

《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》 对投资者诉国家争端解决机制的司法化

叶 斌*

摘 要：2016年2月，欧盟与加拿大重新公布《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》，以全新的投资法院机制取代2014年版本中改良式的投资仲裁机制。这是欧盟对投资者诉国家争端解决机制司法化的最新尝试，在程序规则方面以法院机制为参照，建立包括上诉法庭的投资法庭机制。通过比较研究，本文认为《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》对投资争端解决机制的司法化，其特征为磋商机制和提交诉请的程序化，以及法庭组织架构的司法化。在其他法庭审理程序方面，《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》仍然是对仲裁机制的改良。从法庭成员的非专职性、上诉庭组织方案的待定、以及《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》需要借助《解决国家与他国国民之间投资争端公约》与《承认和执行外国仲裁裁决公约》这些外部机制的支持和执行来看，《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》建立的投资法院机制并非是一个自给自足的机制，而是投资仲裁机制与法院机制的混合。

关键词：投资者诉国家争端解决机制 国际投资仲裁 投资法庭制度 司法化 《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》

2017年9月20日，《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》（the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA）临时生效。^① 这部双边条约是欧盟自《里斯本条约》取得对直接投资的专属权能以来首部包括投资章节的自由贸易协定，被学者视为了解欧盟新一代双边投资条约范本的窗口。^② CETA投资者诉国家争端解决机制（Investor-State Dispute Settlement, ISDS）的形成过程充满曲折。在2014年条约谈判结束后公布的文本尚是改良的投资仲裁机制（International Investment Arbitration），但是在公众抵制和政治运动的推动下，2016年欧盟和加拿大将其替换成投资法院机制（Investment Court System, ICS），从而在文本上实现了对投资者诉国家争端解决机

* 中国社会科学院欧洲研究所欧盟法研究室副主任、副研究员，国际法学博士。本文是国家社科基金一般项目（批准号17BFX147）“欧盟投资法院制度及中国应对研究”的阶段性成果。

① Press Release of European Commission, “EU-Canada Trade Agreement Enters into Force”, Brussels, 20 September 2017. CETA 仅为临时生效，因涉及间接投资和投资争端解决机制的部分属于欧盟与成员国的共享权能，需经成员国批准后方可全面生效，参见2017年5月16日欧盟法院对《欧盟与新加坡自由贸易协定》的意见，Opinion 2/15 of the Court, 16 May 2017, ECLI: EU: C: 2017: 376。

② August Reinisch, “Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT?”, (2014) 15 *Journal of World Investment & Trade* 679, pp. 681 - 682.

制的司法化。

2014年9月,欧盟与加拿大完成谈判,欧盟委员会公布CETA的谈判结束文本。^①该版本的ISDS有不少的创新和改良,但仍保留仲裁机制的特征,由争端方指定仲裁员,没有形成包括上诉机制在内的法院机制。^②人们一度以为这是最终版本。但是随着欧美启动《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP),CETA与其一并进入公众视野,其投资章节和投资仲裁机制广受质疑。^③

2015年上半年,建立投资法院的意见取得了政治上的支持,很多人将投资法院机制视为弥补当前国际投资仲裁缺陷的良方。^④2015年3月,欧洲议会的社会党和民主党在德国议员推动下,建议成立常设投资法院,以取代传统的临时仲裁庭。^⑤5月,欧盟委员会出台概念文件,主旨为将当前临时仲裁(Ad hoc Arbitration)改变为投资法院(Investment Court)。^⑥随后,欧洲议会通过决议,呼吁建立具有上诉机制的投资法院机制。^⑦在欧盟公布TTIP投资章节建议稿之后,^⑧2016年2月欧盟与加拿大以法律检视(legal scrub)为由更新CETA文本,^⑨原来的投资仲裁机制被投资法院机制取代。同年,《欧盟与越南自由贸易协定》中也纳入投资法院机制。^⑩

- ① 欧盟委员会官方网站已把2014年9月版CETA的原链接 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf 替换为新的版本。2014年9月版本可在某些网站找到。
- ② 对2014年版CETA投资规则的综合评述,可参见刘春宝:《欧盟国际投资协定政策的革新及其对中欧BIT谈判的影响》,载《国际经济法学刊》2015年第22卷第2期;对2014年CETA争端解决机制的综合评论,包括投资争端的解决方式、提起仲裁与国内诉讼的关系、仲裁员的任命、上诉机制、透明度以及缔约方对条约的解释等,可参见黄世席:《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》,载《环球法律评论》2015年第5期;对2014年版CETA投资章节的严厉批判,可参见Gus Van Harten,“Reforming the System of International Investment Dispute Settlement”, in C. L. Lim (ed.), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), pp. 103 – 130.
- ③ 有关公众对TTIP质疑的梳理、解释和批判,可参见叶斌:《欧盟TTIP投资争端解决机制草案:挑战与前景》,载《国际法研究》2016年第6期。
- ④ 相关进展,可参见August Reinisch,“Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? —The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration?”, (2016) 19 *Journal of International Economic Law* 767, pp. 768 – 769.
- ⑤ Group of the Progressive Alliance of Socialists and Democrats in the European Parliament, “S&D Position Paper on Investor-State Dispute Settlement Mechanisms in Ongoing Trade Negotiations”, 4 March 2015, http://www.socialistsanddemocrats.eu/sites/default/files/position_paper_investor_state_dispute_settlement_ISDS_en_150304_3.pdf (last visited October 3, 2017).
- ⑥ European Commission, “Concept Paper: Investment in TTIP and beyond—the Path for Reform”, May 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (last visited October 3, 2017).
- ⑦ European Parliament Resolution of 8 July 2015 Containing the European Parliament’s Recommendations to the European Commission on the Negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Strasbourg, P8_TA (2015) 0252. 欧盟各机构对ISDS的态度,可参见黄德明、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》,载《东北农业大学学报(社会科学版)》2015年第3期;对上诉机制的支持意见,可参见王鹏、郭剑萍:《论国际投资仲裁上诉机制的设计——以TTIP谈判为例》,载《国际经贸探索》2015年第5期。
- ⑧ EU’s TTIP Textual Proposal on Investment Protection and Investment Court System, November 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (last visited October 3, 2017).
- ⑨ Consolidated CETA Text published on 29 February 2016, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf (last visited October 3, 2017).
- ⑩ EU-Vietnam Free Trade Agreement: Agreed Text as of January 2016, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437> (last visited October 3, 2017).

2016年版CETA是对欧盟改革ISDS概念文件和欧洲议会决议的落实,旨在从实体规则方面加强东道国监管权,在程序规则方面推动ISDS的司法化。在传统的投资条约仲裁中,既没有单一的机构,也没有一整套程序规则,而是有多个机构可供选择,这些机构有自身的程序规则,对争端解决提供行政管理;争端双方有选择机构和选择程序规则的自由。本文以2016年版CETA的投资法院机制为研究对象,通过与传统投资仲裁条约和欧盟新近投资条约文本的比较研究,集中探讨CETA如何将投资者诉国家投资争端解决机制司法化。首先,文章分析CETA对可替代的磋商机制与提交诉请的程序化;其次,讨论CETA对仲裁机制的组织化;最后,文章总结CETA对ISDS司法化的特征。

一 推动可替代争端解决机制:磋商机制与提交诉请的程序化

在设置ISDS之初,欧盟就尝试探索仲裁的可替代方案,特别是磋商(Consultations)机制。与仲裁的对抗性相比,友好解决可避免投资者与东道国关系僵化,影响未来的投资机会。据统计,在国际投资争端解决中心(International Center for the Settlement of Investment Disputes, ICSID)登记的投资仲裁案件中,有30%的案件是在仲裁过程中通过磋商解决的。^①

国际投资协定通常将磋商作为提起投资仲裁的前提条件,既不对磋商的程序作明确的规定,也不对磋商请求作较多的形式要求。例如,《中国与加拿大促进和相互保护投资协定》(China-Canada Bilateral Investment Treaty, BIT)第21条(诉请提请仲裁的前提条件)第1款规定,“在争端投资者将诉请提请仲裁之前,争端各方应首先进行磋商,以求友好解决诉请。除非争端各方另有约定,磋商应在诉请提请仲裁的意向通知提交后的30日内进行。磋商地点应为争端缔约方的首都,争端各方另有约定的除外”。《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)投资章节第9.18条对磋商的规定也比较简单,没有对磋商本身的程序提出任何时间要求,只将磋商和谈判作为仲裁的前置程序,要求争端应首先通过磋商和谈判解决,并且磋商和谈判还包括不具有约束力的第三方程序,如斡旋、调解或调停。TPP仅要求以书面提交磋商请求,简单说明有关争议措施的事实。TPP进一步指出,启动磋商和谈判并不构成对仲裁庭管辖权的承认。

CETA要求争端方致力于友好解决,设计了磋商程序(CETA第8.19条)和调解(Mediation)程序(CETA第8.20条)。CETA规定可以在任何时候友好解决争议,包括在仲裁开始之后。欧盟希望通过加强磋商机制,以及引入调解条款来鼓励争端早期解决,而不一定求诸仲裁。^②与调解机制的非强制性相比,CETA将磋商机制程序化和条件化,有三个方面的特点:其一,规定磋商步骤的各种时限,将其程序化;其二,厘清“等候条款”的起算点;其三,将磋商请求的时间点与请求中载明的内容设置为提交诉请的条件,使磋商程序实质上成为提交诉请程序的一部分。

(一) 磋商过程的程序化(Proceduralisation): 时间要求

CETA设计的磋商过程大致包括三个步骤。首先,在提起磋商请求之后或者期间进行一段

① Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 364.

② Christian J. Tams, “Procedural Aspects of Investor-State Dispute Settlement: The Emergence of a European Approach?”, (2014) 15 *Journal of World Investment & Trade* 585, p. 603.

时间的友好对话；其次，在提交这种请求之后，规定应在一段时间内进行实际的磋商；第三，关于磋商期，CETA规定了进行磋商的最短和最长时间。只有在最短的磋商期之后，才可以提交诉请的意图通知或者在涉及欧盟时提交决定被申请人的通知。

《欧盟与新加坡自由贸易协定》第9.13条第1款规定磋商期起始于磋商请求，但没有规定应该何时开始磋商，TPP和中加BIT也没有规定。CETA第8.19条第1款和《欧盟与越南自由贸易协定》第4条第4款规定，磋商原则上应在提交磋商请求之日起60天内进行。争端双方可以另外地同意延长这个期限。明确限定磋商开始的时间，可以促使东道国积极或尽快地进入磋商程序，避免因东道国不必要的拖延回应，而使磋商程序过晚开始，最终不得不进入到仲裁程序。

CETA第8.21条第1款规定，磋商的最短期限是提起磋商请求的90天内，在请求涉及声称欧盟或欧盟成员国违约时，投资者应请求欧盟来确定谁为被申请人。从提交诉请请求到实际提请诉请，至少应经过180天。

CETA还规定了提起磋商的时效和最长期限。CETA第8.19条第6款第1项规定“自投资者或当地成立企业首次知悉，或本应首次知悉声称的违反以及知悉投资者或当地建立企业因此而遭致损失或损害之日起3年内提交磋商请求”。对于提起仲裁的期限，中加BIT规定为3年，TPP规定为3年又6个月。与中加BIT和TPP只规定了仲裁时效期间不同，CETA还规定了最长期限，如果投资者因本地救济以其他方式终止，磋商期限无论如何不得晚于投资者或当地建立企业首次知悉或者应该首次知悉遭致损失或损害起10年。CETA第8.19条第6款第2项特别规定，磋商请求必须在投资者放弃本地救济的2年内提交。由于磋商程序是法庭诉请的前置程序，这意味着CETA并不剥夺投资者采取当地救济的权利，^①而是要在当地救济与CETA法庭诉请之间作出选择。

CETA对投资者提出诉请设置了18个月的除斥期间，规定如果投资者提交磋商请求后的18个月内没有提出诉请，则视为撤回了磋商请求，从而放弃了就相同措施提请诉请的权利。争端双方可以同意延长该期限。这个明确的时限规定有助于提高法律的确定性，但是对于能否促进争端友好解决还需要实践检验。一方面，这一默视规定可促使争端双方尽早地解决争端；另一方面，也可能在程序上对争端双方造成压迫，投资者一旦启动磋商程序，要么在18个月内与东道国通过磋商解决争端，要么在18个月内提交诉请，否则面临失去条约救济的困境。

另外，《欧盟与越南自由贸易协定》第4条第6款值得注意，如果投资者延误上述提起磋商或提请诉请的期限是由于东道国的故意行为造成的，则不得导致诉请不可接受（inadmissible）。该规则表明，磋商过程的程序化可以有助于争端友好解决，但是也存在滥用的危险。然而，CETA对此没有直接的规定。

（二）厘清“等候条款”的起算点：以提交磋商请求而非争议发生时为始

投资条约通常对提请投资仲裁设置一定时间的等候期，规定在争议发生后3个月或6个月内

^① 这一点被2016年10月28日公布的《欧盟及其成员国与加拿大关于CETA的联合解释性文件》所强调，该解释具有约束力。Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf> (last visited October 3, 2017)。

进行磋商，即所谓等候条款。在等候期结束后，才允许投资者提交仲裁请求。例如中加 BIT 第 21 条第 2 款第 2 项规定，争端投资者将诉请提请仲裁的条件之一是“引起诉请发生的事件至少已经过 6 个月时间”。

与将争议发生作为提请仲裁的起算点相比，CETA 对提交诉请的等候期起算点的规定更加明确。CETA 第 8.22 条第 1 款第 2 项规定：“从提交磋商请求起至少经过 180 天”，它明确地将“提交磋商请求”这个具体的时间作为提起诉请的起算点，以避免争端双方，特别是投资者，为了提起诉请而尽可能地将其主张的争议发生的时间点提前。^①

（三）限定争端：磋商程序实质上成为提交诉请程序的一部分

CETA 磋商机制的另一个特征就是要求投资者在磋商请求中提供明确的信息，以此限定争端的内容。CETA 第 8.19 条第 4 款规定，提供的信息必须包括申请人、声称违反协定的条款、诉请的法律和事实依据以及预估的赔偿金额。其他投资条约通常不对磋商请求的内容作具体的要求，例如 TPP 第 9.18 条仅要求投资者以书面形式简单说明有关争议措施的事实。

对于提供的信息，与《欧盟与越南自由贸易协定》相比，CETA 第 8.19 条第 5 款中规定的义务更多，要求申请人提供的信息应该足够具体，以允许被申请人有效地进行磋商和为抗辩做准备。该规定偏重于保护被申请人，避免不充分的信息影响其有效磋商和参与后续法庭诉请的能力。《欧盟与越南自由贸易协定》第 4 条第 6 款允许延长有利于投资者的时限，更多关注被申请人可能妨碍磋商，从而保护申请人。与之相比，CETA 更多地担心来自申请人的阻挠。

CETA 要求提供这些信息不仅是为了确保磋商以更加集中和有效的方式进行，而且是启动后续法庭诉请的必要条件。根据 CETA 第 8.22 条第 1 款第 5 项，法庭可以以某些争议未纳入磋商过程为由直接反对案件具有可接受性（admissibility）。这一要求使磋商程序与向法庭提请诉请的程序紧密关联起来，使磋商程序不仅在时间要求上成为进入法庭的条件，而且在磋商内容上成为法庭诉请的前置条件。

在向法庭提请诉请的规则方面，CETA 第 8.23 条仍与当前仲裁机制一样援引 ICSID 公约程序规则、ICSID 附加便利规则和联合国国际贸易法委员会（the United Nations Commission on International Trade Law，以下简称 UNCITRAL）仲裁规则等，并且允许争端双方合意选择其它规则。

综合而言，CETA 从三个方面将磋商机制程序化、明确化和条件化，一是通过设置一系列明确的步骤和时间要求将磋商程序化，包括提起磋商的一般期限和最长期限（3 年与 10 年），自放弃本地诉请或诉讼至提出磋商请求的期限（2 年与 10 年），默视撤回磋商请求的时间要求（18 个月）；二是严格设定磋商步骤与提请诉请的明确关系，包括默视撤回磋商请求将导致不得就相同措施提请诉请，提请诉请须从提请磋商请求之日起至少经过 180 天；三是对磋商请求的内容作出明确限定，将其向法庭提交诉请的要求紧密挂钩，诉请请求中认定的措施不得多于磋商请求中

^① Steffen Hindelang and Teoman M. Hagemeyer, *Study in Pursuit of an International Investment Court: Recently Negotiated Investment Chapters in EU Comprehensive Free Trade Agreements in Comparative Perspective*, European Union, Belgium, July 2017, p. 36.

认定的措施，提请诉请中涉及的措施必须都经过争端方的磋商。这三个方面，使得传统投资条约中松散的、任意性的磋商机制成为 CETA 严格程序化和条件化的法庭诉请前置磋商机制。对于投资者而言，程序化的磋商机制有助于将强势的东道国拉到谈判桌前，明确的时间要求还可以避免东道国在时间上拖延。

但是，过于细致和严格的时间要求，特别是磋商内容与诉请内容的严格一致性会降低传统磋商机制的灵活性和包容性。如果投资者在提请诉请中发现新的违反措施，即使该措施对于案情并不十分重要，但是在 CETA 框架下，投资者要提出诉请就必须对该措施提出新的磋商请求，并且等待相应的时间。在这种情况下，由于双方已经走向对抗性程序，投资者与东道国以磋商方式解决新争端的意愿可能不高，或可导致投资者不得不放弃就该措施提请诉请，或者为了提请新的诉请而不得不等候更长的时间。

二 CETA 投资法庭的组织架构：仲裁机制的组织化

在典型的投资者诉东道国仲裁中，以 ICSID 公约下的案件为例，仲裁庭通常由 3 名临时仲裁员组成，其中 2 名仲裁员由争端方各自指定，首席仲裁员由争端双方合意指定或者由第三方指定。与传统的投资仲裁不同，CETA 仿照法院机制将 ISDS 组织化，包括建立法庭成员名单和设立两级法庭。

传统投资仲裁机制常受到两种方面的批评，其一是临时仲裁员可能在其它案件中作为当事人的代理人，存在潜在的利益冲突。^① 有学者批评仲裁员可能出于不同身份的需要而对条约作不同的解释。也有学者认为仲裁员可能会鼓励投资者提起投资仲裁，从而扩大自己的仲裁业务。^② 另一种对仲裁机制的批评是关于第三方指定的仲裁员，通常由 ICSID 等机构来指定首席仲裁员。由于争端各方都会指定更适合自己需要的仲裁员，第三方指定的仲裁员就对案件审理非常关键。有学者认为第三方指定常常令人怀疑是通过国际组织的政治运作，而某些国家在其中具有主导作用。^③

（一）投资法庭的架构

CETA 在人员设置和组织架构上很大程度模仿法院机制，将 ISDS 司法化，尽管它在文本上没有像欧盟 TTIP 建议稿直接采用“法院”（court）和“法官”（judge）这样明显司法化或诉讼化的术语，也没有采用传统投资条约通常使用的“仲裁庭”（arbitral tribunal）和“仲裁员”（arbitrator），而是使用了“法庭”（tribunal）和“成员”（member）这样既可以用于法院诉讼，又可用于仲裁的中性术语。

① Thomas Buergenthal, “The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law”, (2016) 22 *Arbitration International* 495, pp. 497–498; Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, (2017) 20 *Journal of International Economic Law* 301, pp. 301–331.

② Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 172.

③ Steffen Hindelang and Teoman M. Hagemeyer, *Study in Pursuit of an International Investment Court: Recently Negotiated Investment Chapters in EU Comprehensive Free Trade Agreements in Comparative Perspective*, European Union, Belgium, July 2017, p. 87.

1. 固定而非专职的法庭成员名单

CETA 将 ISDS 司法化的特征之一是要建立有限的、固定的法庭成员名单。CETA 第 8.27 条要求在协定生效后，“CETA 联合委员会应任命 15 名法庭成员。法庭成员中 5 名应为欧盟成员国国民，5 名为加拿大国民，5 名为第三国国民。”法庭成员的数量可以根据需要以 3 的倍数增加或者减少。这些成员的任期是固定的，除第一届部分为 6 年之外，通常为 5 年，并可连任一次。CETA 要求缔约方每月向成员支付聘用费，以确保他们可以到任并履行职能。

在建立法庭成员名单的过程中，缔约方可以通过选择成员而施加更多的控制。^① 由于法庭成员数量很少，这一过程容易存在政治选择的滥用。为了避免任命过程的不透明和可能存在的某些关联，CETA 进一步规定了法庭成员的专业资格和操守。

根据 CETA 第 8.30 条关于法庭成员操守的规定，法庭成员必须独立，不隶属于任何政府，也不得接受任何组织或政府就争端有关事项作出的指示。法庭成员不得参与审议可能造成直接或间接利益冲突的任何争端。在任命后，不得在未决或新的投资争端中担任代理人或专家证人。如果争端一方认为法庭成员存在利益冲突，应向国际法院院长发送质疑其任命的通知。不过，CETA 没有像《欧盟与越南自由贸易协定》和欧盟 TTIP 建议稿那样在附件中自主地规定法庭成员的行为守则 (code of conduct)，而是援引《国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突的指南》(International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration)。根据第 8.44 条，CETA 将制定行为守则的工作交给服务与投资委员会，由其日后规定披露义务、法庭成员独立性和公正性、以及保密等问题。

由于 CETA 并没有排除法庭成员在其他投资争端中担任仲裁员或者国际裁判的可能性，因此尽管 CETA 法庭成员的名单是固定的，但是法庭成员并不像法官那样专职于法院。CETA 规定，联合委员会可以通过一项决定，将聘用费和其他费用开支转换为定期工资，并且决定适用的模式和条件。对此问题，《欧盟与越南自由贸易协定》与欧盟 TTIP 建议稿走得更远，明确规定在这种情况下，法庭成员和上诉庭成员是全职的，不得再从事其他工作。由此可见，CETA 并没有解决法庭成员和上诉庭成员的专职问题，而是交由联合委员会日后决定。

事实上，将法庭成员专属任职于 CETA 投资法庭，存在着现实的困难。目前最有经验的投资仲裁员本身担任大学法学教授、国际法官或者律师，他们的本职工作具有很高的社会地位，其收入尤其是仲裁收入都很可观，^② CETA 有限的工作内容以及提供的薪水恐怕难以吸引这些最有经验的仲裁员加入。

2. 初步成型的法庭组织架构

CETA 为法庭设置了法庭庭长和副庭长，由他们负责法庭的机构问题。他们的任期为 2 年，从第三国国民的法庭成员中以抽签方式选出。法庭庭长最重要的职责之一是任命分庭的成员，即组成分庭。CETA 规定法庭可以拟定自己的工作程序，这意味着 CETA 投资法庭未来可以发展出自己的内部程序规则。

但是，CETA 第 8.27 条第 16 款仍然规定由 ICSID 秘书处担任法庭的秘书处，由此提供适当

① J Anthony VanDuzer, Penelope Simons and Graham Mayeda, “Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements – A Guide for Developing Countries”, Commonwealth Secretariat, August 2012, p. 423.

② 仲裁员从每个案件中得到的平均收入约 20 万美元，参见 Sergio Puig, “Social Capital in the Arbitration Market”, (2014) 25 *European Journal of International Law* 387, p. 398.

的支持。这表明 CETA 缔约方并没有为投资法庭设计自给自足的秘书处，而是与传统仲裁案件一样借助 ICSID 秘书处的支持。与第 17 款规定在建立法庭成员名单前由 ICSID 秘书长任命法庭成员具有过渡特征不同，第 16 款并没有说明这只是过渡期的安排。这表明，CETA 对法庭的司法化是有限的，仍要借助于外部机制提供秘书支持。

3. 分庭的组成：法庭庭长任命，而非由争端当事方或第三方指定

CETA 将 ISDS 司法化的另一个重要特征，是法庭成员包括首席在内都由法庭庭长任命，而非由争端当事双方或第三方指定。CETA 摒弃了由争端双方或第三方指定仲裁员的方式，规定在 15 名固定的法庭成员名单中由法庭庭长以轮流和随机的方式任命分庭成员，3 名分庭成员的国籍应分别为欧盟成员国国民、加拿大国民和第三国国民。由于争端双方没有参与裁判的指定程序，使得争端当事方选择裁判的权利彻底丧失，从而远离了仲裁合意和自治的原则。在首席的任命上，CETA 也没有像通常的投资仲裁那样交由第三方的 ICSID 秘书长。

然而，在 CETA 联合委员会还未建立法庭成员名单的过渡期，CETA 第 8.27 条第 17 款或许仍保留仲裁的某些特征，该款要求从现有提名中随机抽选三名法庭成员，由第三方国民担任首席，3 名成员都由 ICSID 秘书长任命。在此处，CETA 文本语焉不详，并没有指明由谁来提名，既可以理解为争端双方的提名，也可以理解为 CETA 联合委员会为建立法庭成员名单而作的提名。如果作后一种理解，即使在过渡期，投资争端方都没有权利选择法庭成员。

4. 法庭成员的国籍要求：强制的本国成分

对于法庭分庭成员的国籍，CETA 要求由缔约方本国国民和第三国国民各占其三分之一，这既不同于 UNCIRAL 仲裁规则的任择性要求，也不同于 ICSID 仲裁规则的排除性要求。UNCIRAL 仲裁规则（2013）没有对争端各方指定的非首席仲裁员作国籍上的强制性要求，甚至也不对第三方指定的首席仲裁员作国籍上的强制性要求。UNCIRAL 仲裁规则第 6 条第 7 款是建议性和任择性的，仅规定：“指定机构应注意到任何有可能保证指定独立、公正仲裁员的考虑，并应考虑到指定一名与各方当事人国籍不同的仲裁员的可取性”。ICSID 公约第 38 条要求首席仲裁员不得与争端方有相同国籍或者为其国民，这与 CETA 要求第三国国民的法庭成员担任首席是一致的。但是，对于非首席仲裁员，ICSID 仲裁规则（2006）规则三明确排除争端方提名的仲裁员与当事者具有相同国籍或者为其国民，规定“任何一方当事者在发往他方当事者之信函中应：提名两人，指定其中一名既不具有任何一方当事者之国籍又不是任何一方当事者之国民者为其所任命之仲裁员；指定另一人为其建议的仲裁庭庭长之仲裁员”。

尽管仲裁员的国籍与其中立性之间并不存在必然的关系，但是 ICSID 仲裁规则的非本国国籍要求显然更具中立性。CETA 要求法庭非首席成员具有本国国籍，有利亦有弊。

就益处而言，一方面，因本国国民的法庭成员参与审理投资争端案件，有助于法庭准确地理解和认定缔约方的国内法，避免完全中立的法庭成员可能不熟悉东道国的法律和政策，而对缔约方国内法作出错误的判断；另一方面，缔约方可以在指定本国国民组成法庭成员名单的遴选过程中，对法庭成员的组成结构施加潜在的、间接的影响，例如缔约方可能挑选具有注重保护本国监管利益倾向的人士或者更注重保护环境的人士出任法庭成员。

就弊端而言，CETA 强制性的本国国籍要求可能会削弱法庭成员的专业性。目前，最有经验

的投资仲裁员主要来自于欧洲、美国和加拿大,^① 对于大多数发展中国家, 例如越南而言, 可能难有足够的专业法律人士担任法庭成员, 而本国国民并不一定比第三国国民更加胜任投资争端案件。

(二) 上诉庭的建立

CETA 将 ISDS 司法化的另一个重要特征是建立上诉机制, 争端方可以在裁决作出的 90 天内向上诉庭提出上诉。^② 在传统投资仲裁中, 对裁决的质疑仅仅限于撤销仲裁裁决或停止执行, 这仅导致个别仲裁裁决无效或者被拒绝承认。

根据欧洲议会的研究报告, CETA 引入上诉机制, 一方面是为了纠正错误的裁决, 另一方面是为了确保裁决的一致性和可预测性。^③ 在纠正错误裁决方面, 它认为比当前的撤销裁决或停止执行机制更加省时和省钱。在裁决一致性方面, 其目的是确保各法庭以相同的方式解释条约。欧盟委员会认为, 上诉机制可以增加合法性, 不仅在实体问题上, 而且通过加强机构的独立性、中立性和可预测性增加机制的合法性。^④ 欧洲议会的研究报告乐观地认为, 上诉机制带来的这些好处超过了因为上诉而延长最终裁决而给争端方带来的不利。

1. 法律审与事实审

CETA 上诉审审查的范围是相当广泛的, 不仅包括法律审, 还包括事实审, 并且将 ICSID 公约规定的撤销裁决的理由作为修改和撤销一审裁决的理由。根据 CETA 第 8.28 条, 缔约方设立上诉庭以审查一审法院作出的裁决。上诉庭审查的对象包括: (1) 对所适用的法律在适用或解释上错误; (2) 对案件事实的认定明显错误, 包括对相关国内法的认定; (3) ICSID 公约第 52 条第 1 款第 1 项至第 5 项规定的理由。

尽管该机制受到世界贸易组织上诉机制的启发, 但是与世界贸易组织上诉审限定在法律问题和法律解释内不同,^⑤ CETA 上诉庭的审理范围不仅包括法律审, 还包括事实审, 包括在特定情况下对案件事实的认定。在一审的事实认定明显错误的情况下, 上诉庭可以修改或撤销一审裁决。ICSID 公约第 51 条规定, “任何一方可以根据所发现的某项其性质对裁决有决定性影响的事实, 向秘书长提出书面申请要求修改裁决, 但必须以在作出裁决时仲裁庭和申请人都不了解该事实为条件, 而且申请人不知道该事实并非由于疏忽所致”。CETA 将事实问题纳入到上诉审, 可能受到该条的启发。但是, 这两者之间的差别是明显的。其一, ICSID 修改裁决的理由限于补充性的重要事实, 而非对案件事实的认定明显错误; 其二, ICSID 第 51 条的理由仅导致裁决被修改或停止执行裁决, 而 CETA 中事实认定明显错误可能导致裁决被撤销。

除了法律审和事实审之外, CETA 还将 ICSID 公约第 52 条第 1 款规定的 5 种撤销裁决的理由

① Sergio Puig, “Social Capital in the Arbitration Market”, (2014) 25 *European Journal of International Law* 387, p. 406.

② 与 CETA 和《欧盟与越南自由贸易协定》设置了上诉机制不同, 《欧盟与新加坡自由贸易协定》并没有包括上诉机制。

③ Steffen Hindelang and Teoman M. Hagemeyer, *Study in Pursuit of an International Investment Court: Recently Negotiated Investment Chapters in EU Comprehensive Free Trade Agreements in Comparative Perspective*, European Union, Belgium, July 2017, p. 175.

④ European Commission, “Concept Paper: Investment in TTIP and beyond-the Path for Reform”, May 2015, p. 9.

⑤ 《建立世界贸易组织马拉喀什协定》附件二《关于争端解决规则与程序的谅解》第 17 条第 6 款: “上诉应限于专家组报告涉及的法律问题和专家组所作的法律解释”。

以援引的方式纳入到上诉庭维持、修改或者撤销法庭裁决的理由,即(1)仲裁庭的组成不当;(2)仲裁庭显然超越其权力;(3)仲裁庭的成员有受贿行为;(4)有严重的背离基本程序规则的情况;(5)裁决未陈述其所依据的理由。ICSID 公约仅将上述理由用于撤销裁决,但不包括修改裁决。这些差异可能导致在实践中 CETA 与 ICSID 公约的停止执行程序或撤销程序产生冲突。

2. 待决的上诉庭组成方案

与《欧盟与越南自由贸易协定》和欧盟 TTIP 建议稿中较明确的上诉庭组成方案不同,CETA 对上诉庭的规定极为有限,仅规定上诉庭分庭由3名上诉庭成员组成,上诉庭其他行政与组织事项都交由 CETA 联合委员会决定。

CETA 规定上诉庭成员由联合委员会任命,同时该委员会还须及时通过有关上诉庭运作的行政和组织事项的决定。根据 CETA 第 8.28 条第 7 款,这些待决的事项包括:行政支持;启动和进行上诉的程序,以及发回法庭修改裁决的程序;填补上诉庭空缺和审理案件的上诉庭分庭空缺的程序;上诉庭成员的报酬;与上诉开支有关的规定;上诉庭成员的人数;和对上诉庭有效运作所必需的任何其他事项。由于 CETA 本身并没有直接确定上诉庭的组织事项,上诉庭是常设的还是临时的、上诉庭成员的全部人数、启动上诉程序、分庭如何组成、发回修改裁决程序等等问题,现在都是未决的,都要等到 CETA 联合委员会日后确定。

现在可以从《欧盟与越南自由贸易协定》和欧盟 TTIP 建议稿探知欧盟对于上诉庭组织的方案。根据欧盟 TTIP 建议稿第 10 条或《欧盟与越南自由贸易协定》投资章节第 13 条,上诉庭由 6 名成员(Member)组成,名额平均分配给缔约双方国民和第三国国民。上诉庭成员任期为 6 年(欧盟 TTIP 建议稿)或 4 年(《欧盟与越南自由贸易协定》),可连任一次。上诉庭成员由条约委员会任命,缔约各方可向委员会提名 3 名候选人,其中 2 名可为本缔约方国民,1 名应为非国民。上诉庭与初审法庭一样,同样设庭长和副庭长,由第三国国民担任。上诉庭庭长以轮流的方式确定上诉庭分庭的组成。上诉庭的工作程序由上诉庭自己拟定。对于案件审理的决策程序,欧盟 TTIP 建议稿没有规定;《欧盟与越南自由贸易协定》则规定,不论一审和上诉审,法庭都以一致方式通过决定,如果无法达成一致,则以分庭成员的多数票来决定,成员的个别意见是匿名的。^①

与《欧盟与越南自由贸易协定》相比,CETA 将上诉庭的建立工作都推给了条约设立的委员会(联合委员会、服务与投资委员会),由此缔约方可以对上诉庭的机制、功能和结构施加大量影响。不过,如果委员会无法达成一致,将会推迟或者妨碍上诉庭的建立。

CETA 建立的上诉机制引发了学者对其是否与 ICSID 公约和纽约公约兼容的担心。^②其一,CETA 投资法庭作出的裁决存在是否属于纽约公约仲裁裁决的风险;其二,有学者认为欧盟建立的上诉机制不符合 ICSID 公约,因为 ICSID 公约第 53 条明确排除上诉机制。ICSID 公约第 53 条规定,“裁决对双方具有约束力。不得进行任何上诉或采取除本公约规定外的任何其他补救办

① 参见《欧盟与越南自由贸易协定》投资章节第 12 条第 12 款和第 13 条第 12 款。

② See August Reinisch, “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? —The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration?”, (2016) 19 *Journal of International Economic Law* 761, pp. 761–786; N. Jansen Calamita, “The (In) Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime”, (2017) 18 *Journal of World Investment & Trade* 761, p. 769.

法”；其三，该上诉机制与 ICSID 撤销程序的关系也存在矛盾。解决这些条约冲突恐怕不只是需要通过修改 ICSID 公约来解决。

对于上诉机制带来的不利局面，很可能是被忽视了。例如，世界贸易组织上诉机制建立之后，多数案件都提出了上诉。这意味着，具有上诉机制的投资法院更加注重法律上的公正，而非包括效率在内的事实上的公正。对于国际投资者而言，案件在时间上的拖延将使投资者面临更大的财产风险。

在通常的投资仲裁机制中，仲裁员由争端方临时任命，并没有任期，而 CETA 设立的投资法庭则是组织化和司法化的，在成员名单、法庭架构、分庭的组成、上诉机制上已经具备了某些法院机制的雏形。当然，CETA 设计方案并没有使仲裁员和仲裁庭常态化，其司法化是不完全的，例如成员并不是专职的，成员没有国际法官的豁免权，条约没有规定法庭的固定场所，等等。从组成架构上看，CETA 设计的投资法庭是一个司法化的仲裁机制，是仲裁机制和法院机制的混合体。

三 总结：CETA 对 ISDS 司法化的特征

CETA 对投资者诉国家争端解决机制的司法化主要表现在磋商机制和提交诉请的程序化，以及投资法庭组织架构的司法化。在审理程序方面，尽管 CETA 有不少创新，例如引入两种快轨驳回程序、临时保护措施、非争端方参与、披露第三方资助、以及程序的透明度要求等等，但是这些创新或者改良的程序规则不能归入到 ISDS 的司法化。这些程序规则是对 TPP 仲裁规则的借鉴，是投资仲裁机制本身的改良。由此，CETA 对投资争端解决机制的司法化，其特征为进入投资法庭（access to tribunal）的前置条件的程序化，以及法庭组织架构的司法化。在法庭审理程序方面，CETA 仍然借鉴仲裁机制，并非真正意义上的司法化，例如并未引入法院审理程序中的证据规则、质证规则，等等。

CETA 对磋商机制的程序化比较完全。从严格意义上讲，程序化并不意味着司法化。CETA 对磋商机制的程序化，无论从磋商本身的时间要求，还是磋商与提起诉请的时间关系，以及磋商内容成为提请诉请的前置条件上，都使磋商具有更多的强制性和机制性。但是，过于严格的时间要求，特别是磋商内容与诉请内容的严格一致性，会降低传统磋商机制所具有的灵活性和包容性。

在投资法庭组织架构方面，CETA 从固定而非专职的法庭成员名单、初步的法庭架构、由法庭庭长任命分庭成员、法庭成员的本国国籍成分、引入上诉法庭等多个方面对 ISDS 机制进行组织化，使 CETA 投资法庭在结构上具备某些法院的特征。然而，从法庭成员的非专职性、上诉庭组织方案的待定、以及 CETA 需要借助 ICSID 公约和纽约公约这些外部机制的支持和执行来看，CETA 建立的投资法院机制并非是一个自给自足的机制，而是投资仲裁机制与法院机制的混合。就 CETA 当前设计来看，投资法庭在现实上很难吸引到最有经验的仲裁员出任法庭成员。

尽管 CETA 法院机制有助于法律的确定性及裁决的一致性，但是其代价是争端方丧失自主选择法庭成员的权利，使投资者处于相对被动和不利的地位，并且上诉机制不可避免地对投资者带来时间上的损失。因此，CETA 投资法院机制更有利于东道国而非投资者。

对于双向投资国而言，一方面需要吸引外国投资进入本国，另一方面也需要推动本国资本走出去。在投资争端解决机制方面，这就需要更加平衡的和多样化的争端解决方案。对于 CETA 的投资法院机制以及欧盟提出的常设的多边国际投资法院，如果这种法院机制是任择性的，而不是强制性的，可以给予投资者更多的选择机会。偏好诉讼的国际投资者可以选择法院机制，偏好仲裁的国际投资者可以选择仲裁，这不啻为是一种新的解决之道。

Judicialization of Investor-State Dispute Settlement in the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement

Ye Bin

Abstract: In February 2016, the EU and Canada updated the early concluded text of Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) to replace the reformed investment arbitration in its 2014 version by a new investment court system introduced with appellate mechanism. This is the latest significant attempt by the EU to judicialize the current Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Through the comparative study, this paper argues that the judicialization of ISDS in the CETA is characterized by the time-framed and conditioned access to tribunal, including consultation and the submission of a claim to the tribunal, and more revealed by the two-tiered tribunals which obviously modeled upon court system. In other procedures, the CETA still remains the reformed arbitration mechanism rather than a wholly judicialized court system. Given the non full-time members of the tribunals, the undetermined functioning of the appellate tribunal, and the dependence on the supports from the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) and application to the ICSID Convention and the New York Convention as well, the investment court system designed by the CETA is not an autonomous mechanism but hybridized with arbitral and judicial elements.

Keywords: Investor-State Dispute Settlement, International Investment Arbitration, Investment Court System, Judicialization, EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement

(责任编辑: 李西霞)