



联合国国际贸易法委员会
第三工作组（投资人与国家间争议解决制度改革）
第三十四届会议
2017年11月27日至12月1日，维也纳

投资人与国家间争议解决领域可能的改革

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 投资人与国家间争议解决制度的特点、趋势和统计	2
A. 投资人与国家间争议解决制度的特点	2
B. 趋势和统计	3
三. 就投资人与国家间争议解决制度表示的关切	5
A. 综述.....	6
B. 仲裁过程和结果.....	6
C. 仲裁员/决定人	9
D. 国家、投资人和公众的观念.....	10
四. 投资人与国家间争议解决制度改革的可取性.....	10



一. 导言

1. 在 2017 年第五十届会议上，委员会收到了秘书处关于今后可能就国际仲裁并行程序开展的工作的说明（A/CN.9/915）、国际仲裁道德守则（A/CN.9/916），以及关于投资人与国家间争议解决方面可能改革的说明（A/CN.9/917），连同国家和国际组织意见汇编（A/CN.9/918 及增编）。委员会还收到了国际争议解决中心（争议解决中心）关于《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》可否作为进一步改革模式的研究报告（“争议解决中心报告”）。¹

2. 在审议 A/CN.9/915、A/CN.9/916 和 A/CN.9/917 号文件中的主题之后，委员会赋予第三工作组广泛任务授权，就投资人与国家间争议解决方面的可能改革开展工作。²

3. 按照贸易法委员会的程序，委员会请第三工作组在履行其任务授权时确保审议工作将以所有政府提供的高级别投入由政府主导，是基于协商共识的，并且是完全透明的，同时受益于所有利害相关方尽可能最广泛的现有专门知识。工作组将着手：(一)首先，确定并审议与投资人与国家间争议解决有关的关切；(二)其次，根据任何已确定的关切，审议改革是否可取；(三)再次，如果工作组最后认为改革可取，制定向委员会建议的任何相关解决办法。委员会商定，工作组履行其任务授权应拥有广泛裁量权，任何解决办法的设计均应考虑到相关国际组织正在进行的工作，并着眼于使每一个国家能够选择是否以及在多大程度上希望采用相关解决办法。³

4. 为协助工作组推进这项任务授权，本说明概述投资人与国家间争议解决制度的特点和趋势，并继续简述就投资人与国家间争议解决制度提出的问题和表达的关切。编写本说明参照了关于这一主题公布的一系列信息，⁴并不谋求就改革的可取性表达意见，这是由工作组审议的事项。本说明还提到上文第 2 段中提到的文件，其中概述了工作组似宜审议的各种问题。

二. 投资人与国家间争议解决制度的特点、趋势和统计

A. 投资人与国家间争议解决制度的特点

5. 究其背景，投资人与国家间争议解决制度的发展进程允许外国国民（个人或公司）直接对其投资的主权国家提出请求，这是与基本上依赖于外交保护手段解决投资相关争议的传统机制大相径庭的。重要的是，投资人与国家间争议解决制度意在

¹ 日内瓦国际争议解决中心，“《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），可在贸易法委员会网站上查阅：<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/50th.html>。

² 《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。

³ 同上。

⁴ 本说明考虑到下述组织公布的信息：联合国贸易和发展会议（贸发会议）、经济合作与发展组织（经合组织）、解决投资争端国际中心（解决投资争端中心）、海牙常设仲裁法院（常设仲裁院）、国际争议解决中心（争议解决中心）——这是国际与发展研究研究生院和日内瓦大学法学院的一个联合研究中心，以及关于加强全球贸易和投资制度以促进可持续发展的 E15 倡议——这是国际贸易和可持续发展中心与世界经济论坛联合发起的倡议。

使投资争议“去政治化”，从而有效去除此种争议升级为国家间冲突的风险（见 A/CN.9/917，第 9 和 10 段）。⁵

6. 投资条约⁶被视为一种增进对投资环境稳定性信任的手段，以对国家规定可予执行的义务的形式，为外国投资人提供实质性保障，因为国家承诺尊重某些投资保护标准（例如，公平和公正待遇、免遭征收以及不歧视）。虽然具体条款各不相同，但投资条约依循类似结构，并包含一些核心原则。投资条约之间所具有的这些广泛相似性，使得谈论国际投资保护“制度”成为可能。⁷

7. 工作组似应注意到，许多投资人寻求根据投资条约强制执行规定。⁸虽然投资条约中投资人与国家间争议解决条款各不相同，但它们通常都规定了基于仲裁的争议解决机制以及以下特征：(一)申请方投资人可直接针对东道国提出请求；(二)争议由专为该争议组成的仲裁庭解决；(三)争议双方，包括申请方投资人和被申请方国家，都在挑选仲裁庭方面发挥重要作用。⁹

B. 趋势和统计

1. 与投资条约中投资人与国家间争议解决条款有关的趋势和统计数据

8. 2012 年经合组织对投资条约的调查显示，96% 的条约载有允许外国投资人通过国际仲裁提出索赔的投资人与国家间争议解决条款，允许通过国内法院提出索赔的此种条款的比例较低。¹⁰事实上，所调查的投资条约只有 7% 没有规定仲裁。然而，关于投资人与国家间争议解决程序的进行，这些条约通常未作任何规定，也很少提供什么指导，而是主要依靠于既定的成套仲裁规则。¹¹

9. 从历史上看，此类投资条约所载关于实质性投资保护标准的提法往往也非常宽泛，从而给各种不同解释以及实际保护程度的不确定性打开了大门。¹²

⁵ 另见国际争议解决中心报告，第 8-14。

⁶ 本说明中，“投资条约”一词广泛涵盖载有保护投资或投资人的规定的任何双边或多边条约，其中包括通常称为自由贸易协定、经济一体化协定或者贸易投资框架或合作协定。

⁷ 见国际争议解决中心报告，第 5 段。

⁸ 根据解决投资争端中心，截至 2017 年 6 月 30 日，16.8% 的案件来产生于投资合同，9.6% 产生于国家投资法，其余案件产生于投资条约（见解决投资争端中心案件承办量——统计数据（2017-2 期），第 10 页），查阅网址：<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>）。据常设仲裁院，在常设仲裁院 2016 年提供登记处服务的 148 起案件中（其中 40 起案件于 2016 年提起），86 起案件产生于投资条约和（或）国家投资法律，51 起案件产生于涉及国家、政府间组织或其他公共实体的合同（见《常设仲裁院 2016 年年度报告》，第 8 页，查阅网址：<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2017/03/ONLINE-PCA-Annual-Report-2016-28.02.2017.pdf>）。

⁹ 国际争议解决中心报告，第 6 和 7 页。

¹⁰ Gaukrodger, David 和 Kathryn Gordon, “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，第 64 页，查阅网址：<http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>。

¹¹ A/CN.9/918/Add.7，经合组织提供的资料。另见 Pohl, Joachim、Kekeletso Mashigo 和 Alexis Nohen, “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，查阅网址：https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_2.pdf。

¹² 同上。

10. 最近以来, 各国已作出努力调整其投资条约, 起草更为准确的实质性投资保护标准, 而留给投资人与国家间争议解决案件解释这些标准的空间减少了。¹³

11. 贸发会议还报告, 最近缔结的投资条约缩小了诉诸投资人与国家间争议解决机制的范围。有些条约为此具体指明必须服从投资人与国家间争议解决机制的条约条款, 有些条约将某些政策领域排除在投资人与国家间争议解决范围之外, 还有一些条约则限制提交申请的时间。在贸发会议所调查的 2016 年缔结的 18 项投资条约中, 13 项条约限制诉诸投资人与国家间争议解决机制。¹⁴

2. 投资人与国家间争议解决案件的统计数据

12. 工作组似应注意关于基于条约的投资人与国家间争议解决已知案件的以下统计数据。截至 2017 年 1 月日, 公布于众的基于条约投资人与国家间争议解决案件共有 767 起。109 个国家是一起或多起投资人与国家间争议解决已知案件的被申请人。2016 年, 投资人对 41 个国家提起 62 起投资人与国家间争议解决案件, 该数字高于 10 年期 (2006-2015 年) 年均 49 起案件, 但低于 2015 年提起的 74 起案件。2016 年提起的基于条约的投资人与国家间争议解决案件约有三分之二是根据双边投资条约提起的, 其中大多数条约是 1980 年代和 1990 年代的条约。其余三分之一是基于包含投资保护的其他条约。2016 年对发达国家提起的投资人与国家间争议解决已知案件所占相对比例为 29%, 低于 2015 年 (45%)。¹⁵

13. 截至 2016 年底, 约有 495 起基于条约的投资人与国家间争议解决案件结案。36% 案件的判决对国家有利, 27% 案件对投资人有利, 2% 案件没有对任何一方有利, 25% 案件和解, 还有 10% 案件中止。在结案有利于国家的案件中, 约一半以缺乏管辖权被驳回。在根据是非曲直作出判决的案件中, 60% 的判决对投资人有利, 40% 对国家有利。¹⁶在判决有利于投资人的案件中, 胜诉申请方投资人平均获判约 40% 的索赔额。¹⁷平均索赔额为 14 亿美元, 中位数为 1 亿美元。平均判给额为 5.45 亿美元, 中位数为 2,000 万美元。¹⁸

14. 2016 年提起的投资人与国家间争议解决案件主要是在涉及电气供应、建筑以及信息通信的部门。被质疑的国家措施包括声称直接征用投资、可再生能源部门的立法改革、税收相关措施、特许, 以及撤销或剥夺执照或许可证。¹⁹索赔额 1,000 万美元到 165 亿美元不等。²⁰

¹³ 国际争议解决中心报告, 第 18 段。

¹⁴ 贸发会议, 《2017 年世界投资报告》, 第 120 页。根据《2017 年世界投资报告》, 2016 年缔结 37 项新的投资条约, 到 2016 年底条约总数达到 3,324 (另见贸发会议关于投资条约的网上工具, 查阅网址: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>)。《2017 年世界投资报告》还指出, 在所调查的 18 项投资条约中, 16 项投资条约略去了总括条款。

¹⁵ 贸发会议, 《2017 年世界投资报告》, 第 114 至 116 页。

¹⁶ 同上, 第 117 页。

¹⁷ 同上, 第 118 页。

¹⁸ 同上。

¹⁹ 同上, 第 116 页。

²⁰ 同上, 第 117 页。

3. 仲裁规则方面的动态

15. 工作组似应注意投资人与国家间争议解决所使用的仲裁规则近期发生的某些变化。

16. 2016年，对《解决投资争端国际中心仲裁规则》（解决投资争端中心）进行了修正，以包括关于透明度、关于初步驳回无价值申请的快捷程序以及关于临时措施的条款。²¹2016年10月，解决投资争端中心秘书处发起与其成员国协商，以确定《解决投资争端国际中心规则》可能需要改革的领域，2017年1月，协商扩大向公众开放。协商的初步结果显示有16个可能需要作出修正的领域，其中包括与仲裁员有关的问题（指定、行为守则、回避程序）、第三方资金、案件合并、通信手段、初步驳回程序、关于证人、专家和其他证据的规则、临时措施、时限以及费用分担。²²

17. 《贸易法委员会仲裁规则》于2010年和2013年作了修订。2010年增订了一些规定，以期提高程序效率，同时还列入了关于并入程序以及关于临时措施的新规定。常设仲裁法院（常设仲裁院）已进行类似改革，其机构规则是基于《贸易法委员会仲裁规则》。²³

18. 由于通过《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》（《透明度规则》），2013年对《贸易法委员会仲裁规则》作了补充修订，新增第1条第4款，规定适用《透明度规则》。《透明度规则》于2014年4月生效，其中包括就投资人与国家间基于条约仲裁的透明度以及向公众开放此类仲裁作出规定的一套程序规则。《透明度规则》已被纳入自其生效以来缔结的几乎所有投资条约。此外，《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》（《毛里求斯透明度公约》）于2015年3月开放供签署并将于2017年10月生效，为各国提供了同意对《透明度规则》2014年4月生效之前缔结的投资条约适用该《规则》的机制。²⁴

三. 就投资人与国家间争议解决制度表示的关切

19. 本节概述就投资人与国家间争议解决现行制度表示的一些关切，供工作组审议。这种概述并非意在面面俱到，而是试图突出说明在关于投资人与国家间争议解

²¹ 见解决投资争端中心，“解决投资争端中心规则和条规的修正”，查阅网址：<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Amendment-of-ICSID-Rules-and-Regulations.aspx>。

²² 关于改革进程的信息可查阅网址：<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/about/List%20of%20Topics%20for%20Potential%20ICSID%20Rule%20Amendment-ENG.pdf>。

²³ 《常设仲裁法院仲裁规则》可查阅网址：<https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>。其他管理投资人与国家间争议解决案件的仲裁机构的规则也进行了改革，以更好地应对此类案件提出的挑战，提高程序效率。例如，见斯德哥尔摩商会仲裁院（查阅网址：<http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/>，关于结合《斯德哥尔摩商会仲裁院规则》适用《透明度规则》的信息，可查阅网址：<http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2015/uncitral-rules-on-transparency-at-the-scc/>）；开罗国际商事仲裁区域中心（开罗仲裁中心）（查阅网址：<http://crica.org/Arbitration.aspx>）；国际商会（“国际商会仲裁委员会关于根据《国际商会仲裁规则》涉及国家和国家实体的仲裁的报告”，查阅网址：<https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-arbitration-involving-states-and-state-entities-under-the-icc-rules-of-arbitration/>）；新加坡国际仲裁中心（《新加坡国际仲裁中心投资仲裁规则》（2017年），查阅网址：<http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-ia-rules-2017>）。

²⁴ 关于《毛里求斯公约》和《透明度规则》现状，可查阅网址：http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html 和 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html。

决的评论中经常阐述或提到的问题。在探讨这些关切时，工作组似可扩展对其他相关问题的审议。

A. 综述

20. 就投资人与国家间争议解决现行制度表示的共同关切包括：(一)仲裁决定不一致性，(二)确保仲裁决定正确性的机制有限，(三)缺乏可预测性，(四)当事人指定仲裁员(“当事人指定”)，(五)当事人指定对仲裁员公正性和独立性的影响，(六)缺乏透明度，(七)程序时间和费用增加。下文将进一步述及这些关切，据指出，这些关切损害了投资人与国家间争议解决制度的合法性及其民主问责(见 A/CN.9/917，第 11-12 段)。这些关切分两大类：涉及仲裁过程和结果的关切(见 B 节)和与仲裁员/决定人有关的关切(见 C 节)。

21. 在确定就投资人与国家间争议解决所表达的关切时，工作组似可考虑，此项工作是否(一)应当限于投资条约下的投资人与国家间争议解决，还是应当涵盖所有形式的投资人与国家间争议解决，而不论案件产生的依据(投资条约、合同或其他)；(二)应当限于作为最常使用的投资人与国家间争议解决机制的仲裁，还是应当包括其他类型的投资人与国家间争议解决现有机制(如调停或国内法院)。工作组似应注意，本说明中的评论意见主要取自通过仲裁进行的与投资条约下的投资人与国家间争议解决有关的信息和评论。工作组还似应审议，所确定的问题在多大程度上也适用于本段第(一)和第(二)点中所指出的更广泛的投资人与国家间争议解决制度。

B. 仲裁过程和结果

1. 程序方面

22. 就投资人与国家间争议解决的程序方面表达的关切包括：(一)投资人与国家间争议解决的时间漫长，费用繁多；(二)程序缺乏透明度；(三)缺乏处理无理请求的早期驳回机制；(四)缺乏处理被申请人国家反请求的机制。

(a) 延续时间和费用

23. 除其他外，仲裁被认为是一种速度较快、费用较低的争议解决办法。不过，对于投资人与国家间争议解决案件涉及越来越高的费用和漫长程序表达了关切。²⁵

24. 程序费用和延续时间可能至少在一定程度上是以下原因造成的：案件本身的复杂性、投资人保护规定的分散性、许多有争议法律问题尚无定论，以及对大量先前仲裁裁决及其他法律来源进行研究的相应需要。

²⁵ 自 2010 年以来，解决投资争端中心在其年度报告中详细公布了仲裁平均持续时间，仲裁期一般在“三至四年之间”。经合组织报告，占比最大的费用是每方当事人为其法律顾问和专家花费的费用，估计平均约占总费用 82%。仲裁员收费平均约占总费用 16%。向管理仲裁并提供秘书处服务的组织(如解决投资争端中心、常设仲裁院和斯德哥尔摩商会仲裁院)支付的机构费用约占总费用 2%。

25. 某些被申请人国家可能需竭力获得投资人与国家间争议解决案件辩护所需要的大量资源。国家动用公共资金为投资人与国家间争议解决案件辩护一般都会招致批评，这主要是因为仲裁庭一般不下令败诉投资人向胜诉国家支付费用。

(b) 透明度

26. 对缺乏透明度以及“闭门”管理司法的关切，依然是针对投资人与国家间争议解决现行制度提出的一项重要批评意见。²⁶

27. 关于这一点，应当指出的是，投资人与国家间争议解决方面的透明度和公众了解渠道一直是某些近期改革的重点，例如，2006 年对《解决投资争端国际中心规则》作出的透明度方面的修正以及 2013 年通过《透明度规则》（见上文第 18 段）。估计此种改革将便于更好地理解仲裁庭对投资保护标准作出的解释。由此可能进而增进一致性，为公众参与程序提供有意义的机会，从而增进公众对过程的了解。

(c) 其他程序性问题

28. 工作组似应审议其他程序性问题，包括上文第 22 段第(三)和(四)中提到的问题。

29. 工作组似应注意，仲裁机构试图执行一些措施处理某些程序性问题，特别是简化程序。例如，此类措施旨在处理无依据申请，在这种情况下，管辖权有疑问，因此能够就管辖权问题达成初步决定并尽早驳回无价值申请。仲裁机构为简化程序实行了严格时限及其他措施。这种做法还反映在《贸易法委员会仲裁规则》2010 年和 2013 年修订本中。

30. 在评价投资人与国家间争议解决的程序性问题时，工作组似应谨记，以管辖当事人关系的合约文件或其他文件允许为限，仲裁提供了调整程序使之满足当事人需要的灵活性。

2. 结果：协调一致性

(a) 投资保护标准

31. 协调的制度可确保其各组成部分的关联合乎逻辑，没有矛盾。一致的制度将确保以同样方式对待相同或类似情形。协调而一致的投资人与国家间争议解决制度可以支持法治，加强对投资环境稳定性的信心。另一方面，如果前后不一致，缺乏协调性，可能会对投资人与国家间争议解决制度的可靠性、有效性和可预见性产生负面影响，从长远看，还会对其公信力产生负面影响（见 A/CN.9/915 文件）。²⁷

32. 投资人与国家间争议解决制度缺乏协调性和一致性可能是由于现有基本投资条约的碎片性造成的。首先，这些条约中的投资人保护标准差别很大；有些标准的

²⁶ 贸发会议，国际投资协定透明度：续篇，《贸发会议国际投资协定问题丛刊》（2012 年），第 36 页，以及贸发会议，《2015 年世界投资报告》，第 148 页。

²⁷ 国际争议解决中心报告，第 22 段。

拟订模糊不清或过于笼统，因而给仲裁员留出很宽的解释空间，不过近期条约的拟订更加精确（见上文第 9 段）。

33. 其次，投资条约中的投资人与国家间争议解决条款也各不相同。一些条约规定，凡是相关投资所产生的争议均应诉诸投资人与国家间争议解决制度。而另一些条约则将投资人与国家间争议解决制度的适用限于违反某些条约规定所产生的申请或者限于与征用有关的申请。最近趋势可能表明，对投资人与国家间争议解决制度进行一定程度的限制现已日趋普遍（见上文第 9 段）。

34. 再次，诉诸仲裁的机会往往受限于各种条件和程序要求，这反映在条约规定以及不同仲裁机构的具体仲裁规则中。

(b) 投资人与国家间争议解决案件的裁决

35. 即使投资人与国家间争议解决案件涉及一国的单一措施或类似事实模式，或是依据相同或相似条约规定，仍然注意到不同的结果。²⁸这种情形归因于以下事实：投资人与国家间争议解决案件是由临时组成的仲裁庭审理的，仲裁员不得不解释含糊或笼统的投资人保护条款。

36. 在并行程序或多重程序情况下，结果相互冲突的问题变得更加严重，这种情况通常由于一国某一项措施影响到若干投资人并且设立单独特设法庭审理每一项请求而产生（见 A/CN.9/915 号文件，第 5 和 6 段）。如 A/CN.9/915 号文件所述，不妨设法建立一种预测性更强的框架来协调并行程序，这将有利于投资人和国家的利益。

37. 由于没有依循先例原则，在许多情况下，仲裁庭强调其不受其他仲裁庭先前决定的约束。同时，也有仲裁庭考虑到先前裁决的情形；在一些仲裁决定中可以发现参照其他裁决的情形。尽管如此，这并不能总是保证裁决本身的一致性。

38. 为此，工作组似应审议，现在可资利用的有限纠错机制（又称为监控或复审机制）是否足以确保裁决的协调性和一致性（见下文第 39-40 段）。

3. 裁决的终局性和复审机制

39. 仲裁裁决是终局性的，只有在国内法院的撤销或执行程序中可予复审，而在投资人与国家间争议解决案件中，可在废止程序中予以复审。²⁹虽然此种复审机制可有助于实现一定程度的协调性和一致性，但其主要目的是监控仲裁庭所下达裁决的公

²⁸ 国际争议解决中心报告，第 22 段。

²⁹ 仲裁所在地的国内法律管辖仲裁裁决的撤销。本着便利当事人仲裁选择的目标，关于撤销的国内法往往遵从仲裁裁决。在附 2006 年通过的修正案的《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（1985 年）第 34 条中，关于撤销的条件基本参照《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958 年，纽约）的规定。撤销裁决的前四个理由必须由寻求撤销裁决的当事人提出，后两个理由可由法院依据职权决定。前四个理由涉及正当程序和同意仲裁的当事人给予同意的范围，后两个理由反映了公共政策方面的关切以及在执行国的可仲裁性。《解决投资争端国际中心公约》的起草人试图创建一种摆脱任何国内法院控制的非国家或非当地化程序。《解决投资争端国际中心公约》第 52 条规定如下：“(1)每一方当事人可根据以下一个或几个理由，通过向秘书长提出书面申请的方式，请求废止裁决：(a)仲裁庭不是正当组成的；(b)仲裁庭明显超越其权限；(c)仲裁庭成员有腐败行为；(d)严重偏离程序基本规则；或者(e)裁决未能阐明其所依据的理由。”选择废止机制而非上诉机制，反映了对裁决终局性的倾向性。特设委员会——即监管废止程序的专门小组——可废止裁决（或其中一部分），也可维持裁决不变。该委员会不能以其判决取代原仲裁庭的判决。

正性。此外，解决投资争端国际中心各废止委员会以及仲裁地或寻求执行所在地（非解决投资争端国际中心裁决案）的国内法院对裁决的复审管辖权往往受到限制。³⁰

40. 虽然裁决终局性还被认为是增进仲裁效率的一个因素，但上诉机制缺失意味着不正确决定无法推翻，法律正确性因而无法保证。³¹另外，在载有类似或基本类似的投资者保护标准的不同投资条约中，投资人与国家间争议解决案件的法律体系是不可能协调统一的。³²

41. 工作组似应考虑，为促进协调性和一致性而可能进行改革的目标将增进投资人与国家间争议解决案件的可预测性，而不是寻求统一性。投资人与国家间争议解决案件决定的统一性可能无法实现，至少在实质性投资保护标准继续与不同条约绑定的情况下是如此。另外，这些案件的具体情形仍将是千差万别的。

C. 仲裁员/决定人

1. 指定仲裁员和道德要求

42. 大多数投资人与国家间争议解决案件的仲裁庭由三名仲裁员组成。适用的条约规定或仲裁规则都涉及仲裁庭的组成，规定争议各方有权各指定一名仲裁员，但指定仲裁庭首席仲裁员的方法各异。

43. 由当事人指定仲裁员是仲裁程序的一个重要部分，通常被视为赋予仲裁程序合法性。这种指定方法意在确保指定有经验、声誉良好和有能力的个人，并保障中立性，所有这一切可提高当事人对过程的信心。

44. 不过，由当事人指定仲裁员一直是对投资人与国家间争议解决制度所表达的批评意见焦点，涉及以下几个方面：

- 个人仲裁员的独立性和公正性缺乏足够保障；³³
- 投资人与国家间争议解决案件反复指定数目有限的个人担任仲裁员；
- 指定过程缺乏透明度；
- 一些个人在不同的投资人与国家间争议解决程序中既担任顾问又担任仲裁员，有可能引起利益冲突和（或）所谓的涉案问题冲突；³⁴
- 认为仲裁员对公共利益关切的认知不如担任公职的法官；³⁵以及
- 发展第三方出资引起道德问题（例如，仲裁员与出资人之间可能的利益冲突和出资人的保密义务等），以及可能涉及的程序问题（例如，出资人对仲裁过程的可能控制或影响，费用分担，等等）。

³⁰ 国际争议解决中心报告，第 22 段。

³¹ 同上，另见 [A/CN.9/881](#) 号文件，第 18-22 段。

³² 同上，第 20-24 段。

³³ 见国际争议解决中心报告，第 20 段。

³⁴ 同上，第 21 段；另见 [A/CN.9/916](#) 号文件，第 16 和 23 段。

³⁵ 同上。

D. 国家、投资人和公众的观念

45. 关于外国投资保护制度以及特别是投资人与国家之间仲裁的利与弊，看法上有很大分歧。³⁶这种辩论基本上变成公开辩论，主要媒介批评的焦点是使用仲裁而非使用国内审判系统解决国家与外国投资人之间的争议、当事人指定仲裁员、适用国际法而非国内法保护投资，以及投资人与国家间争议解决的不对称性，因其只适用于外国投资人。

46. 投资仲裁的裁决通常对大众产生重大影响，因此时时吸引媒体的注意，特别是如果判给外国投资人的数额巨大或者有争议的话（不过上文第 13 段提供的统计数据表明，判给额平均数远低于索赔数额）。虽然投资人与国家间争议解决制度可使投资人与国家之间的冲突去政治化，从而防止其升级为国家间的冲突，但这种解决方式如今已在越来越多的国家成为一个政治问题。

47. 对投资人与国家间争议解决制度的批评大多源于对这种争议解决程序的民主问责及合法性的关切。批评者既不接受也不承认个人仲裁员对裁决投资人与国家间争议解决案件的权力。另外，国内法院指定法官比当事人指定仲裁员更胜一筹，前者是通过旨在确保维护法治完整性并提供对于司法决策过程的公众监督的过程指定的。最后，虽然国家自行建立并同意投资人与国家间争议解决的现行制度，并且还确认这种制度在国际法下的合法性，但这种合法性本身可能并不为其国民所接受。³⁷

四. 投资人与国家间争议解决制度改革的可取性

48. 鉴于以上所述事项，工作组似应审议，对投资人与国家间争议解决制度的改革是否可取。³⁸

49. 如果工作组希望考虑推进对投资人与国家间争议解决制度的改革，除其他问题外，工作组似应审查以下问题：

- 对投资人与国家间争议解决制度的任何改革的核心政策目标是什么；
- 针对具体问题（例如，时间和费用增加、仲裁裁决缺乏一致性、复审机制缺失、当事人指定仲裁员，以及与仲裁员独立性和公正性有关的相应问题）进行改革，可否充分实现这些政策目标；以及
- 所提议的这些改革是否足够广泛，可将各类投资条约以及各种仲裁规则下的程序涵盖在内。³⁹

50. 工作组似应注意，可供选择的改革范围包括对投资人与国家间争议解决现行制度进行比较轻微的调整，以及通过设立一个永久性裁判机构（如常设投资法院或争议解决机构）使这一制度进一步体制化。

51. 对投资人与国家间争议解决现行制度可能进行的改革可包括：

³⁶ 关于赞成者和反对者观点概述，见国际争议解决中心报告，第 8-23 段。

³⁷ 同上，第 23 段。

³⁸ 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 17 号》(A/72/17)，第 264 段。

³⁹ 见 A/CN.9/917 号文件，第 17-66 段。

- 指定仲裁员方面的替代方法（见 A/CN.9/917 号文件，第 26 和 27 段），例如，简化指定过程，并设计一种包含成员库的系统，这些成员将组成新的裁判机构。工作组似应注意，即将出炉的争议解决中心补充报告将述及决定人（仲裁员/裁判人）的指定问题（另见 A/CN.9/917 号文件，第 33-39 段）。
- 加强（或确立）投资人与国家间争议解决现行制度的道德操守要求，例如，实行行为守则。这样一种行为守则可以借鉴现有实例，或者可以专门为投资人与国家间争议解决制度量身制订并调整（见 A/CN.9/916 号文件，第 19-36 段）（见 A/CN.9/916 号文件）；⁴⁰
- 制定针对并行政程序的措施（见 A/CN.9/915 号文件）；
- 采用先例论（见 A/CN.9/917 号文件）⁴¹以及
- 设立一个常设或独立上诉机构（见 A/CN.9/917 号文件）。

52. 更具实质性的改革将是设立一个常设争议解决机构，如国际投资法庭，其成员将受托解决在其管辖范围之内的投资人与国家间争议解决案件。⁴²

先后顺序与投资人与国家间争议解决制度的改革

53. 鉴于以上所述，工作组似可以投资人与国家间争议解决制度的改革为侧重点开始工作。然而，委员会似可考虑下述意见，即投资人与国家间争议制度的改革应当辅之以为提高实质性投资保护规则的协调性和一致性而进行的改革。在这方面，工作组似应注意，对实质性投资保护标准进行审议可能涉及更为全面的过程，而且可能提出是否以及如何协调这些标准的问题。⁴³因此，这些问题可以放在以后解决。

⁴⁰ 地方律师协会、仲裁机构和国际组织，等等，制定了各种关于道德操守的案文，见诸于仲裁规则、指导意见案文以及最近作为投资人与国家间争议解决规定的补充的投资条约。这类守则或准则可以包括查明实际存在的或以为存在的利益冲突的程序以及缓减这些利益冲突的步骤。有些准则具有约束力，有些准则则是为了提供一般指导。关于仲裁员回避以及关于撤销仲裁裁决执行的法院决定为当事人提供了解决仲裁员行为问题的机会（关于道德操守现有法律框架，见 A/CN.9/916 号文件，第 4-17 段）。

⁴¹ 工作组还似可参阅 A/CN.9/915 号文件，其中概述了限制并行政程序决定不一致性的其他各种机制，例如，就中止程序、处理滥用程序的办法以及可能的信息共享向仲裁庭提供指导意见。该文件还提到针对并行政程序制定的不同类型条约规定。

⁴² 见 A/CN.9/917 号文件，第 29-57 段。

⁴³ 见 A/CN.9/917 号文件，第 14 段。