



哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 123 2014 年 6 月 9 日

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

执行编辑: Shawn Lim (shawnlwk@gmail.com)

投资仲裁中的成本分担：基于激励的视角

James Nicholson 和 John Gaffney*

以前的国际投资展望系列中，Baiju Vasani 和 Anastasiya Ugale 注意到国际仲裁中出现倾向“费用跟随”制度（CFtE）（败诉者支付诉讼费用）的新兴趋势，这与仲裁双方分摊仲裁费用或在某些情况下各方负责己方法律费用的传统制度形成鲜明对比。¹

Vasani 和 Ugale 提出从原告方角度看，“传统制度鼓励提出仲裁”而“CFtE 则在很大程度上对投资协定仲裁形成一种遏制”也“使仲裁对于原告和第三方资助者的吸引力下降、风险上升，或在经济上不可行。”² 他们得出结论：“在 ICSID 的背景下，默认的 CFtE 惯例尽管越发普及但并不合时宜”，³ 提出在 ICSID 和商事法庭间难以存在一种协调一致的仲裁费用分摊方式。

我们对作者在这一问题上发起的这轮争论表示欢迎，也注意到他们还提出了一系列关于 ICSID 背景下的 CFtE 制度的其他议题，但与此同时我们对其指责 CFtE 阻碍原告提出仲裁的观点并不同意。我们认为，CFtE 制度鼓励有价值的仲裁，同时遏制无意义的仲裁。⁴

如果原告的行为符合经济理性，其只会提出对其利益最大化的索赔，例如原告方在如下情况下会提出仲裁，即：

$$\{ \text{原告胜诉的概率} * (\text{胜诉情况下的收益} - \text{胜诉情况下的成本}) - \text{国家胜诉的概率} * (\text{原告失败的情况下需承担的经济损失}) \} > 0$$

或是仲裁的解决能保证仲裁提出方的利益最大化。⁵

当然仲裁各方有些情况下的行动并不完全以经济利益最大化为目标。例如，他们会考虑自身更广的战略利益或者个体的经理人为自身利益会采取损害其所在组织利益的行为。这些情况均不在此文的讨论范围内；但是，我们考虑了以下几点：（a）对大多组织来讲经济利益是其行动决策的重要影响因素，（b）其他影响因素在不同成本分摊方式间并无偏袒，（c）日益普遍的或有费用以及第三方资助将会促使各方制定更加经济理性的决策。

在 CFtE 制度下，持有强诉求且对胜诉有信心的原告方会比在传统制度下更愿意提出诉讼，尤其是在索赔额较小时，因为 CFtE 增加了原告方在胜诉情况下的收益；而这类原告方又很少担心败诉带来的损失，由此 CFtE 强化了自信的原告方提出诉讼的动力。相比之下，持有或投机性诉求的原告方在涉及金额较小的案件中则会更加着重考虑败诉的成本，因此提出诉讼的可能性降低。

更普遍地：

| 情况 | | 传统方式 | CFtE |
|----------------|--------------|------|------|
| 1. 原告方对己方要求自信 | a. 对原告方的激励效应 | 强威慑 | 弱威慑 |
| | b. 此效应是否合意？ | 否 | 是 |
| 2. 原告方对己方要求不自信 | c. 对原告方的激励效应 | 弱威慑 | 强威慑 |
| | d. 此效应是否合意？ | 否 | 是 |

注：威慑效应在索赔额相对诉讼费用较小是尤为显著。

我们因此判断 Vasani 和 Ugale 关于 CFtE 遏制投资协定仲裁而传统方式鼓励仲裁的说法在原告方对己方胜诉具有自信时（情况 1）是不正确的。成本分摊制度的对原告行为的影响力在案件涉及金额相对诉讼费用较大的情况下（情况 2 当索赔额相对诉讼成

本较大时)会降低。然而,我们同意 Vasani 和 Ugale 关于 CFtE 遏制非自信原告方或是诉讼涉及金额相对较小的原告方提出诉讼(情况 2 当索赔额相对诉讼成本较小时)。类似观点对于此类仲裁涉及的国家也同样成立。

我们认为 CFtE 带来的各种激励效应均比传统方式所带来的更合意。此外,CFtE 还强化了被告国家处理强诉讼抵制弱诉讼的动力,这种结果不论是从仲裁各方角度看还是就激励效应都是合意的。

(南开大学国经所李峻睿翻译)

* James Nicholson (james.nicholson@fticonsulting.com)是 FTI 咨询国际仲裁团队驻巴黎资深执行董事; John Gaffney (J.Gaffney@tamimi.com)是 Al Tamimi & Company 驻阿布扎比高级经理。作者非常感激 Andrea Bjorklund, Mark Kantor 和 Baijiu Vasani 的同行评审。**本文作者观点不代表哥伦比亚大学或其支持者的观点。哥伦比亚国际直接投资展望 (Columbia FDI Perspectives) (ISSN 2158-3579)是同行评议刊物。**

¹ Baiju S. Vasani 和 Anastasiya Ugale,“投资仲裁的成本分析:回归多元化,”*哥伦比亚国际投资展望*, 系列100, 2013 年7月29日。

² 同上。

³ 同上。

⁴ 我们假定仲裁庭会根据一个个议题完善 CFtE 制度,例如,将诉讼费用作为对获胜方的奖励。

⁵ 成本=仲裁庭/机构成本;律师、专家其他咨询人员费用;组织内部分化和经理人经历的分散以及诉讼对原告方其他方面的影响(例如,其他与被告相关的活动,正面或负面的声誉影响)。

转载请注明:“James Nicholson and John Gaffney, ‘投资仲裁中的成本分担:基于激励的视角’ *哥伦比亚国际直接投资展望*, No. 123, 2014 年6月9日。”转载须经哥伦比亚大学可持续投资中心授权。转载副本须发送到哥伦比亚中心的 ccsi@law.columbia.edu。

如需详细信息请联系:哥伦比亚可持续投资中心, Shawn Lim, shawnlwk@gmail.com 或者 shawn.lim@law.columbia.edu。

哥伦比亚可持续投资中心(CCSI),是哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究中心,也是致力于对可持续国际投资加以研究、实践与讨论的应用研究中心和论坛。为扩大国际投资对可持续发展的影响,CCSI 通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育项目、资源和工具开发,承担着研究并推广实用方法和解决方案、分析热点政策性议题的重要使命。如需更多信息,请访问:
<http://www.ccsi.columbia.edu>。

最新哥伦比亚国际直接投资展望文章

- No. 122, Miguel Pérez Ludeña, “The rise of FDI income, and what it means for the balance of payments of developing countries,” May 26, 2014.
- No. 121, Karl P. Sauvart and Victor Z. Chen, “China needs to complement its “going-out” policy with a “going-in” strategy,” May 12, 2014.
- No. 120, Jeremy Caddel and Nathan M. Jensen, “Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors?” April 28, 2014.
- No. 119, Rainer Geiger, “The Transatlantic Trade and Investment Partnership: A critical perspective,” April 14, 2014.
- No. 118, Peter Nunnenkamp, Wan-Hsin Liu and Frank Bickenbach, “Regional concentration of FDI involves trade-offs in post-reform India,” March 31, 2014.

所有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得：

<http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>.