联合国 A/CN.9/WG.III/WP.151

大 会

Distr.: Limited
30 August 2018
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第三工作组（投资人与国家间争议解决制度改革）
第三十六届会议
2018 年 10 月 29 日至 11 月 2 日，维也纳

投资人与国家间争议解决制度的可能改革

确保投资人与国家间争议解决制度中仲裁员和裁定人的独立性和公正性

秘书处的说明

目录

页次

一. 导言 2

二. 确保投资人与国家间争议解决制度中仲裁员和裁定人的独立性和公正性..... 2

A. 对已确定之关切的评估 2

1. 已确定之关切综述 2

2. 关于独立性和公正性的法律框架 3

(a) 独立性和公正性要求 3

(b) 解决可能存在的独立性和公正性缺失问题：仲裁员的披露义务 ... 11

(c) 回避制度概述 12

3. 改革的可取性 16

V.18-05763 (C)

请回收

一. 导言

1. 工作组第三十五届会议建议秘书处㈠拟定一份清单，列明在工作组第三十四届和三十五届会议上提出的有关投资人与国家间争议解决制度的关切；㈡为工作组今后的审议工作确立一个可行的框架；以及㈢考虑就某些关切的范围向各国提供对其有助益的进一步信息（A/CN.9/935，第 99 段）。

2. A/CN.9/WG.III/WP.149 号文件介绍了项目㈠和项目㈡的概况。A/CN.9/WG.III/WP.151 号文件（本说明）和 A/CN.9/WG.III/WP.152 号文件论述了工作组就投资人与国家间争议解决制度中仲裁员和裁定人这一专题提出的要求。

3. 本说明一如之前提交工作组的其他文件，系参照已经发布的有关该专题的各类资料编写而成。[1]

4. 本说明旨在提供信息，帮助工作组审议投资人与国家间争议解决制度中某些令人关切的问题和改革的可取性，但并不试图就已经提出的各项问题发表意见，这些问题应留待工作组审议。

二. 确保投资人与国家间争议解决制度中仲裁员和裁定人的独立性和公正性

A. 对已确定之关切的评估

1. 已确定之关切综述

5. 工作组第三十五届会议审议了投资人与国家间争议解决制度中的仲裁员和裁定人问题，包括关于仲裁员的独立性和公正性这两个主要领域的操守要求（A/CN.9/935，第 47 至 68 段和第 78 至 81 段）、仲裁员指定机制的影响（A/CN.9/935，第 54 段和第 69 至 77 段）以及仲裁员的资格和权力（A/CN.9/935，第 82 至 88 段）。

6. 工作组特别审议了现行投资人与国家间争议解决制度中的仲裁员指定机制受到诟病的原因，以助日后在适当时候审议可能的解决办法（A/CN.9/935，第 55 段）。在这方面提出的关切包括：

㈠ 对相关操守要求及其实践范围的界定欠精准（A/CN.9/935，第 56 段），以及仲裁员可在不同的争议解决程序中担任顾问，容易引发利益冲突，也就是所谓的身兼两职和/或涉案问题冲突（A/CN.9/935，第 78 至 81 段）；

㈡ 投资争议解决案件中的仲裁员指定机制和程序及仲裁员所起作用的影响（包括仲裁员的民主问责问题，A/CN.9/935，第 58 段），是否需要提高指定程序的透明度，特别是涉及指定机构的情况下（A/CN.9/935，第 76 至 77 段）以及指定机制对于多样性的影响（A/CN.9/935，第 69 至 75 段）；

[1] 见学术论坛发布的参考书目，可登录 http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html，在“补充资源”项下查阅。下列专家亦为本说明的编写作出了贡献：Susan Franck、Jean Kalicki、Joost Pauwelyn、Sergio Puig 和 Maxi Scherer。

㈢ 向仲裁员支付报酬的方法：尽管工作组注意到，这个问题不如会上提出的关涉仲裁员的其他问题那般受到关注（A/CN.9/935，第 57 段），但却常被认为是独立性的一个核心要素；

㈣ 仲裁员裁决投资争议解决案件所需具备的资格及其权力和职责（A/CN.9/935，第 82 至 88 段）；以及

㈤ 第三方出资的做法对于独立性和公正性的影响（A/CN.9/935，第 82 至 88 段）。

7. 本说明阐述了工作组所审议的关于现行法律框架在保证仲裁员独立性和公正性方面所具实效的关切，包括披露要求和回避制度。关于指定程序和指定机制及其影响以及仲裁员资格和权力问题的探讨见 A/CN.9/WG.III/WP.152 号文件。第三方出资问题将在另一份即将发布的工作文件中加以论述。

8. 工作组第三十五届会议建议向工作组提供资料说明关于独立性和公正性的其他法律框架，包括国际商事仲裁和国际法院和法庭（A/CN.9/935，第 46 段）。本说明中载有这些“参照国”的信息，并酌情就关于各个问题的信息和数据的相关性和可靠性作了评述。

2. 关于独立性和公正性的法律框架

(a) 独立性和公正性要求

㈠ 独立性和公正性的概念[2]

9. 审裁人的独立性和公正性是一切司法系统的关键要素，旨在确保审判公正和正当程序要求得到遵守。工作组强调，在争议解决制度中，务必要充分保障仲裁员的独立性和公正性（A/CN.9/935，第 47 段）。

10. 工作组成员普遍认为，投资争议解决框架不仅应当确保仲裁员和裁定人切实具备公正性和独立性，还应当确保他们体现出这两项素质，这样这一框架才能被视为有效。有观点认为，所做努力应当包括这两个要素（A/CN.9/935，第 53 段）。

11. 关于独立性和公正性，最为普遍的认知是这两个概念截然不同但又密切相关。独立性通常是指仲裁员与仲裁当事人之间不存在任何生意、财务或人际往来，而公正性则意味着仲裁员或裁定人对任何一方当事人都不抱有偏见或其他倾向。独立性的缺失通常是因为仲裁员和当事人或其顾问之间的关系存在问题，例如，如果仲裁员看来已对某些事项作出预判，就会出现缺乏公正性的局面。

[2] 工作组不妨注意，本说明同工作组所进行的讨论一样，重点探讨仲裁员的独立性和公正性问题。不过，关于对仲裁员的其他要求，包括保持中立、公允对待双方当事人、尽职尽责和保守秘密，可在国家法律法规和仲裁规则中查阅。简要来说，这些规则要求仲裁员：㈠在仲裁程序过程中公允尽职、周详及时地履行职责；㈡对非公开资料予以保密，不得利用任何信息牟取个人利益或影响他人利益。《解决投资争端公约》第六条和《贸易法委员会仲裁规则》第 17 条即为实例。

12. 独立性和公正性要求适用于任何司法或类司法性质的争议解决程序。[3]

13. 指定仲裁员和裁定人的过程有可能会在指定方与仲裁员和裁定人之间建立起某种关系。关于各类仲裁和司法系统中指定程序的背景和影响的讨论，见 A/CN.9/WG.III/WP152 号文件。

14. 在虑及独立性这一概念的时候，一般都会区分个人独立性与机构独立性。前者有时亦被称为职能独立性（因与裁定人的职能有关），是指当事人与裁定人之间无任何关联；后者是指争议解决机构不受任何外部影响。

15. 仲裁员通常从事其他专业活动，这些活动可能会让他们与争议当事人和争议产生关联并对其个人独立性产生影响，这在特设投资争议解决制度中是最主要的关注领域。[4]尽管如此，机构独立性仍然与之具有相关性。例如，在机构仲裁中，机构的设置必须保证结构独立性（也就是机构不干预争议的裁决）。虽然特设制度中的仲裁机构通常主要依赖于审裁人个人独立于争议当事人和争议事项，但依然适用同样的机构独立性原则。

㈡ 现行标准

16. 在投资争议解决领域，《国际投资争端解决中心规则》和《贸易法委员会规则》[5]以及其他相关机构的机构规则[6]侧重于㈠阐述仲裁员应当独立且公正这一原则；㈡通过要求仲裁员对可能导致其独立性或公正性受到质疑的某些问题作出一定披

[3] 这两项要求适用于国内法院、国际商事仲裁、投资仲裁、国家间仲裁及国际司法机构，反映了若干基本原则；例如见《世界人权宣言》，1948 年 12 月 10 日，联合国 A/810 号文件，第 71 页（1948 年），第十条（“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯，以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控。”）；《公民权利和政治权利国际公约》，1966 年 12 月 16 日，999 UNTS 171，第十四条第一款（“所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼案中的权利和义务时，人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。[……]”）；《欧洲人权公约》，第六条第一款（“在决定某人的公民权利和义务或者在决定对某人确定任何刑事罪名时，任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审讯。”）；各类国际司法机关的规约也体现出独立性和公正性要求；见《班加罗尔司法行为原则》（2002 年），可查阅 http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial-grouplBangalore-principles.pdf。这些标准现已载入法官就职宣誓誓词；《国际海洋法法庭规约》中所定誓词如下：“本人郑重宣誓：我将秉公竭诚、忠于职守、公正无私、尽心尽责地履行作为法官的职责并行使相关职权。”此外，《联合国关于司法机关独立的基本原则》和《关于国际司法机关独立的巴罗公馆原则》均不具法律约束力，主要适用于常设国际法院。二者对一般独立性和公正性原则的规定如下：“为确保司法机关独立，法官必须享有不受所审理案件当事人、其国籍国或居住国、所任职的东道国以及主持设立法院或正当理由裁判庭的国际组织影响的独立性；法官必须不受来自任何方面的不正当影响；法官应当根据案件的是非曲直和适用的法律公正裁决案件；法官应当避免任何利益冲突并且避免置身于有认为会引发任何利益冲突的境地；法官应当在其司法活动及相关活动中避免出现行为失检的情况。”（可查阅：https://www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/burgh_final_21204.pdf）。

[4] 相比之下，国际法院和裁判庭的规约多半立足于法官业已受聘从事全职工作这一假定。因此，它们处理非司法性活动和关系的办法所基于的情形与争议解决不同。

[5] 《解决投资争端公约》第十四条第一款；《国际投资争端解决中心仲裁规则》规则 6 第(2)款；《贸易法委员会仲裁规则》第 11 条。上述仲裁规则中关于独立性和公正性要求的措词差异也被认为是并非表明标准相异。目前普遍认为，这些规则既包含独立性要求也包含公正性要求（例如，独立裁决的能力可被认为是对公正性的另一种表述）。

[6] 另见常设仲裁法院，《仲裁规则》第 11 至 13 条；自 2017 年 1 月 1 日起生效的《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》，第 18 条；自 2017 年 3 月 1 日起生效的《国际商会仲裁规则》，第十一条；开罗国际商事仲裁区域中心，自 2011 年 3 月 1 日起生效的《仲裁规则》，第 11 条。

露，确立防止依赖和偏颇的规则；以及㈢规定当事人以实际上或表面上缺乏独立性或公正性为由要求仲裁员回避时所应遵循的程序，这也是本节所要着重探讨的对象。

17. 工作组不妨注意，在上文提到的仲裁规则中，独立性和公正性被界定为必须在不受外界干扰且不抱有偏见的情况下作出裁决的仲裁员所应履行的职责。同时，独立性也是仲裁员的一项权利，因为任何实体或个人均不得干扰或影响仲裁员。

18. 用以补充适用规则的软性法律标准现已出台。例如，《国际律师协会（律师协会）关于国际仲裁中利益冲突的准则》（《律师协会准则》）中载有一项关于独立性和公正性的一般原则。[7]《律师协会准则》还规定，凡有可能担任仲裁员者，一律有责任评估潜在的利益冲突或可能存在的偏见，并有责任披露这些事项。[8]

19. 一些最近缔结的投资条约为条约处理投资者与国家间争议解决的仲裁员订立了一套行为守则，从而对适用仲裁规则的规定形成补充。[9]这些行为守则通常都对仲裁员（和其他人员）的行为标准、他们在仲裁过程中的应尽职责、披露义务和保密义务作了规定。除规定双方当事人有权要求替换仲裁员外，这些行为守则一般都未就制裁措施作出规定。

20. 《世界贸易组织解决争端谅解书》和《世贸组织行为守则》要求《世贸组织解决争端谅解书》的成员（及其他相关人员）做到“独立且公正，应当避免直接或间接的利益冲突……，从而通过遵守此类行为标准，维护该机制的廉洁性和公正性。”[10]

㈢ 额外/特定问题或关切

21. 经查确定，就争议解决而言，某些问题尤其有可能导致丧失独立性和公正性的情况或令人怀疑存在此种情况。这些问题包括反复指定以及利益冲突和/或所谓涉案问题冲突。

反复指定

22. 工作组第三十五届会议审议了反复指定问题。会上指出，有些仲裁员往往因被一方或另一方反复指定而被指称偏向国家或偏向投资人（A/CN.9/935，第 54 段）。在类似的情况下指定同一位仲裁员，就会出现另一种反复指定（例如，虽由不同的国家指定，但所处理的争议会引发类似法律关切）。然而，在实践中其实很难确定反复指定事实上对仲裁员的独立性和偏见究竟有何影响以及它们事实上是否反映出意识形态或政策偏好，特别是对结果是否存在任何影响。

[7] 《律师协会准则》规定“每一位仲裁员自被指定之刻起，直至作出终局裁决或程序因其他原因终止，应始终保持公正和独立”。关于《律师协会准则》，可查阅：https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx。

[8] 见《律师协会准则》第七条 d 项，查阅网址同上。

[9] 例如见，《欧洲联盟—新加坡自由贸易协定》（附件 15-B，《仲裁员和调解人行为守则》，自 2015 年 5 月起施行的版本）；《加拿大—欧洲联盟全面经济和贸易协定》（《全面经济和贸易协定》）（附件 29-B，《仲裁员和调解人行为守则》）。

[10] 《解决争端的规则和手续谅解书行为规则》，1996 年，可查阅：https://www.wto.org/English/tratop_e/dispu_e/rc_e.htm。

23. 在国际投资争端解决中心仲裁的一起案件中，尽管类似的法律和事实问题再度出现，但反复指定也未被认为是缺乏独立性的表现。[11]而在另一起判例中，裁决却认为，“如果一方当事人或其顾问多次指定某一仲裁员，则必须仔细加以考虑，以视是否应该要求该仲裁员回避”。[12]此外，还必须考虑所涉指定对有关仲裁员有无经济意义、所涉指定是否表明仲裁员依赖当事人、反复指定是否是先前既有关系的结果以及是否会引发交叠性法律和事实问题。

24. 《律师协会准则》将当事人及顾问的反复指定列入“橙色清单”。[13]《准则》建议，除非“所涉仲裁员在过去三年内已经被一方当事人或一方当事人的附属机构两次或两次以上指定为仲裁员”或者“所涉仲裁员在过去三年内已经同一顾问或同一律师事务所指定担任仲裁员超过三次”，否则即无正当理由怀疑仲裁员的独立性和公正性。然而，在专业仲裁领域，当事人反复指定同一位仲裁员裁决不同案件是惯常做法，为此，《准则》针对这些领域内反复指定的参数规定了例外情形。[14]

身兼两职或角色混淆

25. 关于仲裁员的独立性和公正性，一个备受争议的问题是在不同争议解决程序中担任仲裁员、顾问和专家的个人的角色转换，这有可能引发利益冲突和/或所谓的涉案问题冲突。[15]这些情况之所以引人关切，是因为仲裁员有可能实际上或看似以某种方式裁定某一问题，以便让其在其他争议中代理的当事人获益。再者，还有可能出现下述情况：担任某起案件的顾问同意指定某一特定人员担任该案仲裁员，而这位仲裁员在担任其他案件顾问的时候则同意指定先前那位顾问在该起案件中担任仲裁员。

26. 工作组第三十五届会议一致认为，这种通常被称为“身兼两职”或“角色混淆”的做法引人关切，因为潜在的或实际的利益冲突随之而来。工作组在第三十五届会议上听闻，此类利益冲突，乃至对案件相关裁决受到此类影响的怀疑，会对如何看待投资争议解决的合法性造成负面影响（A/CN.9/935，第 78 段和第 81 段）。

---

[11] 国际投资争端解决中心的判例，Tidewater 公司等诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，ARB/10/5，关于申请人提请取消 Brigitte Stern 教授仲裁员资格的决定，2010 年 12 月 23 日。

[12] Opic Karimum Corporation 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，关于提请取消 Philippe Sands 教授资格的决定，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/10/14（2011 年 5 月 5 日）。

[13] 《准则》列明了四类申请清单，将必须披露的潜在冲突加以归类，其中第一类是“红色清单”。“红色清单”又分成两个子类：一类是不可弃权红色清单，其中列明了最严重的利益冲突，顾名思义，这类冲突不能因当事人的弃权而消除；另一类是可弃权红色清单，其中列明了有正当理由怀疑仲裁员的独立性和公正性但当事人可以弃权的情形（前提是弃权应当在知晓相关情况的基础上明示作出）。“橙色清单”列明了通常无须披露但仲裁员必须逐案评估某一特定情况（不论是否已在“橙色清单”上明确列出）是否会导致有正当理由怀疑其公正性的情形，但该清单并非详尽无遗。最后，“绿色清单”列明了据认不存在（实际的或以为的）利益冲突的情形，因此，对于这些情形，不作披露要求。

[14] 另一方面，在国际商事仲裁中，所涉指定对仲裁员的经济重要性，而非特定期间内的指定次数，已被视作一项指标。例如见，国际仲裁伦敦法院，参考编号：81160（2009 年 8 月 28 日）。

[15] 下列案件中的相互关联即是角色混淆的例证：Azurix Corp.诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/01/12（关于取消资格的决定不予公开）；西门子股份有限公司诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/02/8（关于取消资格的决定不予公开）；Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A.诉厄瓜多尔共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/04/19。

据称，在投资争议解决中，对身兼两职现象的关切格外严重，因为同一或类似法律文书的解释和适用通常存在争议。

27. 另一方面，工作组内部提出了支持这种做法的论点，其中包括投资争议解决仲裁员人才库相对较小，禁止身兼两职会削弱现行体系中裁定人的素质和严谨性。[16] 另一个论点是，工作组在第三十五届会议上听闻，寻求成为全职仲裁员的顾问不能出于经济原因停止顾问执业，而仲裁指定又缺乏保障，而且担任顾问的执业经历可以帮助准仲裁员获得今后被指定为仲裁员所必需的经验和声誉（A/CN.9/935，第 81 段）。

28. 工作组在第三十五届会议上注意到，各国已经试图在最近缔结的投资条约中解决这个问题，但仍要求提供补充资料，说明这种做法的严重程度，以便界定这一问题的范围并理解其性质（A/CN.9/935，第 81 段）。

29. 国家法律法规一般并不禁止身兼两职的做法，国际投资争端解决中心和贸易法委员会的规则也不禁止此种做法。《律师协会准则》亦未涉及这一问题。因此，对身兼两职在实践中是否会引发利益冲突这个问题的评估是在参照关于回避的通用标准申请仲裁员回避的时候进行：根据有关案件的事实，是否有正当理由怀疑该做法表明缺乏独立性和公正性，或者，关于这个问题，是否存在其他可适用的检验标准？

30. 另外，就算有直接探讨是否允许此类担当多重角色做法的操守标准，其数量也屈指可数。不过，某些守则对这个问题的间接提述可以理解为允许或限制在各类国际法院和机构中担当多重角色。[17]

31. 在国际法院和法庭的范围内，《巴罗公馆原则》原则 8 第 1 款规定“法官不得从事任何与其司法职能相抵触或与其所任职的法院及时有效地履行职能相抵触，或者可能影响或看似很有可能影响其独立性或公正性的司法外活动。”[18]《国际法院

[16] 不过，据指出，自这些论点首次提出以后，人才库已然扩充。另见下文第 32 段及以下各段中讨论的多法院研究。

[17] 例如见《体育仲裁院仲裁规范》第十八条，其中规定：“可召集仲裁员名册上人士所列在体育仲裁院两个组成机构中任一机构组成的小组任职。”体育仲裁院仲裁员和调解人一经被指定，即须签署一份声明书，承诺遵照该规范的规定，完全客观且独立地亲自履行职责。体育仲裁院仲裁员和调解人不得担任在体育仲裁院争讼的当事人的顾问。

[18] 欲了解《巴罗公馆原则》，见上文脚注 3。

规约》第十六条禁止国际法院的法官取得和担任某些职务。[19]《国际刑事法院规约》规定“法官不得从事任何可能妨碍其司法职能或者使其独立性受到质疑的活动”，[20]而且“需要在本法院所在地全时任职的法官不得从事任何其他专业性职业。”同样，欧洲人权法院的法官“不得从事任何与其独立性、公正性或全职工作要求相抵触的活动”。[21]

32. 世界贸易组织（世贸组织）有一条规定所采取的做法与其他国际法庭和组织的规约和规范的做法大不相同。《世贸组织解决争端的规则和手续谅解书》第八条倾向于让先前曾在世贸组织专家小组所审理的案件中担任过顾问的人士担任专家小组成员。[22]这是允许甚至鼓励某种多重角色做法的最明确的实例。然而，该谅解书所使用的措词本身并未说明专家小组成员事后是否可以继续在世贸组织专家小组所审理的案件中担任顾问。

33. 在某一曾被广泛报道的因仲裁员在投资争议解决中身兼两职而引发的回避裁决中，因身兼两职而导致看似存在偏颇或冲突被认为足以构成取消资格的理由。[23]该案最后实际上是以有关个人辞去其在某一有争议案件中的顾问职务而结案，因此，对于冲突严重至何种程度便会导致资格被取消并无指导意义。

34. 2017 年，有项研究以多法院数据库和国际投资争端解决中心数据库中的 1,039 个判例为样本，[24]对 3,910 名个人之间的关系进行了分析。其中，关于身兼两职问

[19] 《国际法院规约》（1945 年 6 月 26 日）第十六条第一款（《规约汇编》第 59 编第 1055 条）（宣告“法官不得行使任何政治或行政职务，或执行任何其他职业性质之任务。二、关于此点，如有疑义，应由法院裁决之。”）国际法院在 2002 年发布的两份执业指令中论及身兼两职问题：《第七号执业指令》：“本院认为，由在本院审理的某一案件中正在担任或最近担任过代理人、顾问或律师的人员担任另一起案件专案法官的做法不符合良好司法的利益。因此，当事人在依照《规约》第三十一条和《法院规则》第三十五条选择专案法官时，应当避免提名正在本院审理的另一起案件中担任代理人、顾问或律师的人或者在被提名日期之前三年里曾以该身份行事的人员。此外，双方当事人还应当避免指定在本院审理的某一案件中担任专案法官的人员在本院审理的另一起案件中担任代理人、顾问或律师”；《第八号执业指令》：“本院认为，由近期内曾担任过本院法官、专案法官、书记官长、副书记官长或本院高级官员（首席法律秘书、第一秘书或秘书）的人员以代理人、顾问或律师身份在本院现正审理的某一案件中出庭的做法不符合良好司法的利益。因此，双方当事人应当避免指定在指定日期之前三年内曾担任过本院法官、专案法官、书记官长、副书记官长[等职务]的人员在本院审理的某一案件中担任代理人、顾问或律师[等]……”。这两份执业指令的影响并没有完全阻止国际法院的法官在争议解决中担任仲裁员。一项研究发现，截至 2017 年，国际法院 15 位法官中有 7 人在任期内曾在至少 90 起案件中担任仲裁员；在这 7 位法官中，有 3 人曾分别在 9 起案件中担任过仲裁员，其余 4 人经查曾分别在一起或两起案件中担任过仲裁员；有几位现任法官还曾在撤销委员会任职。最后，这份研究发现，在已知的 817 起投资条约案件中，国际法院现任法官曾经或者正在担任仲裁员的案件占近 10%（见 http://www.iisd.org/media/sitting-international-court-justice-judges-worked-arbitrators-least-90-investor-state-cases）。

[20] 第四十条第二款。

[21] 《欧洲人权法院法院规则》（2018 年）第四条，可查阅：https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf。

[22] 《解决争端的规则和手续谅解书》第八条（世界贸易组织）（“各成员应承诺，通常允许其官员担任专家组成员”）。第八条规定“专家组应由资深政府和/或非政府个人组成，包括曾在专家组任职或曾向专家组陈述案件的人员、曾任一成员代表或一《1847 年关贸总协定》缔约方代表或任何适用协定或其先前协定的理事会或委员会的代表的人员……”。

[23] Telekom Malaysia Berhad 诉加纳共和国，常设仲裁法院，案件编号：2003-03。

[24] 分别为多法院投资条约仲裁数据库（PITAD）（截至 2017 年 1 月 1 日）和国际投资争端解决中心撤销程序。见 Malcolm Langford、Daniel Behn、Runar Hilleren Lie；《国际投资仲裁中的旋转门》，选自《国际经济法期刊》，第二十卷第二期，2017 年 6 月 1 日，第 301 至 332 页，https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018。该研究发现，在共计 2,699 位申请人和被申请人代理律师中，参与案件数量超过 13 起的仅占 1%（前 25 位）。

题的研究结论可归纳如下：一. 在一批为数不多却极具影响力的仲裁员（共 25 人，尤以其中 5 人为最）当中，身兼两职的做法堪属常态，但从全部投资争议解决案件来看，这种做法并不普遍（也不像以为的那样普遍）。二. “前 25 人”身兼两职的现象自 2005 年以来相对稳定，但在其他人员中，这种做法在 2014 年骤增，但转而又开始减少。三.有些人在最近四年里不再身兼两职，究其原因貌似是因为已经达到退休年龄。据该研究断定，导致此种做法在 2014 年以后减少的其他原因或可包括仲裁员待审理案件量太过庞大以致无暇抽身担任顾问或被指定担任国际法院的法官。因此，有观点指出，受到诟病并非近来这种做法减少的助推因素，这一减少趋势也许不能作为可供今后参鉴的可靠指标。关于部分知名仲裁员的第四点研究结论明确表明，他们不会再行身兼两职之事。2017 年研究所用数据还表明，自 1990 年代以来，投资案件潜在仲裁员人才库已然显著扩充。关于“旋转门”（被循序指定为仲裁员和顾问）或其他涉案问题冲突的范围和程度，目前尚无其他可以公开查阅的可比研究。

对涉案问题预先评判

35. 如果仲裁员被指根据其先前裁决或决定、出版物和陈词对涉案问题“作出预先评判”，而且这些裁决或决定、出版物和陈词表明了仲裁员对特定法律问题或投资争议解决制度的观点，那么，另一类涉案问题冲突就会随之而起。对此，国际商事仲裁理事会（商事仲裁理事会）等机构曾在向仲裁员、顾问、仲裁机构成员、学术界人士等进行广泛咨询的基础上做过一项研究，研究结果突出表明，对法律问题和事实问题的看法显然有别。[25]研究报告发现，单凭先前对法律问题的决定并不会导致资格被取消（这与根据《律师协会准则》采取的做法一致）。另一方面，研究发现，对事实问题——尤其是在即时争议中产生的事实问题——的看法颇为引人关切。但是，在国际投资争端解决中心的回避决定中，被认为在即时争议以外的有争议事实方面引发关切的参与程度却高低有异。[26]

36. 法庭也认定，单是先前对某一未决案件中有争议法律条款所作解释本身未必就能表明缺乏公正性，因为它与案件实质问题无关，而且以顾问身份提出某一论点并不足以妨碍仲裁员公正审议相关问题。就已发表的学术观点得出的结论亦与之类似，即这些学术观点不能被视为预先评判的证据。[27]

[25] 见商事仲裁理事会和美国国际法学会的霍华德·M. 霍茨曼中心于 2013 年 11 月联合设立的投资人与国家间仲裁涉案问题冲突联合工作组的报告，可查阅：http://www.arbitration-icca.org/publications/ASIL-ICCA_Report.html。

[26] Caratube 诉哈萨克斯坦（国际投资争端解决中心，案件编号：ARB13/13），试比较 İçkale 诉土库曼斯坦（国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/10/24）。

[27] 例如见，国际投资争端解决中心的判例：Tidewater 公司等委内瑞拉玻利瓦尔共和国，ARB/10/5，关于申请人提请取消 Brigitte Stern 教授仲裁员资格的决定，2010 年 12 月 23 日；Universal Compression International Holdings, S.L.U.诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，ARB/10/9，关于申请人提请取消 Brigitte Stern 教授和 Guido Tawil 教授仲裁员资格的决定，2011 年 5 月 20 日；Saint Gobain Performance Plastics Europe 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/12/13，决定，第 54–56 页（2013 年 2 月 27 日）；Suez、Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.和 Interagua Servicios Integrales de Agua S.A.诉阿根廷；Participaciones Inversiones Portuarias (PIP)有限责任公司诉加蓬，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/08/17，决定（2009 年 11 月 12 日）。

37. 《律师协会准则》所载“绿色清单”中收录的先前法律意见[28]可作为例证说明那些情况是“从客观角度来看，不存在看似的和实际的利害冲突”且“仲裁员没有披露义务”的特定情形。

38. 某国际投资争端解决中心法庭声称，除非所表述的意见“足够具体且明确，以致于通情达理且知情的第三方会认为仲裁员会依据相关意见，而不妥善考虑争讼双方提出的事实、情况和论据，”否则，即认为不存在缺乏独立性和公正性的情形。[29]

39. 据国际投资争端解决中心认定，下列先前意见或决定不足以表明存在相关偏颇：对一方当事人不利的先前决定或程序性裁决；驳回一方当事人复议申请的先前决定；就未决案件中没有提出的法律问题表达的看法；法庭成员就某一事实或法律的解释产生的意见分歧；可提起撤销申请的仲裁员先前决定。[30]

㈣ 其他问题或关切

40. 工作组在第三十五届会议上听闻，双方当事人或其顾问可能会在投资争议解决诉讼中指定将会支持其立场者担任仲裁员（A/CN.9/935，第 56 段），而且当事人给予报酬、仲裁员持反对意见和反复指定某些仲裁员这些问题也可能表明仲裁员有失偏颇。另有观点指出，仲裁员群体内部施加的压力和仲裁员维护自身公允裁定人声誉的意愿等非正式的管控措施可以缓解这些问题。另据指出，指定首席仲裁员可以确保法庭具有一定程度的中立性、独立性和公正性，但是法庭也可能会出现两极分化，以致裁定案件的最终责任落在首席仲裁员身上，反而会削弱三人法庭寻求达成一致决定的概念（A/CN.9/935，第 54 段和第 60 段）。

41. 据认为，当事人向仲裁员支付报酬是导致合议仲裁员被认为可能会支持其指定方的一个原因，[31]或者可能会构成对仲裁员的经济激励，使之对管辖权作出宽泛解释，从而为未来案件扩大市场。[32]另一方面，有观点指出，此种经济激励的相对影响可能相当低，不足为虑。相关研究并未发现这些事项之间存在因果关系，而且国家法院和国际法院亦有多项研究表明，法官在管辖权问题上通常都偏于谨慎。

42. 工作组在第三十五届会议上还听闻，持反对意见的绝大多数都是败诉方指定的仲裁员，这也是导致法庭可能存在偏颇这种总体性看法的诱因之一（A/CN.9/935，第 58 段）。评论人就此给出的可能解释包括：仲裁员自认对指定方或顾问负有义

---

[28] 关于《律师协会准则》所载各类申请清单的概况，见上文脚注 13。

[29] Urbaser S.A. 和 Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia、Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa 诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/07/26。

[30] 除上文脚注 26 和脚注 29 中提到的判例外，另见 Perenco Ecuador Limited 诉厄瓜多尔共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/08/6，关于要求仲裁员回避的决定（2009 年 12 月 8 日）；Abaclat 等诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/07/5，决定（2011 年 12 月 21 日）；Repsol, S.A. & Repsol Butano S.A.诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/12/38，关于提请仲裁庭多数成员回避的决定；ConocoPhillips 公司等诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，案件编号：ARB/07/30，关于提请取消御用大律师 L. Yves Fortier 仲裁员资格的决定，2012 年 2 月 27 日。

[31] 根据主要仲裁机构的缺省规则，合议仲裁员的酬金通常由争议双方支付，而首席仲裁员的酬金则由争议双方平均分担。

[32] 见 D. Gaukrodger（2017 年）。“仲裁人报酬制度与投资人与国家间争议解决”，经合组织关于国际投资问题的工作文件，文号：2017/05，经合组织出版社，巴黎，https://doi.org/10.1787/c2890bd5-en。

务，或者，反过来说，仲裁员并非随机选定，所以反对意见的多寡本身并不能表明存在偏颇。另外，关于反对意见的“适当”水平为何以及反对意见的存在或数量的多寡能否表明存在偏颇，似乎尚无共识。另据指出，国际投资争端解决中心的统计资料表明，首席仲裁员如发表反对意见，那么，其再次获得指定的几率会降低。另外，大多数投资争议解决案件的裁决都是在协商一致的基础上作出，这表明在大多数案件中，要么是投资人指定的仲裁员同意驳回投资人的诉求，要么是国家指定的仲裁员同意作出不利于国家的裁断。

(b) 解决可能存在的独立性和公正性缺失问题：仲裁员的披露义务

43. 旨在确保仲裁员独立性和公正性的主要监管机制是仲裁员必须披露一切可能“存在问题”，也即可能导致利益冲突的利益或其他关系这项要求。根据《国际投资争端解决中心规则》和《贸易法委员会规则》，凡有可能给仲裁员独立性和公正性蒙上疑云的情况，仲裁员须一律予以披露。[33]披露方法包括签署一份声明，披露截至仲裁员被指定之时，仲裁员与当事人以往或现在存在的可能导致一方当事人质疑他/她能否可靠地作出独立裁判的任何关系以及任何其他情况。[34]其后，仲裁员继续负有披露义务，包括及时披露在他/她被指定为仲裁员以后出现的任何相关情况。

44. 法律框架还包括《律师协会准则》等软性法律文书。该《准则》所作披露要求更为详细，其中分类列明了应予披露的基于事实的客观和量化信息。这些准则以实例为基础，有助于说明具体案件所涉关系是否存在问题。不过，它们并未涵盖与投资争议解决相关的所有领域，尤其是仲裁员与顾问和当事各方之间的关系。

45. 仲裁机构最近也在尝试藉由出台软性法律指引，对现行法律框架加以补充。例如，国际商会在 2016 年发布了《关于仲裁员披露冲突情况的指导说明》，旨在确保“仲裁员乐于明确披露潜在冲突”。[35]国际商会解释称，该《说明》所秉持的“基本原则是，仲裁当事人有权被充分告知在其看来可能关系到他们能否确信潜在仲裁员或实际仲裁员自今往后始终保持独立和公正的一切事实或情况，或者在其有意愿的情况下，进一步探究该事项和/或采取《国际商会规则》规定的可能行动。”[36]

46. 在国际法院和法庭领域，国际法院规定，该院任一成员如若认为，“出于某些特殊理由”，本人不应参与某一特定案件的裁判，则应向院长告知其意。[37]《巴罗公馆原则》要求法官“向法院披露并酌情向争讼当事人披露他们在任何时候注意到的并应因此适用原则 7 至 13 的任何情况”。《巴罗公馆原则》还要求法院设立“适

[33] 见《国际投资争端解决中心规则》第六条第二款；《国际投资争端解决中心附加便利规则》第十三条第二款；《贸易法委员会规则》第 11 条。可以注意到，当前正在进行的《国际投资争端解决中心规则》修订工作涉及这个问题；在修订议案中，在声明中增加了涉及第三方出资问题的披露要求。这将有助于在遴选过程中避免利益冲突，并使双方当事人更加知情地决定是否有必要申请取消仲裁员资格（见《国际投资争端解决中心规则》修正提案——概要，第 34 段，可查阅：https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf）。

[34] 见《国际投资争端解决中心规则》第六条第二款；见附件《贸易法委员会仲裁规则》。

[35] 见 https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/。关于国际商会作出的进一步解释，见 https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-adopts-guidance-note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/。

[36] 同上。

[37] 《国际法院规约》，第二十四条第一款。

当的程序，以便法官向法院披露并酌情向争讼当事人披露可能影响或看似很有可能影响其相对于任何特定案件的独立性或公正性的诉讼事项”。《巴罗公馆原则》还允许适用与《律师协会准则》规定的弃权制度相类似的弃权制度：“如果法官已经对因之应予适用任一原则的事实作出适当披露，法院对该法官任职无异议，且双方当事人也对该法官任职明示知情同意，则不得妨碍该法官审理案件”（原则15）。[38]

47. 根据《世贸组织解决争端谅解书》，申诉委员会的成员（及其他相关人员）必须做到“独立且公正，应当避免直接或间接的利益冲突，并且应当依照争议解决制度遵守机构程序保密规定，从而通过遵守此类行为标准，维护该机制的廉洁性和公正性。”[39]其适用与投资争议解决有所不同：世贸组织上诉复核工作程序适用于世贸组织申诉程序，对办案法官所须遵守的披露要求作了限制，其中规定，无关紧要的事项无须披露，而且法官的隐私应得到尊重。[40]

48. 在国际层面，仲裁员调查潜在利益冲突的职责范围尚不明确。有些法庭判定，如果仲裁员对某一特定冲突并不知情而且不负有调查义务，则可认为该仲裁员公正性无虞，但其他法庭则要求仲裁员调查潜在的利益冲突。《律师协会准则》规定“如果仲裁员未进行合理调查，不得以不知情为由为其不披露冲突情况的行为开脱责任。”[41]但是，何种调查可被视为“合理调查”要视具体情况而定。

(c) 回避制度概述

49. 确保仲裁员独立性和公正性的其他重要保障措施包括可供当事人以仲裁员实际或看似缺乏独立性或公正性为由申请仲裁员回避的各种标准和程序。有效的回避制度必须具备两项功能：一是切实执行独立性和公正性要求，从而确保程序公正，维护公共利益：也就是说它必须允许取消偏袒一方的仲裁员的资格；二是必须足够健全有力，可确保案件得以继续进行。

50. 如果在指定某一仲裁员以后发现该人不符合操守标准，通常的做法是将该仲裁员免职并替换。几乎所有仲裁法律和仲裁规则都明文规定了因仲裁员不符合操守要求而要求其回避的程序，同时还规定了旨在避免当事人滥用回避程序（例如，试图拖延诉讼）的保障措施。[42]

51. 《贸易法委员会规则》还规定，回避申请提出后，指定仲裁员的一方当事人可以附议，此为首选，其次是被申请回避的仲裁员主动辞去职务，从而开启高效的替换仲裁员程序（第 11 条第 3 款）。该程序要求该当事人或被申请回避的仲裁员承

[38] 欲了解《巴罗公馆原则》，见上文脚注 3。

[39] 《解决争端的规则和手续谅解书行为规则》，1996 年，可查阅：https://www.wto.org/English/tratop_e/dispu_e/rc_e.htm。

[40] 规则六。该项规则结合竞争性因素来权衡披露的重要性，但根据该套规则，任何疑虑均须以有利于披露的方式加以解决。

[41] 《通用标准》第七条(d)项。

[42] 分别鉴于《国际投资争端解决中心规则》和《贸易法委员会规则》中规定的中止程序的要求或可能性。

认据以提出回避申请的理由成立。关于此种辞职情形，在伊朗—美国索赔法庭的判例中有例可循。[43]

52. 在没有与上述软性法律标准相似的指引的情况下，关于回避的判例法在实践中对《国际投资争端解决中心规则》和《贸易法委员会规则》规定标准作了一定阐释。回避决定不会在所有论坛上例行发布，[44]因此，所列举的事例必然是特例。另外，这些回避申请所反映的是具体案件的事实和情况，先前的决定虽有说服力但不具约束力，因此，若要凭此加以推断，须审慎行事。

㈠ 何人提出回避请求并承担举证责任？何人对回避请求作出裁决？

53. 当事人如欲申请仲裁员回避，必须向有关各方说明其意。取消资格的请求必须以书面形式提出，而且其中必须说明其所依据的事实和情况。大部分机构规则以及《贸易法委员会规则》均规定，回避申请必须在规定时限内提出，该时限自仲裁员被指定之日或知晓据以提出回避申请的事实之日起算。关于《解决投资争端公约》所适用的投资争端，《国际投资争端解决中心仲裁程序规则》（《国际投资争端解决中心仲裁规则》）未规定时限，但规定，提请取消资格书应当及时提出，但无论在何种情况下，只要在程序终结之前提出均属有效。[45]这些时限可起到重要的保护作用。

54. 提请回避的当事人承担举证责任证明基于某些事实，有充分理由怀疑仲裁员的独立性或公正性。然而，一项事实是否构成怀疑仲裁员独立性的正当理由可能随着案件的进展而发生变化。

55. 根据《国际投资争端解决中心规则》，如果回避申请关涉到独任仲裁员或法庭的大多数成员，则应交由国际投资争端解决中心行政理事会主席——依照法律即世界银行行长——决定。然而，如果回避申请系针对合议仲裁员中的某一位（或少数）仲裁员提出，则应交由多数仲裁员决定。根据《贸易法委员会规则》，如果其他当事人不同意回避申请或被申请回避的仲裁员不辞职，则应请求指定机构作出决定（见第 13 条）。

㈡ 取消资格的举证标准和最低条件是什么？

56. 根据《解决投资争端公约》第五十七条，申请回避的当事人必须证明“明显缺乏”（除其他事项外）“作出独立裁判的可靠性”。[46]如前所述，《贸易法委员会

[43] 见伊朗代理人致 Moons 的函，《伊朗－美国索赔法庭案例汇编》（第 20 编），第 181 页（1988 年 9 月 13 日）。

[44] 国际投资争端解决中心关于取消资格的决定公布于：https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx。决定公布前，须经各方当事人同意。

[45] 可以注意到，当前正在进行的《国际投资争端解决中心规则》修订工作涉及这个问题；在修订议案中，将提交取消资格动议的时限具体规定为 20 天，取代了先前“及时”提交动议的要求（见《国际投资争端解决中心规则》修正提案——概要，第 34 段，可查阅：https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf）。

[46] 关于国际投资争端解决中心取消资格决定的清单，见 https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx。

示范法》规定，只有存在“引起对[仲裁员的]公正性或独立性产生正当怀疑”的情况时，才可以申请仲裁员回避（第 12 条第 2 款）。

57. 目前普遍认为，毋须证明实际存在依赖或偏颇，单是“证明看似存在依赖或偏颇的表象足矣”，[47]但此种表象应当清楚且明显（也就是说，绝非凭空猜测、推断得出或想当然地以为）；有观点指出，此种表象应当显而易见，法庭无需顾问从旁相助也能一眼发现；此种表象必须有事实根据，而且这项标准对申请回避的当事人“创设了较重的举证责任”。另外，根据伊朗—美国索赔法庭指定机构就某回避申请作出的决定，“在回避申请所依据的指称情况真相不明的情况下，疑点利益应归于被申请回避之人”。[48]

58. “明显缺乏”的确切含义因案而异。虽然《解决投资争端公约》第十四条和第五十七条均未提到“合理怀疑”或第三方客观观察者这一检验标准，但国际投资争端解决中心的某些决定表明，“合理怀疑”——贸易法委员会的标准——足以构成充分理由。[49]因此，有观点指出，倘若“某一第三方经对本案事实进行合理评价，认为存在缺乏公正性或独立性的清楚或明显表象，”即可推断存在明显的偏颇。其他决定则表明，“明显”一词意味着标准较高，所以，冲突定是清楚的或显而易见的。[50]

59. 现有数据普遍表明，不论是以承办案件总量还是回避申请总量为基数，成功的申请回避成功的情况都为数寥寥，占比甚低，[51]尽管被申请回避的仲裁员有可能辞职，但这些数字并不能反映这一机制的真正效力。工作组还不妨注意，已经公布的为数有限的决定强调指出，相关决定系针对具体事实作出，所以仅能提供缺乏公正性和独立性之情形的实例，不可作为这些标准实际适用问题的综合指南。

60. 据以提起回避申请的常见理由是仲裁员与指定方或顾问之间在即时指定范围之外曾经存在或持续存在某种私人或职业关系，而这种关系可能会损害该仲裁员独立且公正地裁决案件的能力。这种所谓的“存在问题的”关系应结合所涉关系的紧

---

[47] Caratube 国际石油公司和 Devincci Salah Hourani 先生诉哈萨克斯坦共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/13/13，关于提请取消 Bruno Boesch 先生仲裁员资格的决定（2014 年 3 月 20 日），可查阅 http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3133.pdf，第 57 段。国际投资争端解决中心主席在之前的两项决定中也依循了这一推理：蓝色银行诉委内瑞拉（蓝色银行国际信托（巴巴多斯）有限公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/12/20，关于双方当事人提请取消法庭多数成员仲裁员资格的决定，第 22 至 26 段（2013 年 11 月 12 日））和伯灵顿诉厄瓜多尔（伯灵顿资源有限公司诉厄瓜多尔共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/08/5，关于提请取消 Francisco Orrego Vicuña 教授仲裁员资格的决定（2013 年 12 月 13 日），可查阅：http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3028.pdf）。

[48] 关于提请第一分庭成员 Assadollah Noori 先生回避的请求，案件编号：248，《伊朗－美国索赔法庭判例汇编》（第 24 编），第 309 至 324 页（1990 年 3 月 2 日）。

[49] Compania de Aguas del Aconquija S.A.和 Vivendi Universal 诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/97/3，关于提请委员会主席回避的决定（2001 年 10 月 3 日）；SGS Société Générale de Surveillance S.A.诉巴基斯坦，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/01/13。

[50] 也就是说，冲突“不言而喻、表象清晰、显而易见，甚至是确定的，而不是以某种方式详尽解释的结果，或者容易引起这样那样的争论，或者必须进行详尽的分析”。Electrabel S.A.诉匈牙利共和国（Electrabel），国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/07/19，关于申请人提请取消法庭某位成员仲裁员资格的决定（2008 年 2 月 25 日）。

[51] 国际投资争端解决中心申请回避成功率约为 3%，伦敦仲裁院商事仲裁申请回避成功率为 22%（这两个百分数均是根据已公布决定的数量计算得出）。另见 A/CN.9/WG.III/WP.146 中所收录的常设仲裁法庭提供的材料，第 60 段。

密程度、持续时间和经济影响以及所涉关系已成历史还是仍在继续等事项加以评估。

61. 国际投资争端解决中心在若干判例中认定，下列关系确实有损独立性和公正性：仲裁员所在律师事务所某海外分支在另一起仲裁案中所代理的客户恰是仲裁员所审案件中被申请人的对方当事人，而且被申请回避的仲裁员从该律师事务所好几个分支取得报酬；仲裁员在另一起引发交叠性法律和事实问题的关联案件中也被指定为仲裁员，而且预计该仲裁员不会保持客观和开明；[52]仲裁程序开始以后，被申请人的团队构成发生变化，大律师被聘请为顾问，而该顾问和仲裁员来自同一家事务所。[53]

㈢ 国际仲裁、国家体系以及国际法院和法庭的回避决定

62. 在国际仲裁这个更广泛的领域内，被认定会引发对独立性和公正性的“合理怀疑”的其他关系包括：仲裁员被多次指定且指定来源较为单一；当事人与仲裁员所在律师事务所之间曾存在某种关系（一次是提供与当前案件无关的法律咨询意见，另一次是就作为当前仲裁标的的合同提供咨询意见）。实质性问题在于仲裁员对与之存在关系的实体或个人的经济依附程度。如果案件结果牵涉到仲裁员的重大经济利益或者如果多次指定表明他或她在经济上依附于一方当事人或顾问，那么他或她就很有可能被取消资格。

63. 在国家层面，有些法院认为，董事会成员不得在涉及其所属公司的案件中担任仲裁员，但英国上诉法院却声称，在此类情况下，不存在有失偏颇的风险。[54]

64. 《律师协会准则》所载“申请清单”中没有将即时仲裁范围以外的任何关系列为“可弃权红色清单”或“不可弃权红色清单”案件。[55]此类关系属于“当事人认为，从案件事实来看，会导致仲裁员公正性或独立性引人生疑的特定情况”（即在“橙色清单”之列），[56]其中包括：先前曾为一方当事人提供法律咨询或曾担任一方当事人的顾问；近三年内曾被指定两次以上；连续被指定三次以上，但该仲裁员所在律师事务所曾提供与仲裁案件无关的法律咨询；大律师所在事务所的另一成员担任合议仲裁员或顾问；担任共同顾问；以及其他表明存在经济依附关系的问题。

---

[52] Caratube 国际石油公司和 Devincci Salah Hourani 先生诉哈萨克斯坦共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/13/13，关于提请取消 Bruno Boesch 先生仲裁员资格的决定（2014 年 3 月 20 日）。

[53] Hroatska Elektroprivreda, d.d.诉斯洛文尼亚，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/05/24，关于某位顾问参与案件的命令，第 34 段（2008 年 5 月 6 日）。与之相反，国际投资争端解决中心在若干判例中认定下列关系不会导致丧失独立性或公正性：仲裁员在一家公司担任非执行董事，而该公司是当事人的一个小股东；仲裁员所在律师事务所的一名成员曾就一宗与仲裁案无关的交易为申请人提供咨询服务（但未提供战略性或一般性法律意见）；仲裁员曾向申请人公司的主要股东提供税务咨询并在他被指定之前曾与申请人代理律师订有利润分享安排，但现已不再担任相关职务；仲裁员曾与指定他担任仲裁员的顾问共同担任顾问；仲裁员与一方当事人的顾问很久之前在学校相识并短暂来往；以及申请人与本方提名的仲裁员偶有社交往来。

[54] W Limited 诉 M Sdn Bhd [2016] EWHC 422 (Comm)。

[55] 关于《律师协会准则》所载各类申请清单的概况，见上文脚注 13。

[56] 同上。

65. 尽管《律师协会准则》日渐被广为接受，工作组仍不妨注意，接收方并非无一例外地认为该《准则》确立了相关标准。[57]例如，在大不列颠及北爱尔兰联合王国发生的一起国际商事仲裁案件中，担任独任仲裁员者是一家律师事务所的合伙人，该事务所在案件仲裁过程中为被申请人一家下属公司提供了实质性的法律咨询服务并从这家公司获得了可观报酬。法官却裁定，不存在明显的偏颇，但他承认，该冲突显然属于“不可弃权红色清单”第 1.4 段所规定的情形。[58]该法官坚称，“公允且知情的观察者”（英国法律规定的相关标准）断不会认定仲裁员确有可能有失偏颇，他还表示，第 1.4 段有失恰当，未考虑到“特定事实实际上能否对公正性或独立性产生任何影响的问题，尤其是在本案中，仲裁员并不知晓这层关系。”[59]

66. 刑事法庭余留事项国际处理机制所运行的一个判例数据库收录了关于取消资格申请的判例。[60]这些判例为取消资格设立了高标准；决定包括：“鉴于实行法官或法庭公正性推定原则，必须出示充分且可靠的证据来证明法官或法庭有失公正；”在没有证据证明有失公正的情况下，必须假定国际法庭的法官“能够摒弃任何不相关的个人信仰或倾向，秉公办案。”[61]

67. 已经公布的资料表明，伊朗—美国索赔法庭自 1981 年开始工作以来共计启动了五次申请回避程序，但负责根据《法庭规则》对回避申请作出决定的指定机构从未批准任何回避申请。不过，在其中两份回避申请中，仲裁员退出案件或被指定方撤职。[62]

3. 改革的可取性

改革目标

68. 在工作组第三十五届会议上，有观点提到：

- 应当欢迎为增强仲裁员独立性和公正性所作的改进，因为这既符合国家的利益，也符合投资人的利益；

[57] 例如，正如关于《律师协会准则》的背景资料中所讨论的那样，“Porter 诉 Magill”（[2001] UKHL 67）一案中所阐明的英国普通法立场是“公允且知情的观察者经考虑这些事实，是否会断定法庭确有可能有失偏颇；在瑞典，是否存在可能“削弱对仲裁员公正性的信任”的情况；在美国，则是“明显有失公正”。

[58] 第 1.4 段所适用的情况是“仲裁员或者其所在事务所经常为当事人或当事人某一下属机构提供咨询服务，而且仲裁员或者其所在事务所从该当事人或其下属机构那里取得丰厚的经济报酬”。

[59] W Ltd.诉 M SDN BHD ([2016] EWHC 422 (Comm))。然而，法国最高法院持有不同看法，认为独任仲裁员未披露其所在事务所在涉及仲裁案一方当事人母公司的交易中起着何种作用“按理会导致对仲裁员的独立性和公正性产生怀疑”（最高法院，民一庭，2015 年 12 月 16 日，N D14-26.279）。

[60] 可查阅：http://cld.irmct.org/?q=en/cases/ictr-icty-case-law-database。

[61] 见 http://cld.irmct.org/notions/show/1027/judges#所收录的案例，另见 Rutaganda 诉检察官一案判决的立场概要，可查阅：http://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-96-3。

[62] 见美国代理人向指定机构 Moons 提出的回避请求，《伊朗－美国索赔法庭判例汇编》（第 7 编），第 289 至 301 页（1984 年 9 月 17 日），以及伊朗代理人致 Moons 的函，《伊朗－美国索赔法庭判例汇编》（第 20 编），第 181 页（1988 年 9 月 13 日）。

- 旨在确保仲裁员独立性和公正性的框架正在不断得到完善；因此，在稍后阶段考虑可能采取的解决方案时，应当考虑到现有框架以及其他机构所作工作的长处和局限性；而且
- 投资争议解决中所有利益攸关方的利益都应当得到考虑，任何解决方案都应当确保平衡兼顾各利益攸关方的利益（A/CN.9/935，第 62 段）。

69. 工作组还不妨考虑以下做法是否可取：考虑为增强仲裁员独立性和公正性而进行的各项改革可能会给投资争议解决制度其他要素（包括投资争议解决案件裁决的连贯性和一致性以及投资争议解决程序的费用和时限）带来的交叉惠益。

各国表达的初步意见

70. 工作组第三十五届会议听取了就可采取哪些办法更好地保障仲裁员独立性和公正性发表的初步意见。

71. 关于具体做法，会上就仲裁员行为守则及其他操守要求的重要性达成了广泛一致。会上注意到一些关于仲裁员行为的现有案文（包括软性法律文书），并提到需要在多边层面作出努力。就此提出的建议主要是贸易法委员会和解决投资争端中心可以合作拟订这样一部守则。另有建议称，如能拟订顾问和专家行为守则，亦将大有裨益（A/CN.9/935，第 64 段）。

72. 会上提出的其他建议包括：㈠确保所有利益攸关方明了独立性和公正性被视为受到损害的最低门槛标准；㈡制订关于仲裁员资格及其职责的要求以及关于多样性或适当地域代表性的要求；以及㈢考虑采用不同的仲裁员指定方式，包括扩大使用指定机构或者使用各国制定的名册（A/CN.9/935，第 65 段）。

供审议的问题

73. 工作组在审议现有投资争议解决制度可在多大程度上为仲裁员和裁定人的独立性和公正性提供充分保障以及审议自认为有必要的任何可能改革时，不妨虑及上文讨论的其他各类体系的特点以及这些体系当前正在进行的改革。

74. 工作组还不妨注意下文所列的其他供审议的问题，这些问题在 A/CN.9/WG.III/WP.149 号文件中亦有讨论，该文件为审议改革的可取性确立了一般框架。

- 独立性和公正性的概念

75. 工作组不妨注意，独立性和公正性这两个概念难以解释，在法律分析中，这两个术语具有若干不同含义。至少有四种意义上的独立性和公正性清晰可辨：二者在不同的时候可被称为心理状态、机构条件、与法治有关的价值观或义务（视具体语境需要，作为规则或原则）。区分这些含义可能是操守问题领域下一步工作的关键所在。[63]

[63] 《当代法理学问题》，第 28 期，2016 年，“法律审裁中的法治、独立性、公正性和中立性”，Diego M. Papayannis。

76. 工作组不妨考虑在投资争议解决中个人（而不是机构）独立性的重要意义有何影响。在投资争议解决中不存在保障机构独立性的惯常措施（自主预算、内部组织、透明招聘流程、客观的案件指派、有保障的任期和固定期限）。工作组不妨考虑这种特点是否可以在一定程度上解释指定机制与源于法院和法官背景的独立性和公正性概念之间的紧张关系。

77. 另外，与从事一般商事仲裁的专业人士数量相比，投资争议解决领域的专业人士较少。2017 年以多法院数据库和国际投资争端解决中心数据库中的 1,039 个判例为样本进行的一项研究得出结论称，该体系由一小群数量在 25 至 30 人之间的专业人士（百分之一的律师）主宰。[64]因此，如果其中一位专业人士被指定仲裁一项争议，其裁决可能会与由此人或由与之保持密切职业关系者担任顾问的其他案件具有相关性。投资争议解决制度的这些特殊性意味着，在实践中，必须权衡案件的情节，以确定与某一当事人保持某种既有职业关系的仲裁员是否违反了保持独立性或公正性的义务。

78. 工作组还不妨考虑国际仲裁扩张所带来的影响，因为扩张业已导致参与仲裁进程的当事人多样化。因此，各方当事人对仲裁员操守或行为的看法可能迥然有别，一方的期待有时可能会与另一法域内其他人的期待或与国际仲裁的一般做法相互龃龉。近来发生的争议案件涉及多个当事人和复杂的交易，比以往更加错综复杂，关于操守要求的新问题随之而来，而且这些问题还更加微妙。仲裁程序监管的加强和仲裁过程透明度的提高也影响着当事各方对仲裁员操守和行为的期望。

79. 此外，虽然目前看似已就基本操守标准达成普遍共识，但在实践中，对这些标准履约情况的评估可能会存在很大差别，这既取决于被认为适用的案文，也取决于评估实施者是仲裁员本人、当事人还是仲裁机构或国家法院。另外，操守标准本质上会随着现实的发展而演变，但又往往缺乏关于其实际影响的解释性内容。况且，仲裁法庭还可能会受到不止一种操守标准约束，具体取决于仲裁员的国籍、所隶属的律师协会以及仲裁地点。因此，可能会出现多项规范同时适用的情况，但对于倘若可适用规范出现冲突，应以哪种规范为准，却又没有明确的规定可循。

- *披露与回避*

80. 工作组不妨考虑披露和回避程序是否足够明确且可预测，以便仲裁员在实践中能够据以决定哪些事项应当披露，并以便当事人据以决定是否对仲裁员的指定提出异议或寻求撤销裁决或以仲裁员未作披露为由拒不执行裁决。

81. 工作组还不妨考虑到披露规定要求披露的某些信息未必构成取消资格的依据。《贸易法委员会规则》规定的披露要求适用于“可能导致有正当理由怀疑”仲裁员独立性和公正性的情事，而取消资格所依据的是“有正当理由怀疑仲裁员公正性或独立性……的情事”。[65]同样，《国际投资争端解决中心规则》就披露所规定的“作

[64] 投资条约仲裁仲裁员和律师网络。Langford、Behn 及 Lie（2017 年）；见 https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/news-and-events/news/research-news/double-hatting.html。

[65] 《贸易法委员会规则》第 11 条和第 12 条。

出独立裁判的可靠性”这一要求据称要比会导致取消资格的“明显缺乏”该种可靠性这一要求更加宽泛。[66]

82. 此外，工作组不妨考虑到，虽然可适用的诸项标准均要求仲裁员和其他裁定人具有独立性和公正性，但它们却都没有就独立性和公正性的实际适用和解释提供详细指导。上文对已公布的回避决定所作的讨论业已表明，这些标准的实际适用可能难以预测。因此，工作组不妨审议这些决定本身能否为披露和取消资格标准提供充分指导。

83. 如前所述，回避制度的实效取决于当事各方或其顾问是否愿意提出取消仲裁员资格的申请，以及它们在有此意愿的情况下，有无有效的程序可用。关键要素在于：申请的结果可以预测，申请能够得到及时裁决，而且（不论裁决结果如何）不会对申请回避的当事人造成任何后果。相关特例表明，申请取消仲裁员资格的当事人担心承受不良后果，这也就意味着某些可能缺乏独立性和公正性的情况没有得到解决。另外，有观点认为，利益冲突根本无法通过该制度得到彻底解决。

84. 有专项评论指出，在国际仲裁中，回避申请的数量与战术性、无理取闹或毫无意义的回避申请的数量可能普遍都在增加。[67]在某投资争议解决案例中，一方当事人在 2011 年 10 月至 2016 年 2 月期间共针对同一位仲裁员先后提出了五次回避申请，这些申请均被驳回。[68]

85. 工作组不妨审议贸易法委员会和国际投资争端解决中心外部程序性要素可在多大程度上为增强该制度的实效提供额外支持。例如，在一些机构仲裁中，仲裁机构会对回避申请举行听证，其程序包括若干轮书面申请以及反对方和仲裁员发表评论。

86. 鉴于关于投资争议解决中回避申请的决定不会例行公布，工作组还不妨审议是否应当提高这些回避申请的透明度。相较之下，国际仲裁伦敦法院会在线公布关于国际商事仲裁中提请仲裁员回避的决定及决定摘要。[69]

---

[66] 《国际投资争端解决中心规则》规则 6(b)项。

[67] 例如见，国际仲裁伦敦法院，参考编号：5660（2005 年 8 月 5 日）。

[68] ConocoPhillips 公司等诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，国际投资争端解决中心，案件编号：ARB/07/30。

[69] 可查阅：http://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx。判例包括根据《国际仲裁伦敦法院规则》裁决的案件，以及国际仲裁伦敦法院作为指定方并根据《贸易法委员会规则》裁断的仲裁案件。