

# 中亚国家国际投资仲裁中腐败问题研究

——以以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案为例

王晓峰 阿迪拉·阿布里克木\*

**摘要：**近年国际投资仲裁实践表明，中亚国家境内外国投资跨国腐败问题较严重。“一带一路”倡议下，中国投资者在中亚国家投资集中在自然资源及基础设施建设等领域，投资过程中往往需要与政府签订合同或获得政府许可，因而同样面临腐败风险。通过考察国际投资仲裁庭对涉及腐败的投资争端作出的裁决，可知其对于腐败问题已由最初的回避转变为主动对相关事实进行调查。这表明，在当前的时代背景下我国应当承认腐败问题的可仲裁性，同时需要在仲裁实践中注意仲裁庭对于相关程序及实质问题的裁决路径。只有这样，我国投资者才可利用国际投资仲裁庭抵御海外投资过程中的腐败风险，为形成更加良好的国际投资环境做出贡献。

**关键词：**中亚国家 跨国腐败 国际投资仲裁 符合东道国法律

中亚国家是“一带一路”倡议的重要板块，经良好投资政策的引导，在中亚国家投资的中国投资者将日益增多。而在投资过程中，中国投资者所面临的腐败风险不容忽视。国际透明组织（Transparency International）2016年发布的《清廉印象指数报告》（Corruption Perceptions Index）显示，中亚国家在176个国家中均排在130名之后，其中哈萨克斯坦排在131位，吉尔吉斯斯坦排在136位，塔吉克斯坦排在151位，土库曼斯坦排在154位，乌兹别克斯坦排在156位。<sup>①</sup>中亚国家存在一定的高层腐败，部分政治精英掌握了国家的大量资源及财富。<sup>②</sup>

中国投资者在中亚国家的投资主要在石油、天然气等自然资源的勘探、开采、加工运输以及铁路和电信网络等基础设施建设领域，这些领域的投资项目均需取得当地政府相关部门的许可，或直接与当地政府相关部门签署合同。<sup>③</sup>中亚国家这种高层腐败的情况会直接导致外国投资者投

\* 王晓峰，新疆大学法学院副教授；阿迪拉·阿布里克木，新疆大学法学院国际法方向硕士研究生。本文系教育部人文社科基金规划项目“中亚国家投资壁垒法律对策实证研究”（16YJA820017）、新疆维吾尔自治区研究生创新科研项目“中亚国家国际投资仲裁案例中新型投资壁垒研究”（XJGRI2017030）和新疆稳定与地区经济发展法制保障研究基地项目“中国与中亚互联互通中基础设施法律制度协调机制研究”（XJEDU010915B04）的研究成果。

① Transparency International, *Corruption perceptions index 2016*, adopted on 25 Jan. 2017, [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016) (last visited January 27, 2018).

② Alexander Cooley & J. C. Sharman, “Blurring the Line Between Licit and Illicit: Transnational Corruption Networks in Central Asia and Beyond”, (2015) 34 (1) *Central Asian Survey* 11, pp. 18 - 19.

③ 韩璐：《丝绸之路经济带在中亚的推进：成就与前景》，载《国际问题研究》2017年第3期，第114页。

资时需要贿赂政府工作人员才能获得签署合同、在相关投资项目招投标过程中中标的机会，甚至可能面临政府高层的索贿。腐败风险对外国投资者投资项目的危害是广泛的，最重要的是增加投资的成本。根据国际透明组织的相关数据，在一些投资案例中，贿赂当地官员的开支占投资成本的20%—25%。<sup>①</sup> 投资成本的增加又会导致相关产品价格上涨。例如，中国企业在中亚地区开采自然资源时遇到腐败问题很可能对自然资源价格产生影响，而在水力、电力、网络通信等基础设施领域进行投资时遇到腐败风险亦会对东道国国内居民生活成本产生影响。

在全球经济一体化的进程中，腐败问题已经成为各国经济和社会发展的一大障碍，而国际仲裁庭也越来越多地面临双方当事人提出的涉及腐败问题的主张。有学者统计，涉及腐败的国际仲裁案件超过50件，尤其是2000年之后呈现明显的上升趋势，而在近十年涉及腐败的国际投资争端解决中心（ICSID）仲裁案件中，有4起都是以中亚国家为被申请人。<sup>②</sup> 除了本文讨论的以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案（Metal-Tech v. Uzbekistan，以下简称 Metal-Tech 案）外，<sup>③</sup> 另外3起案件为鲁梅利电信公司诉哈萨克斯坦共和国案（Rumeli Telekom v. Republic of Kazakhstan）、<sup>④</sup> 利曼诉哈萨克斯坦共和国案（Liman v. Republic of Kazakhstan）<sup>⑤</sup> 及西门子诉吉尔吉斯共和国案（Sistem v. Kyrgyz Republic）。<sup>⑥</sup>

本文将 Metal-Tech 案为中心，分析中国投资者在中亚国家投资过程中可能面临的腐败风险及应采取的具体应对措施。

## 一 问题的提出：Metal-Tech 案

Metal-Tech 是一家依照以色列法律成立的上市公司，生产钼元素的相关工业制品。经乌兹别克斯坦（以下简称“乌”）内阁批准，乌两家国有企业 AGMK、UzKTJM 公司和 Metal-Tech 组建了合资企业 Uzmetal。其中，AGMK 是乌国唯一的一家开采钼的企业，UzKTJM 是乌国生产出口钼制品的主要企业。合资企业由 Metal-Tech 主要提供技术、知识、国际市场及部分资金；AGMK 和 UzKTJM 主要提供实物，包括厂房、机器、设备以及原材料钼。<sup>⑦</sup>

2006年4月，批准该合资企业的副总理被罢免，该副总理的弟弟是 Metal-Tech 的顾问。<sup>⑧</sup> 随后，塔什干地区的检察院以 Uzmetal 公司的官员滥用权力并损害乌兹别克斯坦利益为由对 Uzmetal 公司提起了刑事诉讼。2006年7月18日，乌内阁发布了第141号决议，剥夺了 Uzmetal 公司购买原材料的权利，并且废止了 Metal-Tech 出口 Uzmetal 公司精制钼产品的权利。同时，AGMK 和

① Andreas Kulick & Carsten Wendler, “A Corrupt Way to Handle Corruption? Thoughts on the Recent ICSID Case Law on Corruption”, (2010) 37 (1) *Legal Issues of Economic Integration* 61, p. 63.

② Cecily Rose, “Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption”, (2014) 31 (2) *Journal of International Arbitration* 183, pp. 253, 259, 257.

③ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3.

④ *Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16.

⑤ *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14.

⑥ *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A. S. v. Kyrgyz Republic*, ICSID Case No. ARB (AF) /06/1.

⑦ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, paras. 1 – 18.

⑧ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 227.

UzKTJM 均对合资企业 Uzmetal 公司提起法律诉讼,最终以 Uzmetal 公司破产告终。<sup>①</sup>

2010年1月26日, Metal-Tech 向 ICSID 提交仲裁申请,宣称乌方违反了1994年《以色列—乌兹别克斯坦双边投资协定》(Israel-Uzbekistan Bilateral Investment Treat,以下简称《以一乌BIT》)。<sup>②</sup> Metal-Tech 指出:第一,乌在未进行补偿的情况下征收了其投资,违背了对以色列投资进行公平公正对待的义务,使其遭受了不合理的歧视性待遇;第二,乌未能给予其投资全面的保护从而违背了其自身制定的外资法。<sup>③</sup>

乌方认为, Metal-Tech 在投资过程中存在腐败及欺诈行为,违反了乌国内法,因此 Metal-Tech 不属于双边条约应当保护的投资者,因而仲裁庭对该争议无管辖权。<sup>④</sup> 2013年10月 ICSID 仲裁庭作出裁决,认为鉴于 Metal-Tech 在乌国作出投资时存在贿赂行为,该公司无权依据 BIT 提起仲裁,因为其违反了双边投资协定中必须依照东道国的法律合法进行的规定。<sup>⑤</sup>

该案对于投资仲裁中涉及腐败问题的争议及解决具有深远的影响,因而引起广泛的关注。首先,仲裁庭对于 Metal-Tech 是否存在贿赂行为采取了更为积极主动调查的方法,尤其是对于相关间接证据的审查,为之后的涉及腐败问题案件的仲裁提供了重要借鉴。其次,仲裁庭对于当事人违反东道国国内法继而触犯“符合东道国法律”条款(‘in accordance with domestic law’ clause)的行为的裁决,亦具有重要参考意义。

那么,我国在中亚国家的投资者该如何应对腐败风险?在遭遇腐败风险时,可否利用国际仲裁庭去维护自身权益?在国际仲裁庭中提出腐败主张有哪些值得关注的程序及实体问题?国际仲裁庭对涉及腐败的投资争端裁决路径出现了哪些新的变化?应当采取何种应对策略?中国投资者又能否预防该类风险?以下分别对上述问题进行分析。

## 二 国际仲裁庭对腐败问题裁决的程序问题

在国际投资仲裁中,当事人提交涉及腐败问题的争议,仲裁庭是否拥有管辖权?涉腐问题是程序问题还是实质问题?这不仅决定案件是否会被受理,还会影响案件的最终裁决。从国际仲裁实践来看,对涉腐案件程序影响较大的因素主要包括,当事人提出腐败主张的时限问题和涉腐案件的证据规则问题。

### (一) 当事人提出腐败主张的时间要求

对于投资中腐败问题的性质,当前国际仲裁实践中并没有统一的定论,因而对当事人提出腐败主张的时间要求实际上取决于仲裁庭是将腐败问题视为管辖权问题还是实质问题。在 Metal-Tech 案中,被申请人乌方在提交答辩状时便提出管辖权异议,仲裁庭将腐败问题视为管辖权问题,基于申请人未达到符合东道国国内法的要求而裁定无管辖权。<sup>⑥</sup> 当然,也有仲裁庭在实质审

① *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, paras. 38–41.

② *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 55.

③ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 107.

④ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 110.

⑤ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 413.

⑥ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 110.

理阶段对腐败问题进行审理。在 EDF 服务有限公司诉罗马尼亚案中，申请人 EDF (Services) 称因其拒绝罗马尼亚政府官员的索贿行为，罗马尼亚政府未批准对其之前签署的投资合同续期，仲裁庭对申请人提出的主张及申请人提交的证据等进行了实质性审理。<sup>①</sup>

《华盛顿公约》对提出管辖权异议的期限未作明确规定。该公约第 41 条第 2 款仅表示：“争端一方提出反对意见，认为争端不属于中心的管辖范围，或因其他原因不属于仲裁庭的权限范围，仲裁庭应加以考虑，并决定是否将其作为先决问题处理，或与该争端的是非曲直一并处理。”可见，ICSID 仲裁庭对于腐败问题的处理拥有更为宽泛的自由裁量权，理论上当事人提出腐败主张没有期限限制。在 SGS 诉巴基斯坦案中，仲裁庭自由裁量权的宽泛性体现得尤为突出。该案中，被申请人巴基斯坦认为 SGS 在签订投资协议的过程中存在贿赂行为，因此提出管辖权异议，认为仲裁庭不享有管辖权。对于该问题，仲裁庭裁定要求申请人在实质审理阶段提交相关证据。<sup>②</sup>

而《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（以下简称《UNCITRAL 仲裁规则》）明确规定了提出管辖权异议的期限：“对仲裁庭无管辖权的抗辩，至迟应在答辩书中提出……”此外还规定，若仲裁庭认为延迟提出抗辩是正当的，仲裁庭也可准许提出。<sup>③</sup>

基于以上分析，虽然国际仲裁规则对于涉腐问题属于程序问题还是实质问题并未达成一致，对于提出时间亦未有严格的限制，但是适时提出腐败主张被认为是关系到可否赢得有利裁决的重要策略。<sup>④</sup> 在一些仲裁案件中，当事人在没有充足证据的情况下便提出腐败主张，其真实意图并不是提出与腐败相关的实质性主张，而是使仲裁庭将其纳入考量范围进而获得有利裁决。<sup>⑤</sup> 如在国际雷鸟诉墨西哥案中，被申请人墨西哥称申请人国际雷鸟付给两名律师 20 万美元作为其获得墨西哥政府相关信函的成功费，暗示国际雷鸟存在贿赂行为。<sup>⑥</sup> 华尔德 (Wälde) 教授在其单独意见中指出，仲裁庭不可避免会受到这种暗示的影响，这种行为严重影响仲裁的公正性，因此，对于仅提出腐败暗示而不提供相关证据的当事人的行为，仲裁庭应该对其作出不利推定，<sup>⑦</sup> 从而有效防止当事人恶意利用涉腐问题谋求于己有利的裁决。

此外，如果有关腐败的证据在裁决作出后才被发现，是否可以进行有效救济？《华盛顿公约》第 51 条第 1 款规定：“任何一方可以根据所发现的某项其性质对裁决有决定性影响的事实，向秘书长提出书面申请要求修改裁决，但必须以在作出裁决时仲裁庭和申请人都了解该事实为条件，且申请人不知道该事实并非由于疏忽所致。”第 2 款规定，当事人在裁决作出后要提出腐

① *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, paras. 221 – 237.

② *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, paras. 141 – 143.

③ UNCITRAL Arbitration Rules 2010, Art. 23 (2).

④ Thomas Kendra & Anna Bonni, “Dealing with Corruption Allegations in International Arbitration: Reaching a Procedural Consensus?”, (2014) 31 (4) *Journal of International Arbitration*, p. 445.

⑤ *F-W Oil Interests, Inc. v. Republic of Trinidad & Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14; *International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States*, UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Wälde, Award of <sup>26</sup> Jan. 2006; *J. O. & T. L. v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Award of 23 Apr. 2012.

⑥ *International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States*, UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Wälde, paras. 54 – 55.

⑦ *International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States*, UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Wälde, paras. 113, 118.

败主张申请修改裁决，仍由仲裁庭根据是否对裁决有决定性影响而自由裁量，且须在发现腐败事实后的90天内作出。

## （二）涉及腐败的投资争端所适用的证据规则

证据问题是仲裁庭处理涉腐投资案件时又一重要的程序问题，仲裁程序中的证据规则通常包括举证责任问题及证明标准问题。涉及腐败的投资争端向来面临着举证困难的问题，这是由腐败行为的性质<sup>①</sup>及仲裁庭取证的难度决定的。国际投资争端中的腐败行为通常与一国政府高层官员有关，如Metal-Tech案中涉及腐败的便是乌兹别克斯坦的副总理，腐败的过程不会留下直接证据，而证人一般也不会直接出面指证一国高层官员。国际仲裁庭缺乏类似国内法庭的传唤证人作证、强迫当事人提交相关证据的强制性权力，因此国际仲裁庭对腐败、欺诈等违法行为裁决时在证据问题方面存在较大缺陷。

现有国际仲裁规则对于证据规则没作明确规定，而是交由仲裁庭自由裁量。根据《华盛顿公约》第43条至第45条，公约赋予仲裁庭要求双方提交相关证据、决定证据的证明力及可采性、访问与争端有关的场地并在该地进行现场调查等权力。《UNCITRAL仲裁规则》第27条亦规定证据的可采性、关联性及其证明力等问题均由仲裁庭自由裁量。基于此种自由裁量权，仲裁庭对于涉及腐败的争端进行仲裁时适用何种证据规则并无共识，争议主要集中于以下两点：是否应当转移举证责任？是否应当提高证明标准？

### 1. 是否应当转移举证责任

转移举证责任有利于解决当事人举证困难问题。在亚洲农业产品有限公司诉斯里兰卡案中，仲裁庭指出，在举证确有困难时，一方当事人提供的证据达到表面证据初步成立这一标准，举证责任即转移到对方当事人。<sup>②</sup>国际商事仲裁庭已经将该方法适用于涉及腐败问题的裁决。在国际商会（ICC）第6497号案中，仲裁庭指出，提出腐败主张的当事人提供的证据已经足够，若另一方当事人无法提供相反证据，则仲裁庭将裁定该主张成立。此外，该仲裁庭还指出，此种方法只有在特殊情形并有充足理由且要求当事人提供反证不会给当事人造成过多负担时才适用。<sup>③</sup>

转移举证责任的确是解决举证困难最为直接的方法，然而这一方法亦有明显缺陷。首先，何种情形可适用该方法，何为仲裁庭认为的“理由充足”，并没有明确规定，依然由仲裁庭自由裁量，这导致该方法的适用存在很大的不确定性。其次，即使仲裁庭并不认为在该问题上享有绝对的自由裁量权，争议依然存在。如Metal-Tech案中仲裁庭提出是否转移举证责任这一问题应由裁决适用的准据法来决定，若准据法中有相关规定则可转移，对此仍有很多不同意见。<sup>④</sup>此外，根据《ICSID仲裁规则》第34条第3款规定，当事人在仲裁程序中举证的情况以及履行诉讼义务的情况应当纳入仲裁庭考量范围，照此，提出腐败主张而不提供充分证据的当事人也应当承担适

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

② *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, para. 56.

③ Carolyn B. Lamm, Brody K. Greenwald & Kristen M. Young, “From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption”, (2014) 29 (2) *ICSID Review* 328, p. 336.

④ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 238.

当举证失败的风险。最后,更重要的是,对于国际仲裁庭,腐败是非常严重的指控,而表面证据初步成立的证明标准是最低的证明标准,单纯为了解决诉讼中的举证困难就通过该证明标准来转移举证责任可能导致诉讼程序滥用。

## 2. 是否应当提高证明标准

另一个争议较大的问题是,是否应当对涉及腐败的争端适用更高的证明标准?在 Metal-Tech 案中,申请人援用 EDF 诉罗马尼亚案裁决提出,涉及腐败等严重违法行为的主张应当适用“清楚且有说服力”(clear and convincing)的证明标准,而被申请人则指出,有的仲裁庭适用较低证明标准。<sup>①</sup>实际上,仲裁庭对于证明标准问题的确没有共识,总的来说,实践中采用的证明标准从低到高包括盖然性权衡(balance of probabilities)、清楚且有说服力(clear and convincing)、排除合理怀疑(beyond reasonable doubt)等。

首先应当明确的是,排除合理怀疑的证明标准通常适用于国内刑事案件,而国际仲裁庭没有给双方当事人施加刑事处罚的权力,其解决的始终都是民事上的权利义务问题,因而该证明标准过高。<sup>②</sup>EDF 诉罗马尼亚案裁决提出的适用较高的证明标准被广泛援用。该案裁决指出,由于腐败主张涉及的是最高级别的官员,因而应当适用较高的证明标准。其又指出,腐败行为本身是难以证明的,对于本来就证明困难的问题又适用更高的证明标准显然不合理。<sup>③</sup>因而,提高腐败问题的证明标准会让本身就难以证明的腐败问题更加难以证明,令国际仲裁庭无法解决涉及腐败的争端。

## 3. 更多依靠间接证据

Metal-Tech 案对于涉腐证据问题的解决路径是值得借鉴的。仲裁庭在该案中首次主动对腐败问题进行审查,采取了比以往更主动的立场。在裁决过程中,申请人称其付给咨询顾问 400 万美元用于游说活动(lobbying activities),仲裁庭认为其有权依《华盛顿公约》第 43 条赋予的职权来对相关问题进行调查。<sup>④</sup>鉴于上述对于腐败问题的举证责任及证明标准存有争议,仲裁庭选择审查涉腐行为的间接证据,并指出,腐败问题是可以通过间接证据证明的。<sup>⑤</sup>

在涉及腐败的争端中,一些间接证据被认为存在腐败行为的迹象,主要包括以下事项:(1) 咨询顾问缺乏该领域的相关经验;(2) 咨询顾问的佣金过高;(3) 咨询顾问与政府官员有着特殊关系;(4) 没有咨询顾问提供相关服务的证明等。<sup>⑥</sup>在 Metal-Tech 案中,其中一位咨询顾问是一名警察,其余两位咨询顾问亦没有铝业的相关经验;佣金方面, Metal-Tech 付给咨询顾问的初始资本为 50 万美元,而其当时的项目估值为 194 万美元,即其咨询费用相当于整个项目价值的 33%,仲裁庭认为这与咨询顾问所提供的服务不成比例;此外,仲裁庭发现 Metal-Tech 的一位咨询顾问是时任乌副总理的弟弟,并且合资企业 Uzmetal 正是在这位副总理的监督下建立并运营的; Metal-Tech 未能提供咨询顾问提供服务的证明。<sup>⑦</sup>可见,在证据问题方面,相对于争议

① *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 232.

② Michael Hwang S. C. & Kevin Lim, “Corruption in Arbitration—Law and Reality”, (2011) 8 (1) *Asian International Arbitration Journal* 1, pp. 1–119.

③ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, para. 221.

④ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 240.

⑤ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 243.

⑥ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 293.

⑦ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, paras. 199, 207, 210, 225.

较大的转移举证责任及提高证明标准，Metal-Tech案所采取的主动审查相关间接证据的策略值得借鉴，亦具有更强的操作性。

### 三 国际仲裁庭对腐败问题裁决的实质问题

国际仲裁庭在对当事人提出的腐败主张进行裁决时，值得注意的实质问题主要包括“符合东道国法律”条款及公共政策的问题。通过研究相关仲裁案例可知，仲裁庭对于上述问题的解释随着仲裁实践的发展出现了不容忽视的新趋势。

#### （一）腐败与“符合东道国法律”条款

现今大多数双边条约中都包含“符合东道国法律”条款，这类条款通常包含在投资定义中，条约用语通常为投资须“遵循东道国法律”。<sup>①</sup> 条约中纳入“符合东道国法律”条款的意义上，使违反东道国国内法的行为具有国际法效力，即该种投资不会受到条约保护，投资符合东道国国内法具有合法性与构成条约定义中投资的其他要素同等重要。<sup>②</sup> 此外，仲裁庭认为“符合东道国法律”条款的另一个效力是，若违反该条款，则不会被认定为“同意”接受仲裁庭管辖。<sup>③</sup> 一般来讲，当事人出现包括腐败在内的违法行为时，被申请人便会援用“符合东道国法律”条款，那么，是不是在任何情况下都可以援用该条款来认定投资不受条约保护呢？这需要对“符合东道国法律”条款的内涵进行界定。

##### 1. 投资者需要遵循的法律的范围

即便条约中包含“符合东道国法律”条款，当事人需要遵循的东道国法律的范围是有限制的。有的仲裁庭对该条款进行狭义解释，如在鲁梅利电信公司诉哈萨克斯坦共和国案中，仲裁庭认定只有违反东道国法律基本原则（fundamental rules）的行为才属于不符合东道国国内法要求，但是仲裁庭并未对基本原则的范围进行界定。<sup>④</sup> 有的仲裁庭认为，不是违反东道国任何法律都会触发“符合东道国法律”条款。例如，在Saba Fakes诉土耳其案中，仲裁庭认定只有违反东道国有关投资管理的法律才可以援用该条款。但是此观点并未被之后的仲裁庭认可。<sup>⑤</sup> 在Tokios Tokelès诉乌克兰案中，仲裁庭指出，违反东道国法律程度较低的法律不属于违反“符合东道国法律”条款的情形，该案中的违法行为主要是形式违法。该观点被之后的仲裁庭广泛援用。<sup>⑥</sup>

多数仲裁庭对该条款进行了广义解释，即不论是违反东道国的法律还是违反法律的基本原则都属于违反“符合东道国法律”条款。Metal-Tech案仲裁庭亦做了广义解释，指出通过考察之前的仲裁案例，“符合东道国法律”的范围包括：（1）违反东道国成文法律，不包括违法程度较低

① [德] 鲁道夫·多尔查、[奥] 克里斯托弗·朔伊尔：《国际投资法原则》，祁欢、施进译，中国政法大学出版社2014年版，第94页。

② *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, paras. 306, 394.

③ *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, para. 115.

④ *Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, para. 319.

⑤ *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, para. 119.

⑥ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, paras. 86, 97.

的行为；(2) 违反东道国外国投资法律；(3) 在获得投资及相关利益过程中存在欺诈、腐败等行为。<sup>①</sup> 据此可知，由于几乎所有国家都将腐败行为规定为犯罪行为，腐败又被认为属于违反公共政策及诚实信用原则的行为，即无论对“符合东道国法律”条款作广义解释还是狭义解释，腐败均属于可以触发“符合东道国法律”条款的行为。

## 2. “符合东道国法律”的时间范围

“符合东道国法律”的时间范围即投资者在何时的违法行为属于可以援用该条款的情形。通常，条约中的“符合东道国法律”条款使用的都是动词的过去式，如“implemented”“made”“established”等。例如，Metal-Tech 案中所适用的《以一乌 BIT》第 1 条第 1 款相关规定的措词是：“The term ‘investment’ shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made ……”。<sup>②</sup> 对此，乌方主张条文中同时适用“implemented”和“made”，表示对这两个词作出了区分，即投资者应当在投资作出和运营期间均符合东道国法律。<sup>③</sup> 该主张并未获得仲裁庭支持，仲裁庭认为通过参考条约中其他包含“implemented”的条款，认为该词指的是投资作出这个一次性的动作和“made”并无区别，即仲裁庭认为“符合东道国法律”指的是在投资作出时符合东道国法律。<sup>④</sup>

大多数仲裁庭都和 Metal-Tech 案仲裁庭一样，认为“符合东道国法律”条款的时间要求限于投资作出时，是一种一次性用尽的权利。即便条约中出现“拥有 (owned)”“控制 (controlled)”等持续性动词，“符合东道国法律”条款的适用依然限于投资建立阶段。<sup>⑤</sup> 在哈姆斯特诉加纳案中，仲裁庭对于投资建立时的违法行为与建立之后的违法行为进行了区分，认为投资建立时存在违法行为属于管辖权问题，而投资设立之后的违法行为属于实质问题。<sup>⑥</sup>

“符合东道国法律”条款的时间范围限于投资设立阶段是出于保护投资者的目的，东道国本国投资者尚且不能保证投资整个阶段都符合当地法律，何况是对当地法律并不熟悉的外国投资者。如果投资者在任何时候违反当地法律就被剥夺条约保护，进而失去通过仲裁庭进行救济的权利，那么，这既不利于保护投资者的利益，也不符合条约促进投资的目的。因而，从上述仲裁庭对于“符合东道国法律”条款的解释可知，只有腐败行为发生在投资设立阶段才可援用该条款。

## (二) 腐败与国际公共政策

在涉及腐败的案件中，仲裁庭通常都会指出腐败行为违反国际公共政策，这一点基本成为共识。该观点最早是在 1963 年 ICC 第 1110 号案中提出 Art1 (1) 的。该案审理过程中，当事人提交了腐败的确凿证据，仲裁员拉格尔格伦 (Lagergren) 指出，腐败行为违反国际公共政策及善良风俗，涉及腐败的合同因为违反国际公共政策而无效，不具有强制执行效力，进而裁定仲裁庭无

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

② Art1 (1).

③ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 168.

④ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, paras. 89, 193.

⑤ *Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB (AF) /07/3, para. 57.

⑥ *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, para. 127.



管辖权。<sup>①</sup> 该裁决被之后的仲裁庭广泛引用, Metal-Tech 案中, 仲裁庭亦指出腐败行为是被国际社会普遍禁止的违背国际公共政策的行为。<sup>②</sup>

对腐败及公共政策阐述较为详细的是世界免税公司诉肯尼亚案裁决。该案中, 证人提供证言指出, 申请人世界免税公司曾经向肯尼亚总统及其他高层官员行贿。<sup>③</sup> 申请人称此费用是当地的一种商业惯例 (local custom), 是将私人的捐赠用于公共目的的行为, 而仲裁庭明确表示拒绝将此类贿赂行为认定为一种商业惯例, 因为该行为违反了国际公共政策。<sup>④</sup> 此外, 仲裁庭还指出, 基于公共政策拒绝管辖该案是因为法律保护的是包括纳税人在内的公众而不仅仅是双方当事人。<sup>⑤</sup>

综上所述, 腐败违反公共政策这一点毋庸置疑, 但笔者认为世界免税公司诉肯尼亚案仲裁庭基于此而拒绝管辖却有待商榷。仲裁庭以保护公众免受腐败行为损害为由拒绝管辖, 意味着腐败行为并未受到指责, 更加不利于对抗全球性的腐败问题。这仅仅是仲裁庭采取的一种规避策略。此外, 虽然国际投资仲裁庭经常援用国际商事仲裁裁决, 但二者有着本质区别。在国际投资仲裁庭中, 投资者面对的是国家, 拒绝管辖意味着投资者无法获得救济, 不利于国家与投资者之间权利义务的制衡。

## 四 仲裁庭对腐败问题裁决的缺陷及弥补

考察已有涉腐仲裁案件, 可发现以下两点缺陷。首先, 在腐败证据确凿的情况下, 如世界免税公司诉肯尼亚案、Metal-Tech 案, 东道国提出案件涉及腐败的主张后, 仲裁庭会拒绝行使管辖权或者裁定争端不可仲裁。这导致投资者无法获得救济, 东道国则不会因为自己国家的高层官员参与腐败而付出任何代价。其次, 仲裁庭权力有限, 缺乏类似于国内刑事程序的调查权以及传唤证人的权力。正是由于上述缺陷, 国际仲裁庭在裁决涉及腐败的争端方面发挥的作用一直被诟病, 实际上这些缺陷是可以弥补的, 国际仲裁庭在反对跨国腐败方面亦可以发挥更大的作用。

### (一) 国家责任原理的适用

在世界免税公司诉肯尼亚案中, 仲裁庭指出, 由于投资者是通过贿赂与政府签订合同的, 因而外国投资者无法就因征收造成的损失获得补偿。<sup>⑥</sup> 但是实际上该案案情是肯尼亚总统办公室的一名员工明确向申请人表示若其给总统进行捐赠 (personal donation), 其项目才会获得支持, 可以认定为肯尼亚总统的索贿行为。<sup>⑦</sup> 对此, 仲裁庭仅指出不可将肯尼亚总统与肯尼亚等同。<sup>⑧</sup> 该案拒绝管辖的仲裁结果表明, 投资者的腐败行为反而使肯尼亚受益, 肯尼亚不仅没有为其前总统

① Raed Fathallah, "Corruption in International Commercial and Investment Arbitration: Recent Trends and Prospects for Arab Countries", (2010) 2 (3) *International Journal of Arab Arbitration*, p. 69.

② *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, paras. 290 - 292.

③ *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, para. 62.

④ *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, para. 110.

⑤ *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, para. 181.

⑥ *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, para. 148.

⑦ *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, para. 62.

⑧ *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, para. 178.

索贿行为付出代价，反而从征收世界免税公司的投资中获益。

Metal-Tech 案仲裁庭已经认识到上述缺陷，指出涉及腐败案件的裁决结果总是不能令人满意，被申请人自己也参与到了腐败行为中却未受到处罚，被申请人似乎从中获得了不当利益。但是仲裁庭紧接着指出，仲裁的目的不是惩罚当事人，而是不可以为涉及违法行为的当事人提供救济。尽管被申请人被仲裁庭认定也参与到了违法行为中，申请人的投资还是被征收，被申请人只是和申请人平摊了仲裁费用。<sup>①</sup>

对于涉及腐败的仲裁案件的结果总是偏向被申请人这一点，有学者指出东道国以投资者存在腐败行为进行抗辩不应是无条件的，至少应证明其已经主动指控了涉事官员的腐败行为。<sup>②</sup> 笔者认为，不应赋予东道国将腐败作为抗辩的任意权利，仲裁庭除了应当将东道国调查、指控涉事官员纳入考量范围，还应当考察东道国反腐败立法的情况。

仲裁庭除了采取上述方法避免仲裁结果不公，还可以援用 Kardassopoulos 诉格鲁吉亚案所适用的国家责任原理。该案中，希腊公司 TrameX 与两家格鲁吉亚国有企业签订了合营企业协议，该项目由格鲁吉亚时任总统及副总理担保，但是格鲁吉亚法律禁止国有企业合营。因此格鲁吉亚指出 Kardassopoulos 的投资未按照《格鲁吉亚—希腊 BIT》的“符合东道国法律”要求作出。仲裁庭并未支持东道国这一主张，仲裁庭适用了国际法委员会《国家责任条款草案》第 7 条，指出国家机关或经授权行使政府权力要素的个人或实体，若以此资格行使，即使逾越权限或违背指示，其行为仍应视为国际法所指的国家行为，因为格鲁吉亚总统和副总理均担保该投资的合法性，因而其无权要求仲裁庭拒绝管辖。<sup>③</sup> 此外，仲裁庭还指出申请人的投资项目在格鲁吉亚运营多年，格鲁吉亚从未宣称合资经营协议是违法的。<sup>④</sup>

笔者认为，该案仲裁庭在裁决中适用的国家责任原理可以为腐败案件的裁决提供一定借鉴。《国家责任条款草案》第 4 条规定：任何国家机关，不论行使立法、行政、司法职能，还是其他任何职能，不论在国家组织中具有何种地位，也不论作为该国中央政府机关或一领土单位机关而具有何种特性，其行为应视为国际法所指的国家行为；机关应包括依该国国内法具有此种地位的任何个人或实体。通过该条和仲裁庭援用的第 7 条可知，依国家责任原理，东道国应当为其高层官员的行为负责，且无论其是否超越权限。由此看来，上述世界免税公司诉肯尼亚案中仲裁庭认为肯尼亚总统的行为不等同于肯尼亚行为，这一裁判思路违背了国家责任原理。因此，将国际责任原理适用于涉及腐败的投资争端的裁决，有利于缓解仲裁庭裁决被质疑裁决不公的情况。

## （二）更多依靠东道国刑事程序及反腐败机构

依靠东道国国内刑事程序及反腐败机构的调查结果是弥补仲裁庭权力有限性的一个最佳方案。在尼科资源诉孟加拉人民共和国案中，仲裁庭指出，孟加拉国调查机构调查、收集与腐败相关的证据是最合适的。于是仲裁庭审查了孟加拉国反腐败委员会、高等法院以及加拿大诉讼程

① *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para. 389.

② Joan E. Donoghue, “Book Review: The Corruption Trump in Investment Arbitration”, (2015) 30 (3) *ICSID Review*, p. 759.

③ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, para. 190.

④ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, para. 192.

序中调查所得事实及裁决,认定申请人确实存在腐败行为。<sup>①</sup>在弗拉波特诉菲律宾案中,仲裁机构亦主动参考东道国国内相关机构的调查结果,认定投资者存在违法行为。<sup>②</sup>该方法对于调查投资者违法行为是行之有效的。

当然,该方法也有其局限性。首先,并不是所有涉腐案件裁决时,东道国都对投资者的违法行为进行调查。如维纳酒店诉埃及案中,仲裁庭调查发现东道国在明知申请人存在腐败问题时并未对其提起检控,仲裁庭将没有指控的行为纳入考量,认定埃及不能援用违反“符合东道国法律”条款以逃避责任。<sup>③</sup>其次,仲裁程序与东道国调查程序在时间上的一致性,导致仲裁庭无法及时有效地参考东道国的调查结果。该局限性突出表现在著名的西门子“贿赂门”事件中。2007年2月,ICSID仲裁庭裁定西门子获得约27亿美元的补偿,因为阿根廷违反了《阿根廷—德国BIT》中的相关规定。<sup>④</sup>但是,2008年初,德国国内法庭在对西门子的调查中发现,前述仲裁案所涉合同是通过贿赂而签订的。<sup>⑤</sup>之后西门子便放弃了其通过前述仲裁裁决获得的补偿。该案表明东道国调查所得不是在任何情况下都可成为国际仲裁庭裁决时的参考,但是仍表明东道国对于腐败行为的调查结果对于仲裁的重要性。

综上所述,笔者认为,在可以参考东道国诉讼程序及反腐败机构调查所得的证据时,应当将其纳入考量范围,因为东道国在调查腐败问题方面具有优势,可以很好的弥补涉及腐败的投资争端裁决中面临的举证困难的问题。

## 五 结语

从20世纪末开始,跨国腐败问题盛行,各国为对抗腐败问题签订了一系列包括《联合国反腐败公约》《美洲反腐败公约》《非洲反腐败公约》等在内的全球性、区域性反腐败公约。在这个时代背景下,通过考察包括Metal-Tech案在内的上述涉及腐败问题的仲裁案例,不难发现,国际仲裁庭对腐败问题的态度已经发生变化。仲裁庭从最初的规避转变为越来越倾向于采取积极主动的策略去应对腐败问题。如前所述,根据国际透明组织的数据,中亚地区存在一定程度的腐败问题,中国投资者如何规避和应对投资过程中的腐败风险是“一带一路”倡议推进过程中不容忽视的问题。

### (一) 承认腐败问题的可仲裁性

对于腐败问题是否具有可仲裁性这一点,国内学者有着不同的观点。有学者主张应当在双边条约中规定涉及腐败的投资争端不具有可仲裁性,其理由主要是基于公共政策及特殊国情的需要;<sup>⑥</sup>亦有学者主张应当承认该问题具有可仲裁性,其理由主要是考虑到当前国际反腐败的时代

① *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People's Republic of Bangladesh et al*, ICSID Case No. ARB/10/11, Decision on Jurisdiction of 19 Aug. 2013, paras. 425 - 429.

② *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, para. 67.

③ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, para. 116.

④ *Siemens A. G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8.

⑤ Joe Tirado, Matthew Page & Daniel Meagher, "Corruption Investigation by Governmental Authorities and Investment Arbitration: An Uneasy Relationship", (2014) 29 (2) *ICSID Review*, p. 507.

⑥ 王海浪:《论国际投资仲裁中贿赂行为的证明标准》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第1期,第160—161页。

背景。<sup>①</sup> 笔者更加同意后者的观点，跨国腐败问题不仅违反国内公共政策亦违反国际公共政策，未来跨国腐败问题的可仲裁性或是不可避免的趋势。

首先，从 Metal-Tech 案裁决中，可以发现，国际仲裁庭对于跨国投资过程中腐败问题的态度已经发生转变。从最初的回避到之后的将更多的责任归于投资者，再到明确指出跨国腐败行为中东道国亦有责任，仲裁庭开始对跨国腐败问题采取更为积极的态度。在我国由资本输入型国家转变为资本输出型国家的时代背景下，这意味着我国投资者可以利用国际投资仲裁庭去抵制在海外投资过程中因腐败因素产生的投资风险，对于保护我国投资者在海外投资过程中免受腐败问题的困扰可以说是一种有利信号。

其次，不同意腐败问题具有可仲裁性的意见通常以国内公共政策为由，但事实上，国内公共政策可以通过在 BIT 中纳入“符合东道国法律”条款即可维护。如前所述，仲裁庭无论对于“符合东道国法律”条款采取广义或狭义的解释策略，投资设立时的腐败问题都当然属于该“法律”的范围。那么，在仲裁庭中我国便可援用相关 BIT 当中的“符合东道国法律”条款来达到令仲裁庭驳回相关裁决或裁定无管辖权的效果。

最后，虽然国际仲裁庭在裁决腐败问题方面存在着因其自身权限问题而导致的种种缺陷，但是，这些缺陷并不是没有弥补的可能性。通过引入国家责任原理并与东道国国内诉讼程序形成良性互动，国际仲裁庭可以在反对跨国腐败问题中发挥更大的作用，从而形成更加良好的国际投资环境。

## （二）投资者可利用国际仲裁庭抵制中亚国家索贿行为

我国投资者主要通过与东道国政府签订相关合同及取得政府的许可证在中亚地区进行投资，投资主要领域为自然资源开采以及基础设施建设。因而，更具体地说，我国投资者在中亚地区面临的腐败风险应当是东道国政府官员的索贿风险。考察 ICSID 涉及腐败的仲裁案例，可以得知，投资者可以利用国际仲裁庭去抵制东道国政府官员的索贿行为。只要做好相关准备工作，获得对自身有利的裁决并不是不可能的。

首先，尽可能保存有关证据，最好是可以达到“清楚且有说服力”（clear and convincing）的证明标准。虽然仲裁庭对于证明标准问题并无共识，但是在准备阶段搜集尽可能多且证明力足够的证据是获得有利裁决的重要前提。鉴于仲裁庭对于腐败问题的裁决态度已经开始发生转变，若搜集的证据达到了盖然性权衡（balance of probabilities）的证明标准，投资者即可提出腐败指控，其依然有得到保护的可能性。

其次，投资者面临东道国索贿时，可以先向东道国国内的刑事侦查部门或反腐败机构提出指控。即便东道国国内相关部门不对相关指控进行调查，这一步也可为投资者从后续的国际仲裁庭中获得有利裁决奠定基础。投资者可以向仲裁庭反映其已经提出指控的事实，仲裁庭会将相关事实尤其是东道国的不作为纳入考量。此外，投资者还可要求仲裁庭命令东道国相关部门公开调查文件及证据，从而解决投资者无法获得充足证据的困境。

最后，应当注意提出东道国索贿指控的时间。在证据充足的情况下，应当尽早提出，以在仲裁庭中掌握主动权。但应注意不可在无足够证据时盲目提出腐败主张，如前所述，该种行为影响仲裁的公正性，有可能被仲裁庭认定为滥用仲裁程序。

<sup>①</sup> 马迅：《论国际投资仲裁中腐败问题的可仲裁性》，载《武大国际法评论》2014年第16卷第2期，第393—394页。

## International Investment Arbitration Involving Corruption in Central Asian Countries:

### *Metal-Tech v. Uzbekistan as an Example*

*Wang Xiaofeng and A Di La · A Bu Li Ke Mu*

**Abstract:** In recent years, the practice of international investment arbitration in Central Asian countries shows that transnational corruption is a serious problem in the process of international investment. Under “The Belt and Road” initiative, the main fields in which Chinese investors invest in Central Asian countries are natural resources and infrastructure construction. When planning to invest, they often need to sign contracts with or get permission from the government. Corruption is also a risk that Chinese investors cannot ignore when investing in Central Asia. By examining arbitration awards on investment disputes involving corruption, it can be seen that international arbitral tribunals’ attitude toward transnational corruption has changed from the initial avoidance to the initiative to investigate the relevant facts. In the current background, this shows that China should recognize the arbitrability of corruption issues, and attention should be paid to arbitral tribunal’s decisions on relevant procedural and substantive issues in arbitration. Only in this way can Chinese investors use the international investment arbitration tribunal to resist the risk of corruption in the process of overseas investment and contribute to the formation of a better international investment environment.

**Keywords:** Central Asian Countries, Transnational Corruption, International Investment Arbitration, In Accordance with Host State Law

(责任编辑: 李庆明)