



联合国国际贸易法委员会  
第三工作组（投资人与国家间争端解决制度改革）  
第四十届会议  
2021年2月8日至12日，维也纳（线上）

投资人与国家间争端解决制度可能进行的改革

投资争端法庭成员的甄选和指定

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 投资争端法庭成员的甄选和指定.....	2
A. 资格和其他要求.....	2
1. 行为守则草案.....	2
2. 独立性、公正性和问责.....	3
3. 多样性和均衡代表性（包容性）.....	3
4. 实施.....	4
B. 甄选和指定方法.....	4
1. 特设机制.....	5
2. 常设机制.....	9



## 一. 引言

1. 在 2020 年 1 月第三十八届会议续会上，工作组初步审议了投资争端法庭成员的甄选和指定问题（A/CN.9/1004/Add.1，第 95-133 段），并请秘书处开展进一步的准备工作（A/CN.9/1004/Add.1，第 131-133 段）。

2. 因此，本说明述及投资争端法庭成员的甄选和指定。编写本说明时参考了大量已发表的信息，<sup>1</sup>本说明不寻求就可能的改革方案发表意见，这是工作组考虑的事项。

## 二. 投资争端法庭成员的甄选和指定

3. 作为背景信息，工作组第三十六届会议得出的结论是，制定改革办法以处理下述问题是可取的：与投资争端裁定人缺乏或看似缺乏独立性和公正性相关的关切（A/CN.9/964，第 83 段）；许多现行条约和仲裁规则提供的披露和回避机制的适足性、有效性和透明度问题（A/CN.9/964，第 90 段）；投资争端裁定人缺乏适当多样性的问题（A/CN.9/964，第 98 段）；以及投资争端法庭的组成机制（A/CN.9/964，第 108 段）。

4. 各国政府提交的建议书（“意见书”）中载有关于改革投资争端法庭成员甄选和指定程序的建议。<sup>2</sup>在此基础上，并根据 A/CN.9/WG.III/WP.169 号文件，工作组初步审议了关于投资争端法庭成员资格和要求的一些特点，以及特设和常设机制框架内的各种甄选和指定模式（A/CN.9/1004/Add.1，第 95-133 段）。

5. 关于指导原则，工作组认为，投资争端法庭成员的甄选和指定方法应当有助于增进司法裁决的质量和公平性及其在这些方面的观感，并保证透明度、公开性、中立性、问责，体现高尚的道德标准，同时还确保适当的多样性（A/CN.9/964，第 69 段和第 91-96 段）。

### A. 资格和其他要求

#### 1. 行为守则草案

6. 根据工作组第三十八届会议（A/CN.9/1004，第 51-78 段）和第三十八届会议续会（A/CN.9/1004/Add.1，第 96 和 99 段）的审议情况，与解决投资争端国际中心联合编写的行为守则草案述及了投资争端法庭成员的某些资格和要求（另见 A/CN.9/WG.III/WP.201）。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 这类信息包括：（日内瓦）国际争端解决中心关于“多边投资法庭和投资裁决上诉机制的组成”的补充报告，2017 年 11 月 15 日，Gabrielle Kaufmann-Kohler 和 Michele Potest à（“国际争端解决中心补充报告”），可查阅：[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids\\_supplemental\\_report.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_supplemental_report.pdf)；以及学术论坛成员提供的出版物，可查阅：<https://www.cids.ch/academic-forum-concept-papers>。

<sup>2</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，欧洲联盟及其成员国提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.162，泰国政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.163，智利、以色列和日本政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.164 和 A/CN.9/WG.III/WP.178，哥斯达黎加政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.174，土耳其政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.175，厄瓜多尔政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.177，中国政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.195，摩洛哥政府提交的意见书。

<sup>3</sup> 见载于 <https://uncitral.un.org/en/codeofconduct> 的行为守则草案。

7. 工作组似宜考虑在特设（指定机构和名册）和常设（例如，要求投资争端法庭成员应了解国际法并了解投资背后的不同政策）机制中，守则中未提及的要求是否可成为甄选过程采用的标准的一部分。一种备选办法可能是在法庭本身的运作中引入一种学习机制，以便随着时间的推移而获得能力和实现包容性，办法是在制度上确保一名较“初级”人员参与，要么作为投资争端法庭的一部分，要么作为一名沉默的观察员（尽管必须专门设立这样的角色，因为目前的机制没有考虑这样的角色）。

## 2. 独立性、公正性和问责

8. 守则草案述及与独立性、公正性和问责有关的事项。<sup>4</sup>工作组似宜注意需要在独立性和问责之间取得平衡，并注意指定程序在这方面的作用。

9. 应当指出，其他改革方案可能有助于实现所期望的平衡，除其他外，包括各国使用解释性声明（见 [A/CN.9/WG.III/WP.191](#)）。这使各国能够确保投资争端法庭的解释与它们缔结条约时的意图保持一致，从而降低投资争端法庭在解释方面的自主权。这也将有助于投资争端法庭成员独立于争端各方的利益澄清法律。<sup>5</sup>

## 3. 多样性和均衡代表性（包容性）

10. 除资格和其他要求外，工作组指出，适当的多样性，例如地理、性别和语言多样性以及不同法律制度和文化之公平代表性在投资争端制度中至关重要。强调实现多样性将提高投资争端解决过程的质量，因为不同的视角，特别是来自不同文化和不同经济发展水平的不同视角，可以确保更平衡的裁定（[A/CN.9/1004/Add.1](#)，第 101 段）。据称缺乏多样性将损害投资争端制度的合法性。

11. 工作组似宜注意到，追求包容性而不是多样性的目标可能有助于确保任何类型的多样性都不会被视为具有排他性；还可能有助于解决界定严格的甄选标准和确保不同背景的人参与之间的紧张关系。<sup>6</sup>这一目标可以通过下文所述不同模式中的各种办法来实现。

12. 例如，在常设机制方面，一些现有的国际法院规约提到了甄选仲裁员的“公平地域代表性”或“分配”、<sup>7</sup>发达国家、发展中国家和最不发达国家之间<sup>8</sup>以及资本输

<sup>4</sup> 这些要求通常见于国际裁决，包括仲裁（例如，见《贸易法委员会仲裁规则》第 11 条）。关于独立性、公正性和中立性，见《国际法院规约》第二条；关于语言能力，见例如 2002 年 7 月 1 日《国际刑事法院罗马规约》第三十六条第(三)款第 3 项。关于问责、高尚品德和个人诚信/信誉，见《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第十四条第一款；见《国际法院规约》第二条；《欧洲人权公约》第 21 条第 1 款；《国际海洋法法庭规约》，第二条第 1 款。《非洲人权和人民权利宪章》，第 31 条第 1 款。相关要求还可能包括缔约国国籍，见根据《建立卡塔赫纳协定法院条约》设立的卡塔赫纳协定法院，该法院“应由五名法官组成，法官应是成员国的国民[……]”（《建立卡塔赫纳协定法院条约》，1979 年 5 月 28 日，第 7 条）；另见《美洲人权公约》，1969 年 11 月 21 日，第 52 条第 1 款；《欧盟和加拿大全面经济和贸易协定》，第 8.27.2 条。

<sup>5</sup> 见学术论坛发表的概念论文，包括《四重困境：在今后的投资人与国家间争端解决制度中任命仲裁员》，Malcolm Langford, Daniel Behn, Mariachiara Malaguti。

<sup>6</sup> 见《国际仲裁中的甄选和指定事宜：政治学角度的见解》，Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen, Taylor St John。

<sup>7</sup> 例如，见 2002 年 7 月 1 日《国际刑事法院罗马规约》，第三十六条第(八)款第 1 项。另见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的《争端解决规则：关于争端解决规则与程序的谅解》，第 17 条第 3 款第三句。

出国和资本输入国之间<sup>9</sup>的均衡代表性。法院和法庭的基本文书通常还规定，法院的整体构成必须体现出不同特征之间的均衡，以及世界主要法律制度或传统的代表性。<sup>10</sup>似宜注意的是，《关于非洲法院的议定书》规定，各国在提名人选时，“应”“在提名过程中适当考虑到适当的性别代表性”。<sup>11</sup>

13. 关于多样性的《仲裁誓言》述及性别多样性问题，该《誓言》也可以被认为是国际仲裁领域追求这一目标的一项努力。<sup>12</sup>

14. 工作组似宜考虑，将持续培训和不断学习作为成为投资争端法庭可能成员的条件，将是确保能力和包容性的有效手段。工作组似宜注意到，这一事项可结合关于设立咨询中心的改革方案加以处理（见 A/CN.9/1004，第 28-50 段）。

#### 4. 实施

15. 投资争端法庭成员甄选和指定方法中的要素（见下文）可有助于实际落实某些要求。例如，在常设机构中，某些任职条件往往被视为有助于实现过程的独立性和廉正性，如长期、不可连任的任期、财务保障、对其他专业活动的限制和豁免。<sup>13</sup>关于名册管理的程序规则也将是这方面的关键措施，因为纳入名册也可能必须服从确保包容性和适当资格的要求。

16. 还可以主要籍由通过行为守则来实施核心资格和要求（A/CN.9/1004/Add.1，第 132 段）。正如行为守则草案的注解所指出的那样，可以考虑几个备选方案来实施该守则。

#### B. 甄选和指定方法

17. 工作组第三十八届会议续会初步审议了与甄选和指定投资争端法庭成员有关的改革方案，其中包括建立一个合格候选人名册，以及设立一个由全职仲裁员组成的常设机制（也称“常设机构”）。

18. 关于投资争端法庭成员的甄选和指定，请秘书处进一步分析并制定不同的机

<sup>8</sup> 在世贸组织，发展中国家可要求裁定发达国家与发展中国家之间争端的小组包含来自发展中国家的成员（见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的《争端解决规则：关于争端解决规则与程序的谅解》，第 8 条第 10 款，

<sup>9</sup> 虽然《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》所规定的主席在甄选调解员小组和仲裁员小组成员时需要考虑的因素没有提及此类标准，但在进行《公约》筹备工作期间，普遍认为主席指派小组成员的权力有利于确保“来自投资国和接收国的合格人员在小组中的公平代表性”。见荷兰代表在 1964 年 2 月 17 日至 22 日在日内瓦举行的法律专家协商会议上的评论，见于国际投资争端解决中心（1968 年），“《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》的历史：关于《公约》起源和制定的文件”，第二卷第一部分（“《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》的历史，第二卷第一部分”），第 382 页。

<sup>10</sup> 例如，见《国际法院规约》，第九条；《国际海洋法法庭规约》，第二条第 2 款；《国际刑事法院罗马规约》，2002 年 7 月 1 日，第三十六条第(八)款第 1 项；《关于非洲法院的议定书》，第 14 条第 2 款；《非洲商法统一条约》，2008 年 10 月 17 日，非洲商法统一组织司法与仲裁联合法院，第 31 条；《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》，第十四条第二款。

<sup>11</sup> 《关于非洲法院的议定书》，第 12 条第 2 款。

<sup>12</sup> 见《仲裁誓言》，可查阅：[www.arbitrationpledge.com/](http://www.arbitrationpledge.com/)。另见 A/CN.9/WG.III/WP.164 和 A/CN.9/WG.III/WP.178 号文件中也提及该《誓言》，哥斯达黎加政府提交的意见书。

<sup>13</sup> 见《国际争端解决中心补充报告》，第 68-104 段。

制。据指出，具体特点在很大程度上取决于争端解决如何进行的更广泛设计，包括保留特设性还是寻求一种永久性结构（A/CN.9/1004/Add.1，第 133 段）。

## 1. 特设机制

19. 在目前的投资争端制度中，争端由投资争端法庭解决，该法庭是专门为该特定争端而设立的。争端各方在甄选仲裁庭成员方面发挥着重要作用。事实上，投资人与国家间仲裁所适用的规则允许争端各方商定甄选仲裁员的方法并直接商定仲裁员的身份（A/CN.9/1004/Add.1，第 103 段）。据说，这种方法可以确保仲裁的灵活性和吸引力。<sup>14</sup>就投资争端而言，这种方法也引起关切，如上文第 3 段所述。

20. 工作组似宜考虑在特设机制范围内进一步规范这种甄选和指定方法的备选办法（类似于目前的投资争端制度，即在争端出现后针对每个案件单独组成投资争端法庭，有别于常设机制）。进一步规范的可能办法除其他外包括：(一)一种甄选和指定方法，根据该方法，由作为指定机构的第三方选出仲裁庭成员，不需要争端各方提供任何意见或仅需争端各方提供有限的意见；<sup>15</sup>(二)使用预先确定的仲裁员名单或名册。<sup>16</sup>

### (a) 指定机构

21. 关于指定机构在规范当事方指定方面可能发挥的作用，可以注意到，指定机构已经在介入目前投资争端制度的指定过程，往往指定由三人组成的仲裁庭的首席仲裁员。<sup>17</sup>需要考虑的问题是是否应加强指定机构的作用（A/CN.9/1004/Add.1，第 105 段）。<sup>18</sup>从一开始就可以注意到，任何此类改革都需要指定机构的积极参与，并要求它们同意实施任何此类改革。工作组似宜审议下列问题：

- 甄选和指定全部还是部分由指定机构作出，以及由指定机构内的哪个人作出？

22. 指定机构可以通过多种方式甄选仲裁员。一种可能性是采用混合甄选程序，即投资争端各方各自甄选和指定一名他们选择的仲裁员（无论是否从名册中），然后相关指定机构甄选和指定主席（无论是否从名册中）。另一种可能性是所有指定（两名共同仲裁员和主席）均由指定机构作出。

23. 其他选择包括由指定机构甄选和指定投资争端法庭成员，可能与争端各方磋商，但有一项理解，最终决定权属于指定机构。例如，指定机构可以向争端各方分

<sup>14</sup> A/CN.9/WG.III/WP.177，中国政府提交的意见书。

<sup>15</sup> 另见各国政府提交的意见书中所载的建议：A/CN.9/WG.III/WP.162，泰国政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.163，智利、以色列和日本政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.164 和 A/CN.9/WG.III/WP.178，哥斯达黎加政府提交的意见书；A/CN.9/WG.III/WP.174，土耳其政府提交的意见书。

<sup>16</sup> 例如，见荷兰的 BIT 模式，其中要求由机构而不是由当事人作出指定。

<sup>17</sup> 另见经合组织《关于投资争端解决程序指定机构和仲裁员甄选的协商文件》，可查阅：[www.oecd.org/investment/Consultation-ISDS-appointingauthorities-arbitration.htm](http://www.oecd.org/investment/Consultation-ISDS-appointingauthorities-arbitration.htm)。

<sup>18</sup> 关于这个问题，见 Jan Paulsson，“国际争端解决中的道德风险”，迈阿密大学法学院 Michael R. Klein 首席杰出学者的就职演讲，2010 年 4 月 29 日，可查阅：[www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson\\_moral\\_hazard.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf)。

发一份潜在共同仲裁员名单，然后当事各方可以对名单中的属意人选排名。然后，可以将第二份名单即潜在主席名单分发给争端各方，双方可以分别对名单中属意的主席人选排名。<sup>19</sup>

24. 一个相关的问题是，甄选和指定是由个人（作为有关机构的秘书长或主席）还是由指定机构内负责甄选和指定事宜的特别委员会作出。最后一种选择需要确定此类委员会的运作方式，例如委员会的组成和甄选过程（例如，通过投票，以特定多数的方式），以及作出这种决定的时间。

- 指定机构是否通过名册进行甄选和指定

25. 需要考虑的一个问题是，指定机构是否使用名单或名册。如果使用的话，这样一个名册的组成将遵循下文概述的相同考虑因素（见第 32-43 段）。其他考虑因素包括：(一)指定机构必须从名册中甄选，还是仅将其作为指导；以及(二)共同仲裁员和主席的甄选是否需要不同的规则：例如，可以有这样一条规则，即甄选共同仲裁员时，指定机构自愿使用名册；但甄选主席时，使用名册将是强制性的。

- 是否有超过一个机构担任指定机构

26. 另一个问题是，将由一个还是多个机构担任指定机构。如果有不止一个机构担任指定机构，需要考虑的问题包括是否应考虑到地域多样性而设立一份此类指定机构的名单，如果是，该名单是封闭式的还是开放式的；以及争端各方将如何指定这样的指定机构。

- 如何确保透明度和问责

27. 需要进一步制定措施，以提高指定机构甄选和指定过程的透明度和信息可获得性。这些措施包括公布适用的规则和标准（例如，关于国籍、性别、年龄组别、法律制度的信息）、当事方参与这一过程的程度以及所涉及的费用。还可以指示指定机构公布他们作为待指定人选发给当事各方的可能的投资争端仲裁员名单。这将提供证据，证明为包容性做出了努力。<sup>20</sup>

## (b) 预先确定的名单或名册

28. 工作组内有与会者指出，活跃在投资争端领域的仲裁机构已经在管理仲裁员名册，因此可以协助建立一个名册，并更多地参与协助争端各方甄选和指定仲裁庭成员（A/CN.9/1004/Add.1，第 112 段。）<sup>21</sup>工作组似宜注意到，目前，这些名单只是

<sup>19</sup> 常设仲裁法院在其提交的意见书（可查阅：[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/pca\\_mechanisms\\_for\\_selection\\_and\\_appointment.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/pca_mechanisms_for_selection_and_appointment.pdf)）中指出，按照《贸易法委员会仲裁规则》（第 8 条第 2 款）和《常设仲裁法院规则》（第 8 条第 2 款），常设仲裁法院秘书长通常采用名单程序。常设仲裁法院也介绍了替代机制。

<sup>20</sup> 例如，见“仲裁员情报”项目，此类报告载有关于国际仲裁员和仲裁的数据和反馈意见。这些信息和相关分析旨在使用户能够在更知情的情况下就仲裁员甄选和案件策略作出决定，可查阅：<https://arbitratorintelligence.com/>。

<sup>21</sup> 例如，解决投资争端国际中心既有一个仲裁员小组 10 名成员名册，也有一个成员国指定人员名单，这些指定人员任期 5 年，可以连任。一个成员国最多可以提名 8 人，这些人员不需要拥有其

指示性的，没有义务从这些名单中甄选投资争端法庭成员（解决投资争端国际中心除外，该中心在下列情况下受其名单约束：(a)当事方没有达成一致的情况下指定主席，以及(b)指定撤销裁决委员会的成员）。还似宜注意到，一些投资条约提供了名册——预选选定人员名单——可以从其中挑选投资争端法庭成员。这些名册通常不包含关于甄选名册上人员的详细规定。<sup>22</sup>通过对投资协定中的名册进行分析，发现争端各方指定时并未局限于现有名册上所列的人员。此类名册往往发挥缺省功能。<sup>23</sup>

29. 建立名册作为甄选和指定投资争端法庭成员的改革方案，需要确定以下问题。

(一) 名册类型：多个名册或单一名册

30. 改革方案可能需要考虑：(一)是否应当在现有名册的基础上编制一份合格名册清单；<sup>24</sup>(二)这些现有名册是否可以以不同方式使用，要么是自愿使用，要么是强制使用，以邀请或要求争端各方和指定机构从这些名册中甄选投资争端法庭成员（A/CN.9/1004/Add.1，第106段）。需要考虑的一个问题是，管理投资争端案件的各个机构现有的名册是否符合考虑到改革目标所要求的标准。

31. 另一种可能性是建立一个新的单一名册，争端各方、指定机构或通过改革进程建立的常设机制可以在强制性或自愿的基础上使用该名册（A/CN.9/1004/Add.1，第106段）。这一方案虽然背离当前投资争端解决制度的专设性质，但仍允许争端各方参与甄选和指定仲裁员事宜（半常设机制）<sup>25</sup>

(二) 名册的组成

32. 工作组内和提交的意见书中提到了组成名册的各种可能性。有一项建议是，名册勿求全面，而应列入具有投资争端解决方面专长的公认仲裁员姓名，同时也列入新的人选。关于这一问题，一项研究指出，根据处理投资争端案件的仲裁机构目前

指定国家的公民身份；常设仲裁法院有一个称作常设仲裁法院成员的名册，由常设仲裁法院成员国指定最多4人组成，这些人不需要拥有其指定国家的公民身份。

<sup>22</sup> 例如，见美利坚合众国-墨西哥合众国-加拿大协定》（《美墨加协定》）在国与国的情形下（要求在协定生效日之前建立一份最多30人的名册，这些人员经由协商一致选出，至少任职三年或直至缔约方建立新的名册）；《全面进步跨太平洋伙伴关系协定》（由缔约方建立一个至少15人的名册，有效期至少为三年，或直至缔约方建立新的名册，用于甄选小组主席）；每个缔约方最多可提名两名候选人加入名册，其提名人选最多可包括任何缔约方的一名国民；基于名册指定以协商一致方式作出）；另见《北美自由贸易协定》，关于“以协商一致方式”建立一份仲裁员名册，在当事各方没有达成一致的情况下，指定机构（解决投资争端国际中心秘书长）将从该名册中指定首席仲裁员；《北美自由贸易协定》第11章设想的名册从未建立；在世贸组织体系中，一审小组是在临时基础上组成的，有一份由世贸组织成员国提名人组成的指示性小组成员名册，但不一定从该名单中甄选人员。

<sup>23</sup> 《国际仲裁员的甄选和任命：投资人与国家间争端解决制度改革的结构备选方案》，Andrea K. Bjorklund, Marc Bungenberg, Manjiao Chi, Catharine Titi。

<sup>24</sup> 除解决投资争端国际中心和常设仲裁法院外，还有许多机构拥有仲裁员名册或名单，如国际商会的国际仲裁法院、斯德哥尔摩商会仲裁研究所、伦敦国际仲裁法院、新加坡国际仲裁中心和北京国际仲裁中心。

<sup>25</sup> 专设和常设机制也可在同一争端解决框架内存存（见《国际争端解决中心补充报告》，第12段）。例如，在世界贸易组织（世贸组织），首先由专设小组裁定争端，之后如有一方上诉，则由世贸组织常设上诉机构裁定。在南方共同市场，申诉国须首先将其申诉事由提交至一个“专设仲裁庭”，该仲裁庭由争端各方从非开放名单中选定人员组成（《建立阿根廷共和国、巴西联邦共和国、巴拉圭共和国和乌拉圭东岸共和国共同市场的条约》（“南方共同市场”），1991年3月26日）。

建立的名册，在甄选仲裁员事宜保留当事方指定制度的基础上，单一名册可能需要 150 至 200 人。<sup>26</sup>

33. 如果要建立一个新的名册，可以通过机构提名、国家提名或两者兼而有之的方式来完成。<sup>27</sup>工作组内有与会者建议，为了保持现行制度的平衡，国家和投资人都应参与建立名册，而另一种意见认为，只有国家应参与建立名册（A/CN.9/1004/Add.1，第 108 段）。这一进程还可以包括其他感兴趣的利益攸关方的参与。要求对名册提名人选达成协商一致可能会有问题，因为这可能会导致僵局。<sup>28</sup>

34. 关于建立单一或多个名册的人将使用的标准（A/CN.9/1004/Add.1，第 107 段），可以注意到，潜在被提名人需要具备上文第 7-15 段所述的相关专门知识和经验。可以考虑如何就性别和地域平衡作出规定并予以实施，特别是在多个名册的情况下。此外，一个需要考虑的问题是，是否应该以及在多大程度上应该考虑国籍。以投资条约中规定的名册为例，可以注意到，有些名册限制指定相关国家的国民或要求指定非国民。<sup>29</sup>

### (三) 管理名册

35. 管理名册意味着组织拟列入名册人员的甄选和指定事宜，并处理人员续签事宜，以确保灵活性并解决对缺乏多样性的关切（A/CN.9/1004/Add.1，第 109 段）。据建议，可以设定人员的在册期限，也许过一段时间该人将被移出名单（A/CN.9/1004/Add.1，第 109 段）。指定的名册成员可以有确定的任期，不得连任或可连任一次或两次。也可定期以交错方式进行指定，以确保名册上有新人替换进去。程序将完全取决于建立一个名册还是多个名册。多个名册可以各有不同的程序规则。

36. 据建议，名册的管理应包括移除一名仲裁员的程序（A/CN.9/1004/Add.1，第 110 段）。因此，可以考虑需要建立哪种体制机制来评价和评估有关仲裁员的行为。

### (四) 在投资争端法庭成员的甄选和指定过程中使用名册

37. 从名册中甄选投资争端法庭成员可以是自愿的，也可以是强制性的。如果只是自愿的，名册上的人员拥有争端各方所要求的相关专业知识或经验就不那么重要了。

38. 还可以设想一种混合甄选方法，即从名册中甄选和指定两名由当事各方指定的仲裁员是自愿的（意味着当事各方可以甄选他们想要的任何个人，无论此人是否相关名单或名册上），而从名册中甄选和指定主席是强制性的（意味着该人必须从名册中甄选，无论指定由争端当事方、共同仲裁员还是指定机构作出）。

<sup>26</sup> 《四重困境：在今后的投资人与国家间争端解决制度中任命仲裁员》，Malcolm Langford, Daniel Behn, Mariachiara Malaguti。

<sup>27</sup> 例如，在解决投资争端国际中心，该中心秘书长提名并挑选了 10 人进入其仲裁员小组（该名单包括 5 名女性和 5 名男性，他们曾在投资争端案件中担任仲裁员）；《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》的缔约国最多提名 8 人进入名单或名册（并不是所有缔约国都作了提名，也不是所有缔约国都提名了最大人数）。

<sup>28</sup> 见《北美自由贸易协定》第 11 章的经验。

<sup>29</sup> 见《国际仲裁中的甄选和指定事宜：政治学角度的见解》，Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen, Taylor St John。



## (五) 实施

39. 工作组似宜注意到，改革方案可能需要不同的手段来实施。例如，建立名册可能需要修正仲裁规则，并且如果管理投资争端案件的机构参与管理此类名册的话，还需要与此类机构密切合作。

### (c) 可能的组合

40. 应当指出，建立名册的选择可以与目前基于当事方指定来甄选和指定投资争端法庭成员的方法配套使用，也可以非不基于当事方指定（例如基于指定机构指定）的不同方法配套使用（A/CN.9/1004/Add.1，第 103 和 104 段）。

## 2. 常设机制

41. 工作组第三十八届会议续会初步讨论了常设机构仲裁员的甄选和指定问题（A/CN.9/1004/Add.1，第 115-129 段）。<sup>30</sup>关于常设机构的考虑以以下建议为基础，即有必要重新审查投资争端制度中的当事方指定机制，并限制争端各方的参与，因为当事人意思自治不一定是投资争端制度的一个关键组成部分（A/CN.9/1004/Add.1，第 104 段）。

42. 在常设机制中，争端各方对仲裁员的甄选和指定没有或几乎没有影响。这是因为在争端出现之前既已存在一个常设机构（有别于现行的以仲裁为基础的投资争端解决制度，其中投资争端法庭是专为特定争端而组成的）。

43. 举例来说，这一改革方案与现有的国际法院实行的甄选和指定机制相类似：作为争端当事方的国家在构成常设机构的人员的甄选过程中没有发言权，尽管其作为条约缔约方参与了这一甄选过程。<sup>31</sup>

### (a) 常设机构的组成

“充分代表性”或“部分代表性”

44. 在构想常设争端解决机制的组成时需要考虑的第一个问题是仲裁员的数目，以及在这方面各国希望建立“充分代表性”机构还是“部分代表性”机构。<sup>32</sup>在充分代表性机构中，每个国家都有一名常设仲裁员，通常由该国国民担任；在部分代表

<sup>30</sup> 另见一份意见书中所载建议：A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1，欧洲联盟及其成员国提交的意见书。

<sup>31</sup> 例如，见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件 2《争端解决规则：关于争端解决规则与程序的谅解》，1994 年 4 月 15 日，第 17 条第 1 款和第 17 条第 2 款；《欧洲保护人权与基本自由公约》，1950 年 11 月 4 日，经第 11 号和第 14 号议定书修正，自 2010 年 6 月 1 日起生效，第 20-23 条；似宜注意到，在国际法院，仅在有限的情形下争端当事方才可影响法院的组成，有限情形即通过指定专案法官和设立分庭来裁定特定案件；《国际法院规约》，第二十六条第二款和第三十一条第二款。

<sup>32</sup> 见《国际争端解决中心补充报告》，第 21-27 段；另见《国际仲裁中的甄选和指定事宜：政治学角度的见解》，Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen, Taylor St John。

性法院中，仲裁员席位少于法院规约缔约国的数目。<sup>33</sup>

45. 这些设计选项对于每个国家是否能够控制一名或多名法官的指定从而影响法院的裁定有着重要影响。

46. 工作组在审议这一问题时表示，特别是考虑到所涉费用和仲裁员数目与案件数量之间的联系，充分代表性可能很难实现（A/CN.9/1004/Add.1，第 115 段）。成员数目较多的常设机构可能花费大且难以管理。提出的另一种办法是寻求广泛的地域代表性以及性别、发展水平和法律制度的均衡代表性，并确保规约允许仲裁员数目随着时间的推移而变化，因为参与国的数目越来越多。

47. 覆盖全球的法院通常是部分代表性法院，通常要求不能有两名法官是同一国的国民。在拥有 193 个会员国的联合国系统，国际法院有 15 名法官。<sup>34</sup>根据拥有 168 个缔约国的《联合国海洋法公约》，国际海洋法法庭有 21 名法官。<sup>35</sup>在拥有 164 个成员国的世贸组织中，上诉机构有 7 名成员。

48. 一般来说，部分代表性法院可能会增加各国在甄选阶段集体决策的份量。一些部分代表性法院的设计允许没有国民担任法官的国家在作为案件当事方时指定一名特设法官，以解决应熟悉所有争端各方法律制度的关切。<sup>36</sup>也可利用成员国之间的轮换，以确保所有国家都有机会有一名本国国民被指定进入法院。<sup>37</sup>

49. 可以指出的是，常设机构的法官数目很可能需要主要根据提交给该机构的案件估计数来确定。在两层机制的情况下，可以假设第二层只审理和裁定有限的案件。因此，二审法官的人数可能少于一审法官。

50. 最后，由于缔约方数目增多和（或）案件数量增加，组成常设机构的仲裁员数目可能需要随着时间的推移而变化。现有的国际法院和法庭作为实例为这些可能的调整提供了参照。<sup>38</sup>更具体地说，在一个充分代表性机构中，每当有新的缔约方加入该机制时，仲裁员数目均会相应作出调整。在部分代表制模式中，修订条款可能会规定逐步增加仲裁员数目的程序。<sup>39</sup>

<sup>33</sup> 充分代表性的例子包括欧洲联盟法院和欧洲人权法院（第二十条）等区域法院；部分代表性的法院实例包括《非洲人权和人民权利宪章关于设立非洲人权和人民权利法院的议定书》（《关于非洲法院的议定书》），第 11 条；《建立加勒比法院的协定》，2001 年 2 月 14 日，第四条；《美洲人权公约》，1969 年 11 月 21 日，第 52 条；《美洲人权法院规约》，1979 年 10 日，美洲国家组织第 448 号决议，第 4 条。

<sup>34</sup> 见关于法院的活动和案件数量的信息，网址：[www.icj-cij.org/files/annual-reports/2017-2018-en.pdf](http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/2017-2018-en.pdf)。

<sup>35</sup> 平均每年有 1、2 个案例。

<sup>36</sup> 四个充分代表性法院实行特设制度，以确保有一名国民可以主持每个被告国的争端：安第斯法院、中美洲法院、独立国家联合体经济法院和欧洲人权法院；关于另一种做法，见《国际海洋法法庭规约》，其中规定，每一方当事人均可指定一名成员进入海底争端分庭特设分庭，而第三名仲裁员由双方商定；3. “专案分庭的法官必须不属争端任何一方的工作人员，或其国民”（《国际海洋法法庭规约》，第三十六条第 3 款。

<sup>37</sup> 见西非国家经济共同体（西非经共体）法院，其中七名法官的职位由西非经共体 15 个国家轮流担任。

<sup>38</sup> 例如，见 1981 年 1 月 19 日《阿尔及利亚民主人民共和国关于美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府解决索赔问题的声明》，第三条第 1 款；《国际刑事法院罗马规约》，2002 年 7 月 1 日，第三十六条第二款。

<sup>39</sup> 关于国际法院的修订条款，例如，见伊朗-美国索赔法庭，《解决索赔问题的声明》，第三条第 1 款；《罗马规约》，第三十六条第二款；《全面经济和贸易协定》，第 8.27.3 条；《欧洲联盟—越南自由贸易协定》，第 12 条第 2 款。

51. 另一种选择是建立一个法院成员名册或名单，供常设机构在为具体案件甄选由三名法官组成的小组时使用。这将允许建立一个更大的法官人才库，以供选择。可以使用与传统常设法院相同的标准和提名程序来甄选名单或名册上的法官。

## (b) 提名候选人

52. 如果在甄选和指定之前有提名阶段，提名候选人的备选方案（A/CN.9/1004/Add.1，第 116 段）包括：(一)由参与国提名；(二)由常设机构内设立的独立实体提名；(三)个人自行申报利益。

## (c) 甄选和指定过程

53. 甄选和指定过程的备选方案包括以下内容（A/CN.9/1004/Add.1，第 118 段）：(一)就充分代表性法院而言，由各国直接指定；(二)由成员国提名候选人，然后由通常由国家或其代表组成的国际机构投票表决；<sup>40</sup>或(三)由一个独立委员会指定法官。第三种方案仅用于加勒比法院法官的指定，使用直接指定的情况也相对较少。<sup>41</sup>对于大多数国际法院来说，法官是由一个政府间机构从提名候选人名单中投票选出的。

### (一) 涉及参与国的选举（通过投票或以协商一致方式）

54. 通过投票选举比协商一致选举更受欢迎，以避免阻碍甄选过程。应该指出，各国通常能够投票给不止一名候选人，以确保一定程度的平衡和多样性。特定多数规则通常确保被指定的法官为大多数国家所接受。

### (二) 由一个委员会甄选，可能在联合国系统内某个机构的主持下进行

55. 通过一个委员会来甄选和指定也可能是一种可供考虑的选择。这样一个委员会可以制定一份裁判员名单，然后由各国核可。

56. 另一种可能的办法可能是指定一个由国家组成的机构作为甄选和指定法官的机构。有几个法院的法官是由条约缔约方或和国家组成的集体机构甄选的，即使成员人数多于接受法院管辖权的国家数目。<sup>42</sup>

### (三) 多层筛选过程

57. 一些国际法院引入了筛选委员会和指定事宜咨询委员会以及指定事宜委员会（A/CN.9/1004/Add.1，第 118 段）。

<sup>40</sup> 最相关类型的国际机构是政府间机构（如国际刑事法院罗马规约缔约国大会）或国际议会大会（如欧洲理事会议会大会指定欧洲人权法院的法官）。国际法院法官需要联合国大会和联合国安全理事会多数通过。

<sup>41</sup> 或者，例如，由各国直接指定南方共同市场常设审查法庭五名法官中的四名；以及独立国家联合体经济法院。

<sup>42</sup> 例如，见非洲联盟成员国为非洲人权和人民权利法院甄选法官；联合国大会选举国际法院法官；国际海洋法法庭的法官是由《海洋法公约》缔约国甄选的，即使他们一般不接受国际海洋法法庭作为解决争端的机构。

58. 筛选委员会在候选人当选前对他们进行评估，以确保他们符合要求、拥有足够的专门知识和资格。这些委员会主要由专家组成，其职能是筛选出不符合资格的候选人。即使各国保留对指定的控制权，这一设计特点意在促成指定更合格、更独立的法官。其职能不是咨询非国家实体。<sup>43</sup>

59. 相比之下，指定事宜咨询委员会是使非国家实体能够参与甄选过程，同时将最终决定权留给各国政府的一种方式。协商阶段可能有助于提高甄选过程的透明度，并使争端机制得到更广泛接受--某些利益攸关方可以参与甄选过程（例如，投资人和利益攸关方的代表，投资条约的解释和适用以及争端的结果与他们有关系，如国际法领域的专业协会和民间社会（A/CN.9/1004/Add.1，第121段））。<sup>44</sup>

#### (d) 第一级和第二级的差异化提名和甄选过程

60. 上诉一级仲裁员的甄选和指定方法可沿用与投资争端初审法庭仲裁员的甄选和指定相类似的模式，或者根据仲裁级别的不同，甄选和指定仲裁员适用不同的要求和程序（A/CN.9/1004/Add.1，第122段）。<sup>45</sup>特别是关于上诉机构成员的甄选，似乎有各种可能的办法。第一种办法是维持同一个候选人名单，一审仲裁员和上诉仲裁员均可从该名单中指定。第二种办法是设立一个由数目固定的成员组成的常设上诉机构。<sup>46</sup>这些成员可能必须符合某些特定资格，例如具备相当程度的仲裁经验。

61. 另一个问题是，是否应设立类似于国际法院的特设法官制度，以解决国内、地方或区域利益应得到适当理解和考虑的关切。<sup>47</sup>例如，这可能需要有一名拥有所涉国家国籍的特设法官和一名拥有投资人国籍的特设法官，要么作为法庭或法官小组本身的成员，要么作为法院全体复审机构的成员，以确保在不涉及审查案件事实和拟定裁决的情况下，国际法中的正确性方面得到充分审查和保证。另一项建议可能是规定国际法院的一名法官参与每一个法官小组，以确保案件的国际公法方面得到明确理解和管理。

#### (e) 任期及连任

62. 工作组就仲裁员的任期和连任提到一些备选方案，包括在不得连任的基础上延长任期的可能性，这可以确保成员不会受到不适当的影响。工作组提到需要确保财务安全，以及能够吸引高素质候选人和积累法院的经验和专门知识（A/CN.9/1004/Add.1，第123段）。

<sup>43</sup> 例如，成立了一个“第255条小组”，以评估2010年为欧洲联盟法院提名的候选人。该小组只是提出建议，由“从法院和普通法院前成员、国家最高法院成员和公认有能力的律师中选出的七人组成，其中一人应由欧洲议会提名”（《欧洲联盟运作条约》第255条）。

<sup>44</sup> 就多数甄选过程而言，一项假设是政府在作出关于指定的决定时代表了广泛利益相关者的意见；值得注意的是，非国家行为者即使没有正式参与甄选过程，也可能发挥非正式作用（例如仔细审查提议的候选人，以确保他们具备所需的背景和资格）。

<sup>45</sup> 《四重困境：在今后的投资人与国家间争端解决制度中任命仲裁员》，Malcolm Langford, Daniel Behn, Mariachiara Malaguti，其中讨论了上诉机构对于仲裁员甄选和指定的影响。

<sup>46</sup> 例如，世贸组织上诉机构、《全面经济和贸易协定》。

<sup>47</sup> 根据《国际法院规约》第三十一条，案件的任何一方（如果当事方没有国民担任法院法官）可以额外甄选一人，担任审理该案件的法官。

63. 各国际法院确定的任期有四年、<sup>48</sup>六年<sup>49</sup>或九年不等。<sup>50</sup>一个法院没有规定时间限制。<sup>51</sup>指定也可以每隔三年交错一次，以便法院逐渐有新法官加入。<sup>52</sup>

64. 有的可以连任，有的不可以连任。固定单一任期的指定可能会增加独立性，但可能会降低系统的可问责性。法官无法连任意味着宝贵经验的丧失，领导层的连续性可能会减弱。<sup>53</sup>不可连任导致法院经验流失，现有候选人人才库缩减，限制该风险的一种办法是规定相对较长、相互交错的法官任期。<sup>54</sup>

65. 国际法院法官大多可以连任。<sup>55</sup>某些法院纳入一些限制，比如只能连任一次。<sup>56</sup>可以连任可以改善问责，因为各国可以根据法官过去的表现作出连任决定。然而，这种问责可能以牺牲司法独立为代价，因为希望连任的法官会有这样的动机，即满足那些可以对连任决定有控制权的人。有些法院允许有反对意见，对于个别法官如何投票较为透明，对这些法院而言，这种关切尤为强烈，因为这种透明度使成员国能够监测法官是如何审裁过去的案件的。

#### (f) 罢免程序

66. 多数国际法院规约都将不当行为和因病不能履行职责作为免职理由。行为守则草案同样载有关于这些事项的规定。

67. 关于罢免请求和决定，有各种制度，有的制度将这种权力留给法官，有的制度规定各国参与或控制罢免程序。最常见的情况是，国际法院保留罢免法官的能力，这需要其余法官作出一致决定或多数或特定多数作出决定。<sup>57</sup>在某些情况下，各国有能力通过共同协议推翻法院的决定。对于一些国际法院，国家和法院都参与罢免法官的决定。通常情况下，这需要法院（或特别设立的法庭）审查针对法官的申诉，然后提出建议，由政府间机构做出最终决定。<sup>58</sup>

#### (g) 将案件指派给常设机构的成员

68. 工作组曾就指派案件时适用的标准提出了一些问题。据建议，案件指派方法应当考虑到案件的具体情况，包括是否涉及发展中国家，以及法庭是否需要考虑其他

<sup>48</sup> 例如，见前南斯拉夫问题国际刑事法庭和世贸组织上诉机构。

<sup>49</sup> 例如，见非洲人权和人民权利法院、美洲人权法院，以及在国际仲裁领域，解决投资争端国际中心小组。

<sup>50</sup> 见国际法院、欧洲人权法院、国际海洋法法庭。

<sup>51</sup> 加勒比法院规定，“直至[法官]年满 72 岁”。

<sup>52</sup> 应当指出的是，某些法院还规定了年龄限制（《国际争端解决中心补充报告》，第 164 段）。

<sup>53</sup> 明确规定法官不可连任的有：东非法院、欧洲人权法院、西非经济共同体法院、国际刑事法院、非洲商法统一组织司法与仲裁联合法院。

<sup>54</sup> 例如，在 2010 年规定欧洲人权法院的法官不可连任时，其任期也从六年延长到了九年。

<sup>55</sup> 在国际法院、国际海洋法法庭、前南斯拉夫问题国际刑事法庭（前南问题国际法庭）、非洲人权和人民权利法院、世贸组织上诉机构，法官均可连任。

<sup>56</sup> 例如，见美洲人权法院、非洲人权和人民权利法院、世贸组织上诉机构。

<sup>57</sup> 例如，在欧洲人权法院，任何法官都可以请求罢免另一名法官，而罢免的决定必须由三分之二多数法官作出。

<sup>58</sup> 实行这种罢免程序的法院有中部非洲经济与货币共同体法院、西非经济共同体（西非经共体）法院、美洲人权法院和国际刑事法院。由各国控制罢免法官事宜的法院包括东部和南部非洲共同市场（东南非共同市场）法院、东非法院。

一些方面（例如，环境和社会方面或促进投资）。提到需要指派最合适的成员来处理案件。关于为案件指派的成员可能不具备处理某些问题（例如，损害赔偿金的计算）的具体专门知识，提到了聘请专家的可能性。就指派过程如何确保仲裁员的多样性提出了问题（A/CN.9/1004/Add.1，第 126 段）。

69. 各国际法院有不同的案件指派模式。<sup>59</sup>就为具体案件甄选法官而言，这一过程可以是随机的，也可以由负责管理仲裁员名单的机构的秘书长负责，也可以由常设机构的一名全职主席负责指定具体案件的法官（A/CN.9/1004/Add.1，第 125 段）。

70. 一份关于本改革方案的意见书建议在一定程度上随机指定常设机制分庭的仲裁员，以确保争端各方无法事先知道将由谁审理其案件。

## (h) 其他问题

71. 本说明侧重于投资争端法庭成员的甄选和指定，并不涵盖与每种模式有关的更广泛的程序事项。工作组似宜注意在其第三十八届会议续会上提到的与常设机构有关的下列事项：(一)常设机构的所在地（如果有的话）；(二)常设机构设在现有组织内（也许是联合国的一个机构），还是作为一个单独机构；(三)需要设立一种机制，纠正该机构设立后可能出现的任何问题。

## (i) 实施

72. 建立常设机制或机构将需要拟定规约，以便确定法庭的甄选、提名和运作模式。正如上文提到的意见书所建议的那样，这就需要拟定一部择入公约，以便将其适用于现行投资条约。

---

<sup>59</sup> 见《国际争端解决中心补充报告》，第 183-198 段。