

# 中立、责任与参与:国际投资仲裁的多边改革与中国对策

王 鹏

**内容提要** 国际投资仲裁机制进入多边改革阶段,中国亟需明确立场和对策。投资仲裁设计面临实体义务地方性与程序规则国际性之间的内在矛盾。在理论上,投资仲裁机构难以同时、同等程度地追求和实现中立、责任和参与等三大目标。在实践中,传统投资仲裁和欧盟投资法庭倡议分别秉持司法中立优先和司法责任优先理念,分别以当事人关系和缔约国关系为主导,分别追求中立和公正的争端解决平台。美国2012年投资条约示范文本兼顾了司法中立与司法责任,比较好地兼顾经济效率和政治可接受性。虽然难以兼顾三大目标,但美国和欧盟都选择了适合本方优势的设计方案。兼顾中国利益与世界需求的中国改革方案,应当妥善权衡缔约国关系、当事人关系和利益相关者关系,以增强投资仲裁机制的内在平衡性与先进性,进而吸引更多的国家接受。同时,在关键制度的设计上应采取符合中国优势和立场的方案,如缔约国制定专家名单、一裁终局为主、有限上诉、利益相关者有限参与等,以兼顾国家利益与国际道义。

**关键词** 国际法 国际法治 国际投资仲裁 多边改革 中国倡议 司法悖论

---

\* 王鹏:西安交通大学法学院讲师、公共管理学博士后。(邮编 710049)

\*\* 本文系陕西省社科基金年度项目(2017F008)、中国博士后科学基金第62批面上资助项目(2017M623136)和西安交通大学基本科研业务费(人文社科类)专项科研项目(SK2018032)的阶段性成果。感谢单文华、蔡从燕、韩立余、徐树、刘莲莲和《国际政治研究》匿名审稿人等提出的修改意见。当然,文中疏漏和不足之处概由笔者负责。

随着欧盟在联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)上推动投资法庭倡议,国际投资仲裁<sup>①</sup>改革已经进入多边阶段。在2016年二十国集团(G20)杭州峰会上,中国推动通过《二十国集团全球投资指导原则》,主张“争端解决程序应公平、开放、透明,有适当的保障措施防止滥用权力”。<sup>②</sup>然而,无论是在联合国国际贸易法委员会多边改革讨论,<sup>③</sup>还是正在推进的中欧、中美投资协定谈判中,中国都未公开更详细的、更具价值指引的投资仲裁改革倡议。随着更加积极的对外政策,中国能够在投资仲裁多边改革中扮演更重要角色,发挥更大作用。例如,西安交通大学法学院单文华教授主张中国应推进多边投资框架谈判,并建立一个常设投资仲裁法庭(Permanent Tribunal for Investment Arbitration, PTIA)。<sup>④</sup>清华大学法学院杨国华教授主张借鉴《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)设计和世界贸易组织的制度框架建立世界投资贸易组织;<sup>⑤</sup>已有外国学者认为,《二十国集团全球投资指导原则》和中美投资协定谈判都有可能构成未来多边投资协定谈判的起点,并依托建立常设性的投资法庭。<sup>⑥</sup>

关于投资仲裁改革的国内和国际学界研究深受欧盟投资法庭倡议的影

---

① 就本文而言,国际投资仲裁与国际投资争端解决机制是可以相互替代的术语,用来指代各种国际性投资仲裁机制,包括政府间仲裁(G2G)和投资者-国家仲裁(ISDS),无论是依托常设机构,还是个案性的特设(ad hoc)机构。除非特别说明,在本文语境下,“国际裁判机构”采取广义概念,既包括做出裁决(Award)的“国际仲裁机构”(例如国际投资仲裁庭),也包括做出判决(Judgement)的“国际司法机构”(如联合国国际法院)。作为惯例,国际裁判机构的裁判者可能有多种称谓,例如,联合国国际法院多称为法官,世界贸易组织称为上诉机构成员,多数投资仲裁规则称为仲裁员(Arbitrator)或仲裁庭成员(Member of the Tribunal),欧盟在其国际投资法庭倡议中也混用法官和仲裁庭成员。文中除非特别说明,法官和仲裁员意义相同,均指投资仲裁机构的裁判者。

② “投资政策应为投资者和投资提供有形、无形的法律确定性和强有力的保护,包括可使用有效的预防机制、争端解决机制和实施程序。争端解决程序应公平、开放、透明,有适当的保障措施防止滥用权力。”《二十国集团全球投资指导原则》,第3条,商务部2016年7月10日, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201607/20160701355815.shtml>, 2018-04-09。

③ Settlement of Commercial Disputes: Investor-State Dispute Settlement Framework Compilation of comments, January 31, 2017, A/CN.9/918/Add.1, Part III, p.3. 在本文件中,中国阐明了如下立场,“我们仍然在对各种改革倡议进行深入研究,我们的出发点是投资者-国家仲裁应该是一个有效且高效的机制,在投资者保护和政府监管权之间达成适当平衡。”

④ Wenhua Shan, “Toward a Multilateral or Plurilateral Framework on Investment,” *E15 Initiative*, November 2015.

⑤ 杨国华:《论〈跨太平洋伙伴关系协议〉(TPP)与我国多边和区域一体化战略》,《当代法学》2016年第1期。

⑥ Anna Joubin-Bret and Cristian Rodriguez Chiffelle, “G20 Guiding Principles for Global Investment Policy-Making: A Stepping Stone for Multilateral Rules on Investment,” *World Economic Forum*, January 2017; Karl P. Sauvant and Huiping Chen, “A China-US Bilateral Investment Treaty: A Template for a Multilateral Framework for Investment,” *Columbia FDI Perspectives*, No.85, December 17, 2012.

响,在设计上较多借鉴世界贸易组织,致力于增强投资仲裁的公法属性。既有改革倡议存在矫枉过正的风险:一方面,为增强裁决的正当性而增加了审判层级,有可能影响司法效率;另一方面,强化了缔约国对司法过程的参与乃至控制,有可能削弱司法中立。作为独特的国际制度,国际裁判机构可能面临中立、负责与透明等多重目标。在改革背景下,投资仲裁的国际性与地方性冲突逐渐明晰,或许并不存在对所有国家而言都是最优的投资仲裁机制,因此,主导国需要权衡和取舍投资仲裁的整体目标。围绕国际裁判者这个司法过程中主体,从政策目标的内在冲突入手。

本文以国际裁判机构的政策困境为切入点,重点分析投资仲裁机制独特的主体结构 and 政策目标,并在梳理和比较欧美改革倡议的基础上,对中国参与投资仲裁多边改革的战略选择提出对策建议。

## 一、国际裁判机构的政策困境

作为一类国际制度,国际裁判机构的设计具有共性,也有特性。国际裁判机构的核心任务是接受缔约国的委托解决国际争端。因此,缔约国与国际裁判机构(裁判者)的委托代理关系是主导关系。<sup>①</sup>然而,不同国际裁判机构在具体政策追求上可能不同,这取决于缔约国的委托内容。缔约国通过条约设定了国际裁判机构的基本框架,但纠纷当事人和裁判者不仅面临条约设定的功能激励,也面临个人利益驱动的私利逻辑。这无疑增加了缔约国制度设计的难度。

**1. 国际裁判机构的理性设计。**作为国际制度,国际裁判机构符合理性设计(Rational Design)的一般规律。<sup>②</sup>例如,英国伦敦大学学院政治学系高级讲

---

<sup>①</sup> 这里的委托代理关系是一种广义理解,包括狭义的代理和信托两类。参见 Karen J. Alter, "Agents or Trustees: International Courts in Their Political Context," *European Journal of International Law*, Vol.14, No.1, 2008, p. 33.

<sup>②</sup> 如果说 20 世纪末国际法与国际关系跨学科研究的焦点是国际关系的法制化(Legalization),那么,伴随着国际裁判机构的扩散,近期跨学科研究的焦点是国际关系的司法化(Judicialization)。参见 Karen J. Alter, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton: Princeton University Press, 2014; Cesare P. R. Romano, "The Shadow Zones of International Judicialization," in Cesare P. R. Romano, et al., eds., *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 90-110; Benedict Kingsbury, "International Courts: Uneven Judicialization in Global Order," in J. Crawford and M. Koskeniemi, eds., *Cambridge Companion to International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

师波尔森(Lauge Poulsen)等学者从理性设计视角解释国际投资仲裁机制的扩散和特点。<sup>①</sup>然而,国际学界研究多集中解释国际裁判机构的某一特点,如争端解决条款的比例、成员范围、领域与议题范围、控制机制等,并以外部因素为自变量加以解释,<sup>②</sup>例如,国际合作所要解决的各种问题(分配、执行和信息不对称等问题)。很少有研究关注和解释司法机构不同维度之间的内在冲突关系。<sup>③</sup>

由于国际裁判机构不可避免地受裁判者个人利益的影响,有学者从政治经济学角度研究国际裁判者,视裁判者为追求个人利益最大化的理性行为体并以此解释国际裁判机构的特点,即司法政治学(Judicial Politics),<sup>④</sup>主要研究角度包括司法机构与立法机构(合法性问题)、行政机构(中立性问题)、<sup>⑤</sup>社会大众(正当性问题)<sup>⑥</sup>之间的关系。其中,美国亚利桑那州大学法学院普伊格(Sergio Puig)副教授以仲裁员提名、任命次数和合作关系等角度研究裁判者在“投资仲裁市场”中的“社会资本”,指出投资仲裁员的小圈子现象。<sup>⑦</sup>美国美利坚大学法学院弗兰克(Susan D. Franck)教授通过实验研究指出国际仲裁者决策深受直觉和印象的影响,因此,国际裁判机构的决策程序改革,要比仲裁员

---

① Lauge N. Skovgaard Poulsen, “Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties,” *International Studies Quarterly*, Vol.58, No.1, 2014, pp. 1-14; Alexander Thompson and Daniel Verdier, “Multilateralism, Bilateralism and Regime Design,” *International Studies Quarterly*, Vol. 58, No.1, 2014, pp. 15-28.

② Barbara Koremenos, “The Rational Design of International Institutions,” *International Organizations*, Vol.55, No.4, 2001, p. 761.

③ 国内学界对国际裁判机构设计规律的研究较少,尚不成体系。相关研究参见陈兆源、田野、韩冬临:《双边投资协定中争端解决机制的形式选择:基于1982—2013年中国签订双边投资协定的定量研究》,《世界经济与政治》2015年第3期;王鹏:《国际规则的灵活性机制初探:以丝绸之路经济带能源合作为例》,《国际关系研究》2017年第3期。

④ Mark A. Pollack, “Political Science and International Adjudication,” in Cesare PR Romano, et al., eds., *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 357-387; Andrew T. Guzman, “International Tribunals: A Rational Choice Analysis,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.157, No.1, 2008, pp. 171-235; Andrew T. Guzman, “The Design of Interinternational Agreements,” *European Journal of International Law*, Vol.16, 2005, p. 579.

⑤ Georg Vanberg, “Establishing and Maintaining Judicial Independence,” in Keith E. Whittington, et al., eds., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 99.

⑥ Pablo T. Spiller and Rafael Gely, “Strategic Judicial Decision-Making,” in Keith E. Whittington, et al., eds., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, p. 34.

⑦ Sergio Puig, “Social Capital in the Arbitration Market,” *European Journal of International Law*, Vol.25, No.2, 2014, pp. 387-424.

资格和身份更加重要。<sup>①</sup>

近期，国际裁判机构不同维度的内在冲突关系逐渐得到学者的重视。<sup>②</sup> 司法中立是国际裁判机构的基本功能，然而，学者们已经意识到，国际司法独立并不是绝对的，<sup>③</sup>而是内嵌于不同的主体结构和问题结构，进而形成灵活性程度各异的制度组合。<sup>④</sup> 美国加州大学洛杉矶分校法学院劳斯迪亚(Kal Raustiala)教授曾讨论条约程序与实体条款的配合和替代关系。<sup>⑤</sup> 针对国家间司法机构，美国天普大学法学院杜诺夫(Jeffrey L. Dunoff)教授和政治学系波拉克(Mark A. Pollack)教授基于访谈数据，提出并论证了中立性、责任性和透明度等目标难以兼得的司法三元困境(Judicial Trilemma)。<sup>⑥</sup> 其中，“中立性”是指国际裁判机构在多大程度中立地裁断纠纷；“责任性”是指国际裁判机构在多大程度上完成了缔约国通过条约设定的委托任务和标准，是对国际裁判机构的立法性制约；<sup>⑦</sup>“透明度”采取狭义的界定，专指利益相关者能够在多大程度上识别具体裁判者的立场或偏好。<sup>⑧</sup> 司法三元困境虽然针对国家间司法机构，并不包括私人享有诉权的投资仲裁，但却揭示了国际裁判机构不同政策目标之间的潜在冲突，有助于我们理解国际裁判机构的现实约束、政策困境和设计规律，对投资仲裁机制改革尤其是多边投资法庭的设计具有重要参考价值。

## 2. 国际司法委托的双层逻辑。司法三元困境内嵌于国际司法设计的主体

---

① Susan D. Franck, et al., "Inside The Arbitrator's Mind," *Emory Law Journal*, Vol.66, No.5, 2017, pp. 1117-1118.

② Laurence R. Helfer, "Flexibility in International Agreement," in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, eds., *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 177; David A. Lake, "International Political Economy: A Mapping Interdiscipline," in Barry R. Weingast and Donald A. Wittman, eds., *The Oxford Handbook of Political Economy*, Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 757-777.

③ Laurence R. Helfer, "Why States Create International Tribunals: A Theory of Constrained Independence," in Stefan Voigt, et al., eds., *International Conflict Resolution*, Tubingen: Moir Siebeck, 2006, p. 253.

④ 王鹏：《国际规则的灵活性机制初探：以丝绸之路经济带能源合作为例》，《国际关系研究》2017年第3期。

⑤ Kal Raustiala, "Form and Substance in International Agreements," *American Journal of International Law*, Vol.99, No.3, 2005, pp. 581-614.

⑥ Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, "The Judicial Trilemma," *American Journal of International Law*, Vol.111, No.2, 2017, pp. 225-276.

⑦ Ibid., p. 233.

⑧ Ibid., p. 236.

结构,是缔约国委托驱动的功能逻辑与裁判者个人利益驱动的私利逻辑双重作用的产物。

在无政府的国际社会,国际裁判机构需要协调两层关系。主导关系是缔约国与国际裁判机构(裁判者)的委托代理关系,决定了司法独立与司法责任的内在冲突关系。一方面,司法机构需要独立行使审判权以完成缔约国的委托;另一方面,司法机构的独立审判权不能超出缔约国授权和可接受程度,即便是遇到缔约国没有预见的案件。在此意义上,法律效果与政治效果的统一,在国际司法的语境下尤显重要。司法活动具有内在规律和特性。立法具有滞后性,往往无法为身处第一线的司法机构提供及时且必要的规则指引。以语言为载体的规则具有抽象性:规则越具体,适用范围越局限;规则越抽象,适用范围反而越大。对于授权的滞后性和抽象性,国内司法机构可以通过社会共同体基础、宪制基础、立法与司法解释等调整途径加以克服,相比之下,国际司法缺少这些调整机制。国际立法往往牵涉国际谈判、利益妥协等漫长过程,其频率不可能太高,其时效性不容高估。然而,国际裁判机构也有独特的调整机制,通过设计裁判者的任命程序来动态调整国际裁判机构对某些问题的实体认定,进而间接地实现国际立法。

通过任命裁判者来实现间接国际立法,缔约国需要充分重视裁判者的个人行为。裁判者的趋利避害行为是国际裁判机构设计的底层关系,是委托代理关系的背景和底色。裁判者私利行为的表现形式很多,可以归纳为寻求连任(不忤逆任命人)与谋求个人影响最大化(个人偏好极化)两类,而且相互之间并不完全排斥。在不忤逆任命人策略下,裁判者不会过度违背任命人的偏好,这与司法责任要求相一致,但可能与司法独立产生冲突。<sup>①</sup>如果任命人与缔约国不完全相同,还可能与司法责任有冲突。此时,即便裁判者有不同看法,也会通过模糊性处理(协调一致决策、匿名不同意见)加以自我保护,以期获得后续任命。在个人偏好极化策略下,裁判者会坚持个人判断,采取偏好极化策略并传递这种极化信息(司法公开),这符合司法独立要求,但可能与司法

---

<sup>①</sup> 2016年5月,美国阻止韩国籍世界贸易组织上诉机构大法官的再任命程序,从而引发了国际贸易学者的广泛批评,但无疑也会使世界贸易组织上诉机构法官在决策时更加谨慎。US, "Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body," May 23, 2016, Geneva, [https://www.wto.org/english/news\\_e/news16\\_e/us\\_statment\\_dsbmay16\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/us_statment_dsbmay16_e.pdf); WTO Secretariat, "WTO Members Debate Appointment/Reappointment of Appellate Body Members," May 23, 2016, [https://www.wto.org/english/news\\_e/news16\\_e/dsb\\_23may16\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/dsb_23may16_e.htm), 2018-04-09.

责任相冲突,因为裁决可能会显著超出缔约国的接受程度,反而不利于纠纷的最终解决。

在任命博弈中,缔约国与裁判者的目标差异导致了司法困境。国家的目标是多样的,角色是主动的,可以视为外生因素。裁判者的目标存在层次差异,基础性目标是获得连任或最大化个人影响,回应性目标是完成国家委托。国家是初始设计方,裁判者可以影响制度的运行乃至设计,国家与裁判者在互动过程中共同决定了国际裁判机构的类型。

**3. 多重政策目标与三元困境。**国际裁判机构可能同时追求多种或明示或暗示的目标。首先,司法中立是争端解决机构的最基本属性,也是法治的基本原则。<sup>①</sup>司法中立主要表现为纠纷当事人享有任命裁判者的权利,这能确保当事人均等的表达机会。当然,一个潜在的制度性风险是,裁判者可能系统地偏向某类当事人,以期在未来任命中获得青睐。

其次,在无政府的国际社会,国际裁判机构并不是在真空中运行,过度无视缔约国利益反而可能在长期削弱国际裁判机构的权威。在这个意义上,国际裁判机构应符合司法责任,这不仅符合司法谦抑的规范原则,更是国际政治现实的务实要求。缔约国主要通过任期和再任命程序来制衡裁判者。例如,世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)上诉机构成员任期四年,可以连选连任一次;<sup>②</sup>欧洲法院(Court of Justice of the European Union, CJEU)法官任期六年,可以连选连任;联合国国际法院(International Court of Justice, ICJ)和国际海洋法法庭(International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS)法官任期九年,可以连选连任;欧洲人权法院(ECtHR)和国际刑事法庭(ICC)法官任期九年,但不得连选连任;绝大多数投资仲裁员都是个案任命,可以连选连任。任期和再任命程序决定了裁判者责任的考核频率和负责对象。裁判者任期越短,意味着裁判者越频繁地受到缔约国的制衡。在再任命博弈中,享有任命权的主体决定了裁判者的负责对象。例如,在联合国国际法院,裁判者任命或再任命分为两个程序:第一步获得母国政府的支持以获得提名,第二步获得联合国大会和安理会的一般多数支持。因此,意欲取得连任的裁判者必须获得母国的直接支持(因而直接对母国负责),也必须取得联大和

<sup>①</sup> Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, "The Judicial Trilemma," p. 233.

<sup>②</sup> WTO, "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (WTO DSU)," Annex 2 to the "Final Act" signed in Marrakesh in 1994, Art. 17. 2.

安理会的一般支持(因而一般负责)。世界贸易组织上诉机构成员的任命和再任命程序略有不同:第一步,获得母国的支持以获得提名;第二步,获得世界贸易组织成员方的一致同意。<sup>①</sup>这种任命程序意味着任何一个国家都可能阻碍某位裁判者的再任命程序。因此,世界贸易组织上诉机构成员对母国负有直接责任,对其他成员国也有直接责任。欧洲法院法官的情形又不同:由某一成员国提名,并获得其他国家的支持。然而,在实践中,其他国家一般不反对某国的提名人员。这意味,欧洲法院法官仅对母国负有直接责任,对其他缔约国则仅负有非常有限的责任。<sup>②</sup>

当然,国际裁判过程不仅涉及相关国家,还可能涉及私人投资者、东道国社会大众、其他利益集团等利益相关群体。因此,国际裁判过程不仅要保障当事人的程序性权利,还要为其他利益相关群体提供基本的信息,甚至提供某种程度的参与途径,这就是司法透明原则。司法透明原则主要涉及裁判者的决策机制,包括是否公开裁决,裁判者能否持有并公开发布不同意见,以及是否允许按照一般多数原则进行决策。例如,联合国国际法院和国际海洋法法庭法官按照一般多数原则做出判决,并可以实名公开不同意见。在实践中,联合国国际法院判决通常都伴随多个不同意见。在这种制度安排下,每个联合国国际法院法官的立场和偏好可以为各方所熟知。

不同国家对这三个目标可能持有不同立场,可能只要求中立裁判,也可能要求中立裁判的同时兼顾司法责任,也可能同时追求这三个目标。然而,三个目标之间存在内生冲突,裁判机构不可能同时实现这三个目标,这就是国际司法三元悖论。司法中立与司法责任的内在冲突反映了缔约国与裁判者之间的偏好和行为冲突。司法中立的核心要求是依据法律独立地裁判纠纷。司法责任的核心要求是裁判者对缔约国负责,完成缔约国的委托,妥善化解纠纷。当然,在具体案件中,妥善化解纠纷与依法独立裁判可能存在冲突。纠纷产生后,缔约国往往处在零和博弈状态,独立裁判可能会产生厚此薄彼的现象,反而不利于纠纷的最终化解。司法中立与司法透明的内在冲突反映了裁判者与其他利益相关者之间的偏好和行为冲突。公开就有压力,有压力就可能影响裁判者中立裁判,裁判结果就可能更倾向于最有发言权的群体。司法透明与

---

① WTO DSU, Art. 2.4.

② Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, "The Judicial Trilemma," p. 234.



司法责任的内在冲突关系反映了缔约国与其他利益相关者的偏好和行为冲突。缔约国作为一个集合概念，与其他利益相关者的利益并不必然重合。其他利益相关者的参与可能会曝光乃至加剧缔约国本不愿曝光的纠纷，并可能阻碍纠纷的最终解决。

依据国际司法三元悖论，国际司法独立、责任和透明等目标不可兼得。在国际裁判程序设计中，如何处理法律效果、政治效果和社会效果的冲突，并尽可能实现统一，是各国面临的国际司法设计难题。不同国家在不同领域的国际裁判机构设计中采取了不同的组合策略，因而形成了不同类型的国际裁判机构。

## 二、国际投资仲裁的设计困境

国际投资仲裁已经进入多边改革阶段，各方立场日益明晰，中国亟需形成自己的立场与倡议。不同于国际贸易，国际投资领域的争端解决机制一直以双边机制为主。在1959年，德国和巴基斯坦签订了第一个现代双边投资协定，但仅仅规定了政府间仲裁(State-to-State Arbitration, G2G)。随后，在欧洲国家的倡导和美国的跟随下，投资者享有直接诉权的投资者-国家仲裁(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)机制成为传统的并仍占主导地位的投资仲裁机制。进入21世纪，投资仲裁案件激增，投资者在投资仲裁机制下挑战东道国政府监管的各个维度，引发了一系列备受关注、饱受争议的仲裁裁决。其中，部分裁决不仅涉案金额高达数十亿美元，而且对近似或相同条约条款进行了不同甚至相反的解释，引发了部分国家对投资仲裁机制正当性的强烈质疑，进而引发了国际投资仲裁的改革。作为一类特殊的国际裁判机构，国际投资仲裁不仅面临裁判者与缔约国之间的政策目标悖论，还面临更独特、更复杂的主体结构和政策困境。

**1. 主体结构。**国际投资仲裁的独特之处是投资者的私人诉权，投资者可以直接在国际裁判机构起诉东道国。投资者的程序性权利直接改变了投资仲裁的主体结构。对一般国际裁判机构而言，缔约国与当事人是基本重合的，换言之，一般国际裁判机构只受理国家间争端，作为具体纠纷当事人的国家一般都是条约缔约国。因此，无论是缔约国统一任命裁判者，还是纠纷当事人任命裁判者，裁判者的负责对象都是国家。

投资仲裁具有双层主体结构。纠纷当事人是作为个人的投资者和作为缔约国的东道国,并不是作为缔约国的东道国和母国,这表明投资者和东道国最终选定仲裁庭成员。但是,这并不意味着缔约国对裁判者的任命没有任何发言权,缔约国可以在投资条约或仲裁规则中限定裁判者的资质或范围。换言之,缔约国可以设定某种形式的专家库,仅允许纠纷当事人在限定的专家库内选择裁判者。当然,在传统投资仲裁机制下,这种专家库设置得极为宽松,一般要求裁判者道德高尚且具备法律专长。<sup>①</sup>私人诉权直接改变了司法中立与责任的设计原则。投资裁判者直接负责的纠纷当事人,与投资条约的缔约国,并不完全重合。纠纷当事人的利益(投资者-东道国)与条约缔约国的利益(东道国-母国)并不完全兼容,导致仲裁庭的裁决可能“忤逆”缔约国的最终利益,从而直接引发了投资仲裁的司法责任困境。

除缔约国关系、当事人关系外,投资仲裁还涉及其他利益相关者。投资纠纷越来越以间接征收为主要形式,极大可能波及东道国其他群体乃至一般社会大众的利益。在投资仲裁之下,利益相关者可能具有独特的偏好和主张,难以被东道国政府完全代表。在权利上,同为投资纠纷的受影响者,利益相关者应当享有不低于外国投资者的程序性权利;在道义上,国际法越来越注重保护个人的权利,<sup>②</sup>不仅应当保护作为个人的外国投资者,也应当保护作为个人的东道国利益相关者。这就要求在理想的投资仲裁下,利益相关者应有一定的发声渠道,至少能够一定程度地参与投资仲裁程序。

如此一来,作为投资裁判过程的中心,投资仲裁庭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。一般司法机构中的委托逻辑,在投资仲裁中至少包括三个维度,投资仲裁庭需要通过仲裁过程保护外国投资者的投资,也要尊重和维持东道国监管权,还需要通过促进更包容的投资促进东道国社会发展。

**2. 多重目标。**在理想状态下,投资仲裁需要同时平衡三对主体关系。然而,无论是制度因素还是文化因素,传统的投资仲裁机制都无法完成如此复杂

---

<sup>①</sup> “被指定为专家组成员的人士,应道德高尚,并在法律、商业、工业或金融领域具备公认能力,可以被信赖行使独立判决权。在指定仲裁员专家组成员时,法律领域的能力尤其重要。”参见“Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention),” Wasington, D. C., 1965, Art. 14(1)。

<sup>②</sup> 何志鹏、崔悦:《人本主义:国际贸易法治的价值导向》,《清华法治论衡》2014年第1期。何志鹏:《全球化与国际法的人本主义转向》,《吉林大学学报》2007年第1期。

的委托任务。从制度因素来看，缔约国对高度个别化投资纠纷进行了高度抽象的条约约定。东道国和母国无法事前预测和详细约定，只能给予裁判者充分的授权，委托裁判者在具体纠纷发生后进行裁断。投资条约高度抽象具有系统性的影响：一方面，东道国无法在具体纠纷中充分代表所有利益相关者的利益和声音；另一方面，对于投资条约的解释，裁判者享有很大的自由裁量权。从文化因素来看，投资仲裁以商事仲裁为蓝本，投资裁判者的核心群体大都拥有欧美教育或文化背景，<sup>①</sup>在思维和推理方式上天然倾向于欧美国家。这必然有意无意地影响裁判者对投资条约的解释。

从历史来看，投资仲裁机制平衡主体关系的侧重点不同，在司法目标的设计上也有差异，司法悖论在投资仲裁语境下更加复杂。

在产生和扩散阶段，投资仲裁处在早期发展阶段，首要目标是平衡东道国与母国之间的冲突关系（即“南北冲突”），防止投资纠纷引发两国冲突（即“去政治化”）。<sup>②</sup>因此，投资仲裁核心任务是处理资本输出国与输入国之间的南北冲突，尤其服务投资母国利益，方法是直接赋予投资者起诉权。如此一来，投资者就能以个人名义直接参与投资仲裁，维护自身的利益。因此，传统的投资仲裁呈现司法中立优先的特点：第一，私人投资者享有直接诉权；第二，投资者和东道国政府直接任命仲裁庭成员；第三，投资仲裁庭一审终审，缔约国不得额外审查仲裁裁决，只能按照外国仲裁裁决的方式承认和执行。在此设计之下，投资者与东道国基本享有同样的程序性权利，在仲裁框架内进行对抗。此时，投资仲裁的首要特点是中立性，为投资者和东道国解决纠纷提供一个国际性平台。<sup>③</sup>

投资仲裁机制在运行中逐渐偏离了缔约国可接受的范围，进而引发了投资仲裁“正当性”危机。在一定意义上，正当性危机是可以预见的。投资条约具有高度的抽象性，裁判者自由裁量权相当大。在案件较少的情况下，自由裁量权的缺陷尚不明显；进入 21 世纪后，随着仲裁案件剧增，投资仲裁的不

---

<sup>①</sup> 国际投资争端解决中心仲裁员和调解员的国籍分布，参见 ICSID, *The ICSID Caseload Statistics*, Issue 2018-1, 2018, p. 19.

<sup>②</sup> “南北冲突”用来指代资本输出国与资本输入国在投资规则上的政策分歧和竞争，“去政治化”是指用国际法规则化解投资纠纷，避免启动国家之间的外交保护程序，影响两国政治关系大局。

<sup>③</sup> “Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,” International Bank for Reconstruction and Development, March 18, 1965, para. 10.

一致性明显超出了可接受范围,而且,裁判者的条约解释过于偏向投资者,从而引发缔约国特别是经常被诉国家的不满。一方面,投资条约的确过于强调保护投资者权利;另一方面,仲裁庭立场可能受投资者任命权的影响,引发系统性偏私。而后者往往会激发东道国社会大众对整个投资仲裁机制的不满。

在危机阶段,投资仲裁改革更重视投资者权利与东道国监管权的平衡,核心是要求仲裁庭以更负责任地方式处理当事人之间的公私冲突。<sup>①</sup>考虑到投资者任命权的系统性影响,改革聚焦于去商事化,增强投资仲裁的公法属性。除增加确认东道国监管权的实体条款外,还在仲裁程序设计上增加了缔约国的参与和控制设计。

伴随各国落实改革倡议,投资仲裁进入改革阶段。缔约国除要求裁判者更负责任外,也要求仲裁过程更加透明。在投资仲裁语境下,司法透明的意蕴更加丰富,除信息公开外,还包括利益相关者参与仲裁程序的权利。因此,在改革阶段,仲裁庭不仅需要平衡投资者与东道国之间的公私冲突,还需要平衡投资者与东道国社会大众之间的利益相关者关系。此时,与投资纠纷相关的三对主体关系,都纳入到投资仲裁的规制范围:裁判者不仅要处理缔约国关系,也要处理纠纷当事人关系,还要处理投资者与东道国关系。

投资仲裁同时平衡和处理这三对关系,在制度设计上存在挑战,因为司法悖论的存在,没有充分的设计变量来同时实现中立、负责、参与的司法目标。在理论上,投资仲裁如此深度地介入跨国投资关系治理,也是有风险的:投资仲裁庭实际上承担着跨国行政法院的角色,<sup>②</sup>协调乃至统一缔约国对投资事项的监管标准、程序和理念。然而,出于宪制、法律、传统、风俗等差异,投资仲裁庭可能进一步引发缔约国之间治理理念和制度的冲突,这就是东西冲突。

既有投资仲裁改革倡议,依据内容倾向可以分为激进派、修正派、保守派和革命派。激进派以欧盟为代表,主张以司法化、常设性、两审终审的投资法

---

<sup>①</sup> Wenhua Shan, "From 'North-South Divide' to 'Private-Public Debate': The Revival of Calvo and the Changing Landscape in International Investment Law," *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol.27, No.3, 2007, pp. 631-664.

<sup>②</sup> 尽管程度不同,国际裁判机构可能扮演争端解决、行政审查、执行机制和合宪性审查等四种角色,参见 Karen J. Alter, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton University Press, 2014, 10-11.

庭机制全面取代现在的投资仲裁机制。修正派以印度和南非为代表,要求增加东道国在投资仲裁中的权利,以改变投资仲裁结构性失衡。保守派以美国和日本为代表,基本认同投资仲裁总体结构,仅主张零碎性地修补既有体系。革命派以玻利维亚、委内瑞拉、巴西为代表(澳大利亚一度也持此立场),主张完全废除投资仲裁机制,并退出《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, ICSID Convention)。在主体范围方面,革命派多是单方行为,修正派依托《跨太平洋伙伴关系协定》、《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(TTIP)等谈判多在区域层面进行,激进派和修正派多依托双边谈判。随着欧盟在多边场合推动投资法庭倡议,国际投资仲裁改革真正进入多边阶段。

**3. 制度类型。**投资仲裁设计主要面临中立、责任与参与等目标的权衡。依目标组合,既有实践可以分为当事人关系主导、缔约国关系主导、兼顾当事人和缔约国关系等三种类型,尚未出现利益相关者关系主导的类型。

传统投资仲裁秉持司法中立优先理念,以当事人关系为主导,核心功能是为跨国投资争端提供一个中立的解决平台。由于借鉴商业仲裁蓝本,当事人对投资仲裁程序具有很大的发言权和自主权。例如,在典型的《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》和《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》公约下,当事人意思自治原则都具有最高的优先性。在传统投资仲裁下,缔约国将国内纠纷“国际化”,外国投资者获得了直接诉权,与东道国同台对垒。这种投资者特权是投资母国刻意追求的,也是东道国为规避母国的外交保护压力而接受的。在强势资本输出国的要求下,东道国正当监管权问题并未得到充分重视,未在投资条约中得到详细体现。

传统投资仲裁的设计特点有:在起诉权上,只有外国投资者享有启动国际投资仲裁的权利,东道国和母国均无法起诉或反诉投资者;在任命权上,纠纷当事人共同任命首席裁判者,并各自任命一位边裁(wing arbitrator);在任期上,投资裁判者为个案任命,可以连选连任,并不限制次数;在决策方式上,仲裁庭按照一般多数原则决策,裁判者可以公开发表不同意见,裁决仅约束纠纷当事人;在审级上,投资仲裁一审终审,没有上诉机制;<sup>①</sup>在信息公开上,当事人

---

<sup>①</sup> ICSID Convention, Art. 52.

可以约定公开或不公开仲裁裁决。除了联合解释外,缔约国没有多少途径可以影响仲裁庭。

欧盟的投资法庭倡议体现了司法责任优先理念,以缔约国关系主导,核心功能是为投资争端提供一个正当的解决平台。为矫正传统投资仲裁过于商事化、过于保护投资者权利的缺陷,欧盟投资法庭倡议特别强调其公法属性,在制度设计上类似于世界贸易组织,强调缔约国对争端解决过程和结果的控制,并同时借鉴了《联合国贸易法委员会透明度规则》。

从内容上看,欧盟的投资法庭倡议较为激进,主张以司法化、常设性、两审终审的投资法庭全面取代现有投资仲裁机制。在起诉权上,只有外国投资者享有启动权,东道国和母国均无法起诉或反诉投资者;<sup>①</sup>在任命权上,缔约国任命所有裁判者专家库,投资法庭确定审理纠纷的具体合议庭成员;在任期上,裁判者任期六年,可连选连任一次;<sup>②</sup>在决策方式上,合议庭按一般多数原则决策,裁判者可以公开发表不同意见;在审级上,投资法庭两审终审,上诉法庭可以进行实体和程序审查,其认定对初审仲裁庭具有拘束力,纠纷当事人均可上诉;<sup>③</sup>在信息公开上,仲裁裁决以公开为原则;<sup>④</sup>在社会参与方面,利益相关者可以第三方身份参与并发表书面和口头意见;<sup>⑤</sup>在缔约国控制方面,缔约国不仅可以通过选择裁判者施加事前控制,而且可以通过联合解释或缔约国陈情方式进行过程控制,<sup>⑥</sup>并通过上诉机构实现事后控制。

不同于欧盟的激进改革主张,美国和日本的立场较为保守:基本认同投资仲裁总体结构,即保持纠纷当事人在程序内对抗;在效率和中立的基础上,仅

---

① European Commission, "European Union's Proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes, Brussels," November 12, 2015, Chapter II - Investment, Section 3 - Resolution of Investment Disputes and Investment Court System, Art. 6, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf), 2018-04-09.

② Ibid., Art. 9, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf), 2018-04-09.

③ Ibid., Art. 28(4)、Art. 28(6)、Art. 28(7)。在欧盟投资法庭项下,初审仲裁庭和上诉法院的成本原则上由败诉一方承担,仲裁庭和上诉法院可以作适当调整, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf), 2018-04-09。

④ Ibid., Art. 18, 该条明确适用《联合国贸易法委员会透明度规则》, 参见 [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf), 2018-04-09。

⑤ Ibid., Art. 23, 该条规定仲裁庭应当允许任何对纠纷有直接和现实利益的自然人或法人,作为第三方参与仲裁程序, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf), 2018-04-09。

⑥ Ibid., Art. 22, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf), 2018-04-09。

主张零碎性的修补既有体系，主要途径是增加缔约国影响仲裁程序的途径，以此补强其司法责任属性。美国 2012 年投资条约示范文本和其主导的《跨太平洋伙伴关系协定》投资规则，<sup>①</sup>兼顾了司法中立与司法责任，同时考虑了当事人关系和缔约国关系，是比较好地兼顾经济效率和政治可接受性的设计方案，并总体对美国有利。美国投资者的实力通常都相当强大，并且与东道国协商时没有其他顾虑；相比之下，作为投资者母国，美国与东道国协商时往往还需要考虑经济因素以外的顾虑，例如，外交关系、盟友关系，反而没有投资者立场灵活和纯粹。

在美国投资条约示范文本中，司法中立导向规则包括：在任命权上，纠纷当事人任命仲裁庭成员；<sup>②</sup>在任期上，裁判者属于个案任命，可以连选连任；在决策方式上，仲裁庭按照一般多数原则进行决策，裁判者可以发表不同意见。<sup>③</sup>司法责任导向的规则包括：在信息公开上，仲裁裁决以公开为原则；在社会参与方面，利益相关者可以法庭之友身份递交陈情；<sup>④</sup>在事前控制方面，缔约国通过联合决定排除某类纠纷；在过程控制方面，缔约国可以发布具有拘束力的联合解释，非诉缔约国也可以递交陈情；<sup>⑤</sup>在审级上，美国示范文本仍然采用一审终审，但保留了上诉机构的可能性，虽然没有规定详细设计。<sup>⑥</sup>

还有一些设计定位不清，功能有限。例如，国际投资争端解决中心撤销委员会只能审查程序性事项，只能撤销裁决而不能直接改判。这种撤销设计适用情形本就有限，<sup>⑦</sup>加之裁判者顾及同行声誉而谨慎行事，难以实现控制功能。与此类似，印度和南非主张赋予东道国的反诉权利，但不允许单独起诉，此类

① 需要强调，关于投资仲裁的政策和设计，美国正处在调整期，还没有较为明确的政策倡议或实践（例如北美自由贸易协定修订谈判仍在焦灼进行）。而且，投资议题也不是美国特朗普政府的优先议题，因此，本文的分析仍然以美国 2012 年示范文本为主要依据。美国贸易和投资政策的最新动态，参见“Testimony of Ambassador Robert E. Lighthizer Before the House Committee on Ways and Means,” March 21, 2018, The Open Letter of GOP to USTR: Maintain Key NAFTA Provision, see [https://waysandmeansforms.house.gov/uploadedfiles/03-21-18\\_letter\\_to\\_ustr.pdf](https://waysandmeansforms.house.gov/uploadedfiles/03-21-18_letter_to_ustr.pdf), 2018-04-09。

② Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP), 2017 May, Chapter 9 Investment, Art. 9.21, <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text/>, 2018-04-09。

③ ICSID Convention, 第 48(1)条(仲裁庭按照一半多数原则进行决策)和第 48(4)条(仲裁员可以发布不同意见)。

④ TPP Chapter 9 Investment, Art. 9.22.3.

⑤ Ibid., Art. 9.22.2.

⑥ Ibid., Art. 9.22.11.

⑦ ICSID Convention, Art. 52. 如果东道国或投资者认为裁决适用法律错误、未能充分说理或裁判者行为失当、仲裁庭组成不合法、超越权限，可以申请撤销裁决，重新组建仲裁庭进行审理。

措施对仲裁庭的激励有限,难以矫正仲裁庭的效率导向行为。

在实践中,尚未出现司法参与优先方案,这是可以理解的。如果投资仲裁既无法保护投资者权利,也无法化解缔约国之间的纠纷,那么,它就完全丧失了作为国际裁判机构的基本功能,此时虚谈利益相关者的参与是没有意义的。

总体来看,尚没有很好平衡和兼顾缔约国关系、当事人关系、利益相关者关系等方案。原因或许在于,像政府-投资者关系、投资者-社会大众关系等具有内生地方性属性的事项,各国很难达成高度一致。因此,此类国际合作的广度和深度不可避免地存在替代关系。很自然地,主导国会合作广度(目标国家)和合作深度(制度设计变量)之间加以权衡和取舍,选择那些既符合本国比较优势,又能尽可能多地实现政策目标的设计组合。

美欧都选择了不够完美但适合本方优势的方案。美国投资者的议价能力冠绝全球,欧盟投资者也很有实力;相比之下,欧盟因为集体优势贡献了过半数的仲裁员,美籍仲裁员也占有相当比例。<sup>①</sup> 美国方案强调仲裁程序内对抗,裁判者偏私解释的可能性仍然很大。然而,美国能够借助强大的投资者和裁判者来实现本国利益。欧盟方案过于公法化,缔约国对争端解决过程的控制过强,可能使投资仲裁丧失中立性。然而,欧盟可以借助裁判者优势,间接促成有利的仲裁裁决。对其他国家而言,美欧方案都难称得上是“好方案”:一方面,两个方案都没有有效平衡三种矛盾关系;另一方面,两个方案都偏向强势投资者国家或强势裁判者国家。如此一来,中国能否提出既符合中国利益、也能为大多数国家所接受的设计方案呢?

### 三、投资仲裁多边改革的中国倡议

投资仲裁的中立、责任与参与目标之间存在内在冲突,三种制度类型是在实践中已经出现的制度设计,体现了三大目标权衡方案在理论上的多样性,但并未穷尽所有的理论可能性,也并不意味着中国必须或不能选择其中一种。从制度设计角度来看,中国选择或设计何种类型取决于中国立场,而这取决于

---

<sup>①</sup> 根据国际投资争端解决中心的统计,截止2017年6月30日,在国际投资争端解决中心仲裁员、调解员和特别委员会成员总量的地理分布中,来自北美地区(美国、加拿大、墨西哥)的专家比例为21%,西欧地区的比例为47%。其中,前十位的国家和仲裁员人次为法国(210)、美国(208)、英国(184)、加拿大(122)、瑞士(110)、西班牙(100)、澳大利亚(87)、德国(76)、意大利(56)、墨西哥(55)。中国籍仲裁员仅被任命11次。ICSID, *The ICSID Caseload Statistics*, Issue 2, 2017, pp. 19-22.



中国在投资仲裁中的比较优势。三大目标理论上难以兼顾，现实中也未出现“完美无缺”的设计，这意味着中国不可能设计出完全实现三个目标、适合所有国家的完美方案；作为次优也是现实的方案，中国应抓住主要矛盾（以中立与责任的平衡为主），以增强设计方案的内在平衡性和先进性，以便在国际上推广，但同时关键制度上采用契合中国立场、利于发挥中国比较优势的设计，以维护国家利益。

**1. 中国立场：优势与劣势。**普适性设计需要妥善平衡三对矛盾关系，不可太过偏向。换言之，内在合理的设计方案更能获得普遍支持，更有可能获得其他国家的支持和跟随。对中国优势和劣势的梳理，是讨论平衡原则和设计的前提，同时也框定了中国处理不同主体关系的政策选择区间。

中国资本输出国的角色已经不低于资本输入国，2016年，中国大陆地区已经成为世界第二大资本输出国、第三大资本输入国。<sup>①</sup>如果算上香港、澳门地区的资本流动量，中国总体的资本流入和流出量已经相当可观。与此同时，中国正在与欧盟和美国进行双边投资协定谈判，虽然进展缓慢。相较于外国投资者，中国政府处在相对强势地位。中国曾经是典型的资本输入国，现在资本输入国的角色比重也不低。但是，截止到目前，中国都很好地化解了相关投资纠纷和投资仲裁，<sup>②</sup>换言之，中国政府面对外国投资者的保护能力，显然高于中国投资者面对外国东道国的保护能力。

作为外国投资者的中国投资者，相较于外国东道国，处于相对弱势的地位。虽然中国国有企业规模可观，但国有企业海外投资的经济理性欠佳，法律防范意识虽有提高但仍不足。中国国有企业启动的投资仲裁结果也不容乐观。<sup>③</sup>中国私营企业普遍实力较弱，与东道国的议价能力不容高估。因此，从保护中国海外投资的角度出发，中国政府的议价能力（相比于其他国家），要高于中国投资者议价能力（相对于其他东道国）。因此，在未来投资仲裁中，缔约国能够发挥更大作用的设计对中国更有利。

作为裁判者的中国律师和专家，相较于其他国家裁判者，处在相对弱

---

<sup>①</sup> UNCTAD, *World Investment Report*, Geneva: United Nations Publication, 2017, pp. 12-14.

<sup>②</sup> 例如，马来西亚伊佳兰公司(Ekran Berhad)诉中国政府案、韩国安城集团(Ansung Housing)诉中国政府案和新近的德国海拉公司(Hela Schwarz GmbH)诉中国政府案，<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/searchcases.aspx>, 2018-04-09。

<sup>③</sup> 例如，“中国平安诉比利时案”、“北京城建诉也门案”、“澳门萨尼姆公司(Sanum)诉老挝案”等，<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/searchcases.aspx>, 2018-04-09。

势的地位。由于语言、教育和法律传统等因素,中国律师和裁判者的国际认同度低、国际竞争力弱,不容易获得纠纷当事人的提名和任命。无论是世界贸易组织,还是国际投资争端解决中心(ICISD),中国对国际司法组织的参与和控制都比较弱。作为利益相关者的中国社会大众,相较于其他国家的社会大众,处在相对弱势的地位,因此,中国对利益相关者的代表能力更强。

考虑到中国的角色相对强势、中国律师和学者的国际认同度较低、对国际组织的控制能力较弱,中国应考虑增加政府在争端解决过程中的参与程度,并提高中国裁判者的任命概率,以增强中国籍裁判者的作用空间,同时提高裁判机构自我运行的能力,以降低其他国家对投资仲裁的过多干预。

**2. 平衡机制:三对关系。**内在设计良好的投资仲裁机制更有可能获得国际支持。因此,中国方案也应围绕裁判者展开,妥善处理好缔约国关系、当事人关系、利益相关者关系,在关键制度上采取有利于中国的设计,以此兼顾国家利益与国际道义。与一般国际裁判机构类似,在中立、责任、参与三大目标中,司法中立与责任的冲突是投资仲裁最主要的政策困境,司法参与原则处在相对次要的地位。

投资司法责任的实现程度取决于裁判者与缔约国关系的处理,平衡原则是强化缔约国对裁判者的控制,可以从事前、过程(事中)、事后三个方面展开。事前控制能够使缔约国在纠纷裁断前就引导仲裁庭,主要途径是属人事前控制即对裁判者资格的要求,例如,要求裁判者应具备某些资质,或要求纠纷当事人只能从缔约国已经选定的候选人中选任裁判者,或者更严格的方案是缔约国直接任命裁判者,和属物事前控制,即限制当事人可以起诉的纠纷范围。<sup>①</sup>过程控制机制在仲裁庭裁断纠纷的过程中为缔约国参与提供途径,主要包括缔约国联合解释和非争端缔约国陈情,为缔约国表达观点和立场提供机会。事后控制机制为缔约国矫正错误裁决提供了途径,主要涉及裁决的撤销、上诉等机制。

投资司法中立的实现程度取决于裁判者与当事人关系的处理,平衡原则是强化当事人对争端解决过程的控制,主要表现为当事人对具体裁断纠纷的

---

<sup>①</sup> 由于属物事前控制机制需要缔约国对实体内容达成合意,并不完全是投资仲裁机制设计的程序性问题,本文暂不深入讨论。

仲裁庭或专家组的任命权,既包括初审仲裁庭成员,也包括可能的上诉仲裁庭成员和程序启动权,即谁有权启动仲裁程序、启动可能的撤销或上诉、是否允许反诉等。任命权决定了裁判者未来任命的权利归属,启动权决定了裁判者未来任命的频率。

缔约国控制机制和当事人控制机制不是没有成本,其最大成本体现为两者的相互干扰(如裁判者任命权同时具有缔约国控制和当事人控制机制的双重意味),即司法责任与司法中立的内在冲突。缔约国的控制越强,越可能影响裁判者的中立性;当事人的控制越强,裁判者越可能做出偏离缔约国意图的裁决。传统投资仲裁更侧重当事人控制,整体上倾向于投资者。欧盟方案侧重缔约国控制,既配备属人事前控制(缔约国任命裁判者)和事后控制机制(上诉机制),还剥夺了当事人任命权,只保留了投资者启动权,不允许东道国反诉。美国方案侧重当事人控制,保留了当事人任命权,配备了部分的属物事前控制和过程控制机制。

表 投资司法目标与设计因素

	司法中立最强 司法责任最弱	司法中立性减弱 司法责任性加强		司法责任最强 司法中立最弱
审级 (事后控制机制)	一裁终局	一裁+撤销	二审+上诉机构 长任期	二审+上诉机构 短任期
任命权 (属人事前控制)	一审+当事人自 由任命仲裁庭 成员	一审+当事人从 缔约国任命的专 家库中任命仲裁 庭成员	二审+当事人任 命一审裁判者+ 缔约国任命二审 裁判者	二审+缔约国任 命所有裁判者
属物事前控制	宽泛管辖权	有限管辖权	有限管辖权+ 例外	有限管辖权+例 外+联合决定
过程控制机制	无	无	非争端当事国 陈情	缔约国联合解释
启动权(一审)	投资者起诉	无	无	东道国反诉
启动权(上诉)	投资者	投资者+东道国	东道国	缔约国

资料来源:作者自制。

综合考虑司法中立和司法责任,中国主要有两种方案可以考虑:一是采取一审终审但限定当事人从缔约国给定的专家库中选择裁判者,即双重任命方案(Double Consent);二是采取两审终审,一审仲裁庭由当事人自由任命,但二审由缔约国任命的上诉机构最终裁决即上诉机构方案。双重任命方案通过控

制人来实现更负责的结果,总体有利于投资者,但缔约国管理成本高,专家库名单需要快速、大量更新。上诉机构方案通过控制法律适用来实现更负责的结果,总体上有利于缔约国,管理成本低但中立性也较低。考虑到中国对国际组织的控制能力较弱、律师和学者的国际认同度较低,未来投资仲裁机制应考虑提高中国裁判者的可能作用和任命概率,并增高司法机构自我运行的能力。因此,上诉机构方案为主的设计对中国更有利,并可以通过制定专家库名单综合两种方案优势。与此同时,中国可以考虑适当延长上诉裁判者的任期,以此弥补上诉机构的中立性缺陷。

投资司法参与的实现程度取决于裁判者与利益相关者关系的处理,平衡原则是强化利益相关者对争端解决过程的参与。直接参与包括递交陈情和直接参加仲裁程序,前者通常表现为法庭之友(Amicus Curiae),后者通常表现为相似案件的合并程序(Consolidation)。间接参与指利益相关者通过缔约国表单表达立场,这类似于外交保护,需要借助缔约国支持才能实现。

当事人参与机制的成本主要是可能造成整体程序的拖延。仲裁庭在征询当事人意见后决定是否允许,也有成本方面的考虑。利益相关者即便参与程序,一般也不负担仲裁程序的总体费用。这意味着利益相关者参与造成的额外开支是纠纷当事人负担的,这对当事人而言是不公平的。如果开放利益相关者参与,相比于中国的利益相关者,外国的利益群体更有可能利用相关机制来参与中国被告案件;中国利益相关者更习惯于通过政府来表达立场,而且中国政府的议价能力显然高于中国投资者。因此,相对限制利益相关者的参与机制对中国更有利。

**3. 设计原则。**兼顾中国利益与世界需求的中国版本投资法庭设计,应当妥善权衡缔约国关系、当事人关系和利益相关者关系,以增强制度设计的内在平衡性与先进性,进而吸引更多的国家接受,同时,在关键制度的设计上应采取符合中国优势和立场的方案,以此兼顾国家利益与国际道义。中国版投资法庭具有以下特点:专家名单即投资者有权启动仲裁,纠纷当事人从缔约国指定的专家库名单中任命仲裁庭成员;一裁为主即仲裁以一裁终局为主,除非裁决被缔约国任命的上诉机构一致撤销或改判;有限上诉即涉案东道国和投资者母国才有权申请启动上诉程序;有限参与即利益相关者仅能有限度地参与一审仲裁程序,并主要通过缔约国来表达立场和观点。

第一,在总体结构上,中国版投资法庭采取一裁终局为主、有限上诉为辅

的两层结构。缔约国建立投资委员会，作为一审仲裁庭的上诉机构，同时也负责投资仲裁机制的总体管理和运作。

第二，在仲裁庭成员和上诉机构成员的资格与任命权方面，缔约国协商一致制定并公布大名单专家库，每个国家可以提名一定数量（例如 15 名）的专家名单；纠纷当事人只能从专家库中个案任命仲裁庭成员；在顾及主要法律体系实践的基础上，缔约国协商一致制定并任命小名单上诉机构成员。

第三，在一审程序方面，投资者享有仲裁程序的启动权，仲裁庭的决策方式为一般多数决策，裁判者可以公开发布不同意见。一审仲裁程序的仲裁费用由纠纷当事人承担。

第四，在上诉程序方面，涉案的东道国和投资母国具有上诉程序的启动权，决策方式为协商一致决策，上诉机构可以直接维持和改判仲裁裁决，也可撤销原裁决并由当事人重新任命仲裁庭重审；上诉机构应通过协商一致方式进行决策，以此妥善顾及法律效果与政治效果；缔约国对条约的联合解释也应当通过投资委员会进行。二审上诉程序的上诉费用由全体缔约国承担。

第五，利益相关者仅能在仲裁庭同意的基础上有限度地参与一审程序，包括参加庭审、递交陈情，但不能参加上诉程序，并应主要通过缔约国来表达立场和观点。参与一审仲裁程序的利益相关者应分担一定份额的仲裁费用。

中国版投资法庭设计与美国方案在目标定位上是类似的，即兼顾中立与责任。这是因为司法中立和责任是投资仲裁的主要目标，两者兼顾是投资仲裁的发展趋势。因为中美两国的立场和优势不同，中国版本与美国方案的控制机制不同，而且整体设计的分配效应也不同，中国版本设计更契合中国立场和比较优势，可以为普适性问题提供一种中国方案。

## 结 论

国际投资仲裁改革处在关键时期，中国处在能够影响改革的有利位置。面对日渐升温的多边改革讨论，中国应尽快明确改革立场，并提出兼具利益与道义的倡议方案。投资裁判机构需要同时处理和平衡缔约国关系、纠纷当事人关系和利益相关者关系，在制度设计上面临司法中立、司法责任和司法参与等目标的权衡困境。在理论上，投资裁判机构难以同等程度地同时追求和实现中立、责任和参与等三大目标。在实践中，传统投资仲裁秉持司法中立优先

理念,以当事人关系为主导,核心功能是为跨国投资争端提供一个中立的解决平台。欧盟的投资法庭倡议体现了司法责任优先理念,以缔约国关系主导,核心功能是为投资争端提供一个正当的解决平台。美国2012年投资条约示范文本兼顾了司法中立与司法责任,同时考虑了当事人关系和缔约国关系,比较好地兼顾经济效率和政治可接受性。美国和欧盟都选择了不够完美但适合本方比较优势的设计方案。

兼顾中国利益与世界需求的中国版本投资法庭设计,应当妥善权衡缔约国关系、当事人关系和利益相关者关系,以增强制度设计的内在平衡性与先进性,进而吸引更多的国家接受,同时,在关键制度的设计上应采取符合中国优势和立场的方案,以此兼顾国家利益与国际道义。中国版投资法庭有以下特点:专家名单,即投资者有权启动仲裁,纠纷当事人从缔约国指定的专家库名单中任命仲裁庭成员;一裁为主,即仲裁采取一裁终局原则为主,除非裁决被缔约国任命的上诉机构一致撤销或改判;有限上诉,即涉案东道国和投资者母国才有权申请启动上诉程序;有限参与,即利益相关者仅能有限度地参与一审仲裁程序,并主要通过缔约国来表达立场和观点。

本文借鉴国际关系、司法政治和国际法的最新研究,从制度设计角度考察如何平衡裁判者面临的各种激励,平衡裁判者与缔约国、当事人、利益相关者的关系问题。本研究以程序性事项为主,尚未涉及实体性规范。当然,中国推动多边投资法庭建设应伴随实体性多边投资条款谈判,这将是下一步的研究方向。