

# 商事种新的调粉

**COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION** 



2022/第6期

双月刊(总第16期)

主管单位:中国国际贸易促进委员会

主办单位:中国仲裁法学研究会 中国贸易报社

# 商事种别的调动

#### **COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION**

2022年 第 6 期 / 双月刊 / 总第16期

#### 顾问委员会

主 任 高 燕

副主任 (以姓氏笔画为序)

王利明 王俊峰 王胜明 甘绍宁 黄 进

#### 编委会

主 任 张月姣

副主任 卢鹏起

委 员 (以姓氏笔画为序)

于 毅 于健龙 万 猛 王 轶 王 强 王国华王承杰 王春阁 王贵国 王雪华 车丕照 尹 飞孔庆江 石静霞 龙卫球 卢 松 叶 军 叶金强申卫星 冯 果 刘 超 刘亚军 刘春田 刘晓红刘敬东 杜新丽 李 虎 李仕春 李伟芳 李寿平杨建学 肖永平 何志鹏 沈四宝 宋连斌 初晓年张 伟 张 忠 张志成 张勇健 张振安 张琼平群陆春玮 陈思民 林志炜 周江洪 单文华 聂文慧贾东明 顾 超 徐涤宇 唐功远 彭国元 喻 敏蔡晨风 廖永安 谭 剑 潘剑锋 薛 虹 魏 东Gabrielle Kaufmann-Kohler Matthew Gearing QC

主编 许素亭

副主编 李 薇 陈 建

责任编辑 李 兵沈佩兰 魏 庆 齐 骥 孙保国 马 琛

苏旭辉 刘 纲 洪慧敏 赵芮浩 黄晨亮

印刷 北京市庆全新光印刷有限公司

主管单位 中国国际贸易促进委员会

主办单位 中国仲裁法学研究会 中国贸易报社

出版单位 《中国对外贸易》杂志社

中国贸促会 微信公众号二维码



中国仲裁法学研究会 微信公众号二维码







- 1. 来稿篇幅一般在8000-15000字。
- 2. 来稿请注明作者信息,并附200-300 字中英文摘要、关键词及英文标题。
- 3. 本刊已被CNKI中国知网、北大法宝数据库收录,作者应保证对其作品具有著作权,并不侵犯其他个人或组织的著作权,且系未发表的中文作品。
- 4. 本刊发表稿件不收取任何形式的版 面费、审稿费。
- 5. 投稿&联系邮箱:shangzhong@ccpit.org。

#### 主办单位

#### 中国仲裁法学研究会

联系电话 010-82217975

地 址 北京市西城区桦皮厂胡同2号

国际商会大厦13层

邮 编 100035

#### 中国贸易报社

联系电话 010-84541822

地 址 北京市朝阳区北三环东路静

安西街2号楼

邮 编 100028



中国国际经济贸易仲裁委员会

CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND TRADE ARBITRATION COMMISSION

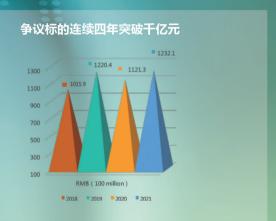
## 国际仲裁的 CHINESE 中国经验 EXPERIENCE IN INTERNATIONAL

### 中国仲裁的 国际品牌 INTERNATIONAL BRAND OF CHINESE ARBITRATION

# 贸仲委被评为全球最受欢迎的 五大仲裁机构之一

—业界权威《2021年国际仲裁调查报告》,英国伦敦玛丽女王大学和美国伟凯律师事务所共同发布 —中国内地仲裁机构首次在全球权威仲裁机构调研报告中跻身前五





#### 国别数实现再增长



#### 示范条款

因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会,按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力。



# 广州仲裁委员会

塑公信、重创新、勇争先、树品牌

打造南沙国际仲裁先行区

2021年案件受理量高居全国首位

打造广州全球互联网仲裁首选地

# 奋力做好六个"一"

#### ▶ 聚焦一个标准

制定发布推广全球首个互联网仲裁"广州标准"

#### ▶ 构建一个机制

首创庭审标准、仲裁庭室、仲裁员名册、服务窗口"四个共享"仲裁协作机制

#### ▶ 办好一个"广州仲裁日"

着力办好每年8月29日"广州仲裁日" 普法宣传推广活动

#### ▶ 打造一个平台

搭建亚太经合组织跨境商事争议 在线解决APEC-ODR平台

#### ▶ 创设一个模式

创设发展3+N为核心的多元化民商事 仲裁"广州模式"

#### ▶ 共建一个学院

联合国内一流院校共建全国首家 粤港澳大湾区国际仲裁学院、共建 华南仲裁创新与法治发展研究院

地址:广州市越秀区沿江中路298号江湾新城C座14楼(案件受理部)

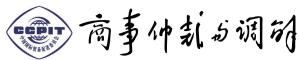
电话: (020) 8328 7919

官方网站 (网上立案): https://www.gzac.org

跨境商事纠纷在线争议解决平台 (ODR): https://odr.gzac.org



### 目录



11月10日出版

2022 年第 6 期 (总第 16 期)

□ 实践研究			
香港法院拒绝执行内地仲裁裁决案例研究	欧阳	婧	5
美国法院证据开示协助制度适用于国际商事仲裁的经验与启示	宋尚	聪	26
他山之石:人工智能辅助仲裁借镜智慧法院建设的"未来仲裁"探索	姚梦	莹	38
- and the decision of the second of the seco			
□ 理论研究			
国际投资仲裁条约解释:价值权衡与规则构建	黄	钰	49
论国际商事仲裁协议的法律适用	郭潇	晗	70
□ 青年学范			
商事仲裁中外商投资企业的"非典型"涉外性扩张	申	田	81
	Т	ш,	01
仲裁司法审查报核程序"外部化"问题及解决路径			
——以 63 份裁判书为分析样本	戴	敏	92
双边投资协定中"涉及征收补偿款"仲裁条款解释分歧的纾解	王亚	萍	106
□ 案例分析			
评 Inmaris Perestroika 航海服务有限公司诉乌克兰仲裁案 ·····	管小	维	119
评 AES Summit 和 AES Tisza 诉匈牙利共和国仲裁案 ·····	刘国	伟	127
国际投资仲裁中最惠国待遇条款的解释方法			
——以"Mesa Power 诉加拿大案"为例·····	仇张	奇	135
评 Crystallex 国际公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国仲裁案 ·····	郑宗	耀	144
上述四起案例均为中国贸负	!会法	律部组	编写

#### **COMMERCIAL ARBITRATION & MEDIATION**

No. 6, 2022 ( Serial No. 16 )

November 10, 2022

Case Study on Hong Kong Courts Refusing
to Enforce Mainland Arbitral Awards · · · · · OUYANG Jing (5)
Experience of U.S. Discovery for Assistance to
International Commercial Arbitration and Its Enlightenment ····· SONG Shangcong (26)
Use for Reference: Artificial Intelligence-assisted Arbitration Explores
the "Future Arbitration" of Smart Court
Construction Through the Mirror
Treaty Interpretation in International Investment Arbitration:
Trade off of Values and Rule Building
The Applicable Law of Arbitration Agreement $\cdots GUO\ Xiaohan\ (\ 70\ )$
The Expansion of "Atypical" Foreign-invested Factor
of Foreign-invested Enterprises in Commercial Arbitration SHEN Tian (81)
The Issue of "Externalization" of the Arbitration Judicial Review
of Reporting Procedure and Its Resolution
— A Sample of 63 Judgments Was Used as an Analysis ····· DAI Min (92)
On the Settlement of Disputes on the Interpretation
of the Arbitration Clause "Involving the Levy of Compensation"
in Bilateral Investment Agreements
Commentary on the Arbitration of Inmaris Perestroika
Navigation Services Co., Ltd. v. Ukraine GUAN Xiaowei (119)
Review of AES Summit Generation Limited AES-TISZA ERÖMÜ KFT v.
The Republic of Hungary LIU Guowei ( 127 )
The Interpretation Method of Most-Favoured-Nation Treatment Clause
in International Investment Arbitration
— The Case of "Mesa Power v. Canada" ······ QIU Zhangqi (135)
Case Review of Crystallex International Corporation v.
Bolivarian Republic of Venezuela ZHENG Zongyao ( 144 )
The above four cases are edited by the Legal Department of CCPIT

# 香港法院拒绝执行内地仲裁裁决案例研究

欧阳婧\*

内容提要 梳理 2010 年至 2021 年香港法院承认与执行仲裁裁决的案例发现,相较于外国及中国香港、澳门、台湾地区仲裁裁决而言,内地仲裁裁决被香港法院以《仲裁条例》第九十五条为依据拒绝执行的数量偏多。理由主要为执行裁决违反公共政策、被执行人因仲裁程序通知瑕疵而可能损害其抗辩权、已过申请执行时效、申请人有重大不披露情形等。分析发现,内地仲裁程序存在问题是裁决被拒绝执行的主要原因。本文从相关案例出发,梳理汇总香港法院拒绝执行理由和裁定思路,重点分析内地仲裁程序问题,在规则层面从确立公平正义与灵活高效兼顾、诚实信用的法理价值导向,完善送达通知程序,防范虚假仲裁等方面提出建议;在实践层面对仲裁庭、仲裁机构提出独立公正、勤勉尽责的要求,以不断完善内地仲裁规则,保障程序公正,让内地仲裁裁决在香港的执行更为顺畅。

关键词 拒绝强制执行裁决 香港法院 内地仲裁裁决 仲裁程序 仲裁规则

仲裁裁决的承认与执行是国际商事仲裁中的核心问题,它关乎纠纷争议的真正解决以及当事人权利义务的最终实现。随着内地与香港经济交往的深入,涉港的内地仲裁案件不断增多,内地仲裁裁决能够在香港得以执行的重要性也日益凸显。但是实践情况显示,内地仲裁裁决在香港被拒绝执行的比重远高于其他地区或国家的仲裁裁决。分析香港法院拒绝执行的原因,进而引发三方面思考:一是两地相互承认与执行仲裁裁决的法律依据是否存在缺憾;二是香港法院是否存在扩大适用条例的问题;三是内地仲裁程序及裁决本身是否存在不规范问题。学界在完善两地执行仲裁裁决的立法以及在约束香港法院援引拒绝执行条文的领域研究颇多,较少关注内地仲裁实践存在的问题。仲裁裁决能否顺利得到执行,关键还在于裁决本身,仲裁程序是否正当往往又影响着裁决的结果。因此,通过分析香港法院拒绝执行内地仲裁裁决的案例,探讨内地仲裁程序的问题与应对,对内地仲裁裁决的顺利执行具有重要意义。

#### 一、问题的提出

2021 年 12 月,香港高等法院原讼法庭颁布"广东顺德展炜商贸有限公司诉新丰木

<sup>\*</sup> 欧阳婧,中山大学司法体制改革研究中心研究人员。

行有限公司案"(以下简称"新丰公司案")判案书,拒绝执行一份由内地仲裁机构做出的仲裁裁决,该案引发了学界的广泛讨论。①案件基本情况如下:

新丰木行有限公司(Sun Fung Timber Company Limited,本案被申请执行人,以下简称"新丰公司")于1989年在香港注册成立。该公司在威灵顿街174-178号的一物业(以下简称"物业")主营木材零售业务,公司的注册办公地址也登记在该物业的地址。ST和 NI 公司是新丰公司的股东,分别持有50%的股份,DL 是 NI 公司的大股东和董事。ST和 DL 是新丰公司仅有的两名董事,在纠纷产生以前,DL 都信任 ST 并将公司的日常事务交由其管理。直至2016年底,ST与 DL 因公司的管理事宜产生分歧。

就在争执发生期间,2017年4月14日,ST以新丰公司的名义与广东顺德展炜商贸有限公司(本案申请执行人,以下简称"展炜公司")签订了一份大理石销售合同(以下简称"案涉合同"),合同约定新丰公司向展炜公司出售大量大理石,总价额高达2.2亿人民币。其后,展炜公司以新丰公司违约为由,于2017年5月15日向湛江仲裁委员会提起仲裁程序。ST代表新丰公司参与了该仲裁程序,双方一致同意适用简易程序,同意新丰公司违约以及承担责任,并接受了调解。仅四天后,即2017年5月19日,湛江仲裁委便作出了仲裁裁决,裁定新丰公司向展炜公司支付人民币5900万元以及相关费用。获得仲裁裁决后,展炜公司依此向香港法院提出强制执行申请,并于2019年6月28日获得准许执行该裁决的执行令。被申请执行人新丰公司不服,以案涉合同无效,没有得到仲裁程序的通知、无法铺陈其论据,执行裁决有悖于公共政策,以及展炜公司在向法院申请许可执行裁决时有重大不披露行为为理由,向香港高等法院原讼法庭申请撤销该执行令。

香港高等法院原讼法庭受理该撤销申请后,总结争议焦点如下:其一,案涉合同是否有效,展炜公司是否有权据此启动仲裁;其二,新丰公司是否获得了本案相关仲裁程序和仲裁裁决的恰当通知;其三,是否可以根据香港《仲裁条例》第95条的规定,拒绝执行有利于展炜公司的仲裁裁决。②

① Guangdong Shunde Zhanwei Trading Company Limited v. Sun Fung Timber Company Limited, HCCT 25/2019, [2021] HKCFI 3823, Court of First Instance (High Court), 2021.

② 《香港法例》第609章《仲裁条例》第95条规定:"拒绝强制执行内地裁决

<sup>(1)</sup>除按本条所述外,不得拒绝强制执行内地裁决。(由 2013 年第7号第17条修订)

<sup>(2)</sup> 如某人属强制执行内地裁决的对象,而该人证明有以下情况,则该裁决的强制执行可遭拒绝——

<sup>(</sup>a)根据适用于有关仲裁协议的一方的法律,该方缺乏某些行为能力;(b)有关仲裁协议根据以下法律属无效——(i)(凡各方使该协议受某法律规限)该法律;或(ii)(如该协议并无显示规限法律)内地法律;(c)该人——(i)并没有获得关于委任仲裁员或关于仲裁程序的恰当通知;或(ii)因其他理由而未能铺陈其论据;(d)除第(4)款另有规定外——(i)该裁决所处理的分歧,并非提交仲裁的条款所预期者,或该项分歧并不属该等条款所指者;或(ii)该裁决包含对在提交仲裁范围以外事宜的决定;(e)有关仲裁当局的组成或仲裁的程序,并非按照——(i)各方的协议所订者;或(ii)(如没有协议)内地法律所订者;或(f)该裁决——(i)对各方尚未具约束力;或(ii)已遭内地的主管当局撤销或暂时中止,或已根据内地的法律撤销或暂时中止。

<sup>(3)</sup>如有以下情况,内地裁决的强制执行亦可遭拒绝——(a)根据香港法律,该裁决所关乎的事宜是不能藉仲裁解决的;或(b)强制执行该裁决,会违反公共政策。(4)如内地裁决除包含对已提交仲裁的事宜作出的决定(仲裁决定)外,亦包含对未有提交仲裁的事宜作出的决定(非相关决定),则该裁决只在它关乎能与非相关决定分开的仲裁决定的范围内,可予强制执行。(由 2013 年第 7 号第 17 条代替)。"

围绕争议焦点,法院审理认为:第一,案涉合同无效,因为根据香港法律规定,董事 只有在代表董事会集体行动时,才有章程规定的权力,"ST 担任董事的事实并没有赋予 他任何实际的、默示的或通常的权力来代表新丰公司签订合同。"③根据在案证据,案涉合 同并非双方惯常商业交易的一部分, ST 不具有签约的默示权限 (implied authority)。<sup>④</sup> 也没有证据表明新丰公司董事会或具有实际权力的人对 ST 作出明确的授权陈述, ST 亦不具有表面权限(apparent authority)。⑤针对新丰公司方提出的"合同是骗局"的指 控,法官认为,结合当事人双方的交易历史、案涉合同特殊的签订时间、合同当事人的履 约能力、多处不同寻常的合同条款以及签订合同后直至导致仲裁作出后的一系列事实, 展炜公司与 ST 之间的交易"并非真诚行事(in good faith)",该合同极大可能是一场骗 局 / 合谋 (sham/collusion)。据此,法官进一步指出, ST 是在未经新丰公司授权的情况 下签订合同,新丰公司根本不是合同当事人,也当然不是仲裁协议的当事方,因此新丰 公司不受仲裁协议的约束。⑥第二,新丰公司没有得到"恰当"通知,从而也无法在仲 裁程序中铺陈其论据。<sup>⑦</sup>ST 无权代表公司接受通知,然而其从未将销售合同、仲裁程序 和仲裁裁决告知公司股东 NI 公司或者公司董事 DL, 反而于 2017 年 5 月 31 日签订了 出售物业(公司注册地址)的协议,且未依法变更公司的注册地址。仲裁通知送达物业 时,公司实际上已不在该地点办公,因此"送达注册办公地址的文件无法引起新丰公司 方的适当注意"。⑧ 仲裁裁决也并没有提及向新丰公司送达仲裁文件的事实、细节或方 式,没有任何证据表明新丰公司其他代表人收到了仲裁通知。最后,法官指出,允许执 行该仲裁裁决着实会令法庭良心不安 (be shocking to the conscience of the court )。仲裁 程序在 ST 与展炜公司的勾结下被滥用 (be misused), 允许执行该仲裁裁决无疑有悖于 香港的公共政策。" ⑤ 综合全案事实与证据后,法官最终依据香港《仲裁条例》第95(2) (b)、95(2)(c)和95(3)(b)条规定,撤销法院于2019年作出的执行令,拒绝执行 该份仲裁裁决。

展炜公司不服,于 2022 年 1 月 12 日以存在法律与证据错误为由向原讼法庭申请准 予对该判决提出上诉。法院审查后认为原判决证据调查结果正当合理,适用法律正确, 上诉理由没有胜诉可能性,故拒绝准予上诉。<sup>⑩</sup>案件结果未发生转变。

从上述"新丰公司案"中我们可以发现,当事人滥用仲裁程序、利害关系人未能参加仲裁程序、仲裁庭在事实证据查明上有所疏漏等事实,都反映出内地仲裁程序现存的

③ Supra note 1, at para.18.

④ Supra note 1, at para.20.

⑤ Supra note 1, at para.24.

<sup>6</sup> Supra note 1, at para.48.

<sup>7</sup> Supra note 1, at para.57.

Supra note 1, at para.53.

<sup>9</sup> Supra note 1, at para.58.

<sup>@</sup> Guangdong Shunde Zhanwei Trading Company Limited v. Sun Fung Timber Company Limited, HCCT 25/2019, [2022] HKCFI 551, Court of First Instance (High Court), 2022, para.12.

漏洞,倘若对此不予以重视以及弥补完善,必将影响内地仲裁裁决的顺利执行,影响当事人权益的实现。

#### 二、内地仲裁裁决在香港承认与执行的立法沿革

#### (一)香港承认与执行内地仲裁裁决的立法变迁

内地与香港相互承认和执行仲裁裁决制度的发展经历了三个不同时期。第一个时期是香港回归祖国以前。这一时期,内地与香港相互承认与执行仲裁裁决主要依据《纽约公约》进行。《纽约公约》,全称为《承认及执行外国仲裁裁决公约》(the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards),于 1958 年 6月 10日在纽约召开的联合国国际商业仲裁会议上签署,是处理外国仲裁裁决的承认和仲裁条款的执行问题的国际公约。1963年,香港首部《仲裁条例》(第 341 章)在英国1950年《仲裁法》的基础上制定完成并颁布实施。<sup>①</sup>英国在1975年加入《纽约公约》后,于1977年4月21日将其延伸适用于香港地区。与此相适应,香港对《仲裁条例》进行修订,吸收《纽约公约》的相关内容,增加第IV部分"公约裁决的执行",确定了香港与其他公约成员之间相互承认与执行仲裁裁决的义务,并对拒绝执行公约裁决的条件作出专门规定。此时,香港承认与执行仲裁裁决的对象主要分为港内仲裁裁决与港外仲裁裁决,<sup>②</sup>其中港外仲裁裁决又包括"公约裁决"以及"非公约裁决"。<sup>③</sup>自中国于1986年加入《纽约公约》以来,内地仲裁裁决在香港被视为"公约裁决"得到了执行。<sup>⑥</sup>

第二个时期是香港回归祖国后至1999年。这一时期,内地仲裁裁决在香港的执行陷入无法可依的尴尬境地。原因在于,此时香港已经回归祖国,不能够适用《纽约公约》的相关规定。例如在1998年"五丰行公司案"(Ng Fung Hong Ltd. v. ABC)中,内地仲裁机构所作出的仲裁裁决因不属于公约裁决、香港本地裁决,更不属于其他外国裁决,而被香港法院不予执行。法律依据的缺失令内地仲裁裁决在香港的执行举步维艰,司法实践的困境亟待立法予以回应。

第三个时期是1999年至今。为打破无法可依的局面,经香港与内地有关机构的不

① 条例和附属立法是香港本土法律的基本组成部分。香港所通过的条例和附属立法以章次排列,全部收录在《香港法例》之中。此处提到的《仲裁条例》(第 341 章)即收录在《香港法例》第 341 章,现行《仲裁条例》(第 609 章)收录在第 609 章中。参见徐静琳:《演进中的香港法》,上海大学出版社 2002 年版,第 216 页。

② 香港《仲裁条例》并未对"本港仲裁裁决"作出定义,但根据在香港适用的《纽约公约》,除在香港以外作出的裁决和依照香港法认为非港内裁决者,即为本港裁决。可以认为,在香港作出的裁决一般是本港裁决,而在香港以外的国家或地区作出的需要在香港执行的裁决被视为港外裁决。参见赵秀文:《香港仲裁制度》,河南人民出版社1997年版,第213页。

③ 公约裁决指在《纽约公约》缔约成员区域内作出的裁决。非公约裁决指在《纽约公约》缔约成员以外的国家或地区 区域内作出的仲裁裁决。

④ 参见罗楚湘:《中国内地与香港仲裁制度之比较——兼论两地相互承认与执行仲裁裁决的有关问题》,载《法学评论》 1999 年第 2 期,第 88 页。

断协商与动议,产生了一套适用于内地与香港相互承认与执行仲裁裁决的新的法律依据——《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》(以下简称《安排》)。《安排》于1999年6月21日由中华人民共和国最高人民法院与香港特别行政区律政司在深圳签署,并由内地与香港分别以公布司法解释以及修订《仲裁条例》的方式予以实施。根据《安排》,香港法院同意执行内地仲裁机构(名单由原国务院法制办公室经国务院港澳事务办公室提供)依据《中华人民共和国仲裁法》所作出的裁决,内地法院同意执行在香港按香港《仲裁条例》所作出的裁决。《安排》的具体内容基本保持了《纽约公约》的原貌,其对于拒绝执行仲裁裁决的条件亦与《纽约公约》的规定一致。相应地,香港于2000年1月13日修订《仲裁条例》,其中增加IIIA部分"内地裁决的强制执行",对内地仲裁裁决在香港执行的程序和条件作出了详细规定,并于第40E条规定了拒绝执行内地裁决的理由。至此,《安排》的相关条款在香港得以具体落实,内地仲裁裁决在香港的执行终于有了明确的指引。

此后,为进一步推进仲裁法的改革,香港颁布新的《仲裁条例》(第609章),并于2011年6月生效。该条例与时俱进,以《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)为基础作出完善,其中,"拒绝强制执行内地裁决"规定于第95条,内容与《安排》相衔接,相较于过去未做更改。《仲裁条例》(第609章)也是香港现行仲裁条例,此后香港所颁布的《仲裁(修订)条例》均是在此基础上进行的修订与完善。2020年11月27日,香港特别行政区政府与最高人民法院签署《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》(以下简称《补充安排》),以进一步完善《安排》并使其与国际仲裁的现行惯例更全面地保持一致。《补充安排》于2021年5月19日香港《2021年仲裁(修订)条例》生效后在两地全面实施,其中对于拒绝执行内地仲裁裁决的相关规定亦未予以变动。

#### (二)香港拒绝执行内地仲裁裁决的现行立法

由香港承认与执行仲裁裁决的立法变迁可以看到,无论是过去的《纽约公约》还是如今的《安排》以及《补充安排》,其内容均是由香港立法机关通过纳入《仲裁条例》转化为自身立法而予以实施。因此,香港《仲裁条例》是其承认与执行仲裁裁决的主要依据。根据香港《仲裁条例》(第609章),"裁决的承认和强制执行"规定于第十部,分为三个分部,分别为"仲裁裁决的强制执行""公约裁决的强制执行"以及"内地裁决的强制执行"。其中,各分部又分别对强制执行的实质条件、程序条件以及拒绝执行的情形作出了具体规定。

根据《仲裁条例》第95条规定,拒绝强制执行内地仲裁裁决的情况主要有两类:第一类应由被申请强制执行一方举证证明裁决应被拒绝执行,根据95(2)条,包括以下几种情形:

第一,仲裁协议一方当事人缺乏行为能力。根据 95(2)(a)条规定,当事人是否具有行为能力,根据对其适用的法律,也即当事人国籍所属国的法律判断。

第二,仲裁协议无效。根据95(2)(b)条规定,仲裁协议的效力,依据当事人约定

适用的准据法进行判断,如无此约定,则依据中国内地法律判断。前述"新丰公司案"即存在仲裁协议无效的情形。

第三,未遵守正当程序。根据 95 (2)(c)条规定,此情形包括被申请人"没有获得关于委任仲裁员或关于仲裁程序的恰当通知"或者"因其他理由而未能铺陈其论据"。<sup>⑤</sup>在实践中,许多仲裁裁决都是因为未给被执行人充分陈述其案情的机会而被拒绝执行,前述"新丰公司案"亦适用了此条款,这暴露出内地仲裁机构的程序问题。

第四,仲裁庭越权处理。根据 95 (2)(d)条规定,此情形是指仲裁裁决处理的争议不在仲裁协议的范围内,或者裁决决定的事项超出仲裁协议范围。但是, 95 (4)条规定了除外情形,即如果内地裁决除了包含对已提交仲裁的事宜作出的决定("仲裁决定")外,还包含对未有提交仲裁的事宜作出的决定("非相关决定"),且"仲裁决定"能与"非相关决定"分开的,该部分"仲裁决定"可予强制执行。

第五,仲裁庭的组成或者仲裁程序不当。根据 95 (2)(e)条规定,若仲裁庭的组成或仲裁的程序不符合当事人之间的协议,或者没有协议的情况下不符合内地法律,所作出的裁决也会被拒绝执行。

第六,仲裁裁决尚未生效或者已被撤销。根据 95(2)(f)条,该裁决在"对各方尚未具约束力"或"已遭内地的主管当局撤销或暂时中止",或"已根据内地的法律撤销或暂时中止"的情况下,会被拒绝执行。

第二类是香港法院依职权进行审查后可以拒绝执行,根据95(3)条规定,有以下两种情形:一是"根据香港法律,该裁决所关乎的事宜是不能藉仲裁解决的";二是"强制执行该裁决,会违反公共政策"。上述"新丰公司案"不但属于第95(2)(b)、第95(2)(c)条情形,还属于此处第二种违反公共政策的情形,这值得我们反思。对于公共政策原则,香港法院通常秉持限制适用的态度,<sup>®</sup>但倘若仲裁程序并非公平公正,其产生的仲裁裁决也必将会面临被拒绝执行的风险。

上述拒绝强制执行内地仲裁裁决的条件与《仲裁条例》第86条"拒绝强制执行仲裁裁决"以及第89条"拒绝强制执行公约裁决"所规定的条件一致。可见,无论是对于本地裁决、公约裁决抑或是内地裁决,香港拒绝执行的法定理由并无差异。那么,在立法规定内容一致的情况下,在司法实践中,各地仲裁裁决被承认与执行的实际情况又是否相同呢?下文对此进一步探讨。

⑤ 《安排》第七条表述为:"被申请人未接到指派仲裁员的适当通知,或者因他故未能陈述意见的。"

⑥ 参见宋连斌:《两岸四地间相互执行仲裁裁决:过去、现在及将来(下)》,载《仲裁研究》2019 年第 1 期,第 45 页。在最高人民法院颁布的"内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决典型案例"中,香港法院案例"高某某诉建毅 控股有限公司及其他案"以及"厦门新景地集团有限公司诉裕景兴业有限公司案"也均表明香港法官不会轻易引用"违反公共政策原则"来拒绝执行内地仲裁裁决。参见最高人民法院网站,https://www.court.gov.cn/zixunxiangqing-275321.html,最后访问时间: 2022 年 4 月 24 日。

#### 三、香港法院拒绝执行内地仲裁裁决的实证分析

本文以香港国际仲裁中心官方网站、香港司法机构网站作为检索平台,检索 2010 年至 2021 年期间仲裁裁决在香港法院执行情况的数据和案例,并进行分析。

#### (一)香港法院拒绝执行仲裁裁决的总体情况

根据香港国际仲裁中心官方网站的统计数据,2010年1月至2021年12月,各国(地区)共有405份仲裁裁决在香港强制执行,其中共有13份仲裁裁决被香港法院拒绝执行。<sup>⑪</sup>此期间仲裁裁决在香港执行的总体情况如图1所示:

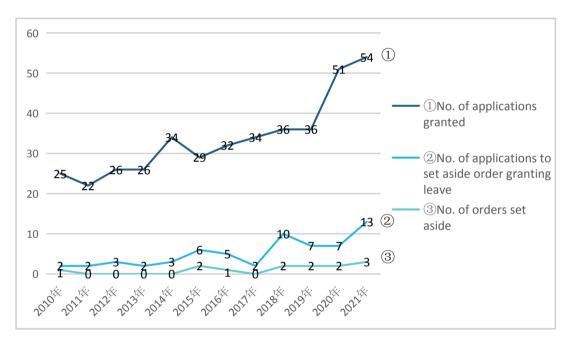


图 1 2010—2021 年各国(地区)仲裁裁决在香港强制执行情况

图 1 中,折线①为裁决被执行的申请数目,折线②为反对执行裁决的申请数目,折线 ③代表法院最终驳回(拒绝)执行裁决的数目。由该图可以看到,绝大部分申请强制执 行的仲裁裁决都会在香港得以执行,只有少数被拒绝执行,这反映出香港法院对执行仲 裁裁决的积极态度。各地仲裁裁决在香港执行情况的具体数据如表 1 所示:

⑩ 参见香港国际仲裁中心—HKIAC 官方网站, https://www.hkiac.org/about-us/statistics/enforcement-awards,最后访问时间: 2022 年 9 月 2 日。

#### 表 1 2010—2021 年各地仲裁裁决在香港执行的具体情况

		裁决被	反对执	拒绝执行裁决的数目				
年份	地区	执行的 申请数	行裁决 的申请 数目	总数目	委任机构名称	与裁决被执 行的申请数 目的比值		
2010年	内地	6	2	1	西安仲裁委员会(Xian Arbitration Commission)	0.17		
	其他地区18	19	0	0		0		
2011—	内地	33	5	0	_	0		
2014年19	其他地区	75	5	0		0		
2015年	内地	8	2	2	广州仲裁委员会(Guangzhou Arbitration Commission)	0.25		
	其他地区	21	4	0	_	0		
	内地	12	1	0		0		
2016年	其他地区	20	4	1	伦敦独任仲裁员(Sole Arbitrator/Arbitrators, London)	0.05		
2017 年	内地	17	1	0	_	0		
2017年	其他地区	17	1	0	_	0		
2018年	内地	14	5	2	广州仲裁委员会(Guangzhou Arbitration Commission)	0.14		
					深圳仲裁委员会(Shenzhen Arbitration Commission)			
	其他地区	22	5	0	_	0		
2019年	内地	19	5	2	广州仲裁委员会(Guangzhou Arbitration Commission)	0.11		
					华南国际经济贸易仲裁委员会 (深圳国际仲裁院)(SCIA)			
	其他地区	17	2	0	_	0		
2020年	内地	17	4	1	华南国际经济贸易仲裁委员会 (深圳国际仲裁院)(SCIA)	0.06		
	其他地区	34	3	1	中华仲裁协会(Chinese Arbitration Association)	0.03		

⑧ 含国外以及中国香港、澳门、台湾地区。

⑲ 这4年间无拒绝执行仲裁裁决案例,故予以简略。

	地区	裁决被 执行的 申请数	反对执 行裁决 的申请 数目	拒绝执行裁决的数目			
年份				总数目	委任机构名称	与裁决被执 行的申请数 目的比值	
2021 年	内地	21	6	2	华南国际经济贸易仲裁委员会 (深圳国际仲裁院)(SCIA)	0.10	
					湛江仲裁委员会(Zhanjiang Arbitration Commission)	0.10	
	其他地区	33	7	1	香港独任仲裁员 (Sole Arbitrator / Arbitrators, Hong Kong )	0.03	
全部	内地	147	31	10	_	0.07	
生可	其他地区	258	31	3	_	0.01	

从以上图表中的数据可以观察到,一方面,在香港申请执行的所有仲裁裁决中,内地仲裁裁决占据很大部分,且绝大多数都能够得到执行。在2010至2021年间,共有405份仲裁裁决在香港获得执行,其中内地仲裁裁决就有147份,占全部裁决的三分之一以上。这反映了随着"一带一路"和"粤港澳大湾区"的建设,内地与香港的经济交流、商贸合作不断深入,仲裁作为一种高效、便捷的纠纷解决方式常被人们所运用,内地向香港申请执行仲裁裁决的需求也相应增大。

但另一方面,我们也应当注意到,在所有被拒绝强制执行的仲裁裁决中,竟有近八成来自内地,对比各地被拒绝执行的裁决数量与被允许执行的裁决数量的比值,内地也远远高于其他地区。

香港一直被誉为"亚洲最友好的仲裁地区",香港法院在执行仲裁裁决的司法审查中也是秉持着倾向于执行的基本态度。除非裁决严重和明显地违反了《仲裁条例》的规定,否则法庭不会轻易干扰仲裁庭的裁决。<sup>20</sup> 但为何内地仲裁裁决相较于其他地区会更多地被拒绝执行? 下面本文将结合 2010 年至 2021 年香港法院拒绝执行内地仲裁裁决案例,梳理法院拒绝执行内地仲裁裁决的裁判理由,分析裁决执行"失败"的问题所在。

#### (二)香港法院拒绝执行内地仲裁裁决的个案分析

上文数据显示,2010年至2021年间,共有10份内地仲裁裁决被香港法院拒绝执行,数量虽不多,但却是其他地区的三倍以上,因此,每一个拒绝执行内地仲裁裁决的案例都具有典型性,值得我们一一深入分析。基于此,笔者结合其中8个能在香港司法机构网站检索得到的具体案例,梳理汇总了内地仲裁裁决被香港法院拒绝执行的法律理由,如表2所示:<sup>②</sup>

⑩ 参见芮安牟:《浅谈香港仲裁法》,陈星楠译,法律出版社 2014 年 8 月版,第 151 页。

② 其中有两个案例经过多渠道查询未能找到香港高等法院判案书原文,分别是 2019 年和 2020 年委任机构为深圳国际 仲裁院的案例。

表 2 香港法院拒绝执行内地仲裁裁决的法律理由

序号	案件 号码 <sup>②</sup>	裁判日期	申请人	被申请人	仲裁裁决 作出机构	香港法院拒绝执行的法律 依据以及主要理由
1	HCCT 41/2010 <sup>(3)</sup>	2010/ 11/08	高某某与谢某某	KEENEYE 控股有限公 司等	西安仲裁委员会	依据《仲裁条例》第95 (3)(b)条,执行仲裁裁 决违反公共政策。
2	HCMP 3202/2013	2015/	有成公司	何某某	广州仲裁 委员会	依据《仲裁条例》第95 (2)(c)条,被申请人未 获得有关仲裁程序的恰当
3	HCMP 3203/2013	04/24	陈某某			通知,未能铺陈其论据。
4	HCCT 47/2017	2018/ 08/13	深圳市霍 尼卡姆机 电设备有 限公司	霍尼卡姆技 术(香港) 有限公司	深圳仲裁委员会	依据《高等法院规则》以 及相关判例,申请人单方 面提出执行令申请时有重 大不披露情形。
5	HCMP 1771/2017	2018/ 10/18	Z	Y	广州仲裁 委员会	依据《仲裁条例》第95(3)(b)条,执行仲裁裁决违 反公共政策。
6	HCMP 571/2019	2019/ 10/24	王某某	魏某某	广州仲裁 委员会	依据《时效条例》第4(1) 条,执行申请已过时效。
7	HCCT 25/2020	2021/ 05/25	A公司	B公司等	深圳国际仲裁院	依据《仲裁条例》第93条(已废止),申请人已在内地申请执行裁决,该程序尚未完成;申请人单方面提出执行令申请时有重大不披露情形。
8	HCCT 25/2019	2021/ 12/29	广东顺德 展炜商 有限公司	新丰木行有限公司	湛江仲裁委员会	依据《仲裁条例》第95 (2)(b)条,第95(2)(c) 条以及第95(3)(b)条。 仲裁协议无效,被申请人未 获得有关仲裁程序的恰当 通知,未能铺陈其论据,执 行仲裁裁决违反公共政策。

② 香港法院 2018 年以后的判案书兼有案件号码与引述案例通用编号,2018 年以前的判案书只有案件号码,为了方便阅读,此处统一使用案件号码进行表述。

② 该案判案书后被上诉法庭撤销,仲裁裁决得以承认与执行,理由主要为: 当事人在仲裁程序不符合规则时没有及时提出异议以及没有实际理由证实仲裁委在调解中存在偏袒。案件号码: CACV 79/2011。

可见,香港法院拒绝执行内地仲裁裁决的法律依据以及主要理由有以下五方面:

第一,依据《仲裁条例》第95(2)(b)条,理由为仲裁协议无效。该条款适用较少,只在"新丰公司案"中作为拒绝执行裁决的依据之一。在该案中,香港法院审查诸多事实与证据,认为新丰公司股东ST无权签订仲裁协议,从而认定新丰公司并非仲裁协议当事方,仲裁协议无效。仲裁委员会在受理仲裁申请时往往只能对仲裁协议作形式审查,管辖的正确与否有时还需要仲裁庭在实质审理中确认,该案反映出内地仲裁庭在事实证据审查方面仍有不严谨之处。

第二,依据《仲裁条例》第95(2)(c)条,理由为未得到有关仲裁程序的恰当通知,未能在仲裁中充分行使辩论权。该理由涉及两个案例,一是"楼外楼房地产咨询有限公司/陈某某诉何某某"一案中(以下简称"何某某案"),仲裁庭向答辩人(被执行人)作为业主登记的地址首次邮寄送达成功后,再次向原地址送达仲裁开庭通知时,答辩人不在该地址,仲裁通知书邮件详情单上写明"不到收,退回原处"并被退回了仲裁委员会,仲裁庭依然作出了裁决。受理执行申请的法官认为,依据《广州仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《广仲仲裁规则》),仲裁开庭通知书被视为已妥当送达被执行人,并作出了执行令;而受理撤销执行令申请的法官认为,案中送达的有效与否不应适用内地规则进行判断,而应适用香港法律。<sup>②</sup>最终法院以被执行人未实际收悉通知,符合《仲裁条例》第95(2)(c)条情形为由而拒绝执行裁决。<sup>③</sup>

"何某某案"首先反映出内地仲裁机构的送达存在瑕疵。香港法院在判断送达是否有效时会考虑当事人是否事实上收到了通知,而不仅是考虑送达是否符合规则,而内地对于前者有欠考量,这有可能会剥夺当事人的辩论权、仲裁参与权。其次,该案件还反映了对"有效送达"的判断法律适用不明确,香港法院判断标准不一的问题。何某某案件经过香港两位法官的审理,两位法官的分歧点主要在于应适用内地的仲裁规则还是应依据《仲裁条例》以及香港判例判断送达的有效性。对此,《安排》等有关法律并未作出规定,法官行使自由裁量权进行判断,可能会导致不同的结果。

另一个案例是前述的"新丰公司案"。该案中,仲裁通知送至新丰公司登记的办公注册地址,由其董事 ST 进行签收。香港法院认为, ST 并未获得新丰公司授权,无权进行仲裁并代为签收送达材料,且材料送达时,该办公场所已经被 ST 出售,无法引起新丰公司其他人员的合理注意,因此属于《仲裁条例》第 95 (2)(c)条情形。该案件一方面体现了当事人恶意变更地址的不诚信行为;另一方面也反映出内地仲裁机构对当事人主体资格审查的疏忽。由于法律体系的不同,香港公司架构亦不同于内地法人,其不设有法定代表人,董事在董事会授权下发挥类似于法定代表人的作用,但又不同于法定代

② Lou Wai Lou Real Estate Consulting Company Limited v. He Zhilan, HCMP 3202/2013, Chen Leiyu v. He Zhilan, HCMP 3203/2013, Court of First Instance (High Court), 2015, para.21. 法官援引 1999 年 Hebei Import & Export Corporation v. Polyteck Engineering Company Limited 案((1999) 2 HKCFAR 111)指出,《纽约公约》将搁置仲裁裁决的程序与强制执行裁决的程序区分开,前者应受裁决作出地法律或者裁决作出所依据的法律规限,后者应受执行地法院法律规限,本案是执行仲裁裁决,故应适用执行地香港的法律——《仲裁条例》。

② Id, at para.24.

表人。内地仲裁规则规定法定代表人有权代表公司接受送达材料,但未规定香港公司董事是否有此权力。内地仲裁机构对香港公司的特殊性缺乏注意。

第三,依据《仲裁条例》第95(3)(b)条,理由为违反公共政策。香港法院多将"公共政策"表述为香港的根本道德与公平正义观念。在"高某某与谢某某诉KEENEYE 控股有限公司等被申请人案"(以下简称"KEENEYE 公司案")中,仲裁庭成员与当事人之间进行单方面沟通(ex parte communication),法院认为这违背香港道德与正义理念,裁决应被拒绝执行;<sup>®</sup>在"Z诉Y案"中,香港法院认为仲裁裁决书没有对被执行人提出的合同存在非法性这一正当且重要的问题进行充分说明,裁决书存在非法性可能,违反香港公平和正义观念以及当事人的合法和合理期望,故拒绝执行裁决;<sup>®</sup>在"新丰公司案"中,法院认为仲裁当事人有欺诈、申通损害被执行人利益,滥用仲裁程序的行为,执行裁决将"冲击法院良心",违反香港公共政策。一方面,公共政策并没有明确概念,是否违反公共政策需要法官行使自由裁量权予以判断,这可能导致该条款被扩大适用的问题。另一方面,上述案例也凸显出内地仲裁过程中缺乏诚信意识,仲裁庭对虚假仲裁疏于防范,仲裁员未确保自身中立性,仲裁裁决书有失规范等问题。

第四,依据《高等法院规则》以及相关判例,理由为申请人在申请执行裁决时有不披露重要事实的情形。根据香港《仲裁条例》第84条和《高等法院规则》第73号命令第10条规定,申请人向法院提出的许可执行仲裁裁决申请属于单方面申请。<sup>®</sup> 在单方申请中,申请人负有充分披露义务,提请法院注意被告可能提出的任何观点,不得隐瞒重要事实,否则任何据此作出的命令都可能被撤销。在"深圳市霍尼卡姆机电设备有限公司诉霍尼卡姆技术(香港)有限公司案"中,申请人未披露其被免去董事以及法定代表人职务的事实,在"A公司诉B公司等被申请人案"中,申请人未披露其此前提起的执行申请曾被内地法院拒绝的事实,均被法院认为是未告知影响执行决定的重要事实。上述案例主要与香港法院的认定以及申请执行过程中的事实有关。

第五,依据《仲裁条例》第93条,理由为不能同时向内地以及香港法院申请执行,<sup>28</sup>或者依据《时效条例》第4(1)(c)条,理由为执行申请已丧失时效。<sup>30</sup>该两项理由实

Gao Haiyan and another v. Keeneye Holdings Limited and another, HCCT 41/2010, Court of First Instance (High Court), 2010, para.16.

<sup>(2)</sup> Z v, Y, HCMP 1771/2017, [2018] HKCFI 2342, Court of First Instance (High Court), 2018, para.14.

② 《香港法例》第4A章《高等法院规则》第73号命令第10(1)条规定:"根据《仲裁条例》强制执行和解协议、裁决、命令、指示或紧急济助(1)申请许可——……可单方面提出,但聆讯该申请的法庭可指示须发出传票。"

② 该规定已由 2021 年第 1 号第 4 条废除。原内容为:"(1)除第(2)款另有规定外,如已在内地作出申请,寻求强制执行某内地裁决,则该裁决不得根据本部强制执行。(2)凡——(a)已在内地作出申请,寻求强制执行某内地裁决;但(b)该裁决并没有藉上述强制执行而完全履行,则在该裁决中尚未藉上述强制执行而完全履行的范围内,该裁决可根据本部强制执行。"

③ 《香港法例》第347章《时效条例》第4条规定:"有关合约及侵权行为的诉讼以及某些其他诉讼的时效(1)以下诉讼,于诉讼因由产生的日期起计满6年后,不得提出——……(c)强制执行某项裁决的诉讼(如有关的愿受仲裁协议并非藉经盖印的文书作出者);……(3)基于盖印文据的诉讼,不得于诉讼因由产生的日期起计满12年后提出:但本款并不影响本条例其他条文已订明较短时效期的诉讼。"

质上都是源于《安排》第二条 "不得同时向内地与香港两地法院申请执行"所存在的漏洞。<sup>③</sup> 在 "王某某诉魏某某案"中,申请人在 2009 年获得内地仲裁裁决后,于同年向内地法院申请执行,直至 2018 年内地法院裁定执行程序结束,申请人转而于 2019 年向香港法院申请执行。而香港法院援引 "CL诉 SCG案"指出,《安排》以及《仲裁条例》等有关法律均未明文规定在内地申请执行的期间不计入执行时限或是暂停计算时限,执行时限自申请人在内地申请执行之时也即 2009 年起计算,持续至 2019 年已经超过六年时效,故裁决不予执行。<sup>③</sup> 在 "A公司诉 B公司等被申请人案"中,法院认为申请人已经向内地法院申请执行裁决,在内地的执行程序尚未终止时,不得向香港法院申请执行该裁决。

《安排》第二条规定是为防止双重追索和执行,但也造成了实践中申请人执行受阻、丧失执行时效的困境,故 2020 年《补充安排》第三条对此作出了修改,<sup>38</sup> 但由于立法具有滞后性,直至 2021 年 5 月《仲裁(修订)条例》生效,第 93 条才被废除,"A 公司诉B 公司等被申请人案"于条例修订前的 2021 年 3 月 17 日作出判决,内地裁决依旧被法院依据原有的第 93 条拒绝执行。

综上所述,从香港法院不予执行的裁判理由可总结出四个方面的问题:其一,内地仲裁机构仲裁程序问题。被拒绝执行的内地仲裁裁决中,近一半以上数量是因仲裁程序、仲裁裁决书本身存在瑕疵而被拒绝执行。譬如仲裁程序中仲裁庭对主体资格、仲裁协议、事实证据的审查有所疏忽,送达不当,对虚假仲裁缺乏防范,仲裁员未尽勤勉义务、有失独立公正,仲裁参与人缺乏诚信意识等等,这种存在程序瑕疵的裁决即便是在内地法院也极大可能被拒绝执行,因此内地仲裁机构必须对程序问题予以重视并进行改革和完善。其二,香港法院的法律适用问题。譬如对于有效送达判断的法律适用尚不明确,对于公共政策的适用较为频繁。其三,《安排》存在缺憾。因立法的滞后性以及立法程序的复杂性,《安排》修订完善后,香港往往未能及时修法吸收相应内容,导致修法期间依然依据旧法判案,这不利于对当事人利益的维护。第四,两地存在法律制度和法律文化差异等跨境因素的影响。比如"KEENEYE公司案"便涉及到两地仲裁——调解制度存在差异的问题。对于后三项问题,一是需要通过完善立法,包括香港法例、内地法律、两地《安排》的修缮,并通过不断总结司法实践经验予以探索解决,二是需要两地法律文化不断交流与融合,还有学者提出要制定粤港澳大湾区统一示范法,建立大湾区多元纠纷解决机制,这些都是长期且需渐进的过程。而就内地仲裁机构尚存的问题,可以通

③ 《安排》第二条规定:"申请人住所地或者财产所在地在内地不同的中级人民法院辖区内的,申请人可以选择其中一个人民法院申请执行裁决,不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。被申请人的住所地或者财产所在地,既在内地又在香港特区的,申请人不得同时分别向两地有关法院提出申请。只有一地法院执行不足以偿还其债务时,才可就不足部分向另一地法院申请执行。两地法院先后执行仲裁裁决的总额,不得超过裁决数额。"

Wang Peiji v. Wei Zhiyong, HCMP571/2019, [2019] HKCFI 2593, Court of First Instance (High Court), 2019, paras.20-26.

③ 《补充安排》第三条规定:"将《安排》第二条第三款修改为:'被申请人在内地和香港特区均有住所地或者可供执行财产的,申请人可以分别向两地法院申请执行。应对方法院要求,两地法院应当相互提供本方执行仲裁裁决的情况。两地法院执行财产的总额,不得超过裁决确定的数额。'"

过完善仲裁规则、规范仲裁程序得以较大地改善,因此,内地仲裁机构的改革与完善应为我们当下解决问题的方向。

#### 四、对内地仲裁程序的反思

#### (一)规则层面

#### 1. 灵活高效与公平正义的问题

仲裁具有灵活性与快捷性的鲜明特点。许多仲裁规则都规定了快速程序或者简易程序,以凸显仲裁程序的效率价值。但是,如果规则的设置过于强调对快速的追求,可能会导致仲裁庭一味追求速度、高效而忽略了实体的公平与正义。<sup>③</sup>典型的如"新丰公司案"中,仲裁庭于5月15日受理案件,仅4天便作出了裁决。<sup>⑤</sup>而根据《湛江仲裁委员会仲裁规则》(以下简称《湛仲仲裁规则》),仲裁庭裁决的作出是符合规定的,因为其中第四十三条规定,双方当事人配合并能调解结案的仲裁案件,不论是以调解书或裁决书的形式出现,仲裁庭都应当即立即办、快速结案,不得以简易程序和普通程序确定的最长时间为结案期限;但当事人另有约定的除外。这一规定以"应当""不得"字眼要求仲裁庭迅速结案。第四十一条第(一)项还规定,在不违反自愿原则的前提下,调解的时间和方式可以灵活安排,不受办案程序的限制。

然而,以这样"快速度""不受程序限制"作出的裁决,却被香港高等法院指出"存在诸多疑点""案涉合同中不同寻常的条款令人严重怀疑交易的真实性",最终执行结果不尽如人意。虽然多数仲裁规则并没有规定类似于《湛仲仲裁规则》第四十一条、第四十三条的条款,但有研究表明,许多仲裁机构的快速审理程序对程序正当、当事人意思自治构成了挑战而遭受诸多质疑。<sup>®</sup> 因此,在仲裁当中,对于简单明了,事实证据清楚的案件而言,及时、高效地审结无可厚非,但是如果过分强调效率,可能会削弱对事实证据审查的严谨和细致程度,从而影响裁决公正性。

对此,各地仲裁机构应当树立公平正义与灵活高效兼顾的价值导向,在仲裁规则中注意对程序公正的保障。例如可以借鉴《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第13.5条规定,要求仲裁庭和当事人应"为所须为",保证仲裁程序公正并且高效地进行。这一规定既强调公正,也顾及了效率,要求仲裁庭在确保公平正义的基础上实现效率。

#### 2. 意思自治与诚实信用的问题

不可否认,仲裁的首要原则是当事人的意思自治。<sup>③</sup> 这是因为仲裁活动必须基于当事人的合意产生,仲裁管辖权的取得、仲裁规则的选定、仲裁事项范围的确定以及适用于

④ 参见冯霞:《涉港澳台区际私法》,中国政法大学出版社 2012 年 11 月版,第 224 页。

<sup>35</sup> Supra note 1, at para.29.

<sup>®</sup> 参见梁庭瑜:《国际商事仲裁快速程序之比较研究》,载《商事仲裁与调解》2021年第4期,第17页。

③ 参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社 1993 年 12 月版,第 611 页。

解决实体争议的法律等等,都由当事人自主进行决定。但正是由于仲裁是双方意思自治处理纠纷的过程,因而很大程度上需要依靠诚信制度来维持。

而"新丰公司案"中当事人隐瞒事实真相、恶意变更送达地址等损害他人合法权益的行为却体现出仲裁程序中诚信的缺失。有学者曾撰文分析我国内地仲裁程序中"滥用仲裁程序"的问题及相关规则,总结了诸多当事人滥用仲裁程序的可能。<sup>®</sup> 究其原因,一方面在于当事人自身思想素质以及仲裁员的业务水平还有待提高;另一方面则在于仲裁规则还应进一步完善。案涉的《湛仲仲裁规则》没有对当事人应诚实信用提出要求,内地许多仲裁机构的仲裁规则亦是如此,这使得仲裁程序缺乏诚实信用原则的必要指引与规范。

如今,诚信原则适用领域广泛、适用范围普遍,在世界各法律体系都发挥作用。<sup>®</sup> 在我国,无论是《民法典》还是《广告法》、《专利法》、《商标法》、《证券法》都有关于诚实信用的规定。<sup>®</sup> 我国《民事诉讼法》第十三条规定,民事诉讼应当遵循诚信原则。我国现行《仲裁法》中虽尚未纳入诚信原则,但在2021年司法部发布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》中亦有了"诚信"的踪影。因此,在诚信原则得到立法层面重视的背景下,各地仲裁机构规则也应贯彻诚信原则。目前一些发展较为成熟的仲裁机构规则已经有所体现,可供其他内地仲裁规则借鉴。

其一,在总则部分规定诚实信用原则。例如《深圳国际仲裁院仲裁规则》(以下简称《深国仲仲裁规则》)第七条、《上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第八条要求当事人在仲裁程序中应诚信合作。《广仲仲裁规则》还将诚实信用原则与自愿原则共同作为仲裁基本原则,分别规定于第八条与第九条。

其二,规定宣誓或者签署保证书程序。例如《深国仲仲裁规则》第四十条规定,当事人、代理人、证人等相关人员在开庭审理时可以就诚实信用和善意合作宣读声明书。《广仲仲裁规则》第三十一条亦规定,必要时仲裁庭可以要求当事人、代理人签署诚实信用保证书,拒绝签署的将被记录在案。

其三,以诚实信用原则规范举证。例如《烟台仲裁委员会仲裁规则》第三十四条规定,在法律无明文规定或依法不能确定举证责任时,仲裁庭可以根据公平原则和诚实信用原则,综合其他因素确定举证责任的承担。《重庆仲裁委员会仲裁规则》亦有类似规定。<sup>④</sup>

<sup>38</sup> Arthur X.Dong, Abuse of Process and Regulation in Commercial Arbitration--A Chinese Perspective, Journal of Arbitration Studies, 2015, Vol.25, pp.91-111.

⑨ 参见曾令良:《论诚信在国际法中的地位和适用》,载《现代法学》2014年第4期,第146-153页。

④ 《中华人民共和国广告法》第五条规定:"广告主、广告经营者、广告发布者从事广告活动,应当遵守法律、法规,诚实信用,公平竞争。"《中华人民共和国专利法》第二十条规定:"申请专利和行使专利权应当遵循诚实信用原则。"《中华人民共和国商标法》第七条规定:"申请注册和使用商标,应当遵循诚实信用原则。"《中华人民共和国证券法》第四条规定:"证券发行、交易活动的当事人具有平等的法律地位,应当遵守自愿、有偿、诚实信用的原则。"

④ 《重庆仲裁委员会仲裁规则》第四十六条规定:"仲裁庭应当坚持公平和诚实信用原则,根据法律的规定或者惯例,合理分配举证责任。"

其四,对不诚信的行为予以惩戒。例如《深国仲仲裁规则》要求当事人及其代理人应确保其所作陈述和提交材料的真实性,否则应承担相应的后果。《广仲仲裁规则》的规定则更明确,如果当事人、代理人存在拒绝签署保证书或有违反所签署保证书的情形,其任何陈述或者证据可能被仲裁庭拒绝采信。《厦门仲裁委员会仲裁规则》还在费用方面对违反诚实信用原则的当事人施以责任。<sup>②</sup>

此外,诚信不仅是当事人的义务,仲裁员、仲裁庭乃至仲裁机构也应当受其约束。例如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015版)》第九条规定将诚实信用原则规范的主体表述为"仲裁参与人",范围进一步扩大。

#### 3. 虚假仲裁的防范问题

考察"新丰公司案"涉及的《湛仲仲裁规则》,仲裁程序之所以被滥用,一方面是缺乏对当事人诚实信用的要求,另一方面还是缺乏相应的防范条款。对此,有些仲裁机构做出了相关防范规定,例如《广仲仲裁规则》第八十条专门对虚假仲裁的防范作出了规定,当仲裁庭认为存在虚假仲裁的合理怀疑时,有依职权调查取证以及要求当事人签署保证书的权力;仲裁庭有权要求当事人声明保证所签署的和解或调解协议真实合法,若存在虚假嫌疑或者可能损害公共社会利益以及他人合法权益的,可以拒绝根据和解或调解协议作出调解书或者裁决书。<sup>⑥</sup>《深国仲仲裁规则》没有防范虚假仲裁的专设条款,不过也对保障和解协议等相关交易的真实性、合法性作出了规定,当仲裁庭对和解协议的真实性、合法性有合理怀疑,或者可能损害公共利益以及案外人权益的,应当驳回当事人关于依据和解协议作出调解书或者裁决书的请求。<sup>④</sup>

目前,内地许多仲裁机构的仲裁机构都尚未有类似规则,为提醒仲裁庭在尊重当事人意愿的同时还要注意防止当事人利用仲裁程序实施不诚信行为,有关规则还有待完善。

#### 4. 送达问题

送达问题是仲裁程序中至关重要的问题。仲裁程序的相关通知能否准确有效送达给当事人,对于保障当事人参与仲裁程序以及享有各项合法程序权利,维护仲裁裁决公信力至关重要。在过去,"未收到仲裁庭的恰当通知或因其他原因未能铺陈其论据"就

② 《厦门仲裁委员会仲裁规则》第五十六条第(二)项规定:"因当事人未遵循诚实信用原则等其他原因导致仲裁程序 迟延、费用增加的,增加的相关费用由有过错的当事人承担。"

⑥《广仲仲裁规则》第八十条第(二)项规定:"仲裁庭在审理过程中发现案件存在虚假仲裁嫌疑的,可以采取依职权调查取证,要求当事人、代理人签署保证书等措施";第(四)项规定:"仲裁委员会或者仲裁庭可以要求当事人作出声明,保证达成的调解协议/和解协议、相关交易的合法性与真实性,承诺不损害案外人利益、公共利益";第(五)项规定:"仲裁庭对调解协议/和解协议的真实性、合法性有合理怀疑,或者认为根据调解协议/和解协议的内容作出调解书或者裁决书有可能损害案外人利益、公共利益的,可以要求当事人进行说明;当事人的说明无法消除仲裁庭合理怀疑的,仲裁庭可以拒绝根据调解协议/和解协议的内容作出调解书或者裁决书。"

④ 《深国仲仲裁规则》第四十九条第(三)项规定:"仲裁院或仲裁庭有权要求当事人作出声明,保证和解协议及相关交易的合法性和真实性,承诺不损害案外人利益或公共利益。仲裁庭对和解协议的合法性、真实性有合理怀疑,或者认为依据和解协议的内容作出裁决书或调解书有可能损害案外人利益或公共利益的,应当驳回当事人关于按照和解协议内容作出裁决书或调解书的请求。"

是在香港执行内地仲裁裁决时导致诉讼最多的条款。每从近十几年的案例来看情况亦是 如此,被申请人多是依据《仲裁条例》第95(2)(c)条申请拒绝执行仲裁裁决。对此, 应进一步完善我国内地与港、澳、台地区之间的仲裁送达制度。有学者指出,对于内地仲 裁裁决在香港强制执行的类型化案件,首先要明确应话用何种法律来判定程序合法性,® 这可以通过修订《安排》或者签订相关区际司法协助协定予以规定,以避免出现"何某 某案"中法官同案不同判的情况: 其次,内地仲裁规则在送达规定的设置上应当考虑当 事人是否实际收悉送达材料。在"何某某案"中,广州仲裁委员会根据其2007年修订 后的第五版《仲裁规则》第73条第10款规定——首次邮寄送达成功后又向同一地址 邮寄的,即便无人签收或拒绝签收也视为已送达,进行了邮寄送达。@ 虽然该案件中仲裁 庭的送达符合仲裁规则,强调了送达效率,但却忽略了当事人是否"实际收悉",内地多 数仲裁规则的送达规定也存在同样问题。《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》第五百三十四条规定,邮寄送达时应附上送达回证。自邮寄之日起 满三个月,若未收到送达的证明文件,且根据各种情况不足以认定已经送达的,视为不能 用邮寄方式送达。该规定强调要对"已经送达"进行确认,我国仲裁法虽未详细规定涉 港、澳、台案件的送达规则,但仲裁规则也可以具体设置相关规定,以确保邮寄送达的实 际性、有效性。

#### (二)实践层面

规则的不完善固然是导致仲裁裁决有"缺陷"的重要原因,但"徒法不足以自行",纵然有十全十美的规则进行约束,要真正维护仲裁中各方当事人的权益,最关键还是要依靠仲裁员、仲裁庭乃至整个仲裁机构能够公平、公正、勤勉、高效地处理案件,保障程序的公正。而目前,内地许多仲裁机构仲裁员尚未能很好地达到这些要求,体现在以下几个方面。

#### 1. 对当事人主体资格的审查问题

当事人的主体资格涉及到仲裁协议是否有效,仲裁程序能否启动,仲裁机构是否有管辖权以及对公司的送达是否恰当等问题。"新丰公司案"中,香港法院经审理发现,全案没有任何证据表明当事人 ST 有新丰公司董事会决议等授权证明,且无论是根据香港法律还是内地法律, ST 都没有任何权力代表新丰公司签订合同,也无权代表公司参与仲裁程序以及接受仲裁通知,仲裁协议因此不具有约束力,最终权限问题成为导致仲裁裁决被拒绝执行的因素之一。然而,仲裁庭却并没有关注到这些疑点,从未质疑过当事人的权限问题。<sup>®</sup>《湛仲仲裁规则》第七条第(六)项规定,湛仲对于仲裁协议进行形式

⑥ 莫世健:《在香港执行内地仲裁裁决的法律问题初探》,载《上海市政法管理干部学院学报》2001 年第 1 期,第 17 页。

⑥ 参见张建:《论香港〈仲裁条例〉视角下的仲裁程序适当通知——兼评香港高等法院杂项 2013 年第 3202/3203 号案》,载《仲裁研究》 2015 年第 2 期,第 49 页。

① 最新《广仲仲裁规则》仍有此规定,第五十七条第(七)项规定:"首次邮寄送达后再向同一地址邮寄,无论是否被签收、被退回,均视为送达。"

<sup>48</sup> Supra note 1, at para.19.

审查,依据表面证据作出有管辖的决定后,并不妨碍湛仲根据仲裁庭在审理过程中发现的新的事实证据而重新作出不一致的管辖权决定。可见,对于仲裁协议的效力,仲裁机构管辖权是否有误,仲裁庭审理过程中的发现和查明有着很大作用。而实践中,由于仲裁机构已经依形式审查作出管辖决定,仲裁员对此往往放松了心态,疏于查究,特别是在双方当事人配合一致、迅速结案的案件,可能难以发现管辖存在问题。

对此,各地仲裁机构可以在对内的仲裁员守则中要求仲裁员加强对仲裁当事人主体资格的审查。有些仲裁机构在庭前事项中便对仲裁庭提出了细致的要求,即仲裁庭应当查明当事人及其他仲裁参与人的到庭情况,核实其主体资格证明。对法定代表人的到庭情况,核实法定代表人的相关证明。当事人委托代理人的,应核实授权委托书及代理人身份,了解委托权限。仲裁庭在审理案件的过程中,也应当充分尽到合理注意义务,避免出现作出仲裁裁决后发现竟不存在仲裁协议这样的尴尬局面。

#### 2. 对仲裁程序与期限的把控问题

仲裁员的勤勉义务要求仲裁员一旦接受指定,应当保证适当的精力和时间的付出,认真审理阅卷,注意对仲裁程序的适当控制。<sup>®</sup> 我国《仲裁法》并没有对仲裁裁决作出的期限作出具体规定,主要交由各地仲裁机构仲裁庭依据仲裁规则作出适当合理的安排。这给予了仲裁庭自由裁量权,得以根据不同案件的具体情况灵活把控程序,但是同时也对仲裁庭提出了较高的要求。一旦仲裁庭未能以合理的方式审理案件,可能会对当事人的权益产生不利影响。

例如在"新丰公司案"中,湛江仲裁委 4 天即作出仲裁裁决,显然不尽合理。从规则角度考察,根据多地仲裁规则可以发现,仲裁程序一般从受理仲裁申请之日开始。此后,要经过送达仲裁通知、提交答辩文件、确定仲裁庭组成、证据提交、辩论、最后陈述、作出裁决以及对裁决书的补充与解释等等多个环节,许多仲裁规则还要求将仲裁裁决书草案提交仲裁院核阅。因此,这样一个较为严谨、完整的仲裁程序,即使是以最快的速度,4 天之内也难以保证质量地完成;从个案的角度来分析,新丰公司案中案涉合同价值高达 2.2 亿元,争议金额达 5900 万元,且具有涉港因素,审理期限还会相应有所延长。

可见,法律规则赋予仲裁庭安排与决定程序的权力,但仲裁庭不能仅因当事人配合一致,就完全顺由当事人的意愿快速结案,而应当充分审查,结合事实与证据合理把控程序,保障程序的公正性。例如,《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第13.1条规定,仲裁庭应当综合考虑各因素来决定采用适当的程序进行仲裁,一方面要避免不必要的延误和费用,另一方面又必须保证各方在该程序中均得到平等对待并且能够得到合理的机会陈述其案。这一规则即体现了仲裁员对程序正义应尽到勤勉义务的要求。

#### 3. 独立公正的问题

在"KEENEYE 公司案"中,仲裁庭在第一次庭审后进入调解程序,仲裁委员会秘书长(由仲裁庭指派)与仲裁庭其中一成员(由申请人选定)作为调解员,在某大酒店

⑩ 参见王琼妮:《关于仲裁员行为规范的探讨》,载《仲裁研究》2005年第2期,第41页。

晚宴上约见与被申请人有关的案外人,要求其劝被申请人接受和解,而最终被申请人未接受和解意见,调解失败,仲裁庭做出被申请人赔偿5000万元人民币的裁决。香港高等法院原讼法庭拒绝执行该仲裁裁决,其认为仲裁程序开始后,不允许庭审成员与当事人之间进行单方面的沟通,否则有违香港的道德和正义理念。虽然该案件经上诉后最终被香港法院承认与执行,但是依然暴露出内地仲裁程序的瑕疵。

一方面,仲裁中的调解程序有失公正。选择工作结束后的晚餐时间、将非正式场合的大酒店作为地点过于随意,调解员也并非当事人双方一致同意指定,且调解内容未充分向当事人披露,这些都足以令人质疑程序的公平公正性。学界对此问题的讨论也不胜枚举,不少学者认为仲裁与调解相结合的模式不能因个案而抛弃,应坚持并完善;有学者指出,我国仲裁缺乏程序性保障和完善的立法框架,仲裁中的调解没有保密性要求,且仲裁员兼有调解员的双重身份,很可能导致偏见。我国仲裁体系应在适当的程序保障下进一步制度化。<sup>®</sup>并且在"一带一路"的背景下,我国应以协调本地实践(调解)和国际期望(仲裁)的方式规范"仲裁——调解"(arb-med),将调解与仲裁分开,以符合国家正当程序标准。<sup>®</sup>

另一方面,仲裁庭成员有违独立公正的职业操守。仲裁庭一旦组成,便独立于当事人,应当遵循自然公正的原则,独立、中立、公正地审理案件。内地仲裁规则基本都确立了独立公正的原则,也体现在程序中的各方面,例如规定仲裁员信息披露义务,要求仲裁员签署保证独立公正仲裁的声明书;在裁决的作出上,要求仲裁员基于事实,依据可适用的法律及公认的法律原则,参考商业惯例,公平合理、独立公正地作出裁决。《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第11条还专门规定了"仲裁员的资格与质疑",包括国籍回避、签署声明书、禁止当事人与仲裁员或被当事人提名的仲裁员进行单方联系,若存在可能对仲裁员公正性或者独立性产生任何不利影响的情形,仲裁员的资格都可被质疑。

"KEENEYE 公司案"中内地仲裁机构的做法违背了香港公共政策,这也给内地仲裁员敲响警钟,应当时刻铭记自身的独立性与公正性,遵守职业操守,谨慎行使权力,否则无论是其自身还是其所作出的裁决都必会遭受质疑。

#### 4. 仲裁裁决书的规范性问题

在"Z诉Y案"中,法院认为仲裁裁决书未对被申请人提出的重要问题进行充分说理,违背当事人合法合理的期望以及公平正义理念,以违反公共政策为由拒绝执行。在"新丰公司案"中,法院亦提到,裁决书并没有提及向新丰公司送达仲裁文件的事实、细节或方式,没有证据表明向新丰公司送达了仲裁通知。<sup>②</sup>可见,仲裁裁决书不仅关涉当事人的重要实体权利,还起到证明仲裁程序合法、合理的作用。而目前,内地仲裁裁决书依

Weixia Gu, The Delicate Art of Med-arb and Its Future Institutionalisation in China, UCLA Pacific Basin Law Journal, 2014, Vol.31:2, pp.97-126.

<sup>(</sup>a) Weixia Gu, Hybrid Dispute Resolution Beyond the Belt and Road: Toward a New Design of Chinese Arb-med(-arb) and Its Global Implications, Washington International Law Journal, 2019, Vol.29:1, pp.117-171.

<sup>52</sup> Supra note 1, at para.54.

然存在着说理不充分、内容不规范的问题,这些都可能导致被拒绝执行的后果。

香港法院在"Z诉Y案"的判词中援引"R诉F案"指出,"香港承认的公平、正当程序和正义的概念的基本内容是,向法庭或仲裁庭提出的关键和重大问题应得到考虑和公平处理。裁决应在合理充分和当事人可理解的范围内说明理由"。<sup>③</sup>《国际商事仲裁示范法》第三十三条规定,裁决应当说明理由。内地多数仲裁机构亦规定,裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的承担和裁决日期、地点等内容。除非当事人约定不写明事实和理由或者裁决是按照双方当事人的和解协议作出。因此,仲裁庭在撰写仲裁裁决中应当注意几个问题:一是重视当事人所提出的重要问题并予以适当说理;二是要以看得见的、能为当事人理解的方式对重要问题进行全面的考虑、判断和决定;三是要说明仲裁庭是如何以及为何对该重要问题作出认定的,充分关注当事人有权期望得到仲裁庭关注的重要问题,保证公正与公平。

同时,仲裁机构还应当发挥对裁决书进行核阅的内部监督作用。目前,尽管我国《仲裁法》中并未明确规定核阅制度的有关内容,但许多内地仲裁机构的仲裁规则都对核阅制度作出了规定,例如,《深国仲仲裁规则》第五十三条规定,仲裁庭应在签署裁决书之前将裁决书草案提交仲裁院核阅,仲裁院可以提出形式上的修改建议,也可以提示仲裁庭注意实体问题,但不影响仲裁庭独立作出裁决。《广仲仲裁规则》第八十四条规定,仲裁庭签发结案文书前,应当提请仲裁委员会对结案文书草案的形式、规范性进行核阅,如果仲裁委员会就核阅发现有关问题提示仲裁庭注意的,仲裁庭应当审慎、充分地考虑仲裁委员会意见,并独立、公正、负责地做出结案文书。中国国际经济贸易仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会、武汉仲裁委员会等亦有相关规定。虽然有学者指出,我国内地仲裁机构的核阅制度尚存在立法缺失、核阅制度主体和内容范围不明确以及核阅程序不清晰等问题,但不可否认的是,核阅制度对于保障仲裁的公正性,维护仲裁的权威性以及公信力,监督仲裁庭、仲裁员等方面起着重要作用。图因此,通过发挥核阅制度的作用,有助于仲裁裁决书的规范化。

#### 结语

由于复杂的历史原因,香港与内地分属于两大不同法域,司法制度难以在短期内实现统一,在香港与内地经济交往合作日益密切的大趋势下,仲裁作为纠纷解决机制尤为重要,而仲裁裁决得到承认与执行又是两地之间仲裁的最终目的,因此,如何促进内地仲裁裁决在香港的顺利执行是其中的重要话题。

如今,在内地与香港两地的不懈努力下,内地仲裁裁决在香港承认与执行的有关法律依据得以明确并不断完善。然而,通过实证研究发现,自2010年到2021年这12年间,

<sup>53</sup> Supra note 27, at para.13.

⑤ 参见杨春平、胡小露:《我国商事仲裁裁决书核阅制度的规范性研究》,载《商事仲裁与调解》2021年第2期,第55页。

内地仲裁裁决被香港法院拒绝执行的数量相较于中国港、澳、台地区以及国外仲裁裁决 更多,占据该地被申请执行总数量的比重更大,这值得我们反思。从具体案例不难看出, 内地仲裁机构的仲裁规则及程序确实存在一些问题,在规则层面,内地许多仲裁机构的 仲裁规则应充分体现对公平正义的保障,在程序设置上贯穿诚信原则,并在虚假仲裁防 范以及送达程序上作出完善;在实践层面,仲裁庭作为仲裁程序的把控者,应尽职勤勉, 始终秉持独立、公正的地位。

香港最高法院在首次拒绝执行一份内地仲裁裁决的判决书中提到,所有国家的法官和仲裁员都难免偶尔地犯一些错误,这些错误可能是无意间发生的,但若发生在仲裁裁决中,就会产生严重的问题,因为受理执行申请的法院往往会基于防止不公的理由拒绝执行该仲裁裁决。因此,内地仲裁机构还需进一步完善仲裁规则,同时保障仲裁程序的正当性,只有这样,仲裁裁决的执行才会更加顺畅,当事人的合法权益才能得到最大限度的维护。

**Abstract:** A review of the cases of recognition and enforcement of arbitral awards by Hong Kong courts from 2010 to 2021 shows that compared with arbitral awards of foreign countries, Hong Kong, Macao and Taiwan, the number of mainland arbitral awards rejected by Hong Kong courts on the basis of Article 95 of the Arbitration Ordinance is higher. The main reasons are that the execution of the award is in violation of public policy, the person subject to enforcement may damage his right of defense due to the defect of notice in the arbitration procedure, the time limit of application for execution has expired, and the applicant has significant circumstances of non-disclosure. By analyzing the reasons for the Hong Kong court's refusal to enforce the award, it is found that the improper arbitration procedure in mainland China is the main reason for the refusal to enforce the award. Based on relevant cases, this thesis summarizes the reasons for Hong Kong's refusal to enforce the ruling and the thinking of the ruling, focusing on the analysis of arbitration procedures in the Mainland. At the level of rules, suggestions are put forward from the aspects of establishing the legal value orientation of efficiency and fairness, honesty and credit, perfecting the procedure of service of notice, and preventing false arbitration. At the practical level, the arbitration tribunal and arbitration institutions should be independent, fair, diligent and responsible, so as to constantly improve the mainland arbitration rules, safeguard procedural fairness and make the implementation of mainland arbitration awards in Hong Kong more smooth.

**Keywords:** refusal of enforcement of mainland awards; Hong Kong Court; mainland arbitration award; the arbitration procedure; rules of arbitration

(责任编辑:刘 纲 外审专家:王千华)

# 美国法院证据开示协助制度适用于国际商事仲裁的经验与启示

宋尚聪\*

内容提要《美国法典》第 28 章第 1782 条规定的证据开示制度为外国法院和当事人在美国获取证据提供了协助。然而,该条第 (a) 款中"以供外国法庭或国际法庭使用"的适用范围是否包括国际商事仲裁庭尚存争议。本文在阐释该证据开示协助条款立法目的的基础上,分析近年来依据该条文申请证据开示协助国际商事仲裁典型案例,并通过对比中国国际经济贸易仲裁委员会的两起仲裁案件,探究美国法院对仲裁庭所作证据开示意见的考量路径,厘清将《美国法典》第 1782 条第 (a) 款适用于国际商事仲裁的利弊,借鉴相关经验,并为完善我国的国际民商事仲裁司法协助制度提供建议。

关键词 证据开示 司法协助 域外取证 美国法典 仲裁程序

#### 一、问题的提出

学者对于何谓"证据开示"并无统一定义。《布莱克法律词典》将其定义为"应一方当事人的请求,强制披露与诉讼相关的信息,通常指原告提起动议以请求披露";<sup>①</sup>根据《牛津法律词典》的定义,证据开示指"民事诉讼的一方披露其所拥有的、保管的或与争议事项有关的文件"。<sup>②</sup>据此可以明确的是,"证据开示"制度的核心在于案件一方当事人向另一方当事人披露案件有关信息。<sup>③</sup>《美国法典》第 28 章第 1782 条(28 U.S.C. § 1782,以下简称"《美国法典》第 1782 条")也被称为"证据开示协助条款",指美国法院为外国法庭或国际法庭及当事人在美国获取有关证据提供协助,包括提供纸质和电子书证及其他证据、口头和书面质询个人和公司代表、获取证人证言等。然而,对于美国法院的证据开示协助制度是否可以在国际商事仲裁中使用的问题,不同法院所持态度并不相同,做法也存在分歧。根据《美国法典》第 1782 条第(a)款的规定,联邦地

<sup>\*</sup> 宋尚聪,华东政法大学国际法学院博士研究生。

① Garner B. A., Black's Law Dictionary (Ninth Edition), St. Paul, Minn.: West, 2009, p.533.

② Elizabeth A. M., Oxford Dictionary of Law (Fifth Edition), United Kingdom: Oxford University Press, 2002, p.153.

③ 雷·沃西·坎贝尔、埃伦·克莱尔·坎贝尔、张凤鸣等:《美国民事诉讼之证据开示制度》,载《中国应用法学》2020年第3期,第195页。

区法院可以根据"外国法庭或国际法庭"出具的调查委托书或者任何利害关系人的申请,命令出现在或居住于其辖区内的任何人对发生在外国法庭或国际法庭包括在正式追诉前所进行的刑事调查程序在内的诉讼给予证言、出示文件或提供其他物证,以供外国法庭或国际法庭使用。<sup>④</sup> 美国不同法院争议的焦点在于,"证据开示协助条款"中的"以供外国法庭或国际法庭使用"(for use in a proceeding in a foreign or international tribunal)是否包括国际商事仲裁庭。

本文通过梳理《美国法典》第 1782 条的立法历史,探究其立法意图,指出该条的目的之一在于提供自由与开放的对外取证协助程序。并以 Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc. 案等典型案例为基础,分析美国不同法院就第 1782 条第(a)款是否涵盖民间国际商事仲裁庭以及对仲裁庭性质考量标准的不同态度,指出《美国法典》第 1782 条第(a)款适用于国际商事仲裁庭虽然有利于境外仲裁案件当事人调取证据,但同时也会产生影响国际商事仲裁的可预测性和效率、不利于国际商事仲裁保密性优势的发挥等问题。对中国来说,一方面可通过借鉴《美国法典》第 1782 条第(a)款完善我国的国际民商事仲裁司法协助制度,提高仲裁国际化程度;另一方面也应结合我国法院相关程序,充分利用《美国法典》第 1782 条第(a)款,以便利我国当事人在境内仲裁程序中利用境外司法程序获取相关证据材料。

#### 二、《美国法典》第1782条旨在提供自由与开放的域外取证协助

《美国法典》第 1782 条的历史可追溯到 1855 年美国国会通过的旨在协助外国法庭或国际法庭的法案。1948 年,国会取消了外国政府是诉讼的一方或与诉讼有利害关系的要求,扩大了此种协助的范围。⑤ 1949 年,国会再次对该法案进行修订,扩大了其适用范围,允许美国法院在所有民事案件中为外国提供司法协助,而不仅仅限于金钱和财产诉讼案件。⑥ 在 1964 年的修正案中,证据的范围被进一步扩大,允许联邦地区法院协助获取文件和其他有形证据及证词;此外,新的修正案用"外国法庭或国际法庭"一词取代原有的"法院"一词,以扩大中立的司法主体,包括准司法和行政主体,并取消了要求外国司法程序处于正在进行状态的要求。⑦

虽然 1964 年修正案对《美国法典》第 1782 条的修订并未解决"用于外国法庭或国际法庭"是否包括国际商事仲裁庭的问题,但从修订历史来看,国会修订该条的目的

<sup>4 28</sup> U.S. Code § 1782 "Assistance to Foreign and International Tribunals and to Litigants before such Tribunals".

<sup>(5)</sup> Hans Smit, American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals: Section 1782 of Title 28 of the USC Revisited, Syracuse Journal of International Law and Commerce, 1998, Vol.25:1, pp.1-20.

Mousa Zalta, Recent Interpretation of 28 U.S.C. § 1782(A) by the Supreme Court in Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.: The Effects on Federal District Courts, Domestic Litigants, and Foreign Tribunals and Litigants, Pace International Law Review, 2005, Vol. 17:2, p.417.

Ryan J. Earl, Tightening Judicial Standards for Granting Foreign Discovery Requests, Brigham Young University Law Review, 1993, Vol.1993:1, p.346.

之一在于提供自由与开放的对外取证协助程序,使美国协助外国法院、国际法庭和诉讼 当事人在美国调取证言和文书证据的国际司法协助制度与程序更加开放包容,便利其在 美国的取证。这一修订也体现出美国在协助外国取证方面自由主义的立法精神。<sup>®</sup> 此外, 美国法院在判决中也曾指出,《美国法典》第 1782 条意在帮助外国法庭并给予尊重,协 助外国法庭获得其可能认为有用的相关案件信息。<sup>⑨</sup>

实际上,《美国联邦仲裁法》第7条就仲裁员传唤证人和强迫出庭作证进行了规定,即仲裁员可以用书面传唤任何人出席作证,并且可以命令提交被认为是案件实质证据的簿册、记录、证件或者文件。如果被传唤作证的人拒绝或者拖延出席,仲裁员全体或者过半数所在地区的美国法院根据请求可以强迫证人出席作证。<sup>⑩</sup>然而,该条的规定仅适用于位于美国境内的仲裁程序,对于美国境外的国际商事仲裁庭,该条无法作为其申请美国法院证据开示协助的依据。因此,《美国法典》第1782条对美国境外国际商事仲裁庭在美国申请调取证据显得更为重要。如果"证据开示协助条款"中的"以供外国法庭或国际法庭使用"可解释为包括国际商事仲裁庭,将为国际商事仲裁案件取证提供便利,增大跨境争议中当事人利用境外司法协助程序获取证据材料的可能性,推动仲裁案件程序的进行。

# 三、美国法院证据开示协助制度能否适用于 国际商事仲裁庭存在争议

影响某一国际商事仲裁庭能否依据《美国法典》第 1782 条在美国调取证据的因素主要包括两个: 首先,《美国法典》第 1782 条第 (a) 款"以供外国法庭或国际法庭使用"的解释是否包括国际商事仲裁庭; 其次,该仲裁庭的性质认定如何,属于国家主办的仲裁庭还是民间国际商事仲裁庭。<sup>①</sup> 当事人向联邦巡回上诉法院上诉的争议焦点也通常集中于此。

#### (一)不同法院对第 1782 条第 (a) 款是否涵盖国际商事仲裁庭态度不一

截至目前,美国联邦最高法院仅于 2004 年在 Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc. 案中审议过一次《美国法典》第 1782 条。在该案的判决中,美国联邦最高法院对《美国法典》第 1782 条的适用条件和法院自由裁量权的考量因素进行了阐释。判决指出,根据该条规定,取得联邦地区法院调取证据的命令需满足三个基本要求: 首先,被申请人居住于或出现在受理申请的法院所在地区; 其次,取证是为了在外国法庭或国际法庭中

⑧ [西]帕德罗马丁内兹・弗拉加:《国际商事仲裁:美国学说发展与证据开示》,蒋小红、谢新胜等译,中国社会科学出版社 2009 年版,第 36 页。

Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241, Supreme Court of the United States, 2004, p.262.

The Federal Arbitration Act (USA) Section 7 "Witnesses before Arbitrators; Fees; Compelling Attendance".

① Steven M. Saraisky, How to Construe Section 1782: A Textual Prescription to Restore the Judge's Discretion, The University of Chicago Law Review, 1994, Vol.61:3, pp.1146-1148.

使用;再次,该申请由外国法庭或国际法庭或有利害关系的当事人提出。在确认该三个基本要求均已满足的情况下,法院即可根据自由裁量权下发是否允许调查取证的命令。此外,美国联邦最高法院列举了四项关于自由裁量权的考量因素,包括:第一,申请调查取证的是否是外国程序中的参与者;第二,外国法庭及程序的性质、该国政府或法院等机构对美国联邦法院司法协助的接受度;第三,该请求是否有意规避美国或外国关于外国法查明等政策的相关限制;第四,所申请的取证是否具有过度侵扰性和带来不必要的负担。

Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc. 案的判决并未就国际商事仲裁庭是否属于"以供外国法庭或国际法庭使用"的问题给出明确结论,美国不同法院在第 1782 条是否涵盖民间国际商事仲裁庭的问题上仍存在分歧。2009 年美国在向海牙国际私法会议常设事务局提交的问卷调查表中指出,Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc. 案后,多个法院认为国际商事仲裁庭属于第 1782 条的适用范围。<sup>②</sup> 例如,美国联邦第四、第六、第九巡回上诉法院认为第 1782 条包括民间性国际商事仲裁机构。联邦第六巡回上诉法院在 Abdul Latif Jameel Transp. Co. v. FedEx Corp. 案中认为第 1782 条第(a)款适用于"商事的、非政府的仲裁,即外国私人之间解决民商事争议的商事仲裁,法院长期用'法庭(tribunal)'指代商事仲裁,且国会立法历史也未明确将商事仲裁排除在本条的适用范围之外"。<sup>③</sup>

然而,美国联邦第二巡回上诉法院和联邦第五巡回上诉法院对此则持保守立场,即联邦第二巡回上诉法院和联邦第五巡回上诉法院认为《美国法典》第1782条第(a)款适用于国际仲裁,但该仲裁仅包括政府的或政府间的仲裁庭,不包括商事仲裁庭。<sup>④</sup> 持上述观点的联邦巡回上诉法院还指出,第1782条第(a)款中的"以供外国法庭或国际法庭使用"应进行限缩解释,仅包括根据外国的实践和程序运作的政府的、行政的或准政府的仲裁庭,而不包括外国私人仲裁。<sup>⑤</sup> 而且第1782条的立法历史也表明国会没有将商事仲裁庭考虑在内,虽然国会1964年对第1782条进行修订的目的包括纳入"各国政府在第二次世界大战后创建单边的、多边的、国际的和新型的行政机构的广泛集合",但该条款"并没有如此广泛地将私人之间解决民商事争议的商事仲裁庭涵盖在内"。<sup>⑥</sup>

Hanwei Guo v. Deutsche Bank Sec. 案 和 HRC-Hainan Holding Company, LLC et. al. v. Yihan Hu, et. al. 案的不同结果凸显出美国不同法院在第 1782 条第(a)款是否包括民间国际商事仲裁方面的巨大分歧。两案均由中国国际经济贸易仲裁委员会(China

Response United States of America to 2008 Evidence Questionnaire, https://assets.hcch.net/upload/wop/2008usa12.pdf, last visited Jan.22, 2022.

<sup>(3)</sup> Abdul Latif Jameel Transp. Co. v. Fedex Corp. (In re Application to Obtain Discovery for Use in Foreign Proceedings), 939 F.3d 710, 6th Cir., 2019, p.2634.

<sup>(4)</sup> National Broadcasting Co., Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc., 165 F.3d 184, 2d Cir., 1999, p.186; Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int'l, 168 F.3d 880, 5th Cir., 1999, p.883.

<sup>(15)</sup> Id

<sup>(</sup>b) In re Storag Etzel GmbH, Civ. No. 19-mc-209-CFC, United States District Court for the District of Delaware, 2020, para.9.

International Economic and Trade Arbitration Commission,以下简称 "CIETAC")裁决,先后向美国联邦地区法院提出第 1782 条第(a)款项下的取证申请,但结果却完全相反。<sup>⑰</sup> Hanwei Guo v. Deutsche Bank Sec. 案中,美国纽约南区法院法官 Jesse Matthew Furman 作出驳回申请人调取证据申请的命令,理由是 CIETAC 系民间仲裁机构,不在第 1782 条第(a)款的适用范围内;联邦第二巡回上诉法院二审维持原判,申请人的取证申请再次被联邦第二巡回上诉法院驳回,理由是法院认为 "外国法庭或国际法庭"仅包括政府仲裁庭或政府间仲裁庭、传统法院和其他国家主持的裁决机构,不包括民间性的仲裁机构。而在 HRC-Hainan Holding Company, LLC et. al. v. Yihan Hu, et. al. 案中,申请人向美国加州北区联邦地区法院申请调取证据以供 CIETAC 的仲裁程序使用。2020 年 1 月 16 日,Thomas S Hixson 法官作出命令,准许案件当事人依照《美国法典》第 1782 条第(a)款提出的调取证据申请。这是 CIETAC 仲裁案件在美申请第 1782 条第(a)款取证首次获得美国法院批准,也是中国仲裁案件在美申请本条款项下取证成功的首例。

后案能够申请取证成功的原因主要在于该案法官认为第 1782 条第(a)款适用于国际商事仲裁庭,无论是文字表面意思还是探寻立法原意,对第 1782 条第(a)款不应作限缩性解释。第 1782 条第(a)款只是允许进行调查取证,并不代表仲裁庭必须接受这些证据,因此不会影响仲裁案件的审理效率。此外,允许取证更有利于帮助仲裁庭得出公正的结论,这也是仲裁不可忽视的价值。法官在考量案件的具体情况时,还纳入了其他考量因素,例如: CIETAC 愿意接受根据第 1782 条第(a)款获得的证据并同意了申请人延期举证申请、根据第 1782 条第(a)款获得证据并未规避 CIETAC 的规定或违反中国的法律、基于关联性必要性协助调取证据后不会造成沉重负担等。

两起案件反映出司法实践中美国不同法院在《美国法典》第 1782 条第 (a) 款是否涵盖民间仲裁庭问题上的态度差异。此外,从两案中美国法院关于 CIETAC 案件申请调取证据的截然相反态度来看,中国仲裁案件欲通过第 1782 条第 (a) 款申请调取位于美国境内的证据、进行证据开示在实践中仍然存在一定的困难。

#### (二)司法实践中仲裁庭性质认定的考量标准尚无定论

在 Hanwei Guo v. Deutsche Bank Sec. 案中,申请人在上诉中关于第 1782 条第(a)款规定的外国法庭涵盖民间性国际商事仲裁的主张被驳回后,进一步主张,即使本款的适用范围不包括民间性的国际商事仲裁,由于 CIETAC 属于中国国家主办性质(a statesponsored adjudicatory body),其仍可构成第 1782 条第(a)款规定的外国法庭。事实上,影响国际商事仲裁庭能否依据《美国法典》第 1782 条第(a)款在美国获得证据开示协助的因素除了在实践中是否适用于民间性的国际商事仲裁庭外,还包括法院对仲裁庭是否具有民间仲裁相关的职能属性的性质判断。

本案中,美国联邦第二巡回上诉法院认为 CIETAC 仲裁庭的运作方式与美国民间仲

⑪ 闫鹏和:《跨境取证新突破——美国法院要求在美自然人、公司和银行提供证据,协助贸仲仲裁和中国法院保全》,载中国金融投资争议解决论坛网, https://www.bizchinalaw.com/archives/37124,最后访问时间: 2022 年 1 月 22 日。

裁庭的运作方式几乎相同,其应定性为民间性国际商事仲裁。加之上文所述第二巡回上诉法院认为《美国法典》第 1782 条第(a)款仅适用于政府的或政府间的仲裁庭,不包括国际商事仲裁庭,故无法依据《美国法典》第 1782 条第(a)款对申请人提供调取证据的协助。虽然 Hanwei Guo v. Deutsche Bank Sec. 案申请人调取证据的申请被拒,但美国法院在本案中判断仲裁庭是否属于民间仲裁庭时的裁量路径仍具有较大的参考价值。<sup>18</sup>

在区分民间国际商事仲裁与国家主办的仲裁时,仅凭单一考量因素无法明确将二者 区分,美国法院往往会对该仲裁庭与国家的隶属程度、政府对裁决结果的干预程度和改 变裁决结果权力的大小、仲裁庭管辖权的来源、仲裁员的选择方式等因素进行综合考量, 以判断有关仲裁庭是否具有民间仲裁相关的职能属性。

首先,考量仲裁庭与国家隶属程度,重点在于判断该仲裁庭受到外国国家或政府间机构内部指导和管理的程度。联邦第二巡回上诉法院认为,CIETAC最初是由中国政府创立的。然而,在"仲裁案件的管理"方面,目前CIETAC基本上独立于中国政府。CIETAC在仲裁期间和之后对所有非参与者保密,限制国家工作人员单方面干预的机会。CIETAC向当事人提供仲裁员的选择范围,这些仲裁员不是由CIETAC以外的任何实体选定的,不代表中国政府行事,也不与中国政府有任何强制性隶属关系。仲裁员往往具有不同的背景、来自不同的国家。综上,CIETAC具有高度的独立性和自主性,与国家的隶属程度较低。

其次,考量政府对裁决结果的干预程度和改变裁决结果权力的大小,比如法院对仲裁司法审查以及在执行和撤销仲裁裁决方面的权力。中国法院对 CIETAC 仲裁进行的有限审查以及政府在执行裁决中的作用不足以使 CIETAC 成为"外国法庭或国际法庭"。依照中国法律执行 CIETAC 的仲裁裁决这一事实并不意味着 CIETAC 仲裁庭就具有了公共实体的性质。

再次,考量仲裁庭管辖权的来源。民间国际商事仲裁庭的管辖权往往来自双方当事人的协议,非经双方当事人同意仲裁庭没有管辖权。然而,国家主办的仲裁庭或法庭往往在一定程度上拥有政府支持的管辖权,即使没有得到另一方的同意,也可以援用这种管辖权。因为 CIETAC 的管辖权来自当事人而非政府授权,故 CIETAC 更类似于民间仲裁。此外,虽然双边投资协定下的仲裁机构可以构成《美国法典》第 1782 条第(a)款项下"外国法庭或国际法庭",但 CIETAC 仲裁管辖权完全来自当事人的协议,而不是来自任何政府的干预或许可得以裁决某些种类的外国投资纠纷。而且 Hanwei Guo v. Deutsche Bank Sec. 案中所涉纠纷发生在两个私人当事方之间,而双边投资协定下的仲裁通常发生在一个私人当事方和一个国家之间。

最后,还需要对仲裁员的选择方式进行考量。当然,该因素并非决定性的,因为国家间仲裁协定同样可能赋予当事各方选择仲裁员的权利。但在 Hanwei Guo v. Deutsche

<sup>(</sup>B) Hanwei Guo v. Deutsche Bank Securities Inc. (In re Guo), No.19-781, 2d Cir., 2020, pp.20-26.

Bank Sec. 案中当事人能够自行选择仲裁员,结合上述考量因素综合评判,法院认为这进一步表明 CIETAC 具有民间仲裁庭的性质。

综上,美国联邦第二巡回上诉法院认为 CIETAC 的运作方式与美国民间仲裁庭的运作方式较为接近。因此,法院将 CIETAC 仲裁定性为民间性国际商事仲裁,依据《美国法典》第 1782 条第(a)款提供调取证据协助的申请故而被拒绝。但笔者认为,必须认识到上述判断标准仅为美国联邦第二巡回上诉法院在判断以仲裁庭为民间商事仲裁庭还是政府仲裁庭或政府间仲裁庭的看法,美国其他法院目前尚未就此问题进行过详细的阐述。在 HRC-Hainan Holding Company, LLC et. al. v. Yihan Hu, et. al. 案中,因为法院接受了美国联邦第六巡回上诉法院的意见,认为第 1782 条第(a)款适用于国际商事仲裁庭,因此也绕开了对如何判断仲裁庭是否为民间商事仲裁庭的论述。

#### 四、美国法院证据开示协助制度适用于国际商事仲裁庭的利弊分析

2021年10月,美国联邦最高法院原计划就 Servotronics Inc. v. Rolls-Royce PLC 案中涉及《美国法典》第1782条第(a)款规定的证据开示协助制度是否适用于与国际商事仲裁有关的证据进行听证。然而,申请人 Servotronics 公司最终在听证前撤回了申请,虽然美国联邦最高法院就此案关于《美国法典》第1782条第(a)款适用范围的最终意见已无从得知,但从作为美国航空制造企业代表的通用航空制造协会(The General Aviation Manufacturers Association, GAMA)和美国航空工业协会(The Aerospace Industries Association of America, Inc., AIA)两家航空航天机构向法院提交的"法庭之友"意见中,仍可对航空器制造商对商事仲裁作为争议解决机制的态度和看法进行解读,并据此进一步分析将美国法院证据开示协助制度适用于国际商事仲裁的利弊之处。<sup>⑤</sup>

#### (一)有利于国际商事仲裁案件当事人调取证据

《美国法典》第 1782 条具有自由、开放的鲜明特点。其既允许外国法院或当事人在美国自愿取证,也允许他们在联邦法院的协助下获取有关证据,外国法院或当事人在美国取证享有充分的自由权。而且,该条给予外国的司法协助是建立在单方面、非互惠的基础之上的。《美国法典》最初起草者之一汉斯·斯密特教授认为"国际司法机构"包含外国仲裁庭。汉斯·斯密特曾指出,法案特意对国际司法机构不作界定,因为起草者希望能够给所有具有司法功能的机构提供协助。<sup>20</sup>

将第 1782 条第(a)款中的"以供外国法庭或国际法庭使用"解释为包括国际商事仲裁庭,将为美国境外的国际商事仲裁案取证提供便利,增大跨境争议中当事人利用

Brief of the General Aviation Manufacturers Association, Inc., and the Aerospace Industries Association as Amici Curiae Supporting Respondents, Servotronics Inc. v. Rolls-Royce PLC, et al., No.20-794, U.S., 2021, pp.3-9.

⑩ 乔雄兵:《外国司法程序在美国取证探析——以〈美国法典〉第1782条为视角》,载《社会科学家》2012年第1期,第109页。

境外司法程序协助搜集证据材料的可能性。证据开示协助制度的适用还有助于增强区域间司法协助和国际司法协助,对于从事跨境业务的当事人来说,有利于其利用境外的司法协助,拓宽搜集证据和财产线索的路径,更有效地化解当事人之间的争议。

#### (二)有利于给予国际商事仲裁庭和案件当事人高度尊重

国际商事仲裁程序的一个基本特点是,仲裁庭对包括证据开示在内的程序进行享有首要的控制权。这一权力通常被仲裁规则所承认。例如 2021 年《国际商会仲裁规则》规定,"为确保有效管理案件,经洽商当事人后,仲裁庭应当采取其认为适当的程序措施,但该等措施不应违反当事人的任何约定"。② 2018 年《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第 22 条规定,"在仲裁过程中,仲裁庭可随时允许或要求当事人提交仲裁庭认为与案件相关并对案件结果有重要影响的文件、附件或其他证据。仲裁庭有权接受或拒绝接受任何文件、附件或其他证据"。② 国际商会(The International Chamber of Commerce, ICC)在 2022 年就 ZF Automotive US, Inc., Gerald Dekker, and Christophe Marnat v. Luxshare, Ltd 案向美国联邦最高法院提交的"法庭之友"意见中也曾指出,国际商事仲裁庭对证据开示拥有首要的权力和控制权,并强调了给予国际商事仲裁庭尊重的重要性。③

在国际商事仲裁案件中,双方当事人同意根据《国际商会仲裁规则》或其他仲裁规则对争议进行仲裁时,除了认可仲裁庭有权解决其争议的实体问题外,还赋予了仲裁庭在程序方面的主导权力,<sup>②</sup>即认可了仲裁庭对包括证据开示在内的程序进行享有首要的控制权。而且,仲裁庭更加熟悉双方当事人的争议,由仲裁庭来判断根据第1782条第(a)款申请开示的证据是否对仲裁案件有用更为恰当。允许证据开示协助制度适用于国际商事仲裁庭不仅是对当事人意思自治原则的贯彻,对当事方的选择给予了尊重并承认其选择的完整效力,也是对国际商事仲裁庭权力的确认和尊重,有利于承认仲裁庭在其仲裁程序中享有管理证据开示的主要权力。

#### (三)影响国际商事仲裁的可预测性和效率

随着国际贸易和投资的蓬勃发展,商事主体对于将仲裁作为争议解决方式的偏好性愈发明显。仲裁是由于诉讼过于僵化而发展出来的更为灵活的替代性纠纷解决方式。⑤与诉讼相比,仲裁通常更具程序效率和成本效益。在国际商事仲裁中,当事人往往协议选择中立且对双方都更为便利的仲裁庭,并根据自身需要变更适用其熟悉的规则和程序。这不仅为当事人提供了可预测性,而且提升了争议解决的效率。在保证当事人合理行使权利的前提下加快仲裁程序的进行、提高仲裁效率,既是纠纷当事人关注的问题,也

② 2021年《国际商会仲裁规则》第22条第2款。

② 2018年《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》第22条第3款。

Brief of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce and the United States Council for International Business as Amici Curiae Supporting Neither Party, ZF Automotive US, Inc., et al., v. Luxshare, Ltd., No.21-401, U.S., 2021, pp.12-16.

② 杜焕芳、李贤森:《国际商事仲裁当事人程序自治边界冲突与平衡》,载《法学评论》2020年第2期,第168页。

添 孙志煜、郑钧洋:《公正与效率:国际商事仲裁调解中立人制度的价值博弈及中国因应》,载《时代法学》2020年第6期,第91页。

是当前国际商事仲裁机构考虑的重点。<sup>®</sup> 而且,与诉讼相比,仲裁可以采用更简单的程序和证据规则,避免双方当事人陷入繁琐的程序中。例如在 Servotronics Inc. v. Rolls-Royce PLC 案等航空航天争议中,航空航天合同的各方当事人通过签订仲裁协议,选择仲裁的方式解决争端,可以避免在不同的、不熟悉的司法管辖区内进行诉讼时遇到的不确定因素。

如果将美国法院证据开示协助制度适用于不公开审理的国际商事仲裁,可能导致案件当事人在美国境内进行不可预测且效率较低的附带诉讼。虽然美国联邦地区法院根据第 1782 条第(a)款享有自由裁量权,但这与当事人约定仲裁、规避诉讼的本意仍然存在冲突。即使联邦地区法院有权决定拒绝或限制一方当事人根据第 1782 条第(a)款提出的协助取证请求,但相对方当事人仍然不得不应付联邦地区法院的诉讼程序。取证和与取证有关的司法程序会花费时间与成本,也可能产生成本损失和时间延误。美国联邦第七巡回上诉法院曾指出:如果将第 1782 条第(a)款适用于国际商事仲裁,那么仲裁案件当事人将会面对比在美国国内仲裁更为繁杂的证据开示程序。

此外,根据第 1782 条第(a)款进行证据开示协助有可能增大法院对仲裁案件的介入程度。商事仲裁系在一国法律授权和监督下开展的诉讼替代机制。仲裁自治会存在一定程度的失灵,当出现仲裁裁决对社会公共利益损害或强行法的违反时,才会允许有关当事人通过司法干预来获得救济。②法院的介入是为了克服"自治失灵",从而更好地实现当事人意思自治,司法干预通过对秩序的维护和公正的获取,保障效率价值的实现。由于仲裁机构不具有强制性的公权力,因此,仲裁当事人或仲裁庭有必要取得法院的支持,以获得超出仲裁员权力而属司法专属管辖范围的决定。③但是,司法权对商事仲裁的干预是有限度的。申请调取证据属于仲裁审理中的干预,此种干预发生在仲裁庭开庭审理后、裁决作出前这一阶段。仲裁审理是仲裁解决纠纷的过程,是实现当事人意思自治和体现仲裁的效率价值的关键,法院此时不应过多介人,否则不仅如上文所述会加重仲裁程序的负担,增加仲裁成本,甚至可能影响仲裁机构行使独立仲裁权。匈如何平衡司法权对仲裁的支持与限度,成为第 1782 条第(a)款适用于国际商事仲裁庭时需要考量的问题之一。

#### (四)不利于国际商事仲裁保密性优势的发挥

保密性是国际商事仲裁的重要特征。仲裁的保密性一般是指在国际商事仲裁中仲裁员、仲裁当事人和其他仲裁的参与人,不得将与国际商事仲裁有关的各种文件资料、当事人提交的各种证据,以及仲裁庭作出的仲裁裁决,向与仲裁无关的第三人披露。<sup>®</sup> 当事人选择国际商事仲裁而非诉讼作为国际商事纠纷解决方式的重要考量因素之一即为争

③ 王承杰主编:《仲裁与法律(2001年合订本)》,法律出版社2002年版,第288页。

② 张晓君:《商事仲裁的司法干预及其路径选择》,载《法律适用》2007年第5期,第82页。

⑧ 朱克鹏:《论国际商事仲裁中的法院干预》,载《法学评论》1995年第4期,第47页。

<sup>29</sup> 张晓君:《司法权对商事仲裁的干预及其限度》,载《河北法学》2006年第4期,第79页。

<sup>30</sup> 张玉卿:《国际商事仲裁保密义务的探索与思考》,载《国际法研究》2016年第4期,第94页。

议解决的保密性。相较于美国诉讼程序,国际商事仲裁的保密性通常更强,其能够避免诉讼的证据开示程序。商事仲裁往往涉及当事人的一系列商业秘密,如合作伙伴名单、营运数据、营运手法、产品设计或技术秘密,如果公开有可能会给相关当事人造成一定的经济损失。以 Servotronics Inc. v. Rolls-Royce PLC 案为例,航空航天争议解决中常常涉及宝贵的专有信息和敏感商业信息,包括复杂技术的设计、研发、制造和使用等。航空航天产业的发展依赖于创新研发,因此,航空航天企业亦十分关注对知识产权的保护。此外,各国政府均重点管控航空航天及其相关技术,将其相关信息界定为受控或管制信息,故该类争议往往牵涉国家安全。在此类纠纷中,当事人往往基于商业利益和国家安全的考量,选择国际商事仲裁所具有的保密性优势,接受有限的证据开示和文件披露规则,以降低专业信息或敏感信息泄露的风险。

试想,若将《美国法典》第1782条第(a)款所规定的证据开示协助适用于国际商事仲裁,将在事实上导致当事人事先明确约定予以保密的仲裁程序被强制公开。这一做法或许会使得当事人的商业秘密或当事人之间的分歧公布于众,<sup>®</sup>从而违背当事人选择在美国境外进行仲裁以避免适用美国的证据开示规则的初衷。通用航空制造协会和美国航空工业协会在"法庭之友"意见中指出,第1782条第(a)款适用于国际商事仲裁将会导致美国境内实体更容易被不受仲裁员控制的证据开示程序所影响,从而可能使仲裁有失公允。

## 五、美国证据开示协助条款适用于国际商事仲裁对中国的启示

虽然将《美国法典》第 1782 条第 (a) 款适用于国际商事仲裁可能存在一定的弊端,但不可否认,该条款对于国际商事仲裁案件当事人调取证据具有促进作用,结合我国国情讲行合理借鉴,一定程度上可产生支持仲裁国际化发展的积极意义。

## (一)借鉴美国证据开示协助条款完善国际商事仲裁司法协助制度

《美国法典》第 1782 条第(a)款对于完善我国的国际商事仲裁司法协助制度具有一定的借鉴意义。仲裁作为基于仲裁当事人合意而产生的、具有民间性和自主性的争议解决方式,公权力的过多介入在某种程度上可能损害仲裁制度的发展;但若没有公权力作为强大后盾,仲裁裁决又将会失去贯彻实施的强制力。<sup>②</sup>《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第 10 条新增了关于"人民法院依法支持和监督仲裁"的规定。当前我国已在部分自由贸易试验区提出提高商事纠纷仲裁国际化程度的要求,例如,2015年《国务院关于印发进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案的通知》中指出要"提高商事纠纷仲裁国际化程度";<sup>③</sup> 2017年《国务院关于印发中国(湖北)

③ 张晓君主编:《国际经济法学(第二版)》,厦门大学出版社 2012 年版,第 294 页。

② 陈福勇:《我国仲裁机构现状实证分析》,载《法学研究》2009年第2期,第95页。

③ 《国务院关于印发进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案的通知》,国发〔2015〕21号,2015年4月8日发布。

自由贸易试验区总体方案的通知》中指出要"对接国际商事争议解决规则,提高商事纠纷仲裁国际化程度";<sup>®</sup> 2019 年《国务院关于印发 6 个新设自由贸易试验区总体方案的通知》中亦提出要"加强国际商事仲裁交流合作,提高商事纠纷仲裁国际化水平"。<sup>®</sup> 2015 年最高人民法院在《最高人民法院为"一带一路"建设提供司法服务和保障的典型案例》中也指出要"推动多元化纠纷解决机制建设、支持仲裁国际化、提升仲裁公信力"。<sup>®</sup> 我国可考虑参考《美国法典》第 1782 条第(a)款的规定,在立足中国国情、确保中华人民共和国主权的前提下,借鉴第 1782 条第(a)款规定的为国际商事仲裁提供调取证据协助的机制,尊重国际商事仲裁庭的案件主导权力,从提供相对开放的国际商事仲裁对外取证协助程序的方面支持仲裁国际化的发展。

此外,就如何处理司法权对商事仲裁进行支持和干预的平衡问题,我国法院可参考 美国法院对第 1782 条的适用条件和法院自由裁量权的考量因素,对被申请人居住地、取 证目的、申请人利害关系等因素进行衡量,并对申请调查取证的参与者身份、外国法庭及 程序的性质、该国政府或法院等机构对中国司法协助的接受度、申请取证是否会带来不 必要的负担等方面进行综合考量,以把握司法介入仲裁的程度,避免司法权对商事仲裁 的过度干预。

#### (二)充分利用美国证据开示协助条款为仲裁案件申请调取相关证据

随着经济全球化的发展,我国与美国之间国际贸易日益繁荣,中美之间的跨国民商事纠纷也逐渐增多。就中国仲裁案件到美国获取案件审理所必需的证据而言,HRC-Hainan Holding Company, LLC et. al. v. Yihan Hu, et. al. 案调取证据申请的成功表明,位于中国境内的国际商事仲裁庭有依照《美国法典》第 1782 条第(a)款的规定向美国联邦地区法院申请调取位于美国境内证据的可能性。而且,第 1782 条第(a)款的适用并不以中国法院为美国仲裁案件提供互惠为前提,也不要求该仲裁案件用尽法院地取证方法。

但如上文所述,美国不同联邦地区法院的确存在分歧,且目前仍难以调和。为提高依据第 1782 条第(a)款进行调取证据申请的成功概率,中国仲裁案件在依据本条提出取证申请时,应考虑与中国法院程序相结合,例如财产、证据、行为保全程序,申请确认仲裁条款效力程序,申请撤销仲裁裁决程序等。<sup>⑤</sup> 而且,必须认识到,此种请求美国法院调取证据的途径依据的是美国国内法的规定,而非《海牙取证公约》等多边或双边国际条约。依照第 1782 条第(a)款申请调取的证据不违反《海牙取证公约》的规定,也不违反强制性法律的规定。申请取证成功后获取的证据能否被采纳以及对于这些证据证明

③ 《国务院关于印发中国(湖北)自由贸易试验区总体方案的通知》,国发〔2017〕18号,2017年3月15日发布。

⑧ 《国务院关于印发6个新设自由贸易试验区总体方案的通知》,国发[2019]16号,2019年8月2日发布。

圖 最高人民法院:《人民法院为"一带一路"建设提供司法服务和保障的典型案例》,载中华人民共和国最高人民法院网,https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14897.html,最后访问时间: 2022 年 1 月 22 日。

③ 郑林、陈延忠:《域外取证与被取证——中国仲裁案在美国申请第1782条调查取证的路径分析》,北京大学法学院主编:《中国国际仲裁评论》第三卷,法律出版社2021年版,第80页。

力的判断,是仲裁庭或法院权力范围内的事,需要根据案件适用的仲裁规则、证据规则以及民事诉讼规则的相关规定进一步审查和处理。

## 六、结 语

对于《美国法典》第 1782 条第 (a) 款项下的美国法院证据开示协助制度是否适用于国际商事仲裁的问题,美国法院司法实践存在分歧。联邦第四、第六、第九巡回上诉法院认为第 1782 条包括民间性国际商事仲裁庭,第二、第五巡回上诉法院则持保守立场。将证据开示协助制度解释为适用于国际商事仲裁庭一方面有利于境外仲裁案件当事人调取证据,能够给予国际商事仲裁庭和案件当事人高度尊重,但同时也会产生影响国际商事仲裁的可预测性和效率、不利于国际商事仲裁保密性优势的发挥等问题。在立足中国国情的基础上,可参考借鉴《美国法典》第 1782 条第 (a) 款的做法,完善中国的国际民商事仲裁司法协助制度,为国际民商事仲裁提供相对开放的对外取证协助程序。此外,中国仲裁案件在依据第 1782 条第 (a) 款于美国申请证据开示协助时,应考虑与法院的财产、证据、行为保全等程序相结合,充分发挥本条款的作用,为我国当事人在境内仲裁程序中利用境外司法协助程序收集证据材料提供便利。

Abstract: The discovery stipulated in Section 1782 of Title 28 of the U.S. Code provides assistance to foreign and international tribunals and to litigants in obtaining evidence in the United States. It is controversial whether the scope of 'for use in a proceeding in a foreign or international tribunal' in paragraph (a) of this provision includes the arbitral tribunal. Based on explaining the legislative purpose of Section 1782 of Title 28 of the U.S. Code, this article analyzes the typical cases of U.S. discovery in support of a private international commercial arbitration in recent years. Comparing the two arbitration cases of China International Economic and Trade Arbitration Commission, this article explores the factors and guiding principles identified by U.S. federal courts on discovery assistance. Then it weighs the pros and cons of the application of Section 1782 to international commercial arbitration. Meanwhile, it provides suggestions for perfecting China's judicial assistance for international commercial arbitration.

**Keywords:** discovery; judicial assistance; taking of evidence abroad; U.S. Code; arbitral proceedings

(责任编辑:洪慧敏)

## 他山之石:人工智能辅助仲裁借镜智慧法院建设的"未来仲裁"探索

姚梦莹\*

内容提要 中国正在从仲裁大国走向仲裁强国,依托"互联网+大数据+人工智能"可以为"强仲裁"提供"智慧仲裁"新思路。现有的智能仲裁虽然尚处起步阶段,但每每小试牛刀必然引起百家争鸣,主要在于技术攻克、伦理审慎、机器不能层面一直没有突破性进展。当然,一票否决权的伦理问题倒不至于全盘否定机器赋能,欲有所明,终有所蔽,不应畏惧,基于民商事仲裁与民事审判程序重合度较高,加之智慧法院建设的成功经验,把人工智能引入仲裁程序成为大势所趋。为防止风险,可以对有前瞻性的仲裁领域,可以采取规则先行、试点推进、双智融合、严格红线四方向发力。

关键词 未来仲裁 人工智能 中国智慧

从 20 世纪到 21 世纪,我国社会进程三级两跳跃,先后出现农业、工业、信息社会三种形态,凭借物联网、区块链、人工智能等颠覆性技术,本世纪有望出现第四种社会形态。提供个性化、差异化、智能化的司法服务是人工智能的技术优势,①人工智能如何与司法工作深度融合才是当下急需论证的主题,这直接关系着人工智能在司法领域未来发展的定位和方向。②仲裁应当摒弃传统信息安全的马奇诺防线思维,借鉴智慧法院的建设经验,从纠纷解决层面突破仲裁当前案多人少争议大的问题。"人工智能+"的背景下,可以大胆尝试,小心求证,通过智慧仲裁得到更便捷、更高效的革新,未来仲裁的蓝图已经绘就,仲裁机构只有紧跟大数据、人工智能等新技术,才有机会在掌握仲裁话语权的同时,为国际仲裁贡献世界争端解决的"中国智慧"。

## 一、人工智能辅助仲裁之重要意义

## (一)数字仲裁:有助于推进国家治理体系现代化和治理能力现代化

我国于2017年正式提出工人智能的发展战略,并于2019年,在党的十九届四中全

<sup>\*</sup> 姚梦莹,天台县人民法院员额法官。

① 徐骏:《智慧法院的法理审思》,载《法学》2017年第3期,第55页。

② 潘庸鲁:《人工智能介入司法领域路径分析》,载《东方法学》2018年第3期,第109页。

会通过《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》,明确了人工智能在国家治理体系和治理能力现代化的提升上应当被赋予关注、予以重视与深度应用。随之,智慧法院建设也被纳入国家战略,该成果也意味着人工智能逐渐成为非诉讼纠纷解决方式的新发展机遇。智慧仲裁相对照智慧法院的建设有所交叉相似,有明显的借鉴参照优势,再相比较传统的线下运行机制,智能建设也显露出诸多优势。仲裁智能化水平提升,也将使得仲裁在涉及互联网纠纷中具有优势,在智能合约等领域在线仲裁将更加契合。③

仲裁机构通过创新在线纠纷化解方式,联系人力资源和社会保障部门及司法部门、街道办事处等,建构在线调解、在线仲裁、在线执行,同时对接审判机关的仲裁一体的信息平台,探索人工智能在纠纷化解领域的应用,既可以为矛盾纠纷预防预判、发展趋势、科学研判提供智能化支持,又可以实质性畅通诉讼与非诉讼的衔接渠道,高效化解进入仲裁的程序,形成高效解决纠纷合力,还能满足人民群众更多地高效、便捷需求,大大降低负累。从某种程度上来说,人工智能是数字城市的核心驱动力,也是数字仲裁的发动机,利用数据、算法、算力推动治理手段、治理模式、治理理念,携手仲裁智能化,有助于深层次推进国家治理体系现代化和治理能力现代化。

#### (二)智能仲裁:贡献"中国智慧"有利一带一路建设

仲裁是产生争议的当事人基于平等自愿的基础,按双方意愿达成协议,自愿将有关 矛盾纠纷提交给仲裁机构处理,而仲裁机构则会以第三人的身份对案件的事实和双方的 权利义务等作出中立的判断和裁决,该纠纷解决方式有矛盾化解的"第二道防线"之作 用。网络仲裁是在互联网金融例如 P2P 网贷、消费金融等产生后出现。由于不良资产规 模高达上亿元,其已经成为死账坏账的高风险领域。互联网仲裁就是在线下仲裁的基础 上,加入互联网技术,利用网络资源提供仲裁服务的网上争议解决方式。立案、受理、审 理、裁决及送达均通过网上。目前遗憾的是国际定义并未单独提及人工智能仲裁,因此 我们将其纳入互联网仲裁中。

现在来说,国际通行的纠纷解决方式不是诉讼是仲裁,鉴于"一带一路"倡议涵盖的经贸领域广泛、内容繁杂,参与国文化差异巨大,在其实施过程中,争议必不可免。④随着参与国经济交往不断拓宽,沿线国家与我国的劳动力输送越发频繁,相伴产生的跨境劳动法律问题也成为国内法领域的重点。我国的仲裁虽然在开拓国际仲裁市场上取得了长足发展,因跨国域、跨法域的纠纷不断增多,仲裁也成为最好的解决途径,但现实是,我国国内仲裁机构的竞争力并不强,未形成品牌效应,尚不能与"一带一路"发展所需要的仲裁能力相适应。面对如此形式,中国仲裁要想又出去,走得好,必然要跟上国际节奏,不单在线上仲裁上加速,还要在智能裁决上下功夫。一方面,充分利用数据流动的便捷性,服务一带一路的发展,另一方面,又可以打造我国智能仲裁的优势品牌,形成示范

③ 魏沁怡:《互联网背景下在线仲裁的适用机制研究》,载《河南社会科学》2020年第7期,第79页。

④ 王贵国:《"一带一路"争端解决机制研究》,载《中国法学》2017年第6期,第56页。

效应后推进中国仲裁在"一带一路"建设中的话语权,同时为国际仲裁贡献世界争端解决的"中国智慧"。

## (三) 奇点革命: 把握数字化仲裁在第四次产业革命的主动权

2008 年金融危机一过,世界各国开始向实业经济与科技创新靠拢,尤其是我国在科技领域的后来者居上,人工智能、量子计算、超级计算机的发展也逐渐让我国把握住了科技话语权。经过十余年的发展,目前能看到以区块链、量子技术、北斗导航、物联网、AI技术、云计算、大数据、边缘计算、数字孪生、智能感知等为代表的高新技术或创意在技术变革中不断发展和成熟。这几年的宏观方向也有所调整,重点领域开始从纯粹科技革命到多元人文领域过渡。一言以蔽之,心理学、哲学和认知科学、神经生理学、司法与仲裁等"认知"领域均在向"人工"靠近。

关键时刻,越要抓住机遇。工业 5.0,引领的就是人工智能技术,也叫奇点革命。作为继互联网后新一代"通用目的技术",人工智能被认为是抓住第四种社会形态的关键马车,也成为了拉动中国仲裁走向仲裁强国的核心驱动力。因仲裁与民事审判程序类似,民事审判程序与人工智能的相得益彰,成为仲裁的可行性参考案例。可以确定的是,无论是通过彰往察来,还是借镜观形,人工智能在仲裁领域都被寄予了厚望。仲裁越早抓住智慧技术,越能贡献高质量推进全域数字化仲裁院建设经验,并在产业革命中掌握主动权,正所谓创新已经不仅仅是企业的一种手段与工具,应当把仲裁制度改革与发展置于多元化纠纷化解机制建设、优化法治化国际化营商环境、全球数字化改革、第四次产业革命中全盘考虑。这也是构建全球仲裁规则、仲裁机制、仲裁创新之话语权,以及实现更高服务水平对外开放的必要路径。

## 二、观往知来:人工智能应用于仲裁实践的可行性分析

## (一)社会历史观:人工智能辅助仲裁符合历史发展规律

今年是我国劳动争议仲裁与改革开放共进步的第 43 年,也是调解仲裁工作以改革为动力,取得跨越式发展的 43 年。从改革开放中汲取经验,从历史方向总结规律,仲裁工作不能脱离互联网时代背景,更应当主动融合智能技术,实现开放共赢。改革开放初期,我国开始用法治化手段进行劳动关系的调整,并于 1986 年重新建立劳动争议仲裁机构。1993 年,为应对非公有制经济发展带来的劳动争议仲裁增加问题,国务院下发条例确立扩大仲裁适用企业范围。党的十六大以后,国际化、城镇化、信息化进程飞快,直接导致劳动争议井喷、范围拓宽、重点集聚、非公有制主体猛增的劳动争议客观变化,党中央为应对新时期和谐劳动关系,推动社会激变的仲裁工作发展,逐步统一办案程序与办案机构。在经济新常态后,劳动关系更为灵活多样,流动性日益突显,切实提高争议处理效能又成为国家推动仲裁机构实体化建设的重要组成部分。一直以来,我国仲裁也都与社会发展背景共频发展。而随着汹涌而来的大数据、云计算、物联网浪潮,我国因势利导,也逐步形成劳动争议仲裁网络体系,《互联网+调解仲裁 2020 行动计划实施计划》也

对智慧仲裁提出新要求。从仲裁四十余年的发展看,顺应社会发展规律是仲裁进一步发展的可行性路径,必须抓住人工智能之技术变革,这是长期检查发展规律的重要经验。

## (二)客观实在性:借鉴人工智能在法院建设中的他山之石

法院、司法局、仲裁院是典型的三大矛盾化解法律资源,尤其是法院与仲裁机构在形式、目的甚至是本质上均有一定相似性,随着智慧法院建设成为国家信息化发展战略并初显成效,其为人工智能在仲裁领域的应用提供了宝贵的经验。在智能辅助上,仲裁与民事审判一般,均有很多程序性事务。以浙江省全覆盖的法官办案系统群为例,其具备包括智能庭审、智能办案、智能送达等多项功能支持庭审辅助性工作,主要支持庭审记录、远程视频、电子归档、自动归目、随讲随翻、电子送达等程序性事项。在智能决策上,仲裁同样需要改善工作条件,努力实现调解仲裁的实效性。要想在仲裁机构组成、人员配额的基础上进一步实现"三降两升"总体稳定之成果,即实现案件立案总基数、涉纠纷总人数、涉群体性事件的案件与人数的大幅下降,同时保证仲裁结案率和调解率的稳定上升,就不得不考虑从仲裁整体及局面多面发力。而智能建设就是为可替代性工作例如综合性事务、程序性事项减负。毕竟只有依托"大数据+人工智能"等先进手段,精心打造内外融合、覆盖劳动人事争议处理全过程的"智慧仲裁"新生态系统,才能拓宽国家仲裁新的发展思路。

## (三)未来之仲裁:人工智能也是仲裁内卷之破局关键

近年来,我国在积极应对国际性、群体性、流动性的金融风险影响中发现,涉农民工工资支付、集体性纠纷矛盾、积压案件持续增加,且不单小额案件有明显的上涨趋势,大额纠纷也有一定增加。加之,随着《中华人民共和国劳动合同法》实施与宣传后,我国劳动者出现明显高涨的法治意识和维权意识。如何在该背景下兼顾公平、公正、高效与便捷就成为了多方群体的追求与改革的着力点。我们基于 Alpha 案例库,以全国为本次数据分析的样本,旨在通过对 2021 年近一年度劳动、人事争议案件判决进行分析,案件数量约 136554 件,得出 2021 年度全国劳动人事争议案件大数据报告,反映全国劳动人事争议案件的具体现状与总体发展趋势。深入分析发现,劳动纠纷案件长期处于高位频发态势,也由过往的沿海城市向内陆城市蔓延,不单在经济发达地区频现,也延伸到了发展中、相对落后地区。继续深入分析可以发现,随着事业单位改革深化和法律法规、政策措施更新变化,人事争议纠纷开始呈现出复杂、疑难、多发、高发趋势;集体性、涉广类劳动案件冲突性增强,案件多发劳动密集型企业或中小企业,但又往往涉及大量的无保障或低保障群体,例如涉及的外来务工人员、农民工、女职工、低龄工作群体居多,冲突性减强,处理难度较大,社会影响更大,直接导致不同案件的精力分配相差悬殊。

苟周于事,不必循旧。在国家治理和社会治理领域,技术与法律具有相互替代性,如果在某一社会场景中技术解决方案的成本低于法律解决方案,技术工具便可能取代法律形式成为秩序生成的主要手段。⑤ 当仲裁相关顶层设计趋于稳定,人力支出与司法输入

⑤ 郑戈:《区块链与未来法治》,载《东方法学》2020年第3期,第75页。

无法平衡时,司改未破局就必须找到新出路,否则会产生内卷化现象。改革旗帜已就位,就剩下如何攀爬改革这座大山。可以考虑在案件阻力难以消除的基础上增加驱动力,以打破当前仲裁局势。回归本文,就是加入人工智能这一"鲶鱼",打破停滞局面。目前摆在仲裁机构最紧迫的问题不在于说决策,而在于辅助。譬如我们最要紧的还是在现有编制下解放重复性劳动,将重复性事务之精力给予今日公正形势之需要。完全可以将可分配工作交给人工智能,让技术承担起书记员、仲裁员助理的工作。尤其是仲裁员的部分工作也要合理配置,让仲裁回归仲裁之本质,从根本上解决劳动争议处理环节多、周期长的问题。

## 三、关山难越:智慧仲裁院建设面临的桎梏

目前来说,民众对于人工智能总体上持欢迎态度,不过法律共同体之呼声更显理性客观,法律界提出未来人工智能在审判亦或仲裁何去何从,不能断言,亦不能臆想,更不可盲目期待,因为仲裁等纠纷解决方式恰恰需要通过人工智能盘活维权资源,但又可能招致新的伦理纠纷、正义风险,譬如人工智能的自身悖论——"Garbage in, Garbage out(垃圾进,垃圾出)"——所导致的人工智能不良学习问题,再如人工智能模拟训练中的"小样本难题""过拟合问题"等。⑥当两者不可兼得时,又当如何取舍的问题仍然是横亘在公众面前的斯芬克斯。

## (一)技术难题:抽象法律要素转化为数字语言的困境

人工智能有三大要素,数据资源、学习算法和执行算力,其智能高度以知识库和库存量为上限,以算法的框架设计完善度为限制。对人工智能仲裁而言,数据资源尚未集合性管理,执行算力主要在技术尚未突破,且最为关键的算法学习上。仲裁机构也处于人门阶段,法院智慧决策的借鉴与创新才是智慧仲裁的最大突破口。无论是专家系统的建立还是本体检索系统的建立,都需要对规则和案例进行大规模的统计和分析,且需要各学科人员的配合,其本身也是一个费时费力的过程"。<sup>⑦</sup>

从规则库看,民商事仲裁的依据首先是建立在合法性基础上的自愿协定,而后才是依据《中华人民共和国仲裁法》、最高人民法院的司法解释等;劳动争议仲裁的法律依据主要是《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》。拆解法律要素,劳动争议仲裁的体系较为复杂,各个地区的标准不相一致,普遍使用的原则性规定,例如宪法精神如何转化为技术性语言还是一项尚未突破的大工程。

从技术标注上看,目前尚不能对案情以直接扫描方式进行直接识别,大部分还是通过特征的精炼,以标注作为识别记号。目前的推算能力与适配器相关,内置的标签是编程人员事先设置的,有些记号加强明显,有些记号层级明显,但也有些不是通用记号,该

⑥ 王禄生:《司法大数据与人工智能开发的技术障碍》,载《中国法律评论》2018 年第 2 期,第 46 页。

⑦ 张妮、杨遂全、蒲亦非:《国外人工智能与法律研究进展述评》、载《法律方法》2014年第2期,第458页。

项划分任务本该依赖于具备科学理性、价值评判的法律实务工作者,却因为人工标注涉及较多技术,最后被缺乏法学基础的技术部门所认领。较为粗糙的"贴标签"标注方式对法律事实的归纳时常存在疏漏,不可不说是又一难题。也间接说明了我们还面临着法律界和人工智能等多学科交差的复合型中坚力量不足的困境。<sup>®</sup>

从技术突破看,智慧仲裁的理念从提起到落地与智慧法院相比晚了几十年,相比较我国的智慧法院建设已经领先于世界,例如上海刑事案件智能辅助办案系统(206系统)、贵州高级法院研发的"故事伤害"案件智能判案模型等,智慧仲裁还处于摸索阶段。深圳国际仲裁院首次亮相的3i机器人透露出人工智能仲裁的可行性,但由于技术局限,全智能办案还是缺乏实战经验的。

## (二)机器盲区:人工智能与人类经验法则间的价值博弈

研究学理通说可以发现,证明评价模式从过去的神示证据以"神明指示"的迷信模式到法定证据的"形而上学"的形式模式,最后变迁到当下的以"良心和理性"为标准的自由心证模式,自由心证也已经成为几乎所有法治国家证明评价模式。自由心证给了仲裁员自由裁量权,但终究要以法律为框架,这是依法治国的基本要求。仲裁员通过法定证据,根据自己的法治信仰、科学理性、价值判断、经验法则进行权衡与考量,期间可能反复论证。即便是资历型仲裁员面对很多案件仍然表示确信之难。目前来说,这是仲裁机构维护法理、情理平衡,守护公平、正义底线的有效制度。在没有更好的替代性制度,或者说人工智能尚不能真正超越人类经验法则时,我们就不能随意进行制度替代。换个层面说,技术不能舍本逐末而牺牲个案正义。

案件的裁决肯定不单单依靠仲裁员运用法条的能力,更多地是对人道主义精神的理解,兼顾天理人情、民俗人伦。通过"人"这一主体传达出社会所追求和倡导的价值取向。虽然人工智能辅助裁决确实可以变革审判体系、促进公平正义、提高裁决质效,但机器有机器的盲区,人工智能也有其情理局限。一言以蔽之,普遍正义的实现不能以牺牲个案正义为代价。

#### (三)仲裁伦理:人工智能与人类意识间的尊严博弈

作为人类工具史上的重大革命,人工智能打破了传统的纠纷解决机制,为公平正义的实现提速增效。但值得注意的是,人工智能越是进入实质性纠纷解决,越是争论不止。可以理解的是仲裁权毕竟是决断人类财产权利的神圣领土。人工智能的一味介入是否会打开潘多拉魔盒,这还不能下定论。因此,中国现处于一种既对"机器仲裁"心向往之的期待,又生怕陷入"洛勒赖的歌声"。理论上来说,只要系统库设置足够充足、公允,深度学习自然有可能推算出最接近完美的标准答案。即便对于一些特殊案件我们并不总是要求"标准的完美",但机器在实现普遍正义的能力上或许能够超越人类判断。不过,理论可行,现实受阻,伦理手握一票否决权,所谓任何先进性思想与技术都不得凌驾于人类尊严之上,就是世界公认的事实。同时,更有人指出,仲裁员如果长期以依靠人工

⑧ 左卫民:《关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考》,载《中国社会科学文摘》2018年第7期,第104页。

智能的规则推送,依赖其智慧决策,那么人难免会产生法律研究之惰性,人本主义理论就曾提出过分依赖科技会导致人类盲目追求功用、效率,而忽视价值、人生之追求。自主性衰落的后果就是物化人类,陷入主体性边缘,从而失去经验价值,对仲裁的理性分析过程可能就沦为机器的流水线生产。

仲裁权只能紧紧握在"人"的手里,这是保守派的主张。马斯洛五大需求中提到人有自我实现与尊重需求,建立在人之为人的基本问题上。回到智能算法的决策,人们提出人工智能大范围地介入仲裁实体性权益事项,会削弱仲裁员的主体性地位,进而侵犯人类需求,甚至影响人类进步。人类中心主义也提到,自然人——人格——主体的逻辑结构决定了人类路径末端目的性。一旦"类人"超越"人类",一旦"物化"超越"人格",一旦"工具"霸权"决策",那么,绝对是人类的退出,因为人类有终极尊严——被审判、被裁决。

尤瓦尔·赫拉利在《未来简史》中提出疑问:"智能和意识,究竟哪个才更有价值?"<sup>⑤</sup>原子弹问世后,迪伦马特在其《物理学家》一剧中追问科学家:"你是不顾一切地发明呢?还是以维护人类命运为前提?"无论技术如何先进,将会给国家、世界带来多大成果,一旦技术对人类命运产生威胁,无论是思想还是躯体,都将会被博弈离场。对于技术挑战尊严之忧患,有其存在的根源,也有存在的价值。无论如何解答人工智能在仲裁中的作用边界,都面临着伦理红线的反复检验。由于人工智能参与仲裁的核心关键在于决策而非程序性事项,深度融合则必然牵涉伦理价值。检验后的结果还没有定论,人工智能就很难进一步融合到实体裁决。

## 四、绸缪应对:实现人工智能仲裁"质"与"效"的双重价值路径

目前,由于机器人统治类似谣言造成了许多领域恐慌,仲裁权作为三大矛盾解决化解方式之一,更是被设置层层门槛。也有科学家认为强人工智能时代或超级智能短期内甚至永远不会出现。<sup>⑩</sup>但马克思·韦伯的态度更显理性,其认为,对未来应当是如此看待:不是虚无主义的否定论,也不是理性主义的理想化,而是认为"问题在以后可以解决但最重要的当属现在就去解决他的前提"。这也是说,欲有所明,终有所蔽,不应畏惧。对人工智能携手仲裁这一新思路,关键在于解决问题,不在否定性质。

## (一)规则先行:人工智能仲裁需要确定统一的规则

加快推进智慧仲裁建设,要牢牢把握历史机遇,准备把握信息化建设成果现状,加强信息系统集成和总体设计,打通信息孤岛与数据壁垒,补齐智能化服务短板,加快推进智慧仲裁的实验室建设。<sup>⑥</sup>规则自然生长的路径具有不确定性、分散化的特征,所以需要有

⑨ 赫拉利:《未来简史》,林俊宏译,北京中信出版社 2017 年版,第 359 页。

⑩ 参见李开复:《AI·未来》,浙江人民出版社 2018 年版,第 169 页。

⑪ 引自《人民法院信息化建设五年规划(2019-2023)》。

## 一个特定的主体负责制作示范性的仲裁裁决确定统一的规则。@

首先,知情同意是试点过程的前置规则。基于伦理审慎及情理不能,适用规则可以 归纳为人工智能裁决的绝对禁止,辅助仲裁的相对许可。当然,是否使用人工智能的辅助决策功能,该决策权应当交给当事人自行决定。在适用人工智能评估、预测等辅助功能时,应当专门披露使用人工智能的作用以及将面临的后果。只有在仲裁的双方当事人同意并签署使用说明及风险告知单后,该智能仲裁结果才能作为裁决参考。

其次,申诉复议是当事人的救济权利。对于裁决结果,当事人应当享有合理的申诉权,申诉复议的救济需要统一设计相关的程序规则包括管辖地、复核时间等的明确。窃以为,实质规则的设计仍然要以知情同意规则后果为基础,一般的风险承担无法阻断裁决生效。如果确实属于合理的申诉,例如机器判断有暗箱操作、数字歧视、伦理越权等情况,则由申诉公正委员会审查决定。

最后,人工智能仲裁应衔接执行规则。智慧仲裁的实质性关键在于执行的认可。在可涉领域内辅助的仲裁裁决内,经法院形式审查后,按照普通的执行程序进行执行。其中有一个隐含信息,仲裁机构对仲裁的人工智能触及深度、广度应与人民法院利用人工智能的程度相一致。例如,在仲裁机构承认人工智能辅助探测心理,而人民法院对机器心理学仍讳莫如深的情况下,两者很难达成一致共识,也会直接影响到裁决到执行的衔接。因此,两个机构有必要共同出台规制人工智能辅助法律决策的规则,用规则解决裁决的最后一公里。

## (二)试点渐近:从局部性试点逐渐过渡到全面化覆盖

人工智能辅助裁决的设想并不算早,即便是有了智慧法院建设经验,也是饱受争议。 窃以为,不妨先进行一批试点改革,以问题为导向,逐步积累经验,待建立起一套合理可 行的机制体系,时机成熟时再全面推进也完全不迟。如此一来,可以化阻力为动力,化教 训为经验,化梗阻为跳板,破除一定的思想壁垒。比如,试点仲裁院在初期阶段建设时, 可以先将适用范围限定在简单案件,先排除一些重伦理、新类型的案件,等到程序有了可 操作性,制度有了一定框架性,再全面推动。

譬如,衡水仲裁委员会设立的互联网金融网上仲裁中心,通过互联网仲裁的方式,和用户通过系统技术接口对接,批量处置互联网金融逾期债权,4至7日就能取得具有法律效力的仲裁裁决书,依据裁决书可直接到相应法院申请强制执行;深圳仲裁院通过将机器人后台连接仲裁工作人员手机,后台的专业解答会被机器人3i分析识别,在识别过程中积累并深度学习后可以完成大多数的仲裁问题解答工作;平安科技(深圳)有限公司的基于在线仲裁的裁决书生成处理方法、装置和计算机设备专利,就有抓取电子卷宗基础信息功能,通过识别后自动录入裁决书模板,并生成当前案件向量,根据所述当前案件向量在大数据平台中搜索与所述当前案件对应的近似案件……

⑫ 沈伟、余涛:《互联网金融监管规则的内生逻辑及外部进路:以互联网金融仲裁为切人点》,载《当代法学》2017年第 1 期,第 3 页。

就当前而言,司法大数据与人工智能技术在司法领域应用的研究还处于起步阶段,精深细致的研究之路还很漫长,需要法学与计算机交叉科学投入更多的精力。<sup>®</sup> 接下来,应当对已经有经验基础的智慧案例进行收集集中,博采众长有借鉴价值和推广价值的智慧仲裁实践经验,打造类似于全国统一的智能化仲裁平台。可以优先选择经济发展较快、互联网技术较成熟的地区先行先试。同时,地区有试点创新需要,可以联系上级仲裁机构及平台管理负责人进行权限释放,或者对接智慧法院的执行平台,或者引入裁决智能评估等等,都是试点的正常创新。

## (三)双智融合:人类智慧是发展人工智能标注难题的突破口

人工智能在裁判领域中的应用需要历经一个漫长的过程,"奇点"的到来需要各个方面的积累,包括算法、算力、大数据等都要相应地跟进,才有可能真正出现"阿尔法式"法官或仲裁员。这在技术上虽然存在可能,但对人类而言是"生死考验"。<sup>④</sup>

无论是发展较早的智慧审判下属的裁判文书网、法信等平台,还是深圳劳动争议 E 仲裁服务平台、长沙仲裁委员会互联网仲裁平台,主要是以弱人工智能起辅助作用,离理想状态的检索能力还有所距离,经常在适用过程中出现模糊输出、全集合输出的输出形式。但是,如果对电子案卷进行扫描识别时往往需要二次检索,那么就离高效这一初衷相悖。问题的关键出于关键词的标注上。例如一些劳动争议仲裁案件中有辞退、工伤、劳动合同、赔偿协议等检索语言时,我们需要的是同时并列以上所有信息的全集合案件,而非是单包含全罗列。

以上的检索在实践中多与人工智能相结合。虽然通过特征的自动提取,将人从手工特征设计中解放出来,但目前在神经网络框架中,网络层数、每层神经元的种类和个数、训练算法等超参数可能对学习结果有着决定性的影响。这些超参数的设置和调节,仍然高度依赖人的经验。<sup>⑤</sup> 首先依赖专业化经验。目前的推算能力与适配器相关,内置的标签常是编程人员事先设置的,有些记号需要明显加强,有些记号需要明确层级,有些记号划归无效词,应当集合具备科学理性、价值评价与经验基础的法律工作者甚至资深法官,由他们专门负责这一块的标注工作,让"贴标签"工作也科学对应专业法律知识。

另外,在智慧仲裁方面,必须加大力度培养复合型人才。既需要法律人才,也需要技术人才,更需要既懂法律又懂技术的复合型人才。只有当法律人才与技术人才紧密结合、相互理解,充分获知对方的需求与期待,认真解决实践中的难题,人工智能才能在司法领域大展拳脚。<sup>®</sup> 国家层面完全可以设置专业的复合型学科栽培,同时也可以鼓励实践型仲裁院脱产学习技术,具备一定技术能力后加入技术研发团队。这样的培养方式也是应对仲裁发展的有效方法,其虽然晚于社会需求却也是当下最好的培养路径。

⑬ 钱大军:《司法人工智能的中国进程:功能替代与结构强化》,载《法学评论》2018年第5期,第138页。

围 周湖勇:《人工智能在劳动人事争议仲裁中的应用分析》,载《中国人事科学》2019年第2期,第44页。

⑮ 冯洁:《人工智能对司法裁判理论的挑战:回应及其限度》,载《华东政法大学学报》2018年第2期,第21页。

<sup>(</sup>b) 左为民:《司法人工智能尚需实践探索》,《人民日报》2018年7月11日,第07版。

#### (四)边界限定: 界定清晰的三红线防范不可逾越的伦理风险

仲裁权类似于审判权,受公众的认同也是基于其权威性特征。在吸纳技术所带来的制度创新的同时应避免进入技术决定一切的社会物理学世界,保存法律的价值向度。

考虑到仲裁本质,可以确定三大参与原则:程序性全自由、实体性可参与、决策性全禁止。程序性事项指的是电子送达、远程视频、语音转化等,其特征可以对照书记员的职责范围。该项工作具有鲜明的可替代性,对主体性的要求不强,甚至在仲裁实践中,已经有很多机器取代的实例<sup>⑰</sup>。实体性事项分为非决策性与决策性事项,主要包括可参与部分的调解、审查、规则查找、证据校验、款项计算等。这有点类似于仲裁员助理身份。而决策性事项是完全实体性事项,对于裁决的确定与证据的审查,专属于仲裁员或仲裁委。我们可以这么理解,人工智能可以解放书记员、法官助理重复性劳作,但独独不能由冷数据来定分止争。

实际上,伦理风险的忧患虽未消弭,但也不会出现机器取代人工的问题。值得强调的是,几乎所有现有的国内法、国际法都要求仲裁员的身份是自然人。即便有人针对《联合国贸易法委员会国际仲裁示范法》未定义仲裁员的漏洞,提出机器仲裁的可能性,那也是从技术层面试想。至少尚未出现有自然人开始追求或着手机器统治仲裁。这就意味着边界问题还主要是为了防范。有必要制定相应的风险防范机制,对于有恶意仲裁苗头的行为先行规制。

当然,就算是弱人工智能辅助仲裁也有可能出现争议。为了防止纠纷解决产生额外纠纷,有必要引入区块链,这是通过区块链技术所构建的"以计算机代码起草的自我执行的电子指令"。通过区块链可以有效留痕,实现人工智能进行纠纷解决的同步编码。因此,关注区块链在国际商事仲裁领域中的应用,同时通过相应的监管手段,有效推进区块链技术在中国国际商事裁判领域中的运行,成为亟待关注的问题。<sup>®</sup>

## 结 语

"技术所到之处,无不构造着人与自然、人与人的某种新的关系。"<sup>®</sup> 技术已经加速到 达司法领域,几十年间技术不仅改变了司法的形态和面貌,也变革了现有的司法体制与 制度。尽管早在一个世纪之前,霍姆斯就曾说过,法律研究的未来会属于经济学家和统 计学家,而不是属于研究"白纸黑字"的律师。<sup>®</sup> 实际上,就在一百多年前,马克斯·韦

⑰ 仲裁实践中的机器取代实例有但不限于:上海首例智能取代人工劳动争议仲裁开庭;捷途慧声自主研发的慧听智能语音庭审系统已经在台州仲裁院的仲裁庭正式投入使用。

<sup>®</sup> 康宁:《国际商事仲裁中的区块链应用与监管路径》,载《北京航空航天大学学报:社会科学版》2021年第5期,第45页。

⑩ [德] 冈特·绍伊博尔德:《海德格尔分析新时代的技术》,宋祖良译,中国社会科学出版社 1998 年版,第 84 页。

⑩ 柯宇航:《人工智能在劳动仲裁中的应用前景——以智慧法院建设实践为借鉴》,载《时代法学》2020年第4期,第25页。

伯对形式理性化所带来的"自动售货机"式法官的担忧,对现代法治的"非人格化"操作的批判,在人工智能时代将变成一种客观现实。<sup>②</sup>但时至今日,AI辅助审判之应用已经大有成果。其不单单是算力的深度应用,使"智能法官"有了"经济学家和统计学家"的计算超能力,其更是打破传统的法官独断的格局,让技术成为"自动售货机"的一个重要控件、零件。总之,对于人工智能的公正、高效优势,我们应当加以利用与发挥,应当在包括仲裁、审判、调解在内的广泛法律领域中被开发应用;当然抱着对技术热潮的冷思考,我们也应当合理控制科技在法律实务中的应用限度,为未来可能出现的强人工智能准备充分的安全和道德铺垫。

**Abstract:** China is moving from a big country in arbitration to a strong country in arbitration, relying on "Internet, big data and artificial intelligence" to provide new ideas for "smart arbitration" for "strong arbitration". Although the existing intelligent arbitration is still in its infancy, every small test will inevitably cause a hundred schools of thought, mainly because there has been no breakthrough in technical overcoming, ethical prudence, and machine failure. Of course, the ethical issue of a veto power will not completely deny machine empowerment, want to be clear, eventually cover, should not be afraid, based on the high degree of overlap between civil and commercial arbitration and civil trial procedures, coupled with the successful experience of smart court construction, the introduction of artificial intelligence into arbitration procedures has become the general trend. In order to prevent risks, forward-looking arbitration can be approached in four directions: rules first, pilot promotion, integration of dual intelligence, and strict red lines.

**Keywords:** future arbitration; artificial intelligence; Chinese wisdom

(责任编辑:黄晨亮)

② 周尚君:《人工智能决策的可能与限度》,载《华东政法大学学报》2019年第1期,第53页。

# 国际投资仲裁条约解释:价值权衡与规则构建

黄 钰\*

内容提要 "裁决不一致"是国际投资仲裁饱受批评的现象,但"条约解释不一致"才是背后真正的原因和目前关键的问题。无论是基于价值目标的理论考量,还是基于国际投资仲裁的特性和改革方向的谋划,都应当将条约解释一致性追求的"可预测性"作为首要的价值追求。在规则框架的构建上,应当在实践基础上完善缔约国有权解释的介入机制,明确作为国际习惯法而且适合国际投资仲裁特性的 VCLT 解释规则的基础地位,引入"软先例",同时谨慎使用其他解释方法和工具,推动国际投资仲裁条约解释的规范化。

关键词 国际投资仲裁 条约解释 可预测性 规范化

## 引言

自 Susan D. Franck 2005 年首次提出国际投资仲裁体系的"合法性危机"问题,将"仲裁裁决不一致"认定为危机的内在根源以来,关于国际投资仲裁合法性的质疑纷至沓来。从应对和解决问题的角度出发,现有研究已经对各种改革方案进行了比较丰富的分析和论证,但是国内的研究对于问题本身以及问题之间的联系的探讨尚不充分,对于改革的分析也多直接从方案本身的可行性出发,结合投资者与国家间争端解决机制(ISDS)机制特性、发展前景以及路径细化的论证亦不多见。多数研究对于"裁决不一致"的批评除了只关注案件的结果而缺乏对具体过程的细致分析以外,对于"裁决不一致"本身的认识也有待深入。联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)第三工作组第三十六届会议有关文件也曾提出,应当进一步考虑裁决不一致出现的场景和领域等问题。①此外,大多数研究是将"条约解释不一致"与"裁决不一致"定性为纯粹的因果关系,②或者甚至直接不作区分。③

<sup>\*</sup> 黄钰,复旦大学法学院国际法学专业 2022 级博士研究生。

① UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Consistency and Related Matters (Note by the Secretariat), A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 August 2018, para.10.

② 郭玉军:《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》,载《法学家》2011年第3期,第141-152页;勒也:《国际投资争端解决中条约解释的一致性:实践冲突、价值反思与改革目标》,载《环球法律评论》2020年第5期,第178-192页。

③ 魏艳茹:《论国际投资仲裁的合法性危机及中国的对策》,载《河南社会科学》2008 年第 4 期,第 140-142 页。

由于对研究起点以及相近概念缺乏深入讨论,从而导致解决方案笼统而缺乏对实践的关照。本文旨在从"裁决不一致"的起点出发,分析这一现象是否足以构成"合法性危机"。进一步区分"条约解释不一致"与"裁决不一致",找到真正的问题所在及其原因,而后根据问题与根源针对性地探讨改革方案。目前,包括中国在内的大多数国家认为 ISDS 机制总体上是一个值得维护的机制,应该弥补缺陷加以完善。④发现问题与解决问题同样重要,而发现真正的问题才是解决问题的关键所在,在国际投资仲裁机制改革的关键时刻,找到真正的问题至关重要。

## 一、国际投资仲裁"不一致"的现象广泛存在

考察单独的双边投资协定与自由贸易协定中的投资条款可以发现,国际投资待遇规则并不繁复,但是其中关键的条款大多都存在结论上的分歧和不一致。主要集中在:"投资"的定义、公平公正待遇、最惠国待遇、保护伞条款、征收和国有化赔偿等条款之上,而且考察不同仲裁庭的推理过程,对于这些条款的解释都存在工具和方法上的较大分歧。

在"投资"的定义问题上,国际投资争端解决中心(ICSID)只接受"直接因投资产生的法律争端",但《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》(《1965 年华盛顿公约》)并未直接对"投资"进行界定,因而形式上对"投资"的定义落入了缔约国自行协商的范围,这本是《1965 年华盛顿公约》起草时有意为之的结果。⑤然而在实践中,作为被申请人的东道国政府常常以申请人的活动不属于"投资"作为抗辩,因此许多仲裁庭不得不就特定案件中的活动是否属于"投资"作出相应的判定。在实践中就发展出了两种不同的解释模式,一是主观模式,即严格参照仲裁案件所涉具体投资协议对"投资"的定义;二是客观模式,即认为"投资"的定义存在客观的标准。如果采取第一种模式,仲裁庭通常会首先对"投资"的通常意义作出解释,然后参照具体条约或协议的上下文和目的宗旨等因素作出结论。第二种模式中的"客观标准"主要是首先由学者 Christoph Schreuer 提出,然后经由 Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela 和Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco 两个案件(尤其是后者)吸收后成为被广泛引用的标准。尽管如联合国贸易与发展会议(UNCTAD)报告所称,选取何种模式根本上取决于国际投资法的政策导向,⑥但在这背后也同时反映了对不同解释方法的偏好,第一种模式明显是《维也纳条约法公约》(VCLT)解释规则的路径,

<sup>4</sup> China, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)-Submission from the Government of China, A/CN.9/WG.III/WP.177, 19 July 2019, p.2.

⑤ IBRD, Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, March 18 1965, para.27.

<sup>6</sup> UNCTAD, Scope and Definition (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II), 2011, pp.112-122.

第二种模式则首先依靠专家学说,后期主要依靠"援引先例"。<sup>①</sup>"投资"的定义是国际投资法律体系的基础,在具体案件中关系到管辖权和平行程序等问题,在这一问题上的重大分歧对于国际投资法律体系的完善有着重大的阻碍,以至于 UNCTAD 曾经设想直接在协议中纳入具体的"解释条款"来指导和约束仲裁庭的解释,<sup>®</sup> 这也侧面证明了解释规则对于国际投资争端解决和体系完善的重要意义。

在"公平公正待遇"条款上,出现分歧可能是国际投资仲裁中最常见的情况,不同 的仲裁庭在其内涵、独立性和要素问题上都存在巨大的不一致。以内涵为例,对于公平 公正待遇的争议集中在:公平公正待遇是否等同于国际习惯法的最低待遇标准.还是超 出国际习惯法具有更加丰富的内容。"等同于国际习惯法最低待遇标准"的观点是在《北 美自由贸易协议》(NAFTA)的实践中发展起来的,而且意外的是, NAFTA体系下所确 定的典型标准"Neer 标准"并非来源于一起投资案件,而是来自一起美国公民在墨西哥 被谋杀的案件,采取相同观点的后续仲裁庭通常都会援引这类案件确定的标准来进行裁 决。相反,认为公平公正待遇独立于国际习惯法最低标准待遇的仲裁庭通常都会对何为 "公平公正"作出解释,然后进一步明确其内涵。需要说明的是,不同协议文本对公平公 正待遇条款的表述存在差别,如 NAFTA 第 1105 条: 各方应依国际法给予其他缔约方投 资者相关待遇,包括公平公正待遇、充分保护和安全。这样的表述明确包含"依国际法" 字样,将其与国际习惯法联系起来确有合理性。但也有一些条文并没有明确包含该等字 样,如《荷兰-南斯拉夫 BIT》第3条第(1)款:"缔约一方应确保给予缔约他方的投 资以公平与公正待遇,且不得……"而在 MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro 一案中, 仲裁庭忽视了上述《荷兰-南斯拉夫 BIT》协议文本本身的文字表 述,而通过援引 EI Paso 和 Waste Management ® 两个案件的方式认定公平公正待遇等同 于国际习惯法,这样的做法不得不让人质疑其条约解释工作到位与否。⑩

在"最惠国待遇"条款上,不一致和分歧已经严重影响到了这一条款的功能。最惠国待遇原本对于规则的多边化和和谐化有重要的促进作用,但是现实中不同仲裁庭对于这一条款的解释呈现出广泛而巨大的分歧,反而进一步加剧了国际投资法律体系的碎片化和不平衡性。<sup>①</sup>最惠国待遇是否适用于争端解决?是否可以基于最惠国待遇援引基础条约本来没有的实体待遇?是否可以利用最惠国待遇排除基础条约的例外限制条款?

① 国际投资仲裁领域并没有普通法上的"遵循先例"制度,除特别说明外,后文所使用的"先例"不同于普通法上的专业用语(对后续司法活动具有拘束力的判例),仅指既往已经作出的案件。

必须说明的是,在具体案件当中,仲裁庭究竟是出于目的偏好选择了不同的模式,还是偏向于不同的解释方法而最后导致了不同的结果,这是难以查明的,但是目的偏好是不可控且抽象的,而解释方法是相对可控和具体的。甚至,即便是国际投资法的整体目的,也无法独立于具体的投资协定的目的。

<sup>8</sup> Supra note 6, at 119.

⑨ EI Paso 一案依据的条约是《美国 - 阿根廷 BIT》,该协议公平公正待遇条款含有"依国际法"字样,Waste Management 一案所依据的协定即为 NAFTA。

MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV ν. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award of 4 May 2016, paras.326-327.

⑪ 王彦志:《从程序到实体:国际投资协定最惠国待遇适用范围的新争议》,载《清华法学》2020年第5期,第192-193页。

最惠国待遇适用的诸多问题都存在许多结论截然相反的案件。在许多对该条款作出宽泛解释的案件当中,仲裁庭通常采取的解释路径是"目的解释+明示其一即排除其他规则"。首先主张最惠国待遇的目的是保护投资,而允许投资者援引最惠国待遇要求更有利的争端解决显然符合这一目的;其次,基础条约中关于最惠国待遇适用的例外并不包含所涉案件中投资人援引最惠国待遇所主张的待遇。<sup>②</sup>相反,在许多作出限制性解释的案例当中,仲裁庭通常会对最惠国待遇条件中的"待遇"以及"相同或类似情形"的具体含义进行详尽分析。<sup>③</sup>

在"保护伞条款"上,也出现了国际投资仲裁领域特有的争议。核心焦点在于,投资者是否可以援引保护伞条款,进而认定缔约国违反与外国投资者签订的合同义务构成对双边投资协定(BIT)义务的违反,从而引发投资者可否以此为理由诉诸 ISDS 仲裁的争论。由于条款表述的模糊性,有关该条款的解释事实上很难做出统一而令人信服的结论。从各仲裁庭的论述来看,实践中,支持一派通常强调投资协定"保护投资"的目的和宗旨,也有仲裁庭运用"有效解释"原则,认为如果否定保护伞条款的这一适用将会使该条款失去意义。<sup>⑥</sup>在后续做出限制保护伞条款这一适用的裁决中,仲裁庭强调了这一适用对东道国经济管理产生的深远影响,尤其是会引发仲裁案件数量的大量增加而给争端解决带来巨大压力,认为需要采取一种"衡平的解释", ⑥ 也有仲裁庭将这样一种平衡投资者和东道国利益的方法称为"和谐解释(harmonious interpretation)"。 ⑥

从以上条款产生分歧所依赖的不同条约解释路径可以看出,很多条款在表面上都呈现出所谓"限制"与"宽泛"解释的分歧,而分歧的产生直接或间接地来源于不同仲裁庭在解释方法和工具选用上的不一致,当然也有部分仲裁庭没有很好地开展条约解释工作,草率地作出了结论。因此,无论是统一性还是规范性,国际投资仲裁条约解释都还有较大的完善空间。

## 二、再探"合法性危机": 国际投资仲裁需不需要一致性?

以劳德案为开端,加之阿根廷经济危机中大量"不一致裁决"的出现,国内外多数研究长期以来都将"裁决不一致"阐述为 ISDS 机制"合法性危机"的根源,但近来也有学者提出了反对意见,认为"裁决不一致"不足以构成所谓"合法性危机"。考察支

① 有关案例如 MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Case No.ARB/01/7, Award of may 25 2004, para.104, 以及 Bayindir Insaat Turizm ticaret Ve Sanayi A. S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award of August 27 2009, paras.155-157.

⑬ 有关案例如 Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/09/1, Award of July 21 2017, paras.877-892.

<sup>(4)</sup> Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award of 19 August 2005, para.250.

<sup>(</sup>b) EI Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction of 27 April 2006, para.77.

<sup>(</sup>b) Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award of 02 August 2006, para.206.

持派和反对派的观点可以看出,关于"裁决不一致"现象的争论导向了两个方面,一是价值追求,即不同价值目标之间的权衡;二是国际投资仲裁体系的特性,即对于该体系而言,有没有基于其当前的局面亟待解决的问题,以及从发展的角度值得追求的目标。

#### (一)价值目标的权衡:"可预测性"应当成为当前首要价值目标

尽管"一致性"有其自身的固有价值,但从裁决的角度,讨论得更多的是裁决的一致性进一步所带来的价值,<sup>⑪</sup> 主要涉及到"确定性""可预测性",以及与上述两项价值存在一定张力的"准确性""合法性"。

#### 1. 确定性

裁决一致性首先涉及到的是一个法律体系的"确定性(determinacy)"。从根源上看,法律的产生源于人类对"秩序"的追求,®而"秩序"指向的就是自然和社会进程中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性,这是深深根植于有序的自然结构和人的思维结构当中的追求。®无论是早期的法律形式主义,还是在后期德沃金等学者的理论中,"确定性"指向的都是根据业已存在的法律和客观的事实,进行科学的推理而得到"正确且唯一的裁决",®而不一致的裁决显然破坏了这一价值。这是批判国际投资仲裁裁决不一致问题的研究者们主要的出发点,即不一致的裁决破坏了国际投资体系的基本秩序,违背了建立该体系的初衷,进而导致这一体系无法持续。

然而,法律形式主义所追求的确定性在法律现实主义看来"不过是一种幻象(illusion)",<sup>②</sup>他们认为基于法律本身的不确定以及裁判者对法律和事实解释的不确定,法律的"不确定性"是客观存在的,这正是坚持"裁决不一致并不是严重问题"的学者的出发点,他们认为这一现象是国际投资法律体系本身的不确定性导致的。尽管后续对法律现实主义的理论也不乏批判之声,但他们对于形式主义坚持的"确定性"的反驳经由后续的司法实践已经得到了证实。"唯一正确的答案"忽视了法律实施过程中的复杂性,是不现实的。于是遵循法律现实主义的思路,国际投资仲裁会面临以下两个问题,一是如果"不确定性"是客观存在的,那么"确定性"是否还值得追求?又该如何追求?二是裁决的不一致与"确定性"之间的关系如何,即到底是国际投资仲裁体系本身的不确定性导致了裁决的不一致,还是"不一致裁决"的大量出现加重了这一体系的不确定性,再或者这是一个恶性循环。

Irene M. Ten Cate, The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration, Columbia Journal of Transnational Law, Vol.51:2, 2013, p.448.

<sup>®</sup> 谢晖:《社会有序: 法律调整正当目的》,载《比较法研究》2000年第4期,第381-388页;李琦:《法的确定性及其相对性──从人类生活的基本事实出发》,载《法学研究》2002年第5期,第24-41页。

⑩ 「美]E·博登海默:《法理学—法律哲学和法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 219 页。

② 周国兴:《法律的不确定性命题——一个问题史的考察》、载《环球法律评论》2010年第6期,第29页; Ronald Dworkin, No Right Answer? In Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. Hart, P. M. S. Hacker and J Raz (eds.), Clarendon Press Oxford, 1997, pp.58-59. 早期形式主义与德沃金理论的主要区别在于,德沃金强调将法律原则和政策纳入到法律体系中,当遇到相互竞争的规则时,裁判者依照原则的指引做出判断。

② Oliver Wendall Holmes, *The Path of the Law*, Harvard Law Review, 1997, Vol.110:5, p.998.

对于第一个问题,既然追求形式主义的"唯一正确答案"确实是一种虚妄,那么对于国际投资仲裁而言,也不应该追求裁决结果的绝对一致。但是,如果完全否定和放弃法律的"确定性"价值,法律作为人类追求秩序的产物,就会失去其存在的基础。事实上法律现实主义并不反对"确定性"本身的重要意义,而是旨在通过阐明"不确定性"的客观存在转而寻求一种更为现实的确定性。即便是强烈批判"确定性"的霍姆斯也曾说:"对法院事实上将做什么的预测便是我所说的法律",②这种更现实的确定性在卢埃林的论述中也被称为"可估量性"。③因此,放弃对裁决结果绝对一致的追求,并不意味着国际投资仲裁要完全抛弃"确定性",而且如果任由裁决不一致的现象继续发展,会进一步加剧该体系的不确定性,从而形成一个恶性循环。因此,认为"裁决不一致"源于该体系内部而无需加以调整的观点是不能成立的。事实上,尽管反对论者很多时候是用"可预测性"的字眼在进行讨论,但真正批评的其实是法律形式主义的"确定性",因此需要在准确理解"可预测性"的基础上探讨国际投资仲裁的"一致性"追求。

#### 2. 可预测性

霍姆斯的"可预测性"和卢埃林的"可估量性",<sup>②</sup>本质上都是"确定性"的变体,但"确定性"与"可预测性"的区别却是显著的。首先,"可预测性"不再追求法律形式主义的"唯一的最后结果",而是将目光更多放到了产生结果的动态过程,这一转向实际上就是在认识到"不确定性"的诸多因素后,试图在裁决产生的过程中尽力排除、限制或规范这些因素的干扰,从而使得参与者对结果的产生有相对稳定的预期。在这个意义上,一个新的裁决未必要与之前的裁决完全一致,但是仲裁过程需要有稳定的因素让当事人可以预测最终的结果。其次,"可预测性"不再追求法律体系内部"唯一正确的结果",而是充分考量当事人乃至案外人的"可接受性",卢埃林将其称为"合理的恒常性"。<sup>③</sup> 既然法律不能通过简单的三段论得出唯一正确的结果,那么影响裁决并可能为裁决增加合理性的外部因素就应该也必须纳入考量,而"可接受性",尤其是当事人对裁决结果的接受是一个法律体系得以持续的关键因素。

对于国际投资仲裁而言,在放弃了裁决的绝对一致后,要实现参与者对仲裁结果的"可预测",除了程序上的形式稳定因素外,实质的稳定因素就是仲裁庭对条约所做的解释工作。条约的解释是国际法实践中至关重要的内容,国际司法机构在解决国际争端时,包括根据国际投资条约提起的争端在内的几乎所有案件都会面临条约解释的工作。<sup>®</sup>如前所述,对于"最惠国待遇"等关键条款的解释,不同的仲裁庭采取不同的解释方法和工具,最后得出了针锋相对的观点。这种"不一致"的存在首先会给东道国带来巨大的

<sup>22</sup> Id, at 992.

② [美]卡尔・卢埃林:《普通法传统》、陈绪纲等译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 236-250 页。

② 二者的理论也有所不同,本文无意梳理各流派关于"不确定性"的理论演变,后文统一以更常用的"可预测性"指称 这样一种"现实的确定性"。

② 同前注②,第254-255页。

<sup>®</sup> Richard K. Gardiner, Treaty Interpretation, (2nd ed.), Oxford University Press, 2015, Foreword, p.16.

困难,一旦出现新的投资者要求更优惠的待遇,而该东道国与投资者的母国签订的投资条约与和东道国与其他国家签订的投资条约不同,因无法预测仲裁员的解释,是否拒绝这一投资者的要求,还是应允这一要求但是承担此项规则扩张的风险。前者有可能违反相关投资协定,后者也有可能带来巨大的损失,投资活动很有可能由此陷入困境,甚至如果进一步与"保护伞条款"相结合,东道国的举措会面临极度的拘束。

追求仲裁裁决的绝对一致的"确定性"没有必要,也不可能,但是条约解释的一致性带来的"可预测性"对于国际投资的正常秩序必不可少,是应当追求的。如哈耶克所言,一种不确定但仍然可预测的法律体系将继续维护法律自由,<sup>②</sup>甚至在这个意义上,可预测性是追求一致性的直接和首要价值。UNCITRAL第三工作组也提出,为促进协调性和一致性而可能进行改革的目标将增进投资者与国家间争议解决案件的可预测性,而不是寻求统一性。<sup>③</sup>从追求"一致性"到追求"可预测性"的转变,所伴随和要求的是从寻求"裁决一致"到"条约解释一致"的路径转变,也即追求"可预测性"的一个关键工具就是"条约解释方法和规则"。

#### 3. 准确性

准确性要求裁判者详细地阐明案件所涉法律规定,作出与具体案件情况相适应的裁决,这显然与"可预测性"存在一定的冲突,甚至有学者直接指出"准确性"应当优于"可预测性"。<sup>③</sup> "可预测性"在一方面与"准确性"是相互促进的,即当先例与仲裁庭对待决案件的结论一致时,可以通过援引先例进一步明确有关条文内容,但是当先例与仲裁庭对待决案件的结论不一致时,二者明显存在紧张关系。在国际投资仲裁中,对在上述紧张关系中追求一致性的批判的主要观点有:(1)当先例与裁判者针对具体案件得出的观点不一致时,遵循之前的裁决会扭曲裁判者和当事方对法律的正确认识;(2)当事方出于对自我利益的维护而指派和选择仲裁员,仲裁员应该独立作出裁决而不是参照非当事方选定的仲裁员作出的裁决。<sup>③</sup>

首先,对上述第一个观点的直接反驳可以是"可预测性"应当优于"准确性"。理由是,所谓"正确认识"很有可能只是仲裁员自己一时的认识,其正确性几何本身就需要辨析,特别是在已经形成一系列一致的已决案件时,有理由相信这一集体智慧在多数情况下优于个别仲裁员一时的认识。<sup>⑤</sup>如果说这一点在一般的法律体系里能否成立还需要详细论证的话,在国际投资仲裁目前存在大量不一致判决的现实情况下,这一怀疑的合理性颇高。诚然,确实存在一种情况,就是之前的裁决明显是错误的或者是特殊的,那此时当然应该推翻之前的结论作出相对正确的解释和裁决,但是这与可预测性也并不完

② [美]布雷恩・Z・塔码纳哈:《论法治—历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社 2010 年版,第 115 页。

WP.142, 18 September 2017, para.41.

② 刘笋:《论国际投资仲裁中的先例援引造法》,载《政法论坛》2020年第5期,第76页。

<sup>30</sup> Supra note 17, at 457-459.

<sup>3)</sup> Bryan Garner et al., The Law of Judicial Precedent, Thomson West, 2016, p.35.

全矛盾,因为如果一个裁决明显是错误的,其存在本身就不合理,有关当事方通常不会基于该裁决的存在而预测之后的仲裁庭会做出同样的裁决,而且在目前的国际投资仲裁体系中,这一错误的存在很大程度上是缺乏纠错机制导致的,如果有纠错机制,这样的裁决本不会成为最后的结果。因此明显错误的裁决和条约解释不应当成为讨论价值目标的重要考量,真正值得讨论的是在疑难案件中,是应当尽可能要求仲裁庭参照之前的解释,还是给予仲裁员更大程度的自由裁量做出不同的解释,对于这一问题,前述集体智慧优于个人智慧是一种解答,对于目前的国际投资仲裁而言哪一种方式更可取将在后文进一步讨论。

其次,是关于仲裁员的问题。必须承认,当事方在选定仲裁员时会倾向于选择有利于己方的人员,这站在当事方的角度无可厚非,但是从仲裁本身来看,这并不是一个值得肯定的期待。仲裁员的公正性和独立性是包括 ICSID 在内的众多国际投资仲裁机构仲裁规则明确要求的,甚至在仲裁员公正性和独立性遭到质疑时,当事方可以申请回避。<sup>②</sup>因此,仲裁员的首要任务是独立公正地作出裁决,这个独立性是针对有利害关系的当事方而言的,而非针对整个仲裁体系而言的,仲裁员尽管没有明确的义务去促进该体系的发展,但作为这一体系的参与者和重要的建设者,他们应该负有一种富勒所称的"道义上的责任"来推动该体系的可预测性。<sup>③</sup>

#### 4. 合法性

最后是更为复杂的"合法性",其复杂性不仅在于它极易引起争议,还在于它与其他价值有着广泛的牵涉。在有关价值目标的探讨中,是极力批判不一致性的 Susan D. Franck 率先对"合法性"发难的,而反对派倾向于认为在国际投资仲裁中一致性对于合法性的价值被夸大了,主要观点有:(1)一致性只是一个中立的价值,对于合法性的贡献不大;<sup>38</sup>(2)制度化司法机构的合法性概念不能简单移植到建立在同意基础上的国际争端解决机构,对于后者而言,其合法性本质上是国际法主体对其裁决的认可和接受,而仲裁案件与投资协定缔结数量的增长说明认可和接受度并不低。<sup>38</sup>

对于第一个观点,一致性价值的确具有一定的"中立性",但中立的价值并非是对一个体系的合法性不重要的价值。相反,追求一致性本身就暗含了裁决者的中立,充分考量先例的结论和说理,对不同的主体平等对待,是保障裁决公平公正的重要基础,对于一个体系合法性当然是重要的。

对于第二个观点,首先,反对派对国际投资仲裁体系合法性的主张与前述其对一致

② 《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》(《1965年华盛顿公约》)第14条,第57条。

<sup>3</sup> Gabrielle Kaufmann-Kohler, Arbitral Precedents: Dream, Necessity or Excuse?, Arbitration International, 2007, Vol.23:3, p.374.

Thomas Schultz, *Against Consistency in Investment Arbitration, in* The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice, Z. Douglas, J. Pauwelyn, and J. E. Viñuales(eds.), Oxford University Press, 2014, p.298.

⑤ 反对派将国内司法机构的合法性描述为 "公众相信裁决是根据普遍接受的法律原则和正当程序做出的",但并未明确 二者的区别。参见勒也:《国际投资争端解决中条约解释的一致性:实践冲突、价值反思与改革目标》,载《环球法律 评论》2020 年第 5 期,第 186 页; *Supra* note 17, at 455.

性的批判是矛盾的,指引人们接受和服从法律的正是"一致性"所直接追求的"可预测性",如果个体能够预测法律对他的要求,那么原则上,他就会理解并且能够使其行为符合法律的要求。<sup>®</sup> 并且前已述及,"可预测性"正是放弃了对法律体系内部"唯一正确的结果"的追求,充分考量当事人乃至案外人的"可接受性"的一种价值。其次,反对派给出的论据也是站不住脚的,虽然案件和双边投资条约的数量在增加,但是新签订的投资协定大多数都对 ISDS 机制进行了排除或限制,新的仲裁案件大多数都是根据 20 世纪 90 年代乃至更早的国际投资条约提起的,说明各国已经对 ISDS 机制产生了强烈的怀疑,根据晚近签订的协议提起仲裁的意愿也大大降低,如果"可接受性"是衡量"合法性"的本质,那么显然这种"合法性"正在降低,而一致性所追求的"可预测性"恰能提升此等"合法性"。

以上关于价值追求的讨论可以得出以下结论:(1)追求"裁决的绝对一致"是不现实的,而应追求条约解释一致所带来的"可预测性",这是一致性的首要价值;(2)追求一致性与准确性和合法性存在一定的冲突,仅从理论上来看,的确有不可调和的部分;(3)作为一致性追求的首要价值,可预测性价值与准确性和合法性尽管存在冲突,但也有共同促进的可能。基于以上三点,也同时提出了以下三个问题:(1)对于国际投资仲裁体系而言,从体系本身的特殊性出发,应当将何种价值放在优先的地位?(2)条约解释一致性本身同时作为一种目标追求,除了能够缓解目前"裁决不一致"问题外,对于国际投资仲裁其他方面的利弊几何?(3)追求条约解释的一致,能否在解释规则的具体构建上部分调和上述价值目标的冲突,充分发挥相互促进的一面?

#### (二)碎片化特性与改革方向要求条约解释尽可能追求一致性

国际法的碎片化属性在国际投资领域更加突出,不仅在于两千多个条约导致的规则碎片化,还在于临时的仲裁庭导致的争端解决的碎片化,而当前国际投资法的主要造法形态已经由缔结条约转变为仲裁庭的案例法,因此仲裁员对于国际投资条约有关条款的解释成为了国际投资法发展的重要内容。③对于目前正在进行的国际投资仲裁改革,尤其是针对上述极度碎片化的问题,包括中国在内的许多国家已经意识到,部分问题已经难以通过双边协定的方式来解决,改革的方向需要面向多边的规则与机制。多在仲裁庭案例造法已经成为一个事实的情况下,"一致性"已经不仅仅是"裁决一致性"和"条约解释一致性"的问题,而是直接影响到了国际投资法实体规则本身的内部和谐。另一方面,创设多边的规则和机制,就是对国际投资法更高程度的融合和一致性的要求,这本身就为"一致性"追求增添了合理性,甚至是必要性。

<sup>36</sup> Jules L. Coleman & Brian Leiter, Determinacy, Objectivity, and Authority, University of Pennsylvania Law Review, 1993, Vol.142:2, p.582.

③ Catharine Titi, The Arbitrator as a Lawmaker: Juris generative Processes in Investment Arbitration, Journal of World Investment & Trade, 2013, Vol.14:5, p.830.

<sup>38</sup> Supra note 4, at 3.

## 1. "可预测性"保障国际投资的基本秩序

条约解释一致性所带来的可预测性对于国际投资的有序开展至关重要。这种"可预测性"首先保障了投资者"在陌生环境中稳定的预期",这是国际投资条约的初衷。国际投资条约签订的主要背景之一就是为了保护投资者的利益,同时鉴于投资者对于东道国法律的不熟悉,给予其国际通行的权利和义务,并且东道国出于吸引外资的目的,通常会在条约中给予投资者一些优惠待遇,使得其能够比较顺利和安心地在东道国进行投资活动。在这个意义上,国际投资协定的主要功能就是为投资者进行投资提供指引和稳定的保障,投资者能够享有和其他投资者一样的优惠待遇,东道国也不会随意征收其财产等等,由此保障投资者"稳定的预期"。对于更多处于非争诉状态中的普通投资者,相比于关注对某一条款解释的准确性,他们会更加关注的是该条款还是不是其开展投资活动时所理解的那样。

外国投资者根据之前类似案件中仲裁庭对有关条款做出的解释,预测自己的行为在相关投资条约下会产生怎样的后果,从而对自己在东道国开展的投资行为进行评估、规范和调整。同样地,东道国如果愿意也会据此对自己的管理行为做出适当的调整。然而,如果存在大量不一致的裁决和解释,投资者与东道国无法清晰地判断自己的行为将会产生怎样的后果,权衡风险后,投资者很有可能停止投资,东道国政策的实施也会遭遇阻碍。因此,对于保障国际投资秩序而言,条约解释一致性所带来的可预测性在国际投资仲裁中应当处于优先的地位。

## 2. "可预测性"是缓解"碎片化"的重要手段

诚然如国际法委员会所言,"碎片化"是中性的价值,但是目前国际投资仲裁领域同时存在的规则极度碎片化和争端解决的碎片化并没有在形成新的规则方面起到明显的积极作用,而是造成了对关键条款理解上的大量分歧和标准上的混乱,不利于国际投资的持续发展。追求"可预测性"要求仲裁员更加注重案件的说理过程,在这一过程中,条约解释的一致性不仅包括对具体条款解释的一致性,还包括解释方法的一致性,即利用一套统一、合理和严密的条约解释规则,来促进对投资协定条款的一致理解。在统一的条约解释规则的约束下,仲裁庭的任意性可以得到一定程度的限制,缓解仲裁庭的碎片化问题,对于条文的理解也可以在一套规范的解释规则中形成相对一致的结论,缓解规则的碎片化,从而使得国际投资仲裁能够朝着规范化的方向发展。

"规范化"的发展意愿也符合国际投资仲裁从传统的"合同模式"转向体系化发展的趋势,这一点在 UNCITRAL 第三工作组的有关文件中得到了多处体现。<sup>®</sup> 工作组甚至提出,除了程序性的事项,也考虑对实体规范进行改革以促进一致性,<sup>®</sup> 并指出一致性的

Supra note 28, at para.50; Report of Working Group III on the work of its thirty-fifth session, A/CN.9/935, 14 May 2018, para.97; UNCITRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) (Note by the Secretariat), A/CN.9/WG.III/WP.149, 5 September 2018, para.24.

WINCITRAL, Possible Future Work in the Field of Dispute Settlement: Reforms of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) (Note by the Secretariat), A/CN.9/917, 20 April 2017, paras.14-15.

缺乏对于体系化的发展方向是不利的。<sup>④</sup> 这也是目前改革方案中多边化的常设上诉机构以及常设投资法院等成为讨论核心的重要原因,而如前所述建立多边的机制也是包括中国在内的许多国家的意愿和倾向。因此,考虑到彻底解决目前裁决不一致、极度碎片化等问题的有效方案是稳定的多边化体系,在前期,就需要在追求条约解释一致性的过程中尽力促进共识的形成,形成相对融洽的内部秩序,为多边体系的建立奠定基础。诚然,一致性与准确性共同推进是理想的状态,但是基于二者之间固有的张力,考虑到体系发展的需要,在这个阶段似乎不得不优先追求一致性,因为如果继续保持目前的状态,鉴于事实上仲裁庭和仲裁双方大量援引先例的说理方式,不仅投资秩序仍然面临可预测性低带来的不安定,多边体系的建立也缺乏坚实的基础。而在后期,常设机构的存在更多的也是凭借其权威性和终局性,对有关条款进行细致的梳理和论证,进一步巩固正在形成的"一致性",逐步推动国际投资仲裁规则的明确化和体系化,待多边体系稳固后,常设机构基于其专业性或可进一步平衡好一致性与准确性。

综上所述,将"条约解释一致性"放在优先地位,才能有效应对当前的危机并稳步推动多边机制的建立。在这一目标下,所谓条约解释的一致性,首先是一套统一、完整和严密的条约解释方法本身,其次是通过统一的条约解释路径来促成实体规则的统一、明确和细化,甚至共识的达成,因此接下来的问题就是如何进行基本规则的设计,以更好地实现上述目标。

## 三、国际投资仲裁条约解释规则的框架构建

条约文本本身的模糊性、仲裁庭的碎片化、专业仲裁员的缺乏等诸多原因导致国际 投资仲裁的条约解释不仅异常困难,同时也"乱象丛生",招致了诸多批判,究其原因还是 在于规则不完善的情况下各仲裁庭自行其是,因此构建统一的规则解释框架势在必行。

#### (一)缔约国的有权解释

由于国际投资仲裁的特性和保护与促进投资的原初目的导向,长期以来国际投资协议文本和仲裁实践都忽视了缔约国共同行动对仲裁的干预和引导,晚近受到平衡东道国利益诉求的影响,BIT 开始纳入缔约国解释机制,但具体规定各有不同。

1. 国际公法属性和利益平衡需求要求以缔约国解释为先

截止 2021 年 6 月 30 日,登记在 ICSID下的 838 个案件,60% 都是根据双边投资协定提起的,双边条约仍然具有相对性,应当尊重缔约方的共同意愿。从"一致性"来看,对于某一条款的理解首先来自于缔约方之间达成的共识,这是国际投资条约一致性的起源,而如果这一起源是清晰的,仲裁员在审理根据该等条约提起的仲裁时,追求的"一致性"就是与缔约方真实意图相符合的"一致性"。无论是投资条约中的实体条款,还是程序条款,效力的依据都是当事国的同意,而这也是包含国际投资法体系在内的整个国

<sup>4</sup> UNCITRAL, Report of Working Group III on the work of its thirty-fourth session, A/CN.9/964, 6 November 2018, para.50.

际法的根据,<sup>®</sup> 而上述所谓仲裁案例造法本质上是由于投资条约中存在大量模糊和不确定的规定所导致的,<sup>®</sup>并不是仲裁员有意为之的结果,因为如果不试图阐明条款的明确内容,仲裁结果的做出就缺乏明确和合理的依据。

在明确了这一起源上的"一致性"来源后,进一步探讨如何明确缔约方的真实意图前,有必要对 ISDS 长期面对的"越权"问题进行讨论。<sup>®</sup> 因为如果基于该体系的公法属性,仲裁的行为存在超越其职权的成分,那么这一体制的完善就不是改革能够完成的,而需要对该体系进行彻底的重新定位和制度设计,那探求当事方的真实意图可能就是完全不同的途径了。当然,这一问题是国际争端解决机构普遍面临的重大疑难问题,本文无意就该问题给出理论上的最终结论,而是基于国际投资仲裁的特性,对"投资仲裁庭越权"的批判作出初步的回应。

对所谓仲裁庭"越权"的批评实质是因为仲裁的结果会对东道国国内政策的执行施加影响。条约既是国际法主体关于特定国际事务意志的体现,也直接构成了其同意及允诺的表达。<sup>⑥</sup> 国际投资条约的签订本意就是给予各自当事方的投资者以优惠和保护,一定程度上是为了吸引投资,不能因为仲裁结果可能会对当事国的行政行为的合理性作出判定而否认仲裁的合法性,因为签订条约的行为表达了缔约方的承诺,该承诺包含了对该等可能结果的认识,甚至在具体案件中,缔约方同意将一个模糊的问题提交仲裁庭解决时,这意味着其已准备好接受管辖和裁决结果,而裁决作出后又对仲裁庭进行批评的行为,本身就存在不符合《维也纳条约法公约》"善意执行条约原则"的嫌疑。<sup>⑥</sup> 因此事实上关于越权的讨论也间接和当事方的意图这一问题相关。

因此,如果在投资条约中存在这一起源上的"一致性",即缔约国对有关条款的明确解释,而仲裁庭的仲裁行为本身并不存在越权的话,那么仲裁庭在进行条约解释时理应将这一解释放在第一位,这不仅符合条约的国际公法属性,经由各缔约方共识达成的条约解释加强了仲裁的有效性,也有利于平衡东道国的利益。"因此,仲裁员的重要任务是查明缔约方的真实意图,即便这一意图与仲裁员自己的理解存在出入,也应该以该等意图为准,这也是《维也纳条约法公约》所确立的条约解释的基本原则。然而问题是,目前国际投资条约在一些关键条款上的明确性是相当缺乏的,而在仲裁正式开始后,由于东道国成为了事实上的被申请人,东道国对有关条款的理解就成了"抗辩",在仲裁员眼里是需要判断合理性的一种"事实",而非"法律",哪加之现行仲裁规则普遍缺乏允许缔

④ [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》,王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 8-9 页。

<sup>4</sup> Alec Stone Sweet, Michael Yunsuck Chung & Adam Saltzman, Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of the Evolution of Investor-State Arbitration, Journal of International Dispute Settlement, 2017, Vol.8:4, p.585.

④ 肖威:《ISDS 机制变革的根源、趋势及中国方案》,载《法治现代化研究》2020年第5期,第160页。

⑥ 何志鹏:《以诺为则:现代性国际法的渊源特质》,载《当代法学》2019年第6期,第146-157页。

⑥ 赵宏:《条约下的司法平等—离任演讲》,载《国际经济法学刊》2021年第2期,第5页。

⑪ 张生:《国际投资法制框架下的缔约国解释研究》,载《现代法学》2015年第6期,第166页。

⑧ 当然,此处存在两种情况,一种是东道国的解释符合订立条约时的共识,二是东道国处在具体仲裁中做出来有利于自己的解释,这两种情况也可能重合。

约国介入的相关机制,仲裁员不得不根据自己的理解作出解释。因此,这种起源上的"一致性"需要嗣后的机制来明确,实践上已经有类似的做法。

#### 2. 晚近 BIT 的实践

最典型的是 NAFTA 演变而来的美墨加协定,该协定设置了一个由各方部长级别官员组成的固定的自由贸易委员会,如果仲裁中出现了被申请人援引投资章节附件 I 或附件 II 有关规定作为抗辩的情况,仲裁庭"应当"请求该委员会对相关问题作出解释,协定明确规定该等解释对仲裁庭具有拘束力。从此前 NAFTA 的实践来看这种机制能够形成较为稳定和权威的解释结果,而且事实上此前 NAFTA 自由贸易委员会做出的解释对国际投资仲裁产生了不小的影响,尤其是在"公平公正待遇"领域。<sup>⑩</sup>稳定的解释机构在清晰的介入机制下作出权威的解释意见当然是理想的情况。

此外,也有临时派出代表或相关人员进行解释的方式,如根据《中国-加拿大BIT》,缔约双方可以采取共同行动,发布对本协议有约束力的解释,并且明确了该解释对仲裁的拘束力,要求裁决与解释相一致。<sup>⑩</sup> 这种解释对仲裁产生约束力可能有两种情况,一种是争议发生之前,缔约方共同对某一条款作出了补充解释,而后发生的案件正好与这一解释相关,这种情况通常只需要仲裁庭查明解释内容并认定这种解释的效力即可。另一种情况是,一个具体的案件发生后,缔约方才就案件所涉条款作出解释。这就涉及到请求权的问题,目前多数 BIT 条款对这种一般性对不特定条款进行解释的程序规定不甚清晰。从现实的角度,具体案件发生后,作为投资者母国的缔约一方和作为被申请人的缔约一方的考量可能会有所区别,尤其是如果被诉的东道国在此时向另一方提出磋商请求开展解释工作,被请求一方的磋商意愿和倾向会受到很多因素的影响。

除了对不特定条款的一般解释外,晚近许多 BIT 开始纳入缔约方对特定条款的保留解释权。而且规定了较为清晰的适用程序,这样的条款又分为两类。第一类是一旦涉及有关条款,必须由缔约方作出解释才能继续仲裁,根据《中国-加拿大 BIT》,当投资者提起仲裁而东道国以第 33 条第 3 款(有关金融的审慎与合理措施例外)进行抗辩时,仲裁庭无权对该问题作出裁定,而"必须"请求缔约双方就该问题发布书面报告,该书面报告对投资仲裁有约束力。如果缔约双方在 60 天内无法达成决定,则该问题将提交国家间仲裁,同时仲裁庭必须停止仲裁,国家间仲裁的结果对投资者与国家间仲裁具有约束力。<sup>⑤</sup>《中国-加拿大 BIT》关于这一解释的程序规定就到此结束了,而《加拿大-香港 BIT》还在这一基础上加上了如果国家/地区间仲裁在 70 天内没有结果,那么该事项仍然由投资者与国家间仲裁庭进行裁决,⑥显然这一规定是出于效率的考量。

<sup>®</sup> Roland Klager, 'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law, Cambridge University Press, 2011, p.61-62.

⑩ 《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第 18 条 "磋商"第 2 款和第 30 条 "准据法"第 1 款。这种规定开始广泛见于晚近缔结的 BIT 当中,如《美国 - 乌拉圭 BIT》第 30 条第 3 款,《加拿大 - 香港 BIT》第 30 条第 1 款。

⑤ 《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第20条"缔约一方投资者的诉请"第2款。

<sup>32</sup> Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments, Article 22.5.

第二类是应被诉缔约一方请求作出解释,这一类条款通常是"保留和例外"条款。根据《中国-加拿大BIT》,如果被诉缔约一方以第8条(一般例外)第1、2和第3款作为抗辩,则在"被诉缔约方的请求下",仲裁庭可以要求缔约方共同作出解释,如果60天内未作出解释,则依旧由仲裁庭进行裁决。<sup>®</sup>第二类条款将做出解释请求的决定权赋予了被诉缔约方,可以想见,在这一条款适用的早期,东道国为增加胜诉的可能会频繁作出这一类请求。这一过程事实上给了缔约方在条约缔结后进一步协商谈判的机会,甚至对于国际经济法领域争论不断的"例外条款",缔约方可以利用这一机会不断在特定的个案中明确具体内涵,乃至做出与时俱进的解释。或许这也是为何协议特意区分了对"金融类例外条款"和"一般例外条款"不同的解释程序的原因,对于敏感的金融领域,借助国家间仲裁一锤定音,但是对于模糊而争议巨大的一般例外,所述两项BIT未直接规定必须进入国家间仲裁程序,而保留缔约方自身解释的灵活性。<sup>®</sup>

如果脱离具体条款的特殊性,考虑此后完善缔约方嗣后一般解释的规定,那么虽然不进入国家间仲裁在个案的解决上更有效率,但是此时事实上就是缔约国之间对于条约解释出现了分歧,提交国家间仲裁也是合适的。而且从长远的角度来看,后续出现此类问题时,缔约国之间还是要经过同样的协商程序,能否达成合意仍未可知,总体上的效率反而不是最优的。类似条款在后续完善时还可以考虑参考《美国-乌拉圭BIT》,将缔约方在个案中共同作出的解释<sup>⑤</sup>以及国家间仲裁的结果的约束力明确延伸至此后的投资者与国家间仲裁,如有必要,反而是在这样的规定里可以区分不同类型的条款,⑥即明确不同条款经过国家间仲裁后的结论是否对后续涉及此类条款的投资者与国家间仲裁有约束力,从而一定程度上兼顾效率和灵活性。

## (二)目前条约解释的任意性需要统一的解释规则进行约束

从前述对重点领域的分析可以看出,上述案件中部分仲裁庭所作出的解释没有呈现清晰的条约解释过程,仲裁庭之间更缺乏统一的条约解释路径,甚至对部分条款理解的得出并没有经过明确和清晰的解释,在"不一致"的经典案例劳德案中,斯德哥尔摩仲裁庭在未对何为"充分保护和安全"进行明确解释的情况下就做出了结论,<sup>⑤</sup>国际投资仲裁庭的条约解释呈现很大的任意性。

③ 《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第 30 条 "准据法" 第 2 款,此类条款同样见于《美国 - 乌拉圭 BIT》第 31 条,《加拿大 - 香港 BIT》第 30 条第 2 款。

④ 不同的是、《美国-乌拉圭 BIT》还进一步特别区分了涉及金融条款的投资者与国家间仲裁和国家间仲裁的不同程序,但是没有直接规定投资者与国家间仲裁在缔约方协商无法作出决定时必须进入国家间仲裁程序。

⑤ 理论上,如果 BIT 中规定了缔约方作出的共同解释对协定本身或仲裁有约束力,那么后续的仲裁就应该严格接受此前解释的约束力,但是此处存在一个文本上有待澄清的问题,尤其是《美国 - 乌拉圭 BIT》,对于缔约方作出的解释,其在不同的地方分别用了"decision""report""determination"三个词,而且明确规定在国家间仲裁中协商得出的报告(report)是有拘束力的,但是却没有明确规定在投资者与国家间仲裁中协商得出的认定(determination)是否具有约束力,三者是否都具有同样的效力有待澄清。

第 笔者认为在绝大多数情况下是没有必要的,因为如果缔约双方都无法接受国家间仲裁的结果,那么显然可以直接通过协商,按照规定的程序修订有关条款的内容。

<sup>(3)</sup> CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Partial Award of 13 September 2001, UNCITRAL, para.613.

#### 1. 统一条约解释规则的欠缺

以上问题表明国际投资仲裁的条约解释欠缺明确和统一的规则,尤其是具有国际习惯法地位的 VCLT 解释规则。<sup>®</sup> 量化研究显示,1998 年 1 月 1 日至 2006 年 12 月 31 日间的 98 份裁决中仅有 35 份援引了 VCLT 解释规则,国际投资仲裁的条约解释还是呈现很强的随意性,而且存在大量严重偏离 VCLT 解释规则的情况。<sup>®</sup> 以及对 2012 年 12 月 31 日前可获得的 180 个国际投资案件的 229 份裁决进行的量化分析显示,229 份裁决中有 42%(92 份)完全没有提到 VCLT 解释规则。<sup>®</sup> 后期尽管援引 VCLT 解释规则的情况有所增加,但是系统适用的情况却很少见,来自商事仲裁的传统解释规则、国际公法规则等大量混杂在案件说理过程中,各方会根据自己的偏好和习惯选择性地运用各种解释工具。<sup>®</sup>

必须再次强调的是,从研究的角度,当然可以指责仲裁员在进行条约解释时的任意性,正如有学者在研究阿根廷经济危机引发的系列投资仲裁案件时称"仲裁庭(LG&E)对阿根廷的经济危机持更为同情的态度"。<sup>®</sup> 但仲裁员的个人偏私很难在具体的案件审理过程中被明确识别并纠正,然而对仲裁员作出结论所主要依赖的解释方法和工具的不合理使用却是可以通过实体和程序规则的完善来进行约束的,因此面对目前国际投资仲裁中仲裁员的任意性,需要统一的条约解释规则来进行约束,显然,首先要考虑的是VCLT解释规则。

#### 2. VCLT 解释规则的正确适用

首先需要说明的是,本文无意全面梳理 VCLT 解释规则的各项具体规则,而且已经有大量学者进行了此项工作,此处要讨论的是 VCLT 解释规则是否整体上适应于国际投资仲裁的特性和目前面临的问题。而且从 VCLT 解释规则的特性来看,严格适用该规则并不一定就能直接为条约解释提供一个明确且唯一的结果,而更多是限定解释的基本路径和奠定解释的基础。

VCLT 解释规则以"文本解释"为基础,这一点在起草材料中被多次强调,国际法委员会明确表示,条约解释的出发点和目的是阐明文本的含义,而不是探求缔约方的意图。<sup>⑥</sup> 正因为如此, VCLT 第 31 条才用了"参照目的和宗旨"这样的表述,以折中的方式将目的解释纳入其中。<sup>⑥</sup> VCLT 第 31 条的 4 款规则从逻辑上看,第 1 款、第 2 款和第 3 款是一个整体,第 4 款"缔约方约定的特殊意义"相对独立,需要注意的是,国际法委员

<sup>38</sup> LaGrand (Germany ν. United States of America) I.C.J Reports, Judgment, 2001, p.502, para.101.

Ole Kristian Fauchald, The Legal Reasoning of ICSID Tribunals - An Empirical Analysis, European Journal of International
 Law, 2008, Vol.19:2, p.314.

Trinh Hai Yen, The Interpretation of Investment Treaties, Brill Nijhoff, 2014, p.104.

<sup>(</sup>f) Thomas W. Wälde, Interpreting Investment Treaty: Experiences and Examples, in International Investment Law for the 21st Century Essays in Honour of Christoph Schreuer, Christina Binder et al.(eds.), Oxford University Press, 2009, p.725.

⑫ 刘京莲:《阿根廷国际投资仲裁危机的法理与实践研究一兼论对中国的启示》,厦门大学博士学位论文,2008年。

B ILC, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol.II A/CN.4/167 and Add.1-3, p.57.

<sup>@</sup> 李浩培:《条约法概论》,法律出版社 1988 年版,第 426 页。

会明确指出,第31条所包含的4款规则不存在法律意义上的上下级关系,而仅是按照逻辑排列。<sup>68</sup>换言之,第31条第4款所规定的"缔约方的特殊含义"不在"文本解释"之下,四款规则是一个整体。国际法委员会在评析第4款时曾指出,援引特殊意义的当事方有证明的责任。<sup>68</sup>这无可厚非,但需要注意的是,这指的是在具体案件裁决过程中,一个当事方援引特殊意义作为抗辩,该项不能排除也不可能排除前述缔约方的有权解释,尽管是嗣后的。因此,尽管VCLT规则以"文本解释"为基础,但与前述要求缔约方解释优先并不冲突。在VCLT解释规则与缔约方解释优先相融洽的前提下,以"文本解释"为基础,对目的解释和补充材料的使用进行一定限制的VCLT解释规则恰恰适合国际投资仲裁的现状和规范化的发展愿景。

首先,目前国际投资条约规则存在大量模糊和原则性的规定,对很多关键的术语都缺乏界定,这导致仲裁庭在进行条约解释时有很大的自由空间,严格适用"文本解释"的方法,探求条约用语的通常意义对限制仲裁庭的任意性具有积极作用,而且通常而言,类似于WTO上诉机构频繁援引牛津词典的做法对于促进规则的统一理解也具有推动作用。事实上,相当一部分不合理裁决的作出,是仲裁庭很任意地对条约目的和宗旨进行解读所导致的,⑥实践中,已经有仲裁庭批判国际投资仲裁对"目的和宗旨"的过度依赖,如 Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria 案仲裁庭认为"对目的和宗旨"的过度强调会加重对"目的解释论"方法的使用,而这样一种方法在极端的情况下甚至反而会否认缔约方意图的相关性。®

其次,当前大量国际投资协定一是签订时间较为久远,二是事实上很多双边投资协定并没有经过详细地讨论和谈判,而是很大程度上来源于OECD 示范条约等模版,<sup>®</sup> 甚至部分国家在投资协定中接受 ISDS 机制是迫于谈判的压力或被蒙蔽的结果。<sup>®</sup> 有关缔约方,尤其是大量发展中国家,对于很多条款本身缺乏细致的理解,相关的补充材料很难对澄清条约的含义起到积极的作用,甚至反而加剧对条约含义理解的冲突和撕裂。Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia 一案中,仲裁庭就曾让当事方提交有关辅助材料,但最后只获得了很少的信息,仲裁庭认为:"稀少的(sparse)谈判材料并没有为有关条款的解释提供有用的信息,也没有与仲裁庭的解释相矛盾。"<sup>®</sup>

再者,对于"可预测性"追求而言,坚守严格的文本解释方法,探求条约文本所表达

<sup>65</sup> ILC, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, A/CN,4/SER,A/1966/Add.1, p.220.

<sup>(66)</sup> Id, at 222.

⑥ Supra note 60, at 36.

<sup>(8)</sup> Plama Consortium Limited ν. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction of 8 February 2005, para.193.

<sup>69</sup> Supra note 61, at 749.

⑩ 蔡从燕:《外国投资者利用国际投资仲裁机制新发展反思一国际法实施机制与南北矛盾的双重视角》,载《法学家》 2007 年第 3 期,第 107 页。

Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction of October 21, 2005, para.274.

的通常意义,并且假定缔约方的意图就是通过在条约中使用的用语的通常意义来体现的,<sup>®</sup>对于并未参与条约谈判过程、不了解有关背景的投资者而言,这样的解释方法往往最符合其预期,因为投资者就是通过文本的通常意义来理解有关条款并指导自己的投资行为。

最后,认为"一致性"应该让位于其他价值目标的学者一个重要观点是"个案"的 特殊性。<sup>®</sup>个案当然是特殊的,但其特殊性不仅仅在于具体事实的特殊性,在国际投资仲 裁中,还在于国际投资协定文本的特殊性,当前的不一致一方面有本文重点讨论的解释 不一致的问题,另一根源还在于规则本身的不一致和碎片化问题。然而实践中,事实的 差异在仲裁庭面前往往是相对较为明显且容易发现的,但是国际投资协议本身长期以来 的模糊性一定程度上助推了仲裁庭对文本差异的忽视,加之解释工作本身的困难性和复 杂性,国际投资仲裁才会在相当长的时间里都没有对 VCLT 解释规则引起足够的重视, 前述 MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro 一案对文本的忽视就是 明显的例证。强调坚持以文本解释为中心的 VCLT 解释规则恰恰也是对个案中协定文 本特殊性的重视,甚至从国际投资体系发展的角度,这一特殊性较之事实的特殊性更为 重要。因为如果朝着规则统一化和体系多边化的方向发展,那么揭示和展现这些特殊性 是消弭差异和规则统一化的前提。即便仍然在规则碎片化的状态下发展,那么也应该突 出甚至强调这些特殊性,为个案的裁决提供清晰的思路。这就是为什么解释一致性从根 本上区别于裁决一致性的原因,因为解释的一致性不会抹杀个案的特殊性,而且从发展 的角度,对"文本解释"的加强会反过来促使缔约方在将来缔结条约过程中明确和细化 具体的条文,形成一个正向的循环。

## 3. "软先例"的引入

事实上,目前国际投资仲裁中"援引先例"的情况十分普遍,已经是一种事实上的存在,如前所述,通过援引先例对于某一条款的典型理解,总体而言有助于实现"一致性"。但是目前国际投资仲裁庭在"援引先例"时存在简单援引、盲目跟随和随意挑选等负面情况。<sup>④</sup> 因此问题的重点已经不在于是否应该"遵循先例",而是如何利用好这一解释工具,完善国际投资仲裁庭的条约解释工作。即便是要回答"是否应该"的问题,也必须指出,该问题的重点不是对于"援引先例"造法或越权的讨论,"同案同判是裁决一致性问题,它在本质上完全不同于立法活动。"<sup>⑤</sup> 因此,问题的重点还是如何更好地利用先例来促成"一致性"。

尽管许多仲裁庭都特别强调其不受先例的约束,但正如 Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia 仲裁庭所指出的,"尽管没有约束力,但是考虑先例的

② 这被国际法委员会认为是"文本解释"的精髓。Supra note 65, at 221.

③ 同前注 ②,第77页。

④ 刘笋:《论国际投资仲裁中的先例援引及缔约国的干预和引导》,载《法学评论》2021年第3期,第176-181页。

<sup>75</sup> 同前注 46。

解释是有益的 (instructive)。" ® 在条约解释一致性追求之下,为了尽可能发挥这一益处, 仲裁庭对具体案件的解释和说理可以采取以下三个阶段性步骤:第一个阶段,充分考虑 先例对有关条款的解释和结论,采用类似普通法系先例制度中的"区分"方式,<sup>®</sup>在尚未 形成明显共识的领域,不贸然推翻先例的结论与解释,而是结合待决案件的具体情况进 行详细的论证和推理,逐步明晰有关条款的具体适用情形,以此不断提升国际投资条约 规则的明确性。第二个阶段,随着有关的案件不断增加,尽力促成共识的形成,有别于第 一个阶段的"区分"方式,反过来将有关案件的具体情况上升到正在形成的相对抽象的 共识当中,进一步丰富和明确共识的内容,比如对于某一投资待遇如果双方最终达成了 共识,除了做出结论之外,尽可能将该共识明确地表达出来。® 第三个阶段,当某一条款 的案件足够丰富而且形成了较为完善的规则体系和共识时,仲裁员还可以尝试在解释的 过程中采取更加宽泛的说理模式,每不仅仅限于将既有解释适用于待决案件当中,而是主 动归纳和总结有关的解释和说理,形成明确的解释链条,到这一阶段,关于某一特定条款 的共识就基本达成了。在此过程中,条约的碎片化在共识的逐渐形成和确定过程中得到 了缓解,仲裁庭的碎片化则在不同仲裁庭彼此之间对于类似案件的分析、讨论和批驳中 深化了理解,形成了一种隐性的对于仲裁员任意性的约束力。仲裁庭也应当基于道义上 的责任,主动引导规则的明确化,审慎地逐步推进共识的形成。

诚然,上述较为宽泛的说理方式还是会面临与WTO上诉机构一样"越权"的批判问题,但是一方面这是国际争端解决机构需要在实践中长期去审慎地作出权衡的问题。另一方面,对于国际投资仲裁而言,目前的问题是裁决的不一致已经长期招致了对ISDS机制"合法性"的质疑,®而且国际投资协定文本的明确性远不及WTO的协定文本,这一问题就又回到了文本特点和改革目标之上,此处不再赘述。但需要补充说明的是,所谓"软先例"重点还是强调对仲裁庭条约解释任意性的约束,而非对后续案件仲裁结果的约束力,即要求后续仲裁庭在进行解释时要充分考虑、分析或批驳"先例"所作出的解释。实践中,有的仲裁庭或许是为了刻意突出不受先例约束的态度,会在说理过程中采取先在不援引任何先例的情况下做出结论,然后再用先例来佐证自己的结论的方式,如 Gas Natural SDG, S.A v. The Argentine Republic 一案,仲裁庭特别强调自己是独立作出

<sup>(</sup>f) Liberian Eastern Timber Corporation ν. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award of 31 March 1986, para.16.11.

⑦ "区别/区分(distinguish)"是普通法 "遵循先例"原则中的一项重要制度,指的是在案件说理过程中对不同情形下各种相关或类似的因素进行区分,以找出其中的差别并在法律上区别对待,从而得出不同的结论。在 "先例"具有约束力的体系中通常用来摆脱先例的拘束力,但在国际投资仲裁中,由于目前并不存在 "遵循先例"的制度,此处是指仲裁庭的说理应当充分考虑先例的内容,将具体情形进行区分和细化。

Richard C. Chen, Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration, Harvard International Law Journal, 2019, Vol.60:1, p.78.

<sup>79</sup> Id, at 77-78.

<sup>®</sup> 诚然,部分学者对 ISDS 机制"合法性"的批判也包含"越权"的问题,但与对 WTO 上诉机构"越权"的批判集中在"创造规则"不同的是,对 ISDS 机制"越权"的批判主要集中在对东道国的国内立法、司法和行政等行为的正当性进行了裁决方面,而这一问题已经在前述"国际公法属性和利益平衡需求要求条约解释以缔约国解释为先"部分进行了论述。

的结论,但同时认为比较同期其他相似案例是有好处的,因此在结论后列举了一系列案例,确认最终得出的结论并没有与先例相冲突。<sup>®</sup> 这样的方式下,诚然先例仍然会发挥其价值,但是如前所述国际投资仲裁条约解释呈现出很强的任意性,这样一种方式还是只关注仲裁的结论,没有将利用先例约束仲裁庭任意性的作用充分发挥出来。另一方面,由于国际投资仲裁中事实先例制度的不存在,仲裁庭频繁强调自身不受先例的约束,以及以双边协定为主的规则体系,宽泛的说理方式创造新规则的能力其实是相当有限的,因此上述三个阶段更多关注的是规则的明确和细化,诚然这与所谓新规则之间存在着复杂的关系。

事实上,上述步骤中对于仲裁员的期待并非臆造,而是已经有仲裁庭表达了类似的想法,在 AES Corporation v. Argentina 一案中尤其明显,尽管仲裁庭在开头对"先例没有拘束力"的观点进行了大量的论证,但在最终结论中,其认为基于同一条约的类似或一致的案件可能展现了一些"对实质关切的推理链条(lines of reasoning of real interest)",仲裁庭应当将自己的立场与其进行比较,如果关于某一特定事项的观点是一致的,那么仲裁庭就可以做出同样的结论,甚至进一步认为其他双边投资协定中产生的类似案件也应当得到正确的考虑。®同样,包含 AES 在内的诸多案件中,除了仲裁庭会援引先例来进行说理外,有关当事国也多次援引类似案例中的解释和结论来论证自己的立场,除了加强说服力之外,也间接表达了其对于仲裁庭充分考虑类似的案件,以促进国际投资仲裁规范化发展的意愿。®这一意愿在量化研究中也得到了验证,1998年1月1日至2006年12月31日年间的98份裁决显示,仲裁庭高频次地援引其他案件,而且频繁将国家实践和习惯国际法领域协调发展和国际投资法体系化发展的兴趣和趋势,而且这方面的潜力还可以通过条约解释的规范化进一步挖掘。®

## (三) VCLT 之外的解释方法和工具的谨慎适用

虽然从起草材料来看,《维也纳条约法公约》引入条约解释规则的目的仅仅是为条约解释提供一个基础,只包含少量基本的规则。<sup>®</sup> 但事实上 VCLT 的解释规则已经自成体系,VCLT 之外的许多解释规则与 VCLT 解释规则所包含的具体规则之间的关系,以及其他规则彼此之间的关系,无论是在理论上还是实践中很难有明确的界限。比如从起草材料来看,国际法委员会认为"有效解释"已经包含在 VCLT 解释规则之中,<sup>®</sup> 但后续格鲁吉亚诉俄罗斯种族歧视案中,国际法院又在一定程度上将"有效解释"视为一项独

<sup>(8)</sup> Gas Natural SDG, S.A v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction of June 17 2005, para.36.

<sup>&</sup>amp; AES Corporation v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005, paras.30-31.

<sup>8</sup> Stephan W. Schill, System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking, German Law Journal, 2011, Vol.12:5, p. 1107

<sup>84</sup> Supra note 59, at 358.

<sup>85</sup> Supra note 65, at 218.

<sup>86</sup> Id, at 219.

立于 VCLT 解释规则的单独规则进行适用。<sup>®</sup> 再如,对于饱受争议并且日渐式微的"限制性解释"规则,也有学者认为其包含在 VCLT 规则之中。<sup>®</sup> 此外,"合理期待"原则在理论上普遍认为是 VCLT 解释规则强调的善意原则的引申。<sup>®</sup>

国际投资仲裁条约解释很长一段时间都并未充分和正确适用 VCLT 解释规则,而 是大量使用了其他的解释工具和方法、Ole Kristian Fauchald 进行的量化研究中、98 份 裁决中竟然有高达73份使用了"专家学说"这一工具。⑩此外,还有诸如"和谐解释 原则""同类原则""同时性原则""明示其一即排除其他原则""实用性方法"等纷繁 复杂的原则、工具和方法。® 笔者认为,国际投资仲裁目前的首要问题并不是发展丰富的 条约解释规则,而是如前所述缺乏明确统一的规则,仲裁庭各行其是,导致了严重的"不 一致"现象。比如在 Metalclad Corporation v. the United Mexican States 一案中,仲裁庭 就明显过度依赖了"合理期待"原则作出了有利于投资者的结论,而没有深入分析所涉 "公平公正待遇"条款的具体内涵。®因此,虽然不能排除部分其他的解释原则和方法对 于明晰具体案件中有关条款的适用的助益作用,但是事实却是很多其他的解释工具和方 法被仲裁庭过度利用导致了不合理的结果,反而忽视了适合于国际投资条约文本状况和 ISDS 机制特性而且是具有习惯法地位的 VCLT 解释规则的系统和正确适用。Mondev International Ltd. v. United States of America 案的仲裁庭就明确指出,在条约解释上没有 明确的限制或扩张性解释的原则,而有作为国际习惯法的 VCLT 解释规则,那就应当遵 照该规则进行解释。<sup>39</sup> 这一做法就很好地绕开了对复杂的条约解释理论的探讨而直接适 用已经成形的 VCLT 解释规则,是值得提倡的。

因此,笔者建议还是首先加强对 VCLT 解释规则的正确适用,谨慎地使用其他的解释方法和工具,正如 VCLT 第 32 条的精神一样,只有在根据 VCLT 解释规则无法得出清晰的结论,或者得出的结论明显不合理或荒谬的情况下,才考虑纳入其他的解释方法、工具和原则。换言之,仲裁庭的条约解释工作应当首先建立在 VCLT 解释所得出的基本结论之上,其他的解释方法和工具通常应当充当辅助的作用。

## 结 语

从现实的角度出发,目前各国之所以改革的积极性如此之高,主要是因为长期以来 作为东道国的利益受损,而这一现象是因机制建立的导向所引发,经由各仲裁庭助推而

⑧ 张乃根:《ICSID 仲裁中的有效解释原则:溯源、适用及其略比》,载《武大国际法评论》2017年第1期,第111页。

<sup>88</sup> Supra note 60, at 148.

<sup>88</sup> Isabelle Van Damme, Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, Oxford University Press, 2009, p.65.

<sup>90</sup> Supra note 59, at 243.

⑨ 张生:《国际投资仲裁中的条约解释研究》,法律出版社 2016 年版,第74-85页。

Metalclad Corporation v. the United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of August 30, 2000, pages 74-101

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award of October 11 2002, para.43.

导致的结果,这一问题的产生不在国际投资仲裁体系的内部,而在于 ISDS 机制的初始倾向与仲裁员的推波助澜,而条约解释的不一致则事关国际投资仲裁体系的合法性和可持续性。因此,可以说"东道国利益未得到合理保护"是国际投资仲裁体制困境的现实之维,而"条约解释不一致"是该体制困境的理论之维。改革由各国所推动,对现实之维已经给予了足够多的关注,但对于理论之维的困境的关注则更多发生在学者内部。

当下各国和地区关于改革的分歧,除了因国际政治导致的利益分歧和话语权争夺外,之所以各路径众说纷纭,其中一大隐藏的原因就是各方将困境的现实与理论两维杂糅在了一起,有关改革方案的机制、规则和程序的创建将目光更多的放在了"利益平衡"问题上,只看到了表面的裁决不一致,而缺乏对条约解释规则和国际投资法律制度本身的关注。甚至从仲裁实践来看,东道国利益未得到合理保护,其中一个重要的原因就是仲裁庭在很多条款的解释过程中过度、不合理乃至滥用了"目的和宗旨"的解释方法。国际投资仲裁机制的改革一方面要克服目前的问题,另一方面也要朝着体制可持续和不断优化的目标前进,而从裁决一致性转向条约解释一致性是第一步。

中国作为在国际法上话语权并不占优的国家,近期也有意在国际投资规则的制定中提升自己的影响力,在这一目标下,更加不能随波逐流而陷入"美欧之争"的泥淖当中,应该保持清醒的认识,加强对国际投资仲裁条约解释规则这一基础问题的研究,在对国际投资仲裁制度的发展做出实质性贡献的同时,也不断加强运用国际法保护国家和我国投资者利益的能力。

Abstract: "Inconsistent award" has been frequently criticized in international investment arbitration, but "inconsistent treaty interpretation" is the real reason and the vital issue at present. Whether it is theoretical consideration based on value goals or planning based on the characteristics and reform direction of international investment arbitration, the "predictability" pursued by the consistency of treaty interpretation should be the primary value. In the construction of the rule framework, the intervention mechanism that the contracting states have the right to interpret should be improved based on practice. As a framework that is international customary law and suitable for the characteristics of international investment arbitration, the fundamental status of the VCLT interpretation rules should be clarified, introduce "soft precedent", and extremely prudently use other interpretation methods and tools, to ultimately promote the normalization of the treaty interpretation in international investment arbitration.

**Keywords:** International Investment Arbitration; treaty interpretation; predictability; normalization

(责任编辑:洪慧敏)

## 论国际商事仲裁协议的法律适用

郭潇晗\*

内容提要 目前与国际商事仲裁相关的立法与实践尚未形成关于仲裁协议法律适用的统一方法,而由各国法院自行决定适用法律。在确定涉外仲裁协议准据法时,应首先考虑双方当事人就仲裁协议准据法达成的明示及默示合意,其默示合意往往是主合同准据法的扩张适用。如果不存在当事人合意,则应结合最密切联系原则认定仲裁协议准据法。实践中,仲裁地通常被认为与仲裁协议具有最密切联系。仲裁协议准据法不应局限于仲裁程序法,在判断仲裁协议有效性时应适用实体法作为补充。

关键词 仲裁协议 法律适用 当事人意思自治 国际商事仲裁

## 一、问题的提出

作为商事主体在交往过程中愈发青睐的争议解决方式,仲裁相较传统以诉讼为主的争议解决模式存在诸多优势。随着越来越多的国家加入 1958 年《纽约承认与执行外国仲裁裁决公约》(以下简称"《纽约公约》"),《纽约公约》成为国际商事仲裁裁决在全球主要贸易国家间承认与执行的坚实国际法基础,国际商事仲裁也成为国际商事争议解决的主要方式。①

基于国际商事仲裁的基石性原则——意思自治原则,仲裁程序由体现当事人对仲裁 达成合意的仲裁协议为开端。在国际商事仲裁中,依法存在且真实有效的仲裁协议几乎 是仲裁庭管辖权的唯一来源。②但一份有效存在的仲裁协议之重要性远不止于开启一个 仲裁程序,而是贯穿于仲裁的全部过程。首先,在仲裁程序开始前,一方当事人就可以不 存在真实有效的仲裁协议为由,直接向法院提起诉讼;③或者,在仲裁程序开始时,一方当 事人也可以同样的理由向仲裁庭提出管辖权异议。在仲裁程序进行的过程中,即使仲裁

<sup>\*</sup> 郭潇晗,华东政法大学国际法学院法学硕士、新加坡国立大学法学硕士。

① 赵秀文:《论法院对涉外仲裁协议有效性及其适用法律的认定》,载《杭州师范学院学报(社会科学版)》2003年第5期,第41页。

② Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer Law & Business, 2021, p.251.

③ 赵秀文主编:《国际商事仲裁案例评析》,中国法制出版社 1999 年版,第 168-177 页。

庭已依自裁管辖权原则(the "Competence" doctrine)判定自身具有管辖权,前述当事人仍可就其对仲裁庭管辖权的异议向法院提起诉讼。即使程序终结,仲裁庭已经作出裁决,一方当事人仍然可以缺少有效仲裁协议为由,根据《纽约公约》第5条第1款第a项,请求裁决地法院撤销相应裁决。<sup>④</sup>

然而,《纽约公约》却没有解决仲裁协议法律适用与仲裁协议有效性判定标准的问题,而是将这两个重要问题的解决交由各国法院裁量。这导致在仲裁过程中各阶段产生的关于仲裁协议效力等问题的争议,均由仲裁庭或各国法院根据其认为应当适用的法律作出裁定。由于各国法律关于仲裁协议有效性等问题的规定不尽相同,且仲裁庭或法院依据不同国家的法律可能对同一份仲裁协议效力问题作出不同判断,仲裁协议的法律适用就成为实践中的重要问题。

目前,各国仲裁庭关于仲裁协议的法律适用模式尚未统一。⑤ 笔者以为,在判断仲裁协议准据法时应首先遵守当事人合意,在能够推断当事人就仲裁协议准据法达成的合意时以该合意指向的法律为准。而在仲裁庭或法院无法根据案情推断当事人合意时,则以最密切联系原则为依据为当事人确定仲裁协议准据法。2020年,英国最高法院作出Enka案判决,确立了英国法院关于仲裁协议准据法选择的"三步走"选法模式,在国际商事仲裁界引起轩然大波。⑥ 该判决也从当事人合意出发考虑仲裁协议准据法,并将仲裁协议准据法的选择步骤概括为:(1)判断当事人明示合意;(2)推定当事人默示合意;(3)以最密切联系原则判定仲裁协议准据法。

然而,回到问题的根本,仲裁协议准据法的选择之所以具有很大的不确定性,其原因在于仲裁协议与主合同法的准据法并不必须相同。因此,本文从这一仲裁协议法律适用难题的根本原因出发,结合英国最高法院对于 Enka 案所作判决,旨在分析国际商事仲裁中仲裁协议的法律适用问题。

## 二、仲裁协议与主合同的准据法无需一致

#### (一)仲裁协议的实质性契约本质

对仲裁协议的定义,不同国家仲裁法和不同仲裁机构规则的界定不一,但大抵指出了仲裁协议的基本内涵。根据联合国贸易法委员会颁布的《国际商事仲裁示范法》(以下简称"《示范法》")第七条的解释,仲裁性协议指"当事人同意将其之间一项确定的契约性或非契约性的法律关系中已经发生或可能发生的一切争议或某些争议交付仲裁

④ 《纽约公约》第 5 条第 1 款第 a 项规定:"裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时,始得依该造之请求,拒予承认及执行: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。"

Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer Law & Business, 2021, p.508.

<sup>6</sup> Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb, [2020] UKSC 38, p.100.

的协议"。<sup>②</sup> 应该说,仲裁协议是基于当事人意思自治、表明当事人约定将争议提交仲裁的一致意思表示。仲裁协议具有不同的表现形式:在争议发生前,仲裁协议可以作为一个争议解决条款被当事人明文列于合同内成为仲裁条款,也可以是独立于当事人主合同外的一个独立的仲裁协议;但仲裁协议并不一定前置于争议的发生,仲裁的自治性和灵活性决定了当事人甚至可以在争议发生后达成通过仲裁解决争议的合意,并单独拟定一份仲裁协议书作为仲裁的基础。

无论以何种表现形式出现,仲裁协议都是一种对当事人达成一致的意思表示的客观记录与呈现,其实质是当事人之间一种具有实体性质的契约。仲裁协议与其他合同的区别之处在于它的宗旨和目的是为当事人解决争议服务,但当事人通过这一特殊契约所建立的关于争端解决方式的一致意见实际上与当事人通过普通合同构建的某种合意并无本质区别。<sup>®</sup>

#### (二)仲裁协议的独立性原则

在历史上,某些国家曾视仲裁协议为合同的一部分。<sup>⑨</sup>随着历史发展,仲裁协议附属于主合同的观点被摒弃,<sup>⑩</sup>取而代之成为国际商事仲裁理论基石的则是仲裁协议的独立性原则。<sup>⑪</sup>

刘晓红教授与袁发强教授将仲裁条款的独立性理论表述为"仲裁协议的效力不因合同不存在、无效、失效或不可执行而受影响,合同中的仲裁条款是与合同相分离的、独立存在的条款"。<sup>②</sup>

需要承认的是,仲裁条款相较其他合同条款具有一定的特殊性:首先,仲裁条款有特殊的构成要件。一个仲裁条款必须明确体现当事人将争议提交仲裁的一致意思表示,从而排除法院的管辖,并赋予仲裁庭管辖权。在新加坡最高法院 2016 年作出的 BCY v. BCZ 案判决中,法院就认为"仲裁协议是体现当事人对争议解决机制选择的合意"。<sup>⑤</sup> 因此,仲裁条款必须明确当事方愿意进行机构仲裁或临时仲裁,若当事方希望进行机构仲裁则还须明确某一特定仲裁机构和仲裁规则等。

第二,仲裁条款有特殊的权利义务性质。不同于普通合同,仲裁条款并没有规定某一当事方需要向另一当事方为特定给付的要求,而是限制了双方当事人选择争议解决的途径。对此,英国的麦克米兰(Macmilan)大法官曾指出:"仲裁条款与其他合同内条款

⑦ 《国际商事仲裁示范法》(2006年)第七条。

⑧ 刘晓红、袁发强:《国际商事仲裁》,北京大学出版社 2010 年版,第 143 页。

<sup>(9)</sup> Eg. Brown v. Gilligan, Will & Co., 287 F.Supp. 766, 769, S.D.N.Y., 1968 ("since [the] arbitration provision is an integral part of the alleged contract, the issue as to whether the parties agreed to that provision requires [the court] to first determine if a contract exists"); Union of India v. Kishorilal Gupta & Bros., (1959) 1 SCR 493, 508 (Indian S.Ct.).

<sup>(</sup>II) Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer Law & Business, 2021, p.380.

① 刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证研究》,华东政法学院 2004 年博士学位论文,第 91 页; Chapter 3: International Arbitration Agreements and Separability Presumption (Updated August 2022), in Gary B. Born, International Commercial Arbitration, 3 ed., Kluwer Law International, 2021, p.19.

② 刘晓红、袁发强:《国际商事仲裁》,北京大学出版社 2010 年版,第 144 页。

<sup>(3)</sup> BCY v. BCZ, 2017 3 SLR, SGHC 249, 2016, p.374.

具有完全不同的性质,因为其他条款规定的是当事人之间互相负有的义务,而仲裁条款规定的并非一方当事人对另一方当事人的义务,而是双方当事人关于争议解决的协议,即如果产生了某种一方当事人对另一方当事人所负义务的争议时,双方约定将这些争议提交由他们自己成立的仲裁庭解决"。<sup>他</sup>换言之,仲裁协议由当事人指向仲裁庭,而非由一方当事人指向另一方当事人。

第三,仲裁条款有特殊目的。普通合同条款的唯一目的是为了最终实现对整个合同的履行,以实现当事各方在订立合同前预期获得的利益,但仲裁条款存在的意义是通过 表达当事人选择仲裁的意思表示从而赋予仲裁庭以排除法院管辖权的权力。

此外,仲裁条款自身存在的一定价值决定了它必须独立于主合同存在,且其有效性不受主合同效力影响。仲裁条款的产生是为仲裁程序的实现作铺垫,当事人在争议发生前就约定将争议提交由其产生的仲裁庭解决,如果仲裁条款效力仅因为其是主合同的一部分而受到主合同效力影响,就剥夺了当事人对争议解决途径的共同意志和仲裁机构根据仲裁协议产生的管辖权。

上文已述,仲裁协议的本质是当事人对争议解决事项达成的合意,但其又具有不同于合同其他条款的独立特征。因此,仲裁庭或法院可能在同一法律下分别单独审查仲裁协议与主合同的效力等问题,而在国际商事合同国际性的驱使下,仲裁庭或法院也极有可能在两个不同的法律系统下分别探讨仲裁协议与主合同的相关问题。总之,仲裁协议准据法不必然与主合同准据法相同。<sup>⑤</sup>

## 三、仲裁协议的法律适用

在一份国际商事仲裁协议中,通常包含当事人对解决争议的各种事项安排,其中对仲裁程序最为重要的是当事人对主合同准据法和仲裁地的选择。在实践中,主合同准据法与仲裁地法不一致的情况并不鲜见。比较常见的例子是当事人选择适用英国法调整主合同,并选择国际商会仲裁院(International Chamber of Commerce International Court of Arbitration,简称 ICC)所在地法国作为仲裁地。<sup>⑥</sup>然而,实践中却少有当事人在仲裁协议中以明示的方式选定仲裁协议本身适用的法律。在主合同准据法与仲裁地法不一致的情况下,仲裁庭往往需要在两者间择一作为仲裁协议准据法来解决关于仲裁协议存在与否、有效与否及其范围等事项。2020年,英国最高法院作出 Enka 案判决,对 2012年 Sulamérica 案判决的精神加以发展,形成了较为完善、明晰的关于仲裁协议准据法选择的"三步走"选法模式。<sup>⑥</sup>在该判决中,英国法院也从当事人合意出发考虑仲裁协议准据法,

④ [英]施米托夫:《国际贸易文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第612 页。

<sup>(5)</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer Law & Business, 2021, p.498.

<sup>(</sup>b) Eg. Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait), [2021] UKSC 48, pp.3-4.

Walamérica Cia Nacional de Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A. England and Wales, Civ 638 EWCA, 2012, pp.4-10.

并将仲裁协议准据法的选择步骤概括为:(1)判断当事人明示合意;(2)推定当事人默示合意;(3)以最密切联系原则判定仲裁协议准据法。

#### (一)"三步走"选法步骤

2012 年英国最高法院作出 Sulamérica 案判决。Sulamérica 案是一个围绕保险协议争议的案件,案件双方当事人在仲裁协议中约定伦敦为仲裁地,主合同准据法为巴西法,但未明示选择仲裁协议所适用的法律。法院认为,由于缺乏当事人对仲裁协议准据法的明示选择,应首先判断当事人是否以默示的方式选择了仲裁协议所适用的法律;若答案是否定的,则由仲裁庭考虑选择与仲裁具有最密切和最现实联系的法律。在 Sulamérica 案中,法院认为,当事人对主合同准据法的选择可以构成仲裁协议准据法的默示选择,除非有另外的情形证明其他法律更能体现当事人的意思自治。然而,法院经审理认为,适用巴西法的法效果并非当事人所追求,所以不应认为案中当事人默示选择了适用巴西法调整仲裁协议。在考虑与仲裁协议具有最密切联系和最现实联系的法律后,法院认为仲裁地法,即伦敦法应得到适用。

2020 年,英国最高法院作出 Enka 案判决,以 Sulamérica 案为裁判基础,确立了仲裁协议法律适用 "三步走"的选法模式。Enka 案中的"三步走"选法过程为:第一,考虑当事人的明示约定;第二,判断当事人的默示选择;第三,以最密切联系原则,但须以当事人意思自治为基础。相较 Sulamérica 案,虽然法官最后的判决也将仲裁地法适用于仲裁协议,但 Enka 案的裁判中细化了对"将主合同准据法适用于仲裁协议"的论述。首先,若当事人约定以主合同准据法作为仲裁协议准据法,应当依照当事人约定;在缺少当事人约定的情况下,应当结合案情判断当事人的默示选择,这种默示选择通常会将法官的注意力引向主合同准据法,除非有特殊的案件情况,比如当事人在仲裁协议中约定了其他更有意义的法律系统、当事人对仲裁协议做了特殊安排或当事人并不愿将仲裁协议视为主合同一部分、当事人约定的仲裁地法律规定仲裁协议受其管辖或适用主合同准据法将使仲裁协议面临不存在或无效的重大风险等;若无法判断当事人的选择,在意思自治的基础上,仲裁庭应当选择与仲裁协议关系最为密切的法,若当事人选择了特定的仲裁地,则往往与仲裁协议关系最为密切的法是仲裁地法。另外,法院明确了合同要求当事人在将争议提交仲裁之前尝试通过善意协商、调解或任何其他程序解决争议的事实通常不会是削弱仲裁地与仲裁协议最密切联系的理由。

#### (二)"三步走"选法模式的正当性

#### 1. 当事人的明示选择

在当事人意思自治原则的指引下,仲裁庭或法院应首先探寻当事人对仲裁协议准据法的明示选择。由于在国际商事仲裁中,当事人有选择仲裁协议所适用法律的自由,只要这种选择不会违反仲裁地的公共政策或强行法,仲裁庭或法院就应当遵照当事人

的选择。⑧

#### 2. 主合同准据法的默示推定

在缺乏当事人对仲裁协议准据法的明示选择时,若当事人选择了主合同所适用的法律,应认为将主合同准据法扩张适用于仲裁协议符合当事人意思自治原则。

首先,主合同准据法扩张适用于仲裁协议不等于天然适用,其不排斥仲裁条款独立性这一原则。应当明确的是,仲裁条款独立性理论产生的目的是为了保障仲裁自身价值的实现,保护当事人选择仲裁的共同自治意志,其理论并不当然支持仲裁协议与主合同准据法不一致,更不意味着仲裁协议准据法一定与主合同不同。

其次,国际商事仲裁的当事人往往是国际社会商事行为主体,主合同准据法扩张适用于仲裁协议符合商事行为主体的交易认知。<sup>®</sup> 在商事活动中,商人视角重点着落于合同的实质履行而非争议解决相关的问题,因此,实践中商人们很少基于仲裁条款的特殊性而选择一部特殊的、不同于主合同的准据法来调整仲裁协议。相反,仲裁条款通常被认为是主合同内的条款,并与主合同一起被同一部法律调整。从当事人意思自治原则出发,假设当事人需要某一特定法律规制他们的仲裁条款,其完全可以单独约定仲裁协议准据法,既然当事人只约定了主合同准据法,当事人对于主合同准据法的适用就应适用于仲裁条款,而不是只将主合同准据法适用于仲裁条款以外的其他条款。<sup>®</sup>

再次,扩张适用主合同准据法于仲裁协议有利于争议解决的完整性和统一性,且为仲裁协议准据法的默示推定适用问题提高确定性。<sup>②</sup> 若强行对仲裁条款和其他条款适用不同法律仅会使当事人的仲裁或诉讼成本增加,也会造成仲裁庭和法院的审理成本增加。因此,实践中,更有利的做法是在判断当事人默示合意时将主合同准据法扩张适用于仲裁协议上,这样既避免了一些学术理论的冗长解释,又能降低当事人和仲裁庭或法院的争议解决成本。

#### 3. 主合同准据法默示推定的例外

对主合同准据法的默示推定存在例外。首先,若结合案件事实能够推断当事人默示选择了非主合同准据法的其他法律调整仲裁协议有效性问题,则仲裁庭或法院应当尊重当事人的这种默示选择。而在没有足够的案件事实能够直接推断当事人的默示选择时,英国法院在 Enka 案中认为,有效性原则可能成为主合同准据法默示推定例外的逻辑基础。

仲裁协议的有效性原则起源于合同有效性原则,也即法谚 "verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat"。斯托顿将其翻译为 "解释合同应遵循使之有效而非无

<sup>(8)</sup> Eg. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A. [1971] AC 572, p.603: "The first stage, therefore, when any question arises between parties to a contract as to the proper law applicable to it, is to determine whether the parties intended by their contract to exercise any choice at all and, if they did, to determine what was the system of law which they selected."

<sup>(9)</sup> Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb, [2020] UKSC 38, p.18; Firstlink v. GT Payment, [2014] SGHCR 12, para.13; BCY v. BCZ, [2016] SGHC 249. para.43.

Alan Redfern, Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford Uniersity Press, 2015, p.158.

② Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb, [2020] UKSC 38, p.18.

效的方法"。<sup>②</sup> 在法院推定当事人默示的对合同准据法的选择时,合同有效性原则可能成为其考量因素。在合同有效性原则的基础上,若涉案合同条款是仲裁条款,而主合同准据法的适用会使仲裁协议无效,则应认为将主合同准据法扩张适用于仲裁协议不符合当事人签订仲裁条款的初衷。

若当事人没有就仲裁协议准据法作出明示选择,而仲裁庭或法院既无法根据案情判断当事人之间关于主合同准据法扩张适用于仲裁协议以外的默示选择,又基于仲裁协议有效性原则无法将主合同准据法扩张适用于仲裁协议,则其应根据最密切联系原则为当事人选定仲裁协议所适用的法律。

#### 4. 仲裁地与仲裁协议的密切联系

在 Enka 案确立的 "三步走" 选法模式中,若仲裁庭或法院在个案中无法就当事人的选择作出判断,就要在第三步以最密切联系原则为基础明确仲裁协议准据法。应该说,仲裁地与仲裁协议具有最密切联系,这是由于仲裁地天然地与仲裁程序具有不可分割的重要意义。作为一个仲裁法律概念,仲裁地不仅引导并规制整个仲裁程序的进行,其意义还延伸至仲裁裁决的承认执行阶段。由于仲裁协议本身是一种启动仲裁的当事人合意,其属于一类仲裁程序事项,这种程序性与仲裁地的法律意义相契合。因此,在第三步,仲裁庭或法院应考虑仲裁地作为与仲裁协议最密切联系的法律概念,适用仲裁地法作为仲裁协议准据法。

在当事人意思自治原则的指导下,国际商事仲裁当事人可以就仲裁协议、仲裁程序、仲裁审理实体问题等商定适用不同准据法。在缺乏当事人意思自治的情况下,仲裁庭往往选择仲裁地法作为仲裁程序法,这是由于仲裁地作为一个法律概念的特殊性。

首先,仲裁地区别于开庭地,且可以由当事人自由选择,是一个中立的法律概念。在 国际商事仲裁中,由于当事人可能来自不同国家,法院管辖权下往往多方当事人最终只 能选择一个有利于其中某一方当事人的法院进行诉讼,如此一来就可能造成非该法院地 国居民的当事人在诉讼过程中的劣势。国际仲裁相较于国际诉讼的一大优势就在于当 事人可以选择一个相对中立的、非任一当事人国籍国所在的仲裁地,确保在适用仲裁地 法时不会对任何一方造成不利影响。因此,仲裁地本身反映了国际仲裁中当事人对中立 的追求。

其次,在当事人没有约定仲裁程序适用法时,仲裁地法往往是仲裁庭的首选。在国际私法中有"场所支配行为"原则,即在某国进行的诉讼必须适用该国程序法。将这个原则推及国际商事仲裁,就不难理解仲裁的过程必须受到仲裁地法律的支配,整个仲裁程序须符合仲裁地法律,<sup>②</sup> 仲裁地也就成为仲裁程序法得以适用的最具有决定性意义的连结因素。<sup>②</sup>

<sup>2</sup> Lancashire County Council v. Municipal Mutual Insurance Ltd, [1997] QB 897, p.910.

② 陈治东:《国际商事仲裁法》,法律出版社 1998 年版,第 206 页。

② 李双元、谢石松:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社 1990 年版,第 538-539 页。

即使当事人约定了除仲裁地以外的其他程序法来规制仲裁程序中的某一具体程序乃至整个仲裁程序,通常仲裁地的强行法也必须强制适用,否则可能导致仲裁裁决难以被承认与执行。在仲裁裁决的承认执行阶段,根据《纽约公约》的规定,仲裁程序或裁决不符合仲裁地强行法可以视作不予承认执行的理由之一。简而在仲裁地被撤裁的仲裁裁决甚至几乎不可能再被《纽约公约》缔约国承认执行。

总之,仲裁地是一个在仲裁程序中具有重要意义的法律概念,其在保持仲裁公正性、 支持仲裁裁决以及实现裁决承认与执行方面都具有重要的积极作用。

前文已经提及仲裁协议相较主合同内其他条款的特殊性质,此处不再赘述。仲裁协议的特殊性质和其终极目标决定了它服务于当事人在产生合同争议后的争议解决,可以说,一份真实有效的仲裁协议是一个仲裁程序的开端。并且,一份仲裁协议的效力必须"维持"到裁决被承认执行时才算完成其使命。与合同中的其他条款规定当事人为履行合同所须承担的义务不同,仲裁协议天然地是一种当事人关于程序事项的合意。由于仲裁程序性事项与仲裁地有密切联系,仲裁协议也就自然地与仲裁地具有紧密联系。

## 四、仲裁协议适用法的范围

在以往的国际商事仲裁实践中,往往在明确仲裁协议准据法后,仲裁庭会直接适用该确定法域的仲裁相关法律。然而,仲裁法大多规制仲裁程序问题,无法全面地规制仲裁协议的有效性问题,在调整仲裁协议这样的当事人实质性合意时可能有心无力。因此,在明确仲裁协议准据法时,从宏观的角度应分为两个步骤。首先根据前文所述的选法步骤确定一个具体的法域,其次在该法域内寻找合适的法律规范分别调整与仲裁协议有效性有关的问题。有学者认为,仲裁协议有效性问题可细分为形式有效性、实质有效性、仲裁协议的解释等问题。<sup>®</sup> 笔者以为,无需将第二步的具体选法问题过度复杂化,对仲裁协议的不同有效性问题适用不同实体法,而只需就第一步所选法域中的仲裁程序性法律结合合同法等实体法为依据来判断仲裁协议有效性的各种问题。

#### 1. 以仲裁程序性法律调整仲裁协议的缺陷

前文已述,仲裁协议本质上是一种体现当事人实质性合意的契约。既然是一种形式的契约,就与其他契约一样有成立和有效性问题。一份仲裁协议可能涉及的争议主要体现在对其成立与否、形式有效性和实质有效性的判断上。关于仲裁协议的成立问题,需要一种模式判断其是否成立、在哪个时点成立,以及其成立时包含什么内容;而在仲裁协议有效性问题上,需要法律的明确规定来判断仲裁协议是否需要符合某些形式要求,比

② 《纽约公约》第5条第1项第4款规定:"裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时,始得依该造之请求,拒予承认及执行:仲裁机关之组成或仲裁程序与各造间之协议不符,或无协议而与仲裁地所在国法律不符者。"

Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p.523.

如签字、盖章等来确认其形式有效性;仲裁协议的实质有效性则是考察仲裁协议有效与 否的关键,需要相关法律明确一份仲裁协议在什么情况下有效或无效,乃至是否存在仲 裁协议可撤销的情形等。

仲裁法对仲裁协议的规定往往止于定义和形式要求,如《示范法》第七条备选文案一第 1 款描述了仲裁协议的概念,而关于仲裁协议的要求体现在第七条备选文案一第 2 款,即"仲裁协议应为书面形式"。②一些国家对仲裁协议有效性的规定更加详细,比如《中华人民共和国仲裁法》第 17 条规定了仲裁协议无效的情形包括"约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立仲裁协议的;一方采取胁迫手段迫使对方订立仲裁协议的"。③然而,由于仲裁法律大多针对仲裁程序性事项,对实体问题不作规定,由仲裁协议这样的契约产生的争议就难以用仲裁法律完全解决。比如,在探讨仲裁协议成立的问题时,几乎没有国家的仲裁法律给出了明确规定,说明仲裁协议是否得以在某个不同于合同成立的时点成立以及仲裁协议的成立方式。因为,仲裁协议是否得以在某个不同于合同成立的时点成立以及仲裁协议的成立方式。因为,仲裁协议往往以仲裁条款的方式附于一个主合同内,而对主合同成立问题的规定则被规定在各国实体法如合同法中,所以大部分时候对仲裁协议相关问题的判断依赖于对完整合同的判断。然而,由于仲裁协议具有独立性,在合同可能无效的情况下仲裁庭仍然面对判断仲裁协议是否有效的难题,甚至在合同可能不成立的情况下仲裁庭也需要考虑仲裁协议是否已经成立,甚至客观上是否存在一个仲裁协议。在这些情况下,仲裁程序法律有心无力,相反,仲裁协议争议可能需要一些实体性规定。

#### 2. 实体性法律适用于仲裁协议争议的必要性及可行性

相较仲裁程序法律规定,仲裁协议的本质实体性决定了其对实体性法律的依赖。因此,至少在仲裁相关的程序法律尚未衍生出一些实体规定前,适用实体性法律解决仲裁协议相关争议是必要的。那么,实体性法律应如何为仲裁协议相关争议提供指导呢?以仲裁协议的成立与实质有效性为例,笔者认为可以适用实体法中关于契约成立和有效性问题的相关规定解决仲裁协议的成立与实质有效性问题。

首先,在仲裁协议成立问题上,可以适用"要约-承诺"等合同成立模式判定仲裁协议的成立。"要约-承诺"的合同成立模式是当前国际社会合同法上普遍认同的模式之一,在"要约-承诺"模式下,合同由一个要约作为起点,要约人向受要约人发出要约,在受要约人接受的情况下向要约人发回承诺,承诺到达要约人时合同成立。"要约-承诺"模式重点调整的是当事人如何构建要约和承诺、要约和承诺所包含的内容、要约和承诺到达的方式和时点,以及最重要的——合同成立的时点。将该模式嵌套入仲裁协议中,就可以判断一份仲裁协议如何达成,包括当事人如何就仲裁协议的内容达成共识、当事人的合意内容为何以及当事人何时就其合意达成共识或仲裁协议何时成立。比如,一方当事人A曾与另一方当事人B在双方多年使用的格式文本中使用仲裁协议 X,某次

② 《国际商事仲裁示范法》(2006年)第7条(备选文案一)。

<sup>28 《</sup>中华人民共和国仲裁法》(2017年修正)第17条。

当事人 A 在向当事人 B 发送一份包含不同仲裁性事项的仲裁条款 Y 的合同后,当事人 B 修改了仲裁条款部分内容并告知当事人 A,当事人 A 此后就仲裁条款与当事人 B 进行了线上、线下多次讨论和修改,最终决定了仲裁条款 Z。此时就可以通过对这个仲裁条款本身的实质性判断双方最终达成的仲裁合意是 X、Y 亦或是 Z,而这种判断是无法单纯依靠仲裁程序性法律完成的。值得一提的是,仲裁协议除了成立模式可由实体法规制外,其内容的确定也可以由实体法调整。在大部分国家的合同相关立法中,都明确了关于合同内容确认的规定,在英美法系国家也以判例的形式确立了如何明确当事人之间具体约定的方式,如"格式之争"规则(battle of form),适用这些规则可以判断当事人就某份仲裁协议达成的具体内容,或在存在多份仲裁协议的情况下当事人究竟对哪一份仲裁协议达成合意。

除了"要约-承诺"外,还存在其他的合同成立模式,比如国际统一私法协会编撰的《国际商事合同通则》(Unidroit Principles of international Commercial Contracts)第2.1条规定了合同也可以通过足以显示当事人合意的行为成立。<sup>28</sup> 在判断行为足以显示当事人合意时,仲裁庭或法院可能参考当事人的交易惯例、当地交易习惯等。将通过行为成立合同的模式嵌套入仲裁协议,则可以单独就仲裁协议判断当事人的仲裁意思。沿用上文所举之例,在当事人A与当事人B之间曾有使用仲裁协议X的商业习惯,那么当事人A与当事人B在往后签订合同时,注明使用仲裁协议X即可能被认为已就仲裁协议X达成合意,甚至当双方通过合同外的方式,如使用邮件、电话互相知悉某次交易使用仲裁协议X,即可认为双方仲裁协议已经成立。在这种情况下,不需要借助仲裁协议或仲裁条款所依赖的主合同成立以使仲裁协议成立,证明仲裁协议成立也不以证明合同成立为前提。

而在仲裁协议有效性的问题上,由于仲裁法对于仲裁协议有效性问题可能存在规定不周延的问题,适用实体法可以起到一定的弥补作用。笔者认为,各国合同法中关于合同有效性的规定也可以适用于仲裁协议有效性问题。以《国际商事合同通则》为例,《国际商事合同通则》第3章规定了关于合同有效性的问题,其中涉及合同的错误、欺诈、胁迫、重大误解、撤销问题以及第三人等问题。由于仲裁协议本身也是一个具有实体性的契约,其也可能存在错误、欺诈、胁迫等问题,在仲裁程序法对相关问题的规制不充分的情况下,援引实体法的规定对仲裁协议的实体性问题作单独判断有利于解决仲裁协议相关的争议。

当然,不仅仲裁协议的成立与有效性问题可以以实体法的规定加以补充,实体法中 关于合同解释、合同修订或终止的规定也可以适用于仲裁协议。参考实体法来调整仲裁 协议相关问题并不意味着否认仲裁协议的程序性本质,而是直视仲裁协议的特殊实体性 契约特征;参照实体法规制仲裁协议相关问题也不意味着忽略仲裁程序法的作用,仲裁

② Unidroit Principles of international Commercial Contracts Art. 2.1: A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.

程序法仍然是与仲裁协议密切联系的法律规范,但在仲裁程序法无法规范到位的领域,可以用实体法作为补充。

#### 五、结语

基于自裁管辖权原则,仲裁庭有权在仲裁协议效力悬而未决的情况下对仲裁协议效力作出判断。作为裁判仲裁协议效力问题的先决问题,仲裁协议准据法的选择就成为仲裁庭不得不考虑的问题。然而,仲裁协议准据法并不一定天然与主合同准据法相同,给仲裁庭和法院带来了仲裁协议法律适用的难题。

在选择仲裁协议所适用的法律时,应先考虑当事人的合意。若当事人通过明示的方式选择了仲裁协议适用的法律,则以当事人的选择为准。在缺少当事人明示选择的情形下,应结合案件事实,推定当事人对仲裁协议所适用法律的默示选择。若没有能够明显体现当事人默示意思表示的案件事实,则通常应将当事人对主合同准据法的选择扩张适用于仲裁协议,除非这种扩张适用可能导致仲裁协议无效。此时,主合同准据法的扩张适用不等同于天然适用,其不违反仲裁协议独立性原则。若无法判断当事人对仲裁协议适用法律的合意,则应结合最密切联系原则选择仲裁协议准据法,而仲裁地法往往被认为与仲裁协议具有最密切联系。

明确仲裁协议准据法后,在考虑某一法域下具体适用于仲裁协议相关争议的法律时,不应局限于仲裁程序法,在仲裁程序法无法规制仲裁协议的部分,如关于仲裁协议成立、效力、解释等问题可以适用实体法进行补充。

**Abstract:** Based on the consensual nature of international commercial arbitration, the tribunal's jurisdiction derives solely from a valid arbitration agreement. However, the legislation and practice relating to international commercial arbitration have not yet reached a unified approach on determining the applicable law of arbitration agreement, leaving this problem to the discretion of tribunals and national courts. When concerning the applicable law of arbitration agreements, parties' intention should first be examined, without which the closest-connection principle that usually leads to the application of the law of the seat would be taken into account. The governing law of the arbitration agreements should not be limited to procedural rules. Substantive laws should also be considered.

**Keywords:** arbitration agreement; governing law; party autonomy; international commercial arbitration

(责任编辑: 黄晨亮)

# 商事仲裁中外商投资企业的"非典型" 涉外性扩张

申 田\*

内容提要 由于国内保护、外资监管以及法院对境内纠纷的控制意图等原因的限制,当事人仅能将具有涉外因素的纠纷提请域外仲裁,故涉外因素的判断对于仲裁协议有效性至关重要,并影响了仲裁裁决的承认与执行。在判断涉外性因素时,传统的三要素判断方法已经无法适应时代的发展以及当事人的需求。自西门子与黄金置地案首次在仲裁案件中适用"非典型"涉外因素的标准,展讯与虹软公司案、中粮与日出公司案等许多案件都涉及了"非典型"涉外因素。为了适应扩大对外开放、强化仲裁终局性以及保障当事人意思自治的需要,可以通过将外商投资企业视为"主体涉外"的方式对"非典型"涉外的情形进行适度扩张。

关键词 域外仲裁 "非典型" 涉外 外商投资企业

## 一、"非典型"涉外因素的提出

在研究涉外因素扩张之前,首先要明确的是涉外因素判断对于域外商事仲裁的必要性以及"非典型"涉外因素的由来。并且由于外商投资企业具有特殊性,故本文聚焦于以外商投资企业为代表的"主体涉外"案件。在本文之后的章节中,再对主体"非典型"涉外的实践困境、扩张必要性以及路径进行分析。

#### (一)提交域外商事仲裁需要具有涉外性

根据司法实践 ① 以及中华人民共和国最高人民法院(以下简称"最高院")相关文

<sup>\*</sup> 申田,华东政法大学国际法学院 2021 级国际法专业硕士研究生。

① 《最高人民法院关于北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认大韩商事仲裁院作出的第 12113-0011 号、第 12112-0012 号仲裁裁决案件请示的复函》、〔2013〕民四他字第 64 号,2013 年 12 月 18 日发布;《最高人民法院关于江苏航天万源风电设备制造有限公司与艾尔姆风能叶片制品(天津)有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷一案的请示的复函》、〔2012〕民四他字第 2 号,2012 年 8 月 31 日发布;广州市中级人民法院(2015)穗中法民四初第 62 号民事裁定书,美国布兰特伍德工业有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案,载最高人民法院官网,https://www.court.gov.cn/zixunxiangqing-347711.html,最后访问时间: 2022 年 3 月 2 日。

件<sup>②</sup>,我国仅允许具有涉外因素的案件提交域外仲裁。无涉外因素的合同提交域外仲裁 的,仲裁协议无效。我国采取仲裁地标准,域外仲裁裁决指在法域外作出的仲裁裁决。

涉外因素的判断标准关系着仲裁协议的有效性。仲裁协议决定了仲裁是否能高效顺利地进行以及仲裁裁决的承认与执行。③现实中,当事人有时无法准确判断法律规定的涉外因素判断标准,自认为案件具有涉外因素而提交域外仲裁。最终在申请执行时被认定仲裁协议无效或者在起诉后反复提起管辖异议,造成不必要的纠纷解决资源浪费。故研究涉外因素的判断标准具有重要的现实意义。

#### (二)"非典型"涉外因素的扩张

受前苏联的影响,<sup>④</sup> 我国判断涉外因素时采取三要素说。当主体、标的、法律事实中至少有一个要素存在涉外因素时,可以认定为具有涉外性。<sup>⑤</sup> 同时,我国规定了兜底条款,<sup>⑥</sup> 并将自由裁量权赋予法院。这一款被称之为"非典型"涉外因素。<sup>⑦</sup> 传统的涉外因素三要件难以应对现实纷繁复杂的民商事交往,容易出现表面非涉外而实质涉外的情形。为解决这一难题,可以将涉外因素判断标准进行扩大,<sup>®</sup> 而扩大的路径在于"非典型"涉外因素这一兜底条款的明确,例如明确"非典型"涉外的主体、标的、法律事实的情形。主体要素中的外商投资企业作为一种特殊的企业类型,在涉外仲裁领域具有独特的地位。

首先,三要素中主体要素最为核心。基础法律关系的发生由主体决定,以主体要素存在为前提。主体在选择仲裁机构时,往往先以自身利益为最主要的考量标准,实现公司法人的利益根源上是要实现法人背后资本的利益。

其次,外商投资企业作为特殊类型的组织形式,存在表面非涉外而实质涉外双层结构的可能性。企业不论何种形式,都具有自己独立的国籍。其中有限责任公司的形式甚至具有独立的人格。然企业不能自行运转,需依靠其背后的经营管理人员进行运作。由于外商投资企业资金来源为外国,而产权的性质会影响企业对不同利益的考量。<sup>⑤</sup>资本来源对企业决策的作出会产生影响。当外资因素对决策的影响达到了一定程度后,就产生了实质上的涉外因素。但这种实质涉外很容易被企业的本国国籍所掩盖,如果不能得到重视不仅可能导致不公正更可能产生损害本国公共利益的情形。而标的和法律事实

② 《涉外商事海事审判实务问题解答 (一)》第 83 点第 257 条规定:"涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷,当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议,提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的,当事人不得向人民法院起诉。"

<sup>3</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration, 3 ed., Kluwer Law International, 2021, pp.252-254.

④ 参见齐宸:《涉外民事关系的界定与思考》,载《清华法学》2017年第2期,第191-192页。

⑤ 一些学者称之为国际性。

⑥ 《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1条第5款。

⑦ 参见张健:《仲裁协议中"非典型涉外因素"的认定》,载上海海事法院官网、http://hhsfy.gov.cn/hsfyytwx/hsfyytwx/spdy1358/jpal1435/2018/09/19/2c93809965f0bed60165f17c0a260209.html,最后访问时间: 2022 年 3 月 2 日。

⑧ 涉外因素扩张的必要性将在第四部分中详述。

⑨ 陈昕、王月萍、沈乐平:《不同产权性质企业的利益相关者利益要求认知差异研究》,载《管理现代化》2010年第1期,第55页。

这两种因素很难出现类似的双层结构。

最后,最高院已经意识到外商投资企业存在不同于内资企业的特殊性质。西门子与黄金置地案与后续出台的《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(以下简称"自贸区司法保障意见")都是从外商投资企业角度对主体涉外性的扩张。

故本文仅对主体"非涉外"因素的判断进行探讨,并以外商投资企业作为主要研究对象。<sup>⑩</sup>

## 二、外商投资企业的"非典型"涉外性认定的实践困境

#### (一)西门子与黄金置地案

西门子国际贸易(上海)有限公司(以下简称"西门子公司")与上海黄金置地有限公司(以下简称"黄金置地公司")申请承认和执行外国仲裁裁决案(以下简称"西门子与黄金置地案")是仲裁领域最典型的案件之一。<sup>⑩</sup>它首次在司法实践中运用了兜底条款,被认为是中国涉外司法审判领域放宽"涉外因素"审查标准的标杆。

西门子公司与黄金置地公司均为我国境内的外商独资企业,其中西门子公司注册于中国(上海)自由贸易试验区(以下简称"上海自贸区")内。2005年双方签订货物供应合同,并约定如发生争议须提交新加坡国际仲裁中心进行仲裁解决。后双方发生争议,黄金置地公司按约定提请仲裁。上海一中院在受理申请仲裁裁决承认与执行请求时,因本案不具有传统的涉外因素产生争议,遂逐级报告至最高院。最高院回复称"本案所涉合同虽不具有典型的涉外因素,但属于涉自贸区案件……在考虑自贸区法治建设可先行先试的情况下,结合本案具体情况……可以认定为涉外民事关系的其他情形。"<sup>⑥</sup>上海一中院据此作出裁定,确认双方的仲裁协议有效,对新加坡作出的仲裁裁决予以承认与执行。<sup>⑥</sup>

#### (二)自贸区司法保障意见

最高院印发自贸区司法保障意见,其中第九条是关于涉自贸区仲裁案件的仲裁协议 效力及仲裁裁决承认与执行的司法审查。其第一款明确了最高院将双方为自贸区内外 商独资企业的情形作为"非典型"涉外之一。<sup>④</sup> 第二款的"禁止反言"原则,目的是为 了维护诚实信用,但客观上将域外仲裁的适用范围进一步扩大了,扩展到一方为自贸区

⑩ 根据《外商投资法》及《外商投资法实施条例》,港澳台投资企业参照外商投资企业规范,所以本文也涉及港澳台投资企业的案例实践。

① 上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民认(外仲)字第2号民事裁定书。

⑫ 《最高人民法院关于西门子国际贸易 (上海)有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决一案的请示的复函》,〔2015〕民四他字第 5 号,2015 年 10 月 10 日发布。

③ 上海第一中级人民法院(2013)沪一中民认(外仲)字第2号民事裁定书。

④ 自贸区司法保障意见第9条第1款规定:"正确认定仲裁协议效力,规范仲裁案件的司法审查。在自贸试验区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁的,不应仅以其争议不具有涉外因素为由认定相关仲裁协议无效。"

内的外商投资企业。<sup>⑤</sup>一方或双方为自贸区内注册的外商投资企业已经作出域外仲裁裁决的,不能以仲裁协议无效为由主张拒绝承认执行。自贸区内外商投资企业虽然形式上不满足涉外性的要求,但是通过参加仲裁的行为治愈了仲裁协议的瑕疵。

#### (三)其他涉外商投资企业和港澳台投资企业仲裁案件

在西门子与黄金置地案之后,又出现了许多涉及外商投资企业提交域外仲裁的案件,有些企业依据自贸区司法保障意见认为自己具有涉外性。在裁判文书网上公开的裁判文书中,<sup>®</sup>仅有(2019)苏 05 协外认 2 号一案中依据自贸区法治保障意见得到涉外性的认定,<sup>®</sup>其余涉及外商投资企业域外仲裁的案件都被认定为不具有涉外因素以及域外仲裁的条款无效。

产生上述现象的原因,可能包括裁判文书未公开或当事人域外仲裁裁决作出后主动执行而未向法院申请的情形。但是可以从现有公开的裁判文书中看出,法院对于"非典型"涉外因素的认定比较保守,仅限于司法保障意见中明确的情形,<sup>®</sup>未充分发挥自由裁量权。

领先仿生公司与爱耳时代公司仲裁案<sup>®</sup>、艾能赛克公司与铁锚公司案<sup>®</sup>、衣恋公司与 甜维你公司仲裁案<sup>®</sup>中,当事人分别以领先仿生公司、艾能赛克公司为外商独资企业,衣 恋公司为港澳台独资企业为由,主张该案具有涉外因素。但法院均以当事人为中国法人 为由认定该案无涉外因素,域外仲裁的协议无效。

中粮公司与日出公司管辖权异议案(以下简称"中粮公司与日出公司案")<sup>②</sup>以及展讯公司与虹软公司管辖权异议案(以下简称"展讯公司与虹软公司案")<sup>③</sup>中,当事人都引用了自贸区司法保障意见。

⑤ 自贸区司法保障意见第9条第2款规定:"一方或者双方均为在自贸试验区内注册的外商投资企业,约定将商事争议提交域外仲裁,发生纠纷后,当事人将争议提交域外仲裁,相关裁决做出后,其又以仲裁协议无效为由主张拒绝承认、认可或执行的,人民法院不予支持;另一方当事人在仲裁程序中未对仲裁协议效力提出异议,相关裁决作出后,又以有关争议不具有涉外因素为由主张仲裁协议无效,并以此主张拒绝承认、认可或执行的,人民法院不予支持。"

⑥ 截止 2022 年 10 月 27 日,2015 年之后裁判文书网中公开的文书中,涉及外商投资企业仲裁且与本文研究内容相关的包括上海市高级人民法院(2018)沪民申 921 号民事裁定书、上海市高级人民法院(2019)沪民辖终 199 号民事裁定书、江苏省南通市中级人民法院(2019)苏 06 民辖终 129 号民事裁定书、海南省三亚市中级人民法院(2021)琼 02 民辖终 35 号民事裁定书、最高人民法院(2021)最高法知民辖终 90 号民事裁定书。

① 江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05协外认2号民事裁定书。

<sup>(8)</sup> 截止 2022 年 10 月 27 日,在裁判文书网上搜索,正文中包含自贸区司法保障意见及仲裁的,仅有四篇裁判文书,分别为最高人民法院(2021)最高法知民辖终 90 号民事裁定书、海南省三亚市中级人民法院(2021)琼 02 民辖终 35 号民事裁定书、江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏 05 协外认 2 号民事裁定书、北京市第四中级人民法院(2017)京 04 民特 33 号民事裁定书。其中(2017)京 04 民特 33 号民事裁定书为引用自贸区保障意见中的禁止反言规则,(2021)最高法知民辖终 90 号、(2021)琼 02 民辖终 35 号民事裁定书为因仲裁协议而提出的管辖权异议,(2019)苏 05 协外认 2 号民事裁定书为非典型涉外纠纷仲裁裁决的承认与执行申请。

⑲ 上海市高级人民法院(2018)沪民申921号民事裁定书。

⑩ 江苏省南通市中级人民法院(2019)苏06民辖终129号民事裁定书。

② 上海市高级人民法院(2019)沪民辖终199号民事裁定书。

② 海南省三亚市中级人民法院(2021)琼02民辖终35号民事裁定书。

② 最高人民法院(2021)最高法知民辖终90号民事裁定书。

其中中粮公司与日出公司案,双方签订合同时均为海南经济特区内注册的外商独资企业(日出公司现股东均为中国境内法人)。日出公司主张该公司与其域外投资者关联密切,且根据自贸区司法保障意见,本案具有涉外因素,应当按照合同约定提交日本东京国际商事仲裁委员会仲裁。而法院以日出公司未提交证据证明为由,认定本案不具有涉外因素。如果涉外性因素按照签订合同时的情形判断,符合自贸区司法保障意见,应当可以认定为"非典型"涉外。

展讯公司与虹软公司案中,双方均为中外合资企业,且展讯公司注册在上海自贸区内,虹软公司签订合同时为外商独资企业,合同约定将争议提交新加坡国际仲裁中心。原审法院以双方均为自贸区内外商独资企业才具有涉外因素为由驳回管辖异议。最高院认定本案不符合自贸区司法保障意见而无涉外性,仲裁协议无效,法院具有管辖权。

上述案件均涉及签订了域外仲裁条款的外商独资企业和港澳台独资企业。这些企业与其域外投资者关系密切,认为自己属于"非典型"涉外的情形,却没有被认定为涉外因素。"非典型"涉外因素标准的模糊是这些案件产生的原因之一。"非典型"涉外因素的标准应当明确,避免仲裁的不确定性,保护当事人意思自治,提升我国仲裁法规水平。

### 三、外商投资企业难以被认定为涉外性的原因

#### (一)域外仲裁需要涉外因素

我国仅允许具有涉外因素的纠纷提交域外仲裁,并且严格控制涉外性认定。其原因可能在于对国内产业的保护以及对外资的监管,在纠纷解决领域具体表现为法院对于境内纠纷的控制。

#### 1. 保护国内企业及国内产业

出于国内政策的考虑,大多数国家都对国内外采取不同的措施。域外仲裁虽然具有涉外因素,同时也必然具有国内因素。将争议提交域外机构时,无法避免争议中的国内因素遭到外国机构的审查。为了保护国内的产业尽可能少的受到外国审查和影响,我国对于涉外仲裁的判断比较保守,因此法律规定,仅以国籍和经常居所地作为主体涉外性的判断因素,外商投资企业不属于涉外因素。

#### 2. 司法机关对国内纠纷的垄断权力

当提交域外仲裁时,实际上是将发生在我国域内的争议提交至域外审理,这正是中国法院所不愿意看到的。我国的司法机关更希望将境内的争议提交至中国法院进行审理,至少是提交至中国的仲裁机构进行审理,因此我国司法实践明确了不具有涉外因素的案件不能提交域外仲裁,在判断涉外性时也尽量否认涉外因素的存在。

我国对域内外仲裁裁决采取了不同的审查制度。<sup>②</sup>尽管仲裁协议司法审查在管辖权上实现了内外并轨,但在仲裁协议的法律适用、仲裁裁决的可撤销(不予执行)依据,以及内部报核等规定上仍存广泛差异。<sup>③</sup>

根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》(即《纽约公约》),我国对于域外仲裁只进行比较宽松的程序上的审查。理论上我国能够以公共政策为由拒绝承认与执行域外仲裁裁决,但最高院明确表示,对公共秩序应作"严格解释和适用"。我国法院的立场是限缩公共利益条款的适用范围,而非将其作为拒绝承认与执行域外仲裁裁决的兜底条款。<sup>®</sup> 所以实践中,无法轻易适用公共政策来拒绝承认与执行域外仲裁裁决。

而对国内仲裁,中国法院具有较为实质的司法审查权,意味着司法机关对于国内仲裁的控制力更强。这种现象产生的原因在于法院对仲裁制度可能存在着天然的抗拒和不信任,对于仲裁制度侧重于监督。对于仲裁裁决,我国规定了司法审查制度,其间接反映了最高院通过执行仲裁裁决来控制仲裁结果的制度设计。

如果法院希望扩张对仲裁的控制力,那么必然会通过限缩域外仲裁的范围,即确认域外仲裁条款无效,使当事人转向国内仲裁或因无仲裁协议而进行国内诉讼。国内仲裁或国内诉讼的数量得到增加,最终使得中国法院或仲裁机构对国内纠纷管辖上的垄断权力得到强化。这种垄断权力不仅会限缩涉外因素的范围,并且会导致当事人在签订协议时回避域外仲裁的可能。这对于我国创造良好的仲裁环境,形成完善的纠纷解决机制产生了阻碍。

在扩张权力时,司法解释已经明确规定了三种要素在中国领域外时才具有涉外因素,那么法院能依自主裁量权进行控制的只有"非典型"涉外因素的兜底条款。所以法院在实践中往往对"非典型"涉外因素的适用作出严格的限制,导致外商投资企业在仲裁领域难以获得主体涉外的认定。

#### (二)与投资领域涉外性对比

根据《中华人民共和国外商投资法》(以下简称"《外商投资法》"),外商投资企业境内再投资也属于外商投资的范围。这说明,外商投资企业在投资领域是具有"涉外性"的。

投资和仲裁的最大区别在于:外商投资是"引进来",而域外仲裁是"走出去"。域外仲裁是将本国领域内的纠纷"走出去",由外国管辖。投资领域中,当外国投资者在我国境内直接或者间接进行的投资活动时,实质上是将外国资金和管理行为引入到我国境内的产业。外国投资者在中国设立的企业为中国法人,但其资金来源、人员管理、经营行为无不受到外国的直接控制。通常将外商再投资视为外商投资,因此外商投资企业因此获得了涉外性。

② 我国对涉外仲裁和域外仲裁采取相同的审查。涉外仲裁是具有涉外因素的纠纷在境内进行仲裁,与域外仲裁的区别在于仲裁机构的不同。限制涉外因素同时减少了涉外仲裁的数量,目的也是为了增加境内仲裁的数量,加强对发生在境内的纠纷的控制权。

图 张春良:《制度型对外开放的支点:私法关系涉外性之界定及重构》,载《中国法学》2019年第6期,第88-89页。

题 沈伟:《我国仲裁司法审查制度的规范分析──缘起、演进、机理和缺陷》,载《法学论坛》2019年1月第1期,第119页。

对于外商再投资和域外仲裁的特殊措施,底层逻辑都在于对于外资的监管,对国内产业的保护。同样的目标在仲裁领域表现为外商投资企业"非涉外性",在投资领域表现为外商投资企业"涉外性"。

在经济全球化中,外资准入自由化趋势进一步发展。投资领域中,外资准入负面清单在缩短。外商再投资的限制也在减少,实践中,有时将外商投资企业完全视为国内企业,再投资不作限制。这表明对于外资的监管在进一步放宽。那么出于同样的逻辑考虑,对于外资在仲裁领域的监管也应当进一步放宽,具体表现为仲裁中外商投资企业涉外性的认定。

## 四、非典型涉外因素扩张的必要性

涉外因素的界定方式和宽窄尺度,影响着一国对外开放的方式和程度,也构成了"法治化、国际化和便利化"营商环境构建的准入门槛。<sup>②</sup>涉外因素的界定规则缺乏对现有实践的诉求之回应,需要扩张以回应仲裁实践的需要以及对外开放的需要。

#### (一)三要素说不能适应实践要求

三要素比较简单明确,易于实践操作,但是它仅机械地从客观角度出发判断涉外因素的存在,而忽略了涉外因素的本质和内涵。在国际民商事交往日益频繁、愈加复杂的今天,简单的三要素判断标准已经难以应对现实出现的新情况。非典型涉外因素标准充分利用了现行规则引入的实质认定方法,从而将可能实质上具有、但形式上不具有涉外因素的法律关系认定为涉外法律关系。<sup>®</sup> 仅按照三要素判断,可能导致部分表面不涉外实质涉外的案件,被认定为无涉外性,按照国内仲裁案件进行审理。这种情形最终会导致不合理不公平的结果发生,影响我国仲裁市场的国际话语权。

而在司法实践中,如果法官仅依据已有的三要素标准作出保守的判断,不免牺牲了全局视野和商事思维,使裁决的专业度、客观性、可信度受到折损。<sup>28</sup>

#### (二)仲裁裁决终局性和确定性的强化

当事人选择域外的仲裁机构而非内地仲裁机构,可能因为外国仲裁机构更为专业。 我国的国际商事仲裁实践相较其他国家起步较晚,相关规定比较严格,而一些域外仲裁 机构的制度比较成熟,在国际上享有盛誉。此外,我国域内外仲裁的审查有差异。如上 文所述,我国法院对于国内仲裁的审查较为严格,当事人通过将争议提交域外机构仲裁, 可以增加被法院认可并得到执行的机会。

时间成本是商业纠纷解决中重要的考虑因素之一,当事人选择仲裁就是以牺牲上诉权利为代价,求得在最短时间内定分止争。法院对仲裁纠纷涉外性严苛的审查,很可能

② 同前注 ②,第86-87页。

<sup>28</sup> 同前注 25,第92页。

② 秦男:《论选择境外仲裁机构仲裁协议效力的司法审查路径》,载《法律适用》2021年第10期,第130页。

导致仲裁协议无效。"非典型"涉外因素判断模糊与实践上的不一致性使当事人难以作出提前预判。虽然法律已经明确了"禁止反言"原则,但是实践中还是难免出现在涉及外国的仲裁结束后,仲裁结果不利的一方通过争议事项不具有法律规定的涉外因素而要求确认仲裁协议无效,达到重新解决争议的目的。多数情况下,在域外仲裁机构达成的裁决在执行中,并不会产生损害中国利益的情况出现。

已经经历了仲裁、法院审查两次程序的争议仍然没有得到解决,当事人不得不在境内外反复解决同一件纠纷,成本大幅增加。法院通过对仲裁协议无效的认定在一定程度上弱化了仲裁裁决的终局性和确定性,给仲裁和司法制度的总体信誉带来了负面影响,且大大增加了当事人争议解决的成本。

#### (三)保护当事人的意思自治

当事人意思自治是仲裁的基石,是仲裁与诉讼的重要区别,国际商事仲裁的生命力就在于充分尊重意思自治。<sup>30</sup>一些学者提出,应推动我国仲裁制度朝着意思自治方向进一步发展。<sup>30</sup>当事人应具有选择仲裁机构的自由,而限制无涉外因素提交域外仲裁则是限制了这种自由。对涉外因素进行扩张,放宽了选择域外仲裁的限制,从而维护了当事人的意思自治和意思自由。

#### (四)一带一路建设对仲裁开放的要求

我国发展进入新阶段,对外开放程度不断提高,商事主体的国际交流更加活跃,商事纠纷复杂程度也随之提升。作为营商环境、国家软实力的重要组成部分和商事主体合法权益的最终防线,涉外商事司法的思维观念也应进一步开放,对于域外仲裁的观念不应囿于保守,须与时俱进,及时回应现实的需求。<sup>②</sup>

扩大非典型涉外因素范围,增加域外仲裁机构审理本国案件的可能性,一方面增加了对涉外仲裁机构的开放程度,另一方面增加了境内仲裁机构的竞争,倒逼其完善仲裁制度。并且,这是我国仲裁市场扩大的必然要求,有助于创造良好的仲裁司法环境,健全我国的争端解决机制,有助于提升我国法律服务的广度、深度以及纠纷解决机制的国际竞争力。

## 五、非典型涉外因素扩张的路径

现行的涉外因素判断标准不满足实践需要。如果从法教义学的角度出发,解决路径之一在于对兜底条款的含义进行解释,即在传统三要素的基础上,对"非典型"涉外因素进行扩张。

⑩ 杜焕芳、李贤森:《国际商事仲裁当事人程序自治边界冲突与平衡》,载《法学评论》2020年第2期,第167页。

③ 中国国际经济贸易仲裁委员会:《中国国际商事仲裁年度报告(2020~2021)》,载法律出版社 2021年版,第28-29页。

② 同前注 ②,第132页。

#### (一)扩张的实施路径

#### 1. 限缩司法审查权

要扩大非典型涉外因素的范围,须减少法院对仲裁的垄断性权力。如上文所述,法院对仲裁有着天然的抗拒和不信任,为了强化国内纠纷管辖上的垄断权力,通过仲裁裁决审查制度来限制域外仲裁的数量。而仲裁裁决司法审查制度长期以来被看作是最高院支持仲裁的制度安排。这一制度间接反映了最高院通过执行仲裁裁决来控制仲裁结果的制度设计。<sup>③</sup>并且内部报告制度使得司法审查很大程度上是由最高院进行最后的控制。这虽然保证了案件审理的质量,但并不利于审查的灵活性,下级法院在审理时对涉外因素判断趋于保守。

但随着仲裁制度的不断成熟,仲裁市场的逐步扩大,各国普遍立法,缩小司法复审的范围,减少司法干预,促成仲裁成为解决纠纷的重要方式。<sup>38</sup> 最高院从 2017 年起陆续发布了通知和规定,仲裁司法审查制度正由双轨制向单轨制转变。这说明在立法上,法院对仲裁的控制正逐步减弱。虽然在实践中是否能达到实效还有待观察,但我国司法机关已经开始对仲裁持一种比较信任的态度。

可以预见的是,法院对仲裁的司法审查权将会被进一步限缩,这有利于仲裁获得更大的自由度,有利于我国纠纷解决机制国际竞争力进一步提升。

- 2. 扩大外商投资企业非典型涉外范围
- (1)个案扩大。涉外性因素的判断比较复杂,可以从个案入手,法官们从具体案件的判断中逐渐总结出审判经验。或者最高院通过指导性案例、典型案例的方式,使各级法院在审判相似案件时进行参考。每一案件中当事企业的资金来源、控制情况等因素都不相同,可以根据案件的实际情况,具体情况具体分析,避免脱离实际情况。
- (2)预先规定,即通过司法解释或者法院内部发布审判指导等方法,列举非典型涉外的情形或者总结出非典型涉外的判断标准。涉外因素判断标准的模糊一方面使当事人对于是否选择域外仲裁无所适从,另一方面不利于法院在审理结果上的一致性。如果将"非典型"涉外因素的情形或者较具体的判断标准明确下来,既能达到放松涉外因素范围的效果,又便于法官在司法实践中的具体运用,并且能够避免当事人利用"法律空白"创造"虚假涉外"因素。

#### (二)扩张路径适用的具体情形

#### 1. 实际控制原则

如果该外商投资企业是由外国投资者实际控制的,应该可以被认定为具有涉外性。 因为该企业作出的行为受到其实际控制人的控制,主要考量的是实际控制人的利益。

《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》第11条提出了由外国投资者控

③ 同前注 ⑥,第 129 页。

③ 肖永平:《内国、涉外仲裁监督机制之我见——对〈中国涉外仲裁监督机制评析〉一文的商権》,载《中国社会科学》 1998 年第 2 期,第 94-95 页。

制的境内企业,视同外国投资者, 第 第 18 条对控制作出了具体规定。 虽然在最后生效的《外商投资法》中并没有相关规定,但可以明确的是,控制标准曾经被纳入考虑的范围。《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》也引入了实际控制标准。

控制权的差异造成我国境内企业可能具有不同的性质,进而适用不同的法律或者可 因该涉外因素而向国外仲裁机构申请仲裁。<sup>⑤</sup>实际控制标准的引入有助于维护国家和相 关市场主体的利益,也可以避免国内企业利用"壳公司"回国进行虚假的涉外投资。<sup>⑥</sup>

#### 2. 外商独资企业

外商独资企业虽然系中国法人,但其资本全部来源于域外,经营决策往往直接受域外投资者控制。自从中国入世以来,我国对外开放水平不断增强,法治建设完善,外国对华直接投资呈明显的"独资化"趋势。外国投资者倾向通过独资的方式设立公司,目的在于保持对公司的绝对控制,确保投资者经营战略的有效实施,并且通过组织生产、价格转移等方式,达成全球资源最优配置实现利润最大化。<sup>®</sup> 相较于其他类型的外商投资企业,外商独资企业更注重外国的利益,所以其不仅具有特殊的涉外性质,而且对中国市场影响更深远。随着仲裁市场的扩大,应当考虑外商独资企业的特殊性,逐渐将其纳入涉外性因素的范围。

#### 3. 涉外因素负面清单制度

现实中,某一案件可能与外国因素存在许多关联,从某种程度来说也能被称为具有"涉外性因素"。但是,这与法律意义上的涉外性因素不同,在域外仲裁协议效力判断中,不能作为涉外民商事法律关系的判断标准。当事人往往产生误解,例如将担保人为外籍的买卖合同认为是具有涉外性而提交域外仲裁。为了避免涉外特征的泛化倾向,对于涉外特征的辨别,可以采用负面清单模式,明确列举不能单独据以认定纠纷具有涉外性的具体情形,具体如高级管理人员系外籍或位于域外。⑩此举可有助于厘清涉外因素的外延。

并且,我国对于涉外因素的判断还处在保守向开放转变的过程中,不宜过于激进,应循序渐进地开放涉外因素的标准。一些出于政策性考量,现阶段还不宜纳入涉外范围的因素可以纳入"负面清单",在扩大涉外因素的同时,避免实践中法官"步子迈得过大"。

## 六、结 语

由于国内保护、外资监管以及法院对境内纠纷的垄断等原因的限制, 当事人仅能将

⑤ 《外国投资法(草案)》第11条第2款规定:"受前款规定的主体控制的境内企业,视同外国投资者。"

⑧ 《外国投资法(草案)》第18条规定:"本法所称的控制,就某一企业而言,是指符合以下条件之一的情形……"

③ 汤霞:《我国涉自贸区仲裁中的"涉外性"认定》,载《国际经贸探索》2017年第12期,第104页。

<sup>38</sup> 同上。

<sup>39</sup> 朱允卫:《外商对华直接投资"独资化"趋势的成因及对策》,载《世界经济研究》2002年第5期,第46页。

⑩ 同前注 29,第134页。

具有涉外因素的纠纷提请域外仲裁。因此,在现有法律框架内,内外仲裁不一致的情况还不能得到消除。为了适应实践发展和对外开放的需求,我们可以通过"非典型"涉外因素对涉外因素的范围进行扩张。在扩张中,可能存在一些问题,比如法院出于控制国内纠纷的意图,没有扩大非典型涉外的自我推动力。具体适用条款时,为了法律适用的方便与不出错,只会严格地按照三要素进行判断。

但是,涉外因素的界定方式和宽窄尺度,影响着一国对外开放的方式和程度。现行 界定规则缺乏对当前创新实践的诉求之回应,涉外因素在合理范围内的扩张是必然的结果。扩大涉外因素的范围,有利于保障域外仲裁的效力,创造良好的仲裁司法环境,增强 我国纠纷解决机制的国际竞争力。

Abstract: Due to the restrictions of domestic protection, foreign capital supervision and the court's monopoly on domestic disputes, the parties can only submit disputes with foreign factors to extraterritorial arbitration. Therefore, the judgment of foreign factors is very important for the effectiveness of the arbitration agreement and affects the recognition and enforcement of the arbitration award. When judging foreign-related factors, the traditional three element judgment method can not adapt to the development of the times and the needs of the parties. Since Siemens International Trade Co. Ltd. v Shanghai Golden Landmark Co. Ltd. (2013) first applied the standard of "atypical" foreign factors in arbitration cases, many cases, such as Spreadtrum Communication (Shanghai) Co. Ltd v Hongruan Technology Co. Ltd (2021), COFCO Hotel (Sanya) Co. Ltd v Hainan Sanya Sunrise Sightseeing Co. Ltd (2021), have involved "atypical" foreign factors. In order to meet the needs of expanding opening to the outside world, strengthening the finality of arbitration and ensuring the autonomy of the parties, we can appropriately expand the "atypical" foreign-related situation by treating foreign-invested enterprises as "foreign-related subjects".

**Keywords:** extraterritorial arbitration; "atypical" foreign-related; foreign investment enterprises

(责任编辑: 黄晨亮)

# 仲裁司法审查报核程序"外部化"问题及解决路径

## ——以63份裁判书为分析样本

戴 敏\*

内容提要 仲裁司法报核程序作为仲裁司法审查程序中的配套程序,虽然首次以司法解释的形式予以确立,使其具有一定程度的"外部化",但其实质依旧是法院内部程序。报核程序的"外部化"也为司法实践带来新的问题,上级法院频繁以下级法院未履行报核程序为由而撤销下级法院作出的裁定,上级法院的做法将面临没有法律明确规定且可能有破坏现有程序稳定性的风险。因此,对于人民法院的做法应当予以适当的调整,第一不允许上级法院仅仅以下级法院未履行报核程序为由而启动监督程序以此来撤销原裁定,第二用司法建议书代替裁定书,第三加强法官纪律责任监督,以此维护程序稳定和当事人的合法权利。

关键词 仲裁司法审查案件 报核程序 外部化 问题 解决

2018年,最高院公布《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》(以下简称《仲裁司法报核问题规定》),作为同时施行的《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》(以下简称《仲裁司法审查案件规定》)的配套程序。《仲裁司法报核程序规定》经过近5年的司法实践,其为正确审理仲裁司法审查案件、统一裁判尺度等方面做出了贡献。但也在司法实践中产生了新的问题,上级法院将未履行报核程序视作为"严重违反法定程序"的情形,以此撤销下级法院作出的裁定。那么报核程序的性质如何?为什么会导致上级法院撤销原裁定的做法出现?其撤销原裁定的法律依据是什么?上级法院的做法是否有理论上的支持?是否对当事人之间的权利义务造成影响?

## 一、报核程序的法律属性界定

学界对于仲裁司法审查程序的研究还是较为深入,有学者认为仲裁司法审查程序是

<sup>\*</sup> 戴敏,湘潭大学法学院 2020 级硕士研究生。

一种程序性裁判程序,是仲裁当事人赖以救济其程序性权利的司法救济程序。<sup>①</sup> 而报核程序作为仲裁司法审查程序的配套程序,对其研究尚少,其原因首先是认为报核程序脱胎于内部报告制度,学者对内部报告制度的研究已经充分;其次在于报核程序的司法解释颁布时间尚短,尚未经过充分司法实践来发现问题,不过已有学者对报核程序提出了自己的观点,认为报核程序的法律性质尚未明确,于是提出了两种观点,第一种观点认为报核程序属于准上诉程序,第二种观点认为报核程序是带有法院监督色彩的救济制度。<sup>②</sup>

不过,以上两种观点都有失偏颇,无论是第一种观点还是第二种观点,都认为报核程 序是一种救济程序。可是基于以下几点理由,难以将报核程序认定为救济程序:第一,准 上诉程序是以程序性裁定为审查对象,在域外针对裁定的上诉被称为控告,③而我国对于 一般性的裁定不给予救济程序,但法律另有规定的除外,如针对不予受理,驳回起诉等三 类裁定可以通过上诉救济:对于保全、先予执行、针对执行行为异议等裁定可以通过复议 救济。而人民法院依据仲裁司法审查程序作出的裁定,法律并未给予相应的救济程序, 因此强行将报核程序定性为救济程序实为不妥。第二,报核程序并不符合救济程序的特 征。救济程序介入阶段往往是在作出裁定程序之后,且正所谓"无救济则无权利、有侵 害就有救济",其目的是在于纠正错误,使得受损权利恢复到未受损之前状态,其所纠正 的对象是错误的裁定或者因错误的程序对当事人造成侵害后果。首先,对于报核程序而 言,报核程序的履行是随着仲裁司法审查程序的展开而启动,不存在履行完仲裁司法审 查程序在先,报核程序在后履行的"先后履行"问题;其次,报核程序建立在仲裁司法 审查程序之中,只有在作出否定性裁定才需履行报核程序,在履行报核程序时,尚未有错 误的裁定或者因错误程序对当事人造成侵害后果的发生,因此也尚未进入所谓的救济程 序,报核程序也难以发挥所谓的"救济"功能。难道只要未履行报核程序而做出的否定 性裁定就一定是错误的裁定,所以需要报核程序来救济?这并不符合救济程序的内在逻 辑。再者,对于人民法院作出的否定性裁定,给予了当事人其他的救济途径,如若再将报 核程序视为救济程序,是否有重复救济、救济明显过度之嫌?救济程序对于当事人来说, 给予当事人受损权益的弥补:对于人民法院来说,则是对于错误行为以及错误行为带来 的错误结果的纠正,带有一定的监督色彩。报核程序是否具有监督功能,其推理逻辑和 上文所推翻报核程序不具有救济功能是基本一致的,在原裁定尚未作出时,监督缺乏监 督对象,那么监督又从何谈起?

根据《仲裁司法报核问题规定》相关规定不难发现,其主要功能是在于指导,下级 法院通过报核程序向上级法院进行报核,上级法院通过对下级法院裁判结果进行审核, 再作出认可与否的回函,下级法院依据回函方能作出裁定,如此路径又与内部报核程序 有何不同。笔者认为,报核程序是下级法院在作出否定性裁定之前,需向上级法院依法

① 姜霞:《仲裁司法审查程序的性质探析》,载《西南政法大学学报》2007年第3期,第70页。

② 林雷:《论中国仲裁司法审查案件报核制度》,广西大学硕士学位论文,2020年。

③ 沈达明:《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社 2002 年 6 月版,第 195 页。

进行报告,经过上级法院的审核后,下级法院方能作出裁定的程序,其实质依旧是法院内部程序的范畴,只不过其表现形式发生了巨大的改变。《仲裁司法报核问题规定》的前身可以说是涉外仲裁司法审查案件的内部报告制度,由于其适用对象的单一、法律效力低以及缺乏具体程序的规范等原因,导致内部报告制度难以满足社会的发展需要。④因此,为了解决内部报告程序的不足以及统一涉外、非涉外仲裁案件的司法审查程序,最高院选择报核程序代替内部报告程序,并以司法解释的形式予以公布。从内部报告制度走向报核程序,主要程序运行过程由内部性、隐秘性走向了外部性、公开性。

相比内部报告制度,报核程序的表现形式有几点不同:第一,制度确立方式的"外部化"。内部报告制度的确立是根据最高人民法院于1995年8月下发的《最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》(法发〔1995〕18号,以下简称《处理涉外仲裁的通知》),属于法院内部文件,仅在法院内部传阅,不被当事人所知晓。而报核程序的建立是根据最高人民法院于2018年11月公布的《仲裁司法报核问题规定》,其以司法解释的方式予以公布,具有普遍司法效力,使得报核程序得以被公众知晓。第二,履行程序的"外部化"。内部报告制度之所以称之为"内部",在于法院履行报告程序的隐秘性,程序不被当事人所知晓。而报核程序的公布,使得当事人得以知晓仲裁司法审查案件需要经过报核程序,当事人能够及时了解案件进程及可能向上级法院发表自己的意见,客观上当事人的行为会促使人民法院及时快速的处理案件,且相较于内部报告程序,报核程序更加注重当事人的程序权利保障。人民法院切实履行报核程序的仲裁司法审查案件,其在制作裁定书时,定会写明"依法向 xx 高院报核"或"经xx 高院审核"字样以此来表明自己履行了报核程序。

## 二、基于 63 份裁判书实证分析

由于仲裁司法审查案件的种类众多,就以申请不予执行仲裁的案件为例进行检索, 笔者以"不予执行仲裁裁决""关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定"为关键词, 检索出 257篇,通过逐一分析和筛查,最终选择符合要求的 63 份裁定书,以此为基础,对 仲裁司法审查案件报核程序进行分析。

2018年份裁定书,中院做出的裁定书有8份,其中在裁定书的主文内容中明确写到依法履行报核程序的裁定书有6份,其中裁定书未履行报核程序的有1份,另外1份裁定书则是撤销因未依法履行报核程序的原裁定;高院做出的裁定书有3份,其中高院因中院未履行报核程序而撤销中院所做出的裁定有2份,另1份是裁定书中明确写明中院履行了报核程序;最高院有1份裁定书,其认为高院并未按照报核程序要求进行报核,依法撤销高院所做裁定,发回重新审查。从2018年份的裁定书来看,最高院所做出的该份

④ 张勇健、任雪峰、梁颖:《〈关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定〉及〈关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2018 年第 4 期,第 27-28 页。

裁定书是《仲裁司法报核问题规定》生效后最早适用该司法解释的裁定书之一,具有一定的指导性和典型性,并且在裁定书中明确了最高院对仲裁司法报核程序的态度,即下级法院未依法履行报核程序而做出裁定的案件将面临被上级法院撤销原裁定的风险。

2019年份裁定书,中院共做出8份裁定书,其中有6份依法履行报核程序,有1份是原裁定未依法履行报核程序而被中院自己撤销,剩下1份的裁定书则认为无需向上级法院报核;高院共有18份裁定书,其中原裁定履行报核程序有1份,未履行报核程序而被高院撤销的有6份,当事人以中院未履行报核程序而请求高院撤销原裁定的有11份;最高院无。2020年份裁定书,中院履行报核程序的有7份,中院认为无需向上级法院报核的有1份;高院撤销下级法院未履行报核程序的有9份,高院认为无需履行报核程序的有1份;最高院撤销高院适用程序错误和中院未履行报核程序的各有1份。2021年份裁定书,中院履行报核程序的有1份,认为无需履行报核程序的1份,未履行报核程序被撤销的1份;高院中认为无需履行报核程序的有2份,撤销中院未履行报核程序的有一份;最高院无。(详见表一)

2018	中院	(2018) 桂 04 执异 22 号	中院履行报核程序
		(2018) 吉 01 执异 5 号	
		(2018)吉24执异59号	
		(2018)晋08执监30号	
		(2018) 粤 03 民特 601 号	
		(2018) 粤 03 民特 640 号	
		(2018)湘12执监420号	中院未履行报核程序,原裁定被本院予以撤销
		(2018)京 01 执异 368 号	当事人提出人民法院裁定不予执行需履 行报核程序,而中院并未就是否履行报 核程序予以回应
		(2018)鄂执复 85 号	中院未履行报核程序导致原裁定被撤销,案件发回重新审查
	高院	(2018) 赣执复 52 号	中院未履行报核程序导致原裁定被撤销,恢复执行仲裁裁决

表一 63 份样本详细情况一览表

裁判内容

中院审理程序适用错误,未履行报核程

高院未履行报核程序,原裁定予以撤销,

序,原裁定予以撤销,发回重新审查

发回重新审查

案号

(2018) 桂执复75号

(2018) 最高法执监 177 号

年份

审理法院

最高院

年份	审理法院	案号	裁判内容
		(2019) 赣 01 执异 249 号	中院履行报核程序
	中院	(2019) 粤 03 民特 329 号	
		(2019) 冀 08 执异 62 号	
		(2019) 辽10 民特29号	
		(2019)陕08执异64号	
		(2019) 辽74执1号	中院履行报核程序,终结本次执行
		(2019)湘01执异84号	中院认为无需向上级法院报核
		(2019)黑12执监5号	中院未履行报核程序,原裁定被本院予以撤销
	高院	(2019) 川执复 84 号	中院履行报核程序
		(2019)桂执复3号	中院审理程序适用错误,未履行报核程序,原裁定予以撤销,发回重新审查
		(2019) 桂执复 40 号	
2019		(2019)桂执复 75 号	
		(2019)桂执复99号	
		(2019) 黔执复 181、182、 183、184、185、186、 187、188、189号	当事人提出法院裁定不予执行需履行报 核程序,高院认为驳回申请无需向上级 报核,维持中院执行裁定
		(2019)湘执监 1521 号	当事人提出法院裁定不予执行需履行报 核程序,高院并未就是否需要履行报核 程序予以回应
		(2019)新执监 25 号	当事人提出法院裁定不予执行需履行报 核程序,原裁定予以撤销,发回重新审查
		(2019)晋执复 137 号	中院未履行报核程序,原裁定予以撤销, 发回重新审查
		(2019)粤执复 721 号	当事人提出中院驳回执行申请需要履行 报核程序,高院并未就是否需要履行报 核程序予以回应
2020	中院	(2020)川16执异24号	中院履行报核程序
		(2020) 廿12执72号	
		(2020)吉24执异26号	
		(2020) 冀 08 执异 59 号	
		(2020)辽05执异11号	

年份	审理法院	案号	裁判内容
2020	中院	(2020)鲁05执异2号	中院履行报核程序
		(2020)湘01执异142号	
		(2020)粤 06 执异 233 号	当事人提出法院以违背公共利益为由裁 定不予执行需履行报核程序,中院认为 未违背社会公共利益,无需履行报核程 序,驳回申请
	高院	(2020) 甘执监 17 号	高院认为中院未履行报核程序,撤销原 裁定
		(2020) 甘执监 54 号	
		(2020) 甘执监 60 号	
		(2020) 甘执监 68 号	
		(2020) 甘执监 76 号	
		(2020)甘执监 78 号	
		2020) 甘执监 85 号	
		(2020)黑执复 106 号	
		(2020)湘执监8号	高院认为中院未履行报核程序,撤销原 裁定,发回重新审查
		(2020)豫16执异101号	当事人提出法院裁定不予执行需履行报 核程序,高院认为驳回申请无需履行报 核程序
	最高院	(2020) 最高法执监 87 号	最高院认为中院未履行报核程序,原裁 定予以撤销;认为高院审查程序适用错 误,撤销原裁定
		(2020) 最高法执监 93 号	
2021	中院	(2021)陕 06 执异 28 号	当事人提出法院裁定不予执行需履行报 核程序,高院认为中院未履行报核程序, 撤销原裁定
		(2021)湘02执异52号	当事人提出法院裁定不予执行需履行报 核程序,中院并未给与回应
		(2021)新01执异74号	中院履行报核程序
	高院	(2021)桂执复 180 号	当事人提出驳回申请需要履行报核程 序,高院认为驳回申请无需向上级报核
		(2021)桂执监 123 号	当事人提出法院裁定不予执行需履行报 核程序,高院认为中院未履行报核撤销, 撤销原裁定,发回重新审查

通过以上数据和表格内容不难发现,上级法院因下级法院未履行报核程序撤销原裁定的案件数量 22 件,约占样本案件的 35%,仅以不予执行仲裁裁决为分析样本的案件中就占到了三分之一,如若扩到其他类型的仲裁司法审查案件中,这个比例应该只高不低,可以看得出各地法院还是与最高院的态度保持一致,一方面确实是为了保持裁判的统一标准,另一方面是司法实践的需要,但是这一做法是否真的合理? 是否会对当事人产生不利后果? 再者,当事人以中院未履行报核程序为由请求高院撤销原裁定的案件有 11件,约占样本案件的 17%,当事人对于制度的理解往往是来源于已经生效的裁判文书,又在"类案同判"指导下,加剧了当事人认为报核程序是法院作出否定性裁定的必经程序的错误思想,以此作为攻击于己不利的原裁定的手段,也进一步加剧了法院对于同一案件重复审查的负担。

## 三、报核程序"外部化"带来的问题

通过上述案例的分析,发现上级法院过于强调下级法院履行报核程序的履行程序性,未履行报核程序而作出的裁定将面临被上级法院撤销的不利后果,这一做法不仅忽略了报核程序的法律属性,而且在一定程度上突破了民事诉讼的基本法理和法律的规定,对当事人造成了实质性的影响,让当事人承担了因法院未履行内部行为而导致原裁定被撤销的不利后果,这是对当事人不合理也是不公平的处理方式,也在一定程度上损害了司法公信力。

#### (一)"公开"违反审判独立原则

学界之前批判内部报告制度的主要理由是内部报告制度违反了审级独立原则,认为破坏了上下级法院之间的审级独立以及审判监督的内在逻辑。⑤内部报告制度带有司法政策属性,政策属性的行政化色彩可能使其偏离司法权独立运行规律,且"审理的法官没有裁判权,不审理的法官享有裁判权"的行为不利于审判独立和司法自治。⑥在一定程度上形成了上级指导下级,下级听从上级安排的司法现象,也在一定程度上削弱了下级法院行使审判权的独立性。其次,内部报告制度的不透明性,下级法院仅根据上级法院的指示做出否定性的裁定,难以让当事人从不透明的报告程序中感受公平正义,从而怀疑裁定本身的公正性,可能造成后续矛盾的扩大以及频繁的纠正程序的启动,一定程度是对程序所给予公平正义的价值的破坏。

《仲裁司法报核问题规定》从司法透明的角度解决了内部报告制度存在的密行性问题,保障了当事人知晓案件进程的权利,也将程序进行置于当事人的监督之下。但是报核程序与内部报告制度存在相同的"致命问题",即违背了审判独立原则,并且予以"公开化"的违背。虽然报核程序是以司法解释的形式予以公布并实施确立,但是其与内部

⑤ 朱科:《国际商事仲裁司法审查案件内部请示报告制度的转型》,载《法学杂志》2017年第6期,第127页。

⑥ 傅郁林:《取消"个案请示"有利于司法自治》,《中国保险报》2006年5月19日,第2版。

报告制度不存在本质上的区别,其实质都是法院系统内部的上请制度,只不过报核程序披上了"合法"外衣,其实质核心并未改变,实属"换汤不换药"。审级的划分是法院独立的体现,其本质是为已经进行的审理活动和做出的判决设置纠错机制,下级法院并不是最高或者上级法院对下的延伸。⑦无论是内部报告制度还是报核程序,都使得上下法院难以发挥纠错功能,但从另一方面来说,仲裁司法审查案件的程序设置不合理,并未给与当事人合理的救济途径,上级法院又要把握裁判尺度,从而进一步加剧下级法院对上级法院发挥指导优势的需求,报核程序成为司法实践中不得已的选择。自此,陷入因救济程序的缺乏,难以通过正常的审级机制使得案件到达上级法院予以审查,从而不得不采取提前通过上级法院审核的方式来保证案件审判质量的"恶性循环"之中。这不仅不利于保护当事人的合法权益,还进一步加剧法院公信力的丧失。

#### (二)以"违反法定程序"为由撤销原裁定缺乏法律依据

在 63 份裁定书中,其中 19 份裁定书有写到:未履行报核程序属于"程序违法(不当)""严重违反法定程序"或者"裁定做出程序存在错误";有 6 份裁定书也有写到:应当履行报核程序,但未说明未履行报核程序属于程序违法。最高院做出(2018)最高法执监 177 号裁定书对下级法院的法律适用是有一定指引作用的,因此下级法院在面对同类案件时,往往会参考最高院的判决。可下级法院的行文表达能力相较于最高院还是有所不足,下级法院常用的是"程序违法(不当)"或"严重违反法定程序"的表述,而最高院则使用了"未履行报核程序不符合程序要求和裁定作出程序存在错误"的表达。从最高院的行文表述来看,可以推断出其对于是否履行报核程序属于法定程序尚存疑,因为从广义的"法定程序"来说,只要属于法律或法规规定的程序都属于"法定程序",但是从民事诉讼的角度来解释"法定程序",若将报核程序纳入"法定程序",其难以与整个"法定程序"解释的体系相融合,并不利于维护法律适用的统一和裁判尺度,反而可能破坏"法定程序"原有的认定标准。

在上文的 25 份裁定书中有 22 份裁定书没有将《仲裁司法报核问题规定》作为其做出撤销原裁定的法律依据,有 3 份裁定书将《仲裁司法报核问题规定》作为其做出撤销原裁定的法律依据。该 3 份裁定书主要适用《仲裁司法报核问题规定》第 2 条第 2 款,其主要内容就是中院在仲裁司法审查案件中做出否定性裁判需要向高院报核,应高院审核意见做出裁定。该条文就是该司法解释的主要条文之一,但并未丝毫涉及未履行报核程序的法律后果,因此该条款难以推导出上级法院可以做出因未履行报核程序而撤销原裁定的行为具有合法性,可以说将《仲裁司法报核问题规定》第 2 条第 2 款作为撤销原裁定的法律依据属于适用法律错误。反观另外 22 份裁定书,并没有将《仲裁司法报核问题规定》作为法律依据,而是以其他法律规定作为撤销原裁定的法律依据,如《中华人民共和国民事诉讼法》第 225 条 ® 、《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议

⑦ 樊崇义主编:《诉讼原理》,中国人民公安大学出版社 2020 年 1 月版,第 450 页。

⑧ 湖北省高级人民法院(2018)鄂执复85号执行裁定书。

案件若干问题的规定》第23条第4项的规定<sup>⑤</sup>、《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第129条<sup>⑥</sup>等条文。值得注意的是,仲裁司法审查案件中有当事人提出不予执行仲裁裁决的时候,人民法院应当另立案审查处理,在当事人提供担保的情况下,执行法院应当裁定中止执行。<sup>⑥</sup>

由此可见,仲裁司法审查程序中并不涉及执行程序的问题,而报核程序也不是执行程序中所谓的执行行为,难以通过有关执行程序的司法解释来规制,因此上述适用有关执行程序的司法解释来解释"未履行报核程序承担的法律后果"是不恰当的,也难以达到证明上级法院撤销原裁定做法具有合法性的目的。据此,人民法院想通过其他法律来证明上级法院以未履行报核程序而撤销原裁定的行为符合法律规定,具有合法性,其目的难以达成。最后,无论是《仲裁司法报核问题规定》还是有关的法律、司法解释都难以弥补上级法院以未履行报核程序为由而撤销原裁定的做法在理论和法律上的不足。

#### (三)法院内部责任的"外部化"

在内部报告制度下,下级法院根据上级法院的意见做出裁定,若是否定性的裁定,当事人也不能对该裁定提出上诉,该裁定具有终局性,但是双方之间的纠纷并未真正解决,于是法院给予当事人其他路径予以救济,通过双方当事人达成新的仲裁协议重新仲裁或者是向人民法院进行诉讼的救济途径,不能对上级法院的裁定进行上诉,进行再一次审查。<sup>②</sup>即使下级法院未履行内部报告程序,在法律没有特别规定下,法院不得撤销已经生效的裁定。上级法院即使对下级法院发出的警告还是其他惩处措施,下级法院产生的不利后果也始终停留在法院内部,只要裁定不被改变或撤销,当事人之间的权利义务关系因生效裁定而确定,不会对当事人造成不利后果。

通过上述收集到的案例文书分析可知,尤其是最高法对于高院未履行报核程序而做出的原裁定,采取了撤销原裁定,发回重新审查的做法,让原本属于法院内部的责任直接转化成了"外部"责任,在一定程度上促使地方法院履行报核程序,但也让当事人承担了不利后果。当事人基于认知水平的有限,错误地理解报核程序的性质,将人民法院是否履行了报核程序作为攻击原裁定的手段,以达到撤销原裁定的目的。最高院有意引导下,支持了当事人提出的异议理由,撤销了原裁定,这无疑是变相地将法院责任转嫁给了另一方当事人承担,可是在现有的法律框架下,又未给予另一方当事人相应的救

⑨ 江西省高级人民法院(2018)赣执复52号执行裁定书。

⑩ 最高人民法院(2018)最高法执监 177 号执行裁定书。

① 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第2条第3款规定:"被执行人、案外人对仲裁裁决执行案件申请不予执行的,负责执行的中级人民法院应当另行立案审查处理;执行案件已指定基层人民法院管辖的,应当于收到不予执行申请后三日内移送原执行法院另行立案审查处理。"第7条第1款规定:"被执行人申请撤销仲裁裁决并已由人民法院受理的,或者被执行人、案外人对仲裁裁决执行案件提出不予执行申请并提供适当担保的,执行法院应当裁定中止执行。中止执行期间,人民法院应当停止处分性措施,但申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的除外;执行标的查封、扣押、冻结期限届满前,人民法院可以根据当事人申请或者依职权办理续行查封、扣押、冻结手续。"

⑫ 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第22条第2款规定:"人民法院裁定不予执行仲裁裁决的,当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁,也可以向人民法院起诉。"

济途径,实际上是对另一方当事人合法权益的损害。笔者将此种现象称为法院内部责任的"外部化"。

法院内部责任的"外部化"最大的特征就是让当事人承担了本应由人民法院自己 承扣的不利后果。上级法院对于该类案件的处理方式,出现了两种不同的解决模式:一 种是直接撤销原裁定,另一种则是在撤销原裁定的基础上,加上了发回重新审查。若原 仲裁裁决确有不予执行仲裁裁决情形发生,原裁定又因下级法院未履行报核程序予以撤 销,那么被执行人在此情形下,在第一种解决模式下,其救济途径几乎为无。首先,当事 人既不能达成新的仲裁协议予以重新仲裁,又不能向法院起诉,因为要启动这两条路径 的前提是当事人有不予执行仲裁裁决裁定书,但当事人没有:其次,当事人能否再一次提 出不予执行仲裁裁决申请呢?这个问题在之前的申请不予执行仲裁裁决的案件中没有 发生过,无论是司法实践还是学术界讨论的尚少。从法律规定来看,申请不予执行仲裁 裁决的时间是在执行通知书送达之日起 15 日内提出,该 15 日期间属于法定期间,期间 经讨则权利消灭, 当事人不再享有申请不予执行仲裁裁决的权利。但《最高人民法院关 于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(以下简称《仲裁执行若干问题规 定》)第19条, ③又似乎给了当事人救济的可能,但是对于如何理解条文之间的关系.还 存在一定争议。在第二种解决模式下,若出现上述案件情形,下级法院根据上级法院的 裁定,对案件进行重新审查,认定存在不予执行仲裁裁决的情形,也履行了报核程序,做 出了与原裁定一样的不予执行仲裁裁决裁定,当事人不服该裁定,则又回到了重新仲裁 或向法院起诉的路径上来。如此重复的审查程序和相同的裁判结果,是否真的有必要重 新来过?是否有可能出现严重拖延解决纠纷效率的嫌疑,让当事人在相同程序中花费更 多的时间和精力?或者以其他方式解决是否能更有效率?在上述相同案情不同处理模 式下,上级法院撤销原裁定对当事人造成了不利影响,而这种不利影响的原因是来源于 人民法院"自行突破"既定法律框架而造成。

## 四、解决路径

前文所述,报核程序的"外部化"不仅给当事人带来了一定问题,也对现有的仲裁司法审查程序造成困境,如何消除不利影响,维护程序的稳定性以及当事人的合法权益成为关键。

#### (一)不允许仅以未履行报核程序为由撤销原裁定

仲裁司法审查案件报核程序与仲裁息息相关,因此对于"法定程序"的理解也应当

⑬《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第19条规定:"被执行人、案外人对仲裁裁决执行案件逾期申请不予执行的,人民法院应当裁定不予受理;已经受理的,应当裁定驳回不予执行申请。被执行人、案外人对仲裁裁决执行案件申请不予执行,经审查理由成立的,人民法院应当裁定不予执行;理由不成立的,应当裁定驳回不予执行申请。"

置于仲裁体系下,依照仲裁体系对"法定程序"的理解做出合理的解释。《仲裁法》第 58条以及第63条,关于申请撤销仲裁裁决和申请不予执行仲裁裁决的情形中都有"仲 裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的"的规定。《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》(以下简称《仲裁法司法解释》)第20条就对《仲 裁法》第58条中的"法定程序"进行了相应的说明,指出违反仲裁程序以及仲裁规则 可能影响案件正确裁决的属于"违反法定程序"的情形;《仲裁执行若干问题规定》第 14条,将违反仲裁程序、仲裁规则以及对仲裁特别约定可能影响案件公正裁决的纳入了 "违反法定程序"的范畴。但是对于上述条文的理解,有学者存在不同意见。有的学者 认为,违反《仲裁法》规定的仲裁程序或当事人选择的仲裁规则,但是当事人辩论权得 到有效的程序保障,也不应认定为"违反法定程序"。 图 另一种理解则认为,《仲裁法司 法解释》第20条事实上明确两类情形可认定为"违反法定程序":一是违反《仲裁法》 规定的仲裁程序,即只要违反《仲裁法》规定的仲裁程序,不需要可能影响案件正确裁 决就可撤销。二是违反当事人选择的仲裁规则并可能影响案件正确裁决。 ⑤ 其实不难发 现,《仲裁法》,《仲裁法司法解释》以及《仲裁执行若干问题规定》对于属于"违反法 定程序"的情形进行一定的框定,即违反仲裁法规定的仲裁程序、当事人选择的仲裁规 则以及对仲裁程序有特别约定的情形。在此基础下,在仲裁体系下规定的"违反法定程 序"的范围已经得到相应的确定,难以将违反报核程序强行解释为上述三种情形之一, 因此违反报核程序不属于"违反法定程序"的情形。

有学者认为,仲裁司法审查程序与执行程序具有不同性质,仲裁司法审查程序是人民法院对审查仲裁裁决执行力效力实行审判权的过程,<sup>®</sup> 而执行程序并不涉及审判权的行使,不处理实质性的纠纷矛盾。按照上述理论,仲裁司法审查程序是可以被看作为非典型的诉讼审判程序的存在,在诉讼程序中若违反了法定程序则可能面临发回重审的风险;若在仲裁司法审查程序中,人民法院未履行报核程序的行为是否能解释为诉讼程序中的"严重违反法定程序"的情形?在诉讼程序中,同样没有对"法定程序"进行相应的界定,但学术界对司法实务中滥用"违反法定程序"发回重审的现象进行了批评,反向性地为认定"严重违反法定程序"情形确立了实质性的要件,其一影响当事人实体权益及审级利益的违法情形,<sup>®</sup>其二该违法情形与判决结果之间存在因果关系,<sup>®</sup>只有同时满足以上两个要件才能发回重审。从以上"严重违反法定程序"的认定来看,未履行报核程序确实在行为外观上满足了形式要件,违反了法律规定应当履行的程序,但是未履行报核程序难以说其损害了当事人的实体利益及审级利益,也难以推导出未履行报核程

<sup>(4)</sup> 张卫平:《仲裁裁决撤销事由的解析及调整》,载《经贸法律评论》2018 年第 1 期,第 108 页。

⑮ 沈涛:《关于仲裁违反法定程序的思考—从国内仲裁裁决撤销的角度》,载《法制与经济》2013年第10期,第9页。

⑥ 张卫平:《现行仲裁执行司法监督制度结构的反思与调整—兼论仲裁裁决不予执行制度》,载《现代法学》2020 年第 1 期,第 127 页。

⑪ 占善刚、欧力为:《论民事发回重审的应有程序违法事由》,载《时代法学》2020年第2期,第27页。

⑧ 占善刚:《民事诉讼撤销原判决之程序违法事由》,载《法学研究》2021年第1期,第90页。

序导致法院做出错误判决之间存在因果关系。无论是从仲裁司法审查案件的审查内容来说,还是仲裁司法审查的程序来说,未履行报核程序都难以符合上述情形认定的标准,因此未履行报核程序不能认定为属于"严重违反法定程序"的情形。

如此一来,下级法院作出否定性的裁定后,上级法院仅仅以下级法院未履行报核程序为由,启动所谓的监督程序对下级法院的裁定进行相应监督,则不应该被允许。一方面,没有必要让双方当事人在没有其他可能影响裁定的程序性错误情形下,又重新经历审理程序,这是徒添当事人的时间、诉讼成本;另一方面,上级法院仅仅以未履行报核程序而裁定发回重新审理,这无疑是徒添下级法院的审理压力,不符合现有的司法改革中的效率原则,还不如让双方当事人之间依照法律规定达成新的仲裁协议申请仲裁或向人民法院进行诉讼,尽早的将纠纷解决,而不是围绕着一个程序空转,徒添无用功。

#### (二)用司法建议书代替裁定

裁定书的合法性一方面来源于做出裁定的依据合乎法律,另一方面来源于做出裁定程序符合法律规定。上级法院做出因未履行报核程序而撤销原裁定的裁定,其做出裁定的法律依据不准确,并且做出裁定的程序也不符合法律规定。基于此,上级法院做出撤销原裁定的行为难以具有合法性,这不仅是对当事人的权利义务造成了不利影响,也对人民法院自身的司法公信力造成损失。上级法院撤销原裁定的做法不具有合法性,问题的出现在于人民法院内部。若想要解决该问题,则需要从人民法院内部出发,且不能给当事人在原裁定确立的权利义务关系造成影响,不能将原本属于法院内部责任转化为当事人之间的外部责任。因此,人民法院则不能通过撤销原裁定的方式对案件进行在此处理,而是应当用司法建议书的方式规范法院内部的程序。根据《最高人民法院关于加强司法建议工作的意见》,对于下级法院未履行法律规定的报核程序,上级法院对下级法院可以下发司法建议书,要求下级法院进行相应的改正。<sup>③</sup>司法建议书还可以针对个案或者具有普遍性问题的类案形成统一的意见,以此给予下级法院进行裁判参考的依据,这样也避免了案案上报、事事上报的情形,加快案件处理的效率,也保证了下级法院裁定的统一性。

司法建议书相较于裁定,有其特点及优点:第一,司法建议书适用范围较广,司法建议书不仅可以指导下级法院的工作,还可以通过个案或者类案进行裁判指导,而裁定的适用范围是当事人之间的实体权利义务和在诉讼程序的诉讼权利义务;第二,司法建议书制作程序相对简单,司法建议根据内容的不同,其制定可以由涉案件审判业务部门或综合性部门起草,再根据发送单位的不同,分别由分管院领导或院长签发,而裁定必须依据法律规定的程序制作,不得违反法律规定;第三,裁定和司法建议书所约束对象有所不同。上级法院针对下级法院所发出的司法建议书可以看作是人民法院内部指导和监督,是对法官审理案件的约束和管理,不直接对当事人产生实质性的影响,不过法官会在裁

⑩ 《最高人民法院关于加强司法建议工作的意见》第5点规定:"审判执行工作中发现有关单位普遍存在的工作疏漏、制度缺失和隐患风险等问题,人民法院应当及时提出司法建议。"

判的过程中,间接地将司法建议的内容转化为裁定内容进而对当事人的权利义务产生影响。裁定虽是对当事人之间的权利义务进行直接的判定,对当事人之间的权利义务关系产生直接影响,由于裁定的约束力,致使人民法院进行不能不经法定程序随意进行变更,进入保障当事人之间确定的权利义务关系。

#### (三)加强法官纪律责任监督

众所周知的错案追究制是司法责任制中的最为重要的部分,但是对于尚未达到错案标准的案件,人民法院还有其他的问责方式,如纪律问责。考虑到报核程序难以认定为"法定程序"的特殊性,对于下级法院未履行报核程序的这一现象,难以达到所谓的错案标准,但下级法院的这一行为确实违背了相关司法解释,一方面为了将错误解决在法院内部以此减少对当事人的影响,另一方面也是为了突出要求下级法院履行报核程序的需要,可以将下级法院未履行报核程序认定为办案法官违反了办案纪律,应当承担纪律责任,而"纪律责任主要规制的是法官办案程序不规范、对当事人态度粗暴等相对轻微的违反职业纪律的行为"。<sup>20</sup>对于原裁定本身除了未履行报核程序之外的无其他程序性或实体性错误,就不应该再对其进行发回重新审查。

对于应该履行报核程序但未履行报核程序的法官,则可以适用《人民法院工作人员处分条例》予以适当的处罚,以此来促使下级法院在需要履行报核程序的仲裁司法审查案件中积极履行报核程序。②这样一来,始终将未履行报核程序的法律责任留在法院内部,而不对当事人之间的权利义务造成影响,在一定程度上维护了司法公正和公信力;也在一定程度上督促下级法院履行报核程序,规范了下级法院的办案程序,也会减少上级法院对下级法院的发回重新审查的概率。

## 五、结 语

报核程序是在没有相应的配套程序,又要准确适用法律和统一裁判标准的情况下,做出的妥协式的选择。不可否认的是报核程序确实发挥了其独有的作用,保障了仲裁司法审查案件的裁判质量,在一定程度上促进了支撑了仲裁的发展。随着我国司法和仲裁实践不断丰富,必将发展出适合仲裁司法审查案件的程序,报核程序作为阶段性、任务性、过渡性的程序,也就完成其历史使命。因此,在现阶段,针对报核程序的不足,不是一味废除,而是要不断地进行修改调整,将其弊端降至最低,减少其对现有程序、对当事人权利义务以及对司法公信力的影响。

⑩ 周长军:《司法责任制改革中的法官问责—兼评〈关于完善人民法院司法责任制的若干意见〉》,载《法学家》2016年第3期,第99页。

② 《人民法院工作人员处分条例》(法发〔2009〕61号)第54条规定:"有其他违反办案纪律行为的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。"

Abstract: As a supporting procedure in the judicial review procedure of arbitration, although the arbitration judicial reporting procedure is established for the first time in the form of judicial interpretation, so that it has a certain degree of "externalization", its essence is still the internal procedure of the court. The "externalization" of the reporting procedure has also brought new problems to judicial practice, and higher courts have frequently failed to perform the reporting procedures for lower courts. By revoking a decision made by a lower court for reasons, the higher court's approach will face the risk of being not expressly provided for by law and may undermine the stability of existing procedures. Therefore, the practice of the people's courts should be appropriately adjusted, and the first is not allowed for the higher court to initiate a supervision procedure to revoke the original ruling solely on the grounds that the lower court has not performed the reporting procedure. Second, judicial suggestions are used instead of adjudication, and third, judicial supervision of disciplinary responsibility is strengthened, so as to maintain procedural stability and the legitimate rights of the parties.

**Keywords:** arbitration judicial review cases; reporting procedures; externalization; questions; settle

(责任编辑:刘 纲)

## 双边投资协定中"涉及征收补偿款" 仲裁条款解释分歧的纾解

王亚萍\*

内容提要 中国自改革开放以来签订了大量的双边投资协定,尤其是"一带一路"搭建之后,国际投资更是如火如荼。在中国与其他国家签订的双边投资协定中,关于可仲裁事项的范围各不相同,早期所签订的双边投资协定中绝大多数仅有"涉及征收补偿款的争议"可提交仲裁,该条款在实践中容易引发争议,重点分析四个"涉及征收补偿款"仲裁条款解释争议的中国海外投资仲裁典型案例发现,仲裁庭对于该条款主要有广义和狭义两种解释,由此导致仲裁裁决结果截然不同。鉴此,以纾解"涉及征收补偿款"争端解决条款的解释分歧为视角,全面比对广义解释与狭义解释,选择有利于中国企业对外投资的解释方式,提出保护中国投资者权益的法律建议。

关键词 双边投资协定 征收补偿款仲裁条款 国际投资仲裁 条约解释

经济实力的增强使得中国在国际投资发展的前景迎来春天,也让国际投资纠纷的整体数量呈现上升趋势,愈来愈多的中国投资者甚至中国政府都牵涉至国际投资争端解决实践,国际投资仲裁机制也进入多边改革的重要阶段。为了更好地保障中国投资者和中国政府的利益,必须要在国际投资仲裁中表明中国立场,彰显中国话语权,提出中国对策。分析在国际投资中所出现的涉华案例和中国与其他国家签订的双边投资协定,展望未来的国际投资发展趋势和纠纷出现可能性。仲裁范围存在差异,国际投资纠纷是否属于国际投资仲裁庭管辖范围,这是事关国际仲裁管辖权的根本性问题,解决此问题的关键在于对有关投资争端解决条款进行恰当的法律解释,而关于"涉及征收补偿款"仲裁条款的解释也存在广义和狭义之分,采取不同的解释方法得出的仲裁管辖权的涵摄范围有所不同,进而得出的仲裁结果也截然不同。

本文选取四个"涉及征收补偿款"仲裁条款解释争议的中国海外投资仲裁案例,进行详细的梳理与分析,以纾解"涉及征收补偿款"争端解决条款的解释分歧为视角,助力国际投资仲裁机构的改革,助推中国对外投资和"一带一路"发展进程。

<sup>\*</sup> 王亚萍,温州大学法学院 2020 法学硕士研究生。

# 一、国际投资仲裁典型案例分析

国际商事仲裁与诉讼从审理机构的本质性质到最后的审理程序和效力存在许多差异,进行优劣对比,国际商事仲裁机制具有专业的仲裁员,当事人也享有很大的自主权,充分尊重意思自治;保密性比较强,裁决一般不予公开;当事人对抗性较弱,对双方的合作关系的损害也较小;一裁终局的原则保证了裁决结果的稳定性和仲裁机制的顺利实施等等。①这些优势在国际投资经贸纠纷中更加凸显,相比于诉讼,仲裁对于国际投资的发展损害程度较小,属于更优选择。最关键的是,国际投资仲裁不仅可以平衡投资者的私人经济利益与东道国的社会公益的关系,而且还可以维持资本输出国外资保护与资本输入国外资吸引之间的平衡,因此在国际投资纠纷中,仲裁机制逐渐成为解决投资争端的主要途径。②国际投资的发展也导致投资仲裁案件数量近年来急剧增加。

由于投资者诉权的专属性、投资争议的竞争性管辖、仲裁裁决的可执行性、国家间的差异性等多种因素,导致国际仲裁机构的管辖范围呈现扩张趋势,而其自裁管辖权的司法权能、法律技术手段的灵活运用、仲裁员对投资者的保护偏好等因素,为国际仲裁机构的管辖范围的扩张提供了条件。③整体而言,国际仲裁机构具有仲裁管辖范围扩张的偏好和趋势,该种趋势短期内看似有利于国际投资纠纷的解决,若是无限制的扩张下去,将会破坏国际仲裁机制的内核,阻碍国际多元化纠纷解决机制的改革进程。

#### (一)"北京首钢等诉蒙古国政府"PCA 投资仲裁案

"北京首钢等诉蒙古国政府"PCA 投资仲裁案(以下简称"北京首钢案")主要涉及中国与蒙古两国,起因源于北京首钢矿业投资有限公司(简称"北京首钢")黑龙江国际经济技术合作有限公司(简称"黑龙江国际")和秦皇岛秦龙国际实业有限公司(简称"秦龙国际")三家公司被蒙古国政府吊销其939A矿权许可证。仲裁庭对本案是否具有管辖权属于该案的一大争议焦点,主要是围绕《中蒙双边条约》第8(3)条的相关规定,就"涉及征收补偿款额的争议"产生解释分歧。

北京首钢等仲裁申请人认为该条款应当采用广义解释。首先,根据一般的文义解释,仲裁庭的管辖范围本就应该涵盖征收本身是否存在以及其合法性和补偿问题。其次,若是采取狭义解释,仲裁与诉讼二选一的"岔路口条款"的存在会导致投资者失去仲裁机会,导致救济无门,这违背了最惠国待遇和公平原则。最后,双边投资协定的主要目的是对投资者予以保护、鼓励吸引投资。

被申请人蒙古国政府在认为对此条款的解释应当综合考虑《中蒙双边条约》第8条的全部内容,且以往采取广义解释的案例所涉及的双边投资协定中的条款与《中蒙双

① 参见任桂芬:《国际商事仲裁与诉讼的区别》,载《经济论坛》2003年第21期,第49页。

② 参见赵骏:《国际投资仲裁中"投资"定义的张力和影响》,载《现代法学》2014年第3期,第161-174页。

③ 参见徐树:《国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对》,载《清华法学》2017年第3期,第185-207页。

边条约》情形不同。被申请人还提出了解释条约的三个补充办法:一是通过对早期中国投资协定政策、早期投资协定的实践以及中国加入《ICSID公约》时所作的 93 年声明的分析发现,缔约国并没有意愿将是否存在征收行为这类责任问题提交至国际仲裁;<sup>④</sup>二是新近的中国签署的投资协定确实将责任问题交由国际仲裁,因此,最近条约所包含的语言与此前条约相比发生了重大变化。三是与中蒙的其他投资条约相比,该条约序言部分的语言对投资者利益的保护较少,故该协议的目的和宗旨是维护东道国的主权。<sup>⑤</sup>综上所述,针对《中蒙双边条约》第 8 (3)条应作狭义解释,将与征收本身的争议排除在仲裁庭管辖范围之外。

仲裁庭最终在此争论中选择接受被申请人蒙古国政府的主张,支持其采取狭义解释的观点,排除了对本案的管辖权。仲裁庭认为对于"涉及征收补偿款额的争议"此句的解读,"涉及"一词属于中立的,既不扩大也不缩小仲裁庭的争议范围,关键在于"征收补偿款额"的解释。仲裁庭不认同申请人的广义解释,其认为如果对于征收本身是否发生不存在争议,争议确实仅限于宣布征收的补偿数额,则可以进行仲裁,此时,第8(3)条仍然有法律效力。征收分为直接征收和间接征收,如果投资者先向法院申请确定征收已经发生或者征收类似措施已经发生并寻求保护,但保留向仲裁庭提起申请解决征收补偿数额的权利,"岔路口条款"并不会剥夺投资者就征收补偿款额进行仲裁的权利,也不会使得投资者维权无门。

#### (二)"世能公司诉老挝政府"投资仲裁案

"世能公司诉老挝政府"投资仲裁案(以下简称"世能案")主要涉及中国与老挝两国,起因源于在中国澳门特别行政区设立的世能投资有限公司(简称"世能")因与老挝地区的合作方 ST 公司合作破裂,最终导致博彩业等投资项目被终止,世能认为老挝政府剥夺其投资行为的举措违背相关法律规定而提起仲裁。而老挝政府提出了管辖权异议。因此,仲裁庭对本案是否具有管辖权属于该案的重大争议焦点之一,关键是围绕《中老双边条约》第8条的相关规定,即"涉及征收补偿款额的争议"产生解释分歧。最终荷兰海牙常设仲裁院裁定仲裁庭对本案具有管辖权。但此后老挝政府依据《新加坡国际仲裁法》向新加坡高等法院请求撤销上述有关仲裁庭管辖权的裁决,新加坡高等法院支持了老挝政府的请求,支持的理由是《中老双边投资协定》不适用于澳门特别行政区,而不是就争端条款作出的解释。

之后,世能不服高等法院判决提起上诉,对于征收补偿款额这条争端解决条款的争议,最高法院上诉庭充分考虑了"岔路口条款"的存在,其认为如果等到法院对征收的合法性进行判定之后才能将补偿款额是否合适的争议提交仲裁,则使得 ICSID 仲裁名存实亡。因此应对"涉及"作广义解释,使该条款不仅包括款额的裁决,也包括在征收过程中内在的其他问题的裁决。

④ 1993 年中国加入《ICSID 公约》时明确表示: 中国政府允许提交 ICSID 的案件仅限于征收、国有化补偿的争议。

⑤ 参见孙佳佳、李静:《"一带一路"投资争端解决机制及案例研究》,中国法制出版社 2020 年版,第 125-126 页。

#### (三)"北京城建诉也门政府" ICSID 投资仲裁案

"北京城建诉也门政府"ICSID 投资仲裁案(以下简称"北京城建案")主要涉及中国与也门两国,起因源于北京城建集团有限公司中标也门的机场项目,但是也门政府通过军事力量和安保机构骚扰、拘禁北京城建的工作人员,强行阻止北京城建进入项目场地,阻止项目的运行,导致也门民航气象局以北京城建未返回项目现场完成工程为由,与北京城建解约。仲裁庭对本案是否具有管辖权属于该案的一大争议焦点,主要是围绕《中也双边条约》第10条的相关规定,就"涉及征收补偿款额的争议"产生解释分歧。最终结果为裁定仲裁庭对本案具有管辖权。

仲裁申请人北京城建主张广义解释,认为仲裁庭对于北京城建提出的"征收"主张 具有管辖权。第一,征收行为的存在和非法性是对于补偿数额进行任何分析的必要前提 条件,征收责任和征收补偿款额在逻辑上是相关相融、无法分割的。第二,对《中也双边 条约》第 10 (2)条进行广义解释,将仲裁范围扩大至包含补偿责任以及补偿的计算,符 合条约的宗旨和目的。

仲裁被申请人也门政府则主张狭义解释。第一,其认为征收的存在和合法性与征收补偿款额是依照不同法律标准项下的不同的、分离的法律争议,故两者不可混同。第二,根据《维也纳公约》中有关条约解释的规定,将该条款进行狭义解释,使其仅限于就"补偿款额"的计算,符合《维也纳公约》的相关规定。第三,对该条款的解读要考虑中国与也门缔结该投资协定时的中国国情和政治背景,而分析可知当时中国的社会经济开放程度有限,具有强烈的保护政治主权意识,故应该进行狭义解释。

仲裁庭最终采取了广义解释,支持仲裁申请人北京城建的主张,并对被申请人也门政府的主张一一进行了分析判断并予以否决。首先,仲裁庭认为 legal dispute 是一个足够广义的短语,包括责任和款额,故征收责任和征收补偿款额之间密不可分;其次,《维也纳公约》的解释遵循有效原则和正统原则,即其对条约条款的解读应基于条约最有分量的、有效的、具有逻辑的、与文字普通意思相符的意思,而且此解释应保证投资者面对争议的任何选择都具有意义和实质性,对于会导致投资者任一选择无效的解释应予以避免。故狭义解释有违《维也纳条约》的相关规定。再次,仲裁庭认为狭义解释会造成自相矛盾,使也门政府对征收行为本身的承认与否决定了投资者可否采取仲裁这一救济方式,这有违仲裁的独立性原则。最后,仲裁庭认为中国在与各国所签署的投资协定中的主张,与处理本案有关管辖权的争议并不相关,而且条约解释应当以《维也纳公约》第31条为标准进行解释,排除以更宽泛的外部材料作为解释标准。

#### (四)"谢业深诉秘鲁政府" ICSID 投资仲裁案

"谢业深诉秘鲁政府"ICSID 投资仲裁案(以下简称"谢业深案")主要涉及中国与秘鲁两国,起因源于中国香港永久居民谢业深因税收问题导致其银行账户被冻结。仲裁庭对本案是否具有管辖权属于该案的一大争议焦点,主要是围绕《中秘双边条约》第8(3)条的相关规定,就"涉及征收补偿款额的争议"产生解释分歧。最终结果为裁定仲裁庭对本案具有管辖权。

仲裁庭主张对《中秘双边条约》第8(3)条予以广义解释。其认为该条款中的"涉及"应解释为"包括但不限于",因而"涉及征收补偿款额的争议"应解释为"该等争议可以'包括'确定赔偿金额,但非指争议范围仅限于此。"<sup>⑥</sup>

秘鲁政府在撤销裁决申请中对仲裁庭广义解释的行为予以反驳,认为仲裁庭广义解释的行为违背了《维也纳公约》的相关规定,完全忽略最原始的文义解释,因此仲裁庭采取的解释方法是错误的,对本案争议并不当然享有管辖权。秘鲁政府用三项材料进行辅助解释,第一项是中国在 1993 年加入《ICSID 公约》时所作声明;第二项是《中秘双边条约》前期准备工作以及最终草案所包含的证人证言;<sup>⑦</sup>第三项是中方专家陈安教授的意见。<sup>⑧</sup>

撤裁临时委员会最终坚持了仲裁庭所主张的广义解释,认为仲裁庭采取广义解释并不违背《ICSID公约》第52(1)条和《维也纳条约》的相关规定,而且秘鲁政府的反驳证明材料证明力不够全面,为赋予该条款所有要素以意义,应当采用广义解释,将"涉及征收补偿款额"一词解释为不仅包括补偿款额的确定,还包括关于征收中通常存在的其他相关争议。

总结以上四个"涉及征收补偿款"仲裁条款解释争议的中国海外投资仲裁典型案例,只有北京首钢等诉蒙古国政府一案中的仲裁庭主张狭义解释,认为"征收补偿款额争议"不包括"征收"本身而仅指"征收数额",并以此驳回中国投资者的仲裁请求。谢业深案、世能案和北京城建案的仲裁庭都对"涉及征收补偿款额的争议"作了广义解释,认定该条约用语同时包括"征收"和"征收数额"内容。在世能案中虽然仲裁庭的裁决被新加坡高等法庭初审判决无效,但是经过上诉,新加坡上诉法庭最终支持了仲裁庭采取广义解释的仲裁裁决。除此之外,国际投资仲裁案件中还有很多非涉华案件,如"EMV 诉捷克案""Renta 诉俄罗斯案"等,仲裁庭认为限制性仲裁条款存在两方面,一是"征收是否存在"的定性方面,二是"征收补偿款额多少"的定量方面,仲裁庭对这两方面都有权管辖。<sup>⑤</sup>整体而言,仲裁庭对"涉及征收补偿款"仲裁条款进行广义解释属于国际投资仲裁案件中的解释趋势。

# 二、"涉及征收补偿款"仲裁条款解释方法比较分析

目前"一带一路"建设中涉及大量工业园区的建设,据联合国贸发机构(UNCTAD)统计,"一带一路"沿线国家经常成为仲裁被申请人,从1987至2016年,在所有仲裁被

⑥ 同前注 ⑤,第87页。

② 该证人证言是当时订立《中秘双边条约》的磋商人员 Mr.Fan 的证词,其表明双方约定了同意仲裁的边界是补偿款额。

⑧ 中方专家陈安教授的意见:"如果无法以友好方式解决争议,投资者或东道国若就被剥夺投资的价值及赔偿款额发生 争议,则任何一方均可将该争议提交至 ICSID 进行仲裁。但是,该条约也指出,若任何一方已将涉及征收赔偿款额的 争端提交至当地法院,任何一方将不得再诉诸国际仲裁",该意见强调了中秘投资条约中岔路口条款的存在。

<sup>9</sup> 同前注 3。

申请国家中,"一带一路"沿线国家就占据约二分之一。将中国"一带一路"的64个沿线国家和双边投资协定签订情况进行结合分析发现,中国仅仅和51个"一带一路"沿线国家签署了双边投资协定,其他国家的双边投资协定尚且处于磋商谈判阶段,甚至处于冻结停滞阶段。再进一步对现已签订的双边投资协定中有关于仲裁管辖范围条款的分析,主要有四种类型:一是仅限征收补偿款或相关补偿;二是仅列明征收补偿款或相关补偿,但允许另行协商其他争议提交仲裁;三是对可仲裁事项有其他特殊规定;四是不作特殊规定。比如马来西亚与中国关丹工业园所涉及的中马两国的双边投资协定中"仅列明征收补偿款或相关补偿,但允许另行协商其他争议提交仲裁",中国老挝铁路项目所涉及的中老两国的双边投资协定中规定的"仲裁类型限制仅限征收补偿款或相关补偿",伊斯坦布尔-安卡拉高速铁路项目所涉及的中国与土耳其两国的双边投资协定则"对可仲裁事项有其他特殊规定"等。

征收条款具有缓解东道国"寒蝉效应"的功能,征收补偿亦是关键条款。<sup>⑩</sup>当前中国海外投资仲裁案例中对"涉及征收补偿款"仲裁条款解释以广义解释为原则,狭义解释为例外,且采取广义解释是国际投资仲裁庭面对该类条款时的偏好选择,这也体现出了国际投资仲裁机构在管辖权问题上的自我扩张管辖权的偏好和司法能动的倾向。条约解释在某种程度上是艺术而非绝对的科学,<sup>⑪</sup>但是条约解释并非是肆无忌惮的解释,而要遵循善意原则,考虑条约文本的逻辑性、体系化和合理性。对狭义解释和广义解释两种方法进行对比分析,两种解释方法实际上各有利弊。

#### (一)狭义解释

狭义解释无疑对投资者获取救济的范围予以限缩,认为该条款仅包含"征收补偿额"争议。这是一种严格遵循文本解释的方法,即因为文本上仅规定"征收数额"相当于设定仲裁范围为征收数额,裁判者自然不应突破该限制条款而试图管辖征收补偿数额以外的争端。<sup>②</sup>

#### 1. 仲裁救济与管辖范围不对称

狭义解释必然会限缩国际投资仲裁机构的仲裁管辖范围,导致广泛的投资争端与狭隘的投资仲裁条款之间存在不对称现象。尤其是目前随着经济全球化的展开,国际经贸投资合作开展得如火如荼,贸易摩擦难以避免,各种国际投资纠纷频发,狭义解释方法展现出缔约国对待国际投资较为谨慎的态度,将仲裁范围限制的过于狭窄和保守,会导致国际经贸纠纷数量过多,而国际仲裁机构管辖范围过窄,导致投资者难以获得投资仲裁救济,大量投资者救济无门,进而抑制其对外投资的主动性和积极性,这对于缔约双方来讲都是极为不利的事情。

⑩ 闻梁:《国际投资协定中的土地征收规制及其最新发展》,载《国际经济法学刊》2022年第2期,第73-90页。

① 桑德雷·托普·赫尔默森、黄炎:《条约演化解释:合法性、语义学分析及近似概念》,载《法律方法》2021年第3期,第100-117页。

① 同前注 ③。

#### 2. 不利于中国海外投资者

目前,中国正在大力推进"一带一路"建设,海外投资规模持续扩大。国际投资规模扩大的同时,国际投资风险也在递增。首当其冲的就是政治风险,分析中国"一带一路"规划中的沿线国家,这些国家经济文化发展参差不齐,多数国家自身的政党发展不成熟、国内政局不稳、动荡不安,还有部分国家与中国存在政治分歧等国际交往不和谐现象。其次就是环境规制风险。中国的海外出口投资一直被各国以"掠夺式发展"所诟病,这也有因可循。2019年中国工业制品的出口额约占出口商品总额度的95%,对外直接投资中的制造业占比同比增长6%,占14.8%,主要流向的具体行业也都是化工燃料、金属冶炼、有机高分子等高污染行业。<sup>®</sup>由此可见,中国海外投资的绿色化程度较低,必然会引发许多环境污染纠纷。还有许多财税金融等风险,这些潜在风险都是引发纠纷因素。若是对"涉及征收补偿款"仲裁条款进行狭义解释,必然会导致投资者提起仲裁的范围受限。最关键的是,若是采取狭义解释,法庭需要首先对征收本身进行审理,这就难免对征收补偿款额这一定量方面予以考虑,"岔路口条款"的存在就导致投资者的仲裁救济方式受限,使得双边投资协定中的仲裁条款形同虚设,最终投资者会囿于"救济无门"的囹圄。

#### 3. 国际仲裁机构的独立性被破坏

根据"北京城建案"中仲裁庭的裁决分析可知,采取狭义解释的后果是,如果被申请国政府不承认征收的责任,则主张征收补偿的受害者(投资者)必须要先就征收责任向缔约国的国内法院提起诉讼,而前述的"岔路口条款"又导致双边投资协定中的仲裁条款形同虚设。简而言之,若被申请方拒绝承认征收责任,则意味着受害者(投资者)只有向缔约国法院起诉这一条救济方式。由此可见,东道国政府控制了投资者选择国际投资仲裁解决纠纷、维护权益的方式。这就导致国际仲裁机构的独立性与东道国政府的控制需求之间存在着紧密关系,导致国际仲裁机构的独立性遭到破坏,双边投资协定的公信力降低。

#### (二) 广义解释

广义解释认为该条款同时包含"征收"和"征收补偿额"两方面内容,仲裁庭对"征收是否存在"也有管辖权,是一种有利于投资者的解释方法,也是仲裁机构常用的解释方式。该种解释方式的运用意味着仲裁庭不仅对单独的征收补偿款额的争端享有管辖权,而且对东道国是否实际上进行了征收行为的争端也享有管辖权。<sup>④</sup>

#### 1. 滥诉行为

由于广义解释属于有利于投资者的解释方法,该方法的采用会调动投资者诉诸仲裁的积极性,增加仲裁机构的案源,形成"广义解释—案源增加—更广义解释"的循环,充分保障了国际投资贸易中投资者的权益和维权救济的效益。与此同时,广义解释必然会

③ 数据来源于: 2019 年度中国对外直接投资统计公报。

⑭ 黄世席:《投资协定"征收补偿款额仲裁条款"的解释分歧及中国应对》,载《法学》2019年第2期,第165-182页。

引发滥诉现象,任何投资争端都可能成为诉诸仲裁的理由,导致国际仲裁机构案件激增,对仲裁程序的滥用现象显著,仲裁机构的成本提升,进而产生恶性循环,最终会难以确保对投资者的有效保护。而且"岔路口条款"的存在和国际仲裁庭的中立性、去政治化特征,导致投资者本来就存在国际仲裁救济的偏好,广义解释的采纳无疑会让此偏好加剧。正如在 Maffezini v. Spain 案中,仲裁庭所承认的"一直以来,商人和投资者都认为,相比于将争议提交至一国的国内法院,将争议提交至国际仲裁更能保护他们的权利和利益。"<sup>⑤</sup>

#### 2. 不利于中国东道国权益

本文所列举的四个国际投资仲裁案例都属于中国对外投资案例,而在国际投资中,中国不仅仅具备对外投资者身份,还具备东道国身份。在国际仲裁中,中国政府也曾担任过仲裁被申请人的角色,典型的如马来西亚 Erkan 诉中国政府案等。广义解释无疑是不利于东道国的解释方法。虽然中国目前国富民强,具备一定的国际地位,掌握一定的国际话语权,但是依旧属于发展中国家,相比于部分发达国家,尤其是专营对外投资业务的海外投资者,中国的国际投资经验稍有匮乏,面对纠纷争端缺乏有效的应对途径。再加上国际投资仲裁机构所作出的仲裁裁决具有全球可执行性,整体的执行情况良好。广义解释的采用必然会增加中国政府或企业的应诉负担,不利于开展"引进来"的国际循环策略。

#### 3. 存在事实造法的嫌疑

仲裁庭自裁管辖权原则是 20 世纪 50 年代以后发展起来的一种关于仲裁管辖权的理论学说,是指仲裁庭有权裁判自己的管辖权,并且不受法院相关诉讼程序的影响,开始或继续审理案件直至作出裁决。⑥ 这就导致在投资仲裁事件中,投资条约的解释权分配形成了仲裁庭一家独大的局面。⑥ 通过仲裁案件解释现状发现,投资仲裁庭在条约解释中倾向于创造性解释。⑧ 广义解释的采取更是无限度扩张管辖范围,增加东道国的投资保护义务,降低条约前置性条款的可用性,强化双边投资协定的可诉性,类似于造法行为而非解释行为。而且,仲裁庭在阐述其采取广义解释的理由时,主要从条约目的和宗旨、先前类似裁决、国际投资保护环境、有效性解释规则等角度分析。由此可见,国际仲裁机构在进行广义解释时突破个案表达对投资保护体制的关切,带有一定的政策取向,偏向于立法论。⑩

Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No.ARB/97/7, Decision on objections to jurisdiction, 2000, p.55.

<sup>(</sup>B) 李广辉、林泰松:《仲裁法学》,中国法制出版社 2019 年版,第 124 页。

① Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, American Journal of International Law, 2010, Vol.104:2, p.179.

<sup>(8)</sup> Fauchald, The Legal Reasoning of ICSID Tribunals - an Empirical Analysis, European Journal of International Law, 2008, Vol.19:2, p.301-364.

<sup>(9)</sup> Michael Reisman, Case-special Mandates 'versus' Systemic Implication: How Should Investment Tribunals Decide?, 29 Arbitration International, 2013, Vol.29:2, p.131.

# 三、"涉及征收补偿款"仲裁条款解释的应对方案

随着经济全球化发展和"一带一路"建设,国际经济交往成为全球治理的重要环节,中国在国际投资中的地位愈发凸显,海外投资规模也在不断发展,与此同时,由于政治因素、宗教因素、环境保护因素、法律因素等引发国际投资风险,导致海外投资频频受阻、损失严重,比如2011年紫金矿业因里奥布兰科矿项目的污染问题被处以高额罚款、2014年中电投公司在缅甸密松水电站项目被暂停等等。中国投资者再也不是昔日"避诉""怕讼"的弱者,而是积极利用国际投资保护协定和各种国际投资争端解决机制以获取救济,<sup>®</sup>但是由于部分东道国存在法治不健全、国内司法救济不完善等因素,导致借助于当地法律救济无门,而投资仲裁条款的解释歧义又可能导致国际仲裁救济无门,因此应当制定全面的法律制度以实现对该仲裁条款的合理解释。

#### (一)强化狭义解释,弱化广义解释

选择狭义解释还是广义解释是困扰仲裁机构和仲裁双方的难题。有学者建议中国根据其自身在国际投资中的资本输入还是资本输出的身份分别对范本内容持"防御性"立场和"进攻性"立场。<sup>②</sup>该思路完全站在中国立场之上,考虑中国经济利益和国际投资地位,未立足于经济全球化和人类命运共同体的国际环境,最惠国待遇原则的"自动传导效应"必然会导致"防御性"双边投资协定中的各种限制形同虚设。因此,对于狭义解释和广义解释的选择要充分考虑缔约双方的利益,在意思自治的原则基础上做出决定,而在国际投资中具有双重身份的中国作为国际投资大国,也应树立其自身解释立场,即"强化狭义解释、弱化广义解释"。

#### 1. 狭义解释的优点凸显

从上述对狭义解释和广义解释的对比分析可见,无论是采用狭义解释下仅限于"征收补偿款额"的仲裁条款,还是主张广义解释下涵盖征收的定性和定量两方面的仲裁条款,都各有利弊,无法充分保护中国在国际投资中的双重角色身份。但是此等分析是局限于早期的国际投资环境。早期中国与其他国家所签署的双边投资协定中存在"征收数额"争端解决条款是与改革开放初期的基本国情有关,今时不同往日,当代中国已经不是20世纪90年代那个法治不健全、国际投资受拘束的弱国,而是构建了中国特色社会主义法治体系、具有国际地位和国际话语权的大国,当前的国际投资环境也不同于早期,这就决定了后期的双边投资协定中将仲裁事项范围予以扩大。②因此,晚近双边投资协定或自由贸易协定中的投资争端解决条款对可提交国际仲裁争议范围与可提交至东

② 参见刘雪红:《中国海外投资保护的法律障碍与制度重构——基于北京城建诉也门等五案的分析》,载《华东政法大学学报》2019年第2期,第168-180页。

② 参见单文华、诺拉·伽拉赫、陈虹睿等:《和谐世界理念和中国BIT 范本建设——一个"和谐BIT 范本"建议案》,载《国际经济法学刊》2010年第1期,第149-188页。

② 同前注 ②。

道国法院解决的争议范围不再进行特别区分,即仲裁范围与东道国法院审理范围一致。即便是"岔路口条款"依旧存在,采取狭义解释之后会产生仲裁条款无效的触发情形,但是也与早期的后果截然不同。争议方可以在争端解决的最初阶段就根据征收本身和征收补偿两种争议纠纷,选择向法院起诉或者向仲裁机构提起仲裁,触发情形发生频率降低。在采取狭义解释的情形下,仲裁申请人完全可以提交两个仲裁申请,一个关于征收行为本身,另一个则关于征收补偿款额。综合来看,当今的狭义解释既有利于东道主,也不会损害投资者。

但是,狭义解释也并非完美无缺,笔者认为未来对"涉及征收补偿款额"的解释可以强化狭义解释,但是绝对不可以只采纳狭义解释,而忽略广义解释的作用,但要谨慎适用广义解释。因此,对于已经签订的双边投资协定,可以重新进行协商,对协定的解释方法予以明确确认,或者根据缔约双方的投资者涉诉可能性予以分析,根据公平合理原则合理适度的接纳广义解释以舒缓狭义解释的限缩程度。对于尚处于协商阶段的双边投资协定,应在协定中明确规定解释方法以狭义解释为主,或者在双方意思自治、综合考虑的情况下明确仅采取狭义解释。

#### 2. "禁止掉头条款"取代"岔路口条款"

经上述分析可知,"岔路口条款"对于投资者而言十分不利,尤其是在采取狭义解释的情形下,这就导致其本身在实践中的适用率比较低,而可以将其换为"禁止掉头条款",该条款规定一旦选择国际仲裁的方式,则不可再寻求东道国救济,其与"岔路口条款"的差别在于,其规定投资争端的措施相同即可认定为同一争端,不论投资纠纷的当事人、诉由是否相同。<sup>②</sup>"禁止掉头条款"将争议主体进行必要的扩大,赋予投资者更大的选择空间和考虑余地,使其享有诉诸国内救济之后再诉诸国际仲裁的权利,减轻了国际仲裁的压力,强调了投资东道国对投资者的保护。<sup>②</sup>

#### (二)加强缔约国的解释权

如上可知,目前国际投资协议的解释权整体向国际仲裁机构倾斜,该机构逐渐成为解释国际投资协议的权威机构,然而被解释的双边投资协定的真正了解主体是缔约国,在信息不对称情况下,赋予国际投资仲裁机构过大的解释权必然导致其做出有利于自身管辖范围扩张的解释,而创造性解释、立法论解释的倾向又使其有违解释的本质。相比而言,缔约国参与双边投资协定的多轮谈判协商,对文本内容具有更深的理解,知晓各条款和该协定本身的真正宗旨和目的。因此,在协定解释过程中应当充分发挥缔约国解释的主动性,逐渐弱化国际投资仲裁机构的解释权、强化缔约国的解释权。

1. 强调双边投资协定前期准备阶段中证人证言的证明效力

第一,从谢业深案中可以看出对于双边投资协定在前期准备阶段,尤其是磋商谈判

② 参见高建勋、莫建建:《"一带一路"倡议下ISDS 仲裁机制变革与中国对策》,载《湖湘论坛》2021 年第 5 期,第 92-

② 参见张炳南:《论"一带一路"倡议下的岔路口条款研究》,载《河北法学》2018 年第 11 期,第 158-170 页。

阶段中,磋商人员的证人证言的证明效力不足。而前期准备阶段的各类人员对双边投资协定的签署背景、协定的目的宗旨以及协定本身内容是最熟悉的人,应当赋予此类人员的证明效力。

第二,赋予双边投资协定前期准备阶段中证人证言以证明效力,更有利于激发谈判磋商人员的责任心,使其在前期准备阶段将条款设计得更加严谨,对可能出现歧义之处加以细化。尤其是在设计有关于投资仲裁事项范围的条款时,充分考虑缔约国国情和国际投资现状,明确获得投资仲裁救济的投资利益,同时考虑相关事项的可裁性和投资仲裁机制的改革发展方向,适度保留保护伞条款的存在空间。<sup>⑤</sup>引入国际投资纠纷预防原则,从源头出发避免出现条款解释争议现象。即便是后期出现解释争议,该证人证言具备解释证明效力,削减条款解释成本、增加仲裁效率,并且还可以在一定程度发挥对国际仲裁机构解释权的限制作用。

#### 2. 允许双边投资协定的缔约双方进行联合解释

无论双边投资协定的磋商还是实施后的解释都要体现"双边性",故强调联合解释的作用尤为重要。仲裁庭具有自裁管辖权,一经成立,就可以掌握条约的解释力,缔约国难以干预仲裁庭的解释过程,因此,缔约国双方应当强调双方的联合解释权,加强前期联合解释在双边投资协定条款解释时的解释效力。前期准备阶段时联合解释的过程就是条约磋商的过程,要尽可能以精准的措辞代替宽泛的条约用语,建议将纳入仲裁范围的政府承诺限定为"书面的、与合同义务有关的"一类。不应采用"任何其他义务""任何其他承诺"等措词,否则东道国政府单方作出的任何承诺都可能成为保护伞保护的内容。<sup>®</sup> 待协定签署之后,缔约国双方根据双方友好关系的变化、各国国内政局变动、国际投资环境的变化等进行联合解释,类似于国内立法,可以共同出台配套解释协定,充分体现双方在双边投资协定中的意思自治原则和解释能力。为增强该联合解释的效力,缔约双方在双边投资协定时应当明确联合解释的效力。

#### (三)控制国际仲裁机构的解释权

理论上,缔约国可通过强化个案控制、阐明投资条约规则、退出或改革投资仲裁机制等策略对国际仲裁机构的管辖范围予以限制,但是这些控制选项整体而言难以实现缔约国的预期效果。②因此,若要限制国际仲裁机构的管辖范围,最关键的就是控制其对条约的解释权,尤其是"涉及征收补偿款额"的解释。

#### 1. 以尊重国际地位、遵循国际投资发展趋势为解释原则

无论是在国际仲裁机构进行条约解释时,还是缔约双方在进行联合解释时,都要以《维也纳公约》相关规定为基本标准。遵循关于条约解释方面的习惯国际法规则,充分运用解释条约可使用法的一般规则,充分尊重缔约国的缔约本意,尊重使国际投资法得

<sup>25</sup> 同前注 20。

<sup>26</sup> 同前注 20。

② 同前注 ③。

以产生和维系的缔约国主权权利、国际政治经济与法律文化背景,以与时俱进的思维解释公约。<sup>®</sup>

#### 2. 明确规定仲裁庭的解释范围

如果缔约国不希望某些条款的解释权由仲裁庭行使,必须在双边投资协定的磋商 阶段就在条约中予以明确规定,缔约国甚至可以在条约中排除仲裁庭对整个条约的解释 权,自行处理投资争议。<sup>®</sup> 若是协定已经签署,则可以通过补充协定或者相关解释声明中 对仲裁庭的解释范围等予以确定,这也是缔约双方意思自治的充分体现,增加仲裁全过 程中缔约双方的主动性和积极性,削弱国际仲裁机构的强制性和解释方面的权威性。

#### 3. 限制使用国际投资仲裁的原则性条款

分析目前的国际仲裁机构在解释适用双边投资协定时,由于受管辖权扩张的影响,其广义解释延伸到对原则性条款的解释之中,主要有三大原则性条款,即公平公正待遇条款、保护伞条款和最惠国待遇条款。<sup>®</sup> 在解释"涉及征收补偿款"仲裁条款时都会以广义解释下的这三大原则性条款为视角,进一步对"涉及征收补偿款"仲裁条款予以广义解释。而这三大原则性条款的广义解释无疑倾向于保护投资者的解释路径。因此,应当防范和限制对这三类原则性条款作不适当的扩大解释。具体而言,首先,要在协定中明确这三大原则的具体内容和解释标准,以对投资者的最低保护为内容和解释的范围上限,避免对投资者予以无限扩大的保护,扭曲双边投资协定的多元化目的和宗旨。其次,有原则必然有例外,应当在协定中明确规定三大原则的例外情形,充分考虑缔约双方的国内国情和政策规划、国际投资环境及发展趋势等,进行例外性规定。最后,根据情况将部分争端纠纷的解决排除在三大原则的使用范围之外,弱化原则的法律效力。

#### 4. 设置国际投资仲裁解决机制的例外条款

如前所述,设计投资仲裁事项范围的条款的时候,要对国内国际情况进行全面考虑, 更要对事件本身的可仲裁性及仲裁成本效益予以分析,总之,对仲裁范围应当谨慎考虑。 尤其是目前全球都处于疫情防控的严峻阶段,有必要在国际投资协定中预留足够的监管 空间和舒缓空间,为保护公众健康并尽量减少投资国以此提起争端的风险,同时保护和 促进国际投资。<sup>③</sup> 有学者建议采用"全面同意附加重大例外式",在全面接受 ICSID 管辖 权的前提下,对那些可能涉及国家安全、经济安全等事项,以重大例外等规定予以排除。<sup>③</sup>

⑧ 参见刘笋:《仲裁庭的条约解释权及〈维也纳条约法公约〉的引导与制约》,载《华南师范大学学报(社会科学版)》 2021 年第 1 期,第 139-156、196、197 页。

<sup>29</sup> 同前注 28.

⑩ 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,第132-143页。

③ 同前注 ②。

② 参见梁咏:《国际投资仲裁中的涉华案例研究——中国经验和完善建议》,载《国际法研究》2017年第5期,第98-116页。

### 结语

对"涉及征收补偿款"仲裁条款解释方法的解决有利于对国际仲裁机构管辖范围的确定。只有确定管辖范围,国际裁判机构才能持续地输出仲裁裁决,在解决争端的同时对国际法规的解释和适用表明立场,发挥国际投资仲裁对国际法治的推动作用。<sup>®</sup>制度设计的缺陷既是我国企业保护自身利益的盾,同时也会是别国投资者攻向我国的矛。为充分发挥国际仲裁机构的功效,为"一带一路"建设保驾护航,建议明确"涉及征收补偿款"仲裁条款的解释方法,这对于我国对外签署的双边投资协定的任一条款进行解释都具有指导价值,也为我国参与全球经济治理贡献中国方案。

Abstract: Since the reform and opening up, China has signed a large number of bilateral investment treaties, especially after the establishment of the "the Belt and Road", international investment is in full swing. In the bilateral investment treaties signed by China and other countries, the scope of arbitrable matters is different. In most of the early bilateral investment treaties, only "disputes involving expropriation compensation" can be submitted for arbitration. This clause is easy to cause disputes in practice. It is found by focusing on the analysis of four typical cases of China's overseas investment arbitration interpreting disputes under the arbitration clause "involving expropriation compensation", The arbitration tribunal mainly interprets the clause in a broad and narrow sense, which leads to different results of the arbitration award. In view of this, from the perspective of resolving the differences in interpretation of the dispute settlement clause "involving the collection of compensation", a comprehensive comparison between the broad interpretation and the narrow interpretation will be made to make an interpretation that is conducive to the foreign investment of Chinese enterprises, and put forward legal suggestions for the protection of the rights and interests of Chinese investors.

**Keywords:** bilateral investment treaty; arbitration clause for compensation collection; international investment arbitration; interpretation of treaties

(责任编辑: 顾 涛 外审专家: 王海峰)

<sup>33</sup> 同前注 3。

# 评 Inmaris Perestroika 航海服务有限公司 诉乌克兰仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者管小维\*

内容提要 Inmaris Perestroika 航海服务有限公司诉乌克兰仲裁案是国际投资仲裁中为数不多涉及航海服务的案件。该案仲裁庭认定东道国政府采取的措施违反了公平公正待遇和征收条款,投资者在此案中大获全胜,保护了自身利益。此裁决中管辖权的判断、公平公正待遇的标准等内容是投资仲裁中的焦点问题,仲裁庭的判断和论证具有重要的借鉴意义。本文在梳理相关事实、争议焦点及裁决基础上,提供相关问题的解读。

关键词 国际投资仲裁 管辖权 公平公正待遇

国际投资中,投资的判断和公平公正待遇问题是经历持续演进的争议问题,围绕这两个问题的讨论从未停止。作为为数不多的涉及航海服务案件, Inmaris Perestroika 航海服务有限公司诉乌克兰一案在管辖权问题上对传统的 Salini 测试进行了解构,作为一项具有指导性意义的投资判定标准, Salini 测试主要通过四个要素考察一项投资是否适格: (1) 资金方面的投入 (a contribution of money or assets); (2) 持续一段时间 (a certain duration); (3) 风险要素 (an element of risk); (4) 对东道国经济发展有所贡献 (a contribution to the economic development of the host state)。 ①

在进行公平公正待遇判断时采取了独立自主的判断方法,这些做法反映了当前仲裁 实践对于部分传统做法的革新。对这一案例的审视将有助于理解这两个重要问题的演 进过程。

# 一、案件概要

#### (一)投资事实

1991 到 2006 年间, 德国企业 Inmaris Perestroika 航海服务有限公司(以下简称"IPS"

<sup>\*</sup>本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆彤担任项目课题组主持人。本文由浙江大学光华法学院 2017 级博士研究生管小维编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、中国贸促会商法中心周全审核。

① Salini v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 2001, paras.51-54.

或"申请人")与乌克兰(以下简称"被申请人")的国有教育机构——乌克兰海洋学院签订了一系列光船租赁合同,合同标的为乌克兰海洋学院所有的风帆训练舰(the Khersones,以下简称"Khersones 舰")。根据这些合同,乌克兰海洋学院使用 Khersones 舰培训乌克兰国家渔业船队,申请人则对应获得利用 Khersones 舰进行商业巡航的排他性权利。

#### (二)被诉行为

申请人声称,在乌克兰发生所谓的橙色革命之后,由于双方在履行合同义务方面存在争议,乌克兰一个政府部门于 2006 年 4 月 5 号,在港口 "扣押" 了 Khersones 舰,禁止该舰离开乌克兰领海直至澄清与合作方的相关事项为止。这使得 Khersones 舰原定于 2006 年夏天航海季的出行受阻。申请人在此之后再也没有重新获得对 Khersones 舰的控制权,并不得不承受整个航季的损失。2008 年 5 月 28 日,申请人基于 1993 年 2 月 15 日签署的德意志联邦共和国与乌克兰之间的双边投资协定(以下简称"乌克兰-德国BIT")向 ICSID 提起仲裁请求。

#### (三)程序时间轴

- 2008年5月28日,申请人向 ICSID 提出针对乌克兰的仲裁请求。
- 2008年9月19日, ICSID通知双方当事人仲裁庭组成。
- 2010年3月8日,仲裁庭驳回了被申请人的管辖权异议。
- 2010年6月2日,仲裁庭设置案情时间表,随后申请人、被申请人提交了各方意见。
- 2011年5月16日至20日,仲裁庭在海牙常设仲裁法院举行了听证会。
- 2012 年 3 月 1 日, 仲裁庭作出终局裁决。

#### (四)双方当事人的主张

#### 1. 申请人的主张

申请人主张被申请人违反了多个 BIT 条款: (1)由于不公平和不公正地对待其投资,违反了《乌克兰 - 德国 BIT》第2条第1款和第2条第3款; (2)由于征收投资而没有合理补偿,违反了《乌克兰 - 德国双边投资协定》的附加议定书第4条。

#### 2. 被申请人的主张

被申请人提出了管辖权异议和实体问题方面的诉请。被申请人主张公平公正待遇只要求按照习惯国际法要求的国际最低标准来处理,并且公平公正待遇只适用于投资而不适用于投资者。

#### (五)仲裁庭结论

仲裁庭一致决定:被申请人违反了公平公正待遇义务;被申请人采取歧视性措施,对申请人投资的管理、维护和使用构成了阻碍,违反了《乌克兰-德国 BIT》第2条第3款;被申请人对申请人的投资构成了征收且没有有效赔偿,违反了《乌克兰-德国 BIT》第4条第2款;被申请人赔偿申请人的无利息破产债权及费用、利润损失,外加从2006年4月到付款日期每年5%的复合利率,不计利息的未偿贷款;驳回申请人的其他申请;双方各自承担各自的仲裁费用。

# 二、主要法律争议

#### (一)管辖权

#### 1. 被申请人的主张

被申请人对仲裁庭管辖权提出异议,理由如下:(1)申请人的合同不符合《乌克兰-德国 BIT》规定的投资条件;(2)申请人声称的投资并不是在乌克兰"境内"进行的;(3)申请人的合同不构成《ICSID公约》定义下的"直接产生争端的投资";(4)申请人所称投资对乌克兰的发展不满足《ICSID公约》对于投资的"重大贡献"要求;(5)部分申请人与乌克兰实体没有任何合同关系,因此不是适格申请人;(6)申请人所称投资不符合乌克兰法律,包括光船租赁合同的内容和光船租赁合同的付款安排。申请人认为其所谓投资核心的光船租船合同是一个"虚构的"协议。因为双方并不打算将其作为租赁来运作。在因虚假而无效的协议下,申请人不能以请求履行的形式进行投资。②

#### 2. 申请人的主张

申请人请求仲裁庭驳回被申请人的管辖权异议,对案件继续审理。申请人主张其在 1999年支付了修理和改善船只的费用,以换取在光船租赁合同中规定的长期租赁权。被 申请人所主张的"光船租赁合同是虚构的"这一说法不符合事实。

#### 3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭于 2010 年 3 月 8 日作出了管辖权决定,从合同内容、乌克兰领土、对经济发展贡献以及合法性几个方面——进行了分析评述,回应了被申请人的主张。

第一,面对不同申请人都是合同缔约方的一系列关联合同时,仲裁庭决定依据《ICSID公约》第25条的"直接"性要求,即关注争端是否直接源于一项投资的"整体",而不是每个实体在整体内的个别权利。因此仲裁庭将相互关联的合同视为整体投资,即"更大的综合投资项目",而不是分析其中的各组成部分,来确定他们是否属于《乌克兰-德国BIT》和《ICSID公约》定义的投资。③仲裁庭认为,事实问题通常留给案件的事实审理阶段解决,但在本案争端中,仲裁庭需要在管辖权阶段确定合同是否事实上有效。

第二,对于申请人是否存在适格投资的问题,仲裁庭对《乌克兰-德国BIT》关于"投资"进行了解释,其认为适格的投资是各种类型的资产,而不是用于收购此类资产的"支付流水"(payment streams)。④支付流水及其预期回报并不一定是投资,因为一项投资的预期回报,不等于将预期回报本身作为一项投资。然而,由于乌克兰与德国达成的《乌克兰-德国BIT》议定书(protocol)明确将投资保护范围扩大到投资回报,因此仲裁庭认为,申请人存在受《乌克兰-德国BIT》保护的投资。

② Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8 Mar. 2010, Para.60.

③ *Id*, at para.111.

④ *Id*, at para.101.

第三,对于被申请人关于申请人的投资不在乌克兰境内的主张,仲裁庭认为,《乌克兰-德国 BIT》本身没有明确而具体的判定标准,即是否整个双边投资条约都有领土要求,抑或是只有条约中的部分实质性条款具有领土要求。⑤但经过对事实的认定,申请人与乌克兰实体签订的合同关系证明其向乌克兰投入了资金,且创造了价值。因此申请人同时满足上述标准,被申请人的主张不予采纳。

仲裁庭还驳回了被申请人关于申请人所作的普通商业交易对乌克兰的经济发展没有作出重大贡献的主张,被申请人认为《ICSID公约》规定了一种适格投资必须通过的测试标准(Salini test 萨利尼测试),仲裁庭决定不予采纳这种萨利尼测试的观点。

最后,仲裁庭驳回了被申请人的异议——被申请人主张投资没有按照乌克兰法律进行。根据乌克兰的外国投资法,投资合同必须通过登记。经过对乌克兰两部有关外国投资法律的审查,仲裁庭认为,只有在享受此类法律提供的保护时,才需要进行此类登记,而未能做到这一点,并不意味着投资本身就是非法的,或者没有资格获得《乌克兰 - 德国BIT》的保护。

#### (二)公平公正待遇

#### 1. 申请人的主张

申请人称,被申请人在扣船之前、扣船过程中和之后的行为违反了《乌克兰-德国BIT》第2条第1款中公正公平待遇义务。第2条第1款规定,每一缔约方应在其领土内尽可能促进另一缔约方国民的投资,并根据其各自法律接纳这种投资。无论如何,都应给予投资公平和公正的待遇。这种公平公正待遇标准是一种自治标准,并不限于习惯国际法。东道国政府行为仅需要达到不公平而不需要达到"严重"或"惊人"的程度,就构成对公平公正待遇的违反。

#### 2. 被申请人的主张

被申请人主张其并没有违反公平公正待遇义务。通过援引《北美自由贸易协议》(NAFTA)的仲裁实践,被申请人主张双边投资条约中的公平公正待遇标准只需按照习惯国际法所要求的国际最低标准来处理。只有严重的不公平或对法律的违背构成惊人的程度才会构成《乌克兰 - 德国 BIT》第2条第1款的违反,且公平公正待遇标准仅适用于投资而不适用于投资者。

#### 3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭裁定,被申请人的国家机构禁止船只离开乌克兰领海的行政命令以及在随后一年中仍然有效的禁令构成了对《乌克兰 - 德国 BIT》第2条第1款公平公正待遇义务的违反。

仲裁庭认为,被申请人所主张的 NAFTA 的相关实践不能完全证明公平公正待遇所需要达到的标准只是习惯国际法所要求的标准。理由是 NAFTA 的缔约方美国、加拿大及墨西哥针对 NAFTA 相关条款进行了具有约束力的解释,而乌克兰和德国之间没有就

⑤ *Id*, at para.121.

《乌克兰 - 德国 BIT》第2条第1款的解释达成任何协议。如果东道国政府"出于政治原因或其他不正当动机以非客观、公正、公平的方式"对待投资者,该政府行为就违背了公平公正待遇义务。⑥

针对被申请人关于"公平公正待遇标准仅适用于投资而不适用于投资者"的主张,仲裁庭认为尽管《乌克兰 - 德国 BIT》第 2 条第 1 款的文本内容仅提及"投资",但被申请人所做的区分并没有实际意义。<sup>②</sup>如果被申请人否认了对申请人投资的公平公正待遇,那么他也否认了对申请人本人所享有的公平公正待遇。

# 三、简要评析

适格投资和公平公正待遇标准是投资仲裁中两个具有阶段性特点的问题,投资定义的宽泛化、公平公正待遇的判断标准都是投资仲裁中的讨论热点。该案仲裁庭在这两个问题上的处理体现了新时期的变化。

#### (一)适格投资问题

涵盖投资的定义在国际投资仲裁中一直存在争议。在《华盛顿公约》缔结生效前这些分歧业已存在,仲裁实践深化、反思了这一焦点问题。近年来投资定义呈现出扩大化趋势,应引起各缔约国的重视。<sup>®</sup>

在投资定义的发展过程中,部分里程碑式的案例形成了具有指导性意义的投资判定标准,如本案中提及的 Salini 测试。Salini 测试得到了部分仲裁庭的追随和发展。同时,也存在着对 Salini 标准的批判和质疑,或拒绝适用这一标准。时至今日,这一争议问题仍未在仲裁实践中达成一致。本案仲裁庭批判了部分仲裁庭对 Salini 测试的全盘适用,指出了 Salini 测试的局限性。

首先,本案仲裁庭指出 Salini 测试不具有普遍适用性,只适用于投资定义过于宽泛的情形,此类情形可能会将部分非投资行为认定为投资,而 Salini 测试中的内容有助于帮助仲裁庭甄别宽泛定义下的非投资行为。<sup>⑤</sup>包括本争议在内的大部分情况都应"遵循缔约方的合意,如 BIT 对投资的阐释"。<sup>⑥</sup>缔约国就保护某些类型的经济活动达成合意,当他们同意通过 ICSID 仲裁解决投资有关争端时,意味着他们认为该活动构成了 ICSID 公约意义上的"投资"。相比 Salini 测试,本案仲裁庭认为投资仲裁应将缔约方合意置于首要位置。

⑤ Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others ν. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Excerpts of Award, 1 March, 2012, para.265.

⑦ Id, at para.266.

⑧ 赵骏:《国际投资仲裁中"投资"定义的张力和影响》,载《现代法学》2014年第36卷第3期,第161页。

⑤ Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others ν. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8 Mar. 2010, paras.130-131.

① Id, at para.130.

其次,仲裁庭并不排斥 Salini 测试中的内容,由于本案中被申请人提出了"对东道国经济发展的贡献",仲裁庭也进行了这方面的考察,申请人依据合同对 Khersones 的翻新和运营为乌克兰带来了利益,包括国有资产的恢复(Khersones 舰本身)和提供的有价值的培训。尽管被申请人在仲裁过程中贬低了两者对乌克兰经济发展的重要性,但相关证据证明刻赤海事技术研究所(Kerch Maritime Technological Institute, KMTI)从这些安排中获益。<sup>①</sup> 最终,仲裁庭驳回了被申请人根据《ICSID 公约》第 25 条以对乌克兰的经济发展没有贡献为由提出的管辖权异议。

在投资判定标准问题上仲裁庭显示出对缔约国合意的尊重,并未全盘接受 Salini 测试的判定标准。在处理国内法问题上,仲裁庭也显示出包容的态度。

被申请人主张投资没有按照乌克兰法律进行。根据乌克兰的外国投资法,投资合同必须进行登记。仲裁庭审查了乌克兰《外国投资法》和相关的登记条例发现,此类强制性登记的目的是使外国投资获得某些优惠政策,没有登记的后果是"不得提供本法规定的特权和保证"。<sup>②</sup> 该案仲裁庭的观点是,国内法律和注册条例均未表明未注册行为的违法性,那么不遵守投资强制登记不会必然导致投资违法。<sup>③</sup>

"法律、法规和政策"引入投资条约的目的通常是"防止 BIT 保护那些不应被保护的投资,特别是非法投资"。<sup>⑥</sup>如 RCEP 投资章节就包含了此项内容。由于这一术语涵盖内容广泛,仲裁实践为"依据东道国法律"提供了不同的解释框架。如 L.E.S.I. 诉阿尔吉尼亚案、Desert Line 诉也门案都认为这些条款仅指"东道国法律的基本原则"。<sup>⑥</sup> 部分仲裁庭则要求严格遵守有关投资的法律,如 Anderson 诉哥斯达黎加一案仲裁庭,认为"遵守东道国法律"条款意味着"严格遵守其有关投资的法律"。<sup>⑥</sup> 本案仲裁庭并未因投资者未进行强制登记而否定其投资的合法性,总体来看,仲裁庭在管辖权问题上的处理与近年来投资定义扩张化趋势相符。作为投资仲裁管辖权的基础性问题,各国的缔约实践应关注此问题并进行合理限制。

#### (二)公平公正待遇标准与最低待遇标准

投资仲裁中,习惯国际法中的最低待遇标准是辅助公平公正待遇判断的重要工具。本案中被申请人试图通过援引 NAFTA 证明已经满足了最低待遇标准,并未违反公平公正待遇。NAFTA 代表了二者密切联系的早期实践,仲裁庭通过该条款将公平公正待遇

① 该研究所为乌克兰一国有教育机构。Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8 Mar. 2010, para.33.

<sup>(2)</sup> Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8 Mar. 2010, para.145.

<sup>(3)</sup> Id, at para.145.

<sup>(4)</sup> Salini Costruttori S.p.A. v. Kingdom of Morocco, No. ARB/00/4, ICSID, Decision on Jurisdiction, 23 July, 2001, para.46.

Besert Line v. Yemen, No. ARB/05/17, ICSID 2008, para.104; L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire, No. ARB/05/3, ICSID, 2006, para.83.

<sup>(</sup>b) Anderson v. Republic of Costa Rica, No.ARB(AF)/07/3, ICSID, 2010, para.53.

与最低待遇标准紧密联系在了一起。⑪

实践证明该条款未能成功解决公平公正待遇认定的问题,部分仲裁庭否认二者之间的联系,如 Pope&Talbot 一案仲裁庭主张忽视国际最低待遇标准。<sup>®</sup> UNCTAD 发布的报告也质疑这两者之间的关系,如果没有相关法律文件明确说明二者的密切联系,则表示这种关系并未得到国家的认可。<sup>®</sup> NAFTA 自由贸易委员会 2001 年试图用最低待遇标准来限定公平公正待遇的内容,防止仲裁庭的扩大解释,但并未在投资仲裁实践中取得预期效果。

在无相关法律内容证明二者联系的情况下,本案仲裁庭拒绝将习惯国际法的标准与公平公正待遇紧密联系,而是主张"无论政治原因或其他不合理动机,只要违反特定承诺,导致投资者没有得到客观、公平、公正和透明的对待,政府行为就可能构成不公平、不公正行为"。<sup>②</sup>

仲裁庭主张待遇标准应遵照条约内容,采用了独立自主的判断标准,这也是当前仲裁中的主流观点。此类观点主张如果条约缔约方想要提及最低待遇标准,则条约中应有相应的说明。<sup>②</sup> UNCTAD 的报告也认可了这一观点,该报告指出尽管公平公正待遇和最低待遇标准存在着内容交叉,但并不代表公平公正待遇条款天然包含最低待遇标准。<sup>②</sup>

这一观点固然有一定的合理性,但公平公正待遇与最低待遇标准的割裂也带来了一定的负面效果,仲裁庭仅依据公平公正待遇条款更容易做出宽泛的解释。Enron 诉阿根廷案仲裁庭认为最低待遇标准外的一些义务也应该成为公平公正待遇的内容,Cargill 诉墨西哥案仲裁庭指出公平公正待遇的义务范围要远远大于最低待遇标准。除此之外,仲裁实践中也有观点认为诸如透明度、合理期待、诚实善意等内容都应是公平公正待遇标准的应有之意。OECD 的报告认为透明度义务也应被视为公平公正待遇标准的内容之一。<sup>②</sup>

从效果来看,独立的判断标准能够对投资者提供更高水平的保护,意味着东道国要 承担更多的保护责任。对于处于改革进程中的国际投资法,需要时刻关注投资者和东道 国利益之间的利益平衡,<sup>②</sup> 意味着公平公正待遇的判定需要一个更加平衡性的标准。

⑰ Myers 一案仲裁庭认为 NAFTA 第 1105 条所表达的是整体概念,从而将公平公正待遇和最低待遇构建了密切联系。

<sup>®</sup> Pope & Talbot Inc. v. Canada, Award on the Merits of Phase 2, UNCITRAL, 2001, para.111.

<sup>(</sup>B) UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 1999, p.13, https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitd11v3.en.pdf, last visited Feb.5, 2023.

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Experts of Award, 1 March, 2012, para.265.

② Dolzer Rudolf & Stevens Margrete, Bilateral Investment Treaties, The Hague: Martinus Nijuhoff Publishers, 1995, p.11.

② UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, No. UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol. III), p.40. https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitd11v3.en.pdf, last visited Feb.5, 2023.

② OECD, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Working Papers on International Investment, No.2004/3, September 2004, p.37, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\_3.pdf, last visited 5 Feb. 2023.

劉 刘笋:《论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用》,载《华南师范大学学报(社会科学版)》2022年第1期,第176页。

#### (三)结语

本案仲裁庭在管辖权和实体上的裁决体现了对缔约国合意的尊重,在管辖权问题上强调了 BIT 和 ICSID 公约作为适用依据的重要性。仲裁庭认为管辖权的处理可在适用 BIT 和 ICSID 公约第 25(1)条的同时,适当援引国际法规则,特别是 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条至 33 条。尽管仲裁庭对相关国内法也持开放态度,认为相关内容可以作为借鉴,但最终结论必须是依据 BIT 和 ICSID 公约得出。<sup>⑤</sup> 本案的实体争议聚焦在公平公正待遇。仲裁庭对被申请人提出的两个主张都以条约为依据进行了充分的阐述说明。

与既往仲裁相比,本案仲裁庭体现了对BIT的格外重视,如在管辖权问题上对BIT的尊重,在公平公正待遇认定时也以BIT为依据。尽管仲裁庭并未拒绝其他国际法规则,但在适用时却保持着谨慎的态度,始终以BIT为首要依据。仲裁庭的推理过程说明VCLT、Salini测试等规则的适用都需要遵循特定的范式。由于仲裁庭在进行条约解释时享有自由裁量权,可以对条约解释进行一定程度的控制。如部分仲裁庭仅依据公平公正待遇条款作出了过于宽泛的解释。因此,如果缔约国希望对仲裁庭行使的条约解释权加以限制,就需要在缔约阶段将部分条款加以明确,如将条款进行具体化,从而限制仲裁庭的扩大解释。同时,争端当事方在援引国际法规则时应注意规则的适用性并选择合理的适用路径。

**Abstract:** The case of Inmaris Perestroika Navigation Services Co., Ltd. v. Ukraine is one of the few international investment arbitration cases involving navigation services. The arbitration tribunal of this case found that the measures taken by the host country government violated the terms of fair and equitable treatment and expropriation, and the investor won a big victory in this case and protected its own interests. Judgment of jurisdiction and standards of fair and equitable treatment in this award are the focus issues in investment arbitration, and the judgment and demonstration of the arbitral tribunal have important reference significance. This article provides an interpretation of relevant issues on the basis of sorting out relevant facts, focus of disputes and rulings.

**Keywords:** international investment arbitration; jurisdiction; fair and equitable treatment

(责任编辑:张靖昆 外审专家:肖 军)

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8 Mar. 2010, para.54.

# 评 AES Summit 和 AES Tisza 诉 匈牙利共和国仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者刘国伟\*

内容提要 公平公正待遇是国际投资法中的一个重要条款,也是国际投资仲裁实践中容易引发争议的条款。对于公平公正待遇标准的认定,仲裁实践经历了从单一标准到多元标准的发展过程, AES Summit 和 AES Tisza 诉匈牙利案仲裁庭便从合同义务、合理期待等不同维度进行了分析。随着国际投资立法和司法实践的发展,对公平公正待遇的认知也会不断推陈出新。作为双向投资大国,中国需要对这一经典问题继续给予足够重视。

关键词 国际投资仲裁 公平公正待遇 合理期待

# 一、案件概要

#### (一)投资事实

AES Summit Generation Limited(简称 AES Summit)和 AES-Tisza Erömü Kft(简称 AES Tisza)是英国的两家公司,为本仲裁案的申请人。1996年,AES Summit 与匈牙利共和国(简称"匈牙利"或"被申请人")的两个国有企业 Állami Privatizációs és Vagyonkezelö Részvénytársaság(简称"ÁPV")、Magyar Villamos Müvek Részvénytársaság(简称"MVM")签订电力购买协议,AES Summit 投资约 1.3 亿美元,从后者处购入AES Tisza 的绝大多数股权。AES Tisza 的资产主要为匈牙利境内的 Tisza II、Borsod 和 Tiszapalkonya 三个发电站。①

#### (二)被诉行为

根据订购协议,匈牙利需与 AES Tisza 签订《关于购电的修正案和延期案》。<sup>②</sup> 然而,匈牙利并未履行协议中的该项内容。2000 年, AES Corporation(申请人 AES Summit

<sup>\*</sup>本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆形担任项目课题组主持人。本文由浙江大学光华法学院博士生刘国伟编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、中国贸促会商法中心周全审核。

① AES Summit Generation Limited AES-TISZA ERÖMÜ KFT v. The Republic of Hungary, ARB/07/22, ICSID, 2010, Award, paras.4.1-4.3.

② *Id*, at para.4.4.

的母公司)和 AES Summit 发起了针对 ÁPV 和 MVM 的仲裁申请。一个月后, AES Summit 依据《能源宪章条约》(简称《ECT》)和《英国 - 匈牙利双边投资协定》(简称《BIT》)也提起了对匈牙利的仲裁。<sup>③</sup> 2001 年 12 月 19 日,两个仲裁纠纷随着《2001 年 和解协议》的达成而终了。

也是在这一天,根据《2001年和解协议》第 4.1 款,MVM 和 AES Tisza 达成共识,对原 The Tisza II power purchase agreement(Tisza II PPA)进行了修订,达成了 2001 PPA,制定了新的定价表。<sup>④</sup> 随着匈牙利 2004年加入欧盟,匈牙利在国内展开了对于发电厂利润的讨论。匈牙利能源局局长表示,发电厂的利润率低于 10%是可以接受的"合理"利润。2005年,匈牙利能源部门致信 AES Tisza,信中称该公司的利润是"不合理的高",并建议该利润的最高上限为 7.1%。双方协商未果之后,匈牙利议会修订了《电力法》,并颁布了包括《电价法令》在内的两个有关价格的法令。<sup>⑤</sup> 申请人认为,匈牙利新颁布的法律使得 AES Tisza 的电力价格在 2006年、2007年分别下降 43% 和 35%,根据 2001 PPA,MVM 应该承担这些损失。此外,Tisza II 改造项目还花费了 9800 万欧元。

#### (三)程序时间轴

- 2007 年 6 月,申请人 AES Summit 和 AES Tisza 根据《ECT》第 26 条以匈牙利为被申请人向解决投资争端国际中心(简称"ICSID")提出仲裁申请。
- 2007 年 9 月至 11 月,申请人与被申请人分别任命 J. William Rowley QC 先生和 Brigitte Stern 教授为仲裁员,并共同任命 Claus von Wobeser 担任首席仲裁员,由三人共同组建仲裁庭。
- 2008年1月,仲裁庭举行了第一次会议,仲裁双方就程序问题达成一致,确定了接下来书面和口头程序中的日程安排。
- 2008年4月,被申请人向仲裁庭提出了递交文件的请求。5月,仲裁庭针对被申请人的请求发布了仲裁程序1号令。6月,针对被申请人再次提出的请求,仲裁庭发布了仲裁程序2号令。
- 2008年9月,欧盟委员会法律服务代理总干事办公室根据《解决投资争端国际中心仲裁规则》(以下简称《ICSID仲裁规则》)第37条以非争议方的身份提交了一份申请。仲裁庭随后要求其澄清申请中的部分内容。欧盟委员会就该请求进行了答复。
- 2008年9月,仲裁双方就程序安排达成了修改共识。
- 2008年11月,仲裁庭就欧盟委员会的申请发布了仲裁程序3号令。
- 2009年4月,被申请人就新证据的可采纳性问题向仲裁庭提出了请求。
- 2010年6月,仲裁庭根据《ICSID仲裁规则》第38条第1款作出裁决,仲裁庭宣布

③ *Id*, at para.4.6.

④ *Id*, at para.4.7 (a).

⑤ *Id*, at paras.4.17-4.20.

仲裁程序结束。

#### (四)双方当事人的主张

1. 申请人的主张

申请人提出,匈牙利通过颁布价格法令重新引入了政府定价,从而违反了《ECT》 下的义务。具体而言,匈牙利的违法行为如下:

- (a) 违反了提供公平公正待遇的义务;
- (b)通过不合理和歧视性的措施损害申请人的投资;
- (c)违反了提供国民待遇的义务;
- (d) 违反了提供最惠国待遇的义务;
- (e)违反了提供持续保护和安全的义务;
- (f) 违法征收。<sup>6</sup>
- 2. 被申请人的主张

被申请人对申请人将其索赔提交 ICSID 仲裁的权利并不存有质疑。不过被申请人认为, ICSID 仲裁庭管辖权需满足一定条件。根据《解决国家与他国国民之间投资争议公约》(以下简称《ICSID 公约》)第25条规定,除了必须满足三个众所周知的条件以外,还必须加上一项基于非追溯性一般原则的条件:

- (a)属人条件:争议必须针对缔约国和另一缔约国的国民;
- (b) 属事条件: 必须是直接由投资引起的法律争议;
- (c) 自愿条件: 即缔约国和投资者必须书面同意通过 ICSID 仲裁解决争端;
- (d)属时条件:适用《ICSID公约》必须在规定的时间内。⑦

#### (五)仲裁庭结论

- (a) 仲裁庭对本案中所有依据《ECT》提出的请求具有管辖权;
- (b) 被申请人没有违反《ECT》的第 10 条第 1 款,第 10 条第 7 款和第 13 条;
- (c) 仲裁双方应平均分担仲裁费用:
- (d)各方应承担其自己的费用和律师费;
- (e) 所有其他索赔均被驳回。<sup>®</sup>

# 二、主要法律争议

本案中,申请人与被申请人在公平公正待遇、国民待遇、最惠国待遇等数个领域存在分歧,而这些领域都涉及国际投资法的核心问题,也是晚近国际投资争端中经常出现的议题。本文以对公平公正待遇的争议为例,呈现出仲裁双方以及仲裁庭的见解。

⑥ *Id*, at para.5.1.

⑦ *Id*, at para.5.2.

<sup>®</sup> Id, at para.16.1.

#### (一)关于被申请人提供公平公正待遇的义务

#### 1. 申请人的主张

关于被申请人应该提供公平公正待遇的义务,申请人提出了四个主要论点:

第一,以合同义务为依据。匈牙利提供公平公正待遇的义务包括履行投资者合理信赖的合同义务。具体而言,申请人主张,随着 2006 年 3 月《电力法》的修订以及 2006 年和 2007 年《电价法令》的出台,匈牙利政府鼓励和支持 MVM 不履行其在 2001 PPA下对 AES Tisza 的合同承诺,并拒绝履行它在《2001 年和解协议》中规定的对申请人的合同义务。<sup>⑤</sup>

违反诚实信用和遵守合理期待的义务。申请人主张,通过在 2006 年修改《电力法》和 2007 年出台《电价法令》,匈牙利未能诚信地保障申请人在 1996 年对匈牙利投资时和《2001 年和解协议》达成时产生的基本合理期待。<sup>⑩</sup>

商业行为的稳定性和可预测性。申请人主张,匈牙利同意通过 2001 PPA 为申请人的投资提供一定程度的财务和法律稳定性保障。《ECT》中也明确要求匈牙利为申请人的投资提供"稳定、公平和透明的投资条件"。申请人认为,随着匈牙利国家机关开始指责申请人赚取奢侈利润,匈牙利所承诺的稳定性变为短暂的稳定。为迫使申请人重新与之进行电力购买协议谈判,匈牙利国会最终修改了《电力法》,通过将行政定价重新引入,使得申请人合法依赖的法律框架消除殆尽。<sup>⑩</sup>

重新引入价格机制的做法武断、不透明且缺乏程序正当性。申请人主张,匈牙利修改《电力法》纯粹出于政治因素,旨在减少 AES Tisza 所获利润,匈牙利政府官员的言行就是佐证。申请人认为匈牙利能源办公室所颁布的 7.1%的最高利润数字是基于配电公司的利润数字,与发电公司没有任何合理关系。此外,匈牙利能源办公室没有解释如何实际达到《价格法令》中规定的价格。与以前不同,AES Tisza 在此次《价格法令》颁布之前没有机会对价格发表评论。<sup>②</sup>

#### 2. 被申请人的主张

针对申请人的主张,被申请人主要从四个方面进行了回应,其观点包括:(a)申请人对于再次引入政府管理价格应该预计到;(b)被申请人的决定既非武断、也非对国家权力的滥用;(c)考虑到电力供应各方对电力购买协议的担忧,被申请人在决定重新实行价格管理之前,已经与申请人进行了合理且真诚的沟通;(d)被申请人没有采取可导致价格法令正当性程序欠缺的行为(即匈牙利能源办公室的方法或程序中没有任何武断或不公平的行为)。<sup>③</sup>

<sup>(9)</sup> *Id*, at paras.9.1.2-9.1.3.

① Id, at para.9.1.4.

① *Id*, at para.9.1.5.

① *Id*, at paras.9.1.6.-9.1.10.

<sup>(13)</sup> *Id*, at para.9.2.1.

#### 3. 仲裁庭的裁定

#### (1) 有关合同义务的调查结果

仲裁庭认为,《ECT》第 26 条确实包含一个总括条款,该条款允许将涉嫌违反条约第三部分规定的争端提交国际仲裁。<sup>④</sup> 但是,《ECT》的附件所含缔约方名单中,不允许投资者或缔约方将有关第 10 条第 1 款的争议提交国际仲裁,而匈牙利位列其中。因此,仲裁庭无法裁定合同义务的范围,无法确定申请人在电力购买协议下的合同权利是否被取消。尽管如此,仲裁庭认为,其有权利和义务确定匈牙利的行为(包括可能违反合同义务的行为)是否违反了一项特定的条约义务。仲裁庭在进行这项评估时,不应被视为正在分析合同义务的履行情况。

#### (2) 有关合理期待的调查结果

申请人认为重新引入行政价格等行为违背了投资者投资时所能依据的基本、合理期待,因此违反了公平公正待遇标准。被申请人的主张是,由于最初投资是在1996年,所以申请人在2001年不能产生合理期待。换言之,合理期待产生的时间只能是1996年。合理期待产生的时间只能是投资之时,已在数个仲裁庭的裁决中得到了支撑。⑤ 因此,本案仲裁庭所首要考虑的问题便是,申请人的投资是否于1996年抑或2001年作出,在1996年AES Summit 购买了大量 AES Tisza 的股份,而2001年 AES Tisza 实际开始在Tisza II 项目上投资。

仲裁庭认为, AES Summit 于 1996 年在匈牙利进行了投资,因此有必要去考量此时申请人是否有合理期待。对此问题,仲裁庭总结认为 AES Summit 不可能对目前所指控的匈牙利的行为有合理的期待(例如,在 2006/2007 年重新引入政府管理价格的动机和方法)。私有化材料和相关的投资协议都明确指出,匈牙利将会无限期地为电力销售设定最高行政价格。这仅受以下原则约束:这种定价将提供"合理的投资回报",在 1997年开始的第一阶段内,将"目标"回报率定为股本的 8%左右。

毫无疑问, AES Tisza 于 2001 年及以后在匈牙利进行了投资, 因为协议中定义了"投资"一词。在 2001 年至 2005 年之间, AES Tisza 花费了大约 9,800 万欧元来完成 Tisza II 项目改造中的三个阶段。同样, 在《2001 年和解协议》签订时再次确认了进行投资的决定。因此, 需要确定的是:(a) 当时政府的言行中是否有对申请人的相关保证;(b) 如果有, 匈牙利的行为是否与这种保证相反。

关于第一点,仲裁庭的结论是匈牙利没有对申请人的诉求提供实质性保证。关于申请人对 1996 年行业信息备忘录中有关"股东资金回报率为 8%",以及在引入"任何新的定价机制"之前进行"另一次整体价格和成本审查"所要求的保证,仲裁庭认为前者只是在第一阶段内实现"合理回报"的目标回报率,后者是在预期匈牙利行政定价体系

⑭ 《ECT》第3部分第10条第1款规定:"每个缔约方应当履行与投资者或者任何其他缔约方投资者达成的协议"。

⑤ 例如, Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, 2008, para.340; Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 2003, para. 154.

不会发生根本变化的情况下做出的。在 2003 年底,匈牙利放弃了政府管理定价(并且在《2001 年和解协议》达成之时就知道了这一未来的方针),但是 1996 年的声明并不足以形成对申请人诉求的实质支持(在 2006/2007 年重新引入政府管理定价),因为仲裁庭发现匈牙利在 2006/2007 年的行为与其在 1996 年向 AES Summit作出的保证相悖。同样,仲裁庭认为申请人不能依据《2001 年和解协议》第 21 条得出合理期望,该条为"任意一方均同意执行和履行所有文书和文件,并在必要时有所作为,任意一方均可合理地要求使其能够执行本协议和/或实现本协议的目的和意图"。此种"未来行为"条款在商业协议(包括和解协议)中很常见。第 21 条的正确解释无非是责成《2001 年和解协议》的当事方,如果一方提出合理要求,则另一方有义务执行和履行特定的文书、文件或采取必要的特定步骤,以使请求方执行或实现《2001 年和解协议》的目的和意图。仲裁庭认为,这并不构成匈牙利的明确保证,即不会因重新引入行政定价而破坏《2001 年和解协议》的目的和意图。

在此综合分析下,仲裁庭得出结论,申请人不可能期望在 2001 年电力购买协议期限内,匈牙利在任何情况下都不会重新引入行政定价。<sup>⑥</sup>

#### (3) 关于稳定的法律和商业环境的调查结果

《ECT》第 10 条第 1 款规定"每个缔约方为了促进其他缔约方的投资者在其境内投资,应该鼓励并且创造稳定、公平、有利和透明的环境"。《ECT》提到的稳定条件与进行投资的框架有关,但不是稳定性条款。面对日新月异的变化,法律框架可能会发生改变以适应新环境,而国家拥有行使包括立法在内的权力资格。因此,要确定"一个国家必须创造的稳定环境"的范围是一项复杂的任务,因为它始终取决于围绕投资者决定进行投资的特定情况以及国家为公共利益而采取的措施。

本案中,仲裁庭认为匈牙利没有作出可能会限制其修改法律的主权权利的承诺(例如稳定条款),也没有作出有可能使投资者认为法律不会发生任何变化的承诺。此外,从电力购买协议第3条第7款中可以清楚地看出,协议的当事方知道法律可能会发生变化,从而使协议下的义务变得不合法、不可执行或无法履行。电力购买协议第3.7条中建立了一种当事方在法律发生变更时可以采取行动的机制。因此,仲裁庭认为,申请人在2001年及其后的投资是在知道可能发生法律变更的情况下进行的,这可能使电力购买协议的义务不合法、不具约束力、无法履行。

在此情况下,由于匈牙利没有明确承诺不会在电力购买协议期限内重新引入行政定价,因此申请人主张匈牙利违反了提供稳定法律环境的条约义务是不合理的。因为任何知情人士或投资人都知道法律可以根据时代的政治或政策指示发展。因此,法庭得出结论认为,匈牙利没有违反公平公正待遇标准。

除此之外,仲裁庭还就正当程序、透明度进行了阐释,仲裁庭认为,虽非最优选择,但被申请人实施的价格法令程序并没有超出法律行为的可接受范围,因而不能将其定义为

<sup>(16)</sup> Supra note 1, at para.9.3.26.

## 不公平的。即

除对公平公正的内涵进行解读之外,仲裁庭还就不合理和歧视性措施、国民待遇、最 惠国待遇、提供持续保护和安全的义务以及征收进行了分析。结论是仲裁庭认为匈牙利 没有违反这方面的规定。

# 三、公平公正待遇:一个逐渐清晰化的认定标准

本案纠纷双方所争论的几个问题,包括公平公正待遇、国民待遇、最惠国待遇等,所涉及的条款是双边投资协定中最常见的条款,也是投资者与国家间争端解决机制 (Investor-State Dispute Settlement,简称 ISDS)中常见的纠纷种类。在区分东道国是否通过不合理和歧视性的措施损害投资者的利益时,仲裁庭就从合同中得出合理期待的结论、稳定的法律和商业环境等问题进行了解释,驳回了申请人的诉求。

本文以公平公正待遇为重点,阐释了仲裁庭对于公平公正待遇的认定标准。本案关于公平公正待遇问题清晰的分析思路,对于破解这一困扰仲裁实践中的传统问题意义显著。在本案之前的仲裁裁决中,并没有对于公平公正待遇标准形成一个共识:自 Tradex Hellas S.A. 诉阿尔巴尼亚案开始,最初对于公平公正待遇标准的讨论并没有形成特定结论。<sup>®</sup> 而在之后的仲裁裁决中,仲裁庭对于公平公正待遇标准的认定主要是从单一因素的角度出发,例如在 CMS Gas Company 诉阿根廷案件中,仲裁庭认定公平公正待遇的标准是稳定的法律和商业环境。<sup>®</sup> 随着仲裁实践的发展,对公平公正待遇的标准认定从单一维度发展到了多重维度,经合组织研究报告中也列明了判断公平公正待遇需要考量的因素,包括适当注意、正当程序、透明度、善意原则(涵盖尊重基本预期、透明度、无需存在专断要素的组合)。<sup>®</sup>

本案中,申请人从合同义务、诚实信用和遵守合理期待、稳定和和可预测环境、程序正当性四个维度提出了申诉,仲裁庭也分别进行了答复。本案代表了当时对于公平公正待遇标准的最为全面的解释,是 ICSID 对公平公正待遇的最新判断标准。因此,尽管仲裁庭的裁判不能作为先例使用,但其借鉴作用仍然明显。<sup>②</sup>

公平公正待遇是一个内涵丰富和具有张力的概念,因此未来的国际投资仲裁法律 实践中必然会对其标准有进一步的完善和发展。就此而言,尽管本案对于公平公正待遇 标准的判定已经从不同维度进行了详细的阐释,但引发这些思考的方式包括申请人的诉求、先例的引导等,其本身的相对完整性与这一概念发展所处的阶段性并不矛盾。因此 有学者直言,关于公平公正待遇的部分判定要素已经通过先例的形式固定下来,对其他

① Id, at paras.9.3.36-9.3.73.

<sup>(</sup>B) Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ARB/94/2, ICSID, 1999.

<sup>(9)</sup> CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ARB/01/8, ICSID, 2007.

⑩ 余劲松、梁丹妮:《公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策》,载《法学家》2007年第6期,第152页。

② 刘笋:《论国际投资仲裁中的先例援引及缔约国的干预和引导》,载《法学评论》2021年第3期,第173页。

要素的分析仍有待于进一步阐述。②

国际法治和国内法治相互影响,<sup>②</sup>仲裁庭对于公平公正待遇认定标准的变化,无疑会对双边投资协定产生影响。同时,由于公平公正待遇内涵的不确定性,借公平公正待遇之名而行其他索赔之实的情况,也需要引发警惕。<sup>②</sup>

### 四、结语

本案中涉及的公平公正待遇等条款,由于内涵并不明确,会在直接适用的过程中产生分歧,仲裁庭也会产生矛盾的判决,同时也会导致损害东道国利益的投资者滥诉行为。一般认为,公平公正待遇是国际最低待遇标准的一部分或者等同于国际最低待遇标准。但从 ISDS 实践来看,公平公正待遇已经逐渐转变为一个独立自主的外资待遇标准,与国际最低待遇标准不再有明显的联系。本案对合理期待、稳定的法律框架等模糊性条款的解读聚焦于投资者与东道国之间签订的各种合同条款,并由此得出了结论。

面对不稳定因素逐渐增加的国际社会,作为双向投资大国的中国在紧跟国际投资前沿问题的同时,也需要深刻关注国际投资法中的经典问题,将经典问题置于新背景下对待,才能更好维护自身利益,促进国际投资活动的可持续发展。

**Abstract:** Fair and equitable treatment is an important clause in international investment law, and it is also a controversial clause in international investment judicial practice. For the determination of the standard of fair and equitable treatment, the arbitration practice has experienced the development process from single standard to multiple standard. The AES Summit and AES Tisza  $\nu$ . Hungary arbitration Tribunal analyzed from different dimensions such as contractual obligations and obligation to act in good faith and to respect legitimate expectations. With the development of international investment legislation and judicial practice, the perception of fair and just treatment will be constantly updated.

**Keywords:** international investment arbitration; fair and equitable treatment; reasonable expectation

(责任编辑:张靖昆 外审专家:肖 军)

② 张正怡:《论 ICSID 仲裁庭对公平公正待遇标准的发展——兼评 AES Summit、AES-Tisza 诉 Hungary 案》,载《仲裁研究》2011 年第 3 期,第 51 页。

② 赵骏:《全球治理视野下的国际法治与国内法治》,载《中国社会科学》2014年第10期,第83页。

② 例如,公平公正待遇不应成为替代征收的索赔条款。参见余劲松、梁丹妮:《公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策》,载《法学家》2007年第6期,第155页。

# 国际投资仲裁中最惠国待遇条款的解释方法——以"Mesa Power 诉加拿大案"为例

中国贸促会法律部编 本篇作者仇张奇\*

内容提要 在国际投资仲裁实践中,最惠国待遇(MFN)条款的主要作用是保证缔约方给予国际投资协定(IIA)另一缔约方投资者及其投资以不低于第三方投资者及其投资的待遇,保证缔约方投资者及其投资不受歧视。在出现争端时,部分仲裁庭经常出现倾向于宽泛化解释 MFN条款从而偏向保护投资者的情况。这样的解释方法导致东道国承担了在签订协议时预期以外的义务,也使得投资者无法就自身权益做出合理预期。在"Mesa Power 诉加拿大案"中,Mesa集团认为自己在加拿大能源投资项目中并未受到与韩国投资者相同的待遇,因此要求加拿大赔偿7500万美元。最后仲裁庭认定,最惠国待遇条款必须符合基础条约自身规定的适用范围,基础条约保留和例外条款已经将缔约方或其国有企业的"采购"排除在最惠国待遇适用范围之外,因此不能援引最惠国待遇条款来改变这种排除。该案从一定程度上表明了目前仲裁庭在此问题上的主流选择,即最惠国待遇不能被用来作为援引第三方条约中更有利的适用范围条款,也不能通过适用最惠国待遇来援引第三方条约的适用范围条款来改变或推翻基础条约的适用范围条款。

关键词 国际投资仲裁 最惠国待遇条款 实体义务 国际投资协定

在目前世界各国的国际投资协定中,一般都会包含最惠国待遇条款,以确保为各国投资者创造公平竞争的法律环境,该条款设立之初本身是为了保护投资者实体权利。而此条款由于其特殊性和偏向于保护投资者,更加容易引发投资者与东道国之间的争端。仲裁庭在对待国际投资争端时对于最惠国待遇条款的解释方法和适用范围直接影响着投资者的利益,目前仲裁庭关于此问题的看法也并未达成一致。最先将最惠国待遇条款适用范围拓展至程序问题上的是 Maffezini v. Spain 案,在此案中,虽然双方签订的条约中并未约定将双方争端由国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁,但在最终的仲裁结果中,ICSID 仲裁庭通过对最惠国待遇定义的扩大解释,将最惠国待遇适用于争端解决程序。在另一个著名案例 Plama v. Bulgaria 案中,裁决结果则与 Maffezini 案完全相反。

<sup>\*</sup>本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆形担任项目课题组主持人。本文由西安交通大学法学院硕士研究生仇张奇编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、耿鹏鹏审核。

ICSID 仲裁庭并不认可 Plama 援引最惠国待遇条款将争议由 ICSID 仲裁。ICSID 在同一问题上不同的做法,引发了关于最惠国待遇条款适用范围的讨论,在此后的很长时间内,此案都引起了巨大的反响,关于最惠国待遇条款的解释方法和适用范围也一直都是投资者关注的重点。

本文就以"Mesa Power 诉加拿大案"为例,研究关于 MFN 条款的问题。Mesa 案的梳理有助于我们正确理解和对待如何规避因 MFN 条款产生的争议。本文首先介绍了案件背景、申请人和被申请人的主张以及仲裁庭的认定情况,之后就本案涉及的争议焦点进行分析,重点放在 MFN 条款的适用范围和解释方法上,并从更深层次剖析出了当下国际投资仲裁实践中关于最惠国待遇条款的理解与适用。同时,仲裁庭在本案中关于政府采购的解释方法和是否违反公平公正待遇的认定也值得研究。

# 一、"Mesa Power 诉加拿大"案概述

#### (一)案例背景

申请人 Mesa Power Group, LLC(以下简称 Mesa)是一家根据美国法律成立的有限责任公司,主要经营范围是可再生能源项目。安大略省电力局(OPA)是一家由安大略省全资拥有和控制的国有企业。安大略省政府于2009年启动了电力补贴计划(FIT计划)。根据安大略省法律和能源部的指示,OPA负责执行FIT计划,包括价格的设定和合同的管理。如果一家企业想加入FIT计划,申请人必须遵守外管局制定的关于FIT计划的所有规则。成功申请到FIT计划的公司将与OPA签订一份电力购买协议(PPA),该协议保证在20年期间以一个固定价格购买能源。

Mesa 根据 FIT 计划的要求提交了六份申请。Mesa 的所有项目都位于安大略省的布鲁斯地区,其中包括两份属于最早的申请,但最终 Mesa 所有项目均未能取得入选新能源政策补贴计划。在 2009 年 9 月 24 日,安大略省能源部长指示 OPA 出台规定,要求每个风力发电项目申请人必须达到 FIT 合同中纳入的本地投入水平的特定门槛。在 FIT 计划中,风力发电项目最初被要求达到至少 25% 的国内投入,而对于在 2012 年 1 月 1 日之后开始运营的电力项目,这一水平提高到 50%。

在2010年1月21日,两家韩国控股公司,三星物产公司和韩国电力公司,与安大略省总理和安大略省能源部长签署了一项70亿美元的绿色能源投资协议(以下简称GEIA)。GEIA允许三星在安大略省建立并运营风能和太阳能发电设备的生产设施。作为交换,韩国企业获得了在安大略省这些传输区的优先购买权。Mesa集团认为,当安大略省宣布FIT计划时,就已经做出承诺,将通过FIT计划承包出本省所有的电网传输,而安大略省与三星所达成的GEIA协议违背了这一承诺。Mesa还认为,与FIT计划相比,与韩国签订的GEIA协议对投资者的要求更少。

MESA 集团认为, FIT 项目武断的变更和不公平的设计和实施,以及加拿大政府的歧视性措施,最终导致它没有获得任何 FIT 合同。随后 Mesa 集团称加拿大违反了《北

美自由贸易协定》(NAFTA),对 Mesa 集团及其投资的待遇不如在同样情况下的其他投资者;未能按照国际法的待遇标准对待 Mesa 集团的投资。基于以上原因, Mesa 集团提出约 7500 万美元的赔偿请求。

#### (二) 当事方主张

#### 1. 申请方的主张

申请方 Mesa 指出,由于加拿大政府在 FIT 项目上的不公平待遇,导致 Mesa 无法加入此项目,对 Mesa 的利益造成了损害。因此, Mesa 向仲裁庭提出以下主张: (a)完全驳回加拿大的可受理性和管辖权异议; (b)认定加拿大违反了《北美自由贸易协定》第1102、1103、1104、1105 和 1106 条规定的义务; (c)对因违反《北美自由贸易协定》而造成的损失、精神损失和裁决前、裁决后利息的赔偿作出裁决,复利利率由仲裁庭确定; (d)对投资者在仲裁中为法律代理和援助而产生的费用、支出和开支,加上利息以及仲裁庭费用作出有利于投资者的裁决。①

#### 2. 被申请方的主张

被申请人认为仲裁庭对目前的争端没有管辖权,因为申请人没有遵守根据《北美自由贸易协定》第11章将争端提交仲裁的强制性先决条件。其次,即使仲裁庭认定对目前的争端有管辖权,申请人也未能证明加拿大违反了其北美自由贸易协定的义务。根据第1108条第(7)款(A)项和第1108条第(8)款(B)项,FIT项目构成了"政府采购"。因此,根据《北美自由贸易协定》第1102、1103或1106条,加拿大没有义务满足Mesa的要求。被申请人还指出申请人向FIT项目提出的申请均得到了公平和合理的评估。此外,FIT项目多年来一直在进行调整,以适应不断变化的市场条件和政策目标,因此不存在申请人所称的"明显的武断、不公平或不公正"。关于《全球投资协定》,被申请人认为,"政府订立投资协议,给予某一投资者某些优惠,以换取该投资者的某些投资承诺,并不存在明显的武断、严重不公正、恶劣或令人震惊的情况"。②

#### (三)仲裁庭的认定

综上,"Mesa Power 诉加拿大政府案"的主要争议焦点首先是加拿大政府与韩国三星签订合同的行为是否构成了政府采购,其次就是关于东道国一方是否违反了公平公正待遇。首先,仲裁庭强调,《北美自由贸易协定》第1108(7)(a)条和第1108(8)(b)条规定如下:"[7]第1102条、1103条和1107条不适用于:(a)当事方或国营企业的采购;[8]第1106条第(1)款(b)项的规定不适用于一方或国有企业的采购;而申请人提出,由于加拿大-捷克 FIPA 和斯洛伐克条约均不包含类似第1108(7)(a)条所述的采购豁免,Mesa可以依靠《北美自由贸易协定》第1103条中的MFN条款来避免实施这一豁免,该条款要求申请人得到不低于捷克或斯洛伐克投资者的优惠待遇。"

仲裁庭表示不能接受这一观点。为使基础条约中的 MFN 条款允许从第三方条约进

① The Mesa Power Group LLC (USA) v. Government of Canada, PCA 2012-17, 2016, Award, paras.211-212.

② Id, at paras.213-217.

口更有利的保护标准,必须首先确定基础条约中 MFN 条款的适用性。换句话说,投资方必须先在条约之下才能通过条约主张主权。因此,申请人必须首先确定适用北美自由贸易协定的 MFN 条款,然后依靠这一条款,它或许能够从第三方条约引用更有利的保护标准。因此,申请必须首先确定 MFN 条款,即《北美自由贸易协定》第 1103 条是适用的。由于第 1108(7)(a)条明确排除了第 1103 条在缔约方或国有企业采购的情况下的适用,申请人要确定适用《北美自由贸易协定》第 1103 条,就必须证明 FIT 计划不构成采购。基于下述理由,仲裁庭得出结论,加拿大政府的行为确实构成采购。因此,根据第 1108(7)(a)条,第 1103条所载 MFN 条款不适用。申请人也不能依靠这一条款来引用其他条约中更为有利的条款。因此, Mesa 的国民待遇和最惠国待遇要求(依据第 1102条和第 1103条)也被驳回。③

申请人认为,仲裁庭不受联邦贸易委员会说明的限制,可以考虑习惯国际法以外的 法律来源。仲裁庭很难赞同这种观点,如果北美自由贸易协定缔约方希望第 11 章的仲 裁庭按照条约解释的通常规则来解释第 1105 条,那么就不需要联邦贸易委员会的说明 了。北美自由贸易协定缔约方发布了《联邦贸易委员会说明》这一事实表明,北美自由 贸易协定缔约方希望第 11 章仲裁庭按照《联邦贸易委员会说明》本身规定的方式解释 第 1105 条。如果遵循申请人的论点,联邦贸易委员会的特别说明将是无用的,申请人还 声称,联邦贸易委员会的说明对仲裁庭没有约束力。在这方面,仲裁庭也不能接受这一 观点。北美自由贸易协定第1131条规定了适用法律,并明确规定了相反的内容:"委员 会对本协定一项规定的解释应对根据本节设立的仲裁庭具有约束力。"因此,根据《北 美自由贸易协定》第1131(2)条,自由贸易委员会根据《北美自由贸易协定》发布的 解释,如《联邦贸易委员会注释》,对所有仲裁庭具有约束力。④ Mesa 因此认为,它可以 依靠《北美自由贸易协定》第1103(1)条的最惠国待遇规定和从加拿大其他条约引进 自由贸易待遇条款,从而避免第1105条的限制。它指出,根据几项条约,加拿大向外国 投资者提供了更好的保护,并提出加拿大有权享受同样的保护。事实上,申请人的论点 是基于北美自由贸易协定第 1103 条。如上所述,第 1108 条第(7)款(a)项不包括第 1103条在采购中的适用。由于 FIT 项目构成采购,申请人不能依靠第 1103条从其他条 约中引入据称更有利的待遇标准。

仲裁庭认为,假设韩国方面这些福利能得到有效地给予,它们不会上升到违反第1105条的程度,记录中的事实也不符合第1105条的严格要求。申请人进一步提及韩国违反 GEIA 协议,并对政府选择不因这些违反协议而终止 GEIA 提出质疑。它声称,这一选择导致违反了第1105条。韩国可能没有在 GEIA 规定的期限内完成,而且该协议曾两次被修改在第一修正案中, EDA 被减少,以换取协议中规定的时间限制的延长,并消除了指定第二阶段连接点的时间。根据第二次修正案,韩国财团的优先输电能力从2500

③ *Id*, at paras.417-421.

④ Id, at para.478.

兆瓦减少到 1369 兆瓦。这些修正案将 EDA 的水平与创造工作岗位和制造工厂的继续运营联系起来。虽然 GEIA 的最初目标没有完全实现,但仍然保留了韩国的主要合同义务。正如申请人自己认识到的,一个政府不能因为不能满足其所陈述的每一个政策目标而受到指责,这一认识在第 1105 条评估的背景下尤其合适。在这种情况下,Mesa 声称政府未能终止 GEIA 是"非常不公平"或"不公平"的说法并不合理。因此,仲裁庭对于申请人的此项观点也不予认可。

#### (四)案件后续

加拿大政府作为被申请人最终取得了胜诉。但仲裁结束后,申请人继续在美国本土 法院申请撤销仲裁庭所做出的裁决。申请人认为根据《联邦仲裁法》、《美国法典》,本 案中仲裁员的权力已经超过了法律所赋予的权力,应当撤销裁决。仲裁庭对第 1108 条 中"采购"一词的解释与《北美自由贸易协定》的规定并不相符,而且并没有公平公正 地对待申请人,过度扩大了安大略省在执行其可再生能源政策时的政府决策裁量权。因 此申请人请求撤销这一裁决。随后哥伦比亚特区法院对申请人的观点进行了审查。最 终美国联邦法院认定其不具有审查仲裁裁决实质内容的权力,驳回了申请人提出的撤销 仲裁裁决的请求,并批准加拿大的反请求执行仲裁裁决。

# 二、案例评析

本案的核心争议点主要有两个:第一是加拿大政府与韩国三星签订合同的行为是 否构成了政府采购行为?第二是加拿大作为东道国的行为是否违反了公平公正待遇?

关于"采购"的定义,本案的仲裁庭充分考虑了申请人提出的主要论点:即在NAFTA第10章中的"采购"一词应在第11章中进行类比解释,第10章第1001(5)(a)条规定:"采购不包括政府向人们提供的商品和服务。"申请人认为这一定义应当延伸到第1108条,由此排除安大略省向电网供应可再生能源的合同。《NAFTA》第1108条规定:"第1102条、第1103条和第1107条不适用于:(a)一方或国家企业的采购,以及第1106条第(1)(b)项……不适用于一方或国有企业的采购。"在仲裁中,申请人认为,由于仲裁所涉及的项目是个人消费者通过电网购买电力,因此,FIT和GEIA都不涉及国有企业的采购。然而,仲裁庭不同意此观点,并表示由于政府与发电商签订了向电网供应电力的合同,这就构成了政府采购,即使最终消费者是从电网购买电力的个人。

仲裁庭将 NAFTA 第 1108 条的案文与其他国际贸易协定中"采购"一词的定义作了比较,确认第 1108 条的上下文清楚地表明,"采购"指的是国家的采购,无论第 1108 条第(7)或(8)条的文本是否包含这一具体语言,加拿大政府的行为都属于采购。

关于公平公正待遇的解释,是本案中值得关注的重点。NAFTA 在 2001 年时作出了特别说明,将第 1105 条限于在国际习惯法之中,不得援引一般法律原则和司法判例及学说等,并且指出违反 NAFTA 的某些其他规定,或违反某些其他国际协定的规定,不一定构成违反第 1105 条。但是如何解释"公平"和"公正",没有明确具体的解释方法。有

的学者认为公平公正待遇可以解释为正当程序或者合法期待,这一方法更倾向于扩大解释,因此更加有利于保护投资者。目前仲裁庭也往往对公平公正进行扩大解释。本案裁决书中指出仲裁庭表明:"未尊重投资者的合法期待本身并不构成对第 1105 条的违反,只是在评估其他内容是否构成对该条的违反时,可以将它作为考虑因素。"

仲裁庭同时对第 1105 条的内容作了一定列举式说明,即任意性、严重不公平、歧视、在行政过程中完全缺乏透明度和公正、缺乏正当程序、司法不公正、司法程序中自然正义的明显失败,构成第 1105 条的一部分。可见,本案中,仲裁庭更倾向于平衡各方利益,而不是单纯从保护投资者出发。将公平公正待遇限缩在符合国际习惯法的东道国正当程序之中,以更好实现投资者利益与东道国实施国内管制措施(如环境管制措施)的平衡。

同时在本案例中可以看出,例如美国,由于保留清单中不包括最惠国和公平公正待遇规定,因此各个国家在实施可再生能源政策方面可能面临仲裁的挑战。而且仲裁的发生可能不是由于 FIT 项目本身,而是由于在实施 FIT 计划的过程中存在间接原因所导致。例如为刺激可再生能源领域的投资,政府在关税和其他利益方面作出长期承诺、政策的改变都有可能导致国际投资仲裁。各个国家在政策实施过程中必须加强环境治理,保证透明度和非歧视性的必要性,以最大程度地减少根据自由贸易协定受到仲裁质疑的可能性。

在本案中,仲裁庭对于 MFN 条款的解释方法也值得关注。IIA 一般都在定义、范围、尾部等条款中规定了其对人(投资者)、对物(投资)、对事(例如投资活动或政府措施等)、地域、时间等适用范围条款。⑤但是当投资者意识到东道国与其他国家签订的条约更有利于自己时,便会主张援引第三方条约来改变原始条约的适用范围,或者影响权利义务。因此有必要明确 MFN 条款的适用范围和解释方法。Maffezini 诉西班牙案⑥是MFN 条款迈向多边化的开始,在该案中,仲裁庭首次允许申请人援用 MFN 条款引入第三方条约中对自己更为有利的 ISDS 条款。阿根廷投资者 Maffezini 在西班牙投资建厂,与当地政府发生争议。阿根廷与西班牙 BIT 中要求投资者将其与东道国的争端提交仲裁之前有 18 个月的等待期,而西班牙与智利 BIT 却只要 6 个月。同时双方签订的 BIT中也有 MFN 条款,因此仲裁庭认为虽然基础条约中并没有明确最惠国待遇条款适用于争端解决事项,但争端解决安排和投资者的保护密切相关,如果第三方条约中包含着比基础条约更有利于保护投资者权利和利益的争端解决条款,将该优惠通过最惠国待遇条款扩展到基础条约是完全符合同类原则的。⑦

在本案中,仲裁庭明确最惠国待遇条款必须符合基础条约自身规定的适用范围,基

Supra note 1, at 58-66; Ulrike Moschtaghi, The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Law, University Hamburg, 1 August 2018, pp.89-98, https://ediss.sub.uni — hamburg.de/volltexte/2018/9277/pdf/Dissertation.pdf, last visited Nov.5, 2022.

Wemilio agustín maffezini v. the Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/97/7, decision of the tribunal on objections to jurisdiction, Jan.25, 2000, paras.38–81.

② 郭桂环:《论 BIT 中最惠国待遇条款的解释》,载《河北法学》2013 年第 6 期,第 159-164 页。

础条约保留和例外条款已经将缔约方或其国有企业的"采购"排除在最惠国待遇适用范围之外,因此不能援引最惠国待遇改变这种排除。<sup>®</sup>

# 三、最惠国待遇适用于国际投资协定实体与程序条款问题的解决

国际贸易和经济全球化的发展与深化对于国家经济发展有着深远的意义,因此如何保护本国利益的同时也为各国投资者提供公平公正待遇以及合理期待是未来吸引国际投资的重点工作。最惠国待遇已经涉及了国际投资的各个领域,但是主要仍然是涉及投资者以及其投资的实体性权利,对于程序性权利并未有明确的涉及。MFN条款的具体适用问题值得东道国和投资者明确界定,例如本案中的FIT项目,政府出台政策设定一定的投资奖励,但是也会强制要求投资者向东道国当地供应商购买一定比例的原料才能获得政策优惠等。但是当FIT项目出现修改或取消的情形时,任何影响价格或持续时间的改变可能被投资者视为违反了FET标准,投资者也会据此提起仲裁。本案就将这一矛盾和冲突的存在展现了出来,申请人在发现韩国三星集团可以获得更多优待后便据此提出了仲裁。

2011年5月24日,国际投资争端解决中心秘书处对马来西亚伊佳兰公司诉我国的仲裁请求予以登记(以下简称伊佳兰案),我国政府首次在ICSID成为被告。尽管该案经争议双方同意已于2011年7月22日中止进行,但却给了我国一个警示,即投资者可能会利用最惠国待遇条款引入第三方条约中的争端解决条款向ICSID提起仲裁申请。目前中国签署的所有与投资相关的条约中均包含最惠国待遇条款,但大多规定较为笼统和宽泛,只有少数条约对最惠国待遇条款的适用范围作出具体化规定。<sup>⑤</sup>在MFN条款解释方法和适用范围并未形成统一且明确的标准时,同时考虑到目前中国在国际投资市场上日益活跃,中国未来也很有可能会遇到更多的涉及MFN条款的仲裁案件。对此,中国可以从以下几个方面理解MFN条款的适用与解释。

#### 1 坚持文本解释

《条约法公约》第 31 条第 1 款明确规定,条约的文本解释是条约解释的首要规则。对于 MFN 条款的解释,必然也是要基于条约本身。在 Ansung Housing Co., Ltd. v. PRC 案中,韩国提出要求将中韩 BIT 第三条中的 MFN 待遇延伸到程序问题上,即诉讼时效同样适用于 MFN 条款。⑩ 而在条约中有明确规定 "MFN 条款的适用范围并不包含诉讼时效",因此仲裁庭直接基于此拒绝了韩国的请求,也没有必要研究过往的仲裁决定。基于 Ansung Housing 案的经验,BIT 中关于 MFN 条款的说明和具体用词均很关键,不能过于简单,也不能过于笼统,例如不能出现"涉及投资者所有利益"或"投资所涉及的所

⑧ 王彦志:《从程序到实体:国际投资协定最惠国待遇适用范围的新争议》,载《清华法学》2020年第5期,第182-207页。

⑨ 闫旭:《晚近国际投资协定中最惠国待遇条款"优惠"程度及限制问题研究》,载《新经济》2021年第2期,第42-46页。

Marsung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China, ICSID Case No.ARB/14/25, Award, 9 March 2017, paras.51–55.

有事项"等措辞。同时,为了避免不必要的争端和投资者过度期待,也可以在条约文本中明确列出例外事项,按照条约法的文本解释规则,也可以避免产生争议。

中国也可以在未来签订的投资协定中明确约定最惠国待遇不能适用于争端解决程序。当相关国家没有表明最惠国待遇条款可以适合于争端解决程序时,投资仲裁庭等国际司法机构则不具备管辖权,故相关国家通过国际司法机关解决相关争端的"同意"至关重要。①以往的国际投资协定的立法方式多为概括性的,例如在《西班牙-阿根廷双边投资协定》中,其第4条第二款规定道:"缔约一方给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动的待遇,不应低于其给予任何第三国投资者的投资及与投资有关活动的待遇。"正是由于这种对最惠国待遇条款适用范围的概括性立法,才使得国际投资仲裁庭通过条约的解释规则,进而可以得出不同的结论。因此,我国在对外缔结国际投资协定的时候,应当明确肯定最惠国待遇条款对国际投资仲裁程序的适用,避免一些国家为了维护自己的利益,而采取左右摇摆的态度,从而最大程度保护我国对外投资者的利益。

#### 2. 遵循善意解释的原则

善意解释的本意并非是单纯地偏向某一方,而是指在进行条约解释的时候不能偏离了缔约双方的本质意思。国际投资协定通常都是涉及多方利益,经过长期的协商,在达成了一定共识的情况下签订的。因此在对其中的条款解释时也应当充分考虑缔约方的真实意图,不无故增加或减免双方的权利义务。MFN条款的本质是追求不同国家的投资者在某国内享有公平竞争的机会。仲裁庭在进行解释的时候应当避免违背上下文解释,同时尊重当事人意愿。否则很容易造成投资者根据其他协定提起大量诉讼,而东道国也无法正确对待各国投资者。

#### 3. 合理设置例外条款

最惠国待遇条款的适用受制于例外条款,我们完全可以在双边投资条约中合理设置 例外条款以限制最惠国待遇条款的适用,这些例外包括最惠国待遇条款本身的例外和整 个双边投资条约的例外。对于最惠国待遇条款而言,可以明确将争端解决事项排除在外, 也可以明确规定该条款的具体适用范围,从而间接将争端解决事项排除在外。

至于双边投资条约的整体例外,我国以往签订的双边投资条约基本没有涉及。特别是在与德国、荷兰等发达国家签订的双边投资条约中,在全面同意 ICSID 仲裁庭管辖权这一前提条件下,仍然没有明确规定合理的例外。目前,美国、加拿大现行双边投资条约示范文本规定了一系列重要例外事项,包括一些发展中国家,比如印度,也开始高度重视双边投资条约的例外规定,例如"重大的安全例外"、"一般例外"等例外事项。在没有附加任何例外的前提下全盘接受 ICSID 仲裁庭的管辖权,容易重蹈阿根廷的覆辙,这不得不引起我们的足够注意。

① 朱明新:《最惠国待遇条款适用投资争端解决程序的表象与实质——基于条约解释的视角》,载《法商研究》2015 年第3期,第171-183页。

# 四、结语

"Mesa Power 诉加拿大案"显示出东道国在处理各个国家投资者关系时的困难,由于不同投资者之间的利益难以协调,而且在很多投资领域需要进行政策或者方案的变更,很容易引发争端。MFN 条款是否能适用于实体义务及其适用的程序正义,产生这些问题的本质都是投资者与东道国之间的利益博弈,在适用范围上的非一致性会进一步加强投资者的顾虑,也会让东道国难以放开投资空间。当下,各方对于 MFN 条款的基本含义和相互性等基本特征并无争议,而在适用范围和解释方法上仍存在着分歧,在未来的国际投资协定中,我们应当更加重视关于 MFN 条款的理解和适用,更好地把握和理解投资协定中的准确含义。

**Abstract:** In the practice of international investment arbitration, the main function of the Most-Favoured-Nation (MFN) clause is to ensure that the contracting parties treat investors and their investments of the other contracting party to the International Investment Agreement (IIA) no less than those of the third parties and their investments, and that the investors of the contracting parties and their investments are not discriminated against. In the event of disputes, some arbitration tribunals often tend to interpret MFN provisions in a broad way so as to protect foreign investment. This method of interpretation causes the host country to undertake obligations unexpectedly, and it also makes it difficult for investors to make reasonable expectations on their own rights and interests. In the Mesa Power v. Canada case, Mesa Group alleged that it had not been treated in the same way as South Korean investors in Canadian energy investment projects and sought compensation of US \$75 million from Canada. Finally, the tribunal found that the MFN clause must be in line with the scope of application of the provisions of the basic treaty itself, and that the reservations and exception clauses of the basic treaty had excluded the "procurement" of the contracting parties or their state-owned enterprises from the scope of application of MFN treatment, therefore, MFN cannot be invoked to change this exclusion. To a certain extent, the case shows the current mainstream choice of tribunal on this issue, that is, most-favoured-nation treatment cannot be used to invoke the more favorable scope of application provisions of third-party treaties. The scope of application clause of the basic treaty cannot be changed or overturned by invoking the scope of application clause of the third-party treaty through the most-favoured-nation treatment.

**Keywords:** international investment arbitration; most favored nation treatment; substantive obligation; international investment agreement

(责任编辑: 韦 洁)

# 评 Crystallex 国际公司诉委内瑞拉玻利瓦尔 共和国仲裁案

中国贸促会法律部编 本篇作者郑宗耀\*

内容提要 Crystallex International Corporation (以下简称 "Crystallex 公司"或"申请人")诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案是国际投资仲裁领域内有关间接征收的典型案例。该案仲裁庭认定东道国委内瑞拉玻利瓦尔共和国政府(以下简称"委内瑞拉"或"被申请人")采取的系列措施违背了《加拿大-委内瑞拉双边投资条约》第7条第1款项下的征收条款,由此进一步对国际投资法领域中关于合法征收所必须满足的四个条件,即征收必须出于公共利益、按照正当法律程序、以非歧视的方式进行、且给予及时、充分和有效赔偿,进行了确认。仲裁庭在公平公正待遇标准、间接征收认定等问题上所持的观点对国际投资领域其他条约的实践和其他相关仲裁给予了启示。本文对 Crystallex 公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国仲裁案的事实背景、争议焦点、裁判过程及裁判结果进行了梳理,并作简要分析。

关键词 国际投资仲裁 公平公正待遇 间接征收 合理期待 充分赔偿

Crystallex 公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案是国际投资仲裁领域内有关间接征收的典型案例,Crystallex 公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案着重审视了部分发展中国家政策缺乏一致性及透明性的问题,对投资者的合理预期进行了强调和保护,并进一步确认了合理征收的判断标准,讨论了国际投资领域中的公平公正待遇问题。2019年2月14日,哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院对该案涉及的12亿美元投资仲裁裁决予以确认,针对该判决,败诉方委内瑞拉提出上诉,对此,美国联邦第三巡回上诉法院决定维持原判,于2019年7月29日驳回上诉。今天,当我们再次审视该案,可以看到国际投资仲裁中投资者与东道国政府利益之间的平衡与妥协,有助于我们理解当前推进中的国际投资仲裁争端解决机制的优势和症结所在。本文对Crystallex公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案进行了简要的概括,并梳理案件核心争议焦点,最后就本案对未来其他国际投资仲裁实践及条约实践产生的影响作简要分析。

<sup>\*</sup>本文系中国贸促会法律部《投资仲裁案例分析汇编》项目的部分研究成果。中国贸促会法律部部长刘超担任项目负责人。国家高端智库武汉大学国际法研究所教授、博士生导师漆形担任项目课题组主持人。本文由北京市中伦(上海)律师事务所实习律师郑宗耀编写,中国贸促会法律部舒寰、陈怀生、中国贸促会商法中心周全审核。

# 一、案件概要

## (一)投资事实

申请人 Crystallex 公司是根据加拿大法律注册成立的公司。根据委内瑞拉能源与委内瑞拉矿业部("委内瑞拉矿业部")和委内瑞拉瓜亚那公司(Corporación Venezolana de Guayana,以下简称 CVG)于 2002 年 5 月 16 日签署的一项行政协议,委内瑞拉矿业部授权 CVG 勘探、开采和出售在玻尔瓦州 Sifontes 市瓜亚那地区名为 Las Cristinas 的金矿。据说 Las Cristinas 拥有世界上最大的未开发金矿之一,它被划分为 Cristina 4、Cristina 5、Cristina 6 和 Cristina 7等四个特许矿床。委内瑞拉矿业部还授权 CVG 在预先通知委内瑞拉矿业部后,与第三方签订合同进行矿产的勘探、开采和出售。①

2002年9月2日, CVG董事会批准了其与 Crystallex 公司的矿山运营合同。2002年9月17日, Crystallex 公司和 CVG 缔结了矿山运营合同,合同阐明了双方开发和经营 Las Cristinas 金矿的权利义务,因此, Crystallex 公司也获得了开发该金矿的权利。②而 CVG 承担了确保项目的开发可以获得所需取得的许可的义务。③矿山运营合同的初始合同期限为 20年,合同到期可以延长两次,每次 10年,最长合同期限为 40年。④

要实现对 Las Cristinas 金矿的开发,Crystallex 公司需要从委内瑞拉的各部门获得相应授权和许可,特别是委内瑞拉环境部要求的"影响自然资源授权"(Authorization to Affect Natural Resources)。为获得该授权,Crystallex 公司需采取一系列必要举措,包括:获得委内瑞拉环境部颁发的土地使用许可证;向 CVG 及委内瑞拉矿产部提交可行性研究报告,以及向 CVG 提交环评报告并由委内瑞拉环境部批准。Crystallex 公司还必须支付建设合规保证金以及一些环境税。⑤

1993 年 4 月 26 日,CVG 从委内瑞拉环境部获得了土地使用许可证,后来该土地使用许可证又被批准延长了三次。<sup>⑥</sup> Crystallex 公司于 2003 年 9 月 10 日向 CVG 提交了可行性研究报告,随后又提交了一些补充说明。2004 年 3 月 8 日,CVG 批准了该项目的可行性研究报告,并分别于 2004 年 3 月 8 日和 2004 年 4 月 15 日将该报告递送至委内瑞拉环境部和矿业部申请核准。<sup>⑦</sup>

在与 Crystallex 公司和 CVG 交流后,委内瑞拉矿业部于 2006 年 3 月 6 日批准了可行性研究报告。与此同时,2004 年至 2007 年间,委内瑞拉环境部要求 Crystallex 公

① Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB(AF)/11/2, ICSID, Award, 2016, paras.15-16.

② Id, at para.18.

③ *Id*, at para.19.

④ Id, at para.20.

⑤ *Id*, at para.21.

⑥ *Id*, at para.22.

<sup>7</sup> Id, at paras.25-28, 34.

司和 CVG 进一步对环评报告进行说明。<sup>®</sup> 2007 年 5 月 16 日,委内瑞拉环境部要求 Crystallex 公司支付一笔保证金,以保证执行该项目环评报告等文件中的措施。同年 5 月 18 日, Crystallex 公司支付了保证金并缴纳了环境税。<sup>®</sup>

### (二)被诉行为

2008年4月14日,委内瑞拉环境部以对环境和伊马塔卡热带雨林保护区原住民的 关切为由通知 CVG 其申请的矿产开发等许可证被拒绝。<sup>⑩</sup> 随后, Crystallex 公司申请委 内瑞拉环境部重新考虑上述决定,但未获成功。2008年8月4日, Crystallex 公司向委 内瑞拉环境部提交了另一份关于尽量减少该项目对环境影响的报告。<sup>⑪</sup>

2008年9月19日,委内瑞拉玻利瓦尔共和国查韦斯总统在一次公开讲话中指出要"收回瓜亚那的大型矿场,其中包括一个世界上最大的金矿"。2008年11月5日,委内瑞拉矿业部长表示打算将 Las Cristinas 收归国有化。<sup>②</sup>

2008年11月24日, Crystallex 公司向委内瑞拉矿业部通报了根据《加拿大-委内瑞拉促进和保护投资协定》(以下简称《加拿大-委内瑞拉 BIT》)产生的争端。<sup>③</sup>

2009年1月13日,查韦斯总统公开宣布,委内瑞拉政府接管了 Las Cristinas 金矿的 开采和控制权,并且已为开发 Las Cristinas 金矿项目设立了一家俄罗斯 - 委内瑞拉合资公司。2009年2月,Crystallex 公司要求 CVG 说明矿山运营合同的地位,而 CVG 向其保证矿山运营合同的有效性,并表示其目前正在积极获得项目开发所需的许可。<sup>(1)</sup>

2010年,查韦斯总统就 Las Cristinas 金矿国有化问题进一步发表了声明,之后, CVG于 2011年2月3日以时机、便利性以及关于矿产运作活动停止了一年以上为由,通知 Crystallex 公司其将撤销矿山运营合同,而 Las Cristinas 金矿于 2011年3月31日被正式移交委内瑞拉当局。<sup>⑤</sup>

#### (三)程序时间轴

- 2011 年 2 月 16 日, Crystallex 公司向 ICSID 秘书处提交了一份针对委内瑞拉的仲裁请求。
- 2011 年 3 月 9 日, ICSID 秘书处登记有关要求。
- 2011 年 10 月 5 日, 由 John Y. Gotanda 教 授、Florentino Feliciano 法 官 和 Laurent Levy 博士组成最初的仲裁庭。
- 2012年2月10日,申请人就案件实质诉求提交了一份摘要,而被申请人于2012年4月2日提出分步仲裁请求,要求仲裁庭先审查管辖权异议。

<sup>®</sup> *Id*, at paras.35-37.

<sup>(9)</sup> *Id*, at paras.38-41.

<sup>10</sup> Id, at para.44.

① *Id*, at para.48.

① Id, at paras.49-51.

<sup>(13)</sup> *Id*, at para.53.

<sup>(14)</sup> *Id*, at paras.54-55.

<sup>(15)</sup> *Id*, at para.63.

- 2012年5月23日,仲裁庭驳回了分步仲裁的请求。
- 2012年11月21日,被申请人提交了关于仲裁庭管辖权和案情实质诉请的答辩状; 2013年5月9日,申请人提交针对了该答辩状的回复。
- 2013年9月18日,被申请人又针对申请人关于管辖权和案情的辩驳提交了答辩状。
- 2013年11月,在华盛顿特区举行了关于管辖权和案情实质诉请的听证会。
- 2013年11月18日,被申请人提出取消Florentino Feliciano 仲裁员资格的建议,案件审理于2013年11月19日暂停,Feliciano 仲裁员于2013年12月5日提出辞职。
- 2013 年 12 月 15 日,被申请人任命 Laurence Boissonde Chazournes 教授为仲裁员, Laurence 教授于 2013 年 12 月 19 日接受任命。
- 2014年2月16日至19日在华盛顿特区继续举行关于管辖权和案情实质的听证会。
- 仲裁庭请当事各方提交进一步的文件,附上有关证据和专家报告,并回答仲裁庭就数额提出的一系列问题。
- 2016年4月4日,仲裁庭最终在美国华盛顿做出有利于投资人 Crystallex 公司的裁决。
- 2017年3月25日,美国哥伦比亚特区法院批准了 Crystallex 公司的请求,确认了 ICSID 仲裁裁决的效力,并驳回了委内瑞拉政府撤销裁决的交叉诉讼请求。
- 2017年11月24日, Crystallex 公司和委内瑞拉政府达成和解,但和解协议中包括 其要支付的最终赔偿金在内的部分内容尚未对外公开。
- 2019年2月14日,哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院对该案涉及的12亿美元投资仲裁裁决予以确认,针对该判决,败诉方委内瑞拉提出上诉。
- 2019年7月29日,美国联邦第三巡回上诉法院决定维持原判,驳回上诉。

#### (四)仲裁请求

- 1. 仲裁申请人的仲裁请求
- (1)请求裁定委内瑞拉违反了《加拿大-委内瑞拉 BIT》第7条第1款,非法征收了申请人在委内瑞拉的投资;
- (2)请求裁定委内瑞拉违反了《加拿大-委内瑞拉BIT》第2条第2款,未能给予申请人在委内瑞拉的投资以公平公正待遇以及充分的保护和安全;
- (3)要求委内瑞拉因违反《加拿大-委内瑞拉 BIT》向申请人赔偿 31.6 亿美元,或仲裁庭认定的由于(1)和(2)项所造成的其他损失款项;
- (4)要求委内瑞拉支付从评估日起至2014年9月12日的预付利息1,034,174,685 美元,或由仲裁庭认定将确保实现全额补偿的其他金额,以及按照商业上合理的8%年利 率计算到仲裁庭裁决的日期为止的利息,每半年复利一次,或按照仲裁庭确定的其他价 格和复利期限,以确保充分赔偿;
  - (5)要求委内瑞拉赔偿仲裁庭裁定的其他适当救济;
  - (6)要求委内瑞拉支付本仲裁的所有费用支出,包括申请人的法律和专家费用,仲

裁庭任命的专家费用支出、仲裁庭费用支出以及 ICSID 的额外设施费用。<sup>⑥</sup>

- 2. 被申请人的主张
- (1) 仲裁庭无权受理 Crystallex 公司根据《加拿大 委内瑞拉 BIT》第 12 条提出的关于矿山经营合同的主张;
- (2)仲裁庭如对 Crystallex 公司的任何部分或全部请求具有管辖权,则出于上述所有原因以及委内瑞拉的主张,应完全驳回申请人的请求,包括其损害赔偿请求;
  - (3)仲裁庭应裁定委内瑞拉应就与抗辩有关的所有费用和支出获得赔偿。即

#### (五)仲裁庭结论

出于该裁决所述的理由,仲裁庭认定:

- (1) 仲裁庭对涉及申请人和被申请人的全部争议具有管辖权;
- (2)裁定委内瑞拉违反了《加拿大-委内瑞拉BIT》第2条第2款,未能给予申请 人在委内瑞拉投资以公平公正待遇;
- (3) 裁定委内瑞拉违反了《加拿大-委内瑞拉 BIT》第7条第1款,非法征收申请人在委内瑞拉的投资;
- (4) 裁定被申请人违反了《加拿大-委内瑞拉BIT》,故其应向申请人支付12.02亿美元的赔偿金,以及相应的利息;
- (5)双方最终应承担各自预支的仲裁费用,因此双方之间不需要为此支付其他任何 费用;
  - (6) 驳回所有其他的救济或仲裁请求。<sup>®</sup>

# 二、主要法律争议

#### (一)仲裁庭对本案矿山经营合同撤销事项的管辖权

1. 被申请人的主张

首先,被申请人指出,拒绝颁发许可证和撤销矿山经营合同是两个不同的争端。仲裁庭对于矿山经营合同索赔没有管辖权,因为申请人未能满足《加拿大-委内瑞拉 BIT》第十二条第二款<sup>®</sup>的"通知和友好解决"要求。<sup>®</sup>

其次,被申请人辩称,申请人关于撤销矿山经营合同的主张是合同主张,在《加拿大-委内瑞拉 BIT》中没有"保护伞条款"的情况下,不能交由国际投资仲裁庭裁决。

<sup>(16)</sup> Id, at para.184.

① Id, at para.185.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Id, at para.961.

<sup>(</sup>B) Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments, E101531-CTS 1998 No. 20, Article 12 (2): If a dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date on which it was initiated, it may be submitted by the investor to arbitration in accordance with paragraph (4).

<sup>20</sup> Supra note 1, at para.428(a).

此外,被申请人还辩称,在矿山经营合同第19条中有一个排他性的争端解决机制,该机制排除了投资条约仲裁庭的管辖权。<sup>②</sup>

## 2. 申请人的主张

申请人提出,它遵守了通知和友好解决争端的要求,因为 2008 年 11 月 24 日发出的有关争端的通知不仅涉及拒发许可证的问题,而且还涉及撤销矿山经营合同的问题,而这无疑是现有争端的扩大和延伸。针对合同管辖权的异议,申请人辩称,其申请不是合同性质的,而是基于《加拿大-委内瑞拉 BIT》,而且由于条约索赔不同于合同索赔,矿山经营合同第 19 条不能剥夺投资争端仲裁庭的管辖权。②

#### 3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭分别从以下几个方面对矿山经营合同撤销事项的管辖权进行论述:

#### (1)是否属于同一争端。

仲裁庭回顾称,其管辖权源自《加拿大-委内瑞拉BIT》第12条,该条规定了一个多层面的连续性争端解决机制,包括提交争端通知、六个月的友好解决期,然后是将未解决争端提交仲裁的权利。<sup>②</sup>

为了确定撤销矿山经营合同是 2008 年 11 月所提交争议的延续,并确认是否要计算新的通知和争议的友好解决期,仲裁庭询问了有关争议的分歧是否涉及同一"标的物"。<sup>②</sup> 仲裁庭援引 CMS 诉阿根廷案 <sup>③</sup>、Teinver 诉阿根廷案 <sup>③</sup>和 Swisslion 诉马其顿案 <sup>②</sup>,认为"毫无疑问"地说,仲裁中的两个主要分歧领域涉及同一争端(即拒发许可证和撤销矿山经营合同),并具有同样的争议事项。仲裁庭认为,在矿山经营合同终止时,争端只是扩大并增加了一系列事实,而并非产生新争端。<sup>③</sup>

仲裁庭指出,采纳被申请人的立场将允许一国有权继续采取新的措施,以期引发新的通知和友好解决期要求,这将引起"补充程序问题"。如果不合并争议,则不可能是《加拿大-委内瑞拉 BIT》中的通知和友好解决要求所合理包含的意图。<sup>③</sup>

#### (2) 索赔是否是合同性质的。

关于矿山经营合同是否是合同性质的,被申请人认为, CVG 是作为 Crystallex 公司的合同相对人行使的,而不是根据其作为委内瑞拉国家工具的主权要求而授权行使的。第 19 条是有利于委内瑞拉法院的专属法院选择条款,其效果剥夺了仲裁庭对申请人合

② Supra note 1, at para.428(b).

② Supra note 1, at para.429.

② Supra note 1, at paras.445-446.

② Supra note 1, at para.450.

<sup>(20)</sup> CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ARB/01/8, ICSID, Decision on Jurisdiction, 2003, para.101.

<sup>&</sup>lt;sup>®</sup> Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. ν. The Argentine Republic, ARB/09/1, ICSID, Decision on Jurisdiction, 2012, paras.122-123.

Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, ARB/09/16, ICSID, Award, 2012, para.138.

<sup>28</sup> Supra note 1, at para.454.

<sup>29</sup> Supra note 1, at para.456.

## 同索赔的管辖权。30

对此,申请人提出,仅仅因为条约索赔涉及一项合同,并不意味着"基于合同的索赔与基于条约的索赔之间的分析性区别不存在"。委内瑞拉通过一系列主权行为征收申请人的投资,违反《加拿大-委内瑞拉 BIT》。申请人还反驳了被申请人提出的,根据《加拿大-委内瑞拉 BIT》》第19条,申请人放弃了向投资仲裁庭提出索赔的权利的论点,同时指出申请人的请求是基于其投资被破坏,而非关乎矿山经营合同的执行。③

仲裁庭回顾,双边或多边投资条约下的投资争端可能会涉及双方间合同关系等一系列事实,但这并不意味着仲裁庭面临的是合同索赔而非条约索赔。<sup>®</sup>

仲裁庭没有发现任何迹象表明合同索赔被伪装成被申请人所称的条约索赔,并认定申请人没有指控被申请人违反了矿山经营合同的规定。仲裁庭坚持合同违约和条约违约之间的区别,对此,矿山经营合同第19条等专属管辖权条款不得用来剥夺国际仲裁庭的管辖权。仲裁庭援引 Aguasdel Tunari 诉玻利维亚案中有关双方共同意图的论证,®驳回了所谓申请人已经弃权的论点,因为没有任何证据表明双方有意放弃《加拿大-委内瑞拉 BIT》第19条明确规定的权利。<sup>®</sup>

仲裁庭最终裁定其对包括遭撤销的矿山经营合同在内的所有条约争议都具有管辖权。

## (二) Crystallex 公司是否享受到公平公正待遇

### 1. 申请人的主张

#### (1) 合理的期待

申请人主张,其合理期待产生于三个时间点。首先,在进行初步投资时,申请人希望被申请人在对待其投资时能符合"经济合理""合理性"和"比例性"。此外,申请人认为,如果履行合同和监管义务,它将享有开采 Las Critinas 的专有权,而根据委内瑞拉法律框架签发许可证的程序将只是一个技术程序。<sup>⑤</sup>

申请人主张,2007年5月16日,在收到环境部批准申请人环境影响报告并表示其支付必要保证金将"颁发"许可证的信件之后,其产生了许可证会被迅速颁布的合理期待。<sup>®</sup>

2008年7月,在撤销矿山经营合同和政府接管 Las Cristinas 期间,申请人坚持认为 其仍有合理的期待并相信被申请人将采取一致、透明和善意的行动来裁定其对于拒绝颁 发许可证的上诉,而其调整后的提案也已提交委内瑞拉环境部。此外,委内瑞拉政府高

<sup>30</sup> Supra note 1, at para.462.

③1) Supra note 1, at paras.467-470.

<sup>32</sup> Supra note 1, at paras.473-474.

<sup>38</sup> Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ARB/02/3, ICSID, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 2005, para 119

<sup>34</sup> Supra note 1, at paras.476-482.

<sup>35</sup> Supra note 1, at para.549(a).

<sup>36</sup> Supra note 1, at para.549(b).

级官员的代表助长了 Crystallex 公司认为其会被批准开发 Las Cristinas 项目的期待。③

## (2)任意性,缺乏透明度与一致性

本案中,申请人主张,委内瑞拉 2008 年 4 月拒绝发放许可证的决定缺乏一致性或透明度,因为该决定没有解释之前的信件核准了环境影响报告的原因,也没有任何的技术性分析基础,并且无法与政府官员的说辞相一致。申请人称,2008 年 4 月至 2011 年 2 月期间, Crystallex 公司遭受了国家行为不一致的巨大变化, Crystallex 公司既得到保证,允许其开发 Las Cristinas,而总统又公开宣布将收回 Las Cristinas。

申请人称,委内瑞拉的行为也表明,该国的行动没有连贯性,各政府机构和部门之间在该项目缺乏协调,且委内瑞拉在与 Crystallex 公司的交易及投资中未能遵守正当程序。特别是拒发许可证的信函缺乏任何佐证证据, Crystallex 公司无法有效质疑拒发许可证信函的实质内容。此外,在许可证被拒绝后,委内瑞拉没有听取 Crystallex 公司的行政复议,也没有允许 Crystallex 公司对矿山经营合同终止提出行政诉讼,故其被剥夺了正当法律程序。

申请人称,环境部没有认真和连贯地审查 Crystallex 公司的建议。委内瑞拉突然明确表示,其不希望与加拿大伙伴开发 Las Cristinas,而是希望与其偏爱的贸易伙伴或"姐妹国家"共同开发。<sup>38</sup>

#### 2. 被申请人的主张

## (1) 合理的期待

委内瑞拉从未做出具体承诺或承诺提供许可,或者就 CVG 而言,从未承诺不行使其撤销合同的权利。此外,委内瑞拉没有任何官员保证 Crystallex 公司已申请并获得了进行该项目所需的所有许可,委内瑞拉当局及时表达了对该项目环境、社会影响的关注。

首先,被申请人主张其监管框架不可能引起任何合理的期待,因为申请人无法证明 环境部在评估其许可证申请时没有遵循委内瑞拉的程序。

其次,无法从矿山经营合同条款中得出任何期待,因为这些条款明确规定,申请人在 获得许可证之前不能取得开采权利。

第三,申请人主张依赖的行政批准不可能引起合理期待。虽然 CVG 和矿业部批准 了该项目,但在随后的几年中,申请人不断改变其拟开发项目的核心内容。

第四,被申请人认为,申请人所依据的政府声明不能支持其合理期待得到保证的 主张。

最后,被申请人认为,申请人未能提供任何文件支持或证明其在许可证被拒绝之后, 环境部决定重新启动许可证审查程序。<sup>39</sup>

#### (2)任意性,缺乏透明度与一致性

被申请人提出,委内瑞拉从未玩忽职守,也没有前后矛盾。部长推迟分析的部分完

③ Supra note 1, at para.549(c).

<sup>38</sup> Supra note 1, at para.525.

<sup>39</sup> Supra note 1, at paras.507-512.

全是由于 Crystallex 公司自己的行为,因为 Crystallex 公司花了很长时间来解决部长的要求。多年来,政府以口头和书面形式向 Crystallex 公司提供了大量反馈意见。

被申请人坚称,对 Crystallex 公司的复议和上诉的裁决完全符合委内瑞拉法律。环境部没有在 90 天内就上诉做出裁决这一事实并不是任意行为,因为根据委内瑞拉法律,若部长在 90 天内未做出答复,则上诉被视为被驳回,此时 Crystallex 公司有法律依据对驳回提出质疑(但 Crystallex 公司未选择这样做)。

## 3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭认为,公正公平待遇标准的内容不能等同于BIT 第 2 条第 2 款中的"根据国际法原则"所规定的国际习惯法最低待遇标准。仲裁庭注意到自 Neer 案以来,包括 Vivendi 诉阿根廷、Arif 诉摩尔多瓦、SAUR 诉阿根廷和 Gold Reserve 诉委内瑞拉等一系列案件的裁决已经认识到了相关国际习惯法标准以及国际习惯法本身从那时就已经发展起来。<sup>⑩</sup> 在本案中,仲裁庭认为该标准是一项自治条约标准,与《北美自由贸易协定》不同,该协定没有明确纳入最低待遇标准。<sup>⑪</sup> 仲裁庭引用 Neer 案进行裁定,公平公正待遇的标准包括:保护合理预期、防止任意和歧视性待遇、透明度和一致性。但仲裁庭同时认为,国家行为并不要求达到粗暴或恶意的标准或严重程度,即可被认为是违反了公平公正待遇标准。<sup>⑫</sup>

## (1) 合理的期待

仲裁庭认为,如果当局向投资者承诺或陈述实质利益,而投资者在做出投资决定时依赖了这些利益,但后来又因政府行为而受挫,便可产生信赖利益保护。为证明产生这种合理期待,政府当局的承诺或陈述需针对个别投资者且足够具体,即其内容必须精确,形式必须明确。<sup>®</sup>

仲裁庭裁定,除了2007年5月的信件外,申请人所提出的其他期待不符合公平公正 待遇标准保护的合理期待。<sup>他</sup> 仲裁庭还否定了仅"国家法律及遵守国家法律本身"可以 构成公平公正待遇主张的基础,但仲裁庭认为如果有证据表明某一实质性利益受挫,或 在适用有关法律方面存在任意或不透明的行为,或滥用权力的情况,亦可构成违反公平 公正待遇标准。<sup>他</sup>

仲裁庭认为2007年5月信中的陈述是一种积极的陈述,专门针对Crystallex公司,

① Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ARB/97/3, Resubmitted Case, ICSID, Award, 2007, para.7.4.7; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. v. Argentina, ARB/03/19, ICSID, Decision on Liability, 2010, para.185; Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ARB/11/23, ICSID, Award, 2013, para.529; SAUR International S.A. v. Argentine Republic, ARB/04/4, ICSID, Decision on Jurisdiction and Liability, 2012, para.491; Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB(AF)/09/1, ICSID, Award, 2014, para.567.

<sup>(4)</sup> Supra note 1, at paras.530-542.

<sup>42</sup> Supra note 1, at para.543.

<sup>43</sup> Supra note 1, at para.547.

<sup>4</sup> Supra note 1, at para.550.

<sup>45</sup> Supra note 1, at para.552.

措辞明确而精确。信中提到"一旦保证书被寄出,经本办公室检查符合要求……则(许可证)将被移交"。因此,这封信构成信赖保护原则,如果预期落空它将受到公平公正待遇标准的保护。此外,仲裁庭认为申请人合法地依赖环境部陈述,环境部在同一天提出的支付环境税的要求进一步加强了这一信赖。<sup>⑥</sup>

#### (2)任意性,缺乏透明度与一致性

仲裁庭采纳了国际法院在 ELSI 案中对任意性的定义,即"故意无视正当法律程序,故意忽视或至少忽视起诉行为和司法适当性",<sup>⑥</sup> 并进一步认为,"如果一项措施不是基于法律标准,而是基于过度随意的自由裁量、偏见或个人偏好,并且决策者给出的理由与实际不符,<sup>⑧</sup> 则该项措施是任意的。

仲裁庭注意过去的判例要求以透明的方式对投资进行任何管理来阐释公平公正待遇,仲裁庭还提到 EnCana 诉厄瓜多尔一案中有关一致性的概念,<sup>49</sup> 要求国家的一个部门不能否认另一个部门损害外国投资者的事实。<sup>50</sup>

然后,仲裁庭原则上驳回了关于申请人"有权"获得许可证的论点,因为不能说国家有义务颁发影响自然资源的许可证,这是一项主权权利。并表示,只有在进行了一项不是任意并且申请人受到公平公正待遇的程序之后,才有资格批准或拒绝许可程序。不应由仲裁庭对行政决定的实质正确性或对某些政策目标进行事后评价,而应评估是否存在严重的程序性缺陷。<sup>⑤</sup>

被申请人对全球变暖和碳排放的关切在申请人多年来提交的文件中并无任何分析或提及,使得申请人对此无法做出适当答复。且在该地区进行的技术研究和调查很模糊,仲裁庭认为,拒绝书中这些不确定的提法完全不能为一项决定提供任何可能合理的理由。<sup>②</sup>

随后仲裁庭批评了被申请人依赖的技术报告的简洁、笼统和含糊不清。因此,2007年5月的信中所载的具体承诺使申请人的信赖保护利益受损。此外,仲裁庭在记录在案的来文中发现了不一致之处,进一步反映了缺乏透明度。这些文件表明,在2007年5月的信件之后,国家政策发生了变化,委内瑞拉高级官员施加了政治压力。<sup>®</sup> 仲裁庭列举了记录在案的文件,得出结论认为,在许可证被拒绝之后,政治气氛对 Crystallex 公司越来越不利,最终导致矿山经营合同撤销。<sup>®</sup>

政府的系列行为表明,矿山经营合同撤销不是以法律标准为基础的,在仲裁庭看来,

<sup>(46)</sup> Supra note 1, at paras.562-564.

<sup>(</sup>f) Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States v. Italy), ICJ, ICJ Reporter 15, 1989, para.128.

<sup>48</sup> Supra note 1, at para.578.

<sup>(9)</sup> EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA, Award, 2006, para.158.

<sup>50</sup> Supra note 1, at para.579.

⑤1) Supra note 1, at paras.581-585.

<sup>©</sup> Supra note 1, at paras.592-594.

<sup>53</sup> Supra note 1, at paras.597-599.

<sup>(54)</sup> Supra note 1, at paras.601-611.

这是一种明显的任意行为,违反了公平公正待遇。

## (三)是否存在非法征收

## 1. 申请人的主张

申请人主张,破坏合同权利等于征收,被申请人通过一系列累积和相互关联的措施 间接征收了其全部投资,撤销矿山经营合同进一步构成了对投资的直接征收,征收投资 是非法的。<sup>⑤</sup>

#### 2. 被申请人的主张

被申请人主张,商务部没有给予申请人无条件的"权利";<sup>®</sup> 没有剥夺申请人的权利, 因为被申请人是在其合法管理范围内拒绝发放许可证的,矿山经营合同的撤销只不过是 行使合同权利;即使仲裁庭认定任何征用行为符合《加拿大-委内瑞拉 BIT》规定的合 法征收条件,但是没有支付赔偿本身并不构成非法征用。<sup>⑤</sup>

#### 3. 仲裁庭的裁定

仲裁庭分析了《加拿大-委内瑞拉 BIT》认为,就构成投资具体内容(包括合同权利等)的广义条款而言,矿山经营合同所记载的权利可以被没收。<sup>®</sup>仲裁庭首先概述了判例反映的直接和间接征收特点,然后确立了"三步走"的分析步骤,最后得出了撤销合同相当于对申请人权利的间接征收的结论。<sup>®</sup>

构成征收第一步的是 2008 年 4 月的拒发许可证行动。第二步是委内瑞拉政府高级官员针对申请人投资并贬低申请人投资所发表的一些言论,这些言论导致了矿山经营合同的撤销。而矿山经营合同的撤销是第三步,也是最后一次采取共同措施对申请人投资逐步征收。仲裁庭裁定,矿山经营合同因主权权利的行使而被终止。<sup>⑩</sup>

仲裁庭认为,争议行为未同时满足《加拿大-委内瑞拉 BIT》第7条第1款所规定的关于合法征收的四个条件(征收必须出于公共利益、按照正当法律程序、以非歧视的方式进行、且给予及时、充分和有效赔偿)。<sup>⑥</sup> 征收的确是出于公共利益,但申请人未能根

<sup>(5)</sup> Supra note 1, at paras.636-647.

<sup>56</sup> Supra note 1, at paras.648-649.

<sup>57</sup> Supra note 1, at paras.654-658.

<sup>58</sup> Supra note 1, at paras.659-665.

<sup>59</sup> Supra note 1, at paras.666-672.

<sup>©</sup> Supra note 1, at paras.673-675, 685, 698-708.

Magreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments, E101531 - CTS 1998 No.20, Article 7 (1): Investments or returns of investors of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party, except for a public purpose, under due process of law, in a non-discriminatory manner and against prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall be based on the genuine value of the investment or returns expropriated immediately before the expropriation or at the time the proposed expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall be payable from the date of expropriation with interest at a normal commercial rate, shall be paid without delay and shall be effectively realizable and freely transferable.

据 ADC 诉匈牙利案所规定的标准,<sup>®</sup> 证明征收是在不尊重正当程序的情况下进行的,而非援引裁定支持歧视的事实。<sup>®</sup>

然而,无可争议的是,委内瑞拉从未提供任何赔偿。关于赔偿要求,仲裁庭援引若干权威依据<sup>®</sup>认为,当一项条约对合法征收要求同时满足若干条件时,仲裁庭一致认为不遵守其中任何一项条件,就违反了征收条款。<sup>®</sup>

# 三、简要评析

本案是国际投资仲裁实践中具有重要意义的案件,该案的裁决为国际投资仲裁的发展提供了很多宝贵的经验。近年来,在国际投资仲裁实践中,投资者往往引用公平公正待遇条款来处理投资纠纷,但其适用的标准却不尽相同。由于该条款具有抽象、宽泛和模糊的特点,因此,在某些投资纠纷案件中,仲裁庭对其含义的理解存在诸多分歧。在本案中,仲裁庭从多个角度出发,试图通过具体的因素去赋予公平公正待遇条款更清晰的外延和内涵。此外,在关于间接征收的判断标准上,该案更是进一步确立了合法性、适当性及符合比例等原则,<sup>68</sup>因此该案试图在尊重东道国政府的行为与保护投资者之间寻求平衡。因此,分析该案有助于进一步厘清国际投资协定实体规则原则及国际投资争端解决程序的正当性和合理性。

## (一)公平公正待遇的认定

本案涉及对《加拿大-委内瑞拉 BIT》第2条第2款中的公平公正待遇条款以及第7条第1款的征收条款的解释。在本案中,尽管委内瑞拉并非《维也纳条约法公约》的缔约国,但是仲裁庭根据国际习惯法和国际惯例,依据《维也纳条约法公约》中的解释

<sup>@</sup> ADC Affiliate Ltd. v. Hungary, ARB/03/16, ICSID, Award, 2006, para.435

<sup>(63)</sup> Supra note 1, at paras.712-715.

<sup>64</sup> Bernardus Henricus Funnekotter et al. v. Republic of Zimbabwe, ARB/05/6, ICSID, Award, 2009, para.98 ( "The Tribunal observes that the conditions enumerated in Article 6 are cumulative. In other terms, if any of those conditions is violated, there is a breach of Article 6." ); Saluka Investments BV v. Czech Republic, PCA/UNCITRAL, Partial Award, 2006, para.266 (noncompliance with one or more of the conditions set out in Article 5 of the treaty would lead to the conclusion that the respondent has breached Article 5 of the Treaty); Kardassopoulos v. Georgia, ARB/05/18 and ARB/07/15, ICSID, Award, 2010, para.390 (noting that absence of due process is sufficient to support a finding that the expropriation was wrongful); Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentina, ARB/97/3, ICSID, Award, 2007, para.7.5.21 (lack of compensation makes an expropriation unlawful); Siag and Vecchi v. Egypt, ARB/05/15, ICSID, Award, 2009, para.428; Marion & Reinhard Unglaube v. The Republic of Costa Rica, ARB/08/1 and ARB/09/20, ICSID, Award, 2012, para.305; Gemplus, S.A. and Talsud, S.A. v. Mexico, ARB(AF)/04/3 and ARB (AF)/04/4, ICSID, Award, 2010, paras.8-25 ( "The Tribunal concludes that these expropriations were unlawful under the BITs and international law, given the facts found by the Tribunal and the further fact that the Respondent did not meet the condition required by Article 5 of both treaties regarding the payment of adequate compensation" ).

<sup>65</sup> Supra note 1, at para.716.

⑥ 买木提明·热西提、沈伟:《间接征收语境下公共利益的多重维度及比例原则的解释路径》,载《中南大学学报(社会科学版)》2020年4期,第88-91页。

条约的规则体系对公平公正待遇条款进行解释。有关公平公正待遇条款与习惯国际法中国际最低待遇标准的区分,仲裁庭将诸如《北美自由贸易协定》(NAFTA)之类提到了最低标准待遇(MST)条款的条约同存有争议的那些并未提及这种最低待遇标准的条约作了明确的区分和对比。对于后者,公平公正待遇条款构成了自主的条约标准。随后,仲裁庭对公平公正待遇的具体标准进行了三步式的分析。

首先,仲裁庭引用了MTD一案的"公平公正待遇"的一般意义,即公正、合法;为了进一步阐明公平公正待遇的含义,仲裁庭引用了Rumeli案Lemire案和Bayindir案,总结出了公平公正待遇的基本要素,包括:不得拒绝司法透明要求、禁止任意和歧视性待遇、保护合理的期待、提供稳定和可预测的法律框架、防止东道国的强迫和骚扰及一致性等相关原则并在本案中给予了具体分析。对于合理期待,仲裁庭认为需要满足政府与投资者之间存在实质性利益,其相关意思必须足够"具体""内容上准确无误及形式上明确"。本案 2007 年 5 月的信函包含了对 Crystallex 公司的"特定陈述",足以产生合理期待。故委内瑞拉拒发许可,挫败了合理期待并构成对公平公正待遇条款的违反。仲裁庭尊重了委内瑞拉的主权,但仍强调了正当程序,在国际投资中须确保投资主体程序性权利可得行使。同时,撤销合同依据的技术文件模糊且政府部门官员态度反复,因此政府行为是任意的,缺乏透明度和一致性。本案对于相关信函形式及内容上的分析将影响未来合理期待标准的判断。最后,仲裁庭还引用 Mondev 诉美国案,⑩认为侵犯公平公正待遇并不要求达到造成无法忍受或令人担忧的粗暴或恶意的程度,而应根据具体情况加以分析。®

在投资者的权益与东道国对规则的需求之间做出抉择时,一些仲裁机构会考虑投资者的合理期待与东道国的监管利益。<sup>®</sup>

对于投资者合理期待的判断依据和时机,仲裁庭都强调,投资者合理期待的依据是投资者在进行投资时所在国的相关法规。<sup>⑩</sup>一些仲裁庭强调作出投资时已经存在的法律框架对产生合理期待具有决定性作用。<sup>⑪</sup>事实上,在SDMyers诉加拿大案中,仲裁庭也实际按照投资发生时的法律来判定是否产生了合理期待。<sup>⑫</sup>同时,Suez诉阿根廷案仲裁庭认为,"一方不能仅凭申请人的主观预期,仲裁法庭应从客观和理性的观点来判断上

<sup>(67)</sup> Mondey International Ltd. v. United States, ARB(AF)/99/2, ICSID, Final Award, 2002, para.116.

<sup>68</sup> 林燕萍、朱玥:《论国际投资协定中的公平公正待遇——以国际投资仲裁实践为视角》,载《上海对外经贸大学学报》 2020年第3期,第78页。

Saluka Investments BV v. Czech Republic, PCA/UNCITRAL, Partial Award, 2006, para.306.

一 李先富:《马尔他国生态公司和瑞士施瓦布公司诉西班牙王国投资争端案探析》,贵州大学硕士学位论文,2021年,第26页。

① Supra note 67, para.156; Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ARB(AF)/99/1, ICSID, Award, 2002, para.128; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ARB/02/1, ICISD, Decision on Liability, 2006, para.130.

<sup>®</sup> S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA), Second Partial Award, 2002, paras.97-98, 214-215, 222-229.

述预期"。<sup>®</sup> 在判断投资者的合理期待时,尤其要注意东道国所做出的政治声明,一些仲裁庭认为,由于其法律价值较低,所以无法产生合理的预期。<sup>®</sup> 上述案例中确立的一系列规则无疑是对公平公正待遇条款的进一步阐释。

#### (二)关于间接征收的认定

根据统计,在已公开的国际投资仲裁案件中,有超过半数的申请人都援引了间接征收条款以主张投资权益受损,<sup>16</sup> 而在目前众多国际投资协定中,出于公共利益、按照正当法律程序、以非歧视的方式进行、且给予及时、充分和有效赔偿的四个要件,构成了征收合法性的必要条件。发生投资仲裁争议时,仲裁庭会首先审查公共利益的真实性和合法性,因为如果缺少了公共利益作为基础,征收一定是非法的,但轻微违反正当程序或补偿不够充分并不一定使征收非法。<sup>16</sup> 但在实践中,政府一般不会实施明显缺乏公共利益基础的措施。<sup>17</sup> 另一方面,由于公共利益的标准并不明确和统一,在不同国家、不同语境下的表现有所差异,出于对东道国政府的尊重,即使在东道国政府的征收措施被确定为非法征收的案件中,大多数索赔人也没有质疑公共利益的真实性,<sup>18</sup> 而且仲裁庭往往也很少会认定东道国政府宣称的公共利益是虚假的。因此,违反了正当程序、违反了非歧视性待遇条款或者未实现及时、充分和有效的补偿构成了政府非法征收的大多数案件,<sup>19</sup>本案也不例外。

本案中,相关证据表明取消矿山经营合同的行为必然是由委内瑞拉政府行使了其主权而产生的行为,而非仅仅是由普通的合同缔约方取消合同,因此应视为国际法上的征收行为而非合同行为。同时,仲裁庭还区分了直接征收与间接征收,前者是对投资的强行转让所有权或直接占有,后者则是在一系列行动下剥夺投资者对其投资可享有的预期收益,尽管财产或权利仍然归投资者所有。在本案中,矿山经营合同的撤销虽然没有直接侵占 Crystallex 公司相关投资设施的所有权,但其剥夺了 Crystallex 公司对于开采、经营 Las Critinas 的预期收益,实际上这种行为已然构成了国际投资法上的间接征收。因此,仲裁庭从合法征收的要件出发,即:公共利益,正当程序,非歧视,及时、充分和有效的赔偿,对撤销矿山经营合同是否构成了非法的间接征收进行分析。正如前面所述,大多数情况下政府不会采取明显缺乏公共利益基础的措施,本案仲裁庭亦出于尊重各国对

<sup>3</sup> Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ARB/03/17, ICSID, Decision on Liability, 2010, para.209.

<sup>(</sup>i). Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ARB/03/9, ICSID, Award, 2008, para.261 (i).

<sup>(75)</sup> Supra note 66, at 82.

<sup>(</sup>b) Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB (AF)/12/5, ICSID, Award, 2016, para.401.

<sup>(7)</sup> Supra note 66, at 88.

<sup>®</sup> Koch Minerals Sarl and Koch Nitrogen International Sarl v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB/11/19, ICSID, Award, 2017, para.6.48; Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ARB/10/5, ICSID, Award, para.124; *Supra* note 1, para.712; Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, 2011-17, PCA, Award, 2014, para.437.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ARB/14/21, ICSID, Award, 2017, paras.442-449,533; Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, 2012-2, PCA, Award, 2016, paras.6.66-6.85; Supra note 1, at paras.716-718.

公共利益的判断享有一定自由裁量权的角度,未基于缺乏公共利益的基础去认定委内瑞 拉政府构成了非法间接征收。此外,本案的申请人虽未能证明本案中间接征收程序不正 当及委内瑞拉政府明显违反了歧视性待遇,但仲裁庭强调构成合法征收的条件是累计式 的,只要有一项条件未满足即构成非法征收。委内瑞拉在进行间接征收的行为时,未能 对申请人提供及时、有效、充分补偿,因此撤销矿山经营合同的行为被认定为非法征收。

本案的意义在于,仲裁庭对合同索赔和条约索赔之间的关系进一步划清了界线。申请人的索赔涉及合同,并不意味着基于双边或多边投资条约下的索赔并不存在。本案关乎于申请人在委内瑞拉的投资被破坏,并非只关乎矿山经营合同的执行受到阻碍。®因此,双边或多边投资条约下的投资争端可能会涉及争议双方间的合同关系以及其他的一系列事实,这并不意味争议的内容只是基于合同的索赔而非条约索赔。®在东道国政府以争议行为是合同行为而非国家行为为由,认为相关争议不适用于条约索赔的争端中,本案仲裁庭的判断提供了有力参考。同时,本案也对东道国政府处理国际投资的决策提供了警示,如果政府的一系列行为造成了合同履行的障碍,且更进一步造成了投资者在东道国投资的破坏时,相关行为理应被视为征收行为,且应适用双边或多边投资条约下的条约索赔。

此外,本案仲裁庭确认了合法征收的构成要件累计式的特点。未来对于其他仲裁庭来说,由于没有满足合法征收的任何一项条件的征收即构成非法征收,因此,当东道国的措施明显违反公共利益标准、违反非歧视性待遇以及存在着明显的不当程序难以被投资者举证时,只要东道国政府的征收没有给予投资者及时、充分和有效的补偿能够被仲裁庭确定,那么仲裁庭就无须继续审查其他要件。本案仲裁庭以一种负面清单的方式确立了,只需判断补偿的及时、充分和有效性来确定东道国措施是否构成非法征收,而几乎所有的国际投资仲裁案件中,都存在着未能给予合理补偿问题,而且它在仲裁中也最容易被援引。因此,本案对于非法征收的认定亦将影响未来投资仲裁涉及非法征收案件中对合法征收条件的认定,同时也影响了申请人及被申请人双方对于合法征收的举证责任的分配。

#### (三)对于国际投资仲裁可持续性的发展

国家对其拥有的自然资源授予或拒绝授予许可的权利是国家主权的一个重要方面, 外国投资者并不天然地享有获得开采许可的权利。由于东道国政府当局有其专门知识、 能力以及更了解被审查对象的具体情况,因此其在决定自然资源开采许可时应被高度尊 重,实践中,仲裁庭往往也会尊重东道国政府发放自然资源许可时的自由裁量权,本案仲 裁庭亦加以确认。

但是,东道国政府对特定投资项目提出关切的方式需要得到审查,特别基于环境原 因拒绝授予许可证等。各国拒绝授予许可证的相关决策或关切应当是出于科学地研究

<sup>80</sup> Supra note 1, at paras.467-470.

<sup>81</sup> Supra note 1, at paras.473-474.

和分析,并及时和透明地援引相关成果,以证明相关决策的科学性和必要性。否则,一国政府有关自然资源授权和许可的拒绝授予就有可能被视为任意行为,从而违反公平公正待遇的标准。因此,给予外国投资者最基本的公平公正待遇保障及保护外国投资者的合法期待是促进国际投资仲裁可持续发展的一个重要因素。

促进国际投资仲裁可持续发展的另一个重要因素是明确补偿的具体标准,因为补偿 可能会对东道国产生有意义的经济上的影响。在 Crystallex 案中, 仲裁庭通过投资者的 "利润损失"来计算赔偿金,并从习惯国际法规定的"充分赔偿"标准出发,最终得出损 失超过10亿美元的结论。仲裁庭优先采用了前瞻式的确认利润损失的估值方法,而非 回顾式地确认成本方法。虽然前瞻性的估值方法对国际投资者的投资权益给予了最大 程度的保护,但这也大大加剧了东道国政府开放本国投资时所面临的风险,即东道国政 府很可能因为出于公共利益的措施便导致了应对国际投资者巨额赔偿。而这无疑是对 东道国政府主权独立自主的巨大打击,尤其是对于发展中国家来说,可能激起他们的抵 触情绪,被误以为是国际组织和发达国家投资者对其独立自主性的粗暴干预及利用国际 规则对其的掠夺。因此,本案采取的前瞻性的估值方法在 Crystallex 大部分矿山尚未投 入生产的情况下存在争议,且在随后的 Bear Creek 诉秘鲁案中仲裁庭发现,与 Crystallex 案仲裁庭相反,前瞻性的估值方法并不适合早期投资和非具体生产性投资。@ 因为实际 发生的投资较少,而可能产生的利润损失相比于实际投资显得非常巨大甚至比例失调。 因此, Bear Creek 仲裁庭认为, 只应偿还申请人的沉没成本费用, 即申请人在东道国政府 实际进行的投资成本,并不包括申请人正常经营相关投资项目可能会获得的收益。毫无 疑问,在保护国际投资者权益的同时对东道国政府予以必要尊重,在两者的取舍间达成 一种平衡,方才能够促进国际投资仲裁的可持续发展。

# 四、结语

公平公正待遇是外国投资者与东道国的国际投资仲裁中的一项重要规定,同时也是东道国对外国投资者的一种单方面的义务。然而,由于其内涵与要件含糊,导致仲裁机构在对待公平公正待遇等问题上也呈现出宽泛的解释性质,这就导致了外国投资者往往依赖于公平公正待遇条款,并将之视为对抗东道国政府行政力量的利器。

在全球化是继续深入还是倒退的交界点上,对东道国政府主权权利的尊重和保护投资者利益之间做权衡在国际投资仲裁领域显得更加重要。尽管现有的国际投资规则和条约体系下,对投资者保护的公平公正待遇条款的认定并非清晰,但是已经有越来越多的案例通过具体的分析,为这条规则的清晰构建提供了明确的佐证。结合本案以及其他先例可以看出,东道国政府所涉及的法律制度、政策宣言以及为吸引投资作出的具体承诺和保证正是国际投资者产生合理信赖的重要来源,也是相关仲裁庭认定东道国政府是

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ARB/14/2, ICSID, Award, 2017, paras.595-604.

#### 否违反相关义务的重要标准。89

Crytallex 案通过一系列清晰明确甚至可能是扩大性解释的标准来保护外国投资者,但是恰恰是由于过往标准不清晰使得东道国政府在对待外国投资者时往往只从自身利益最大化的角度出发,从自身政治、经济等因素上考量,损害了投资者的相关权益。因此,为了使东道国和投资者之间的利益得到更好的平衡,只有确保东道国在对待外资问题上遵守法规和依法行政,提高东道国的法治水平和政府行为的稳定性、透明性和预见性,才能鼓励投资者大胆投资,推动投资的国际化和便利化。

**Abstract:** The case of Crystallex International Corporation (hereinafter referred to as "Crystallex" or "Claimant") v. the Bolivarian Republic of Venezuela is a typical case of indirect expropriation in the field of international arbitration. The arbitral tribunal, in that case, found that a series of measures taken by the host government, the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela (hereinafter referred to as "Venezuela" or "the Respondent"), violated the expropriation clause under Article 7(1) of the Canada-Venezuela BIT. The tribunal further confirms the four conditions in the field of international investment law that must be met for a lawful expropriation, namely, that the expropriation must be the public purpose, following due process of law, in a non-discriminatory manner, and with prompt, adequate and effective compensation. The tribunal's views on the fair and equitable treatment standard and the determination of indirect expropriation shed light on the practice of other treaties in international investment and related arbitrations. This article provides a brief analysis of the factual background, the focus of the dispute, the adjudication process, and the outcome of the arbitration case Crystallex Inc. v. the Bolivarian Republic of Venezuela.

**Keywords:** international investment arbitration; fair and equitable treatment; indirect expropriation; reasonable expectation; full compensation

(责任编辑:赵一普 外审专家:肖 军)

<sup>83</sup> 同前注 70。



中国海事仲裁委员会 (简称 "中国海仲", 英文简称 CMAC) 是根据中华人民共和国国务院 1958 年 11 月 21 日决定, 于 1959 年 1 月 22 日在中国国际贸易促进委员会 (中国国际商会) 内设立的, 唯一以解决海事海商、 交通物流争议为特色并涵盖其他所有商事争议的全国性、 国际化仲裁机构。

中国海仲 2021 年修订机构 《仲裁规则》、更新 《仲裁员名册》,增加机构管理透明度,提高仲裁公信力,2022 年配合中国海商法协会发布 《临时仲裁规则》,提供临时仲裁服务,满足不断变化的仲裁实践需要,以其丰富的实践经验和精深的理论研究为中国仲裁法治建设和国际仲裁事业发展做出了突出贡献。 自成立以来,中国海仲以事实为依据,以法律为准绳,参考国际惯例,尊重合同约定,已独立公正地审理裁决案件数千件,所受理的海事海商案件数量持续位居世界前列。 所涉案件专业性强,国际案件占比高 (60%以上),裁决的独立性、公正性、专业性和权威性得到了国际社会的普遍确认,其优质高效的仲裁服务在国内外享有盛誉。

# 中国海事仲裁委员会示范条款

凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议, 均应提交中国 海事仲裁委员会, 按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲 裁。 仲裁裁决是终局的, 对双方均有约束力。

可特别约定: 仲裁庭由 【 名】 仲裁员组成, 仲裁地位于 【】, 仲裁语言为 【】, 本合同适用 【】 为实体法。

# China Maritime Arbitration Commission (CMAC) Model Arbitration Clause

Any dispute arising from or in connection with this contract shall be submitted to China Maritime Arbitration Commission (CMAC) for arbitration in accordance with CMAC Arbitration Rules for the time being in force at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon all parties.

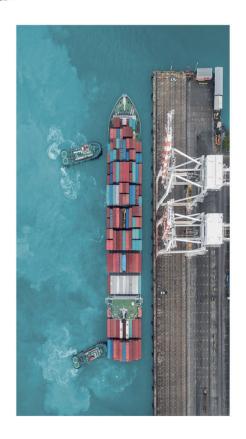
Recommended additions:

The arbitral tribunal shall be composed of [...] arbitrator(s).

The seat of arbitration shall be [...].

The language of the arbitration shall be [...].

This contract shall be governed by the substantive law of [...].



# 联系我们

中国海事仲裁委员会

地址: 北京市西城区桦皮厂胡同2号国际商会大厦13层

邮编: 100035

电话: 010-82217900、 010-82217920/7927

传真: 010-82217966

邮箱: cmac@cmac.org.cn

网址: http://www.cmac.org.cn





扫一扫关注订阅号

扫一扫关注公众号





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

地址:北京市朝阳区建国路118号 招商局大厦16层

招商局大厦16层

邮编: 100022

电话: (010) 6566 9856 传真: (010) 6566 8078

网站: www.bjac.org.cn



仲裁厅

#### 示范条款

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



扫码了解更多仲裁信息

#### 北仲简介

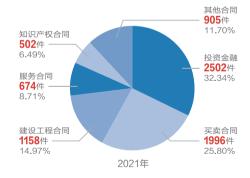
北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心(简称北仲)是依据《中华人民共和国仲裁法》于1995年9月28日设立的常设仲裁机构。成立二十余年来,北仲已逐渐成为国内领先并在国际上具有一定影响力的多元争议解决中心。自2013年起,北仲组织行业专家编写的中英版《中国商事争议解决年度观察》,已成为中外业界交流的重要平台。2017年北仲受邀成为联合国国际贸易法委员会争议解决第二工作组观察员。2018年北仲被最高人民法院首批纳入"一站式"国际商事纠纷多元化解决机制。2019年北仲正式施行《国际投资仲裁规则》,为国际社会讨论国际投资仲裁改革提供一份"中国方案"。北仲还提供商事调解、工程评审等多元争议解决服务。

#### 北仲的优势

- · 截至2021年12月31日,北仲共受理仲裁案件58,536件,所涉争议金额共计6,229.5亿元人民币,拥有丰富的处理 各类商事纠纷的经验。
- 仲裁案件的当事人来自55个国家或地区。
- \*每年约70%的仲裁案件至少一方非北京当事人,超过20%的案件双方均非北京当事人。
- \* 过去三年,北仲案件的平均审理时长为97.9天,彰显了北仲的案件管理效率。
- 北仲率先在国内采用国际通行的仲裁收费模式,将仲裁费用区分为仲裁员报酬和机构费用,并允许仲裁员按小时计费,助力当事人更好地管控争议解决成本。
- 北仲于2022年修订仲裁规则,规定首席仲裁员可以由边裁共同选定,仲裁庭可以决定进行网上开庭。

#### 北仲处理仲裁案件情况

仲裁案件类型







ISSN 2096-8035



国内统一刊号: CN10-1667/F

国际标准刊号:ISSN 2096-8035