

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2019.01.007

国际投资条约中“法律上不成立之诉请” 条款探析*

肖 军

(武汉大学法学院国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

摘 要: 晚近欧美投资条约规定了“法律上不成立之诉请”异议,意在遏制投资者提出的“轻浮之诉”。它源自美国BIT范本,但已有条约对该异议的规定较为简略,仲裁实践极少。仅有的Pac Rim案裁决的解释赋予仲裁庭很大自由裁量权。一些欧美投资条约同时还规定了“明显缺乏法律依据之诉请”异议。但两个异议程序的适用范围、审查标准实质相同。由于两者具有显著的同质性,同一条约规定两个程序实际上并无必要。至少,这些条约应该明确协调两个程序之间的关系。我国在中美和中欧BIT谈判中将直接面对这一问题,应妥善处理。

关键词: 国际投资条约; 投资仲裁; 轻浮之诉; 异议程序; 法律上不成立之诉请

中图分类号: D996.1 **文献标识码:** A

文章编号: 2095-8072(2019)01-0085-12

一、问题的提出

随着解决投资者-东道国之间投资争端的国际投资仲裁案件数量的持续上升,晚近投资仲裁机制改革十分注重规制仲裁程序的滥用,^①以减轻被诉东道国的诉累。设置快速审理程序是重要的应对措施之一,其目的是允许仲裁庭在程序早期阶段迅速驳回投资者提出的“轻浮之诉”(frivolous claim)。^②

在多边层面上,“解决投资争端国际中心”(ICSID)于2006年修订《仲裁程序规则》,新增第41.5条(以下简称“ICSID第41.5条”)的快速审理程序,允许当事方提出异议,主张对方诉请“明显缺乏法律依据”。截至2018年4月,有26个案件适用了该异议程序。可以说,它已经“从新生事物发展成为标准程序”,^③形成了基本一致的ICSID判例。这使得当事人能够更加恰当和有效地援用该程序,反过来又进一步提升其作用与影响。

在双边层面上,晚近欧美投资条约都规定了另一个快速审理程序,即“法律上不成立之诉请”异议。但与ICSID第41.5条程序形成鲜明对比,仲裁实践中适用“法律上不成立之诉请”异议的实例极少,对该程序的研究也极为少见,^④因而相关规则的解释和

* 基金项目: 本文受国家社科基金重大项目“外商投资负面清单管理模式与中国外资法律制度重构研究”(14ZDC033)和司法部国家法治与法学理论研究课题“国际投资仲裁裁决的司法审查问题研究”(18SFB2055)资助。

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.

② 根据《布莱克法律词典》,“轻浮”意为“缺乏法律依据,不严肃,没有合理目的”,“轻浮之诉”指的是“没有法律依据的诉请,特别是为不合理目的(如骚扰)而提起的诉请”。Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 9th ed., St. Paul: Thomson Reuters, 2009: 282, 739.

③ Lars Markert, “Summary Dismissal of ICSID Proceedings”, *ICSID Review*, 2016, 31(3): 709.

④ 原因解释详见下文。

适用有待澄清。易言之,此种异议程序到底是什么,仍是一个需要回答的问题。

在欧盟与加拿大的《全面经济与贸易协定》(CETA)、美国主导签订的《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)^①中,其“投资”章同时规定了“明显缺乏法律依据之诉请”异议和“法律上不成立之诉请”异议两个快速审理程序。这提出了新的问题:两个异议程序之间的关系是什么?同时规定的原因何在以及是否值得推广?由于回答这些问题更多地需要对“法律上不成立之诉请”异议的研究,^②很可能改变该异议不受重视的现状。

我国在与美国、欧盟分别进行的BIT谈判中,^③将直接面对是否接受“法律上不成立之诉请”异议的问题:如果接受,需要对其适用和影响成竹在胸;如果拒绝,也需要有理有据地说服对方。为此需要研究“法律上不成立之诉请”异议程序。由于国内外专门研究该程序的文献资料几近于无,^④希望本文的初步探讨能够填补研究空白并抛砖引玉。本文将首先梳理该程序的源流与发展,然后以Pac Rim诉萨尔瓦多案(以下简称“Pac Rim案”)^⑤裁决为例,分析相关条约规定的解释与适用,界定该程序的性质与作用,回答“是什么”的问题。在此基础上,本文将分析“法律上不成立之诉请”异议与“明显缺乏法律依据之诉请”异议之间的关系,为我国在相关条约谈判中的立场提供建议。

二、“法律上不成立之诉请”异议的源流与发展

“法律上不成立之诉请”异议程序系由美国2004年BIT范本(以下简称“美国范本”)引入,其第28.4条前言规定:在不影响仲裁庭审理其它先决问题异议的职权的前提下,若被申请人提出异议,主张在法律上,诉请并非是一项可依据第34条“裁决”获得有利于申请人裁决的诉请,仲裁庭应将该异议作为先决问题予以审理和裁决。随之,第28.4条用4款对具体程序作出了规定。其中,(a)、(b)和(d)款规定了异议的提出时限、审议的时间表及被申请人此后提出其他异议的权利。(c)款则要求,仲裁庭应假定申请人在仲裁通知(或任何更正)中用以支持其诉请而作出的事实陈述是真实的;同时,仲裁庭有权考虑其他相关且无争议的事实。

第28.4条借鉴了美国《联邦民事诉讼法》第12(b)(6)条,后者允许法院驳回没有阐明诉讼救济依据的诉请。^⑥美国推动BIT借鉴该国内法程序,直接动因是在《北美自由贸易协定》(NAFTA)下被诉的教训。在Methanex诉美国案^⑦中,美国曾提出一项“可受理性”异议:即使假定申请人陈述的事实是真实的,也不存在他所

① 由于美国在特朗普执政后便宣布退出TPP,日本等其他11个TPP缔约方决定将TPP更名为《全面且先进的跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP),予以继续推进。CPTPP仅搁置了原TPP中20余处规定,而本文分析的异议条款未发生任何变化。因此,本文仍以TPP文本为分析对象,同时意在藉此说明美国在该问题上的立场。

② 由于ICSID第41.5条的原因,人们已经熟悉“明显缺乏法律依据之诉请”异议。

③ 中美BIT谈判目前暂时处于停滞状态。

④ 大多只是在讨论其他问题(尤其是ICSID第41.5条)时提及该程序的存在。

⑤ *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of 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, August 2, 2010.

⑥ Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2013:835.

⑦ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Case, Partial Award on Jurisdiction and Admissibility, August 7, 2002, paras. 109,126.

声称的条约违反。但是仲裁庭认为,该异议不同于管辖权异议,条约没有赋予仲裁庭权力以此为由驳回诉请。该裁决促使2002年美国《贸易促进法》明确提出,应寻求合理机制减少或阻止投资争端的“轻浮之诉”。^①第28.4条程序可以让争端方节约时间和金钱,填补了NAFTA的漏洞,落实了《贸易促进法》的要求。^②

在美国范本出台后,其新签投资条约都采纳了第28.4条的规定。其中,2005年《美国-中美洲-多米尼加共和国自由贸易协定》(CAFTA)^③中的对应条款是第10.20.4条。

ICSID第41.5条的制定也受到美国范本的影响,^④并且该条款明确规定,“除非当事方就初步异议之简便程序另行达成一致……”,从而有意识地为适用美国投资条约的前述规则留有余地。^⑤

美国范本还影响了欧盟的缔约实践。欧盟根据《里斯本条约》获得缔结投资条约的专属权能之后,签订了CETA以及与新加坡等国的自由贸易协定(FTA)。这些条约的投资章节都规定了类似于美国范本第28.4条的异议,并命名为“法律上不成立之诉请”(Claims Unfounded as a Matter of Law)。欧盟提出的《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(TTIP)投资章节建议同样如此。因此,“法律上不成立之诉请”条款也成为欧盟投资条约的“标配”。

“法律上不成立之诉请”异议曾两次出现在我国投资条约中。2012年9月,中国与智利签订FTA框架下的《关于投资的补充协定》。该协定第18条以“初步异议”为题,规定了三种异议:(1)权利请求明显缺乏依据,即类似于ICSID第41.5条的异议;(2)请求不在仲裁庭的管辖权或权限之内,即通常的管辖权异议;以及(3)在法律上,权利的请求不属于依据第21条作出对申请方有利裁决的请求,即类似于美国范本第28.4条的异议。在2015年6月签署的《中国-澳大利亚自由贸易协定》中,第9章“投资”第16条第5款几乎照搬了美国范本第28.4条。不过,与欧美条约实践不同,2012年后我国签订的其他投资条约没有规定该程序,包括仲裁规则最为详细的中国-加拿大BIT。这说明目前我国对“法律上不成立之诉请”异议程序的态度是既不绝对抵制,也无意大力推动。因此,如果美国或欧盟在与中国的BIT谈判中坚持纳入该程序,我国是有可能接受的。

综言之,“法律上不成立之诉请”异议源自美国BIT范本,美国和欧盟晚近缔结的投资条约均包含该程序。^⑥我国原则上并不排斥,中美和中欧BIT可能同样纳入该程序。鉴于这两部BIT的重要性,我国需要更加明确地把握“法律上不成立之诉请”异议的性质与作用。

① 刘笋. 国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评[J]. 法学研究, 2008(6):148.

② Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2013:834.

③ 在不同背景下,人们曾用多个不同简称指称该协定,如DR-CAFTA-US、CAFTA-DR、US-DR-CAFTA等。本文采用相关仲裁裁决使用的最为简便的CAFTA。

④ Aïssatou Diop, “Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules”, *ICSID Review*, 2010, 25(2):315.

⑤ Aurélie Antonietti, “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”, *ICSID Review*, 2006, 21(2):441.

⑥ 需要说明的是,美国范本及在其基础上缔结的投资条约并未使用“法律上不成立之诉请”一词。本文为行文之便利,也用该词指称美国范本第28.4条程序。

三、“法律上不成立之诉请”异议之析：以 *Pac Rim* 案为例

从美国范本第28.4条的条文，可以初步了解“法律上不成立之诉请”异议。第28.4条明确规定的程序要求基本不会引发歧义，无需赘述。关键问题是该条款的实质性要求，即申请人的诉请在法律上不能获得有利裁决。它和“明显缺乏法律依据”一样，都是“多歧义的简明表述”^①——字面意义简单明确，但是实际适用时，仲裁庭要对异议作出裁决，必须解决一系列具体问题，包括：异议可以根据什么理由、针对哪些诉请？提出异议的被申请人需要承担怎样的举证责任？仲裁庭应基于什么样的标准来决定是否支持异议？只有回答了这些问题，才能真正理解这项异议是什么。仅仅从条文的字面意义不可能得到答案，而需要考察仲裁庭对规则的解释和适用。

迄今公众知晓的适用该异议的案例只有一个，^②即CAFTA下的*Pac Rim*案。该案历时7年，2016年的实体裁决驳回了申请人所有诉请，因涉及多个当前国际投资法的重要议题而备受关注，如利益拒绝条款、投资保护与环境之间的关系等。由于仲裁庭关于“法律上不成立之诉请”异议的决定对最终结果没有产生重大影响，学者对此案的研究很少关注该项决定，仅有Potesta和Sobat在其关于ICSID第41.5条的论文中对该决定进行了评论。^③为本文之目的，这里不评判该案的是非曲直，以及申请人诉请是否“轻浮之诉”，而仅限于研究关于CAFTA第10.20.4条的裁决。

本案当事双方与仲裁庭一致认为，CAFTA第10.20.4条是ICSID第41.5条所说的“其他简便程序”，因而排除后者的适用。对于这一点，基于ICSID第41.5条的明确规定不存在任何争议。例如，Potesta和Sobat指出，对ICSID第41.5条来说，CAFTA第10.20.4条是特别法并优先适用，ICSID第41.5条则相应具有剩余性质（*residual in nature*）。^④Brown和Puig也以*Pac Rim*案的上述意见为例，说明ICSID第41.5条的辅助性（*ancillary in character*）。^⑤

（一）仲裁庭对第10.20.4条的解释和适用

首先，根据第10.20.4条的规定，仲裁庭作出决定时可以依据两类事实：第一，仲裁申请或其更正中的事实陈述，且应推定其为真实的；第二，其他相关且争端双方无争议的事实。对于第一类事实，仲裁庭指出，真实性推定的涵盖范围不包括其他（如其他书状和听证会中申请人的）事实陈述，也排除了被包装成事实陈述的法律主张以及缺乏事实陈述支持的结论。与这里仲裁庭承担的真实性推定义务不同，对于第

① 这是ICSID第41.5条适用的首案裁决对“明显缺乏法律依据”一词的评价，*Trans-Global Petroleum, Inc v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/07/25, Decision on the Respondent's Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, May 12, 2008, para. 75.

② 受商事仲裁传统的影响，并非所有投资仲裁案件的信息都得到公布。

③ Michele Potestà & Marija 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*, 2012, 3(1):159-163.

④ Michele Potestà & Marija 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*, 2012, 3(1):149, 160.

⑤ Chester Brown & Sergio Puig, "The Power of ICSID Tribunals to Dismiss Proceedings Summarily: An Analysis of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2011, 10:250.

二类事实, 仲裁庭有权决定是否考虑; 而且无争议事实的范围不受限制, 还可以包括申请人承认的被申请人所作之事实陈述。

值得注意的是, 仲裁庭通过上述解释最终得出一个结论: 处理第10.20.4条程序应轻形式而重实质, 应重视经验性的常识 (practical common-sense)。^①

在阐明了事实的真实推定之后, 仲裁庭转而分析法律问题的审查标准, 也即被申请人的举证责任, 或者更确切地说是“说服责任”,^②因为仲裁庭推定申请事实陈述的真实性。

仲裁庭认为, 第10.20.4条中“可……获得有利于申请人的裁决”使用的是“可以”(may), 而不是“必须”(must), 赋予仲裁庭可以依据个案情形而合理行使的重要裁量权。即使以审理异议时的情形来看, 申请人的诉请可能(但非一定)无法获得支持, 但是依个案情形不同, 仲裁庭仍可能基于各种合理原因驳回异议。只有当仲裁庭在程序伊始便能确定——而不仅仅是可能——最终裁决应该是驳回申请人诉请之时, 才能支持第10.20.4条异议。这是一个非常高的审查标准。^③

仲裁庭还认为, 基于异议的快速性质, 被申请人在此不能提出证据去反驳仲裁申请中的事实陈述。本程序不必长篇累牍地处理复杂法律问题, 更不用说那些需要澄清复杂事实的法律问题, 或者那些法律与事实交织在一起的问题。由于被申请人此后再提出相关异议的权利不受影响, 本程序也不能给当事方造成过大负累。

最终, 仲裁庭得出结论: 第10.20.4条的宗旨与目的是设置一个有效和灵活的程序, 以快速与公平地解决争端, 仲裁庭可以依据个案情形合理地运用该程序。仲裁庭明确表示, 在解释该条款时不需要与美国法和ICSID第41.5条进行比较, 尤其是ICSID第41.5条使用了不同用语, 也没有完全相同的宗旨和目的。^④

本案争议事实较为复杂, 仲裁申请书长达53页。被申请人异议也相应繁复, 裁决用了较长篇幅来说明异议内容。但仲裁庭只用了一个段落便驳回相关异议, 真可谓“言简意赅”。仲裁庭的解释是, 其尽最大可能简洁地表达作出决定的理由, 是为了不妨碍当事方在此后程序中论证各自的主张。^⑤

本文认为, 裁决实际上并未经过法律分析便驳回异议, 充分体现了仲裁庭所理解的审查标准——依据“经验性常识”。或许在仲裁庭看来, 此异议程序中严谨细致的法律论证对于裁决的说服力而言并不重要。进一步的推论则是, 仲裁庭认为, 如果需要详细和繁复的法律论证, 那么被申请人的异议就不应得到支持。仅仅从第10.20.4条的用语出发, 仲裁庭的做法不无道理。除非存在其他有力证据, 否则我们不能主观地认定, 缔约

① *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of 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, August 2, 2010, para. 105.

② 举证责任 (burden of proof) 在英美法中有两重含义: 说服责任 (burden of persuasion) 与提供证据责任 (burden of production)。See Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 9th ed., St. Paul: Thomson Reuters, 2009: 223.

③ Michele Potestà & Marija Sobot, "Fivolous 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*, 2012, 3(1):161.

④ *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of 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, August 2, 2010, paras. 116-118.

⑤ *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of 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, August 2, 2010, para. 244.

国无意给予仲裁庭此种自由裁量权。Potesta和Sobat也对该裁决作出了总体积极的评价,^①但对裁决的具体内容,他们基本只是简要介绍而未阐明其积极评价的理由。

(二) “法律上不成立之诉请”异议不受重视的原因

Pac Rim案关于CAFTA第10.20.4条的裁决很少受到学者关注,或许暗示了学者的认可,但更简单、更为可能的原因就是它被忽视了,并且此种忽视及于该异议程序本身。其缘由应该是:直到2015年CETA之前,规定了“法律上不成立之诉请”异议的投资条约的数量很少,实际影响不大;该异议的影响受累于案例的稀缺。不过,最主要的原因是,ICSID第41.5条与CAFTA第10.20.4条之间的关系十分明确。前者是多边机制中的一个程序,后者是区域投资条约的规定,是(相对于前者的)特别法,以该条约缔约方的特别合意为基础。^②因此,学界对此种(少数条约中)的特别法兴趣寥寥。

CETA和TPP等条约同时规定“明显缺乏法律依据之诉请”和“法律上不成立之诉请”两个异议程序,将改变后者不受重视的现状。这不仅是因为CETA等条约的影响力较大,更是由于两个异议程序的关系发生了变化。在CETA等条约中,它们都是基于缔约方合意的“特别法”,没有类似于CAFTA第10.20.4条与ICSID第41.5条的前述明确关系。一部条约可能明确界定两个异议之间的关系,也可能不作规定;被申请人或许只能选择两个异议中的一个,或许能够先后援用。以有权提出异议的被申请人的利益角度而言,他需要做出适当选择;从申请人的利益来看,如果被迫在两个程序中针对实质相同的异议进行抗辩,则有悖于程序公正原则。因此,在当前条约实践背景下,不仅需要了解“法律上不成立之诉请”异议是什么,而且需要知晓其与“明显缺乏法律依据之诉请”异议之间的关系。

四、与“明显缺乏法律依据之诉请”异议的同质性

严格来说,CETA等条约中的“明显缺乏法律依据之诉请”异议与ICSID第41.5条的法律依据不同,不是同一程序。但是它们的宗旨和目的相同,对“明显缺乏法律依据之诉请”异议作出详细规定的欧盟投资条约不仅基本照搬ICSID第41.5条的用语(但有细微的调整),而且将ICSID第41.5条判例法的部分内容明确纳入条文规定。因此,有充分理由认为,CETA等条约中的“明显缺乏法律依据之诉请”实质上 and ICSID第41.5条相同,后者的判例对于理解和界定前者具有指导意义。

(一) 从 ICSID 第 41.5 条看“明显缺乏法律依据之诉请”异议

借助较为丰富的案例,学者对ICSID第41.5条的适用已有充分且深入的研究,就大部分问题形成了共识。因此,为本文之目的,没有必要全面复述ICSID第41.5条的

^① Michele Potestà & Marija Sobat, “F 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*, 2012, 3(1):161.

^② 正是由于当事方同意在仲裁中的核心地位,学者才将ICSID第41.5条视为“剩余的”和“辅助的”,尽管从案例数量来看,“辅助性”的ICSID第41.5条案例远超“优先适用”的双边或区域条约下的程序。

源流、程序规则和仲裁实践，而只需概括其适用的若干要素，在必要时说明CETA等条约规定的不同。

首先，“明显缺乏法律依据”的英文表述为“manifestly without legal merit”。“merit”的字面意义似乎表明ICSID第41.5条处理的是实体问题，但谈判资料显示管辖权问题未被排除在外。^①仲裁庭和学者也一致认定该条适用于管辖权问题。在RSM案中，^②被申请人的异议获得成功。Diop指出，该异议涉及的既不是管辖权也非实体问题，而是公平考虑和程序障碍。^③因此，实践中ICSID第41.5条的适用范围广泛，当事方可以基于各类法律问题提出异议，将“legal merit”译为“法律依据”反映了这一现实。

其次，从审查的事实依据来看，ICSID第41.5条虽然没有明确规定，但相关裁决均以“legal”一词为依据，推定申请人主张的事实真实性，除非事实主张是不可信和恶意的。对于被申请人陈述的事实，则只有在其能够证明申请人的事实主张属不可信和恶意时，仲裁庭才会考虑。在绝大多数情况下，如果被申请人的事实陈述只是用来对抗申请人的事实主张，仲裁庭将会推定后者的真实性，或者以事实不清为由，拒绝支持异议。^④

CETA第8章“投资”第32条（以下简称“CETA第8.32条”）规定的是“明显缺乏法律依据之诉请”异议。其第5款明确要求仲裁庭^⑤“应假定所主张之事实是真实的”，将前述ICSID第41.5条判例法固定在条文里。

再次，在ICSID第41.5条案例中，“明显”被一致理解为“被申请人应清晰和明显、轻而易举地证明其异议”。^⑥这一要求是基于程序的快速性质和正当程序原则。仲裁庭还会顾及当事双方的程序权利受到的不同影响，即被申请人有机会再次提出异议。故而为遵循程序公平的原则，仲裁庭作出支持异议的决定应特别谨慎。^⑦因此，提出异议的被申请人承担了高标准的举证责任（或者说“说服责任”）：当存在疑问或不确定时，仲裁庭将作出有利于申请人的决定。^⑧

最后，在ICSID裁决撤销程序中，也有投资者对被诉东道国的请求提出第41.5条异议。尽管对这一做法存在理论分歧，但其已成为事实，且为多数学者所接受。^⑨不过，CETA等条约明确规定，只有被申请人有权提出“明显缺乏法律依据之诉请”异议，故本文研究仅针对被申请人提出异议的情形。

① Aurélie Antonietti, “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”, *ICSID Review*, 2006, 21(2):439-440.

② Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corp. v. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6, Award, December 7, 2010.

③ Aïssatou Diop, “Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules”, *ICSID Review*, 2010, 25(2): 324.

④ Lars Markert, “Summary Dismissal of ICSID Proceedings”, *ICSID Review*, 2016, 31(3):702.

⑤ 尽管CETA引入常设投资法庭制度，但仍使用Tribunal一词，故本文仍称之为“仲裁庭”。

⑥ *Ansung Housing Co., LTD. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25, Award, March 9, 2017, para. 70.

⑦ 肖军，《ICSID公约仲裁规则》第41（5）条的解释与适用[J].国际经济法学刊, 2012(3):85.

⑧ Lars Markert, “Summary Dismissal of ICSID Proceedings”, *ICSID Review*, 2016, 31(3):706.

⑨ Lars Markert, “Summary Dismissal of ICSID Proceedings”, *ICSID Review*, 2016, 31(3):701-702.

（二）两种异议程序实质相同

从表面上来看，“法律上不成立之诉请”异议和“明显缺乏法律依据之诉请”异议因用语不同而各司其职。后者因为“明显”一词看似设置了更高的门槛。理论上或可主张，应依据对条约用语的文义解释和有效解释原则，充分重视“明显”一词所造成的两个异议的差异。

但是，上述观点脱离了仲裁实践。根据前文研究，当一部条约同时规定两个异议时，两者的适用范围、仲裁庭的审查标准实质上相同，些许差别不影响它们的同质性。^①

第一，两个异议的适用范围都很广泛。依据ICSID第41.5条判例，在“明显缺乏法律依据之诉请”异议中，被申请人可以基于各类问题提出异议。“法律上不成立之诉请”条款的适用案例不足，难以提供实践证据。但从其条文来看，“不能作出有利于申请人的裁决”是唯一实质性要求，对其原因未作限制。因此，两个程序的适用范围都很广泛且实质相同。

第二，两个程序都适用对申请人事实主张的真实性推定。ICSID第41.5条判例确定了真实性推定的适用，CETA第8.32条还对此作了明文规定，在条文用语上进一步接近了“法律上不成立之诉请”异议。判例法提出的真实性推定例外出现在实践中的可能性很小，且在被申请人承担了高标准的说服责任的情况下，个别事实主张即使被认定为不可信和恶意的也不太会影响最终裁决。此外，该项例外的适用在仲裁庭的自由裁量范围内，相关条款仅明文规定真实性推定，并不等于排除仲裁庭的自由裁量权。

第三，在两个程序中，被申请人都承担了高标准的说服责任。仲裁庭都只在确定无疑的情况下才支持异议，且考虑被申请人此后提出异议的权利。因此，尽管“法律上不成立之诉请”条款没有使用“明显”一词，被申请人承担的说服责任并不低于“明显缺乏法律依据之诉请”异议。

两个异议程序是否实质相同，还可以从另一个角度来佐证：假设两个程序确有实质性差别且为有关国家和地区所了解，则他们应在条约中明文规定两者的关系。反之，如果没有明确规定，可表明缔约方尚没有清晰地认识它们的区别和关系；如果不同条约有不同规定，则说明相关国家和地区的认识并不一致。这种条约实践可以佐证两个程序的同质性，或者说至少不能推翻上述同质性的论证。因此，有必要考察有关投资条约如何规定两个异议的关系。

五、投资条约对两个异议之间关系的规定

前已述及，中智协定只是简单地同时规定“法律上不成立之诉请”和“明显缺乏法律依据之诉请”两个异议，既未澄清它们是什么，也没有就其关系作任何规定。那么，同时规定两个异议的晚近欧美条约文本是怎样的呢？以下将分析CETA、欧盟的TTIP建议和TPP的有关条款。

^① 此处所说的同质性并不针对ICSID第41.5条。

（一）CETA

CETA 第 8.32 条规定了“明显缺乏法律依据之诉请”异议，第 8.33 条则是“法律上不成立之诉请”条款。对两者的相互关系，第 8.32 条规定，如果被申请人先提出第 8.33 条异议，则不得再提出第 8.32 条异议。而根据第 8.33 条，如果第 8.32 条异议已经在先提出，则在“考虑该异议的具体情形”的基础上，仲裁庭可以拒绝审查第 8.33 条异议。条款未说明何为“具体情形”，但应该指的是，在后的第 8.33 条异议与在先的第 8.32 条异议基本相同。

上述规定表明，在 CETA 缔约方看来，第 8.32 条异议的涵盖范围是第 8.33 条的一部分。不过，在什么程度上重叠并不明确。

（二）欧盟 TTIP 建议

欧盟建议的 TTIP 投资规则第 3 节第 16 条（以下简称“TTIP 第 16 条”）纳入了“明显缺乏法律依据之诉请”异议，第 17 条则规定了“法律上不成立之诉请”异议。其中，第 16 条规定有两个特别之处。

第一，除明文规定事实陈述的真实性推定之外，第 16 条还加上了“仲裁庭有权考虑其他相关且无争议的事实”。美国范本第 28.4 条的这个细节被纳入“明显缺乏法律依据之诉请”条款，再次提高了两个规则的相似程度。

第二，ICSID 第 41.5 条和 CETA 第 8.32 条都要求异议必须在程序伊始提出，但 TTIP 增加规定，如果被申请人在程序进行中方才知晓有关事实，还可以在知晓之日起 30 天内提出异议。不过，这一新规的实践价值有限，因为仲裁庭应推定申请人事实陈述的真实性，仅在例外情形下才考虑被申请人提出的对抗性事实主张。

就两个异议的关系而言，TTIP 第 16 条规定，仲裁庭在本条项下的裁定不妨碍当事人提出第 17 条异议。第 17 条则规定，如果第 16 条异议待决，则一般不允许提出第 17 条异议，除非仲裁庭在考虑案件情形后特别准予。两项规定的意思是：如果被申请人先提出第 16 条异议，且仲裁庭作出裁定，被申请人还可以提出第 17 条异议；如果仲裁庭尚未作出裁定，则在第 16 条程序待决期间一般不允许提出第 17 条异议，但特殊情形下可以。

上述规定和 CETA 相比，具有明显差异：第一，对于先提出“法律上不成立之诉请”异议的情形，CETA 不允许再提出“明显缺乏法律依据之诉请”异议，而 TTIP 对此只字未提。第二，对于先提出“明显缺乏法律依据之诉请”异议的情形，根据是否已作出裁定，TTIP 有不同规定，在“特殊情形”下允许两个程序同时进行。CETA 没有这种区别规定，这是否应该理解为，它一般允许两个程序先后甚至同时进行，只有某些“具体情形”下才不允许？

CETA 和 TTIP 对两个异议关系的处理方式不仅有差异，而且存在潜在冲突。它们都可能导致一种不合理的情形，即两个异议程序同时进行。值得注意的是，2018 年 4 月，欧盟公布了与新加坡和墨西哥分别签署的 FTA 投资章节。在两个异议关系问题上，欧盟-新加坡 FTA 的规定类似于 TTIP 建议，而欧盟-墨西哥 FTA 类似于 CETA。这表明，相关国家和地区对于两个异议之间的关系存在不同理解，或者可称之为“不理

解”，而欧盟在几乎同时推出的条约文本中的立场也不尽相同。

（三）TPP

TPP同时规定两个异议的方式自成一派。其投资章节第22条第4款基本照搬了美国范本第28.4条，唯一区别在于，TPP硬生生地将“明显缺乏法律依据之诉请”加至第28.4条前言的末尾。除此之外，TPP未就“明显缺乏法律依据之诉请”作任何规定，包括两种异议之间的关系问题。这种方式体现了美国及其BIT范本的强势影响。

TPP第22条第4款c项则让人疑惑。它规定了申请人事实陈述的推定真实性，实质内容与美国范本第28.4条c项相同。两者的区别仅在于，美国范本指向的是“本款规定的异议”，而TPP则明确限定c项规定适用于“法律上不成立之诉请”异议。因此，无论基于对这一区别的有效解释，还是TPP第22条第4款c项的文义解释，结论都应该是：c项规定不适用于“明显缺乏法律依据之诉请”异议，即不能推定申请人事实陈述的真实性。这既不符合ICSID第41.5条裁决的一贯立场，也明显区别于CETA和欧盟TTIP建议的规定。本文认为，事实的真实性推定是快速审理程序的客观需要，TPP缔约方拒绝这一点的意图难以理解。对此，目前尚无谈判资料予以说明。

TPP没有关于两个异议的关系的规定，留下了诸多疑问和不确定性，例如：它是否规制被申请人先后启动两个程序导致仲裁庭同时面对两种异议的情形？第22条第4款前言中两个异议之间的连词“或者”应该如何解释？是否表明两者是“二选一”的关系？如果是，能否推断缔约方认为两个程序的适用范围没有差别？

综上，针对“明显缺乏法律依据之诉请”和“法律上不成立之诉请”两种异议程序，中智协定、CETA、TTIP建议以及TPP等都同时作出规定，但规则繁简不一，尤其在两个程序之间关系上存在不同规定，有诸多不确定甚至难以解释之处。这表明，有关国家和地区对两种异议的关系缺乏统一和明确的认识。因此，已有条约实践不能推翻本文关于两者同质性的论证结论，相反在一定程度上还可以提供佐证。

六、投资条约同时规定两种异议的原因分析

在“法律上不成立之诉请”异议和“明显缺乏法律依据之诉请”异议具有同质性的情形下，一部投资条约实际上没有必要同时予以规定。那么，如何解释若干条约如此规定的现象？

首先从一般意义上来看，国际条约有缺陷实属正常。例如WTO争端解决裁决执行中的“顺序”问题，便是由于两个相关条款“相互之间配合设计不周密和语言的不周全”而在实践中引发的。^①在评论某些投资仲裁机制改革措施时，有学者曾指出：“不少改革措施在性质上属于临时性应对措施，并没有经过理论上的充分论证，也未得到实践上的长期而广泛的支持，其未来实施的有效性是值得怀疑的。”^②因此，我们需要对现有条约

① 纪文华，WTO争端解决执行中的“顺序”问题法律解读[J]，世界贸易组织动态与研究，2005(12):20.

② 刘算，国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评[J]，法学研究，2008(6):152.

规则（包括那些改革措施）进行批判性思考，发现漏洞或不足，指出潜在问题。

具体而言，条约同时规定两个异议可能出于主观认知、政策倾向和谈判实力三个方面的原因。

主观认知方面的原因前已述及，即两个条款的不同用语会让人以为它们各司其职。因此，相关条约缔约方希望利用两个“不同”的程序全方位地遏制“轻浮之诉”，这应该是条约同时规定两个异议的根本原因。前文论述表明，这种认知是不准确的，是脱离仲裁实践的主观臆断。

在政策倾向方面，当前投资仲裁机制改革的导向是加强国家（被诉东道国）利益保护。为此目的，有关缔约方即使没有确切掌握两种异议的“不同”，也要“宁滥勿缺”，先将其纳入条约再观后效。如果未来实践产生负面影响，如程序的重复或拖沓，甚至滥用，就将此作为试错过程，日后再行纠正。本文将这种政策倾向概括为“宁试错，勿错过”。相关条约中两种异议关系的不同规定表明，各缔约方并未对两者的差异形成一致和清晰的理解。因此，政策倾向可能是条约同时规定两个异议的直接原因。

“明显缺乏法律依据之诉请”异议得益于ICSID第41.5条的适用实践，逐步获到各方认可进而纳入双边条约。“法律上不成立之诉请”异议的推广路径则不同，更多是在美国推动下其他缔约伙伴方的接受。因此，条约同时规定两种异议在一定程度上也是美国的谈判实力影响的结果。CETA、TTIP建议和TPP中相关规则的差异可以说明这一点——它们与美国范本不同的相似程度正好与相关条约谈判中的美国影响大小正相关。

总之，条约同时规定两个异议是上述三个方面原因综合作用的结果。没有公开的缔约谈判资料作为证据，我们很难确切区分特定条约的谈判过程中各个原因的作用。无论如何，部分投资条约同时规定两种异议的事实本身并不能证明这一做法的正确性，而有些条约中关于两者关系的规定确实存在不足。

七、结论与建议

“法律上不成立之诉请”异议来源于美国BIT范本，但相关条约规定较为简略，仲裁实践极少。依据仅有的Pac Rim案裁决，在该程序下仲裁庭拥有很大的自由裁量权。这将如何影响该程序的作用与价值，尚需实践检验。

与之相比，ICSID第41.5条借多边机制之东风，已经形成较为成熟的适用实践。一些双边或区域投资条约借鉴ICSID第41.5条及其判例法，特别规定了“明显缺乏法律依据之诉请”异议。这种做法可以拓展异议的适用范围，被申请人能够在基于这些条约的非ICSID仲裁中提出异议。同时，法律适用的可预见性能够通过借鉴ICSID第41.5条判例得到保证，包括以其为参考对异议条款作出微调。

由于“法律上不成立之诉请”和“明显缺乏法律依据之诉请”异议来源不同，用语有别，从表面上来看，它们似乎各司其职。但是，相关仲裁实践表明，两种异议具有同样广泛的适用范围，都对申请人的事实陈述适用真实性推定，被申请人都承担高标准的说服责任，两者具有显著的同质性。在这种情况下，其中一种程序已经足以实

现遏制“轻浮之诉”的目标，同时规定两种程序并不能发挥额外的作用。而且若不能协调两者关系，可能造成程序滥用和拖宕。已有条约关于两者关系的不同规定表明，协调确实面临较大困难。因此，一部投资条约没有必要同时规定两个异议程序。

进一步而言，基于以下三个原因，如果需要在两个异议条款中作出选择，本文建议优先考虑“明显缺乏法律依据之诉请”异议：第一，该异议适用的可预见性更强；第二，缺乏严谨细致的论证可能会削弱人们对仲裁程序的信任，^①若Pac Rim裁决代表了对“法律上不成立之诉请”异议的正确解释，则该程序未来可能面临信任问题；第三，依据Pac Rim裁决的解释，在“法律上不成立之诉请”条款下仲裁庭拥有很大的自由裁量权，而此种自由裁量权正是晚近各国试图通过ISDS改革加以限制的对象。^②

现有投资条约同时规定两种异议是缔约方主观认知、政策倾向和谈判实力三个因素综合作用的结果。我国在中欧、中美BIT谈判中是否接受两种异议同样会受到这些因素的影响。因此，本文无意断言最终结果，而是建议：我国首先应该根据已有仲裁实践，与对方充分交换意见，尤其是澄清“法律上不成立之诉请”异议的适用范围和审查标准。在此基础上，如果对方能够认可两种异议的同质性，我国可以建议BIT只规定“明显缺乏法律依据之诉请”异议。不过，鉴于美国对“法律上不成立之诉请”异议的青睐，它更可能被纳入中美BIT。其次，如果谈判各方更重视“宁试错，勿错过”的政策考虑，我国也可以接受BIT同时规定两种异议的做法，但是应该参考已有条约对两者关系的不同规定，力争协调两者关系的明确规定。

【作者简介】肖 军：法学博士，武汉大学法学院国际法研究所副教授。研究方向：国际经济法。

An Analysis of the “Claims Unfounded as a Matter of Law” Objection in IIAs

XIAO Jun

(School of Law Wuhan University, Hubei 430072, China)

Abstract: The “claims unfounded as a matter of law” objection was first introduced by the US Model BIT in order to prevent frivolous claims. Most of recent international investment agreements concluded by the US and the EU, such as CETA, have provided for this objection procedure. Existing treaty rules on the objection are simple. Pac Rim case is the only one so far where the tribunal dealt with the objection. According to the Pac Rim decision, the tribunal has almost unlimited discretion under this procedure. In addition to the “claims unfounded as a matter of law” objection, CETA and some other investment agreements have stipulated the “claims manifestly without legal merit” objection simultaneously. But there is a substantial overlap between two objections, so that it is unnecessary to provide them in the same agreement. If an agreement does include two objections, their relationship should be explicitly clarified. China should carefully deal with this issue in its BIT negotiations.

Keywords: international investment treaty; investment arbitration; frivolous claims; objection procedure; claims unfounded as a matter of law

(责任编辑：黄志瑾)

① Charles Kotuby, Jr., Luke Sobota, “Practical Suggestions to Promote the Legitimacy and Vitality of International Investment Arbitration”, *ICSID Review*, 2013, 28(2):455.

② 张庆麟. 欧盟投资者-国家争端解决机制改革实践评析[J]. 法商研究, 2016(3):144.