

投资争端解决机制中的承认与执行规则

——以“一带一路”为视阈

刘明萍,张小虎^①

(湘潭大学 非洲法律与社会研究中心,湖南 湘潭 411105)

[摘要] “一带一路”倡议积极推进并取得良好成效,在全球贸易向更深更广层次迈进的进程中,由此产生的投资争端日益增多,其样态和类型也更具复杂性。就目前而言,建立统一机制的条件尚不成熟,但基于国际社会治理模式的形成,以及投资规则趋同化的态势,尝试制定统一的投资争端解决承认与执行规则,能够为构建诉讼、仲裁和调解“三位一体”的争端解决机制提供制度保障。判决的承认与执行规则应当涵盖五个要素,即:推定互惠规则、管辖权审查的规则、程序正义规则、效力审查的规则以及公共利益例外规则。仲裁裁决的承认与执行规则可参照《纽约公约》制定。

[关键词] “一带一路”; 投资争端解决; 承认与执行规则

[中图分类号] D916 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2018)04-0043-06

“一带一路”倡议提出至今,中国与沿线国家的合作逐年加强,在经贸领域的合作成果令人瞩目。投资作为经贸合作的重要部分,对推进中国与沿线国家深度合作发挥重要的作用。随着投资金额的不断增长,摩擦与纠纷也不断凸显,构建有效的投资争端解决机制,化解“一带一路”投资过程产生的摩擦和纠纷迫在眉睫,这将对推进“一带一路”倡议产生重要的意义。

一 “一带一路”投资争端解决规则的法律基础

(一)变更的国际治理模式

国际社会各主权国家的政治、经济、文化体制随着社会发育程度的变化,呈现较大分歧。因此,建立于传统国际社会基础之上的以国家明示或默示承认为基础的“国家间立法”模式即国际硬法,已然无法适应当今的国际局势^[1]。针对此种情况,国际社会逐步形成以软法和硬法相结合的跨国法律体系^①。

随着各国与地区之间经贸交流合作的形式不断扩展、程度不断加深,资本的跨国流通俨然已经取代传统的货物贸易成为各主体之间经济交流的主要实现形式,国际投资也已经取代国际贸易成为国际经济社会的核心,随之而来的是基于各国的文化以及法制的差异所引起的大量投资纠纷。各国为了协调

双方在国际投资中的利益,避免投资纠纷上升为主权国家之间的摩擦,签订了大量的投资条约。到2009年底,相关的条约数目已经高达2750个,其中有295个贸易协议包含了投资条款,大概有40%的投资条约是发展中国家和经济转型国家之间的^[2]。在进入新时期以后,中国同其他各国签订的双边投资条约进入重新修订时期。在此期间,中国与其他各国针对双方在投资方面面临的新问题对双边投资条约的原文本进行了内容甚至形式上的修改,双边条约中的争端解决机制部分也发生了变动。除此以外,区域贸易集团发育程度的不断提高以及区域投资一体化趋势的愈演愈烈,使得区域经济一体化的模式备受推崇。截至2013年底,国际社会中经济一体化投资协定的数量已多达334个。这些投资条约中都出现了关于如何解决投资争端的规则。比如《北美自由贸易协定》中的第11章B节针对缔约国投资争端所制定的仲裁规则;中国—东盟自由贸易区也通过其框架协议对自由贸易运行过程中出现的各类投资争端进行了灵活的制度安排。与此同时,国际社会越来越多地倾向于通过多边体制来解决投资争端。例如诉诸WTO框架下的争端解决机制或者投资争端解决国际中心(ICSID)来解决所面临的投资争端。

[收稿日期] 2018-07-28

[基金项目] 国家社科基金项目“‘一带一路’背景下我国企业对非投资的环境法律风险及对策研究”资助(编号:17CGJ020);湖南省研究生创新项目“中国—东南非多元贸易纠纷解决机制研究”资助(编号:0443/431000142)

[作者简介] 刘明萍(1989-),女,湖南湘潭人,湘潭大学法学院博士研究生,湘潭大学非洲法律与社会研究中心研究员。

^①湘潭大学法学院讲师,法学博士,湘潭大学非洲法律与社会研究中心副主任。

(二) 趋同的国际投资规则

国际投资规则的演进经历了几个阶段。从最初的资本输出大国单方面制定国际投资规则到资本输入国的国际立法意识逐渐觉醒再到当今二者之间的利益拉锯,国际经济社会的变迁被淋漓尽致地体现在国际投资规则的演进当中。投资者母国与东道国之间的利益冲突,主导着整个国际投资规则的演进过程。保护伞条款的适用、卡尔沃主义的提出等规则体现了这种演进趋势。然而,随着国际经济社会进入全球化时代,世界范围内的法律观念、法律价值、法律原则、立法表述和执法标准逐渐趋同,甚至开始向一体化转变^[3]。传统的资本输出国或资本输入国已经不再仅仅只有单一身份,随着这些经济体自身的不断发展,他们已经开始同时扮演两种角色。角色的变化带来利益以及法律视角的双重变化,占据世界经济主导地位并且拥有规则制定话语权的经济大国开始改变传统立场,同时具备母国和东道国双重视角,在规则制定上,尽量实现二者之间的利益平衡。这一立场的变化首先带来了国际投资规则在国内法和国际法上的趋同化现象。

另一方面,经济全球化带来的另一个变化作用在国际投资规则体系中表现为以双边投资条约为代表的“定向互动”模式向以多边条约为代表的“集团发展”模式的转变。上世纪中叶兴起的大规模双边投资条约签订的热潮并未一路高歌至今。双边投资

条约的主体具有针对性,因此其签订方式以及执行方式更加灵活,能够适应国际投资早期自由主义的需求,尤其是在争端解决方面,其更利于双方之间达成合意。然而,随着国际经济社会的发展,双边条约的局限性日益明显,主体范围相对狭窄、规则制定标准缺乏统一性、调整范围的重合与交叉使得各经济体开始寻求更高效更统一的多边规则以规制国际投资。《华盛顿公约》(以下简称:ICSID)、《多边投资担保机构公约》(以下简称:MIGA)等多边公约的签订,北美自由贸易区(以下简称:NAFTA)以及东南亚国家联盟(以下简称:东盟)的成立,都标志着国际投资规则已经走向趋同。

二 “一带一路”投资争端解决规则的运行模式

以外交手段为主的协商以及以具有准司法性质的仲裁组成了现阶段国际社会投资争端的主要解决途径。作为核心条款的争端解决机制不论在双边体制下还是在多边体系中,都占据了举足轻重的地位。然而,由于“一带一路”倡议所覆盖的地域广、沿线国家不管是经济发展水平还是法制背景的跨度都很大,所以这些国家在选择投资争端解决规则的运行模式时存在极大的差异。这一特点在中国与沿线各国签订的双边投资条约中,对争端解决机制的选择上可见一斑。

表 1 中国与“一带一路”沿线一些国家签订的 BITs 对投资争端解决的规定

缔约国家	争端解决方式	可仲裁事项	仲裁庭选择
中巴	司法解决与仲裁择其一	补偿额度	国际仲裁庭
中哈	未规定	补偿额度	专设仲裁庭
中蒙	司法解决优先	补偿额度	专设仲裁庭
中俄	司法解决与仲裁择其一	全面	ICSID 仲裁庭或者联合国国际贸易法委员会仲裁庭
中英	未规定	补偿额度	专设仲裁庭或者联合国国际贸易法委员会仲裁庭
中德	未规定	全面	ICSID 优先,另有约定联合国国际贸易法委员会仲裁庭或者其他专设仲裁庭除外

从表 1 所显示的内容来看,我国在与“一带一路”沿线国家签订双边投资条约时,对争端解决机制的选择不尽相同。首先,仅中蒙、中巴以及中俄在双边投资条约中对争端解决方式做出了确切的约定。然后,在我国与这些国家签订的双边投资条约中,将可仲裁的事项大致分为两类,一类是与投资有关的所有争端,另一类则仅仅只能解决因征收而产生的补偿额度问题。最后,中国与沿线各国所签订的双边投资条约在仲裁庭的选择上,也未形成统一。

各双边条约面对争端解决的不同态度以及不同选择,给沿线国家之间的纠纷解决带来了一定的困难。这种“意大利面碗”的状态,使得同类纠纷的解决程序和标准不一,进而令相关裁决的“合法性”受到质疑。

从多边协议的参与化程度来看,沿线各国既参与了诸如 WTO、ICSID 等全球性机构,也参加了诸如东盟、欧盟等区域集团组织。尽管,上述组织在成立时均设置有较缜密的规则程序,规定了裁决的执行

机制。但是,任何一个组织都没有覆盖“一带一路”沿线所有国家。

在“一带一路”沿线的主权国家体系下,并未形成培育欧盟这样高一体化程度组织的土壤。“一带一路”沿线国家的发展程度参差不齐,政治制度和文化背景也大相径庭。诚如全球治理委员会在《我们的全球之家》中所指出的那样:“我们并没有打算迈向世界政府,如果朝那个方向发展,我们最终会发现那是一个更适合强权和霸权野心,却不能增加公民权利的世界。”^[4]尽管如此,在考虑到各国的法制背景和利益需求差异的基础上,综合现有的双边及多边投资机制,同时包括区域经济合作平台,进而构建一个能够有效运转的投资争端解决机制却是可行的。

就当下而言,“一带一路”沿线国家的合作更倾向于以“双边条约为主,多边机构为辅”的模式。结合沿线国家的现实考量,在争端解决模式的选择上,尊重各国的自愿选择,承认各国之间的双边纠纷解决结果,鼓励利用多边投资纠纷解决机构在当下的实践中更为可行。但是,碎片化的纠纷解决规则运行模式并不利于沿线国家之间的投资纠纷解决。另外,双边与多边争端解决程序在运行过程中所带来的机构交流与合作,能够推动“一带一路”沿线国家协作的广度和深度,会为统一争端解决机制的出现创造条件^[5]。因此,制定统一的“一带一路”投资争端解决规则以保障争端解决机制的运行十分必要。

三 制定“一带一路”投资争端解决中的承认与执行规则

在“一带一路”投资争端解决机制中,应当尽量避免使用单一方式解决争端,由诉讼、仲裁以及调解构成的多元化争端解决机制,将是其发展趋势。就目前的发展阶段而言,相较于其它运行规则的制定,制定统一的争端解决承认与执行规则是当务之急。不管依托双边条约还是多边协议解决争端,亦或是在未来统一的争端解决机制下采用何种方式解决纠纷,在裁决作出以后,争端双方所要面临的,都是该裁决的承认与执行的问题。良好的承认与执行规则能够促进争端双方及其它利益相关方的对话沟通,促进“一带一路”投资争端解决机制的最终形成。因此,建立一个统一的争端解决承认与执行规则,这将是构建“一带一路”投资争端解决机制中至关重要的一步。

(一)对法院判决的承认与执行规则

作为传统的争端解决手段,诉讼在国际争端解

决中一直占据重要地位。因此,让“一带一路”沿线国家的国内法院所作的判决在国家间真正“流动”起来,是至关重要的。一国法院决定是否承认与执行外国法院判决,有五个方面的考量,因此在制定投资争端解决承认与执行规则时,也应当参考这五个要素。

1.推定互惠规则

互惠原则分为两种情况,一种是条约互惠,另一种是法律互惠。互惠协议,即两国之间达成的关于互相承认与执行对方法院所作判决的双边协议^②。截至2017年,我国已经和“一带一路”沿线的24个国家签订了双边条约,互相承认对方法院判决。其中,有7个国家与我国签订了民商事司法协助条约,有17个国家与我国签订了民事和刑事司法协助条约。相较于条约互惠的确定性,法律互惠在实践中并未得到统一。

一般来说,各国在对待法律互惠时存在两种态度。一些国家以对方国家的给惠行为作为承认与执行对方法院判决的前提,即通常所说的事实互惠。另一些国家实行推定互惠,即无须对方国家进行先行给惠,国家承认与执行对方判决的依据是本国推定对方国家在之后的实践中,将会给予本国互惠待遇。

目前,我国在承认与执行外国法院判决时,正在从事实互惠向推定互惠转变。早在1994年,大连市中级人民法院曾接到日本公民五味晃提出的关于承认与执行日本法院判决的申请,当时大连市中级人民法院以“我国与日本之间没有缔结或者参加相互承认和执行法院判决、裁定的国际条约,亦未建立相应的互惠关系”为由,驳回了该申请。最高人民法院在其给大连中级人民法院的复函中,同意了该处理意见。早期我国所坚持的以事实互惠关系是否存在为依据的承认与执行外国判决的态度,使得我国法院作出的判决在外国法院也难以得到承认与执行。近年来,我国已经开始转变这一态度。在2017年6月8日举行的第二届中国——东盟大法官论坛所发表的《南宁声明》中,双方均表示“尚未缔结有关外国民商事判决承认和执行国际条约的国家,在承认与执行对方国家民商事判决的司法程序中,如对方国家的法院不存在以互惠为理由拒绝承认和执行本国民商事判决的先例,在本国国内法允许的范围内,即可推定与对方国家之间存在互惠关系。”该声明是我国从事实互惠向推定互惠转变的一大标志。

从“一带一路”的倡议提出的目的来看,互惠本

身就是其目标之一,因此,沿线国家在对外国法院判决的承认与执行上,应对逐步达成推定互惠标准,为判决在沿线国家间的“流动”创造条件,进而确保“一带一路”投资争端解决机制顺利运行。

2. 管辖权审查的规则

判决作出的法院是否对其所判决案件有管辖权,是该判决有无法律效力的先决条件。然而,一国法院的管辖权关乎国家司法主权。因此,尽管判断判决作出的法院是否适格,是承认与执行该判决的前提,但是,从实践中来看,被申请执行的法院显然并非一个合适的评价机构。由于涉及判决作出法院地国的司法主权,因此,关于判决管辖权的判断方法不应该由一国国内法进行规制。面对此种情况,将这一难题交由国家间的司法协助条约解决,就目前来说,是最可行的解决方式。

然而,即便两国有意通过双边条约的形式推动该问题的解决,但采取何种标准是一大难题。如果被申请法院依据判决作出法院地法来判断管辖是否适格,毫无疑问这将是一种毫无意义的行为。显然,一项通过合法程序作出的判决,其作出法院在其所在国的法律体系中,拥有对这一案件毫无争议的管辖权,这使得被申请国法院的管辖权审查流于一种形式,无法实现该程序的价值。依据被申请国法律来判断作出法院的管辖权才是最合理的,但受制于国家主权,这一判断标准在实践中无法践行。国际社会尝试从多边的角度解决该问题,制定统一管辖权规则的工作一直在进行中,目前尚无确切成果出台。

以何种标准对判决作出法院管辖权适格问题进行判断,各方意见难以协调,却无法回避。我国在与意大利签订的《中国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》中,对解决该问题进行了尝试性的探索。该条约第 22 条第 1 款,以正面清单的方式将有管辖权的十种情形进行了列举^③。同时,在该条第 2 款中指出,“被请求的缔约一方法律中有关专属管辖权的规定仍然适用”,即肯定了缔约双方国家所规定的专属管辖权。该条约将缔约国之间的管辖权判定规则进行了统一,解决了被申请执行法院在查明管辖权时面临的准据法选择问题。

因此,统一“一带一路”沿线国家的管辖权判定规则可以吸取中国同意大利的经验,从双边条约着手规制,以清单的方式将管辖权审查规则进行约定,从而减少判决在沿线国家承认执行时遇到的阻力。

3. 程序正义规则

在我国与一些国家签订的司法协助条约里,将

“败诉人未经合法传唤”而缺席审判,作为拒绝承认与执行外国判决的情形之一^④。由此可以看出,在我国的司法实践中,在程序正义方面更看重当事方是否获得平等的诉讼权利,即当事方是否得到合法的出庭机会。在《选择法院协议公约》中,判决作出法院的送达程序存在缺陷,也是拒绝承认与执行的理由之一^⑤。由此可见,在现行的国际司法实践中,当事人被合法告知与当事人公平参与诉讼是考量判决是否依据合法程序作出的两个标准。

许多国家之间的双边条约都对送达作出了规定,从多边层面来说,有许多国家都加入了《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》。该公约明确列出了多种须向外送达情形的适用,从一定程度上有助于送达规则的统一。然而,公约为了鼓励缔约国之间达成更优于公约的送达标准,鼓励各国之间签订双边条约以优化送达规则,因而各国之间在送达标准的适用上仍存在差异。另外,在判定程序合法时还应当将程序公正纳入考量范围。以欺诈或者其它有碍司法公正行为获得的判决,不当被承认与执行。

鉴于被申请法院在进行程序是否合法的判定时,面临取证困难的问题,因此,当被申请法院援引该规则拒绝承认与执行外国判决时,应当慎重。当申请人提供了符合要求的证明材料后,被执行人以此为由进行抗辩的,应要求被执行人提供确切且具有强证明力的证据,防止该规则在司法实践中的滥用。

4. 判决效力审查的规则

在英美法系语境下,影响判决域外承认与执行的考量因素,是该项判决是否具有终局性。例如,依据美国法律,只有在判决作出法院地法中具有终局效力的判决才能够得到美国法院的承认与执行^[6]。该规定一方面说明美国法院在承认与执行判决时以该判决具有终局性为基本要素,另一方面也说明被美国法院在判断该判决是否具有终局性时采用判决作出法院的法院地法作为准据法。

在我国的司法实践中,未有对判决终局性或者是既判力的规定。然而这并不意味着我国对判决的效力没有要求。在《中国和法国关于民事、商事司法协助的协定》第 22 条第 3 款中明确表示,“根据作出裁决一方的法律,该裁决尚未确定或不具有执行力”的不予承认或执行。又如,《中国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》第 21 条第 2 款也明确指出,“根据作出裁决的缔约一方的法律,若该裁决尚未生效,则不予承认和执行”。可见,我国对外

国法院判决的承认与执行还取决于该判决是否生效,并具有可执行力。这就要求申请人在申请承认与执行法院判决时应当附上该判决已经生效并可执行的证明。此类证明可以是载明其效力和执行力的判决副本,也可以是由判决作出法院提供的证明文件。

从国际司法实践来看,申请被执行的判决是否具有确切的可执行力,这都是该判决能否被承认与执行的考量要素之一。所以,在“一带一路”沿线国家的司法协助中,该规则也应当继续保留。同时,还应当规定,在判决是否有效的判定上,应当以判决作出法院的法院地法作为准据法。

5. 公共利益例外规则

公共利益例外规则由来已久,不管是在国际法还是在国内法领域,尽管其表现方式不同,但都得到了国际社会的认可。在外国法院的承认与执行上,其也作为规则之一被确定下来。尽管如此,由于公共利益的内容具有极大的不确定性,因此各国对援引该例外作为拒绝承认与执行外国裁决的依据时,都采取谨慎的态度。

就目前的实践来看,被申请法院在进行公共利益审查的时候,依据是该判决是否违反被申请法院地国的公共利益,鲜见审查该判决是否符合国际公共利益。相较于国内公共利益,国际公共利益着眼于国际社会的共同利益。随着国际社会的一体化趋势日渐明晰,各国在进行利益考量的时候,已经很难将国家利益与国际利益分割开来。将二者进行武断地割裂、固守国与国之间的零和博弈模式,已经无法满足国家在当代国际社会中的利益需求。“一带一路”沿线国家之间的合作,不应当仅限于满足个体的利益,更应当秉承合作共赢的精神,实现整体利益的提升。因此,在沿线国家承认与执行外国判决时,应当对该判决是否符合国际公共利益进行考察。

相较于国家公共利益,国际公共利益是一个更宽泛的概念,而各国的国家利益本位思维模式无疑会对这一原则的具象化带来困难,但是也并非没有实现的可能。在与环境有关的投资纠纷解决中,这一原则正在逐渐被各国接受,环境纠纷的解决不仅是要维护当事国的国家利益,还应当坚持可持续发展原则,使得纠纷的解决有利于保护人类共同的利益。“一带一路”沿线国家之间的合作也应当在符合国际利益的前提下展开,并将这一原则落实到沿线各国合作的方方面面,包括投资纠纷的解决。

(二) 对仲裁裁决的承认与执行规则

在“一带一路”沿线64个国家中,有包括我国

在内的57个国家加入了《关于承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称:《纽约公约》)^[7]。因此,在仲裁裁决的承认与执行方面,与其另起炉灶制定有关仲裁裁决的承认与执行规则,不如鼓励沿线各国在《纽约公约》的框架下展开进一步的司法合作,不断完善和发展公约内容,以求更好地解决沿线国家间仲裁裁决的承认与执行。

(三) 对调解协议的承认与执行规则

“一带一路”争端解决中心的运作将面临法院、国际仲裁机构和调解组织所主持的调解在程序标准和法律后果上的冲突,争端解决中心构建中调解机制的国际协调与发展是不可轻视的难点^[5]。可见,调解协议的承认与执行也将会成为关注的焦点。

调解是化解民事纠纷的多元化机制之一,在我国,依照调解所达成的协议效力不同,将其分为诉讼调解和诉讼外调解^[8]。诉讼调解即法院调解,是指在民事诉讼过程中,由法院主持的调解。达成调解协议后,由法院将该协议制作成调解书,法院应当依据调解书执行其内容,调解书的效力等同于法院判决。诉讼外调解是指双方不依托法院进行的自行调解,调解协议(除仲裁调解协议外)达成后不具有执行力,不能作为执行依据。若一方不满意诉讼外调解协议的内容,可将该争端提交法院起诉或是提请仲裁。

鉴于不同种类的调解协议在法律效力上差异较大、且各国调解制度也不尽相同,构建“一带一路”争端解决的调解机制尚不成熟,因此,制定调解协议承认与执行的规则是一项十分复杂的工作,有待进一步研究。

注释:

①文中笔者对软法和硬法地分类标准采用的依据是实证法理论的观点,即认为是否具有国家强制力是法律的中心要素,也是区分软硬法的核心标准。依此可断,那些由国家共同制定的法律乃硬法(传统意义上的国际法),而由非国家行为体制订的那些规则系软法。

②在我国互惠协议的表现形式是签署司法协助条约。

③具体内容参见《中国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》第22条第1款。

④参见《中国和法国关于民事、商事司法协助的协定》第22条以及《中国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》第21条。

⑤参见《选择法院协议公约》第9条第3款。

[参考文献]

[1] 徐崇利.全球治理与跨国法律体系:硬法与软法的“中

- 心—外围”之构造[J].全球治理论坛,2013(8):19-28.
- [2] 王彦志.国际投资争端解决的法律化:成就与挑战[J].当代法学,2011(3):15-23.
- [3] E BROWN WEISS.The New International Legal System [M]// Nandasiri Jasentuliyana. Perspective on International Law, Kluwer Law International, 1995.
- [4] The Commission on Global Governance. Our Global Neighborhood: The Report of the Commission on Global Governance[M].Oxford and New York: Oxford University Press, 1995.
- [5] 初北平.“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来[J].中国法学,2017(6):72-90.
- [6] 乔雄兵.论外国法院判决承认与执行中的终局性问题[J].武大国际法评论,2017(1):70-86.
- [7] 朱伟东.为“一带一路”构筑法治保障网[J].人民论坛,2017(19):89-91.
- [8] 王国征,刘谢慈.调解协议司法确认程序与相关法律保障机制比较分析[J].湖湘论坛,2018(2):171-176.

A Unified Recognition and Enforcement Rules for Investment Dispute Settlement

——From the perspective of The Belt and Road

LIU Ming-ping, ZHANG Xiao-hu

(Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: With The Belt and Road initiative actively promotes and achieves good results, investment disputes are also increasing, in which, patterns and types are more complex. For now, the conditions for establishing a unified mechanism are not yet ripe, but it is feasible to formulate a unified recognition and enforcement rules for investment dispute settlement for the formation of the international social governance model and the trend of convergence of investment rules. A unified recognition and enforcement rules for investment dispute settlement can provide institutional guarantees for the establishment of the comprehensive dispute resolution mechanisms for litigation, arbitration and mediation. These rules should cover five elements-the rule of cooperative reciprocity, the rule of jurisdiction review, the rule of procedural justice, the rule of effectiveness review and the rule of public interest exceptions. Then rules for the recognition and enforcement of arbitration may be drawn up with reference to the New York Convention.

Key words: The Belt and Road; investment dispute settlement; recognition and enforcement rules