

# 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

肖芳

**【摘要】**美国联邦最高法院对“BG公司诉阿根廷”案的审理及其裁决引发了关于国际投资仲裁裁决的司法审查是否应该有别于国际商事仲裁裁决司法审查的争论。国际投资仲裁裁决司法审查的“商事化”并不可取,因为国际投资条约中的投资者—东道国仲裁条款不同于商事仲裁协议,国际投资仲裁的价值取向不同于商事仲裁。对于我国来说,从宏观上要明确立场,即积极推动国际投资仲裁的“去商事化”;从微观上,我国法院和缔约机关也要在司法和条约商签谈判中贯彻国际投资仲裁的“去商事化”并进行相应的应对。

**【关键词】**国际投资仲裁;仲裁裁决司法审查;国际投资仲裁的“商事化”

**【作者简介】**肖芳,中央财经大学法学院副教授。

**【原文出处】**《法学评论》(武汉),2018.3.152~162

在现有的国际投资仲裁(或称“投资者—东道国仲裁”)法律制度之下,诉诸国际仲裁的投资争端要么通过国际投资争端解决中心(ICSID)来解决,要么通过一般商事仲裁程序来解决。裁决做出之后,ICSID仲裁裁决并不会面对《解决国家与他国国民间投资争端公约》(《ICSID公约》)缔约国国内法院的司法审查问题,但是非ICSID仲裁裁决却如普通商事仲裁裁决一样,要面对仲裁地和裁决承认与执行地法院的司法审查问题。有关国家法院应该如何对国际投资仲裁裁决进行司法审查?对采用商事仲裁程序所做出的国际投资仲裁裁决的司法监督,是否应该“商事化”即与对普通商事仲裁裁决的司法监督一样?还是应该因为国际投资仲裁与国际商事仲裁的区别,而在裁决的司法监督上有所不同?这是摆在每个国家法院面前的一个难题,目前不管在理论上还是在实践上都未有定论。

美国联邦最高法院于2014年3月5日在“BG公司诉阿根廷”案<sup>①</sup>裁决中,第一次就国际投资仲裁裁决的司法审查案件作出裁判,<sup>②</sup>该案也是世界上第一

个由某个国家的国内最高法院所作出的此类裁判。<sup>③</sup>在该案中,美国联邦最高法院拒绝了被申请人阿根廷和作为“法庭之友”(amicus curiae)的美国政府等提出的应为国际投资仲裁裁决的司法审查单独设立新规则的请求,而完全沿用了美国法院在国际商事仲裁裁决司法审查中的先例,并根据这些先例中的规则裁定维持下级法院的裁判,驳回了阿根廷要求撤销该投资仲裁裁决的请求。就上述国内法院对于国际投资仲裁裁决的司法审查是否应该“商事化”的问题,美国联邦最高法院给出了肯定的回答。

但是,国内法院在对国际投资仲裁裁决的司法审查中,将其作为商事仲裁裁决来对待是否可取?从美国法院受理该案开始,围绕这一问题的争论就一直非常激烈。在美国联邦最高法院同意受理并审理该案进而作出裁决的过程中,这些争论更是达到了高峰。美国联邦最高法院的法官在该案的裁决上表现出了严重的分歧;社会各界包括有关国家、美国政府不同部门、国际仲裁机构、跨国企业、国际仲裁员、律师、法学教授等,也都对该案的处理各执一

词。因为该裁决极具争议性,并且在该案审理过程中支持国际投资仲裁裁决司法审查“商事化”和反对的观点都得到了很好的展现和论证,这一案件及其裁决引起了作者对国际投资仲裁裁决司法审查“商事化”问题的审视和思考。对于国际投资仲裁程序本身以及仲裁庭对国际投资条约的适用和解释等方面的“商事化”及其弊端,理论和实践界已经予以了注意和批评。<sup>④</sup>但是国际投资仲裁裁决的司法监督或“矫正”这一阶段的“商事化”及其弊端,却很少受到关注和思考。美国联邦最高法院对于BG公司案的裁决正好让这一问题暴露了出来。这一案件中所折射出来的问题和有关观点,不仅对于作者回答国内法院应如何进行国际投资仲裁裁决的司法监督问题会很有帮助,而且对于思考目前国际投资争端解决机制的发展和改革也有所启发。

另外,有关国内法院不仅在面对非ICSID国际投资仲裁裁决的撤销问题时,如本案中的美国法院一样,要考虑国际投资仲裁裁决司法审查是否应“商事化”,在面对非ICSID国际投资仲裁裁决的承认与执行问题时也同样要考虑这一问题。<sup>⑤</sup>对于我国来说,在持续对外开放以及“一带一路”建设的大背景之下,我国法院也已经意识到了推进我国国际仲裁发展、深入研究和解决有关国际投资仲裁司法支持和监督问题包括国际投资仲裁裁决的执行问题的重要性。<sup>⑥</sup>本文将通过对美国联邦最高法院“BG公司诉阿根廷”案的裁决进行介绍和解读,对国际投资仲裁裁决司法审查“商事化”进行质疑,并揭示该案及有关的争论对我国的司法机关和条约谈判机关的启示。

## 一、“BG公司诉阿根廷”案及美国联邦最高法院裁决

### (一)“BG公司诉阿根廷”案背景

BG Group(以下简称“BG公司”)是一家英国公司,其于20世纪90年代早期在一家阿根廷天然气销售公司中进行了投资,该阿根廷公司拥有进行天然气销售的许可。在BG公司进行投资的时候,阿根廷法律规定天然气的价格采用美元来计算,且该价格应在允许经销商可以实现某种合理利润的范围内。2001年阿根廷金融危机之后,阿根廷政府于2002年通过立法采取了紧急措施,将阿根廷比索与美元脱

钩,并改变了某些公共服务价格的计算方式。将比索和美元脱钩的措施导致比索大幅贬值,重新使用比索来决定天然气价格,这很快就改变了该天然气公司的盈利情况,严重地影响了BG公司的投资收益。

于是,BG公司基于1990年《英国—阿根廷双边投资保护协定(BIT)》提起了一项针对阿根廷政府的国际仲裁,该仲裁适用《联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则》。仲裁申请人BG公司主张被申请人阿根廷违反了“征收”和“公平公正待遇”方面的条约义务并寻求赔偿。争议双方当事人选择美国华盛顿特区为仲裁地,仲裁庭在2004年成立。在仲裁中,阿根廷曾向仲裁庭主张管辖权异议,认为BG公司的主张是“不能被受理(not admissible)”的,因为其没有遵守《英国—阿根廷BIT》中的第8(2)(a)(i)条,该条款要求投资者在将争议提交仲裁之前要先将争议提交东道国当地法院达到18个月。<sup>⑦</sup>2007年12月,仲裁庭作出了裁决,一方面驳回了阿根廷对管辖权的异议,另一方面还裁决因为违反了“公平公正待遇”义务,阿根廷应赔偿BG公司1.85亿美元。<sup>⑧</sup>

在仲裁庭作出裁决以后,2008年BG公司和阿根廷政府分别向美国哥伦比亚特区联邦初审法院提出了执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决的申请。哥伦比亚特区联邦初审法院驳回了阿根廷的请求,并确认了该仲裁裁决。<sup>⑨</sup>阿根廷针对该裁决向哥伦比亚特区巡回区联邦上诉法院提出了上诉。上诉法院基于仲裁庭对争议缺乏管辖权的理由推翻了初审法院的裁决,撤销了该仲裁裁决。<sup>⑩</sup>BG公司于是向联邦最高法院申请了调卷令,联邦最高法院同意调卷并对案件进行了审理。2014年3月5日,联邦最高法院就本案作出了裁决,认为涉案BIT中18个月的国内诉讼要求是一项程序性要求,与该要求有关的问题应该由仲裁庭来决定,因此推翻了上诉法院的裁决,支持初审法院的裁决,重新确认了该仲裁裁决的效力。

### (二)美国联邦最高法院的裁决

联邦最高法院的裁决认为,对于仲裁庭关于其仲裁管辖权的决定,法院是应该遵从还是应重新审理,这个问题实际上是要判断“当仲裁协议中对该项基本授权未做规定的时候,当事人希望由谁(法院还是仲裁庭?)来解释和适用仲裁协议中的入门性问

题条款(threshold provision)”。<sup>①</sup>为了找到答案,法院采用了“两步走”的办法:首先,将涉案条约看作是一般私人之间的合同,在此前提下对上述问题进行分析;然后,考察该涉案文件实际为一项条约的事实是否会造成案件结果的严重不同。

对于第一步,法院首先将BIT看作是一项私人合同。法院认为,在一般的合同中,当事人可以自由决定是由法官还是仲裁员来裁定关于仲裁的前提条件问题,且可以在仲裁协议中明示表达其意愿。如果当事人没有明确约定,则根据联邦最高法院在Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.案<sup>②</sup>等案件中建立的先例,法院将会采用“推定(presumption)”的方法:推定当事人希望法院来裁定“实质性可仲裁性”问题,如“当事人是否受某项仲裁条款的约束”,或某项仲裁条款是否扩张适用于“某类争议”;推定当事人希望仲裁庭裁定“程序性前提问题”事项,如弃权、延误、期限、通知,以及“其他在仲裁之前要履行的事项”等。<sup>③</sup>在该案中,因为所涉“合同”(条约)在该问题上没有规定,法院用了“推定”方法来判断当事人的意图。法院认为,本案涉案BIT中的第8条(国内法院诉讼条款)构成“一项纯粹的程序性要求”,而不是可仲裁性问题。“该条款的措辞和结构表明,其为一项仲裁的程序性条件……其决定当事人将争议提交仲裁的义务何时(when)发生,而不是当事人之间将争议提交仲裁的义务是否(whether)存在”。<sup>④</sup>因此,该东道国国内诉讼的要求应该由仲裁庭来决定。

对于第二步,法院又考察了其分析方法是否需要因为该BIT为一项条约而不是私人合同的事实而有所改变,并最终认为其不必作出改变。法院认为,“条约的解释与合同的解释二者在处理上并没有实质性不同”,“一般来说,条约就是合同,尽管其主体为国家。就像合同的解释,条约的解释一般也是对当事人意图的确定。”<sup>⑤</sup>在本案中,条约第8(1)条的文本和措辞明确表明,该条款为仲裁的程序性前提条件,<sup>⑥</sup>并且本案条约中并没有规定东道国法院诉讼的要求是仲裁合意达成的实质性前提条件。对条约文本的考察中,也并没有包含双方缔约国“明示的”想要排除一般仲裁条款解释规则的意愿。那么,在当事人没有明示要将有关事项交由法院裁定时,法院

应该适用一般的“推定”规则。因此,在本案中,要求进行东道国诉讼的条款如何解释和适用都应该由仲裁庭来决定,并且在对该裁决进行司法审查时,法院也应该给予仲裁庭很大的尊重,而不是对该事项重新审查。<sup>⑦</sup>基于如上理由,最高法院认为仲裁员就自己的管辖权作出裁判并没有构成《美国联邦仲裁法》(FAA)第10(a)(4)条中的“超越权力”。最高法院因此推翻了下级上诉法院的裁决,并重新确认了该仲裁裁决的效力。

不过,联邦最高法院的裁决为Stephen G. Breyer等多数法官所作出,John G. Roberts首席大法官和Anthony M. Kennedy法官的观点与上述裁决不同,二人出具了反对意见(dissenting opinion)。<sup>⑧</sup>Roberts等少数意见法官认为,多数意见法官的裁决从对私人合同的分析着手,方法的错误最后也导致了结果的错误。<sup>⑨</sup>涉案的文件“是两个主权国家之间的条约”,而投资者并不是该条约的当事方;外国主权国家对某项权利的放弃行为的特殊性,使它可能在放弃某项权利的问题上附加上同意放弃的条件。这些都会导致对案件应采用不同的分析方法。<sup>⑩</sup>他们认为,涉案条款即BIT第8(2)(a)条关于在东道国国内诉讼应达到18个月的规定是一项实质性要求条款而不是程序性条款。该条款只是一个单边的、附条件的仲裁要约,除非投资者遵守关于该仲裁要约的程序性约定,否则仲裁协议并不成立。而判断是否存在仲裁协议的问题,应该由法院来决定而不是由仲裁庭来决定。<sup>⑪</sup>

(三)国际投资仲裁裁决司法审查是否应“商事化”的争论

从上述美国联邦最高法院法官的不同意见中,我们可以发现,法官们意见的分歧在于:BIT是否可能被当成商事合同来看待?国际投资仲裁的仲裁协议是否和国际商事仲裁协议一样?对国际投资仲裁裁决的司法审查是否应有别于商事仲裁?或者从另一个角度来说,国际投资仲裁的一方当事人是主权国家,这会不会导致国际投资仲裁的有关制度和规则与商事仲裁不一样?如果二者没有区别,则可以像在普通商事仲裁司法审查案件中一样,充分尊重仲裁庭对其管辖权的裁决;如果二者有区别,则不能将条约中争议解决条款的解释等同于商事仲裁协议的

解释,而应该由法院对仲裁管辖权的异议重新进行审查。

多数意见法官对上述问题的答案是否定的。他们首先假定条约是合同,然后考察发现条约的特殊性对案件的处理并无影响,最后用商事仲裁裁决司法审查的办法来对国际投资条约仲裁裁决进行了司法审查。而少数意见法官对上述问题的答案是肯定的。少数意见法官批评多数意见法官对案件处理的方法和结果皆错,认为对国际投资仲裁裁决的司法审查不应该从对私人合同的分析入手,而应该考虑到涉案法律文件为国际条约以及一方当事人为主权国家的特殊性,从而应由法院重新审理有关仲裁管辖权异议。Sotomayor法官虽然没有对国际投资仲裁裁决司法审查应不同于商事仲裁裁决明确态度,但她也认为,国际投资仲裁中的东道国仲裁合意的考察应该与商事仲裁不同。

在该案审理过程中,美国政府、厄瓜多尔政府、Anthony Trace 和 Yves Derains 等来自英国、法国、美国、瑞典等国的著名律师和教授等也提交了法庭之友意见支持阿根廷;美国仲裁协会(AAA)、美国国际商务委员会(U.S. Council for International Business)、George A. Bermann 教授和 David W. Rivkin 等国际仲裁法领域的著名学者和律师等提交了法庭之友意见支持BG公司。<sup>②</sup>两大阵营围绕上述分歧问题针锋相对。支持阿根廷的阵营中的观点主要是从两个方面来说明国际投资仲裁裁决司法审查为何要区别于商事仲裁:一方面,国际投资仲裁案件一方当事人为主权国家,考虑到主权国家的特殊性,应该为国际投资仲裁案件的司法审查确立不同于商事仲裁案件的新规则;另一方面,国际投资仲裁中仲裁协议的形成与商事仲裁不同,因此不能完全沿用商事仲裁裁决的司法审查规则。

而支持BG公司的阵营,主张应该如国际商事仲裁裁决的司法监督一样来进行国际投资仲裁裁决的司法监督。在该案审理中所出现的支持国际投资仲裁司法审查“商事化”的观点,可以分为两类。一类是直接将国际投资仲裁和商事仲裁混为一谈,用商事仲裁的概念和规则来分析国际投资仲裁的问题。在该案中,美国联邦最高法院裁决不仅将商事仲裁

中仲裁协议的概念和认定规则直接套用在国际投资仲裁上,还进而援引了在商事仲裁中被广泛接受的“自裁管辖权(competence-competence)”规则,认为根据该规则应由仲裁庭而不是法院对于仲裁的各种“入门(gateway)问题”进行裁判。该类观点还表现为,认为对国际投资仲裁的态度事关是否坚持“支持仲裁”的政策。另一类观点是虽然注意到了国际投资仲裁与国际商事仲裁的不同之处,但是却仍然认为国际投资仲裁的作用和优势就是争议解决的“去政治化”和“商事化”,因而仲裁庭的决定仍应如商事仲裁中一样,都应该得到法院的充分尊重。理由包括出于对投资者利益的保护和对国际投资的促进,国际投资仲裁制度需要宽松的司法监督环境,因而仲裁庭的裁决应该得到充分的尊重等。

正如前文所述,尽管对于如何处理该案存在很大争议,美国联邦最高法院仍然选择了如商事仲裁裁决的司法监督一样审查国际投资仲裁裁决。这一裁决存在不少值得商榷的地方。例如,该裁决中认为国际条约就是合同,尽管当事人是主权国家。<sup>③</sup>但是,不管从理论上来说,还是从实践上来说,国际条约显然不是商事合同。条约的主要特点之一是条约的签订、生效、解释和适用等都应该以国际法为准,<sup>④</sup>而合同的上述事项一般以某国的国内法为准。该裁决也与美国对待国际条约的惯常态度不符。美国国务院支持《维也纳条约法公约》为现在国际条约法的权威文件,<sup>⑤</sup>美国的法院也曾多次表示,该公约具有国际习惯的地位,美国法院应该予以适用。<sup>⑥</sup>然而在本案中,美国联邦最高法院却对国际条约的特殊性予以了忽视,对解释国际条约时本来应该适用的《维也纳条约法公约》视而不见。这样极富争议的处理结果,实际上也是国际投资仲裁裁决司法审查“商事化”的不周延性的体现。下文将主要从国际投资条约中的投资者—东道国仲裁条款与商事仲裁协议的区别、国际投资仲裁的价值取向不同于商事仲裁等方面,进一步论述上述国际投资仲裁裁决司法审查“商事化”观点的不合理之处。

## 二、国际投资条约中的投资者—东道国仲裁条款与商事仲裁协议的区别

美国联邦最高法院的裁决运用普通商事仲裁案

件中关于仲裁协议解释的方法对该条约中的投资者—东道国仲裁条款进行了解释。多数意见法官认为,争议的BIT第8(2)(a)条要求的前置国内法院诉讼,该条规定和商事仲裁中要求当事人先行进行协商、调解等仲裁前置程序一样,应为程序性问题,因此对该案的处理直接因循了关于商事仲裁案件的先例。然而,BIT并不是商事合同,BIT中的投资者—东道国仲裁条款也不同于商事仲裁协议。而且由于BIT的主体是主权国家,对于BIT中的投资者—东道国仲裁条款的解释应更多地考虑到主体的国家主权者身份以及国际法的适用。

### 1. 国际投资条约中的投资者—东道国仲裁条款不是仲裁协议

主权国家和外国投资者之间根据国际投资条约进行的仲裁从本质上来说,也是取决于当事人之间的合意。<sup>②</sup>仲裁庭的权力来自于并受限于当事人的合意。<sup>③</sup>那么主权国家和外国投资者之间关于国际投资仲裁的合意是如何达成的呢?国际投资条约(包括其中的投资者—东道国仲裁条款)的主体是两个或以上的国家,而国际投资仲裁的主体是私人投资者和一个国家。因为私人投资者并不是国际投资条约的主体,所以国际投资仲裁的合意不可能存在于国际投资条约中。国际投资条约中的投资者—东道国仲裁条款并不是国际投资仲裁中双方当事人之间的仲裁协议。

实际上,在国际投资仲裁中,当事人之间的仲裁合意的形成和表现与商事仲裁有很大不同。在商事仲裁中,仲裁合意通常通过双方当事人之间的合同条款来表现。在国际投资仲裁中,作为一方当事人的政府的仲裁意思表示往往包含在其签订的BIT里,只不过该意思表示只是BIT缔约双方面向对方国家的投资者作出的一个仲裁要约(offer),因为该意思表示为单边行为,面对不特定的相对人作出。争议发生之后,缔约另一方的投资者可以按照BIT中的规定对该缔约国提起国际仲裁,投资者按照BIT的规定对该缔约国提起仲裁的行为构成了其对该要约作出的承诺(acceptance)。<sup>④</sup>从这个角度来说,因为外国投资者和东道国之间并无直接的合同关系,这种国际投资仲裁又被称为“无合同相对性的仲裁(arbitration

without privity)”。<sup>⑤</sup>对于美国法院来说,联邦第二巡回法院也曾经在 Republic of Ecuador v. Chevron Corp. 案判决中明确表达过该观点。<sup>⑥</sup>

### 2. 国际投资条约中投资者—东道国仲裁条款的解释

正因为国际投资条约中的投资者—东道国仲裁条款不是仲裁协议,直接用商事仲裁协议的解释规则来对主权国家在BIT中所表达的国际投资仲裁意思表示进行解释是不合理的。对BIT中投资者—东道国仲裁条款的解释应该比商事仲裁协议更多地考虑到主体作为主权者的身份。美国法院在商事仲裁案件中所采用的“推定”方法,即推定当事人希望由仲裁庭来裁决有关争议,对于国际投资仲裁案件来说是不合适的。

对于主权国家来说,对仲裁的同意是关于国家主权的重要问题,其事关国家是否在相关事项上放弃了国家豁免。<sup>⑦</sup>因此,对主权国家仲裁同意的解释应该考虑关于国家放弃管辖豁免的国际法规则,而不是仅仅类比适用合同解释的规范。另外,国际投资仲裁庭的管辖权范围只是限定为由主权国家“在特定范围内和特定条件下授权其解决与特定群体投资者之间的特殊种类争议”。因而这种授权完全取决于缔约双方主权国家的共同意思表示,也即条约的规定。美国联邦最高法院在该案中的少数意见法官,以及一些仲裁员在近期的国际投资仲裁裁决中都支持了这种意见。例如,在 Impregilo v Argentina 案中,仲裁员 Brigitte Stern 认为:一个国家可以对其接受国际仲裁的“同意”进行其认为合适的安排和约定,关于仲裁前应提起国内法院诉讼的条件属于关于仲裁同意条件的约定。此外,并不存在投资者将争议提交某个国际仲裁庭管辖的固有权利,如果国家约定的这些要求没有满足,则国家同意国际仲裁的意思表示并不存在,仲裁协议并未达成。<sup>⑧</sup>还有其他类似的国际投资仲裁裁决也认为在仲裁之前要求进行国内法院诉讼的条款应该被认为是国家同意仲裁的前提条件。<sup>⑨</sup>

从另一个角度来说,本案所涉的前置国内诉讼程序对于国际投资仲裁的意义,也是不同于其他先行调解、协商等义务之于商事仲裁的,其在国际投资

争端解决中的重要性显然要大很多。在商事仲裁中,诉讼和仲裁当事人只能二选一,二者不能互为前提,这来源于仲裁的“排他性”。而国际投资仲裁中的先行国内诉讼,其属于东道国国家主权的应有之意,来源于国家对于发生于其领土范围内的争议的固有管辖权,除非主动放弃,东道国的该项权力不应该被剥夺。因此,除非缔约国在BIT中明确表明投资者在争议发生后可以直接去请求国际仲裁,否则先行国内诉讼仍然应该被认为是投资者提交国际仲裁的实质性前提条件,而不能简单解释为是一项程序性要求。

对于任何主权国家来说,同意自己能够被外国私人投资者提交仲裁,都不是一件轻易的事情。通过同意国际投资仲裁,一个主权国家允许私人裁判者(仲裁员)来对其国内可能关涉公共利益的问题进行审查,甚至撤销其国内立法、行政、司法机关行使职权的行为,这对于主权国家来说影响重大。因此,主权国家往往在BIT中对于同意国际仲裁的意思表示设定各种前提条件。如在本案中的BIT第8(2)条的规定,实际上给一个国家提供了通过其自己国内的法院对自己的行为是否符合其承受的国际法义务进行初步审查和改正的机会。美国联邦最高法院罔顾主权国家的此类考虑,而将其作为一个私人主体来看待,采用商事仲裁案件中的“推定”方法来对BIT中的投资者—东道国仲裁条款进行解释是不合适的。

### 三、国际投资仲裁的价值取向与商事仲裁的区别

就BG公司案主张国际投资仲裁司法监督“商事化”的理由包括“支持仲裁”的政策、仲裁作为争议解决方式的效率性以及保护和促进外国投资等。美国仲裁协会一再强调仲裁作为争议解决方式的效率性,认为本案中若美国法院撤销该仲裁裁决,会从三个方面对美国的仲裁制度造成不利影响:会造成对仲裁的司法干预的增加,从而导致仲裁解决争议的效率降低;会给国际仲裁服务的使用者带来不确定性;会与国际仲裁界的主流相背离,从而威胁到美国作为国际仲裁地的地位,使国际仲裁当事人不再愿意选择在美国进行仲裁。<sup>⑤</sup>George A. Bermann等专家认为,美国法院裁决撤销该仲裁裁决,会有损于国际

投资仲裁制度的有效性。<sup>⑥</sup>在他们看来,国际投资条约制度开创了一个投资保护的新时代,这个案件正好给美国法院一个机会来展示其对此项国际社会广泛接受的国际投资争议解决方式的尊重程度如何。<sup>⑦</sup>他们认为,美国法院应该明确,国际仲裁庭对国际投资条约的解释应该得到法院的尊重。<sup>⑧</sup>那么,对国际投资仲裁的态度是否事关“支持仲裁”的政策?作为争议解决方式,在国际投资仲裁案件中效率性比其他价值如公正性更优先吗?国际投资仲裁应该以保护和促进外国投资为价值导向吗?对于这些问题的答案均应为否定。

#### 1. 国际投资仲裁与“支持仲裁”的政策

美国联邦最高法院在BG公司案中的裁决希望将更多的权力赋予仲裁庭,即一旦当事人同意将争议提交仲裁,那么与之有关的所有争议都应尽量由仲裁庭来解决,并且法院在该案中还试图将对于仲裁裁决的司法监督降低到最少。这种“支持仲裁”的政策也促使美国法院在本案中作出了这样的裁判。<sup>⑨</sup>诚然,如果将国际投资仲裁和商事仲裁混为一谈,当然会认为对投资仲裁裁决的司法审查会关系到“支持仲裁”的政策。“支持仲裁”的政策是有些国家的司法机关,在有关商事仲裁的司法程序中所经常采用的一种立场,其表现主要包括尽量使仲裁程序正常进行、尽量尊重仲裁庭的裁定等。这种政策的目的一般为增强法院所在地被当事人选为仲裁地的竞争力以及促进争议解决的效率等。关于争议解决的效率性在国际投资仲裁中的地位,在下文将会专门讨论,在此先分析国内法院“支持仲裁”的政策是否能达到促进法院所在地被选为国际投资仲裁的仲裁地的效果。

随着有关国家逐渐认识到商事仲裁是一种服务产业,能对当地的经济发展到积极作用,不少国家的法院都乐于扮演“支持仲裁”的角色,以吸引更多的国际仲裁案件在本国领土之内进行。但是,对于国际投资仲裁来说,这一目的是否能够通过国内法院的上述做法来达到呢?实际上,因为国际投资仲裁与商事仲裁的不同之处,“支持仲裁”的政策与对国际投资仲裁的态度二者之间相关度并不高,“支持仲裁”的政策在投资仲裁中也无法达到预期的效果。

在国际商事仲裁中,由于双方当事人是平等民事主体的身份,他们在争议解决方式上的利益往往是一致的,即通过公正、高效的仲裁程序解决争议对于双方当事人都有利。因此,有关国家或地区的法院对于国际仲裁给予优待,营造出一种该地为仲裁友好地的形象,的确会使国际商事合同的双方当事人都乐于选择该地为仲裁地。但是,在国际投资仲裁中,由于一方当事人为主权国家,一方为私人投资者,二者的身份和立场不同,在争议解决方式的选择上也并不具有同样的利益。投资东道国往往倾向于通过本国的司法机关解决争议,这也是其国家主权的内容之一,除非其通过条约作出特殊承诺;私人投资者一般都倾向于避开东道国的司法机关而通过国际仲裁来解决争议。在此前提之下,仲裁地法院对于仲裁的优待即意味着对涉案主权国家的固有权利的伤害。为了有利于仲裁而做出超出东道国在条约中的特殊承诺之外的任何扩张解释都会招致东道国的反对和警惕。以BG公司案为例,该裁决可能对私人投资者的要求作出了很好的回应,但是对该裁决结果,不仅阿根廷政府不满意,可能连美国政府也不能认同,这从美国政府多次提交的法庭之友意见就可见一斑。通过这个案件的裁决,美国联邦最高法院明确了自己在对BIT中的国际投资仲裁约定进行解释的规则。考虑到美国是判例法国家,以及与本案所涉BIT中投资者—东道国仲裁条款规定类似的BIT也比较常见,有关国家在投资争议发生后与投资者商定临时仲裁的仲裁地的时候,可能不会再认为美国是一个很好的选择。本案裁决可能达到了对国际商事仲裁的支持效果,但是却起到了损害国际投资仲裁发展、使有关国家在考虑选择美国作为国际投资仲裁地的时候反而心生疑虑的反效果。

## 2. 国际投资仲裁与“自裁管辖权”原则

对仲裁中“效率性优先”的考虑在本案中主要体现为“自裁管辖权”原则的运用。在该案中美国联邦最高法院援引了该原则来支持自己充分尊重仲裁庭裁决的做法。法院认为,根据“自裁管辖权”原则,应该认为条约缔约双方都已经接受由仲裁庭而不是法院对于仲裁的各种“入门(gateway)问题”进行裁判。尽管美国联邦最高法院对“自裁管辖权”原则的援引

可能实际上是对该原则的一种误解,<sup>⑩</sup>但通过对该原则的这种极端适用,其达到了对国际投资仲裁庭裁决的一种极度遵从。<sup>⑪</sup>“自裁管辖权”原则在国际商事仲裁中的运用被广泛接受,在当事人对仲裁庭的管辖权有异议的情况下,立法和司法机关之所以接受自身管辖权尚存争议的仲裁庭对自己的管辖权争议可以做出裁决,主要出于支持仲裁、促进仲裁程序的顺利进行以使争议高效率解决的目的。<sup>⑫</sup>关于“支持仲裁”的政策在国际投资仲裁中的地位,前文已经进行了论述。那么,对争议高效率解决的要求在商事仲裁和国际投资仲裁中是否有区别呢?

尽管我们可能还无法断言在国际投资仲裁中争议解决的效率性并不优先,公正性可能更重要,但是争议解决的效率性和公正性之间孰重孰轻这一问题的答案,可能还是会因为争议的性质由普通商事争议变为国际投资争端而有所不同。在商事仲裁中争议解决的效率性往往更加优先,商事争议双方当事人都为私人主体,争议的解决主要涉及到当事人互相之间的权利和义务,当事人选择用仲裁来解决争议,往往是看中了仲裁相比较国内法院诉讼所具有的快捷和灵活。在商事仲裁中,当事人可能用放弃申请法院对仲裁庭管辖权进行审查的机会来进行交换,以获得仲裁裁决的确定性,以使争议获得高效解决。但是,在国际投资仲裁中,东道国政府和投资者之间的争端越来越多地涉及到东道国的公共利益,仲裁庭的裁决也常常会带来东道国立法、行政或司法机关的行为改变,这种改变甚至还会影响到这些机关在未来的行为方式。在此背景之下,对争议解决的效率性和公正性的衡量,也应该更加谨慎。对国际投资仲裁和商事仲裁之间的区别不加考虑,就径直认为效率性应该优先的观点是不合适的。

## 3. 国际投资仲裁与外国投资的促进和保护

在BG公司案中,BG公司和支持它的“法庭之友”们主张,出于对投资者利益的保护和对国际投资的促进,国际投资仲裁制度需要宽松的司法监督环境,因而仲裁庭的裁决应该得到充分的尊重。然而,这种观点实际上对国际投资仲裁本身的发展不利,也不能最终达到促进国际投资的目的。

该案中所涉争议在国际投资仲裁中具有较大的

普遍性。美国法院对“实体性可仲裁性”和“程序性可仲裁性”的区分,实质上在某些欧洲学者所提出的国际投资仲裁中被诉东道国的管辖权异议可分为仲裁庭的“管辖权(jurisdiction)”问题和仲裁请求的“可受理性(admissibility)”问题的区分是一样的。对于美国法院来说,仲裁庭的“管辖权”问题是实体性可仲裁性,法院可以重新审查,仲裁请求的“可受理性”问题是程序性可仲裁性,法院应该遵从仲裁庭意见。但是,正如提出“管辖权”和“可受理性”区分理论的Jan Paulsson自己所承认的,这二者之间的界限实际上有时候却很难区分。<sup>③</sup>在这种情况下,案件如何处理在很大程度上将还是取决于对涉案国际投资条约条款的解释。根据国际法上条约解释的规则,在对条约进行文本解释不能解决问题的时候,主张从更加广泛的背景出发来考虑如何解释国际投资条约的有关条款是可以理解的。<sup>④</sup>然而这个更广泛的背景却不一定就意味着BIT的缔约目的就是保护外国投资者和外国投资,并进而要求对投资条约有关条款的解释也应该以有利于外国投资者为原则。可能对投资条约的解释所需要考虑的背景应该更加扩大,将其放在整个国际投资的促进及其法律制度发展的背景下来考虑会更加合理,因为对国际投资仲裁制度的尊重、对国际投资的促进和保护与某个具体案件中对外国投资者的请求是否予以支持,这二者不能混同。

以BG公司案为例,该裁决可能对私人投资者的要求作出了很好的回应,但是对东道国的要求来说,阿根廷政府和美国政府却都不能认同。考虑到此类裁决给类似的BIT中投资者—东道国仲裁条款中的仲裁庭管辖权的扩大解释带来了很大的风险,作为东道国的国家以后在签订BIT的过程中,可能会对在BIT中约定投资者—东道国仲裁更加谨慎。由此,从短期看美国联邦最高法院的裁决给予了国际投资仲裁庭的裁决以极大的尊重,给予了国际投资仲裁的发展以宽松的环境,但是从长远来看,反而起到了损害国际投资仲裁发展的反效果。从这个角度也更加显得本案中美国联邦最高法院仅仅用合同解释的理论来解释条约是不合适的。

实际上,近年来认为国际投资仲裁制度与国际

投资条约都以促进和保护外国投资者利益为目的的观点本身也已经受到很大质疑。例如,余劲松教授曾批评,在近些年的投资条约仲裁实践中,有些仲裁庭片面强调并强化了投资者权益的保护,从而导致东道国权益与投资者保护二者间的严重失衡,甚至引发了有关国家对于国际仲裁的信任危机。“传统BIT只考虑投资者的保护而不考虑东道国的权益的做法显然已经不能适应实际发展与需要了。”<sup>⑤</sup>国外学者也有评论指出,“如果投资仲裁想要兑现其承诺,……则某些机制必须要能够更多地考虑到东道国的重大利益”。<sup>⑥</sup>因此,与国际商事仲裁比起来,由于国际投资仲裁可能对东道国国家主权和公共利益产生重大影响,因而有关国家国内法院在对国际投资仲裁裁决进行司法审查的时候应该要更加谨慎,既要考虑到维护国际投资仲裁裁决的权威性和终局性,也同时要考虑到东道国国家主权利益与外国投资者利益保护之间的平衡,而不是片面地考虑外国投资的促进和保护。

#### 四、对我国的启示

##### (一)美国在BG公司案中的“功利主义”表现

BG公司案是美国联邦最高法院处理的第一个国际投资仲裁裁决司法审查案件。在案件中涉及到了双边投资条约的解释问题,而无疑美国自身也签订了不少类似的国际投资条约。正因为如此,美国政府在该案中支持阿根廷政府的主张,要求美国法院在该案中对涉及商事仲裁裁决司法审查的有关先例进行重新考察,为国际投资仲裁裁决的司法审查设立新的规则。美国政府曾作为“法庭之友”向法院提出建议,认为对该案的争议应该从条约的解释出发来处理。但是该建议被联邦最高法院裁决所拒绝,正如前文所述,美国联邦最高法院对该案的处理方式与一般的商事仲裁案件并无二致。然而,与此同时,美国联邦最高法院为了规避其在该案中的判决对以后美国自身所缔结投资条约的解释可能产生的影响,在该案中又刻意对其将如何解释美国政府所签订的某些投资条约问题没有表明立场。

正如在BG公司案中所体现的,一国法院对国际投资仲裁裁决司法审查案件的处理,会有两个层面的意义和影响。其不仅涉及到本国法院对国际投资

仲裁的态度,还进而可能影响到本国自己所签订的国际投资条约的解释问题。其中,第二个层面的问题还会直接影响到本国政府在之后与其他国家商签国际投资条约的实践。这两个层面的影响,都是一国在处理此问题上应该一同考虑的。从理论上说,一国对这两个层面问题的更为合理的处理方式,应该是在统一的基本立场之下,使二者在逻辑上具有一致性和自洽性。但是,在BG公司案中美国联邦最高法院有意地对上述两个层面问题的处理进行了割裂。在该案中,美国法院实际上采用了一种“实用主义”或“功利主义”的处理方法。一方面,为了不使美国作为受欢迎的国际仲裁地的地位受到影响,联邦最高法院采纳了“支持国际商事仲裁”的政策建议,给予国际仲裁庭以极大的尊重,并且明确该尊重并不因为涉案一方当事人为主权国家而受到影响。另一方面,为了不使美国政府在今后与其他国家投资者之间发生的国际投资仲裁案件中,就有关国际投资条约的解释,因为此案而受到掣肘,联邦最高法院又同时明确,至于美国政府与其他国家所签订的国际投资条约中的有关条款如何解释,并不受本案影响。

这样一种“重利轻义”的做法,难免会受到国际社会的质疑。而且,这种刻意的割裂,是否能够达到将美国法院的立场对今后美国国际投资条约的解释和缔约实践的影响降到最低的效果呢?美国联邦最高法院的裁决对今后美国的国际投资条约仲裁实践的影响到底会如何呢?对此作者不无疑问。不管如何,如前文所述,从实际效果上来说,美国联邦最高法院的此种割裂处理方式目前已经招致了大量的批评和非议,其合理性存疑。

## (二)我国对类似情况的处理建议

对于我国来说,虽然到目前为止,我国法院还未受理过任何国际投资争端仲裁裁决的司法审查案件,但随着国际投资仲裁案件的逐年增加,尤其是涉及我国政府和投资者的案件逐渐增加,我国在今后很可能也会面对类似的问题。对此,首先从宏观上,我国要统筹兼顾在上述两个层面问题即国际投资仲裁司法审查和国际投资条约缔约及解释上的立场,避免二者的矛盾和冲突,并在这两个层面上都积极推动国际投资仲裁的“去商事化”。同时从微观上,

我国法院和缔约机关也要在司法和条约商签谈判中进行相应的应对。

具体来说,在宏观上,基于美国对该案的处理经验,我国也应该对于目前国际投资仲裁的“商事化”进行反思,并更加明确和坚定地推动国际投资仲裁的“去商事化”。我国应推动投资仲裁“去商事化”的主要原因还包括:首先,作为国际社会的一员,促进国际投资的便利和“可持续发展”,保证国际投资政策和法律制度的良性和有序发展,甚至推动全球投资的良好治理,不仅是我国作为国际大国的义务,也是我国参与和主导国际投资规则制定的良好机遇。尽管国际投资仲裁从其产生之初就具有“商事化”特点,但是目前全球以“可持续发展”为导向的国际投资法律制度改革<sup>⑥</sup>迫切需要国际投资法律制度摆脱以前更加注重私人投资者保护的偏向。在此国际投资法律制度改革的大背景下,我国也应该积极推动国际投资仲裁“去商事化”的改革。其次,从单个国家的角度来看,我国已经是兼具“资本输入国”和“资本输出国”两种身份的国家。我国在国际投资法律制度上的立场,不能再单纯地偏向东道国或者投资者哪一方,而是应该倡导和注重东道国和外国投资者之间的利益平衡。为了达到这种平衡,在国际投资仲裁的问题上,我国的立场也应该是尽量追求对二者利益保护的平衡,反对偏向外国投资者的国际投资仲裁“商事化”倾向。

在微观上,我国法院和缔约机关也要从本案中汲取经验和教训并进行相应的应对。一方面,对于我国法院来说,将来在处理与国际投资仲裁有关的案件时,应该充分考虑到国际投资仲裁与国际商事仲裁的不同之处,避免像美国法院那样,将对待商事仲裁的做法直接套用到投资仲裁上。美国最高法院为了支持国际商事仲裁而将投资条约当做一项普通合同来看待,这种做法并不可取。另一方面,对于我国的缔约机关来说,在投资条约的谈判和签订中应该明确措辞,避免阿根廷的此类情况发生在我国身上。仲裁庭和美国法院的这种理解必然也对将来的国际投资条约缔约实践发生影响,缔约国应在缔约过程中尽量避免这样的曲解发生。缔约国可以在国际投资条约中明文强调,前置国内法院诉讼等将争

议提交国际仲裁前的程序性要求就是缔约国同意国际仲裁的前提条件,该条件不获得满足,则不存在仲裁同意。其不是一种进行仲裁的程序上的前置程序,而是仲裁协议达成之前的一项必要的实体步骤。

## 五、结语

从BG公司案看来,国际投资仲裁的“商事化”,不仅影响到国际仲裁庭,也影响到有关国家国内法院。美国联邦最高法院为了支持国际投资仲裁的商事化,在该案中做出了“国际条约就是国家之间的合同”这样值得商榷的判断。<sup>④</sup>法院采用如同对待国际商事仲裁一样的宽松态度,对国际投资仲裁庭对国际投资条约有关条款所进行的扩张解释予以无条件支持,放弃了对国际投资仲裁裁决进行“矫正”的机会。国际投资仲裁裁决司法审查的商事化和国际投资仲裁程序的商事化一脉相承。二者的商事化都会对整个国际投资争端解决机制甚至国际投资法律制度造成负面影响。该案的审理过程和结果及其面对的各种争议,说明我们以前对国际投资仲裁司法审查的“商事化”及其弊端的重视程度还不够。包括各国司法机关以及国际社会对国际投资仲裁的程序性“商事化”还需要再次进行深入的反思。

尽管现在国际仲裁学界一般认为,国际仲裁分国际商事仲裁和国际投资仲裁两种,<sup>⑤</sup>但是目前我们仍然过于关注二者的联系,却对二者的区别不够重视。二者的主要联系在于国际投资仲裁采用了国际商事仲裁的程序和形式。但同时,正如条约与合同看似同类其实有本质区别一样,国际投资仲裁与国际商事仲裁虽然从形式上也看似是同类,但其实有本质区别。忽视二者的区别,将二者混同,对国际投资仲裁及其司法审查予以商事化,恐怕对国际投资仲裁甚至整个国际投资法律制度的发展都是不利的。

### 注释:

①美国联邦最高法院关于该案的裁判内容,参见BG Group PLC v. Republic of Argentina, 134 S. Ct. 1198, 572 U.S. \_\_\_ (2014). Available at: [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138\\_97be.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138_97be.pdf), <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/bg-group-plc-v-republic-of-argentina/>.

②See Diane Marie Amann, Argument Preview: Jurisdictional Say-So in Investor-State Arbitrations, available at: <http://www.scotusblog.com/2013/11/argument-preview-jurisdictional-say-so-in-investor-state-arbitrations/>.

so-in-investor-state-arbitrations/.

③世界上另一个由某个国家的最高法院所裁判的同类案件,是新加坡上诉法院(为该国内最高法院)所审理的“老挝政府诉世能案”。See Sanum Investments Ltd v Government of the Lao People's Democratic Republic[2016] SGCA 57, Court of Appeal, Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 and Summons No 2 of 2016, 29 September 2016.

④参见蔡从燕:《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》,载《现代法学》2011年第1期。

⑤关于国际投资仲裁裁决的承认与执行问题,可参见肖芳:《国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行》,载《法学家》2011年第6期。

⑥参见《周强在2016中国仲裁高峰论坛上强调为仲裁事业发展创造良好司法环境》,载“中国法院网”,2016年9月28日, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/09/id/2138471.shtml>.

⑦参见《阿根廷—英国BIT》第8条第2款a项。

⑧See BG Grp. Plc v. Republic of Argentina, Final Award (Dec. 24, 2007), available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>(last visited March 19, 2017).

⑨See Republic of Argentina v. BG Group PLC, 715 F. Supp. 2d 108(D.D.C. 2010); Republic of Argentina v. BG Group PLC, 764 F. Supp. 2d 21(D.D.C. 2011).

⑩See Republic of Argentina v BG Group Plc, 665 F3d 1363, 1369(DC Cir 2012).

⑪BG Group PLC v Republic of Argentina, 572 US\_\_(2014), p.17.

⑫Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc., 537 U.S. 79, 84 (2002)

⑬BG Group PLC v Republic of Argentina, 572 US\_\_(2014), pp.7, 8.

⑭BG Group PLC v Republic of Argentina, 572 US\_\_(2014), p.8.

⑮BG Group PLC v Republic of Argentina, 572 US\_\_(2014), p.10.

⑯See Article 8(1), Argentina-United Kingdom BIT(1990), available at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>(last visited March 19, 2017)

⑰See BG Group PLC v Republic of Argentina, 572 US\_\_(2014), pp.12-14.

⑱此外, Sonia Sotomayor法官同意多数意见,但是采用了不同的分析立场。See Sotomayor, J., concurring in part, BG Group PLC v Republic of Argentina, 572 US\_\_(2014), pp.2-4.

⑲Roberts, C. J., dissenting, BG Group PLC v Republic of Argentina, 572 US\_\_(2014), p.1.

⑳Roberts, C. J., dissenting, BG Group PLC v Republic of Argentina, 572 US\_\_(2014), p.9.

㉑Roberts, C. J., dissenting, BG Group PLC v Republic of Argentina, 572 US\_\_(2014), pp.12-14.

㉒See <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/bg-group-plc-v-republic-of-argentina/>(last visited Dec. 28, 2016).

<sup>23</sup>See *BG Group PLC v Republic of Argentina*, 572 U.S.\_\_\_\_ (2014), p.10.

<sup>24</sup>关于条约的主要特点,参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第401-402页;梁西主编:《国际法》,法律出版社2011年版,第338页。

<sup>25</sup>See *United States v Yousef*, 2003.

<sup>26</sup>See *Gonzalez v Gutierrez*, 2002.

<sup>27</sup>Christopher F. Dugan et al., *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p.219.

<sup>28</sup>Christoph Schreuer, *Consent to Arbitration*, in Peter Muchlinski et al.(eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp.830, 831.

<sup>29</sup>See Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010, p.381; Christopher F. Dugan et al., *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p.222; Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, p.437.

<sup>30</sup>See Jan Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10 *ICSID Rev. Foreign Investment Law Journal*(1995), pp.232, 234.

<sup>31</sup>*Republic of Ecuador v. Chevron Corp.*, 638 F. 3d 384, 392-93(2d Cir. 2011).

<sup>32</sup>参见《联合国国家及其财产豁免公约》第17条。

<sup>33</sup>See *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/07/17, *Concurring and Dissenting Opinion of Professor Brigitte Stern*, available at: <http://www.italaw.com/cases/documents/557#sthash.K83SX00o.dpuf>(last visited on Dec. 25, 2016).

<sup>34</sup>See *ICS Inspection and Control Services Ltd v Argentina Republic*, 2012; *Daimler Financial Services v Argentine Republic*, 2012; *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentine Republic*, 2008.

<sup>35</sup>Brief of Amicus Curiae The American Arbitration Association in Support of Petitioner, pp.6-26. <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3021.pdf>(last visited on Dec. 25, 2016).

<sup>36</sup>Brief of Amici Curiae Professors and Practitioners of Arbitration Law in Support of Reversal, pp.3-4. Available at <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3018.pdf>(last visited on Dec. 25, 2016).

<sup>37</sup>Brief of Amici Curiae Professors and Practitioners of Arbitration Law in Support of Reversal, p.12. Available at <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3018.pdf>(last visited on Dec. 25, 2016).

<sup>38</sup>Brief of Amici Curiae Professors and Practitioners of Arbitration Law in Support of Reversal, p.13. Available at <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3018.pdf>(last visited on Dec. 25, 2016).

<sup>39</sup>See, e.g., *Debevoise & Plimpton LLP, Arbitration Quarterly*, Issue No.5, April 2014, pp.9-10; Barcelo, John James, *Sub-*

*stantive and Procedural Arbitrability in Ad Hoc Investor-State Arbitration-BG Group v. Argentina*(August 25, 2014), pp.9-11; *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation—The Fordham Papers 2014*; *Cornell Legal Studies Research Paper No.14-25*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2487865>(last visited on Dec. 25, 2016)

<sup>40</sup>“自裁管辖权”原则确实是在世界范围内被广泛接受的规则,但是该原则只是说仲裁庭有权首先审理与其自身管辖权有关的争议,但是并没有说该仲裁庭的裁决不受法院的司法审查。See Barcelo, John James, *Substantive and Procedural Arbitrability in Ad Hoc Investor-State Arbitration-BG Group v. Argentina*(August 25, 2014), p.7. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation—The Fordham Papers 2014*; *Cornell Legal Studies Research Paper No.14-25*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2487865>(last visited on Dec.25, 2016)

<sup>41</sup>JP Duffy & Eric A Bevan, *Supreme Court clarifies competence-competence principle*, available at: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=88b6c294-da87-4b4e-bf4d-2e4c8ab7b4fe>(last visited on Jan. 8, 2017).

<sup>42</sup>如果仲裁庭不享有决定自己管辖权的权力,则一旦当事人对仲裁庭管辖权提出异议,该异议只能交由法院解决,这势必导致仲裁程序的拖延甚至瘫痪。这也是仲裁庭“自裁管辖权”原则在国际上被广泛接受的主要原因。参见王瀚、李广辉:《论仲裁庭自裁管辖权原则》,载《中国法学》2004年第2期。

<sup>43</sup>J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, pp.82-90.

<sup>44</sup>See Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2007, p243.

<sup>45</sup>参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,载《中国法学》2011年第2期,第132-143页。

<sup>46</sup>Guillermo Aguilar Alvarez & William W. Park, *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, 28 *Yale J. Int'l L.* 365, 399(2003).

<sup>47</sup>联合国贸易和发展会议(UNCTAD)《2012年世界投资报告》制订了“可持续发展的投资政策框架”(Investment Policy Framework for Sustainable Development, IPFSD),表明国际社会对国际投资政策的“共同路径”取得了初步共识,也反映了国际投资政策的最新发展趋向。在“新一代投资政策”语境中,“投资政策”包括国内法方面的外国投资立法和国际法方面的国际投资条约实践。参见曾华群:《“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2013年第6期。

<sup>48</sup>See *BG Group PLC v Republic of Argentina*, 572 U.S.\_\_\_\_ (2014), p.10.

<sup>49</sup>See Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2012, p.41.