



大会

Distr.: Limited
12 December 2017
Original: Arabic, Chinese, English,
French, Russian, Spanish

联合国国际贸易法委员会

第三工作组（投资人与国家间争议解决制度改革）

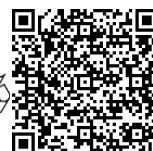
第三十五届会议

2018年4月23日至27日，纽约

投资人与国家间争议解决制度的可能改革

欧洲联盟提交的材料

本说明转载工作组第三十五届会议筹备过程中从欧洲联盟收到的材料。这份材料按秘书处收到的（阿拉伯文、中文、英文、法文、俄文和西班牙文）原样转载于本说明附件。



附件

2017 年 11 月 20 日

对投资者——国家争端解决（ISDS）机制中问题的辨识与思考

一. 引言

1. 本文旨在对联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）第三工作组的讨论作出贡献。本文目的在于依据国际贸易法委员会给予第三工作组的委任之第一阶段，辨识与考虑现行的投资者与国家争端解决机制所存在的问题。考虑值得改革的事项为讨论的第二阶段，不在本文讨论范围内。
2. UNCITRAL 秘书处在 2017 年 9 月 18 日¹的“投资者与国家争端解决机制（ISDS）的可能改革”的说明中列举了一些与 ISDS 有关的问题（请见第 19 款及以后各款）。本文以上述文件为基础进行回应。尤其是，本文建议以当前 ISDS 系统运行的框架，对 ISDS 系统所关切的问题进行深入与互补的思考，并且要考虑当前 ISDS 系统运行的框架。由系统的整体角度来思考可以辨识所关切的问题，因为此法能让现行的争端解决制度与具有类似属性的其他制度进行比较和对比。所以，本文首先要考察的就是投资条约制度的关键属性和特点（第 2 节）。然后，本文会用比较的方式，简要探讨与投资制度具有可比较特征的其他制度是如何处理争端的（第 3 节）。此后，本文将探讨影响当前 ISDS 机制设计的因素（第 4 节）。最后，在基于前几节分析的基础上，本文将指出几点需要进一步考虑的问题（第 5 节）。

二. 投资条约制度的关键特征

3. 目前投资制度的关键特点源自两个基本特征。首先，此制度为国际公法制度。其次，此制度类似于公共法，因为它主要关注的是投资者的待遇，即个别投资者与国家之间的关系。
4. 国际投资制度由许多国际条约所组成，均为国际公法，它决定了国际公法行为者在其主权内的行为能力。²在这些协议中，各国授权给自然人或法人（投资者）国际条约的执行权。但是，这不会改变两个主权国家之间所签订协议的国际公法本质。作为条约，要诠释这些协议也必须按照国际公法办理。这也包括了诠释条约时的规定与其他规则，例如国家责任的规定。
5. 这些国际公法条约，通过赋予投资者强制执行特定保护的方式，让各国能行使主权管理能力。³这造成了一种类似于公共法或宪法的情形，即个人受到国家法令的保护，并可以采取行动来施行保护。⁴值得注意的是，批准条约和处理被质疑的法令，都是国家在行使其主权。投资条约义务适用于任何由国家所制定的法令，无论是国会通过的立法，还是由地方议会作出的个别决议。如果一个国家未遵守这些义务，就必须进行赔偿。赔偿形式通常是金钱赔偿，可导致国家预算费用的增加。
6. 根据这两个关键特征，即各条约的国际公法基础和关系的公共法本质，可以辨识出国际投资制度的一些特征，这关乎对思考现行制度与问题评估。列举如下：

¹ A/CN.9/WG.III/WP.142。

² Roberts, Anthea “范例冲突：参与者与类推法建立的投资条约制度”（2013 年）《美国国际法杂志》，107 (1) 45-94, 58-63。

³ 同上，第 63-68 页。

⁴ 请见 Van Harten, Gus & Loughlin 与其他作者，Martin 「全球行政法分类下的投资条约仲裁」，17《欧洲国际法律期刊》，第 121 期（2006 年）；Van Harten, 「投资条约仲裁与公法」（2007 年）；Schneiderman, David, 「合乎宪法的经济全球化：投资规则和民主的承诺」（2008 年）；Schill, Stephan W. 「国际投资法与比较公法——导论」，载于「国际投资法与比较公法」3（Stephan W. Schill ed., 2010 年）。Montt, Santiago 「投资条约仲裁中的国家责任：全球宪法和双边投资协定中的行政法」（2009 年）。

- a) 宪法/行政法的组成要素：投资条约中规定的义务是为了要保护投资者免受某些（有限的）国家行为影响。因此，履行义务的意思就是在行使国家主权与保护个人的职责之间取得平衡，这也是典型的宪法/行政法裁决；
- b) 单向制度：投资者对国家提出诉讼，因为投资者接受条约规定提出仲裁；
- c) 纵向关系：由于投资者在东道国领土上进行投资，也参与其经济与法律秩序中，所以外国投资者最关切的就是他们者对东道国提出诉讼时，因行为主体者间的上下监管关系而产生的主要争议；
- d) 重复功能：有关条约可能会在较长的一段时间内引起多起纷争。这与建立一次性合同的法律条文有所区别；
- e) 确定性的组成要素：实质性义务无法确定，因为这些条约制订时要兼具通用与较高的标准，旨在适用于各种不同的实际情况，这与宪法中的条款非常相似；以及
- f) 可预测性/一致性功能：鉴于投资保护标准的一般制定及其重复功能，利益相关者（政府、投资者、民间社会）也会借鉴前例以了解如何或应该如何诠释义务。由于条约具有相对较高的同质性，诠释可以在同一条约内或不同条约之间进行。这意味着裁决的作用是阐述与进一步完善实质性义务之确切含义的关键。

三. 比较性分析

7. 从上述特征之系统中所产生的争端，经常会引发常设机构的形成，并配有专职与终身制的仲裁员以裁决争端。常设仲裁机构在仲裁有着上述特征的制度相关的争议上有许多的优点。这些优点体现的方式很多样也有重叠之处。常设机构，因其本身的常设本质，可达成预测性和一致性，并处理多元争端所引发的实际情况，因为常设机构能详细阐述并改进对特定规范的理解，并确保其应用的有效与一致。当规范相对不确定时，这点就特别的重要。在设置专职的仲裁员时，要考虑采用长期的作法。采取公共行动不仅有益于国家，同时也能保护个人利益，并且国家也知道要维持双方之间利益的长期平衡。拥有专职仲裁员的常设机构，就不必支付酬劳聘雇来自其他机构且通常要给予一定任期的仲裁员。这也可以让仲裁员避免接受短期聘雇的压力，并确保他们仲裁时能公平公正。
8. 由观察得知，在国际和国内两个层面上，拥有上述投资制度特征的其他制度所产生的争端，通常在设立常设机构之前就解决了。这些仲裁机构的成员是由国家所任命且具备高度的独立性与公正性专职仲裁员所组成。这些常设机构的决议一般是通过上诉的方式进行审查，以确保正确性与更大的可预测性。
9. 在国际上的情况，包括的例子有欧洲人权法院签署的“欧洲人权公约”和美洲人权法院签署的“美洲人权公约”。这些法院采取的法律制度，在投资制度方面具有上述制度的许多特征。⁵这两个机构都有常设法院，还有经条约缔约方任命的全职仲裁员。尽管法院对个人所提出的赔偿主张无管辖权，WTO 还是会对国家的行为进行审查。这些赔偿的主张会在接受上诉审理的机构内，由缔约双方所任命的仲裁员进行审理。
10. 在国内的情况，当法律制度和投资制度的特色相类似时，通常也会设有常设机构进行裁决。世界各国的国内法律制度都认知到，公共或行政法的争端应由常设法院的独立法官于可上诉审查的范围内进行审理。
11. 这些例子很实用，有用的未必是例子的细节和特点，而是显示出了设立或发展可与投资制度相提并论的特色制度时，各国一直都在设立永久性的常设机构。下一节将简要回顾现有制度的性质，然后再根据第 2 节列举的特点考虑现有制度中出现的问题。

⁵ 当然有些地方也会有明显的差异，例如补救的性质或与国内诉讼的关系。

四. 目前投资制度的争端解决机制

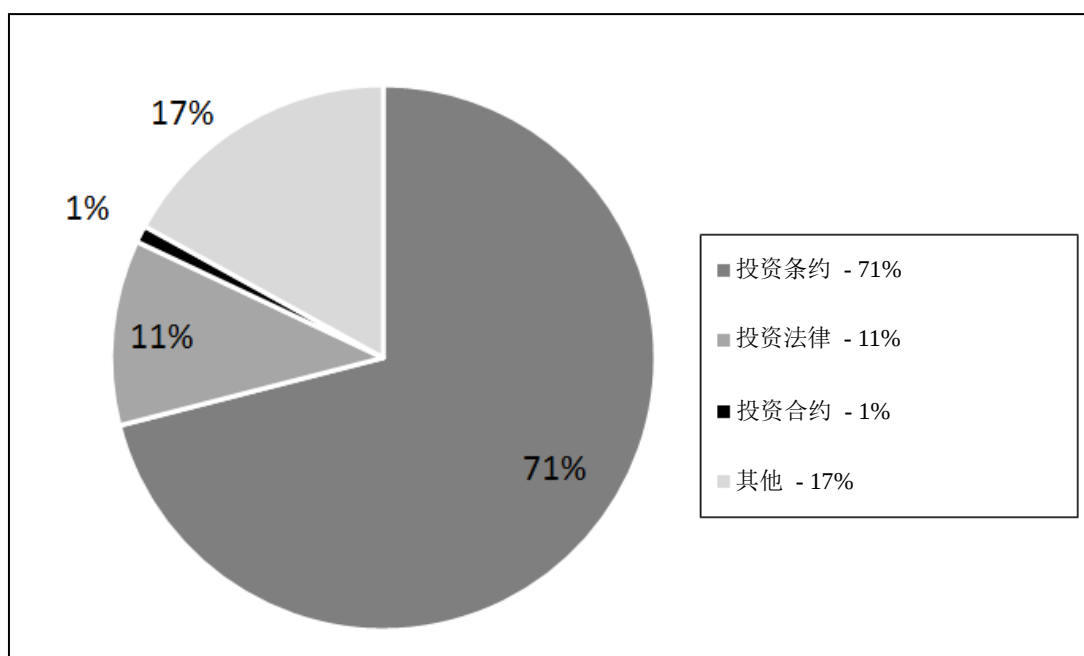
12. 截至 20 世纪 60 年代, 管理外国投资的综合方法特征如下: 1) 用国际仲裁作为解决投资争端已成为常见的手段; 2) 投资者借由法条赋予的资格直接对东道国执行条约已日益获得认可。解决投资争端国际中心 (ICSID) 的公约缔结于 1965 年, 目前有 161 个国家受其约束, 以前此公约是作为示范, 现在则继续在国际投资法的发展上取得重大进展。
13. ICSID 公约的争端解决模式是以仲裁为基础。由争议当事人任命的特设仲裁委员会负责听取详细的争议情况。再由特设的撤销委员会, 在特定的限制下, 给予撤销许可。其他的 ISDS 的法规基础, 则是依据商业仲裁最初的规定, 例如“贸易法委员会仲裁规则”。
14. ICSID 公约的诞生是在大量投资条约出现之前。在目前仲裁的 2667 个案例中, 仅有 63 个发生在 1970 年⁶ (ICSID 公约于 1966 年 10 月 14 日生效)。由于, 公约起草人当初并不认为有机会执行 ICSID 公约中有关制度争端解决的部分, 所以该公约目前主要仍用于解决条约的争端。事实上, 他们原本设想的主要用途是作为投资合同争端解决方面。⁷ICSID 的起草者估计, 约有 90% 的案件是发生在投资合同的和特许权项下, 而不是在投资条约方面。由此可知, 这就是触发 ICSID 公约中关键设计的选项。⁸
15. 其实, 从 20 世纪 70 年代之后, 各国才开始在条约的条款中允许投资者能自行执行条约, 有些还是根据 ICSID 的建议。这反映了各国特意要移除国与国之间的条约争端, 允许由投资者来执行协议, 而不需要说服该国政府支持其求偿的主张。
16. 提交到 ICSID 的第一批案件是和投资合同中的仲裁条款有关, 或者和促进和保护外国投资的国内立法有关。1990 年发生的亚洲农产品有限公司 (AAPL) 争端案例为第一个获得 ICSID 仲裁批准可依条约求偿的外国投资者, 这是在双方同意 ICSID 的仲裁是“合法有效”的条件下, 投资者才接受了东道国的提议, 依条约进行仲裁。⁹
17. AAPL 的争端也让以条约为主的案例增多, 加上各国也改变作法, 添加了 ISDS 的条款。其实有超过 70% 的 ICSID 案件是依据投资条约仲裁, 仅有 1% 的案件是按投资合同仲裁, 如下图 1 所示。

⁶ 资料来源: 联合国贸易和发展会议的投资政策中心。

⁷ 请见 J.C. Thomas 和 H.K. Dhillon “投资条约仲裁的基础, ICSID 公约, 投资条约与仲裁审查” (2017 年) 32(3) ICSID 审查。

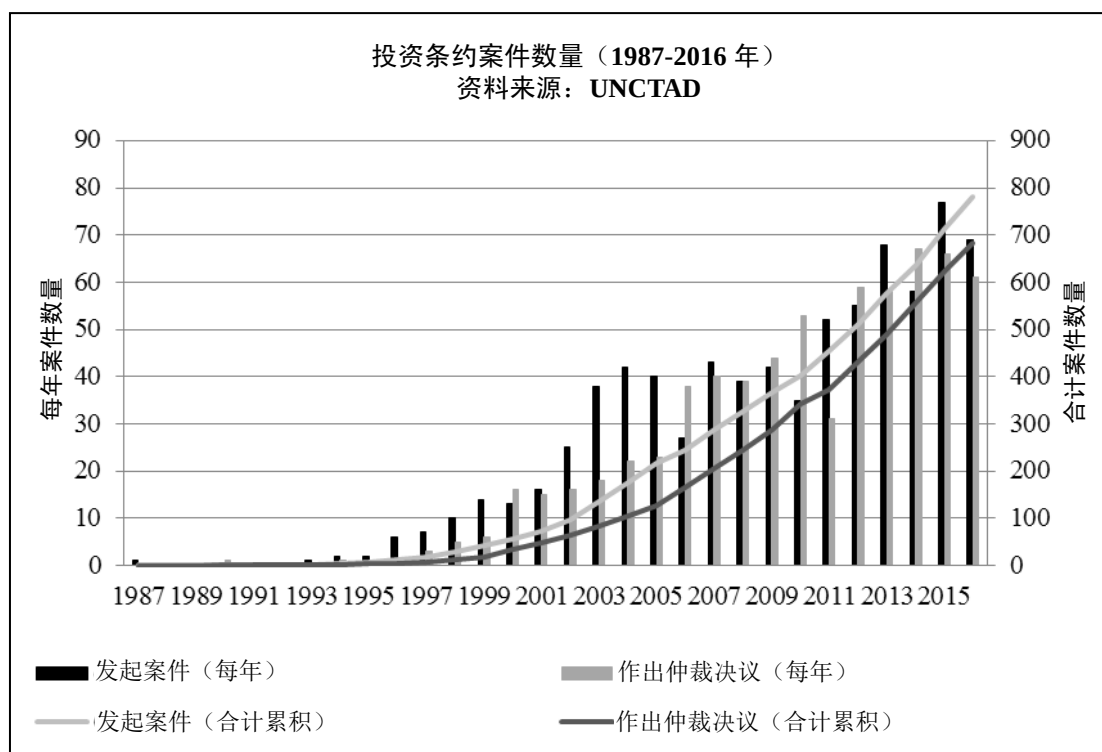
⁸ 请见 J Pauwelyn, “混乱边缘? 外商投资法是复杂的适应性体系, 体系是如何产生, 要如何改革” ICSID 审查, Vol. 29, No. 2 (2014 年) pp. 372-418。特别于 pp 401-402 引述 Lowenfeld 教授 (美国谈判代表团一员 ICSID) 写道: “在筹备 ‘国际投资争端解决与国际投资争端公约’ 的协商会议上, 就我所知, 在目前的文件和立法考虑中, 并没有对东道国在双边条约中, 在不参考特定投资协议或争议的前提下, 有可能同意与他国投资者进行仲裁。我知道自己在美国国会的证言中没有提到这种可能性, 但其他人也没有表示意见。”

⁹ 亚洲农场品有限公司 (AAPL) 诉斯里兰卡民主社会主义共和国 ICISD 案例编号 ARB/87/3, 1990 年 6 月 27 号裁定胜诉。请参阅 “无默契仲裁” 扬·波尔森著, 见载《外商投资法律期刊》第 10 册, 第 2 期(1995) 232-257 页。



图一。ICSID 的仲裁案件来源比率（1976-2016 年）。¹⁰

18. 案件成长始于二十世纪 90 年代，尤其是最后 20 年间，如下图二所示。



图二。已知投资条约案件（1987-2016 年）。

¹⁰ Jonathan Bonnitcha, Lauge Poulsen 和 Michael Waibel 《投资条约制度的政治经济学》，牛津大学出版社，2017 年第 61 页资料来源：作者引用 ICSID 网站，ICSID 案例编号 573，2016 年 8 月。

19. 广泛的投资条约系统也让投资仲裁判例法有了极大的增长。加上基于投资条约的案件数量也在增长，引发了对目前投资争端解决制度的质疑。

五. 现有投资制度争端解决机制的问题

20. 当投资条约制度的主要属性，是针对投资争议的仲裁制度结构设定时，现有制度中可能会出现一些问题。这和秘书处文件中所确认的问题是一样的，然而问题有可能系统性地出现或是出自系统的本质。从案件相对较多的情况来看，这些问题是有很高的重要性的。所确认的问题如下：

a) 特设制度会影响一致性和可预测性

21. 特设制度的本质会对一致性和可预测性产生影响。仲裁庭下的特设章程，有可能会影响仲裁结果，因为仲裁员会重复参与，或者试图重复参与，因此需要一个每次发生争端都要任命新仲裁员的制度。从系统层级角度考虑，这样的制度可能会导致仲裁依事实为主的结果。¹¹ 然而这并不会增强系统的稳定性和一致性，因此，也不会增强利益相关者的能力，就算是企业，政府还是民间社会的行为人，都能根据旧案例寻求指导，以确定如何在特定情况下应用这些规则。
22. 传统投资保护的核心条款上，有许多仲裁决议前后不一致的案例。在这些相互矛盾的案例中所出现的问题，通常会关切到实质性投资规则的一般概念与功能，而且还会在许多争议中反覆出现，能有一致性的回应会比较理想。
23. 还在进行中的例子，就是最惠国待遇条款适用性的程序性问题（即争议解决）。虽然有些法庭认为，最惠国条款可以延伸至被告国与第三国彼此间的条约下所属的争端解决条款，¹²但有其他的法庭作出了相反的结论。¹³这个问题不断在许多案例中出现。例如，APR 能源公司和其他公司对上了澳大利亚政府，申诉人希望将一条含有反对仲裁结果的争端解决条款纳入条约中。¹⁴
24. 关于伞式条款的范围和效力的解释，有些法庭认为，此条款违反特定合同承诺的效果其实等同于违反投资条约，¹⁵然而也有人否认此举会对普通商业合同造成影响。¹⁶
25. 在 2001 年至 2002 年的阿根廷金融和经济危机之后，就出现了几个在美阿双边投资条约第十一条规定下的必要性辩护而作出仲裁决议的案例。例如，尽管负责安然（Enron）案件的法庭，在解释上述法条时，参考了

¹¹ 请见 Todd Tucker, “黑箱之中：投资法庭的合议模式”（2016 年）7(1)《国际争议解决期刊》183-204 页。

¹² 范例请见 *Emilio Augustín Maffezini* 诉西班牙王国，ICSID 案件编号 ARB/97/7，法庭关于反对管辖权的裁决，第 64 款；*西门子诉阿根廷*，ICSID 案件编号 ARB/02/8，管辖权的裁决，第 103 款；*Gas Natural* 诉阿根廷，ICSID 案件编号 ARB/03/10，法庭关于管辖权初步问题的裁决，第 31 和 49 款；*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. 及 InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.* 诉阿根廷，ICSID 案件编号 ARB/03/17，管辖权的裁决，第 53-66 款。

¹³ 范例请见 *Plama Consortium Ltd* 诉保加利亚共和国 ICSID 案件编号 ARB/03/24，管辖权的裁决，第 184、223、227 款；*Salini Costruttori S.p.A. 及 Italstrade S.p.A.* 诉约旦哈希姆王国，ICSID 案件编号 ARB/02/13，管辖权的裁决，第 119 款；*Telenor Mobile Communications A.S.* 诉匈牙利共和国，ICSID 案件编号 ARB/04/15 胜诉，第 90-100 款。

¹⁴ *Power Rental Asset Co Two LLC (AssetCo)* 电力公司 *Power Rental Op Co Australia LLC (OpCo)* 电力公司，*APR Energy LLC* 电力公司诉澳大利亚政府，贸易法委员会。

¹⁵ *SGS Société Générale de Surveillance s.a. (SGS)* 诉菲律宾共和国，ICSID 案件编号 ARB/02/6，法庭关于反对管辖权的裁决，第 128 款。

¹⁶ *SGS Société Générale de Surveillance s.a.* 诉巴基斯坦伊斯兰共和国，ICSID 案件编号 ARB/01/13，管辖权的裁决，第 166 款。

非常严格的“必要性”检验标准，作为解除行为不法性的依据，¹⁷但大陆事故法庭则参考世贸组织的法条，用较宽松的“必要”国家措施来解释上述法条。¹⁸

26. 若律师未尽一切可能，提出对客户有利的论点，就代表律师未尽其职责。只能由特设系统创造诱因来说明这些论点，因为没有建立体系，也无法执行一致性。因此，该系统内部与本身都会产生额外的成本。此外，一致性和可预测性也有明显的困难。制度的重复性与义务的相对不确定性，突出了一致性和可预测性问题的重要性。

b) 认知的主要问题

27. 前述的国内与国际判决制度的核心特征，按英国法院首席法官的话来说，“不应只是伸张正义，还要确实无疑地见到正义获得伸张”。¹⁹这句话说明了在杰里米·边沁（Jeremy Bentham），伏尔泰（Voltaire）和亚历山大·汉密尔顿（Alexander Hamilton）的思想领导下，所有法律制度中有关公共事务的特设制度，出现了决定性转变。²⁰基于投资者与国家间仲裁本质的特殊性，当仲裁员方面有参与其他活动，则会造成严重的认知问题。造成这些认知问题的事实来源，就是参与系统的专业人员和/或涉及个人利益的个人，被认为有可能会影响争端结果。虽然仲裁员与任命仲裁员之行为人之间的现实状况与互动很复杂，无疑描绘出一幅更为复杂的景象，系统的单向性结合了认知的重要地位，让人对见到正义获得伸张产生了质疑。

c) 系统检查正确性与一致性的能力有限

28. 关于现有系统的另一个问题则是系统检查正确性和一致性的能力受限。在 ICSID 系统下，撤销能纠正的错误非常有限。ICSID 公约第 52 条只会在特定的情况下准许撤销。²¹该条款并不涉及裁决实质性上的正确性。同样地，国内仲裁法或“承认及执行外国仲裁裁决公约”也对拒绝承认和执行裁决的理由予以限制。
29. 这意味着裁决在法律上可能是错误的，然而这个制度却不允许纠偏。以 CMS 对阿根廷的诉讼为例，撤销委员会表示：

“在审议本裁决的过程中，委员会发现了一系列的错误和缺陷，包括明显的法律错误。本案错误百出。委员会已确定此点并且指出错误。然而，委员会也意识到，当事人在 ICSID 公约第 52 条所赋予权力下，在狭义与有限的授权范围内，行使其管辖权。唯有在符合特定的条件和范围之内，才能有撤销的选项。如上文（第 136 段）所述，在这种情况下，委员会不能简单地用自己的法律观点与对事实的理解来替换法庭的看法。”²²

30. 这个无法确保正确性的问题还合并了现有制度的其他问题，例如上述的缺乏一致性与可预测性问题。此问题的重要性也和反覆出现的潜在争端，以及相对的可确定性有相关性。值得注意的是，宪法和最高法院的职能是解释一般的和相对不确定的法条，并随着时间的改变，给予解释补充和澄清。这对于合法化和理解稳定基本实体规则，有很重要的影响。以世贸组织上诉机构为例，该机构在 20 世纪 90 年代后期和 21 世

¹⁷ *Enron Creditors Recovery Corp. 及 Ponderosa Assets, L.P. 诉阿根廷共和国*，ICSID 案件编号 ARB/01/3，胜诉，第 322-345 款。

¹⁸ *Continental Casualty Co. 诉阿根廷共和国*，ICSID 案件编号 ARB/03/9，胜诉，第 189-230 款。

¹⁹ 英国皇家首席法官 Gordon Hewart *R v Sussex Justices, Ex Parte McCarthy* [1924] 1KB 256。

²⁰ Gaukrodger, D. (2017年) *Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement* [《仲裁赔偿制度与投资者——国家争端解决》]，经合组织有关国际投资的工作文件，2017/05期，经合组织出版，巴黎。

²¹ 见第 52(1)条 ICSID 一公约（“任何一方均可以下列一项或多项理由，以书面形式向秘书长提出申请，撤销裁决：(a) 法庭组成不当；(b) 法庭明显超出其行使权力；(c) 法庭成员之一有贪腐行为；(d) 严重偏离基本的程序规则；或(e) 该裁决未能说明其裁决所依据的理由”）。

²² CMS 输气公司诉阿根廷共和国（ICSID 案例编号 ARB/01/8），撤销裁定，第 158 款。

纪初，发表了一些基础性报告，精确地平衡了世贸组织协议下的自由贸易义务与世贸组织成员的管制能力。

23

d) 裁判员的任命性质

31. 当国家在事发前（特定争议发生之前）任命仲裁员时，他们作为条约当事人行使权力，并且会有平衡各方的利益的动机，也会确保所挑选的仲裁员会兼具公平与平衡，所以不管未来要仲裁的案件是来自投资人，还是反对他们的被告，仲裁员都会欣然接受。然而，当要进行仲裁时，并不会事先挑选仲裁员，而是在事后（即发生争议时）挑选，这意味着投资者和被告的国家在决定仲裁员时，可以最好地为自己的利益服务。这导致双方会集中关注制度中已为人所知的仲裁员身上，而且这些仲裁员被认为会偏向其中一方（被视为偏向投资者或对国家较友善）。另一方面来看，这也是争端当事人对此状况会有的自然反应，因为这是在当时情况下最安全的选择。²⁴但另一方面来说，这意味着当事人主要是以争端当事人的身份来看待争议，而不是以主权者的身份，因为后者的长期利益在于提供裁决机构，忠实的解释，并将其应用在基本的实质性条款上。潜在纠纷的重复性，相对不确定性，纵向关系以及国际公法和公法体系都强调了此点的重要性。
32. 此外，除鼓励任用有特定偏好的（友善投资者或友善国家的）仲裁员，以及少数的重复参与者之外，此法的问题之一是，就是仲裁员获得的经验会集中在和“私法”纠纷有关的商业仲裁领域，而非国际公法争端领域。这些仲裁员在专业上，对国际公法与（投资条约自然是国际公法领域）公法都不熟悉，（由于案件会涉及国家主权的行為能力，因此这点非常重要）。最后，特设任命制度也会影响仲裁员来源的地区和性别的多样性，受限于制度，导致了双方的仲裁员多样性都受到限制。

e) 巨额的成本

33. 正如所注意到的，这个体制的问题在于产生成本的方式。²⁵ 由于体制内部缺乏一致性和可预测性，勤奋律师所提出的论点，可能会在另一个案件中被驳回，因为可能总有其他仲裁庭会接受。另外，选拔和任命仲裁员也要成本。而且，争端当事人双方也要负担仲裁员的费用与仲裁机构的费用。
34. 这些要素还结合了本来就很昂贵的诉讼成本，在聘请专业律师方面还特别贵，加上诉讼程序本身的冗长本质，使得现有体系下的许多中小型投资人，无法诉诸赔偿。

f) 缺乏透明度

35. 目前的制度，主要是基于商业仲裁或从商业仲裁所衍生，因此透明度向来不是争端解决的必要组成因素。这意味着投资纠纷发生时，不一定会向公众提供信息。尽管已采用重要步骤以改善此状况，也通过修订 ICSID “仲裁规则”，让透明度能维持在一定程度，还通过修订“贸易法委员会投资人与国家间条约仲裁透明度规则”和“联合国公约”基于条约的投资者——国家仲裁透明度（“毛里求斯透明度公约”），除非透明度能更广泛地为争端当事人接受，否则这仍是存在现有体系的问题。

²³ 国际贸易法与国际投资法的监管空间（2014年3月16日）。宾夕法尼亚大学国际法学报，第36卷，No.1，2014-2015年；迈阿密大学法学研究论文 No. 2014-10。

²⁴ Roberts, Anthea “投资条约解释中的权力和说服：国家的双重角色”（2010年）“美国国际法学报”，104(4)179-225。

²⁵ 请见 Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), “投资者与国家之间的争端解决：投资政策社群的概况研究”，经济合作与发展组织国际投资工作文件，2012年3月，经合组织出版，第19页等。

六. 结论

36. 现有的 ISDS 体系有很大的问题。所确认的问题如下：

- 特设系统的本质缺乏一致性和可预测性；
- 因该系统所产生的认知有很严重的问题；
- 缺乏上诉机制下，系统检查正确性与一致性的能力有限；
- 任命程序的本质会影响裁决过程的结果；
- 巨额的成本；
- 缺乏透明度。

37. 这些本来就属于系统性问题。这些问题来自体制内多种因素的交互作用，所以除了透过特设法庭外，根本无法上诉审查。如上所述，现代投资制度最大的特色，就是重复性的争议，相对的不确定性，以及在国际公法和公共法背景下的纵向关系。由比较可得知，国际社会与各国通常都选择建立或发展永久性质的常设机构，在这种制度的背景下来裁决争端。

* * *
