



联合国国际贸易法委员会
第五十届会议
2017年7月3日至21日，维也纳

解决商事争议

投资人与国家间争端解决框架

国际政府间组织的评论意见

增编

目录

	页次
四. 国际政府间组织的评论意见	2
1. 经济合作与发展组织（经合组织）	2
2. 联合国贸易和发展会议（贸发会议）	8



四. 国际政府间组织的评论意见

本节转载秘书处从经济合作与发展组织（经合组织）和联合国贸易和发展会议（贸发会议）收到的评论意见，涉及投资人与国家间争议解决框架的有关活动。

1. 经济合作与发展组织（经合组织）

[原件：英文]

[日期：2017年6月8日]

目录表

- A. 引言
- B. 投资人与国家间争议解决方面的初步工作（2011-2012年）（圆桌会议15、16、17；公众协商）
 - 1. 投资仲裁方面政府政策、条约制定实践和经验的多样性
 - 2. 投资人与国家间争议解决方面的关键问题
- C. 关于投资人与国家间争议解决方面不一致性以及政府对解释的投入的后续工作，以及关于股东对反射损失索赔的后续工作（2012-2014年）（圆桌会议18、19、20、21）
- D. 当前关于投资条约的圆桌会议（2014年至今）（圆桌会议22、23、24、25、26）
 - 1. 投资人保护与政府监管权之间的平衡
 - 2. 投资条约的社会效益和成本
 - 3. 仲裁员、裁决人和指定机构
- E. 部分涉及投资条约的其他工作（负责任企业行为、国有企业、投资便利）
- F. 结论

A. 引言

1. 自2011年以来，一个由经合组织主办的汇集了全世界55个经济体的政府间圆桌会议定期对投资条约以及投资人与国家间争议解决进行分析和讨论。企业、公民社会和非政府组织以及专家的投入丰富了讨论，使之充满活力。圆桌会议还有益于来自包括巴西、欧洲联盟、印度、印度尼西亚和南非等多个国家政府关于投资条约政策和（或）新的示范条约的介绍。圆桌会议讨论概要和背景文件向公众发布。本文件简要概述这些圆桌会议讨论概要和背景分析。

2. 以下经济体应邀参加了圆桌会议：阿根廷、澳大利亚、奥地利、比利时、巴西、保加利亚、加拿大、智利、中华人民共和国、哥伦比亚、哥斯达黎加、捷克共和国、丹麦、埃及、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、冰岛、印度、印度尼西亚、爱尔兰、以色列、意大利、约旦、日本、约旦、韩国、拉脱维亚、立陶宛、

卢森堡、马来西亚、墨西哥、摩洛哥、荷兰、新西兰、挪威、巴拉圭、秘鲁、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、俄罗斯联邦、沙特阿拉伯、新加坡、斯洛伐克、斯洛文尼亚、南非、西班牙、瑞典、瑞士、泰国、突尼斯、土耳其、乌克兰、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国、欧洲联盟。与会情况一般根据所讨论的议题略有不同。包括贸发会议、投资争端解决中心、贸易法委员会和常设仲裁院在内的国际组织也参加了投资条约圆桌会议的工作。除投资条约圆桌会议的工作之外，各国政府还在经合组织定期、单独主办的“投资条约对话”中确定了投资条约的突出问题并主持了政府间讨论。例如，欧盟和加拿大于 2016 年筹办并主持了一次关于可能的多边投资法院的对话。

3. 本概要侧重于经合组织直接涉及投资条约以及投资人与国家间争议解决的工作，这些工作是圆桌会议的中心议题。在投资领域，经合组织的工作还涉及负责任企业行为、投资政策框架（通过广泛政策协助政府改善投资环境）、投资政策审查、投资统计数字以及其他许多领域。更广泛而言，经合组织投资条约和政策方面的工作是在与各国政府协作的更广阔领域展开的，涵盖投资人与国家间争议解决方面涉及的全部政策领域（例如，环境、卫生、能源、金融、预算、反贿赂、竞争和良好管理等方面的政策）。

B. 投资人与国家间争议解决方面的初步圆桌会议工作（2011-2012 年）（圆桌会议 15、16、17；公众协商）¹

4. 初步圆桌会议工作侧重于争议解决，集中讨论一份关于投资人与国家间争议解决的涉面广泛的展望文件。²目标是：(一)勾画投资人与国家间争议解决制度总体图景，包括各国政府感兴趣的近期发展动态和正在出现的问题；(二)建立关于此种制度下争议解决方面比较信息的积累；(三)广泛邀请各国政府参加关于投资条约的涉面广泛的政府间战略性讨论。本节首先就关于投资人与国家间争议解决方面政府政策、条约制定实践和经验多样性的一些调查结果作出概括。

1. 关于投资仲裁方面政府政策、条约制定实践和经验多样性的调查结果

- 法律渊源纷杂。投资法不同于国际经济法其他主要体系，它所覆盖的领域非同一般，既有国际法律渊源，也有国内法律渊源。投资法不是以集中且广泛适用的一套文书（例如，世贸组织的关键协定适用于世贸组织所有 164 个成员）为主要基点，而是包含在以下各个方面：(一)约 3,000 多个双边或多边投资条约，其规定基本相似，但绝非完全一样；(二)其他国际条约（主要是《解决投资争端国际中心公约》和《纽约公约》）；(三)各种仲裁规则，包括主要由政府（解决投资争端国际中心、贸易法委员会）制定的规则以及由商业组织（如国际商会、斯德哥尔摩商会）制定的规则；(四)习惯国际法；(五)许多国家的国内法。而所适用程序规则和实体法的多样性使得难以把握这一制度提出的问题。

¹ 见讨论概要：第 15 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zm>)、第 16 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zn>)、第 17 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zo>)、关于投资人与国家间争议解决的公众协商 (<http://oe.cd/1Zp>)。

² 见 Gaukrodger, D. 和 K. Gordon (2012), “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2012/03. <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>。

- 广泛承认对投资人与国家间争议解决与其他国际争议解决制度进行比较分析增进了知识。参加圆桌会议的政府审议了投资人与国家间争议解决如何同世贸组织以及欧洲人权法院制度下的争议解决办法加以比较的问题。尽管这些制度涉及类似并且偶有重叠的问题，但它们在许多方面都是不同的（例如，有权利利用此种制度当事人的类型、救济、裁决人的选择和地位、是否允许上诉以及时间安排）。
- 广泛承认需要对迅速变化的制度进行实证分析。圆桌会议政府支持政府根据使用的增加以及议会和社会中更大范围的政治辩论持续关注这一制度的评价。
- 双边投资条约对规范争议解决采取的做法不同。对双边投资条约投资人与国家间争议解决条款的大量统计调查³表明，尽管大多数条约载有关于投资人与国家间争议解决的条款，但其内容有显著差别。通过投资仲裁解决投资人与国家间争议已经成为一个共同特征，但抽样调查的 1,600 个条约估计载有 1,200 套关于投资人与国家间争议解决的不同规则。对于许多程序问题（如仲裁员的选择和管理）采取的做法也不同，另外还有语言上的微小差别。
- 双边投资条约对投资人与国家间争议解决的规范虽少，但在增加。对于投资人与国家间争议解决所涉及的重要执行问题，大多数投资条约要么不置一词，要么载有很少或只是零星的指导。其结果是，关于执行这一程序的关键决定基本上是在争议各方能够达成一致的情况下自行作出，或者由仲裁庭作出。条约准许所涉投资人选择在当地法院还是在投资人与国家间争议解决程序中提出申请，或者准许其在不同仲裁可能性之间作出选择，都可能在重大问题上对作为申请人的投资人产生相当大的影响。
- 受理投资人申请的经验大不相同。出席圆桌会议的国家在投资人与国家间争议解决方面有不同经验。有些国家已有多次辩诉，有些国家还未曾面对一次申请。一些国家调整了本国示范条约案文以及共同商定的条约中的投资人与国家间争议解决条款，以反映其作为被申请人的经验。
- 政策和态度不同。如 2012 年关于投资人与国家间争议解决圆桌会议工作进度报告所概括的，⁴参加圆桌会议的大多数国家都认为投资人与国家间争议解决制度可发挥宝贵作用，不过仍可改进。若干国家指出，它们认为重要的是认识到投资人与国家间争议解决制度总体上运作良好。还指出，一些国家的国内法院表现差、效率低。还有一些参加圆桌会议的国家对于投资人与国家间争议解决制度的设计和作用表达了重大关切，并且（或者）从不同意使用投资人与国家间争议解决程序。

³ Pohl, J., K. Mashigo 和 A. Nohen (2012), “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2012/02。
<http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>。

⁴ “Government perspectives on investor-state dispute settlement: a progress report”; 投资自由圆桌会议, 2012 年 12 月 14 日 (<http://oe.cd/1Zq>)。

2. 投资人与国家间争议解决方面的关键问题

5. 投资人与国家间争议解决问题展望文件⁵以及关于这一问题的早期圆桌会议讨论还涉及一系列关键问题，有些是长期存在的问题，有些则是当时刚刚出现的问题：

- 不同类型投资人和政府渎职行为受害人求助于司法。一项关于投资人与国家间争议解决申请人现有信息的调查表明，(一)关于投资人与国家间争议解决众多投资人申请人的公开信息很少，甚至没有；(二)投资人与国家间争议解决申请人当中有小投资人；(三)中大型跨国企业约占调查案件一半。申诉完成率和结果未作评估。掌控实体/个人的国籍往往难以确定。注意到，虽然投资人与国家间争议解决是一种可供所涉外国投资人利用的强大的国际争议解决制度，但其他投资人以及其他非国家行为方如果求助投资人与国家间争议解决制度无门则通常必须依赖于本国支持国际申诉（，除非其能够求助于某些区域性人权制度）。
- 投资仲裁申诉的费用和第三方出资。投资人与国家间争议解决问题展望文件一般指出：(一)投资人与国家间争议解决的费用高，正在为降低费用进行一些改革努力；(二)关于当事人分担这些费用的规则非常灵活，是造成不确定性的一个根源。现有有限资料表明案件平均费用为 800 万美元。投资人与国家间争议解决所特有的高费用和潜在高额损害赔偿裁决似乎使其成为对第三方出资人有吸引力的市场。
- 公平对待外国投资人和国内投资人问题：救济办法和条约选购。投资条约给予所涉外国投资人的实体权利和程序权利是否大于国内法给予国内投资人的权利以及相关的政策结论，这是近年来一些法域辩论的问题。初步分析和讨论侧重于可获得的救济（对比国内法一般仅规定非金钱救济，投资人与国家间争议解决制度下可获得金钱赔偿）以及投资人与国家间争议解决制度下广泛使用的“条约选用”做法。
- 投资人与国家间争议解决裁决的执行。在进行初步讨论时，普遍认为国家遵守投资人与国家间争议解决仲裁裁决的情况不错，但投资争端解决中心裁决和非投资争端解决中心裁决的遵守出现一些问题。圆桌会议的一些参与人和利害相关方对执行方面表示关切。
- 仲裁员的特点、挑选、奖励和管理。圆桌会议审议了投资人与国家间争议解决展望文件中关于下述方面现有信息和政策问题概览：(一)投资仲裁员队伍的特点（例如，在法律专业中居于精英地位、私人执业律师占绝大多数、有政府背景和公法背景的少、仲裁员的区域背景与作为被申请人的国家形成对比、95%对 5%的性别比例，等等）；(二)仲裁员的挑选，包括关于投资人与国家间争议解决制度下当事人及其顾问指定仲裁员之争，以及争议各方信息不对称问题；(三)仲裁员的经济奖励和利益冲突问题；(四)对仲裁员的监管有限，包括与之相关新出现的问题，如一身多职兼作仲裁员、法律顾问和专家。

⁵ 见 Gaukrodger, D.和 K. Gordon (2012), “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2012/03. <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>.

C. 关于投资人与国家间争议解决方面不一致性以及政府对解释的投入的后续工作，以及关于股东对反射损失索赔的后续工作（2012-2014 年）（圆桌会议 18、19、20、21）⁶

6. 关于投资人与国家间争议解决的初步工作涉及一致性问题，圆桌会议的许多参与人都对投资人与国家间争议解决方面决定的不一致性表示严重关切。也有一些参与者持较为积极的看法，强调了条约和背景的差异。为如何解释条约进行沟通，有许多工具可供政府使用。圆桌会议请求就一致性开展后续工作，包括就政府对解释的投入所起的作用。圆桌会议随后述及以下三点：(一)以政府“发声”的不同形式作为一种替代方式，以“退出”被视为受到过分解释的条约；⁷(二)政府对投资条约联合解释的管辖法律制度；⁸(三)以国与国之间争议解决办法作为一种改进条约解释的可能方法。⁹

7. 作为一致性工作的一部分，首先进行关于投资人与国家间争议解决程序受理所涉股东对其拥有股份公司遭受损失提出索赔（反射损失索赔）的圆桌会议工作。一份关于反射损失索赔对一致性影响的文件¹⁰概述了以发达公司法制度为一方（此种制度下一般以政策理由拒绝反射损失索赔）、以投资人与国家间争议解决制度为另一方（此种制度下普遍允许反射损失索赔）对此种索赔采取的截然不同的做法。这份文件指出，虽然投资人与国家间争议解决办法为作为申请人的股东提供了益处，但反射损失索赔带来一致性方面的风险，其中包括：并行或多重申请产生于同样事实和同样当事人、各种决定不一致、政府面临双重补偿、可预测性降低、妨碍索赔的友好解决，以及助长条约选购。

8. 关于股东的初步工作还指出，投资人与国家间争议解决制度对反射损失索赔采取的不同寻常的做法可能会破坏公司资产债权的等级结构。这种做法可能给公司的某些投资人（债权人和非所涉股东）造成新的风险，还有可能增加不确定性，抬高投资资本的总成本。（债权人笼统定义为包括对公司的求偿人，其中包括债券持有人及其他贷款人、雇员、供应商及其他人。）圆桌会议随后进一步调查了反射损失索赔所提出的公司法问题，¹¹其中包括对公司财务和投资的影响、公司治理以及股

⁶ 见讨论概要：第 18 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zr>)、第 19 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zs>)、第 20 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zt>)、第 21 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zu>)。

⁷ Gordon, K. 和 J. Pohl (2015), “Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2015/02。 <http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>。

⁸ Gaukrodger, D. (2016), “The legal framework applicable to joint interpretive agreements of investment treaties”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2016/01。 <http://dx.doi.org/10.1787/5jm3xgt6f29w-en>。

⁹ Gaukrodger, D. (2016), “State to State dispute settlement and the interpretation of investment treaties”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2016/03。 <http://dx.doi.org/10.1787/5jlr71rq1j30-en>。

¹⁰ Gaukrodger, D. (2013), “Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2013/02。 <http://dx.doi.org/10.1787/5k3w9t44mt0v-en>。

¹¹ Gaukrodger, D. (2014), “Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2014/02。 <http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvngmr3-en>。

份可转让性；圆桌会议还论及相关的投资条约实践。¹²一份进一步文件主要针对企业受众提出了这些问题。¹³

D. 当前关于投资条约的圆桌会议（2014 年至今）（圆桌会议 22、23、24、25、26）¹⁴

1. 投资人保护与政府监管权之间的平衡

9. 现在经常呼吁政府特别就政府监管权与外国和国内投资人保护之间的平衡解释其政策选择。针对投资人条约平衡性提议的方法可包括对实体法作出以下调整：(一)界定或限制条约中针对外国投资人的个别保护规定；(二)建立针对特别部门的另类情形或专门制度；(三)纳入一般例外情形、监控权条款或澄清内容；(四)澄清或确定条约益处的利用条件，如遵守国内法；(五)外国投资人与国内投资人待遇对齐。它们还可包括设计争议解决办法（见下文）。

10. 这一领域正在开展的工作包括：(一)讨论一份关于平衡投资人保护和政府监管权的展望文件；¹⁵(二)审查公平和公正待遇条款，特别着眼于《北美自贸协定》的政府政策，¹⁶以及关于公平和公正待遇作为一种处理平衡问题的可能方法——通过将公平和公正待遇限于习惯国际法并积极介入其解释——的各种观点；(三)一次关于“寻求平衡”的投资条约会议。¹⁷

2. 投资条约社会效益和成本

11. 早期圆桌会议的讨论审议了投资人与国家间争议解决制度对发展的影响，包括其对国内公共治理机构的影响。自 2014 年以来，关于投资条约社会效益和成本的更广泛工作理清了以下方面的证据：在经济方面对原籍经济体、东道经济体和中转经济体的影响、对全球和国内治理的影响，以及对寻求对外政策战略目标的影响。这项工作还查明了进行更全面的效益成本评价所需要的信息。2017 年关于评估和增进投资条约成果的投资条约会议讨论了这些问题。¹⁸

¹² Gaukrodger, D. (2014), “Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2014/03. <http://dx.doi.org/10.1787/5jxvk6shpvs4-en>.

¹³ “The impact of investment treaties on companies, shareholders and creditors”, 《经合组织 2016 年商业和金融展望》, 第 8 章 (<http://oe.cd/1Zv>).

¹⁴ 见第 22 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zw>)、第 23 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zx>)、第 24 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zy>)、第 25 次圆桌会议 (<http://oe.cd/1Zz>) 概要。

¹⁵ Gaukrodger, D. (2017), “The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2017/02. <http://dx.doi.org/10.1787/82786801-en>.

¹⁶ Gaukrodger, D. (2017), “Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2017/03. <http://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en>.

¹⁷ 投资条约会议：寻求平衡投资人保护和政府监管权 (<http://oe.cd/1ZA>)。

¹⁸ 评估和增进投资条约成果会议 (<http://oe.cd/1ZB>)。

3. 仲裁员、裁决人和指定机构

12. 目前进行的工作研究了这一领域近期动态，包括最近在《加拿大与欧盟全面经济贸易协定》中就建立常设法庭提出的投资法院制度这种办法。还研究了指定机构在投资人与国家仲裁中的作用和重要性。在当事人或仲裁员无法就仲裁庭庭长达成一致的情况下，一般由指定机构负责指定。谈判理论表明，指定机构提名的做法有可能对投资人与国家间仲裁庭的组成以及仲裁员整体产生重大影响。关于寻求平衡的投资条约会议也涉及争议解决机构对于利益平衡的影响问题，¹⁹而投资条约对话则涉及可能建立多边投资法院。

E. 部分涉及投资条约的其他工作（负责任企业行为、国有企业、投资便利）

13. 许多政府都在设法吸引可满足负责任企业行为和可持续发展标准的投资。2014 年对条约条款进行的一次广泛调查²⁰发现，只有 12% 的条款载有涉及这些问题的规定。不过，做法因国而异，列入此种规定的条约也在迅速增加。2015 年第一次由政府牵头的投资条约对话讨论了投资条约对鼓励负责任企业行为的潜在作用。结合这次圆桌会议，经合组织的几个委员会已经就国有企业在国内和国际市场上的作用进行了集中讨论，²¹并对相关投资条约政策给予关注。在长期关注投资政策框架制定和运用过程中许多类似问题的基础上，圆桌会议还审议了投资便利问题。

F. 结论

14. 参加圆桌会议并支持经合组织秘书处进行背景研究的国家交流意见，由此产生的信息可增进相互理解，有助于政府制定条约和投资政策。

2. 联合国贸易和发展会议

[原件：英文]

[日期：2017 年 6 月 12 日]

全球国际投资协定制度目前运作情况愈发令人不安，当今又面临可持续发展的紧迫性，于是促使推动对国际投资规则的制定进行改革。过去几年，各国就改革需要建立了共识，确定了改革领域和方针，审查了国际投资协定网，制定了新的示范条约，并开始谈判新的、更现代的国际投资协定。国际投资协定改革第一阶段已经取得重大进展，但尚有大量工作要做。为了推进国际投资协定改革的第二阶段，政策关注点需侧重于现有第一代过时条约的全面更新。在《2017 年世界投资报告》中，贸发会议对改革现有旧版国际投资协定提出十项政策选择并分析了利弊（贸发会议，2017 年）。投资争议解决制度的改革已排在议程优先位置，同时采取了具体步骤，

¹⁹ 投资条约会议：寻求平衡投资人保护和政府监管权 (<http://oe.cd/1ZA>)。

²⁰ Gordon, K., J. Pohl 和 M. Bouchard (2014), “Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey”, 经合组织关于国际投资的工作文件, 2014/01. <http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvvg1zlt-en>。

²¹ “*State-Owned Enterprises as Global Competitors – A Challenge or an Opportunity?*”, 2016 (<http://oe.cd/1ZC>)。

包括多边一级步骤。一些改革步骤可能将延伸到现有更老的条约。总的来看，改革努力应当着眼于整体方针，确保透明、包容性过程，同时不迷失可持续发展的大目标。

一. 作为《贸发会议国际投资协定改革路径图》的一部分对投资争议解决制度进行改革

贸发会议于 2010 年开始提出关于系统的、以可持续发展为导向的投资决策的主张。继提出为设计新版国际投资协定提供政策选择的《贸发会议可持续发展投资政策框架》（2012 年发布，2015 年更新）（图 1）之后，贸发会议最终推出了《贸发会议国际投资协定改革路径图》（2015 年）（图 2），《路径图》载明五项改革行动领域：（一）保证监管权，同时提供保护；（二）改革投资争议解决制度；（三）促进和便利投资；（四）确保负责任的投资；（五）增进系统一致性。

图 1

《贸发会议可持续发展投资政策框架》

[来源：©贸发会议]

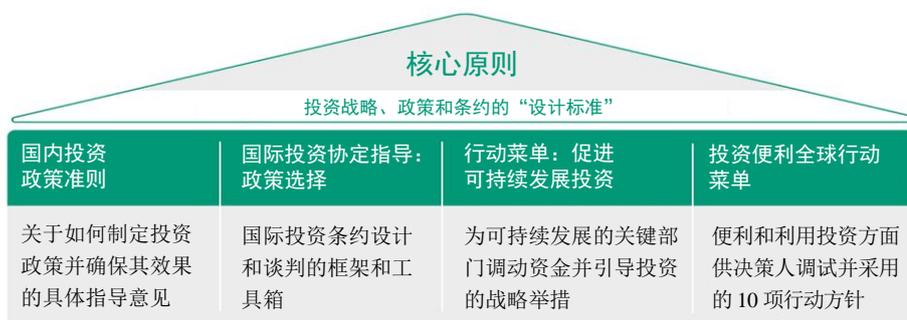
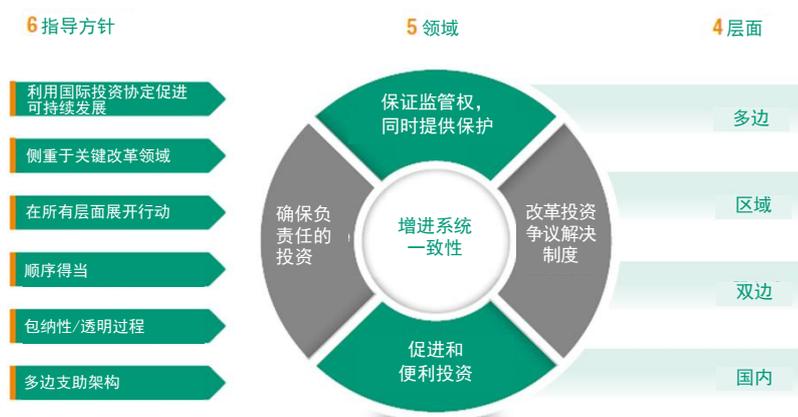


图 2

《贸发会议国际投资协定改革路径图》

[来源：©贸发会议]



在贸发会议以往关于投资人与国家间争议解决方面工作的基础上，²²《路径图》确定了三套改进投资争议解决制度的方案并配合双管齐下的行动：改革投资人与国家间争议解决临时仲裁的现行机制，同时保持其基本结构；或者取而代之（表 1）。²³

表 1
改革投资争议解决制度的各套选择办法

改革投资人与国家间仲裁现行机制		取代投资人与国家间仲裁现行机制
修理投资人与国家间争议解决现行机制	为投资人与国家间争议解决现行机制补充新要素	
<ol style="list-style-type: none"> 1. 改进仲裁程序，例如，使之更透明、更简化，阻止提交无根据申请，处理对指定仲裁员和潜在冲突的持续关切。 2. 限制投资人准入，例如，缩减事由范围、圈定可仲裁申请范围、规定时限、防止“邮箱”公司滥用 3. 使用过滤机制将敏感案件导入国与国争议解决机制 4. 引入当地诉讼要求作为投资人与国家间争议解决的一项先决条件 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 推行有效的非诉讼争议解决机制 2. 引入上诉机构（双边、区域或多边） 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 建立常设国际投资法院 2. 以国与国争议解决机制取代投资人与国家间争议解决机制 3. 以国内争议解决机制取代投资人与国家间争议解决机制

来源：©贸发会议，《2015 年世界投资报告》。

所提出的改革方案都各有利弊，面临的挑战也不同。不论各国倾向于哪种方案，都需铭记以下三方面挑战：(一)所需要的是全面改革，不仅适用于投资人与国家间争议解决，也适用于国际投资协定的实质性条款；(二)理想情况下，改革步骤不应只适用于今后条约，也应适用于现有国际投资协定；(三)需要进行国内能力建设，以增强发展中国家的行政和司法能力，这是一些改革方案的一项先决条件。

A. 改革投资人与国家间仲裁现行机制

保持并改革投资人与国家间仲裁现行制度的方案有两个切入点：修理现行制度并加以补充

修理投资人与国家间争议解决现行机制

改革要素可以是在国际投资协定中包括着眼于下述方面的新条款：(1)改进仲裁程序；(2)优化投资人对投资仲裁准入；(3)建立筛选机制将敏感案件导入国与国争议

²² 例如，这包括 2012 年版《贸发会议可持续发展投资政策框架》（贸发会议，2012，网址：http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf）、《2013 年世界投资报告》（贸发会议，2013，网址：http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf）、《投资人与国家间争议续编》（贸发会议，2014，网址：http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf）。另见“国际投资协定的政策选择：A 部分. 建后”，2015 年版《贸发会议可持续发展投资政策框架》（贸发会议，2015a，网址：http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf）。

²³ 关于改革投资争议解决制度的这套选择办法的更详细分析，包括其利与弊，见贸发会议（2015b 网址：http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf），第四章，第 145-155 页。

解决机制；(4)引入当地诉讼要求。这些改革方案可以由缔约国在现有和未来个别国际投资协定中执行，不要求多个国家采取协调行动。

(1) 改进仲裁程序：这一方案侧重于改革仲裁程序的执行方式，同时维持投资人与国家间争议解决制度的主要特征。此种修改的目标是：(一)增进投资人与国家间争议解决制度的合法性，(二)增进缔约方对其条约解释的掌控，并且/或者(三)简化程序使之更为高效。

(2) 限制投资人对投资人与国家间争议解决机制的准入：这一方法的目的是缩窄外国投资人可诉诸国际仲裁的情形范围，从而减少国家面临投资人与国家间争议解决造成法律和财务风险的可能性。

(3) 使用筛选机制将敏感案件导入国与国争议解决机制：这一改革方案规定在联合委员会未能解决案件的情况下转入国与国争议解决机制。在保持投资人与国家间争议解决当前机制总体结构的同时，这一方案构成敏感问题争议“反致”国家间争议解决机制。

(4) 引入当地诉讼要求作为投资人与国家间争议解决的一项先决条件(包括穷尽当地救济)：这一改革方案的目的是促使外国投资人诉诸国内法院，同时作为最后补救手段保留选择投资人与国家间仲裁的可能性(即在将争议诉诸国内法院一段时间后或在穷尽当地救济之后)。这一方案以此回应过去十年投资人与国家间争议解决案件猛增所引起的某些关切。

为投资人与国家间争议解决机制补充新要素

这些政策选择为补充投资人与国家间仲裁现行机制增添新要素，可结合上述改进办法采用。

(1) 推行有效的非诉讼争议解决机制：投资人与国家间争议解决改革的这一方针促进使用非诉讼争议解决机制作为启动国际投资仲裁之前的一个步骤。尽管非诉讼争议解决本身并不能解决投资人与国家间争议解决方面的关键挑战，但可以减少导致全面仲裁的争议数目。这就使得非诉讼争议解决机制成为投资人与国家间争议解决机制的一种补充渠道，不过不能独挡一面。(通过国际投资协定，)国家和国际层面都有一些可作为补充的政策选择，例如，指定国家一级的友好解决主导机构或巡视办公室，并在国际投资协定中包括非诉讼争议解决条款(贸发会议，2015b)。

(2) 上诉机构：这一选择将保持投资仲裁现行机制的架构并为其增加一新的层级。上诉机构可采取两种形式：常设机构或临时机构。上诉机构可有权进行实质性复审并纠正仲裁庭的一审决定。赋予上诉机制的复审管辖权可以超出《解决投资争端国际中心公约》现行撤销程序下设置的复审范围。上诉机制有利于增进条约解释的可预测性并提高仲裁裁决的一致性。这一切都会大大有助于增进投资人与国家间争议解决以及国际投资协定制度整体在政治上的可接受性。

如果各国决定选择建立这样一种上诉机制，需要解决的问题涉及以下几个方面：(一)如何建立此种机构，特别是此种机构是否具有双边、区域或多边性质，是否为常设机构或临时机构；(二)其组织架构和机构设置；(三)程序时间和费用增加；(四)此种机构的权限。

B. 以其他争议解决机制取代投资人与国家间争议解决现行机制

下述方案将摒弃投资人与国家间现行临时仲裁制度，代之以其他解决投资争议的机制。潜在替代方案包括：(1)设立常设国际投资法院，(2)国与国争议解决，并且/或者(3)依赖于东道国的国内司法系统。在其所带来的变化程度上，这些替代方案各不相同。各国可侧重于其中一项方案，也可并行或组合推行。

(1) 常设国际投资法院：这一方案保留投资人向东道国提出申诉的权利，但以一种单一体制架构——即常设国际投资法院——取代多临时仲裁庭制度。这种法院将由各国任命或选出的终身法官组成；对受其管辖国际投资协定所产生的所有投资争议拥有管辖权，还可设立上诉庭。常设投资法院将成为一个服务投资人、国家和其他利益相关方的公共机构，更广而言之，可加强投资人与国家间制度的合法性。另外还建议，这一法院的权限应根据受其管辖协定的内容加以扩大，例如，赋予其他利益相关方法律地位或程序权利。

显然，设立这样一个法院，在法律和政治方面提出了一些重要的挑战，而就其本身性质来看也将构成一个长期项目。随着朝此方向推进，各国需要考虑一些关键问题：(一)这种法院如何设立，例如，需要集聚关键数目的国家就设立这一法院的公约建立共识；(二)组织和机构设置，如法院所在地、经费和人员配置；(三)各国在法院中的参与，以及如何从一个可能的双边或多边法院转型为一个服务发展中国家和最不发达国家需要的更普遍机构；(四)法院管辖权，如条约类型以及法院有权处理的案件。

(2) 国与国争议解决机制：国家间仲裁列入几乎所有现行国际投资协定，也是世贸组织解决国际贸易争议所采用的做法。这一方案不同于促进以国与国争议解决机制补充投资人与国家间争议解决机制，其前提是将国与国解决程序作为在国际一级解决投资争议的唯一方式。母国对是否提出申诉拥有裁量权。哪个法院审理案件需由国家决定，选项包括国际法院、临时法庭或上文设想的国际投资法院。以国与国争议解决机制取代投资人与国家间争议解决机制的方案可有助于处理对投资人与国家间争议解决机制提出的一些关切。但这一方案也提出一些困难的挑战，需在采取这一路径之前加以处理。

(3) 完全依赖于国内争议解决机制：这一方案废止了投资人在国际法庭对东道国提起申诉的权利，将其对争议解决方式的选择限于国内法院。在这种方案下，不是促进将国内解决作为投资人在国际一级提出申诉前的一个步骤（如穷尽当地救济，当地诉讼要求），而是将国内司法机构作为解决投资人与国家间争议的唯一和最后机制。这一方案利弊参半，有些人指出，它主要见长于较少依赖投资人与国家间争议解决机制的国家，因为这些国家的法律制度健全、治理良好，当地法院拥有专门知识。

二. 近期动态

迄今，已有 109 个国家成为投资人与国家间争议解决一起或多起已知申诉的被申请人（贸发会议，2017 年）。2016 年提起 62 宗新案件，使已知案件总数达到 767 宗。这一数目低于前一年提起的 74 宗案件，但高于 10 年（2006-2015 年）每年 49 宗平均数。2016 年投资人与国家间争议解决案件约三分之二在双边投资条约下提起，其中多为 1980 年代和 1990 年代的条约。2016 年援用最多的国际投资协定是《能源宪

章条约》(10宗), 以及《北美自由贸易协定》(北美自贸协定)和《俄罗斯联邦-乌克兰双边投资条约》(各3宗)。

从条约的制订来看, 当今新的国际投资协定大都包括以可持续发展为导向的改革要素——维持监管权的同时继续给予保护、倡导负责任的投资并改进投资争议解决制度(贸发会议, 2017年)。不同时期条约对比表明, 在列入对投资人与国家间争议解决的某些改革方案方面, 近期双边投资条约比早期条约更多(表2)。

表 2

国际投资协定中列入的投资人与国家间争议解决的某些方案——“新”“旧”双边投资条约对比

条约条款 投资人与国家间争议解决的 某些方案	贸发会议 政策框架选择	早期双边投资条约 (1959–2010年) (2,432)	近期双边投资条约 (2011–2016年) (110)
限制诉诸投资人与国家间争议解决的条约条款, 或者排除其中的政策领域	6.2.1	8%	29%
限制提交申请的期限	6.2.1	5%	40%

来源: ©贸发会议, 《国际投资协定测绘项目》。²⁴

在2015年和2016年签订的国际投资协定中, 大多数所审查的条约至少包括一项限制投资人与国家间争议解决准入的要素(例如, 限制诉诸投资人与国家间争议解决的条约条款, 从投资人与国家间争议解决条款中排除政策领域, 或者限制提交申请期限), 若干条约完全略去投资人与国家间争议解决条款(例如, 巴西与其条约伙伴签订的条约)。

除这些改革努力外, 还在多边一级采取了改进投资争议解决制度的步骤。目前关于设立多边投资法院和(或)上诉机制的讨论有可能产生一部文书, 从而最终改变早期条约所包括的投资人与国家间争议解决条款。这些改革投资争议解决制度的努力可有助于解决极为重要的关切, 推进程序和体制变革。

三. 结论: 投资争议解决制度改革的整体、包容和以可持续发展为导向的进程

国际投资协定制度目前面临若干挑战, 投资人与国家间争议解决是其中的一个方面。为了有效改革国际投资协定现行制度, 需要更多地思考如何使投资争议解决方面的改革与国际投资协定实质内容的改革同步进行。《贸发会议国际投资协定改革路径图》可为处理国际投资协定改革的这些关键领域提供指导(贸发会议, 2015a), 而且如《2017年世界投资报告》所指出的, 贸发会议对更新现有旧版国际投资协定提出的十项政策选择也可提供指导。²⁵

²⁴ 该编号指“国际投资协定的政策选择: A部分. 建后”, 2015年版《贸发会议可持续发展投资政策框架》(贸发会议, 2015a)。数据取自《贸发会议国际投资协定测绘项目》。《测绘项目》是贸发会议主导的有全球45所大学参加的协作项目。迄今已测绘2,500多项国际投资协定, 各含100个特征(包括约20项投资争议解决选项)。

²⁵ 关于国际投资协定改革第二阶段十项政策选择及其利弊的更详细分析, 见《2017年世界投资报告》第三章, 网址: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf。

各国参与改革举措，全过程应以三项关键考虑为指导：²⁶

- (一) 对国际投资协定以及国际投资协定改革采取整体办法；探索争议解决新方式，同时不忽视现有条约的实质性内容。
- (二) 确保包纳、透明过程，处理“发展性挑战”（即避免谈判中弱国或后来者陷入“被动接受规则”的情形），并让其他受影响的利害相关方参与进来。
- (三) 不迷失以可持续发展为导向的国际投资协定改革总目标，寻求一种有利于可持续发展并可为实现《可持续发展目标》调动投资的国际投资协定制度。

全面制度改革——即处理《贸发会议路径图》所确定五个行动领域的新旧条约——将受益于多边支持的加强。贸发会议可通过其三大工作支柱（研究和政策分析、技术援助以及建立政府间共识）在这方面发挥关键作用。作为联合国在国际投资方面的协调机构以及关于当今现有多层级、多层面国际投资协定制度高级别和包纳性讨论的国际论坛，贸发会议可帮助进行改革努力的协调和协同。

贸发会议其他资料

《贸发会议国际投资协定导航图》，查阅网址：

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

《贸发会议国际投资协定测绘项目》，查阅网址：

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>

图 1：

《贸发会议投资争议解决导航图》，查阅网址：

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

²⁶ 另见：“UNCTAD Director contributes to exploratory discussions on a multilateral investment court”，2016年12月15日，查阅网址：<http://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Calendar/Archive/533>。