

# 论ISDS上诉机制改革与中国对策

刘雯佳

西安交通大学, 陕西 西安

收稿日期: 2021年8月18日; 录用日期: 2021年11月18日; 发布日期: 2021年11月25日

## 摘要

脱胎于国际商事仲裁的投资者-国家争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement, 简称ISDS)在制度设立之初就存在着公法性缺失的内在制度缺陷。在“均衡自由主义”的国际投资法体系背景下, 现有ISDS机制片面偏袒投资者利益、裁决不一致性等问题得到关注: 晚近以来, 国际社会不断提出设立国际投资仲裁法庭包括上诉机制的建议, 其中UNCITRAL第三工作组正在进行的关于上诉机制的改革, 兹事体大, 不可不察。中国作为新兴资本输出国与投资双向流动的大国, 在新一代国际投资规则中具备自身特殊的利益诉求, 应顾全我国利益并兼顾国际公益, 推进ISDS上诉机制改革。

## 关键词

国际投资法, ISDS机制, UNCITRAL改革, 上诉机制, 中国对策

# The Reform of ISDS Appeal Mechanism and China's Countermeasures

Wenjia Liu

Xi'an Jiaotong University, Xi'an Shaanxi

Received: Aug. 18<sup>th</sup>, 2021; accepted: Nov. 18<sup>th</sup>, 2021; published: Nov. 25<sup>th</sup>, 2021

## Abstract

The investor-state dispute settlement system, which grew out of international commercial arbitration dispute settlement, referred to as ISDS, has its lack of public law at the beginning of its establishment within its internal institutional defects. In the background of "balanced liberalism" law system, the favoritism of investors' interests, inconsistency and other issues of the existing ISDS have been concerned: Recently, the international community has continuously proposed the establishment of an international investment arbitration tribunal, including an appeal mechanism. The reform of the appeal mechanism underway in Working Group III of UNCITRAL is of great

importance. China is an emerging capital exporter and a large country with two-way investment flows, having its own special interests in the new generation of international investment rules. It should take into account the interests of China and the international public interest, and promote the reform of ISDS appeal mechanism.

## Keywords

International Investment Law, ISDS Mechanism, UNCITRAL Reform, Appeal Mechanism, China's Countermeasures

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 议题的缘起

国际投资争端解决是近来国际投资法所研究的重点所在，而投资者与东道国政府的争端解决，更是历来国际投资争端解决中最复杂的问题[1]。而 ISDS 机制(即投资者 - 国家争端解决机制)自 20 世纪 60 年代末 70 年代初以来崭露头角，一直发挥着规模将投资争端“去政治化”的作用，为投资者绕开东道国国内司法体制、直接起诉东道国政府提供国际性场所。ISDS 机制已经成为 BIT 中普遍存在的解决投资者与东道国争端的“标配”。根据 UNCTAD 统计，截止 2020 年 1 月 1 日，利用 ISDS 机制提起的案件数量(公开案件)已达 1023 件。<sup>1</sup>然而，ISDS 机制作为脱胎于国际商事仲裁的机制，其本身公法性的缺失导致了其任意扩展解释权、忽视东道国公共利益、裁决不一致等诸多失衡，引发了 ISDS 机制的正当性危机[2]。根据单文华教授的观点，当前发达国家与发展中国家的南北矛盾逐渐弥合，取而代之的是私人投资者权利保护与国家监管权之前的公私冲突，在这种冲突背景下，国际投资法体系将沿着“均衡自由主义”的发展道路方向演进。当前国际投资规则正在经历由外部均衡(国际投资条约与一般国际法、发展中国家国内法的平衡)到内部均衡(投资条约与机制规则的权利与义务设计平衡)的改革进程。

而针对较少规定投资者和母国义务的 ISDS 机制改革，规范投资仲裁的正确性与一致性，减少对投资者的片面偏袒，便是这一改革进程中一块重要的拼图。ISDS 机制改革涉及内容之庞杂，包括对于裁定缺乏一致性的关切、对仲裁员和裁定人有关的关切，与投资争端案件费用和延续时间有关的关切诸多层次，涉及替代性争端解决办法、仲裁员选任、程序透明度等诸多板块。本文拟以 UNCITRAL 第三工作组改革为重点研究对象，并将重点放在探讨 ISDS 上诉机制上，原因有三：首先，上诉机制的改革是对 ISDS 机制的“准司法化”改革，与其他的改革措施不同，其触及到争端解决的仲裁与诉讼性质，打破“一裁终决”的特征，具有值得深入探讨的制度创新性；其次，针对上诉机制的构建，存在以欧盟为代表的国家提出的“投资仲裁法庭”(Investment Court System, ICS)与以中国为代表的国家提出的“常设上诉机制”两种方案的路径之争，其何去何从存在不确定性；最后，笔者发现目前国内对 ISDS 上诉机制的专门探讨较少，一般都是在 ISDS 改革或其他相关问题讨论时有所涉及，此领域存在一定的研究空白，力求能补足万一。

近年来在“一带一路”的发展带动下，我国对外投资额逐年攀升，已经成为投资双向流动的大国。当下的我国面临的不再是“走出去”的困境，而是要“走上去”，且更要走得回来，这很大程度上有赖现有的投资争端解决机制在这一过程中保驾护航。ISDS 本身作为一个具有显著分配效应的机制，其在上

<sup>1</sup>UNCTAD, World Investment Report 2020, p41, 参见 [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020\\_overview\\_ch.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_ch.pdf).

诉机制改革中存在怎样的利益分配变局？中国又该如何利用这一变局，并做到兼顾国际公益的同时，在新一代国际投资制度中体现出我国特殊的利益诉求？解决这些问题，是本文立论目的之所在。

## 2. 上诉机制的可欲性与可行性

### 2.1. 上诉机制的可欲性——现行 ISDS 机制失衡

#### 2.1.1. 仲裁裁决缺乏一致性与可预见性

仲裁裁决的不一致性是现行 ISDS 机制最为饱受诟病的问题，究其原因，与其本身特设仲裁的内在机制缺陷密不可分。首先，在现行 ISDS 机制下，仲裁庭对于相似案情的案件中涉诉条约和合同中相似条款解释时常存在根本性的分歧(如在 *Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela* 案中，对投资定义采用扩张解释方式；而在 *SaliniCostruttori S. p. A. and Itslstrade S. p. A. v. Kingdom of Morocco* 案中对投资定义采取限制解释方式)[3]更有甚者，仲裁庭甚至在相同案件中对相同条款有不同解释[4]。(尤其是阿根廷金融危机应对措施引发的系列仲裁案裁决，如比例原则、征收的认定与紧急状态抗辩的可适用性)

这种现象不仅减损了投资仲裁应当具有的严肃性，也损害了投资者对投资条约之投资保护功能的合理预期：它不仅使未来的仲裁庭缺乏稳健的先例指引，也会使主权国家对自己的行政、立法和司法行为是否具备国际法上的合法性缺乏准确判断[5]。由于对仲裁结果缺少预见，更有可能引起投资者滥用诉权，这也会加大了 ISDS 机制的案件数量负担。

#### 2.1.2. “一裁终决”下纠错机制的缺失

现行的 ISDS 机制的为了最大程度保证仲裁的效率，其纠错机制存在明显的重程序、轻实体的特征。此处以 ICSID 的裁决撤销机制为例：表面看来，当事方可以对投资仲裁裁决产生质疑，并通过撤销机制进行纠正，但实际上可提起质疑的范围十分有限，仅涵盖严重的程序性错误：第一，仲裁庭组成不当；第二，仲裁庭明显超越其权限；第三，仲裁庭成员存在受贿行为；第四，存在着严重背离基本程序规则的现象；第五，仲裁裁决没有阐明裁决依据。这说明，原仲裁裁决的事实认定错误与法律适用错误难以被裁决撤销制度有效审查。<sup>2</sup>

撤销机制的另一个重大缺陷是运行效率低下，而这与仲裁裁决高效率的基本诉求相违背。根据废除裁决机制运行情况的统计，一个废除裁决的程序通常需要平均 5 年的时间，有的案件从登记到结案甚至耗时超过十年[5]。雪上加霜的是，当事人可以基于不同的理由无限制地发起废除裁决程序[6]。

#### 2.1.3. 公法性缺失下对投资者的偏袒

受国际商事仲裁中“私人利益至上”的思维定式的影响，审理国际投资争端的仲裁员往往先考虑外国投资者的私权维护，较少考虑东道国的主权维护，以致投资裁决明显实体不公[6]。这与仲裁员的市场化选任机制有关，被选择的仲裁员中缺少“国际公法”的知识背景，且呈现出逐利性、腐败性的群体特征，直接导致了仲裁结果的不公正。

#### 2.1.4. 对东道国主权的威胁与扩大效应

与传统的高商事仲裁不同，投资仲裁深深嵌入于东道国的法律监管制度当中，与该国的公共利益息息相关。故国际私法审判逻辑下做出的裁决很有可能对东道国的主权(尤其是对外资的监管权)造成冲击。东道国依据国内立法授权的管理行为经常被认定为“违反公平公正原则”或间接征收，这会干扰东道国正当监管权的行使，也会对其立法自主性造成影响。

更严重的是，仲裁庭带有倾向性的条约条款解释往往因“公司国籍规划行为”(corporate nationality

<sup>2</sup> 参见：《ICSID 公约》第 52 条。

planning)和 MFN 条款而实现难以预料的扩张,使得其他缔约国可以同时获得更宽泛的条约解释下更优惠的待遇[4]。投资条约相互交织的网络结构可谓“牵一发而动全身”,一个对条约带有倾向性的扩张性解释对于缔约国的影响往往被动地产生了扩大效应。

## 2.2. 上诉机制的可行性

ISDS 上诉机制需要在一份多边的框架下进行,而该多边框架可以已存的机制为依托。至于上诉机制到底以 OECD、UNCITRAL 还是 ICISID 为基础,需要进一步讨论[7]。

关于上诉机制的建立,国际社会从上个世纪 90 年代起就有讨论,2004 年 ICSID 秘书处发布的 ICSID 仲裁制度改革的讨论稿的第六部分以及附录中,对 ICSID 上诉机制的构建事宜做出了框架性的规定。<sup>3</sup> 单边与双边的制度制定包括欧盟与加拿大的 CETA 上诉机制设计,美国在 BIT 中对上诉机制限期磋商的条款等,标志着国际社会已经对上诉机制的制度需求达成共识,建构多边上诉机制范本的时机已经成熟。

## 3. 有益的上诉机制的制度安排与程序设计

联合国贸易法委员会第三工作组正在推进的国际投资仲裁改革中,上诉机制改革一直是讨论与关注的重点。2020 年 1 月工作组召开了第 38 次会议并审议了 ISDS 的改革方案,同年 7 月更新了改革文件,文件中对 ISDS 上诉机制做出了具体的探讨。<sup>4</sup> 在本次会议中,欧盟的投资仲裁法庭(ICS)与中国支持的常设上诉机制两个方案主张值得注意。下文中以 UNCITRAL 关于上诉机制的可能方案的共性为基点,对 ISDS 上诉机制理想的制度安排与程序设计进行介绍,并以体现我国特殊利益诉求并兼顾国际公益为指导,对具体程序规则选择发表评论意见。

### 3.1. 制度安排

#### 3.1.1. 机构性质

对于上诉机构的主要组成,各国意见总结起来有三条路径可供选择:即特设上诉机制(ad hoc appeal mechanism)、常设上诉机制(permanent stand-alone appellate body)与投资仲裁法庭(Investment Court System)。笔者认为,若上诉机制中仍保留“特设”性质,则改善一审程序中面临的中立性缺失导致的裁决不一致性和正义性这一最大的改革目标将无法得到实现。首先,常设机关由于仲裁员人数固定,有利于建立“持续责任感”并对案件形成一致性的审判逻辑;<sup>5</sup>其次,常设机关的审判员更容易保持中立性,这将有利于裁决的正义性。

不过投资仲裁法庭的方案设计还停留在文本层面的初步阶段,其机制存在矫枉过正的风险,而近来欧债危机、英国脱欧等一系列世界大大削弱了欧盟的向心力[1],ICS 的可行性仍然需要通过实践的充分检验。

#### 3.1.2. 仲裁员制度安排

##### 1) 操守要求

首先,将所有仲裁员的职业性质定义为全职,有利于避免兼职仲裁员和律师“旋转门现象”及其所引发的仲裁庭中立性与腐败问题[8]。仲裁员数量应以常设机构的工作量预测为基础。其次,仲裁员将面临严格的操守要求,以确保其独立于争议双方。

<sup>3</sup> 参见: ICSID, ICSID Secretariat Discussion Paper: Possible Improvements of the Framework for Arbitration (2004), TDM 4, 15-16.

<sup>4</sup> 参见: UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Appellate mechanism and enforcement issues, 2020, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/acn9\\_wg.iii\\_wp.202.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/acn9_wg.iii_wp.202.pdf).

<sup>5</sup> 参见: UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the European Union and its Member States, 2020, <http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159>.

## 2) 任期与绩效

欧盟倾向于通过不可续任的长任期并结合有力和透明的任命程序来保证其独立于政府。任期制度还可以对仲裁员恪尽职守起到激励作用：笔者此处大胆进行一个制度构想，即是否有可能对一审二审的仲裁员实行一个绩效考评机制，这一机制将影响接下来 ISDS 对其的再次连任等诸多职业前景。而考评内容则可以包含方方面面，如被二审驳回的案件数量越少则考评分数越高，从而反向促进一审仲裁员向二审看齐，更大程度地实现 ISDS 机制裁决的一致性，从而也为二审减少上诉案件数量负担；或者结案率也可以作为一个重要指标，从而敦促仲裁员提高案件审理效率，更好发扬 ISDS 机制高效率的制度优势等等。

## 3) 资格

比照国际法院要求，仲裁员在本国应当是具备最高司法职位任命资格或公认的国际法学家。其中，国际公法的专业知识背景被格外关注，这有利于改善仲裁员群体自我调适的无效性，使更多仲裁员站在国际公法的逻辑下审理案件。另外，欧盟提议的仲裁员地域与性别“多样性”的方案符合我国利益诉求，具体表现为仲裁员应兼顾各区域集团利益与性别利益，强制对各个地域法官数量进行配额。若这一计划付诸实践，将有助于改善当前我国在国际仲裁中参与较少的不利局面。(参考国际刑事法院规定)

## 4) 任用程序

这一问题各缔约国产生了分歧：欧盟支持为了审理具体案件随机指定仲裁员，剥夺当事人双方的自主选择权；而中国则认为当事人在投资仲裁的第一审阶段指定仲裁员的权利是一种广为接受的制度安排，是增强争端各方特别是投资者的信心的重要帮助，在任何改革过程中都应保留。<sup>6</sup>结合目前国际投资仲裁员罕见我国身影的客观现状，保留当事双方对仲裁员的任命权，对我国合理有效引导和规制仲裁员行为有益。为了更好地实现这一目的，可以适用“强制性仲裁员名册”，即双重同意机制，缔约国协商制定仲裁员列表，纠纷当事人只能从候选仲裁员中选定仲裁庭成员[3]。

## 3.2. 程序设计

### 3.2.1. 上诉权的行使

上诉请求权主体资格代表了权力与权利的双重平衡，一方面体现了涉事东道国与投资母国的权力设定，另一方面体现了缔约国与私人投资者的权利配比[4]。

借鉴单文华教授的观点，以矩阵分析的框架进行审查(该矩阵区分了投资争端的不同政策维度，可以用于对各种 ISDS 改革建议的类型学审查)，上诉及时属于“政治控制技术”，即允许缔约国在仲裁程序开始后对法庭行使某些控制权，以确保仲裁程序在设计的轨道上进行。但是政治控制是存在代价的，不可避免会导致 ISDS 程序的复杂性与时间、财政成本的增加，故经济控制技术应被纳入[9]。出于公平考虑，东道国与私人投资者应当平等享有诉权(在合理期间内行使)，但应当根据上诉提起方以及最终的仲裁结果公正地分配上诉费用的负担，这迫使争端双方诉权行使时进行上诉成本上的权衡，可以一定程度减少“滥诉”的发生。

另外，为了仲裁效率考虑，我们不妨允许在程序中对一些具体的程序异议进行上诉(如管辖权等)。

值得注意的是，程序性与实质性的裁决都可以成为上诉的对象，但临时措施的裁决由于每个个案的特殊性应当被排除在外，同样被排除的还有仲裁庭组成的裁决(处于减少上诉案件负担考虑)。

### 3.2.2. 审查的范围与标准

随着全球投资协定 2.0 时代的到来[10]，条约内容在实体和程序上的完善能够为仲裁庭提供更加明确

<sup>6</sup> 参见：UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the government of China, 2020, <http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.177>.

详细的指引，其带来的会是仲裁庭的自由裁量权的压缩与仲裁裁决公正性、可预见性的提高。<sup>7</sup> 故在此背景下，上诉机制的审查范围应该定为明显的法律使用错误与严重的事实认定错误——这在一定程度上也减轻了上诉机制的压力。

此外，值得一提的是，上诉机制的采用可能与 ISDS 既有的撤销程序形成平行程序的矛盾，这种情况下，笔者认为可以借鉴《ICSID 公约》规定的撤销理由和《国际商事仲裁示范法》，将撤销管辖权并入上诉管辖权中，有效形成实体与程序异议上诉权的整合。

为了进一步控制上诉案件数量，除了控制上诉权行使的范围，也要规定上诉的严格审查标准。可以考虑的是增强举证难度：严重的事实错误需要提交的证明事实与初审仲裁庭查明的事实相反，明显的错误指本应适用 A 法律却适用了完全不同的 B 法律，错误必须非常明显，而不仅仅是存在争议。

最后，一些作为内部过滤机制的经济控制技术的采用(费用担保等)，严格限制发回重审的权力也是减少上诉庭负担的必要措施。

### 3.2.3. 受理与驳回

上诉的案件应有常设委员会进行审查，并作出立案受理与不予受理(即早期驳回)的决定。笔者认为，常设委员会除了审查上诉权正当性外，也可以对案件进行分流，即是否进入简易上诉程序。简易上诉程序为单个诉讼请求与简单的程序异议而设立，应采取独任制与较短的仲裁周期，从而满足不同上诉案件的差异化需求。

### 3.2.4. 上诉的法律效力

上诉期间内，一审的裁决应当处于未生效的状态，在第一次裁决的上诉期限内，优先使用投资仲裁的上诉机制，而不得启用内国法院司法审查制度。因上诉机制是仲裁机制的合理延伸；若上诉期限内不提起上诉，之后向内国法院提出异议，则除非有严重的程序错误或裁决的承认与执行有违法院地国的强行法规范，否则内国法院不予撤销裁决。

对于程序中提起的上诉，为了减少诉讼的费用成本，笔者认为可以对正在进行的仲裁程序进行中止，待进入简易程序的上诉程序完成后再考虑恢复或终止程序。

对一审的裁判，二审可以作出确认、推翻、修改、废除的决定。

## 4. ISDS 改革中的中国对策

中国既是资本输出大国也是资本输入大国的身份变化，导致其国际投资争端解决机制上立场和定位的转换，争端机制的设计应当结合国家利益、价值观念和权力地位等因素，平衡投资者保护和东道国管制权<sup>[11]</sup>，积极参与普遍性投资规则的制定<sup>[12]</sup>，通过提升国际司法的参与度提升中国对投资规则制定的声誉和话语权。

### 4.1. 中国与现行 ISDS 分配效应

现行的 ISDS 机制是一个有明显分配效应的机制，其创设之初就是以西方为代表的资本输出国用以维护投资者权益的工具。所以该机制对资本输出国、治理水平较高国、国际法律体系发达国家尤其有利。

反观中国，作为一个国内治理水平相对较高但法律队伍不够发达且投资双向流动大国，在现行 ISDS 机制下的利益衡量具有复杂的特征。

<sup>7</sup> 参见：单文华团队，关于联合国贸易法委员会 ISDS 改革系列工作文件的评论意见书上诉机制部分：据统计，ICSID 登记的撤销请求获得支持的案件只有 15 个，在这 15 个案件中，除了 Amco 诉印度尼西亚，Klöckner 诉喀麦隆和 MINE 诉几内亚三个案件是根据投资合同提起仲裁外，其余都是根据双边投资协定或自由贸易协定提起的，但其中只有 TECO 诉危地马拉一案所依据的 2005 年《中美洲自由贸易协定》在形式和内容上借鉴了《北美自由贸易协定》和美国 2004 年投资协定范本，在实体和程序规定方面较为完善。其余案件所涉及的 9 个投资协定在内容上都十分简单。

据统计,截至2019年底,以中国作为被申请人的已公开的国际投资仲裁案共有4起,均是根据中国对外签订的双边投资协定提起。其中1起案件和解,1起案件被仲裁庭“早期驳回”,1起案件进入实体审理阶段,1起案件处于管辖权争议阶段[13]。

另一方面,中国投资者作为申请人提起的国际投资仲裁案共有10起。其中,5起案件在程序尚未进入实体审理阶段的情况下便已终结,5起案件进入实体审理阶段。10起案件中,7起是根据中国对外签订的双边投资协定提起,1起是根据香港地区对外签订的双边投资协议提起,另2起由渣打银行(香港)提起的案件依据投资合同提起。7起根据中国对外签订的双边投资协定提起的案件中,仲裁庭仅在3起案件中明确认定其对相关争议享有管辖权,这其中1起案件达成和解(北京城建诉也门),1起案件中投资者获得了胜诉的实体裁决(谢业深诉秘鲁),1起案件中投资者在实体审理阶段未得到支持(Sanum诉老挝)。仲裁庭在2起案件中明确认定其对相关争议不享有管辖权(中国平安诉比利时、北京首钢诉蒙古),1起案件刚开始即终结,另有1起案件尚在不分步审理中。分析数据可知,我国对外投资具有一定的危险性。这主要由于中国在投资目的地上以亚洲国家为主(占63.0%),这些地方的投资面临法律危险较大,存在大量政治不稳定的风险。另外现今正值高风险投资时期,中国海外投资,特别是国有企业的海外投资,面临着高危风险,这已经是不争的事实[3]。

比较两类数据我们发现,得益于我国较高的治理水平,目前我国面临的ISDS被诉风险可以控制在较低水平,总体来说处于“国强民弱”的利益态势:中国利用ISDS防守利益小于进攻利益[3]。

## 4.2. 中国的ISDS改革应对范式

结合目前的形势,平衡投资与引资的攻防利益,我国目前实质上可以看做是“资本输出国”。因此,侧重于保护资本输出国利益的ISDS现有机制对我国较为有利。故改革的方向上,大刀阔斧地搭建国际投资法庭将使我国面临完全陌生的新一代机制,其是福是祸还未能得知。与其如此,选择渐进式地改革,提出“投资仲裁上诉机制”建设,让我国投资者与政府在熟悉并相对有利的制度环境中发展是更加符合我国利益的。这个观点恰好也和中国呈递UNCITRAL第三工作组的提案不谋而合。

另外,在选择多边路径时应预测和评估中国对本国仲裁员的输送能力,以及不同路径所采纳的仲裁程序规则是否符合中国的现实国情[14]。一方面,我们要抓住此次改革的机会,培养并向ISDS机制输送更多的中国仲裁员,维护我国利益诉求,另一方面,考虑到目前我国投资法领域内“国强民弱”的具体国情,中国的议价能力会远远高于投资者,因此在上诉机制中有助于发挥国家作用的机制应当获得我国支持(如与条约缔约方对话机制等)。

最后,ISDS机制毕竟创设于西方,ICSID总部设在华盛顿,同时目前美国又作为被诉方几乎未在ISDS机制中败诉,这不得不引起我们的忧虑。因此,构建以中国为中心的ISDS机构是有效的应对之策,这也是掌握ISDS先机的重要抓手[1]。在一带一路的春风下,我国在这方面已有涉足:2016年10月26日,深圳国际仲裁院发布2016版《SCIA仲裁规则》,其中第2条第2款明确受理ISDS案件。

## 5. 结语

当前ISDS机制正逢变局,“均衡自由主义”的国际投资法体系背景下,上诉制度改革无论是制度需求还是制度供给都得到满足,其实现只是时间问题。上诉机制作为新一代国际投资法规则,其程序设计与规则安排在设立之初有很大的讨论空间,找到兼顾我国利益与国际公益的进路是国际投资法学者应该努力的方向。中国作为新兴资本输出国与投资双向流动的大国,在新一代国际投资规则中具备自身特殊的利益诉求,在认清ISDS分配机制的前提下,应顾全我国利益并兼顾国际公益,推进ISDS上诉机制改革,坚持“常设上诉机制”的进路,积极谋求缔约国在仲裁机制中的参与度与话语权;在一带一路的倡

议下积极构建以中国为中心的 ISDS 机制是中国应对 ISDS 改革变局的应有之策。

## 参考文献

- [1] 梁咏. 国际投资仲裁机制变革与中国对策研究[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2018(3): 160-172.
- [2] Franck, S.D. (2005) The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, **73**, 1521.
- [3] 单文华, 王鹏. 均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析[J]. 西安交通大学学报(社会科学版), 2019, 39(5): 20-28.
- [4] 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): 99-112.
- [5] 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, 31(5): 122-130.
- [6] 魏艳茹. 论国际投资仲裁的合法性危机及中国的对策[J]. 河南社会科学, 2008(4): 140-142.
- [7] 丁晓雨. ISDS 上诉机制的构建问题研究[D]: [博士学位论文]. 北京: 对外经济贸易大学, 2018.
- [8] Langford, M., Behn, D. and Lie, R.H. (2017) The Revolving Door in International Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law*, **20**, 301-332. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>
- [9] Shan, W. and Wang, P. (2018) A Matrix Analytical Framework for Investment Disputes and Their Settlement. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, **33**, 629-652. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siy018>
- [10] Shan, W. and Zhang, S. (2014) Market Access Provisions in the Potential EU Model Bit: Towards a “Global bit 2. 0”? *The Journal of World Investment & Trade*, **15**, 422-453. <https://doi.org/10.1163/22119000-01504005>
- [11] 王彦志. 中国在国际投资法上的身份转换与立场定位[J]. 当代法学, 2013, 27(4): 131-138.
- [12] 邓瑞平, 周亚光. 博弈与协调: 构建多边投资规则的中国方略[J]. 现代法学, 2015, 37(5): 159-169.
- [13] 池漫郊, 任清. 中国国际投资仲裁年度观察(2020) [J]. 北京仲裁, 2020(2): 1-47.
- [14] 王燕. 国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争[J]. 环球法律评论, 2017, 39(2): 179-192.