

· 法学研究 ·

# 国际投资争端治理中国内法院 的参与统筹与制度应对

曹兴国

(大连海事大学法学院,辽宁大连 116026)

[摘要]国内法院在国际投资争端治理中呈“回归”之势,但其需要在争端解决的政治与法律效果,对国际投资仲裁的监督与干预立场,以及争端预防新维度的开发等方面做好统筹。同时,国内法院的参与也面临政治化风险加剧、司法与仲裁的良性互动尚待形成、治理能力不足等挑战。基于我国海外投资利益的保护诉求相对更为紧迫的客观实际,应在投资协定层面对东道国司法救济的适用采取相对限制性的立场,并加强国内法院的参与能力和参与机制建设。同时,我国法院对国际投资仲裁的司法审查和程序介入制度应予完善,并在投资法律的适用与释明、争端风险信息收集与预警机制的构建上积极探索争端预防的功能建设。

[关键词]国际投资争端;涉外法治;争端解决;司法审查;争端预防

[中图分类号]D99

[文献标识码]A

[文章编号]1671-3842(2022)03-0156-09

DOI:10.20004/j.cnki.ujn.20220524.008

在国际投资争端解决去政治化的整体思路下,晚近国际投资争端治理的关注焦点更多集中于国际投资协定中的投资者与东道国投资争端解决机制(以下简称 ISDS 机制)谈判以及投资仲裁的国际实践,国内司法在某种程度上被作为国际投资仲裁的价值衬托而被边缘化。这种对于 ISDS 机制国际、国内层面不平衡的关注态势随着国际投资仲裁遭遇合法性危机而凸显其不足,国内法院在国际投资争端治理中的“回归”得到关注:这不仅表现为部分国家(如尼加拉瓜、委内瑞拉、玻利维亚、阿根廷)放弃国际投资仲裁而使国际投资争端解决完全重回当地救济的轨道,也表现为不少学者重提用尽当地司法救济<sup>①</sup>,呼吁国内法院回归 ISDS 机制的主体地位<sup>②</sup>。

但是,ISDS 机制的特殊性在于其必须兼顾政治效果与法律效果的统一,相关改革需要避免从一个极端走到另一个极端的误区——由完全的商事化走向过度的政治化<sup>③</sup>。国内法院在 ISDS 机制中的回归,不应是简单放弃国际投资仲裁,使投资争端解决重回当地救济,而应考虑如何统筹国内法院在国际投资争端治理中的参与维度和角色设置,如何实现国内司法与国际投资仲裁的良性互动,优化国际投资争端治理的整体效果。对我国而言,在习近平法治思想坚持统筹推进国内法治和涉外法治的总体指引下,如何统筹我国法院在国际投资争端治理中的参与立场,优化国内司法与

[基金项目]本文系 2021 年辽宁省哲学社会科学青年人才培养对象委托课题“自由贸易港(区)航运深化创新的政策与法律保障研究”(项目编号:2022lslwkt-010)之阶段性研究成果。

[作者简介]曹兴国,大连海事大学法学院副教授,法学博士,主要研究方向为海商法、国际法。

①Daniel Kalderimis, *Back to the Future: Contemplating a return to the Exhaustion Rule, in Reshaping the Investor - State Dispute Settlement System*, Leiden: Brill Nijhoff, 2015, pp. 310 - 343.

②梁雪《国际投资争端解决中东道国法院主体地位的缺失与回归》,《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2020 年第 6 期。

③曹兴国《裁判者信任困境与国际投资争端解决机制的信任塑造》,《政法论丛》2021 年第 3 期。

国际投资仲裁在 ISDS 机制中的关系配置,完善和提高相应的司法参与机制和参与能力是我国完善国内投资法治环境、维护我国国际投资利益、参与国际投资全球治理必须重视的问题。有鉴于此,本文以统筹推进为理念,梳理国内法院在国际投资争端治理中的参与维度和面临的挑战,厘定我国法院的参与立场,并提出相应的制度应对建议。

## 一、国内法院参与国际投资争端治理的维度统筹

国际投资争端治理是一个典型的需要统筹治理的复杂场域:在法律体系上,它涉及国际和国内两个法律系统,需要国内法治与涉外法治的统筹应对;在治理方式上,存在磋商、调解、仲裁、司法等多种争端解决机制以及争端预防等新维度,需要调适相互间的关系配置;在治理效果上,需要平衡投资者的私人利益和东道国的公共利益,考虑海外投资利益保护和本国外资吸引力保障的多重维度。作为国际投资争端治理的重要力量,国内法院在投资争端治理中的参与不仅体现在为投资者提供东道国司法救济这一传统维度,也包括对国际投资仲裁的司法制约以及投资争端预防的新维度。为此,国内法院需要在上述三个参与维度统筹其在国际投资争端治理中的参与角色和立场。

### (一) 争端解决的政治与法律效果统筹

东道国司法救济是国际投资争端解决的传统渠道。虽然国际投资仲裁机制的引入赋予了投资者在国际层面直接提起针对东道国的仲裁的机会,但东道国的司法救济不仅仍是投资者根据国内法以及国际投资协定解决投资争端的法定渠道之一,而且也是实践中很多投资者先予考虑的途径。事实上,国际投资仲裁与国内司法在争端解决的法律效果与政治效果方面各有优势:前者在仲裁员指定、程序推进等方面赋予投资者的决定权以及相应的中立性保障能较好实现争端解决的法律效果;而后者在兼顾当地法律和文化,平衡东道国的公共治理和公共利益诉求等方面能更好维护争端解决的政治效果。因此,ISDS 机制的理想构成应是国内司法和国际投资仲裁的有机结合。其中,国内司法参与争端解决的重要意义在于给争议双方提供一段时间的“冷却期”,以利东道国政府充分发挥协调功能,避免争端进一步走向国际化<sup>①</sup>。当然,国内法院在争端解决中偏向政府利益的担忧是各国维护自身海外投资利益必须顾及的。而且在争端解决环节过多回归国内法院对东道国而言也并非绝对有利:当前多数国家不愿意取消国际投资仲裁条款,就是担心取消之后被排斥在条约和投资仲裁机制福利之外,影响其吸引外来投资和保护对外投资的竞争性优势<sup>②</sup>。

基于此,一国对国内法院在国际投资争端治理中的参与设定首先需要根据其对 ISDS 机制的政治和法律诉求,考虑国内法院与国际投资仲裁的关系配置。从某种意义上,哪些投资争端只能由国内法院审理而不能提交国际仲裁,是否将国内司法救济作为提交国际投资仲裁的前置程序要求,发挥着平衡投资者保护和东道国规制权,实现 ISDS 机制政治效果与法律效果的平衡阀作用。在目前国际投资法沿着均衡自由主义路径演进的整体背景下<sup>③</sup>,在投资者保护与东道国规制权维护之间保持恰当的张力和审慎的平衡成为绝大部分国家在国内法院参与国际投资争端解决上更合理的选择和目标。一国在签订投资协定时,往往通过设置一般例外条款,或者明确允许提交国际投资仲裁的争端类型,将部分事关其核心公共政策、不愿交由国际仲裁评价的争端保留给国内法院解决。在

<sup>①</sup>温先涛《孰南?孰北?妥协还是共识?——评中国—加拿大投资保护协定》,《武大国际法评论》2013年第2期。

<sup>②</sup>Anthea Roberts, Powers and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, *American Journal of International Law*, Vol. 104, No. 2, 2010, p. 192.

<sup>③</sup>单文华,王鹏《均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析》,《西安交通大学学报》(社会科学版),2019年第5期。

此过程中,缔约国可以过滤部分敏感的投资争端,确立缔约国在 ISDS 机制中权力让渡的“底线”和国际投资仲裁的“禁区”,统筹国际投资争端解决的管辖权分配。

## (二) 仲裁司法监督与干预的立场统筹

在国际投资仲裁机制被广泛引入投资协定和自由贸易协定后,国际投资争端解决方式的多样化使得投资者可以寻求救济的渠道不再单一。尤其是交错的国际投资协定使得投资者可以在投资时对法人结构(国籍)进行设计,以便使自己在多样化的投资协定下获得最大的保护,增加其在国际机构提出诉求的机会<sup>①</sup>。但这也产生了平行程序甚至是投资者滥诉问题,即同一投资争端或者若干密切相关的投资争端被同时提交国内法院和国际投资仲裁庭,或者被同时提交至多个国际投资仲裁庭。这不仅增加东道国的诉累,而且可能导致管辖权和裁决的冲突。对于平行诉讼和投资者的滥诉行为,通过国内法院的禁仲裁令加以制止是实践中已被采取的方法,其配合蔑视法庭等民事或刑事处罚机制,能够对投资者形成有效的威慑。同时,虽然 ICSID 公约明确排除了缔约国对 ICSID 仲裁裁决的司法审查,但实践中非 ICSID 仲裁案件的数量仍相当可观<sup>②</sup>,这部分裁决不仅可能受到仲裁地国裁决撤销程序的制约,而且在承认与执行阶段,第三国法院也可能依据相关国际公约(如《纽约公约》)或国内法对裁决进行审查。由此,国内法院对国际投资仲裁程序的干预和对仲裁裁决的司法审查也成为国内法院参与国际投资争端治理的重要维度。

当然,国内法院对仲裁的监督 and 干预也须统筹其限度。国内法院对签发禁仲裁令的自由裁量权运用和对裁决审查的标准设定,都是其国际仲裁司法政策的重要体现。实践中,旨在打造国际仲裁目的地的国家通常在裁决的司法审查环节自限权力,因为如果对裁决审查过严,当事人和仲裁庭就不愿选择将这些国家作为仲裁地。同样,对仲裁程序的过度干预也会被国际仲裁界打上仲裁不友好国家的标签,不利于本国国际仲裁业的发展。而且因不存在从属关系,国际投资仲裁庭也可以无视国内法院的禁仲裁令,甚至还可能做出进一步的对抗性措施。因此,国内法院必须统筹好对国际投资仲裁的制约限度和标准,规范自由裁量权行使:既需要对存在法定缺陷的仲裁程序和结果予以纠正,确保仲裁的公正性,对当事人的恶意滥诉进行必要的钳制;又不应对投资仲裁的仲裁自治性造成不当的干扰,防止这些制约机制沦为国家保护主义和地方保护主义的有利“武器”<sup>③</sup>。

## (三) 争端预防的治理新维度统筹

国际投资争端治理体系应当由有效的投资争议预防、必要的替代性争议解决方法以及不断完善的 ISDS 机制有机构成<sup>④</sup>。其中,国际投资争端预防因其具有符合各方共同利益需求、比争端解决更具经济优势、为经贸交往提供规模性保护等独特优势而受到越来越多的关注。国际投资争端预防机制应当是一个包含国内制度与国际制度的综合性、多元性的机制<sup>⑤</sup>。从广义的角度出发,所有有助于防止国际投资争端产生或升级的机制都可归入投资争端预防机制的范畴,包括投资便利化措施、投资条约的联合解释机制,乃至投资实体规则的澄清和完善等。因此,国际投资争端预防是一个开放的议题,包括国内法院在内的国际投资争端治理主体可以从不同的角度参与。

依托于审判职能,国内法院在投资争端预防环节具有天然优势,尤其在投资法律规则的释明和国内投资治理能力建设上具有广阔的发挥空间。在投资法律规则的释明方面,国内法院对国内投资法律的解释和适用,有助于明晰投资管理等活动中各方的权利义务,为投资管理和矛盾处理提供

<sup>①</sup>Emmanuel Gaillard, Abuse of Process in International Arbitration, *ICSID Review*, Vol. 32, No. 1, 2014, p. 632.

<sup>②</sup>根据 UNCTAD 的数据库,在其统计的 1104 个国际投资仲裁案件中,ICSID 仲裁案件为 589 件,略多于非 ICSID 仲裁案件。参见 <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, 2020 年 12 月 31 日。

<sup>③</sup>杨翠柏,张雪娇《禁止仲裁令及其对我国企业境外投资的影响》,《西南民族大学学报》(人文社会科学版),2022 年第 1 期。

<sup>④</sup>参见漆彤《投资争议处理体系的三大构成》,《社会科学辑刊》2018 年第 4 期。

<sup>⑤</sup>杨松《“一带一路”下国际投资争议协同治理机制的构建》,《国际法学刊》2019 年第 1 期。

更为清晰和明确的规则指引;在国内投资治理能力建设方面,国内法院可以通过对其受理的投资争议的总结研究,反馈投资监管中常见争议的风险防范建议,提升投资者在投资决策过程中和相关部門在政策制定与实施过程中的争端风险意识,特别避免各级政府因缺乏对投资协定、投资合同以及外商投资法律制度的准确、统一理解而导致其对投资者做出违反东道国义务的行为。

## 二、国内法院参与国际投资争端统筹治理的挑战

诚然,充分统筹国内法院在投资争端治理中的作用有助于将潜在争端在国内层面过滤,形成良好的当地治理效果,但这种良好治理效果的实现在实践中受制于多重因素。如何把握好国内法院的参与限度、处理好国内司法与国际投资仲裁之间的关系面临多方位的挑战。

### (一) 争端解决政治化的担忧

去政治化是 ISDS 机制追求的核心价值之一,国际投资仲裁机制的产生和扩展在根本上即源于此。但由于 ISDS 机制的管辖权分配首先取决于缔约国的条约谈判,因而政治化风险难以完全革除。实际上,国内司法和国际投资仲裁在投资争端解决上的关系调配本身就是一个政治决定的过程:在 20 世纪 90 年代以新自由主义范式为导向的国际投资条约实践中,基于扩大外资并加强外资保护的需要,不对可提交国际投资仲裁的争端类型进行限制,不将当地救济设定为前置的程序要求成为发达国家的首选;而伴随着以发达国家为被告的案件增多以及晚近国际投资法向内嵌式自由主义的范式转向,包括《美加墨协定》在内的不少投资条约都重新将用尽东道国司法救济作为提起国际投资仲裁的前置条件,而且通过一般例外条款或专门的 ISDS 例外条款等排除 ISDS 条款对特定争端适用的做法也越来越普遍。

国内法院在 ISDS 机制中回归,无疑代表了政治考虑的回归,将不可避免地加剧投资争端解决的政治化风险:国内法院在审理针对本国政府提起的诉讼时是否能保持客观性和中立性始终令人怀疑<sup>①</sup>。尤其在保护主义抬头的背景下,国内法院也难免受到国内排外情绪的影响,其在争端解决的独立性和效率方面的表现难以保证。这种担忧也为针对投资者的 ISDS 机制调查所印证:在所有的投资争端解决途径中,投资者对东道国国内法院救济的认可程度最低,只有 21% 的投资者持认可态度,远低于基于条约和合同的仲裁(认可率分别为 73% 和 81%)<sup>②</sup>。因此,基于国内治理需要而产生的国内法院回归现象虽有其合理性,但对于类似我国的新兴投资大国而言,东道国救济下投诉无门或者久拖不决的风险仍不可忽视。

### (二) 国内司法与国际投资仲裁的互动有待优化

如前所述,从统筹治理效果的角度出发,国内司法与国际投资仲裁显然不应是非此即彼的关系,“经济自由主义”或“经济民族主义”的投资争端治理范式在当下并非理性选择,通过适用顺序、争端范围等的调配以及司法监督和支持立场的协调,实现国内司法与国际投资仲裁的良性互动才是应然方向。然而,如何清晰地界定两者的适用关系,实现两者的良性互动却是难题:一方面,仲裁庭在管辖权自裁原则下,可能呈现管辖权扩张的倾向,如通过最惠国待遇条款的援引或者目的解释和无效例外解释来规避当地救济条款的适用,通过对提交仲裁的投资争端范围的宽泛解释和“保护伞条款”的扩张适用对投资协定中仲裁条款的适用范围进行扩张;另一方面,各国法院在如何确定投资者存在滥用法律程序的情形、对投资仲裁裁决适用何种审查标准等关键问题上也缺乏统一

<sup>①</sup>Jacob Katz Cogan, National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law: A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs, *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, 2009, pp. 1015 - 1019.

<sup>②</sup>2020 QMUL - CCIAG Survey: Investors' Perceptions of ISDS, P. 7. <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/QM-CCIAG-Survey-ISDS-2020.pdf>, 2021 年 2 月 3 日。

和清晰的实践。例如,当前各国对法院签发禁仲裁令的条件规定都比较原则,判定投资者构成重复诉讼(仲裁)的标准并不统一、透明,东道国法院在签发禁令干预其认为不当的国际投资仲裁程序时带有比较强的主观性。同时,各国国内法院在对国际投资仲裁裁决的司法审查中,对仲裁庭的管辖权是采取重新审查标准还是形式审查标准这一关键问题的认识也不统一:美国联邦最高法院在BG Group plc v. Republic of Argentina案中认为当地救济条款的解释和适用应该由仲裁庭来决定,法院不应进行重新审查<sup>①</sup>;但包括英国、新加坡、荷兰等国在内的国内法院则采取重新审查的标准,在Sanum v. Laos案中,新加坡上诉法院明确其在管辖权认定上不需要遵从仲裁庭的任何裁决<sup>②</sup>。审查标准的选择具有重要影响,一旦采取重新审查标准,则意味着法院在投资者的资格认定、条约的适用范围等众多问题上将重新认定和解释相关证据与法律。此外,部分投资协定的措辞对国内法院对国际投资仲裁裁决的审查权的影响也存在不确定性,如投资协定中“仲裁庭的裁决是终局的,对争议当事双方具有拘束力”的约定是否排除了国内司法的审查可能引发不同的理解<sup>③</sup>。

国内司法与国际投资仲裁的互动不足可能埋下程序冲突的隐患:在投资条约有关可提交仲裁的争端范围、当地救济的适用条件、例外条款的具体内涵等存在不同解释可能时,仲裁庭与国内法院之间可能发生管辖权的竞争与冲突,产生已决案件的“再次”审理,或者对彼此程序的否定性评判,进而产生国际投资争端国内治理与国际治理的紧张关系,甚至是对立局面。

### (三) 国内法院参与国际投资争端治理的能力和机制不足

国内法院参与国际投资争端治理的效果,不仅取决于投资条约对其参与角色的分配以及与国际投资仲裁的关系构建,也在根本上取决于其治理能力的提升和参与机制的建设。

在参与能力方面,国内法院不仅在可预见性以及法律适用等方面面临先天制约,而且在参与意识以及配套机制方面也存在后天不足:首先,各国各异、复杂的司法环境和法律制度,决定了国内司法难以提供像国际投资仲裁那样相对具有可预见性的、统一的法律和程序框架,这使得国内司法对投资者的保护难以有效预期<sup>④</sup>。而且各国法院参差不齐的司法透明度水平也在客观上制约了国内法院在不同投资关系下的参与程度,如采取相似司法制度的发达国家之间可能基于相互间的司法互信而放心让投资争端解决完全重回国内司法救济,但对于不同法系的发展中国家,司法信任的不足必然存在。其次,国际投资条约在不少国家(如澳大利亚、加拿大、法国、印度、英国等)并不能为国内法院直接适用,这直接影响了国内法院参与争端治理的效果,因为很多情况下,投资者挑战的恰恰是可能与投资条约相悖的东道国国内法<sup>⑤</sup>。最后,因国际投资仲裁实践集中于少数国际仲裁中心,大部分的国内法院缺乏与国际投资仲裁的衔接机会,难以真正通过司法监督和支持参与国际投资争端治理,长此以往,将不可避免地形成参与治理机会缺失与参与治理能力不足的恶性循环。

在参与机制建设方面,虽然有巴林等少数国家成立了专门的投资法院,但包括我国在内的大多数国家的国内法院并未对投资争端设立专门的管辖或者程序机制。事实上,因为大部分国家在国际投资仲裁裁决司法审查、禁仲裁令处理等方面的实践空白,有关国际投资仲裁的司法政策和司法机制并未引起足够的重视。同时,因投资争端预防理念和机制尚处于探索初期,如何系统发挥国内法院在投资争端预防方面的作用尚无被广泛推广的良好实践。

<sup>①</sup>BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, 134 S. Ct. 1198.

<sup>②</sup>Sanum Investments Limited v. the Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016] SGCA 57.

<sup>③</sup>魏彬彬,及小同《国际投资条约仲裁司法审查的制度困境与完善路径》,《国际商务研究》2021年第5期。

<sup>④</sup>Leon E. Trakman and Kunal Sharma, Jumping Back and Forth between Domestic Courts and ISDS: Mixed Signals from the Asia - Pacific Region, in Steffen Hindelang and Markus Krajewski, *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 332 - 334.

<sup>⑤</sup>宁红玲《投资者 - 国家仲裁与国内法院相互关系研究》北京:法律出版社2020年版,第26页。

### 三、我国法院参与国际投资争端治理的立场统筹与制度应对

因我国并无投资协定范本,我国面临的投资争端风险整体可控以及我国仲裁机构参与国际投资仲裁实践的匮乏等因素,我国对国内法院在国际投资争端治理中的参与维度和相应的机制建设并无全盘的统筹。而且签订于不同时期的投资协定在对国内司法救济与国际投资仲裁的利用方式上存在显著差异,尤其早期签订的投资协定简单将允许提交投资仲裁的争端范围限于征收补偿数额的做法与新时期我国国际投资利益保护诉求的变化并不契合。因此,在我国国际投资利益不断扩大、国内仲裁机构也开始筹划投资仲裁业务的背景下,我国法院参与国际投资争端治理的立场统筹和相应的制度安排也应提上日程。

#### (一) 争端解决的参与统筹与能力建设

##### 1. 投资协定中东道国司法救济的限制性立场

我国对国内法院在 ISDS 机制中的角色定位立基于投资东道国与投资者母国的双重身份。整体而言,虽然过去考虑到我国外资审批制度与操作存在的缺陷,以及外资企业与我国政府间可能发生的争端在数量及标的额上远甚于我国海外投资企业与东道国政府间可能产生的争端,我国更应坚持用尽当地救济规则的考虑具有合理性<sup>①</sup>,但伴随我国对外投资在“走出去”战略中的日益壮大和以《外商投资法》为代表的国内投资法治的完善,我国投资协定的基本理念也在转型,即更加侧重于将其当作保护我国境外直接投资的法律工具<sup>②</sup>,由此对当地司法救济的运用也应转变。特别考虑到“一带一路”倡议下不乏一些法治水平较低、投资环境不稳定的东道国,我国海外投资者投资争端管理经验相对匮乏,作为我国海外投资主力的国有企业的投资容易因东道国声称国有企业投资者不受制于市场条件或对国家安全等造成威胁而受到规制性安排<sup>③</sup>,大国博弈背景下民粹主义、单边主义和保守主义的回潮导致我国海外投资面临碰壁风险,以及我国投资者在采矿业、电力、热力等比较敏感的基础行业的投资并购快速增长等因素,我国海外投资面临的投资争端风险更令人担忧,我国海外投资利益的保护诉求相比之下更为紧迫。

以上述利益保护判断为基础,我国应当在投资协定中坚持对国际投资仲裁的开放利用,对国内法院采取相对限制的参与立场。投资协定中对国内司法的参与方式可设定如下:第一,将部分事关东道国核心公共政策的敏感争端留给国内法院审理,对其他争端采取国内司法的选择模式而非前置模式,允许投资者自由选择将争端提交国内司法或者国际仲裁;第二,为提升投资者对国内司法的信心,鼓励投资者选择国内法院作为 ISDS 机制首先的尝试项,不应当设置岔路口条款,并对国内司法程序设定合理的期限,以此督促国内法院提高司法效率;第三,基于避免国际仲裁与国内司法的平行诉讼的考虑,应当明确规定如果一方当事人已经启动司法或者仲裁程序,则不能再同时诉诸另一种程序。当然,需要进一步考虑的是保留给国内法院审理的敏感争端的范围如何界定,因为投资协定实践中对一般例外、安全例外通常采用宽泛的措辞方式,而国际投资法对根本安全利益、国家利益、公共秩序等的判断标准不甚清晰,这可能存在被滥用的政治化风险。为此,在短期内无法清晰地界定或者统一对这些概念的认识的情况下,可以考虑针对例外条款的解释和适用嵌入缔约方的联合解释机制,以此防止例外的滥用。可为参考的是《中国—澳大利亚自由贸易协定》针对一方采取的措施是否属于非歧视的和出于合法公共利益目标的措施规定的联合磋商机制:被诉方在

<sup>①</sup>李泮桦《东道国当地救济规则在 ICSID 仲裁领域的运用研究》,《法律科学》2015 年第 3 期。

<sup>②</sup>沈伟《投资者—东道国争端解决条款的自由化嬗变和中国的路径》,《经贸法律评论》2020 年第 3 期。

<sup>③</sup>车路遥《针对国有企业海外投资的规制性特殊安排:原理分析与路径重构》,《国际经济法学刊》2020 年第 1 期。

收到投资者就特定争议的磋商请求之日起 30 日内,可向申诉方及非争端缔约方提供说明其立场理由的“公共利益通知”,声明其认为被指控的措施属于公共利益例外。在发送公共利益通知后,被诉方与非争端缔约方应在 90 日内进行磋商,在此期间国际投资仲裁程序自动中止。若双方就此磋商达成了一致意见,则该共同决定对正在进行的或后续的争端的仲裁庭具有约束力。如果 90 日无法达成一致意见,则不妨碍仲裁庭的成立<sup>①</sup>。

## 2. 投资纠纷的诉讼机制和能力建设

截止到目前,针对中国政府提起的国际投资仲裁案件共有 7 件,在数量上相较于我国的外资引进规模和储量并不算多,但这并不意味着我国政府没有投资争端的困扰。根据已经公开的裁判文书,外商投资企业针对商标注册、房屋征收、清算程序等类型的纠纷提起的行政诉讼案件并不少,仅 2020 年度以“行政案由”和“外商投资企业”为关键词的初步检索就有 1370 份<sup>②</sup>。因此,我国法院实际承担着很重要的投资争端当地救济的职能。为此,从保障投资纠纷当地治理效果、让投资者能够在当地救济中感受到公正与高效的需要出发,我国法院还需不断提升投资纠纷解决的业务能力,并已有学者提出建立专门解决投资者与东道国之间投资争议的投资法院的建议<sup>③</sup>。但笔者认为,在当前我国面临的国际投资争端风险整体可控、通过设立投资法院提升外资吸引力的需求并不突出的背景下,建立一套专门的投资法院体系并无成本效益上的突出价值。相比之下,明确投资者与东道国之间投资争议的管辖级别,即明确投资者与东道国之间的投资争议属于应当由中级人民法院管辖的重大涉外案件(根据个案情形,还可以由高级人民法院,甚至是最高人民法院管辖),建立此类争议向上级法院的通报制度以构建案件审理质量的把控机制,并研究我国国际商事法庭扩大对国际投资争端的管辖范围<sup>④</sup>更具可行性。同时,在加强业务能力的同时,也需做好投资争端治理的对外宣传,如通过定期公布外商投资企业与中国政府部门的典型行政纠纷案例,彰显我国法院对于投资者的公平公正对待,提升我国司法的透明度。

此外,国内司法救济在国际投资争端解决中的信任构建和参与拓展,还需要依靠其他国家司法环境和能力的同步提升,这意味着我国法院也需要积极参与和推动国际社会在国内司法环境和国内法院投资争端解决能力上的建设。其中,在联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)第三工作组有关 ISDS 机制改革议题中受到广泛关注的国际投资法律咨询中心建设方案值得特别注意,如果该中心未来得以获建,应当推动该中心将提升国内法院的投资争端解决能力作为其重要工作任务。

### (二) 仲裁监督的审慎立场与制度完善

现阶段我国并非国际投资仲裁的主要仲裁地和裁决承认与执行地,我国法院尚无通过仲裁裁决审查和程序介入参与国际投资争端治理的实践。但长远上,对涉外仲裁裁决的司法审查是展示我国涉外司法形象的重要观测点<sup>⑤</sup>,我国相应的立场厘定和制度应对仍应提前筹划。整体而言,基于打造国际仲裁目的地的整体目标,我国对国际投资仲裁的监督应当持谨慎态度,以免造成我国司法过度干预仲裁,对国际仲裁不友好的国际印象。

在国际投资仲裁裁决的司法审查上,我国可对其适用与国际商事仲裁裁决同样的制度:一方面,这是国际上其他主流国家的普遍做法,如新加坡和加拿大对国际投资仲裁的司法审查适用的法

<sup>①</sup>参见该协定第 9 章第 11 条和第 18 条。

<sup>②</sup>参见池漫郊,任清《中国国际投资仲裁年度观察(2021)》,《北京仲裁》2021 年第 2 辑。

<sup>③</sup>梁雪《国际投资争端解决中东道国法院主体地位的缺失与回归》,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2020 年第 6 期。

<sup>④</sup>薛源,程雁群《以国际商事法庭为核心的我国“一站式”国际商事纠纷解决机制建设》,《政法论丛》2020 年第 1 期。

<sup>⑤</sup>张春良《论涉外仲裁撤裁依据的竞合适用及其厘正——以仲裁协议为中心的实证考察》,《政法论丛》2021 年 3 期。

律与其他国际商事仲裁一样,都是《国际仲裁法》;另一方面,通过发布执行通知、建立报告制度、制定司法解释、个案答复、信息化建设、法官培训等措施<sup>①</sup>,我国对国际商事仲裁的司法立场和制度建设已经趋于成熟和完善,并与国际接轨。当然,仍需进一步完善和明确的是:第一,在《仲裁法》的修改中消除现有第2条将可仲裁的事项规定为“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷”的限制,拓宽可仲裁事项,为国内仲裁机构的国际投资仲裁实践及相应的司法审查提供法律依据<sup>②</sup>;第二,在审查的权力上,需明确我国法院并无审查ICSID仲裁裁决的权力,我国民事诉讼领域的审判监督程序在ICSID仲裁裁决的承认与执行环节并无适用的空间;第三,从完善国际投资仲裁案件司法依据、进一步与国际接轨的角度出发,我国应当撤销对《纽约公约》适用于国际投资仲裁案件的限制<sup>③</sup>;第四,考虑到国际投资仲裁案件的一方当事人为主权国家以及国际投资案件在国际范围内可能引起广泛关注,尤其当承认、执行环节涉及国际投资仲裁庭管辖权审查、国家财产豁免等问题时,相关问题的处理不仅代表了我国的司法立场,而且亦可能影响到我国签订的国际投资条约的解释问题,因此,有必要提高对国际投资仲裁司法审查案件的管辖级别,确立最高人民法院国际商事法庭为管辖法院。同时,作为配套,根据ICSID公约第54条第2款的规定,我国应当将此决定通知国际投资争端解决中心秘书长,向国际社会告知未来ICSID仲裁裁决在我国的承认与执行将由我国最高人民法院国际商事法庭负责。

对于国际投资仲裁程序的介入,我国法院已有依据《民事诉讼法》第100条等规定裁定当事人禁止采取、撤回或终止与其审理的争议相冲突的外国诉讼程序的实践<sup>④</sup>,这种行为保全制度已经可以为我国政府在面临投资者的滥诉行为时提供兜底的国内法救济选择。同时,基于维护我国重要公共利益以及司法权不被侵蚀的考虑,也有学者建议我国构建有限度的禁诉令和反禁诉令制度<sup>⑤</sup>。对此,笔者认为虽无十分紧迫的必要,但结合我国当前加快推进涉外领域立法,充实应对挑战、防范风险的法律“工具箱”的内在要求,在《民事诉讼法》的修改中做进一步的制度储备,规定独立的禁诉令制度也是可取的。当然,从效果上来说,因国内法院依据国内法做出的裁决原则上只对仲裁地位于本国的仲裁庭具有约束力,我国法院作出的行为保全或者禁诉令无法约束仲裁地位于国外的仲裁庭,且容易带来与仲裁庭的程序对抗风险。为此,一方面,基于前述打造国际仲裁目的地的目标,我国法院应当对行为保全裁定和禁诉令遵循谨慎适用的整体立场,另一方面,鉴于国际投资协定中的相关规定对仲裁庭具有直接约束力,在国际投资协定和国际投资仲裁程序内部提供应对投资者滥诉的规则保障同样值得关注,如对投资者有权提起仲裁的条件和范围作出更明确的规定,对仲裁庭合并仲裁的规则进行细化设计等。值得关注的是,虽然包括《美加墨协定》在内的不少投资协定都对合并仲裁规则进行了较为详细的规定,但是既有的合并仲裁规则仍存在诸多限制。比如《美加墨协定》的合并仲裁条款仅适用于基于本协定提出的仲裁程序,不能延伸适用于基于其他协定提出的仲裁程序。但实践中,投资者经常利用身份筹划依据不同的投资协定提出基于相同事实和情形的多个仲裁请求。因此,合并仲裁规则的设计还需进一步解决跨投资协定的仲裁合并问题。

①高晓力《中国法院承认和执行外国仲裁裁决的积极实践》,《法律适用》2018年第5期。

②值得注意的是,在2021年7月30日司法部公开征求意见的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》中,已经删除了本条中“平等主体”的限制性表述。

③最高人民法院于1987年发布的《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》明确将“外国投资者与东道国政府之间的争端”排除在外,这使得域外非基于ICSID公约作出的投资仲裁裁决的承认与执行在我国无法适用《纽约公约》,只能依据《民事诉讼法》的规定按照互惠原则办理。

④如华为技术有限公司等诉文森无线许可公司案,(2019)最高法知民终732、733、734号之一;小米通讯技术公司等诉Inter Digital, Inc.等案,(2020)鄂01知民初169号。

⑤伊鲁《论中国反禁诉令制度的构建》,《中国海商法研究》2020年第2期;沈红雨《我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革》,《中国应用法学》2020年第5期。

对此,推动实践中应用最多的 ICSID 仲裁规则和 UNCITRAL 仲裁规则纳入明确的合并仲裁规则可能效果最佳,这样依据不同投资协定提起,但同样适用 ICSID 仲裁规则和 UNCITRAL 仲裁规则的投资仲裁就可以跨投资协定进行合并。同时,利用这两个规则的影响力,逐渐推动各国投资协定中合并仲裁规则的更新。

### (三) 投资争端预防的多方联动

基于争端预防的独特优势,未来我国应当通过建立投资争端预防和管理机构、信息收集和沟通系统、政府机构责任制度,确认并监控敏感行业等措施<sup>①</sup>构建一个国际、国内统筹推进,行政部门、司法机构、民间组织等多方参与的国际投资争端预防体系。为此,我国法院应当发挥司法能动性,多方联动,积极参与投资争端预防机制的构建,重点包括:第一,主动对接全国外商投资企业投诉中心、各地外商投诉工作机构、协调机构以及政府外资管理部门,为其处理外商投诉和争议提供必要的法律指导,提高它们投诉处理的专业性和效率。同时,最高人民法院可以通过必要的司法解释工作,明确遭遇投诉或者被诉的投资法律规则的适用争议,统一投资争议的裁判规则和理念。例如,在《外商投资法》颁布后,最高人民法院及时发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》就有利于避免因新法颁布而带来的理解争议。第二,与外商投资企业投诉机构、外资管理部门等建立信息共享和联系机制,对于外商投资者提起的行政诉讼,法院应当意识到其演变为国际层面投资争端的风险,结合调解、仲裁等一站式纠纷解决平台的建设,释明投资争端的其他化解渠道,引导投资争端的合理化解,建立争议的联动处理和追踪机制。第三,通过建立前述提及的投资案件的通报制度,建立案件数据库,总结中央和地方政府被指控的违反投资协定的措施,形成优化政府监管行为或者完善投资协定的司法建议。

## 结语

国际投资争端治理包括争端预防、争端解决等多个环节,需要国际国内多元主体的统筹治理<sup>②</sup>。国内法院是国际投资争端治理体系中不可或缺的参与主体,在争端解决、投资仲裁的制约以及争端预防等不同方面都可以发挥重要作用,并结合本国投资利益的现实需求统筹其参与限度和参与效果,尤其是协调与国际投资仲裁机制的关系配置,在争端解决的政治效果和法律效果之间实现最佳平衡。在国内法治与涉外法治的统筹推进中,我国法院应当肩负起参与和推动国际投资争端治理走向更合理状态的使命担当,通过制度完善以及司法能动,在上述不同的参与维度更好地实现我国在国际投资争端中的治理权。

[责任编辑:傅强]

<sup>①</sup>刘万喙《国际投资争端的预防机制与中国选择》,《当代法学》2019年第6期。

<sup>②</sup>曹兴国《欧盟 ISDS 机制改革中的欧盟法挑战:欧盟法院的解释与启示》,《中国海商法研究》2021年第4期。