

ICSID 新调解规则适用范围扩大的推动因素及阻力消解

孔庆江 于占洋

(中国政法大学, 北京 100088)

摘要: 2022 年 7 月 1 日, 历时 5 年修订的 ICSID 新规则生效, 包含首次问世的《ICSID 调解规则》, 这标志着第一份适用于国际投资争端解决的调解规则正式出现。聚焦该规则的适用范围, 以此为切口展开分析颇具学理价值。之所以选择适用范围这一切入点展开论述, 原因在于其重要的拐点作用和研判功能, 以此为基础进一步聚焦规则条款本身, 对比前代 ICSID 调解规则和其他机构的调解规则, 分析新调解规则适用范围扩大的具体表现, 并进一步讨论其灵活程度和完整性对适用范围扩大的推动。此外, 该规则的适用范围在未来实践过程中存在三大阻力, 包括适用上的不确定性、和解协议执行障碍和透明度与保密性之间的不平衡。以解决阻力为核心目的, 列举并推演具体的消解措施可为调解机制发展提供有效路径且具有实践意义。

关键词: 国际投资争端解决; ICSID 新调解规则; 规则适用范围; 和解协议

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2025) 03-0061-15

目前, 投资者—国家间争端解决机制 (ISDS) 改革进展缓慢, 传统的仲裁路径日益受到当事方的诟病, 替代性争端解决措施 (ADR) 以其独特的体系性优势和相对友好的解决模式重新被各方关注。近年来, 随着国际投资争端解决中心 (ICSID) 新规修订完毕以及联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 第三工作组调解草案的持续推进,^①作为 ADR 核心选项的调解, 正以前所未有的姿态焕发新生。^②2024 年 10 月 14~17 日, 《关于建立国际调解院的公约》第五次谈判会议在中国香港举行。会议圆满完成谈判, 并决定于 2025 年在中国香港择期举办签署仪式。这一布局也凸显我国对调解的重视。目前, 调解在 ISDS 争端中的重要性不断提升主要有两方面因素。

其一, 调解的独特优势为陷入改革细节旋涡的 ISDS 改革^③提供了一条新路径。

作者简介: 孔庆江, 中国政法大学国际法学院教授, 法学博士, 研究方向: 国际经济法; 于占洋, 中国政法大学国际法学院 2023 级博士研究生, 研究方向: 国际经济法。

① 该工作进度见:联合国国际贸易法委员会第三工作组:投资人与国家间争议解决的改革[EB/OL].2017,投资人与国家间争端解决制度的可能改革:关于调解的条文草案.https://uncitral.un.org/zh/working_groups/3/investor-state. [2023-01-16] (2025-03-21)。

② ICSID 中心在《关于投资调解的背景文件》中对调解的定义:调解是一个基于双方合意、且在第三方 (即调解人) 的帮助下, 各方直接就其争端进行谈判的程序。ICSID.Background Paper on Investment Mediation[EB/OL].2021,ICSID.<https://icsid.worldbank.org/resources/publications/background-paper-investment-mediation>. [2021-07-12] (2025-03-21)。

③ 有学者研判, 直到 2026 年, ISDS 改革的工作都无法全面结束。参见: Roberts, A., St John, T. UNCITRAL and ISDS Reform: What to Expect When You're Expecting[EB/OL].2022,EJIL:Talk!<https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-what-to-expect-when-youre-expecting/>. [2022-10-05] (2025-03-21)。

第一，调解可以节省投资争端成本。调解程序的金钱成本通常只占仲裁的 1/3、^①时间成本在 1/10 到 1/15 左右（Gaukrodger and Kathryn, 2012）。第二，强制性更弱的调解更符合“友好型投资”对纠纷的处理办法，有助于维护争端双方的良好投资关系（漆彤等，2020）。第三，东道国在调解中可以更好地就公共利益事项与投资者进行协商，不必担心由中立第三方裁定这些包含主权因素的问题，有利于平衡其与投资者的权益（连俊雅，2022）。第四，当事人可以采用多种救济措施填补损失，在更灵活的同时也实现了对结果的控制。

其二，既有规则利用率低，无法发挥调解的优势功能。调解作为存在时间最长的争端解决方式之一，其在国家间、贸易和商事争端^②中都已经有了充分的实践（漆彤等，2020）。国际社会还出台了专门涉及和解协议执行的公约，即《新加坡调解公约》。但是，ICSID 既有的处理调解程序的规则文本《ICSID 和解规则》（ICSID Conciliation Rules，以下简称《和解规则》）在具体的实践中适用频率很低。根据官网案例数据显示，在已经结案的 779 个案件中，只有 11 个案件适用了《和解规则》，占比仅为 1%。这导致与其他非专门解决投资争端的 SCC、ICC 等经常解决商事争端的机构相比，专门处理投资争端的 ICSID 中心在解决投资调解的问题上甚至更为被动，这促使更灵活的调解规则出现。

学界对 ISDS 调解的关注主要包括：讨论调解的诸多独特优势（漆彤等，2020；连俊雅，2022；Ali and Repousis, 2017；Sharma, 2020）；明确现实困境，包括可执行性差、透明度与披露关系模糊、调解意愿的欠缺等（漆彤，2022；杨能盛和叶依文，2021；Kessedjian, 2022）；对现有国际投资协定（IIA）包含的调解条款结构进行分类讨论（Weeramantry et al., 2022；ZHAO, 2018）；现有调解机制中的执行问题等（连俊雅，2021；陆一戈，2022；Schnabel, 2019）。

在具体规则领域，首次问世的《ICSID 调解规则》（ICSID Mediation Rules，以下简称《调解规则》）标志着在国际投资争端领域第一份独立的投资争端调解机构规则正式出现。目前尚缺乏对《调解规则》的学术分析，仅有部分时评。^③本次修订通过提升规则的整体灵活性，扩大适用范围，为 ISDS 调解规则的未来适用提供了

① Hodgson, M., Campbell, A. Damages and Costs in Investment Treaty Arbitration Revisited [EB/OL]. 2017, Global Arbitration Review. <https://globalarbitrationreview.com/article/damages-and-costs-in-investment-treaty-arbitration-revisited>. [2017-12-14] (2025-03-21).

② 如 UNCITRAL、国际商会（ICC）、伦敦国际仲裁院、香港国际仲裁中心的调解规则等。这些争端解决机构出台的调解规则在很大程度上为投资调解规则的构建提供了样板和参照。在机构规则之外，还包括国际律师协会（IBA）调解规则、ECT 调解指南及 IIA 中的调解规则；《欧盟—加拿大全面经济与贸易协定》《欧盟越南投资保护协定》《欧盟新加坡自由贸易协定》等。

③ Lawn, N. A., Laufer, H. The 2022 ICSID Arbitration Rules—A Brief Overview [EB/OL]. 2022, Lexology. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f466aa82-7d6c-4e82-9e96-e908ca7e1eb0>. [2022-04-22] (2025-03-21); Onwuamaegbu, U., et al. Highlights of the 2022 ICSID Rules Amendments [EB/OL]. 2022, The National Law Review. <https://www.natlawreview.com/article/highlights-2022-icsid-rules-amendments>. [2022-04-14] (2025-03-21).

一个优秀范式。

对于具体的文本分析尤其是从规则适用范围切入进行学术分析的研究目前很少见。适用范围在调解程序的开启和进行过程中占据重要地位，当事方能否适用某一ISDS 调解规则？规则中的哪些因素会影响适用的判断？围绕这些困惑，本文选择ISDS 调解规则的适用范围作为切入点，结合最新的《调解规则》探讨其扩大趋势。

一、选择 ISDS 调解规则的适用范围作为切入点的考量

本文所指的“适用范围”是指某一 ISDS 调解规则在多大程度上能够适用于当事方之间的投资争端。根据 ISDS 的操作实践，笔者将适用范围分为以下两种类型：第一种是依据 IIA 中的具体范围条款适用，又可分为明确选择某规则和未规定适用某一具体规则的情形。第二种是在不存在 IIA 的情况下由当事方选择适用，或在无合意的情况下授权调解员选择适用。

（一）规则适用范围在调解程序中具有承上启下的拐点作用

在争端解决的流程中，对规则适用范围的判断有承上启下的作用。一是在判断具体规则文本是否可以适用之前需要判断 ISDS 调解机制是否可以适用。如果 IIA 中不存在或者争端当事方间基于合意从根本上排除了对 ISDS 调解机制的适用，如协议只将争端诉诸仲裁，则调解规则的适用范围就无从谈起。二是即使存在适用调解机制的合意，若协定明确规定适用某一既存的具体规则，则该规则吸引当事方的因素是什么？如未将规则的选择限定在某一具体规则文本上，吸引当事方在不同规则中选择的因素是什么？这一问题涉及对推动适用范围扩大的因素之考察，即具体调解规则对当事方的吸引力由什么决定。对这一问题的研究直接涉及调解机制的利用率，具有较大意义。

（二）规则适用范围对当事方而言具有研判争端走势的功能

与仲裁的强制性不同，调解机制的流程高度依赖双方自愿，灵活程度高，不存在所谓调解管辖权的说法，对于规则可行性的判断就成为调解程序的一个必要环节。

对规则适用范围的谨慎判断有助于当事方推测后续争端解决的走势。一份详细灵活、具有程序价值的规则文本会规避调解过程中的许多不足，使当事方对调解走向产生预判。这种预判与规则的适用范围相关。一是适用范围条款的规定，如仅适用于投资而不包含贸易。该类条款一般包括争端与投资是否直接相关、当事方主体是否有国籍要求、是否能溯及既往等规定。二是影响适用范围的其他因素，即适用范围条款外的其他配套程序条款对当事方的吸引力。例如透明度与披露的界限、调解员资质、调解成本、和解协议的执行等，这些规则的偏重程度会影响当事方对规则选择的倾向。虽然前述问题在极具灵活性的调解程序中往往能够得到当事方的合

意修改，但为了避免不必要的歧义，当事方直接适用既有规则是更佳的选择，是否被直接选择也体现规则本身的优越与否。

二、ICSID 新调解规则适用范围扩大的表现及推动因素

目前，在 ICSID 全部规则适用频率中，《和解规则》的利用率非常低。根据 ICSID 官网的数据，截至 2025 年 2 月，在全部 1,073 个案件中只有 13 个案件适用，另 2 个案件适用《附加便利和解规则》，共占 1.2%，各当事方似乎对该机制并不青睐。一是 IIA 争端条款并未规定调解机制，或规定了调解机制但是并未规定适用《和解规则》，而是选择其他的调解规则，这多在当事方均非 ICSID 成员的情况下发生。二是《和解规则》的程序规则与《ICSID 仲裁规则》（ICSID Arbitration Rules，以下简称《仲裁规则》）相比，并不具备明显的制度优势。《和解规则》是一种“准仲裁”的严格程序框架，时间极其漫长，组成一个调解委员会可能需要 4 个多月的时间，然后再用 60 天的时间举行第一次会议，在近期适用《和解规则》的案件中，程序持续了约 3 年，且过程极其艰难。^①当《和解规则》的时间成本与《仲裁规则》相比并不具有突出优势时，寻求解决争端的各方自然不会选择一个被认为只是延长（或阻止）产生具有约束力的法律文件的程序（ZHAO，2018）。三是调解效果总体较为有限。最大的原因是依据投资调解作出的和解协议往往不具有约束力。如果有当事方不遵守该协议，则争端解决的过程最终还是会滑向仲裁，因此为了避免在调解程序中产生成本浪费，当事方通常直接选择后者。

ICSID 最新推出的《调解规则》在很大程度上消减了《和解规则》“准仲裁”的不良影响，既扩大了规则适用条款本身的适用范围，又提高了配套程序规则的灵活程度。

（一）规则适用条款本身的升级扩大

1. 可以适用规则的当事方范围很广泛

本次规则的当事方范围突破了《仲裁规则》和《和解规则》的适用范围。《和解规则》的适用范围与《ICSID 公约》的适用范围保持一致，根据该公约第 33 条和第 25 条第 1 款，只有东道国和投资者母国均为 ICSID 成员的情况下才可适用。但《调解规则》规定投资调解是指与投资有关的、涉及国家、国家实体或区域经济一体化组织的调解。^②从该条款来看，《调解规则》不要求各方与 ICSID 成员有任何联系，也没有规定任何具体的国籍要求。因此，《调解规则》对当事方只有一个要求，即其中一

^① 该案系 Republic of Equatorial Guinea v. CMS Energy Corporation and Others, ICSID Case No. CONC(AF)/12/2，其从秘书处接受调解申请到争端各方提交书面声明就用了一年半的时间。

^② 根据《调解规则》第 2(1)条，其规则要求为：“秘书处有权管理与投资有关，涉及一个国家或一个区域经济一体化组织，且各方以书面形式同意提交给中心的调解。”

方必须是一个国家或区域经济一体化组织,而其他争议方可以是另一个国家的国民,也可以是当地实体。^①当事人除了不必是 ICSID 公约成员的一方外,还可以存在于同一个经济区域内,如同一国/同一区域经济一体化组织中,这是之前的 ICSID 规则没有的状况。这也很好地表明了《调解规则》适用的广泛性和灵活性。因此,事实上,《调解规则》项下的调解主体可以分为:A 国与 B 国投资者;A 国与 A 国投资者;甲区域经济一体化组织与乙国投资者;甲区域经济一体化组织与甲区域投资者。

2. 规则适用的时间范围无死角

根据 ICSID 的解释,《调解规则》的适用范围覆盖整个争端,而《和解规则》的规则设定因为更加正式而无法在投资的多个阶段适用。如果对《调解规则》的适用阶段进行分割,则包括争端前阶段(投资设立、出现问题、存在分歧)、争端中阶段(争端解决模式开启,如仲裁、诉讼等)以及争端后阶段(仲裁裁决/法院判决作出后)。在这一分类中,除了争端中阶段较好理解外,争端前后利用调解的原因 ICSID 并未给出解释。在笔者看来,实践中的调解并非仅指针对投资的核心事项,在整个投资过程中的任何事项,哪怕其并不处于严格法律意义上的节点,只要与投资相关,都可以适用《调解规则》调和双方关系。如在裁决作出后双方针对赔偿金额的调解,或存在早期分歧时的化解。

3. 规则适用的开启条件灵活

在《和解规则》中,调解的开启主要依《ICSID 公约》第 28 条第 2 款规定,在当事方同意按照调解程序规则进行调解后开启,即需要双方的事先同意。《调解规则》除第 2(1) 条的合意启动外还增加了第 6 条的单方请求启动。虽然未点明合意启动的具体条件,但在双方并未提前达成合意时,显然包括在争端发生后通过签订允许调解的协议启动的情况。而单方请求则更为有利,根据第 6 条的表述,《调解规则》的单方请求启动需要借助秘书长作为媒介实现双方同意的达成。另外,虽然其在形式上是单方请求启动,但实质上并未脱离当事双方的合意,这一合意的达成显然与第 2(1) 条的规定存在差别。第 6 条为“在缺乏当事方提前协议下的调解”,这一合意的明确时间虽然也是争端后调解前,但是其达成却是以类似于“要约—接受”模式来实现的。这使得当事方即使并不存在事前合意,通过要约的形式实现调解亦可。反观既有调解规则,大多只包含双方合意启动调解的规定,^②或对单方请求启动的规定不甚明确。^③

① ICSID. Background Paper on Investment Mediation[EB/OL]. 2021, ICSID. <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/background-paper-investment-mediation>. [2021-07-12] (2025-03-21).

② 《UNCITRAL 调解规则》第 1.1 条;《IBA 调解规则》第 1.1 条等。

③ 如《ECT 调解指南》和《UNCITRAL 和解协议示范法》,前者未明确合意调解与单方提议间的适用顺序,后者未明确调解意思的转交方。

（二）规则灵活程度的辩证考量

《调解规则》的灵活程度极高，除了前述三大典型特征之外，还包括一些较为突出的细节。

1. 调解规则可修改性的限缩

既有的《和解规则》并未规定当事方在适用的过程中可以对具体规则文本进行修改，而《调解规则》第3(2)条明确规定该规则除第1~7条外其余规则均可由当事人修改。这与现有的绝大多数调解规则规定的几乎可以对规则进行全部修改的要求存在较大差别。^①从表面上看，与既有规则相比，《调解规则》的灵活度似乎被拉低了，但这种“拉低”可做如下理解。一是投资争端本身所具有的国际公法属性决定了其解决方式的具体操作不能过于随意，即与商事争端不同的是，争端解决不仅仅涉及私主体，往往会影响东道国的公共利益（孔庆江和于占洋，2024）。出于对投资争端国际公法属性的兼顾，规则的具体程序开展在秘书处的主持下进行或可取得更为平衡的效果（第2(1)条）。二是《调解规则》作为首份专门的投资争端解决机构发布的调解规则，在保留秘书处作为机构代言人管理调解程序的功能外（第1~2条），对调解设置了两条不可逾越的红线，即第1章不能修改、和解协议不可与当事方的不能减损的法相冲突（第3(3)条）。后者也呼应了部分既存调解规则的规定。^②不可修改的第1~7条是第1章，即一般条款，相当于总则部分，重点对定义、调解的管理、请求的提出及登记予以规定，是程序运行的基石。这部分的不可修改性保证了程序推进的稳定性和ICSID中心对调解案件发展的把握程度，对争端解决的发展具有初步控制。

总的来说，这种表面的“拉低”实则带来了当事方信任程度提升和程序运行稳定两大优势，较传统的“全面可修改”而言，更易于被当事方选择和青睐，不致于使调解在过度灵活的道路脱缰。

2. 调解员资质要求的弱化

《和解规则》并未对调解员资质进行规定，调解员的资质规定在《ICSID公约》第31(2)条中，要求调解员的资质需根据第14条确定：覆盖了高尚道德品质、相关领域的专业能力、独立性以及多样性等各个方面。在其他规则中，对调解员的资质规定较繁复，^③《调解规则》对调解员的资质规定显得更单薄：仅在第12(1)条对调

① 《UNCITRAL调解规则》第1.4条规定“当事人可随时协议排除或变更本规则的任何规定”；《IBA调解规则》第1.2条也允许改变“任何内容”；《国际商会调解规则》（下称《ICC调解规则》）第1.4条虽然要求对不符合规则精神的修改不予受理，但原则上也允许“修改任何规则条款”；《联合国贸易法委员会调解安排说明》（下称《UNCITRAL调解安排》）第10段也规定了类似表达；《UNCITRAL调解示范法》第4条规定除调解员的公正性条款不得更改外，其余均可合意更改。

② 见《IBA调解规则》第1.3条、《UNCITRAL调解安排》第24段、《UNCITRAL调解示范法》第19.2.a条。

③ 《UNCITRAL调解规则》第3.4条规定了4项要求；《UNCITRAL调解安排》第2条有2大项8小项要求；《ECT调解指南》第8条的资质要求达12项之多；《国际调解组织投资者—国家间调解调解员能力标准》用6页的篇幅详细阐述了调解员应当具备的资质；CETA附件29-B将适用于仲裁员的资质要求规定给调解员。

解员规定两项强制性的资质，即公正且独立于各方，但却可被第 3(2) 条的任意修改予以化解，当事方完全可以选择独立于某一方的调解员来调解。而第 12(2) 条只用了“可以”的表述要求当事方约定调解人具备的资质或专业知识。从本条的用语来看，对调解人的规定并不苛刻，甚至不必要求调解人必须具有投资法专业知识。在起草小组看来，调解人是否具有专业知识并不重要。^①这主要是因为调解人的核心职能在于促进双方谈判协商，且多依赖调解人的实际经验和交往能力。

（三）规则核心程序的高度完整性

1. 程序流程全面

在《调解规则》的 22 项条文中，调解的核心程序主要集中在第 19~22 条，大体规定了调解的 3 个主要阶段。^①初始阶段，各方向调解人提交一份初始的书面声明（第 19 条），调解人与各方协商后制订一份调解的程序框架（第 20 条，该程序框架被称为“调解议定书”）。^②谈判阶段（第 21 条），调解人将与各方合作，研判各方的利益、需求和制约因素，并确定解决矛盾纠纷的总体框架。调解人将协助各方制定备选方案，并交换条件。^③结束阶段（第 17 条、第 22 条），在此期间，各方将制定详细的调解条款，并根据需要获得相关实体的批准。如果没有达成协议，调解将终止。这 3 个阶段环环相扣，具有紧凑、严密、高效的特征。与《和解规则》相比，《调解规则》在核心程序的时间上进行了缩减，将第一次会议前递交陈词的时间限定在 30 天，既有的调解规则往往不对调解的核心程序的时间施加限制。

此外，《调解规则》将既有规则中的优势整合，凸显其严密性。如第 20 条第 (1)~(2) 款明确了会议前的具体时间，这在《和解规则》和其他调解规则中几乎不存在，《调解规则》借鉴了 CETA 附件 29-C 第 4 条设置具体天数的规定。另外，第 20(4)(a)~20(4)(b) 项规定了参与调解的当事方应当选择一个有权代表，该代表可以是个人或实体，这与《IBA 调解规则》第 9.3(a)~9.3(b) 条及《ECT 调解指南》第 6 条规则相同，体现了对其他优秀规则的借鉴。

在机制运行模式上，调解的进行可以采用电子形式，包括当事方文件的电子收发（第 17(4) 条）、协议书签字（第 22(3) 条）等，极大便捷了调解程序的推进和解协议的达成。

2. 细节创新

《调解规则》的核心程序环环相扣，ICSID 中心在第 5 次规则修改工作文件中仍在修改核心程序的具体表达，足见其原来存在较大的争议。如第 20 条的争议在前 5 次会议中主要集中在第 20(3)(c) 项和第 20(3)(e) 项。就第 20(3)(c) 项来说，在最

^① ICSID. Background Paper on Investment Mediation[EB/OL].2021,ICSID.[https://icsid.worldbank.org/resources/publications/background-paper-investment-mediation.\[2021-07-12\]\(2025-03-21\).](https://icsid.worldbank.org/resources/publications/background-paper-investment-mediation.[2021-07-12](2025-03-21).)

初的 2~4 次修改文件中都只写了会议地点，^①并未增加当面举行或远程举行的选项。随着疫情的蔓延，ICSID 意识到线上调解的重要性，因此在 2021 年 6 月公布的第 5 次文件中增加了远程调解的可能。第 20(3)(e) 项在前几次的修改文件中都表述为“机密或受保护信息的处理”，^②在第 5 次和最终文本中则表述为“处理与调解有关的信息、在调解中生成或获得的文件”。虽然从文本的字面含义看缩小了保密要求的范围，但它与第 10 条相呼应。该条规定与调解有关的所有信息以及调解中生成或在调解期间获得的所有文件均应保密，除非各方另有协议、信息可独立获得或法律要求披露。除非双方另有协议，否则调解事实也是保密的。因此，对第 20(3)(e) 项的修改旨在明确调解程序原则上总体保密的核心。

三、ICSID 新调解规则中适用范围扩张仍有诸多阻力

目前，《调解规则》仍然存在一些阻碍自身适用范围扩大的阻力，主要体现为规则的模糊或冲突之处。

（一）《调解规则》与《和解规则》存在根本不同，带来规则适用上的不确定性

conciliation 与 mediation 二者往往不作细致的区分，在中文中亦可同时翻译为“调解”，为了更清晰地展开讨论，笔者将二者的中文翻译稍作区别。以《元照英美法词典》为例，conciliation 一词兼具和解和调解之意，而 mediation 却无和解之意，因此本文该部分将 conciliation 一词翻译为和解，将 mediation 一词翻译为调解。^③长期以来，理论界对二者之间的异同各有论述（Ruscilla, 2019; Schneider, 2013; Nitschke, 2019）。但在《调解规则》生效后应给出这样的结论：二者在国际法上确实存在差异；在《调解规则》生效前可互用；在生效后的不涉及《调解规则》适用的文本中可互用；在《调解规则》生效后的 ICSID 规则体系内存在根本不同。

根据 ICSID 中心的解释，《和解规则》与《调解规则》起码在适用范围、提起的前提条件、保密性要求、调解员的职责、调解程序和退出这 5 个方面存在显著的差异。^④此外，笔者通过整理发现二者还存在如支撑性文件的详略、程序的语言选择、调解员接受任命的信息提供、调解员资格取消或丧失、对和解协议最终报告的执行差异等诸多不同。

① ICSID.ICSID Rules and Regulations Amendment[EB/OL].2022,ICSID.<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>. [2022-07-01](2025-03-21).

② ICSID.ICSID Rules and Regulations Amendment[EB/OL].2022,ICSID.<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>. [2022-07-01](2025-03-21).

③ 《元照英美法词典(缩印版)》北京大学出版社2013年版，第275页和905页。

④ ICSID.Key Differences between Mediation and Conciliation at ICSID[EB/OL].2022,ICSID.<https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/mediation/key-differences-between-mediation-and-conciliation>. [2022-07-01](2025-03-21).

《调解规则》生效前包含“和解”一词的 IIA 有 1,182 个, 包含调解一词的有 179 个, 但也存在同时包含二者的协定,^①但即使将 179 个包含调解的协定都算成同时包含二者, 则只包含和解的协定也多达 1,003 个。^②这就为当事方的选择适用带来了困难: 如果协定只规定了和解, 能否适用《调解规则》? 由此就带来选择适用上的 3 种情形: 一是在 2022 年前, 在使用“和解”而未使用“调解”的表述的投资协定中, 鉴于二者的互用历史, 仍可以在使用“和解”的条款下适用“调解”, 但这往往需要条款文本的解释; 二是在 2022 年后, 如果“调解”一词未放置在 ICSID 的规则体系之下, 则二者仍可以互用; 三是在 2022 年后, 只要是在 ICSID 规则体系下使用“调解”一词, 则必与“和解”进行区分。这实际上会导致调解用词的混乱, 需要一套合适的解释路径弥合用词不同带来的多种适用情形。

(二) 依《调解规则》做出的和解协议存在执行障碍, 降低适用热情

与投资仲裁不同的是, 投资调解的最终结果和解协议目前尚无统一的国际协定予以强制执行。《调解规则》第 22 条只规定了调解程序终止的产生情形, 对因第 22(1)(a) 款当事人签署和解协议的终止情况, 却并未规定后续的执行机制。这就为其适用蒙上了一层不确定的阴影。这或可认为是有意为之, 因为鉴于规则适用上的巨大灵活性和非强制性, 如果在最后规定一个具有强制性的和解协议执行机制, 显然会影响规则被选择适用的情况。但投资调解常被实践和学界诟病的重要原因之一就是执行机制的缺失, 因此有必要对《调解规则》的和解协议执行问题展开讨论, 如其和解协议是否能够被执行? 是否可依据《新加坡调解公约》执行和解协议?

(三) 透明度与保密性的藩篱未定会引发“适用寒颤”

作为调解规则的一项重要内容, 透明度与信息披露之间的界限始终影响着调解行为的发展: 过于追求透明度, 调解机制本身的保密性优势就会消失, 对信息公开的恐惧会影响主权国家和商业投资者对调解的适用选择; 过于维护保密性虽然避免了舆论介入带来的不必要政治负担和经济成本, 对于未参与过调解但是想要参与调解的“新人”而言, 却失去了机制的可预见性。对争端所涉及的非当事方来说, 失去了对下一步投资行为进行研判的可能, 这也会导致对调解选择的慎重, 进而蚕食适用范围。

《调解规则》第 10 条规定了保密性条款, 该条款以“原则保密、公开例外”的结构规定了 3 种非保密信息: 双方合意公开、可独立获得的信息文件和法律要求披露。

① 如印度尼西亚—瑞士BIT(2022)、土耳其—乌拉圭BIT(2022)、新西兰—英国BIT(2022)、澳大利亚—英国FTA(2021)、智利—葡萄牙FTA(2021)等。

② 数据来源: Electronic Database of Investment Treaties数据库, 现存公开的各类IIA大约有4,047个, 包含ISDS机制的约为3,200项, 存在调解选项的不到一半, 包含mediation一词的则更少, 见<https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search>。

这一条承继了一些商事调解规则的特点却“回避”了投资调解规则中的细节。^①故作为最新的 ISDS 调解规则，其为何对保密性条款设计了近乎“古板”的架构？这一用意为何？在实践中应该通过怎样的方式予以补充，补充些什么？

四、对妨碍适用范围扩大阻力的消解措施

诚然，上述的 3 个模糊之处当然可以被当事人通过第 3(2) 条加以规避或修改，成为当事人眼中的“完美”条款。但是，如果立足于不改动规则本身而进行具体适用，则现有的瑕疵仍属于可以优化或明确的细节。针对《调解规则》，鉴于其规则的时效性和开创性，笔者立足于解释论的视角提出具体的纾解措施，进而克服其表达上的某些弊端并增强适用可能。

（一）调解 (mediation) 与和解 (conciliation) 的分类适用

首先，如果在 IIA 条款中仅规定了“和解”一词，当事方依然可以适用《调解规则》。可根据《维也纳条约法公约》第 31 条的整体解释和目的解释的方法予以化解。第一，当缔约方在缔结条约之时（尤其在 2022 年前），鉴于调解与和解在国际投资争端调解机制中互用的情况，可以推知其并无将二者严格区分的本意。缔约方仅仅是在条款成文时采用两种英文表达方式中的任意一种，根本目的还是鼓励争端发生时以调解这一 ADR 机制作为解决手段。因此，当协定未明确提及《和解规则》适用的前提下，即使用了和解一词，也可被解释为是对这一机制而非具体某一规则的选择，故在未具体规定适用 ICSID《和解规则》的情况下，当事方可以挑选《调解规则》作为适用规则。第二，协定的宗旨和目的往往包括投资的便利化和自由化以及促进争端的友好解决，因此协定中调解条款的设定不应因为近似词的混用而阻碍纠纷化解的适用可能。第三，即使规定了“和解”一词，也可以凭借当事方的合意解释选择《调解规则》解决争端。这就使得目前大量的以“和解”为中心词的调解条款不会阻碍适用。

其次，在现有的 IIA 中，有一些不仅规定了“和解”一词，还明确规定了《和解规则》的适用，这就使得上一段的解释方法无法发挥作用，在这种情况下《调解规则》通常会被排除在考虑范围之外。改变此现状有两种方案。一是开启条约的修订程序，在《调解规则》生效后修改原有的调解条款，将其适用纳入，但是这种方法需要较大的谈判成本，很难预料缔约国愿意采取此方案。二是当事方基于合意绕开协定规定的《和解规则》而另行采用《调解规则》解决纠纷。因为《和解规则》的适用是基于 ICSID 公约第 25 条和第 33 条的规定，即双方应先根据第 25 条将争端合意递交 ICSID 中心，如果想要调解，再根据第 33 条适用《和解规则》。若当事方想要规避

^① 《调解规则》第10条的结构同样出现在《UNCITRAL调解规则》第6条、《UNCITRAL调解示范法》第10条、《ICC调解规则》第9条中，专门涉及ISDS调解的《IBA调解规则》和《ECT调解指南》则在保密性问题上大做文章，规定了相当多的细节特征。

协定对《和解规则》的适用，首先要规避将案件提交ICSID中心，如在争端发生后不选择ICSID中心解决，并根据合意选择无ICSID成员国国籍要求的《调解规则》先行调解。若调解失败，再将争端提交ICSID中心直接走仲裁程序，这样就避免了《和解规则》的适用。

（二）和解协议适用《新加坡调解公约》的要素序列

目前，国际上唯一一份专门针对和解协议执行的公约是《新加坡调解公约》（以下简称《新加坡公约》）。有学者已细致分析了普遍的投资争端和解协议是否能够被该公约包含，即往往需要论证是否符合“因调解所产生”“为解决商事争议”“以书面形式订立”以及“国际性”这4个条件（漆彤，2022）。但是鉴于《调解规则》存在主体范围大、具体定义缺失等原因，需要根据其所作出的和解协议按照前述4个要素一一分析。

1. 要素一：是否因调解所生

《新加坡公约》第1.1条明确规定了适用于“调解”，旋即在第2.3条解释何为“调解”，^①强调了调解必须具有的“第三方介入”的特征，并对何为和解协议进行了反向规定。《调解规则》虽用于调解，却并未对何为调解进行定义，但并不能据此就对其项下的调解予以扩张性解释。ICSID在规则修改的背景文件中曾对调解下定义，^②该定义与《新加坡公约》的定位一致。此外，需注意《调解规则》第3(2)条虽规定当事方可以随意对第8~22条予以修改，但是这种修改不能逾越“必须在ICSID秘书长领导下开展”这一事实。故《调解规则》项下的调解虽然灵活，却也不会由法院程序作出/以既成的仲裁裁决形式作出。因此，虽然在条文中并未解释何为调解，但是根据此文件亦可得出其在要素一上符合《新加坡公约》规定。

2. 要素二：是否为解决商事争议

有不少观点认为《新加坡公约》第1.1条项下的为解决“商事争议”而订立的和解协议可以被解释为因投资争端而采用的调解所产生的协议（漆彤，2022；Schnabel, 2019）。在此基础上，还应当考察和解协议是否根据《新加坡公约》第8.1.a条被缔约国声明保留所排除或根据第8.1.b条不存在当事人合意的情况。

《调解规则》第2条规定区域经济一体化组织可作为适用主体。其虽非国家，但是《新加坡公约》第12条赋予了区域经济一体化组织在签署、批准、接受、核准或者加入公约方面与主权国家一致的权利。故其享有的权利和承担的义务应与《新

① 该款规定：“调解”不论使用何种称谓或者进行过程以何为依据，指由一名或者几名第三人（“调解员”）协助，在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下，当事人设法友好解决其争议的过程。

② 在ICSID发布的Background Paper on Investment Mediation文件中，调解的意思是“a consensual process in which parties negotiate their dispute directly with one another, with the help of a third party (the mediator)”，中文翻译为：“在第三方（调停人）的帮助下，各方直接就其争端进行协商的合意过程”，这一定义包含了《新加坡调解公约》前两条对于何为调解的定义，包括“第三方介入”这一规定。

加坡公约》当事方相同,但仅限于该组织的实际行动与公约所管辖事项相重合的范围。由此其显然可以作为《新加坡公约》的当事方存在,并有权进一步依据第8条对某些事项提出保留。如果适用《调解规则》的主权国家/区域经济一体化组织对涉及投资争端的和解协议作出了保留,则不可以适用《新加坡公约》来执行。此外,如果国家或投资实体任意一方对于适用《新加坡公约》不存在合意,也不能通过《新加坡公约》执行。故《调解规则》项下的和解协议可以在不违背《新加坡公约》第8.1.a条和第8.1.b条的前提下被执行。

3. 要素三:是否为书面形式订立

《新加坡公约》第1.1条明确要求和解协议必须是书面形式,同时根据第2.2条,该书面形式包括电子通信形式。然而,《调解规则》对于和解协议是否应当为书面形式并未作出规定,第22条仅规定了调解终止通知书的书面形式。显然,虽然很难预期当事方会采用非书面形式达成和解协议,但是一旦这种情况发生,则不能适用《新加坡公约》执行。这体现了《调解规则》的自由性与公约对协议执行的严谨性之间的冲突。

4. 要素四:是否具有国际性

根据《新加坡公约》第1条,公约对何为第1.1条规定的“国际性”进行了规定:至少有两方当事人在不同国家设有营业地;或营业地所在国并非相当部分义务履行地所在国/与和解协议所涉事项关系最密切国。根据《调解规则》做出的和解协议是否能被该条所涵摄则需要分类讨论。

根据《调解规则》第1(1)条及前文分析,适用主体不需要有ICSID缔约国的国籍联系。《新加坡公约》也并没有用国籍作为分割适用主体的标准。在《调解规则》覆盖的适用主体组合可能中,虽然可被解释并适用于发生在区域经济一体化组织/国家与其自身领域范围内的另一当事方之间的调解,但只要投资者的营业地在当事国/区域经济一体化组织地域范围内,无论该投资者是具有当事国国籍还是被具有外国国籍的实体所控制,均不可能适用《新加坡公约》。

总之,虽然通过要素二来看似乎将《调解规则》所有主体做出的和解协议都包含在《新加坡公约》范围内,但是加上要素四的判断,仍有部分协议会因主体不符合公约要求而被排除。

(三) 透明度与保密性之间的平衡性保障

调解程序的保密性一直是调解机制引以为傲的特征,保密性维护了双方利益交换与互相妥协的操作的私密性,从而不必考虑公共视野下的社会影响和声誉变化。但其保密性过强也带来了一些弊端,尤其体现在与国际商事调解不同的具有国际公法属性的ISDS调解中:ISDS大量涉及传统的国际商事仲裁所不会涉及的如环境、劳工等公共领域的纠纷,这些领域吸引着政界、非政府组织、国际社会、国内民众的目光,

因此也跳出私人利益的小范畴而触及各方利益。传统意义上的保密性已经不再能够满足 ISDS 调解的新发展变化。

目前,《调解规则》保密性与透明度之间的平衡会达到怎样的程度尚未可知,笔者将首先依托第 10 条保密条款对该种平衡的保障予以讨论,其次从其他机制建设讨论保障的方案。

1. 第 10 条规定下的平衡性保障可能

第一,合意公开。第 10(1) 条允许双方约定公开的内容,但是该条并未进一步讨论应当如何合意公开。笔者认为,最终达成的和解协议可以列明予以公开的文件内容和程序节点,并形成一份可公开获取的文件。第二,法定公开。第 10(3) 条规定了根据法律要求披露公开相关内容。但是,具体依据什么样的法律并未给出清晰界定。

“法律”一词应当包括可适用的国际法、缔约国的国内法。因此,想寻求资料公开的主体应当积极寻找规定信息公开的相关法律文件并据以提出公开的要求。

2. 从机制建设的角度讨论保障的方案

第一,在公共利益的调解中强调多主体参与。ISDS 调解的信息公开是一个涉及多主体的行动,尤其在涉及公共利益问题时,所涉利益攸关方更多。在国际社会现有的 ISDS 调解实践中,确实存在从公共资源等类似部门入手公开信息的情况。如在美国蛇河流域的水权调解程序中,涉及 15 万项水权、2 万亿美元损失的诉求通过调解结案。该流程持续了 6 年,最终双方达成一项合作管理协议,以保护环境。这种创造性的解决办法是在一个律师小组、利益攸关方的帮助下使用调解实现的 (McGovern, 2006)。此外,在类似的阿拉加什河资源管理案中,同样采用了调解程序,由多个领域的 23 名利益相关者组成的当事方在缅因州进行了 30 个小时的调解。调解人花了大量时间与利益相关者进行单独交流,以了解他们的关注点并确定优先事项,最终形成了一份和解协议,该协议解决了所有相关方的一系列不同利益。这在仲裁程序中是难以想象的。上述例子表明,在某些情况下,有多方参与的、透明的公共部门调解可以有效解决复杂的争端。这一经验有助于考虑更为透明的 ISDS 调解在特定类别案件(如涉公共利益)中的潜在适用性。

第二,建立一个可靠的信息“探针”机制,即 ISDS 调解的透明度并不做全面的透明,而是小范围的透明,能够接触调解信息的小部分人或机构,类似于“探针”,这相较之前近乎完全封闭亦是进步。既有的调解规则存在类似的机制。如《ECT 投资调解指南》第 10.C 段建议缔约国不妨建设一个内部监督机制,要求国家在调解中的代表定期向一组可以完全接触档案的官员报告进展和可能的建议。这增强了解决方案在公众眼中的合法性,并使政府官员免于因对投资者让步或赔偿的行为而被公众批评,也有利于反驳对和解协议潜在的腐败指控。此外,还可指定一名发言人与媒体沟通,并向有关机构分发一份载有案件基本事实和常见问题的内部文件。在 ECT 的设想中,其将所谓的“探针”限定在政府官员。但是,除政府官员外,还可以适

当纳入由非政府组织、直接利害关系方、民众、专家等组成的多主体“探针”团，实现更广泛的公开。

五、余论

目前，适用投资调解机制的实践与仲裁相比仍然较低（Weeramantry，2023）。但是，近年来国际社会对调解有越来越多的需求，这源于调解的低成本和高效率优势。然而，调解也有其固有的如透明度低、执行强制力差等缺陷。但 ICSID 的新调解规则为 ADR 的适用困境增添了可靠纾解。如果对未来调解趋势进行一定的预测，笔者认为，更新、更灵活但同时略显严谨的《调解规则》的出现，以及调解机制本身所具有的仲裁无法比拟的相关优势，结合 ICSID 中心在投资争端解决领域的重大影响力，调解会愈加受到当事方的青睐。但它并不全能，过度强调调解在 ISDS 中的作用会加速国际投资争端解决的非司法化并软化争端解决的强制性。与仲裁相比，目前诉诸调解的案件比例仍然微不足道。进一步说，期望调解逐步取代仲裁在 ISDS 中的主导地位的想法是天方夜谭，这种取代很有可能会将已经实现“去政治化”并“规则化”的 ISDS 机制重新恢复到“政治化”和“超自由化”的情势中。

总体而言，调解在争端解决中确实存在相当程度的制度优势，调解可以有效地缓和仲裁带来的东道国监管权和投资者利益之间的紧张关系。尤其是在目前以仲裁为中心的 ISDS 体系下，随着对 ISDS 仲裁合法性批判的持续以及 ISDS 机制改革的缓慢推进，调解在未来的投资争端解决中将受到更多的重视。但调解并非争端解决的万能解药，在仲裁占据最大场域的 ISDS 机制下，其与仲裁的关系或会并行，或会续接，或会分叉。但无论如何，期待为“风雨飘摇”的投资争端解决注入一剂强心剂的调解机制若想要校准自己的发展方向，仍有很长的路要走。

参考文献：

- [1] 孔庆江，于占洋．商事化与去商事化间的平衡——对 ICSID 仲裁规则修改的分析 [J]．国际法学期刊，2024,(1).
- [2] 连俊雅．国际投资争端解决机制改革中的调解及中国因应 [J]．北方法学，2022,16(3).
- [3] 连俊雅．经调解产生的国际商事和解协议的执行困境与突破——兼论《新加坡调解公约》与中国法律体系的衔接 [J]．国际商务研究，2021,42(1).
- [4] 陆一戈．《新加坡调解公约》框架下的国际和解协议执行及我国回应 [J]．经贸法律评论，2022,(4).
- [5] 漆彤．论《新加坡调解公约》对投资争端和解协议的适用 [J]．南大法学，2022,(2).
- [6] 漆彤等．调解在国际争端解决中的发展与应用 [J]．武大国际法评论，2020,4(2).
- [7] 杨能盛，叶依文．调解在国际投资争端解决中的应用现状与未来 [J]．商事仲裁与调解，2021,(3).
- [8] Ali,S. F.,Repousis,O. G.Investor-state Mediation and the Rise of Transparency in International Investment Law: Opportunity or Threat[J].Denver Journal of International Law and Policy,2017,45(2).
- [9] Crawford, J.Brownlie's Principles of Public International Law[M].Oxford:Oxford University Press,2019.
- [10] Gaukrodger,D.,Kathryn,G.Investor-state Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community[M].Paris:OECD,2012.
- [11] Kessedjian,C.,et al.Mediation in Future Investor-state Dispute Settlement[J].Journal of International Dispute

- Settlement,2022,14(2).
- [12] McGovern, F.Mediation of the Snake River Basin[J].Idaho Law Review,2006,(42).
- [13] Nitschke,F.The ICSID Conciliation Rules in Practice[C].Titi,C.,Gómes,K. F.Mediation in International Commercial and Investment Disputes.Oxford:Oxford University Press,2019.
- [14] Ruscalla, G.Latest Developments in Conciliation and Mediation in Investor–state Disputes[J].Revista Brasileira de Arbitragem,2019,(16).
- [15] Schnabel,T.The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross–border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements[J].Pepperdine Dispute Resolution Law Journal,2019,19(1).
- [16] Schneider, M. E.Investment Disputes Moving beyond Arbitration[C].Chazournes,B.,et al.Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement.Leiden:Brill Nijhoff,2013.
- [17] Sharma, R.Mediation of Investor–state Disputes: Should It Be Transparent?[J].Contemporary Asia Arbitration Journal,2020,13(2).
- [18] Weeramantry, J. R., et al.Conciliation and Mediation in Investor–state Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis[J].ICSID Review–Foreign Investment Law Journal,2023,38(1).
- [19] ZHAO, Chunlei.China–EU Bilateral Investment Treaty: Talking about Being in the Right Place at the Right Time[J].Chinese Journal of International Law,2018,17(1).

The Driving Factors and Resistance to the Expansion of the Scope of Application of ICSID Mediation Rule

KONG Qingjiang YU Zhanyang

Abstract: The new ICSID Rules, which were subject to a five–year revision process, were implemented on 1 July 2022. This revision includes the inaugural ICSID Mediation Rules, which signifies the first mediation rules to be applicable to international investment dispute settlement. Consequently, it is of academic value to focus on the scope of application of the rules and analyse it as a starting point. The rationale for adopting the scope of application as a point of departure stems from its pivotal role as an inflection point and its capacity for subjective interpretation. This approach enables us to subsequently direct our attention to the provisions of the Rules themselves, facilitate a comparison with the previous mediation rules as established by other institutions, and undertake a thorough analysis of the concrete manifestations of the expansion of the scope of application of the new Mediation Rules. This will allow us to assess the degree of flexibility and completeness of the new Mediation Rules that have contributed to the expansion of the scope of application. In addition, three significant headwinds remain that hinder the rule’s implementation in future practice. These include the uncertainty surrounding its application, challenges in enforcing settlement agreements, and the discord between transparency and confidentiality. In order to address these challenges, it is imperative to identify and analyse specific mitigating measures that could facilitate the development of effective mediation mechanisms.

Keywords: international investment dispute settlement; ICSID Mediation Rules; scope of application of the rules; mediation agreements

(责任编辑: 金孝柏)