



论国际投资仲裁中的异议意见制度

傅攀峰*

摘要：与国际商事仲裁对异议意见制度的集体沉默不同，《华盛顿公约》项下的国际投资仲裁一开始便从规则层面引入了异议意见制度。这种原始引入主要是基于以下先验判断：作为言论自由的一种表达，异议意见能够促使持多数意见的仲裁员以更负责任的态度裁案，进而有利于优质裁决的产生；有助于提升当事人对仲裁程序的信任；有助于促进国际投资法的发展。然而，实践中，几乎所有异议意见都来自败诉方委任的仲裁员。国际投资仲裁的多年实践，并未印证异议意见制度引入国际投资仲裁的先验判断。从成因上看，联裁委任机制的道德风险是造成此种现象的首要原因。然而，废除联裁委任机制不仅无法根除裁判者的偏见，反而会动摇仲裁的合法性根基，导致国际投资争端解决机构日益官僚化。废除异议意见制度，又过于极端，且须在全球范围内就《华盛顿公约》等一系列国际法律文件的修订达成共识，难度较大。为缓解异议意见制度在国际投资仲裁中的实践困境：一是要强化仲裁员的责任意识，使其慎于发表异议意见；二是要引入首席裁决机制，在两名联裁产生重大分歧之时，允许首裁根据自己的意见独立作出裁决，不必被迫“站队”；三是要在标的额相对较小、争议内容相对简单的案件中，大力倡导独任仲裁庭的运用。

关键词：国际投资仲裁 异议意见 联席仲裁员 仲裁员责任 委任机制

过去 10 多年，国际投资仲裁合法性危机从理论批判迅速向现实变革推进。^① 在以欧盟为首的国际力量的推动下，仲裁在国际投资争端解决中的角色意义正在下降，代之的是对国际投资法庭的追捧。^② 在这场危机中，学者们经常将批判的矛头指向投资仲裁庭或仲裁员，认为其存在过分偏向于维护投资者利益的倾向，^③ 且一定程度上应为国际投资仲裁裁决不一致问题负责。^④ 此类批评能否成立，仍有争议。但难以否认却又能够给投资仲裁庭或仲裁员的工作提出严肃质疑的是，异议意见制度在国际投资仲裁实践中发生了严重扭曲。考察所有国际投资仲裁案件，可以发现，几乎所有异议意见都来自败诉方委任的仲裁员。荷兰仲裁法学家范登伯格（Albert J. van den

* 傅攀峰，中国社会科学院国际法研究所副研究员。本文所引用网络资源的最后访问时间均为 2024 年 5 月 20 日。

① 弗兰克（Susan Franck）教授早在 2005 年就系统阐述了国际投资仲裁合法性危机，强调对政府公共利益以及裁决一致性的关切，并提出设立上诉机构的设想。See Susan Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, (2005) 4 *Fordham Law Review* 1521, p. 1521.

② 参见叶斌：《〈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》，载《国际法研究》2017 年第 6 期，第 115—126 页。

③ 参见刘筭：《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》，载《法学研究》2008 年第 6 期，第 145 页。

④ 参见刘筭：《国际投资仲裁裁决的不一致性问题及其解决》，载《法商研究》2009 年第 6 期，第 142 页。

Berg) 早在 10 多年前即已观察到这一现象。^① 作为深度参与国际投资仲裁的仲裁员, 范登伯格不仅对国际投资仲裁实践拥有可靠的感性认识, 而且通过对其搜集到的 1983—2008 年^② 出现异议意见的国际投资仲裁裁决的统计, 揭示了前述现象, 并对其作了深入分析。如今, 10 多年已经过去, 而在此期间, 国际投资仲裁虽饱受批评, 但案件数量却迎来史无前例的高速增长。遗憾的是, 范登伯格 10 多年前所观察到的现象仍在延续。对于该现象, 国外学者虽已有所研究,^③ 国内学者却尚未关注。鉴于此, 本文尝试探讨国际投资仲裁中的异议意见制度, 考察将其引入国际投资仲裁中的考量因素, 揭示其实践困境, 探究其背后成因, 并思考其破局之路。

一 异议意见制度引入国际投资仲裁之考量

异议意见是指, 少数裁判者表达的不同意构成裁判基础的多数意见 (majority opinion) 的反对意见。虽然异议意见无法构成裁判的依据, 但往往与多数意见同时发布, 能够在法律层面或社会层面产生一定影响。^④ 从比较法的角度看, 异议意见制度源自普通法系, 在当今普通法国家或地区的司法实践中被广泛运用。^⑤ 大陆法系并没有异议意见制度的传统。^⑥

就国际商事仲裁而言, 代表全球广泛共识的《联合国国际商事仲裁示范法》(下文简称《示范法》) 要求裁决书原则上附具裁决理由, 但对异议意见只字未提。在仲裁规则方面, 除《荷兰仲裁院仲裁规则》与《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》有所规定外,^⑦ 诸如国际商会国际仲裁院 (下文简称 ICC 国际仲裁院)、伦敦国际仲裁院 (下文简称 LCIA)、斯德哥尔摩商会仲裁院等主流国际商事仲裁机构的仲裁规则均未提及异议意见。^⑧ 广泛适用于临时仲裁的《联合国

① See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnouch Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), pp. 821–843.

② 1983 年的 *Klockner v. Cameroun* 案是首次出现异议意见的投资仲裁案件。

③ See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnouch Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), pp. 821–843; Catherine Titi, “Investment Arbitration and the Controverted Right of the Arbitrator to Issue a Separate or Dissenting Opinion”, (2018) 17 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 197, pp. 197–216.

④ 异议意见无法构成具有约束力的判例 (precedent), 但可能对今后相关司法案件具有参考意义。如果异议意见被后一法院 (层级高于原审法院) 采纳并据此作出判决, 则其借此将转化为真正的判例。

⑤ 美国最高法院将异议意见制度运用到极致。据美国学者统计, 在 1789—1928 年, 美国最高法院所作出的判决 15% 都出现了异议意见, 而在 1930—1957 年, 这一数据翻了将近 3 倍, 占美国最高法院判决的 42%。随着历史的发展, 美国法院对法官发表单独意见开始持欢迎的态度, 许多法官在决定是否发表异议意见之时不再如以前那样犹豫不决。美国最高法院金斯伯格大法官 (Justice Ruth Bader Ginsburg) 更是以善于并敢于发表异议意见而著称。See Iman Zekri, “Respectfully Dissenting: How Dissenting Opinions Shape the Law and Impact Collegiality Among Judges”, (2020) *Florida Bar Journal*, <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-journal/respectfully-dissenting-how-dissenting-opinions-shape-the-law-and-impact-collegiality-among-judges/>.

⑥ See John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (Stanford University Press, 2007), p. 122.

⑦ 参见《荷兰仲裁院仲裁规则 (2015 年)》第 43 条、《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则 (2015 年)》第 49 条。

⑧ 斯德哥尔摩商会仲裁院是除国际投资争端解决中心 (下文简称 ICSID) 之外受理国际投资争端最多的仲裁机构。该机构 1999 年版的仲裁规则曾明确规定仲裁员可以在仲裁裁决上附上自己的异议意见, 但该规定在其 2007 年版的仲裁规则中被删除。

国际贸易法委员会仲裁规则》(下文简称《UNCITRAL 仲裁规则》)也未对异议意见作出规定。^①当然,这种对异议意见的集体沉默,并不代表仲裁员不可以在国际商事仲裁中发表不同于仲裁庭多数意见的看法。事实上,在 ICC 国际仲裁院的仲裁实践中,仲裁员发表异议意见的情况时常出现。^②对此,ICC 国际仲裁院曾在 20 世纪 80 年代组织各国仲裁法专家研究异议意见在 ICC 国际仲裁院仲裁中的合理性。专家们达成的共识是,在 ICC 国际仲裁院的仲裁中压制异议意见既不现实也不值得追求。少数观点认为,ICC 国际仲裁院应当尽可能地弱化异议意见的角色。主流观点则认为,ICC 国际仲裁院既不应该鼓励,也不应该压制异议意见的发表。^③

与国际商事仲裁不同的是,以《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(下文简称《华盛顿公约》)为中心的国际投资仲裁明确支持异议意见制度。《华盛顿公约》第 48 条第 4 款规定,仲裁庭的任何成员不论其是否同意仲裁庭的多数意见,都可以将个人意见附在裁决书上,或者可以附上自己的异议意见。而且,《华盛顿公约》体系下的《ICSID 仲裁规则》^④以及《ICSID 附加便利规则》^⑤重申了这一点。

相比于具有久远历史的国际商事仲裁,国际投资仲裁在 20 世纪六七十年代才正式登上历史舞台,距今不过 50 多年。当初,投资条约缔结者与投资仲裁规则制定者将异议意见制度引入国际投资仲裁时,投资仲裁案件尚未出现。ICSID 直到 1972 年才受理第一起国际投资仲裁案件。而且,在随后的 20 年里,ICSID 年均受案量不到 2 起。^⑥国际投资仲裁真正繁荣发展起来,不过是近 30 年的事。由此可见,异议意见制度一开始便从规则层面引入国际投资仲裁,是一种原始引入,而不是基于国际投资仲裁实践充分发展通过制度变革引入的。故最初将异议意见制度引入国际投资仲裁,必然是基于对其优点的先验判断,其不外乎以下 4 个方面。

第一,异议意见能够促使持多数意见的仲裁员以更负责任的态度裁案,进而有利于优质裁决的产生。对此,莫斯克(Richard Mosk)与金斯伯格(Tom Ginsburg)认为,异议意见所针对的往往是案件中最复杂且具有重大意义的问题,而异议仲裁员就相关问题以理性的态度清晰地表达自己的不同看法,能够引起持多数意见的仲裁员对这些问题的高度重视,促使其反复斟酌处理这些问题的裁判方法,进而作出 1 份具有较强说服力的裁决书。^⑦这一判断存在一个重要的假定前提,即异议意见是仲裁庭在行使裁决权的过程中需要引起高度重视的非正常现象。而这项假定又以如下假定为前提,即基于仲裁庭一致意见的裁决比基于多数仲裁员意见或首席仲裁员单独意见

① See Inan Uluc, Kristi R. Sutton, "Without Silence, There Is No Golden Rule; Without Dissent, There Is No Progress", (2018) 20 *Oregon Review of International Law* 219, pp. 235 - 236.

② 例如,在 ICC 国际仲裁院近年受理的 *Damietta International Port Company (DIPCO) v. Damietta Port Authority* 案中,仲裁员里亚德(Tarek Riad)发表了不同意其他仲裁员对埃及法律作出的解释的异议意见。See "Port project award upheld in Egypt", 14 December 2020, GAR Report by Jack Ballantyne, <https://globalarbitrationreview.com/public-policy/port-project-award-upheld-in-egypt>.

③ See "Final Report on Dissenting and Separate Opinions", (1991) 2 (1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 32, p. 32, <https://jsumundi.com/en/document/publication/en-final-report-on-dissenting-and-separate-opinions>.

④ 参见《ICSID 仲裁规则(2022)》第 59 条第 3 款。

⑤ 参见《ICSID 附加便利规则》第 52 条第 2 款。

⑥ See "The ICSID Caseload—Statistics (Issue 2024 - 1)", https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue%202024.pdf.

⑦ See Richard Mosk, Tom Ginsburg, "Dissenting Opinions in International Arbitration", in Matti Tupamäki (ed.), *Liber Amicorum Bengt Broms* (PMS Print Oy, 1999), p. 271.

的裁决更权威。只有在此前提下，异议意见才值得引起其他仲裁员重视，进而促使后者以更负责任的态度裁案。

第二，异议意见有助于提升当事人对仲裁程序的信任。莫斯克与金斯伯格还认为，无论是诉讼还是仲裁，裁判过程的合法性很大程度上取决于当事人的感知。而当事人对裁判过程合法性的感知，关键又在于当事人是否获得了公平对待。异议意见制度允许持少数意见一方郑重阐释其对案件相关问题的立场，即使这一立场最终未被仲裁庭采纳，至少可以使败诉当事人相信仲裁庭曾考虑过其他裁判选项，从而增强当事人对裁判过程合法性的感知，提高败诉当事人自愿履行仲裁裁决的可能性。^① 这一判断的假定前提是，每一名裁判者都是独立、公正的，能够不偏不倚地根据自己对案件具体问题的理解与判断发表意见。

第三，异议意见有助于促进国际投资法的发展。异议意见对于法律发展的意义，根植于普通法系将法律视为一种不断演进的规范的理念。作为普通法系的主要法律渊源，判例法的发展离不开司法裁判过程中不同意见的交锋与碰撞，经年累月淬炼出与社会发展相适应的不成文规则。虽然判例一般都是基于判决的多数意见而形成，但福莱加（Pedro Fraga）与萨姆拉（Harout Samra）^② 认为，异议意见不仅有助于成熟的多数意见发展成为经得起推敲的法律规则，其本身亦可能在一定的历史条件下，通过后案的援引转化为法律规则。在国际法领域，由于国际法很大程度上由习惯法构成，与判例法一样具有不断演进的特质，故而适合引入异议意见制度。异议意见在常设国际法院（Permanent Court of International Justice, 1922—1946年）受理的案件中即已颇为常见。^③ 安齐洛蒂（Dionisio Anzilotti）法官在德奥关税同盟案（*Austro - German Customs Union Case*）^④ 中所表达的独立意见曾被誉为“对国际司法的永久价值作出了突出贡献”。^⑤ 诸如国际法院、^⑥ 国际海洋法法庭、^⑦ 国际刑事法院、^⑧ 欧洲人权法院^⑨等重要的国际争端解决机构都引入了异议意见制度。

第四，异议意见制度是言论自由的逻辑延伸。言论自由作为一个政治概念，是指公民拥有通过各种媒体就社会生活中的各种问题表达思想观点的自由。早在1789年，法国《人权与公民权宣言》就将言论自由视为最重要的人权之一。这项自由目前被世界各国普遍接受，已经发展成为一项具有根本意义的宪法性自由，其重要性不言而喻。在司法场景下，毋庸置疑的是，裁判者亦享有就案件发表个人意见的自由，这是言论自由的一种具体表达。其逻辑结果是，任何裁判者不可将其意见强加给其他裁判者，任何裁判者亦不应被迫接受其他裁判者的意见。正如索德兰

① See Richard Mosk, Tom Ginsburg, “Dissenting Opinions in International Arbitration”, in Matti Tupamäki (ed.), *Liber Amicorum Bengt Broms* (PMS Print Oy, 1999), p. 272.

② See Pedro J. Martinez-Fraga, Harout Jack Samra, “A Defense of Dissents in Investment Arbitration”, (2012) 43 *University of Miami Inter-American Law Review* 445, p. 475.

③ See Edward Dumbauld, “Dissenting Opinions in International Adjudication”, (1942) 90 *University of Pennsylvania Law Review* 929, p. 945.

④ See (1931) P. C. I. J., Ser. A/B, No. 41.

⑤ See Edward Dumbauld, “Dissenting Opinions in International Adjudication”, (1942) 90 *University of Pennsylvania Law Review* 929, p. 929.

⑥ 参见《国际法院规约》第57条。

⑦ 参见《国际海洋法法庭规约》第30（3）条。

⑧ 参见《国际刑事法院罗马规约》第83（4）条。

⑨ 参见《欧洲人权公约》第45（2）条。

(Christer Söderlund) 所言：“发表异议意见的自由，源自仲裁员不受约束地表达自身观点且不被强迫接受其自身无法认可的特定观点的权利——这是一项不可分割的基本权利。”^①

更进一步讲，作为言论自由的一种延伸，异议意见还能弥补裁决过程中民主的缺失。在出现异议意见的情况下，裁判通常根据多数意见作出，这是民主的要求与体现。但多数意见并非必然正确且能经得起历史的考验。美国最高法院斯卡利亚大法官 (Antonin Gregory Scalia) 曾表示：“当历史证明美国最高法院的某项判决确实犯有可怕的错误时，回顾历史，如果我们发现曾有大法官当时清楚地看到危险的存在，并且基于担忧对此发出雄辩的声音，我们会获得一些宽慰。”^② 可见，异议意见的发表，不仅是言论自由的一种表达，还能够在裁判有错的情况下，一定程度上挽回司法的尊严。

二 异议意见制度的实践困境：现象及成因

(一) 困境的产生

在国际投资仲裁中，绝大多数案件都由3名仲裁员组成的仲裁庭（下文简称三人庭）审理。通常，2名联席仲裁员（下文简称联裁）分别由投资者与东道国政府单方面委任；首席仲裁员（下文简称首裁）则由双方当事人共同委任。作为裁判者，仲裁员在裁判权的行使逻辑上，与法官具有相似性。正如法官的公正性是司法正义的活水之源，仲裁员的公正性对于仲裁正义的实现同样至关重要。^③ 无论是首裁还是联裁，都必须独立、公正，同样遵守适用于裁判者的道德规范。据此，在异议意见制度的正常实践下，发表异议意见的仲裁员既可能是联裁，也可能是首裁。现实是，考察迄今为止所有国际投资仲裁案件，首裁发表异议意见的案件凤毛麟角；^④ 而联裁发表异议意见的案件则比比皆是。^⑤ 而且，在所有出现异议意见的案件中，发表异议意见的联裁几乎都是由不满裁决结果的一方当事人所委任。^⑥ 以下是笔者随机搜集到的2009年至今出现异议意见的21起国际投资仲裁案件（见表1）。在这些案件中，发表异议意见的仲裁员都是联裁，且其委任方都不是裁决结果的受益方。

① See Christer Söderlund, “Dissenting Opinions and Why They Should be Tolerated”, 12 March 2019, <https://journal.arbitration.ru/analytcs/dissenting-opinions-and-why-they-should-be-tolerated/>.

② See Ruth Bader Ginsburg, “The Role of Dissenting Opinions”, (2010) 95 *Minnesota Law Review* 1, p. 5.

③ 几乎所有仲裁法或仲裁规则都要求仲裁员须保持独立、公正。例如，《示范法》第12条明确要求仲裁员披露可能影响其独立性或公正性的任何情况，如果存在任何能够对仲裁员公正性或独立性提出质疑的情况，当事人可以提出要求其予以回避的申请。《中华人民共和国仲裁法》（下文简称《中国仲裁法》）第34条规定了当事人有权申请仲裁员回避的4类情形，这些情形都指向仲裁员的公正性。

④ 笔者目前发现的唯一案例是2004年的 *Tokios Tokelés v. Ukraine* 案 (ICSID Case No. ARB/02/18)。该案中，首席仲裁员维尔 (Prosper Weil) 认为仲裁庭的管辖权无法成立，但无法说服2位联裁。基于2位联裁的多数意见形成的仲裁裁决，主张对案件行使管辖权。对此，维尔发表了异议意见，并辞去了首裁职务。

⑤ 不过，各类仲裁规则一般都规定，仲裁庭无法达成合意的情况下由首裁裁断。由此，首裁实际上拥有比联裁更高的裁断权。鉴于此，难以找到首裁发表异议意见的案件，尚可理解。

⑥ 截至2023年12月，ICSID受理的投资仲裁案件达967起，其中超过一半的案件是最近10年受理的。See “The ICSID Caseload—Statistics (Issue 2024 - 1)”, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue%202024.pdf.

表 1 2009—2021 年国际投资仲裁裁决异议意见情况不完全统计

年份	案名	异议仲裁 员类型	异议仲裁 员委任方	裁决结果 受益方 ^①	异议意见
2009	<i>Austrian Airlines v. Slovak</i>	联裁	投资者	东道国	布劳尔 (Charles Brower) 不同意多数意见对最惠国待遇原则的解释。
2009	<i>Hrvatska Elektroprivreda v. Slovenia</i>	联裁	东道国	投资者	波尔森 (Jan Paulsson) 认为,多数意见对涉案协议的解释方法过于激进,东道国不应承担对投资者的赔偿义务。
2011	<i>Abacat et al v. Argentine</i>	联裁	东道国	投资者	阿比萨布 (Georges Abi-Saab) 认为,根据《华盛顿公约》及相关 BIT 条款,仲裁庭对本案主权债务集体纠纷无事项管辖权,而且未经东道国同意,仲裁庭也无属人管辖权,且不可为审理此类集体纠纷创设新的程序。
2011	<i>ABC Investments v. Tunisia</i>	联裁	东道国	投资者	斯特恩 (Brigitte Stern) 认为,在《突尼斯投资法典》1993 年废除前,投资者未明确表达接受 ICSID 仲裁的意愿,不满足《华盛顿公约》第 25 条所规定的条件,故仲裁庭对本案不享有管辖权。
2011	<i>Lemire v. Ukraine</i>	联裁	东道国	投资者	沃斯 (Jürgen Voss) 认为,仲裁庭忽视了双方当事人曾达成的和解协议,而且对公平公正待遇范围的界定不正确。
2011	<i>Hochtief v. Argentina</i>	联裁	东道国	投资者	托马斯 (J. Christopher Thomas) 认为,仲裁庭自行为自己创设管辖权,用最惠国待遇条款取代条约中关于仲裁管辖权的门槛规定,无异于本末倒置。
2015	<i>Charanne v. Spain</i>	联裁	投资者	东道国	托维尔 (Guido Santiago Tawil) 不同意仲裁庭对合理期待的解释,认为不应当将与合理期待相关的请求限于东道国是否违反了特定的承诺。
2015	<i>Bilcon v. Canada</i>	联裁	东道国	投资者	麦克瑞 (Donald McRae) 认为,东道国并未违反《北美自由贸易协定》第 1105 条第 1 款项下的最低待遇标准。
2015	<i>Detroit International Bridge Company v. Canada</i>	联裁	投资者	东道国	切尔托夫 (Michael Chertoff) 认为,《北美自由贸易协定》第 1121 条项下的弃权成立,仲裁庭对涉案争议拥有管辖权。
2015	<i>Venoklim v. Venezuela</i>	联裁	投资者	东道国	品松 (Enrique Gómez Pinzón) 认为,即便涉案投资者由东道国国民控制,也享有获得涉案 BIT 保护的资格,而且案件并未出现可以“刺破公司面纱”的情形。
2017	<i>Bear Creek Mining v. Peru</i>	联裁	东道国	投资者	桑兹 (Phillipe Sands) 认为,投资者也应该担负起社会责任,《国际劳工组织公约》关于原住民的相关规定也应该适用于外国投资者。
2017	<i>EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v. Slovak</i>	联裁	投资者	东道国	盖拉德 (Emmanuel Gaillard) 认为,争议在涉案 BIT 规定的属时管辖 (ratione temporis) 范围内,仲裁庭由此对争议所涉问题享有管辖权。
2019	<i>Anglo American v. Venezuela</i>	联裁	投资者	东道国	托维尔认为,东道国扣押资产的行为构成非法征收,并违反了公平公正待遇原则所要求的透明义务。
2019	<i>Stadtwerke v. Spain</i>	联裁	投资者	东道国	赫贝尔 (Kaj Hobér) 认为,东道国违反了《能源宪章条约》下的公平公正待遇标准,应全额赔偿投资者的损失。
2020	<i>Herzig v. Turkmenistan</i>	联裁	东道国	投资者	桑兹认为,仲裁庭允许申请者不为第三方资助提供费用担保,将刺激投资者使用这种显失公平的资助安排,从而进一步加深关于投资仲裁并非必然服务于公共利益的印象。

① 此处的裁决结果并非必然是仲裁庭作出的综合裁决结果(即胜诉或败诉),而主要是指仲裁庭就异议意见所针对的问题作出的裁决结果。

年份	案名	异议仲裁 员类型	异议仲裁 员委任方	裁决结果 受益方	异议意见
2020	<i>Portigon AG v. Spain</i>	联裁	东道国	投资者	萨瑟多提(George Sacerdoti)认为,由于争议与涉案投资不具有直接联系,投资者的请求无法满足《华盛顿公约》第25条设定的管辖条件。
2020	<i>Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic</i>	联裁	东道国	投资者	科恩(Marcelo Kohen)认为,东道国未在涉案条约中作出将投资争端提交仲裁的承诺,且涉案条约不保护间接投资。
2020	<i>Theodoros Adamakopoulos et al v. Cyprus</i>	联裁	东道国	投资者	科恩认为,欧盟法律禁止投资者基于欧盟成员国内部 BIT 将投资争端提交仲裁解决。
2020	<i>STEAG GmbH v. Spain</i>	联裁	东道国	投资者	杜普锐(Pierre-Marie Dupuy)认为,东道国并未损害投资者合法且唯一的投资收益期待。
2020	<i>Muszynianka v. Slovak</i>	联裁	投资者	东道国	沃尔特拉(Robert Volterra)认为,东道国宪法修正案对瓶装矿泉水外的水资源出口的限制是不合理的歧视性措施。
2021	<i>Eurus Energy Holdings Corporation v. Spain</i>	联裁	投资者	东道国	加里巴拉迪(Oscar M. Garibaldi)认为,东道国应为违反《能源宪章条约》下的公平公正待遇原则负责,并对投资者作出赔偿。

(二) 成因分析

事实上,裁决结果受益方与异议联裁委任方已然存在系统性的对立。换言之,如果裁决结果受益方是投资者,异议联裁委任方必然是东道国;反之,如果裁决结果受益方是东道国,异议联裁委任方必然是投资者。这种系统性的对立表明,在国际投资仲裁中,异议联裁存在偏袒其委任者的倾向。^①从成因上讲,联裁委任机制的道德风险是造成这种现象的主要原因。此外,联裁接受委任的动机以及当事人的预先操作等主观因素,也不容忽视。

1. 联裁委任机制的道德风险

作为当事人意思自治在仲裁中的重要体现,联裁委任机制在当代国际仲裁实践中也带来了许多涉及仲裁员公正性的道德问题。最尖锐者莫过于,联裁往往难以避免沦为当事人的代理人,丧失其作为一名裁判者所应具备的公正品质。^②

实践中,联裁沦为当事人的代理人,屡见不鲜。洛文集团诉美国政府案(*Loewen v. USA*,下文简称洛文案)^③即为一例。该案中,美国政府委任米克瓦(Abner J. Mikva)为联裁。作为美国资深法律专家,米克瓦曾在2014年被美国总统奥巴马授予总统自由勋章,在美国政界与法律界享有崇高威望。理论上,1名社会名望如此高的仲裁员定会遵守仲裁员的基本道德规范,秉公裁案。然而,据米克瓦自己披露,他曾与美国司法部的官员会面,后者的谈话使其感到必须取得让美国政府满意的裁决结果,而对方当事人对此根本不知情。在案件审理过程中,米克瓦与另外

① 值得注意的是,由于异议联裁既可能是由投资者委任,也可能是由东道国委任,故就裁判倾向看,不存在联裁系统性地偏袒东道国或者投资者的情况。不过,这反而又突出了联裁偏袒其委任者的现象。即,无论委任者是东道国,还是投资者,联裁的偏袒倾向不以当事人的主体性质而以“谁委任我”而论。

② See J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, (2010) 25 *ICSID Review* 339, pp. 339 – 355.

③ 洛文案是加拿大投资者针对美国政府提起的《北美自由贸易协定》项下的投资仲裁案。

2名仲裁员在1个复杂的问题上存有分歧，后两者倾向于认为洛文集团是美国法院司法不当行为的受害者，而米克瓦却不赞同。然而，裁决书明确显示，仲裁庭作出了1项意见一致的裁决。事实上，米克瓦分明记得其对另外2名仲裁员的意见存有异议，而为了确保美国政府不败诉，米克瓦与另外2名仲裁员做了交易。交易的结果是，仲裁庭作出1项意见一致的裁决，认定美国法院的确存在司法不当行为，换取仲裁庭基于洛文集团主体不适格作出驳回其请求的最终决定。毋庸置疑，米克瓦与美国政府单方面的沟通，并且向美国政府示意其领悟美国政府的授意，违背了仲裁员公正、独立的道德义务。^①

如果说洛文案揭示了基于妥协形成的一致裁决是联裁偏袒其委任者的隐性表达，那么可以说，异议意见往往是联裁偏袒其委任者的显性表达。造成联裁通过异议意见为其委任者“辩护”的主要原因在于，联裁委任机制本身所蕴含的道德风险。诚如范登伯格所言：“问题的根源在于仲裁员的委任方式，联裁委任机制会产生一些对作为委任者的当事人具有某种依赖的仲裁员。”^②一方面，联裁因一方当事人的委任而获得以仲裁员的身份参与案件的机会；另一方面，这种单方面委任行为与联裁接受委任的个人动机相结合，使联裁与其委任者之间形成了某种利益关系，进而可能导致联裁通过发表异议为其委任者“辩护”。

2. 联裁接受委任的动机

必须看到，仲裁员接受当事人委任，存在较为显著的个人动机。这点从近年引人热议的国际法院法官在国际投资仲裁中的兼职问题中可窥见一二。

一直以来，在许多国际投资仲裁案件中，我们都能看到国际法院法官担任仲裁员的身影，如克劳福德（James Crawford）、汤姆卡（Peter Tomka）、格林伍德（Christopher Greenwood）。这一现象近年招致国际法学界的广泛批评。^③在谈到现任国际法院法官为何乐于在国际投资仲裁中兼职之时，西玛（Bruno Simma）法官承认，相比于在国际投资仲裁中兼职所获得的报酬，国际法院的固定薪酬制严重限制了法官们的收入，对于来自发达国家的法官更是如此。^④可见，即便是身居显赫之位的国际法院法官，物质生活已足够体面，也有在国际投资仲裁中兼职仲裁员的经济动机。

揭示仲裁员接受委任的动机，并非否定仲裁员获取报酬的正当性。仲裁员的裁判服务理应获得尊重，其劳动理应获得报酬。问题是，仲裁员获得报酬的机会及其报酬来源往往与联裁委任机制密切相关。与身居显位而常被仲裁机构指定为首裁的国际法院法官以及声誉较高的资深国际仲

① 关于米克瓦透露的洛文案内幕，参见傅攀峰：《单仲裁员委任机制的道德困境及其突围——以 Paulsson 的提议为核心》，载《当代法学》2017年第3期，第120—121页。

② See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnouch Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), p. 834.

③ 国际可持续发展研究所（IISD）的2名学者在2017年底发布的1份题为《“兼职”是个问题吗？国际法院法官在国际投资争端解决中的角色》的报告，引起国际法学界广泛关注。该报告表示：“我们呼吁各国和其他利益相关者分析和讨论国际法院法官担任投资仲裁员的后果。这种做法似乎有损国际法院作为具有独立性的国际公法最高权威的声誉。” See Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Martin Dietrich Brauch, “Is ‘Moonlighting’ a Problem? The role of ICJ judges in ISDS”, [https://www.iisd.org/system/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf? q = sites/default/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf](https://www.iisd.org/system/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf?q=sites/default/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf).

④ See “Past and Present ICJ Judges Welcome Curb on Moonlighting”, 9 April 2021, GAR Report by Jack Ballantyne and Alison Ross, <https://globalarbitrationreview.com/past-and-present-icj-judges-welcome-curb-moonlighting>.

裁判员不同，许多新任国际仲裁员往往是通过当事人的单方面委任获得担任仲裁员的机会。在个人利益的驱动下，这些新任仲裁员往往可能有意在仲裁庭中突出自己的角色。如果不争取在案件中为其委任者获得有利裁决，或者当裁决结果对其委任者不利而不作出任何表示，他们被再度委任的可能性势必受影响。而必要之时，发表异议意见恰好成为他们对其委任者作出交代的机会，而且也是向未来委任他们的潜在当事人展现自我“价值”的方式。^①换言之，不论案件裁决结果如何，联裁具有以一种明确的方式维护其委任者的“责任感”与因应国际投资仲裁市场需求的“倾向性”，异议意见的发布可能正是源于这种心理驱动。通俗来讲，这种心理动机就是：既然当事人好心委任我做仲裁员，让有机会审理案件、获得报酬并在国际仲裁界积累名声，那我就应该为维护当事人的利益努力，并让当事人自己以及未来潜在的当事人看到我的责任心。^②这种心理动机，足以驱使缺乏职业操守的联裁在裁判过程中偏袒其委任者。

3. 当事人的预先操作：一个充满悖论的因素

必须承认，异议联裁偏袒其委任者亦可能源自当事人的预先操作——当事人往往会通过事先调查，了解潜在仲裁员将如何看待涉案问题，从而作出选择哪位仲裁员的决定。^③这在国际投资仲裁中尤为明显。一方面，国际投资仲裁往往涉及相当复杂的法律问题，对这些法律问题的裁判态度往往决定争议的最终结果。另一方面，国际投资仲裁员往往是具有较大公众影响力的知名人士，对投资仲裁中的一些法律问题曾公开持某种观点，并体现在其过去处理的一系列案件中。

据统计，在国际投资仲裁中，诸如斯特恩、托马斯、桑兹等仲裁员绝大多数情况下都由东道国政府委任，这是一个极端；另一个极端是，诸如布劳尔、阿列克桑德罗夫（Staminir Alexandrov）等仲裁员绝大多数情况下都由投资者委任。^④这表明，在某一具体问题上，当事人选定的仲裁员将如何裁决，似乎早已注定，除非该名仲裁员甘愿承受事后来自评论界的批评，表达与其以往所持观点相左的意见。这是前述仲裁员分别被主权国家或投资者一边倒地反复委任的重要原因。

问题却在于，当事人的这种预先操作，完全背离了关于仲裁员的制度性假设，即所有仲裁员，无论是首裁还是联裁，都应当受双方当事人的充分信任。^⑤本着这一前提，当事人在选择仲裁员时，只应当看其是否具有独立性和公正性，办案是否认真负责，而不是评估其在某个争议焦点上会不会支持其诉求。沿此逻辑，当事人理应更加信任首裁，因为首裁并非一方当事人单方面委任，而是由双方当事人共同委任，独立性与公正性理应更高。但现实是，当事人甚至连首裁都

① See Dapha Kapeliuk, “The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators”, (2010) 96 *Cornell Law Review* 47, p. 68.

② 实际上，在此种心理驱动下发表异议意见的情况不仅发生在仲裁中，国际法院也存在这种情况。西玛法官认为，当前国际法院法官9年1届连连连任的制度应改为只准任1届，每届任期12年。因为有的法官为了获得连任，会故意在案件中表达一些没有必要的异议意见，以吸引一些国家对法官的工作“业绩”的注意。See “Past and Present ICJ Judges Welcome Curb on Moonlighting”, 9 April 2021, GAR Report by Jack Ballantyne and Alison Ross, <https://globalarbitrationreview.com/past-and-present-icj-judges-welcome-curb-moonlighting>.

③ 参见傅攀峰：《单边仲裁员委任机制的道德困境及其突围——以 Paulsson 的提议为核心》，载《当代法学》2017年第3期，第121页。

④ See Rodrigo Polanco Lazo, Valentino Desilvestro, “Does an Arbitrator’s Background Influence the Outcome of an Investor-State Arbitration?”, (2018) 17 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 18, pp. 18–48.

⑤ 关于此点，波尔森曾作出过精彩论述。See J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, (2010) 25 *ICSID Review* 339, p. 349.

不信任，只信任自己委任的仲裁员。因为在实践中，双方当事人很少能够就首裁人选达成一致，大多数情况下都由仲裁机构指定；^①而对于联裁的委任，当事人却极少怠慢，由仲裁机构代为指定的情况甚为少见。^②

三 异议意见制度引入国际投资仲裁之反思

上述实践困境，同时促使我们反思异议意见对国际投资仲裁的实际价值。经过多年实践，异议意见制度是否已经印证当初其被引入国际投资仲裁的先验判断？结合上述实践统计并考察相关案例，可以发现，理想与现实相隔较远。

第一，异议意见能否促使持多数意见的仲裁员以更加负责的态度裁案，进而是否有利于优质裁决的产生，很大程度上取决于异议意见是否在裁决作出前以简洁、郑重而又不失礼貌的方式向其他仲裁员表达。^③如果异议仲裁员以一种难以理喻且阻碍仲裁程序正常推进的方式表达异议意见，这种异议意见就难以获得仲裁庭同仁的重视，也不可能有利于优质裁决的产生。

实践中，有的仲裁员在裁决作出后许久才表达异议意见。例如，在美伊求偿仲裁庭（US-Iran Claims Tribunal）审理的某案中，1名仲裁员在裁决作出5个月后才向仲裁庭其他成员表达异议意见。^④异议意见在裁决作出后才向其他仲裁员表达，不仅无法给裁决质量的增进带来任何正面意义，反而会损害裁决在当事人以及公众眼中的严肃性与合法性。有的异议意见喧宾夺主，篇幅远超裁决书本身。在勒麦尔诉乌克兰案（*Lemire v. Ukraine*）中，裁决书的篇幅是107页，而乌克兰政府委任的联裁发布了1份长达173页且充满矛盾论述的异议意见，^⑤严重拖延了仲裁程序的开展。^⑥

异议意见还可能破坏仲裁庭的审议过程。如果某位联裁认为其应当支持甚至强化其委任者的辩护意见，就可能不会与其他仲裁员围绕案件本身作有意义的沟通。其他仲裁员会发现，仲裁庭已然存在一个作为当事人准代理人的仲裁员，从而不再认真对待这位仲裁员的言行。结果是，仲裁庭成员之间基于相互信任的协作关系破裂，仲裁庭的审议过程塌陷。^⑦

① See Chiara Giorgetti, “Who Decides Who Decides in International Investment Arbitration?”, (2014) 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 431, p. 446.

② See Chiara Giorgetti, “Who Decides Who Decides in International Investment Arbitration?”, (2014) 35 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 431, p. 446.

③ 著名仲裁法学家雷德芬（Alan Redfern）曾将异议意见的表达分为3类：好的、坏的与丑陋的。好的异议意见应当以友好的方式有节制地向仲裁庭的其他同仁简明扼要地表达出来。See Alan Redfern, “Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration”, (2004) 20 *Arbitration International* 223, p. 226.

④ See Richard Mosk, Tom Ginsburg, “Dissenting Opinions in International Arbitration”, in Matti Tupamäki (ed.), *Liber Amicorum Bengt Broms* (PMS Print Oy, 1999), p. 271.

⑤ See “Dissenting Opinion of Arbitrator Dr. Jürgen Voss”, https://www.italaw.com/sites/default/files/case_documents/ita0455.pdf.

⑥ See “Ukraine award inflames debate on dissents”, GAR Report dated on 1 April 2011, <https://globalarbitrationreview.com/ukraine-award-inflames-debate-dissents>.

⑦ 德兰（Yves Derains）曾将仲裁庭的审议分为“和谐审议”（harmonious deliberation）与“病态审议”（pathological deliberation），并将某些病态审议过程描述为“仲裁恐怖主义”（le terrorisme arbitral）。See Yves Derains, “La pratique du délibéré arbitral”, in Gerald Asken et al. (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Rober Briner* (ICC Publishing, 2005), pp. 221–224.

第二，“异议意见有助于提升当事人对仲裁程序的信任”这一论述实际上只能对委任异议联裁的当事人成立。当事人对仲裁程序的信任并非来自于其对仲裁程序的抽象感知，而是来自于仲裁程序或者仲裁庭给其带来的实际利益。异议意见能够强化当事人对仲裁程序的信任，并非建立在仲裁员本着独立、公正的态度自由表达异议意见的基础上，而是以仲裁员以偏袒的姿态发表异议意见为前提的。所谓“异议意见有助于提升当事人对仲裁程序的信任”，是一种脱离语境的设想。事实上，当前国际投资仲裁中的一个不良现象足以印证这一点，即：如果仲裁庭即将作出的裁决将对某名联裁的委任者不利，该名联裁就会产生一种必须就裁决结果发表异议的外在压力，人们甚至会预料到其一定会发表异议意见。^①

从国际投资仲裁的具体实践看，异议意见不仅无法加强当事人对仲裁程序的信任，反而可能激起当事人申请撤销仲裁裁决，破坏仲裁的最终成果。ICSID 早期受理的克罗克纳诉喀麦隆案 (*Klökner v. Cameroon*) 是异议意见激起败诉方申请撤裁的典型案。该案中，败诉方克罗克纳委任的仲裁员发表了异议意见。基于这一异议意见所列明的理由，克罗克纳申请撤销裁决。而负责审查该案仲裁裁决的特设仲裁庭 (*ad hoc tribunal*) 撤销了涉案裁决。不无争议的是，特设仲裁庭撤销裁决的依据与异议意见所列明的理由基本一致。^② 在 CME 公司诉捷克案 (*CME v. Czech*) 中，捷克政府委任的联裁发表了 1 份措辞极其强烈的异议意见，声称被其他 2 名仲裁员完全排除在合议程序之外，进而攻击整个仲裁程序的正当性。让人难以理解的是，因认为其委任者未获公正对待，该名联裁竟然鼓励捷克政府申请撤销裁决。最后，虽然涉案裁决未被撤销，但却出现 3 名仲裁员被唤至瑞典法院作证的尴尬局面，对国际投资仲裁的实践生态产生了非常不良的影响。^③

第三，异议意见不具备促进国际投资法发展的功能。国际投资法的发展属于立法范畴的事务，通常应由公权力机构主导。这当然既可以是立法者，也可以是司法者。而从性质上讲，仲裁属于非公权力主导的私人纠纷解决机制。国际投资仲裁庭既不是美国最高法院，也不是国际法院或欧洲人权法院，它完全是由作为私人的仲裁员组成的争议解决临时集体，以解决当下投资争端为要务，不宜兼顾国际投资法的发展。

退一步讲，即便在国际投资仲裁领域，类似于普通法的判例体系值得追求，^④ 这也只能是“源于仲裁庭在其具体案件中为裁断当事人提出的仲裁请求而表达的裁决意见”，^⑤ 而非源于不具有任何法律约束力的异议意见或附带意见 (*obiter dicta*)。事实上，在至今累计的 1000 多起国际

① See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnoush Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), p. 830.

② 范登伯格认为，如果仲裁裁决或仲裁程序出了问题，裁决本身以及仲裁程序记录足以作为申请撤销裁决的依据，异议意见不应当成为当事人申请撤销裁决的依据。See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnoush Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), p. 828.

③ See Alan Redfern, “Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration”, (2004) 20 *Arbitration International* 223, p. 229.

④ 考夫曼-科勒 (Gabrielle Kaufmann-Kohler) 认为，对于尚不成熟的法律领域，为确保裁决的确定性与一致性，通过先例发展法律，是值得追求的。See Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse?”, (2007) 23 *Arbitration International* 357, p. 357.

⑤ Karl-Heinz Böckstiegel, “Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today?”, (2012) 28 *Arbitration International* 577, p. 588.

投资仲裁案件中，很难找到一起前案异议意见获得后案仲裁庭援引的案例。^①经历了50多年的发展，建立在裁决多数意见基础上的国际投资法判例体系远未形成，裁决不一致现象频发，何以期待异议意见推动国际投资法的发展？

第四，可能也是难以反驳的一点是，异议意见制度是对裁判者言论自由的尊重，也是司法民主的内在要求。这也是为何，即便异议意见制度在国际投资仲裁实践中很大程度上已被扭曲，以至于异议意见的发表，日益成为一种程式化操作，往往不再关乎裁判者基于内心自由所表达的真实立场，完全废除异议意见制度，仍然过于极端，也不可取。就可行性而言，废除国际投资仲裁中的异议意见制度，须在全球范围内就《华盛顿公约》等一系列重要的国际法律文件的修订达成共识，其难度可想而知。此外，从实践的角度讲，即便禁止联裁发表异议意见，其亦可通过其他方式表达异议，如拒绝合作、阻碍仲裁程序推进，并不能从根本上解决问题。

四 异议意见制度实践困境的缓解路径

（一）关于废除联裁委任机制的争议

前文已揭示，联裁委任机制是异议意见制度在国际投资仲裁实践中产生上述困境的重要原因。在波尔森看来，禁止或者至少是限制联裁委任机制，才能克服其产生的道德风险。为此，他提出，无论仲裁庭由多少名仲裁员组成，所有仲裁员都应当由双方当事人共同委任，如果双方当事人无法就此达成一致，则应当由一个中立的外部机构委任。^②这一提议在国际仲裁界引起了极大争议。^③

施密特（Hans Smit）明确支持波尔森的提议。他认为，除非联裁作为代理人的角色完全被认可，否则，联裁委任机制应被废除。若无法实现这一点，就不要指望联裁不偏不倚地裁案。^④尤其值得注意的是，施密特认为，把联裁委任机制引入涉及公共利益的投资仲裁，极不合理。对于投资争端，仲裁庭的组成人员都应当由一个中立机构委任。各国应该修订双边投资协定，实现此种安排。通过这种途径，国际投资仲裁将在仲裁员委任机制的重构上为整个国际仲裁体系树立一个可供推广的标杆。^⑤

① 虽然无法通过实证研究予以证实，但有理由相信，之所以难以在投资仲裁中发现以往案件的异议意见得到引用，是因为仲裁员都清楚，异议意见总是源自对裁决结果不满的一方当事人所委任的联裁，故其参考意义值得怀疑。See Albert Jan van den Berg, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, in Mahnouch Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Brill Nijhoff, 2010), pp. 826 – 827.

② See J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, (2010) 25 *ICSID Review* 339, pp. 339 – 355.

③ See Charles Brower and Charles Rosenberg, “The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded”, (2013) 29 *Arbitration International* 7; Albert Jan van den Berg, “Charles Brower’s Problem with 100 Percent: Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, (2015) 31 *Arbitration International* 381.

④ Hans Smit, “The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 33, 14 December 2010.

⑤ Hans Smit, “The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 33, 14 December 2010.

这种立场强调了国际投资仲裁所涉利益的重要性。诚然，与一般的商事争议不同，投资争端牵涉东道国的公共利益，与一国对于外国投资的政策立场紧密相关，具有一定的政治色彩。一方面，投资争端往往因政府征收所致，而征收的概念已经远远突破了传统意义上的直接征收，如果东道国的相关立法或管制措施损害了投资者的利益，投资者便可单向地起诉东道国，这会直接影响东道国的立法权与经济管辖权；另一方面，投资仲裁裁决所涉金额往往高达数亿美元甚至数十亿美元，而东道国要用纳税人的钱履行涉案金额巨大的仲裁裁决。^①但是，也必须清醒地认识到，废除联裁委任机制将从根本上动摇现代仲裁制度的根基，使主权国家进一步疏远当前饱受批评的国际投资争端解决机制，原因有三。

第一，联裁委任机制是确保当事人对仲裁程序产生信任的关键。不论裁决结果如何，当事人亲自委任1名仲裁员，会拉近其与仲裁程序的距离，使其对仲裁产生一种亲近感，进而使其更容易接受裁决结果。

值得注意的是，2019年中国政府向联合国国际贸易法委员会提交的《关于国际投资争端解决机制改革的意见书》（下文简称《意见书》）明确强调“当事人指定仲裁员的权利”应在改革方案中得到体现。《意见书》指出：“从国际仲裁传统实践看，当事方指定仲裁员的权利是国际仲裁的基本特征，也体现了当事方意愿。投资仲裁的参与各方（投资者、东道国政府官员、律师或仲裁员）普遍认为，该特征是国际仲裁核心的、最具吸引力的特征。”^②

第二，从可行性看，如果废除联裁委任机制，仲裁员的委任将首先由双方当事人达成合意来完成，而这在实践中往往难以实现，结果将导致，需要由机构代为指定仲裁员，这只会导致ICSID等主流国际投资争端解决机构日益官僚化，招致更为强烈的批评。

ICC国际仲裁院前主席穆尔（Alexis Mourre）更是认为，所有仲裁机构或多或少都存在着一一定的官僚气息，由机构委任所有的仲裁员会导致仲裁员不再关心当事人的需求，而是投仲裁机构之所好，进而可能导致仲裁员逐渐沦为政客。^③

第三，联裁委任机制固然可能导致仲裁员产生裁判偏见，但须认识到，任何裁判者基于自身的知识背景或生活经历，对外部事物的判断都难免带有某种偏见，废除联裁委任机制并不能根除裁判者的偏见。^④若从现实考虑，正视联裁的偏见，将其化为使仲裁庭各成员相互制衡的一把钥匙，则无疑有助于裁决结果趋于理性，不至于偏激。鉴于仲裁裁决缺乏上诉纠错机制，这种内部制衡机制对于确保裁决结果的公正性和可预见性具有重要意义。^⑤

① 参见傅攀峰：《单边仲裁员委任机制的道德困境及其突围——以 Paulsson 的提议为核心》，载《当代法学》2017年第3期，第131页。

② 关于中国政府于2019年10月在联合国国际贸易法委员会第三工作组第38届会议上提交的关于投资者与国家间争端解决机制改革的意见，可参见《中国关于投资者与国家间争端解决机制改革的建议文件》，<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf>。

③ See Alexis Mourre, “Are Unilateral Appointments Defensible; on Jan Paulsson’s Moral Hazard in International Arbitration”, in Stefan M. Kroll et al. (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Kluwer Law International, 2011), p. 385.

④ See Catherine A. Rogers, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality”, (2023) 64 *Harvard International Law Journal* 137, pp. 137–202.

⑤ See Catherine A. Rogers, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality”, (2023) 64 *Harvard International Law Journal* 137, p. 201.

(二) 强化仲裁员的责任意识

在保留联裁委任机制的前提下，强化仲裁员的责任意识，使其慎于发表异议意见，才是适当之举。

一方面，必须加强对发表异议意见的仲裁员的公开监督，使其意识到，发表异议意见是一件极其严肃的事情，不可率意为之。实际上，有些仲裁员在存在不同意见时，总是会选择尊重多数仲裁员的意见，决不发表异议意见。^①从实际的角度看，发表异议意见会降低仲裁员获委任的概率。^②无论怎样，当前国际仲裁界对于异议意见的发表已达成初步共识，即某位仲裁员若认为自己的裁判观点更合理，应当争取说服其他仲裁员，而不应诉诸异议意见的发表。

必须看到，作为一项公开的文件，异议意见或多或少会对裁决过程产生一定的负面影响。至少从裁决权威性的角度讲，仲裁庭以一致意见形成的仲裁裁决比存在异议意见的仲裁裁决社会效果更好。^③因此，对于从偏袒当事人的角度肆意发表异议意见，或者发表异议意见显然不合常理的仲裁员，媒体和学者应当敢于报道并加以批评。这种良性的外部监督机制，是强化仲裁员责任意识的有力工具。

另一方面，还应当认识到，强化仲裁员的责任意识是一项系统工程，既涉及仲裁员的教育、培训、准入等一系列问题，又涉及当事人、律师等对仲裁员职业及其角色的认识问题。

当前，国际投资仲裁的参与呈现日益多元化的格局。从仲裁员的来源地看，国际投资仲裁案件不再是由欧美精英圈子垄断，越来越多的来自亚非拉等地区的人士以仲裁员的身份参与国际投资仲裁。这种多元化的发展格局，很大程度上是由发展中国家或国际组织等公权力主体的推动予以实现的，^④其为国际投资仲裁带来更广泛的参与度与更强的合法性的同时，也滋生了一系列隐忧。这些来自国际仲裁实践相对落后的地区的新任仲裁员，是否受到过系统的国际仲裁职业伦理教育？是否拥有处理国际仲裁案件的丰富经验与良好的办案口碑？这些问题的答案，直接决定仲裁员能否以负责任的态度参与国际投资争端的解决。

还应当看到，当事人或律师对联裁角色的认识也会对联裁的裁决行为产生影响。如果前者能够认识到，其所委任的仲裁员必须公正地裁决案件，并有意识地与其委任的仲裁员保持距离，后者将获得秉公办案的舒适空间。但现实中，有的当事人或律师总认为其所委任的仲裁员理所当然应当对其负责、为其说话，不仅不避嫌，反而在仲裁案件的审理过程中，作出非常举动，置其委任的仲裁员于尴尬境地。^⑤

① See “Stern dissents in Tunisian bank dispute”, GAR Report by Alison Ross on 5 April 2011, <https://globalarbitrationreview.com/stern-dissents-in-tunisian-bank-dispute>.

② See Catherine Titi, “Investment Arbitration and the Controverted Right of the Arbitrator to Issue a Separate or Dissenting Opinion”, (2018) 17 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 197, p. 211.

③ See Catherine Titi, “Investment Arbitration and the Controverted Right of the Arbitrator to Issue a Separate or Dissenting Opinion”, (2018) 17 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 197, p. 209.

④ 中国政府曾在关于国际投资争端解决机制改革的《意见书》中指出：“投资仲裁的仲裁员和律师局限于少数专家的现象值得高度关注，投资者与国家间争端解决机制应该更加开放、更加具有包容性，增加发展中国家专家的参与度。”

⑤ 关于此种情况，请参见国际著名仲裁员伯格（Klaus Peter Berger）分享的仲裁轶事。See Klaus Peter Berger, “The In-House Counsel Who Went Astray: Ex-Parte Communications with Party-Appointed Arbitrators”, in Domitille Baizeau & Bernd Ehle (eds.), *Stories from the Hearing Room: Experience from Arbitral Practice, Essays in Honour of Michael E. Schneider* (Kluwer Law International, 2015), pp. 7–16.

以上两方面的问题，是国际仲裁职业共同体自身的问题，需要由国际仲裁职业共同体自己来解决。国际仲裁职业共同体是在市场机制的推动下，经过长年的积累与发展而自发形成的，其由一群对国际仲裁抱有浓厚兴趣，拥有丰富实践经验，具有较强的职业操守和使命感的人士所组成。该共同体内的核心人士，既是国际投资仲裁兴盛繁荣的受益者，又是国际投资仲裁健康发展的监督者与推动者。我们不能寄望于国家或相关国际组织通过具有浓厚政治色彩的手段，来达到强化仲裁员责任感的目的，因为这种手段既不具有可持续性，又不能使日益多元化的国际投资仲裁员群体形成牢固的责任共识。只有通过国际仲裁职业共同体对仲裁员尤其是新任仲裁员的吸纳、分享与监督，整个国际投资仲裁员群体的责任意识，方能从实质上得到强化。在此前提下，那种以偏袒心态发表异议意见的情况，必然会大大减少。

（三）引入首席裁决机制

从裁决意见与仲裁裁决的关系看，仲裁裁决可以呈现以下3种形态：一致裁决、多数裁决与首席裁决。一致裁决是基于仲裁庭所有成员的一致意见作出的裁决。此类裁决固然是最优裁决，也是仲裁庭极力追求的裁决形态，但往往因2名联裁无法就相关问题达成一致而难以实现。多数裁决是基于仲裁庭多数成员的意见作出的裁决。所有出现异议意见的国际投资仲裁案件基本上都以多数裁决结案。首席裁决是在仲裁庭所有成员无法取得一致意见或多数意见的情况下，基于首裁的单独意见作出的裁决。在2名联裁就关键问题持截然相反的意见之时，此类裁决往往显得更公平、合理。

然而，当前国际投资仲裁体制并未提供首席裁决机制。对于ICSID投资仲裁，无论是《华盛顿公约》还是《ICSID仲裁规则》都明确规定，仲裁庭的决定须以多数意见为准。^①而普遍运用于非ICSID投资仲裁中的《UNCITRAL仲裁规则》也同样规定，仲裁裁决须根据多数意见作出。^②这意味着，在双方当事人各自委任的联裁就相关问题各持一端时，首裁必须“站队”，与其中1名联裁的意见保持一致，以最终作出1项合法裁决。然而，这容易激起另1名联裁就裁决结果发表异议意见。如果引入首席裁决机制，在2名联裁就案件重大事项产生分歧之时，首裁根据自己的意见独立作出裁决，而不必被迫与其中1名联裁形成多数意见，则异议意见出现的可能性必然会降低。

首席裁决机制并非新奇事物。《中国仲裁法》第53条规定：“裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。”该条规定以多数裁决为原则，同时提供了首席裁决机制。再以法国为例，2011年修订的《法国民事诉讼法典》（Code de procédure civile）要求国内仲裁裁决必须根据多数意见作出，否则当事人可以申请撤销裁决。这点曾引起法国仲裁界的批评。^③究其原因，法国立法者将国内仲裁类比于国内诉讼，因为在国内诉讼的语境下，当法官们的意见产生分歧时，主审法官无权抛开其他法官单独作出判决。但值得注意的是，对于国际仲裁，如果仲裁庭无法形成多

① 参见《华盛顿公约》第48条、《ICSID仲裁规则（2022）》第35条。

② 参见《UNCITRAL仲裁规则（2010年修订）》第33条。

③ 例如，迈耶（Pierre Mayer）认为，仲裁庭作出的裁决必须基于多数意见是一项不合理的要求。See Pierre Mayer, “Rapport de Synthèse”, in Thomas Clay (ed.), *Le Nouveau droit français de l'arbitrage* (Lextenso éditions, 2011), p. 226.

数意见,《法国民事诉讼法典》允许裁决根据首裁的意见单独作出。^① 鉴于巴黎是国际上最受欢迎的仲裁地之一,法国允许国际仲裁裁决基于首裁的意见作出,实际上也为未来国际投资仲裁引入首席裁决机制提供了某种可供探索的空间。

(四) 倡导独任仲裁庭的运用

与引入首席裁决机制的思路具有内在一致性的是,倡导独任仲裁庭的运用。独任仲裁庭由双方当事人共同委任或由第三方指定的1名仲裁员组成,不涉及当事人单方面委任仲裁员的情况,故而是一个规避联裁委任机制负面影响的有效途径。

实际上,独任仲裁庭具有许多值得称颂的优点,尤其是对于当事人而言,既经济又高效。因为一方面,当事人只需支付1名仲裁员的报酬,仲裁费将大大降低;另一方面,联裁不配合仲裁庭正常开展工作的尴尬情形不会出现,争议能够得到高效解决。事实上,在众多知名国际商事仲裁机构中,独任仲裁庭的运用比例非常可观。以LCIA为例,据统计,在2021—2022年间其受理的所有案件中,大约40%的案件由独任仲裁庭审理。^②

对于本文所讨论的异议意见制度而言,在独任仲裁庭审理案件的背景下,异议意见根本不可能出现。而且,倡导独任仲裁庭在国际投资仲裁中的运用有着坚实的制度基础。《华盛顿公约》规定,在当事人未就仲裁庭人数作出明确约定的前提下,仲裁庭的默认人数是3人。与此同时,该公约允许双方当事人约定案件由独任仲裁庭审理。遗憾的是,实践中,绝大多数国际投资仲裁案件都由三人庭审理。这意味着,不论涉案金额高低、涉案复杂程度如何,联裁发表异议意见的可能性就会存在。提升独任仲裁庭在国际投资仲裁中的运用比例,不仅可以降低当前为人诟病的国际仲裁费用飙升的问题,还可以从一定程度上缓解异议意见制度在国际投资仲裁中所面临的困境。这对于标的额相对较小、争议内容相对简单的国际投资仲裁案件,是完全可行的。

对此,ICSID已经作出了实质性的努力,以促使东道国与投资者选择独任仲裁庭审理案件。2022年生效的新版《ICSID仲裁规则》的一个突出亮点是引入了快速仲裁程序。作为一种程序开展方式,快速仲裁与普通仲裁相对应。通过简化普通仲裁规则,缩短仲裁程序的相关期限,简化仲裁程序的某些环节,快速仲裁能够有效降低仲裁程序所耗费的时间与费用。ICSID推出快速仲裁程序的目的在于,通过缩短ICSID普通仲裁程序的周期,降低仲裁成本。而缩短仲裁庭的组庭时间,则是其中的一个重要方面。为此,《ICSID仲裁规则》在允许双方当事人自由选择仲裁庭组成人数的基础上,规定默认的仲裁庭人数为1人。换言之,独任仲裁庭是ICSID快速仲裁程序的默认组庭形式。由于与三人庭相比,独任仲裁庭的组庭时间减少一半,故将独任仲裁庭设为快速仲裁程序的默认组庭形式,将大幅提升组庭效率。^③ 不仅如此,由独任仲裁庭审理案件,还将完全避免2名联裁之间产生重大分歧,使仲裁程序更高效地推进。在此背景下,本文所探讨的异议意见困境显然不会出现。

^① 参见《法国民事诉讼法典》第1513条。

^② See “LCIA Annual Casework Report 2022”, <https://www.lcia.org/News/lcia-news-annual-report-on-2022-updates-on-the-lcia-court-and.aspx>.

^③ 在ICSID快速仲裁程序中,三人庭的组庭时间最长不得超过40天,独任庭的组庭时间最长不得超过20天。参见《ICSID仲裁规则(2022)》第77条和第78条。

目前，ICSID 快速仲裁实践尚未充分展开，其具体效果有待时间验证。不过，有理由相信，独任仲裁庭将在国际投资仲裁中日益展现其独有的制度价值，为缓解包括异议意见制度困境在内的种种实践难题提供契机。

Dissenting Opinions in International Investor – State Arbitration

Fu Panfeng

Abstract: Unlike international commercial arbitration which is collectively silent on dissenting opinions, the international investment arbitration regime centered on the Washington Convention adopted rules on dissenting opinions from the very beginning. This original adoption was mainly based on the following *a priori* judgment: as an expression of freedom of speech, dissenting opinions can prompt arbitrators holding majority opinions to adjudicate cases in a more responsible manner, which in turn is conducive to the production of high-quality awards, and helps to enhance the parties' trust in the arbitration process and to promote the development of international investment law. However, in practice, almost all dissenting opinions come from arbitrators appointed by the losing party. Years of practice in international investment arbitration have not confirmed that *a priori* judgment based on which the rules on dissenting opinions were introduced into international investment arbitration. The moral hazard of the unilateral appointment mechanism is believed to be the main cause for this phenomenon. However, the abolition of the unilateral appointment mechanism would undermine the legitimacy of arbitration, lead to the increasing bureaucratization of ICSID institutions, and would not fully eradicate the bias of arbitrators. Abolishing the rules on dissenting opinions would be too extreme and would require a global consensus on the revision of a series of important international legal instruments, such as the Washington Convention, which would be difficult to achieve. In order to alleviate the practical dilemma of the rules on dissenting opinions in international investment arbitration, it is firstly necessary to strengthen the sense of responsibility of the arbitrators, so as to make them prudent in expressing dissenting opinions. Secondly, it is necessary to recognize arbitral awards made by the presiding arbitrator alone, so that when the two co-arbitrators have significant disagreement on the case, the presiding arbitrator is allowed to make the decision independently according to his/her own opinion, and is not compelled to “take sides”. Thirdly, the sole arbitrator should be widely used in cases involving small amount of money or with simple background.

Keywords: International Investor – State Arbitration, Dissenting Opinion, Unilaterally Appointed Arbitrator, Arbitrator Accountability, Appointment Mechanism

(责任编辑：谭观福)