

国际投资仲裁中的投资者责任： 促成过错与理性投资者标准

黄丽萍

内容提要:在国际投资仲裁中,投资者责任被动地以投资者对东道国的请求为前提,并表现为东道国责任减免的消极形式。这广泛依赖促成过错理论和理性投资者标准。前者只适用于责任或赔偿数额的确定,构成要件包括投资者因被申请方违法行为遭受损害、投资者有不当行为且与损害之间有因果关系并对损害有实质且重要的促成作用;后者根源于理性人标准,其既是判定投资者过错和合理期待的标准,也影响仲裁庭管辖权和仲裁请求准入性。现有投资者责任的仲裁实践存在诸多问题:第一,基本概念和因果关系要件的理解存在偏差,需要后续由仲裁庭进行澄清或在国际投资条约中作出界定;第二,投资者行为标准过于原则化,可在国际投资条约中纳入理性投资者标准的具体化要求,允许仲裁庭采用缔约方公认的跨国投资规制相关的公约和标准作为合理性标准;第三,投资者责任认定结果有不确定性,需要国际投资条约提供裁量指引,可建立与投资者不当行为严重性相匹配的结构化责任,并根据缔约方的规范需要对特定类型的投资者过错采用相对固定的责任分摊比例。

关键词:国际投资仲裁 投资者责任 促成过错 理性投资者 理性人

黄丽萍,华南理工大学法学院(知识产权学院)博士后研究人员。

一 国际投资仲裁投资者责任的特殊性与问题由来

法律责任是法律主体因违法、违反义务等不当行为所应承担的法律后果,通常表现为赔偿损害、停止侵害、恢复原状等对责任方施加的直接要求。^[1]但对于特定不当行为的责任方而言,法律责任还可能表现为间接影响,如可获得赔偿额的减损。这种责任的认定被动依赖于责任方的先行诉请,并最终表现为责任减免的消极形式。在现有国际投资仲裁机制下,投资者法律责任的追究依赖于这种被动方式和消极结果,投资者因违法等不当

[1] See Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, pp. 31-34, 88-91, 95.

行为可能承担仲裁庭拒绝管辖、请求无准入性、东道国赔偿责任减少等不利后果。

虽然这些结果是在东道国抗辩和投资者救济层面上实现的,但如果是因投资者不当行为所致,则其实质也属于法律责任,只是在追究方式和表现形式上具有特殊性。^[2] 因为国际投资仲裁机制是为外国投资者追究东道国一方的责任而创设的,除了东道国基于投资合同对投资者提起国际仲裁的极少数情况,投资仲裁的结果均是针对东道国责任的裁决。即使东道国反请求成功,投资者责任最终也表现为东道国赔偿责任的克减。^[3] 近年来,有学者探究直接通过国际投资仲裁追究投资者责任的法理依据和可能性,^[4] 其前景值得怀疑。就现实可行性而言,假设东道国政府对外国投资者的行为或活动不满,可以基于管辖权直接对投资者采取措施,无需诉诸投资仲裁庭。只有在其规制措施涉嫌侵犯投资者的合法权益从而引发投资者先行诉请的情况下,处于被动地位的东道国才有必要主张投资者责任。另外,在现有国际投资条约中,私人投资者普遍未承担义务,^[5] 负责投资争议解决的仲裁庭缺乏直接认定投资者责任的实体依据。^[6] 客观上,跨国投资活动中又频繁发生投资者不当行为,与引发投资仲裁的投资损害和东道国争议措施往往有牵连,需要仲裁庭纳入考量。在这种情况下,被动式地追究投资者责任是相对可行的选择,而其特殊性也影响投资者责任判定中的诸多方面,因而须予以重视。

在投资者责任的认定上,仲裁庭广泛适用了促成过错理论和理性投资者标准,但尚未得到学界的充分关注和研讨。国际上已有学者探讨投资仲裁中促成过错的理论基础等方面,^[7] 结合理性投资者标准来看,仍有诸多值得探究的问题。尤其是,促成过错和理性投资者标准如何决定或影响投资者责任的认定? 促成过错的判定需满足什么条件? 理性投资者标准产生和适用于投资仲裁的根据何在? 它们是否得到了合理运用? 对这些疑问的解答不

[2] 以促成过错为例,学界和投资仲裁庭均已从投资者责任角度讨论相关问题,将投资者促成过错导致的东道国赔偿责任减免后果视为投资者责任或双方之间的责任分摊。See Martin Jarrett, *Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2019, pp. 162 - 164; Jean-Michel Marcoux & Andrea K. Bjorklund, Foreign Investors' Responsibilities and Contributory Fault in Investment Arbitration, 69 *International and Comparative Law Quarterly* 877, 878 (2020); Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v Ecuador, ICSID Case No ARB/06/11, Award, 5 October 2012, para. 678; Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v Russia, PCA Case No AA 226, Final Award, 18 July 2014, para. 1637.

[3] See Burlington Resources v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award, 7 February 2017, para. 635; Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Award, 27 September 2019, paras. 899, 1023.

[4] See Jose Daniel Amado et al., *Arbitrating the Conduct of International Investors*, Cambridge University Press, 2018, pp. 68 - 69; Jackson Shaw Kern, Investor Responsibility as Familiar Frontier, 113 *AJIL Unbound* 28, 29 - 31 (2019).

[5] 近年来有少数国际投资条约和范本纳入投资者义务,但几乎没有已生效的相关条约。例如,2016年签订的《尼日利亚—摩洛哥双边投资协定》(Morocco-Nigeria BIT)曾因含有多项革命性的投资者义务和责任条款而备受瞩目,但其至今没有生效。See Markus Krajewski, A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application, 5 *Business and Human Rights Journal* 105, 114 (2020).

[6] See Tomoko Ishikawa, Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration, 113 *AJIL UNBOUND* 33, 33 (2019).

[7] See Diana A. A. Reisman, Apportioning Fault for Performance Corruption in Investment Arbitration, 37 *Arbitration International* 1, 11 - 18 (2021); Judith Gill & Rishab Gupta, The Principle of Contributory Fault After Yukos, 9 *Dispute Resolution International* 93, 93 - 114 (2015); Mark A Kantor, The Impact of Contributory Investor Conduct: Only with Difficulty Commensurable, in Meg Kinnear and others (ed.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 533 - 554.

仅对后续面临类似争议的仲裁庭和当事方有参考价值,也有利于促进国际投资条约中投资者责任规则的发展,从而推动对跨国投资的更有效规制。为此,本文将根据国际投资仲裁实践总结促成过错理论和理性投资者标准在投资者责任认定上的适用规律,分析其存在的问题,反思仲裁庭的做法,探究国际投资条约相关改革措施。

二 投资者促成过错责任的仲裁实践和构成要件

促成过错或促成过失 (contributory fault/contributory negligence), 又称为受害方过错、与有过失或比较过错。^[8] 在国际法上, 促成过错理论最直接的体现是联合国国际法委员会于 2001 年通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act, 下称“《国家责任条款草案》”) 第 39 条(促成损害), 其规定: “在确定赔偿时, 应考虑到提出索赔的受害国或任何人或实体由于故意或过失以作为或不作为促成损害的情况。” 投资仲裁庭在适用促成过错理论时大都依据该条款及其评述中的意见, 迄今为止已在 MTD v. Chile 案、Occidental v. Ecuador 案、尤科斯案、Copper Mesa v. Ecuador 案和 Goetz v. Burundi 案中认定投资者存在促成过错, 相应减少了被申请方的赔偿责任或在申请方和被申请方之间分摊了责任。因为促成过错主张属于一项抗辩,^[9] 根据“谁主张谁举证”的证明责任分配原则, 被告负有对其抗辩事实的证明责任。^[10] 观察上述案件和其他相关裁决中仲裁庭要求被申请方证明的相关事项, 投资者促成过错有以下构成要件。^[11]

第一, 投资者因被申请方的违法行为遭受损害。这不仅是投资者提起请求的事实基础, 也是促成过错内在的前提。实践中有很多案件涉及促成过错主张但未获支持, 就是因为仲裁庭认为被申请方无违法事实或未造成投资损害, 无需进一步考查投资者是否存在促成过错。^[12] 这一点看似独立于促成过错的构成, 但在其认定中往往引发争议。比如在 MTD v. Chile 案中, 被申请方请求撤销裁决的理由之一是仲裁庭的促成过错决定在因果关系上存在矛盾: 既然仲裁庭认可智利政府驳回申请方关于投资项目的许可, 就不应认定智利造成了申请方的损失。对此, 撤销委员会专门作出解释, 肯定仲裁庭的分析恰当说明了智利政府的行为与申请方损失之间的因果关系。^[13]

第二, 投资者自身有不当行为。构成促成过错的不当行为包括但不限于违法行为,

[8] 考虑到促成过错包括受害人故意或过失的行为或疏忽, 本文在论述上采用“促成过错”而非“促成过失”的用语, 以避免其与相对于“故意”的“过失”概念相混淆。

[9] 发展至今, 促成过错几乎不再导致被告完全免责, 只能减少其责任或赔偿数额, 但有的立法仍将受害者故意造成损害作为被告免责事由, 如我国《民法典》第 1174 条。

[10] See Martin Jarrett, *Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2019, pp. 22, 29–30.

[11] 有学者将其中部分要件总结为证明促成过错的步骤, see Judith Gill & Rishab Gupta, *The Principle of Contributory Fault after Yukos*, 9 *Dispute Resolution International* 93, 103 (2015)。

[12] See Jean-Michel Marcoux & Andrea K. Bjorklund, *Foreign Investors' Responsibilities and Contributory Fault in Investment Arbitration*, 69 *International and Comparative Law Quarterly* 877, 878–879 (2020)。

[13] See MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, paras. 94–97.

其基准低于引发争议的被申请方违法行为,因为前者建立在后者所产生的责任基础上,被动引发消极法律责任,重在考查受害者过错对损害的实际促成效果。因此,促成过错理论对于受害者过错的界定是以合理性而非合法性为标准的,比如,《国家责任条款草案》第 39 条明确针对“故意或过失的行为或不作为”,而不是违法行为。实践中,在判断投资者过错时,仲裁庭广泛适用理性投资者标准。^[14] 此外,构成投资者促成过错的不当行为还应当与引发争议的特定投资有关。

第三,投资者的不当行为与其索赔的损害之间有因果关系。^[15] 这一要件在实践中最具争议性,因为促成过错相关的损害由并存原因(concurrent causes)导致,^[16]要确定申请方和被申请方各自对损害结果的原因力是个技术难题。^[17] 另外,被申请方可能举出申请方的一系列不当行为,需要仲裁庭甄别。从仲裁实践和学理来看,有两种因果关系得到认可:一种是投资者的不当行为与被申请方的争议行为均直接导致投资损害;另一种是投资者的不当行为引起或促成被申请方的行为,间接导致投资损害。^[18] 前者如 MTD v. Chile 案,申请方的部分损害直接因其不理智商业决策导致。后者则体现在投资者频繁因违约、避税、不当处理投资当地的社会关系等引起东道国规制措施,间接引发投资争议。这种情况之常见亦可解释国际投资仲裁投资者责任的被动性和消极性。

第四,投资者不当行为对损害的促成作用是实质且重要的。Occidental v. Ecuador 案仲裁庭率先提出这一要求,得到后续仲裁庭的广泛采纳。^[19] 这表明促成过错在致损性上需达到一定程度才能产生减少东道国责任的效力,但仲裁庭对“实质且重要”的含义缺乏解释,可见其在投资者促成过错认定上具有一定的裁量空间。有时仲裁庭也将这一点作为因果关系考查的一部分。比如 Bear Creek v. Peru 案仲裁庭就认为,这是《国家责任条款草案》第 31 条下“充分因果关系”的要求。^[20] 换言之,如果投资者过错行为本身的危害性及其与投资者所受损害的因果关系轻微,就不足以影响仲裁庭对东道国责任的认定。这至少说明了被申请方和申请方在证明或推翻促成过错主张方面应努力的方向。

三 理性投资者标准对投资者责任的影响和根据

对于投资者促成过错的上述构成,仲裁庭已基本形成共识,但是对具体要件的理解和

[14] See MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, paras. 117, 242.

[15] See Abengoa, S. A. y COFIDES, S. A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/09/2, Award, 18 April 2013, paras. 670.

[16] See Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, p. 93.

[17] See Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v Ecuador, ICSID Case No ARB/06/11, Award, 5 October 2012, para. 685.

[18] 有学者据此将投资者促成过错分为管理不善与投资报复, see Martin Jarrett, *Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2019, p. 161.

[19] See Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v Ecuador, ICSID Case No ARB/06/11, Award, 5 October 2012, para. 670; Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v Russia, PCA Case No AA 226, Final Award, 18 July 2014, para. 1600.

[20] See Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, p. 93; Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017, paras. 554 - 559.

认定,实践中不乏争议。鉴于促成过错理论的应用依赖理性投资者标准,有必要探究其对投资仲裁投资者责任的具体影响及其法理根据。促成过错作为一项实体责任抗辩和赔偿考量因素,只在实体程序或者确定赔偿数额的阶段得到考查,而理性投资者标准适用于仲裁程序的各个阶段,对投资者责任认定的影响更加全面。

(一) 理性投资者标准对投资者责任的影响

首先,理性投资者标准无疑在实体阶段影响投资者责任的认定。一方面,促成过错的确定往往伴随这一标准的适用,如 *MTD v. Chile* 案仲裁庭在确定申请方需承担部分投资损失的过程中,反复提及“理性投资者”“理智投资者”以及相关的“尽职调查”“理性”等概念,证明投资者承担促成过错责任的行为基础在于其商业决策不满足理性投资者标准;另一方面,理性投资者标准还被作为投资者合理期待的客观标准。以 *Suez v. Argentina (I)* 案为例,申请方主张阿根廷不履行先前与之就水务和污水处理特许经营投资所达成的费用调整约定,使其合理期待受损。仲裁庭从客观视角出发,提出应当探究“一个理性投资者在申请方的处境下……会有什么合法和合理的期待?”^[21] 通过将理性投资者代入申请方的处境,仲裁庭在处理间接征收、公平公正待遇等通常涉及投资者合理期待受损的请求时有了相对客观的标准,可限制投资者基于主观期待肆意主张东道国违反条约义务的情况。尤其是在近年来在西班牙能源改革所引发的集体性投资仲裁中,仲裁庭强调投资者需在尽职调查的基础上形成合理期待。^[22] 换言之,理性投资者标准的运用使投资者合理期待的认定严格化,投资者若不履行尽职调查、合理注意等义务,可能面临期待落空而在投资仲裁中得不到救济的后果。

其次,理性投资者标准可能通过影响仲裁庭的管辖权间接产生投资者责任。譬如在 *Anderson v. Costa Rica* 案中,申请方作为哥斯达黎加 Villalobos 兄弟非法集资活动的受害者向国际投资争端解决中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)主张被申请方负有过失。仲裁庭以申请方不存在对哥斯达黎加的投资为由拒绝管辖,认为理性投资者在开展投资之前应当为确保投资合法进行尽职调查,而申请方没有调查其投入的资金是否符合哥斯达黎加法律。^[23] 当然,仲裁庭裁决的直接法律依据是基础投资条约中的投资合法性条款,只是在评判申请方的行为时结合了理性投资者标准。这意味着,理性投资者标准对仲裁庭管辖权决定的影响可能依赖于适用法规定的其他规定。

此外,理性投资者标准还可能构成仲裁请求无准入性的基础从而间接产生投资者责任。以 *Churchill and Planet v. Indonesia* 为例,申请方以印度尼西亚单方面撤销其煤矿开采相关许可为由,主张损失赔偿。被申请方提出该投资项目存在欺诈和伪造,因为对于项目的设立和活动起到关键作用的许多文件系第三方伪造。对此仲裁庭认为,一个理性投资者在申请方的处境下若得知其投资存在欺诈,应当开展调查并采取恰当的补救措施,而

[21] See *Suez and Interagua v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30 July 2010, para. 209.

[22] See *Stadtwerke München and others v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, 2 December 2019, para. 308.

[23] See *Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19 May 2010, paras. 15 – 28, 58 – 61.

本案申请方选择故意漠视而未尽职责,因此所有仲裁请求不具有准入性。^[24]

综合上述各阶段的适用效果,理性投资者标准的创设和运用为仲裁庭减少投资损害认定、拒绝管辖或判定仲裁请求无准入性均提供了部分依据,最终影响东道国对投资者的赔偿责任,从而间接使得投资者为不当行为承担损害无救济或赔偿减少的法律责任。

(二)理论根据:理性人标准

尽管理性投资者标准广泛影响投资者责任,却并未在国际投资条约或习惯国际法中概念化,也没有直接相关的规定。其法理根据不如促成过错理论明确,但可从它们的关系论起。投资者促成过错的行为要件通常依据理性投资者标准判定。这与侵权法上过失判定的标准存在内在联系。例如《国家责任条款草案》第 39 条评述表明,“只要求将那些可认为属于故意或疏忽的行为或不作为加以考虑,即不法行为的受害者对其本人的财产或权利明显缺乏应有的注意。”^[25]其中,“应有的注意”(due care)即“合理注意”,在侵权法上是根据理性人标准判断的。从概念、特征和法律效果来看,理性投资者标准普遍作为投资者行为标准的做法应当也根源于此。

就概念而言,理性投资者标准与英美法上的“理性人”明显有密切的联系。以美国侵权法理论为例,1934 年《侵权法第一次重述》就纳入了理性人标准。^[26]最近的《侵权法第三次重述:有形和精神损害责任》在过失的判断上已同时使用“合理注意”和“合理审慎/谨慎的人”标准,而它们实质上是同一标准。^[27]大陆法中也有与理性人类似的概念,并同样产生于过失认定,虽然大陆法系各法域没有像英美法那样采用统一的理性人术语,但它们表达的是含义类似的法律标准。这可以追溯至罗马法的“善良家父”标准,其背后蕴含的正是理性的人“应表现出的诚信和勤勉注意的客观标准”。^[28]

从理性投资者标准在国际投资仲裁中适用所表现的特征和法律效果来看,其与理性人标准也相符。^[29]理性人不是一个真实具体的人,而是根据人类的共性和差异所构造的在知识、经验、能力等各方面具有一般素养的标准模型。比如在判断投资者的合理期待时,仲裁庭通常假设与申请方有相同处境的理性投资者这一模型。国际投资仲裁被申请方和仲裁庭频繁使用理性、理智、谨慎或勤勉投资者的标准判断投资者是否存在过错和合理期待,对投资者提出的规范性要求可归纳为:第一,在开展投资之前对东道国法、投资项目、当地社区等投资相关事项进行尽职调查;第二,基于尽职调查预见风险并采取必要和合理的预防措施;第三,在投资过程中保持合理注意,根据客观情况的改变和变化趋势及时调整投资决策;第四,发生损害时采取必要和合理的措施进行补救和避免损害扩大;第五,从理性投资者的客观角度对东道国投资激励、保护、规制措施形成合理期待,以此为基

[24] See *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14, Award, 6 December 2016, paras. 58, 475, 504–506, 528.

[25] Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, p. 110.

[26] Restatement (First) of Torts, § 283 (1934).

[27] Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 3 (2010).

[28] [英]巴里·尼古拉斯著:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社 2010 年版,第 161 页。

[29] 理性人标准对行为人在事先与事后提出的具体要求,参见刘文杰:《论侵权法上过失认定中的“可预见性”》,《环球法律评论》2013 年第 3 期,第 82–83 页。

础处理与东道国之间的法律关系,等等。这些都没有脱离理性人标准对行为人的要求范围,只是结合了跨国投资的特征。

理性投资者标准是理性人标准在国际投资法律关系中的具体化,但不是唯一的具体化表现。^[30] 虽然国际投资仲裁中尚未发展出专门的“理性国家”或“理性东道国”概念和标准,但是,理性人标准所蕴含的行为要求其实也适用于国家。^[31] 理性人标准被普遍适用于判断法律主体行为的合理性,对各类法律主体施加了或多或少的注意义务。因此,其作为判定跨国投资者过错和责任的行为标准适用于国际投资仲裁也就不足为奇。

除了从过错行为标准的角度来考查,对于理性投资者标准作为投资者合理期待的标准这一特定情形,还可从信赖保护的角度解释其根源于理性人标准。在民法、商法等多个部门法中都存在与信赖保护有关的法律制度,如表见代理、商事外观主义等。信赖合理性,即相对人或第三人对行为人所产生的期待和信赖是否有合理基础从而值得法律保护,往往也通过将理性人代入相关当事人的处境来判断。^[32] 在国际投资仲裁中,*Suez v. Argentina(I)*案、*Foresight v. Spain*案等案件的仲裁庭采用理性投资者这一客观视角,审视投资者对东道国履行或修改法律等措施所产生的期待是否合理和有基础,与此同理。综上,投资仲裁庭为判断投资者过错和期待合理性,在借鉴侵权法中理性人标准的基础上创设了理性投资者标准,在仲裁程序的各个阶段影响投资者责任的认定。

四 国际投资仲裁投资者责任实践的问题与反思

促成过错理论和理性投资者标准在国际投资仲裁中的适用遵循着一定的规律,有相关的国际法或国内法及理论根据。然而,国际投资条约和投资仲裁中的投资者责任问题方兴未艾,制度远未成熟,相关理论与标准的具体适用和投资者责任的认定均存在不确定性,且仲裁庭的诸多做法值得反思。

(一) 基本概念的理解偏差

在投资者责任的认定上,仲裁庭自始缺乏对基本概念的解释,可能引发理解上的偏差。以“促成过错”为例,*CME v. Czech*案中期裁决异议仲裁员表示“本案的主要侵权行为人是在裁决中多次被宣布为‘肇事者’的Železný博士,捷克政府如果有过错,只有‘促成过错’……最多只起到促成作用”。^[33] 该仲裁员将被申请方对申请方造成损害的行为也纳入促成过错的范围,显然没有认识到促成过错主体的特定性,且其将促成过错理解为就对损害的促成作用而言处于次要地位或发生在后的过错。然而,其实质上不是以过错对损害的原因力或者发生顺序来定义的,而是特指在原告主张受害者遭受他人违法行为损

[30] 理性人标准本身可根据适用的领域具体化。参见叶金强:《私法中理性人标准之构建》,《法学研究》2015年第1期,第108-109页。

[31] See *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 523.

[32] 参见叶金强:《信赖合理性之判断:理性人标准的建构与适用》,《法商研究》2005年第3期,第96-97页。

[33] *CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic*, Dissenting opinion of the Arbitrator JUDr. Jaroslav Hándl against the Partial Arbitration Award, 11 September 2001, at 16 and 20.

害时其自身的行为或疏忽促成了损害的情况。

国际投资仲裁投资者责任还可能发生其他类似的情况,因为国际投资条约先天缺失投资者责任制度,且相关规则发展滞后,缔约方极其缺乏对许多基本概念进行统一和权威界定的机会。相比之下,投资仲裁庭作为另一权威解释主体,在处理有关被动和消极投资者责任案件的过程中有更多机会对相关概念进行界定。因此,在适用促成过错理论、理性投资者标准以及其他与投资者责任有关的理论、规则或原则时,仲裁庭首先应当明确基本概念的含义,对前后有矛盾或误解的概念进行澄清,以免造成混乱。

(二) 因果关系要件的认定偏差

投资者责任因果关系要件的具体认定也可能产生偏差。以 *South American Silver v. Bolivia* 案为例,由于投资当地的土著居民屡次抗议申请方采矿公司的活动,玻利维亚发布了撤销采矿特许权的法令,并主张申请方及其采矿公司存在污染环境、暴力威胁当地居民等促成过错。仲裁庭认定玻利维亚的措施构成出于公共利益的征收,但因未提供补偿而违反条约,而这不能归因于投资者,因此没有支持玻利维亚的前述主张。显然在因果关系要件的判定上,仲裁庭考查的是间接因果关系,但其推理值得商榷。本案导致投资者利益受损的是被申请方剥夺或限制投资者权益的行为,而非未提供补偿,补偿只是一个法定条件。根据促成过错理论,仲裁庭应当考查的是投资者过错是否促成了采矿特许权的撤销。而裁决明确表示玻利维亚“征收采矿特许权的决定是项目产生的严重且持续拖延的社会冲突所致”。^[34] 由此可见,投资者对社区关系的处理不当与特许的撤销有重要关联,其关联性并不弱于成立促成过错的案件中投资者不当行为与被控措施的因果关系。比如在与本案极其相似的 *Copper Mesa v. Ecuador* 案中,引发投资仲裁的争议行为也是被申请方撤销采矿特许,导致被申请方作出决定的因素也包括申请方与当地社区的冲突,但该案仲裁庭认定申请方的过错与被申请方撤销特许的决定之间存在因果关系。^[35] 在尤科斯案中,仲裁庭即使怀疑俄罗斯可能利用尤科斯和申请方的税务问题作为打击尤科斯的理由,仍认定尤科斯的避税安排与俄罗斯摧毁它的措施之间有充分因果关系。^[36]

回顾涉及促成过错的案件,申请方与被申请方的行为分别直接导致投资损害的情况占少数,更常见的是申请方的不当行为激起被申请方的过激应对措施,而间接导致投资损害。如果孤立地探究被申请方措施的违法性要素是否归因于投资者过错,可能偏离促成过错的要义。对此有学者建议,仲裁庭在因果关系的考查上,应当落脚于投资者过错与被申请方采取的导致投资损害的行为之间是否有因果关系,根本上是要考查投资者的行为是否促成损害。^[37] 推及其他事关投资者责任的情形,在考查因果关系要件时,仲裁庭最

[34] See *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013 - 15, Award, 30 August 2018, paras. 875 - 876.

[35] See *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017, paras. 6.98 - 6.133.

[36] See *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia*, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014, paras. 1608 - 1615.

[37] See George K. Foster, *Investor-Community Conflicts in Investor-State Dispute Settlement: Rethinking “Reasonable Expectations” and Expecting More from Investors*, 69 *American University Law Review* 105, 167 (2019).

终应当审查投资者不当行为与导致责任产生的事由之间是否有因果关系。

(三) 行为标准的原则化与外部参考依据的不足

由于国际投资条约普遍缺乏对投资者义务的规定,仲裁庭难以直接根据适用法确定投资者过错和责任。^[38] 理性投资者标准以及相关的注意义务等作为合理性标准,发挥了投资者行为标准的作用,但其存在不可忽视的缺陷。如在 *Foresight v. Spain* 案中,核心争议点是西班牙改变《661/2007 号皇家法令》(*Royal Decree 661/2007*)对投资者的激励政策是否损害投资者合理期待。仲裁庭多数成员基于该法令本身的规定和西班牙官员的言论认为,站在一个理性投资者的角度,投资者的合理期待是有基础的。^[39] 但异议仲裁员根据尽职调查报告认为,申请方没有证明其履行了“能说明其主张的合理期待具有合理性的充分尽职程序”。^[40] 这种分歧固然有立场不同的原因,但根本上源于理性人标准的理性投资者标准本身存在过于原则化的缺陷。因其普适性,该标准最初只对投资者施加了原则性的义务,现阶段的理性投资者标准还缺乏明确性,难以独立影响投资者责任判定,而需结合其他理论或规定,因此产生了各种法律效果。

为寻求更加明确的投资者行为标准,已有仲裁员尝试借助国际投资法之外的其他国际法规范。比如 *Bear Creek v. Peru* 案异议仲裁员桑兹教授(Philippe Sands QC)认为,申请方的行为和疏忽对社会动乱负有实质促成责任,通过适用《国际劳工组织第 169 号公约》(*International Labor Organization Convention No. 169*)并援引 *Urbaser v. Argentina* 案仲裁庭的相关论述,论证了该公约对本案的意义以及对私人投资者的法律效力。^[41] 其参考外部人权法规范的做法,以本案基础投资条约规定的适用法包括“适用的国际法规则”为依据。^[42] 然而,仲裁庭多数决未予采纳,坚持认为公约只对缔约国而并不直接对私人投资者施加义务。^[43] 未来,投资仲裁庭仍然可能遇到类似困境,既面临考查投资者过错和责任的客观需要,又缺乏明确的既定行为标准。外部参考或将是一些仲裁庭和仲裁员不断考虑和尝试的选择,^[44] 除非国际投资仲裁适用法发展出更加明确的投资者行为标准。

[38] See Tomoko Ishikawa, Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration, 113 *AJIL UNBOUND* 33, 33 (2019).

[39] *Foresight and others v. Spain*, SCC Case No. 2015/150, Award, 14 November 2018, paras. 377 – 378.

[40] See *Foresight and others v. Spain*, SCC Case No. 2015/150, Partial Dissenting Opinion by Raúl E. Vinuesa, 14 November 2018, paras. 39 – 47.

[41] See *Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, paras. 1194 – 1199.

[42] See *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Partial Dissenting Opinion Professor Philippe Sands QC, 30 November 2017, paras. 4 – 39.

[43] See *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017, paras. 241, 664.

[44] 另一个原因是,除国际人权法等国际投资法之外的国际法规范本身也有可能发展出对投资者有法律约束力的义务性规范。比如联合国人权理事会自 2014 年起,通过决议倡导对跨国公司和其他商业实体有法律约束力的多边人权公约框架,并为之设立了专门的政府间工作组。尽管其遭到了许多发达国家的反对,但也反映了部分国家和地区的诉求,不能完全排除其可能性。See United Nations Human Rights Council, Resolution 26/9, Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights, UN Doc. A/HRC/Res/26/9, July 14, 2014; United Nations Commission on International Trade Law, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Submission from the Government of South Africa, UN Doc. A/CN.9/WG. III/WP. 176, 17 July 2019.

(四) 结果的不确定性与裁量自由的反思

现有国际投资仲裁投资者责任的另一个显著问题是结果存在不确定性。一则,在争议投资、引发争议的被申请方措施和投资者不当行为等基本事实都相似的情况下,不同案件仲裁庭对于投资者是否有责的判定可能完全不同,如 *Copper Mesa v. Ecuador* 案和 *South American Silver v. Bolivia* 案的不同结果。二则,同一案件中,仲裁庭成员对投资者责任的认定可能大相径庭。比如, *Bear Creek v. Peru* 案异议仲裁员反对仲裁庭作出的投资者无责任裁决,提出应基于申请方促成过错减少 50% 的损害赔偿。^[45] 三则,投资者不当行为和过错的严重性与责任之间不完全匹配。例如, *Occidental v. Ecuador* 案申请方的行为既不谨慎也不合法,而仲裁庭多数决只判定其承担 25% 的责任; *MTD v. Chile* 案仲裁庭则基于申请方在商业决策上不谨慎但并非不合法的行为减少了 50% 的损害赔偿。^[46] 两案对比的结果是,投资者在过错程度较低的情况下反而承担了更不利的后果。

个案裁决结果的不同除了案情差异因素,也因为仲裁庭享有充分的裁量自由。即使 *Occidental v. Ecuador* 案异议仲裁员不同意仲裁庭多数成员作出的责任分摊决定,也强调这是仲裁庭的裁量权,不构成“法律适用错误或滥用职权”。^[47] 尽管如此,在同案和类似案件的判定结果迥异且投资者行为与责任的严重性脱节的情况下,有必要反思仲裁庭的裁量自由。实际上早已有学者指出,仲裁庭决定投资者促成过错责任只经过粗略的分析。^[48] 从相关裁决来看,仲裁庭过于依赖宽泛的裁量空间,缺乏对裁定依据和权衡过程的说理,通常只含糊地表示“综合考虑所有因素”就决定了申请方与被申请方的责任分摊比例。^[49] 这种模糊化与适用法事先缺乏投资者行为标准与责任规则有一定关联,但仲裁庭有更加尽责行使裁量权的空间。一个明显的缺漏是,仲裁庭在投资者责任的认定上没有充分利用先例的参考价值。^[50] 截至目前,只有 *Occidental v. Ecuador* 案异议仲裁员就投资者促成过错责任的确定和考量因素与 *MTD v. Chile* 案这一先例进行了比较,将申请方的行为是否合法和谨慎(即合理)作为判定基础。^[51] 因此,后续仲裁庭在投资者责任的决定上需要完善裁量过程,尤其要更充分地参考先例的考量因素。

总之,国际投资仲裁投资者责任的认定以及促成过错理论和理性投资者标准这两大理论支柱的适用均暴露出诸多问题,值得仲裁庭反思。然而,有些问题的解决不仅依赖于

[45] See *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Partial Dissenting Opinion Professor Philippe Sands QC, 30 November 2017, para. 39.

[46] See *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Dissenting Opinion, 20 September 2012, para Dissenting Opinion, paras. 7 – 8.

[47] *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Dissenting Opinion, 20 September 2012, para Dissenting Opinion, para. 7.

[48] See Judith Gill & Rishab Gupta, *The Principle of Contributory Fault after Yukos*, 9 *Dispute Resolution International* 93, 111 – 112 (2015).

[49] See *Copper Mesa Mining Corporation v. The Republic of Ecuador*, Award, 15 March 2016, para. 102.

[50] 国际投资仲裁先例对嗣后案件不具有法律上的约束力,但仍有不可忽视的说理、协调冲突等重要价值。See Marc Bungenberg et al. (eds.), *International Investment Law, A Handbook*, Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C. H. BECK oHG & Hart Publishing, 2015, pp. 1506 – 1515.

[51] See *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Dissenting Opinion, 20 September 2012, para Dissenting Opinion, paras. 7 – 8.

仲裁庭裁量方法和过程的转变与完善,根本上还需从立法者的角度考虑解决之策。

五 国际投资条约投资者行为标准与责任裁量指引

在国际法上专门的投资者责任制度缺位的情况下,投资仲裁庭基于现有规则和理论决断投资者责任具有开创性,由此而引发的问题急需适用法作出应对。这可以依托《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, ICSID 公约)等国际投资仲裁领域重要的规则,但国际投资条约作为最重要和主要的适用法是本文优先考虑的制度工具。对于基本概念和因果关系要件所产生的理解偏差,适用法可通过直接界定或援引《国家责任条款草案》等相关规范予以澄清。本部分侧重于投资者行为标准的完善和对仲裁庭认定投资者责任的裁量指引。

(一) 投资者行为标准的具体化

对于国际投资条约施加直接的投资者义务和违反义务的直接法律责任,目前存有争议,进展缓慢。但出于被动和消极投资者责任的考虑,国际投资条约至少可以在下列两个方面完善投资者行为标准:

一方面,国际投资条约可以纳入理性投资者标准发展出的具体化要求。理性投资者标准在投资仲裁中出现,起初只对投资者施加了原则性和一般性的义务,但它也在逐渐发展。随着国际投资活动和投资争端的丰富,理性投资者标准的内涵和行为要求将逐渐充实和具体化,并体现国际投资法律关系的特殊性。这种趋势在近年的投资仲裁裁决中已有体现,如理性投资者标准作为判定投资者合理期待的客观标准,对投资者施加并强化了其对东道国法律政策的尽职调查义务。总的来说,该标准不仅要求投资者在跨国投资的各个阶段履行特定的尽职调查、预见与合理注意、规避和减少风险、合理期待、合理补救等义务,且该标准在仲裁不同程序阶段适用可能对投资者责任的认定产生不同影响,因而其具体化要求也不同。基于此,国际投资条约可以针对投资仲裁程序的不同阶段设计理性投资者标准以及投资者违反相应标准所应承担的不利后果,或者在规定国家对外国投资者的各项待遇和权利保障时附加投资者应尽到的注意、尽职调查等义务,从而在立法上将具体化的理性投资者标准确立为投资者行为标准。

另一方面,国际投资条约可明确采纳缔约方公认的跨国投资规制相关公约、标准等国际规范,允许仲裁庭将其作为判断投资者行为合理性的标准。前述案例表明,现有国际投资条约的“适用法”规定不足以使仲裁庭将国际公认的人权、劳工、环境保护等公约作为考查投资者行为的标准,因为这些公约并未直接对私主体施加义务,且跨国公司是否具有国际法人格以及能否承担国际法义务在国际公法学上尚无定论。^[52] 但是,国际投资条约

[52] 在国际投资法、国际人道法等多个领域,早已有条约对私主体施加义务和责任,但国际公法并未明确跨国公司等私主体的国际法人格问题。See Malcolm N. Shaw, *International Law*, 9th edition, Cambridge University Press, 2021, p. 227.

可以在不对此下定论的情况下,将相关国际法规范作为考查跨国投资者行为合理性而非合法性的标准,仅适用于确定被动和消极投资者责任的情形。同理,国际上还有很多与跨国公司行为、企业社会责任等有关的软法性标准,同样没有对私主体直接施加有法律约束力的义务,但国际投资条约也可以将它们纳入其中,允许仲裁庭在认定东道国责任时依据这些标准考查投资者自身行为的合理性,为仲裁庭决定投资者责任提供相对明确的标准。^[53]实际上,已有国家在制定国际投资条约范本时考虑这种做法,^[54]虽然尚未在正式缔结的条约中落实,但据此已可见国际软法性标准作为投资者行为合理性标准的潜在价值。

(二) 投资者责任裁量指引

投资者责任认定结果的不确定性与仲裁庭不受限制地行使裁量自由密切相关。对此,国际投资条约可以规定必要的裁量方法和考查要素,适当约束和规范仲裁庭裁量权,从而增强后续类似案件中投资者责任裁决结果的可预测性和确定性。^[55]

一方面,国际投资条约可以建立结构化的投资者责任,使仲裁庭根据投资者不当行为的严重性确定相应的责任。对于足以完全剥夺投资者救济资格的严重不当行为,可以作出明确列举。实际上,已有部分国际投资条约和条约范本含有这类规定,将通过虚假陈述、欺诈、腐败或其他相当于滥用程序的行为而进行的投资完全排除于条约涵盖投资的范围或作为投资者提起仲裁请求的消极条件,^[56]从而产生投资者在相关投资遭受东道国损害的情况下承担全部责任的效果。不过,现有规定不尽合理。尤其是,投资腐败往往是投资者与东道国共谋甚至是由东道国政府官员索贿或威胁与强迫的结果,在这种情况下,将引发争议的投资涉腐败作为剥夺投资者权利的事由,完全否定投资者受条约保护的资格,对投资者而言可能是不公平的。^[57]因此,国际投资条约在规制这种完全排除投资者救济资格的不当行为时应当慎重,限制其范围和适用条件。这也就意味着,多数可产生法律责任的投资者不当行为应属于促成过错,仲裁庭只能在进入实体程序后根据投资者过错的促成作用相应减少东道国的赔偿责任。^[58]

另一方面,国际投资条约可以根据缔约方的规范需要对特定类型的投资者促成过错采用相对固定的责任分摊比例。对此,国内侵权法上过错相抵、比较过错、责任分摊等相关制度的发展趋势值得借鉴。例如在普通法系国家的一些法域,立法出于特定公共政策

[53] See Julian Ng, Human Rights and International Investment Law: Examining Four Approaches to Integration, 51 *Hong Kong Law Journal* 523, 534 (2021).

[54] 参见 2019 年《荷兰投资协定范本》(Netherlands Model Investment Agreement)第 23 条(投资者行为):“在不影响国内行政或刑事法律程序的情况下,期待仲裁庭在决定赔偿额时考虑投资者不遵守《联合国工商业和人权指导原则》(UN Guiding Principles on Business and Human Rights)和《经合组织跨国企业准则》(OECD Guidelines for Multinational Enterprises)下承诺的情形。”

[55] See James Goudkamp, Apportionment of Damages for Contributory Negligence: A Fixed or Discretionary Approach, 35 *Legal Studies* 621, 640 (2015).

[56] 参见 2016 年《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》(Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)投资章节第 8.18 条第 3 款。

[57] See Aloysius P Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2014, p. 82.

[58] See Andrew T. Bulovsky, Promises Unfulfilled: How Investment Arbitration Tribunals Mishandle Corruption Claims and Undermine International Development, 118 *Michigan Law Review* 117, 139–141 (2019); Diana A. A. Reisman, Apportioning Fault for Performance Corruption in Investment Arbitration, 37 *Arbitration International* 1, 12 (2021).

的考量,倾向于对特定类型的受害者过错规定固定、最小、最大或特定范围的责任分摊比例。^[59] 国际投资仲裁中投资者的过错也普遍涉及公共利益。尤其是在跨国投资集中的采矿、基础设施供应等领域,投资者对东道国造成社会危害的事故频发,极易激发东道国采取规制措施,间接引发国际投资争端。国际投资条约可以考虑对特定类型的促成过错采用相对固定的责任分摊比例。如为了激励跨国投资者更有效地保护投资当地环境、土著居民权益和少数民族文化等重要或特殊的公共关切,可以对有这类危害的投资者促成过错规定最小责任分摊比例。不过,当前国际投资条约正向多元规范目标转变,尤其追求外资保护与公共利益保护之间的平衡,一定幅度的责任分摊比例可能更加适宜。当然,如果投资者不当行为促成的损害可直接量化,如投资者自身所增加的商业损失、逃避的税收等,或者有可据以确定责任份额的条款,则可以不适用固定分摊规则。

总而言之,投资者行为标准的不明确和仲裁庭裁量结果的不确定性是国际投资仲裁投资者责任的两个关键问题。为引导仲裁庭更加公平合理地处理投资者责任问题,国际投资条约需要建立和完善投资者行为标准,并为仲裁庭提供裁量指引。

六 结 论

近十多年来,国际投资法从实体规则到程序性机制都正在发生深刻变革。早期以促进和保护外国投资为宗旨与目的而创设的规则,忽视了规范投资和保护公共利益的需要。为弥补这一缺陷,国际投资条约在强化国家规制权的同时也在探索对投资者施加直接的法律义务和责任。然而,利用现有的规则和机制有效追究投资者责任,更为紧迫和具有现实可行性。国际投资仲裁具有被动认定消极投资者责任的可能性,且已经在部分案件中发挥这一作用。除了国际投资条约和东道国国内法等其他适用法的明确规定,仲裁庭主要依据了促成过错理论和理性投资者标准。它们的适用已经形成一些规律,也暴露出诸多问题。其中,基本概念的理解和因果关系要件的认定所产生的偏差可以通过仲裁庭自身的解释予以澄清和勘正,但有些问题更依赖国际投资仲裁适用法所提供的判定标准和裁量指引。一方面,投资者行为合法性标准的普遍缺失使仲裁庭在投资者责任认定上趋于保守,现有合理性标准也存在过于原则化的缺陷,限制了仲裁庭对投资者责任的认定;另一方面,仲裁庭行使裁量权的过度自由导致投资者责任认定结果的不确定性,同样不利于国际投资仲裁发挥追究投资者责任的作用。因此,即使是在国际投资仲裁中被动追究消极投资者责任,也离不开国家通过国际投资条约对此进行的引导和规范。

[本文为作者主持的2021年中国博士后科学基金面上资助课题“母国法院在管辖跨国投资者侵权责任中对国内法的域外适用”(2021M691057)的研究成果。]

[59] 例如,澳大利亚部分法域规定受害者不系安全带而遭受的损害必须减少25%,明显有公共安全的考量。See James Goudkamp, Apportionment of Damages for Contributory Negligence: A Fixed or Discretionary Approach, 35 *Legal Studies* 621, 627-628 (2015).

[**Abstract**] As a mechanism created for remedying the damage of foreign investors against their host governments, international investment arbitration plays a minor but increasingly important role of investor accountability. On the premise that an investor claims against the host state, investor liability could passively be found in the negative form of diminishing the liability of the host state or absolving the host state of liability, instead of a direct burden on the liable investor. For that purpose, the theory of contributory fault and the standard of a reasonable investor have been widely invoked. The contributory fault theory is well embodied in both domestic and international laws, especially Article 39 of the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. In the five cases of successful application of the theory so far, it has been applied in the determination of liability or quantification under specific conditions, including a breach by the respondent that caused damage to the claimant, an investment misconduct, a causal relationship between the investment misconduct and the damage in dispute, and a material and significant contribution of the misconduct to the damage. The standard of a reasonable investor has not only been taken as a standard for deciding an investor's fault and legitimate expectation but also affected the jurisdiction of a tribunal and the admissibility of arbitration claims. Derived from the "reasonable person" standard under the domestic law of torts, it has been evolving to create a duty of due diligence, reasonable care and other related obligations for investors. Despite these theoretical grounds and developments, the arbitral practice of investor liability showed some problems. Firstly, there are misunderstandings of the basic concept as well as the causality element, which require clarification or correction by subsequent investment tribunals or definitions by international investment agreements. In particular, a causality analysis in the determination of investor liability has to probe into the question of whether there is an ultimate causal link, directly or indirectly, between the investor's misconduct and the fact that incurred liability. Secondly, the existing standards of conduct for investors are too general, leading to elasticity in the application. International investment agreements may need to adopt more specific requirements of the reasonable investor standard developed from practice and allow tribunals to take international conventions, standards and other international norms relating to investment regulation as standards of reasonableness rather than legality while determining investor liability in a passive and negative way. Thirdly, the unrestricted exercise of discretion by tribunals has resulted in the uncertainty of decisions. It is thus necessary for international investment agreements to provide discretionary guidelines for tribunals, such as a structured investor liability commensurate with the severity of investment misconduct or even relatively fixed liability-apportionment rules for certain circumstances of contributory fault according to the regulatory objectives of the contracting states.

(责任编辑:余佳楠)