

国际投资条约仲裁司法审查的制度困境与完善路径

魏彬彬¹ 及小同²

(1. 上海海关学院, 上海 201204; 2. 上海市第二中级人民法院, 上海 200070)

摘要: 国际投资条约仲裁司法审查能够对国际投资条约仲裁进行支持与监督, 缓解国际投资条约仲裁的合法性危机, 保障其健康持续发展。国际投资条约仲裁司法审查存在价值取向、审查侧重、权益影响等特殊特性。当前国际投资条约仲裁司法审查面临条约缺少仲裁程序透明度条款、司法审查主体资格不明确、被撤销裁决的承认与执行存在争议、国内法律对仲裁协议内涵的界定狭隘等制度困境。为了实现投资者与东道国利益保护平衡, 需通过在条约中增设仲裁程序透明度条款、明确东道国法院的裁决承认与执行司法审查主体资格、强调不予承认与执行被撤销裁决、在国内法中拓展仲裁协议范畴等路径进行有针对性的完善。

关键词: 国际投资条约仲裁; 司法审查; 双边投资条约; 自由贸易协定

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2021) 06-0074-11

一、引言

被世界卫生组织 (WHO) 认定为“大流行”的新冠肺炎疫情, 对国际直接投资造成较大冲击, 整体投资环境面临诸多风险。^①更值得注意的是, 东道国在疫情下的政策措施, 诸如禁止跨越国境的自由流动、强制征用部分物资、征收民事设施建立临时医护场所、政府提供的减免与补助是否惠及外商投资企业、政府对疫情相关制度是否充分披露等, 都可能引发投资者与东道国间的投资争端, 增加了国际投资条约仲裁的可能性。^②当前, 国际投资条约仲裁是解决投资者—东道国投资争端的重要方式, 发挥不可替代的作用。国际投资条约仲裁不但能解决投资者与东道国间的管制性争端, 同时可能影响东道国的主权管理行为和公共利益。国际投资条约仲裁在发挥积极作用的同时也逐渐暴露出合法性和合理性危机, 部分裁决的公正性引发当事人质疑, 裁决的实施效果导致东道国“规制寒颤”, 甚至损害东道国国家安全。部

作者简介: 魏彬彬, 上海海关学院海关与公共管理学院讲师, 研究方向: 国际投资法、国际法治; 及小同, 上海市第二中级人民法院法官助理, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 中国法学会 2020 年度部级法学研究课题“国际投资条约仲裁司法审查制度研究”(项目编号: CLS(2020)ZZ040); 2019 年度上海海关学院人才队伍建设项目“海关特殊监管区域发展视角下国际投资条约仲裁制度完善研究”(项目编号: 2315003A2020)。

① 田素华, 李筱妍. 新冠疫情全球扩散对中国开放经济和世界经济的影响[J]. 上海经济研究, 2020, (4).

② 苏庆义. 当经济全球化遭遇疫情全球化[J]. 中国外资, 2020, (4).

分国家为缓解国际投资条约仲裁的正当性危机,仅着眼于国际投资条约仲裁机制的改革,忽视仲裁司法审查的功能与作用。事实上,支持国际投资条约仲裁的健康发展,同时对其公正合理性予以监督,是国际投资条约仲裁司法审查的应有之义。

普通国际商事仲裁的司法审查存在深厚理论和广泛实践,但国际投资条约仲裁司法审查的存在及内容相对模糊。国际投资条约仲裁司法审查的具体内涵如何?与普通国际商事仲裁的司法审查相比存在何种特殊性?在国际条约和国内制度中面临的问题是什么?这些均是当前国际投资条约仲裁司法审查实践和国际投资条约仲裁健康发展亟需厘清的重要问题。

二、国际投资条约仲裁司法审查的内涵辨析

(一) 国际投资条约仲裁司法审查的存在

投资者与东道国间的国际仲裁包括国际投资条约仲裁(International Investment Treaty Arbitration)、国际投资协议(合同)仲裁(International Investment Agreement Arbitration)^①以及投资者依据东道国国内立法提起的仲裁。而国际投资条约仲裁是指投资者为寻求管制性争议的中立性解决,基于国家间条约的仲裁条款针对东道国提起的仲裁。仲裁请求权以及仲裁请求权的内容均由该条约规定。一方面,国际投资条约仲裁具有公法属性。^②国际投资条约仲裁当事人一方是东道国,涉及的是管制性争议,该类仲裁调整的是不对等的国家管理关系,不同于普通国际商事仲裁调整国际私法关系主体间的平等民商事法律关系;另一方面,国际投资条约仲裁是“无契约”仲裁,投资者与东道国间并无直接的合同关系或合同相对性(privity)。

国际投资条约仲裁司法审查是司法机关根据法律规定,对国际投资条约仲裁的合法性、合理性进行审查的司法活动。国际投资条约仲裁司法审查的重要性可从3个方面予以支持。(1)制度上,不少国家的双边投资条约、自贸协定、多边条约和国内法律制度愈加重视国际投资条约仲裁司法审查的相关规定,例如:《中国—加拿大双边投资条约》第32条规定了“……对临时裁决适用的审查程序……”;《承认与执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)本身并未排除国际投资条约仲裁的适用,第5条直接规定裁决承认与执行的司法审查,“业经裁决地所在国或裁决所依据法律之国家之主管机关撤销”的条款也暗含了裁决撤销的司法审查;《荷兰民事诉讼法典》等国内法在未排除国际投资条约仲裁适用的情况下,第1065条“撤销理由”等条款明确规定了裁决撤销的司法审查。(2)实践中,“BG Group诉阿根廷案”“Sanum诉老挝案”“Yukos诉俄罗斯案”“Achmea诉斯洛伐克案”等均是近年来国际实践中颇具影响的司法审查案例,凸显国内法院通过司法审查对国际投资条约仲裁的重

① 王军杰.论“一带一路”沿线投资政治风险的法律应对[J].现代法学,2018,(3).

② 丁丁,刘璐.论国际投资仲裁的公开[J].国际法研究,2019,(1).

要影响。(3)学理上,近年来一批学者已经着手对国际投资条约仲裁司法审查进行深入研究,促进国际投资条约仲裁的健康发展,重要成果如Roberts Anthea的《国际投资条约的司法审查》(*Judicial Review of Investment Treaty Awards*)、^①肖芳的《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》、黄世席的《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》等。

(二) 国际投资条约仲裁司法审查的内容

国际投资条约仲裁司法审查包括国际投资条约仲裁条款的司法审查、仲裁裁决撤销的司法审查、仲裁裁决承认与执行的司法审查等3个方面内容。(1)国际投资条约仲裁条款的司法审查是法院根据国际条约的效力标准、内容以及国内法,对国际投资条约中的仲裁条款进行司法审查,并根据仲裁条款的效力范围确定仲裁庭管辖权,判断国际投资条约仲裁条款对具体投资争端和当事人的效力作出有无效力的裁定。

(2)国际投资条约仲裁裁决撤销的司法审查是当事人申请撤销裁决时法院进行的司法审查。通常情况下,国际条约和国内法均赋予仲裁地国内法院撤销本国仲裁裁决的权力。撤销由当事人按照法定程序向法院申请,法院依据国内法规定的审查标准裁定是否撤销仲裁裁决。(3)国际投资条约仲裁裁决承认与执行的司法审查是当事人申请不予承认与执行裁决时法院进行的司法审查。仲裁庭作出的裁决离不开执行地法院的强制力保证实施,尤其是当事人拒绝自觉履行裁决义务时。当事人根据法定程序申请后,执行地法院依据仲裁协议、仲裁程序、仲裁庭权限、裁决效力、仲裁事项、效果影响等审查标准,对仲裁裁决进行司法审查,进而裁定是否承认与执行。

国际投资条约仲裁的司法审查涵盖ICSID仲裁的司法审查和非ICSID仲裁的司法审查。ICSID仲裁因《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《ICSID公约》)之故,基本排除了司法审查,仅存ICSID仲裁裁决在非《ICSID公约》缔约国的承认与执行的司法审查,而非ICSID仲裁的司法审查不受影响。非ICSID仲裁既包括机构仲裁,诸如斯德哥尔摩商会仲裁院等传统商事仲裁机构的投资条约仲裁;又包括临时仲裁,诸如根据《UNCITRAL仲裁规则》《ICSID附加便利规则》和其他仲裁规则进行的投资条约仲裁等。

(三) 国际投资条约仲裁司法审查的特殊性

1. 价值取向的特殊性

国际投资条约仲裁司法审查的价值排序不同于普通国际商事仲裁司法审查,尤其是公正与效率的博弈。首先,国际投资条约仲裁司法审查对仲裁公正性的要求和

^① Anthea, Roberts, Trahanas, Christina. Judicial Review of Investment Treaty Awards: BG Group v. Argentina[J]. The American Journal of International Law, 2014, 108(4).

排序更高。普通国际商事仲裁司法审查侧重保证仲裁效率,这也符合普通商事仲裁的发展目标以及私主体的利益需求和保障。与此不同,国际投资条约仲裁具备公法性质,一方当事人为拥有国家主权的东道国,仲裁规制对象是国家的主权管理行为,涉及金额巨大,其司法审查需要将公正性排在首位。^①其次,国际投资条约仲裁司法审查对仲裁的支持与监督需在公正合理范围内。普通国际商事仲裁司法审查常体现出支持仲裁的倾向,尽可能地作出有利于仲裁的裁定,最大限度认定仲裁协议有效,积极支持仲裁程序行进,充分尊重当事人的意思自治。但国际投资条约仲裁司法审查在合法的前提下,需强调支持与监督仲裁的合理性,既要避免过度支持仲裁,又要防范司法审查机关随意给予仲裁否定性评价。最后,国际投资条约仲裁司法审查涉及公私主体间的利益博弈,要求在公正的基础上实现利益平衡。普通国际商事仲裁司法审查涉及的是私主体间的利益博弈,争端的快速解决最为重要。但国际投资条约仲裁常常涉及社会公共利益,可能对东道国的政治和经济波动产生重大影响,同时,投资仲裁机制运行是否顺畅又直接影响外国投资者信心和本国的营商环境,所以司法审查机关要在保证公平的基础上考虑双方利益平衡,合理行使司法审查权力。

2. 审查侧重的特殊性

国际投资条约仲裁与普通国际商事仲裁调整对象的性质不同,导致司法审查的内容、标准及法律适用存在差异。首先,国际投资条约仲裁条款司法审查的标准和法律适用最能体现审查侧重的不同。普通国际商事仲裁因私人违反商事合同而产生,普通国际商事仲裁的仲裁协议是商事合同,仲裁协议司法审查着眼于合同的有效性,以普通商事合同的效力为审查标准,通常依据国内法;而国际投资条约仲裁则是东道国违反条约规定的投资保护义务而产生,国际投资条约仲裁条款并非一般意义上的合同,而是国际投资条约中的仲裁条款,故其司法审查着眼于条约及条款的有效性,以国际投资条约和具体条款效力为审查标准,通常依据国际法。其次,国际投资条约仲裁条款司法审查在审查内容方面也存在特殊性。普通国际商事仲裁协议司法审查主要针对仲裁协议的合意、仲裁机构的明确性、仲裁条款的独立性、合同转让对仲裁协议效力的影响等问题;但国际投资条约仲裁条款属于国际法范畴,仲裁条款司法审查更侧重国际投资条约中的仲裁条款效力、条约中不同条款的相互影响、投资条约的解释权等条约相关问题,而许多契约视角的问题并无探究必要。最后,国际投资条约仲裁裁决撤销的司法审查还受到《ICSID 公约》的影响,这是普通国际商事仲裁司法审查不存在的问题。解决投资争端国际中心(ICSID)依据《ICSID 公约》成立,专门适用于投资者—东道国争端解决,形成了自治性特点鲜明的机构和规则体系。《ICSID 公约》第 54 条要求各缔约国需将 ICSID 裁决视为各国终审判决,裁决

^① 徐树. 国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对[J]. 清华法学, 2017,(3).

的救济仅依靠内部的修改、撤销等,排除了公约外的法院撤销和其他方式的司法审查。

3. 权益影响的特殊性

国际投资条约仲裁司法审查与普通国际商事仲裁司法审查影响的权益存在差异,尤其是对公共利益、国家主权的影响大不相同。首先,普通国际商事仲裁司法审查的影响基本限于私人主体间的经济利益,故司法审查侧重支持仲裁,对当事人的意思自治和仲裁庭独立性影响较小。但国际投资条约仲裁司法审查是针对仲裁庭可能不当限制东道国管制性行为而进行的审查,司法审查能够影响东道国主权行使和社会公共利益,如果司法审查过度干涉仲裁,还可能影响国家的投资吸引力和投资环境友好度。其次,国际投资条约仲裁可能规制立法机关的责任、行政机关的管理能力、司法机关的权力行使,而司法审查则是对该影响的落实或矫正。东道国行使主权加大对环境、健康、劳工、人权等的保护力度时,可能受到不公正、不合理国际投资条约仲裁的阻碍,此时司法审查制度的矫正十分关键,是依法维护国家主权和公共利益的利器。^①此外,当国际投资条约仲裁裁决东道国给予投资者巨额赔偿金时,国际投资条约仲裁的司法审查能够直接影响数以亿计赔偿金的正当性与合法性,该审查结果甚至会对国家经济、政治形势和法律秩序产生较为深远的影响。

三、国际投资条约仲裁司法审查的制度困境

中国通过国内立法和国际条约确立起国际投资条约仲裁司法审查制度。国内立法主要体现在仲裁法和民事诉讼法中,仲裁司法审查的国内制度以普通国际商事仲裁视角为主,虽然存在适用于国际投资条约仲裁司法审查的可能性,但适用不明晰、条文待完善等问题突出。国际投资条约也是国际投资条约仲裁司法审查重要的法律渊源。中国自1982年与瑞典签署第一部现代意义上的双边投资条约后,又与欧洲、亚洲、美洲、非洲和大洋洲的许多国家签署了双边投资条约。伴随条约的不断签署,仲裁司法审查制度也在逐步演进,从缺少投资争端解决条款到允许提交ICSID仲裁但缺乏司法审查,再到各国对投资保护和争端解决条款的反思,调整过度保护投资者而忽视东道国利益的平衡性问题,为司法审查预留空间。近年来签署的自由贸易协定也在不同程度上反映了司法审查制度缺失、司法审查规制模糊等问题。由此可知,国内制度待完善、投资条约质量参差不齐造成司法审查面临制度障碍,不利于司法审查功能的发挥。

(一) 条约缺少仲裁程序透明度条款

国际投资条约仲裁裁决撤销的司法审查中,裁决撤销理由之一便是仲裁程序不当,而国际投资条约缺失仲裁程序层面的透明度条款,导致司法审查机关无法以仲

^① 张庆麟. 论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场[J]. 政法论丛, 2017, (6).

裁程序不当为由撤销裁决。透明度要求是国际投资条约仲裁与普通国际商事仲裁的重要差异,仲裁程序透明度条款决定了能否就透明度问题进行司法审查。对普通国际商事仲裁而言,仲裁保密性有利于私主体性质的当事人利益。但国际投资条约仲裁却对透明度和公开性要求较高。一方面国际投资条约仲裁的结果通常对东道国的公共利益产生重大影响,除了参与仲裁的东道国政府官员和代理人,普通民众因可能最终承受赔偿带来的财政负担,有权通过合法途径获悉仲裁进展和结果,仲裁程序透明度条款的缺失违背了民主与法治;另一方面东道国管制行为引发的国际投资条约仲裁,不仅对提起仲裁的投资者有影响,其他潜在投资者同样有获悉仲裁案件结果的需求。英国 Biwater Gauff 公司诉坦桑尼亚仲裁案的仲裁庭强调:国际投资仲裁在保密性和隐私问题上明显不同于普通国际商事仲裁,透明化特点明显。^①联合国国际贸易法委员会 2013 年仲裁规则也已将透明度规则纳入,专门适用于投资仲裁。但实践中,中国签署的双边投资条约和部分自由贸易协定中,投资仲裁程序的透明度要求普遍缺失,诸如《中国—南非关于相互鼓励和保护投资协定》《中国—哥斯达黎加自由贸易协定》对于“仲裁程序的透明度”只字未提。这不但导致当事人无法对国际投资条约仲裁程序的透明度问题提出抗辩,也导致国际投资条约仲裁司法审查无法将违反透明度要求认定为仲裁程序不当,进而因缺乏依据而无法发挥国际投资条约仲裁司法审查的监督作用,最终造成东道国合法权益保障不足以及仲裁程序存在瑕疵等不良后果。

(二) 司法审查主体资格不明确

国际投资条约仲裁裁决承认与执行司法审查的主体资格受到国际条约影响,尤其是东道国法院能否进行裁决承认与执行的司法审查,乃是国际投资条约仲裁司法审查面临的特殊问题,但国际条约相关规定不明确。国际投资条约仲裁裁决承认与执行司法审查的主体是执行地法院,《纽约公约》和国内法均提供了支持,《纽约公约》第 5 条指明“承认及执行地的主管机关”;《民事诉讼法》第 283 条规定:“国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请。”但由于《纽约公约》缔结年代早,针对国际投资条约仲裁是否能理解为东道国法院具备裁决承认与执行的司法审查主体资格存在争议。^②与此同时,中国签署的多数国际投资条约的“裁决效力”条款对该问题语焉不详。诸如《中国—丹麦关于鼓励和保护投资协定》中“仲裁庭的裁决为终局裁决,具有拘束力,裁决按国内法执行”和《中国—荷兰关于鼓励和保护投资协定》中“仲裁庭的裁决是终局的,对争议当事双方具有拘束力”

① 齐湘泉,姜东. 国际投资争端解决中的透明度原则[J]. 学习与探索, 2020,(2).

② 王海浪. 论国际投资仲裁裁决的承认与执行——以执行法院的审查权为中心[J]. 国际经济法学刊, 2018,(4).

等规定,强调了裁决的效力,虽然不能必然得出禁止东道国进行承认与执行司法审查的结论,但存在不同的解读空间。更进一步来说,《中国—坦桑尼亚双边投资协定》第13条“缔约各方应依据其有关的法律法规确保裁决的承认及执行”的表述,尤其是“确保裁决的承认及执行”的字眼,也存在排除东道国法院司法审查主体资格的可能性,即便前缀“依据其有关的法律法规”为东道国司法审查提供了一定的有利空间。综上所述,国际条约对东道国法院的裁决承认与执行司法审查主体资格规定不明晰,可能导致东道国法院不具备裁决承认与执行司法审查的主体资格,即东道国作为国际投资条约仲裁的当事人之一,在裁决作出后,东道国法院不享有司法审查权,而必须直接承认与执行仲裁裁决。倘若东道国在缔结条约时确实有该意思表示则无可厚非,但若是明确的条约规定导致东道国司法审查主体资格丧失,则不利于仲裁裁决承认与执行司法审查作用的发挥。

(三) 对被撤销裁决的承认与执行存在争议

裁决被撤销是不予承认与执行裁决的理由之一,这是国际投资条约仲裁裁决承认与执行司法审查的重要内容,但被撤销裁决在仲裁地国之外的承认与执行问题存在一定的争议。一般而言,裁决被撤销导致裁决效力不存在,被撤销裁决在仲裁地国的不予承认与执行没有疑问,但是在仲裁地之外国家的承认与执行却存在争议,这与《纽约公约》息息相关。部分观点认为被撤销的裁决不应得到执行地国的承认与执行,同时《纽约公约》第5条第1款的“may(可以)”其实是“shall(应该)”的意思,法文版本的“seront refusees”即为明证;^①有观点则提出《纽约公约》第5条的“may”意味着“可以”拒绝承认与执行被撤销裁决,而非“必须”拒绝承认与执行,这赋予司法审查机关自由裁量权,域外国家有权承认与执行被撤销的裁决;^②还有观点提出两种情形可以并存。实践中频频出现承认与执行被撤销的国际商事仲裁裁决的案例,诸如“Norsolor案”“Hilmarton案”“Chromalloy案”“Karahada案”“Putrabali案”“Yukos案”“Castillo Bozo案”“Commisa案”等。^③中国签署的大多数双边投资条约和部分自由贸易协定侧重强调裁决的终局性、拘束力和执行力,忽视对被撤销裁决的执行排除,不利于不予承认与执行被撤销裁决的落实。

(四) 国内法律对仲裁协议内涵的界定狭窄

仲裁司法审查的国内法律制度对投资仲裁适用不协调,尤其是仲裁协议未明确涵盖国际投资条约仲裁条款,亟待扫清制度障碍。国内的仲裁司法审查制度以普通国际商事仲裁为主要视角,故仲裁协议的定义和内涵体现出明显的商业化特征,不

① 赵秀文. 从克罗马罗依案看国际仲裁裁决的撤销与执行[J]. 法商研究, 2002,(5).

② 张红美. 已撤销国际商事仲裁裁决执行的美国实践及借鉴[J]. 河南财经政法大学学报, 2013,(5).

③ 付攀峰. 未竟的争鸣: 被撤销的国际商事仲裁裁决的承认与执行[J]. 现代法学, 2017,(1).

能充分反映国际投资条约仲裁条款的特点。例如,中国《民事诉讼法》第271条“当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议”的表述,中国《仲裁法》第4条“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议”的规定,均不利于将国际投资条约仲裁条款纳入仲裁协议范畴。由于“投资”可纳入广义的“商事”范畴,且国际投资条约仲裁发轫于普通国际商事仲裁,故在国内法层面单独设立国际投资条约仲裁司法审查制度不可行也无必要,拓展现有仲裁司法审查国内制度的适用范围方为可行之策。具体就仲裁协议而言,国际投资条约仲裁条款与普通国际商事仲裁协议在功能上相同,在司法审查程序方面也存在共同适用的基础,而司法审查制度关于仲裁协议司法审查内容和标准的模糊性为两者通用提供了空间。实践中,荷兰海牙地方法院对“Yukos案”的司法审查,新加坡最高法院上诉法庭对“Sanum案”的司法审查,实现了国际投资条约仲裁司法审查与普通国际商事仲裁司法审查国内制度的通用,为仲裁协议涵盖国际投资条约仲裁条款提供了支撑。中国当前对国际投资条约仲裁条款纳入仲裁协议的模糊性,不仅影响国际投资条约仲裁条款的司法审查,对国际投资条约仲裁裁决撤销、裁决承认与执行的司法审查同样不利。

四、国际投资条约仲裁司法审查的完善路径

随着国际投资自由化和便利化的推进,“良法善治”的理念需贯穿国际投资条约仲裁司法审查始终,尤其要进一步明确对公正合理价值的追求。针对投资者与东道国利益保护失衡的国际投资条约仲裁危机,面对国内制度待完善、投资条约质量参差不齐的制度困境,国际投资条约仲裁司法审查有必要通过国际条约和国内立法两条路径进行完善,从而充分发挥司法审查对仲裁的支持与监督作用。

(一) 增设仲裁程序透明度条款

仲裁程序透明度条款符合国际投资条约仲裁裁决撤销司法审查的监督要求。仲裁程序透明度要求是基于国际投资条约仲裁本身以及裁决后果对公共利益的重大影响,需要满足公众介入的基本要求。^①投资仲裁规则从最初的完全按照普通商事仲裁的保密性,发展至UNCITRAL的仲裁规则中纳入透明度规则和ICSID仲裁规则修改完善透明度规则,形成了国际投资条约仲裁透明为主、保密例外的独特规则。但仲裁程序透明度的要求不能仅依靠仲裁规则,诸如UNCITRAL仲裁规则仅限于选择适用其规则的仲裁,且仲裁规则可能被改变适用,所以更应落实在国际投资条约中。国际投资条约纳入仲裁程序透明度条款,将约束依据该条约提起的所有投资仲裁,透明度要求成为仲裁程序要求,一旦违反可能触犯仲裁程序不当的裁决撤销理由,实施裁决撤销的司法审查。更为重要的是,仲裁程序透明度条款的纳入有助于通过

^① 赵骏,刘芸.国际投资仲裁透明度改革及我国的应对[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2014,(3).

司法审查实现投资者与东道国利益平衡。^①由于仲裁程序透明度条款通常包括信息公布、文件公布、第三人提交材料、非争议方条约缔约方提交材料、公开审理、例外情形等内容,故完善中国签署的双边投资条约或自由贸易协定,可借鉴已生效的条约,以仲裁程序透明度条款的科学设置为参照,例如:《中国—加拿大双边投资保护协定》第27条的“非争端缔约方有权参加根据本部分进行的任何庭审”规定;第28条的“依据本部分进行的仲裁庭庭审应向公众开放”规定;第29条的“如果不是争端一方的个人或实体与仲裁有重大利益关系,经与争端双方磋商后,仲裁庭可接受该个人或实体提交的书面陈述”规定。此外,可借鉴《美墨加协定》附件第8条,要求将书面文件、仲裁庭审记录及其副本、仲裁庭的命令、裁决及决定予以公开,进一步满足仲裁程序透明度要求。

(二) 明确司法审查主体资格

明确东道国法院的裁决承认与执行司法审查主体资格,既满足司法审查对仲裁裁决支持与监督的需要,又符合东道国公共利益保护的需求,但需通过国际条约的裁决执行条款予以明确,避免歧义与争议。与东道国明确接受《ICSID 公约》排除东道国法院的司法审查主体资格不同,双边投资条约和自由贸易协定对于裁决效力的强调,并非东道国法院放弃承认与执行司法审查的主体资格,虽然东道国是仲裁当事方之一,但仅通过裁决的终局性和拘束力条款不能排除东道国法院的司法审查权。东道国法院的裁决承认与执行司法审查主体资格,有利于实现司法审查的公正合理、投资者与东道国利益平衡的追求。东道国法院对裁决承认与执行的司法审查是为了对公正合理裁决给予支持,对非法不当裁决予以否定,这直接关涉东道国管制行为的评价,直接影响东道国公共利益的保护能力,是东道国不能轻易放弃之权利。鉴于当前国际条约的相关条款表述模糊,“各方当事人应毫不延迟地履行裁决”等规定引发争议,有必要通过完善国际条约的方式,明确东道国法院的裁决承认与执行司法审查主体资格。可将条约中“裁决的终局性和执行”条款设置为:“一、仲裁庭作出的裁决除了限于争端双方之间和就本案件而言外,均无约束力。二、除对裁决适用的司法审查和其他必要审查程序外,争端方应遵守并执行裁定,不得延误。”

(三) 强调不予承认与执行被撤销裁决

不予承认与执行被撤销裁决是国际投资条约仲裁司法审查的基本要求,需要通过双边投资条约或自由贸易协定,为缔约方与缔约另一方投资者间投资仲裁的司法审查提供法律依据,强调缔约方法院作为执行地法院时不予承认与执行被撤销裁决。国际投资条约仲裁裁决通常影响国家主权和公共利益,对公正性的要求更高,倘若仲裁裁决因违背裁决司法审查制度而被撤销,却能够在仲裁地外被执行,将在实质

^① 朱明新. 联合国国际贸易法委员会“投资仲裁透明度规则”评析[J]. 武大国际法评论, 2017.(1).

上加剧投资者与东道国利益失衡, 损害国际投资条约仲裁的公正性和健康发展。不予承认与执行被撤销裁决的要求有助于发挥裁决承认与执行司法审查的监督作用, 虽然被撤销裁决能否被承认与执行存在争议, 但从国际投资条约仲裁司法审查的特殊性出发, 中国需通过条约中裁决执行条款明确不予承认与执行被撤销裁决。在此方面, 《中国—澳大利亚自由贸易协定》第 22 条第 7 款值得借鉴: “七、争端一方不可寻求执行裁决, 直至: (二) 如裁决是根据《ICSID 附加便利规则》或《UNCITRAL 仲裁规则》作出: 1. 自裁决作出之日起已满 90 日, 且无争端方启动修改、搁置或撤销该裁决的程序; 或者 2. 法院已驳回或批准了修改、搁置或撤销裁决的申请, 且无进一步的上诉。” 其中根据《ICSID 附加便利规则》或《UNCITRAL 仲裁规则》作出的裁决, 如果启动裁决撤销程序或者法院批准撤销裁决的申请, 都将无法满足裁决执行的条件, 囊括了不予承认与执行被撤销裁决的情形。

(四) 拓展仲裁协议范畴

将国际投资条约仲裁条款纳入仲裁协议范畴, 不仅是通用国内仲裁司法审查制度的现实需要, 还具备理论和制度上的可行性。仲裁司法审查的国内制度较为丰富, 重点在于如何打破固有的普通国际商事仲裁视角, 充分协调国际投资条约仲裁司法审查的适用, 兼顾国际投资条约仲裁司法审查的特殊性。就仲裁协议而言, 虽然国际投资条约仲裁条款因签订主体和性质之故, 在严格意义上并非合同, 但国际投资条约仲裁条款同样体现投资者与东道国间的合意, 同样发挥仲裁协议的功能, 使得国际投资条约仲裁条款纳入仲裁协议范畴具备可行性, 故仲裁协议不必拘囿于合同形式, 而需拓展至合同、条约、法律法规或其他文件等多种形式。在制度完善层面, 可在当前仲裁协议定义后添加“仲裁协议可以规定在合同、条约、法律法规或其他文件中, 或者经由一方当事人通过合同、条约、法律法规或其他文件作出同意提交仲裁的意思表示, 而另一方当事人随后通过提起仲裁或其他方式予以接受的方式达成”的内容, 以此实现拓展。值得注意的是, 将国际投资条约仲裁条款纳入仲裁协议范畴后, 可就仲裁协议效力要件, 添加“国际投资条约仲裁条款的效力应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约及可适用的国际法规则审查”的内容。

五、结语

在充分认识国际投资条约仲裁司法审查及其制度困境后, 国际投资条约仲裁司法审查的完善要把握时代背景, 顺应国家法治建设进程。^①在当今疫情肆虐、部分国家奉行单边主义、大国间经贸摩擦不断的背景下, 仍需坚持公平正义的价值追求。新冠肺炎疫情影响下更可能引发投资者与东道国间的投资争端, 而国际投资条约仲

^① 孙理程. 国际投资领域间接征收判定路径和对策思考[J]. 浙江社会科学, 2020, (8).

裁作为解决投资者—东道国投资争端的重要方式,更加需要国际投资条约仲裁司法审查的支持与监督。就中国而言,仲裁程序透明度条款的缺失、东道国法院的裁决承认与执行司法审查主体资格不明确、被撤销裁决的承认与执行存在争议、仲裁协议的内涵狭隘等制度障碍,需要通过增设仲裁程序透明度条款、明确东道国法院的司法审查主体资格、强调不予承认与执行被撤销裁决、拓展仲裁协议范畴等方面进行针对性完善,以强化国际投资条约仲裁司法审查对仲裁的支持与监督。

参考文献:

- [1] 何悦涵. 投资争端解决的“联合控制”机制研究——由投资争端解决机制的改革展开[J]. 法商研究, 2020,(4).
- [2] 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[J]. 法学, 2017,(3).
- [3] 韩秀丽. 论 ICSID 仲裁裁决撤销程序的局限性[J]. 国际法研究, 2014,(2).
- [4] 刘禹, 李旭. 美国国家安全审查下中美投资争端解决的路径[J]. 当代经济管理, 2020,(8).
- [5] 孙南申, 孙颖. 论国际投资仲裁裁决在《纽约公约》下的执行问题[J]. 广西师范大学学报(哲学社会科学版), 2020,(1).
- [6] 陶立峰. 金砖国家国际投资仲裁的差异立场及中国对策[J]. 法学, 2019,(1).
- [7] 汪祖兴. 仲裁监督之逻辑生成与逻辑体系——仲裁与诉讼关系之优化为基点的渐进展开[J]. 当代法学, 2015,(6).
- [8] 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[J]. 法学评论, 2018,(3).
- [9] 朱科. 中国国际商事仲裁司法审查制度完善研究[M]. 第一版. 北京: 法律出版社, 2018.
- [10] 张倩雯. 多元化纠纷解决视阈下国际投资仲裁裁决在我国的承认与执行[J]. 法律适用, 2019,(3).

System Dilemma and Improvement Path of Judicial Review of International Investment Treaty Arbitration

WEI Binbin JI Xiaotong

Abstract: Judicial review of international investment treaty arbitration can support and supervise international investment treaty arbitration, and ease the legality crisis of international investment treaty arbitration to ensure its healthy and sustainable development. The judicial review of international investment treaty arbitration has particularities such as value orientation, review focus, rights and interests. The current judicial review of international investment treaty arbitration is faced with lack of transparency requirements of the arbitration procedure in treaty, the unclear qualifications of judicial review subjects, the recognition and enforcement of set-aside awards are disputed, and the connotation of arbitration agreements is narrow. In order to achieve a balance between the maintenance of the interests of investors and the host state, it is necessary to be improved by adding arbitration procedures transparency clauses in the treaties, clarifying the subject qualifications of the host country's courts for the recognition and enforcement of judicial review, emphasizing non-recognition and enforcement of set-aside awards, and expanding the scope of arbitration agreements in domestic laws.

Keywords: international investment treaty arbitration; judicial review; bilateral investment treaty; free trade agreement

(责任编辑: 金孝柏)