

## 摘要

在经济全球化的浪潮之中，国际资本的跨国流动日趋活跃。随着国际投资的增多，东道国与投资者争端数量也在迅速增加。国际投资仲裁是一种解决东道国与投资者纠纷的争端解决机制，机制建立以来有效的解决了大量的投资争端。与此同时，机制本身存在的一些缺陷也渐渐暴露出来。其中最为显著的问题莫过于裁决缺乏一致性、忽视东道国公共利益、选任仲裁员存在“旋转门”现象等。

各国及相关的国际组织为化解国际投资仲裁所遇到的合法性危机提出了许多解决方案，建立国际投资仲裁上诉制度就是其中的一种方案。构建仲裁上诉机制备受关注的原因在于其可以纾解国际投资仲裁裁决缺乏一致性、现有审查机制存在缺陷等困境，而且可以保留国际投资仲裁制度现有的效率价值。通过构建“有条件的”上诉机制纠正初审案件中的错误、加强裁决的一致性和正确性以此让国际社会重拾对国际投资仲裁制度的信任。

目前国内外在上诉机制设立与否以及制度设计方面，都存在较大的争议。本文从上诉机制完善仲裁员的选任、限缩仲裁庭的组成期、规定审查范围、等方面进行讨论，以期形成一个“有条件的”上诉机制。在确保仲裁公正的基础之上，提升上诉程序的效率，在投资者-东道国争端解决过程中达到一个公平和效率的平衡点。

完善国际投资仲裁制度，不仅有利于维护东道国和投资者的合法权益，而且有利于促进国际投资关系的良性发展。另外，构建“有条件的”上诉机制作为一个独立于争端各方的多边上诉机制，有助于破解当下国际投资仲裁制度面临的难题，使得投资争端更加高效、公平地解决。

**关键词：**国际投资仲裁；上诉机制；有条件的；必要性；可行性

## Abstract

In the wave of economic globalization, the cross-border flow of international capital is becoming increasingly active. With the increase of international investment, the number of disputes between host countries and investors is also rapidly increasing. International investment arbitration is a dispute settlement mechanism to resolve disputes between host countries and investors, and it has effectively resolved a large number of investment disputes since its establishment. At the same time, some shortcomings of the mechanism itself have gradually come to light. The most notable problems are the lack of consistency in awards, neglect of the public interest of the host country, and the "revolving door" phenomenon in the selection of arbitrators.

Countries and relevant international organizations have proposed many solutions to address the legitimacy crisis of international investment arbitration, and the establishment of an appellate system for international investment arbitration is one of them. One of the reasons why the establishment of an appellate system has attracted so much attention is that it can alleviate the dilemma of the lack of consistency in international investment arbitration awards and the shortcomings of the existing review mechanism, and it can preserve the existing efficiency value of the international investment arbitration system. By establishing a "conditional" appeal mechanism to correct errors in first instance cases and to enhance the consistency and correctness of awards, the international community can regain confidence in the international investment arbitration system.

At present, there is a great controversy in the establishment and design of the appeal mechanism both at home and abroad. This paper discusses the selection of arbitrators, the composition of the arbitral tribunal, the scope of review, and the period of review of cases, with a view to forming a "conditional" appeal mechanism. On the basis of ensuring the impartiality of arbitration, the efficiency of the appellate process is enhanced, and a balance between fairness and efficiency is achieved in the investor-host country dispute settlement process.

Improving the international investment arbitration system is not only

conducive to safeguarding the legitimate rights and interests of host countries and investors, but also conducive to promoting the sound development of international investment relations. In addition, the "conditional" appeal mechanism, as a multilateral appeal mechanism independent of the parties to the dispute, can help solve the difficulties faced by the current international investment arbitration system and make investment disputes more efficiently and fairly resolved.

Keywords: international investment arbitration; appeal mechanism; conditional; necessity; feasibility

# 目录

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| 摘要.....                              | 1  |
| 目录.....                              | 1  |
| 1.绪论.....                            | 1  |
| 1.1 研究背景及意义.....                     | 1  |
| 1.2 国内外文献综述.....                     | 1  |
| 1.2.1 国内研究现状.....                    | 2  |
| 1.2.2 国外研究现状.....                    | 3  |
| 1.3 本文的研究方法与研究思路.....                | 4  |
| 1.3.1 研究方法.....                      | 4  |
| 1.3.2 研究思路.....                      | 5  |
| 1.4 本文的创新及不足.....                    | 5  |
| 1.4.1 创新.....                        | 5  |
| 1.4.2 不足.....                        | 6  |
| 2 构建国际投资仲裁上诉机制的现状分析.....             | 7  |
| 2.1 对于构建上诉机制的质疑.....                 | 7  |
| 2.1.1 上诉机制突破仲裁终局性.....               | 7  |
| 2.1.2 上诉机制影响仲裁的效率价值.....             | 8  |
| 2.1.3 碎片化的投资条约使得从多边层面构建上诉机制极具挑战..... | 8  |
| 2.2 国际投资仲裁机制的现行困境亟需纾解.....           | 9  |
| 2.2.1 仲裁裁决缺乏一致性.....                 | 9  |
| 2.2.2 对投资者和东道国的保护失衡.....             | 11 |
| 2.2.3 仲裁裁决审查机制具有局限性.....             | 13 |
| 2.2.4 选任仲裁员缺失独立性和公正性.....            | 14 |
| 3 构建“有条件的”国际投资仲裁上诉机制的必要性和可行性.....    | 16 |

|  |    |
|--|----|
| 3.1“有条件的”上诉机制的内涵 .....                 | 16 |
| 3.1.1“有条件的”上诉机制的含义 .....               | 16 |
| 3.1.2 “有条件的”上诉机制内容简介 .....             | 17 |
| 3.1.3“有条件的”上诉机制的优势 .....               | 17 |
| 3.2 构建“有条件的”上诉机制的必要性 .....             | 18 |
| 3.2.1 有助于强化仲裁裁决的一致性 .....              | 18 |
| 3.2.2 有助于裁决平衡对投资者和东道国的保护 .....         | 19 |
| 3.2.3 有助于形成系统有效的裁决监督机制 .....           | 20 |
| 3.2.4 上诉机制的常设性有助于保障仲裁员的公正性 .....       | 23 |
| 3.2.5“有条件的”上诉机制有助于兼顾仲裁的效率价值和公平价值 ..... | 24 |
| 3.3 构建“有条件的”上诉机制的可行性 .....             | 26 |
| 3.3.1 上诉机制契合国际投资仲裁制度公私混合的性质 .....      | 26 |
| 3.3.2 当前投资条约体系下可运用《毛里求斯公约》途径 .....     | 27 |
| 3.3.3 国际社会对仲裁上诉机制的实践 .....             | 28 |
| 4 构建“有条件的”上诉机制基本体系的建议 .....            | 31 |
| 4.1 仲裁庭成员的选任 .....                     | 31 |
| 4.2 上诉机制的审理范围：有限事实和法律审 .....           | 32 |
| 4.3 上诉机制的时限控制 .....                    | 33 |
| 4.3.1 限缩上诉申请期和仲裁庭组成期 .....             | 33 |
| 4.3.2 控制上诉机制的案件审理期限 .....              | 34 |
| 4.4 上诉机制的费用制度 .....                    | 35 |
| 4.5 上诉机制裁决的执行 .....                    | 36 |
| 5 中国对于“有条件的”上诉机制的基本立场和因应策略 .....       | 38 |
| 5.1 中国对于“有条件的”上诉机制的基本立场 .....          | 38 |
| 5.1.1 应兼顾东道国主权权益和投资者利益 .....           | 38 |
| 5.1.2 应支持具有平衡功能的“有条件的”上诉机制的构建 .....    | 39 |
| 5.2 中国对于“有条件的”上诉机制的因应策略 .....          | 40 |
| 5.2.1 建设投资争端解决中心增强影响力 .....            | 40 |
| 5.2.2 部分投资仲裁引入“有条件的”上诉机制 .....         | 40 |

|           |    |
|-----------|----|
| 结语.....   | 42 |
| 参考文献..... | 44 |
| 致谢.....   | 47 |

# 1.绪论

## 1.1 研究背景及意义

当前国际投资仲裁案件数量迅速增加，由于国际投资仲裁制度缺乏有效的监督机制，因此其裁决缺乏一致性、忽视对东道国的保护等缺陷也逐步显现出来，国际投资仲裁正遭遇正当性危机。关于改革国际投资仲裁体制的提案在国际上早已有之，而在这些提案中，最受关注的一项提案就是设立上诉机构。

虽然在现行国际投资条约体系制度下，建立一个多边上诉机制有些困难。但是建立上诉机制起到的作用以及在以多边文书修改双边条约方面《毛里求斯公约》所带来的成功经验使得建立上诉机制变得具有必要性和可行性。并且2023年1月23日至27日，联合国国际贸易法委员会（贸法会）第三工作组第44次会议在维也纳举行，中国国际经济贸易仲裁委员会（贸仲）受邀作为观察员。本篇文章中，笔者会从多个方面分析国际投资仲裁上诉机制的现状，以及分析何为“有条件的”上诉机制，探讨构建国际投资仲裁上诉机制的积极作用以及讨论“有条件的”上诉机制基本体系的构建，以期建立“有条件的”上诉机制减少不必要的国际投资摩擦，改善国际投资环境，推动全球经济的发展。

## 1.2 国内外文献综述

### 1.2.1 国内研究现状

国内方面，部分学者提出了关于构建国际投资仲裁上诉机制的探讨。黄健昀博士指出，怎样才能在实现仲裁的效率和一裁终局原则之间的协调和平衡，是否建立投资仲裁上诉机制的关键考虑因素。一方面来看，国际投资仲裁上诉机构要有一定的威严性，不仅要纠正“仲裁一审”判决中的错误，而且要在保持一致性的前提下，对发展国际投资方面的法律和法律进行解释，以维持仲裁裁决的一致性和稳定性；另外，在满足上诉机制的基础功能的基础上，不能过分地侵犯仲裁，以解决机制的效率和自我优良的价值追求，从而达到二者的平衡。

蔡从燕教授指出，若争端方都赞同避免投资法律的冲突和模糊，那么建立上诉机制就是最折中的和最符合逻辑的建议。而引入上诉机制，则会使其更为平衡，更回应，更具有问责性。

杜玉琼教授认为，在维持我国国家和国外投资者经济利益的同时也面临了更多的投资风险和投资争端威胁，而使用传统的投资者和东道国之间的投资争端机制来解决投资争端已不能满足兼顾投资者与国家的双重利益的要求，因此传统的“一裁终局”原则不再能满足当今的国际投资争端。

王彦志教授认为，应在实体层面加强投资者的国际法义务与责任；在程序性层面，设立一个常设的、统一的国际投资上诉机构(法院)，设立一套以多边原则、准则、规则与决策流程为基础的投资机制。应通过增设上诉程序、提高公开性、连贯性和对公众利益的敏感度等方式对投资贸易仲裁进行结构改革。

梁丹妮教授提出，尽管近几年来实践中的仲裁的发展能够看出，投资仲裁判决并未随着时间与仲裁的发展变得更为一致和正确。因此通过实践来达到自我发展与调整是一个很长的过程。增加上诉机构通过建立一个明确和一

致的判例，从而纠正实际案件中的法律错误，从而重新实现对这一机制的信任。

衣淑玲教授表示，构建上诉机制可替代美国在双边层面上推动的改革，且能有效地处理国际法碎片化现象。不仅分析了上诉机制的改革背景及历史发展，而且对上诉机制设立的重要意义进行了分析。

总体看来，国内学界研究投资争端解决比较具体化，有一些的文献集中在一些具体的双边条约或者区域性协定上。但随着国际投资仲裁案件数量的快速增长，对国际投资仲裁上诉机制的讨论也逐渐增多。

### 1.2.2 国外研究现状

国外方面，围绕着应不应当设立国际投资仲裁上诉机制这一问题，也就是能否通过设立上诉机制来解决国家投资仲裁目前所面临的主要问题。David A. Gantz 对上诉机制的概念进行了分析，并在对过去的仲裁庭裁定进行了分析后，得出了两种主要的方式，即 ICSID 的仲裁裁定的审查和 NAFTA 第 11 章的法院复审。并对此进行了剖析，得出了构建上诉机制是最为合理的选择。Eun Young Park 提出，在投资仲裁中，设立上诉机制是十分必要的。Barton Legum 表示，随着地区协议的不断完善，显示出设立上诉机制的可行性。Erin E. Gleason 在对 WTO 等国际贸易领域的上诉制度以及其它与贸易有关的仲裁制度进行了分析后，一些学者提出了上诉制度的优越性。Ishikawa 则将其视为一种可以有效地解决当前国际投资仲裁中存在的重大问题，同时也是一种完整的国际投资仲裁制度。Eun Young Park 则提出，建立上诉机制的理由在于在相同的事实、相同的法律依据下，却出现了不同的判决结果，这就造成了在国际投资仲裁中存在的正当性与信任度的问题。Ian Laird 和 Rebecca Askew 认为，根据国际公法，国际仲裁程序加上实质性的责任，给正在迅速成长中的国际投资法学提出了一些挑战，这些挑战之一是：在投资人与各国争议的仲裁程序中，是否引进上诉程序？在 NAFTA 项下仲裁裁定进行司法复审的基础上，还对美国在该制度下所提供的法律支撑进行了深入的探讨，并指出该制度的构建还存在着一些关键性的问题。Barton Legum 表示，与目前的制度比较，该制度更有可能处理投资人所面对的问题，而投资人对此问题的

关注程度远高于国家对问题的关心，且相对于撤销一项仲裁，可以节省更多的时间与资金。对于 ICSID 上诉机制的体系设计，我国学者大都给出了较为宽泛的制度构想，而国外的学者给出了较为详细的机制构想。比如，David A. Gantz 则在其文中提出，就如何构建 ICSID 的上诉制度，从时限与法律两个方面来进行了分析。其对 ICSID 的上诉机制从人员的选择、场所的选择、受理范围、复审的标准与程序、法律的适用以及裁决效力等方面进行了详尽的设想。而且还提出可以采用一种多边协定的方式，而不是对公约进行修改，采取引用上诉机制的方式而非采用撤销裁决的方式。

国外学者对上诉机制的建设进行了深入的探讨，在确立上诉机制的合理性、合法性、正当性以及具体的制度构建等方面都进行了详细而又切合实际的研究。

## 1.3 本文的研究方法与研究思路

### 1.3.1 研究方法

本文采用的研究方法有：文献对比研究法、比较分析法、历史研究法。

#### 1、文献对比研究法

本文主要是利用检索、阅读国际投资仲裁领域中的文章，提炼出与建立上诉机制相关的法律著作和期刊文献，并归纳出当前在我国法学学界中对如何建立上诉机制的观点和建议。通过当前国际投资仲裁制度建设中存在的问题及今后完善的方向进行了分析，并提出了完善国际投资仲裁制度的具体对策。结合已有的研究成果，为论文选题、结构设计、内容撰写等方面的研究奠定了坚实的理论基础。

#### 2、历史研究法

在对国际投资仲裁和建立上诉机制的历史资料进行查阅的基础上，对其进行了总结和归纳，并对其进行了建立上诉机制的必要性进行了探讨。

### 1.3.2 研究思路

本文的研究思路是构建国际投资仲裁仲裁上诉机制的现状——构建国际投资仲裁仲裁上诉机制的必要性及可行性分析——“有条件的”国际投资仲裁上诉机制的基本体系建议——中国的基本立场和因应策略。具体而言，首先，本文分析了国际投资仲裁仲裁的现行困境，阐述了国际社会对上诉机制的支持。再从“有条件的”上诉机制可以强化仲裁一致性、平衡仲裁效率和公平方面分析构建的必要性，以及构建“有条件的”上诉机制契合国际投资仲裁制度公私混合的性质等分析可行性。然后阐述上诉机制需要从成员选任、审理范围、审理期限等方面进行设置，以期形成一个“有条件的”上诉机制来在投资者-东道国争端解决过程中达到公平和效率的平衡点。在此基础上，本文通过分析充分论证建立国际投资仲裁上诉制度的必要性和必要性。最后，阐述我国在上诉机制的变革中应该持主动参与、积极磋商的立场并且建设我国的投资争端解决中心增强影响力且在我国部分投资仲裁引入上诉机制来提高投资争端的效率。

## 1.4 本文的创新及不足

### 1.4.1 创新

在国际投资仲裁引入上诉机制并不是一个新提出的研究话题。近几年随着国际投资仲裁暴露了更多的不足，国家和投资者们也对国际投资仲裁合法性与权威提出了质疑。其中，建立仲裁上诉制度的提案是其中影响较大的提案之一。近年来，在这一背景下，越来越多的国家学者开始重视和讨论这一课题。本文的创新之处在于阐述了支持和质疑双方的观点，为了兼顾两方观点所要求的效率与公平，本文从上诉机制仲裁庭的组成、仲裁员选任、上诉机制审理范围、审理期限等方面进行讨论，以期形成一个“有条件的”上诉机制。在确保仲裁公正的基础之上，提升上诉程序的效率，在投资者-东道国争端解决过程中达到一个公平和效率的平衡点。

#### 1.4.2 不足

因为对国际投资仲裁上诉机制这一问题的研究，涉及到搜集、梳理和翻译大量国外的文献，对外国文献的检索和阅读的需求很大，所以本文研究的深度存在限制。

（1）对建立国际投资仲裁“有条件的”上诉机制分析不够透彻，对相关问题的阐述不够深刻。

（2）对“有条件的”上诉机制的制度构建还不够深入、具体。

## 2 构建国际投资仲裁上诉机制的现状分析

### 2.1 对于构建上诉机制的质疑

#### 2.1.1 上诉机制突破仲裁终局性

国内外许多反对构建国际投资仲裁上诉机制的主要原因在于认为其突破了传统一裁终局的基本原则。一裁终局是指一裁终局原则下的裁决，其结果与最终法院的裁定结果一样，对当事人有很强的拘束力。并且在正常情况下，没有通过法律规定的程序的话，裁决结果不能被推翻。裁决终局性与法院的二审、再审模式相比较，更契合了商人在解决争端时所追求的“效率”取向。一裁终局原则所呈现的仲裁程序的特点，历来被视为仲裁不同于诉讼的一个重要特征以及优势，是它不同于诉讼和其它非诉讼争议争端解决方式的显著差异，也一直被看作是仲裁优越性的一个重要表现<sup>1</sup>。从事国际投资交易的投资者或者国家，快速解决投资所产生的争端可以创造出新的收益。因此当事人认准仲裁程序的所呈现的快捷性和经济性的特点，可以节约当事人在解决争端过程中的投入的金钱、人力、时间成本。

因此，一旦提出构建国际投资仲裁上诉机制的观点，就必须面对仲裁上诉机制突破一裁终局特征的争议。质疑者提出争端当事人倾向于仲裁解决投资纠纷，就是因为一裁终局原则下的快捷性和经济性。设立了上诉机制以后，原有的一裁终局所带来的仲裁优势将不再明显，因为上诉机制动摇了仲裁一裁终局的基础。

---

<sup>1</sup> 宋丽洁：《对国际商事仲裁“一裁终局”制度设计的质疑--兼论“自愿仲裁上诉”机制》，《社会主义学院学报》，2009年第3期。

### 2.1.2 上诉机制影响仲裁的效率价值

质疑仲裁上诉机制的人认为，构建国际投资仲裁上诉机制这一做法有损仲裁的效率价值，而国际投资仲裁的另外一个突出优势是高效和经济，因此，许多寻求迅速解决纠纷的投资方都把仲裁作为解决纠纷的途径。

国际投资仲裁机制对效率价值的追求，从其创立之初就决定了。因为传统投资国-东道国间投资争议解决机制（ISDS）的低效率，以及国际上对 ISDS 机制高效率的追求，是建立国际投资仲裁的根源所在。<sup>2</sup>国际投资仲裁不同于传统的诉讼制度，后者是通过提高审级以及提高透明度来确保裁决的公正性，仲裁通过一裁终局来提高争端解决的效率和降低裁判的成本，其审查的范围主要限于程序瑕疵，而非实体问题，并且给予了仲裁庭自主裁决的权限。此外，其管辖权限的排他与优先权的设置，以及排除了国内司法的监督，也都反映出国际投资仲裁中所追求的效率价值。对投资者来说，牺牲了自己的上诉权，换来判决的最终结果这是非常值得的。这也是为什么许多投资交易主体会首先选择通过仲裁程序来解决国际投资争争端的重要原因之一。

有观点认为建立国际投资仲裁上诉机制，会对一裁终局所带来的高效率以及经济性造成不利影响，会延长案件的流程和投资争端解决的时间。同时，争端解决当事人还需要向上诉仲裁和办案律师缴纳额外的仲裁费用以及律师费用，这在客观上会降低仲裁的效率。

### 2.1.3 碎片化的投资条约使得从多边层面构建上诉机制极具挑战

长期以来，国际投资法律呈现出“零散”的格局，包括大量的 BIT、包含着投资条款的自由贸易协定（FTA）以及一些区域性的投资条约和行业投资的条约等等构成的。投资仲裁法庭进行仲裁时所适用和解释的是对过去超过 50 年多来在世界各地签署的将近 3000 个投资条约的制度，而这些制度由于其支离破碎，很难在仲裁过程中形成一个真正连贯的法律解释。<sup>3</sup>目前国际投资仲

---

<sup>2</sup> 曹兴国：《国际投资仲裁效率的追求、反思与平衡》，《江西社会科学》，2021 年第 4 期。

<sup>3</sup> Barton Legum, *Appellate Mechanisms for Investment Arbitration: Worth a Second Look for the Trans-Pacific Partnership and the Proposed EU-US FTA?* 10 *Transnational Dispute Management* (2014).

裁缺乏多边的投资协定，国际投资的实体规范主要是以双边协定为主，投资因此国际投资仲裁当前也是双边争端解决机制。

然而在当前的形势下投资政策形成统一的实体法形成存在一定的难处：关于投资主体的规定，现在只有在特定的情况下才会以特定的方式生效。《能源章程》也只规定了对能源部分进行投资的规定。即便是像北美自由贸易区这样含有投资内容的地区协议，也仅限于某些国家，而且对新成员的加入也有限制。

即便是在已经达成了一致的 WTO 体制下，也只是在《GATS》（General Agreement on Trade in Services）中对公司的服务的投资作出了规范，而在《Trade-Related Investment Measures（TRIMs）》中，只对本地成份要求、出口要求、进口替代政策、外汇收支平衡要求等。投资层面的法律相较于贸易法，统一的法律会代表着进一步影响国家的主权，由于投资会影响到一国的规制和政策自由，因此对国家而言，其相对于贸易而言更为敏感。

有人提出，从多边层面上构建仲裁上诉机制将面临极大的政治和法律挑战在当前国际投资法碎片化的条约背景之下。改革涉及到新的条约，或者是对现行的条约体系的修改。已有的经验显示，各国不大愿意为修订现行的国际法体系而采取冗长和复杂的程序，特别是当经济发展程度不同的国家为达成国际投资方面的共识所作的政治和外交努力很难获得成功。<sup>4</sup>

## 2.2 国际投资仲裁机制的现行困境亟需纾解

### 2.1.1 仲裁裁决缺乏一致性

在国际投资仲裁制度中，最突出的、也是长期存在的问题就是仲裁裁决不一致的问题。这个问题首先在 CME 公司对捷克共和国的诉讼以及劳德对捷克共和国的诉讼中反映出来。CME 和 Lauder 在伦敦的国际仲裁庭（Conference of International of Council）和斯德哥尔摩的商业协会（Customer Commission）对捷克共和国的相同征税行为提出了投资仲裁，Lauder 案和 CME 案仲裁庭对捷克共和国所作决定是否属于征收问题的裁决显示出很大的

<sup>4</sup> 梁丹妮、戴蕾：《国际投资仲裁上诉机制可行性研究》，《武大国际法评论》，2020年第6期。

不同：在Lauder案中仲裁庭把捷克共和国的这一行为定性为“合法的监管”，并把捷克共和国的行为视为保证本国市场合规性，因而不属于征收行为；而CME案仲裁法庭认定，捷克共和国政府不但未对该公司给予应有的关注，而且还采取了一种旨在强迫该公司放弃其自身法律权益的非法行为，是对在本国的外国投资者的一种非法的歧视行为，从而构成了征收，这种征收行为违背了荷兰—捷克双边投资协议的规定。在这两起案例中，双方都根据同样的、类似的双边投资协议（BIT）条款，分别提出了相同的请求，但是两个仲裁庭却得出了截然相反的裁决，由此引起了国际上普遍关注对投资仲裁缺乏一致性的危机。确保仲裁结果的一致性国际投资仲裁体系的一个非常重要的目标，其裁决结果的不一致性不但会影响到国际投资协议（IIA）或者BIT的确定性，还会影响到投资方在IIA或者BIT下的合法权益，从而导致东道国难以确定其所采取的行政措施是否与IIA和BIT相一致。

部分学者将仲裁裁决不一致案例划分为三种类型：一种是由两个投资公约组成的仲裁机构，对涉及相同事实、相同当事人或者类似的投资权益的案例，如Lauder诉捷克案，CME公司诉捷克案，虽然类似的两个案例事实和当事人（Lauder是CME公司的控股权），以及两个案件条约的条款的措辞也是相同的。然而两个仲裁庭的观点却不相同。

第二种是由不同的投资协定组成的仲裁法庭，在对类似的业务状况、类似的投资权利的案子进行裁决时，其裁决结果有很大差异，SGS系列案例就是这种情况的一个很好的例子。对于这个系列的案件，不一样ICSID仲裁庭对“保护伞条款”会不会使得违背合同层次的义务转变为违背国际投资条款下国际法的义务解释不同，而SGS诉巴基斯坦和SGS诉菲律宾两个仲裁庭由于对“保护伞条款”，因此做出了完全相反的判决。第三种情况是根据同一投资协议中的某一个标准，各仲裁庭裁决也会存在差别。

导致仲裁裁决不一致的成因需要从多个方面分析，其中有国际投资仲裁制度的问题，也有国际投资仲裁的历史原因。从制度方面本身来说，则可归结为ICSID仲裁委员会成员构成的不稳定性和系统中缺少一套行之有效的监督机制。因各仲裁机构的级别、国籍、代表的地位等因素的影响，在仲裁机构的仲裁中，很容易产生“同一案件的判决不一致”的现象。

此外，ICSID 缺少对仲裁庭成员和仲裁机构的监管，使得仲裁员在条款界定不清的情况下，存在较大的裁量权力，削弱了条款的精确性和判决的一致性。另外，ICSID 的仲裁是以非公开的庭审或非公开的裁定等形式进行的，未建立一个统一的判例体系，而且 ICSID 并没有制定一套针对解释国际投资公约的统一的法律准则，因此，ICSID 所采用的都是普通国际法中的公约解释规则，这就不可避免地造成了 ICSID 的判决结果不一致。

有学者提出“法律适用若缺乏一致性将直接损害法律的功能”。<sup>5</sup>从一方面来说，国家很难确定将如何处理关于国外投资者的一些事宜，以履行自己的法定义务，在进行立法和管理活动时，都要对自己的行为持谨慎态度，这就是人们常说的寒蝉效应（chilling effect）；另外，由于没有可预见性，投资者的投资热情与信任会受到很大的影响，不敢将投资涉足海外。仲裁裁决不一致问题需要采取一种行之有效的办法来解决现行困境，不然就会威胁到国际投资以及国际投资仲裁的权威性。

### 2.1.2 对投资者和东道国的保护失衡

最近几年，国际投资仲裁由于裁决偏袒私人投资者而忽略了东道国政府的公共利益，造成东道国与投资方利益保护的不平衡而受到广泛的批评。

在美国安祖利克斯公司诉阿根廷政府的案件中，安祖利克斯提供的自来水的水质由于水质不佳，很多阿根廷的公民都由于水质原因受到了细菌的感染，所以为了保障国民的生活和生产安全，阿根廷政府要求国民不要喝安祖利克斯提供的自来水。于是，安祖利克斯公司向 ICSID 提出了仲裁请求，仲裁庭裁定，阿根廷公司使用了不正当的方法，对安祖利克斯公司的投资行为进行了不公正的干预，并判决阿根廷公司对其进行了大量的补偿<sup>6</sup>。并不限于安祖利克斯公司案，从 ICSID 众多案件的判决结果来看，在 ICSID 的仲裁中，东道国常常是败诉方<sup>7</sup>。东道国一旦败诉则会引起一系列的损失，赔偿外国投

<sup>5</sup> 陈安：《国际投资争端仲裁——“解决投资争端国际中心”机制研究》，复旦大学出版社 2007 年版，第 189-190 页。

<sup>6</sup> 资料来源：<https://www.bjnews.com.cn/search?bwsk>，浏览日期：2023 年 5 月 5 日。

<sup>7</sup> 资料来源：<https://unctad.org/>，浏览日期：2022 年 3 月 20 日。

投资者巨额赔偿金使东道国承担更大的经济责任。而且，东道国必须改变其国家的公共政策和行政措施，这样还会降低其在东道国在国民中的权威性和公信力。

仲裁裁决对投资者和东道国的保护失衡，仲裁偏袒投资者一方的现象出现已久。这有其历史原因和体制因素的综合作用。首先，是由于国际上对私人投资者在投资方面存在着一种思想惯性。很多人都认为，在与东道国进行跨国投资的时候，私人投资者必然是弱势的。所以仲裁庭为了捍卫“正义”，会将天秤偏向私人投资者的一端，觉得投资者相对于国家来说更加需要帮助。

第二，由于国际投资仲裁是从国际商业仲裁发展来的，所以一些规则、原则以及思想会被传统国际商业仲裁所影响。因此国际投资仲裁在投资争端的解决当中面对一方是国家而一方是私人投资者时，理所当然的认为投资者是处于弱势的一方，所以会侧重于对私人投资者的保护。不仅如此，在国际投资中私人投资者和东道国之间所达成的协议也就越倾向于被保护的私人投资者，从而造成了不公平的判决。<sup>8</sup>普通的国际商业仲裁更多的是对当事人的私人利益的保护，相对来说对于东道国的公众利益考虑较少。

第三个理由是，通常情况下，东道国通过签订外国投资协定来吸引外资，并在有关规定中赋予外国投资者以更多的话语权。当东道国面临着某些利益冲突的问题，为确保投资者可以持续投资东道国会做出妥协。基于上述的原因，外商在与东道国进行跨国投资时，争端双方之间存在着先天的不对等，而这一不对等是由于东道国对外资的特殊优惠而导致的。从历史上来看，ICSID的设立是发达国家和发展中国家的一种博弈和折衷，因为东道国想要经济发展引入更多的外资，所以在国际投资协定上做出一些让步，从而与发达国家签订一些对自身的公共政策和管理不利的条款。

当前，国际投资仲裁制度所面对的最大问题之一，就是如何更好地在国际投资争端当中兼顾投资者和东道国的利益。而设立国际投资仲裁上诉机构，相当于给了东道国一个补救的机会。而且，由于上诉机制存在的监督作用使得在上诉案件的审理过程中仲裁庭也将会更为慎重的对待案件。

---

<sup>8</sup> 张光：《论国际投资仲裁中投资者利益与公共利益的平衡》，《法律科学（西北政法大学学报）》，2011年第1期。

### 2.1.3 仲裁裁决审查机制具有局限性

国际投资仲裁沿袭了一裁终局、侧重私人投资者等商事仲裁的诸多特点,在实践中,一般情况不允许对案件的实体问题重新进行审查。<sup>9</sup>根据 ICSID 公约,可以通过 ICSID 专门制定的撤销程序来进行复审;对于其它不属于 ICSID 下的判决,只能通过由仲裁地或实施地的国家法庭提起的诉讼来进行司法审查。

ICSID 公约第 52 条仅规定少数情形下的可撤销仲裁的裁决,并不容许对已决案件的实体问题进行重新审议,因此和上诉机制存在着差异。第 52 条规定的制定与 ICSID 公约产生的时代背景有着紧密的联系。ICSID 创建于众多投资条约产生前,其本意并不是为了规范仲裁条约,也没有办法预见到由于条约解释而导致的判决不一致。建立 ICSID 最初的目的,是为了处理以投资合同为依据的纠纷。然而,由于设计该机制在之时并没有充分考虑到在国际投资公约解释过程中会存在明显的错误,使得 ICSID 的内部复审机制很难对国际投资公约中存在的争议做出有效纠正。

对不属于 ICSID 下的裁决进行的司法审查,是在仲裁地或者是属于请求执行所在地国内的法院管辖。由仲裁地点或请求执行所在地国内的法院对裁决进行审查的权限也很小,通常参考联合国委员会于 1985 年颁布的《国际商事仲裁示范法》,而这一法律基本上遵循了《纽约公约》第 5 条规定的撤销裁定的条件。在实际操作中,虽然法庭有时会对某些裁决因为违背了公共政策而进行实质性审查,但是通常这些裁决只有在极其少数的案件中才会撤销裁决。

当前的裁决审查机制侧重于在裁决生效前对仲裁过程中出现的重大瑕疵进行修正,只注重程序的公正与完整,对结果的一致性、协调性与正确性等方面的要求并不高,导致了一项裁决存在法律上的瑕疵,但现行体制难以对其进行修正。随着出现多项颇具争议性撤销决定后国际社会开始质疑 ICSID 撤销制度的有效性,<sup>10</sup>国际社会对其合法性提出了质疑,学术界与实务界亦发

<sup>9</sup> 石慧:《投资条约仲裁机制的批判与重构》,法律出版社 2008 年版,第 47-51 页。

<sup>10</sup> Dohyun Kim, *The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency-in ICSID Arbitration*, 86 *New York University Law Review* (2011).

现,各国法院对于撤销判决的司法复审标准,无论是在表达上还是在应用上,都存在着“较大的不确定性”<sup>11</sup>。

尽管许多人认为仲裁的一裁终局性是提高仲裁效率的关键,但是如果裁决有重大的错误也不能被撤销仍要继续执行,则不能确保裁决的正确性。因国际投资仲裁牵涉到东道国公共利益、赔偿数额庞大等特点,因此需要有效的仲裁裁决审查机制。

#### 2.1.4 选任仲裁员缺失独立性和公正性

投资仲裁制度之所以具有重要的现实意义,是因为它可以为东道国和投资者提供一个相对中立的解决投资争端的机制。仲裁员作为一名裁决者对争端解决至关重要,在投资纠纷中仲裁员其作用直接关系到投资争端解决的公平与否。因此争议各方是否对该仲裁机构具备信任感,主要依赖于其是否具有独立、公正的仲裁员。然而,在现实仲裁中仲裁员不一定是守护公平的人。

首先,仲裁员存在“旋转门”或“双帽”困境。<sup>12</sup>仲裁员可能在不同的案件中会担任律师、仲裁员以及专家等不同的角色,因此在仲裁过程中很容易由于担任角色不同的原因产生利益冲突。例如,在ICSID案件中,一些仲裁员还会承担着法院秘书或者律师的角色,如果他们在不同的位置上相互转换,<sup>13</sup>就会产生不同的角色混淆,很难确保仲裁结果的中立。

其次,在仲裁案件中当事各方在挑选仲裁人员时,都会对仲裁人员进行相应的考察,并依据仲裁人员的有关细节,来挑选倾向于自己的仲裁人员。仲裁庭的判决结果,与仲裁庭的主观判断,特别是由于政治倾向的存在,投资人和东道国在委任仲裁人时,通常都是根据事先知道的政治倾向来委任仲裁人,而仲裁人又很有可能倾向于倾向于与自己具有类似政治倾向的争端当事人。<sup>14</sup>这种方式往往使仲裁员在进行仲裁之前往往会处于一种事先的位置,将会更偏向于投资人,加剧判决公正的缺乏。

---

<sup>11</sup> Henri C. Alvarez, *Judicial Review of NAFTA Chapter 11 Arbitral Awards* in Frederic Bachand & Emmanuel Gaillard (eds.), *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration* (2009).

<sup>12</sup> Philippe Sands, *Conflict of Interests for Arbitrator and/or Counsel*, n: M Kinnear et al (eds), *Building International Investment law-The First 50 Years of ICSID*, New York, Wolters Kluwer Legal, (2016).

<sup>13</sup> 于湛旻:《论国际投资仲裁中仲裁员的身份冲突及克服》,《河北法学》,2014年第7期。

<sup>14</sup> 刘瑛:《投资者—东道国争端解决机制海外研究综述》,《国外社会科学》,2018年第6期。

另外，尽管国际投资仲裁是具有国际性的投资争端解决机构，但是在ICSID 审理的所有案件中，68%的仲裁员与调解员来自西欧和北美，来自亚太的仲裁员只占 11%<sup>15</sup>，因此人员的多元化程度也不够。从实践上说，与同质团队相比由多样化组成的异质团队可以更好地进行思考，<sup>16</sup>能够确保获得更高质量的结果。若仲裁员们都采取同一种思考方式，那么将会极大的降低仲裁裁决的质量。

---

<sup>15</sup> 资料来源：<http://www.hrbac.org.cn/>，浏览日期，2023 年 5 月 9 日。

<sup>16</sup> Catarina R. Fernandes, and Jeffrey T. Polzer, Diversity in groups, in Robert A. Scott, Robert H. Scott, Stephen Michael Kosslyn .and Marlis C. Buchmann, Emerging Trends in the Social and Behavioral Sciences: An Interdisciplinary , Searchable, and Linkable Resource, John Wiley & Sons Press , (2015) .

## 3 构建“有条件的”国际投资仲裁上诉机制的必要性和可行性

### 3.1 “有条件的”上诉机制的内涵

#### 3.1.1 “有条件的”上诉机制的含义

前文已阐述对于建立上诉机制存在一些质疑，从仲裁具备的明显特点这个角度来看，构建上诉机制似乎和仲裁制度的本质特征有着矛盾。仲裁显著的特征就是快捷、经济，而上诉机制的建立会使得仲裁的程序延长、仲裁成本增加，这与仲裁的特征存在冲突。然而，目前国际投资仲裁追求的效率价值并没有实现，并且其公正性也遭到质疑。通过设置“有条件的”上诉机制来提升仲裁的效率，从而在保证公平的前提下，达到效率与公正性之间的良性平衡。

何为“有条件的”上诉机制？一方面，国际投资仲裁上诉机构应该具有其相应的威严，要对仲裁庭初审裁决的错误进行纠正，在保证一致性的基础之上更好地诠释并完善国际投资仲裁相关的法律和规则，从而确保裁决的一致性与稳定性。<sup>17</sup>另一方面，在上诉机制的基础功能得以满足的基础上，不应过分侵犯仲裁制度的效率以及仲裁自身良好的价值追求，以达到二者之间的平衡。

---

<sup>17</sup> 黄健昀：《国际投资仲裁：有条件的上诉机制——从“尤科斯案”到“一带一路”投资争端解决》，《西部法学评论》2020年第5期。

### 3.1.2 “有条件的”上诉机制内容简介

从内容的设计来看，“有条件的”上诉机制应当从选任仲裁员的选择、仲裁费用的分摊等多个角度来加以完善。首先，应该着重设计选任仲裁员的制度，对仲裁员的选任要有明确的标准，除了要具有扎实的法学理论基础，还应该具备丰富法律工作经验。以及要注重仲裁员的中立性、平衡性和非政治性。因为仲裁机构要想发挥出应有的作用，就必须确保仲裁员的公正性和独立性。其次，对于投资仲裁的费用，不仅要优化上诉程序的流程以此节约上诉成本，还应该采取分摊费用的制度以此防范当事人滥诉的行为。

再者，从优化仲裁程序出发，“有条件的”上诉机制程序优化可以划分为以下三个方面：(1)应当限缩上诉申请期和仲裁庭组成期。规定上诉期限，若双方在超过15天未提出上诉，那么仲裁法庭所作的最初裁定将变为最终裁定，另外，仲裁庭组成期的程序也是提升仲裁效率的关键，若争端双方指定仲裁员程序超出期限那么就由仲裁庭任命。(2)应当对上诉机制的审理范围和案件的审理时间作出明确的规定，将审理范围限定在有限事实审和法律审，并对审理时间进行严格的控制防止超期审理，在仲裁程序中关于时限的问题，都应该以提高效率，保证公正，防止上诉程序拖延为目的。(3)裁决的评估标准就是它的执行情况，应该规定上诉机制的裁决为最终裁决，具有强制执行效力以此来保证上诉机制作出裁决的执行。

### 3.1.3 “有条件的”上诉机制的优势

“有条件的”上诉机制具备如下的优势：

第一，可以平衡质疑和反对两方的意见。国内外的学者对于是否建立国际投资仲裁上诉机制还是存在着较大分歧。质疑的人认为上诉机制会损害仲裁的效率和经济价值，不再具备仲裁原有的优势使得国际投资仲裁对投资者和国家的吸引力下降。但是“有条件的”上诉机制可以通过一系列程序设计提升上诉机制的效率以及控制上诉成本。既可以完善国际投资仲裁制度，又可以保持仲裁原有的、被证明的效率和经济价值。

第二，可以兼顾仲裁的效率价值和公平价值。“有条件的”上诉机制坚

持在确保公正的基础之上提升仲裁的效率的原则。通过严格限制仲裁庭组成期、上诉申请期以及案件审理期等程序时长来控制上诉程序的成本，也会综合考虑将有限事实问题和法律问题定为上诉事由来加强上诉审查的公正性。

## 3.2 构建“有条件的”上诉机制的必要性

### 3.2.1 有助于强化仲裁裁决的一致性

裁决缺乏一致性是仲裁员在对于同一或相似的投资争端，适用的法律条款和条约也是同一或相似的但是做出的裁决具有极大的差异性。裁决不具有一致性会极大的影响国际投资仲裁体系的可信度、可预见性，会降低国际投资者对仲裁庭的信任感，同时还会导致仲裁庭的权威性、仲裁庭的公信力和公平性受损。<sup>18</sup>因此在这场关于国际投资仲裁合法性的危机中，裁决的不一致性以及不可预见性是其关键。有学者指出：“在投资仲裁裁决中，如果出现了裁决不一致或者说有的裁决是互相冲突的情况，这明显与投资条约各缔约方的意愿和期望不符，这些也违反了国际法治和公平精神。”<sup>19</sup>

而“有条件的”上诉机制的设立可以从以下两个方面强化仲裁裁决的一致性：

第一，“有条件的”上诉机制仲裁庭的常设性有助于加强裁决一致性。常设仲裁庭在解决投资争端时，将会以一种更稳定、更具可预测性的方式，而且还会创设出新的判例。因为裁决要想具有一致性的话就必须在众多案例中去总结提炼，所以常设仲裁员们可以从众多案例中归纳出一些固定的规则与原理，从而极大提高了适用法律的一致性。因此常设仲裁庭的常设特性能够有效地提高仲裁裁决的一致性以及和可预测性，而且它还可以不断地阐明和完善具体的准则，特别是当对投资实体准则具有一些模糊不清的规则时，常设机构的作用就显得尤为重要。而且为了保证仲裁裁决的一致性，仲裁员的自身的思想和观点也起到非常关键的作用。从制度层面来说，表面是仲裁员的问题但归根结底是机制的原因，设立一个不存在利益冲突的、仲裁员具

---

<sup>18</sup> 同注 4。

<sup>19</sup> 余劲松：《国际投资法》，法律出版社 2018 年版，第 349 页。

有公法背景的上诉机制，这些都可以使得在解决争议时投资仲裁机构可以采取一种更为一致的思维方式，以提高仲裁裁决的一致性。

第二，上诉机制可以通过对仲裁裁决的审查功能来促进仲裁裁决的一致性。无论是在国内实践中还是在国际层面，都证明了多层级的纠纷解决制度能够帮助作出一致性的裁决，并因此降低了不确定性。<sup>20</sup>构建国际投资仲裁上诉机制最受推崇的优点在于，它可以像国内法体制中的上诉制度一样，当事人若对初审所做的裁决不满时可以通过上诉机制来要求重新审理案件，以此加强裁决在法律适用上的一致性。以 WTO 的上诉机制为例，其使得争议的解决变得更有可信度和可预见性，受到了广泛的赞扬。WTO 的上诉机制是一种不受争议双方影响的、能起到修正错误裁决的、能增强一致性、法律确定性和可预见性的多边上诉机制。其在提高裁决的一致性和可预见性方面发挥了很大的作用。在设立上诉机制之后，面对当事人提起上诉的案件则会有专门的机制进行审理。在重新审理之时，肯定会对相似的案子的法律规则进行解释，为以后的案子提供了借鉴。上诉制度所具备的公正性，可以使法律的适用得到统一，从而达到判决的一致性，同时也是对上诉制度正义的一种突显。国内外的对比实践证明，两层级审级制度在保证裁决可预见性和一直性方面无疑是最为有效的。

国际社会对建立仲裁上诉机制有过丰富的探索经验，这些建立这一制度的最主要原因是为了保证国际投资仲裁判决的一致性和可预测性。<sup>21</sup>正如多克·毕休普指出的那样：只有建立一个上诉机制才能确保仲裁裁决的一致性、法律的可预见性和仲裁庭依据投资条约条款的本来意思作出裁决。<sup>22</sup>

### 3.2.2 有助于裁决平衡对投资者和东道国的保护

在当前的国际投资仲裁程序中，东道国与投资方之间的利益保护不平衡是造成其合法性危机的主要原因之一。

<sup>20</sup> Christian J. Tams, An Appealing Option The Debate About an ICSID Appellate Structure, Transnational Economic Law Working Paper,(2006) .

<sup>21</sup> 刘笋：《国际投资仲裁裁决不一致性问题及其解决》，《法商研究》，2009年第六期。

<sup>22</sup> Doak Bishop, The Case for an Appellate Panel and its Scope of Review, 2 Transn at' 1 Disp. Mgmt,(2005).

就东道国而言，上诉制度可以为错误的初审结果提供救济的机会。以往的许多仲裁裁决中，仲裁庭所做出的裁决都是对东道国不利的，因此东道国在进行国家的立法活动或者开展监管活动的时候，都不得不小心谨慎。而且东道国为了避免自己处于败诉风险之中致使赔偿巨额金额，会放松对外资的正常监管甚至是放弃监管，这就形成了寒蝉效应（chilling effect）<sup>23</sup>。

仲裁上诉机制在二次审理过程中由于存在着纠正错误与审慎的心态，将使上诉机制更加重视对东道国公众利益的维护，使上诉机制作出公正的判决，从而实现对东道国与投资者之间保护的平衡。国际投资仲裁上诉机制具有中立性，可以以独立第三方的原则来对案件进行裁决，不偏袒私人投资者的权益，顾及到东道国的公共利益与国家主权。保证裁决的公平性是各东道国的共同愿望和诉求，上诉机制的重新审理会使得裁决更加公平，也可以让争议各方的利益得到更好的均衡，有利于保护公众的利益，也可以确保国际投资仲裁机制的权威性和公正性。

与此同时，外国投资者不必担心建立上诉机制以后国际投资仲裁就不再对自己有利。对投资者而言，这并不是是一种损失。投资者亦是其母国的国民，投资者自身的利益与投资者母国的利益是一致的，母国与他国在进行国际交流时所签署的有关投资协定，也对母国的国民产生了直接的影响。<sup>24</sup>母国在接受外国投资的过程中，也可能会和外国投资者产生投资争端，若其母国败诉，则会影响国家的经济以及公共利益，所以，对于外资企业而言，设立一套能够权衡各方利益的上诉机制，是一种必要的制度安排。

### 3.2.3 有助于形成系统有效的裁决监督机制

在国际商事仲裁中采取一裁终局原则以确保仲裁的终局性，是一种“优先保障诉讼结果的最终确定”看起来是合理的。然而这一原则在国际投资仲裁领域却很难得到合理的运用。由于与国际商业仲裁相比，投资仲裁有其自身的特点，投资仲裁本身就带有一种公法性质，必须考虑到国家在诉讼中的

---

<sup>23</sup> 陶立峰：《投资者与国家争端解决机制的变革发展及中国的选择》，《当代法学》，2019年第6期。

<sup>24</sup> 方诚：《ICSID 上诉机制之构建问题研究》，江西师范大学硕士学位论文，2021年5月。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/408036134104006026>