

簡介聯合國國際貿易法委員會下投資人對地主國爭端解決 機制第三工作小組之最新會議內容

馮小蓁 編譯

摘要

去 (2019) 年 10 月 14 日至 18 日, 「聯合國國際貿易法委員會下投資人對地主國爭端解決機制第三工作小組」於維也納召開有關投資仲裁改革之會議。本次會議主要討論了三項議題, 包含 (一) 成立投資人對地主國之爭端解決的諮詢中心、(二) 制訂仲裁人和法官的行為準則、以及 (三) 處理第三方資助之爭議。本次會議彰顯出投資仲裁之改革進程已漸趨完備, 後續發展留待今年之會議上再行觀察。

(本篇取材自: Malcolm Langford, *UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: A Little More Action*, WOLTERS KLUWER BLOG (Oct. 21, 2019), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/21/uncitral-and-investment-arbitration-reform-a-little-more-action/>.)

聯合國國際貿易法委員會 (The United Nations Commission on International Trade Law, 以下簡稱 UNCITRAL) 下的投資人對地主國之爭端解決機制 (Investor-To-State Dispute Settlement, ISDS) 第三工作小組 (Working Group III) 於去 (2019) 年 10 月 14 日至 18 日在維也納召開第 38 屆會議, 討論有關投資仲裁機制的改革¹。各國政府於本次會議一開始即迅速通過第三工作小組之中期工作計劃, 並立即展開實務上的討論²。

中期工作計劃分為三階段, 相關時程與各階段將討論的議題如下³: 首先, 於本次會議中進行討論的三項議題包含建立 ISDS 諮詢中心、仲裁人和法官行為準則、以及第三方資助之議題; 其次, 於今 (2020) 年 1 月 20 日至 24 日在維也納所舉行的第 38 屆會議續會上, 將討論包含上訴機制、常設多邊投資法院、以及仲裁人和法官的選任和指派等一系列較為體制性之議題; 最後, 於今年 3 月 30 日至 4 月 3 日在紐約所舉行的第 39 屆會議中, 則將討論其他各項議題,

¹ Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of Its Thirty-Eight Session, U.N. Doc. A/CN.9/1004, at 1 (2019) [hereinafter The Report of the 38th Session].

² *Id.* ¶ 25, 27.

³ *Id.* ¶ 25.

包括股東對反射性損害的索賠⁴、反訴、爭端預防和整體改革手段等。以下先介紹 UNCITRAL 與投資仲裁改革的背景淵源，再來說明本次會議討論的重點。

壹、聯合國國際貿易法委員會之於投資仲裁的改革背景

自 2017 年開始，UNCITRAL 一直持續地討論可能的 ISDS 多邊改革制度⁵。為此，UNCITRAL 成立第三工作小組並給予其廣泛的授權，要求第三工作小組進行有關 ISDS 改革的工作⁶。第三工作小組係由 UNCITRAL 會員國組成⁷，並著手於以下三項工作：（一）第三工作小組要確認出並研究與 ISDS 有關的問題；（二）針對已確認的關切事項，第三工作小組將討論其是否值得改革；（三）如果第三工作小組得出的結論認為需要進行改革，則其應制定相關解決方案以向 UNCITRAL 提出建議⁸。依據 UNCITRAL 的規則，儘管第三工作小組於履行此一任務時，得參考於來自各利害關係人之專業知識，但仍須確保審議是由政府主導、有與會國政府的高度參與、且以共識及完全透明的程序作為基礎⁹。以下將針對第三工作小組於 2019 年 10 月之會議上所討論的內容進行簡介。

貳、第三工作小組第 38 屆會議之討論重點

一、建立 ISDS 諮詢中心

與會國普遍表示支持建立一個 ISDS 諮詢中心，以有效地補充第三工作小組所制定的其他改革方案¹⁰。與會國指出，ISDS 諮詢中心可以解決一些第三工作小組先前所提出的關切事項，例如仲裁費用、仲裁判斷的正確性與一致性以及司法救濟途徑¹¹，並且 ISDS 諮詢中心可有助於提高 ISDS 的透明度¹²。

但是，各國在設計此一新的諮詢中心時有諸多的討論，例如：誰將從中受益？中心將提供何種服務？以及如何建立此一中心？針對第一項議題，與會國

⁴ 公司股東可能以兩種不同方式受有損害。第一種損害為其身為股東的權利可能受到的直接損害，此可能導致股東提出直接索賠。第二種損害來自於因公司受有損害而造成對股東的「間接」損害，此即所謂的「反射性損害」。損害公司的政府措施可能會影響公司的整體價值，例如導致股票價值的損失。在擁有先進的國內公司法制度的國家，國內法院通常駁回股東對反射性損害的索賠，主要是出於與一致性、可預測性、避免雙重追償和司法節支有關的政策原因。Int'l Law Comm'n, *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Shareholder Claims and Reflective Loss Note by the Secretaria*, ¶ 4, U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.170 (Aug. 9, 2019).

⁵ *UNCITRAL and Reform of Investment Dispute Settlement*, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (July 2017), <https://iisd.org/project/uncitral-and-reform-investment-dispute-settlement>.

⁶ The Report of the 38th Session, ¶ 2.

⁷ *Id.* ¶ 5.

⁸ *Id.* ¶ 2.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.* ¶ 28.

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

的明確共識為主要受益者應該是低收入國家¹³。針對第二項議題，各國同意諮詢中心於投資爭端發生前提供技術援助和能力建構的重要性¹⁴。針對第三項議題，與會國表示 ISDS 諮詢中心性質應為一個政府間機構¹⁵，但具有充分的獨立性以確保其正當性，中心可以透過成員國的捐款和適當的使用者付費制來加以贊助¹⁶。各國最後要求 UNCITRAL 秘書處開始籌備一份完整的提案。

二、制定 ISDS 仲裁庭之成員行為準則

與會國普遍支持應該為 ISDS 仲裁庭成員制定行為準則，以有效地補充第三工作小組所制定的其他改革方案¹⁷。與會國也認知到行為準則可以解決工作小組所提出的部分關切事項，其中最重要的係針對 ISDS 仲裁庭成員之獨立性和公正性不足，而導致 ISDS 體制是否具正當性的批評¹⁸。此外，與會國提到在先前與國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes) 合作編寫的檔案¹⁹中，已針對此一行為準則的討論提供良好的基礎，故得以在相對短的時間內完成行為準則的編寫²⁰。

針對行為準則的討論，與會國對準則具有「約束性」之強調上有高度共識²¹。不過有些與會國主張應將行為準則的規範擴展到所有 ISDS 機制參與者，包含專家證人和顧問²²。然而，各國針對行為準則的結構與設計亦有分歧：有些與會國支持以單一行為準則來規範 ISDS 中所有仲裁人和法官²³；其他與會國則表示，法院或上訴審查之類的結構性改革，或可解決許多當前仲裁人行為方面的問題，從而要求較寬鬆或不同的準則，例如，一個常設的司法機構和嚴謹的預先任命程序，可以避免「雙重身份 (double hatting)」所產生的獨立性問題，以及利益衝突所產生的公正性問題²⁴。至於行為準則的內容設計，與會國對於行為準則應包括的事項亦有一定程度的共識，例如要求仲裁人需負有詳盡的利益揭露要求，以及確保效率的具體規則²⁵。然而與會國對前述「雙重身分」問題認知尚有差異，此指仲裁人曾於其他 ISDS 案件中擔任過律師的狀況²⁶，一些與會國支持應完全禁止仲裁人擔任 ISDS 案件律師，類似規定可見於運

¹³ *Id.* ¶ 30.

¹⁴ 例如培訓政府官員，以提高其對潛在投資索賠的了解。*Id.* ¶ 33.

¹⁵ *Id.* ¶ 37.

¹⁶ *Id.* ¶ 38.

¹⁷ *Id.* ¶ 51.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of Its Thirty-Eight Session, U.N. A/CN.9/WG.III/WP.167 (2019).

²⁰ The Report of the 38th Session, ¶ 51.

²¹ *Id.* ¶ 52.

²² *Id.* ¶ 54.

²³ *Id.* ¶ 53.

²⁴ *Id.* ¶ 55.

²⁵ *Id.* ¶ 60.

²⁶ *Id.* ¶ 57.

動仲裁法院規約 (Code of Sports-related Arbitration)²⁷，其他與會國則認為應視程度而有所區別。

三、如何處理第三方資助所引發的爭議

第三項改革議題為第三方資助 (third party funding)。對第三方資助的擔憂包括²⁸：(一) 第三方資助對爭端程序的影響，例如第三方資助可能引起的利益衝突；以及 (二) 第三方資助對 ISDS 整體制度的影響，例如 ISDS 案件數增加、濫訴主張以及索賠之金額增加、提供外國投資人保護之初衷、以及國家的規制權等。

與會國對第三方資助的定義與管制的程度有相當不同的意見。例如第三方資助是否包括律師事務所的「勝訴分成安排 (Contingency Fee Arrangement)」？其是否涵蓋對國家的支持等非金錢形式之支助？對此，與會國的看法主要有以下三類²⁹：首先，基於第三方資助可能造成潛在利益衝突的擔憂，因為資助方可能與當事人 (或其律師) 或仲裁人間有一定關係，而使仲裁人選任會受到挑戰或被要求揭露資助安排，因此對於需要第三方資助的與會國而言，會認為應狹義地定義第三方資助，並且提倡輕度管制；其次，擔心負面誘因 (例如不願和解) 的與會國則主張廣泛地定義第三方資助，並且加強管制；最後，亦有與會國認為，第三方資助為濫訴索賠訴訟之根源、並且有違於投資條約係基於促進投資而存在，此等國家則傾向採用廣義的定義，並且呼籲應禁止第三方資助。

四、其他問題

除了處理上述三個議題，本次會議亦提及永續發展目標與氣候變遷、以及秘書處未來所待籌備之工作計畫，以下分述之。

(一) ISDS 改革應與永續發展目標與氣候變遷行動一致

第三工作小組要求各國根據聯合國的「永續發展目標 (Sustainable Development Goals)」³⁰ 採取行動，並且根據《巴黎協定》(The Paris

²⁷ Court of Arbitration for Sport, *Code of Sports-related Arbitration*, art. 5 (2019).

²⁸ The Report of the 38th Session, ¶ 80.

²⁹ *Id.* ¶ 87.

³⁰ 永續發展的目標是實現更好且未來永續的藍圖，其將解決現在所面臨的全球挑戰，包含貧窮、不平等、氣候變遷、環境退化、和平與正義。About the Sustainable Development Goals, SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/> (last visited Jan. 10, 2020).

Agreement) ³¹來採取應對氣候變遷的行動³²。此係為了強調要確保 ISDS 改革不會破壞此類行動，且不會阻止各國追求上述目標³³。與會國還強調，當前對 ISDS 改革所為的努力必須與「永續發展目標」以及因應氣候變遷的目標相一致³⁴。

(二) 秘書處未來待籌備之工作規劃

第三工作小組除了討論秘書處於接下來兩次會議的議程中所應討論之改革項目外，亦提出秘書處可進一步研析之工作議題³⁵。第一項建議為：秘書處可以針對如何設計關於 ISDS 程序方面的多邊文件草擬大綱，以便把工作小組所發展出之各類改革選項納入，包括任何結構性改革³⁶。第二項建議為：秘書處可以就計算損害的方式以及其相關法律原則進行研究³⁷。經討論，工作小組要求秘書處準備一份關於 ISDS 改革的多邊文件，其可能將在今 (2020) 年 3 月 30 至 4 月 3 日第 39 屆會議上討論³⁸。

參、結論

第三工作小組之第 38 屆會議表彰了 ISDS 的改革進程已漸趨完備，因為與會國已能確定達成共識和仍有分歧的部分，以便秘書處可以開始草擬改革方案與投資仲裁之相關條文。後續之改革進度將於今年陸續召開的會議當中進行討論，值得持續關注。

³¹ 《巴黎協定》的主要目標是將本世紀的全球氣溫上升幅度控制在以工業化前全球溫度為基準，所增溫 2°C 以內，並努力將氣溫升高的幅度限制在 1.5°C 以內，以應對氣候變遷。Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change art. 2, Dec. 12, 2015, T.I.A.S. No. 16-1104.

³² The Report of the 38th Session, ¶ 99.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.* ¶ 100.

³⁶ *Id.* ¶ 101.

³⁷ *Id.* ¶ 102.

³⁸ *Id.* ¶ 104.