

风险、激励与监管：ISDS 仲裁员的身份冲突及其化解

陈 磊

摘 要：ISDS 仲裁员具有较为明显的身份特征、地域来源及性别特征。为解决投资仲裁员分布不平衡的问题，ICSID 已开始尽量选择女性仲裁员或来自发展中国家的仲裁员。当事方指定仲裁员的天然争论以及仲裁员多种身份的重复交互，导致了仲裁员之间的感知风险、妥协风险以及偏见风险。扩大仲裁管辖权和维持 ISDS 体系的利害关系是对仲裁员的两大主要激励路径。不同当事方在 ISDS 中选择仲裁员时存在不平等信息或信息不对称的问题，导致仲裁员信息灰色市场的产生，影响 ISDS 仲裁程序。仲裁员及时彻底披露其与当事方的关系和潜在的冲突对保障仲裁员的独立性和公正性至关重要。仲裁员的双重身份易产生争论点冲突，从而引发正当程序的问题。披露可能产生合理怀疑的情况并制定仲裁员的行为守则可一定程度上消除这种冲突。

关键词：ISDS 仲裁员；投资仲裁员；仲裁员监管；ICSID 规则

中图分类号：DF996.1

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2017) 02-0066-10

一、ISDS 仲裁员的特征与选任

在投资争端解决机制（ISDS）仲裁程序中，当事方将很大的精力放在了选择仲裁员上，因为仲裁员对争端的处理结果至关重要。从更宽泛的角度来看，投资仲裁员群体的特征可能会影响到对投资法进行解释的总体趋势，因此也关乎 ISDS 的合法性和裁决的一致性。国际仲裁界最近的一些研究就试图总结出 ISDS 仲裁员群体的主要特征，不过由于涉及案件的非公开性，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）及其他非国际投资争端解决中心（ICSID）仲裁案件的统计资料通常都无法获得，所以有关的学术工作都侧重于 ICSID 案件。

（一）投资仲裁员的身份特征

投资仲裁员通常都是法律专业人士中的精英，他们往往都是律师、法学教授和前任法官，在各自的专业领域享有很高的地位。最近对 ICSID 仲裁员进行的一项调查显示，ICSID 投资仲裁员主要是私人执业的律师，其占比达到了 60%。大约 1/3 的 ICSID 仲裁员是全职学者，国际公法领域的专家（包括一些私人执业的律师）占比约为 40%。具有政府背景的 ICSID 仲裁员较少，不过有些仲裁员曾在国内或国际

作者简介：陈磊，西南政法大学法学院博士研究生，重庆海联学院讲师，研究方向：仲裁法学。

基金项目：国家社科基金项目“合作主义视野中城镇基层纠纷解决实证研究”（项目编号：13XFX015）、重庆市研究生科研创新课题“民事裁判中的司法控制与结果导向方法研究”（项目编号：YKC201501083）。

司法机构担任过法官，为数很少的仲裁员曾担任投资条约谈判代表。

有超过 50% 的 ISDS 仲裁员曾在其他 ISDS 案件中担任过投资者的法律顾问，而据估计有大约 10% 的 ISDS 仲裁员曾在其他案件中给国家担任过法律顾问。不过，似乎还没有政府 ISDS 辩护律师（比如曾作为某个国家庞大国内诉讼部门的一员在 ISDS 案件中为该国进行辩护的人）曾在涉及其他国家的案件中被指定为仲裁员，似乎也没有任何政府投资条约谈判代表成为仲裁员。这种实际上将政府的投资法专家排除在仲裁员群体之外的做法可能会加快一种明显的趋势，那就是 ISDS 仲裁员更多地其他案件中担任投资者的法律顾问而非国家的法律顾问，这也可能是造成 ISDS 仲裁庭在公法领域专业知识很有限的因素之一。

（二）投资仲裁员的来源

ICSID 投资仲裁员大多数来自欧洲和北美，大约有 75% 来自 OECD 成员国。在 ICSID 案件中，仲裁员的地域来源与被诉国的地理分布形成了鲜明的对照。Waibel 和 Wu（2011）对 1972~2011 年间 361 个指定了仲裁庭的 ICSID 案件进行的一项研究发现，大约有 85% 的争端发生在来自发达国家的投资者与属于发展中国家的东道国之间，大约有 10% 的案件当事双方是来自发展中国家的投资者和属于发展中国家的东道国。这种性质的分析在某种程度上取决于相关定义：上述研究将截至 1995 年已加入 OECD 的所有成员国视为发达国家，而将所有其他国家视为发展中国家，也就是说，如果进行不同的或更精确的定义，或者将非 ICSID 案件也包括进来，那么可能会得出不同的结果。实证研究曾试图评估来自发展中国家的仲裁员是否会倾向于在涉及管辖权或责任的事项上做出有利于国家的裁定。如 Franck（2009）的研究发现仲裁员的这种倾向性不存在具有统计学意义的影响，而 Waibel 和 Wu（2011）对 ICSID 案件数据集的初步分析表明，仲裁员的这种倾向性对于司法裁定可能有着具有统计学意义的影响，因为来自发展中国家的大多数仲裁员曾在发达国家受过教育。投资仲裁员的性别不平衡也很惊人：95% 的 ICSID 仲裁员是男性，不过与此形成对比的是，WTO 上诉机构的现任 7 名成员中有 3 名是女性。

（三）首席仲裁员的选任

在组建投资仲裁庭的过程中，首席仲裁员的指定被广泛视为最重要的一步。最近进行的实证研究确认了人们广泛持有的观点，即首席仲裁员在仲裁决策过程中扮演着关键角色。尽管一些主要仲裁机构的商事仲裁现在以仲裁机构选择首席仲裁员作为默认规则，但是在主要的两大 ISDS 体系中，由当事双方就首席仲裁员的指定达成一致意见仍然是默认规则。不过，ICSID 和 UNCITRAL 这两大体系对于如何就首席仲裁员达成一致意见规定了不同的默认方法。在 ICSID 中，当事方有权就首席仲裁员的选择达成一致意见；而在 UNCITRAL 中，这种权力属于两名共同仲裁员。

根据允许当事方选择首席仲裁员的规则（比如 ICSID 规则），当事方经常会与

其指定的共同仲裁员就如何选择首席仲裁员进行单方面讨论。由于选择首席仲裁员的过程可能会牵涉到多个可能的候选人并且会持续好几个月的时间，因此这些讨论经常会一再延长。不过值得一提的是，一旦仲裁庭组建完成，那么当事方就禁止与仲裁员进行单方面接触，所谓单方面接触是指在没有其他当事方参与并且没有向所有当事方发出参加通知或提供参加机会的情况下进行的交流，否则易使另一当事方产生关于仲裁程序正当性的疑虑。

《UNCITRAL 规则》对于当事方在共同仲裁员选择首席仲裁员工作中的参与没有明确规定一个适当的范围，而一些判例法则认为当事方的参与应该非常有限。与此相反，一些软法原则却允许（但不要求）共同仲裁员了解指定自己之当事方的意见。而一本关于商事仲裁的专著则提出了第三种做法，支持当事方广泛参与选择首席仲裁员的工作，并称现在的实践就是向这个方向发展，但是当事方对于共同仲裁员的意见没有一票否决权。

毋庸置疑的是，当事方和 / 或共同仲裁员之间关于潜在首席仲裁员的磋商通常耗时良久、讨论激烈，并且涉及到微妙的战术和磋商考量。尽管规则通常会设定时限，但是当事方可以联合请求获得额外的时间以便做出协商一致的选择。在当事方或者共同仲裁员无法就首席仲裁员达成一致意见时，ICSID 和《UNCITRAL 规则》都对于指定首席仲裁员的机构做出了规定。ICSID 案件中的默认指定机构是行政理事会主席（实际上即世界银行行长），行政理事会主席在听取 ICSID 秘书处的推荐后做出指定。《UNCITRAL 规则》则默认适用双层制：海牙常设仲裁法院（PCA）秘书长选择一个指定机构，由该机构指定首席仲裁员；当事双方也可直接选择 PCA 秘书长作为指定机构。

在做出选择时，指定机构通常会让当事方参与进来，但使用的具体方法各异。事实上，在履行其作为指定机构的职能时，不同的仲裁机构会采取不同的方法，既有正式的也有非正式的，这些不同的方法可能会在独任仲裁员和首席仲裁员的选择上产生巨大的差别。经验丰富的法律顾问已经意识到了这一点，当他们代表投资者时，这种差别可能影响投资者对法院的选择。当事方对于可能由仲裁机构指定首席仲裁员的期望能够影响到各当事方对于己方指定之仲裁员的选择以及在与另一方就首席仲裁员进行磋商时的立场。

ICSID 有一个仲裁员名册，其中包括成员国推荐的仲裁员（每个国家 4 名），还包括世界银行行长在收到 ICSID 秘书处提供的推荐意见和个人简历后选择的 10 人（这份 10 人名单被称为主席名单）。仲裁员名册中的仲裁员在资质上有一定的差异，比如有些人缺乏相关的经验。ICSID 最近进行了一些努力以提高其仲裁员名册成员的资质。《ICSID 公约》第 38 条和第 40 条规定由机构指定的仲裁员应来自于该仲裁员名册。不过，ICSID 在 2009 年 9 月以非正式方式通过了机构指定仲裁员的新的双层制，允许当事方通过协商一致的方式指定仲裁员名册以外的人担任仲裁员。

有学者对指定机构提出了批评,认为其缺乏中立性。举例来说,ICSID 体系中世界银行行长(按照传统由美国人担任)充当指定机构的做法就受到了批评,因为世界银行的借贷和其他业务可能使得其利益涉及特定案件或特定投资者,从而可能影响到 ICSID 的中立性。不过,由于 ICSID 有自己独立于世界银行的秘书处,ICSID 行政理事会又于 2009 年选举产生了首位专职秘书长,因此,ICSID 与世界银行的从属关系有时被视为 ICSID 裁决能够得到有效遵从的重要原因。

在 1972~2011 年 6 月间的仲裁程序中,由 ICSID 指定之仲裁员(既包括首席仲裁员也包括共同仲裁员)的比例约为 22%。此外,对仲裁裁决进行审查之裁决废除委员会的所有成员(截至 2011 年年中共有 96 人)都由 ICSID 指定。在 ISDS 案件中,根据《UNCITRAL 规则》求助于指定机构的频率尚无从知晓,不过这个频率可能会很高。根据有限的公开信息来看,2010 年涉及到公司向国家提出诉求并且向 PCA 提出请求有指定仲裁员的案件中,有 12 个可能是 ISDS 案件。

(四) 投资仲裁员分布不平衡的解决

ICSID 正努力在确保被指定之仲裁员具有最高资质的同时解决 ISDS 仲裁员群体中存在的上述不平衡问题。当 ICSID 被要求选择仲裁员时,它会在选择具有相关经验(包括国际公法、投资法和仲裁领域)的合格候选人前提下,尽量选择女性仲裁员和/或来自发展中国家的仲裁员。ICSID 还会定期将这样的候选人添加到其提供给当事方的潜在仲裁员选票中。对于有些案件,《ICSID 公约》要求 ICSID 从其仲裁员名册中选择仲裁员,此时 ICSID 同样会在考虑所有相关因素(包括专长、潜在利益冲突、语言能力和日程安排)的前提下,尽量选择女性仲裁员或来自发展中国家的仲裁员。然后 ICSID 会将其提议选择之仲裁员的姓名和简历提供给当事方,让当事方有机会提出严重关切的问题。另一方面,对于在维持和提高 ICSID 指定的质量以及改善 ISDS 仲裁员队伍的不平衡状态方面所做出的努力而言,国家向 ICSID 仲裁员名册指派之人员的资质至关重要。有些国家在其指派之仲裁员的任期届满后没有提供替代人选,ICSID 积极地鼓励其成员国确保在仲裁员名单出现空缺的情况下提供合格的替代人选。各国可在这方面做出极为重要的贡献,它们可以确保推荐进入 ICSID 仲裁员名册(在有些案件中,ICSID 必须从该名单中选择仲裁员)的 4 名候选人都具备很高的资质并且可在任期届满后续任。

有些学者建议关于投资仲裁员的问题焦点不应只放在个人身上,应该放在被频繁指定并且正逐渐形成一个群体的仲裁员身上,这个群体可能会形成仲裁界的风格和习惯。虽然 ICSID 允许当事方在受到较少限制的情况下选择仲裁员,但是令人吃惊的是,在大量的 ICSID 案件样本中,有 12 名仲裁员参与了(通常案件的 3 名仲裁员中占有一至两席)60% 的案件(263 个仲裁庭中有 158 个)。经常担任仲裁员的人还可能在其他案件中担任法律顾问或法律问题专家。因此,这种仲裁员选任中的过于集中现象的确应该引发关注。

二、仲裁员多种身份重复交互的风险

仲裁员与他们的多种身份（仲裁员、法律顾问和专家）重复交互的现象已成为了最近几年人们激烈争论的话题。许多仲裁领域的资深从业人员最近对当事方指定的仲裁员提出了质疑，而批评者指出仲裁员多种身份重复交互的风险具体包括仲裁员之间的感知风险、妥协风险以及偏见风险。

（一）感知风险

仲裁员之间或者仲裁员与法律顾问之间“互开方便之门”可能会使得案件的裁决不是基于是非曲直而是基于其他考虑。时任 ICJ 法官的 Buergenthal（2006）批评了如下做法：法律顾问选择了一位仲裁员，等到下次这个仲裁员担任法律顾问的时候，他就选择之前的那位法律顾问作为仲裁员；并且主张应该避免上述做法以推进法治。正如 Paulsson（2010）提到的那样：在心怀恶意的老手操作下，一个可能只不过是暗示“如果我是仲裁庭主席而你是共同仲裁员时我将给你想要的结果，下次我们的身份调换之后我就指望你了”的提议可能导致一系列全体一致的裁决，让人根本看不出背后的恶意。如果不进行单边指定，那么上述做法（以及对这种做法的恐惧）就会消失。这种感知风险事实上是仲裁员（或与法律顾问）之间形成的一种默契，旨在仲裁一致性裁决的迅速达成，进而提高自己裁决的可靠性、可预测性和合法性，降低争端解决的成本和频率。

（二）妥协风险

当事方指定仲裁员的做法会鼓励达成有害的妥协，因为首席仲裁员会试图让所有仲裁员做出一致裁决，这样的裁决看起来更为合法，而且也会提高首席仲裁员作为仲裁员的声誉。也就是说仲裁庭主席通常欢迎妥协，这样有助于增长其让仲裁庭做出一致裁决的声望，从而增加其今后被指定为仲裁员的可能性。不过这将导致若干负面的结果，例如，降低了仲裁员出于道理和真诚而做出裁决的可能性，因此降低了裁决的合法性；伤害了一个百分之百正确并且可能会得到客观决策人充分支持的当事方；并且纵容了一个没有理由减轻自己的债务却知道仲裁庭会放过自己的不道德当事方。批评者还认为由当事方指定仲裁员会减少甚至消除仲裁庭成员之间意见的自由交换。

（三）偏见风险

另外一种批评意见认为当事方指定的仲裁员中有很多实际上并不能做到大多数现代仲裁规则中要求的中立。在国际仲裁中，人们期望当事方指定的仲裁员客观且公正。然而理性事实是：许多当事方指定的仲裁员会在一个期望他们客观行事的体系中出于个人动机而成为指定自己之当事方的拥护者。而批评者指出几乎所有（超过 95%）的反对意见都是由败诉当事方指定的仲裁员所写。对仲裁员进行的一项实证研究表明，有两类经常被当事方指定的仲裁员——一类仲裁员多次被投资者指定，

而另一类多次被国家指定——分别做出有利于投资者和有利于国家的裁决的可能性大得多。多次被投资者指定过的仲裁员更有可能认为仲裁庭有管辖权而且国家应承担责任，相反，多次被国家指定过的仲裁员不大可能认为仲裁庭有管辖权而且国家应承担责任；与在特定案件中被指定为仲裁员的事实相比，过去的指定记录具有更大的统计学影响。不过，正如 Paulsson（2010）所言，这些数据并不构成证明当事方指定之仲裁员存在偏袒的决定性证据，当事方可能是正确地选择出了更同情己方的仲裁员，而最近对 ISDS 仲裁员进行的一项实证调查表明事实确实如此。

其他的仲裁专家，例如 Mourre（2010）却驳斥了这些对当事方指定仲裁员制度的批评，其认为当事方能够选择仲裁员是很重要的，因为这是吸引当事方进行仲裁的核心原因之一。每个仲裁庭都是当事方为了解决特定争端而选择的，这样可以使当事双方确信仲裁庭成员都是无偏见的而且都是国际投资法领域的专家。对仲裁员进行选择的市场可以有力地维持和提高仲裁标准，而这种市场规则使得仲裁与其他争端化解机制相比具有独特的优势。批评者进一步指出，绝大多数当事方指定的仲裁员都能按照规定保持中立，当事方指定之仲裁员的不当行为也很少见。事实上与 ISDS 有关的案例的确很少见，不过这样的情况也很难察觉。当事方选择仲裁员制度的替代方案（尤其是由机构选择仲裁员）在一些案件里被批评者认为是更差的方案。一些主要的商事仲裁机构，比如总部在巴黎的国际商会（ICC）以及总部在伦敦的伦敦国际仲裁院（LCIA），现在都以由机构指定首席仲裁员作为其默认规则。LCIA 还进一步规定 3 人仲裁庭的成员都由机构选择，而 ICC 的默认规则还是由当事双方选择共同仲裁员。正如上文所述，在 ISDS 中两套主要的规则都规定共同仲裁员由当事方选择，这两套规则还规定当事双方应就首席仲裁员的人选达成一致意见（ICSID 的规则是由双方约定，UNCITRAL 的规则是由共同仲裁员约定）。如果不进行选择或无法达成协议，则仲裁员指定机构将指定共同仲裁员或首席仲裁员。有些专家虽然对商事仲裁中由当事方指定仲裁员的做法进行了辩护，却发现同样的批评意见在 ISDS 中更为中肯适用。

三、ISDS 仲裁员的激励路径

ISDS 仲裁案件中仲裁员和法律顾问收费都非常高，因而对仲裁员的激励问题也是影响 ISDS 仲裁程序的关键问题。本文对仲裁员的激励路径总结为二，其一为扩大仲裁管辖权，其二为维持 ISDS 体系的利害关系。

（一）仲裁管辖权的扩大

有学者曾提出由仲裁员来决定自己对于 ISDS 争端是否有管辖权会产生结构性的利益冲突，因为仲裁员实际上是在决定他们是否将在所涉案件中承担更大量的工作并得到报酬。而除了案件产生的经济影响以外，扩大管辖权的裁定也可能有助于在未来扩大 ISDS 仲裁业务的范围。类似的考虑可能适用于关于特定问题类别归属的裁

决，即该问题属于管辖权问题还是是非曲直问题；如果某个问题被归入与是非曲直有关的一类问题，则通常意味着必须在审理完整个案件（并且最终支付费用）之后才能对这个问题作出裁定。另外一种可能的情况是，仲裁员通常更愿意将一些问题归入与是非曲直或证据可接受性有关的一类问题，而不愿将其归入关于管辖权的一类问题，这背后有更深层次的原因，那就是对裁决进行的审查通常不会涉及到前面那一类问题。因此，如果对关于是非曲直或证据可接受性的仲裁裁定提出反对，这些裁定更有可能在审查中得到支持。

（二）ISDS 体系利害关系的维持

对仲裁员而言，另外一个可能的经济激励就是在维持一个高获利 ISDS 行业中存在的更广泛的利害关系。比如，有学者曾提出这种利害关系可能会有助于使 ISDS 结果的一致性达到可接受的程度，从而确保 ISDS 体系的继续存在。出于维持这一体系中的利害关系，仲裁员对于可能产生的道德问题可能会更加敏感。而一些对 ISDS 体系提出批评的人认为，由于只有投资者会提出诉求，所以维持体系的利害关系以及仲裁员和仲裁机构之间为了获得投资者的业务所产生的竞争，会导致 ISDS 过分关注投资者的利益。

尽管可以分析出若干潜在的经济激励，但是却很难确定它们在实践中影响力。许多仲裁评论者认为，即便存在这些经济激励，仲裁员对于做出良好公正的裁决以及对案件进行有效管理的强烈关注还是会战胜经济激励。在有些案件中，仲裁圈内人与圈外观察者的看法似乎存在差异，后者对于现在的一些做法有更多批评意见却无法准确地认清实际问题的范围。不过，由于投资法本身就是以经济激励对行为的影响力作为基础的，人们通过投资条约降低风险来降低预期成本，从而鼓励投资，因此也需要考虑经济激励对于仲裁员可能产生的影响。

四、仲裁员选任过程中的信息不对称问题

不同当事方在 ISDS 中选择仲裁员时存在不平等信息或信息不对称的问题，也是影响 ISDS 仲裁程序的最关键因素之一。由于潜在仲裁员的信息被视为很有价值的商品，也构成了律师事务所以及仲裁机构的专有信息，这就导致了所谓仲裁员信息“灰色市场”的产生，而不同当事方对于这个市场经常享有不平等的准入权。举例来说，律所的高级合伙人通常可以比圈外人更容易、更全面地了解到小道消息并与有经验的同行和特定的潜在仲裁员进行信息交流，在非公开案件中也可以这样做。

由于需要保持中立性，ICSID 和 PCA 等仲裁机构在纠正信息不对称方面能力有限。它们通常不能给信息不灵通的当事方提供信息，即便明知该当事方正在考虑将一个表现不佳的人指定为仲裁员或仲裁庭主席，因为这些机构正是依赖其选择仲裁员（包括基于非公开信息进行选择）的能力才能竞争到仲裁业务。

正如上文提到的那样,关于仲裁员选择对ISDS结果的影响问题,迄今为止只进行了有限的实证研究,这些研究也主要侧重于整体的结果。不过,有研究发现律师在实践中常常就较窄范围的程序和实质问题寻求关于仲裁员态度的信息,这些信息可能非常重要。如果某个当事方需要对对方的某个关键证人提出反对,那么就需要知道潜在仲裁员对于律师询问和交叉质疑证人之适当范围的看法。另外,如果还知道某个仲裁员对于条约或其中涉案的特定规定支持狭义还是广义的解释,包括在非公开案件中知道这种信息,则上述这些信息可能会给当事方带来巨大的好处。除此之外,信息不对称的问题既可能发生在当事方及其律师身上,也可能涉及到当事方指定的仲裁员,并同时引发连锁效应,即如果当事方在指定仲裁员时选择不当,那么被选中的这名仲裁员在选择仲裁庭主席方面也会效果欠佳。

五、ISDS 仲裁员的监管机制与冲突风险的消除

ISDS 仲裁机制中,投资仲裁员会受到不同规则和标准的监管以应对前述风险及信息不对称的弊端,这些规则和标准散见于国际条约、国内法和仲裁规则之中。在非ICSID仲裁中,仲裁员主要受到以下两方面的监管:可适用的仲裁规则以及仲裁地的国内法。因此,如果某个UNCITRAL案件的仲裁地是巴黎,那么对于仲裁员而言可适用的主要规则就是《UNCITRAL规则》以及法国的仲裁法。在实践中,非ICSID仲裁案件的仲裁员在选择可适用的国内仲裁法方面通常有着相当大的权力。只有有限数量的投资条约规定了ISDS诉求的仲裁地(在所有包含ISDS规定的条约中,这类条约占12%)。这种不规定仲裁地的做法将决定权留给了仲裁员,除非争端的当事双方在争端发生后做出了其他约定。ICSID投资仲裁与非ICSID仲裁的区别就在于前者完全是“非国家性的”(denationalized)(裁决的执行除外)。为了与这种定位保持一致,ICSID仲裁员的监管主要适用《ICSID公约》和仲裁规则,而仲裁地的国内法不适用于ICSID仲裁员。

一般来说,这些法律不提供关于仲裁员的详细规则,仲裁监管的局限性使得商事仲裁行业制定了一些补充性软法(soft law),比如2004年《国际律师协会(IBA)国际仲裁利益冲突指引》(以下简称《IBA指引》)以及2004年修订的《美国仲裁协会(AAA)/美国律师协会(ABA)商事争议中仲裁员道德准则》(以下简称《AAA/ABA准则》)。《IBA指引》和《AAA/ABA准则》主要针对商事争议而制定,但是起草者认为这两份文件与ISDS案件也有相关性,特别是《IBA指引》,它经常在ISDS案件中被引用。一些评论者强调指出:现有的道德规则或标准不能解决人们与ISDS仲裁有关的一些主要关切。而事实上与ISDS仲裁员监管有关的两个问题尤其引人关注:如何确保仲裁员的公正性和独立性以及如何避免因法律专业人士在仲裁中扮演多重角色(他们可在不同案件中担任仲裁员、法律顾问或专家)而可能引发的争论点冲突(issue conflict)。

（一）仲裁员的独立性和公正性

仲裁员的独立性和公正性对于正当程序以及投资条约仲裁的合法性而言至关重要，这一点已经得到了广泛公认。《ICSID 公约》、国内仲裁法和仲裁规则通常都要求仲裁员具有独立性。仲裁规则通常还要求仲裁员披露（在案件之初即披露并且持续披露）可能引发对其独立性之关切的事实。例如，《ICSID 规则》第 6 条第 2 款规定：ICSID 要求可能被指定的仲裁员声明其与当事方的关系，以及“可能让某个当事方对其做出独立判决之可靠性提出质疑的任何其他情况”。《UNCITRAL 规则》第 11 条要求仲裁员披露“很可能让人对于其公正性或独立性产生合理怀疑的任何情况”。这些规定旨在鼓励仲裁员在各个体系下不仅披露足以证明自己不适合担任某案仲裁员的事实，还披露其他的更多事实。

可以看出，及时和彻底披露潜在的冲突已被公认为对于仲裁程序而言至关重要。披露使得当事方有机会对可能被指定的仲裁员提出回避要求，或者在知晓了被披露的情况后接受该仲裁员。不过，可适用的规则并没有详细描述哪些信息需要被披露，也有学者对于仲裁员对披露享有的自由裁量权提出了批评。《IBA 指引》对于某些领域的具体事实情况提供了指引，但是对于争论点冲突这个重要的领域却语焉不详。

正如上文所述，人们意识中开始将仲裁员分为偏向于投资者或偏向于东道国的两类，并且仲裁员被同一类当事方（投资者或东道国）反复指定，这引发了商事仲裁中一般不会出现的一些问题。商事仲裁的规则或道德标准只涉及仲裁员反复被同一家公司或律所指定的问题，却没有涉及仲裁员反复被投资者当事方或东道国当事方指定的问题。

（二）仲裁员的双重身份及争论点冲突

争论点冲突是指某个仲裁员对于其裁判之案件中的某个争论点已经有了先入为主的观点或者存在利益冲突。在投资仲裁领域，因为相同或类似的法律文件（比如 BITS 和 / 或《ICSID 公约》）中会反复出现相同的法律争论点，所以投资仲裁中尤其容易出现争论点冲突。针对商事仲裁制定的法律和规则对于争论点冲突没有详细规定，因为这种冲突极少在商事仲裁中出现。

之所以会出现争论点冲突，原因在于从事商事仲裁领域工作多年之后，许多 ISDS 仲裁员会同时在其他 ISDS 案件中担任当事方的法律顾问。因此，当某个仲裁员的利益涉及其在另一个案件中担任法律顾问时遇到的同一个法律争论点，那么就会产生争论点冲突。国际法院的 Thomas Buergenthal（2006）法官曾对一个人兼具仲裁员和法律顾问双重身份的做法提出过批评，他认为这种双重身份会引发正当程序的问题，因此应该予以消除，以确保仲裁员“不会有意或无意地试图做出有利于另外一个案件中聘用自己作为法律顾问之客户利益的仲裁裁决。”正如上文提到的那样，有超过 50% 的 ISDS 仲裁员在其他的案件中担任投资者的法律顾问，而大约有 10%

的 ISDS 仲裁员在其他的案件中为国家行事。因此,如果 ISDS 仲裁员的“第二身份”更多地是担任投资者而非国家的法律顾问,那么争论点冲突只要存在,其影响就是仲裁员不大可能在国家与投资者之间保持中立。

虽然目前 ISDS 中没有针对争论点冲突的明确规则,但 2004 年 ICSID 秘书处已开始扩大 ICSID 的披露要求,将《UNCITRAL 仲裁规则》中的有关要求纳入进来,包括披露可能产生合理怀疑的情况,这一改变有助于解决人们认为仲裁员身上存在的争论点冲突问题。另外需要承认的是,无论 ISDS 仲裁员同时担任法律顾问的做法是否适当,已是目前的既成事实,因此可比照 WTO 的做法制定仲裁员的行为守则,限制仲裁员在 ISDS 案件中同时担任法律顾问,禁止同一个人在法院同时进行的不同诉讼程序中既担任法律顾问又担任仲裁员,以限制利益冲突风险并减少回避请求的数量。

参考文献:

- [1] 陈丽娟.全球治理下投资人地主国争端解决机制之研究[J].贸易政策论丛,2015,(23).
- [2] 陈若鸿.投资者保护应与东道国规制权平衡[J].国际经济观察,2016,(4).
- [3] 戴文祈.试析跨大西洋贸易及投资伙伴协定下投资人对地主国争端解决机制——以程序性议题之改革为中心[J].经贸法讯,2015,(185).
- [4] 高启中.投资人对地主国仲裁的前置程序之探讨[J].中原财经法学,2015,(35).
- [5] 黄德明,杨帆.试析欧盟各机构对ISDS机制的态度及对中欧投资谈判的影响[J].东北农业大学学报(社会科学版),2015,(6).
- [6] 黄世席.欧盟投资协定中的投资者——国家争端解决机制[J].环球法律评论,2015,(5).
- [7] 杨帆.ISDS机制在欧盟的困境及使用当地救济的回归[J].太原理工大学学报(社会科学版),2015,(6).
- [8] 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,(2).
- [9] Aissatou, Diop. Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules[J].ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2014, (2).
- [10] Alexis, Mourre. Is Unilateral Specified Reasonable? On Moral Hazard in the International Dispute Resolution of Paulsson Jan[J].Kluwer Arbitration Blog, 2010, (10).
- [11] Anne, van Aaken. Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View[C].International Investment Law and Comparative Law. Oxford University Press, 2010.
- [12] Born, G. International Commercial Arbitration[M].Oxford University Press, 2009.
- [13] Catherine, A. Rogers. The Vocation of International Arbitrators [J].American University International Law Review, 2005, (20).
- [14] Catherine, A. Rogers. Regulating of the International Arbitrator: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct[J]. Stanford Journal of International Law, 2014, (41).
- [15] Daniels, R. J. Betrayal of the Development: The Destruction of Bilateral Investment Treaties and the Rule of Law in Developing Countries[J]. Global Business and Development Law Journal, 2007.
- [16] Fontoura, Costa J. A. Comparison of WTO Expert Group Members and ICSID Arbitrator: the Creation of the International Legal field[J].Social and Legal Issues of International Economic Disputes, 2014, (1).
- [17] Jan, Paulsson. Moral Hazard in the International Dispute Resolution[C]. Klein R. Michael Distinguished Guest Scholar Inaugural Speech of University of Miami Law School, 2010.
- [18] Sheppard, A. The Independence of the Arbitrator in the ICSID Arbitration[C]. International Investment Law in

- twenty-first Century: A Paper in Memory of Schreuer Christoph, 2009, (1).
- [19] Silvia, Karina Fiezzoni. The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration[J]. Harvard International Law Journal, 2011, (2).
- [20] Susan, D. Franck. Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration[J]. Harvard International Law Journal, 2009, (50).
- [21] Thomas, Buerghenthal. The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law[J]. International Arbitration, 2006, (22).
- [22] Waibel, M., Wu, Y. Are Arbitrators Political?[J]. ASIL Research Forum Working Draft, 2011, (4).
- [23] William, W. Park. Arbitrator and Accuracy[J]. Journal of International Dispute Settlement, 2010, (1).

Risk, Incentive and Supervision: The Identity Conflict of ISDS Arbitrator and Its Solution

CHEN Lei

Abstract: ISDS arbitrator has obvious identity, geographical origin and gender characteristics. In order to solve the problem of unbalanced distribution of investment arbitrator, ICSID has begun to choose female arbitrators or arbitrators from developing countries. The natural arguments of the parties as well as the repeated interactions among the arbitrators, results in the risk of perception, the risk of compromise and the risk of bias. Extending the jurisdiction of arbitration and maintaining the interests of the ISDS system are the two main incentive paths for the arbitrator. Different parties in the ISDS have a problem of unequal information or information asymmetry when choosing arbitrators, which will result in the production of the gray market of the arbitrators and influence on ISDS arbitration procedure. The arbitrators disclose the relationship with the parties and the potential conflict in a timely and thorough manner is very important to guarantee the independence and impartiality of the arbitrators. The dual identity of the arbitrator is prone to make disputes conflict, which will lead to the problem of due process. The disclosure of the reasonable suspicion situation and the formulation of the conduct code for the arbitrator can eliminate the conflict to a certain extent.

Key words: ISDS arbitrator; investment arbitrator; supervision of the arbitrator; ICSID rule

(责任编辑：金孝柏)