



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）
第三十八届会议
2019 年 10 月 14 日至 18 日，维也纳

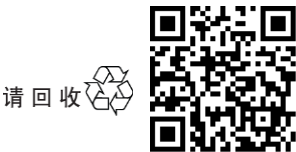
投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度可能进行的改革

投资争端法庭成员的甄选和指定

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言	2
二. 投资争端法庭成员的甄选和指定	2
A. 一般说明	2
B. 改革方案及其不同变式概述	5
1. 需要考虑的因素	5
2. 监管当事人指定机制	5
3. 预先确定的名单（名册）	6
4. 常设机制	9
C. 关于实施改革方案的说明	14



一. 引言

1. 在第三十四届至第三十七届会议上，工作组根据委员会 2017 年第五十届会议赋予的任务授权在投资人与国家间争端解决制度可能进行的改革方面开展了工作¹。工作组第三十四届至第三十七届会议的审议情况和决定分别载于 [A/CN.9/930/Rev.1](#) 号文件及其增编、[A/CN.9/935](#) 号文件、[A/CN.9/964](#) 号文件和 [A/CN.9/970](#) 号文件。在这些会议上，工作组确定并讨论了与投资争端解决制度有关的关切事项，并认为参照已确定的关切事项进行改革是可取的。
2. 工作组第三十七届会议商定，工作组将同步讨论、阐明和制定多项可能的改革办法（[A/CN.9/970](#)，第 81 段）²。鉴于此，会议请秘书处就若干专题开展准备工作，其中包括投资争端法庭成员的甄选和指定。会议称，可将其作为结构性改革的重要议题之一开展相关工作，包括与学术论坛合作汇编、归纳和分析相关资料（[A/CN.9/970](#)，第 84 段）。
3. 因此，本说明旨在根据各国政府提交的意见书提供更多资料，协助工作组处理投资争端法庭成员的甄选和指定问题³。如同提交工作组的其他文件，本说明系参照已经发布的有关该专题的各类资料编写而成⁴，本说明并不寻求对可能进行的改革方案发表意见，这是由工作组审议的事项。

二. 投资争端法庭成员的甄选和指定

A. 一般说明

现有制度的特征

4. 背景资料表明，现行投资人与国家间争端解决制度下的投资争端法庭成员的甄选和指定由适用的条约条款或特定的合同规定管辖，在无规定的情况下，根据任何相关仲裁机构的默认规则（例如，国际投资争端解决中心的默认规则）或适用的专设规则（例如，贸易法委员会的相关专设规则）处理⁵。

¹ 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 17 号》（[A/72/17](#)），第 263 和 264 段。

² 工作组似宜注意 [A/CN.9/WG.III/WP.166](#) 号文件概述了各项改革方案。

³ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)，欧洲联盟及其成员国提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.162](#)，泰国政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.163](#)，智利、以色列和日本政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.164](#) 和 [A/CN.9/WG.III/WP.178](#)，哥斯达黎加政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.174](#)，土耳其政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.175](#)，厄瓜多尔政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.177](#)，中国政府提交的意见书。

⁴ 本说明系参照已经发布的有关该专题的各类资料编写而成，包括（日内瓦）国际争端解决中心关于“多边投资法庭和投资裁决上诉机制的组成”的补充报告，2017 年 11 月 15 日，Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michele Potestà（《国际争端解决中心补充报告》），可查阅 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_supplemental_report.pdf，以及学术论坛成员的文章，可查阅 <https://www.cids.ch/academic-forum-concept-papers>。学术论坛成员的文章包括《国际仲裁中的甄选和任命事宜：政治学角度的见解》，Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen, Taylor St John；《四重困境：在今后的投资人与国家间争端解决制度中任命仲裁员》，Malcolm Langford, Daniel Behn, Mariachiara Malaguti；和《国际仲裁员的甄选和任命：投资人与国家间争端解决制度改革的结构备选方案》，Andrea K. Bjorklund, Marc Bungenberg, Manjiao Chi, Catharine Titi。

⁵ 见《四重困境：在今后的投资人与国家间争端解决制度中任命仲裁员》，Malcolm Langford, Daniel Behn, Mariachiara Malaguti。

5. 各投资条约中有关投资争端解决的条款各不相同，但这些条款通常规定通过仲裁解决争端，这意味着：(一)所涉争端必须由专为这一特定争端组成的投资争端法庭解决；(二)争端各方（索赔方投资人和被告方国家）均在甄选法庭成员方面发挥重要作用。

6. 一般而言，投资争端法庭成员由争端一方、各方共同、仲裁机构或作为默认机制由指定机构甄选和指定。投资争端法庭现行组成机制以当事人意思自治原则为基础。因此，最常见的是由争端各方进行甄选和指定，其次较少出现的是由仲裁机构等负责协助这一过程的指定机构进行甄选和指定。工作组似宜注意国际投资争端解决中心和海牙常设仲裁法院（常设仲裁院）提交的有关甄选和指定机制的资料，这些资料载于 [A/CN.9/WG.III/WP.146](#) 号文件⁶。

工作组的决定

7. 工作组第三十六届会议在审议了投资争端法庭的成员甄选、指定及其运作事宜⁷后作出的结论是，由贸易法委员会制定改革办法对处理下述问题是可取的：与投资争端裁定人缺乏或看似缺乏独立性和公正性相关的关切⁸（[A/CN.9/964](#)，第 83 段）；许多现行条约和仲裁规则所提供的披露和回避机制的适足性、有效性和透明度问题（[A/CN.9/964](#)，第 90 段）；投资争端裁定人缺乏适当多样性的问题（[A/CN.9/964](#)，第 98 段）；以及现行条约和仲裁规则中投资争端法庭的组成机制（[A/CN.9/964](#)，第 108 段）。

8. 在进行了这一审议工作后，工作组就改革的必要性达成了共识，同时适当注意到在改革范围方面的不同意见（[A/CN.9/964](#)，第 106 段）。

关于改革仲裁庭成员甄选和指定办法的意见

9. 工作组在审议改革方案时似宜注意到，甄选和指定仲裁庭成员是更广泛的争端解决框架的一部分。迄今为止，解决国际争端有两种主要模式，各有不同的变式，这两种模式要么是(一)争端产生后，争端各方专为这一特定争端设立仲裁机构（这一模式相当于当前以国际仲裁为基础的投资争端解决制度）；或者是(二)仲裁机构先于争端存在（这一模式相当于常设机制）。

10. 不同的制度对仲裁庭成员的甄选和指定有着不同的安排。在当前以国际仲裁为基础的投资争端解决制度中，甄选和指定仲裁员采用了灵活办法；没有得到严格监管；并且根据案件和争端各方的具体情况而各不相同。在常设机制中，甄选和指定仲裁员遵循正式规则，并受到监管。

11. 但其他形式的安排也是可行的。例如，可包括一种甄选和指定方法，根据该方法，由作为指定机构的第三方根据预先确定的名单或名册选出仲裁庭成员，不需要

⁶ 另见国际投资争端解决中心统计资料，可查阅 <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx> 以及常设仲裁法院资料，可查阅 <https://pca-cpa.org/en/documents/publications/annual-reports/>。

⁷ 工作组根据 [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) 号文件（第 11 至 13 段）、[A/CN.9/WG.III/WP.151](#) 号文件和 [A/CN.9/WG.III/WP.152](#) 号文件（[A/CN.9/964](#)，第 64-106 段）对这一事项开展了审议工作。

⁸ [A/CN.9/WG.III/WP.167](#) 号文件（行为守则）也述及了这一专题。

争端各方提供任何意见或仅需争端各方提供有限的意见⁹。这一方案虽然背离由当事人指定的做法，但将会保留当前投资争端解决制度的专设性质，即在争端出现后针对每个案件单独组成投资争端法庭（有别于常设机制）。另一个例子是，也可设想在常设机制中允许争端各方通过名册制度甄选审裁员（这一模式被称为半常设机构）。这一方案虽然背离当前投资争端解决制度的专设性质，但仍允许争端各方参与甄选和指定审裁员事宜¹⁰。

12. 因此，工作组似宜注意到，每一种模式可包括若干变式。建立上诉机制是也会对投资争端解决制度改革总体框架以及拟定投资争端法庭成员甄选和指定方法产生影响的又一个因素¹¹。上诉一级审裁员的甄选和指定方法可沿用与投资争端初审法庭审裁员的甄选和指定类似的模式，或者根据审裁级别的不同，甄选和指定审裁员适用不同的要求和程序¹²。

投资争端法庭成员甄选和指定办法改革可能采用的机制

13. 有鉴于此，下文章节侧重探讨为改革投资争端法庭成员的甄选和指定办法可设立的机制，其中包括(一)对当事人指定机制进行监管¹³；(二)使用预先确定的名单或名册，可在当前仲裁框架内使用，可有机机构（指定机构）参与¹⁴，也可作为半常设审裁机构的一部分加以使用；以及(三)设立常设机制¹⁵。

14. 工作组似宜注意到，在下文所述可能施行的改革方案中，酌情区分了两个不同阶段：第一，甄选投资争端法庭成员，第二，针对特定案件甄选和指定法庭成员，换言之，即案件分配模式和争端各方在该阶段可发挥的作用。

⁹ 见《日内瓦国际争端解决中心补充报告》，第 6-19 段。

¹⁰ 专设和常设机制也可在同一争端解决框架内存存（见《日内瓦国际争端解决中心补充报告》，第 12 段）。例如，在世界贸易组织（世贸组织），首先由专设专家组裁定争端，之后如有一方上诉，则由世贸组织常设上诉机构裁定。在南方共同市场的体制下，申诉国须首先将其申诉事由提交至一个“专设仲裁庭”，该仲裁庭由争端各方从非开放名单中选定人员组成（《建立阿根廷共和国、巴西联邦共和国、巴拉圭共和国和乌拉圭东岸共和国共同市场的条约》（“南方共同市场”），1991 年 3 月 26 日，《国际法律资料》第三十卷（1991 年），英文本第 1041 页；《南方共同市场争端解决奥利弗斯议定书》（《奥利弗斯议定书》），2002 年 2 月 18 日，《国际法律资料》第四十二卷（2003 年），英文本第 2 页，第 10-11 条。之后可通过上诉的方式将争端提交至“常设复审法院”。

¹¹ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)，欧洲联盟及其成员国提交的意见书（设有初审和上诉机制的常设机制）；[A/CN.9/WG.III/WP.161](#)，摩洛哥政府提交的意见书（上诉机制）；[A/CN.9/WG.III/WP.163](#)，智利、以色列和日本政府提交的意见书（特定条约上诉复审机制）；[A/CN.9/WG.III/WP.175](#)，厄瓜多尔政府提交的意见书（上诉机制）；[A/CN.9/WG.III/WP.177](#)，中国政府提交的意见书（上诉机制）。

¹² 《四重困境：在今后的投资人与国家间争端解决制度中任命审裁员》，Malcolm Langford, Daniel Behn, Mariachiara Malaguti，其中讨论了上诉机构对甄选和指定审裁员的影响。

¹³ 另见各国政府提交的意见书所载建议：[A/CN.9/WG.III/WP.162](#)，泰国政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.163](#)，智利、以色列和日本政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.164](#) 和 [A/CN.9/WG.III/WP.178](#)，哥斯达黎加政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.174](#)，土耳其政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.175](#)，厄瓜多尔政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.177](#)，中国政府提交的意见书。

¹⁴ 另见各国政府提交的意见书所载建议提议：[A/CN.9/WG.III/WP.162](#)，泰国政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.163](#)，智利、以色列和日本政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.164](#) 和 [A/CN.9/WG.III/WP.178](#)，哥斯达黎加政府提交的意见书；[A/CN.9/WG.III/WP.174](#)，土耳其政府提交的意见书。

¹⁵ 另见以下意见书所载建议：[A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)，欧洲联盟及其成员国提交的意见书。

B. 改革方案及其不同变式概述

1. 需要考虑的因素

15. 任何一种改革方案所使用的甄选和指定方法均应保证透明度和公开性。每种方案所施行的标准均应确保甄选独立、公正、可胜任、具备履行职能所需的专业知识和经验的人员组成投资争端法庭。甄选和指定投资争端法庭成员（包括制定名册）或常设仲裁机构成员的办法应整体体现多样性（地域多样性和性别多样性）¹⁶方面的高标准，并确保中立性和可问责（A/CN.9/964，第 69 段、第 91-96 段）。

16. 为使改革方案能够有效处理已确定的关切，并确保改革进程所促成的任何投资争端解决制度具备公信力、健全性和合法性，必须具备上述资质。作为一般原则，甄选和指定办法应有助于增进司法裁决的质量和公平性及其外在效应。

17. 工作组还似宜审议甄选和指定机制改革将寻求解决的问题，其中包括以下问题：反复任命；利益冲突情形和（或）所谓的涉案问题冲突；以及个人作为仲裁员、律师和专家在不同的投资争端解决程序中转换角色的做法（A/CN.9/964，第 70 段）。为此，工作组似宜审议，投资争端法庭成员的甄选和指定问题也会影响到其他已确定的关切事项，例如，许多现行条约和仲裁规则所提供的披露和回避机制的适足性、有效性和透明度，工作组第三十六届会议也对这一点进行了审议（A/CN.9/964，第 84-88 段）。其他可能受到影响的已确定关切事项包括投资争端法庭所做裁定的正确性、一致性和可预测性（见 A/CN.9/964，第 33 段），以及投资争端解决程序的费用和延续时间（见 A/CN.9/964，第 114 段）。

2. 对当事人指定机制的监管

18. 现行投资争端法庭成员甄选和指定办法依赖于当事人指定机制，工作组似宜审议为这种办法提供保障的方案。从投资争端解决制度的现状来看，争端各方通常在甄选仲裁员方面享有广泛的权力。实际上确实如此，投资人与国家间仲裁所适用的规则允许争端各方商定甄选仲裁员的方法并直接商定仲裁员的身份。

19. 如上文所述（见第 6 段），仲裁员也可由指定机构指定。如工作组第三十六届会议着重指出的，指定机构通常介入三人仲裁庭首席仲裁员的指定过程，并在投资争端解决程序中发挥着更广泛的作用¹⁷。就指定机构的作用共同表达的意见及两个方面：缺少有关甄选和指定过程的可用信息，以及针对指定机构的公共问责机制存在局限性。

20. 工作组似宜注意到，在各国政府提交的意见书中，建议除其他外应在投资争端法庭成员指定机制中包括独立的指定机构（即用以指定庭长）¹⁸并对现行仲裁员指定制度作出改进，包括就多样化作出承诺¹⁹。其中还概括了两点，一是仲裁庭的组

¹⁶ 另见 A/CN.9/WG.III/WP.161，摩洛哥政府提交的意见书，附件二，第 9 段；A/CN.9/WG.III/WP.164 和 A/CN.9/WG.III/WP.178，哥斯达黎加政府提交的意见书（述及“多样性承诺”）。

¹⁷ 另见经合组织《关于投资争端解决程序指定机构和仲裁员甄选的协商文件》，可查阅 <http://www.oecd.org/investment/Consultation-ISDS-appointing-authorities-arbitration.htm>。

¹⁸ A/CN.9/WG.III/WP.163，智利、日本和以色列政府提交的意见书。

¹⁹ A/CN.9/WG.III/WP.164 和 A/CN.9/WG.III/WP.178，哥斯达黎加政府提交的意见书。

庭机制允许当事人选择其认为最有资格解决争端的仲裁员，二是此类功能确保仲裁具有灵活性和吸引力²⁰。

21. 仲裁员甄选和指定办法的可能监管方式包括建立一个预先确定的仲裁员名单或名册（见下文第 22-34 段），以及对指定机构的作用进行审议（见下文第 35 和 36 段）。

3. 预先制定的名单（名册）

(a) 改革方案

22. 一份政府意见书建议，可利用一份预先确定的名单或名册甄选投资争端法庭成员²¹。

23. 名册可作为现行投资争端解决制度的一部分使用，也可作为建立半常设机制（有别于常设机制，在常设机制中，案件将在争端各方不参与的情况下分配给仲裁员）的一部分使用²²。

24. 似宜注意到业已存在多种名册，造册方式各式各样，例如，争端各方在合同中建立名册、条约各方在基本投资条约中建立名册，仲裁机构建立名册，等等。本节的重点是结合多边改革背景讨论建立名册事宜，而不是讨论这些现有名册。

(b) 建立和使用名册的特点

25. 这一节区分两个阶段，甄选人员入册的阶段，从名册中挑选和指定人员审理某一特定案件的阶段。

第一阶段—甄选

(一) 甄选标准

26. 甄选人员列入名册所依据的相关标准可包括各个方面。一份政府意见书建议，名册勿求全面，而应侧重列入具有投资争端解决方面专长的公认仲裁员姓名，同时有助于将新律师纳入仲裁员的固定圈子。整体而言，名册应考虑到性别平衡、地域分配以及来自发展中国家和发达国家的仲裁员之间的平衡²³。另一份政府意见书建议，应要求负责某些类别索赔（如金融业务）的仲裁员具备专门知识²⁴。

²⁰ A/CN.9/WG.III/WP.177，中国政府提交的意见书。

²¹ A/CN.9/WG.III/WP.162，泰国政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.163，智利、以色列和日本政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.174，土耳其政府提交的意见书。

²² 见《四重困境：在今后的投资人与国家间争端解决制度中任命仲裁员》，Malcolm Langford, Daniel Behn, Mariachiara Malaguti，其中概述了名册的类型。

²³ A/CN.9/WG.III/WP.162，泰国政府提交的意见书，第 20 段。

²⁴ A/CN.9/WG.III/WP.163，智利、以色列和日本政府提交的意见书，附件一。

(二) 可能使用的甄选机制

27. 工作组似宜审议甄选人员入册可使用的机制，同时，工作组似宜审议国家和投资人是否都将参与甄选过程。在当前的投资争端解决制度中，仲裁机构设立了仲裁员名册或名单的，在册人员通常是由国家或其他实体直接指派或指定入册²⁵。

28. 建立名册可能需要建立更透明的甄选和指定程序，因为有关甄选和指定方法的信息不足可能会导致这一制度的问责机制受到限制（A/CN.9/935，第 66 段）。这种程序的例子可包括公布甄选标准以及甄选程序相关说明。

(三) 名册更新方式

29. 鉴于有必要处理投资争端解决制度中多样性不足这一关切，在册仲裁员/仲裁员的更新是一个重要问题。除个人资质外，名册还应体现投资争端解决程序参与人员的多样性。如上所述，这包括适当的地域分布、各种法律制度的代表性、国籍和性别等因素²⁶。结合这一点，工作组似宜审议如何管理名册，以及是否设定人员在册期限。

(四) 一份或多份名册

30. 本改革方案中需要审议的一个相关问题是，将由一个已存在或将要建立的机构集中管理一份名册，还是分散管理多份名册，例如，由目前处理投资争端的各机构分别管理。

第二阶段—特定案件的甄选和任命

31. 特定案件甄选和指定仲裁员/仲裁员引起的问题是争端各方参与此类甄选和指定过程。

32. 一种方案是建立一种名册制度，在该制度中，争端各方将继续控制投资争端法庭成员的甄选和指定，同时也会加入一些限制，例如，仅准许争端各方从预先确定的名单中选择仲裁员，或者一方仅可选择一名投资争端法庭成员，法庭庭长则通过另一不同机制进行系统性的甄选和指定（例如，由机构选定）。如一份政府意见书所指出的，与目前情况的主要区别在于争端各方的选择范围受到限制，仅能从一份名单中选择人员。²⁷

²⁵ 例如，关于国际投资争端中心下设的仲裁员小组和调解员小组，每一缔约国可以单方面向每个小组指派四人，国际投资争端解决中心主席可以向每个小组指派十人（见《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第十三条）。同样，常设仲裁院每一成员国均有权各自选定四人，“列入法院成员名单”，该名单由常设仲裁法院国际事务局保管。列入名单的人员则组成未来仲裁员小组（见《1907 年海牙公约》第四十四条）。在国际体育仲裁法庭这一不同的领域，国际体育仲裁理事会根据其他一些实体“提请[理事会]注意”的人员姓名，指定仲裁员列入名单（见《国际体育仲裁法典》第 S14 条）。

²⁶ 见 A/CN.9/WG.III/WP.162，泰国政府提交的意见书，其中建议可提出创新想法，以解决仲裁员甄选方面的现有关切，例如，实行在册人员强制轮换。

²⁷ A/CN.9/WG.III/WP.162，泰国政府提交的意见书。

33. 还可以设想建立一种名册模式，将其作为建立半常设机制的一部分，在该机制中，争端各方将参与投资争端法庭的组建²⁸。将名册模式界定为专设争端解决制度还是常设制度，主要取决于体制框架，以及在册人员是否在仲裁特定争端之外履行其他机构职能或任务²⁹。

34. 另一种方案是设想一种由第三方从名册中甄选和指定仲裁员而争端各方不提供任何意见或仅提供有限意见（例如，就标准进行协商或达成一致）的制度。

(c) 指定机构的作用

35. 建立一种制度，其中管理投资争端案件的机构将在甄选和指定投资争端法庭成员方面发挥更大的作用，这可以作为一项改革方案，结合建立名册的做法加以审议。几国政府联合提交的意见书建议实行这种参与模式³⁰。相关机构可包括活跃在投资争端领域的现有仲裁机构，因为这些仲裁机构管理着协助当事各方开展甄选和指定程序的仲裁员名册。

36. 似宜指出，这将有必要确保指定机构的独立性和公正性。还似宜指出，对于这种主要依赖于指定机构的改革方案，需要审议适用于这些指定机构的现行规则和程序会受到哪些影响。

(d) 对已确定问题的影响

37. 工作组似宜审议建立名册是否有助于处理投资争端法庭成员的资质和胜任能力问题，包括他们的专业经验和专门知识以及对各国政策的了解。工作组还似宜审议建立名册是否有助于应对有关中立性和问责的关切。设有预先确定的名单或名册的系统不一定能够解决反复任命的问题，除非名册配合更大程度的机构参与双管齐下，并且各机构将负责确保甄选和指定实现多样性，避免反复任命。

38. 关于改革方案对其他已确定关切的影响，似宜指出将需要制定更多措施，处理对于现行条约和仲裁规则所提供的披露和回避机制的适足性、有效性和透明度问题的关切。同样也需要采取措施，处理个人作为仲裁员、律师和专家在不同投资争端解决程序中转换角色的做法。

39. 工作组似宜审议这一改革方案是否会对投资争端法庭裁定的一致性和可预测性问题产生任何影响。需要审议的事项包括，名册规模会造成的影响，以及为应对上述关切是否有必要配合其他机制使用名册，例如在册人员之间协商³¹。

²⁸ 相比之下，在贸易争端领域，世界贸易组织（世贸组织）的专家组主要是由争端各方推动组成，但可以说与投资人与国家间仲裁制度的程度不同。世贸组织《关于争端解决规则与程序的谅解》规定，“秘书处应向争端各方建议专家组成员的提名。争端各方不得反对提名，除非有强制性理由”。专家组成员可以但不一定必须选自“政府和非政府人员的指示性名单”，该名单由秘书处保管，以便“协助选择专家组成员”（见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件2《争端解决规则：关于争端解决规则与程序的谅解》，1994年4月15日，第8条）。如果成功落实，专家组的构成将反映各方达成的全部或部分协议。在世贸组织，专家组一级的任命程序旨在促进争端方就组成专家组达成一致。

²⁹ 见《日内瓦国际争端解决中心补充报告》，第7段。

³⁰ A/CN.9/WG.III/WP.163，智利、日本和以色列政府提交的意见书，附件一。

³¹ 见《四重困境：在今后的投资人与国家间争端解决制度中任命仲裁员》，Malcolm Langford, Daniel Behn, Mariachiara Malaguti，其中评价并部分预测了机构改革模式的成效。

4. 常设机制

(a) 改革方案

40. 一个区域经济一体化组织及其成员国提交的意见书建议设立一个解决国际投资争端的常设机制，包括建立全职仲裁员制度³²。简言之，根据该建议，仲裁员的甄选和指定应在一个常设机制框架内进行。仲裁员将是全职的，不能有任何外部专业活动。仲裁员的薪金将与其他国际法院仲裁员的薪金相当，并且必须遵守操守要求。该意见书建议采用与其他国际法院同等的资格要求，以便确保中立性以及地域和性别多样化。将通过不可续任的长期任期并结合强有力和透明的任命程序来确保独立于政府³³。

41. 在这种改革方案中，争端各方对仲裁员的甄选和任命没有或几乎没有影响。这是因为在争端出现之前既已存在一个常设机构（有别于现行的以仲裁为基础的投资争端解决制度，其中投资争端法庭专为相关特定争端组成）。

42. 举例来说，这一改革方案与现有的国际法院所施行的甄选和任命机制类似：

- 作为争端当事方的国家在甄选世界贸易组织上诉机构（世贸组织上诉机构）成员方面没有发言权，尽管其作为缔约方参与了这一甄选过程³⁴；
- 欧洲人权法院的争端当事方在该法院的组成中不发挥任何作用³⁵；
- 在国际法院，仅在有限的情形下争端当事方才可影响法院的组成，有限情形即通过任命专案法官和设立分庭来裁定特定案件³⁶。

(b) 建立常设机制的特点

43. 需要区分两个阶段，即甄选仲裁员以作为常设机制的一部分，以及向其指派具体案件。

第一阶段—甄选仲裁员

(一) “充分代表性”或“部分代表性”

44. 在构想常设争端解决机制的组成时需要考虑的第一个问题是仲裁员的数目，以及在这方面各国希望建立具有“充分代表性”的机构还是“部分代表性”的机构³⁷。

³² A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，欧洲联盟及其成员国提交的意见书。

³³ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，欧洲联盟及其成员国提交的意见书，第 16 至 19 段。

³⁴ 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件 2《争端解决规则：关于争端解决规则与程序的谅解》，1994 年 4 月 15 日，第 17 条第 1 和 2 款。

³⁵ 《欧洲保护人权与基本自由公约》，1950 年 11 月 4 日，《联合国条约汇编》第 213 卷第 221 号，经第 11 号和第 14 号议定书修订，自 2010 年 6 月 1 日起生效，第 20-23 条。

³⁶ 《国际法院规约》第三十一条第二项（“法院受理案件，如法官中有属于一造当事国之国籍者，任何他造当事国得选派一人作为法官，参与该案”）；第二十六条第二项（“法院为处理某特定案件，得随时设立分庭，组织此项分庭法官之人数，应由法院得当事国之同意定之”）。

³⁷ 见《日内瓦国际争端解决中心补充报告》，第 21-27 段；另见《国际仲裁中的甄选和任命事宜：政治学角度的见解》，Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen, Taylor St John。

在具有充分代表性的机构中，每个国家都有一名常设审判员，通常由该国国民担任；在具有部分代表性的法院中，其席位少于法院规约缔约国的数目。一些具有普遍性的国际法院和法庭、国际法院、国际海洋法法庭、国际刑事法院和世贸组织上诉机构的审判员席位均少于缔约方数目³⁸。

45. 在设立投资争端常设机制方面，似宜指出的是，多边基础越大，便越难以确保每个国家都能任命一名成员。事实上，成员数目众多的常设机构管理起来可能花费不菲，错综复杂。

46. 最后，由于缔约方成员增多和（或）案件数量增加，组成常设机构的审判员人数可能需要随着时间的推移而变化。现有的国际法院和法庭作为实例为这些可能的调整提供了参照³⁹。更具体地说，在一个具有充分代表性的机构中，每当有新的缔约方加入该机制时，审判员人数均会相应作出调整。在部分代表制模式中，修正条款可能会就逐步增加审判员人数作出规定。

(二) 多样性与均衡代表性

47. 确保一个仲裁机构反映广泛的地域代表性似乎是许多国家在建立常设机制时的一个重要关切。这一点体现在若干项现行的国际法院规约之中，这些规约述及甄选审判员方面的“公平地域代表性”或“分配”⁴⁰。需要审议的问题包括常设仲裁机构是否应在发达国家、发展中国家和最不发达国家⁴¹以及资本输出国和资本输入国之间实现均衡代表性。⁴²

³⁸ 充分代表性的例子包括欧洲联盟法院和欧洲人权法院（第二十条）等区域法院。具有部分代表性的法院实例包括《非洲人权和人民权利宪章关于设立非洲人权和人民权利法院的议定书》（《关于非洲法院的议定书》），第 11 条；《建立加勒比法院的协定》，2001 年 2 月 14 日，第四条；《美洲人权公约》，1969 年 11 月 21 日，第 52 条；《美洲人权法院规约》，1979 年 10 日，美洲国家组织第 448 号决议，第 4 条。

³⁹ 例如，见 1981 年 1 月 19 日《阿尔及利亚民主人民共和国关于美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府解决索赔问题的声明》，第三条第 1 款第一句（“仲裁庭应由九名成员组成，或经由伊朗和美国约定，为仲裁庭迅速有效履行职能所需，由九名以上、数量为三的倍数的成员组成”）；《国际刑事法院罗马规约》，2002 年 7 月 1 日，第三十六条第二款（“院长会议可以代表本法院，提议增加第一款规定的法官人数[即十八名法官]，并说明其认为这一提议为必要和适当的理由”）。

⁴⁰ 例如，见《国际刑事法院罗马规约》，2002 年 7 月 1 日，第三十六条第八款第 1 项（“缔约国在推选法官时，应考虑到本法院法官的组成需具有：[……]公平地域代表性[……]”）；另见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的《争端解决规则：关于争端解决规则与程序的谅解》，第 17 条第 3 款第三句（“上诉机构的成员资格应广泛代表世贸组织的成员资格”）。另见《国际海洋法法庭规约》第二条第 2 款和第三条第 2 款，其中规定“法庭作为一个整体，应确保[……]公平地域分配”以及“联合国大会所确定的每一地理区域集团应有法官至少三人”。

⁴¹ 在世贸组织，发展中国家可要求裁定发达国家与发展中国家之间争端的专家组包含来自发展中国家的小组成员（见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的《争端解决规则：关于争端解决规则与程序的谅解》，第 8 条第 10 款，其中规定，“当发展中国家成员与发达国家成员之间发生争端时，如发展中国家成员提出请求，专家组应至少有 1 名成员来自发展中国家成员”）。

⁴² 虽然《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》所规定的主席在甄选调解小组和仲裁员小组成员时需考虑的因素没有提及此类标准，但在进行《公约》筹备工作期间普遍认为主席指派小组成员的权力有利于确保“来自投资国和接收国的合格人员在小组中的公平代表性”。见荷兰代表在 1964 年 2 月 17 日至 22 日在日内瓦举行的法律专家协商会议上的评论，见于国际投资争端解决中心（1968 年），“《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》的历史：关于《公约》起源和制定的文件”第二卷第一部分（“《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》的历史”，第二卷第一部分），第 382 页。

48. 法院和法庭的基本文书通常还规定，法院的整体构成必须体现出不同特征之间的均衡，以及对世界主要法律制度或传统的代表性⁴³。似宜注意的是，《关于非洲法院的议定书》规定，各国在提名人选时，“应”“在提名过程中适当考虑到适当的性别代表性”⁴⁴。

(三) 甄选和提名模式

49. 在一些法院和法庭，成员直接由缔约方单方面⁴⁵或通过联合委员会任命⁴⁶，不经过事先正式提名程序。相反，欧洲人权法院、国际法院和国际海洋法法庭⁴⁷等其他法院和法庭则设有提名阶段。

50. 可通过各种方案甄选和提名裁判员。第一个方案是缔约方各自提名一位或几位人选⁴⁸。第二个方案是由提名实体进行提名⁴⁹。第三个可行的办法是允许符合必要资格要求的有意向的个人自荐作为候选人，供任命实体或筛查小组审核。最后一种可行办法将避免缔约方或其他实体的任何参与。

51. 这一阶段可包括在甄选裁判员时开展协商工作，这种做法常见于各国际法院和法庭⁵⁰。在常设机构中为甄选裁判员设置协商机制可使投资人有机会参与其中。在这方面，可以设想商业协会（如商会）或特定行业协会进行协商。协商范围也可扩

⁴³ 例如，见《国际法院规约》第九条（“每次选举时，选举人[……]应注意务使法官全体确能代表世界各大文明及各主要法系”）；《国际海洋法法庭规约》第二条第2款（“法庭作为一个整体，应确保其能代表世界各主要法系和公平地区分配”）；《国际刑事法院罗马规约》，2002年7月1日，第三十六条第八款第1项（“缔约国在推选法官时，应考虑到本法院法官的组成需具有：(1) 世界各主要法系的代表性[……]”）；《关于非洲法院的议定书》第14条第2款（“代表非洲主要区域及其主要法律传统”）；《非洲商法统一条约》，2008年10月17日，非洲商法统一组织司法与仲裁联合法院，第31条；以及《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第十四条第二款（“主席在指派在小组供职的人员时，还应适当注意保证世界各种主要法律体系和主要经济活动方式在小组中的代表性”）。

⁴⁴ 《关于非洲法院的议定书》，第12条第2款。

⁴⁵ 例如见《解决索赔问题的声明》第三条第1款（根据该款，缔约方各自直接任命仲裁庭三分之一的成员）。

⁴⁶ 例如见《欧盟和加拿大全面经济和贸易协定》第8.27.2条（“一俟本协定生效，《欧盟和加拿大全面经济和贸易协定》联合委员会需任命十五名仲裁庭成员。其中五名成员应是欧洲联盟成员国国民，五名应是加拿大国民，还有五名应是第三国国民。”）；《欧洲联盟—越南自由贸易协定》第12条第2款（“一俟本协定生效，贸易委员会需任命九名仲裁庭[依据第12条第1款设立]成员。其中三名成员应是欧洲联盟成员国国民，三名应是越南国民，还有三名应是第三国国民”）。

⁴⁷ 见《国际仲裁中的甄选和任命事宜：政治学角度的见解》，Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen, Taylor St John。

⁴⁸ 例如见《国际海洋法法庭规约》第四条第1款：“每一缔约国可提名不超过二名具有本附件第二条所规定的资格的候选人，法庭法官应从这样提名的人选名单中选出”（《国际海洋法法庭规约》）。由缔约方提名人选，之后从中选出法官的做法也见于欧洲联盟法院（《欧洲联盟运作条约》，第253-255条）和欧洲人权法院（“第22条：法官应当由每个缔约方参加的议会大会从缔约方提名的三名候选人中通过多数票选出”）；非洲法院（《关于非洲法院的议定书》，第12条第1款：“议定书缔约国可各自提名不超过三位候选人，其中至少两人应为提名国国民”）和阿拉伯投资法院（《阿拉伯资本投资阿拉伯国家统一协定》（《统一协定》），1980年11月26日，阿拉伯国家联盟第3号经济文件，第28条第2款）。

⁴⁹ 见《国际法院规约》第四条第一项。

⁵⁰ 例如见《国际法院规约》第六条。另见非洲联盟颁布的关于选举非洲法院法官的准则，其中建议“缔约国应鼓励司法和其他国家机构、律师协会、学术和人权组织以及妇女团体等民间社会参与甄选被提名人的过程”（见非洲联盟委员会2004年4月5日第BC/OLC/66.5/8/Vol. V号普通照会，第5段）。

大至这些群体之外，以便听取其他利益攸关方的意见，这些利益攸关方可能对投资条约的解释和适用以及可能发生的争端的结果存有利益关系。还可以设想与仲裁机构进行协商，因为这些机构对裁定人以及国际法和国际争端解决领域专业协会的表现有着宝贵的见解。通常而言，与利益攸关方协商有助于促进争端解决机制被更广泛接受，从而确立其最终的公信力和合法性⁵¹。

52. 按照一些国际法院和法庭所用的模式⁵²，裁判员甄选程序也可包括“筛查”阶段。在这一阶段，筛查小组或咨询小组将审查提名实体（通常是缔约方）举荐的候选人，并查核候选人是否满足适用的要求，例如专业资质、专门知识或语言要求。设置独立机构对专家筛查机制可能有助于确保甄选过程严格、透明和量才录用⁵³。

(四) 常设仲裁机构的任命

53. 之后需要任命常设机构的裁判员。任命通常由国家政府代表组成的选举机构进行，此类选举机构存在于联合国大会和安全理事会（用于选举国际法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭的法官）⁵⁴等机构或根据专门条约制度组成的其他机构，后者包括世贸组织争端解决机制（用于任命上诉机构成员）⁵⁵，或存在于缔约国大会（国际刑事法院；美洲人权委员会；非洲法院）⁵⁶、会议（国际海洋法法庭）⁵⁷或联合委员会（《欧洲联盟和加拿大全面经济和贸易协定》、《欧洲联盟—越南自由贸易协定》）⁵⁸。

⁵¹ 《日内瓦国际争端解决中心补充报告》，第 126-134 段。

⁵² 例如在国际刑事法院，法院缔约国利用了《罗马规约》（第三十六条第四款第 3 项）设想的可行办法，设立了法官“提名咨询委员会”。另见欧洲委员会部长理事会 2010 年 11 月 10 日通过的第 CM/Res (2010)26 号决议“设立欧洲人权法院法官选举候选人专家咨询小组”（2010 年），第 5 条（设立一个咨询小组，负责就缔约国为欧洲人权法院法官提名的候选人发表意见）；《欧洲联盟运作条约》，第 253-255 条（规定欧洲联盟法院和普通法院的法官“应在与第 255 条规定设立的小组协商后，由成员国政府共同协议任命[……]”）。

⁵³ 见《日内瓦国际争端解决中心补充报告》，第 135-155 段。

⁵⁴ 《国际法院规约》第八条规定：“大会及安全理事会各应独立举行法院法官之选举”；《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第 13 条之二起首句规定：“国际法庭的[……]常任法官应由大会从安全理事会所提出的名单中选出”。

⁵⁵ 见 1994 年 4 月 15 日通过的《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件 2《争端解决规则：关于争端解决规则与程序的谅解》，第 17 条第 1 和 2 款。

⁵⁶ 见《罗马规约》第六条 1 项（缔约国大会）；1969 年 11 月 21 日的《美洲人权公约》（关于法院）第 53 条（“法院法官应在本组织大会上由公约缔约国以绝对多数票选出”）；《关于非洲法院的议定书》第 14 条（“法院法官应由[非洲统一组织国家元首和政府首脑会议]选出”）。

⁵⁷ 《国际海洋法法庭规约》第四条第 4 款（“[……]第一次选举应由联合国秘书长召开缔约国会议举行，以后的选举应按各缔约国协议的程序举行。[……]”）。

⁵⁸ 《欧盟和加拿大全面经济和贸易协定》第 8.27(2)条（“一俟本协定生效，《欧盟和加拿大全面经济和贸易协定》联合委员会需任命十五名仲裁庭成员”）；《欧洲联盟—越南自由贸易协定》第 12 条第 2 款（“根据第 34 条第 2 款(a)项，一俟本协定生效，贸易委员会应任命九名仲裁庭成员[……]”）。

(五) 个人标准和任期

54. 裁判员需满足的相关标准包括具备“独立性”和“公正性”⁵⁹、语言能力⁶⁰、个人操守/声誉⁶¹以及经验和专门知识。标准可能也包括应具有缔约国国籍⁶²。

55. 某些任职条件通常被视为有助于确保过程的独立性和廉正性，如长期、不可连任的任期、财务保障、对其他专业活动的限制和豁免。正是考虑到机构的常设性质，才应确保结构性独立⁶³。

第二阶段—向裁判员分配案件

56. 如果向单个成员分配案件的方法得到妥当制定，那么这种方法将是增进独立性的另一个因素。一份探讨这一改革方案的意见书建议在一定程度上随机指定常设机制分庭的裁判员，以确保争端各方无法事先知道将由谁审理其案件⁶⁴。

57. 在常设法庭模式中，争端各方对分庭的组成并无影响力（分庭的组成仅受限于争端各方因法庭成员缺乏公正性/独立性而提出回避申请的权利，而这种权利应始终存在），因此必须制定一种向分庭分配案件的不同方法。清晰明确和预先确定的案件分配方法旨在避免基于政治考虑或外部影响而将争端案件分配给任一成员。从这个意义上讲，案件分配方法绝不仅仅是一个内部司法安排的问题，而是保证结构性独立的一个关键因素。各个国际法院施行不同的案件分配模式⁶⁵。

(c) 对已确定问题的影响

58. 建立常设仲裁机制将需要实现从争端当事方框架过渡到条约当事方或缔约方框架，因此争端各方将失去对甄选裁判员的控制权：被告方国家可能在任命法官方

⁵⁹ 例如，《国际法院规约》第二条规定：“法院以独立法官若干人组织之。此项法官应不论国籍，就品格高尚并在各本国具有最高司法职位之任命资格或公认为国际法之法学家中选举之。”

⁶⁰ 例如，《国际刑事法院罗马规约》，2002年7月1日，第三十六条第三款第3项；这种要求也可以从关于国际法院工作语文的规定中推断出来：例如，见《国际法院规约》第三十九条；《国际海洋法法庭规则》，1997年10月28日，第四十三条。

⁶¹ 见《国际法院规约》第二条（“品格高尚者”）；《欧洲人权公约》第21条第1款（“法官应具有高尚品德”）；《国际海洋法法庭规约》第二条第1款（“享有公平和正直的最高声誉的人士”）；《美洲人权公约》第52条第1款和《美洲人权法院规约》第4条第1款（“具有最高道德权威的法学家”）；《非洲人权和民族权宪章》第31条第1款（“以品德高尚、正直、公正著称的最有声誉的人士”）；《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第13条（“品德高尚、公正、正直的人士”）；《罗马规约》第三十六条第三款第1项（“品格高尚、清正廉明的人”）；《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第十四条第一款（“人员应具有高尚的道德品质”）。

⁶² 某些法院和法庭的规约要求其成员必须是缔约方的国民。例如，见根据《建立卡塔赫纳协定法院条约》设立的卡塔赫纳协定法院，该法院“应由五名法官组成，法官应是成员国的国民[……]”（《建立卡塔赫纳协定法院条约》，1979年5月28日，第7条）；另见《美洲人权公约》，1969年11月21日，第52条第1款（“法庭应由七名法官组成，法官应是本组织成员国的国民[……]”）；《欧盟和加拿大全面经济和贸易协定》第8.27.2条（“其中五名仲裁庭成员应为欧盟成员国国民，五名应为加拿大国民[……]”）。

⁶³ 见《日内瓦国际争端解决中心补充报告》，第68-104段。

⁶⁴ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)，欧洲联盟及其成员国提交的意见书，第24段。

⁶⁵ 见《日内瓦国际争端解决中心补充报告》，第183-198段。

面保留被稀释的控制权，但争端各方将对审理特定案件的专家组的组成将不具有控制权。

59. 常设仲裁机制将非常接近于一种国际法院系统，在这一系统中，工作组确定的问题通常通过严格的仲裁员甄选和任命规则来解决。转而采用常设体系意味着需要一个结构性更强的甄选过程，该过程也必须确保具有更高水平的多样性⁶⁶。确定甄选成员的方法也将在很大程度上减轻目前对争端一方或律师“反复任命”同一人的关切。

60. 一个区域经济一体化组织及其成员国提交的意见书介绍了这一改革方案，其中指出这一办法可以解决各种相互关联的问题，例如，“对该制度费用的关切与对缺乏可预测性的关切相关联，而后一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”⁶⁷。也可以预见，这一改革方案将会影响投资争端法庭裁决的一致性和可预测性问题⁶⁸。

C. 关于实施改革方案的说明

61. 各国政府提交的意见书建议按照《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》的模式实施改革方案⁶⁹。上述意见书认为，该模式为并行实施各种改革方案提供了很大的灵活性。《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》（又被称为《毛里求斯透明度公约》）也建立了类似的机制。

62. 工作组似宜注意到，可能需要制定不同的文书来实施改革方案。例如，建立名册可能需要修订仲裁规则（正如一份意见书所建议的那样）⁷⁰，以及与处理投资争端案件的机构开展密切合作。建立常设机制或机构将需要拟定规约，以便确定法庭的甄选、提名和运作模式⁷¹。正如上文提到的意见书所建议的那样（见第 61 段），这两项改革方案都需要拟定一部择入公约，以便二者适用于现行投资条约⁷²。

⁶⁶ 在制度设计阶段，即各国必须考虑是否在争端解决机构的基本文书中加入多样性要求的期间，以及在甄选仲裁员阶段，都会显现出多样性要求可能带来的压力。关于前者的例子，见妇女权利非政府组织在《罗马规约》谈判期间为支持性别代表性要求所作的努力。见《日内瓦国际争端解决中心补充报告》，第 104 条脚注。

⁶⁷ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，欧洲联盟及其成员国提交的意见书，第 10 段。

⁶⁸ 见《四重困境：在今后的投资人与国家间争端解决制度中任命仲裁员》，Malcolm Langford, Daniel Behn, Mariachiara Malaguti，其中评价并部分预测了机构改革模式的成效。

⁶⁹ A/CN.9/WG.III/WP.173，哥伦比亚政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.175，厄瓜多尔政府提交的意见书。

⁷⁰ A/CN.9/WG.III/WP.162，泰国政府提交的意见书。

⁷¹ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，欧洲联盟及其成员国提交的意见书。

⁷² 日内瓦国际争端解决中心关于《毛里求斯公约》是否可以作为进一步改革模式的研究文章也对有关择入公约的建议进行了分析。见 Gabrielle Kaufmann-Kohler, 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”，2016 年 6 月 3 日，第七节，第 75-93 页，可查阅：https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf。