

投资者违法行为抗辩的裁判基础和规则优化

钱嘉宁

(浙江师范大学, 浙江 金华 321004)

摘要: 国际投资法保护的對象是合法和真实的投资, 并不包括违反东道国法律或不诚信的投资。这就要求投资者在投资准入、经营管理和争端解决阶段审慎评估投资风险、合理规划投资行为。当东道国提出投资者存在违法行为时, 仲裁庭通常依据投资定义中的合法性要求等排除对案件的管辖权。但这并不意味着任何违法行为都应终止于管辖权阶段, 仍需结合时间节点和严重程度等因素进行考查。鉴于此, 投资者行为的条约规制应着眼于明确义务范围、引入独立的违法抗辩规则和确立行为监督机制, 进而构建结构对称的权利义务体系。

关键词: 违法行为; 抗辩权; 投资者义务; 行为监督

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2023) 03-0059-14

一、Yukos 案与问题导出

2020年2月18日, 海牙上诉法院对历时15年的Yukos案^①作出判决, 维持2014年7月18日常设仲裁法院(PCA)裁决俄罗斯赔偿已破产的Yukos约500亿美元的仲裁裁决。申请人主张俄罗斯从2003年7月至2007年11月期间对Yukos采取了一系列损害公司经营管理能力的措施, 包括刑事起诉、骚扰、重新评估税收、罚款、冻结资产和强制出售Yukos的主要石油资产等, 最终目的是损毁和征收Yukos的全部资产。俄罗斯声称Yukos及其高管从20世纪90年代中期Yukos私有化到2007年11月的破产清算期间有28起违法行为, 包括贪污受贿、滥用俄罗斯境内的低税区逃税、骗税和将出售石油的收益转移到其拥有的离岸空壳公司等, 违反了“干净之手”(clean hands)原则, 不应受到国际投资条约(IAs)的保护, 特别是Yukos在参与税收优化计划时逃避应缴税款、罚款和利息共计241.8亿美元。^②

本案中俄罗斯因使用“违法手段”迫使Yukos破产并将其资产卖给国有企业的行为产生“相当于国有化或征收”的效果, 违反了《能源宪章条约》(ECT)第13(1)条的规定。^③本案争议的焦点之一是Yukos是否应为自身违法行为承担责任。

作者简介: 钱嘉宁, 浙江师范大学法学院讲师, 法学博士, 研究方向: 国际投资法。

基金项目: 司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“外资安全审查与国际投资法互动的法律困境与路径优化研究”(项目编号: 21SFB4069)。

① Yukos案是Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 226), Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227)和Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 228)的总称, 因案件内容基本相同, 3起案件由同一仲裁庭合并审理并作出3个几乎相同的仲裁裁决。下文以Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation为例进行分析。

② Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, final award, 18 July 2014, paras. 108-109.

③ Ibid, para. 1530.

鉴于 Yukos 在低税收地区采取的虚假经营行为, 仲裁庭认为 Yukos 在税务方面的违法行为与其破产之间存在充分的因果关系; 但就拍卖 Yukos 主要资产而言, Yukos 的行为并未对低价拍卖作出实质性贡献, 即 Yukos 的行为与其破产不存在本质上的因果关系。^①因此, Yukos 存在自身过错, 但该违法行为并非当然成为俄罗斯实施监管措施的合法理由。仲裁庭虽然没有明确指出 Yukos 违法行为能否成为俄罗斯采取措施的法律依据, 但认为俄罗斯将税收作为采取监管措施的借口, 目标是摧毁 Yukos, 故 Yukos 违反税收的行为不能成为俄罗斯不当监管的借口。鉴于 Yukos 存在一定过错, 仲裁庭最终将俄罗斯赔偿金额从 667 亿美元减少到约 500 亿美元, 即 Yukos 承担 25% 的赔偿责任。^②

“Yukos 案”是国际投资仲裁历史上裁决赔偿金额最高的案件, 加之程序复杂, 成为国际仲裁界高度关注的要案之一。在此案的审理过程中, 投资仲裁庭和海牙地方法院及其上诉法院都依据国际法的有关规则对 Yukos 行为的审查阶段和适用标准作出了解释, 关注 Yukos 的故意、疏忽或不作为与其最终破产是否存在充分的因果关系, 即申请人自身过错和违法行为对俄罗斯赔偿责任的减损作用, 从中引出了如下需重点解决的问题: (1) 投资者行为的合法性审查应在管辖权阶段还是实体阶段考查? (2) 在举证责任方面, 应由哪一方承担投资者行为违法的举证责任? (3) 在损害责任认定方面, 投资者的违法行为应与哪些行为相区别? 申言之, 当东道国辩称投资者自身过错或违法行为是采取监管措施的原因时, 仲裁庭依何程序和原则审查投资者行为通常会左右投资仲裁裁决的结果, 凸显投资者与东道国之间的张力。鉴于此, 本文将对 Yukos 案涉及的投资者违法行为问题展开分析, 并与类似的其他仲裁裁决相比较, 以期提出规范投资者行为的方案。

二、投资者行为的合法性基础

国家在缔结 IIAs 时越来越多地对投资者行为合法性作出明文规定, 这是国家行使经济主权的表现。为吸引和利用外国投资发展本国经济, 各国均对外国投资的安全和利益予以保护, 但前提是该项投资或投资者行为符合东道国国内法要求。

(一) 投资者行为的条款约束

现有 IIAs 大多会涉及投资者行为合法性的内容, 只是具体出现的位置有所不同。投资者行为的合法性要求一般以分散条款的形式限制和约束投资者行为。

1. 投资定义 由于投资定义扩张已经使得东道国对投资者的保护承诺以及对国际仲裁的权力有限让渡转化为东道国国内经济、法律管辖权的全面旁落, 许多 IIAs 在投资定义中规定“遵守东道国法律要求”, 意味着只有符合东道国法律等要素的投资才是适格投资; 反之, 仲裁庭可以借此排除对诉争案件的管辖权。该要求既是东道国主张违法行为不受 IIAs 保护的抗辩理由, 也是仲裁庭在管辖权阶段判断投资是

^① Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, final award, 18 July 2014, paras. 1608~1615, 1627~1631.

^② Ibid, paras. 1821~1827.

否合法的依据。

2. 利益拒绝条款 针对投资定义不明确的问题,各国开始引入该条款,用于抵制投资者“国籍筹划”“挑选条约”、防止“免费搭车”等现象。例如,美国BIT范本(2012)第17条排除与缔约另一方无外交关系、违反经济制裁和没有实质性商业活动的投资者。实质上,该条款从侧面对投资者行为提出要求,指出通过邮箱公司或壳公司的形式而无拥有、控制或实质性经营活动的投资不应享受东道国与公司国籍国的IIAs保护。

3. 腐败条款 随着反腐败问题在国际投资活动中凸显,近年来签订的IIAs开始纳入反腐败条款。例如,《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)以专章(第26章)的形式规定了反腐败的范围、措施和法律适用等内容。反腐败条款在对东道国公职人员提出要求的同时,对投资者及其高管行为也进行约束。当投资者在获得或经营投资项目时涉及腐败问题,一旦与东道国发生投资争议,该违法行为很可能成为东道国抗辩的理由,使得仲裁庭作出拒绝管辖权、不予受理或实体待遇减损等结果。

4. 争端解决条款 投资者—东道国争端解决(ISDS)机制可能会将投资者违法行为直接排除在仲裁庭管辖权之外。例如,印度双边投资条约(BIT)范本(2015)第13.4条和加拿大—欧盟的《综合性经济贸易协议》(CETA)第8.18(3)条均禁止涉及欺诈性虚假陈述、隐瞒、腐败、洗钱或滥用程序等违法行为的投资提交仲裁。但以这种极端方式处理投资者违法行为在具体适用过程中应严格把握,切勿成为东道国规避责任的手段。

5. 其他条款 许多IIAs选择在序言部分规定投资者遵守东道国法律法规的义务。虽然以序言的方式强调该要求不会直接产生或限制投资义务,但仲裁庭倾向于采用与序言目标和宗旨相一致的解释。投资促进和准入条款也会出现类似规定。例如,中国—加拿大BIT(2014)第3条鼓励外国投资者在东道国领土内投资并依据该国法律、法规和规定准入该投资。该条款反映了一国允许外国投资者进入本国投资的自由范围,当然也是对投资者在准入阶段提出合法性要求的概括规定。

(二) 投资者行为的仲裁要求

当损失是由投资者经营不善而非东道国监管措施导致时,投资者应为自己的行为承担责任。在IIAs对投资者行为提出合法性约束的同时,投资仲裁庭主要从两个方面提出了一些具体规范投资者行为的要求。

1. 合理从事投资行为

从事投资行为的基本要素是遵守东道国的法律法规和政策,因为外国投资是在涉及合同、税收、反垄断、人权和环境等一系列复杂的法律框架内进行的。例如,在Maffezini诉西班牙案中,西班牙和欧洲环境法要求建立化工厂需进行环境影响评估,而投资者未遵守环境条例导致项目停止时,东道国则不承担责任。^①遵守法律要求也包含接受相关专业建议,主要是因为专业人士的提前介入能够有效避免或预防

^① Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No.ARB/97/7,Award,13 November 2000,paras.70~71.

因业务生疏和法律环境而导致的风险。在 Feldman 诉墨西哥案中, 纳税人遵守税法是投资者的一项积极义务, 而接受税务咨询、了解可适用的财政措施当然也是投资者合理规划投资行为的方式之一。^①

投资者违法行为可能出现在投资过程的不同阶段。(1) 开始投资时。在 Fraport 诉菲律宾 (I) 案中, 在明知菲律宾国内法禁止外国人拥有公共设施 40% 以上权益的情况下, 申请人仍通过秘密缔结股东协议获得菲律宾当地一家工程公司的多数股权, 这种非善意、故意规避东道国国内法股权安排的行为不属于“符合法律的投资”。^② (2) 投资经营中。在 Azanian 诉墨西哥案中, 投资者在经营计划中对投资前景及运作方式作出不实陈述, 故负责监管特许合同的当地政府终止该合同是对投资者违法行为的合理反应。^③但这并不意味着所有虚假陈述都可作为终止合同的理由, 还需要东道国国内法律将虚假陈述视为宣布合同无效的事由之一。(3) 争端解决中。通过虚假交易获得 IIAs 的保护利益是争端发生后滥用程序的一种形式。在 Europe Cement 诉土耳其案中, 申请人将与土耳其两家电力公司在 2005 年签订的股权转让协议日期倒填至 2003 年 5 月, 而事实上其在 2003 年并未持有该两家公司的股权, 故这种欺诈性投资不受 IIAs 保护。^④在 Phoenix 诉捷克共和国案中, 申请人在以色列设立公司并不是为了从事经济活动, 而是根据以色列—捷克 BIT 对捷克共和国提起国际仲裁, 该滥用程序的行为不受 IIAs 保护。^⑤同时, 投资者合理行为包含发生争议之后的解决方式。当与东道国地方政府发生纠纷时, 投资者首先应尽可能地采取有效的国内行政或司法救济手段, 强调投资者纠正政府过错的合理努力。^⑥该要求并非完全基于当地救济原则, 而是在诉诸 ISDS 之前给予东道国自我审查的权利。所以, 在投资的整个过程中, 投资者应以诚实、善意等合理方式与东道国交往, 而实施欺诈、误导或滥用程序的行为则可能成为干预投资权利的合法基础。

当然, 投资者违反法律规定并不当然意味着东道国免于因不公平或征收等行为而引发的责任。当投资活动中争议双方违反各自义务时, 比较投资者和东道国的行为, 确定哪一方的行为更加不当, 是仲裁庭在违法性认定时常采用的一种方法。在 Genin 诉爱沙尼亚案中, 虽然爱沙尼亚银行监督部门的行为不符合普遍接受的银行管理惯例, 但投资者没有如实披露其实际拥有和控制的外资母公司的所有权信息是爱沙尼亚暂停欧洲投资银行业务的合理原因之一。^⑦

① Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, paras. 125~132.

② Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007, paras. 397~401. 但是, 仲裁员 Bernardo M. Cremades 持不同意见, 认为申请人的投资即使被用于违法行为, 只要该资产 (在本案中是股份) 本身属于菲律宾法律接受的财产, 即可受到 IIAs 的保护, 即申请人的资产可能在菲律宾从事了违法行为, 但这并不改变其所持股份是菲律宾法律认可的资产这一事实。See Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, 16 August 2007, paras. 11~14.

③ Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 1 November 1999, paras. 110~115.

④ Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, paras. 146~170.

⑤ Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras. 113, 142.

⑥ Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, paras. 20, 30.

⑦ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, paras. 348~365.

2. 审慎评估投资风险

投资者在决定投资前有义务对投资风险评估并承担不审慎评估导致损失的风险,即“买者自慎”。在这种情况下,投资者对已察觉风险导致的损害不能获得赔偿,因为投资者自愿置身于危险中的行为可视为对已有或将来损害或风险的默认。

(1) 确保投资可行性。这不仅要符合一般公司法的义务(即以股东的最大利益来管理公司),又要符合企业社会责任(即以东道国的公共利益及其经济发展来规范自身行为)。实际上审慎评估投资风险是企业社会责任的要求,鼓励企业在从事投资活动时持谨慎态度。在MTD Equity诉智利案中,在对投资可行性进行评估时,申请人没有实施正常投资者应履行的尽职调查而听从了错误建议,最终作出不明智的商业决定,该部分责任应由其承担。^①所以,外国投资者在整个投资过程中应采取合理谨慎的态度,尽可能实现所有股东的预期利益,^②并在东道国财政收入、人员就业和技能培训等方面履行企业社会责任。

(2) 充分了解投资环境。投资环境不会一成不变,除非东道国作出稳定性承诺;当没有稳定条款时,一般的法律变化即使有损于投资者利益,仍不能视为违反IIAs规定。因为公平公正待遇(FET)条款虽然要求东道国给外国投资者提供稳定、可预测的法律商业环境,但为应对社会经济的发展变化或者紧急状况的出现,国家仍有权力对国内现有的投资法律政策作出调整。例如,在Olguin诉巴拉圭案中,巴拉圭在法律制度和国家机构方面存在公认缺陷,而申请人在投资领域富有经验,不可能对巴拉圭的情况一无所知,故要求赔偿该投机性或欠谨慎投资造成的损失是不合理的。^③在Generation Ukraine诉乌克兰案中,乌克兰的资本回报率远远超过其他较发达国家,投资者在遭遇政府不作为而导致挫折和拖延的同时,无条件获得了位于首都基辅市中心的49年商业地产租赁权,即投资者应为该投机性投资的后果负责。^④特别是处于严重经济危机的国家,外国投资者拟对该国投资时需持更加保守的态度。例如,CMS诉阿根廷案的仲裁庭认为,阿根廷危机虽然对投资者业务造成严重影响,但该影响在某种程度上可归因于在阿根廷投资时的商业风险。^⑤抑或,当没有遇到严重经济危机时,仲裁庭又该如何衡量投资环境的负面影响?实际上这并不影响投资者风险评估义务,因为东道国的政治、经济和法律等环境属于投资者应考虑的范围,在缺乏东道国有效承诺的基础上,投资者理应预见东道国的投资环境不会一成不变。

三、投资者违法行为的裁判思路

就解释和发展国际规则而言,投资仲裁庭既能够在国际法各种相互竞争的原则之间实现平衡,又能避免矫枉过正(苏贝迪,2015)。这就要求仲裁庭关注国际法

① MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, paras. 168-178.

② Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, paras. 147, 152.

③ Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001, para. 65(b).

④ Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, paras. 20, 37.

⑤ CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 244-248.

中各种相互竞争的原则和利益，当然包括东道国监管权和投资者利益之间的冲突。在涉及投资者违法行为的案件中，仲裁庭通常会援引包含“符合东道国法律要求”的投资条款、《ICSID 公约》第 25（1）条所隐含的合法性要求和国际公共政策作为拒绝管辖权、裁决不予受理和减免东道国部分赔偿责任的理由，但违法行为是否当然成为阻却进入实体阶段的理由、是否应采用有别于其他案件的证据规则以及赔偿责任的认定等问题仍然是目前仲裁庭争议的焦点。

（一）审查阶段

多数 IIAs 要求条约保护以投资者遵守东道国法律为前提，强调获得和管理投资的合法性。当投资者严重违反东道国的法律秩序、外国投资制度或以违法行为获得投资及利润时，^①仲裁庭将拒绝行使管辖权。特别是当投资定义中明确规定“拥有”或“控制”要素时，确定财产所有权是否符合一国法律必须考虑该财产的占有或所有权的取得方式，以及获得该占有或所有权的过程是否符合所有现行法律。例如，存款虽然属于加拿大一哥斯达黎加 BIT 中的资产，但与哥斯达黎加人操纵的旁氏骗局有关，故申请人与哥斯达黎加人的交易是非法的，所获资产当然不符合哥斯达黎加的法律。^②

“拥有”“控制”和“遵守东道国法律”是一种客观明确的表述，不以投资者主观认知为依据，投资者必须无条件地符合这一要求。同时，即使 IIAs 没有明确规定“遵守东道国法律”，仲裁庭仍倾向于将这一要求作为隐含的裁量标准。例如，虽然合法性要求没有出现在西班牙—萨尔瓦多 BIT 的投资定义中，但条约谈判记录表明 BIT 适用和保护的范围将违反东道国法律的投资争端排除在外。^③但是，一些违反当地法律的轻微行为并不必然剥夺 IIAs 对投资及其投资者的保护。例如，虽然投资者在注册投资时提供的文件包含轻微的行政瑕疵，但仍受到立陶宛—乌克兰 BIT 的保护。^④

投资者违法行为违背国际公共政策同样成为仲裁庭排除管辖权和拒绝可受理性的理由。World Duty Free 诉肯尼亚案明确指出，贿赂是与道德和国际公共政策相违背的，故以贿赂获得的合同不受 IIAs 保护。在该案中，仲裁庭驳回了投资者的所有诉讼请求，认为投资者支付 200 万美元不仅是为了与莫伊总统会晤，而是在会晤期间获得预期投资协议，故根据“违法原因不得起诉”（*ex turpi causa non oritur actio*）原则，该款项应被视为一种意图缔结投资协议的贿赂。^⑤在 Plama 诉保加利亚案中，投资者在谈判期间故意隐瞒原股东已撤出合伙的事实，诱使保加利亚当局将股份转让给一个不具备炼油厂运作所需条件的公司。这种以违法手段获得合同的行为既违反保加利亚法律，也有悖“任何人不得因主张其恶行而得利”（*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*）的原则。^⑥其实，如实陈述投资及其投资者的情况

① Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, para. 165.

② Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19 May 2010, paras. 51-57.

③ Inceysa Vallisoletana, SL v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, paras. 123, 196, 206-207.

④ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, paras. 83, 86; Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, paras. 116-119.

⑤ World Duty Free Co. Ltd v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006, paras. 134-136, 179.

⑥ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, paras. 134-135, 138-145.

既是诚实信用原则的具体反映,也是FET条款的基本要求,尤其当投资者提供的信息对政府是否批准该项目起决定性作用时。

然而,并非所有类型的投资者违法行为都与仲裁庭的管辖权有关。Yukos案仲裁庭选择在实体阶段考查投资者行为的合法性并将审查范围囊括一系列投资行为。例如,虽然收购Yukos公司有关的“贷款换股权”等违法行为发生在1995~1996年且不属于Yukos最终交易的一部分,即所指控的行为虽然满足了时间要求(即发生在投资之前),但与Yukos投资的最终交易没有充分联系。在另一起涉及腐败的Niko诉孟加拉国案中,尽管投资者的加拿大母公司被判定向孟加拉国能源和矿产部长行贿,但仲裁庭仍坚持对该案享有管辖权,主要是因为两份投资协议与腐败行为之间不存在因果关系,一份签订时间远远早于贿赂行为,另一份是在部长接受贿赂被迫辞职之后的第18个月签订的。^①所以,一项投资只有同时满足时间和关联性两个条件,才能影响仲裁庭的管辖权。当然,如在不同时间取得多项资产或权利的投资,那么投资者在作出决定后发生的任何违法行为仍可能属于管辖权问题。

(二) 证据规则

证明责任是当事人根据证据标准证明或反驳有争议事实的义务,而证明标准则确定证明必须达到的程度。根据“谁主张、谁举证”的一般原则,申请人应当对东道国侵犯自身权益的主张加以证明,而东道国也应对答辩过程中提出的一些事实负有举证责任。但是,在涉及腐败、欺诈或其他违法行为时,仲裁庭对是否应提高证据标准、举证责任是否应发生转移、相关证据的证明力等仍未达成一致意见。

1. 证明标准 虽然《ICSID公约》及其仲裁规则没有明确规定证明标准,但根据公约第43~45条和仲裁规则第34条的规定,ICSID仲裁庭在证据方面享有极大的自由裁量权,包括要求当事各方提供文件、证人和专家,确定所提交证据的可采性及其证明价值,访问与争端有关的现场,进行适当的调查和审查一方未履行证据义务所提供的任何理由等。^②目前,在涉及投资者违法行为的案件中,仲裁庭在证明标准方面存在两种不同意见。一种是采用高度盖然性(preponderance of evidence)标准。当争端双方就同一事实分别提出相反证据但均无充分证据足以否定对方证据时,投资仲裁庭权衡双方证据的证明力并对证明力较大的证据予以认可。在Tokios Tokelés诉乌克兰、Libananco诉土耳其和Rompetrol诉罗马尼亚等诸多案件中,仲裁庭将盖然性作为判断事实问题的一般性标准,拒绝对欺诈或其他违法行为提高证据标准。^③另一种是采用清楚有说服力(clear and convincing evidence)标准。这一标准高于民事案件中的盖然性标准,但低于刑事案件中常用的“排除合理怀疑”标准。例如,

① Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People's Republic of Bangladesh et al., ICSID Case No. ARB/10/11 and ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013, paras. 454~455.

② See Articles 43~45, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States; Article 34, ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings.

③ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 July 2007, para. 124; Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011, para. 125; Rompetrol Group NV v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013, para. 183.

因涉及罗马尼亚政府最高级别的官员,EDF 诉罗马尼亚案仲裁庭认为,在认定贪污、欺诈或其他违法指控时,应采用清楚有说服力的标准。^①

然而,投资仲裁庭在管辖权阶段处理投资者违法行为并非是为了运用证据标准证明其违法性,而是判断投资及其投资者是否符合 IIAs 要求;在实体阶段则主要关注国家赔偿责任和金额的减少。至于上述两种标准,究其本质,这是由不同诉讼的性质决定的。投资仲裁解决的是投资者与国家之间的投资争端,是建立在自愿平等的合同基础之上,争端双方利益处于均衡的状态,其责任承担主要是经济补偿,如一味地强调高标准的证明规则,特别是对腐败等违法行为难以举证证明时,则不利于民事权利的维护和投资争端的化解。所以,投资仲裁庭在适用原则和处理方法上须区别于刑事诉讼的“排除合理怀疑”,应运用盖然性规则推定某些事实的存在。

2. 举证责任 当一方提出的证据初步支持其主张时,举证责任从指控违法行为的一方转移到被指控的一方。这是建立在一方提出的证据足以主张其观点的假设之上,只有当另一方提供足够证据反驳该假设时,另一方的主张才能得以成立。例如,在 Siag 诉埃及案中,当投资者已初步对其黎巴嫩国籍提供证据时,举证责任转移到埃及一方,由埃及证明投资者欺诈、伪造或其他违法行为影响其已取得的黎巴嫩国籍。但当埃及已证明投资者不具备黎巴嫩国籍时,仲裁庭拒绝将举证责任转移到投资者一方,理由是反面证据的主张要难于正面证据,如采用举证责任倒置,则涉嫌欺诈的一方几乎不能为自己辩护,违反了正当程序。^②在 SPP 诉埃及案中,埃及提出投资者在财政能力和旅游专业知识方面存在虚假陈述,不具备完成该项目的的能力,但实际上 SPP 在旅游业务方面有丰富的经验且拥有项目所要求的资金,而筹措资金出现困难是因为埃及当局没有向合资企业提供承诺的基础设施资助及进口材料和设备的清关。^③显然,涉及违法行为的案件虽采用“谁主张、谁举证”原则,但仲裁庭似乎对东道国的证明程度要求更高,意味着东道国在处理投资者违法行为,特别是某些极具隐蔽性的金钱往来时,应注意收集资金往来凭证和相关证明文件。

3. 证明力 当涉及投资者违法行为的案件缺乏直接证据或当事人承认的情况下,仲裁庭应当根据间接证据对指控进行评估(Lamm, 2014)。例如,根据顾问或其他中介机构的支付金额、缺乏从事某领域的经验、在东道国境内无重大业务往来及与政府决策者的密切关系等 6 项关键危险信号, Metal-Tech 诉乌兹别克斯坦案仲裁庭认定,投资者利用顾问在乌兹别克斯坦的职位以及与总理的家庭关系,为其投资提供帮助,违反了乌兹别克斯坦的国内法和以色列—乌兹别克斯坦 BIT 的合法性要求,并以腐败为由拒绝行使管辖权。^④同样,在支持投资者购买股权的证据仅有股份转让协议副本和证人证言时, Europe Cement 诉土耳其案仲裁庭质疑投资者所提供文件

① EDF (Services) Limited v. Republic of Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, para. 221.

② Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, paras. 316-317.

③ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, paras. 117-121, 124-125.

④ Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, paras. 293, 311-327, 337-352.

的真实性,并推断股权转让协议实际签订于2005年,只是投资者为了满足管辖权要求将文件日期倒签至2003年5月20日。^①所以,只要间接证据能够形成完整的证明体系且与被指控事实存在足够的因果关系,仲裁庭仍然可以认定投资者行为超出合法性范围。值得注意的是,国内违法调查结果或判决对投资仲裁庭是不具有约束力的,争端双方应寻求国内违法调查或判决之外的证据来证明其辩护。^②在Glencore International (I)诉哥伦比亚案中,哥伦比亚以正在审理的国内腐败刑事诉讼作为其腐败辩护的证据。虽然仲裁庭承认在评估腐败证据时,国内刑事证据应当予以考虑,但这并不影响仲裁庭作出与其相矛盾的结论,因为国内诉讼和国际仲裁处于不同的法律领域且采取的证明标准存在差异。^③

(三) 损害赔偿

在处理违法行为的赔偿时,首要原则是尽量使事情恢复到未发生违法行为而本应出现的状态,即比较受害者的真实情况与违法行为未发生时最可能形成的状态(多尔查和朔伊尔,2014)。但是,当投资者在整个投资过程中存在过错,共同促成损害的发生,又该如何解决?根据《国家对国际违法行为的责任条款草案》第39条(促成损害)规定,在确定赔偿时,应考虑提出索赔的受害国或任何人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为促成损害的情况。该条主要适用于违法行为的受害者应对损害承担重大责任的情形,但对尚未达到重大标准的行为仍采取一种宽泛的方法,认为投资者所受的损害是源于一国违反其国际法义务。

具体到国际投资法中的国家赔偿问题,若涉及共同过错,则需要考虑投资者故意或疏忽的行为与最终遭受的损失是否有足够的因果关系;如有,则进一步评估投资者应减少的赔偿程度。实质上,这是争端双方公平合理分摊责任的体现。当投资者违法行为不排除仲裁庭管辖权或国家赔偿责任,但对投资者所遭受的损害产生了实质性影响时,仲裁庭必须考查投资者违法行为,其中3种情形尤为值得关注。

1. 区分共同过失和减轻损失 共同过失是投资者对损害的发生或扩大也存在一定责任,属于减轻或免除国家赔偿责任的情形。减轻过失是投资者对可避免或减少的损失没有采取措施应承担的责任。表面上看,两者都关注投资者行为,结果可能都是损害赔偿的减少,但本质区别在于前者是投资者行为对损害的部分因果关系需要满足实质且重大的要求,赔偿责任是在当事人双方之间进行分摊,而后者是指在没有采取合理步骤减少损失时,申请人必须对自己的损失负责。例如,俄罗斯辩称,Yukos在2004年第一季度本可采取一些简单措施减轻损害,但仲裁庭认为,即使Yukos采取这些行为也不会对俄罗斯实施强制措施产生影响。所以,根据造成损失的过错责

① Europe Cement Investment & Trade SA v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009, paras. 150-153.

② Hart-Armstrong, Shelby, et al. How Do Tribunals in Investment Arbitrations Treat Parallel Domestic Investigations and Proceedings? [EB/OL]. 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/14/how-do-tribunals-in-investment-arbitrations-treat-parallel-domestic-investigations-and-proceedings/>. [2020-10-20].

③ Glencore International A. G. and C. I. Prodeco S. A. v. Republic of Colombia (I), ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, para. 673.

任来分摊损失，而非以未能减轻损失来判定责任，成为投资仲裁庭在划分赔偿责任时常采用的一种衡量标准。

2. 排除投资者自担风险的行为 因投资者没有合理预见潜在危险导致决策或管理不善，该部分过错无关国家行为。例如，在合同签订前没有进行充分的尽职调查而导致最终的损失，该责任应由 MTD 承担；^①合同没有规定精确赔偿方法的责任应由 Bogdanov 承担。^②所以，投资者在了解东道国法律或政策对投资的性质和范围等可能造成影响的同时，也应及时关注东道国可能出现的违约或不作为等情形，避免损失的进一步扩大。

3. 考虑投资者对损害结果的促进作用 当投资者参与了国家的违法行为，共同促成了损害结果的发生，该部分责任应由投资者承担。不同于第 2 种情况，第 3 种情况要求投资者违法行为与东道国措施之间存在因果关系。鉴于 Yukos 在滥用俄罗斯境内低税收地区和塞浦路斯—俄罗斯税收条约方面存在实质且重大的违法行为，Yukos 对最终破产导致的损失承担 25% 的责任，即 Yukos 和俄罗斯的责任分配是 25% 和 75%。至于赔偿比例的计算，仲裁庭通常将投资者的故意、疏忽、错误判断以及违法行为发生后投资价值变化纳入考查范围，并采用一种粗略的计算方法，在投资者与国家的赔偿责任问题上进行分配。

四、投资条约对违法行为抗辩的优化方案

国际投资法的发展趋势是从东道国单方面承担义务而投资者及其母国无对等义务到投资者和东道国责任和利益的平衡。这既是投资者长远利益保护的选择，也是国家构建稳定透明法律体系的目标。当外国投资者诉诸投资仲裁时，虽然投资者违反义务不是东道国抗辩的唯一理由，但不可否认的是，援引义务条款是东道国反驳投资者诉求的最直接方式。

（一）明确义务的合理范围

赋予投资者义务是东道国与投资者之间权利义务对等性的结果。当投资条约明确规定投资者义务时，东道国针对投资者违反义务的行为可以提出抗辩，促使仲裁庭对投资者履行条约义务的情况进行审查。目前，直接规定投资者义务的 IIAs 为数不多，多数采用企业社会责任或间接规定投资者义务的方式（李滨，2019）。根据义务来源的不同，投资者义务主要包括：（1）东道国国内法。IIAs 倾向于将投资时的状态作为判断是否符合东道国国内法的时间点，但不要求投资者遵守所有与投资相关的立法，而是强调遵守与权属转移相关的法律，不当然延伸至人权、环境或税收等其他法律领域。（2）合同规则。投资者与东道国签订的合同规定了双方的权利

^① MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Annulment Decision, 21 March 2007, paras. 39-40.

^② Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova (I), SCC Arbitration No. V (114/2009), paras. 4.2.1, 5.2.

义务,当然也包括投资者履行与投资相关的义务。除 IIAs 规定“任何与投资有关的争端都可诉诸争端解决机制”外,仲裁庭对东道国单纯没有履行合同义务的行为没有管辖权。这是因为违反 IIAs 和违反合同是两个不同问题,需要参考准据法或应适用的法律之后才能作出判断。对纯粹的违约之诉应先寻求国内法庭救济,只有在国内法庭未解决或怠于处理时才能向投资仲裁庭诉诸仲裁。但是,当东道国的行为既构成违约又违反 IIAs 规定时,仲裁庭则享有管辖权。(3)一般法律原则和公共政策。当投资者在投资活动中存在违法行为时,投资者的主张可能会因为“清白之手”“任何人不得因主张其恶行而得利”和“违法原因不得起诉”等国际法一般原则被驳回。

晚近 IIAs 越来越注重与投资有关的环境、人权、健康等非经济议题的内在价值及其与外国直接投资之间的内在关系(王彦志,2016),意味着投资者在遵守国际义务和国内法的同时,还应履行国际通行的环境、人权、公共健康和可持续发展等 IIAs 义务。现有 IIAs 中的环境、人权、企业社会责任和一般例外等条款采用模糊或鼓励的措辞,可以考虑将上述条款作为东道国监管标准或投资准入的一部分,将自愿履行转化为强制性要求,扩大投资者义务的边界,增加东道国抗辩的基础;或者通过履行要求条款将上述义务纳入其中,明确符合健康、安全或环境等条件的履行要求不应受限制,或者将健康、安全和环境监管作为禁止性履行要求的例外规定(钱嘉宁,2018),引导国际投资法朝可持续发展的方向改革。但是,任何积极义务应属于从事投资活动必要且合理的范围,不可恣意施加。例如,当东道国规定环境影响评估是投资准入前的必经程序而投资者未履行时,如投资者与东道国发生争议,仲裁庭可通过专家听证会等形式评估该前置程序与诉争事项是否具有实质性联系,如有,则在实体阶段考虑该不作为能否减轻或免除东道国的赔偿责任。同时,要注意非投资价值等积极义务可能会与其他义务冲突。例如,国家承担尊重其领土内所有个人的人权义务,但当东道国的人权义务被解释为积极义务时,可能会与该国作为东道国根据相关投资协定应对外国投资者承担的 FET 和国民待遇等义务相违背(黄世席,2018)。

当然,国际投资同时受国际法和国内法约束。东道国对外缔结的有关人权、环境、可持续发展等条约中包含的国际法义务,通过转化为国内法成为投资者义务。该类义务虽在创设主体方面有别于 IIAs 的直接规定,但同样属于投资者应当履行的义务范围,只是需要强制措施保障。同时,鉴于外国投资涉及各种复杂的交易,往往与东道国法律(如公司法、商法等)联系最密切,故在制定或修改相关国内法时,应明确规定投资者在东道国从事投资活动时履行的义务以及相应责任。当国内法与国际法规则冲突时,国际法优先,表明一国不能援引国内法证明其国际义务的正当性;至于到底该适用国内法还是国际法,则由仲裁庭依具体情形自行选择。

(二) 引入独立的违法抗辩规则

肯定国家对投资者违法行为的抗辩是平衡投资者和东道国利益的一种有效途径。在引入独立的违法抗辩规则时,有两个方面需要明确:

1. 体系独立 当投资者提出赔偿请求时,国家可能会以投资者存在违法行为、共

同过失和自担风险作为抗辩理由。这3种抗辩都是由投资者行为引起,但在适用过程中却存在差异。共同过失关注投资者对损害的发生或扩大有过失,属于减轻东道国赔偿责任的情形,通常并不涉及行为违法性问题。但是,违法抗辩与共同过失仍然属于两类不同的抗辩事由,前者着眼于投资者行为的违法性以及与损害之间的因果关系,与过错无必然联系;后者强调投资者行为是否存在过失以及该过失对自身损害的因果关系,不要求投资者行为的违法性。是故,投资者行为违法并不当然意味着存在过失,但行为违法能够成为东道国的一项免责事项,出现“全无”的结果。自担风险是指投资者自愿置身于危险中,对遭受的损失不能获得赔偿。从概念上看,自担风险的抗辩是基于风险而非违法行为,故该抗辩需要投资者对风险明示或默示的同意。但投资者从事违法行为不能断然推断投资者对风险发生予以事前同意,尤其是损害结果可能完全超出预期,故违法抗辩与投资者同意无关。因此,违法抗辩作为一项弹性的抗辩事由,避免了“全有或全无”抗辩的弊端,能够针对具体情形作出符合比例原则的裁决,即否定投资者的全部诉讼请求或仅支持投资者的部分诉讼请求。

2. 抗辩结果 鉴于违法行为的产生时间和严重程度有所区别,每一种形式的违法行为对投资者会产生不同的法律后果。首先,投资者违法行为可能出现在投资过程的各个阶段,投资仲裁庭在处理违法行为时一般以投资决定的时间作为判断节点。特别是在引用东道国法律界定资产是否属于投资定义时,IIAs并未明确要求整个投资期间符合东道国法律是仲裁庭享有管辖权的先决条件。因为投资本身的合法性是一个管辖权问题,而投资者在投资期间的行为合法性是一个实体问题,不能以此为由剥夺仲裁庭对案件的管辖权。如果投资者违法行为开始于取得财产前,结束于取得财产后,因该行为具有持续性和关联性,仍应在实体阶段处理。当投资者行为包含违法因素时,东道国可以纠正该行为并对其实施国内法制裁。若投资者认为这些制裁不合理,投资者可以对东道国措施的合理性提出质疑。反之,将投资者行为的合法性视为管辖权问题,而将东道国行为的合法性视为实体问题,那么东道国势必处于强有力的地位。例如,在涉及腐败的案件中,东道国政府通常也参与其中,如终止于管辖权阶段,意味着投资者因自身违法行为而免除了东道国的责任,这种双方均涉违法而剥夺一方权利的做法难免显失公平。其次,当一项投资是以腐败、诈骗或其他触犯刑事犯罪的行为获得时,IIAs可以直接剥夺对投资者的保护利益,即排除投资者利用ISDS机制向东道国提起仲裁的权利。当投资者因疏忽或非恶意造成违法后果且该后果尚未达到严重程度时,仲裁庭不得以此为由拒绝行使管辖权,而应在实体阶段考查违法行为,作出不予受理或减少赔偿责任的裁决。虽然东道国同意进行投资仲裁的前提是外国投资者拥有符合东道国法律的适格投资,但并非任何违反法律的行为都应排除在管辖权之外。这主要是因为相较于严重的刑事犯罪,轻微违法行为造成的社会危害性或影响国家管理制度的程度不足以让投资者丧失诉诸仲裁的权利。

(三) 确立行为监督机制

纳入投资者义务是IIAs发展的一大趋势,但仅规定投资者义务而无相应的监督

国际商务研究 2023年第3期 · 70 ·

规则并不能有效约束投资者行为。是故，有必要将“投资者义务与责任”在 IIAs 中以专章的形式进行规定，明确投资者及其投资应遵守东道国关于投资各阶段的所有法律法规、行政规章和相关政策，强调以正当途径获得和实施投资、遵守税收规定和履行信息披露义务，确立投资者行为的监督机制，对怠于履行义务或履行未达要求的情形应由投资者承担相关法律责任。

在建立行为监督机制时，国家可从惩罚和奖励两方面着手。一方面，当投资者在获得或经营投资的过程中存在违法行为，违反了东道国国内法和国际公共政策时，投资者应承担违法行为所造成的消极影响。例如，印度 BIT 范本（2015）在定义、适用范围、投资者义务和争端解决条款均纳入合法性要求，从实体和程序两方面对投资者行为的合法性提出要求，并在此基础上明确相应责任及其惩罚性后果，特别是在争端解决适用范围中明确排除涉及欺诈性陈述、隐瞒、腐败、洗钱或滥用程序等非法行为的投资。在这种情况下，涉及严重违法行为的投资被排除在管辖权之外，范本强调取得投资的过程中如涉违法因素，则该项投资不受 IIAs 保护。但该内容不得延伸至投资者在经营活动中实施的违法行为，即不能因投资者实施严重违法行为而剥夺受 IIAs 保护的權利，这主要是因为投资者如涉违法行为丧失诉诸 ISDS 的权利时，东道国也免除了某些潜在的责任，相当于投资者行为的违法性成为东道国免除其责任的当然理由。是故，投资者从事违法行为并不意味着免除东道国参与违法行为的责任，而应将隐含在违法行为中的国家责任在赔偿费用时予以考虑。另一方面，为调动投资者自愿遵守国际公共政策的积极性，IIAs 可以采用激励性措施，引导投资者主动履行法律以外的义务，如道德义务。因该类义务客观上必然会对国家秩序和国际经贸关系产生一定影响并受到外在社会舆论的约束，但其履行主要依据投资者的信念和责任感。所以，对自愿履行非法律义务的投资者在税收、补贴等方面给予优惠将调动投资者履行义务的主动性。当然，东道国在使用激励性措施时享有极大的自由裁量权，可依据产业、地域、履行情况等量身定做，并在政府公开网上公示。

敦促投资者从事符合可持续发展原则的行为需要“防患于未然”，即定期审查投资者行为，及时发现违法性因素并予以纠正。这意味着国家对投资者经营活动负有监管职责，一旦发现违法行为，国家可先责令其改正，如不改正或逃避履行，则依据国内法实施相应制裁，并取消给予该投资者的优惠条件。然而，国家履行监管职责的范围不可与投资者义务相混淆。例如，在投资能力、资金等与投资相关的事项上，投资者应如实陈述，国家也应尽到审查义务，但未尽审查义务不能成为免除投资者诚实义务的一种表现。

五、结语

面对外国投资者提起的仲裁诉请，东道国会以投资者通过违法途径获得投资、为违法目的取得投资和违反法律登记等形式要求进行抗辩，试图免除或减轻其赔偿责任，但并非投资者涉及的任何违法行为都不受 IIAs 保护，需要审慎考查投资者行

为的时间节点和严重程度等因素。在违法行为的事实认定方面,特别在涉及经济犯罪时,因违法交易常常具有隐蔽性,仲裁庭应着重分析财务数据和文件,查明涉嫌通过贿赂等取得合同或利益的人员所经手的款项,查找最终受益人,并且关注交易目的,查明是否存在投资者被迫支付款项的情况,注意违法行为与正常业务往来、惯常商业做法的区别。

作为平衡投资者与国家利益的重要途径之一,违法抗辩能够赋予东道国在处理与投资者争端时更多的权利,改变现有 IIAs 和 ISDS 机制偏向投资者利益保护的不利局面。在引入独立抗辩规则的同时,投资者义务的合理范围也是需要明确的内容。

“符合东道国法律”要求虽然在一定程度上限制了投资的范围,排除了 IIAs 对违法投资的保护,促进东道国经济发展和政策目标实现,但这样的条款不应被东道国用来规避保护投资的国际条约义务(王璐,2013)。换言之,设置投资者义务应坚持必要且适当原则,并围绕投资准入、经营管理和争端解决等方面。

参考文献:

- [1] 黄世席.国际投资争端中投资规则与人权规则适用的冲突与挑战[J].当代法学,2018,(4).
- [2] 李滨.国际投资条约的投资者义务条款研究[J].国际经济法学刊,2019,(3).
- [3] [德]鲁道夫·多尔查,[奥地利]克里斯托弗·朔伊尔.国际投资法原则(第二版)[M].祁欢,施进译.北京:中国政法大学出版社,2014.
- [4] 钱嘉宁.国际投资法下履行要求的可持续发展型改革[J].国际经贸探索,2018,(3).
- [5] [尼泊尔]苏里亚·P.苏贝迪.国际投资法:政策与原则的协调(第二版)[M].张磊译.北京:法律出版社,2015.
- [6] 王璐.论投资条约中的“符合东道国法律”要求——兼论我国在中美投资条约谈判中的立场选择[J].法商研究,2013,(1).
- [7] 王彦志.新自由主义国际投资法律机制:兴起、构造和变迁[M].北京:法律出版社,2016.
- [8] Lamm,Carolyn B.,et al.From World Duty Free to Metal-Tech:A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption[J].ICSID Review,2014,29(2).

The Judgment Basis and Rule Optimization on Defense of Investor's Illegal Behavior

QIAN Jianing

Abstract: International investment law protects legitimate and genuine investments and does not include investments that violate host states' laws or are in bad faith. This requires investors to carefully evaluate investment risks and rationally plan investment behaviors in the stages of investment access, management and dispute settlement. When a host state proposes that an investor has violated the law, arbitral tribunal usually excludes the jurisdiction of case based on the legality requirement in the investment definition etc., but this does not mean that any illegal behavior should be terminated at the jurisdiction stage, which still needs to be examined in combination with factors such as point-in-time and severity. Therefore, the treaty regulation of investors' behavior should focus on clarifying the scope of investors' obligations, introducing independent illegal-defense rules and establishing behavior supervision mechanism, so as to construct a symmetrical structure of rights and obligations system.

Keywords: illegal behavior; right of defense; investor's obligation; behavior supervision

(责任编辑:金孝柏)