

非 ICSID 投资条约仲裁司法审查的困境及其应对

——以法院对投资条约的解释与适用为视角

肖 芳

内容提要:“世能案”等案例显示,非 ICSID 投资条约仲裁的司法审查面临质疑和争论,出现了一定的困境。从相关国内法院对案涉投资条约的解释与适用的视角出发可以发现,司法审查法院解释与适用投资条约的主体资格正当性不足,对投资条约解释和适用的公正性存疑,对条约法相关原则有所悖离。可见,一方面,因为完全套用商事仲裁司法审查的法律制度,非 ICSID 投资条约仲裁司法审查法院对于相关国际投资条约的解释和适用面临制度上的困境;另一方面,有关国家法院的商事化立场又加剧了这种制度在实践中的困境。对非 ICSID 投资条约仲裁的改革,不应忽视其司法审查中的条约解释与适用问题。我国作为投资条约缔约国的具体应对建议包括改进投资条约关于非 ICSID 仲裁的仲裁地选定程序的规定,在投资条约中规定缔约国对条约的联合解释应约束仲裁的司法审查机关,推动建立全球性的国际投资条约仲裁裁决审查机制或上诉机制等。

关键词:国际投资仲裁 仲裁司法审查 条约解释与适用 非 ICSID 仲裁 ISDS 改革

肖芳,中央财经大学法学院副教授。

国际投资仲裁^[1]分为国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)仲裁(下称“ICSID 仲裁”)和其他仲裁(下称“非 ICSID 仲裁”)。^[2]二者之所以要进行区分,主要因其法律制度有所不同。ICSID 仲裁在《华盛顿

[1] “国际投资仲裁”或“投资者—国家争端解决(ISDS)机制”的仲裁基础包括投资条约、投资合同、东道国国内法三种形式。本文主要关注的是以投资条约为基础的“国际投资条约仲裁”。

[2] 国际投资条约中规定的国际投资仲裁适用的仲裁规则一般包括四种:《ICSID 仲裁规则》(ICSID Arbitration Rules)、《ICSID 附加便利规则》(ICSID Additional Facility Rules)、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules)、其他仲裁机构如国际商会仲裁院(ICC)的仲裁规则等。其中,适用《ICSID 仲裁规则》的仲裁称为“ICSID 仲裁”,适用其他仲裁规则的仲裁都称为“非 ICSID 仲裁”。本文主要针对的是以投资条约为基础的非 ICSID 仲裁,即“非 ICSID 投资条约仲裁”。因此,本文的有关讨论和观点并不涉及基于商事合同的非 ICSID 投资仲裁,对于基于商事合同的国际投资仲裁是否可以当作商事仲裁来对待,也不属于本文讨论范围。

公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States)的框架下进行,通过公约的特意安排使其法律制度独立于各缔约国的国内法,其裁决只受到公约所规定的 ICSID 内部裁决撤销程序的限制,^[3]不存在司法审查的问题。而非 ICSID 仲裁则采用现有的国际商事仲裁的法律制度,也就如国际商事仲裁一样会面临司法审查,主要包括两种情形:一是仲裁地法院对在本地作出的非 ICSID 仲裁裁决的撤销审查,二是本国法院对外国非 ICSID 仲裁裁决的承认与执行审查。

如同国际商事仲裁司法审查,有关国家法院对非 ICSID 投资仲裁裁决予以撤销或不予承认与执行的理由主要包括:仲裁协议无效;仲裁裁决超裁;仲裁程序没有遵守基本的程序正义,主要是一方当事人没有得到相关程序的通知或无法陈述案情;仲裁庭的组成或仲裁程序存在瑕疵;争议不具有可仲裁性;法院地公共秩序保留等。^[4] 实践中对于非 ICSID 投资仲裁的司法审查,争议的焦点往往集中在仲裁庭的管辖权问题上。而由于投资条约仲裁的基础是国际投资条约,对于争端一方当事人东道国的仲裁同意的判断也只能通过对于国际投资条约的解释和适用来进行,所以司法审查法院在对于仲裁庭的管辖权进行判断时,主要涉及对于投资条约的解释和适用问题。^[5]

近年来一些非 ICSID 仲裁司法审查的案件,例如尤科斯公司诉俄罗斯案(下称“尤科斯案”)^[6]、世能公司诉老挝案(下称“世能案”)^[7]、BG 公司诉阿根廷案(下称“BG 公司案”)^[8]等,引起了国际社会的广泛关注和争议,尤其是世能案还给我们造成了一定的困扰。^[9] 这些案件中,国内法院作为投资仲裁的司法审查法院,对相关案件所涉国际投资

[3] 参见《华盛顿公约》第 53、54 条。

[4] 参见《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)第 34 条、《纽约公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)第 5 条。See Nigel Blackaby, Constantine Parasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 581; Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2015, p. 436.

[5] “在以条约为基础的仲裁案件中,仲裁庭是否越权的问题本质上是条约解释的问题。只有细致考察和比较仲裁庭的裁决与仲裁条约的相关条款,才能确定仲裁庭是否以及在何种程度上越权。”徐树:《谁来监督裁判者:国际仲裁越权裁决的救济难题》,《当代法学》2022 年第 1 期,第 154 页。

[6] 尤科斯公司及其股东和俄罗斯联邦政府之间的投资争端,引起了在欧洲人权法院、常设仲裁法院(PCA)、瑞典斯德哥尔摩商事仲裁院(SCC)等机构的多个案件。本文的论述只涉及针对以荷兰海牙为仲裁地的国际投资仲裁案件[Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-05/AA228; Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-03/AA226]的仲裁裁决在荷兰、法国等地进行的裁决撤销、裁决承认和执行的司法审查程序。See <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/213/yukos-universal-v-russia>, 最近访问时间[2023-12-07]。

[7] 本文涉及的是针对以新加坡为仲裁地的国际投资仲裁案件(Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-13)的仲裁裁决由新加坡法院所进行的裁决撤销的司法审查程序。See <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/489/sanum-investments-v-laos-i->, 最近访问时间[2023-12-07]。

[8] 本文涉及的是针对以美国华盛顿为仲裁地的国际投资仲裁案件(BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL)的仲裁裁决由美国法院所进行的裁决撤销的司法审查程序。See <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/108/bg-v-argentina>, 最近访问时间[2023-12-07]。

[9] 参见《2016 年 10 月 21 日外交部发言人华春莹主持例行记者会》, https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/chn/fyrbt/201610/t20161021_8522242.htm, 最近访问时间[2023-12-07]。

条约的解释和适用引起了较大争议,受到不少质疑,并进而引起关于非 ICSID 投资条约仲裁司法审查制度的争议。研究司法审查法院对投资条约的解释与适用,有助于我们理解非 ICSID 投资条约仲裁司法审查的困境,并思考有关国家包括我国应如何对其予以应对。本文将对该困境进行分析,并在此基础上对如何应对提出具体建议。

一 非 ICSID 投资条约仲裁司法审查商事化引发的争议

正因为非 ICSID 仲裁采用了国际商事仲裁的法律制度,其司法审查也被商事化。^[10] 司法审查的商事化是非 ICSID 仲裁所面临的不同于 ICSID 仲裁的特殊问题。有的国家在国内仲裁法中明确规定国际投资仲裁属于“商事”仲裁,例如《加拿大联邦商事仲裁法》(Commercial Arbitration Act R. S. C.)。^[11] 有的国家法院直接将案件所涉国际投资条约当成国际商事合同来对待,例如 BG 公司案中的美国联邦最高法院。^[12] 而更多的做法是将国际商事仲裁司法审查的思维定式用于投资仲裁司法审查。例如,加拿大的法院根据《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》所包含的仲裁司法审查应为最低限度审查的精神,在有关投资仲裁案件中主张:法院不应审查案件中的实体问题,应根据仲裁庭自裁管辖权(competence-competence)原则尊重仲裁庭关于管辖权的认定等。^[13] 此外,在有些国家如美国、新加坡,法院在处理国际商事仲裁的司法审查案件时,存在“支持仲裁”的政策或增强本国作为国际仲裁目的地的竞争力等方面的考虑,其在国际投资仲裁的司法审查中也延续了这一政策或考虑,在其可以自由裁量的问题上选择支持仲裁庭关于其自身具有案件管辖权的认定。

通过国际商事仲裁司法审查制度这一途径来进行非 ICSID 投资条约仲裁司法审查,在实践中的最终效果如何?一方面,司法审查法院对相关投资条约的解释和适用所采用的标准或路径比较混乱。例如,仲裁庭所作出的管辖权决定往往涉及对投资条约的解释,但是对于该类决定,有的法院采用重新审查标准,而有的法院采用高度遵从标准;在解释投资条约时,有的法院适用了《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT),而有的法院并没有提及该公约。对于这一方面的具体表现,下文会详细分析。另一方面,审查标准的混乱最终也带来了案件审理结果的混乱。不同国家的法院对于相同或类似的投资条约条款有不同解释;同一国家的不同审级法院对相同的投资条约的解释和适用也会有不同的处理方式。最终相同或类似案件在不同国家、不同法院的处

[10] “投资仲裁深刻地受到商事仲裁影响的现象”,学者们称之为投资仲裁的“商事化”。其有多方面的表现,也有多方面的弊端。详情参见蔡从燕:《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》,《现代法学》2011年第1期,第153-159页。

[11] 该法为加拿大联邦层面适用于非 ICSID 仲裁裁决撤销审查的法律,虽然其名称是“商事仲裁法”,但是该法第5(4)条明文规定,本法中的“商事仲裁”包括该条及附表列举的加拿大签订的自由贸易协定中的仲裁,如《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, NAFTA)第1116条或第1117条等。参见肖军:《仲裁地法院对国际投资仲裁裁决的司法审查——以加拿大司法实践为例》,《武大国际法评论》2020年第4期,第97页。

[12] BG Group PLC v. Republic of Argentina, 572 U. S. 25 (2014).

[13] 参见肖军:《仲裁地法院对国际投资仲裁裁决的司法审查——以加拿大司法实践为例》,《武大国际法评论》2020年第4期,第98-101页。

理出现不同结果。例如,前述 BG 公司案、世能案、尤科斯案中,仲裁地法院的裁决撤销程序经过二审、三审甚至再审程序,相关法院的不同裁决引起了国际社会的争议和质疑。此外,被仲裁地法院撤销的投资仲裁裁决在其他国家又被申请承认与执行,也加剧了混乱的局面。例如在尤科斯案中,在海牙地方法院作出撤销有关仲裁裁决的判决及当事人又不断进行上诉的同时,在仲裁裁决中胜诉的尤科斯股东在其他国家如法国、比利时、美国 and 英国等提起了承认和执行仲裁裁决的诉讼,而这些国家法院在是否承认和执行有关仲裁裁决的问题上又采用了不同的立场。^[14] 上述司法审查实践现状,不仅对于非 ICSID 投资条约仲裁的公信力造成了负面影响,也损害了非 ICSID 投资条约仲裁作为国际投资争端解决的重要机制之一所本应该具有的效率性。

对相关实践进行考察可见,有关国家法院的裁决所引发的争议主要集中于其对相关国际投资条约的解释和适用。例如,世能案中新加坡的两级法院对于《中国—老挝双边投资协定》是否适用于澳门特区的问题发生分歧,终审的新加坡最高法院罔顾相关事实和老挝政府与我国外交部门的意见,最终认定该条约适用于澳门特区;^[15] BG 公司案中美国联邦最高法院在《英国—阿根廷双边投资协定》中相关条款的解释上,明确表示国际条约和合同没有什么区别,可以像解释合同一样来解释条约;^[16] 尤科斯案中在俄罗斯签署但未批准《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)的情况下,荷兰各级法院对于该条约是否适用于俄罗斯即第 45 条第 1 款(临时适用)的解释发生分歧,荷兰最高法院最终裁决该条约应临时适用于俄罗斯。这些与国际投资条约解释和适用有关的问题是相关裁决被质疑的主要方面,其体现了非 ICSID 投资条约仲裁的司法审查制度面临的困境。一方面,因为司法审查的商事化,审查法院对于相关国际投资条约的解释和适用面临制度上的困境,即司法审查法院作为解释和适用国际投资条约的主体的正当性和中立性不足。另一方面,有关国家法院的商事化立场又加剧了这种制度在实践中的困境,导致了司法审查法院解释和适用投资条约公正性存疑、悖离条约法相关原则。本文以下几个部分将对这些问题进行详细的分析并提出相关应对建议。

二 司法审查法院解释与适用投资条约的主体资格正当性不足

条约的解释和条约的适用密不可分,条约解释是条约适用的前提,条约的适用应该建立在有权解释的基础之上。那么,进行司法审查的法院是否有权解释相关的国际投资条约? 这又主要分为两种情况。

一种情况是仲裁地、裁决申请执行地的法院解释其他国家之间的投资条约。此时仲

[14] See <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/213/yukos-universal-v-russia>, 最近访问时间[2023-12-07]。

[15] *Sanum Investments Ltd v Government of the Lao People's Democratic Republic*, 2016 SGCA 57, Judgment, para. 45 et seq.

[16] *BG Group PLC v. Republic of Argentina*, 572 U. S. 25 (2014).

裁地、裁决申请执行地位于投资条约当事国之外的第三国。从法理上说,在条约法上只有条约当事方、经条约授权的国际仲裁或国际司法机构、经授权的国际组织的机关有解释条约的权力。^[17] 然而,正如有学者所指出的,不特定国家的国内法院“依据其国内法对主权国家作为争端一方的投资争端解决程序进行监督缺乏明确的条约授权”。^[18] 投资条约只授权了仲裁庭解释与适用条约,只授权了投资争端解决适用投资条约和东道国国内法。而进行司法审查的仲裁地国、裁决申请执行地国与双边或多边投资条约的缔约国之间并没有直接的投资条约关系,其对相关非 ICSID 投资条约仲裁的司法审查和条约解释活动并非是基于投资条约的直接授权,而是基于其本国的仲裁法或《纽约公约》等国际仲裁条约,其合法性、正当性不足。即使将各国在国际投资条约中对非 ICSID 仲裁方式的约定解释为其对仲裁地法院和裁决申请执行地法院进行了授权,其也只能算是默示、间接的“授权”,鉴于案涉东道国是主权者身份,这并不能解决其主体资格正当性方面的疑问。

这一点在一些非 ICSID 仲裁司法审查案件中也曾被当事人所提出,这些案件里的司法审查法院一般都以其所在地被当事人或仲裁庭选为“仲裁地”为由,来确认其作为投资条约解释主体的正当性。^[19] 然而,这一理由也并不是以补齐司法审查法院在投资条约解释与适用主体正当性方面的欠缺。在投资条约没有直接授权的情况下,退而求其次,对该条约进行解释和适用的司法审查法院是哪个国家的法院,也不应该超出缔约方在缔约时的合理预期。然而,仲裁地、裁决申请执行地的选择都具有某种程度上的偶然性。就仲裁地的确定而言,实践中按照相关商事仲裁规则,仲裁地首先由案件当事人即投资者和东道国政府协商确定,如果当事人无法达成协议,则一般由仲裁庭选定。^[20] 至于仲裁庭会选择哪里作为仲裁地,有时并不会遵从被诉东道国的意愿。而被申请承认与执行仲裁裁决的法院所在地,则主要取决于败诉人在该地点是否有财产。对于败诉的东道国来说,其可能在世界上的很多国家都有财产,胜诉的投资者会去哪个国家申请承认与执行裁决,这是一个几乎无法提前预见的问题。那么,最终被诉东道国所缔结的投资条约到底要由哪个国家的法院来进行解释和适用,可能会超出条约缔约国在缔约时的合理预期。这可能也会影响到司法审查法院解释与适用投资条约主体资格的正当性。

[17] See James Crawford (ed.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 378-379. 曾令良、江国青主编:《国际公法学》,高等教育出版社 2022 年版,第 378 页。

[18] 宁红玲、漆彤:《论国内法院在投资条约仲裁中的角色——以“印度诉沃达丰英国”案为例》,《国际商务研究》2020 年第 6 期,第 82 页。

[19] 例如,在世能案中世能公司就向新加坡法院提出,《中国—老挝双边投资协定》的解释和适用是否是可以由新加坡法院审理的事项。新加坡最高法院认为,该条约的解释和适用是可以由新加坡法院审理的,而且事实上这还是新加坡法院作为仲裁地法院所必须考虑的事项。See *Sanum Investments Ltd v Government of the Lao People's Democratic Republic*, 2016 SGCA 57, Judgement, para. 38. 在英国法院受理的第一个申请撤销非 ICSID 仲裁裁决案件,即对 Occidental 诉厄瓜多尔案 (*Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467) 裁决的司法审查中,Occidental 公司提出因为案件涉及其他主权国家之间的投资条约的解释问题,根据英国法上的“不可审理性 (non-justiciability) 原则”,英国法院无权审理该案。但是,英国法院认为,既然仲裁庭选择了伦敦作为仲裁地从而选择将英国仲裁法适用于仲裁程序,那么如果英国法院却不能对仲裁裁决进行司法审查,那将是非常“奇怪的”(odd)。See *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Petroleum Company*, [2005] EWHC 774 (Comm), para. 44 et seq.

[20] 例如,《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 18 条。

另一种情况是在发生投资争端时一方缔约国的法院单方面解释双边或多边投资条约。此时司法审查的法院所属国是投资条约的缔约国。例如瑞典 SwemBalt 公司诉拉脱维亚案(下称“SwemBalt 案”)中,对仲裁裁决进行司法审查的瑞典法院对《瑞典—拉脱维亚双边投资协定》中的“投资者”定义等条款进行了解释,而瑞典正是胜诉的投资者的母国。^[21] 不可否认,这种情形事实上是条约缔约一方的法院对所有条约当事方的共同意志进行了单边解释。然而,在条约法上,能够作为有权解释之一的条约当事方的解释,必须是所有当事方的共同解释。正如李浩培所指出的,“有权解释”这个概念是从罗马法中“谁制定的法律谁就有权解释”这个原则承袭来的,因此只有得到条约当事国全体同意的解释才是有权解释,如果只是条约当事国一方的解释则不是有权解释。^[22] 既然如此,那么投资仲裁司法审查实践中对投资条约进行单边解释的缔约国法院,其解释和适用条约的主体资格的正当性又从何谈起呢?

对于非 ICSID 投资条约仲裁司法审查法院解释与适用投资条约的主体资格正当性不足的问题,应对思路包括:首先,投资条约仲裁的审查监督机构最好应获得条约当事国的共同直接授权。在有直接授权的情况下,司法审查法院对投资条约的解释和适用的主体资格无疑具有当然的正当性。在 ICSID 仲裁中即为如此,ICSID 仲裁的裁决撤销程序、裁决承认与执行程序都为《华盛顿公约》所规定,ICSID 仲裁所涉投资条约的当事国都为《华盛顿公约》的缔约国。因而,不管是 ICSID 内部撤销机构还是承认与执行裁决的成员国内法院,其权力都来自仲裁所涉国际投资条约当事国的共同直接授权,其权力也一般不会受到仲裁案件当事国的质疑。因此,要解决这一问题,可能的方案包括:建立全球统一的国际投资条约仲裁裁决审查机制或上诉机制,由其统一行使对全球非 ICSID 投资条约仲裁的监督与审查或者受理上诉,以使非 ICSID 投资条约仲裁不再接受仲裁地国司法审查;在投资条约中规定国际投资条约争端不再通过非 ICSID 仲裁途径解决。其次,如果前述方案无法实现或需要长期的努力,那么在投资条约缔结过程中,应该保证在对该条约进行解释和适用的司法审查法院是哪些国家的法院这一问题上,不会超出缔约方在缔约时的合理预期。关于这些思路的具体实施建议,本文将在第五部分详述。

三 司法审查法院对投资条约解释和适用的公正性存疑

对投资条约的解释和适用可能面临公正性质疑,这主要涉及司法审查法院是否对仲裁裁决的正确性进行了公正的监督。在实践中这又涉及审查法院根据其本国关于商事仲

[21] 瑞典公司 SwemBalt 于 1999 年 3 月基于《瑞典—拉脱维亚双边投资协定》针对拉脱维亚提起仲裁,仲裁适用《UNCITRAL 仲裁规则》,仲裁地为丹麦哥本哈根。仲裁庭于 2000 年 11 月 27 日作出有利于 SwemBalt 公司裁决。之后,拉脱维亚在哥本哈根海商和商事法院申请撤销该仲裁裁决。SwemBalt 公司在瑞典 Svea 上诉法院申请承认和执行该仲裁裁决,拉脱维亚提出仲裁庭对案涉争议没有管辖权的抗辩。该瑞典法院于 2002 年 10 月 29 日作出判决对该仲裁裁决予以承认和执行。See Svea Court of Appeal Judgement given in Stockholm on 29 October 2002 Case No Ö7192-01, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7717_0.pdf, 最近访问时间 [2023-12-07]。

[22] 李浩培著:《条约法概论》(第 2 版),法律出版社 2003 年版,第 335、351 页。

裁司法审查的相关程序和做法,对于非 ICSID 投资仲裁庭作出的关于其自身管辖权的裁决所采取的审查标准是否合理。在以条约为基础的非 ICSID 仲裁中,仲裁庭关于其管辖权的裁决是基于对相关投资条约的解释和适用而作出的,因而法院对于这一问题的审查,实际上也是其对于相关国际投资条约的解释和适用的态度。所涉的具体问题包括:是否有必要区分管辖权事项和可受理性事项,并在可受理性事项上必须尊重仲裁庭的裁决?对于仲裁庭就其自身的管辖权作出的裁定,法院应进行“重新审查”(de novo),还是进行“司法遵从”(judicial reference)即推定仲裁庭的裁决正确?^[23]

实践中,对于仲裁庭关于其管辖权的裁决,很多国家的法院采取的是重新审查标准,^[24]司法审查法院有权且应当对仲裁庭就其自身管辖权的裁判是否正确进行全面审查。例如,在前述 Occidental 诉厄瓜多尔案的裁决撤销审查中,英国法院认为,“法院所应该审查的,是仲裁庭的管辖权决定是否正确,而不是仲裁庭是否有权作出该管辖权决定”。^[25]然而,在有些国家却并非如此。如前所述,在某些国际投资仲裁司法审查案件里,有关国家法院完全遵从仲裁庭的裁决而不对其进行审查,对这些问题的处理结果最终扩大了相关国际投资条约的适用,引起了极大的争议,导致了对仲裁地、裁决执行地法院的条约解释和适用的公正性的疑问。

美国法院的做法具有一定的代表性。美国法院沿用其在商事仲裁司法审查中的做法,对于仲裁庭就其自身的管辖权作出的裁定区分“实体可仲裁性”和“程序可仲裁性”,并且在当事方没有相反约定的情况下,在“程序可仲裁性”事项上必须尊重仲裁庭的裁决。^[26]这意味着如果仲裁协议中没有证据表明当事方打算让法院解决此类程序性问题,美国法院就不会对仲裁庭的此类“程序可仲裁性问题”裁决的正确性进行全面审查。BG 公司案的焦点在于,《英国—阿根廷双边投资协定》第 8 条第 2 款 a 项规定的投资者提起投资仲裁 18 个月之前应进行当地诉讼的要求,是否属于“程序可仲裁性”问题。美国最高法院内部的大多数法官认为,该要求属于“程序可仲裁性”问题,而并非是与仲裁协议的存在、有效性或范围相关的“实体可仲裁性”问题。^[27]因此,该法院忽视了作为主权国家的阿根廷在仲裁合意的表达上与普通商事主体之间的不同,对该案仲裁庭的裁决采取了高度遵从的审查标准,最终认同了该案仲裁庭对其自身管辖权的确认,也间接认同了仲裁庭对于《英国—阿根廷双边投资协定》中仲裁管辖相关条款的扩张性解释。

司法审查法院和仲裁庭各自的地位和职责不同,虽然它们都对相关国际投资条约进行解释和适用,但是在目前的法律制度之下,司法审查是非 ICSID 投资条约仲裁裁决的矫

[23] 这些问题也是商事仲裁司法审查中的基础性问题。各国法院对商事仲裁裁决进行司法审查时采用不同的审查标准。See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 346.

[24] Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2015, p. 318.

[25] Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Petroleum Company, [2005] EWHC 774 (Comm), para. 7.

[26] 美国法下的“实体可仲裁性”实质上相当于欧洲学者所提出的国际投资仲裁管辖权异议中的管辖权问题;而美国法下的“程序可仲裁性”则相当于仲裁请求的可受理性问题。See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 346.

[27] BG Group PLC v. Republic of Argentina, 572 U. S. 25 (2014).

正机制和监督机制,司法审查法院有责任对仲裁庭的管辖权裁决进行重新审查,以保证仲裁裁决是由有管辖权的仲裁庭所作出,从而尽量保证裁决的公正性。不管美国联邦最高法院间接认同了仲裁庭对于相关投资条约条款的扩张解释是否等同于该法院自身对该条约条款进行了解释,从客观结果的角度来说,美国法院并没有履行前述职责,导致这一目前仅有的裁决矫正机制和救济机制没有发挥应有的作用。在 BG 公司案中,美国法院的这一做法受到了不少学者的批评,他们认为美国法院对相关投资仲裁裁决的高度遵从态度,会使投资仲裁庭扩张或滥用其管辖权的倾向无法得到控制和纠正。^[28]

在仲裁的不同领域,根据争端性质的不同,当事方对于裁决的终局性和公正性的侧重也会有所不同。商事仲裁更注重裁决的终局性和争议解决的效率,当事方对裁决效力的异议应受到严格限制。而投资仲裁处理的争议“涉及国家的主权利益与管制空间,当事国不会允许以牺牲公正性为代价实现裁决的终局性”。^[29] 固然,即使司法审查法院均采用“重新审查”标准也不一定能保证审查结果的公正性,但是在本该审查时直接放弃审查,尤其在仲裁庭的管辖权是建立在投资条约而非普通商事合同的基础之上时,这种态度更加令人质疑。正如现有的投资仲裁实践无法满足国家对于裁决公正性的期待,目前的非 ICSID 仲裁司法审查实践,也无法满足国家对于投资仲裁裁决矫正机制公正性的期待。

实际上,这种关于公正性的疑问与司法审查法院的中立性瑕疵有关。有关国家在投资条约仲裁司法审查中的中立性不足,可能引起并加剧这种疑问。一方面,有些国家为维护本国作为国际仲裁友好国家的声誉,总是倾向于支持国际仲裁庭的裁决,对仲裁进行最小限度的干预甚至完全遵从仲裁庭的裁决。这导致法院最终往往会直接赞同仲裁庭对条约的扩张性解释。例如 BG 公司案中,在国际仲裁案件中采用“支持仲裁”的政策,也是美国最高法院作出该案判决的考虑之一。^[30] 另一方面,实践中,仲裁地国或者被申请承认和执行裁决的国家可能也是投资条约的缔约国,例如前述 SwemBalt 案中,瑞典法院审查基于《瑞典—拉脱维亚双边投资协定》所作出的仲裁裁决。在这种情形下,司法审查法院所属国本身同时就是被诉的东道国或投资者母国,则其在案件所涉国际投资争端中存在明显的利益冲突,也就更无法保证法院解释和适用条约的公正性了。

针对非 ICSID 投资条约仲裁司法审查法院对投资条约解释和适用的公正性问题,应对思路主要在于,应由一个完全中立的机构来监督非 ICSID 投资条约仲裁。为此首先可以考虑不再通过非 ICSID 仲裁途径来解决国际投资争端。其次,正因为以美国为代表的某些国家法院在这一问题上的中立性不足,无法对投资仲裁裁决的公正性予以必要的监督,因此建立一个中立的裁决监督机构非常重要。此外,在目前的法律制度之下,投资条约缔约国也应在投资条约缔结时对其能接受的仲裁地这一问题予以安排,以避免出现投

[28] See Anthea Roberts & Christina Trahanas, *Judicial Review of Investment Treaty Awards: BG Group v. Argentina*, 108 *American Journal of International Law* 750, 760 (2014).

[29] 徐树:《谁来监督裁判者:国际仲裁越权裁决的救济难题》,《当代法学》2022 年第 1 期,第 160 页。

[30] See Brief of Amicus Curiae The American Arbitration Association in Support of Petitioner in *BG Group PLC v. Republic of Argentina*, pp. 18-26, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3021.pdf>, 最近访问时间[2023-12-01]。

资仲裁司法审查法院所属国本身同时就是被诉的东道国或投资者母国的情况。

四 司法审查法院对条约法相关原则的背离

在国际法上,一方面,《维也纳条约法公约》中的条约法规则是国际习惯的载体,无论有关国家是否是该公约当事方,都应受该公约所载条约法规则的约束,其法院在解释和适用条约的时候也应遵守这些习惯国际法规则,尤其是条约法原则。^[31] 在实践中,这一点也得到了有关国家的承认。例如,尽管美国并未批准《维也纳条约法公约》,但是美国国务院长期以来都承认该公约为国际条约法的权威文件,^[32] 美国法院也曾多次表示,该公约第 31、32 条的规定具有国际习惯的地位,美国法院应予以适用。^[33] 另一方面,国家主权原则作为国际法的基本原则之一,适用于国际法的各个领域,^[34] 其在条约法领域当然也应得到遵守,有关国家在对他国条约进行解释和适用时,也应对他国主权予以尊重。对国家主权的尊重,意味着国家所应承担的义务不管是来自习惯国际法还是条约,都应最终取决于国家自己的意志和同意。^[35] 对国际投资条约的解释当然也应尊重缔约国的意志。从这个角度来说,司法审查法院对投资条约仲裁行使监督权确实具有主权敏感性。^[36]

正因为如此,首先,有关国家法院不能将其他国家之间的国际条约当成国际商事合同来对待,这是对国家主权原则和国际条约法的违背。司法审查法院对外国投资条约的解释和适用应区别于其对本国国内法或国际商事合同的解释和适用。在对外国投资条约的解释和适用中,司法审查法院应受到《维也纳条约法公约》的约束,遵守该公约所体现的条约法规则尤其是基本原则。然而,在实践中有的国家的法院在对外国投资条约进行解释时只字不提《维也纳条约法公约》,而是将相关投资条约视为一种独立于世界上任何法律制度的存在,完全从条约本身的规定出发来对其进行解释,例如在前述 *SwemBalt* 案中瑞典法院的判决即是如此。更有甚者,如前文所述,美国联邦最高法院在 *BG* 公司案中甚至声称,对于美国法院来说,《英国—阿根廷双边投资协定》和国际商事合同没有区别,进而用解释国际商事合同中仲裁条款的方法来解释外国投资条约中的仲裁条款。^[37]

[31] 国际法院在有关的案件中认为,VCLT 第 31、32 条是关于国际条约解释的国际习惯的载体。See *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*. Judgment, I. C. J. Reports 1994, p. 6 at § 41 C1/6. 2006 年联合国国际法委员会(ILC)在其发布的报告《国际法的碎片化:国际法多样化和扩张所引起的困难》中指出:“《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条始终适用,除非其他解释原则明确将其排除。几乎所有现有的国际法适用机构的实践都确认了这一点。”See *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Mr. Martti Koskeniemi, 2006, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf, 最近访问时间[2022-12-07]。

[32] See *United States v. Yousef*, 327 F. 3d 56 95 n. 28 (2d Cir. 2003).

[33] See *Gonzalez v. Gutierrez*, 311 F. 3d 942 950 n. 15 (9th Cir. 2002); *R. Griggs Group Ltd. v. Filanto Spa*, 920 F. Supp. 1100, 1105 n. 7 (D. Nev. 1996).

[34] 参见曾令良、江国青主编:《国际公法学》,高等教育出版社 2022 年版,第 92、100 页。

[35] See James Crawford (ed.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2019, p. 447.

[36] 宁红玲、漆彤:《论国内法院在投资条约仲裁中的角色——以“印度诉沃达丰英国”案为例》,《国际商务研究》2020 年第 6 期,第 82 页。

[37] 参见肖芳:《国际投资仲裁裁决司法审查的“商事化”及反思——以美国联邦最高法院“BG 公司诉阿根廷”案裁决为例》,《法学评论》2018 年第 3 期,第 154-155 页。

其次,在条约解释和适用中,无论司法审查法院的主体正当性是否充分,有关国家法院都应尊重缔约国共同的意图,而不是作出悖离缔约国共同意图的解释。在国际法上,缔约国才是条约真正的主人。联合国国际法委员会在起草《维也纳条约法公约》的过程中曾表明,只有当缔约国就条约解释问题产生争议时,才应将问题交由第三方解决。^[38]此外,即使在条约由第三方进行解释时,《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款也明确规定,缔约国之间就条约的解释所达成的任何协议或嗣后实践也都“应当”(shall)予以考虑。

固然,在国际投资仲裁及后续的司法审查中对缔约国意图的尊重问题存在一定的特殊性,即作为投资仲裁基础的投资条约的当事方为东道国和投资者的母国,而投资仲裁的当事人则为东道国和外国投资者。那么,投资者的母国并非投资仲裁的当事人,无法参加投资仲裁程序和后续的司法审查程序。然而,因为该国为投资条约的当事方,仲裁庭及嗣后的司法审查法院对投资条约的解释和适用又都会对其产生影响,所以在实践中,作为投资者母国的投资条约缔约国经常会在相关国际投资仲裁案件中发表其对于案件所涉国际投资条约相关条款的立场声明。例如在世能案中,中国外交部门就《中国—老挝双边投资协定》是否适用于澳门特区的问题发出了外交照会并由老挝政府提交给了新加坡法院。^[39]那么,司法审查法院应如何对待和处理作为非争端当事方的缔约国的相关声明?正如李浩培所指出的,缔约一方所作出的单方宣言如果经他方明示接受,也应属于对于条约的“明文的有权解释”。^[40]因此,第三国法院在解释另外两个主权国家缔结的投资条约时,为了真正理解缔约国的意图,应考察所有缔约国包括投资者母国的真实意思表示。无论如何,对条约的解释都“不能超越或违背缔约方订约时明示的意图,或从国家嗣后实践中可推定的意图”。^[41]

然而,实践中有的法院在审查仲裁庭对外国投资条约的解释和适用裁决时,支持了仲裁庭为了确认其自身管辖权而对条约作出的扩张性解释,过分偏离双方缔约国共同的意图。例如在世能案中,新加坡最高法院在处理《中国—老挝双边投资协定》是否适用于澳门特区的问题时,对于中国和老挝之间的相关外交照会不予理会。法院给出的理由是,虽然该信函声称缔约国双方就该条约的领土范围达成一致,但该信函是在仲裁裁决作出后才作出的,违反了证据规则方面的“关键日期”(critical date)原则。^[42]然而,姑且不论该证据规则在该案中的适用是否合理,不管如何,该判决都没有尊重该国际投资条约缔约双方在缔约时和缔约后对于该条约不适用于澳门特区的共同意图。新加坡法院的这一做

[38] United Nations International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 1964, Summary Records of the Sixteenth Session, Vol. 1, pp. 277-278, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1964_v1.pdf, 最近访问时间[2022-12-07]。参见靳也:《国际投资仲裁程序规则中的缔约国条约解释机制研究》,《武大国际法评论》2017年第5期,第94页。

[39] See Sanum Investments Ltd v Government of the Lao People's Democratic Republic, 2016 SGCA 57, Judgment, para. 45 et seq.

[40] 李浩培著:《条约法概论》(第2版),法律出版社2003年版,第422-423页。

[41] 韩逸畴:《时间流逝对条约解释的影响——论条约演解释的兴起、适用及其限制》,《现代法学》2015年第6期,第149页。

[42] See Sanum Investments Ltd v Government of the Lao People's Democratic Republic, 2016 SGCA 57, Judgment, para. 45 et seq.

法,并没有尊重《维也纳条约法公约》关于条约解释的规则。^[43]此外,新加坡法院对于作为投资条约缔约国的中国就该问题在《澳门特别行政区基本法》等国内法中的规定及其所体现出来的意图不予考虑,其对中国相关事实情况的否认和对中国真实意图的悖离,甚至有“在一定程度上”侵犯中国主权的嫌疑。^[44]如同国际投资仲裁庭对于条约的不合理扩大解释会导致该制度的“正当性危机”^[45]一样,有关国内法院所作的扭曲缔约国意图的条约解释也会使这种司法审查制度陷入“正当性危机”。

针对司法审查法院悖离条约法相关原则的问题,非 ICSID 投资条约仲裁司法审查困境的应对思路包括:首先,不再通过国内法院司法审查的途径来对非 ICSID 投资条约仲裁进行监督。可以考虑不再通过非 ICSID 仲裁途径解决国际投资条约争端,也可以考虑通过中立的国际机构来对其进行统一的监督。其次,可以通过国际合作尽量促成有关国家法院就对投资条约进行解释和适用时应遵守条约法规则这一点达成共识。最后,也可以通过在投资条约中约定缔约国联合解释约束司法审查法院来部分达到目的。

五 非 ICSID 投资条约仲裁司法审查困境的应对建议

如前文的分析所示,非 ICSID 投资条约仲裁司法审查的困境体现出非 ICSID 仲裁商事化的弊端和消极影响。非 ICSID 仲裁的商事化固然有其可取之处,但是非 ICSID 投资条约仲裁司法审查法院所面临的条约解释与适用困境也是无法回避的。尤其是对于相关投资条约的缔约国来说,这种困境在实践中会带来诸多困扰,如在前述世能案中我国即是如此。因此,作为国际投资条约的缔约国,有关国家包括我国应积极应对。一方面,我们要思考,在 ISDS 的改革中除了要推动 ICSID 改革,是否还需要推动非 ICSID 投资条约仲裁的改革?除了要推动投资仲裁程序本身的改革,是否还需要推动投资仲裁司法审查的改革?基于对非 ICSID 投资条约仲裁司法审查中的条约解释与适用问题的分析和研究,我们在应对 ISDS 的“正当性危机”并对其进行改革^[46]时不能仅关注国际投资仲裁程序本身的问题而忽视投资仲裁司法审查的问题。不管是制度设计还是实践操作层面,非 ICSID 投资条约仲裁的司法审查都应该考虑到其中涉及的投资条约解释与适用问题的特殊性,并促进相关国际法规则得到遵守和适用。另一方面,在现有的非 ICSID 投资条约仲裁的法律框架下,有关国家包括我国应更加重视和加强其所缔结的国际投资条约对于非 ICSID 投资条约仲裁司法审查的规制。目前的投资条约对于投资条约仲裁司法

[43] Elizabeth Wu & Lawrence Boo, Of Moving Frontiers and Notes Verbales: Ascertaining the Intentions of State Parties in BITs, 14 *Asian International Arbitration Journal* 15, 15-36 (2018).

[44] 参见黄世席:《国际投资仲裁裁决的司法审查及投资条约解释的公正性——基于“Sanum 案”和“Yukos 案”判决的考察》,《法学》2017 年第 3 期,第 144 页。

[45] 关于 ISDS 的“正当性危机”,参见郭玉军:《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》,《法学家》2011 年第 3 期;刘笋:《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》,《法学研究》2008 年第 6 期。See Susan D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions, 73 *Fordham Law Review* 1521 (2005).

[46] 关于 ISDS 的改革,参见余劲松:《投资条约仲裁制度改革的中国选择》,《法商研究》2022 年第 1 期;梁咏:《国际投资仲裁机制变革与中国对策研究》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 3 期。

审查事项一般都没有规定,有的条约即使提到了这一问题也只是简单涉及而并没有专门的规定。^[47] 有关国家应改变这种消极态度,对于后续司法审查中可能出现的法院在投资条约解释和适用方面滥用自由裁量权的风险,应尽量提前进行应对并作出相应安排。

综合几个方面的解决思路,下文将基于投资条约缔约国的立场提出几点具体建议。由于从逻辑上来说前文几个部分所具体分析三个方面并不是完全各自独立的问题,而是非 ICSID 投资条约仲裁司法审查困境这一个问题在不同方面的具体表现,所以下述具体应对建议和前文的三个具体方面之间并不存在一一对应的关系。每个方面的应对之策也不仅限于下述某一项具体建议,而是下述具体建议的不同组合。依照这些建议的具体操作和实现的难易程度,大致按从易到难的顺序分别为:

第一,改进投资条约关于非 ICSID 仲裁地选定程序的规定。如前文所述,实践中按照相关商事仲裁规则,仲裁地首先由案件当事人即投资者和东道国政府协商确定,如果当事人无法达成协议,则一般由仲裁庭选定。为了避免仲裁地以及后续裁决撤销诉讼的司法审查法院的偶然性,应保证东道国政府在仲裁地选择上的控制权。例如,可以在投资条约中规定,非 ICSID 仲裁的仲裁地的选择必须经过被诉缔约国的同意。也可以直接在投资条约中规定可接受的仲裁地清单。考虑到现在仲裁地的意义主要是法律属性上的,其地理属性已经被开庭地所取代,这已经成为国际上的一般认识,^[48] 因而对于投资条约谈判国来说这种清单的拟定和接受可能并不困难。

这一做法可以在现有的法律制度之下,部分解决仲裁地的司法审查法院解释与适用投资条约的主体资格正当性不足,对投资条约解释和适用的公正性存疑这两个方面的问题。缔约国在投资条约中对于司法审查法院的提前安排,可以避免将来在司法审查法院是哪个国家的法院这一问题上超出缔约方在缔约时的合理预期,也可以避免出现司法审查法院所属国本身同时就是被诉的东道国或投资者母国的情况。不过,通过此种方式仍然无法对裁决申请承认和执行的地点进行提前安排,因为非 ICSID 投资仲裁裁决的承认与执行一般根据《纽约公约》来进行,而该公约关于可以拒绝承认与执行裁决的几项有限的理由中却并不涉及任何有关裁决承认与执行地点选择的问题。

第二,在投资条约中规定缔约国对条约的联合解释应约束仲裁的司法审查机关。缔约国在国际投资条约中应明确,在条约解释事项上缔约双方或所有成员方对于条约的联合解释,不仅对投资仲裁庭有约束力,而且对仲裁的司法审查法院也应有约束力。^[49] 在国际投资条约的 ISDS 部分订入缔约国联合解释条款,约定全体缔约国作出的条约解释对仲裁庭有约束力,这一实践并不鲜见。^[50] 中国也已在晚近的部分投资条约中规定了缔约

[47] 例如:《中国—加拿大双边投资协定》第 32 条第 2 款、第 3 款。

[48] 参见高晓力:《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》,《人民司法(案例)》2017 年第 20 期,第 70 页。

[49] 正如有学者所指出的,“缔约国在缔结条约时……应当加强缔约国在投资条约中的话语权,以防范未来可能出现的仲裁庭和仲裁地法院解释权力的扩张”。黄世席:《国际投资仲裁裁决的司法审查及投资条约解释的公正性——基于“Sanum 案”和“Yukos 案”判决的考察》,《法学》2017 年第 3 期,第 143 页。

[50] 参见靳也:《国际投资仲裁程序规则中的缔约国条约解释机制研究》,《武大国际法评论》2017 年第 5 期,第 89—90 页。

国联合解释条款。但是,这些条款一般也仅规定了缔约国对条约的联合解释对于仲裁庭有约束力,^[51]其并不能对司法审查法院的条约解释形成任何限制。

那么,在投资条约中规定全体缔约国作出的条约解释对仲裁的司法审查法院有约束力,从国际法上来讲,其效力如何呢?首先可以确定的是,如果后续司法审查法院是投资条约缔约国的法院,那么这种约定无疑应当能够对法院的条约解释和适用的权力起到限制作用。如果司法审查法院不是投资条约缔约国的法院而是第三国的法院,那么如前文所述,国家主权原则和条约法的相关规则已经被接受为国际习惯,有关国家在进行条约解释和适用时,不管其是否为《维也纳条约法公约》的成员方、所涉条约是什么类型,都有义务遵守这些原则和规则。而对条约的解释应尊重条约当事方的共同意志这一规则,也正是在这些原则和规则的基础上所产生的。第三国法院如果应遵守有关习惯国际法的原则和规则,那么当然也应遵守这一规则。即使投资条约中并未作此规定,第三国法院也应依该规则行事。因而,投资条约缔约国的该项规定,并非为第三国创设额外的义务,而是对一种事实的强调或重申。从实践情况来讲,例如在世能案中,对于缔约国双方中国和老挝之间于 2014 年关于《中国—老挝双边投资协定》不适用于澳门特区的外交照会,新加坡最高法院在否认其效力的同时,也认为该条约如果像《北美自由贸易协定》一样,规定了缔约国联合解释机制及缔约国联合解释对于仲裁庭的约束力,那么这些外交照会可能会对案件产生不同的结果。^[52]由此,如果投资条约规定了缔约国联合解释对司法审查法院的约束力,那么其对法院的影响力应该更加明确。

因此,无论如何都建议缔约国在投资条约中对缔约国联合解释应约束仲裁的司法审查机关这一点予以明确规定,以为这种约定在未来能最终产生实际效力创造有利条件。此外,我国也应重视和加强对于国际投资条约的缔约国解释途径的运用制度及其实践,在有条件的情况下设置缔约国之间的常设性解释机构。如前文所述,这种做法可以部分解决司法审查法院对条约法相关原则的背离问题,促使仲裁地和裁决申请执行地的司法审查法院在投资条约解释与适用过程中尊重缔约国的共同意志。

第三,推动建立全球性的国际投资条约仲裁裁决审查机制或上诉机制,由其统一对全球非 ICSID 投资条约仲裁进行监督与审查或者受理上诉,以使该类仲裁不再接受仲裁地国司法审查。一方面,这能解决前述司法审查主体资格的正当性、中立性方面的疑问,避免条约解释和适用的路径和结果的混乱。全球性的裁决审查或上诉机构应当是基于多边公约的安排,其权力来自条约当事国的共同直接授权,其对投资仲裁所基于的国际投资条约进行解释和适用的主体资格具有足够的正当性。此外,该全球性审查或上诉机构应完全中立于任何国家,独立履行其对案涉投资条约的解释和适用进行审查的职责,在一定程度上可以保证对投资条约解释和适用的公正性。另一方面,这也能在一定程度上改善司法审查机关对条约法相关原则的背离。正如有学者指出的,“投资条约的管辖权条款解释需要适用国际法规则,……而进行司法审查的国内法院法官可能对国际投资条约并不

[51] 如 2012 年《中国—智利自由贸易协定关于投资的补充协定》第 19 条第 2 款;2008 年《中国—新西兰自由贸易协定》第 155 条;2015 年《中国—澳大利亚自由贸易协定》第 9 章第 18 条第 2 款等。

[52] See *Sanum Investments Ltd v Government of the Lao People's Democratic Republic*, 2016 SGCA 57, Judgment, paras. 117, 118.

熟悉”，例如在 *Metalclad* 诉墨西哥案中，进行仲裁司法审查的加拿大法院的主审法官为破产法专家，其并不具备国际法的背景。^[53] 而全球性的裁决审查或上诉机制的法官应该具备比较专业的国际法背景。

至于这一建议如何实施，一种思路是建立全球性的非 ICSID 国际投资条约仲裁裁决审查机制，通过该机制而非仲裁地法院的司法审查机制来进行对该类仲裁的审查。为了目标更加易于实现，可以考虑先由现有的有关机构，如常设仲裁法院、ICSID 等来担任该审查机构。之所以考虑常设仲裁法院和 ICSID，主要是基于它们就国际投资仲裁实践在全球范围内具有的影响力。为了向上述机构赋权，必须通过多边公约的途径，这可以通过达成新的多边公约或对上述机构的基础性条约如《华盛顿公约》进行修改来达成。无疑，这种多边安排的达成难度非常大。作为权宜之计，可以先采用双边安排的途径，由投资条约缔约国在投资条约中约定由条约特设机构或常设仲裁法院、ICSID 等机构而不是仲裁地的国内法院来进行基于该条约的非 ICSID 投资条约仲裁裁决的审查。另一种思路是通过未来可能建立的全球性国际投资条约仲裁上诉机制来实现。^[54] 对非 ICSID 投资条约仲裁允许上诉，由该上诉机构来统一审理针对非 ICSID 投资条约仲裁的上诉。同样，作为权宜之计，也可以先采用双边安排的途径，由投资条约缔约国在投资条约中约定由条约特设上诉机构或常设仲裁法院、ICSID 等机构来审理非 ICSID 投资条约仲裁裁决的上诉案件。最后，同时也要注意，这一建议仅涉及非 ICSID 投资条约仲裁裁决的撤销或上诉，其虽然能够解决目前非 ICSID 仲裁裁决撤销审查中的困境，却无法覆盖非 ICSID 仲裁裁决承认与执行的司法审查问题。

第四，尽力促成各国法院就非 ICSID 投资仲裁的司法审查中条约解释和适用应遵守的原则和规则达成共识，使其在裁决的撤销和裁决的承认与执行阶段都重视投资条约解释和适用的特殊性。有学者指出，《维也纳条约法公约》第 31 条为条约解释提供了明确的指导，对该条的严格适用将使国际投资法具有更多的一致性和可预见性。^[55] 如前文所述，从国际法上来讲有关国家的法院本就应当遵守国家主权原则和条约法的相关规则，我们需要做的是尽力促成各国法院就这一点予以明确，在对非 ICSID 投资条约仲裁进行司法审查时，遵守《维也纳条约法公约》的相关规则、注意东道国和投资者之间利益的平衡等。这一目标的达成，显然需要多边国际合作，国际社会可以通过国际软法例如联合国国际贸易法委员会制定的指引或倡议的形式，也可以通过国际公约如《毛里求斯公约》（*United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*）这样的形式来进行。

[53] *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664. See Todd Weiler, *Metalclad v. Mexico—A Play in Three Parts*, 2 *Journal of World Investment* 685, 697 (2001); 肖军：《仲裁地法院对国际投资仲裁裁决的司法审查——以加拿大司法实践为例》，《武大国际法评论》2020 年第 4 期，第 106 页。

[54] 关于设立全球性的国际投资条约仲裁上诉机制的方案，参见联合国国际贸易法委员会第三工作组的相关工作文件。See UNCITRAL Secretariat, *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Appellate Mechanism*, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral_wp_-_appeal_14_december_for_the_website.pdf, 最近访问时间[2023-12-07]。

[55] Herve Ascensio, *Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of the Treaties and International Investment Law*, 31 *ICSID Review*, 366, 366-367 (2016).

第五,在投资条约中规定国际投资条约争端不再通过非 ICSID 仲裁途径解决,即商事仲裁法律制度只适用于政府—投资者之间的合同争议,而不再适用于基于投资条约提起的政府—投资者争端。^[56] 这是相对比较激进的做法,但也是相较而言能够彻底解决上述困境的办法。如前文所述,目前非 ICSID 投资条约仲裁司法审查所面临的困境,不管是裁决撤销还是裁决承认与执行中的问题,主要是其商事化所带来的。通过非 ICSID 仲裁这种商事仲裁途径来解决基于投资条约提起的政府—投资者争端,必然无法避免其司法审查的商事化及由此所带来的困境。因此,从逻辑上来说,从根本上解决这一困境的办法就是放弃通过非 ICSID 仲裁这种商事仲裁途径来解决此类投资争端。但是,这一做法在实践中面临的阻力无疑也会最大。

六 结语

不可否认,国际投资仲裁的核心价值就在于其商事化,这提高了投资争端解决的效率,也反向地促进各国不断改善外资待遇,从而为全球跨境投资的繁荣作出了巨大的贡献。也正因为如此,国际投资仲裁的改革应有一定限度。例如,对于 ICSID 仲裁,可能不必像某些国家一样要求将其抛弃而另起炉灶。然而,对于非 ICSID 仲裁的改革,我们的态度可能应该有所不同。从法律制度上来看,如果说 ICSID 仲裁是商事化的投资仲裁,那么非 ICSID 仲裁就是彻底的商事仲裁;而在仲裁的基础都是投资条约的情况下,二者所处理的争端性质显然是一样的。因此,这时争端解决机制的私法性与争端本身性质的公法性之间的冲突也更甚。从这个角度来讲,相比于 ICSID 仲裁,非 ICSID 投资条约仲裁现有制度的不合理性程度更深,也更需要进行制度上的改革。对于非 ICSID 投资条约仲裁程序本身的改革,国际社会已经进行了一些努力,但是该类仲裁除了仲裁程序本身的商事化问题以外,还存在其司法审查商事化的问题,仅仅关注前者而忽视后者可能并不能完成对非 ICSID 投资条约仲裁的改革。

非 ICSID 投资条约仲裁司法审查中国内法院解释和适用相关国际投资条约所存在的问题,为我们提供了一个视角。对这些问题进行关注和研究使我们对非 ICSID 投资条约仲裁司法审查的商事化及其弊端有更深入的认识,也会为后续非 ICSID 投资条约仲裁的改革提供有益的思路。与此同时,有关国家包括我国也应重视和加强其所缔结的国际投资条约对于非 ICSID 投资条约仲裁司法审查问题的规制,采取包括改进投资条约关于非 ICSID 仲裁地选定程序的规定等一系列具体措施来进行应对。

[本文为作者主持的 2020 年度教育部人文社会科学研究规划基金项目“国际投资仲裁的司法监督与保障研究”(20YJA820025)的研究成果。]

[56] 范哈顿(Gus van Harten)即认为,基于合同的投资争端仲裁可以通过国际商事仲裁制度加以解决,但基于条约的投资争端仲裁却不能如此。其根本原因是投资条约仲裁中东道国作出接受国际仲裁的同意时,并不了解潜在的投资争端另一当事方的情况,这种概括同意的行为并非是基于私人身份的行为而是属于行使公共权威的行为。See Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, p. 128. 另参见蔡从燕:《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》,《现代法学》2011 年第 1 期,第 158-159 页。

The Dilemma in Judicial Review of Non-ICSID Investment

Treaty Arbitration and Response Thereto:

From the Perspective of Treaty Interpretation and Application by Courts

[**Abstract**] As demonstrated by some high-profile cases like “the Sanum Case”, the current regime of judicial review of non-ICSID investment treaty arbitration is faced with doubts and controversies and thus is in a dilemma to some extent. Controversies arising from the decisions of national courts mainly focus on decisions on the interpretation and application of relevant international investment treaties. Analyzing this issue from the perspective of the interpretation and application of investment treaties in question by courts of judicial review helps us to understand the dilemma and to think about how relevant states, including China, could respond to it. By analyzing the issue from the perspective of the interpretation and application of investment treaties by national courts, we can see that, on the one hand, due to the application of commercial arbitration judicial review legal system, courts of judicial review face institutional difficulties in interpreting and applying relevant international investment treaties, as they do not have sufficient legitimacy and neutrality to be subjects of interpretation and application of international investment treaties. On the other hand, the commercialized position of the relevant national courts exacerbates the difficulties faced by this regime in practice and raises doubts about the impartiality of the interpretation and application of investment treaties by judicial review courts and their conformity with relevant principles of the law of treaties. To reform the non-ICSID investment treaty arbitration system, we should pay attention to the issue of treaty interpretation and application in the process of judicial review. Under the current legal framework of non-ICSID investment treaty arbitration, relevant states, including China, should attach more importance to and strengthen the regulation of judicial review of non-ICSID investment treaty arbitration by international investment treaties that they have concluded. Specific recommendations for states concerned to respond to this dilemma include: improving investment treaty provisions on the procedure for the selection of the place of arbitration for non-ICSID investment arbitration; providing in investment treaties that the joint interpretation of treaties by signatory states shall be binding on judicial review courts of non-ICSID investment arbitration; promoting the establishment of a global mechanism for the review of or appeal against international investment treaty arbitration awards; encouraging national courts to reach a consensus on the principles and rules to be observed in the interpretation and application of treaties in the judicial review of non-ICSID investment arbitration; and stipulating in investment treaties that treaty-based investor-state disputes will no longer be resolved through non-ICSID arbitration, namely, the legal system of commercial arbitration will only apply to contractual disputes between states and investors.

(责任编辑:余佳楠)