



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）  
第四十二届会议  
2022年2月14日至18日，纽约

## 投资人与国家间争端解决制度的可能改革

### 常设多边机制：投资争端法庭成员的甄选和任命及相关事项

#### 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任命.....	2
A. 背景信息.....	2
B. 框架：设立、管辖权和治理.....	3
C. 部分代表性和法庭成员.....	5
D. 候选人的提名、甄选和任命.....	7
E. 任期.....	13
F. 服务条件.....	15
G. 案件的分配.....	15
三. 与常设多边机制有关的其他事项.....	17
A. 设立方式.....	17
B. 程序问题.....	18
C. 适用法律和条约解释.....	18



## 一. 导言

1. 工作组在 2020 年 1 月第三十八届会议续会和 2021 年 2 月第四十届会议上初步审议了投资争端法庭成员的甄选和任命问题，重点是常设多边机制中成员的甄选和任命问题（下文也称作“多边投资法庭”或“法庭”）（A/CN.9/1004/Add.1，第 95 至 133 段；A/CN.9/1050，第 17 至 56 段）。工作组第四十届会议请秘书处就此事开展进一步的准备工作，包括拟订条文草案（A/CN.9/1050，第 55 和 56 段）。

2. 因此，本说明载有一些条文草案，涵盖投资争端法庭成员的甄选和任命以及关于常设多边机制的设立和运作的相互关联专题。该机制下所作裁定的承认和执行问题在 A/CN.9/WG.III/WP.214 号文件中处理。

3. 编写本说明时参考了大量已发表信息，<sup>1</sup>本说明不寻求就可能的改革方案发表意见，这是工作组考虑的事项。

## 二. 投资争端法庭成员的甄选和任命

### A. 背景信息

4. 作为背景信息，工作组第三十六届会议得出的结论是，制定改革办法以处理下述关切是可取的：(一)投资争端法庭成员缺乏或看似缺乏独立性和公正性（A/CN.9/964，第 83 段）；(二)许多现行条约和仲裁规则提供的披露和回避机制的充足性、有效性和透明度（A/CN.9/964，第 90 段）；(三)被任命担任投资争端法庭成员的人缺乏适当的多样性（A/CN.9/964，第 98 段）；(四)投资争端法庭的组成机制（A/CN.9/964，第 108 段）。在各国政府所提建议的基础上，<sup>2</sup>并根据 A/CN.9/WG.III/WP.169 号文件，工作组在第三十八届会议续会上初步审议了关于投资争端法庭成员资格和要求的一些特点，以及特设和常设机制框架内的各种甄选和任命模式（A/CN.9/1004/Add.1，第 95 至 130 段）。

5. 工作组在该届会议上初步讨论了常设多边机制的甄选和任命程序（A/CN.9/1004/Add.1，第 114 至 130 段）。这一改革要素除其他外以以下建议为基础，即有必要重新审查投资争端制度中的当事方指定方法，并限制争端各方的参与，因为当事人意思自治不一定是投资争端制度的一个关键组成部分（A/CN.9/1004/Add.1，第 104 段）。举例来说，这一改革将产生与现有国际法院类似的甄选和任命机制，在现有国际法院中，各国作为争端当事方，对裁定案件的个人的甄选没有发言权，尽管它们作为条约缔约国参与了组成常设机构的个人的甄选过程。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 这包括审查现有的国际和区域法院规约及其评注，以及：国际争端解决中心“关于多边投资法院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 和 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](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_supplemental_report.pdf)；多边投资法院规约草案，Marc Bungenberg 和 August Reinisch 著，2021 年，可查阅：[www.nomos-shop.de/nomos/titel/draft-statute-of-the-multilateral-investment-court-id-98918/](http://www.nomos-shop.de/nomos/titel/draft-statute-of-the-multilateral-investment-court-id-98918/)；以及学术论坛成员提供的出版物，可查阅：[www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/](http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/)。

<sup>2</sup> 见 [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state) 查阅的意见书。

<sup>3</sup> 例如，见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件 2《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)款和第 17 条第(2)款。《欧洲保护人权与基本自由公约》，1950 年 11 月 4 日，经第 11 号和第 14 号议定书修正，自 2010 年 6 月 1 日起生效，第 20-23 条和第 26 条；似宜注意，在国际法院，仅在有限情形下争端当事方可影响法院的组成，即指定专案法官和设立分庭来裁定特定案件；《国际法院规约》，第二十六条第二款和第三十一条第二款。

6. 工作组似宜注意到，设立一个常设多边机制需要拟订一项规约（下文也称“设立法庭的协定”），供各国并可能供区域经济一体化组织通过。规约将由处理更详细程序事项的规则或条例作为补充。因此，以下条文草案需要调整和完善，从而构成这一框架的组成部分。工作组似宜考虑，在拟订关于详细程序事项的规则或条例时，可以考虑各种模式，包括国际法院或国际仲裁法庭（例如伊朗—美国索赔法庭）的规则或条例。<sup>4</sup>

## B. 框架：设立、管辖权和治理

### 1. 一般性意见

7. 作为一般性意见，工作组似宜注意到，“国际投资争端”的概念需要进一步审议，以便加以明确界定并统一适用于所有相关的改革要素。下文条文草案第 1 至第 3 条旨在提供甄选和任命法庭成员的一般框架（有关问题，见下文第 68 至 71 段）。关于条文草案第 3 条，如果法庭采用“开放式结构”，允许缔约国灵活地确定它们希望采纳哪些要素，则可能需要考虑缔约方委员会内各国的作用和责任有何不同。

### 2. 法庭的设立

8. 条文草案第 1 条——“法庭的设立”内容如下：

兹设立一个由一审和上诉一级组成的多边投资法庭（称作“法庭”）。

9. 条文草案第 1 条规定设立一个多边投资法庭。

### 3. 管辖权

10. 条文草案第 2 条——“管辖权”内容如下：

1. [备选案文 1：法庭的管辖权应扩及缔约国之间以及一缔约国与另一缔约国的国民之间，由[国际投资协定下的]投资引起的、各方同意提交法庭的任何争端。]

[备选案文 2：法庭应对各方同意提交法庭的任何争端行使管辖权。]

2. 同意将争端提交根据国际投资协定设立的法庭，应视为第 1 款下的同意将争端提交法庭。

11. 第 1 款备选案文 1 规定，管辖权扩及投资引起的争端，而备选案文 2 没有提及“投资”的概念，以避免对适用条约和设立法庭的规约下的“投资”概念采用双重标准。备选案文 1 中方括号内的案文如果保留，将意味着管辖权将限于基于条约的争端。

12. 该条文的重点是同意的要求，而不是同意文书的特定类型。似宜注意，加入设立法庭的协定并不自动意味着有关国家同意由该法庭仲裁特定争端。法庭将对各方通过要约和承诺商定提交法庭的、由投资引起的争端行使管辖权。可在今后的条约

<sup>4</sup> 伊朗—美国索赔法庭的成立文件以及规则和条例可查阅：<https://iusct.com/documents/>。

中纳入同意多边投资法庭管辖权的条款。此外，将由工作组进一步审议的关于投资争端解决制度改革的多边文书可规定一种机制，以纳入一项关于同意将多边投资法庭管辖权适用于现有多边投资条约的条款。<sup>5</sup>

13. 工作组似宜注意，第 1 款中的“各方”一词可指投资条约缔约国，也可指争端各方，视情况而定。工作组似宜审议是否应当进一步澄清这一点。

14. 第 2 款旨在处理投资条约中的同意问题。

#### 4. 治理结构

15. 条文草案第 3 条——“治理结构”内容如下：

##### (a) 缔约方委员会

1. 应设立一个由本设立法庭的协定的所有缔约方的代表组成的缔约方委员会(称作“缔约方委员会”)。缔约方委员会应定期和酌情举行会议，处理有关法庭运作的事项。
2. 缔约方委员会应制定自己的程序规则，并履行本协定赋予的职能。
3. 缔约方委员会应制定甄选小组、一审和上诉一级、[咨询中心]和秘书处处的程序规则。缔约方委员会可定期审查并在必要时修改这些规则。
4. 缔约方委员会应确定拟归入法庭总预算的费用的财务细则。这包括关于甄选小组业务费用及其成员在行使职能时发生的任何合理费用的规则。
5. 缔约方委员会的决定应以[简单][三分之二]多数通过。

##### (b) 法庭及其庭长

1. 法庭应制定关于履行职能的相关规则。特别是，法庭应制定规范其日常运作的必要条例。
2. 法庭应通过保密的内部表决程序选举庭长和副庭长，每一名成员有一票表决权。选举产生的庭长和副庭长任期三年，可连选连任一次。
3. 法庭应任命书记官长，并可就任命其他必要的工作人员作出规定。

16. 条文草案第 3 条(a)款提出了缔约方委员会的概念，该委员会将负责履行各种职能，包括制定法庭程序规则，并且不断发展和调整，例如关于法庭成员人数。工作组似宜审议是否应在此阶段界定缔约方委员会的决策过程。

17. 缔约方委员会将授权法庭制定与其日常运作有关的程序规则。因此，条文草案第 3 条(b)款澄清，法庭本身应制定自己的运作规则，这是各国际法院和法庭的习惯做法。<sup>6</sup>该款规定由法庭其他成员表决选举法庭庭长和副庭长。工作组似宜考虑，在

<sup>5</sup> 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 8 页，要点 3.14。

<sup>6</sup> 例如，见《国际法院规约》第三十条第一款(“法院应订立规则，以执行其职务。尤应订定关于程序之规则”)；以及《国际海洋法公约》第 16 条(“法庭应制订执行其职务的规则。法庭应特别订立关于其程序的规则”)。另见《国际刑事法院罗马规约》第五十一至五十二条(阐明有待缔约国大会通过的《程序和证据规则》与有待法院“为本法院日常运作的需要”而通过的《法院条例》之间的区别)。

一个既有一审又有上诉一级的常设机构中，法庭庭长是整个争端解决机构的庭长，还是应有一名庭长负责一审，另一名庭长负责上诉一级。

## C. 部分代表性和法庭成员

### 1. 一般性意见

18. 关于条文草案第 4 条，工作组似宜注意到，该条反映了倾向于部分代表性而不是充分代表性，因为成员人数多的国际投资法庭可能费用高，管理复杂。因此，所倾向的办法是寻求广泛的地域代表性以及性别、发展水平和法律制度的均衡代表性，并确保设立法庭的协定允许法庭成员的人数随着参与国数目以及案件数量的任何变化而逐步变化（A/CN.9/1050，第 23 和 24 段）。<sup>7</sup>如何确保长期均衡代表性等问题需要认真审议，并在条文草案第 8 条下处理（见下文，第 44 至 47 段）。

### 2. 法庭成员

19. 条文草案第 4 条——“法庭成员”内容如下：

1. 法庭应由[……名][全][兼]职的独立成员组成，这些成员应体现多样性和性别平等原则，从品德高尚的人中间[选举产生，无论其国籍如何][选举产生，为法庭缔约方国民][选举产生，为法庭缔约方和非缔约方国民]，[系具有公认能力的法学家，][有在政府工作或为政府提供咨询的经验，包括作为司法机关的组成部分从事这些工作]，在公平和正直方面享有极高声誉，在国际公法包括国际投资法和国际争端解决领域具有公认能力。法庭成员还应流利使用法庭的至少一种工作语文。

2. 缔约方委员会[主席]可根据案件数量和本协定缔约方的变化，提出关于变更第 1 款所述法庭成员人数的提案，同时说明认为有必要和应当这样做的理由。秘书处应从速将任何这种提案分送所有缔约方。然后，法庭成员人数可由缔约方委员会代表的[三分之二]多数予以变更。

3. 法庭成员中不得有二人为同一国家的国民。一名成员如为一个以上国家的国民，应酌情视为其惯常居所所在国和（或）主要利益中心所在国的国民。[如法庭成员人数超过 x，则本条文不再适用。]

20. 第 1 款涉及法庭成立时法庭成员人数的问题。似宜注意，在拥有 193 个会员国的联合国系统，国际法院有 15 名法官。<sup>8</sup>根据《联合国海洋法公约》（《海洋法公

<sup>7</sup> 在充分代表性机构中，每个国家都有一名常任法官，通常由该国国民担任；在部分代表性法院中，法官席位少于法院规约缔约国的数目（见《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 和 Taylor St John）；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；部分代表性法院的例子包括非洲人权和民族权法院（见《关于建立非洲人权和民族权法院的〈非洲人权和民族权宪章〉议定书》（《关于非洲法院的议定书》），第 11 条；加勒比法院（见《建立加勒比法院的协定》，2001 年 2 月 14 日，第四条）；以及美洲人权法院（见《美洲人权公约》，1969 年 11 月 22 日，第 52 条；《美洲人权法院规约》，1979 年 10 月，美洲国家组织第 448 号决议，第 4 条）。

<sup>8</sup> 见关于法院的活动和案件量的信息，网址：[www.icj-cij.org/files/annual-reports/2017-2018-en.pdf](http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/2017-2018-en.pdf)。

约》), 拥有 168 个成员国的国际海洋法法庭(海洋法法庭)有 21 名法官。<sup>9</sup>在拥有 164 个成员国的世界贸易组织(世贸组织)中, 上诉机构有 7 名成员。工作组似宜注意, 有关法庭成员人数的问题将取决于各种因素, 如法庭缔约国的数目和组成、法庭的案卷量、费用和可用资源。工作组似宜考虑是否列入过渡性条文, 进一步反映在以后阶段就此类问题作出决定的适当时机和方法。

21. 法庭成员应当全职或兼职工作的问题与法庭成员人数和法庭的工作量有关。例如, 如果为了更大的多样性而有大量成员, 可以考虑兼职工作, 在这种情况下, 可能需要通过一项关于所禁止的平行活动的规则。

22. 第 1 款还提到要求法庭成员知晓国际法, 并了解不同的投资政策, 以解决人们认为裁判员不熟悉公共政策问题的批评。工作组似宜考虑, 持续培训和不断学习将是确保能力和包容性的有效手段。工作组似宜注意到, 此事可结合关于设立咨询中心的改革加以处理(见 A/CN.9/1004, 第 28-50 段)。第 1 款还提及语言能力(流利使用常设机构的至少一种工作语文), 一些国际法院和法庭就是这样要求的。<sup>10</sup>

23. 第 2 款述及法庭法官人数随时间调整的问题。关于这件事, 工作组认为这一数字应以预计案卷量为基础, 随后随着缔约国数目的变化而调整。现有的国际法院和法庭提供了这些可能的调整机制的实例。<sup>11</sup>

24. 工作组似宜审议国籍是否应在法庭的组成中发挥作用, 以及是否应如第 3 款所提议, 规定法庭成员中不得为二人为同一国家的国民。<sup>12</sup>一些法院规约确实规定, 法官应选举产生, 无论其国籍如何, 但不得出现同一国籍的两名法官进行审理的情形(另见下文第 27 段)。<sup>13</sup>如果国籍发挥作用, 似宜指出, 可利用成员国之间轮换的办法, 以确保所有国家都有一名本国国民被任命为法庭成员的机会(见下文关于任命的条文草案第 8 条)。<sup>14</sup>工作组似宜考虑, 在法庭成员增加的情况下, 继续要求不得有两名成员为同一国家的国民是否切实可行。

<sup>9</sup> 平均每年有 1、2 个案例。

<sup>10</sup> 例如, 国际刑事法院法官应精通并流利使用本法院的至少一种工作语文, 即法文或英文(《罗马规约》第三十六条第三款第 3 项)。即使在基本文书没有明确规定的情况下, 也可以从关于法院工作语文的规定中推断出语言能力要求: 例如, 见《国际法院规约》第三十九条; 海洋法法庭《法庭规则》, 1997 年 10 月 28 日, 第 43 条。

<sup>11</sup> 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; 《国际刑事法院罗马规约》, 2002 年 7 月 1 日, 第三十六条第二款。关于国际法院的修订条款, 例如, 见伊朗-美国索赔法庭, 《解决索赔问题的声明》, 第三条第(1)款; 《罗马规约》, 第三十六条第二款; 《欧盟和加拿大全面经济和贸易协定》, 第 8.27.3 条; 《欧洲联盟—越南自由贸易协定》, 第 12 条第(3)款。

<sup>12</sup> 国籍可以是也可以不是一项要求; 提出国籍要求的实例包括根据《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 条第(1)款); 另见《美洲人权公约》, 1969 年 11 月 21 日, 第 52 条第(1)款; 《欧盟和加拿大全面经济和贸易协定》, 第 8.27.2 条。相反的例子包括国际法院, 《规约》第二条; 覆盖全球的法院通常要求不得有两名法官是同一国家的国民; 关于欧洲人权法院, 请注意, 1994 年从《欧洲人权公约》中删除了规定“欧洲人权法院的法官中不得有两人是同一国家的国民”的规则。见《保护人权与基本自由公约关于公约所建管制机制结构性改革问题的第 11 号议定书》的解释性报告, 第 59 段, 1994 年 5 月 11 日。

<sup>13</sup> 《国际法院规约》第二条和第三条。

<sup>14</sup> 见西非国家经济共同体(西非经共体)法院, 其中七名法官的职位由西非经共体 15 个国家轮流担任。

### 3. 专案法庭成员

25. 条文草案第 5 条——“专案法庭成员”内容如下：

1. 在下列情况下，如果法庭决定组建由三名或多名成员（由法庭确定）组成的一个或多个分庭，以根据第（……）条处理特定类别的案件，则争端各方可选定一人担任法庭成员；例如，（待补）。
2. 此人应优先从如第 6 条规定提名为候选人的人员中选出。

26. 条文草案第 5 条力求反映就专案法庭成员的参与提出备选办法的要求，包括经当事各方同意就特定案件组成特别分庭方面的灵活性（A/CN.9/1050，第 26 和 27 段）。这种灵活性见于《国际法院规约》等国际性法院的规约。任命专案法庭成员的可能方法可包括由当事各方直接任命和从名册中任命（A/CN.9/1050，第 56 段）。<sup>15</sup> 有鉴于此，工作组似宜审议是否应当保留第 2 款。工作组还不妨注意，专案法官制度在国家间争端的情况下并非没有缺点，工作组似宜进一步考虑将这种制度移植到投资人与国家间争端的情况是否适当。

27. 关于国籍问题，似宜注意有些法院规约允许法院所审理案件的缔约国在没有本国国籍法官的情况下任命一名专案法官。<sup>16</sup> 专案法官不必是任命国的国民，而且往往不是其任命国的国民（另见上文第 24 段）。<sup>17</sup>

28. 工作组还似宜审议，为了随着时间的推移而获得能力和实现包容性，是否规定由一名较“初级”人员参与，要么作为投资争端法庭的一部分，要么作为一名沉默的观察员（尽管必须专门设立这样的角色，因为目前的机制没有考虑这样的角色）。<sup>18</sup>

#### D. 候选人的提名、甄选和任命

##### 1. 一般性意见

29. 工作组认为，作为一项原则，投资争端法庭成员的甄选和任命方法应当有助于增进司法裁决的质量和公平性及其在这些方面的观感，并保证透明度、公开性、中立性、问责，体现高尚的道德标准，同时还确保适当的多样性（A/CN.9/964，第 91 至 96 段）。除资格和其他要求外，适当的多样性，例如地域、性别和语言多样性<sup>19</sup>

<sup>15</sup> 四个充分代表性法院实行专案制度，以确保每个被申请人有一名国民可以主持争端的审理：安第斯共同体法院（安第斯法院）、中美洲法院、独立国家联合体经济法院和欧洲人权法院；关于另一种做法，见《海洋法法庭规约》，其中规定，每一方当事人均可指定一名成员进入海底争端分庭专案分庭，而第三名仲裁员由双方商定；关于国籍问题，《海洋法法庭规约》第 36 条第 3 款规定，“专案分庭的法官必须不属争端任何一方的工作人员，或其国民。”

<sup>16</sup> 《国际法院规约》第三十一条第二和第三款。

<sup>17</sup> 见《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 著，投资争端解决制度学术论坛 2019/11 号概念文件。

<sup>18</sup> 在这方面，可以考虑增加多样性的举措，例如妇女署或其他联合国机构制定的举措，性别和地域多样性问题是这些举措的重要议程。维也纳办事处和毒品和犯罪问题办公室的女性职业早期倡议，由人力资源管理处根据《维也纳办事处/毒品和犯罪问题办公室性别平等和增强妇女权能战略（2018-2021 年）》而确定，其中包括关于征聘和人才发展的可能办法，这些办法可用于本讨论。

<sup>19</sup> 《伊斯兰法院规约》第 5 条(e)款。值得注意的是，由于没有实现所要求的批准国数目，伊斯兰法院还没有开始运作。

以及不同法律制度和文化的公平代表性据说在投资争端制度中至关重要。强调实现多样性将提高投资争端解决过程的质量，因为不同的视角，特别是来自不同文化和不同经济发展水平的不同视角，可以确保更平衡的裁定(A/CN.9/1004/Add.1, 第 101 段)。据称缺乏多样性将损害投资争端制度的合法性。<sup>20</sup>

30. 据指出，在下述情况下，任命更有可能以专门知识和诚信而不是政治考虑为基础：甄选过程(一)是多层次的；(二)向各利益攸关方开放；并且(三)是透明的。在这方面，有与会者建议，在经由设立法庭的协定的缔约方投票任命候选人之前，甄选小组和协商委员会应先对候选人进行筛查。

31. 有鉴于此，工作组似宜注意，条文草案第 6 至 8 条反映了由一个政府间机构从提名候选人名单中投票选出法庭成员的非常常见的程序。<sup>21</sup>工作组似宜考虑，是否如条文草案第 8 条所提议的那样，将席位分配给按地域界定的国家组可能是设立部分代表性法庭的有效办法，以确保均衡的区域代表性和不同法律制度的代表性。

32. 通过投票选举比协商一致选举更受欢迎，以避免阻碍甄选过程。应该指出，各国通常能够投票给不止一名候选人，以确保一定程度的平衡和多样性。特定多数规则通常确保被任命的法庭成员为大多数国家所接受。此外，在没有达到特定多数的情况下，往往允许要求较低的多数，以避免选举陷入僵局。似宜注意，有几个法院的法庭成员是由条约缔约方或和国家组成的集体机构甄选的，即使成员人数多于接受法院管辖权的国家数目。<sup>22</sup>

<sup>20</sup> 一些现有的国际法院规约提到：(一)甄选法庭成员的“公平地域代表性”（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 项第(2)目；另见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的《关于争端解决规则与程序的谅解》，第 17 条第(3)款，第三句；(二)发达国家、发展中国家和最不发达国家之间的均衡代表性（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小组至少包含一名来自发展中国家的成员——见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的《关于争端解决规则与程序的谅解》，第 8 条第(10)款）；(三)资本输出国和资本输入国之间的均衡代表性（虽然《解决投资争端公约》所规定的主席在甄选调解员小组和仲裁员小组成员时需要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，见于投资争端解决中心（1968 年），“《解决投资争端公约》的历史：关于《公约》起源和制定的文件”，第二卷第一部分（“《解决投资争端公约》的历史，第二卷第一部分”），第 382 页）。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，以及世界主要法律制度或传统的代表性（例如，见《国际法院规约》，第九条；《海洋法法庭规约》，第二条第 2 款；《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；《关于非洲法院的议定书》，第 14 条第(2)款；《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；《解决投资争端公约》，第十四条第二款。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。”（《关于非洲法院的议定书》，第 12 条第(2)款。）

<sup>21</sup> 最相关类型的国际机构是政府间机构（如缔约国大会之于国际刑事法院）或国际议会大会（如欧洲理事会议会大会之于欧洲人权法院）。国际法院法官需要联合国大会和联合国安全理事会多数通过。

<sup>22</sup> 例如，见非洲联盟成员国为非洲人权和民族权法院甄选法官；联合国大会选举国际法院法官；海洋法法庭的法官是由《海洋法公约》缔约国甄选的，即使他们普遍不接受海洋法法庭作为解决争端的机构。

## 2. 提名候选人

33. 条文草案第 6 条——“提名候选人”内容如下：

备选案文 1：

1. 设立法庭的协定的任何缔约方可提名法庭成员选举的候选人。提名应附一声明，以必要的详细程度说明候选人的资格如何符合第 4 条第 1 款的要求。每一缔约方可为任何特定选举提名[一名][两名]候选人[候选人不一定是该缔约方的国民]，同时铭记必须确保平等的性别代表性。法庭成员应从如此提名的人员名单中选举产生。

2. 在提名之前，每一缔约方应在甄选被提名人的过程中与民间社会、司法机构和其他国家机构、律师协会、商业协会、学术和其他相关组织的代表协商。

备选案文 2：

在根据缔约方委员会的决定公开征集候选人之后：

(a) 具备第 4 条第 1 款所要求资格的任何人均可申请参加甄选过程；

(b) 民间社会、律师协会、学术界以及投资界的相关组织可提名具备第 4 条第 1 款所要求资格的任何人参加甄选过程。]

34. 工作组要求提供关于提名程序的备选方案，这种程序应当公开、透明，并提供向非国家实体（例如投资人、民间社会和个人）通报、与这些实体协商和这些实体参与该过程的方式（A/CN.9/1050，第 56 段），条文草案第 6 条即反映了这项要求。该条应与就甄选机制作出规定的条文草案第 7 条一并阅读。

35. 应当指出，并非所有法院和法庭的甄选程序都有这一阶段。在一些法院和法庭，法庭成员直接由条约缔约方单方面或通过一个联合委员会任命，没有事先的正式提名程序。<sup>23</sup>

36. 备选案文 1 反映了由设立法庭的协定的缔约方提名，就像某些法院选举法庭成员那样。<sup>24</sup>这种模式下的提名进程受到批评，特别是(一)国家一级程序有差异，缺乏统一性；(二)在如何确定和提出候选人方面缺乏透明度；(三)提名政治化。<sup>25</sup>工作组似宜考虑，如果选用这一备选案文，在要求每一缔约方提名两名候选人的情况下，将更好地保证法庭组成的性别均衡。此外，工作组不妨考虑“[候选人不一定是该缔约方的国民]”字样是否违背确保多样性的目标。

<sup>23</sup> 见《国际争端解决中心补充报告》，第 118 段。

<sup>24</sup> 《欧洲人权公约》第二十二条（“应当由议会大会从每个缔约方提名的三名候选人中通过多数票选出每个缔约方的法官”）；《非洲法院议定书》，第 12 条第(1)款（“议定书每个缔约国最多可提出三名候选人，其中至少应有两名应为该国国民”）；《阿拉伯资本投资于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（“法院应由至少五名法官和几名后备成员组成，每人具有不同的阿拉伯国籍，应由理事会从专门为此编制的阿拉伯法律专家名单中选出，其中两名法律专家由每个缔约国从具有担任高级法律职位的学术和道德资格的人中间提名。理事会须从法院成员中任命法院院长。”）。

<sup>25</sup> 见《国际争端解决中心补充报告》，第 123 段。

37. 第 2 款通过规定利益攸关方提名的可能性，力求确保提名过程的公开性和透明度。<sup>26</sup>这种做法可能有助于提高甄选过程的透明度，并使争端机制得到更广泛接受——某些利益攸关方可以参与甄选过程，包括投资条约的解释和适用以及争端的结果与之有关系的投资人和利益攸关方的代表，如国际法领域的专业协会和民间社会（A/CN.9/1004/Add.1，第 121 段）。<sup>27</sup>

38. 备选案文 2 将取消由设立法庭的协定的缔约方进行提名的程序，因为其中规定了自我提名，允许任何符合必要资格要求的感兴趣的个人在公开征集之后自行提出竞选。如果甄选过程允许自我提名，则一个由与作出最后任命的机构不同的机构进行筛选和过滤的阶段似乎必不可少（见下文，条文草案第 7 条）。

39. 工作组似宜考虑，备选案文 1 和 2 也可加以合并，一并适用，以便各国保留任命法庭成员的可能性，同时个人也可以直接提出申请。

### 3. 甄选过程

40. 条文草案第 7 条——“甄选小组”内容如下：

#### (a) 任务授权

兹设立甄选小组（以下简称“小组”）。小组的职能是在缔约方委员会作出第 8 条所述任命之前，就候选人是否符合本协定所规定的资格标准提出意见。

#### (b) 组成

1. 小组应由从法庭前任成员、国际法院或国家最高法院现任或前任成员和崇高地位和公认能力的律师或学者中选出的[五人][十人或多人]组成。小组成员应无利益冲突，以个人身份任职，独立并为公共利益行事，不接受任何一方或任何其他国家、组织或个人的指示。小组的组成应平衡兼顾地域多样性、不同性别和[各缔约方的不同法律制度][第 8 条所述的各区域组]。
2. 小组成员应由缔约方委员会从[缔约方提交的][通过第 3 款所述的公开征集收到的]申请中以[特定][简单]多数任命。
3. 小组成员的空缺应以法庭发布公开征集申请的方式公布。
4. 申请人应披露任何可能引起利益冲突的情况。他们尤其应根据缔约方委员会公布的标准表格提交一份利益申报，并提交一份最新简历。小组成员在整个履职过程中应始终继续尽一切努力了解并在了解之后尽早披露任何利益冲突。
5. 小组成员在担任小组成员期间及其后的[三]年内没有资格担任法庭成员。
6. 小组的组成应由缔约方委员会予以公布。

<sup>26</sup> 见《加勒比法院规约》第四条第(12)款和第五条第(1)款。

<sup>27</sup> 多数甄选过程有一项假设，即政府在作出关于任命的决定时代表了广泛利益攸关方的意见；值得注意的是，非国家行为者即使没有正式参与甄选过程，也可能发挥非正式作用（例如仔细审查提议的候选人，以确保他们具备所需的背景和资格）。

(c) 任期

1. 小组成员的任期为[六]年，不得连任。但首次任命的[五名]成员中的[三名]（抽签决定）的任期应为九年。
2. 在成员任期届满之前被任命接替该成员的人的任期为其前任的剩余任期。
3. 希望辞职的小组成员应通知小组主席，小组主席应通知缔约方委员会。缔约方委员会应启动更换程序。
4. 如果小组成员未履行应尽义务，包括在其任期结束后的义务，法庭庭长可将该成员从小组中除名，或采取其他适当措施。
5. 在更换程序之前，不再是小组成员的人可经小组主席授权，完成任何正在进行的甄选程序，并且仅为此目的，应被视为仍是小组成员。

(d) 主席和秘书处

1. 小组应选出自己的主席。小组主席的任期为[三]年。
2. 缔约方委员会的秘书处应作为小组的秘书处。

(e) 审议

1. 小组可以面对面方式或通过任何其他通信手段召开会议。小组的程序和审议应当保密。
2. 小组在履行任务时应确保保护机密信息和个人数据。
3. 小组应努力以协商一致方式采取行动。如未能达成一致意见，小组应以五人中的三人的[特定]多数采取行动。

(f) 任务

1. 小组应在依第 6 条规定候选人被缔约方提名[或提出申请]之后，应秘书处请求采取行动。
2. 小组应：(一)审查收到的提名或申请，包括酌情听取候选人的意见或要求候选人提交小组认为审议所需的补充资料或其他材料；(二)核实候选人符合被任命为法庭成员的要求；(三)如果小组认为符合资格标准的候选人人数不足，则征集更多提名；(四)就候选人是否符合第(二)项所述要求提出意见；(五)创建符合要求的候选人名单。
3. 小组应及时完成工作。
4. 小组主席可向缔约方委员会提交小组的意见。
5. 符合要求的候选人的名单应予公开。
6. 小组应定期发布其活动报告。

(g) 工作程序

小组可通过符合本条款的本小组工作程序。

41. 工作组曾要求提供关于如何使用甄选小组或委员会的行文，包括它们在任命过程中的作用、如何挑选这些小组的成员以及如何确保其独立性，条文草案第 7 条即反映了该要求。该条文以收到的意见书为基础，就甄选小组的设立和运作作了详细规定（A/CN.9/1050，第 33 段）。<sup>28</sup>

42. 似宜注意到，一些国际法院引入了筛选委员会、任命事宜咨询委员会和任命事宜委员会（A/CN.9/1004/Add.1，第 118 段）。这些委员会应由专家组成，其职能是筛选出不符合资格的候选人。<sup>29</sup>即使各国保留对任命的控制权，这一设计特点意在促成任命更合格、更独立的法庭成员。他们的职能通常不包括与非国家实体协商。<sup>30</sup>

43. 关于组成，工作组似宜考虑设立一个更大的筛选小组，以适应预期的多样性。此外，工作组似宜考虑甄选小组成员是否也应包括代表投资界等其他非国家利益攸关方的观点的人，因为这可能有助于提高实际合法性和这一机构的所有用户感受到的合法性。

#### 4. 任命程序

44. 条文草案第 8 条——“任命（选举）”内容如下：

1. 小组应公布根据第 7 条(f)款第(2)项创建的有资格当选法庭成员的候选人名单，[依候选人的国籍][依候选人提名国的国籍，或在直接申请的情况下，依候选人的国籍]将候选人归入下列区域组之一：亚洲、非洲、拉丁美洲和加勒比、西欧和其他国家、东欧。

2. 小组应根据这些候选人广泛的仲裁经验，推荐[--]名成员在法庭上诉一级任职。

3. 缔约方委员会中特定区域组的成员将对[来自所在区域组]有资格当选的候选人进行表决，以选出最初的[--]名成员，其中应从每个区域组选出的成员数目如下：亚洲：[--]名成员，非洲：[--]名成员；拉丁美洲和加勒比：[--]名成员；西欧和其他国家：[--]名成员；东欧：[--]名成员。

4. 缔约方委员会只应从甄选小组根据第 7 条(f)款第(2)项确定的适当候选人名单中任命一审和上诉一级成员。

5. 在每次选举中，缔约方委员会应确保世界各主要法律制度的代表性、公平地域分配以及整个法庭的性别比例平衡。

45. 条文草案第 8 条规定了将法庭成员归入各区域组的方法。工作组似宜考虑对于第 1 款提议的联合国区域组的可能替代办法，如旨在确保法庭成员的区域代表性反映缔约国的地域分布情况及其法律制度的多样性的办法。

46. 第 1 款规定了确保法庭成员任命中的多样性的办法（见上文第 26 段中的一般性意见）。这项提议是，每个区域组只对本区域的候选人进行表决，对其他候选人

<sup>28</sup> 见：[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/selection\\_and\\_appointment\\_eu\\_and\\_ms\\_comments.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/selection_and_appointment_eu_and_ms_comments.pdf)。

<sup>29</sup> 条文草案第 7 条(a)款提到资格标准，如同欧洲人权法院等的情形那样（在欧洲人权法院，筛选小组“应告知缔约方欧洲人权法院法官候选人是否符合《欧洲人权公约》第二十一条第一款规定的标准”）；另见《国际争端解决中心补充报告》，第 145-146 段。

<sup>30</sup> 例如，2010 年成立了一个“第 255 条小组”，以评估为欧洲联盟法院提名的候选人。该小组只是提出建议，由“从法院和普通法院前任成员、国家最高法院成员和公认有能力的律师中选出的七人组成，其中一人应由欧洲议会提名”（《欧洲联盟运作条约》第 255 条）。

没有任何发言权。关于第 2 款，将“来自所在区域组”词语放在方括号内，以考虑表决是否应局限在每个地域组，或者各国是否应能够对来自其他地理区域而非仅仅对来自所在地理区域的候选人进行表决。工作组似宜审议区域分组应以候选人的国籍为基础，还是以其提名缔约方的国籍为基础。

47. 为简单起见，第 2 款建议在一审和上诉一级适用类似的任命法庭成员的方法。然而，在推荐候选人时，甄选小组将根据候选人的丰富审裁经验，就上诉一级的法庭成员提出具体建议（A/CN.9/1050，第 46 段）。<sup>31</sup>工作组似宜考虑，是否需要就一审和上诉一级成员的选举/分配作出具体规定，如果需要，以下哪种选择更加可取：(一)小组将设立一个共同的被提名者人才库，其中将标明哪些成员也具有上诉一级的适当经验，然后将进行单一次选举；(二)对于一审和上诉一级的提名、甄选和任命将有两个单独的轨道，各缔约方将分别提名一审和上诉一级的候选人，甄选小组将分别对这种单独的提名进行筛选；缔约方委员会将通过单独的选举决定两个不同级别的任命；(三)缔约方委员会将选出所有法官（不区分一审和上诉），然后法庭将根据甄选小组的建议，在一审和上诉两级之间进行组织。

## E. 任期

### 1. 一般性意见

48. 法庭成员在不得连任的基础上较长期任职可确保成员不会受到不当影响。然而，法庭成员不能连任意味着宝贵经验的流失。<sup>32</sup>工作组似宜考虑，不得连任导致法庭经验流失，现有候选人人才库缩减，限制该风险的一种办法是否是规定相对较长、相互交错的法官任期。<sup>33</sup>

49. 关于免职程序，工作组似宜考虑下文条文草案第 9 条(b)款提议的程序是否包含必要的保障措施并且足够透明。

### 2. 任期、连任和免职

50. 条文草案第 9 条——“任期、连任和免职”内容如下：

#### (a) 任期、连任和免职

1. 法庭成员经选举产生，任期[九]年，[没有连选连任的可能性][可最多连选连任[一个]任期]。

2. 在第一次选举产生的成员当中，[--]名成员的任期应在[三]年结束时届满，另[--]名成员的任期应在[六]年结束时届满。任期在[三]年和[六]年结束时届满的成员应通过缔约方委员会主席在第一次选举结束后立即举行的抽签来决定。

<sup>31</sup> 例如，见世界贸易组织上诉机构、《全面经济和贸易协定》；《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 和 Maria Chiara Malaguti，投资争端解决制度学术论坛第 2019/12 号概念文件，第 2 版，其中讨论了上诉机构对于甄选和任命法庭成员的影响。

<sup>32</sup> 明确规定法官不可连任的有：东非法院、欧洲人权法院、西非经济共同体法院、国际刑事法院、非洲商法统一组织司法与仲裁联合法院。

<sup>33</sup> 例如，在 2010 年规定欧洲人权法院的法官不可连任时，其任期也从六年延长到了九年；可以连任对于国际法院而言相对常见（可以连任的有：国际法院、海洋法法庭、前南斯拉夫问题国际刑事法庭、非洲人权和民族权法院、世贸组织上诉机构；某些法院纳入一些限制，如只可连任一次（例如，见美洲人权法院、非洲人权和民族权法院和世贸组织上诉机构）。

成员应持续任职到被替换之时。然而，他们应继续任职以完成在被替换之前审议的任何争端，除非依据下文(b)款被免职。

(b) 辞职、免职和替换

1. 成员不遵守[条文草案第 10 条]或未履行职责，可经被审查成员以外成员[一致决定][三分之二特定多数决定]予以免职。成员可致函法庭庭长辞职。辞职一经庭长接受即生效。在法官职位出现空缺的情况下，将以上文第 8 条规定的方式进行重新任命成员的程序，但须作出修改，即只有选出卸任成员的区域组能够在一次特别的临时选举中表决选出替代人选。

2. 根据本条款被任命替换另一名成员的成员任期为[九]年，但被任命替换第一次选举产生的任期较短即[三]年或[六]年成员的成员除外。被任命替换任期较短成员的成员有资格连选连任一个完整任期。

51. 条文草案第 9 条(a)款载有关于法庭成员任期的备选案文，旨在反映工作组的审议意见(A/CN.9/1050, 第 56 段)。曾提到在确定适当任期时，需要考虑到解决投资争端案件所要求的平均期限，以及确保法庭成员之间工作量均衡的必要性。曾建议任期可以是 6 年到 9 年不等，分阶段更换，以实现法庭运作和判例的稳定性(A/CN.9/1050, 第 39 段)。

52. 工作组似宜注意到，各国际法院确定的任期从四年、<sup>34</sup>六年<sup>35</sup>到九年<sup>36</sup>不等。一个法院没有规定时间限制。<sup>37</sup>任命也可以每隔三年交错一次，以便法庭逐渐有新的成员加入。<sup>38</sup>

53. 工作组似宜审议一审和二审法庭成员的任期是否应有所不同。<sup>39</sup>

54. 工作组要求案文草案提供关于早期将法庭裁判员免职的措辞，包括有理由免职的情形、程序以及缔约国、一个独立机构或常设机构本身可能对该过程的参与(A/CN.9/1050, 第 56 段)。

55. 似宜注意，多数国际法院的规约都将不当行为及不能履行职责作为免职理由。<sup>40</sup>关于免职的条文旨在确保不允许缔约国干预这一进程，以确保法庭成员的独立性。条文还反映了以下建议，即法庭庭长可以负责就这一事项作出决定，这也要基于有其他法庭成员参与的联合协商机制。据指出，将法庭成员免职的门槛应当很高

<sup>34</sup> 例如，见前南斯拉夫问题国际法庭和世贸组织上诉机构。

<sup>35</sup> 例如，见非洲人权和民族权法院、美洲人权法院，以及在国际仲裁领域，投资争端解决中心小组。

<sup>36</sup> 见国际法院、欧洲人权法院和海洋法庭。

<sup>37</sup> 加勒比法院规定，“直至[法官]年满 72 岁”。

<sup>38</sup> 应当指出的是，某些法院还规定了年龄限制(《国际争端解决中心补充报告》，第 164 段)。

<sup>39</sup> 例如，在《全面经济和贸易协定》中，法庭成员任期五年，可连任一次(《全面经济和贸易协定》，第 8.27.5 条)；相比之下，上诉法庭成员的任期为九年，不得连任(《全面经济和贸易协定》联合委员会 2021 年 1 月 29 日第 001/2021 号决定，规定了与上诉法庭运作有关的行政和组织事项，第 2.3 条)。

<sup>40</sup> 关于免职请求和免职决定，有各种制度，有的制度将这种权力留给法庭成员，有的制度规定各国参与或控制免职程序。最常见的是，各国际法院保留将法庭成员免职的能力，这需要其余法庭成员作出一致决定，或多数或特定多数作出决定(例如，在欧洲人权法院，任何法官都可以请求将另一名法官免职，关于免职的决定必须由法官的三分之二多数作出)。在某些情况下，各国有能力通过共同协议推翻法院的决定。对于一些国际法院，国家和法院都参与将裁判员免职的决定。通常情况下，这需要法院(或特别设立的法庭)审查针对裁判员的申诉，然后提出建议，由政府间机构做出最终决定(采用这种免职程序的法院有中部非洲经济与货币共同体法院、西非经共同体法院、美洲人权法院和国际刑事法院。由各国控制将法官免职事宜的法院包括东部和南部非洲共同市场(东南非共同市场)法院和东非法院。)

(A/CN.9/1050, 第 41 和 42 段)。工作组似宜考虑是否应确立由一独立个人/机构就对成员有争议的质疑进行审查的程序。<sup>41</sup>

## F. 服务条件

### 1. 一般性意见

56. 工作组似宜回顾其对与法庭成员的甄选和任命有关的跨领域问题的审议 (A/CN.9/1050, 第 48-54 段)。根据工作组第三十八届会议 (A/CN.9/1004\*, 第 51-78 段) 和第三十八届会议续会 (A/CN.9/1004/Add.1, 第 96 和 99 段) 的审议情况, 与国际投资争端解决中心 (投资争端解决中心) 联合编写的行为守则草案述及某些问题 (另见 A/CN.9/WG.III/WP.201)。<sup>42</sup>有鉴于此, 下文条文草案第 10 条被简化为提及行为守则草案。

### 2. 服务条件和遵守行为守则

57. 条文草案第 10 条——“服务条件”内容如下:

1. 法庭成员应遵守国际投资争端仲裁员行为守则。
2. 成员应领取年薪。此外, 庭长应领取特别年度津贴。这些薪给、津贴和酬金应由缔约方委员会确定。

58. 工作组似宜考虑, 除行为守则草案所涵盖的专题外, 第 10 条草案是否还应处理其他专题。

## G. 案件的分配

### 1. 一般性意见

59. 各国际法院有不同的案件分配模式。<sup>43</sup>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一个或另一个法庭成员。从这个意义上讲, 案件分配方法绝远非只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。<sup>44</sup>

60. 工作组要求关于案件分配的条文草案就如何指派法庭成员审理案件提供备选方案, 其中应确保均衡代表性、多样性、独立性和公正性, 可以包括在监督下随机指定、由法庭庭长指定或由其他某个独立委员会指定 (A/CN.9/1050, 第 56 段)。

<sup>41</sup> 例如, 见《全面经济和贸易协定》第 8.30 条。

<sup>42</sup> 见行为守则草案, 可查阅: <https://uncitral.un.org/en/codeofconduct>。

<sup>43</sup> 见《国际争端解决中心补充报告》, 第 183-198 段。

<sup>44</sup> 见《国际争端解决中心补充报告》, 第 181 段。

## 2. 各分庭之间的案件分配

61. 条文草案第 11 条——“案件的分配”内容如下：

备选案文 1（第 1 款）

1. [法庭庭长][由法庭庭长和有代表性数目的法庭成员组成的委员会]应向一审和上诉一级分庭指派具体成员，并将争端分配给法庭的各分庭。

变式 1：

[根据缔约方委员会通过的关于向法庭各分庭指派法庭成员的程序规则。程序规则可列出关于庭长在作出指派时应当考虑的相关标准的准则。]

变式 2：

[ 向法庭各分庭指派成员和向成员分配争端应遵守缔约方委员会通过的程序规则。庭长在向法庭各分庭指派法庭成员时，除考虑缔约方委员会通过的程序规则所规定的准则外，还应考虑性别和区域多样性以及相关法律制度专门知识的多样性、语言要求、[国籍限制]和主题领域等标准。]

备选案文 2（第 1 款）

1. 争端应随机分配给法庭各分庭。[向法庭各分庭指派成员和]向成员分配争端应遵守缔约方委员会通过的程序规则。如果不同分庭收到的两个或两个以上案件的初步或主要问题类似，法庭庭长可决定将两个或多个案件分配给同一分庭。

2. [某一成员是争端当事国的国民，或者本国国民是争端当事方的国家的国民的，不得被指派处理该特定争端。]

62. 备选案文 1 反映了一种常见办法，即将法庭成员分配到常设小组或部门的任务通常由法庭庭长承担。变式 1 将细节问题留待法庭适用的规则和条例作出规定，而变式 2 也载有预先确定的标准为庭长提供指导。工作组似宜考虑将案件分配给各分庭的工作应由法庭庭长负责，还是由法庭庭长和一些法庭成员组成的委员会负责。该分配委员会成员的任命应可代表法庭的组成情况，并应以轮换原则为基础。

63. 备选案文 2 规定了随机任命机制，将监督问题留给法庭的规则和条例处理。该备选案文还规定，庭长可将案件从一个分庭移交另一个分庭，以便提供灵活性，并确保法庭对涉及相同东道国措施的几个非合并案件或对若干争端涉及的不同初步问题作出裁决时的一致性。<sup>45</sup>工作组似宜考虑是否应当规定其他保障措施以防止滥用。

64. 工作组还似宜审议是事先确定分庭并指派成员在固定期限內任职于分庭，还是在案件提交后临时组建分庭，其组成将各不相同。<sup>46</sup>

<sup>45</sup> 见伊朗—美国索赔法庭。

<sup>46</sup> 《国际争端解决中心补充报告》，第 185 段。

65. 此外，工作组似宜考虑是否应增加这样的规定，即在某些情况下，可以将争端移交给组成更广泛的另一个分庭（“大分庭”），甚至移交给整个仲裁机构作出最后裁定，正如某些法院和法庭（国内和国际）所规定的那样。<sup>47</sup>

### 三. 与常设多边机制有关的其他事项

66. 除关于投资争端法庭成员的甄选和任命的条文草案外，工作组不妨审议与常设多边机构的设立和运作有关的下列政策问题。这些问题可有助于为上述条文草案提供具体背景，并为工作组进一步审议这一改革奠定基础(A/CN.9/1050, 第 55 段)。

67. 下文的建议以工作组发表的评论意见为基础，即经过改革的制度仍应当具有灵活性，以便考虑到国家间和投资人与国家之间的争端解决，以及涉及受投资影响的当地社区的可能争端和中小企业投资 (A/CN.9/1050, 第 22 段)。

#### A. 设立方式

68. 关于多边投资法庭的设立，工作组似宜审议一些一般性问题，包括法庭是在联合国等现有国际组织的主持下设立，还是作为一个单独的、独立的国际组织设立。<sup>48</sup> 作为一个国际组织，常设多边机构将享有国际法和国内法规定的法律人格，这将使它能够缔结条约，如确立必要特权与豁免的所在地协定。<sup>49</sup>

69. 关于治理结构，工作组似宜考虑可在设立法庭的协定中设立哪些机关。

70. 除缔约方委员会外，工作组似宜注意到，通常将设立一个常设行政秘书处（或书记官长），或者作为一个单独和独立的秘书处，或者作为现有机构的一部分，在后一种情况下，可使用此类现有机构的服务。其任务包括管理未决案件、翻译事务和其他支助事务。

71. 此外，工作组似宜考虑是否也将常设多边机制作为国际投资法咨询中心的所在地。<sup>50</sup> 这种设施可以提供能力建设，并作为一个论坛，向成员国分享经验和提供技术援助，以期建设处理投资争端案件的内部能力。

<sup>47</sup> 例如，《伊朗—美国索赔法庭程序规则》规定，除其他外，“在分庭待决案件提出重要问题时”和“在解决问题可能导致法庭的裁定或裁决不一致时”，分庭可以“将管辖权交给”整个法庭（伊朗—美国索赔法庭庭长令，第 6 段）；同样，在欧洲人权法院，如果案件引起了影响《公约》解释的严重问题，或者如果有可能与法院以前的判决不一致，被分配案件的分庭可以在作出判决之前将案件“交给”大分庭（《欧洲人权公约》，第三十条）。见《国际争端解决中心补充报告》，第 200-204 段。

<sup>48</sup> 见《从双边仲裁庭和投资法院到多边投资法院，关于投资人与国家间争端解决制度化的选择》，Marc Bungenberg 和 August Reinisch 著，第二版（2020 年），可查阅：<https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-662-59732-3>，第 175-182 页。

<sup>49</sup> 也可在设立该组织的条约中就法律人格作出明确规定，例如见《国际刑事法院罗马规约》第四条。

<sup>50</sup> 关于咨询中心这一改革要素的更多信息，见贸易法委员会网页：<https://uncitral.un.org/en/multilateraladvisorycentre>。

## B. 程序问题

72. 工作组似宜审议与常设多边机构的程序框架有关的问题。

73. 虽然可以在设立法庭的协定中规定一般程序规则，但工作组似宜考虑是否应在次级法中界定详细的程序，次级法可由缔约方委员会并在必要时由法庭本身制定和更新（见条文草案第 3 条）。<sup>51</sup>在次级法中界定程序将有助于以后修改和更新程序规则。例如，为国际法院、<sup>52</sup>海洋法法庭<sup>53</sup>和欧洲人权法院制定了载有详细程序的次级法。<sup>54</sup>

74. 工作组似宜考虑将下列改革办法纳入常设多边机制的程序框架，目前正在作为程序规则改革对这些改革办法进行讨论：处理无意义索赔的手段；多重程序；反射性损失；反诉；费用担保；对第三方出资的监管。还建议就适用《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》作出规定，并就第三方参与的可能性作出规定，例如受争端影响社区的代表参与程序。<sup>55</sup>

## C. 适用法律和条约解释

75. 工作组似宜审议与法庭适用的法律有关的问题。许多投资条约载有关于适用法律的条款。这些条款一般提及条约本身和国际法。不过，设立法庭的协定可以规定在基础条约、投资法或合同中没有作出法律选择情况下的适用法律的规则。<sup>56</sup>

76. 为了形成更一致的解释投资条约的做法，多边投资法庭可提供条约解释工具，特别是联合解释声明，这种声明可对法庭具有约束力。<sup>57</sup>似宜注意，工作组将条约解释作为一个单独的改革办法进行讨论。<sup>58</sup>

77. 工作组似宜考虑，是否应效仿世贸组织《关于解决争端的谅解》第 3.2 条，明确规定法庭成员根据国际公法习惯解释规则进行解释。

78. 工作组似宜考虑是否应添加一个条文（可能在条文草案第 11 条下），以便在遇到下述问题时，法庭能够以更广泛或全面的组成作出决定：系统性相关问题，即其解决可能对整个投资条约制度产生影响的问题；从未处理过的新的法律问题；不同分庭的判例法中的解释存在分歧；或意图偏离一系列被广泛接受的案件。<sup>59</sup>

<sup>51</sup> 例如，见伊朗—美国索赔法庭《解决索赔问题的声明》第三条第(2)款提及《贸易法委员会仲裁规则》和由法庭或当事方修改的选择。

<sup>52</sup> 见《国际法院规约》第三十条和 1978 年 4 月 14 日通过的《法院规则》(1978 年)，可查阅：<https://www.icj-cij.org/en/rules>。

<sup>53</sup> 见《国际海洋法法庭规约》第十六条、《联合国海洋法公约》附件六和《法庭规则》(ITLOS/8)，可查阅：[www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/ITLOS\\_8\\_25.03.21.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/ITLOS_8_25.03.21.pdf)。

<sup>54</sup> 见 2021 年 6 月 2 日《欧洲公约和法院规则》第五条，可查阅：<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=>。

<sup>55</sup> 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 7 页。

<sup>56</sup> 例如，见《解决投资争端公约》第四十二条：“仲裁庭应依照双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。如无此种协议，仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律（包括其冲突法规则）以及可能适用的国际法规则。”

<sup>57</sup> 见 A/CN.9/WG.III/WP.191 号文件。

<sup>58</sup> 见贸易法委员会网页，网址：<https://uncitral.un.org/en/treatyparties>。

<sup>59</sup> 见《国际争端解决中心补充报告》，第 203 段。