



大 会

Distr.: Limited
31 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

大韩民国提交的意见书

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 31 日收到的大韩民国政府提交的意见书。现将这份材料按收到的原样转载于本说明附件。



附件

一. 引言

大韩民国(“韩国”)赞赏参加第三工作组的成员国在过去四届会议中作出集体努力,以查明对载于国际投资协定中的投资人与国家间争端解决(投资争端解决)机制的广泛关切并探讨可能的改革方案。由于工作组的讨论将在2019年10月第三十八届会议上进入下一阶段,韩国希望就工作组今后的重点提出意见,以便对正在进行的讨论作出贡献。

鉴于工作组讨论不限成员名额的性质以及议题不断变化,韩国认为,在保持目前势头的同时,工作组对评估可能的改革方案采取灵活立场将最大限度地从中受益。在这方面,韩国的目标是提供切实的贡献,以促进工作组的讨论。

本意见书也反映了学术界和民间社会的不同意见,¹韩国希望在其中涵盖三个主要议题:(一)未来讨论的方式;(二)供工作组讨论的其他议题;(三)关于解决国际投资争端常设机制(“常设机制”)办法的建议。

二. 工作组今后讨论的方式

工作组前几届会议期间出现了两种截然不同的方法。一种方法主张推行“渐进式”改革方案。它建议各国在投资争端解决机制的现有框架内进一步查明关切事项并推行必要的改变。²另一种方法主张各国寻求“结构性”改革。这种方法意味着,迄今提出的关切事项表明有必要对目前的投资争端解决制度进行全面改革。³在认识到存在着两种截然不同的方法而且工作组中表达的观点有分歧之后,各国同意采用“双轨”路线,即工作组将在今后的讨论中同时探讨这两种方法,并将同等数量的时间和资源用于这两种方法。⁴

剩下的任务是如何以公平、平衡和高效的方式管理这种双轨办法,以便各国能够实现委员会任务授权中规定的目标。正如已在工作组第三十七届会议期间所讨论的那样,按照双轨路线采取分开讨论和谈判的办法将给各国和秘书处带来后勤负担。在我们看来,过去四届会议已经提醒我们注意在工作组会议的组织、筹备和运作方面给各国和秘书处造成的重大后勤负担。在这方面,除非管理得当,否则双轨模式可能会增加另一层复杂性。

最重要的是,在韩国看来,双轨模式实际上不应意味着在工作组内有两个不同

¹ 几个韩国民间社会团体以促进参与性民主制度人民团结组织的名义于2019年6月发表一份联合声明并将其提交给韩国司法部,就贸易法委员会工作组讨论提出了几个改革方案。提交的建议包括:(一)禁止第三方出资;(二)用尽当地补救办法;(三)第三方(包括民间社会)更广泛的参与;(四)被告方加强反诉的使用;(五)加强透明度;(六)预防争端;甚至包括(七)废除投资争端解决制度。他们指出,贸易法委员会关于投资争端解决制度改革的讨论是一个很好的机会,可以根据《联合国可持续发展目标》和《千年发展目标》制定更民主和更关注人权的投资政策。民主社会律师和促进参与性民主制度人民团结组织于2019年6月27日提交的关于投资争端解决制度改革的意见。

² A/CN.9/970, 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)工作报告,第68段。

³ 同上,第71段。

⁴ 同上,第81段。

的分组或允许两个不同的分组独立和分开工作。这不仅会加深 X 小组内部的分歧，而且由于不断增加的后勤障碍，还可能使目标更加难以实现。因此，韩国认为，至关重要的是确保工作组不会分成两个单独的分组。相反，在整个过程中，应该是由单一个小组致力于两套不同的讨论。

澄清一点，每一轨道的讨论应当是另一个轨道讨论的继续，反之亦然。换言之，不应暂停一个轨道上的讨论，再去开启另一轨道。成员国只需调整看待这些问题的方式即可。因此，一个轨道的讨论可以用一种相为补充的方式启发另一个轨道的讨论。如此一来即可尽可能地保持讨论的势头，同时又确保效率。

韩国认为这种方式可行，因为我们相信，所要讨论的关于这两种方法的实质性要素（即迄今为止确定的关切事项）依然相同（或至少基本上是重叠的）。讨论的对象和主题要么相同，要么非常相近。唯一的区别似乎在于如何处理所确定的关切事项。如果是这种情况，工作组似可考虑以下方式。在今后每次一周的届会期间，工作组不妨从讨论渐进方法开始，然后可将讨论结果转移到结构性改革办法；结构性改革讨论中唯一的不同之处，或许是从引入一种新的常设机制的角度来看待同样问题。同样，结构性改革轨道中的讨论内容然后可以在下届会议复会时转移到渐进轨道。换句话说，在一条轨道上讨论的问题也可以不断转移到另一条轨道。韩国认为，通过适当的预先规划，这一建议可以高效方式得到实施。可以委托秘书处就这方面提出具体计划。

在这一过程中，韩国认为，尊重和维护主席的酌处权至关重要。主席可以灵活行使这种酌处权，同时保持总体平衡和公平。原则上，应给予每个轨道同等的讨论时间，但主席可以根据讨论的发展情况重新分配时间。

关于工作组讨论的最后结果，已经一再强调目前不应预先下结论。工作组应确保最后结果始终是可予考虑的。我们认为，这是鼓励各国在工作组中作出有意义和坦诚贡献的最佳可能方式。

在讨论结束时，可以将两个轨道的讨论结果放在桌面上，以便进行最后合并、组织或调整。最后形成的“一揽子方案”最好是一个方案。在这种单一的最后一揽子方案中，可以向需要这种方案的国家提供一项多边文书。一揽子方案还可提供指导意见，以及供各国在其未来的国际投资协定中选择和适用的备选方案。一国可以都不选，可以二选一，也可以全选，这取决于本国的具体情况和最后一揽子方案的内容。

三. 供工作组讨论的其他议题

韩国希望提请工作组注意以下议题，以丰富正在进行的讨论：(1)对第三方出资的监管；(2)投资争端预防方面的国际合作；(3)对跨国对冲基金索赔的监管。

1. 对第三方出资的监管

通过前几届会议上的评论和介绍，现已广泛认识到第三方出资的做法无论是在

出资运营人数量还是在可利用资本方面都大大增加。⁵在韩国，对于如何处理第三方出资问题存在着各种各样的意见。民间社会组织主张原则上应禁止第三方出资，但在特殊情况下允许第三方出资，以确保有机会诉诸司法。⁶然而，假设工作组讨论的方向是监管第三方出资，而不是完全禁止第三方出资，我们希望提出一些观点供考虑。

工作组先前的讨论表明，各国对于监管第三方出资的必要性背后的核心理由有着共同理解，例如，要处理的问题有仲裁员与出资人之间隐藏的利益冲突、第三方对案件管理或争端解决的不适当控制和影响、保密性问题、费用担保以及无依据索赔增加，等等。⁷韩国抱有同样的关切，并愿重申其有兴趣发起关于这一专题的全面讨论。这种讨论最好分三个阶段进行：监管范围、披露义务及相关要求，以及执行措施。

关于监管范围，重点可以放在将法律顾问和代表纳入对第三方出资可能的监管范围的必要性上。一方无力遵守不利裁决（包括对费用的不利裁决），这一点已确定为第三方出资监管背后的核心关切事项之一。⁸对于被告国来说尤其如此，因为曾经出现过国家被判给费用但最终未能收回费用的情形。⁹代理费协议，如胜诉酬金协议，是当事方代理人提供资金的典型例子，在许多情况下，可能意味着存在当事方缺乏资金的潜在风险。确保未来对第三方出资的监管涵盖律师和代理人费用，可有助于加强这种新的监管的有效性。

关于披露要求，可以引入明确的条款，规定当事人对第三方出资的存在、出资人身份以及可能的话所涉第三方出资协议的一般性质和条款负有披露义务。对于相关要求，可以通过国际投资协定加以补充，或在认为有必要时通过法庭命令更广泛披露的权力加以补充。此外，在考虑到争端的相关情况后，如第三方出资的存在及其安排的性质，法庭可以下令出具费用担保，以处理当事人缺乏资金的可能性。

在发生任何违反或不遵守这些规定的情况下，采取适当执行手段是不可避免的。这方面可行的选择可以包括暂停程序——可能因此导致终止程序，或者可能摊派不利费用。还可规定，不予披露是仲裁庭对有关当事方适用不利推论的理由。

韩国已在国际投资争端解决中心规则修正进程的范围内提交关于这一问题的评论意见。¹⁰在国际投资争端解决中心秘书处和各参与国提供投入的情况下，国际投资争端解决中心规则修正进程目前关于第三方出资的讨论可对工作组今后关于这一问题的讨论有重要贡献。

⁵ 投资人与国家间争端解决制度可能的改革：第三方出资，秘书处的说明，联合国文件。A/CN.9/WG.III/WP.157，第7段；第三工作组（投资人与国家间争端解决制度改革）第三十五届会议（2019年4月23日至27日，纽约）工作报告，联合国文件。A/CN.9/935，第89段。

⁶ 民主社会律师和促进参与性民主制度人民团结组织于2019年6月27日提交的关于投资争端解决制度改革的意见。

⁷ 投资人与国家间争端解决制度可能的改革：第三方出资，秘书处的说明，联合国文件。A/CN.9/WG.III/WP.157，第16-34段。

⁸ 投资人与国家间争端解决制度可能的改革：第三方出资，秘书处的说明，联合国文件。A/CN.9/WG.III/WP.157，第31段。

⁹ 国际投资争端解决中心秘书处，国际投资争端解决中心成员国遵守国际投资争端解决中心裁决情况调查（2017年），第4页；Christine Sim，投资人与国家间仲裁费用担保，33(3)仲裁国际427，第461-462页。

¹⁰ 大韩民国对国际投资争端解决中心规则修正案的进一步评论，第3-5、9-11页。（可查阅：https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Korea_CommentsWP2_06.28.2019.pdf）。

2. 投资争端预防和应对方面的国际合作

如许多研究所证实的，投资争端解决程序的应对需要大量时间和费用。韩国坚持认为，注重争端“预防”比“争端后”管控更具成本效益。事实上，韩国一直在努力制定和执行投资争端预防措施，包括一些成员国在我们的讨论中提到的监察员制度和出版手册。

韩国的经验表明，外国投资监察员制度通过为外国投资人提供全面的“善后照顾”，可以成为一种留住投资和防止争端的宝贵资产。可以通过这个制度处理投诉并协调相关机构之间的差异。监察员制度可有助于防止投诉升级为投资争端。韩国政府正在出版和分发投资争端手册和小册子，以提供关于预防争端以及国际投资协定关键条款含义的一般信息。主管部委应政府机构、地方市政当局或公共实体的请求，根据这些手册中的信息举办投资争端预防讲座和研讨会。

特别是，韩国从其最近处理一系列投资争端案件的经验中了解到，专业特长、经验、知识和机构能力的积累在有效应对投资争端方面发挥着至关重要的作用，特别是在投资仲裁的早期阶段。在这方面，韩国认为，如果形成一套系统的方法来分享预防和应对争端方面的知识和成功做法，则成员国可能获益良多。泰国政府已在工作组提出类似的观点¹¹，它建议工作组探讨制定“预防争端准则”并建立“国际投资法咨询中心”。¹²韩国认同这些建议的可取之处并支持这些建议。

咨询中心可以成为收集和传播最佳做法和机构信息的枢纽。该中心可以通过出版政策准则、提供预防争端教育、创建仲裁裁决和裁定数据库以及就如何管理潜在争端提供法律咨询来帮助发展中国家。关于这一点，韩国希望补充的是，区域咨询中心网络可能会更有效地实现这一目标。韩国愿借此机会向成员国建议，现有的贸易法委员会亚洲太平洋区域中心（亚太区域中心）或许是担当这种责任的一个可行选择。

3. 跨国对冲基金的索赔

作为工作组进一步讨论的最后一点，韩国希望提请成员国注意对跨国对冲基金滥用索赔进行监管的必要性。¹³如一些代表团在前几届会议上恰当地指出的那样，跨国基金提出索赔的数量和规模都有所增加。就这些基金与国际投资协定的目的和宗旨的兼容性而言，尽管面临越来越多的挑战，但其中一些基金据称滥用其（通常是为税收目的而定制的）多层次、模糊的公司结构，在不同法域“四处寻购”投资争端案件。

迄今几乎所有已签署和批准的国际投资协定都旨在通过确立外国投资人可能达成的条件并同时保护外国投资人的权利来实现促进缔约国经济发展的目标。¹⁴国际投资协定一般都就“所涵盖的”或“受保护的”的投资和投资人作了规定，以此

¹¹ 投资人与国家间争端解决制度可能的改革：秘书处的说明，联合国文件。A/CN.9/WG.III/WP.149，第 59 段。

¹² 泰国政府的意见书，联合国文件。A/CN.9/WG.III/WP.162，第 25-27 段。

¹³ 在 A/CN.9/WG.III/WP.149 号文件——投资人与国家间争端解决制度可能的改革：秘书处的说明——附件 A.2 中指出，滥用程序乃是现行投资争端解决机制的问题之一。

¹⁴ Kenneth Vandeveld, “双边投资条约：历史、政策和解释”，牛津大学出版社（2009），第 1-2 页。

限制实质性保护和管辖的范围。在这方面，以往裁决已证实，值得保护的投资必须具备某些特质，例如，足够的期限和对东道国经济发展的贡献。¹⁵然而，目前有关国际投资协定的制度还没有机会从这个角度审视短期对冲基金索赔的独特性质。仲裁庭也未曾审视这一现象或产生适当的判例。可能要提出的问题是，这些基金能否满足以及如何满足作为“投资”和（或）“投资人”的基本要求。

四. 关于常设机制的研讨

虽然韩国相信结构改革是解决早先确定的各国对目前投资争端解决制度的关切的一个可行选择，但韩国认为，在工作组得出任何不成熟的结论之前，有必要首先仔细、彻底地探讨和研究与这种结构改革有关的法律问题以及后勤方面的挑战。我们希望指出，结构改革可能在许多方面带来意想不到或意外的后果，因为工作组正在审查一个有 53 年历史的制度，这个制度已经产生了 3,300 多项国际投资协定。特别是，更清晰地了解诸如常设机制这样的多边安排——其中既有优点也有弱点——将助于各国尽量减少任何此种意想不到的后果并为此做好准备。

与目前投资争端解决制度的兼容性可能是最值得关注的问题之一。应当更多地注意未来的多边安排是否与现有的《国际投资争端解决中心公约》、《纽约公约》和各国的国际投资协定兼容。更具体地说，各国可寻求澄清是否必须修正这些现有文书，以适应未来的常设机制。一些成员国可能还需要修正其国内立法。

另一个关键问题是过渡期可能需要多长时间。似乎有些国家可能会遇到这样一种情况，即它们将在过渡期处理两种不同的制度。各国将不得不在其现有的国际投资协定下处理投资争端程序，同时根据新设立的常设机制进行程序。对一些国家来说，这可能意味着在解决投资争端方面出现另一层碎片化。因此，如何在过渡期应对这种情况似乎是工作组的一个重要讨论议题。

此外，仲裁员的甄选将是另一个实际挑战。关于甄选标准，必须考虑到各种因素，例如，区域代表性、背景多样性以及经过证明的特长。设计一个合适的甄选过程也同样重要。选择和留住能够处理已确定的关切事项的仲裁员将是改革成功的关键。同样，一种能够确保财政资源以资助新的多边安排并在国家之间分配费用的具体办法也是值得工作组认真关注的问题。结构改革方案是否确实可行，最终取决于工作组如何处理和充分考虑这些具体问题。

在这方面，韩国认为，如果在考虑到这些系统性影响和实际挑战的情况下进行工作组关于结构改革的讨论，那么这种讨论可能是最有成效的。

¹⁵ 长期以来既已认可这两项要求构成所谓的“萨利尼标准”的组成部分。见 Christoph Schreuer 等人，“《国际投资争端解决中心公约》：评论”（第 2 版），剑桥大学出版社（2009 年），第 130-134 页。