

# 论《ICSID 公约》仲裁裁决撤销程序的局限性

韩秀丽\*

**摘要：**伴随《解决国家与他国国民间投资争端公约》（《ICSID 公约》）仲裁的日益增长及对该仲裁正当性的质疑，该公约框架下裁决的撤销程序得到越来越多的利用。本文基于考察该撤销程序的总体利用情况，指出其局限性，即撤销程序无法保证裁决的正当性和正确性，却使当事方陷于诉累，因此也无法实现争端方所追求的实质正义。最后本文从东道国的角度分析了对策考量。

**关键词：**《ICSID 公约》 仲裁裁决 撤销程序

关于《解决国家与他国国民间投资争端公约》（“《ICSID 公约》”）仲裁裁决的撤销程序，国际上的研究成果已经很多，尤其是近年来随着撤销案件的增多，这种研究更是方兴未艾。但是，由于中国在解决投资争端国际中心（ICSID）的实践有限，国内对此问题的研究也非常有限。<sup>①</sup>随着中国日益发展为海外投资大国，从而兼具资本输入国与输出国双重身份，中国海外投资者及中国政府对《ICSID 公约》仲裁主动或被动的利用也必然增加，ICSID 仲裁制度及其撤销程序将成为我们不得不面对的现实问题。本文欲从《ICSID 公约》仲裁裁决（“ICSID 裁决”）的局限性这一角度入手，探讨因应对策。

## 一 《ICSID 公约》仲裁裁决撤销实践全景及存在的问题

《ICSID 公约》的撤销程序是依据《ICSID 公约》第 52 条对基于该公约作出的仲裁裁决进行体制内救济的手段之一，<sup>②</sup>其他裁决后救济手段还包括补正（补充和修正）、解释、修

---

\* 厦门大学法学院教授、博士生导师。本文为教育部 2011 年度“新世纪优秀人才支持计划”（项目编号：NCET-11-0292）阶段研究成果，并获 2014 年度中央高校基本科研业务费项目（人文社科类）（项目批准号：20720140010）和教育部人文社会科学重点研究基地项目基金（项目批准号：11JJD820019）资助。本文最终截稿于 2014 年 3 月 5 日。

① 至本文截稿之日，以中国为被申请人的案件只有一个，即 *Ekran Berhad v. People's Republic of China* (ARB/11/15) 案，但该案不具有典型性，已于 2013 年 5 月 16 日终止。以中国投资者为原告的案件也只有一个，即 *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium* (ARB/12/29)，目前此案仍在审理中。关于对此问题的研究成果主要参见陈安主编：《国际投资争端仲裁——“解决投资争端国际中心”机制研究》，复旦大学出版社 2005 年版，第 214-260 页；魏艳茹：《ICSID 仲裁撤销制度研究》，厦门大学出版社 2007 年版；魏艳茹：《ICSID 仲裁撤销制度比较研究》载《商业研究》2004 年第 23 期，第 38-40 页。

② 在 ICSID 仲裁中，依据《ICSID 公约》的程序规则以及附加便利规则进行仲裁得出的最终裁决称为“award”，其他各种裁定称为“decision”，但只有依据《ICSID 公约》的程序规则作出的最终裁决可以适用撤销程序。

改。<sup>①</sup> 相比之下, 撤销程序是最极端的手段, 它需要成立新的完全不同的专门撤销委员会(“委员会”)来进行审理, 并可能产生使原仲裁裁决完全失去法律约束力的结果。因此, 相对于补正、解释和修改, 撤销程序具有根本性。ICSID 裁决作出后, 其性质是终局的并有法律约束力。<sup>②</sup> 但是任何规定皆有例外, ICSID 裁决即可因被撤销而丧失法律约束力, 从而使当事方的法律关系回复到初始状态, 即被撤销的裁决就如同没有存在过一样, 表现在对同一争端重新发起的仲裁之案号与原仲裁案号相同。<sup>③</sup> 由于 ICSID 裁决越来越多地被败诉方视为不公正的裁决, 因此, 越来越多的裁决进行到撤销程序阶段。需要强调的是, ICSID 撤销程序是《ICSID 公约》框架内的程序, 不同于国内法院在承认和执行其他仲裁裁决时的审查程序。由于 ICSID 仲裁制度不存在上诉程序, 撤销程序也就成了国际层面裁决债务人唯一的也是最后的救济手段。那么, 撤销程序的实际利用情况如何? 其存在的局限性或问题又是什么?

根据 ICSID 秘书处关于承办案件的统计数字, 从绝对数来看, 1971 年至 1980 年、1981 年至 1990 年、1991 年至 2000 年、2001 年至 2010 年及 2011 年至 2013 年, 被撤销的案件数分别为 0 个、3 个、1 个、8 个、1 个(共 13 个)。然而, 从这些数字并不能得出 ICSID 裁决被撤销成为一种趋势的结论, 因为, 在相应的时间段里, 根据《ICSID 公约》作出的最终仲裁裁决也在成几何基数增长, 分别为 4 个、9 个、18 个、96 个和 53 个(共 180 个),<sup>④</sup> 而只有仲裁庭作出的最终裁决才可能成为撤销申请的对象。补正的裁定因为成为原最终裁决的一部分, 因此也可以被申请撤销, 但是关于解释和修改的裁定则不能被申请撤销。可以认为, ICSID 裁决的撤销与对《ICSID 公约》仲裁制度的利用是成正比的。根据以上统计数字计算, 在 1971 年至 2013 年, 裁决的撤销率约为 7.2%。这也说明, 对于所谓不公正的裁决, 寄希望于 ICSID 撤销程序还是不太现实的。

另据 ICSID 秘书处的统计, 自 1966 年《ICSID 公约》生效至 2012 年 6 月 30 日, 被发起的撤销程序共计 53 个, 作出裁定的为 42 个。其中, 12 个全部或部分撤销, 18 个撤销申请被驳回, 12 个撤销程序被终止, 尚在审理中的为 11 个, 而同一时期, ICSID 作出的最终仲裁裁决为 150 个。<sup>⑤</sup> 据此, 首先, 当事方确实存在注重使用撤销程序的趋势, 表现在撤销申请率达到了 35%。越来越多的败诉方寻求通过撤销程序来推翻对自己不利的裁决, 这种现象反映了潮流效应 (bandwagon effect)。其次, 虽然 ICSID 裁决的终局性容易受到挑战, 但挑战成功的机率却较低, 表现在撤销率仅为 8%。所以, 撤销程序并不是一个容易成功利用的机制, 实际被撤销的裁决很

① 对于小的错误可以使用修正, 对于疏忽造成的遗漏可以进行补充。补充和修正要求必须在裁决作出后 45 天内提出, 而且只能由原仲裁庭进行, 并成为原仲裁裁决的组成部分。参见《ICSID 公约》第 49 (2) 条。对于裁决的解释存在争议而提出解释要求, 不受任何时间限制。为了承认和执行仲裁裁决, 对裁决的解释要作为裁决对待。只要可能, 解释应由原仲裁庭作出。参见《ICSID 公约》第 50 条。由于发现了新的事实, 且这些事实是决定性的(会影响裁决结果), 需要对原裁决进行修改。可在新的事实发现后 90 天内, 裁决作出后 3 年内提出修改申请。只要可能, 修改应由原仲裁庭作出。参见《ICSID 公约》第 51 条。

② 参见《ICSID 公约》第 53 (1) 条和第 54 (1) 条。

③ 例如, 艾默科 (Amco) 案的两个仲裁案号都是 ARB/81/1; 克鲁克纳 (Klöckner) 案的两个仲裁案号都是 ARB/81/2; 威望迪 (Vivendi) 案的两个仲裁案号都是 ARB/97/3。

④ ICSID: *The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2014 - 1)*, January 31, 2014, p. 17, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement142> (last visited March 5, 2014).

⑤ ICSID Secretariat, *Background Paper on Annulment For the Administrative Council of ICSID*, August 10, 2012, p. 13, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement113> (last visited March 5, 2014).

少。尤其是比较 2001 年至 2012 年 6 月期间 7% 的撤销率与 1966 年至 2001 年期间 13% 的撤销率，实际上撤销率未增反降，虽然从绝对数上看，申请撤销和被撤销的案件都增多了。

根据笔者的最新统计，至 2014 年 3 月 5 日本文截稿日，已有 64 个 ICSID 裁决遭到撤销申请（包括 3 个对重新提起的仲裁裁决的撤销申请）。其中，已撤销 12 个，拒绝撤销 25 个，终止撤销 15 个，尚在审理中 12 个。<sup>①</sup> 而同一时期 ICSID 最终裁决为 183 个。<sup>②</sup> 所以，撤销申请率已经达到 35%，但实际撤销率只有 6.6%。而且，2011 年至今，只有一个裁决被部分撤销。

所以，一方面，ICSID 裁决的撤销程序被指遭到滥用，<sup>③</sup> 表现在撤销程序利用门槛低导致的

① 笔者根据 ICSID 及 ITA 网站资料进行统计，裁定全部或部分撤销的案件包括：1. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ARB/81/1 (Amco I), May 16, 1986; 2. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ARB/81/2 (Klöckner I), May 3, 1985; 3. *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ARB/84/4 (MINE), December 22, 1989; 4. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ARB/97/3 (Vivendi I), July 3, 2002; 5. *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ARB/98/2 (Pey Casado), April 3, 2013; 6. *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ARB/99/7 (Mitchell), November 1, 2006; 7. *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.p.v. Argentine Republic*, ARB/01/3 (Enron), July 30, 2010; 8. *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ARB/01/8 (CMS), September 25, 2007; 9. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ARB/02/16 (Sempra), June 29, 2010; 10. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ARB/03/25 (Fraport), December 23, 2010; 11. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ARB/05/10 (MHS), April 16, 2009; 12. *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ARB/05/19 (Helnan), June 14, 2010。

裁定拒绝撤销的案件包括：1. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ARB/81/1 – Resubmission (Amco II), December 17, 1992; 2. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ARB/81/2-Resubmission (Klöckner II), May 17, 1990; 3. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ARB/97/3 – Resubmission (Vivendi II), August 10, 2010; 4. *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ARB/98/4 (Wena), February 5, 2002; 5. *Consortium R. F. C. C. v. Kingdom of Morocco*, ARB/00/6 (RFCC), January 18, 2006; 6. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ARB/01/7 (MTD), March 21, 2007; 7. *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ARB/01/10 (Repsol), January 8, 2007; 8. *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ARB/01/12 (Azurix), September 1, 2009; 9. *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, ARB/02/7 (Soufraki), June 5, 2007; 10. *CDC Group plc v. Republic of Seychelles*, ARB/02/14 (CDC), June 29, 2005; 11. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru*, ARB/03/4 (Lucchetti), September 5, 2007; 12. *M. C. I. Power Group, L. C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ARB/03/6 (MCI), October 19, 2009; 13. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ARB/03/9 (Continental Casualty), September 16, 2011; 14. *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru*, ARB/03/28 (Duke Energy), March 1, 2011; 15. *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabonese Republic*, ARB/04/5 (Transgabonais), May 11, 2010; 16. *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Republic of Chile*, ARB/04/7 (Vieira), December 10, 2010; 17. *Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. Republic of Kazakhstan*, ARB/05/16 (Rumeli), March 25, 2010; 18. *Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services v. Republic of Togo*, ARB/06/7 (Togo Electricité), September 6, 2011; 19. *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ARB/06/8 (Libananco), May 22, 2013; 20. *Joseph C. Lemire v. Ukraine*, ARB/06/18 (Lemire), July 8, 2013; 21. *RSM Production Corporation v. Central African Republic*, ARB/07/2 (RSM), February 20, 2013; 22. *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ARB/07/17 (Impregilo), January 24, 2014; 23. *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary*, ARB/07/22 (AES), June 29, 2012; 24. *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*, ARB/08/12 (Caratube), February 21, 2014; 25. *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, ARB/08/18 (Malicorp), July 3, 2013。

对于 15 个终止撤销案和 12 个尚在审理中的撤销案，在此不再赘述。对于所有案件，参见 Search ICSID cases, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases> (last visited March 5, 2014)。

② 其中包括基于当事方和解协议作出的裁决，拒绝行使管辖权的裁决以及一般的最终仲裁裁决。

③ David D. Caron, “Framing the Work of ICSID Annulment Committees”, (2012) 6 *World Arbitration & Mediation Review* 173, pp. 173 – 199.

高撤销申请率。<sup>①</sup>当然,与世界贸易组织(WTO)上诉率相比,ICSID裁决的撤销申请率还是比较低的。至2013年4月27日,“WTO争端解决机制已经运行了18年,受理了400多个案件,发布了168个专家组报告和109个上诉机构报告”,所以上诉率达到了65%。<sup>②</sup>但毕竟ICSID的撤销程序不同于WTO的上诉机制,前者只是“特殊情况下”的救济手段,而后者则是一种常规程序。

另一方面,委员会的实践日益被认为经常超越其权限,有承担上诉机构角色的倾向,导致过分的撤销。表现在委员会有依据申请方没有提出的撤销理由撤销裁决以及将错误适用法律和错误认定事实视为明显越权的情况。作为研究《ICSID公约》的权威,克里斯托夫·H.舒勒(Christoph H. Schreuer)将ICSID撤销裁决分为三代:第一代是艾默科(*Amco v. Indonesia*)第一撤销案和克鲁克纳(*Klökner v. Cameroon*)第一撤销案;第二代是米内(MINE)撤销案、艾默科(*Amco*)第二撤销案和克鲁克纳(*Klökner*)第二撤销案;第三代是威望迪(*Vivendi*)第一撤销案和温娜酒店(*Wena Hotels*)撤销案等。第一代撤销案被指忽视了撤销机制的严格界限,将仲裁庭错误适用法律也视为明显越权,从而,委员会把自己当作了上诉法院。第二代撤销案被认为克服了第一代撤销案的缺陷,对裁决的终局性和公正性给予了适当平衡。第三代撤销案避免了基于不重要的原因或个别理由撤销原仲裁裁决,避免了审查原仲裁裁决的实质正确性。<sup>③</sup>然而,其余的第四代撤销案中只有一小部分遵守了撤销机制的边界,因此又陷入了扮演上诉法院角色的危险。<sup>④</sup>

为了回应学者们及《ICSID公约》缔约方对ICSID撤销制度的质疑,ICSID秘书处曾于2012年8月10日发布了一个关于ICSID撤销制度的背景文件。但是,该文件直接针对的是在2011年9月23日的ICSID行政理事会第45届年会上,菲律宾代表提出的对ICSID撤销制度的关切。<sup>⑤</sup>为了限制委员会的权力,菲律宾建议行政理事会制定一个指南,以确保委员会能公平有效地进行撤销程序。当然,迄今为止,行政理事会还没有制定此类指南。

在笔者看来,ICSID裁决撤销程序的局限性主要并不在于遭到当事方的滥用或者是过分撤销。其局限性主要表现在另两个方面:一是无法保证裁决的正当性和正确性;二是给当事方造成诉累。

## 二 《ICSID公约》仲裁裁决撤销程序无法保证裁决的正当性和正确性

ICSID裁决撤销程序无法保证裁决的正当性和正确性,这首先缘于撤销程序的自足性和例外性。

ICSID裁决撤销程序是一种独特的制度,撤销程序的结果不是修改裁决而是要么彻底取消它,从而使其丧失既判力,要么维持其法律约束力。而且,作为一个自足机制或自治机制,只有

① Paul Friedland, Paul Brumpton and Rabid Redux, “The Second Wave of Abusive ICSID Annulments”, (2012) 27 *American University International Law Review* 727, p. 758.

② 张月姣:《世界贸易组织争端解决机制浅析》,载《国际经济法论刊》2013年第2期,第19页。

③ Christoph H. Schreuer, “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”, in Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi (eds.), *Annulment of ICSID Awards* (New York: Juris Publishing, 2004), pp. 17-42.

④ Ian A. Laird and Todd J. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law* (New York: Juris Publishing, Inc., 2008), p. 285.

⑤ ICSID Secretariat, *Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, August 10, 2012.

其自身才能对自己的裁决进行审查,或者说仅仅是一种内部审查、内部监督,排除了国内法院及其他国际争端解决机构(如国际法院)对其裁决的审查权。ICSID 裁决撤销程序的形式就是通过设立撤销委员会,从程序上审查 ICSID 裁决是否真正具有“裁决”的品质或资格。相比之下,对于非《ICSID 公约》仲裁裁决,包括根据《解决投资争端国际中心附加便利规则》(ICSID Facility Rules)作出的仲裁裁决,只有仲裁地或裁决执行地的法院有体制外审查权。

根据《ICSID 公约》第 52(3)条,撤销委员会的委员由行政理事会主席从仲裁员名单中任命,虽然该条试图通过各种国籍限制规定以保证撤销委员会委员的中立性及公正性,但由于产生于同一个名单,仲裁员和撤销委员会的委员必然发生“身份混同”,即在此案作为仲裁员,在彼案作为委员的情况,因此也就难以保持完全的中立性及公正性。撤销委员会直接针对的是具体的仲裁裁决,但间接针对的却是某个仲裁庭和仲裁员,<sup>①</sup>这可能抑制其撤销原仲裁裁决。

而且,只有基于几个有限的程序性理由(可穷尽的理由),委员会才可以撤销 ICSID 裁决。由不同于原审的仲裁员组成的专门委员会必须根据《ICSID 公约》第 52(1)条裁定是否撤销仲裁裁决。该条所列的撤销理由(撤销程序所依的要件)包括:(1)仲裁庭的组成不适当;(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。<sup>②</sup> ICSID 裁决撤销程序要依当事方申请,即由投资者一方、东道国一方或双方共同提出撤销申请。任何一方均可以根据上述一个或几个理由,向秘书长提出书面申请,要求撤销裁决。《ICSID 公约》第 52(1)条的列举是穷尽性的列举,因而是 ICSID 裁决终局性的有限例外。而且,其中只有第 2、4、5 项所列理由经常得到适用,第 1 项所列理由很少得到适用,而第 3 项所列理由至今未曾适用。可见,一些国际商事仲裁司法监督中普遍使用的理由,如违反公共政策,在作为自足的《ICSID 公约》裁决撤销制度中则不存在。实际上,在各国有关法律中以及在关于承认和执行外国仲裁裁决的公约中,仲裁协议无效及仲裁裁决违反当地公共政策或公共秩序皆被作为拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由。

具体来说,在这几个理由中,仲裁庭的组成不适当(例如存在国籍上的问题)很少得到适用,这是因为在设立仲裁庭阶段,该问题就可以得到避免。而仲裁庭的成员有受贿行为这一项理由从未得到援引,主要原因可能是取证困难,而撤销申请方也尽量避免针对仲裁员的品行进行评判。

关于仲裁庭显然超越其权力,每个撤销程序中都曾予以援引。众多判例表明,它涉及管辖权和准据法两个方面。法理依据是仲裁庭的裁断权来源于当事方的授权,而这种授权的表现形式为当事方之间的仲裁协议。在《ICSID 公约》仲裁中,这种仲裁协议多表现为国际投资协定、国内法或投资者—国家合同中的具体规定。没有管辖权或超越管辖权而进行裁决皆属于越权。值得注意的是,有管辖权而未行使管辖权构成越权,未适用当事方约定的准据法(不同于适用错误或未正确适用)亦构成越权。<sup>③</sup> 所以,在没有当事方授权的情况下,根据公允及善良原则进行裁决亦为越权,即将依法仲裁变成了友好仲裁。总之,裁决的范围超出或未覆盖仲裁协议规定的仲裁事项,裁决未适用准据法,包括未适用应适用的法律及在当事方没有约定的情况下,按公允及善良原则作出裁决,都可能构成明显越权。

① *Amco v. Indonesia* (ICSID Case. ARB/81/1), Resubmitted Case, Decision on Annulment, December 3, 1992, para. 1. 15.

② ICSID, *ICSID Convention, Regulations And Rules*, ICSID/15/Rev. 1.

③ Juan Fernández-Armesto, “Different Systems for the Annulment of Investment Awards”, (2011) 26 *ICSID Review* 128, pp. 128 - 146.

关于背离基本程序规则，只有严重的情况才构成撤销理由，这些基本程序规则包括公正和平等待遇，听审请求权，证据和证明责任以及违反主体资格限制等方面。

最后，不完整、不充分和自相矛盾的推理相当于未能陈述理由，而且，仲裁庭未处理会影响裁决结果的基本问题也曾被裁决构成未能陈述理由。

虽然通过解释，委员会可以将更多的情况包括进来，但总体上，委员会的原则是狭窄地解释第52(1)条所列出的理由，从而严格限制撤销裁决。实践中委员会虽有依据一个理由（可能存在多个理由）撤销裁决的情况，委员会也有这种权力，即委员会可以基于一个或几个理由撤销裁决，但多数情况是依据多个理由撤销裁决。

反过来，对于仲裁败诉方来说，ICSID 裁决撤销程序只是有限且“不寻常”的救济方式。<sup>①</sup>阿伦·布罗奇斯（Aron Broches）曾明确指出：

“裁决的撤销是基于进行裁决过程中的程序错误，包括仲裁庭本身的设立。要把撤销程序和上诉【其为第53(1)条所禁止】区别开，因为撤销不包含对裁决的实质问题进行审查，不存在改正裁决的可能性；撤销要么保持裁决原封不动，要么终结裁决的法律约束力。”<sup>②</sup>

在《ICSID 公约》起草的过程中，撤销救济的有限性和特殊性就曾经被提出，ICSID 秘书长给行政理事会的报告对此予以反复强调。<sup>③</sup>委员会的裁定也明确确认了其自身作用的有限性，包括：(1)撤销的理由仅限于第52条所列；(2)撤销是例外并受到严格限制，委员会的作用有限；(3)委员会不是上诉机构，撤销不是对不正确裁决的救济，委员会不能对实质问题作出裁决；(4)委员会行使自由裁量权时不能损害裁决的法律约束力或终局性。<sup>④</sup>

确实，不同于上诉程序，撤销程序只涉及仲裁程序的正当性，而不触及仲裁实质问题的正确性。因此，无论是事实上还是法律上的错误都无法通过撤销程序得到纠正，从而，也无法解决 ICSID 裁决不一致导致的缺乏正当性的问题，而这一问题无疑是 ICSID 仲裁制度继续发展必须要解决的问题。

根据《ICSID 公约》第53条，对于 ICSID 裁决，不得进行任何上诉或采取任何其他除该公约规定外的救济办法。所以，不但事实错误和法律适用的错误都不能成为委员会撤销裁决的理由，而且，委员会不能修改原裁决，也不能以自己的裁决取代原裁决。其决定是要么撤销或部分撤销原裁决的效力，要么维持或部分维持原裁决的效力。

ICSID 撤销制度的局限性，反映在 ICSID 裁决撤销制度与上诉制度的区别，对此，大卫·卡容（David Caron）教授曾精辟地论述道：

“一般来讲，上诉不但审查程序是否合法，而且审查实体是否正确。撤销则不然。特别

① Aron Broches, “On the Finality of Awards: A Reply to Michael Reisman”, (1993) 8 *ICSID Review* 92, p. 102.

② Aron Broches, “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965, Explanatory Notes and Survey of its Application”, (1993) 17 *Yearbook Commercial Arbitration* 627, p. 686, para. 170.

③ ICSID Secretariat, *Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, August 10, 2012, p. 30.

④ *Id.*, pp. 30-40.

是在仲裁程序中，它不审查裁决的正确性问题，而只限于审查裁决是否由合法的程序所产生；对于法律适用和事实认定方面的错误，它不予考虑。”<sup>①</sup>

从其起源看，ICSID 撤销制度就是有限的。ICSID 撤销制度起源于 1953 年的《联合国国际法委员会仲裁程序公约草案》（United Nations International Law Commission Draft Convention on Arbitral Procedure），根据这一草案，一方面要维护仲裁裁决的终局性，另一方面又要防止明显的超越管辖权和不公正的情况，因此，一方面不设立上诉制度，另一方面，设置有限的例外以审查仲裁裁决。<sup>②</sup> 1963 年的《ICSID 公约初步草案》（Preliminary Draft ICSID Convention）再次反映了国际法委员会的这一思想，在该初步草案的第 13 节中规定了相应的撤销条款，而在该节附带的评论中这样写道：

“作为一般规则，仲裁庭的裁决具有终局性，并没有上诉规定。然而，第 11 节和第 12 节规定了对裁决的解释和修改。而且，如果存在诸如第 13 节所列的违反仲裁庭程序的基本法律原则的情况，受害人可以向（ICSID 行政理事会）主席申请宣布裁决无效。根据该节，主席将问题提交由三人组成的委员会，委员会有权宣布裁决无效。需要注意的是，这并不是需要考虑案情实质问题的上诉程序，而仅仅是依据第 13（1）节所列的三个理由中的一个或几个作出肯定或否定的裁定。”<sup>③</sup>

正是由于撤销程序不同于上诉，ICSID 撤销程序无法保证裁决的正当性和正确性。这里仅以错误适用法律并不能成为撤销裁决的理由进一步说明。ICSID 裁决的撤销只基于前述五种程序上的理由，未正确适用法律并不能成为撤销裁决的理由，桑普拉（Sempra）案与 CMS 石油运输公司案非常典型地验证了这一结论。然而，这确实存在严重的问题。其实，在《ICSID 公约》起草过程中，曾有建议将“明显未正确适用法律”列为撤销理由，但最后被否决。<sup>④</sup> 根据现行的规定和判例法，本应该适用 A 法律而适用了 B 法律，或本应适用 A 法律而没有适用，这是未适用应适用的准据法，是撤销的理由。而本应该适用 A 法律，也适用了 A 法律，但在解释和适用过程中产生错误，这是错误的适用法律，则不构成撤销的理由。

在桑普拉案中，仲裁庭认为，鉴于《阿根廷—美国双边投资条约》第 11 条在必要性方面并没有阐明与习惯国际法不同的条件，就没有必要根据该条进行进一步的司法审查。<sup>⑤</sup> 但委员会认为仲裁庭没有适用应该适用的准据法，即《阿根廷—美国双边投资条约》第 11 条，从而构成明显越权，全部撤销了桑普拉裁决。<sup>⑥</sup>

① David D. Caron, “Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal”, (1992) 7 *ICSID Review* 21, pp. 21 – 56.

② ICSID Secretariat, *Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, August 10, 2012, p. 5.

③ ICSID, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 1970, Vol. II, pp. 218 – 219.

④ *Id.*, pp. 851, 853 & 854.

⑤ *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16), Award, September 28, 2007, para. 388.

⑥ Decision on the Argentine Republic’s Request for annulment, *Sempra Energy International v. (Claimant) v. Argentine Republic (Respondent/Applicant)* (ICSID Case No. ARB/02/16) (Annulment Proceeding), June 29, 2010, para. 209.

但是,对于仲裁庭适用法律的错误,委员会则只能表现出无奈。在CMS案中,委员会认为:

“通盘考虑仲裁裁决后,委员会鉴别出一系列的错误和缺陷。裁决包含明显的法律错误。裁决存在漏洞和省略。委员会鉴别出并强调了这一切。然而,委员会意识到自身只能根据《ICSID公约》第52条给予的有限授权行使管辖权。这一授权的范围只允许在某些具体的情况存在时将撤销裁决作为一种选择。如前所述(前第136段),在这些情况下,委员会不能简单地以自己关于法律的观点及对事实的理解取代仲裁庭的观点和理解。”<sup>①</sup>

总之,《ICSID公约》设置撤销程序的本意在于维持裁决终局性的同时,维护裁决程序的正当性,但以效率为主,公平为辅。这体现了ICSID撤销制度的特点,但也恰恰反映了其局限性。由于撤销裁决的理由有限,所以,期望通过撤销程序来阻碍不公正仲裁裁决的执行是困难的。

从《ICSID公约》设置撤销制度的本意看,一些学者对一些委员会逾越撤销与上诉界限的批评是正确的,例如,伊曼纽尔·盖拉德(Gaillard)就曾批评艾默科1号案的委员会错误地把自己视为上诉庭。<sup>②</sup>克鲁克纳1号案的委员会及米切尔(Mitchell)案的委员会受到了类似的批评。但是,一方面,实质问题和程序问题间的界限有时很难把握,另一方面,丝毫不涉及实质问题恰恰是撤销制度的局限性所在,因为程序正义只能是低限度的正义,程序正义并不能保证实质正义。如果说在缔结《ICSID公约》之初,各缔约方仅仅追求这种程序正义并没有产生严重问题,但现今ICSID仲裁制度面临严重的正当性危机这一事实足以表明,仅仅维持程序正义是远远不够的,各当事方、仲裁庭及委员会所追求的结果无疑应该是实质正义。撤销程序只试图保证裁决程序的正当性而不是裁决的正确性,只能提供有限的救济。ICSID仲裁制度发展到今天,ICSID裁决的终局性并不应该比公正性更重要。与WTO的上诉制度相比,不能不说,ICSID的撤销制度只走了一半的路程。尤其是ICSID裁决涉及的金额越来越大,对于东道国来说,也是难以负担之重,而且,裁决大多涉及东道国为公共利益而行使管理权,裁决的公正与正确就愈加重要。

委员会出现能动主义倾向的基础是《ICSID公约》第52条中列举撤销理由时使用了一些模糊术语,例如“明显”越权,其本是为限制委员会的权力,使撤销裁决具有正当理由,但同时也赋予了委员会一定的自由裁量权来判断是否存在“明显”越权。此外,诸如“严重偏离基本法律程序”中何谓“严重偏离”,何谓“基本”都是这种性质的措辞。最后,委员会还可能在裁决的终局性与保护当事方免受程序不公的冲突之间进行衡量,以决定撤销还是不撤销裁决。但是,出现能动主义的深层动因则是ICSID裁决本身存在的严重问题。面对ICSID仲裁机制的正当性危机,在缺乏上诉机构的情况下,委员会试图承担上诉机构的职能。

总之,仲裁庭对重要的法律问题作出裁决,但裁决却无法通过撤销程序得到有效的审查和监督,即撤销委员会的管辖权有限,即使其发现存在实质错误的裁决,也不能予以撤销或纠正。偶尔能动主义的发挥不但受到批评,还于事无补。

<sup>①</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Annulment Decision, 25 September 2007, paras. 158.

<sup>②</sup> Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi (eds.), *Annulment of ICSID Awards* (New York: Juris Publishing, 2004), p. 5.



### 三 《ICSID 公约》仲裁裁决撤销程序导致诉累

根据《ICSID 公约》的规定，提出撤销程序，除了时效和形式上的限制，申请方不需要满足其他先决条件。撤销申请要在裁决作出后 120 天内以书面形式提出，受贿案有特殊时限要求，要在发现受贿后 120 天内提出，最迟在裁决作出后 3 年内提出。实际上，只有时效问题偶尔会成为撤销程序的障碍，例如实践中就有因为超过第 52（2）条规定的期限提出撤销申请而遭到秘书长拒绝登记的情况，但这是极其罕见的情况。正是因为对于撤销申请没有实质性限制，导致撤销程序申请日益增长的趋势，甚至存在滥用撤销程序的情况，撤销程序俨然成为 ICSID 仲裁程序的必然后续程序。尤其是作为败诉方的东道国政府，通过撤销程序可以摆脱国内政治上的压力；作为败诉方的代理人 and 律师，通过撤销程序可以表明自己尽了最大努力。然而，撤销程序无论是否成功，无疑会为当事方带来各种成本。实际上，如前所述，迄今为止，只有 13 个仲裁裁决被撤销。所以，虽然撤销程序增加了当事方的成本，但却很难实现申请方的诉求。前已述及，约 1/3 的 ICSID 裁决进入到撤销程序，不管最终结果如何，这些程序增加了当事方的负担，当事方必须为此向 ICSID、委员会及律师等支付费用。

如果仲裁裁决被撤销，该争端并未解决，所以，当事方可能将争端提交新的仲裁庭，而新的仲裁裁决又可能导致撤销程序，这样就产生了仲裁程序和撤销程序循环的问题。当然，实践表明这种循环不会无限进行下去，但再次提交仲裁以及再次申请撤销的情况还是存在的。

裁决被撤销后，原有裁决成为无效裁决，等于为此付出的成本没有解决争端，是无效成本。当然，如果只是部分撤销，则未撤销部分依然有法律约束力。裁决被撤销后重新启动新仲裁程序会进一步增加仲裁成本。虽然根据《ICSID 公约》第 52（6）条，在新的仲裁庭，当事方不可提出新的诉求，但委员会的推理对新的仲裁庭无约束力。裁决被撤销后，大多数仲裁案件的胜诉一方会选择重新提起仲裁程序。迄今为止，已有 7 个案件经历了重新仲裁程序，包括艾默科案、克鲁克纳案、米内案、威望迪案、安然案、桑普拉案和维克托（Victor）案。<sup>①</sup> 这使得仲裁程序冗长，仲裁双方皆要再次承担巨额的仲裁成本，从而有违仲裁程序设置的初衷，即追求争端的迅速解决，也就是效率。

在撤销程序期间，《ICSID 公约》允许仲裁庭应当事方请求，自由裁量中止原仲裁裁决的执行。一般来说，仲裁庭应原仲裁裁决债务人一方提供担保、多会中止执行，这使败诉方拖延了执行的时间，但如果最终原仲裁裁决未被委员会撤销，则败诉方仍要履行原仲裁裁决规定的义务。

所以，实际上，败诉方那种试图通过撤销程序拖延执行原仲裁裁决的想法是错误的，因为败诉方在撤销及重新仲裁程序中必须支付自身产生的巨额律师费和仲裁费，还要向 ICSID 及撤销委员会支付管理费用。在裁决未被撤销的情况下，有时，委员会还会要求原仲裁裁决的败诉方支付胜诉方为撤销程序支出的成本。

ICSID 对国际投资仲裁案件的审理时限平均为 3 年半，已经远远超出了 WTO 专家组的平均结案时间（11 个月）和上诉机构的平均结案时间（3 个月或更长）。<sup>②</sup> 根据 ICSID 秘书处的统计，

① <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (last visited February 3, 2014).

② Valerie Hughes, "The WTO at 20 and the Future of the International Law on Trade, Investment and Finance", Speech at Asian International Economic Law Network III Seoul Conference, July 18, 2013, ECC Yisambong Hall, Ewha Womans University.

在2007年至2012年的5年间, ICSID撤销案件仅从撤销申请登记到作出裁定的平均期限就为26个月。<sup>①</sup> 据笔者的考察, ICSID案件经撤销后重启仲裁程序的审理时限则往往超过10年。

举例来说, 在桑普拉案中, 原仲裁裁决被撤销后, 申请人又于2010年11月12日重新提起了仲裁程序。目前该案仍处于中止阶段, 而该案原仲裁程序是于2002年12月6日提出的。<sup>②</sup>

同样, 被撤销的安然案也被重新提交仲裁。目前该案仍处于中止阶段, 而该案原仲裁程序于2001年4月11日就提出了。<sup>③</sup> 被撤销的维克托案也被重新提交仲裁。目前该案仍在审理中, 而该案原仲裁程序早于1998年4月20日就提出了。<sup>④</sup>

不仅如此, 撤销程序还可能在同一争端中被连续利用, 从而使一个争端的解决更加旷日持久。迄今为止, 有3个案件经历了第二次撤销程序。例如, 在早期的艾默科案和克鲁克纳案中, 都涉及两次撤销仲裁裁决程序。艾默科案于1981年2月27日登记仲裁, 仲裁庭于1984年11月20日作出裁决。1985年3月18日, 印度尼西亚根据《ICSID公约》第52条提出撤销该仲裁裁决的申请。1986年5月16日, 委员会作出撤销部分裁决的裁定。然而, 1987年5月12日和6月12日, 艾默科和印度尼西亚分别重新提出仲裁申请。1990年6月5日, 新的仲裁庭对实质问题作出新的裁决。但1990年10月18日, 当事方又请求撤销此裁决。最后, 委员会终于在1992年12月17日作出最终裁定, 驳回当事双方的撤销请求。但是, 对于仲裁庭作出的补充裁决和修正, 应印度尼西亚的请求, 委员会予以撤销。<sup>⑤</sup> 此案前后超过10年。同一时期发生的克鲁克纳案同样经历两次撤销程序, 前后花费近10年时间。<sup>⑥</sup> 此外还有威望迪案也同样经历两次撤销程序, 前后花费超过10年时间。<sup>⑦</sup> 对于后两个案件, 在此不再赘述。尽管从已有的争端来看, 无限的循环只是一种假想, 第二次撤销申请往往无法再得到支持, 但无可置疑的是, 撤销程序为当事方带来了旷日持久的诉累。

法谚有云, “迟到的正义非正义”(Justice delayed is justice denied)。它反映了正义的时效问题, 也就是说正义本身具有时效的内涵。因此, 即使在例外情况下, 仲裁裁决最终被撤销, 迟到的正义对当事人的实际意义已经大大减损。

此外, 前已述及, 由于撤销委员会的委员也是临时性的, 产生于ICSID的仲裁员名单, 其所作出的撤销裁决也可能存在不一致性, 从而可能进一步损害国际投资仲裁的正当性。

#### 四 《ICSID公约》仲裁裁决撤销程序救济局限性的后果

尽管委员会被指越权, 即有时会超越撤销程序和上诉审的法律界限, 但事实是, 如果一味坚

① ICSID Secretariat, *Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, August 10, 2012, p. 22.

② *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16), August 10, 2013, proceeding.

③ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L. p. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3), proceeding.

④ *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/98/2), proceeding.

⑤ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Proceeding.

⑥ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (ICSID Case No. ARB/81/2), proceeding.

⑦ *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), Proceeding.

持各缔约方在缔结《ICSID 公约》时的初衷，则无法解决 ICSID 仲裁机制面临的现实问题。ICSID 撤销程序不但不能彻底挽救或缓解 ICSID 面临的正当性危机，而且对于仲裁败诉方来说也不是救命稻草。基本上，即使委员会鉴别出原裁决中存在法律适用或事实错误，也不会撤销原裁决。因此，即使有该制度的存在，也不能阻挡一些《ICSID 公约》缔约方因对《ICSID 公约》仲裁制度的彻底失望而退出公约，或在国际投资协定中排除《ICSID 公约》的适用，从而复活卡尔沃主义（Calvo Doctrine）。

卡尔沃主义主张用尽当地救济、排除强国通过外交手段对投资者—国家争端进行恣意干涉，其实质在于主张外国投资者不能享受高于东道国国民和投资者的待遇，表现在程序方面，则外国投资者不能诉诸投资者—国家争端仲裁机制。卡尔沃主义曾得到拉丁美洲国家和世界上其他广大发展中国家的广泛赞同，并通过卡尔沃条款进入各国的国内法。然而，在 20 世纪 90 年代，在新自由主义思潮的影响下，各国纷纷放弃了卡尔沃主义，转而接受投资者—国家争端解决机制以吸引外资，从而导致卡尔沃主义的死亡。<sup>①</sup>

但是，近年来，一些国家限制或删除其签订的国际投资协定中包含 ICSID 仲裁的投资者—国家争端解决条款，<sup>②</sup> 甚至通过退出《ICSID 公约》和/或终止包含 ICSID 或其他仲裁的双边投资条约，以彻底避开它们认为缺乏正当性的国际投资仲裁程序。

例如，在发展中国家中，拉丁美洲的玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉等国已采取了最激进的做法，毅然相继于 2007 年、2009 年和 2012 年退出了《ICSID 公约》。阿根廷也无法再忍受 ICSID 的如潮官司，<sup>③</sup> 终于在 2013 年 1 月 14 日宣布将退出《ICSID 公约》。南非打算终止 13 个与欧盟国家间的双边投资条约，现已终止了 5 个，而且，南非的《促进和保护投资议案》已经过了公众评论期，该议案的条款表明，南非希望将外资的保护及争端解决置于国内法之下。<sup>④</sup> 从而表达了对包括 ICSID 在内的国际投资仲裁机制的不信任，即使其从未加入《ICSID 公约》。印度也决定在其未来缔结的自由贸易协定中不再包含 ICSID 仲裁条款。印度也不是《ICSID 公约》的缔约方<sup>⑤</sup>。

发达国家也开始修正其国际投资协定，尤其是投资者—国家争端解决条款，试图构建平衡投资者与国家利益的机制。最具代表性的是澳大利亚政府，它明确表示在其将来签订的国际投资协定中不再包括投资者—国家争端解决条款。欧洲议会也呼吁改革投资者—国家争端解决程序，尤其是要设置用尽东道国救济这一前置条件。

ICSID 裁决被撤销的概率很小，如果不能被撤销，败诉方仍要执行原裁决。虽然对于 ICSID 裁决的执行情况并没有官方记录，但是一般来说，过去，国家败诉方基本上会接受不利的裁决，

① Denise Manning-Cabrol, “Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”, (1994) 26 *Law and Policy in International Business* 1169, p. 1169; Wenhua Shan, “Is Calvo Dead?”, (2007) 55 *The American Journal of Comparative Law* 123, pp. 123 – 163.

② Gabriel L. Negretto, “Replacing and Amending Constitutions: the Logic of Constitutional Change in Latin America”, (2012) 46 *Law and Society Review* 749, pp. 749 – 779.

③ 截止到 2014 年 2 月 3 日，阿根廷在解决投资争端国际中心的案件达到 50 个。

④ See “Republic of South Africa, Promotion and Protection of Investment Bill”, November 1, 2013, <http://www.tralac.org/files/2013/11/Promotion-and-protection-of-investment-bill-2013-Invitation-for-public-comment.pdf> (last visited March 4, 2014).

⑤ “India Plans to Abolish ICSID clause in FTAs”, April 6, 2012, <http://www.bilaterals.org/spip.php?article21295> (last visited April 13, 2013).

或至少愿意通过磋商就裁决达成相互可接受的和解。因为根据《ICSID 公约》第 53 条，败诉国遵守 ICSID 裁决是其国际义务。一般来说，出于各种原因，国家不愿意违反国际义务，以免对其造成不利影响。根据学者的研究，2008 年以前，只有 4 起 ICSID 裁决遭到败诉国的挑战，即拒绝执行。<sup>①</sup> 然而，近年来，由于 ICSID 仲裁的正当性危机及撤销程序的局限性，阿根廷一直拒绝执行 ICSID 仲裁裁决。实际上，在各种压力下，<sup>②</sup> 直到 2013 年 10 月，阿根廷才同意和解执行 5 起败诉案件。<sup>③</sup> 此外，哈萨克斯坦和津巴布韦也都出现了不执行 ICSID 裁决的情况。<sup>④</sup> 随着一些国家的破产，可能会有更多不执行 ICSID 裁决的情况出现。ICSID 裁决的这种执行情况实际上对 ICSID 仲裁制度构成了挑战，触动了 ICSID 仲裁制度存在的基础，使某些投资者—国家争端的解决又退回到了外交保护的形态，而避免外交保护这种会引起国家间矛盾的争端解决方式正是设立 ICSID 仲裁的初衷。因此，作为东道国，应考虑如何对待 ICSID 裁决撤销程序及其局限性，后者也是克服 ICSID 仲裁机制正当性危机的一个重要方面。

## 五 东道国的对策考量

撤销程序申请具有自由裁量性质，且提出申请的门槛很低，但撤销程序是一种例外措施，因此，在撤销希望渺茫的情况下，败诉方政府不应该为逃避国内的政治责任而去穷尽包括撤销程序在内的所有救济程序，从而徒增成本，更不应把撤销程序作为《ICSID 公约》仲裁的例行程序而追求到底。而如果投资者一方滥用撤销程序，进行无法律依据的撤销申请或滥用撤销申请，撤销委员会可能会指令投资者一方支付东道国一方的法律成本及 ICSID 仲裁成本。<sup>⑤</sup>

一般的观点也许会认为，国家经常成为仲裁中的败诉方，从而可能经常作为撤销申请的申请方，因此应该积极支持 ICSID 裁决撤销制度，并努力扩大其适用。但现实并非如此，菲律宾之所以向 ICSID 行政理事会提出限制 ICSID 委员会权力的建议，就是因为法兰克福（Fraport）案的原仲裁裁决对菲律宾有利，而申请撤销方是投资者，通过撤销程序，原仲裁裁决最终被全部撤销。<sup>⑥</sup> 如前文所述，根据《ICSID 公约》第 52 条，任一争端方皆可提出撤销申请，因此，现实中

① Alan S. Alexandroff and Ian A. Laird, “Compliance and Enforcement”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph H. Schreuer (eds.), *The Oxford handbook of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 1173.

② 例如，阿根廷遭到美国的报复，由于阿根廷不执行 ICSID 裁决，美国撤销了授予阿根廷的普惠制待遇。而且，2011 年 9 月，美国在美洲国家发展银行（Inter-American Development Bank）投票反对授予阿根廷 2.3 亿美元的贷款，并反对世界银行延长对阿根廷的贷款。See “U. S. Opposes Loans to Argentina to Force Debt Accord, Payment”, *Bloombergs Businessweek*, September 28, 2011, <http://www.businessweek.com> (last visited February 3, 2014); Reuters, “Obama says to suspend trade benefits for Argentina”, <http://www.reuters.com/article/2012/03/26/us-usa-argentina-trade-idUSBRE82P0QX20120326> (last visited February 3, 2014).

③ Paula Hodges, Christian Leathley and Louise Barber, “Argentina settles five outstanding investment treaty arbitration claims in historic break with its anti-enforcement stance”, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5546cfa-46d3-4421-a47d-e86817aee4e5>. (last visited February 3, 2014).

④ Luke Eric Peterson, “Deadline Lapses Without Payment by Kazakhstan on BIT Award”, May 7, 2010; Luke Eric Peterson, “Zimbabwe Not Paying ICSID Award”, May 7, 2010, <http://www.iareporter.com> (last visited February 3, 2014).

⑤ See *CDC v. Seychelles* (ICSID Case No. ARB/02/14), Decision on Annulment, June 29, 2005, para. 89; *Repsol v. Petroecuador* (ICSID Case No. ARB/01/10), Decision on Annulment, January 8, 2007, paras. 87–88.

⑥ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/03/25), Decision on Annulment, December 23, 2010,

由投资者、东道国或二者同时提出撤销申请的情况各有之。据 ICSID 秘书处的统计,自 1966 年《ICSID 公约》生效至 2012 年 6 月 30 日,由东道国发起撤销申请的比例为 57% (30 起),由投资者发起撤销申请的比例为 36% (19 起),另有 7% (4 起) 投资者和东道国皆提起撤销申请。<sup>①</sup>

对于 ICSID 自身来说,实际是处于两难境地,如果过严控制撤销程序,越来越多被指责为不公正的裁决就无法得到救济,这会抑制当事方使用其仲裁程序。但是,另一方面,如果允许过分使用撤销程序,又会损害裁决的一裁终局性,影响其效率,这也会导致投资者和东道国可能去选择其他仲裁机构或临时仲裁。

鉴于 ICSID 仲裁裁决撤销程序的局限性,在体制上突破这种局限性成为必要。对此,国外的研究成果主要有以下几种观点:(1) 批判委员会的能动主义,<sup>②</sup> 强调维护 ICSID 自身撤销程序,即回到《ICSID 公约》的初衷,并为此提出了委员会应该遵守的原则;<sup>③</sup> (2) 在《ICSID 公约》很难修改的情况下,为了限制撤销申请的几何基数增长,从而在源头上抑制撤销程序,建议以提交保证金,包括银行保函的形式,作为撤销申请的前提条件,认为这同时也能保证败诉方执行裁决;<sup>④</sup> (3) 在撤销程序无法实现仲裁裁决一致性的情况下,建议设立先行裁决 (preliminary ruling) 制度,而不是上诉机制来实现这一目的;<sup>⑤</sup> (4) 强调随着 ICSID 仲裁庭的日益司法化,裁决的正当性日益重要,为加强 ICSID 仲裁裁决的正当性及促进协调的国际投资法的发展,建议建立具有《ICSID 公约》各成员官方授权的实质审查机制,即上诉机制;<sup>⑥</sup> (5) 建立常设国际投资法院,以保证审判的独立性、公开性和公正性,这一设想主要由加拿大学者提出。<sup>⑦</sup>

以上几种建议从保守到改良,再到根本性变革,东道国该采取何种态度? 第一种建议与菲律宾为委员会制定撤销程序指南的思想如出一辙,只不过是更为一般性的原则。这是一种维护《ICSID 公约》初衷,尊重缔约方原始意图的主张。如果现有体制无法突破,这种主张并没有错,毕竟只有缔约方有权对《ICSID 公约》的规定进行修改,委员会没有违反《ICSID 公约》规定的的能力,即司法权不能超越立法权。

因此,对于委员会可能滥用撤销权,根据已有的判例法给出一些固定化的审查标准是必要的。但是,在笔者看来,这种建议过于保守,无法应对 ICSID 仲裁的正当性危机问题,且认为《ICSID 公约》没有可能得到修改也是不现实的。近 50 年后的今天,《ICSID 公约》缔约方的初衷已经发生了改变,一些国家退出《ICSID 公约》或包含 ICSID 仲裁的国际投资协定这一事实就

① ICSID Secretariat, *Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, August 10, 2012, p. 14.

② Christoph H. Schreuer, "From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope", (2011) 10 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 211, pp. 211 - 225.

③ David D. Caron, "Framing the Work of ICSID Annulment Committees", (2012) 6 *World Arbitration & Mediation Review* 173, pp. 173 - 199.

④ Christoph H. Schreuer, "Why Still ICSID", (2012) 9 *Transnational Dispute Management* 1, p. 5.

⑤ Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences", in Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi (eds.), *Annulment of ICSID Awards* (New York: Juris Publishing, 2004), p. 289; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal", (2005) 2 *Transnational Dispute Management* 1, p. 8.

⑥ Dohyun Kim, "Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move away from An Annulment-Based System", (2011) 86 *New York University Law Review* 242, p. 242.

⑦ Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press), 2007, p. 180; Gus Van Harten, *A Case for An International Investment Court*, Inaugural Conference, Geneva, July 15 - 17, 2008, p. 30.

是明证。如果《ICSID 公约》能够通过其规定的程序（第 65 条和第 66 条）进行修改，在撤销理由中增加“明显的适用法律错误”也是一种选择，这可以提高裁决质量。当然，任何条约的修改无疑都是有难度的，但并不是不可能的，即使是自 1945 年 10 月 24 日生效的《联合国宪章》，也已有过宪章第 23、27、61 条修正案、第 109 条修正案及第 61 条的进一步修正案。关于修改《ICSID 公约》的程序，根据该公约第九章，任何缔约方都可以提出修改建议。接下来，如果行政理事会根据其成员的 2/3 多数决定修改，则建议修改的文本应送给所有缔约国予以批准、接受或认可。

提交保证（金）的制度建议已经得到委员会的利用，其在一定程度上抑制了发起和进行撤销程序。然而，虽然其能起到避免滥用撤销程序的作用，但又难免增加本来就经济困难的败诉方的负担，如果因无法提交保证金而丧失利用撤销程序的权利，难免产生新的不公平。因此，保证金制度的设计仍需要考虑特殊情况。

目前，对于投资者—国家争端解决的改革，存在不同的改革路径建议，包括促进替代性争端解决，通过单个的国际投资协定来修改现有的机制，限制投资者利用投资者—国家争端解决机制，引入上诉机构，以及设立常设的国际投资法院。<sup>①</sup> 在未来，寻求 ICSID 仲裁制度，包括撤销程序的根本性变革是必要的。而对于撤销程序的根本性变革，如前所述，主要是先行裁决、上诉机构和国际投资法院三种建议。先行裁决是欧盟成员国法院在审理案件时遇到涉及欧盟及有关条约、欧盟机构的行为和欧盟理事会制定的法规的解释问题时，可以提请欧洲法院作出先行裁决。欧洲法院的先行裁决并不决定案件，但成员国法院可以此为裁决案件的根据。<sup>②</sup> 如果在 ICSID 撤销程序中设立先行裁决，将对撤销程序的限制提前，实际上是试图指导委员会的裁定。为此，要由行政理事会或通过一个单独的条约设立一个常设或半常设的机构。笔者认为，委员会的问题并不是不知道行为的界限，只是面对存在事实错误及实质适用法律错误的裁决，即使不能加以撤销，也有加以指明、“不吐不快”的冲动。而且，为此设立一个相当于法院的常设或半常设机构也是一个重大挑战。因此，笔者并不赞成设立先行裁决制度的建议。

设立上诉机构是一种可选择的更根本性的变革，虽然其也存在各种限制，例如，如果 ICSID 设立上诉机构会遇到法律、经济、财政、技术等困难。“设立上诉机构需要世界银行全体成员国修改《ICSID 公约》，并支付常设上诉机构的费用；面对 150 多个成员国的国内投资和外汇法规以及 2800 多个双边投资条约，上诉机构该如何解释都是非常困难的挑战。”<sup>③</sup>

笔者认为，近期来说，通过保证金制度限制滥用 ICSID 撤销程序是一种选择，但同样也需限制委员会的越权行为。长期来说，为了维持 ICSID 仲裁制度的存在，设立上诉机构是必然选择。这不仅是因为 ICSID 仲裁的司法化发展以及它对东道国主权的挑战，还因为只有上诉机构才能解决其正当性危机。当然，一些障碍很难突破，最主要的是，由于各国有关仲裁的法律、双边投资条约、其他国际投资协定以及《ICSID 公约》及仲裁规则均规定一裁终局。由于仲裁一裁终局的固有性质很难突破，建议设立 ICSID 仲裁上诉机构，实际上就意味着投资者—国家投资争端解决的司法化。也就是说，设立 ICSID 上诉机构，就意味着 ICSID 仲裁已经演变为司法化争端解决方

① UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: in Search of a Roadmap*, June 2013, p. 4, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf) (last visited March 6, 2014).

② 薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 1080 页。

③ 张月姣：《世界贸易组织争端解决机制浅析》，载《国际经济法论刊》2013 年第 2 期，第 9 页。

式，这需要《ICSID 公约》及其他立法的配套修改，甚至重新订立条约。所以，ICSID 设立上诉机构是最终选择，但是其实现还需要时间，需要各国的共识。关于 ICSID 上诉机构的具体制度设计，相关讨论有很多，笔者在此不再赘述。<sup>①</sup>

关于设立国际投资法院，如果其仅指建立一个独立的国际投资法院，则笔者认为其是一种全新的制度。但该建议的提出者实际上是指代一个灵活的概念，其既可以是全体法官庭（full court），也可以是一个能够审理仲裁员作出的裁决的上诉机构。<sup>②</sup> 所以，笔者并不认为其与前一建议有何实质区别。

总之，无论是争端方对 ICSID 撤销程序的滥用还是委员会在撤销程序中表现的能动主义都突显了撤销程序的局限性。针对撤销程序的局限性，无论从东道国对待现有的撤销程序的态度还是从《ICSID 公约》仲裁制度的未来来看，都需要考虑相应的对策。在笔者看来，既要切实促进对现在撤销制度的改良，又要积极考虑整个 ICSID 仲裁制度的改革。需要补充的是，从东道国自身来说，最切实的做法是依法对外资进行良好治理，从而预防争端的发生。这要求东道国熟悉 ICSID 仲裁的已有判例法，了解东道国政府管理行为的界限。如果万一出现争端，在诉诸仲裁之前，应尽量通过磋商、谈判、调停、调解等各种替代性争端解决方式解决争端。

## The Limitation of Annulment Proceeding of ICSID Convention Arbitral Award

*Han Xiuli*

**Abstract:** With the increase of ICSID Convention arbitration and the challenges to the legitimacy of the arbitration, the annulment proceedings of ICSID Convention arbitral awards are increasingly utilized by the parties to disputes. This article examines the overall utilization of the proceedings, and analyzes some countermeasures from the perspective of the host state in view of the limitation of the annulment proceeding. The annulment proceedings impose heavy burdens of lawsuit on disputing parties instead of guaranteeing the legitimacy and soundness of the arbitral awards, thus it is difficult to achieve substantive justice pursued by them. Finally, the countermeasures that are suggested to be taken by the host states are analyzed.

**Keywords:** ICSID Convention, Arbitral Award, Annulment Proceeding

（责任编辑：李庆明）

<sup>①</sup> See Karl p. Sauvart, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford: Oxford University Press), 2008.

<sup>②</sup> Gus Van Harten, *A Case for An International Investment Court*, Inaugural Conference, Geneva, July 15 - 17, 2008, p. 30.