



# 国际投资仲裁上诉机制构建的再思

杜玉琼 黄子淋

**摘要:**随着国际投资仲裁案件数量的快速增长,现行国际投资仲裁机制的弊端正逐步凸显,“一裁终局”的传统理念已无法适应国际投资仲裁案件的特殊性。研究国际投资仲裁上诉机制的现实性及合理性,探索国际投资仲裁上诉机制构建的有效路径,建立长效稳定的国际投资仲裁上诉机制有助于促进仲裁裁决的一致性和实体公正性,确立投资者和东道国对国际投资仲裁机制的信任,从而缓解国际投资仲裁的制度危机。

**关键词:**国际投资仲裁;上诉机制;一裁终局

**DOI:** 10.13734/j.cnki.1000-5315.2021.01.012

**收稿日期:**2020-07-06

**基金项目:**本文系国家社科基金西部项目“全球经济治理与合作背景下可再生能源补贴及中国法律对策研究”(17XGJ004)、2019 年四川大学研究阐释党的十九届四中全会精神专项课题“一带一路建设法治保障及国际法律人才培养”(SCULAW20190302)的阶段性成果。

**作者简介:**杜玉琼,女,四川南充人,四川大学法学院教授,博士生导师,E-mail:duq1234@126.com;

黄子淋,男,重庆人,四川大学法学院硕士研究生,四川大学“自贸区及一带一路研究中心”助理研究员。

## 一 国际投资仲裁机制的困境

随着“一带一路”倡议的推进,我国资本纷纷向外输出,目前已成为世界第二大外国直接投资输入国和第三大外国直接投资输出国<sup>①</sup>。无论私人海外投资利益或东道国经济主权利益均是我国对外投资中需要同等对待和重点关注的领域,在维护我国海外投资者利益和国家经济利益的过程中,投资者和国家都将面临更多的投资风险和投资争端,传统的外国投资者和东道国间的投资争端解决仲裁机制(ISDS 机制)已经不能满足兼顾投资者与国家双重利益的需求,“一裁终局”理念已无法适应国际投资仲裁案件的特殊性,学术界和实务界对此提出诸多设想和解决方案。本文结合实际需求,进一步研究国际投资仲裁机制改革的有效路径,以切实解决 ISDS 机制存在的困境,真正实现国际投资仲裁的公平公正。

### (一)实现仲裁裁决一致性的困境

国际投资仲裁裁决的不一致是该制度最为显著且长期存在的问题。这一问题的严重性最早体现于 CME 公司诉捷克共和国及 Lauder 诉捷克共和国案中<sup>②</sup>。CME 公司和 Lauder 分别针对捷克共和国的同一征收行为向伦敦国际仲裁院和斯德哥尔摩商会仲裁院提起投资仲裁,Lauder 案和 CME 案仲裁庭在认定捷克共和国作出的决定是否构成征收时却得出了大相径庭的结论:Lauder 案仲裁庭将捷克共和国的行为定性为“合法的监管”,认为其决定是为了确保国内市场的合规性,因此不构成征收;而 CME 案仲裁庭认为捷克共和国政府不仅没有为公司提供适当关切,且采取了非法行动试图迫使其放弃自己的合法权利,是对外国投

<sup>①</sup>《世界投资报告 2019》,https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019\_overview\_ch.pdf, 2020 年 2 月 7 日访问。

<sup>②</sup>CME Czech Republic B. V. vs. The Czech Republic, Accessed March 10, 2020, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf; Final Award in the matter of an UNCITRAL Arbitration between Ronald S. Lauder and The Czech Republic, Accessed March 10, 2020, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf.

投资者的非法歧视,因此违反荷兰—捷克双边投资协定的规定而构成征收<sup>①</sup>。在这两个案件中,当事人基于同一事实和相似的双边投资协定(BIT)条款,提出了一致的诉求和抗辩,但两个仲裁庭作出完全相反的裁决,由此引发了国际社会对于投资仲裁一致性危机的广泛关注。

保证裁决的一致性国际投资仲裁制度的重要目标,国际投资仲裁裁决的不一致不仅损害了国际投资协定(IIA)或双边投资协定(BIT)规则的确定性,而且减损了投资者在 IIA 或 BIT 项下合理期待的利益,也使得东道国处于无法确认本国行政管理措施是否符合 IIA 或 BIT 项下条约义务的茫然境地。

### (二)东道国行使公共管理权力的困境

东道国公共管理权力是管理外国投资者的正当依据,然而在国际投资仲裁案件中,东道国的正当公共管理权力往往遭到仲裁庭忽视甚至否定。由于国际投资仲裁员天然的对私法利益的重视,自然难以完全考虑到国家公共利益和管理权力,因此在心理上会更加偏向于投资者一方,ISDS 仲裁庭很少提及公共利益、监管自主权或可持续发展等概念。在 Santa Elena 诉哥斯达黎加案中,仲裁庭指出政府的环境保护义务不改变必须支付的赔偿额,因此哥斯达黎加政府实施的环保措施对应付赔偿额没有影响<sup>②</sup>。同样,在 Metalclad 公司诉墨西哥案中,仲裁庭支持了 Metalclad 公司提出的墨西哥政府赔偿征收所带来的经济损失的诉请,裁定墨西哥政府的管理行为导致 Metalclad 公司的损失,且不因管理行为的环境保护目的而缩减应付赔偿额<sup>③</sup>。在以上两个案例中,几乎大部分的政府环保措施,因其在短时间内会增加企业的成本或限制企业的某些经济利益,都将构成征收行为。由此可以看出,国际投资仲裁实践中投资者和东道国利益的平衡已成为一个切实而重要的问题。

### (三)ICSID 裁决撤销制度功能丧失的困境

根据《华盛顿公约》,任何一方在裁决作出后的规定期限内,可以依据公约所列的理由,向国际投资争端解决中心(ICSID)秘书长申请撤销裁决,该制度被一些学者视作 ICSID 内部上诉机制<sup>④</sup>。然而其并不能完全实现上诉机制的功能,ICSID 的仲裁裁决撤销机制是一种限制性的审查机制,《ICSID 公约》起草者并无打算赋予该机制类似上诉制度的权力。根据《华盛顿公约》,申请 ICSID 撤销裁决的理由仅限于程序性事项,专门委员会的职权无法深入到实体问题。另外,当事人可以依据《华盛顿公约》的规定,通过反复申请撤销裁决而拖延争议解决的进程,只要专门委员会没有维持裁决,仲裁程序便可以一直进行下去,这在 Victor Pey Casado 和基金会主席 Allende 诉智利共和国一案中表现出来<sup>⑤</sup>。Casado 于 1997 年 11 月启动 ICSID 仲裁,要求智利政府提供征收赔偿。仲裁庭于 2009 年作出有利于申请人的裁决,又基于被申请人的撤销裁决申请,仲裁庭于 2012 年撤销了部分赔偿金;而申请人又于 2013 年重新将争议提交到 ICSID 申请新的仲裁庭审理,直到 2016 年第二仲裁庭才对本案作出新的裁决,在这之后申请人又向 ICSID 提交了撤销该份裁决的申请,仲裁庭于 2020 年 1 月作出撤销仲裁裁决的决定。由此可见 ICSID 裁决撤销制度存在着较为严重的功能缺失,且仅依靠 ICSID 和相关公约本身并不能有效解决上述问题。

### (四)“一裁终局”原则与投资仲裁制度发展的困境

“一裁终局”作为仲裁制度的优势和原则,是国际投资仲裁上诉机制建立的最大合法性障碍。然而,“一裁终局”不是商事仲裁的绝对优点和原则,更不应当成为反对建立国际投资仲裁上诉机制的理由。首先,从涉及的实质利益出发,国际投资仲裁的当事方是私人和国家,因此不仅涉及私人利益,更涉及国家公共利益甚至一国的公共政策,国家的公共利益亦与一国国民福祉息息相关。在追求私人利益和公共利益平衡的过程中,不能因为追求仲裁效率而罔顾国家和国民的公共利益,并且由于私人利益的显著性和国家公共利益的

①两个案件中,CME 是由美国投资者 Lauder 先生控制的一家荷兰公司。

②ICSID Case No. ARB/96/1.

③ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

④《华盛顿公约》第五十二条第一款:“任何一方可以根据下列一个或几个理由,向秘书长提出书面申请,要求撤销裁决:(1)仲裁庭的组成不当;(2)仲裁庭明显超越其权力;(3)仲裁庭的成员有受贿行为;(4)有严重的背离基本程序规则的情况;(5)裁决未陈述其所依据的理由。”《华盛顿公约》第五十二条第二款:“申请应在作出裁决之日后一百二十天内提出。”

⑤ICSID Case No. ARB/98/2.

隐蔽性导致仲裁员自然可能偏向于更为直观的受到损害的私人利益,而难以注意到国家公共利益,更无法完全预见公共政策的未来收益,致使“一裁终局”难以准确认定相关案件事实。其次,从国际投资仲裁制度的目的出发,为了在保护投资者和维护投资权利之间取得适当的平衡,国际法要求投资者必须在“用尽当地救济”的情况下才能请求母国提供外交保护,这导致投资者只能首先寻求东道国的司法救济,而东道国法院出于政治因素和本国利益考量往往会偏向于保护东道国利益,因此投资者难以对东道国当地救济方式产生信任。由此可见,国际投资仲裁制度赖以存在和发展的基础在于其中立性和公正性,而非高效性。

总之,随着国际投资争议的增多,国际投资仲裁机制问题凸显,建立一个稳定的国际投资仲裁上诉机制,突破“一裁终决”原则是解决上述问题的最佳选择。它不仅可以通过弱化初审仲裁庭的法律解释功能,防止仲裁庭任意“造法”,还可以通过裁决的撤销、修改和发回重审机制使仲裁庭避免其后作出相同的法律解释从而导致仲裁再次进入上诉程序,也可以在一定程度上限制仲裁员的条约解释权,防止仲裁员滥用其自由裁量权,促进裁决的一致性,在一定程度上促进私人利益和东道国公共利益间的平衡,而这同时也是国际投资仲裁制度发展的内在要求。

## 二 国际投资仲裁上诉机制的现有构想和实践

### (一) ICSID 上诉便利制度

2004年 ICSID 秘书处便首先考虑了建立上诉机制的问题,并推出《ICSID 仲裁框架的可能改进建议稿》(以下简称《建议稿》),它设想了一个可以根据一套 ICSID 上诉机制规则建立和运作的单一上诉机制,在这一机制下,国际投资协定可以规定,在条约所涉案件中作出的裁决应按照这些规则进行审查。ICSID 秘书处认为该机制最适合于 ICSID 仲裁,与《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules)一道在仲裁投资者与国家间争端解决条款中规定的任何其他形式的仲裁结合使用。一年后,由于缺乏积极回应,ICSID 秘书处放弃了这一想法。

依据《建议稿》,ICSID 将成立一个由 15 名来自不同国家,具有国际投资、国际法方面专业知识的专家组成上诉专家组,上诉庭由 ICSID 秘书长和当事方协商后指定专家组中的 3 名专家组成,该上诉机制可以适用于 ICSID 的一般仲裁、ICSID 附加机制仲裁、根据 UNCITRAL Arbitration Rules 进行的投资仲裁以及 BIT 中投资者—东道国争议解决条款规定的任何其他形式的仲裁。关于上诉理由,既可以是《华盛顿公约》第五十二条第一款规定的五项程序性事由,也可以是“明显的法律错误或严重的事实错误”。上诉庭可以维持、变更、推翻仲裁裁决,也可以全部或部分撤销原仲裁裁决,或发回一审仲裁庭重审。ICSID 上诉便利制度可以说是部分仿照 WTO 上诉机制所提出的构想,通过建立一个单一的国际投资仲裁上诉机制,可以避免由各国再行分别建立该类机制,不仅有助于仲裁活动更加经济、高效,还可以促进仲裁裁决的一致性和连贯性。然而该项机制的缺陷也十分明显。

第一,上诉裁决和原裁决的执行存在冲突。依据《建议稿》作出的上诉裁决在签署上诉协定的特定缔约国之间有效,同时,依据《华盛顿公约》第五十四条,原裁决在每一缔约国间生效,由此可能出现原裁决和上诉裁决均得以执行的情况,上诉机制的功能便因此而落空<sup>①</sup>。

第二,上诉机构难以达成统一的稳定规则,依据《建议稿》附件第四条,为了与其自愿性质一致,上诉机构规则将十分灵活,并可以根据各国加入上诉机构时所签订的同意书的内容进行调整。该项规定固然赋予了缔约国很大的自主权,但同时也让各缔约国能够自由选择制定对自身有利的条约规则,选择通过签订条约适用 ICSID 上诉机制的缔约国越多,统一的 ICSID 上诉规则的达成难度便越高,规则稳定性也将降低。

第三,不同于 WTO 上诉程序,《建议稿》规定由 ICSID 秘书处和当事人协商选定上诉仲裁员,随着上诉案件的增多,秘书处难免缺乏足够的精力应对上诉,这也对其专业性提出了挑战。而由于缺乏专门的上诉机构,ICSID 上诉机制的独立性亦无法得到保证。

### (二) 美国 BIT 范本模式

<sup>①</sup>《华盛顿公约》第五十四条:“原裁决在每一缔约国间生效,每一缔约国应承认依照本公约作出的裁决具有约束力,并在其领土内履行该裁决所加的财政义务,正如该裁决是该国法院的最后判决一样。”

美国 2002 年通过的《两党贸易促进授权法案》提到美国对外投资的主要谈判目标包含建立投资仲裁上诉机制或类似机制,并在 2004 年通过的 BIT 范本中明确将推动投资仲裁上诉机制的建立,此后美国对外签订 BIT 或含投资章节的 FTA(自由贸易协定,Free Trade Agreement)时几乎都纳入了投资仲裁上诉机制的内容。美国 BIT 范本(2004)规定的国际投资仲裁上诉机制受到许多投资协定的效仿。据统计,在 3300 多个国际投资协定中,有 25 项包含了考虑将来可能建立上诉机制的规定,其中大多数皆受美国 BIT 范本(2004)的启发<sup>①</sup>。在该模式下,共有两种类型的上诉机制构建路径。第一类涉及未来建立上诉机构的多边协议。美国 BIT 范本(2004)第 28(10)条规定:如果建立一个上诉机构的目的是审查根据国际贸易或投资安排组成的法庭所作出的裁决,以审理投资争端,则当事方应在多边协议生效后努力达成一项包含上述上诉机制的协议。第二类则是双边上诉机构,美国 BIT 范本(2004)的附件 D 规定:在本条约生效之日起三年内,缔约各方应考虑是否建立双边上诉机构或类似机制,以审查依照本协定作出的仲裁裁决。美国 2012 年通过的 BIT 范本放弃了前述第二种上诉机制构建模式,而仅保留了前述第一种上诉机制构建模式。

美国 BIT 范本的投资仲裁上诉机制模式得到了许多国家的借鉴,BIT 范本(2004)规定的第一种构建模式首先需要多边投资仲裁上诉机制的形成,而由于多边机制形成的艰难性,第一种模式不具备较高的可行性;通过第二种双边模式进行构建则具有充分的可行性和效率,有利于国际投资仲裁上诉机制的快速建立,但基于条约用语在条约解释中的核心地位,仲裁庭常常以其所面对的条约用语与其他条约不同为由对相同或类似问题作出不同裁决。因此,这一模式很可能进一步加剧投资仲裁裁决的不一致性危机,更无法形成统一的投资仲裁规则,与建立投资仲裁上诉制度的目标不符。

### (三) 欧盟投资法庭模式

欧盟自 2013 年启动跨大西洋贸易投资伙伴关系协定(TTIP)谈判以来,便提议在条约文本中设置一个透明的常设投资法庭系统(ICS),以替代传统的投资仲裁机制,欧盟设立投资法庭的倡议体现于 2015 年发布的《TTIP 关于投资保护和投资法庭系统的文本倡议》(以下简称《倡议》)。欧盟在《倡议》的第三部分专门规定了“投资纠纷的解决和投资法庭系统”相关条款,提出建立包含一审法院和上诉法院的投资法庭系统以管辖缔约方的投资争端,表明了在未来建立多边投资争端解决机制的愿景,并于 2015 年 12 月将《倡议》提交美国进行谈判<sup>②</sup>。在 TTIP 关于 ICS 的《倡议》还停留于谈判阶段时,《加拿大—欧盟综合性经济贸易协议》(CETA)及《欧盟—越南自贸协定》(EVFTA)已将建立 ICS 写入最终协议文本中。CETA 和 EVFTA 提及其建立 ICS 的既定目标是提供“现代且经过改革的投资争端解决机制”,“在保护投资者与维护投资权利之间取得适当的平衡”<sup>③</sup>。CETA 和 EVFTA 规定:设立一个永久性的常设法庭和一个上诉法庭,上诉法庭成员由联合委员会或贸易委员会从预选成员花名册中选择,能够审查除《ICSID 公约》第五十二条规定的五项理由外,常设法庭可以作出关于解释和适用法律的错误以及事实认定明显错误的决定,并可以直接修改或撤销常设法庭裁决或发回重审,这使其成为一个新颖的“一站式上诉商店”。并且相关文本还对仲裁员的身份和道德规则、程序的透明度以及投资者对第三方资金的披露义务等都做了规定。ICS 代表了 CETA 和 EVFTA 中投资章节最引人注目的修订,取代了迄今为止几乎所有 BIT 中所采用的特设仲裁庭的 ISDS 机制。

欧盟 ICS 是目前最为系统、规则最为详细的国际投资仲裁上诉机制构建模式,能够将欧盟以及与欧盟签订 FTA、BIT 的非欧盟国家均纳入统一的投资仲裁机制中,通过长久努力可期建立一个覆盖面较广的投资仲裁上诉机制。然而,即便 ICS 能够覆盖较多国家,其缔约国仍只限于欧盟以及与欧盟签订 FTA、BIT 的非欧盟国家,这一特点决定了欧盟 ICS 无法真正实现统一一致的国际投资仲裁上诉机制,碎片化问题仍将

<sup>①</sup> U.S. 2004 Model Bilateral Investment Treaty (BIT), <https://ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf>.

<sup>②</sup> Council of the European Union, *TTIP textual proposal on investment protection and investment court system*, November 12, 2015, Accessed March 25, 2020, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf).

<sup>③</sup> Council of the European Union, *Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States*, October 27, 2016, Accessed April 11, 2020, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf>.

继续存在;同时,ICS 无可避免地体现着欧盟主导的倾向,其他国家难免存在对该体制公正性和独立性的合理担忧,在“逆全球化”和世界大国各行其道的背景下,ICS 的建立和扩张将遭受极大阻碍;另外,尽管 ICS 机制有助于法律的确切性与裁决的一致性,但是其代价是争端方丧失自主选择法庭成员的权利,使投资者处于相对被动和不利的地位,因此也难以保证投资者和东道国权利的一致性。

### 三 ICSID 内部设立上诉机构之思考

当前国际社会对于国际投资仲裁上诉机制的建构共提出四种模式设想:一是建立专门性的多边国际投资上诉法院;二是在 WTO 内增设专门投资仲裁庭;三是通过条约协议形式设立双边或区域性的仲裁机构;四是在 ICSID 内部设立专门的上诉机构。其中,前两种模式均需要通过签订多边协议方能达成,在当前国际社会双边、区域化的发展趋势下必然困难重重;第三种模式的临时仲裁机构虽具有较强的可行性,但其不仅不能解决当前国际投资仲裁制度面临的裁决不一致性危机,还将加剧国际投资仲裁的分散化和碎片化;第四种设想目前的可行性较大,以下就该模式的构建进行具体的研究。

#### (一) ICSID 内部常设上诉仲裁庭的可行性

其一,在 ICSID 内部常设上诉机构具有国际法依据。根据《ICSID 公约》要求,若在 ICSID 内部设立专门的上诉仲裁庭必须经 2/3 缔约国同意进行修约,然而,《维也纳条约法公约》(VCLT)亦赋予国家修改多边条约的权限<sup>①</sup>。依据 VCLT 第四十一条第一款:“多边条约两个以上当事国得于下列情形下缔结协定仅在彼此间修改条约:(甲)条约内规定有作此种修改之可能者;或(乙)有关之修改非为条约所禁止,且(一)不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者;(二)不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。”故 ICSID 秘书处《建议稿》附件第二条提出:“有关上诉机构的条约可以在一定程度上修改《ICSID 公约》。”这一修改并不受《ICSID 公约》的禁止,亦不影响《ICSID 公约》所规定的其他缔约国的权利和义务的履行,且与《ICSID 公约》的总体目标和宗旨相符,因此,在 ICSID 内设置上诉机制,并由《ICSID 公约》两个以上缔约国在条约中选择援引该上诉机制是可行的。

其二,在 ICSID 内部常设上诉机构符合投资仲裁的要求。要解决上诉机制的建构模式问题,首先需要解决的另一重要问题在于上诉机构常设与特设的选择。一般而言,常设法庭比特设法庭具有更大的独立性,WTO 上诉机构的经验表明,随着时间的流逝,常设机构的成员通过独立行为对其机构承担更大的责任。由于常设机构不允许仲裁员兼任其他仲裁机构的职务或案件代理人,因此,仲裁员可免于特设仲裁庭制度下因利益驱使而产生对一方当事人的偏向性。加之常设机构对仲裁员的管理体制更加系统、仲裁员对机构的依附性更强,因此仲裁员在案件中将更加关注法律适用的公正性和机构的公信力,从而有助于裁决程序正义和实体正义的实现,充分发挥上诉机制的监督功能。另外,常设法庭基于其高度的稳定性和整合性,能够更有效率地形成较特设法庭更为统一的仲裁规则和习惯经验,从而为仲裁员和当事人提供明确的规则指引,符合投资仲裁的一致性和可预见性要求。常设法庭的高度稳定性和整合性同样有助于引导仲裁员树立公法思维,在以往的国际投资仲裁实践中,仲裁员往往更多采用私法思维解决法律问题,通过统一的常设法庭,可以自然地引导仲裁员采用公法的原则和方法进行裁决,如此方能符合国际投资仲裁制度公私混合的实质特征。

因此,由 ICSID 秘书处制定相关上诉规则,在 ICSID 内部常设上诉仲裁庭,供缔约国在双边或区域协定中选择适用,是当前及未来一定时期内较为行之有效且符合国际法规则的国际投资仲裁上诉机制构建模式,可期通过这一方式逐步将更多国家纳入同一投资仲裁机制中,逐渐增强统一的国际投资仲裁制度的适用性。

#### (二) 制定 ICSID 投资仲裁上诉规则需要解决的问题

ICSID 投资仲裁上诉规则的制定涉及面广泛且复杂,不仅包含法律因素,也受政治、社会等因素影响,上诉规则的制定需要解决以下几方面的问题。

其一,上诉机构的审查范围的问题。关于投资仲裁上诉机构的审查范围,有观点认为其应限于法律适用问题的审查,充分保证上诉机构的运行效率。WTO 上诉机构同样仅采用法律审查的方式,完全排除了对事实问题的审查。然而在司法实践中事实问题和法律问题是紧密联系的,尤其是在投资争端中,往往需要从事

<sup>①</sup>《ICSID 公约》第五十三条第一款:“除公约另有规定,不得进行上诉或采取任何其他补救办法。”

实问题出发进行投资条款的解释,只有对事实和法律问题进行全面审查才能充分实现上诉机制的监督功能,晚近各国的司法实践也证明了事实问题和法律问题的联系。例如,大陆法系国家二审法院基本都保留了对事实问题的审查,欧洲法院和 CETA 都赋予了上诉法庭全面的案件审查权。因此,为充分发挥上诉机制的制度价值,应当允许 ICSID 上诉机构对事实问题和法律适用问题进行全面审查,对事实审查的范围也应当作出合理限制以迎合仲裁效率的要求,上诉庭的事实审查应仅限于当事人提交的“严重的”案件事实错误,对于已经审理过的当事人无争议的事实,上诉庭将不予审理,严格控制上诉审查的边界。

其二,上诉机制的透明度问题。和“一裁终局”原则一样,仲裁的保密性一直是仲裁区别于诉讼的独有优势之一,但二者均无法适应投资者—东道国争端解决机制的特殊性。投资仲裁在法律上公私混合的性质决定了其不再以争端解决为唯一导向,商业秘密在投资仲裁中不再具有绝对重要地位,而应当更加关注仲裁裁决对国际社会和国际公共利益的影响。仲裁仅是一种审查形式,投资仲裁实质上是参照具有公法性质的条约、规则,通过商事仲裁的形式对国家政府的公共管理行为进行司法审查,仲裁的保密性在投资仲裁制度中仅有形式上的存在基础,而缺乏相应的实质性内在要求。在这一背景下适度放开投资仲裁的保密性要求并无法理上的矛盾性。设置仲裁程序的透明度规则,能最大程度地将各种因素纳入仲裁庭的考量之中,在维护投资者利益的同时兼顾更大范围的公共利益,此为促进国际投资仲裁裁决准确性、公正性的有效方式。在投资仲裁规则实践中,已有条约将仲裁透明度纳入文本当中,例如美国的 BIT 范本和其参与的自贸协定,以及 ICSID 的改革文本内容。

透明度的相关内容涉及仲裁程序的方方面面,在改革仲裁的保密性传统并将透明度规则纳入仲裁条款的初始阶段,并不存在透明度规则的国际统一标准,因此需要逐步对此进行改革,以观察透明度规则的实施情况和各方对它的接受程度。例如,法庭之友作为英美法系司法活动的重要参与者,已经在 WTO 争端解决程序、NAFTA 和 ICSID 投资仲裁实践中得到接受和认可。在投资仲裁上诉机制改革初期,可以引入法庭之友制度,在对申请作为法庭之友参与投资仲裁案件的非争端当事方的国际非政府组织或个人进行相关资格和中立性审查后,允许其参与仲裁程序并提交关于争议的陈述书,仲裁庭可以接受相关陈述书作为参考,从而为仲裁庭提供不同的观点和特殊见解,在提高案件透明度、促进公正审理的同时又不会因为透明度的过度增加而引发过多争议。在透明度改革得到推进之后,可以逐步引入允许第三方出席听证会和查阅相关文件、代表性仲裁裁决及其关键性过程文件公示等制度。

其三,上诉庭的组织程序问题。根据当前仲裁制度实践,仲裁庭的组成共分为五种模式:当事人交叉指定、随机指定、循环指定、机构指定、当事人指定和机构指定相结合。不同模式的选择代表着当事人意思自治程度及对仲裁员资格审查的差异。在投资仲裁上诉机制中,基于其本身的公法性质及上诉制度的监督功能,应当对当事人意思自治予以适当限缩,在一定程度上扩大机构司法安排的力度。这一做法也在近来上诉机制设想中得以体现:ICSID《建议稿》规定由秘书长逐案任命上诉小组成员,CETA 则规定上诉庭成员完全由随机方式组成<sup>①</sup>。新西兰最大的争端解决专业组织——仲裁员与调解员协会(AMINZ)于 2009 年建立了仲裁上诉机制,其内部包含仲裁上诉委员会(AAC)、仲裁上诉小组(AAP)和特设仲裁上诉法庭(AAT)三个机构,AAC 由 AMINZ 理事会任命的 3 名适格成员组成,AAP 则是常设的仲裁员库,AAC 在充分考虑当事方就仲裁员资格提出的合理要求后,从 AAP 中逐案任命 AAT 的组成人员,最终形成上诉委员会—上诉仲裁员小组—上诉讼庭模式。

ICSID 上诉机制仲裁庭的组成可以借鉴新西兰 AMINZ 模式,首先建立独立的专门上诉委员会负责处理对仲裁裁决的上诉及对常任仲裁员的管理,而非将上诉事务交予 ICSID 秘书处处理,从而可以有效减轻秘书处的负担并增强 ICSID 上诉机制的独立性和当事人对上诉机制的信心。上诉庭成员的选任可以采取当事人交叉指定与机构指定相结合的方式,一般仲裁员可由当事人从常任仲裁员中交叉选任,首席仲裁员则由上诉委员会指定,从而在保持 ISDS 仲裁制度意思自治优势的同时满足投资仲裁公法性要求和上诉机制

<sup>①</sup> *Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Accessed April 8, 2020, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)).

的功能发挥。

其四,上诉庭仲裁员的选择问题。虽然国际投资仲裁所涉及的投资者和国家在法律上是平等的商事主体,但二者在国际地位、强制力、财力等方面都存在极大的悬殊,因此投资仲裁上诉机构成员的选任是一个十分重要且敏感的问题,上诉机构的成员必须是具有高度独立性和中立性的个人。另外,由于投资仲裁裁决涉及到国际利益和国际法治及其在国际法上公私混合的性质,上诉机构的成员必须是公认的、具备国际投资法律专业知识和国际公法背景的专业人士。在ICSID上诉机制的构建中,为保证仲裁员的中立性和专业性,首先需要保证上诉仲裁员小组中的仲裁员是不附属于任何政府的独立人士,一旦其接受ICSID聘任成为其上诉机构的成员,便不能担任其他投资争端当事方的律师、专家或证人,亦不能担任其他非ICSID投资仲裁庭的仲裁员;上诉委员会应从专业能力适格且在学术界或司法界具有较高声望的专家中选择上诉机构常任仲裁员。

其五,上诉裁决的承认与执行问题。对于裁决的承认与执行问题,上诉条约的缔约国间自然可以约定通过《华盛顿公约》使最终裁决得到承认与执行,但未签订上诉条约的《华盛顿公约》的其他缔约国并不受上述条款的限制,若想要使上诉裁决得到最为广泛的承认与执行,便只能诉诸《纽约公约》的适用。依据《纽约公约》的规定,其适用范围应限于自然人和法人间的商事仲裁裁决,如此便需要明确投资者与东道国间的争端是否可以纳入《纽约公约》调整范围中<sup>①</sup>。首先,国际投资仲裁起源于商事仲裁,国家参与国际商事活动的行为赋予其商事活动当事人地位,虽然东道国对外国投资者享有管理权,但其管理权是来源于国家经济管理主权而非相关商事活动,在商事活动和投资仲裁中,东道国和外国投资者是平等的商事主体,因此可以认为国际投资仲裁是一种特殊的国际商事仲裁;其次,国家间通过条约或协定方式将投资仲裁裁决纳入《纽约公约》调整范围内在实践中已获得各国认可,例如美国BIT范本(2012)、《欧盟—越南投资保护协定》均允许缔约方根据《纽约公约》申请执行仲裁裁决<sup>②</sup>。因此,上诉裁决在上诉条约缔约国间可以通过《华盛顿公约》得到承认与执行,在未签订上诉条约的其他国家间可以通过《纽约公约》得到承认与执行。

### (三)处理上诉机制与原有裁决撤销机制之关系

构建国际投资仲裁上诉机制的另一个重要问题是如何处理ICSID原有的裁决撤销机制和上诉机制间的关系,即新的上诉机制是否需要取代原裁决撤销机制。如上文所述,ICSID裁决撤销机制存在其内在缺陷,但笔者认为废除原有的裁决撤销机制并不现实且存在较大弊端,上诉机制和撤销机制各有其功能的独特性,二者应当并行发挥各自作用。

其一,直接废除裁决撤销制度不具备国际法上的可行性。裁决撤销制度已写入《ICSID公约》,若想废除则需要对《ICSID公约》进行修订,如前文所述,修约需要ICSID全体缔约国的2/3多数一致同意,而ICSID共150余个缔约国基本不可能在废除撤销制度这一问题上达成一致。而通过诉诸VCLT第四十一条对《ICSID公约》作出部分修改的方式亦只能在特定缔约国间废除撤销机制。

其二,废除裁决撤销制度不利于ICSID争端解决机制的稳定性。其原因在于当各缔约国最初同意在ICSID中解决其争端时,他们便能够预见到以后将受到裁决撤销机制的约束,而无法预见到他们将受到实质性上诉程序的影响,因此,不应强迫各缔约国放弃原有制度而选择接受新的上诉机制,否则将不利于ICSID争端解决机制的稳定性及其在国际投资仲裁制度中的优势地位。

其三,裁决撤销制度有助于提升ICSID裁决监督机制的效率。相比于上诉机制,裁决撤销制度仅对程序性问题进行审查,比可以同时审查程序性和实体性问题的上诉机制更加具有效率,这也是ICSID设立之初并未赋予裁决撤销制度实质性审查权力的原因之一。上诉机制建立的重要目的之一是对公平的追求,但

<sup>①</sup>《纽约公约》第一条:“仲裁裁决,因自然人或法人间之争议而产生且在申请承认及执行地所在国以外之国家领土内作成者,其承认及执行适用本公约。”

<sup>②</sup>美国BIT范本(2012)第三十四条第九款:“争端当事方可根据《ICSID公约》或者《纽约公约》申请执行相关仲裁裁决。”《欧盟—越南投资保护协定》第3章第五十七条第七款:“为了《纽约公约》第一条的目的,常设投资法庭就该协议项下的投资争端做出的裁决应被认为属于仲裁裁决,且与源自于商事交易关系的仲裁请求相关。”[https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc\\_157394.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157394.pdf), 2020年4月9日访问。

在追求公平的过程中仍应当辅以适当的效率,裁决撤销制度则正好满足这一要求。

其四,保留裁决撤销制度可以减少基于程序性错误申请而进入上诉程序的案件数量,适当减轻上诉机制的压力,其关于程序性问题的审查依据也可以为上诉机构提供合理参考,有助于上诉机构形成稳定的先例制度,同时,上诉机构的相关裁决也可以为裁决撤销审查提供相应参照,从而增进 ICSID 裁决监督机制的有效性和准确性。

其五,实践表明,基于其独特的程序监督功能,ICSID 裁决撤销制度已得到各国的广泛适用。根据 ICSID 官网数据,截至目前已有 136 个 ICSID 仲裁案件进入撤销程序,其中 102 个案件的撤销程序已完结,ICSID 裁决撤销制度为缔约国提供了追求程序公正的救济途径。例如,在美国仪表公司诉印尼政府案中,专门委员会经审查认定仲裁庭作出的裁决“明显超越权限”、“严重背离根本的程序规则”、“未陈述其所依据的理由”,并部分撤销了仲裁裁决<sup>①</sup>。在 SRL 潮汐投资公司诉委内瑞拉案中,专门委员会认定仲裁庭在赔偿金额方面“未陈述其所依据的理由”,因此部分撤销了仲裁裁决<sup>②</sup>。ICSID 裁决撤销制度在长期的发展中已成为一项重要的程序保障与救济机制,在 ICSID 裁决监督体系中发挥其独特的功能。

因此,ICSID 裁决撤销机制和上诉机制应保持并行发展,对于未签订特定条约适用上诉机制的成员,仍沿用原有的裁决撤销机制;对于签订特定条约适用上诉机制的成员,可以在条约中约定保留当事方通过协商选择适用 ICSID 裁决撤销机制或上诉机制的权利。由此不仅可以使上诉机制的改革符合 ICSID 缔约国的最初期望,保证制度的稳定性,还可以赋予缔约国充分的自由选择权,促进 ICSID 上诉制度长效健康发展。

#### 四 结语

随着国际投资的不断发展和国际投资仲裁制度缺失的逐步显现,现有的初级争议解决机制已无法迎合国际投资仲裁对一致性、确定性和可预测性的需求。国际投资仲裁上诉机制的设立可以《维也纳条约法公约》第四十一条的规定为基础,在 ICSID 内部常设上诉仲裁庭,供缔约国在双边或区域协定中选择适用。在其建立过程中,需要广泛总结以往上诉机制构建的关注点,结合投资仲裁的公法性制度特征解决相关法律问题,以期逐步将更多国家纳入 ICSID 上诉机制中。我国是双向资本输入输出大国,也是 ICSID 成员国和“一带一路”倡议的推动者,在今后的国际交往中必将面临更多的投资争端挑战和有关投资仲裁上诉机制的谈判,故而应积极开展相关研究,才能做到在国际谈判中占据更大的主动权,在投资争端中充分兼顾我国投资者和国家利益,也能借此助推“一带一路”倡议的实现。

[责任编辑:苏雪梅]

<sup>①</sup>ICSID Case No. ARB/81/1.

<sup>②</sup>ICSID Case No. ARB/10/5.