

引用本文件请以下列形式注明出处：

David Gaukrodger 和 Kathryn Gordon (2012)。“投资者-东道国争端解决机制：一份投资政策领域的范围规划文件”，《经济合作与发展组织（OECD）关于国际投资的工作文件，第 2012/3 号》，OECD 投资处，www.oecd.org/investment/working-papers.htm。

经济合作与发展组织（OECD）关于国际投资的工作文件，
第 2012/3 号

投资者-东道国争端解决机制： 一份投资政策领域的 范围规划文件

David Gaukrodger 与 Kathryn Gordon

经济合作与发展组织（OECD）关于国际投资的工作文件

国际投资工作文件系列——包括政策、趋势乃至涉及跨国企业的更多内容——旨在向广大读者呈现经济合作与发展组织（OECD）投资委员会、OECD 投资处工作人员或者参与 OECD 投资委员会项目之外部顾问的研究精华。

本系列文件通常只提供其源语言（英文或法文）版本，在可能的情况下也提供其他语言的摘要。

OECD 秘书长负责本系列文件的出版工作。本系列文件中表述的意见和列举的论点未必反映 OECD 及其成员国政府的官方观点。

本文件及其中的任何地图均不影响任何领土的状态或主权、国际边界和界限的划定以及任何领土、城市或地区的名称。

欢迎读者对本系列文件发表评论，有关评论可发送至 investment@oecd.org 或者 OECD 投资处，地址为：2, rue André Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16, France。

OECD 关于国际投资的工作文件
出版于 www.oecd.org/investment/working-papers.htm

摘要

投资者-东道国争端解决机制： 一份投资政策领域的范围规划文件

作者

David Gaukrodger 与 Kathryn Gordon

各国政府正面临着外国投资者提出的越来越多的仲裁诉求，这些仲裁要求涉及重大公共政策以及大额损害赔偿金，而许多政府也不约而同地日益关注这些仲裁案件是如何通过投资者-东道国争端解决机制（investor-state dispute settlement, ISDS）处理的。在本范围规划文件的基础上，OECD 召开了多次投资圆桌会议以便开展与 ISDS 有关的政府间对话。

本文件第一部分将 ISDS 与其他国际和国内处理争端机制[包括世界贸易组织（WTO）及欧洲人权法院]进行了比较，并分析了 ISDS 可能会对国内的政策制定过程产生何种影响。

本文件第二部分讨论了 ISDS 既有的和新出现的八大问题：（i）投资者的司法救助；（ii）ISDS 案件的成本；（iii）外国投资者根据投资条约可以获得的补救，以及这些补救对于国内外投资者之间的公平竞争环境可能产生什么影响；（iv）ISDS 裁决的执行和落实；（v）ISDS 的第三方融资；（vi）ISDS 仲裁员的特点、挑选和监管；（vii）投资者对仲裁法院和条约的选择；以及（viii）ISDS 裁决一致性的问题。本文件第三部分介绍了通过对 1,660 份双边投资条约中关于 ISDS 的规定进行统计调查后得出的主要发现。

关于本文件的公众评论（包括本文件所列之关于投资政策的 46 个问题）于 2012 年 5 月-6 月间收集而得，可在 OECD 网站上查阅。

《经济文献杂志》（JEL）分类号：D61, D63, D82, F02, F21, F23, F53, F55, F63, G23, G28, K23, K33, K41, L84, P45, P48

关键词：投资者-东道国争端解决机制；争端化解；争端解决；国际仲裁；国际经济法；比较法；WTO 争端解决；欧洲人权法院（ECHR）争端解决；投资法及其发展；投资法的国内影响；国际仲裁；外国投资；国际投资；国际投资法；司法救助；仲裁费用；诉讼融资；第三方融资；第三方供资；补救；金钱补救；非金钱补救；公平竞争环境；竞争中立；补救比较；司法审查；仲裁裁决的执行；仲裁员；投资仲裁员；仲裁员的挑选和监管；仲裁法院的选择，条约的选择；仲裁决定的一致性；国际投资协定；投资条约；双边投资条约。

目录

引言	9
第一部分. ISDS 与其他国际性争端解决机制和国内投资者-东道国争端解决机制的比较	11
I. A. ISDS 与其他国际争端解决机制	11
I. B. 不设强制性国际争端解决机制的国际法体系	13
I. C. ISDS 对国内争端化解以及政策制定过程的影响	14
I. D. 需要讨论的问题	17
第二部分. ISDS 中的关键问题	19
II. A. 投资者通过 ISDS 获得司法救助——投资者原告是谁?	19
II. B. ISDS 的成本	21
1. ISDS 高成本的原因解释以及改革举措	22
2. 投资仲裁员对法律和仲裁成本的分配	23
3. 高成本带来的政策问题	25
II. C. 违反投资条约的补救	26
1. 补救的类型和术语	26
2. 投资者在先进的国内行政法体系中可获得的补救	27
3. 扩大非金钱临时补救在 ISDS 中的使用	29
4. OECD 秘书处对双边投资条约中 ISDS 条款的统计调查——补救	30
5. 需要讨论的问题	31
II. D. ISDS 仲裁补救的执行和落实	31
1. 各国遵从投资者-东道国仲裁裁决及支付相关款项的历史经验	31
2. 不支付裁决款项以及投资者和其他方面的反应	32
3. 针对国家之金钱裁决的执行与落实	34
4. 对投资者执行金钱裁决	37
5. 非金钱补救的执行	37
6. 需要讨论的问题	37
II. E. 第三方融资	38
1. 概述	38
2. ISDS 中第三方融资对于希望获得的补救、和解激励因素以及国内外投资者的相对地位产生的影响	40
3. 避免仲裁员的利益冲突	41
4. 供资方行为不当的风险	41
5. 规定在供资方资助和/或指导的诉求不成功时让其承担成本责任	42
6. 其他问题	42
7. 需要讨论的问题	43
II. F. ISDS 中的仲裁员	44
1. 投资仲裁员的特征	44
2. 关于当事方指定仲裁员的争论	46
3. 对仲裁员的激励	48
4. 仲裁员选择过程中的不平等信息或“信息不对称”问题	49
5. 对仲裁员的监管	49

6.	需要讨论的问题	51
II. G.	法院和条约的选择	52
1.	法院的选择	52
2.	条约的选择	55
3.	需要讨论的问题	57
II. H.	ISDS 裁决的一致性	58
1.	一致性可以提高可靠性、可预测性和合法性，并且可以降低争端解决的成本和频率	58
2.	在一致性的好处与其他考虑事项之间进行权衡	59
3.	ISDS 中一致性问题来源的大致分类	60
4.	对一致性进行评估是一项重要但富有挑战性的任务	61
5.	需要讨论的问题	62
第三部分.	投资条约的做法和 ISDS	63
III. A.	OECD 对双边投资条约的统计调查结果	63
III. B.	调查的主要发现	63
III. C.	需要讨论的问题	65
附件 1	66
国际执行和争端化解机构（包含背景信息）	66
附件 2.	68
部分国际争端化解体系概述	68
附件 3.	78
对投资者/原告特征进行调查的方法	78
附件 4.	79
先进国内行政法体系中的补救	79
1.	非金钱补救与金钱补救之间的差别	79
2.	损害赔偿金补救可能难以获得	80
附件 5.	88
在 ICSID 和 UNCITRAL 案件中对仲裁员的选择和监管	88
1.	共同仲裁员的选择	88
2.	首席仲裁员的选择	89
3.	投资仲裁员需要具备的能力	91
4.	ISDS 仲裁员队伍的特征以及最近在改善性别和地区平衡方面的一些努力	92
5.	对投资仲裁员的监管	92
附件 6.	98
非金钱裁决的执行	98
1.	最终补救	98
2.	临时补救	99
专栏		
专栏 1.	仲裁前争端解决：OECD 的调查结果	16

专栏 2. 降低 ISDS 成本和精简程序的制度改革.....	22
专栏 3. 条约中对于仲裁法院/规则选择的规定.....	54

引言¹

随着出现在被诉国名单中的国家越来越多（最近新增的被诉国包括澳大利亚、中国和德国），用于解决投资条约权利诉求的投资者-东道国争端解决机制（以下简称为 ISDS）也越来越被关注。一些 ISDS 案例引发了重大的公共政策问题，比如有些索赔就涉及到澳大利亚和德国为了促进公众健康而制定的香烟市场营销法规。此外，有些案件中的索赔额高达数亿甚至数十亿美元，足以严重影响被诉国的财政状况。²

越来越多新参与者的出现也给 ISDS 带来了一些新变化。在几年之前，人们还不会考虑通过国际仲裁来解决投资争端；随着一些具有开创精神的律师率先将这种方式推荐给潜在客户，仲裁行业逐渐兴起。发电企业大瀑布公司（Vattenfall）于 2009 年对德国提出了金额为 14 亿欧元的索赔，控辩双方都聘请了德国的律师（在德国，仲裁律师的数量一直在增长）。³一项相关的最新进展是出现了针对索赔提供的第三方融资（TPF），其出现与投资争端仲裁的特点相关，即投资争端仲裁不仅费用很高，而且裁决涉及的损害赔偿金也可能很高。随着这些新情况的出现，政府行为将来可能会在 ISDS 体系中受到更为严格的审查。

不同国家在 ISDS 方面的经历各不相同，它们对 ISDS 的态度也大相径庭，这就为这方面的国际对话提供了丰富的内容。中国目前在其签订的投资条约中对于如何使用国际仲裁做出了全面的规定（早期条约中则限制对国际仲裁的使用）。ISDS 案件中各被诉国的经历可以为其他国家提供重要的启示和经验。澳大利亚最近决定在其未来签订的协定中不再试图包含关于国际仲裁的规定。迄今为止尚未在其签订的投资条约中约定将国际仲裁作为投资争端解决方式的国家（比如巴西），可以通过解释它们对此做出保留的原因并介绍它们使用替代性争端化解方式的经验，从而促进这方面的国际对话。在《里斯本条约》之后，欧盟的各个机构和成员国围绕着欧盟未来的投资政策以及 ISDS 的使用进行了广泛的讨论。

在上述各项以及其他方面进展的基础上，2010 年 10 月第 13 次“投资自由（FOI）圆桌会议”的参与国约定在 2011 年 12 月召开的第 15 次“投资自由圆桌会议”上讨论 ISDS⁴。第 15 次“FOI 圆桌会议”的参与国决定在第 16 次“FOI 圆桌会议”上继续关于 ISDS 的对话。为了给此次对话提

¹ 经济合作与发展组织（OECD）秘书处的高级法律顾问 David Gaukrodger 和高级经济师 Kathryn Gordon 撰写了本文。OECD 秘书处的法律顾问 Alexis Nohen 和 Nicolás Perrone 协助上述二人开展了研究工作。参加 OECD 投资自由圆桌会议的各国政府就本文件展开了讨论。但是，本文未必代表 OECD 或者圆桌会议参与国政府的观点，并且也不得被解释为对于与国际投资协定有关且正在进行或将来可能进行之谈判和争端做出的预判。而且，本文也不影响任何领土的状态或主权、国际边界和界限的划定以及任何领土、城市或地区的名称。

² 从在 GDP 中所占的相对百分比来看，CME 从捷克共和国获得的 2.7 亿美元赔偿相当于从美国获得 710 亿美元赔偿。参见 Ian Brownlie 在捷克 CME B.V. 诉捷克共和国案中的独立意见第 80 节（如果现在重新进行计算的话，那么从在 GDP 中所占的相对百分比来看，从捷克共和国获得的赔偿相当于从美国获得 1,310 亿美元赔偿）；捷克 CME B.V. 诉捷克共和国案，《最终裁决》第 649 节（CME 提出之索赔金额的大约 55% 得到了裁决的支持）。

³ 参见大瀑布公司、大瀑布欧洲股份公司、大瀑布欧洲电力股份公司诉德国联邦共和国案（Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. The Federal Republic of Germany），解决投资争端国际中心（ICSID），《仲裁请求》（2009 年 9 月 20 日）；同上，《裁决》（2011 年 3 月 11 日）。

⁴ 可在 FOI 项目网站上查阅这些讨论的摘要。www.oecd.org/daf/investment/foi

供支持，我们对本范围规划文件进行了修改和增补。秘书处为本范围规划文件提供了一份随附的背景文件，其标题为“国际投资协定中的争端解决规定：一次大型的抽样调查”。本范围规划文件还受益于 OECD 之前主办的关于国际投资法的对话⁵。

这些讨论将帮助 FOI 项目的参与者：

- 就 ISDS 相关问题在政府控制下开展广泛的战略性对话；
- 制定使用 ISDS 的系统性方法，以便 FOI 项目参与者审议 ISDS 体系不同组分之间的互动；以及
- 在法律分析以及其他学科启示的基础上，制定一种跨学科研究方法。

本范围规划文件分为三部分：

- 第一部分将 ISDS 体系与其他国际性和国内争端解决机制进行了对比；旨在支持 FOI 就各国在通过国际仲裁来确立和维护 ISDS 体系方面的广泛目标所进行的讨论，并且阐述国际仲裁如何与其他争端解决机制共存。
- 第二部分审视了 ISDS 的八大关键问题：（II.A）投资者的司法救助——哪些投资者参加 ISDS?；（II.B）ISDS 的成本；（II.C）违反投资条约的补救；（II.D）ISDS 裁决的执行和落实；（II.E）ISDS 的第三方融资；（III.F）ISDS 仲裁员的挑选、监管和特点；（III.G）仲裁法院和条约的选择；以及（III.H）ISDS 裁决的一致性。之所以选择这些问题，原因在于它们对于 ISDS 案件当事方的极端重要性、它们对于整个 ISDS 体系的重要性以及它们在关于 ISDS 的当前争论和各方代表关注重点中的突出性。
- 第三部分介绍了“国际投资协定中的争端解决规定：一次大型的抽样调查”这一文件中展示的结果。这次对 1,660 份双边条约的统计调查由秘书处提供，作为 FOI 项目关于 ISDS 讨论的背景资料。

⁵ 如欲了解 OECD 之前主办的关于国际投资法（包括投资者-东道国争端解决机制）的讨论情况，请参阅 www.oecd.org/daf/investment/agreements。

第一部分. ISDS 与其他国际性争端解决机制和国内投资者-东道国争端解决机制的比较

在 ISDS 体系于 20 世纪中叶出现之前，投资者-东道国争端无法通过投资者与东道国之间直接对话或者国内法院诉讼处理；这类争端要么不了了之，要么由投资者的母国通过外交途径对投资者的诉求予以声援，有时候还会威胁甚至实际使用武力。⁶从这个角度来看，ISDS 可以被视为一种有进步意义的机制创新，因为它有助于减少国际紧张局势的发生以及武力的使用。⁷

从国际法这个更宽泛的角度来看，ISDS 是特定政策和法律背景下出现的众多创新之一，这些创新使得国际法领域出现了各种各样的国际司法机构、准司法程序、实施控制机制以及其他争端解决机构。附件 1 中的图表对推动遵守国际法、帮助解决国际争端以及救助因国际法诸方面被违反而遭受伤害之受害人的 125 个国际机构、程序和机制进行了概述。该图表阐释了这些机构的巨大多样性；它们涉及的领域包括人权、遵守多边环境协定以及海洋法。它们的组织形式也多种多样，既有常设性国际司法机构，也有准司法性质的裁判庭和仲裁机构，还有为了控制特定条约的实施而建立的政府间机构。该图表还揭示了这些机构正在发生的演化，其中有些机制已不再活跃，而一些新的机构和程序被创设或提议建立。

因此，ISDS 也随着整个国际法领域的制度演变而发生着变化。本文件这一章节还对比了 ISDS 与其他主要的争端化解机制的决策架构。这一章节尤其涵盖了以下三方面的内容：

- 首先，投资者-东道国仲裁与国际法其他领域（包括贸易和欧洲人权法）之国际争端化解机制的比较。
- 其次，哪些国际法领域有限地甚至是没有适用国际争端化解机制，而是更侧重于改进条约当事方的国内政策、监管体系和争端化解。
- 再次，ISDS 与国内监管、执行和争端化解机构相互作用的各种方式，以及可能会影响到这些相互作用的 ISDS 设计元素。

I. A. ISDS 与其他国际争端解决机制

为了强化本国在国际投资协定中所做承诺的可信度，多个国家都将 ISDS 作为一项基本要素纳入到这些协定之中。事实上，对国际仲裁作出规定的双边投资条约允许对承诺的私人执行（根据对有关条约进行的大规模抽样调查结果，此等条约占到总数的大约 93%）。如果某个国家被发现违反

⁶ 参见 O. Thomas Johnson 与 Jonathan Gimblett, 《从炮舰到双边投资条约 (BITs): 现代国际投资法的演变》, 《国际投资法律与政策年鉴》(2011 年 12 月); Andrew Paul Newcombe 与 Luis Paradell, 《投资条约法律与实践: 待遇标准》。见“投资条约法的历史发展”(2009), 第 9 页; Barnali Choudhury, 《重获公众力量: 涉及到公共利益的投资仲裁是否有助于弥补民主赤字?》, 《范德比尔特跨国法律期刊》(2008), 第 780 页, 可通过社会科学科研计算机网 (SSRN) 查阅: <http://ssrn.com/abstract=1070701>。

⁷ 参见 Won-Mog Choi, “投资者-东道国争端解决机制范例的现在和未来”, 《经济法期刊》10 (3), 第 725-747 页。

了其条约义务，那么受到伤害的投资者可以得到货币赔偿，或可能获得其他形式的补偿。⁸原则上而言，投资者能够获得的这些补救可以有力地促使各国履行其在投资条约中的承诺。因此，ISDS 既是一种推动各国遵守条约的执行机制，也是一种对于因投资条约规定被违反而受到伤害之受害者进行赔偿的手段。

通过数千份国际投资协定（IIAs）和其他国际文件确立的 ISDS 机制有三大特点，使它与附件 1 中描述的大多数其他机制有所区别：

- 首先，ISDS 的法律基础复杂多样，而许多其他的争端解决机制则以定义明确的条约框架为基石。ISDS 的法律基础散见于大约 3000 份投资条约、其他国际公约（值得一提的有《ICSID 公约》和《纽约公约》）以及仲裁规则中的争端化解规定。正如之前提到的，OECD 对 ISDS 规定所做的调查发现：绝大多数双边投资条约都对 ISDS 做出了规定，而几乎所有最近签订的条约都包含此等规定。该调查还表明这些规定在内容和细节方面存在着很大的差异。
- 其次，ISDS 使得私人当事方可以（在满足不同投资条约规定的前提条件下）对国家提出诉求，并且可能获得巨大的货币赔偿。附件 1 所列的其他机制极少（即便有的话）可以让私人当事方迫使国家参与到涉及如此大额货币赔偿的争端化解程序之中。
- 再次，ISDS 的体系设置在很大程度上借鉴了商事仲裁的长处（比如特别针对性、当事方指定仲裁员、强调裁决的及时性和终局性）。

尽管 ISDS 与其他国际法领域创设的裁决体系相比而言独具一格，甚至可以说是独一无二，但是却不应该夸大这种独特性。附件 1 中所列各国际争端解决机构涵盖范围广、彼此迥然不同，大多数都具有自己的“独具一格”之处。事实上，国际争端化解领域并不存在一个或少数几个占统治地位并且可以体现公认“良好实践”标准的制度模式；相反的，这个领域里出现了各种不同的制度设计，反映出相关主题事项的特殊性以及各种政治考虑因素和历史背景。

如果更仔细地去考察由（i）国际投资法、（ii）世界贸易组织（WTO）以及（iii）《欧洲人权公约》所创设的三大备受瞩目、使用频繁的争端化解机制，那么就更能深入地理解各种国际争端化解体系架构的迥然不同之处。这些机制处理的主题事项互有重叠，因此更有必要进行一番比较。举例来说，WTO 的《争端解决谅解》（DSU）涉及到与投资法有关的问题，比如与贸易相关的投资措施。同样地，欧洲人权法院（ECHR）涉及到保护财产权以及接受公平审判的权利，并且禁止基于民族血统等因素的歧视。

附件 2 对上述国际法三大体系所创设的争端化解机制进行了广泛的比较。它凸显了三大争端化解体系安排的多样性。其中的一些区别包括：

- **参加争端解决。**在 ISDS 中，投资者可以直接参加有关程序。在 ECHR，私人当事方也可以起诉。而在 WTO 中，只有 WTO 成员国/地区才可以起诉。
- **补救。**在 ISDS 中，投资者通常寻求的是货币（金钱）赔偿，但是有越来越多的原告提出采取临时措施的要求，使得被告必须做或不做特定的事情。在 WTO 中，DSU 没有规定任何的损害赔偿金。原告可获得的唯一的也是最终的补救就是被告国撤销与 WTO 规则不一致的措施。不过，DSU 还允许在撤销之前提供临时性补救，包括受害国当事方采取的报复性措施。对 ECHR 而言，最主要的救济通常是做出某种宣告，但是也可裁定“公正赔偿”。在涉及财

⁸ 如欲了解有关 ISDS 补救的讨论内容，请参见下文的 II.C. 章节。

产（尤其是涉及征用）的案件中，法院可下令予以复原，如果无法复原则给予同等的货币性损害赔偿金。

- **上诉/裁决废除/审查和程序时长。** ISDS 裁决的审查取决于争端最初的法院，并且可能牵涉到 ICSID 的裁决废除程序或者国内法院的审查，审查几乎总是基于相当有限的缘由且不包括对法律错误的审查。审查期间长短不一，但是如果涉及到裁决废除程序，那么通常会耗时两年以上。与之形成对比的是，WTO 诉讼的当事方有权就法律问题提出上诉，大约有 70% 的专家组报告都被提出了上诉；如果提出上诉，那么上诉决定会通报成员国/地区，上诉程序通常会在 90 天内结束。在 ECHR，上诉案件会经历第二次完整的审理程序，整个诉讼期间也相应被拉长了，但是上诉情况通常仅限于极为重要的案件。
- **选择裁决人。** 根据可适用的投资条约和仲裁规则，ISDS 采用不同的制度，但通常都使用特设仲裁组。仲裁组的成员常常全部或部分由当事方指定，但指定仲裁员的机构也经常参与其中。在 ICSID 处理的案件中，裁决的审查工作通常由 ICSID 指定的特设裁决废除委员会完成；在非由 ICSID 处理的案件中，裁决的审查工作由国内法院完成。与之形成对比的是，ECHR 有一支由 47 人组成的常设法官队伍，每名法官的任期为 9 年，到期不可续任。WTO 专家组和 ISDS 仲裁庭的成员通常都是法律专业人士，他们同时还开展其他的职业活动。WTO 上诉机构的成员只被允许参与有限的外部活动，而 ECHR 的法官则专职处理 ECHR 的案件。在考虑裁决人独立性和公正性时，这一制度设计上的元素是重要的考量。
- **裁决人的报酬。** 在 ISDS 中，仲裁员的费用由争端当事方支付。WTO 专家组和上诉机构成员的报酬直接由 WTO 的预算支付而不能由当事方支付，WTO 的预算则由成员国/地区出资。类似地，ECHR 法官的报酬由欧洲委员会的预算支付。因此，ISDS 中仲裁员报酬支付做法所产生的激励效果与 WTO 的 DSU 以及 ECHR 有很大的不同。
- **裁决人的监管和道德规范。** ISDS 在这方面没有规定通用的专门性规则或规范，但是《ICSID 公约》以及各种仲裁规则对裁决人的独立性和公正性提出了要求，并且规定了对仲裁组成员提出回避（这种做法日渐常见）的标准。主要针对商事仲裁员的行为守则[比如《国际律师协会（IBA）指引》]也可能具有一定的相关性，并且也经常在 ISDS 案件中得到使用。WTO 和 ECHR 都制定了专门的道德规范：WTO 有适用于所有案件的 1996 年《WTO 关于争端解决规则与程序的谅解》，而 ECHR 2008 年《关于司法伦理的决议》则为裁决人确立了有关标准。

尽管从现有争端化解机制中获得的经验可能对其他机制的设计有借鉴作用，但是直接照搬个别要素却可能无法产生最理想的效果：任何一个体系中的设计要素都是相互作用的，理想的情况是形成一个内部统一的整体。举例来说，审查、上诉和仲裁员选择方面的安排可以反映出当事方对于判决错误的容忍度，而这种容忍度反过来也取决于案件所涉及的主题事项以及可获得的补救。

在国际争端化解领域缺乏一种普遍适用模式的现状下，对某个特定制度设计的适宜度进行评估归根结底是对公共政策进行评估。我们有必要对包括 ISDS 在内的国际审判制度进行评价，分析其是否满足了创设该制度之团体的需要（对 ISDS 而言则包括是否满足了投资者的需要）。正如对公共政策进行的所有分析一样，这种分析应考察效率和效果、公平性和可问责性。

I. B. 不设强制性国际争端解决机制的国际法体系

1. 与刚才谈到的那些国际法领域（投资、贸易和人权）不同，国际法的许多其他领域仅涉及有限的甚至根本不使用国际争端化解机制。不过，国际法的某些领域以更柔和的国际性遵守机制为补充，比如国际合作、同行压力以及主要涉及宣告式补救（declaratory remedies）的非强制性争

端化解机制。国际环境法、劳动法和反腐败领域创设了各种各样的机制来促使各国履行自己的承诺：

- **多边环境协定 (MEAs)**。环保领域建立了许多合作和审查流程，以促使有关当事方履行其在 MEAs 中做出的承诺。联合国环境规划署在对这些流程进行审查⁹时发现其中牵涉到一些更为柔和的方法：报告有关国家履行其 MEA 义务的情况、针对履行情况进行同行审评以及处理不履行情况的程序（包括协助被认为受到资源限制而无法履行其国际义务的国家）。许多 MEAs 创设了众多国与国之间的争端化解程序（自愿仲裁和强制和解的特别程序），但是这些程序极少甚至从未得到使用。¹⁰
- **对跨境环境事故的受害者进行赔偿**。国际合作的另外一个领域涉及提高国内法律系统为跨境环境事故受害者提供补偿的能力。在不同的国际场合中通过了多项的公约和其他文书，但这项工作仍未完成。对这些努力进行的一项分析认为：“受到跨境污染伤害的个人鲜有可行的渠道获得补偿，因为他们……在提起跨国侵权诉讼时会遇到很多程序上的障碍。”¹¹
- **《国际商务交易活动反对行贿外国公职人员公约》（《OECD 反行贿公约》）**。《OECD 反行贿公约》（通过 OECD 反行贿工作组，WGB）依靠同行评审和同行压力推动各当事方履行其反行贿承诺。这些同行机制侧重于以公约中包含的义务为基准来调整国内立法、执法和其他流程。媒体和民间团体都密切关注 WGB 公布的调查结果。
- **国际劳工组织**。国际劳工组织（ILO）的监督系统包括一系列连续的程序，以推动有关劳动之承诺的履行：¹²ILO 的“常规程序”就是由成员国定期报告它们在实施自己已批准之公约方面所采取的措施。这些报告会被审阅，有关问题也会被提出来引起人们注意。补充性的特设程序可帮助成员国处理不遵守公约的问题，这些程序涵盖的范围包括“柔和的”、以政治导向的陈述程序，以及准司法性质的投诉程序。

由此可见，这些国际法体系的执行机制主要侧重于提高国内法院以及监管体系的能力，以便让各国信守自己做出的国际承诺。以往的经验表明这个过程相当漫长且进展缓慢，但是却能取得实实在在的效果¹³。通过对这些执行方式的反思，不禁让人思考如下问题：为何国际投资法领域采用了不同的方法，主要侧重于在国际层面解决投资者-东道国争端？

I. C. ISDS 对国内争端化解以及政策制定过程的影响

在争辩 ISDS 的优势时，支持者经常会强调它能给面对效果不佳或者带有偏见的国内争端化解和政策制定过程的投资者带来哪些好处。除了给投资者个人带来的好处以外，支持者还认为 ISDS

⁹ 参见联合国环境规划署“遵守机制的比较分析”（2005）。

http://www.acpmeas.info/publications/Compliance_mechanisms_under_selected_MEAs.pdf.

¹⁰ 《国际环境法项下的遵守和争端化解程序：概览》。为 2010 年 10 月投资自由圆桌会议准备的文件，第 3 页，www.oecd.org/daf/investment/foi。

¹¹ 参见 Noah Sachs，《责任藩篱之外：强化国际环境法领域的侵权补救》，《加州大学洛杉矶分校法律评论》第 55 期，第 837、839 页（2008）。

¹² 此处文字摘自 Cesare Romano，《ILO 的监督 and 合规控制体系：多边环境协定的综述和教训》，国际应用系统分析研究所《执行报告 96-1》（1996 年 5 月）。

¹³ 参见 Daniel Kaufmann、Aart Kraay 与 Massimo Mastruzzi，《治理事项八：总量与单项治理指标 1996-2008》，世界银行政策发展研究组《政策研究工作文件 4978》（2009 年 6 月），第 19 页。这表明国家对于其治理制度（包括法治）的认识可以在十年时间里发生巨大变化。

可以为东道国社会带来间接的集体利益，因为它可以让东道国在自己国内的治理标准尚有缺陷的情况下仍然可以吸引到投资。不过，ISDS 的使用却可能有损对国内争端化解和政策制定机制进行改革的政治动力。本节将探讨 ISDS 的存在可能给东道国的制度带来哪些更广泛的影响。

尽管在涉及国际投资项目的诉讼中只有很少一部分投资者会求助于 ISDS，但是由于仲裁是投资者可以选择的一个选项，那么它就可能对整个的投资者-东道国对话和争端化解实践产生影响。投资仲裁这一选项的存在会改变争端各方使用替代性程序的方式，因为仲裁的预期结果将成为一个基准，这个基准将被用来衡量其他争端解决程序的结果。投资者如果想与东道国政府解决某个争端，就必须在确定其他争端解决程序的战略和战术时考虑到国际仲裁可能产生的结果。这样一来，对 ISDS 进行适当设计的重要性就凸显出来了，因为它可能影响到所有其他的争端化解流程。

ISDS 让外国投资者可以选择绕过效果不佳或者带有偏见的国内争端化解和政策制定过程。在存在严重制度缺陷的国家，国内争端化解机制在实践中可能经常会包含诉诸暴力、不正当的政治游说和腐败。因此，使用 ISDS 至少可以让国际投资者有可能绕过这些解决途径，使用更为有序的争端化解形式。值得一提的是，可能深受同样问题困扰的其他当事方（比如国内投资者、普通公民）通常却无法求助于类似的国际程序¹⁴——这就引发了这样一个问题，即对国际投资者的保护标准与对国内投资者的保护标准之间的关系。

如果可以选择使用 ISDS 作为一种超越国家的争端化解方法，那么东道国和国际投资者（国际投资者通常是东道国内的重要政治行为体）努力改进国内争端化解和监管制度的政治意愿都可能会降低。¹⁵在东道国不具备有效国内政府和司法程序的情况下，ISDS 可以让其更容易吸引到国际投资。同样地，如果可以使用 ISDS，国际投资者可能就不那么迫切地要求改进国内的投资者-东道国争端化解系统。简而言之，ISDS 所产生的政治经济效果可能会减弱推动国内争端化解程序改革的动力。

另外一种观点认为 ISDS 会起到相反的效果，即 ISDS 通过在违反“公平和公正待遇”等条约义务时向投资者提供货币赔偿，能够形成改进国内制度的强大推动力。比如，有几个仲裁案件都涉及到针对“司法不公”提出的指控；考虑到如果出现司法不公则可能必须支付赔偿，东道国可能会有更多的动力让其国内司法实践达到国际标准。在其他裁判庭的裁决中，曾指出国内监管存在偏见，这也使得大家更为关注如何设计一些预防性措施以控制与政策制定过程有关的法律风险。¹⁶如果各国对这种货币性刺激做出回应¹⁷，那么原则上而言它们就会在承诺之后接着采取具体的措施来改进国内制度。

¹⁴ 在国际法领域有一个悠久的传统，即某些国家向外国人提供的保护标准要高于其本国公民事实上可享受到的标准。

¹⁵ 如欲了解相关分析意见，请参见 R. J. Daniels, “背叛发展：双边投资条约以及对发展中国家法治的破坏”，（草稿）（2004），引自 Susan D. Franck, “外国直接投资、投资条约仲裁与法治”。第 366 页脚注 143, 《全球商业与发展法律期刊》第 19 卷, 2007 年。T. Ginsburg “国内制度的国际替代品：双边投资条约与治理”，《国际法律与经济学评论》25(1): 107-123 (2005)；A. Newcombe, “可持续发展与投资条约法”，《世界投资与贸易期刊》第 8 卷, 2007 年；J. P. Sasse, 《双边投资条约的经济分析》第 6 章。

¹⁶ 参见联合国贸易和发展会议 (UNCTAD) 《投资者-东道国争端：预防和仲裁的替代方式》(2010) 的第四节。

¹⁷ 国家可能出于某些原因而不会对此等刺激做出回应。首先，负责监管或司法改革的人可能感觉不到这种货币性刺激；其次，可能存在一些抵消力量，比如政治或经济精英掌管下的监管；再次，政府可能根本没有对货币性刺激做出回应的人力或财政资源。

ISDS 承诺机制是否会导致国内司法和监管制度的改进是一个复杂的、需要以经验证明的问题，其答案超出了本文件所讨论的范围。关于外部行为体和激励因素（包括 ISDS 所产生的外部行为体和激励因素）在改进国内法律制度以及调节国内法律体系与经济社会发展之间关系方面的作用，人们一直在进行着活跃的辩论。¹⁸一份评论就涉及这个话题的法律文献做出了以下总结：“尽管看起来大家从经验出发日益坚定地达成了共识，认为[法律]制度是经济发展的重要决定因素……但是大家对于以下问题却鲜能达成共识：哪些法律制度是重要的？……对于任何一个发展中国家或者对于那些缺少最佳法律制度的发展中国家（无论以何种方式进行定义）而言，什么样的法律制度才是最佳的？可行和有效的改革过程应采取何种形式？‘圈内人’和‘圈外人’在这一过程中应分别扮演什么角色？”由此可见，大家都强烈支持法律体系对于发展而言很重要这一观点，但是却并不了解外部力量在改进法律体系方面可以发挥什么作用（或是否发挥任何作用）。

这个问题的一个方面涉及到投资条约——和仲裁庭——在仲裁之前如何看待和处理冲突化解程序，包括规定冷却期、尝试友好解决以及首先提交国内程序处理的义务。OECD 在这方面对双边投资条约中有关 ISDS 的规定进行统计调查的结果请参见专栏 1。另外一项重要的进展是仲裁庭近来（尽管仍然很不频繁地）对初步禁制令的使用，试图在国际仲裁裁决尚未作出之前对东道国的司法程序施加影响。

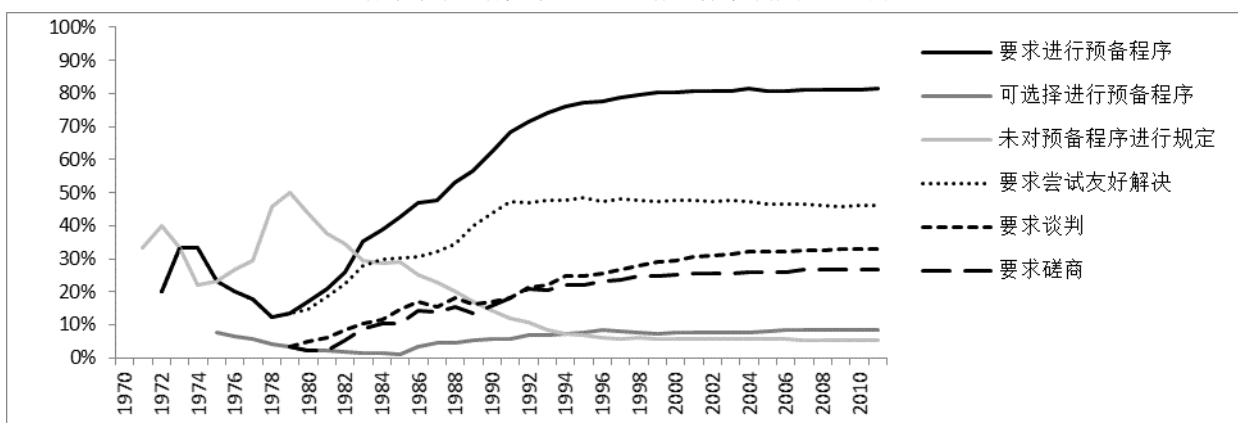
专栏 1. 仲裁前争端解决：OECD 的调查结果

大量包含 ISDS 规定的投资条约——以及几乎所有近期签订的条约——都包含有关仲裁前争端解决的规定，其中包括关于友好解决的规定、关于冷却期的规定并且偶尔还有关于将争端首先提交国内法院审理的规定。

友好解决：几乎所有（89%）包含 ISDS 规定的双边条约都要求或建议在仲裁之前做出友好地解决争端的努力；其中 81% 有此种要求，另外有 10% 提出了此种建议。这一发现表明，友好的争端解决是 ISDS 规定中最常见的一般性主题；不过，如果更细致地去看，会发现不同条约的用语还是有着很大差别的。

在所有条约样本中，对于仲裁前程序有着 30 多种不同的描述，另有一些描述在样本中仅出现了一次。不同条约中关于特定预备程序之条款出现的频率差别很大，并且随着时间的推移也发生着变化（参见专栏图）。大部分条约要求争端当事方尝试“友好地”解决争端，但是这类条约所占的比例却呈略微下降的趋势。许多条约规定友好解决争端的尝试必须通过“谈判”或“磋商”的方式进行，且这类条约所占的比例在上升。

专栏图. 具体规定了非对抗性争端解决程序的条约
(各年年末时各类条约在当时存在样本中所占的比例)



冷却期：关于预备程序的规定经常都伴随着强制性的冷却期。在大多数情况下，冷却期被定为 6 个月，但是也有

18 参见：Kevin E. Davis 和 Michael J. Trebilcock，《法律与发展的关系：乐观主义者和怀疑主义者》，《美国比较法学期刊》第 56 卷，2008 年第 4 期，第 60 页。

相当数量的条约规定了 3 个月的冷却期。

首先提交国内程序处理：8%的条约样本要求投资者-东道国争端在提交给国际仲裁庭之前应首先提交国内司法程序审理。按照样本中出现的频率顺序，提交国际仲裁庭的条件包括：国内法院未能做出任何裁决或者未能在规定的时段（经常为 18 个月）内就是非曲直做出裁决；无论是否已对是非曲直做出裁决或尽管已就是非曲直做出裁决，但争端仍未得到解决；国内法院做出的裁决“明显不公”或者“违反了[国际投资]协定的规定”。

I. D. 需要讨论的问题

- 1) 尽管 ISDS 看起来是一种不寻常的甚至是独一无二的国际争端解决体系，但是各种国际争端化解体系之间都是相当不同的——似乎没有一种占统治地位的国际裁判模式。
 - a) 您是否赞同这一特征描述？
 - b) 您是否赞同 ISDS 应像所有其他的国际争端化解体系一样按照适用于有效公共政策和法律制度的原则进行评价？
- 2) 投资、贸易和人权领域的国际争端解决机制有着迥然不同的制度设计。
 - a) 涉及到类似或重叠问题的争端化解机制相互之间存在着如此巨大的差异，其基本原理何在？举例来说，为什么私人当事方不能直接参加 WTO 程序却能参加 ISDS？为什么人权法要求被侵犯财产权的原告应首先穷尽当地补救，而许多投资条约却没有此等要求？
 - b) 由于一套争端化解机制当中的不同要素是相互作用的，因此将一套机制的设计要素照搬到另外一套机制当中并不会自动产生相同的效果，您对此是否认同？
- 3) 国际法许多领域的侧重点是提升国内制度的效能。
 - a) 为什么国际投资法领域没有采用这种做法？
 - b) 这种选择的优势和劣势分别是什么？
 - c) 改进国内制度的努力是否应成为国际投资对话中一项更为重要的内容？
- 4) 尽管 ISDS 只在很小一部分国际投资争端中明确地得到了使用，但是它却能够影响到其他正式和非正式的投资者-东道国争端解决实践，对此您是否赞同？
 - a) 您对于 ISDS 与国内司法和监管体系的互动持何种观点？总的来说，ISDS 对于上述国内制度起到了改善作用还是破坏作用？
 - b) 投资协定的谈判者和仲裁员是否应留意 ISDS 对于国内司法和监管体系的影响？
- 5) OECD 对双边投资协定中投资者-东道国仲裁规定进行的调查表明关于仲裁前争端解决的规定（比如尝试友好解决争端）是条约样本中最常见的一般性主题。
 - a) 您对于这些规定的使用有什么样的看法和经验？

b) 它们是 ISDS 制度的重要组成部分吗？

第二部分. ISDS 中的关键问题

在考虑 ISDS 案件时，投资者和东道国会评估许多与 ISDS 有关并且可能涉及其他争端化解体系的问题：

- 案件的成本有多大？将如何支付？——这涉及到成本、成本分配和融资的问题并最终涉及到投资者的司法救助问题；
- 如果投资者胜诉了会怎么样？——这涉及到补救和执行的问题；
- 案件的裁决人是谁？裁决规则是什么？——这涉及到选择和监管仲裁员的问题以及法院和条约的选择问题；
- 胜诉的机会会有多少？——这涉及到一致性和可预测性的问题。

这些问题的答案不仅对于当事方而言很重要，而且对于与 ISDS 有关的公共政策争论而言也极为重要。第二部分谈到的正是这些问题。下面几小节将依次讨论（II.A）投资者的司法救助——哪些投资者可参加 ISDS？（II.B）ISDS 的成本；（II.C）违反投资条约的补救；（II.D）ISDS 裁决的执行和落实；（II.E）ISDS 的第三方融资；（III.F）ISDS 仲裁员的挑选、监管和特征；（III.G）法院和条约的选择；以及（III.H）ISDS 裁决的一致性。

II. A. 投资者通过 ISDS 获得司法救助——投资者原告是谁？

为了弄清楚 ISDS 的原告是谁，OECD 对 50 个 ICSID 案件和 45 个联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）案件原告的特征进行了调查（图 1；调查方法详见附件 3）。该调查揭示了通过 ISDS 获得司法救助的一些情况。

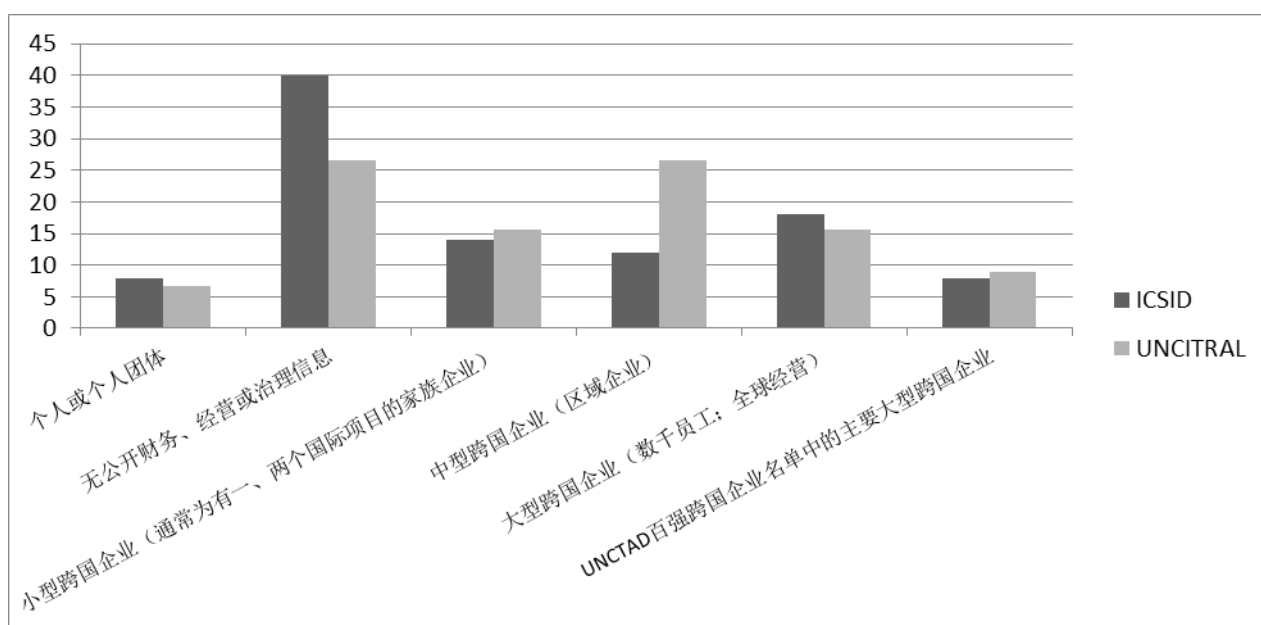
调查显示，投资者原告既包括只有很有限国际经验的个人（比如一家退休人员协会），也包括有着数万名员工并在全球开展业务的大型跨国企业。更具体地说，该调查表明：

- **小投资者可以是 ISDS 中的原告。**（参见图 1 的第一组和第三组柱形）。有观点认为较小的投资者无法使用投资仲裁，但调查结果却不支持这种观点；调查显示 ICSID 案件和 UNCITRAL 案件中 22% 的原告要么是个人、要么是只开展了有限国外业务（一个或两个国外项目）的很小型的公司。
- **样本中三分之一的案件是由符合下述描述的投资人提起的：关于这些投资者的公开信息极少甚至没有。**（参见图 1 的第二组柱形）。关于这些投资者的信息来自于仲裁案件本身（裁决和分析）——而关于这些投资者的公开信息极少甚至没有。这些投资者似乎可分为两类：1）没有发布公开报告的义务并且没有建设内容详尽的网站的小投资者；2）围绕着仲裁标的涉及的特定资产或活动而建立的控股公司。在 50 个 ICSID 案件中，20 个案件的原告是这类投资者；而在 45 个 UNCITRAL 案件中，12 个案件的原告是这类投资者。
- **两个案件涉及在国外注册成立公司的国内投资者，它们这样做看似是为了获得投资条约的保护资格。**两个案件（都是控股公司）的裁决清楚地显示，投资者（一个案件中是

Azpetrol 集团，另一个案件中是 Libananco）的住所都位于被告国（分别是阿塞拜疆和土耳其），但是都在国外注册成立以获得投资条约的保护资格。

- **在所有样本中，大中型跨国企业占原告数量的一半左右。**这些原告的规模不一，从几百名员工到数万名员工不等。在 ICSID 案件和 UNCITRAL 案件样本中，出现在 UNCTAD 百强企业名单中的超大型跨国企业占到了原告总数的 8%。
- **国籍——ISDS 原告是否有来自新兴/发展中/转型经济体的投资者？**投资者原告的国籍并不总是可以很容易地确定。其原因在于，一些案件中国际投资者的国籍本身就模糊不清，而在另外一些案件中关于投资者的信息只有只言片语。尽管如此，该调查还是对投资者的国籍进行了判别，以便对来自发展中国家的投资者原告比例做出保守的估计¹⁹。结果表明在 95 个仲裁案件中，至少有 14 个案件的原告是来自于被世界银行归类为低收入、中低收入和中高收入经济体的投资者。²⁰

图 1. 50 个 ICSID 案件和 45 个 UNCITRAL 案件中投资者（原告）的类型
（ICSID 和 UNCITRAL 案件中投资者原告的特征；占案件总数的百分比）



因此，从对投资者原告的调查结果来看，各种不同类型的投资者都有利用 ISDS 制度。如果存在投资者无法通过 ISDS 获得司法救助的问题（参见下文关于不同国家获得司法救助的内容），那么这种问题是无法通过对投资者原告的调查反映出来的。如果想对这个问题进行更充分的探讨，那么就需要调查那些没有通过 ISDS 机制解决自己诉求的投资者，并了解一下它们的诉求是如何得到解决的。

¹⁹ 就本研究而言，发展中国家被定义为属于世界银行按发展程度区分的 4 类国家中前三类的国家。这种分类法根据“世界银行地图集 (World Bank Atlas)”方法计算的 2010 年人均国民总收入 (GNI) 将经济体分为四类：低收入，1,005 美元或更低；中低收入，1,006 - 3,975 美元；中高收入，3,976 - 12,275 美元；高收入，12,276 美元或更高。如欲了解更多信息，请参见：<http://data.worldbank.org/about/country-classifications>。

²⁰ 这些国家包括：中华人民共和国 (2)、俄罗斯联邦 (5)、阿塞拜疆 (1)、土耳其 (2)、印度尼西亚 (1)、秘鲁 (1)、南非 (1) 和马来西亚 (1)。

II. B. ISDS 的成本

最近对主要企业的内部法律顾问进行的一次调查表明，高成本是国际仲裁两大劣势之一。²¹本节对 ISDS 的成本进行了考察，并发现：

(i) 成本高，但目前正在采取一些改革措施来降低成本；并且

(ii) 关于各当事方成本分配的规则灵活性非常大，这对于原告和被告而言都是一个不确定因素。²²

为了准备第 15 次投资自由 (FOI) 圆桌会议，OECD 调查了关于 ISDS 成本的公开信息。调查结果表明，近期 ISDS 案件中当事方的法律和仲裁成本平均超过了 800 万美元，有些案件的成本甚至超过了 3,000 万美元。²³在最近的阿巴克拉特 (Abaclat) 案裁决书 (该裁决书只解决了管辖权问题，并未就是非曲直做出裁决) 中，法院称原告已经为该案花了 2,700 万美元，而被告阿根廷已经花了 1,200 万美元。²⁴

在成本中最大的一部分是当事方各自支付给其法律顾问和专家的费用和开支，据估计，此类费用和开支平均占到案件总成本的大约 82%。仲裁员费用平均占到总成本的 16%。支付给主持仲裁并提供秘书服务的机构——比如 ICSID、常设仲裁法院 (PCA) 或者斯德哥尔摩商会 (SCC) 仲裁院——的费用则相对较低，通常只占到总成本的大约 2%。²⁵

关于仲裁员费用的规则取决于 ICSID²⁶、UNCITRAL²⁷、PCA²⁸和 SCC 的可适用规则和实践。²⁹当投资条约允许投资者进行法院选择时，投资者可选择的法院可能会成为投资者指定之仲裁员需要考虑的问题，因为不同的法院适用的规则不同，而且支付的费用也不尽相同。³⁰

²¹ 参见 Lucy Reed, 《关于公司对国际仲裁批评的更多思考》, Kluwer 仲裁博客 (Kluwer Arbitration Blog) (2010 年 7 月 16 日) [其中提到, 公司律师国际仲裁集团 (CCIAG) 调查发现: 参与调查的公司律师 100%认为国际仲裁“耗时太长”(56%的被调查者强烈同意) 并且“成本太高”(69%的被调查者强烈同意)]。被调查的公司基本对国际仲裁总体满意。参见《国际仲裁: 国际仲裁: 公司的态度和实践》, 2008, 普华永道和伦敦大学。

²² 为探讨第三方融资与补救、争端解决之间相互作用而可能产生的问题, 以下 II. E 节将会论及第三方融资。

²³ OECD 秘书处对 www.italaw.com 网站 [该网站收集并发布 ISDS 裁决 (其之前的网址为 <http://ita.law.uvic.ca>)] 上可以查到的 143 份 ISDS 仲裁裁决进行了调查, 结果发现其中只有 28 份提到了仲裁费以及当事方的法律开支。有 81 份提供了一些有关成本的信息, 而 62 份未提供该等信息。调查对象为截至 2011 年 8 月网站所列的 143 份裁决 (涉及管辖权、是非曲直及其他问题)。还可参见 UNCTAD 的《投资者-东道国争端: 预防和仲裁的替代方式》(2010) 第 16-18 页 (其中提到 ISDS 成本在近年来扶摇直上, 并引用了一些高成本案件为例)。

²⁴ 参见阿巴克拉特诉阿根廷共和国案 (Abaclat v. Republic of Argentina), 《关于管辖权和证据可接受性的裁定》, ICSID (2011 年 8 月 4 日);

²⁵ 参见《控制仲裁时间和成本的技巧》, 《国际商会 (ICC) 仲裁委员会的报告》(2007), “引言” (对仲裁成本源的调查表明 82%的成本是律师的费用和开支、16%的成本是仲裁员的费用、2%是仲裁机构的费用); Matthias Scherer, 《对仲裁机构的审视》, Kluwer 仲裁博客 (2011 年 10 月 5 日) (其中提到最近对 21 家仲裁机构进行的调查表明仲裁费用的分摊情况与 ICC 的调查结果非常相近)。

²⁶ ICSID 目前规定仲裁员的日收费为 3,000 美元另加其他开支, 该规则在过去两年里都无一例外地得到了应用。仲裁员费用是 ICSID 在 2005-2006 年的改革焦点; 据报道, 有仲裁员向当事方索要的费用要高于约

1. ISDS 高成本的原因解释以及改革举措

对于 ISDS 高成本的原因有许多解释。³¹有些人将高成本归咎于可使用的仲裁员很有限，而造成这种情况的部分原因在于所有案件的当事方都倾向于使用同样的一小群裁员，致使这些仲裁员不堪重负；还有解释认为仲裁员对案件管理不力，致使当事方在为案件支付了高昂成本后才在就案件是非曲直进行审理的前不久集中精力关注案件要点。³²

另外的一些解释将高成本归因于以下几个方面：法律顾问的性质和作用以及他们的诉讼方法，即越来越多的大律所参与进来，而它们动辄使用庞大的律师团队将用于公司诉讼的昂贵诉讼手段照搬过来；高达每小时 1000 美元的仲裁律师收费；在仲裁员选择上花费的大量时间，其中包括对每名可能的仲裁员进行详尽的研究；涉及到程序、管辖权和证据开示程序的问题层出不穷；以及当事方越来越多地聘用收费很高的专家来处理各种问题。其他的解释则侧重于：i) 案件和可适用法律的性质，比如有一些未解决的法律问题需要在每个案件中都重新进行细致的研究；ii) 索要的损害赔偿金额很高，这也推高了裁判庭成本；以及 iii) 不确定的成本转移规则。

最近出现的一些改革措施试图对仲裁成本加以控制。专栏 2 对其中几项改革措施进行了概述。

专栏 2. 降低 ISDS 成本和精简程序的制度改革

定的费用，而在有些案件中，当事方很难拒绝仲裁员收取更高费用的要求。参见 G. Born 等人，《投资条约仲裁：ICSID 修订投资者-东道国仲裁规则》，（WilmerHale 网站 2006）。修订后的 ICSID 规则试图明确说明只有在特殊情况下才能要求增加费用，而且此等要求必须通过秘书长提出。²⁶

²⁷ 《UNCITRAL 仲裁规则》中没有与 ICSID 类似的制度限制。2010 年《UNCITRAL 规则》[第 41(3)条]规定当事方有机会要求指定仲裁员的机构对仲裁员费用和开支的合理性进行审查。

本文件提及的《UNCITRAL 规则》一般指该规则的 2010 年版本。不过，几乎所有已做出裁决的案件都以 1976 年版本的《UNCITRAL 规则》为准。本文件引用的案例都指出了适用的仲裁规则，但是没有明确指出其出自哪个版本的《UNCITRAL 规则》。

²⁸ PCA 主持的 ISDS 案件经常会采用《UNCITRAL 规则》，这些案件的仲裁员费用通常按照与当事方的约定来确定。对于费用，PCA 没有与 ICSID 类似的制度限制。

²⁹ 投资者根据《能源宪章条约》及某些其他投资条约可选择在仲裁中适用《SCC 规则》，对于索赔金额在 1 亿欧元以下的案件，该规则提供了一份仲裁员费用表，仲裁员费用根据争端所涉金额而异。参见 Marie Öhrstrom，“SCC 主持的瑞典投资仲裁”，2011 年 3 月（在法兰克福国际投资仲裁模拟法庭上的发言）。

³⁰ 被告国在仲裁法院确定后才能指定仲裁员，因此对被告国而言不存在选择仲裁法院的问题。

³¹ 关于最近有关成本问题的讨论，参见 S. Franck，《投资仲裁成本的合理化》，《华盛顿大学法律评论》第 88 期，第 769 页（2011）[以下简称 Franck《成本合理化》]；David Smith，《流沙：国际投资仲裁成本和费用的分配》，《弗吉尼亚州国际法期刊》第 51 期第 749 页（2011）；Lucy Reed，《关于公司对国际仲裁批评的更多思考》，Kluwer 仲裁博客（2010 年 7 月 16 日）；Nicolas Ulmer，《成本难题》，《国际仲裁》（2010），第 26 卷第 2 期第 221-51 页；Pierre Lalive，《Dérives arbitrales (II)》，《ASA 公告》2006 年 1 月。还可参见 UNCTAD 的《投资者-东道国争端：预防和仲裁的替代方式》（2010）第 16-18 页（其中提到 ISDS 成本在近年来扶摇直上，并引用了一些高成本案件为例）。

³² 仲裁裁决通常不得因法律或事实错误被推翻，但是如果某个当事方未获得公平的审理机会，则可推翻仲裁裁决。因此，这可能使得当事方律师有动机提出范围广泛的全部论点，使得对方在败诉的情况下无法因程序上的问题而对裁决提出反对。

最近的一些改革措施试图降低 ISDS 成本并简化程序。举例来说，ICSID 已采取了一系列措施来强化其对案件的管理，包括扩大人员编制（现在有 16 名全职律师）和提高人员的专业分工、引进新的电子系统以及通过最佳实践项目改进服务。³³处理案件的关键内部程序所花的时间得到了减少（仲裁请求在 27 天或更短的时间内登记备案；在当事方提出要求后 6 个星期内组建仲裁庭）。³⁴所有可能被指定的仲裁员都必须在被指定之前确认自己是否有时间审理案件。为了按照规则的要求在 60 日内安排第一次会议并对案件进行大体时间安排，ICSID 创建了一份日历来显示三名仲裁员在今后两年内尚未安排工作的时间段。对于 12 个月以上尚未结案的案件，ICSID 还会与该案的仲裁员取得联系并跟进。尽管案件的审理速度并非绝对的目标，ICSID 所做的上述和其他努力已在过去三年使其处理案件的平均时间大大减少。自 2009 年至今，案件从登记到结案的平均时长已从 42 个月减少到 31 个月。

其他的改革措施旨在通过将缺乏法律依据的案件迅速结案的方式来降低成本。《ICSID 仲裁规则》第 41 条于 2006 年 4 月进行了修订，允许当事方在案件一开始就对“显然不存在法律依据”的诉求提出反对，并要求仲裁庭迅速做出裁决。³⁵这就要求仲裁员从一开始就全神贯注于案件。不过，有些评论者认为旨在精简程序的一些规则可能会产生相反的效果，因为他们带来了一些新的问题需要解决，从而可能给案件的解决增添了额外的环节。

经过修订的 2010 年《UNCITRAL 规则》规定当事方可考虑要求仲裁员出具一份一般性声明（不必须），声明其可以保证仲裁所需的时间。《UNCITRAL 规则》第 30 页。

部分出于 ISDS 仲裁存在一些问题（包括高成本）的原因，人们对于在如何预防争端出现以及 ISDS 中的替代性争端化解方式（alternative dispute resolution, ADR）越来越感兴趣；UNCTAD 最近特别针对这些问题进行了研究。³⁶预防争端出现的方法包括在政府的不同部门推进良好治理并建立早期预警系统。ADR 包括调解（通常是非正式的）与和解（通常根据已存在的规则进行，比如 ICSID、UNCITRAL 或 ICC 规则）；如果调解或和解不成功，都可以随后进行仲裁。ADR 比仲裁更灵活、更快速也更便宜，并且可让当事方避免接受可能创造自己不希望之先例的仲裁裁决。另一方面，ADR 也需要花费时间和金钱，而且也并不总能成功。此外，ADR 并不透明，因此关于 ADR 在 ISDS 中的使用鲜有公开数据。由于当事方对于 ADR 结果的遵守基于自愿，因此这些结果很难落实。

2. 投资仲裁员对法律和仲裁成本的分配

成本分配指仲裁员裁定由一方向另一方支付货币以弥补后者的法律和/或仲裁成本；成本分配将成为可执行之裁决书的一部分。

³³ Meg Kinnear 在英国国际法与比较法研究所于伦敦举办的“为什么选择 ICSID——投资条约论坛”会议上的发言（2011 年 11 月 3 日）。

³⁴ 正如在有关仲裁员的章节（II.F）中提到的那样，在寻求仲裁员制定机关的协助之前，当事方之间经常会就仲裁庭的组成协商很长的时间。

³⁵ 《ICSID 规则》41(5)。已知曾经有四次尝试适用这一条款的情况，前两次没有成功，但后两次都成功了。参见全球贸易资源公司与 Globex 国际诉乌克兰案（Global Trading Resources Corp. and Globex International v. Ukraine），ICSID（2010 年 12 月 1 日）（结论认为不存在投资）；RSM 生产公司诉格林纳达案（RSM Production Corp. v. Grenada），ICSID（2010 年 12 月 10 日）（结论认为 ICSID 仲裁庭之前曾针对相同的当事方做出裁定，因此不得以条约为基础再提出诉求）。以上是两次试图适用规则 41(5) 处理案件的不成功尝试。另参见环球石油股份有限公司诉约旦哈希姆王国案（Trans-Global Petroleum, Inc v Hashemite Kingdom of Jordan），ICSID（2008 年 5 月 12 日）；布兰德斯投资有限合伙公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案（Brandes Investment Partners, LP v Bolivarian Republic of Venezuela），ICSID（2009 年 2 月 2 日）。还可参见 Aissatou Diop，《根据〈ICSID 仲裁规则〉41(5) 提出的反对意见》，《ICSID 评论——外国投资法期刊》第 25 卷第 2 期。

³⁶ 参见 UNCTAD 的《投资者-东道国争端：预防和仲裁的替代方式》（2010）；参见《第 16 次圆桌会议总结》（Joachim Karl 在 UNCTAD 召开的“ADR 圆桌会议”上所做的发言）。

仲裁规则和法院不同，可适用的成本分配规则也会不同，不过仲裁员通常在这方面有很大的自由裁量权。举例来说，《ICSID 公约》[61(2)条]要求最终的裁决书论及法律和仲裁成本的问题；早期的部分裁决也可论及成本问题。不过，公约对于如何分配成本却没有提供指引。与之形成对照的是，2010 年的新版《UNCITRAL 规则》概括性地规定所有的仲裁成本（包括合理的法律费用）“原则上应由败诉方承担”，不过仲裁员有权做出其他裁定。³⁷目前 ICSID 与 2010 年《UNCITRAL 规则》在成本转移方面差别巨大的规定（后者原则上规定法律和仲裁成本均由败诉方承担而前者没有任何倾向性规定）可能会使投资者选择仲裁法院的权力变得更为重要。

ISDS 案件中关于成本转移的裁定非常难以预料，这一点已成为了广泛共识。³⁸我们只能总结出为数不多的几条一般性结论。

- 总的来说，国际公法中通常适用的“各方承担自己的费用”规则，即不发生成本转移（由各当事方支付自己的法律成本和专家成本并由双方平均分摊仲裁员费用和机构费用），要比其他方式更为常用。³⁹
- 最近一些案件中的趋势是至少转移部分成本。在 2010 年全年和 2011 年上半年发生的已知案件中，有一半以上都至少转移了部分成本。
- 在支持成本转移的裁定中，有些转移了全部成本（裁判庭成本和法律成本），而另外一些仅转移了部分成本且转移的份额各不相同。
- 在近期的案件中，发生转移的成本金额出现了上升。在 52 个 2007 年前发生的案件样本中，有 11 个案件被裁定转移法律成本，平均金额为 655,407 美元，其中最大一笔法律成本金额也不到 300 万美元。⁴⁰而在最近的案件中，法律和/或裁判庭成本的转移金额要高得多，捷克斯洛伐克贸易银行（CSOB）一案中裁定转移的法律成本超过了 1,000 万美元。⁴¹

³⁷ 《UNCITRAL 规则》42(1)和 40(2)。更早一些的 1976 年《UNCITRAL 规则》规定败诉方原则上应支付仲裁费用和开支，不过明确授予仲裁员做出其他裁定的自由裁量权；法律费用则主要由仲裁庭决定。

³⁸ 参见 Christoph Schreuer 等人，《ICSID 公约：注释》第 1229 条（2009）（以下简称“Schreuer《ICSID 注释》”）（“ICSID 仲裁庭在分配成本方面的做法既不是清楚也不统一”）。同样的结论也适用于 UNCITRAL 或 SCC 主持的 ISDS 案件。参见 Smith 第 775、780 页（“从这些让人晕头转向的裁决来看，似乎没有什么真正统一的原则……”）。

正如上文所讨论的那样，这种不确定性同样存在于在案件一开始就依据《ICSID 规则》41(5)以“显然不存在法律依据”为由驳回诉求的做法中。可比较 RSM 生产公司（RSM Production Corp.）案（裁决要求败诉方补偿胜诉方的成本，由此看来显然不存在法律依据的诉求应当提供成本补偿）与环球贸易案（Global Trading）[尽管本案中驳回了显然不存在法律依据的诉求，但因为规则 41(5)刚出台并且提出的论据合理，因此裁定不进行成本补偿]。

³⁹ 在截至 2006 年 6 月可公开获悉的案件中，该规则在 63%关于成本的裁决中得到了适用（52 个案件中有 33 个适用了该规则）。参见 Franck，《成本合理化》第 810 页。在 2008-2009 年度发生的可公开获悉的 31 个案件中，该规则在 58%的裁决中得到了适用。参见 Smith 2011 第 753 页。

⁴⁰ Franck，《成本合理化》第 812 页。

⁴¹ 捷克斯洛伐克贸易银行（CSOB）诉斯洛伐克共和国案（Ceskoslovenska Obchodni Banka, a. s. [CSOB] v. The Slovak Republic），ICSID（2004 年 12 月 29 日）。其他裁定转移成本的案件包括普拉玛财团有限公司诉保加利亚共和国案（Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria），将近 750 万美元，ICSID（2008 年 8 月 27 日）；西亚格诉埃及案（Siag v. Egypt），600 万美元，ICSID（2009 年 6 月 1 日）；PSEG 全球公司诉阿拉伯埃及共和国案（PSEG Global v. Arab Republic of Egypt），450 万美

- 关于成本的裁定对投资者更有利还是对东道国更有利？相关证据显示双方在这个问题上不相伯仲。⁴²

2007 年之前 ISDS 关于成本的裁决很少提供理由或权威性法律依据。⁴³评论者指出：成本裁决缺少理由可能引发合法性和有效性方面的问题。⁴⁴较新的一些裁决中则更多地包含了对成本分配裁定的理由说明。在说明理由时，提到了各种各样的因素。除了案件是非曲直方面的因素以外，仲裁庭还会考虑到任何当事方的不当行为（比如恶意诉求或提起诉讼次数过多）。

3. 高成本带来的政策问题

投资仲裁的高成本带来了若干政策问题。对于几乎没有什么国际诉讼经验并且国内法律部门规模较小的发展中国家而言，大投资者可以使用的资源使这些投资者具有压倒性优势。高成本也可能使得中小投资者无法获得司法救助[尽管 II. A 章节所述 OECD 对投资者（原告）的调查结果表明事实似乎并非如此]。同样地，金额较小的诉求（不到几百万美元）也无法通过这种高成本的机制有效解决。最后一点，在 ISDS 案件中成为被告的国家还需要对自己的国民负责，考虑它们在案件中花出去的钱是否算是善用公款。

人们已经注意到，ISDS 产生或可能产生的高成本可能会使东道国畏首畏尾，投资者可以拿高成本的 ISDS 作为要挟，迫使顽固的东道国坐到谈判桌前解决争端。这种高成本对投资者也可能产生类似的效果。看起来有许多投资者都因为拒绝或无力支付成本而不得不放弃 ISDS。⁴⁵高成本通常对财力更雄厚的当事方（包括第三方供资）有利，无论其是原告方还是被告方。

对东道国而言，由于可能会在以后再次成为被告，它们也面临着如何组织和筹措其在 ISDS 中法律开支的问题。参与过众多案件的大国（比如美国和加拿大）现在都已建立了规模较大的国内

元，ICSID（2007 年 1 月 19 日）；以及欧洲水泥投资与贸易股份公司诉土耳其案（Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Turkey），超过 400 万美元，ICSID（2009 年 8 月 13 日）。

⁴² 可比较 Franck《成本合理化》第 777 页（结论为在 2007 年之前的裁决中投资者和东道国得到了相对平等的对待）与 Smith 第 750 页（对 2008-2009 年度的 31 项裁决进行了研究并发现“胜诉的原告比胜诉的被告有大得多的可能性获得某种程度上的法律费用或仲裁成本的赔偿”）。

⁴³ 参见 Franck，《成本合理化》第 820 页（75%关于成本的裁决未提供权威性法律依据）。

⁴⁴ Susan Franck 引用了一个例子：Eureko 保险公司诉波兰共和国案（Eureko B.V. v. Republic of Poland）的特设仲裁的《部分裁决书和反对意见》第 261 节（2005 年 8 月 19 日），仲裁庭在裁决书中用两句话裁定被告赔偿原告的全部法律和仲裁成本，但是没有说明理由。相关条约禁止使用这种处理成本的方法。仲裁庭后来签发了一份补充性裁决书，撤销了之前关于成本的裁决。参见 Franck 第 830 页注释 307。正如 Franck 所言，明显的法律错误罕有发生（因为投资条约极少规定成本规则），但是对成本问题的简易处理却很常见。

⁴⁵ 参见扇形太平洋增长基金有限合伙公司与加纳克控股有限公司诉哥斯达黎加共和国案（Quadrant Pacific Growth Fund L.P. and Canasco Holdings Inc. v. Republic of Costa Rica），ICSID (AF)（2010 年 10 月 27 日）（指出投资者因无力为自己的诉求提供资金而中止诉求，且费用被裁定由投资者承担；并指出“不仅让人产生疑问：原告是否周到地考虑过该仲裁的成本？原告是否在提出诉求之前获得了关于成本问题的足够建议？”）。

在其他一些案件中，投资者因案件引发费用和成本问题而与自己的律师发生争议。参见 Luke Eric Peterson，《投资者与其律师在 ICSID 仲裁结束后因胜诉费的安排而导致交恶》，《投资者仲裁报道》（2010 年 5 月 7 日）（报道称投资者因未向律师支付胜诉费而引发争端，该笔费用占到了 1.33 亿美元获赔金额的 80%）。

法律专门部门，从而可以降低成本并帮助辩护律师更多地了解政府的情况。⁴⁶不过，建立这样的国内系统需要有比较稳定的案件数量，这样系统的固定成本才会物有所值；由于语言障碍以及国内缺乏具有所需专业知识和处理国际仲裁所需关系网络的律师，许多发展中国家可能难以组建这样的国内系统。如何在不同层次的政府之间分配如此巨大的 ISDS 成本也是个问题，在采用联邦制或类似政治体制的国家尤其如此。

限制成本的努力也可能会带来政策问题。许多仲裁员和其他人士认为需要在诉讼的速度和成本以及结果准确性之间做出权衡。⁴⁷

4. 需要讨论的问题

6) *OECD 的调查表明 ISDS 案件每件的成本平均为 800 万美元，并且可能超过 3,000 万美元。*

a) *相对于需要解决问题的性质以及其他解决程序的成本而言，您认为这样的总成本是否并不合理？*

b) *如果认为成本高，会引发关切吗？*

7) *对于发展中国家而言，800 万美元的案件成本可能会是一个很大的司法障碍。发展中国家可能因为“律师团不够强大”而并非因为案件的是非曲直而败诉，您认为是否存在这种风险？*

8) *由于 ISDS 中关于成本分配的规则不确定，因此当事方经常对于案件动辄数百万美元成本的最终分配无法预料。在 ISDS 的成本分配方面，您有什么经验和看法？*

II. C. 违反投资条约的补救

如果东道国政府违反条约义务，那么投资者就要寻求补救而东道国政府则不得不提供补救，因此补救对于案件的当事方而言至关重要。补救的性质对于 ISDS 系统的运行以及 ISDS 与国内法律体系的相互作用可能是极为重要的。

1. 补救的类型和术语

对于针对政府不当决定而进行的补救，不同的法律体系进行了不同的命名和分类。因此，与补救相关的法律词汇相当纷繁复杂。以下两类补救之间有鲜明的差别：（i）非金钱补救，也称为“主要”补救或“司法审查”补救；（ii）金钱补救（主要是损害赔偿金及利息），也称为“次要”补救。⁴⁸

⁴⁶ 参见科聚亚公司诉加拿大案（Chemtura v Canada），《加拿大关于成本问题的意见》，UNCITRAL（2010年2月15日）第112节（政府律师的费用“远低于现行的[私人]市场价格”）。

⁴⁷ 参见 William W. Park，《仲裁员与准确性》，《国际争端解决期刊》第1卷第1期，第25页（2010）。

⁴⁸ 普通法体系经常将这些非金钱补救称为司法审查补救。德国法律中更经常使用“主要补救”的说法；如下文所述，德国通常强制性要求在试图获得损害赔偿金（次要补救）之前先寻求主要补救。此等补救也称为“公法补救”。

a. *非金钱补救（司法审查补救或主要补救）*

非金钱补救（司法审查补救或主要补救）包括（i）废除某项政府措施或决定；（ii）禁制令（要求某个当事方做或不做某事）；以及（iii）当事方权利和义务的宣告，或者宣告某个具体的行政决定为非法但不说明任何后果。

国际法通常不允许某个国际裁判庭直接废除一国政府的措施。不过，如果国内法做出规定的話，那么就可以获得近似的效果，许多《ECHR 公约》签署国对于 ECHR 裁定存在违反公约情况的案件就是这样做的。⁴⁹不同国际裁判庭签发禁制令的权力也各不相同。正如下文讨论的那样，ISDS 仲裁员正越来越多地签发初步禁制令（也就是说，他们试图在仲裁进行期间要求被告国采取或停止某个具体的行动）。最后一点，有几份 IIA 明确允许仲裁庭宣布作为案件当事方的某个国家违反了其在条约项下的义务，而有些条约则明确禁止宣告违反了国内法。⁵⁰

b. *金钱补救*

金钱补救在投资仲裁中占有主导地位。金钱补救包括货币赔偿、利息及成本。许多投资条约提到了复原或实物复原。相关条款通常规定被告国可选择支付赔偿金以替代复原。

c. *最终补救与临时补救*

我们还需要区分诉讼过程中获得的补救（临时补救）与结案时获得的补救。大多数（即便不是所有的）ISDS 案件中的非金钱补救都是临时补救而非最终补救。最终补救基本上都完全是金钱补救。正如下文讨论的那样，如果最终补救是非金钱补救的话，那么这种补救的执行会给特设仲裁制度带来额外的问题。

2. *投资者在先进的国内行政法体系中可获得的补救*

先进的国内行政法体系⁵¹有着许多与 ISDS 相近的功能（控制国家权力、维护法治以及因国家行为为不当而向被监管的实体和个人提供补救）。⁵²这两个体系都覆盖了许多与投资者有关的事实情况（比如错误地或武断地拒绝授予许可证、未能遵守正当程序、征用以及监管或税收政策的变更等）。考虑 ISDS 与国内法之间在穷尽当地补救、并行诉讼程序以及“分叉路口”（fork in the

⁴⁹ 参见 Philip Leach, 《将案件提交给欧洲人权法院》3.49 节（第 3 版, 2011）。在 2000 年的《欧洲委员会部长委员会建议》发布之后，许多国家将这些规定纳入其国内法之中。

⁵⁰ OECD 对条约用语进行的调查发现有些条约（尤其是澳大利亚和墨西哥签署的条约）允许裁判庭对于违反条约义务的情况发表声明。有几个条约（都是由哥伦比亚签署的）则明确禁止裁判庭就措施是否符合国内法发表声明。

⁵¹ 这里所说的行政法广义上包括因经济损失而对国家提出的损害赔偿金诉求（此等诉求可能具有私法或宪法索赔的特征）以及司法审查。

⁵² 参见 Rudolf Dolzer, 《国际投资条约对国内行政法的影响》，《纽约大学国际法与政策期刊》第 37 期第 953、970 页（2005）（“针对外国投资的国际行政法系统正在日益发展，而关于投资裁判庭的法理学理论整体而言包含该体系的许多内容”）；国际雷鸟游戏公司诉墨西哥案（International Thunderbird Gaming Corp v. Mexico），UNCITRAL, 《托马斯瓦尔德的另行发表的意见》第 129 节（“投资仲裁本质上是采用商事仲裁方法对政府行为进行国际准司法审查的特殊形式。”）

road) 规定等方面的可能相互作用时,有必要对国内法补救有所了解。ISDS 仲裁庭和学者们越来越多地认识到了国内行政法与 ISDS 的相关性。⁵³

ISDS 与先进国内体系之间的关系正日益引起政治界和经济界的关注,例如:(i) 澳大利亚生产力委员会在最近的一份报告中建议,如果关于 ISDS 的规定与澳大利亚的法律制度相比可以为外国投资者提供更多额外的实体性或程序性权利,那么应避免在澳大利亚签订的贸易协定中包含此等规定;该委员会认为如果存在这种特殊待遇的话,就会扭曲投资的流动⁵⁴;以及(ii) 2008 年美国总统大选中候选人的立场。

秘书处进行的初步评审表明,国内体系与 ISDS 之间存在着主要差别。先进的国内体系非常强调所谓的“主要”、“司法审查”补救等非金钱补救(废除非违法行为、禁止或要求采取指定的政府行动等);这些补救(并且只有这些补救)常常在专门的程序中获得。投资者似乎极少可获得损害赔偿金补救(征用除外,复原或损害赔偿金是其仅有的补救)。只有极少的案件涉及针对政府提出的大额损害赔偿金诉求,这种诉求得偿的案件就更少了。在被调查的国家中,虽然相关的法律学说、规则和方法各有不同,但是在补救方面所产生的结果都是统一的,那就是倾向于提供主要补救而使投资者很难获得损害赔偿金。如欲了解对英国、美国、德国、法国和日本等国法律的比较概述,请参见附件 4。正如上文提到的那样,与这些国内体系形成对照的是,ISDS 几乎排他性地适用货币性损害赔偿金,并且金额可能非常巨大。这两种体系在方法上存在巨大差别的原因值得深入研究。

ISDS 仲裁庭经常援引一般国际法中的国家责任规则裁定损害赔偿金,尤其以联合国国际法委员会(ILC)的《国家责任条款草案》作为依据。不过,正如 Irmgard Marboe 所言,关于国家责任的规则是在国与国关系领域制定的,即这些规则是在国际法的平等原则基础上针对主权国家间关系制定的。⁵⁵而国家与外国投资者之间存在着另外一种关系,属于私法领域。ILC《国家责任条款草案》第二部分主要涉及对伤害进行赔偿的义务,并不适用于个人起诉国家的案件。⁵⁶Marboe 建议有一个问题值得考虑,那就是关于国家责任规则的各个方面是否适合用来解决国家在这种特定关系中的过失行为。

⁵³ 参见道达尔公司诉阿根廷共和国案(Total, S.A. v. Republic of Argentina), ICSID, 《关于责任的裁定》第 128-130 节(2010)(就国内司法管辖区对合法预期的保护进行了比较分析); S. Schill 主编的《国际投资法与比较公法》,(牛津大学出版社,2010)。

⁵⁴ 在该报告引发的辩论中,国内投资者和国外投资者的相对地位是一个重要方面。该委员会的报告草案中包括一项建议,即 ISDS “不应向在澳大利亚或伙伴国家的外国投资者提供本国居民无法享受的法律保护”。在对报告草案做出的评论中,外交贸易部(DFAT)认为保护程度大体相当。⁵⁴参见外交贸易部《对澳大利亚生产力委员会双边和地区性贸易协定审查报告的补充意见》,2010 年 9 月,第 54-55 节(“关键问题是[ISDS]是否提供了比[国内法]更好的待遇。我们认为大体看来没有这种情况。”)DFAT 的比较分析侧重于征用,但是没有涉及投资者可以获得的其他主要保护或者在条约被违反时可获得的补救。委员会的最终报告没有直接谈到这个问题,但是称“通过 ISDS 给外国投资者提供额外的实质性和程序性权利会使得国内投资相对于外国投资而言处于不利的地位,从而会扭曲投资的流动”。《双边和地区性贸易协定:生产力委员会研究报告》(2010 年 11 月),第 272 页。

⁵⁵ 参见 Irmgard Marboe,《因经济利益受到行政和立法伤害而引发的国家责任和相对国家义务》,载于前述 S. Schill 的著作,第 377 页。

⁵⁶ 参见《草案》第 33(2)条; James Crawford,《ILC 关于国际性疏忽行为之国家责任的规定:回顾》,《美国国际法期刊(AJIL)》第 96 期第 874、881 页(2002)(“这些条款未涉及由非国家实体提起的责任问题”)。

ISDS 中，非金钱补救（主要补救）的执行引发了若干问题，II.D 章节和附件 6 都简要谈到了这些问题。像 WTO 这样规定了最终主要补救而没有规定损害赔偿金的系统有额外的制度和程序来监督这些补救是否得到了执行。投资仲裁庭在实施最终主要补救或者司法审查类型的补救方面有困难，这使得有些评论者建议应该由东道国的国内法院而非仲裁庭更多地适用主要补救。⁵⁷

投资条约很少规定案件在诉诸 ISDS 之前应先提交给国内裁判庭；只有大约 8% 包含 ISDS 规定的条约提出了此等要求。⁵⁸ 在最近的 ISDS 案件中，对于要求案件提交给国内法院后 18 个月方可诉诸投资者-东道国仲裁的双边投资条约（BIT）条款做出了相当不同的解释。有些仲裁庭认定此等条款不适用，原因或是认为此等条款徒劳无功，或是援引最惠国（MFN）条款。⁵⁹ 与此相反的是，一家美国的上诉法院以及一个 ISDS 仲裁庭最近严格地适用了此等条款，以这个规定了 18 个月期限的条款为基础推翻了裁决或拒绝了管辖权。⁶⁰

3. 扩大非金钱临时补救在 ISDS 中的使用

许多 ISDS 案件都尝试了使用非金钱补救。在 ICSID 主持和非 ICSID 主持的案件中，仲裁员签发初步禁制令的情况越来越多。⁶¹ 迄今为止，涉及到的都是临时补救。正如媒体报道的那样，欧盟委员会最近出了一份讨论文件，提议更多地考虑非货币性补救，比如要求废除或撤销相关措施。⁶²

⁵⁷ 参见 Anne van Aaken, 《国际投资法的主要和次要补救以及民族国家的责任：功能和比较观点》，载于前述 Schill 的著作，第 721-54 页（建议 ISDS 中扩大国内法律体系主要补救的使用，而将损害赔偿金留给国际层面使用）。

⁵⁸ 《ICSID 公约》第 26 条允许国家将穷尽当地补救作为同意进行仲裁的条件之一。不过，较少有国家将求助于国内行政或司法补救的要求纳入其签订的条约之中。

⁵⁹ 参见阿巴克拉特诉阿根廷共和国案（Abaclat v. Republic of Argentina），《关于管辖权和证据可接受性的裁定》，ICSID（2011 年 8 月 4 日）（该裁定允许原告忽视 18 个月要求，仲裁庭尤其认为这一要求徒劳无功）。许多案件允许投资者援引 MFN 条款以规避 18 个月要求，有些仲裁员认为这一要求很荒谬。参见普拉玛财团有限公司诉保加利亚共和国案（Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria），ICSID，《关于管辖权的裁定》（2005 年 2 月 8 日）（允许投资者援引 MFN 条款规避“古怪的”18 个月要求；并认为“废除一个从实用性观点看来很荒谬的规定”是很适当的）；苏伊士水务公司、巴塞罗纳水务公司与威望迪环球公司诉阿根廷共和国案（Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic），ICSID 第 ARB/03/19 号案件；AWG 集团有限公司诉阿根廷共和国案（AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic），UNCITRAL（合并审理），《关于管辖权的裁定》第 67 节（引用了普拉玛案的“荒谬”说，允许适用 MFN 以规避 18 个月要求）。

一些仲裁庭认为在 ISDS 中适用限时的穷尽国内补救要求很荒谬，这种观点与一些严格适用此等要求并将其作为损害赔偿金诉求之先决条件（尤其是通过关于共同疏忽的实体法原则）的先进行政法体系形成了鲜明对比。参见下文附件 4。

⁶⁰ 参见阿根廷诉 BG 集团上市有限公司案（Argentina v. BG Group plc），（美国华盛顿特区巡回上诉法院）（2012 年 1 月 18 日）（推翻了 UNCITRAL 金额为 1.85 亿美元的裁决——该裁决允许投资者在未满足提前 18 个月将争端提交阿根廷国内法院这一要求的情况下开始仲裁；仲裁员无权决定投资者是否可无视这一要求）；ICS 检验与控制服务有限公司诉阿根廷案（ICS Inspection and Control Services Limited v. Argentina），UNCITRAL（2012 年 2 月 10 日）（拒绝了对诉求的管辖权，因为投资者未能满足“强制性的”18 个月国内诉讼要求；裁定 MFN 条款不适用）。

⁶¹ 参见雪佛龙有限公司诉厄瓜多尔共和国案（Chevron, Inc. v. Republic of Ecuador），UNCITRAL，《临时措施令》（2011 年 2 月 9 日）[命令厄瓜多尔“采取所有可采取的措施在厄瓜多尔国内外暂停或让有关方面暂停执行或承认拉格阿格里奥（Lago Agrio）案中不利于雪佛龙的任何判决”；拉格阿格里奥

《ICSID 公约》第 47 条赋予仲裁庭“建议采取任何临时措施……”的权利。Christoph Schreuer 提出从公约的立法历史来看，人们有意识地决定不授予仲裁庭命令采取有约束力之临时措施的权力。⁶³不过，ICSID 仲裁庭多次发现它们建议的临时措施对当事方产生了约束力。

4. OECD 秘书处对双边投资条约中 ISDS 条款的统计调查——补救

通过对 ISDS 条款的调查，OECD 确认：尽管许多条约规定了对征用的补救，但是却很少具体规定对其他违反条约情况的补救。

- 对于征用，许多条约规定应予以赔偿并明确规定了赔偿标准——比如“赔偿金额相当于被征用投资在实际或威胁征用、国有化或类似措施的公布日期前一刻的价值”。⁶⁴

案是一些厄瓜多尔人在厄瓜多尔起诉雪佛龙侵权的案件，案件的一审法院（在本仲裁庭做出时）已做出了金额达 180 亿美元的判决；同上，《关于临时措施的第二份临时裁决书》（2012 年 2 月 12 日）（在上诉法院于厄瓜多尔做出维持不利于雪佛龙的判决后，ISDS 仲裁庭批准了雪佛龙以临时裁决书而非命令形式提供临时救济的要求；裁决书重申了在全世界范围内禁止执行判决的禁制令并命令“[厄瓜多尔]（通过其司法、立法或行政机关）采取所有必要的措施在厄瓜多尔国内外暂停或让有关方面暂停执行或承认拉格阿格里奥案中的判决”）。

美国法院的裁决为雪佛龙案仲裁庭的裁定提供了支持。在雪佛龙案仲裁庭于 2011 年 2 月发出禁止执行的禁制令之前不久，美国的联邦地区法院曾责令禁止拉格阿格里奥侵权案的原告及其法律顾问在世界上的任何地方执行拉格阿格里奥案的判决。不过，第二巡回上诉法院于 2011 年 9 月推翻了在全世界范围内禁止执行判决的禁制令。雪佛龙公司诉 Camacho Naranjo 案 (Chevron Corp. v Camacho Naranjo)，美国第二巡回上诉法院（2012 年 1 月 26 日）。第二巡回上诉法院裁决的主要依据是涉及执行问题的成文法范围，但是法院提到了这些问题的敏感性：“当一国的某个法院试图让其他国家的法院在任何时候都忽略[一项]外国判决的效力时，可能会产生非常严重的[国际]礼让问题。在这种情况下，该法院所承担的风险是它可能被认为既不尊重判决做出国的法律制度，也不尊重其他国家的法律制度；其他国家可能本来就对判决做出国的法律制度颇有微词，这样一来更是雪上加霜了。如果该法院发出这样的禁制令，就是把自己当成了对世界各国法律制度的公平性和完整性做出最终决断的国际仲裁人了。”正如上文所述，仲裁庭实际上在 2012 年 2 月的临时裁决书中重申了其禁止厄瓜多尔在世界范围内执行判决的禁制令。

如欲了解更多涉及到临时措施的 ISDS 案件，参见佩朗科厄瓜多尔有限公司诉厄瓜多尔共和国和厄瓜多尔国家石油公司案 (Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Petroecuador)，ICSID，《关于临时措施的裁定》第 79-80 节（2009 年 5 月 8 日）（命令将税金缴入托管账户，而不是转账给国家；命令厄瓜多尔不要强迫佩朗科支付欠税）；鲍舒克诉蒙古案 (Paushok v. Mongolia)，UNCITRAL，《关于临时措施的命令》第 16 页（2008 年 9 月 2 日）（命令蒙古在案件审理期间不要向俄罗斯矿业公司征收暴利税；据称应缴的税金的一半存入托管账户）；Quiborax 股份有限公司、非金属矿产股份有限公司和 Allan Fosk Kaplun 诉多民族玻利维亚国案 (Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia)，ICSID，《关于临时措施的裁定》，2010 年 2 月 26 日（命令玻利维亚暂停仲裁庭认为与仲裁有直接关系的刑事诉讼，因为仲裁的开始与刑事诉讼的启动有着非常紧密的联系）；ATA 建筑公司诉约旦哈希姆王国案 (ATA Construction v. Hashemite Kingdom of Jordan)，ICSID（2010 年 5 月 18 日）（命令约旦暂停在其国内正在进行的法庭诉讼，该诉讼涉及的双方签订了一份含商事仲裁条款的合同，并且禁止在约旦或其他地方就争端的实质问题进行任何进一步的司法程序）。

⁶² 参见 Luke Eric Peterson，未发布的概述欧盟委员会贸易部最近对外国投资争端解决的思考讨论文件，《投资仲裁报道》（2011 年 6 月 9 日）。据报道，该委员会文件还建议可考虑建设一个平行的国与国争端解决机制，该机制侧重于在出现违反投资法且一般性措施影响到许多投资者的情况时提供非金钱补救。

⁶³ Schreuer，《ICSID 注释》第 764 页。

- 对于除征用以外的违反条约的情况，鲜有规定违约后果。只有 9% 包含 ISDS 条款的条约样本在这些条款中有关于补救的词句。只有 3% 的条约样本明确提到了金钱补救。在包含补救词句的条约中，有关文字在范围和细节方面存在着明显的差别。样本中包含补救词句的最早的一份条约是《美国-喀麦隆 BIT》（1986）。

5. 需要讨论的问题

9) *投资条约是否应该更多地考虑到补救？是否应考虑扩大主要补救在 ISDS 中的使用？*

10) *正文及附件 4 提到英国、美国、德国、法国和日本的国内行政法极少向起诉政府的投资者提供金钱（或货币性）补救（征用除外）。*

a) *FOI 参与者是否希望说明一下他们各自国家的法律是如何处理类似诉求的？对这些诉求提供哪些补救？*

b) *投资者是否曾在国内法院起诉政府并索要大额损害赔偿金？如果答案是肯定的，那么结果怎样？*

c) *一些国内行政法体系限制向起诉政府之原告提供损害赔偿金补救的政策理由与 ISDS 中政府提供适当补救的考虑是否相关？*

d) *ISDS 的原告比国内投资者有更多获得损害赔偿金补救的途径，这是否会使前者获得与后者相比较而言的竞争优势？这是否会引起关切？*

11) *对于 ISDS 仲裁庭扩大禁制令等临时补救的使用，您怎么看？*

II. D. ISDS 仲裁补救的执行和落实

1. 各国遵从投资者-东道国仲裁裁决及支付相关款项的历史经验

直到最近，国家遵从 ISDS 仲裁裁决的情况一直都不错。大多数 ISDS 裁决都是在 ICSID 体系中做出的：一份 2007 年的文章提到 ICSID 关于执行的规定仅在四个案件中得以适用。⁶⁵但是近来，ICSID 裁决和非 ICSID 裁决的遵从都出现了一些问题。

在第 12 次和第 13 次 FOI 圆桌会议上讨论某些 ICSID 裁决款项未支付的情况时，背景材料提到有两件美国投资者起诉阿根廷并胜诉案件的裁决款项仍未支付。⁶⁶另外，在 2010 年 8 月，法国投资者根据《阿根廷/法国 BIT》起诉并胜诉案件的 1.05 亿美元裁决获得了裁决废除委员会的支持并成

⁶⁴ 参见《德国 2008 年 BIT 模板》第 4(2) 条。

⁶⁵ Antonio R. Parra, 《ICSID 仲裁裁决的执行》（2007 年 11 月 16 日）。

⁶⁶ 结合针对阿根廷的裁决，FOI 圆桌会议最近讨论了 ICSID 的遵守和执行制度。有些国家（美国、法国、加拿大、荷兰和德国）认为除了执行制度以外，《ICSID 公约》第 53 条确立了争端当事方遵守和遵从 ICSID 裁决的明确义务。依据这种观点，《公约》第 54 条对于裁决承认和执行的规定适用于所有签署国，并且只有在争端当事方未遵守第 53 条的情况下才有必要适用。阿根廷认为，在自己承担支付义务之前，投资者必须根据第 54 条的规定遵循在阿根廷执行阿根廷法院最终判决的适用手续。阿根廷的立场已经被 ICSID 多个裁决废除委员会的决定所否定。如欲了解关于这些问题的各方立场，请参见第 12 次和第 13 次圆桌会议讨论的总结。还可参见“阿根廷对 FOI 圆桌会议的评论（2011 年 12 月）” [DAF/INV/RD (2012) 8]。

为最终裁决。⁶⁷在 2011 年 9 月，另一美国投资者起诉阿根廷并胜诉案件的 290 万美元裁决也在裁决废除程序中得到了维持。这些裁决款项似乎都尚未支付。⁶⁸

除了在第 12 次和第 13 次圆桌会议上讨论的阿根廷执行裁决的情况以外，2010 年的一些新闻报道指出拒绝遵从裁决的情况越来越多，涉及到俄罗斯、泰国、津巴布韦和吉尔吉斯共和国。⁶⁹一些被拒绝遵从的裁决是 2009 年之后做出的较新裁决，但另外一些却是更早的裁决（1999 年和 2005 年）。更新一些的报道称吉尔吉斯共和国未完全落实 2009 年 9 月做出的另一项裁决。⁷⁰据另外报道，对于一项已得到 ICSID 裁决废除程序支持的仲裁裁决，尽管哈萨克斯坦共和国已承诺在裁决废除委员会的决定做出后 30 日内支付裁决款项，但该笔款项却未得到支付。⁷¹

不过，一些案件中的有关国家似乎只是未及时或未足额付款，而不是根本不付款。ICSID 最近的报告称已知未遵从 ICSID 裁决的国家数量已经从六个减少到了三个。⁷²

并非所有拒绝遵从裁决的情况都为公众所知。不过，如果通过国内法院申请执行的话，相关信息通常就会众所周知了。

2. 不支付裁决款项以及投资者和其他方面的反应

如果某项裁决未被执行，投资者可有多种选择，包括（i）在一个或更多司法管辖区申请执行裁决；（ii）向自己的母国寻求外交保护；（iii）向仲裁机关投诉（主要适用于 ICSID 案件）；（iv）如果有二级市场的话，可将该裁决在二级市场打折出售；或者（v）与被告国达成和解以避免适用执行程序，这种情况下投资者获得的赔偿通常会打个折扣。

一些投资者曾尝试将 ISDS 裁决通过国内司法机关进行登记和落实。在一些案件中，投资者为裁决的执行付出了旷日持久的努力。在非常著名的赛德尔梅尔诉俄罗斯联邦案（*Sedelmayer v. Russian Federation*）中，原告为了让俄罗斯执行 250 万美元的裁决（外加利息）从 1998 年就开始了漫长的努力。这种努力成功与否很大程度上取决于胜诉方对于可扣押财产的知晓程度。比如，最近有新闻报道称一架据称属于泰国政府的波音 737 飞机于 2011 年 7 月在德国被一家德国公司的

⁶⁷ 阿瓜斯·德尔·阿空基雅股份公司与威望迪环球公司诉阿根廷共和国案（*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*），ICSID，裁决废除程序，《关于阿根廷共和国废除 2007 年 8 月 20 日裁决书之要求的裁定》（2010 年 8 月 10 日）；同上，《J.H. Dalhuisen 教授根据〈ICSID 公约〉第 48(4) 条发表的附加意见》（2010 年 7 月 30 日）。对于 Dalhuisen 教授关于“ICSID 秘书处在此事中之作用”的附加意见[《附加意见》第 1 段]，阿根廷称它认为该案的争端化解程序不正规且与正当程序相悖。参见《阿根廷对 FOI 圆桌会议的评论》（2011 年 12 月）[DAF/INV/RD（2012）8]。

⁶⁸ 大陆意外事故公司诉阿根廷案（*Continental Casualty Co. v. Argentina*），ICSID，裁决废除程序，《关于大陆意外事故公司部分废除申请和阿根廷共和国部分废除申请的裁定》（2011 年 9 月 16 日）。

⁶⁹ Luke Eric Peterson，《有多少国家未支付投资条约仲裁的裁决款项？》，《投资仲裁报道》（2010 年 5 月 7 日）。

⁷⁰ 参见 Jarrod Hepburn 与 Luke Eric Peterson，《新的仲裁诉求已针对吉尔吉斯斯坦提出，但其仍未支付 ICSID 裁决款项》，《投资仲裁报道》（2011 年 9 月 29 日）（其中提到投资者抱怨称吉尔吉斯斯坦未向其支付 1,200 万美元的裁决款项）。

⁷¹ 哈萨克斯坦做出该承诺的目的是避免该裁决在裁决废除程序结束之前即可执行。

⁷² Meg Kinnear，在英国国际法与比较法研究所于伦敦举办的“为什么选择 ICSID——投资条约论坛”会议上的发言（2011 年 11 月 3 日）。

破产管理人扣押。该破产管理人当时已获得一份要求泰国政府支付 4,300 万美元的裁定，该裁定来自于在日内瓦进行并且非由 ICSID 主持的一起 ISDS 仲裁案。⁷³这个德国破产管理人还已在美国的一个联邦地区法院登记了该裁决，但泰国提出了上诉。⁷⁴

在 ICSID 程序未结束之前通常禁止提供外交保护。⁷⁵不过，如果被诉国未能遵从最终裁决，原告的国籍国可以为受到侵害的原告提供外交保护。外交保护可能涉及到谈判、反制措施或者威胁采取反制措施，还可能涉及司法或者其他裁判或争端解决程序。⁷⁶

评论者指出，如果东道国未遵从裁决，则行使外交保护权的方式包括在国际法院（ICJ）起诉。⁷⁷《ICSID 公约》第 64 条规定 ICJ 的管辖权涵盖“缔约国之间因本公约之解释或适用而发生的任何争端”。迄今为止，国际法院尚未收到根据该条提起的诉讼。《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）中未提及外交保护。⁷⁸针对未支付裁决款项的情况，一个或更多的利益相关国也可寻求采取其他的行动。⁷⁹

在 ISDS 体系中，利益相关国进行集体诉讼的情况很少见，不过此等诉讼可能也不会公开。仲裁机构的母国可能也会关注裁决的有效执行；有报道称瑞典最近因一项 SCC 裁决的款项未支付而针对吉尔吉斯共和国在斯德哥尔摩提出了起诉，尽管该裁决与瑞典并没有其他的联系。⁸⁰

在 ICSID 裁决的执行方面，ICSID 并无任何正式的角色。不过，ICSID 秘书处经常可以了解到关于遵从的问题。秘书长会提醒据称不遵从裁决的国家履行其遵从最终裁决的义务，并将问题反映给世界银行在该国的国别主任和负责该国的执行理事。其他仲裁机构在执行问题上不扮演任何角色。

如今有一个仲裁裁决（尤其是针对国家的裁决）的二级交易市场。商事仲裁裁决的交易市场已经存在一段时间了，现在该市场显然已经将范围扩展至覆盖 ISDS 裁决了。⁸¹投资者可以将其获得的

⁷³ 参见《泰国王子的私人飞机仍被扣押在慕尼黑》，《明镜在线》（2011 年 7 月 26 日）；《飞机口水战：泰国政府猛烈抨击德国政府》，《AsiaOne 新闻》（2011 年 7 月 28 日）；Andreas Wasserman，《泰国承诺解决涉及王子飞机的争端》，《明镜在线》（2011 年 8 月 3 日）。相关国家就这一事件进行了外交交涉。德国的基本观点是认为这次扣押是一个司法事件。新闻报道称在泰国外交部和媒体对扣押事件做出反应之后，德国驻泰国大使馆在其网站上用泰语做出了解释，强调了德国政府之前为使投资者获得赔偿以及为裁决款项的支付所做出的努力。同上。

⁷⁴ 参见维尔纳·施耐德诉泰国案（Werner Schneider v. Kingdom of Thailand），10 Civ. 2729（美国纽约南区联邦地区法院，2011 年 3 月 14 日）。

⁷⁵ 《ICSID 公约》第 27(1)条。仅为了促进争端解决的目的可进行非正式的外交交涉。同上。第 27(2)条。

⁷⁶ Schreuer，《ICSID 注释》第 1109 页。Schreuer 提到，尽管投资者国籍国以外的其他国家无权提供外交保护，但是它们可能对于根据《公约》进行之 ICSID 仲裁程序的效力有着普遍的兴趣，并要求其他国家履行其义务（包括《公约》第 53 条）。

⁷⁷ Schreuer，《ICSID 注释》第 1261 页。

⁷⁸ 《北美自由贸易协定》（NAFTA）第 1136(5)条规定：如果出现不遵从 NAFTA 裁决的情况，可采取一种额外的国家间程序。投资者的母国可要求成立一个国家间仲裁组，由该小组裁定不遵从裁决的行为是否违反了 NAFTA 义务，并建议有关当事方遵守并遵从裁决。

⁷⁹ 比如，一个国家可反对多边发展银行向有关国家提供贷款，或者撤销特惠贸易地位。

⁸⁰ 参见 Luke Eric Peterson，《前苏联成员国支付仲裁裁决款项，旷日持久的讨债行动终告结束；体现了不同寻常的外交援助形式》，《国际仲裁报道》（2011 年 9 月 29 日）。

裁决出售，不过得打些折扣。购买了裁决的公司（比如对冲基金公司）通常会在多个司法管辖区为执行这些裁决付出积极的努力。

有些被诉国可能利用不支付裁决款项作为一种手段，寻求以低于支付裁决书中的金额（面值和累计利息总值）来解决争端。一般来说，这些谈判都是非公开的。不过，最近的一些报道指出吉尔吉斯共和国于 2011 年 9 月与某个投资者就一项 2005 年的裁决达成了和解，但可能没有支付裁决书中规定的全额（含利息和成本在内）。⁸²

总的来说，关于如何处理不遵从情况的公开信息有限。在有些案件中，如果投资者在以令人满意的方法执行裁决时遇到了困难，其母国通常会知道其已经采取的行动及结果。

3. 针对国家之金钱裁决的执行与落实

a. 裁决执行和落实的法律语境 (*legal context*)

仲裁庭没有执行权。它们必须依靠国内法院来对裁决进行执行。ICSID 与《纽约公约》中关于国内法院执行和落实裁决的法律语境有所差别。但二者均规定落实不应影响国家享有落实豁免权，这对于某些案件的执行而言是一个巨大的障碍。

i. ICSID

ICSID 制度基本上是独立自足的。它对于裁决的审查也仅限于自有的裁决废除体系，审查的基础是《ICSID 公约》第 52(1) 条。⁸³如果某项裁决得到了裁决废除委员会的支持，那么 ICSID 成员国就必须根据《ICSID 公约》第 54 条将其视为国内的一项最终判决。不过，《ICSID 公约》制度并不涉及到裁决的落实——即资产的实际扣押。如果在某个国家寻求落实裁决，则裁决的落实就受该国法律（包括其国内法以及关于国家豁免权的习惯国际法）约束。

ii. 《纽约公约》

在裁决做出之后，当事方可向仲裁地和/或其希望作为该裁决执行地之其他国家的国内法院申请启动执行程序。在这种情况下，ISDS 裁决的债权人与商事仲裁裁决书的债权人具有相似的地位。《纽约公约》对于以下两种裁决执行情况进行了区分：(i) 在裁决做出国（“仲裁地”）执行裁决；以及 (ii) 在其他国家（将该裁决视为“外国”仲裁裁决的国家）执行裁决。

当事方可能会寻求在仲裁地法院执行（或推翻）裁决。《纽约公约》对于这类程序没有做出直接的规定。该等程序取决于仲裁地国内法。在许多开展仲裁活动的主要司法管辖区（即大多数仲裁进行的地方），国内法中对于推翻或拒绝执行仲裁裁决的规定都只是只言片语。（在能够选择仲裁地的情况下，某地是否有对仲裁有利的国内法是一个很重要的考虑因素。）如果国内法中没有相关规定，那么国内法院通常会将裁决登记，登记后的裁决可以按照与国内判决相同的方式予以执行。

⁸¹ 一则 2009 年的新闻报道指出美国能源公司 CMS 将其起诉阿根廷后获得的 ISDS 仲裁裁决以秘而不宣的价格售出，美国银行的一家子公司试图收取裁决款项。参见 Luke Eric Peterson, 《阿根廷剩下的时间不多了；威望迪似乎在裁决废除程序仍未结束时即开始了裁决执行程序》，（2009 年 2 月 28 日）。

⁸² 参见 Luke Eric Peterson, 《前苏联成员国支付仲裁裁决款项，旷日持久的讨债行动终告结束；体现了不同寻常的外交援助形式》，《国际仲裁报道》（2011 年 9 月 29 日）。

⁸³ 参见 Katia Yannaca-Small, 《关于国际投资协定与投资者-东道国争端解决的专家对话：仲裁裁决的审查》（2011 年 3 月）第 6-50 节 [DAF/INV/WP/WD(2011)2]。

《纽约公约》适用于所谓的“外国”仲裁裁决的登记和执行。一般来说，缔约国必须承认其他缔约国做出的仲裁裁决，并且按照本国的程序规则执行这些裁决。可以拒绝执行的依据是有限的。国内法院可出于公共政策的缘故拒绝执行裁决。⁸⁴拒绝执行的其他主要依据包括：（i）缺少有效的仲裁协定；（ii）违反正当程序；（iii）仲裁庭过度使用权力；（iv）仲裁庭的组成或者仲裁程序不合规则；或者（v）裁决书尚未产生约束力或者已被推翻或暂缓。⁸⁵

像 ICSID 一样，人们通常认为根据《纽约公约》落实裁决不会影响到国家享受的落实豁免权。

b. 执行和落实的主要法律障碍

广义来说，可分为两步：（i）将裁决登记为国内判决；以及（ii）针对债务人的资产落实裁决。

i. 将裁决转化为国内判决

正如上面提到的那样，《ICSID 公约》明确要求将最终裁决按国内最终判决对待。迄今为止，这里的第一步通常很少在 ICSID 中出现。不过，出现过下面的问题：可适用于在阿根廷执行一项最终 ICSID 裁决的程序的可能的范围以及这些程序与第 54 条的一致性。⁸⁷

非 ICSID 裁决通常不需要按照国内的最终判决对待。不过，国内裁决通常会被仲裁地（也就是说，仲裁程序发生的国家）法院通过简单的程序登记为国内判决。事实上，在仲裁地进行的与 ISDS 裁决有关的几乎所有诉讼都涉及对裁决的反对，但这些反对鲜有成功。对于反对仲裁裁决的依据，各国仲裁法规定各异。⁸⁸

在裁决的登记方面，仲裁地以外司法管辖区关于非 ICSID 裁决做出后的程序似乎还未引起过严重的问题。裁决的债权人可以将裁决登记，并寻求在已签署《纽约公约》的任何司法管辖区执行该裁决。ISDS 裁决的债权人在这方面似乎还没有遇到过困难，但是他们可能在决定是否在某些司法管辖区登记和执行裁决的时候就会踌躇不前。例如，有些国家的法院可能会对商事仲裁裁决执行时

⁸⁴ 《纽约公约》第 V(2) 条。《纽约公约》允许寻求执行裁决的当事方在其寻求执行裁决的国家申请根据任何可能对执行更有利的可适用国内法或条约来执行裁决。第 VII(1)A 条（所谓的“更有利权利”规定）。

⁸⁵ 参见《纽约公约》，第 V(1) 条(a)-(e)；Albert Jan van den Berg，《1958 年〈纽约公约〉：概述》（2008）。

⁸⁶ 参见 AIG 资产合伙有限公司与另一人诉哈萨克斯坦案（AIG Capital Partners Inc. and Another v. Kazakhstan），[2005] 英格兰和威尔士高等法院 2239（商事），129 ILR 589；A. Parra，上文。

⁸⁷ 正如上文提到的那样，第 12 次和第 13 次圆桌会议讨论了这个问题。尽管有些投资者获得了针对阿根廷的最终 ICSID 裁决，但是似乎没有哪个投资者根据第 54 条将裁决提交给阿根廷法院执行和落实。参见《投资者-东道国仲裁：我等着你来》，《经济学人》（2012 年 2 月 18 日）（报道了关于这个问题的争论）。还可参见《阿根廷对 FOI 圆桌会议的评论》（2011 年 12 月）[DAF/INV/RD(2012)8]。

⁸⁸ 如欲了解关于在仲裁地对裁决提出反对的判例法综述，请参见 Katia Yannaca-Small，上文，[DAF/INV/WP/WD(2011)2]（报道了当时已知的 23 个涉及推翻 ISDS 裁决的诉讼）。正如前文所述，美国的一个上诉法院近期推翻了一项 UNCITRAL 裁决。参见阿根廷诉 BG 集团上市有限公司案（Argentina v. BG Group plc），（美国华盛顿特区巡回上诉法院）（2012 年 1 月 18 日）（推翻了 UNCITRAL 金额为 1.85 亿美元的裁决——该裁决允许投资者在未满足提前 18 个月将争端提交阿根廷国内法院这一要求的情况下开始仲裁）。

的公共政策例外进行广义解释，而这可能导致 ISDS 裁决的债权人不希望在这些国家执行裁决。⁸⁹很少有债权人会寻求在债务国的法院登记裁决，尽管在《纽约公约》下这些法院与其他国家的法院可以拒绝执行的依据相同。

ii. 针对资产落实裁决

在有些案件中，落实裁决时遇到的关键障碍是难以找到不适用国家豁免权的“关联”（可作为执行的基础的）资产。⁹⁰不单是 ISDS 裁决，针对国家的所有仲裁裁决都涉及到国家豁免权问题。试图落实裁决的当事方尤其面临着两大难题。其一，他们可能会发现即便被执行国拥有商业资产，但是这些资产由其他实体（比如国有企业）所掌管，因此通常被认为属于第三方而不属于国家，从而不能被用来执行针对国家的裁决。投资者（以及商事仲裁裁决的债权人）曾经尝试过“刺破第三方的面纱”，主张这种第三方不应被视为另一实体；这种做法偶尔会成功。其二，即便被执行国本身在某个司法管辖区拥有资产，这些资产可能仅限于主权资产（比如外交银行账户），而这些资产根据有关国家豁免权（或外交豁免权）的法律规定是享有落实豁免的。

国家豁免权曾经使得落实多项 ISDS 裁决的努力成空。举例来说，在 AIG 诉哈萨克斯坦案中，英国的一个法院将 ICSID 裁决作为英国的判决进行了登记，但是以涉案资产享受绝对豁免权（因为它们是哈萨克斯坦央行的“财产”）以及该资产属于主权资产而非商业资产为由驳回了落实请求。

⁹¹

正如之前关于国家豁免权的圆桌会议所讨论的那样，尽管现在的大趋势是各国采用限制国家豁免权原则（在这种做法下，可以对用于商业目的之国家资产进行落实）但这一做法尚未被普遍接受。在一个被视为标志性的判决中，香港终审法院（CFA）最近以 3-2 的多数认定中国香港适用绝对的国家豁免权。⁹²根据绝对国家豁免权理论，外国的所有国家资产都享有豁免权，无论其是主权资产还是单纯用于商业交易的资产。因此，投资者无法在中国香港针对外国落实裁决，除非该国放

⁸⁹ 在最近的多个 ISDS 案件中，原告起诉的理由是被告无正当理由却未能执行商事仲裁裁决。参见怀特工业澳大利亚有限公司诉印度共和国案（White Industries Australia Limited v. Republic of India），UNCITRAL，《最终裁决书》（2011 年 11 月 20 日）；Luke Eric Peterson，《将条约内容与案件事实对比后发现捷克共和国在 FPS 案件中没有违约情况；仲裁员将对当地法院执行仲裁裁决的情况进行审查》，《投资仲裁报道》，[披露了先锋石油服务公司诉捷克共和国案（Frontier Petroleum Services v. Czech Republic）的裁决]（2010 年 12 月 16 日）（据报道，该案原告告诉称捷克国内法院拒绝完整地执行两项商事仲裁裁决进行执行的行为违反了 BIT 项下的义务）。

⁹⁰ 第 11 次 FOI 圆桌会议讨论了国家豁免权问题，但是讨论的侧重点并非仲裁裁决的落实。参见 David Gaukrodger，“外国的国家豁免权和外国政府控制的投资者”，《OECD 关于国际投资的工作文件 2010/2》。

⁹¹ 参见 Gaukrodger，第 21-22、25 页（讨论案件中涉及的国家豁免权问题）。

⁹² 参见刚果民主共和国诉 FG 半球联合公司案（Democratic Republic of the Congo v. FG Hemisphere Associates），香港终审法院（2011 年 6 月 8 日），[2011] HKCU 1049。该案是第一例香港终审法院根据《香港基本法》授予之权力做出临时判决的案件，法院也向全国人大常委会（SCNPC）咨询了相关问题。同上。第 60 节。2011 年 8 月，SCNPC 做出了解释，称香港各法院应践行中央人民政府确立的国家豁免权原则，并指出中国适用绝对豁免权。SCNPC 的解释确认了香港终审法院的裁决依据，香港终审法院于 2011 年 9 月做出了最终判决。参见 <http://www.legco.gov.hk/yr10-11/english/hc/papers/hc10071s-101-e.pdf>。

弃其豁免权。在案件审理的早些时候，中方出具的多份意见书都认为中国适用绝对豁免权，而中国人大常委会（SCNPC）应法院要求做出的解释也支持了这种意见。⁹³

4. 对投资者执行金钱裁决

国家对投资者进行反诉的法律依据很有限，而且似乎也没有什么成功的先例。不过，在有些案件中被诉国可能会被裁定获得成本的赔偿。有些对国家有利的成本裁决到现在仍未被支付。如果原告是一家几乎没有什么资产的控股公司，那么国家获得成本赔偿的希望就更为渺茫。据报道，一个获得了多项非公开裁决（包括对投资者不利之成本裁决）的国家称投资者从未自愿遵从任何此等成本裁决。每个案件都需要该国为裁决的执行付出努力。在有些案件（包括投资者似乎是一个没有什么明显资产之特殊目的工具机构的情况）中，一些国家曾寻求让投资者提前为成本提供保证金，但迄今为止似乎从未成功过。⁹⁴如果裁决的执行对象是一个空壳实体，那么国家是没有有效的执行手段的。

5. 非金钱补救的执行

非金钱补救可在结案时成为最终补救的一部分。正如上文讨论的那样，在先进的国内行政法体系中，主要补救（或司法审查补救）通常都是非金钱性的最终补救。而在未结案时裁定的临时补救也常常是非金钱补救。尽管前者在国内法中占有主导地位，但是却极少在 ISDS 案件中被寻求或裁定使用；不过，ISDS 案件中越来越多地适用临时性的非金钱补救。这两种补救在执行方面都存在问题，请参见附件 6。

6. 需要讨论的问题

- 12) *ISDS 仲裁裁决的执行是否越来越成问题？*
- 13) *如果答案是肯定的，那么执行问题是否会产生使得 ISDS 再度政治化的风险并使得各国回归外交渠道来化解投资者-东道国争端？*
- 14) *本份范围规划文件将外国的国家豁免权描述为某些案件裁决执行的重大障碍。您是否赞同这一描述？*
- 15) *国家在使得投资者遵从成本裁决（或者针对投资者执行裁决）时遇到的困难，是否值得关注？*
- 16) *正如关于补救的章节所谈到的那样，ISDS 裁判庭正在越来越多地使用禁制令等临时性补救。如果作为当事方的国家拒绝遵从禁制令，那么裁判庭该怎么做？有些评论者建议的违约赔偿金或罚金是否可作为合适的解决方案？*

⁹³ 同上；刚果民主共和国诉 FG 半球联合公司案，香港终审法院（2011 年 6 月 8 日），[2011] HKCU 1049 第 44-48 节。

⁹⁴ 参见 Luke Eric Peterson，《分析：在根据条约进行的仲裁进行期间，政府迫使原告提供保证金的尝试从未成功》，《投资仲裁报道》（2009 年 2 月 10 日）。

II. E. 第三方融资

1. 概述

由第三方为诉讼供资的做法被描述一个“新的行业，机构投资者把为诉讼提供资金作为一种投资，从而在原告的法律诉求中获得一定份额并收取胜诉费”。⁹⁵典型的供资安排如下：“一个专门化的融资公司或对冲基金临时为您支付法律费用。如果您胜诉了，那么您就从损害赔偿金中支付胜诉费（通常按损害赔偿金的一定比例计算）”。一般来说，胜诉费会占到损害赔偿金的 20%到 50%，胜诉费也可能有上限，即供资方提前支付之法律成本的一定倍数。不过，这很大程度上取决于当事方在讨价还价中的相对地位。

第三方为诉讼提供商业性融资的做法在近几年迅速扩展。一位评论者认为继小型专业公司之后，大型银行和保险公司的加入掀起了诉讼供资的“第二波浪潮”。⁹⁶截至 2008 年 3 月，“伦敦顶尖律师中有百分之八十已经将或正在评估将外部资金用于诉讼和仲裁案件……这标志着第三方供资已经向成为主流做法迈出了一大步”。⁹⁷一些诉讼供资公司已经在股票交易所上市。⁹⁸

ISDS 案件的成本高，但是可能裁决的损害赔偿金也很高，这种特点使得这些案件对于第三方供资人而言成为了一个很有吸引力的市场。至少有两家英国的上市基金公司（Juridica 和 Burford）有针对性地将目标放在为国际仲裁诉求提供融资上面，一家提供诉讼融资服务的荷兰公司 Omni Bridgeway 似乎已经为投资者根据 BIT 起诉的多起案件提供了资金。⁹⁹

第三方为原告提供商业性融资很可能将成为 ISDS 案件中第三方融资的主要形式。¹⁰⁰不过，ISDS 案件的公共利益性质也吸引了第三方的非商业性资金，至少有两个 ISDS 案件得到了非政府组织（NGO）提供的资金。¹⁰¹个人和公司也可能会为了政治理由而为投资者提供支持。

⁹⁵ Maya Steinitz, 《诉讼中的第三方供资：到底是谁的诉求？》，《明尼苏达法律评论》第 95 期第 1268 页（2011）。第三方的商业性供资被定义为“与诉讼本来没有利益关系的一方提供诉讼资金，通常基于如下安排：（i）供资方通常会从被资助人可能通过诉讼获赔的金额中获得报酬，其报酬通常按获赔金额的一定百分比计算；以及（ii）如果被资助人败诉，则供资方无权获得报酬”。Rupert Jackson, 《民事訴訟成本評述——初步報告》，倫敦：2009，第 viii 頁。

⁹⁶ 参见 Steinitz, 第 1277 页（提到了瑞士信贷以及安联等大型银行和保险公司发挥的作用）。

⁹⁷ Ashby Jones, 《第三方诉讼供资在英国有所增加》，《华尔街日报》（2008 年 3 月 20 日）（文内引用已省略），引自 Steinitz, 第 1281 页。

⁹⁸ 对冲基金在市场营销中经常称其有能力提供债券和股票市场周期无关联的投资以更好地分散风险。作为一种资产类别，法律诉求通常被认为是与债券和股票市场周期没有关联的。

⁹⁹ 参见 Omni Bridgeway 网站（最后一次访问时间为 2011 年 11 月 4 日）。

¹⁰⁰ 被告也可能获得商业性资金，不过其中使用的经济模式可能有所不同。参见 Steinitz, 第 37 页（“为原告提供资金是一种融资形式，而为被告提供资金则是一种保险形式。”）（原文有着重号）。在第三方为被告提供资金这种情况下，获得资金的被告公司将支付诉讼的预期价值以及一笔保险费，从而保护其免受超过预期的损失。如果被告是公司，它们可以获得的主要好处之一就是可以在诉讼的初期就对自己的责任进行量化和限制，从而不会在一件大案的审理期间因为监管原因而丧失在特定市场的资格；不过如果被告是国家，这种好处对于它们而言价值有限。

¹⁰¹ 参见 Luke Eric Peterson, 《乌拉圭聘用了律所并获得了外部资金以对抗菲利普·莫里斯（Philip Morris）的诉求；这并非 NGO 第一次为仲裁成本提供财务支持》，《国际仲裁报道》（2010 年 10 月 20 日）。

提供商业性资金的第三方供资方通常希望不让另一当事方或者裁判员知晓其在案件中发挥的作用，而且供资方与当事方似乎认为现在尚不存在明确的披露要求。因此，我们无法确定 ISDS 案件中第三方供资的规模有多大。不过，可获得的证据表明第三方融资已经在 ISDS 案件中发挥了重要作用。在最近的多个 ISDS 案件中都涉及到第三方供资（实际或声称的）。¹⁰²供资方会参加或赞助仲裁行业的活动，并与 ISDS 案件的法律顾问保持经常的联系。

第三方供资直到最近才在国内诉讼中开始使用，不同的司法管辖区对其采取了各种不同的方式。在普通法国家，关于包揽诉讼和帮讼的法律规则长期以来一直禁止第三方供资。¹⁰³在最近几年，这些规则的影响力出现了不同程度的下降。澳大利亚在这方面走得最远，广泛地允许适用第三方融资并对其实施监管（包括对某些供资方提出了执照要求），而且目前正在重新审议相关的监管要求。

英国的法律在不断变动，但可能会趋向于在下列前提下允许一些第三方供资的情况：原告维持对案件的控制权；法院有权要求当事方披露供资情况，并规定在出现不利的成本裁决时供资方应承担一些责任；规定供资方的行为守则。在美国，第三方供资出现得相对较晚，并且在不同的州适用不同的规则。美国的一些州重申了对于包揽诉讼的限制，禁止第三方诉讼供资，但是其他州却放松这方面的限制。¹⁰⁴

在欧陆法系中，各司法管辖区似乎对第三方融资也有不同的态度。德国法律一般允许第三方融资而且没有信息披露要求，但是这块市场仍处于相对不发达的状态。与英国和美国的主要案件以及 ISDS 案件相比，德国的诉讼成本和成本裁决显得很有节制，因此为商事案件融资的需求可能也比较低。荷兰也允许第三方融资。与上述形成对照的是，法国法律至少在某种程度上不鼓励第三方融资，而第三方融资的情况也很少发生。

第三方供资被认为可带来若干好处。它提供了一种额外的资金来源而促进了司法救助，对于某些当事方而言甚至是唯一的诉讼资金来源。由于这个原因，有些竞争法监管者鼓励在有相关保障措施的前提下适用第三方供资，在出现违反竞争法的情况下可以为主张损害赔偿金的私人诉讼（包括集体诉讼）提供资金，不过关于这个问题还是存在一些争议。¹⁰⁵尽管获得了第三方供资的原告在胜

¹⁰² 参见阿巴克拉特诉阿根廷共和国案，《关于管辖权和证据可接受性的裁定》，ICSID（2011年8月4日）；《Georges Abi-Saad 教授的反对意见》（2011年10月28日）；Ioannis Kardassopoulos 和 Ron Fuchs 诉格鲁吉亚共和国案（Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Republic of Georgia），ICSID，《裁决书》（2010年3月3日）；RSM 生产公司诉格林纳达案，ICSID 案件编号 Arb/05/14，裁决废除程序（2011年4月28日）；ATA 诉约旦案（ATA v. Jordan），ICSID，裁决废除程序（2011年8月）（未公布），据 Jarrod Hepburn 报道，因为再次指出存在第三方融资，涉及约旦建设案的 ICSID 裁决废除程序已中断，《投资仲裁报道》（2011年8月19日）。

¹⁰³ 一般来说，包揽诉讼的法律规则禁止一个当事方和一个支持当事方法律行动的非当事方分享诉讼所得；“如果由在案件中没有真诚利益的某方为诉讼当事方的起诉或辩护提供协助”，则构成帮讼的一种形式。Steinitz，第 1287 页。违反了禁止帮讼和包揽诉讼规定的合同被视为认为是无效的。这些规则的确切范围处于不断变化之中。

¹⁰⁴ 有些法院已接受了某些第三方融资，前提是由法院进行监督以减少其被滥用的风险。举例来说，在一个集体诉讼中，长期以来禁止第三方供资的新西兰上诉法院在这方面出现了松动，但是要求供资提议须得到法院的批准。参见 Saunders 诉 Houghton 案（Saunders v. Houghton），[2009] 新西兰上诉法院 610（2009）第 79、111 节。

¹⁰⁵ 参见公平贸易办公室（英国），《根据竞争法进行的私人诉讼以及为消费者和企业提供有效补偿》（2007年11月）第 8.21 节（第三方融资可成为私人诉讼的一个重要资金来源；在供资方承担成本裁决项下之义务以及对供资进行司法监督的情况下，可鼓励这一做法）；还可参见欧盟委员会《朝着在欧洲

诉时会损失一定比例的损害赔偿金，不过能够得到大部分损害赔偿金总比一无所获要好。第三方供资还可以筛除一些没有什么法律依据的案件，因为供资方不会在这样的案子上冒风险。如果自己的案子没能说动供资方，原告可能会对案子再斟酌一下。¹⁰⁶供资方与同样索要胜诉费的律师之间可能会进行竞争，从而有助于当事方压低价格。¹⁰⁷

有些人仍然将第三方供资视为不合法的做法。他们的担心包括第三方供资可能对于法律体系合法性造成的影响。¹⁰⁸经常作为被告的公司和公司董事等曾多次批评国内案件中的第三方供资，尤其是涉及到集体诉讼案件中的第三方供资。¹⁰⁹

ISDS 中的第三方融资引发了若干问题，本文件会简要讨论其中的一些问题，包括融资对于补救、和解以及投资者的公平竞争环境可能产生的影响；仲裁员利益冲突的风险；供资方行为不当的风险以及相关监管；供资方资助和/或指导的诉求不成功时其对于成本的责任，以及如何此等责任如何得到履行。

2. ISDS 中第三方融资对于希望获得的补救、和解激励因素以及国内外投资者的相对地位产生的影响

II.D 章节曾提到 ISDS 为外国投资者提供损害赔偿金补救的做法与通常只提供非金钱救济（征用除外）的先进行政法体系的做法形成了鲜明的对照。前文的结论是这种差异是合适的（或至少是不太值得担忧的），因为求助于 ISDS 可能会涉及损害赔偿金，这使得投资者和东道国来到谈判桌前寻求不一定适用损害赔偿金补救的解决方案。在某个市场拥有长期利益的投资者可能更希望或愿意接受通过谈判形成的非货币性解决方案。最近在圆桌会议中讨论之大瀑布公司案的谈判结果就是

确立集体补偿的一致做法努力：对公共咨询和审理捐助资金的执行摘要》，（2011 年 10 月）问题 26（汇报了关于第三方供资的各种不同观点）。

¹⁰⁶ 参见 Jackson 2010，第 117 页；还可参见坎贝尔斯现购自运私人有限公司诉福斯蒂夫私人有限公司案（Campbells Cash and Carry Pty Limited v Fostif Pty Limited）[2006] 澳大利亚高等法院 41（允许第三方融资且供资方有很大的诉讼控制权；法院强调了获得资金对于当事方的意义而且供资方需要对于诉讼有一定程度的控制权，同时称法院的监督、道德规范以及适用于代表程序的规则可以减轻第三方供资在以前曾经有的风险）。

¹⁰⁷ 与此同时，供资方可依赖律师带来案源，也可能会担心律师只推荐相对而言不那么有把握的案件而把有把握的留给自己以赚取胜诉费。供资方与律师之间的关系有许多复杂的问题。

¹⁰⁸ 在允许第三方融资的上述澳大利亚的案件中，持不同意见法官所发表的声明可以反映出这些观点：

“法院审理程序的目的是让第三方可以通过下列手段赚钱：制造、扩大和引起不牵涉到这些第三方并且如果没有这些第三方的参与不会上升为激烈争议的争端，提起宣称是为了处理这些争端的诉讼，获得几乎完全控制当事方的诉讼行为，抱着获得巨大利润而非公平处理争端的动机操纵诉讼程序以及法院命令。

法院旨在处理出庭的两个当事方之间的争议，当事方应该直接与对方以及法院打交道：处理一个当事方以及一个非当事方之间的争议与法院的职能相悖。而且，如果诉讼的诉因仅仅被作为可以用商业方式处理的事务来对待，那么公众对于法律制度完整性的信心和认识就会受到伤害。”坎贝尔斯现购自运私人有限公司诉福斯蒂夫私人有限公司案（Campbells Cash and Carry Pty Limited v Fostif Pty Limited）[2006] 澳大利亚高等法院 41（Callinan 和 Heydon JJ. 的反对意见）。

¹⁰⁹ 参见美国商会法律改革学会，《出售诉讼，换来麻烦》（2009）。

一个明显的例子。¹¹⁰对于 ISDS 案件来说，通过谈判可能会达成涉及到非金钱补救的结果，不过第三方融资可能会对结果产生巨大的影响。

原告与供资方之间关于和解可能会产生利益冲突，这一点已经得到了广泛认同。举例来说，在谈到律师处理第三方融资问题的道德标准时，最近的一份正式意见书称“融资公司可能会反对……[客户]接受一个不符合该公司投资回报预期的和解提议”。¹¹¹原告与供资方对于这个问题的考虑最主要涉及到双方关于所寻求的或者通过和解将获得之损害赔偿金数额的冲突，因为双方的目的都是要拿到钱。

如果原告有兴趣或希望接受非金钱补救，那么这种冲突可能会更为明显。在投资者希望寻求非货币性的和解或补救的案件中，供资方很可能没有兴趣为获得一定比例的收益而为该案件出资。正如 Jackson 的报告提到的那样，“如果寻求的主要补救是禁制令或宣告等非货币性救济，那么第三方供资的可行性通常不大。”¹¹²出于这个原因，供资方通常还会避免或不喜欢在诉诸 ISDS 之前必须先诉诸国内法院的案件（或条约）；供资方更喜欢直接适用 ISDS 体系以获得损害赔偿金。对于供资方而言，原告获得主要补救的能力同样也是一个问题。

第三方供资情况的增多也可能影响到国内外投资者的相对地位。在 ISDS 中可以获得损害赔偿金补救的外国投资者可能会获得资助；而大多数非征用案件的国内投资者如果仅可从国内法院获得主要补救，那么就可能不会获得资助。对于面对着相同或类似政府措施的国内外投资者而言，获得资助的更大可能性会相应地凸显外国投资者的优越性。

3. 避免仲裁员的利益冲突

第三方供资产生的一个重要问题就是第三方供资方的存在及其身份是否应该系统性地披露给 ISDS 仲裁员，以确保仲裁员不会因为不知情而与其处理之案件的第三方供资方发生不适当的关系。举例来说，供资方可能会为另外一个仲裁员担任法律顾问的 ISDS 案件或者其他案件提供资金。

为此目的而披露的内容应仅限于足以确定供资方身份的信息，从而可以有效地判定是否存在利益冲突。举例来说，为了这个目的没有必要披露资助的金额。

4. 供资方行为不当的风险

适用普通法的司法管辖区在传统上禁止第三方供资，其背后的担心之一就是第三方供资方可能会“为了实现获得损害赔偿金的一己私利而禁不住夸大损害、隐瞒证据甚至教唆证人作伪证”。¹¹³不过，法院通常有权对非当事方不适当地干涉司法行政的行为进行制裁（尽管对非当事方进行制裁可能要比对当事方或法律顾问进行制裁更困难一些）。

¹¹⁰ 参见大瀑布公司、大瀑布欧洲股份公司、大瀑布欧洲电力股份公司诉德国联邦共和国案（Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. The Federal Republic of Germany），ICSID，《仲裁请求》（2009年9月20日）；同上，《裁决》（2011年3月11日）；《第15次FOI圆桌会议总结》（提到了大瀑布公司案14亿欧元诉求的协商和解不涉及金钱支付）。

¹¹¹ 参见纽约市律师协会，《正式意见2011-2：第三方诉讼融资》第4页。

¹¹² Rupert Jackson，《民事诉讼成本评述：最终报告》，伦敦：TSO 2010，第117页。

¹¹³ 《回复特雷普雷卡煤矿公司（Trepca Mines）》（第2份），[1963] 1 Ch 199（Denning爵士）。

与此相反，仲裁庭的司法管辖权来自于当事双方的同意，因此它对于第三方没有管辖权，除非第三方出于某些目的而同意接受其管辖。对于供资方影响 ISDS 仲裁程序的不当行为达到了何种程度就需要适用有效的规则和制裁这个问题，需要进行进一步的研究。

5. 规定在供资方资助和/或指导的诉求不成功时让其承担成本责任

对于非当事方供资方资助原告案件，如果原告败诉并给被告造成了成本，则有些法院会对供资方做出成本裁决。¹¹⁴这样做的理由通常是：如果供资方出于商业动机而在某个案件中下了赌注，那么在被告败诉的情况下，供资方不能被免除对于另一当事方之成本的所有责任。英国的法院采用了一种折衷的办法：供资方不必对全部成本负责，其责任最高限度是其向原告提供之资助的金额。法院承认专业的供资方会将其可能承担的责任计入为原告供资的价格计算之中，但是认为这种做法不利于保护被告的利益。¹¹⁵为了让供资方强制承担成本成为可能，法院还命令原告披露供资方的存在以及其提供资金的金额。¹¹⁶与此相反，澳大利亚高等法院拒绝了一项针对供资方提出的诉求。¹¹⁷法院提到，被告本可以（但未曾）在诉讼之初即申请获得一份由原告为诉讼成本提供保证金的法院命令来保护自己的利益。正如上文提到的那样，各国在 ISDS 案件中寻求关于成本保证金之命令的尝试还没有成功的先例（尽管其中尚未涉及第三方融资的问题）。

6. 其他问题

第三方供资还会引起一些额外的问题，包括：

- 是否应该限制供资方对于行为和案件和解决定的控制程度；
- 正式的原被告是否需要保留其诉求的任何经济价值；

¹¹⁴ 参见《高等法院法》（英国）第 51 节（法院可全权决定与法院审理程序有关的成本应由谁支付、支付多少）；阿尔金诉博查德航线有限公司案（Arkin v Borchard Lines Ltd）[2005] 英格兰和威尔士上诉法院 Civ. 655（英国上诉法院）（供资方提供了资金但其资助的当事方败诉，另一当事方产生了 600 万英镑的法律成本；法院判供资方赔偿胜诉方的成本，赔偿金额等于其提供给被资助方的融资金额）。还可参见 Abu-Ghazaleh 诉 Chaul 案（Abu-Ghazaleh v. Chaul），36 So. 3d 691, 694（佛罗里达地区上诉法院 2009）（认为供资方是应对另一方律师费负责的“一方”，尤其是考虑到此案中供资方拥有批准资金接受方签订的任何和解协议的权利）。

¹¹⁵ 参见 Arkin，第 41 节（尽管原告从其占优势的案件中获得的净赔偿可能因为较高的融资成本而减少，但是对于因为专业供资方干预而继续却最终被证明没有法律依据的诉求而言，可以使得被告有权让供资方赔偿其成本的制度有助于实现正义）。

¹¹⁶ 参见商桥有限公司诉萨弗隆普通合伙有限公司案（Merchantbridge & Co. Ltd v. Safron General Partner 1 Ltd），[2011] 英格兰和威尔士高等法院 1524（商事）第 15、34-43 节（法院命令当事方披露供资方的身份以及各供资方提供资金的日期和程度；判定某些供资方承担成本责任）；还可参见泰马国际基金上市有限公司诉汇丰银行国际信托服务（爱尔兰）有限公司案 [Thema International Fund PLC v. HSBC Institutional Trust Services (Ireland) Ltd]，[2011] IEHC 357（爱尔兰高等法院）第 5.3-5.5 节（拒绝了披露供资方信息的要求，因为专业第三方的盈利性供资在爱尔兰仍属违法，而且涉案有关资金来自有关当事方而非来自专业的供资方；并称如果专业第三方的盈利性供资被允许的话，则要求披露则是适宜的）。

¹¹⁷ 杰弗里与卡陶斯卡斯私人有限公司诉 SST 咨询私人有限公司案（Jeffery & Katauskas Pty Ltd v SST Consulting Pty Ltd）；杰弗里与卡陶斯卡斯私人有限公司诉里卡德建筑私人有限公司案（Jeffery & Katauskas Pty Ltd v Rickard Constructions Pty Ltd）（受《公司偿债安排契约》约束），39 CLR 75（2009）（澳大利亚高等法院）。因供资而承担的责任取决于诉讼供资方是否如 2005 年《统一民事诉讼规则》（新南威尔士）第 42.3(2)(c) 条所述“……滥用了法院的诉讼程序”。

- 是否需要出于利益冲突或公平考虑而对供资方、律师与原告之间的合同进行监管或监督，比如在诉讼进行过程中哪些资金可撤回或那些条款可重新协商；
- 资助对于 ISDS 透明度的影响；
- ISDS 体系应对集体诉求的能力（因为第三方供资经常与集体诉求相关）。

很难预测 ISDS 仲裁员在没有相关规则或国家指导的情况下会如何处理第三方供资的问题。在迄今为止就第三方供资做出过裁定的案件中，仲裁员认为第三方为胜诉的当事方供资这一做法对于成本分配而言并不重要；在这种情况下仲裁员还没有要求过披露供资方的存在或其身份。最近，一个仲裁庭在处理一项涉及到 60,000 名原告并且存在已知第三方融资的集体诉求时出现了意见分歧。尽管存在尖锐的反对意见，但是大多数仲裁员基本同意可以在 ISDS 集体诉讼中采用第三方供资协议（即便供资方和原告之间可能存在利益冲突）。¹¹⁸

7. 需要讨论的问题

17) 第三方供资在 ISDS 中的使用似乎出现了显著的扩展。

a) 第三方融资在投资者-东道国争端中的更多使用可能会产生什么后果？

b) 第三方融资经常与集体诉求有关，比如最近的阿巴克拉特 (Abaclat) 案。您对于集体诉求怎么看？

18) 人们通常认为相对于判决而言，通过协商达成的和解协议可以给争端当事方带来更好的结果。ISDS 中的和解谈判是否很可能会受到第三方供资的影响？

19) 在您看来，如果外国投资者在 ISDS 中可获得第三方供资，是否很可能会影响到其相对于国内投资者的地位？

20) 如果仲裁员与未经披露的供资方有商业关系并且做出了对供资方有利的裁决，这是否会引发人们对于 ISDS 体系的关切？

21) 一般而言，国内法院对于干涉司法行政的行为享有很大的制裁权。与此相反，仲裁庭却没有任何执行权。仲裁庭或其他机构能否对供资方在 ISDS 中行为不当的风险进行充分监管？

¹¹⁸ 参见阿巴克拉特诉阿根廷共和国案 (Abaclat v. Republic of Argentina)，《关于管辖权和证据可接受性的裁定》，ICSID (2011 年 8 月 4 日)；《Georges Abi-Saad 教授的反对意见》(2011 年 10 月 28 日)。融资协议规定供资方及其选择的律师对于案件以及任何和解拥有了完全的控制权。参见《裁定》第 456 节（“原告只是仲裁的被动参与者，所有的相关决定都由[供资方]及[其选择的律师]做出”）。

与对是否存在供资予以保密的一般做法截然不同的是，一位原告在 2012 年 3 月 1 日的一篇新闻稿中主动披露案件早期存在供资。参见 <http://www.reuters.com/article/2012/03/01/idUS101378+01-Mar-2012+RNS20120301>（新闻稿由 Oxus 黄金上市有限公司发布，声称存在一份诉讼供资协议）；Oxus 黄金上市有限公司诉乌兹别克斯坦案 (Oxus Gold plc v. Uzbekistan)，UNCITRAL。新闻稿指明了供资方及一个相关实体的身份，并提供了关于供资协议的部分信息（包括关于供资费用的约定）。新闻稿提到了供资方对和解协议的控制，但是没有完全明确说明供资方在关于和解的决定中是否有以及有多大程度的参与。

22) 如果第三方供资方资助的一方败诉, 供资方是否应对可能做出的成本裁决承担责任?

II. F. ISDS 中的仲裁员

仲裁员对于 ISDS 体系的运转、当事方以及各个仲裁案件而言都极为重要。¹¹⁹仲裁庭是 ISDS 裁决质量的关键决定因素（尤其因为 ISDS 中的裁决审查余地很有限）。

三人仲裁庭的形式在 ISDS 中占有压倒性主导地位, 也是本节讨论的焦点。¹²⁰在每个 ISDS 案件中, 当事方或者第三方机构必须选择该案件的仲裁员; 与此相反, 国内案件的法官都是在当事方不参与的情况下指派的。ICSID 和 UNCITRAL 规则都规定各当事方可选择一名仲裁员, 除非双方约定了其他的方法。¹²¹由于规定可适用标准的条款表述笼统, 所以当事方在选择仲裁员方面限制很少。¹²²附件 5 介绍了 ICSID 和 UNCITRAL 案件中指定仲裁员的程序。¹²³

尽管方法和实际做法各异, 但是原告和被告在选择仲裁员时都会进行复杂的猜测并运用策略。当事方通常会尽量选择那些在案件中同情己方、人格正直、有声望并且能说服同一仲裁庭中另外两名仲裁员的候选人（尤其是可能担任首席仲裁员的候选人）。¹²⁴

1. 投资仲裁员的特征

当事方将很大的精力放在了选择仲裁员上, 因为仲裁员被认为对于争端的处理结果至关重要。从更宽泛的角度来看, 投资仲裁员群体的特征可能会影响到对投资法进行解释的总体趋势, 因此也关乎 ISDS 的合法性和裁决的一致性。最近的一些研究就试图总结出 ISDS 仲裁员群体的主要特征。由于涉及案件的非公开性, UNCITRAL 及其他非 ICSID 仲裁案件的统计资料通常都无法获得, 所以有关的学术工作都侧重于 ICSID 案件。

投资仲裁员通常都是法律专业人士中的精英。¹²⁵他们往往都是律师、教授和前任法官, 在各自的专业领域享有很高的地位。最近对 ICSID 仲裁员进行的一项调查显示, ICSID 投资仲裁员主要是

¹¹⁹ 正如圆桌会议最近在其关于《利用投资自由, 实现绿色增长》的通讯中所称, “确保投资仲裁员的正直和能力至关重要”。关于仲裁员对于当事方的重要性, 可参见 C. Seppälä, 《组建恰当国际仲裁庭的推荐策略: 一个从业者的观点》(2008)。

¹²⁰ 可适用的规则一般允许通过协议组建其他规模的仲裁庭, 但是在 ISDS 中这种情况很少见。

¹²¹ 参见《ICSID 公约》第 37(2)(b)条(如果当事方没有其他约定, “仲裁庭应由三名仲裁员组成, 各当事方分别指定一名仲裁员, 第三名仲裁员根据双方的一致意见确定并将担任仲裁庭主席。”); 《UNCITRAL 规则》9(1) (“如果将指定三名仲裁员的话, 各当事方应分别指定一名仲裁员。”)。

¹²² 举例来说, ICSID 仲裁员必须是“具有高尚品德的人, 在法律、商业、工业或金融领域具有公认的能力, 并且可令人信赖地做出独立判断”。参见《ICSID 公约》第 14(1)和 40(2)条。其他规则对于公正性和独立性提出了明确要求。¹²²

¹²³ 一般来说, 这些规则都不是强制性的: 因此各国可在其投资条约中做出其他规定, 各个案件的当事方也可以约定其他的方法。

¹²⁴ 参见 C. Seppälä, 《组建恰当国际仲裁庭的推荐策略: 一个从业者的观点》(2008), 第 7 页; C. Rogers, 《监管国际仲裁员: 制定行为标准的功能性方法》, 《斯坦福国际法期刊》第 41 期第 53、113 页[以下简称 Rogers《监管国际仲裁员》]; Paulsson, J. (2010) 《国际争端化解中的道德风险》, 迈阿密大学法学院 Michael R. Klein 杰出客座学者就职演讲[以下简称 Paulsson《道德风险》]。

¹²⁵ 参见 J. A. Fontoura Costa, 《WTO 专家组成员与 ICSID 仲裁员的比较: 国际法律领域的创造》, 第 14 页, 《厄纳提社会-法律丛书》(Oñati Socio-Legal Series) 第 1 卷第 4 册——《国际经济争端裁判的

私人执业的律师，其占比达到了 60%。大约三分之一的 ICSID 仲裁员是全职学者。国际公法领域的专家（包括一些私人执业的律师）占比约为 40%。具有政府背景的 ICSID 仲裁员较少，不过有些仲裁员曾在国内或国际司法机构担任过法官。¹²⁶为数很少的仲裁员曾担任投资条约谈判代表。ISDS 对于商事仲裁员的倚重程度近来也成为了媒体热议的主题。¹²⁷

似乎有超过 50%的 ISDS 仲裁员曾在其他 ISDS 案件中担任过投资者的法律顾问，而据估计有大约 10%的 ISDS 仲裁员曾在其他案件中给国家担任过法律顾问。¹²⁸不过，似乎还没有政府 ISDS 辩护律师（比如曾作为某个国家庞大国内诉讼部门的一员在 ISDS 案件中为该国进行辩护的人）曾在涉及其他国家的案件中被指定为仲裁员。似乎也没有任何政府投资条约谈判代表成为仲裁员。这种实际上将政府的投资法专家排除在仲裁员群体之外的做法可能会加剧一种明显的趋势，那就是 ISDS 仲裁员更多地其他案件中担任投资者的法律顾问而非国家的法律顾问。¹²⁹这也可能是造成 ISDS 仲裁庭在公法领域专业知识很有限的因素之一。

ICSID 投资仲裁员大多数来自欧洲和北美，大约有 75%来自 OECD 成员国。¹³⁰在 ICSID 案件中，仲裁员的地域来源与被告国的地理分布形成了鲜明的对照。¹³¹实证研究曾试图评估来自发展中国家的仲裁员是否会倾向于在涉及管辖权或责任的事项上做出有利于国家的裁定。¹³²投资仲裁员的性别不平衡也很惊人：95%的 ICSID 仲裁员是男性。¹³³正如一位 ICSID 代表在 2012 年 3 月的

社会-法律问题》；C. Rogers, 《国际仲裁员职业》，《美利坚大学国际法》第 20 期第 957、958 页（2005）。

¹²⁶ M. Waibel 与 Y. Wu (2010), 《仲裁员有政治性吗?》，美国国际法学会 (ASIL) 研究论坛, 加州大学洛杉矶分校 (2011 年 11 月 5 日); 还可参见 J. A. Fontoura Costa, 《WTO 专家组成员与 ICSID 仲裁员的比较: 国际法律领域的创造》，《厄纳提社会-法律丛书》(Onati Socio-Legal Series) 第 1 卷第 4 册——《国际经济争端裁判的社会-法律问题》;

¹²⁷ 参见《投资者-东道国仲裁: 我等着你来》，《经济学人》(2012 年 2 月 18 日) (阿根廷关于 ICSID 对商界过于友好的抱怨是有“一些依据”的; ISDS 处理的问题与商事仲裁处理的合同问题有着显著的差异, 但是 ISDS 仲裁庭的成员却经常是商事仲裁员)。

¹²⁸ Waibel 与 Wu, 第 28 页 (“大多数投资仲裁员也在其他案件中担任投资者的法律顾问”); Michael Waibel 所发的电子邮件, 在秘书处存档 (根据从一个投资仲裁员数据库中获得的原始数据, 对还在其他案件中给国家担任法律顾问的投资仲裁员比例进行了估计)。

¹²⁹ 与之形成对比的是, WTO 的 DSU (第 8 条) 要求专家组由“具备优秀资格的政府和/或非政府人员”组成。

¹³⁰ Susan D. Franck, 《投资条约仲裁的发展和结果》，《哈佛国际法期刊》第 50 期第 43、78 页 (2009)。最新的《ICSID 案件数量统计》表明被指定的仲裁员中大约有 70%来自西欧和北美 (包括墨西哥), 佐证了这些结论。《ICSID 案件数量统计》(2011 年第 2 期)。

¹³¹ 最近对 1972 年至 2011 年间 361 个指定了仲裁庭的 ICSID 案件进行的一项研究发现, 大约有 85%的争端发生在来自发达国家的投资者与属于发展中国家的东道国之间。大约有 10%的案件当事双方是来自发展中国家的投资者和属于发展中国家的东道国。Waibel 与 Wu, 第 23、27 页。这种性质的分析在某种程度上取决于相关定义。上述研究将截至 1995 年已加入 OECD 的所有成员国视为“发达国家”, 而将所有其他国家视为“发展中国家”。如果进行不同的或更精确的定义, 或者将非 ICSID 案件也包括进来, 那么可能会得出不同的结果。

¹³² Susan D. Franck, 《投资条约仲裁的发展和结果》，《哈佛国际法期刊》第 50 期第 43 页 (2009) (发现不存在具有统计学意义的影响); Waibel 与 Wu, 第 34 页 (对 ICSID 案件数据集的初步分析表明: 对于司法裁定可能有着具有统计学意义的影响)。正如 Waibel 与 Wu 所述, 来自发展中国家的大多数仲裁员曾在发达国家受过教育。

¹³³ Waibel 与 Wu, 第 27 页。与此形成对比的是, WTO 上诉机构的现任七名成员中有三名是女性。

FOI 圆桌会议上所述，ICSID 正努力在确保被指定之仲裁员具有最高资质的同时解决 ISDS 仲裁员群体中存在的上述不平衡问题。¹³⁴各国可在这方面做出极为重要的贡献，它们可以确保推荐进入 ICSID 仲裁员名册（在有些案件中，ICSID 必须从该名单中选择仲裁员）的四名候选人都具备很高的资质并且可在任期届满后续任。¹³⁵

有些学者建议关于投资仲裁员的问题焦点不应只放在个人身上，也应该放在被频繁指定并且正逐渐形成一个群体的仲裁员身上，这个群体可能会塑造更广大仲裁界的风格和习惯。¹³⁶ICSID 允许当事方在很少受到限制的情况下选择仲裁员，但是令人吃惊的是在大量的 ICSID 案件样本中，区区 12 名仲裁员参与了（通常案件的三名仲裁员中占有一至两席）60%的案件（263 个仲裁庭中有 158 个）。¹³⁷经常担任仲裁员的人还可能在其他案件中担任法律顾问或法律问题专家。

2. 关于当事方指定仲裁员的争论

仲裁员与他们的多种身份（仲裁员、法律顾问和专家）重复交互的现象已经引发了一些关切，这些关切也成为了最近几年人们激烈争论的话题。¹³⁸许多仲裁领域的资深从业人员最近对当事方指定的仲裁员提出了质疑。大多数批评者认为这些关切可能主要是感知风险（perceived risks）而非实际的问题，不过，人们普遍认为权力的滥用是难以察觉的。这些关切包括：

- 一种感知风险：（仲裁员之间或者仲裁员与法律顾问之间）“互开方便之门”可能会使得案件的裁决不是基于是非曲直而是基于其他考虑。¹³⁹正如 Jan Paulsson 提到的那样，“在心怀恶意的老手操作下”，一个“可能只不过是暗示‘如果我是仲裁庭主席而你是共同仲裁员时我将给你想要的结果；下次我们的身份调换之后我就指望你了’”的提议可能“导

¹³⁴ 如欲了解详情，参见下文附件 5.4 中关于 ISDS 仲裁员群体特征以及提高性别和地域平衡性所做努力的内容。

¹³⁵ ICSID 有一份仲裁员名册并将其公布在网站上，名单中包括各国任命的仲裁员。当前的名册中有一些由国家提名的仲裁员已任期届满。

¹³⁶ 参见 Fontoura Costa，第 18-20 页。

¹³⁷ 同上，第 11 页。

¹³⁸ 比较 Alexis Mourre，《单边指定是否有理？论 Jan Paulsson 之〈国际仲裁中的道德风险〉》，Kluwer 仲裁博客（2010 年 10 月 5 日）（“如果当事方真的希望提高自己获胜的机会，那么他们就应该指定有经验的、公正的仲裁员，而不应该选择超级拥护自己的仲裁员，这应该是底线。”）与 Hans Smit，《当事方指定仲裁员是一种有害制度》，哥伦比亚大学韦尔可持续国际投资研究中心关于局部地区外国直接投资的观点，第 33 期，（2010 年 12 月 14 日）（“尽管 Alexis Mourre 辩称当事方指定的仲裁员是因为其公正的名声而当选，但是我并不赞同。我相信律师会认为其维护客户利益的职责要比对于制度的关切更重要。”）。还可参见 Martin Hunter，《国际仲裁员的道德》，《仲裁》第 53 期第 219、223 页（1987）（“当我在仲裁中代表某个客户时，我真正希望的是当事方指定的仲裁员最大程度地倾向于我的客户，但是最小程度地表现出自己的偏见”）；Doak Bishop 与 Lucy Reed，《国际商事仲裁中面试、选择和提议回避当事方指定之仲裁员的实用指南》[将一般性有利倾向（对于是非曲直的考虑会压倒这种倾向）与实际的偏见（愿意在不顾是非曲直或者不对是非曲直做出仔细审查的情况下做出对指定自己之当事方有利的裁决）进行了区分；大多数当事方希望仲裁员能具有有利倾向但没有偏见]。

¹³⁹ 时任 ICJ 法官的 Thomas Buergenthal 批评了以下做法：法律顾问选择了一位仲裁员，等到下次这个仲裁员担任法律顾问的时候，他就选择之前的那位法律顾问作为仲裁员；并且主张应该避免上诉做法以推进法治。参见 Thomas Buergenthal，《争端扩大、争端解决程序与对法治的尊重》，《国际仲裁》第 22 期第 495 页（2006）。

致一系列全体一致的裁决，让人根本看不出背后的恶意。如果不进行单边指定，那么上述做法（以及对这种做法的恐惧）就会消失。”¹⁴⁰

- 当事方指定仲裁员的做法据称会鼓励达成有害的妥协，因为首席仲裁员会试图让所有仲裁员做出一致裁决，这样的裁决看起来更为合法，而且也会提高首席仲裁员作为仲裁员的声誉。¹⁴¹
- 产生偏见的风险。另外一种批评意见认为当事方指定的仲裁员中有很多实际上并不能做到大多数现代仲裁规则中要求的中立。¹⁴²比如，批评者指出几乎所有（超过 95%）的反对意见都是由败诉当事方指定的仲裁员所写。¹⁴³对仲裁员进行的一项实证研究表明有两类经常被当事方指定的仲裁员——一类仲裁员多次被投资者指定，而另一类多次被国家指定——分别做出有利于投资者和有利于国家的裁决的可能性大得多。¹⁴⁴不过，正如 Paulsson 所言，这些数据并不构成证明当事方指定之仲裁员存在偏袒的决定性证据；当事方可能是正确地选择出了更同情己方的仲裁员。¹⁴⁵
- 批评者称，当事方指定的仲裁员在仲裁中有不当行为的可能性更大。¹⁴⁶

其他的仲裁专家（比如 Alexis Mourre）却驳斥了这些对当事方指定仲裁员制度的批评。¹⁴⁷他们强调说，当事方能够选择仲裁员是很重要的，因为这是吸引当事方进行仲裁的核心原因之一。每个仲裁庭都是当事方为了解决特定争端而选择的，这样可以让当事双方确信仲裁庭成员都是无偏见的而且都是国际投资法领域的专家。对仲裁员进行选择的市场可以有力地维持和提高仲裁标准。¹⁴⁸他们进一步表示绝大多数当事方指定的仲裁员都能按照规定保持中立，当事方指定之仲裁员的不当行为也很少见。当事方选择仲裁员制度的替代方案（尤其是由机构选择仲裁员）在一些案件里被批

¹⁴⁰ Jan Paulsson, 《道德风险》，第 12-13 页（原文有着重号）。

¹⁴¹ 参见 Smit（“仲裁庭主席通常欢迎妥协，这样有助于增长其让仲裁庭做出一致裁决的声望，从而增加其今后被指定为仲裁员的可能性”）。鲍尔森指出这将导致若干负面的结果，包括：（i）降低了仲裁员出于道理和真诚而做出裁决的可能性，因此降低了裁决的合法性；（ii）伤害了一个百分之百正确并且可能会得到客观决策人充分支持的当事方；以及（iii）纵容了一个没有理由减轻自己的债务却知道仲裁庭会放过自己的不道德当事方。Jan Paulsson, 《道德风险》，第 12 页。批评者还认为由当事方指定仲裁员会减少甚至消除仲裁庭成员之间意见的自由交换。

¹⁴² 参见 Smit [“在国际仲裁中，人们期望当事方指定的仲裁员客观且公正。我相信事实是：许多（即便不是大多数）当事方指定的仲裁员会在一个期望他们客观行事的体系中出于个人动机而成为指定自己之当事方的拥护者。”]

¹⁴³ 参见 Paulsson, 《道德风险》，第 8 页（引用了有关研究）。

¹⁴⁴ 参见 Waibel 与 Wu, 第 16 页（发现多次被投资者指定过的仲裁员更有可能认为仲裁庭有管辖权而且国家应承担责任，相反，多次被国家指定过的仲裁员不大可能认为仲裁庭有管辖权而且国家应承担责任；与在特定案件中被指定为仲裁员的事实相比，过去的指定记录具有更大的统计学影响）。

¹⁴⁵ 最近对 ISDS 仲裁员进行的一项实证调查表明事实确实如此。Waibel 与 Wu, 第 38 页。

¹⁴⁶ 与 ISDS 有关的案例似乎很少见，不过这样的情况也很难察觉。评论者认为有两个 ISDS 案件涉及当事方指定之仲裁员的不当行为。参见 Paulsson, 《道德风险》，第 5-8 页。

¹⁴⁷ 参见 Alexis Mourre, 《单边指定是否有理？论 Jan Paulsson 之〈国际仲裁中的道德风险〉》，Kluwer 仲裁博客（2010 年 10 月 5 日）。

¹⁴⁸ William Park 称这种市场规则使得仲裁与其他争端化解机制相比具有独特的优势。参见 William W. Park, 《仲裁员的廉正：短暂和永恒》，《圣地亚哥法律评论》第 4 期第 629、644 页（2009）。

评者认为是更差的方案。¹⁴⁹有些专家虽然对商事仲裁中由当事方指定仲裁员的做法进行了辩护，却发现同样的批评意见在 ISDS 中更为中肯适用。¹⁵⁰

3. 对仲裁员的激励

正如上文关于成本的章节所述，仲裁员和仲裁案件的法律顾问收费都非常高。有人曾提出由仲裁员来决定自己对于 ISDS 争端是否有管辖权会产生结构性的利益冲突，因为仲裁员实际上是在决定他们是否将在所涉案件中承担更大量的工作（并得到报酬）。¹⁵¹除了案件产生的经济影响以外，扩大管辖权的裁定也可能有助于在未来扩大 ISDS 仲裁业务的范围。¹⁵²

对仲裁员而言，另外一个可能的经济激励就是在维持一个高获利 ISDS 行业中存在的更广泛的利害关系。比如，有人曾提出这种利害关系可能会有助于使 ISDS 结果的一致性达到可接受的程度，从而确保 ISDS 体系的继续存在（更多内容请参见下文的 II.H 章节）。出于在维持这一体系中的利害关系，仲裁员对于可能产生的道德问题可能会更加敏感。而一些对 ISDS 体系提出批评的人认为，由于只有投资者会提出诉求，所以维持体系的利害关系（以及仲裁员和仲裁机构之间为了获得投资者的业务所产生的竞争）会导致 ISDS 过分关注投资者的利益。

尽管可以分析出若干潜在的经济激励，但是却很难确定它们在实践中影响力。许多仲裁评论者认为，即便存在这些经济激励，仲裁员对于做出良好和公正裁决（以及对案件进行有效管理）的强烈关注还是会战胜经济激励。在有些案件中，仲裁圈内人与圈外观察者的看法似乎存在差异，后者对于现在的一些做法有更多批评意见却无法准确地认清实际问题的范围。不过，由于投资法本身

¹⁴⁹ 正如上文提到的那样，一些主要的商事仲裁机构[比如总部在巴黎的国际商会（ICC）以及总部在伦敦的伦敦国际仲裁院（LCIA）]现在都以由机构指定首席仲裁员作为其默认规则。LCIA 还进一步规定三人仲裁庭的成员都由机构选择。参见 http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration.aspx。而 ICC 的默认规则还是由当事双方选择共同仲裁员。正如上文所述，在 ISDS 中两套主要的规则都规定共同仲裁员由当事方选择。这两套规则还规定当事双方应就首席仲裁员的人选达成一致意见（ICSID 的规则是由双方约定，UNCITRAL 的规则是由共同仲裁员约定）。如果不进行选择或无法达成协议，则仲裁员指定机构将指定共同仲裁员或首席仲裁员。

¹⁵⁰ 参见 Giorgio Sacerdoti, 《当事方指定仲裁员是否是一种“有害的制度”？对 Hans Smit 教授的回答》，哥伦比亚大学韦尔可持续国际投资研究中心关于局部地区外国直接投资的观点（2011 年 4 月 15 日）[为商事仲裁中由当事方指定仲裁员的做法进行了辩护，但认为“至于投资仲裁，Smit 教授的观点（即影响到国家及其人民的仲裁裁决‘不应该由私人选择的仲裁员而应该由真正中立之机构选择的仲裁员做出’）更有道理。”]。

¹⁵¹ 类似的考虑可能适用于关于特定问题类别归属的裁决（即该问题属于管辖权问题还是是非曲直问题）；如果某个问题被归入与是非曲直有关的一类问题，则通常意味着必须在审理过整个案件（并且最终支付费用）之后才能对这个问题作出裁定。

另外一种可能的情况是，仲裁员通常更愿意将一些问题归入与是非曲直或证据可接受性有关的一类问题，而不愿将其归入关于管辖权的一类问题，这背后有更深层次的原因，那就是对裁决进行的审查通常不会涉及到前面那一类问题。因此，如果对关于是非曲直或证据可接受性的仲裁裁定提出反对，这些裁定更有可能在审查中得到支持。

¹⁵² NGO 最近试图让具体案件中经济激励对 ISDS 时间的影响得到更广泛的关注。参见 2012 年 2 月 8 日三个 NGO 致雪佛龙诉厄瓜多尔案三名 ISDS 仲裁员的信（要求披露关于仲裁员费用和开支的信息，包括仲裁庭在决定继续审理该案直至对是非曲直进行完成听审的情况下可能赚到的额外费用；并要求该案的审理对公众公开）。

就是以经济激励对行为的影响力作为基础的（人们通过投资条约降低风险来降低预期成本，从而鼓励投资），因此也需要考虑经济激励对于仲裁员可能产生的影响。

4. 仲裁员选择过程中的不平等信息或“信息不对称”问题

有些评论者提到了不同当事方在 ISDS 中选择仲裁员时存在不平等信息或“信息不对称”的问题。¹⁵³关于潜在仲裁员的信息被视为很有价值的商品，构成了律所以及仲裁机构的专有信息。这就导致了所谓仲裁员信息“灰色市场”的产生，而不同当事方对于这个市场经常享有不平等的准入权。举例来说，律所的高级合伙人通常可以比圈外人更容易、更全面地了解小道消息并与有经验的同行和特定的潜在仲裁员进行信息交流，在非公开案件中也可以这样做。

由于需要保持中立性，ICSID 和 PCA 等仲裁机构在纠正信息不对称方面能力有限。它们通常不能给信息不灵通的当事方提供信息，即便明知该当事方正在考虑将一个表现不佳的人指定为仲裁员或仲裁庭主席。有些人认为这些机构正是依赖其选择仲裁员（包括基于非公开信息进行选择）的能力才能竞争到仲裁业务。

正如上文提到的那样，关于仲裁员选择对于 ISDS 结果的影响这个问题，迄今为止只进行了有限的实证研究，而这些研究也主要侧重于整体的结果。不过，有研究发现律师在实践中常常就较窄范围的程序和实质问题寻求关于仲裁员态度的信息，这些信息可能非常重要。¹⁵⁴如果某个当事方需要对对方的某个关键证人提出反对，那么就需要知道潜在仲裁员对于律师询问和交叉质疑证人之适当范围的看法。另外如果还知道某个仲裁员对于条约或其中涉案的特定规定支持狭义还是广义的解释（包括在非公开案件中知道这种信息），则上述这些信息可能会给当事方带来巨大的好处。

信息不对称的问题既可能发生在当事方及其律师身上，也可能涉及到当事方指定的仲裁员：引起其他问题：如果当事方在指定仲裁员时选择不当，那么被选中的这名仲裁员在选择仲裁庭主席方面也会效果欠佳。

5. 对仲裁员的监管

国际仲裁员受到了不同规则和标准的监管，这些规则和标准散见于国际条约、国内法和仲裁规则之中。

在非 ICSID 仲裁中，仲裁员主要受到以下两方面的监管：（i）可适用的仲裁规则（如有）；以及（ii）仲裁地的国内法。因此，如果某个 UNCITRAL 案件的仲裁地是巴黎，那么对于仲裁员而言可适用的主要规则就是《UNCITRAL 规则》以及法国的仲裁法。

在实践中，非 ICSID 仲裁案件的仲裁员在选择可适用的国内仲裁法方面通常有着相当大的权力。只有有限数量的投资条约规定了 ISDS 诉求的仲裁地（在所有包含 ISDS 规定的条约中，这类条约占 12%）。这种不规定仲裁地的做法将决定权留给了仲裁员（除非争端的当事双方在争端发生后做出了其他约定）。¹⁵⁵

¹⁵³ 本节内容的主要依据是 Catherine Rogers 教授 2012 年 3 月 20 日在第 16 次 FOI 圆桌会议上的发言。

¹⁵⁴ 参见 Rogers，前面已引用。

¹⁵⁵ 正如在关于执行之章节（II.D.3）中讨论的那样，仲裁地的选择还决定了在仲裁地对裁决书进行审查时可适用的国内法。

ICSID 投资仲裁与非 ICSID 仲裁的区别就在于前者完全是“非国家性的”（“denationalized”）（裁决的执行除外）。为了与这种定位保持一致，ICSID 仲裁员的监管主要适用《ICSID 公约》和仲裁规则。仲裁地的国内法不适用于 ICSID 仲裁员。

一般来说，这些法律不提供关于仲裁员的详细规则。仲裁监管的局限性使得商事仲裁行业制定了一些补充性软法（soft law），比如 2004 年《国际律师协会（IBA）国际仲裁利益冲突指引》（《IBA 指引》）或者 2004 年修订的《美国仲裁协会（AAA）/美国律师协会（ABA）商事争议中仲裁员道德准则》。《IBA 指引》和《AAA/ABA 准则》主要针对商事争议而制定，但是起草者认为这两份文件与 ISDS 案件也有相关性，特别是《IBA 指引》——它经常在 ISDS 案件中被引用。一些评论者强调指出：现有的道德规则或标准不能解决人们与 ISDS 仲裁有关的一些主要关切。

与 ISDS 仲裁员监管有关的两个问题尤其引人关注：（i）确保公正性和独立性；以及（ii）避免因法律专业人士在仲裁中扮演多重角色（他们可在不同案件中担任仲裁员、法律顾问或专家）而可能引发的争论点冲突（issue conflict）。以下将依次讨论这些问题。¹⁵⁶

独立性和公正性。仲裁员的独立性和公正性对于正当程序以及投资条约仲裁的合法性而言至关重要，这一点已经得到了广泛公认。¹⁵⁷《ICSID 公约》、国内仲裁法和仲裁规则通常都要求仲裁员具有独立性。仲裁规则通常还要求仲裁员披露（在案件之初即披露并且持续披露）可能引发对其独立性之关切的事实。¹⁵⁸及时和彻底披露潜在的冲突已被公认为对于仲裁程序而言至关重要。¹⁵⁹披露使得当事方有机会对可能被指定的仲裁员提出回避要求，或者在知晓了被披露的情况后接受该仲裁员。不过，可适用的规则并没有详细描述哪些信息需要被披露。有些评论者对于仲裁员对披露享有的自由裁量权提出了批评。¹⁶⁰《IBA 指引》对于某些领域的具体事实情况提供了指引，但是对于争论点冲突这个重要的领域却语焉不详。

正如上文所述，人们意识中开始将仲裁员分为偏向于投资者或偏向于东道国的两类，并且仲裁员被同一类当事方（投资者或东道国）反复指定，这引发了商事仲裁中一般不会出现的一些问题。商事仲裁的规则或道德标准只涉及到仲裁员反复被同一家公司或律所指定的问题，却没有涉及到仲裁员反复被投资者当事方或东道国当事方指定的问题。

争论点冲突指某个仲裁员对于其裁判之案件中的某个争论点已经有了先入为主的观点或者存在利益冲突。在投资仲裁领域，因为相同或类似的法律文件（比如 BITS 和/或《ICSID 公约》）中会反复出现相同的法律争论点，所以投资仲裁中尤其容易出现争论点冲突。针对商事仲裁制定的法律和规则对于争论点冲突没有详细规定，因为这种冲突极少在商事仲裁中出现。

¹⁵⁶ 附件 5 小标题 4 中的内容对仲裁员监管进行了更全面的讨论。

¹⁵⁷ 参见 A. Sheppard, 《ICSID 仲裁中仲裁员的独立性》，载于 C. Binder 等主编的《21 世纪的国际投资法：纪念 Christoph Schreuer 的论文》（2009），第 131 页。

¹⁵⁸ ICSID 要求可能被指定的仲裁员声明其与当事方的关系（如有）以及“可能让某个当事方对其做出独立判决之可靠性提出质疑的任何其他情况”。《ICSID 规则》6(2)。《UNCITRAL 规则》要求仲裁员披露“很可能让人对于其公正性或独立性产生合理怀疑的任何情况”。第 11 条（添加了着重号）。这些规定旨在鼓励仲裁员在各个体系下不仅披露足以证明自己不适合担任某案仲裁员的事实，还披露其他的更多事实。

¹⁵⁹ 参见 Gary Born, 《国际商事仲裁》，第 1543 页（2009）。

¹⁶⁰ 参见 Rogers, 《监管国际仲裁员》，第 71-73 页。

之所以会出现争论点冲突，原因在于从事商事仲裁领域工作多年之后，许多 ISDS 仲裁员会同时在其他 ISDS 案件中担任当事方的法律顾问。因此，当某个仲裁员的利益涉及到其在另一个案件中担任法律顾问时遇到的同一个法律争论点，那么就会产生争论点冲突。国际法院的 Thomas Buergenthal 法官曾对一个人兼具仲裁员和法律顾问双重身份的做法提出过批评。他认为这种双重身份会引发正当程序的问题，因此应该予以消除，以确保仲裁员“不会有意或无意地试图做出有利于另外一个案件中聘用自己作为法律顾问之客户利益的仲裁裁决。”¹⁶¹

正如上文提到的那样，似乎有超过 50% 的 ISDS 仲裁员在其他的案件中担任投资者的法律顾问，而大约有 10% 的 ISDS 仲裁员在其他的案件中为国家行事。因此，如果 ISDS 仲裁员的“第二身份”更多地是担任投资者而非国家的法律顾问，那么争论点冲突只要存在，其影响就是仲裁员不大可能在国家与投资者之间保持中立。

目前，ISDS 中没有针对争论点冲突的明确规则。2004 年，ICSID 秘书处建议扩大 ICSID 的披露要求，将《UNCITRAL 仲裁规则》中的有关要求（包括披露可能产生“合理怀疑”的情况）纳入进来。¹⁶² 秘书处认为这一改变“可能尤其有助于解决人们认为仲裁员身上存在的争论点冲突问题”。秘书处进一步建议可比照 WTO 的做法制定仲裁员的行为守则。在最近的一个案件中，ICSID 前任副秘书长承认 ISDS 仲裁员同时担任法律顾问的做法被普遍认为是“无论其是否适当，它是目前的既成事实”。¹⁶³

6. 需要讨论的问题

23) *ISDS 体系吸引了一群法律精英人士担任仲裁员，但他们同时也担任法律顾问和专家。*

a) *ISDS 体系吸引了精通法律知识的专业人员参与进来，这是否有助于提高 ISDS 仲裁的质量？*

b) *您对于 ISDS 仲裁庭的能力和公正性是否基本满意？*

24) *有些资深仲裁专家批评 ISDS 案件中由当事方选择仲裁员的做法，而另外一些人则对这种批评进行了驳斥。您对这一争论的看法如何？*

25) *ISDS 体系似乎为仲裁员提供了若干经济激励。如果这些经济激励对 ISDS 体系有影响的话，那么有什么样的影响？道德规范以及对声誉的关注是否足以抵消这些经济激励？*

¹⁶¹ Thomas Buergenthal, 《争端扩大、争端解决程序与对法治的尊重》，《国际仲裁》第 22 期第 495 页（2006）；还可参见“国际争端化解领域的领军人物：与 Thomas Buergenthal 的对话”，《ASIL 国际法院和仲裁庭利益集团》（2012 年 2 月 8 日上传）（视频长度 39:40）（重申了仲裁中的争论点冲突会引起人们对于正当程序严重关切这一观点，并且对以下论断表示了怀疑：针对争论点冲突做出更严格的规定将会给寻找合格仲裁员造成困难）。

¹⁶² ICSID 秘书处，《对 ICSID 仲裁框架可能做出的改进》，讨论文件（2004 年 10 月 22 日）。《UNCITRAL 规则》第 11 条采用了“合理怀疑”标准，并要求披露“可能让人对于其公正性或独立性产生合理怀疑的任何情况”。一份 2009 年的文章对判例法进行了回顾，并指出：与 ICSID 程序的仲裁员相比，那些考虑以《UNCITRAL 规则》争论点冲突为由提出的反对意见的仲裁员更倾向于对反对意见予以支持。Sheppard, 第 149 页。

¹⁶³ Gallo 诉加拿大案 (Gallo v. Canada), 《关于对御用大律师 J. Christopher Thomas 先生提出之回避请求的决定》，第 29 节（2009 年 10 月 14 日）(NAFTA/UNCITRAL 案件, ICSID 秘书长在该案中进行仲裁员指定时适用了 UNCITRAL 中关于回避的标准)。

26) 在您看来, ISDS 案件的当事方在选择仲裁员时是否存在信息不平等的问题?

27) 您认为是否需要区分对 ISDS 仲裁员的道德要求以及对商事仲裁员的道德要求? ISDS 可能比商事仲裁更直接地牵涉到公共利益, 这是否意味着二者应适用不同的道德要求?

28) 正如本文件所述, ISDS 存在争论点冲突的风险(尤其因为仲裁员既担任仲裁员又担任法律顾问的“双重身份”)已经受到了批评。您对这个问题怎么看?

II. G. 法院和条约的选择

在国际投资法中, 法院的选择和条约的选择是投资者所做的两件分而不离的事情。本节对这两个术语进行了定义, 概述了影响在这两方面做出选择的因素。本节还探讨了投资条约的国家当事方对于法院和条约的选择应该考虑到的一些注意事项。

1. 法院的选择

一般来说, 法院的选择是争端当事方为了在自认最有利于己方利益的法院处理争端而做出的努力。当事方会根据各种各样的因素对于可能的法院进行比较: 可能的裁决人; 裁判程序的完整性; 在考虑案件的是非曲直时可适用的法律; 程序的透明度; 以及法院选择对于裁决落实和执行的影响¹⁶⁴。当事方还会考虑各法院同意受理案件的可能性。对法院做出的最初选择可能还会引发之后关于选择是否适当的长期争论。

国内法律体系似乎普遍试图限制或阻止法院的选择。关于管辖权和权限的法律规则通常试图采用中立的标准来决定适当的法院。具体到对于针对国家提出的诉求(无论是司法审查还是索要损害赔偿金), 权限规则可能已经很清楚地得到了界定。

下文分两个小标题对根据国际法选择诉讼法院所产生的问题进行了讨论。首先, 简要考察了一般国际法中法院的选择; 其次, 对国际投资法中选择法院的案例进行了更具体的分析。

a. 一般国际法中的法院选择

随着国际裁判机构越来越多, 它们处理的主题至少有部分重合(比如贸易、人权、投资), 这使得原告可以因同样的伤害而从不同的裁判庭寻求赔偿, 并且适用不同的法律。在国际法中, 法院选择被描述为一种新获得的“奢侈品¹⁶⁵”——“长期以来, 大多数案件根本没有可以受理的国际法庭, 更不用说有两个管辖权重叠的裁判庭可供选择了。随着国际裁判庭最近如雨后春笋般纷纷出现, 已经有充分的资料表明国际法正日益面临着如何管理众多管辖权重叠之法庭的问题。”¹⁶⁶

由于从众多国际裁判庭中选择法院尚属新现象, 因此这个问题迄今为止受到的关注还很有限。一些因素也可能减轻人们对于国际案件法院选择的担心:

¹⁶⁴ 如欲了解关于法院选择决定的更多情况, 可参见 Christopher Whytock, 《不断演进的法院选择体系》, 《康奈尔法律评论》第 96 期第 481、485-490 页 (2011)。

¹⁶⁵ 本段及下面几段部分内容引自 Joost Pauwelyn 和 Luiz Eduardo Salles, 《在国际裁判庭中进行选择: (真正的) 关切和 (不) 可能的解决方案》, 《康奈尔国际法期刊》第 42 期第 79-85 页 (2009)。

¹⁶⁶ 同上, 第 79-80 页。还可参见 Yuval Shany, 《国际法庭和仲裁庭的管辖权之争》(2003)。

- 国际裁判庭工作的开展通常遵循当事方同意原则（与国内法相反，国内法院通常根据宪法或成文法授予的权力进行审判），这就意味着如果国家希望对法院的选择加以控制，它可以通过变更其同意接受仲裁的条件或者变更法院规则实现目的。
- 国际案件的不同法院可能会根据不同的规则体系（比如关于人权、贸易或投资的规则体系）来考虑同样的事实情况。如果我们的目标（至少是中期目标）不是为了推动具有重叠管辖权之国际裁判庭的合并以及让它们的规则体系成为一套完全统一的国际法规则，那么各国可以满足于以下现状：多个裁判庭根据它们自己独特的规则体系审理案件，并且根据自己适用的补救类型做出裁决。
- 国际争端（与国内争端相比）数量不多，这就意味着在国际裁判庭中选择法院的资源成本（resource cost）可能不会（尚未）高到足以使之成为公共政策中的一个优先事项。
- “[国际裁判庭]之间健康的竞争还可以提高裁决的质量以及程序的便利性。”¹⁶⁷

然而有一点很明显，在国际裁判庭对于类似的案件拥有重叠管辖权的领域，它们裁决可能不一致或明显不一致。正如本文件 II. H. 章节所讨论的那样，这可能会产生合法性的问题并增加法律成本和不确定性。

b. 投资者-东道国争端中的法院选择

从最广义的角度而言，投资法中法院的选择似乎可以分为三类。首先，在国际仲裁层面，投资条约经常明确规定投资者有权选择不止一个法院和/或规则。¹⁶⁸因此，许多投资条约允许投资者选择 ICSID 仲裁或 UNCITRAL 仲裁，有些还提供了更多选择。其次，根据一般性国际法的规定，投资者可以根据为财产权提供保护的条约（比如 ECHR）而不根据投资条约提出诉求，或者可以同时根据两种条约提出诉求。再次，投资者经常还可以选择是在东道国的国内法院还是在国际仲裁庭（或其他国际法院）提起诉讼。许多投资条约包含有在国际和国内法院之间进行协调的规定。尽管我们承认法院选择的三种类型都很重要，但是本节将仅讨论法院选择的第一种类型——投资者从多个国际仲裁法院中进行选择。

许多投资条约允许投资者选择法院。其中就包括 ICSID（它是根据既定的一套规则和治理结构对仲裁案件进行管理的中心，因此既是一个法院也是一套规则）和《UNCITRAL 规则》（它是一套规则，但并非管理仲裁案件的法院）。根据 OECD 的统计调查结果，略多于 56% 的包含投资者-东道国仲裁规定的双边投资条约允许投资者选择仲裁法院，而且这一比例同过去相比有所上升。

投资者在这方面选择所造成的后果取决于若干因素。首先，是投资条约在多大程度上对于如何处理 ISDS 制定了规则：如果条约中对于程序制定了更为明确的规则，那么就会限制法院选择造成的后果。举例来说，如果条约对于根据条约进行之所有 ISDS 程序的透明度做出了规定，那么投资者选择法院的权力就不会影响到透明度的问题。与此相反，如果条约没有相关规定，那么投资者在 ICSID 和 UNCITRAL 两者间做出的选择将会在很大程度上影响到程序的透明度。相似地，投资条约可能规定了成本分配的规则，那么这些规则就将适用于与条约有关的所有案件。如果条约没有相关规定，那么投资者在 ICSID 和 UNCITRAL 两者间做出的选择将会在很大程度上影响到成本分配规

¹⁶⁷ Pauwelyn 和 Salles, 前面已引用, 第 80 页。

¹⁶⁸ 为了方便起见, 我们使用“法院”这个词泛指不同的仲裁规则或仲裁管理机构。

则。¹⁶⁹ 总体而言，OECD 对条约进行的调查表明大多数投资条约中直接涉及 ISDS 监管的规定很有限。这就意味着法院选择条款很可能会使投资者在很多问题上有着更大的影响力。

在确定法院选择权的后果时，另外一个考虑因素就是不同仲裁规则和机构之间的差异程度。有人提出这些规则和机构在逐渐趋同。不过，还是存在一些差异化的力量，比如不同机构可能会采取不同的策略进行竞争，以便吸引投资者到本机构这里来处理案件。针对这一领域，可进行更详细的研究。

尽管对条约进行的调查表明双边投资条约关于法院选择的明确规定越来越常见，而且供选择的法院平均数量也在增加，但是各国政府似乎很少就其制定这些条款的目的展开讨论。似乎极少提到允许投资者选择法院的好处和成本以及国内法律政策和投资条约政策在法院选择方面的差异。尽管有些国家可能希望有这样关于法院选择的条款以便为外国投资者提供最大限度的保护，但是人们最近对于如何确保国内投资者与外国投资者之间平等竞争环境表达出来的关切可能需要各国提供额外的或不同的政策理由。¹⁷⁰

法院选择条款可能构成对投资者的重要保护；法院选择条款可保护投资者免遭国家或国家集团“俘虏”某个特定法院的风险。不过，这些条款也可能会增加 ISDS 改革的复杂程度——如果法院之间必须通过积极竞争来吸引投资者的案件，那么它们实施改革（至少是不太吸引投资者的改革举措）的能力就会收到束缚。

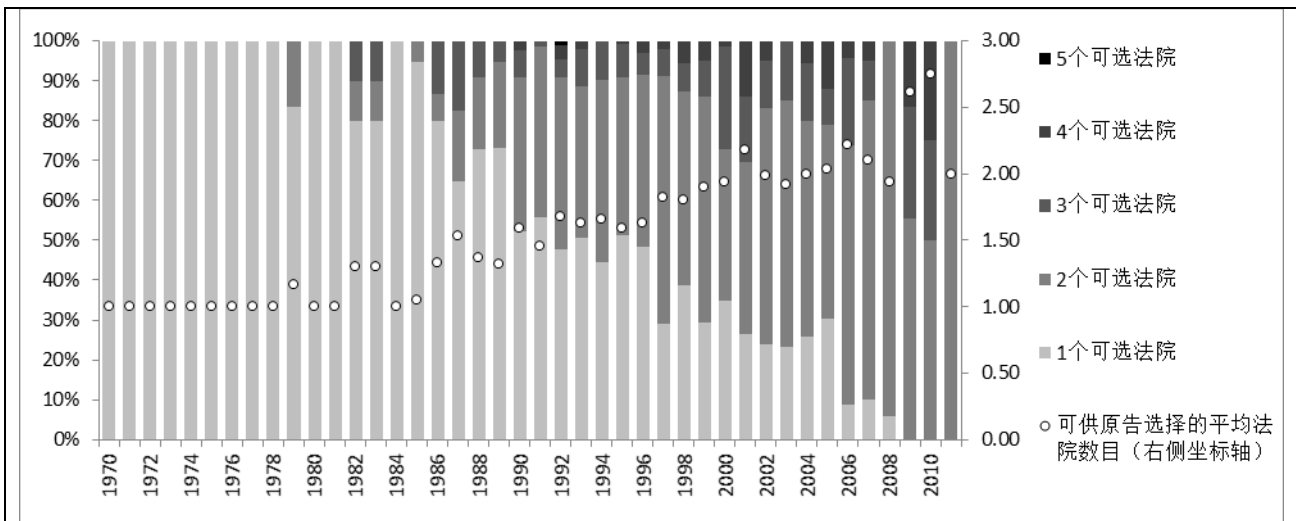
专栏 3. 条约中对于仲裁法院/规则选择的规定

OECD 的调查表明许多双边投资条约允许投资者从不同的法院中进行选择。到目前为止，ICSID 以及根据《UNCITRAL 规则》成立的特设裁判庭是 ISDS 中最经常被提及的法院（在包含 ISDS 条款的条约样本中分别占 90%和 61%）。国际商会排第三，但与前两者的距离甚远（12%）。其他提及频率较低的法院包括条约所涉及的特设裁判庭、斯德哥尔摩商会仲裁院，以及国际商事仲裁开罗区域中心、波哥大商会和解与仲裁中心、吉隆坡区域仲裁中心、非洲工商业法规一体化组织（OHADA）的司法与仲裁共同法院、常设仲裁法院以及奥地利联邦商会国际仲裁中心。

调查表明，在可供投资者选择的法院数量方面，不同的条约之间差别很大。样本中有 43%的条约仅允许使用一个法院，其他条约允许投资者从不止一个（最多达到五个）裁判庭中进行选择。双边条约提到的争端解决仲裁法院数目平均为 1.7 个，而且近年来的趋势是提供更多的选项（2009 年订立之条约平均提供了 2.7 个可选法院，2010 年达到了 2.8 个）。

¹⁶⁹ 参见上文 II.B.2 章节。

¹⁷⁰ 法院的选择可以鼓励不同法院之间进行竞争，以更低的成本提供更优的服务；不过值得注意的是，ISDS 成本中只有 2%与法院的行政管理成本有关。参见上文 II.B 章节。



最后，绝大多数提供多个裁判庭选项的条约样本允许投资者从中进行选择。¹⁷¹其他条约规定须由争端当事双方就仲裁庭达成协议，并规定了一个在未达成一致时的默认选择。¹⁷²

2. 条约的选择

在国际投资法中，条约选择在以下情况下发生：投资者为了符合特定投资条约的保护资格而做出相关的投资安排（通过成立公司或调整某些经营活动的方式）。通常的做法包括在目标条约的缔约国成立一个实体。举例来说，一个美国投资者可能希望让自己在津巴布韦的投资受到保护，不过美国却没有与津巴布韦签订过投资条约。那么通过安排将投资转道某个与津巴布韦签订过投资条约的国家（比如荷兰）的方式（比如在荷兰成立一家分公司），投资者就可以享受到《荷兰-津巴布韦 BIT》（1996）提供的保护。投资者这样做的目的实际上是尝试成为一个荷兰国民，从而有资格享受《荷兰-津巴布韦 BIT》（1996）提供的保护。由于一般情况下投资者在做出投资安排时并不知道（未来）争端的性质，因此他们可能试图以一种让投资可以享受到多种具有不同特色的条约之保护的方式做出投资安排，比如在不同的司法管辖区成立多个中间控股公司（intermediate holding companies）。¹⁷³

投资者可能出于不同的原因而选择条约，包括：（i）在无法获得其他保护的情况下试图获得条约的保护；（ii）试图获益于特定条约提供的特定实质性保护；或者（iii）试图获益于特定条

¹⁷¹ 参见《斯洛伐克-瑞士 BIT》（1990）第 9(2)条，其中规定：“如果在六个月内未能通过磋商解决争端，则争端应在投资者要求下提交至仲裁庭。”

¹⁷² 参见《英国-克罗地亚 BIT》（1997）第 8(2)条，其中规定：“如果争端被提交国际仲裁，争端所涉的国民或公司以及缔约方可约定将争端提交至：（a）解决投资争端国际中心[……]；或者（b）国际商会仲裁院；或者（c）通过特别协议指定的或根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》设立的一名国际仲裁员或特设仲裁庭。如果在关于诉求的书面通知发出后三个月内无法就上述替代性程序之一达成一致，则争端应该在争端所涉的国民或公司提出书面要求下按照当时有效的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》提交仲裁。当事方可就修改这些规则达成书面协议。”

¹⁷³ 对于如何在做出投资安排时进行投资条约的选择，律所会对的客户提供建议。参见 N. Blackaby 与 S. Noury, 《拉丁美洲的国际仲裁》，《拉丁律师评论》（2006）（“做出投资安排以获得投资条约的保护”章节）。上文所举的例子引自 Roos van Os 与 Roeline Knottnerus, 《荷兰双边投资条约：跨国公司通过“条约选择”获得投资保护的途径》，跨国公司研究中心（SOMO），阿姆斯特丹（2011 年 10 月）。

约中某些程序性或其他方面的争端解决规定。因此，条约选择可能在 ISDS 中和实体投资法中都引起问题。

如果对投资者主张 BIT 保护的规则做出较为自由的解释，那么将会促使人们进行条约选择。确定投资条约的选择范围是一项困难的工作，部分原因在于条约和判例法还需要澄清许多相关的概念。影响到条约选择范围的主要问题如下，其中包括一些在 ISDS 案件最容易引起争议的问题：

- 投资条约对于投资者这个概念的定义，尤其是对于法人国籍的处理，以及仲裁庭对于前述问题的解释；¹⁷⁴
- 对《ICSID 公约》中关于投资者国籍之规定的解释；¹⁷⁵
- 投资条约对于所涵盖之投资的定义，以及对于《ICSID 公约》第 25 条中提到之投资的解释；
- 尤其是，一家公司的股东（包括间接股东）在多大程度上可以基于该公司遭受的伤害提出诉求；
- 为了使壳公司不能享受到条约提供的保护等目的而在条约中有拒绝提供福利的条款或类似条款；
- 可能的东道国之司法管辖区关于公司注册的规则。

在广泛的判例法中，除了涉及到上述许多问题以外，还开始涉及到与条约选择有关的其他领域：（i）裁判庭曾有几回考虑了涉及东道国及由东道国国民所控制之实体的争端¹⁷⁶；以及（ii）

¹⁷⁴ 一份 2008 年的 OECD 工作文件记录了不同条约中关于法人国籍确定标准的文字，而这一标准是确定条约选择范围的一个关键性决定因素。该文件称：“在确定法人的国籍时，双边投资条约基本上依赖于以下因素：i) 根据该国有效法律确定的成立地；ii) 注册地或者注册办公室所在地；iii) 总部所在国，即行政管理机构所在地；以及 iv) 控制国（较少用）¹⁷⁴。”对条约进行的另外一项调查表明，1995 年至 2006 年订立之 BIT 在确定法人国籍时最常依据的因素是注册地或成立地。参见 Katia Yannaca Small 与 Lahra Liberti, “国际投资协定中投资者和投资的定义”第二节，载于《国际投资法：概念理解和创新轨迹》，第 18-19 页。

涉及到声称原告事实上并不具有另外一个缔约方的国籍的案例包括 *Aguas del Tunari 诉玻利维亚案* (*Aguas del Tunari v. Bolivia*)，ICSID，《关于管辖权的裁定》（2005）；*ADC 诉匈牙利案* (*ADC v. Hungary*)，ICSID，《最终裁决书》（2006）；*萨鲁卡有限公司诉捷克共和国案* (*Saluka B.V. v. Czech Republic*)，UNCITRAL，《部分裁决书》（2006）。还可参见 Antoine Martin, 《国际投资争端、国籍和公司面纱：从托基沃斯·托克勒斯 (Tokios Tokelès) 案和阿根廷 TSA 光谱公司 (TSA Spectrum de Argentina) 案获得的一些启示》，载于《跨国争端管理》第 8 卷第 1 期（2011 年 2 月）。

¹⁷⁵ 《ICSID 公约》第 25 条限制了中心对于缔约国与另一缔约国“国民”之间因投资所产生之法律争端的管辖权。该条规定国籍标准由缔约国当事方确立 [25.2. (a) 条]。该条还涉及到被外国拥有和控制之法人问题，并规定只有在国家当事方同意的情况下方可将这些法人视为外国公司 [25.2(b) 条]。根据 OECD 对 ISDS 条约规定的调查，在 1,700 份条约样本中，有 301 份包含符合 25.2(b) 条规定的约定。《UNCITRAL 规则》对于法人的国籍没有做出同样的规定，也不包括关于管辖权的规则。

¹⁷⁶ 关于这个问题，参见 Antoine Martin, 前面已引用，第 2 页；还可参见 *罗马尼亚石油公司诉罗马尼亚案* (*Rompetrol v. Romania*)，ICSID，《关于管辖权的裁定》（2008）。

至少在两个最近的案件中，由于据称投资者在争端发生后对投资进行了调整以获得条约的保护，裁判庭谈到了条约选择的时间问题。¹⁷⁷

条约选择引发了若干政策问题。一般来说，企业经常会对自身的事务做出安排以便从对其有利的法律中获益。如果条约的选择范围大，投资者就有着广泛的资格享受国家投资条约保护，这一点是很明显的。如果国家认为在这方面做出承诺将提升投资者的信心并使得投资政策更有序有效，那么它就会乐于放宽对投资者的资格限制，让自己的国民和第三方投资者都能够享受保护。如果国家不同意这种观点或者因为其他原因希望限制外国人享受保护的资格，那么它可能会从不同的角度看待条约选择。最终，国家在投资条约选择方面做出的决定与其签订投资条约的根本目的紧密相关，并且也取决于它的以下判断：条约选择究竟会妨碍还是促进这些目的的实现。

除了这一非常宽泛的政策问题以外，国家当事方在条约选择方面还有一些更为具体的关切：

- **法律不确定性。** 条约选择可能会使得投资条约的国家当事方难以确定其在这些条约项下所承担之义务的准确范围。这倾向于增加国家在面对这些条约时的法律不确定性。
- **对互惠利益和负担的影响。** 在有些情况下，国家可能希望限制来自双边条约伙伴国家之投资者享有的权利并建立一种互惠关系。如果来自非条约缔约国（第三国）的投资者可以从条约中“沾光”，那么这种互惠的意义就值得质疑了。第三国的投资者可以享受到投资条约的好处，但是其政府却不用遵守投资条约的规定并承担可能产生的责任。这样一来，条约选择可能会破坏国家进行投资条约谈判的积极性。
- **对国内外投资者公平竞争环境的影响。** 正如上文提到的那样，在有些 ISDS 案件中，有些国内投资者试图通过条约选择来获得投资条约规定的仲裁（而不是局限于其国内法和法院）。这些努力就引发了这样一个问题：国内投资者和国际投资者相比是否有着同样公平的竞争环境。
- **条约竞争。** 因条约选择而导致的竞争可能会改变条约谈判中需考虑的问题。如果投资条约的实体性和程序性规定对于投资者有吸引力，并且其国内法律语境使得第三国的投资者容易获得条约保护资格，那么它就是一个“有竞争力的”投资条约。这样一个条约事实上成为了一个涵盖了不定数量之其他国家的条约。另一方面，没有竞争力的条约就不会被投资者用来获得投资保护。当事方是否看重一个条约首先取决于当事方希望从条约中获得什么好处，其次取决于该条约实际上是否能够带来预期的好处。这样一来，条约的谈判代表可能就要考虑他们签订的条约有多大的“竞争力”（也就是说，条约用语中要加上诸如公司注册规则之类的其他规定）。

3. 需要讨论的问题

29) 许多国家似乎赞成允许投资者在不同的法院中进行选择。与此同时，大多数国家的国内法律制度对法院选择的容忍度则相对较低。是什么原因造成了这两种不同的态度？

¹⁷⁷ 参见尤科斯环球有限公司（英属曼岛）诉俄罗斯案 [Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. Russia], UNCITRAL, 《关于管辖权和证据可接受性的临时裁决书》（2009）；菲利普·莫里斯亚洲有限公司诉澳大利亚案 (Philip Morris Asia Ltd. v. Australia), UNCITRAL, 《澳大利亚对于仲裁通知的回复》（2012年12月21日）。还可参见 Paul M. Blyschak, 《尤科斯环球诉俄罗斯案：壳公司与国际能源争端中的条约选择》，《里士满全球法律与商业期刊》第10期第179页。

- 30) 如果您的国家赞成允许投资者在不同的仲裁法院中进行选择，贵国政府是否曾公开向议会或其他方面说明过这样做的政策理由？
- 31) 适用于不同仲裁法院的规则（比如关于透明度和裁决审查的规则）之间存在着差异，您如何看待法院选择与此等差异之间的关系？不同法院（比如 ICSID、UNCITRAL）在规则和程序方面的多样性是否满足了投资条约所代表之各个团体的需要？
- 32) 国内投资者曾尝试（并成功）获得了根据本国投资条约得到保护的资格，这一事实是否引发关切？为什么有些国家会不希望本国投资者享受到它们提供给外国投资者的好处？
- 33) 为什么有些国家会不希望第三方投资者享受到它们提供给条约合作方投资者的好处？
- 34) 条约选择在贵国是否是个主要问题？如果答案是肯定的，那么原因何在？

II. H. ISDS 裁决的一致性

广义而言，一致性问题就是指审判机构在其接连审理的案件中是否以相同或相似的方法处理相同或相似的法律或事实问题。近年来，ISDS 被指存在不一致性并引发了一场争论，争论涉及：不一致性是否存在，这种不一致性是否成为了一个问题，以及应该如何处理不一致性。

在 OECD，2002-2005 年期间也出现了关切，并且认真考虑过建立一种上诉机制以解决一致性问题的可能性。¹⁷⁸ 在 2011 年 3 月召开的一次法律专家会议上，与会者也讨论了 ISDS 一致性问题的方方面面。人们在对 ISDS 的一致性进行评估方面进行了尝试，这些尝试引发了一些复杂的问题，而本章节将对这些问题进行初步的分析。

本节首先介绍一致性的好处以及一致性与争端化解结果其他重要特征之间的互动关系。接着将讨论一致性问题的分类并指出 ISDS 中存在一致性问题的几个关键领域。最后探讨对一致性进行评估所面临的挑战（既在广义上探讨，也针对 ISDS 进行具体探讨）。

1. 一致性可以提高可靠性、可预测性和合法性，并且可以降低争端解决的成本和频率

关于贸易和投资之国际规则的主要目的之一就是满足贸易商和投资者对于可靠性和可预测性的需要。如果争端解决能够体现出对规则的一致性解释，那么就有助于满足这种需要。举例来说，WTO 的《争端解决谅解》和上诉机构就明确承认了 WTO 争端解决体系以及案件审理的一致性结果对于强化这种可靠性和可预测性的作用。¹⁷⁹

达到合理程度的一致性对于争端化解体系的合法性以及人们对于其公平性的认识也很重要。如果类似的案件未采用类似的方式处理，那么公众对于该体系的信心就会削弱。如果人们怀疑不一致性是因不同的当事方、国家和背景情况造成而并非随机出现，这种怀疑尤其将破坏该体系的合法性。

¹⁷⁸ 参见 Katia Yannaca-Small, 《投资者-东道国争端解决机制的改进：综述》，《国际投资视角》。查阅网址：www.oecd/daf/investment。

¹⁷⁹ 参见 WTO 的 DSU 第 3(2)条（“WTO 的争端解决体系是为多边贸易体系提供可靠性和可预测性的核心要素”）；WTO 上诉机构报告，《美国——对来自墨西哥之不锈钢的最终反倾销措施》，¶ 162, WT/DS344/AB/R（2008 年 4 月 30 日）。

除了投资者和普通公众以外，国家也特别关注对于投资法解释的一致性。作为一个集体而言，国家是争端解决体系的主要使用者，因为它们在每个案件中都是诉讼当事方。随着诉求数量的快速增长，国家越来越多地作为可能的被告而受到其争端解决规则的约束，因此它们在制定政策时需要考虑到这种情况。2011年3月的FOI圆桌会议围绕着绿色增长政策讨论了政府为使投资法得到遵从而采取的措施¹⁸⁰，如果规则不一致，那么对遵从措施进行事前审查就更为困难。不一致的裁定可能还会迫使国家对大量条约进行重新谈判，以便减少法律不确定性。

一致性还可以提高争端当事方和潜在争端当事方解决争端的成本效率。如果有些问题尚未得到解决并且关于这些问题有不一致的裁决，那么案件的成本就会更高，因为律师和仲裁员都需要处理更多的问题、做更多的研究工作。法律不确定性越大，和解协商也就越困难。

2. 在一致性的好处与其他考虑事项之间进行权衡

尽管一致性是对裁判体系进行评估的一项重要参考值，但是我们必须认识到所有法律体系都有着许多长期以来都未解决的法律问题。而且，通过诉讼挑战既有思维是所有运行良好的体系之构成部分。因此，一致性从本质上来说是一个程度的问题——一个体系或许需要容忍一定的不一致性并自己找到问题的解决之道。

只有经过一段时间的积累才能对一致性进行评估。如果强调某个问题的最初一系列处理决定就需要实现一致性，这种做法不仅不恰当而且也不可取。当某个法律体系在处理争端时遇到了一个新的问题，那么可能需要一些时间才能形成相关的判例法。在国内体系中，可以对案件进行选择的高等上诉法院通常会等到若干中等上诉法院已经对某个需解释的问题做出裁决之后才去着手处理这个问题。在一个没有上诉机构的体系中，可能同样需要过一段时间才能就某个问题的处理办法达成一致意见。如果一段时间之后累积了多个不一致的裁定但是却并没有一种机制以决定性的方式对这个问题进行处理，那么问题就会变得更为尖锐。

要实现一致性同样需要花费成本。举例来说，上诉审查可以产生更多一致的规则，因为在这一阶段，不一致的裁定得以被审查，且冲突得到解决。但是上诉和审查程序本身是成本高昂且耗时良久的。在审查范围以及审查成本或耗时之间并没有必然的关系：比如，尽管WTO体系要比ISDS的裁决审查处理更为广泛的法律错误，但是WTO通常可在90日内结束上诉程序，从而对上诉待决期间所产生的法律成本和损害赔偿金进行限制。

当事方可能更关心的是获得争端的解决办法，而不是创设判例法以便对条约的规定予以澄清。尽管一致的审判决定有助于创设、澄清和强化一些关于权利和责任的规范，但是争端当事方可能更关心如何迅速处理他们的争端，而不太会关心如何为这些规范的发展做出贡献，这是可以理解的。

有些现有的工具可以提高裁决的一致性。裁决的透明化或公开化就是其中之一。ICSID已经采取了一些措施来提高透明度，但是UNCITRAL内部还在就透明化问题展开辩论。有些实现一致性的方式（尤其是成立常设的审查机构）可能产生或者在某些人看来会产生其他不受欢迎的效果，比如ISDS的上诉审查就可能产生使得该体系重新变得政治化的危险。¹⁸¹与此同时，WTO上诉机构的成功经验表明政治化并非不可避免。同样地，投资者可能会觉得一个更为一致的体系整体而言可能相对不利于投资者的利益。尽管仲裁庭成员是在平等基础上选择出来的，但是一个常设的解释机构在人们看来很可能会主要或全部由国家所选择的代表组成。

¹⁸⁰ 参见《第14次FOI圆桌会议总结》，第6页，<http://www.oecd.org/dataoecd/9/26/48374749.pdf>

¹⁸¹ 参参见 Katia Yannaca-Small，《投资者-东道国争端解决机制的改进：综述》，《国际投资视角》第195页（关于“体系政治化”的章节）。

所有的裁判体系都事实上体现了对于不一致性的容忍，只是容忍度可能有高有低。容忍度取决于错误判决的成本、解决法律问题的需要以及实现一致性的成本。关于 ISDS 对不一致性的容忍度，相关考虑因素包括：

- 除了对于公共资金可能产生的巨大影响之外，一些 ISDS 案件还涉及到对于牵涉巨大公共利益之政府措施的审查，比如反烟草政策或环保政策。与对商业合同进行解释的不一致方法相比，对这些政策进行评估的不一致方法可能会在全社会引发更多关切。
- 更高的透明度可以使得不一致的情况更为人所知，同样也会影响到容忍度。ISDS 裁决和案件越来越公开化，这使得明显的不一致被更多的人看到。
- 解决与法律解释有关之问题的需要。也许某些特定投资法概念的含义需要进一步阐明，而不一致的裁决也许是这一过程本身的一部分。

3. ISDS 中一致性问题来源的大致分类

投资仲裁中一致性问题有两大来源，不过这两种来源之间略有重叠。一种来源涉及到在不同争端中对法律标准/规则进行解释时产生的一般性不一致问题。另一种来源涉及在处理本质上属于相同争端的不同案件时所产生的不一致结果；产生这种情况的主要原因是相关当事方提起了不同的诉讼案件。

在不同争端中对法律标准/规则进行解释时产生的不一致问题可以细分为两小类：

- 不同的裁判庭对于同一条约规定的解释有不同的看法。
- 根据不同投资条约成立的不同裁判庭处理涉及类似商业情况和类似投资权利的不同争端，但是得出了相反的结论。¹⁸²

相关当事方的不同案件涉及相同的争端，这种情况有很多表现形式。最常见的是一家公司以及该公司的一个股东提出了不同的诉求，但是这两项诉求本质上都涉及到因声称公司受到不公正对待所产生的相同问题。¹⁸³另外一种形式（下文中有讨论）就是同一家公司的不同股东分别提出了诉求。

相关当事方不仅可能提起不同的 ISDS 案件，也可能在其他争端化解体系中提起类似的案件。

¹⁸⁴

除了对明显不一致的领域进行分析以便确定问题的范围以外，还有一件重要的工作就是将不一致的范围与 ISDS 体系以一致性方式处理问题的领域进行对比。一位评论者最近称 ISDS 的一致性程度要超过人们一般的认识，该体系一直以来都产生了大体一致的裁决结果，包括关于上述很多问题

¹⁸² 参见 Susan D. Franck, 《投资条约仲裁中的合法性危机：不一致的裁决导致国际公法的私有化》，《福德姆法律评论》第 73 期第 1521、1545-1546 页（2005）。

¹⁸³ 上文提到同样以捷克共和国为被告的劳德案和 CME 案出现了不一致的裁决结果，即可作为这种类型的一个例子。参见劳德诉捷克共和国案（Lauder v Czech Republic），UNCITRAL，2001 年 9 月 3 日；CME 诉捷克共和国案（CME v Czech Republic），UNCITRAL，《部分裁决书》，2001 年 9 月 13 日。

¹⁸⁴ 举例来说，因为其与 Uzan 家族的争端，土耳其须同时面对 ISDS 案件和 ECHR 案件。

的裁决结果。他认为不一致的情况可能仅仅存在于边边角角，仲裁庭可能对于关键投资法概念的核心有着基本一致的认识。¹⁸⁵

4. 对一致性进行评估是一项重要但富有挑战性的任务

在第 15 次 FOI 圆桌会议的讨论中，许多国家的与会者感到 ISDS 中存在严重的一致性問題。他们认为 ISDS 为每个案件设立由不同仲裁员组成之特设仲裁庭的制度结构初衷并非为了实现一致性，它在过去未能实现一致性并且在可预见的将来也很可能不会实现一致性。与会者还强调由于人们认为存在不一致性，所以投资者和国家就无法确定他们之间的条约将如何适用于重要的公共利益问题，从而对投资者和国家产生了成本和风险。有些与会者建议应将一致性问题放在一个更宽泛的环境中进行考虑，既考虑到实体投资法的现状，又考虑到条约中所包含的各种法律用语。

另外一些与会者则认为不应该夸大这个问题。其中一名与会者强调对于不一致的情况应有一定的容忍度。他称尽管自己的母国从未成为被告，还是希望建议 FOI 圆桌会议的与会者应该对于一个已经显示出价值并且基本上健全的仲裁体系有更多信任。正如关于仲裁员的章节所述，有人认为仲裁员可以因 ISDS 体系得以保留而获益，而这种利益可以在实现一致性方面起到积极作用。另外一名与会者认为 NAFTA 体系中一致性程度更高（主要得益于国家为了自己的利益而积极参与对条约的解释），并将其与 ISDS 中比较严重的一致性問題进行了对比。

在一个像 ISDS 这样由 3,000 份不同条约所构成的分散型体系中，对裁决一致性的程度进行评估是一件富有挑战性的工作。这些条约有着许多相似性，同时也有着很多差异，这些相似性和差异都很明显并且具体。尽管两个案件可能处理的都是同一个特定的问题（比如公平和平等待遇及其与国际最低标准的关系），但是两个案件可能涉及到不同的条约，而不同条约中对于相关标准的用语可能有着巨大的差异。

的确，有些国家可能已经根据之前关于条约的解释或争论对它们的条约用语进行了有意修改或澄清。适当认识到条约用语和意图上的差异非常重要。相应地，这种状况可能会导致不同的解释，但是除非状况加剧，则不应该引起对于一致性的关切。

除了用语上的差异以外，其他因素也可能会发挥作用，并且可用来从公共政策角度解释为什么判例法的解释在可接受程度方面存在差异。这些因素包括：法律论证的质量和案件处理策略；当事方的特定事实和态度。

很明显，在一个国家利益相左、条约用语相异的世界中，不应该将一致性和统一性混为一谈。由于不同国家有着不同的利益，因此有些人建议体系应该“智能化”，可以为不同的使用者（包括需要为发展争取政策空间的发展中国家）提供不同的解决方案。还有人建议为了更好地实现相关目标，“可预测性”的提法可能比“一致性”更恰当。

¹⁸⁵ Emmanuel Gaillard 在 l'Hôtel du Ministre des Affaires étrangères et européennes de la France 召开的 L'arbitrage relatif aux investissements: nouvelles dynamiques internationales 会议上关于 ISDS 中一致性问题的口头陈述（2011 年 3 月 4 日）（称这个问题并不严重，不过由于陈述时间有限，所以无法对判例法进行详细分析）。

5. 需要讨论的问题

- 35) 贵国政府如何对 ISDS 的一致性进行评估?
- 36) ISDS 体系要产生一致的结果, 这一点是否重要?
- 37) 作为一项参考值, 一致性与其他考虑因素(成本、速度以及通过判例法解决问题的需要)放在一起时应如何进行权衡?
- 38) ISDS 当前的架构是否有助于促进一致性?
- 39) 本范围规划文件提到任何动态裁判体系中都不可避免地存在一些不一致的情况, 对法律概念进行分析和澄清的过程本身可能就会产生不一致的裁决。这种对于澄清和创新的需要是否是 ISDS 的特征之一?
- 40) 正如在关于补救的章节中所述, 在一些先进的行政法体系(比如德国的行政法体系)中, 如果原告希望获得损害赔偿金, 就必须首先寻求司法审查或主要救济。因此, 如果想获得损害赔偿金就必须经历很多的程序。此外, 所有的国内体系都允许对裁定由政府支付可观损害赔偿金的裁决提出上诉。对于裁定支付损害赔偿金的 ISDS 裁决而言, 先进的国内行政法体系是否可以作为相关的参照物来对这些裁决作为终局性裁决的重要性进行评估?
- 41) ISDS 案件经常涉及巨额索赔。裁决的损害赔偿金通常大大低于索赔金额, 但是在许多案件中仍然很可观。在涉及高额货币赔偿的案件中, 实现一致性结果是否更为重要?

第三部分. 投资条约的做法和 ISDS

III. A. OECD 对双边投资条约的统计调查结果

在大约 3,000 份国际投资条约中，缔约国同意参加 ISDS 并且（详略不一地）说明了有关的制度性特征。为了对这一领域的政策进行评估，对大量投资条约中关于 ISDS 的文字进行分析是一件很重要的前期工作，因为这些文字对于政府而言是最重要的工具之一，它们可以藉此确保 ISDS 最大限度地提升它们在投资条约中所代表之团体的福祉。不过，由于这些文字数量巨大且千差万别，想要得窥条约中有关 ISDS 之内容的全貌是一件富有挑战性的任务。

为了协助政策制定者完成这项任务并且作为 OECD 关于 ISDS 之更大范围工作的一部分，OECD 秘书处针对 FOI 圆桌会议 54 个与会国与任何其他国家签订之 1,660 份双边国际投资协定（IIA）样本中的 ISDS 规定进行了一项统计调查。¹⁸⁶

统计样本包括 1,660 份双边投资条约（BIT）和包含投资章节的其他双边协定[主要是自由贸易协定（FTA）]，无论这些条约是否已生效或还有效。OECD 秘书处还将样本中的双边条约与包含投资章节的一些多边协定进行了比较。

ISDS 规定主要出现在样本条约中的两个地方：关于征用的条款或章节；以及关于 ISDS 的专门条款或章节。由于这个原因并且为了使调查不至于太过复杂，调查仅侧重于这两个地方的文字（单独的 ISDS 条款或章节以及关于征用的条款）。因此，当提及 ISDS 规定时，仅指征用条款以及专门的 ISDS 章节或条款。

调查为双边条约样本中的 ISDS 规定绘制了一幅统计图。它试图为国际投资界提供关于投资条约中 ISDS 规定的更多信息。秘书处的意图是为范围广泛的条约编制一份事实和统计目录，而不是为了让 OECD 或者 FOI 圆桌会议的与会国以任何方式对特定的条约用语进行解释。鉴于资料数量巨大而且所涉及的问题非常复杂，调查没有使用或参考仲裁法学对于相同条款的解释；调查旨在对所有条约样本的内容加以总结，从而反映出调查所涵盖的 54 个国家在条约编制方面的做法。

调查揭示了各国将 ISDS 规定纳入其双边条约的倾向以及这些规定的具体特点（比如限制 ISDS 的适用、国内司法审查与国际仲裁之间的协调、仲裁庭的组成和监管、可适用的法律和补救）。

III. B. 调查的主要发现

调查的主要发现包括：

- 96%的条约样本中关于 ISDS 的文字既提到了国内法院又提到了国际仲裁（参见条约调查，图 1）。通过国际仲裁处理 ISDS 已成为 IIA 的常见特征——只有 108 份条约（占样本的

¹⁸⁶ 奥地利、阿根廷、澳大利亚、比利时、巴西、加拿大、智利、中国、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、日本、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、秘鲁、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、俄罗斯联邦、沙特阿拉伯、塞尔维亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、南非、西班牙、瑞典、瑞士、突尼斯、土耳其、乌克兰、英国和美国。

7%) 未就国际仲裁做出规定。不过, 有几份最近签订的条约 [比如《澳大利亚-美国 FTA》(2004)] 未就投资者-东道国仲裁做出规定。

- 许多国家在自己签订的双边协定中只对 ISDS 进行了简单的规定。因此仲裁严重依赖于针对投资者-东道国争端制定的仲裁规则 (尤其是 ICSID 体系) 以及主要为商事仲裁而制定的 UNCITRAL 仲裁规则。条约中涉及的 ISDS 问题类型数目有上升的趋势。还有几个国家现在倾向于对 ISDS 做出综合且具体的规定。
- 简单的规定也可能导致 ISDS 与国内程序框架之间存在一些显著差异。举例来说, 包含 ISDS 规定的双边投资条约中只有 7% 规定了投资者通过仲裁提出诉求的时限, 而这个问题在 ICSID 规则、UNCITRAL 规则或者其他商事仲裁规则中都没有涉及。¹⁸⁷ 同样的, 双边投资条约中极少涉及最终补救问题。对于条约为何没有涉及这些主要问题的政策说明也很少见。
- 56% 的条约样本规定投资者可以从至少两个仲裁法院中进行选择, 最经常提供的选择是 ICSID 和 UNCITRAL。简单的规定加上法院的选择, 条约可能给了投资者很大的权力去选择或影响适用于各种问题的规则或做法。举例来说, ICSID 规定了与投资者-东道国仲裁有关的外交保护允许范围, 但是 UNCITRAL 却没有这样的规定。允许投资者选择法院并且未规定外交保护的条约可能实际上让投资者有权 (通过其对于法院的选择来) 选择适用于这个问题的规则。
- 关于 ISDS 的规定不仅通常很简单, 而且差别很大。1,660 份双边条约样本中据估计有 1,200 条关于 ISDS 的不同规则。这种差异所产生的影响并非总是显而易见。
 - *ISDS 问题覆盖面的差异*。大多数条约仅涉及到有限的 ISDS 问题。条约样本中可以归纳出十七个问题类别 (比如补救、成本分配、国内法理程序与国际仲裁的协调)。不同国家在涵盖具体问题上的倾向性差别巨大。
 - *条约用语的细微差别*。除了所涉及的问题不同以外, 调查指出用来描述特定概念的用语在细节上也有很多差别 (比如, 争端仲裁之前的要求会涉及“协商”、“友好协商”、“协商或磋商”、“磋商和协商”、“友好协议”等), 这种差别也是条约用语的一个特色。在有些案件中, 这种差别会 (至少是可能会) 影响到法律结果, 并因此引发 (代价高昂的) 法律论证工作。
- 从条约用语来看, 现在的条约中, 关于将与投资有关之诉求提交国际仲裁之权利的规定主要是在明确规定可诉诸国内诉讼程序的基础上进一步规定的。¹⁸⁸ 1972 年之后签订的条约经常规定根据所有实体性条约规定产生的诉求都可适用国内诉讼程序。更早一些的条约经常规定国内诉讼程序仅适用于征用。近期的条约中有 70% 在其 ISDS 条款中明确提到将国内司法审查作为争端解决机制。许多条约还试图将国内司法审查的使用与投资者诉诸国际仲裁的做法进行协调。
- 许多国家 (特别是那些在签订条约方面的做法随时间发生变化的国家) 的条约样本表现出了“历史遗产”的特征。这种特征在以下情况下出现: (一) 条约编制的做法中动态性强 (ISDS 政策变化), 以及 (二) 条约的主要内容不会经常更新。的确, 投资条约似乎有着

¹⁸⁷ 商事仲裁中的诉求通常以国内法为基础, 因此受国内法规定之时效期限的约束。

¹⁸⁸ 正如调查报告所述, 调查仅限于对条约文字的分析。投资者求助于国内法院的能力以及此等争端的可适用法律可能取决于其他法律。

很长的预期寿命。样本中条约的平均历史为 16.5 年。一些国家所签订之条约的平均历史几乎达到了 21 年（比如英国、挪威和法国）。在样本中，哥伦比亚所签订之条约的平均历史最短：7.7 年。条约的使用者如何看待“老旧条约”不在本文件的讨论范围之内，但是法律创新和政策变更如何在条约主要内容中得以体现的问题却值得进行进一步研究。

III.C. 需要讨论的问题

- 42) 许多国家都倾向于将国际仲裁规定纳入双边投资条约之中，原因何在？
- 43) 许多 ISDS 规定中都包含要求尝试友好解决争端以及将国际仲裁与国内司法程序进行协调的文字。这些内容是否是国家同意接受仲裁的部分重要前提？
- 44) 为什么许多国家在其签订的双边投资条约中只对 ISDS 做出简单的规定？
- 45) 对投资条约中 ISDS 规定的调查表明条约中几乎所有涉及到的问题都存在用语上的差别（体现在不同条约之间和不同国家之间）。您对这种用语上的差别程度有什么看法？它是否有益？如果答案是肯定的，那么其用意何在？
- 46) 许多国家过去签订的条约与它们近来签订的条约有差别。这是否应引起这些国家的关切？为什么投资条约（更具体而言，它们的 ISDS 规定）没有得到更为频繁的更新？

附件 1

国际执行和争端化解机构（包含背景信息）

国际司法机构（摘自 Cesare P. R. Romano, 2001 年 8 月, 纽约大学国际法庭和裁判庭项目）								
综合性司法	国际刑事法/人道法	人权	贸易、商业和投资	地区性经济和政治一体化协定		欧洲/中亚	拉丁美洲/加勒比	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ 现存 • 国际法院（1946 →） ▪ 不复存在 • 常设国际法院（1922-1946） 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 现存 • 前南斯拉夫问题国际刑事法庭（1993 →） • 卢旺达问题国际刑事法庭（1995 →） • 国际刑事法院（2004 →） ▪ 不复存在 • 非洲奴隶贸易综合法庭（1819-1866前后） • 纽伦堡国际军事法庭（1945-1946） • 远东国际军事法庭（1946-1948） ▪ 夭折 • 国际捕获法院（1907） 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 现存 • 欧洲人权法院（1959-1998 / 1998 →） • 美洲人权法院（1979 →） ▪ 新成立 • 非洲人权和人民权利法院（1998）《非洲人权和人民权利宪章》（《班珠尔宪章》），于2004年1月25日生效。不过，截至本图表更新时（2004年11月），ACHPR尚未开始运转。 ▪ 提议设立 • 国际人权法院 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 现存 • 《世界贸易组织争端解决谅解》（DSU）（1995 →） <p>DSU在一个常设性政治机关（争端解决机构，DSB）的基础上建立了一个争端解决体系，其中包括WTO的所有成员、一系列特设专家组以及一个上诉机构。DSB只有在一致同意的情况下方可驳回专家组和上诉机构的报告。严格来说，只有上诉机构属于本栏，而DSB和专家组应归入“常设性仲裁庭/和解委员会”。</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 提议设立 • 国际贷款法庭 	<p>欧洲</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 现存 • 欧洲共同体法院（1952→） • 比荷卢经济联盟法院（1974 →），“比荷卢仲裁员学院”已列入“常设性仲裁庭/和解委员会”一栏。 • 欧洲共同体初审法院（1988 →），欧洲审计院（1977→）算不上是一个国际司法机构。它是欧盟的一个内部监管机构，它负责从法律角度定期审查欧盟的预算收入是否已收到并审核相应的支出。该法院不开展正式的审判工作 ▪ 暂停活动 • 欧洲核能法庭（OECD）（1957） • 西欧联盟法庭（1957） • 欧洲国家豁免法庭（欧洲委员会）（1972） 	<p>该法院并不对争端进行正式裁判（不过它可以提供顾问意见）。如果仲裁员发现不符合规则的情况（包括怀疑存在欺诈），则有关信息可传递给欧共体的责任部门以便采取适当的行动。</p> <p>欧洲自由贸易联盟（EFTA）法院（1994 →）</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 暂停活动 • 欧洲核能法庭（OECD）（1957） • 西欧联盟法庭（1957） • 欧洲国家豁免法庭（欧洲委员会）（1972） 	<p>欧洲/中亚</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 现存 • 独立国家联合体经济法院（1993 →） 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 不复存在 • 东非共同体上诉法院（1967-1977） • 东非共同体共同市场法庭（1967-1977） • 西非国家经济共同体法庭（1975-1991） ▪ 暂停活动 • 阿拉伯石油输出国组织司法委员会（1980） • 中非国家经济共同体法院（1983） • 阿拉伯马格里布联盟法院（1989） • 非洲经济共同体法院（1991） ▪ 新成立 • 南部非洲发展共同体法庭（2000） 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 提议设立 • 国际伊斯兰法院 • 阿拉伯法院
<p>海洋法</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 现存 • 国际海洋法法庭（1996 →） 						<p>非洲/中东</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 现存 • 非洲商法统一组织共同法院和仲裁院（1997 →） • 东部和南部非洲共同市场法院（1998 →） • 非洲联盟法院（2003） • 西非国家经济共同体（ECOWAS）法院（2001 →） • 西非经济货币联盟法院（1996 →） • 西非经济货币联盟审计院（2000 →） • 东非法院（2001 →） 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 现存 • 安第斯共同体法院（1984 →） • 中美洲法院（“Corte Centroamericana de Justicia”）（1994 →） ▪ 不复存在 • 中美洲法院（“Corte de Justicia Centroamericana”）（1908-18） ▪ 夭折 • 中美洲法庭（1923） ▪ 新成立 • 加勒比法院（2001） ▪ 提议设立 • 南方共同市场法院 • 美洲国际法院 	
<p>环境</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 提议设立 • 国际环境法庭 								

准司法、实施控制 (Implementation Control) 和其他争端解决机构			
人权和人道主义法机构	国际行政法庭	监察组	国际索赔和权能机构——多边/双边
<ul style="list-style-type: none"> 现存 • ILO调查委员会 (1919 →) • ILO公约和建议书执行问题专家委员会 (1926 →) • ILO公约执行问题会议委员会 (1926 →) • 联合国人权委员会 (1946 →) • ILO结社自由治理机构委员会 (1950 →) • 《欧洲社会宪章》独立专家委员会 (1965 →) • 1998年更名为欧洲社会权利委员会 • 消除种族歧视委员会 (1969 →) • 国际公民与政治权利委员会 (1976 →) • 美洲人权委员会 (1979 →) • 消除对妇女一切形式歧视委员会 (1981 →) • 经济、社会和文化权利委员会 (1987 →) • 禁止酷刑委员会 (1987 →) • 非洲人权和人民权利委员会 (1987 →) • 欧洲预防酷刑和无人道或有辱人格的待遇或处罚委员会 (1989 →) • 儿童权利委员会 (1990 →) • 欧洲反对种族主义和不容忍委员会 (1993 →) 	<ul style="list-style-type: none"> 现存 • 流离失所者和难民委员会 (波斯尼亚和黑塞哥维那) (1995 →) • 保护国家名胜古迹委员会 (波斯尼亚和黑塞哥维那) (1995 →) • 保护所有移徙工人及其家庭成员权利委员会 (2004 →) • 国际人道主义实况调查委员会 (1992 →) 不复存在 • 欧洲人权委员会 (1959-1998) • 波斯尼亚和黑塞哥维那人权分庭 (1996-2003) • 波斯尼亚和黑塞哥维那宪法法院人权委员会 (2004-2005) 	<ul style="list-style-type: none"> 现存 • 美洲开发银行行政法庭 (1981 →) • 国际货币基金组织行政法庭 (1994 →) • 亚洲开发银行行政法庭 (1994 →) • 非洲开发银行行政法庭 • 拉丁美洲一体化协会 不复存在 • 国际联盟行政法庭 (1927-1945) • 欧洲航天研究组织上诉委员会 (1966-1974) • 欧洲航天器发射装置研制组织上诉委员会 	<ul style="list-style-type: none"> 现存 • 世界银行监察组 (1994 →) • 美洲开发银行独立调查机制 (1995 →) • 亚洲开发银行监察政策 (1995 →)
不遵从/执行监督机构 (环境协定)			
<ul style="list-style-type: none"> 现存 • 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》执行委员会 (1990 →) • 国际海事组织 (IMO) 船旗国执行小组委员会 (1992 →) • 1979年欧洲经济委员会 (ECE)《远距离越境空气污染公约议定书》执行委员会 (1997 →) • 《荒漠化公约》执行审查委员会 (2002 →) 	<ul style="list-style-type: none"> 现存 • 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》遵从委员会 (2003 →) • 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的奥胡斯公约》遵从委员会 (2003 →) • 《卡塔赫纳生物安全议定书》遵从委员会 	<ul style="list-style-type: none"> 新成立 • 《京都议定书》遵从制度 (1997) • 《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》 (1998) • 《联合国气候变化公约》多边磋商程序 (1998) • 《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》 (2001) 	<ul style="list-style-type: none"> 现存 • 常设仲裁法院 (1899 →) • 国际联合委员会 (1909 →) • 国际清算银行仲裁庭 (1930 →) • 国际民用航空组织 (ICAO) 理事会 (根据1944年《芝加哥公约》, ICAO理事会有有一定的争端解决权限) (1944 →) • 解决投资争端国际中心 (1966 →) • 海湾合作委员会争端解决委员会 (1981 →) • 体育仲裁法院 (1984 →) • 北美环境合作委员会 (1993 →)
		常设性仲裁庭/和解委员会	
		国际化的刑事法庭和裁判庭	
		<ul style="list-style-type: none"> 现存 • NAFTA争端解决小组 (1994 →) • 世界知识产权组织仲裁与调解中心 (1994 →) 不复存在 • 上西里西亚仲裁庭 (1922-1937) • 非洲统一组织 (OAU) 调解、和解和仲裁委员会 (1964-1999) 暂停活动 • 国际铁路运输政府间组织 (OTIF) 仲裁庭 (1890) • 比荷卢经济联盟仲裁庭 (1958) • 法兰西共同体仲裁法院 (1959) • 中美洲共同市场仲裁庭 (1960) • 欧洲安全与合作组织 (OSCE) 和解与仲裁法院 (1994) 	<ul style="list-style-type: none"> 现存 • 塞拉利昂问题特别法庭 (2003 →) • 科索沃法庭“第64号规则”审判庭 (2000 →) • 帝力地区法院严重犯罪审判庭 (东帝汶) (2000 →) 新成立 • 柬埔寨法院特别法庭 (2003) 提议设立 • 波斯尼亚-黑塞哥维那战争罪特别分庭
		<p>本清单并非无遗漏, 仅为示意之用。十九世纪和二十世纪的武装冲突和革命爆发之后, 世界上成立了80多个混合仲裁庭和索赔委员会。其中大部分是在第一次和第二次世界大战后成立的。 * 此为最后一份判决书做出之日期。</p> <p>所谓的“洛克比审判法庭”并非一个国际机构, 也没能做到国际化。它只是一个适用苏格兰刑法的苏格兰法庭。与本栏所列的机构不同, 该法庭并非在国际社会的监督之下行使其职能。</p> <p>真相与和解委员会 (比如为南非、危地马拉、阿根廷等创设的此类委员会) 并未列入本表之中, 原因在于它们尽管反映了国际利益, 但本质上属于国内机构。</p> <p>伊拉克特别法庭 (2004 →) 未列入本表之中, 因为它既非一个完全国际性的也非一个国际化的刑事审判机构。它是一个由伊拉克法官组成并适用伊拉克法律的伊拉克国内法庭。尽管如此, 根据《伊拉克特别法庭条例》, 非伊拉克国民可以 (并且实际上也确实) 对特殊法庭的工作予以协助或进行监督。</p>	

附件 2.

部分国际争端化解体系概述

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
基本情况			
适用对象	<p>范围广阔的投资者和投资可根据大多数条约和仲裁决定适用该体系。</p> <p>需要具备外国国籍，不过具体要求可能存在差异。</p> <p>受理的许多案件涉及股东因公司受到伤害而提出的诉求。</p>	<p>仅 WTO 成员可适用。</p>	<p>适用对象很广。个人、群体、NGO、公司（即便已解散）、股东、信托、专业协会、行业工会、政党和宗教组织均可提出申请。</p> <p>涉及财产权的诉求须以“占有”为前提。</p> <p>无国籍要求（本国国民和外国人均可适用）。</p> <p>仅在特殊情况下允许股东因公司受到伤害而提出诉求，除非：股东可证明公司或其清算人无法启动国内诉讼程序。¹</p>
与投资法的关键重叠之处	<p>不适用</p>	<p>有些案件涉及与投资有关的跨境服务和跨境贸易。</p> <p>与贸易有关的投资措施 (TRIMs)。</p>	<p>存在很多重叠之处。财产权（议定书 1 的第 1 条）；获得公平审理的权利（ECHR 第 6 条）；禁止歧视（包括基于国籍的歧视）（议定书 12 的第 1 条）。</p>
案件的数量	<p>总数未知。截至 2010 年底已知有 390 个基于条约的案件 (UNCTAD)。</p> <p>ICSID (245 个案件) 和 UNCITRAL (109 个案件)。其他的审判机制不经常使用：SCC 19 个案件、国际商会 6 个案件、特设机制处理了 4 个案件（同上）。</p> <p>2010 年已知提交了 25 个新案件。</p>	<p>截至 2011 年 9 月共有 427 个案件（包括在争端之初提出的咨询请求）。（WTO）</p> <p>2010 年有 17 个新的咨询请求。</p>	<p>截至 2011 年共有超过 150,000 个未决案件。许多案件（80%以上）因不可受理而被拒绝审理。该法院处理的重复违反（“克隆”）案件也占很高的比例。</p> <p>巨大的案件数量只是最近才出现的情况：法院在二十世纪八十年代总共只做出了 169 项判决。</p>

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
裁决人			
裁决人：概况	特设仲裁员。 裁决的审查： (i) 裁决废除委员会（由 ICSID 指定）；或者 (ii) 国内法院的法官（非 ICSID 案件）。	(i) 由三人组成的特设专家组，这三者既非当事方的国民也非争端所涉第三方的国民； (ii) 上诉机构为常设性 7 人国际裁判庭。 (iii) 争端解决机构 (DSB) 为 WTO 总理事会。它是 WTO 争端解决体系的管理人，由大使级外交官组成。它负责管理争端解决体系并对裁决的落实进行监督。1994 年采用了反向协商一致规则 (negative consensus rule, 拟做出的决定除非遭到一致反对，否则即可通过)，从根本上取消了 DSB 的准司法职能。	47 名法官（每个国家 1 名）。法官任期为 9 年，期满不可续任。 不同的组成形式（参见下文）。 欧洲委员会部长委员会 (COM) 由所有成员国的外交部长或者常驻外交代表组成。 COM 的准司法职能于 1998 年取消（但它可继续对执行进行监督——参见下文）。
做出初审裁决的机构组成	通常由 3 人组成的仲裁庭。	3 人专家组；（除非提出上诉，否则专家组报告由 DSB 根据反向协商一致规则通过）。	独任法官；3 名法官组成的委员会；7 名法官组成的审判庭；或者 17 名法官组成的大审判庭。
上诉或审查机构组成	ICSID 案件：3 人组成的特设裁决废除委员会。 非 ICSID：(i) 仲裁地的国内法院；和/或 (ii) 希望作为裁决执行地之司法管辖区的国内法院。	3 名法官组成的上诉机构 (AB) 小组。 小组与 AB 的另外 4 名成员系统性地磋商，以确保一致性。 (AB 的报告由 DSB 根据反向协商一致规则通过)	17 名法官组成的大审判庭。
裁决人的选择	当事方，和/或仲裁员指定机构。（参见本范围规划文件的附件 5）	WTO 秘书处可就专家组成员组成提出最初的建议，但经常遭到反对。当事方可就专家组成员达成一致意见。在实践中，专家组的成立过程有可能既艰难又充满争执。 如果在 20 日后仍未达成一致，则任一当事方可请求 WTO 总干事指定专家组成员。总干事在咨询有关方面后于 10 日内做出指定。近年来，约有半数专家组由 WTO 指定其成员。 WTO 成员国/地区提名 AB 成员的候选人；选举委员会 ² 做出推荐。然后由 DSB 通过协商一致指定 AB 成员；AB 的成员任期为四年，可续任一次。AB 成员的构成体现了 WTO 成员国/地区的构成。	每个国家提交一份含 3 名候选人的名单。 人权事务总干事和部长委员会对候选人进行评审；候选人还需接受议会委员会的评估。 议会从每个国家提交的名单中选择 1 名法官。 2010 年因特拉肯大会为 ECHR 的法官选举成立了一个专家顾问小组，以强化选择流程。

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
裁决人的选择：国籍的重要性	ICSID：规则不鼓励指定本国国民作为仲裁员。 非 ICSID：取决于仲裁规则。 UNCITRAL：当事方可自由指定相应的仲裁员。仲裁员指定机构必须考虑国籍因素。	专家组：除非当事方另有约定，否则专家组成员不得为当事方或第三方的国民。 上诉机构：国籍无关紧要。案件随机分配给 3 人小组。	审判庭或大审判庭审理的案件中总是有一名国内法官 ³ （如有必要可依职加入）。 国内法官可以但并非必须参加由 3 名法官组成的委员会。国内法官不可担任独任法官。
裁决人的道德规范	没有标准的规范或守则。 《ICSID 公约》和不同的仲裁规则对独立性/公正性提出了要求，并规定了提出成功的回避请求需要达到的标准。 来自于商事仲裁行业的规范可提供额外的指导（IBA；AAA/ABA）。 在对仲裁员提出回避要求方面为公众所知的判例法可提供进一步的指导。 《IBA 指引》经常得到引用。	1996 年《WTO 争端解决谅解的行为守则》适用于所有案件。	欧洲人权法院全体会议于 2008 年通过的《关于司法伦理的决议》适用于所有案件。
与仲裁员/专家组成员/法官的单方面交流 ⁴	无正式规定。 在裁判庭成立后通常禁止此等交流。 在裁判庭组建期间不禁止此等交流。 有些判例法和来自行业的导则涉及到此等交流的适当范围，但规定各异。	DSU 和《行为守则》禁止此等交流。	《关于司法伦理的决议》对此没有具体规定，但法官尤其须确保显示出公正性。

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
成本/案件耗时/融资			
诉讼程序持续时间和时限：初审	<p>平均的持续时间似乎超过 3 年。ICSID 最近通过努力大大缩短了案件的平均耗时。</p> <p>针对每个案件安排时间。</p> <p>经常涉及管辖权问题，大量附带问题的诉讼工作。</p> <p>在一些案件中，由于涉及到个别投资者的待遇问题，会牵涉复杂的事实问题。</p>	<p>2007 年专家组的平均审案时间为 404 天。</p> <p>紧迫的时限和相对标准化的程序。</p> <p>每个当事方向专家组提交 2 次书面意见书；专家组进行 2 轮实体审理，时间分别在每次提交书面意见之后。</p> <p>由于案件审理之前和之中对于伤害不提供损害赔偿金补救，所以需要快速结案。</p>	<p>法院尽管在 2010 年处理了 40,000 个案件，但还是有非常大量的积压案件待处理。</p> <p>主要采取书面程序。</p> <p>最近进行了各种各样的改革以处理案件数量和积压问题。</p> <p>从 2010 年 11 月开始，法院实施了确定案件优先性的政策，主要依据是紧迫性、影响、是否存在涉及一般利益的问题、主要申诉是否涉及核心权利以及是否对人身安全和人格尊严构成直接威胁等因素。</p>
诉讼程序持续时间和时限：审查和上诉	<p>ICSID：ICSID 重新指定 3 人组成裁决废除委员会进行审查。裁决废除程序耗时约 2 年。</p> <p>非 ICSID：取决于诉讼地和执行地之司法管辖区的国内法院和法律。经常使用简易程序。通常可提出上诉，不过在上诉未决期间仍有可能执行裁决。</p>	<p>规则要求 AB 在收到上诉通知后 90 日内将其决定告知成员国/地区。</p> <p>采用非常紧迫的标准化时间表。</p> <p>AB 通常可遵守 90 日的最后期限。</p>	<p>由大审判庭再次进行完整的重审理。</p> <p>无时限。</p>
当事方的法庭/裁判庭成本及费用	<p>一般认为平均约占案件总成本的 18%（16%为仲裁员费用；2%为仲裁机构费用）。</p> <p>案件平均成本（包括法律和专家费用）超过 800 万美元。</p> <p>ICSID：仲裁员的费用上限为 3,000 美元/天。</p> <p>非 ICSID：似乎仲裁员每天/小时的收费通常更高。可与当事方协商。</p>	<p>无。</p> <p>专家组和 AB 的成员报酬直接由 WTO 预算（由成员国/地区出资）支付，不可从当事方获取报酬。</p>	<p>无。</p> <p>法官的报酬由欧洲委员会支付，而欧洲委员会的预算由成员国出资。</p> <p>正考虑推出（最适度的）法院收费。（在决定之前，COM 已于 2010 年认可了成本/效益分析）。</p>

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
法律和专家成本	一般认为平均约占案件总成本的 82%。 案件平均成本 (包括法律和专家费用似乎) 超过 800 万美元。	未知。 主要由具有国内律师队伍的国家承担。 AB 于 1997 年做出决定, 允许国家聘请外部法律顾问作为其代表。 一篇 2003 年的文章显示 WTO 案件的律师费平均为 300-400,000 美元。 ⁵ 如果案件涉及到公司的利益, 这些公司也经常派代表参加并为国家提供协助。在一些大案件中, 它们法律费用据报道高达数百万美元。	与 ISDS 案件相比, 申请人在成本方面的要求通常小得多。 政府成本未知。
成本转移	结果多变。(参见本范围规划文件的正文部分)。有些裁判庭对全部或部分仲裁和/或法律成本做出了裁决, 而另一些则让当事方承担各自的成本。	无。各当事方承担各自的法律成本。	单向成本转移。 法院可裁决申请人获得其必要、合理、实际发生之法律成本和支出的赔偿。通常会做出成本赔偿的裁决, 但是裁决金额经常大大低于索要的金额。成本裁决的金额通常比 ISDS 案件少很多。 不会做出不利于申请人的成本裁决。
法律援助	无。 对于常设仲裁法院 (PCA) 管理的案件, 常设仲裁法院国际争端化解财务资助基金可以为签署了 1899 年和 1907 年《公约》的国家当事方提供资助。	法律援助由 WTO 法律咨询中心 (ACWL) 提供, 该中心是一家独立的政府间组织, 以折扣费率在案件审理的所有阶段向 73 个发展中国家和最不发达国家提供支持。在 2010 年向各国政府提供了 200 多条法律意见。曾在大约 40 个 WTO 争端中为发展中国家和最不发达国家提供协助。 近年来, WTO 的发展中成员国/地区在作为原告的案件中大量使用了 DSU。	ECHR 仅提供有限形式的法律援助。
第三方商业融资	有证据表明其作用在不断扩大。无监管。	没有证据表明其发挥了任何作用。无监管。	没有证据表明其发挥了任何作用。无监管。

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
补救			
补救	<p>投资者主要寻求损害赔偿金等金钱补救作为最终补救。</p> <p>仲裁庭裁决给予的最终救济通常都是损害赔偿金或其他金钱补救。</p> <p>请求并通过裁决获得临时性非金钱补救的情况日益增多。</p>	<p>没有损害赔偿金或金钱补救。上述补救虽未被 WTO 协议明确排除，但被视为已排除。</p> <p>DSU 规定了一种最终补救：撤销（与 WTO 规定不一致的）有关措施。这就要求国内法/行政管理做出变更。</p> <p>在有关措施待撤销时还有一种临时补救：报复，即暂停给予优惠或暂停履行其他义务。⁶</p> <p>如果进行报复，则需要通过额外的诉讼程序确定 (i) 实施撤销行动的合理期间；(ii) 是否在合理期间内遵从了裁决；和/或 (iii) 报复的适当范围。</p>	<p>主要补救是对违反予以宣告。给国家施加压力，使其通过国内措施进行纠正。</p> <p>补救还可包括酌情做出“公正赔偿”裁决。一些衡平法上的情况下，合理的解决方案可能是不用全额赔偿已发生的损害。</p> <p>裁决的损害赔偿金额经常被描述为相对较低。</p> <p>在财产案件（尤其是征用案件）中，法院可下令予以复原，如果无法复原，则可裁决给予相当的货币性损害赔偿金。</p>
执行			
遵从率	<p>未知。一般认为 ICSID 案件裁决的遵从率很高。</p> <p>2007 年以来越来越多不遵从裁决的情况为人所知。</p>	<p>截至 2007 年，超过 80% 的案件中裁决的最终补救（撤销有关措施）在“合理的落实期间”（平均约为一年）内得到了遵从。</p>	<p>多变。一般还不错，但是由于案件数量大，因此裁决未得到遵从的案件也很多。</p> <p>2009 年底，COM 有 8,661 个不遵从的未决案件。</p>
多边执行	<p>有，由原告推动。原告可寻求在任何 ICSID 成员国或者任何《纽约公约》缔约国（针对非 ICSID 案件而言）执行裁决书。</p> <p>ICSID：金钱补救可由所有 ICSID 成员国法院作为国内判决执行。</p> <p>非 ICSID：《纽约公约》缔约国同意承认并执行外国仲裁裁决，例外情况不多。</p>	<p>无。</p> <p>DSB 定期讨论未得到落实的裁定。</p>	<p>无。</p> <p>COM 可通过决议，呼吁所有成员国采取它们认为合适的所有行动以协助确保落实。102.</p>

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
对遵从补救的多边监督：制度	无。	DSB，每月开会。	COM：一年 4 次会议，另加紧急会议。
对遵从补救的多边监督 (a) 金钱（货币性）补救	无。	不适用	国家通常有 3 个月的时间确认支付公正赔偿。申请人有 2 个月的时间做出回应。申请人可向 COM 投诉。 对于不按裁决进行支付的案件，COM 可做出措辞严厉的决议（参见下文）。许多案件的裁决都是在此等决议做出后才得以支付。
对遵从补救的多边监督 (b) 非金钱补救	最终补救：无。 临时补救： ICSID：仲裁庭监督其裁决之临时补救的遵从情况，但缺乏执行权。 非 ICSID：仲裁庭可监督其裁决之临时补救的遵从情况，但缺乏执行权。仲裁地或其他地方的国内法院理论上可以在这方面发挥作用。	DSB 对落实情况进行监督。 在“合理的落实期间”内 ⁷ ，DSB 对已通过之建议和裁定的落实情况进行监督。 如果无法按时遵从裁决，原告可请求 DSB 授权通过暂停优惠或暂停履行其他义务的方式进行报复。 ⁸ 如果对于是否遵从有争议，通常可首先通过遵从程序解决问题，该程序使用基本的 DSU 争端解决程序，包括在可能的情况下求助于原来的专家组。时间表已提速，但通常无法按时完成：2007 年的平均时间为 215 天。 原告可请求 DSB 通过反向协商一致的方式授权暂停优惠或暂停履行其他义务（通常是在不遵从的事实已确定后这样做）。 如果不遵从的成员/地区反对拟实施的报复程度，该事项可在 DSB 做出决定前提交仲裁解决。	COM 对裁决落实的充分程度进行评估。已承认存在落实慢以及忽视落实的问题。Leach 98。 2011 年建立了双轨流程：标准监督程序和强化监督程序。秘书处与国家进行沟通、审查进展并为国家提供协助（在强化监督程序中）。 如果国家与秘书处就遵从问题达成一致，则秘书处可提议委员会通过一项最终决议并结案。 对于不遵从裁决的案件，COM 可采取各种措施：主席发表宣告声明；新闻发布会、高级别会议；经过辩论之后做出决定以及通过临时决议。 决议可强调遵从裁决是保留欧洲委员会 (COE) 成员身份的条件之一，呼吁所有成员国采取它们认为合适的行动以协助确保落实。从 2010 年起，COM（以三分之二的多数）可在法院提起侵权诉讼。如果法院认为存在侵权，可反馈给 COM，由 COM 考虑采取何种措施。 COE 法规第 8 条规定可暂停在 COM 的表决权或者从 COE 中驱逐出去。 COM 网站提供了有关遵从情况的信息。

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
一致性			
一致性的重要性：制度设计	<p>仲裁庭是特设的。</p> <p>没有负责促进或确保一致性的机构。</p> <p>有些仲裁庭认识到了一致性的重要性，但做法各异。</p>	<p>DSU 第 3.2 条提到：“WTO 的争端解决体系是为多边贸易体系提供可靠性和可预测性的核心要素。”</p> <p>AB 一直以来都强调做出一致裁定的重要性。</p> <p>秘书处还起到了一个制度记忆库的作用，帮助实现不同专家组裁定之间的连续性和一致性。</p>	<p>规则没有正式的先例原则，但是法院认为如无充足的理由则不应背离之前案件所创立的先例，这样有益于法律的确定性、可预见性和法律面前的平等性。</p>
上诉/审查/重新审理的权利	<p>ICSID：所有案件的当事双方都有合法的权利寻求废除裁决。ICSID 秘书长可重新指定一个 3 人委员会。</p> <p>非 ICSID：(i) 当事方通常有要求仲裁地国内法院进行审查的权利，但取决于仲裁地的国内法。(ii) 当事方可根据《纽约公约》规定的有限理由在希望作为裁决执行地的任何国家司法管辖区反对执行。</p>	<p>所有案件的当事方都有权提出上诉。大约 70% 的专家组报告被上诉。</p> <p>只有争端的当事方可对专家组报告提出上诉。</p>	<p>仅在例外情况下可对案件进行重申。(2010 年的 264 个重申请求中只有 12 个被接受)。</p> <p>任何当事方都可要求重申。</p> <p>由大审判庭的 5 名法官组成的小组审议其重申请求。可拒绝请求并且不说明理由，也可将请求提交大审判庭全庭审议。</p> <p>重申的前提：涉及到有关公约解释或影响公约适用的严重问题；或者涉及到具有普遍重要性的严重问题。</p>
审查和/或上诉：程序	<p>ICSID：裁决废除委员会特设程序。根据现有记录进行案情概述和口头辩论。</p> <p>非 ICSID：程序取决于仲裁地或裁决执行地的国内法。</p>	<p>标准化程序和时间表，为了满足 90 日的时间表，案情概述的时间很紧张。</p>	<p>完整地重申。</p>

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
审查/上诉的性质	ICSID: 《ICSID 公约》规定的可提出审查/上诉请求的有限理由。法律错误不足以构成废除裁决的理由。 非 ICSID: (i) 可宣布裁决无效的理由遵循国内法规定, 这类理由通常很有限; (ii) 可根据《纽约公约》规定的有限理由反对执行裁决。	可针对法律和法律解释问题提出上诉。 不对事实问题进行审查。	允许对事实和法律 ([问题]) 进行完整的重审。 法院在考虑新的证据和论据方面有广泛的权力, 但应以公平为前提。
审查/上诉/重新审理可能的结果	ICSID: 裁决废除委员会可全部或部分废除裁决; 也可维持裁决。 不可修改裁决。不可将案件退回原仲裁庭。 对于裁决已废除的案件, 原告可重新开始仲裁程序。 非 ICSID: (i) 在仲裁地: 取决于国内法——通常会宣布裁决无效或者承认其成为国内判决。 (ii) 在执行的司法管辖区: 拒绝执行或承认其可执行性。	AB 可维持、修改或逆转专家组的法律意见和结论。不得将案件退回专家组。 在一些案件中, AB 曾对专家组未处理的问题“完成了法律分析”。	大审判庭充分行使法院被赋予的司法权对 ([案件]) 进行全权处理。处理结果可包括友好和解、驳回诉求以及判决给予各种最终补救。
与国内及其他诉讼程序的关系			
与其他诉讼程序的关系: 国内补救	各异, 但通常不要求穷尽国内补救。 根据不同的条约规定 [比如分叉路口 (fork in the road) 规定、弃权条款、保护伞条款、穷尽国内补救条款], 同一个案件可产生与国内诉讼程序相关的复杂问题和多变的关系。 有些投资条约包含在一定时限内求助于国内诉讼的要求。仲裁庭通常认为这些规定对于管辖权没有影响, 但也有一些例外。 作为一个实体法问题, 穷尽国内补救或者至少合理地求助于国内补救的要求在有些案件中也存在。	不要求穷尽国内补救。	通常要求穷尽国内诉讼程序。在适用时有一定的灵活性, 而且没有过多的形式主义。

	根据投资条约进行的投资者-东道国仲裁	世界贸易组织 (WTO)	欧洲人权法院 (ECHR)
与其他诉讼程序的关系：法院选择和并行诉讼程序	根据投资条约的规定，投资者经常可以对法院进行选择。 对于公司受到的相同伤害，公司及其股东可分别申请仲裁。	WTO 体系中不能选择法院。 区域性贸易协议可能存在并行诉讼程序的问题。	《欧洲公约》规定：如果某个申请与已经提交另外一个国际调查或和解程序的事项实质上一样，并且不包含任何相关的新信息，则法院不得受理该申请。
与其他诉讼程序的关系：和解及替代性争端化解方式 (ADR)	许多条约规定在争端提交仲裁之前应在规定期限内进行协商。 在有些案件中，仲裁庭认为这些规定对于管辖权没有影响，并允许投资者在任何情况下都可将争端提交仲裁。	WTO 强烈建议和解。WTO 要求每个案件中的当事方在争端提交之前应按照规则努力进行协商，并将其作为管辖权的条件。	鼓励“友好和解”。 法院可采取任何必要的措施促使当事方和解。

本表中关于 WTO 和 ECHR 之信息的主要来源是：Peter van den Bossche, 《世界贸易组织的法律和政策》(2008 年第 2 版)；以及 Philip Leach, 《在欧洲人权法院起诉》(2011 年第 3 版)。其他信息来自 WTO 和 ECHR 的网站以及其他次级来源。

- 1 《欧洲委员会手册》，第 6 页。
- 2 由总理事会、DSB、货物理事会、服务理事会、与贸易有关的知识产权 (TRIPS) 理事会以及 WTO 总干事组成。
- 3 此处所指的国内法官指从涉案国选举出的法官；在很罕见的情况下，该人不是该国的国民。
- 4 单方面交流指在没有其他当事方参与并且没有向所有当事方发出参加通知或提供参加机会的情况下进行的交流。
- 5 G. Shaffer, 《如何让 WTO 争端解决体系为发展中国家服务：发展中国家可采取的一些前瞻性策略》，国际贸易和可持续发展资源中心第 5 号文件。2003 年。第 45-46 页及注 152。
- 6 当事方还可在措施待撤销期间就“赔偿”达成一致；赔偿可能并非经济救济而是约定的前瞻性措施，比如临时提供额外的市场准入优惠。不过极少就此达成协议。
- 7 如有必要，可通过特别的单一问题加速仲裁程序来确定合理的时间，且此种程序不会使得执行的时间被暂停计算。
- 8 当事方还可就暂时补救[被称为“赔偿”(DSU 第 22 条)]达成一致。此等补救不涉及货币赔偿，而且必须仅针对未来遭受的伤害。不过极少就此达成协议。在一个就此等赔偿达成协议的案件中，违约方向原告提供了临时的额外市场准入优惠。

附件 3.

对投资者/原告特征进行调查的方法

通过使用可公开获得的信息，该项调查对投资者的各项特征（规模、公司性质等）进行了考察。调查覆盖了 50 个 ICSID 案件和 45 个 UNCTRAL 案件的投资者/原告。所选取的 ICSID 案件是调查开展时（2011 年第三季度）ICSID 网站上登载的 50 个最近解决的案件；这些案件的时间为 2006 年 4 月至 2010 年 4 月。45 个 UNCTRAL 案件包括调查开展时根据 UNCTRAL 规则已处理并且相关文件可在一个用户订阅法律网站上查看的所有投资者-东道国案件。之所以对两类案件有必要采用不同的取样方法（ICSID 案件仅包括最近的案件，而 UNCTRAL 案件包括所有可查到的案件）是因为关于两类案件的可获取的信息存在差异。

对于每个案件，调查使用了多个信息来源对投资者进行分类：ICSID 网站上发布的裁决书和订阅的资料（针对 UNCTRAL 案件而言）；投资者的网站（如有）；以及互联网上出现的其他商业信息。

搜索使用的语言为英语、法语和西班牙语。在不多的几个案件中，OECD 还利用组织内部具有的其他语言能力从其他语言的网站中收集信息。

对于投资者/原告不止一个的案件，秘书处选择了其中最大的投资者作为该案的原告。这种方法旨在提高大投资者在调查结论中的比例而减少小投资者的比例。

投资者被分为五种类型：

- 个人。投资者原告是个人或群体。
- 未定义的实体。信息不透明的投资者，它们并非上市公司，只有基本信息而没有网站，无法获得关于它们的治理、财务或经营信息。这些投资者中有一些似乎很小，所以可能不适用于更大公司之披露规则的约束。不过，另外一些投资者似乎是为了特定资产或活动（仲裁争端标的）而成立的控股公司。
- 中等规模的跨国公司。它们是所在区域的重要实体，并且公布了治理、经营和财务业绩方面的大量信息；根据它们提供的员工信息，这些公司的员工数量从数百到数千不等。
- 很大的跨国企业。它们在多个地理区域开展活动，至少有数千名员工。它们的网站上有大量信息，其中通常包括治理信息。根据它们提供的员工信息，这些公司通常有数万员工。
- UNCTAD 排名前 100 的跨国集团公司。

附件 4.

先进国内行政法体系中的补救

对于因政府不当行为而提供的各类补救，不同的法律体系有不同的名称和分类。以下两类补救之间有鲜明的差别：（i）非金钱补救，也称为“主要”补救或“司法审查”补救；（ii）金钱补救（主要是损害赔偿金及利息），也称为“次要”补救。¹⁸⁹

一些先进国内行政法体系中有类似于 ISDS 诉求的案件，通过对这些案件可适用的补救进行考察，可以发现（i）非金钱补救与金钱补救之间的差别在国内行政法体系中极为重要；而且（ii）除了征用以外，通常很难获得损害赔偿金补救。

1. 非金钱补救与金钱补救之间的差别

非金钱补救与金钱补救之间的差别在许多国内行政法体系中极为重要。通常来说，可以在专门的法律系统和/或专门的法庭中获取非金钱补救（且只能获得此等补救）。加拿大最高法院最近对司法审查的功能以及专门程序的使用和损害赔偿金诉求的排除描述如下：

司法审查的焦点是通过快速的程序撤销政府做出的无效决定，或者要求政府做或不做某事。……没有审前调查环节，所有信息只能通过证人宣誓书和交叉询问获取。法官不会听取口头证词。损害赔偿金不可适用。¹⁹⁰

同样地，美国关于司法审查的主要成文行政法《行政程序法》（APA）也没有将损害赔偿金作为一种补救加以规定。举例来说，APA 指示法院可宣布“武断的、反复无常的或滥用自由裁量权的”政府部门行为无效。但是，APA 没有授权法院对于此等行为做出损害赔偿金裁决。¹⁹¹在英国，司法审查程序通常由一个专门的行政法院实施，该法院通常只能裁定给予主要补救，而在裁定损害赔偿金方面权力非常有限。¹⁹²

¹⁸⁹ 普通法体系经常将这些非金钱补救称为司法审查补救。德国法律中更经常使用“主要补救”的说法；如下文所述，德国通常强制性要求在试图获得损害赔偿金（次要补救）之前先寻求主要补救。此等补救也称为“公法补救”。

¹⁹⁰ 加拿大总检察长诉 Telezone 公司案（Attorney-General of Canada v. Telezone, Inc.），（加拿大最高法院，2010 年 12 月 23 日）（段内引文已省略）。

¹⁹¹ 《美国法典》第 5 编第 706 节。第 706 节规定审查法院可（1）对于政府部门不合法地拒绝采取或不合理地延误的行动，迫使其做出该等行动；以及（2）认定政府部门行为不合法并宣布其无效。

¹⁹² 参见法律委员会，《行政补偿：公共机构和公民：咨询文件》（2008）[以下简称法律委员会 2008]第 3.101 节（“传统上，司法审查的功能未涉及到对赔偿做出裁决。行政法院下令做出货币赔偿的权力受到很严格的限制。”）

大陆法系国家也区分了针对国家主张的非金钱补救和金钱补救。在德国，主要补救诉求由行政法院处理，而次要的损害赔偿金补救则由普通的民事法院通过另外的程序处理。¹⁹³正如下文讨论的那样，原告在提出损害赔偿金诉求之前必须尽可能地寻求主要补救。法国法律对以下两种情况进行了区分：宣告无效诉讼（contentieux de l'annulation），主要是滥用权力的补救措施（recours pour excès de pouvoir），基本上仅可给予非金钱补救；以及完全管辖权诉讼（contentieux de pleine juridiction），法院可裁决给予损害赔偿金。类似地，日本也区分了司法审查诉讼（仅可提供主要补救）与向国家索要损害赔偿金的诉讼：两类诉讼分别适用不同的成文法以及不同的责任标准。

正如加拿大和英国的做法那样，仅涉及主要补救的司法审查程序可以简化，以便在适当的情况下可以加速提供非金钱补救。对裁定提出反对并提交审查的时限通常很短。¹⁹⁴这样就可以限制在审查程序开始之前和进行之中所发生的伤害。政府也会立即得到有关诉求的通知。另外，也可使用紧急程序作为替代或补充，以便立即发布禁制令。正如下文所讨论的那样，在所遭受的伤害经常无法获得损害赔偿金或者只能获得有限的损害赔偿金的情况下，前述做法是很重要的。¹⁹⁵

2. 损害赔偿金补救可能难以获得

除了征用以外，在几个主要的 OECD 成员国中，根据国内法对政府提出诉求的投资者似乎极少能获得损害赔偿金补救。¹⁹⁶

a. 英国

正如法律委员会最近的报告所述，英国法律通常对于违反公法的情况（比如违反正当程序）并不提供损害赔偿金补救，而只提供司法审查补救。¹⁹⁷如果想获得损害赔偿金，原告必须满足私法对于有名目之侵权行为（nominate torts）所规定的标准。根据传统英国法律，只有针对三种主要的侵权行为才可判决公共机构支付损害赔偿金：（i）疏忽；（ii）违反法定职责；以及（iii）公职人员滥用职权。¹⁹⁸

¹⁹³ 参见《德国基本法》第 19(IV)、34 条；《行政程序法》第 40(1) 节；参见 C. Brown, 《投资条约仲裁的程序以及比较公法的相关性》，载于 Schill, 前面已引用，第 679-680 页。

¹⁹⁴ 在加拿大，原告在裁决做出后只有 30 天的时间提出审查请求，参见上文 Telezone 案；在英国，时限是三个月。参见《司法审查：在行政法院提出诉求的简短指南》，下议院图书馆，第 06/44 号研究文件（2006 年 9 月 28 日），第 22 页。在法国，如果想要获得针对滥用权力的补救措施，则通常必须在被反对之裁决已告知或公布之后两个月内提出请求。参见 Jacqueline Morand-Deville, 《行政法》（2009 年第 11 版），第 782 页。

¹⁹⁵ 由于不提供损害赔偿金补救，所以 WTO 出于同样的需要加快了其争端化解程序的速度。参见 Peter van den Bossche, 《世界贸易组织的法律和政策》，（2007 年第 2 版）第 200 页（由于没有损害赔偿金，所以做出快速裁决就非常重要）。

¹⁹⁶ 此处侧重点为非合同规定的诉求，不涉及根据合同提出的诉求。

¹⁹⁷ 参见 R. (夸克渔业有限公司) 诉外交及联邦事务部大臣案 [R. (Quark Fishing Ltd.) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs], [2003] 英格兰和威尔士高等法院 1743 § 14 (Admin) (Collins J.); 法律委员会 2008 第 3.100-3.101 节。

¹⁹⁸ 作为其补充，仅有两种违反欧洲法律的情况可给予损害赔偿金：（iv）在欧洲人权法院（ECHR）的违反人权法的案件中，原告有可能获得损害赔偿金，但这并非原告的一项权利；以及（v）因违反欧盟法律而

由于因公职人员滥用职权以及违反法定职责而提出索赔受到很严格的限制，因此疏忽就成为了对政府提出损害赔偿金诉求的主要依据。¹⁹⁹为了确定公共机构和官员存在疏忽并应该承担责任，原告必须证明（i）该事项可由法院审判；以及（ii）被告对原告负有注意义务。正如法律委员会所言，“在限制对公共机构提出的诉求方面，可审判性是一种极为有效的控制机制，因为其要求法院驳回不可由法院审判的案件，甚至都不用考虑被告是否负有注意义务”。上议院于 1995 年做出的一项决定认为损害赔偿金不适用于政策决定（相对于操作性决定而言）。²⁰⁰

在确定是否存在注意义务时，法院会考虑到政策论据：法律在设定注意义务时必须“公平、公正、合理”。²⁰¹法院承认为受伤害的当事方提供赔偿具有重要的政策意义；不过，它们也经常提出很多的政策论据来反对由国家承担支付侵权损害赔偿金的责任。法院认为让国家承担责任很可能从以下几个方面损害到行政管理的质量：（i）使得公共机构及其职员在工作中产生本不应有的防卫行为；（ii）使得公共机构无法将本就稀少的资源完全用于履行其主要职能，耗费资源以避免卷入诉讼和采取防卫措施；以及（iii）可能导致大量的诉讼和无理取闹的诉求，进一步减少了公共机构的可用资源。还可基于以下理由拒绝让国家承担责任：相关问题被认为不适合进行司法评估，尤其因为这些问题自由裁量属性或复杂性；或者保险或其他补救已经为原告提供了充分的保护。²⁰²

提供损害赔偿金。在这些特定领域，某些情况下可提供损害赔偿金，而无需确定存在侵权。参见法律委员会，《行政补偿：公共机构和公民》（2010）[以下简称法律委员会 2010]第 2.44-2.48 节。

¹⁹⁹ 法律委员会 2008，第 3.116 节。法律委员会称由于对责任进行的限制，违反法定职责的说法“在许多法律领域已几近过时”。同上。第 4.75 节（脚注已省略）。

对于公职人员滥用职权而言，原告难以证明被告行事时的特定心理状态：“原告需要证明存在恶意或者某个官员故意越权行事，这种要求对于想要胜诉的原告而言尤其是一种很大的障碍。”同上。第 4.78 节。经过了长达 12 年的诉讼（这一诉讼被英格兰银行描述为商事法院处理的耗时最长、费用最昂贵的案件）后，原告于 2005 年撤回了因声称存在公职人员滥用职权而针对英格兰银行（及其 22 名前和现任职员）提出的 8.5 亿英镑的损害赔偿金诉求。在 BCCI 于 1991 年因欠 90 亿英镑债务而停业后，德勤作为 BCCI 的清算人提出了该诉求；德勤称英格兰银行在掌握了 BCCI 欺诈活动证据的情况下仍然允许 BCCI 营业，因此明知故犯地未能保护存款人的利益。审理法官称他确信原告对英格兰银行及其官员提出的行为不当和不诚实指控毫无根据，原告随后撤回了诉求。该案的法律费用超过了 1 亿英镑；法院命令清算人向英格兰银行支付 7360 万英镑以赔偿该银行的法律成本。参见《BCCI 清算人撤销了价值 10 亿英镑的案件》，BBC 新闻（2005 年 11 月 2 日）；Rory Cellan-Jones，《史诗的终结》，BBC 新闻（2005 年 11 月 2 日）；《银行获赔 BCCI 案件的 7300 万英镑成本》，BBC 新闻（2006 年 6 月 7 日）；英格兰银行，《BCCI 清算人起诉英格兰银行一案的判决》（新闻稿）（2006 年 4 月 12 日）。

近年来有多起引发争议的公职人员滥用职权案件，大多数都涉及警方。参见 2008 第 4.90 节及注 112。

²⁰⁰ 参见 X（未成年人）诉贝德福德郡县议会案[X (Minors) v Bedfordshire County Council]，[1995] 2 AC 633（上议院）。参见同上第 737 页（“当议会赋予某个公共机构一项法定的自由裁量权时，应由该机构而非法院行使此等自由裁量权”；“在做出涉及政策事项的决定时，不存在普通法上的注意义务。”）还可参见下文针对美国政府之损害赔偿金责任的“自由裁量职能例外”。

英联邦的一些国家采取了类似的做法以排除损害赔偿金的适用。参见 Holland 诉萨斯喀彻温省案（Holland v. Saskatchewan），2008 SCC 42（加拿大最高法院）（驳回了萨斯喀彻温省提出的损害赔偿金诉求，理由是“根据一项成文法采取何种行动之政策决定不应产生疏忽的责任”；损害赔偿金仅可能适用于操作上的疏忽）。

²⁰¹ 法律委员会 2008，第 3.129 和 3.139-3.153 节。

²⁰² 同上。

在英国法律中，损害赔偿金遇到的另外一个障碍是投资者因政府行为所遭受之损失的典型性质。投资者通常遭受的是金钱损失，这种损失并非体现在任何身体伤害或者具体的财物损坏。英国法律通常禁止因疏忽造成此等所谓的“纯粹经济损失”而提出损害赔偿金要求。²⁰³

正如法律委员会所指出的，英国法律对于损害赔偿金的限制体现在涉及非法撤销或不延长许可的许多案件之中，而这种情况也经常出现在 ISDS 案件之中。²⁰⁴原告可以通过司法审查对拒绝授予许可的决定提出反对并获得主要补救，但是通常无法弥补自己收入上的损失或者获得其他的损害赔偿金。²⁰⁵

这些案件中缺乏损害赔偿金补救的情况长期以来一直为人诟病。正如法律委员会 2008 年的报告所言，委员会对这种情况的批评实际上是在重申其 1971 年一份工作文件中的意见。不过，法律委员会 2008 年修改传统英国法律中损害赔偿金责任的提议遭到了政府方面立场一致的强烈反对，原因尤其在于这一改革可能对政府预算产生不确定的财政后果。由于政府的反对，法律委员会未能继续其关于政府损害赔偿金责任的改革工作，只是在 2010 年发布了一份最终报告。²⁰⁶

b. 美国

正如上文所说的那样，美国关于司法审查的主要成文行政法 APA 没有将损害赔偿金作为一种补救加以规定。如果需要提出损害赔偿金的诉求，原告有两个主要的选择：侵权诉讼和违宪诉讼。

原告可提出私法诉讼以获得因官方行为而产生的损害赔偿金。不过，仅仅证明政府的行为违法还不够，原告必须证明政府的行为构成了普通法上的侵权行为。对私人造成伤害但是并不构成侵权的政府行为由司法审查处理，并适用主要补救。²⁰⁷

根据国内法律中有关美国政府主权豁免的规则，损害赔偿金还可能无法适用于一些针对侵权行为提出的诉求。根据美国法律，联邦政府通常可免于参加损害赔偿金诉讼，除非其同意参加。

²⁰³ 参见 Murphy 诉布伦特伍德区议会案 (Murphy v. Brentwood District Council) [1991] 1 AC 398 (上议院)；法律委员会 2008 第 3.170 节 (“对于疏忽侵权行为适用的一般‘排除规则’是：纯粹经济损失不可补偿”)。

²⁰⁴ 参见 Campbell McLachlan 等，《国际投资仲裁》；《实质性原则》第 7.99 节 (2007) (称授予或撤销许可是最常引发关于违反公平和平等待遇要求之诉求的两大情况之一)。

²⁰⁵ 法律委员会 2008，第 4.28 节；R. 诉诺斯利自治市议会及美奎案 (R. v. Knowsley Borough Council ex parte Maguire) [1992] COD 499；R. (夸克渔业有限公司) 诉外交及联邦事务部大臣案，[2003] 英格兰和威尔士高等法院 1743 (Admin)。在夸克案中，法院驳回了超过 200 万英镑的侵权损害赔偿金要求。一家上诉法院撤销了非法不延长一项很有价值之许可的行为，因为该行为有多处违反正当程序的地方。不过，上诉法院仍然驳回了损害赔偿金要求，因为其中明显缺乏法律依据。法院称其“略感惋惜地做出了这个判决，因为原告似乎很清楚地证明了自己因被告的不合法行为而遭受了损失。”法官称“本案再次表明议会应考虑为造成损失的不合法行政措施提供损害赔偿金。这项工作显然不能由法院来做。”

²⁰⁶ 参见法律委员会 2010，第 1.3 节 (“这项工作的引人注目之处在于关键的利益相关者——政府——强烈反对我们所提议的改革。这种反对不仅体现在政府的正式回复中，也存在于从上到下各级官员的讨论之中。政府的正式回复是反映政府内部统一意见的唯一文件。这种做法在近代以来即便不算是独一无二，也可称得上是极不寻常。”)；同上。第 2.93-95 节。

²⁰⁷ 参见 Stephen G. Breyer 等，《行政法与监管政策》(2006 年第 6 版)，第 748-49 页 (司法审查补救使得法院可以处理伤害到私人但是不构成侵权的政府行为)。

²⁰⁸1946年《联邦侵权索赔法》(FTCA)同意放弃政府对许多要求损害赔偿金的侵权索赔的豁免权。不过,“放弃豁免权的情况”仍然“极为有限”。²⁰⁹许多范围宽泛的除外条款仍然规定政府对于多个重要领域的损害赔偿金要求享有豁免权。

一项范围宽泛的豁免被称为“自由裁量职能例外”,该规定使得损害赔偿金要求不适用于涉及到自由裁量权的政府行为。损害赔偿金不适用于因“某个联邦政府机构或某个政府职员行使或履行或者未能行使或履行某项自由裁量性职能或职责”而引发的诉求。²¹⁰最高法院指出,“国会希望避免司法机关借助侵权诉讼并根据社会、经济和政治政策对立法和行政决定进行事后批评。”²¹¹事实上,仅可通过司法审查程序对此等决定提出反对,并适用司法审查提供的主要补救。²¹²

其他排除损害赔偿金责任的重要例外条款使得损害赔偿金要求不适用于妨碍合同权利的侵权行为、财政部的财政运营以及对货币体系的监管。²¹³

可能获得损害赔偿金的第二条途径是针对违反特定宪法权利而提起损害赔偿金诉讼的默认权利(被称为 Bivens 诉因)。²¹⁴不过,在一个针对联邦存款保险公司(FDIC)提起的案件中,最高法院认为 Bivens 诉求仅可针对官员提出,而不能针对政府机构提出。²¹⁵法院认为,“如果我们受理直接针对联邦政府机构提出的损害赔偿金诉讼,那么我们就可能给联邦政府制造巨大的财政负担”,并且“我们无权做出涉及‘联邦财政政策’的决定”。²¹⁶

c. 德国

在针对国家的案件中,德国行政法在司法审查类型的主要补救和损害赔偿金补救这两者中更强调前者。在针对国家提出损害赔偿金要求之前,必须先寻求两级可能获得的主要补救:(i)行政

²⁰⁸ FDIC 诉 Meyer 案 (FDIC v. Meyer), 510 U.S. 471, 475, (1994); 美国诉纳瓦霍族保留地案 (U.S. v. Navajo Nation), 129 S.Ct. 1547, 1551 (2009)。参见 Breyer, 第 759 页 (“只有在美国根据一项成文法明确同意被诉的情况下,才可提起针对美国的损害赔偿金诉讼。”)。

²⁰⁹ 参见 Breyer, 第 759 页。

²¹⁰ 《美国法典详解》(USCA)第 28 编第 2680(a) 节。

²¹¹ 美国诉瓦力格航空公司案 [United States v. S.A. Impresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)], 467 US 797, 814 (1984)。

²¹² 自由裁量职能例外要求法院区分“自由裁量性”决定和与之相对的“操作性”决定,只有后者可适用损害赔偿金。参见美国诉 Gaubert 案 (US v. Gaubert), 499 U.S. 315 (1991) (法院认为金融监管当局的行为涉及自由裁量权;不可适用损害赔偿金)。

²¹³ 《美国法典》第 28 编第 2680(h)、(i) 节。

²¹⁴ Bivens 诉联邦麻醉品管理局六名不知名探员案 (Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics), 403 US 388 (1971)。

²¹⁵ 参见 FDIC 诉 Meyer 案, 510 U.S. 471 (1994); Wilkie 诉 Robbins 案 (Wilkie v. Robbins), 551 U.S. 537, 550 (2007)。

²¹⁶ FDIC 诉 Meyer 案, 510 U.S. 486。最高法院近年来在针对联邦官员的案件中对 Bivens 诉因进行了狭义解释。参见 Wilkie 诉 Robbins 案 (Wilkie v. Robbins), 551 U.S. 537 (2007)。不过,州官员要比联邦官员承担更宽泛的责任。

体系的补救；以及（ii）行政法院的补救。寻求行政体系的补救通常是在法院起诉的先决条件之一。²¹⁷这使得行政机关可以在法院之前对涉案的决定进行审查。

如果可能的话，在行政法院提出司法审查类型的主要补救要求是在普通民事法院提出损害赔偿金要求的一项强制性前提条件。因故意或疏忽而未能在行政法院寻求可获得的主要补救被视为构成了一种特殊的共同疏忽：这种情况下禁止提出损害赔偿金要求。²¹⁸

《德国民法典》（BGB）确立了政府官员疏忽责任的一般概念。某个“因故意或疏忽而对于第三方违反了其承担之官方职责”的官员应承担个人责任。²¹⁹尽管 BGB 确立了官员的个人责任，但是《德国基本法》（《宪法》）第 34 条规定如果该官员是在执行公务时违反了职责，则责任应转移至公共机构身上。²²⁰公共机构通常以与官员相同的方式承担相同程度的责任。²²¹这种责任可延伸至行政和司法领域的不当行为，但不涉及立法行为。

一些评论者注意到了德国法律和普通法国家在有关国家责任之整体规定方面的差别。²²²正如上文所述，普通法系司法管辖区的法院经常援引大量政策因素来为其限制损害赔偿金责任的判决辩护，而德国法院更侧重于对个人受到之伤害提供赔偿的需要。

不过，只有在官员已违反了其对原告或者原告所属之某个限定人群所负职责的情况下才能适用损害赔偿金。如果官员违反了针对全体公众所负的职责，则不可适用损害赔偿金。

德国联邦最高法院于 1979 年做出了两项决定，在认定相关成文法对银行监管者设定了针对每个存款人或债权人应承担的官方职责之后，决定银行监管者应承担损害赔偿金责任。²²³不过，立法机构随后做出反应，明确该成文法旨在保护全体公众，从而免除了银行监管者的损害赔偿金责任。

²¹⁷ 参见 C. Brown, “投资条约仲裁的程序以及比较公法的相关性”，载于 Schill, 前面已引用, 第 679 页 [在行政法院提起的诉讼只有在规定的行政程序已穷尽的情况下方可被受理, 引用 Verwaltungsgesetzordnung 第 68、113(1) 节]。

²¹⁸ 参见 BGB 第 839(3) 节; Anne van Aaken, “国际投资法的主要和次要补救以及民族国家的责任: 功能和比较观点”, 载于 Schill, 前面已引用, 第 728 页 [“在侵权案件或者类似于违反公平和平等待遇的案件 (比如违反法治或者违反正当程序) 中, 原告只有在已首先寻求主要补救的情况下才可以提出损害赔偿金要求。如果权利人未能使用这些可获得的补救, 则禁止其提出损害赔偿金要求。”]。

类似地, 奥地利和瑞士的法律都要求在寻求损害赔偿金之前寻求主要补救, 并且在原告未能对政府行为提出反对的情况下根据共同疏忽理论禁止原告提出损害赔偿金要求。参见 Irmgard Marboe, 《国家责任以及国家在行政和立法行动损害经济利益时的相对义务》, 载于 S. Schill, 前面已引用, 第 398 页 (在奥地利, “如果案件中的被伤害之人曾有机会通过任何法律补救或通过向行政法院投诉而避免损害却没有这样做, 则不适用损害赔偿金。未能对政府行为提出反对被视为共同疏忽的一种表现。”); van Aaken, 第 729 页 (在瑞士, “主要补救的使用必须先于次要补救。如果原告未能使用主要补救, 则不得对国家提出损害赔偿金要求。”)。

²¹⁹ BGB (德国民法典) 第 839 节, [1997 年第 3 版 (Basil Markesinis 翻译)]。

²²⁰ 参见 Marboe, 第 388 页。

²²¹ 同上。

²²² 参见 Ralph Surma, “英国和德国处理公共机构疏忽责任的比较研究”, (2000) 第 8 届牛津大学比较法论坛。

²²³ 参见 BGHZ 74, 144-147; BGHZ 75, 120-122。

²²⁴投资者似乎并没有在德国法院提出许多索取大额损害赔偿金的诉求，不过还是有必要开展进一步研究。

d. 法国

法国的国家责任法很大程度上以判例法为基础，其基本制度是基于过失的。²²⁵根据判例法，大多数涉及官员责任的案件同样涉及到行政机关的责任，产生这种情况的原因尤其在于法院对“公务过失”（faute de service）²²⁶这一概念进行了广义解释。

在法国，总的趋势是取消特殊的、更高的“重大过失”（faute lourde）责任要求，而只适用一般的“简单过失”（faute simple）责任要求，以便对受害人提供更好的赔偿，尤其是在医疗和医院渎职等领域。²²⁷

不过，对于复杂、困难或微妙的行政任务仍然保留了更严格的“重大过失”责任要求。科里基安案（Kechichian）适用了更高的“重大过失”责任要求，该案是 2001 年的一个重要案件，涉及到银行业委员会可能承担的责任。²²⁸在 2005 年进行的一项研究中，行政法院（研究处）指出科里基安案适用的“重大过失”责任要求将很可能会适用于所有的独立监管机构。²²⁹仅导致纯粹经济损失（主要与身体伤害相对而言）的政府活动也有更大的可能适用“重大过失”责任要求。²³⁰

e. 日本²³¹

日本关于国家责任的法律以《国家补偿法》（1947 年第 125 号法律）为基础。如果满足了该成文法规定的条件，则国家或公共机构将因官员的行为而承担损害赔偿金责任。

²²⁴ KWG 第 6 节（1984 年 BGBl. I 1693）。

²²⁵ 除了以过失为基础的制度以外，法院还在一些领域适用无过失责任。

²²⁶ 参见 Morand，第 827、832-33 页。

²²⁷ 参见“commissaire du gouvernement: Conclusions sous Conseil d’Etat”提交文件，Assemblée，2001 年 11 月 30 日，第 219562 号，经济和财政部长 c/ M. Kechichian 等。还可参见 Morand，第 850-51 页。

²²⁸ 行政法院，Assemblée，2001 年 11 月 30 日，第 219562 号，经济、财政和工业部长 c/ M. Kechichian 等（2001 年 11 月 30 日）；还可参见 commissaire du gouvernement: Conclusions sous Conseil d’Etat 提交文件，Assemblée，2001 年 11 月 30 日，第 219562 号，经济和财政部长 c/ M. Kechichian 等。

²²⁹ 参见行政法院研究处“Responsabilité et socialisation du risque”，第 234 页（法语原文为“on peut penser que[l’ exigence de la faute lourde] vaudra pour l’ ensemble des autorités indépendantes dites de régulation”）。

²³⁰ 参见 Conclusions sous Conseil d’Etat，Assemblée，2001 年 11 月 30 日，第 219562 号，科里基安案，第 8-9 页（如果损失仅为金钱或者可通过其他赔偿加以弥补，则“重大过失”责任要求更为适当且更可能得到适用）。

²³¹ 本节内容受益于京都大学 Shotaro Hamamoto 教授提供的信息，作者在此向他致谢。Hamamoto 教授在 2012 年 3 月召开的圆桌会议上进行了更深入的分析，其总结报告可在 OECD 网站上查阅。作者对于此处所表述的观点以及所有遗留的错误负责。

损害赔偿金责任制度以过失为基础：故意或疏忽行为是获得损害赔偿金（而非主要补救）的前提。最高法院曾反复确认损害赔偿金应适用比主要补救更高的标准；因此，法院认为如果某个行为的违法程度达到了给予主要补救的程度，未必适用次要补救。²³²

自从《国家补偿法》于 1947 年颁布以来，似乎还没有投资者因经济监管而根据国内法向国家提出或者从国家获得大额的损害赔偿金。²³³在一个案件中，一家建筑公司被禁止竞投位于一个村庄的公共工程，理由是该公司的总部并非设在该村，该公司对这一要求提出了反对，并要求获得 1.4 亿日元（大约 140 万欧元）的损害赔偿金。最高法院认为关于总部的要求不合理：尽管为了确保这个（人口稀少）村庄的经济生存能力而建设公共工程是合法行为，但是不将总部设在他处的公司排除出去也可以实现这个目标。该案后来被发回高松高等法院以裁定损害赔偿金问题，法院驳回了损害赔偿金要求，其理由是对总部加以要求是该地区地方当局较为通行的做法（直到最高法院认定这一做法不适当），而且最高法院内部也存在两个反对意见。

在驳回诉求时，法院指出官员在做出涉案决定时是在行使其自由裁量权。²³⁴2004 年，在一个涉及严重人身伤害（尘肺病——矿工所患的肺病）的案件中，国家首次因行使自由裁量权而被判应承担责任。²³⁵

* * *

总的来说，在本文件所考察的国内体系中，似乎极少有投资者在与 ISDS 案件类似的情况下（征用除外）提出损害赔偿金诉求，²³⁶成功获得损害赔偿金的情况就更少了。正如一位评论者最近总结的那样，“国内法院似乎很不情愿判决给予损害赔偿金”。²³⁷损害赔偿金在国内体系中有限的可获得性和作用与 ISDS 形成了鲜明对比。

对于投资者极少在国内体系中提出损害赔偿金诉求的情况，有若干可能的解释。对于有着先进行政体系的国家而言，其政府在面对主要的投资或投资者时可能不会犯严重的错误或者做出不公正的行为。如果犯下此等错误，它们通常会利用司法审查程序提供的主要补救及时予以纠正；这就使

²³² 参见最高法院《2004 年 1 月 15 日的判决》，Minshu，第 58 卷，第 226 页（因为患有脑肿瘤的病人没有签证而拒绝其享受健康福利的做法不合法；不过，由于相关公务人员并没有疏忽行为，因此未裁定给予损害赔偿金）；《2008 年 2 月 19 日的判决》，Minshu，第 62 卷，第 445 页。

²³³ 为数不多的几个因不作为或滥用监管权力而给予损害赔偿金的案件似乎都涉及到人身伤害或政治权利。参见最高法院《2004 年 4 月 27 日的判决》，Minshu，第 58 卷，第 34 页（判决给予患尘肺病的矿工损害赔偿金）；最高法院《2005 年 9 月 14 日的判决》，Minshu，第 59 卷，第 2087 页[因原告的选举权受到侵犯而给予原告 5,000 日元（大约 50 欧元）的损害赔偿金]。这些案件都不涉及投资。

²³⁴ 参见最高法院《1989 年 11 月 24 日的判决》，Minshu，第 43 卷，第 1169 页（拒绝了受害人因一家持照房地产公司的欺诈行为而向国家提出的损害赔偿金诉求；原告以监管机关应撤销该公司的许可证为由提出了损害赔偿金诉求，但是被法院驳回，因为法院认为不撤销许可证的决定属于自由裁量性质，并不存在明显的不合理）。

²³⁵ 参见最高法院《2004 年 4 月 27 日的判决》，Minshu，第 58 卷，第 34 页（政府采取了措施减少一些矿山的矿尘，但是这些措施迟迟未在煤矿推行，法院认为此举具有明显的不合理性，故判决给予患尘肺病的矿工损害赔偿金）。

²³⁶ 大多数已知的诉求似乎涉及与投资者无关的事项，比如社会服务机构、高速公路管理机构、检察机关或者警方的责任。

²³⁷ 参见 van Aaken，载于 Schill，前面已引用，第 723 页。

得损害赔偿金仅限于错误被纠正之前这段时间造成的伤害。寻求此等损害赔偿金的案件涉案金额相对于侧重于未来收益损失的 ISDS 案件涉案金额相比要小。投资者可以承受自己的损失（可能是全部损失，也可能是在司法审查程序获得成功情况下的临时损失），而不用通过诉讼提出损害赔偿金诉求。投资者可能不太愿意在自己长期开展业务的司法管辖区提起诉讼，因为会牵扯到范围广泛的政府和监管关系；而且根据可适用的法律也可能无法获得损害赔偿金，因此投资者在咨询了自己的律师之后认为提出损害赔偿金诉求的价值不大。上述这些因素在很大程度上可能会重叠存在。

附件 5.

在 ICSID 和 UNCITRAL 案件中对仲裁员的选择和监管

在每个案件中，当事方或者第三方机构必须选择该案件的仲裁员；与此相反，国内案件的法官都是指派的，当事方不能参与选择。不同案件的选择方法和具体做法各异。为更好地进行说明，下面将分别介绍两名共同仲裁员的选择与首席仲裁员的选择。

1. 共同仲裁员的选择

ICSID 和 UNCITRAL 规则都规定各当事方可选择一名仲裁员，除非双方约定了其他的方法。²³⁸当事方在选择仲裁员方面限制很少，可适用的标准都规定于一般性条款之中。²³⁹

评论者指出，当事方通常会尽量选择那些在案件中同情己方、人格正直、有声望的仲裁员人选，在一些案件中，还会在上述基础上选择与同一仲裁庭中另外两名仲裁员有着良好个人关系并能说服另外两名仲裁员（尤其是可能的首席仲裁员）的人选。²⁴⁰不过，关于如何实现这个目标，人们的观点各异。²⁴¹对于当事方的法律顾问而言，帮助客户找到被认为是最有可能让己方胜诉的仲裁员可能是他们需要承担的道德义务。²⁴²

²³⁸ 参见《ICSID 公约》第 37(2) (b) 条（如果当事方没有其他约定，“仲裁庭应由三名仲裁员组成，各当事方分别指定一名仲裁员，第三名仲裁员根据双方的一致意见确定并将担任仲裁庭主席。”）；《UNCITRAL 规则》9(1)（“如果将指定三名仲裁员的话，各当事方应分别指定一名仲裁员。”）。

²³⁹ 举例来说，ICSID 仲裁员必须是“具有高尚品德的人，在法律、商业、工业或金融领域具有公认的能力，并且可令人信赖地做出独立判断”。参见《ICSID 公约》第 14(1) 和 40(2) 条。其他规则在独立性的基础上还对公正性提出了明确要求。

²⁴⁰ 参见 Seppälä，第 7 页；Rogers，《监管国际仲裁员》第 113 页；Paulsson，《国际争端化解中的道德风险》。为方便起见，我们在本文件中仅提及当事方。不过通常来说，当事方的法律顾问在这方面发挥着主要作用，他们通常对于仲裁、仲裁员以及仲裁员的选择流程有着更丰富的经验，并且会与自己的客户进行磋商。

²⁴¹ 比较 Alexis Mourre，《单边指定是否有理？论 Jan Paulsson 之〈国际仲裁中的道德风险〉》，Kluwer 仲裁博客（2010 年 10 月 5 日）（“如果当事方真的希望提高自己获胜的机会，那么他们就应该指定有经验的、公正的仲裁员，而不应该选择超级拥护自己的仲裁员，这应该是底线。”）与 Hans Smit，《当事方指定仲裁员是一种有害制度》，哥伦比亚大学韦尔可持续国际投资研究中心关于局部地区外国直接投资的观点，第 33 期，（2010 年 12 月 14 日）（“尽管 Alexis Mourre 辩称当事方指定的仲裁员是因为其公正的名声而当选，但是我并不赞同。我相信律师会认为其维护客户利益的职责要比对于制度的关切更重要。”）。还可参见 Martin Hunter，《国际仲裁员的道德》，《仲裁》第 53 期第 219、223 页（1987）（“当我在仲裁中代表某个客户时，我真正希望的是当事方指定的仲裁员最大程度地倾向于我的客户，但是最小程度地表现出自己的偏见”）；Doak Bishop 与 Lucy Reed，《国际商事仲裁中面试、选择和提议回避当事方指定之仲裁员的实用指南》[将一般性有利倾向（对于是非曲直的考虑会压倒这种倾向）与实际的偏见（愿意在不顾是非曲直或者不对是非曲直做出仔细审查的情况下做出对指定自己之当事方有利的裁决）进行了区分；大多数当事方希望仲裁员能具有有利倾向但没有偏见]。

²⁴² 参见 Hans Smit，《当事方指定仲裁员是一种有害制度》，哥伦比亚大学韦尔可持续国际投资研究中心，第 33 期，（2010 年 12 月 14 日关于局部地区外国直接投资的观点）。

缺乏清楚的规则可能会让人无法确定程序的适当性。举例来说，仲裁并不排斥当事方与共同仲裁员之间的单方面交流，但是这种交流的适当范围有时候却无法清楚地界定。（单方面交流指在没有其他当事方参与并且没有向所有当事方发出参加通知或提供参加机会的情况下进行的交流，会让人产生关于正当程序的关切。）²⁴³一旦仲裁庭已组建完成，则当事方绝对不得与仲裁员进行单方面接触，人们对于这一点已形成了普遍共识。单方面接触主要发生在裁判庭组建之前的两种情况下：（1）与共同仲裁员候选人进行交谈，通常被称为“面试”；以及（ii）在共同仲裁员已被选定之后与其就可能的首席仲裁员进行讨论（参见下文）。由于这些讨论的范围不受任何规则约束，而且极少有可公开获得的判例法信息涉及到这个问题，因此主要的指导规范就是软法道德准则。²⁴⁴

正如本文件正文所述，当事方选择仲裁员的做法（尤其是在 ISDS 案件中）近来受到了一些资深仲裁员和专家的批评，而另外一些人则强烈维护这一做法。

2. 首席仲裁员的选择

在组建投资仲裁庭的过程中，首席仲裁员的指定被广泛视为最重要的一步。最近进行的实证研究确认了人们广泛持有的观点，即首席仲裁员在仲裁决策过程中扮演着关键角色。²⁴⁵

尽管一些主要仲裁机构的商事仲裁现在以仲裁机构选择首席仲裁员作为默认规则²⁴⁶，但是在两大主要的 ISDS 体系中，由当事双方就首席仲裁员的指定达成一致意见仍然是默认规则。

不过，ICSID 和 UNCITRAL 这两大体系对于如何就首席仲裁员达成一致意见规定了不同的默认方法。在 ICSID 中，当事方有权就首席仲裁员的选择达成一致意见；而在 UNCITRAL 中，这种权力属于两名共同仲裁员。

根据允许当事方选择首席仲裁员的规则（比如 ICSID 规则），当事方经常会与其指定的共同仲裁员就如何选择首席仲裁员进行单方面讨论。由于选择首席仲裁员的过程可能会牵涉到多个可能的候选人并且会持续好几个月的时间，因此这些讨论经常会一再延长。²⁴⁷正如上文所述，一旦仲裁庭已组建完成，则单方面接触即被视为不当之举。

²⁴³ 通常禁止与法官和仲裁员的单方面交流。单方面交流在审判程序中被广泛地视为不可接受的做法，因为这种做法使得一方有机会在另一方不在场的情况下对裁决人施加影响，而另一方无法对此等交流加以反驳或评论。

²⁴⁴ 在单方面面试中，当事方可能会询问仲裁员候选人的经验、日程安排、兴趣、收费以及是否存在利益冲突。除了对案件进行一般描述以便讨论仲裁员的相关经验以外，对案件的是非曲直进行讨论被广泛认为是并不适当的做法。参见《IBA 指引》，《绿色清单》，¶1.5.1；G. Born，《国际商事仲裁》，第 1391 页（2009）。有些仲裁员有自己固定的做法，比如将对话录音或者仔细做笔记，这些记录可在适当情况下披露给有关各方。不过，这些做法目前处于仲裁员自由裁量权的范围之内。

²⁴⁵ Waibel 与 Wu，第 37 页。

²⁴⁶ 《LCIA 规则》第 5(6)条[“首席仲裁员应由 LCIA 指定（不可由当事方指定）”]；《ICC 规则》8(4)[“第三名仲裁员应由法院指定并担任仲裁庭的主席，除非当事双方已为此等指定约定另外的程序（此种情况下当事双方的提名应按照第 9 条规定进行确认。）”]

²⁴⁷ 参见 Mourre（“当事方指定的仲裁员通常会花大量时间与当事方及其法律顾问进行此等磋商”）。

《UNCITRAL 规则》对于当事方在共同仲裁员选择首席仲裁员工作中的参与（如有）似乎没有明确规定一个适当的范围，而一些判例法则认为当事方的参与应该非常有限。²⁴⁸与此相反，一些软法原则却允许（但不要求）共同仲裁员了解指定自己之当事方的意见。一本关于商事仲裁的主要专著则提出了第三种做法，支持当事方广泛参与选择首席仲裁员的工作（并称现在的实践就是向这个方向发展），但是当事方对于共同仲裁员的意见没有一票否决权。²⁴⁹

毋庸置疑的是，当事方和/或共同仲裁员之间关于潜在首席仲裁员的磋商通常耗时良久、讨论激烈，并且“涉及到微妙的战术和磋商考量”。²⁵⁰尽管规则通常会设定时限，但是当事方可以联合请求获得额外的时间以便做出协商一致的选择。

在当事方或者共同仲裁员无法就首席仲裁员达成一致意见时，ICSID 和《UNCITRAL 规则》都对于指定首席仲裁员的机构做出了规定。ICSID 案件中的默认指定机构是行政理事会主席（实际上即世界银行行长），行政理事会主席在听取 ICSID 秘书处的推荐后做出指定。《UNCITRAL 规则》则默认适用双层制：海牙常设仲裁法院（PCA）秘书长选择一个指定机构，由该机构指定首席仲裁员；当事双方也可直接选择 PCA 秘书长作为指定机构。²⁵¹

在做出选择时，指定机构通常会让当事方参与进来，但使用的具体方法各异。正如一位主要的评论者所言，“在履行其作为指定机构的职能时，不同的仲裁机构会采取不同的方法，既有正式的也有非正式的。……这些不同的方法可能会在独任仲裁员和首席仲裁员的选择上产生巨大的差别。”²⁵²经验老到的法律顾问已经意识到了这一点，当他们代表投资者时，这种差别可能影响投资者对法院的选择。当事方对于可能由仲裁机构指定首席仲裁员的期望能够影响到各当事方对于己方指定之仲裁员的选择，以及在与另一方就首席仲裁员进行磋商时的立场。

ICSID 有一个仲裁员名册，其中包括成员国推荐的仲裁员（每个国家四名），还包括世界银行行长在收到 ICSID 秘书处提供的推荐意见和个人简历后选择的 10 人（这份 10 人名单被称为主席名单）。仲裁员名册中的仲裁员在资质上有一定的差异，比如有些人缺乏相关的经验。²⁵³ICSID 最近进行了一些努力以提高其仲裁员名册成员的资质。《ICSID 公约》第 38 和 40(1) 条规定由机构指定的仲裁员应来自于该仲裁员名册。不过，ICSID 在 2009 年 9 月以非正式方式通过了机构指定仲裁员的新的双层制，允许当事方通过协商一致的方式指定仲裁员名册以外的人担任仲裁员。²⁵⁴

²⁴⁸ 参见 XL 保险有限公司诉丰田汽车销售美国有限公司案（XL Ins. Ltd v. Toyota Motor Sales USA Inc.），未报道的判决（英国高等法院，1999 年 7 月 14 日）（除非出现最重要的利益冲突问题，否则当事方在首席仲裁员的指定问题上没有发言权），G. Born，《国际商事仲裁》第 1405 页注 271 中引用（2009）。

²⁴⁹ 参见《IBA 道德规则》5.2[允许（共同仲裁员）（但不要求其）了解指定自己之当事方的意见]。也可参见 Born，第 1405-06 页（支持当事方在这方面发挥更宽泛的作用，这既是仲裁界目前的实际做法，也是更为可取的规则）。

²⁵⁰ 参见 Piero Bernardini，《ICSID 与非 ICSID 投资条约仲裁》，第 13 页（2009）；Born，第 1400 页。

²⁵¹ 参见《UNCITRAL 规则》6(2)和 9(3)。

²⁵² 参见 Born，第 1409-10 页。

²⁵³ 参见 Lucy Reed 等，《ICSID 仲裁指南》，第 130 页（2010 年第 2 版）。

²⁵⁴ 《UNCITRAL 规则》规定以仲裁员名单作为默认方法，除非当事双方或者仲裁员指定机构决定不使用该名册。《UNCITRAL 规则》8(2)。仲裁员指定机构为当事方提供一份潜在首席仲裁员的名单；当事双方可以

有些评论者对指定机构提出了批评，认为其缺乏中立性。举例来说，ICSID 体系中世界银行行长（按照传统由美国人担任）充当指定机构的做法就受到了批评，因为世界银行的借贷和其他业务据称会可能使得世界银行的利益涉及特定案件或特定投资者，从而可能影响到 ICSID 的中立性。²⁵⁵ 不过，ICSID 有自己独立于世界银行的秘书处。2009 年，ICSID 的行政理事会选举产生了其首位专职秘书长。²⁵⁶ ICSID 与世界银行的从属关系有时被视为 ICSID 裁决能够得到有效遵从的重要原因。

在 1972 年至 2011 年 6 月间的仲裁程序中，由 ICSID 指定之仲裁员（既包括首席仲裁员也包括共同仲裁员）的比例约为 22%。²⁵⁷ 此外，对仲裁裁决进行审查之裁决废除委员会的所有成员（截至 2011 年年中共有 96 人）都由 ICSID 指定。

在 ISDS 案件中，根据《UNCITRAL 规则》求助于指定机构的频率尚无从知晓，不过这个频率可能会很高。根据有限的公开信息来看，2010 年涉及到公司向国家提出诉求并且向 PCA 提出请求由指定仲裁员的案件中，有 12 个可能是 ISDS 案件。²⁵⁸

3. 投资仲裁员需要具备的能力

关于投资仲裁员能力要求的规定非常笼统。举例来说，《ICSID 公约》第 14 条要求仲裁员“在法律、商业、工业或金融领域具有公认的能力”。投资条约中极少对仲裁员必须具备之能力提出具体要求。这种可适用标准的笼统性意味着，根据已知的信息，当事方几乎从未以仲裁员缺乏必要的能力为由提出回避要求。

然而，有些评论者注意到 ISDS 仲裁庭极少有具有公法（行政法和宪法）专长的成员。²⁵⁹ 他们指出，越来越多的人认识到尽管 ISDS 仲裁庭是作为仲裁庭而组建的，但是却经常开展对行政行为进行审查的工作，而这种工作在很多方面类似于国内法院对行政行为进行的审查。投资者经常需要做出选择，到底是在国内法院对某个行政措施提出反对还是通过 ISDS 仲裁程序提出反对，或者双管齐下。有些人认为商事仲裁领域的仲裁员对于 ISDS 案件中的公法问题不敏感，或者对于为 ISDS 案件裁决提供有说服力理由的必要性不敏感。

还有一些人批评 ISDS 仲裁员并不总是能够表现出足够的专业性。他们认为有些仲裁员满足于将之前案件的材料进行简单的“复制-粘贴”，而没有进行必要的分析以确定当前处理的案件和问题是否真的与之前的案件相似。在评估仲裁推理的质量方面，学术界已经做出了一些努力。

从中去掉其反对的候选人，并将剩余仲裁员进行排名；双方排名最高的仲裁员被指定为首席仲裁员。当事双方也可约定或者仲裁员指定机构也可使用其他稍作变更的方法。

²⁵⁵ 参见 Silvia Karina Fiezzoni, 《UNASUR 成员国取代 ICSID 仲裁所面临的挑战》，《北京法律评论》第 2 期第 134 页（2011），可在 <http://www.scirp.org/Journal/blr/> 上查阅；Gus Van Harten, 《投资条约仲裁与公法》，第 169-171 页（2007）。

²⁵⁶ 在以前，世界银行的总法律顾问兼任 ICSID 秘书长。

²⁵⁷ ICSID 网站的统计数据提供有关仲裁员、裁决废除委员会成员（所有成员都由 ICSID 指定）以及调解员（人数极少）的总体信息。仲裁员的相关比例是估计的数据。

²⁵⁸ 参见常设仲裁法院，《2010 年年报》，第 14-16 页。这些案件中有一些可能是以合同而非投资条约为基础。

²⁵⁹ 参见 William Burke-White 与 Andreas von Staden, 《使用公法标准对投资者-东道国仲裁进行审查的必要性》，载于 Stephan Schill 主编《国际投资法和比较公法》，（牛津大学出版社，2010），第 712 页。

正如下文进一步讨论的那样，独立和公正被广泛认为是仲裁员必须履行的义务，并且经常被视为仲裁员需要具备的最关键资质。评论者称“在确定这些义务的具体含义方面存在很大的方法上的争议和分歧”。²⁶⁰

4. *ISDS 仲裁员队伍的特征以及最近在改善性别和地区平衡方面的一些努力*

正如关于投资仲裁员特征的章节（II.F.1）所述，有关 ISDS 仲裁员的可获得统计数据表明他们大多数来自欧洲和北美，而且 95%是男性。尽管当事方选择仲裁员的做法是造成这种情况的主要决定因素，但是仲裁机构及其对仲裁员的选择在决定仲裁员的组成方面也起到了一定的作用。Jan Paulsson 呼吁仲裁机构（而非当事方）在仲裁员指定方面应发挥更大的作用，并指出仲裁机构可以让合格的新入行者成为三名仲裁员之一，尤其是在仲裁机构指定所有三名仲裁员（而非仅仅是首席仲裁员）的情况下，这样有助于扩大有经验的仲裁员的队伍。²⁶¹

正如 ICSID 的一位代表在 2012 年 3 月的 FOI 圆桌会议上所述，ICSID 正在试图解决 ISDS 仲裁员队伍中的不平衡问题。当 ICSID 被要求选择仲裁员时，它会在选择具有相关经验（包括国际公法、投资法和仲裁领域）的合格候选人前提下，尽量选择女性仲裁员和/或来自发展中国家的仲裁员。ICSID 还会定期将这样的候选人添加到其提供给当事方的潜在仲裁员选票中。对于有些案件，《ICSID 公约》要求 ICSID 从其仲裁员名册中选择仲裁员。此时，ICSID 同样会在考虑所有相关因素（包括专长、潜在利益冲突、语言能力和日程安排）的前提下，尽量选择女性仲裁员或来自发展中国家的仲裁员。然后 ICSID 会将其提议选择之仲裁员的姓名和简历提供给当事方，让当事方有机会提出严重关切的问题。²⁶²

对于在维持和提高 ICSID 指定的质量以及改善 ISDS 仲裁员队伍的不平衡状态方面所做出的努力而言，国家向 ICSID 仲裁员名册指派之人员的资质至关重要。有些国家在其指派之仲裁员的任期届满后没有提供替代人选。²⁶³正如上文所述，ICSID 积极地鼓励其成员国确保在仲裁员名单出现空缺的情况下提供合格的替代人选。

5. *对投资仲裁员的监管*

a. *独立性和公正性*

仲裁员的独立性和公正性对于正当程序以及投资条约仲裁的合法性而言至关重要，这一点已经得到了广泛公认。²⁶⁴对于独立性和公正性的监管，某种程度上体现于仲裁员在仲裁一开始发表的声明，声明中须披露潜在的利益冲突。这种监管还体现于对拟指定或已指定之仲裁员的回避请求，提出此种请求的情况越来越多。

有些评论者认为与其他仲裁机构规则、国内法或《IBA 指引》相比，ICSID 对于独立性和公正性设定的标准要低一些，而另一些人则认为此等区别即便在实践中会对关于仲裁员的决定产生影

²⁶⁰ Born, 第 1464 页; Charles Brower 第 4-5 页（添加了着重号）。

²⁶¹ 参见“单边指定仲裁员——这是个好主意吗？”，Jan Paulsson 与 Alexis Mourre 在伦敦政治经济学院的辩论，（2010 年 11 月 24 日），可在此处查阅。

²⁶² ICSID 网站提供了关于 ICSID 案件仲裁员国籍的统计数据。

²⁶³ ICSID 有一份仲裁员小组成员名单并将其公布在网站上，名单中包括各国指派的仲裁员。

²⁶⁴ 参见 Sheppard, 第 131 页。

响，产生影响的情况也很罕见。²⁶⁵ ICSID 与其他体系的三大区别如下：（i）ICSID 要求如果对仲裁员提出的回避请求想取得成功，则当事方需要证明该仲裁员“明显缺乏”独立性，而其他体系则要求存在“合理怀疑”²⁶⁶；（ii）ICSID 只明确提到了独立性，而其他规则同时提到了独立性和公正性²⁶⁷；以及（iii）在 ICSID 案件中，由另外两名仲裁员决定针对某个仲裁员的回避请求是否得到执行（他们可能会考虑到与被要求回避之仲裁员今后的关系²⁶⁸或者自己在未来适用较低标准之案件中被取消仲裁资格的可能性）而非由仲裁员指定机构这样的另外机构做出决定（机构的决定可能会受到国内法院的直接审查）。²⁶⁹ ICSID 案件的当事方曾在某种程度上寻求双方约定不同的回避制度和标准，但是尚不清楚《ICSID 公约》第 57 条是否允许这样做。²⁷⁰

²⁶⁵ 参见 Sheppard, 第 156 页。

²⁶⁶ 比较《ICSID 公约》第 57、14(1)条（提到以“明显缺乏”独立性或其他仲裁员任职资格作为回避请求成功的标准），与《UNCITRAL 示范法》第 12(2)条（要求“存在可使人对于仲裁员之公正性或独立性产生合理怀疑的情况”）；《UNCITRAL 规则》12(1)（同样的规定）；《IBA 指引》，一般标准 2(b)。

ICSID 最近对于回避请求做出的一项决定称“明显缺乏”标准的含义“通常被公认为”是“显而易见”或“显然”。参见通用压缩国际控股个人责任有限公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案（Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela），（2011 年 5 月 20 日）（驳回了要求两名仲裁员回避的请求）。

²⁶⁷ 在近来的一些案件中，《ICSID 公约》第 14(1)条中“独立性”的概念被普遍认为包含独立和公正行事的义务。参见通用压缩国际控股个人责任有限公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案（Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela），第 70 节（2011 年 5 月 20 日）。

²⁶⁸ 有人担心这种情况会在仲裁员之间产生“互开方便之门”的风险，这种担心与一些人对当事方指定仲裁员制度的担心不无关系。参见上文 II.F.2 章节。

²⁶⁹ 在 ICSID 体系中，如果对仲裁庭中的某个成员提出回避请求，则这个问题通常由仲裁庭的另外两名成员决定。如果另外两名共同仲裁员对于这个问题意见不一致，从而无法得出结论，则由 ICSID 行政理事会主席做出决定。在实践中，这样的决定由主席本人亲自做出，并由 ICSID 秘书长或在秘书长监督下写出决定的草稿，提交给主席批准和签字。国内法院在这一过程中不会起到任何作用。参见《ICSID 公约》第 58 条；《ICSID 规则》第 9 条。

其他主要仲裁机构的规则通常为仲裁员回避问题规定了不同的机制。参见《UNCITRAL 规则》13(4)和 6(2)（仲裁员指定机构对回避问题做出决定，除非当事方约定了其他方法）。国内法院经常可（根据仲裁地的国内法）发挥监督作用，并且可对仲裁机构的决定进行审查。参见《UNCITRAL 示范法》第 13(3)条（即便当事方认可的仲裁机构驳回回避请求，但是如果当事方直接在国内法院提出回避请求，则国内法院可对仲裁机构的决定进行进一步的审查）；加纳共和国诉马来西亚电信公司案（Republic of Ghana v Telekom Malaysia Berhad），海牙地区法院，2004 年 10 月 18 日，第 13/2004 号回避；请求编号为 HA/RK 2004.667（法院认为根据荷兰法律该仲裁员在本案中担任 ISDS 仲裁员但在另外一个涉及相关问题的 ISDS 案件中担任法律顾问的情况是不适当的）。

²⁷⁰ 参见佩朗科诉厄瓜多尔共和国和厄瓜多尔国家石油公司案（Perenco v. Ecuador and Petroecuador），《关于仲裁员回避的决定》，（2009 年 12 月 8 日）[当事双方约定任何回避请求应由 PCA 秘书长（而非 ICSID 仲裁庭的另外两名成员）根据《IBA 指引》的“合理怀疑”标准（而非 ICSID 的“明显缺乏”标准）决定；PCA 支持了回避请求，被要求回避的仲裁员退出]。

由于公开程度有限，对这方面的实践进行评估受到了一定的阻碍。国内法院对于 ISDS 仲裁员回避问题做出的决定（比如加纳共和国诉马来西亚电信公司案²⁷¹）已经公开，但这种情况还很少见。ICSID 关于回避的决定通常情况下会公开，但并非总是如此。PCA 确定的仲裁员指定机构公开了一些案件中关于回避的决定。²⁷²许多其他仲裁机构关于仲裁员回避的决定没有公开，或者没有说明做出决定的理由，而且公众可能根本无法得知是否存在回避请求。²⁷³一些评论者呼吁“仲裁员的道德标准应该更明确、更可预测并且更透明”。²⁷⁴

自二十世纪八十年代初以来，ICSID 已经处理过 30 多个要求仲裁员回避的请求。其中一个案件的仲裁员被取消了资格，而另外九个案件的仲裁员则主动退出。在有些案件中，仲裁员在面对即将来临的不利决定时，主动退出可能是一种保全面子的做法；而在另外一些案件中，仲裁员退出可能是为了避免哪怕是最轻微之争议的先发制人的举动。对于其他仲裁机构关于仲裁员回避请求的决定，我们无法获得有关统计数据，因为它们没有公开这些决定或者没有说明做出决定的理由。

仲裁规则通常要求仲裁员披露（在案件之初即披露并且持续披露）可能引发对其独立性之关切的事实。²⁷⁵及时和彻底披露潜在的冲突已被公认为对于仲裁程序而言至关重要。²⁷⁶披露使得当事方有机会对可能被指定的仲裁员提出回避要求，或者在知晓了被披露的情况后接受该仲裁员。不过，可适用的规则并没有详细描述哪些信息需要被披露。有些评论者对于仲裁员对披露享有的自由裁量权提出了批评。²⁷⁷《IBA 指引》对于某些领域的具体事实情况提供了指引，但是对于争论点冲突（issue conflicts）这个重要的领域却语焉不详（参见下文）。

b. 提出回避请求的主要事实依据以及回避请求的增多

不论是商事仲裁领域还是投资者仲裁领域，要求仲裁员回避的请求数量在近年来都出现了增加。除了争论点冲突（下文将马上讨论这个问题）以外，已公开的回避请求主要有三类。²⁷⁸第一类，当事方（主要是国家）称仲裁员与另一个当事方有关系。这类请求通常被驳回，因为此种关系不足以达到成功要求仲裁员回避的标准。

²⁷¹ 加纳共和国诉马来西亚电信公司案（Republic of Ghana v Telekom Malaysia Berhad），海牙地区法院，2004 年 10 月 18 日，第 13/2004 号回避；请求编号为 HA/RK 2004.667；以及第 17/2004 号回避；请求编号为 HA/RK 2004/778，2004 年 11 月 5 日。

²⁷² 参见 Nigel Blackaby 等，《Redfern 与 Hunter 论国际仲裁》（2009 年第 5 版），第 280 页注 117。

²⁷³ Born，第 1559 页。

²⁷⁴ C. Rogers，《监管国际仲裁员：制定行为标准的功能性方法》，《斯坦福国际法期刊》第 41 期 53、112（2005）。LCIA 最近决定出版所有的回避决定，以响应人们关于提高透明度的要求并提供关于回避流程的指引。

²⁷⁵ ICSID 要求可能被指定的仲裁员声明其与当事方的关系（如有）以及“可能让某个当事方对其做出独立判决之可靠性提出质疑的任何其他情况”。《ICSID 规则》6(2)。《UNCITRAL 规则》要求仲裁员披露“很可能让人对于其公正性或独立性产生合理怀疑的任何情况”。《UNCITRAL 规则》第 11 条（添加了着重号）。这些规定旨在鼓励仲裁员在各个体系下不仅披露足以证明自己不适合担任某案仲裁员的事实，还披露其他的更多事实。

²⁷⁶ Born，第 1543 页。

²⁷⁷ Rogers，《监管国际仲裁员》，第 71-73 页。

²⁷⁸ 如欲了解这些领域最近的一些案件，可参见 A. Sheppard，《ICSID 仲裁中仲裁员的独立性》，载于 C. Binder 等主编《21 世纪的国际投资法：纪念 Christoph Schreuer 的论文》（2009）。

第二类，国家和投资者因仲裁员与另一当事方之法律顾问或者另一当事方指定之专家的关系而提出回避请求。总的来说，这些回避请求导致了不同的结果，包括在极少情况下相应的人员不再担任仲裁员、法律顾问或专家。²⁷⁹

第三类，国家和投资者因仲裁员之前（在以前案件的判决书、公开声明或学术著作中）就案件所涉某个问题发表的观点而提出回避请求。ISDS 案件经常涉及反复出现的问题，因此，这种情况经常在投资仲裁中出现。此类回避请求从未成功过。²⁸⁰当事方在提出以上三类回避请求时，还经常抱怨仲裁员未能提前披露有关的事实。

回避请求增加的现象被有些人批评为浪费和效率低下。有些评论者注意到大多数回避请求都被驳回了，因此认为有些回避请求是当事方使用的一种战术，目的包括延缓仲裁程序和提高成本。不过，人们通常认为如果某个当事方出于投机取巧的目的而提出回避请求，那么它最终会自食其果，因为被要求回避的仲裁员仍将继续对案件所涉的争端进行裁判；这样的回避请求也会破坏当事方在裁判庭心目中的可信性。

c. 仲裁员的“双重身份”和争论点冲突 (*issue conflicts*) 问题

之所以会出现争论点冲突，原因在于从事商事仲裁领域工作多年之后，许多 ISDS 仲裁员会同时在其他 ISDS 案件中担任当事方的法律顾问。最近的研究表明大多数 ICSID 投资仲裁员也在其他的案件中担任投资者的法律顾问，而大约有 10% 的 ICSID 投资仲裁员在其他的案件中担任国家的法律顾问。²⁸¹这样，他们在担任仲裁员和法律顾问时可能会遇到相同或相似的问题。

一家荷兰法庭审理的加纳共和国诉马来西亚电信公司案 (*Republic of Ghana v Telekom Malaysia Berhad*)²⁸²就揭示了 ISDS 体系中存在的这些问题。仲裁员因为在另外一个 ISDS 案件中担任法律顾问而被要求回避。在另外一个案件中，该仲裁员的客户希望废除之前的一份判决书。而在被要求回避的仲裁员审理的这个案件中，加纳恰好将该判决书作为一个先例依据。加纳提出回避请求的其中一项理由就是该仲裁员不可能对于自己在其他案件中试图废除的先例不抱成见。裁判庭的另外两名成员以及 PCA 秘书长相继驳回了加纳两次提出的回避请求。当加纳向（仲裁地的）荷兰

²⁷⁹ 参见 Sheppard, 第 144-149 页; Park, 第 685-688 页。

²⁸⁰ 参见 Sheppard, 第 149-155 页; Park, 第 648-655 页; N. Rubins 和 B. Lauterburg, 《投资仲裁中的独立性、公正性和披露义务》，载于 (C. Knahr, C. Koller, W. Rechberger 和 A. Reinisch 主编) 《投资与商事仲裁——相似和相异之处》，第 171-79 页。

²⁸¹ Waibel 与 Wu, 第 28 页 (“大多数投资仲裁员也在其他案件中担任投资者的法律顾问”)；Michael Waibel 所发的电子邮件，在秘书处存档（根据从一个投资仲裁员数据库中获得的原始数据，对还在其他案件中给国家担任法律顾问的投资仲裁员比例进行了估计）。

²⁸² 加纳共和国诉马来西亚电信公司案 (*Republic of Ghana v Telekom Malaysia Berhad*)，海牙地区法院，2004 年 10 月 18 日，第 13/2004 号回避。

法院提出回避请求之后，法院强调该仲裁员的律师和仲裁员这两种身份是无法兼容的。²⁸³法院裁定该仲裁员只有辞去在另一个案件中的法律顾问职务后才能继续担任该案的仲裁员。²⁸⁴

ICJ 的 Thomas Buergenthal 法官曾对一个人兼具仲裁员和法律顾问双重身份的做法提出过批评。他认为这种双重身份会引发正当程序的问题，因此应该予以消除，以确保仲裁员“不会有意或无意地被诱惑做出有利于另外一个案件中聘用自己作为法律顾问之客户利益的仲裁裁决。”²⁸⁵Philippe Sands 教授也对投资条约仲裁中律师的身份“旋转门”提出了类似的批评。²⁸⁶非政府组织和媒体记者也对于 ISDS 体系中仲裁员也可担任法律顾问的做法提出了批评，认为这不符合关于独立性和公正性的适当标准。²⁸⁷

在投资仲裁领域，因为相同或类似的法律文件（比如 BITS 和/或《ICSID 公约》）中会反复出现相同的法律争论点，所以投资仲裁中尤其容易出现争论点冲突。争论点冲突极少在商事仲裁中出现，且针对商事仲裁制定的法律和规则对于争论点冲突没有做出规定。

国际法院限制担任特设法官的人在法院处理的其他案件中担任法律顾问。²⁸⁸在卷入声称存在利益冲突的备受瞩目的诉讼之后，体育仲裁法院（CAS，负责审理奥运会和其他体育赛事中涉及世界顶级运动员的案件）最近的一些改革措施也禁止同一个人在法院同时进行的不同诉讼程序中既担

²⁸³ 法院认为，该仲裁员在裁决废除程序中作为法律顾问承担着提出所有废除该裁决书之合理论据的职责，而他在仲裁中作为仲裁员承担着对同一份裁决书作为先例之有效性持无偏见和开放态度的职责（加纳在本案中的结果取决于此），这两者不可兼容。

²⁸⁴ 在该仲裁员辞去其他案件中的法律顾问职务而继续担任该案的仲裁员之后，加纳试图以其曾经在另一个仲裁案件中担任法律顾问为由取消其担任仲裁员的资格。这一请求由法院的另外一位法官审理，这位法官驳回了该请求，并称国际仲裁中经常会出现这种情况。加纳共和国诉马来西亚电信公司案（Republic of Ghana v Telekom Malaysia Berhard），海牙地区法院，第 17/2004 号回避，请求编号为 HA/RK 2004/778（2004 年 11 月 5 日）。

²⁸⁵ Thomas Buergenthal，《争端扩大、争端解决程序与对法治的尊重》，《国际仲裁》第 22 期第 495 页（2006）；还可参见《国际争端化解领域的领军人物：与 Thomas Buergenthal 的对话》，《ASIL 国际法院和仲裁庭利益集团》（2012 年 2 月 8 日上传）（视频长度 39:40）（重申了仲裁中的争论点冲突会引起人们对于正当程序严重关切这一观点，并且对以下论断表示了怀疑：针对争论点冲突做出更严格的规定将会给寻找合格仲裁员造成困难）。

²⁸⁶ Luke Eric Peterson，《仲裁员谴责对律师在投资条约仲裁中的身份“旋转门”》（2010 年 2 月 25 日）。

²⁸⁷ 参见 Fiona Marshall，《为投资者-东道国争端解决定义新的制度选择》，可持续发展国际研究所（IISD），第 8-14 页；M. Goldhaber，《双重身份太多了吗？》，《美国律师关注欧洲》，2005 年夏。

²⁸⁸ 参见国际法院《程序指示七》。

任法律顾问又担任仲裁员。²⁸⁹国际法协会研究小组最近起草的《关于国际法庭和裁判庭中法律顾问道德标准的海牙原则》中也包含限制双重身份类似原则，这些原则看似也适用于 ISDS。²⁹⁰

仲裁界的一些成员强烈反对限制仲裁员在 ISDS 案件中同时担任法律顾问的提议。²⁹¹他们的论据包括（i）一般性的道德规则足以让仲裁员就事论事地处理不同案件中的争论点冲突；（ii）当事方应该有选择仲裁员的自由；（iii）新仲裁员得到任命的机会可能寥寥无几，让新入行者只担任仲裁员在经济上是不可行的；以及（iv）允许法律顾问担任仲裁员可以提供需要的仲裁专业知识。

目前，ISDS 中没有针对争论点冲突的明确规则。2004 年，ICSID 秘书处建议扩大 ICSID 的披露要求，将《UNCITRAL 仲裁规则》中的要求纳入进来。²⁹²秘书处认为这一改变“可能尤其有助于解决人们认为仲裁员存在的争论点冲突问题”。秘书处进一步建议可比照 WTO 的做法制定仲裁员的行为守则。在最近的一个案件中，ICSID 前任副秘书长承认 ISDS 仲裁员同时担任法律顾问的做法被普遍认为是“无论其是否适当，它是目前的既成事实”。²⁹³

²⁸⁹ 在因声称 Floyd Landis 在环法自行车赛中使用违禁药品而引发的一个案件中，CAS 签发了裁决书，当事方在国内法院以存在利益冲突为由对裁决提出了反对，这件事闹得沸沸扬扬，CAS 随后于 2010 年对其规则进行了修改。参见“Landis 在美国联邦法院提起动议称仲裁员存在利益冲突”，Espn.com（2008 年 9 月 26 日）。尽管该案以和解收尾，但是 CAS 还是修改了自己的规则，规定“CAS 仲裁员和调解员不得在 CAS 处理的其他案件中担任当事方的法律顾问”，以限制利益冲突风险并减少回避请求的数量。参见体育仲裁法院，2010 年《与体育相关的仲裁规则》第 S18 条；体育仲裁法院新闻稿，《体育仲裁法院（CAS）修改规则》（2009 年 10 月 1 日）。

²⁹⁰ 参见由 Sands、Boisson de Chazourne 和 McLachlan 领衔之国际法协会国际法庭和裁判庭实务和程序研究小组起草的《关于国际法庭和裁判庭中法律顾问道德标准的海牙原则》，（2010 年 9 月），原则 1.2、4.3.4。

²⁹¹ 参见 Luke Eric Peterson，《仲裁员谴责对律师在投资条约仲裁中的身份“旋转门”》（2010 年 2 月 25 日）（提到了一次仲裁大会上“激烈的”辩论）。

²⁹² ICSID 秘书处，《对 ICSID 仲裁框架可能做出的改进》，讨论文件（2004 年 10 月 22 日）。《UNCITRAL 规则》第 11 条采用了“合理怀疑”标准，并要求披露“可能让人对于其公正性或独立性产生合理怀疑的任何情况”。

²⁹³ Gallo 诉加拿大案（Gallo v. Canada），《关于对御用大律师 J. Christopher Thomas 先生提出之回避请求的决定》，第 29 节（2009 年 10 月 14 日）（NAFTA/UNCITRAL 案件，ICSID 秘书长在该案中进行仲裁员指定时适用了 UNCITRAL 中关于回避的标准）。

附件 6.

非金钱裁决的执行

本附件对 ISDS 中非金钱（主要或司法审查）补救（既可作为最终补救也可作为临时补救）之执行所引发的问题进行了讨论。

1. 最终补救

正如本文件正文所述，针对政府的非金钱（主要或司法审查）补救包括（i）禁制令（要求某个当事方做或不做某事）；（ii）撤销或废除某项政府措施或决定；以及（iii）当事方权利和义务的宣告，或者宣告某个具体的行政决定非法但不说明任何后果。

禁制令的执行比损害赔偿金要更加复杂。首先，禁制令的遵从问题可能会在以后引发争端。²⁹⁴ 如果发生这种情况，就可能需要进一步的诉讼程序（以及裁判员）裁判禁制令是否已得到遵从以及不遵从的后果。如果禁制令未得到充分遵从，则可能需要额外的补救以鼓励或迫使相关方面遵从禁制令。根据国内法，这些问题通常由审理原案件的常设法院处理。

在仲裁领域，这些问题就变得很复杂，因为仲裁庭都是特设的，它们通常在做出最终裁决之后就完成了使命。²⁹⁵ 遵从问题可能由最初的仲裁庭处理（通过当事双方的约定），也可能由一个新的仲裁庭或者另外一个机构处理。²⁹⁶ 一位评论者曾指出执行的难度可能有言过其实之嫌，而且在仲裁中关于适当补救的决定不应该受制于对执行难度的关切。²⁹⁷

其次，《ICSID 公约》第 54 条规定了将 ICSID 裁决视为国内判决的义务，但这一义务仅适用于金钱补救。不过，人们对于以下观点已经形成了共识：ICSID 第 53 条规定了政府遵从裁决的义务，这一义务适用于裁决中的所有补救，并且不受第 54 条将执行义务之范围限于金钱补救的影响。²⁹⁸ 如果未能遵从主要补救，则可能在随后的诉讼程序中引发损害赔偿金赔偿。

与 ICSID 形成对照的是，国内法院通常可以根据《纽约公约》执行非金钱裁决。大陆法系司法管辖区和普通法系司法管辖区中的一些法院都曾经在商事仲裁案件中认定《纽约公约》既适用于有

²⁹⁴ 关于损害赔偿金之裁决的遵从当然也可能会引发争端，但是这个问题通常相对而言容易解决。对裁决进行执行的国内法院就可以处理这个问题。

²⁹⁵ 参见 Born，第 2514-15 页。

²⁹⁶ 在完全依赖非金钱补救的 WTO 体系中，有另外的程序和裁判员决定（i）遵从的合理时间；（ii）是否已遵从；以及（iii）针对不遵从情况之适当程度的报复。ECHR 规定由部长委员会评估一国是否针对违反裁决所采取了足够措施。参见附件 2。

²⁹⁷ 参见 Born，第 2483 页（“在几乎所有案件中……如果裁决书规定了适当的救济，那么当事方以执行可能存在难度作为理由拒绝遵从其项下之义务的做法都是不适当的”）。

²⁹⁸ 参见 Antonio R. Parra，《ICSID 仲裁裁决的执行》，（2007 年 11 月 16 日）；Schreuer，《ICSID 注释》，第 1137 页。

关宣告式或禁制令救济的裁决，也适用于有关货币性损害赔偿金的裁决。²⁹⁹不过，这种类型的案件很少见，而且似乎不会牵涉到国家被告。

针对政府的其他主要补救（比如撤销或废除某项政府措施）在国内行政法中使用时通常不需要有遵从方面的后续措施。正如上文所述，在 ISDS 中使用此等补救可能需要有适当的国内立法（比如 ECHR 就是这种情况），并且可能需要采取后续措施。³⁰⁰此等补救通常要求政府在纠正问题后（比如排除偏见后）再走一遍决策程序。不过，这种决策过程的结果无法强求，政府机构可能会得出与之前相同的结论。受影响的当事方可以尝试对政府的决定再次提出反对，但是通常需要启动一个新的诉讼程序，并且必须针对第二次决策程序提出论据。

最终的宣告式救济主要取决于相关国家的善意履行。有些国际法体系（比如 WTO 和 ECHR）会监督国家对于此等救济的反应。

由于投资仲裁庭在适用主要补救或者司法审查类型的补救时会遇到很多困难，所以有些评论者建议在 ISDS 体系中应该扩大东道国国内法院对主要补救的使用。³⁰¹

2. 临时补救

与最终救济一样，仲裁庭缺乏直接的强制权，无法迫使相关方面遵从其关于临时措施的裁决或命令。根据《纽约公约》，在一个或更多当事方提出申请后，国内法院有责任执行临时救济。在 ICSID 案件中，请求国内法院执行临时救济的做法在实践中并不可行。³⁰²

Schreuer 建议 ISDS 体系中“设定……[临时性]非金钱义务的仲裁庭应考虑到此种义务是无法执行的。此等裁决应为不履行义务的情况规定替代性的金钱义务，比如违约赔偿金、罚金或者支付一定金额款项的其他义务”。³⁰³因国家未能遵从裁判庭的命令而要求其（在对投资者损失进行赔偿之外）额外支付罚金的裁决本身就很难得到执行，尤其因为国家豁免权的存在。

尽管仲裁庭没有直接的执行权，但是它们在某些情况下拥有多少有些类似的权力。举例来说，仲裁庭可命令某个当事方将财产或资金交付托管，以便在仲裁程序进行过程中对其妥善加以保管。如果当事方遵从了这个命令，则一般来说仲裁庭实际上拥有了执行其涉及到争议财产之裁决的权力，因为仲裁庭拥有了对争议财产或资金的处置权。

仲裁庭可以在案件审理过程中考虑临时补救的遵从问题。对于当事方而言，促使其遵从临时补救的一大因素就在于其希望或者需要不引起仲裁庭的反感或者不丧失自己在仲裁庭心目中的可信性，因为仲裁庭仍然有权裁定案件的是非曲直以及最终补救。

²⁹⁹ 参见 Born，第 2481 页注 323、324、325（引用有关案例）。

³⁰⁰ 如果没有这样的立法，则此等补救可能会采取禁制令的形式，以重启相关程序或重新做出相关决定。

³⁰¹ 参见 Anne van Aaken，《国际投资法的主要和次要补救以及民族国家的责任：功能和比较观点》，载于前述 Schill 的著作，第 721-54 页。

³⁰² 根据《ICSID 规则》39(6)，只有在相关条约或其他协定中包含有关规定的情况下才可以求助于国内法院；这种规定实际上似乎并不存在。

³⁰³ 参见 C. Schreuer，《ICSID 仲裁中的非金钱补救》，《国际仲裁》第 20 期第 325、332 页（2004）。



www.oecd.org/investment/working-papers.htm