ICSID 仲裁管辖权争议中证明责任适用的局限与克服

马明飞, 蔡斯扬

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要:在 ICSID 仲裁管辖权争议中,投资者与东道国须围绕 ICSID 公约与涉案投资条约规定的若干管辖要件进行证明活动。依据一般证明责任分配原则,提出事实主张的一方应当承担具体要件事实的法定证明责任。然而,这一原则在仲裁管辖权裁决实践中的适用,表现出了要件事实主张者确认困难、过重的说服义务引起双方地位失衡、证明责任规则代替对仲裁合意的解释等三个突出的局限性问题。鉴于 ICSID 裁决撤销机制的有限矫正效果,更宜采用国际法院对证明责任适用的方法对此局限性加以克服。具体而言,在管辖权要件的证明上应淡化法定证明责任的说服义务,依靠善意推定来强化举证证明责任的查清事实功能,并以多样化条约解释方法替代证明责任规则在仲裁合意问题上的适用。

关键词:ICSID 仲裁;管辖权;证明责任;善意推定;条约解释

中图分类号:D997.4

文献标识码:A

文章编号:1002-3240(2021)07-0104-08

一、问题的提出

随着近年来国际投资仲裁^①的案件数量呈指数增长,投资者与东道国在案件管辖权问题上的激烈交锋已成为该领域的关注焦点之一。国际仲裁界就曾统计在全部国际投资仲裁案件中,由于管辖权原因而全部驳回与部分驳回申请人仲裁申请的案件比例高达 60%^②。而联合国贸易和发展会议(UNCTAD)在《2018 年投资者—东道国争端解决案件报告》中也指出,截至 2018 年年底全球约有 600 起已审结投资仲裁案件,在东道国胜诉的案件中,约一半因管辖权异议而驳回投资者的仲裁请求^③。可见,管辖权问题很大程度上决定了仲裁案件的后续进程与最终结果。在作为当前最重要的投资争端解决机制——“解决投资争议国际中心(ICSID)”仲裁中,绝大多数的投资东道国都会对投资者的仲裁申请提出管辖权异议^④。ICSID 仲裁庭于实践中通过审查仲裁请求是否满足《关于解决国家与他国国民之间投资争议公约》(以下简称“ICSID 公约”)和涉案具体投资协定中规定的相关要件,来确定能否对个案行使管辖权,这一过程也必然要求仲裁双方对涉及管辖权争议要件事实进行举证与说明。由于 ICSID 公约及其仲裁规则均未明文规定具体的证明责任规则,仲裁庭因而在管辖权要件事实的证明责任分配上拥有较为广泛的自由裁量权^⑤。

证明责任制度本身的产生源自裁判者对待证事实的认识手段不足与认识能力局限^⑥,其包涵若无法说服

①本文讨论的国际投资仲裁,范围仅限于外国投资者与投资东道国基于投资争端而提起的条约仲裁,不包括一国与他国因投资争端所引发的国家间仲裁。

②国际投资仲裁的管辖权基础是东道国与投资者母国缔结投资条约中的仲裁合意。实践中该投资条约被解释为东道国将投资争议提交仲裁的持续要约,投资者甫一启动仲裁程序即被视作对该要约的承诺。所以,投资者可以随时作为仲裁申请人启动仲裁程序,东道国在国际投资仲裁中只能作为被申请人进行应诉。

③ICSID 公约第 43 条第(1)款仅规定:“除双方另有协议,仲裁庭可在程序的任何阶段认为有必要时,要求双方提出文件或其他证据”。而 ICSID 仲裁规则第 34 条只是原则性地规定,“仲裁庭对于所提供的证据,应就其是否接受及其证明价值作出判断”。

收稿日期:2021-03-10

基金项目:本文系 2020 年大连海事大学研究生创新项目(项目编号:BSCXXM029)的阶段性成果

作者简介:马明飞(1980-),辽宁丹东人,大连海事大学法学院教授、博士研究生导师,研究方向为国际法;蔡斯扬(1986-),辽宁大连人,大连海事大学法学院博士研究生,研究方向为国际法。

裁判者而将导致承受不利后果之意。故此,仲裁庭在投资者与东道国之间裁量分配证明责任,将对管辖权争议的最终结果有着深刻的影响。虽然“谁主张、谁举证”这一世界范围内所公认的证明责任分配法则在 ICSID 仲裁实践中被广泛适用,但是一方面由于 ICSID 公约和具体涉案国际条约就管辖权要件规定的多重性与复杂性,另一方面缘于不同背景的仲裁员往往会选择性援引以往仲裁裁决中的证明责任分配方法,证明责任因而在不同案情中的适用中可能出现相应的嬗变与异化,最终导致管辖权裁决出现实质不公的不良效果。由此,本文从证明责任的概念分野出发,通过考察部分典型案例以发现证明责任适用于管辖权争议中存在的若干局限性问题,在剖析其背后原因的基础上,对如何更为合理地适用证明责任提出建议。

二、ICSID 仲裁管辖权证明责任分配的一般原则

ICSID 仲裁无论在公约还是在仲裁规则上均未对证明责任的概念进行明确规定,此概念于仲裁中的运用,实际上是对国内法的转借。对证明责任内涵的准确认识,有助于深刻理解 ICSID 仲裁中证明责任分配的功能。

(一) ICSID 仲裁中证明责任的双重内涵

国内法上,证明责任是有自身逻辑内涵的一个整体概念。英美法系的证明责任(burden of proof)包括说服责任(burden of persuasion,或称“法定证明责任”legal burden of proof)和提出证据责任(burden of producing evidence,或称“举证证明责任”evidential burden of proof)。前者指整个诉讼过程中,当事人提出证据以说服裁判者相信其主张的事实为真的责任;后者指在诉讼各个阶段,当事人就争议事实提出证据,并在质与量两方面达到最低要求,否则其诉请将被驳回^[4]。大陆法系的证明责任理论体系则区分客观证明责任与主观证明责任,前者是指在庭审的最后阶段若要事实依然真伪不明,由主张该事实的当事人承担不利的裁判后果;后者是指当事人为了获得对其有利的裁判、避免败诉,通过提供证据的方式对争议事实进行证明的一种必要负担^[5]。

相较而言,英美法系通过分析被告针对原告的答辩来确定说服责任的承担者,大陆法系则是由实体法条款来规定客观证明责任的承担者,在适用效果上“说服责任”大体相当于“客观证明责任”,二者都强调不能说服法官而产生的败诉风险,是结果意义上的证明责任,在案件审理中均始终不发生转移^[6]。“提出证据责任”的主观证明责任则是程序法上的责任。均是行为意义上的证明责任,也都在具体案件进程中发生转移。

以上对两种证明责任内涵的区分,在国际仲裁理论界被较为一致地认可。学者们指出,证明责任作为一项课予事实主张者的基本负担,其中的法定证明责任或说服责任在国际仲裁整个过程中从未发生转移;而举证证明责任作为程序事项,可以在主张者与抗辩者之间来回转移^[7]。更有学者论及,用证明责任(burden of proof)术语来代替举证负担(burden of evidence)是不准确的,证明责任由事实主张者承担,直到案件所涉整个主张得到证明^[8]。实践中,直到 Apotex v.the United States 案仲裁庭明确作出“法定证明责任(legal burden of proof)不转移,举证证明责任(evidential burden of proof)随着证据出示的情况而在当事人之间发生转移”的论证后^[9],ICSID 仲裁开始有意对两种证明责任内涵进行区分,这也体现在 Mercer v.Canada 案、Koch Minerals v.Venezuela 案和 Gavazzi v.Romania 案等一系列仲裁实践中^[10]。由此,ICSID 仲裁中的证明责任概念融合了两大法系的制度内涵,将说服裁判者的义务和提供证据的义务区分开来。

(二) ICSID 仲裁中证明责任分配的一般原则

“提出主张者承担证明责任”(onus probandi incumbit actori)这一起源于罗马法的原则,已被两大法系的国内诉讼作为一项普遍接受的证明责任分配原则而持续恪守,也为国际仲裁中经常适用的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Rules)所明文规定^①。

虽然 ICSID 公约与仲裁规则均未明文确认此项规则,但是仲裁实践中该原则得到广泛遵循。在 AAPL v. Sri Lanka 案中,仲裁庭开创性地总结出关于证明责任的两条首要原则:第一,法律的一般原则将证明责任课予权利主张者;第二,不能仅从程序立场出发而机械地让原告承担证明责任,而应从具体争议来检视谁是真正的权利主张者^[11]。嗣后,大多数 ICSID 仲裁庭对上述分析予以呼应^[12],其中以 Rompetrol v.Romania 案与 Bernhard v.Zimbabwe 案仲裁庭对该原则的阐释最为典型。前案指出,如果被申请人提出自己的新主张以反驳或破坏申请人的事实请求,则该新主张的证明责任由被申请人承担^[13];后案论道,若主张与抗辩涉及相同的事实问题,每一方都承担证实自身观点的提出证据责任,管辖权异议提出时并不存在证明责任转移的概念^[14]。而且,部分仲裁庭在承认“提出主张者承担证明责任”的基础上还进一步澄清,证明责任的分配原则不会因为获取与提交证据中存在困难而发生改变^[15],也不能因为另一方更容易获得证据而改变^[16]。故此,证明责任一般由提出事实主

①UNCITRAL《仲裁规则》第 27 条第 1 款规定:“每一方当事人应对其仲裁请求或答辩所依据的事实负举证责任”。

张的申请人或提出新事实抗辩的被申请人自始承担^①,此时的证明责任应理解为法定证明责任或说服责任。

由于实践中的仲裁庭对其须满足何种条件举证证明责任方得以转移的论述不多。国际仲裁理论界对此进行了弥补:国际仲裁中,当事人提出的证据至少需要达到表面上的确定性,才能将证据负担转移给对方^②。一方当事人提出表面证据(prima facie evidence)^③后,实际上免除自身的提出证据责任,在对方当事人反驳该已经成立的表面证据之前,不再承担该待证事实进一步的举证负担^④。质言之,尽管表面证据不一定能满足某一案件的最终说服责任标准,但其包含的最低程度之说服责任意义却可辅助仲裁庭对举证性证明责任的履行情况进行检验并决定是否转移。

综上,ICSID 仲裁中的两种证明责任内涵所引致的证明分配结果应当有所不同。在仲裁程序启动之初,对某一案情事实的法定证明责任与举证证明责任均归于同一当事人(提出主张的申请人或提出新事实抗辩的被申请人)。当该当事人提出事实证据并形成了表面证据时,举证证明责任由此转移给对方,且在对方对该表面证据反驳之前,他都不会承担进一步地法定证明责任^⑤。对方当事人为阻止对其自身的不利裁判,提出证据反驳该表面证据,举证证明责任再次回到原方当事人而迫使他提出更多针对该待证事实的证据。上述过程中,法定证明责任始终居于一方当事人,举证证明责任的来回转移,引导着双方对特定事实论证的说服力不断发生变化,从而有助于仲裁庭认识证据的全貌和判断一方当事人是否完成了法定证明责任。

(三)ICSID 仲裁中需要证明的多重管辖权要件事实

国际投资仲裁是一种运用国际商事仲裁方法来处理外国私人投资者与投资东道国之间的投资纠纷的方式。相较而言,国际商事仲裁的管辖权争议较为少见,其大多数与平等商事主体间订立的仲裁条款之约束范围有关。而国际投资仲裁因涉及的仲裁条款包含在国际公法性质的条约之中,东道国往往针对条约若干具体条款提出管辖权异议,其管辖权上的争议则相对广泛得多^⑥。为保持仲裁效率并兼顾公正,ICSID 仲裁常会对仲裁程序进行管辖权审理阶段与实体问题审理阶段的“二元划分(Bifurcation)”^⑦,以便通过对管辖权争议要件进行审查而驳回没有适格管辖权的仲裁申请,由此避免对后续实体问题再行徒劳审理^⑧。这也就塑造了 ICSID 仲裁管辖权争议审理阶段的相对独立性。

国际投资仲裁可在 ICSID 公约体系内进行,也可于该公约体系外的非 ICSID 机构进行^⑨。而在 ICSID 体系下对仲裁案件行使管辖权,除了要符合涉案条约对上述投资保护范围的限定之外,还须满足该公约第 25 条规定的其他管辖权要件。详言之,该规定的要件包括双方书面同意将争端提交给中心解决(同意管辖要件)、涉案争端系直接因“投资”而产生的法律争端(属物管辖要件)、仲裁双方必须是缔约国与另一缔约国国民(属人管辖要件)^⑩。正如 SGS v.Paraguay 案仲裁庭所指明的,仲裁庭在管辖权阶段应根据涉案 BIT 和 ICSID

①否认是指对于一方当事人主张的事实,另一方当事人向法院或仲裁机构表示是不真实的;而抗辩则是一方当事人通过主张与对方当事人不同的事实或法律关系来排除对方的主张。参见李浩:《民事诉讼法适用中的证明责任》,载《中国法学》2018年第1期。

②表面证据(prima facie evidence),是指除非提出相反证据,否则据此证据已能确立某项事实或支撑某项判决。表面成立的案件(prima facie case)是表面证据在证明案件成立时的一种证明标准(也即说服责任的标准),其在说服责任中则表现为:如果对方当事人不提供相反证据,对方当事人就将承担败诉的风险。表面证据的作用可以是转移提出证据责任,也可以作为一种减轻当事人证明责任的推定。参见徐康:《英国表面证据规则初探》,载《司法改革评论》2013年3月第1辑(总第16辑)。

③Amerasinghe 教授还进一步列举了四种申请人提交表面证据的后续可能结果:1.相对人没有回应,法庭最终认定申请人提交的证据满足了适用的证明标准,并支持其主张;2.相对人没有回应,但法庭认定申请人提交的证据无法满足适用的证明标准,不认可其主张;3.相对人以提出证据或进行解释的方式提出抗辩,但仲裁庭最终发现该抗辩无法动摇申请人证据对证明标准的满足,因此支持申请人主张;4.相对人以提出证据或进行解释的方式提出抗辩,仲裁庭最终发现申请人证据无法满足适用的证明标准,因此不认可申请人的主张。See Chitharanjan F Amerasinghe, Evidence in International Litigation, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp.251.

④参见前注 29, Mojtaba Kazazi 书,第 273 页。

⑤这种程序划分的案件管理方式为 ICSID 公约第 41 条第 2 项所明确规定:“仲裁庭有权决定是否将管辖权异议作为先决问题处理,或与该争端的实体问题一并处理”。即使其他仲裁机构也不同程度的支持此种程序处理方法。例如,被其他仲裁机构广泛适用的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL 规则)(2010)第 23 条第 1 款也规定:仲裁庭“对管辖权作为初步问题还是一并与实体问题作出裁决”有自由裁量权;国际商会仲裁院(ICC)《仲裁规则》第 2 条指出,裁决分为“临时、部分以及最终的裁决”,并于该规则附录 4 补充道:“如果诸如二元切分的案件管理技术能更为高效地处理案件,仲裁庭可以使用”。

⑥在 ICSID 仲裁语境下,实体问题(Merits)是指投资者基于东道国违反涉案国际投资条约中投资保护条款而享有的条约请求权。为支撑针对东道国违反种种具体条约义务的诉求,投资者需列举若干基础事实,这就可能与关涉管辖权要件的事实发生重叠。实践中,仲裁庭一般就管辖权与实体问题中事实的重叠程度,决定是否进行程序的二元切分。由于讨论的主题及篇幅所限,对实体问题与管辖权问题的重叠程度如何具体判别,本文暂不做详细论述。

⑦非 ICSID 仲裁,包括根据 ICSID 附加便利规则进行的投资仲裁、适用《UNCITRAL 仲裁规则》进行的专设临时仲裁、在以斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)与国际商会仲裁院(ICC)为主要代表的国际商事仲裁机构进行的投资仲裁等。

⑧ICSID 公约第 25 条:1.中心的管辖适用于缔约国(或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构)和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端。当双方表示同意后,任何一方不得单方面撤销其同意。2.“另一缔约国国民”是指:(1)在双方同意将争端交付调解或仲裁之日以及根据第 28 条第 2 款或第 36 条第 3 款登记请求之日,具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何自然人,但不包括在上述任一日期也具有作为争端一方的缔约国国籍的任何人;(2)在争端双方同意将争端交付调解或仲裁之日,具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人,以及在上述日期具有作为争端一方缔约国国籍的任何法人,而该法人因受外国控制,双方同意为了本公约的目的,应看作是另一缔约国国民。3.某一缔约国的组成部分或机构表示的同意,须经该缔约国批准,除非该缔约国通知中心不需要予以批准。4.任何缔约国可以在批准、接受或核准本公约时,或在此后任何时候,把它将考虑或不考虑提交给中心管辖的一类或几类争端通知中心。秘书长应立即将此通知转送给缔约国。此项通知不构成第一款所要求的同意。

公约的相关规定,对仲裁合意、国籍、受保护的投资、投资位于的领土、条约保护的时间范围等直接决定管辖权的事实进行确定^①。National Gas v.Egypt 案仲裁庭也指出,尽管被申请人可能提出若干具体的管辖权异议,对各项管辖权要件事实的证明责任应由申请人承担^②。由此,基于 ICSID 仲裁总是由投资者作为申请人发起,根据“提出主张者承担证明责任”一般分配原则,其将承担案件管辖权成立的法定证明责任。又基于 ICSID 公约所设置的上述多重管辖权要件,作为仲裁主动发起者的投资者在一般情况下还需要承担每一要件事实的法定证明责任,以说服仲裁庭认定该事实主张的成立。

三、证明责任适用于 ICSID 管辖权争议的局限性

ICSID 仲裁本质上是运用商事仲裁的方法解决双边投资纠纷,同样对包括证明责任分配在内的诸多具体证据规则未作出硬性要求^③。实践中的仲裁机构也表示,其不应在解决争议时被要求强制适用任何特定的证明责任或标准^④。故此,ICSID 仲裁庭在管辖权争议中对证明责任的适用范围与程度确定,也就随其自由裁量权的行使和个案案情而发生些许嬗变,适用效果上的局限性问题也就此产生。

(一) 确定管辖权要件事实的真正“主张者”并非易事

仲裁界学者们曾对在国际仲裁中运用“提出主张者承担证明责任”的一般分配原理提出了担忧。Amerasinghe 教授就提出适用上的问题,在国际法程序中有效区分事实主张者与抗辩者可能存在困难;在国际争端中同时提交诉请是被允许的;仲裁庭审理案件所依据的相关基础文本材料对证明责任分配保持缄默;争议双方有义务与国际仲裁庭合作,以此构建出案件的真相^⑤。而 ICSID 仲裁管辖权审理实践中,于特定案件中确定“主张者”的确存在困难与争议。

以投资者适格国籍为例,按照证明责任一般分配原则,投资者应当承担该要件事实的法定证明责任(即说服责任)。但是在面临投资者具有双重国籍的案件时,问题就变得较为棘手^⑥。在 *Ambiente v.Argentina* 案中,依涉案意大利与阿根廷 BIT 的相关条款规定,投资者的适格国籍要件包括具有意大利国籍(积极事实)、不具有阿根廷国籍(消极事实)和未在阿根廷居住两年以上(消极事实)等三个要素^⑦。该案仲裁庭的多数仲裁员将具有意大利国籍的法定证明责任课予投资者,同时把证明该投资者不具有阿根廷国籍且未在该国居住两年以上的法定证明责任分配给东道国阿根廷。而该案少数仲裁员在其反对意见中则指出,应由投资者承担适格国籍的积极要件与消极要件的总体法定证明责任,否则将有违国际法上对证明责任分配的一般公认原则^⑧。此案若按多数意见处理,东道国对该国籍消极要素只存在反驳的举证证明责任,课予其该要素的法定证明责任则导致一个要件事实中出现了两个说服责任,显然有悖于证明责任分配原理;而少数仲裁员意见处理,则存在申请人(事实主张者)承担对不存在的消极事实进行证明这一显然有违常理的做法。该案仲裁庭对证明责任的分配也由此在理论界被不断探讨与争论。

(二) 投资者被赋予过重法定证明责任所导致的不平等

尽管实践中 ICSID 仲裁因只能由投资者发起而看似在程序上对其有利,但作为被申请人的东道国在管辖权的证明责任规则上却拥有较大优势。因为投资者对国籍、适格投资、仲裁合意与可归责性等管辖权事实需提供证据予以证明,而东道国往往就这些事实提出多项管辖权异议,且东道国所独享的警察权力也使其可能坐拥投资者永远无法获取的信息。是故,附加投资者以过于苛刻的证明责任,会使仲裁双方的程序地位严重失衡。

Caratube v.Kazakhstan 案是畸高的法定证明责任导致投资者败诉的典型实例。该案缘于 CIOC 公司因哈萨克斯坦政府征收其石油与天然气开采特许权项目而申请 ICSID 仲裁,其中管辖权确立的焦点在于美国公民 Hourani 是否有效控制了位于东道国的合资企业 CIOC^⑨。虽然仲裁庭依间接证据认可了 Hourani 持有涉案

①在国际商事仲裁领域,得到最广泛运用的《UNCITRAL 仲裁规则》和《国际律师协会国际仲裁取证规则》均未对证明责任分配及满足标注作出详细规定,意在尊重当事人意思自治和赋予仲裁庭自由裁量权。前者仅由第 27(4)条规定,仲裁庭应就所出示证据的可采性、关联性、实质性和重要性作出决定;后者仅由第 3.1 条规定,在仲裁庭确定的期限内,每一方当事人均应向仲裁庭和对方当事人提交该当事拥有的、其作为依据的全部书证。

②依 ICSID 公约第 25 条第 2 款第 1 项的规定,对于争端中作为投资者的一方当事人,必须同时满足两项国籍要求:必须具备另一缔约国的国籍(又称“积极要求”),且其不得同时具备投资东道国的国籍(也称“消极要求”)。

③该仲裁涉案 BIT 规定,具有阿根廷国籍的投资者不受该 BIT 保护以外,开始进行投资之前已在阿根廷居住满两年以上者,也不受在该 BIT 的保护。See *Ambiente Ufficio S.p.A et al.v.Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB089, Decision on Jurisdiction and Admissibility (8 February 2013), para.312.

④依 ICSID 公约第 25 条第 2 款第 2 项的规定,法人的国籍问题存在着“国籍标准”与“控制标准”两种适合标准,即外国法人可以是东道国以外的某一缔约国国籍的任何法人(国籍标准);而受外国控制的且具有东道国国籍的法人,经双方特别约定,也可以视为另一缔约国国民(控制标准)。只有能够证明 CIOC 公司(全称“CARATUBE INTERNATIONAL OIL COMPANY LLP”)被美国公民 Hourani 实际控制,才能符合涉外 BIT 与 ICSID 公约对属人管辖要件事实的规定。

企业92%的股权,但认为这并不能够充分说明对涉案企业的实际控制²⁴。在哈国政府提出了可能存在他人实际控制企业的意见后,仲裁庭命令申请人证明投资资金的来源、对投资项目的实际贡献和参加股东会与董事会频率等事项,以此说服仲裁庭其对企业的实际控制¹。问题在于,自CIOC公司的业务被征收时起,其办事处已遭到哈国警方多次搜查,在相关重要文件被没收且部分工作人员已被拘留与审讯的情况下²,这种过高的说服责任使申请人难以诉诸充分举证而最终败诉,而且纵观该案审理过程,摆脱举证义务、却掌握相关记录证据的哈国政府,也未有效地证明CIOC是由Hourani以外的其他人所实际控制的事实。

不独有偶,Libananco v. Turkey案仲裁庭亦适用绝对的说服责任导致投资者最终败诉³。该案管辖权争议的焦点是,Libananco公司是否在土方军警查封CEAS公司和Kepez公司的日期之前拥有此两公司的控制权,以此证明其为适格的外国投资者。Libananco公司在该案中出示了包括无记名股份交易记录在内的表明其控制权的关键要素事实,并指出在涉案关键日期或其不可能再进行股权交易,因为土方已经没收了存放股份的相关设施⁴。然而,土耳其方面坚持不懈地主张投资者的股权是由其欺诈行为所得,并依靠投资者的证人证言与书证之间的不一致之处⁵,成功地让仲裁庭对投资者合法持有股权产生了怀疑。仲裁庭认为,申请人对于已发生事件描述存在一定的矛盾与抵触,而证明所有权存在的负担必须被“确定性地解除”,故而最终驳回了投资者的管辖权申请⁶。然而,该案中东道国所主张的投资者对两公司的股权系欺诈所得,却自始至终没有得到有效证明⁷。

从上述两案分析可知,在投资争议提交ICSID后,东道国实际上有大量机会通过主张投资者存在欺诈行为或证据缺乏真实性等事由,在可能掌握对其有利证据的同时,促使仲裁庭将投资者对某一要件事实的说服责任提高至“明确和令人信服的标准”。在面对投资者主张与东道国反驳的要件事实存在两种不同解释时,仲裁庭很可能超越现有双方提交证据的记录,以说服责任来替代对证据进行全面调查和相应的权衡比较,最终作出对投资者较为不利的判断。

(三)以说服责任的适用替代对同意仲裁条款的合理解释

近十几年来,越来越多的投资者认为涉案双边投资条约中的最惠国待遇条款(以下简称“MFN条款”)⁸可适用于争端解决等程序事项,从而援引东道国与第三方国家双边条约中对争议解决更为放宽的条件的条文,作为其主张东道国对本争议提交仲裁的同意基础。然而,不同双边投资条约中对MFN条款在措辞、范围等方面都不甚统一,仲裁庭对MFN条款能否给予东道国对提交仲裁的同意的解释莫衷一是。以Maffezini v. Spain案⁹和Siemens v. Argentina案¹⁰为代表,仲裁庭强调争端解决条款是在涉案BIT项下赋予投资者的权利中重要组成部分,与他们所享受待遇紧密联系,因而符合“同类原则”,进而认定MFN条款代表了东道国对仲裁

①See Ibid, paras.425-427.

②See Ibid, paras.2, 15, 171, 194.

③该案是一家名为Libananco的塞浦路斯控股公司针对土耳其政府提出索赔,理由是土耳其军队和警察部队于2003年6月12日,查封扣押了Libananco控股的位于土耳其境内的两家垂直一体化电力公用事业公司(CEAS公司和Kepez公司)并撤销了其特许经营权,从而违反了《能源宪章条约》(ECT)。See Libananco Holdings Co.Limited v.Republic of Turkey, ICSID Case No.ARB06/8, Award(2 September 2011).

④See Ibid, paras.145-146, 155.

⑤这种不一致之处源于案件中投资者公司人员作为证人,对其飞往塞浦路斯准备股权交易事宜的时间与航班描述。该证人称当日只有一家从约旦至塞浦路斯的直航航班,而仲裁庭掌握的证据表明,这架航班在当天于黎巴嫩做过一次中途停留。See Ibid, paras. 414-415.

⑥See Ibid, para.536.

⑦土耳其出示其动用技侦手段后得到的涉案股权先前受益人Uzan家族的电子邮件与传真,以表明Libananco与该家族的股权交易是在查封扣押行为之后进行的。然而这些书面证据的真实性也遭到了作为Libananco公司的证人的Hakan Uzan的强烈质疑。See Ibid, para.441.

⑧最惠国待遇是指根据条约,缔约国一方有义务使缔约国另一方国民享受该国给予第三国国民的同等权利。无论何时缔约国给予第三国更优惠的条件,则缔约他方有权享有这种新的更优惠的条件。参见余劲松主编:《国际投资法》,法律出版社2014年12月第4版,第246页。

⑨该案中,依1991年阿根廷与西班牙BIT,阿根廷投资者须先向西班牙国内法院寻求救济,并且在18个月后才未获裁决的情况下方可提起ICSID仲裁。而该投资者依照智利与西班牙BIT中“仅需6个月磋商期后即可提起ICSID仲裁”而援引MFN条款,绕开18个月的等待期而直接就投资争议向ICSID提交仲裁。See Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (25 January 2000).

⑩该案中,德国投资者援引阿根廷与智利BIT中不要求优先采用当地救济的条件,从而避开德国与阿根廷BIT中规定的“争端发生18个月内先向阿根廷法院寻求救济”条款,径直向ICSID提交仲裁。See Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB02/8, Decision on Jurisdiction (3 August 2004).

的同意^①;而以 *Plama v. Bulgaria* 案为典型,明确否认投资者基于 MFN 条款的管辖权请求。该案仲裁庭指出, MFN 条款适用于争端解决程序仅是一种例外,若要通过 MFN 条款引入第三方条约中的争端解决机制,该条款也必须是明确而不模糊的,能够使缔约方毫不怀疑地认为同意仲裁的意思包含在其中^②。

上述两种针锋相对的观点被后续不同的仲裁庭援引,尤其在 *Impregilo v. Argentina* 案中激烈碰撞。该案仲裁庭的多数仲裁员援引 *Maffezini* 案中的论证观点和分析方法,认为投资者可以依据 MFN 条款直接对阿根廷提起仲裁^③。而仲裁员 Stern 则援引 *Plama* 案观点并在其反对意见中则指出,在没有明确且清晰的仲裁合意表示的情况下,必须对该 MFN 条款进行解释,然而任何对 MFN 条款的“解释”都必须得出该条款无法应用于 BIT 中关于同意的规定的结论^④。纵观上述几个案件的分析论证,可以察觉出仲裁庭就两种不同观点均试图发展出一种支配同意条款证明的法定证明责任规则,即“除非另有明确的消极规定, MFN 条款一般可以适用于争端解决的程序性事项”(肯定规则)或“除非另有明确的积极适用规定, MFN 条款一般不可适用于争端解决程序性事项”(否定规则)。依证明责任分配的一般原则,投资者应承担说服仲裁庭 MFN 条款适用与否的责任。通过课予投资者以这种要么较轻要么很重的说服责任,仲裁往往回避了对争议双方提交的有关 MFN 条款背景材料的审查与解释。

可见,通过经典判例中的观点而试图发展出正式证明规则的做法,并未起到平衡投资者与东道国在 ICSID 仲裁管辖权利益上的效果。若适用肯定规则,那么投资者能够轻易地满足说服责任,为投资者通过 MFN 条款扩张管辖权范围大开方便之门。若依据否定规则,投资者显然被课予了极为沉重的说服责任和绝对明确的证明标准,直接后果则是阻塞了投资者唯一公平地解决投资纠纷的有效途径。仲裁庭以相对武断的说服责任规则偏好来替代对当事方证据材料的平衡检验与合理解释,容易造成案件结果的实质不公。

四、ICSID 管辖权争议中证明责任适用的完善进路

管辖权证明责任适用中业已出现的事实主张者确定困难甚至错误、过重的法定证明责任招致的争议双方实质不平等、说服责任取代本应对同意仲裁条款作出的合理解释等问题,是 ICSID 仲裁证据制度自身特点所引致的必然副产品。一方面, ICSID 制度不论从公约起草还是仲裁规则制定,都体现了发达程度与法律传统上不同的国家间妥协与融合的特点,不同背景的仲裁员在证明责任运用的方法与范围上难免有所出入。另一方面,被赋予较大自由裁量权的仲裁庭,面对具体个案时也常选择性地引用先前裁决,而这些先例中蕴含的证明责任分配方法,却可能因案情、仲裁员背景与证据出示情况等方面的不同而存在差异。

对于上述证明责任适用的局限性问题, ICSID 裁决撤销机制所能提供的矫正效果却极为有限。尽管 ICSID 公约第 52 条规定了对可能的错误裁决可启动撤销程序予以救济^⑤,然而该条款中“严重背离基本程序规则”“仲裁庭明显超越其权限”等撤销事由只是蕴含了要求仲裁庭在作出裁决过程中不能过于偏离国际诉讼与仲裁在证明规则上普遍采用的做法,受到裁决不利的一方很难通过主张证明责任分配上的偏颇,使特别委员会认定该裁决达到了“严重”或“明显”的错误程度。实际上, ICSID 裁决撤销机制的预设功能是关注程序性问题,最终的裁决结果是否具有实质上的抽象正确性不在其评价范围之内^⑥。实践中的特别委员会就曾指出,其不认为仲裁庭应被要求在解决争议过程中强制适用任何特定的证明责任或证明标准^⑦。前文 *Caratube* 案,该案特别委员会亦维持了原仲裁庭在证明责任上的认定^⑧。 *Impregilo* 案故此,在现有 ICSID 仲裁框架内对上述管辖权争议中证明责任的适用局限加以克服,只宜从仲裁庭裁决方法上寻求突破。

ICSID 仲裁管辖权是一种有限的管辖权,它必须在确保提供给投资者以唯一获得起诉国家的救济机会

①在解释最惠国待遇条款时,两项解释工具经常被使用,一是《维也纳条约法公约》第 31 条确定的“善意解释规则”;二是“同类原则(ejusdem generis principle)”,即只有在第三方条约与基础条约规定的事项属于同一类别,并且该事项本身须与最惠国待遇相关时,方可援用最惠国待遇条款。参见赵骏:《论双边投资条约中最惠国待遇条款扩张适用于程序性事项》,载《浙江社会科学》2010 年第 7 期。

②该案中塞浦路斯投资者认为保加利亚与芬兰 BIT 中对提交 ICSID 仲裁的关于征收的争议并未限定范围,而优惠于塞浦路斯与保加利亚 BIT“仅限于征收补偿额的争端提交 ICSID 仲裁”,故援引 MFN 条款申请 ICSID 仲裁。See *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB03/24, Decision on Jurisdiction (8 February 2005), paras.198, 199, 223.

③该案意大利投资者援引第三方投资条约中的 MFN 条款,绕开了意大利与阿根廷 BIT 中“投资争议须提交阿根廷国内法院,并在未获判决 18 个月后方可提交仲裁”的规定,直接向 ICSID 提起投资仲裁。See *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB07/17, Award (27 June 2011).

④ICSID 公约第 52 条第 1 款规定:“任何一方可以根据下列一个或几个理由,向秘书长提出书面申请,要求撤销裁决:a.仲裁庭的组成不适当;b.仲裁庭显然超越其权力;c.仲裁庭的成员有受贿行为;d.有严重的背离基本程序规则的情况;e.裁决未陈述其所依据的理由。”

和贯彻国家有限同意参与仲裁的真实意图之间作出权衡。基于以上特质,ICSID 仲裁管辖权裁决方法上,参考同样适用国际法解决纠纷、也仅具备有限管辖权的国际法院与国际仲裁庭对证明责任的适用,不失为一条克服现有证明责任分配局限性的有效的进路。

(一)突出举证证明责任的作用,淡化法定证明责任的适用

强加给投资者严格的说服责任所导致的地位不平等,根本上还是由于仲裁庭回避或无法进行清楚的事实发现,而最后不得不援引证明责任规则。此种困境可以通过运用“善意推定规则”这一国际公法上的裁判方法加以破解。依善意推定规划,一国的所有行为都应被认作更有可能是正常的、与国际法相一致的,与此相反的主张须由其提出人加以证明^[29]。善意推定规则的法律渊源是国际条约^①、国际习惯以及国际法院的判例,其在国际法院与法庭若干案件中获得承认与适用^[30]。而 ICSID 仲裁庭作为国际法上的争端解决机构,根据该公约第 41 条第 2 款的规定,其有权力适用可能的国际法规则。善意推定规划运用于 ICSID 仲裁中,是预设投资者在投资有关的交易中的行为是诚实与合理的,一旦东道国提出了与此推定相左的反驳主张,则需要提出证据加以证明^[31]。由此,善意推定规则可以推动仲裁各方就案情进行积极的攻防互动。

在 ICSID 仲裁管辖权的证明中适用善意推定规则,在不违反证明责任分配一般原则的同时,又可避免课予投资者畸高的说服责任所产生的实质不公,因为推定制度本身不转移说服责任而是转移举证证明责任。两大法系经典主流观点均认为,推定不能转移含有说服责任内涵的法定证明责任。推定之所以能够转移举证证明责任,是由于在当事人提出证据对基础事实加以证明后,仲裁庭运用善意推定规则得出了对投资者有利的推定要件事实,投资者暂时无须进一步对要件事实予以举证,而东道国为反驳此善意推定事实,必须对其提供有一定说服力的证据。可以说,善意推定制度对阻碍东道国提出无充分证据且对仲裁员心证形成不利影响的反驳意见,有着相当重要的作用。

具体到 ICSID 管辖权适格投资要件上,前文 Caratube 案仲裁庭更为合理的证明责任运用方法是对投资者 Hourani 拥有 CIOC 公司 92% 股权的事实进行善意推定,得出该投资者拥有公司控制权的推定事实,使得投资者的法定证明责任暂时得以解除,举证证明责任交由作为被申请人的东道国承担,以促使其向仲裁庭出示更为全面的证据。该案东道国对其提出所谓掌握公司实际控制权另有其人的反驳,须提供具有一定证明力的证据加以支持。仲裁庭在权衡推定事实与反驳事实两者间证据说服力后,得出的倾向性结论才能被视为经过了审慎事实检验,也更具有实体结果的正当性。同理,Libannaco 案的东道国,亦应承担其对投资者提出无记名股权系欺诈所得和股权取得系发生在该国军警强制措施之后的这两项反驳意见的举证证明责任。仲裁庭应凭借善意推定规则,使东道国出示更多的证据,以此缓解投资者在适格投资要件上承担过重的证明责任的状况,维持争议双方在举证方面的实质平等。

而对于由事实主张者确认困难,而引起的要件事实上的法定证明责任争议的问题,同样可以适用善意推定规则予以克服。具言之,在法定证明责任分配遇有争议时,仲裁庭应尽可能地向仲裁双方强调其应承担的举证证明责任,运用推定事实以解除事实主张者的举证证明责任,促使对方当事人将各自掌握的全部证据向仲裁庭展示,从而进行动态上的证据分量权衡,以查清管辖权的某一要件事实^[32]。这种动态强化双方举证证明责任的“中间立场”,在特定情况下有助于纾解证明责任分配的两难境况。

(二)完善仲裁合意条款的解释方法,而非创设证明责任规则

前文 Impregilo 案和 Brandes 案仲裁庭对 MFN 条款能否扩展至提交仲裁合意的裁决出发点,是试图制定一种国际投资法上的证明责任规则,而不是对条款本身是否包含合意表示的解释。这也使管辖权裁决建立在了法律含义不清的基础上。仲裁庭机械地调用法理学中的法定证明责任概念,而不是以对涉案投资条约或国内投资法的解释为根据,意味着仲裁庭未能有效行使 ICSID 公约第 42 条赋予其的裁决职能,以法律含义模糊为由作出了不甚清楚的裁决^②。

解决这一问题需要进行分析范式的转变:仲裁庭不寻求创设证明责任规则,而是将重点置于理解决定管辖权成立与否的国际法上。国际法院在判例中所采用的方法,为此提供了答案。常设国际法院(PCIJ)^③在审理

①1969年《维也纳条约法公约》第26条就提及该善意推定,即“每一生效条约对当事方均有约束力,必须善意履行”。该公约第27条还补充道:“条约缔约国不得援引其国内法的规定作为其不履行条约的理由”。

②ICSID公约第42条第2款规定:“仲裁庭不得借口法律无明文规定或含义不清而作出真伪不明的认定”。

③常设国际法院(Permanent Court of International Justice),是根据1921年《常设国际法院规约》成立的解决国际争端的常设司法机构,位于海牙,1922年开始运作。常设国际法院审理由于条约的解释、有关国际法的问题、违反国际义务等事项产生的争端。第二次世界大战期间停止活动,战后为国际法院(International Court of Justice)所取代。

Factory at Chorzów 一案时,运用一种盖然性标准来对待有关法律的证明问题:“为建立管辖权,法庭必须考虑一系列因素,包括仲裁条约的历史发展、这些条约的术语学问题、字面上的语法和逻辑意思、可归因于缔约双方对管辖权同意的功能意图”^①。有学者对该案解读道,Factory at Chorzów 案所采用的方法的关键要素是在管辖权问题上承认事关同意管辖的法律之不确定性。对于这种不确定性的克服,是通过对比与解释双方当事人关于管辖权的主张和反对主张,最终宣布两者中更可能的一方(而不是“正确的”一方)为管辖权交锋中的胜利者^[33]。

以此方法回溯考察 ICSID 仲裁合意问题,实际上在任何特定案件中,对涉及管辖权问题的法律解释都可以支持与主张截然相反结果的论点。如果单独来看,这两种观点均非明显错误的或不可信的。相反,每一种观点都会更多地利用对同意仲裁的解读,以赢得这场投资者步入唯一法律救济渠道和东道国让渡极为有限的主权间的竞争。又由于不同案件中的涉案投资条约在措辞、上下文背景与立法政策等方面均有所不同,仲裁庭对争议双方就 ICSID 仲裁合意条款提供解释的对比结果就无法具备一致性。这也就说明了在 MFN 条款是否及于同意仲裁问题上,创设固定课予一方当事人的说服责任规则、过于追求裁决结果一致性的做法缘何失败。Inceysa v. Salvador 案仲裁庭也论及“为了避免进行片面或主观的分析,对管辖权的任何分析必须一丝不苟地进行,不能从有利于或不利于中心管辖权的推定开始。任何推定都会破坏分析,不适当地限制或扩大当事方的最初同意”^[34]。

在 ICSID 仲裁中运用 Factory at Chorzów 案对同意仲裁条款的盖然性解释方法,首先要将重点置于争议双方对条款文本各自解释立场的对比上。根据《维也纳条约法公约》第 31 条,“条约应根据条约文本通常所具有的含义,结合条约的目标和宗旨被善意地予以解释”。在管辖权争议的双方当事人依赖语义和语法而对同意仲裁条款进行解释后,仲裁庭可以根据整个涉案协定的上下文来分析同意仲裁相关部分的双方各自解释,以发现一方的解释与条约的其他规定之间可能产生矛盾,从而权衡出说服力较强的一种解释^[35]。其次,有学者也指出,ICSID 仲裁庭可以参阅过去的仲裁裁决的相关争议点来测试本案双方提出的论证,通过类比过去的案例的方式来区分或确认现在本案的权衡解释观点^[36]。通常情况下,任何一方当事人都不能提出完全优于另一方当事人的解释。这种综合的解释模式使管辖权分析中的盖然性标准变得具体而丰满,也使最终裁决更具有合理性。

参考文献

- [1] IAN A.LAIRD, BORZU SABAHI, FRÉDÉRIC G.SOURGENS, NICHOLAS J.Birch, Kabir Duggal and Joanna Coyne, International Investment Law and Arbitration: 2013 in Review [A]. Andrea K.Bjorklund Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014[C]. New York: Oxford University Press, 2015. 71-72.
- [2] Review of ISDS Decision in 2018: Selected IIA Reform Issues, UNCTAD, p.3 [EBOL]. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d6_en.pdf, 2020-06-08.
- [3] (德)莱奥·罗森贝格.证明责任论[M].北京:中国法制出版社,2002,1(01):1-2.
- [4] 张卫平.民事证据法[M].北京:法律出版社,2017,6(01):271-272.
- [5] 李昌盛.积极抗辩事由的证明责任:误解与澄清[J].法学研究,2016(02):173.
- [6] 易延友.证据法的体系与精神——以英美法为特别参照[M].北京:北京大学出版社,2010.293-294.
- [7] CHITTHARANJAN F AMERASINGHE. Evidence in International Litigation [M]. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 253; 257; 90.
- [8] NATHAN D O' MALLEY. Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide [M]. Informa Law, 2012. 212-213.
- [9] MOJTABA KAZAZI. Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before the International Tribunal [M]. Kluwer Law International, 1996. 36.
- [10] Karl-Heinz Böckstiegel, 傅攀峰.商事仲裁与投资仲裁:当今两者差异几何? [J].仲裁研究,2014(02):108.
- [11] 赵骏.论双边投资条约中最惠国待遇条款扩张适用于程序性事项[J].浙江社会科学,2010(07):59-60.
- [12] R DOAK BISHOP, SILVIA MARCHILI. Annulment Under the ICSID Convention [M]. Oxford University Press, 2012. 94; 130.
- [13] 郑斌, 韩秀丽, 蔡从燕. 国际法院与法庭适用的一般法律原则 [M]. 北京: 法律出版社, 2012. 313-315.
- [14] FRÉDÉRIC G SOURGENS. Reason and Reasonableness, the Necessary Diversity of the Common Law [J]. 67 Maine L Rev. 2014, p.73.
- [15] 叶峰, 叶自强. 推定对举证责任分担的影响 [J]. 法学研究, 2002(03): 79-83.
- [16] MARTTI KOSKENNIEMI. From Apology to Utopia [M]. (2d ed), 2005. 467-473.
- [17] ULF LINDERFALK. On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties [J]. Law and Philosophy Library, Published by Springer, 2007. 125-131.
- [18] FRÉDÉRIC G. Sourgens, Keep the Faith, Investment Protection Following the Denunciation of International Investment Agreements [Z]. 11 SANTA CLARA J. INT'L L. pp.145.

[责任编辑:周玉林]

①See Ibid, p.64.