



大会

Distr.: Limited
28 August 2018
Chinese
Original: English

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）

第三十六届会议

2018 年 10 月 29 日至 11 月 2 日，维也纳

投资人与国家间争议解决制度（投资争议解决制度）可能的改革： 一致性和相关事项

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言	2
二. 投资争议解决仲裁庭所作仲裁裁定的一致性、协调性、可预测性和正确性	2
A. 对已查明的关切问题的评估	2
1. 已查明的关切问题	2
2. 不合理不一致性的普遍性和影响	3
B. 现有机制	11
C. 改革的可取性	12
1. 一般性意见	12
2. 可能的多边改革	14



一. 引言

1. 工作组在第三十五届会议上，建议秘书处：(一)编拟第三十四届和第三十五届会议期间就投资人与国家间争议解决（投资争议解决）提出的关切问题清单；(二)就今后的审议工作给出一个可能的框架；(三)考虑就某些关切问题的范围提供进一步信息，以对各国有所帮助（A/CN.9/935，第 99 和 100 段）。

2. A/CN.9/WG.III/WP.149 号文件概要述及项目(一)和(二)。本说明探讨投资争议解决仲裁庭所作仲裁决定的一致性、协调性、可预测性和正确性这一议题，并就该议题提供更多信息。

3. 如同为工作组提供的其他文件一样，编写本说明时参考了已发表的关于本议题的一系列信息，¹本说明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。

二. 投资争议解决仲裁庭所作仲裁裁定的一致性、协调性、可预测性和正确性

A. 对已查明的关切问题的评估

1. 已查明的关切问题

4. 本说明侧重于工作组第三十四届和第三十五届会议就投资争议解决案件中仲裁庭所作裁定的一致性、协调性、可预测性和正确性提出的关切（A/CN.9/930/Add.1/Rev1，第 9-35 段；以及 A/CN.9/935，第 20-44 段）。

5. 在第三十四届会议上，工作组指出，不一致性和缺乏协调性方面的批评意见是委员会决定着手开展投资争议解决制度的可能改革工作的原因之一，从而承认确保有一个协调和一致的投资争议解决制度非常重要。据指出，一致性和协调性有助于法治，增强对投资环境稳定性的信心，并增进这一制度的合法性。另一方面，还指出不一致性和缺乏协调性会对投资争议解决制度的可靠性、有效性和可预测性并对其信誉产生不利影响（A/CN.9/930/Add.1/Rev.1，第 11 段）。

6. 可以注意到，有不同的因素使得仲裁裁定或裁决之间的差异有其合理性。例如，出现差异可能是因为，条约解释的基本规则（汇编于《维也纳条约法公约》第 31 至 33 条）作裁定者在解释时不仅仅考虑条约条文的字面意义。此外，以何种方式和在多大程度上提供相关证据并为相关立场提供论据，这些差异不可避免地导致推理过程和结果的差异。

7. 为界定这些关切问题，对以下两者作了区分，一方面是合理的不同裁定（例如，反映了条约解释规则或提交仲裁庭的不同事实和证据），另一方面是不合理的不同

¹ 编写本说明时参考了已发表的关于本议题的一系列信息（见刊载于学术论坛的参考书目，可在“补充资源”下查阅，网址：http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html）。本说明尤其是 A.2 节的编写，承蒙从业人员小组（关于该小组的更多信息，见 http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Practitioner_Group_Statement_of_Purpose.pdf）、日内瓦国际争议解决中心（争议解决中心）和下列专家供稿：José J. Caicedo、Damien Charlotin、Melida Hodgson、Lise Johnson（哥伦比亚可持续投资中心）、Josef Ostransky（争议解决中心）、Michele Potestà（争议解决中心）、Jeremy Sharpe 和 Derek Smith。

解释（例如，对相同条约中相同的实质性标准或对相同的程序问题的矛盾解释）。工作组商定重点讨论后一类（不合理不一致性），并探讨其普遍性和影响（A/CN.9/935，第 25 段）。

8. 工作组在讨论期间，还一致认为，寻求一致性不应损害裁定的正确性，目标应当是可预测性和正确性，而非统一性（A/CN.9/935，第 26 段）。²事实上，工作组认为，一致性和协调性本身并非目标，在试图对大量投资条约的规定作出统一解释时务必极为谨慎行事，因为基础投资条约制度本身就不统一（A/CN.9/930/Add.1/Rev.1，第 11、17 和 18 段）。

2. 不合理不一致性的普遍性和影响

9. 在工作组第三十四届会议期间，一些国家报告了这方面的经历，即仲裁庭对载有类似规定的投资条约作出了不同解释，包括并行程序中事实、当事人、条约规定和适用的仲裁规则完全一样的情形（A/CN.9/930/Add.1/Rev.1，第 14 段）。³还指出临时仲裁庭并非始终以一致方式适用关于条约解释的国际规则和习惯国际法（A/CN.9/930/Add.1/Rev.1，第 13 段）。工作组在第三十五届会议上认为，当同样的投资条约标准或者同样的习惯国际法规则被作出不同解释，而这种不同解释又没有合理理由时，不一致性以及由此导致的缺乏可预测性才更是个问题（A/CN.9/935，第 21 段）。

10. 工作组似宜考虑：(一)实践中主要在什么场景下出现作裁定不一致的情况，以及(二)不一致裁定影响的法律领域的举例说明。

(a) 不同场景

11. 首先，不同仲裁庭就相同投资条约中相同标准或就相同程序问题得出不同结论，包括在事实类似的情况下，或事实有差异，但这种差异被认为不足以作为不同结果的理由的情况下。经常引用的例子各仲裁庭在《北美自由贸易协定》下作出的裁定，⁴以及仲裁中关于解释例如基本安全条款的裁定。⁵与此类似，各仲裁庭也曾对《解决投资争端公约》所载的某些概念作出不同解释（见下文第 17 和 25 段）。

12. 其次，根据不同投资条约组织的仲裁庭就涉及相同措施、相同当事人或类似条约标准和（或）适用法律规则得出不同结论。投资仲裁方面最突出的例子或许是经

² 另见经合组织研究，网址：<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>，第 61 页。

³ 另见贸发会议，国际投资协定问题说明之二，《投资人与国家争议解决制度改革》（公布于众的仲裁裁决“不断出现结论不一致的情况……[包括对相同或类似条约规定的法律解释不同，以及涉及相同事实案件的案情评估有差异。有时，不同的结果可以用特定案件适用的具体国际投资协定的措词不同来解释；然而，这种不同结果往往代表了具体仲裁员的意见有所不同。]”）

⁴ S.D. Myers, Inc. 诉加拿大政府，贸易法委员会，部分裁决，2000 年 11 月 13 日；Pope & Talbot Inc. 诉加拿大政府，贸易法委员会，关于第二阶段案情的裁决，2001 年 4 月 10 日。

⁵ CMS Gas Transmission Company 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/01/8，裁决，2005 年 5 月 12 日；Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/01/3，裁决，2007 年 5 月 22 日；LG&E Energy Corp.、L&E Capital Corp.、LG&E International Inc. 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/02/1，关于赔偿责任的裁定，2006 年 10 月 3 日；Continental Casualty Company 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/03/9，裁决，2008 年 9 月 5 日。

常引用的两个判例：Lauder 诉捷克共和国，其依据是美国—捷克共和国双边投资条约；CME Republic BV 诉捷克共和国，其依据是荷兰—捷克双边投资条约。这两个程序涉及：同样的措施和损害；在一定程度上，从经济角度看是同样的索赔人（Lauder 先生在一个程序中以个人名义索赔，在另一程序中作为 CME 的股东索赔），但具有不同的法人身份（CME 和 Lauder 先生），不同国籍（荷兰和美国）；两项单独的投资条约。最后，两项仲裁产生了相反的结果（一项仲裁中（基本）驳回索赔要求，另一项仲裁中判给损失赔偿金）。⁶

13. 其三，根据不同投资条约或相同投资条约组织的仲裁庭处理的争议涉及互不关联的当事人，但涉及类似的事实，但这些仲裁庭对适用法律规则作出了相反的解释。这种情况通常发生在一国采取的某项措施影响到一些互不关联的投资人的情况下。⁷ 各国往往采取一些与一般的外国投资有关的政策，作为吸引投资进入特定部门的努力的一部分，从而增加了与多种多样的投资人找交道的机会。当一国采取的一项措施可能影响到若干投资人时，就有可能面临这些互不关联的投资人针对该措施提出的多重索赔。例如，改变一项国家政策（或国有实体的政策）可能影响到不同投资人的多种投资。虽然这些程序中提出的法律和事实问题一般而言对所有索赔者都是一样的，但可以预见，不同仲裁庭作出的裁定可能产生不同的解释。

(b) 所涉法律领域

14. 工作组在第三十四届会议上听取了各代表团所举不一致裁定的例子。这些例子涉及“投资”的定义，以及投资是否必须“在”东道国“内”或是“为了”东道国“的利益”；最惠国条款对争议解决的适用；间接征用的概念；总括条款范围和效力的解释；习惯国际法原则的确定和适用；关于撤销程序中的担保的程序性裁定；执行方面如何对待裁决；国家和投资人是否能够协议退出投资争议解决规定（见 A/CN.9/935，第 31 和 32 段）；并行或多重程序的情况（另见 A/CN.9/915，第 5 和 6 段）；习惯国际法涉及危急状态/紧急状态、归属法以及关于损害赔偿的法律原则的一般规则（A/CN.9/930/Add.1/Rev.1，第 30 段）。

15. 工作组似宜审议下文关于以下情形的示例清单：实质性标准的不同解释；与管辖权和可受理性有关的不同解释；以及程序不一致。工作组似宜注意到，本示例清单的重点是近期或相对近期的判例（过去 15 年来作出的），以求考虑到不断变化的趋势。

⁶ CME 和 Lauder (CME Czech Republic B.V. 诉捷克共和国，《贸易法委员会仲裁规则》临时仲裁庭，2001 年 9 月 13 日的部分裁决，2003 年 3 月 14 日的终局裁决，Lauder 诉捷克共和国，《贸易法委员会仲裁规则》临时仲裁庭，终局裁决，2001 年 9 月 3 日)，以及 SGS 案件，其中涉及所谓总括条款的解释 (SGS Societe Generale de Surveillance S.A. 诉巴基斯坦伊斯兰共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/01/13，裁决，仲裁庭关于管辖权异议的决定，2003 年 8 月 6 日，和 SGS Societe Generale de Surveillance S.A. 诉菲律宾共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/02/6，仲裁庭关于管辖权异议的裁定，2004 年 1 月 29 日；SGS Société Générale de Surveillance S.A. 诉巴拉圭共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/29，裁决，2012 年 2 月 10 日)。

⁷ 见 A/CN.9/881，第 8 和 20(二)段。例如，见 Charanne and Construction Investments 诉西班牙王国，斯德哥尔摩商会仲裁院案件编号 V062/2012；Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. 诉西班牙王国，解决投资争端中心案件编号 ARB/13/36；Isolux Netherlands, BV 诉西班牙王国，斯德哥尔摩商会仲裁院案件编号 V2013/153；Portigon AG 诉西班牙王国，解决投资争端中心案件编号 ARB/17/15；RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. 诉西班牙王国，解决投资争端中心案件编号 ARB/13/30。

16. 被作不同解释的实质性保护标准举例如下。

(一) 公正和公平待遇（公正公平待遇）：即使评论者认为随着时间推移有了某些趋势，⁸但在确定公正公平待遇条款下义务的内容和程度方面仍然存在着不一致。⁹可以注意到在下列方面有着不同解释：

- 司法不公概念是否涵盖实质性司法不公，而不仅仅是程序性司法不公，¹⁰公正公平待遇保护方面认定司法不公的标准是什么；¹¹
- 违背投资人的合法预期本身是否可能违反公正公平待遇标准，如果是，这些预期必须以东道国的具体承诺为依据，还是可以源自一般立法；¹²
- 规定“按照国际法”（或类似措词）给予公正公平待遇的投资条约系指国际法规定的最低限待遇标准，还是另一个“自主”标准（较之于仅提及“公正公平待遇”的投资条约，）。¹³

⁸ 例如，评论者注意到，仲裁庭似乎越来越多地：注重东道国稳定的法律和商业框架的必要性；放弃了关于东道国不诚信行事的要求；并考虑到外国投资者的合理预期。例如，见 Martins Paparinskis,《公正和公平待遇最低限国际标准》(牛津大学出版社, 2013 年); Jonathan Bonnitcha,《投资条约下的实质性保护》(剑桥大学出版社, 2014 年), 第四章。

⁹ 例如，见：广义解释公正公平待遇的裁定：Metalclad Corporation 诉墨西哥合众国，解决投资争端中心案件编号 ARB(AF)/97/1, 裁决，2000 年 8 月 30 日；Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. 诉墨西哥合众国，解决投资争端中心案件编号 ARB(AF)/00/2, 裁决，2003 年 5 月 29 日；William Ralph Clayton、William Richard Clayton、Douglas Clayton、Daniel Clayton 和 Bilcon of Delaware Inc. 诉加拿大政府，贸易法委员会，常设仲裁法院案件编号 2009-04, 关于管辖权和赔偿责任的裁决，2015 年 3 月 17 日；以及与此形成对比的是，关于严格解释公正公平待遇的裁定，例如，Waste Management Inc. 诉墨西哥合众国（“第 2 号”），解决投资争端中心案件编号 ARB(AF)/00/3, 裁决，2004 年 4 月 30 日；Saluka Investments B.V. 诉捷克共和国，贸易法委员会，部分裁决，2006 年 3 月 17 日；Invesmart 诉捷克共和国，贸易法委员会，裁决，2009 年 6 月 26 日。

¹⁰ 例如，见：Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. 诉阿拉伯埃及共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/04/13, 裁决，2008 年 11 月 6 日（第 207-261 段，仲裁庭在这些段落审查了实质性司法不公和程序性司法不公的指控，但并未认定这些指控得到支持）；另见 Jan Oostergetel and Theodora Laurentius 诉斯洛伐克共和国，贸易法委员会，终局裁决，2012 年 4 月 23 日（第 276-299 段）；Corona Materials LLC 诉多米尼加共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB(AF)/14/3, 裁决，2016 年 5 月 31 日（第 239 至 270 段，其中仅涉及程序性司法不公）；另见 Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. and Fouad Mohammed Thunyan Alghanim 诉约旦哈希姆王国，解决投资争端中心案件编号 ARB/13/38（第 427 段起，关于程序性司法不公的审查）。

¹¹ 关于以下主张，即习惯国际法中司法不公和公正公平待遇不可分割，已成为现代版本的司法不公，例如，见 OAO Tatneft 诉乌克兰，贸易法委员会，2014 年 7 月 29 日，关于案情的裁决；关于以下主张，即公正公平待遇即指习惯国际法中的司法不公概念，例如，见 Iberdrola Energía S.A. 诉危地马拉共和国，解决投资争端中心案件编号，ARB/09/5, 裁决，2012 年 8 月 17 日。

¹² 关于拒绝源自立法的受保护预期的可能性的案件，例如，见 Charanne and Construction Investments 诉西班牙王国，斯德哥尔摩商会仲裁院案件编号 V-062/2012, 裁决，2016 年 1 月 21 日；Philip Morris Brands Sárl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA 诉乌拉圭东岸共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/10/7, 裁决，2016 年 7 月 8 日；Ulysseas, Inc. 诉厄瓜多尔共和国，贸易法委员会，终局裁决，2012 年 6 月 12 日；Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A 诉秘鲁共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/10/2, 终局裁决，2013 年 5 月 21 日；与此形成对比，关于暗示或明示允许这种可能性的裁定，例如，CMS Gas Transmission Company 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/01/8, 裁决，2005 年 5 月 12 日；Electrabel S.A. 诉匈牙利共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/19, 关于管辖权、适用法律和赔偿责任的裁定，2012 年 11 月 30 日；Total S.A. 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/04/01, 关于赔偿责任的裁定，2010 年年 12 月 27 日。

¹³ 例如，见 S.D. Myers, Inc. 诉加拿大政府，贸易法委员会，部分裁决，2000 年 11 月 13 日（见第 262-263 段：“……公正和公平待遇……与……充分保护和安全……两个短语不能孤立地理解。必

(二) 总括条款：一些裁定对总括条款作限制性或附条件的解释，¹⁴而另一些裁定作广义、不附条件的解释，而不管总括条款本身的措词如何。¹⁵

(三) 基本安全条款/必要性原则：人们普遍接受，国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款》草案（《条款草案》）第 25 条体现了习惯国际法中的必要性原则。¹⁶在一些案件中，必要性原则被广泛作为论据，要么作为主要抗辩理由，要么在条约中有“基本安全”条款的情况下，作为替代抗辩理由。¹⁷在解决投资争端中心一系列仲裁裁定中，发现各仲裁庭和为审理撤销裁决申请而设立的特设委员会在讨论必要性概念时存在着不一致。¹⁸

(四) 有利的投资条件：各仲裁庭对于各国在许多投资条约中作出的创建“有利的投资条件”的承诺作出不一致的解释。¹⁹

17. 与管辖权和可受理性有关的不同解释举例如下。

(一) 在解决投资争端中心审理的案件中，各仲裁庭对《解决投资争端公约》第 25(1)条规定的属事管辖权的外部界限的解释有所不同。例如，对以下方面有不同解释：

须结合引语……国际法规定的待遇来理解。[……]仲裁庭认为，只有在证明投资者受到不公正或任意对待、以致于从国际角度来看也无法接受时，才算发生违反第 1105 条的行为”；Pope & Talbot Inc.诉加拿大政府，贸易法委员会，关于第 2 阶段案情的裁决，2001 年 4 月 10 日（见第 111 段：“仲裁庭解释说有关措词明确认可公平因素的附加性质。投资者对这些因素享有权利，而不论他们在国际法下还享有什么权利。该措词合乎逻辑的推论是，确定是否遵守了公平因素时，不受根据国际法最低限标准可能适用于评估有关措施的任何门槛的影响。”

¹⁴ SGS Societe Generale de Surveillance S.A.诉巴基斯坦伊斯兰共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/01/13，仲裁庭关于管辖权异议的裁定，2003 年 8 月 6 日；SGS Societe Generale de Surveillance S.A.诉菲律宾共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/02/06 (2004)；Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V.诉巴拉圭共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/9，仲裁庭关于管辖权异议的裁定，2009 年 5 月 29 日。

¹⁵ Société Générale de Surveillance S.A.诉巴拉圭共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/29，裁决，2012 年 2 月 10 日；EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A.诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/03/23，裁决，2012 年 6 月 11 日。

¹⁶ 《国家对国际不法行为的责任条款》草案附评注，《2001 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 2 部分，也刊载于 http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf。

¹⁷ 例如，见 B BG Group Plc.诉阿根廷共和国，贸易法委员会，裁决，2007 年 12 月 24 日，第 387-388 段；CMS，第 318 段起。Total S.A.诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/04/01，关于赔偿责任的裁定，2010 年年 12 月 27 日，第 219 段。

¹⁸ Sempra Energy International 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/02/16，关于阿根廷共和国撤销裁决申请的裁定，2010 年 6 月 29 日，第 186-207 段；Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P.诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/01/3（又称：Enron Creditors Recovery Corp.and Ponderosa Assets, L.P. 诉阿根廷共和国），关于阿根廷共和国撤销裁决申请的裁定，2010 年 7 月 30 日，第 406 段起；CMS Gas Transmission Company 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/01/8，审理阿根廷共和国撤销裁决申请的特设委员会的裁定，2007 年 9 月 25 日，第 150 段。撤销 CMS 案件中裁决的申请被驳回，尽管特设委员会不同意审理 CMS 案件的仲裁庭采用的分析方法，但是，后来特设委员会在 Enron 案和 Sempra 案中都驳回了仲裁庭的结论，部分理由是在审理撤销 CMS 案件中裁决的申请时提供的关于阿根廷危急情况抗辩理由的逻辑。

¹⁹ 虽然一些仲裁庭认为，这是一项“鼓励和促进对投资人有利的条件”的义务，而非 White Industries Australia Limited 诉印度案（贸易法委员会，终局裁决，2011 年 11 月 30 日，第 9.2.12 段）中一项“引起实质性权利的独立、积极承诺”，但另一些仲裁庭承认鼓励为投资人创建有利环境的实质性义务，如同在 National Grid 诉阿根廷共和国案（贸易法委员会，裁决，2008 年 11 月 3 日，第 170 段）中。

- 对东道国经济发展的贡献作为投资定义的一个标准；²⁰
- 一项购货协议属于投资条约和《解决投资争端公约》下的一项投资；²¹
- 证券投资受到保护；²²
- 公司总部的概念应根据国内法解释，或作为适用的投资条约下的自主术语解释，或参照习惯国际法解释，以及自主定义是否等同于有效场所或注册地。²³

(二) 对于退出《解决投资争端公约》对仲裁庭管辖权的影响作出不同解释。²⁴

²⁰ 关于接受对经济发展贡献这一要求的裁定，例如，见 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. 诉摩洛哥王国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/00/4，关于管辖权的裁定，2001 年 7 月 31 日；*Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD 诉马来西亚政府*，解决投资争端中心案件编号 ARB/05/10，关于管辖权的裁决，2007 年 5 月 17 日；关于不承认对经济发展的贡献是一项管辖权要求的裁定，例如，见 *Deutsche Bank AG 诉斯里兰卡民主社会主义共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/09/2，裁决，2012 年 10 月 31 日；*Saba Fakes 诉土耳其共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/20，裁决，2010 年 7 月 14 日；*Société Générale de Surveillance S.A. 诉巴拉圭共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/29，关于管辖权的裁定，2010 年 2 月 12 日。

²¹ 不接受购货协议为一项投资的判例，例如，见 *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/11/26，裁决，2016 年 1 月 29 日；接受购货协议为作为较大规模经济交易一部分的投资的判例，例如，见 *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/11/19，裁决，2017 年 10 月 30 日。

²² 接受证券投资受到保护的裁定，例如，见 *Fedax N.V. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/96/3，仲裁庭关于管辖权异议的裁定，1997 年 7 月 11 日；*Abaclat and Others 诉阿根廷共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/5（前 *Giovanna Beccara and others 诉阿根廷共和国*），关于管辖权和可受理性的裁定，2011 年 8 月 4 日；*Ambiente Ufficio S.p.A. and others 诉阿根廷共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/08/9（前 *Giordano Alpi and others 诉阿根廷共和国*），关于管辖权和可受理性的裁定，2013 年 2 月 8 日；*Giovanni Alemanni and Others 诉阿根廷共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/8，关于管辖权和可受理性的裁定，2014 年 11 月 17 日；支持相反观点的裁定，例如，见 *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE 诉希腊共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/13/8，裁决，2015 年 4 月 9 日。

²³ 关于按照适用的双边投资条约将“*siège social*”一语解释为“有效管理地”的裁定，例如，见 *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/11/26，裁决，2016 年 1 月 29 日，以及 *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/23，裁决，2016 年 12 月 12 日；关于按照适用的双边投资条约将“*siège social*”一语解释为“注册办事处”的裁定，例如，见 *Orascom TMT Investments S.à r.l. 诉阿尔及利亚民主人民共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/35，终局裁决，2017 年 5 月 31 日。另见 *Central European Aluminium Company (CEAC) 诉黑山*，解决投资争端中心案件编号 ARB/14/8，裁决，2016 年 7 月 26 日。

²⁴ 关于接受第 71 条提及的对退约后六个月期限内提交的仲裁的管辖权的裁定，例如，见 *Venoklim Holding B.V. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/22，裁决，2015 年 4 月 3 日；*Saint-Gobain Performance Plastics Europe 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/13，关于赔偿责任和数量原则的裁定，2016 年 12 月 30 日；*Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/23，裁决，2016 年 12 月 12 日；*Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/20，裁决，2017 年 4 月 26 日；*Transban Investments Corp. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/24，裁决，2017 年 11 月 22 日；关于不接受对六个月期限内提交的案件的管辖权的裁定，例如，见 *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/21，裁决，2017 年 11 月 13 日。

(三) 申请人对相关实体的有效控制只是法律上的有效控制，还是也必须是事实上的有效控制，注意到对此采取不同做法。²⁵

(四) 一项裁决可否作为投资。²⁶

(五) 关联方提出要求损害赔偿的多重索赔：实践中可以归纳出三种不同办法。第一种办法是，索赔可以受理，但仲裁庭必须防止双重赔偿（即在损害赔偿金层面寻求解决办法）。²⁷第二种办法是，仲裁庭认为一旦确立管辖权，申请人必须选择希望在哪个程序中继续进行重叠部分的索赔。不这样做可能会导致仲裁庭在随后的程序阶段得出滥用程序的结论（即在案情层面寻求解决办法）。²⁸在第三种方法中，一个仲裁庭指出，“如果多项条约为纵向链条中的实体提供了诉诸仲裁庭的类似程序权利和类似的实质性保障，启动多项程序以求为基本上相同的经济损害得到赔偿将导致行使权利的目的异于确立这些权利的目的”（即在可受理性层面寻求解决办法）。²⁹

²⁵ 见 Banro American Resources, Inc. & Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. 诉刚果民主共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/98/7，裁决，2000 年 9 月 1 日，在此案件中，仲裁庭认为，从一个投资实体转向另一个投资实体不足以使后一个实体启动解决投资争端中心仲裁，因为需要当事各方同意（见第 3-5 段）；Caratube International Oil Company LLP and Houran 诉哈萨克斯坦共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/13/13，裁决，2017 年 9 月 27 日（“《解决投资争端公约》第 25(2)(b) 条的措词并未具体指明外国控制必须采取哪种形式以及达到哪种程度，更具体而言，并未明文要求有实际、有效的控制，而非法律控制，对这一点，是没有争议的”，第 611-615 段）；BG Group PLC 诉阿根廷共和国案，贸易法委员会，终局裁决，2007 年 12 月 24 日（特别见第 113 段，仲裁庭在其中核对了法律方面（参与子公司）和事实方面（提供了证词作为对这种参与的补充）；Daimler Financial Services AG 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/05/1，裁决，2012 年 8 月 22 日（见第 83 段：“该定义 b 款”表明申请人在 DCS Argentina 持有 99% 的股权确实构成《条约》下的受保护投资。”）；TSA Spectrum de Argentina, SA 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/05/5，裁决，2008 年 12 月 19 日（见第 134-162 段，仲裁庭认为“有必要揭开公司面纱，确定国内公司是否客观上处于外国控制之下。”）；Biwater Gauff (Tanzania) Limited 诉坦桑尼亚联合共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/05/22，裁决，2008 年 7 月 24 日（见第 316 段：“仲裁庭认为对‘投资’的含义采取更灵活和务实的方法是适当的”）；Consortium Groupement LESI — DIPENTA 诉阿尔及利亚人民共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/03/8，裁决，2005 年 1 月 10 日（见第 37-41 条段，仲裁庭在其中对申请人（一个企业集团）不能代替签署投资合同的子公司申请进行仲裁采纳了严格的法律观点）；SGS Société Générale de Surveillance SA 诉巴基斯坦伊斯兰共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/01/13，关于管辖权异议的裁定，2003 年 8 月 6 日（见第 136-137 段：仲裁庭研究了事实细节，特别是在巴基斯坦设立和运营联络处而转移资金一事，以界定通过当地子公司进行投资的概念）。

²⁶ 关于不接受仲裁裁决作为投资的判例，例如，见 Romak S.A. (Switzerland) 诉乌兹别克斯坦共和国，贸易法委员会，常设仲裁法院案件编号 AA280，裁决，2009 年 11 月 26 日；GEA Group Aktiengesellschaft 诉乌克兰，解决投资争端中心案件编号 ARB/08/16，裁决，2011 年 3 月 31 日；关于出于不同原因接受裁决作为投资的判例，例如，见 Saipem SpA 诉孟加拉人民共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/05/07，裁决，2009 年 6 月 30 日；ATA Construction, Industrial and Trading Company 诉约旦哈希姆王国，解决投资争端中心案件编号 ARB/08/2，裁决，2010 年 5 月 18 日；White Industries Australia Limited 诉印度，贸易法委员会，终局裁决，2011 年 11 月 30 日。

²⁷ 见 CME Czech Republic B.V. 诉捷克共和国，《贸易法委员会仲裁规则》临时仲裁庭，部分裁决，2001 年 9 月 13 日，终局裁决，2003 年 3 月 14 日，Lauder 诉捷克共和国，《贸易法委员会仲裁规则》临时仲裁庭，终局裁决，2001 年 9 月 3 日，以及 GS Societe Generale de Surveillance S.A. 诉巴基斯坦伊斯兰共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/01/13，和 SGS Societe Generale de Surveillance S.A. 诉菲律宾共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/02/6。

²⁸ 见 Ampal-American Israel Corporation and others 诉阿拉伯埃及共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/11，关于管辖权的裁定，2016 年 2 月 1 日，第 330-339 段。Mr. Yosef Maiman and Others 诉埃及，贸易法委员会（未公开）。

²⁹ Orascom TMT Investments S.à r.l. 诉阿尔及利亚民主人民共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/12/35，终局裁决，2017 年 5 月 31 日，第 543 段。

18. 程序不一致举例如下。

(一) 仲裁程序启动前：

- 最惠国条款：对争议解决规定适用最惠国条款方面有重大差异。一些裁定接受最惠国条款允许修改原本适用的条约的争议解决条款，³⁰另一些裁定则否认这种可能性；³¹
- 注意到在下列方面有着不同的处理或做法：
 - 等待期或冷却期；³²
 - 对单方面提议进行仲裁概念的解释；³³
 - 是否能够依据已废止的外国投资法诉诸仲裁；³⁴以及
 - 一国剥夺利益的时间和性质。³⁵

³⁰ 例如，见 Emilio Augustín Maffezini 诉西班牙王国，解决投资争端中心案件编号 ARB/97/7，仲裁庭关于管辖权异议的裁定，2000 年 1 月 25 日；Gas Natural SDG, S.A. 诉阿根廷共和国，仲裁庭关于管辖权初步问题的裁定，2005 年 6 月 17 日；National Grid plc 诉阿根廷共和国，关于管辖权的裁定，2006 年 6 月 20 日；AWG Group Ltd. 诉阿根廷共和国，贸易法委员会，关于管辖权的裁定，2006 年 8 月 3 日；Impregilo S.p.A 诉阿根廷共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/17，裁决，2011 年 6 月 21 日；Hochtief AG 诉阿根廷共和国，关于管辖权的裁定，2011 年 10 月 24 日；RosInvestCo UK Ltd. 诉俄罗斯联邦，斯德哥尔摩商会仲裁院案件编号 V079/2005，关于管辖权的裁定，2007 年 10 月。

³¹ Plama Consortium Ltd 诉保加利亚共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/03/24，关于管辖权的裁定，2005 年 2 月 8 日；ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) 诉阿根廷共和国，贸易法委员会，常设仲裁法院案件编号 2010-9，关于管辖权的裁定，2012 年 2 月 10 日；Vladimir Berschader 和 mo i se Berschader 诉俄罗斯联邦，斯德哥尔摩商会仲裁院案件编号 080/2004，裁决，2006 年 4 月 21 日。

³² 将冷却期视为一个可受理性问题的案件，例如，见 RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. 诉西班牙王国，解决投资争端中心案件编号 ARB/13/30，关于管辖权的裁定，2016 年 6 月 6 日；将冷却期视为管辖权问题的案件，例如，见 Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC 诉玻利维亚多民族国，常设仲裁法院案件编号 2011-17，裁决，2014 年 1 月 31 日。在 SGS 诉巴基斯坦案中，认为协商期概念非常灵活（见第 184 段：“各仲裁庭通常倾向于将协商期视为指导性和程序性问题，而非强制性和管辖权性质的问题。因此，是否遵守这一要求不被视作等同于赋予管辖权的前提条件”），而在 Murphy Exploration and Production Company International 诉厄瓜多尔共和国案（解决投资争端中心案件编号 ARB/08/4，关于管辖权的裁决，2010 年 12 月 15 日）中，仲裁庭采用此强制性程序的非常严格的定义（第 140-157 段指出：“根据[《维也纳条约法公约》]，不能忽视《美国-厄瓜多尔双边投资条约》第六条所载规范的存在，其中涉及当事各方有义务尝试谈判以解决其争端，以及在六个月期限过去之前不能诉诸解决投资争端中心……仲裁庭驳回申请人关于第六(3)(a)条要求的六个月等待期不构成管辖权要求的论点。”）。

³³ 关于支持适用适当效力原则的案件，例如，见 PNG Sustainable Development Program Ltd. 诉巴布亚新几内亚独立国，解决投资争端中心案件编号 ARB/13/33；关于拒绝适用适当效力原则的案件，例如，见 CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/08/15。

³⁴ 见 ABCI Investments N.V. 诉突尼斯共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/04/12；AES Corporation and Tau Power B.V. 诉哈萨克斯坦共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/10/16。在 ABCI Investments 案的裁决中，仲裁庭基于案件事实作出了裁定（见第 99-100 段），而在 AES Corporation 案中，通过查询相关法律文书而明确回答了这一问题（见第 216 段）。

³⁵ 各仲裁庭对这个问题的解释大不相同：在 Plama Consortium Limited 诉保加利亚共和国案（解决投资争端中心案件编号 ARB/03/24，关于管辖权的裁定，2005 年 2 月 8 日，第 148-151 段）中，认定在投资人提出仲裁申请之后，国家不能剥夺投资人在条约中享有的利益，从而不承认利益条款的追溯效力；但是，在 Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC 诉玻利维亚多民族国案（常设

(二) 仲裁程序期间，注意到在下列方面有着不同的处理或做法：

- 是否存在用尽当地补救办法的要求；³⁶
- 提起投资仲裁前诉诸国内法院的影响；³⁷
- “持续违反”作为适用的索赔时效法的例外情形的概念；³⁸
- 费用分配；以及³⁹
- 用来评估损害赔偿的法律推理和方法。

仲裁法院案件编号 2011-17，裁决，2014 年 1 月 31 日，第 376 段）中，仲裁庭得出结论认为，“不能同意申请人所谓被申请人不得追溯适用剥夺利益条款的说法”。

³⁶ 普遍认为，如果同意了投资人与国家间仲裁，则不需要用尽当地补救办法（见 Dolzer 和 Schreuer，《国际投资法原则》，第 2 版，第 264 页）。然而，某些仲裁庭认为，投资人必须尝试寻求当地补救办法，以确定相关的投资保护实质性标准遭到了违反。见 *Generation Ukraine, Inc. 诉乌克兰*，解决投资争端中心案件编号 ARB/00/9，裁决，2003 年 9 月 16 日。另见 *Helnan International Hotels A/S 诉阿拉伯埃及共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/05/19，裁决，2008 年 7 月 3 日，后来特设委员会 2010 年 6 月 14 日的裁定基于这一理由撤销了前述裁决。

³⁷ 在 *Fouad Mohammed Thunyan Alghanim 诉约旦哈希姆王国案*（解决投资争端中心案件编号 ARB/13/38，裁决，2017 年 12 月 14 日）中，仲裁庭认定，一旦一国采取的措施在国内法院被提出质疑，该措施与一项投资条约是否相符（即该措施的随意性）就不能再由仲裁庭审查，投资人只能提出司法不公索赔。然而，解决投资争端中心另一个仲裁庭在 *Generation Ukraine 诉乌克兰案*中阐述了以下原则，即“对于投资人而言，仅仅指控行政失当行为是不够的……还须努力推翻该行政错误；从而声称存在国际不法行为……在这些情况下，国际法庭可能认为，不向本国当局寻求救济，即不能提起国际索赔，这不是因为有用尽当地补救办法的要求，而是因为如果投资人不作出合理努力（但不一定是穷尽一切努力）去争取改正，则等同于征用的行为的现实情况会令人有疑惑。”（*Generation Ukraine, Inc. 诉乌克兰*，解决投资争端中心案件编号 ARB/00/9，裁决，2004 年 9 月 16 日，第 20.30 段）。

³⁸ *United Parcel Service 诉加拿大*，贸易法委员会，关于案情的裁决，2007 年 5 月 24 日（见第 28 段，“持续的行为构成持续违反法律义务，因而延长了时效期限”）；*Eli Lilly v. Canada 诉加拿大*，解决投资争端中心案件编号 UNCT/14/2，终局裁决，2017 年 3 月 16 日（见第 170 段）；*Corona Materials LLC 诉多米尼加共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB (AF)/14/3，关于被申请人根据《多米尼加共和国——中美洲自由贸易协定》第 10(20)(5)条快速提出的初步异议的裁决，2016 年 5 月 31 日（不接受持续违反法律义务，第 200-238 段）；*Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al 诉哥斯达黎加共和国*，解决投资争端中心案件编号 UNCT/13/2，临时裁决，2016 年 10 月 25 日（见第 208 段，“虽然持续的行为可能构成持续的违反，但仲裁庭认为，这种行为不能导致延长时效期限，因为这实际上将背离时效条款的基本目的，即就提起历史索赔划出界限。这种做法也将鼓励人们尝试没完没了地将一项索赔分解成一段时间内违反行为的较小组成部分，以期符合时效期限。”）；*Rusoro Mining Limited 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB (AF)/12/5，裁决，2016 年 8 月 22 日（见第 206 段，仲裁庭在该段承认各仲裁庭对时限条款的解释不一致，“在这方面，仲裁庭注意到，《北美自由贸易协定》的判例在回答如何计算关于持续和复合行为的时间这一问题时并不一致。”并最终拒绝将持续违反作为例外情形处理，第 208 段）。

³⁹ 见 *EDF (Services) Limited 诉罗马尼亚*，解决投资争端中心案件编号 ARB/05/13，裁决，2009 年 10 月 8 日，第 322 段（“仲裁庭注意到，与商事仲裁不同，投资仲裁的传统立场是遵循以下国际公法规则，即不适用败诉方支持仲裁费用和胜诉方费用这一原则”），与此形成对比的是 *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited 诉匈牙利案*，解决投资争端中心案件编号 ARB/03/16，裁决，2006 年 10 月 2 日，第 533 段：“仲裁庭找不到任何理由要偏离败诉方应给予胜诉方补偿这一起点。”。另见 *Telenor Mobile Communications A.S. 诉匈牙利共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/04/15，裁决，2006 年 9 月 13 日，第 107 段（“虽然意识到解决投资争端中心仲裁的一个共同做法是当事各方承担自己的费用并平等地承担解决投资争端中心和仲裁庭的费用，而不论案件的结果如何，但本仲裁庭是赞同费用应随结果而定的一般原则的仲裁庭之一”）；*Orascom TMT Investments S.à r.l. 诉阿尔及利亚民主人民共和国案*（解决投资争端中心案件编号 ARB/12/35，终局裁决，2007 年 5 月 31 日，第 583 段）中回顾了两种不同做法，但并没有协调这两种做法。

(三) 作出裁决后:

- 解决投资争端中心的撤销程序的某些方面, 例如关于申请暂停执行一项裁决。⁴⁰

B. 现有机制

19. 在工作组第三十五届会议上, 人们对现有机制不能充分保障投资条约的一致、正确解释表示了重大关切 (A/CN.9/935, 第 38 段)。

20. 人们常常将工作组内就不一致、缺乏协调、缺乏可预测性以及可能缺乏正确性表达的关切与现有机制是否足以处理这些事情等相关问题联系起来 (A/CN.9/935, 第 39-41 段)。工作组似宜考虑, 现有机制在多大程度上能够有助于在投资争议解决案件之间实现一致性, 尤其是在具有相同或基本相似的投资人保护标准的投资条约之间, 或者能够帮助纠正裁决。

21. 据指出, 在目前框架下, 可用来处理不一致或不正确裁定的选项是有限的, 因为这些选项意在裁决进行复审, 以处理有限的几个重大程序性缺陷问题。现有复审机制涉及程序的完整性和公正性, 而非结果的一致性、协调性和正确性 (见 A/CN.9/WG.III/WP.142 第 39 段和 A/CN.9/935 第 23 段)。

22. 这些选项包括根据适用的仲裁规则请求修改一项裁决。然而, 适用于仲裁的规则严格限制了可能有理由纠正的行为类型, 只有轻微文书错误可能会得到纠正。⁴¹

23. 另一个选项是基于有限几个理由对仲裁裁决提出质疑。然而, 仲裁裁决是终局裁决, 可以复审, 但仅限于在国内法院提出的撤销申请或提起的执行程序, 而如果是解决投资争端中心的裁决, 仅限于撤销程序。由于终局性概念, 针对裁决的救济在本质上是有限的。

24. 在解决投资争端中心的制度中, 撤销仲裁裁决的程序是基于对程序本身完整性的评估, 并不通过重新审议已经解决的案件而影响争议的实质。可据以申请撤销的理由是以限制性的方式规定的, 表明了该程序的主要特点: 该程序意在作为一种例外, 使用范围非常狭窄, 要以严格界定的理由为基础。

25. 可以注意到, 在解决投资争端中心处理的案件中在适用撤销理由方面存在不一致。人们批评第一代撤销裁定⁴²对复审范围和标准采取了过于宽泛的态度。⁴³后来

⁴⁰ Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国, 解决投资争端中心案件编号 ARB/11/26, 其中认为暂停属于例外情形; Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国, 解决投资争端中心案件编号 ARB/12/23, 其中认为在没有异常情形的情况下, 准许暂停是正常的。

⁴¹ Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 Fordham L. Rev. 1521 (2005)。

⁴² Klockner Industrie-Anlagen GmbH and others 诉喀麦隆联合共和国和 Société Camerounaise des Engrais, 解决投资争端中心案件编号 ARB/81/2, 特设委员会关于撤销裁决的裁定, 1985 年 5 月 3 日; Amco Asia Corporation and others 诉印度尼西亚共和国, 解决投资争端中心案件编号 ARB/81/1, 特设委员会关于撤销裁决的裁定, 1986 年 5 月 16 日。

⁴³ W. Michael Reisman, *Repairing ICSID's Control System: Some Comments on Aron Broches - Observations on the Finality of ICSID Awards* (1992) 7 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 196.

的裁定被认为已纠正这一点。⁴⁴最近,有关裁定又使得撤销程序不一致——部分是因为对于错误解释投资条约与习惯国际法之间的关系是否构成撤销的理由持不同看法。⁴⁵一些委员会得出结论认为,严重错误地适用法律可能导致撤销裁决,而另一些委员会则认为这种做法等同于上诉。⁴⁶工作组似宜注意到最近关于修正《解决投资争端中心仲裁程序规则》的建议。⁴⁷

26. 在非由解决投资争端中心处理的案件中,撤销裁决以及执行程序发生在国家法院。在这里,程序也是主要关注基本程序规则是否得到遵守,并不包括审查案情,以仲裁裁决一旦作出即是终局裁决并具有约束力这一原则为依据。这一制度同时适用于商事仲裁和投资仲裁。

C. 改革的可取性

27. 工作组似宜注意到, [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) 号文件还讨论了以下问题,该文件为审议改革的可取性提供了一般性框架。

1. 一般性意见

(a) 需要审议的问题

28. 需要一致性和协调性,意味着需要确定性、可预测性和平等待遇。在工作组第三十四届会议上,有与会者指出,可预测性和正确性这些价值观将支持法治,加强对投资环境稳定性的信心,增进这一制度的合法性并有助于投资法的发展([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#),第11段)。工作组提到的可预测性的一个后果是,它将使各国能够了解,其行动如今后可能的立法或监管活动是否可能违反义务。在这方面,据指出可预测性将有助于各国制定投资政策。可预测性还便于投资人评估某些待遇是否符合条约义务([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#),第15段)。事实上,投资仲裁常常涉及东道国监管权力的范围。各代表团确认已经与本国各单位和利益相关方进行协商。报告的协商结果是,可预测性对投资人也很重要,因为缺乏可预测性可能成

⁴⁴ Maritime International Nominees Mar Establishment 诉几内亚共和国,解决投资争端中心案件编号 ARB/84/4,撤销裁决特设委员会关于部分撤销裁决的裁定,1989年12月22日;Klockner Industrie-Anlagen GmbH and others 诉喀麦隆联合共和国和 Société Camerounaise des Engrais,解决投资争端中心案件编号 ARB/81/2,第二个特设委员会关于拒绝撤销裁决申请的裁定,1990年5月17日;Amco Asia Corporation and others 诉印度尼西亚共和国,解决投资争端中心案件编号 ARB/81/1,关于第二次撤销裁决申请的裁定(1992年12月17日)。

⁴⁵ CMS Gas Transmission Company 诉阿根廷共和国,解决投资争端中心案件编号 ARB/01/8,特设委员会关于阿根廷共和国撤销裁决申请的裁定,2007年9月25日;Sempra Energy International 诉阿根廷共和国,解决投资争端中心案件编号 ARB/02/16,关于阿根廷共和国撤销裁决申请的裁定,2010年6月29日;Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets L.P. 诉阿根廷共和国,解决投资争端中心案件编号 ARB/01/3,关于阿根廷共和国撤销裁决申请的裁定,2010年7月30日;Helnan International Hotels A/S 诉阿拉伯埃及共和国,解决投资争端中心案件编号 ARB/05/19,特设委员会的裁定,2010年6月14日。

⁴⁶ 见 Nicholas Fletcher, Should ICSID have or not a new appellate process? Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2015。

⁴⁷ 见解决投资争端中心秘书处,关于修正国际投资争议解决中心规则的建议——工作文件,2018年8月2日,第270-289页,刊载于 https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Three.pdf。

为投资人的一种风险因素，从而对投资望而却步。还补充说，鉴于所涉费用，投资人看重的是可确保可预测性的争议解决制度（A/CN.9/935，第 37 段）。

29. 鉴于投资条约和投资争议解决制度的特点，工作组提出的一个问题是，结果更加可预测以及判例的演化更加统一与协调是否可取和必要（A/CN.9/930/Add.1/Rev.1，第 16 段；A/CN.9/935，第 34 和 38 段）。

30. 在这方面，工作组似宜考虑，投资法本身的性质以及投资法和投资保护标准分散在不同的法律来源包括许多投资条约和国内制度中这一事实，是否意味着解决投资争议的方法必须在制定一致的法律标准方面发挥核心作用。工作组还似宜考虑，投资争议解决制度中裁定者需要适用不那么完善并且仍处于形成过程中的一套规则，这是否意味着他们的裁定将对今后确立可预测的规则和制定一致的法律标准产生更大的影响。⁴⁸

31. 工作组还似宜铭记投资条约和投资法的最终目标，即促进符合可持续发展目标的类型的国家间外国投资流动，除不一致性和缺乏可预测性对投资条约签署国的影响之外，工作组还应考虑对外国投资者的影响以及对评估与国外投资有关的政治和经济风险的影响。

(b) 各国表达的初步意见

32. 工作组第三十四届和第三十五届会议听取了一些初步意见，涉及如何解决不一致性和缺乏协调性问题，以提高投资争议解决框架的可预测性。提出的建议包括以下几点：对包含模糊措词的投资条约进行修正；提供解决办法，给予投资条约缔约国更大控制权，如联合解释声明和关于标准解释的准则，非争议方提交材料，以允许其他成员国就一项标准的解释发表意见，建立仲裁庭可在下达裁决之前向条约伙伴提出问题的机制；采用一种全面的体制性解决办法（上诉机制或常设裁决机构）；考虑改革国内投资框架，包括国内法所载的实质性保护标准；引入或执行一种依循先例制度；鼓励尽量并案处理以及仲裁庭之间协调；改进现行复审机制和撤销程序；加强国内法院的作用（A/CN.9/930/Add.1/Rev.1，第 34 段；A/CN.9/935，第 43 段）。

33. 上文列出的某些解决办法将由各国通过起草条约或通过条约行动来实施。贸发会议在其《2017 年世界投资报告》中列出了各国可以落实的十种改革选项。⁴⁹

34. 例如，所谓的“第二代”条约与“第一代”条约相比更好地限制了各种标准的范围，后者包含容易作不同解读的模糊表述（A/CN.9/935，第 28 段）。第二代条约使实质性保护标准和程序性条款更加清晰。因此，各国不妨考虑谈判新的投资条约或谈判修正现有条约。作为一般性意见，各国可考虑将上文关于不一致的研究作为问题“图”，各国可通过更明确地界定程序性要求或实质性要求来确定预期的政策结果。不过，工作组似宜考虑这种做法所需的时间，以及对许多第一代条约而言这种解决办法是否可行。

⁴⁸ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*The 2006 Freshfields Lecture.

⁴⁹ 贸发会议，《2017 年世界投资报告》，第 131 页；可在互联网上查阅：http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf。

35. 此外，各国可考虑为仲裁庭发布详细的、可能是强制性的指导意见。这方面的例子包括有约束力的解释或使用其他程序工具，例如非争议缔约方提交材料（[A/CN.9/930/Add.1/Rev1](#)，第 22 和 23 段）。⁵⁰过去，这种解释是临时发布的，或是在一个为磋商建立的制度化论坛或常设委员会的基础上发布的（例如，北美自由贸易协定常设机构，该机构由三个成员国政府的代表组成，可以为北美自由贸易协定第十一章仲裁庭发布有约束力的解释说明）。某些投资条约还预见到，有些问题应当向投资条约的缔约国提出，以期它们作出共同解释。⁵¹

36. 此外，工作组似宜考虑这种指导意见的有效性，特别是这些国家声明与仲裁庭随后对标准的解释之间的关系。⁵²

2. 可能的多边改革

(a) 引入一种依循先例制度

37. 从历史的角度来看，一致性和协调性不是投资争议解决制度所固有的特征。裁决由临时设立的仲裁庭作出，对先例原则没有正式义务。

38. 工作组似宜考虑，在大多数情况下，投资争议解决制度中裁定的“一致性”、“协调性”和“可预测性”，意味着裁定者考虑到先前存在的判例法，并在可能或可取的程度上遵从其中体现的法律解释。这也意味着，仲裁庭若认为先前裁定中的解释方法和法律推理不适用于本案，可以在合理解释的基础上采取不同的立场。在一个“协调”和“可预测”的制度中，不一致裁定的出发点将是超越本案，对所涉问题采取一致的解释方法，这种解释方法考虑到先前存在的判例法，并有助于投资法和法理学的发展。

39. 尽管投资条约多种多样，但可以建立对经常性条款的共同标准的一致解释模式，因而可以通过一致和协调的解释来澄清核心标准和原则（[A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#)，第 16 段）。在这方面，可以注意到，解决投资争端中心在 2006 年、贸易法委员会在 2013 和 2014 年设计的投资争议解决透明度标准规定可以查阅仲裁庭的命令和裁定。随着使用这些标准以及发布投资争议解决方面的裁定，各仲裁庭将更容易获得以前的裁定，这将有助于促进先例制度。

40. 目前，虽然仲裁庭似乎一致认为不存在先例有约束力原则本身，它们也同意需要考虑以前的判例。裁决往往表达了仲裁庭以下信念，即其必须适当考虑各国际法院和仲裁庭以前的裁定，并且在没有令人信服的相反理由的情况下，仲裁庭有义务采纳一系列一致裁定中所确立的解决办法。⁵³尽管如此，这种做法并不总是能够保

⁵⁰ 另见贸发会议《国际投资协定问题说明》之三，2011 年 12 月，《国际投资协定的解释：国家可以做什么》；贸发会议有关国际投资协定问题系列丛书第二卷，“投资人与国家间争议解决：续编”，2014 年。

⁵¹ 见乌拉圭与美利坚合众国之间的条约，第 31 条。

⁵² 例如，见多米尼加共和国 - 中美洲自由贸易协定，该条约规定，共同解释对仲裁庭具有约束力。

⁵³ 例如，见 *Burlington Resources Inc. 诉厄瓜多尔共和国*，解决投资争端中心案件编号 ARB/08/5，关于赔偿责任的裁定，2012 年 12 月 14 日，第 187 段（其中记录了个别仲裁员关于没有义务遵循判例趋势的观点，但是规定：“仲裁庭认为，在没有令人信服的相反理由的情况下，仲裁庭有义务采纳一系列一致裁定中所确立的解决办法。仲裁庭还认为，在考虑特定条约具体规定和实际案

证仲裁裁决之间的一致性，因为这种做法在一种只包含特设仲裁庭的分散式决策模式中很难得到落实。⁵⁴此外，某些仲裁庭虽然承认一致性通常是可取的，但强调“国际仲裁庭并没有分等级，即使分了等级，也没有充分的理由允许最早的仲裁庭为所有后来的仲裁庭解决问题”。⁵⁵工作组如果认为应当引入一个有约束力的先例制度，则似宜根据投资争议解决制度的特点考虑实施这种解决办法的可行性。

41. 仲裁庭主要负责就提交给它们的事项作出裁决，但它们也是在与公众有关的更大审判系统的框架内运作的。事实上，投资条约仲裁庭对阐明和澄清核心条约标准的含义作出贡献。⁵⁶因此，一个相关的问题是，是否应该认为仲裁员对国际司法制度负有一般责任，应当为了公共利益而行事（A/CN.9/935，第 85 和 86 段），如果是，如何履行这种职责（关于此事，另见 A/CN.9/WG.III/WP.153 号文件）。

(b) 向仲裁庭提供指导意见

42. 仲裁庭可以使用或鼓励仲裁庭使用一些程序性机制，以便在作裁定时更好地相互协调，包括在并程序的情形下。A/CN.9/915 号文件第 10-33 段对这些工具作了描述。其中包括各种方法，例如积极利用并案处理、信息交流、暂停程序以及利用待决原则和既决原则。

(c) 仲裁裁决的事先审查

43. 也可以考虑允许事先审查仲裁裁决草案的制度。对裁决进行审查是国际商会国际仲裁法院规则的一个特点，通常被认为是有益的，因为它提高了裁决的质量和可执行性。可以设计一个类似制度，以确保一致性，避免法律错误，并确保投资争议解决仲裁庭所作裁决的质量。

件的情形的前提下，仲裁庭有义务寻求对国际法的协调发展作出贡献，从而不辜负各国家和投资人对法治确定性的合法期望”）。

⁵⁴ 相比之下，在国际法院，不存在法律上的服从前例（见《国际法院规约》第 59 条）；不过，对以前的司法裁定有很强的依赖，这些司法裁定被作为《国际法院规约》第 38 条所述的“确定法律原则之补助资料”，实践表明过去的裁定对于该法院有很强的说服力。

⁵⁵ 见 SGS Société Générale de Surveillance S.A. 诉菲律宾共和国案，解决投资争端中心案件编号 ARB/02/6，关于管辖权异议的裁定，2004 年 1 月 29 日，第 97 段（《解决投资争端公约》仅规定据此《公约》作出的裁决“对当事各方有约束力”（第 53(1)条），该条款被视为指的是裁决所具有的已决案件效力，而非作为先例对以后案件的影响。仲裁庭认为，尽管在投资争议解决制度下组成的不同仲裁庭一般应寻求彼此一致地采取行动，但最终必须由每个仲裁庭根据适用的法律行使其权限，适用法律顾名思义对每项双边投资条约和每个被申请国而言将是不同的。此外，如果依循先例意指单一项裁定具有约束力这一规则的话，则国际法中并无先例原则。国际仲裁庭并没有分等级，即使分了等级，也没有充分的理由允许最早的仲裁庭为所有后来的仲裁庭解决问题。）。另见 Electrabel S. A. 诉匈牙利共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/07/19，裁决，2015 年 11 月 25 日，第 224 段（“本仲裁庭需要根据当事各方在程序中提出的证据，就当事各方在本仲裁中提出的论点作出裁定。因此，本仲裁庭不能受另一仲裁的结果的影响，在另一仲裁中，投资人的诉求似乎措词不同，相关裁定是在不同论点和证据基础上作出的”）。

⁵⁶ 见 Glamis Gold Ltd. 诉美利坚合众国，贸易法委员会仲裁（《北美自由贸易协定》），裁决，2009 年 6 月 8 日，第 7 段，仲裁庭在其中指出：“本仲裁庭在履行解决这一特定争议的主要任务时，认识到其运作所处的背景。仲裁庭强调指出，它绝不认为认识到运作所处的背景使它有理由（或事实上要求它）偏离专注于所审理的具体案件的职责。相反，它认为认识到在这种背景下运作是对其推理过程的约束，这种约束不改变仲裁庭的裁定，而是为仲裁庭提供指导和帮助，同时又为仲裁庭暂时作为其中一部分的制度提供支持。”另见 Saipem S.p.A 诉孟加拉人民共和国，解决投资争端中心案件编号 ARB/05/07。

(d) 上诉机制

44. 某些投资条约中可以找到缔约方打算纳入上诉复审机制的示例。⁵⁷

45. 经常提到的另一个选项是建立独立的上诉机制。上诉机构的主要职能是确保裁定在程序和实质方面的正确性。上诉机构将负责对裁定进行实质性复查，并允许实施有约束力的先例制度。⁵⁸上诉机制的复查范围需要加以限定，以避免从头开始复查。

(e) 初步裁定制度

46. 这一选项下，应允许仲裁庭将与法律事项的适用和解释有关的任何问题提交一个特定机构。

(f) 建立一个国际法院系统

47. 最近的一些投资条约设想设立一个法院，作为一个常设国际机构。⁵⁹理由是通过长期审理案件和裁定案件，法官将会做出一致的裁定。

⁵⁷ 例如，见《美利坚合众国与乌拉圭东方共和国关于鼓励和相互保护投资的条约》，2005年11月4日（2006年11月1日生效），附件E；《智利共和国政府与美利坚合众国政府自由贸易协定》，2003年6月6日（2004年1月1日生效），第10.19(10)条，附件10-H；《多米尼加共和国 - 中美洲自由贸易协定》，2004年8月5日；《加拿大 - 欧洲联盟全面经济和贸易协定》，第8.28条。

⁵⁸ 另见解决投资争端中心秘书处，讨论文件：《投资争端解决中心仲裁框架可能的改进》（2004年10月22日），可查阅：<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents>。

⁵⁹ 例如，见《加拿大与欧洲联盟全面经济和贸易协定》；《欧洲联盟与越南自由贸易协定》。