

论投资者—国家间仲裁中的东道国当地救济规则

——从《美墨加协定》切入

宋俊荣

内容提要:《美墨加协定》中的东道国当地救济规则有很多方面值得借鉴,但未明确仲裁庭对东道国司法判决的审查权限,并规定了较为严格的当地救济无效之判断标准。在国际仲裁实践中,投资者—国家间仲裁强制性前置程序应当包括司法救济,但仅限于以东道国国内法为依据提起的诉讼,应以“终局性”替代“用尽”,并设置期限。同时,东道国司法判决在纯国内法事项上应具有既判力。投资协定未规定当地救济无效之例外的,可采用条约解释之进路解决。认定当地救济无效宜适用“明显无用”标准。可灵活设置当地救济规则的行业例外。我国应从五个方面对当地救济规则进行优化。

关键词:投资者 东道国 当地救济 国际投资仲裁 《美墨加协定》

宋俊荣,上海政法学院国际法学院副教授。

在习惯国际法中,一国国民就其在另一国所受侵害请求其母国出面向该国求偿之前,必须在该国穷尽当地可利用的所有救济,此即“用尽当地救济规则”。其主要目的在于确保发生违法行为的国家有机会在其本国法律制度的框架内,通过自身手段对该违法行为予以补救。其核心在于对东道国主权和利益的充分尊重。在现代国际投资协定中,投资者—国家间仲裁取代外交保护成为解决投资者与东道国间争端的主要方式,开创性地赋予了私人投资者直接针对国家提请国际仲裁的权利。^[1] 与外交保护的习惯法规则不同的是,条约项下的投资者—国家间仲裁并不当然以用尽当地救济为前提,而是取决于具体投资协定的规定。^[2] 出于各种因素的考虑,有的协定彻底摒弃了用尽当地救济规则;有

[1] 参见王彦志著:《新自由主义国际投资法律机制:兴起、构造和变迁》,法律出版社2016年版,第173-176页。

[2] 《解决国家与他国国民间投资争议公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States)第26条规定,如果缔约国希望投资者在提请仲裁前用尽当地行政或司法救济,那么该国需要明确提出此项要求。

的协定通过“岔路口条款”将投资者的选择限定为东道国当地救济和投资者—国家间仲裁中的一种;有的协定虽然要求投资者在提请仲裁前寻求当地救济,但不再要求“用尽”;有的协定虽然保留了用尽当地救济的要求,但仅限于行政救济,排除了司法救济。因此,本文将国际投资协定中有关当地救济的规定统称为东道国当地救济规则。

用尽当地救济规则在现代投资协定中的式微在一定程度上诱发了投资者滥诉现象。一些发展中国家和发达国家先后提出摒弃投资者—国家间仲裁机制。当然,也有不少国家主张保留此项机制,但要进行一系列改革。其中之一就是增加东道国当地救济作为前置程序。联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law)针对投资争端解决机制改革提出的建议中也包含此项内容。实践中,已有不少投资协定响应上述主张和建议,2018 年达成的《美墨加协定》(United States-Mexico-Canada Agreement)就是一例。

截至目前,涉及我国的投资者—国家间仲裁案件共有 15 起。^[3] 虽然我国被诉的案件数量较少,但我们应当清醒地认识到,其原因在于我国双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)以一代及少量的二代为主。在此类双边投资协定中,可由投资者提交仲裁的争议大多限于与征收赔偿金额相关的争议。随着我国更新双边投资协定的进程逐渐加速,仲裁事项的限制被逐渐取消,涉及我国的投资仲裁案件数量势必会逐步增加,而我国现有双边投资协定有关东道国当地救济的规定仍不完善。对此,我国应未雨绸缪、防患于未然。

一 《美墨加协定》中的东道国当地救济规则

与前身《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement)相比,《美墨加协定》在投资争端解决机制方面进行了大刀阔斧的改革,形成了三国四制格局。^[4] 投资者—国家间仲裁仅适用于美国和墨西哥,且增加了非常精细化的东道国当地救济要求。

(一)《美墨加协定》东道国当地救济规则的内容

《美墨加协定》有关东道国当地救济的规定主要体现在附件 14 - D 第 14. D. 5 条第 1 款的(a)项和(b)项,其内容可归纳为五个方面。

第一,寻求当地救济的主体。附件 14 - D 第 14. D. 3 条第 1 款规定,投资者提请仲裁包括两种情形。一是投资者代表自己提请仲裁,二是直接或间接拥有或控制东道国当地企业的投资者代表当地企业提请仲裁。如属前者,寻求当地救济的主体是仲裁申请人本人。如属后者,寻求当地救济的主体可以是仲裁申请人本人或者东道国当地企业。

第二,当地救济的类型。在提请仲裁之前,申请人或其代表的当地企业应在东道国适

[3] 我国投资者作为申请人的案件有 10 起,其中一起由海牙常设仲裁法庭(PCA)受理,一起为适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》的临时仲裁,其他均由国际投资争端解决中心(ICSID)受理;我国作为被申请人的案件有 5 起,均由国际投资争端解决中心受理。

[4] 参见池漫郊:《〈美墨加协定〉投资争端解决之“三国四制”:表象、成因及启示》,《经贸法律评论》2019 年第 4 期,第 15 页。

格法院或行政裁决庭启动审理程序。^[5]这意味着当地救济应包含司法救济和行政救济。

第三,以“终局性”替代“用尽”的要求。申请人或其代表的当地企业须获得东道国最高层级法院的终审判决。同时,对“终局性”要求设置了时限。如果启动东道国当地救济程序后已满30个月,即使未获得东道国最高层级法院的终审判决,也可提请仲裁。但是,投资者一旦提请仲裁,即应彻底终止东道国当地救济程序。

第四,例外情形。例外情形主要有两种。首先是特定经济部门产生的投资争端。附件14-E专门就石油与天然气、电力、电信、交通及基础设施五个部门产生的争端设置了更加有利于投资者的规定,其中之一就是在满足一定条件的前提下免除东道国当地救济要求。其次,对于其他经济部门产生的投资争端,如果东道国当地救济明显无用时,投资者也无须寻求当地救济。

第五,限缩岔路口条款以消除与用尽当地救济规则之间的潜在冲突。附件14-D附录3规定,如果美国投资者或其直接或间接拥有或控制的墨西哥当地企业已在墨西哥当地寻求救济的过程中提出了墨西哥违反本协定第14章项下义务的指控,那么该投资者即丧失提请仲裁的权利。如果只是提出墨西哥国内法上的指控,则不妨碍美国投资者在本章项下提请仲裁。^[6]换言之,只有当事人、标的和诉因均相同时才会触发岔路口条款。而用尽当地救济规则只要求仲裁申请人或其直接或间接拥有或控制的东道国当地企业依据东道国国内法启动相关救济程序。如此一来,两项条款就可以并行不悖。

(二)《美墨加协定》东道国当地救济规则的评价

总体来说,《美墨加协定》东道国当地救济规则呈现出三方面的特征。

第一,规定更加精细化,缩小了仲裁庭的自由裁量空间。在以往的投资协定中,东道国当地救济的规定往往过于宽泛,导致仲裁庭享有较大自由裁量权,容易滋生相互矛盾的裁决。《美墨加协定》明确规定了寻求当地救济的主体、当地救济的类型、无须寻求当地救济的例外情形,用“终局性”要求替代了“用尽”的要求,将当地救济的诉因限定在东道国国内法基础之上,有利于仲裁庭更为精准地适用协定,也有利于改善裁决不一致的现象。

第二,注重防范双重救济和平行程序。一方面,基于《美墨加协定》的诉求适用岔路口条款,投资者只能在东道国当地救济和投资仲裁之间择一而终。另一方面,投资者启动《美墨加协定》项下仲裁后,即应彻底终止东道国当地救济并放弃利用其他争端解决程序。如此双管齐下,《美墨加协定》最大限度切断了投资者寻求双重救济的途径,有利于抑制平行程序的出现。

第三,体现了“美国优先”的理念。^[7]将特定经济部门的投资争端排除在东道国当地

[5] 行政裁决庭是行政部门内部或附属的行使准司法权利的机构或人员,负责裁判本部门执法过程中产生的争议。因此,行政裁决庭提供的救济属于行政救济。行政相对人不服裁决的,可请求司法审查。参见 Warren H. Pillsbury, *Administrative Tribunals*, 36 *Harvard Law Review* 405, 406 (1923)。

[6] 显然,这是一条非对称的岔路口条款,只针对美国投资者,而不适用于墨西哥投资者。其主要原因在于美国和墨西哥有关国际条约适用的国内法规定的差异。在美国,只有可自动执行且赋予私人诉权的条约才可以在美国国内法院直接适用,其他条约必须通过国内法转化才可以适用。《美墨加协定》属于后者,因此墨西哥投资者无权在美国国内法院直接指控美国政府违反该协定项下的义务。但是,国际条约在墨西哥均可以直接适用,因此美国投资者可以在墨西哥法院直接指控墨西哥政府违反《美墨加协定》项下义务。

[7] 参见廖凡:《从〈美墨加协定〉看美式单边主义及其应对》,《拉丁美洲研究》2019年第1期,第51页。

救济规则的适用范围之外,是《美墨加协定》的首创。这些部门的外国投资受东道国管制较多,容易受到东道国国有企业的不利影响,且美国投资者在墨西哥的投资主要集中在这些部门。^[8]可以说,此种例外的设定主要是为美国投资者提请仲裁扫清程序障碍。另外,要援引此项例外,投资者或其关联企业需要与东道国中央机构签订政府合同。相对而言,美国投资者在与墨西哥政府的谈判中具有更大的优势和影响力,更容易获得此类合同。

不过,《美墨加协定》东道国当地救济规则也存在两个值得关注的问题。其一,投资者提请仲裁的前提是必须获得东道国最高层级法院的终审判决或者启动司法或行政救济已满 30 个月。但是,《美墨加协定》未进一步规定仲裁庭是否有权对东道国已经作出的司法判决进行审查及审查范围,有可能引发仲裁庭侵犯东道国司法主权的争议。其二,《美墨加协定》采纳了习惯国际法中用尽当地救济规则的例外之一——东道国当地救济无效。目前,国际社会对于判定东道国当地救济无效的具体标准仍存在分歧。《美墨加协定》采用的是“明显无用”标准,该标准严于联合国国际法委员会《外交保护条款草案》(*Draft Articles on Diplomatic Protection*)所采用的“无获得有效救济的合理可能”标准,对投资者提出了更高要求。到底哪一种标准更为合理,更有利于实现投资者和东道国利益的平衡,还有待进一步论证。

在当前国际投资仲裁机制改革进程中,《美墨加协定》无疑会发挥引领作用。就东道国当地救济规则而言,该协定有很多方面值得借鉴,但也存在一些未决问题及值得商榷的地方。而这些问题也是其他国际投资协定普遍存在的。因此,有必要对这些问题作进一步探讨,从而进一步完善东道国当地救济规则。

二 仲裁庭对东道国司法判决的审查权

是否接受国际投资仲裁庭对本国司法判决的审查,关乎各国司法主权,是各国在拟定当地救济规则时最为重要的考虑因素,并由此形成了两种对立的做法。一种是将投资者获得东道国终审判决作为提请仲裁的前提或前提之一。另一种是抵制国际投资仲裁庭对东道国司法判决的审查,一般有三种方式:要求投资者在当地救济和投资仲裁之间作排他性选择,即岔路口条款;只要求投资者用尽行政救济;允许投资者先行将争端提交东道国法院但不得有最终判决。

如采取第一种做法,东道国司法判决就面临被仲裁庭审查的风险。第二种做法中的岔路口条款也不能完全杜绝此种风险,因为有些仲裁庭倾向于对该条款作限缩解释,从而使投资者在东道国寻求当地救济后仍然可以启动国际仲裁。现行国际投资协定很少涉及仲裁庭对东道国司法判决的具体审查权限,而仲裁庭在此问题上的立场也不尽相同,大致可归纳为两种。其一,完全尊重东道国司法判决,除非存在拒绝司法的问题。例如,在 *Azinian* 诉墨西哥案中,仲裁庭拒绝就被诉措施是否构成征收进行审理,理由是墨西哥法院已判决有关部门废除合同的行为具有合法性。仲裁庭认为自身并非上诉机构,无权对

[8] Jennifer M. Smith & Catherine Bratic, *Life after NAFTA: USMCA Protects U. S. Investors in Mexican Energy Sector*, Law. com (December 11, 2018), <https://www.law.com/texaslawyer/2018/12/11>, 最近访问时间[2021-07-02]。

墨西哥法院判决进行复审,除非该判决构成拒绝司法或变相违反了国际法。^[9]其二,仅在涉及东道国国内法的问题上承认东道国司法判决的既判力。例如,在 GAMI 诉墨西哥案中,仲裁庭承认墨西哥法院以国内法为依据就征收行为合法性作出的判决具有既判力,但同时指出该判决在国际法层面并不具有终局性。^[10]目前,大多数仲裁庭持此种立场。

《美墨加协定》采取的是第一种做法,但规定更为精细。它通过对诉由的区分,将仲裁的前置程序——当地救济限定为依东道国国内法提出的指控,同时禁止投资者在东道国法院提出基于该协定的指控后提请国际仲裁。例如,美国投资者在墨西哥法院基于《美墨加协定》提起诉讼后,不得事后就同一争端在该协定框架下提请仲裁。但是,如果该投资者只是在墨西哥法院基于墨西哥国内法提起诉讼,那么就可以在获得最高层级法院终审判决或 30 个月期满的前提下提请国际仲裁。^[11]此种安排导致的结果是,东道国法院基于《美墨加协定》作出的判决在该协定框架下产生“一事不再理”效力,投资者即使不服也无权援引该协定提请仲裁。正如 Mondev 诉美国案仲裁庭所言,如果投资者拥有寻求当地救济的选择权,且事实上作出了此种选择,万一败诉,也不能指望通过《北美自由贸易协定》仲裁庭来寻求“上诉”。^[12]同样地,《美墨加协定》也没有赋予投资仲裁庭上诉功能的意图。不过,东道国法院基于国内法作出的判决不能阻止投资者依据《美墨加协定》提请仲裁。

笔者认为此种安排有其正当性和合理性。一方面,在不少国家国内法中,国际条约可以直接适用,所以这些国家的法院也可以受理基于国际条约的诉讼请求。^[13]目前,尚无任何习惯法或成文法规定此种情况下作出的判决之效力低于国际投资仲裁裁决的效力。国际投资仲裁庭没有对此类判决进行复审的权限。所以,基于国际投资协定的指控,投资者只能在东道国法院和国际仲裁庭之间择一而终。另一方面,如果投资者只是向东道国法院提出国内法上的指控,即使败诉,也不能排除东道国措施违反国际投资协定的可能。此时,投资者应当有权通过国际仲裁等国际性争端解决机制来寻求救济,这也是此类机制存在的意义之所在。正如《国家对国际不法行为的责任条款草案》(*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*)第 3 条所规定的,一国行为在国际法上的违法性不因其在该国国内法上的合法性而受到影响。《条约法公约》(*Vienna Convention on the Law of Treaties*)第 27 条也规定,一国不得以其国内法规定为由而不履行条约义务。因此,如果东道国法院基于国内法所作判决处理的措施涉嫌违反国际投资协定,国际投资仲裁庭有权进行复审。如果说东道国司法主权因此而受损,那也是东道国承担国际义务所导致的必然结果,同时也是维护国际法律秩序的稳定性和统一性所必需的。并且,各国之所以愿意承担国际义务,也必然经过了各方面的综合考量。此外,东道国对仲裁表示同意的行为本身就是主权的部分让渡。如果一项措施的确违反了国际投资协定或相关国际法规则,无论是否经过当地法院诉讼,无论是否产生最终判决,无论该判决结果如何,其在

[9] Azinian v. Mexico (ICSID/AF), Award dated November 1, 1999, paras. 96 - 97.

[10] GAMI Investments v. Mexico (UNCITRAL), Award dated November 15, 2004, para. 41.

[11] 当然,如果属于当地救济规则的例外情形,则无须获得最终判决或等待 30 个月。

[12] Mondev International v. U. S. (ICSID/AF), Award dated October 11, 2002, para. 126.

[13] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 316 - 318 页。

国际法上的违法性都不会改变。

当然,《美墨加协定》也有需要完善的地方,即明确界定仲裁庭对东道国法院基于国内法所作判决的审查权限范围。笔者赞同大多数仲裁庭的立场。在纯国内法事项上,仲裁庭应承认东道国司法判决的既判力。但在同时涉及国内法和国际法的事项上,仲裁庭享有最终决定权。唯有如此,方能同时兼顾东道国司法主权和其承担的国际义务。

三 东道国当地救济规则之例外

(一) 习惯国际法与国际投资协定相关规定之比较

东道国当地救济规则最早产生于习惯国际法,但国际投资协定对其进行了不同程度的改造。通过习惯国际法与国际投资协定中相关规定的对比分析,有助于发现其中可能潜藏的问题。在习惯国际法中,用尽当地救济规则有一些例外情形。正如华莱士教授(Don Wallace)所言,必须合理适用用尽当地救济规则,不应要求当事人无限度地寻求当地救济,他们并非拥有无限支付法律费用的能力,也不是对创新法律理论孜孜以求的教授。^[14]《外交保护条款草案》是目前外交保护领域习惯国际法最为权威的编纂之一。草案第 15 条汇总了用尽当地救济规则的五种例外:被诉国放弃此种要求;被诉国在提供当地救济方面存在不合理迟延;损害发生时受害人与被诉国之间不存在相关联系;被诉国当地救济无效;被诉国切断受害人寻求当地救济的途径。^[15]在国际投资协定中,前两项例外普遍存在,但有所变化,后三项例外则较少出现。

1. 被诉国放弃用尽当地救济要求

在习惯国际法中,如果要排除用尽当地救济规则的适用,一般需要通过明示的方式。也就是说,国际条约中未规定该项原则并不意味着缔约国的放弃。在 ELSI(美国诉意大利)案中,国际法院指出,用尽当地救济是一项非常重要的习惯国际法原则,如果没有明确的文字表明相关国家排除适用该原则的意图就认定该原则被默示放弃,是不能被接受的。^[16]但是,《解决国家与他国国民间投资争议公约》第 26 条作出完全相反的规定:如果缔约国意图要求投资者在提请仲裁之前用尽当地救济,就应当在国际投资协定中予以明文规定。因此,至少在国际投资争端解决中心仲裁中,只要投资者援引的投资协定未明确包含当地救济规则,即视为缔约国放弃了此项要求。在从“无明示排除即适用”到“无明示规定即不予适用”转变的背后,是各国在新自由主义浪潮的影响下为提升对投资者的保护达成的新共识。在投资者—国家间仲裁实践中,尚无东道国在条约无明确规定情况下主张适用当地救济规则。

2. 被诉国在提供当地救济方面存在不合理迟延

现有投资协定一般对投资者寻求当地救济设置一定期限,超过该期限投资者即可提

[14] Don Wallace, Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: *Loewen v. U. S. and Chattin v. Mexico*, TDM (2006), <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=753>, 最近访问时间[2021-07-02]。

[15] 《外交保护条款草案》文本见联合国国际法委员会网站, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles.pdf, 最近访问时间[2021-07-02]。

[16] *Elettronica Sicula S. P. A (ELSI)*, Judgment, I. C. J. 1989, para. 50.

请仲裁,例如前述《美墨加协定》的相关规定。虽然措辞不同,但其效果等同于甚至优于被诉国提供当地救济存在不合理迟延的例外规定,因为相对于“不合理迟延”这种模糊的用语而言,明确的期限更加有利于减少争议的发生。不过,在具体期限的设定上,各投资协定的规定不尽相同。如果当地救济包括司法救济,该期限一般从18个月到5年不等。如果当地救济仅包括行政救济,该期限一般仅有数月。

3. 损害发生时受害人与被诉国之间不存在相关联系

此种例外主要针对的是受害人在损害发生时不在被诉国境内或并未主动使自己归于被诉国管辖的情形,如跨境环境损害。^[17] 在国际投资协定中,投资者一般被定义为正在或已在一缔约方境内进行投资的另一缔约方自然人或法人。有的投资协定还会加上“投资须符合东道国法律”的要求,亦即投资者是接受东道国管辖的。因此,投资者与被诉东道国之间不存在相关联系的情形一般不会出现,故投资协定无需作出此种例外规定。

4. 被诉国当地救济无效

联合国国际法委员会任命的特别报告员杜加德(John Dugard)在其提交的报告中指出,界定被诉国当地救济无效的标准主要有三种,分别是“明显无用”“无获得有效救济的合理可能”和“无胜诉的合理期待”。三种标准依次从严到宽。^[18] 最终的《外交保护条款草案》文本选择了居中的“无获得有效救济的合理可能”标准。《美墨加协定》属于少有的作出此类例外规定的投资协定,但采用的是较草案更为严格的判定标准——明显无用。

在投资协定对此种例外未作明文规定的情况下,有些投资者试图通过援引最惠国待遇条款以规避当地救济要求,而仲裁庭则分化成两个阵营:持支持态度的,如 Maffezini 诉西班牙案和 Siemens 诉阿根廷案等;持反对态度的,如 Wintershall 诉阿根廷案和 Daimler Financial Services 诉阿根廷案等。^[19] 为了消除分歧,晚近投资协定基本上会明确划定最惠国待遇条款的适用范围,且一般是将争端解决条款排除在外,如《中国—加拿大关于促进和相互保护投资的协定》和《中国—澳大利亚自由贸易协定》。^[20] 因此,援引最惠国待遇条款以规避当地救济要求的可能性会越来越小。

5. 被诉国切断受害人寻求当地救济的途径

此种例外主要针对的是被诉国阻止受害人寻求当地救济的情形,例如受害人被驱逐出境或被设置了难以逾越的障碍等。《美墨加协定》对此未作规定。不过,笔者认为《美墨加协定》所规定的东道国当地救济无效之例外是可以涵盖此种情形的。^[21] 《外交保护

[17] See UN International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its 58th Session, A/61/10, p. 48 (2006).

[18] See John Dugard, Third report on diplomatic protection, presented at the International Law Commission 54th session, A/CN.4/523, pp. 6-17 (2002).

[19] 参见朱明新:《最惠国待遇条款适用投资争端解决程序的表象与实质——基于条约解释的视角》,《法商研究》2015年第3期,第172页。

[20] 参见《中国—加拿大关于促进和相互保护投资的协定》第5条和《中国—澳大利亚自由贸易协定》第9章第4条。协定文本见中华人民共和国商务部条法司网站, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111.shtml>, 最近访问时间[2021-07-02]。

[21] 参见张磊:《论外交保护中对用尽当地救济原则的限制——以联合国〈外交保护条款草案〉第15条为线索》,《华东政法大学学报》2014年第5期,第139页。

条款草案》官方评注显示,被诉国当地救济无效之例外侧重的是从一般意义上界定被诉国提供的当地救济无效,而被诉国切断受害人寻求当地救济的途径之例外仅指被诉国专门针对受害人采取行动以阻止其寻求当地救济的情形。在后一种情形下,当地救济对其他人而言可能是有效的。另一种例外——“损害发生时受害人与被诉国之间不存在相关联系”也是如此,专门针对的是受害人因个人原因而无法寻求当地救济,尽管被诉国有可能提供有效救济。^[22]《美墨加协定》所规定的当地救济无效之例外是以第 14. D. 5 条第 1 款(a)和(b)项的脚注形式出现的。其原文如下:“(a)和(b)项的规定在寻求当地救济明显无用时不予适用。”其中,“寻求”(recourse)一词的前面没有主语,故应当与(a)和(b)项的主语一致,而这两项条文的主语都是申请人或当地关联企业。因此,从脚注本身及上下文来看,脚注所指的当地救济明显无用当然是针对申请人或当地关联企业而言。这就包含了两种情形:一是当地救济本身无效;二是尽管当地救济本身有效,但申请人或当地关联企业无法利用。因此,《美墨加协定》中的当地救济无效之例外包含了东道国切断投资者寻求当地救济之途径的情形。下文所涉“东道国当地救济无效”均在此意义上使用。

综上所述,国际投资协定项下东道国当地救济规则之例外主要有两个比较突出的问题。一是在投资协定纳入了东道国当地救济规则但未规定例外时,能否援引习惯国际法中的例外规定。二是判定东道国当地救济无效应采用何种标准。

(二) 投资者—国家间仲裁中习惯国际法的适用路径

在国际投资协定纳入了东道国当地救济规则但未规定例外时,有的仲裁庭直接适用了习惯国际法中用尽当地救济规则的例外规定,即直接适用之进路;有的仲裁庭以《条约法公约》第 31.3 条(c)项规定为依据在对东道国当地救济规则解释时考虑了习惯国际法中的例外规定,即条约解释之进路;有的仲裁庭则认为不应考虑习惯国际法。

Yukos 诉俄罗斯案仲裁庭采取的是直接适用之进路。在该案中,俄罗斯依据《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)第 21.5 条(b)款(i)项提出抗辩。该款规定,如要指控一项税收构成征收或构成征收的税收具有歧视性,投资者或缔约方应向相关适格税务当局咨询。否则,仲裁庭应向相关适格税务当局咨询。俄罗斯指出,仲裁庭在获得上述机构的意见之前无权作出裁决。申请人则认为,相关适格税务当局不可能在《能源宪章条约》要求的六个月内审查完 8,800 件左右证据并出具意见。因此,向其咨询是无用的。仲裁庭对此予以了认可。虽然《能源宪章条约》第 21.5 条(b)款(i)项没有例外规定,但是仲裁庭援引了《外交保护条款草案》第 15 条(a)款,并以此为基础展开论证,最终得出无须向相关适格税务当局咨询的结论。^[23]遗憾的是,仲裁庭未论证直接适用草案的正当性。

Ambiente 诉阿根廷案仲裁庭采取的是条约解释之进路。仲裁庭承认,习惯国际法中的用尽当地救济规则与国际投资协定中的当地救济规则存在一定区别。其一,适用的事项不同。前者适用于外交保护,是启动国家间争端解决程序的前置程序;而后者适用于投资仲裁,是启动投资者—国家间仲裁程序的前置程序。其二,内涵不同。前者要求用尽当

[22] See UN International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its 58th Session, A/61/10, pp. 47–49 (2006).

[23] Yukos Universal Ltd. v. Russia, PCA Case Repository No. 2005–04/AA 227, Final Award dated July 14, 2014, pp. 450–453.

地救济,而后者一般是要求在一定期限内寻求当地救济。不过,仲裁庭认为两者也存在相通之处。两者都是启动国际争端解决程序的前置程序,都旨在为东道国提供在其国内解决争端的机会,都是服务于维护东道国司法主权之目的。投资协定为当地救济设置的时限并不影响上述目的的实现。一般而言,投资者在该时限内足以启动当地诉讼程序,并至少获得一审判决,或与东道国达成和解。因此,习惯国际法中的用尽当地救济规则与国际投资协定中的当地救济规则是足够相关的。依据《条约法公约》第 31.3 条(c)款规定,在对本案所涉双边投资协定第 8.2 条进行解释时可以考虑习惯国际法中的用尽当地救济规则及其例外。仲裁庭认为,双边投资协定第 8.2 条对于当地救济的要求比习惯国际法中的用尽当地救济要求更为宽松。既然当地救济无效可作为用尽当地救济规则的例外,就更加可以作为双边投资协定第 8.2 条的例外。^[24]

İçkale 诉土库曼斯坦案仲裁庭拒绝适用或考虑习惯国际法中的例外规定。在仲裁庭看来,土耳其—土库曼斯坦双边投资协定第 7.2 条的当地诉讼要求并非对习惯国际法的反映或纳入,而是经由缔约方明示同意的特别法。由于该双边投资协定并未规定当地救济无效之例外,所以就当地诉讼作为仲裁的强制性前置程序而言,申请人无权援引此项例外。不过,如果确有此种情形,申请人可提出东道国拒绝司法的指控。^[25]

就上述三种立场而言,笔者赞同条约解释之进路。首先,条约未明确纳入习惯国际法并非就完全排斥了习惯国际法的适用或影响。一方面,国际投资协定一般将与争端相关的国际法列为仲裁庭可适用的法律。而习惯国际法也属于国际法渊源之一。在习惯国际法与条约不存在真实冲突的情况下,应当得以适用。鲍威林教授(Joost Pauwelyn)认为,如果一项规则构成、导致或可能导致对另一规则的违反,那么两者之间就存在真实冲突。但是,当一项规则作出一般性和原则性规定,而另一项规则针对某些特殊情况作出例外规定时,两者之间并不存在真正冲突,而是属于渐进关系,因为在某一特定情况下,只有一项规则真正得到适用。^[26] 所以,在同一事项上,习惯国际法中的例外规则与国际条约中的一般规则应分别在特殊情形和一般情形下得以适用。另一方面,《条约法公约》第 31.3 条(c)款规定在对条约约文进行解释时,应与上下文一并考虑的因素包括适用于当事方之间关系的任何有关国际法规则。桑兹教授(Philippe Sands)认为,此款规定反映的是整合原则。该原则强调国际法的统一性,强调任何规则的意义都不能与一般国际法相分离,故应推定条约的解释与一般国际法保持一致,除非这么做会削弱条约的目的和宗旨。^[27] 马尔索教授(Gabrielle Marceau)认为,此款规定中的国际法规则应包含条约条款、习惯国际法和符合一定条件的一般法律原则。^[28] 因此,习惯国际法在条约的解释过程中是占有

[24] *Ambiente Ufficio S. p. A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility dated February 8, 2013, paras. 597 – 607.

[25] *İçkale İnşaat Ltd. Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award dated March 8, 2016, paras. 260, 261.

[26] 参见[比]约斯特·鲍威林著:《国际公法规则之冲突——WTO法与其他国际法规则如何联系》,周忠海等译,法律出版社2005年版,第190–191页。

[27] See Philippe Sands, *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*, 1 *Yale Human Rights and Development Law Journal* 88, 89 (1999).

[28] See Gabrielle Marceau, *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties*, 35 *Journal of World Trade* 1081, 1087 (2001).

一席之地的,在某些情形下甚至发挥关键作用。

其次,习惯国际法中用尽当地救济规则与国际投资协定中当地救济规则毕竟在适用事项和内涵上存在一定区别。因此,直接适用之进路不具备足够充分的理由。而条约解释之进路就不存在此种问题,因为《条约法公约》第 31.3 条(c)款中“有关”一词还是具有较大解释空间的。至于习惯国际法中用尽当地救济规则的相关性,Ambiente 诉阿根廷案仲裁庭已经进行了论证,不再赘述。在解释方法方面,笔者认为宜采用目的解释与类推的方法。对于国际投资协定中当地救济规则中有关例外规定的阙漏,结合协定的目的和宗旨类推习惯国际法中用尽当地救济规则的无效之例外进行填补。^[29]

(三)东道国当地救济无效之例外的判定标准

如前所述,判定东道国当地救济无效的标准主要有三种,分别是“明显无用”“无获得有效救济的合理可能”和“无胜诉的合理期待”。

1. “明显无用”标准

若适用“明显无用”标准,受害外国人必须证明当地救济显而易见是无效的,才能免于适用用尽当地救济原则。也就是说,只要存在获得救济的可能,受害外国人就应该去尝试。该标准起源于芬兰船只仲裁案(英国诉芬兰)。该案仲裁员主张,只有当东道国救济明显无用或无望时,才可以免于遵循用尽当地救济原则。如果存在实质性的上诉权利而当事人不去行使,则不可以跳过该原则直接请求外交保护。该标准随后被 Ambatielos 案(希腊诉英国)的多数委员采纳。^[30]同时,该标准也与 Panevezys-Saldutiskis Railway 案(爱沙尼亚诉立陶宛)所采用的“明确显示救济无效”标准不谋而合。^[31]

在《外交保护条款草案》的草拟过程中,美国曾建议采用“明显无用”标准。不过,国际法委员会未予采纳,而是采用了较为宽松的“无获得有效救济的合理可能”标准。^[32]但是,美国成功将此标准植入《美墨加协定》。在国际投资仲裁实践中,有不少仲裁庭支持该标准。

在 Yukos 诉俄罗斯案中,虽然仲裁庭援引了《外交保护条款草案》第 15 条(a)款,但实际上采用的是更为严格的“明显无用”标准。仲裁庭指出,通过对《能源宪章条约》第 21.5 条(b)款(i)项进行善意解释得出的结论是,如果在特定情形下遵循咨询程序明显是无用的,那么就不能作此要求。由于本案所涉证据数量之庞大,相关税务部门事实上不可能就争议及时作出有助于仲裁庭断案的认定。因此,向这些部门咨询是明显无用的。^[33]

ICS 诉阿根廷案仲裁庭也是采纳的“明显无用”标准。仲裁庭认为,引入习惯国际法中的例外规定应足够谨慎,不能纯粹建立在仲裁庭带有目的性的政策分析基础之上,还应有决定性证据的支持。经过对专家报告和双方书状的审查,并考虑到申请人根本没有尝

[29] See Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1962, p. 335.

[30] Ambatielos claim (1956), 12 U. N. R. I. A. A., p. 119.

[31] Panevezys-Saldutiskis Railway case, 1939 P. C. I. J. Series A/B, No. 76, p. 19.

[32] 参见《外交保护条款草案》第 15 条(a)款。草案文本见联合国国际法委员会网站, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf, 最近访问时间[2021-07-02]。

[33] Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. Russia, PCA Case No. 2005-04/AA 227, Final Award dated July 14, 2014, p. 452.

试向当地法院起诉,仲裁庭认为本案中不存在当地救济明显无用的情形。此外,仲裁庭基于仲裁同意的方式进一步论证了应当对当地救济无效之例外予以严格适用。在条约项下的仲裁中,东道国的同意相当于开放式的要约,而投资者是在争端发生后以仲裁申请书的方式表示对该要约的承诺,从而形成同意仲裁的合意。该承诺必须与要约内容一致,否则无法达成合意。最终,仲裁庭认为申请人明显未满足双边投资协定的当地救济要求,且不具备强有力的理由援引例外规定主张免除该项义务。^[34]

2. “无获得有效救济的合理可能”标准

基于特别报告员杜加德的建议,《外交保护条款草案》第15条(a)款采用了此项标准。该标准起源于挪威公债案(法国诉挪威)中劳特派特爵士(Hersch Lauterpacht)的少数意见。劳特派特爵士认为,在国际争端解决实践中,用尽当地救济规则的适用是有相当弹性的。因为东道国法律或其他情况而导致没有可利用的有效救济时,该规则往往不会得到适用。但在本案中,法国未能充分证明在挪威国内法中不存在任何有效救济,也未能充分解释为何法国债权人未将争端提交挪威法院。在劳特派特爵士看来,在影响到外国人的挪威法与国际法产生冲突的情况下,挪威法并非完全不能提供救济。法国债权人只有先行向挪威法院起诉挪威政府并败诉,法国政府才能代表其国民提起国际诉讼。^[35]

《外交保护条款草案》官方评注就“无获得有效救济的合理可能”标准作出了如下解释:受害人单单证明胜诉的可能不大或进一步上诉很困难或耗费巨大是不够的。此项标准关注的是东道国的国内法体系能否合理提供有效救济。这应综合考虑东道国法律体系和当事人所处环境进行判定。比较典型的情况包括当地法院无管辖权,当地法院明显缺乏独立性,当地法院不会对被告东道国措施所依据的法律进行司法审查,存在一以贯之的对受害人不利的先例等。^[36]

在 *Ambiente 诉阿根廷案* 中,仲裁庭就引入了《外交保护条款草案》第15条(a)款确立的标准。本案涉及阿根廷债务重组导致的债务纠纷。仲裁庭认为,本案申请人的确无获得有效救济的合理可能。一方面,26.017号法令使得阿根廷国内法院无法为申请人提供所需的救济。另一方面,阿根廷最高法院在2005年 *Galli 案* 判决中指出,国会依宪法享有重组内外债务的权力,特别是在紧急情况下。这表明,最高法院显然不会干预国会的此项宪法性权力。虽然该案原告是阿根廷国民,但对于持有阿根廷债券的外国人具有同样的意义。在阿根廷,国际投资协定的效力低于宪法效力。最高法院不会因为阿根廷在国际投资协定项下的义务而干预国会基于宪法享有的债务重组权力。此外,阿根廷最高法院在2008年的两起案件中采取了与 *Galli 案* 同样的立场,显示了该法院立场的一贯性。因此,仲裁庭最终认定申请人在阿根廷无获得有效救济的合理可能,从而无须寻求当地救济。^[37]

[34] ICS Inspection and Control Services Ltd. (U. K.) v. Argentina, PCA Case No. 2010 - 9, Award on Jurisdiction dated February 10, 2012, paras. 263 - 273.

[35] Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway), 1957 I. C. J. 9, 1957 WL 3, pp. 39 - 41.

[36] See UN International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its 58th Session, pp. 47 - 48.

[37] *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility dated February 8, 2013, paras. 612 - 621.

3. “无胜诉的合理期待”标准

依据此项标准,受害人只要证明没有胜诉的合理期待,就无须尝试当地救济。欧洲人权委员会在数起案件中适用了该项标准。^[38] 美国法学会《对外关系法》(第二次重述)(*The Second Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*)对该项标准进行了如下阐述:用尽当地救济并不要求采取可能获得有利裁决的所有步骤,但是外国人必须采取有胜诉之合理可能的所有行动。在决定相关步骤的合理可能性时应考虑需要支出的费用和时间,以及诉求的性质和索赔金额。不应要求外国人花费大量的金钱和时间去寻求没有合理可能性的救济。总的来说,此项标准的重点是受害人获得胜诉的合理预期。在国际投资仲裁实践中,援引此项标准的案件较为少见。在 Jan de Nul 诉埃及案中,仲裁庭在分析用尽当地救济规则时提及了此项标准。不过,由于不属于争点,仲裁庭未展开详细论述。^[39]

就上述三种标准而言,笔者赞同最为严苛的“明显无用”标准。首先,从《外交保护条款草案》的草拟过程来看,“无获得有效救济的合理可能”并非判定当地救济无效的唯一标准,而国际法委员会最终对该项标准的选择也并非毫无争议。^[40] 此外,《外交保护条款草案》尚未获得联合国大会通过,也反映出该草案尚未获得国际社会普遍接受。其次,对当地救济无效的判定本质上是对当地救济无效之例外规定的解释。法彦有云“例外应从严解释”。这一解释准则在国际争端解决实践中得到了广泛运用,包括投资者—国家间仲裁。例如,Canfor 诉美国案仲裁庭就明确主张应对例外进行限缩性解释。^[41] 再次,从整体上来看,当地救济规则的核心在于对东道国主权的尊重。^[42] 该规则在当前国际投资协定变革过程中的回归昭示了各国对于东道国主权重视程度的提升。^[43] 在此背景下,对其例外作最严格的限制性解释符合当前国际社会的主流价值取向。并且,“明显无用”标准也并非使得例外规定形同虚设,实践中已存在在此标准下成功援引例外规定的先例,如 Yukos 诉俄罗斯案。最后,东道国法院对于争议的审理有助于澄清事实,阐明所涉法律问题,从而为后续国际仲裁提供有价值的参考,也有助于提升仲裁效率。因此,应尽量限制例外规定的适用,以充分发挥当地救济的积极作用。我国于 2002 年在联合国大会第六委员会框架内就用尽当地救济规则发表的意见也持“明显无用”标准,主张对待例外情况应当谨慎。^[44]

[38] Retimag v. FRG, No. 712/60, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* (1961), p. 400; X, Y and Z v. U. K., Nos. 8022/77, 8027/77, *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, Vol. 18, p. 74.

[39] Jan de Nul v. Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award dated November 6, 2008, para. 258.

[40] See Zachary Mollengarden, *The Utility of Futility: Local Remedies Rules in International Investment Law*, 58 *Virginia Journal of International Law* 405, 435–437 (2019).

[41] Canfor v. U. S., Terminal Forest Prods. Ltd. v. U. S., UNCITRAL, Decision on Preliminary Question dated June 6, 2006, para. 187, n. 198.

[42] See Chitharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 426.

[43] 参见倪小璐:《投资者—东道国争端解决机制中用尽当地救济规则的“衰亡”与“复活”——兼评印度 2015 年 BIT 范本》,《国际经贸探索》2018 年第 1 期,第 91 页。

[44] 参见《中国代表薛捍勤女士在第 57 届联合国大会第六委员会关于“国际法委员会第 54 届会议的报告”议题(外交保护和委员会的工作)的发言》,http://www.china-un.org/chn/lhghywj/ldhy/yw/ld57/t40105.htm,最近访问时间[2021-07-02]。

四 域外经验对我国的启示

(一) 增加东道国当地救济作为投资者—国家间仲裁的强制性前置程序

在我国现行有效的双边投资协定中,有关投资者—国家间仲裁与东道国当地救济之间关系的规定主要有五种情况。第一,对投资者启动国际仲裁既无当地救济要求,也无岔路口条款予以限制。第二,当地法院诉讼与投资者—国家间仲裁适用岔路口条款。以上两种情况主要见于1997年之前的双边投资协定。第三,在第二种规定的基础上增加用尽行政救济要求,同时为行政救济设置最长时限,一般为三到四个月,主要见于1997年之后的双边投资协定。第四,对岔路口条款进行变通,在投资者已将争端提交当地法院的情况下,只要在法院作出判决前撤诉,仍可将争端提交仲裁。此类规定主要见于中国与德国、荷兰、瑞士等欧洲国家签订的双边投资协定。第五,针对不同缔约方作出差异化安排。例如,中国—马耳他双边投资协定(2009)第9.3条规定,在中国,投资者只有已经完成行政复议程序且未将争端提交法院解决的情况下才可以提请国际仲裁;而在马耳他,投资者必须用尽司法救济才可以提请国际仲裁。由此看来,我国仅有部分双边投资协定将当地救济设置为投资仲裁的强制性前置程序,且仅限于行政救济。笔者认为,我国未来缔结和修订的双边投资协定不仅应当将东道国当地救济设置为投资仲裁的强制性前置程序,而且应当包含司法救济,理由如下。

首先,有不少国际组织的研究成果和国家的缔约实践支持此种做法。联合国贸发会议(United Nations Conference on Trade and Development)2018年发布的《国际投资体制改革—揽子方案》指出,对投资者—国家间争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement)进行改革的方案之一是继续维持现有机制的基本框架并增加一些新条款,其中之一就是将当地救济作为投资者提请仲裁的前提条件。具体规定有两种选择,一是用尽当地救济,二是为投资者寻求当地救济设置期限。对于增加该项条款,方案给出了四方面的理由。其一,有助于实现外国投资者与东道国国内投资者之间、以及外国投资者之间的平等待遇。其二,各国司法体制通常包含上诉机制,且非常适合解释和适用本国国内法。其三,对于拥有健全法律体制和良好治理体系、且法院专业化程度较高的国家而言,投资者—国家间争端解决机制并没有那么重要。其四,与其把重点完全放在投资者—国家间争端解决机制上,还不如着力于推动东道国国内的法律和司法体制改革。这可能有助于弥补东道国的一些体制性缺陷,而国际投资协定和投资者—国家间争端解决机制正是为解决这些缺陷而设计的。^[45]此外,联合国国际贸易法委员会第三工作组第37次会议工作报告也明确指出,对投资者—国家间争端解决机制的改革应考虑为投资者提请仲裁增加用尽当地救济要求。^[46]在国际投资争端解决中心仲裁规则改革方面,秘书处也在就投资者提

[45] See UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, p. 52, UNCTAD (2018), <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-framework>,最近访问时间[2021-07-02]。

[46] See Report of Working Group III (ISDS Reform) on the work of its thirty-seventh session, p. 7, The UN (April 9, 2019), <https://undocs.org/en/A/CN.9/970>,最近访问时间[2021-07-02]。

交仲裁申请时是否应满足用尽当地救济要求征求各国意见。^[47] 在国家缔约实践方面,除了《美墨加协定》,近年来还有不少双边投资协定将东道国当地救济特别是司法救济作为投资者提请仲裁的强制性前置程序,例如印度—吉尔吉斯斯坦双边投资协定(2019)和乌兹别克斯坦—韩国双边投资协定(2019)。^[48] 此外,不少国家和地区发布的双边投资协定范本也包含此类条款,例如印度 2015 年双边投资协定范本、塞尔维亚 2014 年双边投资协定范本和南非发展共同体 2012 年双边投资协定范本。^[49]

其次,就我国而言,此种做法也是利大于弊的。当地救济规则有助于倒逼国内司法改革,促进我国法院提升解决涉外投资争端的能力,为吸引外资打造更好的营商环境;有助于我国发现国内法与国际义务相冲突之处,进一步完善相关法律规范和规则;有助于在国内诉讼中解决争端,避免国际仲裁对我国声誉造成的不利影响;有助于我国先行搜集证据,确定仲裁策略,为将来可能卷入的投资仲裁做好充分准备。当然,当地救济规则也难免存在一些弊端。对我国海外投资者而言,东道国可能尚未建立能有效运作的司法体系,法院可能受到政府干预和控制,法院判决可能难于执行。另外,东道国法院可能因案件积压而延长办案周期,增加投资者寻求当地救济的时间成本。对我国而言,外国投资者在我国法院作出最终判决后提请仲裁,可能有损我国司法主权。不过,我们可以通过具体的制度设计有针对性地将这些弊端最小化。

(二) 具体制度设计

首先,借鉴《美墨加协定》,对东道国法院诉讼的诉由进行区分,投资者—国家间仲裁的强制性前置程序仅限于以东道国国内法为依据提起的诉讼。如果东道国国内可直接适用国际投资协定,且投资者以该协定为依据在当地提起诉讼,则适用岔路口条款,投资者不得再提请仲裁。此外,摒弃“用尽”这一模糊概念,改为“获得最高层级法院的终审判决”。同时,应明确规定东道国司法判决在纯国内法事项上的既判力。此种安排不仅正当合理,也与我国统筹推进国内法治和涉外法治的理念也是高度吻合的,既体现了我国对国际义务的尊重,彰显大国风范,又最大程度维护了我国司法主权。^[50]

其次,应设置寻求当地救济的期限。在现有国际投资协定中,如果当地救济包含司法救济,此期限从 18 个月到 5 年不等。依据我国《行政诉讼法》的规定,行政诉讼一审程序一般不超过 6 个月,二审程序一般不超过 3 个月。一般情况下 18 个月足够投资者在我国法院获得终审判决。因此,我国可以将投资者寻求当地救济的期限设为 18 个月。此外,该期限也有利于控制我国海外投资者寻求东道国当地救济的时间成本。不过,为了防止

[47] See ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper #2, p. 67, ICSID (March 15, 2019), https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Vol_1.pdf, 最近访问时间[2021-07-02]。

[48] 参见印度—吉尔吉斯斯坦双边投资协定(2019)第 15.1 条和乌兹别克斯坦—韩国双边投资协定(2019)第 11.2 条。协定文本见 UNCTAD 网站, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, 最近访问时间[2021-07-02]。

[49] 参见印度 2015 年双边投资协定范本第 15.1 条、塞尔维亚 2014 年双边投资协定范本第 14.5 条和南非发展共同体 2012 年双边投资协定范本第 29.4 条。双边投资协定范本文本见 UNCTAD 网站, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, 最近访问时间[2021-07-02]。

[50] 参见新华社:《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调:坚定不移走中国特色社会主义法治道路,为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《中国人大》2020 年第 22 期,第 7 页。

出现平行程序和双重救济,投资者一旦提请仲裁,即应彻底终止东道国当地救济程序。

再次,应设立当地救济无效之例外,并采纳《美墨加协定》的“明显无用”标准作为具体判定标准。此种安排一方面避免了资源的无谓浪费,另一方面又能防止例外规定被滥用,保证当地救济发挥应有作用,同时也倒逼我国及缔约他方国内司法体制的完善和改革。在投资仲裁实践中,如果相关投资协定中的当地救济规则没有此项例外规定,我国投资者也可以援引 *Ambiente* 诉阿根廷案裁决主张适用习惯国际法中用尽当地救济规则之无效例外。此外,应根据仲裁申请人是否以自身名义提请仲裁对寻求当地救济的主体进行区分。如果投资者是代表自己提请仲裁,则寻求当地救济的主体是投资者本人。如果投资者是代表其直接或间接拥有或控制的东道国当地企业提请仲裁,则寻求当地救济的主体可以是投资者本人,也可以是东道国当地企业,从而避免给投资者增加不必要的负担。

最后,可以灵活运用差异化规定,更精准地维护我国海外投资者利益。^[51] 不过,笔者不赞同中国—马耳他双边投资协定(2009)第9.3条的规定,因为此种安排单方面提高了在马耳他投资的中国投资者提请国际仲裁的门槛。我国可以借鉴《美墨加协定》,根据我国投资者在缔约他方的行业分布设置当地救济规则的行业例外。

[本文为作者参与的上海市法学高原学科国际法方向的研究成果。]

[**Abstract**] The US-Mexico-Canada Agreement provides for local remedy rules that are worth learning by China in many respects. Nevertheless, it does not clearly define the arbitral tribunal's power to review the judicial decisions made in the host state. In the practice of international arbitration, the mandatory procedural prerequisites for investor-state arbitration should include judicial remedy, which covers only lawsuits filed on the basis of the domestic law of the host state. The word “exhaustion” should be replaced by “obtaining final judgment”. Moreover, certain time limit should be imposed on local lawsuits. At the same time, a final judicial decision should have the *res judicata* effect on issues in the exclusive domain of domestic law. The approach of treaty interpretation could be adopted to deal with the situation where an international investment treaty does not include a futility exception. The “obviously futile” standard should be adopted to determine whether local remedies are ineffective. There could be an exception based on certain industries. China should optimize the local remedy rules in five aspects.

(责任编辑:余佳楠)

[51] 参见钟英通:《国际经贸规则适用的差异化现象及其法律应对》,《环球法律评论》2019年第3期,第182页。