



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）  
第四十七届会议  
2024年1月22日至26日，维也纳

### 新加坡政府提交的投资人与国家间争端解决制度改革闭会期间会议纪要

本说明转载新加坡政府的呈文，其中载有2023年9月7日和8日在新加坡举办的第六次投资争端解决制度改革闭会期间会议的纪要。纪要的英文本于2023年10月12日提交，现将秘书处收到的案文作为本说明的附件予以转载。



## 附件

### 导言

1. 第六次投资人与国家间争端解决制度（投资争端解决制度）改革闭会期间会议（以下简称“会议”）于2023年9月7日和8日在新加坡举行，重点讨论常设多边机制和上诉机制这些改革要素。
2. 会议由新加坡共和国法律部和联合国国际贸易法委员会（“贸易法委员会”）共同举办，并得到新加坡国立大学国际法中心的支持，300多名现场和虚拟与会者出席了会议，其中包括约240名贸易法委员会代表和70名来自更广泛的法律界和商业界的与会者。会议期间提供了英文和法文同声传译。
3. 会议为与会者提供了一个机会，以全面讨论这两个改革方案，并非正式交换意见。通过六次公开专题小组会议以及一次仅对贸易法委员会代表开放的圆桌讨论会，讨论了常设多边机制和上诉机制的目标、挑战和设计。小组成员的专题介绍和贸易法委员会秘书处为会议编写的非正式文件为讨论提供了便利。<sup>1</sup>可在这一专门网站：<https://wg3intersessional.mlaw.gov.sg/>上查阅会议的日程、非正式文件、专题介绍幻灯片和录像。
4. 新加坡共和国借此机会再次向贸易法委员会秘书处、主持人和小组成员以及工作组代表表示衷心感谢。新加坡共和国期待着进一步为讨论和改革作出贡献。

### 开幕发言

5. Daphne Hong 女士（新加坡总检察长办公室副总检察长兼国际事务司司长）宣布会议开幕，她概述了新加坡共和国组织这次会议的目的，即为关于这两项改革要素的政策讨论和决策提供充分的信息，使之有据可依，并使关键问题具体化，以确保改革实现其目标。
6. Shane Spelliscy 先生（贸易法委员会第三工作组主席）指出工作组的势头正在增强，并感谢共同举办者为深入讨论两项改革要素提供机会。
7. Anna Joubin-Bret 女士（贸易法委员会秘书）对法律部主办这次会议并对共同举办者表示感谢。Joubin-Bret 女士指出，会议将使工作组能够集中讨论与常设机制和上诉机制及其与现有投资争端解决制度的相互关系有关的广泛问题。

### 第1专题小组：投资人与国家间争端解决常设机制——理由和影响

8. 第1专题小组由 Jae Sung Lee 先生（贸易法委员会第三工作组秘书）主持，成员包括：Colin Brown 先生（欧盟委员会）；Lauren Mandell 先生（WilmerHale）；Taylor St John 女士（司法人员在全球秩序中合法作用研究中心）。

<sup>1</sup> 编写了下列非正式文件：(a)解决国际投资争端常设机制规约草案；(b)常设机制法庭成员遴选和任命条文草案；(c)上诉机制条文草案；(d)常设机制经费来源概况；和(e)部分常设国际法院和法庭的相关要素。这些文件可在以下专门网站查阅：<https://wg3intersessional.mlaw.gov.sg/programme/>。

### 界定常设机制

9. 认为常设机制的一个决定性特征是，在任何特定争端发生之前并独立于任何特定争端，在常设基础上甄选和任命仲裁员。

10. 据指出，常设机制的仲裁人应有固定任期，由国家或由国家组成的机构任命。然后，由法院院长或随机为这些仲裁员分配具体的争端。有与会者认为，常设机制应建立一个先例制度，并作为为国家和投资人服务的有权威的协调中心。此外，常设机制应采用以捐款为基础的供资模式，而不是特设机制通常采用的收费模式。还有与会者指出，仲裁员应当全职工作。

### 建立常设机制的理由

11. 一种观点认为，建立一个常设机制，包括上诉机制，将有助于解决已查明的对现行投资争端解决制度的各种关切：第一，缺乏一致性或可预测性；第二，与仲裁员的独立性和公正性有关的问题；第三，程序的费用和延续时间。随着时间的推移，上诉机制将有助于在解释规范方面提供明确性和一致性。一个拥有全职仲裁员的常设机制将确保仲裁员的诚信不会受到质疑。它还可以有其自身的结构要素，以确保仲裁员的性别和地域多样性。常设机制可有助于管理费用，因为对常设机制已经解决的问题重新提出诉讼既无必要，也不合适。

### 对常设机制的关切

12. 另一种观点认为，常设机制将无法解决投资争端制度的要求，即该制度应当是中立和平衡的，作出可执行的裁决，并且可以利用和依靠。常设机制会损害投资人的信心，因为投资人将失去任命仲裁员的权利。还有与会者指出，鉴于当前的动态，该机制将只反映少数国家的利益。可执行性令人关切，因为常设机制作出的裁决可能不享有《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）和《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（《解决投资争端公约》）下的裁决所享有的近乎普遍的可执行性。鉴于对国际机构往往资金不足的关切以及世界贸易组织（“世贸组织”）目前所面临的挑战，常设机制的可持续性也受到质疑。

### 解释权

13. 据指出，一个关键问题是实现国家和仲裁员之间解释权的平衡。在这方面，应事先澄清解释工具的适当使用。为进一步确保任何改革的有效性，提出了以下建议：第一，仲裁员必须对公共政策制定所涉及的问题具有敏感性；第二，仲裁员应当更加重视非争端方提交的材料；第三，应扩大法庭之友书状或地方社区其他形式参与的范围；第四，需要一个上诉机制来纠正第一层级的裁定。

14. 同样，有与会者强调，仲裁机构应当与条约缔约方沟通——这是从其他国际仲裁机构的经验中汲取的教训。有与会者建议，应当有一个机构来讨论仲裁机构对条约的解释是否令人满意。

### 确保常设机制的性别和地域多样性及平衡

15. 有与会者建议，可以采用一些规则，以实现多样性和适当的代表性。提到现有的国际机构，如国际法院和国际法委员会。但是，有与会者询问这些国际机构是否

就是最适当的模式。第 3 专题小组和圆桌讨论会进一步讨论了这一专题（见第 42 至 44 段和第 110 至 112 段）。

#### 常设机制与现有的投资争端解决制度的相互关系

16. 关于常设机制是与现有的投资争端解决制度共存还是取而代之，一种观点认为，常设机制应当是解决投资争端的唯一途径，以便实现一致性和可预测性。在这方面，有与会者指出，建立常设机制需要时间，在此期间，该机制必须与目前的特设性投资争端解决制度共存。然而，有与会者强烈怀疑常设机制最终是否取代目前的制度。这将意味着两个制度（即常设机制和特设性投资争端解决制度）将共存，这将导致各自为政。对此，有与会者称，常设机制是能够有效解决工作组所确定的所有关切并为投资制度的未来提供可持续基础的唯一解决办法。

#### 裁定对非参与国的影响

17. 有与会者表示关切，认为常设机制的裁定可能会影响对涉及非常设机制成员国的条约的解释，并造成这方面的先例。对此，有与会者指出，可以通过常设机制的结构来解决这个问题。例如，可以将这个问题置于一个不断审查各种改革问题的更大的机构或小组之内。圆桌讨论会进一步讨论了这一问题（见第 117 段）。

#### 其他意见

18. 有与会者提出了如何就建立常设机制达成共识以及如何争取各国成为其成员的问题。有与会者指出，建立一个常设机制可能需要很长时间，因此，其最初成员的数目可能不是衡量成功与否的有益指标。

19. 有与会者建议，设计的常设机制应具有应对和适应未来的能力。

### 第 2 专题小组：投资争端解决常设机制的结构、范围和治理

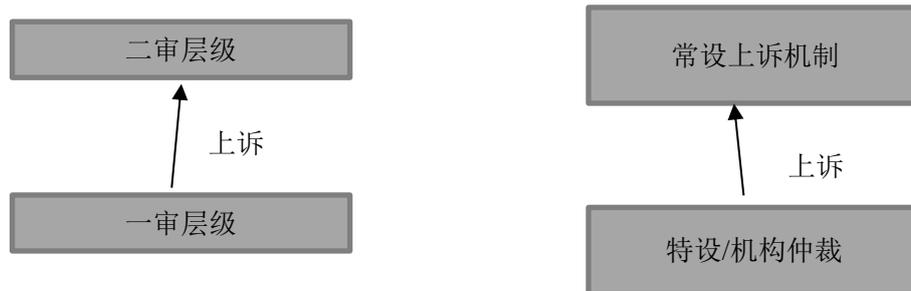
20. 第 2 专题小组由 Pasha Hsieh 先生（新加坡管理大学）主持，成员包括：Evgeniya Goriatcheva 女士（常设仲裁法院）；Susanna Kam 女士（加拿大）；Lai Thi Van Anh 女士（越南）；Ong Chin Heng 先生（新加坡）。<sup>2</sup>

21. 小组成员借鉴了各自在向现有常设法庭提供秘书处和书记官处服务方面的经验，以及在《加拿大—欧洲联盟全面经济和贸易协定》（《加欧经济贸易协定》）、《欧洲联盟—新加坡投资保护协定》（《欧新投资保护协定》）和《欧洲联盟—越南投资保护协定》（《欧越投资保护协定》）下建立常设机制方面的经验。

#### 常设机制的设计选项

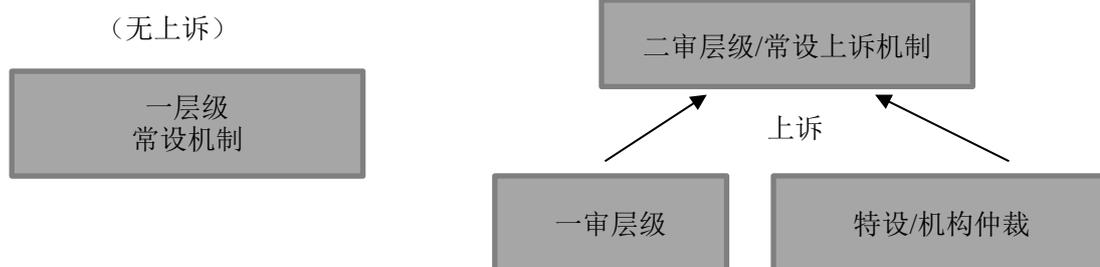
22. 为便于讨论，提供了以下四种模式。

<sup>2</sup> 专题介绍幻灯片可在专门网站查阅：<https://wg3intersessional.mlaw.gov.sg/programme/>。



**模式 1:** 这一模式设想设立一个两层级常设机制,可就一审层级的裁定向二审层级提出上诉。

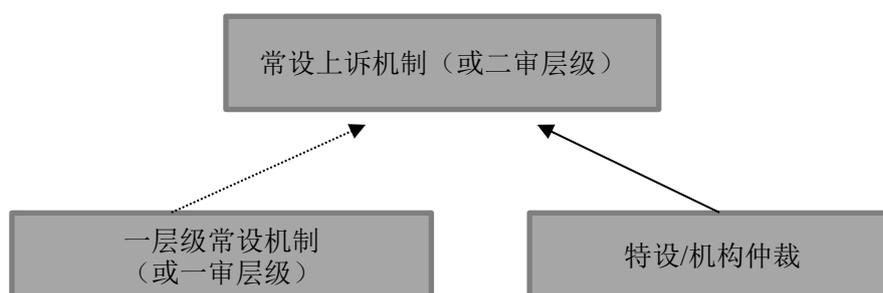
**模式 2:** 这一模式设想设立一个独立的上诉机制,审理对特设仲裁庭的一审裁定提出的上诉。将不设立常设性的一审层级。



**模式 3:** 这一模式设想设立一个只作出一审裁定的常设机制。

**模式 4:** 这一模式设想设立一个两层级常设机制,有一个上诉层级,上诉层级将审理其一一审层级和特设仲裁庭作出的一审裁定。

23. 此外,还提出了另一种模式,认为这种模式可避免不必要的上诉,从而提高裁定的可预测性和一致性,并确保节省时间和费用,具体如下。



**模式 5:** 这一模式设想设立一个两层级常设机制,其中可以:(a)选择只依赖一审层级,而没有向第二层级上诉的途径;(b)选择依赖二审/上诉层级,审理来自特设仲裁庭的上诉。

24. 据指出,设立一个两级常设机制是有意义的,可确保裁定的正确性、连贯性和一致性。在这方面,指出争端当事各方如果愿意,一般应当能够行使上诉权。另据指出,《加欧经济贸易协定》、《欧新投资保护协定》和《欧越投资保护协定》均设想设立一个两层级法庭,可就一审层级的裁定可向二审层级提出上诉。

25. 另据指出，常设机制也可以对争端方是或来自常设机制的非缔约方的案件拥有管辖权，前提是另一争端方是或来自一缔约方，并且所有争端方都同意将其争端提交该机制。

#### 常设机制的规模和任期：双边常设机制的经验

26. 有与会者指出，《加欧经济贸易协定》、《欧新投资保护协定》和《欧越投资保护协定》所设想的常设机制的成员人数各不相同。在《加欧经济贸易协定》下，一审法院由 15 名成员组成，上诉法庭由 6 名成员组成。在《欧新投资保护协定》下，一审法院和上诉法庭各由六名成员组成。在《欧越投资保护协定》下，一审法院由 9 名成员组成，上诉法庭由 6 名成员组成。此外，《加欧经济贸易协定》、《欧新投资保护协定》和《欧越投资保护协定》下的联合委员会/缔约方委员会可以决定增加或减少法庭成员的人数。

27. 在《加欧经济贸易协定》、《欧新投资保护协定》和《欧越投资保护协定》下，默认常设机制的成员并非全职工作，而是每月支付一笔预聘费（如果被召集审理案件的话，加上相关的审理费和补充费用）。据解释，这确保了成员可以到位，并有能力履行职能。经联合委员会/缔约方委员会作出决定，每月的预聘费和其他有关费用可转为正常薪金，在这种情况下，成员应全职工作，不得从事任何职业，不论是有偿还是无偿，除非例外情况下给予豁免。

28. 还有与会者指出，根据《欧新投资保护协定》，成员可以连任。这是因为认识到，否则可能会缺乏人才和对该职位的兴趣；此外，也有可能作出裁定之前，成员在其任期结束时被替换。第 3 专题小组进一步讨论了与常设机制的组成有关的问题。

#### 属事管辖权

29. 有与会者认为，常设机制应只对基于条约的争端拥有管辖权。据指出，与根据投资合同或国内投资法提出的诉求相比，根据投资条约提出的诉求更容易识别和区分，前者在性质上可能差别很大，而且往往因具体情况而异。还有与会者指出，《加欧经济贸易协定》、《欧新投资保护协定》和《欧新投资保护协定》设想的常设机制只能审理各自条约下产生的争端。

30. 另一种观点认为，常设机制的管辖权应当扩及基于投资合同的争端，但条件是有明确的规则要求争端当事方明确同意该机制的管辖权。

31. 还有与会者指出，赋予常设机制广泛的管辖权可能会产生影响，包括每个裁判员应当具备的资格，以及维持该机制所需的财政资源；对财政资源的影响又会影响到甄选担任常设机制成员的人数，以及他们是兼职还是全职工作。

#### 当事人意思自治的作用

32. 关于常设多边机制是否应当是争端当事方可利用的排他性的追索手段，一种观点认为，该机制至少在一段时间内作为争端当事方的可选项是有好处的，从而激励各国加入常设机制，使其能够获得吸引力。

33. 然而，有与会者认为，允许常设机制作为可选项，可能导致将其用作一种“策略”。有与会者指出，如果国家不希望将常设机制作为唯一的救济途径，则应在发生争端之前明确解释这一点。

#### 机构设计

34. 讨论了在一个现有机构内设立常设多边机制的可能性。例如，常设仲裁法院除其他外，向根据双边和多边文书组建的各种常设和半常设仲裁机构提供秘书处和书记官处服务。<sup>3</sup>据指出，一般而言，依靠一个现有机构的基础设施有助于控制运作和维持机制的费用，并能够利用已有的安排和惠益，如世界各地的办事处和图书馆资源。第5专题小组也讨论了这一专题。

#### 治理和独立性

35. 有与会者指出，缔约方委员会将发挥重要作用，确保常设机制具有独立性，不受政治干预或压力。为此，应授权缔约方委员会作出必要的决定和制定必要的规则。据认为，必须制定保护措施，防止机制的独立性受到侵犯。<sup>4</sup>

36. 建议每个缔约国在缔约方委员会中应有一名代表，以参与机制的运作，包括甄选和任命仲裁员以及就工作程序作出决定。据指出，应当在协商一致的基础上作出决定，尽管这可能取决于该机制缔约国的数目。还有与会者指出，一个国家或少数几个国家不应当能够阻挠决策。

#### 经费来源

37. 讨论的可能的供资模式包括“用户付费”模式，即费用由争端各方分摊，或混合模式，即缔约国向常设机制缴款和用户付费相结合。圆桌讨论会进一步讨论了财务问题（见第125段）。

#### 裁定的承认和执行

38. 据指出，在双边基础上设计的常设机制，例如在《欧新投资保护协定》下设计的常设机制，需要在现有投资争端解决制度的框架和各种限制的范围内，处理承认和执行。<sup>5</sup>与此相反，就常设机制而言，实行自成一体的执行制度是可能的。然而，这需要时间，因为常设机制首先需要获得足够的吸引力，换句话说，需要有足够数量的缔约国。因此，有与会者建议，最好将常设机制作出的裁定定性为“仲裁裁决”，这样就可确保《纽约公约》下的可执行性。<sup>6</sup>第5和第6专题小组进一步讨论了执行问题。

<sup>3</sup> 例如，厄立特里亚—埃塞俄比亚索偿委员会、国际清算银行仲裁庭和伊朗—美国索赔法庭。

<sup>4</sup> 提及《关于国际司法机构独立性的博格房原则》。

<sup>5</sup> 据解释，根据《欧新投资保护协定》作出的终局裁决被定性为仲裁裁决，以便适用《纽约公约》第一条。对于根据《投资争端解决中心规则》提出的申请，作出的裁决必须符合《解决投资争端公约》规定的必要手续。据指出，投资争端解决中心秘书处担任《欧新投资保护协定》下法庭的秘书处。

<sup>6</sup> 据解释，根据《欧新投资保护协定》，一审法庭的裁定如被提出上诉，应成为“临时裁决”。如果上诉法庭支持上诉，它应全部或部分修改或推翻临时裁决中的法律调查结果和结论，并将该事项发回一审法庭，具体说明它是如何修改或推翻一审法庭的有关调查结果和结论的。在这方面，一审法庭应受上诉法庭的调查结果和结论的约束，并应酌情相应修订其临时裁决。

### 第3专题小组：常设机制的组成和程序，包括利益关系方的参与

39. 第3专题小组由 Natalie Y. Morris-Sharma 女士（贸易法委员会第三工作组报告员，新加坡）主持，成员包括：Nora Bellec 女士（欧洲联盟委员会）；Malcolm Langford 先生（奥斯陆大学）；Arpit Mallick 先生（印度）；Young Shin Um 女士（大韩民国）。

#### 甄选和任命程序

40. 强调必须确保法庭独立和公正，并由合格和有经验的审裁员组成。这将确保仲裁裁决及其执行的合法性。为实现这一点，有与会者提议，法庭成员的甄选和任命不应由争端当事方决定，而应通过一个分三步的程序进行：(a) 缔约方在公开和透明地发出提名候选人呼吁并与本国利益攸关方协商后进行提名，以及可能的话，由个人直接提出申请；(b) 由一个独立小组对候选人进行筛选；以及(c) 由缔约方选举和任命（可能通过区域组来组织）。据指出，这一进程将加强公共问责制，减少政治化的风险，并创造一个有竞争力和足够广泛的高素质候选人库。另据指出，第一层级和第二层级的甄选和任命应当有两个不同的轨道。

41. 有与会者询问如何保护任命过程不受选票交易的影响。对此，答复说上述多层次的甄选和任命程序将减少选票交易，并将确保最终只甄选和任命高素质的候选人。

#### 确保多样性和均衡代表性

42. 与会者认为，无论该机制成员的最初组成如何，都必须有最低限度的地域代表性，以适应成员可能增加的情况，并增强该制度的合法性和公众信任。与此同时，多样性和资格等因素之间应保持灵活的平衡，不应过分厚此薄比。

43. 关于性别代表性问题，以及国际刑事法院是否是一个潜在的模式，有与会者指出，在机构参与任命审裁员的情况下，妇女可能会有更好的代表性。重要的是考虑设计任命程序时确保妇女的参与。

44. 有与会者指出，寻求性别和地域代表性的各种办法各有利弊，需要取得平衡。

#### 投资人的作用

45. 有与会者担心，如果投资人不再能够指定审裁员，就会造成内在的不平衡，对此，有与会者指出，投资人有权指定其审裁员是国际法律制度中的一种反常现象。相反，可以通过投资人参与甄选和任命过程，包括在符合某些要求的情况下直接提名候选人，使投资人的利益得到考虑。据指出，建立所有利益攸关方的信任将有助于确保常设机制的裁定得到遵守。

#### 任期

46. 关于法庭成员的任期，据说这涉及确保独立性和确保问责制之间的权衡。然而，如果也采用其他确保独立性和问责制的手段，可能就没有必要进行这种权衡。在这方面，有与会者质疑使用可连任的任期来确保问责，因为可以采用联合解释等措施。对此指出，可以使用一系列问责措施，包括非正式或非法律手段。

47. 有与会者担心，从案件管理的角度来看，如果在案件结案前法庭成员的任期终止，他们被替换掉，可能会造成困难。有与会者建议任期为6年，可自动延长一次，除非绝大多数缔约方反对。

#### 分庭的使用

48. 据说在常设机制内使用分庭是适当的，因为投资争端解决案件以事实为基础，在很大程度上依赖证据。可以召集常设机制的一个大分庭，就具有更广泛意义的重要法律问题或常设机制不同分庭的立场可能相互冲突的问题作出裁定。还可酌情授权大分庭接管整个案件的审理。据说这有助于确保一致性和可预测性。

#### 成本和供资

49. 有与会者主张，常设机制所需资金应与其他国际法院和法庭所需资金相当。常设机制的结构设计应合理管理成本。另据指出，常设机制将受益于规模经济。

#### 用尽当地救济

50. 据说要求将诉诸当地救济作为向常设机制提出申请的先决条件有几个好处：这将确保常设机制可以考虑国内法院对国内法的解释，以及被申请人将更有效地遵守当地救济。有与会者认为，这些好处超过了诉诸当地救济需要更多时间和费用的弊端。

51. 有与会者建议，可以(a)对寻求当地救济的要求规定时限，(b)对这种要求规定例外，以便使某些侵权行为能够迅速得到补救，或顾及没有可用的国内当地救济的情况。还有与会者指出，用尽当地救济比岔口选路条款更可取，因为后者将使投资人在诉诸当地救济之后无法利用投资争端解决制度。

#### 筛选机制

52. 除了用尽当地救济之外，还讨论了其他机制，这些机制可有助于使常设机制的案件数量易于管理。有与会者建议，缔约方委员会和常设机制主席可以筛选出无意义或滥用权利的申请，常设机制应有权拒绝对挑选条约的案件行使管辖权。同样，有与会者建议，可利用一种行政机制来筛选不符合形式要求的案件。

53. 有与会者认为，秘书处关于常设机制的非正式规约草案涵盖了尽可能广泛的争端。但是，有与会者建议，工作组应当考虑提供灵活性，对受常设机制管辖的条约清单加以补充，并进一步考虑是否赋予常设机制专属管辖权。

#### 调解

54. 有与会者建议，常设机制可就调解的可利用性向争端当事方提供指导，并可能在争端当事方同意的情况下将调解时间纳入整个程序的程序日历。据指出，调解的好处是能够顾及所有受影响的利益攸关方的利益，而不仅仅是争端当事方的利益。然而，有与会者质疑常设机制是否应有权考虑调解是否适宜或是否有权管理调解。

### 适用的法律

55. 由于许多条约对适用于争端的法律有明确的规定，适用法律问题在实践中可能不会造成困难。据指出，国内法的任何问题都应当是事实问题，应当要求有一个常设机制遵循相关国内法院对这一问题的解释。有与会者建议，在相关条约缺乏明确性或指导的情况下，法庭可以更多地依赖习惯国际法。

### 常设机制的裁定的先例效力

56. 在没有提出一条先例有约束力规则的情况下，与会者指出应当更加尊重常设机制上诉层级的判例，因为其任务授权应当是确保裁定的正确性。通过采用更一致的方法来处理损害估价等问题，这将改进目前的投资争端解决制度。还指出，常设机制的裁定的先例效力将受到其成员组成的影响。关于受常设机制管辖的条约，有与会者建议，该条约缔约方的联合解释应对常设机制有约束力，即使并非所有条约缔约方都是常设机制的缔约方。

57. 有与会者表示关切，常设机制会使条约的解释趋于一致，即使条约缔约方可能有意作出不同解释。这样的话，实际上将通过司法解释而改变条约。对此指出，常设机制在解释时应当谨慎，并力求体现这些差异。此外，还有一些保障措施，如联合解释性声明。

## 第4专题小组：与上诉机制有关的问题

58. 第4专题小组由 Jean Ho 女士（新加坡国立大学）主持，成员包括：Locknie Hsu 女士（新加坡管理大学；多方临时上诉仲裁安排仲裁员库）；Margie-Lys Jaime 女士（巴拿马）；Karin Kizer 女士（美利坚合众国）；和孙昭先生（中国）。

### 理由和挑战

59. 据认为，上诉机制可随着时间推移而提高裁定的可预测性、正确性和一致性。与此同时，与会者承认，上诉机制并不是解决所有现有关切的灵丹妙药。

60. 讨论了上诉机制提出的两大挑战：(a)费用和延续时间；(b)认为这种机制将偏向国家的看法。关于(a)项，与会者就上诉机制是否会比现有的废止和撤销裁决的途径费用更高、延续时间更长发表了不同的看法。据称，现行制度下的废止导致程序旷日持久，无法结案。据指出，上诉机制的设计可以减少所需的费用和时间；例如，可以规定自程序开始起的时限。

61. 关于(b)项，会上指出，上诉机制不一定偏向国家，赞成设立常设上诉机制的国家的目的也是为了保护投资人的权利。

### 上诉机制的裁定的先例效力

62. 据指出，需要考虑到投资条约的数量、不同的缔约方以及此类条约中的确切措辞，权衡上诉机制裁定的一致性与其范围。一项建议是，将先例效力限于基础同意文书中有相同措辞的情况。还有与会者建议，应允许订有措辞相同的条约的国家参与上诉程序。据预测，上诉机制的裁定即使不构成正式先例，也可能成为事实上的先例，类似于国际法院和世贸组织上诉机构的裁定。

### 常设与特设上诉机制

63. 一种观点倾向于常设上诉机制，因为常设上诉机制将具有机构记忆。此外，由于法官之间的合议，在作出裁定的过程中会表达和处理不同的意见。这些因素将有助于裁定的正确性。还有与会者认为，常设上诉机制与特设上诉法庭相比更适合处理费用和延续时间问题。

64. 另一种观点认为，采用名册模式的特设上诉机制可能更具成本效益，而且可以在较短时间内实施，因为这种机制所需的结构变动较少。

### 与现有复审制度（投资争端解决中心的废止；各国法院的复审）的相互关系

65. 据指出，一旦争端当事方同意将争端提交上诉机制，就不应再诉诸任何其他机构。有与会者询问，这种放弃诉诸其他机构的做法是否只应在同意文书受上诉机制规约制约的情况下适用。对此，有与会者认为，也可在投资人同意将其争端交由上诉机制处理的情况下适用放弃。

66. 有与会者认为，对上诉程序的终局性规定例外情况可能有好处，因为国内法院仍将在这种情况下发挥作用。有与会者建议，需要讨论这种例外的范围。另一种观点认为，国内法院根本不应审查上诉裁定，类似于投资争端解决中心设计为一个非本地化和自成一体的系统。

### 可能的设计特点，包括条约解释的问责机制

67. 为了处理上诉机制的理由和挑战（见第 59 至 61 段），确定了以下特点：费用担保、提前驳回、筛选机制、更经常地使用非争端方条约缔约方提交的材料，以及明确规定联合解释性声明的约束力。还有与会者建议，世贸组织的程序可作为参考，例如，世贸组织专家组在发布最后报告之前，先向争端当事方分发一份专家组临时报告，以便纠正任何事实错误。

68. 为防止“过度解释”，有与会者建议，各国，包括未参加上诉机制或程序的国家，应当能够在裁定后发表联合解释性声明。有一种意见认为，联合解释性声明将确保获得一些国家的支持，否则的话这些国家可能不加入上诉机制。

### 管辖范围

69. 关于可上诉的裁定类型，据认为，终局裁定和其他实质性裁定，包括关于案情的部分裁定和关于管辖权的裁定，应当是可上诉的。一种意见认为，不应分步审理的裁定提出上诉。关于临时措施，各方意见不一。

70. 关于属事管辖权，有与会者主张，上诉应当限于基于国际投资条约的争端，因为基于投资合同或国内法的争端所作裁定是否正确的问题不那么令人关切。

### 上诉理由和复审标准

71. 据指出，应当对上诉理由加以限制，以便不是对每一项一审裁定都提出上诉。据指出，对于重要的主权问题以及对法律和事实的理解错误，应当可以提出上诉。一种观点认为，认定事实错误可包括国内法和损害赔偿。据进一步指出，视情况而

定，对国内法和损害赔偿的理解也可能是法律错误。据认为，如果法律错误和事实错误已经构成上诉的理由，则上述两个方面不必视为上诉的额外理由。

72. 关于复审标准，有与会者建议使用法律或事实的“明显错误”。

需进一步审议的问题

73. 有与会者询问如何为上诉机制内的分庭挑选每个法官。据指出，在世贸组织，组成上诉机构一个部门的成员是“在轮换基础上”选出的，“同时考虑到随机选择、不可预测性和所有成员不论其国籍都有机会任职的原则”（《上诉机构工作程序》，WT/AB/WP/6\*，第6(2)段）。

### 第5专题小组：上诉机制与现有的投资争端解决中心体系的兼容性

74. 第5专题小组由 Meg Kinnear 女士（投资争端解决中心）主持，成员包括：Michele Potestà 先生（Lévy Kaufmann-Kohler）和 Mathieu Raux 先生（法国）。<sup>7</sup>

75. 第5专题小组讨论的关键问题是如何将多边上诉机制纳入投资争端解决中心体系。在本专题小组的讨论中，假定上诉机制对所有仲裁裁决具有上诉管辖权，无论是投资争端解决中心裁决还是非投资争端解决中心裁决。还假定任何国家都不应因选择废止或撤销而非上诉作为裁决后救济而受到损害。

76. 概述了投资争端解决中心体系的一些独特之处。特别是，指出《解决投资争端公约》禁止上诉，但可根据某些理由寻求废止投资争端解决中心的裁决。此外，还有一个简化的自动执行机制，因为投资争端解决中心成员国必须承认和执行投资争端解决中心的裁决，就好像该裁决是其国内法院的终审判决一样。

涉及修正《解决投资争端公约》的选项

77. 讨论了可能对《解决投资争端公约》作出修正以引入上诉渠道的问题。据强调，《解决投资争端公约》第六十五条和第六十六条规定的修正要求是严格的，虽然未经检验，但据认为满足这些要求实际上是不可能的。有鉴于此，提出了两个设想。

78. 第一个设想涉及在《解决投资争端公约》下建立一个上诉机制。在投资争端解决中心成员国，其上诉裁决将根据《解决投资争端公约》执行，在非投资争端解决中心成员国，则根据《纽约公约》执行。有必要对《解决投资争端公约》进行广泛修正，以将上诉作为一种可选择的裁决后救济，并在投资争端解决中心框架内建立完整的上诉机制架构。还可能有一些附带问题，如国内法的修正。虽然这种做法将允许根据《解决投资争端公约》执行投资争端解决中心和非投资争端解决中心的所有上诉裁决，但据指出，可能难以达到修正必须达到的要求。

79. 第二个设想是创建一个上诉机制，由投资争端解决中心管理，但根据另一项条约建立。在这种情况下，投资争端解决中心的上诉裁决在所有投资争端解决中心成员国可以根据《解决投资争端公约》执行。非投资争端解决中心的上诉裁决在上诉机制缔约国将根据上诉机制条约执行。也可根据《纽约公约》寻求执行；例如，在既不是《解决投资争端公约》缔约国也不是上诉机制缔约国的国家寻求执行。与第

<sup>7</sup> 专题介绍幻灯片可在专门网站查阅：<https://wg3intersessional.mlaw.gov.sg/programme/>。

一种情况相比，这种情况将涉及对《解决投资争端公约》进行更严格的修正，以便提供这样一种选择，即就投资争端解决中心的裁决向根据不同条约设立的单独的上诉机制提出上诉。

#### 涉及彼此之间修改《解决投资争端公约》的选项

80. 提出了第三个设想，这种设想不需要《解决投资争端公约》的修正程序。与第二个设想一样，这个设想涉及建立一个由投资争端解决中心管理、却是根据不同的条约设立的上诉机制。这将涉及希望允许上诉的投资争端解决中心成员国之间根据《维也纳条约法公约》第四十一条进行彼此之间的修改。因此，根据《解决投资争端公约》，投资争端解决中心的上诉裁决只能在作为彼此之间修改的当事方的投资争端解决中心成员国执行。非投资争端解决中心的上诉裁决在上诉机制缔约国将根据上诉机制条约执行。在既不是彼此之间修改也不是上诉机制缔约方的投资争端解决中心成员国，必须根据《纽约公约》寻求执行。在不是上诉机制缔约方的非投资争端解决中心成员国，也必须根据《纽约公约》寻求执行。

81. 会上作了专题介绍，详细审查了第三个设想。据解释，彼此之间修改的理由是允许多边条约缔约方修改这些条约以适应已发生变化的情况，同时不损害不希望作此修改的其他缔约方的权利。适用《维也纳条约法公约》第四十一条，对《解决投资争端公约》进行合法的彼此之间修改的条件如下：(a)这种修改不得为《解决投资争端公约》所明确禁止；(b)这种修改不得损害其他缔约方的权利；(c)这种修改不得与《解决投资争端公约》的目的和宗旨相抵触。据指出，在此设想下可以满足这些条件。

82. 有与会者指出，不禁止非彼此之间修改缔约方的投资争端解决中心成员国约定执行投资争端解决中心的上诉裁决——即使它们没有义务这样做。据指出，可请这些国家自愿宣布它们将执行投资争端解决中心的上诉裁决。

83. 据解释，第三个设想将通过三项文书实施。第一，建立上诉机制的条约。第二，一项彼此之间修改《解决投资争端公约》的文书，允许就投资争端解决中心的裁决向上诉机制提出上诉。第三，非彼此之间修改《解决投资争端中心公约》缔约方的投资争端解决中心成员国作出一项任择性声明，表示它们将根据《解决投资争端公约》第五十四条执行该中心的上诉裁决。会有一些必然的问题，例如彼此之间修改适用的时间范围，以及最惠国义务的影响。指出后一个问题已在《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》中处理。

#### 建立现有双边上诉机制的经验

84. 会上交流了彼此之间修改《解决投资争端公约》以建立双边上诉机制的经验。强调了以下方面：采用申请人承诺只执行在上诉之后或上诉时间已过之后成为终局裁决的裁决的办法；条约缔约方承诺承认此类裁决具有约束力和可执行性，如同其法院的终局判决一样；以及明文规定上诉裁决应可作为仲裁裁决。

#### 上诉机制的可能设计

85. 有与会者认为，上诉机制应当具有开放式架构，以便最大限度地扩大可上诉裁决的范围。还有与会者提议，应当有累积的上诉理由，以便上诉机制也可以作为常

设两级机制的一部分运作。

在投资争端解决中心体系内建立上诉机制的前景

86. 从专题介绍中得出的一个结论是，如果投资争端解决中心成员国愿意，可以建立一个上诉机制。但有与会者告诫说，要使这一点可行，就需要有核心数目的国家，否则就有碎片化的危险。

专题介绍之后的讨论

87. 有与会者询问，如果发现《解决投资争端公约》禁止彼此之间修改，会有什么后果。对此，有与会者指出，这种彼此之间修改的缔约方将承担国际责任，导致典型的后果，例如必须停止不法行为。还有与会者指出，如果在解释或适用方面发生冲突，《解决投资争端公约》规定，可向国际法院提出国与国之间争端诉讼。

88. 关于允许非缔约国的投资人利用上诉机制的可能性，以及这是否会对《解决投资争端公约》的彼此之间修改构成挑战，初步答复是，这不会构成挑战，但需要认真起草这种选择权，并尽早而不是在仲裁结果出来之后行使这一选择权。

89. 有与会者询问，上诉机制是否与《解决投资争端公约》的目标和宗旨相抵触，因为它可能增加投资争端解决程序的费用，并扰乱国家和投资人权利之间的平衡。对此指出，在确定兼容性时应当考虑到其他因素，如确保一致性、正确性和制度的合法性。还指出，投资争端中心的废止委员会不是由争端当事方任命的，而是从各国任命的候选人名单中选出的，因此上诉机制不会影响现有的平衡。

90. 另据指出，上诉机制只要是在《解决投资争端公约》的范围内设计的，并且维持仲裁员的独立性，就不会与该《公约》的目的和宗旨相抵触。

## 第 6 专题小组：实施和执行方面主要的共同问题

91. 第 6 专题小组由 N. Jansen Calamita 先生（新加坡国立大学国际法中心）主持，成员包括：Meg Kinnear 女士（投资争端解决中心）；Chester Brown 先生（悉尼大学）；Laurence Bielen 女士（比利时）。<sup>8</sup>

92. 专题小组依次审议了常设机制三种假设模式的执行选项：(1)只作出一审裁定的单层级常设机制；(2)常设上诉机制（不设一审层级），负责审理对特设仲裁庭一审裁定提出的上诉；及(3)常设两级机制，包括一审层级和上诉层级。<sup>9</sup>这并不意味着排除其他可能的设计。为了使讨论重点突出，只考虑了关于案情实质的最后裁定，而没有考虑临时决定。

常设单一级一审机制的执行选项

93. 《纽约公约》可能的适用性。在评估常设机制的裁定是否可以根据《纽约公约》作为一项仲裁裁决执行时，讨论了以下相关问题：

<sup>8</sup> 专题介绍幻灯片可在专门网站查阅：<https://wg3intersessional.mlaw.gov.sg/programme/>。

<sup>9</sup> 见第 22 段的模式 1、模式 2 和模式 3。

(a) 常设机制的裁定是否符合《纽约公约》第一条第一款规定的领土要求。会上提到一些学术权威认为，投资争端解决中心裁决可以根据《纽约公约》在非《解决投资争端公约》缔约国执行。

(b) 常设机制的裁定是否被视为“仲裁裁决”，以及该机制是否构成《纽约公约》第一条第二款规定的“常设仲裁机构”。据指出，“仲裁”或“常设仲裁机构”没有普遍适用的定义。有与会者建议，常设机制的裁定可以构成《纽约公约》下的仲裁裁决。

(c) 《纽约公约》第一条第三款下的“商事”一词是否包括投资条约争端。据指出，各国法院一般对“商事”作广义解释，该词将包括投资条约争端。

(d) 《纽约公约》第二条第一款下的仲裁协议要求是否得到满足。有与会者认为，同意通过常设机制解决争端将满足仲裁协议的要求。

94. 《解决投资争端公约》可能的适用性。有与会者对各国是否可以将常设机制的裁定/非投资争端解决中心裁决视为投资争端解决中心裁决并根据《投资争端解决公约》予以执行表示怀疑。

95. 鉴于围绕可能根据《纽约公约》执行存在法律上的不确定性，有与会者指出，最好有一个自成一体的执行机制。一个自成一体的执行机制将消除法律上的不确定性，即常设机制的裁定是否可由国内法院根据《纽约公约》予以撤销或进行其他审查。有与会者建议，在建立自成一体的执行机制的同时，可利用《纽约公约》寻求在非缔约国执行。

#### 常设上诉机制的执行选项

96. 为使《解决投资争端公约》在执行常设上诉机制的裁定方面发挥作用，重申了第5次会议所述的三种可能的设想（见第77至83段）。在所有三种设想下，上诉机制都将能够审理对投资争端解决中心裁决和非投资争端解决中心裁决的上诉。

97. 第四种设想不涉及《解决投资争端公约》。在这种设想下，上诉机制将独立于投资争端解决中心而设立。因此，上诉机制将无法审理对投资争端解决中心裁决的上诉。其裁决将根据设立该中心的条约或可能根据《纽约公约》执行。

#### 常设两级机制的执行选项

98. 一名小组成员称，一些国家倾向于采用一种常设两级机制模式。

99. 有与会者表示倾向采用一种自成一体的执行机制，类似于《解决投资争端公约》所规定的两级常设机制。据认为，根据《纽约公约》执行裁决并不理想，因为在常设机制内已有上诉渠道的情况下，该公约将允许对裁决进行额外的审查。在这方面，提到秘书处非正式常设机制规约草案的第11条草案。

100. 在未参加常设机制的国家，该机制的裁定有可能根据《纽约公约》得到执行。或者，可以邀请非参与国加入自成一体的执行机制，而不必加入常设机制。有与会者询问如何为各国提供激励。

101. 有与会者建议，在根据《纽约公约》寻求执行的情况下，可采用一项放弃条款，如《欧新投资保护协定》第 3.22 条所载的放弃条款，作为确保争端当事方不寻求进一步审查该机制的裁定的一种手段。

#### 专题介绍之后的讨论

102. 会上重申，常设多边机制应当有一个自成一体的执行机制，并依靠《纽约公约》下的执行作为后备手段，以最大限度地增加其裁定得到执行的机会。因此，建议在《纽约公约》的一个缔约国设立常设多边机制。对此，有与会者指出，属地性一般不是一个问题，因为《纽约公约》也适用于非本地化的投资争端解决中心裁决（见上文第 93(a)段）。然而，与会者承认，如果一国根据《纽约公约》第一条第三款声明，它将在互惠基础上仅对在另一缔约国领土内作出的裁决适用《纽约公约》，则可将非本地化裁决排除在《纽约公约》的执行范围之外。

103. 关于类似于《解决投资争端公约》中的废止程序在常设多边机制中是否有用的问题，会上指出，在常设两级机制中不需要废止，因为争端当事方可以对一级裁定提出上诉，而废止上诉裁定没有任何好处。

104. 有与会者问，设立常设多边机制的条约是否有可能以提及方式纳入其他执行制度，即《解决投资争端公约》和《纽约公约》。对此，有与会者告诫说，以提及方式纳入和“视为”条款（例如，将裁定视为投资争端解决中心裁决的条款）在法律上可能是不可行的，也可能不会产生预期的效果。

#### 圆桌讨论会

105. 圆桌讨论会先后由 Shane Spelliscy 先生和 Natalie Y. Morris-Sharma 女士主持。进一步详细讨论了前面的专题小组会议上提出的主题和问题，并就编写工作文件向秘书处提供了非正式指导。

#### 工作文件和方法

106. 作为一项一般性意见，指出工作文件应当有足够的细节，使各国了解它们将要签署的文件。还有与会者指出，只应向委员会提交完整的案文。

107. 据认为，工作组有必要确定在建立一种机制之前应当就哪些要素作出决定，以及在这一进程后期可以就哪些问题作出决定。基本要素应载于机制的组织文件中，而其他要素可载于附属文件中，可授权给缔约方委员会作出决定。这将有助于确保可扩展性和适应未来，并适应常设机制成员可能的增长和演变。然而，有与会者指出，没有明确的规则区分基本要素和其他要素；因此，工作组可以而且应该讨论所有要素。

108. 有与会者询问何时以及如何将秘书处编写的不同文件综合起来。据解释，这些文件是作为单独的拼图块编写的，可以很容易地插入工作组最终制定的任何结构或机制。然而，也有与会者指出，需要尽早制定全面的改革方案。据指出，工作组采取的是“积木式”做法，对有些国家来说，只有一些积木块而不是所有积木块被认为符合目的。与此相关的是，有与会者指出，可能需要确保各种改革方案的定义保持一致。

109. 鼓励秘书处编写反映各种设计方案的工作文件，作为工作组讨论的基础。

#### 广泛的地域代表性

110. 一种观点认为，常设机制仲裁员的均衡地域代表性取决于其如何成为常设机制的成员，并与其开始运作必须达到的成员数量门槛有关。此外，有与会者指出，常设机制第一层级仲裁员的人数将是影响甄选和任命程序设计以及上诉层级仲裁员人数的一个重要因素。有与会者建议，这些问题应尽早解决。

111. 有与会者表示支持投资争端法庭成员甄选和任命框架第 8 条草案中利用区域组的办法（[A/CN.9/WG.III/WP.213](#)）。

#### 性别多样性

112. 关于对性别均衡提出明确要求的问题，有与会者回顾，目前的第 6 条草案的备选案文 1 和 2 应当合并。<sup>10</sup>应当从国际刑事法院的经验和学术论坛的工作中受到启发。

#### 确保成员国平等参与

113. 据指出，工作组需要考虑如何随着成员的增加而调整决策过程，或许可以允许缔约方委员会作出必要的调整。有与会者建议，决策过程的设计应避免表决，并确保不会因要求一致性而无法作出决定；有与会者提到“协商一致减 x”模式。

114. 关于在稍后阶段成为常设机制成员的国家，有与会者指出，应当制定保障和保证措施，以避免损害其权利。据指出，国际刑事法院和世贸组织以前曾处理过这种关切。一种办法是允许正在批准的签署国享有某些加入和参与的权利。据指出，非正式规约草案第 3 条草案第 5 款规定，尚未批准规约的签署国可作为观察员出席缔约方会议的会议。

#### 非国家利益攸关方参与

115. 有与会者表示支持非国家利益攸关方参与例如法庭成员的甄选和任命过程，以反映其利益。

#### 架构和可选性

116. 与会者重申，常设机制应具有开放的架构。有与会者表示有兴趣考虑是否可能允许各国选择(a)只加入上诉机制，(b)只加入常设机制的第一层级，或(c)加入常设机制的两个层级。有与会者建议最好结合非正式规约草案第 8 和第 9 条草案探讨这种可选性。

#### 裁定对非参与国的影响

117. 有与会者强调，需要有保障措施，防止常设机制影响第三方国家的载有相同或类似条款的条约。有与会者表示关切，与《维也纳条约法公约》第四十一条相反，上诉机制的裁定的说服力可能被过分放大，从而损害了非争端方缔约方不受裁定约

<sup>10</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.213](#) 号文件第 6 条草案备选案文 1 提及“需要确保平等的性别代表性”。

束的权利。对此，有与会者指出，目前的做法是提及某些法庭即具有权威性或具有很强的说服力，对此没有人反对，尽管这类法庭是根据不同的条约设立的。

#### 在非参与国执行

118. 在非参与国执行是一个关键问题。非正式规约草案第 11 条草案——规定同意常设机制管辖权的非缔约方有义务承认和执行该机制的有关裁定——据说方向正确。

119. 为了最大限度地利用《纽约公约》作为在非参与国执行的一种手段，可以探讨以下问题：(a) 现有双边常设机制条约中使用的推定措辞；(b) 当事方放弃裁决后救济。<sup>11</sup>

#### 常设机制的裁定的具体执行

120. 关于非正式规约草案第 11 条草案第 3 款，有与会者询问，裁定的具体执行是否应当由寻求执行所在领土的法律来决定。对此，有与会者指出，《解决投资争端公约》载有这样一条规定，这并未对投资争端解决中心裁决的执行造成问题。解释了某个国家管辖区的最高法院对“承认”、“执行”和“具体执行”的区分：“承认”是法院认定一项裁决有权被视为具有约束力，这就产生了作为已决案件和不容反悔等排除性效力；“执行”是一种法律程序，通过这一程序，一项裁决被降格为国内法院的一项判决，并与国内法院的判决具有同等地位；而“具体执行”则是就已经过执行程序的判决收款的过程。还提到了贸易法委员会秘书处《纽约公约》指南。

#### 工作组的“程序性”工作

121. 强调需要明确区分(a)工作组的程序规则改革工作，(b)常设机制的行政规则，(c)程序的程序规则。为了说明第二类和第三类程序规则之间的区别，指出适用于常设机制所处理程序的一套程序规则应当对所有这类程序都是一样的，而与机制日常行政管理有关的规则可以有更大的灵活性。

122. 有与会者就如何通过程序规则改革提出问题。告诫说程序规则改革与可能已经载有相关规则的国际投资协定之间存在兼容性问题。预计程序规则改革可追溯适用，以改进现有的国际投资协定。

123. 据指出，追溯适用程序规则改革可能导致对另一体系或机构的仲裁规则进行修正，而不一定遵守修正的规则或程序。

124. 据指出，为使改革生效而对现有文书进行的任何必要修正都必须按照相关的修正程序进行。有关机构和工作组之间可以进行协调，以实现预期的改革。

<sup>11</sup> 给出的一个例子是《欧新投资保护协定》第 3.22(5)条（“就《纽约公约》第一条而言，根据本节作出的终局裁决系与被认为是由商业关系或交易引起的申请有关的仲裁裁决”）和《欧新投资保护协定》第 3.22(6)条（“为了提高确定性……，如果一项申请已根据第 3.6(1)(a)条提交争端解决（向仲裁庭提交申请），则根据本节作出的终局裁决应可作为《解决投资争端公约》第四章第 6 节所规定的裁决”）。

### 经费来源

125. 与会者强调了常设机制财政可持续性的重要性。另外，有与会者指出，概述常设机制经费来源问题的非正式文件中所考虑的国际法院和法庭的案件少于预期常设机制将要处理的案件。有鉴于此，有与会者认为，需要重新审查常设机制的费用和经费筹措结构。

### 闭幕发言

126. 在会议闭幕时，Anna Joubin-Bret 女士概述了工作组迄今为止的工作和产出。Joubin-Bret 女士指出，仍有许多工作要做，她强调工作组需要考虑如何落实其产出，包括这些产出与现有的国际投资协定的相互关系。Daphne Hong 女士指出，会议成功地讨论了与常设机制和上诉机制有关的技术性和复杂问题，并表示相信，讨论将有助于推进工作组的工作。