



Distr.: Limited  
19 March 2020  
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）  
第三十九届会议  
2020年10月5日至9日，维也纳

## 投资人与国家间争端解决制度可能的改革

### 荷兰、秘鲁和泰国政府提交的意见书

#### 秘书处的说明

本说明转载工作组第三十九届会议筹备过程中于2020年3月18日收到的荷兰、秘鲁和泰国政府提交的意见书。现将这份意见书按收到的原样转载于本说明附件。



## 附件

### 封面说明

外国直接投资对持续发展融资发挥着重要作用，因其是保证经济活动的手段并促进增长和就业。贸发会议表示，每年需要 2.5 万亿美元的额外投资才能实现可持续发展目标。投资协定可以改善缔约方的投资环境，从而促进外国投资和实现可持续发展目标。

最近发起了几项双边和多边倡议，包括在贸易法委员会的框架内，目的是使投资人与国家之间的国际争端解决系统现代化。正如在工作组讨论期间所强调的，应当特别注意的是，并非国际投资协定下的程序中的所有当事人都能获得适当的法律辩护。

据观察，由于国际投资协定下的程序的费用高和技术性强，在对此种程序的了解和经验方面，争议一方有时胜于另一方。

基于工作组关于这一问题的讨论，荷兰外交部与泰国和秘鲁一道，委托进行了一项关于在国际投资协定下的程序中保障适当法律辩护的概略研究。这项研究的目的是向各国代表团提供一个清晰、透明和基于事实的概览，说明如何在投资人与国家间程序中更好地保障适当的法律辩护。

这项范围研究报告由哥伦比亚可持续投资中心编写，其内容完全由该中心负责。这项研究不代表荷兰、泰国或秘鲁在这一问题上的任何官方立场，只是为了向政府官员和其他有关各方提供明确的决策选择和指导方针，并为讨论建立或扩大协助机制的可取性和可行性提供基础，以协助各国以及国际投资协定和投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的其他使用者和利益攸关方更有效地参与并受益于这一制度。研究报告还有一节专门讨论作为已确定的援助机制的潜在受益者的中小型企业（中小企业）。

以下是“概略研究报告”的执行摘要。研究报告全文可查阅：<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/securingadequatedefense.pdf>。

### 概略研究报告执行摘要

哥伦比亚可持续投资中心（哥伦比亚投资中心）为荷兰外交部编写了一份关于在国际投资协定下的程序中保障适当的法律辩护的概略研究报告（概略研究报告）。要求概略研究报告处理的主要研究课题是：如何在国际投资协定下的程序中更好地保障各方当事人的适当法律辩护？概略研究报告中提供的信息旨在促进关于建立或扩大一个或多个援助机制的可取性和可行性的讨论，以协助各国以及国际投资协定和投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的其他使用者更有效地参与并受益于这一制度。在研究报告全文中，我们将提供支持的可能性称为“援助机制”，这也反映了我们包纳各种问题和选项的广泛做法。我们使用这一术语涵盖广泛的潜在模型和选项。该术语并非意在反映任何单一做法。

概略研究报告就与国际投资法方面潜在或扩大援助机制有关的问题、关切、经验证据、观点、吸取的教训和建议的解决方案提供了广泛、包纳的概览。概略研究报告反映了在保密基础上从以下各方收到的意见：（世界银行集团所有发展水平经济体的）政府官员、拥有现有或曾尝试的援助机制创建或工作经验的个人、拥有仲裁机构工作经验的个人、就国际投资法撰写文章和(或)向各国提供咨询的学者、私人从业者、非政府组织代表，以及私营部门外国投资人代表。虽然这项研究报告反映了所有上述各类人的观点（但观点所反映的当然只是实际接受采访个人的观点），但经历并阐明了能力挑战者的观点应作为主要指南，用以确定需要援助的关键领域的标准并制定潜在的解决方案。

### 确定挑战

哥伦比亚投资中心为概略研究报告进行的协商表明，对于国际投资协定和投资争端解决制度的基本关切远甚于仅对参与这一制度的财务成本的关切。受访者传达了通过并包括有效参与投资争端解决的正式程序在国内一级制定投资政策所带来的挑战。因此，概略研究报告审议了各国和其他行为方在参与并受益于国际投资法以及在有效参与投资人与国家间争端解决进程方面存在的一系列问题。概略研究报告是通过“能力挑战”的视角进行这种审议的，涵盖与以下方面相关的不同挑战：投资政策制定、国际投资协定谈判、国际投资协定及相关政策的执行和管理、争端预防，以及争端前管理和协商。研究报告接下来深入审议了在管理实际投资争端方面出现的能力挑战，包括：案件人员配置、预期并可能在早期阶段解决投资争端案件、任命仲裁员、处理不确定性和模糊性、与专家合作，以及参与信息的发现和管理。有些已确定的挑战是所有国家或许许多国家承认存在或共同面临的挑战，而有些挑战则因国而异，除其他因素外，取决于一国的经济发展水平、其处理投资争端索赔的经验，以及一国作为资本输入国或输出国（或作为两者）相对于该国的投资条约伙伴的作用。在应对这些挑战方面，各国表达了不同的优先考虑，有些似乎是因预期资源拮据而比较松散的优先事项，有些则反映了更根本的政策优先事项或任务。

### 确定缓解能力挑战的潜在方法

在确定能力挑战及其轻重缓急之后，将有必要考虑援助机制可采取哪种模式帮助应对这些挑战。概略研究报告调查了援助机制在国际投资法方面以及在其他法律领域为解决各种关切而已经采用的和可能采用的各种模式。在概略研究报告中深入探讨的模型包括：

- **制度化的多种服务支持，包括政府客户的法律代表。**这一类别讨论的例子包括世贸组织法律咨询中心、非洲法律支助机制和国际发展法组织的最不发达国家投资支助方案，以及投资法“热线”。
- **制度化的多种服务支持，不包括政府客户的法律代表。**这一类别讨论的例子包括国际组织（如贸发会议、经合组织和世界银行集团）、仲裁中心（如国际投资争端解决中心、常设仲裁法院和斯德哥尔摩商会仲裁院）以及学术和非营利中心（如哥伦比亚可持续投资中心、国际可持续发展研究所）提供的各种支持。

- **财政或实物投入。**这一类讨论的例子包括仲裁信托基金（如常设仲裁法院提供的基金）、第三方资金、风险代理资金、保险产品和贷款。
- **无偿、临时法律和专家支持。**这一类别中讨论的例子包括国际发展法组织的最不发达国家投资支助方案，以及其他非政府组织和基于大学的方案（如贸易实验室），这些方案免费向各国提供服务。
- **政府间知识共享中心。**这一类讨论的例子包括政府官员分享知识的正式机会（如国际可持续发展研究所的发展中国家投资谈判人年度论坛），以及基于条约的特设网络或其他网络。
- **独立的能力建设网络。**本节讨论的例子包括由各种援助机制、学术和非营利机构、律师事务所和其他政府提供的培训和独立的能力建设，以及大规模在线公开课。
- **法律援助和资源交换所。**最后，一种非常基本的援助机制可能会提供巨大的价值，只需简单地汇编、组织和向相关政府官员传播有关现有资源的信息。

#### 确定可行和可取方案的关键考虑因素

从对现有援助机制的分析和经验中出现了贯穿各领域的各种问题。政策制定者在考虑服务的广度和深度以及援助机制可以遵循的模式时，应考虑这些贯穿各领域的问题。在概略研究报告中深入探讨的贯穿各领域的问题包括：

- 质量、可靠、信誉、信赖；
- 援助机制的供资和服务范围；
- 支持费用以及由谁承担费用；
- 利益相关方的紧张关系；
- 确定客户/受益人；
- 地点、人员配备和报酬；
- 制度化机制相对于特设机制；
- 围绕援助机制作用的“政治”；以及
- 与其他改革交叉。

访谈和案头研究反映了关于应如何分轻重缓急应对能力挑战的各种观点，并强调了每一类问题如何可能对任何潜在援助机制的接受性和可行性产生重要影响。

此外，访谈和研究证实了或许并不令人意外的结论，即投资人与国家间争端解决制度中的能力挑战往往有别于其他法律制度，而且某些制度中用于应对挑战的模式并不容易移植到投资人与国家间争端解决制度中，至少就后者目前运作情况来看是这样。例如，基于条约的投资人与国家间争端案件的不对称性（国家始终是被告方），以及投资人与国家间争端通常在法律专家上花费大量时间，

诸如此类的特点使投资人与国家间争端案件不同于世贸组织下的案件。在能力挑战、应对挑战的优先顺序、这样做的实用性和可行性以及成本方面的这些差异，引发了关于最适合投资法背景的援助机制模式的问题。

值得注意的是，如概略研究报告所讨论的那样，以前曾几次尝试建立国际投资法咨询中心。对参与或了解这些努力的人进行访谈后得出的一个关键主题是，政策制定者不应低估国家之间的政策差异，大的方面是如此（如咨询中心的资金来源），小的方面可能更是如此（如咨询中心的所在地），因为意想不到的意见分歧可能会阻碍或停顿各种努力，即使终点线看起来已经很近了。在早期阶段确定这些问题对于确保走过的道路是可能的希望之路很重要。

### 中小企业面临的能力挑战以及应对挑战的选项

概略研究报告设有一节专门针对投资人讨论作为任何援助机制潜在受益者的中小型企业（中小企业）。研究报告表明，尽管中小企业和国家在参与投资争端解决方面面临一些相同的问题，但就支持每个类别的理由、有关的考虑以及最佳模式而言可能有很大不同。研究报告探讨了与中小企业使用投资争端解决制度有关的证据，以及中小企业在有效依赖国际投资协定和投资争端解决制度作为限制风险和解决争端的方法方面存在的障碍。研究报告探讨了如何确定可能受益于援助机制的受益者的范围，并确定了各国正在或可能使用的一些援助机制如何提供给或可能提供给中小企业，其程度可能比政府被告方使用的程度更大或更小。总体而言，根据所遇到的障碍和所表示的关切，概略研究报告考虑了最适合帮助中小企业克服在利用投资争端解决制度上的问题的援助机制形式。其中包括申诉办公室、争端前技术援助、基于市场的援助机制、能力建设模式，以及一个集制度化辩护和法律代表于一体的模式。协商表明，根据将向投资人提供的援助的类型，对于将投资人纳入为国家而创建或扩大的援助机制，特别是侧重于支持投资人与国家间争端诉讼的援助机制，表现出相当广泛的犹豫不决，甚至是强烈反对。

### 在当前不断变化背景下的前进道路

国际投资法和投资人与国家间争端解决制度正在发展变化，其结果仍不确定。在评估需求及其应对选项时必须牢记这些发展变化，因为每种选项都可能在短期、中期和长期内发生变化。为可持续发展而制定的援助机制需要灵活适应这些发展变化。重要的是考虑，对于国际投资协定以及投资人与国家间争端解决制度的关切，是否以及在多大程度上最适合通过改革条约和条约下争端解决机制加以解决，以及未解决关切的费用是否应当从援助机制的受益者（如某些国家被告方和/或中小企业）转移到援助机制的资助者（如其他国家及其纳税人）。

关于国家和投资人，概略研究报告载列了现有各种各样能力挑战，并详细列出根据相关问题提供的现有援助机制，其中一些机制是强有力的，而另一些机制目前没有提供援助。任何援助机制的创建或扩大都应考虑到现有的支持，在此基础上加以利用，并在需要和可取时加以补充。

在最近举行的工作组第三十八届会议上，各国政府代表开始就援助机制（为此称为“咨询中心”）的轮廓展开实质性讨论。虽然普遍表示支持建立一个援助机

制，特别是因为这样一个机制可以补充第三工作组正在酝酿的其他改革方案，但对建立这样一个机制所涉各种问题的初步思考和审议表明还有很多工作要做。代表们讨论了各种可能性，涉及：机制的潜在受益者、机制可提供服务的潜在范围（秘书处说明 A/CN.9/WG.III/WP.168 中概述的那些内容为进一步讨论提供了良好的基础）、协助机制的可能结构及如何为其筹措资金，以及必须铭记的其他考虑和问题（例如，服务质量和可靠性、人员配置和薪酬、利益相关方的紧张关系、机制对整个投资人与国家间争端解决制度的影响，以及协助机制的长期可持续性）。

工作组指导贸易法委员会秘书处开展某些筹备工作，以协助工作组进行这些考虑。为此请求提供与援助机制的潜在利益冲突和负担有关的信息（特别是与其任务范围有关的信息）、关于已在提供服务的援助机制的信息、可用于确定受益国和服务的标准、能力建设如何适用于投资条约实践和争端解决程序的各个要素，以及援助机制的筹资和人员配置选项。

作者非常感谢有机会随着任何援助机制的内容和轮廓的形成，在这项概略研究报告中为这一讨论贡献证据和观点。挑战是多种多样的，问题也很复杂，需要仔细、现实地审视所阐述的问题以及解决这些问题的不同选项的利弊。

---