

ISDS机制司法化改革的困境与发展

方梓浩

暨南大学法学院/知识产权学院, 广东 广州

收稿日期: 2025年10月27日; 录用日期: 2025年10月30日; 发布日期: 2025年11月27日

摘要

ISDS作为国际投资争端解决的重要机制之一, 其迎来了制度发展的转折点, 其中构建ISDS上诉机构的发展模式则备受关注。而欧盟所推出的“多边投资法庭”也正好符合这一趋势, 结合英美法体系的“先例原则”给予该项制度的理论基础, ISDS机制的司法化改革方向似乎是未来ISDS的发展方向。但ISDS司法化改革的困境也在于此, 先例原则在国际法中并没有正当的法律依据; 而上诉机制的建立尚未在国际投资争端解决机制的改革中获得一致的共识。ISDS司法化改革两大核心在面临合法或实施的困境下, 需要从中找出解决路径来深化ISDS的司法化改革, 促进ISDS机制的革新和进一步发展。据此, 需要就ISDS机制司法化改革中所依靠的主要原则和制度建设进行分析, 旨在为ISDS司法化改革的顺利推行找到合适解决方案和倡导建议。

关键词

ISDS, 司法化改革, 先例原则, 上诉机制

The Dilemmas and Development of the Judicialization Reform of the ISDS Mechanism

Zihao Fang

Law School/Intellectual Property School, Jinan University, Guangzhou Guangdong

Received: October 27, 2025; accepted: October 30, 2025; published: November 27, 2025

Abstract

As one of the important mechanisms for resolving international investment disputes, ISDS is experiencing a turning point in its institutional development, with significant attention on the development model for establishing an ISDS appellate mechanism. The European Union's proposal of a

“Multilateral Investment Court” fits well with this trend, and, combined with the “principle of precedent” from the common law systems of the UK and the US, provides a theoretical foundation for this system. The judicialization reform of the ISDS mechanism appears to be the future direction for its development. However, the challenges of judicializing ISDS lie in the fact that the principle of precedent has no proper legal basis in international law, and the establishment of an appellate mechanism has not yet gained unanimous consensus in the reform of international investment dispute resolution mechanisms. The two core aspects of judicializing ISDS, when facing legitimacy or implementation difficulties, require identifying solutions to deepen the judicial reforms of ISDS and promote the innovation and further development of the ISDS mechanism. Accordingly, it is necessary to analyze the main principles and institutional constructions upon which ISDS judicialization reform relies, aiming to find suitable solutions and advocacy recommendations for the smooth implementation of ISDS judicialization reforms.

Keywords

ISDS, Judicialization Reform, Principle of Precedents, Appeal Mechanism

Copyright © 2025 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. 问题的提出

作为国际投资争端解决的核心机制，投资者－国家争端解决机制(ISDS)自 20 世纪 60 年代至今一直发挥着重要作用，其通过对大量投资者与国家因投资争端而产生的案例及仲裁庭对于投资实体条款的解释，不断推动着国际投资法的发展和创新。然而迈入 21 世纪 ISDS 机制逐步显露其局限性，临时仲裁庭的组建、不同仲裁员对同一投资实体条款的不同解释以及稳定判例体系的缺乏导致同一投资争议类型出现裁决不一致现象的出现，如 *Lauder 诉捷克案* 和 *CME 公司诉捷克案* 中两个案件就东道国捷克是否存在间接征收及违反公平公正待遇条款(FET)的认定上伦敦与斯德哥尔摩的仲裁庭对同一事实作出完全相反的裁决结果；¹以及在瑞士通用公证行 *SGS 就双边投资协定(BITs)中“保护伞条款”* 的适用争议分别在诉巴基斯坦与诉菲律宾案中中得到不同解释。²对投资实体条款的解释及裁决结果的不一致让 ISDS 置于合法性危机之中，如何解决仲裁庭对 BITs 等投资条款的统一解释、仲裁时限的冗长以及仲裁庭的组成等问题则成为 ISDS 机制改革的缘起。有学者指出，可以《ICSID 调解规则》为根据在建设 ISDS 调节机制来取代仲裁程序成为 ISDS 的新核心[1]；有学者认为可在投资争端进入正式程序前设立“争端前预防”机制以释放 ISDS 机制的灵活性和适用性为 ISDS 机制改革带来新的可能[2]。而在 ISDS 机制众多改革方案呼声最为强烈的则是以先例原则为理论根基、以上诉制度为实施框架的司法化改革方案，该改革方案在一定范围内得到初步认可并得以让 ISDS 机制长久存续[3]。但新的问题随之诞生：普通法系与大陆法系下对先例原则的解读应当如何运用到 ISDS 机制司法化改革当中？先例原则在适用时是否能找到国际法依据以支撑 ISDS 机制司法化改革的正当性？而上诉机制在当下的国际投资争端机制中能否被现有规则所兼容从而发挥出应有作用？上述问题让 ISDS 机制司法化改革面临新一轮的困境；而如何回应并提出解

¹See Ronald S. Lauder v The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001; CME Czech Republic BV v The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003.

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/35/lauder-v-czech-republic>.

²See SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6. <https://www.italaw.com/cases/1018>.

决方案，则是 ISDS 机制司法化改革得以进一步发展的关键所在。

2. 先例原则在 ISDS 机制司法化改革中的合法性

ISDS 机制司法化改革的目的是仿照司法审判体系建立起一套稳定、可持续的投资仲裁裁决机制，而先例原则是将该目标转化为具有实践可能的理论根基。因此需要明晰先例原则在司法化改革下的具体内涵，探讨其应当单一地遵循英美法系或大陆法系的解释，抑或通过新的概念赋予其正当性；同时研究先例原则在国际法体系下是否存在正当的法律依据以能够被合理使用到 ISDS 机制司法化改革当中。

（一）司法化改革下先例原则的基本内涵

在辨析 ISDS 机制司法化改革下先例原则的具体内涵，须首先知悉其内容。在构成上，先例原则包含对判例的确定、适用和撤销，此外先例原则指导着上诉机制的确立和对法庭援引先例的限制，为上诉机制具体框架的设定奠定基础^[4]。对判例的确定意指法官援引先前判例作为案件审判依据时该先例哪一部分将会成为判案依据。这一确定源自判例本身的构造，其分为事实认定和法律援引两大部分，分别指向对待证事实的认定和对法律规则的解释说明，后者才是需要被确定的部分。因此确定该先例的法律援引部分是确定判例的第一步。³

第二步则界定该先例所涉及的投资法律规则并分辨该法律规则是否与当下进行审判的案件所涉及的法律规则一致。例如仲裁庭在处理一件投资者与东道国就公平公正待遇这一投资实体条款所产生的投资争端案件时，仲裁员所援引的先例的法律部分若是关于征收条款豁免例外的适用，基于解释对象的不同，该被援引的判例则无法作为现被审理案件的“先例”^[5]。一旦确定判例，接下来则是对该先例予以适用^[6]。适用先例并非简单地将法律援引部分全部放置在当下仲裁判决之中，而是要根据不同情况选择性地适用不同等级和类别的先例。在先例原则构建的体系下，众多先例会根据仲裁机构位阶层级的不同以及同一裁决主体在不同时间维度先后做出的判例被划分为“纵向先例”和“横向先例”。“纵向先例”较为简单，在上诉机制下初审仲裁庭须严格遵循上诉仲裁作出的先例并予以适用；而“横向先例”的适用则存在一定的争议。上诉仲裁庭作为更高层级的裁决主体，在以往先例裁决结果皆准确无误的情形下并不会存在障碍；但倘若遇到裁决结果错误的先例时上诉仲裁庭是否仍要坚持先例原则对该先例予以适用？换言之，这种“横向先例”的存在是否会对上诉机构的审理形成一定的限制，从而无法任意地去推翻自身先前所作出的判决^[7]。从正面来看，“横向先例”的出现使得上诉机构需要始终保持更为审慎的态度去适用和解释有关投资协议和实体条款，在约束上诉机构的同时确保了 ISDS 能够在先例原则的指导下稳固判例的一致性^[8]。但若上诉机构先前所作出的判例的确无法用于援引到当下争端案件的解决和审判时，应当采取何种方式去改变这一情形？此时则涉及判例的撤销，更确切地说是将错误的先例确认无效，否认其具备法律适用的效力，从而达到拒绝适用的目的，排除错误先例并消除其所带来的不利影响。鉴于保持先例稳定性和维护仲裁机构权威性的需要，判例的撤销有且仅有三种适用情形：“缺乏理由的先例”、“理由有缺陷的先例”以及“前后不一致的先例”。缺乏理由指该先例判决的法律部分缺乏充足的客观事实依据和法律条款支撑，让该先例处于真伪不明的假设立场当中，不具备被援引的价值。上诉机构可通过确定该先例无效的方式达到撤销该先例的效果，不再适用该先例。其次是缺乏理由的先例，主要指先前仲裁庭对该先例法律部分进行阐述时其解释违反《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties, 以下简称“VCLT”)中有关条约解释的规定。最后是前后不一致的先例，指上诉机构在援引该先例作为审理依据时，发现该先例所对应的客观事实与现正审理案件的客观事实不尽相同，事实上的差异致使两者不存在参考或援引适用的空间，间接否定了前例的法律效力。

³Larry Alexander, “Precedent: The What, the Why, and the How” in Timothy Endicott, Hafsteinn Dan Kristjánsson and Sebastian Lewis (eds), *Philosophical Foundations of Precedent* (Oxford University Press, Oxford 2023) 11-20 at 11.

(二) 先例原则在效力层面上的定性

从字面意思上看,先例原则与英美法系的遵循先例“*stare decisis*”似乎并无二致,然而上述对先例原则的介绍更符合大陆法系下恒定判例“*jurisprudence constante*”的定义,就此需要对先例原则进行性质上的明确与界定,旨在保证先例在国际投资争端解决中的持续性、有效性使用。

定性问题的重点在于先例是否具备规范意义上的约束性效力,亦或者这些先例的存在只是对后续案例的裁决起到示范性的说服作用。在以往的国际投资争端实践中,先例往往被视作一种辅助性的手段为仲裁庭的裁决决策提供有说服力的参考意见[9]。如在 *CMS 诉阿根廷案* 中仲裁庭认为先例“会使得仲裁庭的工作更加容易”;⁴ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. 诉埃及案* 中仲裁庭同样指出“会仔细考虑其他仲裁庭合适的裁决”。⁵但随着先例在国际投资仲裁中的不断适用,其效力从说服力逐渐开始发生转变并具备规范性效力。在 *Saipem 诉孟加拉案* 中仲裁庭说道“除非有令人信服的相反理由,仲裁庭有义务采纳一系列一致案例中所建立的解决方案”;⁶随后在 *Glamis 诉美国案* 中仲裁庭进一步强调每一个先例对后来仲裁庭作出裁决时所带来的系统性影响。⁷先例在效力性质上的转变意味着先例在事实层面上经过众多投资仲裁实践已然具备一定的权威性和解释性,仲裁庭对相似案件运用相似投资条约进行审判时会导入特定规则的解读并详细阐述背后的使用分析并在最终裁决上援引这类先例[10]。规范性效力在投资仲裁实践中的不断延续则限制后续仲裁庭对同一投资条约进行非常理解释,逐步影响仲裁案例在裁决结果上的一致性为 ISDS 机制整体带来了可预见的稳定性。这一趋势恰好与大陆法系恒定判例所追求的“恒定法理”目标相同。不管先例本身是否具有效力,都不会影响 ISDS 机制在司法化改革中欲建立的“稳定的仲裁体系”,赋予先例以“纵向”、“横向”之分旨在更好地为司法化改革提供更为坚实的理论框架并为后续上诉机制的确立给予正当性说明;而仅具备“说服力”的先例无法有效约束仲裁庭对争议条约解释权的行使,不利于 ISDS 机制司法化改革的既定目标。因此从本质上,ISDS 机制司法化改革下的先例原则更加偏向于“恒定判例”并以此作为指导纲领。而“遵循先例”推动先例原则的后续实践,维护法律秩序的稳定[11]。

(三) 先例原则在国际法体系下的合法性困境

正如先例原则在 ISDS 机制司法化改革的首要地位,司法化改革的首要问题,是关于先例原则在现有国际法规则下的合法性,更直接地探讨则是关于援引先例在国际法中的认定和法律依据的找寻。事实上,判例是否可直接作为一种国际法的表现形式,或成为国际法的渊源,在传统的国际法学说里其只是被认定为一种“确定”规则的“辅助性手段”。但是在国际投资法中,与投资相关的重要实体条款如公平公正待遇条款的情形认定以及征收条款下间接征收的判断及豁免情形的判定,都离不开仲裁庭在实践审理活动中对条款的解释,判例的产生使得投资实体条款更加完整并不断被赋予新的含义[12]。所以先例的使用在国际投资法领域特别是在 ISDS 机制司法化改革的框架下则存在着争议,先例原则也在该背景下陷入了合法性的困境。

具体而言,先例原则的困境在于没有直接且明确的法律依据支撑其能够被审判者们用于现实的投资争端解决个案中。《国际法院规约》第 38 条第 1 款规定了有关法院在审理案件中适用的国际法范围,其中第 38 条第 1 款的第(d)条将“司法判例”纳入其中,可说明司法判例在国际法体系下存在被认可的可能性;而后面“作为确定法律原则之补充资料”的说明却将先例等司法判例的用途归入到“辅助资料”中。

⁴CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/08, Award, May 12, 2005, para. 72.

⁵Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, para. 131.

⁶Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No.ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, March 21, 2007, para. 57.

⁷Glamis Gold, Ltd v. The United States of America, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, para. 8-9.

⁸尽管第 38 条第一款的第(d)条的规定并未直接言明先例等司法判例可直接作为法院审理案件的依据, 但该规定的前半部分却能够说明司法判例在国际法院实践以及国际争端解决中的重要作用, 间接上认可了其在司法审判中的地位[13]。作为国际法院的运行细则, 《国际法院规约》第 38 条第 1 款的规定无疑确立了法官在具体案件审理过程中适用的法律依据, 判例依照规定并不能直接成为审理案件的法律渊源; 但规定本身所具有的留白赋予了判例在司法实践中的存活空间, 先例等司法判例可以通过法官对该条规定的解释, 间接成为司法者判案的依据。⁹ 这种前后冲突的矛盾与可操作性, 使得先例在国际争端解决实践中存在一定的适用性, 但司法者并不能直接将其写在裁决文书中, 先例的合法性也正是在国际法规则与司法审判现实的碰撞中不断被审视和解释, 却无法得出一个确凿的最终论证。先例原则合法性的首要困境, 即为国际法适用渊源的缺失。

合法性的问题同样出现在国际投资法中。《关于解决国家与他国国民间投资争议公约》(The International Center for Settlement of Investment Dispute, 以下简称“ICSID 公约”) 的第 42 条第 1 款中有关“国际法”的定义, 其执行董事会的报告中解释到“国际法”一词应理解为《国际法院规约》第 38 条第 1 款所包含的意义, 这一解释意味着至少在国际投资的争端解决方面, 仲裁庭在《国际法院规约》框架下进行, 对于国际法渊源的界定也跟随着国际公法的理论学说; 而 ICSID 公约的第 42 条第 2 款规定: “仲裁庭不得借口法律无明文规定或含义不清而暂不做出裁决”, 这一规定则对第 42 条第 1 款的规定进行补充解释, 即仲裁庭不得以条约条款或法律条文的不明确而拒绝作出裁判, 需要寻找合适的裁判依据来对案件进行审结。事实上, 第 42 条第 2 款的规定在另一层面强调了先例的重要性, 即仲裁庭在面对案件审理依据不确定的情况时, 不能以《国际法院规约》第 38 条第 1 款对司法判例的定义来完全否决裁决先例的司法适用性, 如若存在合适的类案先例来帮助审判者作出裁判那么审判者可直接使用先例作为其裁决的依据。ICSID 公约的规定间接强调了先例的重要性, 而国际投资实践离不开先例的指导, 这使得先例在国际投资领域中具有举足轻重的地位[14]。但碍于无明确的法律规定, 先例原则无法直接在国际投资争端解决的过程中得以适用。

综上, 先例原则的重要性在国际投资领域中不言自明, 其提供了后续司法制度创设的理论基础, 同时又强调先例在国际投资争端解决中的重要地位, 甚至可以直言“先例补充并强化了投资仲裁审理中的其他参考要素”[15]。然而先例原则不得不面对其在国际法体系下的合法性问题, 需要为先例原则寻觅一个正当且合逻辑性的说辞, 才能让先例原则为 ISDS 机制司法化改革提供稳定的法律环境。

3. 上诉机制在司法化改革过程中的实施困局

本文第二部分对 ISDS 机制司法化改革的首要核心“先例原则”进行分析, 指出先例原则在司法化改革下的重要性及其伴随而来的合法性危机。本部分则重点阐述司法化改革的第二个核心, 即上诉机制的设立。上诉机制作为 ISDS 机制司法化改革的核心要点之一, 其亮点便在于对原有仲裁庭的制度结构作出改变, 设立上诉机构来为投资者提供救济渠道, 保证投资仲裁结果的正当性。

(一) 上诉机制在 ISDS 机制上的制度创新

谈及 ISDS 上诉机制的建立, 最具代表性的则是以欧盟为主导的“多边投资法庭”这一上诉机制形式。多边投资法庭作为近来 ISDS 司法化进程的改革方案, 一直备受关注, 尤其是欧盟大力在国际投资条约中推行该种上诉机制, 使得多边投资法庭逐步成为当下国际投资争端解决机制变革的重点[16]。尽管多边投资法庭由欧盟所倡导, 但其起源却可以追溯该制度真正的发起者——美国。其在 2004 年的双边投资条约(Bilateral Investment Treatment, 以下简称“BIT”) 范本中便加入了 ISDS 上诉机制, 成为世界上第一

⁸International Law Commission, Report on Identification of Customary International Law, UN Doc. A/CN.4/L. 2016, p. 876.

⁹AWG v. Argentina, UNCITRAL, Decision on Liability (30 July 2010), para. 189.

个考虑在条约实践中纳入投资仲裁上诉机制的国家。¹⁰然而在将上诉机制加入到 BIT 范本后,美国并未真正落实该上诉机制,也让该机制一直处于理论和实践预备阶段,无法获得有效运作。直到欧盟在 2015 年与美国的《跨大西洋贸易与投资伙伴关系》的谈判加入了投资法庭系统、2016 年与加拿大签订《欧盟-加拿大全面经济与贸易协定》投资仲裁上诉机制才得到了突破性的实质性进展。随后欧盟更进一步提出多边投资法庭这一上诉机制,打破由双边投资条约体系下的封闭性争端解决机构,转而建立一个常设性的多边投资国际法院[17]。就此,本文以多边投资法庭为范式,讲解有关上诉机制的具体规则。

诚如“上诉”二字,多边投资法庭分有初审法院和上诉法院:初审法院就投资争议双方提出的赔偿请求及事实依据进行审理并出具裁决书;上诉法院则针对初审法院的裁决进行审查,并作出修改或撤销的决定。上诉法院的存在使得投资者或东道国面对不合理的裁决时获得法律上的救济[18]。区别于以往的 ISDS 机制,多边投资法庭审判人员的构成不局限于签订投资条约的双方,其包含了欧盟、美国及第三国选任,投资者无法干涉审判庭的成员。¹¹就有关多边投资法庭的法官资格,其要求法庭法官须在其国内任有司法公职,且须是被公认的国际公法领域的法学专家,并在任职方面考虑到利益冲突,其禁止法庭法官在任职期间不得兼有其他职业。¹²法庭法官选任上的严苛要求,赋予了多边投资法庭更多的公正性和透明性[19]。同时在审理程序上,多边投资法庭规定了初审裁决作出之后的上诉规则,包括在初审裁决发出之日起 90 日内一方选择上诉的,初审裁决便不再生效。¹³且上诉法庭须在受理上诉之日起 180 日(若有特殊情况可延长至 270 日)内完成上诉裁决,提高了案件审理的效率。公正与效率的兼顾使得多边投资法庭能够在相对较短的时间内解决案涉双方的投资争端,可有效改善 ISDS 以往所被批判的审理期限过久的问题。最后,上诉法庭在审理初审裁决时不局限于对案涉投资条款方面的法律争议,其可对初审裁决的事实部分进行重新认定,对初审裁决的错误之处完成全方位的审查。

多边投资法庭的确立,相比于现有的 ISDS 争端解决机制有着明显的制度优势:多边投资法庭可解决以往 ISDS 因临时仲裁庭的随机性导致的裁决不一致的问题,初审法庭和上诉法庭两大层级确保审判的一致性和公正性[20]。其次多边投资法庭程序上的高透明性,给予了争议双方明确的案件审理过程,并提高了公众参与度,从程序上保障了投资仲裁结果的公正性[21]。最后是关于法官的任职资格,法官再由双方临时选择,而是由其背后的国家和第三国选任,最大限度排除了国家对法官选任的影响,保持了法庭法官的中立性和公正性。这些制度上的革新为 ISDS 机制带来了新的活力,打破以往 ISDS 机制的旧有桎梏。

(二) 上诉机制在现有 ICSID 规则下的兼容性

以多边投资法庭为范式的上诉机制,针对 ISDS 机制的旧有痼疾做出了新的规定,展现出司法化改革为 ISDS 机制所带来的潜力。然而新的问题也随之发生,在建立了新的 ISDS 上诉机制之后,并非完全替代其他的国际投资争端解决平台,平台之间的相互承认往往是新的机制在实施阶段的核心要点。而回顾当今的国际投资争端解决平台,与 ISDS 上诉机制关联最为密切的则是有关多边投资法庭在现有国际投资争端解决机制下的兼容性问题,即 ISDS 上诉机制所作出的仲裁裁决在现有 ICSID 规则下是否能够被认定为有效裁决[22]。裁决的有效性认定十分重要,因为其关涉到多边投资法庭裁决在国际投资争端解决

¹⁰2002 年,美国国会通过了《美国贸易法》,授予美国政府行政部门的贸易促进权,并就外商投资确立了一些谈判目标。其中包括根据美国自由贸易协定谈判投资争端上诉机制的目标:“……规定了一个上诉机构或类似机制,以便为贸易协定中投资条款的解释提供一致性……”。根据该法案,2004 年美国 BIT 范本和随后的一些美国自由贸易协定加入了上诉机制。例如《美国-新加坡自由贸易协定》中关于双边上诉机制的可能性信函交换(2004 年)、《美国-智利自由贸易协定》的附件 10-H (2004 年)、《美国-摩洛哥自由贸易协定》的附件 D。

¹¹TTIP 建议文本与 EVFTA 规定上诉法庭由 6 名成员组成,其中欧盟成员国、美国(越南)及第三国民各 2 名。CETA 规定上诉法庭的成员由 CETA 联合委员会(Joint Committee)确定。

¹²TTIP Proposal, Art.9(2). EVFTA, Art.13(7). CETA, Art.8.27(4).

¹³TTIP Proposal, Art.28(6)-(7).

平台内是否能被承认并执行,更深一步则是关于多边投资法庭是否能够被现有的国际投资争端解决机制所包含[23]。作为ICSID的成员国,欧盟大力推行多边投资法庭这一ISDS上诉机制的行为须回归到其所属的ICSID框架下进行制度上的兼容性分析[24]。

现有的ICSID规则规定了有关其他争端解决机构所作裁决的认定。ICSID公约第53条就规定了在公约的范围内只承认由ICSID所作出的仲裁裁决,其余的上诉举措或任何补救办法一概不予接受。¹⁴第54条则规定了仲裁裁决一经作出则在缔约国境内发生法律效力。封闭式的规定使得只有ICSID公约的缔约国和只有在ICSID框架内进行审理的仲裁裁决才具有法律上的效力,并能够得以推动有关裁决作出后的执行。如此,ISDS上诉机制就算是由ICSID的缔约国所参与,但因其裁决未在ICSID平台内作出,裁决结果也不会得到ICSID规则的承认。以多边投资法庭为例,欧盟欲构建的上诉机制本质上是与其他国家通过诸多BITs以及自由贸易协定所确立的投资争端解决机制,并未经过ICSID的程序规定和认证,属于ICSID范围之外[25]。就此,多边投资法庭在现有ICSID规则下的兼容性,目前可得出初步的论断,即欧盟所主导的ISDS上诉机制与现有的ICSID规则相冲突,无法通过既有规则而将其纳入到ICSID中。

ISDS上诉机制的实施困局,不仅局限于与现有ICSID规则的冲突,更有多边投资法庭背后的条约与ICSID框架之间的兼容性问题[26]。如前所述,欧盟ISDS上诉机制的号召,是基于其与世界上的部分国家签订了BITs及其他贸易协定所成立的一项崭新的国际投资争端解决机制,存在于ICSID框架之外;而ICSID是现在国际投资争端机制下的中心机构,众多投资者和东道国仍会选择在ICSID这一机制下解决争端。ICSID背后有着国际性的公约予以支持,即使是对ISDS机制进行改革,也无法摒弃ICSID这一既定争端解决机制,这一选择也符合国际争端解决机制“中心化”的总体目的[27]。改革的方向也正是向“中心化”靠拢,排除临时机构和零散投资协定所带来的“去中心化”影响[28]。尽管欧盟多边投资法庭正逐步成为ISDS机制改革的首要选择和可行路径,但欧盟这一改革背后所依托的,是其与其他部分国家所签订的BITs,这些BITs并未形成一个有效的区域性国际投资条约,也未在一定区域内形成稳定的新的争端解决机构。零散的多边投资法庭在理论上的优越性并未在实践中完全地显现出来,且ISDS上诉机制背后BITs的零散与“中心化”相背离,与ICSID机制的系统性存在差距。即使是在多边投资法庭这一争端解决机制议论已然成熟的背景下,投资者和东道国仍要面对这一困境:当他们想要通过一个稳定的争端解决机构来寻求救济时,会发现存在着两个截然不同的机制,且两大机制之间互不认可,解决结果的承认与执行将会在两个机制之间处于停滞的困局当中。ISDS上诉机制的困境正是如此,在多元化国际争端解决机制共存现状下,需要以何种方式来稳固上诉机制在国际投资争端解决中的地位,则留有疑问[29]。

ISDS上诉机制的实施困局,主要在于上诉机制的设立不同于以往的ISDS机制,而多边投资法庭在ICSID规则下的兼容性又代表着ISDS司法化改革在实际应用中将要考虑与现有规则的衔接和与其他规则体系的统一[30]。至此,如何去解决ISDS司法化改革中的困境,则成为ISDS司法化改革是否能顺利推行的关键。

4. ISDS司法化改革困局的解决路径与未来展望

尽管ISDS的司法化改革在现实推进中会面临一些“难以逾越”的鸿沟,但就具体原则和制度的制定上,ISDS机制仍可以通过一些既定的举措或者建议来将司法化改革的部分成果先行落实下来[31]。就目前而言,司法化改革成果的落实可包括对先例原则的认同以及对上诉机制部分程序性事项的确定。

(一) ISDS司法化改革下先例原则的合法化路径

¹⁴另见ICSID公约第26条:“除非另有说明,根据本公约仲裁当事人的同意应被视为同意此类仲裁而排除任何其他补救。”

先例原则在 ISDS 机制司法化改革中的合法性困境前文已经道明, 只要先例原则在国际法体系下尚未存在明确的条文规定, 那么 ISDS 机制的司法化进程就无法得到进展, 因此就需要寻找将先例原则“合法化”的路径, 来坚实 ISDS 机制司法化改革的根基[32]。衔接《国际法院规约》第 38 条第 1 款的规定, “合法化”的路径不外乎为两种, 一是通过决议将先例原则明确在国际条约之中, 使其成为明确的条文规定; 二是将其成为一种“习惯国际法”, 获得世界各国的承认, 在另一层面上获得国际法体系下的“合法性”。

将先例原则以条约规定的形式确立下来无疑是最好的办法。从国际条约的实际制定过程来看, 由 ISDS 的内部组织来进行该项工作似乎是不错的方法。在国际实践中, 将技术性的规则起草工作委托给国际组织内的机构在国际条约的制定中是常见的做法, 譬如 ICSID 的内部组织行政理事会根据 ICSID 公约第六条的规定来负责起草有关 ICSID 管理的仲裁规则程序。¹⁵先例原则亦可以该种做法为蓝本, 在司法化进程中将先例原则的制定提议上报给 ISDS 负责起草的内部机构, 并将先例原则的制定工作委托给该机构进行[33]。但该方法存在程序上的难点: 一项原则若被制定到某一个国际条约中, 其势必要经过这个条约背后的缔约国的同意方可进行, 这项原则制定的提议至少需要数量上三分之二以上的缔约国的同意。而现实中各国面对各自在国际投资争端所面临的问题时, 基于本国利益考量的差别和政治利益的权衡, 同意将先例原则确立下来的决议并不能完全符合那些支持 ISDS 司法化改革的国家的期望, 如美国认为当下的投资争端解决机制符合本国利益, 在进行司法化改革的进程中仅支持部分改革, 对于将先例原则放至国际条约中这一程度的重大改革则不持积极态度[34]; 此外部分南美国家如玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉相继退出 ICSID 公约, 放弃 ISDS 机制。¹⁶因此, 若要采取该方法来确立先例原则, 政治上的考虑因素则成为 ISDS 司法化改革需要克服的重点之一[35]。

退一步的做法则是通过大量司法实践, 将先例原则形成一种习惯国际法, 间接成为一种被认可的国际法渊源从而获得合法性。《国际法院规约》第 38 条第 1 款有这一规定: “国际习惯, 作为通例之证明而经接受为法律者。”从文本解释和国际条约在国家间的承认来看, 国际习惯的形成通常以“通例+接受”即国家实践和法律确信两个环节来组成; 从国际法院的大量实例如 1969 年“北海大陆架”案、2012 年“国家管辖豁免”案等案件来看, 基本都采取了这一方式。¹⁷但随着国际法的发展, 逐渐出现了脱离传统认定方法的案例。以“环境影响评价规则”(Environmental Impact Assessment, 以下简称“环评规则”)的习惯国际法认定为例, 国际法院在认定环评规则为习惯国际法时采取的是“量变引起质变”的过程, 从请求书法庭对环评规则的否定一直到判决书中法庭对此予以书面上的“承认”, 其所展现出的国际习惯认定方法不同于先前国际法院以归纳或演绎的方式把特定法律规定通过《国际法院规约》第 38 条第 1 款的方式来予以确认, 而是一种崭新的“断定”方式, 即“司法造法”, 直接断定一项规则为习惯国际法[36]。“断定”方法无疑为认定先例原则为一项习惯国际法提供了最为直接且有效的路径, 但这种方法也存有缺陷。最为直观的缺陷, 是先例原则并不一定会被广泛适用[37]。一项国际规则如若通过断定的方式得以确立, 其效力也只会当事国之间存续, 倘若需要其他国家的承认, 则取决于其他国家对该判决的接受度以及该规则是否会与本国立场相冲突[38]。先例原则也是如此, 在国际社会中并非每个国家都沿袭或移植了英美法系, 不同的法律传统和发展情况指明先例原则在各国本土环境下并没有广泛的适用性。

¹⁵Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, done at Washington, 18 March 1965; 575 UNTS 159, art 6(1)(b).

¹⁶需要说明的是, 退出《ICSID 公约》并不等于完全退出 ISDS, 投资者仍可利用 UNCITRAL 规则等其他非 ICSID 仲裁。此外, 退出《ICSID 公约》和有关 BIT 的法律后果也曾是一个被激烈争论的问题。

¹⁷识别习惯国际法是国际法委员会自 2012 年起就在研究的一个专题, 该专题最终形成的 16 条结论草案和评注已于 2018 年在国际法委员会完成了二读。该专题成果表明, 国际法委员会充分肯定了“两要素”说: 在认定一项习惯国际法时, “国家实践”和“法律确信”这两个构成要素缺一不可。

但得益于国际投资法中众多的争端案例，数量上的优势表明通过断定的方式来确认先例原则“习惯国际法”的地位存在较大的可能性，一旦存在一个与先例原则相关的投资争端判例，那么此后仲裁庭就可以参照这一先例后续作出类案裁决或进行说理，扩大先例原则在国际投资争端解决中的影响力。就此，先例原则通过习惯国际法这一路径来获得国际法的合法性，则存在理论上的可行性和实践上的可信性。

(二) 上诉机制规则在司法化进程下的逐步确定

上诉机制的实施困局，在于上诉机制与现有 ICSID 规则体系的不兼容，以及上诉机制的建立基础与现有多元化的国际争端解决机制之间的平衡难题。兼容性问题的背后，本质是各国对 ISDS 机制司法化改革的立场不同^[39]。欧盟作为多边投资法庭制度的发起者，其必然大力倡导该项制度在 ISDS 中得到实施；但美国、日本等国家仍坚持在现有框架下进行国际投资交往互动；而以东南亚国家为首的新兴发展中国家主动与其他国家签订 BITs 等多区域性投资协定以最大化满足本国公共政策制定权的行使。各国对本土规制权的使用态度与促进国际投资流通之间的矛盾使得在大型区域内难以形成统一有效的国际投资争端解决机制。

结合上述，将上诉机制嵌入 ISDS 司法化改革当中存在较大的阻力，至少在整体上把上诉机制全部落实到 ISDS 当中是不现实的。然而，值得注意的是，尽管各国对于上诉机制未达成合意，但就上诉机制的部分规则，部分国家在未触及国家利益的底线上却达成了相对一致的共识。联合国贸易和发展会议(UN Trade and Development, UNCTAD)在《变动中的国际投资条约格局：新条约与政策新发展》中表明，新进国际投资条约在一些程序性事项，如提高仲裁员的公正性和专业性、提高仲裁效率、限制仲裁庭的救济权利(Remedial Power)等方面展示出较高的共性，体现出一定的国际共识。¹⁸2020 年初，联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)第三工作组公布上诉机构改革方案草案仲裁员行为守则草案，其内容在技术上相较于 2004 年 ICSID 的初步尝试有重大进步，体现出国际社会对 ISDS 上诉机构的创设的更深认识，ISDS 多边层面的改革又进了一步。¹⁹以上两个例子均说明在 ISDS 的司法化改革中，世界各国尽管在立场上存在差异，但在司法化改革中的制度设立在某些较为具体的规则方面做出了一定的让步并达成共识^[40]。部分程序性事项的一致共识可反映出各国对于上诉机制至少尚未怀有反对意见；就上诉机制在 ISDS 机制中的确立而言，某些具体细则的落实可为该项制度的真正落地打下基础，正如上述先例原则通过“断定”的方式逐渐成为一种习惯国际法一样，通过规则数量上的不断叠加，那么整体制度的落实便会迎来“质量上的转变”，即上诉机制存在着成为实际制度的可能性。同样地，上诉机制还可以通过诸多 BITs 的签订而逐步确定下来，通过投资协定当事国的群体范围不断扩大，从而形成一个投资争端解决新模式的“中心”。目前而言欧盟以 BITs 的形式将多边投资法庭制度与其他国家绑定并形成了一个“中心”；而随着上诉机制制度理论的不完善和发展，上诉机制的确立将会从与诸多投资争端解决机制的并行状况转变为“单一型”的国际投资争端解决中心。

5. 总结

ISDS 机制的司法化改革，是国际社会在面对 ISDS 旧有机制未能及时回应投资者与东道国解决投资争端的需求而必然产生的历史产物。在司法化改革下，新的 ISDS 机制以先例原则和上诉机制为核心，将

¹⁸UNCTAD. The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Development. 2020, UNCTAD.

<https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d4.pdf>, [2020-07-01] (2020-09-01)。该报告显示，在 2019 年新签订的 22 个 IIA 中，有 14 个包含了 ISDS 改革要素。签订此 14 个协定的成员涵盖欧盟、澳大利亚等发达经济体，中国、巴西等发展中国家以及布基纳法索等最不发达国家，其中只有巴西签订的 3 个条约排除了 ISDS。在未排除 ISDS 的 11 个条约中，有 10 个条约包含设置提交 ISDS 的时间限制的要素，位列第一，仲裁员选任制度改革次之，其余有关完善 ISDS 程序的要素也均存在于 7 个条约之中。

¹⁹UNCITRAL, Working Group III, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Appellate and Multilateral Court Mechanisms, January 20-24, 2020, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/113/57/PDF/V1911357.pdf>.

投资仲裁统一化、制度化、司法化,形成周密而符合逻辑的司法体系,呼应了国际争端解决机制改革下的“中心化”发展趋势以及对国际法治的追求。面对 ISDS 在司法化进程中所遇到的困境与难题,可参考借鉴习惯国际法将未定的改革方案以相对柔和的方式逐步落实到国际投资争端解决实践当中,并在此过程中不断发展和完善 ISDS 机制。作为国际投资争端解决机制的重要组成部分,ISDS 机制须通过司法化改革展现其应用的争端解决功能与便利性质,促进国际投资在全球范围内的正常活动,为世界经济发展注入“强心剂”。

参考文献

- [1] 孔庆江,于占洋. ICSID 新调解规则适用范围扩大的推动因素及阻力消解[J]. 国际商务研究, 2025, 46(3): 61-75.
- [2] 刘子婧. 面向争端预防的投资者-国家争端解决机制改革路径及其中国方案[J]. 经贸法律评论, 2024(3): 24-45.
- [3] 杲沈洁,肖冰. 国际争端解决机制的司法化困境及其改革进路[J]. 外交评论(外交学院学报), 2023, 40(5): 128-154+8.
- [4] Jarrett, M. (2023) ISDS 2.0: Time for a Doctrine of Precedent? *Journal of International Economic Law*, **27**, 41-53. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgad033>
- [5] Fyock, C. (2025) Getting “Real” about ISDS Reform: A Critical Realist View of International Investment Law’s Status Quo. *Journal of International Dispute Settlement*, **16**, 1-22. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idae027>
- [6] Núñez Vaquero, Á. (2022) Constitutive Rules of Precedent: A Non-Prescriptivist Account of Stare Decisis. *Revus*, **46**, 1-21. <https://doi.org/10.4000/revus.8560>
- [7] Legarre, S. and Handy, C. (2021) Overruling Louisiana: Horizontal Stare Decisis and the Concept of Precedent. *Louisiana Law Review*, **82**, 43-44. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3830660>
- [8] Lewis, S. (2021) Precedent and the Rule of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, **41**, 873-898. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqab007>
- [9] 陈云东,程丹萍. 国际投资仲裁确立先例的可行性分析[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2024, 37(5): 63-73.
- [10] 陈云东,程丹萍. 国际投资仲裁使用先例的合法性分析[J]. 重庆社会科学, 2024(4): 126-137.
- [11] 刘笋. 论国际投资仲裁中的先例援引及缔约国的干预和引导[J]. 法学评论, 2021, 39(3): 173-184.
- [12] Schill, S.W. (2011) Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach. *Virginia Journal of International Law*, **52**, 57-102.
- [13] Alvarez, J.E. (2009) A Bit on Custom. *New York University Journal of International Law and Politics*, **42**, 17-77.
- [14] Sweet, A.S. and Grisel, F. (2017) The Evolution of International Arbitration. Oxford University Press, 979-983.
- [15] Vadi, V. (2016) Analogies in International Investment Law and Arbitration. Cambridge University Press, 222-225.
- [16] 邓婷婷. 《中欧全面投资协定》ISDS 机制的中国方案研究[J]. 法学, 2025(1): 177-192.
- [17] Meunier, S. and Morin, J F (2017) The European Union and the Space-Time Continuum of Investment Agreements. *Journal of European Integration*, **39**, 891-907. <https://doi.org/10.1080/07036337.2017.1371706>
- [18] 肖灵敏. 投资者与东道国争端解决机制的改革模式研究[D]: [博士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2019.
- [19] 毕莹, 俎文天. 从投资保护迈向投资便利化: 投资争端解决机制的“再平衡”及中国因应[J]. 上海财经大学学报, 2023, 25(3): 123-137
- [20] 韩永辉, 谭舒婷. 改革意愿、议价能力与国际投资争端解决机制改革的路径选择[J]. 当代亚太, 2024(3): 108-134+165-167.
- [21] 唐海涛, 邓瑞平. 欧盟模式 ISDS 上诉机制: 革新与兼容性论析[J]. 湖北社会科学, 2019(9): 154-162.
- [22] 靳也. 投资者-国家争端解决机制改革的路径分化与中国应对策略研究[J]. 河北法学, 2021, 39(7): 142-158.
- [23] 桑远棵. 《中欧全面投资协定》ISDS 机制: 欧盟方案与中国选择[J]. 国际贸易, 2023(5): 66-73.
- [24] 李佳, 吴思柳. 双边到多边: 欧盟投资争端解决机制的改革和中国选择[J]. 国际贸易, 2020(9): 46-53.
- [25] 靳也. 投资者-国家争端解决机制的中心化与去中心化[J]. 江苏行政学院学报, 2025(1): 129-136.
- [26] 漆彤, 方镇邦. 投资者与东道国争端解决上诉机制改革的分歧与展望: 一个文献综述[J]. 国际商务研究, 2021, 42(6): 60-73.
- [27] Feldman, M. (2016) Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Paper.

- ICSID Review*, **32**, 528-544. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2713168>
- [28] 于占洋. ISDS 改革视野下国际多边投资争端解决中心的构建方案及实施路径[J]. 国际法与比较法论丛, 2023(0): 95-113.
- [29] 赵宏. 从“契约”到“准司法”——国际争端解决的发展进路与 WTO 争端解决机制改革[J]. 清华法学, 2023, 17(6): 108-123.
- [30] 肖军. 论投资者-东道国争端解决机制改革分歧的弥合进路[J]. 国际经济法学刊, 2021(2): 84-97.
- [31] Giannakopoulos, C. (2025) Paradigms of Justice and the Limits of ISDS Reform. *Journal of International Dispute Settlement*, **16**, 1-23. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idadf002>
- [32] Alvarez, J.E. (2021) ISDS Reform: The Long View. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, **36**, 253-277. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siab036>
- [33] Dang, M.A. (2024) ISDS Legitimacy Crisis: Is a Procedure Reform Enough? *The King's Student Law Review*, **16**, 12-23.
- [34] 池漫郊. 《美墨加协定》投资争端解决之“三国四制”: 表象、成因及启示[J]. 经贸法律评论, 2019(4): 14-26.
- [35] 张庆麟, 钟俐. 析《美墨加协定》之 ISDS 机制的改革——以东道国规制权为视角[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2019, 25(4): 41-50.
- [36] 邓华. 国际法院对习惯国际法的“断定”: 对象、手段和功能[J]. 法商研究, 2016, 33(3): 172-183.
- [37] Arato, J., Claussen, K. and Langford, M. (2023) The Investor-State Dispute Settlement Reform Process: Design, Dilemmas and Discontents. *Journal of International Dispute Settlement*, **14**, 127-133. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idad004>
- [38] 邓华. 国际法院认定环评规则为习惯法的路径、方法和局限[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2020, 42(7): 67-81.
- [39] 蔡从燕. 国家的“离开”“回归”与国际法的未来[J]. 国际法研究, 2018(4): 3-15.
- [40] Cheng, T. (2020) The Search for Order within Chaos in the Evolution of ISDS. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, **35**, 1-19. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa003>