

国际投资仲裁中“不洁之手原则”的适用

——从Littop等诉乌克兰案切入

黄洁雯

上海政法学院, 上海

收稿日期: 2022年9月19日; 录用日期: 2022年11月7日; 发布日期: 2022年11月14日

摘要

在2021年发布的Littop等诉乌克兰案最终裁决中, 仲裁庭将“不洁之手原则”视为一般法律原则, 并以投资存在腐败为由拒绝行使管辖权。仲裁庭的这一做法使“不洁之手原则”在国际投资仲裁领域的适用实现重大进展, 但同时与其他投资仲裁案件的裁决产生鲜明分歧。此外, 裁决中对于“不洁之手原则”是否属于一般法律原则的论证存有不足, 将相近法律规则之适用视为“不洁之手原则”之适用的做法也有待进一步讨论。

关键词

不洁之手原则, 国际投资仲裁, 一般法律原则

The Application of “Unclean Hands Doctrine” in International Investment Arbitration

—Starting from Littop and Others v. Ukraine

Jiewen Huang

Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 19th, 2022; accepted: Nov. 7th, 2022; published: Nov. 14th, 2022

Abstract

In *Littop and others v. Ukraine*, the tribunal concluded that “clean hands doctrine” exists as a general principle of international law, and denied its jurisdiction due to the investor’s unclean hands. This represents a significant advance in the application of the “unclean hands doctrine” in the field of international investment arbitration, but simultaneously creates a sharp divergence from other

awards. Moreover, there is a weakness in the reasoning of whether the “unclean hands doctrine” is a general principle of law, and the legitimacy of treating application of similar rules of law as that of “unclean hands doctrine” is subject to further discussion.

Keywords

Unclean Hands Doctrine, International Investment Arbitration, General Principle of Law

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近二十年的国际投资仲裁实践中,越来越多的东道国以投资者存在非法行为为由,提出管辖权抗辩、可受理性抗辩。在这类抗辩的法律依据中,“不洁之手原则”(Unclean Hands Doctrine)引起了不少学者的讨论。作为衡平法的一项原则,其含义常被表述为“寻求衡平法救济的人必须有一双干净的手”(He who comes into equity must come with clean hands)¹。该原则在投资仲裁领域的适用反映了一种道德诉求,即寻求仲裁救济的投资者需对其非法行为负责[1]。

2021年发布的Littop等诉乌克兰案最终裁决中,仲裁庭对“不洁之手原则”的适用值得关注。一方面,仲裁庭承认“不洁之手原则”属于一般法律原则,这与Yukos Universal诉俄罗斯案仲裁庭的观点截然相反;另一方面,仲裁庭依据“不洁之手原则”,以投资存在腐败为由,拒绝行使管辖权,使得“不洁之手原则”在管辖权审理阶段的适用实现重大进展。本文将从Littop等诉乌克兰案入手,对“不洁之手原则”的适用争议及相关问题进行分析。

2. Littop等诉乌克兰案中“不洁之手原则”的适用争议

2.1. 双方当事人关于的“不洁之手”争议的观点

被申请人主张,申请人为实现对投资的管理控制而实施了贿赂、腐败行为,依据“不洁之手原则”,仲裁庭应拒绝行使管辖权或裁定争议不可受理。²出于案件保密的需要,裁决中被申请人的事实主张及法律论证的具体内容皆被隐去,因而笔者无法在此处具体展开。

对于被申请人的抗辩,申请人提出了多项反驳,笔者将其归纳为以下四个方面:第一,申请人否认通过腐败、贿赂行为实现对特定投资的管理控制;第二,申请人认为,被申请人主张的贿赂、腐败行为发生在投资运营阶段而非投资设立阶段,因此申请人不能以贿赂、腐败为由提出管辖权抗辩;第三,申请人主张,仲裁庭只需在管辖权阶段考虑其是否享有属人、属物管辖权,而贿赂、腐败问题应留到实体阶段处理;第四,申请人认为,“不洁之手原则”并非一般法律原则,不应在本案中适用。³

2.2. 仲裁庭关于“不洁之手”争议的分析

首先,仲裁庭认为,“不洁之手原则”属于一般法律原则。虽然申请人所援引的Yukos Universal诉

¹Fitzmaurice, *The General Principles of International Law*, Recueil des Cours, Vol. 92, 1957, p. 119.

²Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine, SCC Case No. V 2015/092, Final Award, 4 February 2021, para. 363.

³Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine, SCC Case No. V 2015/092, Final Award, 4 February 2021, paras.399-400, 420-421, 427.

俄罗斯案裁决拒绝将“不洁之手原则”视为一般法律原则，但本案仲裁庭明确表示其不必遵循先例。仲裁庭认为，“不洁之手原则”和善意原则一样，属于一般法律原则。仲裁庭的理由是，一些仲裁庭和学者已经承认“不洁之手原则”为一般国际法原则。例如，Rusoro Mining 诉委内瑞拉案的仲裁庭认为，有“不洁之手”的申请人不能寻求投资仲裁救济，这一原则是无争议的；Fraport 诉菲律宾案的仲裁庭认为，在投资条约未规定合法性条款的情形下，可以依据国际法规则，如“不洁之手原则”或有同样效果的其他原则，拒绝向非法投资提供条约保护。Patrick Dumberry、Richard Kreindler、Carolyn Lamm 等学者皆在其文章中将“不洁之手原则”视为一般法律原则。此外，仲裁庭还列举了一些判例，在这些判例中，仲裁庭虽未提及“不洁之手原则”的表述，但适用了与“不洁之手原则”效果相同的国际法原则、国际公共政策。⁴

其次，仲裁庭认为，贿赂、腐败争议属于管辖权问题。对于申请人提出的在实体阶段审理贿赂、腐败问题的观点，仲裁庭不予认同。虽然一些案件的仲裁庭确实在责任与赔偿部分审理投资的非法性问题，但是这类案件的事实情形和本案不同。此外，投资仲裁实践表明，有“不洁之手”的投资者不受投资条约保护。对于以违反东道国法律或违反公共政策的方式设立的投资，ECT 同样不会提供保护。从仲裁同意的角度，东道国从未同意将非法投资的相关争议提交仲裁解决。⁵

最后，基于腐败行为被证实，仲裁庭拒绝行使管辖权。仲裁庭认为，依据判例和学者的观点，一项广泛确立的原则是，如果投资系通过贿赂或腐败手段获得，则仲裁庭应当拒绝行使管辖权。⁶因此，仲裁庭查明申请人在乌克兰的投资(包括其获取投资的行为)存在贿赂和腐败之后，拒绝对申请人的请求行使管辖权。

3. Littop 等诉乌克兰案之裁决与其他案件之裁决的分歧

对于“不洁之手原则”是否为一般法律原则以及该原则的适用后果，Littop 等诉乌克兰案与其他案件存在分歧。虽然国际投资法并无遵循先例的原则性规定，但不少学者指出，先例在国际投资仲裁中已经获得普遍的适用，形成了“事实上的遵循先例”[2]。据此，Littop 等诉乌克兰案与其他案件就“不洁之手原则”的适用分歧，导致了投资仲裁裁决的不一致性和不可预见性，无形中加剧了国际投资仲裁机制的合法性危机[3]。

3.1. “不洁之手原则”是否为一般法律原则

Yukos Universal 诉俄罗斯案关于“不洁之手原则”的适用争议曾引起广泛讨论。Littop 等诉乌克兰案与 Yukos Universal 诉俄罗斯案最显著的分歧在于，前者将“不洁之手原则”视为一般法律原则，而后者则持相反态度。在 Yukos Universal 诉俄罗斯案中，为了证明“不洁之手原则”已经作为国际法获得承认，被申请人援引了一些国际法院和国际常设法院案例中法官的单独意见(separate opinion)。对此，仲裁庭认为，尽管被申请人援引了大量案例，但被申请人无法援引一个多数仲裁员皆同意将“不洁之手原则”视为国际法原则而适用的案例。一般法律原则要求一定程度的公认，而双方援引的案例表明，“不洁之手原则”能否视为一般法律原则还存在相当多的争议。⁷因此，仲裁庭裁定“不洁之手原则”尚不属于一般法律原则。

⁴Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine, SCC Case No. V 2015/092, Final Award, 4 February 2021, paras.433-449.

⁵Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine, SCC Case No. V 2015/092, Final Award, 4 February 2021, paras.482-483.

⁶Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine, SCC Case No. V 2015/092, Final Award, 4 February 2021, para.486.

⁷Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award, 18 July 2014, paras.1359-1362.

“不洁之手原则”是否为一般法律原则的问题一直存在争议。在学术讨论中，支持和反对的声音两相抗衡；在国际诉讼与仲裁实践中，尽管尚未有法庭或仲裁庭将“不洁之手原则”作为一般法律原则适用，但是一些案件中法官的单独意见、裁决书的附带意见(*obiter dictum*)已经呈现出一种可能性和趋势。因此，对于这一问题，仲裁庭享有较大的自由裁量空间，其既可以遵循先例，也可以选择背离先例而发挥造法功能，提出不同甚至相反的解释或结论^[4]。实践中，也有仲裁庭持保守态度，例如 *Niko Resources* 诉 *Petrobangla* 和 *Bapex* 案的仲裁庭仅表明，“不洁之手原则”是否属于国际法规则仍存在争议，其确切内涵也有待界定，而没有选择明确的立场。⁸

3.2. “不洁之手原则”的适用结果

在不同的投资仲裁案件中，“不洁之手原则”的适用对仲裁结果的影响有所不同^[5]。*Littop* 诉乌克兰案中，“不洁之手原则”的适用导致仲裁庭拒绝行使管辖权；而 *Al Warraq* 诉印度尼西亚案中，由于申请人具有“不洁之手”，仲裁庭裁定其仲裁请求不可受理；在 *Copper Mesa* 诉厄瓜多尔案中，“不洁之手”则在责任与赔偿部分产生实际影响。关于适用结果存在差异的原因，可以分别从被申请人、仲裁庭的角度进行分析。

从被申请人的角度，被申请人依据“不洁之手原则”提出的抗辩类型是不同的。*Littop* 等诉乌克兰案中，被申请人优先提出管辖权抗辩，其次将可受理性抗辩作为替代选择。*Yukos Universal* 诉俄罗斯案中，被申请人对“不洁之手原则”的利用更为充分。被申请人不仅依据“不洁之手原则”提出了管辖权抗辩、可受理性抗辩，还进一步提出，如果前两种抗辩皆被驳回，请求仲裁庭在实体阶段的责任与赔偿部分考虑“不洁之手原则”的适用。当然，也有些案件被申请人仅提出了一种抗辩，例如，*Copper Mesa* 诉厄瓜多尔案的被申请人提出的是管辖权抗辩，*Al Warraq* 诉印度尼西亚案的被申请人提出的是可受理性抗辩。

从仲裁庭的角度，仲裁庭对被申请人所提出的抗辩类型进行了合法性层面和合理性层面的分析。合法性层面的分析是指，被申请人的抗辩是否有法律依据。*Al Warraq* 诉印度尼西亚案中，仲裁庭认为“不洁之手原则”已经在国际法院、仲裁庭中作为争议可受理性抗辩的法律依据，因而支持了被申请人的可受理性抗辩。⁹合理性层面的分析是指，在仲裁程序的特定阶段审理申请人的“不洁之手”行为是否恰当，这一考虑更多体现为仲裁庭的自由裁量。*Copper Mesa* 诉厄瓜多尔案中，面对申请人提出的管辖权抗辩，仲裁庭的初步观点是，被申请人所主张的非法行为发生在获得投资之后，因此，该非法行为不会对管辖权产生影响，而是对争议的可受理性产生影响。随着案件的进一步审理，仲裁庭发现，在申请人的非法行为存续期间，被申请人知道或应当知道非法行为的存在却保持沉默，基于善意原则，被申请人不得在仲裁中以申请人的非法行为为由提出可受理性抗辩。最终，仲裁庭在实体阶段的责任与赔偿部分将违法情形作为考虑因素之一。¹⁰

4. 对 *Littop* 诉乌克兰案之裁决的评析

4.1. “不洁之手原则”属于一般法律原则的论证存在不足

Littop 诉乌克兰案的仲裁庭认为，一些仲裁庭已经承认“不洁之手原则”为一般国际法原则，并援引 *Rusoro Mining* 诉委内瑞拉案和 *Fraport* 诉菲律宾案为依据。但是，*Rusoro Mining* 诉委内瑞拉案中，仲裁庭仅用一句话表明“有‘不洁之手’的申请人不能寻求投资仲裁救济”是一项原则，而并未论证其为何构成一项原则，更未提及这一原则属于一般法律原则。*Fraport* 诉菲律宾案中，“在投资条约未规定合法

⁸*Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited (Bapex), ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013, para.477.

⁹*Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award, 15 December 2014, paras.646-647.

¹⁰*Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2, Award, 15 March 2016, paras.5.62-5.65.

性条款的情形下，可以依据‘不洁之手原则’拒绝向非法投资提供条约保护”，只是仲裁庭的附带意见；同样地，仲裁庭也并未提及“不洁之手原则”属于一般法律原则。

依据《国际法院规约》第38条第1款第3项，一般法律原则是指文明各国所承认的法律原则。据此，判断“不洁之手原则”是否为一般法律原则，应看其是否为各国的国内法律制度所承认，而非是否为国际法院或仲裁庭承认^[6]。但是，Littop 诉乌克兰案的仲裁庭似乎依赖的是国际投资仲裁庭对“不洁之手原则”的态度。当然，这种援引其他判例的做法本身并没有问题，只要被援引判例对相关问题进行了全面分析；可是，仲裁庭所援引的判例并未对“不洁之手原则”是否构成一般法律原则做充分分析。

4.2. 将相近法律规则之适用视为“不洁之手原则”之适用的做法有利有弊

Littop 等诉乌克兰案中，仲裁庭在分析“不洁之手原则”是否为一般法律原则时所援引的部分先例并未直接适用“不洁之手原则”，而是适用了概念相近的法律规则。例如，被援引的 Inceysa 诉萨尔瓦多案中，仲裁庭适用了“任何人不得从非法行为中获益”原则(nemo auditor propriam turpitudinem allegans)。仲裁庭认为，依据该原则，投资者不能从非法设立的投资中获益，因而其不能享有东道国提供的保护，例如寻求国际仲裁救济。¹¹ 被援引的 Plama 诉保加利亚案适用了同样的原则。该案中，鉴于投资者通过欺诈手段获得投资，仲裁庭依据“任何人不得从非法行为中获益”原则，拒绝向投资提供条约保护。¹² 仲裁庭援引的 World Duty 诉肯尼亚案中，仲裁庭适用的是英国法(投资协议的适用法)中的一项公共政策“非法行为不产生诉讼权利”(ex turpi causa non oritur action)，这一公共政策意味着法院不得向有违法行为或不道德行为的原告提供援助。如果法院支持了原告的诉求，则相当于协助或鼓励了原告的非法行为，这是对公共良知的冒犯。¹³

对此，有学者指出，相近法律规则就是“不洁之手原则”的体现；换言之，仲裁庭对这些规则的适用实际上就是对“不洁之手原则”的适用^[7]。仲裁庭将相近法律原则之适用视为“不洁之手原则”之适用的做法，有利也有弊。一方面，由于“不洁之手原则”在投资仲裁中的适用较为有限，将相近法律规则之适用视为对“不洁之手原则”之适用的做法，增加了“不洁之手原则”获得适用的可能性，也在一定程度上推动了这一原则的发展^[8]。但另一方面，这一原则与其他法律规则的相似性，也引发了学者对其作为独立法律原则的质疑。Aloysius Llamzon 提出，如果“不洁之手原则”与其相近法律规则皆针对投资者的违法行为，且适用效果相同，“不洁之手原则”有独立存在的意义吗^[9]？Aleksandr Shapovalov 认为，“不洁之手原则”与“任何人不得从其非法行为中获益”原则、善意原则之间的确切关系并不清晰。实践中，一些当事人经常将“不洁之手原则”作为其他原则的替代表述。这些原则之间的模糊差异导致了仲裁庭对“不洁之手原则”能否为独立的一般法律原则的怀疑^[10]。因此，相近法律规则实际上是一把双刃剑，既推动了“不洁之手原则”的适用，同时，也阻碍了“不洁之手原则”作为独立的一般法律原则获得认可。

5. 结论

“不洁之手原则”在国际投资仲裁中的适用存在不确定性。Littop 等诉乌克兰案将“不洁之手原则”视为一般法律原则，且以投资腐败为由拒绝行使管辖权，使“不洁之手原则”的适用实现新的突破。但该案能否对这一原则的后续适用产生实质性的影响，或者说，之后的仲裁庭是否会延续该案的做法，有待时间的检验。此外，相近法律规则一方面推动了“不洁之手原则”的适用与发展，另一方面也使“不洁之手原则”的独立性受到质疑，如何利用这把双刃剑是仲裁庭及当事人今后所要面临的难题。

¹¹Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, paras.240-244.

¹²Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, paras.140-146.

¹³World Duty Free Company v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 7 July 2006, paras.178-181.

参考文献

- [1] Moullec, C.L. (2018) The Clean Hands Doctrine: A Tool for Accountability of Investor Conduct and Inadmissibility of Investment Claims. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, **84**, 13-37.
<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Arbitration:+The+International+Journal+of+Arbitration,+Mediation+and+Dispute+Management/84.1/AMDM2018022>
- [2] 陈正健. 国际投资仲裁中的先例使用[J]. 国际经济法学刊, 2014, 21(1): 167-194.
- [3] Zwolankiewicz, A. (2021) The Principle of Clean Hands in International Investment Arbitration: What Is the Extent of Investment Protection in Investor-State Disputes? ITA in Review. *The Journal of the Institute for Transnational Arbitration*, **3**, 4-31. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3842615>
- [4] 刘笋. 论国际投资仲裁中的先例援引造法[J]. 政法论坛, 2020, 38(5): 64-78.
- [5] 吕宁宁. 论“不洁之手原则”适用的不确定性——以国际投资仲裁为视角[J]. 国际法学期刊, 2020(3): 140-160.
- [6] Dumberry, P. (2016) State of Confusion: The Doctrine of Clean Hands in Investment Arbitration after the Yukos Award. *Journal of World Investment & Trade*, **17**, 229-260. <https://doi.org/10.1163/22119000-01702002>
- [7] Hobér, K.I., Magnusson, A. and Öhrström, M. (2010) Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke. Juris-Net, Huntington, 309-328.
- [8] 马迅. 论“干净的手”原则在国际投资仲裁中的适用[J]. 现代法学, 2016, 38(5): 149-158.
- [9] Llamzon, A. (2015) The State of the “Unclean Hands” Doctrine in International Investment Law: Yukos as Both Omega and Alpha. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, **30**, 315-325.
<https://doi.org/10.1093/icsidreview/siv014>
- [10] Shapovalov, A. (2005) Should a Requirement of “Clean Hands” Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission’s Debate. *American University International Law Review*, **20**, 829-866. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol20/iss4/3/>