

国际投资争端调解机制的发展与制度困境

漆彤, 范晓宇

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 国际投资争端调解并非新生事物, 但在实践中的使用率和成功率均不理想。晚近以来, 随着多元化争议解决方式的兴起, 加之传统投资仲裁机制饱受诟病, 调解的优势重新被各界所认识。调解规则领域出现一系列改革新动向, 运用调解方式解决国际投资争端受到前所未有的重视。调解机制能否真正在投资争端解决中发挥重要作用, 取决于能否有效解决和解协议的可执行性欠缺、东道国政府调解意愿欠缺以及调解保密性与投资争端解决透明度需求之间的冲突。《新加坡公约》的通过为解决和解协议的可执行性指明了方向, 政府对问责制的回避也不应成为放弃调解的理由, 平衡调解保密性与投资争端解决透明度需求, 将是调解能否真正“复兴”的关键。

关键词: 国际投资争端解决; 调解; 政府对问责制的回避; 保密; 可执行性

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

开放科学(资源服务)标识码(OSID)

文章编号: 1672-3104(2020)05-0058-12



一、国际投资争端调解的概念与实践发展

(一) 国际投资争端调解的概念辨析

调解是指一种过程, 无论使用何种表达方式或进行该过程的依据如何, 当事人均应在第三人(“调解人”)的协助下试图以友好方式解决其争端, 而调解人无权向争端各方强制安排解决方案^①。调解被广泛运用于国内及国际争端解决领域, 也是国际投资争端的重要解决方式之一。

从历史发展来看, 国际投资争端中的调解曾经使用了两种不同的英文表述: “mediation”与“conciliation”。对这两个词汇的理解和适用, 在学理及规则实践层面上均存在差异。传统观点认为, 虽然二者在中文用语中均翻译为“调解”, 但 mediation 与 conciliation 存在制度内部的实质差异。早期的规则实践也印证了两者的适用场合存

在区别, 例如, 在 ICSID(International Center for Settlement of Investment Disputes, 国际投资争端解决中心)机制下同时存在 conciliation 和 mediation 两种制度程序。有关 conciliation 和 mediation 两者之间可能存在的差异^[1]可归纳如表 1 所示。

与以上观点对立, 也有学者认为 conciliation 和 mediation 之间并没有明确的界限, 应主张两者可互换使用^[2]。从晚近的国际发展趋势来看, 主张二者可互换使用的观点逐渐占据上风, 不少公约采用此种主张, 且更加青睐于相对灵活的 mediation 概念。2018 年通过的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 以下简称《新加坡公约》), 以及 2018 年联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, 以下简称 UNCITRAL)新修订的《国际商事

收稿日期: 2020-01-09; 修回日期: 2020-02-26

基金项目: 国家社科基金重大专项委托项目“一带一路建设国际法问题研究”(17VVL021)

作者简介: 漆彤, 湖南祁阳人, 法学博士, 武汉大学法学院教授, 博士生导师, 主要研究方向: 国际投资法学、国际贸易法学, 联系邮箱: fxyqt@whu.edu.cn; 范晓宇, 江西萍乡人, 武汉大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 国际投资法学

表 1 conciliation 和 mediation 可能存在的差异

	conciliation	mediation
正式程度	过程更加正式: 基于正式规则和程序, 类似于“无约束力的仲裁”	过程通常是非正式的: 程序和形式更为灵活, 类似于“辅助谈判”
侧重点	conciliators 侧重于权利义务的判断, 提出供争端双方选择的和解方案, 在内容上与仲裁庭可能作出的裁决更类似	mediators 帮助各方将侧重点从以往的权利义务转变为现实需求和商业利益
关注内容	conciliators 更加关注争端的实质(如权利义务责任), 而不在意双方之间的现实问题是否解决以及友好关系能否维持	mediators 除关注争端实质之外, 更注重如何通过调解实现双方共赢、互惠互利, 维持友好关系
适用方法	由于关注内容仅限于争端实质, 因此 conciliators 在调解过程中不会寻求适当方式消除双方因争议所产生的心理隔阂障碍	mediators 通过有效的方式消除双方心理上的阻碍, 帮助双方建立有效的对话
调解者的参与程度	conciliators 有更深入的参与, 协助当事方找到解决办法, 并对争端有很大的控制权, 如提出解决方案并草拟和解协议	mediators 参与程度更低, 仅坚持对过程的某些控制, 仅协助双方找到有效的沟通方式

调解及调解产生的和解协议示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 以下简称《调解示范法》)均展现了这一趋势。《新加坡公约》的英文文本统一使用“mediation”, 并说明“conciliation”和“mediation”是可以互换的; 之所以使用“mediation”, 是出于其在社会生活中使用更广泛的考虑^②。UNCITRAL 在 2002 年版《调解示范法》中选择使用的是“conciliation”, 但在 2018 年修改示范法规则时将之统一更换为“mediation”一词, 并明确声明“conciliation”和“mediation”是通用的, 此种术语用词的变化不会造成任何实质性的差异^③。因此, 除个别特定情境外, 一般意义上的 conciliation 和 mediation 之间并不存在明确界限, 两者都以帮助双方当事人达成和解协议为共同目标。基于这一趋势, 本文所讨论的调解同时包含 mediation 和 conciliation 两种机制。

(二) 国际投资争端调解的早期实践及其特点

在国际投资争端解决机制中, 调解并非新生事物。早在 1966 年生效的《解决国家和他国国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 简称《华盛顿公约》)文本中, conciliation 就已被作为与仲裁并列的投

资者与东道国争端解决(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)方式之一^④。但是, 从依据《华盛顿公约》所设立的 ICSID 的具体实践来看, 与仲裁案件数量相比, 适用 conciliation 程序的案件数量极少, 且成功率较低。根据 2019 年 ICSID 公布的最新数据, 在 1966 年至 2019 年登记的 728 个案件中, 仅有 10 起案件(约 1.4%)登记适用 conciliation 规则, 2 起案件(0.3%)登记适用附加便利 conciliation 规则。相比之下, 公约的仲裁规则使用率占比 89.5%, 附加便利仲裁规则使用率占比 8.8%。与此同时, 调解案件的失败率却不低, 报告记录双方经调解失败的达 86%, 仅有 14%的案件通过调解程序成功达成了和解协议^[3]。可见, 在 ICSID 的多年实践中, 仲裁是投资者诉东道国争端解决方式的最主要选择, 调解在 ICSID 体制中多处于“备而不用”的地位。

一般认为 ICSID 调解案件数量少、失败率高的原因有以下几种: ①缺少有经验的专业调解员群体。以往 ICSID 的仲裁员名册和调解员名册完全相同, 但具有专业仲裁知识的仲裁员并不意味着具有专业的调解技能, 实践中缺乏有经验的、可信赖的专业调解员群体帮助当事人解决投资争端。这一缺陷在一定程度上导致投资者和东道国在 ICSID 机制下选择使用调解制度时产生犹豫和迟疑。②conciliation 程序规则与仲裁过于类似, 调解机制的灵活性优势未得到充分体现。提交 ICSID 启动调解的标准与提交仲裁案件的标准几

乎相同,调解程序与仲裁程序太过相似,耗费的时间和成本与完整的仲裁程序也几乎相当,这使得调解机制的优势在 ICSID 机制下并未完全发挥^[4]。③东道国政府对问责制的回避。作为政府,在选择使用调解机制来解决纷争时,往往容易被本国公众指控腐败、批评谈判能力。相对于选择调解机制参与其中使自身成为和解协议的制定者,东道国政府更愿意将纠纷推给第三方仲裁,由仲裁庭对争议解决结果承担责任^[5]。④和解协议可执行性欠缺。调解达成的和解协议一般不能作为可执行的裁判文书,只能依靠各方自愿遵守,如需执行还得另行诉诸仲裁或诉讼予以确认^[6]。⑤当事人对调解制度缺乏了解。东道国和投资者对调解制度的理念及其整体运作方式并不熟悉,故导致在解决纠纷时往往会选择使其更有安全感的仲裁制度^[7]。以上因素的共同叠加,制约了调解在国际投资争端解决中发挥作用。

(三) 国际投资争端调解机制的“复兴”

晚近以来,国际投资争端解决领域出现了一系列新的规则动向,调解机制再次引起人们的关注。

1. ICSID 近十年来对于调解规则的改革

2011 年 ICSID 第一次单独任命了 10 名专业调解员并写入调解员名册,打破了以往从仲裁员名单中挑选调解员的常规^[8]。为推动调解机制的发展,ICSID 采取了一系列的相关措施。在人员培养上,ICSID 开展了对调解员的一系列培训,旨在培养调解员在调解投资争端时必需的技能;在鼓励机制上,ICSID 官网提供了有关投资调解的一系列信息,以加强潜在用户对调解机制的了解与认识。而最大举措是 2018 年 ICSID 提出的全面改革,以推动投资争端解决机制迈向现代化。2018 年 8 月 3 日,ICSID 秘书处公布了《国际投资争端解决中心规则修订草案》第二份工作文件。其中,涉及调解的部分有“调解规则”(Conciliation Rules)、附件 C 附加便利调解规则(Annex C: Additional Facility Conciliation Rules)以及“调解规则”(Mediation Rules)。此次草案的修订旨在建立一套专门针对投资纠纷的新的 mediation 规则。公约的调解规则及附加便利调解规则作出了重大修改,改革后的调解程序更加灵

活、凸显保密性、细化调解员职能,同时也更注重推动调解协议的执行。在参考各国在改革会议后递交的修改意见后,2019 年 8 月 16 日,ICSID 秘书处发布了关于规则修正提案的第三份工作文件,此份文件更加接近最终的改革方案^⑤。

2. 2012 年国际律师协会的投资争端调解规则

2012 年 10 月 4 日,国际律师协会(International Bar Association, IBA)在都柏林正式公布了由其国家调解小组委员会制定的《国际律师协会投资争端调解规则》(*The IBA's Investor-State Mediation Rules*),以下简称《IBA 规则》),以独立完整的结构和较为详细的内容对调解解决投资者与国家争端作出制度设计,标志着国际投资争端调解制度新时代的到来。《IBA 规则》共 12 条,调解小组委员会在制定该规则时明确了两个目标:其一是保持灵活性,这体现在调解进程设计、语言选择等方面,以减少程序上的障碍,推动沟通的进行;其二,除了制定应当遵守的程序性规定外,规则还应当帮助当事人理解什么是调解以及调解如何在投资争端解决中具体运用。

3. 2014 年的《国际商会调解规则》

2014 年的《国际商会调解规则》(*ICC Mediation Rules*)^⑥取代了《国际商会友好争议解决规则》(*The ICC Amicable Dispute Resolution Rules*,简称国际商会 ADR 规则)。尽管《国际商会调解规则》主要由当事方在国际商业争端中使用,但根据第 1 条第 2 款,该规则适用于“争议”(dispute)。因此其范围广度足以涵盖投资争端,并且实践中已有投资争端适用《国际商会调解规则》。国际商会发现,在根据国际商会 ADR 规则管理的具体案件中,有 90%以上的当事人选择适用 Mediation 程序^[9]。这也是国际商会在既存 ADR 规则之外仍出台独立调解规则的主要原因。此外,国际商会还创建了调解指导说明(the Mediation Guidance Notes)取代 ADR 指南(ICC ADR Guide),作为调解规则的辅助工具使用。指导说明就当事人在调解之前和期间可能存在的程序性及实质性问题予以详细解释,如什么是调解、调解会议、调解准备、调解与仲裁程序之间

的关系等。

4. 新一代投资协定 ISDS 条款中的调解

晚近, 欧美的投资者与东道国之间争端解决条款(Investor-State Dispute Settlement Provisions, ISDS 条款)中也都规定了调解制度。美国 2012 年双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)范本规定较为简略, 其第 23 条仅要求争端双方首先以磋商、谈判以及第三人程序解决争端。此处的第三人程序即可理解为包括调解, 但缺少进一步的详细安排。欧盟方面, 《欧盟-加拿大全面经济与贸易协定》(Comprehensive Economic And Trade Agreement Between Canada And The European Union, CETA)借鉴了 WTO 争端解决规则, 对磋商和调解进行了非常细致的规定。CETA 第 8 章第 8 条 20 款中共 5 项对调解予以一般规定, 并在附件 29-C 调解程序(Annex 29-C Rules of Procedure For Mediation)中进行了具体安排。除 CETA 之外, 在 2019 年 6 月 30 日, 《欧盟越南投资保护协定》(EU-Vietnam Investment Protection Agreement, EVIPA)的“附件 9: 投资者与东道国争议的调解机制”^⑨对调解作出详细规定。2018 年 10 月 22 日通过的《欧盟新加坡自由贸易协定》的第 15 章也规定了完整的调解规则。相比而言, CETA 的调解规定更为具体, 更具有可操作性, 而美国在 2012 年 BIT 范本中关于调解的规定则比较简单^[10]。

除了以上提及的 ICSID 调解新规则、IBA 调解规则、ICC 调解规则、欧美等自由贸易协定、双边投资条约中的调解规则之外, 国际调解组织(International Mediation Institute, IMI)于 2016 年 9 月发布《国际调解组织调解员能力标准》(IMI Competency Criteria for Investor-State Mediators), 对调解员在进行投资者东道国争端调解过程中应具备的知识经验提出 6 个方面的具体要求, 为各方在选择可信赖的优质调解员时提供衡量标准^⑩。《能源宪章公约》(Energy Charter Treaty, ECT)秘书处与 IMI 合作, 于 2016 年 6 月 30 日发布《能源宪章公约投资调解指南》(Guide on Investment Mediation Of Energy Charter Treaty)^⑪, 表明 ECT 各成员明确承认调解在 ISDS 中扮演的重要角色。上述一系列新的规则动向表明, 调解

机制在投资争端解决中正重新焕发光芒。

二、国际投资争端调解机制重获重视的原因

在仲裁占据主导地位的国际投资争端解决体系下, 调解为何在晚近得到各国及国际组织的重新重视? 原因可归结为内外部两方面的因素。

就外部因素而言, 首先, 随着公民社会与全球治理理念的兴起, 包括调解在内的多元化争议解决方式逐渐受到各国和国际社会的重视。争议解决是全球治理的重要内容, 各国在法律制度、价值观、文化习惯、国家利益需求、国家社会经济发展水平等诸多方面的差异, 决定了其在争端解决方式上的需求不同。争端发生之后, 确立解决的方式是一国在综合考量下追求利益最大化的自主选择。考量因素包括: 目前可供使用的解决机制、争端涉及的利益类型、该国在争端解决上是否已存在固定的路径依赖、该国是否已具备使用某一具体争端解决方式所需的能力和技巧等^[11]。提供多元化争端解决机制供各国选择, 已成为有效推进争端解决的核心议题。其次, 就投资争端解决而言, 以 ICSID 为代表的对抗式投资者诉东道国仲裁机制暴露出诸多缺陷, 正处于深刻调整阶段。仲裁耗时久、成本高、程序透明度低、裁决缺乏一致性、东道国主权和投资者利益保护失衡、仲裁员选择上的纯西方化等弊端招致诸多批评与抵制, 并在 ISDS 改革中被广泛讨论。在此背景下, ISDS 改革不再局限于投资仲裁制度本身的修修补补, 而寻求建立多元化的争端解决机制, 在投资仲裁以外找办法。调解作为替代性争议解决方法(Alternative Dispute Resolution, ADR), 借助多元化争议解决的东风而应势发展。

就调解本身的特质而言, 正是基于上述外部背景, 调解制度的优势被重新认识。第一, 调解有利于节约争端解决时间、降低争端解决成本。在时间成本上, 为了避免调解程序过于冗长, 许多调解规则都对程序的时限作出明确规定以推动争端快速解决^⑫。在费用成本上, 调解也具有显著的优势。例如, 由于调解过程中的律师作用有限, 双方可不聘请律师或仅邀请律师给予一定

的指导意见,从而节约巨额律师费用。第二,调解有利于推动争端更彻底的解决。调解不以法律上的权利义务、是非对错为焦点,而更注重最大化地实现经济利益。当事人在调解过程中可以就法外利益进行协商,充分表达各自诉求。在调解程序中双方自行控制争端的解决过程及结果,也更有利于纠纷的彻底解决。第三,调解有利于维护争端双方的友好关系。国际投资争端本身具有“投资周期长、投入金额大、产出较慢”的特点,在跨国投资者和东道国的价值追求中,维持双方的友好合作关系具有与解决争议同样重要的地位^⑩。调解机制“不伤和气”的特质,对于东道国和投资者双方都意义重大。对外国投资者而言,降低因纠纷解决不当而被迫终止商业关系的风险至关重要;对东道国而言,用一种“较软”的方式解决争端对其主权威胁更小,也有利于维护其在国际社会的和谐友好型投资东道国形象。第四,调解具有灵活性与非强制性优势。与其他争端解决机制不同的是,调解的灵活性体现在其可以用于争端的不同阶段。例如,在争端最初出现之时,或在其后任何阶段,甚至在最终裁决之时都可以进行调解。即使在作出仲裁裁决之后,也可以利用调解来促进执行。虽然在不同阶段进行调解的具体方法有待进一步探讨,但其在争端解决中的灵活性是毋庸置疑的。调解的非强制性体现于,在其程序的启动、进行、调解协议的达成甚至执行中,争端任何一方不接受,都有权终止调解程序,转入其他争端解决机制。与传统的国际投资争端仲裁机制的“输赢对抗”模式相比,调解是一种双方真正需要的、以利益为导向的“双赢互利”模式,在争议解决的诸多方面具有明显优势。

三、“复兴”国际投资争端调解机制所面临的制度困境

尽管存在良好的发展契机,调解机制能否真正在投资争端解决中发挥重要作用,仍取决于调解本身制度特性可能带来的不利因素能否在理论和实践层面得到有效解决。如前所述,ICSID调解案件数量少、失败率高的原因来自多个方

面,其中一些问题相对容易解决。例如,针对专业调解员的缺失,2011年ICSID就打破了以往从仲裁员名单中挑选调解员的常规,开始单独设立调解员名册和任命专业调解员,并重视专业调解员的技能培训;针对用户对调解缺乏必要了解的问题,ICSID亦采取了一系列的鼓励机制以加强潜在用户对调解机制的认识;针对以往调解程序与仲裁程序过于类似的弊端,ICSID专门针对投资争端设计了一套新的更加灵活的程序规则。但是,投资调解仍然面临诸多制度性的难题,突出表现为以下三个方面。

(一) 和解协议的可执行性欠缺

大量的研究表明,调解作为替代性纠纷解决方法之一适用于投资争端中,其最大的挑战来自所达成的和解协议的执行难题。在2014年国际调解组织IMI进行的一项调查中,90%的参与者认为,缺乏针对国际和解协议的执行机制是阻碍调解机制发展的主要障碍^⑪。在2016年至2017年进行的全球庞德会议调查(Global Pound Conference Survey)中,与会代表提出通过公约促进对和解协议的承认和执行是最能改善商事争议解决现状的改革方案^[12]。

如果当事人达成了和解协议却不能得到实际履行,意味着纠纷并没有得到彻底解决。这样一来,当事人只能寻求其他的争端解决方式如仲裁、诉讼,直到获得最终的履行结果。如果将没有能够强制执行的和解协议作为最终结果,调解就会变得毫无意义,不但会造成时间的拖延、金钱成本的消耗以及调解资源的浪费,而且会加重通过调解解决国际投资争端的不确定性。

相对而言,国际仲裁(包括投资仲裁)的一个主要优势是仲裁裁决的可执行性。就依据《华盛顿公约》所作出的投资仲裁裁决而言,其执行问题由公约本身作出规定;就非《华盛顿公约》裁决(包括依据《ICSID附加便利规则》以及其他仲裁规则所作出的投资仲裁裁决)而言,可以依据《关于承认与执行外国仲裁裁决的纽约公约》(*The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958*,以下简称《纽约公约》)寻求缔约方的承认与执行。截至2019年10月,《华盛顿公约》有154个缔

约方^③,《纽约公约》已有 161 个缔约方^④,可见仲裁裁决已经形成了较为广泛的国际执行机制。相比之下,调解的执行困境很大程度上阻碍了其在国际投资争端解决中取得与仲裁相当的地位。

(二) 东道国政府基于对问责制的回避往往欠缺调解意愿

2016 年新加坡国立大学国际法中心(NUS Centre for International Law)向 97 位在投资人与国家/地区仲裁方面具有丰富经验的个人发送了一份问卷调查表,要求他们列出调解适用于投资者与国家之间争端解决的潜在障碍。调查发现,相较于私人投资者,国家更不愿意通过调解解决投资争端,其主要障碍来自政府对问责制的回避^⑤。投资者和国家在调解意愿上的差异,根源在于两者的不同身份性质:前者属于私人商业实体,后者则属于政治实体。政治实体的身份引发调解官员的一系列政治顾虑,而这些顾虑的叠加促使国家更愿意选择由第三方承担争端解决结果责任的诉讼、仲裁方式解决争端,以规避个人责任^⑥。

参与调解的国家代表对争端解决结果的责任回避,主要来自以下两方面的顾虑。

1. 被指控调解过程中存在腐败行为的风险^⑦

一方面,和解协议的达成需要投资者和东道国作出妥协和让步,这意味着代表国家参与调解的政府官员在行使国家权力时具有很大的灵活性和发挥空间,容易滋生腐败;另一方面,调解过程以保密为原则,意味着争端各方的妥协让步是秘密进行的,缺乏公众监督。这两者的叠加易招致公众的质疑,指责调解过程可能存在腐败现象,甚至指责政府官员出于私利作出妥协让步而牺牲国家利益。这样的指控若属实,则会给政府官员带来巨大的个人政治法律责任,即便不属实也会贬低其政治形象和威望。

2. 公众对调解结果不满而引发的负面评价风险

即便不存在腐败的质疑,公众对调解结果的不满意也会给参与调解的国家代表招致诸多批评。投资者与东道国之间的投资争端往往涉及国家公共利益,相对于商业当事方之间的纯私人争端,媒体对前者的关注度更高^⑧。媒体对调解结

果作出的“负面宣传”无形中会给政府带来巨大的舆论压力。过于妥协让步的政府可能会被批评为“软弱或出卖国家利益”,此种批评不仅仅来自公民个人,也可能来自不同政治党派的攻击。特别是在民主选举国家,公众舆论的支持尤为重要,在选举周期由于调解结果所引发的负面评价可能对有关政府官员产生极大影响。因此,公众对调解结果负面评价的风险,一定程度上动摇了东道国选择调解进行争端解决的决心。

(三) 调解保密性与投资争端解决透明度需求之间的冲突

调解通常以保密为原则,投资争端中的调解也不例外。无论是 UNCITRAL《调解示范法》还是 ICSID 拟增的 mediation 规则,都对调解过程以及达成的调解协议作出保密性规定。《IBA 调解规则》明确规定:“对调解有关的所有文件和通信都要求保密。”^⑨ CETA 和 ICSID 机制下的调解规则也有类似规定,“调解程序的所有阶段的相关文件都要求保密”^⑩。ICSID 改革小组指出:“保密是调解的基石,ICSID 不应在未经当事方同意的情况下,公布与调解有关的任何信息。”从 UNCITRAL 立法工作组的评注可知,“信息可以向另一方当事人披露”主要是出于促进双方坦率交换纠纷信息的目的,各方当事人和调解人之间的信息披露是当事人开诚布公交流的必要条件,但“与调解程序有关的一切信息均应向第三方保密”^⑪。强调调解保密性的制度设计,主要是为了消除争端当事方在调解过程中的顾虑,促进争端通过调解程序得到成功解决。若信息向第三方披露或调解失败后被对方在后续仲裁程序、诉讼程序中用作证据,则当事人在调解期间会保持沉默甚至拒绝调解。为此,调解规则中通常都有关于“不妨碍原则”(Without Prejudice Principle)^⑫的规定,即当事方在调解中作出的陈述不影响其在任何其他争端解决程序中的法律立场,在调解中获得的信息也不能在其他的程序中作为证据使用。例如,CETA 规定“调解中收集的证据、表示愿意接受的解决方案、调解员提出的建议都不得在其他争端解决程序中作为证据,不得妨碍后续程序的进行”^⑬;ICSID Mediation Rules 规定“除非当事各方另有约定,否则当事

一方不得在其他诉讼程序中使用调解过程中对方所采取的立场、观点以及自认”^②。

与调解强调保密性相对,晚近以来在投资仲裁领域则出现了明显的提高透明度趋势。源自商事仲裁的投资者诉东道国仲裁机制,最初也继承了商事仲裁的保密性原则。然而,这一点近年来遭到越来越多的批判。提高仲裁透明度和公众参与度的呼声主要源于投资争端的混合性质,即这类争端发生于外国投资者私人与东道国政府之间,由此兼具国家间争端和纯私人间争端的混合特征,往往涉及对东道国规制主权范围的挑战,或者对东道国公共利益具有重大影响。一些批评的声音指责投资仲裁不公开的裁决,“使一个国家的法律被废止,司法体系受到质疑,环境法规遭到挑战”^[13]。自北美自由贸易协定(North American Free Trade Agreement, NAFTA)贸易委员会在2001年和2003年发布声明要求提高投资争端解决程序透明度,这一议题在区域内外获得了重视。ICSID在2006年改革中增强了仲裁程序透明度。UNCITRAL于2014年通过了《投资人与国家间基于条约仲裁的透明度规则》(UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration,以下简称《透明度规则》),2017年通过了《透明度公约》(Convention on Transparency)。2018年11月签署的《美国-墨西哥-加拿大协定》(United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA)在提升仲裁程序透明度方面也作出了不少努力,对仲裁材料公开以及庭审公开进行了规定^[14]。ICSID在2019年8月新公布的《关于修订ICSID规则的提案工作文件三》中,其仲裁规则第十章用7个条款规定了ICSID裁决的公开、第三方参与以及非争议方递交的意见。

从UNCITRAL《调解示范法》的规定来看,在商事争端调解程序中,保密是原则,披露是例外。这与投资仲裁的“以公开为原则,规定透明度例外”的改革方向恰恰相反。UNCITRAL《调解示范法》以保密为原则,“与调解程序有关的所有信息都应保密”^③。调解人收到的文件只能向另一方当事人披露,不得向任何第三方披露。UNCITRAL《调解示范法》以公开为例外,即“为法律要求或为执行和解协议要求而披露”。从

UNCITRAL《调解示范法》规定本身可以得知,不同于仲裁对透明度的高度追求,商事调解更注重程序的保密性。

投资争端的混合性质及其所产生的透明度需求,无论是对于仲裁还是调解都一体适用。换言之,运用调解解决外国投资者私人与东道国政府之间的争端,也无法回避此类案件所涉及的公共利益问题。调解机制的保密性特征与投资争端的透明度需求之间,存在着天然冲突。这两者之间的紧张关系使得很多学者担心若将调解机制运用到国际投资争端的解决中来,可能会导致两个后果:其一,过度侵犯保密性将导致调解丧失其本身的基本特征;其二,过度维持保密性,将损害东道国的公共利益。因此,如何在调解机制中平衡保密性和透明度这对矛盾是调解机制运用于国际投资争端解决的一大难题。

四、国际投资争端调解的可能出路

(一)《新加坡公约》为解决和解协议可执行性欠缺问题指明方向

和解协议的执行难题,通过调解机制自愿执行优势的发挥和《新加坡公约》的出台,可能会得到很大程度的解决。

一方面,调解机制本身在自愿执行上具有优势。相对于仲裁裁决、诉讼判决等在当事人针锋相对下由第三方主导作出的强制性裁判而言,一般认为和解协议的自愿执行度会更高。这是因为,在调解机制下整个调解过程由当事人自行主导进行,作为调解结果的和解协议也是由当事人自愿达成。因此,争端双方对和解协议内容的认可度和接受度会更高,自愿履行率也会更高。

另一方面,由联合国大会于2018年12月通过,并由包括中国、美国在内的46个国家和地区于2019年8月7日签署的《新加坡公约》^④,旨在解决国际商事调解达成的和解协议跨境执行问题,为解决投资和解协议可执行性欠缺问题指明了方向。有观点认为,《新加坡公约》使得和解协议既可以作为攻击武器“矛”,也可以作为防御武器“盾”^[15]。“矛”的效益来自其可以帮助当事方之间的和解协议获得真正履行;“盾”

的效益是当事方可以援引和解协议作为抗辩, 证明争端已经得到解决。在公约出台之前, 缺乏使和解协议具有法律效力的跨境执行机制被认为是严重阻碍一些跨国公司选择调解作为争端解决方式的重要原因。1958 年签署的《纽约公约》促进了仲裁裁决的承认和执行, 被广泛认为是推动国际仲裁兴起的动力。而《新加坡公约》也具有类似的雄心与抱负, 其以建立和解协议的广泛国际执行机制为目标, 通过缩小调解与仲裁在可执行性方面的差距, 以达到有效增强调解作为国际争议解决方案的吸引力和竞争力的效果。

《新加坡公约》规定, 公约适用于因商事调解所达成的和解协议的救济, 但并未给出“商业”的定义, 也未说明“商业”是否包含投资。不过, 根据公约起草工作组的用意, 公约中的“商业”与公约附件二, 即 2018 年新修订的 UNCITRAL《调解示范法》中“商业”的含义应该是一致的。而《调解示范法》作出明确规定, 应该对“商业”一词进行广泛解释, 以涵盖所有具有商业性质关系所引起的争端, 包括投资^⑤。此外, 根据公约第 8 条规定, “对于其为一方当事人的和解协议, 或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人为一方当事人的和解协议, 在声明规定的限度内, 本公约不适用”。换言之, 除非缔约方根据该条作出明确的“商事保留”, 否则公约适用于东道国政府与外国投资者私人间达成的和解协议。

根据公约规定, 缔约方有义务按照其议事规则和公约规定的条件, 承认和执行和解协议, 除非被寻求执行的一方能够证明存在公约第 5 条“拒绝准允救济”^⑥中的一个或多个理由。缔约国不能以不属于第 5 条的其他任何理由拒绝执行和解协议, 因为在第 5 条中列出的拒绝救济理由是穷尽的, 属于完全列举。“拒绝给予救济的理由”可以分为 4 种类型。第一种理由是履行不能, 即一方无履行能力。第二种理由与和解协议的内容有关, 包括 5 种情形: 和解协议根据约定的和解协议管辖法律或公约当事方主管机关认为应予以适用的法律被认定为无效、失效或者无法履行; 和解协议没有约束力或不是最终协议; 和解协议随后被修改; 和解协议中的义务已经履行或

义务规定不清; 准予救济将有悖于和解协议的条款。第三种理由是调解员的不当行为, 其并不直接涉及和解协议。在援引第三种理由时, 需要反对救济的一方证明调解员严重违反调解员准则、调解准则或存在由调解员未履行披露义务所引发的对调解员公正独立性的正当怀疑, 并且这种违反是促使其达成和解协议的主要原因。第四种理由与《纽约公约》第 5 条第 2 款相呼应, 是给予救济将违反缔约方的公共政策或根据缔约国法律争端不能通过调解解决。前三种理由都需要反对救济方提供证据进行证明, 第四种理由则可以由寻求救济当事方所在的缔约国主管机关自行提出。可见在《新加坡公约》下, 和解协议的强制执行性并非绝对, 而是受到一定程度的限制。对于选择适用调解的争端解决方而言, 了解和解协议执行地国家的公共政策和该国法律对可调解争端类型的限制性规定, 将很大程度上有助于规避执行风险。

(二) 东道国政府回避问责的可能出路

政府对问责制的回避, 构成了东道国选用调解解决投资争端的巨大障碍, 但这个障碍不应成为放弃调解的理由。实际上, 对问责制的回避不仅仅存在于投资争端的调解过程中, 在国家的各种谈判中(如投资协定的谈判、与投资者特许投资合同的谈判以及其他外交谈判等)都存在同样的障碍。国家之间不会因为让步和妥协可能带来的个人责任就彻底放弃国际性谈判, 同样也不能因为调解过程可能招致个人责任, 就在投资者与东道国争端解决中彻底放弃调解。与此同时, 调解也并非万能药, 不一定适用于所有类型的投资争端。正如新加坡国立大学国际法中心在报告中指出的, 其进行关于调解的调查报告的总体目标是确定适合于调解解决的投资争端类别, 从而为当事方选择争端解决方案提供考量^⑦。克服政府对问责制的回避, 提高调解在国际投资争端解决中的利用率, 需要从消除政府官员个人责任以及降低东道国公民问责率两个方面入手。

就消除政府官员个人责任而言, 存在以下解决方案: ①在新的投资条约和重新谈判的条约中优先考虑调解或通过将调解作为仲裁先决条件的条款, 使调解成为国家选择而非代表国家参与

调解的政府官员的个人选择。②追究政府官员为回避问责制而作出不进行调解决定的责任,以阻止政府官员完全出于自身顾虑放弃以最优方式维护国家利益的选择。③明确政府代表在调解过程中的职权范围以及责任豁免情形,推动调解代表规范行使职权,也降低其在调解过程中不必要的政治顾虑。

要降低问责制对调解的阻碍,除了尽量帮助政府官员消除顾虑外,更根本更直接的方式是从顾虑的源头下手——降低东道国公民的问责率。东道国公民的质疑,除了对政府官员个人的不信任,另一重要原因是公民缺乏对调解机制的理解,以及调解保密性阻碍了公众的知情权和监督权的行使。因此,对症下药的方案是:①对调解机制进行更广泛宣传和信息发布,增强公众对调解机制潜在优势的了解。②进行合理的透明度规则设计,在具有透明度需求的情形下合理披露信息。也许问责问题并没有想象的那么严重,因为公民问责并非针对所有类型争端,而多限于与其利益息息相关、具有高度政治敏感性的争端。因此,设计具体类型的公开披露确有必要,如涉及公共安全、国家基本安全利益、环境威胁、跨境资源开采等高度政治敏感行业时扩大调解程序的透明度,以确保与公共利益息息相关的争端在公民监督下解决。

(三) 调解保密性与投资争端解决透明度需求之间的平衡

透明度,作为国际投资争端解决机制改革的程序政策目标之一,无论采取仲裁、调解抑或是东道国当地救济等不同争端解决形式,都无法被忽视^[16]。但作为不同的争端解决方式,仲裁与调解对争议解决程序及结果透明度的追求程度是否完全一致,需要具体分析。调解与仲裁的程序性质不同,无疑会导致二者对透明度的追求存在差异。调解具有非拘束力与非对抗性,而仲裁通常采取一裁终局、裁决可靠且具有执行力。在实践中,仲裁所有的终局性、可执行性等相对“更硬”的特点,使得争议当事方不会惧怕信息的公开,即使公开也有程序保护其合法权益。就调解而言,所达成的和解协议很可能会由于另一方拒绝执行而落空。如要求调解程序公开,争议各方

很可能最后面临既未解决争议,又泄露了对己有利的证据,造成其在后续的仲裁、诉讼程序中处于不利地位的尴尬局面。相反,保密能使调解成功率得到保证。对调解程序以及与调解有关的一切信息予以保密,才能使各方当事人愿意深入探讨仲裁程序或诉讼程序中通常不予考虑的问题,包括当事人视为敏感或保密的问题。只有在保密情况下,争议双方才能真正放下戒备,开诚布公地交流意见,讨论争议的解决方法。

正如投资争端仲裁机制对商事仲裁的借鉴一般,投资争端调解也是在商事调解的基本制度模型下建立起来的。但与投资争端是混合性质的纠纷不同,商事调解下的争议是纯私人的商事纠纷。因此,商事调解对保密性的追求度可能也与投资争端调解对保密性的追求度存在差异。一方面,保密通常有助于提升投资争端调解的成功率,另一方面,又要确保本国的公众监督和透明度要求得到满足。这使得调解保密性与投资争端解决透明度需求之间的冲突,成为当前调解规则改革的难点。为发挥调解的制度优势,在投资争端调解中仍应坚持保密为原则、披露是例外。与此同时,基于投资争端的混合争议性质和东道国公共利益需求,可考虑纳入更为广泛的保密例外,以回应当前投资争端解决的提升透明度改革趋势。概言之,投资调解下的透明度规则,更应当介乎商事调解与投资仲裁的保密与透明度要求之间。

就保密原则之外的例外情形而言,现有国际投资调解规则有不同的规定。IBA规定了以下保密例外情况:①披露方公布的为调解所作的准备,但不涉及调解的实质内容;②调解双方之间的条约中约定的披露义务;③出于公共安全考虑,为防止严重犯罪或对公共安全构成严重威胁的情形所需要的披露。并且规定,披露方在作出此类披露时,应以尽可能最大程度保护信息机密性的方式进行^⑧。ICSID在去年提出的第一份改革草案中规定了保密原则的两种例外:①法律要求或为了执行调解所达成的和解协议而需要的任何披露;②ICSID中心根据附件A附加便利行政和财务条例(Annex A: Additional Facility Administrative and Financial Regulations)第4条需

要进行的披露^①。但是, 在 2019 年公布的第二份改革草案中, 基于各国对中心根据第二项例外披露调解当事人的身份、指定调解员信息的担忧, 草案将此种披露义务废除。在 ICSID 最新公布的第三份改革草案中, 共规定 3 种保密例外情形: ①双方另有约定; ②本可以通过其他途径独立获得的信息或文件, 不因在调解中使用而保密; ③法律要求披露^②。

调解可能没有普遍的最佳透明度。不同的透明度, 存在于不同国家、不同类型案件、同一案件的不同阶段。从国家立场看, ISDS 机制改革过程中各国对透明度问题并未达成一致立场。尽管不可能在所有情况下都确定一种普遍的最佳透明度, 但透明度高低并非完全无法预测。具体的特定任务、调解员的自身特性以及适用调解的案件所处的公众监督力度, 都会对调解程序中的透明度产生影响。调解以保密为原则, 因此各国可以从本国利益出发, 通过不同方式对自身在 ISDS 机制中所需承担的透明度责任进行自由安排, 以确保本国的公众监督和透明度要求得到满足。如: ①争端双方达成协议, 同意公开调解及调解所达成的和解协议; ②做好预先安排, 在本国签订的双边投资条约和多边投资协议中规定“透明度条款”; ③在本国国内法中作出关于披露义务的规定。另外, 投资者和东道国之间的调解机制在强调保密性的同时也规定了例外情形, 留出一定空间对透明度予以保护, 如: 法律要求或为了执行调解所达成的和解协议而需要的任何披露; 调解双方之间的条约中约定的披露义务; 出于公共安全考虑, 为防止严重犯罪或对公共安全构成严重威胁的情形所需要的披露等。

五、结语

投资争端解决机制改革是当前国际投资法领域的焦点和难点, 相较于投资仲裁, 调解可以为解决投资争端提供更为灵活的选项, 并由此受到各国和国际争端解决机构的青睐。然而, 调解机制能否真正在投资争端解决中发挥重要作用, 仍取决于能否有效解决和解协议的可执行性欠缺、能否有效解决东道国政府调解意愿欠缺以及

能否有效解决调解保密性与投资争端解决透明度需求之间的冲突。《新加坡公约》的通过为解决和解协议的可执行性指明了方向, 政府对问责制的回避也不应成为放弃调解的理由, 平衡调解保密性与投资争端解决透明度需求, 将是调解能否真正“兴起”的关键。2017 年, 中国国际经济仲裁委员会 (China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC) 推出了中国的首个《国际投资争端仲裁规则》, 规定仲裁庭在征得双方当事人同意后可以对投资争端进行调解。这种将调解与投资仲裁相结合的独特做法, 能否取得类似商事争议解决方面的成功, 仍需拭目以待, 亦有可能为投资者-国家争端解决机制的实践带来新的发展方向。

注释:

- ① 参见:《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第 2(3)条。
- ② UNGA. International commercial mediation: draft model law on international commercial mediation and international settlement agreements resulting from mediation, 2 March 2018, A/CN.9/943, p. 9.
- ③ 资料来源: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation, 访问时间为 2019 年 12 月 8 日。
- ④ 参见:《华盛顿公约》第三章“调解”以及第五章“调解员和仲裁院的更换及取消资格”。
- ⑤ 资料来源: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf, 访问时间: 2019 年 12 月 8 日。
- ⑥ 资料来源: <https://iccwbo.org/publication/icc-mediation-settling-complex-cross-border-disputes/>, 访问时间: 2019 年 12 月 8 日。
- ⑦ 参见:《EVIPA 附件 9: 投资者与东道国争议的调解机制》(资料来源: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157404.pdf, 访问时间: 2019 年 12 月 8 日。)
- ⑧ 资料来源: <https://www.imimediation.org/about/who-are-imi/ism-tf/>, 访问时间: 2019 年 12 月 8 日。
- ⑨ 资料来源: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>, 访问时间: 2019 年 12 月 8 日。
- ⑩ 如 CETA 规定在调解员任命后 60 天内应达成双方同意的解决方案的时间限制。《能源宪章公约》(Energy Charter Treaty, 简称 ECT)也作出规定, 双方若在 90 天内没有达成协议, 调解员应提出建议, 并作出一个临时性决定。WTO 体系下的《关于争端解决规则和程序的谅解》(DSU)也为调解规定了 60 天的程序时限。而根

据经济合作与发展组织(OECD)的统计,国际投资仲裁案件从申请到设立仲裁庭的平均时间是263天,而平均结案时间为3.6年,各项律师费用高达500万美金。

- ⑪ 例如,在Metalclad v. Mexico一案中, Metalclad公司的首席执行官 Grant Kesler 在赢得对墨西哥的价值1700万美元的仲裁裁决后表明,尽管“胜诉”,但其表示对“仲裁结果很不满意”,希望公司能寻找其他更友好的途径解决争端。
- ⑫ 参见: International Mediation Institute. IMI Survey Results Overview: How Users View the Proposal for a UN Convention on the Enforcement of Mediated Settlements. <https://www.imimediation.org/2017/01/16/users-view-proposal-un-convention-enforcement-mediated-settlements>, 访问时间: 2019年12月8日。
- ⑬ 参见: ICSID. List of Contracting States and other Signatories of the Convention(资料来源: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>, 访问时间: 2019年12月8日。)
- ⑭ 参见: UNCITRAL, Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards(资料来源: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, 访问时间: 2019年12月8日。)
- ⑮ 参见: Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, 22 NUS Law Working Paper.(这是一个旨在确定解决投资者与国家间争端主要障碍的实证研究,以采访律师、仲裁员、学者对系列问题回答的方式进行。)
- ⑯ 在新加坡国立大学国际法中心发布的《关于解决投资者与国家争端的障碍的调查报告》中,被调查者在回答“为何争端双方不愿意通过调解程序达成和解”的最主要的三大原因分别是: (i) “allegations of or future prosecution for corruption”, (ii) “criticism”, and (iii) “setting a precedent”。而这三个最常提到的原因都是政治性的。详情参见: 前注第13页。
- ⑰ 在新加坡国立大学国际法中心发布的《关于解决投资者与国家争端的障碍的调查报告》中,“对腐败指控和被诉风险的恐惧”是被调查者在回答“为何争端双方不愿意通过调解程序达成和解”的最主要的三大原因之一。详情参见: Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, 22 NUS Law Working Paper, p.17.
- ⑱ 参见:《IBA投资者与国家间调解规则》第10(2)条。
- ⑲ 参见: CETA 附件29《调解程序规则》第6(1)条。
- ⑳ 参见:《联合国贸易法委员会国际调解和调解产生的国际和解协议示范法》第9条。
- ㉑ 参见: ICSID. The Proposal for Amendment of the ICSID Rules Working Paper 3. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_3_Complete_WP+Schedules.pdf#page=450, 访问时间: 2019年12月8日。
- ㉒ 参见 CETA 附件29《调解程序规则》第6(4)条。
- ㉓ The Proposal for Amendment of the ICSID Rules Working Paper 3, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_3_Complete_WP+Schedules.pdf#page=450, 访问时间: 2019年12月8日。

ndments_Vol_3_Complete_WP+Schedules.pdf#page=450, 2019-12-08。

- ㉔ 参见:《联合国贸易法委员会国际调解和调解产生的国际和解协议示范法》第10条。
- ㉕ 公约已于2019年8月开放签署,截至2019年10月,已有51个签署国,但目前尚未批准。(资料来源: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status, 访问日期: 2019年12月8日。)
- ㉖ 参见:《联合国贸易法委员会国际调解和调解产生的国际和解协议示范法》,资料来源: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf, 访问时间: 2019年12月8日。
- ㉗ 参见:《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》第5条。
- ㉘ 详情参见: Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, 22 NUS Law Working Paper, p.26.
- ㉙ 参见: IBA Rules for Investor-State Mediation 第10(6)条。
- ㉚ 参见: ICSID. The Proposal for Amendment of the ICSID Rules Working Paper 3. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_3_Complete_WP+Schedules.pdf#page=450, 访问时间: 2019年12月8日。
- ㉛ 参见: ICSID Mediation Rules 第9(1)(b)条。

参考文献:

- [1] RUSCALLA G. Latest developments in conciliation and mediation in investor-state disputes [J]. Revista Brasileira de Arbitragem, 2019(16): 96-112.
- [2] SCHNEIDER M E. Investment disputes—moving beyond arbitration[C]// BOISSON DE CHAZOURNES L, KOHEN M, VIÑUALES J E. Diplomatic and judicial means of dispute settlement. Leiden: Brill Nijhoff, 2013: 119-151.
- [3] ICSID. The ICSID caseload 2019-2 issue [EB/OL]. (2019-6-30) [2019-12-08]. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(English).pdf).
- [4] 明瑶华. “一带一路”投资争端调解机制研究[J]. 南通大学学报(社会科学版), 2018, 34(1): 62-68.
- MING Yaohua. Research on “One Belt One Road” investment dispute resolution mechanism of mediation[J]. Journal of Nantong University(social sciences edition), 2018, 34(1): 62-68.
- [5] REISMAN W M. International investment arbitration and ADR: married but best living apart[J]. ICSID Review, 2009(1): 185-192.
- [6] COE JR J J. Toward a complementary use of conciliation in investor-state disputes—a preliminary sketch[J]. Davis Journal of International Law & Policy, 2005(12): 7-46.
- [7] CHEW S, REED L, THOMAS J C. Report: Survey on obstacles to settlement of investor-state disputes[J]. NUS

- Centre for International Law Research Paper, 2018(1): 1-41.
- [8] 杨腾. 国际投资争端调解问题研究[D]. 济南: 山东大学, 2015.
- YANG Teng. Analysis on the mediation of international investment disputes[D]. Jinan: Shandong University, 2015.
- [9] SUDBOROUGH C M. ICC's new mediation rules: Mediation steps out of the shadow[J]. *International Lawyer*, 2014(48): 181-186.
- [10] 宋俊荣. 欧美投资者与东道国争端解决条款的最新动向[J]. *商业研究*, 2015(12): 177-184.
- SONG Junrong. The trend of investor-state dispute settlement provisions drafted by Europe and America[J]. *Commercial Research*, 2015(12): 177-184.
- [11] 何志鹏. 菜单、需求与能力: 国际争端的解决途径探析[J]. *社会科学辑刊*, 2015(5): 69-74.
- HE Zhipeng. Menus, needs, and capabilities: An analysis of international dispute resolution approaches[J]. *Social Science Journal*, 2015(5): 69-74.
- [12] WEISS D S, GRIFFITH M R. Report on empirical study of business users regarding international mediation and enforcement mechanisms[J]. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2019(4): 1133-1148.
- [13] ANTHONY D P. NAFTA's powerful little secret; Obscure tribunals settle disputes but go too far, critics say[N]. *New York Times*, 2001-3-11: (11).
- [14] 张生. 从《北美自由贸易协定》到《美墨加协定》: 国际投资法制的新发展与中国的因应[J]. *中南大学学报(社会科学版)*, 2019(4): 51-61.
- ZHANG Sheng. From NAFTA to USMCA: The developments of international investment regime and China's countermeasures[J]. *Journal of Central South University(Social Sciences)*, 2019(4): 51-61.
- [15] REED L, ULTIMA THULE. Prospects for international commercial mediation[J]. *NUS Centre for International Law Research Paper*, 2019(3): 1-23.
- [16] 王彦志. 国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择[J]. *中南大学学报(社会科学版)*, 2019(4): 73-82.
- WANG Yanzhi. The plural models in international investment dispute settlement reform and China's options [J]. *Journal of Central South University(Social Sciences)*, 2019(4): 73-82.

Recent development and institutional dilemma of the mediation mechanism for international investment disputes

QI Tong, FAN Xiaoyu

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The mediation of international investment disputes is nothing new, but the utilization rate and success rate in practice are not ideal. Recently, with the rise of diversified dispute resolution methods, and with constant criticism of the traditional investment arbitration mechanism, the advantages of mediation have been recognized by all walks of life. A series of new reform trends have emerged in the field of mediation rules, and the use of mediation to resolve international investment disputes has received unprecedented attention. Whether the mediation mechanism can really play an important role in the settlement of investment disputes depends on whether it can effectively resolve the lack of enforceability of the settlement agreement, the lack of willingness of the host government to mediate, and the conflict between the confidentiality of mediation and the need for transparency in the settlement of investment disputes. The adoption of *The Singapore Convention* points the direction to resolving the enforceability of the settlement agreements, and the government's avoidance of accountability should not be a reason to abandon mediation. And balancing the confidentiality of mediation and the need for transparency in the settlement of investment disputes will be the key to whether mediation can truly "rejuvenate".

Key Words: international investment dispute settlement; conciliation/mediation; government's avoidance of accountability; confidentiality; enforceability

[编辑: 苏慧]