

試析跨大西洋貿易及投資夥伴協定下投資人對地主國爭端 解決機制—以程序性議題之改革為中心

戴文祈

摘要

近年來，有論者認為「投資人對地主國爭端解決機制」(ISDS)，在實質面與程序面大幅限縮政府管制權(right to regulate)。以程序面為例，大多數爭端仍透過雙方仲裁(arbitration)的方式解決。歐盟理事會於今(2015)年9月16號釋出跨大西洋貿易及投資夥伴協定(TTIP)下ISDS之條文草案，歐盟欲透過實質與程序規範改革，確保政府管制權以及增加ISDS的透明化、公平性與參與性。其所提出的草案的確在某些方面改善現行制度之缺失，但同時某些變革過於重大使得ISDS與傳統的仲裁有所偏離。於此基礎之上，草案是否會得到美國的支持，以及歐盟往後欲發展成為多邊爭端解決體系的可能性，值得探討。

近年來，隨著部分開發中國家退出《解決國家與他國國民間投資爭端公約》(Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other States，以下簡稱華盛頓公約)¹，以及資本出口國已不再限於已開發國家，許多國家倡議提升「投資人對地主國爭端解決機制」(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)中政府的管制權力。歐盟內部對於在跨大西洋貿易及投資夥伴協定(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)下納入ISDS也有相當大的歧見，因此歐盟從今(2015)年初就開始向公眾諮詢關於在TTIP下納入ISDS的意見，該報告並在今年5月5號出爐²。隨後歐洲議會對歐盟執委會關於TTIP談判的提議中，要求執委會建立新的爭端解決機制來取代現行的機制³。因

¹ Sergey Ripinsky, *Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve*, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, Apr. 13, 2012, https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/#_ftn1 (last visited Oct. 14, 2015).

² *Concept Paper: Investment in TTIP and beyond - the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court* [hereinafter Concept Paper] (May 5, 2015), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (last visited Oct. 29, 2015); 關於歐盟公眾諮詢報告之緣起與內容可參考：蔡元閣，「試析歐盟於跨大西洋貿易及投資夥伴協定排除投資人對地主國爭端解決機制之可行性」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，175期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no175/1.pdf> (最後瀏覽日：2015年10月29日)。

³ Press Release, European Commission, TTIP: Ease Access to US Market, Protect EU Standards, Reform Dispute Settlement (Aug. 7, 2015).

此，歐盟理事會於今年 9 月 16 號釋出 TTIP 下 ISDS 的條文草案⁴，試圖滿足歐盟議會對於 ISDS 的要求。

由聯合國貿易與發展會議 (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD) 之統計可見，大部分的投資爭端皆使用華盛頓公約或是《聯合國貿易法委員會仲裁規則》(United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules, 以下簡稱 UNCITRAL 仲裁規則)⁵。對於此兩套規則，程序上的批評多聚焦在透明化、仲裁人選任、仲裁人挑戰，以及第三方參與等四個面向⁶，歐盟草案亦主要針對此四項進行改革。因此以下第壹部分將探討華盛頓公約與 UNCITRAL 仲裁規則在此四個面向分別的規定與批評；第貳部分介紹歐盟草案中相關改革，並分析該改革之有效性及美國可能採取的立場；最後做一結論。

壹、對現行 ISDS 之評析

投資仲裁判斷於某些特殊案件下涉及政府的公共政策，故在做成判斷時應囊括更廣泛的考量，以及增加透明化及公共參與性⁷。以下將針對透明化、仲裁人選任、仲裁人挑戰四個面向分別討論。

一、透明化不足

增加 ISDS 的透明化能夠提升公眾意識以及公眾參與度，同時增加政府機構關於投資協議下所產生的國際法義務與廣泛公眾利益之課責性⁸。華盛頓公約規定，案件須登錄在國際投資爭端解決中心 (International Centre for Settlement of

⁴ Draft Text on Investment Protection and Investment Court System in the TTIP [hereinafter Draft Text] (Sept. 16, 2015), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf#article2-2.

⁵ 截至 2014 年為止，所有已知的 ISDS 案件數目已高達 608 件，其中在 2014 年當年度就占 42 件。截至 2012 年為止，所有仲裁案件中有 61.9% 使用華盛頓公約，27.6% 使用 UNCITRAL 仲裁規則，其餘案件則由其他機構如斯德哥爾摩商會或國際商會下轄之仲裁法庭處理；Recent Trends in IIAs and ISDS, UNCTAD, No. 1, Feb. 19, 2015, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (last visited Oct. 14, 2015); INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, INVESTMENT TREATY ARBITRATION: OPPORTUNITY TO REFORM ARBITRAL RULES AND PROCESSES, at 3, available at <https://www.iisd.org/publications/investment-treaty-arbitration-opportunities-reform-arbitral-rules-and-processes> (last visited Oct. 14, 2015).

⁶ *Id.* at 1; Stephan W. Schill, *Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward*, AMSTERDAM CENTER FOR INTERNATIONAL LAW, at 1, available at: <http://hdl.handle.net/11245/1.483161> (last visited Nov. 9, 2015); Eugenia Levine, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third Party Participation*, 29. Berkeley J. Int'l Law 1, 200, 200 (2011).

⁷ *Id.*

⁸ Julia Salasky, *The New UNCITRAL Rules and Convention on Transparency*, LSE - LABORATORY FOR ADVANCED RESEARCH ON THE GLOBAL ECONOMY, Aug. 6, 2014, <http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/portfolio-items/transparency-in-investment-treaty-arbitration-and-the-un-guiding-principles-on-business-and-human-rights-the-new-uncitral-rules-and-convention-on-transparency/> (last visited Nov. 9, 2015).

Investment Disputes, ICSID) 下並公開仲裁結果與判決摘要，但除非當事人同意，否則詳盡的仲裁判斷或相關文件不予以公布⁹；相對地，UNCITRAL 仲裁規則並沒有要求當事人必須公開任何資訊，因此大多數的投資仲裁案件僅揭露部分文件，甚至完全保密¹⁰。為了使適用 UNCITRAL 仲裁規則的仲裁更加透明，國際貿易法委員會在 2013 年 7 月通過《貿易法委員會投資人與國家間基於條約仲裁透明化規則》(UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 以下簡稱透明化規則)，規定自 2014 年 4 月 1 日後訂立之條約，當訴諸 UNCITRAL 仲裁規則時，必須遵守聽證 (hearing) 以公開方式進行¹¹、並且公布所有相關文件之基本原則¹²，但特殊文件得透過篡編 (redact) 的方式公開¹³。惟若係 2014 年 4 月 1 日前完成的投資協定，除非仲裁雙方表明願受此透明化規則限制，否則不須遵守此規則¹⁴。

為擴大透明化規則的適用範圍，聯合國大會於 2014 年 12 月進一步通過《聯合國投資人與國家間基於條約仲裁透明化公約》(United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 以下簡稱透明化公約)，若會員國簽署此公約，則「過往和未來」所有訴諸 UNCITRAL 仲裁規則之投資協定，基本上皆須適用全面公開文件之透明化規則¹⁵。儘管如此，透明化公約允許簽署國得自由決定透明化規則是否適用於某一或特定的投資協議，或得自由決定是否要適用於非使用 UNCITRAL 仲裁規則的仲裁¹⁶。然而，目前僅有 16 個國家簽署透明化公約，而在此當中只有一個國家批准¹⁷，故在未達到公約生效的要件的情況下¹⁸，大多數使用 UNCITRAL 仲裁規則的仲裁案件仍不會公開。因此，UNCITRAL 仍具有透明化不足之問題。

二、仲裁人選任

仲裁人常扮演仲裁庭中關鍵的角色，尤其是主任仲裁人 (presiding arbitrator)

⁹ ICSID Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States [hereinafter Washington Convention], Administrative and Financial Regulations, art. 22(1); Washington Convention, Arbitration Rules 48(4).

¹⁰ 關於適用 UNCITRAL 仲裁規則的案件之公開情況，可參考國際貿易法聯合委員會，網址：<http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp#country>。

¹¹ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration [hereinafter Transparency Rules], art. 6(1).

¹² *Id.* art. 3(1).

¹³ *Id.* art. 3(4).

¹⁴ *Id.* art. 1(2).

¹⁵ United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration [hereinafter Transparency Convention], art. 1(1).

¹⁶ *Id.* art. 3.

¹⁷ United Nation Treaty Collection, *United Nations Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-3&chapter=22&lang=en#EndDec (last visited Oct. 14, 2015).

¹⁸ Transparency Convention, *supra* note 15, art. 9(1).

¹⁹。通常雙方會選擇對他們的案件具有同理心，且有適當的人格特質、名譽及能說服另外兩仲裁人的仲裁候選人²⁰。然而，看似公平的選任制度，實務上的操作卻使得仲裁案件由少數幾位仲裁人把持，或選出之仲裁人同時也是其他仲裁案件的法律顧問，導致對仲裁人之公平性產生疑慮。無論適用華盛頓公約或 UNCITRAL 仲裁規則，原則上兩位仲裁人由雙方當事人各指派一位。然主任仲裁人之選任在兩套規則中有所不同，若適用華盛頓公約，主任仲裁人由當事人共同決定之²¹，若當事人無法決定，則由世界銀行總裁指派²²；若適用 UNCITRAL 仲裁規則，主任仲裁人則由選出之兩位仲裁人決定²³，若兩位仲裁人無法達成協議，則由指定機構（appointing authority）選任之²⁴。

當事人雖可以自由選擇仲裁人，在實務上卻造成 ICSID 仲裁案件由少數人把持、仲裁人雙重角色，以及政府背景之仲裁人較少的問題。首先就少數仲裁人把持之問題，據統計，僅 12 位仲裁人就佔了截至 2011 年 60% 的仲裁案件²⁵。此外，仲裁人往往扮演雙重角色（dual role）²⁶，因而可能做出不公正的判斷，例如：當仲裁人同時擔任其他案件的法律顧問時，仲裁人可能會以偏好在其他案件的客戶之形式做成仲裁判斷，亦即該仲裁判斷的法理可以被用來支持該仲裁人在其他案件的論述；抑或有「交叉指派」（cross-appointments）的可能性，亦即當事人的法律顧問 Y 在 A 仲裁案件中指派 X 擔任仲裁人，而當 X 在案件 B 擔任法律顧問時，即有可能指派 Y 擔任仲裁人²⁷。最後，雖然 ISDS 之一方為政府，但政府通常不會指派其法律顧問或投資協議的談判人員擔任仲裁人，導致多數仲裁人皆來自私部門²⁸，與一般商業仲裁的仲裁人近乎一致，可能使得判斷時忽略了政府的管制義務，純粹依照商業標準做成判斷。

三、仲裁人挑戰與拒卻

¹⁹ OECD Working Papers on International Investment, at 89 (Mar. 2012), available at http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf.

²⁰ *Id.* at 43.

²¹ Washington Convention, *supra* note 9, art. 37(2)(b).

²² *Id.* art. 38.

²³ United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (2013) [hereinafter UNCITRAL Arbitration Rules], art. 9(1).

²⁴ *Id.* art. 9(3).

²⁵ J. A. Fontoura Costa, *Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: the Creation of International Legal Fields*, Oñati Socio-Legal Series, Vol. 1, No. 4, 11 (2011).

²⁶ INVESTMENT TREATY ARBITRATION: OPPORTUNITY TO REFORM ARBITRAL RULES AND PROCESSES, *supra* note 5, at 13; 據統計，在投資仲裁案件中，有 50% 的仲裁人曾於其他投資人之法律團隊中擔任顧問，而 10% 的仲裁人曾於國家的法律顧問團隊任職。OECD Working Papers on International Investment, *supra* note 19, at 44.

²⁷ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, ARBITRATOR INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY: EXAMINING THE DUAL ROLE OF ARBITRATOR AND COUNSEL, Apr. 14, 2015, at 3-4, available at <https://www.iisd.org/publications/arbitrator-independence-and-impartiality-examining-dual-role-arbitrator-and-counsel> (last visited Oct. 29, 2015).

²⁸ 據統計，ISDS 的仲裁人 60% 的成員為律師，另外 30% 多是全職的學術研究人員。OECD Working Papers on International Investment, *supra* note 19, at 44.

雖然仲裁人由雙方分別指派，但若當事人對於仲裁人之公平性或獨立性有疑慮，可以透過挑戰 (challenge) 來辭退該仲裁人。然而，實務上對於挑戰仲裁人設有嚴格的門檻，尤其是華盛頓公約，使得真正挑戰成功的機率非常低。在華盛頓公約下，若要挑戰仲裁人必須先提出「明顯的」(manifest) 事實顯示該仲裁人不適任²⁹，且是否辭退被挑戰之仲裁人則由另外兩位仲裁人決定，若另外兩位仲裁人無法達到共識，則由世界銀行總裁決定之³⁰。然而，利用仲裁人來決定被挑戰的仲裁人是否適任將衍生出諸多問題，其中之一為做決定的仲裁人可能受被挑戰的仲裁人所影響，做出非公正的決定³¹；在 UNCITRAL 仲裁規則下，僅要求當對仲裁人的公平性與獨立性有「正當的疑慮」(justifiable doubts) 即可提出挑戰，另一當事人可決定是否要接受該挑戰、受到挑戰的仲裁人也得自行選擇退出，若爭端方不接受或受到挑戰的仲裁人不退出，則由指定機構來決定³²。通常認為，華盛頓公約的門檻較其他仲裁規則高³³，導致過往只有少許案例使仲裁人失去一職³⁴。

四、第三方參與—法庭之友

根據華盛頓公約，仲裁庭與當事人諮商後，得 (may) 允許對仲裁結果有「明顯之利益」(significant interest) 之非訴方 (non-disputing party) 提交書面意見³⁵；此外，除非當事人不同意，否則仲裁庭得允許非訴方參與聽證³⁶；UNCITRAL 體系下，則在透明化規則內賦予仲裁庭裁量權來決定是否允許第三人 (third person) 參與³⁷。值得注意的是，有鑑於 ISDS 與一般商業仲裁的差別，法庭之友近年來已不再侷限於非政府組織，甚至主權國家或區域組織也會申請擔任法庭之友³⁸。然實務上，無論是使用華盛頓公約或 UNCITRAL 仲裁規則，賦予非訴方 (或第三人) 的權利還是非常限縮，例如：提交書面意見，其他權利如：參與聽證、取得當事人提交之資料等都仍有所限制³⁹。

貳、歐盟於 TTIP 下 ISDS 之草案介紹與評析

²⁹ Washington Convention, *supra* note 9, art. 57.

³⁰ *Id.* art. 58.

³¹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION: OPPORTUNITY TO REFORM ARBITRAL RULES AND PROCESSES, *supra* note 5, at 12-13.

³² UNCITRAL Arbitration Law, *supra* note 23, art. 13(3), 13(4).

³³ Federica Cristani, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview*, THE LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 13, 153, 176-177 (2014).

³⁴ 截至 2010 年，在 ICSID 下共有 26 件對於仲裁人的挑戰，但僅有 3 件達標。Lucy Reed, Jan Paulsson & Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, at 134 (2nd ed. 2010).

³⁵ Washington Convention, Arbitration Rules, *supra* note 9, art. 37(2).

³⁶ *Id.* art. 32(2).

³⁷ Transparency Rules, *supra* note 11, art. 4(1), 4(3).

³⁸ Eugenia Levine, *supra* note 7, at 212-214.

³⁹ *Id.* at 208-212.

為了回應部分會員國對於將 ISDS 納入 TTIP 之反對聲浪，歐盟針對 TTIP 下投資議題提出新草案，此草案程序面之改革主要包含建立兩審級制的法庭 (tribunal)⁴⁰、設立常任法官 (judge)、適用 UNCITRAL 透明化規則等。草案中明訂當事人可以選擇華盛頓公約、UNCITRAL 仲裁規則，以及其他當事人同意之仲裁規則解決爭端，但上述仲裁規則與草案衝突之規定應優先適用草案⁴¹。此外，歐盟在其發表的新聞稿當中提到，執委會將繼續與其他國家合作，試圖建立常設的投資法庭來取代現行的投資爭端解決機制，可見歐盟有意將此草案中的概念多邊化⁴²。本文接下來就第壹部分所提到之四個面向討論，檢視新的草案是否達到改革目標。

一、透明化規則

歐盟雖然尚未批准透明化公約，但其於草案中全面實施透明化規則，直接納入 UNCITRAL 透明化規則⁴³，且並未設有任何保留。如前所述，透明化規則要求相關文件須公開，以及聽證皆以公開的方式進行。此外，雖然透明化規則適用在現行的仲裁，但草案也規定上訴法院 (Appeal Tribunal) 相關文件也須比照辦理公開⁴⁴。歐盟選擇全面實施透明化規則，係因其內部對於 ISDS 的看法頗為分歧，反對者認為 ISDS 有別於一般商業仲裁，其結果與影響會擴及國家公共政策，因此應增加透明化，提升其課責性⁴⁵。類似的規定在美國 2012 年的雙邊投資協議範本 (Model Bilateral Investment Treaty, 以下簡稱 Model BIT) 中也同樣存在⁴⁶，因此美國似不會採取反對立場。

二、法官的選任與規範

針對上述現行 ISDS 仲裁人選任之問題，草案中之法官由歐盟與美國事先選任且有固定的任期，不再由當事國自行選任裁判者。因上訴法院與初審法院 (Tribunal of First Instance) 關於法官的選任方式大致相同⁴⁷，本文只介紹初審法

⁴⁰ 關於 ISDS 增加上訴機制的可能性可參考：蔡元閔，「試論『投資人對地主國爭端解決機制』之改革—以歐盟倡議在『跨大西洋貿易及投資夥伴協定』建立上訴機制為中心」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，181 期，網址：

<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no181/3.pdf> (最後瀏覽日：2015 年 9 月 20)。

⁴¹ Draft Text, Section 3, art. 6(2), 6(3).

⁴² Press Release, European Commission, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU trade and Investment Negotiations (Sept. 16, 2015), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm.

⁴³ Draft Text, Section 3, art. 18(1).

⁴⁴ 包含要求諮商文件、要求決定被告方文件、調解協議、挑戰法官與裁決文件、要求合併案件文件等。Draft Text, Section 3, art. 18(2).

⁴⁵ Press Release, European Commission, European Commission Pushes for Full Transparency for ISDS in Current Investment Treaties (Jan. 29, 2015), <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1247>.

⁴⁶ 2012 US Model Bilateral Investment Treaty [hereinafter US Model BIT] art. 29(1), (2).

⁴⁷ Draft Text, Section 3, art. 9(2), 10(2).

院。初審法院的法官共十五位，分別由五位歐盟會員國國民、五位美國國民，以及五位第三國籍人士擔任，每位法官任期六年，可連任一次⁴⁸。組成法庭時，利用輪流的方式選出三位法官，分別為歐洲人、美國人，以及第三國國民，且由第三國國民擔任裁判長，確保法官之選任是隨機且不可預測，且賦予每位法官同等的機會參與審判⁴⁹。此外，草案對於法官的公平性有嚴格要求，除了在附件中有專門規定法官的「行為準則」(Code of Conduct)外，條文中更有原則性的規定。如：草案當中規定法官不能與任何政府有關聯、不能接受來自政府或組織任何關與爭端相關的指示 (instruction)，也不能參與任何與此爭端有直接或間接利益衝突的爭端⁵⁰。最重要的是，只要一經指派，法官應避免擔任任何條約或國內法下之 ISDS 法律顧問⁵¹。相較於現行對仲裁人的行為規範多屬於非拘束⁵²，草案將行為準則放置於附件中使其具有拘束效力，其中規定包含：法官有揭露之義務、法官之獨立性與公正性規範、對卸任法官之規範等等⁵³。由此觀之，歐盟亟欲避免雙重角色的問題，除將當事人自行選任法官的權力收回，統一由法庭指派之外，也制定非常嚴格的行為準則來確保法官的中立性。

歐盟此提案顛覆過往 ISDS 的傳統，尤其剝奪當事人選擇仲裁人的權力將偏離仲裁的特性，勢必會遇到不小阻力。美國商會與國家外貿委員會 (National Foreign Trade Council, NFTC) 表示，此草案將會使更有經驗的仲裁人無法參與裁判，且懷疑由雙方政府選出來的法官，可能為了尋求連任而做出對政府的判斷，進而影響公正性⁵⁴。

三、法官的挑戰與拒卻

草案規定，只要任一方「認為」(consider) 法官有利益衝突，可以在法庭組成後 15 天內，或在知悉有利益衝突後 15 天內，向初審法院裁判長 (或上訴法院裁判長) 提出挑戰通知。若在通知後 15 天內，法官決定不辭退，初審法院裁判長 (或上訴法院裁判長) 應在收到挑戰通知 45 天內做出裁決⁵⁵。草案雖表明當事人可以在「認為」法官有利益衝突時就提出挑戰，但爭端還是透過華盛頓公約或 UNCITRAL 仲裁規則 (或其他雙方同意的仲裁規則) 解決⁵⁶。在適用相同仲裁規則的前提下，決定該挑戰是否成立時的標準和門檻可能與過往相同，是否能改善第壹部分所提到的問題有待觀察。

⁴⁸ Draft Text, Section 3, art. 9(2), (5).

⁴⁹ Draft Text, Section 3, art. 9(6)-(7).

⁵⁰ Draft Text, Section 3, art. 11(1).

⁵¹ *Id.*

⁵² Federica Cristani, *supra* note 33, at 157-159.

⁵³ Draft Text, Section 3, Annex II, Code of Conduct for Members of the Tribunal, the Appeal Tribunal and Mediators.

⁵⁴ *U.S. Business Repts Fret Over 'Right To regulate' In EU ISDS Proposal*, INSIDE US TRADE, Vol. 33, No. 37 (Sept. 25, 2015).

⁵⁵ Draft Text, Section 3, art. 11(2)-(4).

⁵⁶ Draft Text, Section 3, art. 6(2).

四、第三方參與—法庭之友

草案規定，只要第三方（包含自然人或法人）可以顯示其與爭端結果有「直接且現在的利益」(a direct and present interest)，法庭就應 (shall) 允許其介入⁵⁷。第三方可取得所有訴訟雙方提出的文件之備份、且可以在有限期間內提出書面聲明、可參與聽證，且在聽證時提出口頭聲明⁵⁸。由此可知，草案明顯賦予第三方更多權利。在加入要件方面，第三方只要證明其與仲裁判斷有「直接且現在的利益」(a direct and present interest)，法庭就必須 (shall) 允許其加入，與華盛頓公約或 UNCITRAL 仲裁規則中保留裁量權予仲裁庭有所不同。

關於法庭之友的參與，美國在 Model BIT 中有一消極的規定，亦即仲裁庭有權接受法庭之友的書面意見⁵⁹，但並沒有更細部的規定規範成為法庭之友的要件。第三方參與通常以不影響裁判的進行與當事人的權利為前提，若賦予第三方更多權利，可能會延長裁判時程或過分增加當事人的負擔⁶⁰，故美國似可能對第三方參與採取反面態度。

參、結論

ISDS 因其不同於一般商業仲裁的特性，使得歐盟欲提升其透明化、公正性、參與度，進而增加政府管制權利 (right to regulate)。在草案當中，無論是實質上的規範，抑或是本文中所提到的程序性面向，皆是在確保政府有更多的權利施行公共政策。此草案雖然建立了「類法庭」的機制，卻還是繼續使用仲裁規則，可見歐盟並非完全排除 ISDS 於仲裁之外，僅是在現行 ISDS 仲裁下，為達成上述目標而修改或新增某些規定。在仲裁人選任與規範與第三方參與下，此草案提出突破性規範，有助於解決長久以來仲裁人雙重角色的問題，確保裁判者的公平性與中立性，以及賦予第三方更多實質上的權利來增加法庭的參與性。然而，這些突破性的規範對現行 ISDS 程序規範有很大的變革。對此，美國接受與否，甚至往後擴大成為專門處理 ISDS 多邊機制的潛力，值得吾人持續關注。

⁵⁷ Draft Text, Section 3, art. 23(1).

⁵⁸ Draft Text, Section 3, art. 23(3).

⁵⁹ Model BIT, *supra* note 46, art. 28(3).

⁶⁰ Eugenia Levine, *supra* note 7, at 219.