

国际投资仲裁证据特免权的实践与规制

汪星岑 杜焕芳*

摘要：国际投资仲裁中的证据特免权源起于英美法系的证据特免权理论，并借鉴相关的国内法规和国际仲裁规则得以建立。律师—当事人特免权存在诉讼特免权和法律意见特免权两种形态。有关政治敏感信息特免权主要关注政府审议和决策中的信息和条约协商中的相关信息。商业秘密特免权虽经讨论但并无成案确认实践的可行性。仲裁庭处理证据特免权的实践路径倾向于冲突规范的解决路径，以最密切联系原则为原则，辅以最惠国待遇原则。对于特免权规范的选择往往以遵循双方意愿为前提，并考虑争议双方的合理期待。鉴于“一带一路”沿线国家和地区的复杂法律环境，中方企业在投资争端解决中应积极利用证据特免权保障自身程序利益，审慎衡量拒绝证据开示的实质性后果，并恰当应对对方当事人的证据特免权主张。

关键词：证据特免权 国际投资仲裁 证据开示 “一带一路”倡议

在现行法律体系中，证据特免权多见于英美法国家中，这个概念在大陆法国家中并不清晰。中国的《民事诉讼法》并无严格意义上的证据开示概念，也不涉及仲裁领域的证据特免权制度构建问题。^①但鉴于一系列国际仲裁规则的出台，证据特免权在国际仲裁领域的适用愈发明显。随着“一带一路”倡议的落地实施和稳步推进，中国企业对外投资特别是基础设施投资建设的步伐加快。中国企业如何应对国际化挑战，研究并利用证据特免权规则，探索国际投资仲裁格局中的生存模式，从而逆转“十诉九败”的海外仲裁现状，是国际仲裁研究中的一项重要议题。

目前，国内外研究学者主要立足于分析国际仲裁中证据特免权制度的角色定位，从而分析其难以成为国际仲裁中通用规则的原因。巴顿·利格姆（Barton Legum）、戈捷（Gauthier Vannieuwenhuysse）等学者从仲裁所需平衡的根本利益入手，分析三组仲裁基本矛盾的平衡，即效率与公平的平衡、不同法律文化之间的平衡、以及仲裁的灵活性与可预见性之间的平衡，认为对不同利益的兼顾使得特免权规则不能成为稳定的一般性证据规则，需要仲裁庭针对个案行使自由裁量权决定特免权制度的具体适用。^②另一批学者如汤姆·金斯伯格（Tom Ginsburg）、理查

* 汪星岑，中国人民大学法学院硕士研究生，国际商事争端预防与解决研究院研究人员。杜焕芳，中国人民大学法学院教授，博士生导师，国际商事争端预防与解决研究院研究员。本文是2019年北京市社会科学基金重点项目《互联网金融仲裁与金融监管协调研究》（19FXA002）的阶段性成果。

① 《中华人民共和国仲裁法》第73条规定：“涉外仲裁规则可以由中国国际商会依照本法和民事诉讼法有关规定制定”。中国境内仲裁机构的仲裁规则同样遵守民事诉讼法中的证据规则。因此，从中国民事诉讼制度中证据开示规则的缺失可知，中国仲裁实践中对于证据开示规则和特免权制度的处理经验是欠缺的。

② See Barton Legum and Gauthier Vannieuwenhuysse, “Document Disclosure in Investment Arbitration”, (2012) 6 *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* 57, pp. 57–66.

德·莫斯科 (Richard M. Mosk)、哈维尔·鲁宾斯坦 (Javier H. Rubinstein)、布里顿·格雷纳 (Britton B. Guerrina)、迈耶·奥拉夫 (Meyer Olaf)、崔起凡等则从仲裁庭的裁量实践及各国国内法规入手, 呼吁国际社会建立明确统一的特免权规则, 并试图论证特免权规则作为国际法渊源的一般法律原则的属性。^① 但囿于仲裁制度的灵活性, 鲜有学者对于仲裁庭面对特免权主张的基本工作程序和处理不同类型特免权主张的实践倾向作出分析。

从国际投资争端解决中心 (the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 发布的受案数据可以看出, 过去几十年间所发生的投资者—东道国投资争端案件中, 超过九成是通过提交 ICSID 解决的。^② 在“一带一路”沿线如马来西亚、巴基斯坦等 66 个国家中, 对外签订双边投资条约 (Bilateral Investment Treaty, BIT) 并将 ICSID 作为第三方机构的双边条约占比超过二分之一和超过三分之二的国家分别为 52 个和 31 个, 占全部被统计国家数量的比例分别为 78.78% 和 46.96%。^③ 从 ICSID 的国际影响力以及“一带一路”沿线国家对其机制适用的广泛性来看, ICSID 是最具有代表性的投资争端解决机制。对其个案实践中的证据特免权处理路径进行总结和分析, 将对中国企业海外投资争议的解决具有重要的实践意义。

本文以 ICSID 的判例及国际投资仲裁相关实践为参考, 主要分析和探讨国际投资仲裁证据特免权的源起和依据、国际投资仲裁实践中证据特免权的类型、仲裁庭处理证据特免权的实践路径以及中国企业参与“一带一路”沿线投资争端中的证据特免权诉请可能及应对问题。

一 国际投资仲裁证据特免权的源起和依据

(一) 国际投资仲裁证据特免权的源起

不同的法律体系下, 证据特免权的范围、种类各不相同。证据特免权往往见于普通法法系, 与书面质询、宣誓作证、法庭调查等制度相伴而生,^④ 以保护诉讼公正外的其他程序价值, 提高法律体系的完整性。十六世纪, 证据特免权第一次以司法实践的形式确认于英国法判例中,^⑤ 判例明确了英国法中保护律师和当事人通信的特免权。英美法系的法律程序设计赋予了法庭、仲裁庭等类似调查和审判机构要求当事人双方开示相关证据的权力。之所以设立证据特免权制度, 是为了削减法庭证据开示权力对查明案件事实的实体价值的畸重保护而可能产生的对诉讼公正的程

① See Richard M. Mosk and Tom Ginsburg, “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, (2001) 50 (2) *The International and Comparative Law Quarterly* 345, pp. 345 – 385; Javier H. Rubinstein and Britton B. Guerrina, “The Attorney-Client Privilege and International Arbitration”, (2001) 18 (6) *Journal of International Arbitration* 587, pp. 587 – 602; 另参见崔起凡:《国际投资仲裁书证出示规则研究》, 载《昆明理工大学学报(社会科学版)》2015年第4期, 第44—50页。

② ICSID, “The ICSID Caseload-Statistics [Updated]”, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx> (last visited May 1, 2019).

③ ICSID, “Database of Bilateral Investment Treaties [Updated]”, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx> (last visited May 12, 2019).

④ See Audley Sheppard, “The Approach of Investment Treaty Tribunals to Evidentiary Privileges”, (2016) 31 (3) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 670, p. 670.

⑤ Holdsworth and William Searle, *A History of English Law* (Vol. 1) (London: Methuen Press, 1966), p. 333.

序价值、其他社会价值的影响。

国际投资仲裁中的证据特免权也是源自英美法系的证据特免权制度发展而来。其中推动证据特免权在仲裁领域适用的最重要一步见于美国法典中,《美国法典》第28编第1782条首次明确了证据特免权制度在仲裁领域的适用,规定“若享有特免权,任何人不得被强迫开示其证言或陈述或出示文件或其他物品”。这一规定打破了特免权制度只局限于诉讼程序的规定,并迈入仲裁领域,逐渐成为仲裁领域重要的证据规则之一。

相比较而言,大陆法系的证据特免权并无在仲裁领域发展的土壤,因为其法律建构内并无类似要求书面质询等证据开示制度作为根基,亦无英美法系当事人主义的诉讼模式。如德国民法体系中,并没有关于庭前审查和证据开示的明确规定,德国联邦法院也明确当事人并无义务提供对方当事人未持有的证据资料。

大陆法系的证据特免权源起于律师的保密义务,是以职业道德为核心价值创立的证据特免权规范。^①典型的立法范式是芬兰的证据特免权规范,其证据特免权完全依据2015年修订的《芬兰刑法典》第38章第2节第1条的规定,体现了明确的立法价值取向。此外,法国对于职业性保密的规范也依赖于2000年《法国刑法典》第226条第13款,即“受托人泄露其因职务或职业、任务或临时职位而被委托所获取的具有保密性质的信息,可处以1年监禁并处罚款15,000欧元”。由此可见,大陆法系证据特免权制度的确立主要建立在刑法框架下,其理论基础与英美法系大不相同。

(二) 国际投资仲裁证据特免权的依据

国际投资仲裁的证据特免权虽源起于英美法系的证据特免权规范,但其发展依赖于国际仲裁实践对于庭审证据开示范式的选择和国际仲裁规则通过各种形式加以明确的证据特免权实践得以确立。

1. ICSID 公约及其仲裁规则

《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》(以下简称《ICSID公约》)第43条赋予仲裁庭要求当事双方在法律程序的任何阶段出示证据的权利,该条规定:“除非双方另有协议,如果法庭在程序的任何阶段认为有必要时,它可以:(一)要求双方出示文件或其他证据;和(二)访问与争端有关的场地,并在该地进行它可能认为适当的调查。”《ICSID仲裁规则》(2006)第34条规定,仲裁庭有权裁决关于证据可采性和证据的证明价值的相关问题。此项规定也被视为是国际社会长期实践的结果。^②

虽然ICSID公约及其仲裁规则中并未直接提及有关证据特免权的规定,但是其反复重申了“仲裁庭对于是否采纳证据并评估证据的相关性具有高度的裁量权”这一英美法实践,从而明确了这项英美法实践在国际投资仲裁中的可适用性。由此可见,国际投资仲裁程序倾向于跟随和仿照普通法系的程序规则,存在与其相似的书面质询、宣誓作证、法庭调查等制度设计,证据特免权制度内含于已存在的证据制度中,可以依此被析出、孵化、明确。

2. 双边投资条约(协定)

双边投资条约中通常不包含有关证据问题的条款,更没有对证据特免权的特殊规定。但是,

^① Javier H. Rubinstein and Britton B. Guerrina, “The Attorney-Client Privilege and International Arbitration”, (2001) 18 (6) *Journal of International Arbitration* 587, p. 591.

^② Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd edn, 2010), p. 642.

近些年来双边投资条约实践出现了有意规定相关制度的倾向。例如，2012年《美国双边投资条约范本》（2012 US Model Bilateral Investment Treaty）第18条和第19条规定，条约中的任何内容均不得解释为在政府认定违反其基本安全利益的前提下，鼓励或允许披露信息或其他妨碍执法的行为。值得注意的是，中国也出现了相关的实践，2015年《中国与澳大利亚自由贸易协定》确立了公共利益特免权、商业机密特免权的相关制度。^①它相较2012年的《美国双边投资条约范本》更进一步，规定各方不得被要求披露“机密信息”，包括根据缔约方法律享有特权或以其他方式接受保护并免于披露的信息。

3. 国际律师协会证据规则

《国际律师协会证据规则》（International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration，简称《IBA证据规则》）第3条规定，仲裁庭根据一方当事人要求提供证据的诉请可要求另一方当事人开示其所控制的与本案有关并与案件实际结果有联系的相关证据资料；第9条规定仲裁庭有权决定证据的可采性、相关性、重要性和证据的证明力问题。^②更重要的是，《IBA证据规则》明确承认了证据特免权制度的适用可能性。其第9条第2款明确仲裁庭应当在发现法律特免权规则可适用时，依一方当事人申请，将相关文件资料、陈述、口头证言或者勘验结果免于证据出示。^③

在“诺布尔创投诉罗马尼亚案”（*Noble Ventures Inc. v. Romania*）中，仲裁庭指出，《IBA证据规则》虽然不直接适用于本案，且其主要用于商业仲裁领域，但可以参考其证据开示部分设定的相关性标准以及关于证据开示的程序性规定。事实证明，ICSID仲裁程序的缔约方和仲裁庭也经常考虑《IBA证据规则》作为考量证据可采性的适当标准。^④从适用角度来看，国际投资仲裁中的当事人越来越多地就《IBA证据规则》在国际投资仲裁领域的适用达成一致，^⑤至少同意在作出关于证据问题的决定时，仲裁庭可以以这些规则为指导。

4. 其他仲裁程序规则

其他国际仲裁庭的仲裁程序虽不会对证据特免权的确立起直接作用，但其间接作用主要体现在两个方面。其一，国际投资仲裁中，依据双方意思表示一致，双方当事人可以约定选用何种仲裁规则进行国际投资仲裁。由此双方当事人可以协商适用非ICSID的程序规则参与ICSID仲裁，从而将其他仲裁程序中的规则引入ICSID仲裁程序中。其二，除ICSID外的其他全球性仲裁机构的证据规则对于论证“证据特免权制度是否可以作为统一法律原则的存在和确立”这一命题具有重要的证据价值，是探求证据特免权制度得以确立与否的重要依据之一。

与《ICSID仲裁规则》相类似，《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules，以下简称《UNCITRAL仲裁规则》）也仅

① 2015年《中国与澳大利亚自由贸易协定》第16章第1条第1款规定：“本协定的任何规定不得要求一方披露妨碍其法律实施、或违背其公共利益、或损害特定公私企业合法商业利益的机密信息。”

② 参见崔起凡：《论国际商事仲裁中证据的可采性》，载《西南政法大学学报》2012年第4期，第74—81页。

③ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, “Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”, <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=DD240932-0E08-40D4-9866-309A635487C0> (last visited February 10, 2020).

④ *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Procedural Order No. 1 of the Tribunal.

⑤ 参见崔起凡：《国际投资仲裁书证出示规则研究》，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2015年第4期，第44—50页。

在其第27条第4款中规定仲裁庭有权决定关于证据可采性、相关性、重要性的事项，而并未直接提及证据特免权的规范。事实上，包括新修订的2017年《国际商会仲裁规则》（Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce）在内的大多数仲裁规则都赋予了仲裁庭广泛的裁量权，使其能够通过“一切适当的方式”确定案件的事实，并明确其有权在诉讼期间的任何阶段要求当事人双方补充证据。

值得注意的是，并非所有的仲裁程序规则都没有明确的特免权规范，例如2016年《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》（Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre，以下简称《SIAC仲裁规则》）、2011年《詹姆斯国际仲裁规则》（JAMS International Arbitration Rules，以下简称《JAMS仲裁规则》）以及2014年《国际争议解决中心国际争议解决程序规则》（International Dispute Resolution Procedures of the International Centre for Dispute Resolution，以下简称《ICDR规则》）等，特别是《ICDR规则》第22条对证据特免权作了详细的规定：“仲裁庭应考虑可适用的法律特免权原则，如律师与客户之间沟通保密的原则。在当事人、代理人或其文件受不同适用法律的不同规则调整时，仲裁庭应尽可能对各方当事人适用相同规则，并优先适用最高保护的规则。”虽然目前尚未有根据《SIAC仲裁规则》或《JAMS仲裁规则》或《ICDR规则》所进行的投资仲裁，但这些国际仲裁规则地位的确立对证据特免权规则发展为一般法律原则有重要的证据意义。

二 国际投资仲裁证据特免权的类型化分析

证据特免权在各法系内的分类各异，各国国内法对于同类型证据特免权的具体内容规定也多有不同，使得证据特免权制度展现出庞杂的体系架构。但是，从实践视角中探得的经国际投资仲裁实践加以确认的证据特免权类型并不多，讨论较为广泛的是律师—当事人特免权、政治敏感信息特免权和商业秘密特免权。

（一）律师—当事人特免权

律师—当事人特免权是在仲裁实践中被应用和讨论最多、适用范围最广泛的证据特免权制度。^①普通法系下的律师—当事人特免权一般包括两类：第一类是为收集诉讼用途的相关证据文件创设的“诉讼特免权”；第二类是律师与客户之间就寻求或获得的法律意见特免权。证据特免权在以上两个领域的设立目的相似，即咨询律师可以坦率地出具法律意见，保证律师职业性的发挥。在英国国内法中，此类特免权制度也适用于律师内部的沟通行为中。即虽然是内部沟通，但是若内部沟通文件内容符合证据特免权要件，相关当事人得请求其免于开示。

相似的制度也在国际仲裁领域被逐步确立起来，在“维托·加洛诉加拿大案”（*Vito G. Gallo v. Government of Canada*）中，依《北美自由贸易协定》建立的仲裁庭（以下简称“NAFTA仲裁

^① CCBE, “Regulated Legal Professionals and Professional Privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and Certain Other European Jurisdictions”, http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf (last visited February 9, 2019).

庭”)认为承认法律咨询的特免权是保障法律咨询基本权利的必然结果。^①国内学术界并未对国际仲裁中的律师—当事人特免权的分类给予关注。本文认为,在国际仲裁领域同样有区分诉讼特免权和法律意见特免权两类不同规则的必要,这是由证据特免权规则在不同阶段的不同发展所决定的。证据特免权在国际仲裁领域的前期发展仅限于诉讼特免权部分,而法律意见特免权的首次确立则是在“波普与塔尔伯特公司诉加拿大案”(Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada)中。^②“NAFTA 仲裁庭”支持了加拿大的主张,认为相关文件受律师—当事人特免权的保护,并进一步指出该项特免权不仅仅局限于给予双方当事人诉讼中的诉讼法律建议,同时也及于律师给当事人的一般性法律意见。

相较而言,《ICSID 仲裁规则》明确规定必须逐个论证证据特免权主张的客体是否适用该项规则,而不能以一般性主张阻止开示。在“ADF 公司诉美国案”(ADF Group Inc. v. United States of America)中,应诉方对于原告要求开示投资者文件的诉求提出证据特免权的一般性抗辩,意旨援引律师—当事人特免权免于证据开示。^③仲裁庭指出,主张证据特免权的一方必须逐个文件审查,证明每个其意在免于证据开示的文件适用证据特免权的必要性,且最终没有支持美方关于特免权的主张。

(二) 政治敏感信息特免权

大多数国家国内法都有类似“涉及政治敏感的文件享有特免权”的规定。例如在英国,这类证据特免权被称为公共利益豁免权,并最终通过 1947 年《王权诉讼法》(the Crown Proceeding Act)确立下来。该法第 28 条第 2 款规定,如果王室内阁成员认为公开某些文件会损害公共利益,则不必披露文件内容。此类文件的内容可能涉及:国家安全、外交关系和国际礼让、内阁文件和中央政府的其他工作以及公共服务的正常运作。制度设计的基本理念在于保护高于司法公正之上的公共利益和价值,并将这种价值的重要性以免于在司法程序中公开披露的方式来实现。

国际投资仲裁中,与政治敏感信息相关的特免权^④请求并不少见,《北美自由贸易协定》第 11 章提供了在投资仲裁领域主张政治敏感信息的理论基础,其典型种类在 ICSID 仲裁庭中也多有讨论。在上述“ADF 公司诉美国案”中,应诉方认为申请方要求出示的证据为政府审议和决策中的信息,并主张证据特免权的适用。仲裁庭认为,为了能够确定是否适用特免权规则,应诉方应当对相关证据文件享有某一特定类别的证据特免权负有举证责任,并论证特免权制度对于该文件的可适用性。^⑤虽然仲裁庭最终未能支持应诉方的证据特免权主张,但是仲裁庭将此类证据特免权的适用问题作为论证内容而非质疑政治敏感信息特免权在国际投资仲裁领域的存在与否。在“波普与塔尔伯特公司诉加拿大案”的实践上,仲裁庭已经表明和确立了相关特免权规则的

① Vito G. Gallo v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 55798, Procedural Order No. 3 of Apr. 8, 2009.

② Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Decision by the Tribunal of Sep. 6, 2000.

③ ADF Group Inc. v. United States, ICSID Case No. ARB (AF) /00/1, Procedural Order No. 3 Concerning the Production of Documents of Oct. 4, 2001.

④ 此概念是针对一系列有关政治敏感信息特免权的提炼,目前学界并无对此类政治敏感信息特免权的统一提法,在国际仲裁学界的讨论中多被描述为“political sensitivity”或“classified information”。

⑤ ADF Group Inc. v. United States, ICSID Case No. ARB (AF) /00/1, Procedural Order No. 3 Concerning the Production of Documents of Oct. 4, 2001.

存在。^①

正如仲裁庭在“迈尔斯公司诉加拿大案”(S. D. Myers Inc. v. Government of Canada)中所指明的一样,如何使得在国内接受保护的证据文件在国际投资仲裁中受到同等的保护,是一个非常复杂的问题。^②关于政策审议和决策信息的特免权范围认定,“格莱姆斯黄金公司诉美国案”(Glaims Gold Ltd. v. United States of America)进一步细化了ICSID的标准。^③在该案中,仲裁庭支持了美国政府关于证据特免权的主张,认定“在政府对公共事务的决策过程中所作的建议、分析或决定应当享受证据特免权”。本文认为,虽然经判例确认,但是仍不宜对此类证据特免权的范围作扩张解释。证据特免权所保护的范围应当局限于真正具有先决性和审议性质的文件、以及文件中具有先决性和审议性的部分。如若文中包含可以与证据特免权保护对象相剥离的其他事实信息,则应当予以披露。

另外一种ICSID仲裁庭中讨论的政治敏感信息特免权关注于投资条约协商过程中的相关证据资料。在“潮水公司诉委内瑞拉案”(Tidewater Inc. v. Venezuela)中,仲裁庭需要回应是否支持当事人要求公开委内瑞拉投资法的准备和协商过程中的文件及部长级会议的内容的诉请。^④该案中,委内瑞拉当局以其不实质持有或控制上述文件为由,拒绝公布以上信息,并认为由于以上信息与内阁机密有关,主张其享有内阁机密豁免权。仲裁庭认为相关的投资法条款创立过程是其管辖范围内的核心问题,虽然不应当事先对于法律问题的预期可能结果作预判,但是鉴于相关文件很可能与案情相关,因此仲裁庭指令当事国重新进行检索,提供相关证据资料。

(三) 商业秘密特免权

对于信息的保护,不仅仅只停留在国家安全和政治敏感信息层面,申请方虽然提起仲裁申请,但仍然会有主张证据特免权的诉请。对于商业秘密特免权的讨论,主要见于“钦瓦利公司诉格鲁吉亚案”(Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia)中,申请方为佐证自己的仲裁主张,附带“财务模型”作为自己的证明材料。^⑤格鲁吉亚认为,只有申请方提供电子形式的该模型,才能够深入分析其中的问题。申请方拒绝提供电子形式的模型,并认为其电子模型是保持其竞争地位的核心要素,申请方对模型享有绝对的严格的所有权。本案中,仲裁庭最终命令要求开示电子版财务模型以便计算损失赔偿额度,但申请方最终仍未开示财务模型的电子版本。

囿于个案的差异性,商业秘密特免权是否被国际投资仲裁所承认的问题并不能直接从“钦瓦利公司诉格鲁吉亚案”中找到答案,但其散见于各法系各国国内法中的相关制度的普遍性不应当被忽视。

① See Barton Legum and Gauthier Vannieuwenhuysse, “Document Disclosure in Investment Arbitration”, (2012) 6 *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* 57, pp. 57 – 66.

② S. D. Myers Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Procedural Order No. 1 of May 28, 1999.

③ Glaims Gold Ltd. v. United States, UNCITRAL, Decision on Objection on Document Production Withheld on Ground of Privilege of Nov. 17, 2005.

④ Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/10/5) Procedural Order No. 1 on Production of Documents of Mar. 29, 2011.

⑤ Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/00/1, Award of Jan. 24, 2003.

三 国际投资仲裁庭处理证据特免权的实践

(一) 证据特免权诉求处理的路径选择

国际投资仲裁中的证据特免权规则是在国际法语境下的证据规则，正如仲裁庭在“必沃特高夫公司诉坦桑尼亚案”（*Bewater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*）中指出的那样，^① 投资仲裁一方主体虽得援引其国内法证据特免权制度进行抗辩，^② 但国际投资仲裁庭不得以国内法为依据决定证据特免权请求是否应当被支持。国际投资仲裁庭受国际公约约束，并应当依据国际公约授权根据国际条约和习惯国际法义务调查一国的行为和责任是否符合国际法规范。

1. 寻求统一的法律规则

囿于当事人意思自治原则是仲裁中最基础的程序性原则，在证据是否可采的问题上，仲裁庭始终拥有相当大的自由裁量权。基于英美法系和大陆法系证据特免权制度的根源和发展不尽相同的现状，在国际仲裁实践中发展出一套普适的、长期一致的稳定的特免权规则是很难实现的。^③ 国内外学界对于证据特免权规范冲突问题的解决大多提出了呼吁国际社会建立统一规则的建议，但是实践中国际仲裁庭并不愿意进行这样的判例法确认。即使在仲裁中提到了论证证据特免权规则的普适性问题，也往往避而不谈，不进行详细地论证。^④ 事实上，大多国际仲裁庭的仲裁条款长期无法对证据特免权作出明确规定或进行细化也反映了这一特征。在这样的情况下，证据特免权制度的问题实质上演化为证据规范的选择问题。当今国际仲裁庭的仲裁实践规则一般会诉诸国际私法的解决方式，通过冲突规范的援引确定最后适用的法律规范。

2. 最密切联系原则

在利用冲突规范解决国际仲裁中的证据特免权争议时，最密切联系原则是应用性最强的法律冲突规则，往往被视为普适性规则抑或一般法律原则而在解决法律冲突的过程中直接适用。这项制度的适用意味着事件或有争议的通讯信息所涉及的管辖权法律关系应当适用与其关系最密切的法庭规则。^⑤ 最密切联系原则在选择法律时是公认的较稳定的程序法则，此类程序规则的持续适用可以使得当事人充分预估自己先前行为的可能后果，从而保护法的稳定性。

但是从实践视角而言，若仲裁员以严格纯粹的方式践行最密切联系原则，则会面临庞杂的最密切联系地的证据确定工作。这会严重拖慢仲裁程序，给仲裁员带来庞大的工作压力。例如在“奥贝泰克公司诉美国案”（*Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*）中，需

① *Bewater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order 1 of Mar. 31, 2006.

② 在“必沃特高夫公司诉坦桑尼亚案”中，坦桑尼亚政府援引其国内宪法第 54 条以及 1967 年《坦桑尼亚证据法案》第 132 节中的规定，主张起源于英国的王冠特免权（Crown privilege）可以同样适用于该案。

③ See H. Niemelä, *Legal Privilege in International Arbitration* (Helsinki: University of Helsinki Press, 2014), p. 75.

④ 在“维托·加洛诉加拿大案”中，仲裁庭已经提及多数国内法规定了律师—当事人特免权制度，并认为在国际仲裁时应当考虑当事人双方对普遍形成的律师—当事人特免权在国际仲裁领域适用的合理预期，但仍未系统论述特免权制度的地位和性质问题，只是针对个案进行了裁断，并未借仲裁实践之机推动特免权规则的进一步发展。

⑤ Klaus Peter Berger, “Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion”, (2006) 22 (4) *Arbitration International* 501, p. 511.

要仲裁庭逐个确定最密切联系地并以此适用证据特免权的证据有550份之多。^①大多数情况下,仲裁庭会选择务实的方式逐条分析证据的可采性。^②但是为了实现仲裁程序的效力价值,仲裁庭往往会采用一些折衷的方式,承认其中对大多数有争议的证据特免权给予确认的一方法律。但即使仲裁员采取了这种“一刀切式”的方法,并因此认定某一条规则适用于一方,仍然可能出现另一方证据受另一套规则管辖的情况,并再次导致法律冲突问题。

寻求最密切联系原则的另一缺陷,在于可能会导致在同一仲裁程序中适用多个法律制度去解决证据特免权问题。例如在律师—当事人特免权的主张中,若当事人和律师的国籍国不相同,则一方通信的最密切联系地本身就可能出现不同的情况。在此情况下,若与一方证据联系最密切的法律相比另一方的最密切联系地法律给予证据更多的特免权保护,则会出现在同案中程序权利不一致的情况,遭遇不公平对待。

3. 最惠国待遇原则

最惠国待遇原则意味着在适用最密切联系原则出现不公平待遇的情况下,仲裁庭可以选择适用最惠国待遇原则以避免此问题。根据最惠国待遇原则,仲裁庭得以适用对双方当事人可提供最广泛的法律保护的特免权制度。这种冲突规范的适用可以从根本上降低因为不公平待遇等不利因素给仲裁裁决的执行带来的后果,也不必顾虑裁决最终是否可能会被ICSID专门委员会(ad hoc committee)审查撤销。

故而在实践中,仲裁员往往首先采取最密切联系原则,限缩可适用的证据特免权体系的范围,而后依照最惠国待遇原则选择决定适用的特免权规范体系。^③此种方式可以形成对证据特免权的广泛保护,并使得同案中适用于证据特免权主张一方的特免权标准同时适用于对方当事人。这种做法有利于在仲裁期间为双方提供更好的仲裁结果可预测性,并保障双方的平等待遇。

(二) ICSID 证据特免权诉求处理的考量因素

除一般的证据特免权诉求处理程序外,国际投资仲裁实践中还有以下较明显的实践倾向,即遵循双方意愿,考虑双方合理期待,以保证遵循基本仲裁原则的情况下,实现国际仲裁的灵活性和效率追求。

1. 以遵循双方意愿为前提

在“柬埔寨电力公司诉柬埔寨案”(Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia)中,仲裁庭需要应当事人请求考虑某人的证据是否因其代理人身份、信托义务而免于开示的问题。^④仲裁庭认为证人证言的可采性问题是国际法规范内的问题,在适用国际法的过程中,双方依约应当按加利福尼亚州法律处理特权、机构、保密、受托责任等相关问题。由于双方当事人在该案中

① Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF) /12/1, Procedural Order on Document Production Regarding Parties' Respective Claims to Privilege and Privilege Logs of July 5, 2013.

② See Craig Tevendale and Ula Cartwright-Finch, "Privilege in International Arbitration: Is It Time to Recognize the Consensus?", (2009) 26 (6) Journal of International Arbitration 823, p. 829.

③ See F. Schlabrendorff and A. Sheppard, "Conflict of Legal Privileges in International Arbitration: An Attempt to Find a Holistic Solution", in Gerald Aksen et al. (eds.), Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in Honour of Robert Briner (ICC Publishing, 2005), pp. 771 - 772.

④ Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia, ICSID Case No. ARB/09/18, Amended Decision on the Claimant's Application to Exclude Mr. Lobit's Witness Statement and Derivative Evidence of Feb. 14, 2012.

同意适用《IBA 证据规则》，即可以依照当时各方的同意进行适用。虽然法院决定拒绝排除有关证词，但原告仍有权利反对对具体的证据文件进行开示。

在程序规则中遵循当事人双方意愿选择证据规则，是当事人意思自治这一项基本程序原则在证据规则中的具体体现，也是国际投资仲裁程序高度自治的重要保障。^① 在当事人双方有事前协定或对证据特免权制度的具体适用在诉中达成一致时，仲裁庭应高度遵循意思自治原则，依照双方同意的证据规则进行裁判。

2. 考虑争议双方的合理期待

在上文“奥贝泰克公司诉美国案”中，申请方主张律师—当事人特免权，虽然仲裁庭意识到双方当事人都希望适用美国法的有关制度，但是仲裁庭还是指出，仲裁庭认为《IBA 证据规则》第9条第3款的规定为当事人双方提供了可以适用证据特免权制度的合理期待，其在当事人双方之间的适用应当保持公平公正。^② 仲裁庭的国际性要求其适用《IBA 证据规则》及《ICSID 仲裁规则》，而不能因为双方的选择法律倾向而直接根据国内法规作出关于证据特免权请求的决定。

相似的关于合理的法律期待的考量也同样出现在 NAFTA 仲裁中。在上文“维托·加洛诉加拿大案”中，仲裁庭指出，法律咨询内容保密这项与律师—当事人特免权类似的规则在不同国家以不同形式广泛存在，并不能因为其在国际法领域没有明确确立而放弃，当事人抱以对律师咨询意见的保密性质的期待是合理的，仲裁庭也不应当无视这种合理期待的存在。^③

考虑到两大法系证据特免权制度发展环境的根本不同，这种实践中考量当事人合理法律期待而并非强烈呼吁证据特免权规则统一化的实践方式更加温和，也更容易使得当事人接受仲裁结果，符合争议解决的预期。

四 中国对外投资争端中的证据特免权诉请

2018年5月国家信息中心发布的《“一带一路”贸易合作大数据报告（2018）》显示，2017年，民营企业与“一带一路”国家的进出口总额占比最大，国有企业在近些年的对外投资中增幅显著。^④ 从中国企业角度出发考量，在投资仲裁争议的解决过程中，中方企业应广泛了解投资东道国的法律环境和法律体系。中国企业在投资仲裁争议中，应当一方面积极利用证据特免权制度主张自己的合法程序权益。另一方面，应当学会如何应对投资东道国援引其国家公共利益、国家机密等相关理由提请证据特免权的仲裁程序手段。

（一）商业秘密特免权诉请的提出及应对措施

囿于国际投资仲裁的特殊性，中方企业在“一带一路”的对外投资过程中，往往处于申诉

① 参见刘俊霞：《国际商事仲裁当事人意思自治原则的界限》，载《新疆社科论坛》2012年第3期，第41—46页。

② *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF) /12/1, Procedural Order on Document Production Regarding Parties' Respective Claims to Privilege and Privilege Logs of July 5, 2013.

③ *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 55798, Procedural Order No. 3 of Apr. 8, 2009.

④ 《“一带一路”贸易合作大数据报告（2018）》，国家信息中心，<http://www.sic.gov.cn/archiver/SIC/UpFile/Files/Default/20180509162109827517.pdf>，最后访问时间：2019年2月8日。

方地位,主动提出证据特免权主张的机会并不多,但是也不排除如前文所述“钦瓦利公司诉格鲁吉亚案”中申诉方主张商业秘密特免权的情况。近年来,中方企业的对外投资步伐不断加快,境外投资规模日益扩大,中国企业在保护商业秘密方面缺乏统一的制度规范、保密意识不强,在仲裁中应当格外注意企业核心战略价值和诉讼利益的权衡。在“钦瓦利公司诉格鲁吉亚案”中,虽然ICSID最终未能支持钦瓦利公司的证据特免权主张,并要求其出示财务模型的电子版本,钦瓦利公司最终并未因为诉讼利益而提交证据,而是选择保留电子版本。虽然目前的国际投资仲裁庭实践尚未对商业秘密特免权作出明确确认,亦无相关案例佐证商业秘密特免权的存在,但这并不意味着中方企业必须为了诉讼利益开示与商业秘密有关的信息,中方企业得效仿先例主张商业秘密特免权,维护自己的仲裁程序利益。

在拒不出示证据的情况下,仲裁庭大多会作出不利推定,以此回应拒不出示法庭要求的证明材料的行为。但是与诉讼程序中的不利推定不同的是,仲裁程序中的不利推定并不当然导致终结仲裁程序抑或败诉的结果,它不是直接作出诉求的反向推定。^①例如在“联合包裹速递公司诉加拿大案”(United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada)中,^②美国投资者认为加拿大违反了《北美自由贸易协定》中协商达成的国民待遇规则。联合包裹速递公司声称加拿大允许加方国内快递服务以较国外快递服务更为优惠条件,并进一步垄断国内邮政服务。其向仲裁庭申请要求加方开示相关证据,加方以内阁特权为由不予开示。仲裁庭在裁决对其进行不利推定后,并不当然支持联合包裹速递公司诉求,相反地,最终的仲裁结果支持加方政府。这是因为不利推定的范围十分有限,仲裁庭仅仅能够推定加方对于国外投资者和国内投资者的“待遇不一致”,但是并不能在没有证据的情况下推定出违反国民待遇原则的另一项要求,即“相似情况下”。因此,仲裁庭不能因此认定加方行为构成违反国民待遇原则。类似地,中方企业无需惧怕因保护商业秘密而带来的不利推定后果,而是需要权衡企业战略投资利益和诉讼利益后,理性考量不利推定带来的后果是否足以翻覆仲裁裁决结果,并在此基础上审慎决断。

此外,在投资仲裁中,还需要注意投资公司的控股公司作为投资仲裁的第三方在仲裁中的地位问题。在国际投资仲裁实务中,投资者往往是专门为进行某项境外投资而建立的公司,而在其他情况下并不同样活跃。在这样的情况下,实质的书证证据等资料往往并非在投资者手中,而是掌握在其控股公司名下。对方当事人则不得在此情况下主张要求控股公司(实质并非投资仲裁当事人)开示相关证据。

(二) 投资东道国提出政治敏感信息特免权主张的应对策略

“一带一路”大多数发展中国家处在工业化的初、中期发展阶段,有的还处于农业社会向工业社会过渡期,十分需要其他国家为其供给资本、技术等生产要素和工业制成品来满足工业化发展需求。中国则拥有雄厚的资本、中等水平的适用技术和制成品、丰富的经济发展经验等相对优势,在工业化进程中处于后期阶段,与“一带一路”沿线国家有发展的阶段性差异,从而构成了相互合作的基础。这样的合作模式使得中方企业的资本深入到投资东道国基础设施、能源开发

^① Alexander Sevan Bedrodsyan, “Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying”, (2016) 38 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 241, p. 259.

^② *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, Decision of the Tribunal Relating to Canada’s Claims of Cabinet Privilege of Oct. 8, 2004.

等经济建设的重要领域和关键环节，一旦产生争端，相关利益相较其他投资纠纷更易涉及公共利益和国家安全，更频繁遇到特免权主张。

在国际投资争议处理过程中，要恰当选择仲裁程序规则。中国现行仲裁法中并无关于证据特免权制度的规定，国内仲裁实务经验较少，投资争议解决经验不足。在投资争议的解决过程中应当审慎选择适用的仲裁证据规则。在证据特免权请求的应诉过程中，中方企业要善于把握投资东道国的法律环境，“一带一路”沿线国家多以大陆法系为主，证据特免权制度发展并不完善，从国际仲裁实践的审判逻辑角度分析，大多数国家并没有所谓关于政治敏感信息豁免的“合理期待”。2018年12月14日，《布拉格规则》正式发布，规则充分体现了大陆法系争议解决中的“纠问制”特征，其第4条对文件披露的要求体现了仲裁庭应当尽力避免大量的文件披露的制度价值导向。无疑，在国际仲裁参与主体愈发多元、国别愈发多样的情况下，《布拉格规则》是对以《IBA证据规则》为主导国际仲裁证据规则的有益补充。对于其是否能推动特免权制度的发展，有待后续国际仲裁理论和实践的进一步关注。

此外，虽然政治敏感信息的特免权制度在国际投资仲裁领域多有讨论，但几个著名的投资仲裁庭大多在个案中以不赞成证据特免权主张的结果而告终。例如上述“ADF公司诉美国案”、“必沃特高夫公司诉坦桑尼亚案”均是如此，ICSID在证据特免权制度的发展过程中态度也一直相对保守，这同样是值得中方企业对外投资过程中应当注意的实践动向。

结 语

通过对国际投资仲裁实践及国际仲裁规则中证据特免权相关规定的分析，可以得出以下主要结论和建议：

第一，国际投资仲裁中的证据特免权规则存在与否不能简单根据特免权规则在英美法系抑或大陆法系的发展情况而简单确定，而是应当通过考察制度在国际仲裁中确立的依据和源起而明确其发展脉络。当下国际投资仲裁中的证据特免权规则存在适用的可能，其理论基础源于英美法系的特免权制度，并通过一些国际投资仲裁规则加以明确。

第二，国际投资仲裁中的证据特免权种类与其他领域不尽相同，通过国际仲裁实践考察，目前经过广泛讨论的成熟的特免权规则主要有律师—当事人特免权、与政治敏感信息有关的特免权和商业秘密特免权三种。其中前两种的存在被确认，而后一种虽经讨论却无成案支持的实践。律师—当事人特免权的支持与否应当遵循逐个审查原则，在国际投资仲裁领域还应区分诉讼特免权和法律意见特免权。与政治敏感信息有关的特免权表现为很多不同的形式，在投资仲裁领域主要关注于政府审议和决策中的信息、条约协商中的相关信息方面。

第三，国际投资仲裁实践中对于适用何种特免权规范的处理路径，往往采用国际私法的处理路径，从而避免对于特免权规则是否享有一般国际法原则这类问题的论证难题。在国际冲突规范的选择中，仲裁庭为避免最密切联系原则产生的诉讼效率低下、同案适用不同规则的问题，往往采用最密切联系原则为原则，最惠国待遇原则为例外的处理路径。同时，仲裁庭对于特免权规范的选择，往往以遵循双方意愿为前提，并考虑双方的合理期待。

第四，在中国企业“一带一路”的对外投资进程中，了解国际规则、研习中国企业在国际

规则中的生存模式尤为重要。建议中方企业善于在国际投资仲裁中提出商业秘密特免权诉请，并妥善应对特免权败诉后果，积极应对并处理仲裁中的不利推定。在对方当事国政府提出有关政治敏感信息特免权主张时，积极利用仲裁庭的实践倾向和处理路径，维护自身的正常程序权利。

Practice and Regulation of Evidentiary Privilege in International Investment Arbitration

Wang Xingcen and Du Huanfang

Abstract: Evidentiary privilege in international investment arbitration emerges from the evidentiary privilege which is readily recognized in common law jurisdictions, learning from certain national regulations and international arbitration rules. There are two kinds of lawyer-client privilege, including litigation privilege and legal advice privilege. The discussion concerning evidentiary privilege on politically sensitive documents focuses on deliberative process and treaty negotiation process. Although commercial secret used to be alleged and discussed in certain cases, no precedent could sustain the existence of commercial secret privilege. The practical method to settle the claim of privilege is conflict norms, which includes the closest connection test as main test and the most favourable treatment approach as supplemental. In international practice, when making the choice on which jurisdiction's rules of privilege should be applied, arbitrators would respect parties' autonomy and consider parties' legitimate expectations. In view of the complex legal environment in the countries along "Belt and Road Initiative", Chinese corporations could positively argue for privilege claims in dispute settlement process to protect own rights, weigh prudently about the substantial effects of adverse inference caused by non-production, respond privilege claims properly.

Keywords: Evidentiary Privilege, International Investment Arbitration, Evidence Discovery, Belt and Road Initiative

(责任编辑:李西霞)