

## 国际投资仲裁中滥诉防范机制的构建

●徐树\*

**【内容摘要】**在理论上,投资仲裁庭有权、有义务防止投资者滥诉,但在实践中,仲裁庭往往不愿意以投资者滥诉为由否定其管辖权或驳回仲裁诉请。此际,有了构建甄别及过滤滥诉的条约机制之必要,用以约束仲裁庭的恣意判断,以此减轻东道国的诉累。通过限制投资、投资者、投资争端的范围及强化仲裁前置条件,可明确滥诉与正当诉请之界限,而设置快速驳回程序、仲裁费用转移、缔约国共同决策等机制,则可为过滤滥诉预留空间。与此同时,还应该合理平衡诉权的实现与滥用,防止在认定和制裁滥诉上的不当扩大。

**【关键词】**国际投资仲裁 滥诉 过滤机制 诉权保护

国际投资仲裁是执行国际投资条约承诺的“牙齿”。<sup>[1]</sup>如东道国未能遵守其投资条约之承诺,外国投资者可援引条约对东道国提起投资仲裁。然而,滥诉现象的产生和扩散引发了国际社会对投资仲裁机制的担忧和不信任,如何预防和制裁对投资仲裁程序的滥用是近年来投资条约谈判、投资仲裁机制改革的争点所在。在此,本文通过分析投资仲裁滥诉的产生背景及实践困境,从规则防控、程序规制角度研究限制滥诉、约束仲裁庭的实现路径,探讨如何构建体系化的滥诉审查及过滤机制。

### 一、国际投资中投资者滥诉现象的蔓延

滥诉在某种程度上是权利司法化、诉讼去门槛化的负面产物。在国际投资法领域,随着国家不断放开对投资仲裁的限制,投资者滥用投资仲裁程序的现象开始迅速蔓延,并有愈演愈烈之势。对投资者而言,滥诉是有利可图的,即便最终败诉,其仍可能因仲裁程序对东道国的威慑效果而获益。<sup>[2]</sup>

投资仲裁属合意性争端解决机制,不以投资者与东道国之间合同关系为前提。实践中,东道国缔结的投资条约被解释为东道国对仲裁的持续要约,而投资者启动仲裁程序被视为对东道国要约的承诺。正因为如此,诉诸投资仲裁被认为是投资条约为投资者创设的专属权利。<sup>[3]</sup>投资者可随时启动仲裁程序,而东道国只能被动应诉。投资仲裁机制在诉权分配上的不对称性,为投资者滥用仲裁程序

\* 作者单位:华南理工大学法学院。本文系国家社科基金重点项目“国际经济秩序的中国立场研究”(13AFX029)及广州市哲学社会科学“十三五”规划课题“负面清单管理模式下外资准入争议的可诉性研究”(2016GZGJ44)的阶段性成果。

[1] 截至2015年年底,全球现存的国际投资条约数量达到3304项,主要表现为双边投资条约(以下简称BIT)以及包含投资章节的自由贸易协定(以下简称FTA)。See UNCTAD, World Investment Report 2016, United Nations Publication, 2016, p. 101.

[2] See Krzysztof Pelek, Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation?, <http://ssrn.com>, last visit on 30 December 2016.

[3] See Zachary Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009, pp. 32-38.

提供了机会和可能。

由于滥诉的认定必须以个案事实为基础,因此难以抽象出或详尽列举滥诉的类型及范围。尽管如此,仍可透过滥诉的表征进行法理诠释。一般认为,如果当事方违背诉权行使的必要性与正当性利用诉讼程序,或者为了非法的目的利用诉讼程序,那么其行为即构成滥诉,并应承担相应的不利法律后果。

实践中,投资者往往运用“挑选条约”策略,通过在第三国(地区)设立中间公司,以寻求第三国(地区)投资条约及其仲裁机制的保护。<sup>[4]</sup>例如,在 *Morris v. Australia* 案中,莫里斯国际公司(美国籍)在获知澳大利亚将采取烟草平装立法措施后,决定重组投资,由注册地在中国香港的莫里斯亚洲集团公司收购注册地在澳大利亚的莫里斯澳大利亚公司。莫里斯亚洲集团公司随后对澳大利亚发起投资仲裁程序,要求仲裁庭裁定澳大利亚放弃实施烟草平装立法并赔偿其投资损失。<sup>[5]</sup>之所以由香港子公司而非美国籍母公司诉诸仲裁,是因为美国与澳大利亚的 FTA 中并未授权投资者就投资争端提起仲裁请求,而中国香港与澳大利亚的 BIT 则包含有投资仲裁条款。<sup>[6]</sup>可见,重组投资结构的主要目的在于通过莫里斯亚洲集团公司获得中国香港与澳大利亚 BIT 的保护,而非基于税收等商业因素的考虑。“挑选法院”是投资者常用的操作性诉讼技巧,他们通过变换诉讼主体、制造投资争议、包装法律依据等技术手段能够轻易地规避仲裁前置条件,在当地救济与国际仲裁之间、不同国际仲裁平台之间随意切换,不但加重了被诉东道国的应诉负担,而且对东道国施加了更大的压力。例如,根据部分投资条约中的“岔路口条款”,投资者诉诸当地救济,即自动排除了寻求国际仲裁的权利。然而,投资者的程序滥用行为使得该条款形同虚设。在当地诉讼中,投资者通常将案件包装为合同或国内法争议,由当地公司提出诉求;而在投资仲裁中,投资者则将案件包装为投资条约下的投资争议,由实际控制人或中间公司主张条约诉求。此外,第三方资助(third-party funding)对投资仲裁程序的渗透,则进一步激发了投资者的滥诉行为。一般情况下,投资者会从管辖权基础、胜诉概率、仲裁费用、索赔数额、机会成本等方面评估诉诸仲裁的利弊,但在第三方资助的安排下,仲裁成本和败诉风险转嫁至第三方,即使败诉也不会限制投资者寻求其他救济的权利。如今我们可在越来越多的投资仲裁案件中看到第三方资助者的身影,<sup>[7]</sup>这将进一步激发投资者的仲裁投机行为,任何琐碎的投资争端都可能成为投资者诉诸仲裁的“赌注”。

滥诉行为不仅无端加重了被诉主体的应诉负担,而且损害了司法程序的公正性与公信力,是故,不少国内法律体系对此设置了各具特色的预防和制裁滥诉的制度安排,在保障诉权行使的同时有效地限制诉权的滥用。<sup>[8]</sup>相形之下,现有的国际投资仲裁机制尚缺乏对滥诉的有效规制。

投资者的滥诉行为超出了国际投资仲裁机制设置的本来目的。借助于投资仲裁机制,投资者可

[4] 中间公司也被称为平台公司、控股公司、特殊目的公司、空壳公司、邮包公司或导管公司等。

[5] See *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration*, 21 November 2011.

[6] 参见黄世席:《国际投资仲裁中的挑选条约问题》,《法学》2014年第1期。中国香港与澳大利亚 BIT 第 10 条为投资仲裁条款,其规定:缔约一方的投资者与缔约另一方之间有关前者在后者地区内投资的争端如未能解决,可在提出要求的书面通知 3 个月后,按照争议双方同意的程序解决。如在该 3 个月内没有就此种程序达成协议,争议双方有义务依照当时有效的联合国国际贸易法委员会仲裁规则将争端提交仲裁。

[7] 参见徐树:《国际投资仲裁的第三方出资及其规制》,载北京仲裁委员会编:《北京仲裁》第 84 辑,中国法制出版社 2013 年版,第 39~50 页。

[8] 参见陈桂明、刘萍:《民事诉讼中的程序滥用及其法律规制》,《法学》2007 年第 10 期。

以人为地制造和包装投资争议,将东道国拖入投资仲裁程序,挑战东道国立法,寻求巨额赔偿。<sup>[9]</sup>进而对东道国的行为决策产生“寒蝉效应”<sup>[10]</sup>,不当地侵蚀东道国的政策空间,如东道国政府因投资仲裁的被诉及败诉风险而减少或放弃对投资的正当管制,减弱或降低对公共环境、卫生、安全等非投资利益的保护标准等。由此,投资仲裁异化成了投资者谋取私利、挑战东道国规制主权的法律工具。

## 二、国际投资仲裁庭无力遏制投资者滥诉的原因

一般而言,法院或法庭具有筛选和排除滥诉行为的“过滤器”作用。在国内法律制度下,法院作为正当程序的责任主体,可基于立法明文授权或固有司法权能对滥诉行为进行认定和制裁。同样地,国际法院或法庭也有权判断和制止滥用国际争端解决程序的行为,这被认为是国际法院或法庭的固有权力。<sup>[11]</sup>投资仲裁庭作为仲裁程序的掌控者,理应有权力和义务防止滥用仲裁程序的行为,以保障仲裁程序的公平正义。但在仲裁实践中,投资仲裁庭极少以投资者滥诉为由否定仲裁管辖权或驳回仲裁诉请,原因何在,颇值研究。

### (一) 投资仲裁庭的司法扩张倾向

理论上,投资仲裁庭应当忠实于授权性文件(即国际投资条约),其裁决不能增加或减损投资条约所规定的权利和义务。对于缺乏管辖权基础或者无任何条约依据的仲裁诉请,仲裁庭应当予以驳回。然而,投资仲裁庭具有扩张自身管辖权、强化投资条约义务的司法扩张偏好。多数仲裁庭认为,投资者“挑选条约”“挑选法院”的行为不构成拒绝管辖或驳回仲裁诉请的理由。

仲裁庭对投资者滥诉行为的宽容立场源自其形式化的条约解释逻辑,而在该逻辑背后,则隐含了仲裁庭通过条约解释最大限度地扩张其仲裁管辖权和实体审查权的司法化偏好。<sup>[12]</sup>在考察具体案件的仲裁管辖权时,仲裁庭的首要考量因素是可适用投资条约的文本,然而多数投资条约对于“投资”“投资者”“投资争端”以及仲裁前置条件等未作出清晰界定。在此情况下,多数仲裁庭认为只要申请人对东道国进行了任何形式的资产投入,由此引发的任何争端均可提交投资仲裁。即使投资条约限制了管辖范围或附加了前置条件,投资者仍可通过投资转移、国籍筹划或援引最惠国待遇条款等方法予以规避。在形式化的文本解释之外,仲裁庭还经常以目的解释作为其支撑论据,认为投资条约并未明确禁止“挑选条约”“挑选法院”等行为,如若以此为由否定申请人的仲裁请求权,将与投资条约的投资保护目的相违背。<sup>[13]</sup>

[9] 投资者主张的赔偿数额动辄上百万美元。例如,在 Yukos v. Russia 案、Hulley v. Russia 案、Veteran v. Russia 案中,仲裁庭裁定的赔偿总额高达 500 亿美元。在巨额索赔之外,投资者还试图挑战东道国有关公共政策的立法。例如,在 Morris v. Australia 案中,烟草商挑战的就是澳大利亚烟草平装立法的合法性。

[10] 寒蝉效应(chilling effect)也被称为监管寒流(regulatory chill)。关于投资仲裁寒蝉效应的讨论,See Gus Van Harten and Dayna Nadine Scott, *Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada*, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 7, 2016, pp. 92-116.

[11] 参见[英]切斯特·布朗:《国际裁决的共同法》,韩秀丽等译,法律出版社 2015 年版,第 348 页。

[12] 关于投资仲裁庭权力扩张倾向的论述,参见余劲松:《国际投资仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,《中国法学》2011 年第 2 期;刘笋:《国际法的人本化趋势与国际投资法的革新》,《法学研究》2011 年第 4 期;陈辉萍:《ICSID 仲裁庭扩大管辖权之实践剖析——兼评“谢业深案”》,载陈安主编:《国际经济法学刊》第 17 卷第 3 期,北京大学出版社 2010 年版,第 78~105 页。

[13] See Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 31; Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, paras. 330-332; Saluka v. Czech, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, paras. 229-241; Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. Russia Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 414-417.

投资者频繁诉诸仲裁与仲裁庭权力扩张互为因果、相互作用。由于投资者掌握着诉权,这会激励仲裁庭更多地考虑投资者意愿,以调动投资者诉诸仲裁的积极性。投资者发起仲裁程序,为仲裁庭扩张管辖权、执行投资条约提供了机会,而仲裁庭对投资条约的扩张解释又进一步增强了其对投资者的吸引力,激励投资者提起更多的仲裁,由此形成了“扩张解释→更多案源→再扩张解释”的循环,从而导致向投资者利益的不断倾斜。在此过程中,尽管也有少数仲裁庭坚持限制性解释立场,但仍难以动摇多数仲裁庭司法扩张的总体趋势。

## (二) 善意原则、禁止滥用程序原则的适用困境

尽管被诉东道国常常援引善意原则质疑投资者的滥诉行为,但因该原则缺乏条约文本依据,仲裁庭对是否以及如何适用该原则具有裁量权。善意原则作为国际法的一项基本原则,贯穿适用于各类国际法律关系。<sup>[14]</sup>在程序法律关系中,善意原则要求当事方不得滥用争端解决程序。<sup>[15]</sup>然而,在投资仲裁实践中,善意原则和禁止滥用程序原则并非对抗滥诉请求的有效法律工具,多数仲裁庭不愿意接受被诉东道国有关善意原则和禁止滥用程序原则的抗辩主张。

在“Rompetro案”中,罗马尼亚抗辩称申请人诉诸仲裁的行为构成滥用程序,但仲裁庭认为对滥用程序的认定必须慎之又慎,“除非可在公约本身、谈判历史或者判例法中找到积极的权威性支撑”,否则仲裁庭不会在管辖权阶段以滥用程序为由驳回仲裁请求。<sup>[16]</sup>在“Saluka案”中,捷克政府主张,该案申请人Saluka是英国公司为达投资仲裁诉权的目的而在荷兰设立的空壳公司,该空壳公司无权援引荷兰与捷克BIT对捷克提起投资仲裁,否则将导致对投资条约的挑选和对仲裁程序的滥用。<sup>[17]</sup>但仲裁庭认为,捷克未能证明申请人存在恶意行为,其异议主张不影响仲裁庭的管辖权。<sup>[18]</sup>在“Abaclat案”中,6万多名意大利债权人对阿根廷提起了集体仲裁请求,“阿根廷专责小组(TFA)”作为案外人代表所有申请人提起和推动仲裁程序。阿根廷主张,申请人非法获得主权债券、TFA非法主导仲裁程序不符合善意原则和禁止滥用权利原则。但仲裁庭则认为,申请人的主权债券是否非法、能否获得条约保护应在实质阶段予以审查,而TFA的行为尽管“在道德上可受谴责”,但并不构成驳回仲裁申请的理由。<sup>[19]</sup>

只有当投资者通过投资转移、国籍筹划等手段将既有的投资争端包装为可提交仲裁的新争端时,仲裁庭才会例外地认定其构成对善意原则的违反和对仲裁程序的滥用。<sup>[20]</sup>在“Phoenix案”中,仲裁庭指出,申请人是在投资争端发生后为转移投资而设立的空壳公司,其唯一目的在于将已有的争端提交ICSID仲裁。因此,申请人收购捷克公司并非“善意的”交易,而仅仅是为了将已有的国内争端转

[14] See Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1993, pp. 356-357.

[15] See Robert Kolb, *General Principles of Procedural Law*, in A Zimmermann et al (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2012, p. 832.

[16] See *The Rompetrol Group v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Jurisdiction, para. 115.

[17] 荷兰与捷克BIT第8条允许投资者就“任何争端”提交仲裁,而英国与捷克BIT第8条则仅允许投资者就与征收、投资收益转移等有关的争端提交仲裁。前者在仲裁范围上相比后者更为广泛,因此该案投资者选择由荷兰籍中间公司提起仲裁程序。

[18] See *Saluka v. Czech*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, paras. 231-238.

[19] See *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, paras. 642-659.

[20] See John P. Gaffney, “Abuse of Process” in *Investment Treaty Arbitration*, *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 11, No. 4, 2010, pp. 724-526; Eric De Brabandere, “Good Faith”, “Abuse of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, 2012, pp. 723-624.

化为可依据以色列与捷克 BIT 提交投资仲裁的国际争端,因此不是 ICSID 体制和 BIT 所保护的“投资”。<sup>[21]</sup>在“Mobil 案”中,仲裁庭认为,投资者为利用投资仲裁目的而进行的投资重组行为既可能是“合法的公司筹划”也可能是“滥权”,这取决于如下具体情形:(1)如果该行为指向的是“未来的争端”,那么其属于合法目的。(2)针对“已有争端”进行的目的仅在于获得投资仲裁资格的重组行为则是“对 ICSID 公约和 BIT 下国际投资保护体制的滥用操纵”。<sup>[22]</sup>

可见,善意原则和禁止滥用程序原则能否在具体案件中限制投资者的滥诉行为并不具有可靠性与可预见性。首先,善意原则和禁止滥用程序原则能否作为拒绝管辖、驳回仲裁请求的独立依据并不明确。不少仲裁庭在肯定这些原则可适用性的同时,认为其不能作为驳回滥诉请求的独立依据。其次,多数仲裁庭认为滥用程序的认定要满足极高的标准,被诉东道国须承担极高的举证责任。<sup>[23]</sup>例如,在“Pac Rim Cayman 案”、“Tidewater 案”和“ConocoPhilips 案”中,仲裁庭认为必须谨慎认定滥用程序,由于被申请人未能充分证明申请人在转移投资时已合理预见到投资争端的发生,因此申请人诉诸投资仲裁不构成滥用程序。<sup>[24]</sup>再次,多数仲裁庭不愿意在仲裁程序的较早阶段对滥用程序的主张予以审查,导致难以早地识别和制止滥用仲裁程序的行为。最后,被诉东道国过多地依赖善意原则也可能促使投资者利用该原则对抗东道国。<sup>[25]</sup>比如,投资者可能以善意原则为由主张东道国的程序抗辩构成滥用防御权,进而增加东道国的应诉负担和败诉风险。

综上分析可知,抑制投资仲裁滥诉的制度供应仍滞后于国家需求,仲裁庭对善意原则或程序滥用原则的裁量性适用难以有效遏制滥诉现象。因此,最为可靠的方式是由国家在投资条约中设置防范滥诉的“安全阀”机制,明确滥诉的判断标准,授权被诉东道国或全体缔约国启动审查及过滤滥诉的预设程序,从而为仲裁庭提供明确的裁判指引。

### 三、国际投资仲裁滥诉审查标准的确立

在国际投资仲裁案件中,区分滥诉与正当诉请的标准主要体现为投资的适格性、投资者的适格性、投资争端的适格性。涉案的投资、投资者和投资争端是否适格关键在于判断其是否为投资条约所涵盖。因此,通过明确限制投资、投资者、投资争端范围可有效地降低投资仲裁的滥诉风险,为那些真正需要条约保护的投资、投资者、投资争端提供国际救济途径。

#### (一) 明确“投资”的范围

投资仲裁滥诉的表现之一是将贸易、金融等活动主张为投资条约所保护的“投资”,不仅一次性的货物销售合同、服务提供合同被视为投资,<sup>[26]</sup>而且银行贷款、主权债券等金融证券也被认定为投

[21] See Phoenix Action v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, para. 100, paras. 135-144.

[22] Mobil v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, paras. 190-205.

[23] See Hervé Ascencio, Abuse of Process in International Investment Arbitration, Chinese Journal of International Law, Vol. 13, No. 4, 2014, p. 782.

[24] See Pac Rim Cayman v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, 1 June 2012, paras. 2.99; Tidewater v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013, paras. 160-198; ConocoPhillips v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits, 3 September 2013, paras. 267-279.

[25] See Mark Feldman, Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 27, 2012, p. 301.

[26] See SGS v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, paras. 139-140; Petrobart v. Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003, Final Award, 29 March 2005, pp. 69-72; GEA v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16, Award, 31 March 2011, paras. 143-157.

资。<sup>[27]</sup>为了防范投资者、投资仲裁庭不当地扩大“投资”范围,缔约国可通过以下途径作出限制。

其一,对投资特征作出明确要求,一项“投资”需满足资产投入、存续期间、收益预期、风险承担等特征。例如,中国与乌兹别克斯坦 BIT 第 1 条第 1 款规定,“投资”系指缔约一方投资者依照缔约另一方的法律和法規在缔约另一方领土内所投入的具有投资特征的各种财产。投资特征系指资本或其他资源的投入、对收益或利润的期待和对风险的承担。<sup>[28]</sup>

其二,将特定形式的资产明确排除在投资定义之外。在明确投资特征的基础上,将特定资产排除在投资定义之外,更有利于避免对投资定义的扩张解释。例如,中国与乌兹别克斯坦 BIT 第 1 条第 1 款、中国与坦桑尼亚 BIT 第 1 条第 1 款规定,投资不包括如下情形:(1)仅源于缔约一方的国民或企业在缔约另一方国家境内销售货物或提供服务的商业合同的金钱请求权。(2)不包括因婚姻、继承等原因产生的不具有投资性质的金钱请求权。而且原始到期期限为 3 年以下的债券、信用债券和贷款不视为本协定项下的投资。<sup>[29]</sup>

其三,将适格投资限定为合法投资。实践中,不少仲裁庭认为,违背东道国法律不影响一项资产的投资属性,这增加了投资者就非法投资寻求投资条约及投资仲裁保护的风险。因此,缔约国有必要将非法投资明确排除在投资范围之外。例如,中国与古巴 BIT 议定书第 1 条明确规定,“根据后者的法律和法規”是指对属于本协定所保护的投资的任何投资财产,应当与接受投资的缔约一方的立法所确定的外国投资种类一致,并按照该种类进行登记。欧盟与加拿大 FTA 第 8.18 条第 3 款、欧盟与越南 FTA 投资章第 3 节第 1 条第 2 款则规定,为进一步明确如果一项投资是通过欺诈性陈述、隐瞒、腐败或滥用程序行为而作出的,那么投资者不得就该投资根据本节规定提出仲裁诉请。<sup>[30]</sup>这些规定对投资的合法性作出了明确要求,降低了投资者就非法投资滥用投资仲裁程序的风险。

## (二) 明确“投资者”的范围

国家缔结投资条约的本意在于为真正的投资者提供条约保护和投资仲裁救济。然而,多数条约对投资者的宽泛界定便利了投资者通过空壳公司“挑选条约”将东道国无端拖入投资仲裁程序。为了避免空壳公司滥用仲裁程序,缔约国有必要明确排除投资条约对空壳公司的保护。对此,如下两种途径可供缔约国选择。

其一,将空壳公司排除在投资者定义之外。日本与新加坡 FTA 第 72 条规定,“另一缔约国的公司”是指依据另一缔约国法律成立的公司,但是由非缔约国国民拥有或控制且在另一缔约国领土内未开展实质性商业运营的公司除外。当超过 50% 的投资权益由非缔约国国民享有时,属于非缔约国国民

[27] See CSOB v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, paras. 88-91; Abacat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, paras. 374-378; Ambiente Ufficio S.p.A. and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 February 2013, paras. 498-503.

[28] 除此之外,中国与坦桑尼亚 BIT 第 1 条第 1 款、中日韩投资条约第 1 条第 1 款、中国与加拿大 BIT 第 1 条第 4 款、中国与哥伦比亚 BIT 第 1 条第 1 款、中国与澳大利亚 FTA 第 9 章第 1 条、中国与韩国 FTA 第 12 章第 1 条、中国与智利 FTA 投资补充协定第 1 条也有类似之规定。对投资特征作出明确要求的中国投资条约均属于 2008 年之后缔结的第三代条约。有关中国投资条约政策的转变,参见沈伟:《中国投资协议实体保护标准的自由化和多边化演进》,《法学研究》2015 年第 4 期; Norah Gallagher & Wenhua Shan, Chinese Investment Treaties: Policies and Practice, Oxford University Press, 2009, pp. 31-34.

[29] 2010 年中国 BIT 范本第 1 条第 1 款包含了相同的规定。参见温先涛:《〈中国投资保护协定范本〉(草案)论稿(一)》,载《国际经济法学刊》第 18 卷第 4 期,北京大学出版社 2011 年版,第 175 页。

[30] 欧盟与加拿大 FTA、欧盟与越南 FTA 均未生效,前者于 2016 年 10 月 30 日正式签署,后者于 2015 年 12 月完成文本谈判并随后对外公布。See European Commission, <http://ec.europa.eu/>, last visit on 30 Dec. 2016.

所“拥有”；当非缔约国国民有权任命多数公司董事或在法律上决定公司决策时，属于非缔约国国民所“控制”。根据该定义，第三国投资者在日本或新加坡设立并拥有或控制的空壳公司将不是该条约所保护的投资者。因此，空壳公司难以依据该条约诉诸投资仲裁。

当然，是否将空壳公司排除在投资者定义之外取决于缔约国间的利益平衡和政策取向。部分发达国家希望保留投资者的宽泛定义，以增强对海外投资的保护力和对空壳公司的吸引力，而作为缔约相对国的发展中国家迫于引进外资的压力不得不接受对投资和投资者的宽泛界定。例如，作为“投资条约天堂”的荷兰，其多数投资条约采用宽泛的投资者定义。根据学者的统计，荷兰投资者提起的投资仲裁案件约占全球总量的10%，而这些投资者当中多数都是所谓的“邮包公司”，其最终控制者或者母公司并不在荷兰，而且其在荷兰并没有实质性经济活动甚至没有任何雇员。<sup>[31]</sup>

其二，纳入拒绝授惠条款。与定义排除空壳公司不同，拒绝授惠条款允许东道国拒绝将条约利益授予空壳公司。实践中，东道国援引拒绝授惠条款难以得到仲裁庭的认可。在“Plama案”中，仲裁庭认为缔约国须以通知或宣告的方式行使拒绝授惠的权利，而且该通知或宣告不具有溯及力。<sup>[32]</sup>在“Yukos案”中，仲裁庭认为缔约国可拒绝给予的利益范围仅限于实体权利，而不包括投资争端解决机制，因此东道国拒绝授惠不影响仲裁庭对案件的管辖。<sup>[33]</sup>仲裁庭的解释立场将严重限制拒绝授惠条款的实际作用，使该条款名存实亡。

为此，缔约国有必要在条约中使用清晰的用语以明确该条款的效力。具体的调整措施可包括：(1)避免使用裁量性适用的表述，而是使用具有直接或自动性适用的表述。例如，欧盟与越南FTA纳入了反规避条款，如申请人在可预见投资争端时，为提起投资仲裁的目的而获得对投资的拥有或控制权，则仲裁庭“应当”拒绝管辖。(2)明确拒绝授惠的对象包括由非缔约国国民或东道国国民控制的空壳公司。(3)明确实质性商业活动以及控制的含义。(4)明确东道国可在任何时间对空壳公司拒绝利益，且其决定具有溯及力。例如，根据中国与加拿大BIT第16条的规定，缔约国可在包括启动仲裁程序之后的“任何时间”拒绝将条约利益授予由非缔约国或东道国投资者控制的空壳公司。

### (三)明确“投资争端”的范围

投资条约涵盖的“投资争端”范围越广，投资者诉诸投资仲裁的门槛也就越低。为了降低投资仲裁风险，缔约国可同时通过正、负面清单限制可仲裁的投资争端范围。

其一，避免使用“任何投资争端”的表述。不少投资条约允许投资者将其与东道国“有关”、“涉及”或“产生于”投资的任何争端提交仲裁。这一宽泛的表述可能使得投资者将那些不涉及违反投资条约义务的争端（如合同、国内法或习惯国际法争端）提交仲裁。为了避免该种表述可能引发的滥诉风险，缔约国宜将可仲裁的投资争端限定为有关违反投资条约义务的争端。例如，中国与乌兹别克斯坦BIT第12条第2款规定，投资者仅可就东道国“违反本协定第2条至第9条，或者第13条项下的义务而产生的争议”诉诸投资仲裁。这一表述降低了投资者将非条约争议提交仲裁的滥诉风险。

其二，将特定行业、特定事项或特定义务的投资争端排除在可仲裁范围之外。不同缔约国可基于谈判情形设置不同的负面排除清单。例如，喀麦隆与土耳其BIT第10条第4款规定，专属于东道国

[31] See Roos van Os & Roeline Knottnerus, Dutch Bilateral Investment Treaties: A Gateway to “Treaty Shopping” for Investment Protection by Multinational Companies, Amsterdam, SOMO, 2011, pp. 28-29.

[32] See Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, paras. 155-165.

[33] 同前注[13]，Yukos Universal Ltd.(Isle of Man) v. Russian Federation案，第441~443段、第456~459段。

法院管辖的有关不动产财产权利的争端,不得提交投资仲裁。美国与乌拉圭 BIT 等条约规定,投资者不得将“经过协商的”债务重组提交仲裁,除非该债务重组违反了国民待遇义务和最惠国待遇义务。中日韩投资协定第 15 条第 12 款规定,本投资仲裁条款不适用于关于知识产权条约义务、金融审慎措施等事项的投资争议。

同时采取正面清单或负面清单是降低东道国被诉风险的理想途径。中国与澳大利亚 FTA 第 9 章第 2 条第 2 款规定,如果投资争端自收到磋商请求之日起 120 日内无法通过磋商解决,则申诉方可提出投资仲裁请求,主张被诉方违反了本章第 3 条项下的义务。此外,在第 9 章第 11 条第 4 款还规定,一方采取的非歧视的和出于公共健康、安全、环境、公共道德或公共秩序等合法公共利益目标的措施,不应作为本节项下诉请的对象。可见,中国与澳大利亚 FTA 将投资仲裁诉请范围限定为东道国违反第 9 章第 3 条义务(即国民待遇义务)的投资争议,而且投资者无权将与东道国基于公共利益目标采取的措施有关的争议提交投资仲裁。其同时从正面和负面角度限制了投资仲裁的范围,减少了投资者滥用投资仲裁程序的可能性。

#### 四、投资仲裁滥诉程序过滤机制的完善

投资仲裁是单向的、不对称的争端解决机制,投资者掌握着启动仲裁程序的主动权,而东道国只能被动应诉。也就是说,一方面,投资者可轻易地滥用投资仲裁程序挑战东道国的投资规制措施,而仲裁庭往往不愿意以投资者滥诉为由拒绝管辖、驳回仲裁诉请;另一方面,在现有的投资仲裁程序规则下,东道国缺乏约束仲裁程序及仲裁结果的有效法律工具。因此,在未来的投资条约谈判中,缔约国可将改革投资仲裁程序作为突破口,通过设计甄别和过滤滥诉请求的程序机制,为仲裁庭、缔约国预防和制止滥诉行为预留空间。

##### (一) 强化仲裁前置条件

国家的同意是投资仲裁的根基。东道国在接受投资仲裁的同时可附加任何前置性条件,但在实践中,投资者往往试图规避前置条件的适用和约束,径直提交投资仲裁。对此,缔约国有必要进一步明确仲裁前置条件的强制性,将其作为缔约国同意仲裁的先决条件。只有满足所有的前置条件,投资者才可诉诸投资仲裁。例如,中国与加拿大 BIT 第 23 条规定,未能满足第 21 条所规定的先决条件中的任何一条,则使缔约国对仲裁的同意归于无效。根据该条款,投资者未遵守前置条件而提起的仲裁诉请属于滥诉,应予驳回。与此同时,缔约国还可增加或修改现有的仲裁前置条件,以最大限度地发挥其限制仲裁的过滤器作用。

首先,缔约国可对仲裁诉请的提出进行程序限制,比如,投资者应提前向东道国通知仲裁意向、不得超出诉讼时效提出仲裁诉请等。要求投资者提前通知仲裁意向,可为东道国预留仲裁抗辩的准备时间,防止投资者突击仲裁。而规定一定期限的诉讼时效,则可避免投资者消极拖延解决争议。例如,中国与墨西哥 BIT 第 12 条第 2 款规定,为友好解决诉求,争端投资者应至少在提交仲裁前 6 个月向争端缔约方递交书面的仲裁意向通知书,且通知书应载明如下事项:(1)争端投资者及受损企业的名称和住所。(2)第二章中被声称违反的条款以及任何其他相关条款。(3)争议问题及诉求的事实和法律依据。(4)所寻求的救济及请求赔偿的大概数额。第 13 条第 7 款则规定,投资者可于其首次获悉或应当获悉产生该争端的事件之日起不迟于 3 年内将争端提交仲裁。这些规定对投资者仲裁诉请的提出进行了限制,有利于降低投资者滥诉的风险。

其次,缔约国可禁止投资者“挑选法院”,防止投资者同时诉诸当地救济与投资仲裁。为了避免

投资仲裁与当地救济的双重诉请,“岔路口条款”要求投资者在两者之间进行终局的、排他的选择,而“禁止掉头条款”则要求投资者在诉诸国际仲裁时必须放弃当地救济。由于多数仲裁庭认为触发“岔路口条款”须同时满足主体、客体、诉由三个条件,因而投资者可轻易通过变换诉讼主体、包装法律争议、切换法律依据等策略排除其约束。而“禁止掉头条款”针对的是“措施”,只要当地救济与国际仲裁所涉及的东道国“措施”相同,不论当事人、诉由是否相同,即构成重复。相比“岔路口条款”,“禁止掉头条款”更能防止投资者同时诉诸当地救济和国际仲裁。因此,在未来的投资条约谈判中,缔约国可尽量采取“禁止掉头条款”。<sup>[34]</sup>如果继续保留“岔路口条款”,可对该条款作出如下修改:如果缔约一方投资者或其企业已将争议提交给缔约另一方国内法院或者国际仲裁,则其选择是终局的,该投资者或其企业不得就争议措施或事项再行提交其他争端解决程序。

## (二)设置快速驳回程序

投资者可能提起缺乏法律依据、没有胜诉希望的仲裁诉请,通过冗长、高成本的仲裁程序对东道国形成外部压力,从而获得有利的谈判筹码。面对投资者的滥诉请求,东道国不得不消耗大量的人力、物力和财力资源,甚至可能对其政策选择产生吓阻效应。因此,允许仲裁庭快速审查和驳回投资者的滥诉请求,是减轻东道国诉累、提升投资仲裁公信力的重要环节。

快速审查程序在国际法中并不陌生。《联合国海洋法公约》第 294 条第 1 款规定,法院或法庭应经一方请求或可自己主动决定,申请方的权利主张是否构成滥用法律程序,或者根据初步证明是否有理由。法院或法庭如决定该项主张构成滥用法律程序或者根据初步证明并无理由,即不应对该案采取任何进一步的行动。《欧洲人权公约》第 35 条第 3 款规定,如果欧洲人权法院认为个人诉请有悖于公约或议定书条款、明显缺乏依据或者构成对申诉权利的滥用,那么法院应当宣布不予受理。但在投资仲裁实践中,仲裁庭对快速审查的主张往往持怀疑态度。例如,在“Methanex 案”中,美国认为即使按照申请人所主张的事实,申请人的主张也缺乏任何条约上的法律依据,仲裁庭应当在初步异议阶段裁定其诉请不具有可受理性。但仲裁庭认为,NAFTA 或 UNCITRAL 仲裁规则均未明确规定快速审查程序,仲裁庭没有明示或默示的权力在初步异议阶段驳回申请人的诉请。<sup>[35]</sup>有鉴于此,为了加快驳回投资者的轻率诉请,美国在 2004 年 BIT 范本中明确引入了快速审查程序,<sup>[36]</sup>该程序在 2012 年 BIT 范本中得到了保留。该范本第 28.4 条规定,如被诉国提出异议,认为投资者的诉请并非在法律上可获得有利裁决的诉请,则仲裁庭应将该异议作为先决问题进行处理和决定。在接到该异议后,仲裁庭应中止任何实质程序,就该异议作出决定或裁决,并阐明理由。范本第 28.5 条继续规定,如被诉国在仲裁庭成立后 45 日内作出要求,则仲裁庭应加快裁决第 28.4 条的异议以及涉案争议超出仲裁庭权限的任何异议。仲裁庭应在被诉国要求后 150 日内就异议作出决定或裁决。这一规定在美国缔结的多数投资条约中均有所体现。<sup>[37]</sup>

2006 年修订的 ICSID 仲裁规则第 41.5 条也创设了“明显缺乏法律依据”(manifestly without legal merit)异议的快速审查程序。其中规定,除非当事方另行约定,否则当事一方可在仲裁庭成立后 30 日内,并在仲裁庭首次开庭之前,提出关于对方诉请明显缺乏法律依据的异议,且该当事方应尽

[34] See UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, 2014, p. 178.

[35] See *Methanex Corporation v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Partial Award*, 7 August 2002, para. 109, paras. 122-126.

[36] See M. Potesta and M. Sobat, *Frivolous Claims in International Adjudication a Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily*, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, 2012, p. 160.

[37] 例如,美国与乌拉圭 BIT、美国与卢旺达 BIT、美国与新加坡 FTA、美国与智利 FTA、美国与中美洲 FTA 等。

可能详细地阐明其异议依据。仲裁庭在给予当事方机会以陈述对该异议的意见后,应在首次开庭时或此后迅速向当事方通告其对该异议的决定。尽管美国缔结的投资条约与 ICSID 仲裁规则均允许仲裁庭快速驳回滥诉请求,但两者在程序时限、审查标准上有所不同。当两者同时适用于具体案件时,前者作为特别规则优先适用。例如,“Pac Rim Cayman 案”适用 ICSID 仲裁规则,申请人援引美国与中美洲 FTA(CAFTA)对萨尔瓦多提起投资仲裁。萨尔瓦多根据 CAFTA 第 10.20 条启动了快速异议程序,要求仲裁庭驳回申请人的仲裁诉请。仲裁庭虽然认可 CAFTA 快速异议程序优先适用于 ICSID 快速异议程序,但还是驳回了萨尔瓦多的快速异议主张。<sup>[38]</sup>值得注意的是,2016 年公布的欧盟与越南 FTA、欧盟与加拿大 FTA 整合了前述两种标准,同时创设了“明显缺乏法律依据”、“无法律上根据”(unfounded as a matter of law)的双轨快速异议程序。前者允许被诉国在仲裁庭成立后 30 日内提出关于对方诉请明显缺乏法律依据的异议,而后者允许被诉国在提交答辩状的期限内提出关于对方诉请并非在法律上可获得有利裁决的诉请的异议。对于双轨异议程序间的关系,欧委会认为两者互不重叠,在审查标准上前者高于后者。<sup>[39]</sup>然而,条约并未就如何界定、区分明显缺乏法律依据的诉求与无法律上根据的诉求提供明确标准,因此,如何协调双轨异议程序仍有待实践的进一步细化和发展。

快速异议程序旨在迅速驳回明显缺乏法律依据或没有胜诉希望的诉请,以遏制滥诉,但其预设目标能否实现则取决于仲裁庭如何解释和适用该程序。<sup>[40]</sup>在“Trans-Global 案”中, ICSID 仲裁规则第 41.5 条异议程序首次被约旦提起。仲裁庭认为,该异议程序设置了一个高标准,其要求被诉国“清晰和明显地,且相对容易和迅速地证明其异议”。如果错误地接受了被诉国的异议,申请人将丧失在后续程序中陈述案件的机会,这将造成对申请人的“严重不公”。约旦提出,申请人关于公平与公正待遇、合理与非歧视的权利主张明显缺乏法律依据。但仲裁庭认为,约旦的异议未达到异议程序的高标准要求,因而否决了其异议主张。<sup>[41]</sup>该案对异议程序确立的严格标准得到了嗣后仲裁实践的认可。迄今为止,仅有“Global Trading 案”、“RSM 案”和“安城诉中国案”等仲裁庭完全肯定了被诉国依据第 41.5 条提出的异议主张。<sup>[42]</sup>而在“Rafat 案”、“PNG 案”、“MOL 案”和“Green Energy 案”中,仲裁庭均否定了被诉国的快速异议主张。<sup>[43]</sup>

[38] See *Pac Rim Cayman v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Preliminary Objections Under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5, 2 August 2010, paras. 81-85, paras.255-258.

[39] See European Commission, Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-state Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), 13 January 2015, p. 115.

[40] 参见肖军:《*ICSID 公约仲裁规则*》第 41(5)条的解释与适用,载陈安主编:《国际经济法学刊》第 19 卷第 3 期,北京大学出版社 2012 年版,第 73 页。

[41] See *Trans-Global Petroleum v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/07/25, The Tribunal’s Decision on the Respondent’s Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, 12 May 2008, para. 88, para.92, para.124. 案件双方于 2009 年 3 月 2 日就争议达成和解协议,仲裁庭依据 ICSID 仲裁规则第 43 条第 2 款确认了该和解协议。

[42] *Global Trading* 案仲裁庭裁定申请人与被诉国签订的肉鸡销售合同不属于投资,其仲裁诉请明显缺乏法律依据。*RSM* 案仲裁庭裁定申请人的仲裁诉请与在先仲裁裁决内容重叠,属重复仲裁,因此明显缺乏法律依据。“安城案”仲裁庭裁定申请人的仲裁诉请超出了中韩 BIT 第 9 条中的 3 年时效要求,因而明显缺乏法律依据。See *Global Trading Resource v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11, Award, 23 November 2010; *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Award, 10 December 2010; *Ansung Housing Co. Ltd. v. People’s Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25/, Award, 9 March 2017.

[43] See *Rafat v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/11/13, Award on Jurisdiction, 16 July 2013; *PNG v. Papua New Guinea*, ICSID Case No. ARB/13/33, 28 October 2014; *MOL v. Croatia*, ICSID Case No. ARB/13/32, 2 December 2014; *Transglobal Green Energy v. Panama*, ICSID Case No. ARB/13/28, Decision on the Admissibility of Respondent’s Preliminary Objection Under Rule 41(5) of the Arbitration Rules, 17 March 2015.

尽管快速异议程序为仲裁庭更早地驳回投资者的滥诉请求设置了特别通道,但仲裁庭在解释和适用该程序上仍然保持谨小慎微的态度,这与其投资保护倾向不无关联,因为在保护投资者诉权与遏制滥诉行为的关系上,仲裁庭更注重对投资者诉权的保护。在仲裁庭看来,否定被诉国的快速异议主张不影响被诉国在后续程序中提出类似异议,而肯定被诉国的快速异议主张将终止仲裁程序。由于担心快速异议程序被被诉国滥用以否定投资者的诉权,故而仲裁庭不愿轻易地驳回投资者的仲裁诉请,但这一理解将极大地压缩快速异议程序的利用空间,背离该程序设立的初衷。仲裁庭应当更加积极地适用快速异议程序,减少无谓的程序拖延和资源消耗。

### (三)要求滥诉方承担仲裁费用

投资者的滥诉行为无端地加重了被诉国的应诉负担,即便投资者滥诉请求被驳回,被诉国仍然需要为此付出较大的仲裁成本。据统计,当事方在投资仲裁案件中的诉讼费用和律师费用平均达到800万美元,有些案件甚至超过3000万美元。其中,律师费用占比超过80%,仲裁员、仲裁程序费用等诉讼费用仅占较小部分。<sup>[44]</sup>实践中,尽管多数仲裁庭裁定由争端双方平均分摊诉讼费用,争端各方承担各自的律师费用,<sup>[45]</sup>但这并不利于遏制投资者的滥诉行为。

为此,一些国家开始在投资条约中规定仲裁费用的转移规则,将轻率诉讼作为分配仲裁费用的考量因素。美国2012年BIT范本第28.6条规定,仲裁庭就被诉方异议进行裁决时,可视情况裁定支持胜诉方因提出异议或反对异议而支出的合理费用和律师费用。在决定是否如此裁决时,仲裁庭应考虑申请方的诉请或者被诉方的异议是否轻率,并应为争端双方提供合理的评论机会。类似地,中国与新西兰FTA第154条、中国与澳大利亚FTA第9章第16条也规定,仲裁庭可裁决补偿胜诉方因提出异议或反对异议而发生的合理费用和律师费用。在确定如此裁决是否合理时,仲裁庭应当考虑申请方的诉请或者被诉方的异议是否是无意义的或明显缺乏法律依据的,并应当给争端方提供合理的发表意见的机会。根据这些规定,如果败诉方的诉请或异议是轻率的或明显缺乏法律依据的,仲裁庭可裁定其承担胜诉方的仲裁费用。对此仲裁庭拥有自由裁量权。与之不同的是,欧盟主导签署的一些投资条约则明确要求仲裁庭裁定由败诉方承担仲裁费用。欧盟与加拿大FTA第8.39条、欧盟与越南FTA投资章第3节第27条规定,仲裁庭应裁定败诉方承担仲裁程序费用。律师费用等其他合理费用应当由败诉方承担,除非仲裁庭考虑诉请情形确定如此分配不合理。此外,欧盟与越南FTA第22条还规定了费用担保条款,即如有合理理由认为申请人可能无法履行仲裁庭就仲裁费用所作的决定,仲裁庭经请求可要求申请人对全部或部分仲裁费用予以担保。如果申请人在仲裁庭要求担保后30日内或仲裁庭确定的其他期限内未能提供担保,仲裁庭可裁定中止或终止仲裁程序。这一规定更有利于抑制投资者的轻率诉讼。当然,前述仲裁费用规则也是一把双刃剑。一方面,如果投资者的仲裁诉请是轻率的,仲裁庭可要求其承担被诉国的仲裁费用;另一方面,如果被诉国的异议被认定为轻率抗辩,仲裁庭也可能裁定其承担投资者的仲裁费用。双向的仲裁费用转移规则在制裁、抑制投资者滥诉请求的同时,也可能打消被诉国利用异议程序的积极性。有学者因此建议创设单向的仲裁费用转移规则,即投资者败诉时须承担被诉国的仲裁费用,而被诉国败诉时无须承担投资者的仲裁费用。<sup>[46]</sup>但

[44] See David Gaukroger & Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/3, 2012, p. 19.

[45] See Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p. 299.

[46] See Tsai-fang Chen, *Deterring Frivolous Challenges in Investor-State Dispute Settlement*, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, 2015, p. 75.

此观点有悖于法律程序的“平等武装”原则,未能得到国家实践的认可。

#### (四) 明确缔约国的诉请过滤权

投资仲裁是投资者起诉东道国的程序,东道国作为被诉方难以单方面否定投资者的诉权,但被诉东道国也并非完全束手无策。如果投资条约设置了全体缔约国决策程序,则被诉东道国可启动该程序对投资者的仲裁诉请予以审查。全体缔约国对仲裁诉请的过滤权,既可表现为对具体事项的共同决定权,也可表现为一般性的条约解释权。

一些投资条约就特定事项规定了前置或后置型缔约国共同决定机制,这一机制可将特定事项强制性导向全体缔约国,从而实现全体缔约国对投资仲裁程序及结果的先决和过滤作用。具体而言:(1)前置型缔约国决定程序。根据该程序,在投资者提交仲裁前,全体缔约国可对投资者的仲裁诉请进行审查和过滤。例如,中国与哥伦比亚 BIT 第 14 条规定,在将税收措施争议提交投资仲裁之前,投资者必须先将该税收措施是否与征收有关提交东道国的税收主管机关。提交后,由缔约双方的主管机关进行磋商,如缔约双方在 6 个月内未能磋商或不能达成一致协议认定该措施与征收无关,投资者即可提出仲裁请求。(2)后置型缔约国决定程序。当投资仲裁程序涉及特定事项时,投资仲裁庭有义务中止程序,等待全体缔约国作出权威决定。例如,中国与加拿大 BIT 第 20 条第 2 款规定,当投资仲裁庭收到东道国的金融审慎措施抗辩时,仲裁庭应当中止仲裁程序,向缔约双方寻求关于此问题的书面报告。缔约双方的共同决定对仲裁庭具有约束力,如果缔约双方决定金融审慎措施抗辩构成对投资者诉请的有效抗辩,则仲裁庭应当驳回投资者的诉请。

通过缔约国共同决定机制,东道国可要求全体缔约国对投资者的仲裁诉请予以审查。如全体缔约国一致同意不允许投资者提出该诉请,则投资者不得诉诸投资仲裁,这为缔约国甄别和过滤投资者的滥诉请求提供了专门通道。需要注意的是,如果允许缔约国对投资者的任何诉请予以审查,则投资仲裁庭的独立裁判权将会受到挤压,投资仲裁作为独立的、非政治化的第三方争端解决机制的作用将会受到限制。因此,缔约国共同决策机制的适用范围不宜泛化,可仅限于金融审慎措施、税收措施等少数政治敏感事项。<sup>[47]</sup>此外,宜对缔约国共同决定程序设置合理的时限,如缔约国在期限内未能达成一致决定,则交由投资仲裁庭决定。

缔约国条约解释机制也是国家审查和过滤投资者滥诉请求的重要途径。投资者的仲裁诉请是否为投资条约所允许、是否滥用了投资条约及投资仲裁程序皆涉及对条约的解释。根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款的规定,缔约国作为投资条约的缔造者,理应有权作出权威解释。然而,在投资仲裁实践中,缔约国的解释权遭到了仲裁庭的质疑和压制,在投资条约的解释权分配上形成了向仲裁庭倾斜的局面。<sup>[48]</sup>在仲裁庭看来,缔约国是仲裁程序中实际或潜在的被诉国,缔约国解释有可能不正当地压缩投资者权利以避免败诉。例如,在“Sanum 案”中,仲裁庭、新加坡上诉法庭不认可中国政府对中国与老挝 BIT 不适用于中国澳门所作出的外交照会,认定中国与老挝 BIT 适用于中国澳门。<sup>[49]</sup>

为了避免仲裁庭无视缔约国解释,可在投资条约中明确缔约国解释的约束效力,要求仲裁裁决必

[47] 同前注[39],欧委会报告,第 116 页。

[48] See Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, *American Journal of International Law*, Vol. 104, No. 2, 2010, p. 179.

[49] See *Sanum Investments Ltd. v. The Laos Democratic People's Republic, UNCITRAL Case, Award on Jurisdiction*, 13 December 2013; *Government of the Lao People's Democratic Republic v. Sanum Investments Ltd.*, [ 2016 ] SGCA 57, 20 January 2015, 29 September 2016.

须符合缔约国的解释决定。例如,中国与澳大利亚 FTA 第 9 章第 18 条第 2 款规定,双方通过投资委员会作出的声明对本协定某一规定解释的共同决定,应对正在进行的或后续的争端的仲裁庭具有约束力,仲裁庭作出的决定或裁决必须符合该共同决定。但是,不受限制的缔约国解释权也可能引发以解释条约名义实现修改条约目的的风险。<sup>[50]</sup> 缔约国可能滥用其解释权,任意否决投资者的仲裁诉请,由此逃避国家责任,这将导致投资争端解决的政治化,有损投资法治的确定性和可预见性要求。

因而,缔约国解释权的运用在时间、范围上应该受到一定程度的限制。首先,缔约国解释决定不得影响已作出最终裁决的投资仲裁案件,这是法律程序确定性的基本要求。其次,对于正在进行的仲裁案件,缔约国解释权的行使应遵守程序和时限。对规定程序和时限外作出的解释决定不具有约束力。例如,中国与坦桑尼亚 BIT 第 17 条规定,在仲裁程序中,应争议缔约一方的请求,仲裁庭应要求缔约双方解释与争议有关的本协定条款。缔约双方应在该请求提出后的 60 日内,向仲裁庭提交关于条款解释的书面联合决定,该联合决定对仲裁庭具有约束力。如果缔约双方在 60 日内未能作出决定,则仲裁庭将独自作出决定。最后,缔约国不得利用条约解释来实现修改条约之目的。例如,挪威 2007 年 BIT 范本规定,缔约双方代表组成的联合委员会对条约条款作出的解释,对仲裁庭具有拘束力,但是,联合委员会不得利用条约解释权来减损有关条约修改的条款。

## 五、结语

近些年,随着投资仲裁案件数量的迅猛增长,投资者滥诉、仲裁庭偏袒投资者等制度缺陷频频显现而得不到纠正,让国际社会对投资仲裁机制的批评声浪随之高涨。对投资仲裁机制的质疑甚至抵制并非意在否定独立的、去政治化的第三方投资争端解决理念,通过构建有效防范滥诉、约束仲裁庭的制度,可减少公众质疑,回应国家的主权关切。例如,美国、欧盟都将消除投资者滥用仲裁程序作为改革投资条约及其仲裁机制的重要理由。<sup>[51]</sup>

当下的中国作为资本输入和资本输出大国的双重身份日益凸显,因此对投资条约及其仲裁机制的改革诉求应与这一利益结构相匹配。既要注重利用投资仲裁保护海外投资利益,也要防范外国投资者滥用投资仲裁,从而实现投资者利益保护与东道国规制主权的合理平衡。在未来的投资条约谈判中,不论签署新条约抑或修改旧条约,中国应继续保留投资仲裁条款,与此同时推动构建防范滥诉、约束仲裁庭的规则体系。在设计和运用防范投资者滥诉、约束仲裁庭的条约机制时,有必要遵循以下原则。

首先,在保障诉权行使与预防程序滥用之间寻求合理的平衡。由于现有投资条约规范的简约和模糊,使得投资者的仲裁诉请是否构成滥诉有时并非泾渭分明。因此,可能出现东道国认为某仲裁诉请构成滥诉而仲裁庭却予以管辖和支持的情形。为了提高滥诉认定的确定性和可预期性,缔约国应在投资条约中为仲裁庭甄别滥诉提供明确的标准和指引,明确滥诉与合理行使诉权的界限。具体而言,缔约国可限制条约所涵盖的“投资”、“投资者”和“投资争端”范围,明确仲裁前置条件的强制性。

[50] 参见李庆灵:《国际投资仲裁中的缔约国解释:式微与回归》,《华东政法大学学报》2016 年第 5 期;张生:《国际投资法制框架下的缔约国解释研究》,《现代法学》2015 年第 6 期。

[51] 美国在其对投资者—国家争端解决(ICS)的政策声明中指出,“防范对 ICS 的潜在滥用”是美国改革和升级 ICS 机制的主要考量因素。See Office of the U.S. Trade Representative, Fact Sheet: Investor-State Dispute Settlement (ISDS), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-state-dispute-settlement-isds>, last visit on 30 December 2016. 欧盟在其公开咨询报告中也频频指出,现有的机制“不足以避免投资者滥用 ICS”,因此需要进行全面改革。同前注[39],欧委会报告。

只有当仲裁诉请的投资、投资者或投资争端适格,且符合仲裁前置条件时,才可认定为合理行使诉权,否则即为滥诉。

其次,防止在甄别和过滤滥诉上的不当扩大。快速驳回诉请、仲裁费用转移、缔约国共同决策等机制的创设,可在一定程度上压缩仲裁庭的恣意判断空间,为国家审查和过滤滥诉保留更大的话语权。通过缔约国决策或解释程序,国家可自行就投资者仲裁诉请进行审查和过滤,同时国家也可发起快速驳回程序,请求仲裁庭审查和驳回仲裁诉请,并裁定投资者承担仲裁费用。但是,国家也可能滥用这些机制,将投资者的正当诉请贴上滥诉的标签,阻碍投资者接近司法、行使诉权。因此,有必要对甄别及过滤滥诉机制设置合理的启动条件和时限要求,避免东道国扩张利用该机制否定投资者的正当诉权。

再次,滥诉并非单纯的程序问题,防范滥诉须同步改革投资条约的实体和程序内容。投资者诉诸仲裁的目的在于执行东道国在投资条约下的实体承诺。实体条款的表述越模糊、越宽泛,则投资者的滥用空间也就越大。因此,在提高仲裁程序门槛的同时,缔约国还须配套改进公平与公正待遇、征收、条约例外等实体条款,明确其适用的情形、条件、程序和效果,为国家预留合理的管制空间,从而减少投资者的滥用风险、约束仲裁庭的恣意解释。

最后,循序渐进地推进投资仲裁机制改革。当前,美欧对投资仲裁改革方向存在分歧。美国坚持在仲裁机制基础上改革和升级,而欧盟则主张创设全新的常设机构。<sup>[52]</sup>美国方案被视为实用主义的改良,而欧盟方案则呈现理想主义色彩。<sup>[53]</sup>就防范滥诉而言,两者共同之处在于进一步明确了滥诉的判断标准,为预防和制裁滥诉设置专门机制。与美国方案不同,欧盟方案进一步引入上诉机制,取消争端方对仲裁员的选任权。然而,欧盟方案目前仅得到加拿大和越南的正面回应,国际社会对是否引入上诉机制仍然十分谨慎。上诉机构可纠正仲裁庭的错误管辖和裁定,在一定程度上约束仲裁庭对滥诉请求的恣意判断,但建立上诉机构将延缓程序、增加成本,而且建立多边上诉机构须协调3 000多项投资条约,难度颇大。如果设置不当,上诉机构可能会成为“脱缰的野马”,使缔约国失去对投资条约及投资仲裁的控制。因此,推广上诉机制不宜操之过急。当缔约国对改革方案难以达成共识时,不妨可通过弹性安排为进一步谈判预留空间。例如,中国与澳大利亚FTA规定,自协定生效之日起3年内,双方应启动谈判,以期建立上诉审查机制,这即为中澳启动上诉机制谈判预留了空间。

(责任编辑:谢青)

[52] See Stefanie Schacherer, TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation - Resolving Investor-State Disputes Under Mega-regionals, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 7, 2016, p. 628.

[53] 参见叶斌:《欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案:挑战与前景》,《国际法研究》2016年第6期。