



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）
第三十九届会议
2020年3月30日至4月3日，纽约

投资人与国家间争端解决制度的可能改革

预防和缓解争端——替代性争端解决办法

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言	2
二. 争端的预防和缓解	3
A. 意见书中的建议和评论	3
B. 现有的预防和缓解争端的手段	4
1. 国内层面	4
2. 在双边或多边层面	6
C. 需审议的问题	7
三. 替代性争端解决办法	8
A. 意见书中的建议和评论	8
B. 投资条约中的替代性争端解决方法	9
1. 冷却期	9
2. 利用替代性争端解决方法	9
C. 需审议的问题	11



一. 引言

1. 在其第三十四届至三十七届会议上，工作组根据委员会 2017 年第五十届会议赋予的任务授权，就投资争端解决制度的可能改革开展了工作。¹在这几届会议上，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，并认为根据所确定的关切进行改革是可取的。

2. 在第三十八届会议上，工作组商定了改革方案项目时间表，²并请秘书处开展关于争端预防和缓解以及替代性争端解决办法的筹备工作（A/CN.9/1004，第 25 段）。

3. 因此，本说明提供有关这些事项的信息。工作组似宜注意到，各国政府为筹备对任务第三阶段的审议而提交的改革建议（“意见书”）强调务必采取措施防止争端产生，并述及通过仲裁以外的方法解决争端的办法。³

4. 与提供给工作组的其他文件一样，本说明系参照已经发表的有关该专题各类资料编写而成，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。

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。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。

² 工作组第三十八届会议的审议情况和决定载于 A/CN.9/1004 号文件；A/CN.9/WG.III/WP.166 号文件及其增编概述了改革方案。

³ 印度尼西亚政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.156，第 19 段，关于强制性调解）；欧洲联盟及其成员国提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，第 12 段，关于作为争端解决常设机制一部分的调停和调解）；摩洛哥政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.161，第 14 段，关于预防争端和促进替代性争端解决方式的争端）；泰国政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.162，关于替代性争端解决方式机制的第 24 段和关于预防争端准则的第 25 段）；智利、以色列和日本政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.163，第 7 页，关于鼓励以替代性方式解决争端以避免正式争端的附件一）；哥斯达黎加政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.164 附件一，A/CN.9/WG.III/WP.178 附件二，关于预防争端的良好做法）；巴西政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.171，关于基于争端预防的替代制度）；南非政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.176，第 40 和 41 段，关于替代性争端解决办法，第 47 和 48 段，关于监察员办公室和国家间合作的）；中国政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.177，第 5 页，关于替代性争端解决措施和仲裁前磋商程序）；大韩民国政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.179，第 5 页，关于投资争端预防和应对方面的国际合作）；马里政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.181，F 节，关于加强调解和预防争端机构）；智利、以色列、日本、墨西哥和秘鲁政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.182，第 6 页，关于鼓励调解、调停和其他防止投资仲裁的机制）。

⁴ 本说明系参照已经发表的有关该专题各类资料编写而成，包括：《贸发会议——国际投资政策丛刊》“投资人与国家之间的争端：预防以及仲裁替代办法”，第一卷（Joubin-Bret, A. 和 Knoerich, J.），https://unctad.org/en/Docs/diaacia200911_en.pdf；第二卷（Franck, S. 和 Joubin-Bret, A.），https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20108_en.pdf；贸发会议，投资促进发展的最佳做法。如何预防和管理投资人与国家之间的争端：来自秘鲁的经验教训，《投资咨询丛刊》，B 集，第 10 号（Constein, S.）；可查阅：https://unctad.org/en/Docs/webdiaepcb2011d9_en.pdf；经合组织，报告：投资争端管理和预防（可查阅：<https://www.oecd.org/mena/competitiveness/REPORT-Regional-seminar-investment-disputes-Cairo-062018.pdf>；经合组织调查地中海地区投资争端管理和预防情况，可查阅：<http://www.oecd.org/mena/competitiveness/BN-Stocktaking-of-Investment-Dispute-Cairo-062018.pdf>（Ruiz Turque, D., Rey, M.E., Pallez, D.）；美国国际开发署/亚太经合组织，“投资人与国家之间争端预防战略：案例研究精选”，（Constein, S.），可查阅：https://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/~/_media/Files/Groups/IEG/20130625_IEG-DisputePrevention.pdf，世界银行集团，“保留和扩大外国直接投资”（Echandi, R.），<http://documents.worldbank.org/curated/en/387801576142339003/pdf/Political-Risk-and-Policy-Responses.pdf>；报告：“关于投资人与国家之间争端解决障碍的调查”，新加坡国立大学，新加坡国立大学国际法中心，工作文件 18/01 号，Chew, S., Reed, L., Thomas, J.C. QC 著，见于 <https://cil.nus.edu.sg/publications>；Echandi, R. “Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict: Developing a Conceptual Framework for Dispute Prevention”，<https://pdfs.semanticscholar.org/012c/d959a91c6bb4a76be20a786937f7fa90f22.pdf>；“Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime”，Kulick, A., Cambridge；“Mediation in International Commercial and investment Disputes”，Titi, C., Fach Gómez, K., Oxford 著，2019 年。

二. 争端的预防和缓解

A. 意见书中的建议和评论

5. 涉及预防和缓解争端事宜的意见书强调需要建立防止和减少投资人与国家之间争端的机制。⁵正如意见书中提到, 预防争端是改善营商环境、留住投资和迅速解决投资人投诉的一种手段。⁶将重点放在争端“预防”而不是“争端后”管控上, 被认为是改革投资争端解决制度的一种具有成本效益的方法。⁷意见书还提供了关于在国家一级和投资条约中制定的争端预防和缓解措施的信息, 以及关于国际一级现有预防争端倡议和方案的信息。

国家层面

6. 某些意见书强调各国应在国家一级采取的预防和缓解争端措施, 例如开展提高对预防争端认识的活动, 制定防止争端升级的政策,⁸以及建立管理投资争端解决案件的框架(见下文, 第 11-23 段)。⁹

投资条约层面

7. 还有意见书建议, 各方在谈判条约时, 应考虑规定预防和缓解争端¹⁰以及仲裁前磋商程序。¹¹此外, 某些意见书提到条约缔约方需要合作以减少争端的发生, 例如通过条约缔约方之间的制度化对话。¹²在这方面, 建议的模式是主要关注合作和投资便利化, 而不是投资保护。¹³

国际层面

8. 此外, 某些意见书指出, 预防和缓解争端方面的不足, 如缺乏认识、知识和能

⁵ 摩洛哥政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.161, 第 14 段); 泰国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.162, 第 25 段); 哥斯达黎加政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.164, 附件一; A/CN.9/WG.III/WP.178, 附件二); 巴西政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.171); 南非政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.176, 第 47 和 48 段); 中国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.177, 第 5 页); 大韩民国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.179, 第 5 页); 马里政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.181, F 节); 智利、以色列、日本、墨西哥和秘鲁政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.182, 脚注 20)。

⁶ 巴西政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.171); 智利、以色列、日本、墨西哥和秘鲁政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.182, 脚注 20)。

⁷ 大韩民国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.179, 第 5 页)。

⁸ 南非政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.176, 第 38、39 段)。

⁹ 摩洛哥政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.161, 第 9 段); 巴西政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.171, 第 2 段); 南非政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.176, 第 50 段); 大韩民国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.179, 第 5 页); 马里政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.181, F 节); 另见智利、以色列、日本、墨西哥和秘鲁政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.182, 脚注 20)。

¹⁰ 泰国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.162, 第 25 段)。

¹¹ 中国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.177, 第 5 页)。

¹² 巴西政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.171); 南非政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.176, 第 104 和 109 段)。

¹³ 巴西政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.171)。

力，¹⁴应在国际一级加以解决，例如通过技术援助和能力建设活动解决。¹⁵据进一步强调指出，在许多发展中国家，负责处理投资争端解决事项的政府机构仍然缺乏识别和管理迫在眉睫的争端的专门知识。缩小这一知识差距被认为是大幅减少与投资入争端数量的一种办法。¹⁶

9. 有意见书提出，如果作为合作的一种手段建立一套系统的分享争端预防知识和做法的方法，各国可能从中获益良多。¹⁷一份意见书建议制定可作为各国分享经验、良好做法和专门知识的平台的准则，并可包括关于预防争端规定和使用替代性办法解决争端的指南。¹⁸

B. 现有的预防和缓解争端的手段

10. 工作组似宜注意到，正如某些意见书所强调的那样，各国以及国际、区域、政府和非政府组织在预防和缓解投资人与国家之间争端方面制定了一些举措。以下各节借鉴了这些举措。

1. 国内层面

11. 工作组似宜注意到，国家一级有可实施的预防争端措施。以下是某些此类措施的简要概述。

(a) 确定牵头机构

12. 确定牵头机构是重要的一步，其目的通常是在投资人和国家之间建立一个独特的沟通渠道，并在履行投资义务方面实现一致性。除收集和传播信息外，牵头机构通常在法律上被赋权履行与其他政府机构协调制定争端预防政策等职能。它还可以作为各条约缔约方政府内部的协调中心，负责促进投资人与地方当局的互动。它可能被授权管理投资条约和合同。因此，它通常参与下文第 15 至 23 段所列的各种步骤。

13. 工作组似宜注意到，在收集投资人投诉的信息并将其传达给适当的政府实体方面，已经制定了各种模式。在现有模式下，信息收集工作被分配给一个专门机构，

¹⁴ 泰国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.162, 第 24 和 25 段); 南非政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.176, 第 49 和 50 段)。

¹⁵ 泰国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.162, 第 25 段); 哥斯达黎加政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.164 附件一和 A/CN.9/WG.III/WP.178 附件二); 南非政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.176, 第 50 段)。

¹⁶ 泰国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.162, 第 25 段)。

¹⁷ 大韩民国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.179, 第 5 页)。

¹⁸ 泰国政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.162, 第 25 段)。

如投资监察员¹⁹、负责预防争端的协调员²⁰或同时负责预防和管理争端的机构。²¹

14. 应考虑方面包括牵头机构的财政资源以及保证其效力的政治和法律权威。²²

(b) 查勘信息并使其可用

15. 预防和缓解争端的另一个步骤是系统地汇编、查勘和评估投资合同和条约，并分析投资争端案件，以确保充分了解国家的义务以及投资争端法庭对这些义务的解释。

16. 此外，各国面临的一项挑战是确保有关投资条约和合同的信息存在，在必要时可随时供相关政府实体查阅。工作组似宜注意到，已经制定了各种旨在提高此类信息的可用性和可及性的举措。²³

(c) 监控与投资人的沟通

17. 实证数据表明，在某些类型的合同或活动中以及某些经济部门中更有可能出现投资争端。例如，在涉及建设-运营-转让合同、私有化计划、公共服务特许权协议以及采矿和石油开采项目的复杂国家合同中，争端更为常见。²⁴

18. 预防和缓解争端的另一个步骤是确定敏感部门或合同安排，以加强这些领域的预防措施。

19. 也可结合与投资人的持续沟通来确定敏感部门和解决具体问题。一份意见书中

¹⁹ 例如见巴西政府意见书（A/CN.9/WG.III/WP.171，第 1-15 段）和大韩民国政府意见书（A/CN.9/WG.III/WP.179，第 5 页）中提到的韩国外国投资监察员办公室。

²⁰ 马里政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.181，F 节）。

²¹ 例如：

- 在哥伦比亚，贸易部内设立了外国投资和服务局，作为负责处理潜在投资人与国家争端的主要政府机构。该机构在国家和投资人之间传递信息，并协调有关当局的参与。其活动范围还包括规划国家在潜在争端中的辩诉，在适当时充当促成和解的人，以及管理用于一国辩诉和支付争端费用的资源。该机构还举办关于投资条约主要方面的培训方案。
- 在秘鲁，秘鲁国际投资争端国家协调和应对系统利用信息共享平台建立早期预警系统。根据秘鲁关于投资相关争端的国家协调和应对制度，一个特别委员会在投资争端解决案件中代表国家。特别委员会由经济和财政部的一名代表担任主席。有了信息共享系统，国家就可以及早获得有关潜在投资争端的信息，随后特别委员会可以利用这些信息对达成友好解决的可能性进行战略评估。

²² 马里政府在其意见书中提出设立一个共同基金，用于支付非洲国家使用仲裁员和律师服务的费用。此类基金将处理与费用和代表权有关的问题（A/CN.9/WG.III/WP.181，F 节）。

²³ 例如，见秘鲁国际投资争端国家协调和应对系统，该制度包括一个电子平台，其中的一个数据库载有预先就国际投资争端作出规定的所有投资条约和投资合同。与之相辅相成的是由经济和财政部运营的全面信息共享系统：可以通过该平台向省市当局和国家机构通报中央政府作出的国际承诺（包括投资条约及其承诺、投资争端解决案例和合同中的争端解决条款）。这些地方政府实体还可以通过该平台报告潜在的争端并寻求更高级别的参与，使中央政府能够参与争端的早期阶段。为确保这一系统的有效性，秘鲁就信息共享规定了强制性法律义务（2006 年 12 月第 28933 号法律），该义务对所有各级政府、国有企业和公共基金均具有约束力。根据第 28933 号法律，这些机构必须向经济和财政部（协调员）报告有关投资条约、相关协定或任何新出现的争端的所有信息，以便能够汇总并跟踪各项承诺。投资人也可以直接通过信息系统把问题反映给中央机关，寻求解决办法；另见哥伦比亚设立的外国投资壁垒识别、监测和解决系统。

²⁴ 见贸发会议按经济部门划分的投资争端解决导航，可查阅：<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>。

着重指出，提供投资后续服务以支持在日常业务中遭遇不公平的投资人并确保投资环境适宜，似乎是向前迈进的理想之路。²⁵

(d) 提高政府官员对投资义务的认识并进行培训

20. 最好通过一个牵头机构在国家机构内共享信息，也是预防争端的一个关键方面，以便中央、省、市各级利益攸关方了解情况，并能够实现投资相关事项管理的一致性。事实上，政府官员和公共实体可能参与采取部门措施和履行投资条约和合同规定的义务，因此，他们需要了解各国在此类文书中作出的承诺。

21. 获取相关信息的方式可以是所有相关最新信息共享平台、手册或培训活动，参与外国投资的官员在此类培训活动中分享有关投资政策、事态发展和当前争端的信息。²⁶目的是确保政府官员意识到其决定的潜在后果，了解潜在的投资框架，并使其能够管理与投资有关的查询和申诉。²⁷

(e) 商议早期解决争端和处理争端

22. 时机是防止投诉升级为争端的重要因素。因此，早期发现/警报机制，结合使用信息技术工具，通常可以使牵头机构（无论其形式如何）尽早得知投诉的存在，并为投诉可能升级为争端做好准备。需要考虑的一个问题是，如何组织这种早期发现/警报机制，例如，是否可以让私营部门协会参与进来。

23. 为了加强国家处理投资条约和合同引起的争端的能力，并利用牵头机构在冲突早期阶段积累的机构知识，可以授权牵头机构协调争端的处理，并在任何谈判和诉讼程序中代表国家。²⁸

2. 在双边或多边层面

(a) 国与国之间在预防争端方面的合作

24. 正如在几份意见书中提到的那样，可以通过组织投资条约缔约方之间的沟通渠道来加强争端的预防和缓解。²⁹

25. 各国意见书介绍了投资条约缔约国设立的联合委员会，这些委员会是促进定期

²⁵ 巴西政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.171，第5段）。

²⁶ 大韩民国政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.179，第5页），其中强调了手册和小册子对补充讲座和培训的作用。另见泰国政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.147，第24-25段）。

²⁷ 一些国家将重点放在提高政府官员的认识、秘鲁国家协调和应对国际投资争端制度上。

²⁸ 由世界银行开发的世界银行系统性投资人响应机制起到了预警和跟踪系统的作用。系统性投资人响应机制收集数据并确定影响投资的政治风险模式，并量化由此造成的投资损失或收益，为可能的改革或措施奠定基础，以最大限度地减少投资相关问题的再次发生。系统性投资人响应机制需要依据各国的政治经济环境进行调整。然而，四个要素仍是各国共同的，即：(1)为实施和协调该系统的牵头机构赋权；(2)向牵头机构通报问题的早期预警机制和跟踪工具；(3)牵头机关和其他机关可以采取的解决问题的方法，包括信息交流、协商或者法律意见；(4)当牵头机构无法建议解决方案时，由更高级别作出政治决策。

²⁹ 摩洛哥政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.161，第9段）；巴西政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.171，第5-6段）；南非政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.176，第48段）。

交流信息以防止争端的手段，并在争端出现时作为执行以协商、谈判和调解为基础的争端解决机制的手段。联合委员会根据任何一个条约缔约国政府的要求，在国与国一级进行“反应性”运作。意见书中认为这些委员会在投诉升级为争端之前的早期管理中发挥了关键作用。³⁰可以注意到，在某些投资条约中落施了一些举措，将协调中心与条约缔约方的一个联合委员会或若干委员会合并。³¹

(b) 能力建设

26. 工作组似宜注意到，在多边一级已经制定了若干方案，以处理由于投资争端解决而产生的跨界问题。³²所涵盖的活动包括开发综合数据库、进行着眼于预防争端的投资和投资争端解决制度问题的培训、协助发展政府内部通信网络(包括文件调取协同以及文件管理)，以及建立一个牵头机构。培训和能力建设方案往往是根据一国的具体需要量身定制的。

C. 需审议的问题

27. 工作组似宜注意到，预防和缓解争端问题与设立一项改革方案密切相关，即设立一个可能负责预防争端和能力建设活动的咨询中心。³³这样的中心将为系统性分享关于预防争端的知识和做法提供基础。正如就设立咨询中心已经指出的那样，工作组似宜审议是否需要收集关于各国目前采取的以及由区域和国际组织提供的预

³⁰ 巴西政府提交的意见书(A/CN.9/WG.III/WP.171, 第5段); 南非政府提交的意见书(A/CN.9/WG.III/WP.176, 第47段); 大韩民国政府提交的意见书(A/CN.9/WG.III/WP.179, 第5页)。

³¹ 摩洛哥政府提交的意见书(A/CN.9/WG.III/WP.151, 第9段); 此外, 某些条约预先规定举行国家间定期会议, 以解决投资引起的争端, 这种会议也可应条约任何一方的要求举行(例如, 见《中国—拉脱维亚投资条约》(2004年); 《日本—马来西亚经济伙伴关系协定》(2005年)下的日本投资联合委员会/小组委员会, 以及《日本—新加坡经济伙伴关系协定》(2007年); 《摩洛哥双边示范条约》); 另见《北美自贸协定》下设立的自由贸易委员会, 该委员会监督并实施该《协定》, 解决因该《协定》的解释或适用而产生的争端, 并审议与《北美自贸协定》运作有关的问题; 委员会所涉及的事项包括: 通知处理事宜的操作程序; 代表国家的必要权限, 例如, 授权聘请外部律师、适当的协调能力以评估案件和指导外部律师; 用于支付费用的资源; 以及旨在预防和应对投资争端的国家体制框架)。

³² 例如:

- 贸发会议担任联合国投资和发展相关问题的协调中心。《贸发会议可持续发展投资政策框架》、《贸发会议国际投资协定改革路线图》和《贸发会议全球投资便利化行动菜单》载明了贸发会议关于争端预防、条约执行和条约改革的政策指导意见。所有这些政策工具箱都为与可持续发展目标相关的国家和国际投资决策需要提供了选择和指导。贸发会议面向可持续发展的投资政策改革的工作信息是通过其投资政策中枢传播的, 这是一个面向投资政策制定者的一站式服务在线平台;
- 国际发展法组织最不发达国家投资支助方案是一个专门针对与投资有关的谈判、争端解决和其他与投资法有关的支持的援助机制; 该方案是与联合国最不发达国家、内陆发展中国家和小岛屿发展中国家高级代表办公室合作制定的, 并于2017年9月启动;
- 经合组织投资委员会及其附属机构提供各种论坛, 就与投资政策有关的广泛议题进行政策对话和分析, 包括负责的商业行为、绿色融资、投资促进和便利化、贸易和投资之间的联系、基础设施投资、可持续发展指标和外国直接投资统计;
- 各非营利中心为发展中国家政府和区域组织的官员举办国内培训班。它们向政府提供多种服务, 包括培训、信息共享论坛、技术法律援助和促进政策制定的工具。值得注意的还有一项名为“贸易法”的倡议, 该倡议是一个由大学和培训中心组成的全球网络, 为发展中国家、中小企业、民间社会组织和其他利益攸关方开展无偿项目。

³³ A/CN.9/1004, 第31段。

防和缓解争端措施的信息，以查明可能的重叠和差距。³⁴这将需要考虑：(一)国家一级制定的现有模式，以及是否需要在这方面提供更多指导；(二)是否需要投资条约中制定关于预防争端的示范条款，包括关于设立联合委员会的机制的示范条款；(三)在国际一级对预防和缓解争端的现有方案和倡议进行可能的协调。

28. 争端预防和缓解问题还与缔约国解释条约这一专题密切相关（见 [A/CN.9/WG.III/WP.191](#) 号文件）。事实上，在投资条约得到连贯一致的解释和管理的情况下，争端可能会得到防止。例如，如果对完全相同的措辞作出不一致的解读，包括在为诉讼过程中，发生争端的风险就可能增加。此外，连贯一致的解读有助于更好地理解如何执行投资条约，并为履行投资条约义务的官员提供确定性。

三. 替代性争端解决办法

A. 意见书中的建议和评论

29. 意见书强调有必要进一步探讨调解、调停和其他替代性争端解决措施。一份意见书指出，这些可能形式多样的方法是投资条约仲裁和诉诸国内法院以外的替代办法，应作为改革的一部分加以加强。³⁵ ³⁶

30. 几乎所有提及替代性争端解决措施的意见书都强调，与仲裁相比，使用替代性争端解决措施耗时短、费用低，因此，更多使用替代性争端解决措施将解决对投资争端解决费用和延续时间耗时的关切。³⁷此外，替代性争端解决措施被认为给予争端各方高度灵活性和自治权，可以通过适当措施保存长期关系和保护外国投资，从而起到定分止争、避免矛盾激化的作用。³⁸

31. 意见书还指出，调解通常有助于澄清争端各方的立场，从而缩小相互之间的差距，³⁹并得以将重点放在事关重大的问题上。⁴⁰

32. 一份意见书认为，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，法律争端可能代价高昂并损害争端各方的关系。⁴¹

33. 一份意见书认为有必要制定专门用于投资条约和投资争端解决的替代性争端

³⁴ [A/CN.9/1004](#)，第 42 段。

³⁵ 南非政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.176](#)，第 40 段）。

³⁶ 印度尼西亚政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.156](#)，第 19 段）；欧洲联盟及其成员国提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)，第 12 段）；摩洛哥政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.161](#)，第 14 段）；泰国政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.162](#)，第 24 段）；智利、以色列和日本政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.163](#)，第 7 页，附件一）；南非政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.176](#)，第 40 和 41 段）；中国政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.177](#)，第 5 页）；马里政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.181](#)，F 节）；智利、以色列、日本、墨西哥和秘鲁政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.182](#)，第 6 页）。

³⁷ 泰国政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.147](#)，第 7 段）；智利、以色列和日本政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.163](#)，第 7 页，附件一）；土耳其政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.174](#)，第 3 页，要点 7）；南非政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.176](#)，第 40 和 41 段）；智利、以色列、日本、墨西哥和秘鲁政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.182](#)，第 6 页）。

³⁸ 中国政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.177](#)，第 5 页）。

³⁹ 泰国政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.162](#)，第 11 段）。

⁴⁰ 南非政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.176](#)，第 40 和 41 段）。

⁴¹ 印度尼西亚政府提交的意见书（[A/CN.9/WG.III/WP.156](#)，第 19 和 20 段）。

解决规则，其中还可提供将仲裁程序和非仲裁程序结合起来的程序框架（有时称为混合模式争端解决办法）。⁴²

B. 投资条约中的替代性争端解决方法

1. 冷却期

34. 工作组似宜注意到，投资条约以写预先规定了3个月到18个月的时限，即通常所说的“冷却期”，在此期间争端各方可以在仲裁前尝试友好解决。

35. 投资条约通常包括一项两级争端解决条款，首先规定某种形式的替代性争端解决办法，此后可进入第二级，由仲裁庭解决投资人与国家之间的争端。第一级可能预设协商和谈判、调解或调停，或提及友好解决，但不说明如何实现这一点。近期一些投资条约在维持冷却期的同时，就投资人在第一级必须满足的要求提供了更多指导，并载有更详细的替代性争端解决条款，包括单独的调解条款。⁴³

36. 一般而言，冷却期应是投资人和国家通过谈判、协商或调解解决争端以避免仲裁的机会。鉴于进行友好谈判之前必须进行的过程（向适当的政府主管部门发出通报、调查情况、采取谈判战略、获得必要的资金以组织适当的辩护、与外部顾问协商以评估案件和提名谈判人员，诸如此类不一而足），冷却期应持续足够长的时间。特别是在被申请国内没有警示存在争端的政府主管部门通报战略的情况下，冷却期过短可能得不到有效利用，因为很可能无法将争端情况及时通报给有关部门。

2. 利用替代性争端解决方法

(a) 现行框架

37. 正如意见书所强调的那样，诉诸仲裁是解决投资人与国家争端的主要手段。替代性争端解决方法是可用的，但尽管有现行法律框架，它们似乎很少得到利用。

38. 事实上，已经制定了关于调解和其他可在投资争端解决方面适用的替代性争端解决方法的规则。⁴⁴国际投资争端解决中心于1967年通过了《调解规则》，并于1978年通过了《附加便利事实查明规则》。2018年，国际投资争端解决中心开始就投资争端进行一套新的单独调解规则的拟订工作。作为更新和进一步现代化该中心解决投资争端程序规则的更广泛努力的一部分，这部调解规则补充该中心对仲裁、调解

⁴² 泰国政府提交的意见书（A/CN.9/WG.III/WP.162，第24段）。

⁴³ 例如，见关于如何利用《能源宪章条约》第26条所列冷却期的《能源宪章投资调解指南》；另见《加拿大—欧洲联盟全面经济和贸易协定》（自2017年9月21日暂行）；《欧洲联盟—新加坡投资保护协定》（2018年10月19日签署）；《欧洲联盟—越南投资保护协定》（2019年6月30日签署）；澳大利亚、文莱达鲁萨兰国、加拿大、智利、日本、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、新加坡和越南之间的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（《跨太平洋伙伴关系协定》）（2018年12月30日生效）。

⁴⁴ 可以注意的是，在私人融资基础设施项目方面，贸易法委员会在其《立法指南》中列入了某些有用的机制，如独立专家评价，其提供早期或初步的中立评价或评估，以确定索赔的实体问题和责任风险；所设想的其他机制包括争端审查委员会和争端裁决委员会（见公私伙伴关系立法指南，第六章，第3-37段，可查阅：https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/acn9.982.add6_.pdf。）

和事实调查的现有规则，可以独立于仲裁或调解程序使用，也可以与仲裁或调解程序结合使用。⁴⁵

39. 1980年，贸易法委员会通过了《调解规则》，该规则也可用于投资争端解决。贸易法委员会目前正在增订该《规则》，将其作为新制定的国际调解框架的一部分。⁴⁶

40. 能源宪章会议于2016年通过了《投资调解指南》，为根据《能源宪章条约》进行投资调解提供指导。⁴⁷

41. 国际商会的《调解规则》⁴⁸和斯德哥尔摩商会仲裁院的《调解规则》⁴⁹都于2014年通过，可适用于投资人与国家之间的争端。国际律师协会已经通过了《投资人—国家调解专门规则》，并于2012年发布。⁵⁰

42. 为了促进执行调解产生的和解协议，贸易法委员会拟订了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（《新加坡调解公约》），该公约于2018年12月由联合国大会通过，并于2019年8月开放供签署。⁵¹

(b) 替代性争端解决办法利用情况数据

43. 由于替代性争端解决办法通常是保密的，很难收集有关其使用情况的准确数据。然而，各机构的数据表明，这种办法并不常用。⁵²例如，到目前为止，国际投资争端解决中心已经登记了12起调解案件，包括2起附加便利调解案件，但该中心没有一起《附加便利事实查明规则》案件。⁵³该中心也没有向希望诉诸调解的各方提供行政援助。迄今为止，常设仲裁法院和能源宪章秘书处均尚未管理过基于条约的调解程序，而且斯德哥尔摩商会也没有管理过任何投资人与国家之间的调解。迄今，国际商会管理的基于条约的调解只有一次，由于一方当事人未全程参与，调解以失败告终。⁵⁴

44. 一项关于投资争端解决方面的障碍的研究得出结论认为，国家可能难以接受和解。所查明的原因是多方面的，包括：特别是在案件敏感或政治化并且媒体进行广

⁴⁵ 见 <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/adr-mechanisms--mediation.aspx>。

⁴⁶ 2018年12月大会第73/198号决议通过的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》又称《新加坡调解公约》（《新加坡公约》或《公约》），适用于当事人为解决商事争议而订立的通过调解所产生的国际和解协议。《公约》为执行调解所产生的国际和解协议并允许当事人援用此类协议提供了一个统一、高效的框架，这类似于《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958年，纽约）（《纽约公约》）就仲裁裁决提供的框架。贸易法委员会还拟订并通过了《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》。除修订《调解规则》外，贸易法委员会还在编写《调解安排说明》。

⁴⁷ 见 <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>。

⁴⁸ 见 <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>。

⁴⁹ 见 <https://sccinstitute.com/dispute-resolution/mediation/>。

⁵⁰ 见 [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/process/IBA%20Rules%20for%20Investor-State%20Mediation%20\(Approved%20by%20IBA%20Council%204%20Oct%202012\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/process/IBA%20Rules%20for%20Investor-State%20Mediation%20(Approved%20by%20IBA%20Council%204%20Oct%202012).pdf)。

⁵¹ 见 https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements。

⁵² 国际投资争端解决中心的统计数据显示，国际投资争端解决中心的案件中约有34%得到解决或以其他方式终止，这可能表明各方在一定程度上使用了替代性争端解决办法。

⁵³ 见国际投资争端解决中心案件量——统计数据，2019年第2期统计数据，第9页，[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(English).pdf)。

⁵⁴ 此案不在国际商会统计范围内，但在Titi, C., Fach Gómez, K.所著“Mediation in International Commercial and Investment Disputes”第97-98页中提到。

泛报道的情况下，担心公众批评；担心腐败指控或日后因腐败而被起诉；担心开创先例；难以获得组织辩诉的公共资金，以及难以在短时间内进行政府部门之间的协调。在涉及各级政府机构和部委的多个利益攸关方的案件中，这种不情愿可能特别普遍，因为它们可能都需要批准或者至少提供对和解的投入。⁵⁵此外，相对于私人当事方，须对公众负责的国家行为方的参与可能导致更加难以使用替代性争端解决方法。此外，投资争端法庭采用不同的条约解释也使得难以评估国家的优势和劣势并由此决定在具体案件中选择和解决是否为正确之路(另见 A/CN.9/WG.III/WP.191 号文件)。

C. 需审议的问题

45. 工作组似宜审议如何推广和更广泛地使用调解、调停和其他形式的替代性争端解决办法。为此，工作组似宜审议，如何解决在通过谈判友好解决争端时所必需的政府部门协调方面的困难，以及如何为参与此类解决的官员提供法律确定性。此外，工作组似宜审议如何激励投资人和国家都积极参与替代性争端解决方法。

46. 关于在投资条约中提及调解、调停和其他形式的替代性争端解决办法，工作组似宜审议是否制定示范条款，这将：(一)修订关于仲裁前要求的上一代条约条款；(二)说明争端各方为履行尝试友好解决争端的义务而需要采取的步骤；(三)包括一个现实可行的时间框架；(四)可能涉及把强制性调解作为诉诸仲裁的一项先决条件。⁵⁶

47. 工作组似宜注意到，加强替代性争端解决机制还与改革方案——设立一个可能负责替代性争端解决的咨询中心——密切相关。此外，咨询中心还可以成为交流最佳做法的平台，以及为管理替代性争端解决提供服务的平台。⁵⁷

48. 还有其他一些改革方案可与加强调解结合起来，其中包括与设立多边常设机构有关的方案。⁵⁸这样一个机构可以鼓励友好解决方式，并可以提供机构支持。此外，旨在解决连贯性和一致性的改革方案一般都会对替代性争端解决产生影响，因为连贯一致的解解释将使各方更容易评估争端及其潜在结果，并在坚实的基础上寻求解决办法。

⁵⁵ 报告：“Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes”，新加坡国立大学，新加坡国立大学国际法中心工作文件 18/01 号，Chew, S., Reed, L., Thomas, J.C. QC 著，可查阅：<https://cil.nus.edu.sg/publications>；另见 Echandi，“Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict: Developing a Conceptual Framework for Dispute Prevention”，第 15-19 页。

⁵⁶ 印度尼西亚政府提交的意见书 (A/CN.9/WG.III/WP.156，第 15 段)。

⁵⁷ A/CN.9/1004，第 31 段。

⁵⁸ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1。