

紧急仲裁员制度在国际投资仲裁中适用的困境与可行性研究

梁春谐

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年4月12日; 录用日期: 2023年5月19日; 发布日期: 2023年5月26日

摘要

“紧急仲裁员”制度(Emergency Arbitrator (EA) procedure)在商事仲裁领域运用之后, 逐渐使用到国际投资仲裁中, 国际投资仲裁与国际商事仲裁在程序上具有相似之处, 但又有自己的特殊性。由于国家的主权属性, 该制度在国际投资仲裁中的适用效果有限。在一些案例中, 东道国政府可能会拒绝执行, 甚至在紧急仲裁程序中不参与答辩。因此, 紧急仲裁员制度是否适用于国际投资仲裁存在争议。目前, 主要的国际投资争端解决中心ICSID的仲裁规则中尚未引入紧急仲裁员制度。因此, 本文探讨该制度在国际投资仲裁中的可行性和困境。

关键词

紧急仲裁员, 国际投资仲裁, 国际商事仲裁, “冷却期”条款

Dilemmas and Feasibility Study on the Application of the Emergency Arbitrator System in International Investment Arbitration

(Leon) Chunxie Liang

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Apr. 12th, 2023; accepted: May 19th, 2023; published: May 26th, 2023

Abstract

After its application in the field of commercial arbitration, this system was gradually used in in-

international investment arbitration, which is an arbitration procedure between an investor and a host country and has procedural similarities with international commercial arbitration, but has its own particularities because of the sovereign nature of the state, which has limited effect in existing cases of urgent arbitration requests in international investment arbitration, and the reluctance of states to cooperate, for example in the enforcement process. The host government refuses to enforce, or even to participate in the defence in emergency arbitration proceedings, so it becomes questionable whether the emergency arbitrator system can really be universally applied in international investment arbitration. The present study investigates the practicability and challenges of implementing the emergency arbitrator system in international investment arbitration, given that it has not yet been included in the arbitration regulations of ICSID, which is the principal global center for resolving investment disputes.

Keywords

Emergency Arbitrator, International Investment Arbitration, International Commercial Investment, “Cooling-Off Period” Clause

Copyright © 2023 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. 问题的提出

“紧急仲裁员制度”发迹于国际商事仲裁领域，是为了解决当事人在仲裁庭组成前的长达数周至数月的时间内对临时救济措施的需求[1]。自 2006 年国际争议解决中心(ICDR)首次在其仲裁规则中引入紧急仲裁员制度以来，全球约有三十个仲裁机构将该制度纳入其国际商事仲裁规则中。在实践方面，一些仲裁机构也已经处理了大量相关案例。关于紧急仲裁员的定义，《香港仲裁条例》(2014)规定“紧急仲裁员”是仲裁机构根据各方协议或仲裁规则，在当事人提出紧急救助申请后委任的仲裁员。澳门《仲裁法》(2019)规定其是设立仲裁庭前为采取紧急临时措施而指定的仲裁员。¹其他法律和仲裁规则并没有对紧急仲裁员作出明确的定义，大多从紧急仲裁员的程序和功能进行规定。

在过去十多年中，一些主要仲裁机构在其机构规则中引入了紧急仲裁员条款。这些条款一般允许当事方在法庭组成之前寻求任命一名仲裁员，对要求采取紧急临时措施请求作出裁决[9]。

紧急仲裁员制度已经比较成熟地应用于国际商事仲裁中，但是在解决投资者与东道国之间的国际投资仲裁² 纠纷方面，该制度并没有得到广泛的认可和应用。实践中成功申请紧急仲裁救济的案例也为数不多，目前几乎所有的案例都是在 SCC 进行的，只有一起是在国际商会(ICC)进行的。根据 SCC 官方数据显示，从 2010 年引入紧急仲裁员制度至今，SCC 共收到了 42 例紧急仲裁员的申请，其中涉及到投资争端的所占比例不到 24%。³

由于国际商事仲裁与国际投资仲裁两者之间的互相影响，许多程序规则、标准和救济措施也有许多相似之处。紧急仲裁员制度已成为商事仲裁当事方在仲裁庭成立之前获得紧急救济的有用工具，在某些

¹《澳门仲裁法》第 2 条第 6 款：“紧急仲裁员”是指在设立仲裁庭前为命令采取紧急临时措施而指定的仲裁员。

²如无特别说明，本文研究之国际投资仲裁，指投资者与东道国之间就国际投资争议引发的仲裁(investor-state arbitration)。

³Alexev Pirozhkin. Emergency Arbitrator's Decisions in Investment Treaty Disputes at the SCC (2014-2019), 2020.05.11.

<https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/emergency-arbitrators-decisions-in-investment-treaty-disputes-at-the-scc-2014-2019.pdf>. 最后访问时间：2023 年 1 月 10 日。

仲裁机构规则下的投资仲裁中也可使用该程序。

由于投资仲裁不同于商事仲裁，在投资仲裁中使用紧急仲裁员制度时会出现一些特殊的问题：1) 在紧急仲裁的程序启动时，从被诉国的角度来看，存在被诉国是否同意紧急仲裁本身以及因此而同意紧急仲裁授予的救济问题。2) 在程序终止时，从投资者索赔人的角度来看，出现了执行紧急仲裁的可行性问题。

2. 紧急仲裁员制度的概况

紧急仲裁员制度是一种制度上的创新，因此其历史并不久远。在此之前，当事人只能等待仲裁庭组成后才能申请临时措施。最初采用紧急仲裁员制度的仲裁规则是国际商会 1990 年的《仲裁前公断程序规则》。虽然规则中没有提到“紧急仲裁员”，但其中的“公断人”与现在的“紧急仲裁员”功能上基本相同。这样的公断程序也在仲裁庭组成之前进行，其目的是为了避开当事人在等待仲裁庭组成前遇到需要紧急处理的问题时无法求助^[2]。但是，此类程序同样需要当事人同意接受仲裁前公断程序。在 1999 年版的《商事仲裁规则与调解程序》中，正式引入了“紧急仲裁员”的概念。该制度允许当事人在仲裁庭组成前选择紧急保护措施的规则。如果当事人在仲裁协议中明确同意适用此规则，就可以向紧急仲裁员申请保全措施。通过综合各项仲裁规则对紧急仲裁员制度的规定以及该制度产生的缘由，可以得出该制度的定义：紧急仲裁员制度指在仲裁庭组成前，当事人面临紧急情况，需要紧急救济措施的保护而向仲裁机构申请紧急救济时，仲裁机构负责人根据仲裁规则或各方协议指定一名紧急仲裁员，审核申请标准等事项以决定是否准予实施紧急救济措施的制度。

2006 年，国际争议解决中心(International Center for Dispute Resolution, 简称 ICDR)以 opt-in 的方式将紧急仲裁员程序规定在其仲裁规则中，也就是说，适用紧急仲裁员程序也建立在双方当事人同意的前提之上。在 2006 年 5 月 1 日以后签订的仲裁协议或条款将可以适用紧急仲裁员程序。⁴

在仲裁庭组成前，当事方可向仲裁机构申请紧急临时救济，紧急仲裁员有权作出临时裁决，主要是采取保全财产措施和非金钱救济的禁令措施。随着时间的推移，许多仲裁机构也效仿 ICDR 引入了紧急仲裁员制度，例如伦敦国际仲裁院(LCIA)、斯德哥尔摩商会(SCC)和国际商会(ICC)。我国的北京仲裁委员会(BIAC)和中国国际经贸仲裁委员会(CIETAC)也在仲裁规则中列明了紧急仲裁员制度。

3. 紧急仲裁制度在投资仲裁领域适用的问题

3.1. 东道国对紧急仲裁程序的消极态度

Alexey Pirozhkin 在 2020 年分析了 SCC 总共受理过的国际投资仲裁案件中涉及紧急仲裁员的案例，他在报告中指出：截至 2020 年 5 月，SCC 共受理涉及紧急仲裁员的国际投资仲裁案例 10 例，SCC 在这 10 起案例中都对被申请人，即东道国送达了紧急仲裁的文书，但其中 6 个案例中东道国都将之置之不理，只有 4 个东道国参加了紧急仲裁程序，还有 2 个案件的东道国要求 SCC 将紧急仲裁撤销，但最后未获得仲裁员支持。⁵由此引出了紧急仲裁公平性的问题，因为东道国不愿配合，紧急仲裁作出的裁决和措施基本都是被申请人缺席的情况下作出的，这种情况下作出的裁决难免会产生公平性的问题，就好比申请人和仲裁员两个人“唱双簧”，这样的制度难以长久。

那为什么东道国不愿意配合紧急仲裁程序呢？有观点认为，是因为国家的特殊性质，因为国家体量大，不少审批程序比紧急仲裁的时间还要长，所以客观上没办法配合^[3]。本文赞成这种观点，因为国家不同于

⁴International Centre for Dispute Resolution (ICDR) International Dispute Resolution Procedures, Art. 37 (2006).

⁵Alexey Pirozhkin. Emergency Arbitrator's Decisions in Investment Treaty Disputes at the SCC (2014-2019), 2020.05.11.

<https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/emergency-arbitrators-decisions-in-investment-treaty-disputes-at-the-scc-2014-2019.pdf>, 最后访问时间：2023 年 1 月 10 日。

一般的商事仲裁主体，一般的商事仲裁主体主要为公司，要出具一份文件或作出一项决定往往很快就可以落实，但国家作为公权力的集合体，做决定和委任代表答辩这样的事项需要经过一段审批时间；另外，在非英语国家，也很容易出现语言不通的问题，工作人员很难意识到这份文件需要加急处理，很容易直接置之不理。

本文认为，国家不参与也有主观上的原因。不同于商事仲裁，东道国在投资仲裁中充当的都是被申请人角色，换言之，东道国在仲裁中本就处于不利地位，如果再给申请人紧急仲裁的权利，获利一方都是申请人，东道国在主观上就会难以接受。

此外，还有观点提出这样的紧急仲裁没有给东道国充分陈述和答辩的机会，因此违反了“正当程序”原则(Due Process)。正当程序原则是仲裁中比较传统的一个原则，不少的公约和仲裁规则中都有对正当程序的专门规定。公约方面，《纽约公约》中，第五条规定：在未履行正当程序时可以拒绝承认与执行。

《UNCITRAL 示范法》中明确规定“各方当事人应有充分机会进行阐述”。仲裁规则方面，《SCC 仲裁规则》在规定紧急仲裁员制度的附件二中明确了“应当以公正、适用和快速的方式进行仲裁，并给予每一争端方平等和合理的陈述机会。”⁶《SIAC 国际投资仲裁规则》也提到了“紧急仲裁员应当尽快作出工作时间表，并为各方当事人提供合理的陈述机会”。《ICC 仲裁规则》也规定了仲裁庭应当公平公正地行事，确保每一方当事人都有合理的陈述机会。⁷正当程序原则是评判仲裁是否合法的标准之一，即一个仲裁的所有阶段都应遵守正当程序的要求，仲裁前的紧急仲裁员制度也包括在其中。正当程序原则的内容主要包括：第一，仲裁庭的组成应当适当；第二，给与当事人适当的通知；第三，仲裁程序应符合当事人之间的协议并且遵循所适用的仲裁规则；第四，当事人应当获得在仲裁庭中陈述和申辩的机会。本文对应的问题是第四个，即紧急仲裁员制度是否剥夺了东道国充分陈述申辩的机会。

事实上，如前所述，紧急仲裁员制度除了需要满足正当程序的要求，还要满足效率性的要求。然而，效率与公正是相互协调又相互矛盾的关系，这两种法律价值的碰撞，就产生了紧急仲裁员制度在效率上和正当程序上的兼容性问题。紧急仲裁的内核是效率，而仲裁本身的内核又是公平，不平衡这两者的关系，任由紧急仲裁员自由发挥的话，紧急仲裁员制度就很难真正写在 ICSID 仲裁规则中。

3.2. 与“冷却期”条款(Cooling-Off Periods)的矛盾

冷却期条款是国际投资保护协定的特色条款，在国际投资协定中十分常见。其一般规定，在寻求仲裁之前，双方须先以友好方式协商解决，解决不成的，在一定时间即“冷却期”之后方可提交仲裁，冷却期通常为3个月至12个月，在此之前，仲裁庭一般会拒绝行使管辖权。在 *Burlington v. Ecuador* 一案中，*Burlington* 公司在没有与东道国协商的情况下提起了仲裁请求，仲裁庭根据本条款认定仲裁庭没有管辖权。该条款的目的在于确保东道国了解本案的情况，而冷却期则是为了保障东道国在争议提交仲裁之前有解决争议的机会。⁸此时“冷却期”条款与紧急仲裁员的矛盾便出现了：在长达3个月至12个月的冷却期内，如果当事人面临将要遭受无法弥补之损害的严重风险时，紧急仲裁员是不是也没有管辖权？此时，东道国能否以冷却期条款向仲裁庭提出管辖权异议？

在现有的案例中，有的仲裁庭在冷却期未届满时适用紧急仲裁员程序，其中最经典最直观的就是“摩尔多瓦系列案”。该系列案由 *TSIKInvest v. Moldova* 案、*Evrobalt v. Moldova* 案、*Kompozit v. Moldova* 案组成，在这个系列案中，三位投资者，即申请人，分别于2014年4月23日、2016年5月16日、2016年6月2日向东道国摩尔多瓦发送了争议通知书，然而在冷却期未届满时，他们都提出了紧急仲裁的申请，

⁶《SCC 仲裁规则》(2017)第23条及附件二第7条。

⁷《SCC 仲裁规则》(2017)第23条及附件二第7条。

⁸*Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, p130.

并且间隔时间非常短,分别是23天、10天和7天。在摩尔多瓦—俄罗斯BIT(双边投资协定)中,冷却期规定为六个月,并选择SCC作为争议解决的仲裁机构,约定适用SCC规则。SCC规则中是规定了紧急仲裁员制度的,么此时矛盾就变成了SCC和BIT之间的矛盾,到底根据SCC仲裁规则适用紧急仲裁员制度还是适用冷却期条款?

本案的三位紧急仲裁员都认为本案应允许申请人提出紧急仲裁的申请。TSIKInvest案的仲裁员给出了最直观的理由,Kaj Hober认为紧急仲裁员制度的目标和初衷就是为了防止在仲裁庭组成前当事人的利益遭到严重的破坏,而冷却期的条款完全与这一初衷相悖,在TSIKInvest面临遭受无法弥补之损害的风险时,僵硬的适用冷却期条款在程序上对申请人不公平。⁹其他两个案子的仲裁员的理由则相对温和,他们认为:申请人向被申请人(摩尔多瓦)送达争议通知书,已经代表申请人愿意以友好方式协商解决,但由于东道国的不配合,这样的友好方式已经不可能实现,因而冷却期条款的目的已经落空,因此投资者不需要再等待冷却期届满也可申请紧急仲裁。¹⁰无独有偶,在Puma Energy v. Benin案中,申请人甚至没有向Benin(贝宁)政府送达争议通知书,冷却期都尚未开始起算,而此时紧急仲裁员仍然认为,冷却期条款有悖紧急仲裁员制度的本质和SCC仲裁规则的宗旨。¹¹

从以上例子可知,紧急仲裁员都希望紧急仲裁程序能够优先于冷却期条款实行,本文认为这样的观点有正当性,因为当事人如果真的遭受无法弥补的损害,之后的仲裁即使申请人胜诉也无济于事,国际投资的项目一般价值比较大,如果不采取保护措施,受到的损失将难以想象;其次,在上述案例中,东道国对友好协商持消极态度、拒绝协商,这样的状况不仅没有实现冷却期条款的初衷,申请人的损失还极大可能进一步扩大。但是“一刀切”地认为紧急仲裁优先于冷却期也不合理,有的观点认为紧急仲裁不属于正式的仲裁程序,不会影响投资者与东道国继续进行谈判[3],但本文认为,如果紧急仲裁程序成功执行,投资者会以此为筹码与东道国进行协商,实际上还是会影响到冷却期内双方的友好协商过程;因此,紧急仲裁对申请人固然是好事,但也要加以一定的限制:一、冷却期起算的限制。上述Puma Energy v. Benin案中,申请人并没有向Benin(The Republic of Benin,贝宁共和国)政府送达争议通知书,冷却期都尚未起算,在东道国并不知情的情况下,申请人擅自提出紧急仲裁申请,也没有给东道国友好解决问题的机会,这样的情况应该是不被允许的,因此本文并不赞成此案紧急仲裁员的做法;二、时间限制。在冷却期起算后,应在一定时间之后才能申请紧急仲裁,因为需要给东道国一定的反应时间,如果这段时间内东道国对友好协商持消极态度甚至是不理不睬,那申请紧急仲裁才有正当性,由于紧急仲裁的紧急性,这个时间可以是十天,也可以是五天甚至更短,双方可以在投资协定中对这样的内容进行约定。

3.3. 仲裁规则适用版本问题

上文第3.1部分提到了东道国态度消极的原因,包括客观上国家体量太大无法对紧急仲裁做出迅速的决策,以及主观上对紧急仲裁员制度的不满,除了上文提到的紧急仲裁只利好申请人一方的原因,还有仲裁规则适用新版还是旧版的问题。一般的商事合同中会约定争议解决的仲裁机构和仲裁规则,因为时间跨度较小,很少会出现合同约定的仲裁规则版本和最新仲裁规则版本不一样的情况,但相较于商事合同,国际投资协定在签署之后会适用很长一段时间,因而适用哪个版本的仲裁规则成了比较普遍的问题。

⁹TSIKInvest LLC v. Republic of Moldova, Emergency Decision on Interim Measures, SCC Case No. EA 2014/053, para. 66.

¹⁰Evrobalt LLC v. Republic of Moldova, Award on Emergency Measures, SCC Case No. EA 2016/082, para. 23. Kompozit LLC v. Republic of Moldova, Award on Emergency Measures, SCC Case No. EA 2016/095, para. 56.

¹¹Jarrod Hepburn, Analysis: Stockholm Arbitrator Finds Emergency Measures Justified Against Benin Where Entire Investment Faces Extinguishment Due to Alleged Denial of Justice, Investment Arbitration Reporter, 2017/06/14.

<https://www.iareporter.com/articles/analysis-stockholm-arbitrator-finds-emergency-measures-justified-against-benin-where-entire-investment-faces-extinguishment-due-to-alleged-denial-of-justice/>

题。例如，不少案件中，双边投资协定在签署时适用的仲裁规则是 SCC1988 年的仲裁规则，而 1988 年版中并未规定紧急仲裁员制度，直至 1999 年仲裁规则迎来修订，这时紧急仲裁员制度才名正言顺地出现在仲裁规则中。东道国没有针对这一制度作出反应，签署投资协定时也不能预见到这种制度的引进，因此会不承认这一项制度。另外，紧急仲裁员的管辖权是基于当事人双方的同意，东道国此时会认为，他们并没有同意适用紧急仲裁员制度，所以紧急仲裁员没有管辖权。

与商事仲裁不同，国际投资仲裁往往是一种“无默契仲裁”(Arbitration without Privity) [4]，传统仲裁需要以双方当事人的合意为基础，而国际投资仲裁中，投资国与东道国之间签订的投资协议并不能代表仲裁中的当事人双方，在签订投资协定时，投资者都尚未出现，因此无默契仲裁的一个显著的特点就是，仲裁缺乏双方当事人的合意，紧急仲裁员措施不能得到广泛的使用，其根本原因就在于此，仲裁最重要的特征就是双方合意，不论是仲裁地和仲裁规则以及特殊的仲裁程序，一般来说都需要经过当事人双方的同意，但对于紧急仲裁员制度来说，东道国会认为，对于这项特殊的制度其并没有经过一个协商到同意的过程，而仅仅是因为仲裁规则的更新就要适用一个陌生的制度，对东道国一方来说似乎不太公平。

对此问题，不同的仲裁规则产生了不同的立场。SCC 仲裁规则规定“在申请紧急仲裁员的情况下，凡在仲裁协议中约定适用该规则的，均视为适用提交申请之日开始生效的规则版本”。¹²而 SCC 仲裁规则中最早规定紧急仲裁员制度的版本是 2010 年版，这意味着，只要在 2010 年后，申请人就可以申请紧急仲裁员程序。同时，SCC 仲裁规则和 SIAC 仲裁规则采用的是“opt-out”规则，也就是说，当事人不想适用的程序，可以通过约定排除。而 ICC 采用的是“opt-in”规则，当事人需要适用什么样的程序需要通过约定适用，这两者产生了相反的效果，在 SCC 规则下，若无约定排除即可适用，而在 ICC 规则和 SIAC 规则下，需约定才能适用[5]。

在投资仲裁实践中，仲裁员普遍支持当事人的请求，也就是说，即使投资协定签订在很久以前，只要选择了这一仲裁规则，提起紧急仲裁申请的时间在新版本之后，就可以适用最新的版本，因为东道国应该对这种规则的变化有合理的预见。

2014 年的摩尔多瓦系列案中，关于 2010 年版的 SCC 仲裁规则是否可以适用，三位仲裁员都作出了支持适用的决定。摩尔多瓦和俄罗斯的双边投资协定签署于 1998 年，生效于 2001 年，仲裁员认为，在 1999 年版的仲裁规则中就规定修订后的 SCC 规则将优先适用，因此，在 2001 年 BIT 生效之前，东道国是知道 1999 年版 SCC 规则的内容的，所以可以适用 2010 年版的 SCC 规则。¹³

同样的，在 2015 年的 Griffin Group v. Poland 的紧急仲裁判决(Emergency Award)中，波兰认为，在签订双边投资协定时，彼时的 SCC 规则中并没有紧急仲裁员程序，同时，规定紧急仲裁员程序对仲裁程序构成了“异乎寻常的质的改变”，不能视为波兰已经同意了这项制度。但仲裁员驳回了这样的管辖权异议，认为波兰作为一个国家应该预见到仲裁规则会不断地修订，并且 SCC 规则也经历过许多次质的改变，波兰的理由不足以排除紧急仲裁程序的适用。¹⁴

在 JKC Oil v. Ukraine 案中，乌克兰政府也认为其并没有同意过紧急仲裁员制度的适用，因为在 1998 年加入能源宪章条约(Energy Charter Treaty, ECT)时，SCC 仲裁规则中并未出现紧急仲裁员制度，然而，这样的异议同样被乌克兰法院驳回了。¹⁵

从以上几个案例，可以得出一个结论：在 SCC 规则下，如无特殊约定，最新的仲裁规则应当优先适

¹²SCC 仲裁规则(2017)前言。

¹³Evrobalt LLC v. Republic of Moldova, Award on Emergency Measures, SCC Case No. EA 2016/082, para. 29.

¹⁴GPF GP S.à.r.l v. Republic of Poland, Emergency Award, SCC Case No. V 2014/168, para. 105.

¹⁵Peterson, Investor Takes Emergency Arbitrator Award Under Energy Charter Treaty to a Ukraine Court and obtains Enforcement of Tax-freeze Holding, Investment Arbitration Reporter, 2015/06/29.

<https://www.iareporter.com/articles/investor-takes-emergency-arbitrator-award-under-energy-charter-treaty-to-a-ukraine-court-and-obtains-enforcement-of-tax-freeze-holdings>. 最后访问时间：2023 年 1 月 21 日。

用,即使签订双边或多边投资协定时紧急仲裁员制度尚未出世,只要没有对该制度进行约定排除(opt-out),就可以适用,或者在条约中明确约定适用哪一版本的仲裁规则,但由于紧急仲裁员制度影响力比较微弱,国家一般不会为了这项制度而特地修改投资协定。在 SIAC 仲裁规则中,同样有优先适用新版仲裁规则的规定,但由于其适用的是(opt-in)机制,国家只要不同意就不能适用紧急仲裁员制度。

3.4. 临时决定或裁决的判断标准

《SIAC 投资仲裁规则》明确规定了紧急仲裁员做出的是临时决定或裁决。因为在仲裁庭组成后,紧急仲裁员不得再行使任何权力。而且对于紧急仲裁员做出的临时决定或裁决,仲裁庭可以再作考虑、进行修改或者予以废止。紧急仲裁员决定的理由,对仲裁庭也没有拘束力。《SIAC 投资仲裁规则》进一步规定仲裁庭组成后,紧急仲裁员不得再行使任何权力。如果存在紧急仲裁员的决定或裁决做出之日起一定时间内(《SIAC 投资仲裁规则》的规定为 90 日,《SCC 仲裁规则》的规定为 30 日)如果仲裁庭仍未组成,或者仲裁庭做出了终局裁决等情形,紧急仲裁员做出的决定或裁决均会失去效力。

那么,紧急仲裁员是根据什么样的标准来决定案件是否需要紧急仲裁呢?《SIAC 投资仲裁规则》和《SCC 仲裁规则》都没有对这点作出明确规定,这导致紧急仲裁员会拥有较大的自由裁量权。根据已有的几个紧急仲裁案件,主要有几个方面是紧急仲裁员通常会考虑的:一、依据表面证据可认定对案件实体争议有管辖权;二、依据表面证据,申请人对赢得案件实体判决有合理的可能性;三、临时措施会避免产生紧急的且不可挽回的损害;四、请求人寻求的措施的合理性以及请求人寻求的措施必须与案件实体请求相关,而且有助于保护案件实体程序所涉及的当事人的权利。不过需要指出的是,这些要素并不只是一个机械适用的清单。实践中,紧急仲裁员在认定申请人所采取的措施是否为“必要或适当时”,会综合考虑各种因素¹⁶。一些案件中,紧急仲裁员也会参考 UNCITRAL 的标准,《UNCITRAL 仲裁规则》确立了一些判断的标准,例如,如果不采取紧急措施可能造成损害,而且损害无法通过损害赔偿裁决加以充分补偿,并且此种损害远远大于准予采取紧急措施可能对该措施所针对的一方当事人造成的损害;依据案情,提起请求的当事人在仲裁实体上相当有可能胜诉,等等。

3.5. 紧急仲裁裁决的执行

执行问题是紧急仲裁员制度的最终目的,若一项制度最终无法执行,则前文讨论的一切都会落空。紧急仲裁员制度的执行困境主要体现在两方面:一、紧急裁决的执行仍然需要向东道国法院申请,让一国的法院对该国的政府实行强制措施难以实现;二、由于国家的主权属性,非金钱救济难以执行。

一、东道国法院对东道国政府采取强制措施有难度。虽然 JKX Oil v. Ukraine 案中,乌克兰法院明确驳回了乌克兰政府的管辖权异议,也依据 1958 年《纽约公约》判决政府执行紧急裁决,这一定程度上为各东道国法院作出了表率,但实际上,国家的法院和政府并非都是互相独立互相牵制的关系,这跟一个国家的政体有关。虽然在行政诉讼中,法院是有权力审判政府的,但实际上行政诉讼成功的概率不高,且在紧急仲裁中不知国会持何立场,所以在向东道国申请执行紧急裁决时会困难重重。

二、非金钱救济的执行缺乏可行性。申请紧急仲裁的目的通常是要求东道国执行非金钱救济,例如停止某项政策的实施或暂缓某项侵害行为。在 JKX Oil v. Ukraine 案中,申请人要求暂缓对其提高税金;在摩尔多瓦系列案中,申请人要求暂缓摩尔多瓦政府实施某项决定;在 Puma Energy v. Benin 案和 Griffin Group v. Poland 案中,申请人的请求是要求暂缓东道国法院判决的执行。

与其违反东道国的政策,例如税收和土地征收等,东道国政府往往更倾向于金钱赔偿,因为国家的

¹⁶KNAPP L.SCC PRACTICE: Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2014 [EB/OL]. [2015-04-10].

https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/scc-practice-emergency-arbitrators-2014_final.pdf, 最后访问时间: 2023 年 1 月 21 日。

主权性质，法律或政策的位阶往往高于金钱，再加上东道国对紧急仲裁制度的不认可，更加不会执行某项非金钱救济措施。在 *JKX Oil v. Ukraine* 案中，乌克兰政府拒绝执行的原因是紧急裁决中的非金钱救济被认为违反了乌克兰的公共秩序(Public Policy)原则。¹⁷

4. 紧急仲裁制度的前景展望

对于紧急仲裁员在国际投资仲裁中适用，本文持积极态度。虽然由于国际投资仲裁的特殊性，并不是所有国际商事仲裁的制度都可以适用在国际投资仲裁中，但是本文认为投资者对紧急仲裁的需求已经大于紧急仲裁员制度的弊端。紧急仲裁员制度的一大弊端，是仲裁员的权力过大，由于在商事仲裁中由于双方都是商事主体，紧急仲裁员作出裁决往往不会面临很大的压力，但在国际投资仲裁中，往往是紧急仲裁员可以凭一己之力判决东道国政府作出赔偿或保全措施，对于一个主权国家来说，这样的制度难免会让人不舒服，因此，紧急仲裁员制度的运用，是必须要完善紧急裁决的撤回和赔偿措施的，如果申请人滥用紧急仲裁员制度，国家应有权提出赔偿要求，否则紧急仲裁员制度就仅有利于申请人，这样的制度是不会得到广泛认可的[6]。双边及多边投资条约也可以对该制度进行考量，在条约中写明紧急仲裁可以优于冷却期条款，仲裁规则也可以对新旧版本的问题进行更明确的规定，国家可以根据自己的意愿对这种条款进行保留[7]。因为紧急仲裁要求高效，减少冗余的程序，提前的规定或约定就能避免更多的不必要的争端。目前，斯德哥尔摩仲裁院(SCC)和新加坡国际仲裁中心(SIAC)都在其仲裁规则中引入了紧急仲裁员制度，适用于国际投资仲裁。在中国，中国国际经济贸易仲裁委员会和北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心等机构也规定了紧急仲裁员制度可适用于国际投资仲裁。这样的引入也表明了中国对紧急仲裁员制度持包容态度，当今时代国与国之间的商业活动越来越频繁，大型的跨国企业越来越多，在不同的国家都需要这样的紧急仲裁程序来保障自己的权益，因此，国际投资争端解决的双边及多边条约和仲裁机构的仲裁规则也应该跟上步伐[8]。

5. 结语

本文探讨了东道国对紧急仲裁程序持消极态度的原因，包括客观上国家机关处理时间长，主观上难以接受仲裁中的不平等地位；通过分析得出紧急仲裁程序应当优先于冷却期条款实行的结论；在仲裁规则版本冲突时，应视为东道国同意适用最新的仲裁规则；根据何种标准决定案件是否需要紧急仲裁；最后介绍了紧急仲裁员制度在执行方面的困境。本文存在一些不足之处，实证分析还不够、缺乏具有说服力的数据和足够多的案例，缺乏更详细的介绍和论证。最后，在国际投资仲裁中到底能否申请紧急仲裁，最终还是要看 ICSID 及 UNCITRAL 的态度[9]，作为最大的两个投资争端解决中心，需要等待紧急仲裁员实践的发展和其他仲裁规则在此项制度上的创新，才能更放心地引入紧急仲裁员程序。从我国的国际投资发展趋势和规模来看，或者是从近几年的国际投资环境来看，我国政府和我国投资者未来不可避免地会参与到更多的投资争端案件中。因此，完善我国投资仲裁规则，充实和发展紧急仲裁员制度，对维护我国及我国投资者的利益有重要意义。

参考文献

- [1] 加里·博恩. 国际仲裁法律与实践[M]. 白磷, 陈福勇, 李汀洁, 等, 译. 北京: 商务印书馆, 2015.
- [2] 房沫. 仲裁庭组成前的临时救济措施——以新加坡国际仲裁中心仲裁规则为视角[J]. 社会科学家, 2013(6): 110-114.

¹⁷Peterson, Investor Takes Emergency Arbitrator Award Under Energy Charter Treaty to a Ukraine Court and obtains Enforcement of Tax-freeze Holding, *Investment Arbitration Reporter*, 2015/06/29. <https://www.iareporter.com/articles/investor-takes-emergency-arbitrator-award-under-energy-charter-treaty-to-a-ukraine-court-and-obtains-enforcement-of-tax-freeze-holdings>, 最后访问时间: 2023年1月21日。

- [3] 陈潇. 国际投资仲裁中紧急仲裁员制度研究[J]. 北京仲裁, 2017(4): 148-165.
- [4] 杨彩霞, 秦泉杨. 国际投资争端解决中的无默契仲裁初探[J]. 比较法研究, 2011(3): 108-120.
- [5] 韩斯睿. 国际商事机构仲裁视角下的紧急仲裁员制度[J]. 北京仲裁, 2014(4): 12-25.
- [6] 陈建华. 紧急仲裁员程序: 制度漏洞、比较反思及立法构想[C]//中国仲裁法学研究会. 2015年年会暨第八届中国仲裁与司法论坛论文集. 北京: 中国仲裁法学研究会, 2015: 356-375.
- [7] Lee, J. (2017) Is the Emergency Arbitrator Procedure Suitable for Investment Arbitration? *Social Science Electronic Publishing*, **10**, 71-112.
- [8] Fry, J. (2013) The Emergency Arbitrator-Flawed Fashion or Sensible Solution? *Dispute Resolution International*, **7**, 179-198.
- [9] Qiang, L. (2016) Research on Enforcement Mechanism for the Emergency Arbitrator's Decisions. *Beijing Arbitration Quarterly*, **4**, 158-179.