

【文章编号】1002—6274(2021)03—137—12

裁判者信任困境与国际投资 争端解决机制的信任塑造*

曹兴国

(大连海事大学法学院, 辽宁 大连 116026)

【内容摘要】以裁判者的信任困境为代表,国际投资争端解决机制的信任塑造难题由来已久。从国内法院法官到国际投资仲裁员,裁判者依然面临独立性、代表性以及专业性方面的质疑,并形成了有关仲裁员行为规范、利益冲突规则、遴选机制完善,裁判者任命机制变革,以及裁判者裁判权与东道国规制权关系协调的不同改革路径。这些改革是国际投资治理范式转变的一部分,背后是国际投资治理的控制之争。虽然在中欧双边层面,我国对欧盟投资法庭模式具备让步的空间,但在多边和更广泛的双边层面,我国应采取平衡化的立场,警惕裁判者任命权转移可能带来的过度政治化风险,在裁判权与规制权的协调中防止规制权被滥用,并可以考虑采用独立第三方机构主导的强制仲裁员名册制度以及上诉机构成员选任机制。

【关键词】国际投资争端解决 仲裁员 东道国规制权 政治化 中欧投资协定

【中图分类号】DF974 **【文献标识码】**A

争端解决机制的信任塑造是多种要素的叠加与组合,包括:争端解决机构在组织形式、治理结构等方面所呈现的中立性,裁判者的公正性和独立性,争端解决程序的平等性和合理性,以及裁决、判决的可执行性等。其中,当事人对裁判者的信任尤为关键,这种信任是争端解决机制合法性、公信力的基本要素,是构成争端解决机制良性运行的根本。特别是对于国际争端解决机制而言,由于裁判者的权威脱离了国内法意义上的国家主权背书,裁判者的信任塑造更为重要,也更为困难。

在国际投资领域,习惯国际法的最大缺陷之一是缺乏有效的、强制性的投资者与东道国争端解决机制(以下简称ISDS机制)^{[1]P68}。虽然随着国际投资仲裁机制的构建,这种缺陷得到了一定程度的弥合,但因国际投资仲裁在后续实践中遭遇“合法性危机”,各方对国际投资仲裁的信任基础出现动摇:从对国际投资仲裁在透明度、裁决一致性等方面的批判,到对国际投资仲裁是否真正起到了预期作用的质疑,再到尼加拉瓜、委内瑞拉、玻利维亚、阿根廷等退出国际投资

仲裁重返东道国救济的国家实践,国际社会通过构建国际投资仲裁机制来实现ISDS机制信任塑造的目标并未实现。究其原因,对投资仲裁员的信任不足显然是一个重要因素:不仅有关仲裁员公正性、独立性和代表性的质疑直接引发了对国际投资仲裁机制的负面评价,而且针对仲裁庭越权裁决,偏向保护投资者利益的指责,也都与仲裁员相关。由此,需要解释和回应的问题是:这些质疑具体因何而起,是否客观;投资仲裁员的信任基础如何补缺,相关改革措施能否实现预期效果,是否会带来其他“副作用”;我国在ISDS机制的裁判者信任塑造中应当采取何种立场,在双边和多边层面应如何应对。本文即围绕这些问题展开。

一、ISDS机制裁判者信任困境的由来及其特殊性

ISDS机制下的裁判者信任困境由来已久,其不仅体现于以国内司法救济为代表的传统ISDS机制中,也表现为当前国际投资仲裁员面临的质疑:不仅直接导致了晚近ISDS机制在整体上从国内司法救济到国际投资仲裁的转向,也是导致当前国际投资仲裁

* 基金项目:辽宁省社科基金项目“自贸区建设背景下辽宁仲裁机构治理机制的改革与创新研究”(L19CFX002)、中国国际贸易促进委员会委托项目“‘一带一路’投资争端解决研究”(852000031)、中央高校基本科研业务费专项资金资助(3132020246)的阶段性研究成果。

作者简介:曹兴国(1989-),男,浙江绍兴人,法学博士、博士后,大连海事大学“一带一路”研究院研究员,研究方向为海商法、国际法。

合法性危机的重要因素之一。

(一) 传统 ISDS 机制下的裁判者困境及其转向

传统上可供外国投资者选择的 ISDS 机制主要包括与东道国协商或者调解、投资者母国的外交保护、投资者母国或者第三国的司法救济,以及东道国当地的司法和行政救济四种。在这些选择中,前两个渠道都缺乏居中的裁判者以及强制性的程序约束,争端解决的有效性难以保障。第三种路径则受制于国家主权豁免原则和国家行为原则:除部分国家(如美国)明确的征收例外以外,投资者在其他国家对东道国的司法诉请很难跨过管辖豁免、执行豁免的限制,他国法院不得就外国国家行为的有效性进行审判。至于第四种路径,虽然投资者的投诉权或者诉权通常存在,但投资者对东道国国内法官或投资处理机构和人员在处理针对本国政府的诉讼时能否保持公正性和独立性的疑虑难以消除,实践中投资者在东道国申诉无门或者程序久拖不决的现象更加剧了此种疑虑。

基于上述状况,传统 ISDS 机制下的裁判者困境在于缺乏投资者信任的裁判者。为此,国际社会通过借鉴国际商事仲裁机制,在国际层面构建了一套独立于国内救济体系的国际投资仲裁机制,以期规避东道国对裁判者的影响,并确立了以当事人意思自治为核心的仲裁员指定机制。以实践中适用最多的国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁和联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁为例,在由三名仲裁员组成仲裁庭的一般情形下,不仅当事人可以各自指定一名仲裁员并协商指定第三名仲裁员,而且指定的仲裁员不受仲裁员名册的限制。国际化、商事化的仲裁员指定机制使投资者有机会选择自己信任的仲裁员,构成现有国际投资仲裁机制的核心吸引力之一。国际投资仲裁机制的引入被认为“引导了国际投资争端去政治化解决,显著地减少了投资者与东道国政府之间的争端上升为国家间争端的风险。”^{[2] P880}

(二) 国际投资仲裁下的仲裁员争议

国际投资仲裁在去政治化方面的效果无疑是成功的,这从不断增加的投资仲裁案件数量中即可以得到印证。但国际商事仲裁下仲裁员指定机制的固有弊端,以及在回应国际投资争端的特殊性对裁判者特别要求上的不足,使得有关仲裁员的质疑成为 ISDS 机制面临争议的重要方面。

1. 独立性质疑。对国际商事仲裁员指定机制的

直接移植使得该指定机制下有关仲裁员独立性的既有争议也被引入到国际投资仲裁中,包括由一方当事人单独指定的仲裁员(单方指定仲裁员)的代理人化问题,以及仲裁员多重身份带来的利益冲突风险。其中,基于通过帮助指定他的当事人获得有利结果而期待以后被再次指定的动机,单方指定仲裁员容易成为当事人代理人的问题一直被诟病。实践中,当事人总会挑选那些和他们观点相近的仲裁员,重复指定仲裁员现象客观存在,这与“双方当事人信任所有仲裁员”的基础假设并不一致。^[3]进一步而言,单方指定仲裁员对指定其进入仲裁庭的当事人的“照顾”方式可能包括:第一,在与仲裁庭成员的交流中渗透指定他的当事人的主张,尽可能地说服首席仲裁员在争议问题中采纳其观点。第二,即便不利裁决不可避免,其仍可对最终结果施加影响以尽可能地使案件结果对指定他的当事人有利,如说服仲裁庭的其他成员减少不利裁决的赔偿金额以换取一致裁决。^①第三,在裁决中发表异议意见,表达对指定他的当事人的支持——实践中,异议意见几乎全部来自败诉方当事人指定的单边仲裁员。^{[4] P824}在此基础上,实践中形成了两类投资仲裁员群体,一类仲裁员多次被投资者指定,另一类则多次被东道国指定,前者更有可能认为仲裁庭有管辖权且国家应承担赔偿责任,后者则相反。^[5]而仲裁员的身份冲突问题,则源自仲裁庭的临时性和仲裁员的多元性——仲裁庭针对个案组建,成员既可能是专职的仲裁员,也可能是非专职的。尤其对于非专职仲裁员,他们可能在代理律师、学者、政府代表或者专家证人的不同身份中不断切换。根据广泛适用的 IBA《国际仲裁利益冲突指引》,如果同时在两个案件中分别担任仲裁员和代理律师,仲裁员曾就仲裁中同样出现的问题发表过一般意见,或者仲裁员与一方当事人的法律顾问或另一仲裁员先前曾经一起担任仲裁员或共同担任法律顾问,都属于绿色清单所列举的无需披露的情形。由此,仲裁员先前作出的裁决可能成为其日后担任代理律师时援引的依据,此时,隐藏在不同案件中仲裁员与代理律师身份重合背后的实质风险是“规则制定者”与“规则使用者”的重合。同时,仲裁员和代理律师在不同案件中的共事经历也可能带来相互照顾或者暗箱操作的风险。

2. 代表性质疑。仲裁员对案件事实的判断和对法律的理解适用,直接关乎案件的最终结果。理想情

况下, 仲裁员应当对争议产生的社会环境以及适用法律的整体背景有充分的理解, 排除文化和法律背景差异可能对当事人带来的不公平。对国际争端解决机制来说, 这就要求审理案件的裁判者具有地域上的代表性, 能够真正理解特定争议的社会、文化和法律背景。正是基于此, 国际争端解决机制的合法性以及更好运作的必要性需要吸收不同国家、地区和法系的成员, 甚至在裁判者的资质和代表性之间, 资质需要让位于代表性。^[6] 然而, 基于近现代仲裁制度的西方传统, 国际投资仲裁实践中西方仲裁员受指定的比例明显高于非西方仲裁员: 西方国家或其当事人自然会指定西方仲裁员, 而非西方国家或其当事人因本国仲裁员参与国际仲裁能力和经验的匮乏, 通常在重大案件中也更信任经验丰富、知名度高的西方仲裁员, 从而导致非西方国家的仲裁员一直缺乏实践机会, 形成频繁被任命者更有可能被任命的“内卷化”特点。^[7] 实践环节仲裁员代表性不足带来的风险是, 非西方国家因其国民无法参与裁判过程而对争端解决持警惕、怀疑甚至是疏远的态度, 形成对裁判者和 ISDS 机制的信任困境。同时, 任何法律的适用者、执行者和评价者都无法脱离各自的社会背景和其拥有的价值体系而存在。^[8] 西方法律传统和背景的仲裁员对非西方传统和背景的当事人、代理律师及证人所说、所写、所反应缺乏理解, 构成仲裁中文化和法律理念差异带来的最大困境。^[9]

3. 专业性质疑。仲裁员的知识结构和工作背景可能对案件处理的视角、方式和结果带来直接影响。相比于一般的国际商事争端, 国际投资争端涉及的投资者国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇、征收补偿、禁止性业绩要求等争议, 更具公法性质, 需要裁判者具有必要的公法背景才能更好地理解争议的场景和相关法律的初衷与精神。但在现行仲裁员任命机制下, 投资者可以挑选自己心仪的仲裁员, 对仲裁员进行背景筛选, 这意味着大量符合投资者立场的仲裁员进入到国际投资实践中, 使得“私人利益至上”的观念在国际投资仲裁实践中得以盛行。根据学者的统计, 私法和学术领域工作背景的投资仲裁员在整体上多于政府工作背景的仲裁员, 这与 WTO 争端解决机制下政府工作背景的专家组成员占据绝对多数的情况存在显著差异。^[10] 在此基础上, 有质疑认为, 投资仲裁员几乎不能理解针对国家实施和运用的规则,

与对待那些国际商界老手们之间达成的交易是大不同的。^[11] 这也在一定程度上造成了国际投资仲裁机制是“投资者友好型”的认知。^[12] 专业性也由此成为针对投资仲裁员的另一质疑焦点。

(三) ISDS 机制下裁判者信任困境的特殊性

对于前述 ISDS 机制下的裁判者信任困境, 在分析可能的应对措施之前, 必须首先反思这些信任困境是否客观, 其引发的关注是否存在被夸大的可能。一个不容回避的事实是, 在国际商事仲裁领域, 虽然上述有关仲裁员的质疑也不同程度地存在, 但从未达到动摇国际商事仲裁机制信任基础的程度, 各国仲裁立法以及仲裁实务虽然也有规则层面的完善, 但整体上仍然倾向于通过仲裁机制的“自我调节”加以解决——如仲裁员的信誉机制最终会使缺乏独立性和公正性的仲裁员无法得到业界的认可而被淘汰, 实现仲裁员群体的自我净化。因此, 相似的质疑在国际商事仲裁和国际投资仲裁下是否存在区别应对的基础和必要应先予厘清。笔者认为, 因 ISDS 机制处理的争端及其信任构架的特殊性, ISDS 机制的裁判者信任构建确实面临有别于其他争端解决机制的挑战。

首先, 不同于国际商事仲裁下通常只涉及地位平等的当事人之间私人利益冲突, 且在裁决的司法审查中将公共政策作为本国利益维护的安全阀,^[13] 在 ISDS 机制下, 因投资争端特殊的公私法混合属性, 裁判者及其裁判活动与东道国的外资规制权以及投资治理公共利益之间的紧张关系更为突出, 因而有关裁判者的争议也更为敏感和激烈。具体而言, ISDS 机制所处理的投资者与东道国之间的投资争端具有显著的公私混合属性: 从私法属性而言, 投资者在 ISDS 机制下的补偿或者赔偿诉求以维护其私人利益为出发点, 东道国是否存在违反投资合同或者违背投资承诺的事实认定, 以及相应的损失计算与一般商事投资争议的处理存在共通之处。从公法属性来看, 投资者的索赔通常直接针对东道国的公法行为, 争议所涉的领域经常具有政治敏感性, 比如能源供应、自然资源分配、环境规制、污水处理、税收、金融管制、当地法院的公正性、医药以及烟草控制等, 引发国际投资争端的政府行为也常伴随着东道国政治当局的变更, 政策突变以及政治、经济或社会领域的剧变,^[14] 而且最近十几年里投资仲裁中提出人权方面诉求的情况也在缓慢增加。^[15] 这种争端的公私法混合属性决定了裁

判者及其裁判权在 ISDS 机制下的地位更为敏感:对于作为私主体的投资者,东道国政府对裁判者施加不当影响的能力和可能性是投资者坚决希望规避的;而对于作为公主体的东道国政府,裁判者裁量的不仅仅是个案投资关系下的权利义务与损失金额,而且可能涉及对东道国在投资领域的政策、管理、立法乃至司法措施的评判,形成对东道国公共权力的钳制——因担心被投资者起诉和受到不利裁决而放弃或惮于对投资者进行规制的“寒蝉效应”构成对东道国外资规制权的现实削弱。因此,作为投资裁判过程的中心,裁判者的信任塑造需要平衡东道国与母国之间的缔约国关系、东道国与投资者之间的当事人关系、投资者与社会大众之间的利益相关者关系。^[16]

其次,ISDS 机制下裁判者的信任塑造需要考虑机制设立阶段和具体任命阶段的双层信任架构。在 ISDS 机制设立层面,缔约国的信任和授权直接决定是国际投资仲裁员、国内法院法官抑或其他裁判者有权审理争端;在具体案件的审理层面,获得拥有个案裁判者任命权的东道国政府和投资者的信任是裁判者在个案中获得任命的前提。这种双层信任架构不仅决定了 ISDS 机制下裁判者信任关系的复杂性,也决定了针对裁判者信任困境的改革会更加直接和迅速。具体而言,国际商事仲裁下当事人即使对仲裁员存在不信任,其寻求的改变通常仅局限于在个案层面要求仲裁员回避或者申请法院撤销或者不予承认或执行裁决,其缺乏直接的动力以及足够的影响力从规则和制度层面讨论和改变仲裁员的信任问题。换言之,国际商事仲裁下仲裁员的信任困境即使存在,当事人寻求制度变革的力量也是分散的,因而存在允许其自我净化的空间。但 ISDS 机制下的当事方则不然,因为 ISDS 机制首先取决于缔约国的条约谈判,有关裁判者的规则合意首先是缔约国之间的合意,这意味着,作为当事方的东道国可以直接塑造有关裁判者的信任议题并将其诉求纳入 ISDS 机制的双边条约谈判或者多边改革进程中。事实上,在不满当下某些制度性安排的情况下,通过国内法、双边协定和区域性安排来塑造新的全球性规则是晚近部分国家国际法实践的显著特征。^[17]

二、ISDS 机制下裁判者信任塑造的路径审视

基于 ISDS 机制下裁判者信任困境的特殊性,裁判者的信任塑造已经成为 ISDS 机制改革的重要议题

之一,在双边与多边路径下展开。

(一) 裁判者信任塑造的多元路径

ISDS 机制是由投资协定中的 ISDS 条款、具体适用的程序规则以及配套的其他环节(如裁判者的行为守则等)共同构成的,而现有的国际投资体系又是一个由大量双边投资协定(BIT)以及部分区域投资协定所构成的碎片化的体系,因此,ISDS 机制的信任塑造也是一个多层面推动的过程,呈现多元化的实践特征。根据学者的总结,当前各国针对 ISDS 机制的改革立场可以大致分为增量改革、系统改革以及范式改革三大类。其中,持增量改革立场的国家包括智利、日本、俄罗斯、美国等,它们主张通过局部改革完善现有的投资仲裁机制;欧盟、加拿大、毛里求斯等持系统性改革立场,希望推动设立国际投资法庭以代替国际投资仲裁机制;而以巴西和南非为首的一些国家则否认投资者在国际层面直接起诉东道国的合法性,主张转向投资争端预防机制等。^[18]与之相关联,有关裁判者信任塑造的改革也可以归纳为三条路径:

1. 仲裁框架下的规则完善。在维持国际投资仲裁机制的大框架下,理论和实践层面有关仲裁员信任基础补缺的应对措施主要体现为对仲裁员行为规范、利益冲突规则以及遴选、指定机制的完善。就仲裁员的行为规范和利益冲突规则,除了机构层面 ICSID 中心在实践中推动的要求仲裁员在接受指定审理案件时签署独立性和公正性宣言,以及 ICSID 中心和 UNCITRAL 秘书处正在推进的《投资者与东道国争议解决仲裁官行为守则》草案外,^②越来越多的 BIT 和包括投资章节的自由贸易协定(FTA)倾向于对相关内容作出具体规定或者援引成熟的实践做法。例如,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)明确规定,缔约国应在协定生效前制定仲裁员应当遵守的行为守则,以及有关利益冲突的其他规则或指南的指南。^③《美加墨协定》(USMCA)则将《国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突指导原则》并入,其中有关直接或者间接利益冲突的规则将直接适用于 USMCA 的 ISDS 机制,并且仲裁员被明确禁止从任何组织或政府处接受与争端相关的指示,也不得在程序期间担任本协定下正在进行的仲裁案件当事方的代理人或当事人指定的专家或证人。^④当然,仲裁员利益冲突的避免,除了其本身披露义务以及回避规则的完善外,还有赖于当事人披露义务的健全。以引发广泛关

注的第三方资助为例,第三方资助可能对仲裁员独立性的影响亦依赖于当事方的披露,只有在知悉第三方资助存在的情况下,仲裁庭才能获取规制第三方资助的主动权,及时审查是否存在潜在利益冲突。^[19]而在仲裁员遴选、指定机制方面,相关的改革措施和建议更为多样,包括:对仲裁员的专业知识要求进行细化,如CPTPP第9.21条第5款要求仲裁员具有争端适用的准据法方面的专业知识或相关经验;^⑤采取强制仲裁员名册,即缔约国协商制定候选仲裁员列表,纠纷当事人只能从候选仲裁员中选定仲裁庭成员;^[20]成立一个类似国际刑事法院法官任命咨询委员会的独立的国际投资仲裁员审查委员会,对候选的仲裁员进行审查;^[21]废除当事人的单方指定机制,由中立的第三方机构指定仲裁员。^[22]

2.裁判者任命机制的彻底变革。传统上,欧洲国家是国际投资仲裁机制的受益国和推行者,但随着晚近越来越多的欧洲国家成为投资仲裁案件的被申请人,它们对国际投资仲裁机制可能对其产生的不利和制约愈发不满。2015年9月,欧盟在其公布的TTIP投资章节草案中较为系统地提出了包括初审法庭和上诉法庭的国际投资法庭机制设想,该设想在后续欧盟对外签订的FTA中得到了全面的反映。具体而言,在裁判者的规则方面,欧盟在国际投资法庭模式中借鉴了类似WTO上诉机构成员的任命机制,对裁判者的任命机制进行彻底变革——转移裁判者的任命权,投资者不再享有裁判者的选择权:在目前的双边模式下,法庭成员由缔约国共同任命,分别由等数量的缔约双方国民以及第三国国民担任;至于具体案件的法庭成员组成,则是随机分配而成,由主席将案件在不同的小组间轮流分配。欧盟认为上述改革不仅可以改善非强制性的仲裁员名册制度导致的仲裁员分散、裁决尺度不一问题,而且可以缓解单方指定仲裁员的代理人化问题,防止当事人事先预测并影响法庭成员的可能。同时,欧盟在与加拿大、越南、新加坡等签订的新一代FTA中都明确,一旦被任命为投资法庭成员,则在其任职期间,无论是在正在进行的还是将来的依据本协定或其他国际投资协定提起的国际投资案件中,都不能再担任代理律师以及当事人指定的专家、证人。同时,这些FTA中还包含一个未来可以通过决议将现阶段按月支付的预付佣金和日常费用转化为固定薪水的条款——一旦作出这种

转化,成员将变成全职的,不能再担任任何其他职务,无论其他职务是否有报酬。此外,在行为守则部分,相关FTA还规定了成员在任期届满之后的附随义务:不能以任何形式参与其在任期间法庭或上诉庭正在受理的,或者与他们在任期间审理的争端直接或间接相关的投资争端;在任期满三年内,不能以代理人的身份参与法庭或上诉庭审理的案件。通过上述制度安排,欧盟旨在规避国际投资仲裁员多重身份可能带来的利益冲突,尽量减少身份冲突可能对裁判者公正性和独立性带来的质疑。

3.裁判权与规制权的关系缓和。如前所述,仲裁员的裁判权与东道国的规制权之间的紧张关系是ISDS机制下仲裁员信任危机的特殊性所在,如果能缓和这种紧张关系,也就能缓解裁判者的信任困境。这确实也是近年来不少ISDS机制条约实践的思路,即,通过限制ISDS机制对特定敏感争议的适用,以及赋予缔约国在ISDS程序中的介入权力,调和裁判者裁判权与东道国规制权之间的关系。具体而言,对ISDS机制的适用范围进行限制的实践体现于一般例外、安全例外以及特定事项例外条款中。其中,宽泛的一般例外条款通常将涉及为公共安全、公共道德、公共秩序或为保护人类、动物和植物的生命和健康之目的有关措施排除出ISDS机制的适用范围。安全例外条款则旨在,明确ISDS机制的适用不得要求缔约方披露其认为会违背其根本安全利益的信息,或者阻止缔约方实施其认为是履行有关维持或恢复国际和平与安全的义务,或保护其自身根本安全利益所必需的措施。特定事项例外则通常指向税收、金融等各国认为最为敏感的领域。对ISDS机制适用范围的限制,可以视为是裁判者信任塑造的反向路径,即,通过事先确定某些缔约国不信任裁判者的争端,来确保裁判者裁判权的行使不会触及缔约国不愿接受国际法律程序审查的治理领域。赋予缔约国在ISDS程序中介入权的实践则主要包括缔约国磋商程序或解释机制的引入。缔约国磋商程序的典型实践如中国-新加坡FTA投资章第19条设置的缔约国税收主管机关间的磋商机制——只有在投资者就违反征收和补偿义务的争议税收措施向缔约双方税收主管机关提交书面磋商请求,且缔约双方的税务主管机关在180日内不同意考虑该问题,或者虽同意考虑该问题,但未能就税收措施是否涉及征收问题达成一致时,争端

才能正式进入 ISDS 程序。至于缔约国解释机制则在 2004 年的《美国 BIT 范本》就已涉及: 其第 31 条规定, 对于涉及国际习惯法、征收以及送达的相关问题, 在申请人的要求下, 仲裁庭应当请求缔约方对申请人提出的不符措施争端进行解释, 缔约方应在 60 天内作出书面决定。作为延续, USMCA 第 14.D.10 条也规定, 对于涉及送达和公共债务的问题, 自由贸易委员会应当应仲裁庭的要求, 在 90 天内对当事方提出的不符措施条款进行联合解释, 该解释对仲裁庭具有拘束力。通过对仲裁庭具有约束力的缔约国解释或者磋商程序设置, 可以达到限制仲裁庭自由裁量权的目的, 在投资者保护与国家主权之间、仲裁庭与缔约方解释权之间寻求再平衡调整。^[23]

(二) 多元路径背后的整体导向

本质上来说, 既有 ISDS 机制下的裁判者信任困境在于对裁判者双层信任架构的回应不足: 在投资者与东道国的信任平衡层面, 国内法官和国际投资仲裁员都被认为过于偏向其中一方; 而在缔约国的信任层面, 又无法妥善回应缔约国关注的共性问题——在创造有利于吸引投资者的制度环境的同时, 维护自身必要的外资规制权。同时, 如果说投资者以个案结果是否于法有据为关注重点的话, 则缔约国在此之外, 更关注裁判者的裁判过程以及裁判结果在整个投资治理中的效果, ISDS 机制下的裁判者需要面临法律效果与政治效果的双重“考核”: 在国内法官作为裁判者时, 争端解决的法律效果不足是其被诟病的重点; 而在国际投资仲裁员的信任困境中, 争端解决的政治效果不佳是问题的核心。因此, 对于当前国际投资仲裁下的仲裁员争议, 裁判者的信任塑造在整体目标和趋势上是非常明确的: 改善现有国际投资仲裁中仲裁员裁判活动的政治效果, 重塑缔约国对 ISDS 机制的信心, 协调投资者在国际层面的独立诉权、东道国的规制权以及仲裁员的自由裁量权, 在裁判的法律效果与政治效果之间寻求新的平衡。在此背景下, 相关改革措施和方案的背后实际都体现了公法化的价值转向: 一方面, 通过对裁判者遴选资格、任命权利、行为规范等改革, 强化公法价值和思维, 缩限乃至排除投资者选择裁判者的权利; 另一方面, 通过对 ISDS 机制适用范围以及裁判者解释权、自由裁量权的控制, 尽可能地减少缔约国在 ISDS 机制下的暴露机会, 实现管辖权和解释权的重新分配。

上述裁判者信任的再平衡塑造, 也与当前国际投资法治从新自由主义到均衡自由主义的整体转向相适应。国际化、商事化的国际投资仲裁是新自由主义在国际投资法治层面最重要的表征之一: 东道国与投资者处于平等的程序地位之下, 投资者拥有独立提起仲裁以及与东道国一样指定仲裁员的权利, 并在投资争端解决的推进等方面享有高度的自主性——针对主权国家的国际请求也由此被“个人化”。^{[24] P96-99}而对以意思自治为理论支撑的国际商事仲裁员指定机制的复制, 又是国际投资仲裁机制新自由主义范式的核心所在——它大大增强了投资者在 ISDS 机制中获得充分保护的信心, 削弱了东道国对 ISDS 机制的控制能力。但是, 裁判者在国际投资争端治理中发挥的实际作用与制度预期之间存在的差异, 则使得这种新自由主义范式下的仲裁员任命机制面临争议: 一方面, 借鉴于国际商事仲裁机制的仲裁员指定机制, 在实践中的运行状态与 ICSID 公约表面上赋予各国的相同的仲裁员提名权发生了偏离, 仲裁实践和法律队伍发达的国家在实践层面把持了国际投资争端解决的话语权, 非西方国家面临参与困境, 投资仲裁实践不能代表和反应国际投资社会的普遍利益。另一方面, 仲裁员被赋予了过大的解释空间, 尤其是在国际投资法规则仍处于发展的早期, 在很多规则的构建尚不完善的大背景下, 仲裁员在国际投资协定, 甚至是缔约国国内法解释上的自由裁量权超过了缔约国的预期, 仲裁员在个案事实认定和选择适用的法律之外, 对相关问题的创造性解释具有事实上的“造法效果”。这不仅压缩了东道国的管制空间, 而且触及了本属于缔约国的立法权力。随着发达国家在国际投资领域的身份转换(投资东道国的身份日益显著), 以及作为仲裁被申请人情形的日益增多, 发达国家与发展中国家在维护东道国公共利益和必要规制权的基本诉求上逐渐形成共识, 国际投资法转向推进投资保护、投资自由化与强化东道国监管权并重的内嵌自由主义或均衡自由主义, 有关仲裁员的质疑也自然成为此种宏观转变的一部分。

(三) 矫枉过正的风险担忧

从仲裁制度的角度而言, 当前有关裁判者信任困境与规则变革的议题塑造是对当事人选择仲裁员意思自治的外部干预甚至是剥夺, 是对当事人能够合理选任仲裁员的不信任。而从国际投资法治的宏观视

角来看,裁判者的信任困境与规则变革在本质上是 ISDS 机制与投资治理的控制权之争,背后隐藏的是 ISDS 机制国内化与国际化、商事化与政治化的范式博弈。在此过程中,虽然增加缔约国的控制,提升 ISDS 机制的政治效果是明确的趋势与目标,但同样需要警惕相关改革在以下两个层面的矫枉过正风险。

1. 争端解决的复政治化风险。该风险具体体现于以下两方面:第一,剥夺投资者裁判者任命权带来的复政治化风险。以欧盟已经付诸实践的投资法庭模式为例,其法庭成员的任命机制设计借鉴了 WTO 上诉机构成员任命机制的诸多要素,至少存在两个层面的政治化风险:首先,由于缔约国掌控成员的选任权,该选任过程本身就可能变得政治化,就像 WTO 上诉机制正面临的困境一样。^[25]特别在双边层面的投资法庭模式下,目前对于如何共同任命第三国成员缺乏细化的制度设计,这可能在后续的运作中引发机构瘫痪的危机——因为每个具体案件的审理法庭需由缔约国双方的成员(各一名)以及第三国的成员(一名)组成。其次,缔约国可以通过更加注重裁判者的公法背景和政府部门工作经历,筛选那些具有“亲国家”倾向的候选人。同时,不同成员在具体案件中的立场差异依然可能因国籍的不同而存在显著差异,裁判者的代理人化问题可能变相存在:具有东道国国籍的成员很可能更倾向于维护自己国家的公共利益或国家安全;而与投资者具有相同国籍的也更可能从投资者的角度出发,维护自己国家投资者的权益。^[26]第二,缔约国在 ISDS 机制例外条款中宽泛的解释权同样可能过于政治化,有损争端解决的法律性。一般例外、安全例外以及特定事项例外通常采用宽泛的措辞方式,再加上国际投资法在何谓根本安全利益、国家利益、公共秩序等判断标准上的模糊性,给了缔约国极大的解释空间和裁量权,存在被滥用的政治化风险。正如学者所质疑的,与投资者相比,东道国兼具游戏规则制定者和参与者的双重身份,通过解释临时修改游戏规则如何能保证 ISDS 机制的公平性?^[27]必须承认,虽然政治化的争端解决方式在某些情况下能够达到理想的效果,但国际投资仲裁机制本身就是政治化的争端解决机制无效或者效果不佳的替代产物,如果政治化的因素过多地回归,将大大减损其存在的价值。仲裁应当创新,但创新必须守正。^[28]国际投资争端解决复政治化最极端的情形就是

对国际化的 ISDS 机制的放弃,使投资争端解决重回当地救济和投资者母国外交保护的時代,这对于国际投资争端解决和国际投资法的发展将是沉重的打击。

2. 泛化的裁判者行为要求对裁判者信任构建的负面效果以及对程序推进的阻碍风险。如前所述,对裁判者的行为守则进行全面、细化规定是目前裁判者信任塑造的重要举措之一,以此规避潜在的利益冲突风险和公正性争议。在 ICSID 中心和 UNCITRAL 秘书处最新公布的《投资者与东道国争议解决仲裁官行为守则》草案中,其不仅涉及了诸多一般性的行为要求和禁止事项,还细化列举了许多利益冲突风险和披露事项。其中,尤为引人关注的是其将“仲裁员或候选人发表的所有著述(及其相关公开演讲)的清单”列为裁判者披露的内容之一。这对于学者或者政府官员出身的仲裁员无疑是非常严苛的,因为“所有的”和“公开的”本身具有一定的模糊性,执行起来并不容易。同时,当前存在的一个误区是将裁判者的披露义务直接与挑战裁判者的标准挂钩,越来越宽泛的披露义务也带来更多的挑战裁判者(要求裁判者回避)的实践。客观而言,挑战频率的增加并不是好事,因为大多数情况下,被挑战的情况并不会导致裁判者失去其独立性和公正性,但挑战本身却容易对仲裁程序的推进造成不当干扰,成为意图拖延程序的当事方的战术工具。而且挑战频率的增加容易给外界造成裁判者不可信的直观印象,有损裁判者公信力的构建,甚至带来“合法性危机”的“假象”。因此,如学者对仲裁员行为守则的评价,制定仲裁员行为标准、规则的目的并非助长当事人和仲裁员的疑虑,相反,当事人对于仲裁员披露的期待应当与挑战仲裁员的审查标准实现平衡,需要明确披露义务与挑战仲裁员各自清晰的审查标准。^⑥

三、裁判者信任塑造的中国因应

ISDS 机制的裁判者信任塑造值得我国高度关注:一方面,鉴于我国不断扩大的国际投资利益以及裁判者对争端解决过程和结果的显著影响,裁判者的可信任性对维护我国投资利益的重要性不言而喻;另一方面,信任困境下的制度改革备受关注,有关裁判者遴选条件、行为守则、任命机制、权力限制等变革议题有待我国在双边和多边层面作出回应,如何在此过程中作出符合我国利益诉求的制度设计和选择,不仅关乎我国利益的现实保障,也关乎制度话语权的长远

构建。同时,中欧投资协定(CIA)中的ISDS机制仍需
在协定签署后加紧补充谈判,而与裁判者任命相关的
规则变革是欧盟推动的投资法庭模式核心的内容之
一,相关方案对我国是否具有可接受性值得特别关注。

(一) 平衡化的整体立场

特定国家对裁判者信任困境的应对,在根本上取
决于本国当前的投资利益保护需求。对我国而言,投
资者母国与投资东道国并重的身份决定了我国有关
ISDS机制的立场不可能是一边倒的。在于2019年9
月提交的《中国政府关于投资者与国家间争端解决
机制改革的建议》中,我国也表达了平衡化的改革立
场:在整体持开放态度的基础上,明确改革方案既要
维护东道国的合法监管权,又要保护投资者权益。具
体就仲裁员相关的规则完善而言,我国建议在投资仲
裁的一审环节,保留当事方指定仲裁员的权利,并从
仲裁员的专业知识、利益冲突避免以及回避规则方面
加以完善,增加透明度和合理性。显然,我国在有关
仲裁员专业知识、利益冲突避免以及回避规则的完善
方面持积极态度,因为这不仅回应了东道国的担忧,
也符合投资者的利益——仲裁员与东道国之间存在
的可能影响其独立性的关联以及裁决因仲裁员在上
述方面的瑕疵而被撤销或不予执行的风险对投资者
也是现实的顾虑。上述立场也体现在我国近几年的
条约实践中,如中国-澳大利亚FTA投资章第15条
对仲裁员的遴选条件以及独立性作了具体要求,并在
该章附件1中对仲裁员的行为守则(包括程序责任、
披露义务、职责履行、独立性与公正性等)作出具体
规定。当然,对于仲裁员的披露义务,如前所述,应当
合理控制其范围并区分其与挑战仲裁员的标准。尤
其考虑到我国在ISDS领域的仲裁员多为学者出身的
兼职仲裁员的情形,不能将发表的著述中的观点与仲
裁员的公正性以及有权挑战仲裁员的情形简单挂钩
和等同。至于指定仲裁员的权利,我国的立场相对保
守,将其与支持多边常设上诉机制构建的意见相联
系,并充分考虑投资者的权益保障需求。这种谨慎的
立场选择具有合理性:一方面,从投资利益保护的侧
重点而言,考虑到我国国内的外商投资环境长期以
来比较稳定,投资法治环境也在不断优化完善,而我
国投资者的海外投资经验尚不丰富,在疫情影响以
及民粹主义、单边主义和保守主义回潮情况下面临
较大投资争端风险的客观情况,为投资者提供充分保
护是我

国目前相对更为迫切的诉求。继而,过度渗透公法价
值、过于政治化的ISDS机制对投资者带来的负面影
响并不符合我国当前的国际投资利益诉求。需始终
谨记的是,虽然国际投资争端具有与WTO争端的相
似性,但不同于WTO成员国本身并不反感政治化,
投资者对投资争端解决的政治化十分敏感。另一方
面,从机制设置本身的合理性而言,考虑到当前国际
投资法以BIT为主的现状,临时仲裁员的多元性带来
的灵活性更加适合BIT的多样性。^{[29] P177}在引入常
设上诉机制的情况下,上诉机构的常设性质已经能
够在很大程度上平衡现有仲裁员指定机制可能存在
的不足,非常设的初审和常设的上诉机构更能发挥
各自所长,弥补另一方的不足,形成精巧和平衡的
组合。^{[30] P177-179}

此外,与《外商投资法》第6条有关外商投资活
动不得危害国家安全、损害社会公共利益的规定精
神相契合,我国在近几年签订的投资协定中也开始
关注东道国外资规制权与裁判者裁判权的协调:不
仅注重对一般例外条款、安全例外条款、金融审慎
条款等的引入将相关敏感领域反向排除出ISDS机
制的适用范围;而且通过对ISDS机制适用的争议的
详细列举来正面明确ISDS机制的适用范围。例如,
中国-加拿大BIT为明确ISDS机制对收税争议的适
用限制,一方面在第14条有关税收的规定中明确,
除本条规定外,BIT中的其他任何规定不适用于税
收措施;另一方面在第20条有关投资者的诉请中列
明,根据第14条第4款提起的有关税收措施的争
议可以提交投资仲裁庭。同时,在磋商和解释程序
的引入方面,除了前述已经提及的中国-新加坡FTA
外,我国在与加拿大以及澳大利亚的BIT和FTA中
也都引入了类似的机制以限制仲裁员的裁判权。值
得特别提及的是,中国-加拿大BIT第20条还在磋
商程序中嵌入了国家间仲裁机制:如果被申请方以
争议措施是金融审慎措施为由对投资者诉请提出抗
辩,则ISDS仲裁庭应当向缔约双方寻求关于此问
题的书面报告,仲裁程序也相应中止;如果缔约双
方的金融主管部门无法在60天内达成一致意见,则
任一缔约方应在30天内将该问题提交国家间仲裁
庭解决,且国家间仲裁庭的裁定对ISDS仲裁庭具
有约束力。当然,对我国而言,基于前述为投资者
提供充分保护是我国目前相对更为迫切诉求的立
场研判,需要警惕东道国规制权在以下两个层面
的滥用风险:第一,在我国主导的“一带一路”

沿线投资关系下,部分国家和地区可能因政治局势动荡等原因出现滥用例外条款的情况;第二,规制权的行使可能受到意识形态的操控,成为对我国投资者海外投资活动进行歧视性不当排挤的工具,如当前部分国家利用外资安全审查机制对我国投资者进行歧视性对待的做法。因此,出于保护投资者的考虑,ISDS机制在防止东道国任意行使规制权方面的积极价值仍不能被彻底放弃:不宜将所有的例外条款都设置为自裁决性质,^⑦并视不同协定中各方对不同例外事项的重视程度,设置依据例外条款采取措施的前提条件(如不能具有任意性和歧视性)以及措施的关联性要求,赋予ISDS机制对非自裁性质例外条款的适用是否符合前提条件以及是否满足关联性要求的审查权,并允许投资仲裁庭对自裁性质的例外条款的适用是否是善意的进行审查。

(二) 强制仲裁员名册与独立第三方机构的引入尝试

在当前有关ISDS机制裁判者的信任塑造中,裁判者的任命权是否应当转移是最具争议的。我国在上述有关仲裁员指定机制的改革立场表述中,以构建常设上诉机制为假设,但仍需回应的两个问题是:第一,在多边层面的常设上诉机制短期内难以构建的情况下,我国如何在近期的双边或者区域投资协定谈判中作出因应?第二,如果常设上诉机制得以构建,上诉机构的裁判者(成员)如何产生?

笔者认为,在尚未引入多变常设上诉机制的情况下,强制仲裁员名册制度是双边和区域层面有关仲裁员任命机制改革更为平衡的方案:在保留投资者对具体案件仲裁员指定权的基础上,明确当事人只能在事先拟定的固定名册中指定仲裁员。这可以有效缓解可选择的仲裁员不受限制导致的仲裁员专业性、代表性难以控制等问题,配合更为完善的仲裁员遴选机制和利益冲突规则,应能较好回应当前有关投资仲裁员的争议。同时,强制仲裁员名册制度的适用范围也有不同的选择,比如要求所有被指定的仲裁员都从名册中选择,或者当事人指定的仲裁员可以不从名册中选择,但双方合意指定或者机构指定的第三位仲裁员必须从名册中选择。当然,强制仲裁员名册如何制定值得进一步探讨。根据一项针对投资者进行的ISDS机制调查,如果强制仲裁员名册是由缔约国制定的,则64%的被调研者认为这将有损于投资者对ISDS机制

的信任;相比之下,由独立机构制定的强制仲裁员名册更受投资者的认可,有48%的被调研者认为这种方式下制定的名册有助于提升信任。^⑧从平衡投资者和东道国利益诉求,进一步避免强制仲裁员名册制定过程过于政治化的考虑出发,在缔约国可以通过投资协定对仲裁员的遴选要求和具体案件仲裁庭成员的组成要求进行细化的前提下,不宜再由缔约国掌握制定强制仲裁员名册的主导权,更宜将它交给独立的第三方机构,由其在综合评估缔约国的建议、仲裁员的申请、相关仲裁机构或仲裁员组织的推荐等基础上制定。此外,独立的第三方机构还可以在仲裁员的披露义务上进行机制建设,设立专栏搜集并定期更新仲裁员根据行为守则需要披露的信息,使有需要查询利益冲突的当事人能够有效获取相关信息。对此,由40多个国家和地区的工商、法律服务机构共同发起成立的国际商事争端预防与解决组织是合适的选择之一,应当成为未来我国在投资协定谈判中力推的选择:这不仅与该组织共商、共建、共享的理念相契合,可以作为我国为“一带一路”投资争端治理贡献的公共产品之一,而且也有助于该组织更快地积聚国际关注,助力其发展。

同样的,如果未来多边层面的上诉机制得以成型,完全剥夺投资者的裁判者任命权,由缔约国完全主导裁判者的任命过程也非合理的选择,其成员的选任过程也宜如前所述,交给独立的第三方机构,以淡化政治化风险,增强投资者对上诉机制的信任。同时,上诉机构的成员选任过程应当遵循国际争端解决机构运行的必要原则,尤其是在成员的代表性上,应当保证实际审理案件的成员充分体现地域、国家、文化、法系等方面的代表性。

(三) 中欧ISDS机制谈判的特别关注

因谈判时间过于紧张,CIA下有关ISDS机制的谈判仍有待后续完成。虽然前期有关市场准入、国有企业、知识产权保护等方面的实体规则谈判对于双方而言更为敏感,但后续有关ISDS机制的补充谈判同样具有重要意义。首先,我国与欧盟成员的既有ISDS机制并不统一,^⑨这种差异,主要是由于不同的BIT是我国在不同的经济发展阶段签订所致,而且中国与欧盟成员国BIT中的ISDS条款规定均相对简单,并未涉及对ISDS机制的改良。^[31]因此,CIA有关ISDS机制的补充谈判对于统一和优化中欧现有ISDS

机制的价值不言而喻。其次,自欧盟法院在 *Slovak v. Achmea* 案中确认欧盟成员国间的 BIT 中的 ISDS 条款与欧盟法不兼容以来,^⑩有关该案判决是否适用于依据欧盟成员国与非欧盟成员国间 BIT 提起的投资仲裁案件,进而导致相关 BIT 中的 ISDS 机制无法执行引发了不少担忧。^[32] CIA 的 ISDS 机制谈判可以回应上述担忧,这对于明确双方投资者的投资保护预期具有积极价值。最后,虽然欧盟的国际投资法庭改革方案已经在双边层面积累了一些制度经验和伙伴共识,但在多边层面,欧盟通过设立国际投资法庭进行系统改革的主张并未占据主导。在此背景下, CIA 中有关 ISDS 机制的补充谈判显然会是欧盟极力争取的重点:一旦能在中欧双边层面成功“拉拢”中国,则将为其在更广泛范围内推广其主张提供强有力的“背书”。

欧盟国际投资法庭模式的核心“卖点”有两方面:一是引入上诉机制以回应当前国际投资仲裁下裁决一致性、可预测性的缺失;二是通过裁判者任命机制的改革以回应当前有关仲裁员的争议。但就前者而言,双边路径并非国际投资仲裁上诉机制的最佳路径,因为双边路径意味着每一引入上诉机制的投资协定都将设立一个独立的上诉机制,这一方面将给缔约国带来显著的成本压力,另一方面也将在上诉机制层面形成碎片化的局面,不同上诉机构之间的裁决一致性同样难以保证。事实上,在维持现有 ISDS 机制的基础上构建一个常设上诉机制已经能够有效回应裁决一致性的诉求,而且相比之下,因不需要设立一审的法院机制,单独的常设上诉机制成本更低,对各国的经济和财务负担较小,更容易被各国所接受。^[33]而就后者而言,如前所述,欧盟投资法庭模式中有关裁判者任命机制改革的政治化风险与我国投资利益保护的整体诉求和立场并不完全契合。从双向投资大国的身份以及在“一带一路”倡议投资中的主动地位来看,过于激进、对参与国负担过重、有损于投资者信心的裁判者任命机制和 ISDS 机制改革方案并不符合我国的整体国际投资立场。当然,鉴于欧盟已在多边和双边层面表达推进国际投资法庭模式的强烈决心,以及 CAI 谈判的完整完成在国际政治与经济层面的战略性价值,仍不得不评估的是前述整体立场在中欧双边语境下是否有让步和调整的空间?是否有可接受的折中方案?

笔者认为,仅就中欧双边层面而言,欧盟投资法

庭模式中有关裁判者任命机制的改革方案并非完全不可接受,理由主要如下:第一,从近几年中欧双边的投资规模来看,中国和欧盟处于基本相当的状态,双方在投资者母国和投资东道国方面的身份相对平衡,因此,相比于其他我国投资者母国身份更为显著的双边投资关系,有关裁判者任命权的改革在中欧双边层面的负面影响相对更小。第二,就被提起国际投资仲裁的实践而言,目前在 ICSID 中心登记的,由欧盟投资者对我国提起的投资仲裁案件只有一件;而我国投资者对欧盟成员国提起的投资仲裁案件也只有一件。^⑪这意味着,依据我国与欧盟成员国间 BIT 提起的投资仲裁实践并不多,ISDS 机制至少到目前为止并未成为双方投资实践的焦点问题。第三,由于语言、文化和法律传统等因素,我国仲裁员在现行国际投资仲裁机制下的参与度很低,而欧盟投资法庭模式中有关裁判人员的构成和任命方式有助于提升我国裁判人员的参与度与影响力,储备和积累专业法律人才。因此,在中欧双边层面,我国对欧盟投资法庭模式具备让步的空间,我们可以将其作为一种小范围的尝试加以考虑。当然,我国在中欧双边层面对欧盟投资法庭模式的让步并不意味着 CIA 只能将投资法庭模式作为唯一的 ISDS 机制选择。进一步的折中方案是,将投资法庭作为中欧 ISDS 机制的选择之一,加入其他双方可接受的其他争端解决机构和机制,给投资者一定的选择。作为我国利益的表达,我国应当推动我国主导的多边争端解决机构(如国际商事争端预防与解决组织)在中欧 ISDS 机制中的引入,以此作为接受欧盟投资法庭模式的条件。同时,中欧双边层面的制度安排不应当改变我们在多边以及更广泛的双边层面的整体立场,即使我国在 CIA 的后续谈判中基于完成谈判的政治考虑引入了国际投资法庭模式,我国也应尽量避免加入类似 CETA 等协定中包含的缔约方应当继续推进多边投资法庭构建的“多边争端解决机制条款”,并应在 UNCITRAL 主导的多边 ISDS 机制改革中维持我国的既有立场。

结语

在国际投资领域,国家对投资争端管辖权的让渡和自身主权豁免的放弃是晚近国际投资仲裁机制得以蓬勃发展的前提。但这种主权让渡对东道国外资规制权的钳制和当地治理的负面影响同样引起了主权国家的警惕,有关裁判者独立性、专业性、代表性的

质疑即是此种警惕的外化,限制裁判者的裁判权和解释权,在裁判者的专业背景、行为守则、任命权以及解释权和自由裁量权设定中渗透缔约国的意志成为相关改革方案背后的共同出发点。然而,ISDS 机制必须兼顾政治效果与法律效果的统一,相关机制的改革需要避免从一个极端走到另一个极端的误区——由

完全的商事化走向过度的政治化。对我国而言,“一带一路”倡议不断推进下日益显著的海外投资利益保护诉求,以及美国鼓吹单边主义的经济环境下单边制裁的影响,^[34]决定了我国在有关 ISDS 机制及其裁判者的规则变革中宜采取平衡化的立场而不宜过激。

注释:

① 这对首席仲裁员有现实的吸引力,因为一致裁决有助于提升其声誉进而增加其未来获得指定的机会。See Hans Smit. *The Pernicious Institution of the Party-appointed Arbitrator* [J]. *Columbia FDI Perspectives*, 2010, 33.

② 草案的适用于仲裁员、国际特设委员会、废止委员会或上诉委员会成员,以及投资人与国家间争端解决常设机制法官。最新的版本参见 <https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.III/WP.201>.

③ CPTPP, Chapter 9 - Investment, Article 9.22, para.6.

④ USMCA, Chapter 14 - Investment, ANNEX 14 - D, Article 6, para.5.

⑤ 相比之下,ICSID 公约仅在第 14 条对仲裁员的道德品质和法律知识有原则性的要求,有关国际投资法与国际公法方面的专业要求仅在中心网站上被作为鼓励性要求。

⑥ See Fahira Brodlija. *Back to Basics: Drawing the line between Disclosure, Challenge and Disqualification Standards in International Investment Arbitration*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/01/back-to-basics-drawing-the-line-between-disclosure-challenge-and-disqualification-standards-in-international-investment-arbitration/>.

⑦ 所谓自裁决性质,是指只有协定的缔约方有权在发生例外条款所涉的情形时决定是否采取措施以及采取何种措施,第三方无权对措施的必要性和关联性进行评价。

⑧ 2020 QMUL-CCIAG Survey: Investors' Perceptions of ISDS, P.16.

⑨ 部分规定只有关于征收赔偿金额的争议可提交仲裁,包括与丹麦、意大利、奥地利、波兰、爱沙尼亚、匈牙利、斯洛文尼亚、克罗地亚的 BIT; 部分规定有关征收赔偿金额及其他经过双方同意的争议可提交仲裁,包括与希腊、立陶宛的 BIT; 而其他的则未对可以提交的争端进行限制,包括与瑞典、法国、德国、芬兰、保加利亚、比利时与卢森堡、拉脱维亚、捷克、塞浦路斯、马耳他、葡萄牙、西班牙、荷兰、罗马尼亚、斯洛伐克的 BIT。

⑩ *Slovak Republic v. Achmea B.V. (Case C-284/16)*. 在该案中,欧盟法院认定根据案涉荷兰与斯洛伐克间 BIT 中有关法律适用的规定,欧盟法将必然被适用,这导致根据案涉 BIT 投资仲裁条款成立的仲裁庭需要对欧盟法进行适用和解释,而根据该 BIT 设立的仲裁庭不属于欧盟成员国法院或法庭,因而将违反《欧盟运行条约》第 344 条有关欧盟成员国义务不将涉及 TFEU 解释或适用的争议提交欧盟法院之外的其他争端解决机制解决的规定。基于此,案涉 BIT 中的仲裁条款与欧盟法不兼容。本案在根本上动摇了类似欧盟成员国间 BIT 中投资仲裁条款的可执行性,也使欧盟成员国于 2019 年 10 月就全面终止相互间 BIT 正式达成协议。

⑪ 两个案件分别为:德国海乐西亚泽有限公司诉中国案(Case No. ARB/17/19)和平安银行诉比利时王国案(Case No. ARB/12/29)。此外,据报道,2020 年 11 月,瑞士投资者依据中国-瑞士 BIT 向中国政府发出了投资争议磋商谈判的通知。

参考文献:

- [1] Jeswald W. Salacuse. *Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain*, in Norbert Horn and Stefan Michael Kroll (eds). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects* [M]. Kluwer Law International, 2004.
- [2] Christoph H. Schreuer. *Do we need Investment Arbitration?*, in Jean E. Kalicki & Anna Joubin-Bret (eds.). *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System* [M]. Brill | Nijhoff, 2015.
- [3] Jan Paulsson. *Moral Hazard in International Dispute Resolution* [J]. *ICSID Review*, 2010, 2.
- [4] Albert Jan van den Berg. *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, in Mahnouch Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* [M]. Martinus Nijhoff, 2011.
- [5] 陈磊. 风险、激励与监管: ISDS 仲裁员的身份冲突及其化解 [J]. *国际商务研究*, 2017, 2.
- [6] 杨国华. WTO 上诉机构的产生与运作研究 [J]. *现代法学*, 2018, 2.
- [7] Puig, Sergio. *Social Capital in the Arbitration Market* [J]. *European Journal of International Law*, 2015, 25.
- [8] 陶南颖. 论国际法治研究的西方中心主义视角与中国视角 [J]. *法制与社会发展*, 2020, 3.
- [9] 初北平. “一带一路”国际商事仲裁合作联盟的构建 [J]. *现代法学*, 2019, 3.
- [10] Jose Augusto Fontoura Costa. *Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: The Creation of International Legal Fields* [J]. *Oñati Socio-Legal Series*, 2011, 4.
- [11] 邓婷婷. 欧盟多边投资法院: 动因、可行性及挑战 [J]. *中南大学学报(社会科学版)*, 2019, 4.
- [12] 张光. 论国际投资仲裁中投资者利益与公共利益的平衡 [J]. *法律科学*, 2011, 1.
- [13] 何其生. 国际商事仲裁司法审查中的公共政策 [J]. *中国社会科学*, 2014, 7.
- [14] Charles H. Brower II. *Politics, Reason, and the Trajectory of Investor-State Dispute Settlement* [J]. *Loyola University Chicago Law Journal*, 2015, 49.

- [15] 边永民.国际投资仲裁机构对涉及人权问题的投资纠纷的审理[J].政法论丛,2020,2.
- [16] 王鹏.中立、责任与参与:国际投资仲裁的多边改革与中国对策[J].国际政治研究,2018,2.
- [17] 车丕照.是“逆全球化”还是在重塑全球规则? [J].政法论丛,2019,1.
- [18] Anthea Roberts. Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration [J]. American Journal of International Law, 2018, 112.
- [19] 徐树,陈雪雯.国际投资仲裁中第三方资助的披露规则研究[J].国际法学刊,2020,3.
- [20] 单文华,王鹏.均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析[J].西安交通大学学报(社会科学版),2019,5.
- [21] Devaney, James. An Independent Panel for the Scrutiny of Investment Arbitrators: An Idea Whose Time has Come? [J]. Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2019, 18.
- [22] Jan Paulsson. Moral Hazard in International Dispute Resolution [J]. ICSID Review, 2010, 2.
- [23] 何悦涵.投资争端解决的“联合控制”机制研究[J].法商研究,2020,4.
- [24] Gus van Harten. Investment Treaty Arbitration and Public Law [M]. Oxford University Press, 2007.
- [25] Sergio Puig, Gregory Shaffer. Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law [J]. American Journal of International Law, 2018, 112.
- [26] 董静然.“一带一路”倡议下投资者-国家争端解决机制研究[J].江苏社会科学,2018,1.
- [27] 林惠玲.再平衡视角下条约控制机制对国际投资争端解决的矫正[J].政法论坛,2021,1.
- [28] 张春良,旷菊.论先予仲裁裁决的司法审查[J].中国海商法研究,2019,4.
- [29] Payam Akhavan. The Contribution of Investment Arbitration to the Rule of Law, in Andrea Menaker (ed). International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity [M]. Kluwer Law International, 2017.
- [30] 肖军.规制冲突裁决的国际投资仲裁改革研究——以管辖权问题为核心[M].北京:中国社会科学出版社,2017.
- [31] 邓婷婷.中欧双边投资条约中的投资者-国家争端解决机制——以欧盟投资法庭制度为视角[J].政治与法律,2017,4.
- [32] Hannes Lenk. Investment Arbitration under EU Investment Agreements: Is There a Role for an Autonomous EU Legal Order? [J]. European Business Law Review, 2017, 2.
- [33] 秦晓静.设立投资仲裁上诉机制的路径选择[J].政治与法律,2021,2.
- [34] 何丽新,郑乃容.国际贸易制裁风险的承保问题探索[J].中国海商法研究,2020,3.

Referee's Trust Dilemma and the Trust Shaping of the International Investment Dispute Settlement Mechanism

Cao Xingguo

(Law School of Dalian Maritime University, Dalian Liaoning, 116026)

【Abstract】The trust shaping of the international investment dispute settlement mechanism is a long-term problem, among which the trust dilemma of the referees is the key issue. From domestic court judges to international investment arbitrators, the referees of investment disputes still face controversy over their independence, representativeness and professionalism, and has formed different paths of reforms concerning the arbitrator's code of conduct, rules of interest conflict, selection and appointment mechanisms of referees, and relaxation of the relationship between judicial power and regulatory power. The trust dilemma of the referee is part of the paradigm shift of international investment governance, behind which is the contest for the control of international investment governance. Although at the Sino-European bilateral level, China has room for concessions to the referee appointment mechanism under the EU Investment Tribunal mechanism, at the multilateral and broader bilateral level, China should adopt a balanced strategy, avoiding the risk of excessive politicization in the transfer of the referee's appointment power, preventing the risk of abuse of the regulatory power in the process of coordinating judicial power and regulatory power, and it is recommended to authorize an independent institution to adopt a mandatory arbitrator list and select the members of the possible appellate body.

【Key words】international investment dispute settlement; arbitrator; regulatory power of host country; politicization; China-Eu comprehensive investment agreement

(责任编辑:唐艳秋)