

投資爭端解決中的調解機制：功能、案例與趨勢

蘇偉康

摘要：調解機制在全世界範圍內引發了共鳴，非約束性裁決偏好理論可能成為調解繁榮的重要依據。投資爭端調解機制正在朝着制度化、規範化的方向發展。考察既有的案例可以發現，調解機制可以滿足投資爭端解決的基本需求。調解機制在維護合作關係、控制糾紛進展和降低解紛成本上有着不可比擬的優勢。然而，保密性的桎梏、岔路口條款的影響以及約束力的缺失等可能會成為制約調解機制適用的理由。《新加坡公約》的開放簽署和巴西CFIA模式是投資調解的最新進展，體現了投資調解機制的發展前景和制度活力，並為投資調解的發展提供了可能的方向。

關鍵詞：投資爭端解決 調解機制 《新加坡公約》

Mediation Mechanism in Investment Dispute Settlement: Functions, Cases and Trends

SU Weikang

(Koguan School of Law, Shanghai Jiao Tong University)

Abstract: The mediation mechanism has resonated around the world. The mediation mechanism of investment dispute is developing in the direction of institutionalization and standardization. It can be found that the mediation mechanism can meet the basic needs of the settlement of investment disputes. Mediation mechanism has incomparable advantages in maintaining cooperative relations, controlling the progress of disputes and reducing the cost of dispute settlement. The opening and signing of *Singapore Convention* and the CFIA model in Brazil are the latest progress of investment mediation, which reflects the development prospect and institutional vitality of investment mediation mechanism, and provides a possible direction for the development of investment mediation.

Keywords: settlement of investment disputes, mediation mechanism, *Singapore Convention*

調解會取代仲裁嗎？這一設問或許有些危言聳聽，但如果結合近幾十年國際糾紛解決格局中的變遷就會發現，這確實是一個值得思索的問題。無論是在商事糾紛或是投資爭端中，調解機制已經吸引了越來越多的注意力。《聯合國憲章》第33條明確鼓勵成員國使用調解與和解的方式解決糾紛。在這一框架之下，調解的價值日益凸顯。2017年9月，東帝汶共和國與澳大利亞聯邦通過和解程序就海上邊界劃定問題達成了共識。¹ 這標誌着《聯合國海洋法公約》附件五中的調解程序被正式激活。在國際投資爭端領域，2016年7月，國際能源憲章會議通過了“投資調解指南”（*Guide on Investment Mediation*）²，鼓勵投資者與東道國通過調解程序解決糾紛。該指南涵蓋了調解的規則與結構，探討了調解規則（mediation）與和解規則（conciliation）之間的區別。2017年6月國際投資爭端解決中心（International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID）為專門針對投資者與國家之間爭端的調解員舉辦了培訓。³ 在歐盟與越南簽訂的投資協議中，調解程序被規定在一整個附件中。⁴

國際學界對於投資爭端中的調解機制的研究已有較多成果。遺憾的是，在中國此項研究尚處於起步階段。⁵ 本文將圍繞投資爭端中的調解機制適用問題展開討論。但需要言明的是，本文無意於全景式的展現投資爭端調解機制的全貌，而是希望通過本文的探索發現和歸納調解機制的固有特徵以及其在投資爭端中的特殊價值，並對中國投資爭端調解機制的發展提供具體思路：首先，展示作為一般糾紛解決機制的調解，闡明其趨勢與功能。其次，歸納和總結既有的規則與案例。再次，在前述研究的基礎上總結提煉調解機制的適用優勢與問題。最後，論述調解機制的最新進展，以期把握調解機制發展的基本方向。

一、調解的趨勢與功能

調解一般被界定為中立第三人以當事人的需求和利益為依據，在雙方或多方當事人之間促進溝通交流的過程。⁶ 在國際爭端解決的體系中，調解程序扮演着與眾不同而又不可或缺的角色。調解既可以作為一種獨立的替代性糾紛解決機制，也可以是仲裁程序的前奏。⁷ 在國際法的實踐中，和解（conciliation）也被視為調解程序的表現形式之一。例如，常設仲裁法院（Permanent Court of

¹ “Conciliation between the Democratic Republic of Timor-Leste and the Commonwealth of Australia,” 1st September 2017, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2230>, retrieved on 30th June 2020.

² Energy Charter, “Decision of the Energy Charter Conference,” 19th July 2016, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>, 1st July 2020.

³ See website: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID%2NewsLetter/207-Issue3/Considering-theFuture-of-Investor-State-Mediation.aspx>, retrieved on 30th May 2020.

⁴ See website: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157378.pdf, retrieved on 12th July 2020.

⁵ 知網查詢結果顯示，截至2020年7月13日，相關主題僅有以下研究成果：漆彤、范曉宇：《論投資者與東道國爭端調解機制的透明度規則問題》，《國際經濟法學刊》2020年第3期，第44-58頁；王震：《投資者——國家爭端解決中的調解：現狀、價值及制度構建》，《江西社會科學》2019年第11期，第172-180頁；楊騰：《國際投資爭端調解問題研究》，山東大學碩士學位論文，2015年。

⁶ 王福華：《現代調解制度若干問題研究》，《當代法學》2009年第6期，第130頁。

⁷ Reif, L. C., “Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes,” *Fordham International Law Journal*, vol. 14, iss. 3, 1990, pp. 578-638.

Arbitration, PCA) 中的和解規則可以與調解進行互換。⁸ 儘管國際法學界尚未對和解的概念達成共識，但一般認為，和解與調解一樣，都是通過中立的第三方——可能是個人，也有可能是一個小組或當事人指定的機構——解決糾紛的方法。兩者在解決方案上略有不同：調解員“努力使爭議各方進行對話，以便他們自己可以達成折衷解決方案”。相較而言，和解人“在與爭議各方討論案情之後，將起草並提出糾紛解決的條款，代表着和解人對於糾紛公正解決的理解。”⁹ 大體上看，調解（mediation）與和解（conciliation）之間沒有明確的界限，因為調解員與和解人的共同目標都是幫助爭議各方以某種方式達成和解協議（settlement agreement）。因此本文不對mediation與conciliation進行區分，統稱為調解/和解程序。¹⁰

與仲裁庭的裁決不同，調解所達成的和解協議不具有約束力，但是可以為爭議各方進一步的談判奠定基礎。調解員也可能有義務根據某些調解程序中發佈書面報告，國際投資爭端解決中心即是如此¹¹，而常設仲裁法院則無此要求。

（一）調解的流行與非約束性裁決偏好

幾個世紀以來，調解一直是東方國家解決國內爭端內一種普遍形式¹²，無論在大陸法地區還是普通法地區中，調解都成為社會普遍接受的糾紛處理方式。從文化角度來看，在不喜歡對抗的亞洲文化中，調解確實會具有特別的吸引力。¹³ 日本早在20世紀80年代後期便創設了“辯論兼和解”程序，並通過1996年新《民事訴訟法》中的辯論準備程序使之制度化，在法院附設的調停程序之後又為當事人提供了一次和解的機會。¹⁴ 韓國將調解制度廣泛的運用於訴訟前後。¹⁵ 香港國際仲裁中心的仲裁規則中允許在仲裁過程中使用調解，同時允許仲裁員作為調解員採取行動¹⁶，《香港仲裁條例》同時適用於國內糾紛和國際糾紛的解決。與之類似，在新加坡，仲裁員同樣可以在仲裁程序中擔任調解員。¹⁷

⁸ 參見《常設仲裁法院選擇性和解規則》引言：在現代國際慣例中，“調解（mediation）”一詞有時用於表示與本規則中所述的“和解（Conciliation）”程序非常相似的過程，<https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Permanent-Court-of-Arbitration-Optional-Conciliation-Rules.pdf>，2020年7月11日訪問。

⁹ Redfern, A. & Hunter, M., *The Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.46.

¹⁰ 負責《新加坡公約》的聯合國貿易法委員會第二工作組同樣認為，mediation與conciliation是可以互換的。參見UNGA, *International commercial mediation: draft model law on international commercial mediation and international settlement agreements resulting from mediation*, 2nd March 2018, A/CN.9/943, p. 9；也有學者認為應當對mediation與conciliation進行區分，參見Sussman, E., “The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes,” *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 7, iss. 27, 2010, pp. 54-67。

¹¹ 參見《ICSID調解規則（2006年版）》，<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Conciliation-Rules>，2020年6月12日訪問。

¹² Reif, L. C., “Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes.”

¹³ Harpole, S. A., “The Combination of Conciliation with Arbitration in the People’s Republic of China,” *Journal of International Arbitration*, vol. 24, iss. 6, 2007, pp. 623-634.

¹⁴ 史長青：《裁判、和解與法律文化傳統——ADR對司法職能的衝擊》，《法律科學》2014年第2期，第7頁。

¹⁵ 參見鄭圭相：《韓國司法型調解制度小考》，《東南司法評論》2012年卷，廈門：廈門大學出版社，2012年。

¹⁶ 《香港仲裁條例》第32、33條。

¹⁷ 《新加坡國際仲裁法》（*International Arbitration Act*）第16、17條。

在中國，得益於儒家文化浸潤¹⁸與“楓橋經驗”的提倡，調解程序在糾紛解決體系中佔據着重要地位。中國的調解程序主要是在基層人民調解委員會、仲裁機構和法院進行。中國台灣地區的鄉市鎮調解也扮演着消解社會基層矛盾的角色。¹⁹ 在國際商事爭端的處理中，很多規則允許爭端者在使用約束性裁決機制之前先進行調解或和解。比如美中貿易全國委員會（National Council for US-China Trade）和中國國際經貿仲裁委員會（China International Economic and Trade Arbitration Commion, CIETAC）²⁰。中國內地與香港特別行政區之間的《內地與香港關於建立更緊密經貿關係的安排》也將調解列為解決投資爭端的方式之一。²¹

有理論認為，仲裁之所以普遍盛行“是建立在西方偏好於通過約束性、對抗性的方法解決衝突的傳統之上。”²² 如果這一理論成立的話，在東方國家越來越多參與國際經濟的格局之下，爭端解決將會朝着“基於共識”的模式轉變。換言之，東方文化中的自覺與妥協將會影響到糾紛解決機制的選擇。在東方國家在國際商貿體系中地位日益增長的當下，當事人關於糾紛解決方式的選擇可能會從對抗性的仲裁程序向協商性的調解機制轉變。

但是如果將目光擴展至全球範圍就會發現，調解並不完全是“東方”國家的專屬。在西方，調解同樣獲得了也獲得廣泛的支持和應用。越來越多的國際商事仲裁法將輔助性調解條款作為解決爭端的初步或替代方法。例如，美國加利福尼亞州將調解條款作為仲裁前的可供選擇的前置步驟。²³ 州立法甚至明確指出加利福尼亞州的政策是鼓勵進行國際合作的商業主體簽署通過調解解決其爭端的商業協議。在澳大利亞，仲裁員可以擔任國內仲裁程序的調解員。²⁴ 德國利用積極的“管理性判斷（managerial judging）”為調解提供便利，即在仲裁程序中，仲裁員可以對案件的是非曲直表達初步意見，並提出可能和解的建議。這並不構成並不構成偏見或預先判斷。²⁵ 在法國，調解是被明確為法官和仲裁員的職能之一。²⁶

非約束性裁決偏好是指相對於具有強制約束力的訴訟程序和仲裁程序（通過司法保障），在一些情況下，當事人可能會更鍾情於不具有約束力的糾紛解決方式。非約束性裁決更具靈活性和彈性，其爭議解決程序可以與其他爭議解決方式相銜接，當事人可以選擇獲得一個具有約束力的裁決，也可以在裁決作出後採取其他方式尋求進一步的救濟。非約束性裁決的理想結果是，當事人或者對爭議結果滿意並自願執行，或者僅僅損失不多的時間和金錢解決糾紛，同時保有採取其他手段

¹⁸ 參見陳弘毅：《調解、訴訟與公正——對現代自由社會和儒家傳統的反思》，《現代法學》2001年第3期，第3-14頁；胡旭晟、夏新華：《中國調解傳統研究——一種文化的透視》，《河南省政法管理幹部學院學報》2000年第4期，第20-35頁。

¹⁹ 參見范榆：《人民調解與我國台灣地區鄉鎮市調解的比較研究》，《清華法學》2001年第1期，第163-174頁。

²⁰ 《中國國際經濟貿易仲裁委員會仲裁規則（2015版）》第47條。

²¹ 《內地與香港關於建立更緊密經貿關係的安排》第19條、第20條。

²² Reif, L. C., “Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes.”

²³ 《加利福尼亞民事訴訟法典》第1297條。

²⁴ 《澳大利亞商業仲裁法》第27條。

²⁵ Sim, C. “Conciliation of Investor-State Disputes, Arb-Con-Arb, and the Singapore Convention,” *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 31, 2019, pp. 670-712.

²⁶ 《法國民事訴訟法典》第1460條。

解決爭議的權利。²⁷ 總之，非約束性裁決的價值在於它為當事人提供了一種不同於其他糾紛解決方式的可供選擇的糾紛解決機制，其成本低廉且能促進公正的實現。

調解規則可在東西方任意國家的國內爭端解決機制中找到。隨着東西方文化的交流與時間的推移，調解程序在世界各地都引發了文化共鳴。更重要的一點是，如果上述非約束性裁決偏好理論得到證實，那麼調解程序可能還存在着更加廣闊的適用空間。

(二)調解與國際關係中的實用主義

與經濟學上的成本效益分析相比，政治因素往往會成為政府在投資爭端解決中的重要關切。隨着全球合作的不斷深入，國家之間的相互依存的發展關係得到承認，國際投資中的主體都認識到根據不斷變化的情況對長期合同進行反復調整的必要性，國際關係中的實用主義日益發展，也產生了對非約束性解決機制採取更開放的態度的可能性。

首先，實用主義要求糾紛解決的同時能夠保持合作關係的存續。世界銀行總法律顧問阿隆·布羅奇斯（Aron Broches）指出：“當您在商業合作關係中走到了盡頭時，您最好還是通過仲裁程序做出明確的決定。另一方面，如果雙方希望繼續他們的夥伴關係，調解程序可能是更優的選擇。”²⁸

調解與協商在最為重視維持友好關係的貿易糾紛中（一般是長期國際合同的糾紛）發揮着良好的效果²⁹，它有助於維持和諧的商業關係，進而達成糾紛解決中達成“雙贏”局面。而訴訟或是仲裁的裁決形式可能會破壞這種聯繫。³⁰ 油氣開採、採礦和基礎設施建設項目中的爭議就是非常典型的範例。這種項目往往涉及大量的沉沒成本，而且有必要在項目仍在繼續進行的時候解決糾紛。例如在Hess Equatorial Guinea和Tullow Equatorial Guinea訴赤道幾內亞案中³¹，投資者與東道國之間的關係儘管受到了調解機制暫停的威脅，但兩公司仍然繼續進行了進一步的投資。這是爭端解決與長期合作關係兼容的典範。因此，如果投資爭端的爭議主體希望保留其現有合同和商業合作時，應首選調解解決糾紛。尤其是在長期合約或合資關係中，這一優勢將更加明顯。

其次，實用主義的另一要求是對東道國主權的維護。國際投資爭端往往是政治對抗的衍生或延續。一般而言，外交和政治紛爭通常以調解和談判的方式解決，因為終局性的手段無疑會讓政府產生憂慮，非裁決性的方式可以在溫和、寬鬆的環境下解決紛爭。在一些由於政治事件而導致的投資爭端中，政府方的顧慮同樣會對尋求解決方案時造成障礙。尤其是某些國家會將針對其的爭端解決程序（如ICSID的仲裁程序）視為“不友好行為”。在這種情況下，調解程序及其協商一致的調解協議具有了較高的可接受性。因為相對而言，它們是爭端解決機制中“較軟”的形式，對東道國主權的威脅較小，也有助於政府形象的維護。

²⁷ 高薇：《非約束性網上仲裁解決電子商務爭端的法律分析》，《中州學刊》2012年第2期，第78頁。

²⁸ Rubin, S. J., Murphy, Jr., E. E., Vagts, D. F., Gudgeon, S., Wegen, G., Broches, A. & Asante, S, K. B., “Avoidance and Settlement of International Investment Disputes,” *American Society of International Law Proceedings*, vol. 78, 1984, pp. 38-58.

²⁹ [日]多喜寬：《國際仲裁と國際取引法》，1999年，第7-8頁，轉引自[日]梶田幸雄、王丹：《對中日兩國間商事糾紛解決的提案》，《東方法學》2016年第1期，第23-32頁。

³⁰ Constain, S., “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape,” *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, iss. 1, Winter 2014, pp. 25-40.

³¹ ICSID Case No CONC(AF)/12/1.

最後，實用主義對於就糾紛解決的靈活性有較高的需求。調解程序所具備的靈活性可以適應參與者及其利益的多樣性，其具備的半外交性質可以提供政治性的而非嚴格的法律解決方案。例如，在Kardassopoulos和Fuchs訴格魯吉亞共和國案中³²，申請人尋求美國前國務卿基辛格的協助解決糾紛。在本案中，來自於中立第三方的外交干預無疑增加了糾紛解決的機會。調解程序所具備的半外交性對於在帶有政治背景的糾紛中（例如當外國投資者是國有企業時）可能會特別有效。

二、調解機制的規則與案例

實踐中不乏利用調解機制解決投資爭端的規則設計和實際案例。對規則的檢視將有助於提煉調解程序的普遍原則，對案例的回看可以發現調解機制的具體運作模式。

（一）投資爭端解決的調解規則

《關於解決國家和他國國民之間投資爭端公約》（以下簡稱“《華盛頓公約》”）在1965年誕生伊始就設立了調解機制用以解決糾紛，起草者們在公約中納入了關於調解的規定以及具體規則。在很多雙邊投資協議中也規定了調解的適用。例如“索賠人和被訴人應首先尋求通過協商和談判解決爭端，其中可能包括使用不具有約束力的程序，例如斡旋、調解或和解”。³³ 但一般來說，調解往往是作為仲裁的補充或替代的角色出現。其具體適用規則也較為模糊。一般表述為“如果當事任何一方提出為解決爭端進行協商的六個月內未能解決，則根據該國民或公司的要求，可提交《華盛頓公約》而組成的調解委員會或仲裁委員會。締約任何一方和締約另一方國民或公司關於其他事項的爭端，可根據當事雙方的同意，提交如上所述的調解委員會或仲裁委員會。”³⁴

然而，在最近的國際投資協議中，調解機制正在朝着制度化方向轉變。投資協議開始制定具體的規則而不只是作出寬泛的指引。例如，在《澳大利亞與印度尼西亞全面經濟夥伴關係協定》（2019）規定：“調解（1）如果在爭端方收到書面協商請求之日起的180天內仍無法解決爭端，則爭端方可啟動調解程序。該程序對有爭議的投資者而言是強制性的，以期達成友好和解。調解程序應由爭議方向爭議投資者提出的書面請求啟動。（2）本條所述的調解程序只能由爭端方在收到爭端方提出的書面協商請求之日起180天內提出的書面請求才能啟動。（3）與調解程序有關的費用應由爭端各方平均分擔。”³⁵ 在《歐盟—加拿大綜合經濟貿易協議》（2016）、《歐盟—新加坡投資保護協議》（2018）都出現了類似的條款。

儘管如此，與仲裁程序相比，調解機制的規範化和制度化都還有很大差距。明確的標準將有助於當事人解決爭端。ADR程序的多元化構成和法律文化的差異性都要求明確的調解規則，以釐清其適用條件，確定調解程序中的具體流程。誠然，過於精確的程序安排可能會減損調解程序的靈活性，進而加劇其成本和時間。但不否認的是，原則性的規則明確是調解機制活躍生長的必備條件。

³² ICSID Case No ARB/07/15.

³³ 2014年《埃及—毛里求斯雙邊投資協定》第10條。

³⁴ 1998年《中華人民共和國和日本國關於鼓勵和相互保護投資協定》第11條。

³⁵ 2019年《澳大利亞與印度尼西亞全面經濟夥伴關係協定》（*Australia-Indonesia Comprehensive Economic Partnership Agreement*）第14條。

1. 《聯合國貿易法委員會調解規則》(UNCITRAL Conciliation Rules)³⁶

1980年7月23日，聯合國貿易法委員會通過了調解規則。該規則僅有20個條款，比大多數ADR機構的調解規則都為簡略。規則開章明義明確了主體自治的核心地位：根據第1條第2款，當事方可以合意變更或限制適用本規則，只要該協議不與當事方所遵循的強制性法律規定相抵觸。

規則第2條規定，任何一方當事人如欲發起調解程序，必須書面邀請另一方參加，並說明爭端的性質。第3條規定，如果另一方當事人拒絕邀請，則不會進行調解程序。如果當事方未另行達成協議，則調解由單獨的調解員主持，通常由當事方共同決定。第4條規定，當事人可以尋求第三方機構或個人擔任調解員。根據第13條，當和解協議的基本要素已經具備時，調解員可以制定和解協議的條款。如果雙方達成協議，他們將簽署書面和解協議。

2. 《華盛頓公約》與《ICSID調解規則》(ICSID Conciliation Rules)³⁷

由ICSID主持的調解程序受《華盛頓公約》第28-35條和《ICSID調解規則》的約束。同時，《ICSID附加便利規則》(ICSID Additional Facility Rules)³⁸為ICSID管轄範圍以外爭議提供調解指引。調解員或調解委員會的組成原則與仲裁程序相同。

根據《華盛頓公約》第28條，希望提起調解程序的當事方應向秘書長書面提出請求，其中應包括有關爭端的事項、雙方的身份以及他們同意依照調解的程序規則進行調解等內容。第29至31條規定了調解委員會的組成。第32條規定調解委員會應是其本身權限的決定人。第33條則確保了調解程序的靈活性，並允許在當事各方同意時修改調解規則。

第34條是公約關於調解程序的核心條款，其規定委員會有責任澄清雙方發生爭端的問題，並努力使雙方就共同可接受的條件達成協議。為此目的，委員會可以在程序進行的任何階段，隨時向雙方建議解決的條件。當事方不得隨意拒絕，並對建議給予最認真的考慮。如果雙方達成協議，委員會應起草一份報告，指出爭端中的焦點，並載明雙方已達成協議。該報告必須包含有關雙方當事人、爭議的性質和調解程序過程的詳細信息。儘管委員會必須在報告中指出各方是否達成和解協議，但除非雙方共同要求將披露和解協議的具體內容，否則報告不包括和解協議的詳細信息。

除了《ICSID調解規則》外，ICSID於2018年開始制定一套新的調解規則。作為投資爭端解決程序更新和現代化的進程的重要組成。這將是專門為投資爭端設計的第一批機構調解規則。就目的而言，調解規則的旨在補充ICSID現有的仲裁、調解和調查(fact-finding)程序，各方當事人可以單獨適用或是配合其他程序組合適用。

3. 《國際律師協會投資爭端調解規則》(IBA Rules for Investor-State Mediation)

國際律師協會國家調解小組委員會(以下簡稱“小組委員會”)於2008年開始着手起草關於國際投資爭端的調解規則。小組委員會根據投資爭端中調解程序運作的實際情況，並着重考慮到以下

³⁶ United Nations, *UNCITRAL Conciliation Rules*, 1980, <https://www.jus.uio.no/lm/un.conciliation.rules.1980/doc.html>, retrieved on 1st July 2020.

³⁷ ICSID, *Rules of Procedure for Conciliation Proceedings (Conciliation Rules)*, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/parte.htm>, retrieved on 25th June 2020.

³⁸ ICSID, *Rules of Procedure for Conciliation Proceedings (Conciliation Rules)*.

要素：大多數投資條約中沒有具體提及調解；缺乏針對投資人與國家間爭端的調解規則；《ICISD調解規則》與仲裁程序過於相似；普遍缺乏對調解在國際投資界中的潛在作用的認識；缺乏合格的調解員；缺乏明確的國際框架（與《紐約公約》類似的）等。在2011年初，小組委員會啟動了規則起草項目。³⁹ 該規則於2012年獲得批准，旨在調解涉及國家或國家實體的投爭端。（第1條第1款）。第7條第（2）款和第8條第（2）款明確劃定了調解員的職能，其中規定：“調解員無權強制各方當事人以任何方式部分或全部解決爭端……調解員應協助當事方在各方自願解決的基礎上達成協議以解決爭端。各方當事認可以對程序進程和調解結果作出自由的選擇。”最終，調解過程在當事方之間達成的和解協議、當事人一方決定中止調解程序和調解員確定不可能繼續調解的情況下終止（第11條）。

4. 《國際商會調解規則》(ICC Mediation Rules)⁴⁰

2014年發佈的《國際商會調解規則》取代了之前的《國際商會友好爭議解決規則》(ICC ADR Rules)，而更為久遠的則是1988年施行的《國際商會選擇性調解規則》(ICC Rules of Optional Conciliation)。

儘管國際商會的調解機制主要在國際商事爭端中使用，但根據其第1條第2款，該規則適用於所有“爭議 (dispute)”。因此在理論上《國際商會調解規則》完全可以覆蓋投資爭端。第1條第3款劃定了極為廣泛的適用範圍：“適用於糾紛解決程序”。這意味着當事人可以在任意程序中使用該規則，包括仲裁、調解、協商和斡旋等。

當事人可共同提名一名調解員，如果當事人未共同提名一名調解員，第5條規定由中心任命調解員。根據規則第8條，在當事方已簽署和解協議或當事方之一放棄調解時，調解程序應當終止。

(二) 投資調解機制的典型案例

由於調解機制的保密性，獲取調解案件信息披露十分困難。目前僅能夠在ICSID系統查詢投資調解的案例。根據ICSID調解規則解決糾紛的有12起案件，其中9起案件中已經結案，而3起案件仍在審理中。ICSID中的調解案件從登記到到結案（發佈報告或達成和解）的平均時間為541天，其中最短的是173天，最長的是1,047天。具體情況如下見表1。

1. ICSID調解第一案：Tesoro Petroleum Case

1968年Tesoro石油公司與特立尼達和多巴哥政府建立了合資企業，用於在東道國購買和開發油田。1981年，投資者與東道國之間的關係開始緊張，主要原因是東道國徵收的新石油稅、封鎖勘探領域以及拒絕返還股息。隨後，Tesoro石油公司決定出售其商業活動，並開始與東道國進行談判。

調解程序的啟動源於當事各方合同義務：Tesoro於1984年1月6日根據ICSID規則發起了調解程序。在雙方進行了兩次程序協商並交換了文書後，1985年2月，調解員提出了解決建議。1985年10月，Tesoro石油公司發佈了新聞宣稱其與特國政府根據調解員的建議已經達成和解。1985年11月，當

³⁹ Joubin-Bret, A. & Legum, B., “A Set of Rules Dedicated to Investor-State Mediation: The IBA Investor-State Mediation Rules,” *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, iss. 1, Winter 2014, pp. 17-24.

⁴⁰ ICC, *ICC Mediation Rules*, 2014, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>, retrieved on 14th July 2020.

事雙方將調解書告知調解人，調解人結案並提交了調解報告。調解程序的總費用為11,000美元。⁴¹

表 1 ICSID調解程序案件（截至2020年7月10日）

案號	申請人	被申請人	狀態	用時 ⁴²
CONC/82/1	SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H.	馬達加斯加民主共和國	結案 (Settled)	258天
CONC/83/1	Tesoro Petroleum Corporation	特立尼達和多巴哥	結案 (Concluded)	824天
CONC/94/1	SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H.	馬達加斯加民主共和國	結案 (Concluded)	767天
CONC/03/1	TG World Petroleum Limited	尼日爾共和國	結案 (Settled)	487天
CONC/05/1	Togo Electricité	多哥共和國	結案 (Concluded)	321天
CONC/07/1	Shareholders of SESAM	中非共和國	結案 (Concluded)	366天
CONC/11/1	RSM Production Corporation	喀麥隆共和國	結案 (Concluded)	631天
CON-C(AF)/12/1	Hess Equatorial Guinea, Inc. and Tullow Equatorial Guinea Limited	赤道幾內亞共和國	未決 (Pending)	
CON-C(AF)/12/2	CMS Energy Corporation and others	赤道幾內亞共和國	結案 (Concluded)	1047天
CONC/16/1	Xenofon Karagiannis	阿爾巴尼亞共和國	未決 (Pending)	
CONC/18/1	Société d’Energie et d’Eau du Gabon	加蓬共和國	結案 (Concluded)	173天
CONC/19/1	La Camerounaise des Eaux (CDE)	喀麥隆共和國	未決 (Pending)	

資料來源：世界銀行官網

2. The Vattenfal v. Polskie Sieci Elektroenergetyczne case

此案始於2002年瑞典國有電力公司和波蘭國家綜合電力公司之間的合作。具體爭議爭端源於一項長期合約，根據該合約，Vattenfal公司將為瑞典和波蘭之間的能源運輸提供資金並提供互聯器，而波蘭電力公司將在未來20年內通過該互連器從Vattenfal處購買電力。在能源環境發生變化及電力價格大幅下跌之後，波蘭電力公司認為繼續履行合約明顯不公平，開始了與Vattenfal公司的談判。

隨着談判失敗，Vattenfal公司威脅啟動仲裁程序。後雙方合意決定通過調解程序以尋求滿意的解

⁴¹ Nurick, L. & Schnably, S. J., “The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago,” *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, iss. 2, Fall 1986, pp. 340-353.

⁴² 指從在ICSID登記到發佈報告或達成和解所用的時間。

決方案。雙方任命了托馬斯·瓦爾德（Thomas Wälde）作為調解員，理由在於：他在爭點解決上依靠技術專家的協助，並着重於消除妨礙雙方進行談判的客觀障礙以及主觀因素（心理和情感方面），而不僅是根據法律評估各方立場。在最初的75天內，調解員與雙方組織了單方面的磋商和聯席會議。然後，調解員對政府、歐盟和兩國監管機構等第三方進行了會談。100天后，雙方達成協議，並為剩餘合作期間建立了新的合約，使雙方之間的合作關係得以繼續。⁴³ 值得一提的是，此後Vattenfall公司與德國在ICSID仲裁中的糾紛同樣以談判的形式解決。⁴⁴

3. 國際商會投資爭端調解第一案

在本案中，西歐某國和某東南亞國家簽署了促進和保護投資的雙邊協定。儘管該協議規定將仲裁作為解決爭端的程序，但投資者仍建議通過調解程序解決其與東道國政府之間的爭端。投資者根據2014年《國際商會調解》第3條和2012年《國際律師協會投資爭端調解規則》提交了調解請求。基於《國際商會調解規則》的靈活性，國際商會接受了這一請求，並同意適用應用《國際律師協會投資爭端調解規則》。

本案的調解程序持續了大約兩年半，原因在於：第一，在向相對國發出調解請求通知與該國同意參加調解程序之間相隔了兩個月；第二，在調解程序進行中該國舉行大選，政權和人事的更迭推遲了程序進程。儘管調解程序未能解決爭端，但通過調解當事人之間的談判取得了重大進展：當事人重新建立了溝通渠道，並為未來的和解與合作打開了大門。⁴⁵

三、調解適用的潛力與困境

上述討論清晰的展現了這一事實：調解程序具備解決投資爭端的能力，在某些場景中，調解甚至優於仲裁。調解解決投資爭端的潛力清楚地體現在以下數據中：ICSID仲裁案件中有40%的案件是在最終裁決之前解決的。迄今為止，在444宗已完成的投資者與東道國之間的爭端中，大約有26-28%的案件是在裁決之前解決。⁴⁶ 然而，考察調解機制與投資爭端的解決的適配度，仍需具體分析投資爭端解決的現實需求與調解機制的功能特性。

（一）調解機制的適用優勢

倫敦瑪麗女王大學於2019年12月進行了一項關於投資者對擬議的ISDS改革的調查。⁴⁷ 其中一些問題與投資者與國家之間的調解有關。在調查詢問受訪者對他們是否歡迎在仲裁程序開始之前引入強制調解的態度。受訪者有五種選擇：強烈支持、支持、無視、反對、強烈反對。總體上，受訪者認為該要求的引入是有利的（64%），其中34%的受訪者選擇“支持”，而30%的受訪者“強烈支

⁴³ Wälde, T. W., “Efficient Management of Transnational Disputes: Case Study of a Successful Interconnector Dispute Resolution,” TDM 1, 2007, <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=970>, 14th July 2020.

⁴⁴ Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany ICSID Case No ARB/09/6.

⁴⁵ Leoveanu, A. & Erac, A., “ICC Mediation. Paving the Way Forward,” in Titi, C. & Fach Gómez, K. (eds.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 81-100.

⁴⁶ ICSID, “Background Information on the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID),” <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID%2Fact%2Sheet%20-%20ENGLISH.pdf>, retrieved on 15th July 2020.

⁴⁷ 資料來源自 <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/>，2020年6月17日訪問。

持”該建議。

在理論上論證調解對於投資爭端的優勢是簡單的。早在1984年，世界銀行起草《華盛頓公約》總法律顧問阿隆·布羅奇斯（Aron Broches）就觀察到，儘管仲裁程序仍是糾紛解決的首選項，但是“全世界存在着很強的調解傾向”⁴⁸。如果可以實現強有力的監管與開放寬容的政府態度，可以看到調解將會是解決投資糾紛的首選方法。⁴⁹

首先，調解機制允許當事方即使在發生爭執的情況下也能保持良好的業務或外交關係。⁵⁰其次，調解機制可以顯著地降低時間和經濟成本。⁵¹ICSID中的仲裁程序因其程序冗長、花費巨大而飽受詬病。投資仲裁程序平均需3.5年，每一當事方的平均費用為800萬美元。這些成本無論是對跨國公司還是發展中國家，都是極大的負擔。⁵²在Metalclad訴墨西哥合眾國案中，即使Metalclad公司最終獲得了1,700萬美元的賠償，該公司的首席執行官卻感歎“此案中沒有真正的贏家”⁵³，因為投資者和東道國政府都為爭端解決付出了巨大代價。相形之下，投資調解相對於投資仲裁而言具有顯著的經濟優勢，因為當事方自己可以進一步協商，並就解決爭端所要支付的金額達成最佳的經濟議價。⁵⁴根據現有的調解案件的披露情況來看，調解機制的成本遠低於仲裁程序的耗費。

再次，調解機制的靈活性更加有利於爭端的解決。仲裁庭必須在國際法、投資協定、合同以及國內法設定的框架中權衡各方提出的請求與抗辯，從而確定違約賠償責任和賠償額。但在調解程序中，投資者和國家將有更大的空間實施創造性的解決方案⁵⁵，調解程序所具備的靈活性可以更好地應對投資爭端固有的技術複雜性。阿隆·布羅奇斯在報告中以牙買加案件為例指出，儘管牙買加單方面更改了協議中規定的特許權使用費率，並且由於長期協議的情況發生了變化，但是爭議各方仍然通過調解程序設法達成和解。⁵⁶

最後，調解程序維持了當事人對於案件的高度控制。調解程序融合了中立第三方參與的同時，保留了爭議主體對程序的最終控制權。在投資關係中，無論是政府還是投資者都希望能夠掌握對爭端的控制權，世界貿易組織的“成員驅動（member-driven）”機制就是國家保留控制權的典型範例。

（二）調解程序的適用困境

今天，ICSID仍是解決投資爭端的主要方式。1965年之前，起草人曾預測，當《華盛頓公約》生

⁴⁸ Rubin, S. J. & et. al, “Avoidance and Settlement of International Investment Disputes.”

⁴⁹ Shannon, M., “Preventing War and Providing the Peace? International Organizations and the Management of Territorial Disputes,” *Conflict Management and Peace Science*, vol. 26, iss. 2, 2009, pp. 144-163.

⁵⁰ 第一部分已經涉及，此處不再贅述。

⁵¹ Salacuse, J. W., “Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution,” *Fordham International Law Journal*, vol. 31, iss. 1, 2007, pp. 138-157.

⁵² 王震：《投資者——國家爭端解決中的調解：現狀、價值及制度構建》，《江西社會科學》2019年第11期，第172頁。

⁵³ ICSID Case No ARB(AF)/97/1.

⁵⁴ Coe Jr, J. C., “Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor State Disputes A Preliminary Sketch,” *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 12, 2005, pp. 7-46.

⁵⁵ Constain, S., “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape.”

⁵⁶ Rubin, S. J. & et. al, “Avoidance and Settlement of International Investment Disputes.”

效時，調解將證明“比仲裁程序更為重要”。⁵⁷ 在上述討論中，也確實論證了調解對於糾紛解決的裨益。但事實相反，在公約簽署50年後，調解機制並未如預期一般發揮重要的作用。截至2016年，只有12例ICSID調解案件。儘管調解的保密性意味着還存在着其他尚未披露的案件。但這也無法掩蓋調解程序在投資爭端解決機制中的弱勢地位。

為甚麼調解在投資爭端中的中很少使用？這一問題並不難回答。例如，相較於仲裁規則，調解規則往往具有更高的複雜性和技術性；尋找熟悉國際投資法領域的專家擔任調解員並不容易；如果當事方無法通過調解達成協議，爭端仍將訴諸仲裁，這意味着調解程序將浪費時間和經濟資源等等。然而，影響當事人選擇調解最關鍵的三個原因是：第一，調解程序的保密性與投資爭端解決領域領域旨在提高透明度和一致性的現行政策相抵觸。⁵⁸ 第二，投資協議中廣泛存在的岔路口條款對調解程序適用空間的壓縮。第三，目前為止尚未完全建立起允許各方當事人在世界範圍內通過調解執行和解協議的機制。

1. 保密性的桎梏

保密性是調解機制最為顯著的特性，也是其特殊價值的重要體現。⁵⁹ 一次保密的調解可以避免產生不利的先例，進而避免為其他投資者的索賠打開閘門。⁶⁰ 這一功能可能會受到東道國政府的青睞。在2001年的阿根廷比索危機⁶¹和西班牙政府在2012年對能源部門的管制⁶²所引發的糾紛中，一個案件背後潛藏着同一類型的多件糾紛。在ICSID仲裁中，仲裁程序是公開且具有約束力的，在這種情況下，政府別無選擇，只能花費大量的成本對每一個案件進行仲裁，而且擔憂因為輸掉一個案件，而影響所有相關案件。調解的保密性則可以有效地避免先例裁判的影響。然而，保密性的存在不可避免的與投資爭端的透明度規則之間產生矛盾。一方面，投資爭端往往涉及到公共利益，公眾對於和解協議享有知情權。同時，如果糾紛涉及公民的基本權利，就其本質而言不能成為調解的對象。另一方面，一些國家的內部立法禁止政府及其官員進行調解和解決爭端，調解機制保密性可能會面臨國內法的挑戰。

2. 岔路口條款的影響

如果締約方在國際投資協定中明確約定岔路口條款或類似規定，當事方一旦作出選擇就不能再

⁵⁷ ICSID, *History of the ICSID Convention (Volume II-1)*, Washington, DC: ICSID, 1968, p. 242.

⁵⁸ Reisman, W. M., “International Investment Arbitration and ADR: Married but Best Living Apart,” *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 24, iss. 1, Spring 2009, pp. 185-192；又見漆彤、范曉宇：《論投資者與東道國爭端調解機制的透明度規則問題》。

⁵⁹ 參見《聯合國貿易法委員會調解規則》第10條第4款；《華盛頓公約》第33條第3款；《國際商會調解規則》第9條第1款和第10條第4款；《國際律師協會投資爭端調解規則》第10條第1款。

⁶⁰ Coe Jr, J. C., “Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor State Disputes A Preliminary Sketch.”

⁶¹ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic ICSID Case No ARB/02/16*, Award (28th September 2007); *Enron Corp v. The Argentine Republic ICSID Case No ARB/01/3*, Award (22nd May 2007); *LG&E Energy Corp et al. v The Argentine Republic ICSID Case No ARB/02/1*, Award (25th July 2007).

⁶² *Watkins Holdings S.i r.l. v. Kingdom of Spain ICSID Case No ARB/15/44*; *NextEra Energy Global Holdings BV and NextEra Energy Spain Holdings BV v Kingdom of Spain ICSID Case No ARB/14/11*.

次啟動其他程序尋求救濟。⁶³ 岔路口條款主要是為了避免糾紛久拖不決，陷入無盡的程序泥沼中。一般來說，岔路口條款最大限度地維護了東道國作為爭端一方的利益，被廣大發展中國家推崇⁶⁴，其設置背景是，實質性的時間限制在投資協議中普遍存在，這就極大限制了投資者在短時間內對發生的糾紛提起仲裁的權利，無疑會影響投資者對調解程序的選擇。例如，大多數中國雙邊投資協定規定了3個月的冷卻期，要求投資者務必在該期間內進行國內行政複議程序。⁶⁵ 在此種時間壓力之下，某些調解規則進行調解的前提是“岔路口條款”或者禁止訴諸仲裁。《常設仲裁法院選擇性和解規則》（*PCA Optional Conciliation Rules*）第16條規定：

當事人承諾在調解程序中不針對與和解程序有關的爭議提起任何仲裁或司法程序，除非當事方可以在其認為此類程序為維護其權利所必需的。

尚無法確定《華盛頓公約》第26條是否應解釋為適用於ICSID的調解程序。第26條指出，同意仲裁視為“排除任何其他救濟措施”。在阿莫可訴印度尼西亞案中（*Amco v. Indonesia*），仲裁庭建議對第26條的理解應為“救濟措施僅意味着司法救濟。”換言之，選擇仲裁並不當然意味着拒絕調解。然而，這僅是一家之言，岔路口條款的存在依然是調解程序適用的重要阻礙。

3. 執行力的缺乏

當事方傾向於具有約束力的裁決是將調解不被重視的主要原因⁶⁶，“仲裁條款的預防作用（約束力的威懾）是減少案件數量的主要因素”⁶⁷在投資者爭端解決的進程中，投資者可能已經與東道國政府進行了長期的談判和鬥爭，也正因如此，疲倦的投資者不太可能再去選擇無約束力的爭端解決方式。為避免和解成為一種浪費的程序，有觀點曾建議，爭議各方可事先同意接受和解人的建議具有約束力。但是，基於《華盛頓公約》和《紐約公約》的規定，爭議方提前約定的具有約束力和解建議可能無法在廣闊的國際範圍內獲得執行力。所以，爭議當事人並沒有太強的動機選擇調解。

四、調解機制的新趨勢與啟發

（一）《新加坡公約》的影響

應該如何構建調解程序，以經濟高效、及時的方式幫助解決投資糾紛？布羅奇斯在1982年指出：“（國際法學界）越來越希望探索和的可能性，可能是試圖結合兩種程序（調解與仲裁）的優點。著名的德國仲裁法專家Otto-arndt Glossuer博士提出了調解後達成的承認和執行協議的公約構想，但我認為這對企業來說太棘手了。我們還有其他更緊迫的擔憂。”⁶⁸

⁶³ 劉夢非：《論國際投資爭端解決平行程序的規避——以程序安排為中心的思考》，《甘肅政法學院學報》2020年第2期，第68頁。

⁶⁴ 徐崇利：《國際投資條約中的“岔路口條款”選擇“當地救濟”與“國際仲裁”權利之限度》，《國際經濟法學刊》2007年第3期。

⁶⁵ 沈偉：《投資者—東道國爭端解決條款的自由化嬗變和中國的路徑——以中國雙邊投資協定為研究對象》，《經貿法律評論》2020年第3期，第55頁。

⁶⁶ Onwuamaegbu, U. O., “The Role of ADR in Investor State Dispute Settlement: The ICSID Experience,” TDM 1 (2007), <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=964>, 14th July 2020.

⁶⁷ Rubin, S. J. & et. al, “Avoidance and Settlement of International Investment Disputes.”

⁶⁸ Rubin, S. J. & et. al, “Avoidance and Settlement of International Investment Disputes.”

因此，融合調解和仲裁的嘗試暫時被擱置了。然而，賦予調解協議以執行力的努力一直未曾停止。在紐約和維也納進行了三年多的談判之後，2018年2月9日，聯合國國際貿易法委員會（UNCITRAL）第二工作組結束了就執行爭端解決協議的公約和示範法的談判，在2018年秋季會議上最後敲定了文書細節。2018年12月20日，聯合國大會宣佈《聯合國關於調解所產生的國際和解協議公約》（以下簡稱“《新加坡公約》”）開放簽署。公約規定在第三個國家批准後的6個月後，即2020年9月12日正式生效。

《新加坡公約》被設計為通過《紐約公約》的模式進行調解，規定締約國承諾賦予由和解產生的和解協議以執行力，《新加坡公約》要求成員國以與《紐約公約》對待仲裁裁決的方式類似的方式執行調解所產生的和解協議。如果《新加坡公約》在全球範圍內被迅速批准，那麼它可以消除調解的主要缺點之一——執行力的缺失，標誌着國際間對調解機制現代化的重大承諾，在解決跨境和國際爭議的優先應用。⁶⁹

眾所周知，《紐約公約》通過為裁決的執行提供廣泛的司法支持，使國際仲裁成為解決國際商事糾紛的主流方式，並為投資者—國家仲裁機制奠定了基礎。《新加坡公約》旨在為國際商事爭端解決添加一種新的可能性。儘管其最初動機是為了完善國際商事爭端機制，但《新加坡公約》同樣也可以應用於解決投資爭端。ICSID早在2018年ICSID調解規則改革中就提到了使用《新加坡公約》的可能性。並試圖將和解協議落入擬議的《新加坡公約》中關於執行調解協議的範圍之內。《新加坡公約》中對於“調解”的定義是：“一種過程，無論所使用的表達方式或執行過程的基礎如何，當事方都試圖在缺乏向爭端各方施加解決方案的權力的情況下，通過第三人或多人（‘調解人’）的協助下以友好方式解決爭端。”可以肯定的是，《新加坡公約》能夠適用於國際投資爭端中投資者與東道國政府達成的和解協議。儘管如此，但公約第8條允許成員國進行保留，排除了與該政府或政府機構之間達成的和解協議。考慮到政府比商業團體更有可能執行他們願意與外國投資者達成的和解協議。同時也關注到歐盟和東盟等國際組織將更多地參與國際經濟法和投資爭端，《新加坡公約》也將由“由主權國家組成的”區域經濟一體化組織開放簽字。

（二）巴西CFIA示範法

巴西在2015年至2018年間締結的新一代《合作與促進投資協定》（*Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, CFIA）代表了調解發展的另一趨勢。2015年巴西發佈了CFIA示範法，期望能夠替代傳統的BIT，在國家主權監管、投資者保護、可持續發展，促進投資便利化之間尋求一個平衡模式。⁷⁰ CFIA項下的爭端解決機制為國際投資爭端提供了替代方案。CFIA為了盡可能避免訴訟，各締約國已經建立了兩個機構安排來解決投資交易產生的問題或分歧：聯合委員會（Joint Committee）⁷¹和國家聯絡點（Focal Point）⁷²。協議詳細說明了這兩個機構的作用以及當發生爭端時

⁶⁹ 漆彤：《論“一帶一路”國際投資爭議的預防機制》，《法學評論》2018年第3期，第80頁。

⁷⁰ 魏丹、唐妍彥：《從國際投資規則的旁觀者到引領者——巴西CFIA模式研究》，《武大國際法評論》2019年第5期，第66頁。

⁷¹ 聯合委員會將在國家間層面進行對話，由雙方政府代表組成。

⁷² 國家聯絡點是投資者與東道國的對話機構，由各個締約國各自提名本國政府機構為聯絡點，並持續為外國投資者提供支持援助。

雙方必須遵循的程序。具體而言，當聯合委員會收到投資者的書面請求後，應在60日內（有正當理由並經雙方同意可延長60日）評估案件的相關信息並提交報告，報告應包括協商措施的說明以及締約雙方協商的最後結果。同時，為了便於締約雙方尋求更合理的解決辦法，聯合委員會應盡可能地邀請受影響的投資者代表以及政府或非政府實體代表參加協商會議。如果未達成協議並且當事方決定不遵循聯合委員會的報告，將會啟動國家—國家仲裁機制，而非傳統的投資者—東道國仲裁。

（三）新趨勢對投資調解發展的啟示

《新加坡公約》與巴西CFIA示範法在強化調解形式多樣性的同時，也為投資爭端調解的發展提供了有益的參考。

首先，投資調解應當為當事人提供約束力裁決的選項。儘管存在非約束性裁決偏好的可能，但《新加坡公約》的實踐表明，為調解協議注入約束力是有必要的。在投資調解中，可以在徵詢投資者與東道國統一的情況下，通過雙方合意的方式使得調解協議具有約束力。這樣既可以強化調解機制的實效性，同時也可以卸下有“岔路口條款”情形下爭議當事人選擇調解的憂慮。這樣的方式包括但不限於：將紛爭遞交仲裁機構，產生具有約束力的裁決（考慮到投資者與東道國已經達成一致，這一過程並不會佔用太多時間）；就雙方認同的爭端解決結果訂立新的協議；協議中承擔義務的一方提供抵押物等。

其次，擴展投資調解調解人的範圍或多元性。投資仲裁對於仲裁員具有較高的要求，這固然有利於糾紛解決的專業性、中立性和嚴肅性，但也在一定程度上限制了當事方的選擇餘地。投資調解在此方面可以擴展自身優勢，吸納各界人士加入調解，尤其是可以考慮將投資者母國人員加入調解程序，如投資者母國駐東道國外交人員和商會負責人等，最大限度的發揮調解機制的靈活性，保證調解協議的公正性，提升糾紛一次性解決的可能。

最後，可以考慮有選擇的公開調解結果。誠如前述，保密性對調解來說是一把雙刃劍，它既吸引了一部分當事人，也將很多潛在對象拒之門外。在此，或許可以借鑑金融仲裁程序的做法，在刪除部分敏感信息後公佈調解結果⁷³，以緩和調解機制保密性所產生的道德危機和國內法制約。

五、結語

通過對調解機制的功能分析、案例歸納和問題揭露，本文揭示了這樣一個事實：在過去的幾十年中，投資仲裁並未成為國際投資爭端各方的首選方法。與之相對的是，調解程序成為了廣受關注的方法。在《新加坡公約》開放簽署的背景下，這一趨勢必將更加流行。當然，在ISDS體系下，調解程序完全取代仲裁是不現實的：解決方式的選擇將取決於衝突的性質、爭端的政治化程度和利益攸關方的態度和意圖。然而，國際法應當歡迎和鼓勵所有替代性糾紛解決機制的發展。調解機制當然不適用於所有類型的投資者與國家之間的爭端，但如果有當事人願意啟動更快，更靈活的程序，國際法律體系應當為當事方提供新的選擇提供協助。在中國“一帶一路”倡議不斷落地的當下，調解機制的發展與完善將是學界與實務界共同應對的課題。

⁷³ 蘇偉康：《論國際金融仲裁發展及我國仲裁機構的應對》，《研究生法學》2018年第4期，第118頁。

參考文獻 References:

- 王福華：《現代調解制度若干問題研究》，《當代法學》2009年第6期，第130-139頁。Wang, F., “On Some Modern Mediation System Issues,” *Contemporary Law Review*, no. 6, 2009, pp. 130-139.
- 史長青：《裁判、和解與法律文化傳統——ADR對司法職能的衝擊》，《法律科學》2014年第2期，第3-12頁。Shi, C., “Judgement Reconciliation and Legal Culture Tradition – The Impact of ADR on Judicial Functions,” *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)*, no. 2, 2014, pp. 3-12.
- 沈偉：《投資者—東道國爭端解決條款的自由化嬗變和中國的路徑——以中國雙邊投資協定為研究對象》2020年第3期，第44-72頁。Shen, W., “Liberal Evolution of ISDS Mechanisms in Chinese BITs and China’s Path – An Investigation of ISDS Clauses in Chinese BITs,” *Business and Economic Law Review*, no. 3, 2020, pp. 44-72.
- 漆彤：《論“一帶一路”國際投資爭議的預防機制》，《法學評論》2018年第3期，第79-87頁。Qi, T., “On Prevention Mechanism of Disputes over ‘One Belt And One Road’ International Investment,” *Law Review*, no. 3, 2018, pp. 79-87.
- Constain, S., “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape,” *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, iss. 1, Winter 2014, pp. 25-40.
- Harpole, S. A., “The Combination of Conciliation with Arbitration in the People’s Republic of China,” *Journal of International Arbitration*, vol. 24, iss. 6, 2007, pp. 623-634.
- Reif, L. C., “Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes,” *Fordham International Law Journal*, vol. 14, iss. 3, 1990, pp. 578-638.