对外经济贸易大学法学院
博士申请学位科研成果考核折算科研文献

文献形式（文献综述/读书报告）：文献综述
文献题目：《投资争端解决多边框架灵活性机制的研究综述》
博士论文题目：《投资争端解决多边框架的灵活性机制研究》
导师：池漫郊
作者姓名：崔铭洁
专业：国际法学
学号：202000540105

摘要

随着国际投资仲裁案件数量的增加，以国际投资仲裁为核心的投资者与东道国争端解决机制裁决缺乏一致性、仲裁员公正性存疑等缺陷逐渐暴露出来，引发了 ISDS 正当性危机。为了弥补现行 ISDS 机制的缺陷，国际社会开始寻求对 ISDS 机制进行改革。在双边层面，以美国为代表的渐进式改革派采取了改良现有国际投资仲裁的改革措施；以欧盟为代表的系统式改革派在条约实践中纳入了国际投资法庭制度；以南非为代表的范式改革派采取了回归国内法院或国家间投资仲裁的改革措施。尽管这些措施对于 ISDS 机制而言是有益的改革实践，但相较于多边改革而言，双边层面各行其是的改革措施可能会加剧国际投资法体系的碎片化风险。在多边层面，当前备受关注的是 UNCITRAL 第三工作组关于 ISDS 改革的讨论。ISDS 多边改革的困境在于难以在具有不同改革偏好的国家间就 ISDS 的改革方案达成共识。为了促进多边合作的达成，构建一个兼具包容性与灵活性的投资争端解决多边框架的必要性凸显。关于灵活性机制应对合作难题的研究源于经济学中的不完全契约理论，而后在此基础上政治学家从理性设计的角度，提出制度的灵活性随着合作中收益分配冲突与不确定性的增加而增加，但随着参与者数量的增多而减小。鉴于构建投资争端解决多边框架灵活性机制具有理论与现实基础，本文进一步梳理了关于构建投资争端解决多边框架灵活性机制的借鉴路径研究，即《毛里求斯公约》与《BEPS 多边公约》模式。当前关于借鉴这两个公约的研究大多仍停留在笼统的设想阶段，并且未结合二者的优势以及 ISDS 改革现状细化讨论 ISDS 各个改革选项如何适用和运作灵活性机制等问题。

关键词：正当性危机，投资争端解决机制改革，投资争端解决多边框架，灵活性机制

一、投资者与东道国争端解决机制的正当性危机

随着投资仲裁案件数量的增加，投资者与东道国争端解决机制（Investor-State Dispute Settlement, ISDS）的正当性危机凸显，进而引发了国际社会关于 ISDS 机制改革的讨论。ISDS 机制的正当性危机可以分为三个层面，即法治层面、技术层面与兼容层面。

（一）法治层面的危机

晚近以来，随着投资仲裁案件数量的增多，在仲裁实践中出现了相同或类似投资条约条款被不同仲裁庭作出不同甚至相互冲突解释的现象。我国学者刘笋根据案件所涉背景将这些裁决不一致的现象分为三种情形。[1]一是案件事实相同、当事方相关联和投资权利相似。涉及此种情形典型的案例是 Lauder 诉捷克政府案[2]与 CME 诉捷克政府案[3]。在这两个案件中，美国投资者 Lauder 和其所控股的荷兰公司分别针对捷克政府修改媒体法导致外资受损的同一事实提起仲裁，但两个不同的仲裁庭对于捷克政府的行为是否违反了公平公正待遇、是否构成征收等方面作出了截然相反的推理和结论。二是案件所涉及的商业背景、投资权利相似。涉及此种情形的典型案例是 SGS 诉巴基斯坦案[4]与 SGS 诉菲律宾案[5]。这两个案件对于不同投资条约下的相似条款（保护伞条款）作出了完全相反的解释。两个仲裁庭对违反合同义务是否可以上升到违反条约上国际法义务的问题意见不一。三是案件所涉当事方、商业背景不同，但所涉投资权利相同。涉及此种情形的案例较多。例如，对于《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement, NAFTA）第 1105 条中的“公平公正待遇”，不同的仲裁庭不仅没有对“公平公正待遇”及相关概念作出准确解释，反而使得国际社会对“公平公正待遇”的理解更加混乱。仲裁裁决的不一致性导致国际社会对国际投资仲裁庭解释投资条约的能力和意愿产生了怀疑，并且也损害了国际投资条约的可预测性。[6]投资者不确定是否会受到投资条约的保护，主权国家也会对自己的行政、立法和司法行为是否具备国际法上的合法性缺乏准确判断，进而影响国家主权在投资领域内的正当行使。

造成国际投资仲裁裁决不一致的原因可以归纳为四个方面。一是缺乏统一的多边投资协定。现行的国际投资规则主要体现在 3000 多个双边投资条约（Bilateral Investment Treaties，BITs）和包含投资条款的国际经贸协定，以下将

---

[1] 刘笋：《国际投资仲裁裁决的不一致性问题及解决》，载《法商研究》2009 年第 6 期，第 139 页。

[2] Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award (2001).

[3] CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (2001).

[4] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID, Decision on Jurisdiction (2003).

[5] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID, Decision on Jurisdiction (2004).

[6] Susan D. Franck, *The legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 FORDHAM INTERNATIONAL REVIEW 1521, 1560 (2005).

其统称为国际投资协定（International Investment Agreements, IIAs）。受西方国家投资条约范本的影响，许多国际投资协定往往采用类似或相同的结构或内容，但这些范本在条款的具体措辞上存在差异。这些具体细节有所差别的 IIAs 由不同的仲裁庭予以解释和适用后，导致不同的仲裁庭对于不同 IIAs 的相同或相似条款作出不同的解释。二是国际投资协定中投资保护标准模糊。现代投资条约中充斥着许多模糊的实体法规则，如 NAFTA 中的“公平公正待遇”标准的含义在理论上没有得以澄清，在案例实践中也从未获得过一致性解释。[7]因此，在具体案情不同时，不同的投资仲裁庭对所涉条款作出不同解释也就不难理解了。三是缺乏统一的争端解决机制及有约束力的先例制度。ISDS 机制的形式表现为机构仲裁和临时仲裁，即投资者有不同的仲裁规则可供选择，在程序方面存在差异。[8]此外，投资仲裁庭均由临时仲裁员组成，其缺乏相应的机制统一仲裁庭的条约法律适用且缺乏有约束力的先例制度，这也是导致仲裁裁决不一致的原因之一。[9]四是缺乏有效的仲裁裁决纠错机制。现行国际投资争端解决中心（International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID）的撤销机制、非 ICSID 投资仲裁裁决的仲裁地国内法院复审机制均仅审查重大程序问题，无法有效地应对裁决不一致的问题。[10]综合以上四个方面，可以发现，投资仲裁体系的自身缺陷是导致 ISDS 裁决不一致的主要原因。

对于投资仲裁裁决不一致造成的影响，学者们存在不同的看法。一部分学者强调投资仲裁裁决不一致的负面影响。例如，Daniel 认为裁决不一致带来的负面影响有三方面：首先是会对投资者形成错误的暗示，影响对投资者的可预见性；其次是容易给投资者形成不公平的投资体验；最后是会影响争端解决的效率，导致往后的仲裁员在进行仲裁时额外增加说理负担。[11]不过，Daniel 也认同裁决不一致的积极影响，如可以激发讨论，使法理基础在讨论中得到进一步的明确。另一部分学者则对裁决不一致持积极的态度。例如，Judith Gill 认为 ISDS 机制大部分裁决是一致的，目前对 ISDS 的批评夸大了个别裁决不一致的影响。并且，现有裁决的不一致是法律实践的常态，因为裁决不一致并非 ISDS 机制独有的现象，商事仲裁和国内法院作出不同判决也是屡见不鲜的事实。此外，通过不同裁决的争论，某种法律解释会脱颖而出，更为人所接受，进而形成一致的法律意见。

---

[7] Charles H. Brown II, *Structure, Legitimacy and NAFTA's Investment Chapter*, 36 THE VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 37, 94 (2003).

[8] 张庆麟：《欧盟投资者国家争端解决机制改革实践评析》，载《国际法与比较法》2016 年第 3 期，第 143-155 页。

[9] M. SORNARAJAH, RESISTANCE AND CHANGE IN THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 389 (Cambridge University Press, 2015).

[10] Noah Rubins, *Judicial Review of Investment Arbitration Awards*, in BIICL INVESTMENT TREATY FORUM CONFERENCE, 2 TDM (2005).

[11] Daniel M. Price, *Some Observation on Chapter Eleven of NAFTA*, 23 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV 421 (1999).

[12]学者们对投资仲裁裁决不一致的讨论集中于裁决不一致的严重程度和影响，但均承认了个别仲裁裁决存在不一致的现象。当前，裁决不一致的问题已经成为ISDS 改革的关注焦点。

对于如何解决投资仲裁裁决不一致的问题，当前大多数研究集中于建立上诉机制作为投资仲裁裁决的纠错机制，以审查原裁决在实体和程序方面的错误。较多学者支持将上诉机制引入投资仲裁程序。例如，David A. Gantz 认为，上诉机制有助于消除 ICSID、UNCITRAL 和其他仲裁机构相互之间就类似或相同条约条款作出相互冲突的解释的现象。[13]Susan D. Frank 也指出，确定性与一致性是体制正当性的必须，现有的 ISDS 机制对一致性问题缺乏有效的应对机制，应当建立上诉机制、引入仲裁预防条款等保证裁决的一致性和可预见性。[14]甚至有激进者主张只有建立上诉机构才能确保仲裁裁决的一致性、法律上的可预见性，以及确保仲裁庭依据投资条约条款的本来意思作出裁决。[15]然而，也有学者认为 ISDS 机制无须纳入上诉机制或质疑上诉机制解决裁决不一致问题的效果。例如，Michael Schneider 通过比较世界贸易组织（World Trade Organization, WTO）和国际投资体系之间的差别，指出 WTO 建立在多边条约的基础上，成员方期待条约得到一致解释，而国际投资条约体系主要由双边条约组成，各国对一致性适用的期待不如 WTO 条约，因此 WTO 上诉机构的成功并不意味着投资仲裁也需要该机制。[16]Stephan W. Schill 则就上诉机制是否能解决裁决不一致的问题提出了疑问。[17]此外，还有一部分学者则从上诉机制的可行性出发进行研究，如 Thomas W. Walsh 就认为大多数投资者可能更关注具体裁决中法律适用的准确性，而非法律是否统一适用，因此投资者可能并不会因为统一法律适用支持建立上诉机制，建立上诉机制困难重重。[18]对于建立上诉机制的研究整体上较为完善，涵盖了是否需要上诉机制、上诉机制的构建可行性等方面。目前欧盟已经在条约实践中建立了双边上诉机制，但多边上诉机制的建立仍停留在设想层面。

（二）技术层面的危机

---

[12] Judith Gill, *Inconsistent Decisions: An Issue to be Addressed or a Fact of Life?,* in BIICL INVESTMENT TREATY FORUM CONFERENCE, 2 TDM (2005).

[13] David A. Gantz, *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement*, 19 AMERICAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW 679, 767 (2003).

[14] Susan D. Franck, *The legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 FORDHAM INTERNATIONAL REVIEW 1521, 1560 (2005).

[15] R. Doak Bishop, *The Case for an Appellate Panel and Its Scope of Review*, in BIICL INVESTMENT TREATY FORUM CONFERENCE, 2 TDM (2005).

[16] Michael Schneider, *Does the WTO Confirm the Need for a More General Appellate System in Investment Disputes?* in BIICL INVESTMENT TREATY FORUM CONFERENCE, 2 TDM (2005).

[17] Stephan W. Schill, *The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within, in* RESHAPING THE INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM (Jean E. Kalicki & Anna Joubin-Bret ed., 2015).

[18] Thomas W. Walsh, *Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality?*, 24 BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 444, 445 (2006).

在技术层面，ISDS 机制正当性危机主要体现为两个方面：仲裁员的独立性与公正性存疑、投资仲裁效率低费用高。仲裁员的独立性与公正性是指仲裁员在任命方式、任职期限、收入等方面具有稳定的保障，不存在利益冲突，不受制于争端当事方或者其他第三方。投资仲裁的仲裁员一般是由争端当事方指定，没有固定任期，也非全职，存在复杂利益冲突的可能性。因此，在 ISDS 机制下仲裁员的独立性与公正性逐渐受到国际社会的质疑。对此，国内外学者大多从两个角度进行研究：一是仲裁员是否存在缺乏独立性与公正性的问题；二是哪些因素导致仲裁员缺乏独立性与公正性。

对于仲裁员的独立性与公正性是否存疑的问题，主流观点认为仲裁员具有偏袒投资者的立场，倾向于作出不利于东道国的裁决，但 Reberto Echandi 对 548 个已结案件的裁决结果进行了实证研究，其中 36.5%驳回了仲裁请求，28%裁定东道国支付赔偿，其他案件则和解或者终止，表明仲裁裁决并没有偏向某一当事方的倾向。[19]然而，仅考察最终裁决结果具有一定的局限性。Gus van Harten 利用内容分析方法对投资仲裁庭作出的法律解释进行了量化研究，指出仲裁员采取的立场更倾向于原告投资者且主要是西方主要资本出口国的原告，但这并不构成系统性偏见的确切证据。[20]此外，Michael Waibel 与 Yanhui Wuz 还通过分析 400 多个仲裁案件中被指定的 350 名仲裁员的个人资料，指出投资者指定的仲裁员比东道国指定的仲裁员更能密切地审查东道国的行为，同时仲裁员的国籍、政治偏好等个人因素也对仲裁裁决结果产生重要影响。[21]从这些实证研究可以发现，尽管仲裁员缺乏独立性与公正性的问题对最终裁决结果产生的影响并不是非常明确，但这种偏袒投资者的倾向性确实存在且已经引起国际社会的担忧。

仲裁员的公正性与独立性往往受很多因素影响，如仲裁员的选任方式、仲裁员的多重身份等。在投资仲裁中，一般是由投资者单方提起仲裁请求，由争议双方指定仲裁员组成投资仲裁庭。这意味着，投资者在某种程度上控制着仲裁员的业务来源，导致仲裁员倾向于迎合投资者的利益。[22]此外，由于争议双方掌握指定仲裁员的权利，争议双方往往选择一个可能会支持该诉求的仲裁员，以提高获得仲裁庭支持的概率。[23]因此，在投资仲裁中，仲裁员的任命方式与提起投资争

---

[19] Reberto Echandi, *The Debate on Treaty-Based Investor-State Settlement: Empirical Evidence (1987-2017) and Policy Implications*, 34 ICSID REVIEW 32 (2019).

[20] Gus Van Harten, *Arbitrator Behavior in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration*, 50 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 211 (2012).

[21] Michael Waibel and Yanhui Wuz, *Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration*, http://www.yanhuiwu.com/documents/arbitrator.pdf (last visited March 5, 2024).

[22] Pia Eberhardt and Cecilia Olivet, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fueling an Investment Arbitration Boom*, https://www.tni.org/files/download/profitingfrominjustice.pdf (last visited March 5, 2024).

[23] Julian Donaubauer, Eric Neumayer and Peter Nunnenkamp, *Winning or Losing in Investor-to State Dispute Resolution: The Role of Arbitrator Bias and Experience*, 26 REVIEW OF INTERNATIONAL ECONOMICS 892,

端的方式均可能会对仲裁员的公正性与独立性产生一定影响。仲裁员的多重身份则是指投资仲裁庭的仲裁员均为兼职，可以在不同案件中同时担任仲裁员、代理人、专家证人等。有学者曾指出有一名专家被指定为仲裁员 23 次，还有 21 次被指定为案件当事方的代理人，仲裁员常常先后甚至同时在不同案件中担任当事方的代理人。[24]在这种情况下，仲裁员不同的身份可能会产生潜在利益冲突。[25]仲裁员可能会作出具有先例作用的裁决，从而有利于其将来担任代理人的案件。[26]此种双重身份也使得仲裁员的独立性与公正性受到质疑，成为反对 ISDS 机制的原因之一。

关于投资仲裁的效率与费用问题，一般认为，仲裁较于诉讼的优势在于耗时更短，当事人所付出的金钱成本也更少。然而，在实践中，国际投资仲裁的费用数额巨大。M. Hodgson 曾测算，东道国平均应诉费用为 500 万美元。[27]并且，胜诉方有时也须承担案件的费用。高额的争端解决费用对作为申请人的中小投资者和作为被申请人的发展中国家构成了沉重的负担，使之可能不愿或者甚至不能诉诸国际投资仲裁解决争端。在程序时限方面，国际投资仲裁的耗时也较为漫长。以 ICSID 为例，解决争端平均耗时三到四年。[28]若涉及裁决的撤销，则时间将再延长 2 年。耗时漫长的投资争端解决程序也导致仲裁费用大幅增加，加重了争议双方的负担。因此，效率低且费用高的问题也成为 ISDS 正当性危机的一部分，需要在 ISDS 改革中予以考虑。

（三）兼容层面的危机

ISDS 兼容层面的危机主要指国际投资仲裁缺乏透明度。国际投资仲裁体系由商事仲裁发展而来，秉承了商事仲裁程序不公开和保密的特征。然而，此种保密性特征却与国际投资仲裁的公法属性不兼容，招致了国际社会对国际投资仲裁缺乏透明度的批评。具体而言，国际投资仲裁的争议一方是东道国，仲裁程序涉及对东道国行为的审查，仲裁结果也可能要求东道国赔偿。东道国公共舆论难以容忍未知和未经公开选择的人在黑暗和秘密之中处理国家的命运，因此要求公众

---

916 (2018); Albert Jan van den Berg, *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, in LOOKING TO THE FUTURE (Mahnoush H. Arsanjani et al. eds., 2010).

[24] Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, 20 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 301, 331 (2017).

[25] Judith Levine*, Dealing with Arbitrator "Issue Conflicts" in International Arbitration*, 61 DISPUTE RESOLUTION JOURNAL 60 (2006); Ruth Mackenzie and Phillipe Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge,* 44 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 271 (2003).

[26] Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lise Johnson and Fiona Marshall, *Arbitrator Independence and Impart -iality: examining the dual role of arbitrator and counsel*, https://www.iisd.org/system/files/meterial/dci_2010_arbitrator_independence.pdf (last visited March 5, 2024).

[27] Matthew Hodgson, *32 Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform*, in RESHAPING THE INVESTMENT-STATE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM (Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret ed., 2015).

[28] MARC BUNGENBERG and AUGUST REINISCH, FROM BILATERAL TRIBUNALS AND INVESTMENT COURTS TO A MULTILATERAL INVESTMENT COURT 16 (Springer Berlin Heidelberg, 2018).

参与和可问责性。[29]公众对知情权的强烈要求成为促使国际投资争端解决提高透明度的重要驱动力。[30]

二、投资者与东道国争端解决机制的改革困境

随着 ISDS 机制正当性危机的出现，国际社会在双边和多边层面都对 ISDS 机制改革进行了尝试。在双边层面，许多国家在其签署的投资条约中对 ISDS 机制进行了改革，但各国主张的改革路径却有所不同。这些改革路径大体上可以分为改良国际投资仲裁的渐进式改革、建立投资法庭制度的系统式改革、回归国内法院或国家间仲裁的范式改革。在多边层面，自上个世纪末开始，经济合作与发展组织（Organization for Economic Co-operation and Development, OECD）、联合国贸易发展会议（United Nations Trade and Development, UNCTAD）、ICSID、UNCITRAL 等国际组织则不断尝试建立多边投资争端解决机制。尽管国际社会对于 ISDS 机制作出了有益的改革尝试，但当前双边层面的 ISDS 改革措施存在局限性，多边层面的改革举步维艰。

（一）投资者与东道国争端解决机制双边改革的不足

ISDS 渐进式改革主要以美国为代表，主张保留投资仲裁机制的核心要素，采用温和的改革来解决具体问题。传统上，美国是国际投资仲裁机制的积极拥护者，在其签署的 BITs 和自由贸易协定（Free Trade Agreements, FTA）中广泛纳入了 ICSID 仲裁机制来处理投资者与国家间的投资争端。然而，随着美国政府被诉案件数量的增加，美国社会各界对 ISDS 机制的质疑越来越多，美国开始考虑对 ISDS 机制进行修改和完善，并采取了一系列措施改良 ISDS 机制。刘笋将以美国为代表的国家采取的措施归结为三个方面：依靠条约中仲裁机制本身提供的空间进行适度补救；运用国内立法引导投资条约和 FTA 谈判目标发生转变；改革 FTA 和投资条约以应对仲裁威胁。[31]具体而言，美国首先是利用 FTA 对某些机构解释条约的特别授权，对仲裁庭解释投资条约的行为进行适当引导和限制。例如，2001 年 NAFTA 下的自由贸易委员会首次行使解释权，专门针对具有争议的 NAFTA 第 1105 条发布了一个解释性声明，限缩了“公平公正待遇”的解释。之后，2002 年美国《贸易促进授权法案》确立了美国在国际贸易协定中有关投资章节的主要谈判目标，包括建立上诉机构或类似机制、要求仲裁程序对公众开放、允许向仲裁庭提交“法庭之友”意见书等等。[32]根据该法案提出的谈判目标，美国于 2003

---

[29] Horodyski Dominik, *Democratic Deficit of Investment Arbitration in the View of Rules on Transparency and Mauritius Convention on Transparency*, 13 US-CHINA LAW REVIEW 160, 171 (2016).

[30] 梁丹妮:《国际投资争端仲裁程序透明度研究——从〈ICSID 仲裁规则〉（2006）和〈UNCITRAL 仲裁规则（修订草案）〉谈起》，载《国际经济法学刊》2010 年第 1 期，第 227 页。

[31] 刘笋：《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》，载《法学研究》2008 年第 6 期，第 146-149 页。

[32] U. S. Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002, section 2.

年与智利、摩洛哥、秘鲁等发展中国家签署的自由贸易协定中，纳入了对 ISDS 机制的改良措施，如增加投资透明度和法庭之友的规定、提出建立上诉机制的可能性、建立先决问题预审制度等。[33]2004 年美国 BIT 范本[34]、2012 年美国 BIT 范本[35]同样也对 ISDS 机制进行了改良，提出建立上诉机制的可能性、提高透明度要求等，并对国家安全、公共利益等方面问题作出了回应。此外，美国在环太平洋伙伴关系协定（Trans-Pacific Partnership, TPP）[36]中也贯彻了改良 ISDS 机制的态度，进一步细化了磋商谈判、仲裁员选任、法庭之友等方面的规则，并确立了反诉机制，新增了提高仲裁效率等规定。

以美国为代表的渐进式改革呈现出涉及程序多，涵盖范围广的特点，但也存在一定的局限性。首先，主张渐进式改革的国家采取的措施存在差异，未能就各项改革措施达成共识。其次，渐进式改革的主要支持者（美国）的承诺并不稳定，并且其还受到了欧盟等其他国家的质疑，未获得国际社会的广泛支持，仍局限在双边或区域层面。2020 年美国签署的《美墨加协定》（United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA）未考虑纳入上诉机制，并规定在美国和加拿大之间不再适用 ISDS 机制，同时美国与墨西哥之间的 ISDS 机制的适用范围缩小，投资者的程序性权利也受到限制。[37]USMCA 中有关 ISDS 的规定体现出美国可能转向支持范式改革，抛弃传统 ISDS 机制的趋势。此外，欧盟、加拿大等国认为渐进式改革的本质仍属于商事仲裁模式，虽然对仲裁员资质、透明度和参与性问题有所改进，并开启了上诉机制谈判，但其实际上仍是由投资者来主导争端解决机制。这种“非中心化”的模式难以处理好投资者与东道国之间具有公法性质的投资争议，也无法彻底回应当前的正当性危机，如裁决不一致等本质缺陷。[38]最后，渐进式改革的改革效果存疑且面临一个重大风险，即拒绝妥协支持系统式改革可能将加剧体系的崩溃。Anthea Roberts 认为考虑到现有 ISDS 体制已经非常有争议，只针对特定问题的改革可能并不能解决问题，反而可能加剧 ISDS 体系的崩溃。[39]渐进式改革者不能假定现状是稳定的，与其 ISDS 完全被抛弃，可能需要考虑采纳系统式改革派的建议。

系统式改革以欧盟为代表，主张建立由常设仲裁庭和上诉庭组成的投资法庭制度（Investment Court System, ICS），以此来取代临时仲裁机制。2015 年，欧盟

---

[33] United States-Chile Free Trade Agreement, Chapter Ten: Investment, art. 10; United States-Singapore Free Trade Agreement, Chapter 15: Investment, art. 15.19.

[34] 2004 U.S. Model BIT, art. 28, Annex D.

[35] 2012 U.S. Model BIT, section B.

[36] Trans-Pacific Partnership Agreement, Chapter Investment B, art. 9.17-9.29.

[37] United States-Mexico-Canada Agreement, Chapter 14: Investment, Annex 14-D.

[38] Mark A. Clodfelter, *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, 12 SANTA CLARA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 159, 173 (2013).

[39] Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration,* 112 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2018).

在与美国进行《跨大西洋贸易和投资伙伴关系》（Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP）协定的谈判过程中，阐明了建立投资法庭制度的基本立场。[40]随后，欧盟在 TTIP 投资章节草案中对 ICS 的机构设置、运作模式、具体程序规则等进行了细化设计。[41]由于 TTIP 谈判止步不前，欧盟关于 ICS 的提议仍停留在设想层面，但很快该想法就被付诸欧盟的其他条约实践中。2016 年《欧盟与加拿大综合经济与贸易协定》（EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA）[42]明确建立双边投资法庭制度，标志着该制度由设想走向实践。CETA 投资章节规定了常设仲裁庭和上诉机制的组成，常设仲裁员的选任，以及仲裁员资质、任期及律师竞业禁止等。此后，2019 年签署的《欧盟与越南自由贸易协定》（EU-Vietnam Free Trade Agreement, EVFTA）[43]和《欧盟与越南投资保护协定》（EU-Vietnam Investment Protection Agreement, EVIPA）[44]也纳入了 ICS，并进一步细化了上诉机制的具体程序安排，对上诉庭成员的选任也提出了更高标准。另外，《欧盟与新加坡自由贸易协定》与《欧盟与墨西哥自由贸易协定》也均采用了投资法庭制度作为投资争端解决机制。

对于投资法庭制度的系统式改革，国内外学者大多从建立投资法庭制度的正当性和可行性出发进行研究。一部分学者对投资法庭制度持支持的态度。例如 Catharine Titi 认为投资法庭制度是对 ISDS 的创新性改革，包括了替代性争端解决、初审法庭、上诉机制、对仲裁员的道德要求、例外条款、诉讼费用和失败者支付原则、对中小投资者的特殊条款、平行诉讼、透明度规则、诉讼终止、服务和投资委员会等 11 项制度创新。[45]不过，也有一部分学者对投资法庭制度持反对态度，主要质疑投资法庭制度的具体设计。例如，Robert W. Schwieder 认为投资法庭的设计排除了投资者任命仲裁员的权利，法官有可能被认为代表国家利益。[46] Luca Pantaleo 提出上诉机制面临滥诉的重大风险，在实践中极可能被寻求二

---

[40] European Commission, *Online Public Consultation on the Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf (last visited March 5, 2024).

[41] See Text of the Proposal on Investment Protection and Resolution of Investment Disputes and Investment Court System in TTIP, http://www.sice.oas.org/tpd/USA_EU/EU_Proposal_for_Investment_Court_System/IP-15-6059_EN.pdf (last visited on March 5, 2024).

[42] EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, Chapter 8: Investment, Section F, https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc- tdm.aspx?lang=eng (last visited March 5, 2024).

[43] EU-Vietnam Free Trade Agreement, https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/vietnam/eu-vietnam-agreement_en (last visited March 5, 2024).

[44] EU-Vietnam Investment Protection Agreement, Chapter 3: Dispute Settlement, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download (last visited March 5, 2024).

[45] Catherine Titi, *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, 1 TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT (2017).

[46] Robert W. Schwieder, *TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved?) Paradigm for Investor-State Adjudication*, 55 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 180, 226 (2016).

次救济的私人目的所覆盖。[47]尽管学者们对投资法庭制度的态度不同，但大部分研究均提及投资法庭制度的技术性问题，以及双边投资法庭的局限性问题。投资法庭制度的技术性问题主要包括法院的新程序规则、法院制度执行、法院制度多元化和如何确保其符合欧盟法律和欧盟法律秩序自治原则等。[48]关于双边投资法庭的担忧则主要在于若双边层面建立多个投资法庭制度，可能会加剧国际投资法的碎片化。[49]此外，投资法庭制度在国际上也未得到广泛的认同。在 2013 年 TTIP 的谈判中，美国政府就对欧盟关于投资法庭的提议反应冷淡，美国贸易代表认为没有必要在 TTIP 中纳入上诉机制。[50]综观国内外学者对投资法庭制度的分析，欧盟主张的投资法庭制度未获得世界主要经济体的支持，同时也存在着一些技术性问题需要克服。更重要的是，在双边层面建立多个投资法庭并不能解决现有投资仲裁体系存在的问题，甚至可能会加剧国际投资法体系的碎片化风险。

回归国内法院或国家间仲裁的范式改革以南非为代表，提出现行 ISDS 机制具有无法弥补的缺陷，需要创设一种全新的投资争端解决模式来全盘替代 ISDS。回溯投资者与国家争端解决机制的创设历史，国际投资条约中纳入 ISDS 条款通常是为了保护投资者的利益而非国家。加入和未加入《ICSID 公约》的一些发展中国家受 ISDS 案件的影响，在执行地方性法规或公共政策决定方面遇到了困难，从而引起了对 ICSID 投资仲裁制度的不满。2000 年之后，有几个拉丁美洲国家——玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉，先后通过退出《ICSID 公约》、修改 BITs 等措施表达了对 ICSID 仲裁制度的不满。此后，南非终止了与其他国家的 BITs，并决定与其他国家签署的投资协定中不再包含 ISDS 条款。在 Foresti 诉南非案[51]后，南非开始寻求以国内立法保护来取代 ISDS 机制。2015 年，南非颁布了《促进和保护投资法案》，规定投资者与国家之间的投资争端仅限在国内法院进行调

---

[47] Luca Pantaleo, *Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?* 28 EUROPEAN BUSINESS LAW REVIEW 163, 184 (2017).

[48] See, *e.g.*, Hannes Lenk, *Investment Arbitration under EU Investment Agreements: Is There a Role for an Autonomous EU Legal Order?,* 28 EUROPEAN BUSINESS LAW REVIEW 135 (2017); N. Jansen Calamita, *The (In) Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime*, 18 JOURNAL OF WORLD INVESTMENT AND TRADE 585 (2017); 黄世席：《欧盟国际投资仲裁法庭制度的缘起与因应》，载《法商研究》2016 年第 4 期；杨帆：《试析欧盟法律秩序自主性对国际争端解决机制的影响——兼评投资法庭机制在欧盟的合法性》，载《时代法学》2017 年第 2 期；石静霞：《国际投资协定新发展及中国借鉴——基于 CETA 投资章节的分析》，载《国际法研究》2018 年第 2 期；连俊雅：《欧盟投资法院裁决执行规定的合法性问题》，载《武大国际法评论》2021 年第 1 期。

[49] See, *e.g.*, Doak Bishop, *Investor-State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Around?* 30 ICSID REVIEW 1, 9 (2014); Freya Baerens, *The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges*, 43 LEGAL ISSUES OF ECONOMIC INTEGRATION 367, 384 (2016); 郭玉军：《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》，载《法学家》2011 年第 3 期；肖军：《欧盟 TTIP 建议中的常设投资法院制度评析》，载《武大国际法评论》2016 年第 2 期。

[50] Krista Hughes and Philip Blenkinsop, *U.S. Wary of EU Proposal for Investment Court in Trade Pact*, https://www.reuters.com/article/us-trade-ttip-idUSKCN0SN2LH20151029 (last visited March 5, 2024).

[51] Foresti and ors v. South Africa Investment Dispute Settlement Navigator, ICSID, Decision on Jurisdiction (2010).

解和诉讼，或者仅在用尽国内救济措施之后，并在政府同意的情况下，通过东道国与投资者母国的国家间仲裁来解决投资者与国家间的争端。此外，另一个发展中大国——印度也终止了与澳大利亚和中国等国的 BITs，并在 2015 年出台了新的 BIT 范本，严格限制 ISDS 机制。例如，范本第 15.1 设置了严格的用尽当地救济条款，要求投资者首先在知晓争议措施及损害后果后 1 年内寻求东道国国内救济，只有在用尽当地救济仍未解决争议的情形下才能诉诸仲裁，并且须遵循若干严格时限要求。[52]除了南非和印度之外，印度尼西亚也采取了回归国内救济的措施，并终止了与保加利亚、柬埔寨、中国、埃及等国家的 BITs。

国内法院或国家间仲裁的范式改革的局限性主要体现在过于保护东道国的利益，难以被世界主要经济体所接受。蔡从燕就认为，范式改革已经从一种过于保护外国投资者的不平衡做法转变为过于保护东道国的另一种做法，很可能被欧盟、美国和中国等世界上的主要经济体拒绝。[53]此外，以南非为代表的范式改革自身也存在一些亟待解决的问题：（1）外国投资者在提起国内诉讼时，是否仍然能够依靠国际法的保护？（2）如果是这样，南非宪法作为国内法是否会取代国际法下的任何有关承诺？（3）南非的新 ISDS 制度是否符合国际法？[54]

（二）投资争端解决机制多边改革的困境

国际社会关于建立 ISDS 多边机制的探索可以追溯至上个世纪末。1995 年 5 月到 1998 年 4 月，OECD 进行了一次缔结《多边投资协定》（Multilateral Agreement on Investment，MAI）的尝试。MAI 草案是至今为止世界上投资自由化程度最高、投资保护标准最高的国际协议文本，规定了宽泛的投资定义、投资者定义和适用范围，并纳入了国家间投资争端解决机制和投资者与国家间投资争端解决机制。然而，由于谈判的失败，最终 MAI 草案也未能付诸实践。

进入 21 世纪以来，对于建立 ISDS 多边机制的探索更加广泛。2004 年 ICSID 秘书处对建立多边上诉机制进行了探索，但 ICSID 关于建立上诉机制的设想一经提出，便遭到了许多学者的批评和国家的反对。最终，因大多数成员国认为在现阶段尝试建立投资争端解决上诉机制的时机并不成熟，特别是考虑到讨论稿中提及的技术和政策问题难以解决，ICSID 秘书处撤回了关于建立上诉机制的提议。[55]OECD 组织的投资自由圆桌论坛从 2011 年开始聚焦于 ISDS 机制，定期对投资

---

[52] India 2015 BIT Model, art. 15.1

[53] Cai Congyan, *Balanced Investment Treaties and the BRICS,* 112 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 217 (2018).

[54] Engela C. Schlemmer, *Dispute Settlement in Investment-Related Matters: South Africa and the BRICS*, 112 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 212 (2018).

[55] International Center for Settlement of Investment Disputes, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf (last visited March 20, 2024).

条约以及 ISDS 机制进行分析和讨论，其中包括 ISDS 多边改革方案。[56] UNCTAD 也对 ISDS 改革问题进行了关注，先后在 2013 年[57]和 2015 年《世界投资报告》[58]中对建立多边上诉机制或常设国际投资法院的改革方案进行了较为客观的分析，并认为多边层面的集体努力有助于就更可取的改革行动达成共识，但面临较大困难。

备受关注的是联合国国际贸易法委员会在 2017 年授权其第三工作组着手讨论 ISDS 改革的不同方案。自 UNCITRAL 第三工作组组织讨论 ISDS 多边改革以来，陆续收到了各国就 ISDS 机制改革方案提交的意见书。有 5 份意见书提出关于独立的复审或上诉机制的初步建议[59]，有 4 份意见书提出建立配有专职法官和初审和上诉投资法院的改革方案[60]，11 份意见书提出加强仲裁以外的争端解决机制[61]，3 份意见书提出加强用尽当地补救方法[62]，1 份意见书提出适用国家间争端解决机制[63]。各国提交的意见书体现了不同的改革偏好及 ISDS 多边改革缺乏共识的现状。有学者分析了各个改革偏好的优缺点，指出内国法院审理机制的独立性和公平性可能存疑；外交手段可能对强国和能够说服国家进行外交保护的大公司来说更为有利；国家间的争端解决机制将使争端政治化；多边投资法庭制度对仲裁员的选任程序有被政治化的风险，可能会出现类似于 WTO 上诉机制的危机，并且多边投资法庭所产生的裁决可能会因主权原因被抵制执行。[64]因此，很难说哪一种改革方案是更可取的，应当允许各国根据自身情况选择所偏好的改革方案。在这种情况下，灵活性似乎将成为一种必然的趋势。现阶段改革的努力可能将会

---

[56] David Gaukrodger and Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf (last visited March 20, 2024).

[57] UNCTAD, World Investment Report 2013: *Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2013_en.pdf (last visited March 20, 2024).

[58] UNCTAD, World Investment Report 2015: *Reforming International Investment Governance*, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015_en.pdf (last visited March 20, 2024).

[59] A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Submission from the European Union and its Member States;
A/CN.9/WG.III/WP.161, Submission from the Government of Morocco;
A/CN.9/WG.III/WP.175, Submission from the Government of Ecuador;
A/CN.9/WG.III/WP.177, Submission from the Government of China.

[60] A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Submission from the European Union and its Member States;
A/CN.9/WG.III/WP.176, Submission from the Government of South Africa;
A/CN.9/WG.III/WP.179, Submission from the Government of the Republic of Korea;
A/CN.9/WG.III/WP.180, Submission from the Government of Bahrain.

[61] See, e.g., A/CN.9/WG.III/WP.156, Submission from the Government of Indonesia;
A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Submission from the European Union and its Member States;
A/CN.9/WG.III/WP.161, Submission from the Government of Morocco.

[62] A/CN.9/WG.III/WP.156, Submission from the Government of Indonesia;
A/CN.9/WG.III/WP.161, Submission from the Government of Morocco;
A/CN.9/WG.III/WP.176, Submission from the Government of South Africa.

[63] A/CN.9/WG.III/WP.176, Submission from the Government of South Africa.

[64] Sergio Puig and Gregory Shaffer, *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*, 70 THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW 361,409 (2018).

导致出现一个多元化的结果，即多种改革方式并存。[65]

三、灵活性机制的概念与重要性研究

在《布莱克法律词典》中，灵活性（Flexibility）是指一个法律体系如何在一定范围和时间框架内发生变化。[66]其在法律中的思想渊源可以追溯到必要性理论和情势变迁学说，二者均旨在为突破既有规范提供法理依据。新制度主义经济学家最早认识到灵活性的重要性，并在不完全契约理论中详尽阐述了灵活性与外部世界状态不确定性的关系。[67] 所谓完全契约是指契约条款在事前都能明确地写出，在事后都能完全地执行；当事人均能准确地预测在执行契约过程中所发生的不测事件，并能对这些时间作出双方同意的处理；当事人一旦达成契约，将自愿遵守其契约条款，若发生争议，第三者可以强制执行契约条款。[68]然而，在现实中，由于个人的有限理性，外部环境的复杂性、不确定性，信息的不对称和不完全性，制定一个完全契约是不可能的，需要设计相应的机制以应对契约条款的不完全性。[69]

具体而言，契约具有不完全性的原因有两个：一是交易成本；二是有限理性。交易成本理论是由科斯提出，并由威廉姆斯、克莱因、张五常等人发展而来。根据科斯的定义，交易成本是指“为了完成一项市场交易，必须弄清楚谁是某人与之交易者，必须告知人们，某人愿意出售某物，以及愿意在何种条件下进行导致协议的谈判、签订合同并实施为保证合同条款得到遵守所必要的检查，如此等等”。[70]与缔约相联系的交易成本可分为：在订立契约的过程中确定所有可能的偶发事件的成本；在草拟正式契约和完成契约时涉及的成本；同契约谈判相关时间的成本；阅读契约的成本；信息搜寻成本。[71] 在现实中谈判和草拟一项协定均有巨额成本，协定越具体，这些成本可能越高。[72]有限理性是指人的理性是有限的，对外在环境的不确定性是无法完全预期的，不可能把所有发生的未来事件都写入契

---

[65] Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration,* 112 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2018).

[66] Black’s Law Dictionary, https://thelawdictionary.org/flexibility/ (last visited March 25, 2024).

[67] Jo Anna Gray, *On Indexation and Contract Length,* 86 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 1, 18 (1978); Milton Harris and Bengt Holstrom, *On the Duration of Agreements*, 28 INTERNATIONAL ECONOMIC REVIEW 389, 406 (1987).

[68] 完全契约的假设主要存在于古典契约理论与新古典契约理论。详见【美】富兰克·H.奈特：《风险、不确定性和利润》，王宇、王文玉译，中国人民大学出版社 2005 年版，第 4 页；【美】科斯 哈特、斯蒂格利茨等：《契约经济学》，李风圣译，经济科学出版社 1999 年版，第 9 页。

[69] Steven Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 BELL JOURNAL OF ECONOMICS 466, 490 (1980).

[70] Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 315 (1960).

[71] UNCTAD, World Trade Report 2009: *Special Economic Zones*, http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm, (last visited March 25, 2024).

[72] Henrik Horn, Giovanni Maggi and Robert W. Staiger, *Trade Agreements as Endogenously Incomplete Contracts*, 100 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 395 (2010).

约条款中，更不可能制定好处理未来事件的具体条款。[73]但是，有限理性并不意味着非理性，而是人的愿望合理，但只能有限地做到。基于交易成本与有限理性的假设，在复杂的、无法预测的世界中，当事方很难预测到可能的外部突发事件，也没有能力估计其所带来的后果。即使其预测到了所有的偶发事件，在契约中对所有相关偶发性事件进行列举和谈判，所耗费的交易成本也将不可估量。[74]

同契约一样，条约也规定当事人之间的权利和义务，其有效性来自当事人的协议。从这个意义上来说，条约是国际层面的契约，国际协定就是国家之间允诺的交换。[75]契约的不完全性导致国家在加入一项国际协定或其他合作性协定时，会涉及对风险的考虑。国家希望缔结条约之时能鼓励每个当事方都能在契约关系中投资以最大化可期待的共同收益，但国家还希望在未来所有不确定得到解决的契约履行时获得最大化的价值。这两个目标之间存在内在的和不可约的张力。为了激发国际合作中的投资积极性，任一缔约方都希望对方实现承诺，但后来发生的事情，可能致使僵化的承诺与最大化共同盈余的契约目标不相一致，因此缔约方又会希望一种灵活性以调整任何未来情形造成契约不再有利可图的投资。易言之，任一缔约方不仅想要确保他方的承诺，同时也想要保护适应未来不确定性的灵活性。因此，面对外部环境不确定性的风险，增加契约的灵活性成为当事方在签订契约时必须考虑的应对策略。

在经济学，特别是契约理论的基础上，政治学家从理性设计的角度研究灵活性。其中，最具影响力的是 2001 年 Koremenos, Lipson 和 Snidal 关于国际制度理性设计的研究。[76]国际制度理性设计研究的核心思想是：国际制度设计是一个理性选择的过程。在无政府的国际体系中，理性的国家根据国家间合作中所面临的难题类型，选择设计具有不同特征的国际制度，以最有效地实现自己的目的。对于国家间合作的难题类型，凯里迈诺斯等学者受博弈论的启发，将其概括为执行问题、收益分配问题、不确定性问题、博弈者数量及力量对比问题。[77]执行问题主要对应了“囚徒困境”协作博弈模型所蕴含的“背叛动机”问题。收益分配问题主要对应了“情人战”协调博弈模型所蕴含的“分配差异”问题。不确定性问题主要对应了“猎鹿游戏”保证博弈模型所蕴含的“信息不足”问题。博弈者

---

[73] Luca Anderlini, Leonardo Felli and Andrew Postlewaite, *Courts of Law and Unforeseen Contingencies*, 23 JOURNAL OF LAW, ECONOMICS AND ORGANIZATION 662, 684 (2006).

[74] 韩逸畴：《论 WTO 协定为不完全契约》，载《上海对外经贸大学学报》2014 年第 4 期，第 58 页。

[75] Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 INTERNATIONAL ORGANIZATION 424 (2000).

[76] Barbara Koremenos, Charles Lipson and Duncan Snidal, *The Rational Design of International Institutions*, 55 INTERNATIONAL ORGANIZATION 761, 773 (2001).

[77] Barbara Koremenos, Charles Lipson and Duncan Snidal, *The Rational Design of International Institutions,* 55 International Organization 761, 774 (2001). For Game theory analysis, see James Morrow, *Modeling the Forms of International Cooperation: Distribution and Information*, 48 International Organization 387, 423 (1994); James D. Fearon, *Bargaining, Enforcement, and International Cooperation*, 52 International Organization 269, 305 (1998); Lisa L. Martin*, Interests, Power and Multilateralism*, 46 International Organization 765, 792 (1992).

数量及力量对比问题主要对应了“霸权下合作”劝说博弈模型所蕴含的“权力不对称”问题。对于国际制度的特征，凯里迈诺斯等学者则从五个方面进行考量，即成员资格、议题范围、集中程度、控制方式、灵活性。

在厘清国际合作的难题与国际制度的特征之后，凯里迈诺斯等学者做出了四个基本假定。一是理性选择。国家或其他参与者都是追求自身利益最大化的理性行为体。只有在合作能够对其产生收益时，它们才会考虑建立制度解决合作中的问题。在国际制度设计的过程中，基于对其他参与者偏好的了解、不同结果的成本和收益，参与者对各种目标具有不同的偏好。同时，参与者之间也可能会因相互联系和相互依存而形成一些共同利益。国际制度的特征不仅反映了个体行为者的偏好，而且反映了所有参与者的共同努力以及它们偏好之间的“妥协”。二是未来效应。当国家之间的相互依赖程度较高时，国家就会更多地考虑未来收益，促使国家更倾向于采取合作。三是交易成本。在国际制度设计的过程中，国家需要承担一定的交易成本，如获取信息的成本、谈判成本等。交易成本的大小可能会影响国家去塑造具有不同特征的国际制度。四是风险回避。国家或其他参与者均担心国际制度的建立会损害自己的利益，因而总是设法回避制度所带来的风险。在这些假定的基础上，该研究探讨了国际合作难题与不同国际制度特征之间的关系。其中，国际制度的灵活性对应解决收益分配问题、不确定性问题与博弈者数目问题。具体而言，凯里迈诺斯等学者对灵活性提出了三个假设：（1）灵活性随着世界现状的不确定性的增加而增加；（2）灵活性随着分配问题的严重性增加而增加；（3）灵活性随着参与者数量的增加而减少。

凯里迈诺斯等学者关于国际制度理性设计的研究翻转了传统新自由制度主义学者关注国际制度如何影响国家行为的研究路径，转而分析国家的理性行为如何影响国际制度的形态。这不仅推动了国际关系领域关于国际制度设计的研究，同时也为国际法领域关于国际条约的制度设计研究提供了一种有益的分析框架。尽管该研究贡献卓著，但也存在一些不足。在灵活性机制的问题上，其缺乏对国际制度谈判和讨价还价的关注，从而忽略了应对分配问题与不确定性问题的手段型灵活性机制。此外，该研究虽然捕捉了关于影响制度灵活性的关键变量，但没有区分不同类型的制度灵活性与集体行动难题之间的关系，缺乏精确的因果机制。[78]

在 2001 年第 4 期《国际组织》“国际制度理性设计”专刊发表后，社会科学界对条约灵活性的研究激增。政治学家有一组研究集中讨论条约中的单个灵活

[78] John S. Duffield, *The Limits of “Rational Design”*, 57 INTERNATIONAL ORGANIZATION 411, 416 (2003); Alexander Thompson, *Rational design in motion: Uncertainty and flexibility in the global climate regime,* 16(2) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL RELATIONS 269, 270 (2010); Christopher Marcoux, *Institutional Flexibility in the Design of Multilateral Environmental Agreements*, 26 VIRGINIA POLYTECHNIC INSTITUTE AND STATE UNIVERSITY 209, 215 (2009).

性条款，包括存续期间和再谈判[79]、保留[80]、争端解决[81]、免责[82]和退出[83]。这些研究大多将灵活性机制定义为国际条约中的制度化设计工具，其通过提供政策空间来帮助国家应对合作中不可预见的不确定性（“安全阀”作用），从而促进条约的达成与维持。

随着政治学家对制度的灵活性给予越来越多的关注，法学领域对灵活性机制的研究也逐渐增多，主要集中于对正式的灵活性机制的研究。例如，条约的保留[84]、成员资格和投票规则[85]、框架公约和议定书[86]、软法[87]、对国际组织的授权和对国际法庭的授权[88]、例外条款和退出条款[89]，以及条约形式和内容之间的关系

---

[79] Barbara Koremenos, *Contracting around International Uncertainty*, 99(4) AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 549 (2005).

[80] See Kearney, Patrick Michael and Ryan M. Powers, *Veto Players and Conditional Commitment to U.N. Human Rights Agreements,* APSA 2011 Annual Meeting Paper, http://ssrn.com/abstract=1900266.3 (last visited March 27, 2024); Miles, Thomas J. and Eric A. Posner, *Which States Enter into Treaties, and Why?,* University of Chicago Law and Economics, Olin Working Paper No. 420 (2008), http://ssrn.com/abstract=1211177 (last visited March 27, 2024); Eric Neumayer, *Qualified Ratification: Explaining Reservations to International Human Rights Treaties*, 36(2) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 397 (2007); Francesco Parisi and Catherine Sevcenko, *Treaty Reservations and the Economics of Article 21(i) of the Vienna Convention*, 21(1) BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2003).

[81] See Barbara Koremenos, *If Only Half of International Agreements Have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining?* 36(1) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 189 (2007).

[82] See Eric Neumayer, *Do Governments Mean Business When They Derogate? Human Rights Violations during Declared States of Emergency*, Working Paper (2011), http://personal.lse.ac.uk/neumayer (last visited March 27, 2024); Rosendorff, B. Peter and Helen V. Milner, *The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape*, 55(4) INTERNATIONAL ORGANIZATION 829 (2001).

[83] See Barbara Koremenos and Allison Nau, *Exit, No Exit*, 81(1) DUKE JOURNAL OF COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW 81 (2010).

[84] See Ryan Goodman, *Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent*, 96(3) AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 531 (2002); Edward T. Swaine, *Unsigning*, 55(5) STANFORD LAW REVIEW 61 (2003).

[85] See Goodman, Ryan and Derek Jinks, *How To Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, 54(3) DUKE LAW JOURNAL, 621 (2004); Laurence R. Helfer, *Nonconsensual International Lawmaking*, 2008 (1) UNIVERSITY OF LLLINOIS LAW REVIEW, 71 (2008).

[86] See John K. Setear, *Ozone, Iteration, and International Law*, 40 (1) VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 193 (1999).

[87] See Andrew T. Guzman and Timothy Meyer, *International Soft Law*, 2(1) JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS, 171 (2010); Shaffer, Gregory C. and Mark A. Pollack*, Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*, 94(3) MINNESOTA LAW REVIEW 706 (2010).

[88] See ALVAREZ, JOSÉ E, INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AS LAW-MAKERS (Oxford University Press, 2005); Andrew T. Guzman and Jennifer Lansidle, *The Myth of International Delegation*, 96(6) CALIFORNIA LAW REVIEW 1693 (2008); Laurence R. Helfer, *Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO*, 59(3) VANDERBILT LAW REVIEW 649 (2006); Andrew T. Guzman, *the Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms*, 16(4) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 579 (2002); Andrew T. Guzman, *International Tribunals: A Rational Choice Analysis*, 157(1) THE UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 171 (2008); Laurence R. Helfer and Anne-Marie Slaughter, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, 93(3) CALIFORNIA LAW REVIEW 899 (2005); Posner, Eric and John C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, 93(3) CALIFORNIA LAW REVIEW 957 (2005).

[89] See GROSS, OREN AND FIONNUALA D. NI AOLÁIN, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE (2006); JAIME ORAÀ, HUMAN RIGHTS IN STATES OF EMERGENCY IN INTERNATIONAL LAW (Clarendon Press, 1992); Alan O.Sykes, *Protectionism as a-Safeguard: A Positive Analysis of the GATT-Escape Clause with Normative Speculations*, 58(1) UNIVERSITY OF

[90]。除了研究单个灵活性条款，国际关系和国际法学者们也研究这些条款在不同领域的运作问题，如国际贸易[91]、人权条约[92]、气候变化[93]等。在国际投资法领域，也有学者运用契约理论分析现行国际投资法，认为投资条约中的免责条款依赖于仲裁庭的解释，导致在很多案件下无法适用，同时少有国际投资协定包含类似 WTO 的公共政策例外条款。这种不灵活性导致条约承诺被增强，附加给国家的负担也更大，进而引发了国家对于监管权行使的担忧。[94]

对于当前 ISDS 多边改革而言，若要在所有国家间就一项改革方案达成共识，诸如信息搜寻成本、谈判成本等交易成本必然会相应增加。此外，在国际投资法领域，一个普遍的特征是在经济和金融方面经常出现不断发展变化的情况。换言之，其同样存在着诸多不确定性和信息不对称。投资争端解决多边框架可能会面临不可预期的情况或冲击，或面临来自国内联盟或国家群体希望改变重要规则或程序的新要求。具有灵活性的投资争端解决多边框架能够使国家根据当下自身情况，选择相应的改革方案。同时，由于国家的有限理性，可能未来仍需要改变改革偏好，具有灵活性的投资争端解决多边框架使得改变其承诺的成本较小，更易吸引国家广泛参与。因此，设计具有灵活性机制的投资争端解决多边框架是必然选择，灵活性机制在促进多边合作方面的重要性再次凸显。

四、关于构建投资争端解决多边框架灵活性机制的研究

对于建立一个具有灵活性的投资争端解决多边框架的设想，已经被国际社会广泛提及。UNCITRAL 第三工作组秘书处在第三十九届会议报告中提出考虑建立一个灵活的投资争端解决多边框架，以实施多种改革方案——包括程序工具和

CHICAGO LAW REVIEW 255 (1991); Laurence R. Helfer, *Exiting Treaties*, 91(7) VIRGINIA LAW REVIEW 1579 (2005); Timothy Meyer, Power, *Exit Costs, and Renegotiation in International Law*, 51(2) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 379 (2010).

[90] See Andrew T. Guzman, *The Design of International Agreements*, 16(9) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 579 (2005); Oona A. Hathaway, *Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law*, 72(2) UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 469 (2005); Kal Raustiala, *Form and Substance in international Agreements*, 99(3) AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 581 (2005).

[91] See Barbara Koremenos, *Can Cooperation Survive Changes in Bargaining Power? The Case of Coffee*, 31(1) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 259 (2002); Kucik, Jeffrey and Eric Reinhardt, *Does Flexibility Promote Cooperation? An Application to the Global Trade Regime*, 62(3) INTERNATIONAL ORGANIZATION 477 (2008); Krzysztof J. Pelc, *Seeking Escape: The Use of Escape Clauses in International Trade Agreements*, 53(2) INTERNATIONAL STUDIES QUARTERLY 349 (2009); Krzysztof J. Pelc, The Cost of Wiggle-Room: on the Use of Flexibility in International Trade Agreements, Georgetown University, Ph.D thesis (2009).

[92] See Wade M. Cole, *Hard and Soft Commitments to Human Rights Treaties, 1966-2000*, 24 (3) SOCIOLOGICAL FORUM 563 (2009); Hafher-Burton, Emilie M, Laurence R. Helfer, and Christopher J. Fariss, *Emergency and Escape: Explaining Derogation from Human Rights Treaties,* 65(4) INTERNATIONAL ORGANIZATION, http://ssrn.com/abstract=162273216 (last visited March 29, 2024); Eric Neumayer, *Qualified Ratification: Explaining Reservations to International Human Rights Treaties*, 36(2) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 397(2007).

[93] See Alexander Thompson, *Rational design in motion: Uncertainty and flexibility in the global climate regime,* 16(2) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL RELATIONS 269 (2010).

[94] Anne van Aaken, International Investment Law between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis, 12 J. INT'l ECON. L. 507 (2009).

不同形式的投资争端解决机制。[95]具体而言，对于国家作为当事方的争端，允许各国作出下列选择：仅采用改革后的投资人与国家间仲裁；仅采用改革后的投资人与国家间仲裁的某些方面；仅采用多边常设机制；仅采用国家之间的争端解决制度；采用多边常设机制或其某些要素，以及投资人与国家间仲裁或其某些要素，综合各种改革方案。此外，有一些国家在提交给第三工作组的报告中提出可以参照《毛里求斯公约》和《BEPS 多边公约》的灵活的缔约模式来构建一个选择适用公约，以此实施各个改革方案。[96]

（一）《毛里求斯公约》模式的分析与借鉴

2013 年，UNCITRAL 通过了《透明度规则》。《透明度规则》规定在 2014 年 4 月 1 日《透明度规则》生效后，自动适用于依据在此之后缔结的国际投资条约而在《UNCITRAL 仲裁规则》下进行裁决的案件。对于 2014 年 4 月 1 日之前缔结的 3000 多个条约，《透明度规则》第 1 条第 2 款规定要么需要申请人所属国和被申请国同意适用《透明度规则》，要么需要仲裁各方当事人同意对该仲裁适用《透明度规则》。考虑到众多现有条约可能会引起未来大量的投资仲裁，这项规定无疑将会对 UNCITRAL 实现更大程度的透明度的目标形成障碍。为了解决《透明度规则》对既存国际条约的适用性问题，扩大规则的适用范围，UNCITRAL 又进一步起草了《联合国投资者与国家基于投资条约的透明度公约》，也被国际社会称之为《毛里求斯公约》。

《毛里求斯公约》采用了两种方法，以实现《透明度规则》在现存投资条约体系的“延伸”。首先，《毛里求斯公约》采用了“负面清单”的方式，规定只要国家加入《毛里求斯公约》，其在 2014 年前签订的国际投资协定将适用《透明度规则》，除非国家作出保留。换言之，如果投资者母国和被诉东道国均加入《毛里求斯公约》且未作出保留，《透明度规则》适用于任何依据 2014 年 4 月 1 日之前缔结的条约启动的投资仲裁，无论该争端是否在《UNCITRAL 仲裁规则》下提起。为了限制保留机制的滥用，《毛里求斯公约》对可以保留的事项作了穷尽式列举，包括保留不将《透明度规则》适用于 UNCITRAL 仲裁规则之外，运用其他仲裁规则的投资者与国家仲裁程序，如 ICSID 和 ICC 仲裁程序；保留不适用“单方面提议适用”机制；保留《透明度规则》不适用于某些条约；保留不自动适用对《毛里求斯公约》进行最终修订的权利。[97]前三项保留均可以在任何时候作出，第四项对权利的保留只能在《毛里求斯公约》修订适用后的六个月内作

---

[95] A/CN.9/WG.III/WP.194, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Multilateral Instrument on ISDS Reform.

[96] A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Submission from the European Union and its Member States;
A/CN.9/WG.III/WP.173, Submission from the Government of Colombia;
A/CN.9/WG.III/WP.175, Submission from the Government of Ecuador.

[97] See Mauritius Convention on Transparency, art. 3.

出。[98]换言之，保留也可以在《毛里求斯公约》生效后作出。在条约法上，这种在公约生效后作出的保留通常被称为迟交的保留（Late Reservation）。其将允许缔约方在未来任何时候停止对某些国际投资协定或某些程序适用透明度规则，或因单方面向投资者提出要约而停止适用透明度规则。故，迟交的保留实际上将削弱缔约方方确保投资仲裁程序透明度的承诺。此外，由于缔约方可能会限制其在《毛里求斯公约》下的义务，迟交的保留也不利于为公平有效地解决国际投资争端，建立统一的法律框架。[99]但是，《毛里求斯公约》也允许缔约方随时撤回其保留，这将产生与迟交的保留完全相反的效果，更有助于实现改革效果。

其次，《毛里求斯公约》采用了“单方面提议适用”机制。具体而言，加入《毛里求斯公约》的国家等于向投资者提供了适用《透明度规则》的单方面要约，投资者可以同意适用《透明度规则》，即使投资者母国尚未批准《毛里求斯公约》，或者投资者母国作出保留将相关国际投资协定排除在《毛里求斯公约》的适用范围之外。[100]换言之，在投资者母国非《毛里求斯公约》的缔约方，但被申请国是《毛里求斯公约》的缔约方且未作出保留，同时投资者同意适用《透明度规则》的情况下，也可以适用《透明度规则》，无论该争端是否在《UNCITRAL 仲裁规则》下提起。[101] 对于与潜在国际投资协定的关系，《毛里求斯公约》规定如果《透明度规则》与潜在的国际投资协定存在冲突，《透明度规则》优先于国际投资协定适用。这项规定是考虑到《毛里求斯公约》的目的是更新各个投资条约，以便在 3000 多个国际投资协定中实施《透明度规则》，同时这项规定也符合《维也纳条约法公约》后法优于先法的原则。[102]

《毛里求斯公约》通过一项单一的多边文件将《透明度规则》纳入零散的条约制度中，避免了修改现有的近 3000 项国际投资条约，但依然实现了对国际投资仲裁的改革。[103]从这个意义上说，《毛里求斯公约》的做法可以被称为一种模式，为如何在不进行全面多边谈判的情况下对国际投资法的某些问题进行多边改革提供了新思路。[104]此外，《毛里求斯公约》的灵活性机制设计（保留机制与“单方面提议适用”机制）可以满足国家不同的政策偏好，有助于吸引国家的广泛加入。投资争端解决多边框架选择借鉴《毛里求斯公约》模式的原因较为明确，二

---

98 See Mauritius Convention on Transparency, art. 4.

99 Nathalie Bravo, *The Mauritius Convention on Transparency and the Multilateral Tax Instrument: Models for the Modification of Treaties?*, 25 TRANSNATIONAL CORPORATIONS 85, 90 (2018).

100 Neal H. Bergman, *Introductory Note to United Nations Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, 54 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS, 748 (2015).

101 Mauritius Convention on Transparency, art. 2 and 3.

102 Fry and Repousis, *Towards a New World for Investor–State Arbitration Through Transparency*, 48 NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS 840 (2015-2016).

103 梁丹妮，戴蕾：《国际投资仲裁上诉机制可行性研究》，载《武大国际法评论》2020 年第 6 期，第 112 页。

104 Stephan W. Schill, *The Mauritius Convention on Transparency: A Piece of Constitutional Reform of the International Investment Regime*, 16 *THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE* 201, 204 (2015).

者均涉及国际投资法领域，具有相同的双边投资条约治理体系和修改多个双边条约的改革挑战。唯一的区别在于《毛里求斯公约》仅局限于对 ISDS 透明度问题的改革，而投资争端解决多边框架将涉及对整个投资争端解决机制的改革，但这并不影响《毛里求斯公约》模式对 ISDS 机制的借鉴意义。

当前国内外有许多学者在投资争端解决上诉机制的研究中提及通过借鉴《毛里求斯公约》模式来构建常设上诉机制，但较少有学者深入研究如何借鉴《毛里求斯公约》模式来构建一个灵活的投资争端解决多边框架。在国外研究中，Gabielle Kaufmann-Kohler 与 Michele Potesta[105]对于在投资争端解决机制改革中借鉴《毛里求斯公约》模式的研究最为全面。他们认为可以借鉴《毛里求斯公约》模式，制定一部可直接适用于现有投资条约的多边投资争端解决制度改革文书。在多边投资争端解决制度适用《毛里求斯公约》模式可以采用以下路线图：首先，确定国际投资仲裁庭（International Tribunal for Investment, ITI）和上诉机制（Appeal Mechanism, AM）的“实质性”特征，如管辖范围、性质、结构和组织；其次，起草一个选择性加入公约（Opt-in Convention），通过成为该公约的缔约方，一个国家将自动地受到 ITI/AM 法规的约束（有可能通过适当的保留来调整其参与的程度），从而将 ITI 和 AM 的规则扩展至现有的国际投资协定。另外，有关 ITI/AM 的法规也可以设想为两个条约，就像 ICSID 一样，这些法规将提供解决争端的框架，但加入这些文书本身不会自动赋予其管辖权，国家可酌情通过选择性加入公约或通过未来的国际投资协定、合同和国家对外国投资者的立法来提供单独的（要约）同意。

在国内研究中，中国学者于占洋提出借鉴《毛里求斯公约》模式来构建一个多边投资争端解决中心的设想。[106]该中心采用“仲裁上诉机制——投资法律咨询中心”的双支柱灵活判断体系。具体而言，该中心采用现存的投资争端解决中心——ICSID 的规则基础，将其设定为多边中心的初级裁判系统，同时在此基础上构建常设仲裁上诉机制作为二级裁判系统，确保仲裁的一致性。除了 ICSID 和上诉机制之外，该中心还另设立一平行机构，即投资法律咨询中心，以援助被诉国处理投资争端、保障公平公正咨询、整合不同资源发挥优势最大化。该中心将借鉴《毛里求斯公约》模式通过一项单一的多边中心择入公约，以延伸并扩大该中心的时间和空间适用范围。

（二）《BEPS 多边公约》模式的分析与借鉴

在当今全球化时代，由于资本的流动更加容易，技术也得到了发展，许多跨

---

[105] Gabielle Kaufmann-Kohler and Michele Potesta, *Can the Mauritius Convention Serve as A Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? Analysis and Roadmap*, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf (last visited March 29, 2024).

[106] 于占洋：《ISDS 改革视野下国际多边投资争端解决中心的构建方案及实施路径》，载《法学前沿》集刊 2023 年第 4 卷，第 241 页。

国企业利用国内税收规则和双边税收协定的差异和错配来进行避税。越来越多的避税行为使得政府每年损失 1000 亿到 2400 亿的企业所得税收入。随着 2008 年金融危机的爆发，税收压力和公众对企业激进税收计划的愤怒，使各国的注意力转向了企业避税。[107]为了合作打击企业避税，G20 于 2013 年委托经济合作与发展组织（Organization for Economic Co-operation and Development, OECD）启动“反税基侵蚀与利润转移”（Base Erosion and Profit Shifting, BEPS）项目。[108]随后，2015 年 10 月，经合组织/G20 与发展中国家共同发布了 BEPS 一揽子计划，共包括 15 项 BEPS 行动计划。BEPS 第 15 项行动计划集中讨论了制定多边文书的相关问题，以帮助实施在 BEPS 和修订双边税收协定的工作中的各项措施。经过长期谈判，《BEPS 多边公约》于 2016 年 11 月 24 日达成，并于 2018 年 7 月 1 日生效。

《BEPS 多边公约》的宗旨目的是通过对那些迄今为止并未参与 BEPS 行动计划的其他各国开放签署加入，以一种迅速、协调和一致的方式实现同步修改成员方现行庞大的双边税收协定网络中的各个具体双边协定中有关条款。[109]为了实现公约的宗旨目的，《BEPS 多边公约》采用了“正面清单”的加入方式，给予缔约方选择适用条约的权利，即只有在缔约方明确向《BEPS 多边公约》保存人发出通知说明哪些税收协定属于适用公约的涵盖税收协定时，多边公约才可以适用。此外，《BEPS 多边公约》还根据国家对于 BEPS 措施的共识程度，设计了三层灵活性机制。

首先，为了确保 BEPS 项目对各缔约方具有一定的约束力，《BEPS 多边公约》将具有广泛共识的 BEPS 措施设置为最低标准义务，要求缔约方必须遵守。《BEPS 多边公约》制定最低标准承诺义务旨在解决一些国家不采取行动可能会对其他国家产生负面溢出效应。[110]这种约束性法律效力源于《BEPS 多边公约》作为多边合同的法律性质。最低标准承诺义务作为《BEPS 多边公约》的一部分，加入公约的各国意味着接受这些最低标准义务，因此这些最低标准具有法律约束力。但是，在多个方案均可满足最低标准的情形下，《BEPS 多边公约》也允许缔约方可以自由选择其青睐的方案。若同一条约的两个缔约方选择了不同方案进而要求写入不同的条约条款，缔约方就应努力协商，最终达成满足最低标准的共识。至于税收条约能否真正满足最低标准的要求，则由 BEPS 的包容性框架（Inclusive

---

107 Ruth Mason, *The Transformation of International Tax*, 114 THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW 353, 402 (2020).

108 See OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting 11 (2013).

109 Reuven S. Avi-Yonah, Haiyan Xu, *A Global Treaty Override? The New OECD Multilateral Tax Instrument and Its Limits*, 39 MICHIGAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 155, 158 (2018).

110 Andreas Langer, *The Legal Relevance of the Minimum Standard in the OECD/BEPS Project,* in THE OECD MULTILATERAL INSTRUMENT FOR TAX TREATIES: ANALYSIS AND EFFECTS (Michael Lang et al. eds., 2018).

Framework on BEPS）予以综合评审。[111]

其次，对于具有一定共识的 BEPS 措施，《BEPS 多边公约》允许缔约方在加入公约时通过保留机制排除其适用。同时，为了避免灵活性机制的滥用，《BEPS 多边公约》还对保留机制进行了三方面的限制：一是穷尽式列举可以保留的事项，避免缔约方作出不受欢迎的保留；二是仅在极少情况下允许迟交的保留，防止缔约方减少其承诺，且避免了缔约方单方面修改公约对税收协定适用的可能性；三是要求缔约方选择适用和保留的事项用于其与《BEPS 多边公约》其他所有缔约方之间缔结的涵盖税收协定。在这种情况下，缔约方将根据自身的税收政策考虑作出保留和选择，而非依据与其他缔约方的经济利益关系。[112]这种机制设计可以避免各个条约之间就反 BEPS 措施产生新的差距，并削弱因使用某些税收协定而产生的竞争优势和劣势，从而减少条约挑选和税收套利的机会。

最后，对于共识程度较低的 BEPS 措施，《BEPS 多边公约》允许缔约方选择适用。换言之，在缔约方加入公约时，这些措施并不自动适用，只有在其明确作出声明时才可以适用。某一缔约方选择适用的条款将适用于该国与《BEPS 多边公约》其他所有缔约方之间缔结的涵盖税收协定。

对于《BEPS 多边公约》与现行税收条约的兼容问题，《BEPS 多边公约》在每种实体性条款中均设置了兼容性条款，以明确《BEPS 多边公约》与涵盖税收协定之间的相互影响关系。需要说明的是，兼容性条款不同于传统的冲突条款。在条约实践中，国际条约的起草者通常使用冲突条款来处理先后条约之间的关系。[113]冲突条款指条约中旨在管理条约条款与另一条约条款或与条约所处理的事项有关的任何其他条约条款之间关系的条款。[114]国际法委员会将冲突条款分为七种类型：一是禁止随后缔结互不兼容的条约；二是明确允许随后订立“兼容”条约的条款；三是随后的条约中规定“不影响”先前的条约；四是随后的条约条款规定其将推翻新签的条约；五是随后的条约中明确废除前一条约的条款；六是随后的条约中明确维持先前兼容条约的条款；七是承诺未来协议将废除先前条约的条

---

111 *Id*.

112 Nathalie Bravo, *The Mauritius Convention on Transparency and the Multilateral Tax Instrument: Models for the Modification of Treaties?*, 25 TRANSNATIONAL CORPORATIONS (2018).

113 See e.g. North Atlantic Treaty Organization (NATO) Treaty, article 8: 'Each Party declares that none of the international engagements now in force between it and any other of the Parties or any third State is in conflict with the provisions of this Treaty, and undertakes not to enter into any international engagement in conflict with this Treaty' (emphasis added); UN Convention on the Law of the Sea, article 311(3): 'Two or more States Parties may conclude agreements modifying or suspending the operation of provisions of this Convention, applicable solely to the relations between them, provided that such agreements do not relate to a provision derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of this Convention, and provided further that such agreements shall not affect the application of the basic principles embodied herein, and that the provisions of such agreements do not affect the enjoyment by other States Parties of their rights or the performance of their obligations under this Convention'; Geneva Convention on High Seas, article 30: 'The provisions of this Convention shall not affect conventions or other international agreements already in force, as between States parties to them'.

114 Reports of the International Law Commission, Yearbook Intl. Law Commission, vol. II, at 214 (1966).

款。[115]根据这七种类型的冲突条款可以发现，典型的冲突条款通常会导致一个条约凌驾于另一个条约之上，其并不注重条约之间的互动以及可能导致的增强协同效应。为了弥补传统冲突条款的不足，在环境法的研究中，有学者建议将“冲突条款”应用于更广泛意义上的“互动条款”，或称之为“兼容性条款”，以明确如何通过新的条约修改现有条约，进而加强协同作用。[116]因此，《BEPS 多边公约》对于兼容性条款的实际引入，无论在国际税法领域，还是整个国际公法领域，都属于一种创新性举措。

整体而言，同《毛里求斯公约》一样，《BEPS 多边公约》也采用了一种相当新颖的方法，即在不取消或修改现有税收协定的情况下修改现有税收协定的适用，并使各国的不同偏好能够通过一项新的多边选择加入公约来实施。《BEPS 多边公约》的灵活性机制允许缔约方对非最低标准的多边义务作出保留或选择适用，以促进各国在 BEPS 问题上达成广泛合作。在当今卡尔沃主义回归，单边主义以及双边协议盛行，而多边机制在贸易领域陷入危机的情况下，《BEPS 多边公约》模式容纳了这些力量，并建立了一个一体化多边架构，为未来国际经济法的制度设计提供了宝贵的经验。[117]例如，2020 年 6 月 12 日，新加坡、智利、新西兰三国签署的《数字经济伙伴关系协定》（Digital Economy Partnership Agreement, DEPA）就借鉴了《BEPS 多边公约》模式。DEPA 共设计了 16 个模块，包括初步规定和一般定义、商业和贸易便利化、数字产品及相关问题的处理等，参与方不需要同意 DEPA 所覆盖所有模块的全部内容，而可以选择其中部分模块进行缔约。

对于 ISDS 多边改革借鉴《BEPS 多边公约》模式的问题，UNCITRAL 第三工作组认为可以遵循《BEPS 多边公约》的模式，制定一部多边文书，并通过多边文书建立一个投资争端解决机构，为审裁提供一个多边体制框架，使各国能够在该机构所管理的不同争端解决模式中进行选择. [118]同时，也可以借鉴《BEPS 多边公约》的兼容性条款来解决多边文书与早先投资条约之间的关系。例如，多边文书可以规定，根据多边文书自身确立的模式，争端解决改革方案应被视为包括在多边文书缔约方既已缔结的投资条约所载关于投资人和国家间争端解决的条款中。[119]此外，也有个别学者讨论了《BEPS 多边公约》对投资争端解决多边框

---

[115] UN Int'l. Law Commission, Report of the Study Group of the Int'l. Law Commission, Fragmentation of International Law, U.N. GAOR, 54th Sess., at 138 (13 April 2006), U.N. Doc. A/CN.4/L.628 (2002).

[116] Harro van Asselt, Francesco Sindico and Michael A. Mehling, *Global Climate Change and The Fragmentation of International Law*, 30(4) L. &Policy 423 (2008).

[117] Wolfgang Alshner, *Shifting Design Paradigms: Why Tomorrow's International Economic Law may Look More Like the Tax Regime than the WTO,* 114 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 270, 272 (2020).

[118] A/CN.9/WG.III/WP.194, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Multilateral Instrument on ISDS Reform.

[119] *Id*.

架的借鉴意义。Anthea Roberts 将现有 ISDS 改革关注的问题分为三部分。[120]一是支持机制（Support），包括争端预防与咨询中心。二是争端解决机制（Dispute Settlement），包括替代性争端解决机制、一审层级的争端解决机制（国家间仲裁/改良的投资仲裁/一审投资法庭/国内法庭）、上诉机制（国家间争端上诉/常设上诉机制/二审上诉法庭）。三是各类法律工具（Instruments），包括解释机制（解释委员会/缔约国联合解释/可选择参的复边解释性声明）、第三方资助规则、仲裁员行为准则、反诉规则、保证金规则等其他多边程序性规则。Roberts 认为可以借鉴《BEPS 多边公约》建立一个选择加入的多边文书（Multilateral Instrument），并将某些最初或以后可能被视为“核心”或“最低标准”的 ISDS 改革措施设为不可挑选的，以及允许各国选择逐块或逐条适用其他 ISDS 改革措施。[121]具体而言，可以在各个方面允许国家选择其所偏好的改革方案，如是否以内国法院为适用国际投资争端解决机制的前提或完全适用内国法院解决争端、是否适用替代性争端解决机制、是否对国与国之间的争端解决或投资者与国家间的争端解决适用上诉机制等。当 BITs 的缔约双方最终都接受了某项程序规则时，该规则才适用于其条约下的争端。换言之，多边文书的每部分都会有一组不同的（也可能是重叠的）条约缔约方。因此，虽然多边文书是一个普遍论坛，但每个改革方案的集体负责人将因特定部分的成员的不同而有所不同。选择加入条约某特定部分的国家将成为框架中该方面的集体负责人，只有该部分的条约缔约方才能对其运作方式进行投票。

Wolfgang Alschner 认为国际投资法制度与国际税法制度具有许多相似性，二者是天然的比较者，因此投资争端解决多边框架可以借鉴《BEPS 多边公约》模式。[122]具体而言，一是具有相似的历史渊源和多边化探索历程。国际投资法制度与国际税法制度的起源均可以追溯至 19 世纪《友好通商航海协议》。双边税收条约处理的是投资获得的收益应当怎样分配的问题，双边投资协定处理的则是投资造成的损失怎样分配的问题。这两种制度通过互补的手段，追求促进国际资本自由流动的共同目标。二战期间，在国际联盟的支持下，投资和税收领域经历了一次多边化的尝试，但最终并未成功。在二战结束后，在 OECD 的领导下，投资和税收再次进行了多边化尝试，但国家间的分歧再次使多边尝试失败。二是具有相似的治理结构。在投资和税收领域目前均存在 3000 多个双边协定。两个体系均呈现出分散化的特点，缺乏正式、全面的多边上层建筑，这使得两个体系面临相

---

[120] Anthea Roberts and Taylor St John, *Complex Designers and Emergent Design: Reforming the Investment Treaty System*, 116 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 96, 135 (2022).

[121] Anthea Roberts and Taylor St. John, *UNCITRAL and ISDS Reform: Visualizing a Flexible Framework*, https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-visualising-a-flexible-framework/ (last visited March 29, 2024).

[122] Wolfgang Alschner, *The OECD Multilateral Tax Instrument: A Model for Reforming the International Investment Regime?*, 45 BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1, 18-30 (2019).

同的治理问题。三是相似的制度危机。国际投资法制度与国际税法制度具有向发展中国家扩散政策的相似历程。发展中国家加入双边投资条约和双边税收条约均是为了吸引外国投资，且在双边协定中发展中国家可以成为规则制定者。二者经历了发展中国家与发达国家的对立、跨国公司与国内纳税人的对立。现如今跨国公司与国内纳税人的对立导致了投资法领域的正当性危机、税法领域的税基侵蚀问题。四是相似的改革挑战。一方面，通过对数千个现有条约进行大规模重新谈判，进行纯粹的双边改革来解决每个制度的正当性问题，即使不是不可能的，也是不切实际的。另一方面，各国一贯谴责过去的多边化尝试，并继续表现出不大愿意用多边治理结构取代现有双边治理结构。因此，在投资和税收领域，如何将双边主义与多边主义结合起来应对正当性危机，将是二者均面临的难题。

在分析了 ISDS 多边改革选择借鉴《BEPS 多边公约》的原因之后，Alschner 就《BEPS 多边公约》灵活性机制的借鉴问题，进一步展开讨论。他认为《BEPS 多边公约》从两个方面提供了另一种设计模式。[123]首先，它将所有三个层面——多边、诸边、双边的各个方面纳入一项单一的条约。《BEPS 多边公约》包含强制性多边要素（最低标准），创造了多边税收原则的共同核心。《BEPS 多边公约》还包含多个诸边要素，缔约方可以选择适用超出 BEPS 最低标准。《BEPS 多边公约》同样也为双边主义留出了空间，缔约方可以通过其通知来调整公约的适用范围，将一些双边税收条约排除在公约的适用范围之外。其次，《BEPS 多边公约》模式是横向一体化的，其并不是创建一套独立运作的平行规则，而是与双边税收协定形成了一个单一、相互依存和综合的规范网络，使多边改革会立即扩展至双边税收协定。因此，《BEPS 多边公约》模式在不放弃灵活性、分散化和动态适应的情况下，实现了多边化，并在多边协调与灵活性、差异化和偏好之间达成了平衡。对于 ISDS 改革而言，其可以借鉴《BEPS 多边公约》的灵活性机制，如保留机制与选择加入机制，以适应缔约方不同的政策偏好。同时，可以分别在实体和程序方面规定一些缔约方必须遵守的最低标准，如将争端预防方法与联合解释机制纳入最低标准，成为缔约方必须遵守的程序义务，以促进程序方面的一致性。

Stephan Schill 与 Geraldo Vidigal 认为可以设立一个投资争端解决机构，为审裁提供一个多边制度框架，允许各国在该机构所管理的不同争端解决方式中进行选择。[124]首先，在这个多边机制下，国家的成员资格与接受管辖权可以是相分离的。国家加入多边机制并不意味着接受任何其所提供的争端解决方式的强制性管辖。多边机制的成员国依然有权力决定是否接受不同争端解决方式管辖的自由。

---

[123] See Wolfgang Alschner, *The OECD Multilateral Tax Instrument: A Model for Reforming the International Investment Regime?*, 45 BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1, 18-30 (2019).

[124] Stephan W. Schill and Geraldo Vidigal, *Designing Investment Dispute Settlement a la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*, 18 THE LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 314, 334 (2019).

但是，对于多边机制所提供的制度性框架，成员国同意加入多边机制即意味着接受。其次，多边机制将允许成员国自由选择适用所偏好的争端解决方式，这可能包括多边投资法庭、国家间仲裁、（改革后的）投资者与国家间仲裁等。如果两个国家选择不一致，可以借鉴《联合国海洋法公约》设置一个默认机制（Default Mechanism），即允许缔约方决定原则上接受哪种争端解决方式，但在缔约国作出的声明不一致的情况下适用默认机制。[125]最后，在争端解决的核心问题上，多边机制也将赋予成员国灵活性，包括国内法庭的角色（国际投资争端解决机制是否作为国内救济的补充）、救济方式（是否限制或取消金钱救济，增加其他非金钱救济方式）等。对于这些问题，多边机制允许成员国通过单方声明或协定来选择其偏爱的处理方式。此外，Schill 和 Vidigal 还融合了《毛里求斯公约》的灵活性机制设计，主张在多边机制中设置“单方面提议适用”机制，即允许成员国单方面宣布同意适用某种争端解决方式，而不用取得投资者母国的同意。

五、总结

当前涉及投资争端解决多边框架灵活性机制的文献可以归纳为三个部分：

一是关于构建投资争端解决多边框架灵活性机制的背景研究，即 ISDS 的正当性危机与改革困境。ISDS 正当性危机可以分为三个层面，即法治层面（裁决的不一致问题）、技术层面（仲裁员缺乏独立性与公正性、仲裁程序耗时长费用高）与兼容层面（仲裁程序缺乏透明度）。当前关于该议题的国内外研究已经相当丰富，大多数研究讨论了正当性危机的原因、影响以及可能的解决方案。尽管不同研究对于这些问题的具体见解有所区别，但大致均认同 ISDS 机制需要进行改革来平衡投资者保护与国家规制权。ISDS 正当性危机的出现导致各国在双边层面实施了许多 ISDS 改革措施。当前国内外大部分研究仍孤立地讨论单个改革方案的发展历程及优缺点，在各国无法就某一改革方案达成共识且 ISDS 存在多边改革的趋势下，这些研究具有一定程度的局限性。此外，尽管国际社会也在多边层面不断尝试对 ISDS 进行改革，但由于难以调和不同国家间的利益需求，ISDS 多边改革至今未获得成功。因此，为了应对 ISDS 正当性危机与促进 ISDS 改革的多边合作，有必要对灵活性机制进行研究和讨论。

二是关于灵活性机制的概念与重要性研究。在梳理投资争端解决多边框架灵活性机制背景研究的基础上，本文围绕灵活性机制展开了文献研究。关于灵活性机制的研究始于经济学中的不完全契约理论。该理论揭示了不确定性及有限理性与契约不完全性的因果关系，从而说明了灵活性对于应对契约不完全性的重要作用。在契约理论的基础上，政治学家从理性设计的角度将灵活性机制定义为国际

[125]《海洋法公约》第二八七条第 1 款(a)-(c)项、第二八七条第 3 至 4 款规定，如果争端各方作出一致声明，选择同一审裁方式，那么该方式对各方具有强制性（但不妨碍他们专门商定通过另一不同机制解决争端）。在作出的声明不一致的情况下，适用默认机制，即根据《海洋法公约》附件七进行仲裁。

条约中帮助国家应对合作中不确定性的制度化设计工具。同时，他们研究了灵活性机制在国际制度设计中发挥的作用，即灵活性机制对应解决多边合作中的分配冲突、不确定性与参与者数量众多的问题。随着政治学家对制度的灵活性给予越来越多的关注，法学领域对灵活性机制的研究也逐渐增多，有部分学者针对不同正式的灵活性机制的研究，也有部分学者针对不同法域灵活性机制的研究。相较于 WTO、人权与气候变化领域对于灵活性机制的丰富研究，在国际投资法领域，灵活性机制的相关理论并未得到广泛关注，仅有个别研究运用契约理论来批判现行国际投资法过于僵化，缺乏灵活性机制。

三是关于构建投资争端解决多边框架灵活性机制的研究。当前国际社会主要讨论借鉴《毛里求斯公约》与《BEPS 多边公约》的灵活性机制，以实现 ISDS 多边合作。整体而言，国内外关于《毛里求斯公约》的借鉴研究较为丰富，而关于《BEPS 多边公约》的借鉴研究较少。综合比较二者的优势与劣势，并结合 ISDS 改革现状讨论复合移植的研究更是几乎没有。此外，这些研究均是仅停留在笼统的设想阶段，并未详细阐明投资争端解决多边框架本身如何适用选择加入机制，对哪些改革选项适用何种程度的灵活性机制，灵活性机制适用后如何运作等问题。因此，对于投资争端解决多边框架灵活性机制的构建问题需进一步研究讨论。

六、参考文献

（一）中文著作

[1] 黄世席：《投资者-国家争端解决机制的发展与应对》，法律出版社 2021 年版。

[2] 陈安（编）：《国际经济法学》，北京大学出版社 2020 年版。

[3] 韩逸畴：《WTO 贸易政策灵活性机制研究》，法律出版社 2018 版。

[4] 银红武：《中国双边投资条约的演进：以国际投资法趋同化为背景》，中国政法大学出版社 2017 年版。

[5] 王彦志：《新自由主义国际投资法律机制：兴起、构造和变迁》，法律出版社 2016 年版。

[6] 姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社 2011 年版。

[7] 【美】华尔兹：《国际政治理论》，信强译，上海人民出版社 2008 年版。

[8] 廖益新：《国际税法学》，高等教育出版社 2008 年版。

[9] 陈安：《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社 2007 年版。

[10] 【美】 汉斯·摩根索：《国家间政治：权力斗争与和平》（第七版），徐昕等译，北京大学出版社 2006 年版。

[11] 罗伯特·基欧汉：《霸权之后：世界政治经济中的合作与纷争》，上海人民

出版社 2006 年版。

[12] 【美】富兰克·H.奈特：《风险、不确定性和利润》，王宇、王文玉译，中国人民大学出版社 2005 年版。

[13] 【美】斯蒂芬·克拉斯纳主编：《国际机制》，北京大学出版社 2005 年版。

[14] 李浩培：《条约法概论》，北京法律出版社 2003 年版。

[15] 【美】科斯 哈特、斯蒂格利茨等：《契约经济学》，李风圣译，经济科学出版社 1999 年版。

[16] 【美】理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版。

[17] 曼瑟尔·奥尔森：《集体行动的逻辑》，上海人民出版社 1995 年版。

[18] 萨缪尔森、诺德豪斯：《经济学》下卷，高鸿业等译，中国发展出版社 1992 年版。

[19] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版。

二、中文论文

[20] 肖军：《论投资者-东道国争端解决机制改革分歧的弥合进路》，载《国际经济法学刊》2021 年第 2 期。

[21] 靳也：《投资者-国家争端解决机制改革大路径分化与中国应对策略研究》，载《河北法学》2021 年第 7 期。

[22] 连俊雅：《欧盟投资法院裁决执行规定的合法性问题》，载《武大国际法评论》2021 年第 1 期。

[23] 梁丹妮，戴蕾：《国际投资仲裁上诉机制可行性研究》，载《武大国际法评论》2020 年第 6 期。

[24] 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》，载《中南大学学报（社会科学版）》2019 年第 25 卷第 4 期。

[25] 池漫郊：《美墨加协定》投资争端解决之“三国四制”：表象、成因及启示，载《经贸法律评论》2019 年第 4 期。

[26] 邓婷婷：《欧盟多边投资法院：动因、可行性及挑战》，载《中南大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期。

[27] 徐海燕：《国际税法变革中的多边主义：兼评 OECD/G20 的 BEPS 一揽子方案》，载《经贸法律评论》2019 年第 4 期。

[28] 梁咏：《国际投资仲裁机制变革与中国对策研究》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 3 期。

[29] 刘瑛：《投资者-东道国争端解决机制海外研究综述》，载《国外社会科学》2018 年第 6 期。

[30] 石静霞：《国际投资协定新发展及中国借鉴——基于 CETA 投资章节的分析》。载《国际法研究》2018 年第 2 期。

[31] 王燕：《国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争》，载《环球法律评论》2017 年第 2 期。

[32] 廖益新：《多边法律工具与双边税收协定》，载《国际税收》2017 年第 6 期。

[33] 杨帆：《试析欧盟法律秩序自主性对国际争端解决机制的影响——兼评投资法庭机制在欧盟的合法性》，载《时代法学》2017 年第 2 期。

[34] 张庆麟：《欧盟投资者国家争端解决机制改革实践评析》，载《国际法与比较法》2016 年第 3 期。

[35] 黄世席：《欧盟国际投资仲裁法庭制度的缘起与因应》，载《法商研究》2016 年第 4 期。

[36] 肖军：《欧盟 TTIP 建议中的常设投资法院制度评析》，载《武大国际法评论》2016 年第 2 期。

[37] 沈伟：《后金融危机时代的国际经济治理体系与二十国集团——以国际经济法-国际关系交叉为视角》，载《中外法学》2016 年第 4 期。

[38] 韩逸畴：《论 WTO 协定为不完全契约》，载《上海对外经贸大学学报》2014 年第 4 期。

[39] 漆彤、余茜：《从新自由主义到嵌入式自由主义——论晚近国际投资法的范式转移》，载《国际关系与国际法学刊》2014 年第 4 期。

[40] 韩秀丽：《再论卡尔沃主义的复活——投资者-国家争端解决视角》，载《现代法学》2014 年第 1 期。

[41] 郭玉军：《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》，载《法学家》2011 年第 3 期。

[42] 王彦志：《新自由主义国际投资机制初探——以国际机制理论为视角》，载《国际关系与国际法学刊》2011 年第 1 期。

[43] 徐崇利：《晚近国际投资争端解决实践之评判：“全球治理”理论的引入》，载《法学家》2010 年第 3 期。

[44] 梁丹妮：《国际投资争端仲裁程序透明度研究——从〈ICSID 仲裁规则〉（2006）和〈UNCITRAL 仲裁规则（修订草案）〉谈起》，载《国际经济法学刊》2010 年第 1 期。

[45] 刘笋：《国际投资仲裁裁决的不一致性问题及解决》，载《法商研究》2009 年第 6 期。

[46] 刘笋:《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》,载《法学研究》2008 年第 6 期。

三、中文学位论文

[47] 魏德红:《投资者-国家争端解决(ISDS)机制转型研究》,吉林大学 2020 年博士论文。

[48] 肖灵敏:《投资者与东道国争端解决机制的改革模式研究》,华东政法大学 2019 年博士论文。

[49] 丁晓雨:《ISDS 上诉机制的构建问题研究》,对外经济贸易大学 2018 年博士论文。

[50] 孙英哲:《新一代国际投资协定 ISDS 改革研究》,对外经济贸易大学 2018 年博士论文。

[51] 余海鸥:《全球行政法视野下投资仲裁机制(ISDS)的合法性研究》,武汉大学 2015 年博士论文。

[52] 韩逸畴:《WTO 贸易政策灵活性机制研究》,华东政法大学 2013 年博士论文。

[53] 辛宪章:《国际投资争端解决机制研究》,东北财经大学 2013 年博士论文。

四、英文著作

[54] ANTONIO PARRA, THE HISTORY OF ICSID (Oxford University Press, 2012).

[55] ANDREW GUZMAN, HOW INTERNATIONAL LAW WORKS: A RATIONAL CHOICE THEORY (Oxford University Press, 2008).

[56] ALVAREZ, JOSÉ E, INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AS LAW-MAKERS (Oxford University Press, 2005).

[57] ANTHONY ANGHIE, IMPERIALISM, SOVEREIGNTY AND THE MAKING OF INTERNATIONAL LAW (Cambridge University Press, 2004).

[58] BILDER, RICHARD B., MANAGING THE RISKS OF INTERNATIONAL AGREEMENT (University of Wisconsin Press,1981).

[59] CHRISTINA L. DAVIS, WHY ADJUDICATE? ENFORCING TRADE RULES IN THE WTO (Princeton University Press, 2012).

[60] DONALD RICHARD SHEA, THE CALVO CLAUSE: A PROBLEM OF INTER-AMERICAN AND INTERNATIONAL LAW AND DIPLOMACY (University of Minnesota Press, 1955).

[61] FELIX MUNOZ-GARCIA AND DANIEL TORO-GONZALEZ, STRATEGY AND GAME THEORY: PRACTICE EXERCISES WITH ANSWERS (Springer Berlin Heidelberg, 2016).

[62] GEOFFREY BRENNAN AND JAMES M. BUCHANAN, THE REASON OF RULES: CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY (Cambridge University Press, 1986).

[63] JONATHAN BONNITCHA, LAUGE N. SKOVGAARD POULSEN AND MICHAEL WAIBEL, THE POLITICAL ECONOMY OF INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME (Oxford University Press, 2017).

[64] JONATHAN BONNITCHA, SUBSTANTIVE PROTECTION UNDER INVESTMENT TREATIES: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (Cambridge University Press, 2014).

[65] JAIME ORAÀ, HUMAN RIGHTS IN STATES OF EMERGENCY IN INTERNATIONAL LAW (Clarendon Press, 1992).

[66] LAUGE N. SKOVGAARD POULSEN, BOUNDED RATIONALITY AND ECONOMIC DIPLOMACY: THE POLITICS OF INVESTMENT TREATIES IN DEVELOPING COUNTRIES (Cambridge University Press, 2015).

[67] MARC BUNGENBERG AND AUGUST REINISCH, FROM BILATERAL TRIBUNALS AND INVESTMENT COURTS TO A MULTILATERAL INVESTMENT COURT (Springer Berlin Heidelberg, 2018).

[68] MARC BUNGENBERG ET AL., SECOND THOUGHTS: INVESTOR STATE ARBITRATION BETWEEN DEVELOPED DEMOCRACIES (Armand De Mestral ed., 2017).

[69] M. SORNARAJAH, RESISTANCE AND CHANGE IN THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT (Cambridge University Press, 2015).

[70] OREN GROSS, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE (Cambridge University Press, 2006).

[71] OLIVER E. WILLIAMSON, THE MECHANISMS OF GOVERNANCE (Oxford University Press, 1996).

[72] REUVEN S. AVI-YONAH, INTERNATIONAL TAX AS INTERNATIONAL LAW: ANALYSIS OF THE INTERNATIONAL REGIME (Cambridge University Press, 2007).

[73] SANTIAGO MONTT, STATE LIABILITY IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION: GLOBAL CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN THE BIT GENERATION (Hart Publishing, 2009).

[74] STEPHEN D. KRASNER, INTERNATIONAL REGIMES (Cornell University Press, 1983).

[75] THOMAS RIXEN, THE POLITICAL ECONOMY OF GLOBAL TAX GOVERNANCE (Achim Hurrelmann et al. eds., 2008).

五、英文论文

[76] Albert H. Choi, Quinn Curtis and Andrew T. Hayashi, *Crisis-Driven Tax Law: The Case of Section* 382, 23 FLA.TAX.REV. 1 (2019).

[77] Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration,* 112 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2018).

[78] Alexander Thompson and Daniel Verdier, *Multilateralism, Bilateralism, and Regime Design*, 58 INTERNATIONAL STUDIES QUARTERLY 15 (2014).

[79] Alexander Thompson, *Rational Design in Motion: Uncertainty and Flexibility in the Global Climate Change*, 16(2) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL RELATIONS 269 (2010).

[80] Andrew T. Guzman and Timothy Meyer, *International Soft Law*, 2(1) JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS 171 (2010).

[81] Anne Van Aaken, *International Investment Law between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis*, 12 Journal of International Economic Law 507 (2009).

[82] Andrew T. Guzman and Jennifer Lansidle, *The Myth of International Delegation*, 96(6) CALIFORNIA LAW REVIEW 1693 (2008).

[83] Andrew T. Guzman, *International Tribunals: A Rational Choice Analysis*, 157(1) THE UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 171 (2008).

[84] Andrew T. Guzman, *The Design of International Agreements*, 16(9) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 579 (2005).

[85] Alan Schwartz and Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE LAW JOURNAL 543 (2003).

[86] Andrew T. Guzman, *the Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms*, 16(4) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 579 (2002).

[87] Andrew T. Guzman, *The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms*, 31 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 303 (2002).

[88] Alan O.Sykes, *Protectionism as a-Safeguard: A Positive Analysis of the GATT-Escape Clause with Normative Speculations*, 58(1) UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 255 (1991).

[89] Adrian A. Kragen, *Double Income Taxation Treaties: The OECD Draft*, 52 CAL REV 306 (1964).

[90] Bret Wells and Cym H. Lowell, *Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs. Source*, 5 COLUM. J. TAX. L. 1 (2013).

[91] Barbara Koremenos and Allison Nau, *Exit, No Exit*, 81(1) DUKE JOURNAL OF COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW 81 (2010).

[92] Barbara Koremenos, *If Only Half of International Agreements Have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining?* 36(1) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 189 (2007).

[93] Barbara Koremenos, *Contracting around International Uncertainty*, 99(4) AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 549 (2005).

[94] Barbara Koremenos, *Can Cooperation Survive Changes in Bargaining Power? The Case of Coffee*, 31(1) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 259 (2002).

[95] Barbara Koremenos, Charles Lipson and Duncan Snidal, *The Rational Design of International Institutions,* 55 INTERNATIONAL ORGANIZATION 761 (2001).

[96] B. Peter Rosendorff and Helen V. Milner, *The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape*, 55 INTERNATIONAL ORGANIZATION 829 (2001).

[97] Cai Congyan, *Balanced Investment Treaties and the BRICS,* 112 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 217 (2018).

[98] Catherine Titi, *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, 1 TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT (2017).

[99] Caroline Silberztein and Jean-Baptiste Tristram, *OECD: Multilateral Instrument to Implement BEPS*, 23 INT'L. TRANSFER PRICING J. 347 (2016).

[100] Christopher Marcoux, *Institutional Flexibility in the Design of Multilateral Environmental Agreements*, 26 VIRGINIA POLYTECHNIC INSTITUTE AND STATE UNIVERSITY 209 (2009).

[101] Charles H. Brown II, *Structure, Legitimacy and NAFTA's Investment Chapter*, 36 THE VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 37 (2003).

[102] Charles Lipson, *International Cooperation in Economic and Security Affairs*, 37 WORLD POLITICS 1 (1984).

[103] C. Fred Bergsten, *Coming Investment Wars?,* 53 FOREIGN AFFAIRS 135 (1974).

[104] Doak Bishop, *Investor-State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Around?* 30 ICSID REVIEW 1 (2014).

[105] David A. Gantz, *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement*, 19 AMERICAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW 679 (2003)

[106] Daniel M. Price, *Some Observation on Chapter Eleven of NAFTA*, 23 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV 421 (1999).

[107] Dennis J. Encarnation and Louis T. Wells, *Sovereignty En Garde: Negotiating with Foreign Investor*, 39 INTERNATIONAL ORGANIZATION 47 (1985).

[108] Engela C. Schlemmer, *Dispute Settlement in Investment-Related Matters: South Africa and the BRICS*, 112 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 212 (2018).

[109] Edward D. Kleinbard, *Stateless Income*, 11 FLA.TAX REV. 699 (2011)

[110] Eric Neumayer, *Qualified Ratification: Explaining Reservations to International Human Rights Treaties*, 36(2) JOURNAL OF LEGAL STUDIES 397 (2007).

[111] Edward T. Swaine, *Reserving*, 31 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 307 (2006).

[112] Edward T. Swaine, *Unsigning*, 55(5) STANFORD LAW REVIEW 2061 (2003).

[113] Freya Baerens, *The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges*, 43 LEGAL ISSUES OF ECONOMIC INTEGRATION 367 (2016).

[114] Fry and Repousis, *Towards a New World for Investor–State Arbitration Through Transparency*, 48 NEW YORK UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS 840 (2015).

[115] Francesco Parisi and Catherine Sevcenko, *Treaty Reservations and the Economics of Article 21(i) of the Vienna Convention*, 21(1) BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2003).

[116] Gus Van Harten, *Arbitrator Behavior in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration*, 50 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 211 (2012).

[117] Gabriella Blum, *Bilateralism, Multilateralism, and the Architecture of International Law*, 49 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 323 (2008).

[118] Goodman, Ryan and Derek Jinks, *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, 54(3) DUKE LAW JOURNAL 621 (2004).

[119] Hannes Lenk, *Investment Arbitration under EU Investment Agreements: Is There a Role for an Autonomous EU Legal Order?,* 28 EUROPEAN BUSINESS LAW REVIEW 135 (2017).

[120] Horodyski Dominik, *Democratic Deficit of Investment Arbitration in the View of Rules on Transparency and Mauritius Convention on Transparency*, 13 US-CHINA LAW REVIEW 160 (2016).

[121] Hafher-Burton, Emilie M, Laurence R. Helfer, and Christopher J. Fariss, *Emergency and Escape: Explaining Derogation from Human Rights Treaties*, 65(4) INTERNATIONAL ORGANIZATION (2011).

[122] Henrik Horn, Giovanni Maggi and Robert W. Staiger, *Trade Agreements as Endogenously Incomplete Contracts*, 100 AMERICAN ECONOMIC REVIEW 395 (2010).

[123] Heike Klüver, *Measuring Interest Group Influence Using Quantitative Text Analysis*, 10 EUROPEAN UNION POLITICS 535 (2009).

[124] Harro van Asselt, Francesco Sindico and Michael A. Mehling, *Global Climate Change and The Fragmentation of International Law*, 30(3) L. & Policy 423 (2008).

[125] Hermann Abs & Hartley Shawcross, *The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment-Introduction*, 9 J. PUB. L. 115 (1960).

[126] Julian Donaubauer, Eric Neumayer and Peter Nunnenkamp, *Winning or Losing in Investor-to State Dispute Resolution: The Role of Arbitrator Bias and Experience*, 26 REVIEW OF INTERNATIONAL ECONOMICS 892 (2018).

[127] JD Fry and OG Repousis, *Towards a New World for Investor-State Arbitration Through Transparency*, 48 NYU J Int'l Law & Policy 795 (2016).

[128] Jaemin Lee, *Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes: Expected Benefits and Remaining Tasks,* in RESHAPING THE INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM (Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret ed., 2015).

[129] Jung-hong Kim, *A New Age of Multilateralism in International Taxation?,* 21 SEOUL TAX L. REV. 227 (2015).

[130] J Salasky and C Montineri, *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, 31(4) ASA BULLETIN 774 (2013).

[131] J. Galbraith, *Treaty Options: Towards a Behavioral Understanding of Treaty Design*, 53 VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 316 (2013).

[132] Jennifer Tobin and Susan Rose-Ackerman, *When BITs Have Some Bite: The Political-Economic Environment for Bilateral Investment Treaties*, 6 THE REVIEW OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS 1 (2011).

[133] Judith Levine*, Dealing with Arbitrator "Issue Conflicts" in International Arbitration*, 61 DISPUTE RESOLUTION JOURNAL 60 (2006).

[134] Judith Gill, *Inconsistent Decisions: An Issue to be Addressed or a Fact of Life?* in BIICL INVESTMENT TREATY FORUM CONFERENCE, 2 TDM (2005).

[135] John S. Duffield, *The Limits of "Rational Design"*, 57 INTERNATIONAL ORGANIZATION 411 (2003).

[136] John K. Setear, *Ozone, Iteration, and International Law*, 40(1) VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 193 (1999).

[137] James D. Fearon, *Bargaining, Enforcement, and International Cooperation*, 52 INTERNATIONAL ORGANIZATION 269 (1998).

[138] James Morrow, *Modeling the Forms of International Cooperation: Distribution and Information*, 48 INTERNATIONAL ORGANIZATION 387 (1994).

[139] Joseph M. Grieco, *The Relative-Gains Problem for International Cooperation*, 87 AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 727 (1993).

[140] Jo Anna Gray, *On Indexation and Contract Length,* 86 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 1 (1978).

[141] Kim Brooks, *The Potential of Multilateral Tax Treaties*, in TAX TREATIES: BUILDING BRIDGES BETWEEN LAW AND ECONOMICS (Michael Lang et al. eds., 2010).

[142] Krzysztof J. Pelc, *Seeking Escape: The Use of Escape Clauses in International Trade Agreements*, 53(2) INTERNATIONAL STUDIES QUARTERLY 349 (2009).

[143] Kimberly A. Clausing, *Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy,* 62 NAT'L TAX J. 703 (2009).

[144] Kucik, Jeffrey and Eric Reinhardt, *Does Flexibility Promote Cooperation? An Application to the Global Trade Regime*, 62(3) INTERNATIONAL ORGANIZATION 477 (2008).

[145] Kal Raustiala, *Form and Substance in international Agreements*, 99(3) AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 581 (2005).

[146] Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 INTERNATIONAL ORGANIZATION 421 (2000).

[147] Luca Pantaleo, *Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?* 28 EUROPEAN BUSINESS LAW REVIEW 163 (2017).

[148] Lara Friedlander & Scott Wilkie, *Policy Forum: The History of Tax Treaty Provisions — And Why It Is Important to Know About It*, 54 CAN. TAX J. 907 (2013).

[149] Laurence R. Helfer, *Nonconsensual International Lawmaking*, 2008(1) UNIVERSITY OF LLLINOIS LAW REVIEW 71 (2008).

[150] Laurence R. Helfer, *Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO*, 59(3) VANDERBILT LAW REVIEW 649 (2006).

[151] Luca Anderlini, Leonardo Felli and Andrew Postlewaite, *Courts of Law and Unforeseen Contingencies*, 23 JOURNAL OF LAW, ECONOMICS AND ORGANIZATION 662 (2006).

[152] Laurence R. Helfer and Anne-Marie Slaughter, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, 93(3) CALIFORNIA LAW REVIEW 899 (2005).

[153] Laurence R. Helfer, *Exiting Treaties*, 91(7) VIRGINIA LAW REVIEW 1579 (2005).

[154] Lisa L. Martin, *Interests, Power and Multilateralism*, 46 INTERNATIONAL ORGANIZATION 765 (1992).

[155] Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, 20 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 301 (2017).

[156] Mark A. Clodfelter, *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, 12 SANTA CLARA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 159 (2013).

[157] Matthew Hodgson, *32 Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform*, in RESHAPING THE INVESTMENT-STATE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM (Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret ed., 2015).

[158] Michael Waibel, Asha Kaushal, Kwo–Hwa Chung & Claire Balchin, *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, in THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION: PERCEPTIONS AND REALITY, (Michael Waibel ed., 2010).

[159] Michael Schneider, *Does the WTO Confirm the Need for a More General Appellate System in Investment Disputes?* in BIICL INVESTMENT TREATY FORUM CONFERENCE, 2 TDM (2005).

[160] Milton Harris and Bengt Holstrom, *On the Duration of Agreements*, 28 INTERNATIONAL ECONOMIC REVIEW 389 (1987).

[161] M. J. Van Emde Boas, The O.E.C.D. Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 1 COMMON MARKET L. REV. 265 (1963).

[162] Nathalie Bravo, *A Multilateral Instrument for Updating the Tax Treaty Network*, IBFD DOCTORAL SERIES 192 (2020).

[163] Nathalie Bravo, *The Mauritius Convention on Transparency and the Multilateral Tax Instrument: Models for the Modification of Treaties?*, 25 TRANSNATIONAL CORPORATIONS 85 (2018).

[164] Nathalie Bravo, *The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties*, 8 WORLD TAX J. 279 (2016).

[165] Neal H. Bergman, *Introductory Note to United Nations Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, 54 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 748 (2015).

[166] Nathan W. Freeman, *Domestic Institutions, Capacity Limitations, A Compliance Costs: Host Country Determinants of Investment Treaty Arbitrations, 1987-2007*, 39 INTERNATIONAL INTERACTION 54 (2013).

[167] Omri Marian, *The State Administration of International Tax Avoidance*, 7 HARV.BUS.L.REV. 1 (2017).

[168] Oona A. Hathaway, *Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law*, 72(2) UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 469 (2005).

[169] Posner, Eric and John C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, 93(3) CALIFORNIA LAW REVIEW 957 (2005).

[170] Paola Conconi, Carlo Perroni, *Issue Linkage and Issue Tie-in in Multilateral Negotiations*, 57 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMICS 423 (2002).

[171] Ruth Mason, *The Transformation of International Tax*, 114 THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW 353 (2020).

[172] Ruth Mason, *Identifying Illegal Subsidies*, 69 AMER.U.L.REV. 479 (2019).

[173] Reberto Echandi, *The Debate on Treaty-Based Investor-State Settlement: Empirical Evidence (1987-2017) and Policy Implications*, 34 ICSID REVIEW 32 (2019).

[174] Reuven S. Avi-Yonah and Haiyan Xu, *A Global Treaty Override? The New OECD Multilateral Tax Instrument and its Limits,* 39 MICH. J. INT'I L. 155 (2018).

[175] Robert W. Schwieder, *TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved?) Paradigm for Investor-State Adjudication*, 55 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 180 (2016).

[176] Reuven S. Avi-Yonah, *Double Tax Treaties: An Introduction*, in THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT INVESTMENT 99 (Karl P. Sauvant & Lisa E. Sachs, eds., 2009).

[177] Rosanne Altshuler & Harry Grubert, *The Three Parties in the Race to the Bottom: Host Governments, Home Governments and Multinational Companies*, 7 FLA.TAX REV. 137 (2005).

[178] Richard L. Reinhold, *Some Things That Multilateral Tax Treaties Might Usefully Do*, 57 TAX LAW. 661 (2004).

[179] Ruth Mackenzie and Phillipe Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge,* 44 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 271 (2003).

[180] Ryan Goodman, *Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent*, 96(3) AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 513 (2002).

[181] Rosendorff, B. Peter and Helen V. Milner, *The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape*, 55(4) INTERNATIONAL ORGANIZATION 829 (2001).

[182] Randal L. Schweler and David Pries, *A Tale of Two Realisms: Expanding the Institutions Debate*, 41 MERSHON INTERNATIONAL STUDIES REVIEW 1 (1997).

[183] Robert Keohane, *Neoliberal Institutionalism: A Perspective on World Politics*, in INTERNATIONAL INSTITUTIONS AND STATE POWER: ESSAYS IN INTERNATIONAL RELATIONS THEORY 1 (1989).

[184] R Copper and others, *Communication in the Battle of the Sexes Game: Some Experimental Results,* 20 RAND J ECONOMICS 568 (1989).

[185] Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 315 (1960).

[186] Stephan W. Schill and Geraldo Vidigal, *Designing Investment Dispute Settlement a la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*, 18 THE LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 314 (2019)

[187] Sergio Puig and Gregory Shaffer, *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*, 70 THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW 361 (2018).

[188] Sriram Govind and Pasquale Pistone, *The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument*, *in* THE OECD MULTILATERAL INSTRUMENT FOR TAX TREATIES: ANALYSIS AND EFFECTS, (Michael Lang et al. eds., 2018).

[189] Stephan W. Schill, *The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within, in* RESHAPING THE INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM (Jean E. Kalicki & Anna Joubin-Bret ed., 2015).

[190] Stephan W. Schill, *The Mauritius Convention on Transparency: A Piece of Constitutional Reform of the International Investment Regime*, 16 *THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE* 201 (2015).

[191] Stefan Magen, *Game Theory and Collective Goods*, in ECONOMIC METHODS FOR LAWYERS (EV Towfigh and N Petersen eds., 2015).

[192] Stephan W. Schill, *The Mauritius Convention on Transparency: A Piece of Constitutional Reform of the International Investment Regime*, 16 *THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE* 201 (2015).

[193] Shaffer, Gregory C. and Mark A. Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*, 94(3) MINNESOTA LAW REVIEW 706 (2010).

[194] Susan D. Franck, *The legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 FORDHAM INTERNATIONAL REVIEW 1521 (2005).

[195] Steven Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 BELL JOURNAL OF ECONOMICS 466 (1980)

[196] Thomas Rixen, *Bilateralism or Multilateralism? The Political Economy of Avoiding International Double Taxation*, 16 EUR. J. OF INT'L REL. 589 (2010).

[197] Timothy Meyer, Power, *Exit Costs, and Renegotiation in International Law*, 51(2) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 379 (2010).

[198] Todd Allee, and Peinhardt Clint, *Delegating Differences: Bilateral Investment Treaties and Bargaining Over Dispute Resolution Provisions*, 54 INTERNATIONAL STUDIES QUARTERLY 1 (2010).

[199] Thomas Rixen, *From Double Tax Avoidance to Tax Competition: Institutional Trajectory of International Tax Governance*, 18 REVIEW OF INTERNATIONAL POLITICAL ECONOMY 197 (2010).

[200] Thomas W. Walsh, *Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality?* 24 BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 444 (2006).

[201] Wolfgang Alshner, *Shifting Design Paradigms: Why Tomorrow's International Economic Law may Look More Like the Tax Regime than the WTO,* 114 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 270 (2020).

[202] Wolfgang Alschner, *The OECD Multilateral Tax Instrument: A Model for Reforming the International Investment Regime?*, 45 BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2019).

[203] Wolfgang Alschner & Dmitriy Skougarevskiy, *Mapping the Universe of International Investment Agreements*, 19 J. INT'L ECON. L. 561 (2016).

[204] Wade M. Cole, *Hard and Soft Commitments to Human Rights Treaties, 1966-2000*, 24(3) SOCIOLOGICAL FORUM 563 (2009).

[205] Yariv Brauner, *Treaties in the Aftermath of BEPS*, 41 BROOK. J. INT'L L., 976 (2016).

六、英文学位论文

[206] Broekhuijsen, D.M., A Multilateral Tax Treaty: Designing an Instrument to Modernise International Tax Law, Ph.D. Thesis (2017).

[207] Krzysztof J. Pelc, The Cost of Wiggle-Room: on the Use of Flexibility in International Trade Agreements, Georgetown University, Ph.D. Thesis (2009).