



大会

Distr.: Limited
17 July 2019
Chinese
Original: English

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）

第三十八届会议

2019 年 10 月 14 日至 18 日，维也纳

投资人与国家间争端解决制度可能的改革

厄瓜多尔政府提交的意见书

秘书处的说明

本说明转载第三工作组第三十八届会议筹备过程中于 2019 年 7 月 16 日收到的厄瓜多尔政府的意见书。现将这份意见书按收到的原样转载于本说明附件。



附件

[原件：西班牙文]

厄瓜多尔共和国关于第三工作组正在讨论的投资人与国家间争端解决制度改革的建议

工作组在第三十七届会议上敦促成员国提交建议，以便制定项目时间表，讨论投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度改革的备选方案。[A/CN.9/WG.III/WP.149](#)号文件介绍了其中许多备选方案。

贸易法委员会在 [A/CN.9/970](#) 号文件中提出要求，即提交建议的最后期限定为 2019 年 7 月 15 日，因此，厄瓜多尔谨提出下述几点意见。

一. 引言

1. 为响应成员国对投资争端解决制度的关切，已讨论过一些提议的改革。¹各国根据自己作为仲裁进程当事方的经验，审议了各种挑战和可能的解决办法。
2. 厄瓜多尔自 2012 年 11 月以来一直是联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）的成员。厄瓜多尔经常在第三工作组的会议上表示对投资人与国家间仲裁的关切，并提交评论意见，以便为讨论如何改进投资争端解决制度作出贡献。
3. 厄瓜多尔认为，改革应涵盖整个投资争端解决制度，而不仅仅是国家之间的国际投资条约，因为在某些情况下，仲裁管辖权直接产生于国家和投资人之间的合同。
4. 在本国认为的优先事项中，厄瓜多尔强调需要针对现行投资争端解决制度框架找到下述问题的解决办法：

（一）建立充分解决仲裁裁决连贯性、可预测性和正确性以及仲裁庭超出任务授权等问题的机制；

（二）确保仲裁员的独立性和公正性；

（三）允许可能受仲裁裁决影响的第三方以仲裁庭和当事各方商定的形式参与。

下文将探讨这些问题。

二. 对厄瓜多尔而言的关键问题

A. 仲裁裁决的复审

5. 投资仲裁缺乏连贯性和可预测性，因为缺乏具有约束力的判例，要求仲裁员作出与以前一致的裁定。尽管如此，仲裁先例还是经常被当事各方援引，仲裁庭在允许或拒绝索赔时也会引用。

¹ 见贸易法委员会秘书处关于投资人与国家间争端解决制度可能改革的说明（[A/CN.9/WG.III/WP.142](#) 和 [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) 号文件）。

6. 在有些案例中，例如，在奥地利航空公司和 *Burlington Resources* 案件中，仲裁员明确表示其他仲裁庭的裁定不具有约束力。不过，他们认为，除非出现特殊情况，否则仲裁庭有责任尊重在类似案件中一贯达成的解决办法。这有助于促进投资法的协调发展，并确保满足各国和投资人对可预测性的合理期望。
7. 现行制度下仲裁裁定的不一致经常受到批评。例如，在 *CMS* 诉阿根廷、*Sempra* 诉阿根廷和 *Enron* 诉阿根廷案中，仲裁庭驳回了国家提出的危急情况论点，而在 *LG&E* 诉阿根廷和 *Continental Casualty* 诉阿根廷案中，仲裁庭却认可了同样的辩护论点。这些裁决之间的明显不一致是双边投资条约下和习惯国际法下对危急情况概念的不同解释所致。类似这样的案例说明了现行制度存在的缺陷。
8. 在此背景下，并考虑到投资人与国家间争端会引发公共利益问题并产生重大经济后果，改革进程必须寻求有效的解决办法。
9. 仲裁庭的裁决是终局裁决，不能上诉，而上诉是可以使裁决保持一致从而提高连贯性和可预测性的过程。此外，纠正仲裁庭所犯的严重错误是不可能的。下文将探讨这一主题。
10. 投资仲裁领域最紧迫的问题之一是对裁决的复审。目前，唯一行使控制权的是国家法院。复审通常必须涉及仲裁条款的有效性、仲裁庭的组成、公正性或公共政策事项。²
11. 厄瓜多尔注意到仲裁庭在超越其任务授权方面犯下的严重错误。本国也曾因对适用法律的错误解释和不能在其主权领土内适用的仲裁裁定而受到影响。此外，投资仲裁涉及复杂的事实和法律问题。
12. 根据自身的经验，厄瓜多尔认为，投资争端解决制度还应当通过允许诉诸上诉的某种安排，允许复审案件的实体问题。
13. 厄瓜多尔还认为，立法应明确确定可以提出上诉的理由。这样做将防止当事方不适当地使用这一补救办法或利用这一补救办法拖延裁决的执行。在这方面，上诉应限于在适用法律方面所犯的错误。
14. 建立这样一个机制就有可能对仲裁裁决进行复审和纠正，从而为当事方提供符合法律的具有连贯性而公平的裁定。

B. 需要确保仲裁员的独立性和公正性

15. 工作组曾强调有必要进行任何改革，以解决对仲裁员的任命和诚信的关切。[A/CN.9/WG.III/WP.142](#) 和 [A/CN.9/WG.III/WP.146](#) 号文件提供了相关信息，指出了与仲裁庭成员的适当行为、任命和必备条件有关的问题，所有这些问题都损害了现行制度的合法性。
16. 尽管为解决这些问题作出了不同努力，包括通过了《国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突的准则》，但实践证明，必须制定明确的标准，以保证仲裁庭成员在整个仲裁过程中的公正性和独立性。
17. 厄瓜多尔根据其参加仲裁过程的经验，看到缺乏准则如何导致仲裁员作出的裁

² 《关于承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》，第 5 条。

定不仅表明他们缺乏独立性和公正性，而且可能对仲裁程序产生严重影响。这给当事各方带来了不确定性，特别是考虑到仲裁过程涉及大量费用和时间。

18. 仲裁员在仲裁过程中的专业行为对裁决的有效性和效力至关重要。应当明确的是，这种行为标准应始终得到遵守，直至仲裁庭充分履行其任务授权。有必要防止仲裁员在程序进行过程中出于专业原因而自行回避的情况。仲裁员以这种方式离开可能导致延误并影响结果。

19. 另一个值得讨论的更重要的问题是“兼职”问题。虽然仲裁员可以在其他仲裁争端中担任律师，但这种做法需要监管。仲裁员可能为了在今后的争端中得到任命或者使他们在其他争端中代表的当事方受益而作出裁定。

20. 取消仲裁员资格应遵循的标准也在讨论之中。使用的标准没有一致性。例如，《国际投资争端解决中心（投资争端解决中心）仲裁规则》第五十七条规定，当事方可以因任何仲裁庭成员“明显缺乏”第十四条第一款所要求的品质而提议取消该成员的资格，第十四条第一款规定仲裁员必须是“可以被信赖作出独立判断”的人。同时，《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第12条规定，当存在“正当怀疑”时取消资格。³

21. 在实践中，使用“明显缺乏”或“正当怀疑”等标准来评估仲裁员的行为，意味着在某些程序中比在其他程序中更容易达到取消资格的标准，这取决于所采用的仲裁规则。⁴

22. 厄瓜多尔认为，投资争端解决制度改革必须考虑到公正和独立的仲裁庭的重要性。因此，需要讨论与取消仲裁员资格的标准、关于披露利益冲突和仲裁庭成员诚信的明确指导有关的实质性问题。

C. 第三方参与仲裁程序

23. 目前的投资争端解决制度没有界定仲裁庭作出的裁定的范围。也就是说，没有考虑到仲裁裁决只会影响程序的当事方——即投资人或国家——还是也可能直接影响其他各方。

24. 厄瓜多尔曾遇到过这样的情况，在争端中具有合法利益的特定群体的权利受到仲裁裁决的影响，但这些群体却没有机会成为程序的当事方。这种情况包括，仲裁裁

³ 国际投资争端解决中心，第五十七条：一方可以根据明显缺乏第十四条第一款规定的品质的任何事实，向委员会或仲裁庭建议取消其任何成员的资格。参加仲裁程序的一方还可根据第四章第二节以某一仲裁员无资格在仲裁庭任职为理由，建议取消该仲裁员的资格。

第十四条第一款：指派在小组服务的人员应具有高尚的道德品质，并且在法律、商务、工业和金融方面有公认的能力，他们可以被信赖作出独立的判断。对仲裁员小组的人员而言，在法律方面的能力尤其重要。

《贸易法委员会示范法》，第12条第(1)款：某人被询有关他可能被指定为仲裁员的事情时，他应将可能会对他的公正性或独立性引起正当的怀疑的任何情况说清楚。仲裁员从被指定之时起以至在整个仲裁程序进行期间，应不迟延地向当事各方说清楚任何这类情况，除非他已将这类情况告知当事各方。[……]

⁴ 见 *Participaciones Inversiones Portuarias SARL* 诉加蓬共和国（国际投资争端解决中心案件编号：ARB/08/17），关于取消仲裁员资格提议的裁定，2009年11月12日；阿根廷电力公司和EDF国际公司诉阿根廷共和国（国际投资争端解决中心案件编号ARB/03/22）第64段；*Compañía de Aguas del Aconquija S.A.*和*Vivendi Universal S.A.*诉阿根廷共和国（国际投资争端解决中心案件编号ARB/97/3）。

决使有些文件归于无效和失效，而这些文件规定了对程序当事方以外群体的责任。

25. 应当指出，本建议的要点并不是将第三方纳入所有仲裁程序。而是应当在仲裁庭和当事方同意的情况下并且视情况创造条件，将除在争端中拥有合法利益外还可能直接受仲裁裁决影响的各方包括在内。

26. 允许这些各方在仲裁庭出庭不仅使他们能够表达他们的关切，而且还有助于确保仲裁裁决符合事实和法律的适用要求。这些关切可能对最终结果产生何种影响完全由仲裁庭酌情决定。

三. 厄瓜多尔提出的具体解决办法

27. 虽然厄瓜多尔尊重各方就可用作投资争端解决制度改革的工具的文书表达的各种观点，但它认为，改革可以在多边层面上也可以通过每个国家采取的行动来实现。有些国家政府倾向于修改并补充现有仲裁规则，有些倾向于限制或取消对仲裁的使用，而另一些则倾向于完全取消投资条约。⁵

28. 在这方面，在不影响可能商定的任何其他解决办法的情况下，解决厄瓜多尔当前关切的一个可能的办法是通过一项多边国际公约，规范缔约国在与投资人—国家仲裁有关的所有事项上的关系。这样一项公约只涵盖程序性事项，而不涵盖实质性事项。

29. 为支持拟订这样一项多边文书的论点，似宜回顾过去通过一项具有上述特征的文书的两次经验。

30. 第一次经验涉及经济合作与发展组织（经合组织），该组织的成员要求制定一项多边文书，以修正双边税务条约。⁶其结果是通过了《实施税收协定相关措施以防止税基侵蚀和利润转移的多边公约》。

31. 为通过该文书而提出的论点之一是在迅速和有效修改税收协定方面遇到的困难。困难在于，从法律的角度来看，每项协定都是一项独立的文书，即使各项协定之间的差异很小，解释也耗费时日。⁷

32. 第二次经验涉及《毛里求斯公约》，该《公约》提供了为规范投资仲裁而通过的多边公约的一个明确示例，其重点是透明度。

33. 在利用一项多边文书处理投资争端解决问题以期确保连贯性、安全性和效率时，可以采取类似的方法。该文书将包括核心要素和供所有批准文书的国家选择加入的要素。

四. 结论

34. 上述问题源于现行制度的缺陷，特别是缺乏监管机制来管控、监督和纠正仲裁庭的错误，导致当事各方受到不一致的仲裁裁决的不利影响。正如也曾解释过的那

⁵ 贸易法委员会第五十届会议的报告，《大会正式记录》（A/72/17），第 245 段。

⁶ 经合组织，经合组织/二十国集团税基侵蚀和利润转移项目——制定一项多边文书以修正双边税收条约，2015 年最后报告。https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report_9789264241688-en#page1。

⁷ 同上。

样，有必要确保仲裁庭成员公正和独立，并将在争端中具有合法利益的各方纳入投资仲裁程序。厄瓜多尔的建议的意图是在国际公法和投资法的范围内加强目前的投资争端解决制度。

35. 上述建议仅作为对讨论的贡献而提交。这些建议不应理解为厄瓜多尔今后不得分析或改变其立场，或在第三工作组以后的会议上提出新的建议。厄瓜多尔保留赞同各国提出的可能符合厄瓜多尔利益的其他解决办法的权利。最后，本文件并不代表厄瓜多尔的法律立场，也无意在任何其他情况下使用。
