

欧盟主导的投资法庭上诉机制 及其对中欧投资争端解决机制的借鉴意义

汪梅清¹ 吴 岚²

(1. 鹿特丹伊拉斯姆斯大学法学院, 荷兰 鹿特丹 3000DR; 2. 上海对外经贸大学法学院, 上海 201600)

摘 要: 投资者—东道国投资争议解决机制长久以来因裁决不一致、忽视东道国主权等问题而遭受质疑。为解决这些问题, 欧盟提出对投资者—东道国投资争议解决机制进行司法化改革, 建立国际投资法庭体系, 该体系包含上诉机制, 明确规定东道国的规制权并设立高标准的法官行为准则。通过对欧盟投资法庭机制中的上诉机制进行研究分析, 发现其存在上诉范围与发回重审范围界限不清、上诉法庭成员的选拔方式不明、法官薪酬过低、实践经验参差不齐等不足。在中欧双边投资保护协定的谈判过程中, 可以部分借鉴欧盟主导的投资法庭机制, 建立上诉机制, 但应在上诉程序中增加磋商机制; 同时坚持保留争议双方在上诉机构成员选择上的自主性, 并采用双层酬劳机制以确保高水平法官的选任。

关键词: 投资仲裁上诉机制; 投资法庭; 中欧双边投资协定

中图分类号: DF964

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2019) 06-0071-10

一、国际投资争议仲裁上诉机制的构想及演变

近年来, 跨国投资者依据投资条约中的投资者—东道国争端解决 (ISDS) 条款对东道国提起国际仲裁的案件数量迅速增加。虽然 ISDS 机制有效地解决了大量投资争议, 但也暴露很多问题, 如仲裁程序不透明、仲裁裁决不一致、仲裁员对国际投资条约的随意解释违背了缔约国的初衷等。针对上述问题, 各主权国家和国际组织纷纷提出解决方案, 建立国际投资仲裁的上诉机制即是其中之一。

国际投资仲裁的上诉机制指在国际投资仲裁中, 一方当事人因对裁决不服, 在规定的时间内向特定的上诉专家组或上诉仲裁庭提起上诉, 要求上诉机构对裁决的实体和程序问题进行审查的一种仲裁法律监督制度。1984 年的克劳克纳案当事人第一次启动了仲裁撤销程序, 在当时引起了很大反响, 国际社会就这一制度的价值定位展开了激烈的讨论。^①当时已经有人提出建立国际投资仲裁上诉机制的设计, 只是

作者简介: 汪梅清, 荷兰鹿特丹伊拉斯姆斯大学法学院国际投资法专业博士生, 研究方向: 国际投资法; 吴岚, 上海对外经贸大学法学院副教授, 研究方向: 国际投资法。

① Klockner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise de Engrais, ICSID Case No.ARB/81/2.

未引起学界和实务界的关注。1988年OECD成员国谈判缔结多边投资协议(MAI)时,法国代表也提出建立一个投资者与国家争端仲裁的上诉机构,但是谈判各国未能对上诉机制带来的问题达成一致,法国代表的提议也未能产生较大的影响。

此后,针对将普通商事仲裁模式直接适用于解决投资者与东道国间投资争议的做法带来的种种弊端,部分美国学者主张将上诉机制引入投资仲裁程序。David Gantz认为,上诉机制有助于避免国际投资争端解决中心(ICSID)、联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)和其他仲裁机构相互之间就类似或相同条约做出相互冲突的解释。针对学术界关于建立投资仲裁上诉机制的强烈呼声,美国在其2002年出台的《贸易促进授权法案》中首次要求美国对外签订自由贸易协定时须“考虑建立一个上诉机构或类似机制以促进协定之解释与适用的一致性”。

ICSID秘书处在2004年10月22日公布的《仲裁框架之可能改进》讨论稿中宣布:将考虑建立一个包括实体审查在内的上诉便利制度并就此征集意见。但是,这一改革设想一经提出,就遭到诸多学者的批评和国家的反对。反对者认为上诉机制违背了国际仲裁监督制度以程序审查作为切入点的惯例,并有损仲裁裁决的终局性。此后,ICSID秘书处于2005年5月提出了新的修改建议稿并表示:鉴于目前构建上诉机制的时机还不成熟,很多政策和技术问题不能得到有效解决,这一问题留待以后继续研究。^①该设想随后被搁置,直至2015年《世界投资报告》再次提出在ICSID体系内设立上诉机制。但是,目前上诉机制在ICSID体系内仍属构想,还未付诸实践。另一方面,国际社会开始在ICSID框架之外探索国际投资仲裁上诉机制实现的可能性。如美国试图在双边投资协定(BIT)中探索建立国际投资仲裁的上诉机制,并在与新加坡、智利等国的自由贸易协定中纳入相关条款,但至今仍未建立投资仲裁上诉机制。最新的美国2012年双边投资协定模板中尽管保留了关于上诉机制的相似条款,却未纳入专门的上诉机制附件,这似乎表明美国认为国际社会尚未做好接受专门性的投资仲裁上诉机制的准备。由此可见,国际社会对上诉机制的接受程度虽然日渐提高,但由于种种原因,统一的投资仲裁上诉机制尚未成形。

二、欧盟主导的投资法庭上诉机制

欧盟委员会在2013年11月通过的《投资保护和欧盟投资协定中的ISDS机制》指出,欧盟在签订新的投资协定时应澄清实体权利条款,对ISDS机制进行改革,建立含上诉法庭的投资法庭机制(ICS)。2016年初公布的欧盟—越南自由贸易协定(EVFTA)率先纳入了国际投资法庭机制的内容,标志着欧盟提出的设立常设多边投资法庭和上诉机制的构想开始付诸实践。2016年加拿大与欧盟贸易协定(CETA)

^① ICSID. News from ICSID Vol 22 No 1[EB/OL].2005, ICSID Search. file:///C:/Users/pjmsz/Desktop/News%20from%20ICSID%20Vol%2022%20No%201.pdf.(2018-09-10).

再次纳入常设投资法庭及上诉机制内容。后来,欧盟将上述改革措施吸收到《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(TTIP)提议文本中,从加强程序公正、增设上诉机制等多个方面对原ISDS机制进行了改进,使其成为投资保护程度更高、改革程度更深、创新更多的投资协定谈判文本。为行文简洁,下文均称欧盟主导的此类机制为欧盟投资法庭机制,并针对其中的上诉机制进行详细的研究分析。

(一) 欧盟主导的国际投资法庭机制的上诉范围

上诉范围的确定是上诉机制的首要问题,是否将事实错误涵盖于上诉范围内事关司法公正与诉讼效率的平衡。欧盟投资法庭上诉机制采用法律审和事实审相结合的形式。CETA第8.28条第2款规定上诉庭可以根据3种理由维持、修改或者撤销法庭裁决:(1)法律适用或解释上的错误;(2)事实认定上的明显错误;(3)ICSID公约第52条第1款第1~5项规定的理由。欧盟委员会也在听取多方意见后在TTIP投资章节提及上诉机制将审查法律错误和事实评估中的明显错误,以确保TTIP解释的一致性。EVFTA第28条第1款也表示上诉机制内容应同时包括法律审和事实审。

欧盟投资法庭上诉机制采用法律审和事实审相结合的形式较为合理,因为仅采取法律审将很可能无法达到公正审判的目的。以WTO上诉机制为例,根据DSU第17条第6款的规定,WTO上诉机构对于事实问题不予审查,仅审查专家组报告中的法律问题和对法律所做出的解释。但WTO相关实践证明,法律问题往往是由事实问题引起的,在事实认定确有重大错误的情况下,如果上诉机构不重新审查和确定事实问题将很难保证对专家组报告中的错误做出切实纠正。即便采用其他方式对上诉机制进行完善,也有很大难度。如欧盟和约旦提议在WTO内设立发回重审程序,但是这一建议遭到了很多国家的反对,因为WTO将其上诉机制范围限于法律审理在很大程度上是为了节约有限的司法资源,但发回重审程序却会导致时间上的拖延,无法达到保证司法效率的目的。至于事实审可能导致拖延争议解决的效率以及上诉机制被滥用的问题,其实可以通过限制事实审范围的方式予以解决。如果允许上诉法庭对全部事实问题进行审查,则上诉法庭所为与初审法庭毫无差异,致使上诉法庭的主要功能变成了争议方的第二次救济,造成效率的降低,也容易引发当事人对上诉机制的滥用。针对这一问题,投资法庭上诉机制应当严格限定事实错误的审查标准和程序,将事实审查的内容限于“重大或实质性的事实错误”。这一标准可以有效地限制事实审的范围,避免上诉变为重复审理。限定事实审查的范围既可有效避免上诉法庭的功能被滥用,又可达到公正审判的目的。

(二) 欧盟主导的国际投资法庭机制中的发回重审机制

ICS上诉机制同样对发回重审做出了规定:CETA第8.28条第7款规定CETA联合委员会应及时通过一项决定以规定如下有关上诉庭运作的行政和组织事项:“……(二)启动和进行上诉的程序,以及发回法庭修改裁决的程序。”即欧盟上

诉法庭在其审查范围内,对初审法庭的裁判进行审查后,可以对尚未正式生效的裁判行使维持原判、部分或全部改判、发回重审的权利。建立发回重审机制的必要性与实际需要有很大关联,但因欧盟投资法庭上诉机构尚无大量判例作为实证研究参考,目前仅从文本分析的角度来看,投资法庭发回重审机制在适用范围、发回重审的内容方面都存在明显不足。

首先,可发回重审的案件类型有待明确。鉴于对一审的事实认定错误在上诉过程中既可以直接改判也可以发回重审,有必要对直接改判和发回重审的范围进行明确划分,以防引发实践中的混乱或上诉机构拥有过大自由裁量权。鉴于上诉机构人员有限,为节约司法资源、提高争议解决效率,在上诉过程中,如果上诉机构认定一审法庭存在明确的事实认定错误且现有证据下可以直接认定的案件,可直接改判;对于事实认定不清楚、证据不足或者存在漏裁部分以及初审裁决做出后又发现新证据的案件,上诉仲裁庭应裁定发回重审。

其次,发回重审的内容有待明确,即明确是将整个案件发回重审还是只将申请方提出的争议内容发回重审。笔者认为,在仅存在部分错误的情况下,将案件发回重审将延误争议解决的进度,使已有正确结论的部分问题无法得到及时确认,对上诉方而言也并非有利,因此应当只将当事人有争议的部分发回重审。

(三) 欧盟主导的国际投资法庭上诉机制中的法官选任机制

在投资争端仲裁程序中,当事方将很大的精力放在仲裁员的选择上,因其对争端的处理结果至关重要。

首先,投资法庭上诉法庭成员的选拔方式不明确。上文提到 TTIP 草案中规定上诉法庭成员必须包含第三国国民,且第三国国民要担任初审与上诉法庭的主席与副主席。但是对于如何选择第三国及其国民,TTIP 草案并无具体规定。EVFTA 中关于初审法庭第三国国民的选任仅以脚注形式予以说明,内容也十分简单。^①在第三国及其国民选择问题上,因投资法庭缺少细化规定,会带来实践中的难题。如第三国应当如何确定?如果该第三国由缔约国共同提议指定产生,当缔约国在国家选择上产生分歧,应当由哪个机构或组织做出决定或另行指定国家?在如何选任第三国国民担任法庭成员这一问题上,投资法庭机制也面临同样的困境。

其次,投资法庭上诉法庭法官的薪酬过低。TTIP 草案第 10 条第 12 款规定上诉法院法官每月聘请费仅为 7,000 欧元,但却要求法官不得从事兼职。相比之下,其他国际著名仲裁机构的仲裁员收取的费用要远远高于欧盟投资上诉法庭法官的薪酬。如伦敦国际仲裁院规定的费率为每小时 150~350 英镑,包括庭审和准备工作。2004 年 3 月,ICSID 报酬提高到每天或每 8 小时工作时间 2,400 美元。欧盟投资法庭如此低

^① EVFTA 关于初审法庭第三国国民的选任仅规定缔约方除提议指定 3 名其本国国民外,还需要各自提议指定 3 名第三国国民。

的报酬不仅难以保障法官的独立性,甚至可能连法官的专业性都难以保障。

再次,投资上诉法庭法官实践经验参差不齐。EVFTA 规定上诉法庭的法官均由越南—欧盟自贸区贸易委员会指定,默认为 6 人,且贸易委员会有权按照 3 的倍数对上述数字予以增减。在法官队伍中,有 1/3 越南国民、1/3 欧盟成员国国民以及 1/3 第三国国民。当然,越南或者欧盟也可以建议贸易委员会指定具有其他国籍的人士为法官。此时,该其他国籍的人士被视为提出建议一方的国民,但问题在于越南国籍法官明显缺乏国际投资争议解决的实践经验。ICSID 官网发布《ICSID 案件数量统计》显示,不同地区的自然人被委任为 ICSID 仲裁员的比例存在很大差异,其中大部分仲裁员分布于西欧地区,而东南亚及太平洋地区仲裁员比例只占 11%。根据 ICSID 官网数据,至今为止 ICSID 仲裁庭共裁决案件 709 例,其中越南仲裁员从未被选任。这一数据再次说明,越南仲裁员不仅数量少,而且尚未被实际选定为具体个案的仲裁员,仲裁经验明显不足。因此,与经验丰富的欧盟一方仲裁员相比,越南籍仲裁员在实践中很难发挥实际作用,容易造成法庭内部力量对比的失衡。

最后,欧盟投资法庭机制对法官的资质要求过高。如 TTIP 草案投资章节附件二《初审法庭、上诉法庭成员及调解员行为准则》第 5 条规定,法官“不能被私利、外界压力、政治考虑、公众抗议、对一争端方的忠诚或害怕批评所影响。”但是,草案并未指出“被影响”的具体标准,这会导致上诉机制被恶意利用以频繁要求法官回避,降低法庭效率。

目前的欧盟投资法庭上诉机制仅被纳入欧盟对外缔结的一些双边投资协定中,距离最终目标即建立一个关于投资法庭的多边机制还有很大的差距。如在欧盟与新加坡、日本分别签订的最新自贸协定和经济伙伴协议中,都未提及采用欧盟投资上诉法庭机制,而是提出要借助 WTO 的争端解决机制来解决争议。可见,欧盟所大力倡导的投资法庭机制目前仍存在不够完善的地方,尚未得到国际社会的广泛采纳,投资法庭上诉机制的多边化道阻且长。

三、借鉴欧盟主导的国际投资法庭上诉机制, 完善中欧投资争端解决机制

在 2013 年 11 月举行的第十六届中欧峰会上,中国和欧盟启动了中欧双边投资协定的谈判,投资法庭上诉机制更是双方的重要讨论内容之一。

(一) 在中欧投资协定争端解决机制中应当增设上诉机制

通过对欧盟主导的投资法庭上诉机制的分析和论证,我们发现,虽然欧盟主导的法庭机制处于初始阶段,在设计上有很多不尽如人意的地方,但是建立上诉机制是 ISDS 机制的必经之路和大势所趋。

1. 在国际投资仲裁机制中引入上诉机制符合权利与救济的法理

救济与权利存在着密切的联系,现代法治确立了这样一项原则:权利需要救济,没有救济就没有权利。权利救济的理论依据在于国家通过法律对有关侵权方面的冲突进行遏制以恢复权利状态。上诉机制是权利救济理论在司法领域的制度化产物。它既以一审程序为基础,又以一审法院的裁判为检验对象,通过当事人上诉权的行使,对初审法院的错误裁判进行纠正,使案件当事人的权利得到保障与救济。国际投资仲裁近年来所遭遇的“合法性”危机在某种程度上正是由于其没有权利救济途径。仲裁本来的功能是解决当事方之间的投资争议,但错误的裁决不仅无法实现其基本功能,反而进一步损害了当事方的正当权利,自然会失去当事方和相关方对这一机制的信任。而信任恰好是国际法律制度的基石,只有建立起国际投资仲裁的上诉机制,对错误裁决进行有效纠正,才能重建国际社会对投资仲裁制度的信任,使其获得合法性。

2. 在国际投资仲裁机制中引入上诉机制是对司法进行监督、避免司法者擅断的有力工具

法院对仲裁的支持和监督是难以截然分开的,它们实际上是一个问题的两个方面。仅仅依靠仲裁权的内部监督和自身监督显然等于没有监督,权力失去监督必然导致腐败。国际投资仲裁机制遭受大量批评的另一个原因在于仲裁庭的自由裁量权过大。赋予仲裁庭以自由裁量权是为了保证国际投资法律制度的弹性,但不受监督和纠正的自由裁量权却是危险的,几乎很难避免被过度使用甚至滥用,最终将危及国际投资法律制度的稳定性和权威性。上诉机制的建立能够在一定程度上约束初审仲裁庭的自由裁量权,维护裁决的一致性和国际投资仲裁制度的稳定性。

3. 在国际投资仲裁机制中引入上诉机制能够更好地缓和公平与效率司法价值的冲突

国际投资仲裁制度到底应当优先追求公平还是优先确保效率长久以来一直存在争论,“公平说”“效率说”“当事人决定说”等理论层出不穷。当前国际投资仲裁制度虽然允许当事人在出现重大程序错误时申请撤销裁决,但裁决撤销后争议并没有解决,依然处于待决状态,且对于存在重大事实认定错误或者法律适用错误的裁决并无任何纠正机制,在效率和公平方面均无建树。不公平的裁决再高效也毫无意义,但迟到的正义也非正义,公平和效率这一对价值必须尽可能在司法过程中得到平衡。而建立上诉机制,既可以纠正错误的裁决以确保公平,同时对可上诉事项的限制也避免了仲裁过程被不合理地延长以维护效率,能够在公平和效率之间取得较好的平衡。

2012~2016年,对华投资前10位的国家或地区中,欧盟成员国占比基本维持在30%~40%之间。与此同时,中国对欧盟地区的投资也在不断增加。中国与欧盟之间的相互投资无论在绝对数额上还是相对比例上都十分可观,未来双方投资者与东道国政府之间出现投资争议的可能性也因此而成比例增加。在双方都赞同通过国际仲裁解决投资争议的前提下,建立仲裁上诉机制对于维护双方投资协定解释和适用的

稳定性、确保裁决的一致性以及投资者与东道国利益的平衡都具有重大意义。

表 1 2012~2016 年中国吸收外商直接投资情况 (单位: 亿美元)

年份	2012	2013	2014	2015	2016
中国实际使用外资金额	1,117.16	1,175.86	1,195.6	1,262.7	1,260
欧盟实际投入中国外资金额	61.07	72.14	68.5	71.1	96.6
对华投资前 10 位国家 / 地区	德国、荷兰、英国	德国、荷兰、英国、法国	德国、英国、法国、荷兰	德国、法国、英国	德国、英国、卢森堡

资料来源: 利用外资统计, 中华人民共和国商务部网站。

与此同时, 我们也注意到, 欧盟主导的投资上诉机制是根据其自身立场和利益诉求设计的, 其中部分内容与中国的具体国情、投资地位及利益诉求并不完全匹配。因此在中欧双边投资协定的谈判过程中, 针对投资争议解决及其上诉机制, 中国应当立足于自身的实际情况和现实需求, 对欧盟主导的上诉机制有选择地借鉴和改造。当前正值国际投资争议解决机制改革的关键时期, 作为传统的资本输入大国和正在兴起的资本输出大国, 中国在做好一个国际法律规则遵守者的同时, 抓住国际投资争议法律规则和制度变革的时机, 积极参与其中, 成为新制度与新规则制定的参与者, 为国际投资争议解决机制的改革做出贡献。

(二) 借鉴欧盟投资法庭上诉机制建立中欧双边投资协定中的投资争议解决制度

投资法庭上诉机制尽管能避免 ISDS 机制的许多缺点, 但其自身仍存在很多不足。一方面, 单纯的法院机制过于僵硬, 不仅剥夺了投资者和东道国对仲裁员的自主选择权, 而且使案件更加耗时和成本高企, 对投资者特别是中小投资者不利。同时, 强制争议按照法定程序进行也欠缺灵活性。考虑到投资者日后在东道国继续投资的可能性, 投资者—东道国投资争议的解决过程应当尽可能促进双方之间的友好协商, 过于僵硬的投资法庭机制显然没有兼顾这一需求。为了在克服裁决不一致等缺点的同时保留 ISDS 机制自主、灵活和友好的特点, 在中欧双边投资协定谈判中, 可以适度参考投资法庭上诉机制, 并结合中国国情及中欧经贸往来现状, 对其进行完善。

1. 完善中欧双边投资协定中的上诉庭法官选任机制

首先, 中欧双边投资协定中的仲裁上诉机制不应采用太过僵硬的法庭机制, 而应保留争议双方在上诉机构成员选择上的自主性。中国可与欧盟协商设立上诉委员会, 指导上诉机构工作。委员会主席由缔约双方的国民轮值担任, 每 4 年轮值一次。关于来自第三国的上诉机构成员的确定问题, 首先应当由缔约双方在与双方都存在密切经贸联系、熟悉和理解双方投资实践和相关政策的国家中进行选择, 若双方在国家选择上产生分歧, 则由委员会主席负责选择第三国。

其次, 中欧双边投资协定可以借鉴 CETA 等条约中对投资法庭机制法官的要求, 对投资仲裁上诉机构成员做出如下要求: 在资格标准上, 成员应当具有其国籍所属国最高司法机构法官的专业素质, 或者属于公认的能力出色的法学家。在学科背景

标准上,成员应当具备国际公法、国际私法和国际经济法领域的专业知识,精通国际投资法和国际贸易法,具有贸易或投资争端解决的实践经验。在职业伦理标准上,上诉机制成员应遵守某些国际公认的行为准则,如《国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突的指引》等规范,不得附属于任何政府,不得从政府或政府组织处接受与争端有关的事项的任何指示,不得参与任何可能导致直接或间接利益冲突的争端;一旦被任命为仲裁员,不得担任根据任何国际协议或者国内法提起的、尚未审结的或者新的投资争端的代理律师或者一方当事人指定的专家或者证人。

最后,关于上诉机制成员的薪酬问题,中欧双边投资协定上诉机制可以借鉴 CETA 模式,将上诉机构成员的薪酬分为基本聘任费和绩效性的案件处理开销费两部分。一方面,缔约方向上诉机制专项账户支付费用,用来向上诉庭成员按月支付不受案件数量影响的聘任费,具体数额由上诉委员会确定;另一方面,如果仲裁庭成员组成仲裁小组审理案件,则可获得案件处理的开销费用。双层酬劳机制能够为上诉机制成员提供财务保障,维护其独立性和公正性。

2. 完善中欧双边投资协定中的上诉程序

为保证争议友好迅速地解决,在中欧双边投资协定上诉程序中可以增加磋商程序,允许争议双方在上诉程序未完成之前随时提出和进行磋商。

(1) 磋商的范围和形式。根据中国现有 FTA 以及欧盟 FTA 中关于磋商的条款,磋商事项的范围非常广泛:因协定的解释、适用和执行而产生的争端均可进行磋商。同时,中国—澳大利亚 FTA 和中国—秘鲁 FTA 中加入了另外两项可磋商事项:另一方的措施与其在协定项下的义务不符;或者另一方未能履行其在协定项下的义务。笔者认为,中欧双边投资协定上诉机制可以将与协定有关的事项尽量纳入磋商范围,以利于争端的友好解决。任何一方可以采取递交书面通知的方式向另一方提出磋商请求。在通知中,请求方应说明提出本方的请求及理由,包括指明争议措施以及指控的事实与法律基础。

(2) 磋商的地点。针对磋商的地点,不同 FTA 的规定不同。中国—秘鲁 FTA 规定:双方可以当面或通过缔约双方具备的技术手段进行磋商。除非另有约定,如果双方当面磋商,则磋商应当在两国的城市间轮流举行。举行会谈的城市由东道国确立,当面进行的会谈首先在被请求方的城市举行。而中国—哥斯达黎加 FTA 则规定:如果双方决定当面磋商,磋商应当在双方同意的地点进行。如果无法就磋商地点达成一致时,在被请求方首都进行。而在 EVFTA 中,双方则将磋商地点确定为提出请求的缔约方领土内。笔者认为,首先应当由双方协商确定磋商方式,如果双方同意通过技术手段进行远程磋商,则无需再考虑磋商地点。如果双方约定进行当面磋商的,磋商地点应由双方协商确定,在一定时间内(比如一周)无法达成一致的,宜借鉴中国—秘鲁 FTA 中的方法进行确定。这样既尊重了双方的意愿,有利于维护友好关系,也能够确保磋商高效顺利地进行。

(3) 磋商的期限。在磋商期限的确定过程中, 应当注意两种磋商期限: 一种是被请求方对磋商请求方的回应期限, 另一种是双方完成磋商的期限。笔者认为应当尽量缩短回应期限。因为磋商是双方谈判并相互做出让步的过程, 是一种以友好协商为主要特征的争议解决方式, 其基本前提是双方均认为争议并非十分复杂或者重大而毫无相互妥协的余地。因此, 当接到一方的磋商请求后, 另一方应当尽量迅速做出回应, 以示友好以及愿意退让的态度。在中国与其他国家、地区签署的 FTA 中, 这一期限一般规定为 10~25 日。而欧盟签订的 FTA 中磋商请求回复期限则较长, 如 EVFTA 规定, 被请求方应在收到请求之日起 30 天内做出回应。笔者认为, 中欧双边投资协定的回应期限应当控制在 10~15 天之内, 以提高磋商效率。

双方完成磋商的期限一般分为两种: 针对紧急事项的磋商期限(如投资者因东道国的措施而濒临破产时的磋商期限)和针对一般事项的磋商期限。笔者认为, 由于不同国家间投资的情况不同, 因此针对紧急事项的磋商期限应当根据实际情况具体制定。但是一般事项的磋商期限, 宜以 30~45 天为限。过长的磋商期限不仅降低了争议解决的效率, 也不符合磋商的基本前提。

(4) 磋商双方的保密义务及其他。磋商过程中, 双方应当提供充分的信息, 以保证磋商成果的公正合理。与此同时, 双方应当对磋商的内容进行保密。磋商不成的, 任何一方可以请求仲裁庭直接进行裁决。在磋商不成进入后续仲裁环节时, 非经提供方或自认方允许, 磋商过程中提供的信息、资料及对有关事实的自认不得被使用或作为证据认定。磋商中任何一方为促使解决争议而做出的让步或妥协不可作为后续仲裁中另一方所提诉讼请求的依据。此外, 参加磋商的人员应当具备国际投资、国际贸易和国际法等方面的专业知识和素质, 以提高磋商的专业性和磋商效率。

四、结语

针对现有 ISDS 机制的不足, 各主权国家和国际组织提出构建国际投资仲裁上诉机制的构想。尽管 OECD 成员国、ICSID 机构、美国等均为推动构建该上诉机制做出努力, 但统一的国际投资仲裁上诉机制尚未成形, 而欧盟通过其与美国、加拿大、越南签订的相关投资协定或投资草案将投资仲裁上诉机制变为现实。欧盟大力推行的投资法庭机制对 ISDS 机制进行了修正, 其上诉机制更为纠正裁决错误提供了有效途径。但不可否认的是, 该机制仍然存在上诉范围与发回重审范围界限不清、上诉法庭成员的选拔方式不明、法官薪酬过低、实践经验参差不齐、上诉机制过分僵硬等不足。鉴于中国和欧盟在世界投资活动中的重要地位, 中欧双边投资协定对投资争端解决机制的选择将会对 ISDS 机制改革产生重大影响。在中欧 BIT 谈判中, 中国在适度借鉴欧盟投资法庭上诉机制的同时, 还应结合本国实际情况和客观需求, 从上诉庭法官机制、上诉程序等方面对其进行合理优化, 增加磋商机制、保留争议双方在上诉机构成员选择上的自主性、对法官采用双层酬劳机制, 为 ISDS 机制的改革

提供更加合理的方案。

参考文献:

- [1] 程燎原, 王人博. 赢得神圣: 权利及其救济通论 [M]. 山东: 山东人民出版社, 1993.
- [2] 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).
- [3] 郭寿康, 赵秀文. 国际经济贸易仲裁法 [M]. 北京: 法律出版社, 1996.
- [4] 康明. 商事仲裁服务研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [5] 李春顶. CETA 签署, 对新一代贸易协定谈判有何影响 [J]. 世界知识, 2016,(23).
- [6] 李纪恩. 上诉审法院审理范围比较研究 [J]. 国际商法论丛, 2004,(6).
- [7] 刘笋. 建立国际投资仲裁的上诉机制问题析评 [J]. 现代法学, 2009,(5).
- [8] 刘圣杰. 关于建立国际投资争端解决中心仲裁上诉机制研究 [D]. 北京: 北京交通大学, 2014.
- [9] 毛燕琼. WTO 争端解决机制问题与改革 [D]. 上海: 华东政法大学, 2008.
- [10] 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,(5).
- [11] 尹丽华. 论刑事上诉审的权利救济价值 [J]. 法商研究, 2007,(2).
- [12] 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).
- [13] Gantz, David. An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges [J]. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2006, (1).
- [14] Gantz, David. The Evolution of FTA Investment Provision from NAFTA to the United States—Chile Free Trade Agreement [J]. American University International Law Review, 2004, 19(4).

The EU-led Investment Court Appellate System and Its Referential Value for China-EU Bilateral Investment Dispute Resolution

WANG Meiqing WU Lan

Abstract: Investor-state dispute settlement mechanism has long faced legitimacy questions including inconsistent decisions and ignorance of host country sovereignty. In order to solve these problems, the European Union proposes the judicial reform of the investor-state dispute settlement mechanism and establishes an international investment court system. The system includes an appellate mechanism which clearly stipulates the host country's regulatory powers and sets high standards of judges' code of conduct. This paper studies and analyzes the appellate mechanism in the EU investment court system and believes that there are deficiencies in unclear boundary between appellate scope and the scope of remanding for retrial, unclear selection method of appellate court members, low salary of judges, and uneven practical experience. This paper points out that during the negotiation between China-EU on bilateral investment, the EU-led investment court system can be partially used to establish an appellate mechanism which includes the consultation mechanism. At the same time, the autonomy of parties in dispute should be retained in choosing the members of appellate body and a two-tiered compensation mechanism should be used to ensure the introduction of high-level judges.

Keywords: investment arbitration appellate mechanism; investment court; China-EU bilateral investment treaty

(责任编辑: 金孝柏)