



大 会

Distr.: Limited
4 March 2019
Chinese
Original: French

联合国国际贸易法委员会

第三工作组（投资人与国家间争端解决制度改革）

第三十七届会议

2019 年 4 月 1 日至 5 日，纽约

投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的可能改革

摩洛哥政府提交的意见

秘书处的说明

本说明转发第三工作组第三十七届会议筹备过程中于 2019 年 3 月 1 日收到的摩洛哥政府提交的意见（见附件一）以及于 2019 年 3 月 19 日收到的对该初步意见的补充（见附件二）。



附件一

1. 摩洛哥赞扬委员会在 2017 年 7 月于维也纳举行的会议上发起倡议，审议当前投资人与国家间争端解决（投资争端解决）机制改革专题。
2. 不可否认，这一倡议具有重要意义，因为它为发展中国家提供了参与改革与国际仲裁有关的国际投资法这一关键分支的机会，而这些法律的现有规则和原则是在大多数国家没有参与的情况下制定的。
3. 此外，在多边一级全面改革投资争端解决制度，应意味着投资争端解决方面的安排将不再是已承诺对该制度进行多边改革的国家所缔结的双边投资条约所必需的，而且这将在国际一级产生统一的标准和程序。
4. 摩洛哥相信，投资争端解决制度改革有可能导致负责任的国际投资，从而促进《可持续发展目标》的实现。这一改革还可能有助于打击某些外国投资人为获得不应有的赔偿而采取欺诈做法向仲裁庭提出对东道国的索赔。
5. 投资争端解决制度改革是交给第三工作组的一个专题，其目的是解决世界上一些国家对投资争端解决制度如何在双边投资条约下运作提出的关切。这些国家包括发展中国家，它们因缺乏处理和管理投资争端案件的合格人员而受到这种制度消极后果的影响，特别是在财政方面。
6. 摩洛哥欢迎第三工作组迄今所做的工作，该工作组提供了一个适当的论坛，使不同国家能够就投资争端解决制度改革的最有效手段调和立场。
7. 摩洛哥借此机会强调在第三工作组范围内就投资争端解决制度改革达成协商一致的重要性。这项改革应是全面的，并应考虑到各国提出的关切，以期建立一个所有国家，特别是发展中国家都能够依赖的公平、公正的投资争端解决制度。
8. 摩洛哥最近拟订了一项新的双边投资示范条约，该条约既兼顾了投资人的权利和义务，也兼顾了东道国的权利和义务，摩洛哥在该条约中选择在更新有关规定的同时维持现有的投资争端解决制度。
9. 新的示范条约在投资争端解决制度方面的主要创新之处在于：
 - 建立预防争端的体制框架，根据条约建立的联合委员会和指定的协调中心在框架内发挥重要作用
 - 限制可在投资争端解决机制下提交的争端类型，并规定提交索赔的时限，以防止提交过去的索赔
 - 确保在将争端提交国际仲裁之前用尽国内补救办法，因为用尽国内补救办法是国际公法的一项要求
 - 维护条约缔约国即使在条约生效后解释条约关于投资保护的规定的权利
 - 建立一种快速处理无根据或无意义索赔和合并索赔的机制，以减少仲裁费用
 - 使东道国能够在投资人不遵守其根据条约承担的一项或多项义务的情况下向仲裁庭提出反诉
 - 为防止外国投资人不当利用仲裁而规定对提交不合理索赔的处罚

- 对参与“条约选购”的投资人使用仲裁加以限制
- 根据《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》加强仲裁员操守并改善仲裁程序的运作和透明度
- 使投资人与国家间争端的当事方能够在多边投资法庭成立后将争端提交此种法庭

10. 尽管摩洛哥努力在其新的示范条约中改革投资争端解决机制，但由于其性质，该机制仍有若干方面需要世界各地许多国家采取协调一致的行动。

11. 为此目的，在第三工作组内就投资争端解决制度改革问题进行多边对话，可有助于就最佳改革方案和执行这一方案的最适当方式达成共识。

12. 摩洛哥欢迎有此机会就第三工作组正在进行的与投资争端解决制度有关的改革进程向委员会秘书处提出意见，并赞同工作组在 2018 年 10 月 29 日至 11 月 2 日于维也纳举行的会议上所确定的关切。

13. 然而，摩洛哥认为，如下文所述，进一步讨论与这一改革有关的若干问题将是有益的。

一. 减少仲裁费用

14. 仲裁费用的增加引起了对国际仲裁的日益不满，特别是国际仲裁给各国公共政策和可持续发展造成的影响。因此，第三工作组必须致力于确定减少仲裁费用和节省时间的最佳选择。可以考虑一些减少与投资争端解决有关的费用的方法，例如：

- 寻求建立一种可在诉诸国际仲裁之前使用的预防争端和促进替代性争端解决机制的机制，以便找出双方都能接受的争端解决办法。
- 在启动国际仲裁之前用尽国内补救办法。使用这种补救办法可能导致争端得到令所有当事方满意的解决，从而避免了对仲裁的需要，与国内补救办法相比，仲裁费用非常昂贵。
- 如果主管国内法院已经就争端作出具有既判力的最后判决，则禁止将争端提交仲裁，以避免多重诉讼和节省财政资源。
- 建立一个初步审查无根据或无意义索赔的机制，包括法庭命令索赔人支付与这类索赔有关的所有费用的可能性。
- 设定仲裁员必须作出最终裁决的时限，这将鼓励仲裁员更有效率地工作。然而，这些时限不应太短，迫使仲裁员作出质量低劣、随后可能被撤销的裁决。
- 修订争议各方之间的费用分摊机制，纳入败诉方支付规则，根据该规则，败诉方必须承担仲裁的所有费用。
- 制定收费表，通过对支付给仲裁员、专家和证人的报酬设定上限减少仲裁费用。
- 采用客观和透明的标准，用以确定向遭受损害的投资人支付的赔偿。在这方面，赔偿数额必须与实际遭受的损害相称。

二. 合同规定的国内法院管辖权优先于双边投资条约规定的仲裁庭管辖权

15. 在一些仲裁案件中，尽管合同中有关于解决争端的具体条款（例如，Salini 诉摩洛哥案），但仲裁庭允许投资人根据条约提交合同性质的争端。

16. 在其他一些案件中，即使没有赋予国际投资争端解决中心管辖权的合同条款，依然根据双边投资条约将与违反合同有关的争端诉诸仲裁。

17. 为避免造成国内法院和仲裁庭之间管辖权冲突的这种重叠，建议界定关于仲裁庭对投资人与国家间仲裁的管辖权的条件，并将这种管辖权限于根据双边投资条约提出的申请。

三. 在仲裁领域对发展中国家的支持

18. 由于其财政资源有限，而且缺乏在投资争端解决方面具有丰富经验的法律专业人员，发展中国家需要这方面的援助。因此，极有必要建立一种机制，支持并协助这些国家处理投资争端案件，使它们能够更好地准备、处理和管理与国际投资有关的争端。

19. 此外，应促进国内法院与仲裁员之间的合作。国内法院通过确保仲裁裁决得到执行，在执行仲裁裁决方面发挥着重要作用。在仲裁裁决受到质疑的情况下，国内法院还充当执行法院的角色。

20. 作为投资争端解决制度改革的一部分，还建议确立国家仲裁中心的作用并向其提供支持，以使其能够履行其职能并满足经济运营者的期望。

四. 对仲裁裁决的事先审查

21. 大多数关于投资仲裁的规则都没有规定在裁决成为最终裁决之前可对其进行审查的质量控制程序。

22. 必须建立一种事先审查仲裁裁决的程序，这类似于国际商会国际仲裁院所采用的程序。

23. 这种事先审查应在很短时间（约两周）内进行，将确保每一项裁决都符合所有手续，处理了所有索赔要求，并列出发裁决所依据的理由。

24. 此外，这一程序将允许争端各方在裁决成为最终裁决之前就裁决的所有方面向仲裁庭提出书面意见。

25. 对仲裁裁决的事先审查可由国际投资争端解决中心或常设仲裁法院等现有仲裁机构中的一个独立机构进行。

五. 第三方出资

26. 第三方出资是许多投资人——特别是那些没有足够资金支付仲裁费用的投资人——向东道国提出索赔所使用的一个重要手段。

27. 然而，这种出资缺乏透明度，因为所涉实体一般不愿向争议其他当事方或仲裁员披露关于其作用的信息。

28. 除非加以规范，否则第三方出资不可能在投资争端解决中发挥建设性作用。

29. 在这方面，应当制定规范这类资金的规则和程序，使投资人不能以投机或滥用方式使用这类资金。这些规则和程序可规定披露第三方出资人的身份、出资额和出资合同的条款，包括第三方出资人是否作出不可撤销的承诺，承担索赔方投资人可能被命令支付的任何法律费用，因为寻求第三方出资的投资人通常处于困难的财务状况，无法遵守支付法律费用的命令，而这种不遵守对东道国构成风险。

30. 在通过关于第三方出资的国际规则之前，作为当前投资争端解决制度改革的一部分，可以考虑禁止这种出资。

六. 费用担保

31. 费用担保是阻止无意义索赔或无根据索赔的一种有效手段。此外，费用担保使东道国能够在支付法律费用的命令得到遵守之前保护自己免受投资人宣布破产的风险。

32. 投资争端解决制度改革应当包括建立一种机制，要求法庭命令索赔方投资人提供费用担保，特别是如果有理由相信投资人在结构上可避免仲裁的后果或以同样目的处分了资产。

33. 此外，如果通过投资争端解决制度的改革采用了第三方出资的做法，使用这一工具的投资人必须提供费用担保，因为投资人寻求这种资金的原因恰恰是他们没有足够的财政资源来支付仲裁费用。

七. 建立常设仲裁裁决上诉机制

34. 设立一个常设上诉机制将被视为更高一级的司法当局，这将使以下方面成为可能：

- 确保对双边投资条约的条款，特别是这些条约的实质性条款的解释保持一致，以避免仲裁庭对同一事实得出不同结论，从而发展可促进法律确定性的同质性判例法
- 使双边投资条约条款的执行对国家和投资人更具可预见性，从而增强投资仲裁的合法性
- 纠正可能对公共资金产生重大影响的裁决错误，特别是因为投资仲裁往往涉及公共利益问题

附件二

[原件：阿拉伯文]

1. 投资人与国家间争端解决制度改革是外国投资人与投资东道国之间关系所产生的主要关切问题之一。它提出了一些法律问题和实质性问题。

一. 法律上的不平衡

2. 投资仲裁争议产生于投资条约规定的东道国对于另一缔约国而不是对于外国投资人的义务。仲裁争议取决于某一方，即国家，而不是另一方。行为评估依据的是投资条约中载明的义务，订立该条约的是另一方即另一国。

3. 东道国所发布要约的公共和公开性质意味着任何投资人均可诉诸仲裁，即使没有直接的法律关系。要约的对象是东道国不知晓或不了解的各方。东道国的要约是“向空中”发布的；这使得即使是东道国并不知晓的一方也能够通过仲裁对其提出索赔。这种仲裁不同于基于合同的仲裁，在后一种仲裁中，各方在约定仲裁条件时既已知道并了解另一方。摩洛哥是国际投资争端解决中心的缔约国，在该中心审理的一些案件中就已遇到这些问题；例子包括 *Carlyle Group* 案和涉及德国 *Scholz* 公司一案。

4. 只有投资人可以诉诸这一仲裁机制，而且投资人可以确定最适合自己的时机和仲裁制度。投资人在诉诸仲裁法庭方面享有某种垄断地位，而国家却没有这种权力。投资仲裁中只能有一个原告，即投资人，一个被告，即国家。

5. 因此，投资人有时会滥用仲裁法庭。在某些情况下，他们的目标是获得谈判筹码，并迫使东道国给予他们某些特权，与他们达成和解，或停止对他们的刑事诉讼。

二. 实质性不平衡

6. 投资仲裁是一边倒的，因为投资人通过强加给东道国的一系列义务获得绝对保护。另一方面，外国投资人的义务很少或完全不存在。

7. 此外，“投资”、“投资人”、“没收投资”、“公平公正待遇”等术语的定义宽泛而宽松。这些术语包括一系列形式的国家行为，包括拒绝司法、歧视性程序、滥用和任意措施以及善意参与。因此，仲裁条款不一致；仲裁庭缺乏国家司法系统的保障、问责和透明度。

8. 诸如“投资人合理期望”这样的词语也会引发一系列问题。这些词语所指何意并不清楚：它们因仲裁庭而异，其定义有时与东道国的政治观点相冲突，或侵犯其修改本国立法的主权，特别是在健康、环境、安全和文化多样性方面。

三. 关于投资人与国家间争端解决制度的评论意见

9. 鉴于上述情况，为了在外国投资人与东道国的期望之间取得公平的平衡，我们不认为应当完全放弃投资人与国家间争端解决机制。相反，我们建议从发展仲裁机制着眼逐步进行改革，并注重以下几点：

(a) 大多数投资条约都没有赋予东道国提出对外国投资人的仲裁请求的权力。这种情况限制了东道国的权利。因此，应当规定，如果外国投资人违反东道国国家立法

或国际条约的规定，国家可以对其提起诉讼。

(b) 仲裁庭对投资人合法期望所持的态度有可能侵犯东道国的主权特权，特别是其修改本国立法的权利。因此，我们提议，应当根据具体情况规定对国家的义务。国家应当保留在某些严格界定的部门和领域立法的自由，前提是投资人依法获得的权利不受影响。东道国和外国投资人之间订立的投资合同应当阐明这些义务，投资人的合法期望不应被解释为稳定条款。投资人援用投资条约中规定的条件，特别是关于投资人公平公正待遇或合法期望的条件，不得给国家强加一项义务，使其无法修改本国的法律和国内立法。当一国采取立法行动保护公共福利时，该行为对投资人的经济影响不得构成对该国国际义务的违反。

(c) 关于高额仲裁费用给国家预算带来的负担，我们谨提出以下建议：

- 应当制定一个框架，其中包括一个监测投资人所提交请求的机制，以防止外国投资人提交过多或滥用的仲裁请求。为了避免东道国面临法律和财政风险，我们认为应鼓励快速仲裁，并应自动否决滥用仲裁请求。
- 应当鼓励各方在诉诸投资人与国家间争端解决制度之前在一定期限内（如 12 个月）先将投资人与国家间争端提交给国内法院。审议这类争端的权限应由国内法院承担。法官应当进行这类案件的必要专门培训，当国家是争端方时，法官应秉持公正。

(d) 已经出现了缺乏透明度或利益冲突危及投资人与国家间争端解决机制的情形。这种情况的出现是因为投资争端解决方面的专家相对较少，所以，能够被任命为仲裁员的人数也非常有限。因此，同一个人可以兼作不同职能（“兼职”）：他们可以同时担任审判员、法律顾问和律师。最好的例子是裁决员马洛托比女士最近发生的事情，她回避了阿根廷与一位投资人之间的争端，因为发现她丈夫是阿根廷的顾问。

为了维护透明度，摩洛哥提议，在选择审判员时可以考虑地域因素并采用性别观点。

(e) 《联合国国际贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》第 4 条指出，第三人（即法庭之友）可以在仲裁争端中提交意见。这种做法引起以下问题：

- 第三人介入仲裁庭的做法不符合合同和仲裁协议相对性原则。
- 第三人是何法律地位？其为诉讼当事人，还是支持仲裁案件一方立场的当事人？其意见是一般性的，还是与诉讼当事人一方所采用的手段有关？
- 哪些限制适用于非诉讼当事人对仲裁案件的干预？一旦裁决变得可执行，或者一旦其有效性受到质疑，第三人能否介入国内法院？
- 仲裁庭有权酌情接受或拒绝第三人的意见，而无需咨询诉讼当事人，诉讼当事人仅有权就第三人的立场提交意见。这就对仲裁庭接受其意见的标准以及仲裁庭的责任提出了问题，特别是当第三人干预的主要目的是滥用程序或意图拖延程序时，尤其是如果某些实体或当事人向第三人提供建议的话。