

簡介 UNCITRAL 推出之 ISDS 改革多邊公約草案 及其面臨之挑戰

黃可激 編譯

摘要

自 2019 年以來，聯合國國際貿易法委員會下之投資人對地主國爭端解決機制第三工作小組開始進行「關於投資人與地主國爭端解決機制改革之多邊法律架構公約」之討論。該公約旨在建立涵蓋第三工作小組一系列改革方案的多邊架構，以便各國在投資爭端中得選擇適用不同的改革方案，解決長久以來投資人與地主國爭端解決機制體系分裂、不一致之問題。惟即便提出該公約已是第三工作小組下投資人與地主國爭端解決機制改革之一大躍進，其中仍有許多問題尚待釐清，其有待各國持續討論並形成共識。

(取材資料：Caroline Kittelmann & Sarah Lemoine, *An Overview of the First Draft of the Multilateral Instrument on ISDS Reform*, WOLTERS KLUWER (Sept. 6, 2024), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/09/06/an-overview-of-the-first-draft-of-the-multilateral-instrument-on-isds-reform/>.)

自 2019 年以降，聯合國國際貿易法委員會 (The United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) 第三工作小組 (UNCITRAL Working Group III) 便持續進行「關於投資人與地主國爭端解決機制 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) 改革之多邊法律架構公約 (The Multilateral Instrument on ISDS Reform, MIIR)」（下稱多邊公約）的討論¹。多邊公約旨在推出將第三工作小組提出之一系列 ISDS 改革方案納入現有國際投資協定之法律工具，以便各國於投資爭端中得自由適用此等創新之改革方案²，並試圖解決現行 ISDS 體系分裂、不一致之問題³。

2022 年 9 月，第 43 屆第三工作小組會議將擬定多邊公約草案之任務委由

¹ Int'l Trade L. Comm'n, Rep. of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-eighth Session, para. 24, U.N. Doc. A/CN.9/1004 (2019).

² *Id.* para. 54.

³ Michael Waibel, Fragmentation in International Investment Law in Julie Bedard and Patrick W. Pearsall (eds), *State of Arbitration: Essays in Honour of Professor George Bermann* (2022), <https://ssrn.com/abstract=4052586>.

UNCITRAL 秘書處進行⁴，其內容將包含對所有 UNCITRAL 締約國皆具有拘束力之核心條款⁵，旨在整合 ISDS 各項改革之結果⁶；其並概述多邊公約與現有投資協定之間的關係，以及其適用於未來投資協定時可能出現的相關問題⁷。準此，UNCITRAL 秘書處隨即於去 (2024) 年 9 月舉行之第 49 屆第三工作小組會議前完成起草首份多邊公約草案 (下稱公約草案)⁸。

本文首先介紹公約草案整體架構，接著說明該草案下各國得如何於各自投資協定中選擇適用不同 ISDS 改革方案之運作機制，並指出公約草案可能面臨之問題與後續發展方向。

壹、公約草案架構與運作機制

公約草案係一架構性公約，作為 UNCITRAL 第三工作小組下 ISDS 改革方案之整合平台，以議定書 (protocol) 之形式納入第三工作小組下有關 ISDS 之改革方案，允許 UNCITRAL 締約國經由相關通知機制，自行選擇欲適用之議定書以及欲對應修正之投資協定⁹，並規定當該投資協定所有締約方已擇定欲適用之議定書時，該等議定書對於投資協定所有締約方即自動生效¹⁰。應注意者為，公約草案中提及之議定書僅為例示¹¹，公約之締約方也能透過公約草案第 10 條之程序新增其他改革方案¹²。

一、締約方得選擇之議定書

公約草案第 2 條列出目前 UNCITRAL 第三工作小組下討論之 ISDS 改革方案的六項議定書，分別為¹³：

- (一) 議定書 A：UNCITRAL 國際投資爭端解決仲裁員行為守則—2023 年版 (UNCITRAL Code of Conduct for Arbitrators in International Investment Dispute Resolution (2023))¹⁴；

⁴ Int'l Trade L. Comm'n, Rep. of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Forty-third Session, paras. 66-88, U.N. Doc. A/CN.9/1124 (2022).

⁵ Int'l Trade L. Comm'n, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS), para. 15, U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.221 (2022).

⁶ U.N. Doc. A/CN.9/1124, *supra* note 4, para. 72.

⁷ *Id.* paras. 80-88.

⁸ Int'l Trade L. Comm'n, Possible Reform of Investor-state Dispute Settlement (ISDS), U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.246 (2024).

⁹ *Id.* art. 6(1).

¹⁰ *Id.* art. 7(2).

¹¹ *Id.* para. 10.

¹² *Id.* art. 10.

¹³ *Id.* art. 2.

¹⁴ U.N. COMM'N ON INT'L TRADE L., UNCITRAL CODE OF CONDUCT FOR ARBITRATORS IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTE RESOLUTION (2024),

(二) 議定書 B：UNCITRAL 國際投資爭端調解示範條款—2023 年版 (UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes (2023))¹⁵；

(三) 議定書 C：程序以及跨領域議題草案 (Draft provisions on procedural and cross-cutting issues – subject to possible categorization)¹⁶；

(四) 議定書 X：國際投資爭端解決諮詢中心章程 (Statute of an advisory centre on international investment dispute resolution)¹⁷；

(五) 議定書 Y：國際投資爭端解決常設機構章程草案 (Draft statute of a standing mechanism for the resolution of international investment disputes)¹⁸；

(六) 議定書 Z：國際投資爭端解決上訴機構章程草案 (Draft statute of an appeal mechanism for the resolution of international investment disputes)¹⁹。

公約草案將六項議定書分為兩類：第一類包含議定書 A、B 與 C，包括仲裁員行為準則、調解的示範條款，與程序以及跨領域議題草案（此一草案尚在討論中）²⁰；第二類則包含議定書 X、Y 與 Z，內含可能需要設立相關爭端解決機構的事項，以及設立機構可能需要之財務來源²¹。

二、締約方選擇適用議定書之方式與通知程序

公約草案旨在建立使投資協定之締約雙方間能夠對既有投資協定進行內部修訂 (inter se amendment) 之機制，未來的投資協定目前並未包含在內²²。根據

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2318944_coc_arbitrators_e-book_eng.pdf.

¹⁵ U.N. COMM'N ON INT'L TRADE L., UNCITRAL GUIDELINES ON MEDIATION FOR INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES (2024) 17-19, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2401497e_mediation_guidelines_ebook_eng.pdf.

¹⁶ Int'l Trade L. Comm'n, Possible Reform of Investor-state Dispute Settlement (ISDS), U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.244 (2024).

¹⁷ Int'l Trade L. Comm'n, Draft Statute of an Advisory Centre on International Investment Dispute Resolution, U.N. Doc. A/CN.9/1184 (2024).

¹⁸ Int'l Trade L. Comm'n, Possible Reform of Investor-state Dispute Settlement (ISDS), U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.239 (2024).

¹⁹ Int'l Trade L. Comm'n, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.224 (2023).

²⁰ 議定書 A 與 B 只要爭端雙方當事人同意即可適用，而無需會員國另外簽署公約或議定書。UNCITRAL CODE OF CONDUCT FOR ARBITRATORS IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTE RESOLUTION, *supra* note 14, art. 2; UNCITRAL GUIDELINES ON MEDIATION FOR INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES, *supra* note 15, para. 46.

²¹ 第二類議定書涉及更深遠的改革項目，亦需要更多經費，故目前仍處於討論階段。U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.246, *supra* note 8, para. 10.

²² *Id.* para. 33.

公約草案之設定，各國得同時採用一個或多個議定書，並通過雙重選擇 (dual opt-in) 加入機制²³，適用於現有投資協定。雙重選擇加入機制係指締約方首先選擇欲採納之附加議定書，其次再指明應修改的投資協定，藉此完成雙重選擇之程序。

依照公約草案第 6 條規定，多邊公約之締約方在提交公約批准書之三個月內，須向 UNCITRAL 秘書處提交一份通知清單以完成通知程序，該清單內則應記載各國希望適用的議定書，以及列出該議定書將適用於哪些投資協定²⁴。

接下來，按公約草案第 7 條，一旦某一投資協定的所有締約方都採用了特定議定書，並將該投資協定納入公約締約方向 UNCITRAL 秘書處提交之通知清單，該投資協定即被視為已根據該議定書進行修訂²⁵。若只有締約方其中一方將投資協定納入通知清單，則該通知將視為向投資協定之另一締約方提出之要約，其內容為提議通過採納該議定書，對該投資協定進行修訂²⁶。

此外，公約草案第 7(7)條明定，投資協定之締約方不得援引投資協定中的最惠國待遇原則，以規避或適用議定書所載之權利或義務²⁷。公約草案第 8 條則明訂，公約草案締約方原則上不得對本公約提出保留，惟於特定議定書允許之範圍內，得按照該議定書規定，對其部分內容提出保留而排除適用²⁸。舉例而言，議定書 X—國際投資爭端解決諮詢中心章程第 10 條明訂不得提出保留²⁹，故締約方即不得對議定書 X 任何事項提出保留；相對地，議定書 Y—國際投資爭端解決常設機構章程草案第 39 條則規定，締約方得對常設機構之管轄範圍提出保留³⁰，此時締約方即得限縮常設機構之管轄範圍。

三、締約方對投資協定修訂之積極說明義務

按公約草案第 6 條，各締約方應盡可能詳細說明其選擇之議定書將對投資協定進行何種修改³¹，例如該議定書將取代原投資協定中的哪些條款等。公約草案進一步指出，締約方有義務積極說明其將如何修改該締約方現有的投資協定³²；同時，各締約方應確保其通知清單能完整呈現其作為締約方之投資協定的最新狀況³³，例如其投資協定若被終止，得向 UNCITRAL 秘書處提交修正通知，以確保

²³ *Id.* para. 51.

²⁴ *Id.* art. 6(1).

²⁵ *Id.* art. 7(2).

²⁶ *Id.* art. 7(3).

²⁷ *Id.* art. 7(7).

²⁸ *Id.* art. 8.

²⁹ U.N. Doc. A/CN.9/1184, *supra* note 17, art. 10.

³⁰ U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.239, *supra* note 18, art. 39(1).

³¹ U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.246, *supra* note 8, art. 6(3).

³² *Id.* para. 34.

³³ *Id.* art. 6(5).

及時更新通知清單中之內容³⁴。

四、建立資訊公告機制

為了使上述投資協定與通知系統能有效運作，各界需要可靠之資訊平台以確保所有利害關係人皆能輕易知悉哪些投資協定已被修訂以及具體的修訂內容。其中一個可能的做法係參考經濟合作暨發展組織 (Organisation for Economic Cooperation and Development, OECD) 在其《實施稅收協定相關措施以防止稅基侵蝕與利潤轉移的多邊公約》(The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, BEPS MLI) 中所採用的方式³⁵，即設置一資訊配對資料庫，以顯示各方間已於哪些協定中，達成何種修訂³⁶。

貳、多邊公約所面臨之挑戰

多邊公約雖作為 UNCITRAL 第三工作小組於 ISDS 改革之討論中取得之重大進展，惟仍有一些關鍵問題尚待 ISDS 實務工作者釐清，具體包括：

- 一、若某一國家提交的通知存在錯誤或不完整之資訊，將會產生何種後果，仍係未知³⁷；
- 二、如何認定國家已履行公約草案第 6 條所訂之「積極說明」義務³⁸；
- 三、如何將目前提議的架構適用於未來的投資協定³⁹。

綜上所述，這為 ISDS 下之實務工作者帶來諸多新挑戰，他們將需核實多項資訊，包含多邊公約之規範、爭端當事方之投資協定內容以及適用於系爭投資協定之議定書規定等，以全面掌握爭端當事方在投資爭端中的權利義務範圍。

值得一提的是，目前議定書 A 與 B 之適用，須通過爭端當事方（投資者與地主國）自行協商。然而在多邊公約之架構下，這些議定書亦可通過投資協定締

³⁴ *Id.* para. 35; art. 6(4).

³⁵ OECD, MULTILATERAL CONVENTION TO IMPLEMENT TAX TREATY RELATED MEASURES TO PREVENT BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING (2018), <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/beps-mli/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf>.

³⁶ U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.246, *supra* note 8, para. 38; at 11.

³⁷ *Id.* para. 36.

³⁸ *Id.* para. 34.

³⁹ *Id.* para. 33. 有關多邊公約是否以及如何適用於未來的投資協定之問題，已在第三工作小組下的 ISDS 改革討論中被提出，但至今尚未尋得解決辦法。A/CN.9/WG.III/WP.221, *supra* note 5, para. 32.

約方(國家與國家)之間協議適用。這為上述兩項議定書之適用開闢了一條新途徑,意即無須取得投資者作為爭端當事方的同意便可在投資爭端程序中適用這些議定書。

至於議定書 X、Y 及 Z,則導向須建立新機構等更深遠的改革,關於這三項議定書尚有許多議題需進一步討論,這些討論內容遠遠超越了原先的初步問題,例如適用這些改革方案後應如何付諸實施等,其中各國也表達對爭端解決相關成本與時長之負擔可能超過潛在效益的擔憂⁴⁰。

此外,亦有許多關於多邊公約之問題懸而未決。這些問題包括:

- 一、關於議定書選擇的方式,多邊公約之締約方是否必須選擇一項或一組議定書。工作小組建議討論是否由原本的雙重選擇機制改採退出機制,使議定書先對所有多邊公約之締約方生效,締約方再退出其所不願適用之議定書⁴¹;
- 二、各別議定書是否應設立獨立生效程序⁴²;
- 三、多邊公約之締約方是否可以暫時適用某項議定書⁴³;
- 四、多邊公約所建立之投資協定修訂程序與投資協定本身所含之修訂程序應如何相互協調適用⁴⁴;
- 五、如何處理投資協定條款之間的衝突情形⁴⁵。

準此,各國將評估其透過參與多邊公約而得以更靈活適用 ISDS 改革提案所帶來之效益,是否高於其參與該複雜之新制度而須付出之成本,況且第一類議定書之其中兩項,本即已得於公約或議定書外單獨適用,因而就僅對第一類議定書感興趣的國家而言,若其不追求更深遠之 ISDS 改革,加入多邊公約之吸引力便十分有限。

參、結論

多邊公約草案之提出,係 UNCITRAL 第三工作小組於 ISDS 改革之程序方面,邁向更為具體、全面與實質性改革之第一步,雖其中仍存在許多問題尚待釐

⁴⁰ Int'l Trade L. Comm'n, Rep. of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Resumed Thirty-eighth Session, para. 22, U.N. Doc. A/CN.9/1004/Add.1 (2020).

⁴¹ *Id.* para. 11.

⁴² *Id.* para. 20.

⁴³ *Id.* para. 28.

⁴⁴ *Id.* para. 42.

⁴⁵ *Id.* para. 47.

清，但若這些改革項目得以實施，投資人與地主國之爭端解決模式與機制將得以迎來重大變革。

惟第三工作小組下 ISDS 改革之討論似乎是零散進行的⁴⁶，各個改革項目的討論進展速度不一。多邊公約作為一個改革結果的整合平台，其成效將取決於各國對於公約內各議定書是否達成共識。

由於目前第 49 屆第三工作小組會議僅就公約草案第 1 條至第 4 條進行研議⁴⁷，尚未對整體草案有詳細審視，故對於多邊公約草案之未來發展，尚待今年 1 月底進行第 50 屆第三工作小組會議之時，方可能有新一步的進展。



⁴⁶ Int'l Trade L. Comm'n, Rep. of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Fortieth Session, para. 15, U.N. Doc. A/CN.9/1050 (2021).

⁴⁷ Int'l Trade L. Comm'n, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Forty-ninth Session, at 17-20, U.N. Doc. A/CN.9/1194 (2024).