

论国际投资仲裁中推定的适用

崔起凡*

内容摘要:推定包括事实推定和法律推定,是争端解决中认定事实的重要法律工具。在国际投资仲裁中,仲裁庭适用推定具有相应的法律依据,实践中推定亦得到了频繁的适用。事实推定和法律推定具有不同的适用条件,对举证责任也会产生不同的影响。在涉华投资仲裁中多起案件涉及推定问题,通过反思可以从中获得一些有益的启示。作为国际投资仲裁的参与者,我国政府和海外投资企业应当能够熟练运用推定这一法律工具,同时在商签新的投资协定时,我国政府应当注意明确规定相关条款的内容,以防止在争端解决中仲裁庭作出不符合缔约方预期的推定。

关键词:国际投资仲裁 证明责任 证明标准 法律推定 事实推定

推定是争端解决中认定事实的重要法律工具,在实践上和理论上都具有重要性。在缺乏直接证据证明待证事实的情形下,通过推定的适用,裁判者可以根据已知的基础事实,推知待证事实的成立,从而有利于实现争端公正、高效的解决。同时,推定在理论上不仅涉及举证责任的分配,而且涉及证据评价与证明标准,有些理论问题引发了热烈讨论,甚至至今尚无定论。

在国际争端解决中推定有着广泛的应用,国外学界对此问题也有较多的关注。不过,与此形成鲜明对比的是,我国国际法学界专门对推定的研究仅限于个例。^①本文尝试通过实证梳理和理论分析,厘清国际投资仲裁中推定适用的若干问题,以期为我国政府和海外投资企业有效参与国际投资仲裁提供有益的实践参考和理论指引。

一、国际投资仲裁中推定的概念与适用依据

根据《元照英美法词典》,推定是指从其他经证明或认为真实的事实(基础事实)

* 浙江万里学院法学院副教授,法学博士,硕士研究生导师。

本文系浙江省社会科学规划项目“‘一带一路’背景下投资者—东道国仲裁中的证据问题研究”(项目批准号:18NDJC090YB)的阶段性成果之一。

① 例如,张卫彬:《国际法院解决领土争端中推定的适用问题——兼谈对解决我国南沙群岛主权争端的启示》,《国际论坛》2012年第3期,第24-29页;等等。

中推断出另一事实成立或为真实(推定事实)。^①推定分为法律推定和事实推定。事实推定,是指裁判者依据经验法则或逻辑规则所体现的事实之间的常态联系,从已知的基础事实推出待证事实存在的结论。法律推定,是指裁判者依据法律规定,从已知的基础事实中得出待证事实成立的结论。法律推定又可分为可反驳的法律推定和不可反驳的法律推定,其中前者只是临时性的假定,可以通过举证或其他推定予以反驳或推翻,后者是结论性的,不存在反驳或推翻的余地。

无论是事实推定还是法律推定,都是连接基础事实和推定事实的桥梁与纽带,只不过前者是依据经验法则,而后者依据的是法律规定。^②推定的机理实际上是一个三段论:大前提、小前提以及结论。在推定的适用中,大前提是经验法则或者法律规定(即法律推定规则),大前提之中体现的是基础事实和推定事实(待证事实)具有高度盖然性的伴生关系,因此在小前提(基础事实)得到证明的情况下,可以认定待证事实成立。

在国际法层面,是否存在法律推定存在争议。^③早期的否定论者指出,国家间的裁决没有提供真正推定的实例,可以认为,国际法实际上忽视了法律推定。^④也有学者认为,就本质而言,法律推定主要属于国内法领域,而非国际法领域;但是,当影响原先的举证责任时,国际法庭可以承认某些法律推定。^⑤在国际争端解决中对法律推定持怀疑态度的人提出的理由是,国际法发展不充分,无法产生独立的推定。^⑥实际上,法律推定本质是一个法律适用问题,因为大前提是一项法律规定,法律推定是依据该法律规定基于已知事实进行的推定。不管怎样,国际争端解决包括国际投资仲裁的实践对于法律推定的适用已然采取了肯定的立场,尽管它所发挥的作用与在国内法规则体系下的作用无法相提并论。国际投资仲裁适用的法律可以是国际法和国内法,^⑦所以法律推定的依据可以是国际法和国内法中的相关规定。

事实推定是一种认定事实的方法,也是一种证据评价、推理活动以及逻辑的过程。国际争端解决中法庭或仲裁庭作出事实推定的依据是其自由评价证据的裁量

① 参见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 1184-1185 页。

② 参见纪格非:《民事诉讼证据规定中的推定问题》,《证据科学》2020 年第 3 期,第 330 页。

③ See Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* 241 (Kluwer Law International 1996).

④ See Witenberg, *Onus probandi devant les juridictions arbitrales*, 55 *Revue Generale de Droit International Public* 321, 329 ff (1951).

⑤ See D. Sandifer, *Evidence before International Tribunals* 141-142 (University Press of Virginia 1975).

⑥ See D. Sandifer, *Evidence before International Tribunals* 142 (University Press of Virginia 1975). 作者指出:“这一法律概念需要较高权威性和精确性,在国际法中尚不具备。因此,在国际法发展的现阶段,推定所起的作用不能与它们在国内法中所起的作用相比。”

⑦ 参见《ICSID 公约》第 15 条、《UNCITRAL 仲裁规则》第 35 条。

权。仲裁庭的这种权力体现在一些仲裁规则之中,比如《ICSID 仲裁规则》第34条第1款,《IBA 证据规则》第9条第1款。不过,即使适用的仲裁规则对此没有明确规定,投资仲裁庭仍可以自由审查证据并认定事实,事实推定属于裁判者固有权力的范围。事实上,在国际投资仲裁中,仲裁庭在适用事实推定时享有的自由裁量权非常广泛:它有权决定是否在特定情况下适用事实推定,即使当事方对此提出了不同的观点;它有权决定赋予该推定一定的效果并决定当事方的举证责任是否完成;而且适用事实推定的权力并非局限于依赖当事人的主张,而是可以从当事人的事实主张或证据中得出自己的推定。甚至,仲裁庭可以在缺乏任何具体证据的情况下作出合理的推定。^①

裁判者可以主动或依当事人主张根据基础事实进行推定,不过,应当给予当事人陈述意见的机会,否则可能导致突袭效果的产生,损害当事方的正当程序权利。Amerasinghe 指出,如果推定并非由当事方提出,而由国际法院在程序的最后阶段提出,此时推定的使用会存在问题,^②因为当事方为提出反驳证据的准备时间过短,存在正当程序权利遭受侵害的潜在风险。

二、国际投资仲裁中事实推定的适用

在国际争端解决领域,有的学者将事实推定称为“司法推定”,并且指出把司法推定描述为推论会更为贴切。^③国际争端解决中,事实推定是一个常用的法律工具,在认定事实中发挥重要作用。比如,在科孚海峡案中,国际法院指出,应该允许争端方更自由地利用事实推定和间接证据。^④并且,根据一系列推定,国际法院最终得出结论,在阿尔巴尼亚政府不知情的情况下,雷区的布设是不可能完成的。^⑤在 Blount Brothers 案中,在考虑合同的有效性问题时,伊朗—美国求偿庭从承包商先前获得业主支付的报酬这一已证事实,推定各当事人将其合同看做是有效的。^⑥在国际投资仲裁实践中,推定也得到了频繁的适用。

(一)国际投资仲裁中事实推定适用的实践考察

在国际投资仲裁实践中,仲裁庭常常主动或者依据当事人的主张适用事实推定

^① See Chittharanjan F. Amerasinghe, Evidence in International Litigation 224,229 (Martinus Nijhoff Publishers 2005).

^② See Chittharanjan F. Amerasinghe, Evidence in International Litigation 219-220 (Martinus Nijhoff Publishers 2005).

^③ See Chittharanjan F. Amerasinghe, Evidence in International Litigation 223 (Martinus Nijhoff Publishers 2005).

^④ See Corfu Channel Case (Merits), ICJ Reports 1949, p.18.

^⑤ See Corfu Channel Case (Merits), ICJ Reports 1949, p.22.

^⑥ See Blount Brothers Corporation Case (1983), 3 Iran-US CTR, p.231.

认定案件事实,当然也有部分案件因相关适用条件不符而否定了推定事实的成立。

1. 案例 1: 投资者行贿的推定

在 *World Duty Free* 诉肯尼亚案中,被申请人肯尼亚试图证明申请人的代表向肯尼亚的高级政府官员行贿,以获得项目批准。双方均承认申请人的代表向肯尼亚总统支付了一大笔款项,他在与总统会面期间将一个装有大量金钱的公文包留在无人看管的地方,并且当公文包中的金钱被取出后拿回公文包。肯尼亚要求推定这笔款项是贿赂。申请人主张,这笔款项是“给总统的外交礼节性的礼物或者个人捐赠”,它“会在东道国习惯的框架内用于公共之目的”。^①基于支付的款项数额和支付方式,仲裁庭推定这笔款项构成贿赂。^②

2. 案例 2: 没收企图与恶意的推定

在 *Quasar* 诉俄罗斯案中,申请人(尤科斯公司的股东)主张,被申请人存在对申请人的没收企图和恶意,假借征税进行政治报复。仲裁庭指出:尤科斯公司曾辩称,它有足够的现金流来支付税款,事后看来这一说法比较可信;而且,无论尤科斯公司的偿付能力是否存在争议,作为一家庞大的企业,对其估值本需要进行深入的调查。被申请人的行为存在的明显瑕疵是,它无法证明在决定解散尤科斯公司之前进行过这种调查。事实上,YNG(尤科斯公司的关联企业)被拍卖时,尤科斯公司几乎支付了 2000 年度所有的预估税款(tax assessment),而拖欠税款本是被申请人当初没收 YNG 的理由。被申请人委托进行的评估表明,YNG 的价值是尤科斯 2000 年预估税款的许多倍。因此,仲裁庭认为,可以得出简单的推定,即被告的目标不是正常税款的有序征收,而是搞垮尤科斯公司。^③

3. 案例 3: 代表权的推定

在 *Burlington* 诉厄瓜多尔案中,申请人举证证明,石油和天然气项目的经营者(operator)代表自己和项目所有其他成员与政府沟通,这在厄瓜多尔属于行业惯例。仲裁庭对该行业惯例予以认可,并且认为,在该法域内某一特定区块的经营者向政府发出的信件,确立了一项事实推定,即该信件系代表该经营者和区块项目其他成员向政府发出。^④

① See *World Duty Free Co. Ltd v. Republic of Kenya*, ICSID Case No.ARB/00/7, Award, 4 October 2006, para.133.

② See *World Duty Free Co. Ltd v. Republic of Kenya*, ICSID Case No.ARB/00/7, Award, 4 October 2006, para.136.

③ See *Quasar de Valores SICA SA v. Russian Federation*, SCC Case No.24/2007, Award, 20 July 2012, para.175.

④ See *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No.ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010, paras.327-329.

4.案例4:关于是否存在欺诈的推定

Siag 诉埃及案仲裁庭指出,关于 Siag 通过欺诈获得黎巴嫩国籍的证明是埃及的任务(task)。即使 Siag 获得黎巴嫩国籍的唯一动机是避免服兵役,仲裁庭仍然认为,要从这些事实推断 Siag“为了达到这一目的会进行欺诈,需要巨大的逻辑飞跃”。在没有进一步证据的情况下,埃及要求仲裁庭“推定 Siag 先生逃避服兵役的愿望是如此强烈,以至于促使他采取冒险的步骤,试图欺骗或误导黎巴嫩政府”,仲裁庭最终予以拒绝。^①

(二)仲裁庭进行事实推定的条件

事实推定作为法律工具的运用可以克服直接证据的缺乏,完成待证事实的证明,不过,该工具的运用需要满足一定的条件。

1.直接证据获取困难并且推定不能与已查明的事实相抵触

在科孚海峡案中,法官指出,在满足以下两个条件的情况下,国际法院有权自由依赖间接证据:(1)直接证据受对方当事人的排他性控制;(2)间接证据不与任何现有的直接证据或者查明的事实相抵触。^②表面上看,这里仅提及间接证据,实际上它与事实推定密切相关,因为事实推定适用的前提就是缺乏直接证据实现证明目的,往往不得不基于间接证据作出推论。此外,在 1962 年隆端寺案中,斯彭德法官指出:“无论作出推定,抑或取得推论,均不能与根据证据确切证实的事实不相一致。”^③这再次确认了科孚海峡案中国际法院阐述的第二个条件。

另一方面,从实证角度看,国际争端解决实践中,法庭或仲裁庭对于推定往往持谨慎态度,优先考虑使用直接证据证明案件事实。有学者也曾指出,仲裁庭不愿意依赖不必要的推定,特别是在当事人有可能提交其他类型证据的情况下。^④

2.作为大前提的经验法则具有高度盖然性

作为事实推定大前提的经验法则,是指人类以经验归纳所获得有关事物因果关系或性质状态之法则或知识。^⑤它们被誉为将证据碎片凝聚为案件事实的“粘合

^① See Waguhi Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, para.350.

^② See Corfu Channel Case (UK v. Republic of Albania), ICJ Reports 1949, pp.4, 18; Michael P. Scharf & Margaux Day, *The International Court of Justice's Treatment of Circumstantial Evidence and Adverse Inferences*, 13 Chicago Journal of International Law 123, 131(2012).

^③ See Temple of Preah Vihear Case, ICJ Reports 1962, Dissenting Opinion of Judge Sir Percy Spender, p.109.

^④ Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* 228 (Martinus Nijhoff Publishers 2005).

^⑤ 参见陈宗荣、林庆苗:《民事诉讼法》,三民书局 1996 年版,第 487 页。

剂”,是连接证据与案件事实的桥梁与纽带。^①张卫平教授按照适用领域的不同,将经验法则分为自然法则或自然规律、逻辑(推理)法则、道德法则、商业交易习惯、日常生活经验法则和专门科学领域中的法则等几种类型。^②

援引事实推定的一方当事人必须证明存在一项经验法则,其国际投资实践中往往体现为一种惯例、一般实践或习惯(a practice, usage, or custom),据此可以得出与争议处理有关的推定。^③证明这种经验法则存在的典型形式是专家证据。其他可能证实习惯、一般实践或惯例的来源包括相关行业组织公布的最佳实践、该行业的学术调查(例如在商业评论案例研究中进行的调查)或记者对某个行业的报道。^④案例3中所依据的经验法则即属于特定地区的行业惯例,其推论过程如下:

大前提(经验法则):在厄瓜多尔石油天然气开采行业,经营者与政府的沟通属于代表项目所有成员的行为;

小前提(基础事实):厄瓜多尔某一石油天然气的特定开采区块的经营者向政府发出信件;

结论(推定事实):某一石油天然气的特定开采区块项目与政府进行了沟通。

在许多情况下,如果具有相关专业经验,仲裁庭可以自主确立一个相关的习惯、实践或惯例,而无须寻求相关领域的专家意见。此外,如果该经验法则属于公知常识,那么仲裁庭也无须求助专家。比如,案例1所依据的经验法则属于公知常识或者日常生活经验,即企业向政府官员隐蔽地进行巨额现金的交付行为是行贿。

特别强调的是,不同的经验法则的盖然性高低不同。只有高度盖然性(或者至少是较高盖然性)的经验法则,才能表明推定事实与基础事实具有密切的伴生关系,才能作为事实推定的大前提。通过适用推定得出结论事实的成立和凭借证据予以证明需要达到同样的盖然性。一般情况下,国际投资仲裁中的事实认定应当满足优势证据标准,当涉及欺诈、腐败等严重指控的事实,国际法庭或仲裁庭一般会倾向于适用更高的证明标准,比如“清晰而令人信服”标准。^⑤在科孚海峡案中,国际法院指出,当推定建立在一系列相互联系在一起的事实的基础上,并从逻辑上导致一个单一的结论时,它必须被认为具有特殊的分量(regarded as of special weight),证明可

① See Alex Stein, *Foundations of Evidence* 66-67 (Oxford University Press 2006).

② 参见张卫平:《认识经验法则》,《清华法学》2008年第6期,第8页。

③ See Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* 39 (Kluwer Law International 1996).

④ See Nigel Blackaby, *et al.*, *Redfern & Hunter on International Commercial Arbitration* 213-214 (Oxford University Press 2015).

⑤ 参见崔起凡:《论国际投资仲裁中腐败的证明标准》,《商事仲裁与调解》2021年第4期,第35页。

以基于事实推定取得,只要没有被合理怀疑的余地。^①在该案中,国际法院实际上就采纳了排除合理怀疑这一较高的证明标准。

在有些案件中,当事方主张适用的经验法则只具有较低的盖然性,在基础事实之上,通过推定提供的合理逻辑跳跃无法完成结论事实的证明。比如案例4,埃及政府所主张的推定中,基础事实是“申请人获得了黎巴嫩国籍,而且获得该国籍的唯一目的是逃避兵役”,推定事实是“申请人通过欺诈获得黎巴嫩国籍”,从基础事实到推定事实的逻辑跳跃需要有一个能体现两者常态联系或者高度伴生关系的经验法则,事实上,不存在这样的经验法则,或者说,即使有,这一经验法则(即为逃避兵役而变更国籍的人会使用欺诈手段获得他国国籍)的盖然性也非常之低。

3. 基础事实具有可靠性

推定的适用只是免除推定事实的举证责任,基础事实仍然需要证明,而且必须达到一定的证明标准。有观点认为,在适用事实推定中,基础事实需要达到“高度盖然性”证明标准,也有观点认为,基础事实应尽可能实现“排除合理怀疑”。^②实际上,这些观点的表述都不准确。需要强调的是,推定事实的证明标准并不会因通过推定而与通过直接证据证明有本质不同,不同的证明方式需要达到同一证明标准。推定事实的成立需要结合大前提和小前提的证明,而大前提和小前提的成立通常都具有盖然性。假定基础事实的证明标准为 a ,推定事实的证明标准为 b ,经验法则所体现的基础事实与推定事实之间常态联系的概率为 r ,那么:

关于三者之间的关系可以用公式表达为: $a \cdot r = b$,

国际投资仲裁中一般的证明标准是优势证据(b 可表达为 $>51\%$),

故 $a > 51\% / r$ (即基础事实的证明标准大于 51% 除以经验法则的概率)。

经验法则本身通常具有或然性(自然法则或自然规律除外),这样,基础事实的证明标准必然需要不低于优势证据,具体而言,作为大前提的经验法则的盖然性 r 越低,基础事实的盖然性就需要越高。如果 $r = 75\%$,那么 $a > 68\%$ 。这属于“清晰而令人信服”标准的范畴。^③

如上所述,在国际投资仲裁中涉及严重指控的情况下,比如腐败、欺诈等,实践中广泛存在的观点是,证明标准应更高,往往需要达到清晰而令人信服这个标准,那么至少 $b > 60\%$,如果经验法则的盖然性 $r = 75\%$,则 $a > 80\%$ 。所以,对于严重的指控,

① See *Corful Channel Case (Merits)*, ICJ Reports 1949, p.18.

② 参见毛淑玲:《司法推定的适用条件与要求》,《法学杂志》2019年第12期,第115-116页。

③ 根据美国纽约东区法官所作的实验调查显示,法官们认为,“清晰而令人信服”标准所涉及的盖然性幅度为 $60\%-75\%$ 。See Jack H. Friendenthal & Michael Singer, *The Law of Evidence* 269 (The Foundation Press 1985).

基础事实的证明标准往往很高,在有些情况下(比如 r 值相对低)需要达到排除合理怀疑的程度($a>95\%$),甚至即使基础事实证明到 100%,也可能根本无法完成推定事实的证明任务。

可见,在具体案件中基础事实的证明标准受到推定事实的证明标准和经验法则盖然性这两个因素的影响。这就解释了,前述科孚海峡案法官认为通过推定可以证明重要事实,在一些案件中确实如此,尽管难度较大;不过,在另外一些案件中,通过推定可能无法证明待证事实,甚至有些投资仲裁庭悲观地认为,在缺乏直接证据的情况下,仅凭推定不足以认定一个重大事实,比如当事方同意将某些争端提交仲裁的意图。^①

4. 事实推定的成立须以无相反证据推翻为条件

“因为事实 A,所以事实 B”,这是事实推定的大前提(即经验法则),A 成立从而推定 B 成立。事实推定具有或然性(或盖然性),只是一种暂时性的假定,允许当事方通过其他证据予以反驳或推翻。此外,事实推定只是转移了行为意义上的举证责任(下文将予详述),只要当事方通过举证使推定事实真伪不明,临时性的假定即被推翻。对于事实推定的反驳可以针对三个方面进行:一是基础事实(小前提),基础事实不成立,推定事实无法成立;二是经验法则(大前提),经验法则本身具有盖然性和抽象性,体现的是“多数的情况”,在具体案件中未必具有“匹配性”,可以通过举证证明本案属于“少数情况”“特殊情况”,或者可以通过证明经验法则本身的不存在或者盖然性较低而予以反驳;三是直接针对被推定的事实,可以通过直接证据、其他证据或者另外的推定予以反驳。比如,在案例 3 中,被申请人否定推定事实成立的三种理论上可能的路径是:否定经营者曾向政府发出过信件;否定存在该行业习惯;主张并证明发出的信件系个人行为(比如,信件中的表述已特别声明系个人行为)。

(三)事实推定对举证责任的影响

事实推定具有可反驳性。一旦事实推定成立,对方当事人为避免对已不利的法律后果不得不向仲裁庭提供证据,对推定事实进行反驳。但这样做并没有转移结果意义上的举证责任。^②在此过程中,转移的只是行为意义上的举证责任,如果对方当事人不能提供证据或进行合理解释以影响法官或仲裁员的心证,那么后者将可能认定负有举证责任的当事方已经完成了举证责任,从而认定推定事实的成

^① See *OPIC Karimum Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No.ARB/10/14, Award, 28 May 2013, para.146.

^② See Robert Kolb, *The Elgar Companion to the International Court of Justice* 243 (Edward Elgar 2014).

立。在转移了行为意义上的举证责任的情况下,对方当事人承担的是反证,只要反证使得相关事实真伪不明、裁判者无法形成内心确信,行为意义上的举证责任会再次转移回来。

三、国际投资仲裁中可反驳的法律推定的适用

国际争端解决实践中广泛存在着法律推定的适用,其中常被提及的是善意推定和政府行为合法性的推定。

善意推定意味着假定国际法主体的行为基于善意,而不是滥用权利或者出于恶意。比如,在 Lake Lanoux 案中,仲裁庭指出“不能推定恶意”。^①在 Tacna-Arica Question 案中,仲裁庭指出:“毫无疑问,所需证据可以通过间接证据形式提供,但是,当涉及国家荣誉而不是个人名声的情况下,这一指控的举证责任不应减轻。存在恶意的结论不应当基于有争议的推定而是应当基于足以得出这一结论的明确而清晰的证据。”^②

国际司法机构往往推定国际法主体的行为具有合法性。这意味着,主张国际法主体违反国际法并由此产生国际责任的当事方应当承担相应的举证责任。WTO 争端解决中也存在着此类推定的适用。比如,在欧共同体荷尔蒙(欧共同体援引 DSU 第 22.6 条)案^③中,美国中止减让的建议引发争议,该案仲裁员指出,WTO 成员方作为主权实体可被推定为遵照 WTO 义务行事,诉称另一成员方违反了 WTO 规则的成员方对这种违反承担举证责任。^④在国际投资仲裁实践中,也存在相当数量的法律推定包括上述两种法律推定的适用。

(一)国际投资仲裁中适用可反驳的法律推定的实践考察

1. 案例 5:东道国的政府行为推定有效

在 Paushok 诉蒙古案中,申请人对于蒙古的税收措施提出质疑,并要求仲裁庭对此采取临时措施。仲裁庭在进行比例性权衡时指出,“仲裁庭不以任何方式质疑一国在任何特定时间颁布其认为适当的任何税收措施的主权”。不论这些税收措施是新举措,还是对现有财政立法的修正。“存在一项立法措施的有效推定,立法措施无效的举证责任由质疑这些措施的一方承担。”政府通常也有权要求立即支付所欠税款,即使与纳税人存在争议。最后,某一特定水平的税收对某些纳税人来说似乎过高,这一事实本身并不意味着它是非法的,尽管它可能会引发外国投资者的质

① See Lake Lanoux (Spain v. France), Award, 16 November 1957, 12 R.I.A.A.281, p.305.

② Tacna-Arica Question (Chile v. Peru), Opinion and Award, 4 March 1925, 2 R.I.A.A. 921, p.930.

③ 欧共同体就美国中止减让的建议与 DSU 第 22.4 条的相符性提起的仲裁。

④ See Decision by the Arbitrator, EC-Hormones (Article 22.6-EC), WT/DS26/ARB, paras.8-11.

疑。^①

实际上,在其他一些国际投资仲裁案件中,政府行为有效的推定得到一再确认。^②该推定可运用于两种情况:其一,东道国用于抗辩,即首先推定东道国的立法或措施符合国际法并且有效,这意味着它对其遵守了国际法可免于证明,然后提出指控的申请人应承担存在违反国际法的行为的举证责任,该推定如不能被推翻即可成立。其二,投资者用于提出诉请,即投资者将政府行为视为有效并产生合理的信赖,然后有所规划或举措(即存在信赖利益),东道国行政执法应当遵守善意原则谨慎行事,尊重并保护投资者的信赖利益,否则应当承担相应的责任。

2. 案例 6: 具有可比性的投资者被不同对待, 推定存在歧视

在 Thunderbird 诉墨西哥案中,仲裁庭指出,作为 Thunderbird 公司从事类似业务的竞争对手,Guardia 先生是墨西哥国内行政和司法体系中“最具可比性”和“待遇最佳”的国内投资者,他获得了与 Thunderbird 公司相比表面上有利的待遇(facially better treatment)。这就产生了一种歧视推定,同时,墨西哥必须阐释和证明这种不同却更有利的待遇具有“正当理由”,以反驳这一推定。^③

3. 案例 7: 一项投资对东道国经济发展有贡献之推定

Salini 诉摩洛哥案确立了投资的四要素:出资、一定的合同持续时间、交易的风险以及对东道国发展的贡献,^④据此“对东道国发展的贡献”成为适用投资协定从而受到相应投资保护的前提。在 Phoenix Action 诉捷克案中,仲裁庭认为国际投资的这种贡献不可能查明,尤其是在什么是“发展”的问题上存在着高度分歧。因此,应采取一种更为务实的办法,鉴于国际投资对东道国经济的贡献通常是出资、持续时间、风险等要素构成的投资概念本身所固有的,对这种贡献原则上应予以推定。不过,根据具体情况,这一推定可以被推翻。如果投资者不进行任何经济活动,那么这种运营虽然可能涉及出资、持续时间、一定风险的承担,但仍然不具备投资受到保护

① See Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia, UNCITRAL, Decision on Interim Measures, 2 September 2008, para.81.

② See e.g. International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States, NAFTA/UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Walde, 26 January 2006, paras.60, 91; El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 27 October 2011, para.290.

③ See International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States, NAFTA/UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Walde, 26 January 2006, para.2.

④ See Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para.52.

的条件,因为它不符合《ICSID 公约》的目的。^①

4. 案例8:有效的管理或控制一旦成立即被推定处于持续状态

当事方在某一时间点有效控制或管理一个法人,则推定该当事方持续有效地控制或管理这个法人。在 YCO 诉缅甸案中,被申请人主张申请人的主要股东兼执行董事(principal shareholder and managing director)已从新加坡移居缅甸以监督当地投资,未在新加坡对 YCO 公司进行有效管理;不过,它同时承认 YCO 公司的主要股东兼执行董事移居之前,在新加坡曾有效管理 YCO 公司。^②仲裁庭否决了缅甸的主张并指出,在仲裁庭看来存在一项推定,即“有效的管理一旦建立就不会轻易丧失”,特别是因为丧失有效管理的后果将是失去条约保护。根据这一推定,对于申请人而言,只要证明它已遵守当地法律指定了一名居住在当地的董事并与之适当沟通即已足够。^③当然,这个有效管理或控制的推定可以通过股权变动等情况的证明予以推翻。

5. 案例9:股权登记推定取得股权

在 Quiborax 诉玻利维亚案中,申请人提交股份登记作为取得系争股份的证据,进入股份登记处登记即推定交易自登记之日起具有取得股权的法律效力。被申请人可以提出具体证据,比如存在欺诈,反驳这一推定。不过,股东登记不构成股东身份的不可反驳的证据,在这一点上,玻利维亚法律与其他国家(如西班牙、英国和阿根廷)的法律相一致。^④

(二)可反驳的法律推定的适用条件

1. 作为大前提的法律规定(法律推定规则)的存在

在国内诉讼中,可以通过立法确立法律推定规则。不同的是,在国际法领域缺乏统一的立法机关,法律推定的依据可能是国际投资法的各种渊源。一般法律原则(比如善意)、国际条约、习惯国际法、司法判例或者公法学家的学说,《国际法院规约》第38条涉及的正式渊源和辅助渊源都可能成为法律推定的依据。^⑤其中,判例确立的法律推定和事实推定的区别在于,前者具有抽象性和典型性,属于在此后案例中会反复出现并可予适用的情形。与事实推定不同的是,在法律推定之中,基础

^① See *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No.ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras.85-86.

^② See *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd v. Government of the Union of Myanmar*, ASEAN Case No. ARB/01/1, Award, 31 March 2003, paras.7, 51.

^③ See *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd v. Government of the Union of Myanmar*, ASEAN Case No. ARB/01/1, Award, 31 March 2003, para.52.

^④ See *Quiborax SA v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No.ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012, para.85.

^⑤ See Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* 218 (Martinus Nijhoff Publishers 2005).

事实和推定事实存在高度盖然性的伴生关系不需要举证证明,这两者之间的关系直接通过法律推定规则基于经验总结或者价值选择而确立下来。

2. 小前提(基础事实)具有可靠性

与事实推定一样,法律推定之中,推定事实的成立依赖于作为小前提的基础事实的成立,如果小前提的基础事实不成立,即无法得出推定事实的成立。

3. 推定的成立须以无相反证据推翻为条件

在可反驳的法律推定中,大前提(法律推定规则)为“因为事实 A,所以事实 B,除非事实 C”。主要的反驳方式有两种:其一,针对基础事实提出反证,否定了基础事实即破坏了推定事实的成立前提;其二,依据法律推定规则,主张并证明例外事实 C 的存在,也会阻止推定事实 B 的成立。除此之外,关于法律推定的大前提(即法律推定规则)能否通过提出反证予以反驳,国际法和国内法有着微妙的不同:国内法上这一点很明确,虽然可以通过解释否定法律推定规则的可适用性,但它不是反证否定的对象。在国际法上,判例等非正式国际法渊源可能会产生效力上的争议。某些先前裁决是否稳定确立了法律推定规则可能存在疑问,因为先前裁决可能会被后案推翻,所以相应的法律推定规则仍存在反驳的空间。

(三)可反驳的法律推定对举证责任的影响

在国际争端解决中,可反驳的法律推定可以转移行为意义上的举证责任,这一点没有争议。不过,在它能否转移结果意义上的举证责任方面,则存在不同的观点。

Amerasinghe 明确指出,就推定而言,举证责任从未真正转移,因而在技术意义上推定的效果仅局限于涉及证据的程序方面。^①这种观点认为,在实践中,结果意义上的举证责任没有转移,转移的仅是行为意义上的举证责任。在该观点之下,它对结果意义上的举证责任仍会产生一定的影响,这是因为,如果推定所针对的当事人未能进行有效反驳,推定将对仲裁庭评价另一方当事人是否完成举证责任起到关键性甚至决定性的作用。另一方面,反驳者可以进行反证,只要使得待证事实真伪不明即可,无须达到本证的证明标准,真伪不明的状态已足以阻止仲裁庭对推定事实的最终认可。

同时,在理论和实践上都存在肯定论观点,即认为可反驳的法律推定可以转移结果意义上的举证责任。有学者指出,如果一项有利于提出者的推定成立,则举证责任转移,这导致对方当事人承担反驳该推定的责任。^②适用推定的后果是通过将

^① See Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* 219-220 (Martinus Nijhoff Publishers 2005).

^② See Robert Kolb, *General Principles of Procedural Law*, in A. Zimmermann, *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* 824 (Springer 2006).

举证责任转移给法律认为应当更方便地承担举证责任的另一方当事人来协助法律的实施。申请人只须证明推定的事实基础的存在。就结论事实而言,举证责任转移;应由反对方推翻这一假设,证明事实恰恰相反。^①也有其他一些学者支持这一观点。^②同时,在国际争端解决中,也有一些实践支持了这一观点,比如,在2002年利吉丹岛和西巴坦岛案中,国际法院专案法官弗朗克认为,从一定意义上说,一个可反驳的推定将举证责任转移给反驳从这项推定中得出结论的一方。^③

实际上,一般而言,可反驳的法律推定不会导致结果意义上的举证责任发生转移,不过存在特殊的可反驳推定。

在国内诉讼中,法律推定是事实推定的定型化和典型化,同时它也是价值理性选择的结果,被提炼、概括出的这些法律推定,必然会比事实推定更具有可预见性,也更加重要,而且也体现出立法者对立法政策和立法指引性的考量。^④比如上述案例6至案例9中的推定,能够定型化的原因在于这种推定的合理程度较高,基础事实和推定事实之间具有稳定的伴生关系,同时它反映的是典型情况,可以在后续其他案件中反复涉及并予以适用;此外,定型化带来的益处是司法程序的高效,它减轻了当事人提供证据和论证说理的负担。原则上,可反驳的法律推定和事实推定对于举证责任的影响并无不同,只转移行为意义上的举证责任。

不过,存在特殊的情况,即能够转移举证责任的不可反驳的法律推定,其特殊性存在于两个方面:其一,背后主要体现的是价值理性(基于价值或政策的考虑对两个事实进行绑定),而非逻辑理性,比如案例5中对政府行为有效性的推定,这些价值或政策对于国际法秩序至关重要,构成法律推定规则的基础。此外,出于对国家主权的尊重,推定国家行为具有善意,主张国家滥用权力的一方须承担举证责任,即可以推定国家行为没有违反国际法,不能推定国家的国际责任的成立。这些法律推定体现的是基于国际法基本理念的立场预设,就像刑法上的无罪推定。试图推翻这种推定结论的一方要承担举证责任。其二,这种推定的构造也存在特殊性。通常推定(无论是法律推定还是事实推定)的适用要求同时涉及两项事实,即基础事实和推定事实。而这些特殊的推定,本质上只涉及一项事实。比如善意推定,本质上只存在一个推定事实,即国际法主体的行为出于善意,尽管在表面上也可分解成两个事实,

① See Robert Kolb, *The Elgar Companion to the International Court of Justice* 242 (Edward Elgar 2014).

② See e.g., Frederic G. Sourgens, *et al.*, *Evidence in International Investment Arbitration* 274 (Oxford University Press 2018).

③ See *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, ICJ Reports 2002, Dissenting Opinion of Judge Franck, p.692.

④ 参见纪格非:《民事诉讼证据规定中的推定问题》,《证据科学》2020年第3期,第330页。

即国际法主体的行为(基础事实)和行为出于善意(推定事实)。

四、国际投资仲裁中不可反驳的法律推定的适用

不可反驳的法律推定是指当基础事实得到证明,必定会得出推定事实成立的结论。在推定事实是否可反驳以及对举证责任的影响方面,不可反驳的法律推定与其他两种推定完全不同。有许多学者认为,不可反驳的法律推定实质上是实体法规则。^①鉴于它和其他推定的实质区别,本文对不可反驳的法律推定的适用问题单独进行论述。

(一)国际投资仲裁中不可反驳的法律推定的适用可能性

在国际争端解决中,不可反驳的推定的适用情况相对较少。^②不过,在国际投资仲裁中,不可反驳的法律推定仍具有适用的可能性。鉴于国际争端解决的相关判例在国际投资仲裁中往往可予适用,以下通过国际法院的相关实践阐述这种适用空间的存在。

在 1962 年隆端寺案中,Alfaro 法官在其发表的少数意见中指出,禁止反言原则“构成一项不可反驳的法律推定”,即使一国先前曾拥有这一权利,仍然可以推定,该国已经被认为放弃了该权利,或者该国从未认识到其享有本可以据此反对另一国主张的明确的法律权利,从而放弃了该权利。^③实际上,禁止反言原则在这里意味着,一旦有证据表明当初该国没有主张或者行使权利,那么此后就丧失了举证证明它应当享有这一权利的机会。

在国际投资仲裁中也存在类似的情形。在 Niko 诉孟加拉国案中,孟加拉国提出了腐败抗辩。仲裁庭认为,“已经证实 Niko 公司所从事的腐败行为与投资合同的缔结之间不存在必然的、直接的因果关系”。孟加拉国提出根据“不洁之手”原则,申请人仍然不能获得救济。仲裁庭回应称,在本案中“不洁之手”原则不应适用,因为早在与孟加拉国签订天然气购买与销售协议以前,申请人的不法行为就已为公众所知。仲裁庭继而认定,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,因而此时不得再依据这些事由否认仲裁管辖权。可见,如果当事人早已获悉可据以提出管辖权异议的情形却未能适时提出,那么仲裁庭有权推定当事

① 参见纪格非:《民事诉讼证据规定中的推定问题》,《证据科学》2020 年第 3 期,第 330 页。

② See Robert Kolb, *The Elgar Companion to the International Court of Justice* 243 (Edward Elgar 2014).

③ See *Temple of Preah Vihear Case*, ICJ Reports 1962, p.41.

人放弃了异议权,从而取得对案件的管辖权。^①

《维也纳条约法公约》第46条(“国内法关于缔约权限之规定”)第1款^②被认为隐含了一项不可反驳的推定规则。^③据此,除非缔约权限的“违反之情事显明且涉及其具有基本重要性之国内法之一项规则”,一国的缔约代表同意受条约拘束的意思表示推定为该国的意思表示,该国不得以证明存在违反缔约权限的事实否定其同意。

在国际投资仲裁实践中,毫无疑问,《维也纳条约法公约》第46条第1款也可以作为不可反驳推定的法律依据,适用于所涉投资协定的解释与适用。

不可反驳的推定中,推定事实不容反驳,不过基础事实还是可以反驳的。如果基础事实不成立,则作为最终结论,推定事实也不能成立。

(二)不可反驳的法律推定与举证责任的关系

在不可反驳的法律推定的适用过程中,主张推定事实的当事人无须承担该事实的举证责任,只要基础事实得到证明,基于作为大前提的法律推定规则而推定的结论事实就已然得到证明;而且,对方当事人对此没有反驳的权利和机会。这就意味着,就该推定事实而言,不存在行为意义或结果意义的举证责任转移给对方当事人的可能性。可见,在对举证责任的影响方面,不可反驳的法律推定与事实推定、可反驳的法律推定完全不同。

五、涉华投资仲裁实践涉及的推定问题

(一)国有企业是否适格投资者的推定

在北京城建诉也门案和黑龙江国际经济技术合作公司等诉蒙古案中,被申请人均提出投资者不适格的管辖异议,抗辩理由是作为申请人的中国国有企业是“政府代理人”,不是国际投资协定中“适格的投资者”。在国际投资仲裁中,国有企业只有以商业身份而非政府代理人的身份从事活动才具备“投资者”资格。依据中国签订的BIT中的投资者定义条款,“投资者”没有明确包含国有企业。作为举证责任分配的一般规则,适格投资者的举证责任会被分配给启动仲裁程序、主张对方违反国际法的申请人,在上述案件中就是中国国有企业。

^① 参见张建:《国际投资仲裁管辖权研究》,中国政法大学出版社2019年版,第453-454页。

^② 《维也纳条约法公约》第46条(“国内法关于缔约权限之规定”)第1款规定:“一国不得援引其同意承受条约拘束之表示为违反该国国内法关于缔约权限之一项规定之事实以撤销其同意,但违反之情事显明且涉及其具有基本重要性之国内法之一项规则者,不在此限。”

^③ See Chittharanjan F. Amerasinghe, Evidence in International Litigation 222 (Martinus Nijhoff Publishers 2005).

在 Maffezini 诉西班牙案中,仲裁庭推定国有企业为国家实体或者国家代理人。该仲裁庭就国有企业的法律地位指出,“在这里,如果发现该实体直接或间接归国家所有”或者“由国家直接或间接控制”,“就会产生一个它是国家实体的可反驳的推定。”^①“如果一个实体的目的或目标是履行政府性质的职能,或通常由国家保留的职能,或就其性质而言通常不是由私营企业或个人执行的职能,则会产生类似的推定。”^②这一推定的效果是国有企业临时被假定为国家代理人,申请人需要举证予以推翻,否则,推定事实即可成立。

类似的推定适用在我国国有企业参与国际投资仲裁中可能也会遇到。对于这一推定的适用,可以从以下几个方面进行应对:(1)以存在相反的裁判意见进行反驳,比如 Tulip 诉土耳其案仲裁庭指出,它不赞同和不接受 Maffezini 案的立场,即国家拥有一个实体的多数所有权即推定该实体的国家地位。相反,仲裁庭不得不根据双边投资协定和适用的国际法原则来决定它面临的问题。^③(2)如果它是作为事实推定而适用,那么缺乏(国有企业是国家代理人或履行国家职能的)充分事实依据和经验数据,无法确立相应的经验法则;如果它是作为法律推定而适用,那么国际争端领域不存在也不应存在这样的法律推定规则,因为缺乏合法正当的司法政策或价值作为依据,或者,如果把法律推定看做事实推定的典型化和定型化,那么它也没有这样的事实推定作为基础。此外,国有企业也可运用法律专家或经济学专家去证明国有企业的法律地位以及与本国政府的关系,在 Tulip 诉土耳其案的裁决撤销审查中,申请人即使用相关领域的专家对此问题提供专家证言以支持本方主张。(3)如此推定的适用会导致对申请人不利的管辖权歧视。管辖权歧视被国际争端解决实践一再反对,比如,Inceysa 诉萨尔瓦多案仲裁庭指出,为了避免进行部分或主观分析,对管辖权的任何分析都必须谨慎进行,不能从有利于或不利于管辖权的推定开始。任何推定都会破坏分析,并会不适当地限制或扩大双方最初的同意。^④所以,国家实体或国家代理人地位之主张应当通过证据予以证明而非推定。

在国际投资仲裁中,申请人可以提出以上主张以应对关于国家代理人的推定。不过,对于国有企业符合属人管辖的证明问题,更为彻底的做法是,在 BIT 投资者定义条款中明确规定它包含国有企业,并且进一步规定“国家代理人”例外以平衡各方利益。这样国有企业据此可明确获得投资协定的保护,并且确保能和其

^① See Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No.ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, para.77.

^② See Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, para.289.

^③ See Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No.ARB/03/26, Award, para.176.

他企业同样启动投资仲裁程序,如果被申请人援引例外,那么应当由被申请人承担相应(比如该国有企业履行政府职能)的举证责任,而不是由国有企业承担相反事实的举证责任。

(二)最惠国待遇条款可否适用于程序事项的推定

伊佳兰公司诉中国案、谢某某诉秘鲁案以及北京城建诉也门案均涉及这一问题。前一案件和解结案;在后两个案件中,ICSID 仲裁庭并未支持最惠国待遇条款可延伸适用从而扩展管辖事项范围,这实际上否定了相关的最惠国待遇条款就国家同意范围延伸于程序事项方面的证明力。

不过,关于最惠国待遇条款能否适用于程序事项,存在一些冲突的判例,当事方可能会面临一定的不确定性风险。Impregilo 诉阿根廷案的仲裁员 Brigitte Stern 教授指出,事实上,有一类案件是基于这样一种推定,即争端解决不可避免地属于最惠国待遇条款的范围,除非明确证明了相反的情况,同时另一类案件是反向的推定,即争端解决在双边投资条约中并不属于最惠国待遇条款的范围,除非明确证明了相反的情况。^①实践中,有一些仲裁庭认可投资协定中列入的最惠国待遇条款意味着可推定缔约方意在限于给予的实体待遇,同时允许通过援引该条款涵盖“所有事项”的条约语言来推翻这一推定。^②

就中国的缔约实践而言,除个别 BIT^③之外,晚近签署的 BIT 没有明确规定最惠国待遇条款是否适用于争端解决程序事项。不过,基于中国签订的新一代 BIT 中的最惠国待遇条款常有“所有事项”的措辞,这可能被用于推定缔约方同意最惠国待遇条款扩展至程序问题,所以我国签订的 BIT 应当避免类似措辞,而且,最好尽量明确将该条款限定适用于实体事项。

(三)过渡期内关于投资协定选择的推定

中国平安诉比利时案中的焦点问题是,1986 年和 2009 年新旧两版本的中国—比利时 BIT 应当适用哪一个,旧版 BIT 作为第一代 BIT,其仲裁范围仅限于“补偿额”,而新版 BIT 对争端范围没有限制,平安公司可据此主张东道国间接征收的责任。中国平安认为,根据新版 BIT 第 10.2 条的规定,如果中国平安要援引新版中国—比利时 BIT,只须证明其投资争端发生在 2009 年 12 月 1 日之前,且并未进入司法

^① See Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/07/17, Concurring and Dissenting Opinion of Professor Brigitte Stern, 21 June 2011, para.14.

^② See Renta 4 S.V.S.A. and Others v. The Russian Federation, SCC Case No.24/2007, Preliminary Decision, 20 March 2009, para.95.

^③ 例如,2008 年中国—哥伦比亚 BIT、2011 年中国—乌兹别克斯坦 BIT、2012 年中国—加拿大 BIT 以及 2013 年中国—坦桑尼亚 BIT。

或仲裁程序。在本案中,中国平安曾经先后向比利时政府发送三封信函,就投资争端进行沟通,时间分别为 2008 年 10 月、2009 年 10 月以及 2012 年 7 月。在第二封信函中,中国平安声称前一封信函构成了旧版 BIT 下的“争端通知”(notice of dispute),不过在第三封信函又改称此前两封信函构成新版 BIT 下的“争端通知”。仲裁庭认为,前两封信的内容证明了在新版中国—比利时 BIT 生效之前,相关争端已经产生,中国平安已经准备援引旧版中国—比利时 BIT 向比利时政府提起争端解决,因此为寻求救济,它无权再援引新版中国—比利时 BIT。^①

该案表明,中国平安在过渡期内在与东道国的争端解决中援引旧版 BIT,构成该 BIT 下的“争端通知”,仲裁庭推定其已选择了在争端解决中旧版 BIT 的适用;同时,依据禁止反言原则,这意味着它丧失了选择新版 BIT 的机会。前者运用了一个事实推定,在争议后的前两封信件中援引旧版 BIT,即推定在投资争端解决中同意适用旧版 BIT,而后者实际上构成了一项不可反驳的推定:援引旧版 BIT,被推定为在本案中放弃援引新版 BIT 的权利。不可反驳的推定会导致不可逆转的消极后果,一些中国企业不慎的争端解决行为可能会产生严重的损失,应当引以为戒。

六、结论

推定是认定事实的重要法律工具,通过推定可以相对准确地认定案件事实,并且能够减轻当事人的举证负担、避免僵局,从而有利于仲裁程序高效地进行。依据这种方法,主张推定事实的当事方免除了该事实的举证责任,不过,仍然需要证明基础事实的成立。事实推定和法律推定需要符合相应的不同条件,并且对举证责任产生不同的影响。在国际投资仲裁中,我国政府和海外投资企业不仅需要熟悉宏观的国际法理论与规则体系,也需要掌握高超的具体实务技能,做到“道”与“术”的有机结合,其中包括能够熟练运用推定规则。我国政府和海外投资企业如果能够将推定运用得当,有效主张并说服仲裁庭作出对本方有利的推定,那么它就可以成为攻击对方的利器;同时,对于可能进行的不利于本方的推定(比如国有企业是国家代理人的推定、最惠国待遇条款适用于程序事项的推定),也应做好有效反驳和防御,尽量避免或减轻因此导致的不利影响。此外,国际投资仲裁中关于推定的适用,有些问题仍然存在争议,比如法律推定能否转移(结果意义上的)举证责任的问题。在实践中如能熟练援引对本方有利的相关仲裁实践与判例,也会对争讼局面产生积极的影响。同时,我国政府在商签新的投资协定时,应当注意明确规定某些条款内容(比如

^① 参见梁咏:《国际投资仲裁中的涉华案例研究——中国经验和完善建议》,《国际法研究》2017 年第 5 期,第 104 页。

投资者定义条款明确规定包括国有企业,最惠国待遇条款明确不适用于程序事项,BIT争端解决条款中通过列举式或排除式明确规定同意仲裁的范围),以防止在争端解决中仲裁庭作出不符合缔约方预期的推定,违背我国政府缔约时的真正意图。

On the Application of Presumption in International Investment Arbitration

Abstract: Presumption which includes factual presumption and legal presumption is an important method of fact-finding in dispute resolution. In international investment arbitration, the arbitral tribunal has the theoretical and legal basis for the application of presumption, and the presumption has been frequently applied in practice. In international investment arbitrations, factual presumption and legal presumption have different application conditions, and have different effects on the burden of proof. The issue of presumption has been involved in many China-related investment arbitrations, from which we can get some useful reflections and enlightenments. As participants in international investment arbitration, The Chinese Government and overseas enterprises should master the legal tools and apply them in the practice of investment dispute settlement skillfully. Meanwhile, during negotiating new investment agreements, The Chinese Government should pay attention to stipulating contents of the provisions clearly, so as to prevent the arbitral tribunals from making un contemplated presumptions in dispute settlement.

Key words: international investment arbitration; burden of proof; standard of proof; legal presumption; factual presumption

(责任编辑:肖军 钱静)