

比较研究

国际投资条约的仲裁异议研究

蔡莉妍*

- 内容摘要

投资条约仲裁在当今的国际投资争议中运用的越来越广泛，与传统的商事仲裁相比，投资条约仲裁体现的是一种“拟制的合意”。从投资条约仲裁管辖权的理论基础入手对仲裁异议作出两种划分，并结合管辖权异议和受理可能性异议的仲裁实例分析了仲裁庭应审慎地对仲裁异议作出审查，以防止管辖权的扩张。

- 关键词

国际投资条约；合意；仲裁异议

Abstract: The arbitration has been used more widely in today's international investment disputes. Comparing with the traditional commercial arbitration, the investment treaty arbitration reflects a kind of

* 蔡莉妍，集美大学政法学院讲师，华东政法大学国际法专业博士研究生，主要从事海商法、国际法研究。

“artificial consensus”. On the basic of analyzing the theoretical basis of investment treaty arbitration jurisdiction, arbitration objections can be divided into two categories. Combining with an instance of the jurisdiction of the court and the possibility of acceptance of the arbitration tribunal, the arbitration tribunal should make a review of arbitration objection deliberately, to prevent the expansion of the jurisdiction.

Key Words: International investment treaties; Consensus; Arbitration objection

一、引言

双边投资协定 (Bilateral Investment Treaties, 缩写为“BIT”) 是国际投资活动的主要形式之一, 既规范外国投资者的投资活动和东道国的政府行为, 又协助解决投资者与东道国政府之间的投资争端。投资条约仲裁在国际投资领域受到广泛关注, 被认为能够克服合同国际仲裁、东道国当地救济、母国外交保护等传统争端解决方式的不足。根据联合国贸易和发展会议 (UNCTAD) 2013 年 6 月 27 日发布的《2013 年世界投资报告》显示, 2012 年新增 58 起已知投资者—国家争端解决案件。这使得已知案件的总数达到 514 起, 而已对一起或多起投资者与国家间争端解决案件作出回应的国家总数达到 95 个。58 这一数字创下了一年内提出的已知投资者与国家间争端解决请求数目的最高记录, 证实了外国投资者日益倾向于诉诸投资条约仲裁制度。^① 投资条约仲裁机制, 产生于二十世纪六十年代末期, 直到二十世纪八九十年代, 含有东道国事先一般性同意投资条约仲裁条款的 BIT 逐步出现, 这些 BIT 赋予外国投资者跨越东道国法律程序、向国际仲裁庭起诉东道国政府的权利, 以致投资者诉东道国的投资案件急剧增加, 并导致投资条约仲裁机制的扩张。依照传统的仲裁法理论, 仲裁庭的权力来源于当事人的授权, 并受国家法院和立法的影响。这也是仲裁尊重当事人意思自治的体现。^② 因此, 仲裁庭有义务谨慎遵守当事人

^① UNCTAD, World Investment Report 2013, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013overview_en.pdf, 最后访问时间: 2013 年 10 月 12 日。

^② [英] 雷德芬、亨特等:《国际商事仲裁法律与实践 (第 4 版·世界法学精要)》, 林一飞、宋连斌译, 北京大学出版社 2005 年版, 第 266 页。

的授权范围,而不应当超越当事人的授权;同时仲裁庭也应注意不应当违反能够影响裁决效力与执行的国家立法和法院的一般观点。现代投资条约普遍规定了投资者单方启动的投资者与国家间投资条约仲裁条款。这种投资条约仲裁源于国际商事仲裁,其背后的理念是将投资争端从政治王国中拉出并将其推入商事仲裁的王国。^①既强调利害相关者和公众的知情、参与和监督,又强调裁判员对于私人利益和公共利益平衡的健全敏感性,同时强调设立上诉审矫正机制等。目前的投资条约仲裁存在片面强调私人投资者的诉权、程序和裁决的保密性、一裁终局性、裁决的不一致性以及极其有限的仲裁或司法裁决撤销审查等问题。这是通过国际商事仲裁解决投资条约公法争端的错位。这种裁判程序的错位引起了缔约国及其当地民众乃至跨国非政府组织对于投资条约仲裁合法性的质疑并提出仲裁异议的主张。

二、投资条约仲裁的理论基础

(一) 投资条约仲裁下的管辖权结构

随着投资条约仲裁的发展,管辖权的认定标准在实践中不断降低,管辖权从合意仲裁发展为“无合同约定的仲裁”或“无默契仲裁”(arbitration without privity)。仲裁庭管辖权建立的基础不是契约,而是涉及东道国在投资条约中的单边要约。东道国的单边要约,通常是以概括形式出现,且是对未来作出的要约,是一种可以提交仲裁的“公共要约”,是一种授予外国投资者获取独立公正的争端解决机制的主权行为。^②但是这种单边要约并非仅靠投资者的承诺即可成立,还需要受到诸如 ICSID 条约等相关国际法的制约。如根据《华盛顿公约》(以下简称《公约》)第 25 条第 1 款规定,ICSID 确立管辖权须满足三个要件:一是主体要件,即一方当事人是公约缔约国或该缔约国指派到 ICSID 的任何下属单位或者机构,另一方当事人必须是另一缔约国的国民;二是客体要件,即争端是因直接投资而产生的;三是主观要件,即当事人双方书面同意。由此可知,ICSID 管辖是自愿管辖而非强制管辖,加入公约的事

^① Daniel M. Price, *Chapter 11 – Private Party vs. Government, Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve?*, *Canada-United States Law Journal*, Vol. 26 (2000), p. 112.

^② Stephan W. Schill, *Crafting the international economic order: the public function of investment treaty arbitration and its significance for the role of the arbitrator*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23 (2) 2010, p. 411.

实并不意味着缔约国已经同意将此后发生的争端全部提交 ICSID 仲裁。

(二) 对投资条约仲裁下“合意”的解读

国际投资条约下过于宽泛的投资保护条款可能会严重限制东道国的独立政策空间,使得东道国不得不面临由外国投资者提起的针对其公共权力行使的诉求。因此,往往东道国对提交仲裁这种拟制的合意均施加严格的限制,一方面对涉外争端管辖权进行一定的“自我限制”,并向仲裁机构施行必要的、有限的让渡;另一方面,施行这种让渡的范围和程序受制于行使国家主权和保证国家安全需要的具体要求。如我国在缔结 BIT 时会有诸如“当地救济优先”、“逐案审批同意”、“东道国法律适用”等各项具体条款规定。^① 投资条约仲裁下“合意”的特征是双方各自接受仲裁管辖的意思表示不一致。这种不一致包括时间上和形式上的背离。时间上,东道国发出单边要约时,并没有产生具体的投资争议。私人投资者享有争议发生后提交仲裁的选择权。因此双方的合意并不是同时达成的。形式上,合意无须在同一法律文件中体现,甚至无须以书面形式表示。

(三) 投资条约仲裁下的仲裁异议

投资条约仲裁下的仲裁异议主要有两种,即仲裁管辖权异议和仲裁受理可能性异议。前者针对特定仲裁机构是否有权受理并审理投资争议,解决的是职能范围问题。后者则针对阻碍管辖权行使的具体事由,即条件问题。受理可能性异议是在仲裁庭已经具有管辖权的情形下提出的。两者的区别体现在以下三方面:一是从产生原因来看,管辖权异议可以基于主体要件、客体要件、主观要件以及时效要求等提出;受理可能性异议可以基于请求的形式要件缺失、手续不完备、没有用尽当地救济等提出;二是从法律效果来看,如果管辖权异议成立,仲裁机构无权受理并审理相关争议;如果受理可能性异议成立,仲裁机构有可能仅仅是暂停争端的审理,待阻碍事由消失后再继续进行;^② 三是从裁决内容来看,如果一方提出管辖权异议,仲裁机构需要对是否存在有效启动程序的合意做出审查;如果一方提出受理可能性异议,仲

① 陈安:《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除——美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款剖析》,载《国际经济法学刊》2006 年第 1 期,第 15 页。

② The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Order No. 3 of 24 June 2003 by Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and Article 1 of Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea.

裁机构需要对是否存在阻碍有效成立的管辖权的适法性做出审查。之所以要界定两种仲裁异议的边界,是因为不同的异议将对仲裁裁决的既判力产生不同的影响。例如,在一起双边投资纠纷中,母公司以子公司的利益受损为依据提交仲裁,被告的东道国提出管辖权异议认为母公司不符合主体要件,不享有仲裁请求权资格。如果仲裁庭认为异议成立,则依据既判力原则,被告将无法再提出仲裁请求。但是,如果东道国仅仅是提出母公司不具有诉讼要件中的权利保护利益这种受理可能性异议,并不会妨碍仲裁机构享有对该案件的管辖权。^①

从国际投资仲裁实践来看,这两种异议的区分并不是很明显,无论提出何种异议,都作为管辖权异议来处理。一方面是因为有些异议的定性确实存在困难,另一个更重要的原因在于仲裁机构的仲裁程序规则并没有明确有关受理可能性异议的判断标准。关于这一点,ICSID2006年4月对其《仲裁规则》实施了一些修订改革,原先只在第41条第(1)项规定了管辖权异议,修订后第41条增加了第(5)项,允许被申请方以仲裁请求明显缺乏法律依据(manifestly without legal merit)为理由在仲裁庭审前提出异议,结合第6项规定,如果异议理由成立,仲裁庭可以直接据此作出裁决。这一制度被称为“审前异议(Preliminary Objection)程序”。笔者认为,依据《仲裁规则》第41条第(5)项提出的“明显缺乏法律依据”的异议可以看出程序规则正尝试将受理可能性异议纳入调整范围。因为这种异议和依据《仲裁规则》第41条第(1)项提出的管辖权异议是有显著区别的。第41条第(5)项的异议是向仲裁庭提出,而第41条第(1)条的异议是向秘书处提出;第41条第(5)项属于“加速处理程序”(expedited procedure),便于案件在“明显”缺乏法律依据时得到迅速的处理,第41条第(1)项则是正常的处理程序。Brandes案中仲裁庭也认为,第41条第(5)项与第41条第(1)项分别作为针对管辖权的异议的基础,是两个独立的层次。^②

① [日] 岩月直树:《国际投资仲裁における管轄権に対する抗弁とその処理》,RIETI Discussion Paper Series, 2008-06, 载独立行政法人经济产业研究所 <http://www.rieti.go.jp/cn/publications/summary/08070001.html>, 最后访问时间:2013年12月5日。

② See Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/3, 53.

三、投资条约仲裁的管辖权异议

(一) 有关“法律争端”的界定

双边投资条约中“法律争端”的界定,可以从投资仲裁条约的类型化角度加以分析。截至 2012 年底,国际双边投资条约共有 2857 项。^① 这些条约从总体上来看可以分成三种类型,分别是总括型、争议原因特定型和诉权型。

1. 总括型

总括型的双边投资条约比较普遍,一般是在条文中笼统地规定与投资有关的争议可以提交仲裁。如“缔约一方与缔约另一方投资者之间就投资产生的任何争议,应尽可能由争议双方当事人友好解决。”^② 这种类型下对“投资争端”并没有施加过多限制,只要是违反条约下的义务就有可能符合仲裁管辖权的客体要件。德国、比利时、法国缔结的双边投资条约基本上采用的是这种类型。

2. 争议原因特定型

这种类型一般是将提请仲裁的“投资争端”特定化,往往就损失补偿、征用以及资金转移作出特别的限定。如英国和保加利亚 1995 年 BIT 第九条中规定“缔约一方与缔约另一方投资者就第 6 条(损失补偿)、第 7 条(征用)、第 8 条(资金转移)产生的争议,如争议自其被争议一方提出索赔的书面通知之日四个月内,未能友好解决,应缔约另一方投资者的请求,可以将争议提交仲裁。”^③ 还有一种是美国的 BIT 中常用的将东道国对条约义务的违反和

^① UNCTAD, World Investment Report 2013, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013overview_en.pdf, 最后访问时间:2013 年 10 月 12 日。

^② BIT between Japan and Hong Kong Special Administrative Region of China, http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/hongkong_japan.pdf, 最后访问时间:2013 年 10 月 12 日。英文原文为“Any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an investment of the former in the area of the latter shall, as far as possible, be settled amicably through consultation between the parties to the dispute.”

^③ BIT between Bulgaria and United Kingdom, http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_bulgaria.pdf, 最后访问时间:2013 年 10 月 13 日。英文原文为“Disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting party concerning obligations of the latter under Articles 6 [compensation for losses], 7 [expropriation] and 8 [transfer of payments] of this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall after a period of four months from written notification of a claim be submitted to international arbitration if either party to the dispute so wishes.”

东道国的行政许可行为作为“投资争端”的必备条件来衡量是否具有仲裁管辖权。如美国和阿根廷 1991 年 BIT 第 VII 条“为本条的目的，投资争端是缔约一方与缔约另一方投资者就（a）违反投资协定；（b）违反投资授权和许可；（c）涉嫌违反本投资协定下的任何义务之情形。”^①

3. 诉权型

诉权型是基于保护投资者因海外投资活动而可能受到的损害享有之诉权而设计的。这种类型将仲裁的主体限定于投资者，并且一般明确外国母公司作为股东的仲裁请求权资格，排除东道国提出的主体不适格之异议。如日本和墨西哥 2004 年 EPA 第 76 条第（1）项“投资者可以：（a）因另一方缔约国违反第一部分的义务造成投资者的损失而以自己的名义提起仲裁；（b）代表其直接或间接控制的另一方缔约国企业因另一方缔约国违反第一部分的义务造成该企业的损失提起仲裁。”^②

综上所述，投资条约对于提交仲裁所涉及的“法律争端”具有差异性，其反映了条约签订时，各国政府的政治立场以及缔约国的相互关系乃至各国国内的法律状况存在的冲突形态。这种“依个案而定”的判断标准也体现在 ICSID 公约中，公约对“投资法律争端”未作出明确定义，而将广阔的空间留给双方当事人的协定，以促进投资活动的多样发展。

① BIT between Armenia and Argentina. http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/armenia_argentina.pdf, 最后访问时间：2013 年 10 月 15 日。英文原文为“For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.”

② AGREEMENT BETWEEN JAPAN AND THE UNITED MEXICAN STATES FOR THE STRENGTHENING OF THE ECONOMIC PARTNESHIP. <http://www.mexicotradeandinvestment.com/agreement.html>, 最后访问时间：2013 年 10 月 17 日。英文原文为：“An investor of a Party: (a) on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under Section 1 and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and (b) on behalf of an enterprise of the other Party that is a legal person that the investor owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under Section 1 and that the enterprise has incurred loss or damages by reason of, or arising out of, that breach.”

(二) 有关管辖权异议的“时间标准”

双边投资协定一般会对本协定适用的“时间范围”作出明确约定,如 Maffezini 诉西班牙案中作为管辖权基础的阿根廷和西班牙 BIT 第 2 条第 2 项就声明“本协定生效前发生的投资争议不适用本协定”。^①但是在确定“时间标准”时应当明确一个重要概念即“争议发生时”。从文义解释方法来看,“争议”一词是指双方当事人对法律或者事实问题存在意见上的对立。“争议发生时”指的就是当一方当事人表明自己的立场或行为后,他方当事人在合理时间内明示或者默示表示反对这一事实确认的时间。所以,如果 BIT 生效前东道国政府实施了某一行为,BIT 生效后针对该行为投资者提出了异议而东道国却对此异议持反对态度,争议发生时间仍然可以界定为 BIT 生效后,即满足管辖权的适用范围,符合“时间标准”。从投资仲裁实践来看,Maffezini 诉西班牙案中,西班牙政府认为本案的事实问题发生在 1989 年~1991 年,而阿根廷和西班牙的 BIT 是 1992 年签订的,因此对 ICSID 的管辖权提出异议。^②仲裁庭认为,争议的事实过程(natural sequence of events that leads to a dispute)并非争议本身,应该依据双方当事人基于该事实过程所提出的法律请求来判断 BIT 适用范围中所涉及的“争议发生时间”。^③基于此,认定本案中的法律争议发生于 1994 年,驳回了西班牙的异议。

投资条约仲裁实践中还有一种连续性行为引发的争议,如在 Mondev International Ltd v. United States 仲裁案中,加拿大魁北克省的注册公司 Mondev 1978 年与波士顿市政府签订开发合约,依合约,Mondev 在 1989 年 1 月 1 日前有取得市中心一处不动产的选择权。其后市政府拒绝履约,理由为整个加拿大投资案未依约定程序进行,且其购置不动产之要约并未明确提出文件的确切时间及地点。1992 年 3 月 Mondev 向马萨诸塞州法院起诉,控告波士顿市政府违约及波士顿再开发局不当干涉契约关系。案至马萨诸塞州最高法院,法院认为波士顿市政府并未违约,至于波士顿再开发局部分,则以其为公权

① Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, ICSID Case No. ARB/97/7, paras. 90-98.

② Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, ICSID Case No. ARB/97/7, paras. 38-64.

③ Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, ICSID Case No. ARB/97/7, paras. 96-98.

力主体,依马萨诸塞州之侵权行为请求法享有豁免权而予驳回。Mondev 对此结果不满,在 1999 年依 NAFTA 第 11 章向仲裁庭提交申请,宣称美国违反了 NAFTA 第 1102 条国民待遇义务、第 1105 条最低标准待遇和第 1110 条征收条款。仲裁庭于 2002 年 10 月作出裁决,认为 Mondev 的主张中只有关于第 1105 条的主张可以提交仲裁,而其关于违反第 1102 条和第 1110 条的主张都发生在 NAFTA 生效之前,因 NAFTA 并不具有追溯力,故仲裁庭无管辖权。^① 仲裁庭提出,国家行为应区别为没有持续性的行为和有持续性的行为。波士顿市政府的行为不应被认定为一个持续性的行为,该行为发生的时间为违背义务行为发生的时间,即使其影响继续存在。故针对波士顿市政府的诉求,仲裁庭是没有管辖权的,而针对东道国司法不公的诉求具有持续性,故可予以管辖。^② 将违法行为的持续和违法效果的持续相区别,这一点在联合国《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 14 条(违背义务行为在时间上的延续)也有所体现。^③

四、投资条约仲裁的受理可能性异议

(一) 有关“事前协定条款”的适用

BIT 中一般会约定当投资者和东道国之间产生投资争议时,应当先经过友好协商而不是直接提交仲裁。这种事前协定往往会约定一段时间如 3 个月甚至 12 个月的仲裁前程序,起算点应是上文所述的“争议发生时”。所以有学者又把这段时间称为“等待期间”(waiting period)或“冷却时间”(cooling-off period)。^④ 有关这个条款的适用在实务中有不同理解,一种观点认为之所以作出这项规定是为了促使双方当事人和平友好并有诚意地解决争议,但这仅仅

^① DODGE, WILLIAM S. and EDITED BY CARON, DAVID D. INTERNATIONAL DECISION: Loewen Group, Inc. v. United States. ICSID Case No. ARB (AF) /98/3. 42 ILM 811 (2003) . NAFTA Chapter 11 Arbitral Tribunal, June 26, 2003. Mondev International Ltd. v. United States. ICSID Case No. ARB (AF) /99/2. 42 ILM 85 (2003) . NAFTA Chapter 11 Arbitral Tribunal, October 11, 2002 [J] . The American Journal International Law, 2004, 98: 159 - 163.

^② Mondev International Ltd. v. United States of America, Award, October 11, 2002, ARB (AF) / 99/2, para. 58 - 75.

^③ J. Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, University Press, Cambridge, 2002, pp. 135 - 140.

^④ Ch. Schreuer, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clause and Folks in the Road*, Journal of World Investment & Trade, vol. 5 (2004), pp. 238 - 239.

是一项程序规定,并非严格意义的“协商前置”。如果双方没有积极解决争议的诚意,这个条款并不会阻碍仲裁。如“Lauder案”。在该案中,美国金融家Lauder在捷克共和国投资的合营企业因捷克媒体法的修改而失去电视经营权,进而导致Lauder的投资受损。Lauder遂作为美国公民以私人投资者身份依据《美国和捷克BIT》提起仲裁。捷克政府以仲裁违反BIT第6条第3项规定“争议发生后6个月”的事前协定条款为由提出异议。仲裁庭认为,虽然没有满足事前协定条款,但是这个条款并不会限制仲裁庭行使管辖权。该条款的目的仅仅是为双方在仲裁前提供友好协商的机会(allow the parties to enter into good-faith negotiation before initiating arbitration),而在本案中并没有证据表明捷克有协商的诚意,若仍等待6个月的时间就毫无意义,也不利于保护投资者的正当权利。^①另一种观点认为,如果单从目的解释法的角度来解释会使得这个条款在实务中显得毫无意义,有可能导致滥诉甚至作为投资者施加压力的一种手段。笔者认为“事前协定条款”应结合具体的个案来灵活适用,既不能把它简单认为只是一个形式要件,又不能把它视为仲裁庭有权裁决的必不可少的要件之一,应结合双方当事人的行为,争议事由,争议所涉及的法律依据等综合加以判断。

(二) 有关“用尽当地救济”的理解

用尽当地救济原则一般是指当个人(包括自然人、法人等)受到其所在国的不法行为侵害后,在没有用尽其所在国所有的行政和司法救济手段之前,国籍国不能进行外交保护,国际性法庭也不能受理其提出的国际求偿案件。其意义在于强调国内程序优于国际程序,东道国的属地管辖权优于国籍国的外交保护权。1965年《华盛顿公约》第26条规定:“缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法补救办法,作为其同意根据本公约交付仲裁的一个条件。”但是该条确立的用尽当地救济规则不同于习惯法上的用尽当地救济原则的自动适用。用尽当地救济不是提请ICSID中心仲裁的必要条件,也不是外国投资者的当然义务,只有应东道国的要求列入同意条款中,才能产生投资者的这种义务。^②因为《公约》所建立的仲裁程序本身就具有排斥东道国当地救济的意义,ICSID的仲裁管辖权是自愿管辖,如果东道国与外国投资者订立的仲裁协定或条款中约定直接将争端提交ICSID解决,而没有要求用尽当地救济,这

① Ronald S. Lauder v. the Czech Republic, Award of September 3, 2000, para. 200.

② 余劲松:《国际投资法》,法律出版社1997年版,第457-458页。

就意味着东道国放弃了这一程序上的权利。反之,如果东道国在仲裁协定或仲裁条款中有这种要求,则意味着用尽当地救济是国际仲裁的前置条件。因此,《公约》第26条的条文并没有确认用尽当地救济原则在国际投资争端解决中的自动适用,用尽当地救济是求偿可受理性成立的程序性条件。在发生投资争议时,如果双方约定事先用尽当地救济,那么东道国政府在争议提交国际仲裁前进行当地救济无可争议。但是,在没有约定首先用尽当地救济的情况下同意直接求助国际仲裁,是否意味着东道国放弃了事先用尽当地救济的权利?对此问题有不同观点,简而言之放弃用尽当地救济的权利是东道国对行使主权的放弃,除非东道国明确表示放弃,否则不能简单推定。国家对“用尽当地救济”的最好做法无疑是在既维护国家司法主权的同时又不会对外来投资产生阻碍。所以在签订双边投资协定时,应对“用尽当地救济”作出明确规定,对于涉及国家安全和重大经济利益保护应用尽当地救济,如竞争政策、技术标准、商品检验以及司法判决等;对于契约型争议,即因政府的违约行为引起的争议应以合同约定的争议解决条款来处理,若合同约定提交仲裁机构解决,可以对用尽当地救济作出灵活解释。

五、结 语

随着越来越多的双边投资争端诉诸投资条约仲裁制度,传统的仲裁合意被赋予了全新的视角。东道国在BIT中事先同意将投资争议提交国际仲裁解决,赋予了投资者较大的仲裁选择权。然而,正因为东道国事先同意的推定导致这种仲裁机制有着一定的强制性,其特殊的同意模式、特殊的同意效果容易导致仲裁管辖权的扩张。因此东道国对于投资仲裁的异议具有重要意义。仲裁庭在考虑平衡投资者的私权利保护和东道国的公权力制约上应谨慎地对异议进行审查,不应当对这种拟制的合意作出扩大化的解释。基于以上分析,笔者认为将异议区分为管辖权异议和受理可能性异议更有利于上述目标的实现。这一点在ICSID第41条2006年修正案中也得到体现。该修正案明确区别了管辖权异议和以“请求事项缺乏法律正当性”(a claim is manifestly without merit)为由提起的异议。虽然该修正案并没有对何种情况属于“缺乏法律正当性”作出说明,但应该注意到目前的仲裁实践是采用了较为广义的理解,当存在着阻碍仲裁庭作出裁决的法律事由时一般都可以运用这一条,今后的仲裁实践如何完善这一点,值得继续关注。

国际商事机构仲裁视角下的紧急仲裁员制度

韩斯睿*

- 内容摘要

2012年《国际商会仲裁规则》全新引入的紧急仲裁制度由于其高效性、兼容性等特质为仲裁前权利救济提供了保障,体现出对权力制衡、均等保护等重要法律价值的追求,已逐渐成为国际商事仲裁领域的主流制度并在权益保护中发挥着重要作用。我国紧急仲裁制度的缺失需通过明确规定仲裁前临时措施、授权仲裁庭发布临时措施和构建紧急仲裁制度来保障当事人的法律利益。

- 关键词

《国际商会仲裁规则》; 紧急仲裁; 临时措施

Abstract: The International Chamber of Commerce recently introduced the Rules of Emergency Arbitrator into its revised rules of arbitration. The brand-new regulation is effective in guaranteeing interim remedies prior to the establishment of the tribunals, which has demonstrated the pursuit of balanced power and equal protection. The

* 韩斯睿, 中山大学法学学士, 伦敦大学法学硕士, 香港中文大学法学博士研究生。作者在此特别感谢香港中文大学法学院习超教授、樊堃教授以及中山大学法学院王承志教授对本文初稿的评论和宝贵建议。

Rules of Emergency Arbitrator has been one of the mainstream rules in international commercial arbitration. The lack of emergency arbitration in China needs to be addressed by establishing pre-arbitrational interim measures system and authorizing the tribunals to grant interim measures.

Key Words: ICC Arbitration Rules; Emergency arbitrator; Interim measures

国际商会新近修订的仲裁规则于 2012 年正式付诸实施,以应对当今的商业需要,满足商事主体对于仲裁确定性、高效性、保密性的要求^①;其中,紧急仲裁员制度是最受瞩目的制度修改。该规则授权仲裁院任命紧急仲裁员在仲裁庭尚未成立之前依申请作出临时禁令,因而此制度对于紧急情况下的财产保全具有重大意义。然而,紧急仲裁员制度在实践中备受争议,对其进行研究具有不可否认的理论价值以及实践借鉴意义。我国仲裁法对于紧急仲裁员制度并无相关规定,因此笔者将基于以上问题对紧急仲裁员制度在国际社会的立法现状以及我国立法缺失的原因进行分析,探讨该制度立法借鉴的空间。

一、国际商事紧急仲裁员制度概述

(一) 紧急仲裁员制度的基本涵义

有学者认为,紧急仲裁员制度是为当事人在紧急情况下提供临时救济的制度^②。也有文章提出紧急仲裁员制度是使仲裁双方主体能够在仲裁庭接触仲裁案件之前获得临时救济措施的制度^③。据斯德哥尔摩商事仲裁院解释,紧急仲裁员制度是赋予仲裁争议当事人在仲裁庭组庭之前通过紧急仲裁令而得到法律救济的权利的规则^④。笔者认为,紧急仲裁制度是指为了保障仲裁双方当事人的合法利益而在仲裁庭组庭之前依据当事人申请任命紧急仲裁员对于证据、财产作出保全措施裁令,以保障当事人的合法财产在仲裁庭组庭之前不

① 参见《国际商会仲裁规则》第 6、7、13、22、24、37 条,附件四。

② 杨安山,余正:《简评〈2010 年新加坡国际仲裁中心仲裁规则〉》,载《中国海商法年刊》2011 年第 22 期,第 104-107 页。

③ Rockborn N., Falkman C., Lundblad J.:《斯德哥尔摩商事仲裁院紧急仲裁员规则——一些值得思考的特点》,载《北京仲裁》2010 年第 4 期,第 125 页。

④ 斯德哥尔摩国际仲裁院官方网站, *Emergency Arbitrator*, 载 <http://www.sccinstitute.com/skiljeforfarande-2/emergency-arbitrator.aspx>, 最后访问时间:2014 年 10 月 13 日。

受非法侵犯的特别仲裁制度。

(二) 紧急仲裁员制度的界定

紧急仲裁员制度属于仲裁前临时措施,该制度除了具有临时措施所具有的一系列特点之外,还具有时间上的前置性的共同特征^①。紧急仲裁员制度旨在在仲裁庭组庭之前依申请作出裁令以确保仲裁程序的以及实质正义的实现,其与临时仲裁以及临时措施均存在区别。

紧急仲裁是区别于临时仲裁的制度。临时仲裁是直接由双方当事人指定仲裁员自行组成仲裁庭进行的仲裁^②。虽然紧急仲裁和临时仲裁在程序灵活性^③及高效性^④方面异曲同工,然而其不同点亦不可忽视。紧急仲裁员的功能在于保护当事人递交仲裁申请书至仲裁庭组庭的一段时间内的合法利益不受侵犯;而临时仲裁的独特之处在于其仲裁员不隶属于某一特定的仲裁机构或者当事人不需依照某一特定的仲裁规则进行任命而更加灵活、自主、高效、经济地解决纠纷^⑤。另外,两种不同的程序所产生的法律效力也是不同的。根据国际商会的新仲裁规则,紧急仲裁的裁令可以被仲裁庭或独任仲裁员撤销或修改;相反,临时仲裁裁决则基于争议双方合意、具有一裁终局的效力^⑥。

紧急仲裁作为临时措施的一种,具有临时措施的共性和自身个性。临时措施是在仲裁裁决之前,由法院或者仲裁机构依申请为保证仲裁裁决的顺利执行就对方当事人的财产或持有的证据或正在从事的行为等采取的临时性强制措施^⑦;但据新规则第6条,紧急仲裁裁令将在仲裁庭作出终局裁决书之时自动失效、对于仲裁庭没有强制执行力。

① 戴晨,王英民:《国际商事仲裁临时措施法律问题研究》,载《法学杂志》2008年第2期,第158页。

② 康明:《临时仲裁及其在我国现状和发展前景》,载《国际商法论丛(第3卷)》,法律出版社2001年版,第89页。

③ Reisman W. M., Craig W. L., Park W., Paulsson J. International Commercial Arbitration: Cases, Materials, and Notes on the Resolution of International Business Disputes, The Foundation Press, 1997.

④ Okekeifere A. I., *Commercial Arbitration As the Most Effective Dispute Resolution Method Still a Fact or Now a Myth?*. Journal of International Arbitration. 1998.

⑤ 乔欣:《比较商事仲裁》,法律出版社2004年版,第5页。

⑥ Rubino-Sammartano M., *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International Arbitration, 2001.

⑦ 杨良宜,杨大明:《禁令》,中国政法大学出版社2000年版,第64页。

二、紧急仲裁员制度的特点及价值取向

（一）紧急仲裁员制度的特点

1. 紧急仲裁程序的前置性和兼容性

紧急仲裁程序最重要的特点即是其前置性。财产、证据保全的前提条件为仲裁庭的裁令或司法机关的批准，然而国际商事仲裁案情的复杂及仲裁规则的繁琐决定了从提交申请书到仲裁庭组庭将会有有一个较长的时间段，其救济缺失会导致仲裁裁决的无法执行；而紧急仲裁制度正好填补了这一空缺。国际商会新规则第 29 条提出当事人在提起紧急仲裁员申请后仍可向法院申请临时措施及其执行，因此紧急仲裁员制度与诉讼程序中的保全措施不是互斥的。但是，当事人向司法机关申请保全措施即为对仲裁协议的损害或放弃，该申请人以及司法机关采取的任何措施都必须毫无迟疑地通知秘书处。因此，紧急仲裁员制度的兼容性体现了为当事人权益保护提供多种途径之初衷。

2. 紧急仲裁程序的高效性

根据国际商会新规则，国际商会主席应依申请作出是否任命紧急仲裁员的决定；而答辩方则可以提出回避申请。同时，紧急仲裁员将根据案件的性质和紧急性而作出裁令^①。而对于紧急仲裁院的裁令应当在紧急仲裁员接到案卷之日起十五日内作出^②。《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》则要求紧急仲裁员在接到案卷材料的 5 日内便作出裁令。由此可以看出，紧急仲裁员制度对于程序的快捷高效是予以高度强调的，而此亦说明了该制度对于争议双方权益保障之功效。

3. 裁令强制约束力的有限性和不可溯性

紧急仲裁员所作出的裁令将在仲裁庭作出终局裁决书之时自动失效，其裁令对于后来组成的仲裁庭没有法律约束力^③。与此同时，仲裁请求撤销或仲裁终止、紧急仲裁员回避申请成立以及院长终止紧急仲裁程序均可以导致其裁令不再具有法律约束力^④。另外，紧急仲裁员制度也有其不可溯性。据新规

① 张圣翠：《强行规则对国际商事仲裁的规范》，载《法学研究》2008 年第 3 期，第 98 页。

② 参见《国际商会仲裁规则》（2012 版）附录五第 2、3、6 条。

③ 刘永明，王显荣：《“经济全球化”下国际商会仲裁领域临时保全措施的发展趋势——兼论我国国际商事仲裁领域临时保全措施的完善》，载《河北法学》2003 年第 2 期，第 117 页。

④ 参见《国际商会仲裁规则》（2012 版）附录五第 6 条。

则规定, 紧急仲裁员制度不适用于 2012 年 1 月 1 日前签订的仲裁协议。由其制度效力的有限性和不可溯性便可知紧急仲裁员制度对于紧急仲裁员的赋权是较为谨慎科学的, 对于滥用权力的风险控制亦是比较周全。

(二) 紧急仲裁制度的价值取向

价值是以“自身内在的尺度”来看待客体属性对于满足主体需要所具有的意义^①。国际商会新规则中的紧急仲裁员制度在设定制度的指导原则及制度初衷方面体现了尊重意思自治、有效控制权力滥用及均等保护的价值取向。

1. 尊重意思自治

尊重当事人合意, 是指紧急仲裁员制度除了仲裁规则明确规定排除适用的情形, 均平等地自动适用于所有向国际商会仲裁中心提交仲裁申请书的仲裁案件。紧急仲裁员制度强调以当事人在订立合约时以及争议发生时是否具有受紧急仲裁制度的结果约束的意思表示为基础适用规则, 体现了对当事人合意的尊重。国际商会新仲裁规则规定, 紧急仲裁员制度的使用与否高度重视当事人的合意, 只要有资质的仲裁争议当事人在仲裁庭组庭之前申请就可以启动紧急仲裁机制保护其合法权益; 同时新规则还强调在当事人决定不适用时, 应对当事人的选择予以尊重^②。因此, 紧急仲裁员制度所体现的尊重当事人合意原则为争议的解决提供了多元的解决机制, 也为当事人合法权益的保障提供了多重的保护机制。

2. 控制权力滥用

权力滥用的有效控制作为《国际商会仲裁规则》紧急仲裁员制度的价值取向之一, 在新规则的很多规定中得到了体现^③。首先, 新规则规定, 在提起紧急仲裁程序之后, 如果该程序最后所得出的裁令不符合申请人的初衷, 申请人也必须承诺遵守, 这有利于紧急仲裁员公正、独立、中立地作出裁决, 保障双方的合法权益。其次, 新规则赋予了仲裁庭制衡紧急仲裁员的权力, 使得紧急仲裁员的权利不至于被滥用。根据新规则第 29 条, 紧急仲裁裁令的效力不能抵抗仲裁庭裁决的终局性权力, 且在仲裁庭作出终局裁决书之时自动失效。与此同时, 新规则规定, 仲裁庭有权对因紧急仲裁员裁令引发的各

① 卓泽渊:《法理学》, 法律出版社 1999 年版, 第 169 页。

② 参见《国际商会仲裁规则》(2012 版) 第 16、29 条。

③ 李凤琴:《现代化的仲裁理念探析——兼论我国商事仲裁制度的改革》, 载《法治研究》2010 年第 11 期, 第 81 页。

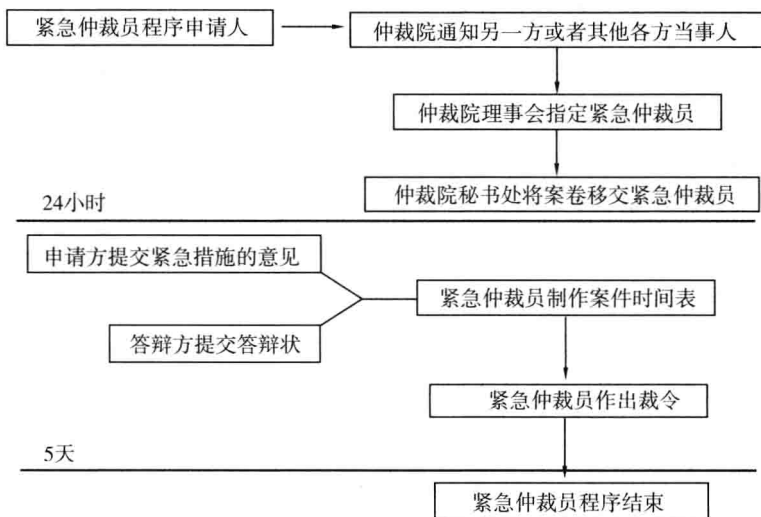
种争议作出终局性的裁定。因此此制衡机制防止了紧急仲裁员权利的滥用，更好地保障了双方的权利与义务的平衡。

3. 均等保护权益

均等保护的价值取向在新规则也得到了淋漓尽致的体现，其对于紧急仲裁申请人和答辩人的权利和义务的设置方面起到了至关重要的作用。根据新规则，提请紧急仲裁的申请人在递交《紧急仲裁请求书》之后的10日内交付《仲裁申请书》，否则院长将可能终止紧急仲裁员程序。与此同时，新规则规定，紧急仲裁请求人必须支付紧急仲裁员程序的费用，以保障该程序顺利进行。均等保护原则体现了该制度对于未申请紧急仲裁的当事人的合理保护，也有效防止了提起紧急仲裁申请的当事人随意提起该机制，浪费仲裁资源。仲裁院程序费用的设计虽然增加了请求人参加仲裁的经济成本，但这也抑制了随意提起权利救济程序的不负责任的行为，遏制了浪费仲裁资源的不良现象。因此，对于紧急仲裁期间的限制保障了没有提起紧急仲裁制度的仲裁争议当事人的合法利益，降低了无限期受到紧急仲裁程序制约的危险。

三、国际商事仲裁中紧急仲裁员制度的发展

（一）紧急仲裁员制度的确立



图表一：《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》紧急仲裁员规则程序