

# 论国际投资仲裁中滥诉风险的法律规制

孔晓婷

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年8月23日; 录用日期: 2022年9月19日; 发布日期: 2022年9月26日

## 摘要

投资者滥诉是一种复杂的法律现象, 国际投资仲裁实践中仲裁庭法律解释权规制的缺失, 东道国救济地位的弱化, 第三方资助的推波助澜等因素是滥诉风险的重要诱因。双边投资条约的概括性、不确定性导致争端双方仲裁合意的缺失, 投资者可以随时主动提起仲裁, 而东道国只能被动应诉, 投资仲裁的主动权始终掌握在投资者的手里。滥诉风险的防范是一项系统工程。对仲裁庭的法律解释权进行必要的规制是完善ICSID仲裁机制的首要任务, 建立对投资者的仲裁请求的先行审查制度有利于滤去明显缺乏法律依据的诉求, 增强国际投资仲裁的透明度是督促投资者谨慎提起仲裁的重中之重, 对规制滥诉具有重要的积极意义。

## 关键词

国际投资仲裁, 滥诉, 法律解释权

# Study on the Legal Regulation of the Risk of Abusive Litigation in International Investment Arbitration

Xiaoting Kong

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 23<sup>rd</sup>, 2022; accepted: Sep. 19<sup>th</sup>, 2022; published: Sep. 26<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

Investors abuse is a complex legal phenomenon. The lack of legal interpretation power of arbitration tribunals in the international investment arbitration practice, the weakening of the relief status of the host country, and the influencing factors of third-party funding are important incen-

tives for the abuse of risk. The generality and uncertainty of the bilateral investment treaty lead to the lack of agreement between the parties to the dispute. The investor can initiate arbitration at any time. The host country can only respond passively. The initiative to invest in arbitration is always in the hands of investors. The prevention of abuse of risk is a systematic project. The necessary regulation of the arbitral tribunal's legal interpretation power is the primary task of perfecting the ICSID arbitration mechanism. Establishing a pre-examination system for investors' arbitration requests is conducive to filtering out claims that are obviously lacking in legal basis, and enhancing the transparency of international investment arbitration is of great positive significance to the regulation of abuses.

## Keywords

International Investment Arbitration, Indiscriminate Prosecution, Legal Interpretation Power

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 投资者滥诉概述

本文所指的投资者滥诉,是指在国际投资仲裁中,跨国投资者作为申请人轻率提起仲裁程序,将投资东道国诉至国际投资仲裁庭,而其向仲裁庭提出的仲裁请求随意浮夸且明显缺乏法律依据,或者所涉事由对案件本身而言无实质性影响等。

徐树在其论文中指出,滥诉是投资者权利司法化、诉讼去门槛化的必然后果[1]。国际投资仲裁属于合意性的争端解决机制,理论上需要得到双方的一致同意;然而实践表明,投资仲裁程序的提起似乎并不需要遵循传统意义上的“一案一同意”原则。一般地,缔约国之间签订的双边投资条约中通常会含有允许将投资争端提交“中心”的条款,虽然这类条款并不当地被视为东道国对投资仲裁程序的“同意”;然而在投资仲裁实践中,投资者为证明自己拥有诉权,往往倾向于将东道国与母国之间签订的双边投资条约解释为东道国对投资者提起仲裁的“持续要约”;相应地,投资者单方面将该争端提交仲裁即是对该“持续要约”作出承诺。故只要投资者作出这种“承诺”,便自然而然地生成了与东道国将案件提交仲裁的合意,由此,合同“成立并生效”。由于这样的“要约”与“承诺”具有单向性,投资者可以随时主动提起仲裁,而东道国只能被动应诉,即投资仲裁的主动权始终掌握在投资者的手里。

## 2. 投资者滥诉的原因

### 2.1. 国际投资仲裁实践层面的原因

第一,管辖权的扩张导致受案范围的扩大。“中心”自其成立以来的50余年间,其管辖权呈扩张趋势。其主体要件从严格限制走向宽松,客体要件从直接投资延伸至间接投资方式,主观要件从主要以契约为基础发展到主要以条约为基础。管辖权的扩张扩大了国际投资仲裁的适用范围,也为投资者滥诉提供了便利。

第二,东道国救济地位的弱化。在《华盛顿公约》体系下,东道国救济与国际投资仲裁之间是选择关系,即约定国际投资仲裁就意味着投资者放弃了东道国救济的手段(即所谓的“岔路口条款”)。“用尽当地救济原则”作为一项古老的国际习惯法原则,在“中心”建立以前的绝大多数国际投资案件中得到普遍性适用。20世纪60年代中后期“中心”的建立标志着卡尔沃主义的式微。随着“中心”管辖权的

扩张,越来越多的投资争端将通过投资仲裁解决。由于国际投资仲裁与生俱来地具有保护外国投资者的属性,而东道国则自然而然地倾向于维护本国利益,因此投资者更加愿意选择投资仲裁解决纠纷,而对于东道国救济则存在强烈的不信任感和不安全感。根据《华盛顿公约》第26条规定,缔约国可以要求用尽当地救济作为提交仲裁的条件,即只有在投资条约中明确约定才可以要求投资者用尽东道国救济,在适用方式上“要求需明示”、“放弃可默认”[2]。由于《公约》倾向于保护投资者利益,许多投资者无视东道国的法律规定,在仲裁程序中对东道国“狮子大开口”。而东道国的国内司法资源得不到充分适用,使得东道国国际投资救济的立法成为一纸空文。

## 2.2. 双边投资条约层面的原因

双边投资条约(BITs),系指资本输出国与资本输入国之间签订的有关用于国际投资保护的条约。早些年,许多国家,特别是发展中国家在签订的双边投资条约中使用了許多概括性用语。例如在秘鲁-中国BITs中就采用了“任何争端”这样的概括性用语,即全面同意仲裁庭的管辖权。沈伟在其论文中指出,即便是概括性同意仲裁庭的管辖权,但由于其含义本来就不清晰,因此仲裁庭在解释这类条款时也不应当对其进行过度解释[3]。然而在实践中,这类条款仍然经常被投资者作为提起仲裁的法律依据,并且在一些个案中这样的仲裁请求得到了仲裁庭的支持。

## 3. ICSID 仲裁庭法律解释权规制的缺失

### 3.1. 对“管辖权条款”的过度解释

第一,对管辖权“肯定性要件”的扩张解释。首先,主体要件,即“投资者”。根据《华盛顿公约》第25条规定,“中心”管辖的案件要求一方当事人为东道国,另一当事人为投资者,包括另一国籍的自然人、法人。然而,在阿姆科亚洲公司诉印度尼西亚等案件的裁判中,仲裁庭就确认了“股东”属于管辖范围内的适格投资者,突破了公约对“投资者”定义的界限。对于法人而言,根据《公约》第25条第2款第2项的规定,只有具有东道国以外另一缔约国国籍的法人或者虽具有东道国国籍但实际受另一缔约国控制的法人才属于《公约》规定的“合格投资者”。然而,在立陶宛 Tokios Tokelés 公司诉乌克兰一案中,仲裁庭却指出,只有双方当事人对法人的国籍没有特别约定时,才适用据《公约》第25条第2款第2项的规定,即该条款在该案中事实上被降格为“兜底条款”[4]。其次,客体要件,即“适格投资”。根据《华盛顿公约》第25条第1款规定,只有“直接因投资引起的法律争端”才属于仲裁庭管辖权的范围。“投资”这一概念既包括传统意义上的直接投资,也包括间接投资,诸如投资者通过购买公司债券、股票等各种有价证券的方式获得对企业的控制权,或者通过对其进行买卖,以获取更大的利益。由此可见,“投资”在外延、内涵上均具有较大的伸缩性[5]。一方面,这使得“中心”的管辖权更能适应日趋复杂的投资关系;另一方面,仲裁庭也可以通过其自由裁量权对这一客体要件作随意的扩大解释。再次,主观要件,即“同意”。根据《华盛顿公约》第25条第1款规定,双方当事人将争端提交仲裁必须以“书面同意”为要件。该条款为刚性规定,然而这一规定在实践中也被突破。例如在蓝科国际公司诉阿根廷共和国一案中,仲裁庭将“双方同意”作扩大解释,即投资条约中作出的同意将争端提交“中心”管辖也属于“双方同意”的范畴,突破了“双方同意”的相对性。这就意味着,只要缔约国之间存在“同意条款”,投资者便可以名正言顺地将案件提交“中心”,事实上导致了仲裁庭的管辖权趋于宽松。“同意”范围的扩大导致投资者势必频繁提起仲裁,使得这样的曲解得到了广泛的支持。

第二,对管辖权“否定性要件”的限制解释。在对管辖权的“肯定性要件”作广泛的扩张解释的同时,对于一些管辖权的“否定性要件”,即在解释缔约国设置的自我保护机制时,仲裁庭却认为为了实现条约的目的和宗旨,因此在解释中应当朝着有利于保护投资者的方向倾斜,即应当对这些“例外条款”

作限制解释，从而确认仲裁庭在该案中有管辖权。

### 3.2. 对“最惠国待遇条款”的过度解释

“最惠国待遇条款”的初衷在于使得不同的国家的投资者在东道国享受平等的待遇，一般是指实体权利方面的待遇。然而在实践中，投资者试图超越双边投资条约条款约定的范围，利用“最惠国待遇条款”的一些更有利于己方的规定，在多种争议条款中选择对自己最为有利的解决条款，从而不正当地获得了超出缔约国意图的条约的保护[6]。

近年来，在诸多案件的裁判中，仲裁庭对“最惠国待遇条款”在程序性事项的运用上持保留态度。例如普莱玛公司诉保加利亚一案中，仲裁庭拒绝了投资者试图利用“最惠国待遇条款”中的“程序性事项”解决争端的做法，其理由在于“最惠国待遇条款”具有概括性，难以满足仲裁庭对于条款精确度的要求。因此除非另有明确的积极适用规定，“最惠国待遇条款”一般不可适用于争端解决“程序性事项”[7]。在此后的一系列裁判中，仲裁庭对“最惠国待遇条款”的援用态度更为谨慎。

### 3.3. 对“保护伞条款”的扩大解释

“保护伞条款”是指国际投资条约中，缔约双方应遵守其对另一方投资者所做的特定承诺，把投资者通过国内法的形式或者投资合同形式作出的承诺上升到条约层面，以获得更为全面的保护。对于“保护伞条款”通常有三种解释方法，即“限制性解释”、“扩大性解释”、“折中性解释”。“限制性解释”即对于东道国违反两国之间那些纯属合同性质的请求，不得视为违反“保护伞条款”，不得诉至“中心”。其理由在于，如果把纯合同请求纳入“保护伞条款”规制的范围内，其他条款，诸如“自由磋商条款”等内容都将成为摆设，其效力完全被“保护伞条款”所取代[8]。“扩大性解释”即认为“保护伞条款”涵盖各种性质的义务，不论是合同义务还是条约义务，其主要目的在于在个案中作有利于投资者的解释，倾斜保护投资者利益。“折中性解释”认为不能将所有“合同请求”转变为“条约请求”，即违反条约和违反合同不能混为一谈；只有当东道国采取单方面行为干预合同，仲裁庭对这种合同请求具有管辖权，其目的在于平衡投资者与东道国的利益。

在实践中，仲裁庭倾向于作扩大解释，东道国违反投资合同将会被视为违反国际法义务。这就意味着，投资者的一般合同诉求也会落入仲裁庭的管辖权范围。这种做法模糊了“私法争议”与“公法争端”的界限，使得案件甚至在定性上都可能产生歧义。更重要的是，这样的做法将会架空合同争端解决机制，投资者可以无视合同约定的排他性争端解决安排，从而模糊“合同机制”和“条约机制”的界限[9]。

## 4. ICSID 滥诉风险防范机制之完善

### 4.1. 对投资者的仲裁请求作先行审查

对投资者诉求的先行审查是规制投资者滥诉的最为直接的手段，将其作为仲裁庭受理的前置性程序不仅行之有效，且具备可操作性。有学者提出，“中心”可以借鉴美国的做法，建立统一的强制性的预审程序[10]。在预审程序中，仲裁庭应当就其行使管辖权的三要件进行逐一审核。其中，“同意”要件应当作为审查的重点，如果发现双方同意明显不存在，就应当直接驳回仲裁请求，无需继续审查其他两个要件，这样可以大幅度提高仲裁庭受理案件的效率。

经过审查，对于投资者对东道国提起的轻浮性诉求以及明显缺乏法律依据的请求，仲裁庭可以责令投资者承担所有相关费用[11]。同时，被诉方也可以在开庭前针对这些诉求提出反对意见。仲裁请求不适当的法律后果，即仲裁庭可以作出拒绝仲裁的决定。由于该“先行审查”在性质上属于仲裁庭的自裁管辖，笔者认为仲裁庭在这过程中应当尤其注意自我克制，或者引入相应的立案受理监督机制。

## 4.2. 对仲裁庭的法律解释权进行限制

第一，对“管辖权条款”解释的限制。要约束仲裁庭“造法”的行为。在管辖权的裁判中，仲裁庭经常性地对管辖权条款过度解释，甚至以解释条约对名义，来修改条约内容。一方面，仲裁庭应当善意地解释“适格投资”、“适格投资者”、“同意”等管辖权要件，遵循文本解释的原则；另一方面，可以引进第三方监督机制，来制约仲裁庭的法律解释权。

第二，对“最惠国待遇条款”解释的限制。理论界普遍呼吁，应当对“最惠国待遇条款”的援予以严格限制，从而对投资者滥诉的行为进行必要的规制。对此，我国学者提出，在解释“最惠国待遇条款”时，应当把握好三个要素。第一，应遵循“善意解释”的规则，这要求仲裁庭在解释东道国义务时，要充分尊重其缔约意图，切不可任意变动缔约主体之间的权利义务。第二，要坚持“文本解释”的规则，这要求仲裁庭必须尊重条约文本，严格按照条约文本中反映的缔约意图。第三，要合理使用“目的解释”[12]。

第三，对“保护伞条款”的扩大解释的限制。徐崇利在其论文中指出，应当审慎对待“保护伞条款”的解释[13]。根据“如有疑问，从轻解释”的原则，仲裁庭应该考虑到“保护伞条款”本身的设立就具有倾斜保护投资者利益的属性，因此在具体案件中发生争议时，应当审慎解释这类条款，在具体案件的解释中考虑到东道国的权益，在裁判中避免对东道国造成过重的负担。

第四，对“公平公正待遇条款”解释的限制。根据国际普遍认可的实践，当东道国为维护公共利益而采取某种措施时，只要是非歧视性的，即使不符合投资者的基本预期，就不应当认为是违反公平公正待遇。对于这类条款的解释，余劲松在其论文中指出两条途径。其一，应当把“公平公正待遇”理解为给予外国投资者以无差别待遇，即只要东道国给予外国投资者平等的待遇，那么就认为其遵守了这项原则。其二，如果把该项待遇解释为一个抽象的标准，那么它便不具有可诉性[14]。由于“公平公正待遇”这一概念本身就比较抽象，通常用于解释条约中的一些特别规定，或是填补条约以及国内立法的漏洞，其地位具有辅助性，一般不宜作为投资者向东道国索赔的直接依据。

第五，对“间接征收”解释的限制。政府措施一旦被打上“歧视”的烙印，即便是为了保护公共利益，东道国也难逃被诉至“中心”的厄运[15]。根据《维也纳条约法公约》的规定，对法律概念的解释不仅要结合上下文、遵从条约宗旨，还必须秉承善意地予以解释。对于关乎东道国公共健康保护、生态环境保护等公共利益方面的必要行政措施，则必须考虑东道国的主观目的，即是否真正为国家公共利益而实施，该措施是否会造成对外国投资者的歧视性待遇[16]。

## 4.3. 增强国际投资仲裁的透明度

“保密性原则”是投资仲裁中的一项重要原则。仲裁程序的不公开进行制度设立的初衷在于保护投资者的商业秘密，但也会导致投资仲裁程序缺乏监督机制，这与投资者轻率提起投资仲裁存在密切联系。近年来，理论界呼吁增强国际投资仲裁的透明度，因为投资仲裁涉及东道国的国家主权问题，同时也能够对投资者的行为产生来自国际社会的约束力，督促投资者谨慎提起投资仲裁。

理论界试图对投资仲裁透明化的范围进行界定，大体上围绕五个方面。其一，投资仲裁启动的程序应当进行公告，其目的在于保障公众对针对东道国的争端启动的知情权。其二，应当公开仲裁程序中的文件，这对于完善投资仲裁的信息披露制度具有重大意义。其三，听证会应公开，这是为了保障公众对公共利益问题的参与权。其四，法庭之友的公开。其五，仲裁庭应当对裁决结果予以公开，这也是投资仲裁透明度改革的核心环节[17]。

针对前文所述的第三方资助行为，笔者认为有必要对第三方资助的情况进行公开。其原因如下：首

先, 由于国际法未规定第三方信息公开是义务, 导致投资仲裁体制缺乏必要的监督, 因此披露会在一定程度上能够打击投资者的积极性; 其次, 由于投资仲裁关系到东道国的主权问题, 而第三方资助可能会对投资者提起投资仲裁起到推波助澜的作用, 使得东道国受到投资者的缠诉; 此外, 近年来, 许多投资第三方为扩大其自身影响力, 盲目投资的情况较为普遍, 这常常会引发滥诉甚至恶意诉讼[18]。基于对第三方的公开必要且合理, 我们可以在手段合法适当的基础上对投资第三方进行公开。

## 参考文献

- [1] 徐树. 国际投资仲裁中滥诉防范机制的构建[J]. 法学, 2017(5): 152-165.
- [2] 李丰桦. 东道国当地救济规则在 ICSID 仲裁领域的运用研究——兼论中国双边投资条约的应对策略[J]. 法律科学, 2015(3): 184.
- [3] 沈伟. 论中国双边投资条约中限制性投资争端解决条款的解释和适用[J]. 中外法学, 2012(5): 1051-1052.
- [4] 石慧. 华盛顿公约第 25 条适用之新探——以 ICSID 管辖权的发展为切入点[J]. 湖南文理学院学报(社会科学版), 2006(6): 125.
- [5] 余劲松. 国际投资法[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 384.
- [6] 梁丹妮. 国际投资条约最惠国待遇条款适用问题研究——以“伊佳兰公司诉中国案”为中心分析[J]. 法商研究, 2012(2): 100.
- [7] 赵骏. 论双边投资条约中最惠国待遇条款扩张适用于程序性事项[J]. 浙江社会科学, 2010(7): 58.
- [8] 王海浪. ICSID 管辖权新问题与中国对策研究[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2017: 185.
- [9] 徐树. 国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对[J]. 清华法学, 2017(3): 192.
- [10] 赵秀文. ICSID 仲裁庭管辖权新近发展动向及其改革初探[J]. 江西社会科学, 2011(6): 153-154.
- [11] 刘笋. 论国际投资仲裁对国家主权的挑战[J]. 法商研究, 2008, 25(3): 3-13.
- [12] 郭桂环. 论 BIT 条款中最惠国待遇条款的解释[J]. 河北法学, 2013(6): 163-164.
- [13] 徐崇利. “保护伞条款”的适用范围之争与我国的对策[J]. 华东政法大学学报, 2008(4): 52.
- [14] 余劲松. 外资的公平公正待遇问题研究——基于 NAFTA 的实践产生的几点思考[J]. 法商研究, 2005(6): 7-8.
- [15] 梁丹妮. 国际投资协定一般例外条款研究——与 WTO 共同但有区别的经验[J]. 法学评论, 2014(1): 102.
- [16] 梁丹妮. 论国际投资争端仲裁机制对东道国公共健康保护权力的挑战[J]. 湖北社会科学, 2006(3): 150-151.
- [17] 赵骏, 刘芸. 国际投资仲裁透明度改革及我国的应对[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2014(5): 154-157.
- [18] 应晓, 张建. 刍议国际投资仲裁第三方融资披露问题[J]. 吉林工商学院学报, 2016(8): 100-101.