

# TTIP 草案对 ISDS 复审机制的革新及影响

◆罗卓然

(湖北大学 湖北武汉 430062)

摘要:投资者—东道国争端解决机制(以下简称ISDS机制)最初的目的就是高效解决投资争端,因而其采用仲裁终局制以提高裁决效率。然而近年来,ISDS裁决结果的一致性问题逐渐凸显,相似的案件往往会得到截然不同的裁决,这本身并不是问题,但这些裁决的不一致是因为仲裁员对条款不合理的解释导致的。这使得裁决结果具有不可预见性,海外投资问题的风险也增加。欧盟与美国作为两大经济体,在TTIP(跨大西洋贸易和投资伙伴协定)谈判中就ISDS机制产生诸多矛盾,严重阻碍了TTIP的谈判,欧盟为了推进双方的谈判,在TTIP草案中对ISDS的复审机制进行革新以保障裁决的一致性,在TTIP投资章节的草案中构思了投资法庭体系和上诉机制的雏形,这一体系的设想为ISDS的复审机制跨越式革新带来方向。

关键词:ISDS; TTIP 草案复审机制

2017年至今,UNCITRAL(联合国国际贸易法委员会)第三工作组一直致力于研究投资者与国家间争议解决制度的问题以及改革方向。从会议的各方参与度和讨论热度来看,各国对于ISDS机制十分关注,并且在ISDS机制的各类程序问题上表现出极大关切。而从会议讨论趋势看,ISDS机制中的一致性问题成为委员会重点讨论的改革方向。在委员会第三工作组第51次会议工作报告<sup>①</sup>中,工作组对于处理不一致性问题的初步办法中就包含了改进先行复审机制和废止程序,采用一种全面的体制性办法,这种体制性办法就是在TTIP草案中引入的上诉机制;在ISDS可能的改革:一致性和相关事项<sup>②</sup>中,在解决一致性问题办法中提到建立国际法院体系,这也是基于TTIP草案中对投资法庭体系(Investment Court System)的设想提出的方案。

## 一、现行 ISDS 复审机制

现行ISDS复审机制主要依托ICSID的仲裁撤销制度,这一制度主要来源于《华盛顿公约》第52条,仲裁撤销理由主要有以下五点:仲裁庭组成不当、仲裁庭明显越权、严重违背基本程序规则、仲裁庭的成员有受贿行为、裁决未说明其所依据的理由。这明显不涉及裁决一致性的问题,也可以由此看出,这一撤销程序的设立初衷是对仲裁程序本身完整性的评估,并不是作为裁决结果实质性问题的救济。由于仲裁具有终局性,从现行复审机制看,其并不愿意涉及到仲裁的实质内容,即现行复审机制无法发挥出实质复审的功能,对结果的不一致性并不会产生作用。

## 二、TTIP 草案对 ISDS 复审机制的革新

### (一)投资法庭体系的设想

在TTIP草案出台之前,解决东道国与投资者争端的机构主要是商事仲裁机构和国际争端解决仲裁机构,国际上并没有在投资方面设立专属的仲裁庭或者法院,所以ISDS机制的解决往往依附于各个机构内部的规则。基于商事仲裁设计的ISDS机制在裁决一致性上产生极大风险——仲裁员基于投资条约的概括性、普适性作出没有合理理由的多种解释,导致结果的不可预测。而欧盟在TTIP草案中倡议建立投资法庭体系,这是欧盟独创性的设想。TTIP草案中关于投资法庭体系的规定集中于第3节中的第4分节。首先,其对释法权主体作出要求,ISDS审判人员由之前的仲裁员改为法官,TTIP草案中对投资法庭法官的资历作了严格要求:其需要具备其本国成为法官所要求的资格或者其审判能力为其本国所公认,并需要具备国际公法上的专业知识。在以往的投资仲裁中,仲裁员是经常更替且可以被当事人挑选的,但在投资法庭体系中,法官固定任期为六年且每六年轮换一次,法官不会像仲裁员那样兼任投资顾问和专家,也就不会存在自己的利益倾向,法官也会受到更加系统的管理和培训。在TTIP草案中,这些投资法庭的法官甚至被要求极高的道德标准:法官候选人应当避免不适当的审判,应当保持独立和公正,避免一些利益冲突,应当以高标准捍卫争端解决机制的正直与公平。其次,投资法庭体系还与国内法院一样设立两审制,这突破了仲裁终局制,在此制度下可以有效提高结果的一致性。在这样体系的规则

下,笔者看到的是一个管理有序,能够维护基本公平正义的法庭体系,而不是在商事仲裁庭出现的审理随意,对于条约解释任性的仲裁程序。法官之间的交流更加密切,至少对程序问题不会产生分歧,这从侧面也能加快审理效率。

### (二)上诉机制的设立

在以往的ISDS案件中,ISDS仲裁结果经常不一致,两个案件情况类似却可能产生完全相反的仲裁结果,这使得当事人对投资仲裁不具有预见性和对案件结果合理的期待。而出现这一问题的一个重要原因是仲裁终局制,即仲裁只能撤销而不能上诉,但撤销的要求又非常高。TTIP草案中设立的上诉机制(appeal tribunal)不仅成功化解这一难题,还使得解决投资争端的仲裁程序很自然的过渡到法庭审判程序。投资法庭系统中的上诉法庭就如同国内的二审法院,准入门槛低,能够对初级法庭的审理过程进行有效监督,能够对判决的结果进行合理的调整,使得多数案件的审理结果回归当事人合理预期。在国内法院体系中,上级法院对下级法院的审判行为有监督职责,所以在TTIP草案中对上诉法庭的法官作了要求:担任上诉法庭的法官需要拿到本国最高司法机构的任职资格,这就体现出了上诉机构的地位。在仲裁背景下,上诉机制的设立显得极为艰难。上诉机制与投资仲裁程序中体现了时间、层级、程序和成本四个维度上的矛盾<sup>③</sup>。而依照目前的实践情况看,欧盟设想的上诉机制首先在CETA(加拿大-欧洲联盟全面经济和贸易协定)中推行,其次在UNCITRAL第三工作组中得到一些肯定。目前,推行上诉机制已经受到越来越广泛的认可,但如果一个独立的上诉机制成立,其复审范围和复审标准的界限是什么成为另一个亟待解决的问题。

## 三、ISDS 复审机制的革新带来的影响

### (一)引起各方对 ISDS 一致性问题的关注

一直以来,结果的不一致不会被认为是一个问题,因为法律解释是灵活的,仲裁员被赋予充分的释法权就是为了在具体案件中法律适用的更为恰当和合理,而诸案件的具体情况和当事方提交的证据各不相同,结果也就不可能保持完全一致。但如果对于同样的规则做出不同解释,并且没有合理理由时,这一问题就需要深入研究。笔者注意到大多中外文献对ISDS机制的研究侧重于其透明度问题,实际上不合理的 inconsistency 也是透明度的重要体现,但多数人只关注到程序的公开等问题。此次TTIP草案纳入国际法庭体系,在规范透明度的同时也提升了结果的一致性和可预测性。各方受TTIP影响,也关注到了这一问题。

### (二)引起各方对 ISDS 复审机制的重视

大多专家组和组委在仲裁过程中非常抗拒上诉机制,他们深受裁决终局制的影响,认为裁决和上诉两个程序是割裂的。裁决终局性制的设立初衷是为了提高仲裁效率,在最初ISDS机制尚不成熟,但投资仲裁的案件非常繁杂时,裁决终局制的确是必要的。随着ISDS机制逐渐稳固,在仲裁程序中不断发挥其作用,对投资仲裁的案件的审理开始注重公平性,即实质裁决是否合理有效。这些如果不由上诉机构处理,裁决的准确性就很难得到实质上的提升。实际上,对裁决一致性的追求最终也落脚于裁决的准确性,只有保障裁决不存在不合理的不一致性,裁决的依据才更为合理可靠,裁决的准确性也更高。TTIP草案中构思的上诉机制正是对传统思想的突破,在投资仲裁领域创下了设立上诉机制的先例。在UNCITRAL第三工作组的会议中,工作组成员也已经认识到现行的ICSID下的撤销程序存在极大的局限性,唯有建立一个真正的复审机制才能确保裁决的准确性。

### (三)为 ISDS 复审机制的革新提供方向

在第三工作组的报告中,上诉机制作为一种可能采取的改革方案出现,TTIP草案中的上诉机构就是工作组构思的开端。在此基础上,工作组对上诉机构的具体职能进行探讨。认为首先要引入遵循先例制度,因为上诉机构的审查需要有依据,后者与之前合理的、经典的、令人信服的裁决保持理念原则上的一致,这应当作为上诉机构的审查标准。其次工作组认为上诉机构的审查范围

需要有明确的规定,这一方面可以提高审查效率,以避免为了实现一致性完全丧失高效性,另一方面也使上诉机构的审查更具有可操作性。所以 TTIP 草案中的上诉机制有很好的引导作用。

#### 小结

ISDS 机制不一致性问题一直存在,但处理起来十分棘手。一方面不一致性很难引起各方的关注,因为裁决的不一致是非常普遍的,仲裁员在拥有充分释法权的情况下需要完全依靠他的法学知识基础和道德良知的共同作用才能作出合理的法律解释,而一旦出现了不合理的解释,这一不合理性就会一直扩大,直到引起各方的关注。另一方面不一致性一旦引起各方关注,很可能产生过犹不及的效果。这里的不一致性是指不合理的不一致,而那些基于案件具体情形产生的不一致应当受到认可。如果把一致性等同于统一性,很可能裁决一致性就超越了裁决准确性的地位。所以在 ISDS 复审机制中,复审的标准至关重要,如果把裁决统一作为复审标准,ISDS 机制就会往另一个极端发展。只有将裁决的理念和原则一致,解释法律的理由合情合理、令人信服作为复审标准,一致性问题才能得到真正的解决。

#### 参考文献:

- [1]吕宁宁. TTIP 对现有外国投资的国际法律规制的改革设想[J].《甘肃政法学院学报》,2016(6)
- [2]张熠星. 投资者-东道国争端解决机制发展的新趋势—

—TTIP 形成中的欧盟模式及中国的应对[J].《现代管理科学》,2016(3)

- [3]王鹏,郭剑萍.论国际投资仲裁上诉机制的设计——以 TTIP 谈判为例[J].《国际经贸探索》,2015.31(5)
- [4]张庆麟,黄春怡.简评欧盟 TTIP 投资章节草案的 ISDS 机制[J].《时代法学》,2016.14(2)
- [5]黄世席.欧盟投资协定中的投资者-国家争端解决机制——兼论中欧双边投资协定中的相关问题[J].《环球法律评论》,2015(5)

#### 注释:

- ①联合国 A/CN.9/935 报告
- ②联合国 A /CN.9/WG.III/ WP.150 报告
- ③王鹏,郭剑萍.论国际投资仲裁上诉机制的设计——以 TTIP 谈判为例[J].《国际经贸探索》,2015.31(5)第 105-106 页

湖北大学楚才学院 2017 年度大学生科研项目“国际投资争端解决机制的发展”。

作者简介:罗卓然,女,汉族,湖北武汉,1997-12-26,湖北大学,本科学历,法学知识产权方向。