

目 录

· 比较研究 ·

国际投资仲裁规则:理念·结构·创新

- 以《SIAC 投资仲裁规则》与《CIETAC 投资仲裁规则》的比较
为中心 张 建 杭 敏(1)

· 专 论 争 鸣 ·

- PPP 合同纠纷实务疑难问题研究 阴明伦(18)
最密切联系原则在仲裁中的可适用性及适用方法 田雨酥(38)
我国法院和外国仲裁庭对涉外仲裁协议效力认定的冲突与协调
..... 莫 莉(50)
挑战与机遇:“一带一路”背景下中国仲裁回避制度的现状与发展
..... 霍 伟 杨 天(64)

· 第五届“中伦杯”获奖论文选登 ·

- 投资条约仲裁透明度规则研究 尤保暖(81)
当仲裁遇见破产
——破产与仲裁的跨境冲突 杨挽涛(119)
国际投资仲裁特免权规则研究 崔起凡(142)

“一国两制”背景下中外双边投资条约对港澳投资者的适用

——以香港谢业深案和澳门世能案为例 湛 玲(161)

国际投资仲裁中的文化遗产保护问题研究 李 伟(175)

论“一带一路”倡议背景下投资争端解决机制建构的必要性及路径

选择 彭钦云(200)

· 札 记 ·

也谈中国海事和经贸仲裁 叶伟膺(213)

· 域外 参考 ·

孟买国际仲裁中心仲裁规则 曹俊雅 译 张 建校(220)

比较研究

国际投资仲裁规则:理念·结构·创新

——以《SIAC 投资仲裁规则》^①与《CIETAC 投资仲裁规则》^②的比较为中心

张 建* 杭 敏**

摘要:国际投资仲裁规则是直接影响到仲裁程序能否顺利进行的重要文件,制定国际投资仲裁规则是国际投资法治创新的有效途径。在制定与适用投资仲裁规则时,应以实践需求为基础,兼顾公平与效率,平衡投资者与东道国的利益保护。2017年,新加坡国际仲裁中心(Singapore International Arbitration Centre, SIAC)与中国国际经济贸易仲裁委员会(China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC)先后出台了专门的投资仲裁规则,为仲裁机构、仲裁庭和当事人解决投资者与国家间争端提供了有效的程序指引。相比较而言,两份仲裁规则在框架结构上具有相似性,但《CIETAC 投资仲裁规则》在制度创新方面更胜一筹,在吸取国际成熟经验的同时融入了中国仲裁的特色优势,更适合解决涉及中国投资者、中国政府的投资争端。

关键词:投资仲裁 利益平衡 第三方资助 裁决书的核阅

① 《新加坡国际仲裁中心投资仲裁规则》,简称《SIAC 投资仲裁规则》。

② 《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则》,简称《CIETAC 投资仲裁规则》。

* 张建,中国政法大学国际法学院2015级国际私法专业博士研究生,研究方向为国际商事仲裁。

** 杭敏,中国国际经济贸易仲裁委员会办案秘书,外交学院国际法硕士。

多元化与非常设性是当前国际投资条约仲裁机制的两项重要特征,前者是指国际投资条约往往为投资争端的解决提供了多元化的争端解决机制,且不同的争端解决机制可能同时就实质上相同的同一争端行使管辖权;后者是指,适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称《UNCITRAL 仲裁规则》)进行的非常设性专案仲裁机制在实践中得到普遍适用,且即使是常设机构仲裁,亦不能确保其像法院一样在所有个案中提供固定的仲裁员队伍,仲裁庭是专为个案的审判而成立的。^① 这两个特性的存在,很可能导致不同的仲裁庭在对同一条约条款的解释上产生分歧,甚至作出迥异的裁决结果,乃至违背了实体裁判所追求的稳定性与一致性的目标。为了解决此种困境,国际仲裁界就现有投资仲裁体系的改革作出了种种努力。其中,仲裁机构通过制定或修订专门的投资仲裁规则的方式,确立了不同于私人间商事争议解决制度的投资者与国家间仲裁制度,引入或更新投资争端解决的国际理念,对实践的创新提供了法治支持。2016年年底,新加坡国际仲裁中心制定了《SIAC 投资仲裁规则》,该规则自2017年1月1日起生效实施;时隔不久,中国国际经济贸易仲裁委员会也制定了《CIETAC 投资仲裁规则》,该规则是中国仲裁机构制定的首部投资仲裁规则,已于2017年10月1日生效实施。为了给中国投资者在未来解决投资争端的过程中提供充分的法律支持,有必要对这两部最新颁布的仲裁规则进行研读与比较,从中把握投资仲裁程序发展的理念基础、规则定位、前景与趋势。

一、制定与适用国际投资仲裁规则的理念基础

所谓仲裁规则,特指用以规范仲裁进行的具体程序及此程序中相应的仲裁法律关系的规则。^② 仲裁规则不同于仲裁立法,其制定主体通常并非一国的立

① 本文系国家留学基金委(留金发[2016]3100号)联合培养博士生项目“国际投资仲裁管辖权研究”(项目编号:201607070108)的阶段性成果,中国政法大学博士生创新基金项目“国际电子商务纠纷管辖权问题研究”(项目编号:2016BSCX16)的阶段性成果。参见陈安主编:《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》,复旦大学出版社2007年版,第7页。

② 参见黄进、宋连斌、徐前权:《仲裁法学》,中国政法大学出版社2008年版,第39页。

法机关。实践中,常用的仲裁规则既可由仲裁机构、国际组织或民间团体^①制定,亦可由当事人自行拟订或选定,且当事人在选择适用某一部仲裁规则的同时,往往可以对其中具体的规定加以变通和灵活调整。特别应注意的是,仲裁规则只有经当事人选择适用,才能在具体个案中发挥作用。可见,仲裁规则在制定、内容与适用方面均具有契约性色彩,且关系到能否达成妥当的、可被接受的争端解决结果。在制定与适用投资争端仲裁规则时,应奠定以下理念基础:

(一)规则的制定应以满足投资仲裁的实践需求为出发点

随着全球范围内国际投资协定的大量缔结,国际层面逐渐形成了外资保护的网状条约结构,这促使国际投资法发展成为国际法中充满生机与活力的新领域。^②同时,由于在国际投资法领域始终未能达成全面的综合性多边投资条约,相关规则展现出碎片化与非体系化的趋势,引发了大量的投资争端,导致投资仲裁的案件量持续攀升。以《华盛顿公约》体系下的国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)为例,自1966年ICSID成立后近30年时间里,仅受理了6起依据双边投资条约(Bilateral Investment Treaty, BIT)提起的投资仲裁案件。^③但是,自20世纪90年代中后期开始,ICSID受理的以BIT为基础的投资仲裁案件呈几何级数迅猛增加。截至2017年6月30日,ICSID投资仲裁受案总量已达到619件,其中,有91%的案件投资者是根据国际投资协定中的仲裁合意提起的仲裁请求,5%的案件是根据投资者与东道国签订的投资合同提起的仲裁请求,仅4%的案件是根据东道国国内法提起的仲裁请求,足可见国际投资条约仲裁对国际投资法的塑造力

① 由国际组织制定的仲裁规则,如世界知识产权组织制定的《世界知识产权组织仲裁规则》;由民间团体制定的仲裁规则,如中国互联网仲裁联盟制定的2017年《临时仲裁与机构仲裁对接规则》。

② 参见朱明新:《国际投资争端赔偿的法律问题研究》,中国政法大学出版社2015年版,第10页。

③ 除ICSID外,有些国际商事仲裁机构以及临时仲裁庭也可以裁决投资案件,如国际商会仲裁院(International Chamber of Commerce, ICC)、斯德哥尔摩商会仲裁院(Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce, SCC)、伦敦国际仲裁院(London Court of International Arbitration, LCIA)以及联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)主导下的临时仲裁。参见张建:《论国际投资条约仲裁:主要机构及其管辖权》,载《仲裁与法律》第134辑。

与影响力。^① 投资仲裁案件数量的持续攀升对国际仲裁机构提出了挑战,制定专门的投资仲裁规则应以满足实践需求为出发点。

(二)规则的设计应兼顾争议解决的效率与公正,维护仲裁公信力

国际投资仲裁规则作为介于仲裁立法与当事人具体约定之间的程序性规则体系,主要服务于仲裁程序的顺利进行与投资争端的妥当解决。相应地,在制定规则的具体条文时,应以追求高效且公平的裁决结果为最终落脚点。为了实现这一目标,规则的设计者可以对商事仲裁规则中的部分理念加以借鉴,同时需充分顾及投资仲裁的独特性。具体而言,拟订投资仲裁规则的具体制度时,需要秉持以下基本思路:其一,借鉴国际仲裁中已有的成熟经验,如合并仲裁、第三方资助、法庭之友、透明度等内容,同时引入本土商事仲裁的实践智慧,如仲裁与调解相结合的方法、仲裁员名册制。其二,充分尊重当事人的意思自治,同时保障仲裁庭独立行使裁决权,只有存在有效成立的仲裁协议或仲裁条款,当事人才能将他们的争议通过仲裁的方式解决,仲裁庭的裁决权首先来源于当事人的授权,而裁决权的具体行使方式则主要受到仲裁规则的调整。^② 其三,贯彻灵活、经济的仲裁理念,投资仲裁规则力求为争端当事人提供便捷、高效的仲裁服务,如赋予仲裁庭决定案件审理方式的权力、通过先期驳回程序遏制当事人滥用诉权、对裁决期限作出明确的限制、公开仲裁机关管理费用和仲裁员报酬的支付标准以实现透明度,这些理念对于提升投资仲裁的质量、维护仲裁公信力至关重要。^③

(三)规则的适用应以平衡保护投资者与东道国权益为导向

当前,国际资本市场的变动引发各界关注,从资本流向分析,很难将某个国家定性为绝对的资本输出国或单纯的资本输入国,相当一部分国家同时扮演资

^① ICSID, *The ICSID Caseload - Statistics*, Issue 2017 - 2, p. 25. available at: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(English)%20Final.pdf), 25th September 2017 last visited.

^② 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2014年版,第566页。

^③ 参见中国国际经济贸易仲裁委员会:《贸仲委〈投资仲裁规则〉说明及规则文本》,载 <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=14467>,最后访问日期:2017年9月26日。

本输出国与资本输入国的角色。以中国为例,据联合国贸易与发展会议(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)发布的《2017年度世界投资报告》统计,中国在2016年度首次成为全球第二大对外投资国,并持续保持全球第三大外资输入国的地位。^①中国商务部统计数据显示,2016年,中国境内投资者对全球164个国家和地区的7961家境外企业累计实现投资1701亿美元,同比增长了44%。其中,2016年度中国对“一带一路”沿线53个国家直接投资145.3亿美元,“一带一路”沿线正逐步发展为中国海外投资的重要方向。^②也正因为同时展开资本输出与资本输入所带来的“角色混同”,国际投资仲裁界正在经历利益平衡的变革。具言之,传统的仲裁实践、投资条约、仲裁规则更为关注海外私人投资者的利益保护,通过扩张仲裁管辖权、提升保护标准、对东道国苛求较高的国际义务等方式实现资本输出国的意图,但在一定程度上忽视了东道国本土的公共利益(如劳工、健康、环境、人权),而近年来的发展动向则体现出平衡保护投资者与东道国权益的重要性。^③相应地,作为具体指引仲裁程序进行的规范文本,仲裁规则亦应当秉承利益平衡的理念,通过程序透明、文件公开、信息披露、第三方提交等制度设计革除传统模式的痼疾。

二、《SIAC 投资仲裁规则》与《CIETAC 投资仲裁规则》的结构对比

如上文所述,在现有的投资者与国家间仲裁规则中,《ICSID 仲裁规则》与《UNCITRAL 仲裁规则》是最具影响力且适用最为普遍的两份文本。从历史发展来看,ICSID 行政理事会自1967年制定《ICSID 仲裁规则》后,曾分别于1984年、2002年、2006年三次修订仲裁规则。自2016年起,ICSID 行政理事会启动

^① 参见吴娅坤:《中国2016年对外投资飙升44%,首成第2大投资国》,载 http://news.china.com/zh_cn/international-al/1000/20170608/30679255_all.html,最后访问日期:2017年9月22日。

^② 参见张翔:《2016年中国对外直接投资1701亿美元,同比增长44.1%》,载 http://intl.ce.cn/sjij/qy/201701/16/t-20170116_19641909.shtml,最后访问日期:2017年9月23日。

^③ 参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,载《中国法学》2011年第2期。

了《ICSID 仲裁规则》的第四次修订程序。其中,第三次修订主要为了适应 ICSID 仲裁案件快速增长的趋势,并力图符合国际投资规则发展的新动向,主要修订要点包括:初步程序、临时措施、裁决公开、第三方参与、仲裁员信息披露、仲裁员报酬等。^① 相比之下,《UNCITRAL 仲裁规则》提供了一套更全面的程序规则,其不仅可适用于投资仲裁,也可适用于商事仲裁。当事方可约定按照该规则进行因其商业关系而产生的仲裁程序,这些规则广泛适用于临时仲裁和常设机构仲裁。从内容来看,《UNCITRAL 仲裁规则》充分涵盖了仲裁过程的所有方面,提供了示范仲裁条款,对任命仲裁员的方法和仲裁程序的进行了规定了相应的规则,还对裁决的形式、效力和解释等问题确立了规则。目前,《UNCITRAL 仲裁规则》有以下三个不同版本:1976 年版、2010 年修订版、纳入《UNCITRAL 投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》的 2013 年版。^② 对这两份仲裁规则的学术研究与实践运用都较为丰富,本文不再赘述。基于投资仲裁领域的规则发展日新月异,SIAC 与 CIETAC 于 2017 年制定实施的两份新规则更具时代意义。本文拟分别从条文结构与规则内容的角度对二者加以比较,从中考察异同并予以评估和展望。

除序言外,《SIAC 投资仲裁规则》共涵盖 40 个条文、2 个附表。其中,附表 1 共有 14 条规定,主要针对投资仲裁中的紧急仲裁员制度,涉及紧急临时措施的申请、注册登记与受理、费用与保证金的收取、仲裁地、紧急仲裁员的信息披露及其回避、紧急仲裁员不得在后续程序中担任仲裁员、审理临时措施的日程表、紧急仲裁员的权力范围及行使职责的截止时间等内容。附表 2 系以新加坡元计算的仲裁费率表,包括登记费、案件管理费、仲裁员报酬、申请紧急临时措施的费用、申请仲裁员回避的费用五类费用的收取标准。

与《SIAC 投资仲裁规则》相似的是,《CIETAC 投资仲裁规则》也在正文后设了两个附表:《中国国际经济贸易仲裁委员会投资仲裁费用表》和《中国国际

① 参见梁丹妮:《国际投资争端仲裁程序透明度研究——从〈ICSID 仲裁规则 2006〉和〈UNCITRAL 仲裁规则(修订草案)〉谈起》,载《中国仲裁与司法论坛暨 2010 年年会论文集》,第 99 页。

② See David D. Caron, Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (2nd edition), Oxford: Oxford University Press, 2013, p.5.

经济贸易仲裁委员会国际投资争端紧急仲裁员程序》，并在两个附表后规定了国际投资争端示范仲裁条款。^① 结构上有所不同的是，《CIETAC 投资仲裁规则》参考了《ICSID 仲裁规则》，将规则的条文进行章节的划分。具言之，《CIETAC 投资仲裁规则》共有 58 个条文、6 个章节，分别是一般规定、开始仲裁、仲裁庭的组成、仲裁程序、裁决、其他规定。^②

表 1 《SIAC 投资仲裁规则》与《CIETAC 投资仲裁规则》结构比较

	《SIAC 投资仲裁规则》	《CIETAC 投资仲裁规则》
适用范围与仲裁程序的启动	仲裁规则的适用范围与解释、期间的通知与计算、仲裁通知、对仲裁通知的答辩	受案范围与管辖依据、规则的适用、机构及职责、期间与送达、诚实信用、放弃异议权
涉及仲裁员制度的条款	仲裁员的人数与委任、独任仲裁员、合议仲裁员、法院对仲裁员的委任、多方当事人对仲裁员的委任、仲裁员的资格、对仲裁员的异议、异议通知、对异议的决定、仲裁员替换及庭审程序的重新进行	仲裁庭的人数，仲裁员的指定或选定，三人仲裁庭，独任仲裁员，三人以上仲裁庭，多方当事人仲裁庭的组成、披露，仲裁员的回避，仲裁员的更换，多数仲裁员继续仲裁程序
涉及仲裁程序的一般条款	程序的进行（含预备会议）、当事人提交书面文件、仲裁地、仲裁语言、当事人的代理人、听证会、证人证言、仲裁庭指定的专家、仲裁庭的其他权力	启动仲裁通知书、对启动仲裁通知书的答复、审理方式、仲裁申请书、仲裁答辩书、反请求书、对仲裁请求或反请求的修改、仲裁地、仲裁语言、仲裁代理人、合并仲裁、开庭审理、开庭地点、开庭通知、缺席审理、庭审笔录、仲裁庭调查取证、证人、仲裁庭指定的专家及鉴定人
涉及仲裁程序的特殊条款	仲裁庭管辖权/管辖权原则、对仲裁请求与答辩的早期驳回程序、临时救济与紧急临时救济、准据法、友好调解人、公允及善良原则、第三方提交	仲裁庭管辖权/管辖权原则、对仲裁请求或反请求的先期驳回、第三方资助、临时措施、程序中止、撤回仲裁请求和撤销案件、仲裁与调解相结合、第三方提交书面意见、准据法

① 两项示范仲裁条款分别为：(1) 凡因本合同引起的或与本合同有关的任何国际投资争端，均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会投资争端解决中心，按照申请仲裁时该会现行有效的国际投资争端仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。(2) 凡因本合同引起的或与本合同有关的任何国际投资争端，均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心，按照申请仲裁时该会现行有效的国际投资争端仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。

② 《ICSID 仲裁规则》共分 8 个章节，分别是仲裁庭的组成，仲裁庭的工作，一般的程序性条款，书面与口头程序，特别程序（涵盖临时措施、先期异议、程序中止），裁决，裁决后的救济（包括裁决的解释、补正、撤销），最后条款。

续表

	《SIAC 投资仲裁规则》	《CIETAC 投资仲裁规则》
仲裁裁决的有关规定	裁决的作出、裁决的更正、解释、附加裁决	作出裁决的期限、裁决的作出、部分裁决、裁决书草案的核阅、裁决书的更正与解释
仲裁费用的有关规定	仲裁费用与保证金的收取标准、仲裁费用的分担、仲裁庭的费用与支出、当事人支出的法律与其他费用	仲裁费用、费用分担
其他条款	免责,保密性,信息公开,仲裁中的决定(主席、仲裁院、立案登记人员),异议权的放弃	免责、资料公开、规则的解釋、规则的正式文本、规则的施行

三、《CIETAC 投资仲裁规则》的特色条款

通过对《SIAC 投资仲裁规则》与《CIETAC 投资仲裁规则》结构上的初步比较可知,CEITAC 的规则在条款数量、章节安排、具体制度设计方面都更为丰富和科学。尤其应当注意的是,《CIETAC 投资仲裁规则》规定了几项《SIAC 投资仲裁规则》所不具有的独特条款,包括:三人以上仲裁庭、仲裁员更换后多数仲裁员继续仲裁程序、第三方资助、仲裁与调解相结合、裁决书草案的核阅等。本文重点对第三方资助、仲裁与调解相结合、裁决书草案核阅三个条款予以详述。

(一) 第三方资助

《CIETAC 投资仲裁规则》第 27 条对第三方资助作出了专条规定。其中,第 1 款就第三方资助进行了界定,特指当事人以外的自然人或实体协议承担参与争议的一方当事人在仲裁程序中的全部或部分费用的情形。第 2 款针对当事人的披露义务,要求获得第三方资助的当事人应在签署资助协议后,毫不迟延地将第三方资助安排的事实、性质、第三方的名称与住址,书面告知对方当事人、仲裁庭及管理案件的投资争端解决中心或香港仲裁中心。仲裁庭也有权命令获得第三方资助的当事人披露相关情况。第 3 款明确了第三方资助对费用分担的影响,仲裁庭在就仲裁费用和其他相关费用作出裁决时,可以考虑是否存在第三方资助的情形,以及当事人是否遵守第 2 款的规定。

《SIAC 投资仲裁规则》虽然没有就第三方资助问题制定专门的独立条款予以规范,但在部分条款中提及了第三方资助安排对投资仲裁程序的影响。例如,在第 24 条规定,仲裁庭有权要求当事人披露第三方资助的情况及资助者的身份;第 33 条第 1 款和第 35 条规定,仲裁庭在对仲裁费用的分担进行裁决时,可以决定是否考虑第三方资助的相关安排。

(二) 仲裁与调解相结合

作为中国仲裁制度的一项重要特色,将仲裁与调解方法结合起来用于解决商事争议,由 CIETAC 于 20 世纪 50 年代所首创,在逐步向全球推广的过程中一度被誉为“东方经验”。这种复合型争议解决方法的运用,既顾及当事人对程序事项的处分权,又体现了多元化纠纷解决机制的良性运作,受到国内外的广泛认可。^①《CIETAC 投资仲裁规则》第 43 条将仲裁与调解相结合的方式运用于投资仲裁程序,该条文全面明确了仲裁程序中调解的启动要件、调解的进行方式、调解的终止、调解成功或不成功对后续程序安排的影响等问题。

首先,调解的启动以双方当事人真实的意思表示为前提,不允许仲裁庭强制调解。只有双方当事人均有调解愿望,或一方当事人有调解愿望并经仲裁庭征得另一方当事人同意的,仲裁庭才可以在仲裁程序中对案件进行调解。

其次,就调解的方式而言,仲裁庭在征得双方当事人同意后可以按照其认为适当的方式进行调解。调解过程应保密。

再次,调解过程中,任何一方当事人提出终止调解或仲裁庭认为已无调解成功的可能性时,仲裁庭应终止调解。

最后,如果调解成功,双方当事人经仲裁庭调解达成和解或自行和解的,应签订和解协议。当事人经调解达成或自行达成和解协议的,可以撤回仲裁请求或反请求,也可以请求仲裁庭根据当事人和解协议的内容作出裁决书;如果调解不成功,仲裁庭应继续进行仲裁程序并作出裁决。双方当事人共同请求更换仲裁员的,则应按照原选定或指定该仲裁员的方式选定或指定替代的仲裁员,

^① 参见张建:《评印度仲裁制度改革的得与失——以 2016 年〈仲裁与调解法(修正案)〉为中心》,载《印度洋经济体研究》2017 年第 4 期。

由此增加的费用由当事人承担。如果调解不成功,任何一方当事人均不得在其后的仲裁程序、司法程序和其他任何程序中援引对方当事人或仲裁庭在调解过程中曾发表的意见、提出的观点、作出的陈述、表示认同或否定的建议,或者主张作为其请求、答辩或反请求的依据。之所以如此规定,主要是为了增强对当事人的信赖利益的保护,使当事人在解除后顾之忧的前提下,尽可能在调解程序中就争议事项坦诚相待,发表己方的意见,促成磋商方案,而不必时刻担心调解中的表述会被作为对己方不利的事由。在仲裁实践中,仲裁庭通常会声明这一原则,将实践中的做法在立法中确立下来,使调解程序更有可能达到预期效果。

(三) 裁决书草案的核阅

在仲裁庭正式作出裁决之前,将裁决书的草案交由仲裁机构进行核阅,以剔除草案中涉及文字表述、法规引用、当事人基本信息等各方面的错误,是中国仲裁实务中所形成的特有制度。^①《CIETAC 投资仲裁规则》第49条明确将实践中运用已久的裁决书核阅制度适用于投资仲裁程序,具有重要的现实意义。^②就其制度功能而言,由仲裁机构对裁决书草案进行核阅,本质上构成一种裁决前的质量监督,其目的正是防止和减少不公正裁决的出现,维护裁决书的严肃性,保证案件质量,树立自身的公正形象。^③在一裁终局的制度下,为确保仲裁的公平、公正,裁决书的质量显得尤为重要。裁决书对双方当事人的权利义务作出了最终判断,直接体现了法律的尊严。为维护其权威性、稳定性,中国的仲裁机构对仲裁庭作出的裁决草案进行适当的核阅,可以大大降低裁决书

① 目前裁决书草案的核阅制度已经被部分国际仲裁机构所接受,例如,2012年《国际商会仲裁规则》第33条规定,仲裁庭应在签署裁决书之前,将其草案提交仲裁院。仲裁院可以对裁决书的形式进行修改,并且在不影响仲裁庭自主决定权的前提下,提醒仲裁庭注意实体问题。裁决书形式未经仲裁院批准,仲裁庭不得作出裁决。

② 《CIETAC 投资仲裁规则》第49条规定,仲裁庭应在签署裁决书之前将裁决书草案提交仲裁委员会核阅。在不影响仲裁庭独立裁决的情况下,仲裁委员会可以就裁决书的有关问题提请仲裁庭注意。

③ 这种内部监督机制,既不同于部分行业仲裁协会的上诉复审制,也不同于法院系统的内部报告制,而是同时包括了对裁决草案提出实质性建议的权力和对裁决形式的核阅权。参见汪祖兴:《国际商会仲裁研究》,法律出版社2005年版,第347页。

出错的概率,从形式及实质上提升裁判文书的质量。^①在我国,除了涉及自由贸易试验区的特定案件外,现行《仲裁法》仅认可机构仲裁的合法性,即必须以仲裁委员会的名义受理案件,仲裁庭审理案件作出裁决后,不仅要由仲裁员在裁决书上签名,还必须加盖仲裁委员会的公章。具言之,在仲裁个案的裁判中,仲裁委员会与仲裁庭是分工协作的关系:仲裁庭由仲裁委员会依据当事人的协议组织成立,独立审理案件、作出裁决,裁决书由仲裁庭成员签署后,由仲裁委员会盖章后发给当事人。虽然仲裁庭在程序进行中独立审理案件、决定仲裁程序的具体进程,但这种独立不能是绝对的,其与仲裁委员会这一机构有不可分割的联系,如果仲裁委员会对案件的审理不进行必要的监督,以致出现不公正裁决,不仅影响当事人的实体和程序权利,仲裁委员会的公信力也会受到影响。

四、投资仲裁规则中不同于商事仲裁的具体制度安排

在比照《SIAC 投资仲裁规则》与《CIETAC 投资仲裁规则》的基础上,能够明显注意到其作为专门的投资仲裁规则所具有的不同于商事仲裁规则的特性。这种独特性不仅体现在上文所阐述的理念基础方面,还反映在具体的制度安排方面。本文仅就实务中经常出现的部分程序性细节进行陈述。

(一) 答辩期限

相比国际商事仲裁,投资仲裁最显著的特点在于其案情复杂、法律适用多元、证据繁多、程序持久、耗时较长。由于当事人中的被申请人一方多为主权国家,其在回应投资者的仲裁申请时往往更为谨慎,耗时往往比商事仲裁的当事人更长。对此,《SIAC 投资仲裁规则》第4条将被申请人的答辩期确定为收到仲裁通知之日起35天内;《CIETAC 投资仲裁规则》第9条规定,被申请人应自收到启动仲裁通知书之日起30天内向管理案件的投资争端解决中心或香港仲裁中心提交书面答复。可见,相关规定均延长了一般商事仲裁中20天或45天的答辩期(又如,2016年《SIAC 仲裁规则》规定当事人的答辩期限为14天),赋

^① 参见邹长林:《深圳仲裁委探索建立案件核阅制度》,载《法制日报》2004年11月17日,第6版。

予了东道国当事人更充足的案件准备时间,以应对复杂的投资争端。

(二) 仲裁员的选任方法及对仲裁员资格的异议

仲裁庭三人合议制度不仅可以体现集体的智慧,有益于保障裁决的独立公正,而且使各方当事人在选任仲裁员过程中都拥有一定的权限。在普通商事仲裁案件中,考虑到争议金额较小以及当事人希望快速结案的需要,绝大多数仲裁规则设置了独任仲裁员审理案件的制度。在国际投资仲裁案件中,考虑到国际投资仲裁案件的复杂性、国际政治敏感性、较高的涉案金额,无论是作为申请人的投资者,还是作为被申请人的东道国政府,双方当事人均希望借助仲裁员的选任实现自己的程序性权利。^① 此外,多数仲裁员制度的设计初衷,是使仲裁庭成员在对具体问题各执一词、达不成一致意见的情形下,确立一项多数意见作为裁决结论,避免了独任仲裁制因个人独享裁决权而带来的道德风险。基于上述考虑,《SIAC 投资仲裁规则》第5条第2款、《CIETAC 投资仲裁规则》第10条第2款均将默认仲裁庭人数确定为三人。^②

不同的是,《SIAC 投资仲裁规则》第5条第5款将双方未按期选定仲裁员、未共同选定首席仲裁员时的仲裁员任命权交由仲裁院集体,并在第8条中专门规定了仲裁院指定仲裁员的具体程序。而《CIETAC 投资仲裁规则》第12条、第13条则将此类情形下的仲裁员指定权赋予仲裁委员会主任个人。这种制度安排上的不同,主要出于程序高效价值的考量,并且与不同机构既有的经验息息相关。在这一点上,不宜轻易地评断孰优孰劣,只能从个案的情形、机构

① 需要说明的是,无论在投资仲裁中,还是在商事仲裁中,仲裁员一经选定,即应当履行中立的裁判者义务,不得偏袒任何一方当事人。但是,在投资仲裁领域,部分仲裁员的裁判意见具有某种倾向性。例如,来自发展中国家的学者和仲裁员,在个人财产权与集体人权相冲突时,往往更倾向于保护集体人权,而发达国家学者和仲裁员比较偏向于前者。世界银行的统计显示,已有的投资仲裁案件中,来自发展中国家的仲裁员与来自发达国家的仲裁员人数之比约为1:5,这就部分解释了为什么大多数仲裁庭对东道国居民人权的选择性忽视。这种比例严重失调的主要原因在于西方学者主导了国际投资法的理论研究,仲裁员队伍中缺乏坚持发展中国家立场的国际投资仲裁专家。参见谢宝朝、张淑梅:《国际投资法中的人权保护问题研究——以国际投资仲裁实践为视角》,载《国际商务研究》2013年第1期。

② 值得注意的是,《CIETAC 投资仲裁规则》第14条还允许仲裁庭由三人以上的奇数仲裁员组成。仲裁庭由三名以上仲裁员组成的,除非当事人另有约定,首席仲裁员之外的仲裁庭其他成员,由申请人和被申请人在被申请人收到启动仲裁通知书之日起30日内选定或委托仲裁委员会主任指定。当事人未在上述期限内选定或委托仲裁委员会主任指定的,由仲裁委员会主任指定。

管理案件的长期实践、当事人所熟悉的仲裁法制入手进行选择。

此外,《CIETAC 投资仲裁规则》第 10 条规定了仲裁院需对仲裁员的资格进行审核,而《SIAC 投资仲裁规则》第 11 ~ 13 条则就对仲裁员资格要件提出异议的具体程序进行了规定,并明确 SIAC 仲裁院拥有最终的异议决定权。这种由仲裁院集体而非主席或秘书长个人作出决定的规定,充分体现了投资仲裁案件中仲裁员选定的极其重要性。上述对仲裁员组成的详细规定适应了国际投资仲裁政治化、专业化的特点,保障了国际投资仲裁的程序和实体公正。

(三) 仲裁申请书及答辩书

普通国际商事仲裁中,当事人双方在仲裁程序中往往是针锋相对的,而对于双方提交的法律文书而言,多数商事仲裁规则对文书格式和内容往往并不会明确规定和限制。而考虑到国际投资仲裁具有强烈的政治因素和复杂性,在国际投资仲裁程序中,当事人各方往往需要以专业化的方式对其观点进行陈述。对此,《SIAC 投资仲裁规则》第 17 条一改国际商事仲裁中申请书、答辩状等文书性质的表述,将双方提交之相关文书统一表述为“备忘录”(Memorial),并在第 17.2 条、第 17.3 条中对备忘录的格式和内容予以了明确规定。该等针对法律文书的规定一方面体现了国际投资仲裁的专业性,另一方面则体现了中立的仲裁机构希望缓解和稀释双方在仲裁程序中的对抗性。

(四) 对案件的初步审查和先期驳回程序

国际投资仲裁的政治性特点决定了其应当是专业和严肃的。为避免申请人的滥诉对国家日常政务的影响,维护国家主权,《SIAC 投资仲裁规则》第 26 条、《CIETAC 投资仲裁规则》第 26 条均规定了仲裁机构对案件的先期驳回制度。先期驳回程序,在学理上通常被称为“快速程序”“简易程序”“初步反对意见”或“早期驳回程序”。就该类程序的实践功能而言,其实质上是将管辖权异议前置到仲裁程序初始阶段,旨在快速地驳回明显不具有法律依据的仲裁请求,以遏制滥诉,同时避免仲裁资源的浪费。根据统计,ICSID 仲裁庭迄今为止已经在十余起案件中适用了这项程序,且仲裁实践表明,仲裁庭对该条款的审查标准已达成了基本共识,即仲裁庭可能基于管辖权方面的原因而驳回投资者

的仲裁请求,进而缓解被诉东道国的诉累。^① 在投资仲裁规则中引入先期驳回程序,有助于保障东道国国家的主权政务免受无端的干扰,也维护了主权国家在国际投资事务中的管理权正常行使。具言之,根据两份仲裁规则,SIAC 仲裁院和 CIETAC 投资争端解决中心均有权在立案之初对案件管辖权进行初步筛查,如果发现仲裁请求或反请求明显缺乏法律依据或明显超出仲裁庭的管辖范围,则仲裁机构有权驳回仲裁请求,进而终结案件审理程序,不再进入实体审理阶段。在仲裁程序启动后,仲裁庭也有权依据当事人的书面请求,对仲裁请求或反请求进行审查,当确认相关请求明显不具有法律根据时,可提前驳回仲裁请求,不再进入实质审理阶段。应当注意的是,仲裁庭裁决支持或部分支持先期驳回请求的,应终止对相关仲裁申请或者反请求的审理,但该裁决并不影响仲裁庭对其他仲裁请求和反请求的继续审理。

(五) 允许第三方提交书面意见

在仲裁程序中,除案件当事人外,往往存在与案件有紧密联系的其他第三方。商事仲裁中,由于奉行保密性的一般原则,庭审通常不对外公开,也较少纳入第三方参与。但是,在投资仲裁中,越来越注重程序的透明度和对社会公共利益的关切,允许第三方在仲裁程序中发表书面意见,不仅有利于查明案件事实,也可以间接保护案件当事人以外的非当事方的合法权益。第三方意见在国际投资仲裁或者与国家政府和国家主权相关的案件中被广泛使用。^② 例如,在20世纪80年代名噪一时的美国湖广铁路债券案中,美国的一些投资者后代以其所持有的清政府于1911年发行的湖广铁路债券在美国法院起诉中华人民共和国政府,要求其偿还债券的本金及利息。美国阿拉巴马州东部联邦法院支持了原告,判决中国政府败诉,该案最后上诉至美国联邦最高法院。美国国务院考虑到当时的政治形势,向美国联邦最高法院出具了一份“法庭之友意见”(amicus brief)。该意见认为,1976年通过的美国《外国主权豁免法》不具有溯

^① 参见肖军:《〈ICSID 公约仲裁规则〉第41(5)条的解释与适用》,载《国际经济法学刊》2012年第3期。

^② 参见陈鲁明、陈雨崑:《国际投资仲裁与国际商事仲裁的主要区别:以新仲〈投资仲裁规则〉为视角》,载 http://www.sohu.com/a/132774235_692199,最后访问日期:2017年9月26日。

及力。美国阿拉巴马州东部联邦法院随后改判该案。在实践中,最早引入“法庭之友”的投资仲裁案件当属 2001 年依据《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, NAFTA)提起的 Methanex 诉美国案。^① 仲裁庭根据《UNCITRAL 仲裁规则》第 15 条——仲裁庭进行程序时拥有自由裁量权的条款,判定自身有权力接受“法庭之友”提交的材料,采纳了国际可持续发展研究所和地球正义组织作为第三方提交的材料。ICSID 同年受理的 UPS 诉加拿大案^②的仲裁庭也借鉴了此种途径。2006 年修订的《ICSID 仲裁规则》第 37 条应各界呼吁,并考虑到实践需求,已经纳入了“法庭之友”制度,该条第 2 款规定,在当事人双方协商后,仲裁庭可以允许非争端当事方的个人或实体就争端所涉事项提交书面意见。但仲裁庭应确保非当事方的意见不至于破坏仲裁程序或对任何当事方构成歧视对待。^③

又如,在 Sanum 诉老挝政府投资仲裁案中,中国外交部曾在仲裁结束后的撤裁程序中向新加坡法院出具照会。尽管由于出具时间的问题,该照会所述内容在法院一审中被采纳,但在二审中最终未被上诉法院采纳,但毫无疑问,中国外交部出具的该等照会对新加坡法院在审理是否撤裁的过程中产生了一定的影响。倘若仲裁程序允许,并且该照会出具于仲裁程序之中,则不排除由中国政府向仲裁庭出具类似“法庭之友意见”以表明其态度的照会将会实质改写 Sanum 案仲裁裁决的可能。考虑到第三方意见在涉国家政府和国家主权案件中的重要地位,《SIAC 投资仲裁规则》第 29 条与《CIETAC 投资仲裁规则》第 44 条均允许非案件当事人提交第三方意见,并明确了提交第三方意见的内容和方式等。这为仲裁庭在国际投资仲裁案件中更好地查明涉案的法律和事实

① Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL (NAFTA).

② United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA).

③ 值得关注的是,自 2016 年 10 月起,ICSID 启动了新一轮仲裁规则与调解规则的修订工作,相比 2006 年颁布的旧版规则,新规则致力于尽可能简化投资争端解决的程序、减少时间与费用成本、提升仲裁与调解的效率。此外,新规则将着力于平衡投资者与东道国的利益,以确保投资仲裁机制的持续性、完整性、公平性。参见 <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=202>,最后访问日期:2016 年 11 月 24 日。

提供了程序保障。^①

结 语

自《仲裁法》于1995年实施以来,我国仲裁机构受理商事仲裁的案件数量始终处于稳步、持续增长的状态。据相关统计数据显示,《仲裁法》实施的第一年,即1995年全年,全国仲裁委员会共受理案件1048件,之后的每年都有一定幅度的增长。特别是自2014年全国19家仲裁机构根据原国务院法制办公室的部署展开“两化”试点工作后,仲裁受案数量增速更为明显。2013年,全国仲裁年受案量突破“10万件”;2016年,全国仲裁年受案量首次突破“20万件”。2016年全年,全国共255家仲裁机构,受案总量达208,545件,几乎达到1995年的两百倍。就仲裁案件标的额而言,1995年,全国仲裁委员会受理案件标的总额仅为42亿元,到2009年,案件标的总额首次突破1000亿元。2016年,全国案件标的总额高达4695亿元,为1995年的一百余倍。特别值得重视的是,2016年,纳入“两化”试点工作的仲裁机构扩充至74家,这些机构2016年度共受理案件87,826件,占全国受案总数的42.1%,试点工作成效明显。^②遗憾的是,我国两百多家仲裁机构迄今未受理过一起投资者与国家间仲裁案件,政府对外缔结的投资条约几乎无一例外地将争端解决的主导权拱手让与ICSID、SCC、ICC等国际仲裁机构或根据《UNCITRAL 仲裁规则》成立的临时仲裁庭。我国机构受理投资仲裁与商事仲裁受案量的鲜明反差,不符合“一带一路”背景下中国对外投资大国的身份,也与国际主流趋势背道而驰。《CIETAC 投资仲裁规则》的出台,为我国仲裁机构受理投资争端提供了新的契机。通过与《SIAC 投资仲裁规则》的比较可以发现,《CIETAC 投资仲裁规则》在具体制度

^① 1992年NAFTA第1119条也允许争端双方之外的第三方在自己承担费用的前提下,要求争端当事方提供向仲裁庭提交的证据、争端双方辩论的书面记录文本的副本。参见叶兴平:《国际争端解决机制的最新发展——北美自由贸易区的法律与实践》,法律出版社2006年版,第236页。

^② 参见江越:《2017年全国仲裁“两化”试点工作座谈会在惠州召开》,载http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2017-04/10/content_7098845.htm?node=79488,最后访问日期:2017年8月22日。

设计上更胜一筹,凸显了法治创新的基本思路,尤其是在第三方资助、仲裁与调解相结合、机构对裁决书草案的核阅等方面,符合我国当事人参与仲裁的习惯与争议解决的基本规律。当下,我国正与“一带一路”主要的沿线国家共同探讨在亚洲基础设施投资银行的支持下构建区域性投资争端解决中心。但是,在该中心建立之前,我国的本土仲裁机构在投资仲裁领域应当有所作为。可以预见,在不久的将来,以 CIETAC 为代表的中国仲裁机构将在投资者与国家间争端解决中独当一面,发挥其应有的作用。

专论 争鸣

PPP 合同纠纷实务疑难问题研究

阴明伦^{*}

摘要:政府为减轻财政负担,减少社会资本方的投资风险,从2010年将PPP(Public - Private - Partnership)模式引入市场,对推动国内乃至“一带一路”城市基础设施的建设发挥了积极的作用。但是,由于缺少PPP法律的约束,PPP运行中的法律风险增大,PPP纠纷不断增多,如特许效力,项目运作程序不透明,特许经营权授予主体不明确,地方政府换届或者更替领导后对社会投资人随意违约,项目未经听证中途收回,以及案件纠纷发生后是走“民告官”的行政诉讼程序还是走民商诉讼或者仲裁程序。面对诸多的问题,作为一名中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲委)仲裁员应当如何去应对,如何去把握,如何以高质量的仲裁去赢得“一带一路”国际市场的认可,显然已成为关注的重点。本文针对实务,围绕重点,对PPP纠纷中出现的疑难问题进行了梳理分析,或许在PPP的仲裁审理中会发挥作用。

关键词:PPP 项目合同 PPP 实务 仲裁思维

^{*} 阴明伦,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员,中国国际经济社会法治战略研究院研究员,中国并购公会并购交易师,香港日报出版社社会法制编室主任,成都大学兼职教授,四川锦官城律师事务所执行主任。

随着城市基础设施建设的推进,PPP 案件纠纷不断增多。但是,鉴于 PPP 的特殊性,为排除地方政府对法院公平、公正办案的影响,接下来会有越来越多的 PPP 案件转由贸仲委仲裁。因此,熟悉和掌握 PPP 案件的仲裁就显得尤为重要。

一、仲裁 PPP 项目合同纠纷案件不可忽视的几个重点问题

(一)何为特许经营? 特许经营的特征及条件?

1. 特许经营:依据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的规定,特许经营是指政府采用竞争方式依法授权中华人民共和国境内外的法人或者其他组织,通过协议明确权利义务和风险分担,约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益,提供公共产品或者公共服务。

2. 特许经营的特征:公益性、全周期经营、物有所值、财政承受、风险共担、不固定回报(合理回报)、绩效评价、竞争性等。

3. 特许经营应具备的条件(对审查特许经营效力有帮助):

(1)PPP 发生领域为基础设施和公用事业领域;

(2)PPP 参与主体为政府方和社会资本方(国有企业、民营企业、外资企业);

(3)PPP 特许经营权的内容包括承担设计、建设、运营、维护基础设施;

(4)PPP 特许经营权的取得需通过竞争方式,排除行政审批、许可取得;

(5)PPP 社会资本收益的来源包含使用者付费或政府付费;

(6)PPP 特许经营不同于行政许可,行政许可可能使企业取得某项经营资质,而特许经营将使某企业在特定区域一段时间内拥有经营权。

(二)何为 PPP 模式? PPP 模式的本质及 PPP 项目的禁止行为?

1. PPP 模式存在狭义模式和广义模式之分:

狭义模式,是指政府与私人组织之间,为了提供某种公共物品和服务,以特许权协议为基础,彼此之间形成一种伙伴式的合作关系,并通过签署合同来明确双方的权利和义务,以确保合作的顺利完成,最终使合作各方达到比预期单

独行为更为有利的结果。

广义模式(又称PPP融资),是指政府以授予特许经营权的方式,向社会资本方(国有企业、民营企业、外资企业)提供公用事业、基础设施服务,并与社会资本方签署项目合同,明确双方权利和义务,实现各方合作目的。

2. PPP模式的本质:通过引入市场竞争和激励的约束机制,发挥双方优势,将部分政府责任以特许经营权方式通过与社会资本合作,转移给社会资本方(企业),使政府与社会资本方建立起“利益分享、风险共担、全程合作”的共同体关系(模式),让政府的财政负担减轻,社会资本方的投资风险减小,形成“政府监管、企业运营、社会评价”的互动格局。

3. PPP项目的禁止行为(该行为关系到“合同”效力的认定):

(1)禁止国有企业、融资方以政府的名义签署PPP项目合同,成为PPP政府主体(而社会资本方只要是独立经营的企业就可成为主体);

(2)禁止政府以公共产品、公共服务领域参与PPP项目的合作;

(3)禁止采用建设—移交(BT)方式作为PPP项目的运作方式;

(4)禁止PPP项目低于10年以下的合作期限;

(5)禁止采用固定回报、回购安排、明股实债等方式进行PPP项目的变相融资、立项等项目;

(6)禁止PPP项目未按规定程序完成可行性研究就进行规划立项;

(7)禁止PPP项目未按财政部规定进行物有所值评价或财政承受能力的论证就盲目实施;

(8)禁止未按政府相关规定进行政府采购就选择社会资本合作方。

(三)何为行政合同?满足行政合同的法定条件是什么?

1. 行政合同:行政主体以实施行政管理为目的,与行政相对方就有关事项通过协商一致的方式所达成的协议。

2. 构成行政合同必备的法定条件(是审查PPP案件立案、裁定驳回的依据):

(1)协议一方恒定是行政机关,包括法律、法规、规章授权的组织;

(2)签订协议的目的是实现公共利益或者行政管理目标;

- (3) 协议事项必须符合行政机关的法定职责权限;
 - (4) 协议内容必须具有行政法上的权利义务;
 - (5) 协议履行过程中行政机关享有单方解除、变更协议的行政职权。
- (四) 何为 PPP 项目合同? PPP 项目合同是行政合同还是民商事纠纷?

1. PPP 项目合同,是指政府方(政府或政府授权机构)与社会资本方(社会资本或项目公司)就 PPP 项目合作所订立的合同。

2. 鉴于政府在 PPP 项目合同中,体现的是项目规划的决策者、特许经营权的授权人、项目合同的履约主体,所以 PPP 项目合同的性质究竟是行政合同还是民商事合同? 发生纠纷,是走“民告官”的行政诉讼程序还是走平等主体间的民商事诉讼或仲裁程序? 在没有法律可界定 PPP 项目合同性质的情况下,笔者认为,应从当事人双方合同的签订目的、签订过程、权利义务等方面进行分析,并从分析中找出符合合同性质的答案。

第一,政府方和社会资本方以合作的模式签订 PPP 项目合同是为了达到“双方合作成立 PPP 项目公司,共同完成基础设施建设或公共服务产品”的目的。其中,政府提供的公共基础设施包括供水、供暖、供气、水利、交通、污水和垃圾处理、保障性安居工程、地下综合管廊、轨道交通等,公共服务产品包括医疗和养老服务设施、教育、环境和生态保护等。

第二,双方签订 PPP 项目合同的过程是 PPP 项目的采购过程,包括公开招标、竞争性谈判、邀请招标、竞争性磋商。在这个项目的采购过程中,政府是邀约方,向社会公开推介 PPP 项目,明确项目的基本概况、投资规模、付费方式、合作模式、运营周期等。社会资本方是承诺方,根据情况决定参与投标或谈判。最后协商确定双方的权利义务。这体现双方在采购过程中有相互选择的权利,经过竞争性程序和谈判磋商,是一个协商合作的过程,不是政府行使管理职能的过程。双方是按照约定享有权利、履行义务的市场主体。

第三,政府在 PPP 项目合同中追求的是提供公共服务的质量和社会效益,承担项目规划、提供土地、部分出资、直接付费或缺口补贴等法律政策风险和最低需求量风险等;社会资本方则承担投资、融资、建设、经营等风险,享有长期的

稳定的经济收益。双方是按照合同约定,各尽义务、共担风险、共享收益。

综上,PPP项目合同是政府方和社会资本方为了合作完成基础设施和公共服务产品,通过邀约、承诺、竞争性谈判等过程,签订的共同合作、共担风险、各尽义务、各享收益的合同。该合同体现的是参与方自愿选择、协商约定的过程,不存在决定和服从、管理和被管理、领导和被领导的性质。

据此,PPP项目合同,应被定性为一种“平等商事主体之间的民商事合同,而不是行政诉讼合同”。

也就是说,只有在PPP项目运作过程中,当社会资本方对政府招投标资格认定、行政处罚决定等具体行政行为不服时,才能走行政复议、行政诉讼程序解决。但是,该行政复议、行政诉讼,不会影响PPP项目合同本身的民商事性质。

(五)对PPP案件审查立案或者受理后应该如何去处理?

纵观前面的分析,如果PPP项目合同被认定为行政合同,并且符合行政合同必备的法定条件,那么就应受行政法调整。当政府方和社会资本方发生争议时,即可通过行政复议或行政诉讼解决。如果PPP项目合同属于平等民事主体协商签订的合同,则应受民商事领域法律调整。当政府方和社会资本方发生争议时,即可通过仲裁或诉讼解决。也就是说,对PPP项目合同争议案件,贸仲委在根据合同当事人约定仲裁条款进行审查立案时,应注意:

1. 如发现争议内容明显属于行政争议的,可不予立案,但需向申请人说明不予立案的原因。

2. 如申请人坚持立案的,可做风险提示,申请人请求没有变化且确属于行政争议的,可受理并在审理后裁定驳回仲裁请求。

3. 对于在立案时不能确定争议内容是否属于行政争议的,可做风险提示,受理案件并审理。在审理中,只需审理民事争议内容部分,对于行政争议内容部分不予审理,可在仲裁裁决中说明理由,建议向有关人民法院提起行政诉讼解决。

(六)最高人民法院的司法解释能否作为 PPP 项目合同性质认定的依据?

2014 年 12 月 30 日,《财政部关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》(财金〔2014〕156 号)规定:在 PPP 模式下,政府与社会资本是基于 PPP 项目合同的平等法律主体。《财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南(试行)的通知》(财金〔2014〕113 号)第 28 条规定,在项目实施过程中,按照项目合同约定,项目实施机构、社会资本或项目公司可就发生争议且无法协商达成一致的事项,依法申请仲裁或提起民事诉讼。

2015 年 5 月 1 日,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(已失效)第 11 条规定,行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政协议;公民、法人或者其他组织就政府特许经营协议等行政协议提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。这意味着,司法解释把 PPP 项目合同性质界定为行政协议,走行政诉讼程序。

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第 51 条规定,特许经营者认为行政机关作出的具体行政行为侵犯其合法权益的,有陈述、申辩的权利,并可以依法提起行政复议或者行政诉讼。

显然,上述司法解释和通知规定对 PPP 项目合同的定性是不一致的,存在两种截然不同的观点。那么,司法解释出台后,法院对审理 PPP 项目合同纠纷案件的定性又是如何呢?

例 1:阳江市海陵岛经济开发试验区管理委员会与阳江市新科实业投资有限公司合同纠纷上诉案〔(2010)粤高法民二终字第 43 号〕。^①

广东省高级人民法院终审认为,从合同主体来看,虽然海陵岛管委会为行政机关,但合同相对人新科公司在订立合同及决定合同内容等方面仍享有充分的意思自治,并不受单方行政行为强制。合同内容包括具体的权利义务及违约责任,均体现了双方当事人平等、等价协商的合意;至于本案合同涉及的相关行

^① 例 1 至例 3,检索自中国裁判文书网。

政审批和行政许可,属于合同的组成部分,为合同履行行为之一,不能决定合同的性质。从本案合同的目的、内容、订立和履行等方面看,合同具有明显的民商事法律关系性质,应当定性为民商事合同。

例2:河南新陵公路建设投资有限公司与辉县市人民政府管辖纠纷案。
[(2015)豫法民一初字第1-1号、(2015)民一终字第244号]

河南省高级人民法院一审认为,开发项目的主要目的为开发和经营新陵公路,设立新陵公路收费站,具有营利性质,并非提供向社会公众无偿开放的公共服务。虽然合同的一方当事人为辉县市政府,但合同相对人新陵公司在订立合同及决定合同内容等方面仍享有充分的意思自治,并不受单方行政行为强制,合同内容包括了具体的权利义务及违约责任,均体现了双方当事人的平等、等价协商一致的合意;本案合同并未仅就行政审批或行政许可事项本身进行约定,合同涉及的相关行政审批和行政许可等其他内容,为合同履行行为之一,属于合同的组成部分,不能决定案涉合同的性质。从本案合同的目的、职责、主体、行为、内容等方面看,合同具有明显的民商事法律关系性质,应当定性为民商事合同。

最高人民法院终审认为,本案是典型的“建设—经营—转让”模式(BOT模式)的政府特许经营协议。案涉合同的直接目的是建设河南省辉县市上八里至山西省省界关爷坪的新陵公路,而开发项目的主要目的为开发和经营新陵公路,设立新陵公路收费站,具有营利性质,并非提供向社会公众无偿开放的公共服务。虽然合同的一方当事人为辉县市政府,但合同相对人新陵公司在订立合同及决定合同内容等方面仍享有充分的意思自治,并不受单方行政行为强制,合同内容包括了具体的权利义务及违约责任,均体现了双方当事人的平等、等价协商一致的合意。本案合同并未仅就行政审批或行政许可事项本身进行约定,合同涉及的相关行政审批和行政许可等其他内容,为合同履行行为之一,属于合同的组成部分,不能决定案涉合同的性质。从本案合同的目的、职责、主体、行为、内容等方面看,合同具有明显的民商事法律关系性质,应当定性为民商事合同,不属于2017年修正的《行政诉讼法》第12条第11项、《最高人民法

院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(已失效)第11条第2款规定的情形。辉县市政府主张本案合同为行政合同及不能作为民事案件受理,没有法律依据。

例3:北京北方电联电力工程有限责任公司与乌鲁木齐市交通运输局其他合同纠纷案[(2014)民二终字第40号]。

最高人民法院终审认为:交通局行政主体的身份并不必然决定本案为行政纠纷,BOT协议中交织着两种性质不同的法律关系,在民事合同关系中的双方当事人,是相关行政法律关系中的行政主体和行政相对人,双方主体重叠,不能因此否认双方民事合同关系的存在及独立性。争议法律关系的实际性质,不能仅凭一方主体的特定身份确定,需判断争议是否与行政主体行使行政职权相关。本案当事人间就回购款支付依据发生的争议,不涉及具体行政行为,有关回购原因的行政行为与回购争议本身相互独立,对回购依据的争议,独立于相关协议终止前的行政行为,属于民事纠纷。

例4:2015年11月19日,最高人民法院发布第11批指导案例53~56号,都与PPP项目纠纷有直接或间接的关联。例如,指导案例53号福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案,就明确了“特许经营权的收益权可以质押,并可作为应收账款进行出质登记”的裁判要点。从这批案例的案号及裁判思路来看,最高人民法院也认定了PPP参与各方因项目合同发生纠纷属于民事纠纷范围。

据此,在PPP案件的司法解释出台后,由最高人民法院终审裁判的PPP案件也与该司法解释的规定不一致,多数都把PPP案件认定为“民商事合同”,不是行政合同。于是,我们从判例中可以得出:PPP项目合同纠纷适用民商事诉讼或仲裁程序,不适用行政诉讼程序,但满足行政合同构成的法定条件的案件除外。因此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(已失效)不能作为PPP项目合同性质认定的依据,应跟国际接轨,把PPP项目合同界定为民商事合同。

二、仲裁 PPP 案件应当坚持的司法原则

当前,在缺少 PPP 法律的情况下,面对 PPP 项目运行中可能出现的法律风险,仲裁庭应当秉持严格规范与鼓励交易相结合的原则,合理确定 PPP 案件的审理规则,妥适平衡政府、社会资本方、利益相关方、社会公众的合法权益,做到以下三点:

1. 坚持执行法律与贯彻政策相统一。在仲裁 PPP 案件中,不仅要严格执行现行法律、行政法规和司法解释,而且要充分掌握中央及地方 PPP 政策的出台背景和具体规定,将政策精神与法律要求融会贯通,将政策精神切实贯彻落实到 PPP 案件的仲裁工作中,努力做到法律效果、社会效果与政治效果的统一。

2. 坚持产权平等保护原则。要正确理解 PPP 的契约精神和市场观念,贯彻落实 2016 年《中共中央、国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》和《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意見》,合理认定地方政策和有关部门在 PPP 项目中作出的政策承诺的效力,承认合法有效的 PPP 协议效力,对于政府以换届、领导人员更替等理由违约毁约的,依法不予支持。对于因政府或社会资本方单方违约造成的损失,依法仲裁违约责任。

3. 坚持利益衡量原则。在 PPP 案件审理中,要充分考虑 PPP 全生命周期的理念,既要关注政府方的利益,切实减轻政府负债,又要保护社会资本方的利益,保护社会资本方的投资权益。PPP 是全新的公共服务提供方式,除涉及政府和社会资本的经济效益,还涉及政府和公众的社会效益,要坚持维护社会公共利益的原则,对于社会资本方侵犯社会公共利益的行为作出否定性评价,同时对于政府以社会公共利益之名侵犯社会资本方利益的行为予以合理限制,努力寻找各方当事人利益的共同点和平衡点,有效化解纠纷。

三、关于 PPP 项目合同效力问题的认定

在 PPP 合同引发的纠纷中,合同效力问题常成为当事人争议的焦点问题,

当事人往往以违反现行法律、行政法规的强制性规定为由主张 PPP 协议无效。因此,在仲裁中应注意以下问题的认定:

问题 1:关于特许经营权取得效力问题的认定。根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第 14 条的规定,特许经营权的取得,须经县级以上人民政府授权。由县级以上政府授予实施机构,实施机构转授予社会资本,才能保证其合法性。依据《政府采购法》等规定,特许经营权只有通过竞争性程序(包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商)取得,才能保证有效性。

问题 2:关于政府解除特许经营权效力问题的认定。特许经营权的授予系政府作出的具体行政行为,政府因此有解除特许经营合同的权利,但在作出解除之前应当依照《行政许可法》第 47 条“行政机关在作出行政许可决定前,应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利”的规定执行,不能未经听证就向相对方直接发函解除。未经听证程序收回特许经营权的行政行为无效。也就是说,如果政府未经听证程序擅自收回特许经营权,社会资本可以拒绝执行。

问题 3:关于两个特许经营权发生冲突时效力问题的认定。当两个特许经营权发生冲突时,范围以在先的为准,期限以实际为准。因此,特许经营权应该明确,并与相关文件保持一致,避免约而不明。

问题 4:关于特许经营权排他性效力问题的认定。特许经营权并不天然具有排他性,社会资本获取 PPP 项目特许经营权时,只有 PPP 项目合同明确约定排他性,才具有排他性。社会资本按照合同约定可取得排他性的特许经营权,该排他性是政府发展当地基础设施及公用事业支付的相应对价,并不违反法律强制性规定。因此,在取得特许经营权时,应该明确特许经营权是否具有排他性,以及排他的范围和对象。

问题 5:关于社会资本方资质效力问题的认定。对社会资本方参与 PPP 项目是否必须具备施工企业资质,存在不同观点。一种观点认为,社会资本方必须具备施工资质,否则 PPP 协议无效。另一种观点认为,社会资本方无须具备施工资质,PPP 协议并不因此无效。笔者认为,认定需要区分情况:如果 PPP 协议包含工程建设的内容,社会资本方应具备相应的施工资质,或者通过联合体

投标,以符合资质规定;如果 PPP 协议不包含工程建设的内容,则社会资本方无须具备施工资质。

问题 6:关于招投标效力问题的认定。《传统基础设施领域实施政府和社会资本合作项目工作导则》规定以公开招标、邀请招标、两阶段招标、竞争性谈判等方式确定社会资本方,由此带来的问题是包含工程建设的 PPP 项目未经招投标时合同效力如何认定。如果合同内容中包含建设工程施工,则该合同属于法定的必须强制招投标的项目,PPP 协议未经招投标的,该协议无效。实践中,对于包含建设工程施工内容的 PPP 协议,经过招投标确定了社会投资方,施工合同是否还需进行二次招标?《传统基础设施领域实施政府和社会资本合作项目工作导则》规定,已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供的,可以不进行招标。既然社会资本方同时作为施工方,之前已经履行了招投标程序,在施工环节再履行招投标程序已无必要,也不符合 PPP 协议订立的目的。因此,在此情形下未经二次招标的,施工合同并不因此无效。

问题 7:关于土地效力问题的认定。PPP 协议中对于土地进行捆绑运作,土地使用权未经招拍挂程序的,该协议效力如何认定?实践中对此争议较大。根据 2016 年《产业用地政策实施工作指引》的规定,采用 PPP 方式实施项目建设时相关用地需要有偿使用的,可将通过竞争方式确定项目投资主体和用地者的环节合并实施。该规定系对 PPP 项目中土地出让的特殊规定,可以认可该协议的效力。

问题 8:关于政府承诺效力问题的认定。在 PPP 项目中,一些地方政府会作出一定的优惠或奖励承诺,对该承诺的效力如何认定?实践中存在两种观点:一种观点认为,该承诺属于行政允诺,应认可其效力。另一种观点认为,政府的优惠或奖励超越其职权,该承诺无效。笔者认为,对此需要予以区分,如果政府的优惠或奖励违反了法律、行政法规规定的强制性规范,比如违反税收规定减免税收,或者造成国有资产流失,或者在旧城改造中以土地出让金收益作为奖励,该政府承诺无效。如果政府的优惠或奖励并不违反法律的强制性规定

和社会公共利益,基于允诺禁反言原则,该承诺应为有效。

四、关于 PPP 项目合同关联问题的认定

PPP 项目由一系列相关合同组成,涉及五种以上合同的签约,包括项目公司与运营方之间的出资协议、运营合同,项目公司与实施机构之间的特许经营协议、政府购买服务协议,项目公司与施工方之间的施工合同,以及实施机构与施工方之间的合同转让协议等。各合同之间形成的关联关系及法律关系的确定将成为仲裁审理的难点,主要是:

(一) 合同的关联性问题

例如,在 PPP 项目合同中,政府授权成立的项目公司(SPV)与社会资本方签订了 PPP 项目合同,项目公司又与社会资本方指定的第三人签订了建设工程施工合同,那么,对于 PPP 项目合同与建设工程施工合同的关系应当如何界定?当 PPP 项目合同终止时,涉及工程款的结算与垫资款本金及利息的返还是否属于同一法律关系?对此,一种观点认为,工程施工合同系履行 PPP 协议中必须完成的一项工作,故建设工程施工合同依附于双方签订的 PPP 合同,工程款的支付与垫资款的支付应当一并处理。另一种观点认为,建设工程施工合同与 PPP 合同有事实上的关联但并不存在依附关系,垫资款的支付与工程款的支付可以分别处理。具体应当如何处理?笔者认为,应当看 PPP 项目合同中是否对建设工程施工合同作出特别的约定。如果没有特别约定,则应认定两份合同为彼此独立的合同。

(二) 投标保函问题

在 PPP 项目运作中,政府要求投资人出具见索即付的投标保函,政府与投资人之间的争议约定仲裁,政府依据保函规定的条款提出索赔要求,是否受仲裁条款的约束?对此存在两种观点。一种观点认为,投标保函属于从合同,需要受主合同的约束,应受仲裁条款约束。另一种观点认为,见索即付保函中担保人的赔偿义务是第一性的,不受主合同的约束。笔者认为,对于投标保函争议,与政府和投资人之间的争议属于同一法律关系,两者是主合同与从合同的

关系,应受主合同仲裁条款的约束。

(三) 施工合同发包人的确定问题

政府与社会资本方签订了 PPP 合同,项目公司与承包人签订了施工合同,此时施工合同的发包人为谁?一种观点认为,政府和社会资本方为施工合同的发包人。另一种观点认为,项目公司为施工合同的发包人。笔者认为,PPP 合同与施工合同是相互独立的合同,此时应认定项目公司为施工合同的发包人。

(四) PPP 收益权质押问题

对于特许经营权能否出质的问题,最高人民法院发布的第 11 批指导案例 53~56 号的第 53 号指导性案例福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案给予了明确,特许经营权的收益权可以质押,并可作为应收账款进行出质登记。实践中,PPP 项目的收益权能否质押,没有明确的法律规定。笔者认为,比照第 53 号指导性案例的规定,对 PPP 项目收益权质押应认可其效力。该 PPP 项目收益权质押应当按照《物权法》的规定,在中国人民银行征信中心的应收账款质押登记公示系统进行公示。同时,PPP 项目收益权质押的实现不同于一般的权利质押,其权利质押必须在项目建设完成、项目收费经过审批后才能设定。质权人优先受偿无须经过折价、拍卖、变卖等手段,可以直接通过仲裁或者诉讼请求向债务人收取金钱优先受偿其债权。

五、当前 PPP 项目合同出现的主要纠纷^①

(一) 在 PPP 项目合同纠纷中,特许经营权授予主体不明确,其效力该如何认定?

【案情】2012 年 7 月,德亨公司与 A 县住建局签订《管道燃气特许经营协议》,约定 A 县住建局在协议签订后 10 日内发放特许经营授权书。但协议签订后,除 A 县政府各职能部门在参与纠纷处理时为德亨公司办理了相关批准

^① 纠纷选自笔者代理的案件,由于仲裁具有保密性,在此略去出处及主体实名。

手续外,A 县住建局一直未给予德亨公司授权书。嗣后,德亨公司在 2014 年主张权利,请求确认双方签订的《管道燃气特许经营协议》无效,并请求赔偿经济损失。

【分析】本案争议的焦点是,PPP 项目特许经营协议在无证据证明经政府授权时是否有效,德亨公司的请求能否得到支持。根据 2015 年 6 月 1 日施行的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第 14 条的规定,县级以上人民政府应当授权有关部门或单位作为实施机构负责特许经营项目有关实施工作,并明确具体授权范围。也就是说,PPP 项目特许经营权须经县级以上政府授予才能取得。其他任何部门或单位未经政府授权不得进行特许经营项目的有关工作。

本案发生于办法规定之前,不受本规定约束。A 县住建局作为市政公用事业的相应主管部门,具有完全的行为能力,在与德亨公司签订《管道燃气特许经营协议》时,虽未取得 A 县政府的书面授权,但在协议签订后,A 县政府各职能部门为德亨公司办理了相关批准手续,德亨公司也进行了部分工程建设。同时,A 县政府以协调会等形式也参与了相应纠纷的处理。这些事实证明 A 县政府对《管道燃气特许经营协议》的签订是明知的,并且双方在签订《管道燃气特许经营协议》时,法律法规并未规定特许经营需要经相关部门审批。因此,双方的签约行为在办法规定出台前,并未违反法律法规禁止性规定,其签约行为有效,受法律保护。据此,德亨公司的请求证据不足,不予支持。

(二)在 PPP 项目合同纠纷中,PPP 项目未经竞争性程序授权,其审批行政行为是否有效?

【案情】2012 年 10 月,M 公司在取得城市供热经营企业许可证后,于 11 月向 B 市发改委提交《集中供热工程可行性研究报告》,B 市供热管理处原则上同意由 M 公司在建设区域内承担供热任务。2013 年 4 月 12 日,B 市发改委作出批复,同意实施 M 公司集中供热工程。同年 5 月 20 日,M 公司取得 B 市规划局供热工程建设用地规划许可证。2014 年 3 月 16 日,B 市住建局未采取公开招标择优的方式,背着 M 公司又以审批的方式将该区域供热特许经营权许可给 N 公司,并由 N 公司对该区域开发建设。嗣后,M 公司在得知情况后向 B

市仲裁委员会主张权利,要求确认 B 市住建局审批行政行为无效。

【分析】本案争议焦点为 B 市住建局以行政批复方式授予 N 公司供热特许经营权是否有效。

特许经营项目须经招投标竞争程序授权才能取得。本案 B 的行政行为涉及供热特许经营权许可,属于《基础设施和公用事业特许经营管理办法》调整的范围,应当依照法定程序,通过公开招标等公平竞争的方式实施许可。M 公司系供热经营企业,为了对 B 市开发建设的区域楼盘实施供热,其提出集中供热工程建设项目可行性研究报告,B 市发改委于 2013 年 4 月 12 日批复立项。同年 5 月 20 日,M 公司取得 B 市规划局关于集中供热工程建设用地规划许可证。M 公司投入建设成本,进行了集中供热工程建设。在此情况下,B 市住建局未按规定进行政府采购,就选择社会资本合作,于 2014 年 3 月 16 日以审批的方式将该区域供热特许经营权许可给 N 公司,其行政行为违反法定程序,违反 PPP 项目的禁止行为。因此,授予 N 公司供热特许经营权的审批行为无效。M 公司主张成立,应予支持。

(三)在 PPP 项目合同纠纷中,政府不经听证,单方发出《合同解除通知函》的行为,是否具有合法性?

【案情】2009 年 6 月 11 日,C 市政府与 D 集团公司就天然气利用项目工程的投资建设签订了《C 市天然气利用项目合同》。此后,D 集团公司及下属的 E 公司在天然气利用项目工程的建设和经营中,因资金、燃气供应、燃气费的收取等,与相关单位、个人发生纠纷,政府及有关部门为此进行协调解决,有的则发生了仲裁。2011 年 8 月 20 日,C 市政府向 D 集团公司、E 公司送达《合同解除通知函》称:通知函送达之日起,即解除合同,发生法律效力。同日,C 市政府向 C 市建设局出函《关于同意接管 D 集团公司及 E 公司在 C 市城市燃气供应运营业务的批复》。同日,C 市建设局向 D 集团公司、E 公司发出《接管通知书》,告知由 C 市建设局接管 D 集团公司、E 公司在 C 市城市天然气供用气的经营业务,并告知有要求听证的权利。2011 年 8 月 25 日,E 公司向 C 市建设局提出听证申请,要求对其作出的接管通知依法举行听证会,并向 C 市政府出具复

函,认为 C 市政府单方解除合同不符合法律规定,已严重违约,将随时追诉政府的违约责任。2011 年 9 月 21 日,E 公司在听证会上表达了不同意接管的意见。同日,C 市建设局向 D 集团公司、E 公司送达了《关于全面接管 D 公司在 C 市天然气供应经营权业务的决定书》(以下简称《接管决定书》)强行接管。嗣后,D 公司和 E 公司不服《合同解除通知函》及《接管决定书》,向 C 市仲裁委员会主张权利,要求认定 C 市政府行政行为无效。

【分析】特许经营权的授予系政府作出的行政行为,根据相关法律法规、政策及约定,政府方与社会资本签订 PPP 特许经营权协议,政府有解除合同的权利。但是,在解除特许经营权之前应当依照《行政许可法》第 47 条“行政机关在作出行政许可决定前,应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利”的规定执行,而不能像民事合同那样,单方依照合同法的相关规定向对方直接发函解除。

本案 C 市政府与 D 公司就 C 市天然气利用项目工程的投资建设签订的《C 市天然气利用项目合同》,其性质属于政府特许经营协议,系 C 市政府在天然气开发利用领域与 D 公司签订行政合同,授予其建设供气公共管网及其附属设施项目并提供公共产品的特许权。在特定条件下,行政主体对行政合同有单方面的变更或者解除权,有对相对人违反合同的制裁权,但其事实、法律依据以及程序皆应符合法律、法规的相关规定。解除特许经营协议、取消特许经营权,属于对相对人的权益产生重大影响的行政处罚事项。C 市政府在作出《合同解除通知函》之前,应当依法告知 D 公司与 E 公司,听取 D 公司与 E 公司的陈述、申辩,并告知其有要求举行听证的权利。D 公司与 E 公司要求听证的,应当组织听证。C 市政府在未履行告知义务的情况下,就发出《合同解除通知函》的行为,剥夺了相对人 D 公司与 E 公司的陈述、申辩和举行听证的权利,其行为违反了法定程序,构成违法解除。

作为行政合同,政府特许经营协议在当事人地位、合同内容、适用的法律规则等方面均不同于民商事合同。在民商事合同中,当事人一方依照合同法的相关规定向另一方发出解除合同通知的行为是不违法的。但是,在行政合同中,

合法的行政行为不仅要有充分的事实和法律依据,而且要遵循法定的程序。在行政行为的履行阶段上,终止特许经营协议属于特许经营项目接管的前置行政行为,是实施特许经营项目接管的前提条件。前置行政行为不合法,以其为依据的后续行政行为则不合法。因此,C市政府作出的《合同解除通知函》存在程序违法,解除无效。

(四)在PPP项目合同纠纷中,当特许经营授权范围发生冲突,是否以属地在先原则进行确认?当PPP特许效力未经约定,政府是否有权授予排他性?

【案情】2008年7月20日,经A市批准,在B区成立海峡科技园管委会,2009年5月13日,B区政府成立C投资公司,2010年3月20日,管委会与D燃气公司就管道燃气入园经营签订《合作框架协议》。2010年9月15日,B区人民政府根据《市政公用事业特许经营管理办法》第3条的规定,授权B区市政管理局作为主管部门与E公司签订《B区管道燃气特许经营协议》,约定:特许经营权行使地域范围为海峡科技园行政区域内。2011年1月21日,B区人民政府批复同意B区海峡科技园燃气利用专项规划。E公司按照特许经营协议及专项规划的要求在海峡科技园行政区域内组织投资建设,进行管道建设等工作。2011年8月6日,管委会又作出《授权委托书》,授权C投资公司代表管委会与F燃气公司签订《海峡科技园管道燃气特许经营协议》。嗣后,F燃气公司在掌握情况后,向当地仲裁委员会主张权利,请求撤销B区人民政府赋予E公司管道燃气特许经营权的具体行政行为,请求确认B区市政管理局与E公司签订的《特许经营协议》无效。

【分析】本案涉及的争议焦点如下:第一,同一个特许经营项目先后受到两个政府部门的授权,即B区政府授权范围与海峡科技园管委会的授权范围相冲突,应以哪一范围为准;第二,政府是否有权授予排他性的特许经营权。

1.关于同一个特许经营项目先后受到B区政府授权和B区海峡科技园管委会授权产生的授权范围冲突,应以哪一个为准的问题。

(1)B区海峡科技园管委会位于B区行政管理区域内,属于B区人民政府的行政管辖范围,依照我国《城镇燃气管理条例》第4条、第5条之规定,应由B

区人民政府市政管理局进行属地管理。因此,B区人民政府在自己管辖的行政区域范围内,有权与E公司签订《B区管道燃气特许经营协议》,其依法赋予E公司特许经营权的行为不属于超越职权的行为。

(2)B区人民政府授予E公司管道燃气特许经营权的时间是2010年9月15日,而F燃气公司当时还没有成立。

(3)B区人民政府授予E公司管道燃气特许经营权的时间早于F燃气公司成立的时间(F燃气公司于2011年3月11日成立)和海峡科技园管委会于2011年3月18日授予其特许经营权的时间。

(4)海峡科技园管委会不顾E公司和D燃气公司已经取得B区辖区内管道燃气特许经营权的事实,又授权C投资公司与F公司签订《海峡科技园管道燃气特许经营协议》,该协议特许经营的辖区与E公司和D燃气公司经营的辖区重叠。

(5)根据《民政部关于行政区划调整变更审批程序和纪律的规定》的规定,行政区划调整变更,是指县级以上行政区划单位的设立、撤销、隶属关系的变更、更名、区域界限的调整以及政府驻地的迁移等事项。上述调整有严格的审批程序。现F公司没有任何证据证明B区的行政区划已进行调整。因此,F公司主张B未将海峡科技园的管道燃气特许经营权排除在其赋予第三人E公司特许经营权范围之外,属超出职权的行为,没有事实和法律依据。

本案中,主要依据《城镇燃气管理条例》规定的属地管理进行授权,根据《民政部关于行政区划调整变更审批程序和纪律的规定》的规定,行政区域未经法定程序变更,当地政府就具有本辖区内的特许经营授予权;海峡科技园管委会虽然代表政府有权在海峡科技园授予燃气特许经营权,但在B区政府已经授予E公司特许经营权在先的情况下,依然将已被授予的特许经营权再次授予F公司,其行为已违反法律规定,故对F公司的请求不予支持。

2. 关于政府是否有权授予排他性的特许经营权的问题

特许经营权授予是政府向社会资本支付的一种投资对价,其中最重要的便是独占性授权。那么,政府是否有权进行排他性授权,特许经营权是否天然就

具有排他性呢? 特许经营权并不天然具有排他性。社会资本获取 PPP 项目特许经营权时, 只有 PPP 项目合同明确约定排他性, 才具有排他性。社会资本按照合同约定可取得排他性的特许经营权, 该排他性是政府发展当地基础设施及公用事业支付的相应对价, 并不违反法律强制性规定。

《城镇燃气管理条例》第 15 条规定, 国家对燃气经营实行许可证制度。《市政公用事业特许经营管理办法》第 2 条规定: “本办法所称市政公用事业特许经营, 是指政府按照有关法律、法规规定, 通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者, 明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。城市供水、供气、供热……等行业, 依法实施特许经营的, 适用本办法。” 据此, 国家对燃气经营实行许可证制度, 燃气经营属于公用事业特许经营范畴。公用事业特许经营权不是通过行政审批即可获得, 而是政府通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者, 然后通过合同或者其他方式明确政府与获得特许权的企业之间的权利义务, 政府作为协议的一方除了按照国家相关法律、法规、规章履行管理职责外, 还要承担协议中约定的责任, 获得特许权一方则需按照特许经营的区域、范围、期限从事经营。为避免重复建设和无序竞争, 管道燃气经营实行区域性统一经营。

本案争议合同涉及的天然气建设项目投资大、建设周期长、收益回报慢、安全运营风险大, 为避免重复建设, 便于规范管理, 双方在涉案合同中明确约定, “B 区政府同意将经营权出让给 E 公司, 独家经营天然气”。该独家经营权对 B 区政府来说, 是获得投资所支付的对价; 对 E 公司来说, 是投资所获得的回报。对此, F 燃气公司主张合同无效排他性的理由不成立。

(五) 在 PPP 项目合同纠纷中, 政府中途擅自将特许经营权再次授予第三方, 其后授权的单位的特许经营权该如何处理?

【案情】2010 年 4 月 23 日, A 县政府授权该县建设局与 B 公司签订《A 县管道燃气特许经营协议书》; 在期间未发生任何撤销特许经营权情况下, 2013 年, 因县领导变动, A 县政府又与 C 公司签订了《特许经营合同》, 且两份特许经营权地域及期限基本一致。B 公司在得知情况后, 认为后授权行为侵权, 于

是申请仲裁,要求撤销 C 公司的特许经营权,并赔偿由此造成的损失。

【分析】本案争议的焦点是:政府违反特许经营权授予程序,将先前已授出的特许经营权再次授予第三方,其后授权的单位的特许经营权该如何处理。

A 县政府中止 B 公司的特许经营权,将该经营权授予 C 公司,系属擅自改变已生效的行政许可的行政行为,违反法定程序,亦损害了 B 公司的信赖利益,该行政行为违法;但是,行政行为违法,并不必然被撤销。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000 年版,已失效)第 58 条规定,被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。本案中的 B 公司已经依据特许经营权完成了大量投入,建设已近完工。考虑到 C 公司更符合政府行政管理目的,更有利于实现行政管理职能,维护公共利益,可不撤销该行政行为,但应由行政机关给予 B 公司合理的经济赔偿。

最后一点建议,贸仲委的仲裁员完全有能力胜任 PPP 项目合同案件的仲裁工作。虽然贸仲委的对外影响通过每年举办的仲裁周活动在不断扩大,但就案件市场占有的份额来说远远不够,还需借助网络媒体、政府招商会、贸促会、工商联大会、总商会、律师协会、“一带一路”沿线国等各种活动广泛宣传贸仲委的仲裁成果,扩大贸仲委在国际上的影响力。通过宣传,要让更多的国企、大型民企、外企(包括国内的和走出去的)都知晓中国贸仲委是一个受理国内外大案要案的仲裁机构,都愿意在签订合同时,在合同上明确约定,“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均提交中国国际经济贸易仲裁委员会或分会(仲裁中心)进行仲裁。且仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力”。

最密切联系原则在仲裁中的可适用性及适用方法

田雨酥^{*}

摘要:最密切联系原则作为近年来活跃在国际私法领域的法律选择方法,一直因其灵活性及适用结果的公正性为理论界及实务界不断推理演绎,以探求最佳适用方式,同时也因其理论架构与实际操作方式的诸多缺陷被不断诟病。人们之所以坚持对最密切联系原则进行补正并从未停止讨论,正是因为认可了其完整实现后能够带来的巨大法律价值与社会效果收益。本文在当前制度架构及实践情况的基础上,对可使最密切联系原则实现最大化价值转化的仲裁领域进行探寻,从解析最密切联系原则存在的实际问题入手,在分析其与仲裁制度共同的价值取向及仲裁制度对于最密切联系原则的天然相容性后,就仲裁案件裁判者运用最密切联系原则进行法律选择的相关问题进行研究,得出最密切联系原则在仲裁制度中具有良好适用性的结论,并提出了在仲裁实践中适用最密切联系原则的理论方法。另外,文章对裁判者适用最密切联系原则时应考虑的因素进行了不完全列举,以期充实该原则的理论素材。

关键词:最密切联系原则 自由裁量权 法律选择方法

一、最密切联系原则的发展与“瓶颈”

(一)最密切联系原则的发展背景

最密切联系原则是冲突法领域一个非常重要的法律选择方法,它起源于萨

^{*} 田雨酥,中国国际经济贸易仲裁委员会案件经办人。

维尼的法律关系本座说,正式衍生于美国学者里斯在总结美国国际私法理论和实践基础上所提出的最密切联系说,并最终在《第二次冲突法重述》中正式面世。最密切联系原则因其法律选择方式内在的灵活性、适用结果的公正性、与法官自由裁量权相呼应等特点迅速得到推广普及,从而引发了一场世界范围内冲突规范及相关立法的变革。最密切联系原则是在20世纪新技术革命加快国际社会交往、涉外民商事法律关系日趋复杂、实用主义哲学影响力扩大以及法官的自由裁量权得到重视并不断扩大的背景下,^①为使国际私法内容符合跨国社会关系的性质,^②以法官自由裁量权为立足点而建立的。最密切联系原则是冲突法领域普遍主义(如萨维尼的法律关系本座说)与特殊主义(如胡伯的国际礼让说、柯里的政府利益分析说)冲突下的一种折中方式,它将国际私法的连接点由僵硬向灵活转变:从案件中构成法律关系的诸多因素及其互相之间的联系出发,赋予法官自由选择法律的权力,要求法官“在审理涉外民商事案件时,舍弃原来单一、机械的连接因素来决定适用法律的做法,考量并权衡各种与该案当事人具有联系的因素,综合分析与该法律关系有关的各种因素,从质和量两方面对主客观连接因素进行衡量,寻找与确定一个国家或法域与案件的事实和当事人有最直接、最本质、最真实的联系”。^③

在涉及冲突法领域的诸多理论与学说中,最密切联系原则因其产生和发展都根植于美国法官具有较大自由裁量权和法官团体具备较高素质的法律文化之中,而充分展现了对于自由裁量权的尊重,并以极高的灵活性为实践精神。一方面,承认了主权国家(或在美国法律环境下的自治州)在冲突规范中的地位,将法官在选择法律时可能遇到的有利或有碍因素(如适用成本、公共政策及适用法律查明的容易程度)纳入考虑之中;另一方面,最密切联系原则不像传统特殊主义学说那样过分抬高国家或自治地方区域主权及权力的地位,也没

① 参见徐伟功:《从自由裁量权角度论国际私法中的最密切联系原则》,载《法学评论》2000年第4期。

② 参见吴一鸣:《国际私法中的比较法学派:从实然走向应然》,载《西南政法大学学报》2009年第4期。

③ 杜新丽:《从住所、国籍到经常居住地——我国属人法立法变革研究》,载《政法论坛》2011年第3期。

有如政府利益分析说那样将本国及本州法律法规推至几乎最终必须适用的高度,而是以裁判者的裁量判断及内心确信为出发点,要求法官以开放平等的态度去考虑与本案最密切相关的各种因素,以最终确定法律的适用,这样就从原理上克服了特殊主义学说及原则为保护本国利益而无限提升本国法律地位而易导致有碍国际关系发展的缺陷。最密切联系原则是法律实践的功能适应需求及理论分析需求相互协调的成果,故而在概念及理论构架上呈现出试图兼顾法律选择稳定性与灵活性的双重特征。

(二)最密切联系原则存在的问题

法律学界及实务界从不吝于对最密切联系原则进行称赞或指责,相关的讨论及演绎也从未停止,都因其展现出对实现终极公平正义的强大探索能力、活力,但又同时存在诸多适用层面上的问题。最密切联系原则所受到的诸多质疑,多是因为其不完善的理论架构以及难以完美操作的实践路径。

里斯在《第二次冲突法重述》中,并没有对最密切联系原则作出一个明确清晰的定义及概念外延论述,仅在第2条提及“重要联系”,在第6条以州冲突法优先适用为前提,论述了最密切联系原则适用时应考虑的因素。里斯没有对最密切联系原则进行完整的理论架构,更未给出具体的、如何适用该原则进行法律选择的路径。在里斯的观点中,最密切联系原则是一个方法,而不是一个规则。里斯亦认为《第二次冲突法重述》中所列举的是适用最密切联系原则时应加以考虑的因素,但这些因素并不是决定最密切联系法律的全部或前置性理由。^① 一个可适用的方法应当最终为形成相应规则而服务,但到目前为止,最密切联系原则仅停留在观念、价值取向乃至“考量因素”等初步概念层面。为使最密切联系原则能够真正发挥其灵活性及正义性的优势,国内外学者及法律实践参与者对其进行了大量的演绎及解释,但最终并没有形成一个完整的理论体系或实践累积出的经验规则。甚至当我们拆分最密切联系原则进行字面解读,“最密切”“联系”等概念的外延,在国际甚至内国法层面都没有发展出一个

^① See Willis L. M. Reese, “Choice of Law: Rules or Approach”, 57 *Cornell L. Rev.* 315, 1972, p. 320. 方杰:《“最密切联系原则”考证》,载《比较法研究》2013年第2期。

为绝大部分人认可的通说。可以说,最密切联系原则的准确界定就如其所要进行的法律适用过程一样,仅存在于判断者基于自身内心形成的确认中。

伴随缺乏完整理论体系的,是最密切联系原则在司法实践中可操作性的孱弱。前文已述及该原则产生的基础,是美国司法领域强大的法官造法传统以及专业法官团队的独特法律文化。所以,一切试图将该原则简单移植到其他法域的粗暴尝试,则或产生法官能力不足、法律文化传统不同而导致的狭隘属地主义回归及国内法过度适用问题,或产生适用法律的结果被加剧不确定性及无法预见性的问题。在中国,涉外民事裁判中主要使用司法三段论进行法律选择,先分析并依照冲突规范,再查证并确定案件事实,继而加以论述并得出适用的准据法。当依照的冲突规范原则是最密切联系原则时,法官需要判断与案件密切联系地的法律,这个步骤便可能获得多个备选法律。在法官进行选择的过程中,即展现出最密切联系原则理由和根据的可变性。从考验法官能力的角度来看,他所选择的准据法不仅应与冲突规范的原则一致,还应与个案具体情况对应的法律事实一致,即为案件选择最适当的法律是适用该原则所需达到的效果。另外,如果不同国家的冲突规范体系出现矛盾,该被选择的法律还应经得起结合法律之外诸多价值因素的推敲及考量。在这样周密全面的考验之下,裁判案件实体本身的复杂程度,可能都不及选择法律过程中进行的多次往复推理的复杂程度。适用最密切联系原则选择法律是跳跃的,需要谨慎权衡的,随时需要面临转变的,在当前司法体系法官水平良莠不齐、内国及国际社会都缺乏国家乃至国际范围内统一裁判标准的环境下,要求所有裁判者依照前述复杂周密的推论,因分析出最密切联系地便必须放弃自己最了解的国内法不用转而去适用其他国家或地区法律,无疑在操作上阻碍重重。前述困难甚至还没有将国家主权思想及地区性政府利益性导向思维所带来的复杂因素纳入论述之中。

二、最密切联系原则在仲裁中具有良好的可适用性

(一)最密切联系原则与国际商事仲裁价值取向的一致性

最密切联系原则所蕴含的精神符合国际私法视角的一个最基本的价值,就

是要使国际社会各国及各国当事人的利益与合法权利得到平等的保护,从而以法律适用的最基本层面为裁判的实体正义与个案正义护航。最密切联系原则不拘泥于案件的起诉者或应诉者身份,不受限于所谓“政府利益”,而是由法官审理案件后认定适用何种法律最为适当,以平等保护及实现当事人权利。最密切联系原则反映了现代国际私法对僵硬的冲突法规范连接点进行软化及灵活化的趋势,对提高法律选择灵活性以及寻求实体正义的精神的需求,它的出现进一步探寻了冲突规范可以实现价值的潜能,程序正义与实体正义、裁判结果可预见性与个案处理的必须性等多种价值也得到了周全的兼顾。^①从法律传统精神看,最密切联系原则虽从美国起源,可谓从英美法系“出身”,但其以超越表面僵硬的实体法律而选择追求实质正义为价值取向,^②更贴近罗马法乃至大陆法系最终实现核心正义及公正裁判的精神。

反观早在古罗马《十二铜表法》就有记载的仲裁制度,它既不是法学家的创造,亦不是人为架构的制度,而是人们在社会实践中的创造。在世界范围内的发展过程中,仲裁制度以其公正高效等特点久为人道,并与尊重当事人意思自治的基石一道在价值取向层面不断促进仲裁的推广。为达成案件的个案正义,实现及保护当事人利益,仲裁制度自起源便发展出了“友好公断人”“依公允及善良原则”等裁判制度,以不受强制法约束的自由灵活的方式来解决当事人之间的争议。而现代仲裁制度的价值取向则是在公平与效率之间寻求平衡以公正、高效地解决双方之间的争议。^③无论裁判方式或者价值取向,最密切联系原则与仲裁制度都具有高度一致的内核精神,因而在价值层面的理论上,二者具有天然的相容性。

(二)司法实践中的自由裁量权问题在仲裁领域的治愈

自由裁量权作为司法独立及可实现公正的象征之一,一直都是英美法系国

^① 参见吕岩峰、吴寿东:《国际私法的和谐价值追求》,载《东北师大学报》(哲学社会科学版)2014年第2期。

^② 参见杜新丽:《国际私法中法律选择方法的价值探究》,载《政法论坛》2005年第6期。

^③ 参见李健男:《论瑞典的新仲裁机制——兼论现代国际商事仲裁的价值取向》,载《法学评论》2002年第4期。

家法官的一项固有权力。最密切联系原则根源于法官自由裁量的法律习惯,在该原则普及后,又在实践中反向赋予法官进一步的自由裁量权力。法官为了实现公平正义,根据个案情形在一定限度内行使自由裁量权,系经过裁判者自身价值判断之后作出的决定。但是,最密切联系原则因其理论缺陷,自身是无法直接指引裁判者在案件所涉多个因素中进行“最密切”因素的判断的,故其分析过程与结果全部依赖于法官的个人素质及专业知识储备。法官依据自由裁量权对于最适合案件的法律进行选择及适用,最终达到公平正义,可谓最密切联系原则的实践核心,而若不赋予法官充分的自由裁量权,最密切联系原则的法律选择灵活性便无法实现。

但是,在司法领域,法官自由裁量权却一直就是否应受到限制或约束以及限制的方式受到广泛的讨论。甚至在一段时间内,在最密切联系原则的正式发源地美国,很多法院适用该原则作出的法律选择及判决也曾遭受很多质疑。^①自由裁量是一个没有外界限制即必须要求法官具有极高素质才能发挥真正功能的司法工具,对于没有达到前述要求而带来的种种问题,不同法系国家及国际社会采用几种模式来对其进行修正。例如,美国遵循判例方法,以及《第二次冲突法重述》第6条、第145条给予的指导原则及列举;又如,大陆法系国家因历来不提倡法官意志随意加入法律的创立与解释,强调法律的明确及避免歧义,并认为法律确定性是法律基本精神及目的,故而自身冲突规范体系在受到最密切联系原则冲击后发展出“特征履行说”作为确定最密切联系的根据,以克服最密切联系理论带来的结果的不确定性与模糊性。^②再如,国际社会制定的对于不同法系精神所采取的折中规则,以《海牙国际货物销售合同法律适用公约》第8条为例,其既体现了自由裁量权的灵活性,又结合了特征履行说观点,对于自由裁量权的随意发挥加以限制。可以说,在法院司法实践中,法官自由裁量权被普遍认为是不可或缺的但同时又被施以诸多限制的权力。人

^① 参见范怡倩:《最密切联系原则与我国司法实践的完善——以贝考克诉杰克逊案为线索》,载《河北法学》2009年第2期。

^② 参见舒彤:《论国际私法中的最密切联系原则对自由裁量权的影响》,载《中山大学学报论丛》2004年第6期。

们既需要法官适用其法律专业素养和主观判定能力,尽其所能作出符合制度又能实现个案正义的法律选择及灵活性裁判,同时又担心该自由裁量的权力被滥用或得不到相应能力的支撑从而成为损害案件质量的毒药。但是,在仲裁制度中,前述久为人们讨论的诸多担忧却可以被自然治愈。

就仲裁庭的专业角度而言,当事人完全可以约定其信赖的、具有公认法律及行业专业能力的仲裁员进行法律判断。为达成个案正义,对仲裁员的风格、法律实践及学术观点,当事人也都可以事先进行了解。由于法官团体素质不平均,无法整体以“自由裁量”之方式确认法律,人们对此提出诸多限制方式的补正方法,但在实践中往往对诸多因素无暇周全权衡;而在仲裁制度中却可以通过对仲裁员的个案特殊约定而轻松解决上述困境。商事交易本身即以经济利益最大化为目的,基本不受民事、刑事等涉及社会公职能的价值取向影响,故其对于个案差异化以及个案正义的要求最为突出,而仲裁制度以当事人意思自治为基石的一个重要价值取向及社会实践基础,可以最大程度解决商事交易中作为“商人”的双方主体之争议。在案件程序伊始、实体裁判之初实现符合双方当事人要求的仲裁机构及裁判者的个案化,可以便捷地实现自由裁量权的个案正义与法律适用结果预期稳定性的和谐统一。

就仲裁裁判方式的灵活性而言,不必完全受限于内国民事诉讼法及其他法律规定的仲裁制度,可以支撑裁判者的自由裁量形成一个完整的、兼具稳定性和灵活性的认定过程。首先,当事人可以对仲裁案件程序进行具体约定,管理程序的相关规则便只能起到对于当事人该等约定的补充作用。这样做删减了部分当事人容易产生争议的程序事项,仲裁庭在进行法律适用选择时,不但可以进行整体把握,还较诉讼程序的法官掌握了更多可供判断的信息,从而更易找出符合案件实际情况的法律选择结果。其次,程序方面如证据规则、实体方面如确定当事人权利义务的国家法律或国际公约,仲裁庭较法官有更高的自治权和灵活度,即当发现对于规则适用的选择结果不一定最贴近个案正义,其可对于部分相关规则得到不完全适用的豁免,在一些法域甚至可以以“友好公

断人”身份不依照强制性法律或公约进行裁判,^①只要最后的结果能够实现双方当事人期待的公平正义。

三、最密切联系原则在仲裁中的适用方法

(一) 法律选择的逻辑与方法论

无论适用最密切联系原则还是其他方式,根本目的都是帮助裁判者寻找最适当的准据法。关于准据法的寻找,是寻找特定法域某部具体法律,还是寻找特定法域的法律体系,学界早有不同看法,^②但大都认为准据法的寻找需要经由冲突法的指引,并认为准据法需结合个案情况才能最终确定。就实践角度而言,仲裁案件面临的法律选择可能甚少涉及实体法规则与法律体系选择认知差异带来的裁判差异化,故不同裁判者之间即使存在学术分歧,对于仲裁庭判断案件准据法也应无明显阻碍。但是,前述学理分歧反映出的逻辑演绎过程,却值得仲裁实践者加以关注。准据法作为确定当事人权利义务的依据,其确定对于当事人而言至关重要。无论将准据法认定为某部特定法律抑或是法律体系,都应在选择及分析的过程中深入准据法的产生或创造过程,在运用冲突法规范时注入具体案件细节,才能指引正确的法律选择具体路径和演绎方式。^③如仅从概念推演至概念,则会陷入僵硬化、抽象化的法律判断错误,既无法在法律选择结果中反映出寻找法律的过程,也无法说服当事人其选择结果实现了个案权利义务的公正。美国著名法学家霍姆斯曾说过,“法律的生命从来不是逻辑,而是经验”。这种实用主义的观点非常适合最密切联系原则的实践,仲裁庭应善用自己专业的法律与行业知识及丰富的实践经验,全面深入考量案件与法律适用相关的全部细节,衡量多个适用结果带来的可能性,从而实现案件的个案

^① 参见英国《1996年仲裁法》第46条第1款b项,1981年《法国民事诉讼法》第1474条,《德国民事诉讼法》第105条。

^② 参见肖永平:《国际私法原理》,法律出版社2003年版,第90页;陈卫佐:《比较国际私法——涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》,法律出版社2012年版,第156页。

^③ 参见梁开银:《国际私法之准据法性质认识的发展——以法方法为视角的展开》,载《清华法学》2016年第3期。

公正。

相较于一般契约条款的法律适用判断,仲裁条款因其独立性以及所涉案件实体的复杂性而产生更多法律适用的争议。法律适用的不确定性,在国际商事仲裁协议中表现得尤为突出。^①对于同一合同应由同一法律规范进行整合调整,还是应由不同法律调整合同所涉不同事项,历史发展中形成了统一论与分割论两种观点。当前国际商事仲裁所涉当事人及法律关系愈加复杂,想要有效、平等地处理各方对于合同每个事项的争议,很多时候就无法期待通过同一法律来整合判断。从法律选择的理论出发,同一合同包含的不同事项往往无法通过统一的连接点或法律重心来寻找完全共同的标准。实践中,跨国当事人也常对于仲裁协议本身准据法及合同准据法进行不同乃至更细化的多种约定。出于便于实际解决相关问题的目的、便于更高效解决合同部分争议的目的,无论理论还是实践方面,分割论都更符合国际商事仲裁协议法律选择的需要,在现实中也得到了诸多法域的偏重。^②

(二)分割论下仲裁案件中法律选择的实践

在分割论的基础上,仲裁案件首先面临仲裁程序与案件实体适用法律的分割。对于案件的程序法的选择,绝大多数情况下,国际商事仲裁适用的程序法为仲裁地法。^③对于程序问题,案件将同时适用仲裁地法律(在中国环境下还特别强调“仲裁机构所在地”这一概念^④)和案件所适用的仲裁规则。当二者发生冲突时,双方当事人约定的仲裁规则效力亦高于仲裁地法律中的一般规则,但一些强制性法律规则除外。^⑤对于案件的实体法律选择,绝大多数情况下优先适用当事人合意选择的实体法律。当双方没有对适用的实体法律进行选择时,不同法域及国际性条约对此进行了不同规定:瑞士、德国、日本等国家要求

① See Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 410.

② See *Scudder v. Union National Bank*. 91 U. S. 406 (1875). 参见《欧共体关于合同债务的法律适用公约》第3条第1款。

③ 参见乔生:《国际商事仲裁程序的法律适用及其新发展》,载《现代法学》2003年第5期。

④ 《涉外民事关系法律适用法》第18条规定,当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。

⑤ 本文认为强制性法律应指效力性法律,在本文中不详述。

仲裁庭运用法律冲突规范确定案件适用的实体法;《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》和英国对仲裁庭施以授权,授权其选择适用合适的法律冲突规范,并进一步确定实体法律;法国、荷兰等国家则授权仲裁庭直接适用它们认为合适的实体法律,而避免其在决定实体法律前进行法律冲突规范的选择。

分割论的适用,在仲裁条款/协议本身的准据法与主合同准据法是否各自独立方面产生了新的问题。仍以中国法域为例,中国法律及仲裁机构的仲裁规则都将仲裁协议与主合同独立看待,故原则上,当事人不但有权甚至为自身需要应当主动对仲裁协议进行不同的法律适用约定。但是,实践中区分约定的情况并不多见,如无特殊约定,争议解决条款一般亦被视为主合同条款的一部分而适用同样的准据法。追溯到合同订立之初,以商业目的的非法律专业的商人视角,仲裁条款作为合同条款的一部分,与其他条款不应有太大区别,故这样看来,在仲裁条款与主合同准据法方面,似乎存在适用统一法律管辖的理论基础。但是,在最密切联系原则的支持下,仲裁庭应在最大限度尊重当事人意思自治的前提下,选择适用有益于仲裁协议有效的法律,选择与当事人约定仲裁的本意及商业交易最密切关联的法律,以及选择最有助于当事人减少诉累的法律进行适用。

(三) 确定“最密切联系”时应考虑的因素

回溯最密切联系原则首次正式推出时美国《第二次冲突法重述》第6条阐述的适用最密切联系原则应当考量的因素:(1)州际及国际体制的需要;(2)法院地的相关政策;(3)其他利害关系州的相关政策以及在决定特定问题时这些州的有关利益;(4)对正当期望的保护;(5)特定领域法律所依据的政策;(6)结果的确定性、可预见性和一致性;(7)将予适用的法律易于确定和适用。可见,前述因素是原则性的、杂糅式的列举,以其列举中“对正当期望的保护”为例,其便因标准模糊而无法在实践中实现;其中部分因素也只能适用于当时美国社会环境及不同州和政府利益角度的衡量。最密切联系原则作为一个模糊的法

律选择方法,必须借由软化连接点或界定连接点具体范围、适用一般性例外条款^①等立法工具而转化为具体的冲突规范,才能真正具有可适用性及长久的活力。可以说,没有转化为可直接适用的冲突规范的最密切联系原则是没有真正可操作性的;而没有可操作性的原则,便只是人所公知的原则,甚至无法成为独立的理论体系。在当前理论与相关制度的确缺失的现状下,应就适用最密切联系原则时考量的因素加以具体化,以从基础层面为最密切联系原则构建理论基础,从而辅助其在实践中进行适用。

在综合本文所知的实践经验以及理论基础后,当最密切联系原则由法律与行业知识专业程度可让当事人信赖的国际商事仲裁庭进行适用时,本文建议应考量的因素包含:(1)适用相关法律产生案件实体裁判结果的正义性;(2)适用法律导致裁判结果的确定性及可预见性;(3)与所关联地区(应及于裁决执行地区)的公共政策或立法目的相符合性;(4)符合有利于仲裁协议有效的原则;(5)符合有利于合同成立的原则;(6)当事人订立合同的商业价值取向一致性;(7)法律关系连接点的“质”与“量”的标准性;(8)有利于促进国际经济交往及维护贸易秩序的原则;(9)作出的裁判结果可承认及执行的便利性;(10)查明所适用法律不超出合理水平的复杂性;(11)所适用法律产生冲突时的可回转性等。前述建议虽依然是限于理论性、原则性及杂糅性的不完全列举方式,但当需要考量的因素突破了一定量的基础,相信对于界定最密切联系的概念外延、帮助仲裁庭从实践角度精密选择最适合法律方面,可以起到一定效果。

结 论

最密切联系原则作为一种不完善的法律选择理论和方法,在其发展的过程中必然要经历一个漫长的修补及推理、演绎过程。其对于传统法律选择方式的冲击和补正,虽已经各国法律制度适用,但仍然存在诸多疑问及待改进之处。但是,毫无疑问,最密切联系原则对于实现个案正义及公平公正的价值取向,以

^① 参见陈卫佐:《当代国际私法上的一般性例外条款》,载《法学研究》2015年第5期。

及试图达到法律选择期待稳定性与灵活性平衡的出发点,都既符合国际私法立足国际视角的法律精神,也为促进国际关系稳定与发展起到了不可估量的作用。在相关理论架构、司法制度及法院法官团体素质都有待改善的现状下,在国际商事仲裁领域对最密切联系原则加以合理广泛适用,不但可以累积实践经验,更有助于反向促进相关理论及制度的完善,并丰富、更新国际私法理论,为国际视野内不断新增的不同类型案件架构最合理的法律选择机制。

我国法院和外国仲裁庭对涉外仲裁协议 效力认定的冲突与协调

莫 莉*

摘要:由于我国法律对仲裁协议实质要件的特殊规定,加之各国涉外仲裁协议法律适用规范的差异,我国法院和外国仲裁庭在对同一仲裁协议效力进行认定时常发生冲突。这种冲突主要源于我国法律中涉外仲裁协议的法律适用规范和《纽约公约》^①规定的不一致,以及我国《仲裁法》中对于仲裁协议实质要件的特殊规定。因此,建议法律应统一采用《纽约公约》和各国立法所普遍接受的“仲裁地”法作为涉外仲裁协议的准据法;在现行法律尚未修改的情况下,审判中应尽量遵循有效解释的原则进行认定,减少法院地法的扩大适用。

关键词:涉外仲裁协议 效力 仲裁地

国内学界一般把仲裁分为国内仲裁、涉外仲裁和外国仲裁三类。虽然我国法律区分涉外仲裁和外国仲裁所采用的是仲裁机构标准而非仲裁地标准,^②但考虑到两者都含有涉外因素,我国仲裁机构或外国仲裁庭取得管辖权所依据的

* 莫莉,复旦大学法学院博士研究生,研究方向:国际私法、国际商事仲裁。

① 《承认及执行外国仲裁裁决公约》,简称《纽约公约》。

② 参见高薇:《仲裁裁决的国籍——兼论中国司法实践中的“双重标准”》,载《西北大学学报》(哲学社会科学版)2011年第5期。

仲裁协议,对于我国法院而言,都是涉外仲裁协议。

由于各国法律对仲裁协议实质要件的规定各不相同,加之各国法律中涉外仲裁协议的冲突规范也存在差异,可能会出现对同一仲裁条款适用不同的准据法的情况,进而可能导致效力认定结论完全相悖。司法实践中,我国法院与外国仲裁庭对涉外仲裁协议效力认定上的差异和冲突已经在一些案例中表现出来,本文将试图探讨此类仲裁协议效力认定上冲突产生的内在原因并试图探求解决之道。

一、涉外仲裁协议效力认定

仲裁协议是仲裁庭管辖权的基础。当事人之间存在仲裁协议,争议发生后,一方当事人向外国仲裁庭申请仲裁而另一方当事人向我国法院提起诉讼的情况时有发生。案件审理中,是否存在有效的仲裁协议是仲裁庭或法院需要面对的首要问题。

在各国的立法与司法实践中,仲裁机构和法院均有权对仲裁协议的有效性作出认定。^①对于仲裁协议效力的确认,大多数国家都接受了仲裁庭自裁管辖权原则,但仲裁地法院依然可以对仲裁协议进行司法审查。此外,被请求承认与执行国法院在一方当事人申请执行外国仲裁裁决时,也会对仲裁协议进行司法审查。

(一)我国法院认定涉外仲裁协议效力的情形

从我国法院的审判实践来看,一般在两种情况下需要对涉外仲裁协议的效力进行认定:

1. 涉外仲裁协议效力确认之诉

当事人之间存在仲裁协议,在合同履行过程中发生争议。在外国仲裁庭仲裁程序启动之前或之后,一方当事人就争议向我国法院提起诉讼或直接提起仲裁协议效力确认之诉,我国法院需要对涉外仲裁协议的效力作出裁定。

^① 参见赵秀文:《论涉外仲裁条款的解释》,载《法学》2004年第2期。

2. 申请承认与执行外国仲裁裁决之诉

外国仲裁庭裁决作出后,当事人不主动履行的,一方当事人可以根据国际公约、双边条约或互惠原则,向我国法院提出承认与执行该仲裁裁决的申请。我国法院将依据有关的公约、条约或国内法对外国仲裁裁决进行司法审查,其中首要内容就是对涉外仲裁协议效力的审查。

(二)我国法律中涉外仲裁协议法律适用的规定

仲裁机构能否取得有效的管辖权,关键在于是否存在合法有效的仲裁协议。相较于国内仲裁协议,涉外仲裁协议的效力在认定上更为复杂,应依据冲突规范确定涉外仲裁协议的准据法。我国现行法律对涉外仲裁协议冲突规范的规定,体现在我国《仲裁法》及其司法解释、《涉外民事关系法律适用法》及其司法解释,以及我国加入的《纽约公约》中。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(2006年)第16条规定,对涉外仲裁协议的效力审查,适用当事人约定的法律;当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的,适用仲裁地法律;没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的,适用法院地法律。

《涉外民事关系法律适用法》第18条规定,当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第14条规定,当事人没有选择涉外仲裁协议适用的法律,也没有约定仲裁机构或者仲裁地,或者约定不明的,人民法院可以适用中国法认定该仲裁协议的效力。

《纽约公约》第5条规定,只有当事人提出根据双方当事人选定适用的法律,或在没有这种选定的时候,根据作出裁决的国家的法律,仲裁协议是无效的,被请求承认或执行裁决的管辖当局才可以根据当事人的要求拒绝承认和执行裁决。^①此外,鉴于我国“一国两制”的国情,香港、澳门回归后,《纽约公约》

^① 参见《纽约公约》第5条。

不再适用于内地和港澳特区间,被《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》和《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》取代,上述两个安排中关于承认与执行地法院对仲裁协议司法审查所适用的法律与《纽约公约》的规定是一致的。^①

(三)我国法律中涉外仲裁协议法律适用规定的冲突

从上述规定可以看出,我国法律中涉外仲裁协议的冲突规范并不统一,存在两种不同的规定:第一,双方当事人可以协议选择仲裁协议所应适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构或者仲裁地法律。我国《涉外民事关系法律适用法》和《纽约公约》均采用了此种冲突规范,虽然前者增加了“仲裁机构”作为选择性冲突规范的一个连接点,但就适用“仲裁地”(作出裁决的国家)法律而言,两者是一致的。第二,双方当事人可以协议选择仲裁协议所应适用的法律;当事人没有选择时,适用约定的仲裁机构或仲裁地法律;也没有约定仲裁机构或者仲裁地,或者约定不明的,人民法院可以适用中国法认定该仲裁协议的效力。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》采用了这种冲突规范。

这两种规定的差异主要体现在:第一,连接点的差异。在当事人没有选择仲裁协议所应适用的法律时,《涉外民事关系法律适用法》和《纽约公约》规定了适用“仲裁地”法律,而两个司法解释规定适用“约定的仲裁地”法律。第二,适用中国法的差异。两个司法解释规定了适用“约定的仲裁机构或仲裁地”法律后,又考虑到当事人没有作出约定或约定不明的情况,进而以一个单边冲突规范规定适用中国法。这种适用“中国法”的情况,在《涉外民事关系法律适用法》和《纽约公约》中是不存在的。

^① 参见《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》第7条、《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》第7条。

二、我国法院与外国仲裁庭在涉外仲裁协议效力认定时的冲突

现行法律规定的不统一,直接导致了我国法院适用不同的法律认定涉外仲裁协议效力会出现不同的结果,也导致了我国法院和外国仲裁庭对同一仲裁协议效力认定上出现相悖的结论。

(一) 两个案例

案例1:TCL 空调器(中山)有限公司(以下简称 TCL 公司)与澳大利亚 Castel Electronics Pty Ltd.(以下简称澳大利亚 Castel 公司)申请确认仲裁协议无效案、申请人澳大利亚 Castel 公司申请承认和执行外国仲裁裁决案。从该案例的时间来看,这不是一个新的案例,但由于双方当事人在中国和澳大利亚经历了旷日持久的仲裁、诉讼之战,引起了两国学界的广泛关注。^① 2003 年,TCL 公司和澳大利亚 Castel 公司签订空调产品方面的《分销协议》。《分销协议》的仲裁条款约定为,“In case there is any breach of the provisions under this AGREEMENT... if not so settled within 60 days such matters will be referred to arbitration in Territory for resolution”。后来,履约过程中发生了争议,澳大利亚 Castel 公司于 2008 年在澳大利亚申请了仲裁,仲裁为临时仲裁,TCL 公司也参与到仲裁程序中,并提出了反诉请求。2009 年,TCL 公司向中国的法院申请确认仲裁条款无效,受案法院根据层报制度报到了最高人民法院,最高人民法院认为双方当事人没有约定仲裁协议适用的法律,对于仲裁地也没有明确的约定。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》的规定,应适用法院地法,即中国法。按照我国《仲裁法》,有效的仲裁条款必须有选定的仲裁机构。该案中的仲裁条款因没有选定仲裁机构,故被认定为无效。^② 临时仲裁庭的仲裁程序仍在澳大利亚进行,

① 参见王俊、张舒:《Castel Vs. TCL 仲裁与裁决执行述评》,载中国仲裁(公众号),2016 年 8 月 3 日。

② 参见高晓力:《中国国际商事仲裁司法审查的最新发展》,在华南企业法律论坛 2015 年年会暨“中国金融机构资产管理业务发展与法律问题”研讨会上的专题发言,载 https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5MTEyNzQwMw==&mid=2650671418&idx=1&sn=5124b6f7c1789fec86f8b4054f701ca6&scene=1&srcid=0420ATNfWRYD4Q4VTf6rNNBD&pass_ticket=KXA7n5PgNLn2MLuthDsX3MhF7emMCsHFFmFBQOZd1k%2F8iLbaV3dEizEcPaERpDQQ#rd,最后访问日期:2016 年 6 月 7 日。

仲裁庭认定对案件有管辖权,并在2011年1月作出裁决,TCL公司败诉。由于TCL公司没有自动履行仲裁裁决,澳大利亚Castel公司又向广东省中山市中级人民法院申请承认和执行澳大利亚仲裁庭所作出的临时仲裁裁决。被申请人TCL公司提出不予承认和执行仲裁裁决,提出的抗辩理由之一就是,案件中的仲裁条款已经被中国法院确认无效,如果执行就会违反中国的公共政策。2013年作出的《最高人民法院关于申请人Castel Electronics Pty Ltd.申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函》认为:“外国仲裁裁决和我国法院生效裁定对同一仲裁条款效力的认定虽然存在冲突,但尚不足以构成违反我国公共政策的情形。”

案例2:泰州浩普投资公司与WICOR HOLDING AG中外合资经营企业合同纠纷案、申请人WICOR HOLDING AG与被申请人泰州浩普投资有限公司申请执行仲裁裁决案。^①1997年泰州绝缘材料总厂(后改制为泰州浩普投资有限公司)与瑞士魏克公司签订《中外合资泰州华威绝缘材料有限公司合资合同》,其中约定“合同的缔结、效力、解释和执行,以及有关合同争议的解决,均应以中华人民共和国的法律为准,如果在经营区域内没有相关的法律,则参照国际商业条例”,并约定“仲裁应按国际商会的调解和仲裁规则进行。如果一方提出仲裁,仲裁地由另一方选择,仲裁使用的语言为英语”。后在合同履行过程中,双方发生争议,2011年7月14日,泰州浩普投资公司向泰州市中级人民法院提起违约之诉,根据层报制度,该案报送至最高人民法院。《最高人民法院关于泰州浩普投资公司与WICOR HOLDING AG中外合资经营企业合同纠纷一案的请示报告的复函》认为,案件系确认涉外仲裁协议效力案件,案涉仲裁协议尽管有“如果一方提出仲裁,仲裁地由另一方选择”的表述,但当事人并未申请仲裁,不存在另一方选择仲裁地问题,故案涉仲裁协议亦未约定仲裁地。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》

^① 案件详情参见江苏省高级人民法院《关于泰州浩普投资公司与WICOR HOLDING AG中外合资经营企业合同纠纷一案的请示报告》[(2011)苏商外立他字第0001号]、最高人民法院《关于泰州浩普投资公司与WICOR HOLDING AG中外合资经营企业合同纠纷一案的请示报告的复函》[(2012)民四他字第6号]、江苏省泰州市中级人民法院民事裁定书[(2015)泰中商仲审字第00004号]。

第16条的规定,在本案当事人未对确定仲裁协议效力的准据法和仲裁地作出明确约定的情况下,应当适用法院地法即中国法来审查涉案仲裁协议的效力。当事人在仲裁协议中约定“依据国际商会调解和仲裁规则进行仲裁”。该仲裁协议并未约定仲裁机构,且依据《国际商会仲裁规则》也不能确定仲裁机构,当事人事后又未对此达成补充协议,根据我国《仲裁法》第16条、第18条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第4条的规定,案涉仲裁协议应认定无效。泰州市中级人民法院在2012年3月30日作出认定仲裁条款无效的裁定。与此同时,2011年11月4日,WICOR HOLDING AG向国际商会仲裁院提出了仲裁申请,在被申请人泰州浩普投资有限公司放弃选择仲裁地权利的情形下,国际商会仲裁院依据当时有效的《国际商会仲裁规则》,于2012年1月12日的庭审中确定香港特区为仲裁地,并于2014年7月18日和11月27日作出18295/CYK仲裁裁决和补充裁决。申请人WICOR HOLDING AG于2014年12月9日向泰州市中级人民法院邮寄了相关申请文件和裁决书,请求根据《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》进行审查并执行。泰州市中级人民法院于2016年6月裁定:涉案仲裁裁决是仲裁员在认定涉案仲裁条款有效的前提下作出的,在内地执行该仲裁裁决将与人民法院的上述生效裁定相冲突,违反内地社会公共利益。因此,本院认为涉案仲裁裁决应当不予执行。

上述两个案例中,有很多相似点:第一,案件的一方当事人或就争议向中国法院提起诉讼或向我国法院提起一个仲裁协议效力的确认之诉,无论何种案由,案件审理中都需要法院对涉外仲裁协议的效力作出认定;第二,仲裁协议最终都因适用中国法被认定为无效,而仲裁庭依据仲裁地法却认定为有效;第三,中国法院在受理对外国仲裁裁决承认与执行的申请时,国内法院已经在先前的诉讼中确认了涉外仲裁协议无效。虽然如此,两个案件中的外国仲裁裁决一个被承认执行,而另外一个却被以违反公共秩序为由拒绝承认与执行。通过两个案例可以看到法律规定和适用上的矛盾和冲突,既有国内法院与外国仲裁庭管辖权上的冲突,也有中国法和外国法在涉外仲裁协议冲突规范和准据法上的冲突。

(二) 冲突的焦点

1. 仲裁庭自裁管辖权与我国法院确认涉外仲裁协议效力之诉的管辖权冲突

涉外仲裁协议中约定仲裁地在境外,一方当事人对于仲裁庭的管辖权有异议的,仲裁庭有自裁管辖权,仲裁地法院在一定条件下也有权对仲裁协议进行司法审查。有学者认为,仲裁庭仅受仲裁地法院的监督,不受任何他国法院判决的约束。仲裁庭的首要任务是判断是否存在一个有效的仲裁协议,而无须考虑他国法院关于自身管辖权的判断。^① 根据我国现行法律,当事人之间存在仲裁协议,仲裁地在境外,我国法院虽然不是仲裁地法院,但依然可以对仲裁协议的效力进行审查。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(2006年)第12条规定,申请确认涉外仲裁协议效力的案件,由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。这样,即使仲裁地在境外,只要一方当事人在我国境内有住所,就可以向我国法院提起仲裁协议效力确认之诉。在上述案例一中,依据我国《民事诉讼法》,我国法院对案件的实体争议没有管辖权,^②但TCL公司依然选择向原告住所地所在的中山市中级人民法院提起了一个确认仲裁协议效力之诉。

绝大多数国家都接受了仲裁庭自裁管辖权原则,如英国《1996年仲裁法》第30条和第32条的规定,1998年《德国民事诉讼法》第1040条的规定。我国《仲裁法》第20条规定了仲裁委员会和人民法院都是仲裁协议效力确认的有权机关,一方请求仲裁委员会作出决定,一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》进一步明确,仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后,当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的,人民法院

^① 参见高薇:《论诉讼与仲裁关系中的既判力问题》,载《法学家》2010年第6期。

^② 本案争议为合同纠纷,根据我国《民事诉讼法》第23条的规定,因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。被告住所地和合同履行地均在澳大利亚。

不予受理。上述国内立法的法律规定协调了我国仲裁机构和法院之间确认仲裁协议效力管辖权的冲突,但外国仲裁庭和我国法院在确认仲裁协议效力管辖权方面的冲突如何进行协调,我国国内法和参加的国际公约都未作出明确的规定。

2. 外国仲裁庭和我国法院对涉外仲裁协议效力认定上的冲突

上述两个案例都出现了对同一仲裁协议外国仲裁庭认定有效而我国法院认定无效的情况,究其根本原因,在于我国法律对于涉外仲裁协议适用法律的规定存在诸多冲突和矛盾之处。

第一,我国法院与外国仲裁庭确认仲裁协议效力适用的准据法不一致。

上文已经提及,我国现有法律对涉外仲裁协议冲突规范的规定存在两种模式,不仅是《涉外民事关系法律适用法》与《仲裁法》之间存在不一致,而且最高人民法院司法解释对《涉外民事关系法律适用法》也有突破。这种“突破”是否符合法律解释的基本原则和《涉外民事关系法律适用法》的基本原则?《涉外民事关系法律适用法》第2条规定,涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的,依照其规定。本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。相较于作为一般法的《涉外民事关系法律适用法》,《仲裁法》对仲裁协议法律适用问题的规定应为特别规定,应优先于《涉外民事关系法律适用法》得到适用,所以《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》在涉外仲裁协议的法律适用上和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(2006年)保持了一致。但是,两者对于《涉外民事关系法律适用法》第18条的两点改变,看似是对立法空白的填补,实则进行了重新立法,也带来了新的问题。

首先,连接点选择上的差异。《涉外民事关系法律适用法》和两个司法解释,分别选择了“仲裁地”和“协议中约定的仲裁地”作为连接点。从各国立法来看,选择“仲裁地”作为连接点来确定仲裁协议的准据法是非常普遍的,例如,《瑞典仲裁法》规定,在当事人没有约定仲裁协议准据法的情况下,仲裁协议应当受根据该协议仲裁已经进行地国法或仲裁将要进行地国法支

配。从字面含义上来看,“仲裁地”是一个因仲裁事实发生而客观存在的地点,而“协议中约定的仲裁地”是约定存在的地点,前者和后者应是一种包含和被包含的关系。正如《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》所表述的,“仲裁协议中确定的或根据仲裁协议而确定的仲裁地点”就是仲裁地,仲裁地可以事先规定在仲裁协议中,也可以在仲裁协议成立后才确定。本文认为,仲裁地是确定仲裁协议准据法的连接点,但并非仲裁协议的要件;关于仲裁地是如何确定的,法律不应作出特别要求,既可以依据仲裁协议中的明确约定来确定,也可以依据仲裁规则来确定,抑或由仲裁庭来进行确定。因此,在国际商事仲裁中,无法确定“仲裁地”的情况并不多见。

其次,适用中国法弥补未约定“仲裁地”或约定不明。两个司法解释将“仲裁地”改为了“协议中约定的仲裁地”,从立法技术上看,必然存在未约定或约定不明的情况。比如,英国法律对仲裁协议没有约定仲裁地的情况,规定依据一般冲突规则确定所应适用的准据法。根据我国《涉外民事关系法律适用法》的规定,本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律,即应适用与仲裁协议有最密切联系的法律作为准据法。上文提及的两个司法解释直接规定当事人没有作出约定或约定不明的情况适用中国法。这种规定,其实排除了“协议约定”外的其他确定仲裁地的可能性,当事人必须在仲裁协议中对仲裁机构或仲裁地作出约定,否则将会适用中国法。

第二,我国法律中仲裁协议实质要件的特殊规定。

如果中国法和外国法在仲裁协议实质要件的规定上保持基本一致,我国法院和外国仲裁庭认定同一仲裁协议效力时并不会因适用中国法或外国法的不同而产生结果上的差异。大多数国家的法律都规定,只要当事人有共同的仲裁意愿,仲裁协议就是有效的。正如杨良宜教授所言,仲裁协议的内容可以很简单,只要反映了当事人的仲裁意愿即可,重要的是出现了“仲裁”两个字。^①但是,我国《仲裁法》第16条第2款规定,仲裁协议应当具有下列内容:请求仲裁

^① 参见杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第113页。

的意思表示,仲裁事项,选定的仲裁委员会。特别是“选定的仲裁委员会”的规定被认为是我国法律对有效仲裁协议的特殊要求,这也导致了适用中国法的情况下,未指明仲裁机构的涉外仲裁条款会被认定为无效。上述两个案例中的涉外仲裁协议,都是因为未指明仲裁机构而被认定为无效。

3. 我国法院依据国内法和《纽约公约》《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》审查涉外仲裁协议效力时的冲突

前文已经提及两个司法解释和《纽约公约》《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》对涉外仲裁协议法律适用规范的规定并不一致。我国是《纽约公约》的成员国(内地和香港存在《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》),对于在其他成员国(或地区)作出的仲裁裁决,如果不存在拒绝承认与执行的事由,应予以承认与执行。一方当事人向我国法院提出承认与执行外国仲裁裁决的申请时,我国法院应依据《纽约公约》(或《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》)而非国内法进行审查。此时,裁决已经作出,仲裁地已经明确,《纽约公约》(或《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》)明确规定对仲裁协议进行司法审查所依据的法律应是“作出裁决的国家的法律”,从而完全排除了适用中国法(内地法)审查涉外仲裁协议的可能性。这就进一步导致了上述两个案例中所出现的情形,一方面依据《纽约公约》(或《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》)不存在明显的拒绝承认与执行事由,另一方面我国法院依据国内法作出过一个涉外仲裁协议无效的裁定,而面对这种尴尬局面,我国法院只能选择以违反公共秩序为由拒绝承认与执行外国仲裁裁决。

三、我国法院与外国仲裁庭涉外仲裁协议效力认定冲突协调的思考

我国法院与外国仲裁庭在涉外仲裁协议效力认定上的冲突,最终在我国法院对外国仲裁裁决的承认与执行环节完全显露出来。虽然在承认与执行外国民商事判决时,依据我国与外国缔结的双边司法协助协定,我国法院会以被请

求方法院对于相同当事人之间就同一标的争讼已经作出了生效判决作为拒绝承认与执行外国民商事判决的事由,但是《纽约公约》并没有规定此类拒绝承认与执行事由。国内法院已经作出的关于涉外仲裁协议无效的认定使我国法院在承认与执行外国仲裁裁决时处于两难境地,虽然在 TCL 公司与澳大利亚 Castel 公司案中,法官巧妙地抓住了“仲裁裁决的作出时间显然早于我国法院裁定的生效时间”^①这个关键点,回避了外国仲裁裁决和国内法院所作出的涉外仲裁协议无效裁定之间的正面冲突,承认与执行了外国仲裁庭的裁决。但是,在泰州浩普投资公司与 WICOR HOLDING AG 公司案中,国内法院的裁定先于外国仲裁裁决作出,外国仲裁裁决和国内法院所作出的涉外仲裁协议无效的认定不可避免地发生了正面冲突,我国法院只能以“内地执行该仲裁裁决将与人民法院的上述生效裁定相冲突,违反内地社会公共利益”^②为由,裁定不予执行国际商会仲裁院在香港特区作出的仲裁裁决。笔者对案例中冲突的协调有几点思考。

(一)立法上统一冲突规范,简化实质要件

国内法院在审理涉外仲裁协议效力的确认之诉时所依据的裁判依据仅是国内法,只有在当事人提出承认与执行外国仲裁裁决时,才会适用《纽约公约》。国内法中“未约定仲裁地或约定不明的,适用中国法”的冲突规范,增加了适用中国法审查涉外仲裁协议的概率,也增加了外国仲裁协议被我国法院认定为无效的风险。依“仲裁地”法作为仲裁协议的准据法已经成为国际商事仲裁广为接受的通行原则。我国作为《纽约公约》的缔约国,承担着承认与执行在其他缔约国所作出的外国仲裁裁决的义务。建议立法上应对《涉外民事关系法律适用法》和两个司法解释中涉外仲裁协议的冲突规范进行统一:当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律;当事人没有选择的,适用仲裁地法律;仲裁地未约定或约定不明的,适用最密切联系原则。

^① 《最高人民法院关于申请人 Castel Electronics Pty Ltd. 申请承认与执行外国仲裁裁决案请示的复函》([2013]民四他字第46号)。

^② 中华人民共和国江苏省泰州市中级人民法院民事裁定书[(2015)泰中商仲审字第00004号]。

此外,我国《仲裁法》第16条对于仲裁协议实质要件的规定和世界上绝大多数国家对于仲裁协议实质要件的要求是不同的,这种差异使外国当事人选择中国作为仲裁地时更为谨慎,这也已经成为我国建设国际仲裁中心的制度障碍。立法上应尽量简化实质要件的要求,可以考虑将国内仲裁和国际商事仲裁进行分别立法。

(二)审判中法官发挥自由裁量权,尽量避免冲突发生

在现行法律尚未作出修改的情况下,我国法院在审理此类案件时可以通过法官的自由裁量权对法律条文合理解释,减少、避免我国法院与外国仲裁庭对涉外仲裁协议效力认定发生正面冲突。

1. “不方便法院”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第532条第一次规定了“不方便”法院原则。对于涉外民事案件,人民法院可以驳回原告起诉,告知当事人向更方便的法院起诉。这一规定是我国法院自我抑制管辖权的体现,有利于避免和协调涉外民商事案件中的管辖权冲突。在一方当事人向我国法院单独提起一个涉外仲裁协议的确认之诉时,我国法院如若能充分考虑将来可能发生的冲突,而驳回当事人起诉,便可避免承认与执行环节冲突的发生。

2. “协议约定仲裁地”的扩大解释

国际商事仲裁立法发展的总趋势对于国际合同中的仲裁条款效力的认定,是“尽量使仲裁协议有效”。^①我国法律规定,涉外仲裁协议没有约定适用的法律,也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的,适用法院地法律,即中国法。我国《仲裁法》对于仲裁协议需指定仲裁机构的特殊要求,使中国法的适用增加了仲裁协议被认定为无效的风险。在法律尚未作出修改的情况下,应通过对“协议约定仲裁地”的扩大解释,尽量避免认定“没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明”的情形出现。审判实践中,我国法院对于“协议约定仲裁地”的理解一

^① 赵秀文:《从旭普林公司案看我国法院对国际商事仲裁的监督》,载《时代法学》2007年第6期。

般仅限于协议“明示”约定的“仲裁地”,笔者认为,除了“明示约定的仲裁地”,还应考虑将“默示约定的仲裁地”“推定的仲裁地”“委托仲裁庭确定仲裁地”解释为“协议约定的仲裁地”。

3. 避免以“违反公共秩序”为由拒绝承认与执行外国仲裁裁决

公共秩序是涉及国家主权、安全的重大事项,在审判实践中,各国法院对于援引公共秩序拒绝承认执行外国仲裁裁决持非常谨慎的态度。《最高人民法院关于申请人 Castel Electronics Pty Ltd. 申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函》中强调:“关于《纽约公约》第5条第2款第(乙)项规定的违反公共政策情形,应当理解为承认和执行外国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、危害社会公共安全、违反善良风俗等足以危及我国根本社会公共利益的情形。在本案中,外国仲裁裁决和我国法院生效裁定对同一仲裁条款效力的认定虽然存在冲突,但尚不足以构成违反我国公共政策的情形。”虽然在后来的泰州浩普投资公司与 WICOR HOLDING AG 公司案中,最高人民法院还是考虑到已经存在的国内法院的生效裁定,而以“违反内地社会公共利益”为由,拒绝执行仲裁裁决;但是,外国仲裁裁决与国内法院作出的生效判决相悖,是否就有损我国的司法主权?是否就等同于违反公共秩序?笔者认为这些都是值得进一步思考的问题。

挑战与机遇:“一带一路”背景下 中国仲裁回避制度的现状与发展

霍 伟* 杨 天**

摘要:公正性是仲裁作为一种争议解决方式的内在要求,也是仲裁公信力的基础所在。随着新常态下商事争议的日益复杂化、国内第三方出资仲裁案件的增加、临时仲裁制度的引入,加之仲裁员固有的身份多重性,利益冲突对仲裁公正性的挑战日益凸显。然而,面对更为隐蔽和复杂的利益冲突,国内现行回避制度甚是苍白无力。如何借鉴境外关于仲裁披露与回避的相关规则及实践经验,构建国内仲裁披露制度、完善现有回避规则,对于国内商事仲裁事业的进一步发展举足轻重。本文认为,应建立多重披露和预披露制度,强化未披露的责任后果;扩大回避的适用范围,采用“合理的第三人检验”标准,降低回避的申请门槛和难度,从而能够尽早发现并有效排除任何可能影响仲裁员公正性和独立性的利益冲突因素,以保障仲裁公正性。

关键词:商事仲裁 利益冲突 披露 回避

* 霍伟,北京市中伦律师事务所合伙人,多家仲裁机构仲裁员。对外经济贸易大学国际经济法系法学学士、法学硕士,美国爱荷华大学法学硕士。曾在国有进出口公司及美国知名律师事务所工作多年。主要业务领域包括涉外及涉及金融与投融资的仲裁和诉讼等商事争议解决等。

** 杨天,北京市中伦律师事务所律师。

“一带一路”倡议的实施,为中国仲裁机构“走出去”、国际商事争议解决“引进来”提供了广阔空间,更为中国商事仲裁的“优化升级”创造了前所未有的机遇。公正性是仲裁作为一种争议解决方式的内在要求,也是仲裁公信力的基础所在。因此,中国商事仲裁制度的完善,首先应着力于仲裁公正性的制度保障,而首当其冲的就是仲裁回避制度。虽然我国仲裁法对仲裁回避的对象、条件、程序等作出了规定,但相关条文过于抽象,披露制度付之阙如,暴露出仲裁回避申请门槛高、审查严苛化等一系列问题,已无法应对利益冲突复杂化、临时仲裁有限引入等新情况带来的挑战。基于此,本文拟从一个真实案例入手,结合境外关于仲裁披露与回避的相关规则,探讨国内仲裁披露规则与回避制度的上述问题,并尝试提出完善建议,以期对国内仲裁利益冲突问题的解决有所裨益。

一、问题的提出

(一)案情简介

A 公司因与 B 公司之间的合同纠纷向国内某仲裁机构提起仲裁。B 公司选定担任某律师事务所 J 地代表机构管理合伙人的仲裁员甲。仲裁首次开庭时,仲裁秘书将仲裁员现场提交的声明书转给申请人 A 和被申请人 B。仲裁员甲在其声明书中披露其所在律师事务所 P 地代表机构的合伙人乙曾为 B 的子公司提供专项法律服务,并声明该专项服务与本案无关,自己也从未参与。

庭后经调查,申请人 A 公司发现,仲裁员甲所在律所与被申请人 B 公司的分/子公司及其所属的集团公司存在广泛的业务往来(见图 1):除仲裁员甲已经披露的事实外,B 公司的集团公司也是甲所在律所合伙人丙的客户,且该合伙人丙同时在该律所 K 地和 J 地代表机构执业。作为该律所 J 地代表机构的管理合伙人,仲裁员甲与合伙人丙之间存在同事关系。申请人 A 认为甲所在律所与被申请人 B 之间的密切关系足以影响仲裁员甲的独立性和公正性,并据此申请仲裁员甲回避。

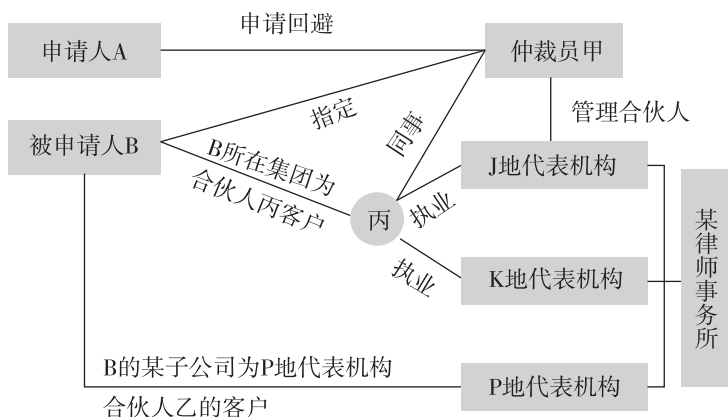


图1 仲裁员甲与被申请人B公司的关联关系

仲裁员甲在对A公司回避申请的回函中辩称,自己完全不知晓合伙人丙为B公司的集团公司提供法律服务的情况,而且自己所在律所与B公司之间的关系不足以使其作出偏向B公司的认定,并保证在该案中将以一个专业、无偏见的仲裁员行事。随后,仲裁委员会主任作出驳回回避申请的决定,具体理由如下:首先,仲裁员甲未参与其所在律所他地代表机构与被申请人B关联公司的业务中,而且甲也对其独立性和公正性作出了保证,故该案的公正性未受影响;其次,申请人A公司的证据不足以证明仲裁员甲具有可能导致仲裁不公应予回避的情形。因此,根据我国《仲裁法》第34条、该仲裁机构的仲裁规则及仲裁员行为考察规定的规定认定A公司的回避申请不成立。

申请人A公司不服,待该案作出裁决后,以仲裁庭的组成或仲裁的程序违反法定程序为由向法院申请撤销该仲裁裁决。法院同样认为A公司提供的证据仅能证明仲裁员甲所在律所与B公司的关联公司存在业务联系,不足以证明仲裁员甲与B公司之间存在直接的利益关系,不构成《仲裁法》第34条规定的应予回避的情形,故驳回A公司撤销仲裁裁决的请求。

(二) 案例反映出的问题

本案例可以反映出下列问题:

第一,仲裁员披露义务的时间节点和边界是什么? 由于国内仲裁规则仅规

定仲裁员应签署披露声明书,未明确仲裁员披露的时间节点和边界,故上述案件中的当事人在开庭时才见到仲裁员的披露声明书的情形在仲裁实践中屡见不鲜,甚至存在当事人在收到仲裁裁决的同时获得仲裁员披露声明书的情况。那么,假设上述案件仅经历了一次庭审,根据《仲裁法》第35条关于最后一次开庭终结前提出回避申请的规定,申请人A公司是否会因此而丧失申请回避的权利?如果上述案件审理过程中,B公司全资收购了C公司,而仲裁员甲主管的J地代表机构是C公司的常年法律顾问,对此仲裁员甲是否负有继续披露的义务?

第二,当事人申请回避举证义务的证明标准是什么?中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲)、北京仲裁委员会(以下简称北仲)、上海国际仲裁中心(以下简称上仲)等国内仲裁机构的仲裁规则虽要求申请人举证,但均未明确义务分配原则和证明标准,而是交由仲裁委员会主任自由裁量。在上述案件中,仲裁委员会主任将举证义务分配给申请人A公司,并以此认定A公司提供的证据不足以证明存在应予回避的情形,故应承担驳回请求的不利后果。法院在撤裁程序中亦认为A公司举证不能。那么,据此是否可以推知当事人申请回避的证明标准与法院撤裁的证明标准相同?也就是说,在没有新证据的情况下,仲裁委员会主任的决定就预示着撤裁请求同样会被法院驳回?

第三,回避申请的审查标准是什么?回避申请的审查标准,是严苛还是宽松?我国仲裁立法和仲裁规则也未涉及,仍由仲裁委员会主任自由裁量。从上述案件中不难看出,仲裁员甲保证公正行事的一纸回函成为仲裁委员会主任驳回决定的主要依据。这是否意味着只要被申请回避的仲裁员披露了相关事实并作出公正裁判的承诺,就可不予回避?

第四,驳回回避的决定是否应说明理由,申请人能否获得救济?回避决定直接影响当事人对仲裁员公正性和独立性的价值期许,当事人对回避决定附具理由的要求与仲裁程序本身的效率要求相比,何者更应优先满足?与诉讼回避可以复议不同,国内仲裁机构的仲裁规则中均明确仲裁委员会主任的决定具有终局性。除了仲裁裁决作出后向法院申请撤销裁决外,不服回避决定的当事人

没有其他救济手段,是否应赋予申请人更多的救济途径?

二、问题的分析——国内仲裁披露与回避制度的现状与不足

境外仲裁立法和仲裁规则普遍规定了仲裁员应当承担披露任何可能引起当事人对其公正性和独立性产生合理怀疑情况的义务,以及当事人对仲裁员的公正性和独立性产生合理怀疑时申请回避的权利。尽管我国《仲裁法》第34条亦列举了仲裁员应当回避的几种情形,但未涉及仲裁员的披露义务,涉及回避制度的五条规定也相当原则,国内仲裁机构自身的规则 and 实践中形成的披露与回避机制已暴露出缺乏强制性、统一性,以及与国际规则脱轨等问题。

(一)国内仲裁披露制度的现状和不足

1. 承担披露义务的主体

信息披露对于保护当事人知情权、维护当事人对仲裁裁决的信任至关重要。^①在境外仲裁规则中披露已成为保障商事仲裁程序公正不可或缺的一环。^②《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《仲裁示范法》)、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称 UNCITRAL Rules)和《国际商会仲裁规则》(以下简称 ICC Rules)等国际规范都设置了披露条款,国际律师协会(以下简称 IBA)则专门制定了《国际仲裁利益冲突指引》(以下简称 IBA Guidelines),很多国家也已将仲裁披露制度纳入其国内法,如《荷兰仲裁法》第1034条,《韩国仲裁法》第13条及《瑞典仲裁法》第9条。

从程序公正角度出发,除了作为裁判者的仲裁员必须披露外,仲裁秘书及辅助人员也应遵守公正和独立义务,进行披露。IBA在2014年修订 IBA Guidelines 时就新增一般标准5(b),明确该指引同样适用于仲裁秘书及辅助人员,并在释义中进一步指出特定仲裁机构是否要求仲裁秘书及辅助人员签署独立及公正声明书均不影响该义务的承担;仲裁秘书及辅助人员在仲裁程序的任

① 参见张圣翠、张心泉:《我国仲裁员独立性和公正性及其保障制度的完善》,载《法学》2009年第7期。

② 参见乔欣:《比较商事仲裁》,法律出版社2004年版,第70页。

何阶段都应遵守其公正和独立义务。^① 国内很多仲裁机构,如广州仲裁委员会(以下简称广仲)和烟台仲裁委员会,也通过援引诉讼回避的规定明确办案秘书、翻译人员、鉴定人、勘验人同样适用仲裁回避制度。

与此同时,为减少无实体依据的回避申请,防止回避制度被滥用,IBA Guidelines 在一般标准 6 和一般标准 7 规定:仲裁每一方当事人均有义务披露该当事方或其所属集团的另一公司以及对仲裁裁决享有直接经济利益或基于仲裁裁决负有向一方当事人赔偿义务的第三方出资人或保险人与仲裁员之间的任何直接或间接关系;当事人须告知该方仲裁代理人的身份以及该代理人与仲裁员之间由于隶属同一大律师事务所(barristers' chambers)而可能存在的任何关联。IBA Guidelines 同时强调,由于律师事务所规模的持续增长,有必要在当事人指定一名担任国际律师事务所合伙人的律师作为仲裁员的自主选择权与维护当事人对仲裁公正性和独立性信任的重要性之间进行平衡。^② “信息的比对与碰撞是发现判断依据的最佳路径”,^③同时要求当事人履行一定的披露义务可谓一种发现和判断利益冲突的有效方法。

然而,我国对于披露主体和边界问题,不仅立法空白,而且贸仲、北仲、上仲等国内仲裁机构的仲裁规则中也只要求仲裁员披露,未涉及秘书等辅助人员、当事人或其代理人的披露义务及披露第三方出资人等主体的内容。显然,仅凭仲裁员自行披露的事项不足以判断仲裁员是否存在利益冲突、是否应予回避。

2. 披露义务的时间节点

《仲裁示范法》第 12 条规定,仲裁员在被询及有关可能被指定的事项时就应该披露可能引起对其公正性或独立性产生正当怀疑的任何情况,而且,该仲裁员自被指定之时到整个仲裁程序结束均负有毫不迟延地向各方当事人披露任

^① See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted by Resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014, Article 5.

^② Ibid., Article 6 and 7.

^③ 韩波:《论回避制度的根基:信息披露》,载《法律科学》2011 年第 1 期。

何此类情况的义务。^① 境外绝大多数仲裁规则都采用了类似规定,明确仲裁员的披露义务起始于被指定前,并在整个仲裁程序期间持续存在,如 UNCITRAL Rules 第 11 条、ICC Rules 第 11 条、美国仲裁协会(以下简称 AAA)《商事仲裁规则和调解程序》(以下简称 AAA Rules)第 17 条及新加坡国际仲裁中心(以下简称 SIAC)《仲裁规则》(以下简称 SIAC Rules)第 13 条。

在境外仲裁实践中,披露义务的持续性也获得了撤裁法院的关注。例如,在法国 Avax v. Tecnimont 案中,首席仲裁员作为某跨国律师事务所的合伙人,未及时披露该跨国律师事务所为一方当事人在该案仲裁过程中收购的某公司提供法律服务的事实。另一方当事人据此对仲裁裁决提出质疑。法院在撤销该案仲裁裁决时指出,仲裁员应当披露包括其个人和所属律所任何可能对其中立性或独立性产生合理怀疑的情形,并且该披露义务具有持续性,即在仲裁过程中发现或出现的上述情形也均应立即披露。^②

IBA 在 2014 年版 IBA Guidelines 中新设预披露制度,要求尚未被选定担任某案件仲裁员的人员应对于其可能存在利益冲突的情形进行预先声明,并明确该声明的有效性仅取决于个案,且不能免除仲裁员的持续披露义务。^③

与境外仲裁立法、仲裁规则及仲裁实践不断将披露时点提前、披露范围扩大、持续性延长相比,国内仲裁机构虽然也要求“被选定或被指定的仲裁员应签署声明书,披露可能引起对其公正性和独立性产生合理怀疑的任何事实或情况”,^④却未指明被指定前是否具有披露义务以及该声明书应何时转交当事人,致使前述案例中仲裁员带着声明书开庭成为普遍现象。在持续披露方面,只有贸仲等少数仲裁机构在仲裁规则中明确仲裁员披露义务的持续性,而大部分仲裁机构对此未规定或仅在仲裁员守则中提及。

① See UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006, Article 12.

② See Wetzel, Amanda Lee, “J&P Avax v. Tecnimont SPA: French Court Considers Whether It is Bound to Respect Arbitral Institutional Rules in Annulment Proceedings”, *Arbitration Quarterly Issue*, 2015.

③ See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014, Article 3.

④ 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 31 条第 1 款。

3. 未履行披露义务的责任后果

《美国统一仲裁法》第12条规定,仲裁员未披露要求事项违反披露义务的,法院可以仲裁员行为明显不公正为由撤销仲裁裁决。瑞典仲裁实践中,仲裁员不按规定披露或未遵守持续披露原则的,该仲裁员的报酬将受到影响。^①但是,我国仲裁立法和各仲裁规则均未涉及仲裁员不披露的法律后果。即便北仲在《仲裁员守则》中规定,仲裁员违反披露义务的,将根据情节不予续聘直至解聘,也明显不足以引起仲裁员的重视。违反的成本过低使国内仲裁员及时提交披露声明书都难以落实,更何况持续披露义务的遵守。

(二) 国内仲裁回避制度的现状和不足

1. 应回避的主体和申请回避的时间节点

关于应回避的主体。我国《仲裁法》下的回避仅适用于“仲裁员”,未涵盖仲裁秘书等其他人员,相较于我国《民事诉讼法》第44条第4款关于回避“适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人”的规定,仲裁回避制度的适用范围显然过于狭窄。虽然某些国内仲裁机构在其规则中援引了《民事诉讼法》第44条的规定,但仍有很多仲裁机构未明确规定回避制度适用于办案秘书等仲裁员以外的参与主体。

关于回避申请的时间节点。境外仲裁立法和仲裁规则基本上都是根据当事人知悉回避事由的情况设定回避申请的期限。例如,ICC Rules 第14条规定,当事人应于收到任命或确认该仲裁员的通知之后30日内提交要求仲裁员回避的申请。若当事人收到任命或确认该仲裁员通知后方得知申请回避所依据的事由,则应于得知申请回避所依据的事由之日起30日内提交回避申请。而我国《仲裁法》则以仲裁程序的进程限定回避申请时间,即当事人应在首次开庭前提出回避申请,回避事由在首次开庭后获悉的,可在最后一次开庭终结前提出,明显遗漏了书面审理和不再开庭的情形。贸仲、上仲等仲裁机构的仲裁规则虽采用了境外标准但仍在其中明确“应不晚于最后一次开庭终结”,与

^① [瑞典]费恩·迈德森:《瑞典商事仲裁》,李虎、顾华宁译,法律出版社2008年版,第91页。

《仲裁法》的规定一样存在遗漏问题。北仲、广仲等仲裁机构的仲裁规则则是在《仲裁法》规定的基础上增加了不再开庭或者书面审理案件提出回避申请的时间。事实上,国内仲裁规则就回避申请时间节点问题的“修修补补”,仍无法解决当事人庭审结束后获悉回避事由时能否申请回避的问题,因此,建议直接采用以“当事人得知申请回避所依据的事由”这一主观标准确定回避申请时间节点的国际通用规则。

2. 申请回避的依据——当事人的举证义务

行使申请回避权的前提是当事人获悉仲裁员存在仲裁法或仲裁规则所规定的回避事由。^①《仲裁示范法》、UNCITRAL Rules 及大部分境外仲裁规则均赋予当事人对仲裁员公正性和独立性产生合理怀疑时可申请回避的权利,且只要求当事人说明理由。例如,UNCITRAL Rules 第12条第1款规定,如果存在可能对任何仲裁员的公正性或独立性产生有正当理由怀疑的情况,均可要求该仲裁员回避;第13条第2款规定,回避通知应说明提出回避的理由。^②

与境外以“独立、公正”为核心的回避制度不同,我国《仲裁法》则是在规定“当事人提出回避申请,应当说明理由”的同时列举了应予回避的事由,形成以“关系”为核心的仲裁回避制度,^③在一定程度上增加了回避的难度。贸仲、北仲及上仲等仲裁机构在回避申请的依据方面虽援引了境外规则,却同时要求当事人举证,并将举证责任分配和证明标准交由仲裁委员会主任自由裁量。实践中,若仲裁委员会主任按照法院撤销仲裁裁决的证明标准,如前述案件,要求当事人须提供充分证据证明仲裁员存在应回避的事由,则变相提高了回避申请的门槛。因为当事人通常申请回避对方选定的仲裁员,在对该仲裁员工作经历、家庭成员以及社会关系缺乏全面了解的情况下,受时间和能力的限制,搜集该仲裁员回避事由的证据并形成证据链对于当事人而言几乎是一项无法完成的任务。^④相反,“没有人比仲裁员本人更清楚对其公正性和独立性产生任何怀

① 参见马占军:《国际商事仲裁员信息披露义务规则研究》,载《法学论坛》2011年第4期。

② See UNCITRAL Arbitration Rules adopted in 2013, Article 12.1 and 13.2.

③ 参见王小莉:《关于完善我国仲裁回避制度的几点思考》,载《仲裁研究》第41期。

④ 参见马占军:《国际商事仲裁员信息披露义务规则研究》,载《法学论坛》2011年第4期。

疑的事由是否存在”(No one knows better than the arbitrator himself whether such circumstances exist)。^①可见,仅要求当事人承担举证责任必将导致当事人申请回避的权利无法得到真正落实,回避制度也将被架空。

3. 回避申请的审查——权利分配和审查标准

境外仲裁立法和仲裁规则普遍规定被要求回避的仲裁员有权获得当事人的回避申请,有的仲裁机构亦允许该仲裁员提出书面评论,如 ICC Rules 第 14 条第 3 款,但并未允许该书面评论可作为回避决定的依据。而且国际投资争端解决中心(以下简称 ICSID)制定的《仲裁规则》(以下简称 ICSID Rules)第 9 条第 4 款规定,仲裁员的回避申请通常情况下由仲裁庭的其他未被质疑的仲裁员审核,在被质疑仲裁员回避的情况下通过投票方式裁定。^②

仲裁委员会审查回避申请的要点在于判断被申请回避的仲裁员是否具有对其独立性和公正性引起正当怀疑的情形,目的在于通过回避解决该仲裁员的利益冲突问题。IBA Guidelines 依据《仲裁示范法》第 12 条第 2 款的规定在一般标准 2 中就“利益冲突”的判断标准采用了“合理第三人检验”(reasonable third person test),即如果在知悉相关事实的合理第三人看来,存在的事实或情形能够影响仲裁员的公正性或独立性,则该怀疑是正当的。^③

在 Blue Bank 诉委内瑞拉案^④中,ICSID 确立了“客观第三方”标准,并在随后的 Burlington Resources 诉厄瓜多尔^⑤等案件中予以运用。该标准与上述“合理第三人检验”标准有异曲同工之妙,认为如果“第三人”基于对案件事实的合理评估,能够得出该仲裁员明显缺乏中立性和独立性的结论,则回避申请应予

^① See Preliminary draft set of arbitration rules for optional use in ad hoc arbitration relating to international trade(UNCITRAL Arbitration Rules) 8th Session, UN Doc A/CN. 9/97 (1974), reprinted in (1975) VI UNCITRAL Ybk. 163, 171 [Commentary on Article 8(3)].

^② See ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, Rule 9(4).

^③ See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014, Art. 2.

^④ ICSID 案件号:ARB/12/20。

^⑤ ICSID 案件号:ARB/08/5。

支持。^①

由于我国《仲裁法》及各仲裁机构的仲裁规则都未规定回避的审查标准,故实践中如何审查完全由仲裁委员会主任自由裁量,被要求回避的仲裁员披露相关事实和保证公正性的回函往往成为仲裁委员会主任决定是否应予回避的关键依据,这显然背离了设置回避制度系为了解决而非披露利益冲突的初衷,不利于维护当事人对仲裁的信赖。

4. 回避申请的决定——是否应说明理由,能否救济

就回避决定的理由问题,伦敦国际仲裁院(London Court of International Arbitration, LCIA)的《仲裁规则》(LCIA Rules)和 SIAC Rules 均规定,对仲裁员回避申请的决定应当说明理由。^②相反,贸仲、北仲和上仲等国内仲裁机构则赋予仲裁委员会主任不说明理由的权利,这类规定不仅是对当事人知情权的损害,而且给当事人行使申请撤销裁决以获得救济的权利设置了障碍。

就回避决定的救济问题,《仲裁示范法》第13条第3款规定,根据当事人约定的任何程序或本条第2款的程序而提出的回避不成立的,提出回避申请的一方当事人可以在收到驳回其所提出的回避申请的决定通知后30天内,请求第6条规定的法院或其他机构就是否回避作出决定,该决定不得上诉;在对该请求未决期间,仲裁庭包括被申请回避的仲裁员可以继续进行的仲裁程序和作出裁决。^③《韩国仲裁法》第14条第3款规定,如果当事人对仲裁庭驳回回避申请的决定不服,可以自收到该决定通知后30日内请求法院对回避事项作出决定,在法院对该请求未决期间,仲裁庭可以继续进行的仲裁程序并作出裁决。^④《瑞典仲裁法》第10章也有类似规定。^⑤

与专职审判工作的法官不同,仲裁员的社会关系复杂而广泛,产生利益冲

① 何东闽:《ICSID 仲裁员回避制度的“客观第三方”标准》,载《中国律师》2017年第2期。

② 参见 LCIA Arbitration Rules, effective 1 October 2014, Art. 10.6; 参见 SIAC Rules(第6版,2016年8月1日施行)第16条的规定。

③ See UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006, Article 13.

④ See Arbitration Act of Korea, Article 14.

⑤ See Swedish Arbitration Act, Section 10.

突的概率更高,而且仲裁一裁终局,对程序公正的要求更高。如果当事人对仲裁员公正性的怀疑不消除,必将转化为对仲裁实体结果公正性的质疑,据此向法院申请撤销裁决的现象将更为普遍。因此,在我国《民事诉讼法》已赋予回避申请人复议权的背景下,仲裁也应参照境外规则赋予回避申请人一定的救济手段。当然,为了保证仲裁的高效性,当事人寻求救济的过程不应影响仲裁程序的继续进行。

三、国内仲裁披露与回避制度的完善

(一)尽早、及时地披露利益冲突

第一,建立多重披露制度。首先,参考 IBA Guidelines 的披露清单制度,明确仲裁员披露内容的边界,并强化仲裁员的披露意识,要求仲裁员披露任何可能导致当事人对其独立性、公正性产生合理怀疑的情形。其次,考虑到参与仲裁过程的办案秘书和翻译人、鉴定人等所有辅助人员都负有保证仲裁审判公正的职责,故应当要求上述人员承担与仲裁员同等的披露义务,即在接触案件之前主动披露与当事人之间存在的任何直接或间接关系,或在知悉该等关系后立即告知仲裁庭,而且该等披露义务持续存在于整个仲裁程序。与此同时,应参照 IBA Guidelines 一般标准 7 之规定要求当事人及其代理人承担一定的披露义务,即主动披露自身、其利益共同体以及与其相关的对仲裁裁决享有直接经济利益或基于裁决对一方当事人负有赔偿义务的第三方出资人或保险人与仲裁员之间的任何直接或间接关系。

除此之外,仲裁机构作为自律性组织亦负有确保其指定的仲裁员和聘用的其他工作人员遵守公正和独立义务。而仲裁实践中,仲裁机构对仲裁员的简单介绍往往无法使当事人全面了解仲裁员的情况。因此,仲裁机构应对仲裁员的信息进行中英双语的全面披露,包括但不限于仲裁员担任独立董事以及投资情况等专项信息,且不应以“保密”为由拒绝披露。

第二,明确披露的时间节点及持续性。可借鉴 IBA Guidelines 确立的“预披露”制度,要求仲裁员在接受指定前就签署声明书、预先披露相关信息,并明

确该声明书应毫不迟疑地送交当事人,以便当事人获知仲裁员的信息后尽早作出是否申请回避的判断,从而可将因回避而需替换仲裁员的风险控制在开庭前。^①国内仲裁机构还应在“持续披露”方面作出统一规定,明确仲裁程序任何阶段发现或出现的任何应予披露的情形均应立即向当事人披露,消除仲裁员对签署一纸声明书就完成所有披露的错误认识。

第三,增加不履行披露义务的法律后果。在我国《仲裁法》未将披露义务上升为法定义务的情况下,国内仲裁机构应通过自身规则和实操明确仲裁员违反披露义务的法律后果,以防止国内仲裁披露规则流于形式。瑞典仲裁实践中仲裁员是否履行披露义务与其报酬挂钩的操作具有一定的借鉴意义。

(二)合理、有效地解决利益冲突

在回避的适用范围和时间节点方面。一方面,建议参照《民事诉讼法》关于回避主体的规定,将仲裁回避的适用范围扩展至办案秘书、翻译人员等案件参与人员。另一方面,关于申请回避的时间节点,应当与国际接轨,采用境外仲裁规则的做法,以当事人得知申请回避所依据的事由后的一定时间作为申请回避的时间节点,取代以仲裁审理阶段对回避申请期限予以限制的规定。

在当事人申请回避的举证义务方面。虽然要求当事人承担适当的举证义务有利于防止回避制度的滥用,但从举证难度角度分析,应同时要求被申请回避的仲裁员对其不存在应予回避事由承担一定的举证义务,并且降低申请回避的证明标准,即只要当事人提供的证据能够证明仲裁员存在可能影响其公正性和独立性的情形就视为完成了举证义务。如果被回避仲裁员提供的证据不足以证明其不存在应予回避的事由,就应支持当事人的回避申请。

在回避申请的审查标准方面。一方面,过高的申请门槛、过重的举证义务容易造成回避制度名存实亡,不利于维护当事人对仲裁裁决的信任,影响仲裁公信力建设;另一方面,要求仲裁员对所有未披露事实负责客观上也很难实现,毕竟仲裁员肩负的社会职务多,社会接触面广,不清楚或忘记与当事人及其代

^① 参见陈静:《国际商事仲裁披露制度研究》,载 http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3488/2014/1102/426370/content_426370.htm,最后访问日期:2017年10月5日。

理人存在某种联系的情形也在所难免。因此,建议引入“合理第三人检验”标准,无论仲裁员作出何种抗辩和保证,只要从知悉相关事实的合理第三人看来,该仲裁员存在利益冲突的可能,就应当回避,以实现扩大回避申请审查、降低回避难度与防止仲裁员披露事项无限扩张的双赢,使仲裁回避制度能够真正发挥其解决利益冲突的作用。

四、国内仲裁披露与回避制度面临的机遇与挑战

(一) 第三方出资的披露与利益冲突问题

第三方出资(Third-party Funding, TPF),一般指与争议没有利害关系的第三方向争议当事人一方提供融资,该第三方从当事人的胜诉利益中收回预付资本及投资收益。对仲裁裁决享有经济利益的第三方出资人通常隐藏在受资助方背后,但也存在第三方出资者代替争议案件的实际权利享有者、作为仲裁当事方参与仲裁程序的情形,如负有回购义务的债权转让模式。无论何种模式,只要该隐形的受益方(出资方/受资助方)与仲裁员存在利益关系,势必影响仲裁裁判的公正性。问题在于,如果该第三方出资人为一个特殊目的实体(Special Purpose Vehicle, SPV)管理人,资金来源于数量巨大的证券持有人,此时的披露范围又该如何界定?

根据 IBA Guidelines 一般标准 7 的解释,仲裁的任一当事人或潜在当事人,从一开始即需尽合理努力,以查明和披露依照一般标准可能影响仲裁员公正性和独立性的公开可得信息,^①赋予当事人一定披露义务是必要的,无论第三方出资者还是受资助方参与仲裁程序,均有义务向仲裁庭披露未参与方的信息。对于披露的范围,没有人比仲裁员本人更清楚其与第三方出资人之间是否存在利益关系,故应要求仲裁员在当事人披露第三方出资者后主动披露自己及自己的利益共同体与该第三方出资者及其资金来源方之间的任何可能对自己独立性和公正性产生怀疑的情形。

^① See IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014, Article 7.

国内 TPF 仲裁案的出现,为国内仲裁业务发展创造机遇的同时,也加剧了利益冲突问题对国内仲裁披露规则的冲击。在我国仲裁披露制度不健全、存在大量立法空白的背景下,国内仲裁机构应当关注如何通过自身规则和实操完善仲裁披露制度以应对 TPF 仲裁的挑战。

(二)临时仲裁制度中的仲裁回避

2016 年 12 月 30 日,最高人民法院发布《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(法发[2016]34 号),其中第 9 条第 3 款规定,在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的,可以认定该仲裁协议有效。最高人民法院民四庭负责人在 2017 年 1 月 10 日就该意见的答记者问中表示:“临时仲裁是国际上普遍使用的一种商事纠纷解决手段,目前,我国法院对于符合法律规定的外国临时仲裁裁决均依照《纽约公约》予以承认和执行,而我国仲裁法尚未规定临时仲裁这种形式。根据自贸试验区先行先试的原则和精神……人民法院应当充分尊重自贸试验区内注册的企业意思自治,如果它们之间根据真实意思表示约定了特定形式的仲裁方式,应当予以认可。与此同时……待经过自贸试验区先行先试后,及时总结实践经验,并上升为可复制推广的做法,推动相关法律法规的修订。”^①珠海仲裁委员会 2017 年 3 月 18 日通过现已生效的《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》成为国内首部临时仲裁规则,标志着自贸试验区临时仲裁制度的真正落地。

在我国《仲裁法》及相关规定仅调整机构仲裁的立法体制下,临时仲裁在国内的有限开放进一步预示修订《仲裁法》及相关规则的紧迫性。仅以回避制度为例,在临时仲裁程序中,我国《仲裁法》关于回避申请由仲裁委员会主任决定的规定自然无用武之地。根据《仲裁示范法》第 13 条的规定,当事人可自由约定仲裁员回避的程序;如果当事人未达成此约定,由仲裁庭就是否回避作出决定;如果依据当事人约定的程序或仲裁庭决定程序而提出的回避不成立,提

^① 曹雅静:《发挥审判职能作用 促进自贸试验区健康发展——最高法院民四庭负责人答记者问》,载《人民法院报》2017 年 1 月 10 日,第 3 版。

出回避申请的一方当事人可以请求法院或其他机构就是否回避作出决定。根据《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》第25条之规定,仲裁回避申请交由当事人约定的指定仲裁员机构决定,若当事人未约定或指定的机构不是仲裁机构或不能履行职责的,交由珠海仲裁委员会或由珠海仲裁委员会授权珠海国际仲裁院决定。可见,珠海自贸区临时仲裁规则在一定程度上吸收了国际仲裁立法的相关规定,具有一定的可行性。

值得注意的是,在目前我国临时仲裁刚刚起步、配套制度不完善、良好的临时仲裁实践尚未形成的情况下,前述机构仲裁中披露与回避制度存在的问题同样存在于临时仲裁制度中。

结 语

“正义不仅要实现,更要以看得见的方式实现。”而在仲裁程序设计中,以保障仲裁庭独立性和公正性为首要价值追求的仲裁披露和回避制度,是仲裁正义得以实现的总阀门。面对更为隐蔽和复杂的利益冲突,国内仲裁机构应当积极借鉴境外关于仲裁披露与回避的相关规则及实践经验,通过完善自身规则和实务操作建立多重披露和预披露制度,强化未披露的责任后果,扩大回避的适用范围,采用“合理第三人检验”标准,降低回避的申请门槛和难度,同时关注和探讨第三方资助仲裁、临时仲裁等新情况下仲裁披露和回避问题的应对之策,以期经由优良的制度设计和更好的仲裁实践来保证仲裁的公正性,不断提高中国商事仲裁的公信力。

第五届“中伦杯”获奖论文选登

编者按:

为进一步推进中国商事仲裁的发展,中国国际经济贸易仲裁委员会与中国人民大学法学院、中华全国律师协会、北京律师协会联合发起了“中国仲裁周”活动,“中国仲裁周”旨在打造一个全国性、国际性、开放性的仲裁宣传、交流和研讨的平台,每年举办一届。在2017年举办的第五届“中国仲裁周”活动期间,“中国仲裁周”活动组委会举办了第五届“中伦杯”全国国际商事仲裁征文大赛活动,面向有志于研究国际商事仲裁理论与实践的教师、学生和实务工作者征文。

征文活动得到了广泛的欢迎和热烈的响应。经“中国仲裁周”活动组委会邀请多位国内知名专家通过公开、公平、公正的程序进行评审,最终评选出28篇获奖论文。获奖论文对国际商事仲裁理论与实践中存在的问题进行了翔实的解读和深度的思考,提出的意见和建议对我国商事仲裁的未来发展不乏参考和借鉴价值。经“中国仲裁周”活动组委会推荐,本刊将陆续刊发部分获奖论文,以飨读者。



投资条约仲裁透明度规则研究

尤保暖*

摘要:本文首先从投资条约仲裁透明度规则的概念入手,进而探讨投资条约仲裁透明度规则的提出背景,主要针对投资仲裁机制的当前运行概况、问题及透明度革新的路径;进一步探析联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)就投资条约仲裁机制裁决不一致和利益失衡问题所做的透明度规则革新努力,包括从国际投资法、国际商事仲裁法、国际公法、国际政治和法理等多学科角度试析透明度革新的理论基础,就《联合国国际贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁的透明度规则》(以下简称《透明度规则》)进行文本述评,进而研究《透明度规则》的意义、适用现状和构想;最后试图探究我国如何接受投资条约仲裁透明度规则及应对之策,以期为我国的透明度规则理论和实践提供有所裨益的思考。

关键词:投资条约仲裁 国际投资仲裁 透明度规则 国际投资条约 联合国国际贸易法委员会

一、投资条约仲裁透明度规则的概念及提出背景

投资条约仲裁透明度规则,是指投资者基于其母国与投资东道国签订的投

* 尤保暖,中国国际贸易促进委员会投资促进中心工作人员。特别鸣谢导师北京大学法学院邵景春教授与联合国国际贸易法委员会亚太区域中心主任 João Ribeiro 先生对本文的指导和支持。

资条约提请的投资仲裁程序所涉及的仲裁文件公开、程序公开、非争端方参与等规则,该规则既是对仲裁保密性的部分或全部突破,亦旨在维护公共利益和所涉公众的整体利益。^①

20世纪90年代后期以来,国际直接投资流量与国际投资协定总量之间呈现正相关的关系——国际直接投资流量迅猛增加,载有投资者与东道国投资条约仲裁条款的国际投资协定总量逐年增加,二者相辅相成、相互促进。^②与此同时,国际投资仲裁案件数量亦呈迅速增加的态势,所涉国家、经济部门、国家管理措施种类和索赔数额均越来越多,^③引起了诸多屡陷国际投资仲裁争端的发展中国家和发达国家的不满和质疑,甚至有国家抨击该机制合法性和正当性的缺失。以上现象被称为国际投资仲裁正当性危机,即国际投资仲裁因在国际投资争端解决方面不胜任而引发的信任危机。^④

纵观当前对投资者与国家间投资条约仲裁的热议和批判,大致可以归纳为两大类:其一,投资条约仲裁赋予投资者过度私权,而损害东道国公共利益和国家主权;其二,投资条约仲裁裁决缺乏必要的一致性。^⑤此外,投资仲裁往往涉

① See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 5.

② See Arjan Lejour, Maria Salfi, “The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment”, *Cpb Discussion Paper*, Accessed September 30, 2017, <https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/cpb-discussion-paper-298-regional-impact-bilateral-investment-treaties-foreign-direct-investment.pdf>.

③ See UNCTAD, *Investor – State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015*, Accessed September 30, 2017, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf.

④ 参见陈安主编:《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》,复旦大学出版社2007年版,第165~166页。

⑤ See Simon Lester, “How We Got Here and Where Next”, *ICTSD: The ISDS Controversy*, Accessed September 30, 2017, <http://www.ictsd.org/opinion/the-ISDS-controversy-how-we-got-here-and-where-next>. See also, EFILA, *A Response to the Criticism against ISDS*, Accessed September 30, 2017, http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the-criticism_of-ISDS_final-draft.pdf.

及高昂的赔偿数额和仲裁程序费用,投资仲裁程序耗时长。^① 并且,投资者和东道国对投资仲裁程序的熟悉亦只是近十几年才有之事。^② 投资仲裁当事方除有权决定提交仲裁和指定仲裁员外,实际上对仲裁程序本身的影响甚小。^③ 但是,从投资条约仲裁实践来看,这种具有临时仲裁特征的仲裁庭,却能够通过裁断投资者与外国政府间争端,导致东道国国内立法被废除、司法体制被质疑、环境规则被挑战。^④ 故而,投资条约仲裁的效率性和正当性颇受质疑。基于投资条约仲裁存在的上述正当性危机,为符合今日世界经济可持续发展的迫切要求,对国际投资协定全球机制进行系统性变革的呼声越来越强烈。^⑤

根据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)报告,当前对投资条约仲裁的革新有五种路径构想,^⑥主要体现为对现有投资仲裁机制的三类改革构想,但均存在一定不足。第一类,限制甚至抛弃投资仲裁机制,主要是通过限制投资者提请针对东道国的投资仲裁的权利,或者鼓励使用替代性争端解决机制、用尽当地救济或国家间仲裁程序等非投资条约仲裁机制解决投资者与东道国之间

① 近年来,解决投资仲裁案件和执行其裁决的平均耗时在不断增加,或是在3年至4年;或是自事实审理到作出最终裁决大约历时392日,范围在92日至941日。See UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, *Investor – State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, New York and Geneva: United Nations, 2010, p. 16. 尽管已有两个公开投资条约仲裁案件是依据《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》采取紧急仲裁员制度进行审理,但该实践尚属少数且存在一定争议。See Joel Dahlquist, “Emergency Arbitrators in Investment Treaty Disputes”, Kluwer Arbitration Blog, Accessed September 30, 2017, <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/03/10/emergency-arbitrators-in-investment-treaty-disputes/>.

② See UNCTAD, *Investor – State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015*, Accessed September 30, 2017, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf.

③ See Jeswald W. Salacuse, “Is There a Better Way – Alternative Methods of Treaty – Based, Investor – State Dispute Resolution”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, 2007, pp. 138 – 185.

④ See Anthony Depalam, “NAFTA’s Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far”, *Critics Say, New York Times*, Accessed September 30, 2017, <http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html>.

⑤ See UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform*, Accessed September 30, 2017, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d3_en.pdf.

⑥ See UNCTAD, *Reform of Investor – State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, Accessed September 30, 2017, <http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements-Issues-Note.aspx>.

的投资争议。但这样无疑会抹杀投资者与东道国仲裁机制存在的合理性,^①危及该机制所具有的问责政府行为、^②保护和吸引投资、促进东道国经济和社会发展等益处,毕竟国际投资仲裁机制从“国家本位”^③的投资争端解决机制发展至今,它的存在被认为是“对国际投资法范式的革新”,^④投资者在该机制下所享有的针对东道国的直接诉权是现代投资条约与习惯国际法最显著的区别;如若限制或抛弃投资仲裁机制,可能会增加投资面临的政治风险和成本负担,^⑤降低投资流动的活力,难以断言如是限制或抛弃必然益于全球经济的发展。第二类,对投资条约仲裁制度进行机构性改革,即通过引入上诉机构或构建常设国际投资法院,以进行系统性改革。这样改革可能有助于确保仲裁裁决的一致性和可预见性,但是考虑到时间成本和可行性等问题,希冀通过该路径最终确立国际投资仲裁机制的正当性和合法性似乎有些“遥不可期”,毕竟自国际投资争端解决中心(ICSID)秘书处于2004年提出建立上诉机构的构想,^⑥到美国缔结的部分投资协定为将来设立上诉机制留下的可能性,^⑦再到至今愈演愈烈的上诉机制和投资法院构建的讨论,国际社会仍未能对上诉机构的建立达成一

① 投资条约仲裁案件数量之巨,足以说明该制度在国际经济争端解决领域的成功性。See August Reinisch, “The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions”, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Netherlands: Kluwer Law International BV, 2010, p. 113.

② See Charles N. Brower, Stephen W. Schill, “Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law”, *Chicago Journal of International Law* 9, 2009, pp. 471, 477.

③ 20世纪60年代之前的国际投资仲裁国家本位阶段,强调的是国家功能,具体表现为东道国的属地管辖和投资者母国的属人管辖。参见石慧:《投资条约仲裁机制的批判与重构》,法律出版社2008年版,第2~4页。

④ See Christoph Schreuer, “Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrecht”, Waldemar Hummer, ed., *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende*, 2002, p. 237, 转引自 Stephan W. Schill, “The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within”, *Society of International Economic Law Working Paper*, No. 2014/02, 2014, p. 6.

⑤ See Stephan W. Schill, “The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within”, *Society of International Economic Law Working Paper*, No. 2014/02, 2014, p. 2.

⑥ See ICSID Secretariat, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Accessed September 30, 2017, <http://pge.gob.ec/images/documentos/2016/Biblioteca/NOTA%20175/NOTA%20175%20INGLES.pdf>.

⑦ 如《美国与智利的自由贸易协定》《美国与多米尼加共和国、中美洲的自由贸易协定》。但是,上述国家迄今并无关于建立上诉机构的任何协商声明或案文。

致意见;而最为彻底的构建国际投资法院的构想尚未形成清晰明确的方案。^①第三类,在现有投资仲裁机制框架内改革,由各国在双边或多边条约谈判的基础上,对现有条约或未来条约进行修订。尽管该路径是建立在几个缔约国范围内的单个条约谈判的基础上,影响范围有限,难以实现广泛的改革效果,但该路径有一定灵活性,只需一个或几个缔约国的同意,即可选择是否以及如何修改具体条款。迄今为止,虽然尚未有对 UNCTAD 报告中关于投资条约仲裁革新的五种路径的一致意见,但这些路径的目的是一致的,即如何完善国际投资仲裁制度,使其不致损害公共利益和政府对外国投资的规制权。^②

鉴于多数投资条约在投资条约仲裁争端解决条款中选用的仲裁规则主要集中于《ICSID 公约》《ICSID 附加便利规则》《UNCITRAL 仲裁规则》等仲裁规则范围内,^③利用仲裁规则来进行改革相较于个别双边和多边投资条约而言,

① 尚待解决的诸多问题包括:国际投资法院是多边性、区域性抑或双边性法院?是完整的法院体系抑或只是可以审查仲裁庭“初裁”作出的裁决的上诉法院?是自治实体抑或是构建在现有机制下?由专职法官构成抑或由国内法院的法学家构成?是否应当同时构建一套与其匹配的统一多边投资协定? See Gus Van Harten, “A Case for an International Investment Court”, *Social Science Electronic Publishing*, 2008, Accessed September 30, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424.

② See Stephan W. Schill, “The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within”, *Society of International Economic Law Working Paper*, No. 2014/02, 2014, p. 6.

③ 在投资者与国家间投资条约仲裁领域,ICSID 仲裁程序和 UNCITRAL 仲裁程序是最主要的争端解决程序。以已知的 2015 年投资者与东道国投资条约仲裁案件的统计数据为例,截至 2015 年,62% 的此类案件由 ICSID 或依《ICSID 公约》或依《ICSID 附加便利规则》解决;共计近 90% 的案件依 ICSID 仲裁程序和 UNCITRAL 仲裁程序解决。See UNCTAD, *Investor – State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015*, Accessed September 30, 2017, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf. 此外,海牙常设仲裁法院(PCA)和国际商会(ICC)国际仲裁院亦裁断了一定数量的投资条约仲裁案件。See Fietta Volterra, *New UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – based Investor – State Arbitration*, Accessed September 30, 2017, <http://www.volterrafiatta.com/new-uncitral-rules-on-transparency-in-treaty-based-investor-state-arbitration/>. 亦可参见 PCA – Cases, 载 <https://pca-cpa.org/en/cases/>, 最后访问日期:2017 年 9 月 30 日。新加坡国际仲裁中心(SIAC)发布的《SIAC 投资仲裁规则》第 1 版已于 2017 年 1 月 1 日起生效,参见 SIAC, *Our Rules*, 载 <http://www.siac.org.sg/our-rules>, 最后访问日期:2017 年 9 月 30 日;中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC, 亦称贸仲委)发布的《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则(试行)》于 2017 年 10 月 1 日施行,参见 CIETAC:《贸仲委〈投资仲裁规则〉说明及规则文本》,载 <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&d=14467>, 最后访问日期:2017 年 9 月 30 日。这些均将成为投资条约仲裁领域的可选择仲裁机制。

将会具有更广泛的适用范围,^①对缔约国修订或谈判投资条约仲裁争端解决条款亦有范式作用。故而联合国国际贸易法委员会以《透明度规则》的讨论和颁行,给出了第六种路径,^②即在现有的投资条约仲裁机制的框架内,通过制定投资仲裁程序透明度规则,在平衡投资者与东道国利益的同时,兼顾东道国社会公共利益,以期最终确立投资条约仲裁机制的正当性和合法性。

二、投资条约仲裁透明度规则的理论基础

UNCITRAL 正努力推动的投资者与国家间投资条约仲裁透明度的革新,背后的理论基础主要是投资条约仲裁区别于一般商事仲裁的自身特殊性,包括基本人权和可持续发展的利益权衡,以及全球治理、全球市民社会等,旨在平衡投资者与东道国的利益,尤其是对其公共利益的维护,从而推动投资条约仲裁制度在全球治理领域的善治效能的发挥。

(一) 投资条约仲裁具有区别于商事仲裁的自身特殊性

投资条约仲裁与一般商事仲裁在争议法律关系、仲裁提请依据、仲裁性质和仲裁争议事项上存在诸多不同,尤其是关涉公共利益方面,这使商事仲裁与生俱来的显著优势之一的“保密性”在投资条约仲裁的适用根基上存在松动性。

具言之,在国际投资条约仲裁下的法律关系中,国家自始至终是以主权者的身份缔结投资条约、履行条约项下义务和实施相关措施,最终被诉请为被申请人,国家与投资者均为国际法关系主体,处于不平等的管理关系之中;而与之相反的是,国际商事仲裁中的当事人是国际私法关系主体,处于平等的民商事

① 此外,UNCITRAL 选择以《透明度规则》这一仲裁程序性规则作为透明度改革的切入点和立足点,是对当前基于现行机制进行透明度改革方式的两种提议的抉择结果的体现。此两种提议是,或由缔约国修改或者新订双边或多边投资条约,或者由仲裁机构修改或新订投资条约仲裁争议所适用的仲裁规则。参见赵骏、刘芸:《国际投资仲裁透明度改革及我国的应对》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2014年第3期。

② See UNCITRAL, *United Nations Convention on Transparency in Treaty – based Investor – State Arbitration* (New York, 2014) (the “Mauritius Convention on Transparency”), Accessed September 30, 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html.

法律关系之中。^①

国际投资条约仲裁提起的依据是两个或多个主权国家订立的国际投资条约,而非商事仲裁所依据的私主体之间签订的商事合同。^② 因而,二者性质亦不同,即商事仲裁显然具有私法性质,但是投资条约仲裁因介于公域和私域之间而具有特有的混合性质^③。

此外,投资条约仲裁与商事仲裁争议的事项内容也往往不同。^④ 商事仲裁争议主要涉及的是私主体之间的民商事契约和非契约争议,常与私利益相关。^⑤ 投资条约仲裁由于一方当事人是主权国家,因而仲裁请求经常与诸如水供应、污水处理等影响普罗大众的敏感问题和公共利益相关。^⑥ 维护公共利益的缘由绝不仅仅是因为投资条约仲裁机制中的一方当事人是主权国家(或是中央政府或其指定的分支机构),^⑦更为重要的原因是,投资条约仲裁赋予投资者以针对国家的行为和措施提请仲裁的权利,而这些国家措施往往涉及东道国

① 参见钟立国:《区域贸易协定争端解决机制:理论及其条约法实践》,上海人民出版社2014年版,第358~359页。

② See Claudia Reith, “New UNCITRAL Rules on Transparency 2014 – Significant Breakthrough or a Regime Full of Empty Formula”, *Yearbook on International Arbitration* 4, 2015, p. 123; Mariel Dimsey, “The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions”, *Eleven International Publishing* 1, 2008, p. 13.

③ See Douglas, Zachary, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, *British Yearbook of International Law* 74, 2004, p. 151. 一方面,投资仲裁是国际公法的产物,关涉国家和投资者依据国际公法法律文件即国际条约而享有的实体性权利,并且争议通常是依国际公法解决,大多数情况下是条约和习惯国际法。See Karl – Heinz Bockstiegel, “The Role of the Arbitrators in Investment Treaty Arbitration”, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, 2003, pp. 366 – 367. 另一方面,投资条约仲裁是国际仲裁的一种,而仲裁又是一种私域的争端解决方式,不在东道国法院裁判,并依据当事人约定和选择的仲裁规则进行仲裁。

④ See Kingsbury Benedict Stephan W. Schill, “Investor – State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, No. 09 – 46, 2009, p. 75.

⑤ See Gary Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, Kluwer Law International, 2001, p. 1; Article 1 para. 3 of Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958).

⑥ See Note by the Secretariat (August 5, 2010) para. 9, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.160/Add.1.

⑦ See Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, New York: Oxford University Press, 2007, p. 719.

的公共政策和国家对公共利益的规制权等问题,^①包括保护公共健康、金融安全、环境和进出口管制等措施,^②势必直接或间接影响东道国的公共利益;并且,东道国国民(而非东道国政府)^③是外国投资项目的最直接受影响者,此为投资条约仲裁透明度革新的最直接推动力。^④

(二)基本人权保护和可持续发展的利益权衡

当下投资条约仲裁透明度规则的制定和推广,是价值冲突或利益权衡的结果,即从强调保护投资者私人诉权、财产权和商业秘密等,逐步向兼顾保护东道国公共利益所涉及的基本人权和可持续发展转变,皆是对人权的维护和关照。尽管价值侧重有所不同,但目的终究是达到多重利益的平衡。故而,对于投资条约仲裁,在保护涉及基本人权和可持续发展的公共利益与仲裁保密性和维护私主体利益的价值冲突和利益权衡之下,对于前者的兼顾甚至倾斜正在国际语境下逐渐占据主导地位。

“公共利益”语义宽泛,涵盖的内容甚广,包括石油、矿产、森林、净水资源等公共自然资源,^⑤以及基础设施建设、社会福利事业建设、环境保护等。^⑥除了上文所述的投资条约仲裁请求通常会影响到东道国公众诸如水供应、污水处理、基础设施、能源、自然资源、环境和公共健康的生存权、健康权、能源权和用

① See *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, *Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “amici curiae”*, Accessed September 30, 2017. http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf.

② 参见王春婕:《区域贸易争端解决机制比较研究》,法律出版社2012年版,第140页。

③ See Jose Daniel Amado, “From Investors’ Arbitration to Investment Arbitration: A Mechanism for Allowing the Participation of Host State Populations in the Settlement of Investment Conflicts”, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, No. 8, 2014, Accessed September 30, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2385776.

④ 2001年首个依据《UNCITRAL仲裁规则》第15条第1款行使自由裁量权而接受法庭之友意见的 *Methanex v. America* 案,标志着仲裁庭对公共利益与仲裁程序透明度之间相互联系的承认。See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 3.

⑤ See Daniel Barstow Magraw, Niranjali Manel Amerasinghe, “Transparency and Public Participation in Investor – State Arbitration”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15, 2008, p. 339.

⑥ 参见林爱民:《论国际投资仲裁中的公共利益保护》,载《西南政法大学学报》2009年第2期。

水权等权利,^①以及纳税人所承担东道国败诉后金钱赔偿的财产之外,还有公众对涉及公共利益事项获取信息的权利。^② 鉴于投资条约仲裁具有混合交叉性质,故而在阐释维护公共利益的理论基础时,不免需要考虑国际公法的层面;而上述基本人权不仅为国际上主要的人权宣言和公约所涵盖,也与国际人权法的基本原则框架所确立的原则相符。

《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》《经济、社会及文化权利国际公约》代表对全人类固有的基本权利和自由的普遍承认。^③ 《世界人权宣言》确认公民具有平等参加本国公务的权利^④及维持健康和福利所需的包括食物、衣着、住房、医疗和必要社会服务等在内的生活水准的权利。^⑤ 《公民权利和政治权利国际公约》承认公民享有寻求和接受各种消息的权利和自由。^⑥ 《经济、社会及文化权利国际公约》同样承认公民具有获得包括衣、食、住的相当生活水准,以及改进生活条件的权利,^⑦并且该权利又扩展至用水权(right to water)。^⑧ 国际人权法的基本原则框架包括:(1)普适性,即人权无一例外地适用于全人类。(2)不可分割性,即各人权之间是不可分割、相互依赖的,对公民权利和政治权利的保障,亦需要对经济、社会和文化权利的维护;反之亦然。(3)参与性,即公民享有对涉及其权利保护决定作出的参与权。(4)可问责性,即对侵害基本人权行为的可问责机制。(5)透明度,即对于有关权利的所有信

① See Note by the Secretariat (August 5, 2010) para. 9, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.160/Add.1.

② 参见张建军:《国际投资协定之透明度规则研究》,中国社会科学出版社2016年版,第83页。

③ See United Nations, *The Foundation of International Human Rights Law*, Accessed September 30, 2017, <http://www.un.org/en/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html>.

④ See Article 21.2 of Universal Declaration of Human Rights, Accessed September 30, 2017, http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf.

⑤ See Article 25.1 of Universal Declaration of Human Rights.

⑥ See Article 19.2 of International Covenant on Civil and Political Rights, Accessed September 30, 2017, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

⑦ See Article 10.1 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Accessed September 30, 2017, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

⑧ See Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 366.

息、决定作出的程度等都应公开。(6)非歧视性,即人权的保护不应有任何形式的歧视。^①

此外,对东道国公共利益的保护,不仅涉及对公众的基本人权的关照,亦关涉对基本人权价值背后可持续发展理念的考量,后者主要体现为环境优先性和社会经济发展必要性。^② 诸多国际投资条约载有“公共利益例外”条款,如保护人类、动物或植物生命或健康,保护有生命或无生命的可耗尽自然资源。^③ 再如,联合国贸易和发展会议报告指出,在2015年新签署的国际投资条约中,过半数的投资条约规定不得为吸引投资而降低健康、安全或环境标准。^④

(三)全球治理与全球市民社会的需要

在投资条约仲裁领域倡导对东道国社会公共利益的保护,实际上是在全球治理^⑤的背景下,全球市民社会^⑥对这一全球价值取向和公共目的的追求和捍卫。全球治理是民主治理的体现,目的在于通过运用权力在不同的制度关系中引导、控制和规范公民的各种活动,以最大限度地增进公共利益,以及最大限度

① See National Economic & Social Rights Initiative, *What are the Basic Principles of the Human Rights Framework?*, Accessed September 30, 2017, <https://www.nesri.org/programs/what-are-the-basic-principles-of-the-human-rights-framework>.

② See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 9.

③ See Article 33, para. 2 of China-Canada BIT.

④ See UNCTAD, *World Investment Report 2016*, Accessed September 30, 2017, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf.

⑤ “全球治理”是联合国全球治理委员会于1995年提出的“治理”概念在全球化背景下的延伸。参见钟立国:《区域贸易协定争端解决机制:理论及其条约法实践》,上海人民出版社2014年版,第88页。亦可见 The Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood: The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 23.

⑥ “全球市民社会”是市民社会在全球层面上使用的语词,是指存在于国家和市场之间,在国家之上和之外运作但又与国家互动互补的非政府的网络和领域,其中追求公共目标的各种非政府组织和社会运动及其所表达的全球意识和全球价值取向是全球市民社会的核心内容和思想灵魂。全球市民社会以非政府组织为主要活动主体,具有公益政治性、网络化和公共行动领域特征,其主要从事信息咨询、游说政府、监督国家、举办平行峰会、参与发展项目、国际协调和救助等方面的活动。不仅促进公共讨论,更是通过公共行动跻身国家之中。参见刘贞晔:《国际政治视野中的全球市民社会——概念、特征和主要活动内容》,载《欧洲研究》2002年第5期。

地考虑社会的整体效益。^① 全球治理在强调国家中心地位的同时,亦强调市民社会的参与。^② 有效的全球治理仅可通过有效的国际合作实现,^③参与国际合作的不再仅是各国政府,也包括非政府组织。

在投资仲裁领域最活跃的全球市民社会的代表主要是具有明显公益目的性的涉及环境和人权保护等领域的国际非政府组织,它们是维护公共利益的最主要实践者。^④ 许多投资仲裁非争端方的公共利益团体或非政府组织积极以法庭之友身份参与仲裁程序,^⑤并以观察员身份参与国际立法活动,推动国际对环境和人权的立法保护。^⑥

此外,为推动全球治理的有效运行,改革全球治理的一项提议便是增强全球治理机构作出程序的民主性、全面性和透明性,从而同时增强全球治理机制

① 参见钟立国:《区域贸易协定争端解决机制:理论及其条约法实践》,上海人民出版社2014年版,第88~90页。

② 参见徐崇利:《晚近国际投资争端解决实践之评判:“全球治理”理论的引入》,载《法学家》2010年第3期。

③ See Committee for Development Policy, Policy Note, *Global Governance and Global Rules for Development in the Post - 2015 Era*, Accessed September 30, 2017, http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/cdp_publications/2014cdppolicynote.pdf.

④ 参见刘贞晔:《国际政治视野中的全球市民社会——概念、特征和主要活动内容》,载《欧洲研究》2002年第5期。

⑤ 例如, *Methanex v. America* 案中的加拿大非政府组织“国际可持续发展中心”(IISD),参见 *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “amici curiae”, Accessed September 30, 2017, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf; *United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Canada* 案中的加拿大邮政工人联盟(Canadian Union of Postal Workers)和加拿大联合会(Council of Canadians),参见 *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0883.pdf>; *Suez and Vivendi v. Argentine* 案中的平等与正义民间协会(ACIJ)、社会与法律研究中心(CELS)和国际环境法中心(CIEL)等。 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/03/19), Order in Response to a Petition by Five Non-governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission.

⑥ 以UNCITRAL《透明度规则》的立法议程为例,非政府组织国际可持续发展中心和国际环境法中心成功力促工作组对增加投资仲裁程序透明度的讨论和立法。

的可问责性和可信度,以确保全球治理机构承诺和义务的实现。^① 从全球治理的角度而言,投资仲裁庭作为非政府行为体取得国际投资条约授权来裁决投资仲裁案件,由此使投资条约仲裁不仅是一种争端解决机制,也体现为一种全球治理方式。^② 通过仲裁程序文件公开、审理公开、允许非争议方参与等提高投资条约仲裁透明度的方式,有利于促进投资仲裁裁决的一致性和确定性;该趋势可增加投资者和东道国对自身行为和裁决的预期;由此还能更进一步地裨益仲裁庭发挥全球治理主体效能及善治(good governance)。^③

三、《透明度规则》的内容述评

《透明度规则》于2014年4月1日生效。通常而言,《透明度规则》适用于投资者依照其母国与投资东道国于2014年4月1日及之后订立的投资条约,除非该条约缔约方另有约定。^④ 截至目前,有逾3000个国际投资协定缔结于2014年4月1日之前。^⑤ 为促使《透明度规则》得到更广泛的适用,或由仲裁各

① See Committee for Development Policy, Policy Note, *Global Governance and Global Rules for Development in the Post - 2015 Era*, Accessed September 30, 2017, http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/cdp_publications/2014cdppolicynote.pdf.

② See de Sá Ribeiro, Marilda Rosado, Orlando José Guterres Costa Júnior, "Global Governance and Investment Treaty Arbitration: The Importance of the Argentine Crisis for Future Disputes", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 14, 2015, p. 432.

③ 参见徐崇利:《晚近国际投资争端解决实践之评判:“全球治理”理论的引入》,载《法学家》2010年第3期。例如,联合国秘书长企业和人权特别代表约翰·鲁杰指出,关涉人权和其他国家责任的充足透明度尤为重要,其使公众有权知晓可能影响公共利益的仲裁程序。并且,透明度是联合国及其他权威机构所倡导的善治的根基所在。参见 D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty - Based Investor - State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 2 - 3。以国际可持续发展中心和国际环境法中心为代表的非政府组织所阐释的,投资仲裁裁决影响公共利益,并且东道国的赔偿款最终是由纳税人支付,因而被申请国公民需要且理应有权知悉其政府的行为,并且透明度是完善投资仲裁的关键,其裨益于加强善治、影响公共政策,利于消弭腐败;参见 CIEL and IISD, *Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address State Arbitrations*, 2007, Accessed September 30, 2017, http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf。

④ See Article 1 para. 1 of the Rules on Transparency.

⑤ See UNCTAD, *World Investment Report 2016*, Accessed September 30, 2017, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf.

方当事人同意对其仲裁适用《透明度规则》,或由投资者母国与东道国于2014年4月1日后同意适用《透明度规则》,那么《透明度规则》亦可适用于依2014年4月1日前订立的国际投资条约提请的仲裁。^①故而,为便利各国将《透明度规则》适用于根据该规则生效前订立的投资条约提请的仲裁,^②UNCITRAL起草了《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》(以下简称《透明度公约》),^③该公约于2015年3月17日开放签署。^④

(一)适用范围

《透明度规则》规定了自仲裁提请之时起至仲裁裁决作出后的仲裁程序全过程的透明度,其包含8个条款:1个条款规定该规则的适用范围,^⑤3个条款规制披露和公开仲裁文件及审理程序,^⑥2个条款有关涉非争议方对仲裁的参与,^⑦1个条款规定披露要求的例外情形,^⑧1个条款关于建立管理已公布信息的存储处。^⑨《透明度公约》在序言后规定有11个条款,包括公约的适用范围,^⑩对《透明度规则》的适用,^⑪保留及保留的提出,^⑫对投资者与国家间仲裁的适用,^⑬区域经济一体化组织的参与,^⑭以及其他诸如保存人、签署、批准、接

① See Article 1 para. 2 of the Rules on Transparency.

② Official Records of the General Assembly, 68th Session, Supplement No. 17 (A/68/17), para. 127.

③ Report on the Work of its 60th Sess., Settlement of Commercial Disputes: Draft Convention on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration, Feb. 3 – 7, 2014, U. N. Doc. A/CN.9/WG. II/WP. 181 (November 27, 2013).

④ See UNCITRAL, *Status: United Nations Convention on Transparency in Treaty – based Investor – State Arbitration* (New York, 2014), Accessed September 30, 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html.

⑤ See Article 1 of the Rules on Transparency.

⑥ See Articles 2, 3 and 6 of the Rules on Transparency.

⑦ See Articles 4 and 5 of the Rules on Transparency.

⑧ See Article 7 of the Rules on Transparency.

⑨ See Article 8 of the Rules on Transparency.

⑩ See Article 1 of the Convention on Transparency.

⑪ See Article 2 of the Convention on Transparency.

⑫ See Articles 3 and 4 of the Convention on Transparency.

⑬ See Article 5 of the Convention on Transparency.

⑭ See Article 8 of the Convention on Transparency.

受、核准、加入、生效、修正和退出公约等国际公约的惯常条款。^①

《透明度规则》第1条第1款规定,原则上该规则仅适用于投资者依照其母国与投资东道国于2014年4月1日及之后订立的投资条约且在《UNCITRAL 仲裁规则》下所提请的投资仲裁。^②此即是该规则的适用不具有溯及力(non-retroactive application)的体现,避免国家承担其并未同意的义务。^③但是,该条款又允许“条约缔约方另有约定”,^④赋予仲裁当事方对2014年4月1日及之后订立的投资条约的“选择退出”机制(opt-out mechanism),^⑤即当事方可合意将《透明度规则》排除适用。此外,尽管《透明度规则》第1条第1款和第2款提及的仲裁规则是《UNCITRAL 仲裁规则》,^⑥但《透明度规则》的适用并不限制投资仲裁争端当事方对仲裁规则的选用,《透明度规则》同样可以适用于依据《UNCITRAL 仲裁规则》以外的规则或临时仲裁程序提请的投资仲裁。^⑦

就条约缔约方于《透明度规则》生效前即2014年4月1日之前订立的投资条约,该规则赋予争议各方和条约缔约方将《透明度规则》适用于根据这些投资条约提请的投资仲裁的“选择加入”机制(opt-in mechanism)。^⑧该“选择加入”机制有两种适用方式:其一,在所涉投资条约直接或间接允许争议各方对条约已规定的仲裁规则进行选择、修改或增加的情况下,仲裁各方当事人有权

① See Articles 6-7, 9-11 of the Convention on Transparency.

② See Article 1 para. 1 of the Rules on Transparency.

③ See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 50.

④ See Article 1 para. 1 of the Rules on Transparency.

⑤ See Claudia Reith, “New UNCITRAL Rules on Transparency 2014 – Significant Breakthrough or a Regime Full of Empty Formula”, *Yearbook on International Arbitration* 4, 2015, p. 127. 因为如今有1976年、2010年和2013年三个版本的《UNCITRAL 仲裁规则》,其中仅2013年版仲裁规则纳入透明度规则。See UNCITRAL Arbitration Rules, Accessed September 30, 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

⑥ See Article 1 paras. 1 and 2 of the Rules on Transparency.

⑦ See Article 1 para. 1 of the Rules on Transparency.

⑧ See Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of its 56th Session (New York, February 6-10, 2012), UN Doc. A/CN.9/741, para. 24.

同意对所提请的仲裁适用《透明度规则》;^①其二,双边投资条约缔约方或多边条约的申请人母国和被申请国在2014年4月1日后明确同意对其投资仲裁争议适用《透明度规则》。^②对此,《透明度公约》实际上扮演了便于缔约方在2014年4月1日后作出此种同意的角色。在双边或多边条约适用的情形下,即投资条约的缔约方同时也是《透明度公约》的缔约方之时,无论投资仲裁是否是根据《UNCITRAL 仲裁规则》提请的,只要被申请国和申请人所属国并未依据《透明度公约》第3条作出保留,则《透明度规则》即可适用于当事方之间的仲裁争议。在单方面提议适用的情形下,即投资者母国不是《透明度公约》缔约国,或者依公约第3条作出保留之时,当被申请国是未作出保留的公约缔约方,并且申请人同意适用《透明度规则》,无论投资仲裁是不是根据《UNCITRAL 仲裁规则》提起的,《透明度规则》亦可适用于此当事方间的投资仲裁。^③

(二)公布文件

在《透明度规则》颁行之前,《北美自由贸易协定》(NAFTA)第11章仲裁、ICSID 仲裁和 UNCITRAL 仲裁在仲裁程序相关材料和裁决等文件公布方面的透明程度是依次递减的,^④毕竟《UNCITRAL 仲裁规则》本身并不推广透明度。^⑤但是,《透明度规则》对文件公布作出翔实规定后,该等次发生了改变。

《UNCITRAL 仲裁规则》和旧版本的《ICSID 仲裁规则》对文件的公布未作

① See Lise Johnson, Natalie Bernasconi - Osterwalder, “New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps”, *Investment Treaty News*, 2013.

② See Article 1 para. 2 of the Rules on Transparency.

③ See Article 2 para. 1 of the Convention on Transparency.

④ See Christina Knahr, August Reinisch, “Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – the Biwater Gauff Compromise”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 6, 2007, p. 98.

⑤ See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 93.

出规定。^① 而2006年修订的《ICSID 仲裁规则》对文件公布规定仍然仅限于仲裁裁决的公开,即在双方当事人均同意时,ICSID 才可公布完整的仲裁裁决;但要求 ICSID 应及时将仲裁庭的法律理由摘录刊登在其发行刊物上。^② 对于仲裁裁决之外文件的公开,《ICSID 公约》及其仲裁规则未做规定,是否允许当事人在仲裁程序中和仲裁程序后披露任何文件,ICSID 的立场亦不明确。^③ 对于何种文件可予披露,ICSID 通常是在个案分析的基础上进行裁定的。^④ NAFTA 第11章亦未对文件公布作出明确规定,但 NAFTA 自由贸易委员会(FTC)对文件公布的解释表明,NAFTA 第11章仲裁未向争议各方施加保密性义务,NAFTA 不阻止当事方对外提供向仲裁庭提交的文件或仲裁庭发出的文件。^⑤ 在该具有拘束力的解释公布之前,NAFTA 的仲裁实践亦表明投资仲裁中当事方不负

① See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 93 – 94.

② See Article 48(4) of ICSID Arbitration Rules.

③ See Christina Knahr, August Reinisch, “Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – the Biwater Gauff Compromise”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 6, 2007, p. 100.

④ 从 ICSID 于 1984 年作出的 *Amco Asia and others v. Indonesia* 案针对临时措施请求的裁决来看,仲裁庭并不阻止当事人自行对裁决之外的仲裁相关文件的公布,其认为仲裁程序“保密性的灵魂”在于公约和规则不阻止当事人对外披露他们自己的案件。但是,当事人的公布行为不得损害另一当事方利益和仲裁程序。在该案中,仲裁庭认为申请人对外披露案件事实陈述的行为所构成的威胁并不足够严重到启动临时措施,但该案明确了 ICSID 将限制当事人自行公开 ICSID 仲裁程序有关信息的权利。参见 *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, “Decision on Request for Provisional Measures”, ICSID Case No. ARB/81/1。在 2006 年 ICSID 裁定的 *Biwater Gauff (Tanzania) v. Tanzania* 案中,对于被申请人向在仲裁进行过程中单方面将仲裁庭第一次会议的笔录和第 2 号程序性命令一并公布到网络上的行为,在无何成文规定的情况下,仲裁庭行使自由裁量权,综合考量了近期《ICSID 仲裁规则》修订的透明度趋势以及对保护仲裁程序完整性的价值后,在个案分析的基础上认为,仲裁庭有“警察巡视”(Police Patrol)的责任以避免损害的发生,即保证仲裁程序未来能在公平而有序的行为下进行。但本案中,上述文件的公布使争议双方已在仲裁进行过程中展开“媒体战”,这无疑将极大损害仲裁程序的完整性,因此仲裁庭应当限制此种文件的公布行为。See *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0089.pdf>, p. 39, para. 153.

⑤ See North American Free Trade Agreement, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions NAFTA Free Trade Commission (July 31, 2001), Accessed September 30, 2017, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp.

担保保密性义务。^①

《透明度规则》关于文件公布的规定是基于国际投资仲裁在这一方面的实践和解释,提出了更清晰、更明确的文件公布要求,进一步释明了投资仲裁对该问题的立场,并且在某种程度上意味着对商事仲裁常有的保密性假定的颠覆,^②从而在切合投资仲裁性质的前提下更加关照公共利益。

《透明度规则》规定,在收到争议各方发送的启动仲裁程序的仲裁通知副本后,存储处应迅速向公众提供关于争端各方名称、所涉经济部门以及诉请仲裁所依据的条约的信息。^③ 当不存在《透明度规则》第7条项下的例外情形时,应向公众提供特定的文件。这些文件按照不同层次的披露要求可以分为三个层次:^④第一层次为强制和自动应予披露的文件,包括仲裁通知、对仲裁通知的答复、申请书、答辩书以及任一争议方提交的进一步书面陈述或材料;证据清单(若有)、非争议方提交的书面材料、审理笔录(如有),以及仲裁庭的命令、决定和裁决。^⑤ 第二层次为任何人向仲裁庭提出请求而予以披露的文件,主要是指

① 例如,依据《ICSID 附加仲裁规则》进行的 *Metalclad v. Mexico* 案中,仲裁庭认为,NAFTA 和《ICSID 附加仲裁规则》均未对当事方是否享有文件公布的自由作出明确限制。尽管诉诸仲裁的理由之一常常是避免公开性;但是,仲裁庭认为,除非当事方明确作出该限制,否则各方均有公开其仲裁的权利。See *Metalclad Corporation v. Mexico*, Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, pp. 7-8, para. 13, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>. 再如,依据 1976 年《UNCITRAL 仲裁规则》组建的仲裁庭在 *S. D. Myers v. Canada* 案中认为,无论私人合意的商事仲裁的立场如何,在如当前仲裁庭审理的这类仲裁中不存在一般性的保密性原则。See *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Procedural Order No. 16 (concerning confidentiality in materials produced in the arbitration), p. 3, para. 8, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0746.pdf>.

② See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 94-95. 例如,《CIETAC 仲裁规则》第38条关于“保密”的规定,不公开审理的案件,双方当事人及其仲裁代理人、仲裁员、证人、翻译、仲裁庭咨询的专家和指定的鉴定人,以及其他有关人员,均不得对外界透露案件实体和程序的有关情况。

③ See Article 2 of the Rules on Transparency.

④ See Lise Johnson, Natalie Bernasconi - Osterwalder, “New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps”, *Investment Treaty News*, 2013.

⑤ See Article 3 para. 1 of the Rules on Transparency.

专家报告和证人陈述,但不包括其中提及或描述的证物。^① 第三层次为仲裁庭依职权或经任何人请求,在与争端各方协商后,所决定披露的文件,包括证物 and 不在上述两层次范围内的其他文件。^② 仲裁庭应依据第7条规定的保护机密信息或受保护信息的安排或时限尽早向存储处发出第一层次和第二层次的文件;对于第三层次的文件,应以检禁形式(redacted form)发送。^③ 并且,获准查阅第三层次的文件的人应负担向其提供该文件的诸如影印费和运费等相关行政管理费。^④

(三)公开审理

通常而言,国际商事仲裁的审理程序主要处理的是诸如仲裁庭的管辖权、出示证据、听取证人证言、专家陈述以及当事方的口头陈述等重大问题,^⑤审理程序一律秘密进行。但是,《透明度规则》对此却“异乎寻常”地规定了一项默示原则(default rule),即为出示证据或进行口头辩论而进行的审理应当公开举行;^⑥但仲裁庭有自由裁量权决定不公开全部或部分审理。^⑦ 具言之,不公开审理的情形有三:其一,有必要保护机密信息;其二,有必要保护仲裁程序完整性;其三,由于不可预见的情形发生使仲裁庭对公众列席审理(包括视频或录音

① See Article 3 para. 2 of the Rules on Transparency.

② See Article 3 para. 3 of the Rules on Transparency.

③ See Article 3 para. 4 of the Rules on Transparency.

④ See Article 3 para. 5 of the Rules on Transparency.

⑤ See Claudia Reith, “New UNCITRAL Rules on Transparency 2014 – Significant Breakthrough or a Regime Full of Empty Formula”, *Yearbook on International Arbitration* 4, 2015, p. 141.

⑥ 参见 Article 6 para. 1 of the Rules on Transparency;亦可见 Report on the Work of its 58th Sess., February 4 – 8, 2013, para. 75, U. N. Doc. A/CN.9/765。这被认为是《透明度规则》与其他仲裁规则规定的保密性原则的最大不同。参见 Lise Johnson, Natalie Bernasconi – Osterwalder, “New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps”, *Investment Treaty News*, 2013。譬如,2010年《UNCITRAL 仲裁规则》第28条第3款规定以不公开审理为原则。亦可参见 D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 234。

⑦ See Report on the Work of its 58th Sess., February 4 – 8, 2013, para. 75, U. N. Doc. A/CN.9/765.

等适当手段)的原有安排不可行等后勤原因。^① 对于前两种情形,仅是不公开需要受保护的审理部分;对于第三种情形,则是可不公开举行全部或部分审理。^②《透明度规则》所采取的公开审理为原则、不公开审理为例外的立场,代表投资条约仲裁从保密性向公开性的转变。

(四)非争议方的参与

对于非争议方对仲裁程序的参与,《透明度规则》允许“第三人”^③和“非争议方条约缔约方”^④向仲裁庭提交材料。前者是基于《ICSID 仲裁规则》第 37 条第 2 款和 NAFTA 成员国声明,实际上是对法庭之友制度(Amicus Curiae)的引入;^⑤后者主要是借鉴 NAFTA 第 1128 条及其法律和实践。^⑥此外,除允许第三人提交书面材料外,仲裁庭可允许第三人以其他形式参与仲裁程序。^⑦

允许非争议方的第三人为与公众利益攸关的投资仲裁提交书面材料的法庭之友制度,被认为有助于缓和尤以环保组织为代表的社会各界对国际投资仲裁机制广泛的不满和敌意情绪。^⑧投资条约仲裁中第三人的“法庭之友”制度

① See Claudia Reith, “New UNCITRAL Rules on Transparency 2014 – Significant Breakthrough or a Regime Full of Empty Formula”, *Yearbook on International Arbitration* 4, 2015, p. 141.

② See Article 6 paras. 2 and 3 the Rules on Transparency. See also Lise Johnson, Natalie Bernasconi – Osterwalder, “New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps”, *Investment Treaty News*, 2013.

③ “第三人”是指既不是争议方又不是非争议方条约缔约方的人。参见 Article 4 of the Rules on Transparency.

④ See Article 5 of the Rules on Transparency.

⑤ See Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of its 53rd Session (October 4 – 8, 2010), A/CN.9/712, para. 49; Note by the Secretariat (July 29, 2011) para. 47, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.166.

⑥ See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 205.

⑦ 譬如,在第三人也是仲裁协议当事人的情况下,仲裁庭有权经任一当事方请求,根据《UNCITRAL 仲裁规则》行使自由裁量权将该第三人并入仲裁程序;这在某种程度上体现了《透明度规则》对仲裁规则的补充。参见 Article 1 para. 7 of the Rules on Transparency.

⑧ See Dan Price, *Testimony before the Subcommittee on Trade of the House Committee on Ways and Means*, Hearing on the Summit of the Americas and Prospects for Free Trade in the Hemisphere, 2001.

滥觞于2001年NAFTA仲裁实践,^①于2003年经NAFTA委员会发表声明“成文化”;^②2005年ICSID在仲裁案件中适用法庭之友制度,^③后于2006年新修订的仲裁规则中作出明确规定。^④

为裨益投资仲裁案件的事实或法律问题的认定,《透明度规则》规定,在与争议各方协商后,仲裁庭可允许第三人向仲裁庭提交书面材料。首先由希望向仲裁庭提交材料的第三人提出申请,该申请应满足特定的形式和实质

① NAFTA投资条约仲裁中最早收到非争议方的公共利益团体的书面材料的案件是Methanex v. America。该案中,加拿大非政府组织“国际可持续发展中心”(IISD)于2000年8月25日向仲裁庭提出以“法庭之友”身份提交书面材料,认为仲裁庭近期就该案作出的裁决未考虑NAFTA的环境和可持续发展目标;保密性原则并非NAFTA程序最重要的原则以排除法庭之友,并且无上诉机制审查仲裁裁决使仲裁庭更应接受法庭之友意见,该书面意见亦将有助于仲裁庭作出充分全面的裁决。最终,仲裁庭权衡了墨西哥、加拿大和争议双方的意见,在《UNCITRAL仲裁规则》和NAFTA第11章均未有明确规定的情况下,依据所适用的1976年《UNCITRAL仲裁规则》第15条第1款“仲裁庭可以按照它认为适当的方式仲裁”行使自由裁量权,裁定接受关涉公共利益的法庭之友的书面材料。See Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, *Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “amici curiae”*, Accessed September 30, 2017, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf。9个月,在United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Canada案中,另一个NAFTA仲裁庭基于相同的UNCITRAL条款,并很大程度依据前案Methanex v. America的裁决,接受加拿大邮政工人联盟(Canadian Union of Postal Workers)和加拿大联合会(Council of Canadians)提交法庭之友意见,但拒绝其请求加入作为当事人的申请。See United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, “Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae”, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0883.pdf>。

② NAFTA自由贸易委员会于2003年颁布声明,明确对NAFTA投资仲裁提交法庭之友书面意见的特定程序和要求,以回应实践中众多民间社会团体请求参与仲裁程序或提交法庭之友意见的情况。See NAFTA, *Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation*, Accessed September 30, 2017, <https://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>。

③ 2005年ICSID在仲裁案件中收到了诸多利益相关的民间团体的书面材料,而彼时ICSID现行有效的公约和仲裁规则均无对于法庭之友意见的相关规定,故而ICSID是依据公约第44条行使自由裁量权,接受了法庭之友意见。See Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/03/19), Order in Response to a Petition by Five Non-governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission。

④ 2006年ICSID修订了其仲裁规则,有关法庭之友意见的条款内容基本与NAFTA自由贸易委员会的声明一致。但是,该新仲裁规则不具有溯及力,仅适用于该修正案生效后,即2006年4月10日后提请的案件;对于生效前提请的案件,仍依据《ICSID公约》第44条裁量。但案件的提请时间和规则的适用对仲裁庭是否接受法庭之友意见的影响甚微,毕竟无论适用新规则还是旧规则,仲裁庭在该问题上考虑的要素是相同的。See Christopher Dugan et al., *Investor-State Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 173。

条件。^① 仲裁庭收到申请后应考虑第三人是否在仲裁程序中有重大利益,以及第三人提交的材料对于仲裁庭确定与仲裁程序相关的某一事实或法律问题的效用程度,以决定是否接受该材料。在决定是否允许第三人提交此类材料时,上述两要素并非穷尽式列举,仲裁庭亦可考虑其他相关因素。^② 与提交申请类似的是,第三人之后提交的材料也应满足相应形式和实质要求。^③

另外,为助于仲裁庭解释和适用所涉条约的相应条款,《透明度规则》借鉴 NAFTA 第 1128 条规定及实践,^④仲裁庭可依职权允许非争议方条约缔约方就条约解释提交材料,或经与争议各方协商后邀请该缔约方提交材料,且不限定所提交材料的形式。^⑤ 该条款并未授予仲裁庭自由裁量权以决定是否接受此类针对条约解释的材料,只要材料没有损害仲裁程序或争议当事方,^⑥则仲裁庭都应当接受。该标准显然与第三人提交材料的标准迥异,反映出相较于非条约缔约方的第三人,仲裁程序会对非争议方条约缔约方的权利造成重大影响。^⑦

《透明度规则》相对于 NAFTA 而言,对投资仲裁程序透明度改革更进一步

① 总共可归纳出八个条件。See Article 4 para. 2 of the Rules on Transparency: (a) within the scope of the dispute; (b) in a concise written statement drafted in a language of the arbitration; (c) consistent with page limits set by the arbitral tribunal; (d) describing the third party; (e) disclosing connection with any disputing party; (f) providing information on government, person or organization that has provided to the third person financial or substantial assistance; (g) describing the nature of the interest that the third person has in the arbitration; and (h) identifying the specific issues of fact or law in the arbitration that the third person wishes to address.

② See Article 4 para. 3 of the Rules on Transparency.

③ See Article 4 para. 4 of the Rules on Transparency: (a) be dated and signed by the person filing the submission on behalf of the third person; (b) be concise, and in no case longer than as authorized by the arbitral tribunal; (c) set out a precise statement of the third person's position on issues; and (d) address only matters within the scope of the dispute.

④ 参见 Article 1128 of NAFTA, 如 Methanex Corporation v. United States of America 及 S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada 案,作为前案非争议方条约缔约方的加拿大和墨西哥,以及作为后案非争议方条约缔约方的美国和墨西哥,均向仲裁庭提交了关于条约解释的书面意见。

⑤ See Article 5 para. 1 of the Rules on Transparency.

⑥ See Article 5 paras. 4 and 5 of the Rules on Transparency.

⑦ “[A] non-disputing State Party’s participation might pose the risk of resurgence of diplomatic protection, a risk not posed by participation of third parties.” See Report of WG II on the work of its 55th session (Vienna, October 3-7, 2011), UN Doc. A/CN.9/736, para. 83.

的努力是,其允许非争议方条约缔约方就争议事项范围内、条约解释之外的进一步事项向仲裁庭提交材料。^①《透明度规则》规定,仲裁庭在与争议各方协商后可允许非争议方条约缔约方就条约解释外的事项提交相关材料,除考虑认定第三人提交材料可受性的若干因素外,仲裁庭还应当避免非争议方条约缔约方所提交的材料构成相当于支持投资者仲裁请求的外交保护。^②该条款对避免构成外交保护的特别规定是《透明度规则》有意区分第三人法庭之友制度和非争议方条约缔约方意见的缘由所在。此外,在仲裁庭邀请非争议方条约缔约方提交材料而未收到任何材料或答复时,仲裁庭不应就此作出任何推论,^③毕竟非争议方条约国并无提交此种意见的义务。^④但是,仲裁庭可将条约缔约方此后的实践或协定作为条约解释的参照。^⑤

(五)透明度的例外

在适用《透明度规则》第2条至第6条公众对仲裁文件和程序的可获得性时,仲裁庭应当考量第7条规定的各例外情形,以平衡透明度下的公共利益与争议各方公平高效解决争议的利益。这些例外情形的信息可以划分为两类,即机密信息或受保护信息,^⑥以及为维护仲裁过程完整性的信息。^⑦这些信息是包括争议各方、仲裁庭和仲裁行政机构等均不得对外披露的信息,代表着优先

① See Article 5 of the Rules on Transparency. 尽管工作组就是否纳入该条款历经激烈争论,但最终工作组达成一致意见载入该条款,并将该法律和事实事项限定于“争议事项范围内”。See UNCITRAL, Settlement of Commercial Disputes: Preparation of a Legal Standard on Transparency in Treaty – Based Investor – State Dispute Settlement (2012), UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.176, para. 41.

② See Article 5 para. 2 of the Rules on Transparency. 考虑到投资者母国是非争端方缔约国的情形,该母国可能提交宽泛的事实和法律意见,而实质上构成对其国民的外交保护,因此《透明度规则》特别作出限定。See Report of WG II on the Work of its 55th Session (Vienna, October 3 – 7, 2011), UN Doc. A/CN.9/736, paras. 87 – 88.

③ See Article 5 para. 3 of the Rules on Transparency.

④ See Report of WG II on the Work of its 55th Session (Vienna, 3 – 7 October 2011), UN Doc. A/CN.9/736, para. 100.

⑤ See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 223.

⑥ See Article 7 paras. 1 – 5 of the Rules on Transparency.

⑦ See Article 7 paras. 6 – 7 of the Rules on Transparency.

于透明度的重大利益。^①此外,《透明度规则》在第7条使用“信息”来细化可披露内容的范围,是对 *Biwater Gauff (Tanzania) v. Tanzania* 案中仲裁庭将保密性与特定文件类型相联系的完善。^②

尽管《透明度规则》力求条款语义明确,但仍然不免需要仲裁庭在语义范围内行使自由裁量权。第1项“商业机密信息”的含义宽泛,仅是 NAFTA 第11章仲裁就已包含数种内涵。^③第2项“条约项下受保护而不得向公众提供的信息”是指同时受到基础投资条约和《透明度规则》保护的信息,该条款的内涵可能会与“妨碍执行法律”和被申请国的“基本安全利益”有重叠。^④第3项“根

① See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 250 – 251, 264.

② See *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0089.pdf>. 该案仲裁庭以文件类型来确定是否对外披露,尽管简单、清晰而高效,但实际上是扩大了受保护信息的范围,而这不符合尽可能使仲裁具有可获得性的透明度原则。故而《透明度规则》规定了更精确、更高水平的透明度,但同时也需要仲裁庭降低由于识别、检禁和保护信息所造成的时间和迟延成本。See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 53 – 58.

③ 包括商业秘密,由争议方或相关第三方一贯以保密行为对待的含有包括价格和成本信息、市场和战略计划文件、市场份额数据或未公开披露的详细审计或金融报告等内容在内的财务、商业、科学或技术信息,披露可能导致争议方或相关第三方遭到财务损失的信息,披露可能干预争议方或相关第三方的合同或其他谈判的信息,其他被视为保密的促进解决争议的通信等。See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 265 – 266. See also, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Canada*, PCA Case No. 2009 – 04, Procedural Order No. 2 (Confidentiality Order) (May 4, 2009), pp. 1 – 2, para. 1 (c), Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1147.pdf>; *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB (AF)/12/3, Confidentiality Order (January 24, 2013), para. 1 (c), Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1509.pdf>.

④ 譬如,国家安全、法律执行、公共安全、基本安全利益、内阁与政府信息、个人隐私、特定国企或私企合法的商业利益,或者金融机构的个人消费者的财务和账户等。See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 267. See also, Articles 2102 and 2105 of NAFTA; Articles 10.21 (2), 21 (3) and 21 (5), 10.21 of CFTA – DR; Article 38 (7) of Canadian Model BIT 2004.

据可适用法律受保护而不得向公众提供的被申请国的信息”,如果该信息在被申请国法律中有规定,则仲裁庭不可行使自由裁量权,必须适用该国法律;若该国法律未做规定,则仲裁庭可在诸如申请人、非争议方条约缔约方或第三人等其他当事方的国内法律或规则范围内行使自由裁量权,以确定可适用于此例外情形的法律。^①第4项“披露信息将妨碍执行法律的信息”饱受批评,被认为是一项“自我裁断”的例外,语义范围过于宽泛,可被其他款项提及的基本国家利益、条约或可适用的国内法所涵盖而没有作为一项独立例外的必要;并且,没有条约语言或判例法对其作出相关定义或解释。尽管该条款或许是为平衡投资者与东道国的利益而为被申请国“量身定做”的,但仍需要被申请国国内法对信息披露可能妨碍法律执行作出相关规定。^②

除了上述列举的机密或受保护信息之外,《透明度规则》另外规定了一项独立的例外情形,即仲裁庭不得披露将违背被申请国基本安全利益的信息。^③“基本安全利益”例外包含了对公共利益和法律执行的考量,^④该例外由被申请国“自我裁断”,不由仲裁庭决定,亦不受制于第3款和第4款的信息保护安排。但是,这不意味着被申请国提出基本安全利益例外全无限制,被申请国必须依习惯国际法解释该例外,不能超越基础投资条约而单方面界定“基本安全利益例外”的范围;并且,该例外“自我裁断”的特征并不意味着全然排除仲裁

① See Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of its 58th Session, (2013) UN Doc. A/CN.9/765, para. 75.

② See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 273 – 274.

③ See Article 7 para. 5 of the Rules on Transparency.

④ See Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of its 57th Session, October 1 – 5, 2012, A/CN.9/790. 该概念可见于双边投资条约或贸易协定中。通常是关于贩售武器、军用物资或与军队或安全部门有关的其他物品、材料、服务或技术,与国际关系上的战争或其他紧急情况相关的问题,以及核武器相关问题。See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 288. See also, Article 38(7) of the Canadian Model BIT 2004, Article 26 of the Norway Model BIT 2007, Article 2102(1)(b) of NAFTA, Article XXI of GATT 1994, or Article 24(3)(a) of Energy Charter Treaty.

庭的审查,仲裁庭仍然要对被申请人提出的基本安全利益例外依善意原则(good faith)进行最低限度的审查。^①倘若被申请国企图通过滥用该条款以减损《透明度规则》的适用,仲裁庭可拒绝被申请人基于基本安全利益提请的不予披露的请求,以确保透明度目标的实现。^②

第二类透明度的例外情形是,为避免仲裁过程完整性受损而不披露的信息,即仲裁庭可依职权或经争议各方请求,在实际可行的情况下与争议各方协商后,决定限制或推迟公布信息。^③《透明度规则》非穷尽式地列举了损害仲裁过程完整性的情形,^④包括可能妨碍收集或出示证据,导致对证人、争议各方代理律师或仲裁庭成员的恐吓,或其他相当的特殊情形。^⑤在上述任一有损仲裁过程完整性情形存在的情况下,仲裁庭不得提供此种信息,而应当限制或推迟信息公布;并且,仲裁庭应当积极阻止任何损害仲裁程序完整性的行为,时时审查和再评估行为的适当性,^⑥以便在上述情形不再有损仲裁过程完整性时,将

① See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 287 – 290.

② See Article 1 para. 6 of the Rules on Transparency.

③ See Article 7 para. 6 of the Rules on Transparency.

④ 《透明度规则》提高了损害仲裁程序完整性的门槛,不再使用过去仲裁庭提出的诸如“加重争议的风险”或“致使争议的解决举步维艰或几无可能”的宽泛界定,以避免过于宽泛和模糊的种类不当限制透明度原则。See Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case – documents/ita0089.pdf>, p. 37, para. 145.

⑤ See Article 7 para. 7 of the Rules on Transparency. 这是在过去仲裁实践中有损仲裁程序完整性的情形的基础上列举的,其他相当情形还可包括当事方平等陈述的权利。See EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Procedural Order No. 2 (May 30, 2008), paras. 46 and 48, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case – documents/ita0263.pdf>; Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures (February 26, 2010), paras. 142 and 148, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case – documents/ita0698.pdf>; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, para. 135, Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case – documents/ita0089.pdf>.

⑥ See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 295.

该信息向公众公布,亦即“限制或推迟”的披露仅具有暂时性质。^①

四、《透明度规则》的意义

《透明度规则》有益于更好地保证仲裁庭的可问责性及其仲裁裁决的一致性和可预测性,从而增强国际社会对投资仲裁的接受度。^② 该规则下的透明度关乎投资仲裁案件当事各方的切身利益。^③ 并且,对仲裁庭而言,透明度亦有益于其更好地获悉类似仲裁裁决,从而作出更高水平的裁决。相较于传统商事仲裁制度的保密性,投资仲裁的透明度规则允许包括非争议方条约缔约方和第三人在内的非争端方参与仲裁程序和提交意见,有助于仲裁庭更广泛地获知相关重要信息,亦有利于其在全面获知信息的基础上作出更为公允、正当的仲裁裁决。由此可见,《透明度规则》所创设的平衡各方利益的法律框架,将有利于减轻当下对该制度的批判和质疑,消解投资仲裁制度的正当性危机,增强国际社会对该制度的信任和信心。^④

此外,《透明度规则》代表目前国际投资仲裁领域最高的透明度标准,^⑤其透明力度和详细程度均远高于《ICSID 仲裁规则》和其他国际性、区域性投资条约的现有规定,而更高层次的透明度势必有益于促进投资条约仲裁的一致性、

① See Note by the Secretariat (December 13, 2011) para. 52, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.169; see also, Report of WG II on the work of its 55th Session (Vienna, October 3 – 7, 2011) para. 130, UN Doc. A/CN.9/736.

② 联合国第68届会议认为,该规则考虑到投资者与东道国间投资条约仲裁所牵涉的公共利益,将有助于构建公平高效的国际投资争端的统一法律框架,提高透明度,加强问责制,促进善治。See Resolution adopted by the General Assembly on December 16, 2013 on the Report of the 6th Committee (A/68/462).

③ 投资者希望能够以可预测的结果有效地评估投资风险;东道国则希望借此估测其措施的适当性、受投资者挑战的风险,以及最终可能的责任。

④ See D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, eds., *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 5 – 14, 355 – 356.

⑤ 参见汇仲律师事务所:《联合国贸法会制定了投资条约仲裁的透明度规则》,载 <http://huizhonglaw.com/cn/news/联合国贸法会制定了投资条约仲裁的透明度规则/>,最后访问日期:2017年9月30日。

正当性和对公共利益的保护。^① 迄今为止,《ICSID 公约》及其仲裁规则和《UNCITRAL 仲裁规则》是投资条约仲裁中最为常用的两套程序规则,^②而当下 UNCITRAL 的《透明度规则》在仲裁透明度方面相较于 ICSID 于 2006 年修订的仲裁规则又迈进一步,这可能导致 UNCITRAL 与 ICSID 之间针对透明度规则修订仲裁规则的“竞争”。^③ 而该趋势又会进一步推动诸如 ICC、斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)和 PCA 等仲裁机构相继采纳类似规则,并且这一趋势是不可逆的,^④极有可能引发新一轮的投资仲裁规则的修订和完善。^⑤

然而,在裨益仲裁制度的同时,《透明度规则》的适用也可能会存在一些潜在的问题。最主要的弊端是其可能增加仲裁审理的时间成本和金钱成本。^⑥ 其他潜在的问题可能还包括:尽管《透明度规则》诸多条款要求仲裁庭作出决定前应与争议各方协商,但是仲裁庭仍拥有最终的裁断权,如何确保仲裁庭公平合理地行使自由裁量权?如若仲裁庭过分限缩解释机密信息、保密信息、国家基本安全利益和仲裁过程完整性,是否实际上会进一步褫夺东道国的国家主权或减损其国内公共利益?如何公允地保证水平不均的发展中国家和发达国家的非政府组织能以法庭之友身份平等参与投资仲裁程序?但是,瑕不掩瑜,鉴于《透明度规则》的灵活性,上述潜在问题未来可能通过仲裁庭更多的实践,

① See Samuel Levander, “Resolving Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules on Transparency”, *Columbia Journal of Transnational Law* 52, 2013, pp. 539–540.

② See UNCTAD, *Investor – State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015*, Accessed September 30, 2017, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf.

③ 2016 年 10 月,ICSID 已启动仲裁规则的修改,包括透明度规则、非争议方参与等主题。See ICSID, *Amendment of ICSID’s Rules and Regulations*, Accessed September 30, 2017, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Amendment-of-ICSID-Rules-and-Regulations.aspx>.

④ See Samuel Levander, “Resolving Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules on Transparency”, *Columbia Journal of Transnational Law* 52, 2013, p. 540.

⑤ 参见汇仲律师事务所:《联合国贸法会制定了投资条约仲裁的透明度规则》,载 <http://huizhonglaw.com/cn/news/联合国贸法会制定了投资条约仲裁的透明度规则/>,最后访问日期:2017 年 9 月 30 日。

⑥ 由于《透明度规则》贯穿投资仲裁程序的始终,故而从确定仲裁文件公布的范围、仲裁庭向存储处发送应予公布的文件、存储处公布文件,到仲裁庭与争端各方协商以考量是否接受第三人提交文件及非争议方提交关于条约解释之外争议范围之内事项的材料,再至对公开审理的后勤安排,最后到仲裁裁决的公布等,都可能因程序本身或时间迟延等缘故而增加仲裁审理的时间长度及相应的仲裁费用。

包括严格限定时间表和非争端方意见篇幅、仲裁文件的电子化、仲裁庭自由裁量权行使的谦抑性和可问责性等得以疏解。^①

五、《透明度规则》的适用

迄今为止,在《透明度规则》生效后的投资条约中,已有 49 个条约直接或间接地对《透明度规则》的适用作出规定;在《透明度规则》生效前的投资条约中,有 2 个投资仲裁案件的当事人合意适用《透明度规则》,21 个国家签署《透明度公约》,其中 3 个国家已正式成为公约的缔约国。为使《透明度规则》能够得到更广泛的适用,可通过争议各方依《透明度规则》第 1 条适用、各国修改投资条约和仲裁机构修改仲裁规则三种路径进行。但是,为使《透明度规则》能够更有效、更广泛地适用于该规则生效前签订的逾 3000 个投资条约,仍需要更多国家批准和加入《透明度公约》。

(一) 适用现状

就 2014 年 4 月 1 日及其后缔结的投资条约而言,直接规定条约适用《透明度规则》或以《透明度规则》为范式制定的条款解决某些情形的投资者与国家间争议的 2014 年 4 月 1 日以降订立的投资条约,截至目前,数量共为 49 个,其中有 43 个双边投资条约、3 个自由贸易协定和 3 个经济合作伙伴关系协定。^②

对于根据 2014 年 4 月 1 日之前缔结的投资条约提请的投资仲裁,在条约缔约方同意的情形下,目前共有 21 个国家在《透明度公约》于 2015 年 3 月 17 日开放签署后对公约进行签字,其中毛里求斯、加拿大和瑞士分别于 2015 年 6 月 5 日、2016 年 12 月 12 日和 2017 年 4 月 18 日批准加入公约,成为《透明度公

^① See Daniel Barstow Magraw, Niranjali Manel Amerasinghe, “Transparency and Public Participation in Investor – State Arbitration”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15, 2008, pp. 352 – 360.

^② See UNCITRAL, *Status: UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration* (New York, 2014), Accessed September 30, 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html.

约》的缔约方。^① 这意味着该公约将于 2017 年 10 月 18 日生效,^②从而有益于《透明度规则》在投资条约仲裁中更广泛的适用。此外,在争端方同意的情形下,迄今有两个由争议当事方在无条约义务的情况下合意适用《透明度规则》的公开仲裁案件,^③标志着当事各方在投资仲裁中首次通过选择加入机制适用《透明度规则》。^④

《透明度规则》首次适用于 2014 年 7 月 29 日启动程序的 Iberdrola and Iberdrola Energia v. Bolivia 案,由于玻利维亚与西班牙的双边投资条约签订于《透明度规则》生效之前,争议双方并无强制适用《透明度规则》的条约义务。但是,该案中,当事双方依据《透明度规则》第 1 条第 2 款 a 项达成合意适用该规则。^⑤

① See UNCITRAL, *Status: United Nations Convention on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration* (New York, 2014), Accessed September 30, 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html.

② See Article 9 of the Convention on Transparency.

③ See *Iberdrola, S. A. and Iberdrola Energia, S. A. U. v. Bolivia* (PCA Case No. 2015 – 05); *BSG Resources Limited v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/14/22).

④ See Samuel Levander, “Resolving Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules on Transparency”, *Columbia Journal of Transnational Law* 52, 2013, Accessed September 30, 2017, <http://hsfnnotes.com/publicinternationallaw/2015/10/26/uncitral-transparency-rules-applied-for-the-first-time-in-investor-state-arbitration/>.

⑤ 该案由两家西班牙公司,依据玻利维亚与西班牙的双边投资条约,在 1976 年《UNCITRAL 仲裁规则》下,向海牙常设仲裁法院(PCA)提请投资仲裁,涉及电力行业的国有化和直接征收的补偿问题。玻利维亚与西班牙新修订的双边投资条约于 2001 年签署,替代 1990 年的原双边投资条约。See Article 1 para. 2(a) of the Rules on Transparency. 仲裁庭也依据《透明度规则》第 1 条第 3 款 b 项行使自由裁量权对《透明度规则》进行调整和适用,决定由 PCA 作为第 8 条下的信息存储处,而非该规则所指定的 UNCITRAL 透明度登记处。仲裁庭于 2015 年 8 月 7 日作出的任命条款(Terms of Appointment)确认当事方已同意对本仲裁适用《透明度规则》,具体包括:PCA 为信息存储处;常设仲裁院将向公众公布仲裁信息和文件;并且,除非仲裁庭另有裁定,否则仲裁的审理过程也应向公众公开。但是,如有避免机密信息泄露或后勤原因(如安排公开审理的场地有限)之必要,仲裁庭可不公开程序。See Matthew Wescott, “The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 82, 2016, p. 303. 尽管仲裁庭并未公布程序性命令以披露对《透明度规则》适用更为详细的裁定,但从存储处常设仲裁院公开的文件来看,争端各方合意披露的文件包括仲裁通知、任命条款和结案命令等。See *Iberdrola, S. A. and Iberdrola Energia, S. A. U. v. Bolivia* (PCA Case No. 2015 – 05), Accessed September 30, 2017, <http://www.italaw.com/cases/3659>.

在该案提请后的一个月,BSG公司依据几内亚1987年和1995年的国内投资法,以及《透明度规则》第1条第9款,^①提请ICSID根据《ICSID仲裁规则》和《透明度规则》裁断BSG v. Guinea案。^②因为该案不是依据任何投资条约提请的仲裁,所以当事双方并无适用《透明度规则》的条约义务;但是,双方均同意对其仲裁适用经双方修订后的《透明度规则》。该案中,依据当事各方的合意,仲裁庭相应地作出详尽的决定后,仲裁程序事实上采用了比《透明度规则》更高且更周详的透明度要求。^③

(二)广泛适用的构想

在无排除约定的情况下,对《透明度规则》生效后订立的投资条约采自动适用《透明度规则》的方式,对该规则生效之前签订的投资条约采合意适用的方式。^④为促使《透明度规则》在投资条约仲裁领域得到更广泛的适用,笔者认

① See Article 1 para. 9 of the Rules on Transparency.

② See BSG Resources Limited v. Republic of Guinea (ICSID Case No. ARB/14/22).

③ See Matthew Wescott, “The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 82, 2016, pp. 303 – 304. 这些要求包括指定ICSID秘书处为信息存储处;文件公布方面,除了《透明度规则》提及的自动公开和经请求公开的诸如仲裁请求、备忘录、证人陈述、专家报告、庭审笔录、命令、决定和裁决等文件之外,争议各方还同意披露证据以及论点的法律依据;欲寻求对机密或保密信息的保护时,任一当事方应在文件发出之日起的21日内通知仲裁庭;ICSID网站应公示庭审视频链接;鉴于后勤原因,第三人列席庭审须经仲裁庭批准;为保护机密或保密信息,庭审视频的播出将延迟30分钟。此外,任一当事方可在庭审过程中请求不公开部分审理内容,并应尽可能地在保密信息预计出现前告知仲裁庭,在提出请求后,视频播出可能暂时中止或被剔除;在与当事各方秘密商议后,由仲裁庭决定是否从视频中剔除该信息,并且此部分庭审记录将被标记为“机密”。See BSG Resources Limited v. Republic of Guinea (ICSID Case No. ARB/14/22), Procedural Order No. 2 on Transparency, paras. 12 – 17, Accessed September 30, 2017, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3765/DC6752_En.pdf. BSG v. Guinea案从侧面显示出《透明度规则》具有足够的灵活性,即尽管《透明度规则》旨在规制投资者基于条约提起的投资仲裁的透明度,但在争端各方合意的情况下,亦可适用于非基于条约提请的仲裁。此案亦是当事方裨益于国际投资仲裁灵活性,即通过选择程序性规则以满足其特定需求的范例——ICSID法律框架允许当事方合意适用比《ICSID公约》及其仲裁规则程度更高的透明度规则,同时《透明度规则》亦允许对非《UNCITRAL仲裁规则》的仲裁程序的适用,故而争端各方可选择由ICSID根据《ICSID程序规则》和《透明度规则》的组合规则来解决其投资争端。See Christian Leathley, Daniela Paez, “UNCITRAL Transparency Rules Applied for the First Time in Investor – State Arbitration”, *Herbert Smith Freehills Dispute Resolution PIL Notes*, Accessed September 30, 2017, <http://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2015/10/26/uncitral-transparency-rules-applied-for-the-first-time-in-investor-state-arbitration/>.

④ See Article 1 of the Rules on Transparency, Article 2 of The Convention on Transparency.

为,具体而言有三种路径可供选择:

第一种路径是争议各方或所属国依据《透明度规则》第1条规定的适用。^①第一种情形,自动适用且无选择排除。对于投资者依照2014年4月1日及之后订立的投资条约提起的仲裁,仲裁程序根据《UNCITRAL 仲裁规则》(不论何版本)进行,且争端各方未明确排除《透明度规则》的适用;^②或者仲裁程序根据《UNCITRAL 仲裁规则》以外的规则或适用临时程序,^③争端各方同意《透明度规则》的适用(或当事方的合意,或争端各方所属国一方或双方均为《透明度公约》缔约国,且无保留)。第二种情形,选择适用。对于投资者依照2014年4月1日之前订立的投资条约提起的仲裁,无论仲裁庭是根据何种仲裁规则(《UNCITRAL 仲裁规则》、《UNCITRAL 仲裁规则》以外规则、临时程序等),争端各方同意《透明度规则》的适用(或当事方的合意,^④或争端各方所属国一方或双方均为《透明度公约》缔约国,且无保留)。^⑤

第二种路径是各国修改投资条约以适用《透明度规则》。第一种是间接适用情形,类似于NAFTA、《中美洲自由贸易协定》(CAFTA-DR)、《加拿大双边投资条约范本》和《美国双边投资条约范本》,以及北美国家缔结的部分投资条约,^⑥各国可在谈判的投资条约中以《透明度规则》为范本,参照制定投资者与东道国争端解决条款,以解决某些情形的投资者与国家间争议。^⑦第二种是直接适用情形,各国在谈判缔结国际投资条约时,将《透明度规则》直接纳入投资

① See Article 1 of the Rules on Transparency.

② See Article 1 para. 1 of the Rules on Transparency.

③ See Article 1 para. 9 of the Rules on Transparency.

④ See Article 1 para. 1(a) of the Rules on Transparency.

⑤ See Article 1 para. 1(b) of the Rules on Transparency; Article 1 paras. 1 & 2 of the Rules on Transparency.

⑥ E. g., Articles 10.20 & 10.21 of CAFTA-DR; Article 38 of Canadian Model BIT 2004; Articles 28(3) & 29 of US Model BIT; Article 1128 of NAFTA.

⑦ 譬如,欧盟已基于《透明度规则》进行其贸易协定透明度条款的谈判和制定。See European Commission, *EU Welcomes More Transparency in Investor-to-state Dispute Settlement Globally*, Accessed September 30, 2017, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1278>. 此外,欧盟与加拿大全面性经济与贸易协议实质性地采纳了《透明度规则》的规定,如第8.36条~第8.38条,载 <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>, 最后访问日期:2017年9月30日。

者与东道国争端解决条款,以配合相应仲裁规则的适用。譬如,2016年10月2日签署的《加拿大与中国香港双边投资条约》第27条和第29条对《透明度规则》的引入适用。^①

第三种路径是仲裁机构修改仲裁规则以适用《透明度规则》。第一种是间接适用情形,诸如ICSID、SCC、SIAC、CIETAC等各仲裁机构可参照《透明度规则》修改其仲裁规则,或者参照《透明度规则》制定其新的投资仲裁规则。^②第二种是直接适用情形,各仲裁机构可采类似于2013年《UNCITRAL仲裁规则》的做法,^③在不改变现有仲裁规则的情况下,于适用范围条款中引入《透明度规则》。对于这一情形的可行性,笔者认为尤在海牙常设仲裁法院(PCA)的仲裁规则下可期实现,毕竟PCA与UNCITRAL在仲裁程序规则方面具有相当紧密的联系。^④PCA可在修改其仲裁规则时,纳入《透明度规则》以对提交PCA的仲裁案件自动适用《透明度规则》,除非当事各方明确排除《透明度规则》的适用。^⑤

由此观之,由于《透明度规则》的适用不具有溯及力,上述广泛适用路径的构想主要适用于《透明度公约》生效之后的情形;而对于根据2014年4月1日

① See Articles 27 and 29 of Canada – Hong Kong, China SAR BIT. Accessed September 30, 2017. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html.

② See Investment Claims, *SIAC Investment Arbitration Rules* 2017. Accessed September 30, 2017. <http://oxia.ouplaw.com/page/siac-ia-rules>. 譬如,新加坡国际仲裁中心的投资仲裁规则(草案)亦有无须争议各方同意,仲裁庭有权接受法庭之友意见的规定。

③ See Article 1 para. 4 of UNCITRAL Arbitration Rules (2013).

④ 《UNCITRAL仲裁规则》授予PCA秘书长诸多权力,包括担任指定机构、经任一当事人请求指派指定机构或替代指定机构,以及审查或调整仲裁庭收费和开支确定办法等。并且,《PCA仲裁规则》基本是基于《UNCITRAL仲裁规则》制定的。See Articles 6.1, 6.2, 6.4, 41.4(b) and 41.4(c) of UNCITRAL Arbitration Rules, The PCA Arbitration Rules (2012), Accessed September 30, 2017, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>; Anthony Connerty, *A Manual of International Dispute Resolution*, London: Commonwealth Secretariat, 2006, Accessed September 30, 2017, http://www.thecommonwealth-ilibrary.org/commonwealth/governance/a-manual-of-international-dispute-resolution_9781848598799-en.

⑤ PCA是除ICSID之外,较多受理投资条约仲裁案件的仲裁机构之一。截至目前,PCA登记有57个投资仲裁案件,其中29件已结案,28件中止。统计自<https://pcacases.com/web/search/>,最后访问日期:2017年9月30日。

之前订立的投资条约提起的投资仲裁, 无论是否依《UNCITRAL 仲裁规则》进行仲裁, 仅能在《透明度规则》第 1 条第 2 款的情形下由争议各方或其所属国合意适用。其中, a 项是基于个案的合意适用。^① 尽管目前已有两个案件体现出争议各方在无条约义务的情况下对《透明度规则》适用的积极意愿,^② 但为使《透明度规则》能更广泛地适用于迄今为止逾 3000 个订立于 2014 年 4 月 1 日之前的国际投资协定投资条约, 仍需要更多的国家根据 b 项, 以缔约国的身份加入《透明度公约》。^③

六、投资条约仲裁透明度规则与中国

我国目前仍身兼资本输入国和资本输出国的双重身份, 投资规模巨大,^④ 并且对投资条约仲裁参与度和运用能力正在提升。鉴于我国“一带一路”倡议

① 例如, *Iberdrola, S. A. and Iberdrola Energia. S. A. U. v. Bolivia* (PCA Case No. 2015 - 05); *BSG Resources Limited v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/14/22), 这两个案件均是由当事双方合意选择将《透明度规则》适用于其在 2014 年 4 月 1 日之前订立的投资条约或国内投资法。

② See Matthew Wescott, “The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty – Based Investor – State Arbitration”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 82, No. 3, 2016, p. 305.

③ See UNCTAD, *World Investment Report 2016 – Investor Nationality: Policy Challenges*, p. 101.

④ 2016 年, 我国吸引外国直接投资规模和对外直接投资规模均位列世界第三位, 分别为 1360 亿美元和 1280 亿美元。See UNCTAD, *World Investment Report 2016*, Accessed September 30, 2017, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf. 考虑到“一带一路”倡议的推动, 我国的对外直接投资规模想必会有瞩目的增长。参见中华人民共和国商务部综合司:《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》, 载 <http://zhs.mofcom.gov.cn/article/xxfb/201503/20150300926644.shtml>, 最后访问日期: 2017 年 9 月 30 日。2016 年, 中国对“一带一路”沿线的 53 个国家直接投资 145.3 亿美元, 中国企业与相关 61 个国家新签合同额达 1260.3 亿美元, 占同期中国对外承包工程新签合同额超过半数; 完成营业额 759.7 亿美元, 占同期总额的 47.7%。参见《商务部: 促进“一带一路”建设更好惠及沿线国家》, 载 <http://www.chinanews.com/cj/2017/02-09/8145249.shtml>, 最后访问日期: 2017 年 9 月 30 日。

和近日在 ICSID 完胜的一个仲裁案件等情况,^①我国对投资条约持有的利益平衡和国际化、自由化的理念,^②以及在《中华人民共和国政府与新西兰政府自由贸易协定》(以下简称《中国与新西兰自由贸易协定》)、《中华人民共和国政府与加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称《中国与加拿大双边投资条约》)和《中华人民共和国政府与澳大利亚政府自由贸易协定》(以下简称《中国与澳大利亚自由贸易协定》)体现的对投资条约仲裁透明度规则逐渐开放接受的态度转变,^③故而对于中国而言投资条约仲裁透明度规则的关

① 2017年3月9日,ICSID就韩国的安城住房株式会社诉中国案发布裁决,驳回安城公司的仲裁请求,中方取得完全胜利。该案是我国作为被申请人首个进入仲裁实体阶段的投资仲裁案件,仲裁庭在投资者诉讼时效、最惠国待遇条款的适用范围等重要法律问题上支持了中方立场。See *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China* (ICSID Case No. ARB/14/25), Accessed September 30, 2017, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/25>。然而,我国在投资争端领域的参与度和运用投资条约仲裁机制的能力仍处于较为初步的阶段。由ICSID审理的与中国相关的投资仲裁案件,迄今为止,投资者母国为中国的投资仲裁案件共有4件,其中中国内地投资者提请的仲裁仅为2件,即中国投资者第一次在ICSID诉请投资仲裁的中国平安保险(集团)股份有限公司诉比利时案[*Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium* (ICSID Case No. ARB/12/29)]和北京城建集团有限公司诉也门案[*Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen* (ICSID Case No. ARB/14/30)];中国作为被申请国的案件为2件,即中国在国际投资仲裁中第一次作为被申请国的马来西亚伊佳兰(Ekran)诉中国案[*Ekran Berhad v. People's Republic of China* (ICSID Case No. ARB/11/15)],以及韩国的安城住房株式会社(*Ansung Housing Co., Ltd.*)诉中国案[*Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China* (ICSID Case No. ARB/14/25)]。由PCA审理的中国投资者提请的投资仲裁案件为3件,中国内地投资者提请的仅有1个案件,即黑龙江国际经济技术合作公司等诉蒙古案[*China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia*, (PCA Case No. 2010-20)]。

② 参见梁开银:《中国双边投资条约研究》,北京大学出版社2016年版,第57~58页。

③ 就中国对投资条约仲裁透明度规则的态度而言,以2008年为界,2008年以前中国签署的102个生效双边投资条约均未对投资仲裁透明度作出任何规定。但是,2008年中国与新西兰签署的《中国与新西兰自由贸易协定》简要规定了仲裁程序相关信息的公布,2012年签订的《中国与加拿大双边投资条约》更为细致地规定有投资者与东道国争端解决程序的透明度条款,2015年中国与澳大利亚签订的自由贸易协定亦有规定类似条款,只是上述投资条约中的仲裁程序透明度的范围各有不同。由此观之,中国对于国际投资条约仲裁透明度规则的态度似有转变的端倪,从2008年以前的全面排斥,到2008年以降的逐渐接受。其中,《中国与加拿大双边投资条约》第27~29条分别对非争端缔约方的文件获得和参与庭审、公众对仲裁文件的获得和审理的公开,与非争端方的陈述作出透明度规定。参见 Articles 27-29 of China - Canada BIT。《中国与澳大利亚自由贸易协定》第16条第2~4款及第17条分别涉及非争端方陈述的提交与文件、庭审的公开。参见 Articles 16.2-16.4 & 17 of China - Australia FTA。

键问题在于我国如何接受透明度规则,多大程度接受,以及采取何种应对之策。

就通过投资条约适用《透明度规则》而言,我国可直接在程序规则中引入《透明度规则》,将《透明度规则》的适用与否排除在最惠国条款的范围之外,^①并在规则层级上规定,当《透明度规则》与投资条约或国内法冲突时,以条约和国内法为准;^②或者不在程序规则的选择性机制中直接纳入《透明度规则》,但通过载入类似投资条约仲裁透明度条款,相当于间接适用《透明度规则》,如《中国与加拿大双边投资条约》和《中国与澳大利亚自由贸易协定》。

就通过合意适用《透明度规则》而言,我国可同意对2014年4月1日以降签订的投资条约适用《透明度规则》,但这样《透明度规则》对我国的影响程度兴许甚微。^③如若我国欲将《透明度规则》广泛适用于110个签订于2014年4月1日之前生效的双边投资条约和12个生效的自由贸易协定,那么我国或我国的投资者,或是在个案中与另一当事方(外国投资者或其母国)决定合意适用《透明度规则》,或是我国签署并加入《透明度公约》以简化同意适用《透明度规则》的程序。

此外,我国的仲裁机构在修订其仲裁规则时,亦可直接或间接纳入《透明度规则》。以当前我国仲裁机构的仲裁规则为例:直接纳入《透明度规则》的是深圳国际仲裁院2016年12月1日起施行的新仲裁规则,其规定该仲裁院可受理投资者与国家间的投资争议仲裁案件,^④并且适用的仲裁规则是《UNCITRAL 仲裁规则》和《深圳国际仲裁院关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》。^⑤后者明确,除非当事人另有约定,否则《UNCITRAL 仲裁规则》系

① See Article 2 para. 5 of the Convention of Transparency.

② See Article 1 paras. 7, 8 of the Rules of Transparency.

③ 我国目前仅有《中国与澳大利亚自由贸易协定》《中华人民共和国政府与大韩民国政府自由贸易协定》和《中华人民共和国与土耳其共和国关于相互促进和保护投资协定》(尚未生效)签订于2015年,其他的投资条约均签订于《透明度规则》生效之前。

④ 参见《深圳国际仲裁院仲裁规则》(2016年)第2条第2款。

⑤ 参见《深圳国际仲裁院仲裁规则》(2016年)第3条第5款。

指2013年版的仲裁规则,^①直接将《透明度规则》纳入其仲裁规则,亦即原则上深圳国际仲裁院受理的案件适用《UNICTRAL 仲裁规则》第1条第4款所指向的《透明度规则》。间接纳入《透明度规则》的是于2017年10月1日起施行的中国国际经济贸易仲裁委员会制定的《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则(试行)》,这是我国仲裁机构首部专门的国际投资仲裁规则,其对公开审理、第三方提交书面意见和资料公开等关涉投资仲裁透明度规则的内容作出相应规定。^②

就目前我国投资规模和投资纠纷仲裁实践现状,以及所签订的投资条约中已纳入的有关透明度规则来看,我国对透明度规则的接受度应当兼具灵活性和谨慎性。由于2014年4月1日后生效的投资条约和所适用国内法的效力位阶高于《透明度规则》,^③并且鉴于当下我国不宜完全接受《透明度规则》的高标准透明度,可在投资条约或国内法中明确对《透明度规则》的可接受性作出规定,这些规定亦可作为我国在具体仲裁案件中与争议他方合意《透明度规则》适用范围的参考。

我国应细化投资仲裁程序透明度规则的可接受范围。宏观上,我国对投资条约仲裁程序透明度规则中的文件和庭审公开、非争端方缔约方和法庭之友意见持可接受态度;微观上,我国应基于本国与另一方国家的实际情况,谨慎把握对所接受的投资仲裁程序透明度要求的前提条件、具体内容和例外规定。譬如,细化我国对于《透明度规则》第3条规定的强制和自动披露、提出请求披露和仲裁庭决定披露的三层次披露要求项下罗列的文件^④的具体可接受性;明确公开庭审程序前提条件和特定情形、接受法庭之友意见的前提条件等;此外,必要时,我国可在签署和加入《透明度公约》时对其具体适用情形声明保留。^⑤

① 参见《深圳国际仲裁院关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》(2016年)第12条第1段。

② 参见CIETAC:《贸仲委〈投资仲裁规则〉说明及规则文本》,载 <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=14467>,最后访问日期:2017年9月30日。

③ See Article 1 paras. 3, 7, 8 of the Rules on Transparency.

④ See Article 3 of the Rules on Transparency.

⑤ See Article 3 of the Convention on Transparency.

我国应明确透明度例外规定内容并善于利用例外情形维护我国受保护信息。我国有必要在投资条约或国内法中明晰“机密信息或受保护信息”和“仲裁过程完整性”的内涵和外延,包括但不限于界定《透明度规则》列举的商业机密信息、受条约保护的信息、受法律或规则保护的信息、妨碍执行法律的信息与涉及我国基本安全利益的信息,以及有损仲裁过程完整性的情形等。^①此外,还应善于利用维护受保护信息和仲裁过程完整性的程序规定,及时通知仲裁庭请求保护文件的信息、检禁信息、撤回文件、申请限制或推迟公布信息,以及请求部分不公开审理等程序,以有效迅疾地避免受保护信息的披露。^②譬如,对我国《保守国家秘密法》《保守国家秘密法实施条例》《政府信息公开条例》《国务院办公厅政府信息公开指南(试行)》等国内法律法规作出细化规定,以明晰应予保密和公开的信息范围。

我国应在对非争端方参与仲裁程序持谨慎态度的同时,提高自身作为非争议方条约缔约方和我国非政府组织参与投资仲裁程序的能力。《透明度规则》下非争议方对仲裁程序的参与包括非争议方条约缔约方对条约解释问题或争议范围内的进一步事项提出意见,以及个人或非政府组织等第三人以法庭之友身份就争议范围内的事项提出书面意见等两种情形。^③对于非争议方条约缔约方就条约解释之外的争议范围内事项提出意见的,我国应注意其是否变相构成对其投资者的外交保护;并且,应积极以非争议方条约缔约方身份参与仲裁程序,促进所涉投资条约的一致解释及对我国投资者合法权益的保护。另外,由于普通法国家的非政府组织尤其擅长利用法庭之友制度维护本国公共利益,^④而我国非政府组织尚未如此成熟,亦缺少有关参与经验,故而我国在谨慎应对他国对法庭之友制度的使用的同时,亦应重视我国非政府组织维护社会公

① See Article 7 paras. 1, 2, 5, 6 – 7 of the Rules on Transparency.

② See Article 6 para. 2 and Article 7 paras. 3, 4, 7 of the Rules on Transparency.

③ See Articles 4 and 5 of the Rules on Transparency.

④ See Christopher Dugan et al., *Investor – State Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 168.

共利益和参与国际事务的能力。^①

结 论

我国作为身兼资本输入国和资本输出国双重身份的投资大国,理应义不容辞地同国际社会一道推广投资条约仲裁透明度规则背后关涉的全球善治、基本人权保护和可持续发展等全球普世价值,在对投资条约仲裁透明度规则持开放但谨慎的接受态度的同时,应当细致研究联合国国际贸易法委员会《透明度规则》及《透明度公约》的文本内容及制定依据,修改和细化相应的国内法律和国际投资条约,提高我国作为被申请国的应诉能力和我国投资者提请投资仲裁的水平,凭借当前投资条约仲裁的透明度改革浪潮,以大国的自信和担当,积极主动地向善用国际投资规则的投资强国身份转型,以期全面增强我国在国际社会的硬实力和软实力。

^① 参见赵骏、刘芸:《国际投资仲裁透明度改革及我国的应对》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2014年第3期。

当仲裁遇见破产

——破产与仲裁的跨境冲突

杨挽涛*

摘要:破产法集中处理纠纷的原则和仲裁法契约自由单独解决纠纷的原则已得到世界各国立法的普遍采纳。在目前破产立法普及主义逐渐成为主流,国际商事仲裁亦繁荣发展的大背景下,二者冲突的频率和深度日益突出,特别是存在跨境程序的时候,情况更为复杂。一方破产对仲裁协议、当事人参与仲裁的行为能力、仲裁程序开展以及仲裁裁决的撤销、承认与执行等方面都可能产生影响。鉴于此,破产程序与仲裁程序的协作显得至关重要,仲裁程序的处理应当充分考虑相关法域的具体法律规定,妥善保障仲裁程序的稳健运行。

关键词:仲裁程序 破产程序 仲裁协议 行为能力 承认与执行 跨境协作

一、案例引入

不同的法律程序之间不时会产生冲突,破产程序与仲裁程序的冲突是诸多法律程序冲突中较为微妙的一种。如果仲裁地与破产地属于不同法域,那情形可能更为复杂。图1所示假设案例可对该等冲突作出一个直观的说明。

* 杨挽涛,上海市法学会银行法律实务研究中心副主任兼秘书长,北京市中伦(上海)律师事务所合伙人。

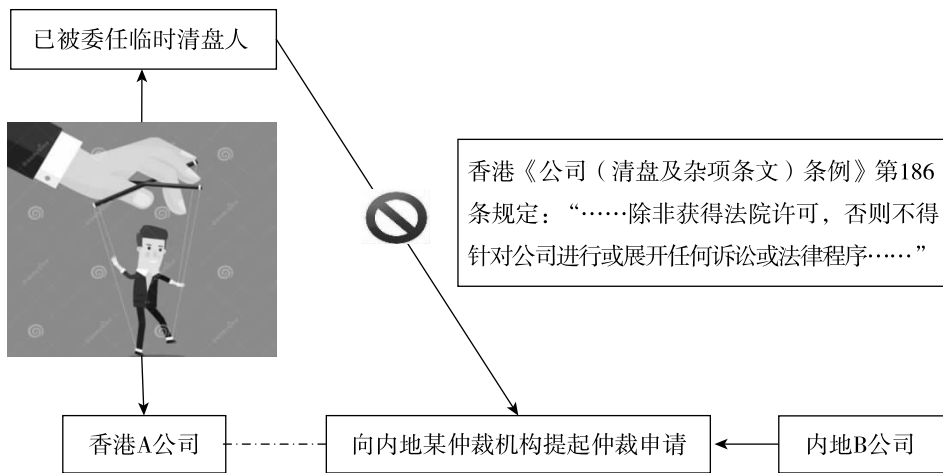


图1 假设案例示意

假定香港 A 公司与内地 B 公司订立了一份协议,约定实体法为中国内地法,相关争议应提交内地某仲裁机构仲裁。后双方产生争议,B 公司以 A 公司为被申请人向内地某仲裁机构提起仲裁。故事到这里,一切似乎都不足为奇,仅仅是一起普通的仲裁纠纷。但是,戏剧化的是,在 B 公司提起仲裁之前,A 公司已经在香港特区进入破产程序(如被委任临时清盘人)。香港《公司(清盘及杂项条文)条例》第 186 条(清盘令作出后诉讼须予搁置)规定:“当已有清盘令作出或已委出一名临时清盘人,除非获得法院许可,否则不得针对公司进行或展开任何诉讼或法律程序,而获法院许可者须在符合法院所施加的条款下进行或展开该等诉讼或法律程序。”依据属地主义或折中主义,该条款只是适用于香港特区的法律程序,似乎不能对 B 公司在内地启动的仲裁产生影响。但是,当代各法域对外大多采纳普及主义或修正的普及主义的趋势,在此背景下,域外破产程序对仲裁程序的影响,不可忽视。

让情况更为棘手的是,假设香港法院在指定清盘人的文书中即明确限制临时清盘人在未得到法院的明确批准前不得参与任何法律程序(包括仲裁)。类似香港法的规定在其他法域也并不少见,甚至具有相当普遍性。因此,在跨境仲裁中,其他法域破产程序对仲裁程序的影响是具有普遍性的问题。

下文将从破产程序对仲裁协议的影响、对破产一方参与仲裁的行为能力的影响、对仲裁程序开展的影响,以及对仲裁裁决的撤销、承认与执行的影响等方面,探讨破产程序与仲裁程序的冲突,并以此对前文引入的案例进行分析。在此基础上,本文尝试对处理破产程序与仲裁程序之间的冲突提出一些看法和建议。

二、一方破产对仲裁协议效力的影响

(一)域外借鉴

世界上各个法域对一方进入破产程序而影响仲裁协议效力的规定不尽相同,但大致可以分为以下三类:一是绝大多数法域认为一方进入破产程序并不影响仲裁协议的效力,有代表性的有法国、英国、瑞士、荷兰和德国等;^①二是有些法域赋予破产管理人广泛的选择权,因此其可以选择解除之前债务人订立的仲裁协议,有代表性的有意大利;^②三是少数法域在一方破产情况下对其所签署仲裁协议的效力作出了否定性规定,如波兰、拉脱维亚和西班牙曾经的做法。^③

《波兰破产法》第 142 条规定,一方破产程序开始后,该破产债务人作为一方的仲裁协议无效,且所有待决仲裁都应当终止。可以预见,一旦《波兰破产法》第 142 条得以适用,对仲裁程序的影响将是不容忽视的。Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案^④即是关于《波兰破产法》第 142 条是否适用而体现破产与仲裁之程序冲突的典型案件,下面将对其予以简要介绍。

Elektrim SA 为一家注册在波兰的公司。2001 年 9 月,其与两家在法国注册的公司(合称 Vivendi)签署了投资协议,约定协议实体法为波兰法,仲裁协

^① See Simon Vorburger, “International Arbitration and Cross – Border Insolvency: Comparative Perspectives”, *International Arbitration Law Library* 31, Kluwer Law International, 2014, p. 99.

^② 参见《意大利破产法》第 72 条。

^③ See Simon Vorburger, “International Arbitration and Cross – Border Insolvency: Comparative Perspectives”, *International Arbitration Law Library* 31, Kluwer Law International, 2014, p. 98.

^④ High Court of Justice, Queen’s Bench Division, [2008] EWHC 2155 (Comm).

议适用英国法,依据伦敦国际仲裁院仲裁规则在伦敦仲裁解决争议。2003年8月22日,Vivendi向伦敦国际仲裁院提起仲裁。2007年8月9日,Elektrim向法院申请破产;2007年8月21日,Elektrim被华沙地方法院宣告破产。波兰为Elektrim核心财产所在地。破产几个月后,法院撤销Elektrim的自我管理人身份,指定Syska先生作为管理人。

Elektrim破产后几个月,Elektrim和Syska先生即开始质疑伦敦国际仲裁院仲裁庭的管辖权。他们依据《欧盟理事会破产程序规则》(以下简称《欧盟破产规则》)第4.2(e)条,^①规定(破产)程序开启地国家法律应当决定该等程序的开启、进行以及结束。其应当决定,特别是“破产程序对破产债务人是一方当事人的现有合同的影响”。Elektrim和Syska先生认为,伦敦国际仲裁院开启仲裁的基础——仲裁协议属于“现有合同”,应当由破产程序开启地国家法律(波兰法律)去判断Elektrim在波兰的破产程序对该等仲裁协议的影响。鉴于《波兰破产法》第142条明确规定一方破产程序开始后该破产债务人作为一方的仲裁协议无效,因此该等仲裁程序并无进行的基础,应当终止。

Vivendi则认为应当适用《欧盟破产规则》第15条^②[非第4.2(e)条]去判断波兰的破产程序所带来的影响。《欧盟破产规则》第15条[破产程序对待决诉讼(lawsuit pending)的影响]规定,破产程序对关涉债务人被剥夺资产或权利的诉讼的影响仅单由该等待决诉讼所在成员国的法律决定。Vivendi认为,仲裁属于待决诉讼,而仲裁在伦敦进行,因此应当适用英国法律判断波兰的破产程序对本案仲裁的影响。而在英国法律下并无要求在此等情形下仲裁程序必须自动停止的相关规定。

伦敦国际仲裁院仲裁庭需要决定适用何种法律认定波兰破产程序对伦敦

^① 《欧盟破产规则》规定:“...2. The law of the State of the opening of proceedings shall determine the conditions for the opening of those proceedings, their conduct and their closure. It shall determine in particular;... (e) the effects of insolvency proceedings on current contracts to which the debtor is party...”

^② 《欧盟破产规则》规定:“Article 15 Effects of insolvency proceedings on lawsuit pending. The effects of insolvency proceedings on a lawsuit pending concerning an asset or a right of which the debtor has been divested shall be governed solely by the law of the Member State in which that lawsuit is pending.”

国际仲裁院仲裁程序的影响。最终仲裁庭支持了 Vivendi 的立场,认为应当依据《欧盟破产规则》第 15 条,进而适用英国法律认定仲裁庭对案件具有管辖权。随后 Syska 依据英国《1996 年仲裁法》向英国法院就仲裁庭认为自己有管辖权的裁决提出异议。法院支持了仲裁庭的立场。

Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案中,《波兰破产法》第 142 条若得以适用,将对仲裁程序带来致命一击,但该案中鉴于各方当时均为欧盟成员国,《欧盟破产规则》在欧盟成员国中得以适用。在《欧盟破产规则》第 15 条下,《波兰破产法》未能有适用机会。但是,试想即便仲裁如期推进,当 Vivendi 拿到裁决后去波兰执行时会一帆风顺吗?这一问题在本文第五部分“一方破产对仲裁裁决撤销、承认与执行的影响”中会有所涉及。再假设某一类似案例,若仲裁地为非欧盟成员国,《欧盟破产规则》就无法适用,那么案件的处理又会有何不同呢?本部分第二节的讨论将涉及这一问题。

此外,值得讨论的是,《欧盟破产规则》第 15 条是针对破产对“待决”诉讼仲裁的影响,因为 Vivendi 与 Elektrim 在伦敦的仲裁早于 Elektrim 的破产启动,该仲裁是已经启动的“待决”仲裁。这一制度与“管辖恒定”原则似乎有异曲同工之效。那么,如果 Elektrim 在伦敦仲裁启动之前就已进入破产,《欧盟破产规则》第 15 条将不再适用,Vivendi 案的结果会有不同吗?

(二) 中国内地的法律与实践

中国内地目前没有针对破产程序对仲裁协议效力产生影响的特别规定。但是,仲裁协议的独立性原则已经得到确立,我国《合同法》第 57 条和《仲裁法》第 19 条均明确了仲裁条款的独立性原则,规定仲裁条款的效力不受基础合同效力瑕疵的影响。《企业破产法》第 18 条则规定破产管理人有权决定解除或者继续履行破产申请受理前成立而未履行完毕的合同。该条下破产管理人的选择权是否能够像意大利法一样解释,从而包括解除仲裁条款?一种观点认为,仲裁条款的独立性为法律明确规定的原则,即使破产管理人有选择解除合同的权利,作为争议解决条款的仲裁条款依旧有效;另一种观点则认为,破产管理人可以解除仲裁协议,毕竟仲裁协议也是合同的一种类型,破产机制本来就

是对合同的背离和改变。此外,破产程序牵涉诸多债权人的利益,若通过将仲裁作为争议解决的方式即可避免破产法院的集中管辖,则可能影响其他债权人的利益。目前,实践中似乎尊重了仲裁协议的独立性,认为其优于《企业破产法》第18条下的撤销权:笔者尚未发现依据《企业破产法》第18条撤销仲裁协议的司法案例。或许,不久的将来会有案例来测试这一问题,或有司法文件来澄清这一问题。

至于一方当事人域外破产对仲裁的影响,中国内地目前司法案例中还非常少见。北京市第四中级人民法院审理的 Hugo Goerner Glas – Und Kunststoffwarenfabrik (以下简称高纳公司)与 Büchel Industriebeteiligungen GmbH(以下简称布希尔公司)申请撤销仲裁裁决一案^①就涉及此问题,法院裁定显示,该案申请人高纳公司主张被申请人布希尔公司提起仲裁之前明知高纳公司已在德国法院申请破产并已被受理,因此应当适用德国破产法律的相关规定,仲裁庭对本案并无管辖权。布希尔公司则认为仲裁庭已经对该案的管辖权作出过裁决,而且庭审结束后高纳公司亦签字确认了仲裁庭的管辖权。法院在裁定书中指出,高纳公司提出应当依据德国法律确认中国仲裁机构无权仲裁为“显属不当”,但未说清楚是基于什么具体原因。我们也不知道高纳公司是否具体指出为什么中国仲裁机构不具有管辖权,如是因破产导致仲裁协议无效,还是破产导致高纳公司丧失行为能力,抑或是其他原因。此外,如果双方并未约定仲裁条款适用德国(或其他法域)法律,而该案仲裁地为中国内地,根据中国内地的冲突法规则,仲裁条款应适用中国内地法律,而在中国内地法律下,一方当事人破产一般不导致仲裁协议的无效。当然,如果布希尔公司所主张的高纳公司签字确认过仲裁庭的管辖权属实,高纳公司的撤裁主张自然难以得到法院的支持。

^① (2015)四中民(商)特字第118号。

三、一方破产对其参与仲裁的行为能力的影响

(一)域外借鉴

一方破产后对仲裁协议的影响问题有时候会转化为影响该主体行为能力的问题。Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案的“姐妹”案例正好表明了这一点。Vivendi 依据与 Elektrim 的其他协议以 Elektrim 为被申请人,在瑞士日内瓦向国际商会仲裁院提起了另一个仲裁。瑞士并非欧盟成员国,因此《欧盟破产规则》无法适用。Elektrim 认为,依据《波兰破产法》第 142 条,在瑞士日内瓦进行的国际商会仲裁程序所依据的仲裁协议无效,仲裁程序没有推进基础。Vivendi 认为,应当适用仲裁地(瑞士)法律去判断仲裁庭是否具有管辖权。仲裁庭认为,这涉及公司的主体资格及行为能力问题,根据瑞士的冲突规则应适用公司注册地法律(波兰法),进一步认为 Elektrim 在《波兰破产法》第 142 条下已无仲裁资格,该案仲裁应当终止。瑞士最高法院最终采纳了仲裁庭的意见。本质上该案仲裁庭及瑞士最高法院认为《波兰破产法》第 142 条关涉仲裁一方破产后的行为能力问题,即剥夺了 Elektrim 公司参与仲裁的资格。

再回到本文第一部分的问题,假设英国“脱欧”,成为非欧盟成员国,那么 Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案与其“姐妹”案例便有了相似之处——仲裁地在非欧盟成员国。如果伦敦国际仲裁院仲裁庭径直适用英国仲裁法或英国破产法,则仲裁程序将如同原案一样被顺利推进;但是,如果伦敦仲裁庭参照“姐妹”案例中国际商会仲裁院的做法,将该案定性为当事人的行为能力问题,则届时仲裁庭将会首先根据仲裁地(英国)的冲突规则来判断 Elektrim 的行为能力应适用的法律。一般地,公司的行为能力依其属人法。英国法规定:(1)公司进行法律行为的能力受公司章程及有关行为地国的法律支配;(2)有关公司章程的所有事项受公司成立地法律支配。^①从文义上来看,公司进行法律行为需同时满足公司章程和公司成立地法律的要求。莫里斯教授对此进行了进一步解释,其认为虽然准据法授予个人的能力可以大于其住所地法规定的能

^① 参见[英]劳伦斯·柯林斯主编:《戴雪、莫里斯和柯林斯论冲突法》(第14版)(下卷),商务印书馆2012年版,第1345页。

但准据法对公司的效力是有限的,因为公司在任何地方都不能实施其成立地法授予以外的权利。^① 据此,在英国冲突规则下,Elektrim 的行为能力应适用其成立地(波兰)法律,从而《波兰破产法》第 142 条得以适用,仲裁将因仲裁协议无效而终止。可见,在英国“脱欧”的情形下,Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案的结果有可能截然相反。

(二) 中国内地的法律与实践

《企业破产法》第 20 条规定,破产程序开始后与债务人有关的仲裁程序应当中止,但仲裁在管理人接管债务人的财产后继续进行。由此可见,中国内地法下债务人在法院受理破产申请后被剥夺管理和处分财产的权利,与其相关的仲裁程序应当中止,但当管理人接管债务人财产并行使管理和处分权时,相关仲裁程序则得以继续进行。由此可见,中国内地法下对债务人参与仲裁程序行为能力的剥夺只是“暂时性”的,在管理人接管后则代其参与仲裁程序。

笔者未查到因域外破产对当事人参与仲裁的行为能力产生影响的案例,但涉及境外破产对在当事人参加内地进行的诉讼程序的影响,笔者查询到广东省佛山市中级人民法院审理的一起诉讼案件,具有一定的参考价值。在升辉集团有限公司诉佛山市南海区发展计划局等债权转让纠纷案^②中,原告升辉集团于 2000 年 2 月 9 日被香港法院颁令清盘,对于境外清盘程序对原告诉讼行为能力的影响,佛山市中级人民法院在裁定书中写到:“根据香港公司条例的规定,原告仍有法人地位,但如其委托代理人继续以原告的名义进行诉讼,则须取得香港破产管理署署长的委托。”因此,佛山市中级人民法院首先要求原告升辉集团办理有关的香港破产管理署委托进行诉讼的手续。之后,因为原告升辉集团尚未办理香港破产管理署委托进行诉讼的手续,佛山市中级人民法院遂于 2001 年 9 月 18 日作出(2001)佛中法经重字第 5-2 号民事裁定书,裁定中止该案诉讼。该案中,佛山市中级人民法院充分考虑了原告行为能力适用地法律

^① 参见[英]劳伦斯·柯林斯主编:《戴雪、莫里斯和柯林斯论冲突法》(第 14 版)(下卷),商务印书馆 2012 年版,第 1346 页。

^② (2001)佛中法经重字第 5 号。

(香港法律)的特殊规定,给予原告时间以治愈其行为能力瑕疵。直到2003年5月,因原告升辉集团未能取得香港破产管理署合法有效的授权,佛山市中级人民法院遂裁定驳回其起诉。

四、一方破产对仲裁程序的影响

(一)域外借鉴

破产程序可能引起仲裁程序的中止或终止,但这主要依赖于所适用的相关法律的具体规定。本文第二部分以英国、波兰等国法律为例,本部分以美国破产法为例,略述破产程序对仲裁程序的影响。

《美国联邦破产法》采取了自动中止的立法模式,其第362条规定,一旦进入破产程序后,在破产案件开始之前或之后启动的针对债务人的诉讼程序或其他程序应当中止。^① 这样的规定涵盖范围非常广泛,也包括仲裁程序。^② 因此,在美国破产法下,破产程序首先将导致仲裁程序的自动中止,除非其满足《美国联邦破产法》第362条b款的例外规定。^③ 当然,在仲裁程序因破产程序的开启而中止后,法院仍有可能因为另一个更有力的理由而解除中止,《美国联邦破产法》第362条d款第1项就授权破产法院可以“正当理由”(for cause)解除中止,从而使仲裁程序继续进行。^④ 但是,如果涉及的纠纷是联邦破产法下的权利和义务(从而属于破产核心程序),破产法院有可能拒绝有些事项的仲裁安排。

20世纪90年代以来,跨国界破产案件的数量大幅增加。联合国国际贸易法委员会(以下简称联合国贸法会)制定通过《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法》(1997年,以下简称《示范法》),旨在协助各国在本国破产法中建立一种现代法律框架,以更有效地处理陷入严重财务困境或资不抵债的债务

① 《美国法典》第11篇第362条a款。

② 参见[美]爱泼斯坦主编:《美国破产法》,韩长印译,中国政法大学出版社2003年版,第71页。

③ 限于本文的目的,《美国联邦破产法》第362条b款暂不展开讨论,具体可参考[美]爱泼斯坦主编:《美国破产法》,韩长印译,中国政法大学出版社2003年版,第3章。

④ 参见[美]爱泼斯坦主编:《美国破产法》,韩长印译,中国政法大学出版社2003年版,第129页。

人的跨国界破产程序。目前,已经有43个国家共45个法域以《示范法》为基础进行了立法,包括美国、英国、澳大利亚、新加坡和韩国等国家,可见其在跨国界破产领域已经具有一定影响。

《示范法》第20条第1款规定:“一旦承认了作为一项外国主要程序的外国程序:(a)停止开启或停止继续进行涉及债务人资产权利债务或责任的个人诉讼或个人程序……”并且,《示范法》附随的立法及解释指引明确说明该第20条第1款包含仲裁程序。美国于2005年采纳了《示范法》;此后,域外破产程序在得到法院承认后,会导致债务人在美国的仲裁程序中止。

美国国内破产程序对域外仲裁程序同样可能产生域外效力,本文仅通过IN RE NAKASH案^①来举例说明。

在IN RE NAKASH案中,Nakash是位于以色列的北美银行公司(North American Bank, Ltd.)的董事。该银行因资不抵债在以色列破产并被指定了以色列官方破产管理人。1993年,该以色列破产管理人在耶路撒冷地区法院提起诉讼,请求判决Nakash等违反了对位于以色列的北美银行公司的注意义务等并取得胜诉判决。该等判决要求Nakash等董事对160,000,000美元的赔偿义务承担连带责任。为了执行该等判决,以色列破产管理人向美国纽约东区联邦地区法院申请财产保全并于1994年10月12日取得扣押令。1994年10月14日,Nakash根据《美国联邦破产法》提起破产重组程序,美国破产法院据此签发了自动中止令。以色列破产管理人于1995年1月第二次在以色列对Nakash提起强制破产程序。在提起该等强制破产程序前,以色列破产管理人曾向耶路撒冷地区法院提交了“紧急予以指示的动议”,要求耶路撒冷地区法院指示以色列破产管理人对Nakash提出第二次强制破产程序。耶路撒冷地区法院同意了以色列破产管理人的该等要求。Nakash请求美国破产法院认定以色列破产管理人的该等行为违反了《美国联邦破产法》第362条下的自动中止原则。

① 190 B. R. 763 (Bkrtcy. S. D. N. Y. 1996).

美国破产法院在判断以色列破产管理人是否违反了《美国联邦破产法》下的自动中止原则时首先考虑破产法院对以色列破产管理人是否具有属人管辖权(personal jurisdiction)。美国破产法院最终认为“破产管理人通过向美国纽约东区联邦地区法院申请财产保全,通过纽约律师作为有利益的一方当事人在本院前出现,提出包括有理由的取消债务人自动中止令的申请……已经将自己置于美利坚合众国法院(包括本院)的管辖之下”,^①因此美国破产法院对以色列管理人享有管辖权。那么,鉴于以色列破产管理人是在以色列提起的强制破产程序,《美国联邦破产法》能对域外程序产生作用吗?《美国联邦破产法》也采用了普及主义原则,即美国破产法院认为《美国联邦破产法》下的自动中止条款不仅适用于美国国内的诉讼等程序,还具有域外的效力,其称:“本院认为,依据可使用的法律条文,国会意图的表现以及本地区的案例,自动中止在域外同样适用。”^②因此,IN RE NAKASH 案中以色列管理人向耶路撒冷法院单方面提起的要求耶路撒冷法院指示该以色列管理人向债务人提起第二个非自愿破产请求违反了《美国联邦破产法》下的自动中止相关规定。

(二) 中国内地的法律与实践

中国内地于1988年实施的针对国有企业的旧《企业破产法(试行)》第11条规定,人民法院受理破产案件后,对债务人财产的其他民事执行程序必须中止。由该规定可知,当时中止的程序仅仅为民事执行程序。2002年9月1日起施行的《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》(以下简称《破产案件规定》)进行了更广泛的规定,其第19条规定,人民法院受理企业破产案件后,以债务人为原告的其他民事纠纷案件尚在一审程序的,受诉人民法院应当将案件移送受理破产案件的人民法院;案件已进行到二审程序的,受诉

① 原文为:“The Receiver has submitted himself to the courts of the United States, including this court, by, inter alia, seeking attachment in the Eastern District of New York, appearing through New York counsel as a party in interest before this court, filing pleadings including an order to show cause seeking to vacate the Debtor’s Automatic Stay Order. . .”190 B. R. 763 (Bkrcty. S. D. N. Y. 1996).

② 原文为:“The Court finds, however, that based upon the applicable Code sections, other indicia of congressional intent and case law in this district, the automatic stay applies extraterritorially.”190 B. R. 763 (Bkrcty. S. D. N. Y. 1996).

人民法院应当继续审理。第20条规定:“人民法院受理企业破产案件后,对债务人财产的其他民事执行程序应当中止。以债务人为被告的其他债务纠纷案件,根据下列不同情况分别处理:(一)已经审结但未执行完毕的,应当中止执行,由债权人凭生效的法律文书向受理破产案件的人民法院申报债权。(二)尚未审结且无其他被告和无独立请求权的第三人的,应当中止诉讼,由债权人向受理破产案件的人民法院申报债权。在企业被宣告破产后,终结诉讼。(三)尚未审结并有其他被告或者无独立请求权的第三人的,应当中止诉讼,由债权人向受理破产案件的人民法院申报债权。待破产程序终结后,恢复审理。(四)债务人系从债务人的债务纠纷案件继续审理。”由此可见,在旧破产制度下,由法院诉讼集中审理的原则和意图非常明显。

2006年实施的新《企业破产法》并没有沿袭区分债务人为原告、被告等不同情况的立法思路,而是进行了统一规定。该法第20条规定,人民法院受理破产申请后,已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止;在管理人接管债务人的财产后,该诉讼或者仲裁继续进行。第21条规定,人民法院受理破产申请后,有关债务人的民事诉讼,只能向受理破产申请的人民法院提起。

因此,在中国内地破产法下,债务人破产后,对于已经进行的诉讼和仲裁程序应暂时中止,待管理人接管债务人财产。对于新提起的诉讼,则由破产法院集中管辖,该等集中管辖并未明确囊括对仲裁的管辖。^①但是,就集中诉讼管辖而言,新《企业破产法》比《破产案件规定》更加“谦抑”,对于破产受理前已经启动的诉讼,无须集中到破产法院。从这一变化背景来看,《企业破产法》第21条的集中管辖应该不包括仲裁。新《企业破产法》对仲裁和破产程序冲突的相关规定可以通过图2予以说明。

^① 有观点认为《企业破产法》第21条涵盖仲裁程序。参见徐根才:《破产法实践指南》,法律出版社2016年版,第53页。

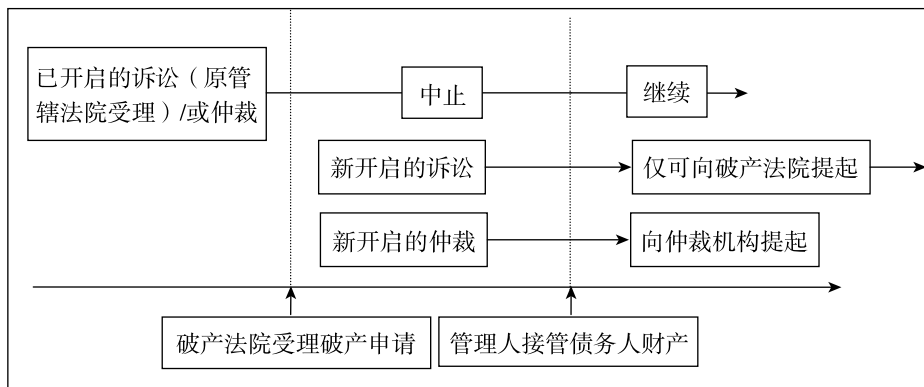


图2 诉讼仲裁与破产程序的冲突

《企业破产法》就本法域破产程序对仲裁程序的影响做了安排,但破产法和仲裁法都未具体规定域外破产程序对国内仲裁程序的影响。处理这一冲突的基本点是《企业破产法》第5条依互惠原则和《民事诉讼法》第281条依条约或互惠原则承认与认可。但是,关于如何认可外国的破产程序以及由此带来的影响,尚未形成全面的制度。笔者查询到一个依据互惠原则承认与执行域外破产程序的案例。^①在该案中,法院认为德国地方法院作出的破产裁定已经在德国发生效力,并未违反中国法律的基本原则、国家主权、安全及社会公共利益,且德国柏林高等法院已于此前承认过中国的民事裁定,满足互惠的条件,从而裁定承认德国地方法院破产裁定的效力。至于在中国内地法院认可域外破产裁定可能产生哪些法律效果呢?本文第六部分第一节将予以分析。

随着中国“一带一路”倡议的推进,司法实践对于互惠原则的审查态度也逐渐变得宽松。最高人民法院于2015年7月发布的《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》(以下简称《“一带一路”司法意见》)中明确提及,为了加强与“一带一路”沿线国家的国际司法协助,在没有双边司法协助条约的情况下,中国内地法院可以有条件地考虑率先给予对方国家当事人司法协助,以积极促成互惠关系。2017年6月8日,中国—东盟大法官

^① (2012)鄂武汉中民商外初字第00016号。

论坛通过的《南宁声明》则确定了中国内地与东盟国家法院在民商事判决的互相承认与执行领域就“推定互惠原则”达成了共识。因此,可合理预见依据互惠原则对破产程序中的判决或裁定进行承认的案例将逐渐增多。

至于中国内地破产程序对域外仲裁程序的影响,《企业破产法》第5条第1款仅原则上规定:“依照本法开始的破产程序,对债务人在中华人民共和国领域外的财产发生效力。”全国人大法制工作委员会编写的《〈中华人民共和国企业破产法〉释义及实用指南》(以下简称《破产法释义及指南》)一书认为,该条意味着域外已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止,在管理人接管债务人的财产后,诉讼或者仲裁继续进行,^①这相当于中国内地破产法的域外效力和国内一致。当然,从现实层面来说,中国内地破产法的域外效力能否真正予以落实,仍取决于相应仲裁地法律的规定。

五、一方破产对仲裁裁决撤销、承认与执行的影响

对跨境仲裁的执行影响力最大的公约为《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》),迄今为止,全世界已经有157个国家/地区加入了《纽约公约》。在《纽约公约》缔约国家/地区之间,除存在双边/多边协议或符合保留声明的特殊情况下,均可依照《纽约公约》承认和执行仲裁裁决。《纽约公约》第5条规定了拒绝承认与执行仲裁裁决的具体情形,其中与一方当事人破产或有关系的包括:“一……(甲)第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者,或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效,或未指明以何法律为准时,依裁决地所在国法律系属无效者;(乙)受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知,或因他故,致未能申辩者……二……(乙)承认或执行裁决有违该国[承认及执行地所在国]公共政策者。”此外,在《纽约公约》无法适用的区际仲裁裁决执行,如中国内地和香港、澳门或台湾地区间的仲裁裁决的承认与执行,以及各国国内法下的仲裁裁

^① 参见全国人大常委会法工委编:《〈中华人民共和国企业破产法〉释义及实用指南》,法律出版社2006年版,第39页。

决撤销、不予承认与执行,相应的事由通常包括《纽约公约》项下相同或与之相似的事由。

具体到仲裁一方当事人进入破产程序的仲裁裁决的撤销、承认与执行的情形,破产一方当事人是否丧失行为能力、仲裁协议是否因破产程序的开启而无效、是否因未获适当的仲裁通知或因其他原因导致破产一方当事人未能在仲裁中申辩、是否违反执行地国的公共政策等均为需要判断的重要问题。为便于讨论,下文仅以《纽约公约》项下的事由为例来进行分析。

(一)域外借鉴

一方当事人因破产丧失行为能力可能构成仲裁裁决不予执行的理由。假设上文第二部分讨论的 Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案“姐妹”案例的仲裁庭在审理过程中未注意到依照瑞士冲突法规则波兰法应当予以适用,且 Elektrim 在《波兰破产法》第 142 条下已经无参加仲裁的资格,从而作出仲裁裁决。若 Vivendi 在波兰申请执行该仲裁裁决,则波兰法院很可能以 Elektrim 因破产而无参与仲裁程序行为能力为由拒绝予以执行。

仲裁协议因破产程序的开启而无效可能导致仲裁裁决无法被执行。本文第一部分提及波兰、拉脱维亚和西班牙曾经的法律都规定一方破产情况下其所签署的仲裁协议可能无效。若上述国家的法律适用于仲裁协议,则在一方当事人进入破产程序后仲裁条款将变为无效,而仲裁庭若继续审理并作出裁决(特别是已经进入破产程序导致仲裁条款无效后才启动的新的仲裁程序),则该仲裁裁决执行过程中法院可能以“依当事人作为协定准据之法律系属无效”为由裁定不予执行。

一方当事人因未获适当的仲裁通知或因其他原因导致破产一方当事人未能在仲裁中进行申辩这一事由旨在保障当事人在仲裁过程中的基本程序权利。某葡萄牙公司和某德国公司之间的案例^①可对此予以说明,该德国公司在仲裁程序过程中进入了破产程序,之后仲裁程序继续进行且仲裁庭作出了对德国公

^① See Lazić Vesna, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p. 301.

司不利的裁决。在执行阶段,德国法院拒绝执行该仲裁裁决,拒绝理由为德国公司在仲裁程序中未能有效陈述其辩论理由,且仲裁违反正当程序,因为德国公司未得到陈述案情和答辩的机会。

针对仲裁程序进行过程中违反破产法的规定是否构成公共政策的违反,各国规定各不相同,以下就法国和瑞士的规定进行简要介绍。在法国,禁止寻求个别清偿和债权人平等清偿被明确视为国家公共政策,若仲裁程序忽略上述破产法公共政策,仲裁裁决将无法得到承认和执行。^① 需简要说明的是,与该仲裁相关的破产程序必须为法国国内的破产程序或得到法国法院承认的外国破产程序,否则法国法院不会援引违反公共秩序而拒绝执行仲裁裁决。^② 而在瑞士,法院对以公共政策作为理由来拒绝仲裁裁决的执行进行了非常严格的解释,违反破产法规定不构成公共政策的违反。^③

事实上,违反执行地国公共政策在上文的 Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案后续的裁决执行过程中即做过“拦路虎”,该案中债务人 Elektrim 核心财产所在地在波兰,当 Vivendi 最后在波兰提起承认和执行仲裁裁决程序后,违反公共政策即是波兰华沙区法院拒绝承认与执行的理由之一,尽管最终上诉法院推翻了区法院的决定,并承认与执行了该等裁决。

值得一提的是,《纽约公约》下的几点不予承认和执行仲裁裁决的事由本身也可能互相影响。例如,破产一方当事人可能因为暂时或永久丧失参加仲裁的行为能力,从而未能有效地在仲裁中进行申辩。

(二) 中国内地的法律与实践

在中国内地撤销、承认和执行仲裁裁决时同样会面临上述一系列问题。

尽管《企业破产法》第 20 条项下对债务人参与仲裁程序行为能力的剥夺

① See Lazić Vesna, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p. 220.

② République de Côte d'Ivoire v. Société Norbert Beyrard, January 12, 1993, Cour d'appel de Paris, Rev. Arb. 1994, p. 685 et seqq. 该案涉及的破产程序在科特迪瓦进行,但未在法国法院得到正式承认,最终法国法院认为该破产程序对仲裁裁决的执行不产生影响。

③ See Lazić Vesna, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p. 222.

只是“暂时性”的,但若仲裁庭在该条应当适用的情况下而未考虑该规定,即和管理人接管债务人的财产前未中止仲裁程序或未给予管理人合理的时间介入,使破产管理人未能申辩,则其作出的裁决还是有可能被撤销,或无法得到承认与执行。

就一方当事人因未获适当的仲裁通知或因其他原因未能在仲裁中进行申辩这一事由,最高人民法院曾在复函^①中进行援引并核准不予承认与执行,原因在于该仲裁程序中有一个快件未送达当事人且导致其未能出庭陈述意见。尽管这一事由不是一方进入破产程序与仲裁程序冲突时的特殊事由,但仲裁一方当事人进入破产程序将使破产一方当事人不能获得适当仲裁通知或不能对案件提出意见的概率显著增加,因此值得予以相当的重视。况且,域外法律可能限制或禁止破产清盘人参与法律程序,从而无法有效参与仲裁案件,这也可能构成《纽约公约》“或因他故致未能申辩者”这一不予承认与执行事由。

就援引公共政策拒绝仲裁裁决的执行而言,中国内地法院持非常“谦抑”的态度。最高人民法院通过复函的形式确认违反中国内地强制性法律规定不一定违反中国内地的公共政策,而必须是违反、损害中国内地社会根本利益,违反法律的基本原则或者与善良风俗相悖才是违反中国内地的公共政策。^②由此可见,中国内地对援引公共政策拒绝仲裁裁决执行的标准非常之高。况且,如本文第四部分所述,《企业破产法》本身仅对破产后的新诉讼程序有集中审理的要求,而不包括新提起的仲裁。由此推论,在中国内地的立法下,破产法进行集中审理的公共政策并未明显大于仲裁法自由约定单独解决纠纷的公共政策,因此,以仲裁程序的进行违反中国内地破产法的公共政策为由而拒绝承认与执行仲裁裁决的可能性应该很低。

本文第二部分第二节提及的高纳公司与布希尔公司申请撤销仲裁裁决案

① 参见最高人民法院[2009]民四他字第46号复函(蒙一艾多拉多有限责任公司申请承认和执行外国仲裁裁决案)。

② 参见最高人民法院[2008]民四他字第51号复函(美国VOEST-ALPINE国际贸易公司申请承认和执行外国仲裁裁决案)和最高人民法院[2009]民四他字第46号复函(蒙一艾多拉多有限责任公司申请承认和执行外国仲裁裁决案)。

中,北京市第四中级人民法院驳回了高纳公司认为破产程序的启动使仲裁机构失去管辖权的观点,但鉴于该案裁定论述的语言和说理有限,也没有说明适用法律问题,是否可据此认为中国内地法院认为仲裁一方进入域外破产程序不会影响仲裁,还为时过早。

六、针对引入案例的探索分析

如案例引入中介绍的,假如香港法律和法院令要求临时清盘人除非获得法院许可,否则不得参与所有法律程序(包括内地的仲裁程序),而在内地仲裁机构的仲裁程序随后展开,以下将主要以内地法律为视角就引子案例进行探索分析。

(一)内地法院对香港破产程序的承认与协助

香港A公司临时清盘人可请求内地法院承认香港破产程序。具体来说至少包括以下四点考虑:第一,我国《企业破产法》第5条已经明确规定了以互惠原则审查国外破产程序的承认与执行,且港、澳、台破产程序应当参照适用;第二,香港高等法院早在1999年曾对广东省高级人民法院审理的广东国际信托投资公司破产案予以正式承认与协助;第三,内地也已经有依据互惠原则承认国外的破产程序的司法案例;第四,随着《“一带一路”司法意见》的发布和《南宁声明》的通过,推测内地法院将会更加愿意使用互惠原则来承认与协助域外破产程序。

不过,内地法律下承认域外破产程序的具体法律效果及内地法院可能提供的具体协助措施依旧“无法可循”,时间不确定,且承认的法律效果也存在多种可能性,略述如下:

第一种可能性为内地法院赋予该破产令在破产地国/地区同样的法律效力。我国《企业破产法》第5条第1款对内地法院的破产令赋予了同等的域外效力。联合国贸法会正在审议的《承认和执行与破产有关的判决:示范法草案》第13条原则上规定承认后的域外破产判决应被赋予在原审国同样效力,但是若该破产判决规定了破产地国法律下没有的救济,则可以尽可能调整为在效

力上与破产地国/地区法下同等但不超过其限度的救济。但是,赋予破产地法域破产法下同样的法律效果显然是破产普及主义,承认地法院需要有最大的“胸怀”,绝非易事。

第二种可能性为将破产地国/地区破产令与承认国内国破产法下相同的法律效力进行比较,赋予二者重叠部分的法律效果。此种模式与承认国的法律冲突相比较为温和,也与国际经济法领域所尊崇的“国民待遇原则”所蕴含的理念保持一致。具体来说,赋予破产地国/地区破产令的法律效果不能超过承认国法律下的效力,否则就是“超国民待遇”;也不能赋予破产地国破产令超越在其本国法律下的效力范畴,否则就是额外增加了其法律效力。这与本文第三部分引述英国莫里斯教授的观点具有相似的逻辑,莫里斯教授以公司在任何地方都不能实施其成立地法律授予之外的权利为由,认为准据法对公司行为能力的效力是有限的。

第三种可能性则是由法院来行使自由裁量权,根据实际情况赋予不同的法律效果。通常来说,破产程序可能带来的法律效果包括但不限于:由破产管理人接管全部或部分财产、中止对债务人财产的执行程序、中止正在进行的诉讼或仲裁程序、中止债务人转移其财产及行使其他妨碍行为的权利、债务人个别清偿无效等。此种模式对承认国法院权力的影响较小,但也将导致没有可预见性,亦不符合现代立法的趋势。

但是,如果A公司临时清盘人未向内地法院正式申请承认域外破产令,该案仲裁庭(包括仲裁机构,下同)就可以完全不顾A公司已经进入破产程序这一事实吗?答案是否定的,《纽约公约》下不予承认与执行以及适用的内国法下撤销裁决的标准,并不以破产管理人是否主动申请异国法院认可破产程序为前提。遇到破产,总是值得(也是有必要)审慎为之的。

(二) 香港破产程序对仲裁协议效力的影响

A公司的破产程序是否可能影响仲裁协议的效力呢?案例引入中假设双方当事人订立的协议约定实体法为内地法律,并未约定仲裁协议的适用法律。依据冲突法,香港法院很可能适用内地法律。对内地法院而言,依据《涉外民

事关系法律适用法》第18条“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律”之规定,也将适用内地法律。如本文第一部分所述,内地法律下并无因一方破产而影响该方签署的仲裁协议效力的相关规定(有关破产管理人撤销权的争议和是否适用域外破产暂且不论)。因此,A公司的破产可能不会影响该合同仲裁条款的效力。

(三) 香港破产程序对参与内地仲裁行为能力的影响

A公司的破产是否影响其参与内地仲裁的行为能力呢?在上文 Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案的“姐妹”案例中,在瑞士日内瓦开展的国际商会仲裁庭在判断仲裁程序是否应当终止时认为该问题涉及公司的主体资格及行为能力问题,应当根据瑞士的冲突规则进行判断,最终适用了波兰法律。虽然不像《波兰破产法》第142条规定仲裁协议无效,从而完全剥夺破产一方参与仲裁的权利;但是,香港《公司(清盘及杂项条文)条例》第186条规定临时清盘人在获得香港法院的许可前不得展开任何法律程序,在这一阶段临时清盘人暂时不具备参与法律程序(包括仲裁程序)的行为能力。

中国内地《涉外民事关系法律适用法》第14条第1款规定,法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法律。鉴于A公司为香港公司,在判断其行为能力时应当适用香港地区法律。如果香港地区法律已经明确除非获得香港法院的许可,A公司临时清盘人无权参与内地的仲裁程序,那么仲裁庭对此需要予以充分考虑。

鉴于A公司临时清盘人参加仲裁行为能力的欠缺并非是绝对的,若获得香港法院的许可,则可以参加仲裁程序。因此,若临时清盘人请求中止或暂缓仲裁,以便请求香港法院批准,仲裁庭如何处理呢?

可能会有以下几种情形:一为仲裁庭不予理睬;二为仲裁庭可能稍作延期,但在香港临时清盘人获取法院的许可前便又继续推进仲裁程序;三为仲裁庭不断进行延期,直到相关法院作出决定;四为仲裁庭中止仲裁程序以待香港法院的决定。

本文第三部分第二节介绍的升辉集团有限公司诉佛山市南海区发展计划局等债权转让纠纷案中,佛山市中级人民法院考虑了原告行为能力的瑕疵,从

中止诉讼程序到因原告未能取得合法有效的授权而驳回起诉。当然,该案中破产一方当事人为原告,而引子案例中破产一方当事人为被申请人。仲裁庭是否也应当像佛山市中级人民法院一样给予 A 公司临时清盘人足够时间去获得香港法院参与仲裁程序的许可呢?如果没能得到香港法院的许可,因为升辉集团是原告,法院可以驳回起诉,但如果是被告或被申请人呢?如果域外法院明确不允许呢?本文不求在此对这些问题作出全面的分析,但希望这些问题能够反映出相关问题的多面性,并引发读者的进一步思考。

(四)内地仲裁裁决香港执行相关问题

若香港 A 公司临时清盘人未获得香港法院的许可而仲裁程序已经进行,在未来执行裁决的过程中会有问题吗?

假设内地 B 公司获得胜诉裁决,其前往香港(香港 A 公司财产所在地)要求执行,《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》第 7 条第 1 款“仲裁协议当事人依对其适用的法律属于某种无行为能力的情形”这一事由为香港 A 公司申请不予执行提供了一定依据。Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案的仲裁裁决执行过程中,曾提出的不予执行的理由即是波兰公司 Elektrim 在波兰破产法下丧失了行为能力。虽然该案的上诉法院最终承认和执行了仲裁裁决,但与文章开篇引入的案例还是存在本质的区别,即 Syska(破产管理人)诉 Vivendi 案仲裁庭并没有义务适用波兰破产法,但引入的案例却不同,其中仲裁庭有义务适用香港法律判断当事人的行为能力。因此,行为能力的欠缺对仲裁裁决执行的风险不可忽视。^①当然,如果假设申请人不指望获得执行,只是为其他目的(如获得一个有利裁决),则仲裁申请人或

^① 笔者亦注意到,目前国际上也有提议将该等冲突作为不予执行的因素进行考量。联合国贸法会 2017 年同意考虑一个前破产法官 Samuel L. Buffor 和德国的民事诉讼程序法与破产法学者 Stephan Madau 博士提出的“关于更好地协调仲裁和清盘程序”的提案。在该提案中,联合国贸法会被要求处理如何协调进行中的清盘程序对仲裁程序的影响这一棘手问题,提出“当国际仲裁程序中的一方当事人成为清盘程序中的债务人时,继续仲裁程序可能会违反该债务人所适用的法律(除非清盘法院批准仲裁程序继续进行)……因为如果仲裁程序不顾清盘法院的规定而继续进行,有可能导致仲裁裁决在《纽约公约》下不予承认与执行……”参见 <https://www.law360.com/articles/868600/un-to-take-on-murky-intersection-of-arbitration-insolvency>,最后访问日期:2017 年 8 月 14 日。

许更愿意承担这种风险。当然,这样的裁决是否会被内地法院撤销也是一个需要评估的风险。

七、破产程序与仲裁程序的协作

破产制度有集中处理债权债务的公共政策目标,仲裁则反映基于契约自由以利于单独解决纠纷的公共政策目标。就单一法域而言,二者发生冲突时,在何种情况下何者优先,这是一个法域内的立法和司法可以解决的问题,相对简单。中国内地的法律制度下,破产程序对仲裁程序的影响是暂时的,非根本性的,这也与当前大多数国家的做法一致。

当仲裁程序与破产程序涉及不同法域时,鉴于各国在立法目的、具体规定、政策倾向等方面的差异,关系更为复杂,本文尝试对解决这种冲突提出几点观察。

仲裁制度本身的跨境协作相当有效,典型标志是《纽约公约》的广泛性(已经拥有 157 个成员)。尽管《纽约公约》把当事人的行为能力、合同效力等问题留给了内国法,但仲裁制度仍然可能是全球范围内国家间合作少有的如此广泛认可和成功的典范。从这一点讲,仲裁制度(及其背后的公共政策)或许可以说已经有点形成全球性的公共政策的意味了。

相对而言,各国在破产制度的跨国协作方面发展得就相当缓慢。当然,这是因为破产涉及的利益和管辖权冲突更多,各国间更难协调,并非是各国否认破产制度的重要性。欧盟由于其政治和经济一体化的目标,在跨境破产的融合方面也颇有成效。欧盟最新破产条例于 2015 年通过,2017 年启用,在原有基础上更进一步,更加尊重债务人利益中心地的主破产程序,支持破产的集中管理,减少不必要的域外从属破产程序。在欧盟之外,联合国贸法会 1997 年《示范法》慢慢得到一些国家的认可和采纳,但仍然远非普遍接受。

正如本文第六部分提到的,对破产程序的跨国协作,相对较为激进的做法是承认地法院赋予域外破产判令在原判国同样的法律效力。在这种破产普及主义倾向下,承认地法院需要有最大的“胸怀”,绝非易事。本文且称这种标准

为“高标准”。更为保守的一种做法是,在原判国破产判令的效力范围内,赋予其在承认国破产法下破产判令的效力,即将原判国破产判令与承认国内国法下破产判令下的法律效力进行比较,赋予其在两个法律重叠部分的法律效果。这种做法显然低于前面谈到的“高标准”,本文就称其为“低标准”。因为这种标准下对承认国带来的冲击小,可能更容易为更多的国家所接受。

现在我们分别用上述“高标准”和“低标准”来分析一个假设的案例。假设A国的破产集中公共政策优先于仲裁自由公共政策,但B国的仲裁自由公共政策优先于破产集中公共政策,A国公司的破产对其在B国的仲裁程序会有什么影响呢?如果B国采纳了上述的“高标准”,使A国破产在B国享有如同在A国的效力,那么,A国的破产可能就应该优先于B国的仲裁。反之,如果B国采纳了上述“低标准”,那么A国的破产在B国的影响不应该超过B国本身的破产程序的影响,则B国的仲裁程序可能不会受到实质性影响。当然,这并不等于仲裁程序可以忽视破产程序,不谨慎的仲裁程序将给裁决的撤销和执行带来风险。

如果两国就相关问题没有条约或公约,内国法律又没有明确确定下“高标准”或“低标准”,各国协作的结果应该基本落在上述“高标准”和“低标准”之间的某个地方(抛开因公共政策或其他原因根本不予认可的情形)。

无论采用哪种标准,除了少数国家明文规定破产导致债务人作为当事人的仲裁协议无效(或可撤销),大多数法域规定破产后限制破产债务人的行为能力,或者中止仲裁程序;但是,这种限制大多是相对和暂时性的,往往允许破产法院批准后启动诉讼或仲裁,或原有程序继续进行。

因此,当仲裁遇到破产时,除了遇到类似《波兰破产法》的适用则较为棘手,大多数情况下对仲裁会产生影响,但并非“不可救药”。依照《纽约公约》的思路,明辨适用法,充分考虑相关法域的具体法律规定,谨慎加耐心,妥善保障当事人合理参与仲裁程序,乃是“王道”。

国际投资仲裁特免权规则研究^{*}

崔起凡^{**}

摘要:在国际投资仲裁中,特免权被广泛接受。由于特免权成文规则的缺失,在当事人缺乏明确约定的情况下,仲裁庭需要行使自由裁量权确定特免权规则。各国特免权制度存在较大冲突,仲裁庭需要依据冲突法方法确定特免权规则或者寻求普遍接受的特免权规则。在国际投资仲裁实践中,多种特免权由仲裁庭按照上述方法确定相应规则。当事人主张特免权,须提交证据供仲裁庭审查;同时,特免权可以通过明示或默示的方式放弃。我国缺乏特免权的制度和法律文化,但是在国际投资仲裁中我国仲裁界需要接受并熟悉各国的特免权制度以及国际投资仲裁特免权规则的适用,以维护自身利益。

关键词:国际投资仲裁 证据 特免权 自由裁量权

引 论

特免权(privilege or evidentiary privilege)又被称为“免证特权”“拒证特权”“保密特权”等,是指法律认可的拒绝向仲裁庭提供证言或书证的权利,包括阻止他人披露上述证据的权利。^①对于受特免权保护的信息,法庭或仲裁庭

^{*} 本文系浙江省社科规划课题(编号:18NDJC090YB)的阶段性研究成果。

^{**} 崔起凡,宁波大红鹰学院国际贸易法研究所副教授、所长,浙江大学光华法学院博士后。

^① See Norah Gallagher, “Legal Privilege in International Arbitration”, 6(2) *International Arbitration Law Review* 45, 2003.

不应命令证人或当事人出示,也不应予以采纳。可见,特免权是当事人证据披露义务的例外,同时也属于证据可采性的范畴(证据可被排除的情形之一)。特免权制度的设立是为了保护特定的社会关系或利益,也体现出其以社会正义作为价值取向。如律师—当事人特免权,是为保护律师与其当事人之间的信任关系,鼓励双方的坦诚沟通而限制就双方的交谈内容作证;商业秘密保护特免权,是基于充分的理由免于就商业秘密进行作证;公共利益特免权,是为保护国家利益或者公共利益而就相关信息免于作证;不受损害特免权,是指当事人为和解进行的交流,在和解失败后不得被作为仲裁中的证据。

特免权在世界各国民商事诉讼程序中得到普遍认可。尽管对于特免权理论基础的认识相同或相近,不过,各国特免权制度差异很大。

在国际投资仲裁[包括国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁和非 ICSID 仲裁]^①中,仲裁庭可依申请或依职权命令当事人出示书证。^②当事人能否基于特免权对该命令予以拒绝,关系到当事人的切身利益。那么,在国际投资仲裁实践中,特免权是否应当受到保护?如何确定或适用特免权规则呢?

对于国际投资仲裁中的特免权问题,国外学者的研究成果颇多,而国内学者对这一问题缺乏足够重视。笔者在此抛砖引玉,结合争端解决实践,对国际投资仲裁中的特免权问题进行探讨,以求对中国企业和政府参与的国际投资仲裁实践有所裨益。

① ICSID 仲裁是指依据双边投资协定(BIT)、区域性或多边性投资协定将投资争端提交 ICSID 进行仲裁。ICSID 仲裁裁决,只能依据其内部专门委员会予以撤销。对于 ICSID 仲裁裁决,视为本国法院最终裁决,缔约国有义务予以承认与执行,《纽约公约》对其并不适用。非 ICSID 仲裁是指将投资争端提交国际商事仲裁机构[如斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)、国际商会(ICC)、海牙常设仲裁法院(PCA)]或 ICSID 以外的其他投资解决机构的仲裁,也包括提交临时仲裁庭的仲裁。非 ICSID 仲裁与普通国际商事仲裁相近,其裁决可以由仲裁地法院撤销,承认与执行受制于执行地国仲裁法的约束,如果执行地所在国参加了《纽约公约》,除非投资协定有不同规定,或该国在加入《纽约公约》时作出了相反的商事声明,裁决执行通常适用《纽约公约》。

② 如《华盛顿公约》第 43 条授权仲裁庭在程序的任何阶段命令证据出示,《ICSID 仲裁规则》第 34 条第 2 款、《联合国贸易法委员会仲裁规则》(《UNCITRAL 仲裁规则》)第 24 条第 3 款以及《国际律师协会国际仲裁证据规则》(《IBA 证据规则》)第 3 条对于仲裁庭命令当事人出示书证的做法都进行了明确的认可。即使国际投资仲裁适用的仲裁规则没有明确规定仲裁庭这一权力,命令书证出示也应属于仲裁庭的固有权力。

一、国际投资仲裁中特免权保护的必要性与“规则缺失”

(一) 国际投资仲裁中特免权保护的必要性

在国际投资仲裁中,基于对当事人合理预期的保护以及程序公平的考量,特免权应当得到认可。^①而且,由于特免权的保护是基于公共政策的考虑,仲裁员不得不加以理会。^②否则,依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》(又称《纽约公约》)第5条第2款b项,该裁决可能会面临难以执行的风险。^③但是,由于各国特免权制度的范围、内容差异较大,在一国受特免权保护的信息可能在另一国得不到特免权保护。因此,适用公共政策时应当对其严格解释,只有国际公共政策而不是国内公共政策被违反时,裁决才可以被撤销或被拒绝执行。^④

(二) 国际投资仲裁中特免权成文规则的缺失

关于特免权,众多投资条约或仲裁规则普遍缺乏具体明确的规定,有的甚至没有涉及。一些仲裁规则虽要求仲裁员在接收证据时考虑特免权,但没有进一步规定,如《美国仲裁协会国际仲裁规则》第20条第6款。相对而言,《IBA证据规则》尽管是比较原则性的,还是较多地涉及了特免权问题。投资条约或仲裁规则对特免权规则持有“消极立场”,原因在于:

其一,各国对特免权保护的范围与程度差异较大,难以完全形成共识。以律师—当事人特免权为例,在普通法国家,特免权作为权利,当事人可以明示或默示地予以放弃。特免权不仅适用于外部律师(outside counsel),而且适用于公司法律顾问(in-house counsel),只要律师与当事人之间信息交流是关于法

① See Ula Cartwright – Finch, Craig Tevendale, “Privilege in International Arbitration: Is It Time to Recognize the Consensus?”, *Journal of International Arbitration* 26, 2009, pp. 823 – 829.

② 参见杨良宜:《英美证据法》,法律出版社2003年版,第172页。

③ See Tom Ginsburg, Richard M. Mosk, “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly* 50, 2001, p. 383.

④ 国际公共政策的违反是可能的,因为特定特免权可能会被认为是国际基本价值或利益的保护。至少,在国际仲裁中如果拒绝承认一些重要特免权如律师—当事人特免权,会使当事人不愿意将争议提交仲裁,从而影响仲裁作为国际争议解决的首选方式。See Tom Ginsburg, Richard M. Mosk, “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly* 50, 2001, p. 381.

律建议,而不是法律以外的商业或管理事务方面的建议。在普通法国家,特免权一般被认为属于实体问题,但也有一些国家将其归入程序问题。^① 在大陆法系国家,律师—当事人特免权与保守职业秘密相关,保守职业秘密既是律师的权利,也是律师的义务,因此当事人无权放弃该“权利”。关于“职业秘密”是否适用于公司法律顾问,不同的大陆法系国家的立场也不尽相同。法国、瑞士等大多数大陆法系国家特免权不适用于公司法律顾问,而在比利时、丹麦、荷兰、西班牙等国家特免权同样适用于公司法律顾问和外部律师。在德国,该问题仍然没有定论。^② 在大陆法系国家,特免权一般被视为程序问题。

其二,特免权的法律属性存在争议,增强了特免权问题的复杂性,为特免权规则的制定造成了更多阻碍。特免权是证据披露义务的例外,也属于证据可采性的范畴,而证据可采性通常被认为是一个程序问题,因此具有程序属性。同时,特免权反映的是公共政策的判断,通常这些政策判断与特定信息的价值有关,这样的判断在性质上是实体性的。^③ 也有许多学者赞同特免权具有双重属性的观点。^④

其三,基于对仲裁的灵活性的尊重,将确定证据特免权规则的权力交由仲裁庭。这样,有利于实现仲裁的灵活性、自治性之优点。

二、国际投资仲裁中特免权规则的适用:基本原理

根据国际投资仲裁的自治原则,对于特免权规则的空白,当事方可以通过约定某一规则予以弥补,或者在当事人没有约定的情况下,由仲裁庭决定特免权规则。

① See Klaus Peter Berger, “Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion”, *Arbitration International* 22, 2006, p. 507.

② Ibid., p. 505.

③ Ibid., p. 509.

④ See Gabrielle Kaufmann – Kohler, Philippe Bartsch, Discovery in International Arbitration: How Much Is Too Much, *Schieds VZ, Heft 1*, 2004, p. 19; Tom Ginsburg, Richard M. Mosk, “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly* 50, 2001, p. 377.

(一) 当事方与特免权规则的确定

争端方可以自由选择仲裁程序的法律。例如,依据《ICSID 仲裁规则》第44条,“本仲裁规则”可以适用,“除非当事方另有约定”。所以,当事人可以自主确定特免权规则。不过,这种情况在实践中比较少见。

(二) 仲裁庭与特免权规则的确定

仲裁庭被授予自由裁量权决定具体案件中包括特免权在内的证据规则。依据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(又称《华盛顿公约》)第44条,如果发生任何本节或仲裁规则或双方同意的任何规则未作规定的程序问题,则该问题应由仲裁庭决定。《ICSID 仲裁规则》第19条进一步强调,仲裁庭应当根据程序下达命令。《UNCITRAL 仲裁规则》第17条第1款规定:“在不违反该规则的情况下,仲裁庭可以其认为适当的方式进行仲裁……”在缺乏明确规定或当事方约定的情况下,仲裁庭决定特免权规则的权力依据是其“固有权力”。“固有权力”是因职位、地位或身份而必然产生的权力。^①也就是说,该权力不依赖于明文规定,而且其内容取决于权力实施的具体情境。

(三) 国内证据法的可适用性与影响

在 Soufraki 案中,仲裁庭明确指出,作为国际仲裁庭,它不受意大利民事诉讼证据规则的约束。^②实际上,仲裁参与者(当事人、律师以及仲裁员)来自不同国家甚至不同法律体系,具有不同法律文化背景,国际投资仲裁庭不应受国内证据法的约束。

国际投资仲裁庭不受国内证据法约束,不意味着其不能适用国内法,更不意味着不会受到国内证据法的某种程度的影响。证据规则(包括特免权规则)的确定与适用实际上是仲裁参与者之间某种程度上博弈的结果,由于不同案件中仲裁参与者的不同,不同法律文化发挥的影响作用也不尽相同。

在一些投资仲裁案件中,国内法是确定证据规则考虑的因素之一。比如,在

^① See Brayan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (8th edition), West Publishing Company, 2004, p. 3709.

^② Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award (2004), para. 59.

Myers 案中,为确定证据特免权规则,仲裁庭指出:“加拿大法律是相关的……同时,在该案中解决公共利益特免权问题的背景是依据《UNCITRAL 仲裁规则》进行的北美自由贸易协定(以下简称 NAFTA)仲裁,这种情况潜在地需要考虑国际法和国内法。”^①

(四)《IBA 证据规则》的适用

《IBA 证据规则》^②因适当平衡了不同法律文化以及效率与公平之间的冲突,在国际仲裁界获得广泛认可。在一些国际投资仲裁程序中,《IBA 证据规则》得到了正式援引。仲裁庭经常依据其决定程序事项的权力主动选择《IBA 证据规则》。^③而在更多的国际投资仲裁实践中,《IBA 证据规则》并非通过直接援引而得以适用。例如,在 Ros Invest Co. v. Russia 案中,仲裁庭适用《IBA 证据规则》时认为,当事方和仲裁庭可以将《IBA 证据规则》作为一个宽泛的指南,通常应当考虑案情而适当地予以变更。^④

《IBA 证据规则》第 9 条第 2 款 b 项、e 项、f 项认可了基于律师—当事人特免权、商业秘密特免权、公共利益特免权等事由可以排除相关证据;第 9 条第 3 款规定了律师—当事人特免权的基本规则,强调了保护“合理预期”及维护“公平与平等原则”,并涉及不受损害特免权以及特免权放弃的情形。

实践中,在国际投资仲裁中《IBA 证据规则》的适用时常涉及其中关于特免权的规定。比如,在 Pope & Talbot 案、Glamis 案中都援引了《IBA 证据规则》第 9 条第 2 款 f 项关于公共利益特免权的规定。对此,后文的论述将有所涉及。

^① S. D. Myers v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, Explanatory Note to Procedural Order No. 10, paras. 9 – 10.

^② 《IBA 证据规则》是由国际律师协会(IBA)于 1999 年编纂的“软法”,它在 2010 年修订时,删除名称中“商事”二字。

^③ See, e. g., CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. the Czech Republic, UNCITRAL Partial Award of September 13, 2001, para. 46 (“In accordance with Article 15.1 of the UNCITRAL Arbitration Rules, the Tribunal decided to conduct the arbitration in the manner it considers appropriate. For this purpose, the Tribunal decided, to the extent appropriate, to apply the IBA Rules”).

^④ Ros Invest Co. UK Ltd. v. Russian Federation, SCC Case No. V079/2005 (2007).

三、国际投资仲裁中特免权规则的适用:一般方法

在实践中,确定特免权的规则需要更多地依赖仲裁员基于具体案情依据一定的方法去确定具体规则,在这个过程中还应适当考虑当事人的合理期待。

在国际投资仲裁中,仲裁庭关于特免权规则的确定与适用主要存在两种方法,即冲突法方法和比较法方法。

(一)冲突法方法

仲裁庭可能倾向于使用“最密切联系原则”这种方法解决法律冲突。正如一位学者指出的:为解决特免权问题,支持仲裁庭适用与证据具有最密切联系的国内法是一种可识别的共识,尽管关于什么是最适当连接点存在观点分歧。^①

关于特免权的连接点众多,至少涉及仲裁地、特免权信息的交流发生地、特免权信息的存放地、当事人住所地所在国等。如何界定“最密切联系”比较困难,需要根据具体案情确定,具有一定主观性。

《IBA 证据规则》第9条第3款指引仲裁庭在确定特免权规则时应当考虑“保护当事人及其代理人的预期”以及“维护公平及平等”。当双方当事人的不同文件运用“最密切联系原则”导致适用不同国家的法律,而这两个国家的特免权规则在标准上宽严不一时,就会出现对“公平与平等”原则的违反。解决该问题的一个办法就是“最惠国原则”,即在所适用的不同特免权规则之中,选择其中对特免权信息给予最大程度保护的免权规则来适用。这种方法使各方当事人获得平等与公平的对待,同时也不会损害任何一方的合理预期。

(二)比较法方法

特免权问题的解决不一定必须正式援引某一国的法律,还可以通过比较法方法或者求助国际法原则而获取广泛接受的特免权规则。

这种方法并非一定考虑国际公法或国际商法,也可以仅仅考虑相关的国内法。在 Glamis 案中,投资者一方试图获取加利福尼亚政府雇用的律师拟订的

^① See Peter Rosher, “The Application and Scope of Attorney – Client Privilege in International Arbitration”, *Stockholm International Arbitration Review* 1, 2007, p. 21.

一些文件,而东道国基于律师—当事人特权而拒绝出示。双方同意适用美国法但主张了不同州的法律,对于适用哪一州的法律无法协商一致。仲裁庭采用的方法是对多个州包括加利福尼亚和哥伦比亚特区的法律进行考察,试图发现不同法院之间可以形成一般共识并能够适用于国际仲裁的方法,这样有助于确定当事人在此情况下的合理期待,然后仲裁庭在此基础上考虑特免权的保护规则。^①

上述方法包括三个步骤:第一步,考虑有哪些可适用的法律选择。在 Glamis 案中仲裁庭审查了美国多个州的法律,因为当事人约定适用美国法。在其他案件中,仲裁庭可以求助于国际公法、与该仲裁有关的国内法以及各种国际商法,如机构仲裁规则或《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》。第二步,仲裁庭考察这些不同法律渊源并决定存在被一般接受的原则或规则。第三步,仲裁庭在考虑以下事实的基础上最终确定规则,即当事人选择国际仲裁,其对程序公平的期待应当通过考虑维护国际商业良好秩序的一般的国际实践和政策予以对待。

对于仲裁庭而言,适用比较法方法更适合发现那些体现在不同国内法或国际法中的现代实践,也更可能接近那些选择国际仲裁而非国内诉讼解决纠纷的当事人对程序公正的期待。

四、国际投资仲裁实践中特免权的保护

(一) 商业秘密特免权

两大法系对于诉讼中当事人商业秘密的披露态度不同。大陆法系国家对商业秘密保护的方法是将商业秘密作为特免权保护的对象;而在英美法系国家,不免除当事人对商业秘密的披露义务,但要求披露证据的同时采取适当的保密措施。

在国际投资仲裁实践中,当证据涉及重要商业秘密时,当事人有可能援引商业秘密保护特免权拒绝提供相关证据。在 Merill & Ring Forestry 案中,仲裁

^① Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Objections to Document Production withheld on Ground of Privilege (2005), p. 3.

庭指出:各当事方拒绝提交一定数量的文件,理由是这些文件包含了保密性商业信息。对于这样基于特定文件中包含的交易或信息性质的拒绝,尤其是涉及与第三方的公司之间的信息或商业交易的,拒绝理由可能是非常正当的。^①

不过,当这些商业秘密具有较高的证明价值,商业秘密保护的豁免权请求可能被拒绝,尤其是当保密义务存在于当事人之间或者仲裁庭提供的保密措施可以为商业秘密提供充分保护时。仲裁庭可以通过发布程序令的方式确立秘密保护规则,包括对相关文件中敏感部分做涂黑等特殊处理。^② 如果商业或技术秘密涉及第三方,仲裁庭可能要求当事人与第三方进行善意协商以获得有限的证据出示。如果第三方不同意出示,仲裁庭可以要求当事人提交一份来自第三方的说明。与律师—当事人豁免权不同,商业秘密的免于提交不是绝对的。对于仲裁庭而言,总是会在优先考虑采取保密措施的前提下要求当事人出示包含商业秘密的文件。

可见,国际投资仲裁的商业秘密豁免权总体上采纳了大陆法系的做法,同时也受到英美法系文化的影响。

(二) 律师—当事人豁免权

如上文所述,关于律师—当事人豁免权,各国存在法律冲突。不过,由于它被国际社会广泛认可,体现了一种核心的共同价值,有学者认为可以将其作为一般法律原则对待,^③ 仲裁庭有时可以考虑直接予以适用而无须援引任何国家的法律。不过,如果当事人基于法律文化背景等原因存在具体规则适用上的分歧,仍然有必要对相关国内制度进行考察分析。

在 Tidewater 案中,仲裁庭指出:“原则上,那些原本需要提交的文件可以合法地免于提交,如果具有保密性的文件是‘与提供或获取法律建议有关并且以

① Merrill & Ring Forestry LP v. Canada, NAFTA/UNCITRAL/ICSID, Decision of the Tribunal on Production of Documents (2008), para. 31.

② Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/02/1, (2006).

③ See Tom Ginsburg, Richard M. Mosk, "Evidentiary Privileges in International Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly* 50, 2001, pp. 345, 379.

此为目的’。”^①

在 Vito Gallo 案中,仲裁庭确认了律师—当事人特免权在该案可以适用,同时提出四项条件:第一,文件应由一名律师以律师身份起草,该律师不是以其他身份如作为政策决定者或公司管理人员实施这一行为。第二,律师与当事人之间的关系是基于律师与当事人之间的信任。第三,文件的制作是以获取或提供法律建议为目的。第四,律师与当事人在获取或提供法律建议之时,应当持有一旦发生争议该法律建议将被保密的预期。^②

律师—当事人特免权是否适用于内部律师(in-house counsel)的工作,国际仲裁庭认为,律师—当事人特免权适用于内部律师(或法律顾问)。比如,在 CME 案中,仲裁庭认为,申请人不必提交特免权信息,如来自内部法律顾问的文件,其范围是与申请人、被申请人之间的法律程序或争端有关的法律建议。^③

关于受律师—当事人特免权保护的信息范围,Glamis 案仲裁庭指出,仲裁庭承认,在当事人主张律师—当事人特权的情况下,有一点很重要,弄清楚该律师的确是作为律师提供法律建议,而不是作为政策决定者或者公司管理人员。^④当法律意见体现于一个较大型的综合性文件,通常只是其中包含了法律意见的部分受特免权保护。比如,在以考虑法律建议为目的的董事会会议上,仅仅是记录了法律意见的会议记录部分受特免权保护,而记录了经营战略或者其他事项的部分不属于特免权的保护范围。^⑤

关于律师—当事人特免权保护的信息范围,在 Pope & Talbot 案中,仲裁庭指出,律师—当事人特免权不仅限于面临诉讼的法律建议,而且延伸至那些以

① Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Procedural Order No. 1 (2011), para. 35.

② Vito G. Gallo v. the Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL, PCA Case No. 55798, Procedural Order No. 3, para. 47.

③ CME Czech Republic BV (the Netherlands) v. the Czech Republic, UNCITRAL, Final Award (2006), para. 64.

④ Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Parties' Requests for Production of Documents withheld on Grounds of Privilege, p. 4.

⑤ OKO Osuuspankkien Keskuspankki v. Estonia, ICSID Case No. ARB/04/6, Procedural Order of 9 (2005).

给予或寻求法律意见为一般目的的交流。^①

(三)和解特免权

在国际司法机构解决争端过程中,试图通过谈判解决争端的当事方在谈判失败后,谈判过程中的立场以及用以谈判的文件和信息将不得由当事人在此后的案件审理中使用。这是和解特免权(settlement privilege),与各国国内民事纠纷解决中的“不受损害特免权”相似。

在伊朗—美国求偿仲裁庭受理的Pepsico案^②中,申诉方提交被诉方公司授权的代表人的一封信作为证据,这封信涉及被诉方对支付应收账款义务的承认。被诉方主张该信件是关于双方之间的磋商,因此不具有可采性。在该案中,仲裁庭认为,作为承认未付账款当前状态的商业交流本身是具有可采性的。但是,由同一公司提交的1981年9月6日的会议备忘录和申诉方在1981年10月14日的后续信件,反映了和解谈判的条件,因此作为证据不具有可采性。^③该原则在伊朗—美国求偿仲裁庭受理的其他案件中也同样得以适用。^④

和解过程中的声明、承认或是建议不当采纳。类似的情况是,就像许多国家国内法律制度的规定那样,在调解过程中交流的信息也应当受到特免权保护。^⑤

在国际投资仲裁中,谈判中获得的证据通常不具有可采性。作为证据自由采纳原则的一项例外,其合理性在于鼓励争端方之间的坦率沟通,消除争端方谈判磋商中的主张或观点将来用于其他目的的顾虑。

(四)公共利益特免权

国际投资仲裁中的一方当事人是东道国,其控制下的文件常常涉及政治性敏感信息或者该国公共利益。因此,在实践中东道国常常以公共利益特免权

^① Pope & Talbot Inc. v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, Award on Crown Privilege and Client - solicitor Privilege (2000), para. 1.9.

^② 13 Iran - US CTR, (1986), p. 3.

^③ 13 Iran - US CTR, (1986), p. 28.

^④ See ISS Case (1987), 14 Iran - US CTR, p. 65; Westinghouse Case, Iran - US Claims Tribunal Order of March 7, 1988.

^⑤ Tom Ginsburg, Richard M. Mosk, "Evidentiary Privileges in International Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly* 50, 2001, pp. 345, 362.

(public interest immunity) 为由拒绝出示书证, 该问题在国际投资仲裁中比较突出。公共利益特免权在各国普遍受到认可, 其目的是保护国家秘密或者避免政府机构内部在政策决定时的坦诚讨论受到严重影响。在各国国内法中公共利益特免权的称谓不同, 投资仲裁的裁决、决定以及程序令中相应也援引和使用了这些不同的称谓。

比如, 涉及加拿大时, 这些法律文件使用“王室特免权”(crown privilege) 或“内阁特免权”(cabinet privilege) 一词, 涉及美国时, 可能使用“审议程序特免权”(deliberative process privilege) 这一表述。在国际法中, 规定了公共利益特免权的条约比较少见, 不过仍然存在这样的例子, 如 NAFTA 包含了免除那些将损害国家基本安全利益的书证披露的规定。^①

关于公共利益特免权的具体规则需要通过国际投资仲裁案例进行审查。在国际投资仲裁中公共利益特免权的立场, 从几个典型的案例可窥见一斑。

第一, 在国际投资仲裁中, 公共利益特免权获得了承认。在 *Biwater Gauff* 案中, 坦桑尼亚国内法上的公共利益豁免作为拒绝披露书证的理由被仲裁庭否定, 但仲裁庭仍然认可应当对政治性敏感信息包括国家秘密进行保护。^② 实际上, 该仲裁庭对公共利益特免权持肯定立场, 只不过其要比坦桑尼亚国内法上的公共利益豁免范围小一些。在 *Pope & Talbot* 案中, 仲裁庭指出, 毫无疑问, 国家秘密的保护可以作为当事人拒绝向国际仲裁庭提交文件的理由。但是, 关于该正当理由说服力的任何评价必须很大程度上依赖于对这些文件的了解。受保护的文件需要充分说明 (identification), 仲裁庭不能基于简单主张文件需要保护而没有任何说明就予以认可。^③ 可见, 该案实际上对公共利益特免权予以认可, 但是仲裁庭认为主张该特免权的政府必须提供正当的事实基础。

第二, 在国际投资仲裁中, 仲裁庭常常强调东道国关于公共利益特免权的国内法不能直接适用于国际投资仲裁, 即使它可以成为考虑中的法律渊源之

① 参见《北美自由贸易协定》第 2012 条。

② *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 2 (2006), p. 9.

③ *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Decision of September 6, 2000, para. 1.4.

一。国际投资争端解决的性质与国内司法程序完全不同,仲裁庭需遵守的是相应的国际公约或国际仲裁规则,它们被授权调查国际条约或习惯国际法下国家的行为和责任。依据《维也纳条约法公约》第27条的规定,当事国不能援引其国内法作为未能履行条约义务的正当理由。如果国家可以以本国法为由规避书证出示义务,无疑造成双方当事人之间的不平等,违反平等原则。^①另外,在UPS案、^②Glamis案^③以及Pope & Talbot案^④中,仲裁庭都明确表达了类似的观点。

第三,公共利益特免权需要具有说服力的理由。事实上,《IBA证据规则》第9条第2款f项规定的公共利益特免权要求“理由具有说服力”,有仲裁庭对此予以援引。在Pope & Talbot案中,仲裁庭基于《IBA证据规则》第9条第2款指出:“仲裁庭将基于任何以下理由……排除证据或书证提交……(f)仲裁庭认为特殊的政治或机构敏感性(包括被政府或国际公共机构归类为机密的证据)之理由具有说服力。”^⑤《IBA证据规则》相关规定非常笼统,缺乏关于“理由具有说服力”明确的认定标准与方法。在Glamis案中,仲裁庭拒绝对在合议与决策程序中交流的信息进行保护,指出保护该信息的条件是为仲裁进行披露的公共利益比起保护该信息更为重要。^⑥

第四,为确定国际投资仲裁中公共利益特免权的法律或规则的适用,基于投资仲裁的国际性与灵活性,需要考虑东道国的法律、国际法或国际标准。在Myers案中,仲裁庭指出,目前为止,加拿大法律是相关的,除了加拿大证据法,其他几个法律文件也需要被考虑,包括商事仲裁法(Commercial Arbitration

① Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 2(2006), pp. 7-8.

② United Parcel Service of America INC v. Canada, NAFTA, Decision of the Tribunal relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege (8 Oct. 2004), para. 7.

③ Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Objections to Document Production Withheld on Ground of Privilege (November 17, 2005), p. 20.

④ Pope & Talbot Inc. v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, Decision of September 6, 2000, para. 1.3.

⑤ Ibid.

⑥ Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Final Award (2009), para. 237.

Act) 以及《NAFTA 执行法》(NAFTA Implementation Act)。^① 此外, 仲裁庭认识到在该案中解决公共利益特免权问题的背景是依据《UNCITRAL 仲裁规则》进行的 NAFTA 仲裁(这为仲裁庭提供了管理争议的自由裁量权), 并潜在地需要考 虑国际法和国内法。^② 在 Biwater Gauff 案中, 仲裁庭分析了坦桑尼亚国内相关立法, 指出在国际法或 ICSID 仲裁制度中没有与之等同的原则(equivalent doctrine)。相反, 仲裁庭援引了 Pope 案仲裁庭在 2000 年 9 月 6 日的裁定中关于公共利益特免权保护范围的立场以及《IBA 证据规则》第 9 条第 2 款 f 项的规定。可以看出, Biwater Gauff 案仲裁庭试图采纳体现于其他投资仲裁实践或国际规则中的一个国际标准, 而不是坦桑尼亚的国内法。^③

第五, 仲裁庭会要求东道国针对其公共利益特免权的主张, 应当在“逐个文件”(document-by-document)的基础上给出详细的解释。

在 Biwater 案中仲裁庭指出, 对于具有政治敏感性的文件, 包括国家秘密, 被申请人应当立即将问题提交仲裁庭。具体而言, 被申请人应当界定相关文件, 并指出这些文件何以满足 Pope & Talbot 案和《IBA 证据规则》第 9 条第 2 款 f 项所体现的保护原则, 并为保密之目的需要保留或在附加限制措施的条件 下提供。^④ 在 Myers 案中, 仲裁庭指出, 它将可能运用“加拿大飞机案”中世界贸易组织专家组采取的方法, 即以“逐个文件”为基础要求加拿大给出充分的信息和理由以支持针对每个文件的特免权。

在 Glamis 案中, 仲裁庭也要求东道国逐个文件给出详细解释, 另外也要求投资者之后针对东道国的解释提供详细的意见作为回应, 包括东道国的解释不能成立的理由, 那些要求东道国出示的文件对于仲裁庭准确裁判如何必要以及

① S. D. Myers v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, Explanatory Note to Procedural Order No. 10, para. 9.

② Ibid., para. 10.

③ Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 2 (2006), pp. 8-9.

④ Ibid., p. 9.

这些文件通过其他方式不能获取。^①

在国际投资仲裁中,公共利益特免权的保护还会涉及对不同利益进行权衡。在 UPS 案中,仲裁庭指示加拿大可以考虑通过以下方式确立特免权主张,即阐述不披露特定文件对该国公共利益保护的重要性,在此基础上与查明事实准确裁判之利益相权衡,并向投资者和仲裁庭提交评价结果。^②

综上所述,公共利益特免权在国际投资仲裁实践中原则上得到了认可。不过,如果当东道国拒绝披露的理由仅仅是这些文件享有东道国法律的公共利益特免权保护,仲裁庭将不会接受。仲裁庭是处理国际争议的司法机构,不受东道国法律的约束。仲裁庭需要在考虑相关国内法和国际法的基础上对特免权问题作出灵活决定。在仲裁程序中,它需要东道国就其主张的特免权逐个文件地详细解释需要保护的理。而且,仲裁庭在做决定时会权衡文件对于仲裁庭准确裁决的重要性和文件出示对于东道国国家利益不利影响这两者之间的关系。通常,在国际投资仲裁中公共利益特免权的保护标准高于国内司法标准,依据国际律师协会工作组的解释,一些国家的内部文件在国际仲裁中提交是适当的,而这些文件在一些国家的法院却可能是无须提交的。

五、国际投资仲裁中特免权的认定与放弃

(一)特免权信息的举证

主张特免权的一方当事人对于相关证据属于特免权信息负有证明责任,包括所依据的事实符合特免权规则的要件。在 Glamis 案中,仲裁庭指出:“主张特免权的当事人有责任证明该特免权适用的每一个文件,但是当完成证明 (showing is made),对特免权提出异议的证明责任转移至另一方当事人。”^③

① Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Objections to Document Production withheld on Ground of Privilege (2005), p. 11.

② United Parcel Service of America Inc. v. Canada, Decision of the Tribunal relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege Decision (2004), para. 14.

③ Glamis Gold Ltd. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Parties' Requests for Production of Documents withhold on Grounds of Privilege, p. 4.

在 Tidewater 案中,委内瑞拉要求申请方提交其关于公司组建的文件,申请方主张涉及的相关法律文件享有特免权,^①但是仲裁庭认为这些文件对于决定该案的管辖权是相关的和重要的,要求特免权的申请方提供一个特免权申请所涉文件的清单,^②对文件进行描述(包括对主题事项的简单总结)、制作者和持有者以及适用特免权的法律基础。^③ 申请方按照仲裁庭的要求提供了文件清单以后,仲裁庭裁定这些文件享有特免权而无须提交。^④

如果特免权事项需要进一步调查,仲裁庭可以从制作文件的法律顾问或者能够证明文件目的的证人那里寻求证言,以这种方式认定特免权主张所依据的事实。^⑤

(二)特免权信息的审查

对于当事人的特免权主张,有些情况下,仲裁庭经过征求各方意见、听取证人证言,可以对异议理由是否成立作出决定。但是,也有许多情况下,证据所含信息需要经过内容审查才能决定是否属于特免权信息。

特免权信息的认定是国际商事仲裁实践中的一个难题。如果当事人同意,仲裁庭可能会考虑对相关文件和信息进行秘密审查(private inspection)并作出决定。如果没有这样的协议,问题就会出现:一方面,特免权信息可能得不到充分保护,而导致当事人的利益受到损害,因为即使仲裁庭在审查文件资料后认定它属于特免权信息,但仲裁庭还是了解了信息内容并可能受其影响而进行裁决;另一方面,每个当事人都有权获取对方当事人向仲裁庭出示的证据,以获得公平的辩驳的机会,因此仲裁庭的秘密审查意味着不符合一般的正当程序理念。

① Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Procedural Order No 1, paras. 22 – 26.

② Ibid., para. 53.

③ Ibid., para. 42 (29 March 2011).

④ Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/10/5, Decision on Jurisdiction (2013) para. 15.

⑤ OKO Osuuspankkien Keskuspankki v. Estonia, ICSID Case No. ARB/04/6, Procedural Order of 9 (2005), p. 2.

对此,《IBA 证据规则》第3条第8款的规定值得借鉴,即委托中立的第三方专家对争议的信息进行审查,并向仲裁庭进行报告。如果该专家认为特免权成立,则通知仲裁庭,仲裁庭可以拒绝另一方当事人关于证据的持有人出示该文件的申请。如果特免权主张不成立,则将文件转交给仲裁庭,由仲裁庭对出示申请作出决定。

(三)特免权的放弃

决定特免权的放弃是一件复杂的事项,其中部分的原因是放弃权利的资格与享有该权利的主体相关联,显然只有权利人才能放弃权利。不过,在国际仲裁程序中,当事人放弃特免权的实践是被认可的。以下几种情况可能构成特免权的放弃:

如果当事人明知或故意提交那些其声称或可能声称受特免权保护的证据,那么这种行为被认为是放弃特免权。当事人在仲裁程序中故意披露相关信息将被认为同意放弃特免权。

如果当事人因疏忽在仲裁程序中披露证据或公开文件内容,那么另一方当事人可能会声称该披露已经导致特免权的放弃。不过,通常情况下,错误地披露信息不会自动构成特免权的放弃。在 Vito Gallo 案中,仲裁庭指出它“同意加拿大,依据关于这一事项的加拿大法(在符合国际法的范围内予以考虑)以及国际法,律师—当事人特免权在疏忽情况下的披露,一般而言,不构成对特免权的放弃”。^① 但是,在决定这个问题时,仲裁庭可能需要权衡相关行为以决定文件披露确实是疏忽,而不是轻率(recklessness)。^② 当错误披露构成一系列类似行为的一部分,有情况表明当事人对相关信息持续未予保护,或者对方当事人已拥有该特免权信息较长时间而且在案件准备阶段使用该证据,仲裁庭可能

^① Vito G. Gallo v. the Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL, PCA Case No. 55798, Procedural Order No. 4 (2009), para. 27.

^② Glamis Gold v. USA, Decision on Requests for Production of Documents and Challenges to Assertions of Privilege (2006), para. 51.

会裁定这种披露虽然不是有意,但应当认定该行为导致特免权丧失。^①

当事人不能将他声称受特免权保护的信息内容用于支持其主张(“积极地”使用该文件),但同时基于特免权拒绝提交该信息的完整内容。如果当事人部分或有选择性地使用特免权所涉及的信息,一般会被认为他已放弃免于披露的特免权保护。在 Vito Gallo 案中,东道国在答辩材料中披露了其所依赖的法律建议的存在,仲裁庭认为关于这一文件的特免权已经被放弃,因此命令东道国出示该法律建议。^②

结论与启示

在国际投资仲裁领域,鲜有投资条约或仲裁规则涉及特免权,更不要说具体的特免权规则。虽然各国特免权制度差异较大,但是在国际投资实践中特免权的保护已被广泛接受。在当事人对特免权规则缺乏明确约定的情况下,仲裁庭需要行使自由裁量权予以确定。在实践中,仲裁庭通常需要依据冲突法方法确定特免权规则,或者寻求普遍接受的特免权规则。

近几年,我国海外企业运用仲裁解决与东道国投资争端的热情开始上升,同时外国投资者起诉我国政府的投资仲裁案件也已有多起。随着“一带一路”倡议的实施,涉华投资争端的数量很可能会大大增加。我国企业、政府、仲裁员、律师甚至仲裁机构^③必将更多地参与国际投资仲裁程序。

近些年来,我国学术界对于特免权问题进行了持续关注,很多学者呼吁将特免权纳入证据立法。^④遗憾的是,至今特免权制度在我国仍未整体上得到

^① Vito G. Gallo v. the Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL, PCA Case No. 55798, Procedural Order No. 4 (2009), paras. 43 - 46.

^② Vito G. Gallo v. the Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL, PCA Case No. 55798, Procedural Order No. 3, paras. 61 - 62 and Procedural Order No. 4 (2009), paras. 58 - 64.

^③ 比如,2016年《深圳国际仲裁院仲裁规则》第2条第2款将案件受理范围扩大到投资仲裁。

^④ 参见江伟:《中国证据法草案(建议稿)及立法理由书》,中国人民大学出版社2004年版,第143~147页;毕玉谦、郑旭、刘善春:《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社2003年版,第21~22页;吴丹红:《特免权制度研究》,北京大学出版社2008年版;易延友:《特免权规则:美国的制度与实践——兼论特免权规则的普遍性与差异性与中国语境下特免权规则的确立》,载《证据科学》2009年第4期。

确立。^① 总体而言,我国法律实务人士对于特免权的概念与规则相对陌生。

在国际投资仲裁领域,特免权已不是“是否应予保护”的问题,而是“如何予以保护”的问题。在国际化的仲裁环境下,特免权的保护作为国际投资仲裁的一般实践,应当得到主动接受与熟悉。在证据披露环节,特免权规则是维护自身利益的有力攻防工具,要熟悉运用。为此,我国仲裁界人士应重视研究以往国际投资仲裁中的相关实践,也应深入研究不同国家的特免权制度,因为这些不同制度深刻影响甚至决定国际投资仲裁的特免权规则。同时,国际投资仲裁特免权规则正在发展过程中,我国仲裁界人士需要密切关注它在实践中的发展动向。

^① 不过,不受损害特免权在我国的民事诉讼和仲裁实践中是认可的(最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第67条、《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第47条第9项)。此外,律师保密制度发挥着类似“律师—当事人特免权”的功能。不过仍然存在疑问,即法庭或仲裁庭是否有权力向律师调查该保密义务涉及的信息?如果这种保密只是意味着不能在公开开庭时出示,或者只对对方当事人保密,而裁判者可以私下里获悉,则与真正的特免权制度仍有差距。

“一国两制”背景下中外双边投资条约 对港澳投资者的适用 ——以香港谢业深案和澳门世能案为例

湛 玲^{*}

一、案件综述

(一) 香港谢业深案介绍

本案申请人 Tza Yap Shum(谢业深)是一名香港居民,其持有一家秘鲁公司(TSG 公司)90%的股份。TSG 公司于 2002 年开始运营,在其后的两年间跻身秘鲁最大的 12 家鱼粉出口公司行列,盈利非常可观。2004 年,秘鲁税收当局对 TSG 公司进行审计,并以 TSG 公司未如实申报税款为由,要求 TSG 公司补缴税金与罚款总计近 1000 万秘鲁新币。一个月后,该税收当局又对 TSG 公司采取了临时措施,冻结了 TSG 的全部银行账户,致使公司运行陷入瘫痪,销售额急转直下;直至 2005 年 3 月,TSG 公司开始债务重组程序。谢业深作为拥有 TSG 公司 90% 股份的股东,随后向国际投资争端解决中心(ICSID)提交了仲裁申请书,声称秘鲁共和国当局违反双边投资条约的规定,对 TSG 公司的审计决定和临时措施构成对其投资的不正当间接征收,为此向秘鲁政府主张赔偿损失共计约 2500 万美元。

* 湛玲,中国国际经济贸易仲裁委员会经办秘书。

谢业深提起本案仲裁的依据是中国政府和秘鲁政府于1994年签订的《中华人民共和国政府和秘鲁共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》(以下简称《中国和秘鲁双边投资条约》)。秘鲁政府在收到仲裁通知后提出了管辖权异议,认为谢业深无权依据上述双边投资条约申请仲裁,ICSID仲裁庭无权管辖本案。

2009年6月19日,ICSID仲裁庭首先作出管辖权决定,并认定谢业深在TSG公司的利益构成双边投资条约项下的投资,仲裁庭有权管辖谢业深提出的征收主张。后仲裁庭经实体审理,认定秘鲁当局对谢业深所投资企业的临时措施构成不正当的征收行为,并部分支持了申请人提出的损失赔偿及利息请求。

(二) 澳门世能案介绍

本案系发生在Sanum Investments Ltd.(世能投资有限公司,以下简称世能公司)与Government of the Lao People's Democratic Republic(老挝人民民主共和国政府,以下简称老挝政府)之间的投资纠纷案件(以下简称世能案)。

1987年,中国和葡萄牙政府共同签署了关于澳门问题的《中葡联合声明》,该声明规定中国将于1999年12月20日开始对澳门恢复行使主权,并在澳门地区实行“一国两制”制度。

1993年1月31日,中国政府和老挝政府签订了《中华人民共和国政府和老挝人民民主共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》(以下简称《中老双边投资条约》),该协议从1993年6月1日起生效。但是,该协议并未明确说明其是否适用于澳门。之后,1999年中国政府如期恢复对澳门行使主权,在澳门设立特别行政区,并在澳门施行“一国两制”制度。在主权移交后,无论是中方还是老挝一方均没有就双边投资协议是否延伸至澳门特区作出任何表示。

世能公司是一家依据澳门法律注册的公司,成立于2005年。从2007年开始,世能公司开始在老挝投资博彩行业和酒店行业,投资形式是通过与一家老挝当地的实体进行合营。在随后的投资过程中,世能公司与老挝政府之间产生纠纷。世能公司遂于2012年8月14日以老挝政府为被申请人提起仲裁。

世能公司提起仲裁的依据是《中老双边投资条约》第8条第3款的规定,其主张之一是:老挝政府通过不公正的、歧视性的税收政策剥夺了世能公司应该从老挝获得的投资收益。第8条第3款规定如下:

“If a dispute involving the amount of compensation for expropriation cannot be settled through negotiation within six months as specified in paragraph 1 of this Article, it may be submitted at the request of either party to an ad hoc arbitral tribunal. The provisions of this paragraph shall not apply if the investor concerned has resorted to the procedure specified in the paragraph 2 of this Article.”(如涉及征收补偿额的争议,诉诸本条第1款的程序后6个月内仍未能解决,可应任何一方的要求,将争议提交专设仲裁庭。如有关投资者诉诸本条第2款所规定的程序,本款规定不应适用。)

对此,老挝政府提出管辖权异议,认为本案仲裁庭无权管辖,理由有二:第一,《中老双边投资条约》并未延伸至澳门投资者;第二,申请人在本案中所提的主张超出了《中老双边投资条约》第8条第3款规定的可仲裁事项。

2013年12月,仲裁庭首先就本案管辖权问题作出裁定,认定《中老双边投资条约》适用于澳门投资者,仲裁庭对本案享有管辖权。

老挝政府不服该裁定,遂向新加坡高等法院申请确认管辖权,主要理由如下:

第一,澳门地区自1999年回归后,《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》(以下简称《澳门基本法》)是澳门特区的宪制性文件,从《澳门基本法》第138条的规定能看出中华人民共和国缔结的国际条约并非自动适用于澳门特区;而且,官方外交通信已经确认了这一点。从其他证据也都可以得出同样的结论。

第二,被告(世能公司)提出的征收主张超出了《中老双边投资条约》中仲裁条款约定的范围,该条约第8条第3款仅适用于因投资者应得的赔偿金额所产生的争议。

世能公司的主要抗辩理由归纳如下:

第一,对方所提申请纯粹是国际法问题,不属于法庭的审理范围。新加坡不是《中老双边投资条约》的当事方,而且涉及国际条约解释的争议与新加坡国内法没有任何关系。即使属于法庭审理范围,审查标准也应该有限审查并尊重仲裁庭。

第二,根据国际法上的“条约边界浮动”原则,应推定《中老双边投资条约》适用于澳门特区,因为自1999年12月20日中国对澳门恢复行使主权后,澳门已经变成中国领土的一部分。老挝一方未能举证证明该双边条约不适用于澳门特区。

第三,对于世能公司依据《中老双边投资条约》第8条第3款提出的征收主张,仲裁庭有权管辖并作出认定。

二、香港谢业深案与澳门世能案之对比

(一)案情对比

综观前文,我们可以发现,上述两案虽然发生在不同时间、不同当事人之间,但从实质上看,两案又具有诸多相似之处:

第一,两案的申请人,均来自中国的特别行政区,一个是香港居民(香港自然人),另一个是依据澳门法律注册成立的澳门公司(澳门法人)。

第二,两案提起仲裁的依据都是香港和澳门回归之前中国政府对外签署的双边投资条约,其中,《中国和秘鲁双边投资条约》签署于1994年,《中老双边投资条约》则签署于1993年。香港和澳门先后于1997年和1999年回归祖国,之后,该等条约是否适用于港澳特区均无先例。

(二)两案主要裁判理由比较

1. 香港谢业深案

发生于2007年的香港居民谢业深诉秘鲁政府案,是ICSID受理的第一起涉及中国的因双边投资协议引起的争议。在本案中,秘鲁政府对仲裁庭的管辖权提出异议,认为谢业深是香港居民,主体不适格,无权援引中国和秘鲁政府签订的双边投资协议提起仲裁。

本案中,仲裁庭主要依据的是《中国和秘鲁双边投资条约》中关于“投资者”的定义,即依照中国法律的规定,具有中华人民共和国国籍的自然人都可以成为本协议项下的投资者。^①虽然谢业深是香港居民,但其属于出生在大陆的中国公民,而且根据《中国和秘鲁双边投资条约》,该协定并没有明确将具有中国国籍的香港居民排除在协议的适用范围之外。^②此外,仲裁庭还引用了1965年《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》)中关于管辖的规定,^③ICSID可适用于缔约国和另一缔约国国民之间因投资直接产生的所有法律争端,其中另一国国民指的是具有该国国籍的所有自然人和法人,只要经过缔约国的书面同意,该等争端均可通过ICSID仲裁解决。因此,基于上述理由,仲裁庭认为,即便是香港居民,只要是拥有中国国籍的公民,都属于《华盛顿公约》规定的缔约国国民的范围,本案申请人谢业深有权依据《中国和秘鲁双边投资条约》提起仲裁。^④

综上所述,不难看出本案中仲裁庭在认定案件管辖权的问题上采用的是文义解释的方法,根据前述《中国和秘鲁双边投资条约》以及《华盛顿公约》的文本规定,直接判断其是否满足相关定义的要求,从而认定谢业深可以成为本案的适格主体。换句话说,《中国和秘鲁双边投资条约》并没有排除香港居民,即可以适用于香港投资者。

2. 澳门世能案

本案的两个焦点问题如下:第一,中国政府和老挝政府之间签订的双边投资条约是否适用于中国澳门特别行政区;第二,本案的争议事项是否落入《中

① See Article 1 (2) definition of investor, Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Lao People's Democratic Republic Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments(1994).

② 参见漆彤、蒋志诚:《论中外BITs在港澳特区的适用——以“谢业深案”和“世能案”为视角》,载《福建江夏学院学报》2016年第4期。

③ See Article 25 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States(1965).

④ 参见漆彤、蒋志诚:《论中外BITs在港澳特区的适用——以“谢业深案”和“世能案”为视角》,载《福建江夏学院学报》2016年第4期。

老双边投资条约》中争议解决条款的管辖范围。

本案适用的仲裁规则为《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules)。仲裁庭组成后,首先就案件的管辖权作出认定,对于上述两个问题,仲裁庭均给出了肯定的答案。

但是,老挝政府不服,遂根据《新加坡国际仲裁条例》(Singapore's International Arbitration Act)第10条第3款a项的规定,^①于2014年1月10日向新加坡高等法院申请确认管辖权。^②

2014年2月19日,老挝一方向法院申请提交两份外交照会。第一份落款日期为2014年1月7日由老挝外交部发送给中华人民共和国驻老挝首都万象大使馆的照会,在该份照会中,老挝政府指出《中老双边投资条约》不应延伸至澳门特区并就此征求中方的意见;第二份照会是来自中国使馆的答复,中方表示其认同老挝外交部的观点,同样认为《中老双边投资条约》不适用于澳门特区,除非中老双方在日后就此另行作出安排。

在本案中,由于这两封信函代表了案涉两国对于双边投资条约是否适用于澳门特区的官方态度,对于法庭具有重要的参考意义。关于该外交信函是否可以作为新证据引入诉讼程序,法官经过充分考虑后最终同意当事人作为证据呈交,并成为影响本案判决结果的重要证据。

因此,经过审理,最终新加坡高等法院对上述两个问题都给出了否定答案,即认定《中老双边投资条约》不适用于澳门特区,仲裁庭对本案无管辖权。

但是,在2016年9月29日,新加坡上诉法院就澳门世能公司诉老挝一案作出最终判决,认定1993年缔结的《中老双方投资条约》适用于澳门特区,并

① Article 10 of Singapore's International Arbitration Act provides that: "(1) This section shall have effect notwithstanding Article 16(3) of the Model Law. (2) An arbitral tribunal may rule on a plea that it has no jurisdiction at any stage of the arbitral proceedings. (3) If the arbitral tribunal rules - (a) on a plea as a preliminary question that it has jurisdiction; or (b) on a plea at any stage of the arbitral proceedings that it has no jurisdiction, any party may, within 30 days after having received notice of that ruling, apply to the High Court to decide the matter."

② 本案之所以选择在新加坡提起诉讼,是因为在此前的程序中,经双方协商,仲裁庭已发出程序令,确认本案仲裁地为新加坡。

因此认定仲裁庭对本案应享有管辖权,主要理由如下:

第一个管辖争议点“条约边界浮动”原则的适用。该原则是国际习惯法的原则之一,其规定一国的条约自动适用于其后归属于其领土一部分的其他区域。新加坡上诉法院认为,从《中老双边投资条约》的文本和缔约目的来看,均无相反的意思表示,并不能看出双方意图在条约中排除对澳门特区的适用。鉴于双边条约本身对此问题并无明确规定,意味着推定“条约边界浮动”原则依然适用。

新加坡上诉法院还认定,老挝政府一方并未提交充分的证据证明双方对此另有安排。法院在认定证据的时候采用了“盖然性权衡原则”,在界定时间的时候,采用了国际法上的“关键日期原则”,即在争议发生后所取得的证据不得被争议一方援引以支持其主张。

由于2014年的外交照会是在本案管辖权裁定发出之后作出的,与中方在关键日期之前的立场是矛盾的,且照会中所陈述的理由是基于中国的国内法,根据《维也纳条约法公约》第27条的规定,一国不得援引国内法的规定作为不履行国际义务的理由,换言之,一国国内法的规定通常不影响该国在国际法项下的权利和义务。因此,外交照会所表达的观点在本案中不应被采纳。

第二个管辖争议点是《中老双边投资条约》第8条第3款的范围。世能公司主张进行宽泛解释,即只要申请人的仲裁请求包含对赔偿金额的争议,案件即可诉诸仲裁。在此问题上,新加坡上诉法院也不同意高等法院的意见,而是采纳了宽泛解释。

三、仲裁庭的管辖权

(一) 确定仲裁庭管辖权的主要依据

在第一个案件中,仲裁庭在认定案件管辖权的问题上,采用的是文义解释的方法,即直接根据《中国和秘鲁双边投资条约》的条款内容以及《华盛顿公约》的文本规定,径行判断其是否满足相关定义的要求。如果满足文义的基本要求,则认定投资者可以成为案件的适格主体。因此,《中国和秘鲁双边投资

条约》内容并没有排除香港居民,即可以适用于香港投资者。

然而,在第二个案件中,新加坡高等法院采纳了外交照会的意见,认定《中老双边投资条约》不适用于澳门特区,仲裁庭对本案无管辖权。但是,最终,新加坡上诉法院在认定本案的管辖问题时,则同时采用了国际法上的“条约边界浮动”原则和“关键日期原则”,推翻了此前高等法院的判决,认定《中老双边投资条约》同样适用于澳门特区。

(二) 外交“照会”在确定案件管辖权中的作用

在世能案中,不得不提的一份证据是老挝政府向新加坡高等法院请求作为证据提交却没有在此前的仲裁程序中呈现的证据——两份外交照会。

本案所涉的两份照会,指的是2014年1月7日老挝外交部发送给中华人民共和国驻老挝首都万象大使馆的照会和该大使馆于2014年1月9日针对老挝政府照会的答复。中方在后一函件中表示其认同老挝外交部的观点,同样认为《中老双边投资条约》不适用于澳门特区。事实上,2015年11月,中国外交部又照会老挝外交部,该文件对于2014年照会的真实性进行了确认。但是,由于2015年中国外交部照会时,新加坡高等法院已经作出判决,故2015照会未被老挝政府作为证据一并提交到新加坡高等法院。

老挝政府和世能公司双方都认为,任何一方如果要向上诉庭呈交证据,必须满足三个条件:(1)在此前的程序中,一方当事人尽到合理勤勉的义务,该证据无法取得;(2)该证据可能对案件结果有重大影响;(3)该证据必须具有明显可信性。^①

世能公司认为,2015年的照会不应作为案件证据,因为其早在2014年3月19日就已经向新加坡高等法院就2014年照会的真实性提出了异议,但是老挝一方并未作出合理的解释,现在新加坡高等法院已经作出了判决,老挝政府一方才拿出2015年照会文件。

对此,老挝一方称,在新加坡高等法院审理期间,尚未取得2015年照会文件,故无法提交;而且,中华人民共和国不是案件的一方当事人,没有义务向老

^① See Sanum Investments Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic(2016) SGCA 57 Award, para. 27.

挝政府提供该证据;此外,老挝政府还提交了一份外交部相关官员的证词,证明2014年照会内容与中方官方立场一致。

对此证据,上诉庭基于本案的事实,认为老挝一方已经在合理的时间内尽其最大努力取得中方的确认。而且,该份证据对于认定案件事实,尤其是《中老双边投资条约》是否适用于澳门特区,具有十分重要的作用。此外,外交照会属于主权国家的正式外交通信,并载有官方印章,其可信性不容置疑。因此,上诉庭认为2015年照会文件可以作为证据材料引入本案。^①

很显然,该份证据对于法庭的认定结果具有非常重要的作用。因为,外交照会代表了中国和老挝两个签约主体对于涉案争议的官方意见,尤其是,从某种程度上说,由于澳门特区是中国的一个组成部分,中国中央政府对外签署的条约是否应自动延伸适用于澳门特区,属于中国的内部事务。因此,从该角度出发,在现行法律没有作出明确规定的情况下,老挝政府对此征求中方的意见,中国驻老挝大使馆的回复文件以及中国外交部其后的确认文件代表了中国中央政府在此问题上的官方立场。在此情况下,如果法庭仍要认定该双边条约能够适用于澳门特区,恐怕就需要当事人提交反向的强有力的证据和理由。在此问题上,澳门世能公司作为一方当事人,似乎未能找出有足够说服力的对抗证据。因此,新加坡高等法院基于该证据,认定《中老双边投资条约》不能适用于澳门投资者,世能公司不能依据条约中的相关规定提起仲裁。尽管该认定最终又被新加坡上诉法院推翻,但如果该外交照会是在双方提起仲裁前取得,即“关键日期”之前取得,则照会的内容很有可能会被法庭考虑和采纳。

四、总结及分析

(一) 中外双边投资条约与中英、中葡联合声明及港澳基本法的关系

1. 中外双边投资条约与中英、中葡联合声明

关于香港回归问题,中英两国政府经过系列的谈判后,于1984年12月达

^① See Sanum Investments Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic (2016) SGCA 57 Award, paras. 31 – 35.

成协议并签订《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》(以下简称《中英联合声明》)。

《中英联合声明》规定,香港特区享有高度自治权,可以以自己的名义单独同各国、各地区及有关国际组织保持和发展经济、文化关系,并签订有关协定。该声明还特别指出,香港在回归中国之前,即1997年7月1日之前所缔结的国际协议仍然继续有效。^①1997年回归后,香港也确实以自己的名义对外签订了一些协议,但是遗憾的是恰好未涉及与秘鲁的投资事宜。

因此,在谢业深和秘鲁政府之间的投资纠纷问题上,谢业深是否可以依据《中国和秘鲁双边投资条约》提起仲裁,无论是从条约本身,还是从《中英联合声明》中似乎都找不到直接答案。

关于澳门,中国政府和葡萄牙政府于1987年签订的《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于澳门问题的联合声明》(以下简称《中葡联合声明》)中也作出了一系列的类似安排。除外交和国防事务外,澳门特区也可以以“中国澳门”的名义在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游等领域自行同其他国家、地区签订和履行协议;同时,对于中国中央政府缔结的国际协议,中央政府“可以根据情况和澳门特别行政区的需要,在征询澳门特别行政区政府的意见后,决定是否适用于澳门特别行政区。中华人民共和国尚未参加,但已适用于澳门的国际协议仍可继续适用”。^②

2. 中外双边投资条约与港澳基本法

香港、澳门回归中国后,在“一国两制”的体制背景下,因其特别行政区的特殊地位,全国人大常委会先后于1990年和1993年通过了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称《香港基本法》)和《澳门基本法》。两地的基本法对于中央和港澳的关系、港澳居民的权利和义务、政治体制、立法、司法、行政机关,以及对外事务等都作出了明确安排。

^① 陈安:《对香港居民谢业深诉秘鲁政府案ICSID管辖权裁定的四项质疑——〈中国—秘鲁BIT〉适用于“一国两制”下的中国香港特别行政区吗》,载《国际经济法学刊》2010年第1期。

^② 《中葡联合声明》附件一第8条。

其中,《香港基本法》基本与《中英联合声明》保持一致,规定香港可以加入相关的国际组织与国际贸易协定,^①可在经济、贸易、金融、航运、通信、旅游、文化、体育等领域以自己的名义单独同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议。^②可见,香港在回归中国后依然有权根据需要自行对外签订贸易协议。

同时,《香港基本法》第153条也规定,中华人民共和国缔结的国际公约,需要在征询香港特别行政区政府的意见后,决定是否适用于香港特别行政区。因此,根据该精神,中国中央政府和其他国家在1997年之前签订的条约(包括双边投资条约),并不能推定为自动适用于香港,而是需要根据具体情况具体研究。

关于国际条约的适用,澳门地区也存在类似情况。《澳门基本法》第138条规定,中华人民共和国缔结的国际协议,中央人民政府可根据情况和澳门特别行政区的需要,在征询澳门特别行政区政府的意见后,决定是否适用于澳门特别行政区。中华人民共和国尚未参加但已适用于澳门的国际协议仍可继续适用。中央人民政府根据情况和需要授权或协助澳门特别行政区政府作出适当安排,使其他与其有关的国际协议适用于澳门特别行政区。

所以,假定中央政府决定将某项中外条约延伸适用于香港和澳门特区,则中央政府需要就此适用事宜征求特别行政区的意见,如果特别行政区也同意适用,中国必须和条约的另一缔约方通过正式书面文件交换的形式修改原来的条约,并将该等修改通知到条约的保存机构以备案留存。^③但是,其后在中央政府并未就此事宜作出进一步的决定,亦未履行相应程序的情况下,该条约是否扩大适用于香港和澳门特区仍是一个待解决的问题。所以,案涉中国和秘鲁政府,以及中国和老挝政府之间的双边投资条约,均属既不能自动适用于香港和澳门特区的国际条约,又没有两国之间对此问题的进一步后续安排,导致受案

① 参见《香港基本法》第116条。

② 参见《香港基本法》第151条。

③ 参见陈安:《对香港居民谢业深诉秘鲁政府案ICSID管辖权裁定的四项质疑——〈中国—秘鲁BIT〉适用于“一国两制”下的中国香港特别行政区吗》,载《国际经济法学刊》2010年第1期。

仲裁庭在判断案件管辖权问题时无据可依,这也是该等案件引起广泛争议的根源所在。

(二)“一国两制”下,中外双边投资条约对港澳投资者是否适用

通过前述两个案件,我们不难发现,香港和澳门回归中国主权管辖后,中国中央政府与外国签订的双边投资条约能否适用于港澳地区,这个问题目前尚无定论。

首先,香港、澳门特区的居民大多具有中国国籍,符合大多数中外双边投资条约对“投资者”的定义,使其表面上具有了适用的可能。^①正如ICSID仲裁庭在谢业深案中的认定:凡是具有中华人民共和国国籍的自然人和法人,都属于条约规定的适格投资者,有权援引双边投资条约主张投资者权益。

其次,根据《中英联合声明》和港澳基本法的规定,中国政府和外国缔结的国际条约,在港澳回归后,并不能自动适用于港澳特区,而是应该在征求特别行政区的意见后再行决定是否适用。但是,问题的关键在于,对于具体的条约,中央政府是否已经征求特别行政区意见?如果特别行政区也同意适用,如何通过履行相应程序使该条约的适用范围扩大到香港、澳门特区并为外界所知晓?从本文中所提两个案件可以看出,目前来看,至少在中国和秘鲁以及中国和老挝的条约适用问题上,相应程序并不明朗。

综上所述,港澳特区的投资者在与其他国家发生投资纠纷时,是否可以自动援引中国中央政府和外国签订的双边投资条约主张投资者权利?从上述基本法的条文本身体,我们似乎不能得出清晰的答案。但是,港澳基本法作为中国的国内立法,在多大程度上可以直接对抗中外双边投资条约,似乎还有待商榷。

(三)启示及应对建议

根据外交部条约法律司司长徐宏先生的观点,鉴于目前公众甚至法律界人士对中国缔结的国际条约是否适用于港澳地区的实践还不甚了解,仍有必要采取进一步的措施进行明确,以避免日后在类似的涉港澳案件中仲裁庭或者其他

^① 参见漆彤、蒋志诚:《论中外BITs在港澳特区的适用——以“谢业深案”和“世能案”为视角》,载《福建江夏学院学报》2016年第4期。

外国法院出现误判。^①

中国已经采取了一些外交行动来专门解决港澳地区的条约适用问题。此前,中国常驻联合国代表已分别于1997年6月20日和1999年12月13日照会联合国秘书长,通报了中方关于港澳特区适用国际条约的立场,并且以后附清单的形式分别列举了214项和158项自回归后自动适用于香港特区和澳门特区的国际条约。两份照会专门指出,对于中国作为一方当事人,但是没有列入照会附件的条约,如决定适用于港澳特区,中国政府将另行办理有关手续。^②但是,在澳门世能公司与老挝政府的案件中,新加坡高等法院法官认为,在1999年发给联合国秘书长的通知中,并没有明确《中老双边投资条约》适用于澳门特区,但是在该通知中未提及的条约也并不能推定为必然不适用于澳门特区。^③

遗憾的是,双边投资条约恰好是上文所述需要“中国政府将另行办理有关手续”的条约,在港澳回归后却没有任何后续安排或者有关手续。退一步说,即便存在后续的进一步安排,该安排在多大程度上可以得到国际社会的普遍知晓和认可,似乎也是一个问题。

鉴于此,在此问题上,为了避免日后同类问题的再次出现和困扰,中国中央政府应对此积极开展工作。

首先,对于中央政府对外缔结的双边投资条约进行全面梳理,明确哪些可以适用于港澳特区,哪些不能适用,并将此梳理详情进行必要的公示和告知。

其次,对于不能适用于港澳特区的双边条约,如果尚无具体安排,中央政府亦可在征询特别行政区政府意见后,决定将相关双边条约延伸适用于特别行政区并履行相应的程序。同时,港澳特区也可以根据基本法的规定,自行对外签订贸易条约,保护投资者权益。

但是,鉴于征求意见或签订新的条约均需要一定的时间和程序,在新的安

① 参见徐宏:《国际条约适用香港和澳门特区的实践》,载《法制日报》2016年10月22日版。

② 同上。

③ See Sanum Investments Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic (2016) SGCA

排提出之前,对于类似的投资争端,投资者倘若要继续依据中外双边投资条约通过仲裁主张权益,则当事人可以在选择仲裁员的时候多下功夫。可以通过多种渠道获知一些既往的仲裁案件情况,也可以看到不同的仲裁员对同一问题存在的不同甚至完全相反的看法,所以,选择持对己方主张有利观点的仲裁员也不失为一种权宜之计。

最后,对于类似争议,投资者应积极与本国驻当地使领馆取得联系并汇报情况,积极寻求使领馆的建议和帮助,忌盲目提起仲裁或诉诸法庭。这样做既可避免造成司法成本、时间成本的浪费,亦有助于高效解决投资争议。

国际投资仲裁中的文化遗产保护问题研究

李 伟^{*}

摘要:近年来,文化遗产保护理念在全球范围内的普遍盛行,在打破国际投资领域保护和促进投资自由化的同时,也进一步拓宽了东道国的公共利益例外范畴,为国际投资仲裁处理涉及文化因素的投资争端提出了新的命题。鉴于现有文化遗产争端解决机制的缺乏,国际投资仲裁庭需要在厘清投资者财产经济价值与文化遗产非经济价值、投资者利益与东道国文化遗产保护利益、非投资国际义务与投资条约义务三方面矛盾的基础上,针对间接征收、公平补偿以及投资者合理期待等争议焦点的解决,灵活运用比例原则,明确法律适用以及文化遗产保护措施的审查标准。这对于完善国际投资仲裁中的文化遗产保护有重要的理论研究意义。

关键词:投资仲裁 文化遗产 间接征收 公平补偿 合理期待

引 言

随着经济全球化的加剧以及区域投资协定的蓬勃发展,外国投资在影响东道国政治、经济和生活方式的同时,也逐渐对其文化产生了渗透。尤其在文化

^{*} 李伟,武汉大学国际法研究所 2015 级博士研究生。

遗产^①丰富的东道国,文化遗产作为其公共利益的重要体现,在当今国际投资活动中不断受到新的冲击和挑战。当东道国追求经济发展和吸引外资时,其在政策制定时倾向于降低文化保护标准。^②但是,若东道国对国内文化遗产保护维持一个较高标准,则投资纠纷无法避免,因为外国投资者会认定东道国文化遗产保护措施等同于间接征收并要求获得公平补偿。然而,现有国际投资法和世界遗产公约鲜有关注外国投资与文化遗产的博弈,使国际投资仲裁庭在实践摸索中踟躇前行。国际投资仲裁所处理的文化遗产投资争端,具有区别于普通商事争议的特殊性:仲裁一方当事人是国家,是一国文化遗产政策的主要制定者;另一方则往往是大型跨国公司,其投资项目多为东道国国内公共服务项目,项目进程很有可能受到东道国文化遗产保护临时法案或措施的影响,使投资者财产权受到限制,争议焦点也就变得更加错综复杂。在文化遗产保护与外国投资间冲突日益明显的今天,我们需要在现有国际投资仲裁机制的基础上,对存在的争议点具体分析,以探索解决新思路。这对于文化遗产资源位居世界前列的我国而言,^③有利于未来实现外国投资者利益与我国文化财产保护利益的深度契合。

一、国际投资仲裁中文化遗产保护所涉及的基本矛盾

近年来包含文化遗产保护的双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)无不例外地强调,东道国文化遗产保护措施对外国投资者产生的影响应

① 本文所称的“文化遗产”,主要依据1972年《保护世界文化和自然遗产公约》、1972年《关于在国家一级保护文化和自然遗产的建议》、2001年《保护水下文化遗产公约》以及2003年《保护非物质文化遗产公约》中“文化遗产”的定义,被各群体、团体、有时为个人视为其文化遗产的各种实践、表演、表现形式、知识和技能及其有关的工具、实物、工艺品和文化场所。自然遗产和文化遗产的区别是,前者是自然形成,后者由人创造,但考虑到某些自然景观的意义或其属于特定团体的文化与自然特征,某些自然遗产也是文化遗产的一部分,也就是所谓的“自然文化双重遗产”。因此,本文的“文化遗产”也包括特定“自然遗产”。

② See Nicolas Meisel, *Governance Culture and Development: A Different Perspective on Corporate Governance*, Paris: Organization for Economic Co-operation and Development, 2004, p. 41.

③ 2017年7月7日,在波兰克拉科夫举行的第41届世界遗产大会上,中国青海可可西里经世界遗产委员会一致同意,获准列入《世界遗产名录》。7月8日,中国福建省鼓浪屿也获准列入该名录。至此,中国已有52个世界遗产项目被联合国教科文组织列入《世界遗产名录》,与意大利并列世界第一。

当通过逐案考察事实(case-by-case, fact-based inquiry)进行认定,^①这充分表明国际投资仲裁中文化遗产保护争议的复杂性和非普遍性。因此,在国际投资仲裁庭对涉及文化遗产保护的國際投资争端作出裁决前,必须对争端所涉及的各种价值、利益以及义务的冲突予以本质上的分析,以确定投资争端焦点所在,而这也是文化遗产投资仲裁区别于一般投资仲裁所在。

(一) 投资者财产经济价值与文化遗产非经济价值的矛盾

1. 文化遗产非经济价值区别于文化财产的经济属性

文化遗产与文化财产并非同一概念,这在1954年《武装冲突情况下保护文化财产公约》中就有所体现。该公约将文化财产定义为,对于文化遗产具有重要价值的可移动或不可移动的财产。所以说,文化财产是文化遗产的一部分。但两者在某些方面还是有明显的区别:其一,二者社会共享性不同。文化财产更多偏向于某一区域或民族的专有财产;而文化遗产是文化国际主义的产物,不会因为某一主体的占有而损耗他人的权利。其二,二者的属性不同。文化财产具有单一的财产权属性,与一般民商事流通领域中为人所控制的财产有一定的共性,其价值往往通过流通或交易实现,^②并强调具有文化价值之物品的商业价值和所有权人享有的自由处分权,将文化属性贬抑到次要地位;而文化遗产的价值具有突出的普遍价值,体现在对公众文化所有权的利益维护,其价值不能通过流通和交易实现,更无法通过金钱来衡量其具体价值。^③简单地说,文化遗产所蕴含的文化价值和历史价值截然不同于经济属性。

当仲裁庭在处理文化遗产投资争端时,必须明确投资者财产的经济价值和东道国的文化遗产的非经济价值的矛盾,而非两种财产所有权的矛盾。因此,仲裁庭的首要任务并非以文化财产价值来衡量文化遗产价值,而是实现投资者

^① See L. V. Prott, "UNESCO International Framework for the Protection of the Cultural Heritage," in J. A. R. Nafziger and A. M. Nicgorski, eds., *Cultural Heritage Issues: The Legacy of Conquest, Colonization and Commerce*, Martinus Nijhoff, 2009, p. 268.

^② 参见靳婷:《文化财产所有权问题研究》,中国政法大学出版社2013年版,第11页。

^③ See R. D. Hale, "Economic Aspects of Historic Preservation", *Journal of Cultural Economics* 2, 1978, p. 45.

财产价值和文化遗产非经济价值的平衡。因此,仲裁员在仲裁裁决作出前,较之一般投资仲裁,不再以经济价值为唯一考量因素,而是着重考虑文化因素;文化遗产保护所代表的非经济价值使其必须对东道国的公共利益和投资者私人利益间的关系进行重新定位。

2. 投资者财产经济价值受管制权原则限制

经济价值是现代国际投资条约诞生的主要动力,但随着文化遗产保护国际法体系在20世纪70年代后走向全面完善,以及文化遗产愈加受到国际社会和各国政府的高度重视,文化遗产的非经济价值日益凸显,^①这就使传统的“投资自由化”和“利益最大化”受到东道国文化遗产非经济价值的限制,而这种非经济价值属于东道国为保护本国公共利益而制定政策的公权力裁量范畴。在衡量东道国文化遗产非经济价值的手段上,国际投资仲裁庭主要运用管制权原则(police power doctrine),以确保东道国政府的文化遗产措施的实施和目的的实现,将对投资者的利益损害降至最低。

依据管制权原则,东道国政府若采取善意的、非歧视性的文化遗产保护措施,就无须对投资者给予补偿。^②但是,目前国际法尚未对这一原则作出明确解释,因而其被普遍理解为为避免国内公共产品(public goods)非经济价值受损或即将受损而采取的措施。^③有学者认为这一原则是对投资者财产和补偿进行变相剥夺的合法化手段,东道国责任得以排除,^④而投资者财产的经济价值就在管制权原则面前变得一文不值。尽管“投资者—东道国”仲裁作为一种

① 参见郭玉军主编:《国际法与比较法视野下的文化遗产保护问题研究》,武汉大学出版社2011年版,第12页。

② See A. Newcombe, “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 20, 2005, para. 2.

③ 依据该原则,“损害预防”应当不予补偿,因为其并非投资者固有权的一部分,但是东道国的“利益抽取”行为应当予以外国投资者补偿。See J. L. Sax, “Takings and the Police Power”, *Yale Law Journal* 74, 2000, p. 36.

④ See J. Vinuales, “Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship”, *British Yearbook of International Law* 80, 2010, p. 64.

争端解决选择,挑战了那些侵害投资者权利的国家政策,^①但国际投资争端解决中心(ICSID)以及BIT并未对文化遗产保护标准予以明确;抛开东道国措施是否具备“善意性”和“非歧视性”不谈,如何确保投资者的财产权不被管制权原则所限制甚至被剥夺的问题,尚处于投资仲裁庭自由裁量权范畴。这也充分暴露出传统投资条约在确认、维护文化遗产非经济价值方面的“阿克琉斯之踵”。

(二)投资者利益与东道国文化遗产保护利益的矛盾

1. 投资者利益取向对东道国文化遗产保护利益的影响

外国投资者利益与东道国文化遗产保护的利益的矛盾,追根究底即经济利益与公共利益的冲突,二者一直以来都难以权衡和有效分配。由于目前国际投资仲裁往往奉行以经济增长而非社会整体发展为基础导向的发展战略,立足于对外国投资者利益保护的价值取向,仲裁程序中对东道国政府采取的文化遗产措施的正当性、公共目的性考虑甚少。尤其在BIT缺乏“文化例外”条款和“文化遗产影响评估”^②的情形下,东道国正当的文化立法权和文化遗产管理权等受到严峻挑战,从而使东道国在国际投资仲裁中居于弱势地位。

由于BIT被赋予以高标准、宽泛的投资保护来吸引外资的使命,一些东道国政府为了政府利益,甚至以牺牲文化遗产利益为代价作出让步,条约在文化遗产保护、遵守东道国法律等方面的投资义务规定几近空白。^③另外,不少BIT倾向于外国投资者利益保护的非歧视性原则(国民待遇原则),^④投资者最低限度

① See Valentina Sara Vadi, “Cultural Heritage and International Investment Law: A Stormy Relationship”, *International Journal of Cultural Property* 15, 2008, p. 24.

② 文化遗产影响评估即衡量物质发展对包括具有考古学、建筑学、历史学及美学价值或宗教意义、精神意义、文化意义、生态意义的地址、结构和遗址在内的文化遗产的正负面影响。文化遗产影响评估是文化管制的手段,确保东道国政府在作出措施前已将文化因素纳入考量。目前国际公约层面唯一对文化遗产影响评估进行明确规定的是2005年欧洲理事会《关于文化遗产社会价值框架公约》(又称《法罗公约》),其要求缔约国承担文化遗产影响评估并在必要时采取防御对策(mitigation strategies)。

③ See Gus Van Harten, “The Public – Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State”, *The International and Comparative Law Quarterly* 56, 2007, p. 372.

④ 非歧视性原则是通过国民待遇原则和最惠国待遇原则体现的。这两个原则的基本目的是避免歧视以及确保在东道国境内投资者机会的均等。歧视可以是直接的也可以是间接的。直接歧视主要体现在文化遗产保护措施予以明示,间接歧视体现在明显中立的文化遗产保护政策对部分投资者造成不良影响。

保护标准以及公平公正待遇条款,甚至会特别规定投资者收益归还、投资风险基金以及稳定条款(stabilization clause,即东道国向外国投资者作出投资期间暂停国内现行文化遗产政策的承诺),^①致使文化遗产保护利益在仲裁中被漠视,使潜在利益主体被排除在仲裁程序之外,对文化遗产利益攸关的裁决事项,无法参与申辩、表达意见和加强监督,也使东道国在面临文化遗产被破坏威胁的同时面临仲裁裁决败诉的风险,可能导致今后类似的保护文化遗产利益的国家行为被取消。

2. 文化遗产利益取向对投资者利益的影响

法律经济学将文化遗产的本质属性界定为“全球性公共产品”(global public good),从而决定了其公共利益的供给以及积极的代际与代内溢出效应(spill - overs)。^②例如,以诗歌为代表的非物质文化遗产无须排除或消耗其他人利益即可被公众阅读,归因于文化遗产的利益属性是全球性的。不同于投资者私人利益,文化遗产所蕴含的公共利益并非由市场决定,东道国文化遗产措施必须与促进公众福祉这一目标相联系,才能被视为管制权原则的合理运用。^③但是,在合理性判断上,《美洲人权公约》对此作出的规定是,法律使财产的适用和收益服从于社会利益。^④这就意味着即使东道国的文化遗产保护法案构成征收行为,而这种征收往往会使投资者现有乃至预期利益无法得到保障,由此导致的利益损失却仍然无法获得补偿。

2009年 Glamis Gold Ltd. v. United States of America 案则很好地说明了这一点,^⑤仲裁庭认为 Glamis Gold 公司是在一个受高度保护的文化遗产区域进

① See J. W. Salacuse, “The Emerging Global Regime for Investment”, *Harvard International Law Journal* 51, 2010, p. 431.

② See T. Sandler, “International Public Goods”, in Inge Kaul, Isabelle Grunberg, M. A. Stern eds., *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 20.

③ See Albert H. Manwaring, “American Heritage at Stake: The Government’s Vital Interest in Interior Landmark Designations”, *New Eng Law Review* 25, 1990, p. 318.

④ See American Convention of Human Rights, Article 21. 1.

⑤ See Glamis Gold Ltd. v. United States of America, UNCITRAL Arbitration award(2009).

行投资活动,应当注意到投资环境的特殊性,尤其避免对美国原住民遗址的破坏,这出自对美国原住民文化遗产利益的维护,文化遗产所代表的长远利益远大于 Glamis Gold 公司的短期收益。Howard Mann 和 Konrad Von Moltke 针对此案作出评论:“在传统的国际法概念下的管制权原则,当东道国以非歧视性的方式保护其环境、国民健康或公众福利等公共产品时,这一原则应当被理解为征收范围之外。换句话说,其不应涵盖在征收概念中,也更无须支付补偿。”^①这一原则已在诸多国际投资仲裁中得以成功运用。^②可见,东道国的文化遗产政策的出发点必须建立在维护“公共产品”的基础上,否则国际投资仲裁庭不会将东道国利益置于投资者利益之上。

(三) 非投资国际义务与投资条约义务的矛盾

1. 人权保护视角下的非投资国际义务合理性辨析

从国际投资仲裁实践来看,与投资条约义务发生冲突的、东道国根据普遍性的或多边的国际环境条约、保护自然和社会文化遗产以及人权公约所承担的义务多属于一种“整体性的国际义务”,^③即“非投资国际义务”(non - investment international obligations)。东道国为履行非投资国际义务,会采取必要的管制措施,不排除某些措施会对外国投资者的财产权益造成限制甚至免除赔偿的不良后果,但这又导致东道国违反了投资条约义务,造成不同国际义务的冲突。尽管仲裁庭在解决这类冲突时优先适用投资条约,但保护文化遗产的非投资国际义务一般很少出现在条约条款中,因而仲裁庭会基于国际强行法规

^① Howard Mann, Konrad Von Moltke, *Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA Chapter 11*, Winnipeg: IISD, 2003, p. 16.

^② See *Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Co.*, 10 Iran - US CTR 180, 25 ILM 629 (1986); *Too v. Greater Modesto*, 23 Iran - US CTR 378 (1989); *Saluka Investment BV v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award (2006).

^③ Moshe Hirsch, “Interactions between Investment and Non - Investment Obligations in International Investment Law”, ILA Committee on International Law on Foreign Investment, Research Paper No. 14 - 06, November 2006.

则(jus cogens)^①人权保护优先于投资条约规定的考虑,会以其作为判断东道国非投资国际义务的合理性依据。

由于文化遗产具有巨大的历史价值和文化价值,对文化遗产的保护与促进人权保护的人格、文化认同等方面密切相连,是人权的一部分,这已在 2005 年欧洲理事会《关于文化遗产社会价值框架公约》中以及 2007 年《联合国土著人民权利宣言》中得以确认。^② 因此,当外国投资开发有可能会对东道国的文化遗产构成威胁时,出于对当地人权的保护,会对投资加以限制。^③ 尤其是以少数群体或部落语言多样性为代表的非物质文化遗产保护,一些人权保护公约也将其纳入其中。不少非物质文化遗产位于土著居民的部落中,其与土著居民的生活方式、宗教信仰及子孙后代未来的发展息息相关,对这些文化遗产的保护,体现了对土著居民人权的尊重和保护。^④ 在 2006 年美洲人权法院裁决的 *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay* 案中,^⑤当巴拉圭政府以其与德国的 BIT 中的义务抗辩印第安社区依《美洲人权公约》提起的诉讼时,法院认为《美洲人权公约》是一个为每个人产生权利的多边国际人权公约,它处在自己应有的等级上,完全不依赖于国家间的互惠。美洲人权法院的立场强烈地体现了普遍性的或多边的国际人权条约义务优先于互惠性的投资条约义务。

① 虽然目前对哪些国际法规则属于强行法还没有一致的意见,但根据联合国国际贸易法委员会的列举,至少有以下国际强行法规则:禁止使用武力;对国际法上犯罪行为的禁止;对奴隶买卖、海盗行为和灭绝种族行为的禁止;人权的尊重、国家平等和自决原则。参见[英]詹宁斯·瓦茨修订:《奥本海国际法》(第9版),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,第5页。

② Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society, 27 October 2005, CETS No. 199, Preamble; United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People (UNDRIP), G. A. Res. 61/295, UN Doc. A/RES/61/295, adopted by the General Assembly on 13 September 2007, 46 ILM 1013 (2007).

③ 参见郭玉军、马明飞:《论国际投资争端解决中的自然遗产保护》,载《时代法学》2010年第1期。

④ See M. Nic Craith, "Linguistic Heritage and Language Right in Europe", in M. Langfield, W. Logan, M. Nic Craith eds., *Cultural Diversity, Heritage and Human Rights*, Abingdon: Routledge, 2010, p. 47.

⑤ *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, Inter - American Court of Human Rights, Judgment of March 29, 2006.

2. 非投资国际义务对投资条约义务的挑战

为落实 1972 年《保护世界文化与自然遗产公约》，联合国教科文组织成立了世界遗产委员会负责本公约的执行并决定被推荐的文化遗产是否列入《世界遗产名录》(World Heritage List)。当外国投资者在东道国的开发区域被列入《世界遗产名录》，东道国作为《保护世界文化与自然遗产公约》缔约国必然受其约束并履行非投资国际义务，而《保护世界文化与自然遗产公约》对其缔约国因文化遗产保护而产生的投资争端同样负有保护责任。^①这就使国际投资仲裁庭在处理非投资国际义务与投资条约义务时处于两难境地：两者法律效力等同，适用文化遗产保护公约，明显构成非投资国际义务，势必破坏投资条约义务；反之，适用投资条约规则，也极有可能违背国际强行法规则或文化遗产保护公约的规定。目前，在文化遗产国际投资仲裁的规则适用上，仲裁庭普遍采取两种处理方式：

第一，条约解释方法。依据《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款第 3 项“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”之规定，仲裁庭有责任适用投资条约和文化遗产公约以外的国际法规则来解释投资条约义务与文化遗产保护义务，通过对两种义务进行“协调解释”，使非投资国际义务在国际投资仲裁中得以合理适用，进而避免冲突的发生。例如，在 *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada* 案中，^②仲裁庭即依据条约解释方法认定加拿大在《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》和加拿大与美国间的《有毒废物跨界协议》两个国际条约中的义务不存在冲突。应当明确的是，仲裁庭在这种方法的运用上存在很大的自由裁量权，并不能从根本上解决这两种义务的冲突。

第二，确定国际义务被承担的日期。根据国际投资法的基本原则，一项在先义务不能优先于在后义务，投资义务被承担的日期的确定和投资者在投资时

^① See F. Francioni, “The 1972 World Heritage Convention: An Introduction,” in F. Francioni ed., *The 1972 World Heritage Convention: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 3.

^② *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Final Award (2002).

可获知的信息紧密联系在一起。^① 如果外国投资者在投资时并不知道东道国所承担的文化遗产保护非投资国际义务,或者不能够合理地预见将来这方面的义务,则仲裁庭将会倾向于认可投资义务的合法性。但是,在实践中,东道国文化遗产保护义务对外国投资者的披露与仲裁保密性此消彼长,在具体日期认定上尚存在一定困难。另外,不排除东道国在投资开发后颁布文化遗产措施,这就置外国投资者于明显不利地位。

二、涉及文化遗产保护的“投资者—东道国”仲裁焦点分析

由于《保护世界文化与自然遗产公约》缺乏惯例性的争端解决机制,较之东道国法院和人权法院(要求当地救济措施全部用尽),外国投资者更倾向于将案件移交给国际投资仲裁庭,因为仲裁程序精简,独立性强,较法院诉讼方式透明度强,且《纽约公约》能确保相关仲裁裁决在东道国境内的执行。然而,较之传统投资仲裁,仲裁庭在文化遗产投资仲裁中所面临的问题更加复杂,间接征收的认定不再局限于传统的纯粹效果原则,补偿数额和投资者合理期待的确定因文化因素的渗透而使仲裁庭须从不同角度予以斟酌,这对于仲裁庭来说是一个较为严峻的挑战。

(一)文化遗产所在国间接征收的认定

与传统的直接征收(direct expropriation)不同,当东道国面临国内文化遗产被外国投资开发破坏的可能时,并不直接剥夺外国投资者的财产权收归国有,而是采取一种虽然没有直接剥夺外国投资者财产权但其效果相当于剥夺外国投资者财产权的措施,即间接征收(indirect expropriation)。文化遗产保护形式的间接征收,体现在东道国政府援引文化遗产保护公约或制定文化遗产保护法规、政策和行政项目等方式。从目前文化遗产国际投资仲裁实践来看,仲裁庭在对间接征收的认定上主要采用纯粹效果原则(sole effect doctrine)和管制权原则,但由于两个原则的利益侧重点大相径庭,在实际运用中对文化遗产政策

^① 参见张光:《论国际投资仲裁中非投资国际义务的适用进路》,载《现代法学》2009年第4期。

的目的和效果评估也有所差异。

1. 纯粹效果原则和管制权原则的分立

纯粹效果原则着重于东道国文化遗产保护措施对外国投资者财产的负面影响,简言之,其站立在支持投资者的角度。^① 该原则认为,东道国文化遗产保护措施是为维护公共产品而普遍适用,不排除对外国投资者财产产生负担的可能性。2005 年 *Parkerings Compagniet A. S. v. Lithuania* 案^②即 ICSID 有关文化遗产保护较早的投资仲裁案例。^③ 仲裁庭援引 *Metalclad Corp. v. United Mexican States* 案^④对征收的定义,认为征收不仅包括公开的、故意的和公然的征收,也包括隐蔽地对外国投资者财产进行全部或主要部分的干涉,以及对预期经济利益的干涉。然而,当文化遗产保护措施施加给外国投资者的负担过重,足以剥夺外国投资者的经济利益时,外国投资者有权就其财产所有权受损而要求获得补偿;即使东道国政府善意的“公共目的”可能存在,但仍需补偿。这一原则在 *Telenor Mobile Communications A. S. v. Republic of Hungary* 案^⑤中就得以充分论证。该案仲裁庭认为“东道国政府的意图和形式远不如政策对投资者影响重要”,即使是东道国政府的公正剥夺 (partial deprivation),也无法排除东道国间接征收的行为。可见,仲裁庭在运用纯粹效果原则认定东道国文化遗产措施时,不考虑措施目的的合理性,而是更加倾向于考虑其对投资者利益损害的程度。

与纯粹效果原则不同,管制权原则则较注重东道国文化遗产措施的公共目

① See R. Dolzer, “Indirect Expropriations: New Developments?”, *New York University Environmental Law Journal* 11, 2003, p. 90.

② *Parkerings Compagniet A. S. v. Lithuania*, ICSID Case “8.4 Expropriation”, para. 438.

③ 实际上,2004 年 *Albert J. Connolly v. Canada* 案是以文化遗产保护项目作为间接征收手段的首例个案。美国投资者认为加拿大所颁布的安大略现存遗产项目 (Ontario’s Living Legacy Program) 实质上是文化遗产保护项目,将投资者的大理石商业开发纳入禁止性范畴,从而使投资者财产被加拿大政府没收,构成间接征收。遗憾的是,当时对文化遗产与间接征收的关系无法认定使其未进入仲裁程序。See *Albert J. Connolly v. Canada*, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration (2004).

④ *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

⑤ *Telenor Mobile Communications v. Republic of Hungary*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/04/15 (2006), para. 63.

的(因此其也被称为“公共目的原则”),支持东道国针对本国文化遗产和外国投资的绝对管制权。该原则认为,为行使国家管制权而合法制定的措施对投资者财产权不会造成限制性效果。相反,如果政府措施造成这样的效果,则构成间接征收。因此,包括“损害预防”在内的善意的非歧视性文化遗产措施是无须对外国投资者进行补偿的,如2009年的 Glamis Gold Ltd. v. United States of America 案,^①由于加拿大 Glamis Gold 公司在加州沙漠保护区的氰化物露天开采行为对保护区内“Trial of Dreams”的破坏,加州地质和矿产委员会颁布法案要求“在开采后对露天矿井进行回填,并恢复开采前的地貌轮廓”。Glamis Gold 公司声称加州政府颁布的采矿法案剥夺其财产的“连续性事实”(continuum of fact)构成间接征收。投资仲裁庭认为加州法案具有合理的公共目的,因为在缺乏文化遗产保护法案的条件下容易导致保护区内自然遗产遭到破坏,这与《保护世界文化与自然遗产公约》第12条对未被列入名录的文化遗产保护规定是相悖的,因而并不足以构成针对投资者的间接征收。虽然管制权原则下的政府措施不足以构成间接征收,但以 L. Yves Fortier 和 Stephen L. Drymer 为代表的管制权原则支持者认为“应当权衡特定政府措施的效果”,^②因为目的认定通常带有强烈主观色彩和公共色彩,于外国投资者而言是相当不利的。

2. 纯粹效果原则和管制权原则的契合

在间接征收的认定标准上,存在三种基本判断标准,即纯粹效果标准(sole effect test)、目的标准(purpose test,即管制权标准)以及效果与目的兼顾标准(effect and purpose test)。^③其中,效果与目的兼顾标准实质上是纯粹效果原则与管制权原则的结合,其在认定东道国文化遗产政策是否构成间接征收时综合考虑各种情况,包括相关政策产生的效果以及这些政策寻求实现的目标。在

^① Glamis Gold Ltd. v. United States of America, UNCITRAL Arbitration Award(2009).

^② L. Yves Fortier, Stephen L. Drymer, “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 19, 2004, p. 313.

^③ Ibid., p. 300.

2011 年 *Renée Rose Levy and Gremcitel S. A. v. Republic of Peru* 案中,^①1995 年法国投资者购买秘鲁一块土地并获取秘鲁国家文化学会授予的考古发掘权,但 2007 年秘鲁国家文化学会通过的行政决策^②禁止该土地上的任何形式的开发行为以保护其历史价值。仲裁庭依据《维也纳条约法公约》第 31 条“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之”的规定,BIT 文本的含义必须根据条约的目的,而缔约方之间的其他协定应当适用相关国际法规则。本案所折射出的管制权原则目的解释是基于宏观意义上的文化遗产保护,但无法消除纯粹效果原则下秘鲁国家文化学会的行政决策对外国投资者财产权施加的消极影响。

虽然条约解释理论在一定程度上糅合管制权原则和纯粹效果原则,但这并不当然地表明,即使目的正当,东道国文化遗产政策对投资造成了消极影响,就满足间接征收的要件。在 2012 年 *Marion Unglaube and Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica* 案中,^③Unglaubes 购买位于哥斯达黎加瓜纳卡斯特省的 Playa Grande 沙滩(该沙滩是当地雌性棱皮龟产卵地)。政府为保护棱皮龟栖息地而颁布法案将此地改造为 Las Baulas 国家海洋公园。Unglaubes 于 2003 年向哥斯达黎加国内法院提起诉讼;2008 年哥斯达黎加最高法院命令环境部“在合理期限内确保对 Unglaubes 财产的征收或者在没有补偿资金支持的情况下,给予投资者财产的行使权”。然而,三年后政府毫无动静,Unglaubes 向 ICSID 提起仲裁并认为哥斯达黎加政府的做法构成间接征收。仲裁庭认同哥斯达黎加出于公共目的而采取的征收权力,但哥斯达黎加最高法院的行为已创设了合理且有理由的期待(reasonable and justifiable expectations),投资者基于对东道国行为的信赖一直未提出异议,但东道国未能信守承诺,投资者因此而遭受损失,因

① *Renée Rose Levy and Gremcitel S. A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/11/17, para. 142,170.

② See *Resolution Approving CIRAs and Recommending the Creation of Historical Commission*, National Directorial Resolution No. 1260/INC(2004).

③ *Marion Unglaube and Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/09/20, Award(2012).

而认定哥斯达黎加政府的行为构成间接征收,并需给付投资者补偿。该案表明,外国投资者的合理期待(legitimate expectation)是国际仲裁庭认定间接征收是否满足的重要因素之一。

(二)公平补偿原则的适用进路

当东道国文化遗产保护措施对外国投资者的影响被仲裁庭认定构成征收时,其所要面临的重要问题即如何对外国投资者进行公平补偿。近年来,一些国家在完善投资条约中的间接征收规则时往往忽略了公平补偿,且文化遗产保护的公共目的在被确立为间接征收的后续补偿程序中并不适用。因此,基于间接征收对投资者所产生的实质利益损害和精神利益损害两个角度区别对待,才能将东道国的补偿金额降至其可接受而又不影响后续发展的范围。

1. 实质利益损害补偿的确定

因东道国文化遗产保护措施构成的间接征收而产生的实质利益损害补偿,在诸多仲裁案件有所体现。如 *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S. A. v. Republic of Costa Rica* 案^①涉及哥斯达黎加瓜那卡斯特自然保护区(其已被列入《世界遗产名录》)。美国投资者认为哥斯达黎加政府的补偿不合理,提交 ICSID 仲裁。仲裁庭基于被征收财产的公平市场价值(fair market value)来确定补偿数额。仲裁庭认为:“无论国家对自然遗产的征收举措多么值得赞赏,但在补偿方面与其他形式的征收并无区别。”^②而在 *Marion Unglaube and Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica* 案中,仲裁庭认为:“尽管哥斯达黎加政府建造国家公园以保护濒危棱皮龟的公共目的是合法的,但其被认定间接征收的同时也需要按照公平市场价值确定补偿。”仲裁庭在这两起案件中虽然都以“公平市场价值”确定补偿,但未对其进行明确。况且较之于发达国家,发展中国家的偿付能力较低,如按照“公平市场价值”给予全部补偿,会使其丧失可持

^① *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S. A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award(2000).

^② Ibid.

续发展能力,^①使投资者利益和文化遗产利益间的天平向前者倾斜。

但值得注意的是,对投资者实质利益的补偿并不包括其预期收益,如在 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt* 案中,在埃及吉萨金字塔旅游资源开发项目建设过程中,具有重要考古意义的文物不断被发掘,埃及政府后来取消了先前批准的投资计划(随后吉萨金字塔被纳入《世界遗产名录》)。仲裁庭在补偿数额的确定上,认为只有实质利益损失(*damnum emergens*)才能获得补偿,可获取利益损失(*lucrum cessans*)则不能获得补偿,原因在于“UNESCO 公约下的文化遗产资源买卖本身不符合国际法原则”,^②“而未来可获取利益只能被限制在合法范畴”,^③况且投资者在对吉萨金字塔进行项目开发前应当预测到未来利益风险,因此对其补偿不应当建立在文化遗产未来收益上。由此可见,虽然“公平市场价值”在实质性补偿的确定上较发达国家有利,但开发文化遗产资源实质性利益的确定不仅仅是依靠市场,也要对投资者的实质利益和可获取利益进行明确区分。

2. 精神利益损害赔偿的确定

东道国的间接征收行为除了引发实质利益损害赔偿,在文化遗产保护上也有可能触发投资者的精神利益损害赔偿。自 *Papamichalopoulos and others v. Greece* 案欧洲人权法院认为投资者未能重新获得相应的等价土地而要求希腊政府补偿 45 万德拉克马的精神损失后,^④补偿范围开始被扩大至主观损失(*subjective damage*)。因为希腊政府在保护本国文化遗产的同时也损害了投资者的合理期待,而这种合理期待属于基本经济权利,当基本经济权利受损时,无法用实质利益予以评估,因而被置于精神利益范畴。而精神利益的损害认定是带有较大的主观性的,在投资仲裁实践中是备受争议的。

① “公平市场价值”需要东道国对征用期间财产的合理增值予以补偿,换句话说,是按照财产的最高和最好用途来确定补偿额,而非东道国预期的用途来确定的。参见蔡从燕、李尊然:《国际投资法上的间接征收问题》,法律出版社 2015 年版,第 99 页。

② *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits(1992), para. 157.

③ *Ibid.*, para. 190.

④ *Papamichalopoulos and others v. Greece*, ECHR Ser A, No. 330 - B(1995), para. 43.

在较具代表性的 Joseph Charles Lemire v. Ukraine 案中,^①Lemire 认为其在乌克兰的多次投标连续被驳回,尽管乌克兰政府是出于保护本地文化传承的公共目的,但严重损害了外国投资企业形象,因而要求精神利益损害赔偿。在最终仲裁裁决中,仲裁庭认为精神利益补偿不能在因东道国错误行为造成的损害补偿中得以适用,除非遇到生命安全威胁、非法延迟或其他类似的特殊情形,以及东道国的间接征收行为引发投资者健康衰退、精神焦虑、紧张不安或其他精神损害行为,无论缘由和影响都必须是相当严重且实质性的。^② 即使仲裁庭对精神利益损害的具体情形及严重程度予以详细解释,但该案持异议的仲裁员认为公平补偿仅覆盖因投标而产生的实质利益损失本身,而非未来可获取利益损失(包括精神损害)。^③ 况且,文化遗产保护属于国家行为,国家行为与投资者个人的精神利益损害的因果关系认定本身就是一个有待商榷的假设性命题,并没有相关的国际法规则或原则作为支撑。

(三)投资者合理期待的确定

20 世纪 90 年代以来,随着世界遗产保护意识在全球范围内的普及和增强,文化遗产资源丰富的国家开始追求社会经济与文化遗产管理的平衡发展,针对外国投资的限制性立法与保证行为日益精巧化。若东道国文化遗产保护措施违背了保证行为,则极有可能被外国投资者认为违背了合理期待。^④ 而在合理期待的判断标准上,国际投资仲裁庭被赋予极大的自由裁量权,也就造成东道国保证行为及其文化遗产立法权与合理期待的冲突屡见不鲜。

1. 东道国的保证行为为投资者创设合理期待

合理期待这一概念源于美国法,是美国法院在认定公共部门征收财产是否违反其宪法第五修正案时考虑的因素之一,后来该概念被广泛运用于投资仲裁

^① Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award(2011).

^② Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award(2011), para. 333.

^③ Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Dissenting Opinion (2011), p. vii.

^④ See K. Yannaca Small, "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", in A. Reinisch ed., *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 111 - 130.

以评估投资者的合理期待。^① 2007 年 Marion Unglaube and Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica 案是最早涉及合理期待判断的文化遗产投资仲裁案例。仲裁庭认为,一方面,哥斯达黎加政府的延迟是其国内文化遗产保护行政审批程序的结果,但并未违反公平公正待遇原则,因为该政府措施没有包含任何专断性、歧视性、程序不正当或其他违背道德的行为。^② 另一方面,合理期待并非单边认定。“投资者也必须证明其对东道国权威的、明确针对某一自然人或团体保证行为的依赖。”^③而对东道国保证行为的考察,具有某一时空固定性,即保证行为的成立是基于外国投资者从事投资时东道国国内的文化遗产法律状况,因为投资者从事投资行为实际上表明他们对当时东道国相关法律的接受并形成对东道国行为的信赖,这也是在文化遗产国际投资仲裁发展初期由投资者来证明东道国保证行为存在的缘故。

然而,在后来的 Suez, Barcelona, and Vivendi Universal S. A. v. Argentine 案中,仲裁庭认为应当依据投资的具体事实以及东道国的政治、社会经济、文化以及历史条件来确立东道国的保证行为是否存在。^④ 后者较前者在东道国保证行为的确立标准上不再交由投资者证明,因为投资者绝对站在对其有利的立场,在相关举证责任分配上往往会对东道国不利,一旦证明东道国保证行为是存在的,那么东道国很大程度上会面临违背公平公正待遇原则的仲裁裁决。

2. 东道国文化遗产立法破坏投资者合理期待

投资者期待可能会随着时间的变化而产生变化,以往的待遇在以后可能不那么“公平公正”了,尤其是东道国文化遗产法在投资项目进行中的变化,会使投资者对于东道国文化遗产利益与投资者利益的理解有所偏颇。在全球化时

① See Stephen Fietta, “The ‘Legitimate Expectation’ Principle under Article 1105 NAFTA—International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States”, *The Journal of World Investment and Trade* 7, 2006, p. 425.

② Marion Unglaube and Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (2007), para. 258.

③ Ibid., para. 270.

④ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/03/19, Award (2010), para. 230.

代,某种政治、经济或社会事件的爆发是一国难以准确预测的,这使特定形势下的东道国必须修改立法或颁布新立法以维护其利益,而这往往与投资者的合理期待相冲突。在2009年 *Glamis Gold Ltd. v. United States of America* 案中,仲裁庭则认为美国加州政府文化遗产法案是普遍适用的,之所以仅对 *Glamis Gold* 公司财产采取规制措施,主要因为该投资区域发掘了众多古文物。即使东道国文化遗产立法可能令投资者“失望”,但北美自由贸易协定并不对这种“失望”提供“全面保护”(blanket protection),因为“合理期待并不意味着东道国永远不能修改其国内立法”。^①

另外,值得注意的是,东道国的文化遗产立法也并非主观随意的,尽管其被仲裁庭赋予基于公共目的而修改国内相关立法的权力。在2012年 *Parkerings - Compagnist A. S. v. Lithuania* 案中,^②仲裁庭指出“历史和考古遗迹的保存足以构成对合理期待的否决”,因为仲裁庭本身也必须服从《保护世界文化与自然遗产公约》的文化遗产保护义务来判断项目的合理性。^③“每一个国家都拥有无可争议的文化立法权,除投资协议以稳定条款或其他形式继续存在外,在投资项目进行期间对其国内现行立法的修正是无可争议的。”^④东道国的情势变更不能用来判断合理期待是否存在,立法变化应被视为正常的商业风险。但是,仲裁庭认为尽管东道国没有违背BIT以及国际法,诚实信用责任和透明度责任难以豁免。从本案来看,尽管情势变更下的合理期待只能服从东道国立法,但并不意味着文化遗产利益一定大于投资者利益,从道德层面来说还是破

① *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration award(2009), para. 277.

② 来自挪威的跨国企业 *Parkerings* 公司在之前与立陶宛维尔纽斯市政府签订了停车设施建造投资协议。但是由于当地公众不满 *Parkerings* 公司项目对该市被列入《世界遗产名录》的旧城进行开发且反对呼声日趋激烈,市政府迫于压力修改国内文化遗产保护法后停止该协议,并与另一家荷兰公司签订协议以确保该投资项目继续施行(荷兰公司不会开发旧城)。于是,*Parkerings* 公司提交 ICSID 仲裁并认为立陶宛违反了公平公正待遇原则。最终仲裁庭驳回 *Parkerings* 公司的请求并要求双方当事人各自承担自己的费用。See *Parkerings - Compagnist A. S. v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (2012).

③ *Parkerings - Compagnist A. S. v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (2012), para. 385.

④ *Ibid.*, para. 332.

坏了投资者合理期待,是不被国际投资仲裁庭所接受的。

三、解决国际投资仲裁中文化遗产保护问题的新思路

国际投资仲裁在处理文化遗产投资争端时不能依赖于传统的解决方式,因为文化因素本身带有不稳定性、抽象性、非价值性以及公益性,而文化发展与经济发展本身就是既分离又统一的矛盾体。仲裁庭需走出纯粹公益保护或投资利益最大化的桎梏,拓展问题解决新思路,在这类争端中以进一步约束东道国文化遗产保护行为而实现外国投资者利益损害的最小化。

(一) 比例原则在间接征收与公平补偿的适用

比例原则是一个在对国家公权力予以合理限制的同时,对私人权利予以基本程度的保护,从而实现权力与权利平衡的原则。^① 在保护外国投资者财产成为各国普遍确立的法律理念的背景下,该原则可以有效平衡东道国权力与投资者权益之间的关系。另外,比例原则使仲裁庭兼顾效果和目的的做法抽象化,防止东道国政府强制投资者去承担公共责任,而赋予公众以公平正义,^②使其成为具有确切内涵的规范化标准,增强了间接征收和补偿认定的一致性。

1. 比例原则在间接征收的运用

Medioambientales Tecmed S. A. v. United Mexican States 案仲裁庭首次援引《欧洲人权公约》第一附加议定书第1条的相关判例中的比例原则,^③并重点考察“被认为应予保护的公共利益与根据法律赋予投资的保护而言,此类行动是否是成比例的,并考虑投资者所受影响的严重性在确认比例性方面具有关键

① 参见韩秀丽:《论比例原则在有关征收的国际投资仲裁中的开创性适用》,载《甘肃政法学院学报》2008年第6期。

② See V. Lowe, “Regulation or Expropriation”, *Current Legal Problems* 55, 2002, p. 462.

③ 欧洲法院将比例原则用于“管理权利和自由之间的紧张关系和冲突”和“管理 EC/EU 和缔约国的权力”,不仅构成限制个人权利和缔约国限制个人权利的权利,也是“一种在超国家法律秩序和国家法律秩序之间的协调机制”。欧洲法院运用比例原则的概念来平衡共同体的基本自由——商品、服务、劳动者和资本的自由流动——与缔约国的合法利益之间的冲突。See T. Jeremy Gunn, “Deconstruction Proportionality in Limitations Analysis”, *Emory International Legal Review*, Vol. 19, 2005, p. 465, in Stephan W. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 81–82.

性作用”。^① 该案表明:为保护东道国文化遗产或促进公共利益,特定政府行为并非都会构成间接征收,而这种“比例性”是用来衡量东道国政府行为的,以确保文化遗产保护措施与促进公众福祉相关联。^② 例如,波兰宪法裁判认为,2003年《波兰遗迹保护法》(Protection and Care for Monuments Act)中要求外国投资者承担所有其开发区域内的考古研究费用是不符合宪法的,对投资者财产权的限制措施必须符合比例。^③ 仲裁庭对比例原则的运用客观上以“比例”为纽带,根据文化遗产保护的公共目的来判断对投资者财产进行限制的合理性,根据投资者财产实际受损程度来判断东道国文化遗产保护措施目的的正当性。

2. 比例原则在公平补偿中的运用

无论是投资者的实质利益损害补偿,还是精神利益损害补偿,都应当针对不同的情形进行详细区分,如东道国政府实行文化遗产保护措施限制投资者财产的适当性和必要性、外国投资者的合理期待受损的程度,以及东道国所要实现的社会公共利益有多大等因素,在“公平市场价值”的基础上给予投资者相应的补偿。Joseph Clares Lemire v. Ukraine 案仲裁庭采用损害量化方式(quantification of damages),即比较 Gala Radio 在仲裁期间的市场价值与乌克兰政府没有违反 BIT 情形下的市场价值来确定补偿数额的比例。^④ 较之于单纯的“公平市场价值”补偿途径,这一技术型方案考虑到文化遗产措施的正当性与投资者利益的平衡,一定程度上约束了国际仲裁庭在补偿数额确定上的自由裁量权。

(二)以仲裁适用法律确定投资者的合理期待

仲裁庭在确定东道国的文化遗产保护措施是否符合投资者合理期待这一

^① Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award(2001), para. 122.

^② See Albert H. Manwaring, “American Heritage at Stake: The Government’s Vital Interest in Interior Landmark Designations”, *New English Legal Review* 25, 1990, p. 318.

^③ See Valentina Sara Vadi, *Cultural Heritage and International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2014, p. 72.

^④ Joseph Clares Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award(2011), para. 117.

问题上,关键取决于仲裁庭在仲裁中所适用的实体法。投资争端的法律适用往往是基于法律规定;当事人明确约定的除外。^①不管是 BIT 还是争端解决机构,在仲裁法律适用上以投资者和东道国约定的法律为优先,在没有约定的情形下,东道国法律、国际法规则和原则被列入仲裁庭考虑的范畴。这一点也与投资者的合理期待是相符合的,因为外国投资者和东道国在约定仲裁法律适用时,尤其是约定适用东道国法律时,应当知道东道国文化遗产保护现状及预料到东道国未来可能采取的文化遗产保护措施。这对于仲裁庭判断东道国的立法是否违背投资者的合理期待起着关键性作用。

1. 适用东道国的法律

Dauglas 曾指出:“投资争议与财产相关,而财产则是东道国国内法予以审查和确认的特定权利。”^②投资者将其资本投入东道国领域则意味着其愿意接受东道国的国内法上的义务,接受东道国法律的管辖。在 2010 年 Maffezini v. Spain 案中,^③阿根廷与西班牙 BIT 的法律选择条款明确适用东道国西班牙的法律。阿根廷投资者认为,西班牙政府要求其公司在环境影响评估 (Environment Impact Assessments, EIA) 进程结束后才能进行项目投资,EIA 所产生的额外费用应当由西班牙政府承担。而西班牙政府则认为投资者应当在投资前注意到西班牙及欧盟法的 EIA 要求。仲裁庭提出“EIA 程序对文化遗产保护以及适当环境措施的采取十分重要”,^④而从实在法 (*De lege lata*) 的角

^① See P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 92.

^② Zachary Douglas, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, *British Yearbook of International Law* 74, 2003, p. 194.

^③ Emilio Augusto Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (2010), para. 67.

^④ Ibid., para. 396.

度来看,文化遗产影响评估不可或缺。^① 因此,仲裁庭最终认为投资者在西班牙进行投资开发前通过选择法律适用应当预料到其因文化遗产保护而采取的 EIA 以及对其投资所产生的负面影响。与此案相类似的还有 Clayton and Bilcon v. Canada 案,^②美国投资者反对加拿大政府的 EIA,但仲裁庭认为:“现代意义上的环境概念不仅包括类似于空气、土地、水、动植物等生物物理部分,也包括文化遗产在内的人类社会生活部分,因此 EIA 对文化遗产影响的评估是符合基本法律原则的。”从本案来看,投资者既然已明确约定适用东道国法律,应当对 Digby Neck 保护区所在的 Nova Scotia 省立法所要求的 EIA 有所了解,在东道国境内进行开发时应当预料到 EIA 对其产生的不利影响,这与投资者的合理期待并不相违背,因而以 EIA 作为东道国间接征收和要求补偿的理由是不符合《保护世界文化与自然遗产公约》文化遗产保护的初衷的。

2. 适用《保护世界文化与自然遗产公约》

如果投资争端的东道国是联合国教科文组织(UNESCO)成员国,那么《保护世界文化与自然遗产公约》便得以直接适用。因为优先适用国际法是 ICSID 仲裁庭在实践中形成的做法,很大程度上源自 ICSID 仲裁员大多数来自发达国家且有商事仲裁背景的事实。^③ 正如 Kreindler 教授所指出的:“虽然国际投资争端双方并未同意直接或间接适用国际法规则或原则,但国际法已作为当事人

① EIA 在众多国际条约、国内法以及国际组织中普遍存在且被认可,也是将文化因素列入考虑的。例如,世界银行操作政策(Operational Policy)OP 4. 11 (Physical Cultural Resource)规定,作为 EIA 不可分割的一部分,贷款人要对世界银行支援的项目中的文化资源进行影响评估。可以说,EIA 在一定程度上防止文化遗产保护投资争端的发生,确保投资项目决定作出前充分考量文化遗产因素。但是,目前国际公约层面唯一对文化遗产影响评估进行明确规定的是《法罗公约》,其要求缔约国承担文化遗产影响评估并在必要时采取防御对策(mitigation strategies)。国际古迹遗址理事会(International Council on Monuments and Sites, ICOMOS)在其 2011 年世界文化遗产的遗产影响评估指南(Guidance on Heritage Impact Assessment for Cultural World Heritage Properties)中也对文化遗产所在地的投资活动的文化遗产影响评估提出具体操作规则。See Valentina Sara Vadi, *Cultural Heritage and International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Cambridge University Press, 2014, p. 287.

② William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04.

③ 参见吴岚:《国际投资法视域下的东道国利益规则》,中国法制出版社 2014 年版,第 90 页。

所选择的国内法一部分而被适用。”^①在 *Glamis Gold Ltd. v. United States of America* 案中,^②东道国美国即 WHC 缔约国,因此仲裁庭将 WHC 作为判断美国文化遗产保护法案合理性的依据(WHC 第 12 条规定,即使未被列入《世界遗产名录》的文化遗产仍然受到保护)。仲裁庭指出:“WHC 特别标注未被列入名录的文化遗产也并未失去其应有的显著性价值。”在 *Parkerings - Compagnist A. S. v. Lithuania* 案中,^③仲裁庭同样援引 WHC 条款,因为当事人一方的立陶宛是 WHC 缔约国。可见,投资者合理期待并不因为双方没有约定国际法规则而不受文化遗产保护公约的约束。

(三) 仲裁庭对文化遗产保护措施的审查标准

在处理投资者财产权与东道国文化遗产保护措施之间的冲突上,仲裁庭首先要解决的问题是确立对东道国文化遗产保护措施的审查标准(standards of review),因为这一标准决定了仲裁庭给予东道国文化遗产措施多大程度上的尊重(deference),而适当的审查标准能够提升投资仲裁的合理性。^④ 仲裁庭审查标准变化范围从“完全尊重”即对东道国的措施和政策不存在任何质疑,到合理尊重(qualified deference),再到重新审查(*de novo* review)。鉴于目前大多数 BIT 并没有对审查标准进行详细解释以供仲裁庭适用,因而对恰当审查标准的解释性义务落在仲裁庭身上。

1. 赋予东道国基本的裁量余地

欧盟对文化遗产保护措施的审查标准主要参照欧共同体条约(Treaties of the European Community)第 36 条的“履行例外”,即“具有艺术的历史或考古价值的国宝例外”,该规定以例外的形式赋予欧洲人权法院以及欧盟缔约国在一般情况下偏离 BIT 义务以直接或间接保护东道国公共利益的权力。^⑤ 在此基础

① R. H. Kreindler, “The Law Applicable to International Investment Disputes”, in N. Horn ed., *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague: Kluwer Law International, 2004, pp. 431 - 434.

② *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Award(2009), footnote 194.

③ *Parkerings - Compagnist A. S. v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award(2012).

④ See A. Von Staden, “Deference or no Deference, that is the Question: Legitimacy and Standard of Review in Investor - State Arbitration”, *Investment Treaty News* 4, 2012, p. 3.

⑤ 参见吴岚:《国际投资法视域下的东道国利益规则》,中国法制出版社 2014 年版,第 117 页。

上,欧洲人权法院(European Court of Human Rights, ECHR)在 *Handyside v. United Kingdom* 案的基础上衍生出“裁量余地原则”(margin of appreciation doctrine),该原则允许欧洲国家在发展社会、文化以及历史特色与国家重要力量维系上对其国际法义务作出适当的调整。^① 尤其在国家在决定什么是公共利益以及如何实现,甚至限制个人财产权利等方面,拥有可裁量的余地。而这一原则伴随着一个比较性的审查标准评估:当 ECHR 发现欧洲大多数国家的实践与该限制性措施相悖,那么 ECHR 会限缩东道国裁量的余地,并要求国家取消该措施。反之,若 ECHR 发现欧洲议会的成员国的相关实践哪怕存在一丁点相似之处,那么该原则就必须留给每个成员国政府足够的裁量余地。^② 裁量余地原则体现 ECHR 给予东道国政府文化遗产保护措施合理尊重,即在审查标准上介于完全尊重和重新审查之间,并降低了东道国政策未来对欧盟其他成员国造成的利益风险。

2. 东道国证据的证明力审查

近年来,在全球文化管理精英化趋势中,东道国文化遗产保护措施作出过程趋向依赖于学术专家而愈加隐晦和不透明,^③ 仲裁庭在审查标准上为避免过度向东道国公共利益倾斜,还需衡量东道国所提交证据的关联性和证明力,并利用相关法律进行解释以决定东道国是否合法履行了 BIT 义务。因此,如何证明其文化遗产保护措施是为实现合法的公共目的并符合程序正当原则,对东道国而言极为重要。在 *King of Greece and Others v. Greece* 案中,希腊政府没能向 ECHR 提交证据证明其征收投资者的财产是出于保护国内森林资源以及历史遗址的目的,因而 ECHR 认为其有理由怀疑希腊政府所采取的文化遗产保护措施所隐含的真实动机。^④ 可见,文化遗产保护措施是禁止任意滥用

① *Handyside v. United Kingdom* (5493/72) ECHR 5 (1976), para. 48. For Commentary, see E. Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law* 31, 1999, p. 843.

② See *Fretté v. France* (36515/97) ECHR 156 (2002), para. 41.

③ See Valentina Sara Vadi, *Cultural Heritage and International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Cambridge University Press, 2014, p. 274.

④ *King of Greece and Others v. Greece*, (25701/94) ECHR (2000), para. 88.

的,如果东道国只是对公共利益表面提及,但并未提供实质性证据予以证明,就不能确定东道国的公共利益存在且符合合理尊重,那么东道国文化遗产保护措施就面临被重新审查甚至被仲裁庭判断为间接征收或直接征收的可能。从这个层面来说,投资仲裁庭可以被视为对东道国政治权力运用的理想限制途径,为国际经济关系的良好管理迈出重要一步。

结 语

文化遗产不仅仅是某个群体、民族和国家在人类历史发展过程中通过智慧所创造的一切精神财富和物质财富,也构成了该群体、民族和国家不同于其他地方的重要文化特征,是无法用经济价值衡量的文化印记。但是,在当今国际投资法体系下,多数外国投资者在东道国进行投资开发前并未对文化遗产保护产生足够的重视。一旦发生文化遗产利益和投资者经济利益的冲突,即使目前“东道国—投资者”仲裁模式及其仲裁规则发展趋于完备,但文化遗产投资争端解决机制仍然相对欠缺,迫使仲裁庭在既有文化遗产公约的基础上寻求新出路。尽管这一探索过程对于目前协调东道国文化遗产保护和投资者利益的作用仍相对有限,但对完善 BIT 中对东道国公共利益的维护、防止外国投资者的过度开发对文化遗产的不必要损害、提升国际投资法视野下的文化遗产保护理念有重要作用,以引起每一个政府、社会团体以及公民对文化遗产保护的重视,在未来更好地协调文化发展与经济发展,也为国际投资仲裁中文化遗产保护机制的建立和完善奠定有利的基础。

论“一带一路”倡议背景下投资争端 解决机制建构的必要性及路径选择

彭钦云^{*}

摘要:“一带一路”倡议被提出至今已在诸多方面引起热议,而其所面临的
投资争端问题也是不言而喻的。针对在“一带一路”倡议下中国与沿线国之间
不可避免的投资争端的解决,鉴于“一带一路”倡议背景的特殊性,其所追求的
利益与国际投资争端解决中心(ICSID)并非完全一致,且由于ICSID本身的缺
陷性及偏狭性,将“一带一路”倡议下的投资者与东道国之间的投资争端交由
ICSID 进行处理似乎不再合适。充分考虑客观现实,构建一个与该倡议相对应
的投资争端解决机制,基于本源利益进行争端裁决,则无疑是必要的、必然的。

关键词:投资争端解决机制 “一带一路” ICSID

2013年9月开始,为促进国内经济增长、获得国际话语权、改善基础设施
条件与体制机制环境、消除经贸投资障碍,进而扩大中国与中亚、南亚、西亚、非
洲和欧洲一些国家贸易、投资、金融、文化等多边合作,陆海“丝绸之路”的新结
构——丝绸之路经济带的“一带一路”倡议蓝图开始展开。一个融合“一带一
路”沿线国家交通运输、海关、能源、产业、信息、贸易、金融、投资、旅游、文化、

^{*} 彭钦云,四川大学法学院学生。

法律等诸多硬件与软件建设的系统工程,涉及多个国家的区域合作规划的国际合作空间框架开始奠定。

一、“一带一路”倡议背景下的投资争端解决路径框架性设想

作为国家间最主要的经济交往方式,投资是“一带一路”倡议下必不可少的一部分。在“一带一路”倡议的规划下,伴随着“一带一路”沿线国间的大面积投资行为,利益并非完全趋同的主权国家之间则必然会产生投资争端;而投资争端的解决往往关乎国家与投资者的巨大利益。既然与作为行为驱动力的“利益”相关,那么“一带一路”倡议下投资争端的解决则一定程度上成为“一带一路”倡议能否成功达到预期目标的关键。

本文并不打算就“一带一路”倡议下的投资争端解决问题进行大规模的概括性论述,而是选取其中的一类特殊争端类型——投资者与东道国之间的投资争端(下文的投资争端均系指投资者与东道国之间的国际投资争端)进行讨论并提出相应的解决办法。

此处之所以称该争端类型特殊,主要原因在于其中参与主体的特殊性及国家豁免权的介入。对于一般的投资争端的解决,主要的传统解决方法包括三类:其一,适用属地管辖原则,由东道国的当地法院管辖。该类做法似乎不能排除“做自己案件的法官”的嫌疑,亦即难以保证东道国当地法院的法官在审议案件时完全屏蔽自己的“偏见”。其二,由国际性商事仲裁机构或者各国国内商事仲裁机构进行管辖。但是,由于争端解决主体的商业性,在这类情形下,往往会面临东道国主张主权豁免而最终落得“有苦难诉”的尴尬境地。其三,提交现有的国际组织——国际投资争端解决中心(ICSID)进行仲裁。然而,此类解决方法同样面临“大国影子影响”的困境,作为 ICSID 的创始成员的欧美国家,运用该套机制维护其利益似乎极为“得心应手”。

简言之,将“一带一路”倡议下的投资争端投入传统的投资争端解决体系及既有的 ICSID 投资争端解决机制中,难以保护中国在内的发展中国家的投资利益。因此,如何寻找一个完全适用于“一带一路”倡议下的投资争端的解决

机制则成为首要问题。在此情形下,根据以往经验创建一个独立的类似于ICSID的投资争端解决机制将是否适用?下文将对此进行详细论述。

二、投资者—东道国之间的特殊投资争端

(一)投资者与东道国之间的投资争端的特殊性表现

由于“一带一路”沿线多个主权国家构建的区域经济板块利益的冲突,在国际经济流转中难免会产生各种法律争端。其中,投资者为获得一定经济效益而将其资本投入国外的国际投资行为,则是当代经济流转的主要方式,因此,有关国际投资争端的解决成为“一带一路”倡议背景下不可忽略的议题之一。而依据涉及对象的不同,投资争端大致可分为不同国家私人投资者之间的争议和外国私人投资者与东道国政府之间的争议两种。前者的特点是:双方法律地位平等,都是国内法上的主体;争议所涉及的一般都是投资契约的问题。后者的特点则是:双方地位不平等,一方是私人,一方是主权国家;投资涉及的可能是投资契约问题,也可能是非契约问题。然而,尽管均为投资争端,但是投资者与东道国之间的投资争端相较于内外国私人投资者的投资争端则显得更为特殊。因为在国际商事合同中,主体处于平等的法律地位,争议一般起因于商事合同的解释或履行,一般很少涉及国家主权问题;而在私人与国家间投资争端中,争端主体一方是外国投资者,另一方是东道国政府,投资争端却又往往涉及东道国政府对外资的管理和控制以及维护东道国主权等复杂的法律问题和政治问题。

投资者与东道国的争端的特殊性具体体现为如下三个方面:

1. 争议主体特殊

国家是国际法主体,而以个人名义进行投资的主体,即私人投资者,在现有的国际法理论看来,并不具备国际法主体资格。因此,对该类具有不同法律地位的主体争端进行处理时则无疑会存在诸多法律问题,如应采用何种方法、使用何种法律、外国私人投资者在国际法庭中有无申诉权,以及如何执行裁判国家败诉的裁定。如处置不当,则往往会出现国家滥用主权豁免而规避法律风

险,使私人投资者利益受损的情形。

2. 争议涉及的问题特殊

投资争议通常一方面涉及投资者位于东道国境内的财产权利和契约权利、对企业的控制权、汇出外汇权等既得权利,另一方面又涉及东道国对于本国境内的外国投资资本的管理权和征收权,甚至还会涉及对自然资源的控制权等主权权利、国民经济利益以及东道国保护外国投资者的国际保护义务。此类争端既涉及国际法问题,又涉及国内法问题。而其归属问题又通常会涉及争端解决的法律适用问题。因此,这诸多争议对争端解决最后结论的作出会有极大的影响。

3. 争议引起的后果特殊

投资争议虽然发生在外国国家和外国投资者之间,但却把资本输出国卷了进来。从古至今,资本输出的发达国家通常会借口行使外交保护权而介入东道国与其私人投资者之间的投资争议,进而对东道国的投资争端解决进行外交干预,或是提出国际请求,抑或是利用国内法制度实行单方面经济制裁,甚至动用武力。而此情况则通常会导致私人同国家的投资争议上升为国家与国家之间的利益冲突,引发或激发国家之间的矛盾,使投资争议失去基本的商业性质,而变得政治化、复杂化。^①

(二)投资者与东道国间投资争端解决的方法及困境

针对其特殊性,对于外国的私人投资者与东道国政府之间因投资问题引起的争端,传统的解决方法一般有四种:

第一,由私人投资者国籍国暴力介入,即以“护侨”为名向东道国及其他发展中国家采取经济制裁、外交保护、军事威胁等措施,进而索取巨额赔偿,甚至不惜发动战争,如1956年苏伊士运河事件。不过,现今如采用此种方式进行解决则会得不偿失。

第二,由私人投资者的政府作为原告,向国际法院起诉东道国政府,要求司

^① 参见余劲松:《国际投资法》,法律出版社2003年版,第303页。

法解决。但是,外国投资者所属政府并非合同的当事人,此类做法同样会给东道国及其他纠纷中的发展中国家带来不便和不利。而且,纵使起诉,大多也会以失败告终。例如,1952年国际法院对英伊石油公司案的判决中,国际法院以“英伊石油公司与伊朗签订的协议不是条约,本院对本案无管辖权”为由,驳回英国的起诉。同时,即使得到受理,法院的判决也因无相关条约的约束而得不到被执行国的承认与执行。因此,该办法并不可取。

第三,由国外私人投资者向一般的国际商事仲裁机构请求仲裁。尽管较之于法院诉讼,仲裁裁决因《承认及执行外国仲裁裁决公约》(又称《纽约公约》)对其157个缔约国^①具有约束力而更具优势;但是,国际商事仲裁一般包括国际性常设仲裁机构[如国际商会仲裁院(ICC)以及ICSID和各国常设仲裁机构[如中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)以及英国伦敦国际仲裁院(LCIA)等]]。而就各国国内常设仲裁机构而言,其所解决的大多是不同国家在国际商事交易中所处的法律地位平等的当事人之间的仲裁。针对国家与他国国民之间这类一方当事人为主权国家或者政府行政主管部门、另一方为国家的争议的仲裁,由于往往会面临东道国主张豁免权的问题,所以一般来说各国的常设仲裁机构对此类争议处理得不多。

第四,由国外私人投资者向东道国的行政机关或司法机关提出申诉或径行起诉。然而,从投资者角度来说,由东道国法院来解决投资争端可谓隐患重重。无论自身对错,投资者总会担心法院有失公正,因为毕竟被诉的是法院所属国,所以多数国家的法院难以做到司法独立。通常其审判结果很容易被行政干涉或者被法官对国家的司法忠诚感左右。特别是当案件涉及欠款数额较大时,这种情况尤为严重。一般来说,法律规定往往是投资者起诉的原因,但是东道国法院出于对本国利益保护的“私心”却仍可能适用与保护投资者权益的国际法规则相违背的国内法。实际上,在某些国家,有关的投资条约甚至不属于国内

^① 截至2017年8月14日,共有157个缔约国加入1958年《纽约公约》。

法渊源,国内法院有时也可能成为所称侵犯投资者权利的“帮凶”。^① 如此,投资者权益的保护则岌岌可危。

不同于一般的国际经济贸易争端解决,尽管私人与国家间的投资争端解决途径中政治手段与司法手段并存,国内解决与国际解决同行,看似种类繁多,然而采取哪一种方法解决投资争议,始终在发展中国家和发达国家及其私人投资者之间存在严重分歧。发展中国家,作为较弱势的一方,毫无疑问地倾向于通过本国当地救济或由发展中国家创设的仲裁机构解决投资争议;反对外交保护,尽量避免与发达国家的正面冲突。而发达国家及其私人投资者,基于其商业利益,一般难以信任东道国当地救济的公正性,而倾向于主张通过其他方式解决投资争议。

综上所述,针对外国私人投资者与东道国之间的这类投资争端的解决,目前尚为可行的解决方式即是由国际性常设仲裁机构进行仲裁,如 ICSID,在该解决途径下才可能尽量避免主权豁免以及判决得不到执行等带有偏见的反对主张。而现有的 ICSID 究竟是否适用于“一带一路”倡议下的投资争端则仍有待讨论。

三、关于 ICSID 是否适用于我国的“一带一路”倡议下的投资争端解决的讨论

根据国外私人投资者与东道国之间投资争端解决的过往记录可总结出如下结论:国际投资争端解决法律化程度最高的投资条约仲裁,无不是应对私人投资者与东道国之间法律与权力地位复杂交融的现实困境以及克服国际投资争端传统解决方式存在不足的最佳途径。^②

(一) ICSID 创建的初衷

投资条约仲裁在一定程度上难以克服国际仲裁救济不足、东道国当地救济不足以及母国外交保护救济不足的困境。通过涉及国际投资的双方合同约定

^① 参见[德]鲁道夫·多尔查、[奥]克里斯托弗·朔伊尔主编:《国际投资法原则》(第2版),祁欢、施进译,中国政法大学出版社2014年版,第102~103页。

^② 参见王彦志:《国际投资争端解决的法律化:成就与挑战》,载《当代法学》2011年第3期。

国际仲裁,并使合约国际化,确实实现了私人投资者与东道国都较能接受的中立化的投资争端解决法律依据。但是,该等合约往往本身存在诸多的限制与不足。仲裁条款自身效力的函射值、争议的可仲裁性、仲裁庭的管辖范围、东道国对于仲裁程序的干预、仲裁裁决的承认与执行等都是国际仲裁协议所不能确保的内容。^①例如,实践中,东道国政府完全有可能不遵守仲裁协议,或提出争议事项不具有可仲裁性,或提出国家及其财产管辖豁免,或提出争议事项不属于约定仲裁范畴,甚至不参加国际仲裁,强行干预国际仲裁程序,拒绝承认与执行仲裁裁决等。为均衡双方的根源性需求,仅进行国际仲裁条约的约定则完全难以满足双方的要求,因此需要一些超国家性质的审查。

基于以上传统投资争端解决方式各自存在的局限性以及投资条约仲裁自身的缺陷性,由私人投资者直接提起国际投资仲裁的、去政治化的条约机制应运而生。在西方国家与非西方国家围绕国际直接投资实体待遇等问题的讨论僵持不下,且其他民间的或者官方的多边投资实体条约亦未提出有效的解决途径的背景下,时任世界银行总顾问的 Aron Broches 另辟蹊径,在世界银行框架内,建议并推动设立了能够平衡发达国家与发展中国家利益的、各方自愿接受的解决投资者与东道国之间投资争端的多边投资争端仲裁条约机制^②——《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(又称《华盛顿公约》),以及依此创设了国际投资争端解决中心——ICSID。该中心致力于构建健康的投资环境,以促进经济发展。其专门制定了一套用于投资者和国家争端解决的体系,ICSID 为争端双方提供标准条款,为仲裁和调解活动提供详细的程序规则以及机构支持。机构支持不但包括可选的仲裁员,还适用于仲裁程序,如中心会给每个仲裁庭指派一名法律秘书,听证会的场所由中心负责安排,且中心围绕仲裁进行的所有经济事宜由中心管理。中心秘书长有权对仲裁申请进行审查,并拒绝显著超出中心管辖权的申请。依据《华盛顿公约》所创设的 ICSID 规定的

^① See Georges R. Delaume, "State Contract and Transnational Arbitration", *The American Journal of International Law* 75, 1981, pp. 784 - 819.

^② See Andreas F. Lowenfeld, "The ICSID Convention: Origins and Transformation", *Georgia Journal of International And Comparative Law* 38, 2009, pp. 48 - 55.

仲裁程序相较于国内常设仲裁机构及国内法院的诉讼更为完备:它的程序是独立的,不受任何外界主体干扰。国内法院既无权中止、强行启动或以其他方式影响 ICSID 程序,也无权撤销或以其他方式审查 ICSID 裁决。同时,在 1978 年,ICSID 理事会还创造了附加便利机制,在争端各方接受其管辖的前提下,附加便利机制处理 ICSID 管辖之外的案件,其中最常见的情形是当仅一方当事人为《华盛顿公约》成员国或成员国国民。其他案件还包括非直接源于投资的争端和事实认定。且依其规定,附加便利机制下的仲裁活动并不受《华盛顿公约》限制而是遵守附加便利规则,其执行和遵守的系《纽约公约》而非《华盛顿公约》,同时适格的国内法院有权审查和撤销附加便利机制下的裁决。^①

(二) ICSID 自身的缺陷性

不过,ICSID 国际仲裁庭并非能做到完全公平公正、利益均衡。针对目前的投资环境,发展中国家与不发达国家在当代国际投资格局中无时无刻不面临发展的危机。其一定程度上体现为投资自由化以牺牲东道国政府经济、社会、文化和政治的全面发展为代价,投资关系的利益相关方对于东道国国民及东道国的政治与经济秩序的良好发展没有责任意识,东道国根据本国国情决定其对外投资的开放程度及管理程度,确保发展目标的意愿难以实现。当前非发达国家与发达国家之间的双边协定在规定了较高的投资保护标准的前提下,同时对私人投资者与东道国之间的投资争端约定采用了 ICSID 这一国际投资争端仲裁解决机制。然而,截至 2014 年年底,在 ICSID 机制系统注册的 497 件案件中,从投资争端解决的涉案国家与人员选任分布上看,发达国家或地区(西欧、北美)的人员被选任为仲裁员、调解员和临时委员会成员参与涉及自己主权国家的投资争端解决的比例高达 68% 以上,资本输出国国籍仲裁员被委任的频率远高于资本输入国的人员。^② 其总体上表现为偏向于保护投资者利益,而对东道国利益采取冷漠忽视的态度,不利裁决严重损害了包括我国在内的发

^① See *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Supreme Court of British Columbia (2001), ICSID Reports 236.

^② See the ICSID Caseload - Statistics, Washington - ICSID.

展中国家东道国的发展权。^①

与此同时,ICSID 国际仲裁庭存在滥用对国际投资条约中有关条款进行解释的权力,借此对东道国作出有失公平的裁决。一方面,ICSID 借中立之名,不断扩张管辖权、剥夺东道国要求实行当地救济的权力。主要表现为:将最惠国待遇条款适用于程序事项,^②对“岔路口条款”的适用进行苛刻解释,^③不当扩大对“保护伞条款”的适用,^④以及对“投资争端”概念进行最宽泛的界定。另一方面,ICSID 自由裁量权的滥用剥夺了东道国应有的外资管理权,其典型表现为如下两个方面:对公平与公正待遇进行失衡解释,以及过度放松对间接征收的认定。因此,尽管作为一个独立的国际组织,ICSID 背后仍然难以排除存在其中主要群体的利益追求,而“裙带关系”较弱的一方则不得不承受形式公平的程序下的不利结果。

此外,由于国外私人投资者与东道国之间的投资争端极少属于纯粹商事争端,即使是投资合同争端也大多涉及东道国自然资源的开发保护、基础设施的建设运营等问题,因此投资条约争端更主要涉及东道国公共立法、执法和司法等措施和决定。因此,投资条约“一揽子授权同意”投资者已不再是商事交易仲裁,而是一种公法规制裁判。ICSID 机制下极有限的形式和程序审查,或者只能诉诸国内法上同样有限的形式和程序审查,并不符合公法裁判所要求的实体和程序的公共性与公正性,不符合公法裁判对于上诉法律矫正机制的要求。程序和裁决的保密性也不符合公法裁判和公共治理对于公众知情、参与和监督的要求。仲裁员经由当事人选择,便参与解决国际商事争端,缺少任职期限和其他条件以保障其独立性,与当事人之间可能存在潜在的利益冲突,这与公法

① 参见邓瑞平、周亚光:《博弈与协调——构建多边投资规则的中国方略》,载《现代法学》2015 年第 5 期。

② 参见徐崇利:《从实体到程序:最惠国待遇适用范围不应有的扩张》,载《民商研究》2007 年第 2 期。

③ 参见徐崇利:《国际投资条约中的“岔路口条款”:选择当地救济与国际仲裁权利之限度》,载《国际经济法学刊》2007 年第 3 期。

④ 参见徐崇利:《保护伞条款的适用范围之争与我国的对策》,载《华东政法大学学报》2008 年第 4 期。

裁判特别强调的独立性和公正性存在一定的矛盾。因此,ICSID 终将会因其仲裁商事化与利益褊狭化而逐渐不再适用于投资者与东道国之间的投资争端。

(三) ICSID 争端解决机制对于“一带一路”倡议下投资争端管辖的有限性

“一带一路”倡议涵盖亚欧非三大洲。而在这 64 个“一带一路”沿线国家中的俄罗斯、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、越南、老挝、泰国、缅甸、印度、不丹、马尔代夫、波兰、土耳其、伊朗、伊拉克、巴勒斯坦 15 个国家并未加入目前国际通用的国际投资争端解决中心,对于这些国家国民与中国所发生的投资争端,ICSID 一般并无管辖权,即便是 ICSID 附加便利机制也难以在获得其同意的前提下进行管辖(因为该类主权国家之所以未加入 ICSID,一定程度上也就说明其在某一些事项上保持存疑态度,而要获得其同意的难度也就显而易见)。

故综上所述,不论是就 ICSID 对“一带一路”沿线国家管辖权的有限性来说,还是就 ICSID 自身所存在的局限性与潜在的褊狭性而言,在解决中国与“一带一路”沿线国家投资者与东道国之间投资争端的问题上,ICSID 的适用有一定局限性。

四、如何构建隶属于“一带一路”倡议的投资争端解决机制

(一) 既有的 ICSID 不适用于我国“一带一路”倡议的投资争端

如上所述,ICSID 并不适用于我国与沿线国家间的投资者与东道国之间的投资争端。而其中一个原因还在于 ICSID 的创设经济投资背景不同于“一带一路”倡议下的投资背景。具体而言,首先,目前国际经贸投资领域既有的区域性争端解决机制大都是建立在以区域贸易协定为基础的区域性经济区内,而区域性经济区的显著特点即成员方的特定性以及成员方之间较为紧密的经济一体化合作关系。与之相对,虽然“一带一路”倡议的目标是构建与各沿线国的区域经贸合作关系,但是该机制却并不追求建立如上所述的区域性经济区,而是旨在建立一个更具开放性和包容性的区域性“经济带”,即既不界定成员方的数量与国别,在成员方之间的经贸合作安排中亦不要求“紧密型经济一体化”。由此,基于“一带一路”倡议突破传统区域经贸合作模式的特殊性,适用

于特定的区域性经济区体制的既有的区域性争端解决机制实际上是难以适应解决“一带一路”倡议背景下的国际投资争端的实际需要的。其次,在“一带一路”沿线国中,有半数以上的国家游离于任何区域贸易协定之外,并且多数沿线国家不仅市场化基础薄弱、水平较低,其对于当前国际投资领域各项通行的、成熟的规则的认同程度亦相对较差。因此,对于中国与这超过半数的“一带一路”倡议沿线国而言,在现实中首先便不存在双方或各方均为成员方的区域贸易协定下的投资争端解决机制可供解决发生在其之间的投资争端。故基于“一带一路”倡议自身的特殊性以及各沿线国的客观情况,照搬或者直接诉诸既有的国际性或者区域性投资争端解决机制存在难以克服的重大问题,在实践中并不存在可行性。

(二)有必要创建一个与“一带一路”倡议相适应的投资争端解决机制

“一带一路”倡议带来的互联贯通的优势、贸易和投资的便利化、扩大开放的各类政策措施,将大幅度提升我国国际投资的交易量,国际投资争端将不可避免地随之增多。其中,私人投资者的境外直接投资是具体实施和全面推进“一带一路”倡议的核心内容之一。然而,继往开来,基于各种因素的影响与作用,境外直接投资者往往面临各种非市场性的投资权益风险,以及来自各种层面和领域的复杂多样的利益冲突等问题。同时,“一带一路”倡议沿线国家的投资风险平均等级较高。其中,一些国家因为经济基础薄弱、政治体系复杂脆弱、国内矛盾和冲突严重以及国际环境负面影响较多,导致外国投资面临很高的国别风险。而相较于既有的国际投资风险,“一带一路”倡议下的投资所面临的风险则显得更为特殊,具体体现为:第一,沿线地区地缘关系复杂,部分国家政局不稳定,宗教文化差异大,投资风险高。“一带一路”倡议所涉及范围广,国家多,多为地缘政治“破碎地带”。第二,对沿线地区的直接投资发展不均衡、投资领域单一、投资产业链短,且投资摩擦大,在东道国负面影响相对较多。第三,国家宏观指导不够、准备不足,企业跨国经营行为不规范,经营能力有待提高。第四,中国对战略性资源的需求量大,但对全球的战略性投资壁垒较大。基于如上的前期投资困境,后期的投资争端往往也就会相应地变

得特殊。

在纷繁复杂的国际投资争端中,我国将面临新的挑战。随着“一带一路”倡议日趋成熟,国家之间因投资交往而产生的争议将不可避免地成为中国与各沿线国所共同面临的问题。据数据统计,2005~2014年,发生在“一带一路”沿线国家的中国企业海外投资风险案例共计33起,涉及20个国家,主要集中在伊朗、俄罗斯等能源、矿产资源丰富的国家以及菲律宾、缅甸、叙利亚、阿富汗、越南等社会动荡国家,尤其集中在伊朗和菲律宾两国。由此观之,“一带一路”倡议下沿线国家之间的投资,仅凭依风险预测并不能有任何获益,而是需要有关投资争端解决机制的建设。

因此,在传统及现有的投资争端解决机制难以适用的前提下,理应建立一个能够适应“一带一路”倡议背景的投资争端解决机制。而在此过程之中,在有关投资争端解决机制尚且存在较大空白的情况下,借鉴、吸收既有的国际投资争端解决机制的经验对于适应解决“一带一路”倡议背景下的投资争端实际需要的有益部分仍然是必不可少的。因此,对于“一带一路”倡议下的投资争端解决机制的创设,可一定程度上参考在《华盛顿公约》下所创制的隶属于世界银行旗下机构之一的ICSID,即依靠现有的与“一带一路”倡议关系最为密切的投资金融机构——亚洲基础设施投资银行(以下简称亚投行),在其下创制一个投资争端解决机制,由该投资争端解决机制就争端当事方的投资争端进行协调,组织双方开展磋商、调停、调解等非讼和平的方式解决争端;一旦仲裁程序开始后,则积极协助争端当事方选择仲裁员,除提前备好一份具备仲裁员资格的政府和非政府个人的仲裁员名单之外,还可以在争端当事方无法确定仲裁庭主席时,就仲裁庭主席直接进行指定,同时对于名单人员应在ICSID的基础上进行一定程度的改进,均衡利益纠纷双方的利害关系人参与人数,将“爱国主义”纳入考量范围;对争端解决的结果,尤其是对仲裁裁决的执行进行监督,并防止当事方擅自对他方进行报复;向争端当事方传达各类文书,并统一管理 with 争端有关的档案信息;定期发布有关争端解决的信息。由此,则既可以节省一部分机制构建资源,还可以借助亚投行自身对“一带一路”的优势,而使投资

争端解决机制更好地融入“一带一路”倡议之中。

(三)“一带一路”倡议投资争端解决机制构建的路径选择

鉴于“一带一路”倡议自身的特殊性,构建与之相对应的投资争端解决机制并非从开始就孤注一掷助力于专门的“一带一路”投资争端解决中心。在“一带一路”倡议尚未成熟之际,中国与沿线国之间的投资争端解决机制应采用“宜双边即双边,宜多边即多边,以双边促进多边,以多边带动双边”的“经贸合作式”灵活的争端解决体系,即既可以在双边层面上亦可以在多边层面上与不同的沿线国分别制定相应的争端解决规则和程序,从而保障不同沿线国对于适用于解决与之相关的投资争端的争端解决规则和程序的可接受性以及维护争端解决结果的可执行性。而“一带一路”具体争端解决机制则可在双边与多边的层面上,将普适的规则和程序进行总结和商定,进而适用于争端解决中心的构建。就目前来看,中国与沿线国家所签订的双边投资协定可能过于繁杂,因此完全依靠双边投资协定可能并不能行得通,其主要应作为特别情况的补充,即“一带一路”倡议下独立特有的投资争端解决机制构建与双边投资协定“两手抓”,但是主要建设力系投资争端解决机制的构建。然而,由于不能排除个别国家的个别情况,因此并不能完全放弃对于双边投资协定的适用,甚至尽管双边投资协定手续过于冗杂、颇显麻烦,但是在投资争端解决机制建设初期,其仍会占主要的比例,从而为之后亚投行下属的针对“一带一路”的投资争端解决机制创设提供条约内容的参考。

结 语

在“一带一路”倡议引导下,中国与沿线国之间的国家交往必定会产生各种各样的投资争端,而基于各种各样的原因,现有的国际投资争端解决中心将不再完全适用于“一带一路”沿线国家间的投资争端,独立创新构建一个与“一带一路”倡议相对应的投资争端解决体系或机制已然是必然之趋势。

札 记

也谈中国海事和经贸仲裁

叶伟膺^{*}

一、中国海事和经贸仲裁简介

1964年7月15日,我大学(英语专业)毕业后,被分配到中国国际贸易促进委员会(以下简称贸促会),从事海事和经贸仲裁工作,至今53年。在此期间,我有七年多在纽约海特律师事务所和香港英国RHI海损理算公司工作。

在航运和国际经贸活动中,难免会发生争议。如果中国没有涉外的海事和经贸仲裁机构,就需要到国外去仲裁解决。这样做,我们的工作十分麻烦,付出的费用也很高,而且因不太了解外国的法律和仲裁的做法,以及外国仲裁员的偏见和偏袒,我国的企业单位输多赢少。这样在经济上吃亏,在政治上影响也不好。

贸促会第一代领导人南汉宸和冀朝鼎同志见多识广,很有远见,他们十分重视仲裁工作,1952年,就在会内设立仲裁部(后改称法律部)。

20世纪50年代中后期,我国有关部门和单位要求贸促会设立中国的海事和经贸仲裁机构,办理仲裁案件。

周恩来总理和邓小平同志对中国的仲裁事业给予了亲切的关怀和大力的

* 叶伟膺,资深仲裁员,著名海商法、海损理算专家和海事律师。

支持。1954年5月6日和1958年11月21日,政务院和国务院分别通过了在贸促会内设立对外贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会的决定。

据此,1956年4月2日和1959年1月22日,贸促会分别设立了对外贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会[现名中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲委)和中国海事仲裁委员会(以下简称海仲委)],同时通过了《中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》《中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会救助契约标准格式》《中国国际贸易促进委员会海事仲裁委员会船舶碰撞仲裁协议标准格式》。

开始,两个仲裁委员会的业务人员很少,其中有贸促会法律部副部长邵循怡、贸仲委的董有淦(副处长)、王守茂、胡瑞孚(此四人都已去世),唐厚志、肖志明、徐士章、靳广华和海仲委的高隼来(副处长)、叶伟膺(后六人也已到耄耋之年)。大家在一起办公,后来才慢慢分开办公,但还是经常在一起讨论问题。

万事开头难,但大家工作都十分努力,收集了许多外国的资料,研究各国仲裁的立法、规则和做法。

仲裁委员会成立初期,就审理了一些案件,其中有:“范雷特”轮海难救助案(1963年)和“青岛”轮碰沉“浙乐202”渔船案(1967年)。我们打破了外国对仲裁的垄断,国人为之振奋,欢欣鼓舞!

但事情并非一帆风顺。“文化大革命”期间,仲裁业务受到严重的冲击,特别是1969年干部下放“五七干校”后,实际上仅有我一人留下来“看守”,并且当时的主要任务是开展新的海损理算工作。

20世纪70年代初期,领导从“五七干校”调回来一批干部,并任命任建新同志为法律部部长(后任贸促会副会长,最高人民法院副院长、院长,中共中央政法委书记和全国政协副主席)。他尊重和爱惜人才,大胆使用干部,勇于开拓,仲裁工作才慢慢得以恢复和发展。

1978年,党的十一届三中全会把中心工作从阶级斗争转移到经济建设上来。改革开放后,随着航运和经贸业务的不断扩大,海事和经贸仲裁案件也越来越多,中国的仲裁得到了更大的发展,在国际上也已经很有影响力。

任建新等领导和高隼来、唐厚志、邵循怡等仲裁员积极参加国际仲裁员大会和国际海事仲裁员大会,出席联合国和国际海事委员会召开的会议和活动。

高隼来同志还作为仲裁员多次到斯德哥尔摩商会仲裁院和香港国际仲裁中心审理案件。有一次,他在香港审理案件,同庭的两位仲裁员是原香港律政司司长唐明治(Michael Thomas)和按察司司长韩恩德(Neil Kaplan)先生。

唐厚志同志除了到斯德哥尔摩商会仲裁院审理案件外,还经常奔波于各国,介绍和宣传中国的仲裁并与外国同行交流,为推动我国仲裁事业的发展作出了贡献。2003年10月21日,瑞典国王卡尔十六世·古斯塔夫为他颁发了瑞典皇家勋章。

1987年,中国加入了1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》。从此,中国所作出的仲裁裁决便可以在140多个国家和地区得到承认和执行。

《仲裁法》自1995年9月1日起施行后,各省市纷纷成立了仲裁机构,多达251家。但成立最早、规模最大、受案最多、主要审理涉外案件的还是海仲委和贸仲委。

经过几代仲裁人,包括全国各相关单位和院校的专家、学者励精图治,艰苦奋斗,现在我们已是世界最著名的仲裁中心之一。

更可喜的是,近年来,有越来越多的专家、学者,特别是年轻人,到国外去当仲裁员、代理人或者证人,参与国际仲裁的活动。

如今,在以习近平同志为核心的党中央的领导下,在“一带一路”倡议的指引下,我国的仲裁工作又进入一个新的发展阶段,它正在有力地推动整个国民经济的发展,促进中外经济和文化的交流!

我国仲裁的做法,基本上与国际接轨:(1)依据有效的书面仲裁协议受理和审理案件;(2)当事人可以各自选定一名仲裁员;(3)仲裁庭以事实为根据,以法律为准绳,参照国际惯例,尊重双方当事人的约定,独立公正、公平合理地审理案件;(4)一裁终局。

但是,根据中国的国情和中华民族的传统文化,我们又独创了仲裁与调解相结合的做法,即经双方当事人同意,仲裁庭对争议进行调解。此一做法,在许

多情况下既可以更快更好地解决争端,又能保持和增进当事人之间的良好关系,是成功的经验(详见后文)。最初,仲裁与调解相结合的做法不为国际社会所认可,外国人认为仲裁就是仲裁,不能与调解相结合。但是,经过多年的实践和我们所做的工作,现在其已被接受,并被称为“东方经验”,许多国家也采用了这一做法。

二、几起成功的仲裁案例

(一)“范雷特”轮海难救助报酬争议案

1961年,外国船舶“范雷特”轮装运5000多吨小麦,在上海铜沙搁浅遇险,由××救捞局派船强卸货物并将其拖进上海港,双方对救助报酬的金额发生争议。1962年,救助入向海仲委提交仲裁申请。这是我国受理的第一起涉外海难救助案件。1963年,经仲裁庭调解,救助报酬定为人民币27万元。对此,中国救助方表示满意,外国被救助方也认为中国海仲委公正,不偏袒任何一方。双方均对调解工作表示感谢。我们成功打响了第一炮,对外影响很好。

(二)“青岛”轮碰沉“浙乐202”渔船案

1966年冬,英国××轮船公司的“青岛”轮在长江口外碰沉“浙乐202”渔船,船员落水受伤,渔货丢失,冬季捕捞也受到严重影响。该案是海仲委受理的第一起涉外船舶碰撞案件。仲裁庭十分重视,立即派员赴上海、宁波和温州一带,查清事故的真实情况和核对损失的金额;后于1967年裁决外轮负全部碰撞责任并合理赔偿渔民的损失。对此,“青岛”轮一方认为裁决公正、合理。“浙乐202”渔船方面也很满意,因为海仲委快速裁决,使其能及时得到赔偿,尽快恢复生产并渡过生活难关!

(三)“罗浮山”轮共同海损分摊争议案

1985年12月初,“罗浮山”轮在湛江装载4万多吨重晶石和铝矾土,驶往美国海湾港口卸货,途中在日本海域遭遇极其恶劣的气候,狂风、恶浪和长涌,船舶激烈横摇和纵摇,船壳板严重裂漏,随时有沉没的危险。为了船、货的共同安全,该轮先后由“潮河”和“张家口”两轮护航,驶往关岛临修,后返回装港,将

货物卸下,由另船转运至目的港,该轮则驶往山海关,进行永久性修理。为此,船东宣布共同海损并委请中国海损理算处理算后,要求美国货方摊付 58 万美元。但是,美国货方拒付,并到美国路易斯安那州东区法院起诉船东,要求判决:(1)本案共同海损应在美国理算;(2)争议应在美国法院适用美国法律解决。

船方的法律顾问即代其委托美国律师,出庭答辩,美国法院判决我方胜诉。

原告不服,提起上诉,上诉法院否决了一审法院的判决。被上诉人不服,申诉至美国联邦最高法院。

该案在中美两国的司法界和律师界产生了很大的影响。有几十名美国律师为此举行了研讨会,并以法院之友的名义上书美国联邦最高法院,支持船方要求再审的申请。但是,很遗憾,美国最高院驳回了再审申请,又未说明任何理由!

事情并未就此终结,因为船方早已根据提单的管辖权条款和共同海损条款,将案件提交海仲委仲裁。

由于货方对海仲委将如何裁决心中无数,故同意坐下来在香港与船方谈判。经过协商,该货方同意赔偿船方一部分损失。

(四)“水城”轮货损争议案

1994 年 1 月 24 日,“水城”轮装载 5516 吨花生和花生仁,自天津港开往鹿特丹,卸货时发现严重霉损。货物保险人赔偿被保险人后,代位向承运人求偿。但对方却称其对所运货物已尽到谨慎处理之责,没有理由赔偿,三言两语便将保险人拒于门外。在此情况下,保险人委请律师,向海仲委提起仲裁。

在庭审中,承运人未能向仲裁庭出示:(1)船公司对如何装运花生和花生仁的规章或规定;(2)航程中货舱测温记录以及承运人如何根据露点通风原则对货物进行合理通风的证据材料。

这证明其对货物未尽到谨慎处理之责。后经仲裁庭调解,双方同意由承运人赔偿货物保险人 70 万美元结案。

(五)中日公司钓鱼船买卖合同争议案

2001 年 2 月,山东 × × 公司从日本 × × 株式会社购买 7 艘钓鱼船,开赴南

太平洋捕鱼,在履约过程中发生争议,卖方提起仲裁,请求裁决买方支付拖欠的购船款 70 万美元。买方却认为船舶质量不合格,证书不全,请求驳回请求,并提出反请求 70 万美元。该案由海商法专家叶伟膺和民商法专家、中国政法大学原校长江平以及国际经贸法专家曹家瑞先生组庭审理。经了解船舶进口的政策和应具备的证书后,在查明事实、分清责任的基础上,仲裁庭进行调解,最后双方达成协议,由买方支付卖方 50 万美元结案。双方对中国仲裁员的水平表示赞赏,对调解结果也非常满意。

(六)“天利”轮海难救助报酬争议案

2003 年 12 月 16 日,属于天津 × × 有限公司所有的“天利”轮自青岛装载 478 个集装箱货物驶往黄埔,在青岛港外与美籍“摩奇”轮碰撞,货舱大量进水,情况十分危险。为了船、货的共同安全,该轮抢滩搁浅,陷入淤泥 2~4 米深,后船东同 × × 打捞局签订了 LOF2000 劳合社救助合同标准格式的救助合同,并入保赔协会特别补偿条款(以下简称 SCOPIC 条款)A,但改为在北京仲裁。后救助人花了 40 多天的时间,用多艘驳船强卸“天利”轮的货物,再用拖轮将其拖带起浮。救助方同货方对救助报酬的金额发生争议,救助方遂将案件提交仲裁,但没有提交充分的证据材料,在施救事实不清、获救财产及其价值不明的情况下,便要求仲裁庭简单按每票货物的价值,乘以一个百分比,裁决其应付的救助报酬金额,还称这是“伦敦仲裁的做法”。仲裁庭未采纳这一意见,对其说法表示质疑,并指出:即使这是伦敦仲裁的做法,也是错误的,因为它违反了《1989 年国际救助公约》和我国《海商法》的规定。后根据双方当事人的要求,仲裁庭向船东及其互保协会调取航海日志、舱单、积载图、提单、发票以及货物损坏的检验报告书等材料,经查明救助事实,核定全部获救财产的总值为人民币 4655 万元后,才根据《1989 年国际救助公约》和我国《海商法》规定的十大因素,裁定全部救助报酬为人民币 1500 万元,由各获救财产按比例(1500 万元/4655 万元,即 32.22%)分担,支付给救助方,以鼓励其对遇难财产进行及时有效的救助。

因“摩奇”轮应负 55% 的碰撞责任,故救助报酬人民币 1500 万元由各获救

方分担后,最终又将通过在青岛海事法院进行的船舶碰撞诉讼案件,由“摩奇”轮承担人民币 825 万元。

双方对仲裁庭认真细致的工作,并在 15 天内便作出裁决,给予很高的评价,称赞这既是一份高水平的裁决书,也像一份漂亮的海损理算书。

(七) 铝锭买卖合同争议案

2004 年 1 月,香港 × × 有限公司从河南 × × 冶炼厂购买一批铝锭,运往日本和韩国,总价 4500 万美元。后因买方未依约开立银行信用证,卖方遂将货物转售给其他公司,并提起仲裁,索赔可得利润人民币 1800 万元。

虽然首席仲裁员和申请方的代理人曾在同一律师事务所工作,但他不偏袒,而是和其他两位仲裁员一道,公正裁决买方赔偿卖方人民币 540 万元。理由是:(1)合同签订后,双方又达成协议,同意将货价大大降低;(2)经核实,转售货物所得比卖方所称的多得多。

被申请人可以少赔,当然高兴。申请人及其代理人也称官司不在输赢,仲裁庭裁决公正,说理充分,使他们口服心服。

我们已经打破了外国对仲裁的垄断,并取得了很大的成绩,但路还长,需要继续努力。我们既要虚心向外国学习,他们的许多经验是人类智慧的结晶。同时,我们又有所创新,根据中国的国情,不断摸索和总结出一些更好的仲裁做法,与外国仲裁机构和仲裁员交流和分享,为发展中国和世界的经济作出应有贡献。

祝年轻一代仲裁人,取得更好的成绩,再造辉煌!

域外 参考

孟买国际仲裁中心仲裁规则^{*}

(第2版,自2017年1月15日起生效实施)

曹俊雅译 张 建校^{**}

摘要:孟买国际仲裁中心(Mumbai Centre for International Arbitration, MCIA)成立于2016年10月8日,是印度第一家国际商事仲裁中心,在一定程度上代表了印度国际仲裁界的最高水平。为了满足涉外仲裁实践的需求,符合国际仲裁的通行标准,并与2016年《印度仲裁与调解法(修正案)》相契合,MCIA于2017年修订了其机构仲裁规则。考虑到该规则并不存在正式的官方中文文本,为了便于中国企业在印度从事商贸经济往来时参与印度仲裁,笔者将其译为中文,以期对中国仲裁从业者及两国商事争议解决领域的交流与合作提供裨益。

关键词:孟买国际仲裁中心 MCIA 国际商事仲裁

^{*} 本译文系国家留学基金委(留金发[2016]3100号)联合培养博士生项目“国际投资仲裁管辖权研究”(项目编号:201607070108)的阶段性成果。

^{**} 曹俊雅,法学硕士,任职于网易公司法务部;张建,中国政法大学国际法学院2015级博士研究生,研究方向为国际私法与国际商事仲裁。

第一章 总 则

第 1 条 定义、适用及解释

1.1 如果当事人合意约定将其争议提交至 MCIA 仲裁(无论是在争议发生之前或之后作出此约定),应视为各方当事人已经同意适用本规则,或者(除非当事人另有约定)MCIA 此后在仲裁程序开始之日所通过的有效的修订规则,且当事人明确在合同中约定按照该规则进行仲裁和管理案件。如果上述规则与仲裁或仲裁协议适用的准据法的强制性规定相冲突,则适用强制性规定。

1.2 本规则于 2017 年 1 月 15 日生效,除非当事人另有约定,否则本规则将适用于生效之日起的所有仲裁。

1.3 本规则中:

“裁决”包括部分裁决或终局裁决,以及紧急仲裁员作出的裁决。

“理事会的委员会”是指主席指定的不少于两名理事会成员组成的委员会(可包括主席本人)。

“理事会”是指 MCIA 的仲裁理事会,包括仲裁理事会的委员会。

“主席”是指仲裁理事会的主席或联合主席,包括副主席。

“立案登记人员”是指仲裁委员会登记人员,包括副职。

“仲裁庭”包括独任仲裁庭或一名以上仲裁员的所有仲裁庭,以及在本规则下组成的所有仲裁庭。

所有代词应被理解为中性;所有单数名词,在适当情况下应被理解为指代复数名词。

第 2 条 书面沟通与期间的计算

2.1 为适用本规则,任何通知、沟通或请求必须以书面形式提交(书面沟通)。任何此类书面沟通均可采用亲自当面送达,或通过挂号信、快递方式发送,或以电子方式发送(包括电子邮件和传真),或以其他任何可以提供传送记录的方式送达,或以仲裁庭责令的其他方式送达。下列情形下,一旦发送即视为收到:(i)收件人亲自收悉的,(ii)寄送到其惯常居所地、营业地或指定地点

的,(iii)寄送到当事人约定地点的,(iv)根据当事人事先确立的交易习惯寄送的,或(v)经合理询问之后仍不能找到上述地址的,则可寄送到收件人最后为人知晓的住所地或营业地。

2.2 任何书面沟通材料在其寄出之日或在电子发送情形下的发送之日,应视为收到,时间以接收者时区为准。

2.3 为本规则计算期间之目的,期间自书面沟通材料或请求依据第2.2条被收到之日起次日开始计算,当根据第2.1条接收地收到日期次日为非工作日时,期间自收到日期后第一个工作日开始计算。若在接收地期间的最后一日为非工作日,则期间延长至非工作日之后的第一个工作日。期间之内包含非工作日的,非工作日计算在期间以内。

2.4 仲裁庭组成之后,任何一方当事人寄送书面沟通材料给仲裁庭的,应同时给各仲裁员、各当事人、立案登记人员寄送一份副本,且应向仲裁庭书面确认其已完成寄送或正在进行。

2.5 除本规则规定,立案登记人员可在任何时候延长或缩短本规则规定的时间限制。

第二章 仲裁程序的开始

第3条 申请仲裁

3.1 任何想要进行仲裁的当事人(“申请人”),应向立案登记人员提交一份书面的仲裁申请书,申请书应包含(或连同)以下内容:

(a)将争议提交仲裁的请求。

(b)据以提出仲裁请求的完整的仲裁条款或单独的仲裁协议。

(c)据以产生争议或与相关争议有关的合同(或其他文件;必要时,也可提供合同副本)。

(d)仲裁当事人的全称,当事人的具体联系方式(包括邮寄地址、电话号码、传真号码和电子邮箱地址);若有,还包括其法定代表人的相关信息。

(e)对争议性质和情况的简要陈述,以及申请人针对其他仲裁当事人提出

的请求(此处其他仲裁当事人被称为“被申请人”),说明所请求的救济,包括可量化的请求总额;若可能,应包括其他请求金钱价值的估值。

(f)对当事人就进行仲裁事先约定的事项或申请人想要提出请求的事项(如仲裁员的人数、适用的法律规则、仲裁语言、仲裁地)的陈述。

(g)除非当事人另有约定,若仲裁协议约定三名仲裁员仲裁,仲裁申请书中应指定一名仲裁员;若仲裁协议约定一名独任仲裁员,仲裁申请书中应提名一名仲裁员。

(h)确认仲裁申请的副本和任何文件已同时送达给其他当事人,且记明送达的方式和日期,并随后或尽快向立案登记人员出示符合要求的文件证据证明实际送达(包括送达日期)。

(i)确认必要的申请费已经支付(未支付费用的,被视为立案登记人员未收到仲裁申请,且仲裁尚未开始)。

3.2 仲裁申请书还应包括第 16.1 条所指的索赔声明。

3.3 立案登记人员收到完整的仲裁申请书之日应被认为是仲裁开始之日(以 MCIA 实际收到申请费之日为准)。为避免疑虑,只有当第 3.1 条中的所有要求被满足时,或当立案登记人员认为申请与第 3.1 条中的要求实际一致时,仲裁申请书才被认为是完整的。立案登记人员应告知当事人仲裁开始的日期。

3.4 为避免疑虑,仲裁申请书的内容不妨碍申请人后续对其陈述中的仲裁相关事项和请求的救济进行增加、补充、修改(根据第 18 条),只要这些事项和救济在仲裁协议范围之内。

第 4 条 对仲裁申请的答辩

4.1 被申请人在收到仲裁申请书之日起 14 日内,应向申请人送达答辩书。答辩书应包含(或连同)以下内容:

(a)对申请人请求的全部或部分内容的确认或否认,包括申请人所依据的仲裁协议。

(b)被申请人的全称和具体联系方式(包括邮寄地址、电话号码、传真号码

和电子邮箱地址);若有,还包括其法定代表人的相关信息。

(c)对争议性质和情况的简要阐述,以及被申请人对申请请求提出的答辩,包括对仲裁任何一方当事人提出的反请求,说明所请求的救济,包括可量化的反请求总额;若可能,包括对其他反请求金钱价值的估值。

(d)对仲裁申请书中内容发表的意见,或被申请人对关于仲裁的事项想要提出的请求(如仲裁员的人数、适用的法律规则、仲裁语言、仲裁地)。

(e)除非当事人另有约定,若仲裁协议约定三名仲裁员仲裁,仲裁答辩书中应指定一名仲裁员;若仲裁协议约定一名独任仲裁员,答辩书中应记明同意申请人提名的仲裁员或提出相反的提议。

(f)确认答辩的副本和任何文件已同时送达给其他当事人,指明送达的方式和日期,并随后或尽快向立案登记人员出示符合要求的文件证据证明实际送达(包括送达日期)。

(g)确认反请求的申请费已经支付。

4.2 答辩书还应包括第17.1条中所指答辩书和反请求书。

4.3 为避免疑虑,答辩书的内容不限制被申请人后续对其陈述中的仲裁相关事实和请求的救济进行增加、补充、修改(根据第18条),只要此事实和救济在仲裁协议范围之内。

第三章 合并仲裁

第5条 合并机制

5.1 经当事人一方请求(“合并请求”),且在询问当事人和已确认的仲裁员意见之后,在下列情形下,仲裁理事会应当有权力(但不是必须)合并两个或更多根据本规则进行的尚未作出裁决的仲裁案件:

(a)各方当事人同意合并的,或;

(b)各项仲裁请求皆依据同一仲裁协议而提出的。

5.2 提出合并请求的当事人应向其他当事人及已确认的仲裁员发送合并请求书的副本。

5.3 在决定是否合并时,仲裁理事会应考虑案件的所有情形。相关因素包括但不限于,是否已有一名或者更多仲裁员在超过一个仲裁案件中被指定或确认;若是,被确认的仲裁员是否为同一人。仲裁理事会应尽力在收到合并请求之日起 14 日内作出决定。

5.4 仲裁理事会决定合并两个及以上案件时,各仲裁案件应被合并到最先开始的仲裁案件中,除非考虑到案件情形当事人另有约定或仲裁委员会另有决定。仲裁委员会主席应向各仲裁案件的当事人及已确认的仲裁员提供仲裁委员会决定的副本。

5.5 合并两个及以上案件,不得损害本国法院、其他司法机关、仲裁庭对合并前相关仲裁已采取措施或已作出决定的效力。

5.6 仲裁理事会决定合并两个及以上案件时,各仲裁案件的当事人应被视为放弃仲裁协议或其他文件中明确赋予的指定一名仲裁员的权利,且仲裁理事会可撤回对仲裁员已经作出的指定或确认。在此情形下,仲裁理事会可就合并程序指定仲裁庭。

5.7 上述第 5.6 条所指撤回对仲裁员的指定,不得影响:

- (a) 撤回指定前仲裁员已采取措施或已作出决定的效力;
- (b) 根据费用表仲裁员就其费用和开支应受偿的权利;
- (c) 为了适用时效限制,作出任何请求或答辩的日期。

5.8 仲裁理事会就合并事项作出的决定是终局的,对当事人具有约束力。

5.9 在作出合并决定之后,MCIA 可以在合适的情况下适当调整管理费用和仲裁庭费用。

第四章 仲 裁 庭

第 6 条 独立性、公正性与可适用性

6.1 各仲裁员在根据本规则仲裁时,应始终保持独立性和公正性,无论是否被一方当事人指定都不得成为其代理人。无论是被指定前还是被指定后,仲裁员都不得向当事人提供建议,也不得就争议事实或结果发表意见。

6.2 在指定或确认前,预选的仲裁员需签署一份关于按 MCIA 规定的形式接受选任、参加仲裁、保证公正性和独立性的声明。在声明中,预选仲裁员必须披露可能对其公正性或独立性引起合理怀疑的事实和情形。

6.3 仲裁员应立即向当事人、其他仲裁员(及立案登记人员)披露在仲裁任何时候发生的可能对其公正性或独立性引起合理怀疑的情形。

6.4 当事人及其代理人在任何时候都不得就案件与指定仲裁员候选人进行单方沟通交流,除非其向候选人告知争议一般性质和预期的程序,讨论候选人涉及当事人的资质、可参加性或独立性,或当当事人及其选任的仲裁员要参加选任时,讨论候选人被选任为第三名仲裁员的适当性。

6.5 当事人及其代理人在任何时候都不得就案件与曾经指定过的仲裁员进行单方沟通交流。

第7条 仲裁员的指定和确认

7.1 除非当事人另有约定,或立案登记人员在充分考虑当事人的各类建议、争议的复杂性、争议数额及争议其他相关情形之后,认为争议需要指定三名仲裁员的,否则仲裁案件应指定一名独任仲裁员。

7.2 若当事人已经约定仲裁员由一方或多方当事人指定,或由包括已经指定的仲裁员在内的第三人指定的,则该约定被视为本规则下指定仲裁员的协议。

7.3 仲裁理事会有权单方指定仲裁员。在所有案件中,当事人或第三人指定的仲裁员都从属于仲裁委员会自由裁量的指定。

7.4 在按照本规则指定仲裁员时,仲裁理事会应适当考虑交易的性质、争议的性质与情形、当事人的国籍、所在地、语言、当事人数量(如果当事人超过两方)。对当事人约定要求的仲裁员的资质要进一步审核,此举是为了确保指定一名独立、公正且合适的仲裁员进行仲裁。仲裁理事会也应考虑仲裁员是否有充足的时间、可参加且有能力以适于仲裁的迅速且有效的方式仲裁案件。

7.5 若当事人对仲裁员的资质已经约定,则仲裁员应被认为满足此约定,除非一方当事人在收到另一方当事人指定仲裁员通知14日内主张仲裁员不符

合资质要求。在此情形下,将适用本规则第 10 条、第 11 条关于对仲裁员的异议与更换仲裁员的规定。

7.6 仲裁理事会可指定任何一名由当事人已经选定荐举的仲裁员。仲裁委员会应尽快指定仲裁员。仲裁委员会在本规则下作出的指定仲裁员的决定是终局的且对当事人具有约束力。

7.7 指定仲裁员的期限由立案登记人员依照本规则和届时有效的实施细则或当事人的约定安排。

7.8 本规则不妨碍争议或仲裁协议的当事人在临时仲裁中将 MCIA 作为指定机构[在根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(《UNCITRAL 仲裁规则》)或在上述第 1.1 条范围之外进行的仲裁案件中],此类仲裁不受本规则条款约束。在此情形下,仲裁理事会可根据当事人的约定作为指定机构进行自由裁量。当事人要求指定的,应根据要求指定时正在施行的费用表支付指定费用。

第 8 条 独任仲裁员

8.1 若要指定一名独任仲裁员,各当事人可向其他当事人提议一名或多名候选人,其中之一将被指定为独任仲裁员。若当事人就指定独任仲裁员达成协议,则应适用第 7.3 条。

8.2 根据第 8.3 条,若在收到立案登记人员仲裁申请书 21 日内或以当事人约定的其他形式,当事人未就指定独任仲裁员达成一致,或在任何时候经当事人一方请求,理事会应尽快指定仲裁员。

8.3 若仲裁多于两方当事人,且要指定一名仲裁员时,所有当事人应就仲裁员达成一致。在收到立案登记人员仲裁申请书 28 日内或当事人约定期间内或立案登记人员规定时限内,当事人未达成共同指定的,理事会应指定仲裁员。

第 9 条 三人仲裁员

9.1 若要指定三名仲裁员,则各方当事人应分别指定一名仲裁员。

9.2 除当事人另有约定,根据第 9.3 条,若一方当事人未能在收到另一方当事人指定仲裁员通知 14 日内指定仲裁员,则仲裁理事会应代其指定仲裁员。

9.3 当仲裁中超过两方当事人,且要指定三名仲裁员时,仲裁申请人应共同指定一名仲裁员,被申请人应共同指定一名仲裁员。在收到立案登记人员仲裁申请书28日内或当事人约定期间内或立案登记人员规定时限内,申请人和被申请人未就指定达成一致的,仲裁理事会应指定三名仲裁员,并指定其中一人作为首席仲裁员。

9.4 当要指定三名仲裁员时,在所有案件中首席仲裁员(既非当事人指定,也非当事人指定的人指定,也非第三方当事人指定)都应由仲裁理事会指定。

9.5 当仲裁协议规定首席仲裁员应由当事人或其指定的人或由包括已指定仲裁员在内的第三方当事人指定的,该协议应被视为当事人就仲裁理事会指定首席仲裁员达成的书面协议。

第10条 对仲裁员的异议

10.1 若对仲裁员的公正性和/或独立性存在合理怀疑时,和/或若仲裁员不具备当事人事前约定的资质,和/或若仲裁员从法律上或事实上不能履行其职责,和/或不能按本规则或规定时间内完成其职责的,可对任何仲裁员提出异议。

10.2 当事人对其指定的仲裁员可提出异议,但异议原因只能是其指定仲裁员后知道的。

10.3 根据第7.5条,意图提起异议的当事人应在收到指定被异议仲裁员通知14日内或上述第10.1条情形为当事人所知后,发送异议通知。

10.4 异议通知应交于立案登记人员,并同时发送给另一方当事人、被异议仲裁员、仲裁庭其他成员。异议通知应以书面形式,并说明异议原因。立案登记人员可中止仲裁程序直至异议结束,但并非义务。

10.5 当一方当事人对仲裁员提出异议,另一方当事人可同意异议。被质疑的仲裁员也可自愿退出。但这并不意味着对异议理由的接受。

10.6 在第10.5条规定情形下,根据第11条规定的程序,即使在指定受质疑的仲裁员过程中一方当事人未能行使指定一名仲裁员的权力,一名替代仲

裁判员也将被指定。第 11 条规定时限自收到另一方当事人同意异议通知之日或仲裁员退出之日起开始计算。

10.7 若在收到异议通知 7 日内,另一方当事人不同意异议,且被异议仲裁员也未自愿退出,则仲裁理事会应就异议作出决定。立案登记人员和/或仲裁委员会可要求当事人和仲裁员就异议提出意见,并为此制定时间安排。

10.8 若仲裁理事会支持异议,根据第 11 条规定的程序,一名替代仲裁员将被指定,即使在指定被异议仲裁员过程中一方当事人未能行使权力指定一名仲裁员。第 11 条规定时限自立案登记人员就仲裁理事会的决定通知当事人之日起开始计算。

10.9 若仲裁理事会驳回异议,则仲裁员继续进行仲裁。除非立案登记人员根据第 10.4 条中止仲裁直至仲裁理事会作出决定,否则被异议仲裁员有权继续进行仲裁。

10.10 仲裁理事会可调整异议费用[异议费用属于 MCIA 本规则第 32.6 条(b)款规定的管理费用与开支部分],并且指定费用承担人及具体数额。立案登记人员可根据第 33.3 条要求就异议费用提供保证金,并就缴纳保证金设置期限,逾期未交视为撤回异议。

10.11 仲裁理事会根据本条作出的决定是终局的,且对当事人具有约束力。

第 11 条 仲裁员的更换

11.1 当某一仲裁员死亡或辞职,或仲裁理事会接受了有效异议,或仲裁理事会收到所有当事人要求该仲裁员免职的书面请求的,该仲裁员应被更换。

11.2 当仲裁理事会认为仲裁员在法律上或事实上都不能完成其职责,或此仲裁员(在仲裁理事会看来)不能按照本规则或在规定时限内完成其职责的,在仲裁委员会主动提议下仲裁员应被更换。

11.3 当仲裁理事会在关注特定信息的基础上考虑适用第 11.2 条时,在相关仲裁员、当事人或仲裁庭其他成员有机会在合理期间内就此事发表书面意见之后,仲裁理事会应就此事作出决定。前述意见应发送给当事人及仲裁庭。

11.4 当仲裁员因任何原因被更换时,根据适用于指定被更换仲裁员之规则,一名替代仲裁员应被指定。

11.5 若当事人再次指定仲裁员的机会在14日内(或根据仲裁委员会自由裁量期限更长或更短)不行使,仲裁理事会可(根据本规则或其他规则)视其为弃权。在此之后,仲裁理事会应指定一名替代仲裁员而不再次指定。一旦仲裁庭再次组成,且在要求当事人发表意见之后,仲裁庭应决定是否以及在何种程度上将重新组成仲裁庭之前已经发生的程序再次进行。

11.6 尽管第11.4条有规定,但若在第11.1条和第11.2条情形下独任或首席仲裁员被更换的,除非当事人另有约定,否则此前举行的听证应再次举行。若在三人仲裁庭中其他仲裁员被更换的,经询问当事人,仲裁庭可自行决定前述听证是否再次举行。若仲裁庭已作出了临时或部分的裁决,则与此裁决相关的听证不必再次举行,且此临时或部分的裁决应持续有效。

第五章 加速程序机制

第12条 简易程序

12.1 在完全组成仲裁庭之前,一方当事人可以向立案登记人员书面申请仲裁程序按照本条简易程序进行,当满足下列条件之一时:

(a)申请时争议预计总额不超过或相当于一亿卢比,包括请求、反请求、由此引起的答辩的总额;或

(b)当事人书面约定的。

12.2 在当事人已经根据第12.1条向立案登记人员提出申请时,且主席考虑过当事人观点之后决定仲裁程序应以简易程序进行,则立案登记人员应立即通知当事人仲裁应适用简易程序。主席就适用简易程序的决定是终局的,且对当事人具有约束力。

12.3 简易程序的仲裁应遵循以下程序:

(a)立案登记人员可缩短本规则下时限;

(b)即使仲裁协议有相反约定,案件仍由独任仲裁员仲裁,除非主席另有

决定;

(c)除非当事人约定或仲裁庭决定争议只需根据书面证据作出决断,否则仲裁庭应举行听证来检验各论点的证据和专家证据;

(d)裁决应自仲裁庭组成之日起6个月内作出,除非在特殊情况下,立案登记人员根据第2.5条规定延长时限;

(e)仲裁庭应以总结形式概述作出裁决的理由,除非当事人书面约定不必陈述理由。

第13条 加速组成仲裁庭

13.1 在特殊的紧急案件中,当事人可向仲裁理事会申请快速组成仲裁庭。

13.2 上述申请应以书面形式提交立案登记人员(电子形式优先),同时附上仲裁申请书副本(若是申请人提起)或答辩书副本(若是被申请人提起),并发送给本案所有其他当事人。申请应列明异常紧急、要求快速组成仲裁庭的具体理由。

13.3 在此情形下仲裁理事会应尽快对申请作出决断。若批准申请,为组成仲裁庭之目的,仲裁理事会可缩短仲裁协议下或当事人其他约定中的任何时限。

第六章 临时和紧急救济

第14条 紧急仲裁员

14.1 在特殊的紧急案件中,任何当事人可在仲裁庭组成前书面向立案登记人员申请紧急临时救济。申请应包含(或连同)以下内容,并附上相关证明文件:

(a)简要描述所求救济的性质和情况,及救济紧急的具体理由的一份说明;

(b)当事人有权寻求救济的理由;

(c)证明其他当事人已经收到通知的一份说明,或秉承诚实信用原则通知

其他当事人的步骤的一份说明;和

(d)立案登记人员根据第14.1条为程序所收取之费用已经支付的确认书(申请未交费则视为立案登记人员未收到申请)。

14.2 在此情形下主席应尽快对申请作出决断。若批准申请,则应在立案登记人员收到申请且支付任何要求费用的1个工作日内,指定紧急仲裁员。紧急仲裁员应遵守第6条的要求。

14.3 在接受指定前,预选仲裁员应向立案登记人员披露任何可能对其公正性或独立性引起合理怀疑的事实或情形。任何对紧急仲裁员的异议都应在立案登记人员与当事人沟通指定紧急仲裁员及相关情形披露1个工作日内提出。

14.4 除非所有当事人全部同意,否则紧急仲裁员不得在本争议日后的仲裁中担任仲裁员。

14.5 紧急仲裁员在考虑到程序的性质和提供合理机会听取所有当事人意见的必要性时,可以其认为在当时情形下恰当的方式进行程序。紧急仲裁员可采取电话或视频会议或要求提交书面陈述的方式,替代正式听证。根据本规则,紧急仲裁员享有授予仲裁庭的权力,包括在其管辖范围内进行裁决的权力,以及解决第14条申请下争议的权力(或其部分)。

14.6 紧急仲裁员应就紧急救济申请尽快作出决断。不得迟于其被指定后14日。此期限在例外情形下可由仲裁理事会延长,或由所有当事人书面协议延长。

14.7 紧急仲裁员在其认为必要时有权决定或裁决作出临时救济。其作出的决定或裁决必须以书面形式,并附上简要的理由陈述。该决定或裁决应遵循第30.7条的规定,一旦作出,将具有第30.12条规定裁决之效力。紧急仲裁员有权因正当理由修改或撤回其决定或裁决。

14.8 紧急仲裁员决定或裁决的临时救济应被视为仲裁庭决定或裁决的临时措施。当事人应立即遵循此临时措施,不得延误,且在弃权有效作出的情况下可放弃他们就此临时措施以任何形式向国家法院上诉、再审、求偿的权利。

14.9 仲裁庭组成之后紧急仲裁员将不得进一步行使权力。经任何当事人申请或仲裁庭自行决定,紧急仲裁员所作的决定或裁决可被仲裁庭所作的决定或裁决全部或部分地确认、修改、撤销或撤回。仲裁庭不受紧急仲裁员所述理由之约束。

14.10 紧急救济的决定或裁决以寻求救济之当事人提供适当担保为条件。

14.11 根据第 14 条提出申请的费用分摊,由紧急仲裁员进行最初分配,由仲裁庭依据其职权进行最终分配。

14.12 在考虑到程序本身的紧急情况下,根据第 14 条,本规则应正确适用于该程序。紧急仲裁员应决定如何正确适用本规则。根据第 14.9 条,其作出的决定是终局的且对当事人具有约束力。

第 15 条 临时救济

15.1 经一方当事人请求,仲裁庭可签发其认为恰当的禁令决定或其他临时救济决定。仲裁庭可要求申请临时救济的当事人就其寻求的救济提供适当的担保。

15.2 在准据法允许的情况下,一方当事人可向法院或其他司法机关申请临时或保全救济。仅当仲裁庭无权或不能有效行使救济时,该申请才被允许。仲裁庭组成以后,申请人关于此类措施的申请和决定应立即告知仲裁庭和其他当事人。

第七章 诉 辩

第 16 条 陈述仲裁请求

16.1 除非已经根据第 3.2 条提交,否则申请人应当在仲裁庭根据第 21.2 条举行的第一次程序会议中确定的期间内,向被申请人和仲裁庭发送一份索赔声明,其中需包括以下内容:

- (a) 支持请求的事实陈述;
- (b) 支持请求的法律根据和论证;和
- (c) 请求的救济,以及所有可计量请求的总额。

若仲裁庭在第一次程序会议上要求,则申请人应连同请求书附上支持其请求的证据陈述。

16.2 若申请人在规定时间内未能提交请求书,则仲裁庭可签发终止仲裁程序的决定或作出其他此类恰当的指示,除非被申请人提出反请求或希望仲裁继续进行。

第 17 条 提出答辩和反请求

17.1 除非已经根据第 4.2 条提交,否则被申请人应当在仲裁庭根据第 21.2 条举行的第一次程序会议中确定的期间内,向申请人和仲裁庭发送一份针对请求书的答辩书,包括其依据的事实陈述和法律论点。答辩书还应按照第 16.1 条的要求阐明反请求。

17.2 若仲裁庭在第一次程序会议上要求,则被申请人也应连同答辩书附上支持其答辩与反请求的证据陈述(若有)。

17.3 若有反请求,则申请人应当在根据第 21.2 条举行的第一次程序会议中仲裁庭决定的期间内,向被申请人发送一份针对反请求的答辩书,陈述其答辩,包括但不限于其依据的事实陈述和法律论点。

17.4 若被申请人未能呈交答辩书,或在任何时候任何当事人没能按照仲裁庭要求的方式利用机会陈述案件,仲裁庭可继续进行仲裁。

第 18 条 更改仲裁请求或答辩

18.1 经仲裁庭同意,一方当事人可以修改、补充、变更其仲裁请求、反请求或其他陈述,除非仲裁庭在考虑其所导致的延误或将损害其他当事人利益而认为允许此种变更不适当。但是,当修改请求或反请求超出仲裁协议范围时,不得修改。

18.2 若一方当事人被允许修改其请求或答辩,则立案登记人员可以在适当的时候调整仲裁庭收费和 MCIA 的收费。

第 19 条 补充抗辩

19.1 一方当事人向仲裁庭和立案登记人员提交的所有书状、文档和其他信息都应同时提交给另一方当事人。

19.2 仲裁庭应决定是否要求当事人补充陈述或由其主动陈述。仲裁庭应为此陈述设定时间期限。若有,仲裁庭应进一步限制书面陈述以及书面和口头的证人证言(包括事实证据和专家证据)的长度和范围,以避免重复且集中争议焦点。

19.3 仲裁庭在任何时候,若其认为恰当,可要求当事人在与仲裁庭商议之后,准备一份商议一致的关键争点列表供仲裁庭决断。

第八章 仲裁程序

第20条 管辖权

20.1 在仲裁庭被指定前,若一方当事人否认存在仲裁协议或其效力,或否认 MCIA 管理仲裁案件的权限,立案登记人员应决定是否将此异议提交仲裁理事会。若立案登记人员决定提交,则仲裁理事会应就异议的初步证据是否满足存在本规则项下的仲裁协议作出决定。若仲裁委员会认为不满足,则程序应终止。立案登记人员或仲裁理事会所作出之决定不损害仲裁庭在其管辖范围内作出裁决的权力。

20.2 仲裁庭在其管辖范围内有作出裁决的权力,包括关于仲裁协议存续、终止、有效性的异议。为此,作为合同一部分的仲裁协议应被视为独立于合同其他条款。仲裁庭作出的认为合同无效的决定,并不当然导致仲裁协议无效。

20.3 对仲裁庭无管辖权的抗辩不得迟于答辩书或反请求答辩书提出。一方当事人届时未能提出管辖权异议的,应视为明确放弃管辖异议权。对仲裁庭超出其管辖范围的申请,应在所主张超出管辖范围的事件在仲裁中一发生时就提出。在案件中仲裁庭若认为迟延提出申请有正当理由的,可允许在本规则下迟延提出申请。一方当事人指定或参与指定了仲裁员的事实不妨碍其提出本条所述申请。

20.4 仲裁庭可把第20.3条所指申请作为一个先决问题或裁决中的事实问题,对其作出裁决。

20.5 一方当事人可依据仲裁请求或答辩在准据法允许的范围之内进行抵销。

第21条 程序的进行

21.1 在考虑到争议复杂性及标的金额的情况下,仲裁庭可以按其认为适当的、避免不必要的延误和费用的方式进行仲裁,若此程序能确保公正公平地对待当事人,且向各方当事人提供陈述案件的合理机会。

21.2 在指定所有仲裁员后,仲裁庭应尽快与当事人召开庭前会议(当面或以其他方式),商议在本案中最恰当有效的程序。在此会议中或会议后,仲裁庭应制定接下来进行仲裁将遵循的程序时间表。时间表及其调整都应告知立案登记人员及当事人。

21.3 为确保持续有效的案件管理,在与当事人商议之后,仲裁庭可采取进一步的程序措施或随时修改时间表。经过修改的时间表及决定应告知立案登记人员及当事人。

21.4 除第12.3条(d)款、第30.2条、第31.5条规定外,仲裁庭可延长或缩短本规则项下或仲裁庭指定的时限。

21.5 根据仲裁庭的修订,首席仲裁员可独自作出程序性裁决。

21.6 即使当事人不能或拒绝遵循本规则或仲裁庭的决定或指示,或者不能或拒绝履行部分或临时裁决,或未能出席会议或听证,仲裁庭可继续进行仲裁,且在上述情形下施以其认为恰当的处罚。

21.7 如果案件所适用的准据法要求,则仲裁庭应自其收到组成书面通知之日起12个月内,尽力执行其终局裁决。若仲裁庭明知终局裁决自其收到组成书面通知之日起12个月内无法合理执行,则仲裁庭应立即书面通知当事人要求的仲裁庭执行终局裁决的预估时长,并简述原因。通过同意在本规则下进行仲裁,当事人是明确同意了延长适用法规定下不超过6个月执行裁决的时限,在此情形下仲裁庭认为此延长是必要的。

21.8 本规则下未明确规定的事项,仲裁理事会和仲裁庭应秉承本规则之精神和宗旨执行,且应尽力保证裁决符合仲裁地法律,且具有可执行性。

第 22 条 语言

22.1 除非当事人另有约定,否则仲裁的首要语言应使用仲裁协议所使用的语言,只要与立案登记人员和/或主席的沟通交流及仲裁程序都使用英语未导致当事人不满。

22.2 一旦组成仲裁庭,且除非当事人另有约定,仲裁庭应决定程序使用的语言。

22.3 若书面文件使用的语言不是仲裁的语言,则仲裁庭(若仲裁庭未组成,则立案登记人员)可要求当事人按照仲裁庭(或登记人员)所确定的形式提供译本。

第 23 条 仲裁地和场所

23.1 各方当事人可就仲裁地进行约定。如果不存在此种约定,则仲裁地应为印度孟买。除非仲裁庭考虑案件情形之后,认为其他仲裁地更合适。

23.2 仲裁庭可以其认为方便或恰当的方式在其认为方便或恰当的任何地点举行听证、会议、商议。

第 24 条 法律适用

24.1 仲裁庭应适用当事人指定的适用于争议实体的法律和/或法规。当事人未指定的,仲裁庭应适用其认为恰当的法律和/或法规。

24.2 只有当事人明确授权仲裁庭时,仲裁庭才可以决定作为一名友好调解人或秉承公允善良的原则进行仲裁。

24.3 在所有案件中,仲裁庭应根据合同条款内容进行裁决;若有,还应考虑到其认为与仲裁相关的适用于交易的商业惯例。

第 25 条 证据

25.1 仲裁庭应决定证据的可采性、关联性、实质性和重要性,包括是否适用严格的证据规则。仲裁庭没有义务适用任何证据规则。

25.2 除本规则明确规定的权力外,在不损害仲裁适用法强制性规则的情况下,仲裁庭还应享有以下权力:

(a) 进行仲裁庭认为必要或有利的询问;

(b)命令当事人提供可用于检验的财产或物件;

(c)命令当事人向仲裁庭和其他当事人出示证据以待检验,提供他们所持有、保管、控制且仲裁庭认为与案件相关并对结果至关重要的文件副本;

(d)对任何法律主张或其他特免权作出决断。

第26条 听证会

26.1 除非当事人约定仲裁完全以书面形式进行,或在本规则中有所规定,否则,应任何一方当事人的请求,或仲裁庭如此决定,仲裁庭应举行听证会,以便当事人出示证据和/或就争议事实进行口头陈述,包括但不限于管辖权范围内的任何争议。

26.2 在庭审前,仲裁庭可向当事人发送一份其想要当事人特别关注回答的问题清单。

26.3 仲裁庭应安排会议或听证的日期、时间和地点,并给当事人合理通知。

26.4 若当事人无充分理由缺席庭审,仲裁庭可继续进行仲裁,并可根据之前的陈述和证据作出裁决。

26.5 除非当事人另有约定,否则所有的会议和听证会应私密进行,任何录音、文字记录、文件或其他用到的材料都应保密。

第27条 证人证言

27.1 在开展听证会之前,仲裁庭可要求当事人就证人身份作出通知,包括专家证人、当事人意图用证人证言要证明的主要问题及其与争议的相关性。

27.2 仲裁庭可自由裁量允许、拒绝、限制当事人在听证会上出席提供口头证据。

27.3 仲裁庭可自由决定检验证人的方式,且可指示证人证言以书面形式提交。

27.4 任何提供证据的证人可由当事人、其代表和仲裁庭以仲裁庭规定的形式进行质问。

27.5 在证人出席听证提供证据前,任何当事人或其代表可与证人或潜在

证人(可能由此方当事人出示)进行交谈。

第 28 条 仲裁庭指定的专家

28.1 除非当事人另有约定,否则仲裁庭可以:

(a) 经与当事人协商后,指定一名专家就专门问题以书面形式给出报告;
和

(b) 要求一方当事人给此专家提供相关的信息,或者出示或提供供检验的相关文件、物品、财产。

28.2 任何被指定的专家应向仲裁庭提供书面报告。一旦收到此书面报告,仲裁庭应向当事人提供其副本,并要求当事人就报告提交书面意见。

28.3 除非当事人另有约定,否则若仲裁庭认为有必要,上述专家应在发送书面报告后出席听证。听证会上,当事人有机会质询专家。

第九章 命令和裁决

第 29 条 仲裁庭的命令

除本规则明确规定的权力外,在不损害仲裁适用法强制性规则的情况下,仲裁庭还应享有以下权力:

(a) 责令修正合同,但仅限于修正其认为所有当事人对合同共同所犯之错误,此以合同准据法准许修正为条件;

(b) 责令保全、储存、销售、处置作为争议主要问题一部分的财产或物件;

(c) 当仲裁一方当事人为未支付当事人缴纳了其保证金份额时,仲裁庭可签发要求其支付就仲裁费用未交保证金的裁决;

(d) 指令当事人确保仲裁中的裁决不会因当事人一方挥霍财产而致仲裁裁决无法执行;

(e) 责令当事人以仲裁庭认为合适的方式为法律或其他费用提供担保;

(f) 责令当事人为仲裁争议全部或部分数额提供担保;和

(g) 恰当时,对未明示或暗示在第 16 条至第 18 条项下文书中提及,但明确告知对方当事人且对方当事人有充足机会进行答辩的问题,作出决断。

第30条 裁决的作出

30.1 经与当事人协商,若当事人不需要进一步出示关联和实质性证据或进行陈述,仲裁庭应宣布程序结束。仲裁庭可在作出裁决前,自行决定或经当事人一方申请,重启程序。

30.2 仲裁庭应在仲裁庭宣布程序结束之日起90日内向立案登记人员提交所有裁决草案,除非在特殊情况下,以及后续经仲裁庭申请或经立案登记人员自行决定,立案登记人员延长提交裁决草案的时限。立案登记人员可尽快建议修改裁决草案的形式,并且在不影响仲裁庭裁决自由的情况下,审查裁决实质内容。仲裁庭有权对裁决草案作出其认为合适的修改(若有)。

30.3 终局裁决应在仲裁庭向立案登记人员提交裁决草案之日起30日内执行,除非在特殊情况下,以及后续经仲裁庭和/或经立案登记人员申请或仲裁委员会自行决定,仲裁委员会延长执行期间。

30.4 仲裁庭可在不同时间就不同争议分别作出裁决。

30.5 若仲裁员有合理机会却未能参与作出裁决,则剩下的仲裁员有权在其缺席情况下继续作出裁决。

30.6 当仲裁庭超过一名仲裁员时,仲裁庭应服从大多数人的决议。

30.7 裁决应以书面形式作出,并由仲裁庭签字。除非当事人书面另有约定,否则一份裁决应陈述其所依据的理由,并附上作出的日期和第23.1条项下所指仲裁地。

30.8 裁决可以分成多部分执行。每一部分都是原件。所有的部分共同证明同一份裁决。当有三名仲裁员且他们未在裁决上签字时,裁决中应写明他们没有签字的原因。若仲裁庭中的大多数人在裁决上签字,则此裁决是终局的且对当事人具有约束力,只要所有的仲裁员都被提供了合理的签字机会。

30.9 裁决应发送给立案登记人员,一旦仲裁费用全部结清,立案登记人员会将经验证的裁决副本发送给当事人。

30.10 仲裁庭可按照当事人约定的利率就仲裁中的金额裁决单利或复利,对利率无约定时,按照仲裁庭认为恰当的利率进行裁决,在其认为恰当的期间内。

30.11 在和解的情况下,若当事人要求,仲裁庭可以根据和解作出和解裁决,只要在裁决中写明裁决是经当事人同意作出的。和解裁决不需要包含理由。若当事人没有要求作出和解裁决,当事人应向立案登记人员确认其达成和解。一经支付仲裁费用,仲裁庭应解散,仲裁结束。

30.12 根据第14条和第31条,通过约定在本规则下进行仲裁,当事人承担了立即执行仲裁裁决不得延误的责任,还在弃权有效作出的范围内不可撤回地放弃了向国家法院和司法机关以任何形式上诉、再审及追偿的权力,并且进一步约定裁决是终局的且自其作出之日起对当事人具有约束力。

30.13 MCIA 可出版附有当事人名称及编辑过的识别信息的裁决。

第31条 裁决的更正和补充裁决

31.1 收到裁决30日内,一方当事人可以通过书面形式通知立案登记人员和另一方当事人,要求仲裁庭更正裁决中的计算、书写、印刷或其他相似性质的错误,其他另一方当事人可在收到此通知15日内对此要求发表意见。若仲裁庭认为此要求合理正当,则其应在收到要求30日内作出更正。在原裁决书或独立备忘录上作出的更正,应是裁决的一部分。

31.2 仲裁庭可在裁决作出30日内自行决定对第31.1条规定种类之错误作出更正。

31.3 在收到裁决30日内,一方当事人可以通过书面形式通知立案登记人员和另一方当事人,要求仲裁庭就仲裁程序中提起但在裁决中未处理的请求作出补充裁决。尽管第30.1条有规定,但仲裁庭因决断上述要求之有限目的,可在此情形下重启仲裁程序。另一方当事人可在收到通知后15日内对此要求发表意见。若仲裁庭认为此要求合理正当,则其应在收到要求60日内作出补充裁决。

31.4 在收到裁决30日内,一方当事人可以通过书面形式通知立案登记人员和另一方当事人,要求仲裁庭就仲裁裁决提供一份翻译。另一方当事人可在收到通知后15日内对此要求发表意见。若仲裁庭认为此要求合理正当,则其应在收到要求后30日内提供书面翻译。翻译应为裁决的一部分。

31.5 立案登记人员可延长本条项下的时间期限。

31.6 第30条的规定应以相同方式适用于必要或恰当的涉及变更裁决、提供裁决翻译、作出补充裁决的变化。

第十章 费用和成本

第32条 仲裁费用

32.1 仲裁庭的费用和MCIA的费用应由立案登记人员根据仲裁开始时和仲裁结束时的阶段正在施行的费用表来确定。

32.2 仲裁庭合理的必要的付现开支以及其他的津贴应当根据适用的实施细则受偿。

32.3 经立案登记人员同意,决定仲裁庭费用的替代方法可经当事人协商一致。立案登记人员根据其绝对酌情决定权,对其认为不合适或不恰当的费用提议,立案登记人员不应同意。任何情况下,仲裁庭都无权因出席听证收取任何形式的出场费或固定费用。

32.4 尽管第32.1条有规定,但若在案件的特殊情形下这被认为是必要的,则立案登记人员可决定仲裁庭费用高于或低于适用费用表的数额。

32.5 仲裁庭应在裁决中详细说明仲裁费用的总额。除非当事人另有约定,否则仲裁庭应在裁决中决定当事人之间仲裁费用的分配。

32.6 “仲裁费用”包括:

- (a) 仲裁庭的费用和开支以及紧急仲裁员的费用与开支,在适用情况下;
- (b) MCIA的管理费及开支;和
- (c) 专家意见的费用和其他仲裁庭要求的合理的协助费用。

32.7 仲裁庭有权在其裁决书中责令一方当事人承担另一方所支付的全部或部分的法律或其他费用。

32.8 在对费用做决定时,仲裁庭可以考虑其认为相关的情形,包括各当事人以迅速且节约成本的方式进行仲裁的程度。

第33条 预付仲裁费用

33.1 仲裁庭可决定仲裁费用保证金的数额。除非立案登记人员另有指

定,否则保证金的 50% 由申请人支付,剩下的 50% 由被申请人支付。立案登记人员可决定对请求和反请求分别各自预付费用。

33.2 当请求和反请求的数额在支付到期时无法计量,立案登记人员应就仲裁费用作出一个临时估算数值。该值是在争议的性质和案情的基础上作出的。它可以根据后续获取的信息进行调整。

33.3 立案登记人员可随时指令当事人为其自身利益预付后续已经发生或还未发生的仲裁费用。

33.4 若当事人未能缴纳指定保证金,经与仲裁庭和当事人商议后,立案登记人员可指令仲裁庭暂停工作,并设定一个时间期限,若逾期未交,则相关的请求和反请求被视为撤回,但不影响当事人在其他程序中再次提出相同的请求和反请求。

33.5 当事人对仲裁费用负有连带责任。任何当事人可就请求或反请求支付全部的保证金,若对方当事人未能支付其份额,仲裁庭或立案登记人员可全部或部分暂停工作。若本条项下的预付款或指令的保证金持续全部或部分未支付,经当事人一方申请,仲裁庭可根据第 29(c) 条就仲裁费用未支付的保证金发布裁决。

33.6 若仲裁未经听证就完结,仲裁费用应由立案登记人员最终决定。立案登记人员应考虑案件的所有情形,包括仲裁完结时所处的程序阶段。在最终决定的仲裁费用少于已支付保证金的情形下,退款应按照当事人约定比例退款,无约定时,按照缴纳保证金的相同比例退款。

33.7 所有保证金应缴纳给 MCIA 并由其保管。保证金产生的利息由 MCIA 留存。

第十一章 其他规定

第 34 条 排除和免责

34.1 MICA,包括其主席、仲裁理事会成员、主管、官员、雇员或仲裁员,都不对根据本规则进行的仲裁有关的任何疏忽、作为或不作为向任何人负责,除

非当事人证实这些人员的作为或不作为构成故意的不法行为,且应就该不法行为对当事人承担责任。

34.2 MICA,包括其主席、仲裁理事会成员、主管、官员、雇员或仲裁员,均对本规则下仲裁无任何陈述义务。当事人不得请求由主席、仲裁理事会成员、主管、官员、雇员或仲裁员根据本规则担任仲裁法律程序中的证人。

34.3 若当事人知道或应当知道不遵守本规则、其他程序适用规定下的条款或要求,而不遵守仲裁庭指示,或不遵守关于组成仲裁庭或进行仲裁程序的仲裁协议要求,仍进行仲裁且未及时提出异议的,其应被视为放弃了异议权。

34.4 行为违反第34.1条至第34.3条规定的当事人,应使MCIA,包括其主席、仲裁理事会成员、主管、官员、雇员或仲裁员,免于承担此行为引发或相关的责任。

第35条 保密性

35.1 当事人和仲裁庭在任何时候都应对程序相关事项和裁决保密。仲裁庭的审议意见是保密的。

35.2 未经所有当事人的在先书面同意,当事人和仲裁员不得向第三方披露任何事项,除了:

- (a) 为了向国家管辖法院提出申请执行裁决或对裁决提出异议;
- (b) 根据有管辖权的法院作出的决定或签发的传票;
- (c) 为寻求或执行合法权利或请求;
- (d) 按照对当事人有约束力的国家法律规定当事人披露;
- (e) 按照管理部门或其他机关的请求或要求;
- (f) 经一方当事人申请,并正确通知了对方当事人,仲裁庭作出决定。

35.3 本条中“程序相关事项”是指程序的存续,仲裁程序中的陈述、证据和其他材料,以及程序中另一方当事人出示的所有其他文件、程序中产生的裁决。但排除已在公共领域内的事项。

35.4 若一方当事人违反本条之规定,仲裁庭有权采取恰当的措施,包括对处罚或费用签发决定或裁决。

第 36 条 主席、仲裁理事会和立案登记人员的决定

36.1 根据第 20.1 条,主席、仲裁理事会、立案登记人员就仲裁相关事项作出的决定是终局的,且对当事人和仲裁庭都具有约束力。不得要求主席、仲裁理事会、立案登记人员就其决定提供理由。

36.2 根据第 20.1 条,当事人就主席、仲裁理事会、立案登记人员作出的决定,应被视为放弃向本国法院或其他司法机关上诉及申请再审的权利。

36.3 本规则未明确规定的事项,主席、仲裁理事会、立案登记人员、仲裁庭应按照本规则的精神处理,且应尽力确保公正、迅速和经济的仲裁结果及其可执行性。

36.4 为便于管理本规则下仲裁案件,立案登记人员可随时利用实施细则补充、调整和实施本规则。