



商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION



2024 / 第2期

双月刊(总第24期)

主管单位:中国国际贸易促进委员会

主办单位:中国仲裁法学研究会 中国贸易报社

商事仲裁与调解

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

2024年 第2期 / 双月刊 / 总第24期

顾问委员会

主任 任鸿斌
副主任 (以姓氏笔画为序)
王利明 王俊峰 王胜明 甘绍宁 黄 进

编委会

主任 张月姣
副主任 柯良栋 于健龙
委员 (以姓氏笔画为序)
万 猛 王 轶 王 强 王国华 王承杰 王春阁
王贵国 王雪华 车丕照 尹 飞 孔庆江 石静霞
龙卫球 卢 松 叶 军 叶金强 申卫星 冯 果
刘正富 刘亚军 刘晓红 刘敬东 杜新丽 李 虎
李仕春 李伟芳 李寿平 杨建学 肖永平 何志鹏
沈四宝 宋连斌 初北平 张 伟 张 忠 张志成
张勇健 张振安 张晓君 陆春玮 陈思民 林志炜
周江洪 单文华 聂文慧 贾东明 徐涤宇 唐功远
彭国元 喻 敏 蔡晨风 廖永安 谭 剑 潘剑锋
薛 虹 魏 东

Gabrielle Kaufmann-Kohler Matthew Gearing QC

主 编 许素亭
执行主编 谭 剑
副主编 李 薇
责任编辑 马 琛 龙乙方 冯 硕 吕 辉 刘 纲 许天舒
许文超 孙保国 严文君 李贤森 李泽明 杨 敏
佟 尧 沈 健 张靖昆 范卫国 胡余嘉 段 明
洪慧敏 夏先华 顾 涛 郭菲菲 桑远棵 黄艳好
黄晨亮 崔新民 蒋丽华 魏 庆
印 刷 北京市庆全新光印刷有限公司

主管单位 中国国际贸易促进委员会
主办单位 中国仲裁法学研究会
中国贸易报社
出版单位 《中国对外贸易》杂志社



主办单位

中国仲裁法学研究会

联系电话 010-82217975
地 址 北京市西城区桦皮厂胡同2号
国际商会大厦13层
邮 编 100035

中国贸易报社

联系电话 010-84541822
地 址 北京市朝阳区北三环东路静
安西街2号楼
邮 编 100028



中国国际经济贸易仲裁委员会
CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND
TRADE ARBITRATION COMMISSION



中国国际经济贸易仲裁委员会（简称贸仲，英文简称CIETAC）是依据中央人民政府政务院决定于1956年设立的、以仲裁的方式解决国际、涉外和国内商事争议的常设仲裁机构。

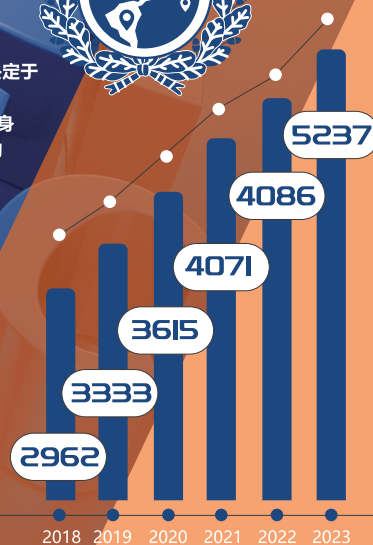
经历60余年发展，贸仲已成为世界上最重要、最有影响力的国际仲裁机构之一，形成具有自身特色的、以商事仲裁为主的多元化争议解决服务格局，被誉为“中国仲裁的国际品牌，国际仲裁的中国经验”。60多年来，贸仲共受理了6万余件仲裁案件，受理案件遍及世界160多个国家和地区，仲裁裁决在全球范围内得到广泛承认与执行。多年来，贸仲以其悠久的历史、卓越的业绩奠定了中国仲裁的领先地位，打造了中国仲裁的国际品牌，是世界上主要的常设仲裁机构之一。2021年，贸仲被业界权威的《国际仲裁调查报告》评为全球最受欢迎的五大国际仲裁机构之一。2023年，贸仲蝉联仲裁公信力“全国十佳仲裁机构”和“涉外服务十佳仲裁机构”双十佳奖项，“仲裁公信力”“涉外仲裁服务”两项指数分别达90分和98分，均位居首位，且是唯一双指标超90分的仲裁机构。

选择贸仲——中国仲裁的国际品牌

主要业务数据持续增长，位居国际前列

案件量质齐升，数量和标的额均创历史新高

- 仲裁案件数量连续六年保持增长，2018-2023年共受理案件23304宗
- 其中涉外案件共计3801件，平均每年受理涉外案件数量近650件
- 争议标的额连续六年突破千亿元大关，2018-2023年受理标的额7369亿元，其中2023年达1510.23亿元
- 2018-2023年受理标的额超亿元案件共计1164件，标的额超十亿元案件近百件，其中2023年受理上亿元案件209件，同比增长11%，其中十亿元以上案件19件



1881

仲裁员名册现有仲裁员1881名

1289

中国内地仲裁员1289名

592

外籍及港澳台仲裁员逾592名

145

来自145个国家和地区

全覆盖

实现中国内地各省市全覆盖

112

包括112个与中国签署
共建一带一路合作文件的国家

连续六年
突破
千亿元
¥

平均
年受理
涉外案
件数量
650件
3801件

连续6年
案件数量
23304件

超亿元案件
1164件

国际化程度持续提升，案件争议类型新颖多元

- 成立至今，受理案件累计已超过160个国家和地区，服务全球商事主体范围进一步扩大
- “一带一路”倡议10年来，累计受理涉及“一带一路”案件2944宗，总争议金额1600.17亿元，争议金额上亿元案件256件，积累了处理“一带一路”经贸投资争议丰富经验，2023年首次实现“一带一路”案件国别基本全覆盖
- 2018-2023年，受理双方均为境外当事人的国际案件数量375件，争议金额突破百亿元
- 2018-2023年，外籍仲裁员共532人次参与审理502件案件，约定适用英文、中英文作为仲裁语言的案件共计604宗，其中2023年外籍仲裁员136人次参与审理125件案件，约定适用英文、中英文作为仲裁语言的案件93宗
- 案件争议类型新颖多元，以2023年为例，主要争议类型包括买卖合同、建设工程、公司/企业治理、服务合同、金融、租赁、知识产权、文化体育娱乐产业、委托合同、房地产、环保低碳等，受理建设工程、知识产权、金融等热点领域案件增幅明显



公众号（服务号）



公众号（订阅号）

地址：北京市西城区桦皮厂胡同2号国际商会大厦6层

邮编：100035

电话：010-82217788 64646688

网址：<http://www.cietac.org>

为不同国家和地区的商业主体 提供一流的争议解决服务



北京仲裁委员会
Beijing Arbitration Commission
北京国际仲裁中心
Beijing International Arbitration Center

地址：北京市朝阳区建国路118号
招商局大厦16层
邮编：100022
电话：(010) 6566 9856
传真：(010) 6566 8078
网站：www.bjac.org.cn



仲裁厅

示范条款

因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均提请北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心按照其仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。



扫码了解更多仲裁信息

北仲简介

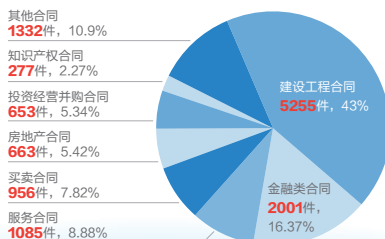
北京仲裁委员会（又名北京国际仲裁中心，英文简称BAC/BIAC）于1995年9月28日设立，在1998年率先实现了自收自支，并在2018年成为首批纳入最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的五家仲裁机构之一。经过近三十年的发展，北仲已逐渐成为国内领先并在国际上有一定影响力的多元争议解决中心。北仲不仅竭诚为当事人提供优质、专业的仲裁服务，还通过研究、宣传及国际交流向世界展示中国优秀的仲裁实践。其中，北仲积极组织中国商事争议解决年度高峰论坛、赞助ICCA大会、作为观察员参与联合国贸法会第二工作组讨论，积极响应中国“一带一路”倡议及北京国际交往中心、国际科技创新中心建设规划，推动中外重要国际组织及主要争议解决机构的合作，加速中国仲裁的国际化发展进程。除商事仲裁外，北仲还为当事人提供投资仲裁、商事调解、工程评审等多元争议解决服务，为中外当事人的商业交易保驾护航。

北仲的优势

- 截至2023年12月31日，北仲共受理仲裁案件79,179件，所涉争议金额共计8,448.11亿元人民币，拥有丰富的处理各类商事纠纷的经验。
- 仲裁案件的当事人来自65个国家或地区。
- 每年约80%的仲裁案件至少一方非北京当事人，超过25%的案件双方均非北京当事人。
- 过去三年，北仲案件的平均审理时长为105.09天，彰显了北仲的案件管理效率。
- 北仲率先在国内采用国际通行的仲裁收费模式，将仲裁费用区分为仲裁员报酬和机构费用，并允许仲裁员按小时计费，助力当事人更好地管控争议解决成本。
- 北仲于2022年修订仲裁规则，规定首席仲裁员可以由边裁共同选定，仲裁庭可以进行网上开庭。

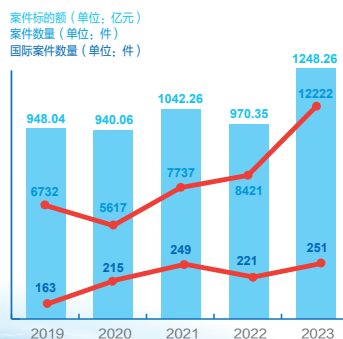
北仲处理仲裁案件情况

仲裁案件类型



2023年

案件数量/案件标的额



目 录



商事仲裁与调解

3 月 10 日出版

2024 年第 2 期(总第 24 期)

□ 理论研究

德国仲裁立法改革回溯与新动向及其借鉴意义·····	孙 珺	5
ISDS 机制改革背景下审裁员身份冲突规制： 分歧、价值平衡与路径选择·····	陈虹睿 宋静怡	27

□ 实践研究

国际投资仲裁庭干预东道国刑事程序的临时措施研究·····	崔起凡	47
国际投资仲裁东道国行为“禁止专断性”标准适用探究·····	田 腾 杞	64
论《纽约公约》中公共政策条款适用的司法审查模式 ——从涉腐纠纷 Alexander v. Alstom 案谈起 ·····	王文琛	79

□ 热点追踪

国际律师协会国际仲裁利益冲突指引（2024 年）·····	唐浩深 陈晗清 宋连斌	99
-------------------------------	-------------	----

□ 案例分析

丘吉尔矿业公司与行星矿业公司诉印度尼西亚案之评介·····	姚若楠	121
Bosca 诉立陶宛仲裁案评析 ·····	马燕飞	134
评 AES 公司和 TAU POWER B.V. 诉哈萨克斯坦共和国案 ·····	李 丹	145

上述案例为中国贸促会法律部编写

COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION

No. 2, 2024 (Serial No. 24)

March 10, 2024

Retrospection and New Trend of German Arbitration Legislation Reform

and Its Reference Significance *SUN Jun* (5)

Regulations on Multiple Roles for Adjudicators

in the ISDS Mechanism Reform:

Divergence, Values Trade-off and Paths *CHEN Hongrui* *SONG Jingyi* (27)

On Interim Measures by International Investment Arbitral Tribunals

to Intervene with Domestic Criminal Proceedings *CUI Qifan* (47)

Research on the Application of Non-Arbitrariness Standard

of the State's Behavior in International Investment Arbitration *TIAN Tengqi* (64)

The Judicial Review Approach Applicable to

the Public Policy Provision of the New York Convention

—Analysis Starting from the Corruption

Disputes *Alexander v. Alstom* *WANG Wenchen* (79)

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in

International Arbitration *TANG Haoshen* *CHEN Hanqing* *SONG Lianbin* (99)

Analysis of the Case of Churchill Mining PLC

and *Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia* *YAO Ruonan* (121)

Case Comment on *Bosca v. Lithuania* *MA Yanfei* (134)

Case Comment on the *AES Corporation and Tau Power B.V. v.*

Republic of Kazakhstan *LI Dan* (145)

The above cases are edited by the Legal Department of CCPIT

德国仲裁立法改革回溯与新动向 及其借鉴意义

孙 珺^{*}

内容提要 1997年,德国进行了一次里程碑式的仲裁立法改革。经过约四分之一世纪,面对21世纪的新形势,德国拟进行仲裁立法现代化改革。回溯1997年德国仲裁立法改革,跟进2023年4月及2024年2月德国联邦司法部推进的仲裁立法现代化改革的新动向,在归纳分析德国1997年改革成效的基础上,评析目前改革方案的关键在于国际化革新与数字化革新。在中国仲裁立法需要改革的当下,回顾德国与国际接轨的里程碑式的改革,观察德国当下拟进行的现代化改革新动向,从微观与宏观两个层面进行剖析,以期适当借鉴,争取为中国仲裁事业的发展及中国仲裁国际竞争力的提升创建较具稳定性及可行性的法律环境,从而在全球治理体系加速变革的21世纪,通过构建具备科学性、国际性、前瞻性、现代性的中国仲裁制度,培育国际商事仲裁友好型法治土壤,维护良好营商环境,促进中国新发展格局的构建与完善。

关键词 仲裁立法改革;国际商事仲裁;联合国贸法会《示范法》;当事方意思自治

导 言

仲裁,尤其是商事仲裁,作为一种民间争议解决方式,是国家司法诉讼的有益补充。在国际商事交往中,仲裁更是解决国际商事争议的首选。为了发展本国的仲裁事业,增强本国在国际商事仲裁中的竞争力,提升本国作为仲裁地在国际上的吸引力,各国必然要努力优化本国的仲裁环境,通过不断完善本国的相关立法为国内外市场提供高质量的仲裁服务。

2024年2月1日,德国联邦司法部公布了《仲裁程序法现代化法草案》(Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts)。^①德国仲裁程序法自1997年改革后一直沿用至今,值得肯定。尽管1997年的德国仲裁立法改革具有里程碑的意义,但经过约四分之一世纪的发展,鉴于新形势、新科技的出现,德国仲裁法需要适时、适度地革新。

^{*} 孙珺,德国马尔堡大学法学博士,河海大学法学院教授。

^① [德]Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=17134, last visited Mar.23, 2024.

1994年的《中华人民共和国仲裁法》^②在中国仲裁事业发展中发挥了重要作用。经过30年的变迁,随着国内、国际仲裁事业的发展与演进,中国仲裁程序法面临不少挑战,需要适时改革。2021年7月31日,中国司法部公布了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称中国《征求意见稿》)。^③作为传统大陆法系国家,尤其是在民商事领域,中国当下的仲裁修法及未来进一步的完善可适当借鉴德国的改革经验。

一、德国仲裁立法改革回溯:1997年的里程碑

(一) 改革概览

在德国,并不存在一部形式意义上的《仲裁法》,关于仲裁程序的规范被规定在《民事诉讼法》(Zivilprozessordnung,以下简称ZPO)第十编中,立法者没有将仲裁程序的规定从ZPO中抽出来形成一部独立的《仲裁程序法》或《仲裁法》。因此,在德国,谈及“仲裁程序法”时,即指ZPO第十编关于仲裁程序的规定。ZPO第十编自1877年起生效,尽管在1930年、1986年分别进行过两次小改革,然而基本上未对仲裁程序法进行实质性的改革,自然难以适应随后因国际经贸发展所产生的新需要。

在20世纪70、80年代,国际经贸领域的新发展推进了国际仲裁行业的兴盛。在仲裁制度规范方面,国际层面的发展在较大程度上超越了德国国内层面。1976年,在充分权衡发达国家与发展中国家的企业相互间关系后,联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law,以下简称UNCITRAL)颁布的仲裁规则适应了当时国际经贸发展的新需要。自1978年起,为了推动各国国内仲裁立法的协调,UNCITRAL着手制定一部具有指引作用的仲裁示范法。1985年,在兼顾不同法系的制度、不同地区的发展等客观情况下,经广泛探讨及深入准备,UNCITRAL颁布了《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration,以下简称UNCITRAL Model Law)。^④UNCITRAL Model Law为各国及地区进行现代仲裁立法提供了范本,为全球仲裁立法的协调起到重要作用。

德国自1991年10月组建“仲裁程序法革新委员会”(Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts)起,经过6年左右的准备、讨论,在1997年12月颁布了《仲裁程序修订法》(Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts),^⑤以修订ZPO第十编。该法自1998年1月1日起生效。在修订前,ZPO第十编共32条,未进一步分段;在修订后,ZPO第十编的规定增加至42条,分成10个部分。

② 《中华人民共和国仲裁法》,载国家法律法规数据库, <https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?MmM5MDImZGQ2NzhiZjE3OTAxNjc4YmY4NmU1YjBhNjk%3D>,最后访问时间:2024年3月23日。

③ 《司法部关于〈中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)〉公开征求意见的通知》,载司法部官网, http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lbfyjzj/202107/t20210730_432967.html,最后访问时间:2023年7月15日。

④ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration,载联合国贸法会官网, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration, last visited Mar.23, 2024.

⑤ BGBl. I S. 3224 ff.《联邦法律公报》,1997年第一卷第88号,第3224页及以下。

（二）改革评价

20 世纪 80 年代末,为了适应国际仲裁的发展并提高德国在国际仲裁领域的竞争力,德国学界呼吁仲裁立法改革之声日趋强烈。随后,无论是在条文体例顺序上,还是在具体措辞表达上,1997 年修订的 ZPO 第十编都以 1985 年 UNCITRAL Model Law 为蓝本,落实了采纳 UNCITRAL Model Law 的立法改革宗旨。在德国,关于仲裁立法改革应当以 UNCITRAL Model Law 为范本这一点,从一开始就达成了共识。^⑥在修订理由说明中,德国立法者对改革的方针进行了论证,认为在 UNCITRAL Model Law 中,既没有与当时有效的德国国内法根本不一致之处,也没有与德国所理解的仲裁制度的本质互不相容之处。^⑦因此,德国立法者在接受 UNCITRAL Model Law 并将其纳入德国国内法的过程中确保尽量忠实于原文。对 UNCITRAL Model Law 的采纳,不仅体现在 ZPO 第十编的体例结构上,而且也体现在其条文规定的具体内容上。^⑧

经过 1997 年的修订,尽管德国仲裁程序法仍被放在 ZPO 第十编中,但其已经自成一体,构成了一部实质意义上的、独立的仲裁程序法,且在适应国际经贸发展新需要等方面有了长足改进。1997 年德国仲裁立法改革大胆地废弃了落伍的规定,积极地回应了当时的国际仲裁发展趋势及时代的新需要。在此改革后,无论是在德国进行的国内仲裁程序还是国际仲裁程序,都有了一套统一完备的法律依据。而且,1997 年的立法改革积极推进国际化的发展,通过采纳 UNCITRAL Model Law 与国际接轨,充分尊重当事人意思自治,重视相关具体制度规范的灵活性,有利于促进具备不同法律文化背景的当事人选择德国为仲裁地。1997 年的仲裁立法改革成果在德国获得了各界的称赞,具有里程碑的意义。而且,当时的立法者期待修订后的法律兼具灵活性、稳定性与可行性,希望通过此次改革不仅能够提高国内仲裁的吸引力,减轻法院的重负,而且能够改变德国作为仲裁地在国际上不是很受欢迎的现象,提高德国在国际仲裁中的竞争力。

作为传统大陆法系国家,德国 27 年前的仲裁立法改革可以为当下中国《仲裁法》的修订提供一定的借鉴。

二、德国仲裁立法改革新动向：现代化革新

德国联邦司法部 2023 年 4 月 18 日公布的《联邦司法部关于德国仲裁程序法现代化的纲要》(Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des deutschen

⑥ [德] K. P. Berger, Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht, DZWIR 1998, Heft 2, S.46; [德] G. Lörcher, Schiedsgerichtsbarkeit: Übernahme des UNCITRAL-Modellgesetzes?, ZRP 1987, S.232.

⑦ “Auch enthält das Modellgesetz keine grundlegenden Abweichungen vom geltenden - teilweise ungeschriebenen - Recht, die mit dem deutschen Verständnis vom Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit unvereinbar wären.” S. BT-Drucks. 13/5274 vom 12.07.1996, S.24.

⑧ [德] K. Möller, Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) stellt das künftige neue Schiedsverfahrensrecht vor (Mitteilungen), IPRax 1997, Heft 5, S.377; [德] F. B. Weigand, Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht: Umsetzung des UNCITRAL-Modellgesetzes, WiB 1997, Heft 24, S.1274.

Schiedsverfahrensrechts,以下简称《纲要》)^⑨包含“改革目标”(Ziel der Reform)“仲裁程序法的发展”(Entwicklungslinien im Schiedsverfahrensrecht)“改革要点”(Eckpunkte der Reform)及“其他可能的改革对象”(Weitere mögliche Reformgegenstände)四大方面的内容。以下重点阐述其中的第一、第三方面的内容,即“改革目标”与“改革要点”。

(一) 2023年德国仲裁立法现代化改革纲要

1. 改革目标

德国联邦司法部《纲要》指出,德国强大的法律地位不仅需要现代有效的民事司法系统,而且还需要高度发展的替代性争议解决形式。商事仲裁是替代性争议解决的一部分,尤其是对经济运营而言具有核心重要作用。现行的德国仲裁程序法在国内与国际上都受到高度重视。然而,在其全面修改后经过约25年的发展,有必要与时俱进,依当今时代的需要,对这一法律领域进行具体调整,以提高其效率,并进一步增强德国作为仲裁地的吸引力。^⑩

可见,《纲要》在肯定了1997年改革成果的同时也强调了时代的变化与现实的需要,希望通过此次现代化改革,达到提升德国仲裁程序法效率、提高德国作为仲裁地在国际上的竞争力的目标。换言之,上世纪末具有里程碑意义的德国仲裁立法改革经受住了时间的考验,经过约四分之一个世纪的发展,其在国内及国际上均颇具盛名。因此,进入21世纪后的本次修法旨在现代化改革,即适当革新、提高效率,进一步增强德国作为仲裁地的吸引力,以期跟上现代化的步伐,符合时代的需求,并不需要进行重构式大修。这也说明了1997年改革后立法者对德国仲裁程序法的稳定性与可行性的期许得以实现,20世纪末的德国仲裁立法改革不愧具有里程碑的意义。

2. 改革要点

《纲要》列出了以下12个方面的改革要点:^⑪

1. 为落实2006年版UNCITRAL Model Law第7条第II选项,对商事仲裁协议的订立,拟不再严格划一地规定形式要件,恢复存续至1997年12月31日的德国法律状况(即1997年修订前的旧ZPO第1027条第2款),^⑫以不至偏离UNCITRAL Model Law。消

^⑨ [德] Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=110490, last visited Mar.23, 2024.

^⑩ [德] Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, S.1, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=5, last visited Mar.23, 2024.

^⑪ [德] Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, S.2-5, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Schiedsverfahrensrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=5, last visited Mar.23, 2024.

^⑫ 1997年12月的德国《仲裁程序修订法》(Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts)自1998年1月1日起生效,对ZPO第十编进行了修订。关于“仲裁协议的形式要件”,对旧法进行了修改。依照旧ZPO第1027条第2款,若当事双方是完全意义上的商人,那么仲裁协议对双方都构成一种商人行为,则不必适用该条第1款所规定的较为严格的形式要件(书面形式);而依据1997年修订后的新ZPO第1031条,则不再针对商人之间签订的仲裁协议区别对待。详见孙珺:《德国仲裁立法改革》,载《外国法译评》1999年第1期,第84-85页。

除对以电子方式订立仲裁协议的疑虑,使口头商事仲裁协议再次成为可能,已确立的对消费者仲裁协议的高水平保护维持不变。

2. 为使德国仲裁程序法能够胜任日益增多的多方仲裁案件,在多方仲裁程序中,如果当事方就组庭没有合意达成其他程序,拟引入一项仲裁员指定规则;同时,针对一方当事人为两个或两个以上,无法就仲裁员选任达成一致的情形,拟制定一项替代指定程序。

3. 为消除对积极与消极仲裁庭自裁管辖权决定的不平等待遇,^⑬ 拟使消极的仲裁庭自裁管辖权决定也可以接受司法审查,并有被撤销的可能。

4. 为加强程序法的数字化,基于近年来良好的实践经验,拟对通过视频及音频同步传输(“视频会议”)方式进行的开庭予以法律保护,除非当事方另有约定;并且,应当可以对以视频会议方式进行的开庭进行录制。

5. 为提高仲裁程序的透明度、促进法律培训、使专业公众可以更好地获得高质量的仲裁判例法,基于各机构仲裁规则已就公开仲裁裁决的可能性做出规定的既有事实,顺应此发展,拟在当事方同意时,在法律上允许仲裁庭公布仲裁裁决。

6. 为加快相关程序的速度、节省当事人制作复杂翻译文本的成本,在法院认为没有必要的情况下,鉴于英语是国际仲裁的“通用语言”,拟创设法律先决条件,使得可以用英语提交仲裁裁决执行或撤销的申请以及仲裁裁决本身等对相关司法程序具有重要意义的仲裁文件,包括依 ZPO 第 1050 条对司法取证或对其他司法行为的履行具有重要意义的文件也应可用英语提交。

7. 为强调德国作为仲裁地的国际化开放程度,即使在没有明示的当事人约定的情形下,拟使那些引入商事法庭的各州各地区,无论如何可以在法律上将州高等法院(Oberlandesgericht,简称 OLG)^⑭ 这些特别的审判机构解释为对仲裁裁决执行或撤销的申请有管辖权的法院,拟以此方式使这些审判机构的特别权限在复杂商事争议中可为仲裁所用。基于英语在国际仲裁中的突出重要性,拟创设法律先决条件,在当事方同意的

^⑬ 依现行 ZPO 第 1040 条第 3 款第 1、2 句的规定,只有仲裁庭通过中间决定肯定自身具有管辖权时,各方才可在裁决书面通知后的 1 个月内申请司法审查。如果仲裁庭裁决否定自身管辖权,依现行法律规定,无法以仲裁庭确有管辖权为由申请司法审查,酌情撤销相关决定。

^⑭ 正如 Landgericht (简称 LG) 的通译为“州法院”一样,关于 Oberlandesgericht (简称 OLG) 的中文翻译,目前的中国学界将其通译为“州高等法院”,但就含义而言,将 OLG 翻译为“州最高法院”或许更为贴切。鉴于德国是联邦制,各州有其各自的州宪法,如果州层面的审级最高为 OLG,那么将 OLG 翻译为“州最高法院”未尝不可,也更符合德国司法建制的事实。然而,不可忽视另一个客观事实,即在德国,可能出于司法辖区划分和地理便利上的考虑,有的州鉴于区位地理因素而设有多个 OLG,但依中文语境下的通常理解,“最高法院”更倾向于具有唯一性,因而将 OLG 译为“州最高法院”或会引发疑问。此外,关于 LG 的中译,就含义而言,翻译为“地区法院”“地方法院”或许更为贴切,相应的 OLG 可翻译为“地区高等法院”“地方高等法院”。尤其在具体德语表述中,OLG、LG 后通常会跟有地名,而相关地名并不一定是某个州的名称,例如:Landgericht Saarbrücken、Oberlandesgericht Frankfurt am Main,如果连同地名将其全称翻译为“Saarbrücken 州法院”“Frankfurt am Main 州高等法院”,难免尴尬,而翻译为“Saarbrücken 地区/地方法院”“Frankfurt am Main 地区/地方高等法院”,不仅含义上更为贴切,在中文语境下也较为通畅。以上成果,来自笔者于 2024 年 2 月在南开大学中德法学研究所(以下简称南大中德所)校友群中与曾经的学友之间进行专业学术探讨后的小结。在此轮探讨中,作出贡献的南大中德所校友有:杨阳、李淳、刘青文、邵万雷、张之怡、张昕等,谨致谢忱。若业内同仁对相关专有名词有更好的中译建议,诚请互通有无。

情形下,可以在商事法庭的程序中完全使用英语。

8. 为进一步加强仲裁程序的公正性、仲裁争议解决的法治属性,拟引入一项特别法律救济以撤销生效的国内仲裁裁决。只有在仲裁裁决存在重大瑕疵以至于在类似情况下可依 ZPO 第 580 条的规定针对一项法院判决提起恢复原状之诉的情形下,才可以采取此法律救济。这将有助于撤销诸如通过贿赂或不公正司法所获得的最终生效的仲裁裁决。

9. 为提升仲裁临时措施的流通性,如果仲裁庭下令采取临时措施,即便仲裁地在外国,拟使在国内也可就这些措施获得司法授权,允许法院以支付保证金为条件来授权执行。

10. 为提高诉讼的经济性,针对依 ZPO 第 1032 条第 2 款提出的确定仲裁可否受理的申请,拟进行法律规定,使法院可与前述申请相关联,同时也可针对仲裁协议是否存在或有效进行决定。这意味着关于仲裁协议存续的决定在该程序中具有实体法律效力。

11. 为加强撤销与执行程序的同步性,在法院依 ZPO 第 1060 条第 2 款第 1 句在撤销仲裁裁决的情形下驳回执行申请时,拟使法院一方面在适当情况下可依 ZPO 第 1059 条第 4 款按当事一方的申请将该事项发回仲裁庭,另一方面可在撤销仲裁裁决有疑问的情况下依 ZPO 第 1059 条第 5 款就争议标的重启仲裁协议。

12. 拟将民事庭庭长的特殊权限进行限制,即将其依 ZPO 第 1063 条第 3 款第 1 句在未事先咨询被申请人的情形下可下达一定命令的权力,明确限制在处于紧急情况下。

仲裁具有民间性,尤其在商事争议领域,仲裁是国家司法诉讼的补充。根据经 1997 年改革的德国仲裁程序法,当商业交往中遇到争议需解决时,在德国国内,民间商事仲裁与国家司法诉讼共同发挥着重要作用;在国际上,德国作为仲裁地的吸引力得以提升。经过约四分之一个世纪的实践,可以证明德国现行仲裁程序法是行之有效的,1997 年里里程碑式的改革是成功的。因此,本次现代化改革只在一定程度上进行革新,使德国成为更具吸引力的仲裁地,主要针对国际化及数字化的提升,在理论及实践方面吸收国内外的成果及经验,这充分体现在与 2006 年版 UNCITRAL Model Law 保持一致,尤其在法院执行仲裁庭采取的临时措施等方面。

(二) 2024 年德国仲裁立法现代化改革提案

继德国联邦司法部于 2023 年 4 月 8 日公布《纲要》后,为推进德国仲裁立法现代化改革的落实,德国联邦司法部于 2024 年 2 月 1 日公布了更详细的《仲裁程序法现代化法草案》(Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts,以下简称《草案》),并指出,本次现代化改革旨在使得仲裁程序法适应程序法的数字化发展以及国际与国内商事仲裁的各种发展。^⑮

^⑮ [德] Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=110490, last visited Mar.23, 2024.

1. 提案简介

《草案》共 59 页,其中第 1-2 页是对此次现代化改革提案的说明概要,第 3-10 页是《草案》的具体内容,第 11-59 页是理由论证。^{①⑥}

关于现代化改革提案的说明概要共包含以下六点: A. 问题与目标 (Problem und Ziel); B. 解决方案 (Lösung); C. 替代方案 (Alternativen) (该点项下无内容); D. 无履行成本的预算支出 (Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand) (该点项下无内容); E. 履行成本 (Erfüllungsaufwand); F. 其他费用 (Weitere Kosten)。

《草案》主要内容共包括以下五条: 第一条“民事诉讼法修正案”(Änderung der Zivilprozessordnung) (第 3-8 页); 第二条“关于引入《民事诉讼法》的法案修正案”(Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung) (第 8-9 页); 第三条“诉讼费用法修正案”(Änderung des Gerichtskostengesetzes) (第 9 页); 第四条“司法报酬与赔偿法修正案”(Änderung des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes) (第 9 页); 第五条“生效”(Inkrafttreten) (第 10 页)。

理由论证分为以下两部分: A. 总论部分 (Allgemeiner Teil) (第 11-22 页),分类针对拟修订内容进行论证; B. 分论部分 (Besonderer Teil) (第 22-59 页),针对拟修订条文依序论证。

2. 重大修改

2023 年 4 月 18 日,德国联邦司法部在发布第 26/2023 号新闻稿 (Pressemitteilung Nr. 26/2023) 公布《纲要》时提及四个方面的重大修改,^{①⑦}并在 2024 年 2 月 1 日公布《草案》文件时重申以下四个方面的重大修改:^{①⑧}

1. 商事仲裁协议的形式自由 (Formfreiheit für Schiedsvereinbarungen im Wirtschaftsverkehr)。目前,仲裁协议必须满足特定的形式要件 (ZPO 第 1031 条)。在商业交往中,应当使得仲裁协议的订立不被严格的形式要件所限。因此,将来要使仲裁协议能够以任何可以想象的方式得以订立。

2. 提高透明度并促进法律培训 (Stärkung der Transparenz und Förderung der Rechtsfortbildung)。商事仲裁往往面临的是争议标的高、法律问题复杂的情形,各方为此争执、求胜。在此背景下,应当在商事仲裁中提高裁决的透明度,并促进裁决司法化发展。为此,在当事方同意的情形下,应当在法律上允许仲裁庭公布仲裁裁决。

3. 加强程序法的数字化 (Stärkung der Digitalisierung des Verfahrensrechts)。鉴于近年来良好的实践经验,应当在法律上保护以视频及音频同步传输 (即视频会议) 方式进

^{①⑥} [德] Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht_2024.pdf?__blob=publicationFile&v=1, last visited Mar.23, 2024.

^{①⑦} [德] Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts: Bundesjustizminister legt Vorschläge vor, https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/0418_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.html, last visited Mar.23, 2024.

^{①⑧} *Supra* note 15.

行的口头听证,以进一步加强仲裁程序的数字化。

4. 在国家司法程序中推广英语 (Förderung der englischen Sprache in Verfahren vor staatlichen Gerichten)。在仲裁程序结束后,通常会有撤销或执行程序,即由国家法院宣布仲裁裁决被撤销或可执行。鉴于英语在国际仲裁中的突出重要性,应当为用英语进行撤销或执行程序提供便利,即在这类司法程序中,由仲裁程序所产生的仲裁裁决及其他文件均可以英语提交。

(三) 评析

纵观上述德国联邦司法部分别于2023年4月、2024年2月发布的《纲要》及《草案》,可以看出现代化是本轮改革的核心任务,而贯彻这项核心任务的两大关键抓手则是国际化革新与数字化革新。

第一,国际化革新。在采纳 UNCITRAL Model Law 方面,《草案》不仅承继了1997年改革的成果,而且进一步落实2006年版 UNCITRAL Model Law 第7条第II选项关于商事仲裁协议形式自由的规定,特别是为了不偏离 UNCITRAL Model Law,拟重新恢复1997年修订前的旧 ZPO 第1027条第2款的规定,充分体现了其国际化革新的意愿。此外,鉴于英语在国际商事交往中的通用性,为实现提高国际竞争力的目标,《草案》计划在仲裁程序、相关司法取证过程以及与国际商事仲裁相关的国家法院司法诉讼程序中为英语的使用创设法律先决条件,在尊重当事方意思自治的前提下,仲裁文件的提交和在商事法庭进行的程序中都可完全使用英语,彰显了较高的国际化开放程度。

第二,数字化革新。鉴于科技的新发展以及近年来良好的实践经验,《草案》计划在本轮现代化改革中,在尊重当事方意思自治的前提下,促进视频会议在仲裁庭审中的使用,即在法律上保护以视频及音频同步传输方式进行开庭,除非当事方另有约定,可以对以视频会议方式进行的开庭进行录制。在国内外不断将先进的科技运用于加强程序法数字化革新的潮流中,德国也作出了积极的回应。

无论是国际化革新还是数字化革新,分析《纲要》及《草案》可知德国本轮仲裁立法现代化改革在适应世界新形势、科技新发展并进行创新的同时,不忘商事仲裁的核心价值——重视当事方意思自治。此外,在提高仲裁程序透明度与促进法律培训等方面,同样是在尊重当事方意思自治的前提下,在各机构仲裁规则既有规定的现实基础上,计划对仲裁裁决的公布给予立法支持,审慎处理仲裁规则与仲裁法之间、任意性规范与强制性规范之间的关系。

就仲裁的起源而言,其最初发轫于临时仲裁 (ad hoc arbitration),制度理论源于商人自治、意思自治、契约自由。作为国际争议解决方法之一,国际仲裁闻名已久。近代仲裁的起源可追溯至1794年英国与美国之间的《杰伊条约》(Jay Treaty)。1899年,依据《和平解决国际争端海牙公约》(Hague Convention for the Pacific Settlement of Disputes)成立了常设仲裁法院 (Permanent Court of Arbitration,以下简称 PCA)。在1900年至1920年期间,PCA 是主要的国际仲裁组织。1945年新创的国际法院 (International Court of

Justice, 以下简称 ICJ) 的起源也是仲裁,^{①⑨} 是在仲裁经验的基础上发展而来的。^{②⑩} 尽管 PCA 和 ICJ 是为国家间争议解决而设, 不是为私主体间的争议解决而设的国际商事仲裁机制, 但此种依争议当事方之间所达成的合意而提交仲裁的理念, 无论是在解决主权主体国家间的争议还是在解决私主体商人间的争议方面, 都具有相通性。在中文语境下, “条约”与“合同”的区分更容易使人关注其差异之处, 忽视其共通之处。透过术语措辞往深处探究, 究其本质, 条约也是一种合同, 是国家与国家之间的契约。这一点, 在德文语境下尤为显见。在德语中, 民法上的“合同”这一概念术语的表达为“Vertrag”,^{②⑪} 国际法上的“条约”这一概念术语也是用“Vertrag”来表达的, 即“völkerrechtlicher Vertrag”(国际法上的合同)。^{②⑫} 无论是国际公法上的主权国家之间的仲裁, 还是国际私法上的商事主体之间的仲裁, 都是以当事各方达成的仲裁合意为基础, 尤其是在国际经贸交往中备受青睐的国际商事仲裁, 更应当重视当事方意思自治这一核心价值。

三、借鉴德国经验采纳国际范本修法

回溯德国 1997 年仲裁立法改革, 观察德国 2023 年 4 月及 2024 年 2 月仲裁立法改革新动向, 中国当下的仲裁修法及未来的进一步完善可从微观与宏观两个层面借鉴德国经验, 并酌情采纳国际范本。

(一) 微观层面的借鉴

在微观层面, 着重从对消极自裁管辖权决定的司法审查、仲裁裁决的公开、商事法庭的利用、跨境临时措施的执行四方面阐述德国仲裁立法改革, 以资中国仲裁立法改革借鉴。

1. 对消极自裁管辖权决定的司法审查

作为现代仲裁的重要理论, 兴起于 20 世纪 80 年代的自裁管辖 (Kompetenz-Kompetenz) 学说早已在世界范围内被各国的学术理论界以及立法、司法等实务界接纳。^{②⑬} 经过 1997 年改革, 德国摒弃了之前判例所构建的自裁管辖理念,^{②⑭} 采纳了 UNCITRAL Model Law 第 16 条第 3 款内容, 在 ZPO 第 1040 条第 3 款中规定, 针对仲裁庭作出的积极自裁管辖权决定的异议, 仲裁庭可进行中间决定, 但最终决定权属于法院。这意味着,

^{①⑨} *History of International Court of Justice*, <https://www.icj-cij.org/en/history>, last visited Mar.23, 2024.

^{②⑩} [英] 马尔科姆·N·肖:《国际法》(第五版), 世界法学精要影印版, 北京大学出版社 2005 年 7 月版, 第 952-953 页; [英] 伊恩·布朗利:《国际公法原理》, 曾令良、余敏友等译, 法律出版社 2003 年 8 月版, 第 781-784 页。

^{②⑪} [德] Dieter Medicus, *Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, 16. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1993, S.27-40; Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, 21. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1997, S.46-50.

^{②⑫} [德] Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5. Aufl., München: Verlag C. H. Beck 2004, S.112-209.

^{②⑬} 赵健:《国际商事仲裁的司法监督》, 法律出版社 1999 年版, 第 88 页。

^{②⑭} 即当事方可通过约定排除法院的司法监督, 将仲裁庭是否有管辖权的决定交由仲裁庭最终判定。

当事方不再具有排除法院司法审查的可能性。^{②⑤}

依据 ZPO 第 1040 条第 3 款第 1、2 句,当仲裁庭作出了积极自裁管辖权决定,即决定仲裁庭有管辖权,若当事方对此提出异议,仲裁庭可进行中间决定,当事方均可在收到决定书一个月内继续书面申请法院进行最终决定。可见,经过 1997 年的改革,德国现行 ZPO 只明确了对积极自裁管辖权决定的处置由法院最终决定。这意味着,针对消极自裁管辖权决定,即仲裁庭判定其无管辖权时,若当事方对此提出异议,认为仲裁庭确有管辖权,目前尚无关于司法审查的明文规定。换言之,在仲裁庭确有管辖权的情形下,如果仲裁庭否定自身的管辖权,则无法通过司法审查途径由法院撤销仲裁庭作出的无管辖权决定。

对此,前述德国 2023 年《纲要》所列改革要点的第 3 点指出,要消除对积极与消极自裁管辖权决定的不平等待遇,拟使消极自裁管辖权决定也可接受司法审查,并有可能被撤销。进而,德国 2024 年《草案》第一条关于“民事诉讼法修正案”的第 6 点中规定,在 ZPO 第 1040 条中增加以下第 4 款规定:“如果仲裁庭认为其没有管辖权,通常可依第 2 款就对此的异议通过程序性仲裁裁决(Prozessschiedsspruch)作出决定。如果申请方合理地指出仲裁庭错误地认为自己没有管辖权,该程序性仲裁裁决也可依第 1059 条被撤销。”^{②⑥}

2. 仲裁裁决的公开

论及仲裁裁决的公开,必然涉及仲裁的保密性特征。关于仲裁的保密性与透明度问题,近年来在仲裁业界备受关注。尤其是保密性作为商事仲裁的传统特征在多大程度上可以被突破,更是常常成为热点话题。在国际商事仲裁领域,尽管在一定程度上加强了透明度规制,但是从 UNCITRAL 等行业翘楚的改革来看,并未损及商事仲裁的保密性这一传统特征,在仲裁裁决的公开方面,总体上能够在满足一定程度的透明度与不伤害涉案当事方实质利益之间进行较好地权衡。

如前所述,一方面,德国 1997 年改革落实了采纳 UNCITRAL Model Law 的宗旨;另一方面,本轮拟进行的现代化改革在采纳 UNCITRAL Model Law 方面,不仅承继了 1997 年的改革成果,而且进一步参照新版 UNCITRAL Model Law 的相关规定修改国内立法。就仲裁裁决的公开而言,德国拟进行的改革与 UNCITRAL 改革步调一致,在充分尊重当事方意思自治的前提下,区分任意性规范与强制性规范,就仲裁裁决的公开进行审慎立法。

对此,前述德国 2023 年《纲要》所列改革要点的第 5 点指出,拟在当事方同意时,在法律上允许仲裁庭公布仲裁裁决,从而提高仲裁程序的透明度、促进法律培训、使专业公众可以更好地获得高质量的仲裁判例法。进而,德国 2024 年《草案》第一条关于“民事诉讼法修正案”的第 10 点规定,在 ZPO 第 1054 条后增设第 1054b 条,根据该条

^{②⑤} 孙珺:《德国仲裁立法改革》,载《外国法译评》1999 年第 1 期,第 86 页。

^{②⑥} *Supra* note 16, at 4.

第1款的规定,在当事各方同意的前提下,^{②7}允许仲裁庭在对仲裁裁决进行匿名或假名的加密处理后公开仲裁裁决的全部或部分内容,或对这样的公开进行安排。此外,在第2款中还专门规定,当事方可以订立偏离第1款的协议。而且,在第3款中补充规定,其他法律规定中关于仲裁裁决之公开的进一步要求不受影响。^{②8}可见,立法允许在尊重当事方意思自治及进行合理加密技术处理的前提下公开仲裁裁决,这在一定程度上是对商事仲裁保密性的突破,但该条款允许当事方进行偏离该条款的约定,且明文规定其他相关法律规定不受该条款的影响,显然立法者透彻地把握了该条款任意性规范的特性,与UNCITRAL一样,在仲裁裁决的公开方面,一定程度上较好地平衡了透明度与不伤害涉案当事方实质利益两者之间的关系。

3. 商事法庭的利用

进入21世纪,面对越来越多、纷繁复杂的国际商事纠纷,为在国际争议解决中进一步增强本国的竞争力、提升本国的吸引力,各国逐渐加快了建设国际商事法庭的步伐。继阿联酋、英国、新加坡等国率先行动后,国际商事法庭似雨后春笋般在世界各国扎根生长。中国已于2018年6月底设立了国际商事法庭,德国也于同年4月在黑森州法兰克福地区法院率先试点引入国际商事法庭。

如上所述,本轮拟进行的德国仲裁立法现代化改革的核心任务之一是国际化革新。在仲裁立法改革的过程中,德国积极促进商事法庭在仲裁中的利用,并为在商事法庭以全英文进行相关诉讼创造法律条件。

对此,前述德国2023年《纲要》所列改革要点的第7点指出,一方面,拟使引入商事法庭的各州各地区之州高等法院(Oberlandesgericht)的特别权限在复杂商事争议中可为仲裁所用;另一方面,基于英语在国际仲裁中的突出重要性,拟在当事方同意的情形下从法律上为商事法庭程序完全使用英语创设先决条件,以大幅提升德国作为仲裁地的国际化开放程度。进而,德国2024年《草案》第一条关于“民事诉讼法修正案”的第17点规定,在ZPO第1063条后增设第1063a条“仲裁事项提交商事法庭的程序”(Verfahren vor den Commercial Courts in schiedsgerichtlichen Angelegenheiten)以及第1063b条“在德语程序中提交英语文件”(Vorlage von Dokumenten in englischer Sprache in deutschsprachigen Verfahren)的相关规定。^{②9}

4. 临时措施的执行

在UNCITRAL 2006年修订Model Law时,对临时措施规定的修订是重中之重。经过修订,2006年版的UNCITRAL Model Law关于临时措施的规定由1条增加至10条,并在第17H条、第17I条中分别从临时措施的承认与执行以及拒绝承认与执行的理由两个方面进行规定。承认与执行临时措施的重要性毋庸置疑,因为这与仲裁当事方的切身

^{②7} 如果某当事方在收到仲裁庭征求同意书(Aufforderung zur Zustimmung)征求其同意的通知后一个月内没有对此表示反对,并且事先已被告知后果,则视为该当事方已表示同意。

^{②8} Supra note 16, at 5-6.

^{②9} Supra note 16, at 7-8.

利益息息相关,不仅涉及仲裁程序可否正常进行,而且涉及仲裁裁决可否切实执行。

以切实保障仲裁当事方利益为出发点,德国1997年的仲裁立法改革不仅与当时的UNCITRAL Model Law第17条保持一致,修订后的ZPO第1041条承认仲裁庭有权发布临时措施,而且更甚于UNCITRAL Model Law,借鉴了瑞士的经验,在该条第2款、第3款中规定,当事方有权向法院申请强制执行仲裁庭发布的临时措施,并在第1062条第1款第3项规定,由州高等法院执行仲裁庭发布的临时措施。^{③①}鉴于临时措施的重要性,德国立法者不仅重视其发布,而且重视其发布后的执行,即仲裁临时法律救济决定的流通性(Verkehrsfähigkeit von Entscheidungen im schiedsrichterlichen einstweiligen Rechtsschutz)。

对此,前述德国2023年《纲要》所列改革要点的第9点指出,拟使在国内也可执行由仲裁地在国外的仲裁庭所发布的临时措施命令,从而提升仲裁临时措施决定的流通性。进而,德国2024年《草案》中的两处明文论及“临时措施”(Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes)。第一处在关于ZPO第1025条第2款拟修订的理由论证中。^{③②}相关论证指出,ZPO第1025条第1款定义了ZPO第十编的适用范围,即以第1043条第1款规定的仲裁地为标准。依据第1025条第2款的规定,如果仲裁地在外国或尚未确定,则第1032条、第1033条和第1050条的规定也可适用于相关仲裁程序。换言之,以第1043条第1款意义上的仲裁地标准为依据区分德国境内与境外仲裁,第十编的所有规定适用于前者,第十编的个别规定适用于后者。基于现行法律规定,关于仲裁地在德国境外的仲裁庭发布的临时措施可否在德国被法院强制执行的问题,一直是存在争议的。本轮拟进行的仲裁立法现代化改革针对向法院申请执行临时措施的规定,修改第1041条第2款的内容,并明示规定了拒绝执行的情形。这样一来,之前存在的争议问题得以澄清,也就是说,即便仲裁地在外国,相关仲裁庭发布的临时措施也可由德国法院强制执行。第二处在关于ZPO第1041条第2款第1句拟修订的理由论证中。^{③③}另一方面,是相关修改的措辞及内容说明,即现行法律使用了“可以”(kann)这一措辞,那么依据修改前的第1041条第2款第1句,是否强制执行属于法院应有的自由裁量权范围。经过对标UNCITRAL Model Law第17I条的修改,即参照UNCITRAL Model Law第17I条第1款,在ZPO第1042条第2段,针对拒绝执行的4种情形明确进行穷尽式列举,法院的自由裁量空间就不复存在了。此外,参照UNCITRAL Model Law第17I条第2款,拟不允许法院对临时措施的实质内容进行审查。

(二) 宏观层面的借鉴

在宏观层面,德国仲裁立法改革尤其值得借鉴之处是立足于当事方意思自治、采纳UNCITRAL Model Law进行修法,优化国际商事仲裁制度,从而在国际仲裁市场上加强

^{③①} 孙珺:《德国仲裁立法改革》,载《外国法译评》1999年第1期,第86-87页。

^{③②} *Supra* note 16, at 22-23.

^{③③} *Supra* note 16, at 31.

德国的竞争力,提升德国作为仲裁地的吸引力。

1. 立足意思自治修法优化国际商事仲裁制度

(1) 正确把握意思自治内涵,审慎处理三对关系

中国当下的仲裁修法及未来的进一步完善,应当正确把握意思自治的内涵,审慎处理仲裁庭与仲裁机构、仲裁规则与仲裁法、任意性规范与强制性规范这三对关系。要客观面对国际国内仲裁市场发展的需要,进行科学的、理性的定位,在处理好上述三对关系的基础上,顺应国际发展大势,借鉴已经被很多国家及法域采纳的 UNCITRAL Model Law,重视国际商事仲裁的核心价值,立足当事方意思自治,构建仲裁友好型法治环境,优化司法对仲裁的支持。

以争议当事方合意为基础的商事仲裁应当以当事方意思自治为优先,仲裁程序的进行应当遵循当事方约定或选定的规范。应当始终对任意性规范与强制性规范保持清晰的认知与明确的界定。国家立法应当尽量以谦抑性原则为基础,只在必不可少的、必须进行强制性规范的情形下,才进行科学的设计,制定必要的强制性规定。国家立法权不过多渗透进以商人自治、意思自治、契约自由为核心价值的商事仲裁程序,更有助于构建仲裁友好型的法治环境,更有利于提升中国作为仲裁地在国际上的吸引力。

第一,仲裁庭 v. 仲裁机构。要确立仲裁庭在争议解决中的核心地位。仲裁庭是由争议当事方合意选择仲裁员而组成的,在机构性仲裁中,仲裁机构要对自身进行合理定位,在组庭前为争议当事方提供指引,帮助其及时选定仲裁员,在仲裁程序中为争议当事方及仲裁员提供协助,在仲裁庭作出裁决后履行必要的管理职责。

第二,仲裁规则 v. 仲裁法。要确立仲裁法给仲裁规则留白的宗旨。各仲裁机构的仲裁规则是在遵循意思自治原则基础上供争议当事方选择的程序指引,而一国的仲裁法主要在维护程序正义的基础上,对仲裁加以必要规范及适度监督。

2021年7月31日司法部公布的《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)第四章第29至76条,用了48条的篇幅对仲裁程序进行了规定,较为具体、详细。其实,很多程序性规定可以留白,交由各仲裁机构的仲裁规则来确定,或交由当事方合意约定。在修法过程中,要秉持仲裁法给仲裁规则留白的理念,审慎处理仲裁规则与仲裁法、任意性规范与强制性规范之间的关系。鉴于当事方意思自治是商事仲裁的核心价值,商事仲裁的基础在于争端当事方达成的合意,仲裁法不宜褫夺仲裁机构通过仲裁规则以及争议当事方通过合意约定来规范仲裁程序的功能。仲裁法只应对最重要的基本原则、基本精神加以规范,起到拾遗补漏的作用,不必过多、过细规范仲裁程序。

第三,任意性规范 v. 强制性规范。要明确界定任意性规范与强制性规范。1997年德国仲裁立法改革遵循了与国际接轨、提高德国在国际商事仲裁领域竞争力的宗旨,立法者给予了争议当事方充分的自由选择空间。在此种考量下,修订ZPO第十编时,在第5部分“仲裁程序的实施”(Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens)起首第1042条“一般性程序规则”(Allgemeine Verfahrensregeln)中,立法者准确把握当事方意思自治这一商事仲裁的核心价值以及仲裁规则与仲裁法、任意性规范与强制性规范之

间的关系,在第3、4款中明确规定:“(3)此外,在遵守本编强制性规范的前提下,当事人可自行规定程序规则或援引适用某个仲裁程序规则。(4)若当事人没有约定且本编没有规定,则由仲裁庭通过自由裁量来确定程序规则。”^{③③}该规定在本次现代化改革的草案中维持不变。^{③④}

析其立法意图,首先,ZPO第十编中的强制性规范是不能违反的;其次,要遵循当事人的约定;再次,依照法律中的任意性规定;最后,才考虑由仲裁员或仲裁庭的自由裁量。^{③⑤}换言之,法律中的任意性规定并不能限制当事人的约定和当事人选定的其他仲裁规则,只要相关约定与仲裁规则不违反ZPO第十编中的强制性规范即可。

《征求意见稿》第八章“附则”中的第95条规定:“仲裁规则应当依照本法制定。”该条规定只有笼统、简单的一句话,无进一步具体规定,且使用了“应当”这一措辞,易产生歧义和误解,即可不顾当事人意愿以及当事人选择的仲裁规则,一切应当以仲裁法为准,各仲裁机构的仲裁规则都应当依照仲裁法来制定。该条规定有必要从措辞上斟酌、完善。当然,措辞的斟酌、完善应当以对国际商事仲裁之核心价值的理解为前提。在此基础上,方可精准区分强制性规范和任意性规范,在具体条文规定上细化、明确,并加以相应限定。在修法过程中,要明确界定任意性规范与强制性规范,各条逐一运用规范性措辞加以限定也好,以附件形式列出强制性规范清单也好,均为可取做法,立法者可具体斟酌,相应采用。尽管德国1997年改革已经过去了27年,但其在处理任意性规范与强制性规范的适用上所做的规定,对于中国当下的仲裁修法及未来的进一步完善仍有借鉴意义。

(2) 合理考查意思自治边界,恰当规范第三方资助仲裁

尽管意思自治是国际商事仲裁的核心价值及根本原则,但并不意味着绝对的自治,必要时应当对其进行适度限制。尤其是随着国际商事仲裁制度晚近的新发展,新生事物及新兴现象不断出现,例如第三方资助仲裁等,^{③⑥}对国际商事仲裁的传统提出了挑战。

在第三方资助仲裁中,原本与争议无关的资助方借助法律融资介入案件,使案件信息、裁决内容等不再局限于争议当事人的范围之内,资助方还可能影响乃至控制案件进程及走向,可能有违意思自治,有损争议当事人的契约自由。由于第三方资助属于无追索权的融资,资助方为了对冲风险,存在影响及控制案件的动机。资助方适度关注案件具有合理性,不过一旦过度,对案件构成不当控制,则有损意思自治。在第三方资助仲裁中,意思自治的保障与限制呈现渐进式的动态平衡。因此,要明确意思自治的恰当边界,

^{③③} ZPO第1042条第3、4款德文规定见:https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_1042.html,最后访问时间:2024年3月23日。

^{③④} Synopse zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts des Bundesministeriums der Justiz, S.2, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=17134, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Synopse/Synopse_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht_RefE.pdf?__blob=publicationFile&v=2, last visited Mar.23, 2024.

^{③⑤} BT-Drucks. 13/5275 (德国《联邦议院公报》第13/5274号), S.46-47.

^{③⑥} 孙珩、王雨蓉:《第三方资助国际仲裁中仲裁员与受资助方披露义务之比较研究》,载《商事仲裁与调解》2021年第4期,第4页。

边界内允许,边界外抑制。可着重从获取案件进展、律师费用、其他仲裁费用等信息方面进行制度规范,从而划定第三方资助仲裁意思自治保障与资助方利益维护的恰当边界,实现当事人意思自治保障与资助方利益维护之间的动态平衡。^{③7}

中国当下的仲裁修法及未来的进一步完善,应当合理考察意思自治的边界,特别要注重当事人意思自治保障与资助方利益维护之间的动态平衡,对第三方资助仲裁所产生的问题进行恰当规范,限制出资方对案件的不当干预、影响及控制,同时确保其在案件进展、律师费用、其他仲裁费用等信息方面的合理知情权。

2. 借鉴国际范本修法优化国际商事仲裁制度

(1) UNCITRAL Model Law 重视国际商事仲裁的核心价值

作为现代仲裁立法的范本,UNCITRAL Model Law 体现了国际商事仲裁的核心价值,已经被很多国家在本国仲裁法的制定及修订过程中所采纳。21 世纪初,中国学者提出的《中华人民共和国仲裁法》(建议修改稿)(以下简称中国《学者建议稿》)也是依循 UNCITRAL Model Law 的方法拟定条文的。^{③8}

鉴于管辖权基础等方面的差异以及对立法技术的较高挑战,不建议在中国仲裁法中囊括规范商事仲裁之外的其他仲裁的规定。中国《仲裁法》的修改应围绕商事仲裁开展。如果立法者一定要囊括规范各类仲裁,那么可考虑设专编或专章规定国际商事仲裁,采纳 UNCITRAL Model Law,以其为蓝本,重视国际商事仲裁之核心价值,立足当事方意思自治,处理好任意性规范与强制性规范的扩充与限缩。尤其在结构体例安排与具体内容规定上,没有必要随意偏离 UNCITRAL Model Law,非必要不修改。

从德国联邦司法部 2023 年 4 月及 2024 年 2 月公布的改革文件看,德国本次拟进行的现代化改革以国际化与数字化为革新关键点。为不偏离 UNCITRAL Model Law,与国际接轨,经客观分析,在仲裁协议形式要件的相关规定上,拟恢复旧法中的可取之处,并对视频会议与英语的使用呈现较大的开放度。而且,在临时措施的执行方面,也对标 UNCITRAL Model Law,相应修改国内法,进一步与 2006 年版 UNCITRAL Model Law 接轨。此外,值得一提的是,关于仲裁裁决的公布,德国改革基于各机构仲裁规则已有规定的事实,顺应现实的发展趋势,尊重当事方意思自治,在此基础上,适当突破商事仲裁以保密为根本原则、以公开为例外情形的传统,拟在当事方同意时,在法律上允许仲裁庭公布仲裁裁决。这很好地处理了仲裁规则与仲裁法、任意性规范与强制性规范之间的关系,准确地把握了商事仲裁的核心价值,即当事方意思自治。

在国际商事仲裁中,当事方意思自治不仅涉及实体法律的适用,也包含程序自治,即当事方拥有自行约定仲裁程序或选择相关仲裁机构的仲裁规则以及将其争议交由相关仲裁机构解决的自由。很多国家的仲裁立法都明确认可了当事方享有的程序自治权。

^{③7} 李贤森:《国际商事仲裁意思自治的保障与限制问题——兼评〈仲裁法〉的修改》,载《法学》2022 年第 4 期,第 185-187 页。

^{③8} 宋连斌、黄进:《〈中华人民共和国仲裁法〉(建议修改稿)》,载《法学评论》2003 年第 4 期,第 91 页。

UNCITRAL Model Law 的第2条第(d)项也明确规定了当事方可自由决定将其争议交由何仲裁机构解决,^③ 采纳 UNCITRAL Model Law 的国家的仲裁立法都有类似规定。通常,当事方会行使其程序自治权将特定仲裁机构的仲裁规则纳入其仲裁协议。在对待当事方程序自治权方面,主要机构的仲裁规则与 UNCITRAL Model Law 及其他较为先进的仲裁立法是平行的、相辅相成的,允许当事方协议选择程序规则。具有代表性的 UNCITRAL 仲裁规则有力地肯定了当事方意思自治原则,允许当事方在选用其仲裁规则时对规则本身加以修改。^④

(2) UNCITRAL Model Law 兼顾两大法系制度

就人类社会的法律制度而言,全球化的深入发展催生了两大法系的融合趋势。当代法律制度发展变迁的标志性特征就是法律全球化,两大法系的渗透与融合是法律制度发展变迁全球化趋势的主要体现之一。虽然在一些法律制度中显见大陆法系与英美法系的分歧,例如代理制度,但不可否认,究其起源上的联系,加之实践理性的运用,两大法系代理制度具备统一的基础,可以走向融合。^⑤ 此外,在诉讼制度方面,大陆法系与英美法系差别显著,尤其表现在证据制度上。不过,在公正与效率的内在价值的驱动下,两大法系相互借鉴,在鉴定制度与专家证言制度方面呈现融合趋势,在证明方法方面逐步趋同,两大法系在证据制度上的区别逐渐缩小。如德国学者考夫曼所言,合意是正当性的源泉,正当性是合意的界限。近年来,两大法系证据制度的改革朝着公正与效率的目标方向,沿着中立与合意的路径不断实现其内在价值追求,逐渐趋同融合。^⑥

UNCITRAL Model Law 的宗旨在于协调统一各国国内调整国际商事仲裁的法律。它不是具有法律拘束力的国际公约,只是示范性法律文件,建议各国在制定本国仲裁程序法时适当考虑、尽量采纳。UNCITRAL Model Law 的制定坚守如下信念:所制定出来的仲裁示范法对于有着不同法律、社会和经济制度的国家而言都是可接受的,从而有助于发展和谐的国际经济关系。^⑦ 基于此种宗旨与信念而制定的 UNCITRAL Model Law 为了消弭不同法系国家的顾虑,注重了相关制度的融合,兼顾了大陆及英美两大法系的制度。例如,对口头审理和书面审理的处理上就权衡了两大法系的传统。鉴于大陆法系

^③ 该条款英文全文见: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, last visited Mar.23, 2024.

^④ 见第1条第1款,该条款英文全文如下:“Where parties have agreed that disputes between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, shall be referred to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree.” *UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013)*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>, last visited Mar.23, 2024.

^⑤ 王莹莹:《论两大法系代理制度统一的基础——通过古罗马法学家的发现》,载《社会科学》2009年第12期,第93页。

^⑥ 黄维智:《中立与合意——两大法系鉴定证据制度的融合》,载《现代法学》2004年第2期,第181、185页。

^⑦ *UN General Assembly Resolution 40/72 (11. December 1985)*, p.vii: “Convinced that the establishment of a model law on arbitration that is acceptable to States with different legal, social and economic systems contributes to the development of harmonious international economic relations”, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, last visited Mar.23, 2024.

和英美法系之间的区别, UNCITRAL Model Law 第 24 条规定, 仲裁庭可以决定是书面审理或是口头审理还是两者兼备。^④ 根据 UNCITRAL Model Law 第 24 条第 1 款,^⑤ 在当事各方没有任何相反约定的情况下, 仲裁庭可以自由裁量来决定是否口头审理, 以便取证或进行口头陈述, 或者是否通过文件和其他材料书面审理来进行仲裁程序。除非当事各方约定不进行开庭审理, 否则, 若当事一方提出开庭审理要求, 仲裁庭应在程序的适当阶段进行开庭审理。就此而言, 当事方意思自治原则应当为维护依法开庭审理而服务。由此也可见, 体现自然正义原则的依法开庭审理要求可以作为强制性规范来限制当事方意思自治。再如, 关于裁决理由的规定。由于大陆法系要求仲裁裁决说明理由, 而普通法系多数不要求说明理由, 于是在起草 UNCITRAL Model Law 第 31 条时对于是否要求仲裁裁决说明理由这点进行了激烈的讨论。^⑥ 最终, 在兼顾两大法系制度的基础上, 形成了 UNCITRAL Model Law 第 31 条第 2 款的规定,^⑦ 该条款要求仲裁裁决说明理由, 除非当事各方约定不说明理由或者裁决是依第 30 条作出的以裁决形式记录的和解。

(3) 传统大陆法系国家采纳 UNCITRAL Model Law 成功修法

如前所述, 德国 1997 年改革采纳了 UNCITRAL Model Law。鉴于 UNCITRAL Model Law 中既没有与当时有效的法律根本不一致之处, 也没有与德国对仲裁制度的理解存在本质差异之处, 因而在德国国内, 对于采纳 UNCITRAL Model Law 进行仲裁立法改革从一开始就达成了共识。2003 年德国联邦司法部的《纲要》也充分肯定了 1997 年的改革。这意味着 1997 年改革经受住了时间的考验, 同时说明了 1997 年改革后立法者对德国仲裁程序法的稳定性与可行性的期许得以实现。作为传统大陆法系国家, 德国 27 年前在仲裁立法改革上的举措可以为中国当下的仲裁修法及未来的进一步完善提供借鉴。

(4) 中国借鉴 UNCITRAL Model Law 修法符合国际国内发展的需要

自 20 世纪 80 年代起, 各国之间开始了越来越激烈的竞争, 希望能够在国际商事仲

^④ [德] K. H. Böckstiegel, Das UNCITRAL-Modell-Gesetz für die international Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, RIW 1984, Heft 9, S.673.

^⑤ 该条款英文全文如下: “Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.” *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as Adopted in 2006*, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, last visited Mar.23, 2024.

^⑥ UN-Doc, *Possible Features of A Model Law on International Commercial Arbitration: Report of the Secretary-General (A/CN.9/207)*, para 87, <https://digitallibrary.un.org/record/22459?ln=en>, last visited Mar. 23, 2024; UN-Doc, *Working Group on International Contract Practices on the Work of Its Third Session*, New York, 16-26 February 1982, report (A/CN.9/216), para. 80, <https://digitallibrary.un.org/record/30077?ln=en>, last visited Mar. 23, 2024.

^⑦ 该条款英文全文如下: “The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.” *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as Adopted in 2006*, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, last visited Mar.23, 2024.

裁中成为具有吸引力的仲裁地。在此背景下,以统一协调世界各国商事仲裁程序为宗旨的 UNCITRAL Model Law 应运而生,成为规范国际商事仲裁的典范,并成为各国制定和修改仲裁法的蓝本,很多国家已参照其改革本国的仲裁法。目前,有超过 80 个国家、100 个法域采纳了 UNCITRAL Model Law,属于《示范法》国家或地区。尽管中国香港地区属于《示范法》法域,但中国还不是《示范法》国家。

采纳 UNCITRAL Model Law,不仅符合国际协同发展趋势的要求,而且符合提升中国作为仲裁地在国际上的吸引力的需求。无论是从提升国际竞争力角度,还是从改善国内营商环境角度,中国都没有理由不与国际接轨。作为传统大陆法系国家,德国 1997 年采纳 UNCITRAL Model Law 改革仲裁立法的成功经验以及 2024 年拟进行的改革维持不偏离 UNCITRAL Model Law 的做法,对中国当下的仲裁修法及未来的进一步完善都具有一定的借鉴意义。

3. 优化国际商事仲裁制度,提高仲裁的公信力,提升中国作为仲裁地的吸引力

仲裁公信力及仲裁制度的构建与完善并非仅仅依赖于一国的国内立法,而是需要多种因素合力助推,例如仲裁机构及仲裁员的行业自律、职业操守及工匠精神等等,这些都是维护仲裁公信力不可或缺的要素。当然,立法也可在一定范围内、一定程度上促进仲裁公信力的提升以及仲裁制度的构建与完善。例如德国拟于 2024 年进行的仲裁立法改革计划类比 ZPO 第 580 条所规定的民事诉讼中的情形,通过引入特别法律救济机制,对可能因贿赂或不公正司法所获得的生效仲裁裁决采取类似于恢复原状之诉的救济措施予以撤销,以加强仲裁程序的公正性和仲裁争议解决的法治属性。

在业界颇具影响力的伦敦玛丽女王大学 (Queen Mary University of London) 国际仲裁学院 (School of International Arbitration, 简称 SIA) 进行过一项历时近半年 (2020 年 10 月初至 2021 年 3 月初) 的调查研究,通过在线问卷、视频或电话采访进行定量及定性分析,发布了《2021 国际仲裁调查:使仲裁适应变局中的世界》(2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world),以下简称 SIA 2021 Survey)。^{④8} SIA 2021 Survey 在关于“哪些适应性调整会使其他仲裁地对用户更具吸引力?”(What adaptations would make other seats more attractive to users?)问题的调查研究结果显示,以下要素(依占比多少由高到低顺序排列)有利于提升某地作为仲裁地的吸引力:地方法院及司法机构给予仲裁更大的支持 (Greater support for arbitration by local courts and judiciary)、地方法律体制的中立性与公正性的提高 (Increased neutrality and impartiality of the local legal system)、在仲裁协议与仲裁裁决执行方面具备更好的业绩记录 (Better track record in enforcing agreements to arbitrate and arbitral awards)、执行紧急仲裁员的裁决或仲裁庭下令采取的临时措施的能力 (Ability to enforce decisions of emergency arbitrators or interim measures ordered by arbitral tribunals)、地方法院远程处理仲裁相关事务的能力 (Ability

^{④8} 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>, last visited Apr.3, 2024.

for local courts to deal remotely with arbitration-related matters)、司法辖区的政治稳定 (Political stability of the jurisdiction)、允许以电子方式签发仲裁裁决 (Allowing awards to be signed electronically) 以及司法辖区内允许 (无追索权) 第三方资助 (Third-party funding (non-recourse) permissible in the jurisdiction)。^{④⑨}

立足中国,不可否认在国内仲裁发展的过程中,存在较大的地区间及机构间差异。尽管现有制度规范对仲裁员的任职资格及职业素质等方面都有要求,但在仲裁实践中仍存在不自律、不规范的从业行为。

此外,对仲裁的认知偏差也可能导致非谦抑性立法过多渗透入仲裁程序的问题。在法官等司法从业人员中,不乏有观点认为,仲裁程序不如诉讼程序完备,缺乏强制性程序规范,可能导致不公正的裁决。不支持仲裁者甚至可能将仲裁机制视为劣等制度,认为其在正当程序、证据规则等方面存在结构性缺陷,无法像国家司法系统那样提供程序保护,并确保实体法的恰当适用。即便是在继受了英国普通法的美国,无论是学理上还是司法实践中,也均可见对仲裁程序的本土怀疑论。^{⑤⑩}

然而,上述对仲裁的偏差性认知,在国际仲裁环境及背景下难以证成。与国内仲裁不同,大多数国际化程度较高的企业及其法律顾问普遍认为,国际仲裁是一种优于法院司法诉讼的国际争议解决机制,很多跨国企业首选国际仲裁而不是一国国内法院来解决复杂而敏感的国际商事争议。同时,具备国际经验的仲裁庭及仲裁员在国际争议中的专业知识及优势也被越来越多的国家法院司法诉讼系统中的人士所认可。一概片面地认为仲裁无视正当程序、证据规则或实体规则,是不正确的。其实,无论是对于正当程序,还是对于证据规则或实体规则,国际仲裁对其关注往往甚于法院司法诉讼系统,尤其是由民选法官、非专业陪审团或非专业法官主导的法庭。

无论是就国际性仲裁示范法还是就不少国家的仲裁法而言,无论是从理论界还是从实务界来看,“当事方中心理念”“司法支持仲裁趋势”逐渐在仲裁行业内成为共识。

曾有学者在研究中国仲裁市场竞争法律制度时,归纳了造成仲裁服务市场竞争制度困境的三方面因素,即科学民主法治理念欠缺、立法技术不够科学以及私利泛滥,并在此基础上指出了应当从树立私法性程序法的仲裁立法理念、移除制定法中大量涉及仲裁机构规则的内容、科学合理地修订并规范仲裁员任职条件及行为规范的规定等方面突破,从而促进仲裁更深层次地“去行政化”,以更充分的“市场化”增强仲裁服务的竞争力、改善仲裁行业的风气、提高仲裁的公信力。^{⑤⑪}就立法而言,与时俱进的立法意愿、符合相关法律领域核心价值的立法理念以及科学的立法技术都是不可或缺的。因此,采纳 UNCITRAL Model Law,不忘商事仲裁的核心价值,尊重当事方意思自治,理性审慎地进

④⑨ 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, p.8, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf, last visited Apr.3, 2024.

⑤⑩ [西]帕德罗·马丁内兹·弗拉加:《国际商事仲裁——美国学说发展与证据开示》,蒋小红、谢新胜等译,中国社会科学出版社2009年版,第7-13页。

⑤⑪ 张圣翠:《我国仲裁市场竞争法律制度的困境与突破》,载《政治与法律》2015年第7期,第98-102页。

行立法改革,对于仲裁制度的构建与完善乃至仲裁行业的发展是至关重要的。在相关方面,中国可适度借鉴德国的经验及做法。

在中国仲裁发展过程中,对当事方意思自治尊重不足有其历史原因。就仲裁发展路径而言,西方国家是由临时仲裁走向机构仲裁的。与此不同,中国仲裁从一开始就是由机构推动向前发展的,这在无形之中使得仲裁的行政化色彩较为浓厚,导致对仲裁程序进行立法规定时,无法明晰界定任意性规范与强制性规范,欠缺必要的谦抑性。

(1) 通过限缩强制性规范、尊重当事方的合理预期,提高仲裁的公信力

尽量限缩强制性规范的适用范围,充分尊重当事方意思自治,是现代仲裁程序法的重要发展趋势。^{⑤2}在仲裁程序规制方面,当事方意思自治原则仅应受到为确保基本程序公正的强制性要求的限制。无论是国际还是国内,在现代仲裁制度下,这些限制性要求的范围受到了严格的限制。只要不违反基本的公平正义、诚实守信原则,对仲裁程序进行规制时,就应当严格限制强制性规范的范围,在仲裁程序的规定和法律适用上,应当充分遵循当事方意思自治原则,尊重当事方的自行约定,从而保障当事方对基于其相关约定而进行仲裁程序的合理预期。

从 UNCITRAL Model Law 的条文措辞上也可发现,仲裁法应当在规制仲裁程序的一些细节上专门留白,交由当事方或仲裁规则来约定或规定。例如第 24 条第 3 款规定,所有当事一方向仲裁庭提交的文书、文件或其他信息材料均应传达当事另一方。仲裁庭在作出决定时可能依赖的任何专家鉴定报告或证据文件也应传达当事各方,^{⑤3}这里特意没有具体规定谁必须向谁传达。UNCITRAL Model Law 在此留白,就是为了避免在仲裁程序规制方面褫夺当事方自治约定的权利以及仲裁规则自主规范的功能。

规制仲裁程序时,限缩强制性规范的范围不仅有利于当事方在公正、友善的氛围中高效解决争议,而且有利于通过可预见的、良性的、稳定的程序运转来提高仲裁的公信力。

(2) 通过扩充任意性规范、促进仲裁规则的充分运用,提升中国作为仲裁地的吸引力

仲裁机构通过扩充任意性规范的范围,可以最大限度地赋予当事方程序自治权。如前所述,只要不违反基本的公平正义、诚实守信原则,仲裁程序的规制应当遵循当事方意思自治原则,充分尊重当事方选择及修改仲裁规则的自治权,这可促进仲裁机构的仲裁规则得以充分运用。

在中国,相比较而言,国际企业更多接受中国香港法域为仲裁地。中国香港之所以成为备受青睐的仲裁地,不仅是因为其拥有训练有素、经验丰富的普通法系的律师、仲裁

^{⑤2} 张圣翠:《国际商事仲裁强行规则研究》,北京大学出版社 2007 年版,第 63 页。

^{⑤3} 该条款英文全文如下:“All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document on which the arbitral tribunal may rely in making its decision shall be communicated to the parties.” *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as Adopted in 2006*, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf, last visited Mar.23, 2024.

员等专业人员储备,而且还因为其在《仲裁条例》修订中采纳了尊重当事方意思自治、注重以任意性规范赋予当事方充分程序自治权的 UNCITRAL Model Law。

结 语

无论是已经过去 27 年的 1997 年德国仲裁立法改革,还是 2023 年以来推进的德国仲裁立法现代化改革,无论是在微观层面对消极自裁管辖权决定的司法审查、仲裁裁决的公开、商事法庭的利用及临时措施的执行的改革,还是在宏观层面采纳 UNCITRAL Model Law 与国际接轨,以及进行国际化与数字化革新等方面的改革,均有可供中国参考借鉴之处。

随着改革开放的不断深化以及中国仲裁事业的不断发展,业界对仲裁改革“去行政化”“恢复民间性”的呼声不断。面对此种现实,中国仲裁改革的方向应当是尽量消减司法干预,并尽量提供司法协助。中国当下的仲裁修法及未来的进一步完善,可以从总体上立足于当事方意思自治,审慎处理仲裁规则与仲裁法之间、任意性规范与强制性规范之间的关系,并认可临时仲裁,允许适当运用网络仲裁,在诸如法院及司法机构支持仲裁、法律体制的中立性与公正性、对待第三方资助、仲裁的公信力等诸多方面进行改善。只要当事方合意提交仲裁,且法律无明文规定不可仲裁,就应当尽量尊重当事方意思自治,不宜过多进行非谦抑性的强制立法。可以借鉴德国 1997 年仲裁立法改革的经验,并适当关注德国目前现代化革新的改革新动向,酌情参考,以期能够通过较为彻底、合理的改革实现科学化、国际化、前瞻化、现代化,从而优化中国的仲裁制度,为中国的仲裁事业提供更具稳定性及可行性的法律环境,更有效地提升中国作为仲裁地的吸引力。UNCITRAL Model Law 的条文设计考虑到了国际商事仲裁的基本特征与核心价值,在程序规则方面赋予当事方充分的自主选择权,从而有效提升了仲裁的确定性与可预见性。中国《仲裁法》的修改,如果能够以国际商事仲裁核心价值为本,遵循当事方意思自治原则,在仲裁程序规制中扩充任意性规范的范围,采纳或充分吸收 UNCITRAL Model Law 在这方面的可取经验,则有助于提升中国作为仲裁地在国际上的吸引力。如果能够持续在相关领域做好法治化、现代化、国际化的革新,则有望打消业界及国际企业的顾虑,使得中国全方位地成为可被接受的、合适的仲裁地,进而成为国际上受欢迎、有吸引力、有竞争优势的仲裁地。

在全球治理体系加速变革的 21 世纪,中国在保障国内国际双循环的前提下,力求构建以“人类命运共同体”为宗旨的国际经贸秩序。在此背景下,具备科学性、国际性、前瞻性、现代性的国内仲裁制度有利于培育国际商事仲裁友好型法治土壤,维护良好且具有国际吸引力的营商环境。期待中国的仲裁修法在当下以及未来能有突破性进展,为国际商事仲裁制度科学与良性的发展提供具备一定前瞻性的法治环境,提高仲裁的公信力,从而维护良好的国际经贸秩序并促进新发展格局的构建与完善,有利于加快发展新质生产力。

Abstract: In 1997, Germany carried out a milestone reform of arbitration legislation. After about a quarter of a century facing the new situations in the 21st century, Germany plans to modernize its arbitration legislation. Looking back at the reform of arbitration legislation in Germany in 1997, and following up on the new trend of modernization of arbitration legislation promoted by the German Federal Ministry of Justice in April 2023 and February 2024, summarizing and analyzing the effect of Germany's reforms in 1997 and evaluating that the key to the current reform plan lies in international and digital innovation. In the current situation where China's arbitration legislation needs to be reformed, reviewing Germany's milestone reform in line with the international standards, observing the new trends of modernization reform that Germany plans to undertake, and analyzing from both micro and macro levels, in order to use for reference appropriately and to strive to create a more stable and feasible legal environment for the development of China's arbitration industry and the enhancement of China's international competitiveness in arbitration. Therefore, in the 21st century, through a scientific, international, forward-thinking, and modern Chinese arbitration system, cultivating a friendly legal soil for international commercial arbitration, maintaining a good business environment, and promoting the construction and improvement of China's new development pattern.

Keywords: arbitration legislation reform; international commercial arbitration; UNCITRAL Model Law; party autonomy

(责任编辑: 张靖昆)

ISDS 机制改革背景下仲裁员身份冲突规制：分歧、价值平衡与路径选择

陈虹睿 宋静怡^{*}

内容提要 仲裁员身份冲突带来的针对其独立性与公正性的怀疑加剧了 ISDS 机制的合法性危机,身份冲突规制作为解决合法性危机的突破口被广泛讨论,联合国国际贸易法委员会等机构的规则文本对身份冲突提出了以仲裁型改良路径与司法型改革路径为代表的不同规制路径。从规则文本与仲裁实践出发,仲裁员身份冲突表现形式的构成要素具有组成多元性与作用复合性的特征。通过比较司法型机制和仲裁型机制的特征,ISDS 机制中仲裁员身份冲突在实际可行性、群体多样性、意思自治三方面具有私法特殊性,同时在回应合法性、程序效率低下与问责性缺失质疑三方面又具有公法特殊性。ISDS 机制中仲裁员身份冲突规制的路径选择应当考虑 ISDS 机制兼具公法与私法价值的“跷跷板”特征,从两者价值平衡的角度出发选择合理的规制路径。以比例原则、透明度原则与可持续发展原则为指引,仲裁员身份冲突的规制宜同时考虑仲裁型与司法型规制路径兼具的灵活型规制方案。中国可以针对两类规制路径的规则完善提出相应预案。

关键词 ISDS 机制;身份冲突;价值平衡

一、ISDS 机制改革背景下仲裁员身份冲突规制的问题提出

(一) 仲裁员身份冲突的规制动机

投资者与国家争端解决(Investor-State Dispute Settlement,以下简称 ISDS)机制作为国际投资争端去政治化的解决方式和东道国吸引外资的重要手段,在国际范围内得到广泛应用。联合国贸易和发展会议《2023 年世界投资报告》中的数据显示,截至 2022 年底,基于国际投资协定提起的 ISDS 案件已达 1257 起。^①在 ISDS 案件迅速增长、ISDS 机制被广泛应用的同时,对 ISDS 机制合法性的批评及改革的讨论也更加热烈。ISDS 机制面临的合法性质疑主要集中于以下几项:仲裁员面临的独立性与公正性质疑、仲裁结

^{*} 陈虹睿,法学博士,西安交通大学法学院副教授;宋静怡,西安交通大学法学院硕士研究生。本文系陕西省社会科学基金项目《陕西省企业在非洲地区经营合作现状及风险防范对策研究(2023HWT05)》的阶段性成果。

^① Unctad, *World Investment Report 2023 Investing in Sustainable Energy for All (UNCTAD/WIR/2023)*, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2023_en.pdf, last visited Jan.10, 2024.

果的不一致性与不可预见性、仲裁费用与时间成本过高、仲裁程序缺乏透明度、仲裁第三方资助监管问题等。仲裁程序作为一种裁判性程序,中立和客观的仲裁庭是其基础要求,^②有法谚云“有什么样的仲裁员就有什么样的仲裁制度”(Arbitration is only as good as its arbitrators),更体现了仲裁员是影响仲裁结果的关键因素。在ISDS机制中仲裁员普遍存在身份冲突的情况下,^③人们会怀疑其是否仍能够独立公正地履行其裁决职责,这相应地增加了投资仲裁当事方对仲裁员提起质疑的可能,^④并进一步引发对整个投资仲裁机制合法性的质疑。因此,身份冲突问题作为独立性与公正性质疑问题的关键,是解决ISDS机制合法性质疑的重要突破口。

(二) 仲裁员身份冲突的内涵

为解决ISDS机制面临的合法性危机,国际社会已经形成对ISDS机制进行改革的共识。在仍保留投资者在国际层面对东道国享有索赔权利前提下的各类改革路径中,有两种路径成为讨论焦点,即司法型改革路径与仲裁型改良路径。系统改革的司法型路径认为,现存的投资仲裁机制存在严重危机,因此主张构建全新的投资法庭并引入上诉法庭来替代现有机制;另一方面,渐进改良的仲裁型路径则主张在沿用现有投资仲裁制度的基础上,从裁决一致性、仲裁员行为守则、仲裁透明度等角度进行渐进式改良。仲裁员身份冲突規制路径同样面临着前述根本性分歧,具体为:在第一类司法型改革路径下,禁止仲裁员身份冲突,设立一个由全职任职的法官组成的常设投资法院,包含一个初审法院与一个上诉法院;在第二类仲裁型改良路径下,不完全禁止仲裁员的身份冲突,通过行为守则等方式规范仲裁员的道德义务,在保留现有仲裁体系的前提下,完善仲裁员身份冲突的披露与应对措施。本文使用仲裁员(adjudicator)一词,替代上述改革路径中作为裁决或审判人员的仲裁员与法官,是鉴于现存ISDS机制的仲裁型渐进改良与司法型系统改革争议下,ISDS争端案件的仲裁人员的设置同时包含仲裁型机制下的仲裁员与司法型机制下的法官等多种可能。将ISDS机制下作出裁决的仲裁员与法官等仲裁人员统称为仲裁员,可以扩大涵盖范围以便于在论述中对两种路径的实践与理论情况等概括评价。^⑤因此,本文在同时涉及两种路径下仲裁员与法官的表述时使用仲裁员一词进行概括表述。在明确仲裁员一词的涵盖范围后,本文借鉴联合国国际贸易法委员会(以下

② [美] 加里·博恩:《国际仲裁:法律与实践》,白麟等译,商务印书馆2020年版,第174页。

③ Malcolm Langford等人构建了针对国际投资条约和仲裁的数据库(PluriCourts Investment Treaty and Arbitration Database),通过对数据库中1077起(截至2017年1月1日)国际投资仲裁案件的实证研究,其发现在58%的案件(627起案件)中仲裁员都存在身份冲突问题,因此仲裁员的身份冲突具有普遍性。参见Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Lie, *The Ethics and Empirics of Double Hatting*, ESIL Reflection, 2017, Vol.6:7, p.4.

④ 于湛受:《论国际投资仲裁中仲裁员的身份冲突及克服》,载《河北法学》2014年第7期,第134页。

⑤ 联合国贸法会出台的《仲裁员行为守则草案》对存在仲裁员与法官两种可能改革机制下的仲裁人员用“仲裁员(adjudicator)”进行了概括表述。See UNCITRAL, *Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes*, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_code_of_conduct_v2.pdf, last visited Jan.10, 2024. 此外,现有研究中已有学者使用“仲裁员”一词对ISDS机制改革不同方案下的仲裁人员进行统一表述。参见余劲松:《投资条约仲裁制度改革的中国选择》,载《法商研究》2022年第1期,第65-67页。

简称联合国贸法会)第三工作组相关工作文件与学者论述,^⑥对仲裁员身份冲突的内涵界定为,在国际争议解决程序中拥有仲裁员与当事人律师、专家顾问、学者等多重身份并可能会因此导致对仲裁员独立性与公正性怀疑的一种利益冲突形式。

(三) 仲裁员身份冲突规制的路径分歧

1. 司法型改革路径

司法型改革路径对法官的身份冲突行为进行全面禁止,在对现有 ISDS 机制进行全面改革的前提下,在具体考虑法官身份冲突问题时,通过设立常设投资法庭并禁止其出现身份冲突以应对现有质疑。此路径的支持方以欧盟为代表,此外还包括澳大利亚、亚美尼亚、智利等国。在投资仲裁实践中,许多欧盟国家成为被提起投资仲裁的被告,欧盟面临了 ISDS 机制与投资条约对其内部法治统一性的挑战,欧盟民众对现有投资协定中对投资者的保护规则与提起仲裁的权利滥用,与政府为避免因此被裁决的巨额赔偿而影响公共政策制定有实际担忧。^⑦因此,为了避免投资者滥诉对其公共利益和系统法治的损害,欧盟是对 ISDS 机制进行系统性改革的提出者和实践者,在《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》(EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement,以下简称 CETA)等条约中建立了常设投资法院制度,规定了法官成员的固定任期与薪水制度,加强了对法官身份冲突的规制。CETA 第 8.30.1 条规定了法官不得参与任何会造成直接或间接利益冲突的案件。且法官一经任命,就不得在本协定或任何其他国际协定项下的任何未决或新的投资争端中担任律师或当事方指定的专家或证人。^⑧此外,联合国贸法会第三工作组《国际投资争端解决法官行为守则》(以下简称联合国贸法会《法官行为守

⑥ 联合国贸法会文件对身份冲突的描述为,身份冲突通常是指仲裁员在 ISDS 机制程序或其他程序中同时或接替担任当事一方的律师、专家、仲裁员等其他角色的做法, See UNCITRAL, *A/CN.9/WG.III/WP.151-Possible reform of ISDS - Ensuring Independence and Impartiality on the Part of Arbitrators and Decision Makers in ISDS*, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/057/64/PDF/V1805764.pdf?OpenElement>, last visited Jan.10, 2024. 学者对身份冲突的界定有以下论述,傅攀峰提出投资仲裁中的“多顶帽子”(身份冲突)是业界人士在仲裁员、律师、法律顾问以及学者等各种角色间进行转换,若其处理的不同案件分别涉及着不同的身份,则可能潜在上引起利益冲突。参见傅攀峰:《单边仲裁员委任机制的道德困境及其突围——以 Paulsson 的提议为核心》,载《当代法学》2017 年第 3 期,第 131 页。杜焕芳等认为仲裁员身份冲突是指因为仲裁员身份与其他身份之间存在重合或接替,可能影响仲裁程序的进行与仲裁裁决的公正性,参见杜焕芳、李贤森:《仲裁员选任困境与解决路径——仲裁员与当事人法律关系的视角》,载《武大国际法评论》2020 年第 2 期,第 57 页。

⑦ *Slovakia v. Achmea* 等案件中,投资条约对欧盟法治的统一性产生了威胁。Court of Justice of the European Union, *The Arbitration Clause in the Agreement between the Netherlands and Slovakia on the Protection of Investments is Not Compatible with EU Law*, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-03/cp180026en.pdf>, last visited Jan.10, 2024; 桑远棵:《〈中欧全面投资协定〉ISDS 机制:欧盟方案与中国选择》,载《国际贸易》2023 年第 5 期,第 66-67 页。

⑧ 条款对应的英文原文如下: The Members of the Tribunal shall be independent. They shall not be affiliated with any government. They shall not take instructions from any organisation, or government with regard to matters related to the dispute. They shall not participate in the consideration of any disputes that would create a direct or indirect conflict of interest. They shall comply with the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration or any supplemental rules adopted pursuant to Article 8.44.2. In addition, upon appointment, they shall refrain from acting as counsel or as party-appointed expert or witness in any pending or new investment dispute under this or any other international agreement.

则》)、北京仲裁委员会《国际投资争端仲裁员行为守则》(以下简称北仲《行为守则》)、国际律师协会《国际仲裁中的利益冲突指引》(以下简称IBA《利益冲突指引》)均涉及全面禁止身份冲突的相关条款。

2. 仲裁型改良路径

仲裁型改良路径不支持对身份冲突的全面禁止,而是希望在延续现有投资仲裁体系的前提下,通过对允许仲裁员存在身份冲突条件的限缩或加强披露义务等方式规制其身份冲突,此路径的支持方以美国为代表,还包括韩国、瑞士、土耳其等国。究其原因,在近些年的国际投资仲裁实践中,美国等国家的利益尚未受到严重影响,^⑨因此,在维护现有机制的前提下对身份冲突进行回应是这类国家的立场。《美国墨西哥加拿大协定》(The United States-Mexico-Canada Agreement,以下简称USMCA)第14.D.6条保留了当事方选任仲裁员的权利,但是对仲裁员的利益冲突与身份冲突规制提高了要求,规定当事方指定的仲裁员应当遵守国际律师协会《利益冲突指引》,且在仲裁程序进行期间,仲裁员不得在本附件项下的任何未决仲裁中担任律师或当事方指定的专家或证人。^⑩美国在对联合国贸法会第三工作组系列行为守则草案的评论中提出,应当在保证仲裁员独立性与公正性和适当限制身份冲突之间找到平衡,采取加强仲裁员披露义务的方式将更适宜于建立一个通用的规则。此外,在各机构的规制文本中,联合国贸法会第三工作组《国际投资争端解决仲裁员行为守则》(以下简称联合国贸法会《仲裁员行为守则》)、北仲《行为守则》、IBA《利益冲突指引》均涉及通过允许仲裁员存在身份冲突条件的限缩与加强披露义务的规制路径。

(四) 仲裁员身份冲突规制路径选择的价值权衡

仲裁员身份冲突的仲裁型改良路径与司法型改革路径各有优劣,因此如何在ISDS机制应对合法性危机改革的背景下,从充分作用于整个系统的仲裁员角度出发,选择合适的身份冲突规制路径是ISDS机制改革中至关重要且亟待解决的问题。仲裁员身份冲突规制的上述路径分歧是ISDS机制应对合法性危机的改革分歧在仲裁员面临独立性与公正性质疑核心问题时的投影,上述分歧的背后是ISDS机制的公法价值与私法价值的权衡与取舍。司法型改革路径支持方主张国际投资仲裁体系应注重以程序正义为中心的公法价值,对国际投资仲裁进行“去商事化”;而仲裁型改良路径支持方主张国际投资

^⑨ 参见联合国贸发会网站美国涉国际投资仲裁案件统计情况, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/223/united-states-of-america>, 最后访问日期: 2024年1月6日。截至2024年1月6日, Investment Dispute Settlement Navigator 栏目公布的涉美国的所有案件中尚未做出对美国不利的裁决。

^⑩ 条款对应的英文原文如下: Arbitrators appointed to a tribunal for claims submitted under Article 14.D.3.1 shall:

- (a) comply with the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, including guidelines regarding direct or indirect conflicts of interest, or any supplemental guidelines or rules adopted by the Annex Parties;
- (b) not take instructions from any organization or government regarding the dispute; and
- (c) not, for the duration of the proceedings, act as counsel or as party-appointed expert or witness in any pending arbitration under the annexes to this Chapter.

仲裁体系应注重以意思自治为中心的私法价值,国际投资仲裁应当加强“商事化”。路径选择的取舍在减轻一个方面的质疑的同时也会加剧另一个方面的担忧,在制度比较分析中,如果“只关注单一制度的缺陷,而没有对其替代制度采取同样严格的态度”,将会产生问题。^⑪

1. 司法型改革路径的优势与质疑

司法型改革路径较之于仲裁型改良下的完善仲裁员披露义务的路径,以设置常设投资法院与专任法官作为解决身份冲突的路径,其优势在于:首先,完全禁止法官拥有多重身份,从最大限度上避免其因身份冲突而产生的利益冲突及引发的独立性与公正性质疑,有利于维护 ISDS 机制的程序公正性与合法性。第二,此路径在一定程度上有利于提升 ISDS 机制的程序效率,因为常设投资法院的明确规定更利于执行与应用,事先明确排除法官的身份冲突将避免后续仲裁程序中各方因身份冲突而质疑法官的独立与公正性。第三,设立常设投资法院将提升系统的问责性,有利于统一案件裁决标准,以应对现存的国际投资法碎片化问题。司法型改革路径也面临质疑:法官的专职制度确保其独立于投资者,但是由缔约国任命法官的制度可能会导致仲裁员偏向于维护东道国利益,产生矫枉过正的政治化风险,从而背离了设置 ISDS 机制以平衡投资者与东道国利益的初衷。其次,与需要因身份冲突而回避的制度相比,完全禁止制度可能会排除更多数量的候选人,对仲裁员群体多样性产生负面影响,并完全剥夺投资者选择仲裁员的意思自治。^⑫

2. 仲裁型改良路径的优势与质疑

仲裁型改良路径较之于司法型改革下的完全禁止法官身份冲突的路径,通过对允许仲裁员存在身份冲突条件的限缩与加强披露义务等方式回应仲裁员面临的独立性与公正性质疑,其优势在于:首先,此路径保留了仲裁程序中当事人指定仲裁员的权利,发挥了这一当事人在仲裁程序中所看重的最具价值的优点。^⑬第二,此路径有利于扩大仲裁员的可选任范围,从而提升仲裁员群体的多样性,回应现存的对于 ISDS 机制中仲裁员缺乏多样性的质疑。因为这种路径没有事先将一批具有多重身份的仲裁员排除在外,而是允许针对仲裁员身份冲突的实际情况,以是否会导致其缺乏独立性和公正性为标准进行具体评估。第三,此路径使仲裁员的选任具有较高的实际可行性,因为身兼多职的仲裁员可能同时在学术、实务等领域得到经验积累与锻炼,从 ISDS 机制的现实情况出发,这种积累对其高效履职具有促进作用。^⑭仲裁型改良路径同时也面临质疑:首先,不对现有 ISDS 机制进行系统性改革能否真正回应现存针对仲裁员的独立性与公正性的质疑;

⑪ Malcolm Langford, Daniel Behn and Maria Chiara Malaguti, *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2023, Vol.14:2, p.151.

⑫ 余劲松:《投资条约仲裁制度改革的中国选择》,载《法商研究》2022年第1期,第66页。

⑬ 同前注②,第162页。

⑭ Elsa Sardinha, *Party-Appointed Arbitrators No More: The EU-Led Investment Tribunal System as an (Imperfect?) Response to Certain Legitimacy Concerns in Investor-State Arbitration*, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, Vol.17:1, p.130.

其次,在较为宽松的身份冲突限制条件下,改良路径面临应当在哪些指导原则下进行、如何进行具体制度改进与细则完善等问题。

二、ISDS 机制改革背景下仲裁员身份冲突规制的实践考察

(一) 仲裁员身份冲突表现形式与构成要素的对比分析

仲裁员身份冲突的表现形式在各学者论述与规则实践中有所不同,目前研究对仲裁员身份冲突的表现形式总结较为简单和片面,没有结合仲裁员身份冲突的整体情况对其构成要素进行全面的考察。因此本文通过分析目前国际实践中被广泛讨论的 CETA、联合国贸法会《仲裁员行为守则》和《法官行为守则》,以及北仲《行为守则》系列规制文本中共同反复强调的身份冲突情形以总结其表现形式。通过对仲裁员身份冲突规制条款提取“最大公约数”,可以发现,仲裁员身份冲突包含四类构成要素,即身份因素、时间因素、议题因素和程序因素,这四类因素共同作用于仲裁员身份冲突的判断并共同构成仲裁员身份冲突的表现形式。从仲裁员身份冲突的规制条款可以看出,仲裁员身份冲突表现形式为具备身份因素,同时具备时间因素、问题因素、程序因素中的至少两种要素。即构成要素中的身份因素是影响是否表现为仲裁员身份冲突的必要要素,而其他三项要素则是选择要素。仲裁员身份冲突规制条款的文本分析情况见下表 1 与表 2。

表 1 司法型改革路径下法官身份冲突表现形式的构成要素

规则来源	规制	构成要素			
		身份因素	时间因素	议题因素	程序因素
CETA 第 8.30 条	一旦接受指定成为法庭成员,将不能作为律师或当事方指定的专家参与任何未决或新提起的任何投资协定项下的争端解决程序。	律师 / 专家	未决 / 新提起	/	投资协定规定的争端解决程序
联合国贸法会《法官行为守则》	1. 法官不得担任任何政治或行政职务。法官不得从事与其独立性及公正性义务或任职要求相抵触的其他任何专业性职业。特别是,法官不得在其他任何程序中担任代理人或专家证人。 2. 法官应当按照常设机制规则的要求申明其担任的任何其他职务或职业。涉及第 1 款的任何问题应由常设机制解决。 3. 前法官不得以任何方式参与常设机制审理的在其任职期间内未决的任何程序。 4. 前法官在其任期结束之后三年内,不得在常设机制审理的任何案件程序中担任代理人或专家证人。	政治或行政职务 / 代理人 / 专家证人	任职期及期后三年内	/	任何程序

表 2 仲裁型改良路径下仲裁员身份冲突表现形式的构成要素

规则来源	规制条文	构成要素			
		身份因素	时间因素	问题因素	程序因素
联合国贸法会《仲裁员行为守则》	1. 除非各方当事人均同意, 仲裁员不应同时涉及: (1) 相同措施; (2) 相同或相关当事人; 或 (3) 相同条约中相同条款的任何其他案件程序中担任代理人或专家证人。 2. 自仲裁员任期结束之日起三年内, 除非各方当事人均同意, 已卸任的仲裁员不应在涉及相同措施、相同或相关当事人的任何国际投资仲裁程序或其他相关程序中担任代理人或专家证人。 3. 自仲裁员任期结束之日起一年内, 除非各方当事人均同意, 已卸任的仲裁员不应在涉及相同条约中的相同条款的任何国际投资仲裁程序或其他相关程序中担任代理人或专家证人。	代理人 / 专家证人	任职期及期后三年内 / 一年内	相同措施 / 相同或相关当事人 / 相同条约中的相同条款	任何程序
北仲《行为守则》第三条履职要求	仲裁员应避免同时在多起涉及相同当事人、相同国际投资协定或相同事实的仲裁案件中担任仲裁员、代理人、顾问、仲裁庭或法庭指定的专家、专家证人等。	仲裁员 / 代理人 / 顾问 / 仲裁庭或法庭指定的专家 / 专家证人	任职期内	相同当事人 / 相同国际投资协定 / 相同事实	投资仲裁程序

(二) 仲裁员身份冲突的构成要素具有组成多元性

通过对各个典型规则文本中身份冲突规制条款的分解与总结, 可以看出仲裁员身份冲突表现形式的构成要素是多元化的, 可以归纳为身份因素、时间因素、议题因素和程序因素四类, 这四类构成要素包含的具体情形丰富多变, 每种情形对身份冲突严重程度的影响也不尽相同。各个构成要素对身份冲突的影响可以总结为下表 3。

表 3 仲裁员身份冲突的构成要素及影响方式

构成要素	可能情形	影响方式
身份因素	担任仲裁员并具有以下身份：代理 律师 / 专家证人 / 鉴定人 / 勘验人 与当事人有以下关系：同事 / 雇佣 / 顾问 / 第三方资助人	仲裁员在参与的争端解决程序中拥有的 其他身份对身份冲突的严重程度有影 响。代理律师、专家证人身份的影响更 大,其他身份的影响较小。
时间因素	参与平行程序 / 间隔一年 / 三年 / 五年	仲裁员参与前后争端解决程序的时间间 隔对身份冲突的严重程度有影响,时间 间隔越长,则影响越小。
议题因素	涉及相同措施 / 相同条约中的相同 规定 / 类似的法律问题 / 相同事实	仲裁员参与的争端解决程序的问题是否 相同对身份冲突的严重程度有影响,所 涉问题重合度越小,则影响越小。
程序因素	国际投资争端解决程序 / 任何其他 程序	仲裁员参与的争端解决程序的类型对身 份冲突的严重程度有影响。同为国际投 资争端程序的影响更大,若为其他任何 程序 (如国际商事仲裁程序、国际法院 程序或国内法院程序) 则影响较小。

（三）仲裁员身份冲突的构成要素具有作用复合性

1. 具有代理律师身份因素且高相关度问题因素,裁定回避

ICS v. Argentina 案中,被申请方阿根廷要求存在身份冲突的仲裁员 Alexandrov 回避。作出回避决定的理由主要有: Alexandrov 先生在其披露的信息中说明了 Alexandrov 个人和其所在的 Sidley Austin 律所目前在另一长期与被申请方存在纠纷的 Vivendi v. Argentina 案中代表了申请方 Vivendi 公司,这种情况会使 Alexandrov 先生处于与被申请方阿根廷利益相悖的境地,且往往会引起对于仲裁员公正性和独立性的合理担忧。依据双方都援引的 IBA《利益冲突指引》“橙色清单”第 3.4.1 条“仲裁员的律师事务所目前正在担任一方当事人的相对方或一方当事人的关联公司的相对方的代表”和第 3.1.2 条“仲裁员在过去的三年内曾经在不相关的事宜上担任一方当事人或一方当事人关联公司的相对方的法律顾问”的规定,上述两类情况可能会引起对仲裁员公正性或独立性的合理怀疑。本案仲裁员 Alexandrov 先生所披露的事实与“橙色清单”罗列的两种情况相符,而且这两个案件都涉及了相类似的投资保护问题,因此 Jemej Sekolec 先生认为, Alexandrov 先生身份冲突的严重程度足以让人对 Alexandrov 先生的公正性和独立性产生客观合理的怀疑。Jemej Sekolec 先生的结论是, Alexandrov 先生应当回避。^⑮

⑮ ICS v. Argentina, PCA Case No.2010-09, Decision on Challenge of Stanimir Alexandrov, 2009, para.22.

2. 具有学者身份因素且低相关度问题因素, 裁定无需回避

Blue Bank v. Venezuela 案中, 委内瑞拉对仲裁员 Álvaro Castellanos Howell 提出了质疑, 但没有得到仲裁庭支持。其质疑理由是: Álvaro Castellanos Howell 曾经在某专栏发表了他对委内瑞拉的“批评”意见, 因此其对委内瑞拉有个人偏见, 这将影响其作为仲裁员的公正性和独立性。本案仲裁庭认为, Álvaro Castellanos Howell 在专栏中只是引用了某些关于委内瑞拉的观点来支持其对危地马拉司法改革法案的论述, 并不是 Álvaro Castellanos Howell 对委内瑞拉这一国家的价值判断, 这些论述与本案涉及的国际投资仲裁具体问题没有关联, 因此专栏意见并不足以证明 Álvaro Castellanos Howell 对委内瑞拉有个人偏见, 这些陈述也没有表明 Álvaro Castellanos Howell 明显缺乏《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第 14 条所要求的公正性和独立性。据此仲裁庭驳回了被申请方的回避请求。^{①⑥}

上述案例实践体现了对仲裁员是否因身份冲突导致缺乏独立性与公正性的决定通常会综合考虑多个身份冲突的构成要素, 即构成要素对身份冲突判断的作用不是孤立的, 而是具有复合性的。在四个构成要素中, 身份因素在复合作用中起到主导判断作用, 其他因素则起到辅助判断作用。应当注意的是, 在社会关系、利益关系交错的具体案件中, 仲裁员的其他身份与本案件的关联情况、案件本身涉及的问题往往都较为复杂, 因此, 身份冲突规制的构成要素表明, 在选择规制路径时, 如果仅仅通过身份冲突构成要素中的“身份因素”标签就对仲裁员身份冲突的情形直接采取全面禁止的孤立前置判断路径, 则忽视了构成要素的组成多元性与作用复合性, 从而难以合理回应现存文本与实践反映的身份冲突问题, 难以合理地探究其影响仲裁员独立性与公正性判断的本质。

三、ISDS 机制改革背景下仲裁员身份冲突规制的理论考察

前述仲裁员身份冲突表现形式的规则文本与案例表明, 仅通过身份冲突构成要素中的“身份因素”标签进行孤立判断、对身份冲突情形直接采取全面禁止的路径与 ISDS 机制实践是不相匹配且难以实施的。作为兼具公法与私法特征的争端解决方式, 在建立之初, ISDS 机制就借鉴了国际争议解决机制中的司法型机制与仲裁型机制的相关制度规则。在 ISDS 机制面临合法性质疑的背景下, 需要在对公法与私法价值进行平衡的基础上探寻仲裁员身份冲突规制的合理路径。

(一) 仲裁员身份冲突规制司法型改革路径的质疑

司法型争端解决机制对法官独立性与公正性的要求十分严格, 这与其设立的初衷和原则有关。司法型机制具有常设性质, 法官是拥有固定任期和薪水的专任职位, 因此直

^{①⑥} Blue Bank v. Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20, Decision on the Proposal to Disqualify Álvaro Castellanos Howell, 2009, paras. 82-90.

接禁止其同时拥有其他身份或职位是正当合理的。^{①⑦}但是,对于 ISDS 机制这一公法与私法特征兼而有之的争议解决机制,直接全面采取司法型的改革路径将会在意意思自治性、群体多样性与实际可行性三方面产生矫枉过正的问题。

1. 意思自治性质疑

首先,需要考虑完全禁止仲裁员身份冲突对当事人意思自治的影响。投资者与国家之间的仲裁机制因面临合法性危机需要进行改革,但是必须避免从一个极端走到另一个极端的误区,即由完全的商事化走向过度的政治化。^{①⑧}当事人意思自治是仲裁的基石,“仲裁程序的启动及其后的每个环节都浸润着当事人意思自治的光泽”,而当事人意思自治在仲裁程序中最核心的表现之一就是仲裁员的选任。^{①⑨}对仲裁员任职资格设置的宽严本质上是对意思自治和公平正义两种价值的取舍,ISDS 机制仍属国际仲裁体系,不加以区分地对当事人选任仲裁员的意思自治进行过多的干涉和限制显然违背了仲裁体系作为自治的法律秩序的设立初衷。^{②⑩}伦敦玛丽女王大学在对公司法务、全职仲裁员、律师、专家等从业者进行的国际仲裁调研中发现,39%的受访者认为能够挑选仲裁员是仲裁最具价值的特点之一。^{②⑪}并且,在 ISDS 机制中拥有指定仲裁员的自治权有利于当事人认可并执行最终裁决。^{②②}

2. 群体多样性质疑

其次,需要考虑禁止或者限制 ISDS 机制中仲裁员的多重身份对仲裁系统多样性和可持续发展的影响。ISDS 机制的仲裁人员成为“小圈子”“精英俱乐部”的现象,已经广受诟病。有统计显示:年长的欧美白人男性群体一直占据国际投资仲裁员群体的主流,而具有少数族裔、非欧美国家、年轻的以及女性等标签的候选人则一直处于非主流的地位。^{②③}多样性的缺乏会导致 ISDS 机制的可持续发展、独立性和公正性受到质疑,增强仲裁人员多元性的意义在于让审理机构以广泛的视角关注到投资者、东道国以及社会公众的不同诉求,避免认知偏见与群体思维,增强裁审结果的公正性。^{②④}但是对于非主流的仲裁员群体来说,窘迫的现实使得其满足苛刻的身份冲突规则异常困难。他们持续获得

^{①⑦} 同前注^④,第139页。

^{①⑧} 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》,载《政法论丛》2021年第3期,第147页。

^{①⑨} 杜焕芳、李贤森:《国际商事仲裁当事人程序自治边界冲突与平衡》,载《法学评论》2020年第2期,第167页。

^{②⑩} 凌冰尧:《我国仲裁员任职制度的合理性分析与完善建议》,载《国际商务研究》2020年第6期,第87页。

^{②⑪} School of International Arbitration at Queen Mary University of London, *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration (2018)*, [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey—The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF), last visited Jan.10, 2024.

^{②②} *Supra* note 14.

^{②③} Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, *Journal of International Economic Law*, 2017, Vol.20:2, p.305; Carol Mulcahy, *Diversity on Arbitral Tribunals: Are We Getting There? BLP International Arbitration Survey 2016*, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/diversity-on-arbitral-tribunals-are-we-getting-there-blp-international-arbitration-survey-2016/>, last visited Dec.31, 2023.

^{②④} Katia Fach Gomez, *Diversity and the Principle of Independence and Impartiality in the Future Multilateral Investment Court*, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, Vol.17:1, p.91.

仲裁员任命的难度较大。因此,在两次担任仲裁员的间隔期间,他们往往同时兼任律师以谋生。^{②5} 所以,如果完全禁止仲裁员身兼数职,将会缩小潜在的仲裁员候选人范围,削弱仲裁员群体的多样性,增加决策偏颇的风险、降低仲裁裁决的质量,进而不利于 ISDS 机制的可持续发展。^{②6}

3. 实际可行性质疑

最后,从实际可行性出发,需要考虑如果 ISDS 机制中仲裁员仅担任仲裁员并拒绝其他所有工作是否可行?《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》草案中规定,其常设仲裁庭的法官每月薪资为 2000 欧元,而世界贸易组织上诉机构成员仲裁员的每月薪资为 7000 欧元左右,前者的薪资不到后者薪资的三分之一,远低于仲裁领域顶尖律师的收入。^{②7} 投资仲裁案件通常较为复杂、耗时较长且案件数量较少,如果其薪资水平和与其能力相当的律师相比有很大差距,那么可以预见的是,将不会有优秀的仲裁律师愿意放弃其高薪工作而成为专职的仲裁员。禁止身份冲突将排除仲裁市场上非常有价值和经验的法律专业人士。有学者明确指出,“如果仲裁员必须完全摆脱所有可能的外部影响,那么只有最幼稚或最无能的人才能胜任这一角色”。^{②8} 当然作为替代方案,可以放弃选择律师而改由学者主要承担投资纠纷的仲裁责任。但是 ISDS 机制是一个较为复杂的领域,实务经验和学术积累同样重要,国际投资法学者如果缺乏实际参与案件的经验,将不能很好地胜任仲裁员这一角色。^{②9}

(二) 仲裁员身份冲突规制仲裁型改良路径的质疑

商事仲裁的重要优点在于仲裁当事方具有较高的自治性,可以参与选任仲裁员,同时仲裁员也具有临时性、非专职性的特点,律师等身份的仲裁实践参与者是仲裁员最重要的选任来源之一,因此不可能也没有必要对商事仲裁的仲裁员设置过多的身份限制。然而, ISDS 机制在应对合法性质疑、提升程序效率与完善问责性三方面与仲裁型私法机制相比具有特殊性,完全沿用现存宽泛的身份冲突规制方式不能回应其面临的各类质疑。

1. 作为全球治理工具应对合法性的质疑

ISDS 机制是实现全球治理的工具,同时全球治理理论也促进着 ISDS 机制的不断完善。ISDS 机制裁决不仅关乎个案裁判,而且通过体系化的裁决考量不断引领完善着国

^{②5} John Crook, *Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension*, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/FC6538AE5CBDF495577F94D8F51AFA0F/S2398772319000369a.pdf/div-class-title-dual-hats-and-arbitrator-diversity-goals-in-tension-div.pdf>, last visited Jan.10, 2024.

^{②6} Nathalie Allen, Leonor Córdova and Natalie Hall, “If Everyone Is Thinking Alike, Then No One Is Thinking”: The Importance of Cognitive Diversity in Arbitral Tribunals to Enhance the Quality of Arbitral Decision Making, *Journal of International Arbitration*, 2021, Vol.38:5, p.601.

^{②7} Efila, *Task Force Paper Regarding the Proposed International Court System (ICS)*, http://efila.org/wp-content/uploads/2016/02/EFILA_TASK_FORCE_on_ICS_proposal_1-2-2016.pdf, last visited Jan.10, 2024.

^{②8} William Park, *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent*, *The San Diego Law Review*, 2009, Vol.46:3, p.635.

^{②9} *Supra* note 14, at 134.

际投资法规则,这与商事仲裁存在根本区别。^{③①}作为全球治理工具,ISDS机制中的仲裁员身份冲突规制面临着公信力质疑。若仲裁员在一定程度上缺乏公法知识与实践经验,作为超越国家主权范围与单一行为体行使治理权力的仲裁庭,人们对其能否在涉公法背景下的全球治理中正当行使权力产生质疑。^{③②}同时,仲裁员群体中的少数人占据多数工作席位的情况较为严重,即部分受到良好国际法学教育的“北方国家”的专业人员持续交替作出仲裁裁决,而不断走向世界舞台中央的“南方国家”在国际投资仲裁庭中的代表权却严重缺失。^{③③}在世界经济格局深刻变化的背景下,“南北国家”的利益关系相互依存,因此需要在以正义为核心价值追求的前提下,为促进形成投资者与东道国利益平衡,推动ISDS机制中仲裁员身份冲突规制方式以及ISDS机制的可持续发展与改革完善。^{③④}

2. 作为国际公共产品提升程序效率的质疑

ISDS机制属于国际公共产品。首先,ISDS机制从其实践情况看,具有公共产品的非排他性与非竞争性特征。其次,从ISDS机制的功能作用出发,其涵盖的东道国基础设施建设、自然资源开发等议题涉及了东道国的公共利益,满足解决投资争端等公共需求。^{③⑤}作为国际公共产品,ISDS机制在应对合法性质疑时表现出效率赤字与效果赤字,导致其面临信任危机,具体到仲裁员身份冲突中,即表现为效仿商事仲裁的仲裁员身份冲突规制机制的公正性改进要求。^{③⑥}关于效率赤字,现存仲裁员身份冲突规制规则的模糊性对判断仲裁员是否独立公正和仲裁程序的推进造成了阻碍;关于效果赤字,现存国际投资仲裁员身份冲突规制机制能否使仲裁员达到独立公正的预期效果存在疑问。基于效率赤字与效果赤字,现存仲裁员身份冲突规制机制的信任赤字将导致对整个ISDS机制的信任危机,重塑对ISDS机制的信任需要对ISDS机制作为国际公共产品的核心追求——公正性建立制度保障,即需要基于公正性对现行仲裁员身份冲突规制机制进行制度更新。

3. 作为全球行政机构完善系统问责性的质疑

ISDS机制中的仲裁庭在针对具体问题进行裁决时,需要仲裁员以高度的专业性进行判断,而其在具体案件中确立的判断标准并不一定需要遵循裁决先例,但是其裁决又有可能对参与仲裁的被申请方以及其他做出类似行为的国家和此后类似案件的裁决产生影响。仲裁庭在投资条约网络构成的全球行政空间中行使着“监管”权力,因而是一

③① Stephan W. Schill、肖俊:《国际投资法与比较公法——一些基本问题》,载《国际经济法学刊》2013年第3期,第134页。

③② 陈磊:《风险、激励与监管:ISDS仲裁员的身份冲突及其化解》,载《国际商务研究》2017年第2期,第68页。

③③ 张建:《国际投资争端全球治理体系的变革与中国因应》,载《理论视野》2021年第11期,第70页;曾巧生:《全球治理的价值、内涵及中国的国家定位》,载《求实》2016年第11期,第73页。

③④ 张晓君、李文婧:《全球治理视野下国际投资法治的困境与变革》,载《法学杂志》2020年第1期,第32页。

③⑤ 周波、张强、寇铁军:《国际公共产品供给:历史演进、发展趋势及中国的策略选择》,载《中央财经大学学报》2022年第10期,第11-12页。

③⑥ 田旭、徐秀军:《全球公共产品赤字及中国应对实践》,载《世界经济与政治》2021年第9期,第130页。

种全球行政机构。^{③⑥}随着 ISDS 机制案件数量的增长,这种权力和影响在不断扩张,但是,这种扩张中呈现的过度保护投资者而忽视东道国公共利益的倾向对东道国的主权造成了负面影响,在对 ISDS 机制改革中,对于纠正这种偏向的呼声不断壮大。因此,根据全球行政法理论,在 ISDS 机制中建立一个上诉机制对裁决进行审查和问责是必要的。在面临审裁员多重身份信息的披露尺度把握与对上诉机制中审裁员身份冲突路径进行设置时,金斯伯里提出的全球行政法的程序性参与和透明度、阐明决策理由、决策审查与比例原则这四项目原则性特征可以为身份冲突规制的完善提供指引。^{③⑦}

(三) 审裁员身份冲突规制路径选择的价值平衡取向

与司法型机制和仲裁型机制中的审裁员身份冲突规制不同, ISDS 机制同时具有公法与私法两方面的比较特征。与司法型机制相比,如果直接对审裁员身份冲突采取全面禁止的规制路径,无疑将对当事方选任审裁员的意思自治和 ISDS 机制裁决执行产生不利影响。如果在不影响审裁员独立性和公正性的前提下,当事双方可能会都同意一个具有广泛国际投资仲裁知识的多重身份的审裁员参与仲裁,事先禁止的制度削弱了仲裁制度的灵活性以及自治性,当事人可能会减少对 ISDS 机制这一争端解决方式的选择,不利于 ISDS 机制的可持续发展。与仲裁型机制相比,如果不对现有 ISDS 机制中的审裁员身份冲突规制规则予以改革完善,则无法回应其面临的合法性、程序效率低下与问责性缺失的尖锐质疑。制度设计经常需要进行权衡取舍,针对审裁员身份冲突规制路径的选择也不例外。^{③⑧}事实上,完美的解决方案在实践中很少出现,并且一味地追求一种价值而牺牲其他价值也是危险的,任何法律秩序都不应追求机械的一致性,因此需要对不同的价值追求进行权衡。ISDS 机制同时涉及公法下的权力控制与私法下的权利保障,就像一个两边都有承重的跷跷板,一边是秉持严格程序正义的公法“砝码”,另一边是尊重意思自治的私法“秤砣”,要使这个“跷跷板”系统达到稳定,需要注重两端价值取向的平衡,对任意一端的偏重都会影响 ISDS 机制系统的稳定发展。

四、ISDS 机制改革背景下审裁员身份冲突规制的基本原则

ISDS 机制的规则实践与比较特征表明了对审裁员身份冲突规制路径选择与完善的迫切性。在原则构建层面,以前述 ISDS 机制的特征分析为理论基础,通过引入比例原则、透明度原则与可持续发展原则,可以为身份冲突规制路径的选择与现存规则的完善提供指引。

^{③⑥} 于安:《全球行政法的进路——基于两篇经典文献的诠释》,载《行政法学研究》2015年第6期,第6-7页。

^{③⑦} Benedict Kingsbury, Nico Krisch and Richard B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, Law and Contemporary Problems, 2005, Vol.68:3/4, pp.17,30.

^{③⑧} *Supra* note 11.

1. 比例原则

ISDS 机制在对各项利益的考量上具有“跷跷板”的特征,即在对仲裁员身份冲突规则进行完善时,需要考虑“跷跷板”两边公法与私法价值的平衡。全球行政法理论要求行政行为须符合手段与目标之间的合理关系,^③借鉴全球行政法理论,针对仲裁员身份冲突的规制应当符合比例原则,即应当注重规制方法与规制目的的合理比例。首先,在仲裁员身份冲突规制路径与框架的选择问题上,不宜单纯地完全转向司法型机制,也不宜对现存仲裁型规则盲目遵从。仲裁员身份冲突规制需要对部分身份冲突进行防范,同时不影响 ISDS 机制的正常运转,在二者之间达到平衡,^④即把握身份冲突限制手段与确保 ISDS 机制合法性之间的合理关系。其次,在仲裁员身份冲突规制的具体规则完善方面也应当坚持比例原则,即仲裁员群体的多样性保障、披露义务范围的规定等问题也应当遵循手段与目标间的合理比例。

2. 透明度原则

作为全球治理工具与全球行政机构,ISDS 机制决策做出的相关信息的透明度是合法性建立的必要前提。^⑤世界银行、国际货币基金组织和世界贸易组织等国际组织都在通过向公众提供广泛的获取其机构文件的途径来回应有秘密决策的批评。透明度原则强调政策的制定应有“所有利益相关方”的广泛参与。^⑥因此,具体到仲裁员身份冲突透明度原则的落实,应当广泛吸收 ISDS 机制利益相关者的意见,在仲裁员履行披露义务的阶段提高透明度。理论界和实务界对身份冲突情形是否一定导致仲裁员缺乏独立性与公正性尚未达成较一致的意见,如果直接通过事先全面禁止的路径对身份冲突进行规制,将会导致规则的僵化,无法根据 ISDS 机制个案的特点,针对仲裁员是否真正因身份冲突而丧失独立性与公正性做出准确判断。因此,应当以透明度原则为指引,通过利益相关者的广泛参与和强化披露义务,完善现有的身份冲突规制规则。

3. 可持续发展原则

作为供给国际公共产品并履行国际投资治理职责的 ISDS 机制,面临各项程序与实体问题的质疑,对 ISDS 机制应当坚持的价值观念进行明确是改革进行的前提,可持续发展理念可以作为国际投资法治促进全球经济在平等合作的基础上进一步繁荣发展的引领原则。^⑦具有多重身份的仲裁员在国籍、性别等方面呈现出西方国家占比高、男性仲裁员占比高的内卷化特征,被指派的具有不凡履历的仲裁员群体画像为希望进入这一领域的新人设置了一道高门槛,这种内卷化特征与隐形门槛不利于 ISDS 机制的可持续发

^③ *Supra* note 37, at 40.

^④ Olof Larsson, et al., *Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2022, Vol.14:2, p.148.

^⑤ 杜焕芳、郭诗雅:《投资条约仲裁的第二次转型:合法性危机下的全球行政法理论引入》,载《江西社会科学》2021年第4期,第189页。

^⑥ 詹晓宁、欧阳永福:《〈G20全球投资政策指导原则〉与全球投资治理——从“中国方案”到“中国范式”》,载《世界经济研究》2017年第4期,第5页。

^⑦ 同前注^③。

展。^{④④} 如果希望 ISDS 机制成为国际社会可以长期应用的公共产品与治理工具,审裁员群体的选任与退出需要形成良性循环,通过解决审裁员群体的国家与性别代表性、涉及多重身份信息披露的范围与时限以及年轻审裁员群体发展培养等具体问题,促进 ISDS 机制的可持续发展。

五、ISDS 机制改革背景下审裁员身份冲突规制路径选择的 中国因应

(一) “一带一路”国际投资争端解决中心的构建

1. “一带一路”国际投资争端解决中心的构建背景

作为全球投资治理的重要工具, ISDS 机制面临着合法性质疑,国际社会已经达成对 ISDS 机制进行改革的共识,但是各国对于国际投资仲裁体制未来道路的选择仍有较大的分歧,目前的各类改革中没有能同时应对各项质疑、达到所有利益目标的完美路径。灵活的结构与平衡各方价值在一个充满不可预测性和复杂跨国挑战的时代可能会越来越重要。^{④⑤} 因此,在 ISDS 机制改革理论探索与实践现实尚未清晰的情形下,中国无需排除任何一种改革路径,基于中国的现实国情,可以考虑在目前“一带一路”缔约实践的基础上,建立“一带一路”国际投资争端解决中心,供给兼具“一带一路”国际投资仲裁庭与常设性上诉法庭这一具有创新性、灵活性、区域性的公共产品。

2. “一带一路”国际投资争端解决中心的具体设计

中国曾向联合国贸法会第三工作组提出保留投资仲裁、设立常设性上诉机制的改革路径,但目前各国对于上诉机制的构建面临分歧,在全球范围内建立常设性上诉机制难以在短期内达成一致。从短期与长期的时间尺度出发,中国可以渐进与务实的态度应对 ISDS 机制改革,为“一带一路”国际投资争端解决中心构建规划不同的道路。在短期的路径规划中,基于 ISDS 机制规则文本、仲裁实践与比较特征三方面分析,完全禁止身份冲突的司法型改革路径在目前的仲裁实践与理论发展背景下不宜被初审仲裁庭采用,可以考虑在保留目前临时仲裁机制与在采纳部分公法原则的基础上完善“一带一路”国际投资仲裁庭的相关规则。由于规则文本不可能事先预设 ISDS 案件中可能发生的所有情形,对于身份冲突的规制不应当着重于对“身份因素”的事先孤立限制,而是应当结合各构成要素及其复合作用,将考量重心放在其所产生的实际利益冲突问题上。且由于法律词语存在一定的模糊性,包括披露义务的相关标准有其确定的核心和不确定的边缘语义,边缘的模糊语义需要通过个案的具体考量进行适当裁量,以使模糊的标准变得

^{④④} *Supra* note 23, at 320.

^{④⑤} Anthea Roberts & Taylor St John, *Complex Designers and Emergent Design: Reforming the Investment Treaty System*, *American Journal of International Law*, 2022, Vol.116:1, p.96.

确定。^{④6}在具体方案设计上,应以比例原则、透明度原则、可持续发展原则为指引,完善现有身份冲突规制规则中的仲裁员多样性、披露义务要求等具体条款,通过加强仲裁员披露义务和对个案进行具体分析这一宽严并济的两阶段式路径,增强国际社会对 ISDS 机制的信心。

如果从长期角度考虑 ISDS 机制的改革规划,应当在“一带一路”国际投资仲裁庭的基础上建立常设性上诉法庭,为加入“一带一路”国际投资争议解决机制的国家提供选择常设性上诉法庭的可能,从而扩大“一带一路”国际投资争端解决中心的辐射范围。对于此类常设性的终审机构,其仲裁员的身份冲突规制与目前初审仲裁庭中规则完善的规制尺度与路径应当有所区分,可以考虑效仿国际法院、国际刑事法庭中的法官机制,对上诉机构的仲裁员实行司法型改革路径中禁止身份冲突的做法,将上诉机构的仲裁员转变为固定任期与薪水制的专任法官。因为常设性上诉法庭的设立是为了增强现存国际投资仲裁机制 ISDS 机制的问责性、裁决的一致性与裁判效率性,上诉法庭应当更加偏重 ISDS 机制的公法职能与对初审裁决进行审查的功能,对法庭中法官身份冲突的规制也应当采取更严格的规范措施,使得法官能够将更广泛的精力投入到上诉机构的工作中,以保证上诉机制的工作效率并对 ISDS 机制带来正面影响。

(二)“一带一路”国际投资争端解决中心仲裁员身份冲突的规制

1. 完善“一带一路”国际投资仲裁庭中仲裁员身份冲突规制条款

仲裁员的信息被认为是有价值且不易获得的,而某些内部人士往往能够提前或更多地收集到相关信息,^{④7}这种信息不对称阻碍了当事人对仲裁员资质与保持独立性与公正性可能的评判,并可能影响后续的选任与回避程序。因此,在提高透明度要求的指引下,仲裁员披露义务规则可以结合联合国贸法会《仲裁员行为守则》、北仲《行为守则》等文本进行如下设置,由仲裁员对照列表对可能造成身份冲突的具体情形进行确认和披露。涉及的构成要素种类越多,具体情形越多,则表明仲裁员更可能被判定为缺乏独立性与公正性,进而应当在具体个案的裁决中采取更细致严谨的审查措施。需要注意的是,仲裁员拥有的其他身份与社会关系纷繁复杂,其可能的身份冲突情形不可能事先被预测和完全概括,因此仲裁员披露义务清单条款不能完全列举,而应当包含兜底式条款。仲裁员身份冲突披露义务条款可以作如下初步起草:

第 A 条 披露义务

仲裁员在接受指定或选定时,应通过以下表格书面披露可能导致对其独立性与公正性产生合理怀疑的任何事实或情形,包括但不限于:

^{④6} 陈一峰:《国际法的“不确定性”及其对国际法治的影响》,载《中外法学》2022年第4期,第1111页。

^{④7} Andrea Bjorklund, et al., *The Diversity Deficit in International Investment Arbitration*, <https://www.jus.uio.no/ior/english/research/projects/copiid/academic-forum/papers/2020/5-diversity.pdf>, last visited Jan.10, 2024.

表 4 仲裁员披露义务类型化清单

构成要素	可能情形		是否具有可能情形	具体情形描述
身份因素	担任仲裁员与以下身份：代理人 / 专家证人 / 鉴定人 / 勘验人		示例： 是 ☒ 否 ☐	示例： 担任仲裁员与 A 案件的专家证人
	与当事人有以下关系：同事 / 雇佣 / 顾问 / 第三方资助人			
	其他身份因素			
时间因素	同时参与其他争端解决程序			
	曾参与的争端解决程序与本次案件程序间隔一年以下			
	曾参与的争端解决程序与本次案件程序间隔一年以上（不含一年）三年以下			
	曾参与的争端解决程序与本次案件程序间隔三年以上（不含三年）			
议题因素	参与的争端解决程序涉及相同措施			
	参与的争端解决程序涉及相同条约中的相同条款			
	参与的争端解决程序涉及相同事实			
	其他议题因素			
程序因素	参与的争端解决程序为国际投资争端程序			
	参与的争端解决程序为任何其他程序,如国际商事仲裁程序、国际法院程序或国内法院程序。			
总计	共 4 类 13 项	存在 类 项		

2. 完善“一带一路”常设性上诉法庭中法官身份冲突规制条款

近年来,“一带一路”倡议促进了中国企业走出去的投资进程,中国面临着大幅增长的企业海外投资保护需求与现存国际投资争端解决机制治理能力滞后的矛盾。在此趋势下,以回应合法性质疑、提高程序效率与完善问责性为目标对 ISDS 机制进行改革对中国十分重要。对于作为终审机构的常设性上诉法庭中审裁员身份冲突规制的路径,宜更多地考量公法治理因素而选择全面禁止身份冲突、转向专任法官的司法型规制路

径,这种方式更有利于实现裁决一致性与终审机构裁判员独立性与公正性的要求。对于此类固定任期的裁判员机制,可以对法官名单的国籍、年龄、性别等多样性问题进行最低比例限度的规定以保证其群体多样性,对国际法院、欧盟投资法庭机制中的常任法官与候选裁判员进行问卷等形式的调研以确定合理的任期与薪水,保证其实际可行性,并允许当事人事先通过约定或其他形式排除常设性上诉机制的管辖,以保证当事人对仲裁程序的意思自治性。在此种路径下,可以参考联合国贸法会第三工作组《法官行为守则》对上诉法庭法官身份冲突规制条款作如下初步起草:

第B条 身份冲突限制

1. 法官不得在任何其他任何争端解决程序中同时拥有代理人、专家证人等多重身份,不得从事与其独立性及公正性义务或任职要求相抵触的任何其他专业性职业。法官应当按照常设性上诉法庭规则申明其他职务或职业。

2. 前法官不得以任何方式或身份参与其在常设性上诉法庭任职期间审理的未决案件,且前法官在任职结束后的三年内不得以任何方式或身份参与常设性上诉法庭的审理程序。

3. 提高“一带一路”国际投资争端解决中心裁判员群体多样性

裁判员群体多样性的提高可以减少决策偏颇的风险并提高仲裁裁决的质量,有利于维护国际投资仲裁 ISDS 机制的合法性。^{④8}对于裁判员群体的多样性,可以采取以下措施进行提高。首先,可以针对多样性特征中的少数群体设立推荐名单制度,从国籍、性别、年龄等特征出发,选拔在专业知识与实务经验等方面突出的少数群体裁判员代表进行相关推荐宣传,通过进行专业采访、论坛推介等方式对少数群体进行推荐。这种推荐名单制度可以体现仲裁机构为实现仲裁群体多样化做出的努力,为潜在的裁判员提供一定程度的鼓励,增进当事人对少数群体裁判员的了解,从而提升其被任命的可能性。其次,可以依托“一带一路”国际投资争端解决中心建立裁判员交流论坛,通过定期组织仲裁规则专业学习、举办跨文化交流活动等形式增强裁判员对于不同文化背景的了解,形成良好的跨文化沟通氛围,共同促进裁判员群体多样性的良性发展。

4. 设立“一带一路”国际投资争端解决中心裁判员行为守则评估委员会

ISDS 机制作为一个理论与实践相互影响的复杂系统,具有动态性和不可预测性,^{④9}因此,对 ISDS 机制的治理需要根据实践进行调整与适应。具体于裁判员身份冲突的规制,完成了规则完善的预案并不代表着对于裁判员身份冲突的规制已经结束,对裁判员身份冲突的规制也应当依据具体案件中产生的各类身份冲突情形进行持续的校准。为了更好的实施裁判员行为守则与规制裁判员的身份冲突,可以在“一带一路”国际投资

^{④8} *Supra* note 26.

^{④9} *Supra* note 45.

争端解决中心设立仲裁员行为守则评估委员会对包括仲裁员身份冲突条款在内的仲裁员行为守则的实施情况进行评估与反馈。

评估委员会的工作职责可以初步从以下三方面进行设置。第一,定期对近一年参与案件裁决仲裁员的行为守则履行情况,通过内部案件记录以及外部参与案件的仲裁员、当事方代理律师、研究学者等的反馈意见,进行整体评估。第二,制定与完善仲裁员行为守则实施评估方案。仲裁员身份冲突规制条款的评估方案可以包括:仲裁员按照身份冲突限制条款履职以及按照披露义务清单进行信息披露的比例;在仲裁员按照清单进行披露时,身份因素、时间因素、议题因素、程序因素四项要素的涉及频率;仲裁员在进行披露后,当事方按照其披露情况提出回避申请依据上述四项要素的比例等。第三,向中心反馈仲裁员行为守则实施情况的评估报告。评估委员会可以在每一年的评估工作结束后的三个月内提交仲裁员行为守则实施评估报告,反馈守则实施情况并提出修改建议。评估报告可以包含仲裁员行为守则的遵守情况,仲裁员遵守行为守则的影响因素等。评估报告的具体方法可以包含案例研究法、比较研究法等,通过对仲裁员是否履行守则的案例进行分析影响其遵守守则的因素,通过对仲裁员是否被裁决回避的具体案例分析得出守则的约束实效。评估报告的建议可以包含对仲裁员行为守则条款完善的指引,具体于仲裁员身份冲突限制条款,可以对是否需要加强或减弱对仲裁员身份冲突的限制,是否需要披露义务清单进行增加或删除等提出修改建议。评估报告可以在隐去敏感信息后向公众公开,以增强“一带一路”国际投资争端解决中心的公信力。

六、结 语

近年来,国际各界对 ISDS 机制中仲裁员独立性与公正性的质疑不绝于耳,随着对仲裁员独立性和公正性问题的讨论变得更加集中,与重复任命、问题冲突等问题相比,身份冲突作为更值得探讨和关注的问题,是回应仲裁员独立性与公正性质疑的关键。各方对仲裁员身份冲突的规制提出了不同的规制路径,但应当注意的是,ISDS 机制价值追求的单一化或偏重化是危险的,其仲裁员身份冲突规制路径的选择应当平衡在 ISDS 机制“跷跷板”两端的公法与私法价值取向。作为日益深入参与国际投资治理的大国,中国可以从短期与长期两方面对 ISDS 机制中仲裁员身份冲突的规制做出回应,即逐步建立包含“一带一路”国际投资仲裁庭与常设性上诉法庭的“一带一路”国际投资争端解决中心,完善其中仲裁员的身份冲突规制条款,并设立仲裁员行为守则评估委员会对仲裁员身份冲突规制的实效进行持续评估与校准。

Abstract: The legitimacy crisis of investor-state dispute settlement has been exacerbated by doubts about the independence and impartiality of adjudicators due to their multiple roles. The regulation of multiple roles issue has been widely discussed by countries and arbitration

institutions as a breakthrough in response to the legitimacy crisis. UNCITRAL and other institutions' texts put forward different regulatory paths for the multiple roles issue. From the perspective of existing regulatory texts and arbitration practices, the constituent elements of multiple roles are characterized by being pluralistic in composition and compound in function. Compared with the judicial-type mechanism and the arbitration-type mechanism, the multiple roles issue in investment arbitration is special in private law in terms of three aspects: feasibility, diversity, and party autonomy; and is special in public law in terms of responding to the doubts of legitimacy, improving procedural efficiency and perfecting accountability. Therefore, the choice of the path to regulate the multiple roles issue in investor-state dispute settlement should take into account the comparative characteristics of the investor-state dispute settlement mechanism, which combines the values of public law and private law, and then choose a reasonable regulatory path from the perspective of balancing the values of the two. Guided by the principles of proportionality, transparency and sustainable development, regulations on multiple roles of adjudicators should consider both the arbitration improvement path and the judicial reform path as a flexible regulation option. China can propose a corresponding plan for the improvement of the two paths.

Keywords: investor-state dispute settlement mechanism; multiple roles; values trade-off

(责任编辑: 冯 硕)

国际投资仲裁庭干预东道国刑事程序的临时措施研究

崔起凡^{*}

内容提要 国际投资仲裁庭发布临时措施干预那些侵害了投资者正当权利的东道国刑事程序具有法律依据和法理基础。仲裁庭发布临时措施干预东道国刑事程序需要满足诸多条件,主要包括:存在受保护的权利、必要性、紧迫性以及比例性,这些条件在国际投资仲裁实践中逐步发展出了一定的认定标准。国际投资仲裁庭干预东道国刑事程序属于例外情形,需要满足较高的门槛要求,仲裁庭必须在维护国家主权利益和保护投资者权利之间进行谨慎权衡。鉴于涉华国际投资仲裁数量近些年呈现快速增长的趋势,我国政府和海外投资企业均应提前做好应对这一问题的相应准备。

关键词 国际投资仲裁;临时措施;刑事程序;利益权衡

一、问题的提出:当国际投资仲裁“撞上”东道国刑事程序

在国际投资仲裁启动前后,东道国对于申请人、申请人的管理人员及其证人(或潜在的证人)提起刑事程序,可能会影响仲裁程序的进行。此时,如果投资者提出临时措施^①申请,要求仲裁庭干预该刑事程序,那么仲裁庭应如何处理?它是否有权发布临时措施干预东道国的刑事程序?如果有,准许此类临时措施需要满足什么条件?这些显然是棘手的问题。

实施刑事程序本是一国主权的体现。不过,这种刑事程序可能被滥用,即东道国出于策略需要通过这种方式试图实质性地影响国际投资仲裁,比如拘留证人,或者通过刑事调查获取仲裁中需要的证据。同时,也存在另外一种可能,即投资者试图通过提起国际投资仲裁干扰破坏于己不利的正当合法的刑事追诉,提起仲裁本身构成滥用程序。这样,仲裁庭可能面临两难判断,从而进一步增加了这一问题的复杂性。

^{*} 崔起凡,浙江万里学院法学院副教授,硕士研究生导师。本文系国家社科基金后期资助项目“国际投资仲裁证据问题研究”(项目编号:22FFXB049)的成果之一。

^① 仲裁临时措施是指在最终裁决作出前,仲裁庭为保护当事人的权利、保障审理程序的顺利进行或者裁决的执行而采取的临时性的保全措施。

从本文提供的“涉及干预东道国刑事程序的临时措施的国际投资仲裁典型案例表”（以下简称案例表）可以看出，此类仲裁案件从 2003 年以来呈现了延绵不断的趋势。这些案件绝大多数为国际投资争端解决中心（以下简称 ICSID）仲裁，同时也有一定数量的非 ICSID 仲裁，比如斯德哥尔摩商会仲裁院（以下简称 SCC）审理的 Mohammed Munshi 诉蒙古国案、海牙常设仲裁法院（以下简称 PCA）审理的 Chevron 诉厄瓜多尔案、专设仲裁庭审理的 Sergei Pugachev 诉蒙古国案和 Maria Lazareva 诉科威特案以及 ICSID 依据《附加便利规则》管理的 Lao Holdings 诉老挝案。有学者认为，这一趋势背后的原因可能在于，东道国频繁地提出所谓的“非法性抗辩”，即基于投资涉嫌违反东道国刑法而质疑仲裁庭的管辖权和仲裁请求的可受理性，为了使这种论点被认为是可信的，东道国通常需要启动国内刑事调查。^②

与国际投资仲裁“平行”的国内刑事程序问题，已然引发了国际理论界和实务界的关注。就“一带一路”倡议的进一步落实而言，部分沿线国因法治状况不佳，更有可能通过国内刑事程序干扰和破坏国际投资仲裁机制，因而这是一个不容回避的实践性问题。然而，我国理论界尚未予以足够重视，相关研究成果凤毛麟角。^③ 在此，笔者考察了相关的典型投资仲裁案件，并在理论分析的基础上提出了若干结论和建议，以期对国际投资仲裁实践问题的解决有所助益。

涉及干预东道国刑事程序的临时措施的国际投资仲裁典型案例表

案件（双方当事人）	案号	仲裁庭裁定时间	裁定结果
Tokios Tokelés 诉乌克兰	ICSID Case No. ARB/02/18	2003 年 7 月 1 日	拒绝
City Oriente 诉厄瓜多尔	ICSID Case No. ARB/06/21	2007 年 11 月 19 日	准许
Paushok 诉蒙古国	UNCITRAL	2008 年 9 月 2 日	准许
Caratube 诉哈萨克斯坦	ICSID Case No. ARB/08/12	2009 年 7 月 31 日	拒绝
Quiborax 诉玻利维亚	ICSID Case No. ARB/06/02	2009 年 7 月 31 日	准许
Von Pezold, et al. 诉津巴布韦	ICSID Case No. ARB/10/15	2012 年 6 月 13 日	准许
Chevron 诉厄瓜多尔	PCA Case No. 2009-23 （UNCITRAL）	2012 年 2 月 16 日	准许
Churchill Mining 诉印度尼西亚	ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40	2013 年 3 月 4 日	拒绝

② Thomas Obersteiner, *Provisional Measures under ICSID Rules: The Power of Tribunals to Interfere with Domestic Criminal Proceedings*, Journal of International Arbitration, 2020, Vol.37:5, p.608.

③ 截至 2024 年 1 月 10 日，作者在 CNKI 知网以“投资仲裁”“临时措施”“刑事程序”三个关键词进行三重检索，仅能检索到 1 篇中文期刊论文（宁红玲、魏丹：《论禁诉令在国际投资仲裁中的运用》，载《国际法研究》2023 年第 4 期，第 127-145 页）。

案件（双方当事人）	案号	仲裁庭裁定时间	裁定结果
Lao Holdings 诉老挝	ICSID Case No. ARB(AF)/12/6	2014 年 5 月 30 日	拒绝
Churchill Mining 诉印度尼西亚	ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40	2014 年 7 月 8 日	拒绝
EuroGas 诉斯洛伐克	ICSID Case No. ARB/14/14	2015 年 6 月 23 日	拒绝
PNG 诉巴布亚新几内亚	ICSID Case No. ARB/13/33	2015 年 1 月 21 日	拒绝
Gavrilovic 诉克罗地亚	ICSID Case No. ARB/12/39	2015 年 4 月 30 日	拒绝
Hydro 诉阿尔巴尼亚	ICSID Case No. ARB/15/28	2016 年 3 月 3 日	准许
Teinver 诉阿根廷	ICSID Case No. ARB/09/1	2016 年 4 月 8 日	拒绝
Nova Group 诉罗马尼亚	ICSID Case No. ARB/16/19	2017 年 3 月 29 日	准许
Sergei Pugachev 诉俄罗斯	UNCITRAL	2017 年 7 月 7 日	准许
Italba 诉乌拉圭	ICSID Case No. ARB/16/9	2017 年 2 月 15 日	拒绝
Al Jazeera 诉埃及	ICSID Case No. ARB/16/1	2017 年申请, 结果未公开	未公开
Munshi 诉蒙古国	SCC EA 2018/007	2018 年 2 月 5 日	拒绝
Ipek 诉土耳其	ICSID Case No. ARB/18/18	2019 年 9 月 19 日	准许
Maria Lazareva 诉科威特	UNCITRAL	2019 年申请, 结果未公开	未公开
Alicia Grace 诉墨西哥	ICSID Case No. UNCT/18/4	2019 年 12 月 6 日	拒绝
Gerald 诉塞拉利昂	ICSID Case No. ARB/19/31	2020 年 7 月 28 日	拒绝
Rand Investments 诉塞尔维亚	ICSID Case No. ARB/18/8	2021 年 3 月 12 日	拒绝

（以上数据根据数据库“italaw”公布的相关裁定综合整理而得）

二、仲裁庭发布临时措施干预东道国刑事程序的正当性： 权力来源与法理基础

仲裁庭发布临时措施干预东道国刑事程序的权力不仅具有法律依据,同时也具有法理基础,后者强化了仲裁庭行使这一权力的正当性。当东道国刑事程序干扰或破坏了仲裁程序的进行、侵害了作为仲裁申请人的投资者的利益时,仲裁庭可以发布临时措施予以干预,从而保障仲裁程序的公平公正。

（一）仲裁庭发布临时措施干预东道国刑事程序的权力来源

在裁决作出之前,仲裁庭为避免东道国刑事程序对当事方的权利造成侵害而进行的干预,是一种临时措施。仲裁庭发布临时措施干预东道国刑事程序若要具有权力来源通常需要同时满足两个条件:其一,仲裁庭发布临时措施具备适用规则上的依据;其二,适用规则中“临时措施”的范围能够涵盖干预东道国刑事程序这一具体措施。

国际投资仲裁庭发布临时措施的权力通常可以找到明确的规则依据,无论 ICSID 仲裁还是非 ICSID 仲裁。比如,根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)第 47 条和 2022 年《国际投资争端解决中心仲裁规则》(以下简称《ICSID 仲裁规则》)第 47 条(原规则第 39 条)第 1 款规定,在仲裁程序中的任何时间,当事方可请求仲裁庭发布保全其权利的临时措施。其他许多仲裁规则对此也都有明文规定,比如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称《UNCITRAL 仲裁规则》)第 26 条、中国国际经济贸易仲裁委员会《国际投资争端仲裁规则》第 40 条第 1 款和第 2 款。各国仲裁法一般也允许仲裁庭发布临时救济措施,比如,《英国仲裁法》第 44 条、《瑞士联邦国际私法典》第 183 条第 1 款。除了《华盛顿公约》,也有其他国际条约对仲裁庭的这一权力给予了确认,比如《北美自由贸易协定》(以下简称 NAFTA)第 1134 条。事实上,许多国际法庭或仲裁庭将发布临时措施视为其固有权力。^④“固有权力”是因职位、地位或身份而必然产生的权力。^⑤也就是说,固有权力是仅凭作为裁判者的事实即可享有的权力,仲裁庭拥有此项权力不依赖于明确的规定。需要强调的是,临时措施的相关适用规则往往并非具体详尽,许多细节留给仲裁庭通过自由裁量决定,同时在仲裁实践中也形成了一定数量的“判例法”。

相关规则中“临时措施”的范围是否足以涵盖仲裁庭的此类干预措施?答案是肯定的。关于临时措施的范围与种类,仲裁庭享有广泛的自由裁量权,原则上可以尽可能作最广泛的理解,^⑥除非违反强制性规则或者当事方的约定。许多相关规则甚至明确进行了宽泛的授权,比如《国际商会仲裁院仲裁规则》第 28 条第 1 款规定,仲裁庭可以“下令采取其认为适当的任何临时或保全措施”,根据“任何”的表述可知,只要仲裁庭认为适当,它可以采取临时措施干预东道国刑事程序。在 Caratube 诉哈萨克斯坦案中,仲裁庭指出《ICSID 仲裁规则》第 47 条和第 39 条的用语没有表明任何具体的国家行动必须排除在可能的临时措施范围之外,而且“这种宽泛的措辞可以解释为,原则上,刑事调查不会完全排除在 ICSID 仲裁的临时措施范围之外。”^⑦

ICSID 仲裁庭此前曾表示不愿将其发布临时措施的权力解释为允许其暂停东道国

④ [英] 切斯特·布朗:《国际裁决的共同法》,韩秀丽等译,法律出版社 2015 年,第 182 页。

⑤ Brayan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8 ed., West Publishing Company, 2004, p.3709.

⑥ Chartered Institute of Arbitrators, Applications for Interim Measures (International Arbitration Practice Guideline), Commentary on Article 5, p.14.

⑦ Caratube v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12, Decision Regarding Claimant's Application for Provisional Measures, 31 July 2009, para.136.

国内程序。^⑧事实上,权威学者施罗伊尔(Schreuer)在其第一版《〈华盛顿公约〉评注》中指出,ICSID仲裁庭模棱两可的立场意味着,是否可以发布此类临时措施在当时是一个悬而未决的问题。^⑨之所以出现这种立场模糊不清的情况,原因在于刑事程序是一国主权敏感的核心部分,关于干预东道国刑事程序,ICSID仲裁庭至少在最初实践中因未经充分的实践尝试和理论探索,表现得异常谨慎。不过,这种情况已然快速发生了变化,实践中国际投资仲裁庭采取的此类临时措施也未遇到《华盛顿公约》缔约国明确的异议。

(二) 仲裁庭发布临时措施干预国内刑事程序的法理基础

从法理上看,仲裁庭有权发布临时措施干预国内刑事程序是因为具有以下几个层次上的逻辑:其一,东道国主权利力的行使存在边界,需要遵守国际法,包括实体规则和程序规则;其二,东道国启动或进行的刑事程序有可能违反国际法,并且对投资者的实体权利或程序权利造成侵害,从而构成仲裁庭发布临时措施的正当理由和基本条件。其三,根据固有权力理论,东道国同意仲裁意味着授予仲裁庭广泛的管理程序的权力,包括发布必要的临时措施。

根据国际法上的国家主权原则,东道国当然具有刑事管辖权。不过,国家主权的行使并非没有边界。东道国需要遵守国际法尤其是其缔结的国际条约,包括善意地解释和实施条约。一方面,东道国须善意行使上述权力,因为在某些情况下,东道国的刑事程序可能会违反国际投资协定或国际习惯法中的投资保护标准,比如违反公平公正待遇原则或者充分保护与安全条款;另一方面,依据其所缔结条约中的争端解决条款以及对国际投资仲裁的同意,其刑事程序如果是为破坏或干扰国际投资仲裁,那么它会违反国际投资争端解决中的善意原则,构成滥程序。Lao Holdings 诉老挝案的仲裁庭在临时措施的决定中指出,东道国必须基于“善意”行使其刑事管辖权,并必须尊重刑事措施相对方包括国际投资仲裁申请方的权利。^⑩当东道国的刑事程序违反了国际法(尤其国际投资法)的实体规则和程序规则而损害投资的权利时,仲裁庭可能会依当事方申请发布临时措施予以干预,因为投资者在裁决前具有“受保护的权力”,包括实体权利或者程序权利属于临时措施的基本发布条件(关于仲裁庭发布临时措施干预东道国刑事程序的条件与标准,详见后文的专门论述。)

从仲裁庭的角度看,它通常享有管理程序广泛的自由裁量权,可以根据案情的需要发布临时措施。这是因为,当东道国同意仲裁时,实际上也就同意了其主权受到相应的限制。在东道国存在明显滥用权力的情况下,保护仲裁申请人的基本权利是仲裁庭的

^⑧ Loretta Malintoppi, *Provisional Measures in Recent ICSID Proceedings: What Parties Request and What Tribunals Order*, in *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Christina Binder et al.(ed.), Oxford University Press, 2009, p.175.

^⑨ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 1 ed., Cambridge University Press, 2001, pp.233-236.

^⑩ Lao Holdings v. Laos, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Ruling on Motion to Amend the Provisional Order, 30 May 2014, para.25.

基本职责。^⑪而且,依据固有权力理论,仲裁庭有权为推进仲裁程序、实现公正裁判行使必要的职责和权力,除非违反了投资条约中的明文规定或者当事方之间的约定。因此,仲裁庭为管理程序的需要,在满足一定条件的情况下,理应有权发布临时措施干预东道国刑事程序。

不过,鉴于干预一国刑事程序的敏感性,仲裁庭必须对国家司法机关表现出适当的尊重,谨慎行使这一权力。这一权力的行使在符合临时措施一般条件的基础上,需要满足更严格的标准——仲裁庭在仲裁程序进行中应如在钢丝绳上行走般进行谨慎认真地权衡。

三、仲裁庭干预东道国刑事程序的临时措施的条件与标准: 从共性到特殊性

国际投资仲裁相关规则缺乏对临时措施发布条件的具体规定。比如,根据《华盛顿公约》第47条,仲裁庭只能在“情况需要”的情况下发布临时措施。至于仲裁庭在什么情形下能够发布临时措施,《华盛顿公约》和《ICSID 仲裁规则》均付之阙如。在不同的国际投资仲裁案件中,各仲裁庭在临时措施的发布条件的适用方面尽管整体相似,但具体标准却不尽相同。

不过,关于临时措施发布条件,仲裁实践已经发展出了具有一定趋同性的“判例法”。在国际投资仲裁中,一般而言,发布临时措施需要满足的条件包括表面上的管辖权、初步证据案件的确立、紧迫性、必要性以及比例性等等。^⑫不过,在这一领域并不存在清晰明确、可以一刀切的适用条件或标准,不同的临时措施在适用条件上可能存在差异,包括在某一临时措施申请中某方面的条件不需考虑或者需要重点考虑,在适用某一相同条件时采取的宽严标准不同,以及在不同临时措施下可能需要考虑各自不同的具体因素。^⑬

仲裁庭发布临时措施干预东道国刑事程序,整体上应符合临时措施发布的一般条件;同时基于该类措施自身具有的特殊性,仲裁庭在实践中重点强调的条件包括存在受保护的权利、紧迫性和必要性,在部分案件中也论证了比例性要求,而且这些条件在国际投资仲裁实践中逐步发展出了一定的认定标准,为此仲裁庭需要具体考量特定的因素。

(一) 存在受保护的权利

《华盛顿公约》第47条仅规定了仲裁庭应采取临时措施“以维护任何一方各自的权利”,并没有详细说明具体包括哪些权利。《ICSID 仲裁规则》对此也未进行明确规定。

^⑪ Nova Group v. Romania, ICSID Case No. ARB/16/19, Procedural Order No. 7, 29 March 2017, para.235; Teinver v. Argentina, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Provisional Measures, 8 April 2016, paras.177, 198.

^⑫ 崔起凡:《国际投资仲裁中的临时措施研究》,载《国际商务研究》2019年第1期,第69-77页。

^⑬ E.g., Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Interim Measures (International Arbitration Practice Guideline)*, Article 2, pp.5-6 (“Depending on the nature of the interim measure requested and the particular circumstances of the case, some of the criteria may not apply or may be relaxed.”).

实践中, ICSID 仲裁庭认为由临时措施保护的权利不限于构成双方主要争议的实体权利, 也包括与争议有关的其他权利, 特别是程序性权利也可以通过临时措施得到保护。^⑭ 在申请临时措施时, 申请人必须明确说明临时措施所要保护的一项特定权利。实践中, 与平行刑事诉讼相关的当事方权利主要涉及以下三种:^⑮ (1) 维护仲裁程序完整性的权利;^⑯ (2) 维持现状、不加剧争端的权利;^⑰ (3) 保障仲裁程序的排他性的权利。^⑱

就干预东道国刑事程序的临时措施而言, 国内刑事程序主要涉及可能侵害投资者程序完整性权利, 通常也最适合投资者在仲裁程序中援引。东道国对于这一权利的侵害表现为阻碍投资者获得律师代理、对潜在证人施加消极影响以及以不正当手段获取仲裁中使用的证据等等。^⑲ 当刑事程序涉及影响仲裁中的证据事项时, 比如 Von Pezold 案和 Quiborax 案中刑事诉讼直接影响了投资者收集、保存或获取与仲裁有关证据的能力, 仲裁庭较为容易认定仲裁程序的完整性受到侵害, 从而准许临时措施请求。^⑳ 在此类案件中通常并不适合援引程序排他性的权利, 正如 Quiborax 诉玻利维亚案中仲裁庭所言, 保障仲裁程序的排他性的权利不适用于处理刑事责任的刑事程序, 并且刑事问题不属于 ICSID 仲裁庭的权限范围。^㉑ Hydro 诉阿尔巴尼亚案仲裁庭也表达了类似的观点, 指出对刑事犯罪的起诉和对补偿性民事索赔的起诉“性质非常不同”。^㉒ 若主张维持现状、不加剧争端的权利受到侵犯, 申请人也会面临较高的门槛。在 Churchill Mining 诉印度尼西亚案中, 仲裁庭认为: “关于现状被改变或争端已加剧的指控需要有具体的恐吓或骚扰事例来支持。”^㉓ 这一高标准在后续多起投资仲裁案件中得到进一步确认。在 Lao Holdings 诉老挝案中, 仲裁庭认为, 为阻止争端恶化为而授予临时措施, 必要条件是争端

^⑭ *Supra* note 10, para.11; Biwater Gauff v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 1, 31 March 2006, para.71.

^⑮ *Supra* note 2, at 611; Jeffery Hamzah Sendut, *The Proportionality of Provisional Measures in ICSID Arbitration*, Cambridge International Law Journal, 2021, Vol.10:1, pp.130-131.

^⑯ 程序完整性的权利包含两方面含义: 第一, 当事方向仲裁庭陈述立场的权利, 包括其获得证人、证据的权利以及指示、协助律师的能力不受不正当干预; 第二, 如果申请方的主张得以证实, 仲裁庭最终作出有意义的救济的能力, 有时也被称为“裁决有效性获得保护的权利”。Nova Group v. Romania, ICSID Case No. ARB/16/19, Procedural Order No. 7, 29 March 2017, para.235.

^⑰ 维持现状、不加剧争端的权利, 是指一旦争端提交仲裁, 任何一方当事人不得采取可能加剧或扩大争端或损害裁决执行的行为, 否则其他当事人享有要求仲裁庭予以救济的权利。Amco v. Indonesia, ICSID Case, No.ARB/81/1, Decision on Request for Provisional Measures, 9 December 1983, para.412.

^⑱ 保障仲裁程序的排他性的权利, 是指当事方依据《华盛顿公约》第 26 条享有的就争议事项排除其他救济方法的权利。该条规定, 除非另有约定, 各方同意根据本公约进行仲裁, 应视为同意此种仲裁排除任何其他救济方法。

^⑲ Luuk Uilenbroek, *The Power of Investment Tribunals to Enjoin Domestic Criminal Proceedings*, Arbitration International, 2020, Vol.36:3, pp.333-338.

^⑳ Henry G. Burnett & Jessica Beess und Chrostin, *Interim Measures in Response to the Criminal Prosecution of Corporations and Their Employees by Host States in Parallel with Investment Arbitration Proceedings*, Maryland Journal of International Law, 2015, Vol.30:1, p.52.

^㉑ Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/02, Decision on Provisional Measures, 26 February 2010, para.129; Churchill Mining v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 & 12/40, Procedural Order No. 9, 8 July 2014, paras.46-49.

^㉒ Hydro v. Albania, ICSID Case No. ARB/15/28, Order on Provisional Measures, 3 March 2016, para.3.23.

^㉓ Churchill Mining v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 & 12/40, Procedural Order No. 9, 8 July 2014, para.72.

当事方的行为会直接破坏国际程序。^{②④}在 Nova Group 诉罗马尼亚案中,仲裁庭指出只有在东道国的持续性活动(continuing events)可能不适当地干扰当事方在仲裁中陈述立场的能力或者妨碍仲裁庭在案件结束时作出有意义的救济时,这些活动才可能构成对维护现状、不加剧争端的权利的侵犯。^{②⑤}

在具体案件中受保护的权利还必须与实体争端有关。在这方面,国际法院采用的标准是待保护的权利与主要诉请(claim)之间存在紧密的关系。^{②⑥}投资仲裁庭一直以来也依赖这一标准,比如,Plama 诉保加利亚案仲裁庭认为,“临时措施保全的权利受到请求方的诉请和救济请求的限制”,并且“必须与仲裁中的具体争议有关。”^{②⑦}在 Lao Holdings 诉老挝案中,ICSID 仲裁庭指出可以通过临时措施暂停刑事调查或诉讼程序,前提是“刑事诉讼与投资引起的法律纠纷之间存在紧密联系,并且这种情况威胁到仲裁程序的完整性”。^{②⑧}

对于临时措施申请,有些仲裁庭要求的具体条件是刑事程序会直接影响仲裁,这实际上是具体案件中受保护的权利与实体争端是否有关的一个重要检验标准。仲裁庭的考量往往集中于刑事程序是否会直接影响仲裁,最近的案件表明在这方面需要考察两个因素:一是刑事程序的进行时间以及对仲裁程序的影响;二是仲裁受到的影响程度,比如刑事程序是否会阻碍当事方和证人参与仲裁。^{②⑨}

(二) 必要性

关于必要性,仲裁庭通常认为需要证明若不采取临时措施,申请人将面临“无法弥补的损害”。^{③⑩}在实践中国际投资仲裁庭指出,如果一方的行为“能够对所援引的权利造成无法弥补的损害或者产生这样的威胁”,或是临时措施能够避免发生“无法弥补”或“严重”的损害,则临时措施是必要的。^{③⑪}

一些仲裁庭在决定是否发布临时措施干预东道国刑事程序时,发展和细化了对必要性的认定标准。比如,在 Quiborax 诉玻利维亚案中,仲裁庭指出:“对 ICSID 仲裁程序的完整性造成的损害,特别是在一方当事人获得证据或出示证据的完整性方面,不能通

^{②④} *Supra* note 10, at para.25.

^{②⑤} Nova Group v. Romania, ICSID Case No. ARB/16/19, Procedural Order No.7, 29 March 2017, para.236.

^{②⑥} Karin Oellers-Frahm, *Article 41, in The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, A. Zimmermann et al.(ed.), Oxford University Press, 2006, pp.938-939; J.G. Merrills, *Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1995, Vol.44:1, p.100.

^{②⑦} Plama v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Order, 6 September 2005, para.40.

^{②⑧} *Supra* note 10, para.37.

^{②⑨} Nelson Goh, *The Power of Tribunals to Enjoin Criminal Proceedings: A Widening Power or Converging High Bar?*, ICSID Review, Vol.33:1, 2018, p.100.

^{③⑩} Karin Oellers-Frahm, *Article 41, in The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, A. Zimmermann et al.(ed.), Oxford University Press, 2006, pp.939-940.

^{③⑪} Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 3, 18 January 2005, para.8; *Supra* note 23, at para.42.

过损害赔偿的裁决来弥补。”^{③②}在 Hydro 诉阿尔巴尼亚案中,仲裁庭认为,阻止一方当事人“有效参与仲裁”的能力不能通过损害赔偿得到充分弥补。^{③③}此外,若被申请人通过国内刑事诉讼能够从申请人的亲属、证人那里获得所需证据,从而损害仲裁程序的武器平等和公正,也可构成不可弥补的损害。^{③④}

在决定临时措施时,除了考虑损害的严重性外,仲裁庭还会考虑若不采取临时措施,可能发生损害的风险大小。PNG 诉巴布亚案中仲裁庭认为,申请方能够证明存在“重大风险”,通常即足以满足必要性要求。而且,申请方无需证明“严重”损害肯定会发生,也无需证明风险成为现实的可能性所要达到的任何特定百分比。^{③⑤}

申请提出的时间点对于必要性的认定可能具有一定的影响。一般来说,如果临时措施请求是在仲裁的较晚阶段提出,仲裁庭可能认定必要性要求难以得到满足。在 Teinver 诉阿根廷案中,申请人在临近闭庭时才提出申请,仲裁庭认为,这一阶段请求临时措施降低了予以准许的空间,由于本案的取证工作已经完成,刑事诉讼和调查影响仲裁程序完整性的可能性有限,依据已提交的证据,申请人未能证明临时措施的必要性。^{③⑥}

(三) 紧迫性

损害当事方应受保护的权力的风险必须是紧迫的。紧迫性实际上是临时措施获得正当性的决定性因素。^{③⑦}在 PNG 诉巴布亚案中,仲裁庭认为《华盛顿公约》第 47 条和《ICSID 仲裁规则》第 39 条(2022 版第 47 条)包含一项隐含的“紧迫”要求。仲裁庭指出,临时措施必然要求某种程度的紧迫性;若缺乏紧迫性,仲裁庭没有理由在听取各方全面的陈述和证据之前发布强制命令。^{③⑧}至于所要求的具体紧急程度,取决于具体情况,特别是所请求的临时措施和申请人权利受到威胁的性质。^{③⑨}

刑事程序将会损害仲裁程序的完整性往往足以说明具备紧迫性。在 Quiborax 诉玻利维亚案中,仲裁庭认为,如果措施旨在保护仲裁程序的完整性,特别是保护申请人在获取证据方面的能力,那么这些措施就具有紧迫性。事实上,当事人是否有机会陈述案情或依赖某项证据的完整性对于仲裁庭公正地作出裁决至关重要。^{④①}在 Alicia Grace 诉墨西哥案中,持续进行的东道国刑事诉讼已进入关键阶段,申请人及其家人、证人受到牵连,即将被迫提交证据,若继续进行刑事诉讼,东道国则可以通过刑事程序获得所需证据,程序的平等与公平将受到损害,因而仲裁庭认为此时存在无法弥补的迫在眉睫的权

^{③②} Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/02, Decision on Provisional Measures, 26 February 2010, para.150; *Supra* note 22, at para.157.

^{③③} *Supra* note 22, at para.3.34.

^{③④} Ipek v. Turkey, ICSID Case No. ARB/18/18, Procedural Order No. 5, 19 September 2019, paras.58-66.

^{③⑤} PNG v. Papua, ICSID Case No. ARB/13/33, Decision on the Claimant's Request for Provisional Measures, 21 January 2015, para.111.

^{③⑥} Teinver v. Argentina, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Provisional Measures, 8 April 2016, paras.191, 228.

^{③⑦} Biwater Gauff v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 1, 31 March 2006, para.109.

^{③⑧} *Supra* note 35, at para.115.

^{③⑨} *Supra* note 37, at para.76.

^{④①} Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/02, Decision on Provisional Measures, 26 February 2010, para.153.

利损害风险。^{④①}

紧迫性条件需要申请人证明存在真实风险,而非仅仅基于推测或臆断。在 Hydro 诉阿尔巴尼亚案中,申请人声称,东道国试图从英国引渡的两名申请人“很快被监禁在阿尔巴尼亚,且监禁期将超过目前的仲裁期限”,请求仲裁庭命令对方撤回引渡请求。被申请人则辩称不存在迫在眉睫的风险,因为引渡程序可能需要花费几个月才能完成。仲裁庭则认为,“如果英国当局决定引渡,申请人将需要在一段时间后才能向本仲裁庭寻求进一步的命令。等到仲裁庭发布命令时,引渡已经成为一个既成事实。”在此情况下,仲裁庭认为申请人有效参与仲裁的能力存在受到损害的“迫在眉睫的风险”。^{④②}在 Alicia Grace 诉墨西哥案中,仲裁庭认为投资者申请的措施只是基于假设和猜测,没有证据表明存在针对申请人律师进行的刑事调查,因而不具有紧迫性。^{④③}

提起临时措施申请的时间,尤其是与刑事程序的前后关系,也是影响仲裁庭决定的重要因素。在 Tokios Tokelès 案中,仲裁庭指出刑事程序是在申请人启动 ICSID 仲裁之前九个月就开始了,但申请人在其先前的临时措施请求中并没有提及刑事程序,因而该临时措施请求难以满足紧迫性要求。^{④④}

(四) 比例性

一些投资仲裁庭在决定是否干预国内刑事程序时也考虑了比例性要求。在评估比例性时,仲裁庭主要权衡刑事诉讼对申请人造成的潜在损害和临时措施可能对被申请人造成的损害。^{④⑤}在 Gabriel Resources 诉罗马尼亚案中,仲裁庭对比例要求进行了描述,指出:仲裁庭在决定是否应采取临时措施时,必须权衡请求方和另一方可能受到的损害。仲裁庭必须考虑到每一方将遭受的损害的程度和性质,以便所采取的临时措施在案件所有情况下都具有比例性。^{④⑥}

在 Gerald 诉塞拉利昂案中,仲裁庭指出,被申请人进行的刑事调查试图查明国内动乱的原因及责任人,没有证据表明东道国是出于恶意或者为了报复,而且申请人并未运用东道国法律下的救济手段。仲裁庭通过权衡东道国行使主权权力的利益与申请人寻求保护其员工免受刑事调查滥用的利益,认为准许临时措施申请不合乎比例性。^{④⑦} Alicia Grace 诉墨西哥案仲裁庭指出,东道国的刑事诉讼以及向国际刑警组织请求的援助是基于其刑法规定的常规程序,其行为未超出国家权力的常规框架,也缺乏足够证据证明其损害了仲裁程序的完整性,在这种情况下准予干预刑事程序的申请不合乎比例性。^{④⑧}另

^{④①} *Supra* note 34, at paras.58-68.

^{④②} *Supra* note 22, at paras.3.28-3.37.

^{④③} Alicia Grace & Others v. Mexico, ICSID Case No. UNCT/18/4, Procedural Order No.6, 19 December 2019, para.71.

^{④④} Tokios Tokelès v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Order No. 3, 18 January 2005, para.14.

^{④⑤} See e.g., *Supra* note 22, para.3.37.

^{④⑥} Gabriel Resources v. Romania, ICSID Case No. ARB/15/31, Decision on Claimants' Second Request for Provisional Measures, 22 November 2016, para.73(c).

^{④⑦} Gerald v. Sierra Leone, ICSID Case No. ARB/19/31, Procedural Order No. 2, 28 July 2020, paras.194-204.

^{④⑧} *Supra* note 43, at paras.64-69.

外一些仲裁案件仲裁庭认为当事人的申请满足比例性要求,比如在 Paushok 诉蒙古国案中,仲裁庭进行了比例性分析,通过权衡干预刑事程序与否给双方带来的影响,最终决定准许申请人的临时措施申请。^{④⑨}

在 Nova Group 诉罗马尼亚案中,罗马尼亚承诺,它没有也不会故意拦截有关仲裁的受特免权保护的通信信息,如果此类通信被无意中截获,它将不会与罗马尼亚的仲裁律师或负责监督该国参与 ICSID 案件的罗马尼亚官员分享,仲裁庭因而拒绝依据申请发布临时措施阻止罗马尼亚监视和拦截可能享有特免权的通信信息。^{⑤⑩} 在其他一些国际投资仲裁案件中,^{⑤⑪} 仲裁庭也在接受被申请人承诺的基础上,拒绝了投资者干预东道国刑事程序的申请。这种做法在尊重东道国的主权和保护投资者权利之间,实现了微妙的利益平衡。

仲裁庭在认定临时措施请求是否满足比例性要求时应当考虑各种具体案件的情况,比如被指控罪行的严重性、被指控的罪行是否仍在进行、犯罪是否可以在过去就被调查、仲裁结束后诉讼时效是否会阻止东道国调查所指控的罪行、公众对所起诉的犯罪是否具有强烈的兴趣等等。^{⑤⑫}

不过,有些投资仲裁庭在处理涉及刑事程序的临时措施申请时,未重视甚至未涉及比例性分析,比如 Quiborax 诉玻利维亚案和 Caratube 诉哈萨克斯坦案的仲裁庭将审查重点放在了紧迫性和必要性等条件上,未能体现出对比例性这一条件的重视。

四、仲裁庭干预东道国刑事程序的利益权衡理念： “钢丝绳”上的行走

刑事法律及其司法程序是国家主权中最明显、最无可争议的部分。^{⑤⑬} ICSID 仲裁庭在考虑投资者提出的暂停东道国刑事程序的临时措施请求时,“非常清楚这个问题的敏感性,几乎总是从回顾东道国使用其监管权的主权权力开始”。^{⑤⑭} 而仲裁庭干预东道国刑事司法程序存在滥用权力的风险。《ICSID 仲裁规则》修订过程中对官方意见的调查显示,许多国家明确表达了对国际投资仲裁临时措施可能侵害国家主权的担忧。比如,乌拉圭认为,《ICSID 仲裁规则》应当要求仲裁庭在面对投资者要求暂停东道国刑事调查

^{④⑨} Paushok v. Mongolia, UNCITRAL, Order on Interim Measures, 2 September 2008, paras.79-91.

^{⑤⑩} *Supra* note 25, at para.365(e).

^{⑤⑪} Italba v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/16/9, Decision on Claimant's Application for Provisional Measures and Temporary Relief, 15 February 2017, paras. 25, 29; Gavrilovic v. Croatia, ICSID Case No. ARB/12/39, Decision on Claimants' Request for Provisional Measures, 30 April 2015, paras.230-234; EuroGas v. Slovakia, ICSID Case No. ARB/14/14, Procedural Order No. 3, 23 June 2015, paras.84, 93-97.

^{⑤⑫} *Supra* note 2, at 626.

^{⑤⑬} *Supra* note 22, at para.3.40.

^{⑤⑭} Daniel Kalderimis, *The Authority of Investment Treaty Tribunals to Issue Orders Restraining Domestic Court Proceedings*, ICSID Review, Vol.31:3, 2016, p.575.

或诉讼程序的临时措施时保持谨慎。^{⑤⑤} 阿尔及利亚支持《ICSID 仲裁规则》中明文规定限制 ICSID 仲裁庭干预东道国刑法实施。^{⑤⑥}

因此,在决定是否干预东道国刑事程序时,国际投资仲裁庭理应在国家主权和投资者权利之间谨慎权衡。仲裁庭行使裁量权不应天马行空,而应依据一定的原则与标准。事实上,这些原则与标准在国际投资仲裁实践中也得到了一定程度的践行。

(一) 仲裁庭发布临时措施干预东道国刑事程序仅限于例外情形

东道国的刑事管辖权是国家主权的基本体现,不容轻易剥夺或侵害,仲裁庭对此国家主权行为应表现出适当的“礼让”与尊重。当要求采取暂停刑事调查或诉讼程序的临时措施时,ICSID 仲裁庭已明确要求适用“特别高的门槛”,^{⑤⑦}事实上也理应如此。对于所有的临时措施请求,不仅要求权利的保护具有紧迫性和必要性,而且仲裁庭只能在“绝对必要”的情况下才能干预刑事调查或诉讼程序,以保护申请人的不加剧冲突或程序完整性的权利。有学者指出,这一较高的门槛要求符合国际法的一般规则,即指控越严重,证明标准就应越高。^{⑤⑧} 这一论断原本是针对证明标准而言,因而在临时措施发布条件的语境下应属误用。不过,对于可能会造成严重后果、具有例外性质的裁判,仲裁庭也确应谨慎而为。从结果严重性与谨慎裁判的关系而言,两种情况的处理具有相似性和可类比性。

(二) 仲裁庭的利益权衡体现在比例性要求的适用及其成文化

如上所述,在国际投资仲裁的诸多案件,比如 Nova Group 诉罗马尼亚案中,仲裁庭适用了比例原则,谨慎地权衡临时措施的发布与否可能对东道国和投资者造成的“损害”和“不便”(inconvenience)。这种考虑本身体现的是一种利益权衡。不过,在有些国际投资仲裁案件中,比例性分析没有得到仲裁庭足够的重视。

2022 年新修订的《ICSID 仲裁规则》第 47 条第 3 款(b)项改变了原有的情况,它要求仲裁庭在决定是否发布临时措施时考虑“可能对各方产生的影响”。ICSID 明确表示,规定这一“权衡测试(即比例性)要求在实践中已被 ICSID 仲裁庭频繁接受和应用,修正案的明文规定确认了这一实践。”同时,该条款关于比例性使用了宽泛的语言,即要求考虑“所有相关情况”(all relevant circumstances),包括临时措施对东道国的“影响”。^{⑤⑨} 该条款的通过将为 ICSID 仲裁庭提供规则基础,这将促使 ICSID 仲裁庭就相互竞争的利益之间何者优先进行说理,权衡“所有需要考虑的相关事项”。^{⑥⑩}

比例性要求的成文化有助于进一步实现维护国家主权和保护投资者权利之间的平衡。在对比比例性没有明文的独立要求的情况下,比如在新修订规则之前的 ICSID 仲裁中,

^{⑤⑤} ICSID, *Compendium of State and Public Comments on Working Paper #1–March 15, 2019*(2019), p.329 (Spanish).

^{⑤⑥} *Id.*, at 325 (French).

^{⑤⑦} *Supra* note 7, at para.137; *Supra* note 47, at para.148.

^{⑤⑧} *Supra* note 2, at 630.

^{⑤⑨} ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules: Working Paper #4*, Volume 1, February 2020, p.55.

^{⑥⑩} Kai Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Vol.10:3, p.716.

比例性在决定是否发布临时措施方面发挥了次要作用。比例性并不像传统的临时措施的发布条件（如紧迫性和必要性）那样成为一项基本要求（threshold requirement）。一般来说，比例性只是辅助 ICSID 仲裁庭权衡临时措施，“以使申请人的权利受到保护，同时对被申请人的活动干预最小”。^{⑥1} 这一结论得到了实证分析的支持，此类分析表明，比例性很少成为拒绝临时措施的决定性因素。^{⑥2} 当比例性被确立为发布临时措施的独立要求，该条件得以满足的证明责任需要由请求采取临时措施的一方承担。同时，比例性规则的明文规定具有重要意义，因为在明文规定之下仲裁庭需要按照明确要求来进行权衡，这一过程将促使 ICSID 仲裁庭以透明的方式构建其说理结构，避免可有可无的简单化推理和对国家主权的恣意侵害。

对于非 ICSID 仲裁而言，比例性要求是否成文化对于仲裁庭适当行使权力亦会产生上述微妙差异。当非 ICSID 仲裁适用的仲裁规则未明确规定临时措施的比例性要求，仲裁庭在决定是否发布临时措施干预东道国刑事程序时，也应将比例性作为基本要求予以适用，而非根据便利与否随意取舍。

（三）仲裁庭权衡利益时需要考量多种具体因素

仲裁庭在权衡利益时需要考量各种因素，比如投资者或东道国的相关行为是否具有恶意、临时措施对东道国主权干涉的程度、刑事程序对于国际投资仲裁是否产生了现实或直接的影响等等。有些考量因素已体现在比例性分析之中，比如临时措施对于东道国主权的干涉程度；有些考量因素则超出比例性分析的范围，比如双方的主观状态。即使仲裁规则没有如此要求或者仲裁庭没有进行专门的“比例性”分析，仲裁庭在作相关决定时往往也会进行利益权衡。

仲裁庭应当考虑东道国是否具有恶意，“为阻止 ICSID 案件而进行的恶意起诉无疑是一种极端情况，可以证明采取临时措施是合理的”。^{⑥3} Italba 诉乌拉圭案仲裁庭认为，在该案中仲裁庭无权建议停止刑事调查，不过同时暗示，在有东道国存在恶意的证据的情况下，有权建议采取这样的临时措施。^{⑥4} 不过，恶意启动刑事程序并非必要条件，仲裁庭为保护当事方权利和适当行使职责，应当考虑国内刑事程序的实际后果，即使刑事程序在仲裁之前启动，当事国并非出于恶意，但仲裁程序的完整性若受到严重影响，仲裁庭也可以采取临时措施予以干预。^{⑥5}

仲裁庭也应注意防止投资者滥用程序，即投资者提起仲裁只是为了破坏、干扰或阻止国内刑事程序，而不是为了真正解决争端。比如，在 Rompetrol 诉罗马尼亚案中，仲裁

^{⑥1} Cameron A. Miles, *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2017, p.305.

^{⑥2} David Goldberg, Yarik Kryvoian and Ivan Philippov, *2019 Empirical Study: Provisional Measures in Investor-State Arbitration*, British Institute of International and Comparative Law and White & Case, 2019, p.22.

^{⑥3} *Supra* note 25, at para.252; *Supra* note 40, at para.121; Libananco v. Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008, para.79.

^{⑥4} Italba v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/16/9, Decision on Claimant's Application for Provisional Measures and Temporary Relief, 15 February 2017, para.116.

^{⑥5} *Supra* note 25, at paras.252, 256-257.

庭面临的一个问题是:仲裁申请人启动仲裁程序的目的是否为迫使罗马尼亚终止正在进行的刑事调查,从而构成被申请人所主张的“滥程序”。^{⑥6}仲裁申请方发起仲裁的背后动机可能只是试图干扰或施压对方,仲裁庭应当保持警惕,辨别临时措施请求是正当的还是恶意的,在评估两种可能性的基础上作出决定。

临时措施应区分对于东道国刑事程序的“中止”与“终止”。仲裁庭为了谦抑地干预,往往应优先考虑中止刑事程序。实践中,仲裁庭往往强调中止国内刑事诉讼,只是推迟进行,而不是要求终止程序,待仲裁庭作出裁决后,东道国可恢复刑事程序。这样,仲裁庭对东道国刑事司法权的干预是有限的。^{⑥7}

仲裁庭的干预可能涉及不同刑事程序,这也意味着对东道国主权不同程度的干涉,因此仲裁庭应将涉及引渡与涉及实际监禁的情况进行区分。比如, Nova Group 诉罗马尼亚案仲裁庭要求东道国停止引渡请求,理由是避免仲裁程序的完整性受到严重威胁。而在 Munshi 诉蒙古国案中,紧急仲裁员拒绝要求东道国释放被监禁的申请人,理由是释放申请人将推翻蒙古国法院根据国内法进行的审判和判决,准许该临时措施对东道国主权的干涉程度远远高于 Nova Group 诉罗马尼亚案中对东道国主权的干涉。^{⑥8}

有学者指出,东道国的刑事措施对即将进行的仲裁产生影响的紧迫程度,是仲裁庭确定应否通过临时措施对申请人获得完整仲裁程序的权利进行保护的关键因素。^{⑥9}如果刑事措施已经或可能对即将进行的仲裁产生直接影响,仲裁庭往往倾向于同意发布干预刑事程序的临时措施。比如在 Quiborax 诉玻利维亚案中,刑事程序将影响申请人获得书面证据以及证人作证。^{⑦0}在 Hydro 诉阿尔巴尼亚案中,五名申请人中的两人可能会被监禁,无法经营相关公司或参与诉讼。^{⑦1}相反,如果这种影响仅仅是预测的、推测的,仲裁庭会否决临时措施申请。在 Italba 诉乌拉圭案中,仲裁庭没有同意干预刑事程序,因为没有证据表明刑事调查会妨碍仲裁,而且乌拉圭承诺刑事调查不会妨碍两名证人参与仲裁或出席听证会。^{⑦2}在 Churchill Mining 诉印度尼西亚案中,仲裁庭驳回临时措施申请的原因是它认为申请人所谓的程序完整性权利受到损害是“推测性和假设性的”。^{⑦3}

(四) 仲裁庭可灵活行使裁量权确定折衷方案

仲裁庭在这方面灵活地行使裁量权,首先体现为当缺乏准确判断的条件时为所作决定留有将来变更的余地。在 Teinver 案中,仲裁庭尽管驳回了投资者的临时措施申请,但同时指出,如果申请人能够提供进一步证据证明对仲裁代理人的刑事调查会影响仲裁程

^{⑥6} Rompetrol v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013, para.11.

^{⑥7} See e.g., *Supra* note 40, at para.164; *Supra* note 22, at paras.3.20, 3.28, 3.41; *Supra* note 10, at para.74.

^{⑥8} Mohammed Munshi v. Mongolia, SCC EA 2018/007, Award on Emergency Measures, 5 February 2018, paras.48, 56.

^{⑥9} Nelson Goh, *The Power of Tribunals to Enjoin Criminal Proceedings: A Widening Power or Converging High Bar?*, ICSID Review, 2018, Vol.33:1, p.89.

^{⑦0} *Supra* note 40, at paras.163-165.

^{⑦1} *Supra* note 22, at paras.3.18-3.20, 3.36.

^{⑦2} *Supra* note 64, at para.120.

^{⑦3} *Supra* note 23, at para.99.

序,仲裁庭将给予再次“申请的自由”(liberty to apply)。这一做法既在条件不成熟的情况下拒绝投资者的申请,同时也保留了将来根据进一步的信息和证据改变这一决定的可能,降低了对任何一方利益武断地作出决定而造成侵害的风险。

仲裁庭兼顾不同利益的折衷方案也体现在东道国保证或具体承诺的运用方面。在最近的一些案件中,仲裁庭拒绝发布被请求的临时措施,并且强调了被申请人已在提交的材料中作出了具体保证。这些保证一般涉及参与国内刑事诉讼的个人的权利,以及今后如何进行这些诉讼。在 *Italba* 诉乌拉圭案中,被申请人提供了保证,即国内刑事起诉不会阻止索赔人的两名证人参与案件的准备或陈述。仲裁庭要求乌拉圭说明其将采取的“具体步骤”,以确保证人不会被拘留。仲裁庭还请被申请人保证不会采取任何其他措施阻碍证人自由提供申请人要求的证词。^{⑦④} 在 *Gavrilovic* 诉克罗地亚案中,被申请人强调了其作为欧盟成员国的法律义务,并承诺在刑事诉讼中尊重索赔人的基本权利。它声称,“目前的情况是,不会也不可能采取警戒措施或者刑事拘留”。仲裁庭拒绝了临时措施申请,同时在裁决结束时的“结论性意见”部分总结了被申请人的保证,并邀请仲裁申请人在被申请人不履行这些承诺的情况下寻求进一步的救济。^{⑦⑤} 相似地, *EuroGas* 诉斯洛伐克案的被申请人保证不会阅读在刑事调查中扣押的文件副本,也不会使用这些文件。^{⑦⑥} 这些保证和具体承诺的运用作为折衷方案,体现了仲裁庭经过利益权衡后的谨慎态度。在仲裁庭担心申请人的权利可能受到侵犯、但缺乏证据依据或因其他原因不愿干涉国内诉讼的情况下,强调具体的保障和保证并醒示被申请人遵守这些保障和保证不失为一种务实的问题解决办法。

仲裁庭确定的折衷方案也可体现为,通过笼统表述要求东道国停止侵害投资者的程序权利,而不是明确表态干预刑事程序,或者可以采用“建议”而不是“命令”的形式柔性地影响刑事程序、避免其不当影响仲裁程序的进行。在 *Alicia Grace* 诉墨西哥案中,仲裁庭虽拒绝了临时措施申请,但是谨慎地指出若在后续阶段获得了额外和重要的证据,可以修正这一决定,同时通过发布一般性命令要求被申请人: 1. “放弃采取任何可能加剧争端的不合理措施”; 2. 提供关于针对申请人律师进行的任何调查的具体信息。^{⑦⑦} 在 *Gerald* 诉塞拉利昂案中,仲裁庭明确拒绝了申请人关于干预刑事程序的申请,同时敦促(urges)东道国政府向其具体主管部门转达意见以改变关于申请人雇员保释的条件,使他们能够在无需暂停刑事诉讼的情况下返回申请人的矿场,并且要求被申请人详细说明其扣押的文件,保存原件并制作完整的副本,按期将副本提供给申请人和仲裁庭。^{⑦⑧}

^{⑦④} *Supra* note 64, at paras.25, 29.

^{⑦⑤} *Gavrilovic v. Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Decision on Claimants' Request for Provisional Measures, 30 April 2015, paras.230-234.

^{⑦⑥} *EuroGas v. Slovakia*, ICSID Case No. ARB/14/14, Procedural Order No.3, 23 June 2015, paras.84, 93-97.

^{⑦⑦} *Supra* note 43, at para.77.

^{⑦⑧} *Supra* note 47, at para.226.

五、结论与建议

刑事程序的启动与进行属于东道国主权的当然体现。不过,如果它严重侵害了国际投资仲裁中投资者的权利,从而影响其有效参与仲裁,那么国际投资仲裁庭予以干预则具有法律依据和法理基础。事实上,如果允许东道国通过刑事程序这一表面合法的行为规避或破坏国际投资仲裁,那么国际投资仲裁的整体目的和运行机制将遭受严重破坏。尽管如此,仲裁庭发布临时措施干预刑事程序仍属例外情形,投资者的申请需要满足较高的门槛要求,而仲裁庭就此作出决定需要进行谨慎的利益权衡。

在面临政治动荡的东道国或者在政府对司法机关具有强大影响的国家,投资者权利受损的风险尤其明显,这种环境是滥用刑事管辖权的适宜土壤。共建“一带一路”的众多国家法治状况良莠不齐,难免出现滥用刑事程序、破坏国际投资仲裁的情形,案例表中针对东道国的相当比例的临时措施申请获得准许即可见一斑。鉴于涉华国际投资仲裁案件数量呈快速增长势头,未来难免面临与国际投资仲裁“平行”的国内刑事程序问题,我国海外投资企业和政府双方都应提前做好应对准备。

东道国滥用刑事程序可能导致仲裁庭发布临时措施予以干预,这类案件已经屡见不鲜。我国政府部门应引以为戒,在处理外资相关事务时切忌试图不当影响刑事程序、恶意破坏国际投资仲裁。这与我国全面建设法治政府的目标格格不入,不仅仲裁庭可能会针对相应的刑事程序发布临时措施予以干预,国际上对我国的投资环境也会因此产生消极评价。在国际投资仲裁框架下,^⑨我国政府应强调外国投资者申请干预刑事程序属于需要满足较高门槛的例外救济,只有在“绝对必要”时仲裁庭才可发布此类临时措施。就具体要求而言,申请人还需要证明相关情形已经满足发布临时措施予以干预的条件与标准。

在国际投资仲裁中,为正当合法地追究相关人员的刑事责任,我国政府应当积极主张并说服仲裁庭不宜干预,必要时我国相关部门可以主动作出必要的保证和具体承诺,就如前述 Gavrilovic 诉克罗地亚案中东道国说服仲裁庭那样,保证刑事程序不会影响仲裁并给出具体承诺,成功促成两个程序各行其道,互不构成实质干扰。

我国海外投资企业申请仲裁庭发布临时措施,干预东道国刑事程序,应针对性地说服仲裁庭发布临时措施的条件和标准已得到满足。关于存在受保护的权利这一条件,我国企业在申请时通常应主张仲裁程序完整性的权利受到侵害,从而相对容易地获得仲裁

^⑨ 目前我国仲裁临时措施的立法采取法院专属管辖模式,就依据我国仲裁法进行的非 ICSID 仲裁而言,仲裁庭没有权力发布临时措施。不过《仲裁法(修订)(征求意见稿)》第43条规定:“当事人为了保障仲裁程序的进行、查明争议事实或者裁决执行,可以请求人民法院或者仲裁庭采取与争议标的相关的临时措施。”可见,在我国仲裁法修订以后,原有法律障碍有望被清除。而在涉华的 ICSID 仲裁中,仲裁庭发布临时措施因不受国内法的约束和影响,因而不存在类似问题。

庭的支持。如果援引的是保证 ICSID 程序的排他性的权利、维持现状和不加剧争端的权利,那么如前所述,申请可能相对难以获得成功。即使选择援引程序完整性的权利,我国企业仍然需要举证证明相应的情形,比如东道国妨碍申请人获得律师的代理、恐吓或阻碍重要证人出庭作证等。此外,我国企业还应充分说明对于本方有利的各种因素,比如刑事程序会对国际投资仲裁产生直接影响,以便促成仲裁庭最终决定发布临时措施,干预东道国刑事程序。

Abstract: The arbitration tribunals have the source of power and theoretical basis to issue interim measures in international investment arbitration, to intervene with the criminal proceedings of host countries that infringe upon the legitimate rights of investors. The arbitral tribunal needs to meet conditions for the issuance of interim measures to intervene with domestic criminal proceedings, including the existence of protectable rights, necessity, urgency and proportionality, which have gradually developed certain criteria in the practice. However, the intervention of international investment arbitral tribunals into domestic criminal proceedings is an exception and needs to meet strict threshold requirements, and arbitral tribunals must carefully balance national sovereignty against the rights of investors. In view of the rapid growing trend of China-related investment arbitrations in recent years, Chinese government and overseas enterprises should be prepared to deal with the issue in advance.

Keywords: international investment arbitration; interim measures; criminal proceedings; balance of interests

(责任编辑: 沈 健)

国际投资仲裁东道国行为“禁止专断性”标准适用探究

田腾杞^{*}

内容提要 在近年来的国际投资仲裁案件中,有些投资者根据国际投资条约主张东道国的行为是“专断性的”,由此形成了“禁止专断性”标准。然而在实际适用这一标准的过程中,存在国际投资协定条款规定不统一和仲裁庭阐述不一致的问题。对此,国际投资仲裁庭积极尝试明晰“禁止专断性”标准的要素,包括以“公共利益”与“控制力度”说明合理性要素、以“真实目的”表达非偏见要素、以“正当程序原则”限定东道国行为。随着我国在国际投资争议解决中的参与度不断提高,我方应当在维权申诉中积极利用各类标准主张权利,在应诉中积极争取对我方有利的证明依据,并应在今后对外签署的国际投资条约中保持用语协调,重视行政措施的合法合理性,促进我国实现对外开放与“走出去”的进一步升级转型。

关键词 禁止专断性标准;国际投资仲裁;合理性要素;东道国规制权

在国际投资活动中,东道国在决定是否接受外国投资者的投资时,既要考虑投资活动对本国经济的激励,又要防止外国投资者对本国经济的过分控制。近年来,在对东道国的行为进行认定时,有些投资者根据其母国与东道国之间的投资条约,主张东道国的行为是“专断性的”(arbitrary),并要求给予一定的赔偿或补偿。然而,对于何种事件会构成“专断性”行为以及如何适用“禁止专断性”标准等问题,目前既无详细的条约文本表述,也尚未形成较为明确统一的惯例。而随着国际投资争议的数量不断增加、案件情况愈加复杂,国际投资仲裁实践中明确禁止专断性标准的需求愈加迫切:对于投资者而言,能够帮助其更好地了解投资过程中可能面临的东道国规制和豁免;对于东道国而言,则可以为投资者提供更规范的管理与服务,减少投资争端的发生。在国际投资争议解决中定义并具体适用禁止专断性标准,是一项自争议解决实践呼唤至投资条约文本明确化的诉求。

^{*} 田腾杞,江苏省环保集团有限公司法务,武汉大学国际法研究所法学硕士。

一、逐渐明确的禁止专断性标准

（一）从原则性要求向具体化标准演进

投资者主张适用禁止专断性标准的最重要前提是投资条约或协定中存在这项义务。专断性标准早期出现在《1951年美国-意大利友好通商航海条约》(Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, 以下简称 FCN) 补充议定书的第 1 条, 该补充议定书意在完善原有 FCN 中的公平待遇原则 (the principles of equitable treatment)。双方在第 1 条约定: “缔约一方的国民、公司和协会不得在另一缔约方领土内受到专断 (arbitrary) 或歧视性措施的约束, 特别是导致: (1) 阻止其有效控制和管理其获得东道国允准在东道国境内建立或收购的企业; 或 (2) 损害其在此类企业中合法获得的其他权利和利益, 或损害其投资。各缔约方承诺不歧视另一方的国民、公司和协会在正常条件下获得经济发展可能需要的资本、制造工艺、技能和技术。”^① 该条所列举的两种情况可以视为对“专断或歧视性措施”的释义。《1982 年美国-巴拿马双边投资协定》(Panama - United States of America Bilateral Investment Treaties (1982), 以下简称美巴 BIT) 在“公平与公正待遇”条款 (以下简称 FET 条款) 后补充了禁止专断性标准, 双方约定: “任何一方国民和公司的投资应始终得到公平和公正的待遇, 并应在另一方境内享有充分的保护和安全……任何一方均不得以任何方式通过专断 (arbitrary) 和歧视性措施损害另一方国民或公司对投资的管理、运营……”^② 与 FCN 条款的规定不同, 此处并没有列举违反“禁止专断性”要求的情形, 美国双边投资协定 (Bilateral Investment Treaties, BIT) 范本中的这种约定模式沿用至 20 世纪末。

与美国不同, 德国在双边投资协定中列入禁止专断性相关内容的时间较晚。1987 年德国与玻利维亚签署的 BIT 中规定了禁止专断性标准, 与 FET 条款共属同一条但分列两款: “(1) ……在任何情况下, (东道国) 都应给予投资公平和公正的待遇 (FET 条款)。(2) 任何缔约方均不得通过专断 (arbitrary) 或歧视性措施, 损害另一缔约方国民或公司在其境内享有的投资管理、维护、使用和所有之权利。”^③ 之后德国对其他 BIT 范本也做了相同安排。欧盟近年来对外签署的投资协定延续了德国式 BIT 的做法, 在 2016 年欧盟与加拿大自由贸易协定 (The EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)、2018 年欧盟-越南投资保护协定以及 2019 年欧盟-新加坡投资保护协定中, 禁止专断性成为 FET 条款下的义务之一: “一方措施如属于下列行为, 将构成对 FET 义务的违反……(3) 明显的专断性行为 (manifest arbitrariness / manifestly

① Agreement Supplementing the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Italian Republic (1951), Article I.

② Panama - United States of America BIT (1982), Article II, para.2.

③ Bolivia, Plurinational State of - Germany BIT (1987), Article 2.

arbitrary conduct)。”^④我国2011年与乌兹别克斯坦重新签署的BIT也将禁止专断性列入了FET条款:“FET要求不得对缔约方的投资者采取明显的歧视性或专断性(arbitrary)措施。”^⑤而在2021年上半年加拿大公布的外国投资促进及保护协定(Canada's 2021 Foreign Investment Promotion and Protection Agreement Model, FIPA)范本中,“明显的专断性”成为了违反最低标准待遇条款(the minimum standard of treatment,以下简称MST条款)的情形之一,并注明了其释义:“当一项措施明显与合法的政策目标缺乏合理联系时,例如一项措施是基于偏见或偏好而不是基于理性或事实作出的,该措施显然是专断的。”^⑥从条约内容的演进可以看出,禁止专断性曾经作为一种原则性规定放置在条约总则部分,而近年国际投资争议的复杂化又使其从条约的原则性规定中进一步发展为一项具体标准。

由于投资协定条款中规定东道国义务的内容大多模糊,有的仲裁庭倾向于将禁止专断性标准直接作为投资协定中规定的义务进行判断。例如在S.D. Myers v. Canada一案中,即便《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement,以下简称NAFTA)第1105条的MST条款没有明确将禁止专断性标准列为具体义务,仲裁庭还是认为东道国的“专断行为达到国际无法接受的程度”就可以构成对该条款的违反。^⑦在Thunderbird v. Mexico案、Glamis Gold v. USA案和Eli Lilly v. Canada案中,仲裁庭都持有相同观点。^⑧而在近年一些国际投资仲裁案件中,虽然投资者母国与东道国之间的投资条约没有明确将禁止专断性标准作为缔约国义务,但投资者也会利用“条约挑选”(treaty-shopping)策略来引入该标准。例如在Mobil v. Venezuela一案中,投资者美孚公司对东道国国内企业的合并行为使得该案适用了明确规定有禁止专断性标准的《荷兰-委内瑞拉BIT》;而在Pawlowski v. Czech Republic案中,虽然该案所涉BIT没有明确规定禁止专断性标准,但仲裁庭对比了东道国捷克对外签署的BIT内容后,发现专断性与另一词“不合理性”(unreasonable)是交替使用的,而该案所涉的BIT没有明确提及“专断性”一词,因此在对这两个标准后认为“专断性的措施都是不合理的”,而“不合理的措施并不一定导致专断性的发生”,因此认为禁止专断性标准的相关要素也适用于该案。

由此可见,除一些国家签订的高标准投资协定的情形外,若是一国对外签署的诸多投资协定中包含了禁止专断性标准的相关要求,无论将来需要解决的国际投资仲裁具体案件所涉条约内是否明确列出禁止专断性标准,以仲裁庭近年偏好高标准保护的态度来看,仲裁庭极有可能会据此标准评估东道国的措施。

④ Canada - EU CETA (2016), Article 8.10; EU - Singapore Investment Protection Agreement (2018), Article 2.4; EU - Vietnam Investment Protection Agreement (2019), Article 2.5.

⑤ China - Uzbekistan BIT (2011), Article 5. 类似的还有 China - United Republic of Tanzania BIT (2013), Article 5.

⑥ Canada's 2021 Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) Model, Article 8.1.

⑦ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Ad hoc Arbitration, Partial Award, 2000, para.263.

⑧ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Ad hoc Arbitration, Arbitral Award, 2006, para.193; Glamis Gold Ltd. v. United States of America, ICSID, Award, 2009, para.626; Eli Lilly and Company v. Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 2017, para.416.

（二）国际投资争议案件的填充

“专断性”译自英文单词“arbitrary”（或“arbitrariness”）。^⑨根据词义，“专断性”由“个人意志、偏好或偏见”产生，与“规则、事实和理由”相背离。^⑩早在1931年，即有学者指出“对外国人采取专断行为违反国际法”。^⑪在国际投资法的实践中，国际法院于1989年的 *Elettronica Sicula S.p.A. v. Italy* 案（*United States of America v. Italy*，以下简称 *ELSI* 案）首次对专断性一词做出了阐释，认为专断性“与法律规则相对立”，是“一种故意无视正当法律程序的（willful disregard of due process of law）、在司法适当性（judicial propriety）上令人震惊（shock）或至少惊讶（surprise）的行为”。^⑫

在国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID）等机构^⑬仲裁的一系列国际投资争议案件中，禁止专断性多出现在 FET 条款中。起初，禁止专断性仅适用于配合证明东道国存在“拒绝司法”的情形。在1999年的 *Azinian v. Mexico* 一案中，仲裁庭列举了拒绝司法的四种情形，最后一种情形将“明确且恶意地误用法律”的情形与专断性相联系；^⑭ *Mondev v. USA* 案仲裁庭也将专断性用于评估拒绝司法。^⑮而随着仲裁实践的发展，拒绝司法的证明门槛不断提高，要求证明东道国存在“执法方式极其不当”^⑯“从根本上不公正的程序”^⑰“国家制度完全失能”^⑱等特别严重的行为，因此在近几年的国际投资仲裁中，投资者逐渐转向单独证明东道国行为存在专断性。如在2021年作出裁决的 *Pawlowski v. Czech Republic* 案中，申请人在证明东道国违反 FET 义务时将重点放在了东道国行为的专断性上。^⑲在这个过程中，国际投资仲裁案件与条约文本协同发展，争议的解决既在不断强调禁止专断性标准在当下认定

⑨ “arbitrary”一词在中文语境下有多种译法，常见的有“专断”，或是“任意武断”；我国对外签订的投资条约中文版本的表述不一，如“专断”或是“任意”。本文采用“专断”进行表述。

⑩ 《布莱克法律词典》对该词的解释为“取决于个人的自由裁量权，而非固定的规则、程序或法律；对于司法裁判则是建立在偏见或偏好上，而非理由或事实”。《元照英美法词典》与该词相关的解释是“不顾事实或法律，或不依据一定的处理原则，缺少制定法或制约原则”而形成的权力或做出的决定，认为其“既不合理又不合法”。薛波主编：《元照英美法词典》，北京大学出版社2013年版，第89页；*Black's Law Dictionary*, 11 ed., Thomson Reuters, 2019, p.119.

⑪ A. Verdross. Les règles internationales concernant le traitement des étrangers, 37 Recueil des Cours, Académie de Droit International (1931-III)323,358/59, cited in Christoph Schreuer, *Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures*, in Roger P. Alford & Catherine A. Rogers, *The Future of Investment Arbitration* 189, Oxford University Press, 2009, 188-189.

⑫ *Elettronica Sicula S.p.A. (United States of America v. Italy)*, I.C.J. Reports, 1989, para.128.

⑬ 在近二十年内，除 ICSID 仲裁庭和常设仲裁法院（PCA）外，还有斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）、英国伦敦国际仲裁院（LCIA）等部分受理商事争议案件的仲裁机构都参与到了国际投资争议解决之中。

⑭ Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States (*Azinian v. Mexico*), ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 1999, para.103.

⑮ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 2002, paras.126-127.

⑯ *Azinian v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 1999, paras.102-103.

⑰ *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 2013, para.445.

⑱ *Agility Public Warehousing Company K.S.C. v. Republic of Iraq*, ICSID Case No. ARB/17/7, Final Award, 2021, para.212; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II, 2018, paras.8.36, 8.40; etc.

⑲ *Pawlowski AG and Project Sever s.r.o. v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/17/11, Award, 2021, paras.294-304, 407-409.

东道国行为性质中的重要性,又在不断丰富禁止专断性标准的内涵。

二、适用禁止专断性标准时存在的问题

(一) 投资协定中的条款规定不统一

从禁止专断性条款明确化的适用过程来看,该标准多散见于各 BIT 中,但不同条约的设置存在不小的差异,目前在实际适用中尚未得到统一。

一方面,禁止专断性标准尚未被完整准确地列入多边条约。在 1959 年《海外投资公约草案》中,虽然具有禁止“不合理或歧视措施”(unreasonable or discriminatory)的内容,但没有用“专断性”一词进行表述。^{②①}其后,1967 年经济合作与发展组织(Organisation for Economic Co-operation and Development,以下简称 OECD)理事会《外国人财产保护公约草案》、1998 年 OECD 拟定的《多边投资协定》(草案)与同年生效的《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)投资促进和保护部分都提及了禁止“不合理或歧视措施”,亦未采用禁止专断性的表述。而无论是作为已有国际投资争议裁决依据的 NAFTA,还是替代 NAFTA 于 2020 年 7 月正式生效的《美国-墨西哥-加拿大协定》(Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada),都没有将禁止专断性标准规定为具体义务。

另一方面,即便禁止专断性标准多见于 BIT,这一标准所属的投资待遇也未能完全明确。联合国贸易和发展会议(UN Trade and Development, UNCTAD)在其 2011 年发布的研究报告中称,禁止专断性是 FET 中的固有标准。^{②②}目前将禁止专断性标准作为东道国义务的一些 BIT 也采取了这种做法,将禁止专断性标准作为 FET 条款项下的一个具体义务。在 Genin v. Estonia 案、Waste Management v. Mexico (II) 案(以下简称 Waste Management 案)、PSEG v. Turkey 案中,仲裁庭都认为禁止专断性标准属于 FET 项下的义务。^{②③}然而,在此前依据 NAFTA 进行仲裁的一些国际投资争议案件中,仲裁庭认为 NAFTA 第 1105 条的 MST 条款包含了禁止专断性。^{②④}FET 条款与 MST 条款并非同一概念,对于 FET 条款与 MST 条款的关系,2001 年 NAFTA 自由贸易委员会发布的对 1105 条的解释中指出 FET 的概念并不要求其给予的待遇超出对于外国人的

^{②①} Draft Convention on Investments Abroad, Article I.

^{②②} UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf, last visited Feb.6, 2022.

^{②③} Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 2001, para.368; Waste Management, Inc. v. United Mexican States (II), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 2004, para.98; PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 2007, para.261.

^{②④} Glamis Gold Ltd. v. United States of America, ICSID, Award, 2009, para.626; Eli Lilly and Company v. Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 2017, para.416.

MST。^{②④} UNCTAD 认为,无论在投资协定还是在仲裁实践中,目前 FET 和 MST 的范围都较为模糊,两种待遇标准都存在一定程度的不可预测性。^{②⑤} 有学者认为,在缺少 FET 条款的一些 BIT 中,也可以借助 MST 条款规定东道国的义务,而这些义务包括了禁止专断性标准的要求。^{②⑥} 加拿大 FIPA 范本也将禁止专断性标准规定在 MST 条款中,没有单独设置 FET 条款。根据条约实践,虽然存在将禁止专断性标准归属于 MST 条款的情况,但是禁止专断性标准从根本上发源自 FET 条款,多数投资条约将其设置于 FET 条款项下,且多数学者的观点也都支持其归属于 FET 条款,^{②⑦} 其具体构成要素也与 FET 条款中的常见要素密切相关。不过,由于实践中禁止专断性标准属于投资条约中 FET 条款与 MST 条款都可能会列入的部分,且集合了诸多要素,无论归属于哪种投资待遇,还是作为一种明确界定东道国义务的标准,该标准在国际投资仲裁中已不能被忽视。

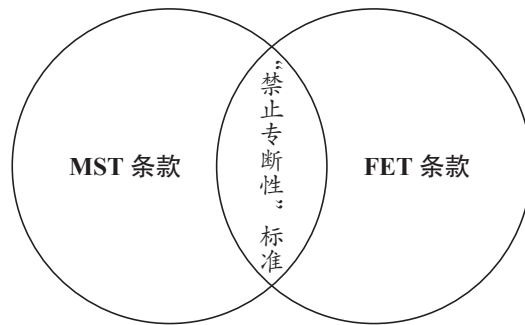


图 1 目前实践中对 MST 条款、FET 条款与禁止专断性标准的关系所持观点

（二）仲裁庭对禁止专断性标准的内涵阐述仍不一致

在禁止专断性标准的源头 ELSI 案中可以发现,禁止专断性标准的组成与 FET 条款中几个常见的要素密切相关:“正当程序原则”(principle of due process),“非歧视性待遇”(non-discrimination treatment)以及“合理性”(reasonableness)。在投资协定规定不一的情况下,出于解决具体争议的考虑,国际投资仲裁庭尝试对投资争议涉及的条约

^{②④} NAFTA Free Trade Commission, *North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_e.asp, last visited Nov.21, 2022.

^{②⑤} *Supra* note 21. 也有学者指出, FET 与 MST 是两个不同的标准,且 FET 的要求标准更高。Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 3 ed., Oxford University Press, 2021, p.302.

^{②⑥} Patrick Dumberry, *Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, Vol.8:1, pp.177-178.

^{②⑦} Martins Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, 2013, p.98; Stephan W. Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, *Transnational Dispute Management*, 2006, Vol.11:3, p.19; Patrick Dumberry, *The Role and Relevance of Awards in the Formation, Identification and Evolution of Customary Rules in International Investment Law*, *Journal of International Arbitration*, 2016, Vol.33:3, p.282; Rumana Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, Springer, 2018, pp.82-102; etc.

做出进一步解读。^{②⑧}虽然国际法院在 ELSI 案中列举了四项要素,但这些要素在实际应用中仍然不够明确,国际投资仲裁中应采用何种具体标准,需要从案件中发掘。

1. 禁止专断性标准与正当程序原则

正当程序原则在国际投资法中是“不得拒绝司法”的要素之一,由于禁止专断性标准的证明在实践中脱胎于不得拒绝司法,正当程序原则也同样渗透在禁止专断性标准之中。在 EDF v. Romania 案中,仲裁庭采用了申请人一方依据 Christoph Schreuer 教授的观点所提出的专断性定义,其中的要素包括了“故意无视正当程序采取的措施”。^{②⑨}在 Manolium Processing v. Belarus 一案中,仲裁庭将违反正当程序原则的情形概括为三种:明显专断的决定、不公正的诉讼程序以及缺乏独立公正的法庭做出的裁判。^{③⑩}然而禁止专断性标准发展到现在,已经不仅仅是正当程序的要求。如在 OIEG v. Venezuela 一案中,仲裁庭指出需要通过考察权力机关的措施和目标之间的合理联系,来认定措施是否是专断的。^{③⑪}

2. 禁止专断性标准与“非歧视性待遇”

禁止专断性标准和“非歧视性待遇”在投资协定和仲裁裁决中很多时候是同时出现的。相较于禁止专断性标准,非歧视性待遇与申请人提出的其他类型的主张更密切相关,诸如最惠国待遇和征收等问题。^{③⑫}有观点认为专断性也是一种歧视,^{③⑬}但歧视性实质上是一种“区别性的对待”,从概念上来看,要想确定是否存在歧视性,就要确定是否存在“区别”。有的裁决在分析歧视性时采取了这种方式,例如在 Loewen v. USA 案中,仲裁庭在论及歧视性时根据的是国籍标准。^{③⑭}而 Eli Lilly v. Canada 案中,仲裁庭根据国籍标准和专利类型来判断“歧视性”是否存在,认定专断性则从程序上评估某一法令是否违背了上位法的规定。^{③⑮}由于在国际投资争议解决中,证明符合法律条文程序性要素相对于证明符合国籍、专利等法律概的实体性要素更为简洁清晰,也更利于投资者举证,证明违反法律条文的程序规定更容易获得投资仲裁庭的支持,投资者在难以实现对非歧视

②⑧ 有学者对国际投资仲裁裁决进行了实证分析,发现在 98 份裁决中有 92 份都引用了此前的裁决结果。Ole K. Fauchald, *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals — An Empirical Analysis*, European Journal of International Law, 2008, Vol.19:2, p.335.

②⑨ EDF (Services) Limited v. Republic of Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 2009, para.303.

③⑩ OOO Manolium Processing v. The Republic of Belarus, PCA Case No. 2018-06, Final Award, 2021, para.538.

③⑪ OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 2015, paras.512-519. 类似的认定还有 Joshua Dean Nelson and Jorge Blanco v. United Mexican States, ICSID Case No. UNCT/17/1, Final Award, 2020, para.325; Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 2013, para.525; etc.

③⑫ Zachary Douglas et al., *The Foundations of International Investment Law*, Oxford University Press, 2014, p.339. 在国际投资仲裁中,“歧视性”在征收认定中的出现比“专断性”更早。Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 1986, para.72.

③⑬ Jeswald W. Salacuse, *Law of Investment Treaties*, 3 ed., Oxford University Press, 2021, p.240.

③⑭ Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 2003, para.135.

③⑮ Eli Lilly and Company v. Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 2017, paras.351-357, 327-344.

性待遇或关于征收行为的主张时,非偏见要素的证明门槛相对较低,会成为解决争议的切入点。而禁止专断性标准中存在的非偏见要素与非歧视性待遇之间的区别,需要根据具体案情分析:从当前的实践结果来看,非偏见要素多见于仲裁庭在争议解决中的认定,其与非歧视性待遇在整体上有相通之处,若要明确划分二者的界限,则需依赖投资者一方提出的主张和仲裁庭据此作出的判断,但目前尚未发现有投资条约对此处做了详细规定。

3. 禁止专断性标准与“合理性”

专断性与“不合理性”也是 BIT 经常混同使用的两个标准,投资仲裁庭依照 BIT 条款的用词进行认定,因此这两个标准在具体分析中亦有混同。例如 *National Grid v. Argentina* 一案的仲裁庭认为,虽然英国 - 阿根廷 BIT 中的用词为“禁止不合理”,但专断性与不合理性的含义基本上是相同的。^{③⑥}而在 *EDF v. Romania* 案中,仲裁庭在审查了 BIT 的规定和案件事实后,称“没有证据证明(东道国的行为)是……专断的或存在其他不合理的”。^{③⑦}而在 *Pawlowski v. Czech Republic* 案中,仲裁庭对比了捷克所签署的 BIT 后发现专断性与不合理性是交替使用的,而该案所涉的 BIT 没有明确提及专断性一词,因此仲裁庭在对比这两个标准后认为“专断性的措施都是不合理的”,而“不合理的措施并不一定导致专断性的发生”。^{③⑧}在仲裁庭没有将专断性和不合理性完全区分的情况下,不合理性也成为了仲裁庭分析专断性的要素之一。

由此可见,禁止专断性标准表现出国际投资协定对东道国行为的拘束,其从不得拒绝司法中独立发展成一项标准,仲裁庭采用了已有的正当程序原则合理性以及非偏见要素对该标准着手分析,但目前若以这三项要素详细阐述并适用禁止专断性标准,还需要依靠国际投资争议解决实践的进一步稳定与细化。

三、仲裁实践中禁止专断性标准要素的细化

国际投资仲裁庭要使其裁决能够获得广泛认可并得以执行,裁决的依据必须充分合理,不能从根本上违背国际投资法的原则,且要对争议双方提出的主张逐一进行充分地说理辨析。因此,近年的国际投资仲裁裁决的篇幅逐渐增加,仲裁员说理分析的部分也越发详细。随着近年来“偏好保护投资者权益”的争议越来越多,以及各类投资待遇标准在实践中的不断细化,仲裁庭在其逐渐增加的裁决内容中,也在尝试明晰禁止专断性标准部分。

(一) 以“公共利益”与“控制力度”说明合理性要素

判断东道国措施是否具有合理性,是确定东道国有无违反禁止专断性标准的重要因

^{③⑥} *National Grid PLC v. The Argentine Republic*, Ad hoc Arbitration, Award, 2008, para.197.

^{③⑦} *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 2009, para.278.

^{③⑧} *Supra* note 19, at paras.294-304.

素,也是仲裁庭最常见的考察要素。投资者申诉中针对的东道国措施通常是指政府或权力机关发布的决定或法令等。

一方面,“公共利益”是最有力的主张,能够说明东道国措施的合理性。大部分国际投资条约中都设置了关于环境措施等公共利益的约定内容,“不以放松环境保护等措施来鼓励投资”,^{③⑨} 又称“不后退条款”,是东道国对外国投资行使监管权的体现。^{④⑩} 而在东道国提出诸如环保等公共利益以说明其措施合理性时,仲裁庭会考察东道国措施的决定因素、决策主体和方式、措施的一贯性和明确性以及真实目的所在。例如在 S.D. Myers v. Canada 案和 Eco Oro v. Colombia 案中,面对投资者提出的措施合理性的质疑,东道国都以保护当地环境为由进行抗辩。在 S.D. Myers v. Canada 案中,仲裁庭考虑了是否存在能实现东道国的环保目的的其他替代措施,进而否决了东道国政府采取较高标准保护措施的合理性。^{④⑪} 但在 Eco Oro v. Colombia 案中,仲裁庭则认为东道国的措施符合环保这一公共利益,从而具有合理性。^{④⑫} 面对类似事由出现不同裁定的情况,有仲裁庭明确认为应当尊重国家,应先行推定东道国措施本来即为保护公共利益。^{④⑬} 从国家治理的层面分析,临时组成的国际投资仲裁庭对于一国的环境状况等涉及到重大发展事项的了解程度难以高于当地政府和民众,若仅因为投资者的临时主张而否认东道国环保等措施的合理性,这会违背投资条约协定设置“不后退条款”的初衷,更有悖于国际投资流动与可持续发展的目标。因此在公共利益的考虑上,仲裁庭应当首先以尊重东道国为原则,在没有明确的证据能够证明东道国的真实目的并非维护公共利益的情况下,应当推定东道国的措施具有合理性。

另一方面,东道国对其所采取措施的“控制力度”也是仲裁庭常常考虑的一个维度。在涉及到禁止专断性标准的国际投资争议中,投资者对东道国机关的权力合法性、决策依据的充分性等方面都曾进行过申诉。^{④⑭} 与前述较为确定的公共利益部分相似,仲裁庭对此也会考察东道国政府对措施的“控制”是否过度行使,以确定是否对投资者行使相

③⑨ 例如《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》第二十三条; Bahrain - Japan BIT, Article 24; New Zealand - United Kingdom FTA, Article 14.18; Hong Kong, China SAR - Mexico BIT, Article 12; EU-China CAI Section IV(2) Article 2(2), Section IV(3) art 2(2); CETA Article 23.4(1), 24.5(1); etc.

④⑩ Joshua Paine, *Autonomy to Set the Level of Regulatory Protection in International Investment Law*, International and Comparative Law Quarterly, 2021, Vol.70:3, pp.716-720.

④⑪ *Supra* note 7, at paras.162-195, 268.

④⑫ Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2021, paras.820-821.

④⑬ Muszynianka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością v. Slovak Republic, PCA Case No.2017-08, Award, 2020, para.546. 前述 S.D. Myers v. Canada 案仲裁员也有不同意见,认为政府具有设置较高环保标准的权力,仲裁庭无权干涉。See S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Ad hoc Arbitration, Separate Opinion by Dr. Bryan Schwartz (on the Partial Award), 2000, para.115.

④⑭ Joshua Dean Nelson and Jorge Blanco v. United Mexican States, ICSID Case No. UNCT/17/1, Award, 2020, paras.327-349; Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, 2009, paras.631-777; Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 2013, para.691; Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 2020, paras.370-378.

关权利产生了不合理的干扰或剥夺。一般情况下,东道国机构设置政策过渡期或保障救济期间的情形不会导致其措施的合理性被否认,但东道国机构采取措施的权力与目的往往被质疑。有学者提出,国际投资仲裁庭应当关注具体措施本身,仲裁庭不应做出一种“指导政府规范”式的裁决。^{④5}这一观点的基础在于国际法相对于国内法而言并不存在绝对的支配地位,^{④6}国际投资争议的解决不可以“去国家化”。仲裁庭也承认,若任何因政府措施而受不利影响的投资者都能任意地寻求赔偿,政府便无法实现其监管职能。^{④7}但就目前的仲裁结果而言,投资条约或协定中已经明确规定的前述公共利益能够充分说明合理性,其他情况下由东道国的法治建设状况决定东道国对投资者采取的行为能否获得合理性认同,在认定上仍多依赖于仲裁庭的自由裁量。

(二)以“真实目的”表达非偏见要素

虽然歧视性措施与专断性行为存在区别,但BIT在一些情况下并未对此做出区分,在投资者的事实依据更偏向程序性瑕疵时,抑或在比较对象较为笼统时,投资者会以偏见要素主张东道国存在专断性行为。不过,根据现有几例涉及到禁止专断性标准且包括了偏见要素的案件情况,投资者的主张并不能非常顺利地获得支持。在几起投资者以偏见主张东道国违反禁止专断性标准的案件中,仲裁庭都要求证明投资者与东道国之间的协议是“特殊定制”的,作为证明东道国“真实目的”的依据;^{④8}并且投资者提出的比较对象必须具有合理的可比较性,若涉及到关系公共利益的垄断行业,多数情况下无法类比。^{④9}这一点与前述公共利益的抗辩事由有所关联,由于东道国采取措施的“真实目的”为保护公共利益,考虑到“不后退条款”的首要考虑因素,东道国的抗辩往往占据上风。经济发展与商业竞争决定了不可能存在两种完全相同的投资,即使外国投资者与东道国国内投资者都投资了同样的项目,也会受到社会经济形势和政策的影响;而在国家经济主权原则的要求下,外国投资者若以偏见为主要要素主张东道国违反禁止专断性标准,就不再占有优势。

(三)以“正当程序原则”限定东道国行为

在禁止专断性标准下说明正当程序原则要素时,投资者多对行政许可、决定以及诉讼等程序进行申诉,在少数情况下也存在BIT的规定过于笼统、缺乏正当程序原则规定的情况,投资者只得依照BIT既有内容将部分较为严重的措施归于此类。

1. 行政与司法程序上的“正当程序原则”

行政程序上的“正当程序”由程序公平和实质公平这两部分组成,其中程序公平要求一国的行政程序应当赋予相对人充分获得披露、通知、参与、听证、陈述等权利,实质公

^{④5} Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2012, pp.170-203.

^{④6} [英]伊恩·布朗利:《国际公法原理》,曾令良等译,法律出版社2007年版,第43页。

^{④7} Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 2002, para.112.

^{④8} ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 2003, para.191; Waste Management, Inc. v. United Mexican States (II), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 2004, para.96.

^{④9} National Grid PLC v. The Argentine Republic, Ad hoc Arbitration, Award, 2008, paras.779-781.

平为该国措施内容应满足平等合理等法治要求。^{⑤①}近二三十年来参与国际投资仲裁的各国之间的法治背景和水平差异较大,仲裁庭也并不具有“指导一国行政”的权力,因此仲裁庭在争议解决中大多以程序公平为基础进行分析。具体情形包括采取措施的机关是否具有法定权力,^{⑤②}措施是否具有法定依据、^{⑤③}合理社会背景^{⑤④}或是公共利益要求,^{⑤⑤}措施发布后是否给予相对人充分合理的救济期间及途径等。^{⑤⑥}司法阶段的正当程序与上述行政程序部分有所关联,投资者在东道国应享有的救济权即包括了寻求司法救济;而除行政诉讼程序外,法院的执行程序也在仲裁庭的考察范围之内。^{⑤⑦}一般而言,若是东道国没有明确的法律依据或是国际条约义务约束,或者在行政或司法程序中没有尊重投资者应当享有的权利,而是对投资者的财产等相关权利直接进行限制,在不满拒绝司法证明要求的情况下,投资者主张东道国违反禁止专断性标准也能够获得仲裁庭支持。而若涉及到公共利益,仲裁庭依然还需以不倒退条款为首要判断标准。

2. 投资过程中东道国政府官员行为与正当程序原则

在行政或司法程序中,即便东道国的法定依据与赋权具有形式上的充分性,执行措施的官员个人行为有时也会影响到正当程序,例如索贿或擅自对投资者采取强制措施等。^{⑤⑧}国际投资仲裁庭的受案范围并不包括这种经济犯罪行为,但其会成为仲裁庭判断东道国整体法治状况的依据之一,原因在于一个能够正常运转的法治社会需要由具有相应能力的官员履行相关职责,如果具体执行措施的人员能力不足,那么法治在社会环境中能够发挥的效果及适用程度也需要商榷。由于仲裁庭本身并不具有主动调查争议的权力,其对各类行为的判断基于各方提交的证据和意见说明。^{⑤⑨}如果东道国的法治建设不完善,仲裁庭会认为东道国的行为并不具有充分依据,其裁决会倾向于支持投资者一方,以保护其权益。

禁止专断性标准三要素并非各自独立,而是相互关联渗透的。合理性认定是仲裁庭

⑤① 参见吕新建:《行政法视域下的正当程序原则探析》,载《河北法学》2011年第11期,第166页;Federico Ortino, *Refining the Content and Role of Investment “Rules” and “Standards”: A New Approach to International Investment Treaty Making*, ICSID Review, 2013, Vol.28:1, p.165.

⑤② EDF (Services) Limited v. Republic of Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 2009, para.305.

⑤③ OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 2015, paras.514-519.

⑤④ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 2001, paras.348-373.

⑤⑤ Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 2010, paras.221-225; Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 2003, paras.117-133.

⑤⑥ OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 2015, paras.512-519.

⑤⑦ Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 2003, paras.208-217; International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Ad hoc Arbitration, Arbitral Award, 2006, paras.186-201.

⑤⑧ *Supra* note 19, at paras.353-373, 441-506; Zhongshan Fucheng v. Nigeria, Ad hoc Arbitration, Final Award, 2021, paras.123-130.

⑤⑨ Yarik Kryvoi, *Economic Crimes in International Investment law*, International and Comparative Law Quarterly, 2018, Vol.67, p.589.

最常用的一种要素,其核心在于考察东道国措施的真实目的所在。根据不同种类的东道国措施,仲裁庭对东道国的机关权限、法治环境、措施的自身性质、适应性与一贯性等具体情形进行审查。一些 BIT 经常把专断性和歧视性放在同一款中,此时仲裁庭也会对东道国是否对投资者具有偏见进行分析,通常是考察东道国措施是否具有“行业偏见”以及是否影响到投资者的竞争。此外,由于禁止专断性更需要从保护程序正义入手,^{⑤⑨}在东道国措施是否符合正当程序这一方面,仲裁庭会更多地从东道国的相关司法程序及诉讼程序中考察投资者的相应权利是否有所保障以及东道国的整体法律运行情况等。

四、禁止专断性标准的中国因应

(一) 中方在国际投资仲裁中的抗辩实践

1. 中国投资者的维权申诉案件

在中国投资者针对外国提起的国际投资仲裁案件中,除涉及管辖权的案件以外,其余进入实体阶段的仲裁案件中有两个涉及到了禁止专断性标准,分别为 2009 年裁决的谢业深诉秘鲁案(以下简称谢业深案)和 2021 年裁决的中山富诚诉尼日利亚案(以下简称中山富诚案)。

在谢业深案中,中国投资者提出秘鲁政府冻结其资产的临时措施违反了中国-秘鲁 BIT 中的义务,是专断性的;秘鲁政府则主张其措施具有合理性,是其对外资行使规制权的结果。^{⑥⑩}仲裁庭认为,秘鲁政府的行为应当受到国际公法、秘鲁国内法以及条约惯例所反映的禁止专断性标准的约束,而秘鲁政府在采取临时措施之前并未对投资者进行相应调查或要求其提供详细信息,由此违反了禁止专断性标准,造成了投资者的权益受损。^{⑥⑪}不过,无论是中国-秘鲁 BIT 还是 FTA,都没有明确规定禁止专断性标准,^{⑥⑫}仲裁庭适用这一标准的根据是“国际公法原则、东道国国内法和条约惯例”。而在中山富诚案中,仲裁庭对东道国政府的禁入园区、对员工施压和人身控制的措施进行审查后,认为“(投资者一方的)主张显然成立”,^{⑥⑬}指出东道国实际上违反了禁止专断性标准所要求的东道国义务。^{⑥⑭}投资者若明确提出东道国的措施违反了禁止专断性标准,仲裁庭在实体阶段中会有一定概率倾向依据事实对该标准做出分析认定,而非仅因投资条约没有明确规定就驳回这一主张,但这一做法是否能够成为实践惯例还有待观察。

2. 中国作为东道国应诉的案件

目前在国际投资仲裁中,中国政府作为被诉东道国的案件超过半数都处于进行中

^{⑤⑨} 参见徐崇利:《公平与公正待遇:真义之解读》,载《法商研究》2010年第3期,第60页。

^{⑥⑩} Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Award, 2011, para.87.

^{⑥⑪} *Id.*, at paras.117-127.

^{⑥⑫} 参见《中国-秘鲁投资协定》第3条、《中国-秘鲁 FTA》第132条。

^{⑥⑬} Zhongshan Fucheng v. Nigeria, Ad hoc Arbitration, Final Award, 2021, para.125.

^{⑥⑭} *Id.*, at paras.128-130.

的状态。根据相关机构披露的部分仲裁程序令及材料,目前有两起正在进行的案件涉及到了禁止专断性标准,分别为2017年发起的德国海乐·西亚泽有限公司诉中国案(以下简称德国海乐案)与2020年发起的Eugenio Montenero诉中国案(以下简称瑞士Eugenio案)。

在德国海乐案中,投资者在中国境内设立的合资企业厂房因当地政府改造项目收到拆迁决定,投资者不服中国法院的判决而将该争议提交至国际投资仲裁庭。2018年,投资者因其厂房在提交仲裁请求后仍被拆除而修改了其仲裁请求,追加了中国政府违反禁止专断性标准等主张。^{⑥5}仲裁庭经过分析后,接受了投资者一方的追加请求。^{⑥6}虽然本案还未完成管辖权审查,但可以对投资者在未来实体阶段可能做出的申诉进行一定推测。本案依据中国-德国双边投资条约进行仲裁,而条约文本明确规定了禁止专断性的义务。^{⑥7}根据已有裁决,仲裁庭会更侧重于从双方提交的证据和辩论中提取的事实情况进行分析。从国内行政及司法程序记录中可以看到,本案的这一主张可能涉及到的主要事实有土地拆迁征收的行政决定、四名被征收人(中国居民)的两次行政诉讼、投资者单独提起的两次行政诉讼以及后续的行政强制执行程序。对于房屋征收决定,我国政府可以从征收目的、征收时间和相应程序等方面提出这一行为具有公共目的且给予了当事人适当补偿来主张其合理性,而并非是单独针对投资者的专断行为;对于行政诉讼,可以根据我国同类案件的情况,证明行政诉讼的程序、期间等问题不存在违背正当程序的情形,并根据投资者之前已提起的行政诉讼证明相关裁判的合理性;而对于行政强制执行程序,可以以投资者并未以合理方式积极寻求我国当地救济且我国司法与行政机关并不存在阻碍其行使这一权利的情形做出进一步抗辩。^{⑥8}

在瑞士Eugenio案中,投资者因海口市政府在其举办的音乐节中突然撤资且拒绝批准后续音乐节的举办,认为当地政府的措施“是歧视性或不合理的”。^{⑥9}经过中国-瑞士BIT规定的六个月冷静期后,投资者于2021年6月正式发出了仲裁通知,目前后续程序进展尚未公开。投资者主张海口市政府违反了中国-瑞士BIT第4条第(1)款的规定,而该条并没有说明具体义务或禁止专断性标准。由于投资者的申请中没有详细提及我国的相关行政程序或文件,后续我国是否会对仲裁通知做出回应目前也尚未公开,在事实方面暂时无法做出进一步分析。不过依照要素分析,在后续可能发展的实体阶段中,我国对专断性的抗辩可以就合理性要素做出事实说明。

^{⑥5} Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/17/19, Procedural Order No.4, 2019, paras.27-29.

^{⑥6} *Id.*, at paras.38-50.

^{⑥7} China - Germany BIT (2003), Article 2 (3), 3 (1).

^{⑥8} 征收履行催告书是在投资者未申请行政复议或提起行政诉讼的情况下做出的。陈延忠:《中国投资仲裁被诉第三案:原来是地方政府拆迁惹的祸》,载信达立律师事务所官网, <http://xindalilaw.com/newsitem/278196994>,最后访问时间:2024年5月19日。

^{⑥9} Eugenio Montenero v. People's Republic of China, Notice of Arbitration, https://www.iareporter.com/wp-content/themes/iareporter/download.php?post_id=49718, last visited May.19, 2024.

（二）关注不同投资协定之间的用语协调

与禁止专断性标准相关的内容于 20 世纪 80 年代才在我国的对外投资协定中首次出现。我国 2011 年以后签署且可公开查询的 4 个 BIT 中,有 3 个规定了禁止专断性义务。^⑩虽然我国签署的 BIT 总体数量较多,但目前并没有形成统一做法,禁止专断性标准的设置也具有一定的随机性。即使在近几年有一定数量的 BIT 设置了禁止专断性标准,但从目前来看在 BIT 整体之间也尚未形成一种绝对的国家习惯做法。

在一国将来需要解决的国际投资仲裁案件中,无论具体案件的所涉条约是否明确规定了禁止专断性标准,从仲裁庭近年偏好高标准保护的态度来看,仲裁庭极有可能会通过该国对外签署的包含禁止专断性标准的投资协定而进行引入,采用禁止专断性标准评价东道国措施。一方面,若涉及到我国投资者的对外投资需要维护权益的情况,投资者应当善用国际争议解决策略,关注涉案投资协定及东道国其他投资条约协定之间的用语互通性,借助高频适用的 FET 条款进行主张;另一方面,适用这一标准并非意味着东道国一方难以进行抗辩:保证法律制度的完整完全性、保障制度执行的有法可依性、保护我国社会大众的公共利益等,这些都可以作为东道国一方遵循禁止专断性标准而采取措施的有力依据。

（三）在国际投资仲裁中我国不同主体的利益把握

从已裁决的案件中可以发现,仲裁庭更倾向于以高标准保护投资者一方,不过,从上文对部分涉及禁止专断性标准的案件分析中同样可以发现,东道国若能充分举证,则其主张获得仲裁庭支持的概率也比较大。而要在将来可能面对的国际投资仲裁案件中取得有利裁决,关键在于把握对事实问题的举证与分析,其中更需要在举证辩论中对仲裁庭惯常采用的禁止专断性标准的相关要素进行明确,充分说明行为合理性、正当程序原则以及是否存在偏见等要素,以此争取有利结果。我国尚未形成明确规定禁止专断性标准的习惯做法,相关条款的规定形式和内容各有不同。一方面,这种做法可以在国际投资仲裁中成为东道国的抗辩理由,以未形成国家习惯为由来抗辩对某一标准的扩大适用;而另一方面,投资者在不希望申诉事由的证明门槛较高的同时,也更希望享受到高标准的保护待遇。对于我国投资者提起的国际投资仲裁案件,应当完整分析投资协定中的权利义务并积极主张存在不公正待遇;而我国政府作为东道国应诉时也要积极举证分析,体现我国对外国投资者采取的措施是公平公正的。由于禁止专断性标准与东道国国内的行政法、外商投资法等规制外资准入后行为的法律法规密切相关,在《中华人民共和国外商投资法》及《中华人民共和国外商投资法实施条例》正式实施后,主管机关及有关部门应当着重关注此类规则的实际适用,在依法行政原则的指导下,明确相关概念并防止滥用权力,在保障相应措施公平公正性、权威性、稳定性和透明度的同时,更要把握措施的合法性与合理性。

^⑩ China - Uzbekistan BIT (2011), Article 5; China - United Republic of Tanzania BIT (2013), Article 5; China - Turkey BIT (2015), Article 2.

当前全球经济面临着较大下行压力,我国在抵御重大风险的同时仍要继续深化改革开放。我们应当在国内国际双循环的格局中继续吸引优质外资,充分利用国际经济市场的优势促进我国经济发展。同时,对国家利益与投资者权益也应当进行一定的平衡,才能实现我国扩大对外开放、促进外商投资的目的。

Abstract: Recently some investors would allege the behaviors of the State are arbitrary in International Investment Arbitration, which comes into being the standard of non-arbitrariness. However, in the process of applying this standard, the inconsistency of the provisions of the International Investment Agreements (IIAs) and disagreements among the International Investment Arbitration Tribunals (the Tribunals) are obvious. Given all this, the Tribunals are attempting to clarify the factors of non-arbitrariness standard, which contains the reasonableness stated by public interest and degree of control, non-prejudice (or non-preference, non-bias) explained by real purpose, and State behavior limited by due process. With more and more participation in International Investment Dispute Resolution, Chinese investors should comprehensively seize and assert the rights in investment agreements; as the respondent, Chinese government need to grasp the facts proactively and testify pithily. Furthermore, Chinese investors should pay more attention to the consistency of the statements in IIAs, and the legality and reasonableness of administrative measures, which promotes open-up and “going global” of China.

Keywords: non-arbitrariness standard; international investment arbitration; reasonableness; state regulatory power

(责任编辑: 张靖昆)

论《纽约公约》中公共政策条款适用的司法审查模式

——从涉腐纠纷 Alexander v. Alstom 案谈起

王文琛*

内容提要 对于执行法院依据《纽约公约》第五条第二款（乙）项对外国仲裁裁决进行公共政策审查时是否有权重新审查案件实体内容这一问题，以英国为代表的诸多法域采取了限缩审查模式，严格限制法院重审。以 2023 年审结的 Alexander v. Alstom 案为代表的涉腐纠纷凸显出限缩审查模式的风险。法国法院采取的全面审查模式与英国高等法院曾提出的折衷审查模式从不同角度为该问题提供了理论镜鉴。探索、批判与整合两种模式的认识与实践，借鉴国际法协会 2002 年新德里大会国际商事仲裁委员会《以“公共政策”拒绝执行国际仲裁裁决的最终报告》的建议，限缩审查模式也许可以得到修正与完善。中国法应逐步提供对这一问题的明确指引，并在不重审案件实体内容的原则下设定必要的例外条件，在支持仲裁与反腐败的公共政策之间寻找合理的平衡点，进一步提高我国商事纠纷仲裁国际化程度。

关键词 《纽约公约》；公共政策；司法审查模式；反腐败

《承认与执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）第五条对拒绝承认与执行外国仲裁裁决的事由进行了穷尽性列举，“承认或执行裁决有违该国公共政策”是其中一项重要事由。对于法院在对外国仲裁裁决进行公共政策审查时是否有权重新审理案件实体内容这一问题，以英国为代表的限缩审查模式（minimal review approach）曾为诸多法域所接受，^①该模式以尊重仲裁终局性为核心，严格限制法院对案件实体内容的重审。然而，近年来，越来越多涉及腐败问题的纠纷通过仲裁审理，限缩审查模式也暴露出其固有缺陷，引发了国外学者对法国、德国、荷兰等国家采取的全面审查模式（maximal review approach）和英国高等法院曾提出的折衷审查模式（contextual review approach）

* 王文琛，华东政法大学国际法学院硕士研究生。

① 本文提及的“限缩审查模式”“全面审查模式”和“折衷审查模式”乃笔者依据三种模式具体内涵进行的翻译，外国学者在讨论时往往将这三种模式称为“minimal review approach”“maximal review approach”和“contextual review approach”。

的重新思考与讨论。^②2023年审结的一起涉腐纠纷体现出这种重新思考的重要性。2016年,国际商会国际仲裁院(以下简称ICC仲裁院)针对中国香港咨询公司亚历山大兄弟有限公司(以下简称Alexander)与阿尔斯通法国公司和阿尔斯通英国公司(两公司以下合称Alstom)之间的合同纠纷(以下简称Alexander v. Alstom案)作出了仲裁裁决。2016至2023年间,Alstom曾请求瑞士法院撤销裁决,而Alexander分别在英国、法国请求承认与执行该裁决,英法两国法院对裁决的审理采取了两种相反的审查模式,致使裁决在两国经历了截然不同的执行过程。

我国学者对仲裁的司法审查存在全面监督论与程序监督论之争。自陈安教授于1995年发表《中国涉外仲裁监督机制评析》^③和肖永平教授于1998年发表《内国、涉外仲裁监督机制之我见——对〈中国涉外仲裁监督机制评析〉一文的商榷》^④至今的二十余年间,学界持续存在对该问题的讨论。^⑤全面监督论的支持者提出,《纽约公约》公共政策条款的实质就是授权“东道国主管机关对来自外国的仲裁裁决除了可以进行程序方面的审查和监督之外,也可以进行实体内容上的审查和监督”;^⑥程序监督论则认为司法审查应当侧重维护仲裁的终局性,避免对裁决进行上诉性质的审查。但两者之争主要集中于对国内裁决和涉外裁决的司法监督问题上,对于是否能审查外国仲裁裁决的实体内容这一问题,国内研究着墨较少。在缺乏相应立法及司法解释指引的前提下,我国司法实践中曾出现过不同观点。

限缩审查模式立足于国际社会支持仲裁的趋势和《纽约公约》的条约精神,且相较于其他两种模式,限缩审查模式更接近我国司法实践的做法。^⑦故本文从限缩审查模式的特点出发,以Alexander v. Alstom案的讨论切入,探讨在承认和执行与腐败纠纷相关的仲裁裁决并依据《纽约公约》第五条进行公共政策审查时适用限缩审查模式存在的风险。其次,在分析全面审查模式与折衷审查模式的优缺点后,探讨如何修正与完善限缩审查模式。最后,回到我国视角下,考察我国法院在公共政策审查中存在的问题与风险,为

② Jacob Grierson & Thomas Granier, *Betamax: Has the Privy Council Gone Too Far in Seeking to Ensure that the Second Look Test Does Not Become a Second Guess Test?*, *Journal of International Arbitration*, 2021, Vol.38:6, pp.808-809.

③ 陈安:《中国涉外仲裁监督机制评析》,载《中国社会科学》1995年第4期,第19页。

④ 肖永平:《内国、涉外仲裁监督机制之我见——对〈中国涉外仲裁监督机制评析〉一文的商榷》,载《中国社会科学》1998年第2期,第94页。

⑤ 如:万鄂湘、于喜福:《再论司法与仲裁的关系——关于法院应否监督仲裁实体内容的立法与实践模式及理论思考》,载《法学评论》2004年第3期,第60页;董勤:《对国际商事仲裁裁决司法监督的论争及评析》,载《甘肃政法学院学报》2005年第3期,第66页;张圣翠:《我国涉外仲裁法律制度之完善》,载《法学》2013年第5期,第126页;汪祖兴:《仲裁监督之逻辑生成与逻辑体系——仲裁与诉讼关系之优化为基点的渐进展开》,载《当代法学》2015年第6期,第3页;王飞涵:《〈仲裁法〉修改背景下重新仲裁制度研究》,载《牡丹江大学学报》2023年第5期,第61页。

⑥ 同前注③,第22页。

⑦ 本文将在第三部分论述我国司法实践的做法。关于我国模式与其他模式的关系,详见表4。

完善我国司法审查模式和实现“提高商事纠纷仲裁国际化程度”的政策目标提出建议。^⑧

一、限缩审查模式的特点与风险

限缩审查模式又可称为对裁决进行最小限度审查的模式。该模式下,原则上执行法院不得在公共政策审查时重新审理仲裁庭已裁决的实体问题,除非出现了特定的例外情况。^⑨

(一) 限缩审查模式的司法实践与理论基础

20世纪90年代英国法院审理的 Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SPDR Holding Co Ltd. 案(以下简称 Westacre 案)阐述了限缩审查模式的基本观点。^⑩

该案中,原告 Westacre 与被告 Jugoimport 签订了一项适用瑞士法律的中介协议,约定前者协助后者获得与科威特国防部订立 M-84 坦克和相关设备销售合同的机会,后者就此支付佣金。在 Jugoimport 成功订立销售合同后, Jugoimport 拒绝支付佣金, Westacre 因此提起仲裁。仲裁期间, Jugoimport 抗辩称 Westacre 为获得销售合同贿赂科威特官员,但仲裁庭认为 Jugoimport 未能提供足够的证据,故中介协议有效。当该裁决在英国执行时, Jugoimport 提出了同样的腐败抗辩,并提交了一份此前未提交给仲裁庭的书面证言,以证明 Westacre 被科威特政府官员当作中介协议下收受贿赂的工具,且 Westacre 的证人在仲裁听证时作了伪证,以掩盖腐败行为。

裁决经过英国高等法院于1997年和英国上诉法院于1999年进行的审理后最终被承认与执行。对于法院处理腐败等非法问题的说理部分,笔者将多数观点总结如下:若仲裁庭对该非法问题有管辖权,且认定合同不存在非法问题,则原则上法院将执行该裁决。倘若执行法院意图重新审查实体问题,则需要当事人提交一种名为“fresh evidence”^⑪的新证据证明裁决是通过欺诈行为(包括伪证)获得的:第一,该证据需要具有足够的重要性和说服力,能够影响仲裁庭的结论;第二,当事人在仲裁开庭时未获得该证据,且在仲裁开庭时无法通过合理途径获得该证据。^⑫法院认为 Jugoimport 提交的新的书面证言在仲裁开庭时可以获得,不属于“fresh evidence”,而只是“new evidence”,

⑧ 2015年《国务院关于印发进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案的通知》、2017年《国务院关于印发中国(湖北)自由贸易试验区总体方案的通知》、2019年《国务院关于印发6个新设自由贸易试验区总体方案的通知》、2022年《最高人民法院发布第三批涉“一带一路”建设典型案例》和2022年《最高人民法院关于人民法院涉外审判工作情况的报告》等文件中提及“提高商事纠纷仲裁国际化程度”和“支持仲裁国际化发展”等政策要求。

⑨ *Supra* note 2, at 808.

⑩ Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SPDR Holding Co Ltd., [1999] QB 740, England and Wales High Court (Queen's Bench Division), 1997, p.24.

⑪ Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SPDR Holding Co Ltd., [1999] EWCA 1401, England and Wales Court of Appeal, 1999, para.40.

⑫ Lord Collins of Mapesbury & Professor Jonathan Harris, *Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws*, 16 ed., Sweet & Maxwell, 2023, para.16-116.

因此法院不能重审案件实体问题。基于此,在上诉法院判决中,多数观点认为腐败抗辩在仲裁中已被提出、受理并驳回(The allegation was made, entertained and rejected),在不存在任何“fresh evidence”的情况下,应拒绝对案件实体问题的重审。^⑬

从该案可以看出,限缩审查模式的核心在于设定了“fresh evidence”这一重审案件实体问题的前提条件。该模式认为,国际仲裁的目的是建立一个中立的、能够避免冗长而繁琐的诉讼程序的争端解决机制。当双方当事人选择仲裁为争议解决方式时,就已放弃了对裁决上诉的权利,达成了尊重仲裁实体审理结果的合意。有学者认为,若允许法院重新审理仲裁员已认定的实体问题,就相当于给予了败诉方“变相上诉”的权利,会导致仲裁员与执行法官角色的混淆,^⑭而腐败抗辩就成为了扰乱仲裁与当事人合意的一张“小丑牌”。^⑮因此,《纽约公约》中公共政策条款应被严格限制适用,以免干扰仲裁庭对案件实体的审理。在该原则的基础上,执行法院应考量维持仲裁终局性的公共政策与打击非法行为的公共政策孰轻孰重。^⑯比如在 Westacre 案高等法院的判决中,法官认为,尽管商业腐败应受强烈打击,但反腐败公共政策的重要性不应超过维持仲裁终局性公共政策的重要性。^⑰

限缩审查模式给予了仲裁庭足够的信任,其维护仲裁终局性的做法固然符合国际社会支持仲裁的倾向,但该模式在面对纷繁复杂的国际纠纷时是否存在较大风险,却不无疑问。本文将以 Alexander v. Alstom 案为切入点,证明此种风险的存在。

(二) Alexander v. Alstom 案司法审查模式冲突

2004 年至 2009 年间, Alstom 与 Alexander 签订了三份咨询合同,约定由 Alexander 协助 Alstom 投标中国高铁项目, Alstom 对此支付佣金,合同适用瑞士法且载有仲裁条款。Alstom 顺利中标三个项目,并支付了部分佣金。后 Alstom 称项目受到了包括美国司法部(DOJ)和英国严重欺诈办公室(SFO)在内有关部门的调查,为避免严重的刑事处罚,须暂停支付佣金。Alexander 于 2013 年在瑞士提起仲裁,请求 Alstom 支付佣金并赔偿损失。仲裁中, Alstom 根据诸多迹象“推断和怀疑” Alexander 在履行合同时贿赂中国政府官员。ICC 仲裁庭于 2016 年 1 月作出裁决,认定案件不涉及腐败,裁决 Alstom 向 Alexander 支付佣金及利息。

2016 年, Alstom 请求瑞士法院撤销裁决,理由之一是该裁决违反公共政策。瑞士法院认为,当仲裁庭已经审查了 Alstom 举证的证据并裁决本案不涉及腐败时,法院仅可基于仲裁庭认定的事实审查,无权重新审查案件事实,遂拒绝撤销裁决。^⑱

^⑬ *Supra* note 11, at paras.68-74.

^⑭ Sophie Lemaire, *La preuve de la corruption*, Comité Français de l'Arbitrage, 2020, Vol.2020:1, p.200.

^⑮ Jörg Risse et. al., *Fighting International Corruption in Domestic Courts – Alstom, Sorelec and the Review of Arbitral Awards*, German Arbitration Journal, 2023, Vol.21:2, p.97.

^⑯ *Supra* note 12, at paras.16-115.

^⑰ *Supra* note 11, at para.26.

^⑱ Alexander Brothers Ltd. v. Alstom Transport S.A. and Alstom Network UK Ltd., 4A_136/2016, Tribunal fédéral suisse, 2016, para.4.

2020 年, Alexander 请求英国法院执行裁决, Alstom 同样基于腐败提出公共政策抗辩。英国高等法院认为,“当仲裁庭对非法问题有管辖权且已经依据事实认定不存在非法问题时,法院几乎没有重新讨论该问题的空间”。^{①⑨} 与瑞士法院不同,英国法院认为仲裁庭并未“依据事实”认定腐败问题,而仲裁庭之所以这么做,是因为瑞士法律规定证明腐败需要“清晰且令人信服的证据”(clear and convincing evidence),仅依靠“推断和怀疑”显然无法达到该标准,在此情形下详细审查当事人的证据并无意义。然而,高等法院认为 Alstom “可以且应该”(could and should)在仲裁中就腐败问题积极主张并全面举证,但 Alstom 没有这么做,法院因此驳回了 Alstom 的腐败抗辩。^{②⑩}

与英国不同,该裁决在法国的执行一波三折。巴黎地方法院作出准予执行裁决的执行令后, Alstom 提起上诉,巴黎上诉法院要求当事人对腐败问题重新进行辩论,命令当事人出示相关证据。在全面重新审查事实后,法院认为本案存在严谨、准确和一致的证据证明裁决所要求支付的款项用于了腐败行为,遂撤销一审法院的执行令。^{②⑪} 2021 年,法国最高法院同样全面审查了案件事实,但认为巴黎上诉法院错误评价了一项证人笔录,于是指令凡尔赛上诉法院重新审理此案。^{②⑫} 2023 年,凡尔赛上诉法院在详细分析 Alstom 提出的八个腐败迹象后,认为不存在严谨、准确和一致的证据证明执行裁决将违反公共政策,故批准了裁决的执行。^{②⑬}

虽然该裁决最终在两国都得到了承认与执行,但过程之差异却令人难以忽视。如果对案件情况略作变动,便会出现令人深思的问题:假设 Alexander 确实存在贿赂外国政府官员的行为,但囿于 Alstom 与仲裁庭调查能力的限制,无法获得足够的证据,而英国法院拒绝重审实体问题,并基于此执行了裁决,使 Alexander 从其贿赂行为中获利,那么此时限缩审查模式对仲裁充分信任与严格不干涉的做法是否合理?

(三) 限缩审查模式的理论风险及其实践检验

腐败的难以调查性、仲裁庭调查能力的缺陷和跨国商事交往的复杂性等因素的叠加引发了限缩审查模式的理论风险。相较于其他非法行为,大多数腐败行为都是以非常隐蔽的方式进行的,往往不会留下明显证据。^{②⑭} 因此,在仲裁中通过直接证据证明腐败是极为困难的,这也是为什么国际仲裁界会以“臭名昭著得难以证明”(notoriously difficult

^{①⑨} Alexander Brothers Ltd. v. Alstom Transport S.A. and Alstom Network UK Ltd., [2020] EWHC 1584, England and Wales High Court, 2020, para.105.

^{②⑩} *Id.*, at paras.174-176.

^{②⑪} Société Alstom Transport SA et autre v. Société Alexander Brothers Ltd., N° 16/11182, Cour d'appel de Paris, 2019, paras.109-118.

^{②⑫} Société Alstom Transport SA et autre v. Société Alexander Brothers Ltd., N° 19-19.769, Cour de cassation, 2021, paras.6-7.

^{②⑬} Société Alstom Transport SA et autre v. Société Alexander Brothers Ltd., N° RG 21/06191, Cour d'appel de Versailles, 2023, p.37.

^{②⑭} 参见许青腾:《论国际商事仲裁中涉及贿赂合同纠纷的处理》,载《仲裁研究》2013 年第 1 期,第 54 页。

to prove) 来形容腐败。^{②⑤}同时,仲裁庭在处理腐败纠纷时的调查手段非常受限。^{②⑥}通常而言,仲裁庭仅根据当事人提供的证据进行调查,^{②⑦}例如,ICC 仲裁规则第 23 条规定,仲裁庭应当“根据书面材料或会同当事人,并按照当事人最近提交的文件”拟定审理范围书,各类仲裁规则中也甚少提及仲裁庭较强的调查能力。从当事人角度看,腐败争议最常出现于中介协议纠纷,此类协议往往是一国当事人为获得在另一国的投资项目机会而订立的。^{②⑧}当仲裁地、腐败抗辩提出方所在地与腐败行为实施地分属不同国家时,参与国际商事交往的当事人获取腐败证据就会存在较大障碍,如在 Alexander v. Alstom 案中,倘若 Alexander 确有贿赂行为,位于英国和法国的 Alstom 欲获取位于中国香港的 Alexander 贿赂当地官员的证据难度很大。此时,即便 Alstom 已发现部分腐败迹象,囿于调查能力之匮乏,也难以获取条件严格的“fresh evidence”。相较而言,有国家强制力作保障的法院在调查能力上具备明显优势。法院不仅能通过强制手段获取证据,当存在平行的刑事案件时,还能借助侦查、检察和监察权力调查腐败,^{②⑨}刑事机关的调查手段无疑要比民事法院更强有力。^{③⑩}此外,随着反腐败成为国际社会的共识,国际合作也成为法院获取证据的一种方式,如《联合国反腐败公约》专门规定了“国际合作”一章,并就引渡、被判刑人的移管、司法协助、刑事诉讼的移交、执法合作和联合侦查等问题作出规定,为提升法院调查腐败的能力提供了保障。

当隐蔽的腐败行为确已发生时,当事人难以通过自身调查或仲裁庭调查方式获取腐败证据,无法在执行阶段提交“fresh evidence”,采取限缩审查模式的法院便会认定自身无权重审案件实体问题。此时,国家强大的调查能力丧失用武之地,腐败抗辩方就会陷入求助无门的困境。这无疑增加了腐败行为方逃避国家强制力监督的风险。

英国司法实践很好地说明了“fresh evidence”这一前提条件设定之严格。笔者在表 1 中梳理了部分英国法院采取限缩审查模式审理腐败抗辩的典型判例。在这些判例中,几乎没有当事人能成功举证“fresh evidence”,因此法院都认定自身无权重审案件实体内容,最终的裁判结果都是执行裁决。

^{②⑤} Andrea Menaker, *Chapter 5: Proving Corruption in International Arbitration*, in *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Domitille Baizeau et. al. (eds.), 2015, p.89.

^{②⑥} Domitille Baizeau & Tessa Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte*, ICCA Congress Series, 2018, Vol.19, p.226.

^{②⑦} Iuliana Iancu, 20. *Addressing Corruption in International Arbitration: A Look at The Alstom and Bariven Cases*, in 40 *Under 40 International Arbitration*, Carlos González-Bueno (ed.), 2021, p.308.

^{②⑧} *Supra* note 14, at 189.

^{②⑨} Martim Della Valle & Pedro Schilling de Carvalho, *Corruption Allegations in Arbitration: Burden and Standard of Proof, Red Flags, and a Proposal for Systematization*, *Journal of International Arbitration*, 2022, Vol.39:6, p.828.

^{③⑩} *Supra* note 14, at 203.

表 1 英国限缩审查模式典型判例总结

终审裁判时间	案件名称及案号	终审法院	是否存在“fresh evidence”	裁判结果
1999 年 5 月	Westacre v. Jugoimport [1999] EWCA 1401	上诉法院	否	执行裁决
2008 年 7 月	R v. V [2008] EWHC 1531	高等法院	否	执行裁决
2014 年 4 月	Honeywell v. Meydan Group [2014] EWHC 1344	高等法院	否	执行裁决
2016 年 10 月	National Iranian Oil v. Crescent Petroleum [2016] EWHC 510	高等法院	否	执行裁决
2018 年 4 月	RBRG v. Sinocore [2018] EWCA Civ 838	上诉法院	否	执行裁决
2020 年 3 月	Carpatsky Petroleum v. Ukrnafta [2020] EWHC 769	高等法院	否	执行裁决
2020 年 6 月	Alexander v. Alstom [2020] EWHC 1584	高等法院	否	执行裁决
2021 年 6 月	Betamax v. State Trading Corp. [2021] UKPC 14	枢密院司法委员会	否	执行裁决

当存在平行刑事案件时,限缩审查模式的理论风险凸显得更为明显。由于法院全面信任仲裁庭对实体结果的认定,即便存在同时进行的腐败刑事调查或刑事诉讼,法院也不会中止执行程序,若刑事案件结果证明仲裁裁决认定事实有误,则意味着执行法院作出了一项错误的执行决定,可能造成难以弥补的损失。

该风险已被司法实践证明。1997 年 Thomson-CSV v. Frontier AG 案(以下简称 Thomson 案)中,双方对一项中介协议的性质产生争议。根据协议,Frontier 将协助 Thomson 向中国台湾地区出售六艘护卫舰,从而获取佣金。仲裁中,Frontier 认为该协议的目的是聘请一位“关先生”说服中国官员同意护卫舰的交易,但 Thomson 辩称“关先生”是通过在法国的贿赂行为来得到法国政府对交易的支持。仲裁庭采纳了前者的说法,裁决 Thomson 支付佣金。1997 年,Thomson 请求瑞士法院撤销裁决,瑞士法院坚持不重审案件事实,驳回了 Thomson 的请求。1996 年,Frontier 申请法国法院执行裁决。与瑞士法院不同,巴黎上诉法院展现出其全面审查的立场,并不完全信赖仲裁庭的判断,而是裁定在平行刑事案件结束前中止执行裁决。2008 年公布的刑事调查结果验证了

Thomson 的腐败指控,该协议的真实目的是贿赂法国外交部长,而在仲裁程序中 Frontier 一方虚构了证据,欺诈仲裁庭。基于此,瑞士法院在 2009 年批准了 Thomson 修改裁决的请求,^{③①} 巴黎上诉法院于 2010 年就申请执行裁决案件裁定拒绝执行裁决。^{③②} Thomson 是幸运的,该案执行程序恰巧在采取全面审查模式的法域进行,帮助其避免了财产被错误执行的后果。^{③③} 试想一下,倘若法国也和瑞士一样采取限缩审查模式,则 Thomson 的财产将被实际执行,这一错误裁决造成的损失将持续十二年甚至更久,而在这期间, Thomson 几乎没有其他救济途径。

因此,限缩审查模式虽避免了执行法院的过度监督,却也给予了本不适合调查腐败的仲裁庭过度的信任。^{③④} 当欠缺调查能力的仲裁庭已认定案件不涉及腐败时,执行法院几乎没有空间进行更深入的调查。倘若各国均采取限缩审查模式,腐败行为的隐蔽性、仲裁庭调查能力的不足、仲裁的保密性及执行法院重审实体问题的难度之大等诸多因素叠加起来,可能使仲裁发展成各类涉腐合同的“避风港”,为当事人躲避国家对腐败的调查和监督提供了可乘之机。^{③⑤}

基于上述,本文将梳理国际上出现的另外两种典型司法审查模式,分析其各自为解决上述风险提供的镜鉴,以探讨应如何在限制重审案件实体问题的原则下对限缩审查模式进行修正与完善,在维持仲裁终局性与反腐败的公共政策间寻求更好的平衡。

二、全面审查模式与折衷审查模式的理论镜鉴

(一) 全面审查模式

全面审查模式又可称为对裁决进行最大限度审查的模式。与我国学者讨论涉外仲裁监督机制时提出的全面监督论相类似,该模式允许执行法院在承认与执行阶段重新审查与腐败相关的事实与法律问题,且审查范围不受仲裁员调查证据和调查结果的约束。^{③⑥}

1. 全面审查模式的司法实践与理论基础

上文讨论的 Thomson 案很好地体现了全面审查模式的基本立场。在巴黎上诉法院对 Alexander v. Alstom 案的审理中,法院将全面审查模式推进到了新的高度。^{③⑦} 法院要

^{③①} Thomson-CSV v. Frontier AG, 4A_596/2008, Tribunal fédéral suisse, 2009, para.6.

^{③②} Michael Hwang & Kevin Lim, *Corruption in Arbitration - Law and Reality*, Asian International Arbitration Journal, 2012, Vol.8:1, pp.86-87.

^{③③} *Id.*, at 106-107.

^{③④} Anne-Catherine Hahn, *Judicial Scrutiny of Corruption-Tainted Arbitral Awards at the Setting Aside and Enforcement Stage*, ASA Special Series, 2021, Vol.47, pp.75-76.

^{③⑤} Simon Arvmyren & Chloé Heydarian, *Chapter 14: Corruption and Arbitration: Swedish Perspectives against a French Backdrop*, Stockholm Arbitration Yearbook Series, 2022, Vol.4, pp.231-232.

^{③⑥} Lorraine de Germiny, 22. *A Tale of Two Jurisdictions: The Latest on The Alstom Saga and Challenges to Arbitral Awards Involving Allegations of Corruption*, in 40 Under 40 International Arbitration, Carlos González-Bueno (ed.), 2021, p.341.

^{③⑦} Gustavo Laborde, *Awards Masking Corruption: How French Courts Lead the Way*, Spain Arbitration Review, 2021, Vol.41, p.127.

求双方当事人就腐败问题分别发表意见,并突破性地命令当事人出示相关证据。^{③⑧}基于此,巴黎上诉法院对当事人的证据进行了全面重新审查,发现了一系列腐败的迹象,如: Alexander 在招标程序中与中国官员共享机密文件、提前得知招标结果、曾有过支付到个人账户的高额支出且记账方式可疑等。根据这些迹象,巴黎上诉法院认为本案存在严谨、准确和一致的证据证明裁决所要求支付的款项用于腐败行为。^{③⑨}虽然巴黎上诉法院的裁决后来被法国最高法院撤销,发至凡尔赛上诉法院重审,而凡尔赛上诉法院最终执行了该裁决,但这并非是对全面审查模式的否定,法国最高法院和凡尔赛上诉法院甚至对案件事实做了更深入和细致的重新审查。^{④⑩}

与限缩审查模式相反,全面审查模式是基于一种不同的理论认识:仲裁员不是公共政策的维护者,尽管根据当事人的授权,仲裁员在特定情况下有义务适用公共政策规则,但从性质上而言,他们与其他私人并无区别,就像国家不会将维护公共政策的任务交给私人一样,国家同样也不会将此种义务施加给仲裁员。^{④⑪}因此,公共政策的维护者应当是法官,法官不应允许当事人从其非法行为中获利。腐败对一国乃至国际法律秩序都会造成巨大的破坏,而执行法官的任务并非是确定当事人是否构成腐败犯罪,^{④⑫}而在于确保裁决的执行不会资助与鼓励腐败行为,阻碍反腐败目标的实现,进而违反国际公共政策。^{④⑬}当从裁决表面无法确定执行裁决是否违反公共政策时,只有通过重新审理实体问题,甚至运用国家强制力调查事实,才能确保裁决的可执行性。正如法官在 CFF v. Gulf Leaders 案中所言,“执行法官应当审查在法律上和事实上与不法性相关的所有要素”,以评估承认或执行裁决是否违反了国际公共政策。^{④⑭}

2. 全面审查模式的启发性思考

全面审查模式因其对仲裁终局性的忽视而备受批判。^{④⑮}仲裁的一裁终局性为当事人带来了快速解决纠纷的优势,满足了当事人迅速、便捷获得救济的意愿。但全面审查模式可能使当事人重新进入漫长而繁琐的诉讼中,而这恰恰是当事人选择仲裁时意图避免的。^{④⑯}笔者认为,此种批判主要针对法官不受限制地重审实体问题的做法,但从实践效果来看,仍然有必要考察该模式在涉腐纠纷中的适用,讨论其能否为缓解限缩审查模式的风险提供启发。

全面审查模式强调反腐败的公共政策,允许法院在审查过程中运用国家强制力查明

^{③⑧} Société Alstom Transport SA et autre v. Société Alexander Brothers Ltd., N° 16/11182, Cour d'appel de Paris, 2018, para. 22.

^{③⑨} *Supra* note 21, at paras.109-112.

^{④⑩} *Supra* note 22, at paras.9-35; *Supra* note 23, at 37.

^{④⑪} Pierre Mayer, *La sentence contraire à l'ordre public au fond*, Comité Français de l'Arbitrage, 1994, Vol.4, p.630.

^{④⑫} *Supra* note 21, at para.20.

^{④⑬} *Id.*, at para.15.

^{④⑭} Crédit Foncier de France v. Gulf Leaders for Management and Services Holding Company, N° 14-18.706, Cour de cassation, 2015, para.7.

^{④⑮} Emmanuel O. Igbokwe, *Dealing with Bribery and Corruption in International Commercial Arbitration: To Probe or Not to Probe*, Kluwer Law International, 2022, p.331.

^{④⑯} *Supra* note 2, at 831.

隐藏的腐败事实,抑或中止执行程序等待刑事调查结果,使得当事人难以利用仲裁的私人性实现其非法目的。笔者梳理了法国法院近五年来审理的涉及腐败抗辩的典型判例,总结如表 2。从表 2 中可以看出,法院介入调查并重审案件实体问题后,的确查明了许多案件涉及腐败,全面审查模式切实地使公共政策条款起到了避免本国法律制度遭受腐败污染的“安全阀”作用。

表 2 法国法院近五年来审理腐败抗辩典型判例总结

终审裁判时间	案件名称及案号	终审法院	重审结果
2020 年 10 月	Securiport v. Republic of Benin N° 19/04177	上诉法院	腐败证据不足
2021 年 7 月	Global Voice Group v. ARPT and Guinea N° 19/17531	上诉法院	腐败证据不足
2022 年 3 月	Belokon v. Kyrgyzstan N° 17-17.981	最高法院	存在腐败
2022 年 4 月	Gabon v. Santullo Sericom N° 20/03242	上诉法院	存在腐败
2022 年 9 月	Sorelec v. Libya N° F 20-22.119	最高法院	存在腐败
2023 年 1 月	Webcor v. Gabon N° Q 21-23.005	最高法院	存在腐败
2023 年 3 月	Alexander v. Alstom N° 21/06191	上诉法院	腐败证据不足

有学者认为若仲裁庭基于现有证据得出的结论是合理的(如认为不涉及腐败),而法院对此持相反意见(如认为涉及腐败),则只能证明法院和仲裁庭对同一问题采取了不同的观点(如适用了不同的证明标准),无法证明仲裁庭的裁决是错误的。^{④7}笔者认为,此观点成立的前提是仲裁庭与法院获取的证据相同。但在全面审查模式下,若法院像巴黎上诉法院在 Alexander v. Alstom 案中一样介入调查,那么法院可能获得更多证据,而在如 Thomson 案的涉及平行刑事案件的案例中,法院还能获得来源于刑事调查的证据。此时的审查已非对相同证据的二次评价,而是基于更完整的证据对案件进行的更为全面的审理。

考察全面审查模式后可获得两点启发:(1)允许法院运用强制力介入案件实体调查能缓解仲裁庭调查能力孱弱导致的风险,其效果已为实践证明;(2)法院重审实体问

④7 Michael M. H. Ng, *Reviewing the Standard of Curial Review for Findings in Arbitration Involving Public Policy*, Singapore Journal of Legal Studies, 2022, Vol.2022:1, p.90.

题的权力应受到限制,无条件、无门槛的重审会破坏仲裁的终局性。那么,应如何为重审实体问题设定必要且合理的前提条件呢? 本文将继续探讨英国高等法院曾提出的折衷审查模式对这一问题的回答。

(二) 折衷审查模式

司法审查模式选择的本质是在维持仲裁终局性的公共政策与反腐败的公共政策之间寻找平衡点,更深层次地说,是对《纽约公约》所追求的自由、效率与《联合国反腐败公约》等公约所追求的公平、正义之间的价值进行权衡。过于重视前者可能使仲裁变为腐败的避风港,而过于偏重后者又容易造成仲裁重大优势的丧失。为求得二者平衡,可以考察英国高等法院在审理 Abner Soleimany v. Sion Soleimany 案(以下简称 Soleimany 案)时提出的折衷审查模式。^{④⑧} 该模式下的重审案件实体问题的标准介于限缩审查模式与全面审查模式之间。^{④⑨}

1. 折衷审查模式的司法实践与争鸣

Soleimany 案涉及一对伊朗犹太父子之间的地毯买卖合同,儿子基于合同的非法性拒绝履行合同,父亲因此提起了仲裁。仲裁庭认为,双方的交易是通过贿赂外交官从而利用外交行李走私地毯来实现的。根据伊朗法律,该合同是非法的,但根据合同适用的犹太法律,这种所谓的非法“不会影响双方的权利”,故认定合同有效,裁决儿子履行合同。与多数案件不同,该案执行法院无需重审案件事实,从裁决的表面就可认定合同的非法性,因此英国执行法院就此拒绝执行该裁决,因为其明显支持了一项基于英国公共政策不能执行的合同。然而,审理该案的 Waller 法官的论证并不止于此,他借此机会进一步阐述了当法官无法从裁决表面认定非法问题时应当如何进行审查,笔者将其总结为以下两步:

第一步,如果一方当事人提出了“初步表面证据”(prima facie evidence)证明裁决基于非法合同,则需要对裁决进行初步审查(preliminary enquiry),初步审查的内容包括:是否有相反的证据;仲裁员是否已明确认定合同并不违法,这种推论是否合理;是否有证据表明仲裁庭缺乏调查非法问题的能力;裁决是否有可能是通过恶意或欺诈手段取得的等等。这些因素的列举并非是穷尽性的,可将其他因素同样纳入初步审查的范围,以判断裁决的可靠性。第二步,若法院在初步审查中认定裁决不可靠,则将进入全面审查阶段(full scale enquiry),法院将对案件所有证据进行全面重新的审查,以裁定案件是否涉及非法问题。^{⑤⑩}

与限缩审查模式不同,该模式在作为支持仲裁典范的英国并未被广泛接受。在 Westacre 案的上诉判决中,该模式被认为是难以实践的;^{⑤⑪} 在 R v. V 案中,法官认为无法

^{④⑧} Abner Soleimany v. Sion Soleimany, [1998] EWCA Civ 285, England and Wales Court of Appeal, 1998.

^{④⑨} *Supra* note 32, at 94.

^{⑤⑩} 参见郭玉军、裴洋:《论国际商事仲裁中涉及贿赂的合同的仲裁》,载《法学评论》2005年第2期,第23页。

^{⑤⑪} *Supra* note 11, at para.70.

确定 *Soleimany* 案中提出的初步审查应当进行到何种程度;^{⑤2} 在其他法域,如在新加坡上诉法院审理的 *AJT v. AJU* 案中,法院认为 *Westacre* 案的模式才符合立法政策,应当优先考虑仲裁程序的自主性,坚持仲裁裁决的终局性,而 *Soleimany* 案忽略了这一点。^{⑤3}

2. 对折衷审查模式的启发性思考

折衷审查模式的核心问题在于其为重审案件实体问题设定的前提条件过于模糊。*Soleimany* 案为初步审查设定了约五个问题,却并未明确在满足什么前提条件时,法院能进入全面审查阶段。笔者拟在下文逐一考察初步审查阶段的考量因素,以确定更为合理的审查标准。

第一,“仲裁员是否已明确认定合同并不违法,这种推论是否合理”这个问题在限缩审查模式中亦有涉及,英国高等法院在 *Alexander v. Alstom* 案中对此有所论证。一方面,法院认为仲裁庭已经作出了裁决不涉及腐败的认定,但另一方面法院也认定仲裁庭的这一结论并非“依据事实”推论得出。同样地,限缩审查模式也将恶意或欺诈问题囊括在“fresh evidence”的标准之下。^{⑤4} 因此,在这两个问题上,折衷审查模式与限缩审查模式并无分歧。

第二,“是否有相反的证据”这一问题的实践意义有限。若有证据证明合同合法,法官是否就能认定裁决可靠? 反之,法官是否就能否定裁决的可靠性? 对这一问题的考察容易直接陷入对实体问题的审查中,模糊第一步初步审查与第二步全面审查的界限。

第三,对仲裁庭调查能力的考察和“初步表面证据”这一前提条件的设定是笔者认为为该模式提供的最有益镜鉴。不同于限缩审查模式仅考察仲裁庭是否有管辖权,折衷审查模式亦考察仲裁庭是否存在调查能力的缺陷。^{⑤5} 虽已有诸多法域认可仲裁庭对腐败问题的管辖权,但如前所述,仲裁庭对腐败的调查能力仍有缺陷。当仲裁地、腐败抗辩提出方所在地与腐败行为实施地分属不同国家时,仲裁庭和当事人都难以获取腐败证据。若存在调查能力上的缺陷,那么要求当事人举证“fresh evidence”也几乎只是一种奢望。为探索更为合理的前提条件,可参考国际法协会 2002 年新德里大会国际商事仲裁委员会《以“公共政策”拒绝执行国际仲裁裁决的最终报告》(International Law Association New Delhi Conference (2002) Committee on International Commercial Arbitration, Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,以下简称 ILA 报告)。ILA 报告是国际商事仲裁委员会(以下简称委员会)自 1996 年赫尔辛基会议开始的针对公共政策规则的专门研究成果。在为期六年的讨论中,委员会陆续召开了 2000 年 6 月的伦敦会议、2000 年 9 月的阿姆斯特丹会议和 2002 年 1 月的巴黎会议,并在 2002 年 4 月形成了最终报告。该报告的“建议”(Recommendation)形式表明其

^{⑤2} R v. V, [2008] EWHC 1531, England and Wales High Court, 2008, para.30.

^{⑤3} *AJT v. AJU*, [2011] SGCA 41, Singapore Court of Appeal, 2011, para.60.

^{⑤4} *Supra* note 12, at para.16-116.

^{⑤5} *Soleimany* 案对这一问题的原文表述为:“Is there anything to suggest that the arbitrator was incompetent to conduct such an enquiry?”

不具有约束力,但委员会成员包括来自英国、美国、法国、德国、澳大利亚、加拿大、日本、韩国等国的专家学者,报告内容整合了各大法系与各大洲观点,凝聚了一定的国际共识,能够作为本文问题的有益参考。^{⑤6} 报告认为“执行法院必须在终局性和正义之间做出平衡”,指出“除有例外情形,国际商事仲裁裁决的终局性应当得到尊重”。^{⑤7} 第3(c)条建议指出:“如只对裁决本身进行审查并不能确定裁决是否违反公共政策规则,且只有对案件事实进行审查才能作出明确判断,则应允许法院对案件事实做这种必要的审查”。^{⑤8} 此条的评述指出“只有在存在强有力的初步表面证据(strong prima facie)证明违反国际公共政策的情况下,法院才应对事实进行重新审理。”^{⑤9} 笔者认为,ILA 报告为修正限缩审查模式提供了良好借鉴。在当事人证明仲裁庭存在调查能力的缺陷后,可将重审的前提条件降低为存在“强有力的初步表面证据”,授权法院可以在存在证明非法问题的“强有力的初步表面证据”时重审案件实体,将存在一定非法问题嫌疑的案件交由调查能力更强的法院审理。^{⑥0} 这不仅能防止当事人利用仲裁的私人性规避国内法院对腐败等非法问题的监督,也能有效区分上诉法院的审查与执行程序中仲裁裁决的审查,一定程度上解决了全面审查模式忽略仲裁终局性的问题。

综合而言,折衷审查模式和 ILA 报告提供了两点启发:(1)为法院重审实体设定的前提条件不能过于模糊,须具有可实践性;(2)对仲裁庭调查能力和“强有力的初步表面证据”的考察对于规避限缩审查模式的风险具有借鉴意义,应予保留。

(三)对限缩审查模式的修正与完善

全面审查模式与折衷审查模式为修正与完善限缩审查模式提供了有效助益,整合三种审查模式之长,可得修正的限缩审查模式。

首先,法院原则上应认可仲裁裁决的终局性,尊重仲裁庭对实体问题的裁决,不应如全面审查模式一般滥用对案件实体的重审权。这既符合国际社会支持仲裁的趋向,亦契合《纽约公约》的条约精神。

其次,法院在两种例外条件下有权重审案件实体问题:(1)存在“fresh evidence”证明非法问题可能存在,该标准主要借鉴自英美法系以 Westacre 案为代表的判例;(2)公共政策抗辩提出方举证证明仲裁庭缺乏调查非法问题的能力,且举证“强有力的初步表面证据”证明非法问题可能存在,该标准启发于 Soleimany 案,亦符合 ILA 报告的建议。

^{⑤6} 委员会成员分别来自英国、美国、澳大利亚、加拿大、法国、德国、西班牙、意大利、瑞士、荷兰、印度、韩国、日本、埃及、墨西哥、伊朗、芬兰、巴西、希腊、瑞典、阿根廷、阿尔及利亚、卢森堡、伊朗、孟加拉国、哥伦比亚、阿拉伯联合酋长国、波兰、斯洛文尼亚、新西兰、马耳他等。

^{⑤7} 参见《国际法协会 2002 年新德里大会国际商事仲裁委员会〈以“公共政策”拒绝执行国际仲裁裁决的最终报告〉》,鲍冠艺、黄伟译,载《仲裁研究》2006 年第 1 期,第 88 页。

^{⑤8} Pierre Mayer & Audley William Sheppard, *Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, Arbitration International, 2003, Vol.19:2, p.262.

^{⑤9} 原文表述为:“... the court should undertake a reassessment of the facts only when there is a strong prima facie argument of violation of international public policy.”

^{⑥0} *Supra* note 2, at 833.

两种例外条件相辅相成,既有相交之处,亦有各自发挥作用的空间。条件(1)以如何“防止法院的不当介入”为核心命题,旨在避免法院和仲裁庭对同一证据的重复审查,防止仲裁庭与法院依据不同的标准(如证明标准)评价相同的实体问题,而仲裁认定事实是否公正、仲裁庭是否有充分的调查能力审理案涉纠纷则在所不问。在多数情况下,该做法确能兼顾效率与公正,但倘若确实存在需要法院重新介入调查的腐败等非法问题,仅设定条件(1)就是不够的,其几乎是以牺牲公正为代价换取微弱的效率提升。与条件(1)不同,条件(2)并不完全排斥对同一证据的二次审查,它以是否存在“法院介入调查的必要性”为核心命题,更细致地划分不同类别的纠纷,考察案涉纠纷的性质是否是仲裁庭难以调查的。若仲裁庭对该问题缺乏调查能力,且案件又存在“强有力的初步表面证据”证明该问题可能存在,法院就有必要对案件实体进行重新调查,以解决仲裁庭调查能力缺失所导致的困境。相较而言,条件(2)更侧重于查明案件真相,保障一国法律制度免受非法问题困扰,在追求效率价值的同时兼顾“天平”另一端的公正价值。两者的设定为法院重审案件实体问题设定了必要的前提条件,既避免了折衷审查模式标准过于模糊的问题,亦增加了当事人利用限缩审查模式规避国家监督的难度。

最后,在重审案件实体问题时,有必要借鉴巴黎上诉法院在 *Alexander v. Alstom* 案和 *Thomson* 案中的做法,运用国家强制力依职权主动调查非法问题。另外,在存在平行刑事案件时,法院应适时中止执行程序,等待刑事案件审理,更好地发挥其对仲裁裁决的监督职能。

基于上述讨论,笔者认为经过修正的限缩审查模式可用图1来阐释。

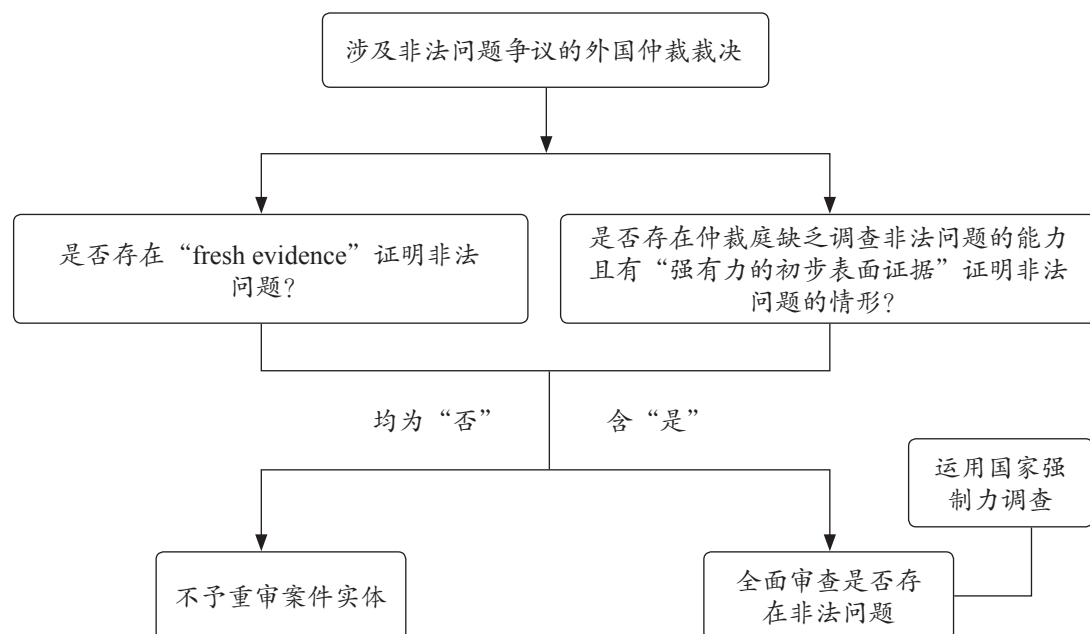


图1 修正的限缩审查模式

三、中国法语境下的公共政策审查模式

将视角转换至我国司法实践,《最高人民法院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》第四条虽为各级法院适用《纽约公约》公共政策条款提供了指导,但无法从中看出法院是否有权根据公共政策条款重审案件实体问题。^{⑥1} 笔者将首先考察我国司法实践对这一问题的观点,再对我国模式与其他模式的关系进行辨析,最后分析上文提出的修正的限缩审查模式对完善我国法有何启发意义。

(一) 我国公共政策审查的司法实践考察

为考察我国司法实践,笔者对中国裁判文书网、北大法宝、威科国际商事仲裁在线(Kluwer Arbitration)等网站公布的裁判文书中涉及“纽约公约”“公共政策”等关键词的案例进行了梳理,并在 91 个案例中挑选出了 8 个典型案例,这些案例均涉及承认与执行外国仲裁裁决中公共政策审查时对案件事实与法律的重审问题。笔者将其整理如表 3。

表 3 我国法院审理承认与执行外国仲裁裁决案件中公共政策审查的典型案例

案例名称	审理法院	涉及公共政策审查的裁判说理概述	是否执行裁决
1. 日本三井物产株式会社申请承认和执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决案 ^{⑥2}	海南省高级人民法院	案涉协议未经中国行政主管部门的审批,在中国法下无效,构成对中国公共政策的违反。	否
	最高人民法院	违反行政法规和部门规章的强制性规定,并不当然构成对中国公共政策的违反。	是
2. ED & F 曼氏(香港)有限公司申请承认和执行伦敦糖业协会仲裁裁决案 ^{⑥3}	北京市高级人民法院	案涉合同利用期货炒作牟取投机利益,违反了中国法律禁止性规定,构成对中国公共政策的违反。	否
	最高人民法院	违反中国法律的强制性规定不能完全等同于违反中国的公共政策。	是

⑥1 《最高人民法院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》第四条规定:“我国有管辖权的人民法院接到一方当事人的申请后,应对申请承认及执行的仲裁裁决进行审查,如果认为不具有《1958 年纽约公约》第五条第一、二两项所列的情形,应当裁定承认其效力,并且依照民事诉讼法(试行)规定的程序执行;如果认定具有第五条第二项所列的情形之一的,或者根据被执行人提供的证据证明具有第五条第一项所列的情形之一的,应当裁定驳回申请,拒绝承认及执行。”

⑥2 最高人民法院〔2001〕民四他字第 12 号复函。

⑥3 最高人民法院〔2003〕民四他字第 3 号复函。

案例名称	审理法院	涉及公共政策审查的裁判说理概述	是否执行裁决
3. 路易达孚商品亚洲有限公司申请承认和执行国际油、种子和脂肪协会仲裁裁决案 ^{⑥4}	广东省高级人民法院	案涉合同违反我国为保护消费者身体健康发布的公告,仲裁裁决对我国法律作出否定性评价和曲解,损害了我国法律的权威性,违背了我国的公共政策。	否
	最高人民法院	无证据证明该批货物造成了严重的卫生安全以及有损公众健康的事实。仲裁员对法律理解的错误认识并不会导致承认与执行该仲裁裁决违反我国公共政策。	是
4. 韦斯顿瓦克公司申请承认和执行英国仲裁裁决案 ^{⑥5}	天津市高级人民法院	涉案仲裁庭对被申请人赔偿金额的计算没有事实和法律依据,仲裁结果显失公平,严重危害了中国当事人的利益,有违我国社会公共利益。	否
	最高人民法院	只有在承认和执行外国商事仲裁裁决将导致违反我国法律基本原则、侵犯我国国家主权、危害国家及社会公共安全、违反善良风俗等危及我国根本社会公共利益情形的,才能援引公共政策事由。	是
5. GRD Minproc 有限公司申请承认和执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决案 ^{⑥6}	上海市高级人民法院	裁决涉及设备不符合中国有关职业健康与安全的法律法规的规定,损害了公共利益,进而违反公共政策。	否
	最高人民法院	仲裁庭有权对设备质量作出评判,不能以仲裁实体结果是否公平合理作为认定承认和执行仲裁裁决是否违反我国公共政策的标准。	是
6. 西门子国际贸易(上海)有限公司申请承认和执行“新加坡国际仲裁中心仲裁裁决案” ^{⑥7}	上海市第一中级人民法院	被申请人抗辩称执行裁决有违我国公共政策,裁决实体问题认定存在错误,法院认为,依据《纽约公约》第五条,关于仲裁裁决的实体有误的主张不在本案的审查范围内。	是

⑥4 最高人民法院〔2010〕民四他字第48号复函。
⑥5 最高人民法院〔2012〕民四他字第12号复函。
⑥6 最高人民法院〔2008〕民四他字第48号复函。
⑥7 上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民认(外仲)字第2号裁定书。

案例名称	审理法院	涉及公共政策审查的裁判说理概述	是否执行裁决
7. 佳施国际株式会社申请承认和执行韩国商事仲裁院仲裁裁决案 ^⑧	上海市第一中级人民法院	被申请人抗辩称执行裁决将违反我国“违约金以补偿实际损失为目的”的公共政策,法院认为,违约金过高的问题属于双方争议的实体内容,当事人约定将争议提交仲裁解决,则仲裁庭对双方争议拥有裁决权,这是当事人通过仲裁解决纠纷所应当承受的结果。	是
8. 昌盛贸易公司申请承认和执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决案 ^⑨	河南省郑州市中级人民法院	被申请人抗辩称执行裁决违反我国公共政策,法院认为,仲裁庭审理的是双方当事人在合营合同项下的争议,属于双方争议的实体问题,当事人既然约定将争议提交仲裁解决,则仲裁庭对争议拥有裁决权,这是当事人通过仲裁解决纠纷应当承受的结果。	是

由表 3 可知,在缺乏明确指引的前提下,地方法院曾在裁判中直接对案件的实体问题进行重审。在案例 1 至 4 中,地方法院重新评价了仲裁庭已审理的法律问题;在案例 5 中,地方法院重新认定了仲裁庭已审理的事实问题,一审法院还就被申请人提交的检测报告内涉及的检测数据、国家标准、设备使用等情况主动向上海市预防医学研究院书面咨询。虽然这 5 个案例都被最高院改判,但最高院的说理更多针对的是“公共政策”的内涵,对于下级法院审理裁决实体问题的做法,最高院未予评价。

在司法解释和最高院案例都未明确回答这一问题的前提下,仅能从部分地方法院的案例中探究我国司法实践所采取的模式。地方法院在较新近的案例(6 至 8)中真正意义上直面了这一问题,并采纳了公共政策审查不得重审案件实体问题的观点。这一观点在案例 7 中体现得最为明显,该案被申请人主张“‘违约金以补偿实际损失为目的’系我国民事司法实践中的一项基本原则,属我国的公共政策”,当被申请人违约未造成申请人实际损失时,仲裁裁决裁定被申请人支付高额违约金会造成双方之间权利义务的极度不平衡,违反我国公共政策。此项抗辩内容显然不构成对公共政策的违反,但上海市第一中级人民法院并未直接讨论“违约金以补偿实际损失为目的”是否构成我国公共政策,而是认为此项抗辩“涉及当事人在违约的情况下应承担何种违约责任的事项,属于双方争议的实体内容,当事人既然约定将争议提交仲裁解决,则仲裁庭对双方争议拥有裁判权,这也是当事人通过仲裁解决纠纷所应当承受的结果。”

(二) 我国模式与其他模式之辨析

从上文案例分析可知,相较于全面审查案件实体问题的法国法院,我国模式更类似

⑧ 上海市第一中级人民法院(2016)沪 01 协外认 12 号裁定书。

⑨ 河南省郑州市中级人民法院(2017)豫 01 协外认 11 号裁定书。

于英国的限缩审查模式,原则上排除法院对案件实体问题的重审。与肖永平教授等学者在讨论中国涉外仲裁监督机制时提出的程序监督论相类似,我国模式在强调不应审查仲裁裁决实体内容的基础上,暂未设定任何的例外情形。笔者将前文论述的三种经典司法审查模式、修正的限缩审查模式和中国模式作比较,并通过表 4 展示。

表 4 五种司法审查模式的对比

司法审查模式	内容	
全面审查模式	允许重审案件实体	
折衷审查模式	原则上不允许重审案件实体	例外:初步审查认定裁决不可靠
修正的限缩审查模式		例外: 1. 存在“fresh evidence”; 2. 存在“强有力的初步表面证据”证明非法问题且仲裁庭缺乏调查该问题的能力
限缩审查模式		例外: 存在“fresh evidence”
中国模式		暂无案例表明存在例外情况

从表 4 中可以看出,我国模式仍需回答的问题是——不允许重审案件实体内容的这一项原则是否存在例外? 若不存在例外,则我国模式对重审实体问题的限制比限缩审查模式更为严格,这意味着我国模式需要面临比本文第一部分论述的限缩审查模式更为严峻的风险。有学者指出:“这种排除法院审理仲裁裁决实体问题的模式导致的后果是,中国法院在实际面临(确实需要重审的)实体问题时,处理审查裁决实体问题的请求时,甚至在审查已提交给仲裁庭的证据或新的证据时,都缺乏足够的指导。”^{⑦⑧}换言之,当案件涉及仲裁庭缺乏调查能力的非法问题以致仲裁庭错误认定实体问题时,我国法院无法为仲裁败诉方提供更多救济渠道。以 Alexander v. Alstom 案为例,如果该案在我国承认与执行,倘若 Alexander 确有贿赂中国官员的行为,我国法院也会以无权重审案件实体为由接受仲裁庭的判断,使贿赂行为实施者从其非法行为中受益。因此,有必要为该原则设立必要的例外情况。

(三) 修正的限缩审查模式对我国法的启发

党的二十大报告提出,应“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法,统筹推进国内法治和涉外法治,以良法促进发展、保障善治。”为实现“提高商事纠纷仲裁国际化程度”的政策目标,我国应逐步建立与国际社会全面接轨的司法审查模式。从比较法视角来看,支持仲裁、尊重仲裁终局性是国际社会的趋势,严格限制适用公共政策条款亦已成为各国共识,但这并不意味着无例外地限制法院审理实体问题是国际通行的做法。相反,无

^{⑦⑧} Shu Zhang, *The Public Policy Exception in the Judicial Review of International Commercial Arbitral Awards-Lessons from and for China*, <https://unsworks.unsw.edu.au/bitstreams/a09bc375-fc97-45e4-a33b-478697dc6481/download>, last visited Mar. 28, 2024.

论是以英国为代表的英美法系国家还是以法国为代表的大陆法系国家,不少法域都允许法院在特定情况下重审实体问题。从中国法视角来看,我国不仅缔结了《纽约公约》,也同样是《联合国反腐败公约》的缔约国,承担着反腐败的国际义务。习近平总书记 2024 年 1 月 8 日上午在党的第二十届中央纪律检查委员会第三次全体会议上发表的重要讲话中强调,“我们对反腐败斗争的新情况新动向要有清醒认识,对腐败问题产生的土壤和条件要有清醒认识,以永远在路上的坚韧和执着,精准发力、持续发力,坚决打赢反腐败斗争攻坚战持久战。”^① 腐败治理是一项长期、系统工程,为贯彻落实党中央决策部署,我国近些年不断完善反腐败法律制度,加大惩处力度。例如,2024 年 3 月 1 日正式实施的《刑法修正案(十二)》在《刑法修正案(九)》的基础上作了修订,明确列举了严重行贿情形,调整了单位行贿罪及其他贿赂犯罪的刑罚,将党中央从严惩治行贿的政策要求上升为法律规定,坚持受贿行贿一起查,进一步加大行贿犯罪的惩治力度。^② 在未来面对涉腐纠纷的仲裁裁决时,我国模式也可能面临前文提到的限缩审查模式遭遇的难题,甚至成为腐败行为实施者逃避法院监督的一种手段。因此,为在国际仲裁领域贯彻落实我国打击腐败的政策目标,响应“对行贿行为决不能纵容”的政策精神,同时平衡维持仲裁终局性和反腐败的公共政策,笔者认为修正的限缩审查模式可以为我国法的完善提供以下几点启发:

首先,我国法院在未来处理公共政策审查时,不应仅关注公共政策的内涵,也应关注被申请人抗辩内容是否涉及已审理过的实体内容。在此基础上,我国宜继续坚持原则上限制重审案件实体的做法,善意履行《纽约公约》的条约义务,限制解释与适用公共政策条款,尊重仲裁庭对案件事实与法律问题的裁决结果。地方法院较新近的判决曾表达了这一观点,这不仅符合国际社会支持仲裁的趋势,亦契合多数国家对仲裁进行司法审查时的做法,宜在未来司法实践中继续坚持。

其次,我国可通过司法解释或指导案例的方式明确可重审实体的例外情况,指引法院处理在承认与执行外国仲裁裁决程序中出现的新证据。^③ 若当事人确在执行阶段提交了在仲裁开庭时无法获得或无法通过合理途径获得的重要证据,可参照限缩审查模式对“fresh evidence”的规定,授权法院在特殊情况下审查新证据。

最后,在司法实践中,应综合考察案件是否涉及仲裁庭及当事人因客观原因无法调查或难以调查的非法问题,适时依职权介入对案件实体问题的调查与重审中。在出现刑事机关同时调查的腐败等非法问题时,建议通过中止执行等方式充分运用国家强制力调查非法问题,在尊重仲裁终局性的原则下,更好发挥公共政策条款的“安全阀”作用。

① 《习近平在二十届中央纪委三次全会上发表重要讲话强调 深入推进党的自我革命 坚决打赢反腐败斗争攻坚战持久战》,载新华网, <http://www.news.cn/politics/20240108/f7edc10f684e49d8bdf6cf1e625a9c8a/c.html>, 最后访问时间: 2024 年 2 月 20 日。

② 《全国人大常委会法工委刑法室负责人解读刑法修正案(十二)》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2024/01/id/7739865.shtml>, 最后访问时间: 2024 年 2 月 20 日。

③ *Supra* note 70, at 359.

四、结语：涉腐纠纷仲裁的困境与出路

在各国逐渐形成统一的反腐败共识的背景下,维持仲裁终局性与打击腐败这两项公共政策的冲突关系日益凸显,国际仲裁界发展出的红旗原则、^{⑦④}中止仲裁等方式一定程度上缓和了这种矛盾,但在承认与执行阶段,限缩审查模式却未能提供合理的解决方案。本文提出的修正的限缩审查模式吸收了限缩审查模式、折衷审查模式和全面审查模式之长处并借鉴了 ILA 报告的建议,是笔者对仲裁终局性与反腐败公共政策平衡点的初步探索。但对于应当如何界定“强有力的初步表面证据”、判断仲裁庭调查能力时应考察哪些因素等细节问题,仍有待未来进一步地研究。中国法可吸收修正的限缩审查模式可取之处,逐步完善我国模式,以提高未来应对复杂多变的国际商事仲裁裁决的能力,在维持仲裁一裁终局性优势的同时,避免仲裁发展为腐败等非法问题的避风港,在国际仲裁领域贯彻落实打击腐败的政策目标。

Abstract: In light of whether the enforcement courts have the power to review the merit of the cases according to Article V(2)(b) of the New York Convention, many jurisdictions adopt the minimal review approach represented by the English courts, strictly limiting the review. The corruption-related disputes represented by *Alexander v. Alstom* case concluded in 2023 reflect the risks of the minimal review approach. The maximal review approach adopted by the French court and the contextual review approach proposed by the England and Wales High Court provide theoretical references for this issue from different perspectives. The minimal review approach could be amended and improved by exploring, criticizing and integrating the understanding and practice of these two approaches and drawing lessons from Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards by International Law Association New Delhi Conference (2002) Committee on International Commercial Arbitration. Chinese law should gradually provide clear guidance on this issue, set necessary exceptional circumstances under the principle of not reviewing the merit, balance the relationship between the public policy of promoting arbitration and anti-corruption, and further improve the degree of internationalization of commercial arbitration in China.

Keywords: New York Convention; public policy; judicial review approach; anti-corruption

(责任编辑:严文君)

^{⑦④} 在国际商事仲裁中,由于腐败的隐蔽性,许多仲裁庭采用“红旗原则”(Red Flags Methodology)来审理腐败问题,即认为腐败的证明无须直接证据,而是可以通过收集一系列间接证据来完成,这些间接证据称为“Red Flags”,或称腐败的迹象。这种方法被仲裁庭广泛采用。参见 Emmanuel Gaillard, *The Emergence of Transnational Responses to Corruption in International Arbitration*, Arbitration International, 2019, Vol.35, pp.3-10.

国际律师协会国际仲裁利益冲突指引 (2024 年)

唐浩深 陈晗清 译 宋连斌 校*

前 言

首部《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》(“指引”)由国际律师协会仲裁委员会(通过一个由 19 名专家组成的工作组)编写,并于 2004 年由国际律师协会理事会通过。指引立即获得了国际仲裁界的广泛认可,并被公认为是一部坚实的软法文件,反映了期望适用于仲裁员公正性和独立性以及特定情况下的披露标准。创新的红、橙、绿三色信号灯系统在许多方面已成为全球规范。从业者将指引作为默认规则;大多数仲裁机构甚至法院也将其作为该领域的一套基本准则。这一指引的必要性毋庸置疑,唯一的问题是指引应如何随着时间的推移而发展,以兼顾不断变化的仲裁实践。

根据国际律师协会仲裁委员会每十年评估是否应对其准则和指引进行调整的惯例,指引于 2014 年进行了首次修订(在由 27 名成员组成的小组委员会进行审查之后)。是否以及如何修订指引需要仔细考虑,通过实证分析确定指引的实际应用是否提出了澄清或改进的需求。对于一套得到广泛认可的准则,决定其修订的程度无疑是一项应当谨慎对待的工作,因为修订目标必须是在不影响其基本逻辑的情况下完善适用的制度。由于指引的适用范围很广,包括商事仲裁和国际投资仲裁,以及其他行业仲裁(如海事、体育、大宗商品仲裁)、法律和非法律专业人士担任仲裁员等情况,因此在指引适用的严格程度上可能会出现不同的观点,修订指引时所有这些情况都必须考虑在内。

在国际律师协会仲裁委员会联合主席 Samaa Haridi(2022 年)和 Valeria Galíndez(2023 年)以及国际律师协会仲裁指引和准则小组委员会(“小组委员会”)联合主席 Erica Stein(随后 Claudia Frutos-Peterson 加入)的领导下,成立了一个新的工作组来修订 2014 年指引。小组委员会于 2022 年在仲裁从业人员中开展的一项调查证实,指引仍

*《国际仲裁利益冲突指引》经英国伦敦国际律师协会许可进行转载和翻译,《指引》原文可在以下网址查阅: www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx。© International Bar Association。《指引》由中国政法大学国际法学院硕士研究生唐浩深,中国政法大学国际法学院硕士研究生陈晗清,中国政法大学国际法学院教授、博士生导师、国内外多家仲裁机构仲裁员宋连斌翻译成中文。

然是一个有用和有效的工具,没有必要对指引进行全面的大修。不过,该调查确实提出了指引可能需要更新或微调的领域:(1) 仲裁员披露;(2) 第三方出资;(3) 事项冲突;(4) 不同司法管辖区法律专业人员的组织模式(如大律师事务所、律师协会等);(5) 专家证人;(6) 主权国家或其机构和部门;(7) 非律师仲裁员;以及(8) 社交媒体。因此,工作组的成员被分成几个小组来处理这些问题,此外还有第九小组负责审查 2022 年调查中未发现但也应当纳入指引修订的问题。^① 工作组的组长和成员(共 60 多人)为在一年内完成任务付出了巨大努力。指引的最新版已向公众征求意见,包括向全世界数百家仲裁机构征求意见。工作组对这些意见进行了收集和分析,特别是对于其中存在的一致意见,在通过最终修订版时进行了考虑。

2024 年指引引言部分介绍了指引的远期目标及其最新修订内容、公正、独立和披露的一般标准(第 I 部分),以及一般标准的实际适用情形清单(第 II 部分)。

对指引的修订旨在强调第一部分“一般标准”的重要性,在评估利益冲突和仲裁员披露的必要性时,必须始终考虑第一部分的“一般标准”,而不能将其视为第二部分“适用清单”的附属。对于第二部分中“适用清单”的更新应当依据第一部分“一般标准”来解读,指引反映了仲裁用户和整个仲裁界目前期望仲裁员披露的程度。

国际律师协会仲裁委员会特别感谢 Valeria Galíndez 和 Erica Stein 完成的众多杰出工作,同时感谢两位工作组秘书^② 和工作组组长。^③ 此外,还要特别感谢国际律师协会前任主席兼仲裁委员会联合主席 David Rivkin,感谢他在提供明智的解决方案方面给予的持续支持和热情帮助。

本指引可在 www.ibanet.org/resources 下载。

Xavier Favre-Bulle

Chiann Bao

仲裁委员会联合主席

2024 年 2 月

① 仲裁员披露: André Abbud、Julie Bédard、Juliana Castillo、Kun Fan、Jennifer Kirby、Noradèle Radjai、Mohamed S. Abdel Wahab、Galina Zukova。第三方出资: Crina Baltag、Alfredo Bullard、Zarina Chinoy、Alice Fremuth-Wolf、Tom Glasgow、Duncan Watson。事项冲突: Lawrence Boo、Ji Hi Jung、Silvia Marchili、Lucy Martinez、Alexis Mourre、Mallory Silberman。不同司法管辖区法律专业人员的组织模式: Folashade Alli、Pierre Bienvenu、Beata Gessel、Sarah Grimmer、Barton Legum、Louise Reilly。专家证人: Daniela Bambaci、Pierre Burger、Stephanie Cohen、Frank Hormes、Jan Heiner Nedden、Jiří Urban。主权国家或其机构和部门: Nicolas Angelet、Giedrė Aukštuoliienė、Dyalá Jimenez、Pál Kara、Christian Leathley、Sami Tannous。非律师仲裁员: Richard Apphun、Lauren Friedman、Marily Paralika、Sherina Petit、Paul Tichauer、Ren Qing。社交媒体: Dániel Dózsa、Ricardo Dalmaso Marques、Sylvie Bebohi Ebongo、Christa Mueller、Harold Noh、Yoshimi Ohara、Sofia de Sampaio Jalles。其他事项: Benan Arseven、Hilde van der Baan、David Blackman、Daniel Heilbron Crispim、Sandra González、Khaled Abou El Houdeh。

② David Blackman、Viva Dadwal。

③ Nicolas Angelet、Crina Baltag、Dániel Dózsa、Sarah Grimmer、Jan Heiner Nedden、Marily Paralika、Louise Reilly、Mallory Silberman、Hilde van der Baan、Galina Zukova。

引 言

1. 在国际仲裁中,仲裁员被要求作出披露,以使当事各方能够识别和评估潜在的利益冲突,并让仲裁机构和国家法院妥善解决异议。然而,这项工作可能很有难度,因为利益冲突问题可能会有细微差别,而答案也要结合具体案例具体分析。因此,2004 年,国际律师协会仲裁委员会在考虑了各种因素后,发布了关于这一问题的指引,包括(1)仲裁员独立与公正的根本重要性,(2)当事人意思自治原则,(3)披露的时间、性质、范围、责任和其他实际问题,以及(4)轻率地质疑可能产生的后果和成本。

2.2004 年指引反映了这样的观点,即当时的标准在适用中缺乏足够的明确性和一致性,因此 2004 年指引载明了“一般标准和对标准的解释”(“一般标准”)。制定一般标准是为了给仲裁员评估是否存在利益冲突(采用客观的“合理第三人检验标准”)和履行披露义务(采用主观的“当事人视角”检验标准)提供相应依据。

3. 然而,为了提高一致性,避免不必要的回避申请和仲裁员替换,2004 年指引列出了具体的情形(分为“红色”“橙色”和“绿色”清单),目的是释明一般标准,协助仲裁员进行披露,并协助各方当事人评估所披露的信息是否可能导致对仲裁员独立性和公正性的怀疑。红色清单上的情况应理解为存在利益冲突;绿色清单上的情况不构成利益冲突或表面上不构成利益冲突;橙色清单上的情况,取决于特定案件的事实,可能会使当事人产生怀疑,因此必须根据“一般标准 3”予以披露。这些清单(“适用清单”)在 2014 年修订版指引中进行了更新。考虑到 2014 年以来的实践情况,一般标准和适用清单都在 2024 年的修订中得到了进一步的更新和改进。

4. 本指引体现了国际律师协会仲裁委员会对当前最佳国际实践的理解,这一最佳实践坚实地植根于下列一般标准所体现的基本原则之中。一般标准和适用清单是依据各司法管辖区成文法、实践、判例法和其他裁决,以及国际仲裁主要参与者的判断和经验制订的。本指引力求平衡当事人、顾问、仲裁员和仲裁机构之间的各种利益,而上述各方皆有责任确保国际仲裁的公正、声誉和效率。2014 年指引修订工作组和 2021-2023 年仲裁指引和规则小组委员会的成员,与他们的前任一样,通过在国际律师协会年度会议和其他会议上的公开征询以及在国际仲裁界进行的调研,进一步征求并研究了主要仲裁机构、公司法律顾问以及其他国际仲裁从业者的意见。收集的意见已经被详细审阅,许多意见被采纳。国际律师协会仲裁委员会非常感谢众多机构和个人对其提议的认真思考。

5. 本指引适用于所有国际仲裁,无论当事人有无律师代理以及是否由法律专业人员担任仲裁员。

6. 本指引不凌驾于任何当事人选择适用的国内法、仲裁规则、行为准则或其他具有约束力的法律文件之上。然而,国际律师协会仲裁委员会希望,本指引会如同 2004 年指引和 2014 年指引以及其他由其制定的规则和指引一样,在国际仲裁界中获得广泛认可,从而有助于当事人、顾问、仲裁员、仲裁机构和法院处理有关仲裁员公正性和独立性这些

重要的事项。国际律师协会仲裁委员会建议依据充分的常识适用指引,而非进行过度的形式主义解释。

7. 本指引第一部分包含了必须始终予以考虑的原则。第二部分中的“适用清单”涵盖了在实践中出现的多种情形,但是它们无意也不可能穷尽所有情形。国际律师协会仲裁委员会将本着进一步优化本指引的目标,持续研究本指引的实际应用情况。

8. 1987 年,国际律师协会发布了《国际仲裁员行为准则》。该行为准则涵盖了比本指引更多的主题,对本指引未涉事项,其仍然有效。本指引已涉事项,以本指引为准。

2024 版与 2014 版表格对照

《国际仲裁利益冲突指引》2014 年版	《国际仲裁利益冲突指引》2024 年版
(1) 一般原则 每位仲裁员在接受指定之时应是公正的、独立于当事人的,并保证如此直至最终裁决作出或仲裁程序另行终止之时。	(1) 一般原则 每位仲裁员在接受选定或指定之时应是公正的、独立于当事人的,并保证如此直至最终裁决作出或仲裁程序另行终止之时。
(2) 利益冲突 (a) 如果仲裁员对其公正性或独立性有任何疑问,仲裁员应拒绝接受指定;或者如果仲裁程序已经开始,应拒绝继续担任仲裁员; (b) 如果存在的事实或情形,或自仲裁员接受指定后产生的事实或情形,在知悉相关事实和情形的合理的第三人看来,将引致对仲裁员的公正性或独立性的正当怀疑,则适用同样的原则,除非当事人已经依据一般标准(4)中所述的规定接受了仲裁员。 (c) 如果合理的知情第三人认为,仲裁员在作出裁决时可能会受到当事人陈述的案件是非之外的因素的影响,则怀疑是正当的。 (d) 如果存在不可弃权的红色清单所描述的任何情形,则对仲裁员的公正性或独立性的正当怀疑必然成立。	(2) 利益冲突 (a) 如果仲裁员对其公正性或独立性有任何疑问,仲裁员应拒绝接受选定或指定;或者如果仲裁程序已经开始,应拒绝继续担任仲裁员; (b) 如果已经存在的事实或情形,或自仲裁员接受选定或指定后产生的事实或情形,在知悉相关事实和情形的合理的第三人看来,将引致对仲裁员的公正性或独立性的正当怀疑,则适用同样的原则,除非当事人已经依据一般标准(4)中所述的规定接受了仲裁员。 (c) 如果合理的第三人在知悉相关事实和情形后会认为,仲裁员在作出裁决时可能会受到当事人陈述的案情之外的因素影响,则怀疑是正当的。 (d) 如果存在不可弃权的红色清单所描述的任何情形,则对仲裁员的公正性或独立性的正当怀疑必然成立。

《国际仲裁利益冲突指引》2014 年版	《国际仲裁利益冲突指引》2024 年版
（3）仲裁员披露 （a）如果存在当事人看来可能令仲裁员公正性或独立性受到怀疑的事实或情形，则仲裁员应在接受指定前向当事人、仲裁机构、其它仲裁员指定机构（如果有该等机构且适用的仲裁机构规则如此要求的话）和其他仲裁庭成员（如有）披露该等事实或情形；或者，如接受指定后才知悉此等事实或情形，在知悉后立即披露。 （b）对未来可能发生的事实或情形导致的可能的利益冲突作出预先声明或弃权，不能免除仲裁员根据一般规则 3（a）所承担的持续披露的义务。 （c）一般标准 1 和一般标准 2（a）的推论是，尽管存在所披露的情形，作出披露的仲裁员认为其自身仍是公正的、独立的，因而仍能履行仲裁员职责。否则，其会在一开始就拒绝提名或指定，或辞去仲裁员一职。 （d）如仲裁员对是否应披露特定事实或情形存疑，则应决定进行披露。 （e）当考虑应披露的事实或情形是否存在时，仲裁员不应考虑仲裁程序是处于开始阶段还是晚些阶段。	（3）仲裁员披露 （a）如果存在在当事人看来可能令仲裁员公正性或独立性受到怀疑的事实或情形，则仲裁员应在接受选定或指定前向当事人、仲裁机构、其它仲裁员指定机构（如果有该等机构且适用的仲裁机构规则如此要求的话）和其他仲裁庭成员（如有）披露该等事实或情形；或者，如接受选定或指定后才知悉此等事实或情形，应在知悉后立即披露。根据一般标准 7（d）规定的仲裁员调查义务，仲裁员在决定是否应当披露某些事实和情形时应当考虑其已知的所有事实和情形。 （b）对未来可能发生的事实或情形导致的可能的利益冲突作出预先声明或弃权，不能免除仲裁员根据一般规则 3（a）所承担的持续披露的义务。 （c）一般标准 1 和一般标准 2（a）的推论是，尽管存在所披露的情形，作出披露的仲裁员认为自身仍是公正的、独立的，因而仍能履行仲裁员职责。否则，仲裁员会在一开始就拒绝提名或选定或指定，或辞去仲裁员一职。 （d）如果仲裁员对是否应披露特定事实或情形存疑，则应当进行披露。 （e）如果仲裁员认为其应当披露，但职业保密规则或其他执业规则或职业行为准则禁止此种披露，则仲裁员不应接受选定或指定，或应辞去仲裁员一职。 （f）仲裁员对于事实或情形是否应当披露的决定不受仲裁程序的阶段所影响。 （g）仲裁员未能披露某些事实和情形，尽管可能会导致当事人对仲裁员的公正性或独立性产生怀疑，但这并不一定意味着存在利益冲突，也不一定意味着应取消仲裁员资格。

《国际仲裁利益冲突指引》2014 年版	《国际仲裁利益冲突指引》2024 年版
(4) 当事人弃权 (a) 如果当事人在收到仲裁员的任何披露或知悉可能构成仲裁员的潜在利益冲突的事实或情形后三十日内,未就该仲裁员提出明示异议,根据本一般标准(b)和(c)款规定,则当事人被推定已经放弃就该等事实或情形主张仲裁员存在潜在利益冲突的权利,当事人不得在晚些阶段基于该等事实或情形提出任何异议。 (b) 但是,如果存在不可弃权的红色清单描述的事实或情形,则当事人的任何弃权(包括一般规则3(b)规定的任何声明或先行弃权)或当事人对允许该人担任仲裁员达成的任何协议,都应视为无效。 (c) 任何人,凡存在可弃权的红色清单中所例示的利益冲突情形的,不得担任仲裁员。然而,在符合下列条件时,该人仍可以接受指定担任仲裁员或继续担任仲裁员: (i) 所有当事人、所有仲裁员、仲裁机构或其它仲裁员指定机构(如果有)充分知悉该利益冲突;并且 (ii) 所有当事人明确同意,尽管存在这样的利益冲突,该人仍可担任仲裁员。	(4) 当事人弃权 (a) 如果在出现以下情况后的三十日内: (i) 收到仲裁员的任何披露,或 (ii) 当事人知悉可能构成仲裁员的潜在利益冲突的事实或情形,当事人未对该仲裁员提出明示异议,根据一般标准(b)和(c)款规定,则当事人被推定为已经放弃就该等事实或情形主张仲裁员存在潜在利益冲突的权利,当事人不得在后续阶段基于该等事实或情形提出任何异议。 如果一方当事人在仲裁程序开始时或过程中进行合理调查,本应了解到一般标准4(a)(ii)所述的任何事实或情形,该方当事人应被视为已了解这些事实或情况。 (b) 如果存在不可弃权的红色清单描述的事实或情形,则当事人的任何弃权(包括一般标准3(b)规定的任何声明或先行弃权)或当事人对允许该人担任仲裁员达成的任何协议,都应视为无效。 (c) 任何人,凡存在可弃权的红色清单中所例示的利益冲突情形的,不得担任仲裁员。然而,在符合下列条件时,该人仍可以接受选定或指定担任仲裁员或继续担任仲裁员: (i) 所有当事人、所有仲裁员、仲裁机构或其它仲裁员指定机构(如果有)充分知悉该利益冲突;并且 (ii) 所有当事人明确同意,尽管存在这样的利益冲突,该人仍可担任仲裁员。

《国际仲裁利益冲突指引》2014 年版	《国际仲裁利益冲突指引》2024 年版
(d) 仲裁员可在仲裁程序的任何阶段通过调停、调解或其他任何方式协助当事人和解争议。然而,在这样做之前,仲裁员应得到所有当事人的明示同意,即这样做不使其丧失继续担任仲裁员的资格。当事人的明示同意,应视为对仲裁员可能因参与此程序或仲裁员在此程序中可能了解的信息而产生的任何潜在利益冲突的有效放弃。如果仲裁员的协助并未促成争议的终局和解,则当事人仍应受其弃权的约束。然而,根据一般标准 2 (a),尽管有这样的同意,如果因参涉调解程序,仲裁员对其在仲裁程序的未来进程中保持公正或独立的能力产生疑虑,则其应辞职。	(d) 仲裁员可在仲裁程序的任何阶段通过调停、调解或其他任何方式协助当事人达成和解。然而,在这样做之前,仲裁员应得到所有当事人的明示同意,即这样做不使其取消继续担任仲裁员的资格。当事人的明示同意,应视为对仲裁员可能因参与此程序或仲裁员在此程序中可能了解的信息而产生的任何潜在利益冲突的有效放弃。如果仲裁员的协助并未促成争议的终局和解,则当事人仍应受其弃权的约束。然而,根据一般标准 2 (a),尽管有这样的同意,如果因参涉调解程序,仲裁员对其在仲裁程序的未来进程中保持公正或独立的能力产生疑虑,则应辞职。
(5) 范围 (a) 本指引同等适用于无论用何种方法任命的首席仲裁员、独任仲裁员和当事人指定的仲裁员。 (b) 单个仲裁员或仲裁庭的仲裁或行政秘书和助手,应遵守与仲裁员一样的保持独立和公正的义务。仲裁庭应确保这些义务在整个仲裁程序中都被遵守。	(5) 范围 (a) 本指引同等适用于无论用何种方法选定或指定的首席仲裁员、独任仲裁员和当事人选定的仲裁员。 (b) 单个仲裁员或仲裁庭的仲裁或行政秘书和助手,应遵守与仲裁员一样的保持独立和公正的义务。仲裁庭应确保这些义务在整个仲裁程序中都被遵守。
(6) 关系 (a) 仲裁员原则上视为与他 / 她的律所是同一的,但当考察事实或情形的相关性,以判明是否存在潜在利益冲突或是否应进行披露时,仲裁员的律师事务所在活动 (如有) 以及仲裁员与律师事务所的关系应在个案中予以考虑。仲裁员的律师事务所的活动一方当事人的事实,并不必然构成利益冲突的来源或披露的理由。类似地,如果一方当事人是与仲裁员的律师事务所所有关系的集团的成员,该事实应在个案中予以考虑,但这一事实本身并不必然构成利益冲突的来源或披露的理由。	(6) 关系 (a) 仲裁员原则上视为与仲裁员所属的律师事务所或雇主是同一身份的,但当考察事实或情形的相关性,以判明是否存在潜在利益冲突或是否应进行披露时,仲裁员所属的律师事务所或雇主的活动 (如有),律师事务所或雇主的组织结构和业务模式,以及仲裁员与律师事务所或雇主的关系应在个案中予以考虑。仲裁员所属的律师事务所或雇主的活动涉及一方当事人的事实,并不必然构成利益冲突的来源或披露的理由。类似地,如果一方当事人是与仲裁员所属的律师事务所或雇主有关系的集团成员,该事实应在个案中予以考虑,但这一事实本身并不必然构成利益冲突的来源或披露的理由。

《国际仲裁利益冲突指引》2014 年版	《国际仲裁利益冲突指引》2024 年版
(b) 如果一方当事人是法律实体,对该法律实体具有控制影响力,或者与仲裁裁决有直接经济利益,或者负有根据仲裁裁决补偿一方当事人责任的任何法人或自然人,应视同于该方当事人。	(b) 任何对一方当事人具有控制影响力的法人或自然人,或者与仲裁裁决有直接经济利益,或者负有根据仲裁裁决补偿一方当事人责任的任何法人或自然人,可被视为等同于该方当事人。 (c) 对一方当事人有控制影响力的任何法人或自然人可被视为等同于该方当事人。
(7) 仲裁员与当事人的义务 (a) 一方当事人应告知仲裁员、仲裁庭、其他当事人、仲裁机构或其它仲裁员指定机构(如果有),该当事人(或其所属集团的另一公司或对该当事人有控制影响力的个人)与仲裁员之间的任何直接或间接关系,或者仲裁员与跟仲裁裁决有直接经济利益,或者负有根据仲裁裁决补偿一方当事人义务的任何个人或实体之间的关系。当事人应尽早主动履行告知义务。 (b) 一方当事人应告知仲裁员、仲裁庭、其他当事人、仲裁机构或其他仲裁员指定机构(如果有)代理其参加仲裁的法律顾问身份以及其法律顾问与仲裁员的任何关系,包括在同一个大律师事务所工作。当事人应尽早主动告知,并在法律顾问团队发生任何变动时尽早通知相应信息。	(7) 仲裁员与当事人的义务 (a) 一方当事人应告知仲裁员、仲裁庭、其他当事人、仲裁机构或其它仲裁员指定机构(如果有) (i) 以下各主体与仲裁员之间的任何直接或间接的关系: • 当事人; • 同一公司集团的另一家公司; • 对仲裁当事人拥有控制影响力的个人或实体; • 一方当事人拥有控制影响力的个人或实体; • 与仲裁裁决有直接经济利益,或者根据仲裁裁决负有补偿一方当事人义务的任何个人或实体; (ii) 一方当事人认为仲裁员依据本一般标准 3 进行披露时应考虑的任何其他人或实体。 当事人应尽早主动履行告知义务。 (b) 为遵循一般标准 7(a),一方当事人应进行合理查询并提供其已掌握的任何有关信息。

《国际仲裁利益冲突指引》2014 年版	《国际仲裁利益冲突指引》2024 年版
(c) 为执行一般标准 7 (a), 一方当事人应进行合理查询和提供其已掌握的任何信息。	(c) 一方当事人应告知仲裁员、仲裁庭、其他当事人、仲裁机构或其他仲裁员指定机构（如果有）代理其参加仲裁的法律顾问的身份以及其法律顾问与仲裁员的任何关系, 包括在同一个大律师事务所工作。当事人应尽早主动告知, 并在法律顾问团队发生任何变动时尽早通知相应信息。
(d) 仲裁员有义务进行合理查询, 以查明任何利益冲突以及任何可能使其公正性或独立性受到合理质疑的事实或情形。如果仲裁员未尽合理努力进行调查, 则其未披露利益冲突的情形不因不知情而获免责。	(d) 仲裁员有义务进行合理查询, 以查明任何利益冲突以及任何可能使其公正性或独立性受到合理质疑的事实或情形。如果仲裁员未尽合理努力进行调查, 则其未披露利益冲突的情形不能因不知情而获免责。

第一部分：公正、独立和披露的一般标准

（1）一般原则

每位仲裁员在接受选定或指定之时应是公正的、独立于当事人的, 并保证如此直至最终裁决作出或仲裁程序另行终止之时。

对一般标准 1 的解释:

作为本指引基石的基本原则是: 每位仲裁员在接受选定或指定时应是公正的、独立于当事人的, 而且应在整个仲裁程序中保持如此, 如果根据相关规则对最终裁决进行改正或解释的期间是已知的或者容易确定的, 这些期间也包含在整个仲裁程序中。这项义务不延长至裁决在任何相关法院或机构被提起异议的期间。因此, 仲裁员的义务在仲裁庭作出最终裁决并且相关规则允许的对最终裁决的改正或解释已经作出（或者寻求改正或解释的期限已经届满）之时终止, 或在仲裁程序终止（例如由于和解）时终止, 或在仲裁员不再享有管辖权的其他情况下终止。如果在仲裁裁决被撤销或其他程序之后, 争议被发回同一仲裁庭重审, 新一轮的披露和对潜在利益冲突的审查将是必要的。

（2）利益冲突

(a) 如果仲裁员对其公正性或独立性有任何疑虑, 仲裁员应拒绝接受选定或指定; 或者如果仲裁程序已经开始, 应拒绝继续担任仲裁员;

(b) 如果已经存在的事实或情形,或自仲裁员接受选定或指定后产生的事实或情形,在知悉相关事实和情形的合理的第三人看来,将引致对仲裁员的公正性或独立性的正当怀疑,则适用同样的原则,除非当事人已经依据一般标准(4)中所述的规定接受了仲裁员。

(c) 如果合理的第三人在知悉相关事实和情形后会认为,仲裁员在作出裁决时可能会受到当事人陈述的案情之外的因素影响,则怀疑是正当的。

(d) 如果存在不可弃权的红色清单所描述的任何情形,则对仲裁员的公正性或独立性的正当怀疑必然成立。

对一般标准2的解释:

(a) 如果仲裁员对自己保持公正和独立的能力有所怀疑,则必须拒绝接受选定或指定或拒绝继续担任仲裁员。无论在仲裁程序的哪一个阶段,这一原则均应适用。为了避免混淆并培养对仲裁程序的信心,本指引对这个基本原则做了清楚的说明。

(b) 一般标准2中“公正性”或“独立性”的措辞源于广为采用的《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第12条,该条规定了仲裁员资格取消。根据第12条第2款规定,取消资格的检验标准是客观的(“合理的第三人检验标准”),基于对仲裁员公正性或独立性的合理怀疑采用表面检验标准。在决定是否拒绝接受选定或指定或拒绝继续任职时,仲裁员应牢记评估相关事实或情形的客观标准。除非当事人根据一般标准4放弃该客观利益冲突,否则根据一般标准2(b),在存在客观利益冲突时,仲裁员必须拒绝接受选定或指定或拒绝继续担任仲裁员。

(c) 当存在合理怀疑时,如存在不可弃权的红色清单所描述的情形,仲裁员应拒绝接受选定或指定或拒绝继续担任仲裁员。不过合理怀疑的存在也可能导致仲裁员根据一般标准3进行披露,例如可弃权的红色清单中描述的情形。

(d) 依据正当怀疑标准的法律和规范常常未能界定该标准。本一般标准力图作为作出这一认定提供一些参考。例如,任何人均不得为自己的法官,即仲裁员与当事人不得为同一人。因此当事人不能对这种情形产生的利益冲突作出弃权。

(3) 仲裁员披露

(a) 如果存在在当事人看来可能令仲裁员公正性或独立性受到怀疑的事实或情形,则仲裁员应在接受选定或指定前向当事人、仲裁机构、其它仲裁员指定机构(如果有该等机构且适用的仲裁机构规则如此要求的话)和其他仲裁庭成员(如有)披露该等事实或情形;或者,如接受选定或指定后才知悉此等事实或情形,应在知悉后立即披露。根据一般标准7(d)规定的仲裁员调查义务,仲裁员在决定是否应当披露某些事实和情形时应当考虑其已知的所有事实和情形。

(b) 对未来可能发生的事实或情形导致的可能的利益冲突作出预先声明或弃权,不能免除仲裁员根据一般规则3(a)所承担的持续披露的义务。

（c）一般标准 1 和一般标准 2（a）的推论是，尽管存在所披露的情形，作出披露的仲裁员认为其自身仍是公正的、独立的，因而仍能履行仲裁员职责。否则，仲裁员会在一开始就拒绝提名或选定或指定，或辞去仲裁员一职。

（d）如果仲裁员对是否应披露特定事实或情形存疑，则应当进行披露。

（e）如果仲裁员认为其应当披露，但职业保密规则或其他执业规则或职业行为准则禁止此种披露，则仲裁员不应接受选定或指定，或应辞去仲裁员一职。

（f）仲裁员对于事实或情形是否应当披露的决定不受仲裁程序的阶段所影响。

（g）仲裁员未能披露某些事实和情形，尽管可能会导致当事人对仲裁员的公正性或独立性产生怀疑，但这并不一定意味着存在利益冲突，也不一定意味着应取消仲裁员资格。

对一般标准 3 的解释：

（a）根据一般标准 3（a）所产生的仲裁员披露义务是基于这样的原则，即让当事人被充分告知在其看来可能相关的任何事实和情形，这对当事人而言是有利的。就此而言，一般标准 3（d）规定，对特定事实或情形是否应披露存在任何疑问时，应当进行披露。但对于某些情形，如在绿色清单中规定的，从当事人的视角来看不会产生怀疑，因为根据一般标准 2 的规定，从客观视角来看不存在利益冲突的表象或实质利益冲突，这样的情形则不需要披露。并且，如同一般标准 3（c）所表明的，披露并不意味着被披露的事实会引发仲裁员资格取消。一般标准 3（a）规定的披露义务是一个持续不间断的义务。

（b）国际律师协会仲裁委员会已经考虑到仲裁员候选人对可能在将来产生的事实或情形以及由此导致的利益冲突作出声明（有时被称为“先行弃权”）的做法。这些声明不会免除仲裁员根据一般标准 3（a）应承担的持续披露义务。但是本指引并不对先行声明或弃权的有效性和效力持任何立场，因为任何先行声明或弃权的有效性和效力必须根据先行声明或弃权的具体内容、即将发生的特定情况和适用的法律进行评估。

（c）披露并不意味着存在利益冲突。尽管存在所披露的情形，进行披露的仲裁员认为，他们自身仍是公正、独立于各方当事人的，否则，仲裁员就会拒绝接受选定或指定或辞职。因此，作出披露的仲裁员认为其自身能够履行职责。披露的目的在于允许当事人判断他们是否同意仲裁员的评估，以及如果他们希望的话，允许其进一步探究所披露的情形。本一般标准明确指出披露行为本身不构成足以使仲裁员资格取消的充分怀疑，亦或是仲裁员不适格的推定。相反，只有前述一般标准 2 的解释中规定的客观检验标准被满足时，回避申请才能被认可。

（d-f）披露或不适格（如一般标准 2 和 3 所规定）不应取决于仲裁程序所处的特定阶段。在判定仲裁员是否应进行披露、是否应拒绝接受选定或指定、是否应拒绝继续担任仲裁员时，只有事实和情形才具有相关性，程序所处阶段或回避的后果都不具有相关性。尽管对仲裁程序开始后的仲裁员回避可能存在实践上的顾虑，但根据仲裁程序所处阶段作区别对待是违背一般标准的。

(g) 如一般标准 3 (c) 的解释所述,只有在符合客观检验标准的情况下,回避申请才有可能成功。一般标准 3 (g) 正是这一事实的推论,其明确指出未能披露某些事实和情况在当事人看来可能会引起对仲裁员公正性或独立性的怀疑,但这并不一定意味着存在利益冲突,也不一定意味着仲裁员应当取消资格。

(4) 当事人弃权

(a) 如果在出现以下情况后的三十日内:

(i) 收到仲裁员的任何披露,或

(ii) 当事人知悉可能构成仲裁员的潜在利益冲突的事实或情形,

当事人未对该仲裁员提出明示异议,根据一般标准 (b) 和 (c) 款规定,则当事人被推定为已经放弃就该等事实或情形主张仲裁员存在潜在利益冲突的权利,当事人不得在后续阶段基于该等事实或情形提出任何异议。

如果一方当事人在仲裁程序开始时或过程中进行合理调查,本应了解到一般标准 4 (a) (ii) 所述的任何事实或情形,该方当事人应被视为已了解这些事实或情况。

(b) 如果存在不可弃权的红色清单描述的事实或情形,则当事人的任何弃权(包括一般标准 3 (b) 规定的任何声明或先行弃权)或当事人对允许该人担任仲裁员达成的任何协议,都应视为无效。

(c) 任何人,凡存在可弃权的红色清单中所例示的利益冲突情形的,不得担任仲裁员。然而,在符合下列条件时,该人仍可以接受选定或指定担任仲裁员或继续担任仲裁员:

(i) 所有当事人、所有仲裁员、仲裁机构或其它仲裁员指定机构(如果有)充分知悉该利益冲突;并且

(ii) 所有当事人明确同意,尽管存在这样的利益冲突,该人仍可担任仲裁员。

(d) 仲裁员可在仲裁程序的任何阶段通过调停、调解或其他任何方式协助当事人达成和解。然而,在这样做之前,仲裁员应得到所有当事人的明示同意,即这样做不使其取消继续担任仲裁员的资格。当事人的明示同意,应视为对仲裁员可能因参与此程序或仲裁员在此程序中可能了解的信息而产生的任何潜在利益冲突的有效放弃。如果仲裁员的协助并未促成争议的终局和解,则当事人仍应受其弃权的约束。然而,根据一般标准 2 (a),尽管有这样的同意,如果因参涉调解程序,仲裁员对其在仲裁程序的未来进程中保持公正或独立的能力产生疑虑,则应辞职。

对一般标准 4 的解释:

(a) 根据一般标准 4 (a),如果一方当事人在知悉相关的事实或情形之日起(包括通过披露程序知悉)未能在 30 日内提出与该利益冲突有关的异议,则将被视为对任何潜在利益冲突作出弃权。该时限应从当事人了解相关事实或情形(包括通过披露程序)之日起算。

(b) 一般标准 4 (b) 把不可弃权的红色清单中的事实或情形排除在一般标准 4 (a)

的适用范围之外。一些仲裁员作出声明以寻求当事人对未来可能发生的事实或情形的弃权。无论仲裁员是否寻求任何此类弃权,根据一般标准 3 (b),基于仲裁员承担的持续披露义务,在仲裁过程中出现的事实和情形都应当向当事人披露。

(c) 即使出现严重利益冲突,比如发生可弃权的红色清单例示的情形,当事人仍可能希望选定该人担任仲裁员。对此,应在当事人的意思自治与当事人选择公正和独立的仲裁员的期望之间进行平衡。只有在当事人作出充分知情的、明示的弃权时,具有严重利益冲突的人(例如可弃权的红色清单例示的情况),才可以仍然担任仲裁员。

(d) 仲裁庭在仲裁过程中协助当事人就争议达成和解的理念,在一些司法管辖区确立已久,而在另一些司法管辖区中却并非如此。在和解程序开始之前,当事人对该程序的知情同意,应视为对主张潜在利益冲突权利的有效放弃。某些司法管辖区规定当事人应出具签字的书面同意。根据适用法律的要求,明示同意可能已经足够,且明示同意可以在庭审中作出并记录在庭审的记录或笔录中。此外,为避免当事人将仲裁员参与调解程序作为取消仲裁员资格的手段,一般标准明确规定,即使调解不成功,弃权仍应有效。当事人在作出明示同意时,应意识到仲裁员在调解过程中协助当事人的后果,包括导致仲裁员辞职的风险。

(5) 范围

(a) 本指引同等适用于无论用何种方法选定或指定的首席仲裁员、独任仲裁员和当事人选定的仲裁员。

(b) 单个仲裁员或仲裁庭的仲裁或行政秘书和助手,应遵守与仲裁员一样的保持独立和公正的义务,仲裁庭应确保这些义务在整个仲裁程序中都被遵守。

对一般标准 5 的解释:

(a) 因为仲裁庭的每一位成员都有义务做到对当事人的公正、独立,一般标准不区别对待独任仲裁员、首席仲裁员、当事人选定的仲裁员和仲裁机构指定的仲裁员。

(b) 一些仲裁机构要求仲裁或行政秘书和助手签订“独立和公正声明书”。无论是否有这样的规定,仲裁庭的仲裁或行政秘书和助手都应遵守和仲裁员一样的保持独立和公正的义务(包括披露义务),并且仲裁庭应确保这些义务在仲裁程序的所有阶段都得到遵守。此外,无论是仲裁庭还是单个仲裁员的仲裁或行政秘书和助手,都同样需要遵守这些义务。

(6) 关系

(a) 仲裁员原则上视为与仲裁员所属的律师事务所或雇主是同一身份的,但当考察事实或情形的相关性,以判明是否存在潜在利益冲突或是否应进行披露时,仲裁员所属的律师事务所或雇主的活动(如有),律师事务所或雇主的组织结构和业务模式,以及仲裁员与律师事务所或雇主的关系应在个案中予以考虑。仲裁员所属的律师事务所或雇

主的活动涉及一方当事人的事实,并不必然构成利益冲突的来源或披露的理由。类似地,如果一方当事人是与仲裁员所属的律师事务所或雇主有关系的集团成员,该事实应在个案中予以考虑,但这一事实本身并不必然构成利益冲突的来源或披露的理由。

(b) 任何对一方当事人具有控制影响力的法人或自然人,或者与仲裁裁决有直接经济利益,或者负有根据仲裁裁决补偿一方当事人责任的任何法人或自然人,可被视为等同于该方当事人。

(c) 对一方当事人有控制影响力的任何法人或自然人可被视为等同于该方当事人。

对一般标准 6 的解释:

(a) 有必要对当事人自己选择仲裁员的利益(该仲裁员可能是一家大型律师事务所的律师或受雇于公司或任何一种组织),与维持对国际仲裁的公正性和独立性的信心的重要性这两者进行平衡。仲裁员原则上应视为与其所属的律师事务所或雇主是同一身份的,但仲裁员所属的律师事务所或雇主的活动并不自动地构成利益冲突。应当在个案中考虑以下内容的相关性:(i) 仲裁员所属律师事务所或雇主的活动,如律师事务所或雇主从事的工作的性质、时间和范围;(ii) 律师事务所或雇主的组织结构和业务模式;以及(iii) 仲裁员与律师事务所或雇主的关系。一般标准 6(a) 使用“参涉”(involve)而非“代理”(acting for)一词,是因为与当事人的相关联系可能包括法律事务的代理行为之外的活动。当仲裁的一方当事人是一个集团公司的成员时,会产生特殊的利益冲突问题。由于每个公司结构安排差异巨大,所以全方位的兜底规则并不适当。相反,应在个案中考虑当事人与同一公司集团内另一实体的关联关系以及另一实体与仲裁员的律师事务所或雇主之间关系的具体情形。

国际法律实践结构的演变引发了关于什么构成一般标准 6(a) 所规定的律师事务所的问题。通常来说,就上述目的而言,律师事务所是指仲裁员作为合伙人,或仲裁员以雇员、律师或顾问的身份与其有正式联系的律师事务所。不同律师事务所合作和/或分享利润的结构,可作为认定仲裁员具有其他此类事务所身份的依据。同样,尽管就利益冲突的目的而言,大律师事务所不应等同于一般的律师事务所,但鉴于大律师、当事人和/或顾问之间的关系,可能依然有必要进行披露。

(b) 特别是当国际仲裁中的当事人是法律实体时,其他法人或自然人可能对该实体具有控制影响力,且/或与仲裁裁决有直接的经济利益,或者负有根据仲裁裁决补偿一方当事人的责任。每一种情况都应该被单独评估,一般标准 6(b) 澄清了此类法律实体应被实际视同为该方当事人。这种控制权、利益或补偿义务也可能在自然人中产生,也具有相同效果。

第三方出资人和保险人可能在争议案件的申请方或辩方拥有直接经济利益,对仲裁的一方当事人有控制性影响,或对程序的进行,包括仲裁员的选择有影响。在考虑这些实体是否应被视为具有一方当事人的身份时,这些区别可能是相关的。

(c) 关于公司,一般标准 6(c) 规定,如果母公司是仲裁程序一方当事人,当母公司

对其子公司有控制性影响时,其子公司可被视为具有母公司的身份。自然人亦如此,例如,如果自然人是仲裁程序的一方当事人,其拥有控制影响力的密切控股公司,可被视为具有其身份。

关于主权国家,其组织通常由独立的法律实体组成,如地区或地方当局,或自治机构,它们可能在法律和政治上独立于中央政府。这种关系不一定包含在“控制性影响”或“直接经济利益”的标准中。由于这些实体之间的关系千差万别,因此不适合采取“一揽子”规则进行规制。相反,应在具体个案中考虑这种关系的特殊性及其与争议事项的相关性。因此,只要国家或国家实体、组成单位或部门是仲裁的一方当事人,即使就该实体的地位存在争议,仲裁员也应考虑披露其与地区或地方当局、自治机构或国有实体等实体的关系,无论它们是国家组织的一部分还是具有私人地位,反之亦然。

（7）仲裁员与当事人的义务

（a）一方当事人应告知仲裁员、仲裁庭、其他当事人、仲裁机构或其它仲裁员指定机构（如果有）

（i）以下各主体与仲裁员之间的任何直接或间接的关系：

- 当事人；
- 同一公司集团的另一家公司；
- 对仲裁当事人拥有控制影响力的个人或实体；
- 一方当事人拥有控制影响力的个人或实体；
- 与仲裁裁决有直接经济利益,或者根据仲裁裁决负有补偿一方当事人义务的任何个人或实体；

（ii）一方当事人认为仲裁员依据本一般标准 3 进行披露时应考虑的任何其他人或实体。

当事人应尽早主动履行告知义务。

（b）为遵循一般标准 7（a），一方当事人应进行合理查询并提供其已掌握的任何有关信息。

（c）一方当事人应告知仲裁员、仲裁庭、其他当事人、仲裁机构或其他仲裁员指定机构（如果有）代理其参加仲裁的法律顾问的身份以及其法律顾问与仲裁员的任何关系,包括在同一个大律师事务所工作。当事人应尽早主动告知,并在法律顾问团队发生任何变动时尽早通知相应信息。

（d）仲裁员有义务进行合理查询,以查明任何利益冲突以及任何可能使其公正性或独立性受到合理质疑的事实或情形。如果仲裁员未尽合理努力进行调查,则其未披露利益冲突的情形不能因不知情而获免责。

对一般标准 7 的解释：

（a）当事人被要求披露与仲裁员之间的任何关系。披露将减少基于仲裁员被选定

或指定后才获知的信息而提出的对仲裁员公正性或独立性无实体依据的回避申请的风险。当事人披露仲裁员与当事人（和/或其所属公司集团的另一公司,和/或对该当事人有控制影响力的个体,和/或一方当事人拥有控制影响力的任何法人或自然人）之间的任何直接或间接关系的义务延伸至披露仲裁员与仲裁裁决有直接经济利益,或者根据仲裁裁决负有补偿一方当事人义务的任何法律实体或自然人的关系,例如向仲裁提供资金支持实体。

当事人在提供其认为仲裁员披露时应考虑的个人或实体名单时,应当解释这些个人和实体与争议间的关系。

（b）为履行披露义务,当事人被要求对任何他们可以合理获取的相关信息进行调查。此外,仲裁的各方当事人被要求,从一开始并在整个程序进行的过程中,需尽合理努力,查明和披露依照一般标准来看可能影响仲裁员公正性和独立性的可得信息。

（c）各方当事人必须尽早确认为仲裁提供法律咨询或出庭的顾问身份。一方当事人披露为仲裁提供法律咨询或出庭的顾问身份的义务延伸至该当事人顾问团队的所有成员,并自仲裁程序开始时就有该义务。

（d）为了履行本指引规定的披露义务,仲裁员被要求对任何他们可以合理获得的相关信息进行调查。

第二部分：一般标准的实际适用

1. 为产生重要的实践影响,本指引在适用清单中列出了可能在当今仲裁实践中发生的情况。然而,这些清单不能涵盖每种情况,在任何情况下,都应应以一般标准为准;换言之,一般标准统领示例式的适用清单。

2. 红色清单包括两部分:“不可弃权的红色清单”(参见一般标准2(d)和4(b))和“可弃权的红色清单”(参见一般标准4(c))。这些清单是对具体情形的非穷尽式列举,视特定案件的事实而定,清单所列情形会引起对仲裁员的公正性和独立性的正当怀疑。即,在这些情形中,在知悉相关事实和情形的合理的第三人看来,存在利益冲突(参见一般标准2(b))。不可弃权的红色清单包括了基于“任何人不得为自己的法官”这一首要原则的各种情形。为此,接受此等情形并不能消除利益冲突。可弃权的红色清单包括了各种重大但不严重的情形。由于这些情形的重大性,它们与橙色清单中所描述的情形不同,如一般标准4(c)所规定的,只有当事人知悉利益冲突情形的存在但仍明确地表示愿意该人担任仲裁员时,这些情形才能被认为是可予放弃的。

3. 橙色清单是从当事人角度看,可能引起对仲裁员的公正性或独立性怀疑的具体情形的非穷尽式列举,是否会引起此种怀疑要视案件的具体事实而定。因此,橙色清单反映的情形属于一般标准3(a)的范畴,仲裁员有义务披露此类情形。在所有这些情形中,如果当事人各方没有在披露后及时提出异议,则推定当事人各方已经接受了仲裁员(根

据一般标准 4（a）的规定）。

4. 披露并不意味着存在利益冲突；披露本身并不导致该仲裁员不适格，也不会导致不适格的推定。披露的目的，是为了告知当事人，存在其可能希望进一步探明的情形，通过客观的方式认定——即从知悉相关事实和情形的合理的第三人的角度来看，是否存在对仲裁员的公正性或独立性的正当怀疑。如果结论是不存在正当怀疑，那么该仲裁员就能够任职。除了不可弃权的红色清单规定的情形外，如果当事人没有及时提出异议，则该仲裁员能够任职；或者，在所涉情形属于可弃权的红色清单范围但当事人依据一般标准 4（c）明示接受时，该仲裁员也能够任职。如果一方当事人对仲裁员提出异议，但该异议的有权裁定机构根据一般标准 2 的解释裁定该异议未满足不适格的客观标准，那么该仲裁员仍然能够任职。

5. 事后基于仲裁员没有披露该等事实或情形而提起异议，并不应自动导致仲裁员的不应被选定或指定、事后不适格或对任何仲裁裁决的成功异议。正如一般标准 3（g）的规定，披露本身并不会使仲裁员具有偏袒性或缺乏独立性：只有仲裁员未披露的事实或情形，才会使仲裁员具有偏袒性或缺乏独立性。

6. 关于未在橙色清单中列出的情形或者超出橙色清单规定的相应期限的情形，不应推定为需要披露。但是，仲裁员需要在每个个案的基础上评估是否某一特定情形，尽管没有被橙色清单提及，但在当事人看来仍有可能产生对仲裁员公正和独立的怀疑。因为橙色清单是一个非穷尽式举例清单，可能存在一些情形虽未被提及，但根据情形仍需要由仲裁员披露。例如，某一仲裁员在超过橙色清单规定的三年期限里被同一当事人或同一法律顾问重复选定，或者当一名仲裁员同时在一个不相关但出现相似争议点的事件中担任法律顾问。同样，仲裁员被本案的同一当事人或同一法律顾问在另一个案件中选定为仲裁员，虽然另一个案件正在审理中，根据情形也可能需要披露。虽然本指引不总是要求仲裁员披露其曾经与其他仲裁庭成员或者与目前正在进行的仲裁程序中的一位法律顾问组成过仲裁庭，但是仲裁员应当根据个案情况评估其经常作为法律顾问或作为仲裁员参加有仲裁庭其他成员组成的仲裁庭审理的案件这一事实，从当事人的视角看，是否会在仲裁庭内部造成可以感知到的不平衡，从而可能基于案件的事实或情况对仲裁员的公正性和独立性产生怀疑。如果对这个问题的答案是肯定的，则仲裁员应当作出披露。

7. 绿色清单是对从客观角度看，无论是根据客观标准还是主观标准，表面和实际上都不存在利益冲突的具体情形的非穷尽式列举。因此，仲裁员对绿色清单中规定的情形没有义务进行披露。正如一般标准 3（a）的解释中所述，绿色清单反映了一个事实，即基于合理性原则，披露义务是有限度的。

8. 清单的各种分类之间的界线通常是细微的。某个特定情形是应列入这个清单还是另一个清单是有争议的。同时，这些清单中，对于多种情形还使用了诸如“重大的”和“有关的”这类一般术语。清单最大可能地体现了国际原则和最佳实践。对于标准应当根据个案的事实和情形进行合理解释，对其进一步的界定或将适得其反。

(1) 不可弃权的红色清单

- 1.1 一方当事人与仲裁员为同一人,或者仲裁员是仲裁中的一方当事人的法定代表人或雇员。
- 1.2 仲裁员是一方当事人或与仲裁裁决结果有直接经济利益的实体的经理、董事或监事会成员,或对一方当事人或对与仲裁裁决结果有直接经济利益的实体具有控制影响力。
- 1.3 仲裁员在一方当事人或案件结果中具有重大的经济或个人利益。
- 1.4 仲裁员目前或经常为一方当事人或一方当事人的关联公司^④提供咨询,并且该仲裁员或仲裁员所属的律师事务所或其雇主从中获取重大经济收入。

(2) 可弃权的红色清单

- 2.1 仲裁员与争议的关系
 - 2.1.1 仲裁员曾就争议为一方当事人或一方当事人的关联公司提供过法律建议或专家意见。
 - 2.1.2 仲裁员以前曾参涉该争议。
- 2.2 仲裁员在争议中具有直接或间接利益
 - 2.2.1 仲裁员直接或间接地持有一方当事人或一方当事人的关联公司的股份,该当事人或其关联公司为非上市公司。
 - 2.2.2 仲裁员的紧密家庭成员^⑤对争议结果具有重大经济利益。
 - 2.2.3 仲裁员或其紧密家庭成员与第三方具有密切关系,该第三方可能被争议的败诉方当事人行使追索权。
- 2.3 仲裁员与当事人或法律顾问的关系
 - 2.3.1 仲裁员目前或经常代表一方当事人或一方当事人的关联公司,或者为一方当事人或一方当事人的关联公司提供咨询,但没有从中获取重大经济收入。
 - 2.3.2 仲裁员目前代表担任一方当事人法律顾问的律师或律师事务所,或者为担任一方当事人法律顾问的律师或律师事务所提供咨询。
 - 2.3.3 仲裁员与一方当事人的法律顾问是同一律师事务所的律师。
 - 2.3.4 仲裁员是一方当事人关联公司的经理、董事或监事会成员,或对其具有控制影响力,并且该关联公司直接参涉仲裁中的争议。
 - 2.3.5 仲裁员所属的律师事务所或雇主以前曾经参涉但现已终止参涉该案件,但仲裁员本人没有参涉其中。

④ 各适用清单中,“关联公司”一词涵盖公司集团中的所有公司,包括母公司,和/或对仲裁当事人有控制性影响的个人,和/或一方当事人对其有控制性影响的任何人或实体。

⑤ 各适用清单中,“紧密家庭成员”指配偶、兄弟姐妹、子女、父母或生活伴侣,以及其他任何存在紧密关系的家庭成员。

- 2.3.6 仲裁员所属的律师事务所或雇主目前与一方当事人或一方当事人的关联公司存在重大的商业关系。
- 2.3.7 仲裁员与一方当事人、一方当事人或其关联公司的经理、董事、监事会成员、对一方当事人或其关联公司具有控制影响力的任何人、或一方当事人的法律顾问具有紧密家庭成员关系。
- 2.3.8 仲裁员的紧密家庭成员在一方当事人或一方当事人的关联公司处拥有重大的经济或私人利益。

（3）橙色清单

3.1 为一方当事人提供服务或其它参涉案件情形

- 3.1.1 仲裁员在过去三年内曾担任一方当事人或一方当事人的关联公司的法律顾问,或曾就不相关事宜向选定其的一方当事人或当事人的关联公司提供过建议或被咨询过,但仲裁员与当事人或当事人的关联公司没有正在持续的关系。
- 3.1.2 仲裁员在过去三年内曾在不相关的事宜上担任一方当事人或一方当事人关联公司的相对方的法律顾问。
- 3.1.3 仲裁员在过去三年内曾两次或两次以上被一方当事人或一方当事人的关联公司选定为仲裁员。^⑥
- 3.1.4 仲裁员在过去三年内曾两次或两次以上被一方当事人或一方当事人的关联公司指定在与本案无关的事项上协助模拟庭审或庭审准备工作。
- 3.1.5 仲裁员目前担任或在过去三年内曾担任涉及一方当事人或一方当事人关联公司的、与本案相关问题或事宜的另一仲裁案件的仲裁员或法律顾问。
- 3.1.6 仲裁员目前或在过去三年内曾在与本案无关的事项上,担任一方当事人或一方当事人关联公司的专家。
- 3.1.7 仲裁员所属的律师事务所或雇主目前正在或经常为一方当事人或一方当事人的关联公司提供服务,但没有形成重大的商业关系,该仲裁员没有参涉其中,并且这些服务不涉及当前的争议。
- 3.1.8 与仲裁员所属的律师事务所或雇主共享重大收入或其他收入的律师事务所或其他法律组织在仲裁程序中向一方当事人或一方当事人的关联公司提供服务。

3.2 仲裁员与另一仲裁员或法律顾问的关系

- 3.2.1 该仲裁员与另一仲裁员是同一律师事务所的律师或属同一雇主。

^⑥ 在特定类型仲裁中,如海事仲裁、体育仲裁或大宗商品仲裁,仲裁员可能是从专业人士圈或从强制性名单中选定。活跃在这些领域的当事人可能知晓选定方有在不同案件中频繁选定相同仲裁员的习惯或做法。在这种情况下,虽然按照第 3.1.3 条的规定披露多次选定可能仍然是可取的,但重复选定的披露范围和后果可能与本指引的规定不同。

- 3.2.2 该仲裁员与另一仲裁员或一方当事人的法律顾问是同一大律师事务所的成员。
- 3.2.3 该仲裁员在过去三年内曾是本案另一仲裁员或本案任一法律顾问的合伙人或有其他关联关系。
- 3.2.4 仲裁员所属律师事务所的律师,在涉及相同的一方当事人(或各方当事人)或一方当事人的关联公司的另一涉及相关问题或事宜的争议案件中担任仲裁员。
- 3.2.5 仲裁员的紧密家庭成员是代表一方当事人的律师事务所的合伙人或雇员,但该紧密家庭成员没有为争议提供协助。
- 3.2.6 仲裁员与一方当事人的法律顾问之间存在密切的私人朋友关系。
- 3.2.7 仲裁员与仲裁程序中的法律顾问之间存在敌意。
- 3.2.8 仲裁员在过去的三年内超过三次被同一法律顾问或律师事务所选定为仲裁员。
- 3.2.9 仲裁员在过去的三年内超过三次被同一法律顾问或律师事务所指定为专家。
- 3.2.10 仲裁员在过去的三年内超过三次被同一法律顾问或律师事务所指定协助模拟庭审或庭审准备工作。
- 3.2.11 仲裁员与另一名仲裁员,或者与一方当事人的法律顾问目前正在或者在过去的三年内曾经一起共同代理过案件。
- 3.2.12 仲裁员与一方当事人的法律顾问目前共同担任另一仲裁案件的仲裁员。
- 3.2.13 仲裁员及其同案仲裁员目前共同担任另一仲裁案件的仲裁员。
- 3.3 仲裁员与当事人及 / 或其他仲裁参涉方的关系
 - 3.3.1 仲裁员所在的律师事务所目前正在担任一方当事人的相对方或一方当事人的关联公司的相对方的代表。
 - 3.3.2 仲裁员曾以专业身份(例如前雇员或前合伙人)与专家、一方当事人或一方当事人的关联公司存在联系。
 - 3.3.3 仲裁员与以下仲裁参涉方的经理、董事、监事会成员有密切的私人朋友关系:一方当事人;与仲裁裁决有直接经济利益的实体;或对一方当事人或一方当事人的关联公司或证人或专家有控制影响力(例如享有控股股东利益)的任何人。
 - 3.3.4 仲裁员与以下仲裁参涉方的经理、董事、监事会成员有敌对关系:一方当事人;与仲裁裁决有直接经济利益的实体;或对一方当事人或一方当事人的关联公司或证人或专家有控制影响力的任何人。
 - 3.3.5 如果该仲裁员是前法官且在过去三年内审理过一方当事人或一方当事人的关联公司参涉其中的重大案件。
 - 3.3.6 仲裁员指令一位在其担任法律顾问的仲裁案件中为另一事项出庭的人担

任专家。

3.4 其他情形

- 3.4.1 仲裁员直接或间接持有股份,其数量或面值构成对公开上市的一方当事人或一方当事人的关联公司的重大持股。
- 3.4.2 仲裁员曾通过发表论文、演讲、社交媒体、在线专业网络平台或其他形式就仲裁中的案件公开表明特定立场。
- 3.4.3 仲裁员在与争议有关的行政机构或仲裁员指定机构中担任执行或其他决策性职务,并在该职位上参与了与本仲裁案件相关的决定。
- 3.4.4 仲裁员是一方当事人的关联公司的经理、董事、监事会成员或对该关联公司具有控制影响力,但该关联公司没有直接参涉仲裁中的争议事项。

（4）绿色清单

4.1 先前表述的法律意见

- 4.1.1 仲裁员曾就仲裁中同样出现的问题发表过（例如在法律评论文章或公开讲座中）法律意见（但这个意见并非专门针对正在仲裁的案件）。

4.2 目前为一方当事人的服务

- 4.2.1 与仲裁员所属的律师事务所或雇主联合或结盟但不共享重大收入或其他收入的律师事务所或雇主,在与本案不相关的事宜上为一方当事人或一方当事人的关联公司提供服务。

4.3 与另一名仲裁员或一方当事人的法律顾问的接触

- 4.3.1 仲裁员与另一名仲裁员或一方当事人的法律顾问,因属于同一专业协会,或同为社会、慈善组织的会员,或通过社交媒体网络而建立关系。
- 4.3.2 仲裁员与一方当事人的法律顾问先前曾经一起担任仲裁员。
- 4.3.3 仲裁员与另一名仲裁员或一方当事人的法律顾问在同一系或学院任教,或者在同一专业协会或社会、慈善组织任职。
- 4.3.4 仲裁员与另一名仲裁员或一方当事人的法律顾问一起作为一个或多个会议的演讲者、主持者或组织者,或参加学术研讨会或专业、社会、慈善机构的工作小组。

4.4 仲裁员与一方当事人的接触

- 4.4.1 仲裁员与一方当事人或一方当事人的关联公司（或他们的法律顾问）在选定前有过初步接触,但该接触行为仅限于其担任仲裁员的可安排性和资格,或首席仲裁员的潜在候选人名单,除了向仲裁员提供基本的案件理解外,没有涉及争议的实体或程序事项。
- 4.4.2 仲裁员持有公开上市的一方当事人或一方当事人的关联公司的数量并不重大的股份。
- 4.4.3 仲裁员曾经作为联合专家或以其他专业身份（包括在同一案件担任仲裁

员),与一方当事人或一方当事人的关联公司的经理、董事、监事会成员或具有控制影响力的人共事。

4.4.4 仲裁员与一方当事人或其关联公司通过社交媒体网络建立关系。

4.5 仲裁员与其中一名专家之间的联系

4.5.1 仲裁员在担任另一案件的仲裁员时,听取了在当前程序中出庭的一名专家的证词。

(责任编辑:崔新民 马 琛)

丘吉尔矿业公司与行星矿业公司诉印度尼西亚案之评介

中国贸促会法律部编 本篇作者 姚若楠^{*}

内容提要 丘吉尔矿业公司与行星矿业公司诉印度尼西亚案涉及的是采矿业国际投资活动,核心法律争议是投资者是否以伪造许可证文件的方式进行了投资以及该案仲裁裁决是否应被撤销。在伪造许可证文件这一问题上,仲裁庭从法律事实与法律效果两个方面明确指出丘吉尔矿业公司与行星矿业公司的投资行为不具有合法性,因而不受国际投资条约保护。在该案仲裁裁决生效后,丘吉尔矿业公司与行星矿业公司申请撤销裁决。该案撤销委员会详细讨论了国际投资仲裁中撤销裁决的主要情形并逐一反驳了丘吉尔矿业公司与行星矿业公司的不当主张。本案较为完整地呈现了国际投资仲裁的关键程序,撤销委员会的论证说理充分,能够为后续相关案件的当事人以及仲裁庭提供较为全面的参考。

关键词 国际投资仲裁;投资合法性;伪造文件;审慎义务;撤销裁决

一、案件事实概述

(一) 案件基本背景

1. 投资事实

本案的申请人是在英国注册成立的丘吉尔矿业有限公司(以下简称丘吉尔矿业公司)和其在澳大利亚的全资子公司行星矿业有限公司(以下简称行星矿业公司)。本案的被申请人是印度尼西亚共和国(以下简称印度尼西亚)。

2006年,印度尼西亚 Ridlatama 集团向丘吉尔矿业公司和行星矿业公司介绍了其即将投资的位于加里曼丹省东库泰县的大型采矿项目,即 East Kutai Coal Project(以下简称 EKCP),双方同意共同合作进行开发。2006年4月24日,丘吉尔矿业公司和行星矿业公司收购了印度尼西亚 PT Indonesian Coal Development(以下简称 PT ICD)的股份,丘吉尔矿业公司持股 95%,行星矿业公司持股 5%。通过 PT ICD,丘吉尔矿业公司和行

^{*} 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由浙江大学光华法学院博士研究生姚若楠编写。

星矿业公司还获得了 Ridlatama 集团下另一家公司 PT Techno Coal Utama Prima (以下简称 PT TCUP) 99.01% 的股份,剩余的 0.99% 股份也由丘吉尔矿业公司直接收购。PT TCUP 最初成立于 2006 年 11 月 21 日,获准从事地质、采矿服务。

在煤炭勘探和采矿方面,印度尼西亚规定了和项目开发进度相对应的许可证升级流程,需要从一般的调查许可证升级至勘探许可证,然后再升级为开采许可证。申请人称,2007 年, Ridlatama 集团的四家公司,即 PT Ridlatama Tambang Mineral (以下简称 PT RTM)、PT Ridlatama Trade Powerindo (以下简称 PT RTP)、PT Investama Resources (以下简称 PT IR) 与 PT Investmine Nusa Persada (以下简称 PT INP) 分别获得了在 EKCP 项目地区进行地质调查的许可证。2008 年 4 月 8 日,当地政府允许任一 Ridlatama 集团中拥有许可证的公司与 PT ICD 合作进行 EKCP 的开发。PT RTM、PT RTP、PT IR 与 PT INP 分别于 2008 年和 2009 年将调查许可证升级为勘探许可证和开采许可证。

2010 年,在印度尼西亚林业部的建议下, EKCP 项目相关的许可证被吊销,理由是相关许可证据称是伪造的。申请人与 Ridlatama 集团的几家公司向印度尼西亚的各级法院陆续提起了诉讼,诉称政府吊销许可证的决定违法,但均被驳回,申请人认为其在印度尼西亚的投资受损。

英国、澳大利亚、印度尼西亚均为国际投资争端解决中心 (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 以下简称 ICSID) 《关于解决各国和其他国家国民之间投资争端的公约》 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 以下简称《华盛顿公约》) 的缔约国。2012 年 5 月 22 日和 11 月 26 日,丘吉尔矿业公司和行星矿业公司分别将争端提交到了 ICSID。

2. 适用法律

程序上,本案适用的仲裁规则是 2006 年《ICSID 仲裁规则》 (ICSID Arbitration Rules)。

实体上,本案适用的两个国际投资协定分别为 1976 年《印度尼西亚—英国双边投资协定》与 1992 年《澳大利亚—印度尼西亚双边投资协定》。

3. 主要程序

本案涉及的主要程序分为两部分,一部分是仲裁庭合并审理 ICSID Case No. ARB/12/40 和 ICSID Case No. ARB/12/14 两案并作出裁决的仲裁程序,另一部分是撤销委员会对撤销裁决申请进行审理并作出决定的撤销仲裁裁决程序。

第一部分: 仲裁程序。

2012 年 5 月 22 日,丘吉尔矿业公司根据《华盛顿公约》及《印度尼西亚—英国双边投资协定》向 ICSID 提交仲裁申请。

2012 年 6 月 22 日, ICSID 秘书长登记丘吉尔矿业公司的仲裁申请,案件编号为 ICSID Case No. ARB/12/14,仲裁庭组成。

2012 年 11 月 26 日,行星矿业公司根据《华盛顿公约》及《澳大利亚—印度尼西亚双边投资协定》向 ICSID 提交仲裁申请。

2012年12月26日,ICSID秘书长登记行星矿业公司的仲裁申请,案件编号为ICSID Case No. ARB/12/40。

2013年1月22日,案件编号为ICSID Case No. ARB/12/40的仲裁庭完成组建,仲裁庭成员与ICSID Case No. ARB/12/14案一致。

2014年2月24日,仲裁庭就管辖权问题分别作出两项管辖权决定,认定仲裁庭对两案享有管辖权。

2014年9月25日,被申请人根据Ridlatama集团公司采矿许可证系伪造所得向仲裁庭提出申请,要求仲裁庭驳回申请人的仲裁请求。

2014年11月10日,仲裁庭发布第13号程序令,接受了被申请人的申请,决定先审查争议文件的真实性问题。

2016年12月6日,仲裁庭作出裁决,驳回申请人的全部仲裁请求,并要求申请人承担此次仲裁程序的相关费用与被申请人支出的绝大多数费用。

第二部分:撤销仲裁裁决程序。

2017年3月31日,申请人根据《华盛顿公约》第52条和《ICSID仲裁规则》第50条向ICSID提交了撤销仲裁裁决申请。

2017年4月11日,ICSID秘书长登记申请人的撤销裁决的申请,并通知双方当事人暂时中止执行裁决。

2017年5月15日,根据《华盛顿公约》第52条第3款,撤销委员会设立。

2017年5月29日,申请人要求继续中止执行裁决。

2018年4月13日,被申请人要求终止裁决的中止执行。

2019年3月5日,根据《ICSID仲裁规则》第53条和第38条第1款,撤销委员会宣布撤销裁决程序结束。

2019年3月18日,撤销仲裁委员会作出关于撤销仲裁裁决的决定,驳回了申请人的撤销裁决申请,恢复执行该裁决。

(二) 所涉法律问题

本案涉及的主要法律问题有两个。第一,印度尼西亚政府单方面吊销相关公司采矿许可证的行为是否使丘吉尔矿业公司和行星矿业公司的投资利益受损。因印度尼西亚主张Ridlatama集团公司与采矿相关的调查许可证和勘探许可证是伪造的,所以需要重点探讨许可证文件的真实性。第二,丘吉尔矿业公司和行星矿业公司提出的撤销仲裁裁决的申请是否应得到支持,即在何种情况下撤销委员会可以撤销仲裁裁决。

二、投资者是否伪造文件以及伪造文件的法律后果

(一) 被申请人: 许可证文件系伪造, 申请人的请求应被驳回

首先,被申请人称,申请人所依赖的在EKCP项目上投资的基础,即Ridlatama集团

公司所持有的采矿许可证以及相关审批系伪造所得。^①第一,被申请人对裁决书中列明的34份文件的真实性提出了质疑。被申请人发现这些文件中出现了多组印度尼西亚加里曼丹省东库泰县县长 H. Awang Faroeek Ishak (以下简称 Ishak 先生) 与东库泰县副县长伊斯兰·努尔 (Isran Noor, 以下简称 Noor 先生) 完全相同的签名, 疑似通过技术机械性复制粘贴而成, 非手工签署。^②第二, 被申请人认为 Ishak 先生的签名没有得到授权。被申请人表示, Ishak 先生未授权他人在相关许可证文件上代他签名, 在 Ishak 先生不在场时 Noor 先生确实有权代他签名, 但仅有权以副县长名义签署自己的名字, 而非签署 Ishak 先生的名字, 故签名未得到授权。^③

其次, 被申请人认为仲裁庭应驳回申请人的全部仲裁请求。^④第一, 被申请人称, 申请人不能以伪造文件为依据主张权利, 也即不能“基于不存在的权利”提出请求。申请人基于通过伪造获得的权利而提出的仲裁请求不应受到双边投资协定的实质性保护, 即使申请人的行为是善意的。被申请人指出, 本案中, 申请人的所有主张都建立在 Ridlatama 集团 EKCP 项目采矿权有效的基础上, 但因许可证系伪造, EKCP 项目上的权利并不存在, 申请人也因此不具有向仲裁庭提出仲裁请求的依据。若允许申请人继续主张权利, 将与国际法、印度尼西亚法律以及任何法律制度相悖, 也将违反国际公共政策, 严重损害司法公正。^⑤第二, 被申请人进一步强调, 申请人并非善意投资者。申请人知晓在印度尼西亚投资矿业所涉及的风险, 许可证是否存在真实性瑕疵便是可以预料的一种风险, 申请人理应进行审查。然而, 他们却没有尽到合理审慎的义务, 在此种情况下也没有作出合理谨慎的投资者应有的行为, 因此仲裁庭应驳回其主张。^⑥第三, 被申请人指出, 申请人未独立核实相关许可证文件的真实性。在 2009 年被申请人首次提出伪造指控时, 申请人故意选择不解决该问题, 故意忽视许可证很可能系伪造的事实。因此, 申请人不应有权对被申请人提出任何额外的请求。^⑦第四, 被申请人认为, 申请人所援引的其他法律理论, 比如禁反言、默许、合理期待、不当得利和国际不法行为等都没有任何价值, 因为听证会上的证据已经有效排除了这些法律理论的可适用性。^⑧

(二) 申请人: 被申请人未能证明许可证文件系伪造, 仲裁庭应继续审理

首先, 申请人认为, 被申请人未能提供明确、令人信服的证据以证明相关许可证文件是伪造的, 也未证明存在一个规模较大的、系统性的且复杂的欺诈计划。此外, 被申请人也未能解释为什么可以从签名的方式得出结论, 认为签名是 Ridlatama 集团通过其他方

① Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 6 December 2016, para.106.

② *Id.*, at paras.108-118.

③ *Id.*, at para.139.

④ *Id.*, at para.478.

⑤ *Id.*, at paras.478-480.

⑥ *Id.*, at para.481.

⑦ *Id.*, at paras.482-485.

⑧ *Id.*, at para.486.

式生成的而非 Ishak 先生亲自签署的。^⑨ 申请人主张,问题的关键并非签名的方式和签名的主体,而是签名是否得到授权。关于授权问题,申请人指出,当 Ishak 先生缺席时, Noor 先生有权做出签署决定。被申请人表示因为 Noor 先生被授权的权力范围并不清楚,因此只能以副县长的名义签署。但申请人认为, Noor 先生的权力在 Ishak 先生担任县长的第二个任期已经扩大,因为 Noor 先生显然可以获得 Ishak 先生的原始签名以及制作和记录官方文件所需的所有其他设备,因此申请人认为文件的签名是经过有效授权的。^⑩

其次,对于被申请人的各项主张,申请人作出了回应,主张仲裁庭应当继续审理。第一,申请人指出,即使发现了伪造文件的行为也不能导致仲裁庭驳回整个案件。这些许可证的颁发都是“互相独立的行政行为”,在表面上都是合法且有效的。即使仲裁庭认为升级至开采许可证的过程无效,也应决定有哪些请求是不受影响的。^⑪ 第二,申请人认为,未能发现第三方的不当行为并不会自动剥夺其作为投资者受投资协定保护的权利。申请人主张,他们是善意的投资者。而且,他们已经对“可预见的风险”尽到合理审慎的义务,在投资时未曾发现任何伪造的证据,且否认在 2009 年 9 月第一次收到伪造指控通知时故意视而不见。由于欺诈和伪造的行为者并非申请人,故申请人认为仲裁庭应当受理他们的仲裁请求。^⑫ 第三,申请人指出,即使有伪造文件的行为存在,仲裁庭还需进一步认定申请人是否有正当理由能够使其仲裁请求不受伪造文件行为的影响,比如禁反言、默许、合理期待、不当得利、国际不法行为等法律理论。若有,则仲裁庭应当继续审理。^⑬

(三) 仲裁庭: 许可证文件系伪造, 申请人的请求应予驳回

首先,仲裁庭认为许可证文件系伪造,本案涉及的 34 份文件(包括一般调查许可证、勘探许可证和辅助文件)中附加的签名均非真实签名,且未经本人授权签署。^⑭ 第一,证据表明政府相关级别的官员在签署此类文件时往往采取手写签名的方式,但本案争议文件中的所有签名都为机械复制;第二,证据显示政府没有使用自动签名机器或类似的复杂机械设备来复制签名;第三,争议签名以同样的技术方式被用于由政府三个不同级别部门颁发的本案所涉及的文件中;第四,2007 年 5 月 24 日颁发的 PT RTM 和 PT RTP 调查许可证各出现了三个不同版本;第五,2010 年 5 月 14 日重新颁发的 PT IR、PT INP、PT RTM 与 PT RTP 的开采许可证中有 Noor 先生完全一样的签名,且这些开采许可证是在撤销开采许可证 10 天后莫名其妙颁发的。^⑮

其次,仲裁庭进一步查明,相关许可证文件的签名没有得到授权。第一,东库泰县县长 Ishak 先生及采矿局和能源局部门职员等证人的证词表明, Ishak 先生总是亲自签

^⑨ *Id.*, at para.177.

^⑩ *Id.*, at paras.178-181.

^⑪ *Id.*, at para.484.

^⑫ *Id.*, at para.485.

^⑬ *Id.*, at para.486.

^⑭ *Id.*, at para.254.

^⑮ *Id.*, at paras.255-256.

署政令,并未使用机械设备来复制签名。第二, Ishak 先生进一步提到, 2005 年《内政部长第 3 号条例》规定县级文件必须由县长本人签署或由获正式授权的其他官员签署。第三,在 Ishak 先生缺席期间,副县长 Noor 先生将签署采矿许可证等官方文件,但是他只被授权使用自己的签名签署官方文件。^{①⑥} 第四,仲裁庭还查明了许可证文件的伪造者身份,即伪造和欺诈是由县政府之外的人策划的,很可能是 Ridlatama 集团得益于一名内部人士的帮助,将伪造的文件录入了县级政府的数据库和档案。^{①⑦}

再次,仲裁庭列举了可适用的法律框架,经具体论证后认为申请人提出的仲裁请求不应得到支持。第一,仲裁庭指出,《华盛顿公约》和双边投资协定中均未具体规定伪造行为相关的法律后果,因此将依照国际法一般原则作出判断。通过援引此前欺诈或腐败相关的国际投资仲裁案例,仲裁庭认定,建立在欺诈基础上的投资违反了诚实信用原则和禁止滥用程序原则,不应受到投资协定的保护。^{①⑧} 据此,仲裁庭将第三方欺诈对仲裁程序的影响归纳到申请人仲裁请求是否可支持的判断标准之中。第二,仲裁庭认为,申请人故意或不合理地忽视欺诈或伪造事实并由此获得利益,这涉及对国际公共政策的违反,基于该权利所提出的仲裁请求不应得到支持。在评估投资者行为与伪造事件的联系时,仲裁庭主要考量了伪造和欺诈的严重性及申请人在投资时是否尽到合理审慎义务这两个方面。最终,基于伪造文件的数量、性质及其所追求的行为目标,仲裁庭认为,这是精心策划并企图合法且永久地获得采矿权的欺诈性方案,这样的伪造行为是非常严重的。^{①⑨}

其中,依循 Minnotte 诉波兰案的思路,^{②⑩} 仲裁庭重点分析了申请人没有对相关许可证文件真实性履行合理审慎义务的问题。^{②⑪} 第一,申请人对投资于印度尼西亚的煤矿行业会带来的严重风险以及矿业部门普遍存在的腐败问题均知悉,却认为这些是可接受的风险。^{②②} 第二,申请人在选择合作伙伴的过程中未对其合作伙伴的身份及交易的其他事项尽到合理审慎的义务。申请人在选择 Ridlatama 集团为合伙人前,未调查该公司及其董事的可靠程度,仅因该公司与当地官员联系相对密切而选择其成为商业合作伙伴,这在一个充满风险的投资环境中极不合理。^{②③} 第三,在投资环境存有风险且商业合作伙伴可靠性存疑的情况下,申请人未对许可证申请、获取的整个程序进行合理地监督。采矿许可证是投资不可或缺的基础,但证据显示,申请人对许可程序的监督存在未经佐

^{①⑥} *Id.*, at paras.307-312.

^{①⑦} *Id.*, at para.476.

^{①⑧} *Id.*, at paras.488-492.

^{①⑨} *Id.*, at paras.507-515.

^{②⑩} David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award, 16 May 2014, para.131. 该案申请人是美国国民 David Minnotte 和 Robert Lewis,被申请人为波兰共和国,该争议涉及波兰血浆分离设施建设和预期运营,裁决涉及第三方欺诈的法律后果。

^{②⑪} *Supra* note 1, at para.504.

^{②②} *Id.*, at para.517.

^{②③} *Id.*, at para.518.

证便采信 Ridlatama 集团提供的信息、此前也没有明确负责监督许可程序的人员、现任监督人员更是没有仔细核实许可证是否正确签署或盖章等方面的缺陷。^{②④} 第四,当 2009 年 2 月 23 日相关报告中首次发现文件有“伪造的迹象”时,申请人仍未进行谨慎调查。^{②⑤} 仲裁庭认为申请人仅凭缺乏可靠性且未经证实的合作伙伴的证词及律所的片面调查报告等证据认为不需要担心“伪造的迹象”是不合理的。第五,申请人提交的用以支持其仲裁请求的 34 份伪造文件中,有两个不同版本的 PT RTM 和 PT RTP 调查许可证,文件中的签名也有复制和粘贴的痕迹。^{②⑥}

(四) 对投资合法性问题的评论

在国际投资仲裁中,投资具有合法性是投资者受国际投资条约保护的关键前提。本案中,仲裁庭认为丘吉尔矿业公司和行星矿业公司所称投资成立所依赖的许可证文件系伪造的,因此,仲裁庭没有支持其仲裁请求。仲裁庭还结合了投资者的审慎义务要求,认为投资者有义务确保其所依赖的文件的真实性与合法性,如果文件系伪造,则投资不具有合法性,该投资者也不能寻求国际投资条约的保护。

首先,仲裁庭针对案件事实问题进行了专业论证,廓清了许可证文件是否为伪造的法律事实。在此过程中,仲裁庭需要对相关文件进行认真核查,考虑数字化技术对签名方式的影响以及电子签名如何判断真伪等问题。本案仲裁庭在对法律事实进行清晰判断的基础上,继续补充了关于许可证文件伪造者是谁这一问题的论证,不仅回应了申请人与被申请人的各项主张且说理足够充分。

其次,仲裁庭进一步对许可证文件系伪造的法律效果进行论证。毫无疑问,外国投资者到东道国开展投资活动需要受到法律的规范。在国际投资仲裁实践中,判断投资合法性的依据主要是国际投资条约和国际法一般法律原则。在本案中,因国际投资条约中没有相关规定,缺乏判断投资合法性的依据,仲裁庭选取了国际法一般法律原则作为判断依据,如诚实信用原则、禁止滥用程序原则。实际上,这些法律原则涵盖的具体内容与东道国国内法的要求基本一致或是相近,蕴含着仲裁庭对东道国国内法的考虑。在判断投资合法性的具体论述中,本案仲裁庭的一个理由十分关键,即投资者应当对其商业合作伙伴在许可证申请等相关程序上的可信度进行核查,否则就是没有尽到合理审慎义务。这意味着,一方面,投资者在投资时须尽到高度的合理审慎义务,合理评估投资环境存在的风险;另一方面,投资者不仅需要对自己的行为负责,也可能要对与自己共事的合作伙伴的行为负责,这就要求投资者要审慎选择合作伙伴,并对项目的具体进程进行严格的监督,否则投资者将可能失去国际投资条约的保护。这样的要求看似赋予了投资者更为严苛的法律责任,但实际上能够帮助投资者更全面地了解国际投资的风险,还能更有效地防范东道国因投资者的不合规行为遭受国际投资仲裁的风险。

^{②④} *Id.*, at para.519.

^{②⑤} *Id.*, at para.524.

^{②⑥} *Id.*, at para.527.

三、仲裁裁决是否应被撤销

（一）申请人：仲裁裁决应被撤销

申请人认为,基于《华盛顿公约》第52条第1款d项、b项与e项,^{②7}仲裁裁决应被撤销。^{②8}

首先,根据第52条第1款d项,仲裁庭若有严重背离程序基本规则的情况,则当事方可申请撤销仲裁裁决。申请人认为,本案中,仲裁庭存在以下情形,严重背离了基本程序规则。^{②9}其一,仲裁庭援引并适用的Minnotte诉波兰案属于本案当事方并未援引和且不可预见的法律框架,且该案中的理论在本案的裁决过程中具有决定性作用,但仲裁庭未予以当事方充分的陈述机会。^{③0}其二,申请人主张仲裁庭剥夺了其听证权,因为仲裁庭驳回了申请人关于前东库泰县县长Noor先生证词是否应被有效地(即使不是正式地)重新接受并给予重视的请求。^{③1}其三,仲裁庭非法分配举证责任,不符合“谁主张谁举证”原则。仲裁庭不当地要求申请人承担证明伪造、欺诈不存在的举证责任,忽视了被申请人应承担在同等情况下“合理投资者”如何作为的举证责任。^{③2}其四,申请人称,假使文件是伪造的,仲裁庭拒绝了其提出的依据印度尼西亚法律审查开采许可证是否可作为独立的法律所有权文书而保持有效的问题,没有听取其意见。^{③3}其五,仲裁庭没有给予申请人陈述其在印度尼西亚法院是否遭受司法不公的机会。^{③4}其六,仲裁庭从未给予申请人完整陈述案件来主张印度尼西亚承担国家责任的机会。^{③5}

其次,根据第52条第1款b项,仲裁庭明显适用不适当的法律处理案件将可能导致裁决被撤销。^{③6}申请人主张,仲裁庭未适用东道国印度尼西亚的法律、未在裁决时适用有关国家责任的国际法以及未根据相关国际法处理申请人的不当得利诉求。因此,申请人认为仲裁庭未适用恰当的法律,构成明显越权。^{③7}

^{②7} Article 52 (1): Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

^{②8} Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Decision on Annulment, 18 March 2019, para.114.

^{②9} *Id.*, at para.115.

^{③0} *Id.*, at paras.117-121.

^{③1} *Id.*, at paras.122-125.

^{③2} *Id.*, at paras.126-129.

^{③3} *Id.*, at paras.130-132.

^{③4} *Id.*, at para.133.

^{③5} *Id.*, at paras.134-135.

^{③6} *Id.*, at para.136.

^{③7} *Id.*, at paras.137-142.

最后,根据第 52 条第 1 款 e 项,当仲裁庭未处理当事人提出的且其认为与裁决相关的论点、未被认可但倘若被认可可能会改变裁决结果的论点,以及高度相关且可能影响裁决结果的证据时,仲裁庭必须陈述理由,否则可能导致裁决被撤销。^{③⑧}但在本案中,申请人认为,仲裁庭在作出重新采纳 Noor 先生提供的证据、认定开采许可证的有效性问题上无实际意义、评估申请人是否尽到合理审慎的义务、驳回申请人有关国家责任的主张等行为时,未在裁决中说明理由。^{③⑨}

(二) 被申请人: 仲裁裁决不应被撤销

被申请人针对申请人提出的上述主张分别作出了回应,认为仲裁裁决不应被撤销。

首先,《华盛顿公约》第 52 条第 1 款 d 项规定的撤销裁决的条件很高,要求仲裁庭违反的是基本规则,且程度严重,本案不符合该条件。^{④⑩}被申请人共提出了六项理由:其一,仲裁庭援引的 Minnotte 诉波兰案没有脱离本案的争议问题,可以适用于本案,因为“审慎义务”(due diligence)和“故意忽视”(deliberate closing of eyes)都包含在广义的诚实信用原则的概念中,而这正是申请人的核心诉求。^{④⑪}其二,仲裁庭没有重新接纳 Noor 先生的证人证言是因为这与仲裁请求是否可支持的问题无关,申请人对有关 Noor 先生证据的裁决部分理解错误。^{④⑫}其三,仲裁庭没有倒置举证责任,也没有要求申请人承担证明伪造、欺诈不存在的责任,且目前没有因转移举证责任而导致裁决被撤销的先例。^{④⑬}其四,仲裁庭未限制当事方根据印度尼西亚法律对开采许可证的有效性问题的提交相关文件,也没有阻止申请人反驳被申请人的论点。^{④⑭}其五,申请人没有机会陈述其遭受的司法不公并非是仲裁庭侵犯了其意见陈述权,而是由于申请人的仲裁请求不可支持而被驳回的自然结果。^{④⑮}其六,申请人提出关于国家责任主张的时间太晚,至少在仲裁期间内没有提出。^{④⑯}

其次,根据《华盛顿公约》第 52 条第 1 款 b 项的规定,只有当仲裁庭明显越权、会对案件结果产生严重或实质性影响时,裁决才可能被撤销。在 ICSID 实践中,没有适用当事人选择的法律可能导致裁决被撤销,但错误适用或错误解释法律并不会导致裁决被撤销。^{④⑰}其一,被申请人认为,仲裁庭已经认定,伪造和欺诈的法律后果应根据国际法原则进行评估,申请人不能因欺诈、伪造获得的投资而受到保护。因此,根据印度尼西亚法律判断开采许可证的有效性并不会改变申请人仲裁请求不可支持的结果。^{④⑱}其二,仲裁

^{③⑧} *Id.*, at para.143.

^{③⑨} *Id.*, at para.245.

^{④⑩} *Id.*, at para.148.

^{④⑪} *Id.*, at paras.152-157.

^{④⑫} *Id.*, at paras.158-160.

^{④⑬} *Id.*, at paras.161-163.

^{④⑭} *Id.*, at paras.164-166.

^{④⑮} *Id.*, at para.167.

^{④⑯} *Id.*, at para.168.

^{④⑰} *Id.*, at para.169.

^{④⑱} *Id.*, at para.171.

庭在认定申请人的仲裁请求不可支持时,恰当地适用了国际法的相关原则。^④其三,由于仲裁庭已认定申请人并非善意投资者,其无需审查申请人的不当得利诉求,因为本来这一请求就是不可支持的。^⑤

再次,根据《华盛顿公约》第52条第1款e项的规定,撤销裁决的条件非常苛刻,而且对裁决说理的质量或说服力的质疑不能构成撤销裁决的条件之一。被申请人认为,仲裁庭不需要处理当事方提出的每一个论点,且本案中申请人并没有主张仲裁庭未处理他们特别强调的与裁决结论相关的证据。^⑥

(三) 撤销委员会: 仲裁裁决不应撤销

首先,撤销委员会认为《华盛顿公约》第52条第1款d项的核心要素是仲裁庭作出裁决时严重脱离了基本程序规则。撤销委员会认可“当事人平等待遇”“意见陈述权”“举证责任”都是程序规则中的基本规则,并认为意见陈述权的行使范围是讨论的焦点。撤销委员会指出,2010年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第17条可以被用于解释这一问题,该条强调仲裁庭要给予每一方当事人陈述案情的合理机会,而非无限制的机会。根据该条规定,背离基本程序规则的结果必须是实质性的,应产生剥夺权利、损害利益的结果。然而,撤销委员会在评估仲裁庭适用 Minnotte 诉波兰案、分配举证责任以及处理开采许可证有效性等问题等情形时,均未发现仲裁庭有此类违规行为。^⑦

其次,撤销委员会认为《华盛顿公约》第52条第1款b项的核心要素是仲裁庭明显越权。撤销委员会主要基于以下理由认为仲裁庭并未明显越权。其一,《华盛顿公约》第42条第1款对仲裁庭选择适用的法律赋予了一定的自由裁量权,仲裁庭选择在国际法框架下而非在印度尼西亚法律中考虑该投资合法性的原因是,伪造在国际法下被普遍视为非法和不道德的行为,国际法原则具有更高的适用性。^⑧其二,在申请人提出的有关国家责任的问题方面,撤销委员会认为申请人的主张是对仲裁庭处理可仲裁请求的方式提出的质疑,而这并不在撤销委员会职权的审查范围内。撤销委员会指出,仲裁庭虽然没有明确讨论县政府内部人员参与欺诈的影响,但显然不认为县政府内部人员的行为可以抵消申请人在整个投资中涉及的非法行为,因此仲裁庭其实是含蓄地审理并驳斥了申请人在国家责任方面的论点。^⑨其三,撤销委员会指出,仲裁庭的权力来自于双边投资条约、《华盛顿公约》和《ICSID 仲裁规则》,与确定适用法律类似,在确定仲裁庭决定、解释和适用程序规则方面是否存在明显越权的问题上也有严格的条件。撤销委员会援引了相关判例,认为仲裁庭的明显越权行为必须是不言而喻且无需详细解释的。本案中,申请人对仲裁庭的部分解释不满意并不能等同于仲裁庭明显越权。^⑩

^④ *Id.*, at paras.172-173.

^⑤ *Id.*, at para.174.

^⑥ *Id.*, at paras.175-176.

^⑦ *Id.*, at paras.177-178.

^⑧ *Id.*, at paras.231-233.

^⑨ *Id.*, at paras.234-235.

^⑩ *Id.*, at paras.239-240.

再次,撤销委员会认为《华盛顿公约》第52条第1款e项的核心要素是仲裁庭的裁决没有充分说理。撤销委员会共给出七项理由来反驳申请人的主张。其一,撤销委员会指出,申请人主张仲裁庭没有说明重新接受 Noor 先生证词的理由,或在是否忽视了 Noor 先生证词的问题上证据存在不一致。然而,实际上,仲裁庭并未采用 Noor 先生的证词,便没有说明理由的需要。^{⑤6}其二,撤销委员会认为,因申请人的仲裁请求不可支持,开采许可证有效性问题与本案结果无关,仲裁庭无需就与案件结果无关的问题陈述理由。^{⑤7}其三,撤销委员会指出,仲裁庭在援引 Minnotte 诉波兰案时论证了本案的投资风险水平,认为投资者应保持“高度谨慎”,这样的做法本身就是对投资者的合理审慎义务进行了解释。^{⑤8}其四,撤销委员会认为,仲裁庭考虑到刑事调查的机密性没有出示警方档案的行为本身就有充分的理由,无需再次提供理由。而且,申请人虽然指出仲裁庭不说明理由便参考了早期涉及相关文件制作的案件的裁决,但并没有解释仲裁庭参考这一裁判理由有何不当的法律后果。同时,申请人对仲裁庭在该问题上的批评本身不在撤销委员会的职权审查范围内。^{⑤9}其五,撤销委员会认为,虽然仲裁庭没有明确分析国家责任的问题,但对这个问题的看法早已隐含在裁决的结论中。^{⑥0}其六,撤销委员会指出,仲裁庭有权作出简明扼要的说理。本案中,尽管仲裁庭说理简要,但在裁决中认定 EKCP 投资具有欺诈性质与基于仲裁请求不可支持而驳回申请人的全部请求之间是存在合理联系的。^{⑥1}其七,撤销委员会指出,与申请人的主张相反,仲裁庭并未表示 Minnotte 诉波兰案涉及的说理要素属于国际公共政策的一部分,因此不需要对其没有进行说理的内容阐释理由。此外,撤销委员会认为仲裁庭也没有义务解释为何申请人的行为构成故意或不合理地忽视欺诈行为。^{⑥2}

综上,撤销委员会决定驳回申请人撤销仲裁庭裁决的请求。

(四) 对国际投资仲裁裁决撤销制度的评论

在仲裁庭作出支持东道国印度尼西亚的裁决后,投资者依据《华盛顿公约》要求撤销该仲裁裁决,这是投资者在获得不利裁决后进行补救的最佳选择。丘吉尔矿业公司和行星矿业公司所主张的诸如仲裁庭作出裁决时严重脱离基本程序规则、明显越权以及作出裁决时没有陈述原因等理由均是《华盛顿公约》第52条第1款明确规定的内容。其中,申请人对仲裁庭援引 Minnotte 诉波兰一案有很大的意见,这也是其提出撤销裁决的重要依据。本案仲裁庭如果在援引 Minnotte 诉波兰案时明确说明援引案例与本案的相似性以及援引该案的重要意义,可以使论证更加充分。毕竟,虽然没有判例法,但事实上国际

^{⑤6} *Id.* at para.241.

^{⑤7} *Id.* at paras.242-243.

^{⑤8} *Id.* at para.244.

^{⑤9} *Id.* at paras.245-246.

^{⑥0} *Id.* at para.249.

^{⑥1} *Id.* at para.254.

^{⑥2} *Id.* at paras.255-257.

投资仲裁先例可以为后续仲裁庭的说服力提供支持。

国际投资仲裁裁决的撤销制度属于仲裁裁决一裁终局的例外,一定程度上对仲裁裁决起到了监督作用,这与国际商事仲裁裁决撤销制度有所相似,但又有重要区别。第一,在适用法律方面,前者主要以双边投资条约、《华盛顿公约》与相应仲裁规则为依据,以《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》为参考,不同国家国内的裁决撤销制度或有不同。第二,在撤销裁决的理由方面,二者在程序公正性等问题上具有一定的相似性,但体现了不同的目的,比如前者更多地关注外国投资者与东道国之间而非平等商事主体之间的仲裁公平性。《华盛顿公约》序言充分肯定了私人国际投资在促进国际合作与经济发展中的作用,即撤销裁决程序的审查也应以鼓励私人国际投资为目的。第三,在撤销程序上,前者需经 ICSID 撤销委员会或其他指定仲裁机构处理,而后者则通常由仲裁地的国家法院处理。

《华盛顿公约》第 52 条第 1 款规定了常见的 ICSID 仲裁中撤销裁决的五项情形,属于穷尽式列举,且需当事方向 ICSID 秘书长提出书面申请。第一,仲裁庭组成不适当。第二,仲裁庭明显超越权力。第三,仲裁庭成员有受贿行为。第四,仲裁庭有严重地背离基本程序规则的情况。第五,仲裁庭所作裁决中未能陈述其所依据的理由。考察撤销仲裁裁决的文本条款与仲裁实践,不难发现,该撤销裁决制度主要解决的是程序性的法律问题。但是,在仲裁庭明显超越权力、有严重地背离基本程序规则的情况以及所作裁决中未能陈述其所依据的理由这三种情况中,无论是当事人还是撤销委员会,在程序审查过程中是否可以主张附带地进行实体审查仍然没有形成共识。撤销裁决制度所规定的情况虽限于程序性问题,但若对实体性问题不加考虑,则会与公约目的不一致,这也就是为何后期撤销委员会更多考虑公正性问题的原因。比如,ICSID 早期案件的撤销委员会倾向于对裁决进行深入审查,后续有的案件开始采取谨慎的审查方式。^③在 CMS 诉阿根廷案中,撤销委员会将裁决中的法律错误逐一指出,但因《华盛顿公约》第 52 条的限制,其没有撤销该裁决。^④

近年来,考虑到国际投资仲裁撤销裁决制度的诸多弊病,联合国国际贸易法委员会开始引领投资者—东道国争端解决机制 (ISDS) 的改革,其中一大主张便是建立上诉机制,以保证仲裁裁决在程序与实体两方面的公正性。在国际投资仲裁上诉机制的设想中,上诉机构或法庭可以修改仲裁裁决或发回重审,而非单纯地使仲裁裁决无效。然而,2022 年 ICSID 发布的《仲裁规则修正案》并没有对上诉机制展开讨论,这也表现出该机制的设立面临着一定的困难。中国兼具资本输入大国与资本输出大国的双重角色,在国际投资仲裁上诉机制改革的问题上还应当兼顾国家利益与国际道义,循序渐进地参与到该项制度改革之中。

③ 徐树:《谁来监督裁判者:国际仲裁越权裁决的救济难题》,载《当代法学》2022 年第 1 期,第 159 页。

④ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Case No.ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007, para.158.

四、结 语

投资合法性问题是投资者受国际投资条约保护的重要前提。在丘吉尔矿业公司与行星矿业公司诉印度尼西亚案中,仲裁庭对投资合法性的内涵进行了扩张,将投资者商业伙伴的行为纳入在内,对投资者提出了较高的审慎义务要求。该案还涉及到撤销裁决的问题,引发了对国际投资仲裁裁决撤销制度特殊性的思辨。丘吉尔矿业公司与行星矿业公司诉印度尼西亚案属于投资者到东南亚国家进行投资而产生争端的重要参考案例,有助于我国“走出去”企业了解印度尼西亚采矿行业的相关法律制度,更好地识别对外投资风险,更全面地掌握国际投资仲裁的相关程序设置。

Abstract: The case Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia involves international investment activities in the mining industry. The core legal dispute revolves around whether the investors made their investments using forged permit documents and whether the arbitral award in this case should be annulled. On the issue of forged permit documents, the arbitral tribunal explicitly stated from both legal facts and legal effects that the investment of Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd lacks legitimacy and should therefore not be protected by international investment treaties. After the arbitral award in this case became effective, Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd applied for its annulment. The annulment committee thoroughly discussed the main grounds for the annulment of international investment arbitral awards and systematically refuted the unfounded claims made by the applicants. This case presents the key procedures of international investment arbitration in a relatively comprehensive manner. The reasoning of the annulment committee is well-founded, providing a valuable reference for the future parties involved and arbitral tribunals in related cases.

Keywords: international investment arbitration; legitimacy of investment; forgery of documents; due diligence; annulment of arbitral award

(责任编辑: 郭菲菲)

Bosca 诉立陶宛仲裁案评析

中国贸促会法律部编 本篇作者 马燕飞*

内容提要 Bosca 诉立陶宛仲裁案是意大利投资者 Bosca 先生援引《意大利 - 立陶宛双边投资条约》向海牙常设仲裁法院提起的国际投资仲裁案件。该案仲裁庭于 2013 年作出裁决,认定对本案具有管辖权,且被申请人违反了公平与公正待遇义务,但并未支持申请人的赔偿请求,认为申请人仅有权追回直接损失,即在投标过程中支付的费用以及本案的仲裁费用。由于被申请人之前已经向申请人偿还了投标款项,故只需从本案的案件保证金中扣除相应的仲裁费用。本文在梳理案件事实的基础上,分析了案件涉及的主要法律争议,即仲裁庭是否具有管辖权以及被申请人是否违反了公平与公正待遇条款等。同时,本文针对管辖权异议、投资者的合理期望和司法节制等问题进行了评析。

关键词 国际投资仲裁;管辖权异议;公平与公正待遇;司法节制

Bosca 诉立陶宛仲裁案是意大利投资者 Luigiterzo Bosca 先生(以下简称 Bosca 先生)援引《意大利 - 立陶宛双边投资条约》(以下简称《意大利 - 立陶宛 BIT》)向海牙常设仲裁法院(以下简称 PCA)提起的国际投资仲裁案件。本案争议源于立陶宛大型国有饮料生产商 Alita 公司的私有化。2003 年 2 月,立陶宛政府决定将包括 Alita 公司在内的四家国有企业私有化,由立陶宛国有资产基金(State Property Fund,以下简称 SPF)负责执行相关事宜,并专门成立了公开竞标委员会(Public Tender Commission,以下简称 PTC)负责招投标事项。申请人 Bosca 先生参与了此次投标活动并成为中标人,此后双方对《股份购买协议》(Share Purchase Agreement,以下简称 SPA)进行了谈判,最终谈判失败,申请人拒绝签署协议。随后,SPF 取消申请人的中标资格,转而确定其他投标人为中标人。申请人认为立陶宛国家机构 SPF 的行为损害了其合法权益,遂向立陶宛国内法院寻求救济,要求赔偿其投标损失。立陶宛最高法院最终判定 SPF 的行为不合法,宪法法院也判定 SPF 的行为违反了《立陶宛宪法》。2010 年,申请人以立陶宛国家机构的行为违反了《意大利 - 立陶宛 BIT》规定的义务为由提请国际投资仲裁。本案争议主要涉及仲裁庭的管辖权以及公平与公正待遇条款的适用等问题,以下将对该案的案件事

* 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由西安交通大学法学院博士研究生马燕飞编写。

实和主要法律争议进行梳理和分析,并对本案涉及的管辖权异议、投资者的合理期望和司法节制等问题进行简要评析。

一、案件事实

(一) 投资事实

本案申请人 Bosca 先生来自意大利,其在 1988 年至 2005 年期间担任意大利 Bosca SpA 酒业公司的总裁。^①1996 年至 1997 年,申请人和 Skorupskas 博士在立陶宛成立 Boslita 酒业公司,用来生产 Bosca SpA 公司授权生产的产品。1997 年 12 月 18 日,申请人代表 Bosca SpA 公司与 Boslita 公司经谈判达成《许可协议》,后者获得 Bosca SpA 公司产品的生产许可,并约定了 5% 的特许权使用费。1999 年 9 月 11 日,申请人和 Boslita 公司签订《服务协议》,约定申请人于 2000 年至 2009 年间为 Boslita 公司提供“专有技术”服务。2002 年 7 月 2 日,申请人通过与 Loreta Skorupskienė 女士签订《期权协议》,购买了 Boslita 公司 30% 的股权。2003 年 2 月,立陶宛政府决定将立陶宛大型国有饮料生产商 Alita 公司私有化,由 SPF 负责执行相关事宜,并设立了 PTC 负责评估投标材料。申请人作为 Alita 的投标人之一,于 2003 年 4 月支付了 5,000 立特的投标费用。2003 年 5 月 7 日,申请人提交了投标书并缴纳了 200,000 立特的投标保证金。2003 年 6 月 30 日,SPF 宣布申请人竞标成功。在此之后,申请人和 SPF 就 SPA 条款进行了谈判。

(二) 被仲裁行为

申请人指出,截至 2003 年 9 月底,SPA 谈判仍有三个实质性问题待解决:(1) 单次付款还是两次付款;(2) 争议解决条款是否指定斯德哥尔摩或巴黎为仲裁地;(3) 违约金数额。2003 年 9 月 30 日,SPF 通知申请人于 2003 年 10 月 10 日前签署协议,否则中标结果无效。Skorupskas 博士回复 SPF,表示在上述问题还没有解决的情况下,不会签署协议。2003 年 10 月 10 日,SPF 宣布申请人的中标结果无效。随后,SPF 开始与另一投标人即 Alita 的董事和执行人员组成的执行财团进行谈判,并于 2004 年 1 月 6 日经立陶宛私有化委员会批准将其确定为中标人。申请人认为 SPF 无理由地终止了双方的 SPA 谈判,消灭了申请人的中标权利,损害了其收购 Alita 公司的期待利益,也造成了投标过程中的资金投入损失,因此向立陶宛国内法院寻求救济。2003 年 11 月 17 日,申请人向维尔纽斯地区法院起诉 SPF,主张 SPF 非法终止了合同谈判,要求赔偿其投标过程中的损失。2005 年 4 月 28 日,维尔纽斯地区法院判决 SPF 的行为是“毫无根据和不公平的”。^②SPF 提起上诉,2005 年 12 月 28 日,上诉法院驳回维尔纽斯地区法院的判决。申请人请求立陶宛最高法院对上诉法院的裁决进行审查。2006 年 10 月 10 日,最高法院驳回上诉法院的裁决,并维持了维尔纽斯地区法院的判决。在维尔纽斯地区法院作出判

^① Luigiterzo Bosca v. Republic of Lithuania, PCA Case No. 2011-05, Award, 17 May 2013, paras.75-76.

^② *Id.*, at para.91.

决后不久,立陶宛议会组成临时调查委员会(Temporary Investigation Commission,以下简称TIC)对Alita公司私有化过程中的相关问题进行了调查,认为SPF取消申请人的中标并批准另一投标人中标的行为不合法,并建议提请宪法法院审查。2007年2月21日,申请人通知被申请人,如果不能通过友好方式解决争议,申请人打算将争议提交仲裁裁决。2007年5月23日,宪法法院裁定,立陶宛政府将Alita公司出售给另一投标人的行为违反了《立陶宛国有和市政财产私营法》第16条第(1)款和《立陶宛宪法》第94条第(2)款。

(三) 程序时间轴

- 2010年3月19日,申请人向被申请人发出仲裁通知。
- 2010年10月18日,申请人选定仲裁员。
- 2010年11月16日,被申请人选定仲裁员。
- 2011年1月17日,当事双方共同选定首席仲裁员,仲裁庭正式组成。
- 2011年1月27日,仲裁庭与当事双方就程序事项举行了电话会议。
- 2011年3月7日,被申请人提出管辖权异议和分步仲裁请求。
- 2011年4月14日,仲裁庭发布第一号程序命令。
- 2011年7月29日,申请人提交关于管辖权、案件事实和损害赔偿的意见书。
- 2011年11月18日,仲裁庭发布第二号程序命令。
- 2012年1月3日,仲裁庭发布第三号程序命令。
- 2012年1月9日,仲裁庭驳回了被申请人的分步仲裁请求。
- 2012年3月26日,被申请人提交辩诉状和专家报告。
- 2012年6月4日,仲裁庭发布第四号程序命令。
- 2012年8月8日,仲裁庭发布第五号程序命令。
- 2012年8月17日,仲裁庭与当事双方举行审前电话会议,讨论与即将在海牙举行的听证会有关的事项。
- 2012年8月22日,仲裁庭发布第六号程序命令。
- 2012年8月28日,首席仲裁员与当事双方举行电话会议,后仲裁庭发布第七号程序命令。
- 2012年9月3日至7日,关于管辖权、案件事实和损害赔偿问题的听证会在荷兰海牙和平宫举行。
- 2013年5月17日,仲裁庭作出裁决。

(四) 仲裁请求

1. 申请人的仲裁请求

- (a) 仲裁庭对该案争议具有管辖权;
- (b) 被申请人的行为违反《意大利-立陶宛BIT》规定的义务;
- (c) 被申请人赔偿申请人不少于207,971,000欧元的损失;
- (d) 由被申请人承担仲裁费用和开支,包括律师、专家、顾问和证人的费用和开支、

仲裁庭的费用和开支,以及仲裁庭根据所适用的法律可能认定的其他费用和开支;

- (e) 由仲裁庭裁决仲裁裁决前和裁决后的相关利息;
- (f) 作出申请人律师建议的以及仲裁庭认为适当的其他裁决。^③

2. 被申请人的仲裁请求

(a) 申请人违反了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 3 条的强制性规定,尽管申请人在 2012 年 2 月 21 日提交了经修订的仲裁通知;

- (b) 申请人违反了《意大利 - 立陶宛 BIT》第 9 条规定的仲裁前的程序性要求;
- (c) 由于已过时效,驳回申请人的所有请求;
- (d) 仲裁庭对申请人的请求没有管辖权;
- (e) 作出有利于被申请人的仲裁裁决,驳回申请人的所有请求;
- (f) 由申请人承担仲裁的相关费用,特别是仲裁员、双方律师、证人和专家的费用和开支;

- (g) 仲裁裁决公开,且公众可以获取。^④

(五) 仲裁庭结论

- (a) 申请人的请求可予受理,被申请人提出的反对意见应予驳回;
- (b) 仲裁庭对该案具有管辖权;

(c) 被申请人违反了《意大利 - 立陶宛 BIT》第 2 条第 (2) 款规定的给予申请人公平与公正待遇的义务;

(d) 鉴于仲裁庭作出的关于被申请人违反公平与公正待遇义务的决定,以及本案中任何进一步的义务违反都不会产生额外的损害,仲裁庭认为没有必要对被申请人的其他行为作出裁决;

(e) 申请人仅有权追回直接损失 (在 Alita 公司私有化过程中支付给被申请人的款项和本案审理中产生的费用);

- (f) 被申请人已经向申请人偿还了 Alita 公司私有化过程中申请人所支付的款项;

(g) 被申请人应从案件保证金中支付本案的仲裁费用 683,571.79 欧元,外加下文确定的利息;

(h) 被申请人应向申请人支付 80% 的法律代理和援助费用,即共计 4,180,421.21 欧元的 80%——3,344,336.97 欧元,外加下文确定的利息;

(i) 利息应自本裁决作出之日起计算,并按裁决作出之日起生效的三个月欧元银行同业拆借利率加上每半年复利 2% 计算。^⑤

^③ *Id.*, at para.105.

^④ *Id.*, at para.106.

^⑤ *Id.*, at para.329.

二、主要法律争议

（一）仲裁庭对本案是否具有管辖权

关于仲裁庭对本案的管辖权争议主要集中在以下两个方面：一是本案争议行为能否归咎于立陶宛政府，二是申请人是否根据《意大利 - 立陶宛 BIT》进行了“投资”。

1. 被申请人的主张

被申请人认为，SPF 宣布中标结果无效以及和另一投标人进行谈判的行为，是商业谈判中的普通商事方作出的行为，而非立陶宛的国家机构作出的。作出中标结果无效决定的 SPF 主任并不是国家官员，也没有受到国家官员的指示。立陶宛国有企业私有化是一项民事交易，由民法调整，SPF 的相关行为属于“管理权行为”（*iure gestionis*）而不是“统治权行为”（*iure imperii*），不能构成对《意大利 - 立陶宛 BIT》的违反。并且立陶宛的国家官员也没有干涉 Alita 公司的招投标过程。被申请人认为在不能将 SPF 的行为归咎于国家的情况下申请国际仲裁，实际上是将 SPF 的国内法义务升格为国际法义务，并且将《意大利 - 立陶宛 BIT》的保护范围扩大到了前合同阶段，这是没有依据的。

关于申请人是否根据《意大利 - 立陶宛 BIT》进行了“投资”，被申请人认为申请人没有做出《意大利 - 立陶宛 BIT》所规定的投资行为，因此本案中不存在第 9 条规定的投资相关的争议。不管是申请人在 Alita 公司私有化开始之前的活动，还是其参与竞标，都不构成《意大利 - 立陶宛 BIT》第 1 条规定的“投资”。被申请人还指出双方没有达成协议，申请人也没有对其所称“投资”投入任何资金。具体来说：（a）Alita 公司私有化之前。被申请人认为 Bosca SpA 公司和申请人通过 Boslita 公司实施的行为都与 Alita 公司投标无关。Bosca SpA 公司的行为也不能归于申请人。此外，《许可协议》没有按照法律规定向立陶宛当局进行登记，并且申请人没有提供证据证明其依据《许可协议》获得了特许权使用费，因此有理由怀疑《许可协议》是否生效。（b）申请人没有进行持续地投资。被申请人认为申请人参与 Alita 公司投标的行为并不构成《意大利 - 立陶宛 BIT》第 1 条要求的持续投资。申请人参加 Alita 公司投标和其在投标之前的活动是没有联系的。（c）申请人并未参加私有化的过程。被申请人认为，投标申请费和保证金都是由第三方缴纳的，并且被申请人已经返还了该部分钱款。这些费用不具备贡献、风险和持续一定时间等投资的特征，也未产生《意大利 - 立陶宛 BIT》第 1 条第（1）款（e）项规定的经济权利。此外，申请人在 SPA 谈判期间享有的一般性质的法定权利也不属于《意大利 - 立陶宛双边投资条约议定书》（以下简称《议定书》）规定的投资相关活动，SPA 谈判并没有订立有约束力的合同。鉴于申请人在 SPA 谈判最后阶段的不参与、不合作行为，SPF 有权终止谈判。（d）立陶宛法院的判决与本案不具有相关性。被申请人主张其国内法院的判决和调查委员会的调查结果都和申请人是否根据《意大利 - 立陶宛 BIT》进行投资的问题无关，对仲裁庭而言不具有先例价值。

2. 申请人的主张

申请人主张,国有资产私有化本质上是一项国家主权行为,在 Alita 公司私有化的过程中至少涉及两个立陶宛的国家机构,即 SPF 和 PTC。国家机构参与私有化的行为虽然涉及经济利益,但并不改变其行为的主权性质。并且,许多涉及投资争议的仲裁裁决都认为,在私有化的过程中,国家应当对其机构或国有企业的行为负责。

关于申请人是否根据《意大利 - 立陶宛 BIT》进行了“投资”,申请人主张,其商业活动构成《意大利 - 立陶宛 BIT》第 1 条规定的“投资”,根据《意大利 - 立陶宛 BIT》第 9 条,本案争端与“投资”相关。《意大利 - 立陶宛 BIT》第 1 条第(1)款规定的“投资财产”是指投资者在东道国获得的财产,第 1 条第(1)款(e)项下的“法律赋予的经济权利”指的是符合立陶宛法律的有限类别的权利,这些权利具有经济性质,能够构成投资财产。此外,《议定书》第 1 条明确规定,《意大利 - 立陶宛 BIT》提供的保护适用于与投资有关的活动,申请人为扩大其在立陶宛的现有投资而参加 Alita 公司私有化投标显然属于该条款规定的投资相关活动。具体来说:(a) 在 Alita 公司私有化之前签订的《许可协议》《服务协议》《期权协议》等是申请人在立陶宛持续投资的证据。《许可协议》要求申请人向 Boslita 公司提供必要的技术说明、配方和流程,以换取特许权使用费,属于以贡献知识产权获得利润的经济权利,符合“投资”的含义。关于《服务协议》,申请人主张其根据条款提供了“专有知识”服务,属于受《意大利 - 立陶宛 BIT》保护的“投资”。关于《期权协议》,申请人认为其符合《意大利 - 立陶宛 BIT》项下的“经济权利”定义,也属于《议定书》中规定的投资相关活动。(b) 申请人进行了持续地投资。申请人主张其曾作为总裁实际控制着家族企业 Bosca SpA,而且申请人在投标之前已经在立陶宛开展了业务活动,并且参加投标的行为与这些业务活动密切相关。(c) 申请人参加了私有化的过程。申请人认为其参与 Alita 公司投标本身就构成《意大利 - 立陶宛 BIT》规定的“投资”,其支付 20 万立特的行为符合“投资相关活动”的特征。同时,SPA 谈判的过程也属于《议定书》中规定的投资相关活动。(d) 立陶宛法院的判决与本案具有相关性。申请人主张立陶宛国内法院的判决和本案相关,因为其证实了申请人在 Alita 公司投标中受到的不公正待遇。

3. 仲裁庭的决定

仲裁庭认为 SPF 及其相关实体的行为应当归咎于国家。根据《SPF 法》(Law on the SPF)第 3 条第 1 款,SPF 是一个拥有独立法律人格的国有实体,其目的是将国有资产私有化。根据联合国国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款》第 5 条的规定,SPF 属于被授权行使政府权力的实体。关于 SPF 在私有化过程中是否以主权身份行事,被申请人以立陶宛国内法院认定私有化过程由民法调整而主张 SPF 的行为属于商业行为,仲裁庭并不同意该观点。SPF 也受到私有化法甚至立陶宛宪法的管辖。私有化的过程是一种国家批准程序,受一系列政府法令和规则的调控,适用民法并不改变私有化过程中行为所具有的政府性质。在本案中,SPF 的行为都经过以主权身份行事的上级当局的审查和批准,这一过程明显体现着国家主权的介入。

关于申请人是否根据《意大利 - 立陶宛 BIT》进行了“投资”。首先,仲裁庭同意被申请人的主张,即立陶宛国内法院的判决并不具有先例价值,仲裁庭不受任何地方法院判决的约束,这些判决也与申请人是否在《意大利 - 立陶宛 BIT》条款下进行了投资的问题无关,但是这并不意味着仲裁庭应该忽略这些判决,相反,仲裁庭可以将这些判决和其他事实证据一起加以考虑。关于本案是否存在“关于投资的争端”,仲裁庭认为,根据该术语的含义,本案双方当事人之间显然存在争端,该争端涉及被申请人撤销申请人在 Alita 公司投标过程中的中标资格,可被视为“关于投资的争端”。此外,仲裁庭认为 Bosca SpA 公司在立陶宛的活动,包括签订《许可协议》等,并不构成本案申请人的投资,仲裁庭只需要关注申请人以个人身份进行的投资活动。申请人根据《服务协议》向 Boslita 公司提供了专有知识,该协议具有付款、风险和期限等投资的必要要素,构成申请人在立陶宛的投资。申请人对 Alita 公司的投标和 SPA 谈判可视为合同订立行为,属于《意大利 - 立陶宛 BIT》第 1 条和《议定书》范围内的与投资相关的活动,受到《意大利 - 立陶宛 BIT》的保护。最后,仲裁庭认为申请人的《期权协议》不构成投资。与《服务协议》中收取报酬的情况相反,在 2007 年《期权协议》到期时,申请人并没有为《期权协议》中的“权利”支付对价,也没有行使该权利。所以,根据《意大利 - 立陶宛 BIT》第 1 条中对投资的定义以及《议定书》第 1 条对相关活动的定义,《期权协议》不构成投资。综上,仲裁庭对本案具有管辖权。

(二) 立陶宛的行为是否违反公平与公正待遇条款

1. 申请人的主张

《意大利 - 立陶宛 BIT》第 2 条第(2)款中规定的公平与公正待遇(Fair and Equitable Treatment,以下简称FET)的义务应与其他双边投资条约中该义务的含义相同。FET 条款要求东道国的行为与投资者的合理期望相一致。申请人主张被申请人在两方面违背了其合理期望:一是被申请人采取的行为违反了立陶宛国内的法律政策,破坏了申请人根据立陶宛国内法律形成的合理期望;二是被申请人在与申请人进行谈判时缺乏诚信,构成对 FET 条款的违反。

2. 被申请人的主张

被申请人提出,申请人不存在根据《意大利 - 立陶宛 BIT》产生的合理期望。申请人对其成为中标者并达成协议所形成的期望,并不是客观、合理和合法的。SPA 谈判没有创造任何产生合理期望的具体权利,与投标有关的一般法律框架也没有创造相关期望。合理期望必须建立在国家的具体保证或承诺的基础上,本案中立陶宛就 SPA 的缔结未作出任何具体保证。申请人的这种前合同权利既不具体也不明确,不足以产生合理期望。此外,申请人未能应 SPF 的要求在 Alita 公司投标期间提供 Bosca SpA 公司在 Boslita 公司的持股信息,这种不合作行为显然与诚信义务相冲突。而且,申请人忽视 SPF 的询问,未能提供其具备支付能力的合理证明,也未向 SPF 表达异议,并且未按照立陶宛当局的要求参与 SPA 草案的起草。最后,被申请人认为,只有“公然无视”投标规则才构成对 FET 条款的违反,SPF 取消投标结果的行为并不是“公然无视”规则,而是

基于申请人在谈判期间的不合理行为而作出的正当行为。^⑥

3. 仲裁庭的裁决

首先,仲裁庭确定《意大利 - 立陶宛 BIT》第 2 条第(2)款中的 FET 条款与其他投资条约中的 FET 条款具有相同的含义。其次,仲裁庭不受立陶宛调查委员会结论的约束,也不需要审议该结论,同时也不受立陶宛法院判决的约束。再次,违反国内法规定并不直接构成对《意大利 - 立陶宛 BIT》的违反,仲裁庭需要以《意大利 - 立陶宛 BIT》的实质性条款为基础进行判定。联合国国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款》第 3 条规定,把一国行为定性为国际不法行为应由国际法管辖,这种定性不受国内法将同一行为定性为合法的影响。^⑦最后,通过审查本案的事实和证据,仲裁庭得出结论,被申请人在 2003 年 9 月和 10 月期间针对申请人的行为破坏了申请人被确定为中标人而产生的合理期望,违反了《意大利 - 立陶宛 BIT》第 2 条第(2)款规定的公平与公正待遇条款。

三、法律评析

(一) 管辖权异议

本案中的被申请人立陶宛政府提出了管辖权异议,主要有以下理由:其一,SPF 取消申请人中标结果的行为并不是以立陶宛国家机构的身份作出的,该行为属于商业行为,相关争议应由民法调整。SPF 的行为不能归咎于国家,因而该案争议不能提请国际投资仲裁。其二,被申请人认为申请人未按照《意大利 - 立陶宛 BIT》的规定在立陶宛进行投资。Bosca 先生对 Alita 公司进行投标的行为不属于《意大利 - 立陶宛 BIT》第 1 条规定的投资,而且中标后最终也没有签署合同,申请人也没有投入资金,因此本案不属于《意大利 - 立陶宛 BIT》第 9 条规定的投资相关的争议。

仲裁庭是否具有管辖权是本案的主要争议点之一,也是国际投资仲裁案例中的典型争议。本案中的管辖权异议主要集中在两个方面:一是争议行为能否归咎于立陶宛政府;二是申请人的投资活动是否属于《意大利 - 立陶宛 BIT》规定的“投资”或者《议定书》规定的“投资相关活动”。

其一,仲裁庭认为本案的争议行为即 SPF 取消申请人中标资格的行为应当归咎于立陶宛政府。SPF 是具有独立法人资格的国有实体,其职责在于将立陶宛国有资产私有化,属于被授权行使政府权力的实体。关于 SPF 在私有化过程中是否以主权身份行事,仲裁庭驳回了立陶宛政府的观点,认为私有化过程受一系列政府法令和规则的调整,SPF 的行为都经过政府的审查和批准,适用民法并不能改变其行为的政府性质。

其二,仲裁庭通过审查本案的事实和证据,认为申请人通过签订《服务协议》为

^⑥ *Id.*, at para.194.

^⑦ *Id.*, at para.199.

Boslita 公司提供“专有技术”的行为属于《意大利 - 立陶宛 BIT》规定的投资,认为申请人的投标、合同谈判等行为属于《议定书》中规定的投资相关活动,因此本案争议应纳入仲裁庭的管辖范围之内。

(二) 投资者的合理期望

在国际投资法领域中,外国投资者的合理期望往往包含在公平与公正待遇标准中。Tecmed 诉墨西哥案仲裁庭最早给出了投资者的合理期望的概念,即公平与公正待遇义务意味着东道国需要向外国投资者提供其进行投资所期望的基本待遇,并提出了东道国应遵循的行为模式,即东道国需采取一致、透明的行动,以便投资者能够事先了解与投资管理相关的规则、条例、政策和行政做法等,从而规划其投资并遵守此类规定;东道国不任意撤销投资者履行承诺以及规划和开展商业活动所依赖的政府决定或颁发的许可证;东道国应按照相应的法律文书管理投资者及其投资,而不是在没有必要补偿的情况下剥夺投资者的投资。^⑧这一标准此后被许多仲裁庭引用,并成为权威。如在 Saluka 诉捷克案中,仲裁庭引用这一标准认为,公平与公正待遇的标准与投资者的合理期望的概念密切相关,合理期望是该标准的主要要素,东道国承担着避免外国投资者的合理期望受挫的义务。^⑨

然而,并非外国投资者的所有期望都被认为是合理的。一般来说,外国投资者的合理期望与东道国作出的具体承诺或者保证密切相关。外国投资者在投资仲裁中援引此标准时必须证明符合以下条件:(a) 为了吸引投资,东道国做出了清晰、明确的或隐含的承诺和保证,或相关承诺和保证可归因于东道国;(b) 投资者合理地依赖这些承诺和保证;(c) 这些承诺和保证随后被东道国否认。^⑩

此外,外国投资者的合理期望还与其投资时东道国存在的一般立法和监管框架有关。但是,这并不意味着东道国此后要“冻结”立法、不能修订法律框架。只有出现重大、歧视性或不合理的立法框架改变,才会构成对外国投资者的合理期望的损害。

本案中,申请人指控立陶宛的行为损害了投资者的合理期望,从而违反了《意大利 - 立陶宛 BIT》规定的公平与公正待遇条款。仲裁庭指出,申请人被确定中标后,双方都受立陶宛民法的约束,必须依照诚信原则进行 SPA 谈判。申请人据此产生合理期望,即如果 SPF 遵守相关招投标法规,其最终会签署 SPA。但是,随后 SPF 以申请人未能在 SPA 草案上签字为由取消了中标结果。仲裁庭认为这种行为非法损害了申请人的合理期望,违反了公平与公正待遇条款。

(三) 司法节制

在国际司法领域,司法节制(judicial economy)已经成为一项基本准则,即为了合理地利用有限的司法资源,法院、仲裁庭等司法机构并不一定会审查当事方的所有诉求,

^⑧ Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para.154.

^⑨ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Partial Award, 17 Mar 2006, para.302.

^⑩ Antaris v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-1, Award, 2 May 2018, para.360.

若对某些诉求的审查认定已经能够实现诉讼目的,那么就没有必要对其他诉求进行审查。著名国际法学家劳特派特在《国际法院对国际法的发展》一书中就论述了“判决范围的司法限制”“司法谨慎与经济性”和“法院工作中的经济性考虑”等相关问题。国际法院(International Court of Justice,以下简称 ICJ)也表示,如果审查当事方提出的某项考虑因素足以达到目的,国际法院就没有义务审查其他因素。^⑪

国际投资法对外国投资者的保护限于损失的补救,即当外国投资者的利益因东道国的行为受到损害时,其有权要求恢复原状或获得赔偿,但仅限于所遭受损害的补偿,而无权要求获得惩罚性赔偿。^⑫在国际投资仲裁中,如果仲裁庭只需要对其中一项主要争议进行审查认定,外国投资者就可以获得赔偿,那么仲裁庭就没有必要对所有主张进行审查。

在本案中,仲裁庭首先判定被申请人违反了《意大利-立陶宛 BIT》规定的公平与公正待遇义务,之后在不合理和歧视性措施、国民待遇、最惠国待遇、征收等争议问题的处理上,仲裁庭指出,被申请人违反公平与公正待遇条款意味着其他违反条约的行为都不会使申请人受到更大损害,申请人也不能获得更多赔偿,因此决定不予审查这些问题。同样地,在 Stati 等诉哈萨克斯坦案中,仲裁庭裁定哈萨克斯坦政府的行为违反了公平与公正待遇义务,并决定不对申请人的另外七项主张作出认定和裁决,理由是其他的侵权行为并不会影响投资者损害赔偿额的大小。^⑬

四、结 语

本案是意大利投资者依据《意大利-立陶宛 BIT》向 PCA 提起的国际投资仲裁案件。申请人 Bosca 先生认为,立陶宛国家机构 SPF 取消其中标资格的行为违反了《意大利-立陶宛 BIT》中的公平与公正待遇、不合理和歧视性措施、国民待遇、最惠国待遇以及征收等条款的规定,侵犯了其合法权益,要求立陶宛政府赔偿其损失。

在提起国际投资仲裁之前,申请人已经向立陶宛国内法院提起了诉讼,案件经过维尔纽斯地区法院、上诉法院和最高法院的审理,最终维持了维尔纽斯地区法院的判决,即认定 SPF 的行为不符合法律规定。后又经宪法法院审查,认定立陶宛国家机构的行为违反了《立陶宛宪法》。立陶宛政府已经向申请人偿还了其在 Alita 公司私有化过程中的投标费用。

在本案中,仲裁庭支持申请人的主张,认为立陶宛国家机构的行为违反了《意大利-立陶宛 BIT》规定的公平与公正待遇条款。但仲裁庭并未对申请人的其他几项主张进

^⑪ Graham Cook, *Judicial Economy*, in A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles, 1 ed., Cambridge University Press, 2015, pp.173-186.

^⑫ Leslie Johns, Calvin Thrall and Rachel L. Wellhausen, *Judicial Economy and Moving Bars in International Investment Arbitration*, The Review of International Organizations, 2020, Vol.15:2, p.928.

^⑬ Stati and others v. Kazakhstan, SCC Case No. 116/2010, Award, 19 December 2013, paras.1203-1207.

行审查。仲裁庭认为,认定被申请人违反公平与公正待遇条款已经能够使申请人获得损害赔偿。由于国际投资仲裁旨在弥补投资者的损失,申请人不能获得惩罚性赔偿,是否对其他几项主张进行审查并不会影响申请人的损失大小,根据司法节制原则,仲裁庭无需对其他请求进行审查。此外,虽然仲裁庭判定立陶宛违反了《意大利-立陶宛 BIT》的规定,但并未支持申请人的赔偿请求。仲裁庭认为申请人只应就直接损失部分获得赔偿,包括在 Alita 公司投标过程中支付的款项以及本案的仲裁费用,由于立陶宛政府之前已经偿还申请人的投标费用,故而申请人不能获得额外的赔偿,仲裁费用则从案件保证金中扣除。

此外,仲裁庭认为立陶宛国内法院的判决对本案的仲裁不具有先例价值,仲裁庭的裁决不受其约束。但这并不意味着仲裁庭应无视相关判决和调查结果,而是可以作为证据适当予以考虑。在赔偿数额的确定上,仲裁庭认为申请人已经依据立陶宛国内法院的判决得到了应有的赔偿,就不应再依据仲裁裁决得到额外的赔偿,故而未支持申请人的赔偿请求。这实际上是仲裁庭对东道国国内法院判决的一种承认,从而平衡了国际裁决和国家判决之间的关系。

Abstract: Bosca v. Lithuania is an investment arbitration case brought before the Permanent Court of Arbitration (PCA) by an Italian investor, Mr. Luigiterzo Bosca, invoking the Italy-Lithuania BIT. The award was rendered in 2013 and the Tribunal ruled that it had jurisdiction over the case, finding that the Respondent had breached the obligation of fair and equitable treatment, but did not uphold the Claimant's claim for damages, holding that the Claimant was only entitled to recover direct damages, i.e., the fees paid in the bidding process as well as the costs incurred in this case. As the Respondent had already reimbursed the Claimant for the tender payments, only the corresponding arbitration costs were to be deducted from the case deposit in this case. On the basis of sorting out the facts of the case, this paper analyses the main legal disputes of the case, i.e. whether the Tribunal has jurisdiction and whether the Respondent has violated the fair and equitable treatment clause. Finally, the paper comments on the jurisdictional objections, investor's legitimate expectations and judicial economy issues involved in the case.

Keywords: international investment arbitration; jurisdiction objection; fair and equitable treatment; judicial economy

(责任编辑:许天舒)

评AES公司和TAU POWER B.V.诉哈萨克斯坦共和国案

中国贸促会法律部编 本篇作者 李丹^{*}

内容提要 AES公司和Tau Power B.V.诉哈萨克斯坦共和国案是投资者援引《哈萨克斯坦-美国双边投资协定》(1992)、《哈萨克斯坦外国投资法》(1994)和《能源宪章条约》(1994)向国际投资争端解决中心(ICSID)提起的国际投资仲裁案件。仲裁庭于2013年对本案作出裁决,认定仲裁庭对此事项拥有管辖权,但仲裁庭在裁决中驳回了申请人的大多数主张,认为东道国的行为不构成违反《哈萨克斯坦外国投资法》(1994)第6条、第8条,《能源宪章条约》(1994)以及《双边投资协定》。本文首先对该案的案件背景进行了梳理,包括投资事实、被诉行为、仲裁请求以及仲裁庭结论等。其次对该案涉及的管辖权、保护伞条款、公平公正待遇条款、不合理和歧视性措施以及为投资者创建透明有利的投资环境条款等主要法律争议进行了分析。最后,对仲裁庭因法律和政策变化导致投资者损失的解释做了简要评析。

关键词 国际投资仲裁;能源宪章条约;公平公正待遇条款;保护伞条款;岔路口条款

AES公司和Tau Power B.V.诉哈萨克斯坦共和国案是投资者依据《美国-哈萨克斯坦双边投资条约》(以下简称BIT)、《能源宪章条约》(以下简称ECT)以及《外国投资法》(the Kazakhstan Foreign Investment Law(1994),以下简称《FIL1994》)提起的国际投资争端解决中心(以下简称ICSID)仲裁案例。该案涉及国际投资仲裁实践中的典型争议,如管辖权争议、公平公正待遇条款、保护伞条款等。以下将对该案的案件背景、主要法律争议等进行梳理,并针对重要争议问题进行简要评析。

一、案件事实

(一) 投资事实

AES公司(申请人1)是1981年1月28日根据美国特拉华州法律成立的公司,主营业务是发电以及全球业务分销。Tau Power B.V.(申请人2)是1974年5月8日根据

^{*} 本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由西安交通大学法学院硕士研究生李丹编写。

荷兰法律成立的公司,于1997年被AES公司全资收购。除此之外,本争端还涉及到与二申请人有关的其他公司,^①它们分属于哈萨克斯坦境内外。AES Suntree是AES公司的全资子公司,从1996年至2007年全资拥有AES ST Ekibastuz LLP(根据哈萨克斯坦法律成立的公司),负责运行位于哈萨克斯坦巴甫洛达尔州的Ekibastuz GRES燃煤电厂。AES Ust-Kamenogorsk TETS LLP和AES Soginsk TETS LLP等也是哈萨克斯坦境内的公司,均于1997年被AES Suntree全资收购。综上,AES公司通过AES Suntree全资拥有哈萨克斯坦境内的相关实体。

1997年7月14日,AES Suntree中标了两个水力发电厂的特许经营权和四个热力发电厂的购买权。1997年7月23日,哈萨克斯坦通过其财政部国家财产和资产管理司(以下简称DAMPSA)和财政部私有化司(以下简称DP)就以上中标事项与AES Suntree达成协议,其名称为:“关于买卖四个能源发电公司100%投票权股份以及两个水力发电公司资产特许权授予(1997年10月2日修正)的协议(以下简称《阿尔泰协议》)”。通过本协议,AES Suntree获得了四个热力发电厂100%表决权的股份,^②以及两家水力发电厂20年的特许权。^③2006年,当事方对《阿尔泰协议》的付款条款进行了一些修改。1997年7月28日,AES Suntree董事Morgan先生通过信函通知了DAMPSA董事Kalmurzaev先生和DP董事Utepov先生,AES Suntree已根据《阿尔泰协议》将其权利转让给了Tau Power公司,并于1997年7月29日生效。此通知由Kalmurzaev先生和Utepov先生签字,还加盖了DAMPSA和DP的公章。1997年10月1日,相关实体分别与哈萨克斯坦(由DAMPSA代表)签订了附加协议,规定将所有水电特许权资产和权利分别转让给UK Hydro和Shulba Hydro。1997年10月2日,哈萨克斯坦(由DAMPSA和DP代表)、Tau Power、JSC UK和JSC Shulba之间签署《遵守契约》,后两家公司成为《阿尔泰协议》的缔约方。同日,JSC AltaiEnergo和AES公司签署了《与配电网的能源供应合同以及其他支持AltaiEnergo业务的转让协议》(以下简称《转让协议》),通过该协议,AltaiEnergo将其与分销网络的合同以及其他相关支持合同转让给了AES公司。此外,1997年10月15日,JSC Sogra和AES Soginsk TETS LLP之间以及JSC UK和AES Ust-Kamenogorsk TETS LLP之间分别通过了两项《资产买卖协议》,这些AES实体通过上述协议“无任何负担”地收购了热力发电厂的所有权利及资产。

(二) 被仲裁行为

自1991年宣布独立开始至90年代中期,哈萨克斯坦急需重组其电力部门以防发生瘫痪。为实现上述目的,政府决定通过国有发电公司的私有化来吸引外国私有投资,

^① The AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No.ARB/10/16, Award, November 2013, at para.5-17.

^② 其中包括UK和Sogra热力发电厂(即AES Ust-Kamenogorsk TETS LLP和AES Soginsk TETS LLP,AES Suntree于1997年7月23日收购了这两家公司的股份)。

^③ 即AES Ust-Kamonogorsk GES LLP(以下简称UK Hydro)和AES Shulbinsk GES LLP(以下简称Shulba Hydro),上述发电厂都是根据哈萨克斯坦法律注册成立的位于哈萨克斯坦东部州的公司。

并为此对相关立法进行了修改,^④以进行以下改革:1997 年上半年未完成对主要发电企业的私有化,成立哈萨克斯坦电力运营公司(Kazakhstan Electricity Grid Operating Company,以下简称 KEGOC),^⑤并将哈萨克斯坦的所有高压电网和相关资产移交给 KEGOC,KEGOC 负责运营所有高压电网、电力买卖、处理与配电有关的其他问题。

1. 投资期的相关立法

投资期内与本案争端有关的法律主要包括以下内容:1990 年 12 月 15 日颁布的《关于价格自由化的法令》规定,大多数的产品和服务将以自由市场价格出售,但不包括仍受国家关税影响的电力部门;发布于 1991 年、修订于 1995 年的《竞争法》以及相关法令规定了将市场主体视为垄断主体的标准和程序;颁布于 1994 年、修订于 1997 年的《FIL1994》;^⑥颁布于 1995 年的《关于电力能源部门的法律》(以下简称《电力法 1995》)规定,所有发电公司都被归类为自然垄断主体,受国家关税调整。还有关于私有化的一些法令和规定:^⑦国有公司可以被出售给私有者,某些国有电力企业将从区域电力系统中分离出来,并转变为股份公司,以对电力能源部门进行私有化和重组。

2. 1997 年到 2009 年的立法演变

1998 年 7 月 9 日,哈萨克斯坦颁布了《自然垄断法》(以下简称《1998 年自然垄断法》),根据该法,电力公司不再像《电力法 1995》那样被归类为自然垄断。1998 年 6 月 9 日,哈萨克斯坦颁布了《不正当竞争法》(以下简称《1998 年不正当竞争法》),该法律涉及防止、识别和制止不正当竞争。1999 年 7 月 16 日,哈萨克斯坦颁布了新的《电力法 1999》,规定了电力部门可以独立和用户以及配电公司签署合同。同年 4 月,自然垄断局和竞争保护局颁布《在市场上占有主导地位的国家商业实体登记册的形成和保持规则》。

2001 年,哈萨克斯坦共和国修订了《竞争法 1991》(以下简称《竞争法修正案 2001》),原《竞争法》被废除。同年颁布《行政违规行为守则》,规定了限制竞争、不公平竞争、滥用市场主导地位,以及任何其他违反“反垄断立法”的行为,并将相关立法规范的主体确定为哈萨克斯坦共和国以及外国法人实体。2004 年,新《电力法 2004》生效,据申请人主张,根据该法律,批发电力市场价格由电力公司确定,零售电力市场价格由能源供应公司确定。2008 年,《竞争法》再次被修订(以下简称《竞争法修正案 2008》)。2003 年 1 月 8 日,哈萨克斯坦共和国废除了 1994 年的《外国投资法》(即《FIL1994》),

^④ *Supra* note 1, at para 19.

^⑤ 该公司为股份公司,负责运营所有高压网络,从生产者处购买电力出售给买家。

^⑥ 《外国投资法》由哈萨克斯坦在 1990 年通过,根据其序言,该法律是确定外国投资进入哈萨克斯坦共和国经济的主要法律,是哈萨克斯坦保护外国投资的保障性立法,同时此法确定了有外国投资者参与的争端解决的形式和途径。

^⑦ 1996 年 2 月 23 日颁布的《私有化法令》规定,某些国有企业将根据电网从区域电力系统中分离出来,并转变为股份公司被私有化。1996 年 5 月 30 日政府颁布的第 663 号决议——“关于电力部门的私有化和重组计划”(简称“重组决议”),同时规定了国有发电公司的私有化。1996 年 2 月 27 日通过了“关于哈萨克斯坦共和国 1996—1998 年国有资产私有化和重组计划”的第 246 号决议。1996 年 9 月 28 日至 10 月 4 日通过“关于重组哈萨克斯坦共和国能源系统管理的某些措施”的第 1188 号和第 652 号决议。

新的《外国投资法》生效（以下简称 FIL2003）。^⑧

以上新立法对申请人的投资造成了影响,具体表现为以下三个方面:

(1) 第一,新《竞争法》制度的直接影响是将一些 AES 实体作为占主导地位的市场实体列入垄断登记;

(2) 第二,其间接影响是竞争管理机构对涉嫌违反《竞争法》和 / 或滥用其市场地位的 AES 实体处以罚款和其他处罚。这些订单主要涉及各个 AES 实体之间的业务形式,特别是使用贸易公司集中销售电力;

(3) 第三,另一个间接影响是,据称自 2007 年起 AES 实体的雇员受到了哈萨克斯坦共和国打击经济和腐败犯罪机构及其他地方当局（以下简称金融警察）的审问、逮捕威胁和刑事起诉。

3.2009 年到 2012 年立法的进一步演进

2009 年,《电价修正案》(以下简称《电价修正案 2009》)生效,此修正案对电力部门的规定更为严格,为哈萨克斯坦共和国的所有电力部门出售电力都规定了特定的上限电价。AES 的相关实体被认定为垄断市场主体,政府对其采取了以下措施:认定 UK Hydro 违反了《行政违规行为守则》,命令其支付垄断活动所得利润的 10% 作为罚款。2010 年,哈萨克斯坦共和国金融警察就 UK Hydro 涉嫌的非法活动对其工作人员提起诉讼,总负责人 Jim Doak 及其他行使管理职能的人员被起诉。2010 年在对 UK Hydro 的行为进行调查后,哈萨克斯坦竞争识别机构认定其构成行政犯罪,因为它滥用主导地位,拒绝与特定实体签订合同,并被责令支付罚款;同年在对 UK HPP 的行为进行调查之后,竞争识别机构认为其利用垄断地位收取高价,并在价格方面歧视某些客户,因此决定将调查结果提交金融警察或者提起行政诉讼。

《电价修正案 2009》要求所有发电机构与哈萨克斯坦能源矿产资源部（以下简称 IOAs）签订《投资义务协议》,以便于根据已批准的电价确定发电机构的投资义务,AES 的相关主体也与 IOAs 签订了相关协议。2011 年 1 月,AES 实体及人员被提起刑事和行政诉讼。2012 年,哈萨克斯坦共和国对《电价修正案 2009》再次进行修订（以下简称《电力法 2012》）,申请人坚称该项法律限制了发电公司的独立性,并剥夺了没有签署《投资义务协议》的发电公司支付成本的可能性,而被申请人认为这是对原法律的澄清而非修改。

（三）程序时间轴

- 2010 年 6 月 11 日,申请人向 ICSID 提交了仲裁请求,双方在 2012 年 1 月 30 日之前确定了仲裁庭的组成。
- 2011 年 4 月 5 日,仲裁庭在伦敦举行了“第一次会议”。
- 2011 年 4 月 19 日,仲裁庭发布了第一号程序令。
- 2011 年 4 月 28 日,申请人提交了“仲裁申请书”。

^⑧ *Supra* note 1, at paras.19-41.

- 2011 年 10 月 7 日,被申请人提交了“答辩书”。
- 2012 年 3 月 30 日,申请人提交了“申请人对答辩书的回复意见”。
- 2012 年 7 月 18 日,仲裁庭发布了第 4 号程序命令,驳回了被申请人提出的分步仲裁的请求。
- 2012 年 9 月 10 日到 14 日,仲裁庭在伦敦举行了一次听证会,在听证会上,仲裁庭听取了专家和证人的相关陈述。
- 2012 年 9 月至 2013 年 9 月,申请人向仲裁庭提交了证据、专家意见以及补充说明,仲裁庭举行了听证会并发布了相关意见书和程序令。
- 2013 年 9 月 12 日,仲裁庭作出裁决。

(四) 申请人的仲裁请求及被申请人的答辩

1. 申请人根据 BIT、ECT 以及《FIL1994》提出以下请求

第一,要求仲裁庭裁定哈萨克斯坦共和国:(1) 违反了《FIL1994》第 6 条^⑨、第 8 条^⑩、第 10 条^⑪和第 13 条^⑫;(2) 违反了 ECT 的第 10 条^⑬和第 14 条^⑭;(3) 违反了 BIT 的第 II 条^⑮和 IV 条^⑯。

第二,要求仲裁庭裁定哈萨克斯坦共和国:(1) 因违背上述条例通过恢复原状向申请人提供充分的赔偿;或(2) 向申请人赔偿因哈萨克斯坦共和国违反 FIL、ECT 和 BIT 条款致使申请人遭受的所有损失,包括精神损害赔偿;(3) 向申请人支付预付利息;(4) 向申请人支付本次仲裁的费用,包括申请人因聘请仲裁员、仲裁庭秘书、法律顾问、专家和顾问已产生和将产生的所有费用;(5) 支付裁决后的利息,按仲裁庭决定的利率每月计算复利,直至完全付清为止;(6) 仲裁庭认为合理和适当的其他进一步救济措施。

2. 被申请人的答辩

(1) 仲裁庭对申请人根据《FIL1994》提出的相关主张(包括其补充材料中载明的违反《FIL1994》的附加主张)没有管辖权,并且这些主张应被驳回;

(2) 仲裁庭对申请人因哈萨克斯坦政府将竞争立法适用于 AES 实体而提出的违反 BIT、ECT 和《FIL1994》的主张应不予受理。

(五) 仲裁庭的认定

仲裁庭决定其对申请人的仲裁请求具有管辖权,且该请求在受理范围内,具体裁决如下:

^⑨ Stabilization Clause: Guarantees against Change in Legislation and the Political Situation.

^⑩ Guarantees against Illegal Actions of State Agencies and Officials.

^⑪ Guarantees of the Use of Income.

^⑫ Guarantees Relating to State Inspection.

^⑬ *Supra* note 1, at paras.19-41. “促进、保护投资条款”,规定了缔约方应该提供稳定、公平、有利和透明的投资条件,应该给予投资者公平公正的待遇,不得采取不合理或歧视性措施。

^⑭ Transfers Related To Investments.

^⑮ *Supra* note 1, at para.155. “公平公正待遇条款”“非歧视性条款”。

^⑯ BIT 第 VI 条规定了投资争议的定义以及解决途径,申请人援引该条款证明仲裁庭对相关争议具有管辖权。

(1) 哈萨克斯坦共和国没有违反 BIT 中关于 AES 公司的任何义务,无论是被指称的还是其他方式;

(2) 哈萨克斯坦共和国没有违反 ECT 关于 Tau Power 公司的任何义务,无论是被指称的还是任何其他方式;

(3) 在适用的任何义务的范围内,哈萨克斯坦共和国没有违反其在《FIL1994》下的义务,无论是被指称的还是其他方式;

(4) 申请人的赔偿要求不成立,应予驳回;

(5) 申请人无权获得进一步的救济或其他救济,无论是在诉状还是抗辩中所要求的;且

(6) 申请人应支付哈萨克斯坦共和国在本仲裁中发生的所有费用,包括哈萨克斯坦共和国因仲裁庭、仲裁庭秘书和 / 或 ICSID 而产生或预付的所有费用。^{①⑦}

二、双方对于案件争议焦点的主张及仲裁庭立场

(一) 仲裁庭的管辖权和争议的可受理性

1. 被申请人的主张

被申请人认为仲裁庭缺乏管辖权和程序的可受理性,理由如下:

被申请人不同意依据《FIL1994》提出仲裁申请。首先,《FIL1994》不适用于电力监管,电力部门是一种自然垄断,属于“公共健康与道德”立法范畴,因此《FIL1994》中的稳定条款不能适用,其中的管辖权条款也不能作为申请人提出仲裁的依据;其次,《FIL1994》已经被《FIL2003》取代,相关条款已经失效,即使申请人坚持依据《FIL1994》提出仲裁申请,该法律作为哈萨克斯坦国内法也应该适用3年时效。综上,申请人依据《FIL1994》提起仲裁申请缺乏合理性,即使仲裁庭最终选择适用《FIL1994》,申请人实际的投资环境也并没有恶化,没有违反“稳定性条款”的相关规定。

被申请人对申请人的“投资”是否成立存在异议。第一,无法厘清缔结《阿尔泰协议》的 AES 实体与申请人之间的关系,特别是无法确定申请人是否基于 BIT 的目的对 AES 实体进行实质性投资;第二,申请人要求赔偿的部分 AES 实体具有股权瑕疵,申请人没有通过 Tau Power 对 CHP 有实际控制权,也没有 100% 持有 Hydros 的股份,这与损害的评估结果有关;第三,在 1997 年 7 月 28 日 AES Suntree 依据《阿尔泰协议》将相关权利转让给 Tau Power 之前,申请人的行为不构成 ECT 和 BIT 所规定的投资行为。

依据哈萨克斯坦《竞争法》提出的仲裁申请具有不可受理性。^{①⑧} 申请人基于哈萨克斯坦当局将《竞争法》适用于 AES 实体构成对 ECT 和 BIT 的违反所提出的仲裁申请

^{①⑦} *Supra* note 1, at paras.134-137.

^{①⑧} *Supra* note 1, at paras.170-171.

不应该被 ICSID 仲裁庭受理,根据 ECT 和 BIT 中的“岔路口”条款,^{①9}不允许将已经提交国内法院的具有相同基础的争议重复提交给 ICSID 仲裁庭,根本原因在于关于《竞争法》的适用的争议纯属国内法和合同权利被侵犯的争议,申请人试图将其伪装为国际争端。由于申请人并没有因《竞争法》对 AES 实体适用不当违反 BIT 和 ECT 向当地法院请求救济,因此仲裁庭也不应该受理该争议。

综上,申请人的行为是否构成 ECT 和 BIT 项下的投资行为是存疑的,仲裁庭受理相关争端不具有正当性。

2. 申请人的主张

申请人称,根据《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》(以下简称《华盛顿公约》),仲裁庭对哈萨克斯坦共和国违反 BIT、ECT 和 FIL 的行为具有管辖权,理由如下:在法律规定方面,本仲裁相关事项是《华盛顿公约》第 25 条第 1 款所指的“法律纠纷”;在投资事实方面,申请人在哈萨克斯坦共和国的投资特指他们对哈萨克斯坦境内 AES 实体的投资和所有权, Tau Power 公司和 AES 实体依据《阿尔泰协议》享有的权利,对金钱和经济价值的索赔,包括哈萨克斯坦不当没收的财产和投资回报。AES 公司的投资构成 BIT 第 1(1)a 条的投资, Tau Power 的投资构成 ECT 第 1(6)条的投资,二者进一步构成《FIL1994》第 1 条下的投资。自 1997 年签署《阿尔泰协议》以来,申请人已经向哈萨克斯坦东部区域(Eastern Kazakhstan Oblast,以下简称 EKO)电力部门投资了约 1.4 亿美元。争端涉及的哈萨克斯坦、美国(AES)、荷兰(Tau Power)都是《华盛顿公约》的缔约国。综上,申请人认为仲裁庭对相关事实具有管辖权。

申请人进一步主张仲裁庭对相关事项具有可受理性,理由如下:

BIT 和 ECT 规定的“岔路口条款”并未导致申请人因向法院提起诉讼而无法向 ICSID 提起仲裁,因为提交给本案仲裁庭的争端与 AES 实体向哈萨克斯坦法院提交的争端不同。判断是否为同一争端的标准为以下三点,即是否为(1)相同的当事方;(2)相同的对象;(3)相同的诉因。应用此标准,很明显,哈萨克斯坦法院的诉讼程序和当前的 ICSID 仲裁程序涉及不同的争端,因为它们涉及不同的当事方,涉及不同的对象,并且依赖于不同的诉因。即使采用被申请人提倡的标准,本次仲裁的主张与法院的诉讼仍然不同,因为它是基于哈萨克斯坦法院从未依赖过的法律依据提起的。

关于仲裁之前是否需要用尽当地救济的问题,并非是 BIT 和 ECT 规定的援引国际仲裁的必要条件。被申请人认为仲裁可视为放弃通过司法途径主张权利,但一般情况下申请人向仲裁庭提起仲裁不能被视为放弃司法途径。最后, AES 相关实体指控哈萨克斯坦法院未能遵守正当程序中的用尽当地救济原则。

由于哈萨克斯坦《民法典》第 178 条和第 179 条不适用于哈萨克斯坦境外的诉讼,且由于国内法的限制,不能禁止申请人向 ICSID 仲裁庭提出仲裁申请,因此申请人的主

^{①9} 岔路口条款是国际投资协定关于争端解决方式选择的条款,它规定投资者可选择东道国国内救济也可选择国际投资仲裁,两者择其一,一旦选定则为终局,不可更改。

张没有且不能受到时效限制。在任何情况下,如果政府持续损害 FIL、ECT 和 BIT 下申请人的权利,则诉讼时效不适用于“要求完全恢复原状”的仲裁请求。^{②①}

综上,申请人认为仲裁庭对本案具有可受理性。

3. 仲裁庭的认定

经过仲裁庭的分析,仲裁庭确认有权审理本案中申请人提出的请求,并且没有程序障碍能够阻止仲裁庭的审理,^{②②} 因为其符合仲裁庭管辖的四个标准,即:存在法律纠纷、由投资引起、纠纷存在于缔约国与他国国民之间和基于书面协定的同意。

当事双方之间存在法律争议是毋庸置疑的,申请人明确提出由于哈萨克斯坦颁布和适用新的国家法律违反了条约义务,故而要求对受到的损害进行全额赔偿。根据《FIL1994》、BIT、ECT 和《ICSID 公约》的相关规定, AES 实体以及其在哈萨克斯坦境内的行为构成“投资”(经济活动)是毋庸置疑的。关于纠纷是否全部存在于缔约国和另一缔约国投资者之间,被申请人认为竞争当局、法院、政府及其部委的行为可以归因于国家,但是国有公司及立法部门工作人员的行为只有在行使政府权力时才能归因于国家。争议发生在一个缔约国即哈萨克斯坦和其他两个缔约国的投资者之间(AES——美国, Tau Power——荷兰)之间,如果仲裁庭想要处理非国家机关的行为引起的争议,那么需要事先就归因问题作出决定。

被申请人已经书面同意根据 ECT 和 BIT 的约定,申请人的行为构成投资,更无可争议的是,申请人接受被申请人的提议,将属于 ECT 和 BIT 的争议分别提交给仲裁庭,但并没有书面同意申请人基于《FIL1994》提起仲裁申请,主要质疑有两个,一是《FIL1994》是否适用于电力部门,二是是否可以依据已经失效的协定主张责任。对此仲裁庭认为,《FIL1994》的清单并没有将电力部门排除在外,基于该法的重要地位,应该认为未明确排除的行业均属于其调整范围;且投资期处于《FIL1994》生效期间,东道国的承诺依然有效,申请人可以基于《FIL1994》提出申请。

关于可采性要求,被申请人坚持申请人的申请不能被受理,理由是 ECT 和 BIT 规定的“岔路口条款”、是否用尽“当地救济”以及所谓的申请人已经放弃了仲裁申请。

仲裁庭认为申请人提交的仲裁申请与其向法院提交的争议不同,因此岔路口条款并不能阻止申请人向仲裁庭提出仲裁申请,用尽当地救济也并不是提起仲裁的必要前提,诉诸地方法院的行为也不能视为放弃仲裁申请。

基于上述分析,仲裁庭认为其有权审理申请人的仲裁申请且没有程序性障碍阻碍其审理该案。

(二) 从 2004 年到 2008 年 12 月 31 日《竞争法》的适用

这一部分的主要争议是哈萨克斯坦于 2001 年和 2008 年两次修订其《竞争法》(《竞争法修正案 2001》和《竞争法修正案 2008》)并将其应用于 AES 实体的方式。申请人

^{②①} *Supra* note 1, at para.177.

^{②②} *Supra* note 1, at para.238.

认为其适用不是理性的、合理的、非歧视的、合比例的,不符合投资者的合理期待,从而违反了《FIL1994》、ECT 和 BIT。

1. 申请人的主张

申请人提出了两个仲裁请求,一是依据《FIL1994》提出了仲裁请求,二是依据 ECT 和 BIT 提出了仲裁请求。

关于《FIL1994》,申请人认为哈萨克斯坦违反了以下三个规定:(1)违反了第六条“稳定性条款”的规定,使得申请人依据《阿尔泰协议》的法律地位下降,投资环境恶化;(2)违反了第八条,不符合申请人在签订《阿尔泰协议》时对法律的合理期待;(3)违反了第十三条,即与东道国自身的法律不一致。

关于 ECT 和 BIT,申请人认为哈萨克斯坦违反了以下四个方面:

第一是公平公正待遇条款,关于 Tau Power 的投资,哈萨克斯坦违反了 ECT 第 10 (1) 条;关于 AES 实体的投资,哈萨克斯坦违反了的 BIT 第 II (2) (a) 条的公平与公正待遇标准 (Fair and Equitable Treatment, 以下简称 FET 标准)。理由如下:

- (1) 哈萨克斯坦未能尊重申请人的合理期待;
- (2) 哈萨克斯坦未能提供透明、稳定和可预测的法律框架;
- (3) 哈萨克斯坦未能防止政府当局对 AES 实体工作人员的胁迫和骚扰;
- (4) 哈萨克斯坦有恶意行为;

(5) AES 实体因哈萨克斯坦《竞争法修正案》对其的适用方式及仲裁庭作出的《阿尔泰协议》中的仲裁条款无效的裁决向哈萨克斯坦法院和行政当局提起诉讼时,法院及政府亦没有以正当程序处理。

第二是违反了 ECT 第 10 (1) 条和 BIT 第 II (2) (b) 条的“采取不合理和任意性措施”条款,将《竞争法修正案》不合理、任意地适用于 AES 实体,由此哈萨克斯坦相关部门认定 AES 实体的行为违反了《竞争法》的规定,因而对 AES 实体采取胁迫和骚扰措施。

第三是违反 ECT 第 10 (1) 条和 BIT 第 II (2) (c) 条的“保护伞条款”,未能遵守其在《FIL1994》和《阿尔泰协议》中的义务。

第四是违反 ECT 第 10 (1) 条和 BIT 第 II (2) (a) 条的“全面保护和安全标准”,未能为投资者提供安全有利的投资环境。

申请人认为,即使这些行为中的任意一项本身并不违反 FET 标准,但是累积加在一起,必须得出这样的结论,即哈萨克斯坦未能给予 AES 实体公平和公正的待遇。^{②②}

2. 被申请人的主张

关于申请人主张被申请人违反 FET 标准的各种论据,被申请人坚持认为其在 2009 年之前对《竞争法》的修改以及对 AES 实体的适用是合理的,尤其是考虑到哈萨克斯坦电力部门在当时所面临的挑战。其答复如下:

^{②②} *Supra* note 1, at paras.309-310.

在申请人所谓的合法期望缺乏根据的情况下,基于此提出的违反“公平公正待遇条款”是完全不合理的。

申请人对于缺乏透明、稳定和可预测的法律框架的主张是基于《FIL1994》和《阿尔泰协议》作出的,这一主张没有任何依据,因为这是假定的合理期待。进一步地,如果上述主张不成立,则申请人与立法变更有关的主张也必然同样不成立。

关于申请人声称被申请人未能阻止 AES 实体及其雇员受到胁迫和骚扰的说法,被申请人认为这是没有事实根据的。

对于申请人主张的《竞争法修正案》的适用违反正当程序,被申请人认为申请人未就国际法下拒绝司法的相关标准进行讨论。

关于申请人认为被申请人在适用《竞争法修正案》时缺乏善意这一主张,申请人的主张可总结如下:一方面《竞争法修正案》被“滥用”,另一方面,被申请人在签订《阿尔泰协议》后声明“该协议中假定的商业活动违反了国家法律”是违反善意原则的。对于第一点,被申请人的立场是,申请人未能证明被申请人的主管部门在适用《竞争法修正案》对 AES 实体采取相关措施时存在恶意。至于第二点,申请人不会仅仅因为获得发电资格而受到监管。因此,如果前述申请人主张的合理期待是没有根据的,那么他们声称被申请人违反善意的这一主张也不成立。

被申请人认为即使仲裁庭得出结论,认为申请人所提出的哈萨克斯坦共和国各种行为违反了 FET 标准,也不能证明判决给付全部请求金额是合理的。^{②③}

3. 仲裁庭的认定

仲裁庭认为,根据 ECT 和 / 或 BIT,哈萨克斯坦共和国没有违反申请人的任何合理期待。

关于被申请人违反《FIL1994》第 8 条(非法行为)的主张:

申请人称,哈萨克斯坦共和国违反了《FIL1994》的第 8 条,理由是:(1)对 AES 实体采取的“行动和决定”与签订《阿尔泰协议》时适用于他们的法律制度不符,以及(2)这些“行动和决定”违背了申请人的合理期待,即 AES 实体应遵循合理的竞争政策,这些竞争政策应当以合理和适当的方式实施,以制止或纠正反竞争行为。

仲裁庭认为,原《竞争法》及其修正案对 AES 实体的适用比《电力法 1995》的适用更为有利,因此没有违反《FIL1994》第 6 条所规定的“稳定性条款”,也没有打破 ECT 第 10 条第 1 款和 BIT 第 II 条第 2 款(a)项下 FET 标准的稳定的期望。因此,不支持申请人的本部分请求。

关于申请人主张的哈萨克斯坦违反《FIL1994》第 13 条^{②④}(国家检察权)的请求:

申请人称,哈萨克斯坦共和国一再违背其本国法律,滥用权力,从而违反了《FIL1994》

^{②③} *Supra* note 1, at para.312.

^{②④} Guarantees Relating to State Inspection: “The right to inspect, monitor and supervise the activity of a foreign investor shall be enjoyed only by those state agencies and legal entities to which such right is specifically granted by legislative acts of the Republic of Kazakhstan.”

第 13 条的标准。

仲裁庭认为,不同于 ECT 第 10 条第 1 款和 BIT 第 II 条第 2 款的 FET 标准,(ECT 第 10 条第 1 款和 BIT 第 II 条第 2 款第 2 项规定的避免采取不合理和任意措施的义务),《FIL1994》第 13 条没有建立标准。因此,仲裁庭在审查违反相关条约规定时将处理该部分请求的内容,并且无需根据《FIL1994》第 13 条作出独立裁决。

综上,仲裁庭认为,申请人所主张的哈萨克斯坦《竞争法修订案》在 2004 年至 2008 年 12 月 31 日期间对 AES 实体的适用违反《FIL1994》相关条款、“公平公正待遇条款”“全面保护和他安全标准”“保护伞条款”,都是没有根据的。

(三) 哈萨克斯坦在 2009 年 1 月 1 日至 2015 年 12 月 31 日期间的行为是否违反了公平与公正待遇标准

1. 申请人的主张

申请人主张,哈萨克斯坦共和国通过颁布并实施《电价修正案 2009》,恢复了严格管制的市场模式,国家对所有电力公司适用最高关税。接着,《电力法 2012》的制定和实施进一步加剧了这种情况,申请人认为这是一项随意且不合理的立法,该立法没有任何合法的政策目标,并且显然旨在防止申请人获得发电活动中可分配的投资回报,此负面影响至少持续到 2016 年。^{②5}

据此,申请人提出了以下两项主张,一项是关于违反《FIL1994》,另一项是关于违反 ECT 和 BIT。

关于第一项,申请人认为哈萨克斯坦共和国在以下三个层面违反了《FIL1994》:

(1) 对 AES 实体适用《电价修正案 2009》本身就违反了第六条“稳定性条款”,^{②6}根据《电价修正案 2009》修订的《电力法 2012》又进一步违反了“稳定性条款”。

(2) 上述违反“稳定性条款”的行为同时构成了对《FIL1994》第 8 条的违反。

(3) 哈萨克斯坦共和国违反了《FIL1994》第 10 条第 1 款,因为其限制了申请人行使自行决定从投资中获得的收入的权利。

关于被申请人违反 ECT 和 BIT,申请人提出以下五项主张:

(1) 被申请人违反 ECT 第 10 条第 (1) 款和 BIT 第 II 条第 2 款 (a) 项下规定的 FET 标准,因为其未能尊重申请人的合法期望,但却没有合理或相称的公共政策依据。

(2) 被申请人禁止发电公司(包括 AES 实体在内)对其收入或利润享有任何酌处权,并对未签署《投资义务协议》的发电公司处以罚款,这违反了 ECT 第 10 条第 1 款规定的“鼓励和为投资者创造有利和透明条件的义务”。

^{②5} *Supra* note 1, at para.341.

^{②6} Guarantees against Change in Legislation and the Political Situation: Should a foreign investor's position be adversely affected as the result of change in legislation and/or the enactment and/or amendment of the terms and conditions of international treaties, the legislation which was in effect at the moment of the investment was made shall apply to foreign investments for a period of 10 years, and with respect to investments made under long-term contracts (more than 10 years) with authorized state agencies, until the expiration of the term of the contract unless the contract stipulates otherwise.

(3) 被申请人制定的《电力法 2012》违反了 ECT 第 10 条第 1 款和 BIT 第 II 条第 2 款 b 项规定的避免采取不合理或任意措施的义务。

(4) 被申请人未能遵守《阿尔泰协议》规定的义务,因此违反了 ECT 第 10 条第 1 款和 BIT 第 II 条第 2 款 c 项中的“保护伞条款”。

(5) 《电力法 2012》还不当地禁止了申请人根据 ECT 第 14 条和 BIT 第 IV 条第 (1) 款自由转移投资回报的权利,禁止申请人自由地将其收益(如 BIT 和 ECT 中定义的)从哈萨克斯坦共和国转移出去。^{②7}

2. 被申请人的主张

在被申请人看来,申请人的主张完全没有根据,原因如下:

(1) 申请人无视以下事实:颁布《电价修正案 2009》和《电力法 2012》对于应对被申请人国内迫切的投资需求和防止严重电力短缺风险是非常必要的。因此,上述立法变更是在紧迫的公共利益驱动下进行的,《电价修正案 2009》和《电力法 2012》所建立的制度(即“以电价换取投资政策”)旨在激励和确保充足的投资。

(2) 申请人对《电价修正案 2009》的理解是错误的,因此其针对《电力法 2012》提出的主张存在缺陷。

(3) 鉴于上述情况,申请人提出的各种主张缺乏事实和/或法律依据,因为申请人未达到相关要求或门槛。^{②8}

3. 仲裁庭的认定

仲裁庭首先确定了两个比较重要的要素,即(1)《电价修正案 2009》和《电力法 2012》设定的具体机制,这两项法律之间的重大差异(如有)以及此类差异与申请人主张之间的相关性;(2)《电价修正案 2009》和《电力法 2012》所依据的政策目标。

之后,仲裁庭对申请人的每一项主张进行了审查,最终得出结论:

申请人对被申请人违反《FIL1994》第 6 条、第 8 条和第 13 条规定的标准的主张是没有根据的。

申请人对被申请人违反《FIL1994》第 10 条第 1 款的主张涵盖在其对 FET 标准的主张中,因此无需单独解决。

申请人针对被申请人未能遵守其在《阿尔泰协议》下的义务而违反 ECT 第 10 条第 1 款和 BIT 第 II 条第 2 款第 c 项下的“保护伞条款”的主张已被违反 FET 标准所涵盖,无需单独处理。

申请人根据 ECT 第 10 条第 1 款和 BIT 第 II 条第 2 款第 a 项提出的被申请人违反 FET 标准的主张是有充分根据的。申请人因被申请人激烈的措施承受了较长时间的负面影响,被申请人依据《电价修正案 2009》和《电力法 2012》实施的“以电价换取投资”政策对 AES 实体施加的限制超出了与应对电力供应系统崩溃威胁相称的合理措施的范

^{②7} *Supra* note 1, at para.342.

^{②8} *Supra* note 1, at para.343.

围,不符合比例原则,因此相关的政策变更是不合理的。

申请人针对哈萨克斯坦共和国违反 ECT 第 10 条第 1 款“鼓励投资者创造有利条件”和“为投资者创造透明投资条件的义务”的主张被驳回,原因是该义务没有建立独立的标准来提供超出 ECT 第 10 条第 1 款(尤其是 FET 标准)已经提供的保护。

申请人对于被申请人违反 ECT 第 10 条第 1 款和 BIT 第 II 条第 2 款 b 项“避免采取不合理或任意措施的义务”的主张是没有根据的,因为这一主张基于“用电价换取投资”属于不合理政策目标这一论点,但“用电价换取投资”确实是哈萨克斯坦根据其实际情况制定的公共政策,任何人都不能武断地判定该政策是不合理的。如果这种主张是针对哈萨克斯坦共和国对发电公司实施的限制行为,则与申请人主张哈萨克斯坦共和国违反 FET 标准的主张重叠,因此不需要单独确定。

申请人关于被申请人违反 ECT 第 14 条和 BIT 第 IV (1) 条规定的“保证申请人自由地将其投资收益转移出哈萨克斯坦共和国”的义务而提出的主张已被申请人因违反 FET 标准而提出的主张所涵盖,因此不需要单独确定。^②

总之,关于《电价修正案 2009》和《电力法 2012》适用的相关主张,仲裁庭的结论如下:申请人主张的被申请人的上述行为违反《FIL1994》相关条款没有根据,违反“公平公正待遇条款”和“保护伞条款”的主张不需要单独处理;鉴于上述两项法律的实施对申请人的损害超出了电力供应系统瘫痪可能带来的损失,不符合比例性原则,申请人基于此认为哈萨克斯坦当局的行为违反“公平公正待遇条款”是有依据的;申请人认为被申请人违反“创造有利和透明的投资环境”“避免采取不合理或任意措施”义务的主张被驳回。

(四) 2016 年以后的法律机制

从 2016 年 1 月 1 日起,《电价修正案 2009》和《电力法 2012》都不再适用,哈萨克斯坦将在未来 7 年内继续制定电价相关规定直到 2022 年,并执行以下两个独立的电价制度:(1) 最高电价(以下简称 MET),将成为发电公司可以向客户收取的价格的上限。为此目的,发电公司将再次被划分为几组,每年将为每组设定最高电价。(2) 最大容量电价(以下简称 MCT),是容量维护服务电价的上限,每年将为每组设定最高电价。通过产能市场,发电公司将能够在 MCT 的集中拍卖中向 KEGOC 出售容量维护服务。

1. 申请人的主张

据申请人称,2016 年 1 月 1 日后的制度没有规定申请人进行新投资可以得到的任何回报。执行 MET 标准的发电公司将根据其运行成本被分组——换句话说,生产成本水平非常相似的发电公司会被分为一组。对于每一组发电公司,2016—2022 年期间按 2015 年运行成本最高的公司计算成本,不包括折旧费用。MET 仅涵盖运营成本,不提供任何投资资本的回报,MCT 也没有提供 2009—2014 年或 2016 年以后的投资回报。

^② *Supra* note 1, at para.433.

2. 被申请人的主张

相关政策给予了发电公司充足的盈利空间, MET 是基于“各发电公司最高实际价格”而制定价格,发电公司能够将自己的电价设定到上限。因此,如果发电公司能够通过降低成本实现更高效地运行,那么它就能够从销售电力中获得利润。MCT 将每年进行调整,以确保“在 7 年的正常回收期限内对现有生产资产进行更新、维护、重建和技术改造的投资回报”。

3. 仲裁庭的认定

仲裁庭认为,任何根据 2016 年后可能发生或可能不发生的事情提出的主张都是不成熟的,在现阶段是没有根据的。其主要原因如下:虽然《电力法 2012》为 2016 年 1 月 1 日以后发电公司的经营提供了一般的指导方针,但仍有许多问题未得到解答,如分组的具体组成和将设定的具体电价水平;哈萨克斯坦共和国可以在任何时候自由改变其方针,并根据 2016 年 1 月 1 日以后将采取的措施灵活修改《电力法 2012》;哈萨克斯坦共和国目前设想的 2016 年后的制度是建立在《电价修正案 2009》和《电力法 2012》实施的“电价换取投资”方案的基础之上的,仲裁庭认为该方案违反了 ECT 第 10 (1) 条和 BIT 第 II (2) 条 (a) 下的 FET 标准,申请人基于 2016 年后的不合理制度提起的主张意味着假设哈萨克斯坦共和国将无视仲裁庭的裁决、不对上述方案进行纠正,这样的假设并不恰当。相反,仲裁庭认为哈萨克斯坦共和国将会采取适当措施,纠正目前违反 FET 标准的行为,并调整 2016 年后的制度,以遵守其在 ECT 和 BIT 下的所有义务。因此,仲裁庭认为主张 2016 年之后的制度违反 ECT 和 BIT 的相关规定是没有根据的。

三、法律评析

(一) 仲裁庭管辖权的认定

本案主要争议点在于哈萨克斯坦共和国的新立法和新规及其执行方式是否违反了 ECT 或 BIT 规定的义务,或哈萨克斯坦共和国向申请人承诺的其他义务(尤其是《FIL1994》或者《阿尔泰协议》规定的义务),以及它们是否属于上述条约的保护范围。

为审查上述问题,仲裁庭必须先确定以下问题:仲裁庭是否对申请人提出的全部仲裁请求都有管辖权,如果是的话,是否有程序性障碍阻碍上述管辖权的行使。因此仲裁庭决定首先确定申请人所依据的法律框架,然后审查仲裁庭是否有管辖权审理申请人的仲裁请求。仲裁庭将申请人的主张分为三个时期:2004 年至 2008 年 12 月 31 日、2009 年 1 月 1 日至 2015 年 12 月 31 日、2016 年 1 月 1 日之后。

原则上,仲裁庭对一缔约国与其他缔约国的投资者之间基于书面投资协定而产生的投资相关争议具有管辖权。仲裁庭首先分析了申请人的主张所依据的法律基础是否可以适用,接着分析了根据相关法律基础,申请人的“投资者身份”是否适格,其行为是否构成投资活动。

进一步地,仲裁庭分析了其管辖权是否会因相关协定中的“岔路口条款”而遭到排

除,分析了“用尽当地救济”是否构成提起仲裁的必要前提条件,还分析了相关法律和协定的时效问题,最终得出结论:仲裁庭对本案具有管辖权,但由于主体和法律基础不同,必须对违反 ECT 和违反 BIT 的行为分别进行分析。

（二）东道国公共利益与投资者利益的平衡

本案申请人的主张是基于其认为哈萨克斯坦共和国对一些法律的修改和适用侵犯了自身的合法权益,主要分为三个阶段,分别是 2004 年至 2008 年 12 月 31 日期间,2009 年 1 月 1 日至 2015 年 12 月 31 日期间,以及 2016 年 1 月 1 日以后。

2004 年至 2008 年 12 月 31 日期间,申请人对被申请人的仲裁请求主要与哈萨克斯坦共和国颁布《竞争法》并将该领域的新法新规应用于 AES 实体的方式有关,申请人的理由是哈萨克斯坦共和国没有为追求合理的政策目标以合理的方式应用这些法律,不当地伤害了申请人对法律的合理期望,从而违反了《FIL1994》、ECT 和 BIT 的相关标准。

第二个阶段的法律变化主要是《电价修正案 2009》和《电力法 2012》的实施。2016 年,电价制度再次发生变化。仲裁庭对本案的管辖权争议及可受理性,以及申请人援引的相关法律的适用均进行了严格审查,几乎驳回了申请人的所有主张。关于电价制度的变化,申请人有义务证明该变化为申请人带来了实质的不利影响,但是申请人并未提供有力的证据。关于针对 BIT 以 ECT 提出的主张,仲裁庭认为并没有审查的意义。对于东道国的政策与法律的修改和变化,投资者提出仲裁请求的,应当由投资者承担己方因法律或政策变化受到实质上损害的证明责任,如果其不能提供,则应该驳回其请求。

该案是典型的东道国公共利益与外国投资者利益发生冲突从而提起仲裁的案例。东道国政府为维护国民公共利益,有权制定新的法律和政策,在本案体现为新的《竞争法》《电价修正案》以及《电力法》,新法的颁布难免会对外国投资者的投资利益产生负面影响。在解决相关冲突时,仲裁庭主要遵循比例原则,即目的的合理性和手段的正当性:东道国的立法或法律修订必须是基于合理的公共目标,其规定和适用均是合理的,不至于对外国投资者的利益产生过大影响,即在东道国公共利益和外国投资者的利益之间做恰当平衡。

（三）根据阶段、条约、国家法律及合同裁决争议

仲裁庭将本案涉及的仲裁基础法律分为三类,第一是相关协定,包括 BIT 和 ECT,第二是东道国法律和相关协议,包括《FIL1994》和《阿尔泰协议》,第三是《电力法》《垄断法》和《竞争法》等东道国国内法的相关条款。双方对仲裁庭根据《华盛顿公约》第二十五条以及 ECT 和 BIT 的相关条款而具有管辖权没有争议,但是对于根据《FIL1994》以及《阿尔泰协议》是否具有管辖权仍存在争议。

ECT 是一项国际协议,它为能源行业的跨境合作建立了多边框架。哈萨克斯坦共和国是第一批批准 ECT 的国家之一,1998 年荷兰也批准了该法律,但美国并不是它的缔约国,因此在本案中,ECT 只能在 Tau Power 和被申请人之间适用,而不能约束 AES 相关实体与被申请人之间的关系。申请人认为哈萨克斯坦共和国适用《竞争法》的方式和途径违反了 ECT 的条约规定,尤其是第 10 条和第 14 条的保护规定。美国 - 哈萨克斯

坦 BIT 签订于 1992 年,生效于 1994 年,该协定只能约束 AES 实体和被申请人之间的关系,而不能约束 Tau Power 和被申请人之间的关系,申请人认为哈萨克斯坦政府改革和适用其《竞争法》的方式违反了 BIT 中的若干保护标准,被申请人认为其法律的改革和适用始终符合国际标准,没有违反 BIT 规定的任何义务。

FIL 1994 生效于 1994 年,后被《FIL 2003》取代。根据其序言,该法是吸引外国投资进入哈萨克斯坦共和国的主要法律,加强了国家对外国投资的保护。该法确定外国投资者参与争端解决的方式和组织形式,适用于 Tau Power 和 AES 相关实体与被申请人之间的关系。申请人认为被申请人因直接违反相关法律从而产生责任,还因为违反《FIL1994》从而间接违反了 BIT 和 ECT 的公平公正待遇条款和保护伞条款。《阿尔泰协议》是申请人与东道国政府部门签订的协议,据此获得了相关子公司的股权,因此被认为是投资的基础。申请人认为《阿尔泰协议》规定了被申请人对于投资的保证和义务,但其行为挫伤了申请人对法律的合理期望,进而违反了 BIT 和 ECT 的公平待遇条款和保护伞条款,被申请人则认为自己没有违反《阿尔泰协议》的任何义务。

本案中,哈萨克斯坦政府新立法的目的是防止电力部门发生瘫痪并充分吸引外国投资,且申请者无法提供足够的证据证明新立法对其产生的不利影响是巨大的或不正当的,故而其仲裁请求几乎被仲裁庭全部驳回,这表明 ICSID 对东道国基于公共利益的立法权有一定程度的保护。

Abstract: *The AES Corporation And Tau Power B.V. v. Republic Of Kazakhstan* is an international investment arbitration case brought before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) by the investor citing the Kazakhstan-United States Bilateral Investment Treaty (1992), the Kazakhstan Foreign Investment Law (1994) and the Energy Charter Treaty (1994). The Tribunal rendered an arbitral award in 2013, finding that it had jurisdiction over the matter but rejecting almost all of the applicant's claims that the conduct of the host State did not constitute a breach of articles 6 and 8 of FIL (1994), ECT (1994) and BIT. This paper firstly combs the background of the case, including the investment facts, the disputed behavior, the arbitration claim and the conclusion of the arbitral tribunal. Secondly, it analyzes the main legal disputes, including jurisdiction, the umbrella clause, the fair and equitable treatment clause, unreasonable and discriminatory measures, and the clause to create a transparent and favorable investment environment for investors. Finally, a brief analysis is made on the attitude of the arbitral tribunal to investors' losses caused by changes in laws and policies.

Keywords: international investment arbitration; Energy Charter Treaty; fair and equitable treatment; umbrella clause; fork-in-the-road clause

(责任编辑:许天舒)

征稿启事

- 1.来稿篇幅一般在10000-20000字左右。
- 2.来稿请注明作者信息,并附200-300字中英文摘要、关键词及英文标题。
- 3.如来稿系受基金项目资助成果,请注明项目名称、类别和项目编号。
- 4.作者应保证对其作品具有著作权,并不侵犯其他个人或组织的著作权,且系未发表的中文作品。
- 5.本刊发表稿件不收取任何形式的版面费、审稿费。
- 6.投稿&联系邮箱:shangzhong@ccpit.org。

著作权使用声明

本刊已许可中国知网、北大法宝以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本刊全文,所有署名作者向本刊提交文章发表之行为视为同意上述声明。

中国贸促会
微信公众号二维码



中国仲裁法学研究会
微信公众号二维码



中国贸易报社
微信公众号二维码



ISSN 2096-8035



国内统一刊号: CN10—1667/F

国际标准刊号: ISSN 2096—8035

每期定价: 50元