



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（续会）
2020年1月20日至24日，维也纳

投资人与国家间争端解决制度的可能改革

上诉机制和多边法院机制

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 上诉机制和多边法院机制.....	2
A. 上诉机制.....	2
1. 意见书中的建议.....	3
2. 需要审议的问题.....	3
3. 建立上诉机制的备选方案.....	8
B. 常设多边投资法院.....	11
1. 意见书中的建议和问题.....	11
2. 需要审议的问题.....	13
3. 与其他改革方案挂钩.....	15



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开展了关于投资争端解决制度的可能改革的工作。¹在这些会议上，工作组确定并讨论了与投资争端有关的关切事项，认为根据确定的关切事项进行改革是可取的。
2. 在第三十八届会议上，工作组商定了一个项目时间表（[A/CN.9/1004](#)，第 16 至 27 和 104 段）。²
3. 关于本届会议，工作组商定将审议以下议题：(一)独立的复审或上诉机制；(二)常设多边投资法院；(三)仲裁员和审裁员的甄选和任命（[A/CN.9/1004](#)，第 25 和 27 段）。
4. 因此，本说明旨在概述与上诉机制和常设多边投资法院有关的关键问题。[A/CN.9/WG.III/WP.169](#) 号文件所载关于投资争端法庭成员甄选和任命的改革方案应与本说明一并审议。
5. 编写本说明时参考了大量已发表的关于本专题的信息，³本说明不寻求就可能的改革方案发表意见，这是由工作组考虑的事项。

二. 上诉机制和多边法院机制

A. 上诉机制

6. 在为工作组任务授权第三阶段的审议工作做准备期间，各国政府提交了各种建议，其中载有关于建立上诉机制的建议（“意见书”）。⁴现将建立此类机制需要考虑的主要问题以及这一改革方案可能采取的形式概述如下。

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。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](#) 及其增编、[A/CN.9/935](#)、[A/CN.9/964](#) 和 [A/CN.9/970](#)。

² 第三十八届会议的审议情况和决定载于 [A/CN.9/1004](#)；[A/CN.9/WG.III/WP.166](#) 提供了改革方案概述。

³ 此类信息包括：日内瓦国际争端解决中心研究论文（称作“日内瓦国际争端解决中心报告”），题为“《毛里求斯公约》可否成为引入常设投资法庭或上诉机制方面的投资人与国家间仲裁改革的模式？分析和路线图”，Gabrielle Kaufmann-Kohler 和 Michele Potestà 著，可查阅：https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf；经合组织国际投资工作文件第 2012/3 号，经合组织投资司，2012 年，“投资人与国家间争端解决：面向投资政策界的概略文件”，D. Gaukrodger et al 等人著；政策选择文件，E15 倡议，国际贸易与可持续发展中心和世界经济论坛，2016 年，“不断变化的国际投资法律和政策制度：下一步行动”，K.Sauvant 著；“重塑投资人与国家间争端解决制度，二十一世纪的前进道路”，Jean E. Kalicki 和 Anna Joubin-Bret 编辑，Nijhoff 国际投资法丛书，第 4 卷；“国际投资争端中的上诉机制”，Karl Sauvant 编辑，牛津大学出版社；“投资争端裁决的上诉机制，与《纽约公约》和关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》的相互关系，规划投资争端改革前进道路会议”，Albert Jan van den Berg；“从双边仲裁法庭和投资法院到多边投资法院，投资人与国家间争端解决制度化的选项”，以及“独立的上诉机制：多边投资上诉机制”，Marc Bungenberg 和 August Reinisch 著，《欧洲国际经济法年鉴》；另见学术论坛发布的参考文献，载于：https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/investor-state_dispute 和 www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/，“Additional resources”栏下。

⁴ [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)，欧洲联盟及其成员国提交的意见书（上诉机构）；[A/CN.9/WG.III/WP.161](#)，摩洛哥政府提交的意见书（裁决的事先审查和常设上诉机制）；[A/CN.9/WG.III/WP.163](#)，智利、以色列和日本政府提交的意见书（特定条约的上诉复审机制）；[A/CN.9/WG.III/WP.175](#)，厄

1. 意见书中的建议

7. 建议建立上诉机制的一些意见书强调，其主要职能是解决工作组任务授权的前两个阶段确定的关切事项。尤其指出，该改革方案的目的是确保裁定在程序和实质方面的正确性，并纠正投资争端法庭所作裁定的错误。⁵在这方面，一份意见书指出，上诉机制使得有可能对投资争端法庭所作裁定进行复审并予以纠正，从而为当事方提供有连贯性并且公平的裁定。⁶意见书又指出，鉴于投资争端案件数量增加，上诉机制将有助于提高投资争端裁定的一致性、连贯性和可预测性。目标是随着时间推移，争端解决过程更加责任分明，并发展一套具有法律权威的一般原则和解释，以提高投资制度的连贯性和可预测性。⁷

8. 一份意见书还提到建立上诉机制以增加投资争端解决制度的合法性，并对推动投资人与国家间争端解决的法治化进程具有重要作用。⁸这将使投资争端解决制度与仲裁机制更加一致，后者通常提供对一审裁定进行司法复审的条件，以控制司法错误并确保仲裁的一致性和连贯性。

9. 意见书还重点介绍了上诉机制对程序费用和持续时间的影响。⁹在设计上诉机制时，需要考虑到这一方面，并考虑到上诉在多大程度上构成对一审程序本身的重复。

2. 需要审议的问题

(a) 上诉的性质和范围

10. 上诉理由和复审标准问题是建立上诉机制的核心问题。

(一) 复审的范围

11. 需要审议的一个问题是，(一)法律解释或法律适用错误是否应作为上诉的理由，如果是的话，对涉及法律的错误的复审是否应局限于某些法律问题；(二)涉及事实认定的错误是否也可以作为上诉的理由。

12. 工作组似宜注意，如果只能就法律问题提出上诉，上诉程序将相对简化而快捷，案件管理将容易些。¹⁰事实上，对法律和事实问题的复审将耗时更多，因为这需要

瓜多尔政府提交的意见书（常设复审和上诉机制）；[A/CN.9/WG.III/WP.177](#)，中国政府提交的意见书（独立上诉机制）；下列文件也讨论了该改革方案：[A/CN.9/WG.III/WP.176](#)，南非政府提交的意见书，以及[A/CN.9/WG.III/WP.180](#)，巴林政府提交的意见书。

⁵ [A/CN.9/WG.III/WP.161](#)，摩洛哥政府提交的意见书；[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。

⁶ 见 [A/CN.9/WG.III/WP.175](#)，厄瓜多尔政府提交的意见书。

⁷ [A/CN.9/WG.III/WP.161](#)，摩洛哥政府提交的意见书；[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。

⁸ [A/CN.9/WG.III/WP.177](#)，中国政府提交的意见书。

⁹ 见 [A/CN.9/WG.III/WP.175](#)，厄瓜多尔政府提交的意见书；另见 [A/CN.9/WG.III/WP.180](#)，巴林政府提交的意见书，其中就这一改革方案发表了评论意见。

¹⁰ 见 [A/CN.9/WG.III/WP.175](#)，厄瓜多尔政府提交的意见书，其中建议上诉应限于法律适用方面的错误。

当事方再次陈述案情。然而，有时可能很难区分法律和事实问题，因为两者可能紧密交织在一起。

13. 举例来说，在世界贸易组织上诉机构上诉仅限于“专家组报告所涉及的法律问题以及专家组作出的法律解释。”¹¹同样，在南方共同市场制度下，只能就法律问题提出上诉。¹²在欧洲联盟法院上诉仅限于“法律要点”。¹³

14. 相比之下，最近缔结的包含上诉机制的投资条约则规定，上诉的理由扩展至事实问题（包括对相关国内法的理解）和《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》第五十二条第一款第(-)至(v)项所载的理由。¹⁴

15. 投资争端解决中心的裁决不接受上诉，但可以有限理由废止。¹⁵在这方面，2004年曾提出建立投资争端解决中心上诉机制的建议（“称作2004年投资争端解决中心上诉机制建议”），该建议允许基于法律错误、事实错误和《解决投资争端公约》第五十二条所列五条废止理由之任何一条对一项裁决提出质疑。¹⁶

16. 在刑法领域的各种国际法院和法庭，可以法律和（或）事实错误为理由对裁定提出上诉。¹⁷在国际刑事法院和塞拉利昂问题特别法庭，还可以程序错误为理由提出上诉。¹⁸体育仲裁法院的上诉小组拥有“对事实和法律进行复审的充分权力”。¹⁹

17. 在另一些国际机构，如国际法院、国际海洋法法庭和几个区域法院，判决是不能上诉的，但在发现新事实时可作修订。²⁰修订不同于上诉，不仅因为可据以寻求此类复审的理由更加有限，而且因为修订由作出最初裁定的同一机构进行。相比而言，上诉通常假定上诉职能由不同的机构履行，该机构通常不包括参与一审的任何审判员。

18. 在国内一级，两种主要法律体系有所区别。在大陆法系国家，上诉往往是重新审查事实和法律问题。在英美法系国家，上诉通常仅限于重新审查法律问题，对一审作出的事实认定予以高度尊重。在两个法律体系中，向最高法院求助通常仅限于法律问题和陈述理由时的明显错误。

¹¹ 《世贸组织协定》附件2《关于解决争端规则与程序的谅解》第17条第(6)款。

¹² 《南方共同市场争端解决奥利弗斯议定书》第17条第(2)款。

¹³ 《欧洲联盟法院规约》第58条。

¹⁴ 例如，见《欧洲联盟—新加坡投资保护协定》（2018年10月19日签署）第3.19条；《欧洲联盟—越南投资保护协定》（2019年6月30日签署）第3.54条；《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）第8.28条。

¹⁵ 《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》第五十二条第一款。

¹⁶ 《关于可能改进投资争端解决中心框架的讨论文件》，投资争端解决中心秘书处编写（2004年10月22日），“附件——投资争端解决中心上诉机制可能的特点”，第7段。

¹⁷ 《国际刑事法院罗马规约》第81条第(1)款；《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第25条第(1)款；《黎巴嫩问题特别法庭规约》第26条第(1)款；《塞拉利昂问题特别法庭规约》第20条。

¹⁸ 《罗马规约》第81条第(1)款和《塞拉利昂问题特别法庭规约》第20条。

¹⁹ 《体育仲裁法院程序规则》第57条。

²⁰ 《国际法院规约》第59至61条；《国际海洋法法庭规则》第127条；《欧洲人权法院规则》第80条；《非洲司法和人权法院规约议定书》第48条第(1)款；《建立卡塔赫纳协定法院条约》第26条。

(二) 复审标准

19. 需要审议的一个问题是，上诉机制应当允许重新审查问题，还是应当在某种程度上尊重一审裁判员的调查结论。依上诉理由而定，将上诉限于法律/事实评估的“明确”、“严重”或明显”错误，这类构想将限制复审的范围，并界定一级和二级机构之间的“权力平衡”。一项意见书建议，除法律错误外，上诉机制还应负责对事实理解方面的明显错误进行复审，但上诉机制不应对事实进行重新审查（见下文，第 53 段）。²¹

20. 举例来说，国际上诉机制中复审法律问题的标准很少受到限制。²²然而，值得注意的是，在 2004 年投资争端解决中心上诉机制建议中，建议将法律复审限制为“明显的法律错误”，²³而刑法领域的上诉机制经常将对法律问题的复审限制在那些“使裁定无效”的问题上。²⁴

21. 复审事实问题的标准通常限于，例如，最近几个投资条约所称的“明显错误”，²⁵或“严重的事实错误”，对这一理由须作“狭义界定，以维护对仲裁庭事实调查结论的适当尊重”，如 2004 年投资争端解决中心上诉机制建议所建议的那样。²⁶几个国际刑事法院的上诉机制对事实问题的复审限于“导致审判不公”的事实错误。²⁷

(三) 可上诉的裁定

22. 工作组似宜审议上诉的范围，例如是否应仅限于投资争端法庭就案情作出的一审裁定，还是也适用于其他裁定，如关于质疑和临时措施的裁定。

23. 为避免建立繁琐和重复的制度，并最大限度地利用上诉，工作组似宜考虑是否可以让上诉机制负责复审不同机构作出的裁决和裁定，即仲裁庭、任何常设多边投资法院、区域投资法院和国际商事法院作出的裁决和裁定。此外，还可考虑在索赔人的权利受到侵犯的情况下（例如，习惯国际法公认的拒绝司法），可将国内法院作出的裁定提交上诉机制（见下文，第 48 段）。

²¹ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，欧洲联盟及其成员国提交的意见书。

²² 例如，见《世贸组织协定》附件 2《关于解决争端规则与程序的谅解》第 17 条第(6)款；《南方共同市场争端解决奥弗斯议定书》第 17 条第(2)款；《欧洲联盟法院规约》第 58 条。

²³ 《关于可能改进投资争端解决中心框架的讨论文件》，投资争端解决中心秘书处编写（2004 年 10 月 22 日），“附件——投资争端解决中心上诉机制可能的特点”，第 7 段。

²⁴ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 20 条；《黎巴嫩问题特别法庭规约》第 26 条第(1)款(a)项。

²⁵ 《欧洲联盟—新加坡投资保护协定》（2018 年 10 月 19 日签署）第 3.19 条；《欧洲联盟—越南投资保护协定》（2019 年 6 月 30 日签署）第 3.54 条；《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）第 8.28 条。

²⁶ 《关于可能改进投资争端解决中心框架的讨论文件》，投资争端解决中心秘书处编写（2004 年 10 月 22 日），“附件——投资争端解决中心上诉机制可能的特点”，第 7 段。

²⁷ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 20 条；《黎巴嫩问题特别法庭规约》第 26 条第(1)款(b)项。

(b) 上诉的效力**(一) 一级和二级机构之间的关系**

24. 围绕一审和上诉机制之间关系的问题需要认真考虑。这些问题包括，是否或在多大程度上向二级机构提供将一审裁定发回重审并作出指示的能力，或二级机构是否能够确认、推翻、修改相关裁定，并就一件事作出终局裁定而不是发回一审法院。可根据各种因素考虑将案件发回原审法庭重审的可能性，这些因素包括程序总体持续时间，其裁定可以上诉的投资争端法庭的性质（专案还是常设）。

25. 另一个问题是，上诉机制是否不仅提供修订一审裁定的能力，而且提供废止一审裁定的能力，以避免相关程序太复杂。

26. 工作组似宜审议，上诉是否应暂时中止一审裁定的有效性，以及上诉是否还应排除在国内法院对一审裁定提出上诉的可能性，例如在承认和执行过程中。

27. 举例来说，世贸组织上诉机构可以“维持、修改或推翻专家组的法律调查结果和结论”，但无权发回重审。世贸组织上诉机构的报告在争端解决机构通过后对争端当事方具有约束力。²⁸根据南方共同市场的制度，常设上诉机制可以确认、修改或撤销专案法庭的裁定。其裁定具有约束力，效力高于专案法庭的裁定。²⁹

28. 另一方面，欧洲联盟法院可以撤销被提出上诉的裁定并作出终审判决，或者——“在诉讼状况允许的情况下”——将有关事项发回普通法院。³⁰

29. 将上诉理由扩展至事实问题的若干上诉机制提供了将有关事项发回原审法庭重审的可能性。根据最近缔结的一项投资条约，上诉法庭可以修改或推翻法律调查结果，并应将有关事项发回原审法庭，由后者根据上诉法庭具有约束力的调查结果和结论作出修订后的裁决。³¹另一项投资条约则规定，只有在上诉法庭认定的事实不允许上诉法庭作出终局裁定的情况下，上诉法庭才应将有关事项发回一审法院。³²

30. 在2004年投资争端解决中心上诉机制建议中，建议如果上诉法庭废止一项裁决，或者如果修改或推翻裁决的决定将导致裁决不能“解决争端”，上诉法庭可以命令将案件退回原审仲裁庭。³³

31. 国际刑事法院和塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭可以针对事实错误要求提供证据，以确定问题，也可以将该问题发回原审分庭，由其确定问题并提出报告。³⁴体育仲裁法院可以“发布一项新的裁定以取代被质疑的裁定，或者废止该裁定并将案件发回原审机构”。³⁵

²⁸ 见《世贸组织协定》附件2《关于解决争端规则与程序的谅解》第17条第(13)款；争端解决委员会可以协商一致方式决定不通过上诉机构报告（《世贸组织协定》附件2《关于解决争端规则与程序的谅解》第17条第(14)款）。

²⁹ 《南方共同市场争端解决奥利弗斯议定书》第22条。

³⁰ 《欧洲联盟法院规约》第61条。

³¹ 《欧洲联盟—新加坡投资保护协定》（2018年10月19日签署）第3.19条。

³² 《欧洲联盟—越南投资保护协定》（2019年6月30日签署）第3.54条。

³³ 《关于可能改进投资争端解决中心框架的讨论文件》，投资争端解决中心秘书处编写（2004年10月22日），“附件——投资争端解决中心上诉机制可能的特点”。

³⁴ 《国际刑事法院罗马规约》第83条第(2)款和《塞拉利昂问题特别法庭规约》第21条。

³⁵ 见《体育仲裁法院程序规则》第57条。

(二) 对争端当事方和投资条约缔约方的效力

32. 需要考虑的一个问题是，上诉裁定只对争端当事方（以及在发回重审的情况下对一审法院）有约束力，还是应当具有更广泛的效力，尤其是上诉机制采取负责审议投资条约下产生的相同或类似问题的常设机构的形式时。

33. 关于引起争端的投资条约的缔约方，需要考虑的一个问题是，缔约方是否有机会就条约解释发表意见，或是否有权通过联合声明或联合解释而拒绝上诉小组的裁定。另一个问题涉及上诉小组需要在多大程度上尊重适用投资条约缔约方的联合解释。

(c) 投资争端上诉机构或小组的组成

34. 需要考虑上诉机构或小组成员的甄选和任命方法。这个问题与上诉机制的形式密切相关：对这些问题的考虑有所不同，取决于下列因素：上诉机制是否仿效当前的仲裁模式，仲裁模式是当事方甄选和任命仲裁员；是否建立名册制度；或者是否由常任仲裁员组成上诉机制的各分庭。工作组似宜审议 [A/CN.9/WG.III/WP.169](#) 号文件在这方面提出的问题。

35. 工作组似宜注意，根据内部上诉作出规定的商事仲裁机构规则，任命上诉一级仲裁员的权利通常要么完全与当事方无缘而掌握在机构手中，³⁶要么通过名单程序而受到限制。³⁷

(d) 适用的程序法

36. 确定适用于上诉程序的法律将取决于建立上诉机制的方式。有以下选项：适用一级法庭适用的法律，上诉地点与一审地点不同时适用不同的法律，或者上诉机制完全去国家化，只受国际法约束。³⁸

(e) 执行

《关于承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》（1958年）（《纽约公约》）

37. 上诉小组作出的裁定可否根据《纽约公约》执行的问题在很大程度上取决于上诉机制是如何建立的（见下文，第39-48段）。如果上诉机制是为复审仲裁裁决而建立的二级机制，该机制大概不会改变整个过程的性质，因为已有此类仲裁制度的先

³⁶ 例如，见欧洲仲裁法院，《欧洲仲裁法院仲裁规则》第28条第(5)款（“法院将任命由三名仲裁员组成的上诉仲裁庭的所有成员，当事方完全不参与此项任命工作[……]”）。

³⁷ 见美国仲裁协会（2013年），《任择性仲裁上诉规则》；司法仲裁和调解服务公司（2003年），《任择性仲裁上诉程序》；冲突预防与解决国际研究所（2015年），《仲裁上诉程序》。

³⁸ 见日内瓦国际争端解决中心报告，第193至195段。

例，不管是根据机构仲裁规则³⁹还是根据国内法，⁴⁰这些仲裁制度就仲裁裁决的内部上诉复审作出了规定。如果上诉小组是不具备仲裁资格的机制的一部分，则《纽约公约》将不适用。人们普遍认为，一份文件是否构成一项裁决的问题应根据适用于该裁决的仲裁法来确定，该仲裁法几乎总是仲裁地的仲裁法。如果上诉机制受条约条款管辖，则作此确定时需要同时考虑《纽约公约》和条约对“仲裁裁决”一语的解释。

《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》

38. 工作组似宜考虑《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》背景下上诉机制的运作方式。《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》第五十三条规定，对投资争端解决中心的裁决“不得进行任何上诉或采取任何其他除本公约规定外的补救办法”。鉴于《公约》修正案难以实施，因为根据第六十六条，这需要所有现有缔约方接受，因此，有待探索的可能途径是建立上诉机制的国家相互之间修改《解决投资争端公约》。这将按照《维也纳条约法公约》（《维也纳公约》）第四十一条的程序实施，根据该程序，缔约方可“仅在彼此间”修改条约。⁴¹无论如何，建立上诉机制都需要与投资争端解决中心密切协调。

3. 建立上诉机制的备选方案

39. 有几种建立上诉机制的备选方案可供考虑，具体如下。

(a) 供条约缔约方、争端当事方或机构适用的示范上诉机制

40. 建立的上诉机制可以作为一种示范，(一)供缔约方纳入投资条约，(二)供争端当事方临时使用，或(三)作为处理投资争端案件的机构的规则下的一个选项。建立示范上诉机制将确保投资争端案件中可用的上诉程序在使用者未作改变的情况下得到协调统一。然而，上诉机制将以分散的方式运作。虽然这种机制旨在确保裁定的正确性，但其对一致性和可预测性的影响将非常有限。

(一) 条约具体规定的上诉机制

41. 有一份意见书提到条约具体规定的上诉机制。⁴²

³⁹ 见新西兰仲裁员和调解员协会（2009年），《仲裁上诉规则》（2009年）；美国仲裁协会（2013年），《任择性仲裁上诉规则》；司法仲裁和调解服务公司（2003年），《任择性仲裁上诉程序》；冲突预防与解决国际研究所（2015年），《仲裁上诉程序》；欧洲仲裁法院（2015年），《仲裁规则》，第28条；在商品部门，见谷物与饲料同业协会（2014年），《仲裁规则》第125号，第10至15条（赋予当事人在谷物与饲料同业协会作出裁决30天内向内部的“上诉委员会”提出上诉的权利）。

⁴⁰ 例如，见贸易法委员会秘书处关于2006年修正的1985年《国际商事仲裁示范法》的解释性说明，第35页，第45段（其中指出，就《示范法》第34条而言，“当事人约定可以向二审仲裁庭上诉的（某些商品贸易中的常见做法），也不排除当事人提出这种上诉。”）。另见《荷兰仲裁法》（1986年，经2015年修正），第1061(a)至1061(l)条（为仲裁上诉提供一套选择加入的规则）。

⁴¹ 另见日内瓦国际争端解决中心报告，第237至245段。

⁴² A/CN.9/WG.III/WP.163，智利、以色列和日本政府提交的意见书。

42. 关于投资争端上诉机制的建议在投资条约中体现为程式化措辞，一些投资条约规定了未来在多边⁴³或双边⁴⁴基础上建立上诉机制的可能性。某些条约既提到未来建立上诉机制的多边协议，也提到就双边上诉制度进行谈判，⁴⁵一些条约提到未来建立上诉机制的多边协议，⁴⁶另一些提到就双边上诉制度进行谈判。⁴⁷最近的条约包括针对法庭所作裁定的双边上诉机制，以此作为常设机制的一部分。⁴⁸

(二) 专案上诉机制

43. 也可以完全在专案基础上建立上诉机制，每个案件中由当事方组建上诉小组，采用目前基于国际仲裁的投资争端解决框架中组建一审仲裁庭的相同模式。可针对特定争端，以与设立一级专案仲裁庭类似的方式组建此类仲裁机构。

(三) 机构上诉机制

44. 可以建立一个上诉机制供处理投资争端案件的机构使用，前提是设立相关机构的文书允许使用这种机制（见上文，第 38 段）。2004 年投资争端解决中心上诉机制建议提出了上诉机制的可能特征。该建议指出，投资争端解决中心框架下的单一上诉机制优于不同条约下的多个机制。建议设计的新机制应当可用于任何类别的投资仲裁（《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》和《规则》、《贸易法委员会仲裁规则》或其他规则下的投资仲裁）。⁴⁹

⁴³ 例如，见 2004 年《美国双边投资示范条约》第 28 条第(10)款（源于 2002 年美利坚合众国的贸易促进权立法），《美国法典》第 19 卷，第 3802(b)(3)(G)(iv)条，其中提到“上诉机构[……]为贸易协定中投资条约的解释提供连贯性。”和 2012 年《美国双边投资示范条约》，第 28 条和第 34 条，附件 D；另见《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》（《跨太平洋伙伴关系协定》），第 9.23(11)条，其中规定，如果今后建立上诉机制，《跨太平洋伙伴关系协定》下所作裁决将服从该机制。

⁴⁴ 例如，见 2004 年《美国双边投资示范条约》附件 D。

⁴⁵ 2003 年 6 月 6 日《新加坡—美国自由贸易协定》（2004 年 1 月 1 日），第 15.19(10)条；《智利—美国自由贸易协定》（2004 年 1 月 1 日），第 10.19(10)条，附件 10-H；《摩洛哥—美国自由贸易协定》（2006 年 1 月 1 日），第 10.19(10)条，附件 10-D；《乌拉圭—美国双边投资条约》（2006 年 10 月 31 日），第 28(10)条，附件 E；《秘鲁—美国自由贸易协定》（2009 年 2 月 1 日），第 10.20(10)条，附件 10-D；《阿曼—美国自由贸易协定》（2009 年 1 月 1 日），第 10.19(9)(b)条，附件 10-D；《巴拿马—美国自由贸易协定》（2012 年 10 月 31 日），第 10.20(10)条，附件 10-D；《哥伦比亚—美国自由贸易协定》（2012 年），第 10.20(10)条，附件 10-D；《澳大利亚—大韩民国自由贸易协定》（2014 年 12 月 12 日），第 11.20(13)条，附件 11-E；哥斯达黎加、多米尼加共和国、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜、萨尔瓦多和美国之间的《中美洲自由贸易协定》（2009 年 1 月 1 日），第 10.20(10)条，附件 10-F。

⁴⁶ 《巴拿马—秘鲁自由贸易协定》（2012 年 5 月 1 日），第 12.21(9)条；《哥斯达黎加—秘鲁自由贸易协定》（2013 年 6 月 1 日），第 12.21(9)条；《尼加拉瓜—台湾自由贸易协定》（2008 年 1 月 1 日），第 10.20(9)条；澳大利亚、文莱、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《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》（《跨太平洋伙伴关系协定》）（2018 年 12 月 30 日）第 9.23(11)条；另见《荷兰 2018 年投资示范协定》第 15 条。

⁴⁷ 《中国—澳大利亚自由贸易协定》（2015 年 12 月 20 日）。第 9.23 条规定：“本协议自生效之日起 3 年内，双方应启动谈判，以期建立上诉审查机制，审查在此上诉审查机制建立后依据本章第 9.22 条所作出的仲裁裁决。此上诉审查机制将审理有关法律问题的上诉。”；《加拿大—大韩民国自由贸易协定》（2015 年 1 月 1 日），附件 8-E。

⁴⁸ 例如，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），第 8 章，F 节；《欧洲联盟—越南投资保护协定》（2019 年 6 月 30 日签署），第 3 章，B 节；《欧洲联盟—新加坡投资保护协定》（2018 年 10 月 19 日签署）。

⁴⁹ 见投资争端解决中心秘书处（2004 年），《投资争端解决中心仲裁框架可能的改进》，讨论文件；讨论文件进一步指出，上诉小组可由 15 人组成，其成员的任期错开，时间为六年。每个成员来

(b) 常设多边上诉机构

45. 改革可以采取建立一个常设多边上诉机构的形式，该机构可以是现有仲裁制度的补充，也可以构成一个多边投资法院的二级机构。如上所述，某些投资条约已提到将在多边基础上建立一个上诉机构（见上文，第 42 段）。建议建立上诉机制的多数意见书都提到一个常设多边机构。⁵⁰一份意见书指出，比起双边投资协定，通过制定多边规则规范上诉机制是更有效率的做法。⁵¹工作组似宜审议关于常设上诉机构的结构和经费问题。这些问题类似于建立一个常设多边投资法院所涉及的问题，如下文第 58 和第 62-66 段所述。

(一) 作为一个独立的上诉机构，补充目前的仲裁制度

46. 可以建立一个多边上诉机构，作为对目前投资争端制度的补充，它将保留目前投资争端制度的大部分基本特征。

(二) 作为一个多边投资法院的二级机构

47. 还可以建立一个多边上诉机构，作为一个多边投资法院的二级机构，由任期制专业法官组成，并由常设秘书处提供支持。

48. 工作组似宜考虑可否设想由一个多边上诉机构负责复审各仲裁庭作出的一审裁定、多边投资法院作出的一审裁定以及区域投资法院、国际商事法院和拒绝司法情况下由国内法院作出的裁定（见上文，第 23 段）。

(c) 其他机制

49. 工作组似宜注意到，由于上诉的理由通常包括范围较窄的废止理由，因此，上诉的存在将使任何进一步的复审包括废止变得多余。⁵²保留废止这项救济事实上将创造一个三级争端解决制度，这与终局性和效率（包括成本效益）的目标背道而驰。

自不同的国家，必须具有公认权威的人，在法律、国际投资和投资条约方面拥有已得到证明的专门知识。规则可以规定，当事各方承诺在仲裁庭复审裁决之前不寻求强制执行裁决。

⁵⁰ [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.161](#)，摩洛哥政府提交的意见书；[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。

⁵¹ [A/CN.9/WG.III/WP.177](#)，中国政府提交的意见书。

⁵² 上诉一般侧重于遵守正当程序和裁定的实质正确性。相比之下，废止范围更狭窄，侧重于遵守正当程序，而不管适用法律或事实调查结果方面的错误。正常情况下，上诉的理由比通常的废止理由更宽泛（见日内瓦国际争端解决中心报告，第 107 和 115 段）。

50. 工作组还似宜考虑上诉机制的替代办法或补充办法，如审查投资争端法庭的裁定⁵³、初步裁定⁵⁴和事先协商机制。⁵⁵

B. 常设多边投资法院

1. 意见书中的建议和问题

51. 一份意见书中提出了建立一个常设初审和上诉投资法院的建议。⁵⁶这项建议依据的观点是，工作组确定的各种关切事项相互交织，具有系统性，以零敲碎打的方式处理具体关切事项将使一些关切事项得不到解决。⁵⁷

(a) 建议

(一) 两级审裁

52. 根据这份意见书，配有专职审裁员的常设机制应当有两级审裁。初审法庭将进行争端的庭审。按照仲裁庭现今的做法，初审法庭先进行事实调查，然后对事实适

⁵³ 一份意见书（见 A/CN.9/WG.III/WP.161，摩洛哥政府提交的意见书）中的建议是，建立一种事先审查仲裁裁决的程序，类似于国际商会国际仲裁法院采用的程序（见《当事人与仲裁庭参与国际商会仲裁规则下仲裁程序的指引》，2019年1月1日，第129段，可查阅：<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>）。国际商会法院确立的程序如下。所有裁决草案都须接受分三个步骤的审查过程。《国际商会仲裁规则》第34条规定，国际商会法院可对裁决草案的形式作出修改，也可在不影响仲裁庭裁定自由的情况下，提请其注意实质性问题。国际商会法院的意见既有形式方面的意见，也有实质性意见。国际商会法院查明仲裁庭推理存在不一致，指出其未能就某些裁定提供充分理由，或未能处理某些诉求，并就当事方未提出的问题或诉求作出了裁定，这些情况将导致仲裁庭修改裁决草案的实质内容。仲裁庭保留就任何实质性问题作出最终裁定的权利。仲裁庭可以向国际商会法院/秘书处解释，为什么没有采纳某项意见。当事各方不参与审查过程中法院和仲裁庭之间的交流；只有在国际商会法院批准、仲裁庭签字、国际商会秘书处通知之后，他们才能看到和收到最终形式的裁决。审查过程的保密性保障仲裁庭裁定过程不受干扰，维护了仲裁庭审议过程的保密性，并防止当事各方在裁决作出之前就知道其诉求的结果。仲裁涉及一个国家或一个国家实体的，或涉及一名或多名仲裁员持不同意见的事项的，裁决草案在国际商会法院月度全体会议（而不是在每周一次、由三名成员组成的委员会的会议上）接受审查，国际商会法院一名成员编拟一份报告，其中除秘书处的审查意见外，载有关于裁决草案的各种建议。在基于条约的案件中，裁决草案由国际商会法院的院长和（或）副院长以及国际商会法院拥有投资条约仲裁经验的成员进行审查。

⁵⁴ “初步裁定”可描述为这样一种程序，即一个法院请另一法院对未决程序中出现的特定问题作出裁决，通常目的是获得法律条文的解释。在另一法院作出裁决之前，寻求裁定的法院的程序通常会暂停，该裁定通常对请求裁定的法院具有约束力，该法院随后会将该裁定纳入其处理的争端的总体解决方案中。初步裁定程序在事前处理不一致问题，而非像上诉那样在事后纠正可能的缺陷。这是解决缺乏一致性问题的一种手段，因为初步裁定的实际影响将超出所涉单项条约。每当法庭面临重要的法律问题时，就需要暂停程序，并请求专门为此设立的一个常设机构作出裁定。这种制度的另一个好处是，它不违背《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》第五十三条，因为它不影响终局性原则。

⁵⁵ 例如，见2004年《美国双边投资示范条约》，其中规定了裁决成为终局裁决前争端当事方进行审查/发表意见的程序，具体如下：“在根据本节进行的任何仲裁中，应争端当事一方要求，仲裁庭在作出关于赔偿责任的裁定或裁决之前，应将拟议的裁定或裁决发送当事各方和非争端缔约方。在仲裁庭发送拟议的裁定或裁决之后60天内，争端当事各方可就拟议裁定或裁决的任何方面向仲裁庭提交书面意见。仲裁庭应考虑任何此类意见，并在不晚于60天发表意见期之后的45天内作出裁定或裁决。”

⁵⁶ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，欧洲联盟及其成员国提交的意见书。

⁵⁷ 同上。

用有关法律。初审法庭还将处理上诉法庭无法处理、因而发回重审的案件。初审法庭有自己的程序规则。

53. 上诉法庭将审理对初审法庭所作裁定的上诉（见上文，第 47 段）。意见书指出，上诉理由可以是法律错误（包括严重的程序缺陷）或对事实的理解的明显错误。上诉法庭不应就事实进行重新审查。应当纳入确保上诉可能性不被滥用的机制，例如，要求提供担保。⁵⁸

54. 应当确保程序高度透明。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。

(二) 审裁员

55. 意见书指出，审裁员将是全职的。审裁员不能有任何外部活动。审裁员人数应以常设机构工作量预测为基础。审裁员的薪金将与其他国际法院审裁员的薪金相当。将通过不可续任的长期任期并结合透明的任命程序来确保独立于政府。

56. 建议采用与其他国际法院类似的资格要求。应当利用各种机制确保地域和性别多样性。任命过程应当保证审裁员的独立性和公正性，审裁员必须遵守严格的操守要求。

(三) 执行

57. 意见书指出，设立多边投资法院的文书应建立自己的执行制度，该执行制度不允许在国内一级进行复审。意见书还指出，未来多边投资法院下的裁决也应当能够根据《纽约公约》执行，其依据是由“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）。

(四) 经费

58. 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，以使最不发达国家和发展中国家的负担低于发达国家。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。

(五) 对现有条约的适用

59. 意见书认为，常设机制将适用于现有和未来投资条约下的争端，将组合使用以下方式做到这一点：(一)加入建立常设机制的文书；(二)发出具体通知（“选择适用”），说明某项现有或未来条约将受常设机制管辖。

⁵⁸ 同上。

(b) 意见书中的评论意见和问题

60. 有些意见书记载有关于这项改革方案的评论意见和问题。其中提出的问题侧重于建立一个多边投资法院的系统影响和实际困难，⁵⁹包括这一改革方案是否与现有的投资争端解决制度相符(《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》、《纽约公约》和各项投资条约)，各国不得不按照其现有制度处理投资争端程序、同时根据新设立的常设机制进行程序的过渡期，⁶⁰与国内法院的相互关系，⁶¹有待确立的法院构成方面的保障措施。⁶²

61. 这些意见书还概要指出，建立多边投资法院的任何程序都应该是公平和中立的，并且法院应该有一套详细和透明的程序规则。还指出，法院在争端解决制度的保护和执行方面应当是中立的、有效的、法律上可预测的和连贯的。还必须确立公众获取信息的权利，以维持信心和独立性。⁶³

2. 需要审议的问题

(a) 结构和经费

62. 工作组似宜审议常设机制方案，该方案规定建立一种内含两个级别的制度，先是“一审”级别，此后由一个不同的机构基于有限的理由处理上诉或进行复审。如意见书中所强调，一种能够获得财政资源以便为新的多边安排提供资金并在国家之间分配费用的具体办法是一个值得认真关注的问题。⁶⁴

63. 在这方面，可以设想用来建立这种机制的两种方案：一种可能性是将该系统设计成对现行投资争端制度的补充制度。

64. 另一种可能性是建立一个独立于任何现有机制或机构的多边投资法院。这种情况下，可以设想一般由同意多边投资法院规约的各个国家负责法院的经费；⁶⁵也可以向系统的使用者(包括作为申请人的投资人)收取费用，以此作为系统的经费的一部分，这种做法有可能具有阻止无意义索赔的作用。⁶⁶

65. 关于系统的预算结构，确定了三大项目。第一个预算项目是仲裁员的报酬，这将取决于一些可变因素，如仲裁员人数、其雇用状况(全职、兼职、随叫随到)及薪金、特权和豁免(包括税收优惠和退休金)。第二个项目是书记官或秘书处经费。这笔预算也有差异，取决于工作人员数目及其雇用状况和薪资结构，以及所提供的

⁵⁹ A/CN.9/WG.III/WP.176, 南非政府提交的意见书; A/CN.9/WG.III/WP.179, 大韩民国政府提交的意见书; A/CN.9/WG.III/WP.180, 巴林政府提交的意见书。

⁶⁰ A/CN.9/WG.III/WP.179, 大韩民国政府提交的意见书。

⁶¹ A/CN.9/WG.III/WP.176, 南非政府提交的意见书。

⁶² A/CN.9/WG.III/WP.176, 南非政府提交的意见书; A/CN.9/WG.III/WP.180, 巴林政府提交的意见书。

⁶³ A/CN.9/WG.III/WP.176, 南非政府提交的意见书。

⁶⁴ A/CN.9/WG.III/WP.179, 大韩民国政府提交的意见书; A/CN.9/WG.III/WP.180, 巴林政府提交的意见书。

⁶⁵ 需要审议的问题包括如何在这些组成国之间实现预算的最佳分配，同时必须并非所有国家都会在初建阶段加入，而且各国订立投资条约的数目以及这些国家被提出索赔的数目都有所不同；需要考虑的一个因素是各国的经济发展水平对其缴款的影响。

⁶⁶ 见 A/CN.9/WG.III/WP.153 号文件第 66 至 75 段对国际法院预算和所涉费用的比较分析。

服务。第三个项目是运营设施，涵盖办公场所、维护费用、安保、信息和通信及其他。

66. 与结构和经费有关的另一个问题涉及多边投资法院设立区域办事处的可能性，以便其服务的获取更加便利。

(b) 组成、甄选和任命程序

67. 可以指出，在一个常设机制中，争端当事方无缘置喙组成各个小组的人员的任命，法庭将由任期制成员组成，这些成员将由多边投资法院规约的缔约方任命，任期为某个特定期限，将以“随机和不可预测的方式”向这些成员分配争端。⁶⁷ A/CN.9/WG.III/WP.169号文件述及这种模式下仲裁员的甄选和任命问题，涵盖甄选仲裁员加入多边投资法院（包括各国希望建立“充分代表性”还是“部分代表性”机构，如何确保多样性和均衡代表性等问题）以及向仲裁员分配案件。

(c) 管辖权问题

68. 需要考虑常设机制拥有仲裁权限的争端的确定问题，尤其是，常设机制对特定投资条约下产生的争端的管辖权是否将由该投资条约界定，因为各投资条约对此问题采取各种各样的做法。对投资条约进行的广泛调查表明，投资人与国家间争端法庭可能对以下争端拥有管辖权：(一)对与投资有关的“任何”或所有“争端”；(二)仅对据称违反条约本身的实质性条款的情形；⁶⁸(三)对多种来源的争端，如投资授权、投资协定或据称违反条约的情形；⁶⁹或(四)对与征收数额有关的争端。⁷⁰此外，工作组似可考虑，管辖权应当限于投资条约下的投资争端，还是应当包括所有形式的投资争端，而不管案件产生的依据如何（投资条约、合同或其他）。

(d) 执行

69. 多边投资法院的裁定的执行是确保这一系统的成效的关键。与这一事项有关需要初步审议的问题有以下几点：

(一) 多边投资法院规约是否应当包括具体的执行制度？关于多边投资法院的裁定在已同意其规约的国家境内的执行，有两种可能的选择：第一个选择是在规约中规定一种特殊执行制度，例如，要求缔约国承认多边投资法院的裁定具有约束力并如同其本国法院终局判决一样执行此种裁定所产生的义务；第二个选择是，规定多边投资法院的裁定可根据《纽约公约》予以执行，各国将通过提出该《公约》第五条规定的不予承认和不予执行的理由而对多边投资法院的裁定保持一定程度的控制；⁷¹

⁶⁷ 类似的机制可见于《加拿大—欧洲联盟全面经济和贸易协定》第 8.27.7 条；和《欧盟—越南自由贸易协定》第 13(9)条。

⁶⁸ 见《北美自由贸易协定》（《北美自贸协定》）；《能源宪章条约》。

⁶⁹ 基于美国 2004 年和 2012 年双边投资示范条约的投资条约。

⁷⁰ 某些第一代投资条约。

⁷¹ 见日内瓦国际争端解决中心报告，第 140 段。

(二) 如何在未加入多边投资法院规约的国家执行多边投资法院的裁定？尤其是国内法院在执行多边投资法院的裁定方面将起何作用？未加入规约的国家将不受其中所规定的任何执行制度的约束；目前，各国际法院的判决并无统一的执行制度，在大多数国家，此种判决的执行没有法定依据或司法机制；因此，多边投资法院的裁定的可执行性在很大程度上取决于其裁定是否属于《纽约公约》的范围；⁷²

(三) 如果多边投资法院没有具体的执行制度，必须怎样做才能使其裁定可根据《纽约公约》予以执行？⁷³

3. 与其他改革方案挂钩

70. 常设机制也可包括：(一)确保及早驳回无根据索赔的机制；(二)鼓励当事方通过调解解决争端的可能性；(三)顾及被申请人可能提出反请求的机制；(四)合并案件机制，以及管理国内程序与可通过国际程序获得的救济之间的关系，从而限制并行程序的情形；⁷⁴(五)关于争端当事方的法律费用的规则，因为此种费用在现行投资争端解决制度的总费用中占相当大比例；(六)关于第三方出资是否可接受的规则；(七)违反行为守则情况下的制裁。也可以委托常设机制处理关于投资条约的解释/适用的国家间争端，或者将其作为唯一的救济，或者将其作为国家间仲裁以外的替代选项。⁷⁵有些条约要求用尽当地救济，但国内法院拒绝司法，常设机制也可以提供对这种情况提出索赔的平台。

⁷² 见日内瓦国际争端解决中心报告，第 143 段。

⁷³ 日内瓦国际争端解决中心报告详细阐述了执行问题。该报告讨论的问题是，无论是按照《纽约公约》第一条第二款的“普通含义”，还是按照对“常设仲裁机构”这一术语的“演进性解释”（即考虑到 1958 年以来国际法和仲裁方面的发展变化），常设争端解决机构是否有资格作为《纽约公约》下的“常设仲裁机构”。（见日内瓦国际争端解决中心报告，第 138 至 164 段）。

⁷⁴ 见 A/CN.9/917，第 31 段。

⁷⁵ 见伊朗—美国理赔法庭（《索赔解决声明》，第二条第(1)款、第二条第(2)款和第二条第(3)款）；以及阿拉伯投资法院（见《统一协定》，第 25-36 条）。另见欧洲人权法院（第 33-34 条），它有权处理个人与国家间的申诉和国家与国家间争端。