

论腐败指控对国际投资仲裁的影响

——基于“一带一路”沿线国家案例研究

宋俊荣*

摘要：针对投资中腐败行为的指控不仅影响国际投资仲裁庭管辖权的确立，而且对案件的实体审理造成显性或隐性影响。总体而言，在“一带一路”沿线国家国际投资仲裁案件中，腐败问题对投资者造成了更多的不利影响。现有仲裁实践存在四个方面的不足：对腐败的认定重事实、轻法律，关于腐败认定的证明标准不统一，腐败是否影响投资合法性的认定不一致，重投资者责任、轻东道国责任的认定。对于赴“一带一路”沿线国家投资的中国投资者而言，如果面临索贿，可提请投资仲裁；如果面临东道国可能提出的腐败指控，可从六个方面提出诉求和反驳。中国在与沿线国家共同构造的国际投资法律秩序中应注重纠正腐败问题处理上的利益失衡，在更为公平的基础上有效打击腐败。

关键词：腐败指控 国际投资仲裁 一带一路 管辖权 投资者 东道国

腐败是阻碍人类社会发展的顽疾之一。^① 相比其他国际经济活动，国际投资面临更多的东道国政府管制措施，因而成为跨国腐败的重灾区。传统国际投资协定（International Investment Agreements，以下简称 IIAs）以保护和促进外国直接投资为主要目标，少有条款直接提及腐败。由腐败而促成许可的投资是否无法享受 IIAs 项下保护？基于腐败获批的投资合同是否无效？投资者是否因此而丧失诉权？东道国是否因此而免于承担违反 IIAs 或投资合同的责任？涉及腐败问题的处理应考虑哪些政策目标？腐败的证明应适用何种标准？在缺乏明确规定的情况下，仲裁庭对于这些问题的处理呈现出“百家争鸣”的局面，并在裁决结果上忽略了对投资者正当权益的合理关照。新一代 IIAs 在规制腐败问题上更为主动。一方面，新兴的企业社会责任条款和缔约方反腐败条款对投资者和缔约方均明确提出了反腐败要求。另一方面，在争端解决条款中增加除外规定，剥夺涉腐投资者的诉权。但总体来看，IIAs 在应对腐败方面还有较大的完善空间。

在国外，学者们从国际投资争端当事方应对腐败问题的优劣势比较、公职人员腐败是否导致国家责任、投资合同订立过程中腐败行为对合同效力的影响、贿赂行为的证明标准、IIAs 规制腐

* 上海政法学院国际法学院副教授。本文为作者主持的中国法学会 2021 年度部级法学研究课题“《中欧全面投资协定》国家间争端解决机制研究”[CLS (2021) D108] 和上海政法学院 2021 年度校级科研项目(2021XJ05) 的阶段性成果。

① 虽然目前没有关于腐败和贿赂的统一定义，但是一般认为贿赂是腐败的主要表现形式。通常，贿赂行为为各国刑法所定罪，但不是所有的腐败行为都会被定罪。本文在一般意义上描述滥用公权力以谋私利的行为时使用腐败的概念，在涉及投资者与公职人员之间发生的给予、索要好处以换取某种利益的情形时使用贿赂的概念。

败应考虑的政策目标等方面进行了深入研究。^① 在国内,也有一些学者从仲裁庭应对东道国腐败抗辩的困境及其解决、“洁手”理论(the “clean hands” doctrine)、善意原则、弃权原则及禁止反言原则的适用、贿赂行为的证明标准、基于当事方过失程度分配责任、国际投资争端解决中心(International Center for Settlement of Investment Disputes, 以下简称 ICSID)与内国反腐败执法机构协作机制等方面进行了探究。^② 但鲜见对涉腐国际投资仲裁实践进行区域性研究的成果,以及就中国如何应对现有仲裁实践的不足提出针对性建议的成果。^③

本文首先梳理争端当事方包含“一带一路”沿线国家或其投资者的涉及腐败行为的投资仲裁案件,然后分析针对腐败行为的指控对管辖权和实体问题的影响路径,总结仲裁庭在审理腐败相关问题上存在的不足,最后提出中国投资者应采取的仲裁策略,并探讨中国如何完善与“一带一路”沿线国家之间的 IIAs 和相关国内法,更加公平、有效地治理跨国腐败。

一 涉及腐败行为的投资仲裁案件总体特征与主要类型

据公开资料统计,截至 2021 年 9 月,“一带一路”沿线国家的国际投资仲裁案件中涉及腐败问题的有 22 起。腐败发生的时间既有申请设立投资阶段,也有投资运营阶段;腐败发生的领域既有行政腐败,也有司法腐败;腐败涉及的主体既有投资者和东道国公职人员,也有第三方和第三国公职人员,^④ 在主体的主观意愿上,既有投资者或第三方主动行贿,也有公职人员索贿,还有双方共同促成的贿赂;腐败引起的实体法律问题既涉及行政审批、投资合同和经营行为的合法性,也涉及东道国国内司法判决的合法性。基于上述多样性,在国际投资仲裁中对腐败行为的指控有可能出现在不同阶段,由不同主体提出。

在投资者诉东道国案件中,投资者和东道国均有可能提出针对腐败行为的指控。

首先,东道国作为被诉方,提出投资者行贿的抗辩案件有 14 起。具体来看,东道国在管辖权异议中提出腐败抗辩的有 5 起。其中,东道国提出腐败抗辩成功阻止仲裁庭行使管辖权的有 1 起;^⑤

① See Kevin E. Davis, “Contracts Procured Through Bribery of Public Officials: Zero Tolerance Versus Proportional Liability”, (2018) 50 *New York University Journal of International Law & Politics* 1261; Michaela Halpern, “Corruption as a Complete Defense in Investment Arbitration or Part of a Balance?”, (2016) 23 *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 297; Bruce W. Klaw, “State Responsibility for Bribe Solicitation and Extortion: Obligations, Obstacles, and Opportunities”, (2015) 33 *Berkeley Journal of International Law* 60; Aloysius P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

② 参见银红武:《论涉腐国际投资仲裁中 ICSID 与内国反腐执法机关间协作机制的构建》,载《国际经济法论丛》2020 年第 4 期;银红武:《ICSID 仲裁庭应对东道国腐败抗辩的困境及其解决——以仲裁庭对涉腐投资主张无管辖权为切入点》,载《湖南师范大学社会科学学报》2019 年第 4 期;张建:《论投资者与国家间仲裁中的腐败问题》,载《上海对外经贸大学学报》2018 年第 6 期;王晓峰、阿迪拉·阿布里克木:《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》,载《国际法研究》2018 年第 4 期;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》2012 年第 1 期。

③ 本文中的“国际投资仲裁”一律指代投资者与国家间仲裁。

④ 东道国公职人员与第三方之间的贿赂往往剥夺了作为仲裁申请人的投资者的投资机会,从而受到投资者指控,参见 *ECE Projektmanagement v. The Czech Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-5。投资者与第三国公职人员之间的贿赂会涉及投资者在该国相关行为的合法性,从而受到东道国指控,参见 *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15。

⑤ See *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3。

被驳回的有2起,其中1起是因为证据不足而被驳回,而另1起是因为因果关系不成立而被驳回;^① 双方和解的有1起;^② 仲裁庭基于其他理由裁决无管辖权的有1起,但仲裁庭明确表示,如果申请人贿赂东道国司法人员被证实,那么东道国国内相关司法判决肯定不能被视为解决了双方之间的争端。^③ 东道国在实体审理阶段提出腐败抗辩的有9起。其中,腐败作为独立争议点的有7起。东道国抗辩获仲裁庭支持从而导致投资者所有诉求被驳回的有2起;^④ 另外5起均未获仲裁庭支持,主要原因是证据不足。其中,1起案件的仲裁庭未指明证明标准;^⑤ 2起案件的仲裁庭指明应适用“明确且令人信服”(clear and convincing evidence)的标准;^⑥ 另外2起案件的仲裁庭认为东道国的所有腐败指控均未满足“明确且令人信服”的标准,但其中3项腐败指控满足“盖然性权衡”(balance of probabilities)标准,仲裁庭进而认定申请人在阻碍审计和阻碍证人作证方面存在恶意,并以此为由之一裁决申请人无权获得双边投资协定(Bilateral Investment Treaty,以下简称BIT)项下的权利和救济。^⑦ 在另外2起案件中,当事人未将腐败作为独立争议点,因此仲裁庭未专门审理腐败问题。^⑧

其次,投资者指控东道国公职人员腐败的案件有7起。其中,腐败指控被仲裁庭驳回的有4起,主要原因是证据不足;^⑨ 投资者主动撤回腐败指控的有1起;^⑩ 仲裁庭裁决腐败指控不在管辖权范围内的有1起;^⑪ 还有1起尚未结案。^⑫

① See *African Holdings Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S. A. R. L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/05/21; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18.

② See *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.

③ See *Industria Nacional de Alimentos, S. A. and Indalsa Perú, S. A. (formerly Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú, S. A.) v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4.

④ See *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7; *Spentex Netherlands, B. V. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/13/26.

⑤ See *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3.

⑥ See *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15。“明确且令人信服”的标准源自美国,它介于民事诉讼常用的“盖然性权衡”标准和刑事诉讼常用的“排除合理怀疑”标准之间。“盖然性权衡”标准要求当事人提供的证据所证明之事实的真实性大于虚假性。“排除合理怀疑”标准要求裁判者排除对指控罪行之真实性的全部合理怀疑,继而形成被告有罪的内心确信,所谓合理怀疑是指经过对证据的全面比较和权衡之后所产生的现实的、充分的、合乎常理的怀疑。

⑦ See *Lao Holdings N. V. v. Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB (AF) /12/6; *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013 - 13.

⑧ See *Inceysa Vallisoletana S. L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25.

⑨ See *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13; *Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16; *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14; *ECE Projektmanagement v. The Czech Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010 - 5.

⑩ See *F-W Oil Interests, Inc. v. Republic of Trinidad & Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14。在该案中,投资者F-W石油利益公司指控其原本应中标的油田项目因其拒绝官员索贿而失败,但其在后续的口头听证中撤回了此项腐败指控,而仲裁庭则以F-W Oil未取得任何有关投资的法律权利为由驳回了其全部诉求。

⑪ See *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14。本案投资者RSM在提交撤销初始仲裁裁决的申请后,才提出腐败指控。ICSID专门委员会认为该指控不在其管辖权范围之内,并指出RSM如果有强有力的新证据,可以申请原仲裁庭重启仲裁。

⑫ See *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/13/32.

在东道国诉投资者案件中，东道国作为申请人，也有可能提出投资者行贿的指控。此类案件有1起，即“坦桑尼亚电力供应公司诉坦桑尼亚独立电力有限公司案”（*Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*，以下简称“Tanesco v. IPTL案”）。^① 该案申请人是坦桑尼亚全资国有企业，其提出的腐败指控未获仲裁庭支持，主要原因是在贿赂和投资项目的批准之间缺乏因果关系。

由此可见，东道国在提出腐败作为抗辩理由方面占据了绝对优势，相关案件占比高达68%。虽然腐败指控获仲裁庭支持的案件为数不多，但在其他案件中，腐败指控本身也造成了仲裁进程的延误和大量资源的浪费，更为重要的是对仲裁员偏好会产生潜在影响。^② 反观投资者一方，提出腐败指控的案件不仅占比较小，而且均未获仲裁庭支持。总体而言，腐败指控在国际投资仲裁中对投资者造成了更多的不利影响。

二 腐败指控对投资仲裁案件管辖权的影响

国际投资仲裁庭管辖权的确立需要争端双方的同意。实践中，争端双方表示同意的方式主要有两种。一是东道国先行在与投资者母国缔结的投资协定中纳入仲裁条款，同意以仲裁的方式来解决基于协定项下全部或某些条款产生的争端，投资者在此类争端发生后提交仲裁申请书以表示同意。二是东道国与投资者在投资合同中纳入仲裁条款，同意以仲裁的方式来解决基于合同项下全部或某些条款产生的争端。前者为条约项下仲裁，后者为合同项下仲裁。^③

（一）腐败指控对条约项下仲裁案件管辖权的影响

在条约项下仲裁案件中，针对腐败行为的指控对仲裁庭管辖权的影响主要涉及三个方面。一是对事管辖权，二是对人管辖权，三是属时管辖权。

1. 腐败指控对仲裁庭对事管辖权的影响

在条约项下仲裁案件中，争端必须产生于条约所涵盖的投资。腐败的存在有可能使得争端无法满足这一条件。

首先，如果投资者援引的IIAs对投资设定了“须符合东道国法律”的要求，而投资者为了获得投资的批准而行贿，作为被申请人的东道国便可提出如下抗辩：由于投资者为设立投资从事了贿赂行为，因而其投资不属于条约涵盖的“符合东道国法律的投资”，基于该投资产生的争端

① *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, ICSID Case No. ARB/98/8.

② 这种潜在影响就是，东道国更为频繁地提起腐败指控会让仲裁庭先入为主地认为过错在投资者这一方，从而作出更有利于东道国的裁定。See Aloysius P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp. 198–200.

③ 除了这两种同意方式外，争端当事国还可以通过其国内法来表示对仲裁的同意。笔者目前仅发现一起涉及腐败案件建立在此种同意的基础之上。只是该案的管辖权裁决无从查询，仅从最终裁决尚不能确定埃及提出的腐败指控是否服务于管辖权抗辩。最终埃及提出的管辖权抗辩未获仲裁庭认可。在实体审理阶段，仲裁庭对埃及的腐败指控进行了审理并予以驳回，因为埃及提供的证据不够充分，且拒绝提供涉腐官员信息，该案具体参见 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award dated May 20, 1992, paras. 127–132。从理论上来说，基于东道国国内法提请仲裁的案件中腐败指控对管辖权的影响与条约项下仲裁案件中的情形相似，均可以从对事管辖权、对人管辖权和属时管辖权三个方面进行分析。本文不再赘述。

便不属于其在条约中同意提交仲裁的争端范围。^① 由于欠缺东道国对于仲裁的同意，所以仲裁庭不享有管辖权。在“以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案”（*Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*）中，东道国就提起了此种抗辩，指控金属技术有限公司支付给两位乌兹别克斯坦国民400万美元的咨询费构成贿赂，因此涉案投资不满足以色列—乌兹别克斯坦BIT（1994）对于“投资须符合东道国法律”的要求，从而使得产生于该投资的争端不属于乌兹别克斯坦同意提交仲裁的争端。对此，仲裁庭予以认可并拒绝行使管辖权。^② 不过，需要强调的是，如果腐败发生在投资设立后的阶段，那么仲裁庭的管辖权不会受到影响。但在实体审理阶段，投资者在条约项下可获得的救济会受到影响，因为腐败可能成为东道国采取被诉措施的正当理由。^③

其次，目前IIAs对投资的界定一般仅包括准入后的投资，即已成功完成审批程序的资本流入。依此规定，外国投资者在尚未完成审批程序之前投入的资源以及所申请的投资项目就不构成投资条约中的“涵盖投资”（covered investment）。但是，如果投资者因拒绝东道国官员索贿而无法获得审批，其前期投入的各种资源极有可能因为无法回收而构成直接损失，申请项目的落空则会构成间接损失。对于上述损失，投资者却无法通过援引投资条约申请仲裁来寻求救济，因为他尚未拥有“涵盖投资”。在“F-W石油利益公司诉特立尼达和多巴哥案”（*F-W Oil Interests, Inc. v. The Republic of Trinidad and Tobago*）中，F-W石油利益公司曾经指控其在拒绝了东道国官员150万美元的索贿要求后，原本应中标的油田项目被索贿官员搅局，其在投标过程中投入的大量资金和知识产权也均化为泡影。虽然F-W石油利益公司在案件审理过程中因未公开的原因撤回了该索贿指控，但是仲裁庭最后裁决驳回F-W石油利益公司全部诉求的根本原因就是其“未获得任何有关投资的法律权利”，即未拥有美国—特立尼达和多巴哥BIT（1994）中的“涵盖投资”。^④

2. 腐败指控对仲裁庭对人管辖权的影响

一般而言，不拥有“涵盖投资”的自然人或法人无法成为投资协定所涵盖的投资者。虽然近年来的投资协定已开始逐渐涵盖寻求从事投资的投资者，但此类投资者所能适用的条款非常有限。例如，中国—加拿大BIT（2012）第1条第2款规定，任一缔约方的“投资者”是指寻求从事，正在从事或者已经从事一项涵盖投资的该缔约方自然人或企业，但是“寻求从事”和“正在从事”仅适用于第5条的最惠国待遇条款。再如，《中国—东盟全面经济合作框架协议投资协议》（2009）第1条第1款规定，“一缔约方的投资者”是指正在或已在其他缔约方境内进行投资的一缔约方自然人或法人，但“正在其他缔约方境内进行投资”仅与最惠国待遇条款以及转移和利润汇回条款相关。因此，如果争端涉及其他条款，上文探讨的腐败指控对仲裁庭对事管辖权的影响会同时波及对人管辖权。

3. 腐败指控对仲裁庭属时管辖权的影响

依据《维也纳条约法公约》第28条，条约不溯及既往，除非缔约国有明示或默示的不同约

① 中国分别与老挝、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、罗马尼亚和埃及缔结的BIT均包含措辞相同的投资“须符合东道国法律”要求。例如，中国—老挝BIT（1993）第1条第1款规定：“‘投资’一词是指缔约国一方投资者依照缔约国另一方的法律和法规在后者领土内投资的各种财产……”

② *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award dated October 4, 2013, paras. 327, 352.

③ *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, PCA Case No. 2013 - 13, Award dated August 6, 2019, paras. 87, 97; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award dated August 16, 2007, para. 345.

④ *F-W Oil Interests, Inc. v. The Republic of Trinidad and Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14, Award dated March 3, 2006, paras. 36, 50, 210.

定。因此，缔约国对仲裁的同意一般仅适用于 IIAs 生效后发生的投资争端。而争端发生时间的界定有可能受到司法腐败的影响。在“卢凯帝公司诉秘鲁案”（*Industria Nacional de Alimentos, S. A. and Indalsa Perú, S. A. v. Republic of Peru*）中，卢凯帝公司援引的秘鲁—智利 BIT（2000）于 2001 年 8 月 3 日生效，且明确规定不适用于 BIT 生效之前发生的争端。秘鲁主张其与卢凯帝公司之间的争端产生于 1997 年，因此仲裁庭对本案不享有属时管辖权。卢凯帝公司则辩称双方之间的初始争端已经由当地司法途径解决，本案所涉争端是双方之间在 BIT 生效后产生的新争端。秘鲁则主张相关判决系基于贿赂而作出，因而无效，双方之间的争端始终存在。虽然仲裁庭基于其他理由判定双方之间自始至终仅存在一个争端，但同时强调，如果能证实相关判决系基于贿赂而作出，则其不能产生结束双方之间争端的效果。^①

（二）腐败指控对合同项下仲裁案件管辖权的影响

一般而言，仲裁条款的效力独立于主合同。因此，即使合同因当事方的贿赂行为而无效或被撤销，其中的仲裁条款依然能作为仲裁庭行使管辖权的依据。但是，司法和仲裁实践中出现了不少与此相悖的做法。最早也最为知名的一起案件是国际商会国际仲裁院第 1110 号案件，该案涉及以给付贿赂款为主要目的的佣金合同。独任仲裁员拉格尔格伦（Lagergren）认为，贿赂严重违反了国际公共政策和公序良俗，且任何人均不得因其不法行为而获益。依据仲裁员对此类性质纠纷不享有管辖权的一般原则，他拒绝对本案行使管辖权。^②

在涉及腐败的投资仲裁中，目前仅有 1 起合同项下仲裁案件的东道国提出了管辖权抗辩。在“尼科公司诉孟加拉国等案”（*Niko Resources Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, etc*）中，^③孟加拉国提出管辖权抗辩的理由之一是原告尼科资源公司行贿，并提出了 3 个论点：（1）同意提交 ICSID 仲裁的要约只适用于善意投资；（2）仲裁庭行使管辖权将损害 ICSID 争端解决机制的完整性；（3）“洁手”理论。^④仲裁庭将本案所涉合同与前述第 1110 号案件所涉合同进行了区分，指出前者内容和目的均合法，而后者内容和目的均违法。即使孟加拉国的指控成立，前者也只属于可撤销合同，而非自始无效。经过审理，仲裁庭只认可了经加拿大警方认定的两笔贿赂，即一辆丰田汽车和一次往返加拿大的差旅费。不过，仲裁庭认为这两笔贿赂并未导致本案所涉合同丧失合法性，因为两者之间并无直接因果关系。并且，孟加拉国也明确表态不希望撤销合同，也未主张合同无效。因此，双方之间合同及其中的仲裁条款均有效。^⑤

① *Industria Nacional de Alimentos, S. A. and Indalsa Perú, S. A. (formerly Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú, S. A.) v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award dated February 7, 2005, para. 57.

② See Dr. J. Gillis Wetter, “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110”, (1994) 10 (3) *Arbitration International* 277. 该案裁决附于该篇短评之后。

③ See *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18.

④ 由于本案是合同项下仲裁，而合同中不含“投资须符合东道国法律”条款，故孟加拉国将“洁手”理论作为一般法律原则予以援引。

⑤ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction dated August 19, 2013, paras. 374 – 377, 423 – 455.

对于孟加拉国的3个论点，仲裁庭一一进行了反驳。^① 首先，本案是合同项下仲裁，双方已达成仲裁合意，投资缺乏善意不足以否决仲裁庭的管辖权，只能将其作为实体问题审理。其次，在存在有效仲裁协议及满足《解决国家与他国国民间投资争端公约》（Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States，以下简称《ICSID公约》）相关条件的情况下，仲裁庭行使管辖权是有利于促进ICSID争端解决机制完整性（integrity）的。最后，“洁手”理论是否构成习惯国际法原则或一般法律原则尚存争议。“荷兰诉比利时默兹河水改道案”（*Netherlands v. Belgium*）中，休德逊（Hudson）法官的个人意见和“圭亚那诉苏里南海洋划界仲裁案”（*Guyana v. Suriname*）裁决将该理论在国际法中的适用总结为3个要件：（1）双方的不法行为应持续至原告提出诉求之时；（2）原告寻求的救济必须是阻止被告在将来继续维持其不法行为；（3）双方违反的义务之间具有相互依赖性。^② 仲裁庭认为，这些要件在本案中均未得到满足，孟加拉国所指控尼科公司的不法行为已结束，并未持续至仲裁启动之时；尼科公司寻求的救济不是阻止已结束的不法行为；尼科公司寻求的救济与其不法行为之间无相互依赖关系，故而“洁手”理论不适用于本案。^③

（三）小结

针对腐败行为的指控对仲裁庭管辖权的影响路径主要是东道国以投资者行贿为由提出管辖权异议。相对而言，腐败指控对条约项下仲裁管辖权的影响要强于其对合同项下仲裁管辖权的影响。究其原因，IIAs中东道国对可提交仲裁的争端设置了若干限制条件。其中最为典型的是争端须产生于“符合东道国法律”的投资，以及对“涵盖投资”和“涵盖投资者”的限定。而腐败的存在使得相关争端可能无法满足这些条件，这也暴露出现有IIAs缺乏对腐败问题的充分关照。反观合同项下仲裁，由于东道国对仲裁的同意是面对确定的投资者和确定的争端，因而无须另行设立限制条件。所以，基于腐败提出管辖权抗辩尚无强有力的法律依据。

三 腐败指控在案件实体审理阶段产生的影响

对腐败的指控进入实体审理阶段主要有两种情形。^④ 一是腐败发生在投资设立阶段，但被诉

① *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction dated August 19, 2013, paras. 465–485.

② “洁手”理论是衡平法中的一项重要理论，其意为“寻求衡平法救济之人必须自身清白”。该理论在国际法领域的适用较为罕见，其内涵也尚未形成共识。国际法院曾多次拒绝该理论的适用，且从未以其为依据来拒绝原告诉求。但国际法院某些案件中的个别意见及常设国际法院某些案件的判决是支持该理论的。就三要件的总结而言，前两个要件针对衡平法救济的特定形式，最后一个要件将原告的不法行为限定为与案件所涉纠纷有直接和必然的联系。See *Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, 1937 P. C. I. J. (Ser. A/B) No. 70, Individual Opinion by Mr. Hudson, p. 77; *Guyana v. Suriname*, Award, ICGJ 370 (PCA 2007), paras. 420–421.

③ See *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction dated August 19, 2013, para. 483.

④ 在有些涉及腐败的仲裁案件中，东道国会提出投资者诉求不具有可受理性（inadmissibility）的抗辩。理论上，该抗辩与管辖权抗辩同属先决性抗辩。但目前的绝大多数仲裁规则并未明确授权仲裁庭在先期审理阶段以不可受理为由驳回投资者诉求。所以，实践中关于不可受理的抗辩基本上是合并并在实体审理阶段处理。参见陈虹睿：《国际投资条约程序性条款之改造——通向新卡尔沃主义？》，法律出版社2020年版，第130—142页。

东道国未提出管辖权异议，仲裁庭遂行使了管辖权。二是腐败发生在投资设立后阶段，投资设立之时的合法性未受影响，因此仲裁庭得以行使管辖权。^① 综合来看，腐败指控在案件实体审理阶段产生的影响包括显性和隐性两个方面。

（一）腐败指控在案件实体审理阶段产生的显性影响

有 2 起案件的仲裁庭在实体审理阶段认可东道国提出腐败的抗辩继而驳回投资者全部诉求，即“全球免税公司诉肯尼亚案”（*World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*）和“斯彭泰克斯公司诉乌兹别克斯坦案”（*Spentex Netherlands, B. V. v. Republic of Uzbekistan*）。

“全球免税公司诉肯尼亚案”系合同项下仲裁。全球免税公司的首席执行官主动交代其向肯尼亚时任总统给付了 200 万美元。不过，执行官认为这不是贿赂，而是按照当地风俗“哈拉姆贝”（harambee）给予的个人捐赠。仲裁庭作出了下列认定。（1）依据“哈拉姆贝”特别工作组向肯尼亚司法部提交的一份报告，近些年来“哈拉姆贝”精神已被广泛滥用，成为敲诈勒索、腐败和滥用职权等行为的借口。（2）依据执行官的证词，其给付行为具有隐秘性，且其目的不仅是为了获得与时任总统会见的机会，更为重要的是为了在会见中获得总统对其规划投资项目的许可，因此执行官的行为构成了贿赂。并且，如果没有贿赂，双方之间不可能缔结合同。（3）贿赂违反国际公共政策，因此基于贿赂获得的合同不应得到认可。（4）在英国法和肯尼亚法中，通过非法途径形成的合同属于可撤销合同。本案所涉合同即属于此种类型，且肯尼亚已经及时、明确地撤销了该合同。（5）无论肯尼亚当地习俗怎样，当事方都不能违反合同约定的准据法以及国际公共政策。（6）肯尼亚总统的受贿行为不应归责于肯尼亚政府，从而不适用“弃权”（waiver）或禁止反言原则。（7）时任肯尼亚总统的索贿受贿行为不能作为减轻贿赂对合同效力影响程度的考量因素。基于上述认定，仲裁庭最终驳回了全球免税公司的全部诉求。尽管仲裁庭注意到该裁决可能存在不公平之处，但是仍然坚持严格适用英国法中的原则——“诉因不能建立在不道德或不法行为的基础之上”（*ex dolo malo non oritur actio*），并强调法律保护的不是诉讼当事人，而是社会大众。另外有一点值得注意的是，依据英国法，合同被撤销后可以产生恢复原状的法律后果。但是，仲裁庭并未作出此项裁决，其理由是全球免税公司未提出此项诉求。不过，仲裁庭裁决双方当事人各自承担己方的法律费用，并平摊仲裁费用。^②

“斯彭泰克斯公司诉乌兹别克斯坦案”系条约项下仲裁。仲裁庭援引了经济合作与发展组织的《禁止在国际商事交易中贿赂外国公职人员公约》以及《联合国反腐败公约》对于贿赂外国公职人员行为的规定，但未就具体证明标准表明立场。通过对所有证词和证据的全盘考虑，仲裁庭认定了一系列风险信号（red flags）：支付给咨询顾问的佣金畸高，向仲裁庭隐瞒和试图隐瞒咨询合同，咨询顾问缺乏资质，对咨询顾问提供的服务描述模糊，且缺乏咨询顾问提供等值服务的记录，咨询顾问的聘用与斯彭泰克斯公司递交投标书之间间隔很短，斯彭泰克斯公司给出的解释

① 在“福兰波特诉菲律宾案”中，仲裁庭指出：如果投资者在投资设立之初遵守了东道国法律，而东道国指控其在投资运营阶段违反了东道国国内法，该抗辩只能适用于投资者对东道国违反 BIT 提出的实体诉求，不能剥夺仲裁庭在 BIT 项下的管辖权。See *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award dated August 16, 2007, para. 345.

② *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award dated October 4, 2006, paras. 132 – 186, 192.

不合理,等等。^①虽然没有乌兹别克斯坦官员接受款项的直接证据,且乌兹别克斯坦也未采取任何刑事措施,但仲裁庭还是认定,对于2006年6月的招投标和斯彭泰克斯公司设立投资期间所发生的一系列事件,最令人信服的解释显然是斯彭泰克斯公司支付给咨询顾问的佣金最终流向了乌兹别克斯坦官员,从而构成贿赂。斯彭泰克斯公司的诉求因此被全部驳回。不过,仲裁庭裁决双方当事人各自承担己方的法律费用,并平摊仲裁费用。此外,仲裁庭还以不利的费用裁决作为筹码,敦促乌兹别克斯坦向联合国反腐败项目捐款。^②

(二) 腐败指控在案件实体审理阶段产生的隐性影响

在一些案件中,虽然东道国提出的腐败抗辩未得到支持,但对案件实体问题的审理也会产生隐性影响。“世能公司诉老挝人民民主共和国案”(Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic)和“老挝控股公司诉老挝人民民主共和国案”(Lao Holdings N. V. v. Lao People's Democratic Republic)就是典型例证。

2起案件的申请人是关联企业,老挝控股公司对世能公司享有100%控制权,它们就不同的投资项目分别依据老挝—荷兰BIT(2003)和中国—老挝BIT(1993)提请仲裁。老挝在2起案件中均提出了两个方面的腐败指控。一是申请人在投资设立阶段的行贿,包括:(1)向老挝税务当局行贿3万美元,以获得2009年固定税收协议的批准;(2)向老挝政府官员支付2.5万美元,以获得申请人希望建立的塔哈克老虎机俱乐部和接待中心的许可证。二是申请人在投资运营阶段的行贿,包括:(1)向其咨询顾问森吉奥·菲玛松(Sengkeo Phimmasone)夫人给付87.5万美元,一方面用于贿赂老挝政府官员以阻止安永会计师事务所对萨万维加斯赌场酒店的审计,从而避免披露申请人非法活动的信息,另一方面意图阻止森吉奥出庭作证;(2)在2012年向老挝政府官员共贿赂2.1万美元,以期延长固定税收协议;(3)在2012年向老挝政府官员贿赂20万美元,以游说政府关闭塔纳伦老虎机俱乐部,并试图以此向当地合营方斯缇控股(ST Holdings)施压,迫使其解决双方之间的分歧;(4)向老挝总理行贿700万美元,以期得到在首都万象建立赌场的许可;(5)向占巴塞省省长行贿8万美元,以期得到在空尖建立一家老虎机俱乐部的许可;(6)向老挝政府官员行贿10.6万美元,以期帕克桑老虎机俱乐部得以建立和持续运营。^③

仲裁庭认为,虽然老挝就其腐败指控提供的证据无一满足“明确且令人信服”的标准,但有部分满足“盖然性权衡”标准,从而关涉申请人是否存在恶意及其在公平公正待遇条款项下的合法期待。最终,仲裁庭认定申请人所为的4项恶意行为中有2项与贿赂有关。一是可能向老挝政府官员支付非法款项,以期停止安永会计师事务所对萨万维加斯赌场酒店的审计,二是可能通过向森吉奥支付57.5万美元来阻止其出庭作证,从而妨碍了仲裁的正当程序。这虽然只是

① 风险信号本身不属于证据,但提示了在相关方面进一步调查取证的需要。风险信号可能是泛指,如某个国家或产业存在严重腐败,也可能具体针对当事方或涉案交易,如通过无记名股票进行多次交易、投资者给予咨询顾问异常高的佣金而该顾问并不具备相应资质。

② 本案裁决尚未公开,相关内容转引自Kathrin Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), pp. 128 - 135.

③ *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, PCA Case No. 2013 - 13, Award dated August 6, 2019, paras. 91 - 92.

“可能”发生的行为，仲裁庭仍然认为其构成了否决申请人享受 BIT 项下保护的额外理由。^①

除了波及案件实体问题的裁判，腐败产生的隐性影响还体现在增加当事人应诉负担和拖延仲裁进程等方面。例如，在“尼科公司诉孟加拉国等案”中，孟加拉国在管辖权异议中提出的腐败指控被否决后，在实体审理阶段再一次提出腐败指控，仲裁庭为此专门作出一份长达 572 页的裁决来处理该指控。而这一次孟加拉国再次败诉。仲裁庭明确指出，由于孟加拉国提出毫无根据的腐败指控，关于油井爆炸引起的赔偿问题的审理被迫推迟。^② 该案仲裁程序始于 2010 年 4 月 1 日，终于 2021 年 9 月 24 日。除了案件本身涉及问题的复杂性，孟加拉国在腐败问题上的反复纠缠也是造成仲裁进程延误的原因之一。

（三）小结

综合来看，被诉东道国提出腐败抗辩对案件实体审理产生的影响强于投资者提出腐败指控所产生的影响。在 2 起东道国腐败抗辩成功的案件中，仲裁庭均驳回了投资者全部诉求。即使仲裁庭注意到东道国未对其指控的腐败行为采取任何刑事措施，意识到其裁决有可能使东道国获取不当利益，仲裁庭也没有作出改变的意愿，仅在费用的分配上背离了惯常做法。即使腐败抗辩不成功，东道国也对案件实体审理造成了或多或少的隐性影响。反观投资者提出腐败指控的案件，无论是指控东道国公职人员索贿，还是竞争对手行贿，抑或东道国司法腐败，均无成功先例，其原因皆为证据不足。

四 现有仲裁实践在处理腐败问题时存在的不足

通过对“一带一路”沿线国家涉腐国际投资仲裁案件的梳理，可以发现现有仲裁实践中对腐败问题的处理存在以下四个方面的不足。

（一）对腐败的认定重事实轻法律

对腐败的认定是一个法律问题，因此仲裁庭首先应确定应当适用的法律，然后依法作出裁定。但在实践中，仲裁庭存在严重的“重事实轻法律”倾向。在“全球免税公司诉肯尼亚案”中，虽然双方当事人对于给付款项的事实无异议，但对于该行为是否构成贿赂存在明显分歧。针对如此重要的法律问题，仲裁庭在裁决中仅用了短短的三段文字来进行分析。除了援引一份有关“哈拉姆贝”被滥用的报告，未援引任何法律规定，仅从给付款项的私密性和目的就认定构成贿赂，^③ 整个分析过程没有任何法律上的论证。在“以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案”中，乌兹别克斯坦援引以色列—乌兹别克斯坦 BIT（1994）中“投资须符合东道国法律”的规定提出腐败抗辩。该规定明确指出判断投资合法性的依据是东道国法律，仲裁庭也承认判定金属技

① *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, PCA Case No. 2013 - 13, Award dated August 6, 2019, para. 104; *Lao Holdings N. V. v. Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB (AF) /12/6, Award dated August 6, 2019, paras. 162, 280.

② *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on the Corruption Claim dated February 25, 2019, paras. 2008 - 2010.

③ *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award dated October 4, 2006, paras. 134 - 136.

术公司的行为是否构成贿赂应适用乌兹别克斯坦国内法。但对于申请人就《乌兹别克斯坦刑法典》某些规定的解释提出的质疑,该庭未能正面予以回答,而是认定乌兹别克斯坦援引的非官方解释在所有现代法律体系中已经无可争议,并强调乌兹别克斯坦法律对于贿赂的定罪的规定与国际法和绝大多数国家的法律是一致的。^①这种做法的正当性显然值得怀疑。

在“世能公司诉老挝人民民主共和国案”和“老挝控股公司诉老挝人民民主共和国案”中,仲裁庭虽然在分析腐败指控之初援引了老挝国内法的两项条款,以强调腐败违反老挝国内法,但这两项条款均未涉及对贿赂行为的具体认定。在此后对每项具体腐败指控的认定过程中,仲裁庭也从未援引这两项条款或老挝国内法中的其他条款从贿赂构成要件着手进行分析。^②换言之,仲裁庭的认定基本上局限在事实层面,而未触及法律层面。

(二) 关于腐败认定的证明标准不统一

证据与证明属于程序性事项,通常应适用当事人选择的仲裁程序规则。国际上比较有影响的仲裁规则在这方面的规定较为有限,这赋予了仲裁庭较大的自由裁量权。有关腐败问题的举证责任分配,仲裁庭的立场较为一致,即各方当事人有责任证明其指控或抗辩所依据的事实。但对于证明标准,仲裁庭的立场就没那么明晰统一了。有些仲裁庭主动表明自己的立场。例如,“EDF有限公司诉罗马尼亚案”(EDF Limited v. Romania)和“塞亚哥诉埃及案”(Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt)仲裁庭均明确表示,由于腐败导致严重后果,对腐败的认定应适用“明确且令人信服”的证明标准,该标准介于“盖然性权衡”标准和“排除合理怀疑”标准之间。^③“世能公司诉老挝人民民主共和国案”和“老挝控股公司诉老挝人民民主共和国案”仲裁庭则认为,不需要每一项腐败指控的每一个要件都满足“明确且令人信服”的标准,但已达到此标准的证据应当能清楚地指向腐败;应当对明确且令人信服的证据和需要合理推断的要件进行综合评判,从总体上判断腐败指控是否满足了比“盖然性权衡”标准高但比“排除合理怀疑”标准低的证明标准;当然,如果有满足“排除合理怀疑”标准的证据,该证据将是决定性的。^④有些仲裁庭虽然没有确定证明标准,但表达了对更高证明标准的要求,如“里曼凯兹潘石油公司和荷兰恩塞埃尔投资公司诉哈萨克斯坦案”(Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan)和“非洲控股公司诉刚果(金)案”(African Holdings Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S. A. R. L. v. Democratic Republic of the Congo)。^⑤有些仲裁庭则对证明标准避而不谈,如“以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案”和“斯彭泰克斯公司诉乌兹别克斯坦案”。尤其值得注意的是,两案仲裁庭对于

① 乌兹别克斯坦援引非官方文件来佐证以下主张:贿赂款支付给官员亲属等同于支付给官员本人,贿赂好处的给付既可发生在官员采取行动之前也可发生在之后,官员可能基于贿赂而采取不在其权限范围内的行动。金属技术有限公司认为非官方文件不能被视为对乌兹别克斯坦法律的权威解释。See *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award dated October 4, 2013, paras. 278 - 290.

② *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, PCA Case No. 2013 - 13, Award dated August 6, 2019, paras. 95, 112 - 170; *Lao Holdings N. V. v. Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB (AF) /12/6, Award dated August 6, 2019, paras. 97, 113 - 171.

③ Aloysius P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 234.

④ *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, PCA Case No. 2013 - 13, Award dated August 6, 2019, paras. 107 - 108.

⑤ Frederic G. Sourgens, *Evidence in International Investment Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2018), pp. 90 - 93.

贿赂的认定完全建立在间接证据和风险信号的基础之上。而基本上相似的间接证据和风险信号在“世能公司诉老挝人民民主共和国案”和“老挝控股公司诉老挝人民民主共和国案”中就被认定为未满足“明确且令人信服”的标准，从而不足以支持老挝的腐败抗辩。仲裁实践中不一致甚至互相冲突的做法显然减损了仲裁的可预见性和可靠性。

（三）腐败是否影响投资合法性的认定不一致

无论是合同项下仲裁，还是条约项下仲裁，判断腐败抗辩是否成立的落脚点在于腐败是否导致投资丧失合法性。因此，仅有投资者参与腐败的认定尚不足以让仲裁庭拒绝行使管辖权或驳回投资者诉求，还需要结合相关法律依据进一步认定腐败对投资产生的影响。首先，在一些国内法中，受贿罪与行贿罪的构成要件并不完全对应。例如，依据《中华人民共和国刑法》的规定，行贿罪的要件之一是“为自己谋取不正当利益”，而受贿罪的要件之一是“为他人谋取利益”，“利益”之前无“不正当”之限定。老挝法律则规定，如果行贿基于受贿者逼迫，且行贿者在行贿后主动向有关部门报告，可以不被视为犯罪。^① 这意味着，有可能接受好处的一方构成受贿罪，但给付好处的一方不构成行贿罪。那么，在国际投资仲裁中，如果适用东道国法律，东道国官员受贿，但投资者不构成行贿，此时投资的合法性受影响吗？笔者认为，当投资者未触犯东道国法律时，其投资的合法性不应受到影响。其次，腐败违法并不当然意味着投资也违法。以合同为例，以贿赂为目的的合同与通过贿赂获取的合同在法律效力上就存在区别。^② 在很多国家的国内法中，前者因为自身条款和目的违法而自始无效，而后者自身条款和目的合法，但获取途径违法，因而为可撤销合同。^③ 可撤销合同在被撤销之前仍为有效，并且合同是否是通过贿赂获得也需要经过认定。^④ 《联合国反腐败公约》第34条也贯彻了同样的理念。换言之，腐败并非导致合同或特许权当然无效。最后，投资者拥有的投资可能是多元化的，即使投资者有行贿行为，也并不一定意味着投资者拥有的所有投资都不受法律保护。这需要通过因果关系的认定将非因贿赂而设立的投资排除在外。

实践中，有些仲裁庭重视腐败行为的认定，却轻视腐败对投资影响的认定，甚至在得出存在腐败的肯定性结论后，不经论证即判定争端所涉投资违法。“以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案”就是一例。该案仲裁庭花了大量篇幅论证金属技术有限公司支付给两位乌兹别克斯坦国民400万美元的咨询费构成乌兹别克斯坦国内法上的贿赂后，随即判定金属技术有限公司的投资未满足以色列—乌兹别克斯坦 BIT 对于“投资须符合东道国法律”的要求，从而以缺乏东道国同意为由拒绝行使管辖权。^⑤ 在仲裁庭看来，金属技术有限公司的投资违反乌兹别克斯坦国

- ① Vanglaolee Xengvang (王星):《中国与老挝惩治贪腐犯罪机制比较研究》，湖南大学硕士学位论文，2019年，第26页。
- ② 实践中，以贿赂为目的的合同表面上是一方为另一方提供合法服务或商品，如咨询合同，但实质上是一方为了另一方的利益从事贿赂行为，如帮助另一方获取与政府签订特许协议的机会。此种情况下获得的特许协议则为通过贿赂获得的合同。
- ③ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction dated August 19, 2013, para. 436.
- ④ Lucinda A. Low, Jonathan Drimmer, “We'll Take That Mine: The Corruption Defense by Governments in International Arbitrations”, *Proceedings of the Sixty-Fourth Annual Rocky Mountain Mineral Law Institute*, July 19, 20 & 21, 2018, § 20.02.
- ⑤ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award dated October 4, 2013, paras. 327, 352.

内法似乎是不证自明的。但是，仲裁庭所援引的《乌兹别克斯坦刑法典》并不能成为判定金属技术有限公司持有投资违法的依据，该庭也并未援引乌兹别克斯坦其他国内法来论证金属技术有限公司持有投资因其贿赂行为而违法。从法理上来看，因贿赂而丧失合法性的投资应与其存在直接的因果关系。本案争端所涉投资除了金属技术有限公司在15号和29-F号决议项下享有的权益外，还包括投资原本、股东权益以及在经营过程中产生的针对合营企业乌兹金属公司(Uzmetal)的债权。而金属技术有限公司因贿赂而获得的利益仅限于乌政府通过的15号和29-F号决议项下的权益。所以，贿赂导致的不利法律后果应仅限于此，不应波及其他合法权益。换言之，本案争端所涉投资并非全部不符合东道国法律。仲裁庭裁决对本案不具有管辖权有失偏颇。

与“以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案”形成鲜明对比的是，“尼科公司诉孟加拉国等案”仲裁庭在这方面的论证非常严谨细致。该案所涉投资是一份合营合同和一份天然气销售合同。孟加拉国先后提出了两次正式的贿赂指控，但均被驳回。^①对于第一次指控，仲裁庭只认可了经加拿大警方认定的两笔贿赂。不过，仲裁庭认为这两笔贿赂并未导致该案所涉合同丧失合法性，因为两者之间并无直接因果关系，理由有如下几点。第一，孟加拉国最高法院已经认定合营合同的订立过程中不存在不正当行为。第二，加拿大官方也未能证实尼科公司的贿赂行为所带来的利益。第三，贿赂与两份合同之间不存在因果关系。贿赂发生在2005年6月，受贿的能源部长随即辞职。合营合同签订于2003年10月，而天然气销售合同签订于2006年12月，均与贿赂的发生相隔甚远。而且，天然气销售合同的价格条款对孟加拉国非常有利。第四，通过贿赂获得的合同为可撤销合同，孟加拉国已明确表态不希望撤销合同，也未主张合同无效。^②孟加拉国在第二次腐败指控中罗列了尼科公司更多的行贿行为，并转而主张两份合同无效，但均因证据不足未获仲裁庭认可。^③最终，该案所涉两份合同仍为有效。

同样地，“TanESCO v. IPTL案”仲裁庭也对贿赂与涉案合同之间因果关系的认定给予了足够重视。仲裁庭从现有证据中查明，IPTL高管向坦桑尼亚电力部门副专员行贿且后者接受的金额不足200美元。该专员承认其在IPTL项目中提供了直接帮助，但是，没有证据表明她的帮助起到了关键作用，也没有证据表明，如果没有这次贿赂，该专员会减少帮助或施加不利影响。另外，还有两份证人证言揭露IPTL高管曾经企图再次向该专员行贿而被拒绝，但无证据证明该行为导致该专员对IPTL项目予以了优待。最终，仲裁庭认定本案所涉合同仍为有效。^④

(四) 重投资者责任、轻东道国责任的认定

不同于欺诈，腐败是一种典型的双方行为，需要供应方和需求方/接受方的共同参与才能实现。

① 第一次腐败指控出现在2010年孟加拉国提出的管辖权抗辩之中。在仲裁庭先后两次裁定孟加拉国应当履行支付义务后，孟加拉国于2016年再次提出腐败指控。仲裁庭于2019年2月专门就该指控作出裁决。

② *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction dated August 19, 2013, paras. 423-455.

③ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on the Corruption Claim dated February 25, 2019, paras. 1970-2010.

④ *Tanzania Electric Supply Company Ltd. v. Independent Power Tanzania Ltd.*, ICSID Case No. ARB/98/8, Final Award dated July 12, 2001, Appendix C; Decision on Tariff and Other Remaining Issues, paras. 53-55.

而且，基于法律依据的不同，双方不一定同时构成犯罪，双方犯罪情节轻重也不一定完全相同。此外，基于国际公共政策和所加入的反腐败条约，东道国还应履行对腐败进行定罪执法的义务。但在目前的仲裁实践中，由于被援引的 BIT 缺乏对腐败归责的明确规定，仲裁庭得以拥有较大的自由裁量权，并在总体上表现为偏重认定投资者参与腐败引起的法律责任，忽视东道国在打击腐败方面的义务和责任。

在“世能公司诉老挝人民民主共和国案”和“老挝控股公司诉老挝人民民主共和国案”中，仲裁庭自始至终都将分析的重点放在申请人这一边。即使依“明确且令人信服”的标准无法认定申请人行贿，也要强调依“盖然性权衡”标准可以认定申请人的部分行贿事实，并一再重申申请人存在恶意行为。对于老挝未能指认涉腐官员及其不作为，仲裁庭除了表示费解，未进行过任何深入分析。在非政府组织“透明国际”（Transparency International）2020年发布的清廉指数排行榜中，老挝得分29分，远低于平均分43分。^① 老挝在提出腐败抗辩方面是否存在恶意也是应当分析和认定的，从而确保公平划分双方的责任。

在“全球免税公司诉肯尼亚案”“以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案”和“斯彭泰克斯公司诉乌兹别克斯坦案”中，东道国均未就其提出的腐败行为采取任何刑事措施。这种不作为显然违反了国际公共政策。此外，两国均为《联合国反腐败公约》缔约国，它们的不作为也违反了公约项下义务。但是，3起案件的仲裁庭仍然认定存在腐败行为，并拒绝行使管辖权，或驳回投资者诉求。投资者单方承担了全部不利后果。正如“以色列金属技术有限公司诉乌兹别克斯坦案”仲裁庭所言，该庭已意识到有关腐败裁决对申请人处置得过于严苛，尽管作为被申请人的东道国有可能也卷入了腐败行为，却无需承担任何责任。这种结果似乎不大令人满意，因为至少乍看上去，东道国获取了不当利益。^② 正是基于这样的考虑，3起案件的仲裁庭均未要求申请人承担全部仲裁费用和对方支付的法律费用。不过，此种安排并不能从实质上解决单方面归责所造成的问题。单方面归责不仅有违公平公正原则，也引发了道德风险，不利于促进善治和投资者正当权益的保护，也与当前国际社会所倡导的同时打击腐败供应方和需求方的理念相悖。

五 关于中国如何应对的思考

在“一带一路”建设中，中国更多的是作为资本输出国。^③ 对于中国投资者而言，在现有 IIAs 框架下，一旦卷入腐败，就很难利用仲裁追究东道国违反投资协定或合同项下义务的法律义务，对此，应保持高度警惕。而纠正仲裁实践中腐败归责的失衡也应成为中国优化“一带一路”建设国际投资法律秩序优先考虑的目标。

（一）中国投资者的应对

首先，中国投资者应增强廉洁意识、自律意识和法治意识，深入了解东道国相关国内法，建

① See “CPI 2019: Tabellarische Rangliste”, Website of Transparency International, <https://www.transparency.de/cpi/cpi-2019/cpi-2019-tabellarische-rangliste/?L=0> (last visited 23 March 2022).

② *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award dated October 4, 2013, paras. 389, 426.

③ 据《中国“一带一路”贸易投资发展报告 2021》，2013—2020年，“一带一路”沿线国家对华直接投资总额超过580亿美元，而中国对沿线国家直接投资总额达1359.21亿美元。参见《〈中国“一带一路”贸易投资发展报告 2021〉发布》，商务部国际贸易经济合作研究院网站，<https://www.caitec.org.cn/uploads/file/2021/11/20211208103423002.pdf>，最后访问时间：2022年3月23日。

立完善的合规监督机制。其次，在面临东道国公职人员索贿时，应予以拒绝，同时注意保留证据，如往来文书、邮件、视频、音频等。如果因为拒绝行贿而遭到报复，继而蒙受经济损失，在协商无果的情况下，可以考虑寻求当地救济，在当地救济无果的情况下，可以考虑提请投资仲裁，寻求赔偿。“EDF诉罗马尼亚案”仲裁庭就明确表示，国家机构索贿既违反了BIT项下的公平公正待遇和透明度条款，也违反了国际公共政策。^①最后，针对投资仲裁中东道国可能提出的腐败指控，可从以下六个方面提出诉求和反驳。

第一，关于腐败的认定，应明确法律依据。如果东道国援引条约中的“投资须符合东道国法律”条款，那么投资者应主张严格依据东道国国内法认定腐败。即使条约不包含此项条款，投资者也应反对适用国际公共政策、反腐败条约或“洁手”理论，因为国际公共政策不包含贿赂的具体认定标准，反腐败条约一般不直接适用于非国家实体或个人，而“洁手”理论尚未形成一般法律原则，在涉腐案件中也不具备适用前提。^②依据属地管辖原则，腐败的认定应适用腐败行为发生地法律。

第二，关于腐败的证明，应主张适用较高证明标准——“明确且令人信服”的标准。如果东道国仅能提供间接证据和风险信号，投资者可以从是否形成完整证据链方面来进行反驳。如果东道国出具本国或第三国的法院判决或行政决定来证明腐败，对于确有疑问的，投资者可以要求仲裁庭进行实质性审查。在“尼科公司诉孟加拉国等案”中，孟加拉国最高法院原本判决涉案合同订立过程不存在贿赂，但在仲裁庭作出孟加拉国应支付合同款项的决定后，该法院改判合同因贿赂而无效。仲裁庭依据孟加拉国法律进行实质性审查后，未采纳改判判决。^③

第三，要坚决反对将腐败违法等同于投资违法。即使仲裁庭认定存在腐败，也可以进一步要求东道国证明投资因腐败而不受法律保护，同时提出下列主张。首先，可以主张投资与腐败之间不存在直接因果关系。其次，如涉案投资有多项，但并非全部基于腐败而获得，那么合法设立的投资应受到法律保护。最后，以“全球免税公司诉肯尼亚案”为鉴，即使投资合同或投资许可被判可撤销，也要主张返还财产，或折价赔偿。

第四，如果东道国在决定批准投资申请或投资合同前已知悉投资者行贿的事实，但依然予以批准且未依法采取任何刑事措施，或者东道国在批准后才知悉腐败事实，但未在其后依法采取刑事措施，也未撤销许可或合同，那么投资者可以主张适用禁止反言原则，东道国不应事后再以投资违法为由提出管辖权异议或主张投资者诉求不可受理。禁止反言原则被公认为国际法一般法律原则。^④依据该原则，一国应受其作出的某项确认或声明的约束，其他国家有权对此产生信赖，该国不能随后否认该项确认或声明及其后果。例如，在“东格陵兰案”（*Legal Status of Eastern*

① *EDF v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award dated October 8, 2009, para. 261.

② 前文提及的“洁手”理论三要件，现有涉腐投资仲裁案件均不具备。首先，双方的不法行为未持续至仲裁申请被提交之时，特别是投资者的贿赂行为早已结束。其次，申请人寻求的救济主要是损害赔偿，而非阻止被申请人在将来继续不法行为。最后，被申请人对条约或合同的违反与投资者贿赂行为并无直接关联。

③ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on the Corruption Claim dated February 25, 2019, paras. 700 – 713, 1975 – 1979.

④ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 643 – 644; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), pp. 141 – 142.

Greenland) 中, 常设国际法院认为, 由于挪威以前“重申确认整个格陵兰归属丹麦”, 因此禁止自己对整个格陵兰的主权归属提出异议。^① 具体到国际投资法领域, 如果东道国明知投资违法却仍然予以批准或故意忽视其违法性, 且投资者基于由此而产生的信赖继续投资行为, 则应禁止该国事后在仲裁庭提出投资违法的抗辩或指控。^② 在“福兰波特诉菲律宾案”(Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines) 中, 仲裁庭认为禁止反言原则源自公平原则。依据该原则, 在一国政府故意忽视投资的违法性而批准该投资后, 仲裁庭应禁止该国以投资违反本国法为由提起管辖权抗辩。^③ 在“尼科公司诉孟加拉国等案”中, 仲裁庭虽然没有明确提及禁止反言原则, 但在分析“洁手”理论时暗含了对该项原则的运用。该庭指出, 在孟加拉国政府批准其国有企业与申请人签订合同之前, 申请人及其母公司从事贿赂的事实已被广泛报道, 孟加拉国政府不可能不知情, 因此它不能事后以贿赂为由针对该合同项下的仲裁提出管辖权异议。^④

第五, 如果东道国在知悉腐败事实后未依法采取刑事措施, 投资者可以主张东道国违反国际公共政策。如果东道国加入了反腐败条约, 还可主张东道国违反条约项下义务。即使东道国在知悉腐败事实后采取了刑事措施, 投资者也要明确指出不能抵销其公职人员的罪责, 因为东道国只是履行了法定义务。总之, 应强调东道国对于腐败的发生和处置也存在过错, 仲裁庭不能单方面剥夺投资者诉权。当然, 如果仲裁庭在实体审理阶段认定存在腐败, 且投资与腐败有直接因果关系, 那么仲裁庭可将双方在腐败上的过错程度作为确定被诉措施违法性及东道国赔偿责任的考量因素。^⑤

第六, 如果投资者的上述主张未能得到采纳, 投资者还可以申请撤销仲裁裁决。如果是 ICSID 仲裁裁决, 投资者可援引《ICSID 公约》第 52 条第 1 款, 主张仲裁庭严重违反程序规则, 或未能说明裁决理由。如果是其他仲裁裁决, 可向仲裁地所在国或裁决依据之法律的所属国法院提出撤销裁决申请。

(二) 中国国家层面的应对

对于仲裁实践中腐败归责的失衡, 已有不少 IIAs 作出了回应。例如: 荷兰 2019 年 BIT 范本第 9.2 条 (e) 款明确将腐败列为缔约国违反公平公正待遇义务的情形之一; 《加拿大—秘鲁自由贸易协定》(2008) 第 1908 条规定缔约国应从立法、执法和司法三个方面来治理腐败, 并同时涵盖投资者行贿、公职人员索贿或受贿等多种腐败行为; 日本—老挝 BIT (2008) 第 10 条也专门规定了缔约国采取反腐败措施的义务。但在中国与“一带一路”沿线国家缔结的 IIAs 中, 这方面的规定还非常欠缺, 对中国投资者尤为不利, 亟待补充和完善。

① *Legal Status of Eastern Greenland (Den. v. Nor.)*, 1933 P. C. I. J. (Ser. A/B) No. 53, para. 186.

② Rahim Moloo, Alex Khachaturian, “The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law”, (2011) 34 *Fordham International Law Journal* 1473, p. 1498.

③ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award dated August 16, 2007, paras. 346–347.

④ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. The People’s Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction dated August 19, 2013, para. 484.

⑤ R. Zachary Torres-Fowler, “Undermining ICSID: How the Global Antibribery Regime Impairs Investor-State Arbitration”, (2012) 52 *Virginia Journal of International Law* 995, pp. 1027–1030.

1. 明确定位 IIAs 在反腐败中应发挥的作用

腐败归根结底是一个刑法问题，反腐败的主战场在各国国内。对于东道国境内发生的腐败行为，首要和主要的治理途径应当是东道国国内法框架下的刑事和行政措施。IIAs 的主要功能是保护和促进投资，不可能取代各国刑法和其他部门法对腐败进行全面规制，在反腐败方面只能起到辅助作用。因此，IIAs 在处理腐败问题时，打击腐败的政策目标不应凌驾于保护和促进投资的政策目标之上。对于作为“一带一路”沿线主要资本输出国的中国，这一点尤其重要。同时，就反腐败目标的推进而言，不应局限于打击和惩罚供应方，即投资者，还应同时打击接受方，即东道国公职人员，从而兼顾公平和效率。落实到实体规则层面，IIAs 需要明确东道国公职人员索贿所产生的法律后果，如违反公平公正待遇义务、提供充分保护与安全义务、避免武断或歧视性行为义务和非基于公共目的不得征收义务等所致法律责任。^①此外，要同时规定投资者和东道国的反腐败义务。东道国的反腐败措施不仅要针对行贿方，而且要针对受贿方。东道国未能尽到反腐败义务的不能在仲裁中提出腐败抗辩或指控。

2. 对“投资须符合东道国法律”的要求设置例外

如前文所述，IIAs 中的“投资须符合东道国法律”要求是东道国在条约项下争端中提出腐败抗辩的主要依据之一。该要求产生了 IIAs 对缔约国国内法的反致 (*renvoi*) 的效果，其主要目的是发挥过滤网功能，将不符合东道国法律的投资排除在条约保护范围之外，为东道国预留足够的公共政策空间。但此项要求一直备受争议。美国历次版本的 BIT 范本均未对投资设定此项要求，其主要顾虑是，东道国的法律有可能是复杂、模糊的，如果纳入此项要求，东道国就可能以轻微违反本国法律为借口而拒绝对投资提供保护，从而导致投资条约保护的弱化，并为东道国国内法不稳定、不透明和不合理的法律实践提供借口。^②此种顾虑并非毫无道理，不过，在当前国家规制权日益受到重视的背景下，完全取消“投资须符合东道国法律”的要求不一定具有可行性。那么，中国应当坚持对其施加一些限制和例外，如允许投资者善意违法，以禁止反言原则作为对东道国以“投资须符合东道国法律”的要求提出管辖权抗辩的限制等，以更好地实现投资者和东道国利益的平衡。^③

3. 拓宽“涵盖投资”和“涵盖投资者”定义

如前文所述，IIAs 将“涵盖投资”和“涵盖投资者”限定在准入后阶段，使得在投资准入阶段遭遇索贿从而面临经济损失的投资者无权启动仲裁。而赴“一带一路”沿线国家投资的中国投资者面临索贿的风险较高，故应将“涵盖投资”和“涵盖投资者”定义拓展到准入前阶段。目前已有不少 IIAs 将“涵盖投资”和“涵盖投资者”定义拓展到准入前阶段，但将此种定义的适用范围限定在最惠国待遇以及资本转移和利润汇回条款。在投资自由化总体趋势不变的前提下，有理由期待“涵盖投资”和“涵盖投资者”定义将被全面拓展到准入前阶段，为在该阶段遭遇索贿的外国投资者提供更为充分的保护和救济。

① Bruce W. Klaw, “State Responsibility for Bribe Solicitation and Extortion: Obligations, Obstacles, and Opportunities”, (2015) 33 *Berkeley Journal of International Law* 60, pp. 79–83.

② 王璐：《论投资条约中的“符合东道国法律”要求——兼论我国在中美投资条约谈判中的立场选择》，载《法商研究》2013年第1期，第121页。

③ Rahim Moloo & Alex Khachaturian, “The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law”, (2011) 34 *Fordham International Law Journal* 1473, pp. 1496–1450.

4. 对投资者提请仲裁资格进行合理限制

对于投资者通过欺诈、隐瞒和腐败等触犯刑法行为获得的投资，可考虑禁止投资者提出 IIAs 项下诉求，但不宜绝对化。例如，《澳大利亚—印度尼西亚全面经济伙伴协议》（2019）第 14.21 条第 1 款（c）项规定，禁止投资者就通过欺诈、隐瞒和腐败等不法途径获得的投资提出诉求，但投资者通过轻微或技术性违法行为获得的投资除外。笔者认为可对该除外规定作进一步补充。首先，基于属地管辖原则，认定不法行为的法律依据应为东道国法律。其次，对于东道国公职人员也存在类似违法行为的，如索贿或共谋贿赂，也应排除在外。因为“任何人不得从其不当行为中获益”，故东道国不得以其公职人员也参与其中的违法行为为由逃避仲裁庭管辖。再次，依据禁止反言原则，东道国明知违法行为但未采取实质性刑事措施、未对投资许可或合同进行撤销的，也应排除在外。最后，应强调禁止或限制投资者提出诉求仅限于与不法行为有直接因果关系的投资，其他通过合法途径获取的投资不受影响。通过上述安排，可有效纠正前文总结的涉腐案件仲裁庭的一系列不当做法。

5. 公平合理划分投资者和东道国责任

对于进入实体审理阶段的涉腐案件，IIAs 可以规定应在公平合理的基础上划分双方责任，并以非穷尽方式列举仲裁庭应当考量的因素。这些因素可以包括：投资者行贿目的是为了规避政治风险，获得应有待遇，还是逃避东道国监管，攫取高额经济回报，甚至从事非法投资；投资是否对东道国经济发展有所贡献，是否影响了东道国公共利益；东道国被诉措施是否因投资者腐败行为而起；贿赂过程中哪一方更为主动。

6. 完善证据规则

如果 IIAs 包含程序规则附件，可就腐败认定的证据类型和证明标准作出明确规定。由于直接证据的获取有一定难度，因而应当允许仲裁庭采纳间接证据和风险信号，但必须形成完整证据链才能采信。对于东道国提供的有关腐败认定的本国或第三国法院判决或行政决定，如果确有明显疑点，如前述“尼科诉孟加拉国等案”的情形，应当允许仲裁庭进行实质性审查。此外，腐败的认定应适用较高证明标准——“明确且令人信服”的标准。

目前，在投资者—国家间仲裁领域，中国政府作为东道国在防守方面的应对压力不是很大，但中国投资者在进攻方面的需求较为旺盛。^① 在“一带一路”建设经贸合作中，此种特征在未来应当更为凸显。因此，就反腐败而言，中国与沿线国家更新或缔结 IIAs 时应更加注重对既有失衡问题的纠正。当然，也要防止矫枉过正，避免滑向过度保护投资者的另一极端。尽管国家规制权的巩固和维护是当前国际投资法变革中各国的普遍诉求，但发展市场经济、保护包括外商投资在内的私人财产权也是发达国家以及多数发展中国家的共识。^② 均衡自由主义的总体变革趋势不会变。此外，在全球化向纵深发展的背景下，“一带一路”沿线国家对外资的需求也不会变。因此，在与“一带一路”沿线国家的谈判中，中国还是有一定谈判空间去实现自身利益诉求的。

中国在推进补充和完善 IIAs 反腐败相关规则的同时，也要完善自身立法，加强对中国投资者的约束。目前，中国有关反海外腐败的法律规定仅有《刑法修正案（八）》第 29 条，但该条

① 单文华、王鹏：《均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2019年第5期，第26页。

② 张庆麟：《论晚近南北国家在国际投资法重大议题上的不同进路》，载《现代法学》2020年第3期，第137页。

对犯罪主体和贿赂范围的规定过窄，涵盖的处罚手段较为有限，对行贿对象——“外国公职人员或者国际公共组织官员”也缺乏具体的界定标准。中国可以考虑在适当时机出台专门的反海外腐败法，充分行使属地和属人管辖权，就贿赂构成要件作出更为全面的规定，对跨国贿赂中常见的第三方支付予以明确界定，综合运用刑事制裁和行政处罚手段，为打击海外腐败提供充足的法律依据，为涉外法治的建设添砖加瓦，同时也助力全球反腐败治理。^①

此外，中国作为资本输入国也有可能成为涉腐投资仲裁的被申请人，这就要求中国进一步提升腐败治理水平。在具体案件中，中国应积极提出管辖权或实体上的抗辩，同时，应首先对涉腐人员及相关投资采取相应措施，并提供投资者的行为构成贿赂和争端所涉投资因贿赂而违法的依据。

The Impacts of Corruption Allegations on International Investment Arbitration

——Based on the Analysis of the Cases Involving Countries Along “One Belt and One Road”

Song Junrong

Abstract: Claims regarding corruption in investment not only affect the establishment of the jurisdiction of international investment arbitration tribunals, but also have explicit or implicit influence on the adjudication of the substantive issues. In international investment arbitration cases involving corruption along the “One Belt and One Road”, corruption has caused more adverse effects on investors. There are four deficiencies in the current arbitration practice: more importance attached to the fact-finding than to the application of law; the variety of the standards of proof on corruption identification; inconsistency on whether to examine the effect of corruption on the legality of investment; more importance attached to the identification of the investor’s liability than to the host state’s liability. Chinese investors who want to invest along “One Belt and One Road” should keep self-disciplined first. Confronted with bribe solicitation or extortion, investors can initiate investment arbitration against the host state. As regards the possible corruption allegations put forward by the host state, investors can argue from six aspects. In the international investment legal order jointly developed by China and the countries along “One Belt and One Road”, China should pay more attention to correcting the imbalance of interests in dealing with corruption. Combating corruption should be directed not only at the investors, but also the host states.

Keywords: Corruption Allegations, International Investment Arbitration, One Belt and One Road, Jurisdiction, Investor, Host State

(责任编辑：郝鲁怡)

① 赵骏、吕成龙：《〈反海外腐败法〉管辖权扩张的启示——兼论渐进主义视域下的中国路径》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2013年第2期，第26页。