



论国际投资条约仲裁中的法律适用问题

乔慧娟

摘要:近年来,投资者依据国际投资条约对东道国提起仲裁的案件逐渐增多,国际投资条约仲裁中的法律适用问题也开始引起学者的关注。国际投资条约中一般规定投资争端适用国际投资条约、有关的国际法或东道国国内法等。中国对外签署的双边投资保护协定中,大多规定有投资争端的法律适用问题,但在具体条款例如东道国国内法和国际法的适用问题上仍需完善。

关键词: 国际投资条约仲裁; 法律适用; 国际法

在我国,国际投资条约仲裁是一个新术语,对它的表述主要有三种方式:其一,投资条约仲裁(investment treaty arbitration);其二,以条约为基础的投资者与国家间仲裁(investor-state treaty-based arbitration)或基于条约的投资者与国家间仲裁(treaty-based investor-state arbitration);其三,投资者与国家间条约仲裁(investor-state treaty arbitration)。这三种表述方式繁简不一,但含义是相同的,都是指投资者基于东道国与投资者所属国签署的双边或多边投资保护条约中的仲裁条款对东道国提起的仲裁。对于私人投资者与东道国的投资争端,投资者除了在符合《华盛顿公约》规定的条件下提交“解决国家与他国国民投资争端国际中心”(以下简称“中心”或 ICSID)之外,有时也将投资争端提交国际商事仲裁机构或临时仲裁庭解决。

在国际投资条约仲裁中,一个非常重要的问题是投资者与东道国之间投资争端的法律适用问题,即适用什么样的法律、原则和规则来确定双方的权利义务关系。有学者认为,在国际投资仲裁中,法律(实体法)适用问题是最为重要,同时也是争执最大、最为混乱的一个问题(周成新,1989:207)。《华盛顿公约》第 42 条^①规定了仲裁庭在解决私人与国家间投资争端时应适用的法律,《国际商事仲裁示范法》以及一些著名的国际商事仲裁机构的仲裁规则也都规定了仲裁庭解决争端时应适用的准据法。尤其是在国际投资条约仲裁中,国际投资条约本身又可能规定有法律适用条款,这些因素使得国际投资条约仲裁的法律适用问题变得异常复杂。

一、国际投资条约仲裁的法律适用实践

(一) 国际投资条约和其他国际法规则的适用

1. 国际投资条约的适用

在国际投资条约仲裁中,国际投资条约是主要的法律渊源。国际投资条约赋予投资

^①《华盛顿公约》第 42 条规定:“1、仲裁庭应依据当事人双方协议的法律规范裁决争端。若无此协议,仲裁庭应适用作为争端当事国的缔约国的法律(包括它的法律冲突规范)以及可以适用的国际法规范;2、仲裁庭不得借口法律无明文规定或含义不清而暂不作出裁决;3、本条第一款和第二款的规定,不影响仲裁庭于双方当事人同意时,依据公平与正义原则裁决争端的权力。”

者提起仲裁的权利来保护投资者根据国际投资条约所享有的利益。因此,当缔约一方投资者与缔约另一方发生投资争端时,毫无疑问国际投资条约是主要的法律渊源。但是,在国际投资条约中,一般规定的都是东道国的义务,例如对投资提供最惠国待遇、公平与公正待遇、国有化或征收及其补偿标准等,国际投资条约并未穷尽国际投资的所有问题。因此,当缔约一方投资者与缔约另一方发生投资争端时,仍需要其他的法律规则进行补充。例如,在一些双边投资协定中规定的“更优惠条款”,规定当缔约一方的国内法或国际法对投资者的待遇比本协定更优惠时,则适用该国内法或国际法。

在仲裁实践中,仲裁庭也多次强调国际投资条约在解决国际投资争端中的重要作用。例如,在AAPL v. Sri Lanka案中,仲裁庭认定在基于BIT而提起的仲裁中,BIT提供了最重要的法律适用的渊源。但是,在该案中,仲裁庭接着论述到:“双边投资协定不是一个自我封闭的法律体系,它应该在一个更广泛的体系内适用,在这个体系内,其他的法律渊源或被合并适用,或被补充适用,而不论其是国际法还是国内法。”^①又如在Wena案中,仲裁庭也强调了国际投资条约需要其他法律渊源的补充。在该案中,仲裁庭首先指出,由于本案申诉方指控埃及政府违反了双边投资协定。因此,双边投资协定是适用法律的主要渊源,但因该双边投资协定只有13个条款,仅7页,因此,埃及国内法和国际法应同时适用^②。

2. 其他国际法规则的适用

在国际投资条约仲裁中,除了适用国际投资条约(其无疑属于国际法),也经常会适用到其他的国际法规则。例如,适用国际法来判定东道国的行为是否违反国际投资条约的规定。虽然在国际投资争议解决过程中,在第一阶段,例如判定投资是否存在、投资的范围、政府对国际投资的保证、政府的措施等问题,需要适用东道国国内法。但在第二阶段,仍需要适用国际投资条约和有关国际法规则来判定。例如,适用有关国际法来判定东道国是否违反国际投资条约,以及是否会引起相应的国家责任。因为国际投资条约是国际条约的一种,属于国际公法的调整范围。并且,国内法不能用来判断东道国的行为是否违反国际条约的规定。《维也纳条约法公约》第27条也明确规定:“条约当事国不得援引其国内法规定作为理由而不履行条约。”

在MTD v. Chile案,仲裁庭指出:“双方同意基于双边投资协定提起仲裁,而双边投资协定是国际条约,因此,这就要求仲裁庭适用国际法。……东道国是否违反国际法的义务将适用国际法来判定。”^③也有一些学者指出,这代表了一种趋势,即在国际投资条约仲裁中,争议不仅要适用国际投资条约本身,而且应适用国际法的一般原则和规则(P. Weil, (2005:401)。也有一些学者认为,国际投资条约和习惯国际法被吸收到某些国家国内法中,并且其地位要高于国内法。因此,在国际投资争议仲裁中,即使适用国内法,国际投资条约和国际法也应得到适用。但是,也有学者对这种观点并不认同,认为能否适用国际法规则将依赖于东道国国内法关于国际法在国内适用的规定,并且,各国关于国际法在国内法中的地位和适用顺序有不同的规定。国际法之所以在国际投资争端仲裁中适用,是国际法基本原则的要求,即使国际法与国内法原则相同。因此,不能仅仅适用那些已被并入国内法中的国际法规则,这将导致不必要的混乱(Andrew Newcombe, 299:94)。

(二) 同时适用东道国国内法和国际法

如前所述,在许多国际投资条约的法律适用条款中,大多规定同时适用东道国国内法和国际法。在国际投资条约仲裁的实践中,仲裁庭在很多案件中也是同时适用国内法和国际法裁定国际投资争端。

在Antoine Goetz v. Burundi案中,仲裁庭裁定:其必须同时适用东道国国内法和国际法。仲裁庭认为其毫无疑问应适用东道国国内法,因为这被规定在比利时和布隆迪的双边投资协定中的首要部分。至于适用国际法主要有两个理由:第一,根据申请人的主张,布隆迪的国内法吸收合并了国际法,因此,

① Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3).

② Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/98/4).

③ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/01/7).

赋予国际法直接适用的效力；第二，布隆迪政府应受双边投资协定中关于保护投资的国际义务的约束^①。仲裁庭也指出了同时适用国际法和东道国国内法可能会导致不同的结果。仲裁庭首先适用东道国国内法来分析争议，得出的结论是依据东道国国内法的规定，布隆迪政府的行为是合法的。仲裁庭然后依据国际法，尤其是双边投资协定的规定分析相同的问题，得出的结论是布隆迪政府行为的合法与否将取决于布隆迪政府是否提供了充分和有效的补偿，而这个问题仍未得到解决。但在另一案件中，仲裁庭也同时适用了东道国国内法和国际法，但其推断过程略微有些不同。例如，在 *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain* 案中，阿根廷和西班牙的双边投资协定规定：“仲裁庭应适用本协定、双方签署的其他协定、投资东道国国内法以及国际法一般原则裁决投资争端”。在本案中，仲裁庭没有在理论上讨论本案应适用的法律，而是直接在某些问题上适用国际法，在另一些问题上适用东道国国内法。例如，在判断西班牙是否对其关于公司结构和功能的行政程序法给予明确规定时，仲裁庭适用了西班牙国内法。在得出肯定结论后，仲裁庭适用了双边投资协定的规定。在一些问题上，例如环境影响评估问题上，仲裁庭适用了国际法、西班牙的国内法、欧共体指令以及双边投资协定的规定。在关于投资者和东道国之间的合同是否得到适当履行的问题上，仲裁庭适用了西班牙民法典和商法典以及学者的著作等。在关于西班牙国内法的限制性立法方面，仲裁庭认为这样的限制性规定不适用于依据《华盛顿公约》提起的仲裁^②。

在实践中，也有一些国际投资条约没有法律适用的规定。在投资者依据这些国际投资条约提起仲裁时，仲裁庭一般都同时适用了东道国国内法和国际法的规定。例如，在 *AAPL v. Sril Lanka* 案中，因斯里兰卡和英国的双边投资协定中没有投资争端的法律适用条款，仲裁庭裁定双方依据投资协定提起仲裁，意味着双方默示选择了双边投资协定作为准据法。并且认为，双边投资协定不是一个封闭的体系，其必须在一个更广泛的范围内加以适用。这个更广泛的范围包括习惯国际法和国内法。在其他一些基于国际投资条约所提起的仲裁案件中，仲裁庭也持相似的结论。

二、中国签署的国际投资条约中法律适用条款的规定

截止 2011 年 11 月 8 日，我国对外已签署并生效的双边投资协定共 100 个，已签署但未生效的双边投资协定共 27 个，签署并失效的双边投资协定 1 个（与苏联签署，因苏联国家解体故条约失效）^③。此外，中国与加拿大历经 18 年谈判，终于在 2012 年 9 月 9 日签署双边投资保护协定，中国、韩国和日本也与 2012 年 5 月 13 日签署三方投资保护协定。目前，中国与美国的双边投资保护协定正在谈判过程中。

在这 100 个已生效的双边投资协定中，据作者统计，共有 67 个双边投资协定规定有法律适用条款。这 67 个协定中，法律适用条款的规定也各不相同，主要有以下几种模式：

（一）规定争议“适用本协定、缔约一方的法律以及公认的国际法”

在这 67 个双边投资协定中，共有 55 个协定规定了缔约一方投资者与缔约另一方的争议适用“本协定、缔约一方的法律以及公认的国际法”。其中，53 个协定规定了“缔约一方的法律”包括“其冲突规则”，如中国与埃及 1994 年《促进和相互保护双边投资协定》第 9 条第七款规定：“仲裁庭应根据接受投资缔约一方的法律（包括其冲突法规则）、本协定的规定以及缔约双方均接受的普遍承认的国际法原则作出裁决。”

但是，在中国与印尼的双边投资协定中仅规定适用缔约一方的法律，而未规定包括其冲突规则，其第 9 条第四款规定：“仲裁庭应根据争议缔约一方的法律、本协定的规定以及缔约双方均接受的普遍承认的国际法原则作出裁决。”此外，中国与巴巴多斯 1998 年签署的双边投资协定也没有规定缔约一方的法律包括其冲突规则在内。

在这 55 个协定中，关于国际法的适用，大多数双边投资协定都规定适用“双方均接受的普遍承认的

① *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi* (ICSID Case No. ARB/95/3).

② *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7).

③ 参见商务部条法司网站：<http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/Nocategory/201111/20111107819474.html>。2012 年 9 月 21 日访问。

国际法原则”,但也有的协定规定适用“有关的国际法一般原则”,如中国与阿根廷 1992 年签署的《促进和保护双边投资协定》第 8 条第六款规定:“仲裁庭应根据本协定的规定、与争议有关缔约一方的法律包括其冲突法规则、与该投资有关的任何特别协定的规定及有关的国际法一般原则作出裁决”。

(二) 规定争议“适用本协定、有关的国内法、缔约两国的协定以及公认的国际法”

在中国对外签署的双边投资协定中,有的协定规定缔约一方投资者与缔约另一方的争议适用“本协定、有关的国内法以及公认的国际法”,并未明确“有关的国内法”的具体含义。例如,中国与阿联酋 1993 年签署的《促进和保护双边投资协定》第 9 条第三款规定:“……仲裁庭应根据本协定的规定、有关的国内法、缔约两国间签订的协定和公认的国际法原则作出裁决。”中国与科威特、中国与马来西亚签署的双边投资协定中也有类似规定。

(三) 规定争议“适用投资所在缔约一方的法律”

中国对外签署的双边投资协定中,有的协定规定缔约一方投资者与缔约另一方的争议适用“投资所在缔约一方的法律”。例如,中国与卡塔尔 1999 年签署的《关于鼓励和相互保护投资协定》第 9 条第五款规定:“……有关争议的实质内容,应适用投资所在缔约一方的法律。”

(四) 规定争议“适用双方同意的法律规则,若无此种同意,适用国际法的原则”

在中国与古巴于 1995 年签署的《鼓励和保护双边投资协定》第 9 条第七款规定:“仲裁庭应根据接受投资缔约一方的法律(包括其冲突法规则)、本协定的规定以及缔约双方均接受的普遍承认的国际法原则作出裁决。”但在 2007 年,缔约双方对上述协定进行了修订,修订后的协定对投资争议的解决作了更加详细的规定,其法律适用条款规定:“依据本条成立的仲裁庭根据本协议的相关条款和争议双方同意的法律规范对争议事项进行裁决,如果没有就适用的法律达成协议,则适用国际法的原则和规定。”此外,中国与荷兰 2001 年签署的《鼓励和相互保护投资协定》第 10 条第四款规定:“该专设仲裁庭应根据当事各方约定的法律规则解决争议。如无此约定,该仲裁庭应适用为争议当事方的缔约一方的法律(包括其冲突法规则)、本协定的规定以及可适用的国际法规则。”

三、中国签署的国际投资条约中法律适用条款的建议

(一) 应将投资争端的法律适用规定纳入国际投资条约中

如上文分析,中国对外签署并生效的双边投资保护协定中只有 67 个协定规定了法律适用条款,其余 33 个协定都未规定法律适用条款。如果将来发生缔约一方投资者与缔约另一方的投资争端,若双方均为《华盛顿公约》的缔约国,因《华盛顿公约》有详尽的法律适用条款,则争端可适用依《华盛顿公约》第 42 条的规定确定准据法。如果双方约定提交某临时仲裁庭,因国际投资条约中有的规定了临时仲裁庭可适用的仲裁规则,如联合国国际贸易法委员会仲裁规则或斯德哥尔摩商会仲裁规则。那么,依据这些仲裁规则,仲裁庭也可以确定仲裁所适用的法律,但对于国际投资条约中没有规定仲裁规则的临时仲裁庭来说,如何适用法律,则是一个不确定的问题。因此,在中国对外签署国际投资条约时,应将缔约一方投资者与缔约另一方争议的法律适用规定纳入条约内容之中。

(二) 应尽量规定适用东道国国内实体法规定

在规定有法律适用条款的 67 个双边投资保护协定中,除了中国与马耳他 2009 年签署的《促进和相互保护投资的协定》没有规定国内法的适用外,其余 66 个双边投资保护协定都规定了国内法的适用,但在具体的规定上还是有很大的差别。

大多数的双边投资保护协定规定适用缔约一方的法律,甚至有协定直接明确适用投资所在缔约一方的法律,例如中国与塔卡尔 1999 年签署的《关于鼓励和相互保护投资协定》第 9 条第五款的规定。但是,也有少数的双边投资保护协定仅规定适用“有关的国内法”,未明确指明有关国内法的确切含义,如中国与阿联酋 1993 年签署的《促进和保护双边投资协定》第 9 条第三款的规定。甚至还有的双边投资保护协定根本没有规定缔约一方国内法的适用,直接规定适用双边投资保护协定和有关的国际法原则,如中国与马耳他 2009 年签署的《促进和相互保护投资的协定》第 9 条第五款的规定。

关于适用缔约一方国内法的规定方面,大多数的双边投资保护协定规定适用缔约一方法律,包括其冲突规则,但也有少数双边投资保护协定中没有规定包括东道国的冲突规则,如中国与印尼的双边投资保护协定第9条第四款的规定。

对于国内法包括其冲突规则的适用,我国有学者认为不够妥当,因为这样可能导致适用投资者所属国法律(李适时,1990:124)。作者认为,通常情况下,直接投资都与东道国有着最密切的联系,因此,东道国实体法律与投资关系联系最为密切。如果在双边投资保护协定中规定适用缔约一方的法律,包括其冲突规则在内,在争端解决程序中,仲裁庭有可能会适用投资者所属国法律。况且,在国际商事仲裁立法与实践中,一般都明确规定,当事人选择某国的法律规则是指该国的实体法,而非其法律冲突法。在当事人没有选择时,由仲裁员依据有关的冲突规则确定仲裁适用的实体法,或由仲裁员直接确定适当的法律规则予以适用,“适当的法律规则”毫无疑问指的是有关实体法。《华盛顿公约》第42条第一款第2句规定在当事人没有选择法律时,适用东道国法(包括其冲突规则)和有关国际法。这样的规定是非常罕见的。在ICSID仲裁实践中,仲裁庭在适用东道国法律时,一般也都是适用东道国实体法律规则。例如在Amco v. Indonesia案的第一次裁决中,仲裁庭即指出没有必要讨论东道国的冲突规则。

因此,作者认为,在投资争议发生后,双方应尽量就投资争端的法律适用问题达成协议,并且应尽量选择适用东道国法律。如果争议双方就投资争端的法律适用问题没有达成一致意见,那么在国际投资条约中应尽量规定投资争端适用东道国实体法律规则。

(三) 关于国际法的适用,应限制在双方均接受的国际法原则和规则范围内

关于国际法的适用,我国对外签署的双边投资保护协定也有不同的规定,大多数协定规定适用“双方均接受的普遍承认的国际法原则”,但也有少数协定规定适用“有关的国际法一般原则”、“国际法的原则和规定”、“与投资有关的国际法原则”、“可适用的国际法”。因此,关于国际法的适用还是比较笼统的规定,并且不统一。

关于国际法在国际投资争端仲裁中的适用问题,一直是资本输出国和资本输入国争论的焦点之一。资本输出国一直强调国际法对国际投资提供高标准的保护,而资本输入国则强调东道国法律对国际投资的适用。在《华盛顿公约》中也没有明确规定国际法的具体含义。因此,国际法的适用,尤其是习惯法国际法在国际投资争端仲裁中的适用就成为双方争论的焦点问题。在国际投资法领域,究竟哪些原则和规则已经形成习惯法国际法,例如在征收的补偿标准上,究竟是“充分、及时、有效”的补偿标准构成习惯国际法,还是“合理”的补偿标准构成习惯国际法?给予外资“公平公正”待遇的具体含义是什么?这些问题在发展中国家和发达国家之间一直未能达成一致意见。因此,在中国对外签署双边投资保护协定中规定投资争端适用国际法时,应当对国际法进行界定,例如规定“双方均接受的普遍承认的国际法原则”,而不能以笼统的“国际法原则和规则”或者“与投资有关的国际法原则”代替,以免在发生投资争端时,仲裁庭以中国不接受的习惯国际法或一般法律原则裁决投资争端。

私人与国家间投资争端仲裁的法律适用问题是一个非常敏感的法律问题。作为东道国而言,希望适用的准据法能够保护国家主权。作为投资者而言,希望所适用的准据法能够保护投资者的利益,为投资者提供一个稳定且可预测的法律环境。目前,“中心”已受理过中国投资者基于双边投资保护协定对外国政府提起的仲裁案件,例如2007年的谢亚深诉秘鲁案^①。同时,“中心”也受理了外国投资者基于双边投资保护协定起诉中国政府的案件,例如2011年的Ekran Berhad公司诉中华人民共和国投资争议仲裁案^②。在上述案件发生后,中国学者关注更多的是“中心”管辖权问题,但是,国际投资条约仲裁中的法律适用问题也应引起我们的重视,尤其是我国在今后签署或修订双边投资保护协定时,应更谨慎地规定投资争端的法律适用条款。

① Tza Yap Shum v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6).

② Ekran Berhad v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/11/15), www.worldbank/icsid. 2012年9月10日访问。

参考文献:

- [1] 李适时(1990). 论中国缔结的双边投资协定. 中国国际法年刊.
- [2] 周成新(1989). 国际投资争议的解决方法. 中国政法大学出版社.
- [3] Andrew Newcombe(299). Law and practice of investment treaties, Wolters Kluwer Law International.
- [4] P. Weil(2005). The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of *Me-nage a Trois*, 15 ICSID REV.

On the Issue of the Application in International Investment Treaty Arbitration

Qiao Huijuan (Associate Professor, North China University of Technology)

Abstract: The investment treaty arbitration cases increased rapidly in recent years, the issue of the applicable law in investment treaty arbitration begun to attract the scholars' attention, International investment treaties always provide the application of international investment treaties, international law and the host country's domestic law in investor—state arbitration. Most BITs that China signed have the applicable law articles, but the specific terms such as the application of the host country's domestic law and international law still need to be improved.

Key words: investment treaty arbitration; applicable law; international law

■ 作者简介: 乔慧娟, 北方工业大学文法学院法律系副教授, 法学博士; 北京 100144。

Email: xiaoqiao1976@sohu.com; xiaoqiao1976@gmail.com。

■ 基金项目: 北方工业大学校青年重点研究基金项目

■ 责任编辑: 车 英

