

欧盟投资法院裁决执行规定的 合法性问题

连俊雅*

内容摘要:联合国国际贸易法委员会正推动以国家为主导的投资者与国家间争端解决机制改革,改革的核心内容之一是建立投资仲裁上诉机制。其中,欧盟关于建立去仲裁化的多边常设投资法院机制的建议最为激进。投资法院裁决的执行是该机制有效运行的核心问题。就执行目的而言,投资法院裁决以仲裁裁决形式比以法院判决形式更易获得执行。为此,欧盟弱化投资法院的司法特征,并在多个国际投资协定中规定投资法院裁决属于《华盛顿公约》和《纽约公约》下的投资仲裁裁决。这些规定实质上构成对上述两个公约的修改,存在合法性问题,难以确保投资法院裁决在第三国的执行。建设专门的投资法院裁决执行机制将是欧盟的长远之计,也将推动国际投资仲裁裁决执行机制的革新。我国应重视投资法院裁决的执行问题,积极参与国际投资仲裁裁决执行机制的改革并尽早形成中国方案。

关键词: 欧盟投资法院 投资法院裁决执行 华盛顿公约 纽约公约
国际投资仲裁 投资者与国家间争端解决机制

近年来,以专设仲裁制度为核心的投资者与国家间争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement Mechanism, 以下称“ISDS 机制”)在运行中逐渐暴露出诸多问题,如仲裁裁决缺乏一致性和纠错机制,仲裁员缺乏独立性、公正性和多元性,仲裁程序过于昂贵和冗长以及第三方资助导致当事人权利的不平衡等。^①这些问题导致 ISDS 机制遭遇合法性危机。在此背景下,联合国国际贸易

* 北京理工大学法学院讲师,北京理工大学国际争端预防和解决研究院研究员。

本文系国家社会科学基金一般项目“跨境数据流动国际规制的合作与协调研究”(项目批准号:19BFX201),2020年北京理工大学青年女教师“名师引领计划”项目(项目批准号:MSYL202013),2020年北京理工大学校级教学改革一般项目成果。

① See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the Government of China, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/073/86/PDF/V1907386.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

法委员会(以下称“UNCITRAL”)于2017年成立第三工作组推动以国家为主导的ISDS机制改革。建立投资仲裁上诉机制已成为ISDS机制改革的核心内容,但建立何种上诉机制以及如何建设上诉机制成为焦点问题。其中,我国主张建立常设投资仲裁上诉机构,^①而欧盟建议建立包含初审法庭和上诉法庭的常设投资法院机制以取代国际投资仲裁机制。^②在欧盟的强力推动下,一些国际投资协定已纳入该机制,并排除了东道国国内法院、国际投资争端解决中心(以下称“ICSID”)和专设投资仲裁庭的救济。目前,欧盟正不遗余力地将该机制推广至其正在谈判的其他投资协定中,包括中国—欧盟双边投资协定。^③欧盟设立投资法院机制的目的在于取代国际投资仲裁机制,但这导致其裁决能否依据现有的投资仲裁裁决执行机制存在争议。国际投资仲裁机制在过去60年间取得成功的核心在于投资仲裁裁决可依据《解决国家与他国国民间投资争议公约》(以下称《华盛顿公约》)和《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下称《纽约公约》)实现在全球范围内的自由流动。因此,投资法院机制要取代投资仲裁机制就必须解决投资法院裁决^④的执行问题。为解决执行困境,欧盟在部分国际投资协定中规定投资法院裁决属于《华盛顿公约》和《纽约公约》下的投资仲裁裁决,但其合法性问题已引起国内外学者的热切关注。然而,仅有个别国内学者对投资仲裁裁决可否依据这两个公约获得执行问题进行了简单分析,并未探讨欧盟相关投资协定规定的合法性问题,也未涉及欧盟倡导的投资法院裁决专门执行机制。^⑤

为此,本文首先分析欧盟投资法院裁决的性质和欧盟对投资法院裁决执行路径的设计,然后重点讨论投资法院裁决依据《华盛顿公约》和《纽约公约》执行的规定的合法性问题,最后分析欧盟关于建立专门投资法院裁决机制倡议的可行性并提出我国的应对建议。

① See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the Government of China, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/073/86/PDF/V1907386.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

② See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

③ 参见黄世席:《欧盟国际投资法庭制度的缘起与因应》,《法商研究》2016年第4期,第162页。

④ 为便于与投资仲裁裁决和法院判决相区分,本文将投资法院作出的争端解决结果称为“投资法院裁决”。

⑤ 参见秦晓静:《欧盟投资法院机制的不确定性及其应对策略》,《山东社会科学》2020年第1期;黄世席:《欧盟国际投资法庭制度的缘起与因应》,《法商研究》2016年第4期。

一、欧盟对投资法院裁决执行路径的设计

联合国贸易和发展会议早在2013年就提出建立一个常设投资仲裁法院的设想。^①欧盟在《里斯本条约》于2009年12月生效后获得国际投资协定的缔结权,^②并于2011年开始考虑将这一设想付诸实践。欧盟及其成员国认为ISDS机制存在的问题是相互关联且呈系统性的,通过单一的、碎片化的改革方案无法全面解决,但常设投资法院机制可一并解决上述问题。^③为回应欧洲议会对ISDS机制的批评和贯彻欧盟关于国家规制权与投资保护之间平衡的投资政策,^④欧盟委员会于2015年11月首次将投资法院机制纳入《跨大西洋贸易和投资伙伴协议》(以下称“TTIP协定”)的投资章节。随后,欧盟将该机制适用于其商签的一系列国际投资协定中,如《欧盟—加拿大全面经济和贸易协定》(以下称“CETA”)、《欧盟—越南自由贸易协定》《欧盟—越南投资保护协定》(以下称“欧盟—越南IPA”)、《欧盟—新加坡投资保护协定》(以下称“欧盟—新加坡IPA”)以及《欧盟—墨西哥全面经济伙伴协定》。目前,这些投资协定有待欧洲议会和欧盟成员国的批准,尚未生效。^⑤2018年3月20日,欧盟对外公布了《制定一个建立解决投资争端的投资法院国际公约的协商指令》(以下称《投资法院国际公约协商指令》)^⑥,允许缔约国选择性加入,将投资法院机制从双边层面推向多边层面。2019年1月,欧盟正式向UNCITRAL第三工作组提交建设多边常设投资法院机制的具体建议。^⑦目前,欧盟关于投资法院机制的建设已经较为完善。

① 参见黄世席:《欧盟国际投资法庭制度的缘起与因应》,《法商研究》2016年第4期,第164页。

② 参见肖军:《欧盟TTIP建议中的常设投资法院制度评析》,《武大国际法评论》2016年第2期,第453页。

③ See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

④ 参见王少棠:《合法性危机的解除? 欧盟投资争端解决机制改革再议》,《法商研究》2018年第2期,第164页。

⑤ 参见秦晓静:《欧盟投资法院机制的不确定性及我国的应对策略》,《山东社会科学》2020年第1期,第182页。

⑥ See EU, Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>, visited on 4 December 2020.

⑦ See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Note by the Secretariat, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/081/95/PDF/V1908195.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

(一)投资法院裁决的性质

投资法院属于常设争端解决机构,共有两个审级,包括初审法庭和上诉法庭,并由全职裁判员组成。初审法庭与一般投资仲裁庭的功能相同,负责查明事实、正确适用法律^①并审理上诉法庭驳回的案件。^②上诉法庭受理当事人以法律适用错误或严重的事实认定错误为由对初审裁决提起的上诉案件,但不对案件事实进行全面的审理。^③投资法院的初审法庭和上诉法庭均由国际投资协定缔约国聘任的全职裁判员组成,且这些裁判员有固定的任职期限和薪酬。^④裁判员不仅应具有较高的道德品质,还应具备其他国际法院法官的专业能力,尤其是具有国际投资法知识、国际贸易法以及国际投资或贸易争端解决的专业知识。^⑤在初审阶段,投资法庭主席从九名全职裁判员中随机选出三名组成审判法庭,但须确保这三名裁判员分别来自东道国、投资者母国和第三国,如欧盟—新加坡IPA第3.38.6条和第3.38.7条即如此规定。类似地,在上诉阶段,上诉法庭主席从六名全职裁判员中随机选出三名裁判员组成审查法庭。可见,无论是在初审阶段还是在上诉阶段,投资争端方均没有选择裁判员的权利。此外,投资法院裁决具有终局性,缔约国应像执行本国法院判决那样执行该裁决且不得对其进行上诉、审查、撤销或其他救济,如欧盟—新加坡IPA第3.57条即如此规定。因此,投资法院裁决是由常设投资法院的全职裁判者依据国际法^⑥作出的裁决,与某一具体国家的法律或领土无关,不具有国籍。那么,投资法院裁决是属于法院判决还是国际投资仲裁裁决?

投资法院的性质直接决定其裁决的执行路径。然而,投资法院的属性兼具法院和仲裁机构的二元特征,即既具备国际法院的特征,如采用上诉机制、全职裁判员、当事人不得选任裁判者,又具备国际投资仲裁庭的特征,如采用投资仲裁规则

① 适用的法律为国际法而非某一国的国内法。

② See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

③ See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

④ See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

⑤ See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

⑥ 包括国际投资协定、国际法以及国际法律原则,如欧盟—墨西哥FTA投资章节第15.2条规定,投资法院作出裁决的依据为本投资协定以及适用于当事人的其他国际法规定和法律原则。

作为程序规则、允许当事人选择仲裁规则。值得注意的是,欧盟起初强调投资法院的司法特征,但随后逐渐弱化该特征并凸显其仲裁特征。具体而言,欧盟早在2015年的TTIP协定文本草案中使用“投资法院”(investment court)和“法官”(judges)。^①但欧盟在随后的《投资法院国际公约协商指令》以及其与加拿大、新加坡、越南和墨西哥商签的国际投资协定以及向UNCITRAL第三工作组提交的建议案^②中不再使用“法官”(judges)一词,而是使用“仲裁庭成员”(members),并规定投资法院裁决等同于针对商事争议作出的仲裁裁决,如欧盟—新加坡IPA第3.57条即如此规定。欧盟强调投资法院具备仲裁机构特征的主要目的在于希望依据现有的国际投资仲裁裁决机制来确保投资法院裁决的执行。^③欧盟近期商签的国际投资协定就直接明确了上述目的。例如,TTIP协定投资章节第30.6条、CETA投资章节第8.41条、欧盟—新加坡IPA第3.22条、欧盟—越南IPA第3.57条、欧盟—墨西哥FTA投资章节第31条均规定,为了实现通过《纽约公约》执行的目的,投资法院裁决应被视为针对商事争议作出的仲裁裁决。因此,投资法院的二元属性使其执行问题涉及复杂的法律问题。

(二) 欧盟设计的三种执行路径

对于投资法院裁决的执行,欧盟设计了外国法院判决执行机制、国际投资仲裁裁决执行机制、专门的国际投资法院裁决执行机制三种路径。其中,对于依据外国法院判决执行机制执行的路径,2019年《承认与执行外国国民商事判决公约》(以下称《海牙判决公约》)曾为投资法院裁决的执行提供了法律可能性。欧盟曾于2017年2月率先提出要在《海牙判决公约》草案中引入共同法院,以期欧盟境内的共同法院判决能够依据该公约在欧盟成员国以外的国家得到执行。尽管各国关于共同法院的讨论均立足于现有的共同法院^④,但并不排除未来设立的共同法院,尤

^① See European Union, Draft Proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf, visited on 4 December 2020.

^② See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

^③ See Zareen Qayyum, The Enforceability of Proposed Reforms to Investor-State Dispute Settlement, *ICSID Review* 8 (2020), <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa016>, visited on 4 December 2020.

^④ 据我国学者统计,世界范围内存在八个符合共同法院的国际法院或超国家法院,包括非洲商法协调组织内设的司法与仲裁共同法院、安第斯共同体法院、欧洲联盟法院、枢密院司法委员会、加勒比海法院、东加勒比海最高法院、比荷卢法院和统一专利法院。参见钱振球:《〈海牙判决公约草案〉中共同法院条款研究》,《武大国际法评论》2019年第1期,第62页。

其是欧盟倡导的常设投资法院。^①实际上,投资法院不属于某一国家国内的法院,具备国际法院的要素,如基于国家间签订的国际条约而设立、永久性的机构、独立的法官、涉国家争端的解决以及裁决具备的拘束力。因此,投资法院符合2017年《海牙判决公约》草案第22条第1款关于共同法院的规定。该提议得到美国、瑞士、澳大利亚等国家的支持,但遭到尚未有共同法院的国家的反对,如中国、俄罗斯、以色列和日本。最终,由于共同法院规则涉及面过广且各国间分歧过大,2019年7月2日由海牙国际私法会议通过的《海牙判决公约》最终文本中未对共同法院进行规定,将共同法院判决的执行问题交由缔约国自由裁量。^②在缺乏公约明确规定的情况下,投资法院裁决难以在欧盟成员国以外的国家得到执行。这也导致欧盟放弃通过《海牙判决公约》执行投资法院裁决,转向国际投资仲裁裁决执行路径。

欧盟在向UNCITRAL提交的建议案中指出投资法院裁决的三个执行路径,即依据专门的投资法院裁决执行机制执行、依据《华盛顿公约》执行和依据《纽约公约》执行。^③首先,欧盟意在建立专门的投资法院裁决执行机制。考虑到投资法院机制与投资仲裁机制的较大差异性以及《华盛顿公约》在促进ICSID仲裁裁决执行上所取得的巨大成功,设立专门的投资法院裁决执行机制能够切实解决投资法院裁决的执行问题。为此,欧盟在《投资法院国际公约协商指令》中指出要制定一个关于投资法院的国际公约(以下称“投资法院国际公约”),并在该公约中建立投资法院裁决执行机制。^④另外,鉴于上诉法庭可以法律适用错误和事实认定存在重大错误为由对投资法院裁决进行审查,欧盟主张投资法院裁决在执行阶段不应再进行审查,并强调排除撤销机制的适用。^⑤因此,该专门执行机制将比《华盛顿公约》下的执行机制更具强制性。其次,欧盟提出将《纽约公约》作为上述执行

^① 参见钱振球:《〈海牙判决公约草案〉中共同法院条款研究》,《武大国际法评论》2019年第1期,第70页。

^② 参见张春良、黄姗:《论海牙判决公约视阈下的共同法院规则——兼论“一带一路”倡议下司法协助的中国进路》,《河南财经政法大学学报》2020年第5期,第110页。

^③ See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

^④ See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

^⑤ See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

机制的重要补充,以促进投资法院裁决在第三国的执行。^①欧盟主张“投资法院国际公约”将采用与《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》类似的“选择加入”模式,^②即一国可通过加入“投资法院国际公约”的方式将投资争端提交投资法院管辖,并在国际投资协定中声明与其相关的投资争端可提交投资法院。^③然而,考虑到短时间内不会有太多国家加入“投资法院国际公约”从而使投资法院裁决无法在广大第三国执行的情况,欧盟主张利用《纽约公约》来满足投资法院裁决在第三国执行的需求。再次,欧盟还主张投资法院依据《华盛顿公约》的仲裁规则作出的裁决属于 ICSID 仲裁裁决,可直接依据该公约得到执行。由于《华盛顿公约》的投资仲裁裁决执行机制近乎自动执行机制,所以投资法院裁决依据该公约能够得到强有力的执行。

在专门的投资法院裁决执行机制建立前,欧盟希望利用现有的国际投资仲裁裁决执行机制来执行投资法院裁决。目前,欧盟已将后两个执行路径在其商签的国际投资协定(以下称“欧盟投资法院投资协定”)中进行了规定,如 TTIP 协定中投资章节第 30.6 条、CETA 投资章节第 8.41 条、欧盟—新加坡 IPA 第 3.22 条、欧盟—越南 IPA 第 3.57 条、欧盟—墨西哥 FTA 投资章节第 31 条的规定。^④然而,上述规定实质上构成对《华盛顿公约》和《纽约公约》的修改,并将给这些公约的其他缔约国带来额外的义务,^⑤存在合法性问题。

二、依《华盛顿公约》执行的规定的合法性问题

1966 年《华盛顿公约》是在世界银行倡导下缔结的一项多边条约。依据该公

① See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

② See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

③ See Zareen Qayyum, The Enforceability of Proposed Reforms to Investor-State Dispute Settlement, ICSID Review 7 (2020), <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa016>, visited on 4 December 2020.

④ 这些规定内容基本相同,包括以下几个方面:(1)投资法院的终局裁决对当事人具有拘束力,不得再进行上诉、司法审查、撤销或其他形式的救济;(2)各方当事人应像承认和执行本国终审法院裁决那样执行投资法院裁决;(3)投资法院裁决的执行所适用的法律为执行地的法律;(4)其他章节中关于自然人或法人的权利义务的规定不得妨碍投资法院裁决的承认和执行;(5)投资法院裁决应被视为针对商事争议作出的仲裁裁决;(6)依据《华盛顿公约》中仲裁规则作出的裁决应被视为该公约第四章第六节中的仲裁裁决。

⑤ 参见秦晓静:《欧盟投资法院机制的不确定性及其我国的应对策略》,《山东社会科学》2020 年第 1 期,第 184 页。

约设立的ICSID已成为解决投资者与国家间投资争端的最具影响力的国际性机构。ICSID为每个在ICSID登记的投资争端案件组建临时性调解委员会或仲裁庭提供制度性和程序性框架。^①然而,由于欧盟自身尚不是《华盛顿公约》的成员,欧盟无法成为ICSID仲裁程序中的适格被申请人,且针对其作出的投资法院裁决也无法依据《华盛顿公约》予以执行。^②因此,本部分只讨论涉及欧盟成员国的投资法院裁决的执行问题。

(一) 欧盟投资法院投资协定对《华盛顿公约》的修改

针对ICSID受理的国际投资争端案件作出的仲裁裁决分为ICSID仲裁裁决^③和非ICSID仲裁裁决^④。《华盛顿公约》第54条明确规定,只有ICSID仲裁裁决才可依据该公约的执行机制得到执行。要成为ICSID仲裁裁决就必须符合该公约关于仲裁庭的组成、仲裁程序规则、仲裁裁决的救济等的规定。然而,投资法院裁决因其作出主体的独特性和上诉机制的存在而难以被认定为ICSID仲裁裁决。首先,《华盛顿公约》只适用于由ICSID组建的临时仲裁庭作出的仲裁裁决。而投资法院裁决是由常设投资法院作出的裁决,所以不属于ICSID仲裁裁决。其次,ICSID仲裁裁决所依据的仲裁规则局限于《华盛顿公约》及ICSID制定的《关于发起调解和仲裁程序的程序规则》。而投资法院裁决所依据的仲裁规则可由投资争端当事人选择,包括上述仲裁规则和其他仲裁规则。依据其他仲裁规则作出的投资法院裁决显然不属于ICSID仲裁裁决。再次,《华盛顿公约》禁止对ICSID仲裁裁决提起上诉或采取其他的救济措施。然而,投资法院包含了上诉机制,能够针对初审法庭裁决进行上诉,与《华盛顿公约》的规定不符。

为达到使投资法院裁决依据《华盛顿公约》得到执行的目的,欧盟投资法院投资协定对《华盛顿公约》进行了修改。具体而言,CETA投资章节第8.41条、欧盟

① ICSID行政理事会对《华盛顿公约》的基本程序框架进行了补充,制定了详细的规章和规则,如《世界银行执行董事会关于ICSID公约的报告》《行政和财务规章》《关于发起调解和仲裁程序的程序规则》《关于调解程序的程序规则》。参见左海聪主编:《国际经济法》,武汉大学出版社2014年版,第54-55页。

② 参见秦晓静:《欧盟投资法院机制的不确定性及我国的应对策略》,《山东社会科学》2020年第1期,第184页。

③ 截至2019年年底,在ICSID登记的案件中,667个案件以ICSID仲裁裁决方式解决,占比高达89.5%。See ICSID, The ICSID Caseload—Statistics (Issue 2020-1), <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202020-1%20Edition-ENG.pdf>, visited on 4 December 2020.

④ 依据其他仲裁规则,如《ICSID附加便利规则》《UNCITRAL仲裁规则》《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》《香港国际仲裁院仲裁规则》作出的投资仲裁裁决被称为非ICSID仲裁裁决。此类仲裁裁决无法通过《华盛顿公约》得到执行,但在司法实践中可通过《纽约公约》得到执行。

—新加坡 IPA 第 13 章第 3.22 条、欧盟—越南 IPA 第 3.57 条以及欧盟—墨西哥 FTA 投资章节第 31 条规定,投资法院依据《华盛顿公约》的仲裁规则作出的裁决应被视为 ICSID 仲裁裁决。这些规定在上述缔约国间修改了《华盛顿公约》第 54.1 条的规定。那么,此种修改是否符合《维也纳条约法公约》^①第 41 条的规定仍值得探讨。

(二)修改《华盛顿公约》的规定不合法

《维也纳条约法公约》第 41.1 条允许国际公约的部分缔约国对该公约进行修改,只要此种修改不被该公约所禁止。第 41.1 条规定:“多边条约两个以上当事国得于下列情形下缔结协定仅在彼此间修改条约:(甲)条约规定有作此种修改之可能者;或(乙)有关之修改非为条约所禁止,且:(一)不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者;(二)不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。”尽管《维也纳条约法公约》并不适用于早于其生效的《华盛顿公约》,但大多数学者认为《维也纳条约法公约》第 41 条中所包含的修改条约的法律原则已成为习惯国际法。^②因此,第 41 条的规定仍可用于解决缔约国之间对《华盛顿公约》进行的修改是否合法的问题。^③然而,《华盛顿公约》未明确规定缔约国可对其进行修改。^④需要探讨的问题是欧盟投资法院投资协定对《华盛顿公约》所作的修改是否被《维也纳条约法公约》第 41.1.2 条所禁止。在国际法实践中,依据《维也纳条约法公约》第 41.1.2 条对国际公约成功修改的案例很少,所以可从文义上对该条进行理解。^⑤目前,学者们对《维也纳条约法公约》第 41.1.2 条中的“禁止”一词存在不同的理解。有观点认为,该条只适用于国际条约中“明文禁止”的情形。^⑥还有观点认为,《维也纳条约法公约》删除了起草文本中“明文或

^① 《维也纳条约法公约》于 1969 年 5 月 23 日开放签署,并于 1980 年 1 月 27 日生效。

^② See August Reinisch, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?* 19 *Journal of International Economic Law* 772 (2016).

^③ See Calamita N. Jansen, *The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime*, 18 *Journal of World Investment & Trade* 606 (2017).

^④ See August Reinisch, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?* 19 *Journal of International Economic Law* 772 (2016).

^⑤ See Calamita N. Jansen, *The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime*, 18 *Journal of World Investment & Trade* 609 (2017).

^⑥ See Zareen Qayyum, *The Enforceability of Proposed Reforms to Investor-State Dispute Settlement*, *ICSID Review* 11 (2020), <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa016>, visited on 4 December 2020.

默示禁止”的用语,所以从《维也纳条约法公约》第41.1.2条中可得出“默示禁止”的结论。^①然而,上述两种理解均存在一定的片面性,未结合第41.1.2条整个条文进行解释。基于该条的文义理解,对国际公约所作的修改不仅不应被该公约所禁止,还不得产生两种法律后果,包括影响其他缔约国享有的在此条约上的权利或义务和违反该条约的目的和宗旨。由此可推断出,若对第41.1.2条作狭义理解,认为其仅适用于国际公约明文禁止修改的情形,那么缔约国对国际条约的修改即使不违反明文禁止的规定,也可能产生减损其他缔约国在此公约上的权利或增加其他缔约国的相关义务,或者违反该公约的目的和宗旨的法律后果。若对第41.1.2条作广义理解,认为其适用于该公约所默示禁止修改的情形,那么缔约国违反默示禁止修改的情形通常也产生了所禁止的上述两种法律后果。因此,采用“默示禁止”的标准来衡量欧盟投资法院投资协定是否违反《华盛顿公约》第41.1.2条的规定较为合适。

首先,欧盟投资法院投资协定对《华盛顿公约》的修改违反了该公约默示规定的情形。尽管《华盛顿公约》未明确规定其缔约国可对其进行修改,但《华盛顿公约》第53.1条规定,ICSID仲裁裁决不应受上诉机制的审查。欧盟投资法院投资协定规定投资法院裁决等同于ICSID仲裁裁决,但其设有针对投资法院裁决的上诉机制。这意味着存在针对ICSID仲裁裁决的上诉救济方式,且这种救济是在ICSID之外进行的。因此,此种修改产生了对《华盛顿公约》整体修改的法律后果,属于该公约所禁止的情形。其次,欧盟投资法院投资协定对《华盛顿公约》的修改与该公约的目标和宗旨不符。《华盛顿公约》第1.2条体现了该公约的目的和宗旨,即由ICSID依据本公约的规定为一缔约国和另一缔约国国民之间调解和仲裁投资争端提供便利。这意味着由ICSID管理的投资调解和仲裁程序必须符合《华盛顿公约》的条文规定,例如采用专设仲裁形式、一审终审制、当事人指定仲裁员的权利以及禁止对ICSID仲裁裁决提起上诉等。然而,欧盟投资法院投资协定中的投资法院并不属于ICSID组建的仲裁庭,采用两审终审制,聘任常设裁判员并排除当事人选择裁判员的权利以及设立上诉法庭。因此,欧盟投资法院投资协定中关于投资法院裁决属于ICSID仲裁裁决的规定,也与《华盛顿公约》的目标和宗旨不相符,违反了《维也纳条约法公约》第41.1.2条的规定。

总体而言,尽管《华盛顿公约》的执行机制有助于投资法院裁决得到便捷、高效地执行,但该公约的执行机制具有较强的闭合性。欧盟投资法院投资协定关于

^① See Brian McGarry & Josef Osłanský, *Is the Law of Treaties an Obstacle or a Conduit for the Reform of Investor-State Dispute Settlement?* 32 *Emory International Law Review* 1009 (2017).

投资法院的裁决等同于ICSID仲裁裁决的规定构成对《华盛顿公约》的修改。尽管《维也纳条约法公约》第41.1条允许《华盛顿公约》缔约国间对该公约进行修改,但欧盟投资法院投资协定对《华盛顿公约》的修改违反了该公约的默示规定,并产生了违反该公约目的和宗旨的法律后果,属于《维也纳条约法公约》第41.1.2条所禁止修改的情形。因此,CETA投资章节第8.41条、欧盟—新加坡IPA第13章第3.22条、欧盟—越南IPA第3.57条以及欧盟—墨西哥FTA投资章节第31条规定均存在不合法的法律问题,难以实现投资法院裁决依据《华盛顿公约》在第三国执行的目的。

三、依《纽约公约》执行的规定的合法性问题

《纽约公约》是由UNCITRAL于1958年制定的,其目的在于为国际商事仲裁裁决的执行提供国际法框架。截至目前,《纽约公约》已有166个缔约方,^①在促进国际商事仲裁裁决在全球范围内的自由流动上取得重大成功。该公约只适用于国际商事争议,但《UNCITRAL国际商事仲裁示范法》(1985年)对“商事”的定义作广义理解,将投资也包含在内。即使投资争端涉及主权国家的立法或规制行为,也仍被认为属于《纽约公约》下的“商事争议”。例如,不少国际投资协定明确规定其协定下的投资争端属于商事争议,如《北美自由贸易协定》第1136.7条和《能源宪章条约》第26.5.2条。另外,司法实践也表明针对投资争端作出的仲裁裁决可通过《纽约公约》执行,且《纽约公约》缔约国作出的“商事”保留也不构成投资仲裁裁决执行的障碍。^②

投资法院裁决能否通过《纽约公约》得到执行?有学者认为,尽管投资法院使用“法院”一词且具备一些司法性特征,但投资法院主要采用仲裁形式,其裁决可通过《纽约公约》执行。^③欧盟向UNCITRAL第三工作组提交的建议案中主张投资法院裁决属于《纽约公约》第1.2条中由常设仲裁机构作出的仲裁裁决,所以可依据该公约得到执行。^④然而,上述关于《纽约公约》适用于投资法院裁决的讨论

① UNCITRAL, Contracting States of New York Convention, <http://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states>, visited on 4 December 2020.

② See Bungenberg Marc & Reinisch August, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court 162-163 (Springer Nature Switzerland AG 2018).

③ See August Reinisch, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?* 19 *Journal of International Economic Law* 783 (2016).

④ See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the European Union and Its Member States, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/19/PDF/V1900419.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

均不够深入,说理也不够充分。尽管如此,欧盟投资法院投资协定直接规定投资法院裁决可通过《纽约公约》得到执行,如CETA投资章节第8.41条、欧盟—新加坡IPA第13章第3.22条、欧盟—越南IPA第3.57条以及欧盟—墨西哥FTA投资章节第31条的规定。这些规定实际上对《纽约公约》作出了修改。这些修改是否合法以及能否在第三国得到执行?这涉及《纽约公约》相关条文的解释问题。

按照《维也纳条约法公约》第31.1条的规定,《纽约公约》的解释应按照该公约的目的和宗旨对该条约进行善意的文义解释。另外,《纽约公约》赋予缔约方在国际商事仲裁裁决承认和执行上很大的灵活性,所以缔约方国内法院适用该公约的司法实践也属于《维也纳条约法公约》第31.3条规定的情形。研究缔约方的司法实践对判断投资法院裁决是否属于《纽约公约》下的仲裁裁决和投资法院裁决能否在这些国家得到执行十分重要。此外,《维也纳条约法公约》第32条规定,可依据《纽约公约》的起草文件、谈判记录等辅助材料来解释该公约。本部分结合《纽约公约》的条文规定分析投资法院裁决是否符合《纽约公约》的规定,从而判断欧盟投资法院投资协定规定的合法性问题。

(一)不违反《纽约公约》规定之处

首先,投资法院裁判庭的组成不违反《纽约公约》中仲裁庭组成的规定。《纽约公约》第5.1.4条要求其组成必须符合当事人之间的协议。那么,由初审法庭或上诉法庭的主席从全职裁判员中随机选取三名组成裁判庭而非由投资争端当事人选择的裁判员组成裁判庭,是否符合《纽约公约》的要求?实际上,第5.1.4条并未要求仲裁庭必须由当事人指定的仲裁员组成,只要仲裁庭的组成不违反当事人的协议即可。投资争端当事人选择将投资争端提交投资法院解决,意味着其同意未来投资法院裁判庭的组成。另外,类似的司法实践表明,裁判庭组成过程中排除投资争端当事人选择裁判员的权利通常不构成违反《纽约公约》的规定。例如,在Iran v. Gould案^①和Dallal v. Bank Mellat案^②中,尽管伊朗—美国索赔仲裁庭^③中的仲裁员是由缔约国预先选定且投资争端方无选择的权利,但美国和英国法院认为该仲裁庭的组成仍符合《纽约公约》的规定并予以执行。另外,很多体育仲裁机构的仲裁规则不允许当事人指定仲裁员,如《国际篮联仲裁机构仲裁规则》第8条规定仲裁员由仲裁庭主席从仲裁员名单中轮流随机选定,但其作出的仲裁裁决

^① See Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc., 887 F.2d 1357 (9th Cir. 1989).

^② See Dallal v. Bank Mellat [1986] 2 WLR 745.

^③ 美国—伊朗索赔仲裁庭是美国和伊朗两国根据1981年1月19日《阿尔及尔共识》设立的国际仲裁法庭,是为了解决与伊朗人质危机有关的索赔的专门常设国际性仲裁庭。该仲裁庭位于荷兰海牙,设有九名“仲裁员”,伊朗任命三名,美国任命三名,其余三名由上述六名任命。其适用的规则是《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》。

仍通过《纽约公约》得到执行。^①我国大连市中级人民法院于 2018 年 8 月依据《纽约公约》承认和执行了国际体育仲裁院作出的仲裁裁决。^②

其次,投资法院裁决满足《纽约公约》中拘束力的要求。《纽约公约》第 5.1.5 条规定,缔约国法院有权在仲裁裁决未对当事人产生拘束力的条件下拒绝执行该裁决。由于投资法院存在上诉机构,投资法院裁决是否满足《纽约公约》对“拘束力”的要求?有学者指出,当事人选择仲裁程序就是源自对由中立第三方作出拘束力的裁决结果的期待,且投资法院是常设性的,采用两审终审制,并聘任全职裁判员,具有准司法性质,所以其作出的裁决具有拘束力。^③还有学者主张,仲裁裁决的拘束力与其终局性密切相关,即仲裁裁决的终局性使仲裁裁决立即具有拘束力。^④例如,《UNCITRAL 仲裁规则》规定所有的仲裁裁决都应是终局的且对当事人具有拘束力,当事人应立即执行仲裁裁决。为明确投资法院裁决的拘束力,CETA 投资章节第 8.41 条、欧盟—新加坡 IPA 第 3.22 条、欧盟—越南 IPA 第 3.57 条以及欧盟—墨西哥 FTA 投资章节第 31 条规定,在投资法院裁决作出后若无上诉情况则裁决作出 90 日后具有拘束力,以及若提起上诉但被驳回或经上诉法庭审理后的裁决具有拘束力。这种规定可防止缔约国法院以投资法院裁决不具有拘束力为由而拒绝执行。因此,《纽约公约》对仲裁裁决拘束力的要求并不会对投资法院裁决的执行产生障碍。

(二)违反《纽约公约》规定之处

首先,投资法院裁决不属于《纽约公约》中的仲裁裁决。《纽约公约》第 1.1 条将其适用范围限制在“仲裁裁决”。《纽约公约》及其配套的《UNCITRAL 国际商事仲裁示范法》均未对“仲裁裁决”的法律含义作出具体界定,但依据“仲裁裁决作出地”标准和“非内国裁决”标准将该公约的适用范围限制在两种仲裁裁决。^⑤这两

① 参见黄世席:《欧盟国际投资仲裁法庭制度的缘起与因应》,《法商研究》2016 年第 4 期,第 169 页。

② 参见张春良:《国际体育仲裁院仲裁裁决在中国的承认与执行——基于我国承认与执行 CAS 裁决第一案的实证考察》,《天津体育学院学报》2019 年第 2 期,第 113 页。

③ See Bungenberg Marc & Reinisch August, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court 156-157 (Springer Nature Switzerland AG 2018).

④ See Zareen Qayyum, The Enforceability of Proposed Reforms to Investor-State Dispute Settlement, ICSID Review 18 (2020), <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa016>, visited on 4 December 2020.

⑤ 一种是外国仲裁裁决,即在申请承认和执行地国家之外的国家领土内作出的仲裁裁决。另一种是非内国裁决,即被申请承认和执行的国内裁决的仲裁裁决。参见杨弘磊:《中国内地司法实践视角下的〈纽约公约〉问题研究》,法律出版社 2006 年版,第 82-83 页。

种类型的仲裁裁决均与仲裁裁决作出地存在法律联系,也是多数《纽约公约》缔约国进行司法审查的重点之一。^①然而,投资法院裁决是依据国际法作出的裁决,与某一特定国家法律不存在联系。可见,投资法院裁决属于“浮动的裁决”,不属于《纽约公约》下的两类仲裁裁决。值得注意的是,尽管在 *Iran v. Gould* 案和 *Dallal v. Bank Mellat* 案中,美国和英国法院认为伊朗—美国索赔仲裁庭依据国际法作出的裁决可根据《纽约公约》得到执行,但均未对该裁决是否属于浮动的裁决以及裁决地所在国荷兰的法律是否适用的法律问题予以解决。目前,缔约国法院关于“仲裁裁决”的司法实践也未达成一致,所以作为浮动的裁决的投资法院裁决能否像伊朗—美国索赔仲裁庭的裁决那样依据《纽约公约》执行,仍存在法律不确定性。因此,欧盟投资法院投资协定规定作为浮动的裁决的投资法院裁决属于《纽约公约》下的仲裁裁决。这一规定扩大了该公约的适用范围,违反了该公约的规定。

其次,投资法院裁决不符合《纽约公约》中提交仲裁的自愿性和合意的要求。《纽约公约》第2条和第5.1.1条规定,依据该公约执行的仲裁裁决必须是基于当事人自愿提交的书面仲裁协议而作出的仲裁裁决。其中,当事人提交仲裁的自愿性和合意对于有效仲裁协议的判断至关重要。国际投资协定中的投资仲裁条款意味着东道国事先同意仲裁并在投资者提起仲裁申请时达成提交仲裁的合意。加之,传统的国际投资协定为投资争端方提供多种救济路径,包括友好磋商、调解、东道国的国内救济、专设仲裁庭以及国际投资争端解决机构的仲裁等,所以投资者提交投资仲裁是基于其自愿作出的决定。目前,司法实践中关于条约投资仲裁满足提交仲裁的自愿性和合意的要求基本不存在争议,如 *Republic of Ecuador v. Chevron Corp* 案^②。然而,除了友好磋商和调解外,欧盟投资法院投资协定只允许投资争端当事人将投资争端提交投资法院,排除了东道国的国内救济、专设仲裁庭以及其他国际投资争端解决机构的救济。这种强制将投资争端提交投资法院的规定是否违反了《纽约公约》中提交仲裁的自愿性和合意要求?在 *Iran v. Gould* 案和 *Dallal v. Bank Mellat* 案中,《阿尔及尔共识》规定伊朗或美国的投资者只能向伊朗—美国索赔仲裁庭申请仲裁而不得诉诸国内法院,但美国和英国审理法院认为该机制仍满足《纽约公约》对提交仲裁自愿性的要求。^③考虑到伊朗—美国索赔仲裁庭与投资法院之间的重大差异,不少理论界和实务界人士认为欧盟

① 仅有极个别的缔约国执行了与仲裁地没有法律联系的仲裁裁决,如 *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E.E.) v. République Socialiste Fédérale de Yougoslavie et autres, Case 982/82, Judgement of 1984.*

② See *Republic of Ecuador v. Chevron Corp*, 638 F 3d 384 (2nd Cir. 2011).

③ See *Bungenberg Marc & Reinisch August, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court* 155 (Springer Nature Switzerland AG 2018).

投资法院投资协定的规定有损提交仲裁的自愿性,且这将成为依据《纽约公约》执行投资法院裁决最主要的法律障碍。^①因此,欧盟投资法院投资协定在满足《纽约公约》关于有效仲裁协议的要求上存在一定的法律困境。

总体而言,《纽约公约》的执行机制具有较强的灵活性和一定的开放性,为投资法院裁决依据该公约得到执行提供了一定的可能性。然而,作为“浮动的裁决”的投资法院裁决并不属于《纽约公约》下的仲裁裁决和难以满足提交仲裁的自愿性和合意的要求。因此,投资法院裁决依据《纽约公约》在欧盟投资法院投资协定缔约国外的第三国执行存在合法性问题。

四、建立专门执行机制的可行性及我国的因应

自 2003 年《欧洲安全战略》开始,欧洲就积极推动“有效多边主义”作为自身的战略目标。^②在国际投资仲裁领域,欧盟一直积极维护自己的奠基人地位,^③积极引领此领域的改革。欧盟主导建立去仲裁化的多边常设投资法院机制以取代国际投资仲裁机制。然而,为了解决制约投资法院机制有效运行的核心问题——投资法院裁决的执行,欧盟将投资法院裁决定性为投资仲裁裁决,以便利用《华盛顿公约》和《纽约公约》的仲裁裁决执行机制。鉴于投资法院机制的特殊性,要实现投资法院裁决在上述公约缔约国执行的目的将不可避免地对上述两个公约进行修订。公约的修订涉及一系列复杂的法律问题,其难度并不比制定一个新公约小。这也是欧盟倡导建立专门的投资法院裁决执行机制的主要原因。尽管欧盟当前积极追求依据《华盛顿公约》和《纽约公约》执行投资法院裁决,但建立专门的投资法院裁决执行机制才是欧盟的长远之计。目前,欧盟尚未在投资法院国际公约中对该专门的机制作出具体的条文设计,但根据欧盟对该机制的设想以及欧盟投资法院投资协定的相关条文的分析,该专门机制与《华盛顿公约》下的执行机制相似,但因其排除了后者的撤销机制将比后者具有更强的执行力。

(一) 建立专门执行机制的可行性

投资法院裁决执行机制的建立与国际投资仲裁机制向公法方向发展的趋势相契合。投资法院机制意在消除国际商事仲裁制度在解决投资者与东道国间争

^① See G. Kaufmann-Kohler & M. Potestà, Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? -Analysis and Roadmap, https://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf, visited on 4 December 2020.

^② 参见陈志敏、吉磊:《欧洲的国际秩序观:“有效的多边主义”?》,《复旦国际关系评论》2014 年第 1 期,第 165 页。

^③ 参见黄世席:《欧盟国际投资仲裁法庭制度的缘起与因应》,《法商研究》2016 年第 4 期,第 165 页。

端上的不足,注重对东道国公共利益的保护,实现投资者与东道国利益保护的平衡。^①而ICSID起初参照国际商事仲裁机制设计国际投资仲裁机制,存在理念上的错位。具体而言,与ICSID的预期不同,当前的国际投资仲裁案件主要依据国际投资协定而非国际投资合同提起。例如,ICSID受理的绝大多数投资争端案件主要依据双边投资协定提起,占比高达60%,而依据国际投资合同提起的仅占16%。^②目前,国际投资仲裁机制的改革过程是一个不断纠偏的过程,逐渐从私法领域向公法领域发展,并形成一个独特的法律体系。^③例如,投资仲裁裁决的作出主体已不局限于专设仲裁庭,开始扩展至依据国际投资协定设立的常设投资争端法院或仲裁庭;上诉机制开始嵌入投资仲裁裁决机制,打破一裁终局制度;投资仲裁裁决作出的法律依据为国际法而非某一特定国家的法律,且仲裁地和国籍的概念被弱化。在此背景下,根植于商事仲裁的《纽约公约》和《华盛顿公约》已经难以迎合国际投资仲裁机制的发展潮流。为此,欧盟提出在“投资法院国际公约”中设立一个专门的投资法院裁决执行机制。这个执行机制反映了国际投资仲裁机制的公法性质,顺应了国际投资仲裁机制的发展趋势。随着欧盟与越来越多的国家签署投资法院投资协定,专门的投资法院裁决执行机制的建设也将得到越来越多国家的支持,所以该机制具有可行性。可以预见,专门的投资法院裁决执行机制的建设将推动国际投资仲裁裁决执行机制的变革。

按照欧盟的设想,投资法院裁决执行机制的建立需要依托“投资法院国际公约”。目前,“投资法院国际公约”的制定尚处于萌芽阶段。对于欧盟而言,其首要目标在于将投资法院机制纳入其正在商谈的所有国际投资协定中,再逐步制定一个多边投资法院国际公约让更多的国家加入从而实现在全球范围内构建投资法院机制的目的,最后通过该公约所创设的专门的投资法院裁决执行机制来实现该裁决在全球的自由流动。因此,在短期内建立专门的投资法院裁决执行机制存在较大的法律难度。考虑到这个现实问题,欧盟决定先采用将投资法院裁决认定为仲裁裁决并依据《华盛顿公约》和《纽约公约》来执行的策略。作为这两个公约的缔约国,我国将面临投资法院裁决在我国执行的问题。

^① 参见张庆麟:《欧盟投资者—国家争端解决机制改革实践评析》,《法商研究》2016年第3期,第144页。

^② See ICSID, The ICSID Caseload—Statistics (Issue 2020-1), <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/The%20ICSID%20Case-load%20Statistics%202020-1%20Edition-ENG.pdf>, visited on 4 December 2020.

^③ See Anthea Roberts, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, 107 *American Journal of International Law* 49 (2013).

(二)我国对投资法院裁决执行问题的因应

尽管我国不是欧盟投资法院投资协定的缔约国,但仍存在投资法院裁决在我国执行的现实可能性。例如,上述投资协定缔约国的投资者向我国申请执行针对上述国家的投资法院裁决,或上述缔约国向我国申请执行针对上述投资者的投资法院裁决。目前,欧盟自身尚不是《纽约公约》和《华盛顿公约》的成员。我国在批准加入《纽约公约》时作出了互惠保留和商事保留,意味着我国只承认和执行在该公约缔约方领土内作出的仲裁裁决和针对商事争议作出的仲裁裁决。因此,根据互惠保留,我国有权拒绝执行针对欧盟作出的投资法院裁决,且根据商事保留,我国有权依据该公约拒绝执行所有的投资法院裁决。另外,如前文所述,由于针对欧盟作出的投资法院裁决无法依据《华盛顿公约》予以执行,所以我国有权依据《华盛顿公约》拒绝执行。但是,我国可能面临涉欧盟成员国^①、加拿大、新加坡、越南、墨西哥的投资法院裁决依据《华盛顿公约》在我国执行的问题。根据前文分析,欧盟投资法院投资协定关于投资法院裁决等同于 ICSID 仲裁裁决的规定与《华盛顿公约》相冲突,存在合法性问题,所以我国可拒绝执行涉上述国家的投资法院裁决。

值得注意的是,历时七年 35 轮谈判,我国于 2020 年 12 月 30 日与欧盟完成了《中欧全面投资协定》的谈判。然而,现有的协定尚未纳入有关 ISDS 机制的具体规定,而只是规定双方有义务在该协定签署后两年内就投资争端解决条款签订补充协定。究其原因在于,我国与欧盟在关于 ISDS 机制的条款设计上存在较大的分歧。我国认为 ISDS 机制是一个总体上值得维护的机制,倡导通过设立常设上诉机制、维护当事人指定仲裁员的权利、完善与仲裁员有关的规则、促进投资调解的使用、纳入仲裁前磋商程序和制定第三方资助透明度规则来解决 ISDS 机制中存在的问题。^②目前,我国已在个别国际投资协定中采用了投资仲裁上诉审查机制和仲裁员名单制度,如 2015 年签署的《中国—澳大利亚自由贸易协定》。可以预见,我国极有可能在《中欧全面投资协定》中保留 ISDS 机制。与此同时,投资法院机制已经成为欧盟签署国际投资协定的“标配”。在欧盟对投资法院机制的强力推行下,该机制被纳入《中欧全面投资协定》的投资争端解决条款中也具有极大的可能性。我国既应认识到投资法院机制整体上能够有效弥补 ISDS 机制的诸多缺陷,^③也要注意投资法院机制存在的诸多问题,如上诉法庭成员的选拔方式不明

^① 波兰不是《华盛顿公约》的缔约国。

^② See UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement—Submission from the Government of China, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/073/86/PDF/V1907386.pdf?OpenElement>, visited on 4 December 2020.

^③ 参见邓婷婷:《欧盟多边投资法院:动因、可行性及挑战》,《中南大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第68页。

确、法官薪酬过低、上诉范围与发回重审范围界限模糊等。^①由此可推测,《中欧全面投资协定》的投资争端解决条款将兼采投资法院机制和包含常设上诉机构的投资仲裁机制。其中,关于投资法院裁决执行的规定将不可避免受到前文所提及的欧盟投资法院投资协定中相关条文的影响,如CETA投资章节第8.41条的规定。这同样会导致《中欧全面投资协定》因违反《纽约公约》和《华盛顿公约》规定而存在合法性问题,进而产生投资法院裁决难以在第三国得到执行的法律困境。为了维护我国政府和我国投资者的合法权益,我国应重视投资法院裁决的执行问题。另外,我国所倡导建立的常设投资仲裁上诉机制也面临难以依据《华盛顿公约》和《纽约公约》执行的法律难题。因此,我国应借此机会积极参与国际投资仲裁裁决执行机制的改革。究竟是对《华盛顿公约》和《纽约公约》进行修订使其适用范围扩展至投资法院裁决和投资仲裁上诉机构的裁决,还是制定一个专门适用于国际投资仲裁裁决执行的新公约,我国应尽快形成自己的方案。

五、结 语

在ISDS机制遭遇合法性危机的背景下,欧盟倡导建立投资法院机制,旨在取代国际投资仲裁机制,推动国际投资争端解决的司法化。该机制的主要特色在于包含常设的投资法院、上诉机制、全职裁判员以及由缔约国保留指定裁判员的权利。该机制将有助于解决ISDS机制中存在的缺乏纠错机制、裁决间不一致性和仲裁员缺乏专业性和独立性等问题,也有助于实现东道国监管权和投资者合法权益保护之间的平衡。欧盟正在全球范围内强力推进投资法院机制,维持其在国际投资体系中的主导作用。该机制也将不可避免地纳入《中欧全面投资协定》的投资争端解决条款中。投资法院机制设计的初衷是去仲裁化,导致其裁决执行的问题成为富有争议的问题。考虑到短期内建立专门投资法院裁决执行机制的法律难度较大,欧盟采用在国际投资协定中规定投资法院裁决属于投资仲裁裁决的策略,以达到依据《华盛顿公约》和《纽约公约》执行的目的。然而,这些规定均在不同程度上违反《华盛顿公约》和《纽约公约》的规定,存在合法性问题,导致投资法院裁决很难在第三国得到执行。制定专门的投资法院裁决执行机制是欧盟的长久之计,迎合了国际投资仲裁机制向公法方向发展的趋势,将推动国际投资仲裁裁决执行机制的变革。在中欧着手就《中欧全面投资协定》中投资争端解决条款进行谈判的背景下,我国应重视欧盟投资法院裁决的执行问题。另外,我国所倡导建立的常设投资仲裁上诉机制与欧盟倡导的投资法院机制均面临难以依据

^① 参见汪梅清、吴岚:《欧盟主导的投资法庭上诉机制及其对中欧投资争端解决机制的借鉴意义》,《国际商务研究》2019年第6期,第71页。

《华盛顿公约》和《纽约公约》执行的法律难题。因此,我国应把握此契机积极参与国际投资仲裁裁决执行机制的改革工作。究竟是对《华盛顿公约》和《纽约公约》进行修订,还是建立一个全新的国际投资仲裁裁决执行公约,我国应尽快形成自己的方案,掌握国际投资仲裁裁决执行机制改革的话语权。

The Legality of the International Investment Rules on the Enforcement of European Union Investment Court Awards

Abstract: United Nations Commission on International Trade Law is undertaking the reform of investor-state investment dispute settlement mechanism. One of the key points of the reform is the establishment of investment arbitration appellate mechanism. Among the various proposals of States, European Union's proposal for the establishment of a standing multilateral investment court mechanism is the most radical one. The core of the investment court mechanism lies in the enforcement of its award. For the purpose of enforcement, investment court awards are more easily enforced in the form of arbitral awards than judicial judgments. Due to this reason, EU has weakened the judicial characteristics of the investment court, and regulated that the investment court awards should be treated as the arbitral awards under Washington Convention and New York Convention in several international investment agreements signed by EU and other countries. In fact, those rules cause the legal effect of the revision of the two conventions and are suspected of their legality, which does no good to the enforcement of investment court awards in third countries. Setting up a new enforcement mechanism for investment court awards will be the final choice for EU, and will bring the reform of the whole investment arbitration awards enforcement mechanism. China should pay much attention to the issue on enforcement of investment court awards and play an active role in the reform of international investment arbitration awards enforcement mechanism and propose China's solutions as early as possible.

Key words: European Investment Court; enforcement of investment courts awards; Washington Convention; New York Convention; international investment arbitration; ISDS mechanism

(责任编辑:乔雄兵)