

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.06.006

论投资者与国家间仲裁中的腐败问题^{*}

张 建

(首都经济贸易大学法学院, 北京 100070)

摘 要: 尽管《华盛顿公约》中并未明确规定缔约国有责任制止贿赂与腐败行为,但在投资者与国家间仲裁中,涉及贿赂与腐败的抗辩却越来越常见。许多仲裁庭都对适用于腐败抗辩的证明标准及举证责任分配问题作出了评论,但鲜有仲裁庭对认定腐败成立的法律后果进行分析。待解决的问题包括,腐败究竟应当作为管辖权问题,还是应与案件实体问题一并解决;东道国求诸于腐败抗辩,是否受制于弃权规则及禁反言原则;仲裁庭是否有权对从事了腐败交易的双方当事人的比较过失进行评估。在环球免税公司诉肯尼亚仲裁案、尼科资源公司诉孟加拉国仲裁案、金属技术公司诉乌兹别克斯坦仲裁案中,仲裁庭处理腐败抗辩的裁判思路不尽一致,体现了国际仲裁界在处理腐败问题上的态度演变。

关键词: 腐败抗辩;投资者与国家间仲裁;管辖权;跨国公共政策

中图分类号: D996.1/DF961 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2018)06-0050-09

一、引言

正如世界银行前行长詹姆斯·沃尔芬森 (James D. Wolfensohn) 在一次著名演讲中所提到的:“腐败的肿瘤……将资源从穷人手中转移至富翁手中,徒增了商业运营的成本,扭曲了公共开支……而且是合理与公平发展的主要障碍。”^①不出所料,距沃尔芬森的演讲已逾多年,但这一复杂的全球性难题仍未得到解决。事实上,据估计,全球范围内每年大约支付1万亿美元的贿赂,^②这使得现任世界银行行长金墉 (Jim Yong Kim) 仍将腐败视为发展中经济体的“头号公敌”。^③

投资者-东道国仲裁,亦称为投资者-东道国争端解决 (Investor-State Dispute Resolution, 简称ISDS),其制度设计的初衷本不在于保护东道国的利益,而是为了保护外国投资与外国投资者。以ISDS最著名的ICSID^④仲裁为例,它建立在投资者(仲

^{*} 基金项目: 本文受2018年度国家社科基金专项课题“创新一带一路国际争端解决机制问题研究”(项目编号为18VSI049)资助。

① James D. Wolfensohn, *Voice for the World's Poor: Selected Speeches and Writings*, Washington: World Bank 2005:50; Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham & Rahim Moloo, “Fraud and Corruption in International Arbitration”, in David Arias & Miguel Ángel Fernandez-Ballesteros, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Netherland: Kluwer Law International, 2010: 699, 711-712; Andrea J. Menaker, “The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2010, 25(1):74-75.

② Daniel F. Runde, Sadika Hameed & Jeremiah Magpile, *The Costs of Corruption: Strategies for Ending a Tax on Private-Sector Growth*, Washington: CSIS, 2014:30-31; Raj Nallari & Breda Griffith, *Understanding Growth and Poverty: Theory, Policy, and Empirics*, Washington: World Bank, 2011: 356.

③ Carolyn B. Lamm and Andrea Menaker, “The Consequences of Corruption in Investor-State Arbitration”, in Meg N. Kinnear, Geraldine R. Fischer et al., *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Netherland: Kluwer Law International, 2015:433.

④ 解决投资争端国际中心(ICSID), 依据1965年《解决国家与他国国民间投资争端公约》而设立于1965年3月18日, 575 UNTS 159.

裁申请人)与东道国(仲裁被申请人)之间不平衡的关系之上,旨在对前者予以专门性的倾斜保护。正因如此,ISDS被称为“不对称”、“单边”、“袒护投资者”的制度设计。^①这种不平衡的关系源自国际投资仲裁(International Investment Arbitration, 简称IIA)的基本目的,即保护和促进投资。换言之,投资仲裁无意为投资者创设责任。ISDS的这一基本特征引发了诸多问题,为应对外国投资腐败事项而生之有限责任问题即为其中之一。^②

尽管国际社会已经正式通过了一些多边的反腐败条约,包括在联合国(UN)和经济合作与发展组织(OECD)的主持下达成的公约,^③但在1965年《解决国家与他国国民间投资争端公约》(简称《华盛顿公约》)中却没有明确提及国家有打击腐败与贿赂行为的国家责任。类似地,除了极为有限的个别例外,^④在双边投资条约(BIT)或自由贸易协定(FTA)中,除了一些条约中有专门条款要求投资是“依法”设立或执行外,^⑤也没有提到缔约国有反腐败的国家责任。但另一方面,涉及贿赂及腐败的抗辩与指控,在投资者与东道国争端解决的实践中却越来越普遍,且此类抗辩在仲裁中起到了关键作用。尤其是,腐败的主张屡屡被东道国提出,作为抗辩仲裁庭管辖权或申请人仲裁请求可受理性的主要异议理由。^⑥投资者也在一些案件中提出了此类指控,其主张东道国政府工作人员企图索贿的行为构成对公正与公平待遇(fair and equitable treatment)及投资条约其他规定的违反。^⑦

然而,从实践来看,经常能够观察到,尽管腐败的指控易于提出,却难于证明,原因是,有罪一方有动机千方百计地隐瞒其实施不法行为的证据。^⑧在指控腐败成立的证据尚未揭发的情况下,卷入不法行为的各当事方负有相当的压力,这种压力使其更愿意对仲裁请求达成和解,而不愿将其不法活动置于仲裁庭、公众乃至国家检察机关的审查范围内。协商解决的压力在一些涉及腐败的ICSID争端中昭然若揭,例如Azpetrol诉阿塞拜疆仲裁案^⑨、Siemens诉阿根廷仲裁案^⑩,以及各种各样的国内管辖

① Mehmet Toral and Thomas Schultz, “The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations”, in Michael Waibel et al., *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Netherland: Kluwer Law International, 2010:578-580.

② [日]玉田大. 当东道国作为投资仲裁的申请人—以涉及腐败的仲裁抗辩为中心[C]//孔庆江. 国际法评论(第8卷). 北京: 清华大学出版社, 2017: 210.

③ 《联合国反腐败公约》(2003年10月31日通过); 《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》(1997年12月11日通过); 《非洲联盟预防和惩治腐败公约》(2003年7月11日通过); 《欧洲委员会反腐败民法公约》(1999年11月4日通过); 《欧洲委员会反腐败刑法公约》(1999年1月27日通过); 《美洲国家间反腐败公约》(1996年3月29日通过)。

④ 由OECD成员国于1976年达成的《国际投资与跨国公司宣言》中缺乏任何有约束力的仲裁条款,但其中包含了关于赋予投资者待遇标准的条款(例如,国民待遇以及与国际法相一致的待遇),以及缔约国承诺其将向跨国公司提出劝告,告知后者不应通过直接或间接的方式向公务员或其他担任公职的人提供任何贿赂或其他非正当利益。

⑤ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, 10 December 2014; *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19 May 2010.

⑥ 侯鲜明. 国际投资仲裁视角下腐败抗辩的演变及启示[J]. 学术交流, 2017(6):129-135.

⑦ *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009; *F-W Oil Interests, Inc. v. Republic of Trinidad and Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14, Award, 3 March 2006.

⑧ American Arbitration Association, *Handbook on International Arbitration and ADR*, 2d ed., New York: Juris Publishing Inc., 2010: 45.

⑨ *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/06/15, Award, 8 September 2009.

⑩ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007.

权中对涉外贿赂进行刑事指控的案件^①。

结果是, 尽管许多仲裁庭曾谈及适用于腐败指控的证明标准及举证责任分配问题,^②但鲜有仲裁庭有机会分析认定存在腐败的后果问题, 多数的仲裁庭草率地认定因从事腐败行为所获取的投资引发的争端不具有可仲裁性, 并径直驳回案件, 不再对实体进行深入分析。^③但这导致投资仲裁中与腐败有关的诸多问题没有得到重视, 这类问题包括: 腐败究竟应当作为仲裁庭的管辖权问题来裁决, 还是应与案件的实体问题一并处理; 东道国向仲裁庭所提出的投资者存在贿赂行为的抗辩, 是否受制于弃权规则或禁反言原则; 投资者与国家间仲裁庭是否有权对涉及腐败交易的当事人之间的比较过失进行评估。^④

考虑到在这个领域缺乏权威意见, 少有的几起涉及这类主题的投资者与国家间案件的裁决值得深入研究, 其中环球免税公司诉肯尼亚仲裁案^⑤被视为第一起对腐败抗辩发表意见的仲裁裁决。

二、环球免税公司诉肯尼亚仲裁案

(一) 事实背景

在环球免税公司诉肯尼亚仲裁案中, 涉案的投资是在肯尼亚的首都内罗毕及蒙巴萨的国际机场建设、维修及运营免税购物中心的合同。该合同首先是在肯尼亚的机场管理局与一家叫做House of Perfume的迪拜公司之间签订的, House of Perfume公司由Al-Ghurair家族集团所拥有, 并由纳西尔·易卜拉欣·阿里(Nasir Ibrahim Ali)先生负责经营管理。1998年, 阿里开始考虑使Al-Ghurair家族集团所持有的股份实现多元化, 并基于“蒙巴萨与迪拜之间历史上强烈的贸易联系”, 而考虑对肯尼亚的免税店进行投资。

截至1989年, 阿里先生结识了阿希德·萨贾德(Rashid Sajjad), 后者是一名与时任肯尼亚总统丹尼尔·阿拉普·莫伊(H.E. Daniel arap Moi)存在密切联系的肯尼亚商人。根据阿里在ICSID仲裁庭庭审中提供的证词, 阿里接近萨贾德的主要目的是请后者“提供关于在肯尼亚的主要机场设立免税购物中心时安排必要的许可与授权”的建议。萨贾德告知阿里, 肯尼亚的许可协议将要求阿里按照肯尼亚“哈拉姆贝”(Harambee)^⑥的文化实践向总统支付“个人捐赠”。阿里于是同意向萨贾德转账

① Mike Koehler, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014: 60-76.

② Andrea J. Menaker & Brody K. Greenwald, "Proving Corruption in International Arbitration: Who Has the Burden and How Can It Be Met?", in Domitille Baizeau, Richard H. Kreindler, *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Paris: ICC Publication, 2015: 77.

③ 马迅, 论国际投资仲裁中腐败问题的可仲裁性[J], 武大国际法评论, 2013(2): 331-333.

④ Doak Bishop, "Toward a More Flexible Approach to the International Legal Consequences of Corruption", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2010, 25(1): 63-66.

⑤ *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006.

⑥ 哈拉姆贝(Harambee)是肯尼亚的部落族间实施自救互助运动的传统, 其活动的内容主要包括筹集善款或促进发展的活动。在斯瓦西里语中, 哈拉姆贝的字面意义是“齐心协力”, 该词同时也是肯尼亚国家的座右铭, 并被印刻在盾徽上。

200万美元，再由萨贾德在总统的居所内进行的私人会见中将这笔“个人捐赠”转交给总统。在阿里令人深刻的证人陈述中，他指出：“萨贾德在收到这笔捐赠后，随即将其汇兑为肯尼亚先令(Kenyan Shillings, 简称KSh)。他将先令放在一个棕色的公文包中，携带着现金来参加我与总统的会谈。当我们进入总统接待我们的房间后，萨贾德就把公文包靠墙放下，并留在了那里。会谈结束后，我们从之前放置的地点取走了公文包。即将启程离开时，我仔细看了公文包内部，发现原本放置的现金已不翼而飞，取而代之的是新鲜的玉米。”^①

此后不久，在1989年，肯尼亚机场管理局与House of Perfume公司达成了一份可续期的租约。当事人在1990年修改了之前的合同，以Al-Ghurair持有的另一家公司，即环球免税公司，取而代之作为承租方。1991年，阿里及其妻子从Al-Ghurair家族集团手中购买了环球免税公司。

在随后的几年间，阿里与肯尼亚政府的关系开始恶化。据环球免税公司称，肯尼亚总统作了一些不受欢迎的尝试，试图迫使环球免税公司协助肯尼亚总统的间谍乔舒亚·库莱萨(Joshua Kules)与卡姆利什·帕蒂(Kamlesh Pattni)通过欺诈性的出口计划从国外获取秘密资金来为其参与总统改选活动提供经费支持。为了将这些非法资金传送给总统进而参与改选活动，环球免税公司称帕蒂伪造了相关文件来证明肯尼亚向外国收货人出口黄金与钻石，环球免税公司也被包含在这批外国收货人之中。当阿里拒绝许可帕蒂利用环球免税公司的名义实施关税欺诈时，肯尼亚法院据称为总统提供了协助，不仅公开宣布帕蒂是环球免税公司的受益所有人，而且在1998年对环球免税公司启动了破产清算程序，以便确保销毁所有对欺诈行为成功提起公诉所必不可少的证据。1999年，尽管阿里仍然在肯尼亚法院参与诉讼，以期尽力恢复对其公司的控制权，但肯尼亚当局却对阿里实施了逮捕并将其驱逐出境。据称的征收行为于2001年完成，也正是在这一年，肯尼亚国内法院作出了终审判决，正式将环球免税公司的所有权转移给了帕蒂。

(二) 仲裁庭的分析

2000年，肯尼亚国内法院的诉讼程序仍在继续进行的同时，环球免税公司依据投资合同启动了ICSID仲裁程序。2002年，阿里向仲裁庭提交了一份书面证人证言，以支持环球免税公司的主张，在这份证词中，阿里提供了涉及1989年与总统的会面及支付200万美元贿金的详细陈述。肯尼亚立即以投资合同违法为由向仲裁庭提出了管辖权异议，声称阿里是通过向总统行贿才获得了投资合同，因此，依据肯尼亚法、英国法、国际公共政策，环球免税公司的合同是不可执行的。

1. 已查明的事实是否构成腐败

尽管各方当事人对于阿里曾向总统支付200万美金的相关事实并无争议，但在这笔付款是否构成贿赂的问题上，各方却争执不下。值得注意的是，根据当事人所签订

^① *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006, para.130.

的投资合同的第9条, 仲裁庭在解决任何合同争议时应当“适用英国法”, 而根据第10条, “本合同受肯尼亚法支配并将按照肯尼亚法律进行解释”。通过援引第10条, 环球免税公司对仲裁庭称, 其支付给总统的款项并不违法, 而是一项“赠与协议……将会在肯尼亚哈拉姆贝体制的框架内用于公共目的”。

然而, 根据公共募捐与哈拉姆贝任务小组向肯尼亚司法部寄送的一份报告, 仲裁庭却认定, 即使根据肯尼亚法, 这项赠礼也构成贿赂, 原因是这项报告表明, 哈拉姆贝体制已经被政府公职人员用作诸多“腐败与滥用职权行为”的托词。考虑到阿里支付200万美元款项的行为是秘密进行的, 并且以“与肯尼亚政府从事商事交易”为交换, 环球免税公司案的仲裁庭认定, 阿里已经同时违反了肯尼亚法与英国法。因此, 仲裁庭也就没有必要再去认定根据合同应当适用哪一套法律体系更为适当了。

2. 合同是否通过腐败所“获得”

仲裁庭继而简要处理了贿赂行为与环球免税公司的合同之间是否存在充分密切联系的问题, 这对于判断当事人是否承担法律后果是必要的。据环球免税公司称, 即使阿里对总统支付的款项确实构成贿赂, 这也仅仅是为了获得总统的接见而支付的一项贿赂, 贿赂行为与基础合同是可分的, 因此投资合同是可以合法执行的。然而, 仲裁庭却否定了这种定性, 并得出结论称, 之所以支付这笔会见费, “其目的绝不仅仅是为了获得莫伊总统的接见(如申请人所主张的), 而主要是为了在接见期间获得总统对预期投资计划的许可并顺利签订投资合同”。据此, 仲裁庭拒绝将其所认定的合同的非法部分割裂处理, 原因是“其构成整个交易的内在组成部分”。于是, 仲裁庭认定, 投资合同是“通过腐败行为所获取的”, 并进而分析了环球免税公司根据该合同所提出的仲裁请求的可受理性。

3. 根据准据法及“跨国公共政策”产生的后果

接下来, 仲裁庭分别考察了根据英国法、肯尼亚法、跨国公共政策, 腐败可能产生的法律后果。据仲裁庭解释称, 无论根据英国法还是肯尼亚法, “当合同是非法成立的情况下……法院将不会予以执行, 也不会对产生于合同的争议提供任何其他法律救济”。此外, 仲裁庭坚称, 无论本案的准据法是否禁止贿赂, “一旦肯尼亚的当地风俗认可申请人所从事的、违背国际公共政策的贿赂行为, 那么, 不管发生任何情况, 仲裁庭都将拒绝在本案中承认肯尼亚的当地风俗”。

在深入评估法律依据、国际商会先前公布的仲裁裁决, 包括皮埃尔·拉利韦(Pierre Lalive)教授的法学论著^①、拉格尔格伦(Lagergren)法官的一份著名裁决^②、以及缔约国据以承诺对外国公职人员的贿赂行为提起刑事公诉的大量多边公约的基础上, 环球免税公司案的仲裁庭认定: 腐败是被“绝大多数(如果不是全部的话)国家的国际公共政策, 或者用另一种表述……即跨国公共政策所禁止的”。结果就是, “基

^① Pierre Lalive, Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, in ICCA, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, 1987: 276-277.

^② 李超. 涉嫌腐败的国际投资交易仲裁的法律问题研究[D]. 中国青年政治学院硕士论文, 2014: 4.

于腐败的合同或通过腐败而获得的合同所提出的仲裁请求，仲裁庭将不予支持”。仲裁庭还称，此种处理结果并不会给东道国带来任何不公平的优势。据仲裁庭认定，事实中立的原则在适用中也是无差别的：“如果肯尼亚犯有贿赂罪并同时作为仲裁程序的申请人，它也将遭遇相同的程序障碍，进而对被申请人有利。”

4. 总统参与受贿所产生的影响

仲裁庭还对环球免税公司提出的另一项争辩，即国家元首参与贿赂行为的法律后果，发表了处理意见。据环球免税公司称，本案中总统的行为不仅产生了弃权、禁反言等后果，而且与衡平法上“当交易双方都犯有违法行为，且各自的过失不不同时，罪责较轻的一方所提出的索赔请求不应被另一方提出的不法性抗辩所挫败”的原则息息相关。对于这些主张，仲裁庭均予以驳回，其理由是，肯尼亚总统与肯尼亚国家之间存在根本差别。

关于弃权与禁止反言问题，仲裁庭注意到，环球免税公司所提出的主张基于“肯尼亚在2002年12月收到阿里的证人证言并提出合同违法性异议以前，就早已知晓了贿赂的发生”。然而，仲裁庭断定，贿赂的事实在参与方之间始终是保密的，直到仲裁程序启动之时才为外界所知。至于总统自己对贿赂的知晓，仲裁庭认为，将其归因于国家的知晓(作为无辜的责任人)或政府官员作为贿赂的代理人，并不具有法律根据。^①

类似地，仲裁庭也驳回了环球免税公司关于对双方当事人进行责任比较的主张。在仲裁庭看来，在总统的行为违背肯尼亚国内法的情况下，基于分析的目的，“将肯尼亚总统与肯尼亚等同起来”的做法是错误的。据此，“在任何平衡申请人与肯尼亚利益的活动中，与申请人保持平衡都将是片面的”。换言之，阿里与总统从事了不法活动，然而肯尼亚自身并未如此行事。因此，即使许可了环球免税公司所提出的比较分析，仲裁庭认为这也不能改变本案的裁决结果。

5. 不在考虑范围之内的问题：管辖权、举证责任与证明标准

正如环球免税公司案的仲裁庭所明确承认的，本案没有机会去解决两个在涉及腐败的案件中经常讨论的关键问题：其一，尽管各方当事人对环球免税公司所提出的仲裁请求的可受理性存在广泛争论，但却没有当事人对仲裁庭依据合同中约定的按《华盛顿公约》进行仲裁的条款行使管辖权提出异议。其二，本案仲裁庭没有必要解决证据事项，原因是本案的裁判并不取决于法律推定、英国法或肯尼亚法确立的不同证明标准等。用肯尼亚一位代理律师的话来说，阿里的证人证言提供了唯一的“但并不那么确凿的证据”，不过，一份用以佐证该证言的彩色视频使这项证据得以被采信。^②因此，尽管证明的问题在涉及腐败的案件中经常困扰仲裁庭，并引发评论者的关注，但环球免税公司诉肯尼亚案的裁决并未对此详加讨论。

^① 国际法委员会关于国家责任的前特别报告员，詹姆斯·克劳福德(James Crawford)法官也曾对国家公职人员“能够利用职位收取贿赂”但“并未代表国家名义”的情况下采取的超越权限的行为作出过类似的评论，称此类行为并不能引起国家责任。参见：James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013:138-139.

^② Constantine Partasides, “Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2010, 25(1):47-50.

三、投资者与国家间仲裁庭处理腐败问题的后续发展

直至2013年, 环球免税公司诉肯尼亚仲裁案始终是唯一一起对腐败及其后果作出认定的投资者诉东道国仲裁裁决。2013年, 国际投资仲裁庭又作出了另外两份裁决, 即尼科资源公司诉孟加拉国仲裁案^①和金属技术公司诉乌兹别克斯坦仲裁案, 这两起案件都与环球免税公司诉肯尼亚仲裁案中处理的问题密切相关。

(一) 尼科资源公司诉孟加拉国仲裁案

与环球免税公司诉肯尼亚仲裁案相似, 尼科资源公司诉孟加拉国案也是基于合同中约定ICSID仲裁的条款提起的。依投资者的诉求来看, 争议起因于由孟加拉国控制的一家国有公司未能按照2006年签订的《天然气购买与销售协议》向投资者支付3500万美元。孟加拉国在答辩中称, 基于跨国公共政策的考量, 因尼科公司从事了贿赂与腐败活动, 而这使得其基于合同提出的付款请求不具有可受理性。

最初, 尼科资源公司案的仲裁庭将其注意力集中于证据事项上, 并仔细审查了孟加拉国所提供的用于支持其腐败抗辩成立的证据。其中包括了尼科公司与孟加拉国公诉机关在加拿大谈判达成的一份认罪协议, 其中提到了2005年年初尼科公司向孟加拉国能源与矿产资源部部长支付的贿金, 以及由美国司法部及不同的孟加拉国执行机关所发起的一系列不连续的调查。正如仲裁庭结论中所指出的, 除了尼科公司在加拿大的刑事诉讼程序中所供认的其在2005年采取的行为外, 孟加拉国未能证明尼科公司从事了其他的腐败行为。

仲裁庭于是将注意力转向考察加拿大认罪答辩中所确认的腐败行为的后果, 并对环球免税公司诉肯尼亚仲裁案的裁决进行了详尽的分析。仲裁庭赞同环球免税公司案仲裁庭关于“禁止腐败构成国际公共政策的一部分”这一结论。但仲裁庭注意到, 环球免税公司案仲裁庭关于基于通过腐败获得的合同提出的仲裁请求不具有可受理性这一结论是不适当的, 因为在本案中, “已经证实的尼科公司所从事的腐败行为与投资合同的缔结之间不存在因果关系”。事实上, 从尼科公司手中收受贿赂的孟加拉国部长, “已经在2005年6月事发后不久很快就被迫辞职了”, 而这发生于2006年12月《天然气购买与销售协议》签订之日的大约18个月以前。

仲裁庭也对关于弃权 and 禁反言的问题作出了认定。据孟加拉国称, 尽管尼科公司的贿赂行为与《天然气购买与销售协议》的签订之间缺乏因果关系, 但基于“不洁之手”^②原则, 尼科公司仍然应当被禁止获得救济。但仲裁庭认定, 无论“不洁之手”是否构成一项国际法的一般原则, 或者是否能就尼科公司不相关的腐败行为提出抗

^① *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex"), Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ICSID Case No. ARB/10/11 and ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013.

^② “不洁之手”原则(*unclean hands doctrine*), 也被称为“干净的手”原则(*clean hands doctrine*), 是英国衡平法中的一项原则。法谚云: He who seeks equity must come into the court with clean hands. 据此, 该原则特指如果一方当事人的行为违背了衡平法原则(如善意原则), 该当事人即不能在衡平法院寻求衡平法上的救济或者主张衡平法上的辩护理由。参见: 马迅. 论“干净的手”原则在国际投资仲裁中的适用[J]. 现代法学, 2016(5): 149-158.

辩，这一原则在本案中都是不可适用的，因为早在与孟加拉国签订《天然气购买与销售协议》很久以前，尼科公司的不法行为就已经为公众所知了。因此，本案情形与环球免税公司案的情形存在较为明显的差异，在后一案中，投资者与肯尼亚总统成功地隐瞒了其腐败交易行为，从而自始至终整个期间内，他们都规避了公众的审查。据此，尼科案的仲裁庭认定，在仲裁申请人确有不洁之手的范围内，被申请人采取了置之不理的态度。现如今，他们也不得再依据这些事由否认仲裁管辖权，因此，依据双方所达成的仲裁协议，他们在事后已经接受了仲裁管辖权。

（二）金属技术公司诉乌兹别克斯坦仲裁案^①

2013年作出的第二份认定腐败行为发生的仲裁裁决，即金属技术公司诉乌兹别克斯坦仲裁案，这一裁决所针对的争端是基于1994年以色列与乌兹别克斯坦双边投资协定（BIT）所引起的，而不是像环球免税公司诉肯尼亚仲裁案及尼科资源公司诉孟加拉国仲裁案那样是基于合同所引起的。值得注意的是，BIT第1条第1款将受保护的“投资”定义为仅限于“依照缔约另一方的法律和法规在缔约另一方领土内执行的资产”。金属技术公司案的仲裁庭赞同其他仲裁庭在解释类似条款(但不完全一致)时所作的分析，得出结论称，此类所谓的“合法性条款”将仲裁庭的管辖权限定为那些在最初设立时即属合法的投资所引发的争端。

金属技术公司案的仲裁庭继而将注意力转向对乌兹别克斯坦抗辩的审查，其抗辩中称，金属技术公司是通过贿赂政府官员才得以设立其投资(即一家经营钨选矿的合资企业)的。在2005年的一份招股说明书中，金属技术公司披露了其曾向3位乌兹别克斯坦国民支付款项的事实，且其支付的目的旨在“协助合资企业在乌兹别克斯坦的运营，包括产品的生产与配送”。然而，在开庭期间，金属技术公司的董事长与首席执行官却作证称，他们与3位乌兹别克斯坦个人之间达成的协议早在1998年就已经存在了，当时合资企业才刚刚设立，这3个人的工作内容主要为企业提供咨询及游说服务，而不是2005年的招股说明书所描述的任务。证词还表明，对这3位个人的付款是通过离岸公司向外国银行账户支付的，且付款总额大约400万美元。最后，正如在程序当中所进一步承认的，作为申请人的董事长与首席执行官早已经同时知晓，3位咨询顾问中的一位，正是乌兹别克斯坦总理的兄弟，而另一位咨询顾问在最初承诺付款时则是一位重要的政府官员。

因此可以注意到，在若干问题上，金属技术公司案的仲裁庭所面临的情形，与环球免税公司诉肯尼亚案中的情况甚为相似，即，尽管争端当事人双方均承认投资者确曾向所谓的咨询顾问付款，但对于这笔款项能否被恰当地定性为贿赂，却存在争议。对此，申请人声称，这些款项并非贿金，且这些个人是因为提供了咨询服务(尤其是“游说”服务)而被合法地支付报酬。在命令开庭后书证披露、批准提交进一步的证人陈述，并专为盘问相关证人而开展了第二次庭审后，金属技术公司案的仲裁庭拒绝

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

采纳申请人一方的定性，而是认定相关支付款项已构成贿赂。

在裁判过程中，本案仲裁庭依据了若干被国际社会确定为腐败指标的“危险信号”。尤其是，仲裁庭因本案中不成比例的大额付款而为被申请人所劝服——对这笔款项，仲裁庭将其定性为“惊人的事实，尤其是结合申请人的资本投资与当地的情况来进行考虑”；且申请人无法提供同时期的文件来证明相关人士确实提供了“游说”或咨询服务；且事实上，案件所涉的合同中规定了，不管是否能证明提供了相关服务，投资者都应付款；另外，这3个人缺少任何相应的任职资格；本案中，是通过不透明的离岸公司使用海外银行账户完成的支付；更何况，在咨询顾问与“负责批准、设立并运营申请人投资的”高级别的政府官员之间，存在重要的人际关系。因此，仲裁庭认定，其对金属技术公司的仲裁请求缺乏管辖权，因为其仲裁请求并非基于符合法律的投资而提出的，而这恰恰是以色列与乌兹别克斯坦BIT所要求的。

相应地，在认定缺乏管辖权后，金属技术公司案的仲裁庭没有再解决申请人仲裁请求的可受理性问题，也没有讨论环球免税公司案的仲裁庭对跨国公共政策所作出的认定问题。尽管弃权、禁反言、比较过错的问题在本案的案卷中并未引发争论，但仲裁庭对此却给了如下的观察：

仲裁庭注意到了当下正在进行的辩论，即对腐败的认定通常将导致对申请人的严重惩处，同时可能免除被申请人的罪责，尽管后者自身也参与了腐败行为。腐败案件中的处理结果通常是令人不满的，原因在于，至少初看起来，这似乎赋予了被申请人以不公平的优势。然而，仲裁庭之所以采用这一观点，并不旨在以牺牲另一方为代价来惩罚一方，而是在于确保法治的进步，而这使得法院或仲裁庭不能为从事了腐败行为的一方当事人提供协助。^①

因此可以说，金属技术公司诉乌兹别克斯坦案的仲裁裁决，与环球免税公司案的仲裁庭所采取的方法密切保持了一致。与环球免税公司案的仲裁庭在这类情况下所预言的结果几乎一模一样，金属技术公司案的仲裁庭也同样拒绝对乌兹别克斯坦针对金属技术公司提出的反请求行使管辖权。类似地，与环球免税公司案仲裁庭的处理一致，金属技术公司案的仲裁庭还拒绝了乌兹别克斯坦所提出的仲裁费用的分配应以双方在“导致仲裁请求被驳回时的角色为基础……这一点隐含在腐败固有的本质之中”这一主张。

四、结论

在当前的国际投资仲裁中，仲裁庭拥有相当程度的自由裁量权，其对腐败事实的认定一般采用比普通民商事案件更高的证明标准，这种现状很有可能导致对跨国投资中腐败行为的放纵。^②作为世界上双边投资条约缔约数量第二的投资大国，我国在启动对外重订条约的谈判中，应当尽可能通过具体条款明确腐败行为的证明标准。此外，正如维纳酒店诉埃及仲裁案所体现的，当东道国知悉相关官员可能涉嫌行贿时，没有及时开展调查，这导致东道国在之后的仲裁程序中提出的抗辩没有得到仲裁庭的

(下转第 81 页)

^① *Metal-Tech Ltd v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, para. 389.

^② 王海浪. 论国际投资仲裁中贿赂行为的证明标准[J]. 法律科学(西北政法学报), 2012(1):158.