



应对国际投资仲裁的合法性危机： 反身法理念对审查方法的重塑

陈若鸿*

摘要：国际投资仲裁体系合法性危机的主要根源在于，国际投资仲裁庭往往适用高强度的审查方法否决东道国的国内规制措施，致使国家难以履行保护公共利益的职责。一些东道国抵制国际投资仲裁裁决甚至退出国际投资仲裁体系的行为表明，国际投资领域的法律规制已无法对东道国产生实质影响。针对此类规制失败的现象，反身法理论从法律在复杂社会中的功能限度角度进行深刻解释，提出了创新性解决方案。为重构仲裁庭对国内规制措施的审查方法并化解国际投资仲裁合法性危机，一方面在审查国内规制措施时，仲裁庭应基于裁量余地原则给予东道国适度的尊重，另一方面应推动审查方法从传统的实质性审查转向过程性审查，将审查的重点事项从东道国的“决策结果”转向“决策过程和质量”。仲裁庭应建立以规制影响分析、程序透明度和民主参与等要素为核心的评判标准，对符合标准的东道国规制决策予以认可，反之则缩小其裁量余地，实施更严格的审查。这一创新性审查方法既能保障东道国的公共政策空间，又能确保对国内规制措施进行有效监督，引导东道国实现在国际监管下的良性自治。

关键词：国际投资仲裁 国内规制 审查方法 监管下的自治 反身法

一 问题的提出：寻找适合国际投资仲裁的审查方法

近年来，因国内规制引发的国际投资仲裁案件数量不断攀升。这一现象源于两方面因素：一方面东道国的环境、卫生、金融等领域的规制措施可能给外国投资者带来不利影响；另一方面投资协定条款通常较为抽象，有比较大的解释空间，为投资者挑战东道国规制措施提供了“抓手”。随着东道国规制措施屡遭仲裁庭否决，投资者—东道国投资争端解决机制（下称 ISDS 体系）面临合法性危机。^① 一些国家拒绝遵守国际投资仲裁裁决，甚至选择退出 ISDS 体系。例如，玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉分别于 2007 年、2009 年和 2012 年宣布退出《解决国家与他国国

* 陈若鸿，北京外国语大学教授。

① See Tania Voon & Andrew D. Mitchell, “Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law”, (2016) 31 (2) *ICSID Review* 413; M. Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 2015), p. 1.

民投资争端公约》(下称 ICSID 公约),^① 厄瓜多尔、印尼、南非和印度等国更是通过终止双边投资协定来摆脱 ISDS 条款对其国内规制权的约束,^② 欧盟也在近年来的国际经贸协定谈判中积极推进 ISDS 制度改革。^③

用系统论法学家贡塔·托依布纳(Gunther Teubner)的话来说,以上现象表明了法律规制的失败,即当仲裁庭试图通过法律手段约束东道国时,后者却以抵制甚至退出 ISDS 体系作为回应,这表明国际法的规制已无法有效影响东道国的实际运作,陷入了规制失败的困境。^④ 托依布纳提醒我们,应该避免法律概念及程序的虚幻世界,否则,社会就会寻找法律的替代物,将纠纷的决定权夺回来。^⑤ 这一洞见深刻揭示了 ISDS 体系面临的困境。缔约国退出 ICSID 公约、终止双边投资协定正是国家“将纠纷的决定权夺回来”的表现。要化解合法性危机,ISDS 体系应反思两个核心问题:法律规制失败的根本原因何在;未来法律决策应如何调整。

托依布纳看到法律在复杂社会中的功能限度和适应性挑战,并从这一角度对法律规制失败的原因作出了解释。从法社会学视角来看,现代社会是功能分化的社会,不同的社会子系统按自身逻辑运行,具有运作上的封闭性。在高度复杂的现代社会中,法律不再有能力控制整体秩序,其规制对象可能因自身内部逻辑而排斥法律的强制性干预,导致“法律无法改变被规制者的行为,是无效能的”。^⑥ 这正是国际投资仲裁领域的真实写照。在现实治理框架下,东道国政府肩负着维护公共利益的法定职责,其国内规制本质上是在特定政治语境中平衡财产权与环境权、健康权等基本权利,通过对私权的必要限制来实现公共利益保护。^⑦ 可见,国内规制体系有其自身的运行逻辑和正当性。当仲裁庭忽视了国内规制背后的公共利益,运用高强度的审查方法否决了东道国措施时,国际投资法的单一理性与东道国内基于整体理性的公共福利之间就会产生尖锐矛盾,最终引发东道国对仲裁裁决的强烈批评,甚至通过“以脚投票”对整个 ISDS 体系进行抵制。

① 玻利维亚和厄瓜多尔分别于2007年5月2日、2009年7月6日递交了退出ICSID公约通知。根据ICSID公约,两国的退出于2007年11月、2010年1月生效。参见UNCTAD报告“Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims”, <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/40/iaa-issues-note-denunciation-of-the-icsid-convention-and-bits> (last visited 20 June 2025)。委内瑞拉于2012年1月25日宣布退出ICSID公约。See “Gobierno Bolivariano denuncia convenio con CIADI”, <http://www.cadtm.org/Gobierno-Bolivariano-denuncia> (last visited 20 June 2025)。

② 厄瓜多尔终止了与古巴、多米尼加、危地马拉、乌拉圭等多国的双边投资协定。印尼于2014年宣布要对其全部67个双边投资协定进行更新,此后该国终止了与印度、法国、德国、新加坡等25个国家的双边投资协定。南非对包含ISDS条款的投资协定进行了为期3年的审查,并于2010年决定终止所有双边投资协定。See “International Investment Agreements Navigator”, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/> (last visited 20 June 2025)。

③ See Commission Draft Text TTIP-Chapter II-Investment, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/153807.htm> (last visited 20 June 2025); 陈若鸿:《在国际投资协定中捍卫东道国规制权:TTIP谈判中欧盟的立场及其影响》,载《国际贸易法论丛》第6卷,中国政法大学出版社2015年版,第45页。

④ See G. Teubner, *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law* (Walter de Gruyter, 1987), pp. 3-48.

⑤ See G. Teubner, *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law* (Walter de Gruyter, 1987), p. 6.

⑥ 李俊增:《程序主义与反思(身)法典范之争:从哈贝马斯对韦伯法理论之批判谈起》,载《欧美研究》2012年第1期,第130页。

⑦ [英] 迈克·费恩塔克:《规制中的公共利益》,戴昕译,中国人民大学出版社2014年版,第7页。

实践中，投资仲裁庭采用的高强度审查方法特别是比例原则分析是引发 ISDS 体系合法性危机的重要因素之一。自投资仲裁庭开始考量东道国规制权以来，不少仲裁裁决都采用了比例分析或最低限制替代检验方法的某些步骤。^① 比例分析方法有二阶、三阶、四阶等不同学说，实践中仲裁庭适用程度也不一致，^② 但不可否认的是，这一方法容易造成 ISDS 体系与国家规制之间的紧张关系，其中的“必要性分析”和“狭义比例分析”尤其如是。

具体而言，第一，“必要性分析”要求东道国必须选择对投资者利益影响最小的规制方法（最小限制方法）。然而，仲裁庭的事后审查往往忽视东道国决策当时的复杂情境和能力局限，其事后裁断特性还使得东道国措施的合法性长期处于不确定状态。“*InterAgua* 案”就反映了这一问题。^③ 在国内经济危机爆发后，阿根廷某省政府当局为确保公民持续获得供水而冻结了服务收费标准变化，由此引发投资争端。仲裁庭裁决阿根廷败诉，理由是政府完全可以采取对投资者利益侵害程度较小的替代性措施，如对其他商品加税、对低收入人群实施补贴等。^④ 显然，该裁决完全没有考虑经济危机背景下这些替代措施的可行性以及政府的财政能力，阿根廷对此强烈不满并提出了撤销裁决的申请。^⑤

第二，“狭义比例分析”涉及价值权衡，需要仲裁庭评判规制措施对投资者的不利影响与政府目标的重要性。然而，这种价值判断深受特定的价值偏好影响，国家的历史传统、政治结构和社会发展程度都与之有关。投资仲裁员缺乏足够的本土认知来作出恰当的判断。他们显然不如国内决策者那样了解当地社会现实，^⑥ 缺乏足够的知识来决定什么是或不是该社会的公共利益。“*Metalclad* 案”就是例证。该案中，墨西哥环境监管部门拒绝为投资者的危险废物处理许可证续期。仲裁庭在认定间接征收时忽视了该措施背后的公共利益考量，认为无需考虑墨西哥某州颁布生态法令的目的或动因，该法令的实施本身便构成间接征收。^⑦ 仲裁庭认为，即便国家并未从中获得明显利益，只要国家采取的行为实质性剥夺了所有人对其财产的使用权或合理期待利益就构成征收。^⑧ 仲裁庭更指出，墨西哥当地民众的环境关切给政府造成的政治压力并非是大规模或紧迫的，不足以使剥夺投资者投资且不给予补偿的做法正当化，最终判令墨西哥对投资者进行赔偿。该案裁决作出后，墨西哥以执行该裁决会违反公共政策为由提出了撤销请求。^⑨

实践中，仲裁庭对国内规制的高强度审查不仅导致个案中的国内措施被否定，还会产生深远

① 曾建知：《国际投资仲裁中的规制权审查研究》，载《国际经济法学刊》2021年第4期，第37页。

② P. Ranjan, “Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: A Critical Appraisal”, (2014) 3 *Cambridge International Law Journal* 853, p. 855.

③ See *Inter Agua Servicios Integralesdel Agua S. A. v. Argentina*, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/03/17, 30 July 2010.

④ See *Inter Agua Servicios Integralesdel Agua S. A. v. Argentina*, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/03/17, 30 July 2010, para. 215.

⑤ See *Inter Agua Servicios Integralesdel Agua S. A. v. Argentina*, Decision on Argentina’s Application for Annulment, ICSID Case No. ARB/03/17, 14 December 2018.

⑥ See Y. Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, (2005) 16 *European Journal of International Law* 918.

⑦ See *Metalclad Corporation v. the United Mexican States*, Award, ICSID Case ARB (AF) /97/1, 30 August 2000, paras. 109 – 111.

⑧ See *Metalclad Corporation v. the United Mexican States*, Award, ICSID Case ARB (AF) /97/1, 30 August 2000, para. 103.

⑨ See *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, 2 May 2001. 不列颠哥伦比亚省法院部分撤销了该裁决。

的社会影响。整体来看,投资仲裁庭可以深入渗透到国内法律领域并在当地重新界定私权和公共利益的关系,^① 导致东道国政策空间受到挤压。^② 正因如此,一些仲裁裁决被批评为“对国内政治和治理具有很强的侵入性”,“几乎不受约束”的仲裁裁决从多个维度威胁到东道国的立法、行政和司法主权。^③ 二者的矛盾尖锐到一些国家要以退出的方式对 ISDS 体系进行抵制。在此背景下,本文的研究问题是:要化解 ISDS 合法性危机,仲裁庭应选择什么样的审查方法与审查强度,才能在保障东道国政策空间的同时,又能对其国内规制措施进行有效监督。

在进入具体讨论之前,有必要对相关概念进行厘清。审查强度在国际层面常指国际裁判机构对国家决定所涉及的法律或事实进行重新评估的强度。审查方法与审查强度是“一体两面”。特定的审查方法能够影响审查强度,讨论抽象的审查强度时也难以离开具体的审查方法,因此许多文献并不对审查强度和审查方法、审查标准等概念进行细致区分,^④ 这些术语缺乏清晰一致的界定。本文使用的广义审查方法含两个维度:一是仲裁庭的分析工具,如尊重原则、合理性原则、裁量余地原则和比例原则;二是审查性质,包括不审查、程序性审查(对国内规制是否符合程序的审查)、过程性审查(对国内规制的决策过程和质量的审查)、实质性审查(对国内规制的决策结果的审查)。强调审查性质这一维度,是为了凸显反身法理论对审查方法的创新贡献。

审查方法与审查强度直接决定了投资仲裁庭与国家之间的决策权分配,^⑤ 其重要性日益凸显。^⑥ 在全球治理中,国家和国际投资仲裁庭都在发挥特定的作用,恰当的审查方法既能保障仲裁庭的治理职能,又能尊重东道国的规制权。与其他旨在化解危机的 ISDS 改革方案相比,审查方法的调整具有独特优势,它无需重新起草投资协定或改革投资仲裁机构就能为 ISDS 体系重新注入合法性。^⑦ 下文将聚焦国内规制引发的国际投资争端,系统梳理仲裁庭现有审查方法的局限性,并基于反身法理论提出改革方案。

二 国际投资仲裁对国内规制体系的审查:方法的局限性

在 ISDS 投资仲裁中,仲裁庭对东道国的环境、卫生、金融等国内规制措施的审查强度呈现出明显的差异化特征。笔者将其视为审查强度的“光谱”。在这个“光谱”的两端,分别是“重

① S. W. Schill, “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review”, (2012) 3 *Journal of International Dispute Settlement* 577, p. 590.

② See R. Urueña, “Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration”, (2016) 79 *Law & Contemporary Problems* 99, pp. 101 – 102.

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

④ 中文中的“审查标准”系由 Standard of Review 直译而来,然而该概念在英文文献中多指审查强度。受此影响,许多中文文献中的审查标准实指审查强度,如杨蒿、陈良刚:《WTO 与司法审查的标准》,载《比较法研究》2002 年第 2 期。也有学者指出,审查标准与审查强度混用是一种误解,参见蒋红珍、王茜:《比例原则审查强度的类型化操作》,载《政法论坛》2009 年第 1 期。

⑤ See Caroline Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy* (CUP Cambridge, 2015).

⑥ See A Roberts, “The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration”, in A. J. van den Berg (ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years* (Kluwer, 2012), pp. 170 – 180.

⑦ Stephan W. Schill, “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach”, (2011) 52 *Virginia Journal of International Law* 57, p. 57.

新审查”(de novo review)和“完全尊重”(deference)。^①“重新审查”等同于重新裁判,在这种模式下,仲裁庭会对东道国的决策及其依据的证据展开全面重新评估。^②基于比例原则进行的审查就属于这种高强度审查。由于国内规制类投资争端涉及公共利益等公法问题,高强度的审查容易引发东道国的抵触情绪。因此,给予东道国适当的尊重,为其保留必要的政策空间,已经成为投资仲裁庭不能回避的选项。

然而,如果仲裁庭为了降低审查强度而直接走向“完全尊重”的场景,也同样不可取。“尊重”是“裁决者承认国内行为主体具有更高权威的技术”。^③在“完全尊重”模式下,即使仲裁庭对东道国的决定持有异议也不对其做任何质疑和挑战。^④这意味着东道国行为将免于仲裁庭的实质性审查,^⑤其结果可能导致投资法治秩序的混乱,也背离了ISDS机制设立的初衷,该机制的目的是为受到东道国不公正对待的外国投资者提供救济。

在“完全尊重”与“重新审查”之间,还存在中等强度的审查方法,如基于合理性原则的审查。但截至目前,以该方法进行的审查缺乏特定的分析结构。^⑥在学界,有人主张适用合理性原则时应避免采用狭义比例原则或成本效益平衡方法;^⑦也有学者认为,这种方法相当于比例原则中的明显性标准,裁判机构只对明显错误予以指摘,而不对被审查措施的适当性、必要性以及均衡性进行实质性审查。^⑧投资仲裁庭对“合理性”的解释也不一致。例如在“*Mondev International Ltd. v. United States*案”中,仲裁庭认为,只有当东道国适用法律的行为达到“明显不公正或明显不合理”的程度,以至于对于任何一个正常的旁观者来说都是令人震惊的,该行为才构成拒绝司法。^⑨而在“*National Grid v. Argentina*案”^⑩和“*Pawlowski v. Czech Republic*案”中,^⑪仲裁庭则采用“禁止专断”标准来判断“合理性”。^⑫一般说来,“专断”更强调主观恶意或严重程序瑕疵,如程序严重不规范、缺乏合法公共政策目标,或明显违背合理预期等。当然,无论采用“禁止专断”还是“对于任何一个正常的旁观者来说是令人震惊的”解释,合理性原则的审查强度都明显低于比例

① Caroline Henckels, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration”, (2012) 1 *Journal of International Economic Law* 223, p. 223.

② See Valentina Vadi and Lukasz Gruszezynski, “Standards of Review in International Investment Law and Arbitration: Multilevel Governance and the Commonweal”, (2013) 3 *Journal of International Economic Law* 613.

③ See Esmé Shirlow, *Judging at the Interface: Deference to State Decision-Making Authority in International Adjudication* (Cambridge University Press, 2021), pp. 52–53.

④ See Joshua Paine, “Standard of Review (Investment Arbitration)”, in H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (Oxford University Press, 2019).

⑤ S. W. Schill, “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review”, (2012) 3 *Journal of International Dispute Settlement* 577, p. 590.

⑥ Valentina Vadi, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration* (Edward Elgar Publishing, 2018), p. 250.

⑦ F. Ortino, “Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case against Strict Proportionality Balancing”, (2017) 1 *Leiden Journal of International Law* 71, p. 71.

⑧ 参见杨登峰:《从合理原则走向统一的比例原则》,载《中国法学》2016年第3期。

⑨ See *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF) /99/2., 11 August 2002.

⑩ See *National Grid PLC v. The Argentine Republic*, Award of ad hoc Arbitration, Case 1: 09 – cv – 00248 – RBW, 13 November 2008, para. 197.

⑪ See *Pawlowski AG and Project Sever s. r. o. v. Czech Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/17/11, 2021, paras. 294–304. 仲裁庭认为,“专断性的措施都是不合理的”。基于这一理由,在涉案投资协定并未出现“专断性”字眼的情况下,仲裁庭将“禁止专断”的相关要素适用于本案。

⑫ 田腾杞:《国际投资仲裁东道国行为“禁止专断性”标准适用探究》,载《商事仲裁与调解》2024年第2期,第71页。

原则,通常只有东道国非常严重地违反程序或存在主观恶意的情况下,其措施才会被认定为违法。

基于以上分析,笔者对国际投资仲裁实践中的高、中、低3个审查强度区间的代表性审查方法进行简单分类,其中高审查强度的典型代表为比例原则,中等审查强度的典型代表为合理性原则,低审查强度的典型代表为尊重原则。需要特别说明的是,第一,这里并未穷尽所有的审查方法。某些审查分析工具(如善意审查)虽曾被仲裁裁决提及,^①但其普遍适用性尚未获得学界共识,如投资仲裁领域著名学者怀特和斯塔登就认为,善意标准只适用于条约明确包含自裁决条款的情形,并且其操作标准在实践中尚未得到充分发展。^②第二,审查方法和审查强度概念本身存在界定模糊的问题,缺乏一致的定义,这使得一个穷尽式的概括存在较大难度。^③因此,本文只列举具有代表性和普遍适用性的方法。

上述3种审查方法均存在适用上的局限性。具体而言,以比例原则为代表的高强度审查要求仲裁庭对国家决策及其证据进行全面重新评估,其必要性分析和狭义比例分析环节常引发东道国强烈抵制。“完全尊重”方法则走向另一极端,仲裁庭对东道国的规制决定不做任何实质性审查。虽然这种绝对尊重的态度可能暂时缓解ISDS合法性危机,但其代价是放弃仲裁庭的监督职能,这不仅违背了ISDS机制设立的初衷,也不符合国际投资法维护投资秩序的基本目标,实属因噎废食。基于合理性原则的中等强度审查虽然在理论上更为平衡,但实践中仲裁庭往往选择性适用不同的审查要素(如东道国是否采取不合理或歧视性的措施、目的正当性、是否存在主观恶意等),也有些裁决仅对措施的出台过程进行表面程序审查。^④整体而论,该方法缺乏统一、明确的分析框架,被诟病为“在很大程度上取决于仲裁员的主观喜好,缺乏透明度和确定性”。^⑤

有鉴于此,本文拟在中等审查强度区间探索更优的审查方法。研究思路受到托依布纳反身法理论的启发,特别是受“监管下的自治”(regulated autonomy)理念所影响。

三 国际投资仲裁审查方法的理论创新:反身法理论的引入

(一) 引入反身法理论进行分析的理由

东道国抵制投资仲裁裁决甚至用退出ICSID公约的方式来回应国际投资仲裁的现象表明,

① 如“Saluka 诉捷克案”仲裁庭在审查捷克的措施是否构成征收时指出,“当前国际法中已建立起了以下规则:当国家正常行使规制权力,为一般福利采取非歧视性的善意规制,国家对外国投资者无义务支付补偿”。See *Saluka Investments B. V. v. The Czech Republic*, Partial Award, UNCITRAL, 17 March 2006, para. 255.

② See William W. Burke-White, Andreas von Staden, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, (2010) 35 *Yale Journal of International Law* 283, p. 283.

③ 在英美法系国家交替使用 Standard、Intensity、Scrutiny、Level、Intensiveness of Review 等概念。See William R. Andersen, “Judicial Review of State Administrative Action: Designing the Statutory Framework”, (1992) 44 *Administrative Law Review* 523, p. 547; 蒋红珍、王茜:《比例原则审查强度的类型化操作——以欧盟法判决为解读文本》,载《政法论坛》2009年第1期。

④ Valentina Vadi, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration* (Edward Elgar Publishing, 2018), p. 250.

⑤ See Jürgen, “On the Evolution and Slow Convergence of International Trade and Investment Law”, in Giorgio Sacerdoti, Pia Acconci, Mara Valenti and Anna de Luca (eds.), *General Interests of Host States in International Investment Law* (Cambridge University Press, 2014) p. 123.

法律的规制遭遇了失败。托依布纳的反身法理论不仅解释了规制失败的原因，更致力于探讨法律如何与社会共同演化走出规制失败的困境。因此，反身法理论为本研究提供了重要的理论支撑。

现代社会中，法律规制的失败主要表现为实质法的危机。实质法、反身法是托依布纳在《现代法中的实质要素和反思要素》一文中提出的概念。^①他指出，现代社会的法律演化可以分为形式法（Formal Law）、实质法（Substantive Law）和反身法（Reflexive Law）3个次第发展的理想类型。其中，实质法强调“有目的的、目标导向性的干预”，聚焦于如何通过监管和标准来达到预设政策目标，这是规制国时代的主流。这种模式下，政治制度设定目标，法律系统则通过规则、原则和标准来达成目标。然而当代社会的复杂程度远远超出干预主义的有效作用范围，法律和行政机构在监管社会事务时“无法纳入足够丰富的社会现实模型”，过度依赖实质法反而导致了“干预主义国家的危机”（crisis of the interventionist state）。

面对实质法的困境，有些学者如布兰肯博格主张寻求法律的“替代方式”，^②托依布纳的思考却始终围绕着“法律应如何与社会共同演化”展开，并最终提出了反身法理论。该理论的核心理念是，现代社会的高度复杂性极大地钳制了法律的支配力，因此，法律在进行规制时应充分考量自身的能力边界。此外，法律的主要作用不再是直接控制社会结果，而应把重点转向创造、塑造、纠正和重新设计社会系统的自我调节机制，增强其自我监管能力。^③反身法之所以能克服实质法困境并实现社会整合，主要依赖它的3个关键特征：自主性、问责性及可调和性。^④

具体而言，第一，自主性是指法律的规制必须不破坏其他社会系统的自主性。第二，问责性旨在通过法律的监督防止被规制的系统陷入自我封闭。不过，反身法拒绝实质的、细密的命令控制式干预手段，代之以程序性的间接干预。托依布纳强调，反身法理论中的“程序化”并不是仅仅依靠程序法，而是注重在法律系统层面运用哈贝马斯意义上的法律商谈和阿列克西意义上的法律论证。^⑤因此，反身法进行的程序性的间接干预并非只是就某一决策是否合乎程序法作出评判，而是由法律提供组织规则和程序，推动被规制对象建立有效的内部控制系统，以实现监管下的自治。第三，可调和性是指法律的功能在于调和不同系统的目的与理性的冲突，使它们能彼此相容。^⑥

托依布纳指出，反身法之所以会成为后现代法律的主要形式，是因为它鼓励在不损害复杂社

① G. Teubnerou, “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, (1983) 17 *Law & Society Review* 2, p. 239.

② See Blankenburg, Erhard, Ekkehard Klaus and Hubert Roitluehner (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht* (Westdeutscher Verlag, 1980) 这一方法的问题在于，在当前的社会条件下，非法律化和非形式主义只能加强而非削弱非对称的权力关系。See Richard L. Abel, “Delegalization: A Critical Review of Its Ideology, Manifestations and Social Consequences”, in E. Blankenburg, E. Klaus and H. Roitluehner (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980).

③ See G. Teubner, “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, (1983) 17 *Law & Society Review* 2.

④ 李俊增：《程序主义与反思（身）法典范之争：从哈贝马斯对韦伯法理论之批判谈起》，载《欧美研究》2012年第1期，第130页。

⑤ 参见王小钢：《托依布纳反身法理论述评》，载《云南大学学报（法学版）》2010年第2期，第109页。

⑥ See G. Teubner, *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law* (Walter de Gruyter, 1987), pp. 33–34.

会中每个子系统自主性的基础上追求集体目标。^① 反身法理论对法律在现代社会中的运作有着深刻的洞察力，自其提出以来在学术界和实务界都产生了一定的影响。特别是在社会高度复杂导致传统的命令控制式规制难以奏效的情况下，反身法提供了一种全新的解决问题的思路。在人权保护、环境规制和可持续发展等领域，有学者纷纷提议通过反身性制度应对规制失灵问题。^② 在实践层面，多个国家或地区已将反身法理念转化为具体的制度，如欧盟早在1995年发起的《生态管理和审计计划》、法国2017年出台的《法国企业警戒责任法》和德国2021年发布的《德国供应链尽责管理法》。这些立法实践都体现了用反身法理论解决老问题的新尝试。学者指出，与传统的命令控制式规制相比，反身性规制被证明是一种有效的规制策略，^③ 各类反身工具最突出的价值是“当其他方法束手无策时，它依然能够取得成效”。^④

笔者认为，将反身法理论引入国际投资仲裁领域，能够为化解ISDS的合法性危机提供新的思路。该理论的价值主要体现在以下两方面：第一，反身法理论深刻揭示了现代社会中实质法面临的困境，为理解ISDS体系合法性危机的根源提供了理论依据。具体来看，当投资仲裁庭适用比例原则审查东道国规制措施时，实际上是运用实质法对东道国进行目标导向的法律干预。无论是必要性分析中的“最小限制方法”，还是狭义比例原则下的价值权衡，本质上都是仲裁庭为实现其预设的国际投资秩序而对东道国进行法律干预。然而，国内规制不仅具有正当的公共利益目标，其形成过程还涉及高度复杂的社会进程和多元价值冲突，国内规制体系的生成逻辑和运作机理远超仲裁员的专业认知范畴，现实中投资仲裁裁决“无法纳入足够丰富的社会现实模型”，导致裁决结果与国内规制体系难以兼容，遭到东道国“以脚投票”的制度性抵制。因此，实质法的规制实效与规制初衷之间产生了严重背离。

第二，反身法理论为解决实质法的困境提供了创新性思路。这对ISDS体系提供了重要的启发。一方面，在审理国内规制引发的投资争端时，仲裁庭需清醒地认识到自身的能力局限。国内规制体系深深植根于东道国的政治社会环境，而仲裁员通常缺乏对当地情况的充分了解，在知识、信息方面存在制度能力短板，使得仲裁庭很难对东道国的公私利益平衡作出恰当判断，即使强行干预也难于达到预定效果。^⑤ 另一方面，仲裁庭应转变审查方法，降低审查强度，从对国内规制结果的实质性审查转向对国内规制过程的建构性引导。仲裁庭对东道国国内规制的监督应从对“决策结果”的监督转向对“决策过程和质量”的监督，着力推动东道国建立完善的国内规

① G. Teubner, “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, (1983) 17 *Law & Society Review* 2, p. 239.

② See Eric W. Orts, “Reflexive Environmental Law”, (1995) 89 *Northwestern University Law Review* 1227, p. 1311; Sanford E. Gaines, “Reflexive Law as a Legal Paradigm for Sustainable Development”, (2002 – 2003) 10 *Buffalo Environmental Law Journal* 1, p. 1; Violet Ross and Lucila de Almeida, “Refining Reflexive Environmental Law by Nature and Nurture: Autonomy, Accountability, and Adjustability”, (2024) 13 (2) *Transnational Environmental Law* 428, pp. 428 – 452; 李相洙：《工商业与人权的反身法路径——基于法韩两国案例的分析》，李勇译，载《人权研究》2022年第1期；谭冰霖：《环境规制的反身法路向》，载《中外法学》2016年第5期。

③ See Maciej Pichlak, “Strategy of Reflexive Regulation: The Concept, Components, and Benefits”, (2022) 1 *Sociology of Law* 1, p. 1.

④ See Neil Gunningham, “Regulatory Reform and Reflexive Regulation: Beyond Command and Control”, in Eric Brousseau, Tom Dedeurwaerdere and Bernd Siebenhüner (eds.), *Reflexive Governance for Global Public Goods* (The MIT Press, 2012).

⑤ 制度能力是一个机构履行职能、解决问题以及设定和实现目标的能力。See Sakiko Fukuda-Parr, Carlos Lopes & Khalid Malik, “Overview: Institutional Innovations for Capacity Development”, in Sakiko Fukuda-Parr, Carlos Lopes & Khalid Malik (eds.), *Capacity for Development: New Solutions to Old Problems* (Earthscan Publications, 2002), p. 8.

制反思系统（包括自省机制、内部控制、纠错程序及制度更新功能），提升其自我规制能力，实现“监管下的自治”状态。基于以上分析，我们有必要在反身法理念指导下为投资仲裁庭构建一套新的审查方法。

近年来，反身法理念在欧洲人权法院司法审查中得到了富有成效的运用，该法院的经验对ISDS体系克服合法性危机具有重要的借鉴价值。具体而言，一是，欧洲人权法院的处境与ISDS仲裁庭相似，两者都是基于国际公约的授权对国内规制措施进行审查，也都曾因采用实质法的干预而遭到缔约方的抵制，进而陷入合法性危机。近年来，合法性危机迫使欧洲人权法院从原有立场后退，其判例呈现出“程序性转向”，^① 法院审查国内规制措施时采取了更为克制的态度。该法院的转型策略对ISDS体系具有直接的参考意义。二是，随着国际投资与人权保护的交叉日益加深，ISDS仲裁庭需要处理的涉及健康权、环境权和土著权利等基本人权议题的案件数量显著增加。在此类案件中，仲裁庭既要关注东道国基于人权保护提出的抗辩，也要审慎评估投资者及法庭之友提出的人权诉求。^② 笔者认为，面对如何平衡人权保护与缔约国政策目标这一复杂问题，欧洲人权法院的经验可以为投资仲裁庭提供极具价值的参考范本。

（二）反身法理念下的司法审查：欧洲经验

欧洲人权法院作为《欧洲人权公约》的监督机构，其司法审查实践经历了重要的转型。该法院早期采用高强度比例分析方法审查缔约国措施，这一做法遭到了很多批评。^③ 这种批评揭示出欧洲人权法院在人权保护方面的制度能力局限。由于人权问题的特殊性，《欧洲人权公约》的有效实施主要依赖缔约国国内力量，国际人权法的实效性需要通过国家权威机关在本国范围内采取立法、执法和司法等多元方式实现。同时，由于欧洲各国在政治制度、法律传统和社会文化等方面存在显著差异，国家权威机关在评估本国实际情况、识别具体需求以及制定应对措施方面，较之欧洲层面的司法机构具有明显优势。上述因素决定了欧洲人权法院既不可能也不应取代国内权威机关直接承担人权保护职责，其功能定位应主要限于“监督功能”这一辅助性角色。^④

在此背景下，《欧洲人权公约》缔约国要求改革欧洲人权法院的呼声越来越高，在2012年召开的布莱顿欧洲人权法院未来的高级别会议（下称布莱顿会议）上通过了《布莱顿宣言》，明确要求欧洲人权法院进行改革，^⑤ 随后制定的第15/16号议定书强调，欧洲人权法院在保护欧洲人权方面只应起到辅助作用，需给缔约国更大的裁量空间。^⑥ 面对这一合法性危机，欧洲人权法院不得不调整司法策略，在判决中展现出明显的司法克制。晚近司法实践表明，自布莱顿会议以来，欧洲人权法院正在系统性地调整审查方法，^⑦ 在裁量余地原则基础上重新界定自身与国家当

① See Oddny Mjoll Arnardottir, “Organised Retreat? The Move from ‘Substantive’ to ‘Procedural’ Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation”, (2015) 4 *European Society of International Law Conference Paper Series* 1, pp. 1–5.

② 参见边永民：《国际投资仲裁机构对涉及人权问题的投资纠纷的审理》，载《政法论丛》2020年第2期。

③ See Oddny Mjoll Arnardottir, “Organised Retreat? The Move from ‘Substantive’ to ‘Procedural’ Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation”, (2015) 4 *European Society of International Law Conference Paper Series* 1, pp. 4–5.

④ Manfred Nowak, *U. N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary* (N. P. Engel Publisher, 1993), p. XXII.

⑤ *Brighton Declaration*, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, http://Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration ENG. pdf (last visited 20 June 2025).

⑥ Protocol No. 15 of 2013, CETS No. 213; Protocol No. 16 of 2013, CETS No. 214.

⑦ See Oddny Mjoll Arnardottir, “Organised Retreat? The Move from ‘Substantive’ to ‘Procedural’ Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation”, (2015) 4 *European Society of International Law Conference Paper Series* 1, pp. 4–5.

局之间的关系,^① 并对缔约国体现出尊重。这种尊重既可以解读为欧洲人权法院对国家主权的必要让步,也可以理解为该法院自我保护策略的制度化体现。

基于本文的研究目的,笔者特别关注欧洲人权法院在实践中如何处理如下关键问题:从高强度的实质性审查立场后退后,什么样的审查方法能够确保其仍能对缔约国措施进行有效监督。本文选取了两个典型案例展开深入考察,这两个案例分别涉及对国家立法和国内法院判决的审查,集中体现了欧洲人权法院在平衡司法监督与尊重国家主权方面的创新实践。

“*Animal Defenders International v. The United Kingdom* 案”(下称“*Animal Defenders* 案”)涉及对《欧洲人权公约》缔约国国内立法的审查。^② 该案原告试图在英国电视台播放广告被拒,理由是其广告内容“完全或主要是政治性的”。原告提起诉讼,称2003年《英国通讯法》禁止电视台播放政治广告的规定违反了《欧洲人权公约》第10条关于言论自由权的保障。此案的核心争议在于,英国禁止政治广告的立法是否属于“民主社会所必需的措施”。欧洲人权法院的以下判决要点值得留意。第一,法院明确为《欧洲人权公约》缔约国留出裁量余地。法院认为,国家立法和司法机关与本国社会和需求有着直接而持续的联系,在涉及具体国家的复杂评估时,必须给国家一定的裁量权,这种评估对于本案中有争议的立法选择至关重要。^③ 第二,为国家当局留出裁量余地并不等于法院不再进行监督。判决强调,裁量余地并非意味着国家机关在所有领域都拥有宽泛的、不受限制的自由判断和裁量权,法院需要考虑案件整体情况,以确定争议措施是否“与所追求的合法目标相称”,以及国家当局为证明其正当性而提出的理由是否“相关和充分”。^④ 第三,欧洲人权法院放弃了传统的比例分析裁决模式,实现了审查方法的实质性转变。法院的审查聚焦于国家的决策过程而非决策结果,其判断标准是英国在国内立法决策过程中是否贯彻了《欧洲人权公约》第10条原则及欧洲人权法院相关的判决精神。基于对英国国内决策过程的审查,^⑤ 法院发现英国“在立法前的所有阶段都详细评估了欧洲人权法院相关判决的影响;英国高等法院和上议院都对该禁令的合比例性进行了充分辩论,分析了《欧洲人权公约》的相关判例和原则、讨论了相关判决与本案的关系,并谨慎地将相关判例运用于英国法的禁令”。基于以上审查结果,欧洲人权法院最终认可了英国立法的合法性。^⑥

在“*Von Hannover v. Germany II* 案”中,欧洲人权法院的审查对象是缔约国国内法院的判决。德国法院审理了一起言论自由与隐私权冲突的案件,原告对判决结果不满而起诉至欧洲人权法院。此案发生时,《布莱顿宣言》刚获通过,欧洲人权法院大法庭通过一致判决,^⑦ 确立了在裁

① 裁量余地原则(Margin of Appreciation Doctrine)也称判断余地原则。在国际法层面,它是指在特定的国际法律关系中,基于尊重国家主权、各国国情差异以及国际合作等考虑,允许国家在履行国际义务、处理相关国际事务时,在一定范围内享有自主决策和自由裁量的空间。

② See *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, App No. 48876/08, European Court of Human Rights, 22 April 2013.

③ See *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, App No. 48876/08, European Court of Human Rights, 22 April 2013, para. 111.

④ See *Stoll v. Switzerland*, GC, 69698/01, App. No. 69698/01, European Court of Human Rights, 11 December 2011, para. 101.

⑤ See *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, App No. 48876/08, European Court of Human Rights, 22 April 2013, para. 113.

⑥ See *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, App No. 48876/08, European Court of Human Rights, 22 April 2013, para. 125.

⑦ 欧洲人权法院共分为5个庭,同时还有由17个法官组成的大法庭,其成员包含了院长、副院长和其他轮流选出的法官。

量余地原则下处理与国家法院关系的新方法。^① 法院在该案中阐明了如下重要原则。第一，选择何种手段确保国家行为符合《欧洲人权公约》第8条，这一问题在原则上属于国家的裁量余地范围。^② 第二，国家的裁量余地不能离开欧洲层面的监督。不过欧洲人权法院也特别强调，其在行使监督职能时并非要取代国家法院，^③ 只要国内法院按照欧洲人权法院判例确立的标准进行了权利的权衡，那么除非存在非常强有力的理由，否则欧洲人权法院不会轻易以自己的观点推翻国内法院的裁判结论。^④ 具体到本案，欧洲人权法院认定，其先前判例已就言论自由与隐私权的平衡确立了五项明确的标准，德国法院在审理过程中确实遵循了这些标准，^⑤ 判决结果也建立在这一基础之上。鉴于缔约国在平衡这些竞争利益时享有裁量余地，欧洲人权法院最终认可了德国法院的判决，认为其并未违反《欧洲人权公约》。

从上述两案判决可以看出欧洲人权法院审查方法的重大转变，其关注焦点已经从国家行为的具体结果转向决策过程和决策质量。这种从实质性审查到过程性审查的转变，诠释了反身法理论的核心要义：法律不对行为进行实质性的干预，而是要成为未来行动的组织 and 程序保障。我们可以将欧洲人权法院的这种审查方法称为“负责任的国内机构”导向的过程性审查法。它充分体现了反身法理论实现社会整合的3个核心特征面向即自主性、问责性及可调和性。具体而言，第一，通过裁量余地原则，法院为《欧洲人权公约》缔约国保留了充分的自主决策空间，使法律的规制不至于破坏缔约国规制的自主性。第二，法院仍对缔约国进行问责，但转变了问责方式，将审查重点放在缔约国决策过程而非具体结果上，着重考察缔约国是否依据《欧洲人权公约》和既有判例进行审慎决策。这种问责方式既保证了法院的监督职能，又避免了对国内政治社会中敏感价值判断的直接干预。对于符合“负责任的国内机构”标准的国内决策，欧洲人权法院会认可其决策结果，否则就会缩小国家的裁量余地，进行更严格的审查。第三，法院通过“负责任的国内机构”标准与缔约国进行沟通，引导后者将欧洲人权法院的判决精神加以内化，进而调和缔约国自主决策与欧洲层面的监督。

综上，欧洲人权法院的审查方法既能为国家留出人权问题的裁量空间，又能保持对其监督，有助于实现“监管下的自治”状态。这一方法对深陷合法性危机的ISDS体系具有重要的借鉴价值。在总结相关司法经验的基础上，本文对ISDS审查强度与审查方法进行细分，并增加了裁量余地基础上的过程性审查方法，如表1所示。

① Janneke Gerards, “Procedural Review by the ECtHR: A Typology”, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* (Cambridge University Press, 2017), pp. 127 – 160.

② See *Von Hannover (No. 2) v Germany*, App. No. 40660/08 and 60641/08, European Court of Human Rights, 7 February 2012, para. 104.

③ See *Von Hannover (No. 2) v Germany*, App. No. 40660/08 and 60641/08, European Court of Human Rights, 7 February 2012, para. 105.

④ See *Von Hannover (No. 2) v Germany*, App. No. 40660/08 and 60641/08, European Court of Human Rights, 7 February 2012, para. 107.

⑤ See *Von Hannover (No. 2) v Germany*, App. No. 40660/08 and 60641/08, European Court of Human Rights, 7 February 2012, paras. 108 – 113. 这5项标准是：第一，这些照片或文章对公共议题有贡献；第二，考虑当事人的知名度以及报告的主题，这里需要区分公开场合下的“私人”与“政治人物或公众人物”，在前一种情况下，媒体提供私人生活信息只是满足公众好奇心，后一种情况下，媒体发挥着民主社会守门人的作用，为公众提供信息；第三，考虑相关人员以前的行为；第四，出版物的内容、形式和后果；第五，照片拍摄的环境。

表 1 ISDS 仲裁庭审查强度与审查方法

分类		低审查强度	中等审查强度		高审查强度
审查方法	分析工具	尊重原则 (尊重国内机构任何决策)	合理性原则 (禁止明显不公正或专断)	裁量余地原则 (监管下的自治)	比例原则 (目标合法性、适当性、狭义比例、必要性)
	审查性质	基本不作出审查	程序性审查等① (审查东道国行为是否存在程序严重不规范、恶意、专断的情形,或是否缺乏合法公共政策目标)	过程性审查 (仲裁庭通过“负责任国内机构”标准对国内机构的决策过程和质量作出判断,但自身不就实质问题作结论)	实质性审查 (仲裁庭按照比例原则要素对实质性问题展开审查,并可能用自己的结论否定国家的规制决策)

四 国际投资仲裁审查方法的创新方案

(一) 对国内规制的中等审查强度

就审查强度而言,投资仲裁庭应采用中等审查强度,以裁量余地原则为基础,对东道国规制措施给予适度尊重,而不应一味坚持高强度的“重新审查”或简单走向“完全尊重”的极端。在现实中,国际投资协定通常并未明确规定投资仲裁庭应采取的审查强度,因此,是否要给予东道国尊重似乎源于投资仲裁庭确定自己的程序和管辖权的固有权力。^② 尊重程度与审查强度呈现负相关关系,本质上二者都涉及决策权在国际裁判机构与国家之间的分配。问题是在裁量余地原则下,应在何时、何事给予东道国尊重呢?对于这一敏感问题的回答,理论上有 3 类考量因素:法律规范的指引(规范论)、机构的相对制度能力(功能论)以及法律所保护权利的性质(权利位阶论)。^③ 笔者认为,投资仲裁庭主要应依据规范论和功能论作出是否尊重东道国的决定。^④

具体而言,第一,根据规范论的主张,投资仲裁庭应首先根据投资协定的具体规定来确定审查强度。条约的规定是投资仲裁庭行使审查权的正当性基础,仲裁庭在决定是否“承认国内行为主体的更高权威”时,必须首先遵守投资协定的明文规定。这方面典型的例子是投资协定的基本安全例外条款,当其中规定“本协议不得阻止缔约方采取其认为保护基本安全利益所必需的措施”时,“其认为必要”的表述就明确为东道国保留了相关问题的决策权。类似地,当投资协定规定“缔约方有权为公共利益目的进行规制并在实施此类规制时行使裁量权”时,也提示

① 在实践中,基于合理性原则的审查缺乏统一的标准,其包括但不限于程序性审查,有时也会涉及实质性审查,合理性原则与程序性审查并非严格对应。

② See Y. Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, (2005) 16 *European Journal of International Law* 907, pp. 913 – 917.

③ 参见何永红:《德国法规审查标准之类型化——基于学说与实务视角的法理分析》,载《时代法学》2008 年第 6 期; Esmé Shirlow, *Judging at the Interface: Deference to State Decision-Making Authority in International Adjudication* (Cambridge University Press, 2021), p. 17。

④ 权利位阶论主张,基本权利价值有高低之别,存在某种位阶秩序。一项权利“与宪法价值体系核心价值的人的尊严”关系越近,其重要性就越强,因此对影响此类权利的措施应适用更高的审查强度。由于国际投资仲裁领域所保护的权利聚焦于投资者的经济权利,与之权衡的多是人的健康等权利,因此不是本文讨论重点。

仲裁庭在此应给予东道国更大的决策空间。在上述条款的情况下，如果仲裁庭完全无视条约规定，坚持采用高强度审查方法否定东道国措施，就很容易引发严重的冲突。

第二，功能论主张依据“功能最适”原理在不同机构间分配决策权。当投资协定本身未就仲裁庭与国家的决策权分配给予明确指引时，仲裁庭可以结合功能论来决定是否为东道国留出裁量余地。实践中，许多投资协定条款都具有开放性和内在不确定性特征。如有些条款含有“必要性”“相称性”“过度”“善意”“合理”等措辞的标准型规范，有条款明示或默示赋予国家酌处权的裁量权规范，更有条款只规定最终目标而允许国家自主选择执行手段的结果导向规范。这些规范都具有相当的弹性空间，为国家自主决策提供了合法性基础。^① 在这种情况下，投资仲裁庭就可以从“功能最适”角度出发，结合相对制度能力、民主问责等因素，给予东道国更大程度的尊重。公共利益决策一般涉及复杂政治过程和价值权衡，仲裁员在这类问题的专业性、知识储备、对政治社区的了解等方面都弱于东道国国内决策者。此外，当案件涉及技术性、专门性和紧急性的行政事务，或需要搜集和评估复杂信息（包括与风险或损害有关）才能决策时，^② 仲裁员也存在能力短板。这些案件中，投资仲裁庭应为东道国留出更多的决策空间。

基于规范论和功能论的观点，投资仲裁庭可以构建一套针对东道国的国内规制措施的合法推定机制，以表达对国家的尊重。这一机制在审查国内立法时尤为重要，仲裁庭应“尊重立法机关对‘公共利益’的判断，除非这种判断显然缺乏合理依据”。^③ 毕竟，国家当局对其社会状况和需求有着直接而深入的了解，比国际裁判者更有资格决定该社会需要追求何种目标。^④ 这一推定是可以被反驳的，假如国家当局对公共利益的界定明显缺乏合理基础，那么合法推定就不成立，此时仲裁庭可以自行展开更深入的评估，^⑤ 对是否存在公共利益以及该利益的性质进行更彻底的审查。

（二）对国内规制的过程性审查理念

仲裁庭在尊重东道国的同时仍需履行自身的监督职能。基于反身法构建的审查方法，投资仲裁庭可考虑从比例原则的实质性审查转向过程性审查，聚焦东道国国内规制决策过程及决策质量，通过间接干预的方式推动国内规制体系的自我完善。投资仲裁庭审查的目的并非评判东道国是否采取了最佳政策，而是要推动东道国认可并使用国际投资协定和仲裁实践确立的标准。^⑥ 为此，仲裁庭应结合国际投资协定的规定及既有裁决，系统梳理出适用于国内规制类争端的判断标准，引导东道国国内规制机构成为“负责任的国内机构”。

具体说来，这一判断标准应包含以下关键因素。第一，规制决策是否建立在科学理性的规制影响评估基础上。对此，可借鉴《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》等新一代区域经贸协定中的良好规制实践。东道国在规制决策过程中应对规制提案的必要性进行评估，陈述问题的性质

① Y. Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, (2005) 16 *European Journal of International Law* 907, pp. 913–917.

② See Joshua Paine, “Standard of Review (Investment Arbitration)”, (2018) 1 *Max Planck Institute Luxembourg Research Paper Series* 1, pp. 1–5.

③ See *MGN Limited v. The United Kingdom*, App. No. 39401/04, European Court of Human Rights, 18 April 2011, para. 199.

④ See *Hutten-Czapska v. Poland*, App. No. 35014/97, European Court of Human Rights, 19 June 2006, para. 165.

⑤ See *Intersplav v. Ukraine*, App. No. 803/02, European Court of Human Rights, 9 January 2007, para. 38.

⑥ David L. Markell & John H. Knox, *Greening NAFTA: The North American Commission for Environmental Cooperation* (Stanford University Press, 2003), p. 5.

和重要性；审查是否存在可行的替代性方案，并进行成本效益分析；对作出选择的可替代性方案如何有效实现政策目标提供依据；此外，规制应基于特定规制机构的职权、授权和资源范围内可合理获得的信息作出，包括相关科学、技术、经济或其他信息。第二，是否平等对待外国投资者。第三，决策过程是否经过民主审议。第四，决策过程是否具有透明度。第五，规制过程中是否为外国投资者提供了平等参与和表达意见的机会。投资仲裁庭可依据这些标准来分析东道国国内机构的决策过程，如果发现国内机构已认真考虑并适用了上述标准，就认定其国内规制符合国际投资协定的要求，从而尊重其在裁量余地范围内所作决策结果，而不再自行进行比例分析。否则，仲裁庭就应缩小裁量余地进行更严格的审查。

通过上述审查方法，投资仲裁庭一方面可以在公共利益这类敏感问题上为东道国保留决策空间，另一方面通过程序性监督促进了东道国规制质量的提升，最终达成“监管下的自治”这一理想状态。审查强度与审查方法在此起到调和作用，有助于实现规制方法的协调而非激化冲突。通过这种方式，仲裁庭与东道国建立起沟通机制，促使其国内机构成为真正负责任的权威机关。这种制度设计将真实世界中规制问题的复杂性充分纳入法律决策考量，既尊重了国家主权，又维护了国际投资法治的基本底线，有助于发展出卢曼所说的“可以充分应对社会复杂性的法”。

五 结语：国际投资仲裁审查方法创新的中国因应

一旦国际裁判机构被置于治理私人和公共事务的结构，就必然面临其与其他决策机构之间的管辖权和决策权边界划分问题。^① 为应对国际投资仲裁的合法性危机，ISDS体系必须展现出更强的开放性，深刻认识到国内规制的本质是为了维护公共利益而对私人财产权施加必要限制，这些措施深嵌在国内政治社会土壤之中，既具有一定的合理性，又体现出鲜明的本土特色和路径依赖。在面对这些涉及根本价值判断的问题时，东道国国内机构相比国际投资仲裁员具有更显著的制度能力优势。因此，仲裁庭在审查东道国国内立法等规制措施时，应审慎地评估自身的制度能力，保持必要的谦抑。仲裁庭的“命令—控制”式的传统监管逻辑应让位于更具建设性的“对话”模式，通过构建东道国国内规制体系的自我反思机制，实现国际法治与国内治理的良性互动。

面向未来，中国可以推动国际投资法理论和实务界更多关注国际投资仲裁机制对国内规制公共利益属性的“选择性失明”问题，促使仲裁庭充分考量东道国的公共政策目标、社会文化背景等多元因素，给予东道国必要的尊重，避免对主权国家的核心规制权造成不当干预。这种反思不是对投资者保护的削弱，而是对国际投资治理体系健康发展的必要调适。与此同时，应当着力发展反思型法治，^② 充分激发国内规制体系的自我完善潜能。通过构建“负责任的国内机构”标准下的过程性审查，推动东道国内化国际投资法的精神。毫无疑问，通过反身法对国际投资仲裁审查方法进行修订，将带来双重制度效应。一方面，国内规制自主决策空间将获得投资仲裁庭更

① William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, (2010) 35 *Yale Journal of International Law* 283, p. 285.

② “反思型法治”重视激发法律规制对象的自我调控（自省、自控、自我纠错及自我更新功能等）的潜力，将重心放在为诸社会系统自主开展冲突协调提供组织和程序保障，以及消除社会自治的负外部性问题上。参见毕莹、何剑波：《迈向多元：系统论法学作为国际法的方法》，载《国际经济法学刊》2024年第3期；陆宇峰：《论高度复杂社会的反思型法》，载《华东政法大学学报》2021年第6期。

大程度的司法尊重。另一方面，这种尊重并非无条件的司法谦抑，而是建立在对规制决策质量的要求之上。在实践中，为切实履行国际投资条约的义务，中国应不断完善国内规制决策机制，将目标合法性、程序正当性、手段适度性内化为规制决策的核心准则。在制定规制措施时，要确保其所追求的规制目标符合国际公认标准。同时，要建立包含专家论证、公众参与和影响评估的规范化决策流程，进一步完善规制影响评估机制，在立法、司法和行政决策过程中，采用多学科分析方法权衡公共利益与投资者权益，对替代方案的可行性进行系统比较，最终形成具有说服力的必要性论证报告。这种制度化的国内决策的优化不仅能够满足国际审查标准，更能提升我国投资规制体系的现代化治理能力。

Overcoming ISDS Legitimacy Crisis:

Developing the Review Method Based on Theory of Reflexive Law

Chen Ruohong

Abstract: In recent years, investor-state dispute settlement (ISDS) system is facing a crisis of legitimacy. One of the reasons for the crisis is, by applying high-intensity review methods, some investment arbitration tribunals vetoed domestic regulatory measures of the host state, making it difficult for the latter to protect public interests. Some host states boycott or even withdraw from the ISDS system, which means that ISDS legal regulation become irrelevant to domestic regulation. In view of the failure of legal regulation, the theory of reflexive law explains the function limitation of law in a complex society and puts forward countermeasures. Based on the theory of reflexive law, this paper discusses how the arbitral tribunal may adjust its review method in order to overcome the legitimacy crisis of ISDS: firstly, when reviewing domestic regulatory measures, the arbitral tribunal should adopt margin of appreciation and pay due deference to the host state; secondly, the arbitral tribunal may consider reconstructing its review method, shift from the traditional substantive review to procedural review, focusing on the “decision-making process and quality” rather than the “decision-making result” of the host state. The arbitration tribunal should establish the criteria for judging the process and quality of domestic regulation, taking into account regulatory impact analysis, transparency and democracy, etc. Regulatory decisions made by state who meet the criteria should be recognized as conforming, otherwise, the arbitration tribunal should reduce the margin of appreciation and carry out more rigorous review. This review method can both “reserve public policy space for the host state” and “carry out meaningful review of domestic regulatory measures”, thus guide the host state to internalize the principles of international investment law. Domestic regulatory organs are expected to become a responsible regulatory decision-maker, and realize “autonomy under supervision”.

Keywords: Investment Arbitration, Domestic Regulation, Regulated Autonomy, Review Method, Reflexive Law

(责任编辑：孙南翔)