



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（投资争端解决）制度的可能改革

### 欧洲联盟及其成员国提交的材料

本说明转载第三工作组第三十七届会议筹备过程中于 2019 年 1 月 18 日收到的欧洲联盟及其成员国提交的材料。这份材料按秘书处收到的原样转载于本说明附件。其中作为附件列入了 [A/CN.9/WG.III/WP.145](#) 号文件，该文件是欧洲联盟为筹备第三工作组第三十五届会议于 2017 年 11 月 20 日提交的材料。本届会议也提供该文件供工作组讨论。



## 附件

### 建立解决国际投资争端的常设机制

#### 1. 引言

1. 本呈文阐述欧洲联盟（欧盟）及其成员国对可能建立常设机制解决国际投资争端的观点。本呈文与工作组第三阶段的初步工作有关，其中勾画了据认为工作组应当推行的一项改革方案纲要。

2. 应该明确的是，本呈文的目的是对关于投资人与国家间争端解决制度改革最佳方法的多边思考做出贡献。其中提出了供工作组讨论的初步想法，这些想法可以对工作组确定为需要改革的关切问题作出回应。这是欧盟及其成员国过去几年中对可能进行的多边改革进行大量思考的结果，欧盟及其成员国期待着在贸易法委员会范围内在多边基础上进一步讨论这一问题。

3. 在回顾工作组已经确定的被认为改革可取的关切问题（第 2 部分）之后，本呈文详细阐述了一种解决争端的常设机制可能采取何种形式（第 3 部分），然后进一步展开论述这种带来系统性结构变革的机制何以是唯一能够有效应对所确定的所有关切的改革类型（第 4 部分）。

#### 2. 需要改革的关切问题

##### 2.1 引言

4. 欧盟及其成员国回顾 77 国集团和中国所表达的观点，即“私人国际资本流动、特别是外国直接投资以及稳定的国际金融体系是对国家发展努力的重要补充，外国直接投资可帮助创造技能密集型和薪酬较高的就业机会，促进知识转让，提高生产率并增加出口价值”。<sup>1</sup>

5. 欧盟及其成员国支持这一观点，认为外国直接投资是鼓励可持续发展和实现《可持续发展目标》的一个重要因素，因此，鉴于工作组中所表达的关切，必须从中长期考虑为投资争端的解决提供一个稳定基础。

##### 2.2 已就改革可取性达成结论的关切问题

6. 本呈文以工作组已确定的那些被认为改革可取的关切问题为出发点。这些关切问题可归纳如下：

(一) 与投资争端法庭仲裁裁定缺乏一致性、连贯性、可预测性和正确性有关的关切：

<sup>1</sup> 厄瓜多尔在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）2018 年 10 月 29 日至 11 月 2 日第三十六届会议上代表 77 国集团和中国的发言。

- 对于投资争端法庭就投资条约条款以及其他相关国际法原则作出的不合理的不一致解释的关切；<sup>2</sup>
  - 对于缺乏一个框架，处理根据规定可利用投资争端解决机制的投资条约、法律、文书和协定所提起的多重程序的关切；<sup>3</sup>
  - 对于许多现有条约中可以处理裁定不一致和不正确问题的机制有限或根本没有这种机制的关切。<sup>4</sup>
- (二) 与仲裁员和裁定人有关的关切
- 对于投资争端裁定人缺乏或看似缺乏独立性和公正性的关切。<sup>5</sup>
  - 对于许多现行条约和仲裁规则规定的披露和回避机制的充分性、有效性和透明度的关切；<sup>6</sup>
  - 对于投资争端裁定人缺乏适当多样性的关切；以及<sup>7</sup>
  - 对于现行条约和仲裁规则中组成投资争端法庭的机制的关切。<sup>8</sup>
- (三) 与投资争端案件费用和延续时间有关的关切：
- 对于投资争端解决程序费用和延续时间的关切；<sup>9</sup>
  - 对于仲裁庭在投资争端解决程序中分配费用做法的关切；以及<sup>10</sup>
  - 对于费用担保的关切。<sup>11</sup>

## 2.3 其他关切问题

7. 注意到工作组尚未完全结束关于哪些关切问题需要改革的审议。欧盟及其成员国可以考虑在下文概述的方案中列入第三方出资有关问题的解决办法，前提是工作组决定这方面的改革可取。<sup>12</sup>

8. 还注意到一些代表团提到了考虑以友好方式解决争端的重要性。与这一问题有关的内容已列入本呈文，欧盟及其成员国随时准备进一步研究这方面的想法。

9. 如果确定了其他关切问题并认为改革可取，欧盟及其成员国准备研究如何将这些关切问题纳入本呈文所阐明的选项。

<sup>2</sup> A/CN.9/964——第三工作组（投资人与国家间争端解决制度改革）第三十六届会议工作报告（预发本），2018年11月6日，第40段，查阅网址：[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft\\_report\\_of\\_wg\\_iii\\_for\\_the\\_website.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft_report_of_wg_iii_for_the_website.pdf)。

<sup>3</sup> 同上，第53段。

<sup>4</sup> 同上，第63段。

<sup>5</sup> 同上，第83段。

<sup>6</sup> 同上，第90段。

<sup>7</sup> 同上，第98段。

<sup>8</sup> 同上，第108段。

<sup>9</sup> 同上，第123段。

<sup>10</sup> 同上，第127段。

<sup>11</sup> 同上，第133段。

<sup>12</sup> 同上，第134段。

## 2.4 所关切问题的系统性质

10. 欧盟及其成员国一贯认为这些不同关切问题相互关联并且具有系统性。着眼于某一个具体问题，其他问题将得不到解决。例如，费用和延续时间方面的问题与缺乏可预测性方面的问题有关。如果对法律的解释不稳定，费用就会增加，因为不同特设法庭总会提出不同解释，因此，细致的争议方就会提出每一种看似合理的论点，而如果对相关规范有稳定的解释，其中一些论点就不会得到考虑。因此，对该制度费用的关切与对缺乏可预测性的关切相关联，而这种关切又与对仲裁员任命方法的关切相关联，后者则与对仲裁员独立性和公正性的关切相关联。欧盟已经在向第三工作组提交的文件中概述了这些问题，欧盟在该文件中认为，这些关切问题的性质是系统性的。<sup>13</sup>为便于参考，本呈文附件载有该文件。

## 3. 针对已确定关切问题的系统性对策——争端解决的常设机制

11. 这一节提出关于可能建立一个常设机制解决投资争端的想法。

### 3.1 避免争端机制

12. 友好解决争端是可取的。应当提供鼓励这种友好解决办法的机制。例如，这些机制可以包括调解和调停。通过提供机构支持，例如，维持一份调解人或调停人名单，尤其是为努力实现友好解决提供支持，可以起到事半功倍的效果。

### 3.2 初审

13. 常设机制应当设有两级审裁。初审法庭将进行争端的审理。按照仲裁庭如今的做法，初审法庭先进行事实调查，然后对事实适用准据法。如果是上诉法庭无法处理的案件，初审法庭还将处理上诉法庭发回的案件。初审法庭自定程序规则。

### 3.3 上诉法庭

14. 上诉法庭将审理初审法庭发来的上诉。上诉理由应为法律错误（包括严重程序缺陷）或事实评析方面的明显错误。上诉法庭不应就事实进行重新审查。

15. 应当纳入确保上诉可能性不被滥用的机制。例如，这些机制可以包括要求支付费用担保。

### 3.4 全职仲裁员

16. 仲裁员将是全职的。仲裁员不能有任何外部活动。<sup>14</sup>仲裁员人数应以常设机构工作量预测为基础。

<sup>13</sup> 见 A/CN.9/WG.III/WP.145——投资人与国家间争端解决制度的可能改革——欧洲联盟提交的材料，[http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/3Investor\\_State.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/3Investor_State.html)，为便于参考转载于附件 1。

<sup>14</sup> 需要指出的是，大多数国内和国际法院都允许专职审判员从事教学工作：这是可以允许的。

17. 仲裁员的薪金将与其他国际法院仲裁员的薪金相当。

### 3.5 操守要求

18. 仲裁员必须遵守严格的操守要求。将部分通过任命全职仲裁员并禁止其从事其他活动，特别是其他有报酬活动或政治活动，确保操守高标准。仲裁员必须确保在特定案件中不存在利益冲突风险。为此目的，仲裁员应披露可能影响其独立性或公正性的以往利益、关系或事项，并应在任期结束后继续履行义务，确保其任期内的独立性和公正性不受质疑。

19. 将通过不可续任的长期任期（例如，许多国际法庭规定任期为九年）并结合强有力和透明的任命程序来确保独立于政府。

### 3.6 资格

20. 建议比照其他国际法院采用资格要求。这意味着仲裁员在本国具有最高司法职位任命资格或为公认的国际法学家（例如，见《国际法院规约》第二条）。可以就所需要的某些法律领域专门知识规定具体标准，最好是具有司法工作经验和案件管理技能的人员。

### 3.7 多样性

21. 应当利用各种机制确保地域和性别多样性。《国际刑事法院罗马规约》第三十六条第八款提供了可为常设机构仲裁员制定的各类规则的例子。<sup>15</sup>

### 3.8 任用程序

22. 确保仲裁员的中立至关重要。必须有一个强有力和透明的任命程序，以确保仲裁员的独立性和公正性。应当考虑所有确保中立的办法，但是，除其他外，可从最近设立的国际或区域法院得到启发，这些法院设立了甄别机制，以确保被任命的仲裁员确实符合必要的司法独立标准。<sup>16</sup>指定参加甄别机制的人应当是独立的。例如，这些指定可以是依职权指定（例如，国际法院院长、国际或国内最高法院其他资深法官或近期退休的法官）。常设机制的候选人既可由缔约方提出，也可直接申请任命。应当考虑允许任用缔约方的非本国国民。任命必须经过表决获得缔约方的多数票。

23. 在任命常设机制仲裁员时，要求缔约方任命客观公正的仲裁员，而不是被认为过于偏袒投资人或国家的仲裁员，因为缔约方不仅要作为投资争端的潜在被告将守

<sup>15</sup> 选举国际刑事法院（国际刑院）法官的缔约国大会必须“考虑到世界各主要法系的代表性、公平地域代表性和男女法官公平代表性的需要”。（第三十六条第八款第(一)项第1目）。关于国际刑事法院法官的选举，规定了区域和性别方面的投票要求。根据这些要求，至少应有六名女法官和至少六名男法官。在国际刑事法院的18名法官中，目前有6名女法官。此外，联合国每个区域集团至少要有两名法官。如果一个区域集团有超过十六个缔约国，则该区域集团至少需要三名法官参加表决，见缔约国大会决议：“国际刑事法院法官、检察官和副检察官的提名和选举程序”（ICC-ASP/3/Res.6），第20(b)和(c)段，查阅网址：[https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/Resolution-ElectionJudges-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/Resolution-ElectionJudges-ENG.pdf)。

<sup>16</sup> 例子包括国际刑事法院、欧洲人权法院、加勒比法院和欧洲联盟法院。

方利益内在化，还要将其攻方利益内在化，也就是说，有必要确保对其投资人的充分保护。因此，缔约方要从长计较。<sup>17</sup>

24. 为了审理每一具体案件，将随机指定常设机制分庭的裁判员，以确保争议各方无法事先知道将由谁审理其案件。<sup>18</sup>

### 3.9 国家之间的争端解决

25. 大多数投资条约都规定了投资人与国家之间的争端解决办法以及国与国之间的争端解决办法。同其他条约一样，一些投资条约只规定了国与国之间的争端解决办法。还应当有可能利用常设机制来解决国与国之间的争端。

### 3.10 与条约缔约方对话的机制

26. 许多现代条约规定，条约缔约方有能力对基本义务作出有约束力的解释。例如，《世贸组织协定》第九条第2款就作了这样的规定。同样常见的是，最近的投资保护条约或章节规定了作出有约束力解释的可能性。提供这种有约束力的解释是为了给争端解决法庭提供指导。有必要确保保持并扩大这一可能性，以涵盖没有明确作出这样规定的条约。在一个涵盖多项双边协定的多边常设机制中，有必要确保一项双边协定的缔约方能够通过具有约束力的解释来保持对其协定的解释的控制权。

27. 所涉条约的非争议缔约方也应能够对争端有所参与。此外，还应考虑的是，设立常设机制的文书的其他缔约国政府是否以及在何种条件下能够介入关于它们不是缔约方的条约下具有系统重要性的解释问题的争议，同时确保这不会损害协定缔约方保留对协定解释的控制权的能力。

### 3.11 透明度和第三方

28. 应当确保程序高度透明。《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》将是可予适用的最低限标准的一个范例。

29. 还应当规定，第三方应被允许参与投资争端，例如，受争端影响的社区的代表。

### 3.12 强制执行

30. 有效执行常设机制的裁决至关重要。鉴于常设机制将具有上诉机制的特点，没有必要在国内一级或通过特设国际机制对裁决进行复审（即目前由国内法院和投资争端解决中心废止裁决委员会行使的废止或撤销职能将由上诉机制所提供的更广泛的复审来行使）。因此，不应在国内一级对此类裁决进行复审。

<sup>17</sup> 见 Anthea Roberts, *Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting To a Treaty Party Framework of Analysis*, *EJIL: Talk!*, 2017年4月27日, <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/>, 以及 Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*, 《美国国际法季刊》, 2010年, 104(4), 第179、180、182-195页。

<sup>18</sup> 这一想法借鉴了《世贸组织上诉机构复审工作程序》规则6(2), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/ab\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_e.htm)。

31. 建议设立常设机制的文书应建立自己的执行制度，而不应规定在国内一级进行复审。

32. 此外，还建议未来常设机制下的裁决也能够根据《承认及执行外国仲裁裁决的纽约公约》执行。由“常设仲裁机构”作出的裁决是可以强制执行的（见《公约》第一条第二款）。没有理由认为常设机制的裁决不能被视为“常设仲裁机构”的裁决，既然如此，就应是可以执行的，当然前提是争议各方表示同意，而从根本上说争议各方本就可以这样做。<sup>19</sup>也许有必要纳入防止争议各方在以后阶段启动撤销程序的机制。<sup>20</sup>

### 3.13 出资安排

33. 原则上由缔约方为常设机制出资。缴款额将根据缔约方各自的发展水平进行加权，以便使发展中国家或最不发达国家承担低于发达国家的负担。所采用的加权机制可参照其他国际组织采用的加权办法或以此为基础。还应考虑要求常设机制的使用者支付某些费用，不过应注意不要将这些费用直接与仲裁员的报酬挂钩，而且不应过高而成为中小型企业提起诉讼的障碍。

34. 可以按加勒比法院的做法，通过信托基金管理缴款。从中长期角度来看，这将确保常设机制能够有效运作。

### 3.14 对现有条约的适用、选择适用机制和管辖权

35. 至关重要的是常设机制能够对现有和未来协定下的大量争端作出裁定。将同时通过以下方式做到这一点：(1)加入建立常设机制的文书；(2)发出具体通知（“选择适用”），说明某项现有或未来协议将受常设机制的管辖。一旦同时也是建立常设机制文书缔约方的一项协定的缔约方就某项协定发出通知，则常设机制将就该项协定下产生的争端作出裁定。对于常设机制设立后缔结的协定，可在赋予常设机制管辖权

<sup>19</sup> 另见 Gabrielle Kaufmann-Kohler 和 Michele Potestà, 《毛里求斯公约》能否通过引入一种常设投资法庭或上诉机制成为投资人与国家间仲裁改革的一种模式? “分析和路线图”, 争议解决中心, 2016年: “154. 在作者看来, 无论是按照《公约》第一条第二款的“普通含义”, 还是按照考虑到 1958 年以来国际法和仲裁发展情况的“演进性解释”, 都有充分理由将投资法庭[国际投资法庭]定性为《公约》下的“常设仲裁机构”。然而, 这似乎并不是最重要的。关键是仲裁员管辖权的合意基础——这显然也是准备工作的结果, 而投资法庭显然将满足这一点(见上文第五章 B 节)。155. 尽管如此, 虽然并非绝对必要, 但贸易法委员会可以在“国际投资法庭规约”通过后考虑提出一项“建议”, 其类似于贸易法委员会就解释《纽约公约》第二条第二款和第七条第一款所提出的建议。这样一项建议的目的是澄清国际投资法庭属于《纽约公约》的范围, 是第一条第二款或其他条款所指的“常设仲裁机构”。此建议肯定会给面临国际投资法庭裁决执行问题的国内法院提供帮助, 并有可能增进法院解释的一致性。”第 56-57 页, [http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS\\_Research\\_Paper\\_Mauritius.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf)。根据《纽约公约》, 伊朗-美国索赔法庭的裁决被认为是可以执行的。另见 Kaufmann-Kohler 和 Potestà (争议解决中心, 2016 年), 第 56 页, 脚注 294。

<sup>20</sup> 关于这一机制的例子, 见《欧洲联盟及其成员国与新加坡共和国之间投资保护协定》, 其第 3.22 条规定: “法庭根据本节作出的最后裁决在争议各方之间具有约束力, 不得上诉、复审、撤销或要求任何其他救济”, 其第 3.7(1)(f)(iii) 条要求声明索赔人“将不寻求对根据本节作出的裁决向国际或国内法院或法庭提出上诉、复审、撤销、废止、修改或启动任何其他类似程序”(见 [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc\\_156731.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156731.pdf))。另见《加拿大与欧盟及其成员国之间全面经济和贸易协定》(第 8.28(9)(b) 条), 以及《越南与欧盟及其成员国之间投资保护协定》(第 3.36(3)(b) 条、第 3.57(1)(b) 条)。

的协定中提及，或如上文所述以后补加。应当探讨，如果只有被申请国是常设机制的缔约国，是否也可利用设立常设机制的文书。

36. 这一模式将提供灵活性，并已在投资争端解决方面的《毛里求斯透明度公约》以及《实施税收协定相关措施以防止税基侵蚀和利润转移的多边公约》（《多边公约》）中得到使用。<sup>21</sup>国际公法还充分确立了将管辖权从一个机构（这里指特设法庭）移交给另一个机构的概念。<sup>22</sup>

37. 这意味着常设机制管辖权的确切范围及其适用的实质性规则是由基本条约决定的。还意味着常设机制将适用的实质性规则可能会随着基本条约规则的变化而变化。

### 3.15 援助机制

38. 应设想一种机制，以确保所有争议当事方都能够在投资争端解决制度中有效操作。这种机制可以在国际投资争端诉讼中以及在适用国际投资法的其他方面协助最不发达国家和发展中国家。这一倡议可构成建立常设机制进程的一部分。目前正在编写一份可行性概略研究报告，说明如何确保在国际投资协定下的程序中提供充分法律辩护，其中包括了发展中国家和专家的意见，

### 3.16 开放式结构

39. 如下节所述，欧盟及其成员国认为，只有两级常设结构才能解决目前体制中已查明的所有结构性问题。然而，需要在常设机制中建立一定程度的灵活性。例如，对于那些可能希望利用常设机制解决国与国之间争端、而在其协议中不使用投资人与国家间争端解决办法的国家来说，这是必要的。有些国家可能希望保留只利用上诉机制的灵活性——即使在欧盟及其成员国看来这种办法并不能有效解决已查明的若干关切问题，这可能也是必要的。如果确实如此，常设机制的开放式结构不失为一种为这些国家提供这种灵活性的方式。<sup>23</sup>

## 4. 建立这样一种常设机制应对已确定的关切问题

40. 据认为，建立一个两级常设机制是有效应对工作组所确定的所有关切问题的唯一可用办法。此外，这是针对这些关切问题相互交织的性质对症下药的唯一选择。

<sup>21</sup> 详见 <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>。关于能否使用《毛里求斯公约》的方法建立常设机制，见 Gabrielle Kaufmann-Kohler 和 Michele Potestà, 《毛里求斯公约》能否通过引入一种常设投资法庭或上诉机制成为投资人与国家间仲裁改革的一种模式? “分析和路线图”，争议解决中心，2016年，[http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS\\_Research\\_Paper\\_Mauritius.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf)。

<sup>22</sup> 见《国际法院规约》第三十六条第五款，其中提及接受常设国际法院管辖的声明。

<sup>23</sup> 见 Anthea Roberts, *UNCITRAL and ISDS Reforms: Moving to Reform Options ... the Politics*, EJIL Talk, 2018年11月8日，<https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-moving-to-reform-options-the-politics/#more-16628>，以及 Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, 《美国国际法季刊》，2018年，112，第410、431-432页。

## 4.1 一致性和正确性

### 可预测性和一致性

41. 只有通过建立一个由常任全职审裁员组成的常设机制才能有效提高可预测性和一致性。这是现有制度的关键问题。在目前的制度下，由于法庭的临时性质，利益攸关方不能合理期望在一项争端中作出的裁定会在另一项争端中遵从。在常设机制中，将会建立起一种“持续责任”感。<sup>24</sup>

42. 提高法律解释的可预测性，反过来将使裁定过程更有效率，从而更具成本效益，并有可能减少案件总体数量。初审和上诉一级的一致判例法将有利于形成对法规条款的稳定理解，从而减少“冒险性”索赔。细致的投资人不会根据已被常设机制驳回的法律论点提出索赔，而更可能认为每项争端重设临时法庭值得一试。

### 正确性—上诉机制可纠正法律错误和异乎寻常的事实错误

43. 上诉机制将确保正确性。为此，上诉机制将审核初审所作裁定的法律正确性并纠正任何法律错误。这种程序上正确性本身就是国内法律制度的一个重要特点，因其确保对那些本来会是独立裁定人的人进行核查。此外，鉴于上诉机制的等级地位，此种机制将逐步带来更大的一致性。

44. 两级机制是确保可预测性和一致性的最有效结构。与特设法庭可能表现出来的遵从相比，这一体制下对上诉机制的遵从程度更大。铭记这一点很重要，因为并不是每个案件都会上诉。

45. 退回重审是国内法律制度的一个共同特点。它允许上诉法院将案件发回下级法院，以完成对争端的解决。特别是当事实记载不完整，因此上诉法院不能自行处理案件时使用这种做法。提供这样的便利是有效上诉机制的一个可取之处，否则，诉讼当事人需要重新提起诉讼。然而，特设初审法庭使用退回重审的方法是有困难的，因为特设法庭在下达裁决后将被解散，而且要过一段时间才能提出上诉。

### 审议过程以及与其他法律领域的关系

46. 常设机制也更适合逐步发展一种更协调一致的办法来处理投资法与其他领域之间的关系，特别是与国内法和其他国际法领域之间的关系。例如，世贸组织上诉机构就世贸组织法律与其他国际法领域的关系发表过一些声明，这些声明有助于阐述不同法律领域之间的相互关系。<sup>25</sup>

<sup>24</sup> “投资争端解决中心的制度是以体制上支持的仲裁庭和废止委员会为基础的。它有大量同一等级的仲裁员在每一案件中以不同的组成进行工作。因此，随着时间的推移，不同仲裁员就相同或至少非常相似的解释性法律问题作出裁定。没有常设法庭并且缺乏相应的人员连续性，造成对“持续责任”[脚注略]的压力相对较低，与国际法院或欧盟法院[脚注略]等常设司法机构形成鲜明对比。”，见 Katharina Diel-Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Brill Nijhoff, Leiden and Boston, 2017 年，第 164 页。

<sup>25</sup> 例如，见《上诉机构报告》，*US-Gasoline*，第 17 页：“《争端解决谅解》第 3 条第(2)款指示上诉机构适用[“国际公法习惯解释规则”]，以澄清《总协定》以及《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》(《世贸组织协定》)其他“所涵盖协定”的规定。该指示反映出在一定程度上承认《总协定》不应完全脱离国际公法来解读。”(后加下划线表示强调)。

## 4.2 裁定人

解决操守问题、杜绝兼职、取消现行制度中的激励措施

47. 全职审裁员制度将能更好地确保独立性和公正性。事实上，只有脱离由争议各方任命做法，改为不可续延的仲裁员长期任用制度，才能彻底解决对独立性和公正性的关切。这将结束身兼二职（即同时担任法律顾问和仲裁员）的做法。<sup>26</sup>此外，这还将取消重复任命现象所产生的激励。这将断开仲裁员（或作为仲裁员的候选人）与掌握任命决定权的投资人和国家所聘用法律顾问之间的联系。有关存在这些激励的观念本身对于围绕此种制度合法性所产生的关切起着极大作用。<sup>27</sup>单靠上诉机制并不能解决独立性和公正性缺失问题，因为造成关切的主要因素是临时性的当事人任命制度。

48. 这种思考符合国际法院不允许其法官从事其他外部活动的做法。例如，国际法院最近决定，其现任法官不得担任投资人与国家间争端解决或商业仲裁的仲裁员。<sup>28</sup>

专长—较强的国际公法背景

49. 如果具备国际公法方面的专门知识，将消除对目前制度中许多审裁员国际公法方面专门知识有限的关切。鉴于该制度的国际公法基础，这种专门知识是必需的。而鉴于该制度的公法性质，判案方面的专门知识也不无益处，详细事实调查方面的专门知识同样如此。

多样性—地域和性别方面。对这一问题现行制度不可能有所作为

50. 常设的两级制度为任用任职人数偏低区域的审裁员和寻求性别均衡提供了更多机会。这是因为甄选标准可以固定下来，以确保地域和性别多样性。不脱离由当事人任命制度，这种情况就不会发生，因为在这样一种制度下，争议各方自然会默认具有已知背景的仲裁员。<sup>29</sup>单靠上诉机制，实现多样性的机会较少。

<sup>26</sup> 见 Malcolm Langford、Daniel Behn 和 Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door In International Investment Arbitration*, 《国际经济法学刊》, 2017 年, 20(2), 第 328 页, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>。

<sup>27</sup> “发达经济体法院的法官似乎很少在公开辩论中受到质疑或被取消资格，理由是从结构上看他们离不开会影响诉讼结果的经济奖励。在体制设计方面，长期任用和薪金通常被视为在这些问题上赢得公众信任的重要因素。除体制问题外，国内法律制度也对特定法官的个人金钱利益适用规则。与提供薪金一样，这些规则一般被视为有助于司法独立和公众对司法制度的信任。”，见 David Gaukrodger, “审裁员补偿制度和投资人与国家间争端解决”，经合组织关于国际投资的工作文件，2017/05，经合组织出版社，巴黎，第 20 页，<https://doi.org/10.1787/c2890bd5-en>。

<sup>28</sup> 正如优素福院长 10 月 25 日在大会年度讲话中所宣布的那样，见 <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20181025-PRE-02-00-EN.pdf>。“国际法院法官角色与仲裁人角色叠加（或如报告所称的“兼职”）可能会影响或被认为影响到法官的独立性和公正性”，见 Marie Dvoise, *Can't Fight the Moonlight? Actually, You Can: ICJ Judges to Stop Acting as Arbitrators in Investor-State Disputes*, *EJIL: Talk!*, 2018 年 11 月 5 日，<https://www.ejiltalk.org/cant-fight-the-moonlight-actually-you-can-icj-judges-to-stop-acting-as-arbitrators-in-investor-state-disputes/>。

<sup>29</sup> 见 Taylor St. John、Daniel Behn、Malcolm Langford 和 Runar Lie, “*Glass Ceilings And Arbitral Dealings: Explaining The Gender Gap In International Investment Arbitration*”，即将出版的出版物，2019 年 1 月 1 日，其中解释了现行投资争端解决制度在性别对等方面的结构性缺陷：“我们在任命过程中表达了一种注重“以往经验”的非正式规范，以及为什么这一规范阻碍了被任命为仲裁员的女性比例的提高。非正式规范是，当事人——法律顾问及其委托人——寻求任命他们认为已

### 4.3 延续时间和费用

51. 常设机制将从几个方面减少程序费用并缩短延续时间，这将有助于确保中小企业有效利用常设机制。

52. 首先，不会把时间花在挑选仲裁员上。投资争端解决中心估计，任命仲裁员平均需要 6-8 个月。<sup>30</sup>指定仲裁员也意味着费用，因为法律顾问要花时间考虑哪些仲裁员最适合其委托人的利益。指定仲裁庭成员所花费的时间被认为是投资争端解决程序中最耗时的三个方面之一，因此将涉及大量律师费用。<sup>31</sup>

53. 其次，花在回避问题上的时间和钱要少得多。根据投资争端解决中心的现行规则，解决回避问题期间暂停诉讼程序。常设机制将完全或在很大程度上消除回避的必要性和频繁性。相反，仲裁员因其任期而被认为是独立和公正的，只有在非常有限的情况下才可能出现潜在利益冲突并需要加以处理。

54. 第三，常设机制中的仲裁员不会有可能影响费用和延续时间的动机。例如，其薪酬不会与处理某一案件的时间挂钩，这就消除了被认为在案件管理方面延长诉讼时间的动机。这更有可能促成较好的案件管理。例如，常任仲裁员不会对超过绝对必要的辩护或听讯时间感兴趣。有一种观点是，仲裁员不愿在审理时间长短或审理后案情摘要的效用等问题上与法律顾问的意见相左。<sup>32</sup>

55. 第四，可预测性将对成本和延续时间产生影响。一项规范的具体解释一经确立（例如，根据初审法庭的一致裁定或通过上诉机制确立），不会再对其产生争议。相反，目前的制度助长重复争议，因为不能保证一个特设法庭将遵从另一个特设法庭的解释，无论其理由多么充分。因此，消除这种可预见性缺失也将减少诉讼费用，缩短延续时间。

56. 常设机制还将在管理多项索赔方面带来显著优势。交由常设机制管辖的条约越多，常设机制处理根据不同条约提出的相关案件就越有效（例如，避免或更好地处理 CME/Lauder 案件<sup>33</sup>）。例如，可以通过并入、合并、中止程序、甚至撤销案件等方式做到这一点。

知、可预测的人选。[...]只任命已知人选的非正式规范导致形成一种新加入者极少的系统。[...]你一旦加入这个俱乐部就是圈里人，但获得第一次任命的机会少之又少。[...]从理论上讲，由当事人任命的做法与性别无关。然而，在实践中，由当事人任命的做法可能会强化现有的性别不对等格局，这主要是因为，这种根深蒂固的注重“以往经验”的规范对新加入者极为不利，新加入者中女性的比例可能高于现有俱乐部中女性的比例。”，第 10-11 页，以及“如果我们假定目前的趋势继续下去，到 2100 年，妇女将只得到 25% 的仲裁任命。因此，我们得出的结果令我们对在不取消由当事人任命做法的情况下改变投资仲裁性别多样性的可能性感到悲观。”，第 21 页。

<sup>30</sup> “从登记到法庭组成的平均时间：6 到 8 个月”，见 Gonzalo Flores（投资争端解决中心副秘书长），“投资争端解决中心诉讼程序的延续时间”，专题介绍，关于投资争端解决制度改革的闭会期间区域会议，韩国仁川，2018 年 9 月 10 日。

<sup>31</sup> 见 A/CN.9/930/Rev.1——第三工作组（投资人与国家间争端解决制度改革）第三十四届会议工作报告——第一部分（2017 年 11 月 27 日至 12 月 1 日，维也纳），2017 年 12 月 19 日，第 65 段，[http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/3Investor\\_State.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/3Investor_State.html)。

<sup>32</sup> 见 Philippe Sands, *What I Have Learned – Ten Years as an Investor-State Arbitrator*, 专题介绍，哥伦比亚法学院，美国纽约，2018 年 10 月 15 日，<http://ccsi.columbia.edu/2018/10/11/fall-2018-international-investment-law-and-policy-speaker-series-2/>。

<sup>33</sup> 见 *Lauder* 诉捷克共和国（根据美国-捷克共和国双边投资条约），*CME* 诉捷克共和国（根据荷兰-捷克共和国双边投资条约），涉及同样基本措施。

## 5. 结论

57. 本呈文阐明了配备专职审裁员的永久性两级常设机制何以对工作组中确定的关切问题作出有效应对。事实上，这是所建议的唯一能够成功应对所确定的所有关切问题的方案。因此，建议工作组作为优先事项进一步研究这一方案。

\* \* \*

附件

见 [A/CN.9/WG.III/WP.145](#) 号文件