

在国际仲裁中适用《美国法典》第1782条域外取证的实践分析

姜怡欣

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年11月14日; 录用日期: 2022年12月19日; 发布日期: 2022年12月26日

摘要

《美国法典》第1782条的存在允许申请人在美国进行域外取证。这些证据有可能就是决定案件胜负的决定性因素, 对于仲裁当事方而言, 重要的证据有时是无法通过仲裁程序取证获取的。因此, 第1782条被认为是国际仲裁中当事方收集证据的有力武器。然而, 多年来美国法院在第1782条中“外国或国际法庭”是否包括国际仲裁中的仲裁庭这一问题上存在巨大分歧。2022年6月13日, 美国最高法院发布了一项具有里程碑意义的裁决, 认为第1782条并不适用于私人间的国际商事仲裁程序和国家 - 个人间的临时投资仲裁程序。这一裁决提供了确定性和一致性, 但它改变了国际仲裁程序中的取证规则, 并可能影响当事方在与美国有关的国际仲裁中将采取的取证策略。

关键词

《美国法典》第1782条, 国际仲裁域外取证

An Analysis of the Use of 28 U.S.C. § 1782 Discovery for International Arbitration

Yixin Jiang

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 14th, 2022; accepted: Dec. 19th, 2022; published: Dec. 26th, 2022

Abstract

28 U.S.C. § 1782 (“Section 1782”) allows parties to obtain discovery of documents or testimony in the United States in aid of matters. Important information may be the decisive factor in deciding the outcome of case, while such evidence is sometimes outside the reach of an arbitral proceeding.

And section 1782 has been a powerful US discovery tool which is available to parties and tribunals seeking evidence. However, for years, US federal circuits have been divided over whether a “foreign or international tribunal” includes private adjudicative bodies (such as international arbitrate on tribunals) or only governmental or intergovernmental bodies. On June 13, 2022, the U.S. Supreme Court issued its highly anticipated decision on the issue of whether Section 1782 applies to international arbitration tribunals. The Court held that neither commercial nor ad hoc investor-state arbitration cases fall within the scope of Section 1782 because they do not qualify as a “foreign or international tribunal”. While the Court’s decision provides certainty and consistency, it is a game-changer for the gathering of evidence in international arbitration and will likely impact the way in evidentiary strategies in international arbitrations which are structured with a US nexus.

Keywords

28 U.S.C. § 1782, International Arbitration Extraterritorial Evidence Collection

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

《美国法典》第 28 编(司法和司法程序)第 1782 条规定了美国联邦地区法院在外国和国际法庭的法律程序中协助披露证据,进行证据开示的权力,可以为跨境争议参与者提供有效司法协助方式。同时美国也借此鼓励外国向美国法院提供与之类似的协助方式。因此,在过去几十年里,当事方纷纷援引第 1782 条规定向美国法院申请调取位于美国的证据。

第 1782(a)条包含申请人在向美国联邦地区法院提交使用第 1782 条申请时的核心法定适用门槛。首先,请求必须由“存在利害关系的人”提出;其次,证据开示的被申请人住所地或者所在地必须在某个美国联邦地区法院管辖的区域内;第三,所要求的证据必须用于“外国或国际法庭”的程序[1]。

尽管第 1782 条的内容明确适用该条款法定要求,美国最高法院赋予美国联邦地区法院广泛的自由裁量权以批准或拒绝这些证据开示请求。实践中,第 1782 条的语言模糊性引发了关于其适用范围的大量辩论。例如,利害关系人的范围当然包括外国程序的当事人,但其他以外的人范围多广,是否包括外国破产程序的债权人、外国刑事程序中的公诉人或被告人?目前,关于第 1782 条最突出争议之一,是其适用范围是否延伸到商事仲裁领域,多年来不同美国法院对此理解存在不同程度的分歧,引发不少争议。

2022 年 6 月 13 日,美国最高法院就 ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd. (“ZF Automotive 案”)以及 AlixPartners, LLP v. The Fund for Protection of Investors’ Rights in Foreign States (“AlixPartners 案”)做出裁决,明确了不同联邦巡回上诉法院对第 1782 条下“外国或国际法庭”(foreign or international tribunals)是否包括国际商事仲裁庭以及国际投资仲裁庭的理解与适用分歧,认为只有政府或政府间的裁决机构才构成“外国或国际法庭”,这使得第 1782 条在协助国际商事仲裁文件披露环节的作用大幅削弱。

2. 第 1782 条的历史演变

经过 100 多年的发展和演变,第 1782 条已经成为外国法院或当事人在美国获取有关证据的一种最有效、最方便的工具[2]。其立法历史演变的背后,是美国立法机构适应全球化的典型行为。

在 1855 年,美国国会开始颁布立法授权联邦地区法院协助外国法院调取证据。但在当时,当事人需

要通过外国政府外交手段获得调查委托书(letter rogatory), 继而获得相应的司法协助。根据 1855 年法案, 联邦地区法院在收到外国通过外交机构传递的调查委托书后, 拥有广泛的权力来任命特派员, 如果有必要, 联邦地区法院指定的特派员可以强迫证人出庭。¹然而, 在 1863 年国会颁布了一项新法律, “在很大程度上削弱了”了 1855 年法案的受案范围, 将其适用范围缩限到“追回金钱或财产的外国诉讼”且“外国是诉讼当事方或与案件存在利益关系”。由于上述严格限制, 实践中很少有人成功地援引这一规定。可见这些, 早期司法协助条款适用范围相当狭窄, 要求接受司法协助的外国政府成为诉讼的一方或利益涉及外国政府[3]。

从 1948 年第 1782 条的正式出台, 联邦地区法院协助外国法庭的权力范围在不断扩大。在 1948 年和 1949 年, 美国国会通过修订大幅扩大了联邦地区法院可以为外国诉讼提供司法协助的范围。两次修订扩大了美国司法协助的适用范围, 取消了外国必须是外国诉讼当事方的要求, 并将该法扩大到协助任何未决的外国司法程序。但是两次修订仍然将证据限定在笔录证据的范围内。

到 1952 年 9 月, 时任美国司法部部长 James P. McGranery 在某一年度报告中指出, 二战结束后全球商业和经济的恢复使得美国联邦和州法院诉讼案件数量激增。在这些案件中, 有些司法文件必须在外国送达, 有的必须在外国审查文件证据或证人, 或者为外国案件必须提供现行法律的证据。这些案件造成了许多程序问题, 有时在现行法律中并无相关规定, 美国在向国内外诉讼当事人提供司法协助方面的做法存在不足。后 1958 年, 在国际贸易增长的推动下, 美国国会设立了国际司法程序规则委员会, 以改进为目的调查和研究美国与外国之间司法协助的现行做法, 同时起草或建议新立法, 以确保美国州和联邦地区法院向外国法院和准司法机构提供更简易、高效、经济和快速的包括获取证据在内司法协助。

1963 年 5 月 28 日, 国际司法程序起草委员会正式向美国国会提出了一项包含修订第 1782 条建议的法案, 后该法案在 1964 年被正式通过。相对于 1948 年的版本, 在 1964 年的修订中, 首先, 美国国会将在 1782(a)条中“在外国任何法院(court)待审的任何司法程序中”表述替换成“在外国或国际法庭(tribunal)的程序中”, 并通过将“法庭”一词替换为“法院”一词, 并进一步添加“国际”法庭, 扩大了第 1782 条可以使用的范围。其次, 扩大联邦地区法院协助获取和证据的种类, 允许联邦地区法院协助文件和其他实体证据。此外, 1964 年修订中也扩大了申请人的范围, 允许包括外国法院法官或外国司法机构寻求司法协助。后在 1996 年, 美国国会进一步修订了第 1782(a)条, 在“外国或国际法庭”后添加“包括在正式指控之前进行的刑事调查”, 这为美国法院向外国刑事调查程序提供司法协助提供可能。

综上, 第 1782 条的历史演变显示该条款在日益扩大在司法领域的适用性, 实践中第 1782 条在国际民事诉讼和国际仲裁中被援引的频率也越来越高。

3. 司法实践下对第 1782 条下“外国或国际法庭”的理解

正如前文所提, 1782 条的潜在目标应是: 向外国提供有效、公平的协助方法和鼓励外国向美国提供取证领域的互惠协助[4]。第 1782 条允许任何符合法定条件的利益相关方在美国进行域外证据开示, 且美国联邦地区法院拥有巨大的自由裁量权来拒绝或限制用于国际仲裁的证据开示申请。第 1782 条项下“外国或国际法庭”是否包括国际仲裁, 即在“法庭(tribunal)”一词的含义的理解上, 不同联邦地区法院对这一规定的理解和适用存在不同程度的分歧。正如前文所述, 1964 年改革以“法庭”替代“法院”一词, 以“明确司法协助不仅限于常规法院的诉讼”。然而, 条款的原文表述并未对“法庭”进行进一步的定义, 一些法院认为“在外国或国际法庭”一词相当“模棱两可”。这种模糊性导致近几十年来, 美国联邦地区法院就外国仲裁庭是否可以依据第 1782 条进行证据开示问题做出许多相互矛盾的裁决。

在实践中, 关于第 1782 条是否适用于商业仲裁的争论最早可以追溯到 1999 年。在 1999 年, *National Broadcasting Co., Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc.* (“NBC 案”)和 *Kazakhstan v. Biedermann* 案中, 第二和

¹Act of Mar. 2, 1855, ch. 140, § 2, 10 Stat. 630.

五巡回法院将第 1782 条的适用范围限于“政府性质”仲裁，理由是“外国或国际的法庭”中“法庭”一词不包括民间组成的外国仲裁庭。

第二巡回法院在 *NBC 案* 裁决中认为，“法庭‘本身措辞十分模棱两可，不一定包含排除’民间组建的仲裁庭”。² 针对这种模棱两可，法院回顾了第 1782(a) 条的立法过程以确定法条中使用的“法庭”一词的含义，并得出结论“立法过程显示，美国国会在 1964 年颁布第 1782 条现代版本时，有意涵盖政府或政府间仲裁庭、传统法院和其他由国家发起的审判机构。因此，第 1782 条仅适用于“政府或政府间仲裁庭”，不包括私人间的商事仲裁庭，而案涉的“由设在法国巴黎的国际商会(‘ICC’)管理的私人商事仲裁”不是第 1782(a) 条意义上的“外国或国际法庭的程序”。而且第二巡回法院还在裁决中强调了将私人仲裁庭排除在第 1782 条权限之外的政策原因，指出第 1782 条提供的美国式证据开示制度将与私人仲裁的目的存在分歧，认为商事仲裁的受欢迎在很大程度上取决于其声称的效率和成本效益，特别是与《联邦民事诉讼规则》提供的证据开示制度不一致，几乎没有任何的美国外的法庭，包括私人间的商事仲裁庭，提供美国的联邦地区法院和大多数州法院司空见惯的证据开示制度，将第 1782 条解释为允许“在‘外国或国际’私人仲裁的诉讼中进行如此广泛的证据开示”，将与《美国联邦仲裁法》(“FAA”)为国内仲裁程序提供的有限证据开示制度形成鲜明对比。与之类似，第五巡回法院在 *Kazakhstan v. Biedermann 案* 中认为，根据第 1782 条，私人仲裁庭不是“外国或国际法庭的程序”，没有证据表明美国国会打算将第 1782 条的范围扩展至新兴的国际商事仲裁领域。³

在 2004 年，美国最高法院在 *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc. 案*(“Intel 案”)中试图明确这一争议，并采取了与第二和第五巡回法院不同的认定。美国最高法院在裁决中同时概述了联邦地区法院在决定是否批准或否认适格申请人依据第 1782 条申请证据开示时需要考虑的四个自由裁量因素：申请人是否是“外国或国际法庭”的程序的参与方、“外国或国际法庭”的性质与外国程序的特点及外国政府、法院或机构对于美国联邦地区法院司法协助的接受程度、当事人申请适用第 1782 条请求是否掩盖了规避外国取证限制或外国或美国其他政策的企图、批准申请方的证据开示请求是否具有必要性。虽然该案不涉及商业仲裁，最高法院在该案中将“法庭”原本的狭义解释延伸到了欧盟委员会竞争总司(Directorate-General of Competition for the Commission of the European Union)，认为欧盟竞争总司作为具有证据收集职能的“准司法机构”(quasi-judicial agency)，在其作为初审裁决者的范围内有资格作为法庭，其判决由初审法院和欧洲法院(两者明显都是“法庭”)复审，有资格成为第 1782 条所指“外国法庭”。⁴ 最高法院认为，1964 年美国国会修订第 1782 条时，将表述修改为“在外国或国际法庭的程序中”目的是为具有裁决权的行政机构(如案涉的欧盟委员会)提供司法协助的可能性。在得出最终结论前，最高法院还概述了第 1782 条的立法历史，并在引用了美国国际司法程序起草委员会成员 Hans Smit 教授的某文章中的脚注：“[第 1782(a) 条的]‘法庭’一词包括审查法官、行政和仲裁庭、准司法机构，以及传统的民事、商事、刑事和行政法庭。”⁵ 因此，最高法院的分析导致许多联邦地区法院发现，第 1782 条应用于商事仲裁的大门已经打开。可以说本案为后续美国法院向外国仲裁庭提供司法协助的扫除了一定障碍。

Intel 案 后，第四和第六巡回法院在内的法院在近几年不同的案例中支持 *Intel 案* 的观点，认定第 1782 条下的证据开示程序可以用于协助外国和国际的民间仲裁程序。例如第六巡回法院在 *Abdul Latif Jameel Transp. Co. v. FedEx Corp. 案*(“ALJ 案”)。第六巡回法院同样认为“法庭”在字典上的定义不太清晰，认为长久以来对该词的使用涵盖民间商事仲裁，这是在第 1782(a) 条背景下对该词最好的解读。因此，法院“不需要进一步考虑(立法过程)…”。⁶ 同时第六巡回法院强调，立法记录显示美国国会有意扩大第 1782(a)

²National Broadcasting Co. Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc., 165 F.3d 184, 190 (2d Cir. 1999).

³Kazakhstan v. Biedermann, 168 F.3d 880 (5th Cir. 1999).

⁴INTEL CORP. v. ADVANCED MICRO DEVICES, INC., 542 U.S. 241 (2004).

⁵See Hans Smit (1965) International Litigation under the United States Code, Vol. 65, No. 6, 1015-1046.

⁶Abdul Latif Jameel Transp. Co. v. FedEx Corp. 939 F.3d 710 (6th Cir. 2019).

条的适用范围，而且还拒绝接受有关有限的证据开示和国际仲裁效率的政策论点，并表示，美国最高法院明确规定联邦地区法院对确定第 1782(a)条项下的证据开示拥有充分的自由裁量权。第四巡回法院在 2020 年的 *Servotronics, Inc. v. Boeing Co.* 案中也讨论了这一问题，认为第 1782 条适用于在英国的私人仲裁。

同时，不同的美国联邦地区法院就第 1782 条的申请是否可以用于获取私人国际仲裁的证据开示采取了不同的做法。以 *Intel* 案后中国仲裁程序中的当事人援引第 1782 条在美国取证的两个案件为例，不同美国法院在两个涉及中方当事人的案件中采取了截然相反的观点。

在 2020 年的 *HRC-Hainan Holding Co., LLC, et al v. Yihan Hu, et al* 案中，涉及 2019 年中国国际经济贸易仲裁委员会(“CIETAC”)受理的一起合作协议仲裁案，当事人依据第 1782 条向加州北区法院申请取证。后加州北区法院采纳了第六巡回法院在 *ALJ* 案中的意见，认为仲裁庭属于第 1782 条所指的“外国或国际法庭”，且允许取证更有利于协助仲裁庭得出公正的结论，最终于 2020 年 1 月 16 日部分支持了申请人的取证申请。在裁决中，加州北区法院还认为，第 1782(a)条允许联邦地区法院仅授权证据开示，并不要求外国或国际法庭接受该证据开示所发现的证据。如果证据开示对程序效率造成负担，法庭可拒绝接受证据。仲裁庭的价值不仅来自其效率和性价比，更来自其基于证据做出公正裁决的能力；如果第 1782(a)条能协助仲裁庭获得为作出裁决所需要的证据，那么这当然符合仲裁程序的目的。⁷此后，被申请人向第九巡回上诉法院提起上诉，后该案因为涉及相同问题的 *ZF Automotive* 案由美国最高法院审理而中止。

而在 *Guo v. Deutsche Bank Sec. Inc.* 案(“*In re Guo* 案”)中，同样涉及 2018 年 CIETAC 受理的一起股权纠纷案中，当事人依据第 1782 条请求纽约南区法院向德意志银行证券、JP 摩根证券、美林、皮尔斯、芬纳史密斯和摩根士丹利在内的多家知名券商取证。在 2019 年 2 月 25 日，纽约南区法院驳回当事人的取证申请，认为 CIETAC 作为民间仲裁机构，并非第 1782 条所指的“外国或国际法庭”。⁸纽约南区法院在裁决中还引用了中国内地律师在《*Asia Arbitration Handbook*》中的观点，认为 CIETAC 虽然是在一个准政府实体的主持下成立的，其法律地位已逐渐转变为一个非政府组织，且在处理争端方面独立运作^[5]。据此，法官认为尽管本案中的 CIETAC 比 *NBC* 案中的 ICC 更接近于第 1782(a)条的适用范围，但仍不属于该条款项下的“外国或国际法庭”。后在 2020 年 7 月 8 日，第二巡回法院维持纽约南区法院的决定，认为 *NBC* 案在第二巡回法院仍然具有约束力。法院认为，*Intel* 案没有对 *NBC* 案的认定构成“充分质疑”，对于案件的核心争议点，外国仲裁机构是否有资格成为第 1782(a)条所指的“法庭”。⁹第二巡回法院认为 *Intel* 案中最高法院并未考虑这个问题，而只考虑了欧盟竞争总司这一“公共实体”是否属于这样的“法庭”。因此，第二巡回法院遵循了 *NBC* 案明确的标准，即完全由当事方设立的国际仲裁庭不属于第 1782(a)条意义上的“外国或国际法庭”。而与国家的隶属程度、国家干预仲裁程序、改变仲裁裁决结果的权力、管辖权基础、当事人对仲裁员的选择权等多重因素综合考虑，CIETAC 仲裁庭的运作方式与几乎与美国私人间仲裁庭相同，因此，CIETAC 仲裁庭应被定性为民间性质的国际商事仲裁机构，不适用《美国法典》第 1782 条所提供的司法协助。

简而言之，美国联邦地区法院对于国际商事仲裁是否适用第 1782 条长期存有争议，联邦地区法院对第 1782 条是否适用于商业仲裁的分歧造成的不可预测性，这使得当事方难以预测第 1782 条是否会在任何特定案件中适用。

4. *ZF Automotive* 案与 *AlixPartners* 案中对“外国或国际法庭”的理解

近期美国最高法院做出的 *ZF Automotive* 案和 *AlixPartners* 案裁决，采取了与 *Intel* 案相反的观点，部

⁷In re Application of HRC-Hainan Holding Co., LLC, No. 20-15371 (9th Cir. 2020).

⁸In re Application of Hanwei Guo for an Order to Take Discovery for Use in a Foreign Proceeding Pursuant to 28 U.S.C. § 1782, 2019 WL 917076 (S.D.N.Y., 2019).

⁹In re Application and Petition of Guo, 965 F.3d 96 (2nd Cir. 2020).

分明晰了第 1782 条的适用范围争议。根据该裁决,第 1782 条在国际仲裁中的应用将受到实质性的限制。

在 ZF Automotive 案中,一家香港公司 Luxshare Ltd (“Luxshare”),依据第 1782 条的规定向一家总部位于美国密歇根州的德国公司子公司的汽车零部件制造商 ZF Automotive US, Inc. (“ZF Automotive”),申请进行证据开示。Luxshare 认为 ZF Automotive 在双方的买卖交易中存在欺诈,同时双方签署的销售合同规定,所有争议将由三名仲裁员根据德国仲裁协会(DIS)的仲裁规则来解决。为了准备对 ZF Automotive 提起 DIS 仲裁, Luxshare 根据第 1782 条要求 ZF Automotive 及其工作人员提供相关文件。依据美国第六巡回法院关于“外国或国际法庭”含义的裁决先例,联邦地区法院批准了 Luxshare 的申请,并作出进行证据开示的指令。ZF Automotive 提出撤销申请,认为德国仲裁协会不属于第 1782 条规定的“外国或国际法庭”。而后案件上诉至美国最高法院

AlixPartners 案则涉及了一家被立陶宛政府收归国有,并因大股东的欺诈行为而宣布破产的立陶宛银行 AB Bank SNORAS (“Snoras”),及俄罗斯保护外国投资者权利基金会(“俄罗斯基金”)。后俄罗斯基金根据立陶宛与俄罗斯之间的双边投资协定,对立陶宛提起了依据联合国国际贸易法委员会的仲裁规则管理的临时仲裁。仲裁启动后,基金公司向联邦地区法院提出了第 1782 条申请,要求被任命为 Snoras 临时管理人的 Simon Freakley 及其担任首席执行官的纽约咨询公司 AlixPartners LLP 提供文件。AlixPartners 抵制披露,认为临时仲裁庭不是第 1782 条规定的“外国或国际法庭”,而是一个私人裁决机构。联邦地区法院驳回了这一论点,并批准了基金公司的披露请求。第二巡回法院维持原判,认为根据联合国国际贸易法委员会规则组成的仲裁庭在双边投资条约中获取的授权,它可以被认定为“外国或国际法庭”。后案件同样上诉至美国最高法院。

在批准了上述两个案件的当事人 ZF Automotive 以及 AlixPartners 的调卷令(writ of certiorari)申请后,美国最高法院决定合并审理两案,并且在 2022 年 6 月 13 日对两案作出裁决。

在由 Amy Coney Barrett 法官撰写的裁决中,最高法院审查了第 1782 条中的“外国或国际法庭”一词是否包括民间争议解决机构(“private adjudicative bodies”),还是仅包括政府或政府间机构。最高法院的九位大法官一致认为,第 1782 条规定的“外国或国际法庭”仅包含政府或政府间的裁决机构,即“行使一国或多国授予的政府权力的机构”。依此标准,商事仲裁庭不属于“外国或国际法庭”。

最高法院审查了第 1782 条项下“法庭”的定义。通过分析来看,最高法院认为第 1782 条可以扩大解释指代“任何的争议解决机构”,但是最高法院注意到“法庭”一词并不能单独审视,而是应该与“外国或国际法庭”这一词组中一并审视。最高法院指出,“对于‘法庭’的最佳理解应为行使政府权力的裁决机构”,因为‘法庭’是一个具有潜在政府或主权内涵的词,因此‘外国法庭’更自然地是指属于外国的法庭,而不是简单地处于外国的法庭。要使法庭属于外国,法庭必须拥有该国授予的主权权力。”¹⁰最高法院强调,以条约为基础的投资仲裁庭情况更为复杂,因为一个主权国家是争端的一方,而仲裁的选择权包含在一项国际条约而不是私人合同中。从理论上讲,国家设立的仲裁庭可能符合第 1782 条所述的政府资格,因为政府和政府间机构“可能采取多种形式”。所以法院保留其第 1782 条对某些投资条约适用的立场。

此外,最高法院在裁决中进一步解释了为何对“外国或国际法庭”的适用范围进行限缩,最高法院通过回顾第 1782 条的立法初衷,认为第 1782 条的“激励目的”实质上为礼让(comity)。正如前文所述,在 1964 年的修订中,国会将“司法程序(judicial proceedings)”一词替换为“外国或国际法庭的程序(proceeding in a foreign or international tribunals)”,即修订该条款的目的是为了扩大适用该条款的公共(public)机构的类型,“法庭”应限定为行使政府权力的机构。此外,最高法院认为允许联邦地区法院协助外国和国际政府机构是为了鼓励国家之间“互惠互助”,促进对外国政府的尊重,不需要涵盖“民间

¹⁰ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd., 142 S. Ct. 2078 (U.S., 2022).

争议解决机构”来实现这一目的。同时，最高法院也认为将第 1782 条扩大到私人间的仲裁庭也将造成与管辖国内仲裁的 FAA 之间关系“严重紧张”，因为 FAA 对证据开示制度规定的更为严苛，FAA 删除了仲裁前证据开示，只允许仲裁庭要求证据开示。相反，第 1782 条允许外国法庭和诉讼当事人(以及其他“利害关系人”)从联邦地区法院获得证据披露令。如果第 1782(a)被解释为允许联邦地区法院为外国民间仲裁提供证据披露协助，则外国仲裁中的诉讼当事人将比国内仲裁中的诉讼当事人获得更广泛的证据披露，这将与 FAA 规定相互冲突。

综上，在认定第 1782 条要求外国或国际法庭应为政府或政府间机构后，最高法院接下来考虑了上述案件中的两个仲裁庭是否行使了政府权力。

在 ZF Automotive 案中，DIS 作为民间私营的争议解决机构，最高法院认为，因为“缺乏政府参与设立 DIS 仲裁庭或规定其程序”，“私营实体不会成为政府”，像 DIS 仲裁庭这样的商事仲裁庭并不因为所在的国家(德国)的法律调整仲裁程序而且法院在执行仲裁协议方面发挥了作用就具有政府性。因此，DIS 不属于第 1782 条项下的“政府或政府间法庭”。

AlixPartners 案中案情更为复杂，因为案件还涉及临时仲裁庭在投资仲裁争议中的地位。AlixPartners 案中，案涉双边投资条约为提供了四个争端解决选项，俄罗斯和立陶宛可以按照其认为合适的方式构建投资者与国家争端解决模式。因此核心争议是这两国是否打算将政府权力授予根据条约成立的临时仲裁庭。而案涉条约将法院作为解决争端的一种选择反映了俄罗斯和立陶宛的意图，即让投资者选择将他们的争端提交给一个预先存在的政府机构。相比之下，临时仲裁庭不是一个预先存在的机构，而是一个为裁决投资者与国家间争议而成立的机构，案涉条约中没有任何内容反映出俄罗斯和立陶宛希望临时仲裁庭行使政府权力的意图。最高法院认定，所有证据都显示俄罗斯和立陶宛没有“给双边投资条约法庭披上政府权力的外衣”，仲裁庭的权力之所以存在，是因为双方同意选择临时仲裁，而“不是因为俄罗斯和立陶宛赋予临时仲裁庭政府权力”。临时仲裁庭有权力是因为立陶宛和俄罗斯基金同意进行仲裁，而不是因为俄罗斯和立陶宛赋予了仲裁庭政府权力。因此，在 AlixPartners 案中法院推翻了下级法院的裁决，拒绝在任何这些诉讼中使用第 1782 条。

总之，美国最高法院一锤定音，最终结论与第二、第五巡回法院等在前案中的结论相同，采纳了不同学者向美国最高法院提交的法庭之友意见中表达的观点，案件裁决后，国际商事仲裁案件将难以通过美国法院取证。

5. ZF Automotive 案与 AlixPartners 案对当前和未来国际仲裁中适用第 1782 条的影响

国际仲裁作为解决商业纠纷的首选方法在全球迅速增长，自然导致美国法院对第 1782 条司法协助的需求增加。ZF Automotive 案与 AlixPartners 案裁决后，在一定程度上对国际商事仲裁案件的证据搜集及当事方在此基础上全面查明事实产生了不利影响。裁决似乎大大缩小了第 1782 条适用的仲裁范围，第 1782 条将在未来不再适用于私人间的商业仲裁。在过往评估第 1782 条是否可用于国际仲裁时，大多数美国法院注意到 Intel 案裁决后美国判例的转变。有学者批判最高法院相对于 Intel 案裁决扩大第 1782 条在司法领域的适用性后，又倒退一步，显示最高法院似乎对国际商事仲裁对美国和国际社会的重要性以及第 1782 条在多大程度上有助于改善国际仲裁知之甚少。或者，如果它确实理解这种重要性，却不相信申请人提出的论点，即承认第 1782 条适用延伸到仲裁庭不会给联邦地区法院带来过重的负担[6]。与此同时，最高法院对 ZF Automotive 案与 AlixPartners 案的裁决又带来一些新的问题。

第一，最高法院最终的裁决可能模糊了“政府”和“非政府”法庭之间的界限。在最高法院裁定，立陶宛和俄罗斯投资者之间的投资条约仲裁缺乏“政府权力”，尽管注意到这些程序是两个主权国家之间条约的产物。然而，法院的裁决没有对“政府权力”进一步定义，仅仅指出“政府和政府间机构可能

采取多种形式”。最高法院强调，以条约为基础的投资仲裁庭“从当事人同意仲裁中获得权力”，从理论上讲，国家设立的仲裁庭可能符合第 1782 条所述的政府属性，所以法院保留其第 1782 条对某些投资条约庭适用的立场。这种模糊措辞可能会为投资仲裁的当事人打开寻求第 1782 条项下的证据开示制度的大门[7]。特别是当事方很可能会辩称，ICSID 仲裁已充分“被多个国家赋予政府权力”。同时，当事方可以以 ICSID 是政府间组织，即世界银行的一个分支机构作为支持论点。当事方还可能指出，ICSID 仲裁受多边条约 ICSID 公约的规则和程序的约束，ICSID 法庭的权威不仅来自当事人对仲裁的同意，而且来自作为 ICSID 公约本身缔约方的相关国家。ICSID 裁决也有权在美国法院获得充分的信任和信用。此类程序可能涉及充分行使“政府权力”，有资格获得第 1782 条项下的证据开示。鉴于此，也许很快就会出现 ICSID 仲裁相关的证据开示案件出现。

第二，ZF Automotive 案带来的另一个尚未被明晰的问题是，第 1782 条证据开示是否可以协助一些可能被认为带有政府或半政府属性的仲裁机构受理的仲裁案件。正如前文所述，在 *In re Guo* 案中，纽约南区法院认为 CIETAC 是具有一定政府属性的仲裁机构，但纽约南区法院和第二巡回法院最后均认为 CIETAC 是民间性质的国际商事仲裁机构，不适用《美国法典》第 1782 条所提供的司法协助。未来具有与 CIETAC 类似属性的仲裁机构其受理的仲裁案件的当事方是否能通过第 1782 条申请取证还有待实践考验。

第三，与所有争议解决机制一样，国家法律能够为仲裁索赔提供有力的证据搜集能力对仲裁机制的发展至关重要。对于国际仲裁，美国最高法院的决定却废除了一个有用的证据搜集工具，继而可能会使各国的国际仲裁律师开始关注可以协助他们在仲裁中进行起诉以及辩护的其他司法证据开示工具。而对当事方而言，在提起仲裁程序之前需要考虑能否通过其他方式获得证据。

毫无疑问，第 1782 条仍然是一项强大的工具，是案件当事人在适当案件中应当考虑的策略之一。根据最高法院的裁决，预计仍有一些根据第 1782 条提出申请的申请人会继续在外国或国际仲裁程序中要求美国联邦地区法院下令进行证据开示。第 1782 条与国际仲裁之间的纠葛尚未走到真正的结局。

6. 结语

众所周知，仲裁是一个比诉讼更简易、灵活的争议解决机制，而仲裁当事方可以通过第 1782 条作为获取跨境证据开示的机制，将现有发现的范围扩大到管理仲裁规则规定或仲裁庭所在地法律允许的范围之外，能够为在国际仲裁中索赔提供相应的支持，然而最高法院的决定意味着这一得力工具被废除。简而言之，最高法院出乎意料地一致决定将部分国际投资仲裁以及国际商事仲裁排除在适用第 1782 条证据开示制度的范围之外，造成的影响必然是深远的。甚至对各方而言，在决定在涉外合同中的选择仲裁条款或排他性法院选择条款时，增加了新的考虑因素。无论如何，第 1782 条与国际仲裁有关的实践范围已经大大缩小，国际仲裁中当事方如果希望在合适的案件中通过第 1782 条在美国进行境外取证仍然还有很大的不确定性，还需等待后续的司法实践进一步明晰第 1782 条的适用范围。

参考文献

- [1] Elul, H.M. and Mosquera, R.E. (2017) 28 U.S.C. Section 1782: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings. In: Shore, L., Cheng, T.-H., La Chiusa, J.E., Schaner, L., Senn, M.V.J. and Tan, L.-Y., Eds., *International Arbitration in the United States*, Kluwer Law International, 393-412.
- [2] 乔雄兵. 外国司法程序在美国取证探析——以《美国法典》第 1782 条为视角[J]. 社会科学家, 2012(1): 107-110.
- [3] Bento, L.V.M. (2019) The Globalization of Discovery: The Law and Practice under 28 U.S.C. § 1782, Kluwer Law International, 29-40.
- [4] 熊大胜. 发现用于外国诉讼程序之证据——《美国法典》第 1782 条评析[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版),

2007(2): 267-272.

- [5] Ma, A., Miao, B. and Shi, H.L. (2011) Part I Northern Asia, 3 People's Republic of China. In: Moser, M.J. and Choong, J., Eds., *Asia Arbitration Handbook*, Oxford University Press, Oxford, 114-188.
- [6] van Ginkel, E. (2022) How Should the United States Supreme Court Have Decided in the Controversy over 28 U.S.C. § 1782(a)? <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/06/14/how-should-the-united-states-supreme-court-have-decided-in-the-controversy-over-28-u-s-c-%C2%A7-1782a/>
- [7] Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (2022) U.S. Supreme Court Rejects Section 1782 Discovery for Use in Most Arbitrations. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=65cd7d2b-0e25-49e9-898e-3064337e591c>