若在 AfCFTA 協定下選擇採用 ISDS 機制，其可能是一經改革之機制。

一、成員國有限縮使用 ISDS 機制之需求

窮盡國內救濟的要求是一個限縮 ISDS 機制使用的方案。AfCFTA 成員國可能考慮引入此方法。像在《東非共同體示範投資條約》中即有國內訴訟的要求，根據第 23.4 條，投資人可以提出仲裁要求，但前提是「投資人已先向地主國國內法院尋求救濟²⁸。」

二、非洲區域和非洲大陸的政策手段已出現改革跡象

起源於 1960 年代中期的 ISDS 是一過時的機制，不適合因應現今對全球政

²⁴ Protection of Investment Act, 2015, GN 1236 of GG 39514 (Dec. 15, 2015).

²⁵ 南非從 2012 年開始終止其投資條約，2018 年生效之「保護投資法」將以調解和國內法院在內的國內救濟措施列為首要任務。Mmiselo Freedom Qumba, *South Africa's Move Away from International Investor-State Dispute: A Breakthrough or Bad Omen for Investment in the Developing World?*, 52(1) 2019 DE JURE LAW JOURNAL 358, 358 (2019); 該法令規定，南非可以同意就投資爭端進行國際仲裁，但須窮盡國內救濟。Protection of Investment Act art.13(5).

²⁶ *News of Notice on Termination Bilateral Investment Agreement Netherlands – Tanzania*, KINGDOM OF THE NETHERLANDS (Mar. 25, 2019), <https://www.netherlandsandyou.nl/latest-news/news/2019/03/22/notice-on-termination-bilateral-investment-agreement-netherlands---tanzania>.

²⁷ 在「東非共同體示範投資條約」第 23 條的特別附註中，提到最佳方案是不包括投資者與國家之間的爭端解決。THE EAC MODEL INVESTMENT TREATY, art. 23, special note (E. African Cmty. 2016).

²⁸ *Id.* art. 23.4(1).

策的挑戰，例如氣候變遷、資本外流、金融不穩定、經濟不平等、組織犯罪和跨國公司逃稅捐²⁹。非洲國家已出現改革 ISDS 的跡象。例如《泛非投資法》(Pan-African Investment Code, PAIC) 即包含一些創新規定³⁰。其重新界定了傳統的投資條約用語，引入了新的規定，例如人權、企業社會責任、自然資源的使用和掠奪土地事項，加諸投資人審慎調查和義務，並完全省略了某些投資標準，例如，未規定具爭議性的公平和公正標準³¹。

肆、結論

AfCFTA 協定在投資議定書的談判以及在國家、雙邊、區域和多邊四個決策層級的同步行動任務都不太容易。談判者必須解決非洲日益增長的多重、不一致和重疊的投資保障標準問題。在投資談判的部分，AfCFTA 協定下投資議定書將在明年進行談判，預計於 6 月談判完成³²，有望在 2021 年 1 月之前通過³³，對於投資議定書將會採取何種模式來保護投資人，值得持續關注。

²⁹ Letter of Kavaljit Singh, *ISDS Is Unsited to Meet Today's Global Challenges*, FINANCIAL TIMES (May 8, 2017), <https://www.ft.com/content/ed08cd0c-2fea-11e7-9555-23ef563ecf9a>.

³⁰ 非洲國家在非洲聯盟 (African Union) 的主導下，於 2016 年 4 月通過「泛非投資法」(Pan-African Investment Code, PAIC)。PAIC 為模範法性質，為非洲國家之國內法規與國際投資條約提供範本。PAIC 代表非洲國家改變傳統國際投資協定體系的願景，並保留各國制訂與執行永續發展相關政策的空間。因此 PAIC 對投資人加諸許多責任，僅對投資人提供有限的保護。Ignacio Torterola & Bethel Kassa, *Investor-State Disputes in Africa*, GLOBAL LEGAL GROUP: AFRICAN LAW & BUSINESS (Aug. 7, 2019), <https://www.africanlawbusiness.com/news/9936-investor-state-disputes-in-africa>.

³¹ *Id.*

³² Landry Signé & Colette van der Ven, *supra* note 6, at 4.

³³ African Union [AU], Decision on the African Continental Free Trade Area, at 3, Assembly/AU/Doc. 714(XXXII), (Feb. 10-11, 2019), <https://www.tralac.org/documents/resources/african-union/2832-au-assembly-decision-on-the-afcfta-february-2019/file.html>.