联合国 A/CN.9/WG.III/WP.180

大 会

Distr.: Limited
29 August 2019
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第三工作组（投资人与国家间争端解决制度改革）
第三十八届会议
2019 年 10 月 14 日至 18 日，维也纳

投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度可能进行的改革

巴林政府提交的意见书

秘书处的说明

本说明转载第三工作组第三十八届会议筹备过程中于 2019 年 8 月 29 日收到的巴林政府提交的意见书。现将这份材料按收到的原样转载于本说明附件。秘书处于 2019 年 8 月 5 日收到了较长版本的意见书，该版本只有英文文本。

V.19-09095 (C) 021019 021019

请回收

附件

1. 导言

1. 本文件共分六节，首先强调了投资争端解决制度对国家和投资人带来的一些积极影响（第 2 节），之后明确了投资争端解决制度引发的涉及利益冲突、多样性、费用和延续时间以及仲裁裁决和裁定一致性的关切（第 3 节）。本文件还建议在改用包括一个或以上常设国际投资法院的制度时需慎重（第 4 节），继而分析了有关投资争端解决制度改革的备选建议（第 5 节）。本文件还解释了为什么第三工作组仅限审议投资争端解决制度程序方面的任务授权[1]使其失去了审议国际投资协定实质性改革的机会（第 6 节）。最后，鉴于第三工作组第三十六届会议决定制定一项工作计划处理相关事项——工作组认为由贸易法委员会针对这些事项制定改革办法是可取的[2]，巴林就这一拟议工作计划提出了初步意见（第 7 节）。

2. 现行投资争端解决制度对国家和投资人的益处

2. 虽然投资争端解决制度存在某些缺陷，但值得强调指出现行制度对国家和投资人带来的诸多好处。正如国际争端解决中心的一份报告所述，为投资人与国家间仲裁带来的“诸多益处”包括：

- 中立性。“裁定人远离政治——投资仲裁因非政治化而受到赞扬，同时远离商业利益。”
- 投资争端裁决的终局性和可执行性。“前者节省时间和花费，后者确保该制度的最终效力。”
- 投资争端解决制度的可管理性或可行性。相比于“较为笨重”的“需要大量资源”的常设审裁机构，例如世界贸易组织（世贸组织），投资争端解决制度“便捷灵活”[3]。

3. 改革不仅应保持投资争端解决制度的优点，还必须予以发扬光大。最重要的是，贸易法委员会实施的任何改革都不应该使投资争端解决制度面临进一步碎片化的风险。

---

[1] 《贸易法委员会第三工作组第三十四届会议工作报告》，第一部分，A/CN.9/930/Rev.1，2017 年 12 月 19 日，第 20 段（“会上澄清，赋予工作组的任务授权侧重于争端解决的程序方面，而非实质性规定”）。

[2] 见《贸易法委员会第三工作组第三十六届会议工作报告》，A/CN.9/964，2018 年 11 月 6 日，第 135-141 段。

[3] Gabrielle Kaufmann-Kohler，Michele Potestà，“《毛里求斯公约》能否通过引入一种常设投资法院或上诉机制，成为投资人与国家间仲裁改革的一种模式？分析和路线图”，第 23 段（日内瓦国际争端解决中心，2016 年），http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf [下称《国际争端解决中心报告》]。

3. 投资争端解决制度所涉关切

3.1 利益冲突

4. 独立和公正的法庭是法治的基石。至关重要的一点是，法庭不仅应具备独立性和公正性，也应被人们视为如此[4]。

5. 在涉及独立性和公正性问题时，有令人信服的理由认为投资争端解决制度需要实行比其他领域更加严格的规定。在投资人与国家间争端中，法律问题和事实范例出现重叠和重复的几率要大得多。投资争端解决制度常常依赖于对双边投资条约的解释，这些条约载有措辞类似的实质性条款，通常会产生同样的法律概念[5]。加之负责裁定投资人与国家间争端的仲裁员通常是从一个相对较小的人选范围内任命，这便造成了切实的利益冲突风险。此外，一些仲裁从业人员在自身职业生涯中兼任仲裁员、律师和专家等多个角色，并且作为惯常做法会定期互相指定，这加大了上述风险[6]。更严重的是，专门仲裁机构往往不发布利益冲突相关准则[7]。

仲裁员回避和利益冲突

6. 虽然投资仲裁中的许多回避裁定是可公开查阅的，但涉及利益冲突特定方面（例如涉案问题冲突）的各类裁定大多仍不对外披露。在评论已公布裁定的数量不足这一问题时，美国国际法学会－国际商事仲裁理事会有关涉案问题冲突的联合报告指出，“可公开查阅的论述详尽的回避裁定数量有限，这严重阻碍了进一步开展分析工作”，而且“在一些重要方面何为不当预判的轮廓线仍然不清晰。”[8]

7. 关于投资争端解决制度合法性的另一个关切领域是对仲裁员回避和利益冲突问题的处理办法。在投资争端中提请仲裁员回避最常通过两项制度中的一项来裁定。裁定回避请求的权力要么授予指定机构（例如，根据斯德哥尔摩商会仲裁院或贸易法委员会的仲裁规则），要么授予仲裁庭其他未被要求回避的成员（如国际投

---

[4] *R v. Sussex Justices, ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233（“不仅必须伸张正义，还必须让人们看到正义得到伸张。”）。

[5] Nassib G. Ziadé，“一位业内人士可以兼任几个角色：仲裁员、律师和专家？”，《国际投资争端解决中心评论——外国投资法期刊》第 24 卷，第 49 和 50 页（2009 年）。

[6] 贸易法委员会第三工作组《确保投资人与国家间争端解决制度中仲裁员和裁定人的独立性和公正性——秘书处的说明》，A/CN.9/WG.III/WP.151，2018 年 8 月 30 日，第 25 段（贸易法委员会秘书处提请注意称，“某起案件的律师同意指定某一特定人员担任该案仲裁员，而这位仲裁员在担任其他案件的律师时则同意指定先前那位律师在该起案件中担任仲裁员。”）。见 Ziadé，前注 5，第 59-60 页。

[7] Nassib G. Ziadé，“我们是否需要一个常设投资法院？”《全球仲裁评论》（2019 年 2 月 13 日），https://globalarbitrationreview.com/article/1180209/do-we-need-a-permanent-investment-court。

[8] 《美国国际法学会－国际商事仲裁理事会有关投资人与国家间仲裁中的涉案问题冲突联合工作队报告》，第 185 段（国际商事仲裁理事会第 3 期报告，2016 年 3 月 17 日），www.arbitration-icca.org/media/6/81372711507986/ asil-icca_report_final_5_april_final_for_ridderprint.pdf。《美国国际法学会－国际商事仲裁理事会的报告》称，“涉案问题冲突”涉及“声称仲裁员因对某些问题持特定观点或已经预判这些问题而带有偏见。所谓的倾向或预判包括声称仲裁员坚持其原已存在的、对一些法律和事实问题的看法，这些看法是通过身为仲裁员、律师的经历、通过撰写学术文章以及接受采访或以其他方式公开表达意见而形成的。”）。同上，第 2 段。

资争端解决中心制度下的做法）。但在这两种制度下，作裁定时都没有行为守则形式的详尽准则可供参照。这增加了个人在裁定此类回避要求时完全依靠其个人经验和主观见解的风险，从而损及回避裁定的透明度和一致性[9]。仅由指定机构裁定回避申请的做法也存在问题，因为这种做法无法克制裁定人的无意识偏见。

撤销裁决委员会和利益冲突

8. 国际投资争端解决中心最近在撤销裁定方面的做法有一个奇怪的特点，即所作裁决正在经历或已经走完撤销程序的仲裁员反而常常是其他案件的撤销裁决委员会的成员[10]。这“至少会形成一种看法，即撤销裁决委员会成员可能会倾向于制定有利于其未决或潜在仲裁案件的判例法。”[11]这种做法引发的问题显而易见，并且受到了批评[12]。

作为软性法律的《国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突的准则》的局限性

9. 国际仲裁极大地受益于《国际律师协会关于国际仲裁当事方代表权准则》（2013年）和《国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突的准则》（2014 年修订）。这两项准则是基于仲裁员自愿披露相关信息。这两项准则为监管仲裁员和律师的行为提供了有益的指导，而且投资争端法庭在裁定回避申请时经常予以参考。

10. 但这些准则也有局限性。它们是软性法律，因此不具备约束力。正如贸易法委员会秘书处指出的那样，“国际律师协会的准则没有涉及”“身兼两职”问题[13]。此外，正如一位评论人士所指出的：起草准则的小组委员会成员绝大多数本身就是将受到监管的仲裁从业人员。换言之，国际律师协会的准则代表着最佳做法，由于是从已获认可的从业人员的角度加以审视，这意味着其更多是促进性的而不是限制性的[14]。

---

[9] 见 Nassib G. Ziadé，“国际投资争端解决中心是否走错了方向？”，《全球仲裁评论》（2015 年 2 月 24 日），https://globalarbitrationreview.com/article/1034244/is-icsid-heading-in-the-wrong-direction（“应有内容翔实的准则供负责裁定的仲裁员参照，从而使其不必主要依靠自身主观见解和经验。当一再使用不同的裁定人时，这种不加规范的工作方式可能会产生不一致的回避判例，更有甚者，还会作出一项没有表现出充分尊重公平和正当程序的裁定。”）。

[10] 同上。

[11] 同上。

[12] 见 Hamid Gharavi，“国际投资争端解决中心撤销裁决委员会：房间里的大象”，《全球仲裁评论》（2014 年 11 月 24 日），https://globalarbitrationreview.com/article/1033891/icsid-annulment-committees-the-elephant-in-the-room（指出“也存在令人担忧的情况，即[国际投资争端解决中心]秘书长任命的专门委员会包括了所作裁决面临撤销申请的仲裁庭成员”，作者对此主张“根本不应准许”出现这种情况，特别是考虑到“国际投资争端解决中心撤销裁决制度作为质疑裁决的一种手段具有排他性，[以及]没有针对撤销裁定设置任何追索权”）。

[13] 贸易法委员会第三工作组《确保投资人与国家间争端解决制度中仲裁员和裁定人的独立性和公正性——秘书处的说明》，A/CN.9/WG.III/WP.151，2018 年 8 月 30 日，第 29 段。

[14] Nassib G. Ziadé，“仲裁机构应当如何处理利益冲突问题？”，见于 *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri: From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*，第 211-223 页，见第 215 页（Mohamed Abdel Raouf，Philippe Leboulanger 和 Nassib G. Ziadé 编，Wolters Kluwer 2015 年）。

3.2 投资争端解决制度的多样性危机

11. 关于投资争端仲裁庭组成的多样性——或者缺乏多样性——的讨论并不新鲜。贸易法委员会秘书处此前曾指出工作组对多样性问题的关切[15]。巴林对此持同样意见。

12. 至关重要的一点是，关于多样性的讨论应以准确和完整的数据和统计资料为基础。但不幸的是，关于仲裁员国籍的可用数据远非详尽无遗。首先，通常只有当事各方同意公开投资仲裁案件的相关信息时，机构方可公布此类信息[16]。其次，并不是所有关于投资仲裁的数据源都提供有关仲裁员国籍的统计数据[17]。第三，尽管部分仲裁机构会公布按区域或国籍分列的仲裁员信息，但这些机构并不区分投资争端案件和非投资争端案件[18]。此类数据的缺漏阻碍了对投资争端解决制度多样性危机的程度展开知情讨论。

13. 尽管如此，国际投资争端解决中心的统计数据仍可作为有用的指南，特别是因为该中心的年度报告和从可靠来源获得的其他数据显示，国际投资争端解决中心似

[15] 贸易法委员会第三工作组《仲裁员和裁定人：任命机制及相关问题——秘书处的说明》，A/CN.9/WG.III/WP.152，2018 年 8 月 30 日，第 20 段（指出“少数个人一再被任命为仲裁员，因此，在投资人与国家间争端案件中多次作出裁决。工作组还注意到在性别、地域分布、族裔和年龄方面缺乏多样性”（文内引用省略））。另见贸易法委员会《第三工作组第三十五届会议工作报告》，A/CN.9/935，2018 年 5 月 14 日，第 70 段（指出“会上举出缺乏多样性的例子是仲裁员集中来自某一区域、年龄组范围有限、性别单一以及种族范围有限”）。

[16] 例如，常设仲裁法院的网站显示，常设仲裁法院仅列出“当事各方同意公布其案件相关信息的案件目录”。见 https://pca-cpa.org/en/cases/。同样，斯德哥尔摩商会仲裁院的仲裁规则规定，在斯德哥尔摩商会仲裁院主持下作出的裁决内容保密，“除非当事各方同意公开”。见《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》第 3 条，https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration_rules_eng_17_web.pdf。类似的是，PluriCourts 网站收录了根据实质性投资条约裁定的 434 起案件。但在这些案件中，26.9%的终局裁决没有公开，这“限制了[PluriCourts]能够录入[其数据库]的有关这些案件的信息量。”见 www.jus.uio.no/pluricourts/english/topics/investment/research-projects/database.html。

[17] 例如，虽然斯德哥尔摩商会仲裁院公布有关其受理的投资争端的统计数据，但这些数据并不提供被指定负责这些案件的仲裁员的国籍信息。斯德哥尔摩商会仲裁院 2018 年投资争端数据见 https://sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2018/。

[18] 例如，斯德哥尔摩商会仲裁院、伦敦国际仲裁法院和国际商会均公布各自案件数量的统计数据，其中包括仲裁员的国籍信息，但没有区分投资争端案件和非投资争端案件。以上各机构按区域分列的仲裁员信息如下：斯德哥尔摩商会仲裁院 2018 年统计数据：251 项任命来自欧洲地区（占所有仲裁任命的 94%），其余 6%的任命来自南美（1 项任命）、非洲（2 项任命）、亚洲（3 项任命）、北美（5 项任命）和澳大拉西亚（5 项任命）；见 https://sccinstitute.com/statistics/。伦敦国际仲裁法院 2018 年统计数据：338 项任命来自西欧地区（占所有任命的 83%），其余 17%的任命来自中东（7 项任命）、东欧（8 项任命）、撒哈拉以南非洲（9 项任命）、南美（9 项任命）以及南亚和东亚及太平洋地区（29 项任命）；见 www.lcia.org/News/2018-annual-casework-report.aspx。国际商会 2017 年统计数据：北欧和西欧占 53.6%、撒哈拉以南非洲 1.6%、北非 2.3%、中亚和西亚 4.2%、北美 9.3%、南亚和东亚以及太平洋地区 9.5%，以及拉丁美洲和加勒比地区 13.5%；见 https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf。虽然这些统计数据并不反映投资仲裁本身的多样性状况，但这些数据表明，不仅是投资争端解决制度，而是整个国际仲裁都存在多样性问题。

乎管理着所有已知国际投资争端解决程序中 60%至 75%的程序[19]。国际投资争端解决中心关于多样性的统计数据如下，这些数据并不令人鼓舞。

根据《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》和《附加便利仲裁规则》（2011-2018 年）登记的案件中被任命的仲裁员、调解员和专门委员会成员，按区域分列[20]：

地理位置	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
撒哈拉以南非洲	3%	1%	1%	1%	1%	3%	5%	1%
中东和北非	3%	1%	2%	3%	4%	2%	5%	4%
中美洲和加勒比地区	2%	3%	3%	3%	5%	2%	5%	2%
东欧和中亚	2%	2%	1%	5%	3%	1%	3%	6%
南亚、东亚和太平洋地区	15%	14%	13%	14%	13%	19%	14%	9%
南美	21%	13%	10%	10%	5%	13%	7%	15%
北美	19%	24%	14%	15%	19%	18%	14%	16%
西欧	35%	42%	56%	49%	50%	42%	47%	47%

根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》和《附加便利仲裁规则》（2011-2018 年）登记的针对国家提起的案件的地域分布[21]：

[19] 例如，见《2017 年国际投资争端解决中心年度报告》，第 3 页（称国际投资争端解决中心“管理了所有已知国际投资争端解决程序中超过 70%的程序”）。另见贸易法委员会第三工作组《投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的可能改革——秘书处的说明》，A/CN.9/WG.III/WP.149，2018 年 9 月 5 日，第 7 段（贸易法委员会秘书处指出，国际投资争端解决中心管理的案件“据认为占投资条约案件的 75%”）（文内引用省略）。此外，联合国贸易和发展会议（贸发会议）运营的网站“投资政策中心”汇编的数据显示，截至 2019 年 7 月 27 日，国际投资争端解决中心管理了所有已知的基于条约的、有数据可查的投资争端案件中的 73%，如果包括没有明确管理机构的案件或贸发会议缺乏足够信息的案件，这一数据则为 62%。据贸发会议称，已知有 942 起基于条约的投资争端案件，分别由以下仲裁机构管理：国际投资争端解决中心（568 起案件）、常设仲裁法院（136 起案件）、斯德哥尔摩商会仲裁院（47 起案件）、国际商会（17 起案件）、伦敦国际仲裁法院（5 起案件）、莫斯科工商会（3 起案件）、开罗国际商事仲裁区域中心（2 起案件）、香港国际仲裁中心（1 起案件）。此外，有 67 起投资争端案件没有确定管理机构，而贸发会议缺乏相关信息的案件有 70 起。见 https://investmentpolicy.unctad.org/ investment-dispute-settlement（在“机构”条目下）。

[20] 国际投资争端解决中心案件数量统计数据（2011-2018 年），https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx（2011 年数据：见第 2012-1 期，第 25 页；2012 年数据：见第 2013-1 期，第 18 页；2013 年数据：见第 2014-1 期，第 30 页；2014 年数据：见第 2015-1 期，第 24 页；2015 年数据：见第 2016-1 期，第 30 页；2016 年数据：见第 2017-1 期，第 32 页；2017 年数据：见第 2018-1 期，第 33 页；2018 年数据：见第 2019-1 期，第 33 页）。

[21] 同上。（2011 年数据：见第 2012-1 期，第 22 页；2012 年数据：见第 2013-1 期，第 24 页；2013 年数据：见第 2014-1 期，第 24 页；2014 年数据：见第 2015-1 期，第 30 页；2015 年数据：见第 2016-1 期，第 24 页；2016 年数据：见第 2017-1 期，第 25 页；2017 年数据：见第 2018-1 期，第 26 页；2018 年数据：见第 2019-1 期，第 26 页）。

地理位置	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
撒哈拉以南非洲	11%	14%	15%	21%	15%	6%	15%	11%
中东和北非	13%	10%	20%	5%	11%	11%	15%	16%
中美洲和加勒比地区	0	4%	7%	8%	2%	6%	4%	4%
东欧和中亚	29%	26%	33%	32%	23%	31%	36%	32%

14. 这些统计数据表明，世界各地区所占的比例均严重偏低，并且“表明在国际投资争端解决中心内分工明确：针对阿拉伯、非洲、中亚和东欧国家提起案件，由来自西欧和北美的人员做出裁定并确定判例。”[22]

15. 巴林认为，多样性是投资争端解决制度当今面临的最紧迫问题之一。性别和地域来源的多样性均严重不足。需要投入更多努力来纠正任命状况失衡的制度。迫切需要进行改革和做出真正的改变。

3.3 投资人与国家间争端的费用和延续时间

16. 巴林认同贸易法委员会秘书处[23]和泰国政府[24]提出的投资人（特别是中小型企业）和国家对于仲裁程序费用和延续时间的关切。玛丽女王大学和 White & Case 律师事务所有关国际仲裁的调查一直把费用确定为国际仲裁最糟糕的特征[25]。

17. 一旦牵涉高价值的重大投资争端，国家往往会依赖国际律师事务所的协助。费用攀升的真正原因不是仲裁员或仲裁机构方面的花费，而是律师和专家费用。为获得最佳法律代理的花费确实很高，并且会随着程序延续时间的延长而增加，而程序可能会持续数年。

3.4 投资争端判例的一致性和连贯性

18. 巴林注意到贸易法委员会秘书处在关于投资争端解决制度一致性问题的说明文件中提出的意见[26]。巴林赞同秘书处指出一致性和协调性“本身并非目标”，在试图对“涉面广泛的投资条约”的条款“作出统一解释时”“务必慎重”，因为投资争端条约制度“本身就不统一”[27]。

---

[22] 见 Ziadé，前注 9。

[23] 相关概况见贸易法委员会第三工作组《投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度可能进行的改革——秘书处的说明》，A/CN.9/WG.III/WP.149，2018 年 9 月 5 日。

[24] 见贸易法委员会第三工作组《投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度可能进行的改革——泰国政府的评论意见》，A/CN.9/WG.III/WP.147，2018 年 4 月 11 日，第 15-16 段、第 19-21 段。

[25] 玛丽女王大学国际仲裁学院和 White & Case 律师事务所，《2018 年国际仲裁调查：国际仲裁的演变》，第 7 段，www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-18.pdf（“受访者还被问到他们认为仲裁最糟糕的特征是什么。该学院早在 2006 年便开始进行此类调查，这些过往调查显示，用户对仲裁的‘费用’最不满意。最新调查延续了这一趋势，其中选择‘费用’选项的人数最多，遥遥领先其他选项。”）。

[26] 贸易法委员会第三工作组《一致性和相关事项——秘书处的说明》，A/CN.9/WG.III/WP.150，2018 年 8 月 28 日。

[27] 同上，第 8 段。

19. 此外，巴林注意到贸易法委员会秘书处的文件对实质性标准存在不同解释这一问题所表达的关切[28]。

20. 但是，如果第三工作组认为这种不一致性会普遍影响投资争端判例，那将是非常不幸的。相反，值得指出的是，投资争端判例中有很多保持一致性的实例。因此，对不一致问题的讨论应维持在适当限度内。

21. 关于仲裁裁决中的反对意见，巴林注意到有关以下事实的关切，即这些反对意见“绝大多数是由”败诉方任命的仲裁员“提出的”[29]，这会“导致形成可能存在偏见的整体看法。”[30]但是，在涉及撤销裁决的情况时，反对意见能够发挥重要作用。

4. 常设多边投资法院制度面临的挑战

4.1 支持投资法院制度的论点

22. 为了回应针对投资争端解决制度的批评，一项建议是用一个常设投资法院制度取代现有制度。

23. 欧洲联盟委员会是该建议最重要的支持者。欧洲联盟最近与加拿大、越南和新加坡缔结的条约均要求协定各方采用投资法院制度[31]。欧盟在《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》第二章中提出的投资建议也包括采用投资法院制度这一模式[32]。此外，上述各项文书均要求各缔约国须协力建立多边投资法院制度[33]。

24. 国际争端解决中心（受贸易法委员会的委托）开展了一项研究，调查《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》（《毛里求斯公约》）可否为投资争端解决制度程序方面更广泛的改革提供有益的模式。国际争端解决中心在其第一份报告（《国际争端解决中心报告》）中构想了“一个真正的多边争端解决制度”[34]，采用常设多边投资法院（称之为“国际投资法庭”）和（或）投资人与国家间仲裁裁决上诉机制的形式。《国际争端解决中心报告》建议，一种可能办法是通过一项类似于

[28] 同上，第 16–18 段，以及脚注第 8-40 条所提及的投资法庭所做的裁决和裁定。

[29] 贸易法委员会第三工作组《确保投资人与国家间争端解决制度中仲裁员和裁定人的独立性和公正性——秘书处的说明》，A/CN.9/WG.III/WP.151，2018 年 8 月 30 日，第 42 段（引用 A/CN.9/935，第 58 段）。

[30] 同上。

[31] 《加拿大和欧盟全面经济和贸易协定》（《全面经济和贸易协定》），第 8 章（投资）；《欧盟－越南投资保护协定》，第 3 章（争端解决）；《欧盟－新加坡投资保护协定》，第 3 章（争端解决）。

[32] 见欧盟关于《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》的建议案文草案，第二章（投资）。

[33] 见《全面经济和贸易协定》第 8.29 条（“双方应与其他贸易伙伴一道寻求建立多边投资法庭和上诉机制，以便解决投资争端。”）；《欧盟－越南自由贸易协定》第 3.41 条（内容同上）；《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 3.12 条（内容同上）；《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》（草案）第 12 条（内容同上）。《国际争端解决中心报告》在评论《全面经济和贸易协定》和《欧盟－越南自由贸易协定》时指出，“新的多边机构将拥有管辖权，并取代根据这两项条约设立的双边常设机构和（或）上诉法庭。”见《国际争端解决中心报告》，前注 3，第 54 段。

[34] 《国际争端解决中心报告》，前注 3，第 4 页。

《毛里求斯公约》的择入公约建立此类多边投资法院制度[35]。国际争端解决中心随后拟定了一份关于多边投资法院组成情况的补充报告，并提交至贸易法委员会，该报告主要讨论了法官的甄选标准和程序（《国际争端解决中心补充报告》）[36]。

25. 常设投资法院制度的支持者们将其视为对投资争端解决制度主要关切的解决办法。例如：

- 被任命入职常设法院的法官将是长期而不是临时任职，支持者认为，这将有助于保证他们的独立性和公正性。此外，制定一套具有约束力的行为守则和一份法官名册将确保所有候选人均有机会审理案件[37]。
- 常设投资法院可以促进对国际投资协定的实质性保护规定作出更一致的解释，而对事实问题和法律问题提起上诉可以纠正不正确裁定，并提高可预测性[38]。
- 将对程序的延续时间设定时限，仅在例外情形下方可允许延长[39]。
- 最终不会再有“身兼数职”的现象[40]。

4.2 有关常设投资法院制度的关切

26. 巴林赞同对投资争端解决制度的多项批评，但对常设投资法院制度是否足以解决前者的主要缺陷持保留意见。常设法院甚至可能会产生新的问题。

---

[35] 同上，第 75–78 段。《国际争端解决中心报告》特别建议采用择入公约，国际投资协定“各方在这一文书中……表示同意”将投资人与国家间争端提交至一个常设投资法院。见《国际争端解决中心报告》，前注 3，第 212 段。《国际争端解决中心报告》提出以下“路线图”供贸易法委员会审议：㈠确定国际投资法庭和上诉机制的实质性特征；和㈡起草一项择入公约，将国际投资协定扩大至可诉诸国际投资法庭和上诉机制。关于设立国际投资法庭和上诉机制的法律文书（作为“规约”），《国际争端解决中心报告》提出了两种可能：可以作为类似于《贸易法委员会仲裁规则》的软性法律文书，由第二工作组起草，或者作为条约。

[36] 相关概况见 Gabrielle Kaufmann-Kohler,Michele Potestà，《多边投资法院和投资裁决上诉机制的组成：国际争端解决中心补充报告》（日内瓦国际争端解决中心，2017 年），www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/CIDS_Supplemental_Report.pdf[下称《国际争端解决中心补充报告》]。本报告对各国际法院和仲裁庭展开了比较分析，寻求通过比照总结经验。

[37] 见巴林争端解决庭和斯德哥尔摩商会仲裁院，“投资仲裁中的突出问题，关于第 1 小组的报告：投资争端应提交国际仲裁还是常设投资法院？”，Markus Burgstaller 的评论意见（指出“欧盟的建议寻求处理第三工作组的主要关切事项”），www.bcdr-aaa.org/report-on-panel-1-should-investment-disputes-be-submitted-to-international-arbitration-or-to-a-permanent-investment-court/。

[38] 同上。

[39] 同上，Marc Bungenberg 的评论意见。

[40] 欧盟主导的有关设立投资法院制度的条约设想法官的薪酬可以转化为固定工资，法官在此阶段“不得从事任何职业”，除非在“例外情形下”予以豁免。见《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》（草案）第 9(15)条；《欧盟－越南自由贸易协定》第 3.38(17)条（内容同上）；《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 3.10(13)条（内容同上）。《全面经济和贸易协定》没有载列类似条款。

4.2.1 法官任命政治化的风险

27. 在现阶段，很难不产生这样的印象，即目前设想的投资法院制度会偏向国家，特别是在法官任命方面[41]。在现行的投资争端解决制度中，争端各方平等参与法庭的组成。但按照欧盟主导的条约所述及的制度，任命法官的权力将完全授予国家。因此，常设投资法院所审裁的争端的当事国将以条约缔约国的身份在任命过程中发挥关键作用。而另一方面，投资人将不具备这样的影响[42]。《国际争端解决中心补充报告》也提请注意国家在法官甄选过程中具有主导作用这一特征[43]。

28. 投资法院制度的支持者们就法官任命提出的主张是：在任命常设机制审裁员时，要求缔约方任命客观公正的审裁员，而不是被认为过于偏袒投资人或国家的审裁员，因为缔约方不仅要作为投资争端的潜在被告将守方利益内在化，还要将其攻方利益内在化，也就是说，有必要确保对本国投资人的充分保护。因此，缔约方要从长计议[44]。

29. 然而，把由争端各方任命仲裁员的整个制度替换为由设立常设投资法院的条约缔约国任命法官的制度会造成法官任命被政治化的风险。事实上，这正是评论人士[45]曾提出的一个关切，该问题可能会消弭掉现行投资争端解决制度的一大特点，迄今为止该特点非常成功地保证了任命过程不被政治化[46]。

30. 此外，如果投资法院制度像欧盟主导的模式那样要求一部分法官由“第三国”国民担任，那么这可能会对投资法院制度法官任命政治化问题施以最沉重的压力。《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》（草案）规定，仅“第三国”国民方可担任初审法庭或上诉庭的庭长。这两个法庭的庭长均拥有相当大的权力。他们裁定法官回避要

[41] Ziadé，前注 7。

[42] 同上。

[43] 《国际争端解决中心补充报告》，前注 36，第 107 段（“从专设争端解决框架转变为常设争端解决框架将使国家控制甄选过程”）。同上，第 3 页（“审裁员将不再由争端各方指定，而是基本（尽管不一定完全）由设立新审裁机构的文书的缔约方选定”）。同上，第 14 段（“各国将能够以条约缔约方的身份推动组成该机构”，“从专设架构转为常设架构意味着争端各方中有一方失去对甄选过程的控制权，而甄选过程仍完全掌握在另一方手中，因为后者同时也是条约缔约方”）。

[44] 贸易法委员会第三工作组《投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的可能改革——欧洲联盟提交的意见书》，A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，2019 年 1 月 24 日，第 23 段。

[45] 《国际争端解决中心报告》，前注 3，第 34 段（“经验表明，政治因素是国际法院法官甄选过程中的‘重要变量’。设立一个常设机构可能意味着在投资人与国家间争端解决制度中重新引入政治因素，这将有悖于投资争端解决制度的根本宗旨，从而可能影响其合法性。”）（文内引用在此省略）。另见美国律师协会国际法分会《投资条约工作组：工作队关于投资法院制度建议的报告》，第 24 页（2016 年 10 月 14 日）[下称《美国律师协会报告》]（“评论人士对以下问题表示关切，即法官的甄选将以政治方式进行，并可能导致条约缔约方任命的个人虽然是独立的，但更有可能对被告方国家的利益持支持态度。这可能会促成一种看法，使人认为投资法院偏向被告方国家。”）（文内引用在此省略）。

[46] 《国际争端解决中心补充报告》也承认常设机构的法官任命存在被政治化的风险。见《国际争端解决中心补充报告》，前注 36，第 108 段（“正如现有常设国际法院和法庭的实践所示，国家（以及国家机构内部，特别是国家政府）的参与可能催生甄选过程政治化的风险。”）（文内引用在此省略）。

求[47]、主持各自的法庭[48]以及任命各法官审裁争端[49]。尚不清楚多边投资法院是否会遵循这种做法。在讨论多边法院制度的任命问题时，《国际争端解决中心补充报告》也承认了向法官分配案件的方式会引发的风险[50]。

31. 此外，正如一位评论人士所言，“法官的预聘费由国家一方独自支付会使法官在经济上依赖这些国家，这可能让他们看起来不够独立和公正[51]。”

32. 此外，如果法官可以连任，那么一些国家可能会反对再次任命那些被认为违背了这些国家的利益而行事的法官。

33. 当前提出的建立常设投资法院制度的建议在很大程度上是以世贸组织的争端解决模式为基础，但明显遗漏了其中一项重要特征。在世贸组织制度下，争端各方能够从一份法官名册中甄选专家组成员，而目前有关设立常设投资法院的建议并没有提供类似的选择。这相当于在任命仲裁庭成员的过程中完全摒除了当事人意思自治原则，这一点得到了美国律师协会国际法分会的强调[52]。

34. 为了减轻彻底失去由当事人任命的法庭这种担忧，有建议称在任命法官时，“可以与代表投资人利益的组织展开部分程度的协商。”[53]但这会引发两个直接问题；第

---

[47] 见《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》（草案）第 11(2)-(3)条。另见《欧盟—越南自由贸易协定》第 3.4011(2)-(3)条；《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 3.1140(2)-(3)条（内容同上）。《全面经济和贸易协定》规定，国际法院院长负责裁定回避申请。见《全面经济和贸易协定》第 8.30(2)条。

[48] 见《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》（草案）第 9(6)条（“该分庭庭长应由身为第三国国民的法官担任。”）。另见《全面经济和贸易协定》第 8.27(6)条（内容同上）。

[49] 见《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》（草案）第 9(7)条（规定法庭庭长“应”“轮流”“任命”法官裁定争端，以便确保各分庭的组成是“随机且不可预测的，同时让”所有法官“都有平等的”就职“机会”）。另见《全面经济和贸易协定》第 8.27(7)条（内容同上）。《欧盟－越南自由贸易协定》第 3.38(7)条（内容同上）；《欧盟－新加坡自由贸易协定》第 3.9(8)条（内容同上）。

[50] 《国际争端解决中心补充报告》在讨论通过“名册”向法官分配案件这一可能的做法时，虽然指出其某些优点，但也对这种制度表示关切。见《国际争端解决中心补充报告》，前注 36，第 173 段（“名册制度将固化有关审裁员偏向负责指定的争端方和因此导致分庭庭长掌握过多权力的关切。”）；同上，第 174 段（“可以预见的是，在使用名册模式时，国际投资法庭成员可能倾向于标榜自己支持投资人或支持国家，以便确保获得任命，从而带来两极分化的风险”）。

[51] Burgstaller，前注 37。另见《国际争端解决中心报告》，前注 3，第 34 段（“由国家任命终身法官可能会引起公正性问题。可能会产生一个固有风险，即只有或主要是‘支持国家’的个人才会被选中，特别是如果入选者由国家一方独自支付薪酬，更是如此。尤其‘令人忧心的是需要依赖对主权国家负责的个人作出判断，而评估对象正是这些主权国家作出的行为’”。（文内引用此处省略）。

[52] 见《美国律师协会报告》，前注 45，第 30 页（“投资法院借鉴了世贸组织争端解决模式。在负责审理某一案件的投资法院特定小组成员的构成方面，投资法院将不考虑争端各方的任何意见。这与世贸组织争端解决程序下的做法有很大不同，在世贸组织争端解决程序中，争端各方根据世贸组织秘书处提出的建议选择专家组成员。”）。

[53] 《国际争端解决中心报告》，前注 3，第 99 段。另见《国际争端解决中心补充报告》，前注 36，第 113 段（“[甄选候选人的]过程应开放考虑利益攸关各方的意见。因此，这一过程中的一个步骤应是确保在甄选候选人时听取除国家以外的利益攸关方的意见。”）（文内引用在此省略）。同上，第 211 段（“国家制定的任何甄选[过程]均应得到所有利益攸关方对其合法性的认可”）。另见贸易法委员会第三工作组《争端解决领域今后可能开展的工作：投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度改革——秘书处的说明》，A/CN.9/917，2017 年 4 月 20 日，第 36 段（“引发了这样的问题：是否只有国家参与甄选过程，或者是否应当考虑与工商组织——即代表投资人利益的组织——进行协商，以避免选出的审裁人都是或者主要是“支持国家的”，而如果这一制度完全由国家出资就更应如此。”）。

一，由谁来确定和指定工商组织？第二，除非缔约国有义务遵守此类组织提出的建议，否则其影响力将是有限的，而且仅能起到说服性作用[54]。

4.2.2 利益冲突

35. 如上所述，利益冲突是投资争端解决制度中真正令人关切的问题[55]。目前的建议非但不能减轻此类关切，反而可能导致有问题的做法延续下去。目前，针对法官的回避申请由初审法庭庭长或上诉庭庭长独自裁定[56]。这会造成与所指出的授权指定机构裁定回避申请相类似的风险[57]。

4.2.3 多样性

36. 本文件已指出，在投资争端法庭的组成中，世界各地区所占的比例均严重偏低[58]。任何改革建议都必须纠正这种情况。

37. 从某种意义上说，当前的建立常设投资法院制度的建议创造了改善多样性的可能性。例如，在欧盟主导的模式下，一定比例的法官需从“第三国”国民中选出，即既不是欧盟国家的国民，也不是另一缔约国的国民[59]。

38. 但不幸的是，在目前的建议中，投资法院制度没有在法官征聘方面纳入多样性因素。美国律师协会国际法分会在评论《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》（草案）时指出，投资法院“没有处理多样性问题”，而且“没有明确的准则规定成员需包括多样化的人员”，并且指出“投资法院不够大，不足以确保欧盟各成员均有代表任职。”[60]在现阶段，尚不清楚多边投资法院制度将如何确保性别和地域来源的多样性，或如何确保在资本输出国与资本输入国之间或发达经济体与新兴市场和发展中国家之间实现平衡。

---

[54] Ziadé，前注 7。

[55] 本文件第 4-10 段。

[56] 见《跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定》（草案）第 9(6)条（“分庭庭长应由身为第三国国民的法官担任。”）。另见《全面经济和贸易协定》第 8.27(6)条（内容同上）。

[57] 见本文件第 7 段。

[58] 本文件第 11-15 段。

[59] 例如见《全面经济和贸易协定》第 8.27(6)条（“法庭应分庭审理案件，分庭由三名法庭法官组成，其中一名应为欧洲联盟成员国国民，一名为加拿大国民，一名为第三国国民。分庭庭长应由身为第三国国民的法庭法官担任。”）另见《欧盟－越南自由贸易协定》第 3.39(8)条（“上诉庭应分庭审理上诉案件，分庭由三名法官组成，其中一名应为欧洲联盟成员国国民，一名为越南国民，一名为第三国国民。分庭庭长应由身为第三国国民的法官担任。”）

[60] 《美国律师协会报告》，前注 45，第 27-28 页。

4.2.4 费用

39. 正如本文件前文所述，律师费和专家费构成了大部分费用[61]。在常设投资法院制度下，这些费用不仅仍然存在[62]，而且还可能因为引入了上诉机制而有所增加。在各国如何分摊和认缴多边投资法院的费用方面，还有很多问题没有答案：

- 投资法院制度的创始各国将如何分摊法院的预算经费？后来加入的国家如何认缴，所占比例是多少？
- 包括国际刑事法院和其他专门国际刑事法庭在内的其他国际法院和法庭的经验表明，往往会有大额的意外费用产生。这应该被视为一个有益的警告，提醒人们建立常设司法机构可能会带来大额开支[63]。

4.2.5 促进投资争端判例实现一致性的能力

40. 目前在投资争端解决制度中不存在依循前例原则或严格意义上的法律先例。对现行投资争端解决制度提出的批评之一是该制度没有纠正性的上诉机制来促进判例取得实质性一致。国际投资争端解决中心的争端裁决撤销程序提供的复审理由有限。欧盟等投资法院制度的倡导者主张，“常设机构”的裁定“必须通过上诉方式予以审查”，以确保正确性和“更高的可预测性。”[64]

41. 但是，在促进投资争端判例实现更大连贯性方面，一个常设机构的能力存在实际的限制。除非大多数国家“选择加入”多边投资法院，并修订本国所有现行双边投资条约文件，以便允许多边投资法院进行上诉审查，否则仍将继续存在对实质性条约标准的不同解释。在由内容纷杂的双边和多边条约汇集而成的约 3,000 项国际投资协定的体系中，这是不可避免的。正如一位评论人士曾指出：认为投资法院可以提高一致性，这一想法的前提是假设该法院依据一项共同的投资条约进行裁定。然而事实恰恰相反，而且无论该法院如何努力确保其裁定具有一致性，都将不可避免地受碍于以下事实，即该法院不得不适用大量不同的国际投资条约，而这些条约规定了各种各样的实质性标准。因此，任何想要实现广泛一致性的努力都必须首先形成程序性和实质性规则的汇合点，而由于国际社会在这个问题上持不同意见，这在短期内是不可能做到的[65]。

---

[61] 本文件第 17 段。

[62] 见 Ziadé，前注 7。

[63] 同上。

[64] 贸易法委员会第三工作组《投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的可能改革——欧洲联盟提交的意见书》，A/CN.9/WG.III/WP.145，2017 年 12 月 12 日，第 8 段。另见贸易法委员会第三工作组《投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的可能改革——欧洲联盟及其成员国提交的意见书》，A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，2019 年 1 月 24 日，第 41 段（“只有通过建立一个由常任全职审裁员组成的常设机制才能有效提高可预测性和一致性。”）。

[65] Burgstaller，前注 37。

4.2.6 在投资争端解决制度中引入上诉程序的不利后果

42. 除了将上诉机制扩大至约 3,000 项现行国际投资协定这一重大挑战外，在投资争端解决制度中引入上诉程序还将增加程序的延续时间和费用。国际律师协会在其最近有关一致性问题的报告中告诫：上诉机制的存在可能导致对仲裁裁决提出更多质疑，这会造成争端解决过程耗资更多，拖延更久。其结果是，各国将被迫在影响国内支出的情况下增拨资源，为投资条约索赔提供辩护[66]。

43. 此外，开放上诉机会将使投资人——而不仅仅是国家——得以上诉。危险在于，一旦引入上诉机制，上诉很快就会成为投资人与国家间争端的常态。各国将如何看待这样一种败诉投资人能够常规性和系统性地针对有利于国家的裁决提起上诉的制度[67]？

4.2.7 裁决在第三方国家的可执行性

44. 常设投资法院制度成功的关键是法院所作裁决应能得到执行。正如《国际争端解决中心报告》所承认的那样：[国际投资法庭]裁决的执行对该制度的整体效力至关重要，而且这种执行在很大程度上取决于[国际投资法庭]被定性为仲裁庭还是法院。如果因为[国际投资法庭]具有显著的类似法院的特征而不把其裁定视为具备仲裁性质，那么执行几率将大大降低[68]。

45. 常设投资法院所作裁决得到设立该法院的择入多边条约的缔约国的承认和执行还不够。在大多数国家选择加入常设投资法院之前，投资法院的效力将通过其裁决在尚不遵守相关条约的第三方国家的可执行性来衡量。

46. 至关重要的是，必须强调指出，仲裁裁决的可执行性与国际法院判决的可执行性之间存在着重大区别。前者的执行范围极广，包括了第三方国家；而后者则不然。

47. 与仲裁裁决不同的是，并不存在承认和执行国际法院判决的国际制度，这意味着，在国际层面承认和执行国际法院判决，其效力远不如承认和执行仲裁裁决。正如《国际争端解决中心报告》确认的那样：与仲裁裁决不同的是，没有统一的国际制度来执行国际法院的判决。这类国际裁定只能在设立法院的文书所规定的具体规则下得到执行。这意味着未同意该文书的国家没有义务执行该法院的裁定。事实上，大多数国家目前都没有执行国际判决的法律依据或司法机制。这就是为什么有必要设计具有仲裁性质的新机构的主要原因，因为否则就有可能建立一个毫无效力的争端解决制度[69]。

---

[66] 国际律师协会，《投资条约仲裁的一致性、效率和透明度：国际律师协会投资条约仲裁小组委员会的报告》（2018 年 11 月），https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf。

[67] 见 Ziadé，前注 7。

[68] 《国际争端解决中心报告》，前注 3，第 138 段。

[69] 《国际争端解决中心报告》，前注 3，第 138 段。

48. 因此，从可在第三方国家执行裁决的角度来看，务必将常设投资法院制度作出的裁决定性为“仲裁裁决”[70]。

49. 巴林强调，本文件并不旨在解决重要和困难的问题。相反，巴林只是提请第三工作组注意，常设投资法院所作裁决的可执行性是最重要也是尚未解决的事项之一，在这方面作出澄清之后工作组方可明智地决定多边投资法院作为投资争端解决制度的一个重要替代办法的可行性。

50. 必须承认的一点是，对于投资法院作出的裁决是否是可利用《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》和《纽约公约》执行机制的仲裁裁决，法律学者之间仍存在重大意见分歧。

5. 投资争端解决制度程序方面改革的备选建议

5.1 第三工作组应考虑国际投资争端解决中心对其规则和条例提出的修正案是否可解决对投资争端解决制度的批评

51. 既然国际投资争端解决中心目前管理着大部分投资人与国家间争端[71]，第三工作组宜审议，对国际投资争端解决中心规则提出的修正案是否更广泛地回应了针对投资争端解决制度提出的批评。2018 年 8 月，国际投资争端解决中心发布了对其规则的修正建议[72]。最近（2019 年 1 月和 3 月），国际投资争端解决中心发布了各国、国际和区域组织、国际律师事务所、学术界和仲裁员的评论意见汇编，并发布了其规则拟议修正案第二稿[73]。

52. 国际投资争端解决中心提出的修正案寻求解决投资争端解决制度被诟病的程序延续时间、费用、效率和透明度问题[74]。

---

[70] 《国际争端解决中心报告》承认，把常设法院“定性为仲裁庭还是法院并不简单，因为新的争端解决机构将代表着对过往模式的重大‘突破’，包括突破投资人与国家之间的仲裁模式和国家与国家之间的审裁模式，所以新机构如何在国际争端解决的传统类别中定位似乎还不确定。”同上，第 82 段。

[71] 见本文件第 13 段。

[72] 见国际投资争端解决中心《国际投资争端解决中心规则修正建议——概要》（2018 年 8 月 2 日），https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf；国际投资争端解决中心《国际投资争端解决中心规则修正建议——规则草案合订》（2018 年 8 月 2 日），https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf。

[73] 就国际投资争端解决中心拟议修正案提出评论意见的国家以及国际和区域组织包括：非洲联盟、阿尔及利亚、阿根廷、亚美尼亚、奥地利、加拿大、哥伦比亚、哥斯达黎加、刚果民主共和国、欧洲联盟及其成员国、法国、格鲁吉亚、危地马拉、希腊共和国、匈牙利、印度尼西亚、以色列、意大利、日本、马耳他、毛里求斯、摩洛哥、荷兰、尼日利亚、阿曼、巴拿马、中华人民共和国、卡塔尔、新加坡、斯洛伐克共和国、西班牙、多哥、突尼斯、土耳其、乌克兰、阿拉伯联合酋长国。见 https://icsid.worldbank.org/en/Documents/State_Public_Comments_Rule_Amendment_Project_1.17.19.pdf。国际投资争端解决中心规则拟议修正案第二稿见《国际投资争端解决中心规则修正建议》（2019 年 3 月），https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol_1.pdf。

[74] 相关概况见前注 72 和 73 引述的国际投资争端解决中心的文件。

5.2 改革投资争端解决制度比建立常设投资法院制度更可取

53. 可以理解的是，鉴于上文对设立常设投资法院提出的关切，第三工作组可认为有关设立常设投资法院的任何建议在现阶段都为时过早。尽管存在某些缺陷，但投资争端解决制度的好处是，它是一个经过考验的解决投资争端的机制。对常设投资法院的效力存有疑虑会产生一种风险，用一位评论人士的话来说，“投资人可能不愿意在已加入该法院的国家进行投资，或者可能为其投资设立前提条件，要求在投资合同中加入仲裁条款，或者可能谈判争取高得多的投资回报率，以补偿预期增加的风险”[75]。如果投资人退出，这可能会对国家吸引外国直接投资的能力造成负面影响。

54. 出于所有这些原因，巴林认为，相比于设立常设投资法院带来的诸多不确定性，慎重的和经过深思熟虑的投资争端解决制度改革更为可取。如前面所指出的，“必须让”“经过改革的”投资仲裁“有证明自身的机会”[76]。下面阐述巴林对投资争端解决制度改革的建议。

5.3 巴林对投资争端解决制度程序方面改革的建议

有关利益冲突的行为守则

55. 作为中立机构，仲裁机构应率先制定具有约束力的行为守则。此类行为守则应涉及利益冲突的所有方面，包括仲裁员的甄选、仲裁员的操守义务、仲裁员回避以及律师和机构工作人员的道德操守。

56. 在涉及回避问题时，行为守则应载列清楚明确和可执行的准则，说明哪些是可允许行为，哪些是不可允许行为。应涵盖各类“身兼数职”的情形。还应审议在仲裁机构内部设立一个真正独立的机构，专门处理回避申请。这将会终止国际投资争端解决中心在这方面的实践，即被要求回避的仲裁员的去留由仲裁庭其他成员决定，如果其他成员立场不一，则由世界银行行长决定。

57. 工作组的确似宜审议是否应让仲裁机构在甄选仲裁员进行仲裁任命方面发挥更重要的作用。这是在国际投资争端解决中心最近一例案件中，由一名持反对意见的仲裁员提出的观点[77]，这名仲裁员建议国际投资争端解决中心应提供一份预先选定的仲裁员名册[78]。

---

[75] 见 Ziadé，前注 7。

[76] 同上。

[77] 见 *Supervision y Control S.A.*诉哥斯达黎加共和国，国际投资争端解决中心案号 ARB/12/4，持反对意见的仲裁员 Joseph P. Klock，2017 年 1 月 18 日，第 13-14 页（“两名小组成员由协定缔约方选定，这种安排会产生一种令人不安的冲突气氛，在我看来这种气氛会笼罩整个程序过程。这对其他两方造成了真正的道德操守负担，他们需要与选择其任职的相关方的利益划清界限。”）。

[78] 同上，第 14 页（“如果由国际投资争端解决中心全权从名单上选择小组成员，并进行仔细筛查，以确保任一待选小组成员不存在冲突问题，既没有在筛查过程中应被查明的实质冲突，也没有看似存在的冲突，无论是涉案问题冲突还是关系冲突均不存在，那么国际投资争端解决中心程序的尊严和完整性将会得到更好的维护。国际投资争端解决中心不应让任何人偏颇地认为它是一个俱乐部，这里结果会受到那些以不同身份充当代言人或仲裁员的人所编织的关系的影响。”）。

58. 此外，在复杂和敏感的投资人与国家间争端中，将法庭成员人数增加到五至七人或许是不失审慎之举，这不仅有机会实现更大的多样性，还可以避免权力集中在少数人手中[79]。

扩大仲裁员库队伍，纳入更多女性和来自发展中国家的成员

59. 巴林赞扬最近为确保任命更多女性入职仲裁庭所做的努力，例如，包括“仲裁平等代表权承诺”[80]，该行动寻求在机会平等的基础上增加出任仲裁员的女性人数，以期实现性别均等。确保实现更大多样性的努力还必须侧重于扩大仲裁员库，纳入来自发展中国家的成员，以便“以公平和具包容性的方式使世界所有法律制度在形成[投资争端]判例的仲裁庭中都获得代表性。”[81]

60. 应当指出，增进获得任命的小组仲裁员的多样性并不取决于投资争端解决制度改革。当事人指定仲裁员制度已经使各国能够提名和指定更多女性成员和来自发展中国家的成员。这完全取决于各国是否有这样做的意愿。

61. 巴林赞成向贸易法委员会提出如下建议：在甄选仲裁小组成员时应将多样性考量因素正式纳入适用的标准，并且仲裁机构应定期公布有关其仲裁庭构成多样性的统计数据。

联合释义委员会

62. 与上诉机制相比，与仲裁庭并行设立联合释义委员会可能是协调条约条款解释工作的更好方式。仲裁庭将继续判定事实问题并审议法律事项，而一个并行的常设释义机构将在判例方面提供指导。权威的联合释义委员会将向投资人和国家提供亟需的明确解释[82]。这种解决办法也没有上诉程序那么繁冗。

专职负责撤销裁定的仲裁员库

63. 此建议是，国际投资争端解决中心应建立一支专门处理撤销程序的多样化仲裁员库。这将有助于确保撤销裁决委员会在适用国际投资争端解决中心《公约》和《规则》时保持一致性[83]。

---

[79] 见 Gabrielle Kaufmann-Kohler，《国际投资仲裁中的问责制》，第 8 页，Charles N. Brower 演讲会，美国国际法学会主办（2016 年 3 月 31 日）（“为了优化裁定过程，避免权力过度集中在个别成员身上，也许值得探讨是否（至少在某些案件中）不应增加裁定人的数量。”）。

[80] 相关概况见 www.arbitrationpledge.com/。另见 www.gqualcampaign.org/home/，该行动寻求在国际代表性方面增进性别均等。

[81] 见 Ziadé，前注 9。

[82] Nassib Ziadé 的评论意见，前注 37。

[83] 同上。

在国际投资协定中增加新的撤销理由

64. 工作组似宜考虑起草示范条款，规定更多撤销裁决的理由，供各国列入新的或现有国际投资协定。这将回应有关国际投资争端解决中心制度准许撤销裁决的理由有限这一批评[84]。

6. 工作组以程序为侧重点使其错失机会

65. 巴林赞同泰国和印度尼西亚政府在对第三工作组的发言中提出的观点，即把对投资争端解决制度改革的审议范围局限于程序方面而不审议对实质性条约保护的改革是错失机会[85]。

66. 为什么投资争端解决制度进行实质性改革如此必要？巴林感谢联合国贸易和发展会议（贸发会议）为本专题做出的大量工作，包括发布了若干项报告。巴林希望就此议题发表三点简短意见。

- 第一，在 2010 年之前缔结、现在仍在生效的国际投资协定有 2500 多项（占所有生效协定的 95%）[86]。这些条约大部分是在 20 世纪 90 年代谈判达成的[87]。这些第一代条约通常载有类似的、措辞宽泛的实质性条款，但“很少有保障措施。”[88]第一代国际投资条约造成对条约标准出现了不同的解释[89]。

[84] 同上。

[85] 见《泰国政府的评论意见》，前注 24，第 1 段（“关于投资人与国家间争端解决制度改革的讨论不仅应当侧重于程序方面，而且还应当侧重实质问题，同时考虑到国际投资协定之间的重大差异”）。另见贸易法委员会第三工作组《投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的可能改革——印度尼西亚政府的评论意见》，A/CN.9/WG.III/WP.156，2018 年 11 月 9 日，第 1 段（“拟议在贸易法委员会主持下进行的关于投资争端解决制度改革的讨论是基于实质-程序二分法。鉴于这种二分法，印度尼西亚认为这实际上可能会破坏建立有意义的投资争端解决机制的目的，因为实质和程序很难分开。”）。

[86] 贸发会议《2017 年世界投资报告：投资与数字经济》，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf。

[87] 同上。

[88] 同上。

[89] 贸发会议《2015 年世界投资报告：国际投资治理的改革》，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf，见第 137 页（“第一代[国际投资协定]通常载列不合格的公正和公平待遇标准”）；同上，第 139 页（“历史上，[国际投资协定]没有载列任何标准来区分相当于间接征用的国家行动和不予赔偿的更具监管性质的国家行动。”）；同上，第 140 页（“传统的[国际投资协定]通常不明确列出公共政策例外情形[……]”）；同上，第 143 页（“传统的开放式投资定义为所有类型的资产提供保护。虽然这种做法可能旨在促进引资效应，但也涵盖了当事各方计划之外的经济交易活动，或使国家承担始料不及的赔偿责任[……]。”）；同上，第 144 页（“传统的[国际投资协定]没有明确规定法庭可下令国家提供的法律补救措施类型。”）。

- 第二，有别于第一代国际投资协定，现代条约在实质性保护方面有着越来越明确的规定，尤其侧重于一国的监管权[90]。

- 第三，贸发会议资料显示，截至 2016 年底，1,000 多项双边投资条约已达到缔约一方可单方面终止条约的阶段，今后还会有更多条约达到这一阶段[91]。此类终止情况提供了机会，能够通过修订和修正旧条约或用较新和更现代的条约完全取代旧条约进行改革。然而，如果一国未能启动解除“到期的”国际投资协定，那么该协定在存续条款规定的任何时段内继续有效[92]。贸发会议曾指出，“允许老一代（未经改革的）协定在终止后长期适用会破坏改革努力[……]。[93]”

67. 一些国家行使本国主权，起草和谈判了更现代的国际投资协定，这些协定更加明确地规定了投资争端解决制度下的实质性保护，并对投资人和国家的义务，特别是一国的监管权，采取了更加平衡的办法。然而，在这方面还需要做更多的工作。最为不幸和可惜的是，第三工作组的任务授权使其无法审议实质性改革。如果第三工作组也可审议实质性改革，那对国际社会来说将大有裨益，特别是鉴于秘书处已承认，“第二代条约使实质性保护标准和程序性条款更加清晰。”[94]

7. 关于第三工作组工作计划的初步意见

68. 巴林认为，当前的根本任务是围绕一系列最有可能获得工作组一致支持的改革建议达成共识。巴林认为，在之后的讨论中，应优先考虑利益冲突、多样性、费用和程序延续时间问题。

69. 上一届会议提出的建议之一是设立两个工作小组。第一个工作小组将主要侧重于拟定仲裁员行为守则和制定处理费用问题和程序延续时间问题的解决办法。第二个小组将侧重于结构改革方案，即多边投资法院的管辖权及其组成、建立上诉机制和裁定的执行[95]。

---

[90] 前注 86，第 120 页：贸发会议指出，“2016 年[国际投资协定]载有许多其他条约要素，这些要素旨在更广泛地保护国家监管空间和（或）最大限度减少诉诸投资仲裁的机会。这些要素包括㈠限制条约范围的条款（例如，在投资定义中排除特定资产类型）；㈡明确义务的条款（例如，载列有关[公正和公平待遇]和（或）间接征用的更详细条款）；㈢载列资金转让义务例外情形或审慎措施除外情形的条款；和㈣密切监管投资争端解决制度的条款（例如，具体指明受限于投资争端解决制度的条约条款、将某些政策领域排除在投资争端解决制度之外、规定有关税收和审慎措施的专门机制、和（或）限定可提起索赔的规定时限）。值得注意的是，所审查的条约中有 13 项对投资争端解决制度的使用施加了限制；有 16 项略去了所谓的保护伞条款（从而也减少了诉诸投资争端解决制度的机会）[……]。”

[91] 同上，第 127 页。

[92] 大多数国际投资协定载有存续条款，其目的在于在条约终止后将条约的适用期限再延长一段时间（有些延长 5 年，但最常见的是延长 10 年、15 年甚至 20 年）。同上，第 132 页。

[93] 同上。

[94] 贸易法委员会第三工作组，《投资人与国家间争端解决（投资争端解决）制度的可能改革：一致性和相关事项》，A/CN.9/WG.III/WP.150，2018 年 8 月 28 日，第 34 段。

[95] 贸易法委员会，《第三工作组第三十七届会议工作报告》，A/CN.9/970，2019 年 4 月 9 日，第 74 段。

70. 但在审议的现阶段，巴林认为正式分散第三工作组的工作还为时过早。相反，巴林认为，第三工作组应继续集中力量处理所有相关关切事项，对任何建议的拟定工作均不应过早作出判断。事实上，巴林对以下主张持怀疑态度，即分设工作小组可能会“减轻各国的负担，因为各国将能够决定参加哪一个工作小组。”[96]相反的是，设立工作小组有可能会加大负担，原因是鉴于涉及到投资争端解决制度的未来，各国代表团最有可能希望同时积极参与两个工作小组的工作。

71. 在这种情况下，巴林赞同工作组“可将重点放在改革的实质问题上，搁置任何解决办法的形式问题，放到以后阶段处理。”[97]考虑到工作组的预期工作量，巴林不反对在必要时在 2019 年或 2020 年增加一周的会议时间。

[96] 同上，第 75 段。

[97] 同上，第 78 段。