

欧盟多边投资法院：动因、可行性及挑战

邓婷婷

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 投资者-国家争端解决机制(ISDS)近年来在世界范围内引发了激烈的批评与争论。欧盟的多边投资法院(MIC)是针对现有 ISDS 机制的系统性缺陷提出的最彻底的改革方案。从其制度安排来看, MIC 更能确保裁决的一致性与正确性、保证法官的独立性与公正性以及节约案件审理的时间与费用。然而, MIC 在制度设计上的不足以及各方对 ISDS 机制改革的深刻分歧使得建立 MIC 面临诸多挑战。中国应当抓住 ISDS 机制多边化改革的契机, 参与 MIC 谈判, 为将来的国际投资争端解决机制贡献中国智慧。

关键词: 投资者-国家争端解决机制; 多边投资法院; 投资法庭制度; 中欧双边投资条约

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2019)04-0062-11

传统投资者-国家争端解决机制(investor-state dispute settlement, ISDS)存在正当性危机是国际社会的共识, 对其进行改革已经成为新一代国际投资协定(international investment agreement, IIA)最为重要的特征。作为改革的先锋, 欧盟创新性地在其最近签署的欧盟-加拿大全面经济与贸易协定(CETA)、欧盟-越南自由贸易协定(EUVFTA)以及欧盟-新加坡投资保护协定(EUSIPA)中纳入两审终审的投资法庭制度(investment court system, ICS), 取代现行有争议的以仲裁为核心的 ISDS 机制。事实上, 按照欧盟的设想, 双边的 ICS 只是一个过渡形态, 自 2015 年起, 欧盟委员会便已着手将其多边化^①。2018 年 3 月, 欧盟理事会通过谈判指令, 授权欧盟委员会就建立多边投资法院(multilateral investment court, MIC)与相关国家、国际组织进行谈判。MIC 是欧盟基于 ISDS 机制的系统性缺陷所提出的改革方案, 旨在建立解决国际投资争端的多边常设性机构。该法院与现有机制的核心区别在于其将拥有高度透明的程序、独立选任的全职法官, 并设有上诉法庭^②。欧盟已在联合国贸易法委员会(UNCITRAL)第三工作组主导的 ISDS 机制改革讨论中提交 MIC 建议^③, 并试图就建立 MIC 争取更多贸易伙伴的支持。

我国当前正在与欧盟进行双边投资条约(bilateral investment treaty, BIT)谈判^④, 作为关键性条款的 ISDS 机制是谈判的重中之重。鉴于欧盟已明确表示当前及

将来的贸易与投资谈判都将以 ICS 为蓝本, 可以推定 ICS 或将是中欧 BIT 谈判中 ISDS 机制的范本性文件。从已有实践看, 欧盟也极有可能在中欧 BIT 谈判时要求与中国共同建立 MIC。因此, 分析欧盟 MIC 的构建动因、可行性以及面临的挑战, 对于中欧 BIT 谈判、中国改革完善 ISDS 机制具有重大意义; 探讨中国是否应当支持欧盟 MIC 建议是提升中国在全球经济治理话语权过程中不可回避的现实问题。

一、欧盟多边投资法院的构建动因

自 20 世纪 60 年代起, 投资者便基于投资条约的规定利用 ISDS 机制解决其与东道国的投资争议^⑤。由于 ISDS 机制为国际投资争端的调解和仲裁提供了便利, 同时排除了投资者母国的介入, 使得国际投资争端解决非政治化, 因此, 在设置之初便受到国际社会的普遍认同。然而, 随着国际投资仲裁案件的不增加, ISDS 机制暴露出诸多问题, 如仲裁裁决不一致、仲裁程序不透明、仲裁员的公正性不足, 尤其是东道国为公共利益而采取的规制措施时常遭受投资者的挑战并获得仲裁庭的支持。上述种种促使国际社会开始重新思考 ISDS 机制的合理性问题。欧盟成员国是现有 ISDS 机制的主要运用方^⑥, 欧盟对于 ISDS 机制的改革一直极为关注。近年来, 由于 ISDS 机制使得公

收稿日期: 2019-04-12; 修回日期: 2019-05-23

基金项目: 国家社科基金青年项目“欧盟投资者-国家争端解决机制的革新及中国应对研究”(17CFX083)

作者简介: 邓婷婷(1982—), 女, 湖南长沙人, 法学博士, 中南大学法学院副教授, 主要研究方向: 国际投资法、WTO 法; 联系邮箱: lwkiko@163.com

权力行使受限，在欧盟内部受到广泛的公众质疑，特别是在欧盟与美国(TTIP)、欧盟与加拿大(CETA)贸易与投资协定谈判过程中，公众对于 ISDS 机制的担忧愈发强烈。为了缓解公众对 ISDS 机制的忧虑，也加强其在国际投资体制中的领导作用，欧盟自 2015 年起便在贸易与投资协定谈判中对 ISDS 机制进行体系化的改革。

(一) 传统 ISDS 机制的系统性缺陷

在过去十几年间，针对 ISDS 机制的众多批评主要集中在三个方面：一是 ISDS 仲裁庭的裁决缺乏一致性和可预见性；二是仲裁员的独立性和公正性不足；三是 ISDS 案件的审理时间过长及费用高昂。欧盟认为，目前 ISDS 机制存在的问题是相互关联且具有系统性的，若只着眼于其中某一个具体问题，其他的问题都将得不到解决^[1]。因此，要弥补 ISDS 机制的缺陷，必须采取系统性的方式——建立常设的争端解决机制。

1. 仲裁裁决缺乏一致性和可预见性

由于缺乏统一的多边投资协定，目前的国际投资规则主要体现在由 3 000 多个 BITs 和包含投资条款的协定(treaties with investment provisions, TIPs)交叠的网络中^⑦。然而，这些主要制度基本相同、具体细节有所差别的 IIAs 却由不同的临时仲裁庭予以解释和适用，导致不同的仲裁庭对于不同 IIAs 的相同或相似条款作出不同的解释。同样，基于相同的事实以及相似的投资权利，根据相同或相似的 IIAs 提出仲裁请求，不同的仲裁庭可能得出不同的结论。甚至是对于同一 IIA 的相同条款，不同的仲裁庭也会作出完全相反的裁决^⑧。

不同的仲裁庭对于相同或相似事项的裁决因案而异，缺乏确定性和一致性的裁决结果已经催生了“合法性危机的幽灵”^[2]，引发了各界对仲裁庭造法权、裁量权范围过大的指责，甚至对其裁量权的合法性提出质疑^[3]。同时，IIAs 的实体义务被临时仲裁庭作出如此变化多端和前后不一的解释，导致的一个恶劣后果就是东道国对于自己在 IIAs 下所承担义务的性质和范围再没有明确的认识^[4]。

2. 仲裁员的独立性与公正性不足

在 ISDS 机制下，只有投资者有权提起投资仲裁。同时，仲裁员的挑选是在投资争端发生之后。这就意味着投资者在某种程度上控制着仲裁员的业务来源，从而导致仲裁员倾向迎合投资者的利益^[5]。根据学者统计，目前的 ISDS 案件主要集中在少数律师事务所手中^{⑨[5]}。其中，15 位仲裁员(几乎全部来自欧洲、美国和加拿大)裁定了 55% 的已知基于投资条约的 ISDS

案件^[5]。在此种情况下，仲裁员很可能为了在未来的案件中被再次选任而体现其亲投资者(investor-friendly)的态度。此外，在不同的案件中，仲裁员、代理人、专家证人的身份不断重叠，最甚者在 23 次被指定为仲裁员之外，还有 21 次被指定为案件当事方的代理人^[6]。这就更加使得仲裁员的公正性遭受质疑，因为为有理由相信仲裁员作出的具有先例作用的裁决将对其在另一案件中身份转换成代理人时大有裨益。从这个角度来看，此种双重身份难免会让仲裁员作出有利于其未来客户的裁决^[7]。

除了仲裁员在少数律师中被反复任命之外，对仲裁员公正性的担忧还在于其经验主要来自涉及私法争议的商事仲裁领域，而非国际公法争议。从专业上讲，这些仲裁员对国际公法尤其是 IIA 并不熟悉，而 ISDS 案件又大多涉及东道国的主权行为，这也导致仲裁员“几乎不能理解针对国家实施和运用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”^[8]，从而在裁决中缺乏对东道国公共利益的充分考量。

3. 案件审理时间冗长、费用高昂

近年来，投资仲裁案件审理时间过长备受各界诟病。根据 2012 年的数据，解决投资争议国际中心(ICSID)的案件平均审理时间为 5 年^[9]。其他的研究也表明，在现有的仲裁体系下，ISDS 案件的平均审理时间为 3—4 年，如果涉及裁决的撤销，则时间将再延长 2 年^[10]。案件的审理时间冗长导致仲裁费用大幅增加。由于仲裁员的收入取决于案件的审理时间与复杂程度，案件审理时间越长，仲裁员的费用越高，在有些案件中，仅是首席仲裁员的仲裁费就高达 93 万美元^⑩。根据 UNCTAD 的报告显示，投资仲裁案件的费用在近年扶摇直上^[11]，包括法律顾问与仲裁费在内，ISDS 案件的平均费用为 800 万美元，有些案件甚至超过 3 000 万美元^[12]。

由于仲裁费用过高，导致投资仲裁变成在违反 IIAs 的情况下不能轻易使用的救济手段。许多中小企业无力提起投资仲裁，即便它们赢得仲裁案，也很难依赖获得的赔偿支付仲裁费用^{[13][18]}。同时，高昂的仲裁费用也成为许多发展中国家(东道国)的沉重负担，以致于其在行使对外资的管理权中产生“规制寒颤”(regulatory chill)。在近期的仲裁实践中，许多仲裁庭都因为费用过高而在让输掉案件的一方承担所有费用问题上变得十分犹豫^[14]。

此外，传统 ISDS 机制源自商事仲裁，因此透明度并非争端解决中的必要因素。这就意味着与投资争端相关的信息很少向公众公开，第三方也很难参与案件的审理过程，过度的隐私性使得公共利益在“紧闭

的门后”(behind closed door)被审理^[15]。

(二) 双边 ICS 的局限性

由于欧盟法治的特征以及欧盟对实施公共政策的重视程度,传统 ISDS 机制在欧盟面临严峻的考验。欧盟委员会认为现有的 ISDS 机制已经无法适应 21 世纪,应当对其核心内容进行改革,从而建立 ISDS 机制的欧盟模式。为此,欧盟先后在 TTIP 建议文本、EUVFTA、CETA 以及 EUSIPA 中纳入“投资法庭制度”,迈出了 ISDS 机制改革的双边实践步伐。

1. 双边 ICS 的条约实践

根据欧盟近期的条约实践,ICS 分为两个层级,其中第一个层级为常设的初审法庭。初审法庭的法官(或成员)^①分别来自欧盟、另一缔约国和第三国^②,任期固定,可以连任一次^③。初审法庭以分组(division)形式审理案件,小组成员是随机的、不可预测的,且所有成员的任职机会均等。ICS 的第二个层级为上诉法庭。上诉法庭在组成、任期及运作模式等方面与初审法庭有诸多相似之处:成员同样分别来自欧盟、另一缔约国及第三国^④,任期固定,可以连任一次^⑤,也以分组的形式审理案件。

ICS 对于法官的任职要求以及道德规范进行了严格的规定。初审法庭法官的任职资格为具备在本国被任命到司法机关的条件或具有类似被承认的资格,并应有国际公法的专业知识。上诉法庭法官的任职资格要高于初审法庭法官的,除了同样应具有国际公法的专业知识外,还需要具备在本国被任命到最高司法机关的条件或具有类似被承认的资格。为了有效避免利益冲突,ICS 要求法庭成员必须具备确定无疑的独立性(independent beyond doubt),他们不附属于任何政府,不能就争端事项接受任何政府或组织的指令,不能与参与的仲裁案件有直接或间接的利益冲突。自被任命时起,法庭成员不得在任何协定下或国内法下的未决或新的投资争端中担任律师或被争议方任命为专家或证人^⑥。

2. 双边 ICS 的现实困境

总体上说,欧盟 ICS 对传统 ISDS 机制作出全面且系统的改革,但在具体实施过程中,仍面临着诸多现实困境。首先,双边 ICS 的运作或将复杂且困难。根据 ICS 的规定,初审法庭的法官任职要求较高,虽然非全职,但应在有需要时能确保履行职能,缔约方将按月向其发放聘用费。在单个 ICS 下,初审法庭的法官尚能满足履职要求。然而,随着双边层面 ICS 的增多,能够胜任要求的法官人才有限,很可能出现某个 ICS 初审法庭法官被重复任命为其他 ICS 法官的情况,此时该法官应当如何履职?其聘用费又该如何发

放?同理,上诉法庭的法官也将面临同样的困境。此外,ICS 对初审法庭和上诉法庭的法官人数有着具体的规定,被任命者的数量会随着 ICS 的增加而增加,根据法官的聘用费由缔约方分摊的规定,欧盟无疑将承担极高的费用。其次,双边 ICS 将加剧国际投资规则的碎片化。ICS 是欧盟通过与其他国家签订 BITs 或 FTAs 而建立的,因此,ICS 在各协定中的具体规定会因缔约国不同而产生差异。例如,相对于最初的 TTIP 建议文本,最新达成的 EUSIPA 在 ICS 的规定上就有所不同。伴随众多 ICS 的出现,投资争端解决机制的碎片化会日益明显,该机制也无法解决国际投资法制整体上发展的盲目性和不稳定性^[16]。最后,双边 ICS 不能从根本上解决 ISDS 机制的缺陷。尽管 ICS 针对 ISDS 机制遭受的批评进行了较为彻底的改革,但由于其双边机制的特性,并不能真正回应 ISDS 机制的系统性缺陷。以确保裁决的一致性为例,不同双边 ICS 的法官由不同缔约方选任,各 ICS 只能保证其所作出的裁决在相同 IIA 下的一致性,而难以保证在不同 IIAs 下相同或相似案件裁决的一致性。

由于其对于解决 ISDS 机制系统性缺陷的作用有限,欧盟双边 ICS 仅是欧盟改革 ISDS 机制的试水之作。欧盟也承认将 ICS 纳入多个 IIAs 面临明显的技术和组织困难,因此,欧盟的最终目标是寻求建立常设的投资法院^[17]。

二、欧盟多边投资法院的制度安排

欧盟自 2015 年起便在不同场合提出构建 MIC 的设想,也为此与贸易伙伴展开相关讨论,进行公众咨询,并发布影响评估报告。此外,欧盟也积极利用多边平台提出通过建立 MIC 改革 ISDS 机制的建议。尽管 MIC 的最终架构仍有赖于各方的谈判结果,但从欧盟的多个文件中已经能够勾勒出 MIC 的初步制度框架^⑦。

(一) MIC 法官的选任

欧盟认为如果在投资争议发生以前便已任命法官,法官将视自己为条约的当事人来行使权力,且具有平衡各方利益的动机^[18]。因此,法官的资格、选任程序及道德要求是 MIC 的核心内容。

1. 法官的资格

MIC 的法官资格可以参考其他国际法院的具体要求。一般来说,法官应当具备在其本国被任命到最高司法机关的资格或者是被公认具有国际法知识的法律专家。具体的标准包括其应当具备特定领域的一专之

长,且最好拥有司法经验和案件管理能力。另外,MIC也应当确保法官的地域和性别的多样性。

法官的数量取决于MIC未来可预测的工作量。同时,法官应当是全职的,不能从事除教学以外的其他任何外部活动^⑧,参照其他国际法院的标准领取薪酬。

2. 法官的任命程序

在法官的选任中,确保其中立性至关重要。因此,为保证法官的独立性和公正性,必须采取健全且透明的任命程序。除了对所有确保中立性的方式均加以考量外,也可以从最近成立的国际或区域性法院的实践中寻找借鉴,如国际刑事法院、欧洲人权法院、加勒比法院和欧洲联盟法院等。为了确保被任命的法官的确符合必要的司法独立标准,这些法院都设立了法官遴选机制(screening mechanism)。

法官的候选人可以由缔约方指定,也可以个人直接申请。允许非缔约国国民被任命为法官,只要其获得绝大多数缔约方的投票支持。值得注意的是,应当任命客观公正的、不会过于偏袒投资者或国家的人担任MIC的法官。被选任的法官的任期是长期且不可连任的(long-term non-renewable term)。在案件审理中,将随机指定法官分组审案,以确保争议方无法事先知晓由谁审理案件。

3. 法官的道德要求

法官必须独立于政府,并遵守严格的道德要求。MIC通过全职的任命形式以及禁止法官从事任何其他活动,尤其是其他能获得报酬的活动或者政治活动来确保法官的高道德标准。此外,法官必须确保在特定案件中无利益冲突风险。为此目的,法官应当披露可能影响其独立性和公正性的既往利益、关系或其他事项。在任期结束后,法官应当继续履行义务,确保任期内的独立性和公正性不受质疑。

(二) MIC的程序问题

MIC采用两审终审制,分为初审法庭与上诉法庭两个层级。同时,可以考虑建立争端避免机制(dispute avoidance mechanism)。

1. 争端避免机制

欧盟认为友好处理争端是可取的方式。MIC争端避免机制设立的目的便是为了鼓励友好处理争端,该机制应当包括调解和调停。在该机制中,通过制度支持达到事半功倍的效果,如提供调解员或调停人名单以及为努力实现争端友好解决提供各项支持。

2. 初审法庭

初审法庭的工作内容与当前的投资仲裁庭相同,即对案件事实进行审理,并根据事实适用正确的法律解决争议。此外,初审法庭也应当处理上诉法庭因无

法处理而发回的案件。初审法庭应当有自己的程序规则。

3. 上诉法庭

上诉法庭负责审理初审法庭的上诉案件。上诉的理由应当为法律错误(包括严重的程序缺陷)或者明显的事实认定错误。上诉法庭不对案件事实进行重审。MIC应当纳入确保上诉程序不被滥用的机制,例如要求上诉方提供费用担保等。

(三) MIC的加入方式

对于MIC能够处理现有和将来的IIAs下的大量争端这一重要目标,欧盟认为可以通过以下两种方式相结合予以实现:①签订建立MIC的公约;②特别声明现有的或将来的IIAs接受MIC的管辖(即“选择加入”,opt-in)。如果某个IIA的缔约方也是建立MIC公约的成员方,且对所涉IIA作出过声明,则MIC对该IIA下的争议具有管辖权。对于MIC成立以后签订的IIAs,可直接在IIAs中规定适用MIC解决争端。

应当注意的是,如果只有作为被告的东道国是建立MIC公约的成员方,MIC对该争议是否有管辖权仍需进一步探讨。

除了上述规定之外,欧盟MIC的制度安排还包括以UNCITRAL《透明度规则》为最低标准确保程序的高度透明、建立自己的执行制度并适用《纽约公约》予以执行、构建支持机制以帮助最不发达国家和发展中国家利用国际投资争端解决制度、允许第三方参与争端以及缔约方根据各自的发展水平认缴份额,共同出资成立MIC等内容。

三、欧盟多边投资法院的可行性

现有ISDS机制的缺陷在本质上是系统性的,源自现有机制下多种因素的相互作用。不同的临时仲裁庭作出的不同裁决使得对法律的解释不稳定,从而导致仲裁费用的增加,也因此产生对仲裁员独立性的质疑。为了回应批评,重塑ISDS机制,只能对其制度结构进行系统性的革新。目前,各国已经针对改革ISDS机制作出重要努力,但大多仅限于其新签订的或正在谈判的IIAs。由于修订现有IIAs的复杂程度以及重新谈判的成本过高是显而易见的,因此,在双边层面上,通过现有IIAs的修订对ISDS机制进行系统性的革新并不可行。此外,终止现有的IIAs也并非明智之举,随之而产生的退出成本以及协定下的利益损失是不可估量的^[19]。基于此,欧盟对ISDS机制改革所采取的多边路径更具有可行性。

(一) 常设 MIC 的优势

正如前文所述, 现有 ISDS 机制一裁终裁的临时仲裁性质很难保证裁决的一致性和可预见性, 仲裁员在案件中的多重身份也使得其公正性备受质疑。因此, 相较于双边层面小范围的改革努力, 两审终审的常设 MIC 更能系统性地解决传统 ISDS 机制的缺陷。

1. 确保裁决的一致性与正确性

在目前的争端解决制度下, 由于缺乏裁决先例、缺少有纠错能力的上诉机制以及仲裁庭所具有的临时性, 无法保证裁决的一致性和可预见性。然而, 通过一个有全职法官与上诉机制的常设机构是能够有效提高裁决的一致性和可预见性的。同时, 常设 MIC 更有利于建立先例制度, 防止出现自相矛盾的裁决, 进而能够引导国际投资立法实体内容上的趋同, 为最终实现全球投资法制奠定基础^[20]。

此外, MIC 的上诉机制也能确保裁决的正确性。上诉法庭通过审查初审法庭裁决的法律正确性以及纠正法律错误来实现其功能。而且, 允许由于案件事实不完整导致上诉法庭无法处理时发回重审也能有效保证裁决的正确性。

2. 保证法官的独立性与公正性

常设 MIC 改变现有 ISDS 机制中由争议方选择仲裁员的做法, 转为全职的、长期且不可连任的法官任用制度, 能够更好地保证其独立性和公正性, 从而结束仲裁员身兼两职(既是仲裁员又是法律顾问)的局面。此外, 此种方式也能消除重复任命所带来的利益刺激。例如, 断开仲裁员(潜在仲裁员)与为投资者和国家提供选任建议的法律顾问之间的利益联系, 能够有效缓解由于利益刺激所导致的对争端解决机制合法性的质疑。

另外, 由于投资争端的公法属性, 选任具有国际公法知识的法官也更能体现裁决的公正性, 能有效平衡投资者保护与东道国规制权。

3. 节约案件审理时间与费用

常设 MIC 能有效节约案件审理的时间与成本。首先, 无需花费时间指定仲裁员。指定仲裁员的时间被认为是 ISDS 案件审理中最耗时的三大因素之一, 且会伴随着高额的法律咨询费^[21]。根据 ICSID 的估计, 从案件注册到仲裁庭的组成, 平均耗时为 6-8 个月^[22], 在此期间, 法律顾问需要花大量时间考虑哪些仲裁员最适合其委托人的利益。其次, 花费在回避问题上的时间和费用大量减少。根据 ICSID 规则, 解决回避问题需要暂停审理程序。由于保证了法官的独立性和公正性, 只有在非常有限的情况下可能出现潜在利益冲突并需要加以处理, 因此, 常设 MIC 将完全或者在很

大程度上消除回避的必要性与频繁性。最后, 法官没有影响时间与费用的动机。法官的薪酬并不与案件审理的时间挂钩, 这就消除了其延长审理时间的动机。

值得一提的是, 法律解释的一致性和可预见性也将节约案件审理时间与成本, 并有可能减少案件的总体数量。初审法庭与上诉法庭对某项规定的一致裁定有利于形成对该条款的稳定解释, 从而减少“冒险性”诉求。投资者不会根据已被 MIC 驳回的法律论点提出赔偿要求, 而此种方式可能在传统 ISDS 机制一案一庭审理中被认为是值得尝试的努力^[1]。

(二) ISDS 机制多边化改革的基础

随着传统 ISDS 机制缺陷的逐渐显现, 国际社会开始对该机制进行反思。近年来, 改革现有 ISDS 机制的各项探讨持续进行, UNCTAD、UNCITRAL 工作组、世界投资论坛以及经济合作与发展组织(OECD)等都对这一问题进行了深入的讨论。在这些讨论中, 不乏对建立常设多边投资法院以解决投资争端的思考。

UNCTAD 在一系列《世界投资报告》及相关专题报告中均对 ISDS 机制的改革进行了详尽的分析。UNCTAD 认为建立常设的国际投资法院是改革当前 ISDS 机制的路径之一。UNCTAD 指出, 提出该方案的出发点是将具有公法属性的国家权力行使事项交由更具有私法性质的、类似于商事仲裁的争端解决方式进行审理并不合理。常设的投资法院不仅能够更好服务于投资者、国家以及利益相关者, 也对保持争端解决机制的合法性和透明度、保证裁决的一致性和正确性以及裁判者的独立性和中立性都有极大的推动作用^⑨。

2017 年 7 月, 在欧盟的积极推进下, UNCITRAL 同意就争端解决机制的多边改革展开讨论, 包括探讨建立 MIC 的可能性。UNCITRAL 第三工作小组自 2017 年 11 月起, 先后举行了四次会议。与 2016 年 ICSID 启动的仲裁规则修订相比, UNCITRAL 显然并不满足于对 ISDS 机制程序的查漏补缺, 而是直指 ISDS 机制的根本性改革^[23]。UNCITRAL 曾成功制定了《投资者与国家间基于条约仲裁透明度规则》(以下简称《透明度规则》)及《联合国投资者与国家间基于条约仲裁透明度公约》(以下简称《毛里求斯公约》), 推动了投资争端解决领域透明度规则的多边化。因此, 有理由相信, 随着 UNCITRAL 启动 ISDS 机制的改革工作, 基于其广泛的代表性和影响力, ISDS 机制的多边化改革将取得极大的进展。

(三) 《毛里求斯公约》的有益借鉴

虽然欧盟 MIC 针对现有 ISDS 机制的各项缺陷进行了体系化的革新, 然而, 由于传统 ISDS 机制已存

在于数以千计的 IIAs 中, 如何令 MIC 能够适用现有的 IIAs, 也是评估其可行性的重要内容。为此, 欧盟提出了若干政策选择, 其中采用《毛里求斯公约》方式, 就建立 MIC 签订多边公约, 不仅能够实现未来 IIAs 中投资争端机制的变革, 也能解决大量现存 IIAs 中的遗留问题^[24]。

首先,《毛里求斯公约》方式有利于欧盟改革 ISDS 机制从而建立 MIC 的核心目标的达成。国际投资实体规则多边化的努力屡遭失败, 但程序规则的多边化却并非乌托邦, UNCITRAL 近期的实践便是极为突出的例证。2013 年, UNCITRAL 通过《透明度规则》, 显著提升了投资仲裁程序中的透明度。《透明度规则》能够自动适用于 2014 年 4 月 1 日及以后签订的 IIAs 基于 UNCITRAL 仲裁规则提起的仲裁, 同时, 依据 2014 年 4 月 1 日前签订的 IIAs 提起的仲裁在协定缔约方或争议双方同意后也能适用《透明度规则》^②。为了建立灵活有效的机制便于各国表达其同意适用《透明度规则》的意愿, 联合国大会于 2014 年 12 月 10 日通过《毛里求斯公约》。《毛里求斯公约》扩大了《透明度规则》的适用范围, 根据规定, 如果东道国与投资者母国均为《毛里求斯公约》的缔约国, 或者作为原告方的投资者接受东道国单方面提议适用《透明度规则》, 该规则将适用于缔约国所有现有的双边、区域和多边 IIAs 以及所有的 ISDS 仲裁庭。多边谈判常因分歧大、进程慢、耗时长导致无果而终,《毛里求斯公约》采取了相对温和的方式, 既让 UNCITRAL 在透明度问题上的改革成果不会因部分国家的反对或疑虑被无限期搁置或被限制在极小的适用范围内, 也使得支持透明度改革的国家有机会将其纳入现有的 IIAs 中^③。目前, 国际社会对于传统 ISDS 机制改革的关注度高且分歧深刻, 欧盟想要在短时间内与所有谈判方就 MIC 达成一致, 无疑存在极大的现实困难, 而《毛里求斯公约》方式能够让支持 MIC 的国家率先达成协议。

其次,《毛里求斯公约》方式有助于欧盟 MIC 迅速有效地纳入现有 IIAs 中。UNCITRAL 没有采取对现有 IIAs 重新谈判使《透明度规则》得以适用的低效率方式, 而是通过签订《毛里求斯公约》, 建立单一的多边机制, 在无需修订现有 3 000 多个 IIAs 的情况下, 将高标准的透明度要求纳入国际投资体制的碎片化结构中。此种选择加入的方式也能便捷地解决 MIC 的适用问题, 各国将免于复杂且耗时较长的修订现有 IIAs 的过程。相反的, 愿意接受欧盟 MIC 方案的国家能够通过签订多边公约将该机制直接适用于现有的 IIAs, 这也意味着新的公约能够立即修改大量协定中的争端解决条款。欧盟目前正在积极利用 UNCITRAL 平台

与各方探讨建立 MIC 的可能性, UNCITRAL 未来一旦通过《多边投资法院公约》, 并据此建立 MIC, 即便仅是欧盟及其成员国批准公约, 也意味着全球近一半的现有 IIAs 下的投资争端将可能接受 MIC 的管辖^④。

四、欧盟多边投资法院面临的挑战

欧盟 MIC 是目前传统 ISDS 机制改革中最为彻底的方案。虽然该方案能够有效解决现有 ISDS 机制的诸多问题, 然而, 毋庸置疑, 此方案的达成并付诸实践也可谓困难重重。不论是欧盟 MIC 制度本身还是各方对改革 ISDS 机制的不同立场, 都使得欧盟建立 MIC 仍需面对众多挑战。

(一) 为 MIC 创设的新机制与现有 IIAs 的关系待厘清

正如上文所讨论的,《毛里求斯公约》方式是扩大 MIC 适用范围的最为便利可行的方式。然而, 为建立 MIC 而创设的多边机制, 即选择加入公约(the opt-in convention)与现有 IIAs 在条约法上的关系可能在某些情况下影响 MIC 的适用。

在《毛里求斯公约》起草的过程中, 各方针对公约是构成《维也纳条约法公约》(VCLT)第 30 条所规定的创设新义务的后订条约(successive treaty)还是 VCLT 第 40 条所规定的对现有 IIAs 的修正(amendment)进行了探讨^[25]。最终, UNCITRAL 和绝大多数代表团都倾向于将公约视为后订条约^[26]。在争端解决方式选择的实践中, 该问题的不同答案看上去并不会产生不同的后果, 因为不论是后订条约还是对原条约的修正都具有优先适用的效力。此外, 选择加入公约中可以纳入具体的条款, 规定其与现有 IIAs 的关系, 并明确表示不能援用最惠国待遇条款来规避 MIC 的适用^⑤。不过, 倘若现有的 IIAs 中包含兼容性条款(compatibility clause), 问题就会变得较为复杂。

以《能源宪章条约》(ECT)为例, 其第 16 条为兼容性条款, 从整体上规定了 ECT 第三部分投资促进与保护以及第五部分争端解决, 包括投资者-国家仲裁与之前或之后签订的国际协定之间的关系。该第 16 条规定, 当 ECT 的任何条款对投资者或者投资更有利时, 其他协定的任何规定都不能使 ECT 第三部分或第五部分任何条款规定的利益受到减损, 或使 ECT 下争端解决的权利受到减损。根据此规定, 选择加入公约被视为后订条约或对原条约的修正所导致的结果将完全不同。如果其被视为后订条约, 根据 ECT 的规定,

假如 ECT 投资仲裁对投资者而言被认为是比 MIC 更有利的方式,投资者能够继续选择 ECT 投资仲裁。这也就意味着此后订条约并不能被优先适用,从而导致选择加入公约无法保证 MIC 的适用。如果其被视为对原条约的修正,则意味着选择加入公约能够通过对 ECT 第 16 条的修正来保证 MIC 的适用^[27]。因此,欧盟在与各方谈判时仍需进一步厘清选择加入公约与现有 IIAs 的关系,才能有效确保 MIC 的适用。

(二) MIC 裁决的执行存疑问

根据欧盟的设计, MIC 将建立自己的执行制度。同时,欧盟也认为 MIC 的裁决能够直接适用《纽约公约》予以执行。尽管《纽约公约》并没有对何为“仲裁裁决”作出明确定义,但从学者论述以及法院的判决实践可以看出,争议方有选任仲裁员的自治权,或者能就仲裁员的选任方式自主达成协议被认为是仲裁的基本特征,也是确定仲裁裁决的重要因素^⑧。然而,根据欧盟 MIC 的制度安排,法官的选任由缔约方决定,投资者在此过程中没有任何发言权,这便导致其自治特征受到质疑,因此,其裁决能否构成《纽约公约》中的“仲裁裁决”也就存有疑问^⑨。

有学者认为,为了体现 MIC 的私人自治,使其更符合仲裁裁决的特征,并在本质上更类似于仲裁, MIC 可采用由国家选任全职法官,但允许投资者在个案中指定法官的方式^{[13](158)}。然而,一方面,此种方式与欧盟 MIC 制度安排中为确保法官的公正性与独立性而设计的法官随机分组审案的案件分配方式相冲突;另一方面,该方式也可能导致投资者和国家都选择最能代表其利益的法官,虽然法官的固定薪酬能够阻碍其因经济利益驱动而采取极端立场,但在一定程度上也可能影响其中立性。基于此,欧盟还需要在后续 MIC 制度细化中明确其执行制度。

(三) 各方对 ISDS 机制改革的态度差异阻进程

虽然国际社会对于现有 ISDS 机制改革的必要性已达成共识,但各方在改革方案的选择上却大相径庭,分歧明显^⑩。与欧盟极力主张大刀阔斧改革 ISDS 机制、建立常设多边投资法院的立场不同,以美国为代表的国家是现有 ISDS 机制的积极拥护者,坚持认为 ISDS 机制只需要进行改良,如细化仲裁员选任程序、增强透明度要求、提高效率以及控制成本等。而以南非和印度尼西亚为代表的国家则恰恰相反,表现出对现有 ISDS 机制的强烈不满与深刻担忧,甚至以退出《ICSID 公约》并提前终止包含 ISDS 机制的 IIAs 来摒弃 ISDS 机制^⑪。更有趣的是,在 CETA 中与欧盟共建双边 ICS,且主动参与 MIC 讨论的加拿大却仍旧在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)中接受 ISDS 机制。

然而,在其最新签订的《美墨加协定》(USMCA)中,加拿大与美国之间却选择不采用 ISDS 机制^⑫。在此复杂的现实背景下,欧盟建立 MIC 的宏伟蓝图将面临极大的困难。

值得注意的是,欧盟试图以《毛里求斯公约》为借鉴,通过签订选择加入公约扩大 MIC 的适用范围,这虽然有利于支持 MIC 的国家迅速在其现有 IIAs 中纳入该制度,但同时也会使得对 MIC 持观望态度的国家变得更为小心谨慎,因为一旦选择加入,便构成对现有 IIAs 的实质性修改,并具有法律约束力。

五、中国的立场与选择

随着国际社会对现有 ISDS 机制的批评甚嚣尘上,欧盟积极倡导建立 MIC 对其进行系统性革新。同时,欧盟也想趁此改革之机,成为国际投资规则的制定者。中国作为全球经济治理中的重要力量,也应当积极参与甚至主动引导 ISDS 机制的改革。

(一) 中国应当参与欧盟 MIC 谈判

欧盟目前正在多方面积极努力,呼吁各国参与 MIC 谈判。毫无疑问,中欧 BIT 谈判也是欧盟推进建立 MIC 的重要平台^⑬。鉴于 ISDS 机制改革已经成为国际社会不可逆转的态势,而欧盟 MIC 的制度安排在整体上能够有效弥补传统 ISDS 机制的诸多缺陷,笔者认为,中国应当与欧盟展开 MIC 谈判。

首先,中国与欧盟在投资争端解决机制上有共同利益。中国目前已兼具资本输入大国和资本输出大国双重身份,在国际投资领域的地位与欧盟有相似之处。尽管中国并非是现有 ISDS 机制的主要利用者,但随着“一带一路”倡议的深入实践和对外开放的持续深化,中国有必要重新审视投资争端解决机制的价值。现有 ISDS 机制是 20 世纪 60 年代在欧美国家主导下形成的,主要体现了资本输出国的利益需求,这也在客观上导致此机制对东道国的规制权产生限制。欧盟 MIC 旨在通过对传统 ISDS 机制进行制度化的革新,达到国家规制权与投资者保护之间更好的平衡状态。基于中国国际投资身份混同的现实需要,平衡化发展的投资争端解决机制也有助于中国实现更高层次的开放。

其次, MIC 谈判是中国参与国际投资规则制定的重要平台。欧盟 MIC 是其践行多边主义的重要体现,这与中国一贯积极倡导维护多边主义,完善全球治理的理念是相一致的。中国并未参与现有 ISDS 机制的制定,直至 1988 年后才逐步开始在 IIAs 中采用范围

宽泛的 ISDS 条款^⑨。然而，作为全球投资流动最活跃的国家之一，中国长期游离于国际投资规则制定之外显然已不合时宜。ISDS 机制改革的多边谈判更能体现协调发展，也更具有规则构建优势。因此，参与欧盟 MIC 谈判是增强中国在国际法律事务中影响力的重要途径。此外，欧盟 MIC 的制度安排仍有许多需要进一步完善的地方，这同样也是中国积极行使话语权，为 ISDS 机制改革注入中国元素的有利时机。

最后，中国参与 MIC 谈判是满足“一带一路”实践的现实需求。随着“一带一路”倡议的稳步推进，学者们也认识到，现有 ISDS 机制不利于国际投资的有效进行，不利于国际投资法律制度的构建，也不利于投资者、东道国政府以及其他相关方目的的实现，“一带一路”倡议的实施需要制定一套行之有效的争端解决机制^[28]。欧盟 MIC 的制度安排决定其融入现有争端解决机制的难度极大，而建立全新的、独立的争端解决机构可以绕开固有的利益格局，有利于中国代表“一带一路”沿线广大发展中国家提出建议，使发展中国家更多融入世界经济的主流，同时也为“一带一路”实践贡献智慧。

（二）中国应当在 MIC 争端避免机制的构建中积极发声

欧盟在 ICS 中便已规定了强制性的协商程序与替代性的纠纷解决程序。根据规定，协商成为必经程序，只有在规定的时间内（6 个月或 180 天）无法协商解决才能提起仲裁^⑩。此外，为鼓励投资者使用调解解决争端，ICS 还设有单独的附件对调解机制作出详细规定，包括调解员的选任、调解的程序规则以及调解的执行等^⑪。这些内容都表明欧盟在探索并尝试采用多种手段解决投资者与东道国之间的投资争端^[29]。在 MIC 中，欧盟更是提出要构建争端避免机制，通过制度支持实现争端的友好解决。此种制度安排与我国提倡的使用多种方式妥善处理投资争端的理念是相契合的^⑫。中国的传统文化历来主张“和为贵”，在司法实践和仲裁实践中也都非常重视调解的作用。此外，许多专家学者在探讨构建“一带一路”争端解决机制时，也都指出应当强调和解、建立“一带一路”投资争议预防机制等^[28]。鉴于目前欧盟 MIC 中的争端避免机制的仅有制度框架，具体设计还需要各方进一步磋商谈判，因此，我国有必要加强该方面的研究，积极参与制度构建，提供中国方案。

（三）中国应当注重国际投资仲裁法律人才的培养

在欧盟 MIC 的制度安排中，法官的选任是重点内容。然而，目前中国的法律人才在国际投资仲裁中的

参与度极低，能够胜任 MIC 法官的人选十分有限。根据 ICSID 年度报告，2018 年在 ICSID 仲裁或调解案中担任仲裁员或调解员的人士中，法国占 27 位，美国 and 英国各占 20 位，瑞士占 14 位，比利时占 13 位，而中国仅占 3 位^{⑬[31]}。此外，在国际投资仲裁法律服务市场，中国律师也一直处于边缘位置，即便是在涉华的 ISDS 案件中，委托的代理律师也均为欧美律师^[32]。可以说，中国法律人才在国际投资仲裁领域尚处于缺位状态。因此，中国亟需加强培养国际投资仲裁法律人才，以便在满足 MIC 制度建设需要的同时，也实现国际投资仲裁实践领域的中国话语权。

六、结语

两审终审的多边投资法院对传统 ISDS 机制的改革更具整体性和连贯性，其制度安排对于现有国际投资仲裁的痼疾也更有针对性。欧盟积极在 UNCITRAL 平台号召多边谈判，无疑将对建立 MIC 起到极大的推动作用。在成功制定了《透明度规则》和《毛里求斯公约》以后，UNCITRAL 希望进一步在 ISDS 机制的制度性改革上有所建树的决心并不会因为目前各方的深刻分歧而退缩。然而，与透明度的无争议性不同，各方对 ISDS 机制改革的争论相持不下，这也使得欧盟 MIC 还将面临一系列挑战。尽管 ISDS 机制的多边化改革征途漫漫，但这恰好也是中国参与国际投资规则制定、增加制度性国际话语权的良好契机。参与 MIC 谈判，为将来的国际投资争端解决机制注入中国元素，是我国在全球经济治理中应当发挥的重要作用。

注释：

- ① 欧盟委员会在 2015 年 5 月公布的概念性文件《TTIP 中的投资章节及其他——改革的路径》中表示，欧盟将致力于建立国际投资法院和上诉机制，为了达到此目标，应当建立平行的双边上诉机制。而这些改革都是解决投资争端常设性多边体系的垫脚石（stepping stones）。European Commission, Concept Paper: Investment in TTIP and Beyond- the Path for Reform. Available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (访问时间：2019-03-12)。此外，欧盟在其名为《全面贸易》(Trade for all) 的贸易与投资战略蓝图报告中也指出，欧盟的目标是将平行建立的双边法庭合并为一个多边法院体系。European Commission, Trade for all, Towards a more responsible trade and investment policy. Available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf (访问时间：2019-03-12)。
- ② European Commission, Multilateral Investment Court Project. Available at: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608> (访问时间 2019-03-13)。

- ③ 2017年7月,UNCITRAL 决定成立第三工作组(working group III),就 ISDS 机制可能的改革展开讨论。目前工作组已分别于2017年11月、2018年4月、2018年10月和2019年4月召开了4次会议。UNCITRAL Working Group III: Investment-State Dispute Settlement Reform. Available at: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state (访问时间 2019-03-13)。欧盟已分别于2018年4月和2019年1月向工作组提交MIC建议。
- ④ 2013年11月,中欧峰会正式宣布启动中欧 BIT 谈判,直至2019年2月,谈判已经进行了20轮。
- ⑤ 根据联合国贸易与发展会议(UNCTAD)的统计,截至2018年12月31日,全世界范围内已知的基于投资条约的 ISDS 案件已达942件。UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator. Available at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>(访问时间:2019-03-13)。
- ⑥ 根据解决投资争议国际中心(ICSID)2017年4月的数据,在ICSID受理的案件中,58%是由欧盟成员国的投资者发起的。此外,西班牙、匈牙利以及罗马尼亚是三个最主要的被诉东道国。World Bank, The ICSID Caseload-Statistics: Special Focus-European Union (April 2017). Available at: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU%28English%29April%202017.pdf> (访问时间:2019-03-13)。
- ⑦ 截至2018年年底,全球范围内的 IIAs 数量已达3322个,其中包括2946个 BITs 和376个 TIPs。UNCTAD, World Investment Report 2018, 2018: 88。
- ⑧ 例如,CMS 案和 LG&E 案都是美国投资者援引美国-阿根廷 BIT 中公平与公正待遇条款对阿根廷提起申诉请求的案件,在案情几乎完全相同的情况下, LG&E 案的仲裁庭认为阿根廷政府采取的有关措施是出于“必需的状态”,因此并未违反公平与公正待遇。而 CMS 案的仲裁庭却完全不顾上述所谓“必需的状态”,最终裁定阿根廷政府违反公平与公正待遇,应给予赔偿。
- ⑨ 英国的 Freshfield, 美国的 White & Case 以及美国的 King & Spalding 等三家顶级律师事务所仅2011年便受理了130件投资仲裁案。
- ⑩ Chevron and Texaco v. Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Final Award. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0154.pdf> (访问日期:2019-03-19)。在 Jan Oostergetel and Theodora Laurentius 案中,首席仲裁员的工作时间为719小时,每小时收费660美元。See Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovakia, UNCITRAL, Final Award. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0933.pdf> (访问日期:2019-03-18)。
- ⑪ 在初审法庭的组成上,TTIP 建议文本使用了“Judges”,而 EUVFTA、CETA 以及 EUSIPA 则使用了“Members”。
- ⑫ TTIP 建议文本和 CETA 规定初审法庭由15名法官(成员)组成,其中欧盟成员国、美国(加拿大)以及第三国国民各5名;EUVFTA 规定初审法庭由9名成员组成,其中欧盟成员国、越南及第三国国民各3名;EUSIPA 则规定初审法庭由6名成员组成,其中欧盟、新加坡各指定2名,双方联合指定第三国国民2名。
- ⑬ TTIP 建议文本规定初审法庭法官的任期为6年,CETA 为5年,EUVFTA 为4年,均可连任一次。EUSIPA 稍有不同,规定初审法庭法官的任期为8年,由联合委员会决定是否能够连任。
- ⑭ TTIP 建议文本、EUVFTA 以及 EUSIPA 规定上诉法庭由6名成员组成,其中欧盟成员国、美国(越南)及第三国国民各2名。CETA 规定上诉法庭的成员由 CETA 联合委员会确定。
- ⑮ TTIP 建议文本规定上诉法庭成员的任期为6年,可连任一次,由抽签决定3名成员的任期延长至9年;EUVFTA 规定上诉法庭成员的任期为4年,可连任一次,由抽签决定3名成员的任期延长至6年;EUSIPA 规定上诉法庭成员的任期为8年,由抽签决定3名成员的任期延长至12年,由联合委员会决定是否能够连任。
- ⑯ 对欧盟 ICS 的具体制度设计的分析及评价可参见邓婷婷. 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. 政治与法律, 2017(4):99-111。
- ⑰ 这些文件包括 The Case for Creating A Multilateral Investment Dispute Settlement Mechanism, 20 January 2017; The Identification and Consideration of Concerns as Regards Investor to State Dispute Settlement, 20 November 2017; The European Union's Approach to Investment Dispute Settlement, The 3rd Vienna Investment Arbitration Debate, 22 June 2018; Submission of the European Union and its Member States to UNCITRAL Working Group III, Establishing A Standing Mechanism for the Settlement of International Investment Dispute, 18 January 2019。
- ⑱ 欧盟认为大多数国内和国际法院都同意全职的法官从事教学活动,因此,MIC 的法官也可以被允许参与教学。
- ⑲ UNCTAD. Reform of Investment-State Dispute Settlement: in Search of A Roadmap, IIA Issues Note No.2, June, 2013: 9; World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development, 2013: 116; World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance, 2015: 152。
- ⑳ 参见《透明度规则》第1.1、1.2条。根据第1条规定:对于2014年4月1日或之后签订的协定下的争端,如果根据 UNCITRAL 仲裁规则提起仲裁,则《透明度规则》予以适用,除非当事方另有约定;对于2014年4月1日之前签订的协定下的争端,如果相关协定的缔约方或争议当事方同意适用《透明度规则》,则《透明度规则》予以适用。前者可称之为“选择退出(opt-out)模式”,后者可称之为“选择加入(opt-in)模式”。
- ㉑ 事实上,UNCITRAL 对于各国签署《毛里求斯公约》并不抱有期待。UNCITRAL 强调不会对不愿签署公约的国家进行价值判断,也不会对任何国家施加批准公约的压力。Report of the United Nations Commission on International Trade Law, 36th Session, 8-26 July 2013. 此种不置可否的态度或许反而相对加快了公约生效的进程,但是否能产生确保更广泛的国家加入公约的效果尚不明确。Catherine Titi. Procedural Multilateralism and Multilateral Investment Court // Elaine Fahey. Institutionalisation Beyond the Nation State: Transatlantic Relations: Data Privacy and Trade Law. Springer, 2018。
- ㉒ 目前,欧盟及其成员国签订的 IIAs 数量达1400多个,约占全球 IIAs 总数的一半。
- ㉓ 《毛里求斯公约》也有此条规定,其第2.5条规定:本《公约》缔约方同意,申请人不援引最惠国待遇条款,以根据本《公约》适用或规避适用《透明度规则》。
- ㉔ François Poudret and Sébastien Besson. Comparative Law of International Arbitration. 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2007; Gary Born. International Commercial Arbitration. 2nd ed., Kluwer Law International, 2014; Gabrielle Kaufmann-Kohler and Antonio Rigozzi. International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, 3rd ed., London: Oxford University Press, 2015。
- ㉕ 在伊朗-美国求偿法庭(IUSCT)中,9名仲裁员分别由伊朗、美国以及两国指定的仲裁员各选3名,投资者并不能影响仲裁员的选任。基于此种选任方式组成的仲裁庭作出的少量 IUSCT 裁决在适用《纽约公约》予以执行时并未遭受质疑。

- Marc Bungenberg and August Reinisch. From Bilateral Arbitral Tribunal and Investment Courts to a Multilateral Investment Court: Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement Springer, 2018:158. 本文认为, 由于 IUSCT 的性质特殊, 且依据《纽约公约》予以执行的裁决占案件总数的比例极少, 因此, 其不属于充分性证明。
- ②6 有学者将当前的改革内容分为 4 个主要派别, 即效忠派(loyalists)、改革派(reformists)、革命派(revolutionaries)和骑墙派(undecideds)。Anthea Roberts. The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds, 15 June, 2017. Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/> (访问日期: 2019-04-01)。
- ②7 自 2007 年起, 玻利维亚、厄瓜多尔以及委内瑞拉相继宣布退出《ICSID 公约》。此外, 南非自 2012 年以来共终止了 9 个 BITs, 印度尼西亚自 2014 年以来也终止了 17 个 BITs。
- ②8 由于美国、墨西哥、加拿大各自的利益考量不同, USMCA 中只规定了美国与墨西哥之间的 ISDS 机制, 而美国与加拿大之间、加拿大与墨西哥之间并没有采用 ISDS 机制。
- ②9 在 2019 年 2 月 25—27 日进行的中欧 BIT 第 20 轮谈判中, 双方对于 ISDS 机制重要政策的讨论进展予以肯定。European Commission. Report of the 20th Round of Negotiations for the EU-China Investment Agreement. Available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/march/tradoc_157772.pdf (访问日期: 2019-04-04)。此外, 2019 年 4 月 9 日, 第 21 次中国—欧盟领导人会晤发布联合声明, 表示双方希望在 2020 年达成高水平中欧 BIT。
- ③0 中国对 ISDS 机制的立场在过去 30 多年发生了显著的变化。在中国最初的 BIT 实践中, 并未将 ISDS 机制作为投资争端解决的方式。自 1984 年中国—法国 BIT 中规定投资者可以将限于征收补偿数额的投资争端诉诸仲裁解决开始, 中国逐步放开了 ISDS 条款的规定。通常认为, 从 1988 年之后, 中国已经从范围狭窄的 ISDS 条款转向范围广泛的 ISDS 条款。参见漆彤、宁红玲. 论欧盟投资法院系统与中国的选择. 2017 年中国国际法年刊, 北京: 法律出版社, 2018。
- ③1 TTIP 建议文本第 3 节第 6.1 条, EUVFTA 第 8 章第 3 节第 7.1 条, CETA 第 8.22.1 条, EUSIPA 第 3.3 条。
- ③2 TTIP 建议文本第 3 节附件一, EUVFTA 第 8 章第 3 节附件一, EUSIPA 附件六。
- ③3 2018 年 1 月 23 日, 中央全面深化改革领导小组通过《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》, 指出要建立诉讼、调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制, 依法妥善化解“一带一路”商贸和投资争端。
- ③4 总的来说, 中国被选任为 ICSID 仲裁案的仲裁员或调解员的人数极少, 2016 年只有两位, 2017 年无一人。
- 1521–1626.
- [3] 邓婷婷. 国际投资协定中的公平与公正待遇研究[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 9.
- [4] CONNOLLY K. Say what you mean: improved drafting resources as a means for increasing the consistency of interpretation of bilateral investment treaties[J]. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2007(40): 1579–1610.
- [5] EBERHARDT P, OLIVET C. Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom[M]. Brussels: Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012: 13.
- [6] LANGFORD M, BEHN D, LIE R. The revolving door in international investment arbitration[J]. Journal of International Economic Law, 2017(20): 301–331.
- [7] OSTERWALDER N, LISE J, MARSHALL F. Arbitrator independence and impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel[EB/OL]. (2001-04-10)[2019-03-18]. <https://www.iisd.org/library/arbitrator-independence-and-impartiality-examining-dual-role-arbitrator-and-counsel>.
- [8] WÄLDE TW. New aspect of international investment law [M]. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006: 66.
- [9] RAVIV A. Achieving a faster ICSID [C]// Jean E. Kalicki, Anna Joubin-Bret. Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System. Leiden: Brill Nijhoff, 2015: 653–717.
- [10] EUROPEAN COMMISSION. Why the new EU proposal for an investment court system in TTIP is beneficial to both states and investors, November 2015 [EB/OL]. (2015-11-17) [2019-03-18]. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6060_en.htm.
- [11] UNCTAD. Investor–state disputes: prevention and alternatives to arbitration [EB/OL]. (2010-04-01)[2019-03-18]. https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20108_en.pdf.
- [12] OECD. Investor-state dispute settlement, public consultation [EB/OL]. (2012-07-30)[2019-03-18]. <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>.
- [13] BUNGENBERG M, REINISCH A. From bilateral arbitral tribunal and investment courts to a multilateral investment court: Options regarding the institutionalization of investor-state dispute settlement [M]. Heidelberg: Springer, 2018:18.
- [14] HODGSON M. Cost in investment treaty arbitration: The case for reform[C]// Jean E. Kalicki, Anna Joubin-Bret. Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System. Leiden: Brill Nijhoff, 2015: 748–759.
- [15] KAUFMANN-KOHLER G, POTESTÀ M. Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-state arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap, Geneva center for international dispute settlement [EB/OL]. (2016-06-03)[2019-03-12]. http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf.
- [16] 杨帆. 试析投资者—国家争端解决机制当代改革的欧盟模式

参考文献:

- [1] EUROPEAN UNION. Submission of the European Union and its member States to UNCITRAL Working Group III, 18 January 2019 [EB/OL]. (201-01-18)[2019-03-12]. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157631.pdf.
- [2] FRANCK S D. The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions[J]. Fordham Law Review, 2005(73):

- 以欧盟 TTIP 建议中常设投资法庭机制为例[J]. 国际经济法, 23(3): 99-126.
- [17] EUROPEAN COMMISSION. Concept Paper: Investment in TTIP and beyond- the path for reform [EB/OL]. (2015-05-05)[2019-03-12]. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.
- [18] UNCTITRAL. Possible reform of investor-state dispute settlement (ISDS): Submission from the European Union, A/CN.9/WG.III/WP.145 [EB/OL]. (2017-12-12)[2019-03-19]. <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.145>.
- [19] BROWN C. A multilateral mechanism for the settlement of investment dispute. Some preliminary sketches [J]. ICSID Review, 2017(2): 673-690.
- [20] HINDELANG S. Study on investor-state dispute settlement and alternative of dispute in international investment law [J]. Transnational Dispute Management, 2016(1): 62-83.
- [21] UNCITRAL. Report of Working Group III on the work of its 34th Session, A/CN.9/930/Rev.1, [EB/OL]. (2017-12-19) [2019-02-22]. <https://undocs.org/en/A/CN.9/930/Rev.1>.
- [22] GONZALO F. Duration of ICSID proceedings, presentation, inter-sessional regional meeting on ISDS reform, Incheon, Korea, 10 September 2018, cited from European Union. Submission of the European Union and its member States to UNCITRAL Working Group III, 18 January 2019 [EB/OL]. (2019-01-18) [2019-03-12]. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157631.pdf.
- [23] 梁丹妮, 金若馨. 欧盟常设投资法庭制度方案研究[C]// 中国国际法学会. 2017 年中国国际法年刊. 北京: 法律出版社, 2018: 181-221.
- [24] EUROPEAN COMMISSION. Impact assessment: Multilateral reform of investment dispute resolution [EB/OL]. (2017-09-13) [2019-03-27]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&from=EN>.
- [25] UNCITRAL. Report of working group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its 59th session, A/CN.9/794 [EB/OL]. (2013-09-26)[2019-03-25]. <https://undocs.org/en/a/Cn.9/794>.
- [26] UN. Report of the UNCITRAL-forty-seventh session, office records of the general assembly, 69th session, supplement No.17, A/69/17[EB/OL]. (2014-07-30)[2019-03-22]. <https://undocs.org/en/A/69/172013>.
- [27] TITI C. Procedural multilateralism and multilateral investment court[C]// Elaine Fahey. Institutionalisation Beyond the Nation State: Transatlantic Relations: Data Privacy and Trade Law. Heidelberg: Springer, 2018: 149-164.
- [28] 王贵国. “一带一路”争端解决制度研究[J]. 中国法学, 2017(6): 56-71.
- [29] 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): 99-111.
- [30] ICSID. 2018 annual report [EB/OL]. (2018-10-01)[2019-04-04]. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30613/ICSID2018AnnualReport.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- [31] 傅攀峰. 国际投资仲裁的中国参与[EB/OL]. (2018-09-12) [2019-04-04]. http://ex.cssn.cn/zx/bwyc/201809/t20180912_4558724.shtml.

EU's proposal for multilateral investment court: Motivation, feasibility and challenges ahead

DENG Tingting

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: The Investor-State Dispute Settlement (ISDS) has triggered a backlash and heated debate in recent years. The European Union's proposal for Multilateral Investment Court (MIC) is the most radical reform proposal directed at the systemic flaws of existing ISDS. Due to the institutional arrangement, MIC could guarantee the consistency and correctness of decisions and ensure adjudicators' independence and impartiality. Furthermore, MIC will lead to a reduction of the cost and duration of proceedings. However, the establishment of MIC will face many challenges because of the deficiency in its system design and huge disagreements between countries. China should make use of the good opportunity to take part in multilateral reform of ISDS and MIC negotiations, as well as providing "Chinese Wisdom" for future international investment dispute mechanism.

Key Words: investor-state dispute settlement; multilateral investment court; investment court system; China-EU bilateral investment treaty

[编辑: 苏慧]