



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制度可能的改革

印度尼西亚政府的意见

秘书处的说明

在工作组第三十七届会议筹备期间，印度尼西亚政府向秘书处提交了关于投资争端解决制度改革观点概要。该文件英文本于2018年10月29日提交秘书处。现将秘书处收到的案文照原样转载于本说明附件。



附件

投资争端解决制度改革：印度尼西亚观点概要

[原件：英文]

[日期：2018年10月29日]

A. 导言

1. 本文件旨在介绍印度尼西亚对投资争端解决方面关切的看法。拟议在贸易法委员会主持下进行的关于投资争端解决制度改革的讨论是基于实质——程序二分法。鉴于这种二分法，印度尼西亚认为这实际上可能会破坏建立有意义的投资争端解决机制的目的，因为实质和程序很难分开。
2. 印度尼西亚认为，程序法本身具有实质性，反之亦然。国际投资协定中的实质性条款和程序性条款本质上相互交织。
3. 此外，本文件将阐述印度尼西亚对投资争端解决制度改革的想法，以此反映印度尼西亚自2014年至2016年期间进行的双边投资条约审查。
4. 本文件不影响印度尼西亚政府在所有国家都认为改革可取的情况下在第三阶段审议所建议的解决方案时将采取的立场。

B. 在投资争端解决制度改革过程中的基本立场

5. 将代表商业和非商业利益的所有公共和私人相关利益攸关方纳入审议过程，以确保平衡并创造可为国家、投资人和第三方广泛接受的结果，可能有助于投资争端解决制度的改革进程。
6. 投资争端解决制度的改革进程应反映出努力在所有相关利益攸关方的权利和义务之间取得平衡，既保护投资人及其投资，同时又维护国家的政策空间以及管理境内外国投资的权利。

C. 需加以处理的投资争端方面的关切

7. 2014年，在经历了几次投资仲裁程序之后，印度尼西亚做出了一项重要决定，审查所有现有的国际投资协定。展开这种审查进程的理由是，评估现有国际投资协定对印度尼西亚进行监管和推行正当公共政策目标的权利的影响，并使国际投资协定现代化，以纳入在外国投资人和东道国的目标之间保持更公平平衡的原则和规定。下文将进一步阐释对投资争端解决机制的关切。

无根据索赔

8. 应当指出的是，任何法律制度中的索赔人往往在讼案开始时夸大赔偿额。夸大索赔额是希望相比之下夸大程度较小但仍站不住脚的数额看起来还是合理的。在涉及自然资源的投资人与国家间争端中，索赔人和被告的估价差距往往很大。这种差

距要求对企业进行复杂的估值，并建立制衡系统来遏制滥用风险。仲裁员未能控制这种风险会导致巨大的经济错误，而国家往往为此类错误付出代价。

9. 为了解决这一关切，应当制定一项准则，其中包括索赔的制衡机制、按照国际公认的财务报告标准对企业进行估值的既定方法、仲裁员评估这种估值的行为守则，以及在早期阶段驳回无根据索赔的机制。

监管上的畏难

10. 还有证据表明，投资争端解决程序的威胁可能会导致“监管上的畏难”，在这种情况下，政府出于对索赔的担心，对采取符合公众利益的正当监管措施犹豫不决，从而阻碍了政府行使监管权。每当政府改变或颁布新的法规，都有可能面对投资人的潜在法律索赔。担心国际仲裁小组会做出有利于投资人的决定，可能会影响政府未来进行正当政策调改的行动。结果，政府因担心受到诉讼或面对不满投资人的威胁而面临失去政策空间和限制监管权的风险。

创建并行仲裁系统

11. 投资争端解决程序使外国投资人能够绕过国内法律程序，在国际仲裁中起诉东道国。投资人甚至可以质疑政府的措施，而这些措施实际上符合东道国的宪法和法律。

12. 有建议提出通过当地补救办法规则引入程序限制，要求投资人在诉诸投资争端解决程序之前先通过国内法院提出索赔（用尽当地补救办法）。由国家行政法院通过向受监管实体和个人提供国家不当行为的补救措施来控制国家权力并维护法治，此种做法的相关性正得到投资争端法庭的承认。国家行政法院和投资争端解决程序涵盖投资人的类似事实或情况，例如，未能给予正当程序、错误或任意拒绝许可，以及征用和监管或税收政策的改变。

国际仲裁制度的可信度

13. 投资法庭发布的裁决有时不一致，甚至相互矛盾，而且没有适当机制来纠正或限制这种不一致。不一致的裁决可能会对投资仲裁制度的可靠性、有效性和可预测性产生负面影响，从长远来看，也会影响其可信度。

14. 谈到仲裁员的独立性和公正性问题时，另一个问题是仲裁员、律师和专家在不同案件中转换角色。他们有时还来回转换，从私人仲裁业转为公共服务（身兼二职或三职）；据报道，一些仲裁员既在各类国际投资协定谈判中担任正式或非正式政府角色，又在私营部门进行这些协定的裁决或诉讼，从而导致偏见和缺乏独立性。

D. 投资争端解决制度改革的选项

15. 印度尼西亚认为，鉴于当今对现有投资争端解决机制的批评，维持投资争端解决机制的传统方法几乎不是一种选择。因此，建议对投资争端解决的传统方法加以改进，以有效减少投资争端解决机制给国家带来的法律和财政风险。根据印度尼西亚

亚的双边投资条约审查进程，以下可能是可进一步讨论的关于投资争端解决制度改革
的若干参考方案：

- 在实质性条款和投资争端条款中提供更多保障，以便能够公平处理投资人的权利和义务。
- 允许投资人在用尽当地补救办法后将索赔诉诸国际仲裁。
- 要求取得单独书面同意，以此作为对投资人向国际仲裁提出投资争端索赔的一项要求。
- 引入在诉诸投资争端解决程序之前作为替代争端解决办法进行强制性调解的办法。

在实质性条款和投资争端条款中提供更多保障，以便能够公平处理投资人的权利和义务

16. 排除投资争端条款可能并非明智之举，特别是如果主要目的是吸引外国投资的话。因此，印度尼西亚宁愿考虑在更新本国投资条约范本时采取一种更加平衡的做法，将更多的保障措施纳入实质性条款和投资争端条款。印度尼西亚认为某些保障措施很重要，其中包括投资定义（基于资产的定义，但有某些例外和限制）、受保护投资（要求根据国内法进行准入测试）、关于监管权的条款、反腐败措施、公司社会责任、排除索赔、一般例外和安全例外、国际收支、审慎措施和公共债务。

允许投资人在用尽当地补救办法后将索赔诉诸国际仲裁

17. 印度尼西亚还考虑要求投资人在提出投资争端索赔之前用尽当地补救办法的选项。此外，各国需要加强其国内法律制度，包括通过相关法律和条例以在合理时间内为外国投资人提供补救办法。用尽当地补救办法符合习惯国际法，因为在启动任何国际仲裁程序之前，当地补救办法应当是一个国家解决争端的首要途径。

要求取得单独书面同意，以此作为对投资人向国际仲裁提出投资争端索赔的一项要求

18. 按照拟议的新办法，只有当有关投资人与东道国订有将投资人与国家间争端提交国际仲裁的协议时，国际仲裁才拥有裁决投资人与国家间争端的管辖权。印度尼西亚考虑引入一项单独的同意要求，这种同意应为书面协议形式，投资人需在某一事项提交国际仲裁之前取得此种同意。关于通过国际仲裁解决争端的书面同意或特别协议是必须取得的，其中将具体说明争端的细节，如争议投资人的姓名和地址、据称被违反的协议条款，以及索赔的事实和法律依据。这种方法不能被理解为各国完全避开国际仲裁的一种方式。

强制性调解

19. 使用仲裁以外的方法解决争端也被认为是投资人与国家间争端解决的潜在替代办法。各国可以利用其投资条约中的工具，通过使用仲裁以外的替代争端解决办法（如调解）来缩短程序时间和降低程序费用。印度尼西亚认为，在用尽协商过程

后，强制性调解是防止争端升级为法律争端的一种方法，这种争端可能代价高昂并损害争端各方的关系。在对国家发出潜在争端通知并且用尽协商程序之后，投资人应视情况需要寻求调解人协助解决争端。

20. 印度尼西亚已作为一种替代争端解决办法在双边国际投资协定谈判中引入了这一调解程序，在投资人可以诉诸国际投资争端解决程序之前，这种调解程序对投资人来说是强制性的。鉴于诉讼和国际仲裁的棘手性质，希望在这一过程中采取正式步骤将有助于提高替代争端解决过程作为有效替代方法的形象。

E. 结束语

21. 投资争端解决机制增加了一国在国际仲裁中面对投资人索赔的风险，这方面的规定是印度尼西亚最大关切之一。因此，建议贸易法委员会考虑改进投资争端解决机制的传统方法，以有效减少投资争端解决机制给国家带来的不必要的法律和财政风险。在前进道路上，这一调查领域仍有许多工作要做。