



联合国国际贸易法委员会
第三十三届会议
2000年6月12日至7月7日，纽约

私人融资基础结构项目：私人基础结构项目立法指南各章草案

秘书长的报告

增编

第六章. 争端的解决

目 录

	段 次	页 次
立法建议		2
立法建议说明	1 - 46	2
A. 概述	1 - 2	2
B. 订约当局与特许公司之间的争端	3 - 42	3
1. 防止和解决争端方法的一般性考虑	5 - 9	3
2. 防止和解决争端常用的方法	10 - 42	4
C. 特许公司与其放款人、承包商和供应商之间的争端	43	10
D. 特许公司与其客户之间的争端	44 - 46	10

立法建议

订约当局与特许公司之间的争端（见第 3 – 42 段）

建议 68. 订约当局应可自由决定是否赞同当事各方认为适应项目需要的争端解决机制，包括仲裁在内；

[建议 68 之二. 法律应指出订约当局可否以及在何种程度上可以提出主权豁免请求，阻止仲裁或司法程序以及作为反对执行裁决或判决的抗辩。

特许公司与其放款人、承包商和供应商之间的争端（第 43 段）

建议 69. 特许公司及项目主办人应可自由选择适当机制来解决项目主办人之间的商业争端，或特许公司与放款人、承包商、供应商和其他商业伙伴之间的争端。

特许权公司与其客户之间的争端(见第 44 – 46 段)

建议 70. 可以要求特许公司建立简化而高效的机制，处理其客户或基础设施用户提出的权利要求。

立法建议说明

A. 概述

1. 实施私人融资基础结构项目的一个重要因素是东道国解决争端的法律框架。投资者、承包商和放款人如果相信，项目所涉合同所产生的任何争端在东道国将得到迅速和公正的解决，便会受到鼓舞而参与东道国的项目。同样，避免争端或迅速解决争端的高效程序将有利于订约当局行使监管职能，并降低订约当局的总体管理费用。为了给投资者创造更有利的环境，东道国的法律框架应实行某些基本原则，例如：应保证外国公司有权利按照与国内公司大致相同的条件向法院提出诉讼；私人合同的当事方应有权选择外国法律作为合同的适用法律；外国判决可以得到执行；既不应不必要地限制采用非司法解决争端机制，也不应有法律障碍，阻止创造在司法系统之外友好地解决争端的有利条件。

2. 私人融资基础结构项目一般要求建立起一个相互关联的合同网络并与另一些当事方建立法律关系。有关解决这些项目争端的法律规定必须考虑到多种不同的关系，而这些不同的关系可能需要根据争端类别和当事方的不同而采取不同的解决争端办法。主要争端可大致分为三类：

(a) 特许公司与订约当局和其他政府机构之间的协议引发的争端。在多数大陆法系国家，项目协议由行政法管辖（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 24 – 27 段），而在有些国家，此种协议原则上由合同法管辖，并有针对提供公共服务的政府合同而制定的特别规定作为补充。这种制度可能关系到项目协议当事方商定的争端解决机制。类似的考虑可能还适用于特许公司与政府机构或政府公司达成的为项目供应货物或服务或购买该基础设施的货物或服务的某些合同；

(b) 项目主办人或特许公司为实施项目与有关当事方达成的合同和协议而产生的争端。这些合同通常至少包括：(一)在项目公司持有股权的当事方之间的合同（例如股东协议、关于追加融资的协议或关于选举权的安排）；(二)融资及有关的协议，这些协议除项目公司

外，还涉及其他当事方，例如商业银行、政府贷款机构、国际贷款机构和出口信贷保险公司；(三)项目公司与承包商之间的合同，而该承包商本身可能是由承包商、设备供应商和服务提供商组成的联营集团；(四)项目公司与经营和维护项目设施的当事方之间的合同；(五)特许公司与私人公司之间关于供应运营和维护设施所需货物和服务的合同；

(c) 特许公司与其他当事方之间的争端。这些其他当事方包括设施的用户或客户。这些用户可以是：例如从项目公司购买水电气然后转售给最终用户的国有公用事业公司；商业公司，例如签约使用机场或港口的航空公司或航运公司；或支付公路使用费的个人。这些争端的当事方不一定受以前的合同或类似性质的任何法律关系的约束。

B. 订约当局与特许公司之间的争端

3. 项目协议产生的争端经常涉及一些在其他种类合同中并不常见的问题。这是由下述原因造成的：基础结构项目比较复杂，履约时间长，有多个企业参与建造和运营阶段。另外，项目协议的争端还可能涉及与建造过程有关的、技术性很强的事项，涉及工程中的技术和运营设施的条件。而且，这些项目通常涉及政府机构和高度的公众利益。这些情况突出说明有必要建立机制，尽可能避免当事方之间分歧的升级并维护其商业关系；防止建造工程或服务的提供受到影响；这类机制还应顾及可能产生的争端的具体特点。

4. 本节讨论的是实施基础结构项目各阶段所特有的一些主要问题。如何解决特许公司对管理机构所作决定的不满，这已结合基础结构服务的管理当局作了讨论（见第一章，“一般性立法和机构框架”，第 51 - 53 段）。如何解决遴选特许公司过程中产生的争端（即合同前争端），这一点在本《指南》前面章节中也已谈及（见第三章，“特许公司的选定”，第 118 - 122 段）。

1. 防止和解决争端方法的一般性考虑

5. 项目协议有效期内最经常引起争端的问题是在建造阶段、基础设施运营期间或者项目协议到期或终止时可能发生的违反协议问题。这些争端可能非常复杂，常常涉及技术性很强的事项，必须迅速解决以免影响基础设施的建造或运营。由于这些原因，当事方最好想出某种办法，允许挑选合格专家来帮助解决争端。此外，由于私人融资基础结构项目的期限较长，制定尽可能防止产生争端的机制以维护当事方之间的商业关系，就显得很重要。

6. 为了实现上述目的，项目协议常常规定综合性解决争端条款，以期尽可能防止争端的产生，促进达成相互同意的解决办法，而且想出一些在争端出现时确能有效地解决争端的方法。这些条款一般规定按顺序采取的一系列步骤，首先是提早警告对方，如当事方不采取预防行动，有可能发展成争端的问题。当确已发生争端时，规定当事各方应交换信息和讨论争端问题，以期找到一种解决办法。如果当事各方自己不能解决争端，那么，任何一方可以要求另一个独立和公正的第三方参与，协助它们找到一种可以接受的解决办法。在多数情况下，只有在这类调解办法不能解决争端时，才使用对抗性的解决争端机制。

7. 然而，当事方能否自由议定某些防止争端或解决争端的办法，也会有一些局限：其中一种局限可能涉及争端的主题事项；另一种局限可能来自某些法律制度中订约当局的政府性质。在一些法律制度中，传统的惯例是，政府及其机构不得同意某些解决争端的办法，特别是仲裁。这一原则经常只限于这么一层意思：它不适用于具有工业或商业性质、在与第三方的关系中属于私法或商业法管辖的公共企业。

8. 对自由议定包括仲裁在内的解决争端办法的限制还可能涉及项目协议的法律性质。一

些大陆法系规定，项目协议可以视为行政合同，其后果是，由此产生的争端必须交由司法机关或东道国的行政法庭解决。在其他法系中，类似的限制可能明文列入直接适用于项目协议的立法或司法判例中，或者来源于通常以立法规则或条例为依据的合同惯例。

9. 凡希望允许使用包括仲裁在内的非司法手段解决私人融资基础结构项目产生的争端的国家，应消除可能的法律障碍，明确准许本国订约当局议定解决争端办法。缺乏此种立法授权，可能会引起解决争端条款有效性的问题，并导致争端迟迟得不到解决。例如，如果虽然随后有人提出抗辩指出订约当局无权缔结仲裁协议，但仲裁庭仍认为所缔结的仲裁协议是有效的，那么，需对该裁决加以承认或执行的东道国法院或第三国法院还会在承认或执行阶段碰到这个问题。

2. 防止和解决争端常用的方法

10. 下列各段介绍防止和解决争端方法的主要特点，并谈及这些方法对于大型基础结构项目各阶段的适宜性，即建造阶段、运营阶段和终止后阶段。虽然项目协议通常规定了全面的防止争端和解决争端机制，但仍应力求避免采用过于复杂的程序或规定过多层次的程序。下面各段简要介绍的部分防止争端和解决争端方法旨在使立法者了解这些不同方法的具体特点和用途。不应理解为作者建议使用任何特定的方法组合。

(a) 早期警告

11. 早期警告条款可能是避免争端的重要手段。这些条款规定，如果合同一方认为已经发生的事件或它打算提出的权利要求有引起争端的可能，应尽快提请对方注意这些事件或权利要求。权利要求有可能使对方感到吃惊，因而使对方产生不满和敌意，因此拖延提出权利要求是冲突的根源。不仅如此，拖延提出权利要求还会增大取证的难度。为此，早期警告条款一般要求提出权利要求的一方在规定时间内提出数量化的权利要求和必要的证据。为使这些条款得到有效执行，常常规定对不遵守这些条款的制裁措施，例如丧失提出要求的权利或增加提供证据的责任。在基础结构项目中，早期警告常常指可能对工程或公共服务的质量产生不利影响、提高成本、导致拖延或危及服务的连续性事件。因此，在整个基础结构项目期限内，早期警告条款都有用。

(b) 伙伴关系

12. 另一种避免争端的手段是建立伙伴关系。建立伙伴关系的目的是从项目一开始就通过共同制定的正式手段，在项目涉及的所有主要当事方之间建立一种信任、配合与合作气氛。人们发现，伙伴关系有助于避免争端，促使当事方为实现项目的目标而高效地工作。伙伴关系通常由订约当局召集的、由项目主要当事方参加的工作会议确定。在最初的工作会议上，确定对伙伴关系概念的共同理解，界定所有当事方对项目的目标，并制定快速解决关键问题的程序。在这次工作会议结束时，与会者起草并签署一个“伙伴关系规约”，表示他们承诺为项目的成功实现而协同工作。这种规约通常包括一个旨在确定权利要求和解决其他问题的程序，解决问题程序首先是尽早在尽可能低的管理级别上求得解决。如果在特定时限内没有达成解决办法，就将问题提交上一个管理级别。只有在负责项目的人没有达成一致意见时才请外人参与。

(c) 劝导谈判

13. 这种程序的目的是协助当事方进行谈判。当事方在项目开始时指定一名劝导者。其职能是协助当事方解决任何争端，他不对问题提出实质性意见，而是劝导他们深入分析事情的是非曲直。如果涉及许多当事方，而这些当事方认为没有此种劝导就难以进行谈判和协调各种相互分歧的意见时，这一程序特别有用。

(d) 调停和调解

14. 《指南》中将“调解”一词作为一个广义的概念使用，指某人或某个小组独立地、公正地帮助当事方友好地解决其争端的程序。调解不同于争端当事方之间的谈判（当事方一般在争端产生以后才进行谈判），调解涉及独立的、不偏不倚的人为解决争端提供援助，而当事方之间为解决问题而进行的谈判不涉及第三人的援助。调解与仲裁的不同之处在于，调解或以当事双方同意某一解决争端方案而结束，或以调解失败而告终；而在仲裁中，仲裁庭可将具有约束力的裁决强加于当事方，除非在作出裁决之前当事双方已经解决争端。在实践中，人们使用包括“调停”在内的不同术语提及这类调解程序。不过，在一些国家的法律传统中，“调解”和“调停”有所区别，调解主要强调由第三方努力融合争端各方的关系，帮助他们化解分歧，而调停则进一步允许调停人提出解决争端的建议条件。然而，“调解”和“调停”两词更经常地作为同义词使用。

15. 世界各地正在越来越多地采用调解方式，包括过去不常采用这一方式的地区。特别是设立了向有关当事方提供调解服务的许多私人和公共机构，就反映了这一趋势。调解程序通常是不公开的、保密的、非正式的，且容易采用。也可能便捷而花费不多。调解人可以发挥多种作用，通常比劝导者更活跃。他或她常常可以对当事方的立场提出质疑，强调采取通常有利于达成一致意见的、不那么强硬的态度，如果得到授权，还可以建议可能的解决方案。这种程序一般没有约束力，调解人的责任是让当事方注意到问题所在和可能的解决办法，从而促进争端的解决，而不是作出判断。当所涉当事方很多，通过直接谈判难以达成一致意见时，这种程序特别有用。

16. 如果当事方在项目协议中规定了调解方式，还须解决一些程序问题，以便增大解决争端的机会。在合同中通过提及的方式纳入诸如《贸易法委员会调解规则》之类的一套调解规则，¹将大有助于解决这类程序问题。一些国际和国家组织还拟定了其他调解规则。

(e) 没有约束力的专家评估

17. 这种程序是让一个中立的第三方负责对争端和拟建议的解决方法的优缺点提出评估。它发挥“事实检验”的作用，向争议各方表明仲裁或司法程序等费用较高、耗时较长的、具有约束力的程序可能得出什么结果。如果当事方由于其立场不容易改变而难以沟通，或如果他们不能明确看到自己立场的短处或对方立场的长处，这一程序非常有用。在一次没有约束力的专家评估之后通常要进行直接谈判或劝导谈判。

(f) 小型审判

18. 这种程序采取模拟审判的形式，各当事方的现场人员向“法庭”提交申述，该“法庭”由各当事方的一名高级行政人员和一名中立的第三人组成。申述一般在预定时间内进行，申述后，行政人员在中立人的帮助下进入劝导谈判程序，力求就“审判”期间阐明的问题达成一致意见。当事方的顾问常常在场，帮助确定有关问题。小型审判的目的是让高级行

政人员了解争端所涉及的问题，并起到一种事实检验的作用，检验真正的审判会得到什么样的结果。

(g) 高级行政人员评估

19. 这一程序类似于小型审判，但对抗性更小，采用一种更加着眼于达成一致的方式。程序开始时由各当事方宣读篇幅不长的立场文件，之后进行短时间的答辩。在由劝导者主持的“评估会议”上，来自各当事方的一名高级行政人员作口头简要发言，阐明立场文件中提出的问题或各当事方或劝导者提出的其他观点。会议之后召开由劝导者主持的谈判会议，以期达成一致意见。小型审判和高级行政人员评估往往起不到没有约束力的专家评估那么有力的事实检验作用，因此在没有商业压力的情况下不大可能促使作出困难的决定。

(h) 由独立专家审查技术争端

20. 在建造阶段，当事方似宜考虑规定将某些类别的争端交由双方指定的一名独立专家处理。涉及关于建造基础结构设施的技术问题的分歧（例如，工程是否符合合同规格或技术标准）时，这种办法可能特别有用。

21. 例如，当事方可以分别指定一名设计检查员或一名监理工程师，审查设计审批方面和建造工程进度方面的分歧（见第四章，“基础结构的建造和运营”，第 69 – 79 段）。独立专家应具有设计和建造类似项目的专门知识。应在项目协议中规定独立专家的权力（例如独立专家是否可以提出建议或作出具有约束力的决定），以及在什么情况下当事方可以寻求独立专家提出建议或作出决定。例如，在一些大型基础结构项目中，每当特许公司和订约当局就设计或建造工程的某些方面是否符合相应规格或就合同规定的义务产生分歧时，就可以征求独立专家的建议。涉及要求特许公司的某些行动须经订约当局同意的项目协议条款时，例如最后批准运营基础设施（见第四章，“基础结构的建造和运营”，第 78 段），可能特别应当酌情将所涉事宜提交设计检查员或监理工程师解决。

22. 常常利用独立专家来解决建造合同中的技术争端，建筑行业实践中形成的各种机制和程序经适当修改后可用于私人融资基础结构项目。然而，应当指出，订约当局与特许公司之间的争端的范围不一定与建造合同中通常发生的争端的范围相同。这是因为在项目协议中订约当局和特许公司的相应地位与建筑合同中工程所有者和执行者的地位不完全相似。例如，建筑合同中常常发生的有关为实际完成工程量而应付承包商款额的争端在订约当局与特许公司之间的关系中并不典型，因为后者通常不为所完成的建筑工程从订约当局那里得到付款。

(i) 争端审查委员会

23. 大型基础结构项目的项目协议常常规定当事双方可以在一个任命当局的帮助下成立由专家组成的常设委员会，以便帮助解决建造和运营阶段可能产生的争端（《指南》中称为“争端审查委员会”）。争端审查委员会处理问题的程序可以是非正式的和快速的，而且可以调整适应所要解决的争端的特点。任命争端审查委员会可避免当事方之间的误解或分歧发展成为必须通过仲裁或司法程序才能解决的正式争端。事实上，这种程序作为一种避免争端的手段，其有效性是其特有的长处之一，但争端审查委员会也可以作为解决争端的机制，特别是当该委员会被授权作出具有约束力的决定时。

24. 在争端审查委员会程序中，当事各方一般从项目一开始就挑选以其在项目领域的知识

而享有盛名的三名专家组成该委员会。如果项目由需要不同专门知识的几个阶段组成（设施建造阶段与随后的公共服务管理阶段就需要不同的专门知识），可以更换这些专家，在有些大型基础结构项目中，可以设立不止一个委员会。例如，一个争端审查委员会可以专门处理涉及技术性事项的争端（例如，工程设计，某项技术是否适宜，是否符合环境标准），而另一个委员会可以处理合同或财务性质的争端（例如，因拖延发放许可证而应付的赔偿数额或关于价格调整公式的分歧）。委员会的每名成员均应具有特定类型项目的经验，包括解释和管理项目协议的经验，应保证始终对当事方采取公正、独立的立场。可以酌情向这些人提供关于施工进度或关于基础设施运营情况的定期报告，当事方之间产生分歧时立即告知这些人。他们可以每隔一段时间或在必要时与当事方见面，审查出现的分歧，并就如何解决这些分歧提出建议。

25. 委员会成员可以作为防止争端的代理人，定期视察项目现场，与当事方见面并随时了解工程进度。与当事方见面可有助于在任何潜在冲突开始激化和演变成真正的争端之前及早发现它们。发现潜在冲突时，委员会提出解决办法，由于委员会成员的专门知识和威信，这些解决办法很可能被当事方接受。接到提交的争端后，委员会即开始进行评估，评估以非正式的方式进行，通常在例行现场视察时即与当事各方通过讨论方式进行评估。讨论由委员会主持，但每一当事方均有充分的机会表明自己的观点，争端审查委员会可随意提问，要求提供文件及其他证据。在事件发生不久和在对抗性立场变得强硬之前，在工作现场举行这种意见听取会，其好处是显而易见的。然后，委员会召开非公开会议，力求达成一项建议或裁决。即使当事方不接受这些建议而确实发生了争端，委员会如果得到当事方授权，也有条件能迅速解决争端，因为委员会对问题和合同文件比较熟悉。

26. 鉴于私有融资基础结构项目的期限通常较长，与执行这些项目有关的许多情况可能在特许期结束之前发生变化。其中一些变化的影响可能在项目协议中自动涉及（见第四章，“基础结构的建造和运营”，第126-130段），而有些变化则不容易包括在自动调节机制中，或者当事方可能更愿意将其排除在该机制之外。因此，当事方制定处理情况变化所引起的争端的机制非常重要。这对于项目的运营阶段尤其重要。如果当事方已商定一些规则，允许在发生某些情况之后修订项目协议条款，有可能出现是否已发生这些情况及发生时如何修改或补充合同条款等问题。为了便利解决可能出现的争端和避免在当事方不能就修订合同达成一致时出现僵局，当事方似宜澄清争端审查委员会是否可以和在多大程度上可以修改或补充某些合同条款。在这方面，可以指出，当事方并非总能够依赖仲裁庭或国内法院来处理问题。某些法律制度规定，法院和仲裁人无资格修改或补充合同条款。而在有些法律制度下，法院和仲裁人只有在得到当事方明确授权的情况下才可以这么做。还有些法律制度规定，仲裁人可以这么做，但法院不可以。

27. 有关仲裁或司法程序的法律可规定在多大程度上当事方可授权仲裁人或法院重新审查争端审查委员会的裁决。排除这类复审的好处是，争端审查委员会的裁决将立即成为最终裁决，并具有约束力。但是，允许进行这类审查可使当事方更加确信裁决将会是正确的。过去关于争端审查委员会的条款中并没有规定如果仲裁或司法程序不提出质疑的话，委员会的建议将具有约束力。但实际上，由当事方同意的独立专家一致提出的建议，其综合说服力可使订约当局和项目公司自愿接受这些建议，而不提出诉讼。最近关于争端审查委员会的合同条款通常规定，委员会的裁决虽然不立即对当事方具有约束力，但如果一方或双方不在规定期限内将争端提交仲裁或启动司法程序，就成为有约束力的裁决。除了避免可能引发漫长的诉讼程序外，当事方通常还会考虑到，不大可能推翻会被法院或仲裁庭视为强有力的建议，因为建议是由一开始就熟悉项目的独立专家提出的，是以争端发生之前和发生之时对项目的观察为依据的。

28. 当事方可以同意使委员会的裁决成为最终裁决和具有约束力，虽然这种情况很少发生。

然而，应当指出，许多法律制度规定，尽管当事方同意受委员会裁决的约束，但是，争端审查委员会的裁决虽然具有类似于合同的约束力，却不可以按简易程序（如执行仲裁裁决的程序）执行，因为委员会的裁决不具有仲裁裁决的地位。如果当事方考虑采取争端审查委员会程序，则有必要在项目协议中解决上述程序所涉各个方面的问题。项目协议最好尽可能明确地界定赋予争端审查委员会的授权范围。关于职能性质，项目协议可授权争端审查委员会进行事实调查，下令采取临时措施。项目协议可具体规定争端审查委员会应履行的职能，它们可以处理哪类问题。如果允许当事方在裁决作出之后的规定时间内启动仲裁或司法程序，当事方可以具体规定争端审查委员会进行的事实调查在仲裁或司法程序中应被认为是结论性的。项目协议还可以规定当事方有义务执行争端审查委员会就临时措施作出的裁决或就特定问题作出的裁决；若当事方未能执行这些裁决，将被视作未能履行一项合同义务。关于委员会职能的期限，项目协议可以规定，委员会将在项目协议到期或终止后一段时间内继续履行职责，以便处理在此阶段可能产生的争端（例如，关于移交给订约当局的资产的状况和就这些资产应付补偿的争端）。

(j) 没有约束力的仲裁

29. 当劝导谈判、调解或争端审查委员会程序等对抗性较小的办法不起作用时，有时即采用这一程序。进行没有约束力的仲裁与进行有约束力的仲裁的方式相同，采用的规则也相同，只不过此种程序最后只提出建议。该程序预见到，如果在没有约束力的仲裁中争端仍未得到解决，当事方将直接提出诉讼。人们选择这一程序是因为：(a)对仲裁的约束性持保留态度；或(b)为了既避免仲裁又避免提出诉讼，避免仲裁是因为同一程序进行两次似乎是多余的，避免提出诉讼是因为诉讼费时费钱。

(k) 仲裁

30. 最近几年，仲裁被越来越多地用于解决私人融资基础结构项目产生的争端。仲裁一般既用于解决基础设施建造或运营阶段产生的争端，又用于解决与项目协议的到期或终止有关的争端。私人投资者和放款人特别是外国私人投资者和放款人一般选择仲裁方式，因为经当事各方适当安排之后，仲裁程序可以不象司法程序那样正规，而且更符合当事各方的需要和适应项目协议可能产生的争端的具体特点。当事各方可选择对某类项目具有专门知识的人作为仲裁人，可选择进行仲裁程序的地点，还可选择在仲裁程序中使用一种或多种语言。仲裁程序对当事方之间商业关系的影响可能比司法程序轻些。仲裁程序和仲裁裁决可做到保密，而司法程序和判决通常不保密。而且，由于1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》得到广泛接受，这有利于在作出裁决所在国以外的国家执行仲裁裁决。²

31. 对于特别是涉及外国投资者的基础设施项目，似可指出，在加入了《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》³之后，可以把该公约作为法律框架，解决订约当局与项目联营集团中的外国公司之间的争端。迄今为止，已有131个国家加入了该公约，公约设立了国际投资争端解决中心（投资争端解决中心）。投资争端解决中心是一个与世界银行有密切联系的、独立的国际组织。投资争端解决中心为调解和仲裁成员国与具有其他成员国国民资格的投资者之间的争端提供便利。是否提请投资争端解决中心进行调解和仲裁，完全由双方自愿。但是合同或争端的当事各方一旦同意根据上述公约进行仲裁，任何一方均不得单方面撤回其表示的同意意见。投资争端解决中心的所有成员国，无论是否成为争端的当事方，都需要按公约规定承认和执行投资争端解决中心的仲裁裁决。当事方可以同意投资争端解决中心对现有争端或某些类别的未来争端进行仲裁。但是，当事方不需要就具体项目表示同意；东道国可在关于促进投资的立法中提议将某些类别的投资产生

的争端提交投资争端解决中心管辖，而投资者可通过书面接受提议表示同意。

32. 双边投资协定也可以作为一个框架，解决订约当局与外国公司之间的争端。在这些条约中，东道国一般向具有另一签署国国民资格的投资者提供若干保证和担保（见第七章，“其他有关的法律领域”，第 4-6 段），并表示同意例如提交投资争端解决中心或采用《贸易法委员会仲裁规则》的一个仲裁庭仲裁。

(一) 主权豁免

33. 如果允许仲裁并且项目协议当事各方之间已订立仲裁协议，那么，只要订约当局能够提出主权豁免要求，作为阻止开始仲裁程序的现由或作为反对承认和执行裁决的抗辩，仲裁协议的执行便可能发生问题或障碍。有时候，关于这一事项的法律并不明确，这可能引起有关当事方（例如特许公司、项目主办人和放款人）担心仲裁协议可能无效。为了消除这些可能的顾虑，似宜审查关于这个问题的法律，并指明订约当局在何种程度上可提出主权豁免的要求。

34. 此外，受到不利裁决的订约当局可以提出对公共财产不得执行裁决的豁免权抗辩。关于执行方面的主权豁免问题，有各种不同的做法。例如，有些国家法律规定，豁免的范围不包括从事商业活动的政府实体。而在有些国家法律中，拟扣押的财产必需与提出的权利要求有着某种联系，例如，受据以提出权利要求的私法所管辖的经济或商业活动，不能对拨款提出豁免抗辩，或者不能对国家划拨用于从事商业活动的资产提出豁免抗辩。在有些国家，认为应由政府来证明拟扣押的资产确属非商业用途的资产。

35. 在涉及可能提出主权豁免的实体时，一些合同中列入了关于政府放弃其提出主权豁免抗辩的条款。这类认可或放弃主权豁免的条款可载于项目协议或一国际协定；此种条款可以局限于承认某些财产用于或准备用于商业目的。这类书面条款之所以必要是因为不清楚仲裁协议的缔结和政府实体参与仲裁程序是否构成默认放弃对于执行协议的主权豁免。

36. 立法人员似宜审查本国关于这一事项的法律，并在认为适宜的范围内，澄清订约当局在哪些领域不得提出主权豁免要求。

(二) 仲裁协议的有效性和裁决书的可执行性

37. 仲裁协议的有效性取决于仲裁地的立法制度。例如，如果认为东道国有关仲裁的法律制度不够满意，对当事方自主权造成不合理限制，当事各方似可议定在东道国以外的地方进行仲裁。因此，重要的是东道国确保国内的仲裁法制度解决主要程序问题，使这些程序适合于国际仲裁案件。《贸易法委员会国际商业仲裁示范法》载有这一制度。⁴

38. 如果仲裁地不在东道国，或者如果在东道国作出的裁决需要在外国执行，仲裁协议的有效性还取决于有关承认和执行仲裁裁决的立法。《承认及执行外国仲裁裁决公约》（见第 30 段）特别处理对仲裁协议的承认和法院可拒绝承认或执行裁决书的理由。人们广泛认为，该公约为承认和执行仲裁裁决提供了一种可以接受的适中制度。如果东道国已加入该公约，那么这可能被视作一个重要的因素，有助于评估有约束力的承诺以及仲裁作为解决与该国外当事方争端的可靠方法在法律上的确定性。还将还有助于在国外执行东道国作出的仲裁裁决。

(I) 司法程序

39. 如前所述，有些法律制度规定，根据具有公法性质的强制性规则，委托特许公司提供

公共服务的项目协议，其产生的争端如何解决是国内司法或行政法院的专属职权。在有些国家，除特殊情况外，政府机构无权同意仲裁（见第 7-9 段），而在有些法律制度中，当事方可在司法程序和仲裁程序之间自由作出选择。

40. 只要当事方可以在司法程序和仲裁程序之间作出选择，在此情况下，订约当局可能认为应将任何争端提交东道国法院处理。这些法院熟悉本国的法律，其中常常包括直接适用于项目协议的特别立法。另外，订约当局和可能卷入争端的东道国其他政府机构，可能会因为熟悉本国法院的程序和庭审使用的语言而优先选择本国法院。还可能考虑的一个因素是，如果项目协议涉及公共政策和保护公共利益的问题，本国法院可更好地做到这一点。

41. 但是，潜在的投资者、融资者和其他私人当事方可能并不同意订约当局的这种看法。由于仲裁与司法程序相比，仲裁在更大程度上需征得当事各方同意，因而能更加迅速地解决争端，所以，这些当事方可能认为仲裁优于司法程序。私人投资者，特别是外国投资者，可能也不愿将争端提交东道国法院按照他们所不熟悉的规则来处理。一些国家发现，允许当事各方选择解决争端的机制有助于吸引外国投资发展本国的基础结构。

42. 如果有关法律允许作出选择，在考虑是否应通过司法程序解决任何争端或是否应缔结一项仲裁协议时，当事各方通常考虑的因素有：例如是否相信主管裁决争端的法院能做到不偏不倚，是否相信争端将会在不过分拖延的情况下得到解决。国家司法系统的效率和各种司法救助是否适合于解决项目协议可能产生的争端，是应予考虑的另一因素。另外，鉴于基础结构项目涉及技术性很强和非常复杂的问题，当事各方还将考虑利用有特殊知识和经验的仲裁人与利用国内法院相比的优缺点，国内法院可能缺乏处理发生争端领域的技术问题的特殊知识或经验。另一考虑也许是仲裁程序的保密性，仲裁程序的相对非正规性，以及仲裁人在作出适当补救裁决时可能拥有更大灵活性，所有这些都可能有利于维护和发展项目协议中所隐含的长期关系。

C. 特许公司与其放款人、承包商和供应商之间的争端

43. 各国国内法一般都承认商业交易的当事方，特别是国际商业交易的当事方，可自由议定由什么法庭来裁决那些交易产生的争端。在国际交易中，一般都选择仲裁方法，无论是否先经过调解或与调解相结合。至于总是作为私人融资基础结构项目一部分的特许公司与放款人、承包商和供应商之间的合同，在许多国家，当事方都可自由决定将争端交付仲裁，选定仲裁地点以及决定任何仲裁案件是否应由某一仲裁机构主持进行。这些合同一般都被视作商业协议，就解决争端条款而言，应适用有关商业合同的一般规则。有意为私人融资基础结构项目创造一种适宜的法律环境的东道国，似宜重新审查本国与此种合同相关的法律，消除其中不明确的因素，使当事各方得以自由议定出于自己选择的解决争端机制。

D. 特许公司与其客户之间的争端

44. 视项目类别而不同，特许公司的客户可能包括各种人和各种实体，例如从特许公司购买水电然后转售给最终用户的政府公司；商业公司，例如签约使用机场或港口的航空公司或航运公司；或者支付公路使用费的个人。对于与购买项目公司货物或服务的最终购买者订立的合同，考虑因素和政策取决于谁是那些合同的当事方、以什么条件提供服务和取决于适用的法律制度。

45. 在有些国家，法律要求公共服务提供者建立特殊的、简化而高效的机制来处理其客户提出的权利要求。此种专门法规一般只限于某些工业部门，适用于客户购买货物或服务。关于建立这类解决争端机制的法律要求可以普遍适用于特许公司的任何客户提出的权利

要求，也可以只限于以非商业身份行事的个人。特许公司的义务可以限于建立起接收和处理个人消费者投诉的机制。这类机制可以包括在项目公司内设立一个特殊的机构或部门，迅速接收和处理权利要求，例如，向客户提供标准的投诉书或免费电话号码，让他们反映自己不满意的事情。如果事情没有得到满意解决，客户有权向可能存在的管理机构提出投诉，在有些国家，管理机构可能有权就事情作出具有约束力的裁决。此种机制对于消费者来说常常是任择的，一般并不排除受害人向法院提出诉讼。

46. 如果客户是公用事业公司（如配电公司）或商业企业（如直接向独立发电厂购买电力的大型工厂），它们自己选择特许公司提供的服务和谈判合同的条件，当事方一般采用贸易合同中通常使用的方法来解决争端，包括仲裁方法在内。因此，可能不需要在有关私人融资基础结构项目的立法中处理解决这些争端的问题。但是，如果特许公司的客户是政府所有的实体，它们议定争端解决方法的能力可能受到限制，须遵行行政法关于解决政府实体所涉争端的行政法规则。对于有意允许使用包括仲裁在内的非司法手段解决特许公司与其政府所属客户之间的争端的国家来说，重要的是消除可能的法律障碍，明确允许这些实体议定解决争端的办法（见第 7-9 段）。

注

- ¹ 《联合国国际贸易法委员会第十三届会议工作报告》，见《大会正式记录，第三十五届会议，补编第 17 号》（A/35/17），第 106 段（《联合国国际贸易法委员会年鉴》，第十一卷，1980 年，第一部分，第二章，A 节（联合国出版物，出售品编号：E.81.V.8））。还以小册子的形式出版了《贸易法委员会调解规则》（联合国出版物，出售品编号：E.81.V.6）。《调解规则》附有一条示范调解条款，该条款规定：“如果发生由于本合同所引起或与本合同有关的争端，而双方当事人愿意通过调解寻求争端的友好解决，调解应按照目前生效的《贸易法委员会调解规则》进行”。大会 1980 年 12 月 4 日第 35/52 号决议建议使用《贸易法委员会调解规则》。
- ² 见联合国《条约汇编》，第 330 卷，第 4739 号，第 38 页，又载于《有关国际贸易法的公约和其他文书登记簿》，第二卷（联合国出版物，出售品编号：E.73.V.3）。
- ³ 联合国《条约汇编》，第__卷，第 8851 号，第 160 页。
- ⁴ 《联合国国际贸易法委员会第十八届会议工作报告》，见《大会正式记录，第四十届会议，补编第 17 号》（A/40/17），第 332 段和附件一。大会 1985 年 12 月 11 日第 40/72 号决议建议所有国家考虑到统一仲裁程序法的需要和国际商业仲裁实际执行的具体需要，对国际商业仲裁示范法给予适当的考虑。