

国际投资仲裁效率的追求、反思与平衡

■曹兴国

效率是国际投资仲裁追求的核心价值之一。国际社会通过对国际商事仲裁机制的移植和国际投资仲裁仲裁自足性的构建,以期实现国际投资仲裁效率的价值追求。但就实践效果而言,效率目标的实现状况并不理想,而且对效率的片面追求对程序正当性产生了负面影响。对国际投资仲裁效率的追求,未来应沿着并行不悖的两个方向推进:一方面通过程序的优化和各参与方的协作积极推进仲裁效率的维护和实现,另一方面防范相关措施矫枉过正的风险,致力于形成程序效率与程序正当性之间的良性平衡。效率导向下仲裁效率与程序正当性之间的平衡符合我国国际投资利益的整体保护需求,应在未来我国有关国际投资仲裁机制的谈判以及国内司法审查机制的构建中加以贯彻。

[关键词] 国际投资仲裁;效率价值;透明度规则;上诉机制;司法审查

[中图分类号] D996 [文献标识码] A [文章编号] 1004-518X(2021)04-0194-10

[基金项目] 辽宁省社会科学基金青年项目“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)

曹兴国,大连海事大学法学院讲师,博士。(辽宁大连 116026)

法彦有言:迟到的正义非正义。对于包括国际投资仲裁在内的争端解决机制而言,效率价值的追求是永恒的话题。围绕效率价值的实现,国际投资仲裁在制度设计层面采取了多种措施,但就实践效果而言,却出现了两相责难的尴尬:一方面,快速高效并未成为国际社会对国际投资仲裁机制的普遍评价,相反,冗长而昂贵的争议解决程序给国家和投资者带来的负担和困难成为普遍的担忧;另一方面,基于效率追求而借鉴国际商事仲裁的秘密性、一裁终局以及管辖权自裁原则在国际投资仲裁中出现不适应性,救济机制的缺乏以及公开透明度的不足成为国际投资仲裁机制面临合法性危机的重要原因之一。显然,国际投资仲裁的效率追求并未达到理想的预期——如何有效缓解上述两相责难的尴尬境地,如何在针对国际投资仲裁机制的众多改革议题和措施中综合考虑效率目标的实现,是当前国际投资争端治理必须重视的问题。

对我国而言,国际投资仲裁是我国在国际投资协定中广泛采纳的争端解决机制,其效率追求不仅在结果上切实关乎“一带一路”倡议推动下我国不断扩大的国际投资利益,而且在实现过程中依托的制度改革关乎我国在该领域制度话语权的长远构建。为此,本文从效率价值追求、反思

与平衡三个维度剖析当前国际投资仲裁中有关效率价值的核心问题,旨在为我国国际投资仲裁的实践参与以及话语权构建提供有益借鉴。

一、效率的追求:国际投资仲裁的缘起与制度特征

与国内法律制度一样,国际法律制度同样是一个多元、复杂的价值诉求承载体,包括自由、公平、正义、秩序、效率、安全等在内的多元价值诉求共同构成推动国际法律制度产生和发展的动力。对国际投资仲裁来说,同样可以观察到其价值追求的多元化。不过,结合国际投资仲裁的制度缘起和制度特征,效率价值的追求显然在其多元化价值追求序列中处于极为显著的地位,并体现于国际投资仲裁制度产生与制度设计的诸多方面。

(一) 初衷:传统投资争端解决机制的低效

国际投资仲裁对效率的追求首先取决于其制度产生的初衷——传统投资者与东道国投资争端解决机制(以下简称ISDS机制)的低效和国际社会对高效ISDS机制的需求是国际投资仲裁制度得以构建的根本原因。

传统上,ISDS机制主要包括协商谈判或者调解、东道国的当地救济、投资者母国或者第三国的司法救济,以及投资者母国的外交保护这四种。但是,上述争端解决途径都并非理想之选,尤其在争端解决的效率方面,都不尽如人意:对于协商谈判或者调解而言,由于程序的非强制性,当事人达成和解或调解协议的可能性和及时性难以得到保障;对于东道国的当地救济,因东道国的司法、行政机关在处理涉及本国政府的争端时或多或少存在地方保护主义倾向等原因,争端解决的公平性和有效性同样无法得到保证,投资者在东道国申诉无门或者程序久拖不决的现象并不鲜见;至于投资者母国或者第三国的司法救济,则受制于国家主权豁免原则以及国家行为原则的限制,在管辖、责任判定以及执行等环节面临诸多障碍;最后,投资者母国的外交保护救济也面临一系列的障碍,包括说服母国政府愿意为其采取保护行动的难度、用尽当地救济的条件限制以及母国政府与东道国政府间沟通、核实、协商、谈判等复杂程序的时间成本和不确定性。

因此如学者所言,对于外国投资者及其国家而言,习惯国际法的最大缺陷之一是缺乏有效的、强制性的投资争端解决机制。^{[1](P68)}同时,考虑到上述投资争端解决方式在主权因素等的束缚下改良空间有限,创设新的ISDS机制就成为更实际的选择;国际投资仲裁便在这种对高效ISDS新机制的需求和渴望中应运而生。继而,效率追求自然也成为国际投资仲裁机制产生的根本初衷之一。

(二) 路径:国际商事仲裁制度的移植

效率追求的初衷决定了新ISDS机制必须具备高效、便捷、实用的特征。为此,国际投资仲裁在制度构建过程中采取了移植国际商事仲裁的路径来实现该种制度价值诉求。

众所周知,虽然追求公正是国际商事仲裁制度不能背离的公理,仲裁员中立原则、当事人地位平等原则、当事人程序参与原则以及司法对仲裁的监督机制等都构成公正价值追求在国际商事仲裁中的体现,但国际商事仲裁得以盛行的原因在于对传统封闭的公正观念的扬弃,向效率价值目标靠拢。^[2]“与国家正统诉讼相比,仲裁制度只能以比诉讼更低的成本才能在社会冲突救助机制中获取一席之地,维系其生存和发展,由此决定了仲裁的价值取向必须定位为效率本位。”^[3]具体而言,国际商事仲裁机制向效率价值目标的靠拢体现在多个层面。首先,与诉讼机制下为保证判决的公正而增加审级、保持透明度不同,仲裁推行一审终局以及秘密性原则以减少裁判成本、提高效率、防止不必要的外来介入,各国对国际商事仲裁的司法监督的范围也多限于程序瑕

疵,而不针对实体问题,并赋予仲裁庭自裁管辖权。其次,在仲裁各个环节赋予当事人广泛的意思自治,由理性的当事人在追求个人利益最大化的过程中选择最适当的仲裁员、最合适的仲裁规则,这同样体现了对效率的追求,避免了国家权力在无当事人授权的情况下进入自治领域所引起的低效益。^[4]例如,当事人对仲裁员的选择和任命权将促使仲裁员为了保持声誉、获得持续的任命而保持勤勉高效。最后,国际商事仲裁在证据制度、程序推进和文件形式要求等方面尽可能赋予仲裁当事人和仲裁员自主性及自由裁量权,以保证程序的灵活性和高效性。例如,在证据规则的合法性上,仅需满足自然法上维系最低限度程序公正要求的某些内容即可^[5],即使是相对具体的《IBA国际仲裁取证规则》,也只是提供一个基本的制度框架。

国际投资仲裁在制度构建过程中对国际商事仲裁进行了全面移植或直接适用:全面移植体现为以《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称ICSID公约)及其仲裁规则为代表的投资仲裁制度对国际商事仲裁制度的全方位借鉴;而直接适用则体现于很多国际投资仲裁案件直接适用国际商事仲裁规则,如实践中大量适用的联合国国际贸易法委员会(以下简称UNCITRAL)仲裁规则在2013年通过《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》(以下简称《透明度规则》)前,并无对国际投资争端的特殊制度安排。因此,包括当事人意思自治、秘密性原则、一裁终局以及仲裁庭自裁管辖权原则等在内的众多体现仲裁效率追求的制度设计在国际投资仲裁下都得到了继受。正如学者所言,在效率追求的目标之下,国际投资仲裁机制的理念就是将投资争端从政治王国中剥离并将其推入商事仲裁的王国。^[6]

(三)强化:ICSID仲裁的自足性设计

在通过移植国际商事仲裁实现争端解决效率价值诉求的路径之外,ICSID公约还通过仲裁自足性的设计进一步强化对效率的追求。在ICSID公约及其仲裁规则的框架下,ICSID仲裁构成了一个完全独立于国内法律体系的自足体系。^[7]这为国际投资仲裁的独立性和高效性提供了更有效的制度保障,主要体现在以下两点。

第一,管辖权的排他性和优先性设计。ICSID公约第26条规定:“除非另有规定,双方同意根据本公约交付仲裁,应视为同意排除任何其他救济方法而交付仲裁。缔约国可以要求以用尽该国行政或司法救济作为其同意根据本公约交付仲裁的条件。”该规定具有以下两个层面的效果:一是ICSID仲裁对案件的管辖具有排他性,一旦将争端提交ICSID仲裁,即视为排除其他救济方式;二是当地救济规则只有在缔约国明确要求的情况下才能得到适用,在未明确要求的情况下,ICSID仲裁优先于当地救济程序——传统国际法中处于默示适用地位的当地救济规则在ICSID仲裁下被颠倒过来。^①上述有关仲裁管辖权的排他性和优先性设计显然有助于提升国际投资仲裁的程序效率,避免平行程序和仲裁前置程序要求对争端解决进程带来的不利影响。

第二,对国内司法监督的排除设计。为排除国内司法监督给国际投资仲裁裁决带来的不确定性和程序环节重复带来的效率减损,ICSID公约在制度设计中明确排除了国内司法监督程序,强调ICSID公约规定的仲裁后救济程序具有排他性^{[8](P186)};在仲裁裁决的撤销环节上,ICSID公约内部的裁决撤销制度排除了国内司法撤销制度的适用;在仲裁裁决的承认和执行环节,ICSID公约同样通过赋予ICSID仲裁裁决直接的终局效力而排除了国内法院在该环节对裁决的审查权力。

二、效率的反思:现实效果与负面效应

随着国际投资仲裁实践的积累,有关效率价值的争议开始出现:一方面,国际投资仲裁程序

的冗长、耗时,以及由此带来的高额费用使人们对国际投资仲裁的效率实现产生了质疑;另一方面,片面追求偏向于投资者的争端解决效率而忽视东道国正当诉求的部分制度设计也招致了众多负面评价。

(一) 实现困境及其反思

虽然在制度层面对效率的追求进行了诸多设计,但国际投资仲裁的效率实现仍存在困境。统计ICSID秘书处2015年1月1日到2017年6月30日期间作出裁决的63个案例,从仲裁庭组成到裁决作出,ICSID仲裁程序所需的平均时间为3年零7个月^②,这还不包括后续可能的撤销程序。而对于非ICSID仲裁案件来说,考虑到仲裁地国内司法程序的制约,以及后续承认与执行过程中可能存在的抗辩,争端的解决周期可能更长。在UNCITRAL目前正在推进的有关ISDS机制的改革中,冗长而昂贵的仲裁程序给当事方带来的负担成为国际社会普遍的担忧和希望改革的重点。^③究其原因,一方面固然可归咎于国际投资争端的复杂性,但另一方面也与国际投资仲裁制度的内在设计存在关联。例如,当前当事人主导的仲裁员任命机制不仅本身比较耗时,而且使得案件向精英仲裁员过度集中。根据学者对1972年至2014年2月间ICSID仲裁案件的统计,虽然有419名仲裁员接受过指定,但其中超过一半的仲裁员只接受过一次指定,10%的仲裁员接受了超过50%的指定。^④被指定仲裁员的“内卷化”导致部分仲裁员手中案件积压,使得仲裁程序的推进以及作出被拖延。

对此,理论上和实践中已经提出多条路径来提升国际投资仲裁的程序效率,包括:(1)借鉴国际商事仲裁领域针对小额索赔的快速程序和(或)简化程序,对案件进行分类;(2)进一步强化实践中已经在运用的程序时间表,实施更严格的时间安排以掌握仲裁程序的推进速度,并通过对待仲裁员异议、裁决作出等实施更为严格的期限限制以避免程序的不当拖延;(3)改进仲裁庭的成立方式,如要求申请人在提交仲裁申请通知时即提名仲裁员,甚至欧盟提出常设国际投资法院方案,具体案件的法庭成员将随机分配形成而非当事人指定,这将省去很大一部分仲裁员任命的的时间;(4)引入快速驳回机制,对于明显缺乏法律依据的仲裁申请设定驳回的期限;(5)引入调解机制,使争端解决更具灵活性,甚至为进一步提高效率,在调解与仲裁的对接上采取程序和人员(调解员、仲裁员)不分离的做法。^⑤

(二) 负面效应及其反思

如果说国际投资仲裁效率的实现效果不佳只是其正面价值的实现问题,则过度借鉴国际商事仲裁制度所带来的负面效应更值得关注,这些负面效应甚至成为晚近国际投资仲裁合法性危机的重要原因之一。

第一,秘密性原则在国际投资仲裁中的不适用性。仲裁的秘密性不仅有助于保护当事方的商业利益,而且有助于排除基于公开要求而带来的手续(时间)负担和可能的外界干扰。但在国际投资仲裁下,坚持秘密性原则会与政府活动需要遵守的透明度和公共介入的基本要求存在冲突,进而对作为当事方的主权国家带来公共治理上的困境。尤其在涉及环境保护、税收、公共健康等事项的国际投资仲裁案件中,案件结果可能牵涉广泛的公共利益,赋予与争端具有利益相关性的公众知情权、甚至是某种形式的参与权是现实的需要。因此,秘密性原则的效率价值与国际投资治理的公众知情、参与需求之间,存在矛盾。

第二,一裁终局下问题裁决救济机制的缺失。基于一裁终局的制度理念,国际投资仲裁下问题裁决的救济机制极为有限。ICSID公约的内部裁决撤销机制充分秉持克制原则,仲裁庭的事实认定或法律适用、解释错误都不在可以申请撤销裁决的事由之列。而对于非ICSID仲裁,国内法院的司法监督也难以担当起纠正问题裁决的职能;在支持仲裁发展的整体理念下,仲裁庭在法律适用、解

释上的错误很少能够成为仲裁地国撤销裁决的理由,而且即使仲裁地国的司法机关有权审查裁决的实质内容,这些国家也经常对法院的复审权力范围进行自我限制,因为如果复审权过大,当事人就不愿意选择这些国家作为仲裁地。^[10]而无论是错误裁决还是不一致裁决,问题裁决在媒体、非政府组织等的放大作用下,将直接影响国际社会对国际投资仲裁的正当性认知。因此,虽然奉行一裁终局对于加速争端解决程序的终结,促进争端解决的效率具有正面价值,但相比于国际商事仲裁,其“放任”问题裁决的负面效应对于受到更多公众关注的国际投资仲裁而言,更值得警惕。

第三,仲裁庭以效率追求为名对自身管辖权的扩张及其对东道国司法主权的挑战。在国际投资仲裁实践中,部分仲裁庭以效率为由,通过目的解释和无效例外来规避当地救济条款的适用,实现自身管辖权的扩张。在 *Teinver V. Argentine* 案中,仲裁庭认为要求投资者履行当地救济的前置条件之后再提交仲裁是对时间和资源的浪费,在提起国际仲裁之后,该前置条件才满足也能够满足条约设定前置条件的宗旨。^⑤在 *Hochtief v. The Argentine* 案中,仲裁庭认为如果一方或者双方当事人已经事先决定提交仲裁,将拒绝国内法院作出的任何决定,再要求当事人花费18个月在国内诉讼上是毫无意义的。^⑥这种扩张解释与传统的文义解释方法大相径庭,不仅合理性存疑,而且也是对东道国司法主权的挑战,引发缔约国对国际投资仲裁的不满,甚至是排斥情绪。

基于上述负面效应,改革甚至是取缔国际投资仲裁机制的呼声一直存在。回到仲裁价值追求的原点,效率价值的位阶也不应当被过度夸大。根据伦敦大学玛丽皇后学院发布的2018年仲裁调查报告,在业界对国际仲裁最具价值的特点的认可中,效率仅排在第八位(12%),排在裁决的可执行性(64%)、不受制于国内法院或特定法律体系(60%)、灵活性(40%)、当事人可选择仲裁员(39%)、保密性和私密性(36%)、中立性(25%)以及终局性(16%)之后。^⑦作为回应,国际投资仲裁制度以及国内司法程序也在不同程度上作出了改革:

1.以《北美自由贸易协定》允许公众查阅仲裁案件文件以及提交法庭之友意见为开端,国际社会对国际投资仲裁透明度的改革不断推进。不仅国际投资协定中对投资仲裁的程序公开、文件公开、法庭之友参与等透明度事项直接作出规定的实践不断增多;而且在国际投资仲裁规则中引入透明度规则也成为主流,并在公开条件上呈现出不以当事方同意为前提的变化趋势。尤其是UNCITRAL《透明度规则》及与之配套的《联合国投资者与国家间基于条约仲裁透明度公约》的出台,极大推动了国际投资仲裁的透明度进程。可以说,与国际商事仲裁奉行“保密——透明例外”原则不同,当前国际投资仲裁已在整体理念上奉行“透明——保密例外”原则。^[11]

2.在ICSID中心对上诉机制进行论证研究和美国在部分双边投资协定中非实质性地规定上诉机制的基础上^⑧,欧盟在2014年之后与加拿大、越南、新加坡订立的自由贸易协定中都引入了具体的上诉机制,并纳入“多边争端解决机制条款”,规定“缔约方相互之间应当继续推进多边投资法庭和上诉机制的构建(包括联合其他有兴趣的贸易伙伴),一旦建立该种多边机制,则相关的投资争端将通过合适的机制安排转至多边机制下解决”。而UNCITRAL也于2017年底委托第三方工作组启动了有关投资争议解决方式的改革议题,并将建立仲裁上诉机构或内含上诉机制的国际投资法院模式作为重点的研究内容之一。^⑨

3.对于部分仲裁庭基于效率原则而扩大其管辖权的做法,国内法院可能采取一定的方式介入或干预仲裁程序,如签发禁止仲裁令以阻止投资者继续推进相应的国际投资仲裁程序。实践中,已有国内法院对国际投资仲裁签发禁止仲裁令的实践。在著名的 *SGS v. Pakistan* 案中,巴基斯坦最高法院认为涉案纠纷应在巴基斯坦国内仲裁解决,并批准了禁止SGS公司继续参与ICSID仲裁的禁令。^⑩2017年,印度德里高等法院认为同时由两个仲裁庭平行审理本案所涉纠纷可能导致

不一致的裁决结果,允许投资者继续进行后一投资仲裁程序有违公平、正义,故作出单边临时禁令,禁止投资者的工作人员、代理人、律师、受托人继续向印度政府发送纠纷通知、仲裁通知,也不得依据英国与印度的BIT提起或继续投资仲裁程序。^[11]

三、效率的平衡:矫枉过正的风险防范与我国考量

理想状况下,国际投资仲裁的效率实现应当既能实现仲裁程序的快速推进和仲裁裁决的高效执行,又能坚持程序的正当性,保障利益相关方的合理诉求——在仲裁效率与争端解决的正当性之间形成一种以效率为导向的平衡关系。但问题的复杂性在于,上述平衡的实现不仅取决于各国条约谈判中有关仲裁规则和仲裁制度的设计,还有赖于仲裁员的个体实践以及特定环节国内司法的态度,这使得理想的平衡状态的实现显得不易。

(一) 矫枉过正的风险防范

在当前为实现国际投资仲裁效率与程序正当性之间的平衡关系所采取的一系列措施中,矫枉过正的风险不可忽视;如果控制不当,可能形成另一种不平衡的状态,甚至引发正当性危机。

第一,针对国际投资仲裁效率的现实困境所提出的改进措施中,不少措施对程序正当性可能带来的负面效应值得我们警惕:(1)对于小额索赔的快速或简易程序,应当注意引起投资争端的国家行为,尤其是立法或者行政行为,其影响的投资者很可能不是单一的。从某种程度上来说,投资者的权利认定从反面界定了东道国政府的监管权限,不仅关乎个案投资者权利的保护,更涉及东道国政府监管权限、国内投资者和未来投资者的利益的界定。^[12]继而,某一小额索赔案件背后可能存在大量潜在的其他索赔,这一小额索赔案件的结果在透明度规则的作用下可能产生一系列的后续影响。因此争议的金额并不能完全表征案件的重要性和敏感性,一般商事仲裁的程序并不完全适用于国际投资仲裁。(2)仲裁程序的加速不能以剥夺当事人的正当程序权利为代价,也不宜过度剥夺当事人对仲裁程序的参与权。例如,虽然常设国际投资法院模式下法庭成员随机轮流选任的方式可以达到节省时间的效果,但剥夺当事人的任命权而改由缔约国统一任命,可能导致作为服务提供者的仲裁员逐渐远离对仲裁用户和仲裁文化的关注,演变成仲裁公务员,甚至是仲裁政客。^{[13] [P385]}这可能引发投资者的信任危机。而且由于缔约国将掌控法庭成员的选任权,这一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。(3)对于调解员与仲裁员不分离的衔接安排,虽能提高程序衔接的效率,但同样会在调解过程中给当事人带来顾虑,因为如果当事人在调解中作出妥协之后的仲裁程序,则会使当事人有所顾虑和保留,反而不利于发挥调解在争端解决中的作用。^[14]

第二,上述为缓解国际投资仲裁效率追求所导致的负面效应的应对措施,也存在过度减损仲裁效率的风险:(1)对于透明度规则下法庭之友的介入,如果放任其无限制地参与,则国际投资仲裁程序将过于膨胀。从实践的情况来看,从法庭之友递交参与仲裁程序的申请,到仲裁庭作出是否允许的决定,再到法庭之友实际提交相关文件以及当事人对法庭之友文件发表意见,这一系列过程可能耗费数月之久。而且实践中可能存在多种不合理的法庭之友参与,例如有些仅意图以参与诉讼的方式来提升自己的知名度和影响力,或与当事一方有组织、机构上的牵连,或受当事一方资助。^[15](2)上诉机制的设立意味着争端解决程序的延长和费用的增加,未来对裁决进行上诉甚至可能会因为投资者和东道国的内部问责机制而成为一个必经的程序,产生对国际投资仲裁效率的负面影响。同时,如果上诉机制对允许上诉的事由不加限制,在审查标准上采取全面审查

的标准,允许上诉机构将裁决发回重审,则程序的冗长问题将更加不可避免。此外,如果制度上衔接不畅,上诉机制与现有的ICSID裁决撤销机制以及国内法院对非ICSID裁决的司法审查机制将导致多头审查和反复审查的问题,严重影响裁决效力的实现。(3)对于国内法院签发禁止仲裁令等程序干预,不仅可能带来仲裁庭与法院的平行程序对抗风险,也可能使得投资争端的解决因国内法院的介入而复杂化、政治化,进而破坏国际投资仲裁基于去政治化理念而产生的效率促进效果。当然,原则上仲裁庭可以以国际投资仲裁与国内司法程序依托于两个不同的法律秩序为由对国内法院的禁止仲裁令置之不理——前者依托于国际法,后者依托于国内法,两者相互独立而不具有从属性,但其仍需对当事人提出的相关抗辩进行审理和分析,并就其不受国内法院司法程序影响的理由进行论证、作出裁决。同时,禁诉令也会使当事人出于对国内法院制裁的忌惮而影响其推进仲裁程序的意愿和决心,使仲裁程序因等待当事人处理国内司法程序的需要而被迫中止或延误。进而,国内司法程序对国际投资程序的干扰可能成为当事人(尤其是东道国)对抗国际投资仲裁程序的一种手段,对仲裁程序形成不当干扰和影响(尤其在司法独立性不健全的国家)。

(二)效率平衡的我国考量

从双向投资大国的身份以及在“一带一路”倡议中投资的主动地位来看,我国应当立足发展中立的立场和态度去应对甚至引领国际投资仲裁机制的焦点议题。^[16]以此为立场出发点,追求效率导向下仲裁效率与程序正当性之间的平衡构建无疑符合我国投资利益的整体诉求,对于前述效率追求的效果反思和改革中的矫枉过正风险,我国应综合考量。

首先,在仲裁程序效率的正面推进方面,我国总体应持积极的态度,但在一些环节上还需注意对负面效应的防范:对于小额索赔的快速或简易程序的适用,应以当事人明确同意为前提;对于仲裁与调解机制的衔接,应当以调解和仲裁的人员分离为原则,仅在当事人一致同意的情况下适用不分离的例外;对于仲裁员任命机制的改革,我国要充分顾及自行选任仲裁员在树立投资者对ISDS机制信任基础中的作用,并综合考虑与上诉机制等的衔接;在构建包含上诉机制的投资法庭,引入补充现有仲裁机制的常设上诉机构,以及不引入上诉机制的不同选择下,针对一审和二审(如有)仲裁员(成员)的任命方式,存在不同的组合可能,应避免在这些环节中对当事人任命权的完全排除。同时,其他折衷方案的可能性也应当被考虑,如强制仲裁员名册制度^[17];成立独立的国际投资仲裁员审查委员会对仲裁员名册中候选人资格进行审查^[18];由独立的第三方机构直接任命具体案件的仲裁员。^②

其次,对于透明度规则,我国在认可其积极价值的同时,需要对法庭之友的参与进行必要的限制。这不仅是不过度牺牲仲裁效率的需要,也是我国在法庭之友制度上的特殊状况所决定的。虽然近年来随着国内公益诉讼制度的发展,我国相关公益组织代表公共利益参与诉讼的能力有所增强,但在国际层面,我国非政府组织(民间组织)的力量相较于发达国家仍很薄弱,第三方参与制度显然更有利于发达国家。同时我国民间组织在运行模式上存在不同于其他国家的特殊性,如在管理制度上,我国对民间组织的管理要求其在登记时除了满足人员、活动场所、活动性质等一般要求外,须有“业务主管单位”,即政府有关部门或政府授权的组织。而根据UNCITRAL《透明度规则》第4条第2款的规定,第三方在向仲裁庭提出递交文件申请时,应当说明其情况,包括任何上级组织(包括直接或间接控制第三方的任何组织),由此带来业务主管机关是否可能被理解为本条所指的上级组织的疑惑。如果是,则可能使仲裁庭对我国民间组织的独立性产生疑虑,进而对相关民间组织提交的,有利于我国政府的文件的说服力产生负面影响。在此基础上,我国对第三方参与制度的立场应当较发达国家更为谨慎,对其进行必要的限制成为务实的选择。可供考虑

的限制性措施包括:将参与主体限定在非争端的缔约方;对第三方提交文件的长度、观点以及期限等作出明确要求,如明确限定第三方提交文件的页数^⑬;要求仲裁庭仅在第三方充分说明其对争议事实或法律有新的解读或新的观点时才允许其参与,避免其只是对当事方材料和观点的重复;对仲裁庭作出是否准许第三方参与的裁决期限、第三方提交文件的准备时间以及当事人对第三方提交文件的回应时间等作出较短的期限设置等。

再次,对于上诉机制,我国在2019年7月向UNCITAL第三工作组提交的改革意见书中,明确提出“支持对常设上诉机制改革方案开展研究”,而且2015年《中国-澳大利亚自由贸易协定》“投资”一章第23条也对上诉机制作出了规定:“自本协定生效之日起3年内,双方应启动谈判,以期建立上诉审查机制,审查在此上诉审查机制建立后作出的仲裁裁决。此上诉审查机制将审理有关法律问题的上诉。”可以预见,在未来与欧盟等的谈判中,我国很有可能继续将上诉机制纳入谈判主题。当然,上诉机制的构建需特别注重对仲裁效率的保护:(1)上诉机制的构建应当避免裁决监督环节的重复——在引入上诉机制的情况下,宜排除现有类似ICSID公约下的内部裁决撤销制度以及国内法院的司法监督。这意味着上诉机制的构建应尽可能地在多边层面下开展,因为双边投资协定理论上只能排除缔约国双方国内司法的监督。(2)对于上诉环节的审查范围,虽然包括WTO在内的很多上诉机制都允许就事实问题提起上诉,但从平衡一审和二审之间的权力,避免一审沦为过场而导致审理重复的角度出发,宜将允许上诉的事实问题限于重大的或实质性的事实认定错误(即限于当事方能够证明仲裁庭裁决的作出没有任何合理的事实依据)^[19]。(3)上诉程序应当有严格的程序期限限制,而且应当排除发回重审制度的使用,以免程序的过度冗长。基于上述考虑,以下上诉机制的构建路径值得我们参考:在双边机制下,暂不规定上诉机制,只列入类似《中国-澳大利亚自由贸易协定》中原则性的进一步谈判条款,或者如欧盟在部分自由贸易协定中引入的转移条款,规定缔约方相互之间应当继续推进多边上诉机制的构建,一旦建立该种多边机制,则相关的投资争端将通过合适的机制安排转移至多边机制下解决。

最后,对于国内司法的监督 and 介入,虽然我国法院已存在依据《民事诉讼法》第100条等规定裁定外国当事人撤回或终止与其审理的争议相冲突的外国诉讼程序的实践^⑭,但从将我国建设为国际仲裁目的地的长远目标出发,这种禁令措施对国际仲裁程序的适用应当谨慎,防止其成为相关国际投资仲裁规则以及仲裁庭将仲裁地设在中国的顾虑因素。此外值得注意的是,根据我国《仲裁法》第20条的规定,对于仲裁协议效力的认定,我国采取了仲裁委员会和法院都有权裁定的“并存控制”模式,而且在一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求法院作出裁定的情况下,应由法院裁定。^⑮因此,至少对于仲裁地在国内的涉外仲裁而言,我国法院有权通过仲裁协议效力的确认程序介入到仲裁程序中。当然,对于《仲裁法》规定的这种模式,学界多持批评否定的态度,认为这与国际通行做法不一致,不利于仲裁效率的提升。^[20](P158-169)]从国际竞争角度来说,我国法院对仲裁庭管辖权认定的过早介入在整体上也不利于吸引仲裁机构或者仲裁庭在仲裁规则或者仲裁程序中将仲裁地设在中国。因此,未来我国《仲裁法》的修改或者司法实践的发展,在明确对投资仲裁的适用性的基础上,应当对法院的此种司法介入进行适当限制。

四、结 语

国际投资格局的变迁,国际投资争端的公私混合属性及其对争端解决机制法律效果和政治效果的双重诉求,决定了ISDS机制的构建不可能一步到位,其价值追求需在实践的演进中不断调

适。国际投资仲裁的效率追求一方面需要摆脱仲裁程序冗长而昂贵的负面评价,需要持续优化仲裁程序的管理,并在法庭之友、上诉机制以及国内司法监督等的改革措施和衔接机制中警惕相关措施对程序效率的过度减损;另一方面不应牺牲国际投资仲裁机制的合法性,有必要基于维护东道国必要投资规制权以及实现国际投资治理整体效果的需要,在程序透明度以及裁决一致性方面加强制度建设。同时,在当前针对国际投资仲裁机制多元化的改革议题和进程中,需要实施改革措施以实现仲裁效率的多元平衡,形成个案争议解决与机制长远建设、投资者利益保护与东道国规制权维护,以及争端解决的法律效果与政治效果互促等多个层面的综合平衡,实现效率导向下仲裁效率与程序正当性之间的良性互动。

注释:

①专门委员会在Amco v. Indonesia案 (Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1)的撤销程序中已经明确:因印度尼西亚没有保留ICSID公约第26条下要求优先用尽当地救济作为诉诸ICSID仲裁庭的条件,故应视为已经放弃该权利。

②See ICSID, Proposals for Amendment of ICSID Rules—Working Paper, Schedule 9, p.898.

③参见联合国国际贸易法委员会:投资人与国家间争议解决制度的可能改革——费用和延续时间, <https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.III/WP.153>

④如《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则(试行)》第43条。

⑤参见Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, para 135.

⑥参见Hochtief AG v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, para. 51.

⑦See Queen Mary University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, p.7.

⑧美国与多个国家签订的国际投资协定中都包含开放性的上诉机制的限期谈判条款,试图在双边层面推进上诉机制的构建。

⑨See A/CN.9/917 – Possible future work in the field of dispute settlement: Reforms of investor – State dispute settlement(ISDS).

⑩See SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para.1–34.

⑪See Union of India v. Vodafone Group PLC United Kingdom & Anr, Judgment of the High Court of Delhi Restraining the Claimant from Proceeding with Its Arbitration Claim, CS (OS) 383/2017.

⑫如荷兰2018年公布的投资协定范本对仲裁员的任命机制提出了一种新思路,规定审理投资仲裁案件的仲裁庭成员全部由ICSID或常设仲裁法庭(PCA)等机构在与当事人协商后指定。

⑬如NAFTA自由贸易委员会在其声明中明确要求第三方提交的文件不得超过20页。

⑭如小米通讯技术公司等诉Inter Digital, Inc.,等案。

⑮当然,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第13条对此做出了一定的修正。

[参考文献]

- [1]Jeswald W. *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*. Hague: Kluwer Law International, 2004.
- [2]张春良.论国际商事仲裁价值[J].河北法学,2006,(6).
- [3]汪祖兴.效率本位与本位回归——论我国仲裁法的效率之维[J].中国法学,2005,(4).
- [4]宋朝武,张晓霞.论仲裁制度中的意思自治原则[J].仲裁研究,2005,(1).
- [5]刘晓红.从国际商事仲裁证据制度的一般特质看我国涉外仲裁证据制度的完善[J].政治与法律,2009,(5).
- [6]Daniel M. *Chapter 11—Private Party Us. Government, Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve*. Canada-United States Law Journal, 2000,Vol. 26.
- [7]Georges R. *ICSID Arbitration and the Courts*. American Journal of International Law,1983, Vol. 77.
- [8]刘京莲.阿根廷国际投资仲裁危机的法理及实践研究:兼论对中国的启示[M].厦门:厦门大学出版社,2011.
- [9]Segio P. *Social Capital in the Arbitration Market*.European Journal of International Law, 2014, Vol. 25.
- [10]刘笋.建立国际投资仲裁的上诉机制问题析评[J].现代法学,2009,(5).
- [11]朱明新.联合国国际贸易法委员会“投资仲裁透明度规则”评析[J].武大国际法评论, 2017,(1).
- [12]王鹏,郭剑萍.论国际投资仲裁上诉机制的设计[J].国际经贸探索,2015,(5).
- [13]Alexis M. *Are Unilateral Appointments Defensible On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration*, in Stefan M.,Loukas A. et al.(eds), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Hague:Kluwer Law International, 2011.
- [14]石静霞,董暖.“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建[J].武大国际法评论,2018, (2).
- [15]张庆麟.国际投资仲裁的第三方参与问题探究[J].暨南学报(哲学社会科学版),2014, (11).
- [16]杨松.“一带一路”下国际投资争议协同治理机制的构建[J].国际法学刊,2019,(1).
- [17]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).
- [18]Devaney, James, *An Independent Panel for the Scrutiny of Investment Arbitrators: An Idea Whose Time has Come?* Law and Practice of International Courts and Tribunals,2019, Vol.18.
- [19]David A. *An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-state Disputes: Prospects and Challenges*. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2006, Vol. 39.
- [20]朱科.中国国际商事仲裁司法审查制度完善研究[M].北京:法律出版社,2018.

【责任编辑:胡 炜】