

国际投资仲裁中的法律适用问题

孙南申

(复旦大学法学院, 上海 200433)

摘要: 因投资仲裁具有处理“条约请求”与“合同请求”双重诉因之特点, 其法律适用问题体现为一定的多重性与复杂性。本文主要讨论国际投资仲裁中适用于程序事项和实体争议的各类法律涉及的具体问题, 重点论述国际法与东道国法的适用原则、适用范围、实际效果以及两者的适用关系等, 并特别讨论国家合同的法律适用与投资协定适用中的解释问题。

关键词: 投资仲裁; 法律适用; 华盛顿公约; 投资协定; 东道国法; 国家合同

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2019) 02-0047-12

有关投资者与东道国争端解决 (ISDS) 中投资仲裁的法律适用涉及投资协定 (BIT) 项下投资者与东道国的法律关系, 对于所适用的法律总体上应区分以下 3 种情况: 第一种是适用于争议中实体问题的法律, 尤其是投资协定所规定实体权利的实体法; 第二种是适用于投资者与国家间投资协议的法律, 其类型既包含双方约定的国际法或国内法规则, 也包含以最密切联系原则确定合同的准据法, 尤其是东道国法律; 第三种是适用于仲裁程序本身的法律, 如果当事方选择《华盛顿公约》下的 ICSID 仲裁, 其程序由《华盛顿公约》管理; 但如当事方选择其他临时仲裁或机构, 其程序则受其他相应仲裁规则的制约。

一、国际投资仲裁程序法的适用

(一) ICSID 仲裁所适用程序法的类型

有关仲裁程序的国际条约依据主要指《华盛顿公约》(简称“ICSID 公约”)关于“国际投资争端解决中心”(简称“ICSID”)仲裁程序机制的安排。由于 ICSID 公约本身尚不构成 ICSID 管辖权的基础, 因此除了缔约国与投资者之间的合同约定外, ICSID 仲裁管辖权主要源于公约缔约国之间签订的双边投资协定 (BIT) 中关于投资争议仲裁管辖的安排。

公约主要内容是关于投资争端解决机制的程序性规定, 而不涉及实体权利义务

作者简介: 孙南申, 复旦大学法学院教授, 博士生导师, 澳门科技大学特聘教授。

基金项目: 国家社会科学基金项目“国际投资争端解决程序的保障机制研究”(项目编号: 17BFX145)。

方面的内容。同时,公约第44条对程序规则的适用作了原则性的规定。^①对于投资仲裁的程序,ICSID 制定有其自身的仲裁规则,并且仲裁时必须适用其仲裁规则,除非当事人另行约定投资仲裁使用其他程序规则。

根据公约第44条规定的原则,ICSID 适用的仲裁程序包括通过仲裁解决投资争端的基本程序规定。首先是“仲裁庭的权力和职能”,即第4章第3节(第41~47条)规定的基本程序规则。实际上,公约规定的程序规则还散见于公约的其他章节,并与第3节的内容一道构成仲裁程序的基本规则,其内容主要涉及 ICSID 管辖权、仲裁请求提交、仲裁庭组成、仲裁庭权力与职能、附带问题和反请求、裁决的作出、复审与撤销、裁决的承认和执行等方面。其次是公约允许当事人通过协议自行约定其他仲裁程序规则。BIT 中关于仲裁规则的特别规定可视为当事人协议约定的仲裁程序。只要当事人对于仲裁程序规则的适用未作特别约定,就应当适用 ICSID 制订的《国际投资争端解决中心仲裁程序规则》(简称“《ICSID 仲裁规则》”)。实践中,绝大多数的 ICSID 仲裁案件都采用了《ICSID 仲裁规则》,虽然当事人之间的特别约定具有优先效力。不过,当事人约定的程序规则不能违反国际社会的公共政策。UNCITRAL 仲裁规则和美国仲裁协会(AAA)仲裁规则的第1条均含有公共政策限制的规定。《纽约公约》第5条关于裁决执行的规定中也有类似规定。由于投资仲裁具有国际性,ICSID 公约并未将执行地国的公共政策作为执行裁决的条件,而是要求缔约国直接执行依公约作出的裁决。此外,对于投资仲裁中如发生以上仲裁规则未规定的程序问题,则按公约第44条的规定由仲裁庭作出决定,其决定适用的程序规则起到补充性作用。

(二) 投资仲裁所适用程序法的性质

从投资协定争议仲裁实践看,ICSID 仲裁庭适用的具体程序规则主要是指《ICSID 仲裁程序规则》。其他的临时仲裁或 ICSID 之外的机构仲裁所适用的程序规则主要指《UNCITRAL 仲裁规则》,其他仲裁机构如国际商会仲裁院(ICC)、斯德哥尔摩仲裁院(SCC)、常设仲裁法院(PCA)等自行制定的仲裁规则。虽然按照 ICSID 公约第44条规定的原则,ICSID 仲裁庭应当按照《ICSID 仲裁程序规则》、当事人另行约定的程序规则或仲裁庭(对未作规定的程序问题)自行决定的规则进行仲裁,但所有程序规则的适用均应符合《华盛顿公约》规定的原则。

国际投资仲裁实践中,这些被广泛接受的有关仲裁程序的基本原则可视为国际法渊源中的一般法律原则。在许多重要的国际条约中也反映出这些有关仲裁程序的一般法律原则的存在。^②此外,双边投资协定(BIT)中涉及的仲裁程序性规定,主要包括有关仲裁合意、程序适用和前置条件等基本原则,反映了投资仲裁管辖具有

^① 即“任何仲裁程序应依照本节规定,以及除双方另有协议外,依照双方同意提交仲裁之日有效的仲裁规则进行。如发生任何本节或仲裁规则或双方同意的任何规则未作规定的程序问题,则该问题应由仲裁庭决定”。

^② 主要指各种有关承认和执行仲裁裁决的公约和条约,尤其是1958年《纽约公约》。

一定强制性、自治性与灵活性的特征，应视为对 ICSID 公约补充性的特别规定，并适用于国际投资仲裁的实践。

二、ICSID 仲裁中实体法的适用原则

对于国际投资仲裁实体法的法律适用，《华盛顿公约》第 42 条分别规定了以下 3 项规则：（1）仲裁庭应依据双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。若无此种协议，仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律（包括其冲突法规则）以及可能适用的国际法规则。（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）第 1 款和第 2 款的规定，不得损害仲裁庭在双方当事人同意时按公允及善良原则作出裁决的权力。

上述规定表明，仲裁庭必须严格按照以上规则适用处理投资争端的实体法。以上第 1 款首先确定了法律适用中的当事方意思自治原则，即允许双方协议选择处理投资争端的实体法；同时又明确了在当事方未作选择时仲裁庭应适用的准据法范围，即东道国国内法和国际法规则。上述第 2 款和第 3 款的内容则分别规定了法律适用中的“禁止不作裁决”与“公允善良”原则，但第 42 条第 1 款规定的含义在实际的解释和适用中也会有不同理解与分歧。

（一）意思自治原则

在法律适用方面，《华盛顿公约》采纳了当事人意思自治这一普遍原则。其原因不仅是国际投资在性质上属于商业活动，也因投资仲裁的运行原理参照了国际商事仲裁模式。但该公约第 42 条并未明确“法律规则”的范围，仲裁实践中也会产生双方同意适用的法律规则究竟是指国内法规则还是国际法规则的问题。

由于该公约第 42 条对“法律规则”一词未限定为国内法或国际法，因此争端双方应当既可选择国内法，也可选择国际法，或同时选择适用两者。从文义上看，争端双方一致同意适用的法律可以是国内法或者国际法，也可以兼指两者。实践表明投资者与东道国同意适用国内法或国际法，甚至经常是两者结合。这种双方同意适用的法律规则范围在双边投资协定中亦有体现。例如，英国与阿根廷的 BIT 规定，仲裁庭根据以下法律解决争议：（1）BIT 本身的规定；（2）争端一方的法律（包括冲突规范）；（3）有关特别投资协议的条款；（4）国际法原则。^①对于当事人选择适用的法律是否必须与投资活动有实质联系，公约本身并未要求。投资仲裁实践中仲裁庭倾向于不限制双方的意思自治，允许当事人自由选择处理争议的实体法。

（二）仲裁庭适用准据法的范围

根据《华盛顿公约》第 42 条第 1 款规定的原则，如双方未作法律适用的选择，

^① UK-Argentina BIT, art. 8(4).

则可让仲裁庭决定准据法的适用。换言之,仲裁庭可以自由决定适用东道国国内法和可适用的国际法规则,对两者可按争议事实与性质分别适用,似乎并无适用上的先后次序。在国际投资实践中,越来越多的投资项目同时受国内法与国际法的调整。作为处理案件依据所适用的实体法,同时包括了国内法规定与国际法规则。在投资仲裁实践中,申请方的主张往往同时以国内法规定与 BIT 规定为依据,包括国内的侵权法、宪法、行政法以及 BIT 本身的规定。^①

(三) 禁止不作裁决原则

按《华盛顿公约》第 42 条第 2 款规定的原则,仲裁庭不得因法律无明文规定或含义不清而不作出裁决。对提交的任何投资争端,无论可适用的法律对所争议问题的规定是否欠缺或者含糊不清,仲裁庭均必须作出裁决。严格来说,该规定并非法律适用原则,而是案件审理原则,不仅适用于案件准据法的确定,也适用于案件的审理全过程。可见,该原则的目的在于确保仲裁庭正当履行审理与裁决职能。

《华盛顿公约》第 48 条第 3 款规定:“裁决应处理提交法庭的每一个问题,并说明所根据的理由”。该规定中的“裁决理由”当然应包括仲裁庭说明其作出裁决所依据的法律。对所处理的争议问题,如所适用的法律无明文规定或含义不清,仲裁庭往往会借助适用作为国际法渊源的“一般法律原则”,即从各国国内法体系中抽象出具有共性或共存的一般原则或规则。实践中大量对外投资项目一般都有投资者与东道国政府的投资协议安排。在这些国家合同或特许协议中,除了东道国法外,当事人也会选择一般法律原则作为国家合同的准据法。可见,国际投资领域仲裁庭所适用的法律规则往往是国际化的。

(四) 公允与善良原则

如前所述,《华盛顿公约》第 42 条关于法律适用的规定同时在第 3 款要求不应损害仲裁庭按公允与善意原则作出裁决。由此可见,公约授权仲裁庭可基于“公允与善良原则”进行裁决,即仲裁庭在双方当事人同意时享有依此非法律标准原则作出裁决的权利。换言之,投资争端解决是以所适用的法律规则为基础的,除非当事人另有约定。严格地说,仲裁庭并无义务适用一项未经引证的法律规则,否则将构成越权。^②

“公允及善良原则”是一项国际上具有广泛影响的一般法律原则,并在相关国际公约和投资协定中也有类似规定与体现。其意义在于,为使投资争端得到公正处理结果而赋予仲裁庭自由裁量权,但仲裁庭适用该原则时并不能任意行事,而应基于该原则的客观与主观考量。公允与善良原则主要用以解决法律适用中规定不明或无规可循的问题,由于这一概念抽象含糊,其适用中的判断标准常因人而异,从而

^① Generation Ukraine, Inc. v Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, September 16, 2003.

^② Mitchell v. Conger (ICSID Case No. ARB/99/7), Annulment Decision, Nov. 1, 2006.

带有一定的不确定性，这在争议双方对可能适用的法律规则因其规定不明或过于抽象而产生不同主张时尤为明显。因此，公允与善良原则的适用也可作为法律适用中的条约解释方法而被采用。按此原则进行条约解释，可在一定程度上避免依赖主观标准而作出有失公允的裁决，但应强调，ICSID 仲裁庭在按此原则处理投资争端时，应以双方当事人同意为条件，否则就可能在法律适用上构成越权而导致裁决无效。

三、投资仲裁可适用的国际法规则

（一）可适用的范围与条件

关于投资仲裁所适用的国际法规则，公约第 42 条第 1 款中的表述是“可能适用的”国际法规则，表明并非一切国际法规则都可适用于国际投资争端。“可能适用的”限定应主要针对与投资行为、投资保护、投资管理、投资待遇和投资争议等有关国际法规则，是国际投资仲裁所适用的主要国际法规则，亦是仲裁庭据此处理双方之间实体争端，确定当事方权利和义务的准据法规则。其法律形式主要为双边投资协定（BIT），也包括多边国际条约中的实体法规则，还包括为各国普遍承认与接受的国际习惯法规则和一般法律原则。

国际投资仲裁实践表明，适用于 ISDS 争议的国际法规则应符合：（1）适用于争议双方的权利义务关系；（2）所适用的规则应与仲裁庭处理的争议问题相关；（3）国际法规则适用时不应与 BIT 规定冲突，但强行法规则（*jus cogens norm*）除外。^①

（二）BIT 的优先适用

2000 年以来的国际投资仲裁实践进一步确定了以双边投资协定（BIT）为主的国际法规则在法律适用中的支配地位，并以此作为判断东道国行为是否具有合法性的重要依据。“Vivendi Universal 诉阿根廷案”是基于法国与阿根廷 BIT 产生的案件，本案撤销程序的专门委员会认为：（1）违反 BIT 与违反特许协议是不同性质的问题，所以两种违约类型所适用的法律也是不同的；（2）由于该案争议和法国与阿根廷 BIT 中实体条款规定的内容有关，仲裁庭的调查与认定应受《华盛顿公约》、BIT 和可适用的国际法支配，原则上不能根据国内法的规定作出决定；（3）原仲裁庭仅因争议涉及特许协议的履行问题而拒绝对 BIT 违约问题作出裁决，该行为属于《华盛顿公约》第 52 条第 1 款的“显然超越其权力”。^②可见，实践中对于违反投资条约之诉的 BIT 案件，仲裁庭在裁决时主要根据双边投资保护协定中的实体规定及一般国际法规则，而非依据东道国法中规定的原则。换言之，依据 BIT 提出请求的实体问题法律适用，主要是 BIT 实体条款规定的内容，通常只需适用投资者提出

^① CMS Gas Transmission Co. v. Argentina (Decision on Annulment) ICSID Case No.ARB/01/8.

^② Compania de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/97/3, Decision on Annulment, July 3, 2002.

请求的诉因所依据的规则,因此此规则已为 BIT 中的争端解决条款所认可。实际上, BIT 在 ICSID 的仲裁案件中已得到充分的适用,并在与国内法发生冲突时也会优先适用。

即使投资者与东道国订立的投资合同中约定了解决争议的准据法条款,也难以改变这一法律适用的结论。在“维纳公司诉埃及案”中,英国维纳公司与埃及国有独资公司签订《租借协议》中的法律适用条款选择以埃及法作为准据法,但专门委员会驳回了被申请人提出以埃及法适用于 BIT 争议的主张,主要理由是:(1)本案争议是申请人与被申请人之间的投资争议,而非申请人与酒店之间的私人争议,因此不能以《租借协议》中的法律适用条款约束本案;(2)《租借协议》处理的是商业性质的问题,而本案中的英国与埃及的 IPPA(投资保护协定)处理的是政府对外国投资者的保护与待遇问题,就涉及埃及对外国投资者待遇的争议而言,申请人作为缔约国国民可以援引 IPPA;(3)在条约与国内法存在冲突时,应按特别法优先的原则适用条约规定,仲裁庭应将投资条约作为其主要适用的法律。^①这种优先适用国际法的观点也体现在 ICSID 先前的其他裁决中,例如“亚洲农产品公司诉斯里兰卡案”,该案争议的管辖权基础是斯里兰卡与英国之间签订的 BIT。仲裁庭认为:由于双方当事人并未事先选择争议所适用的法律,因此可以推定双方同意将该 BIT 作为“可适用于本案的主要法律渊源”,但该投资协定并非是一个独立、封闭的法律体系,所以应在适用该协定的同时补充适用国际法规则以及斯里兰卡国内法。^②

在涉及 ISDS 的投资仲裁中,国内法与国际法的相互关系将导致对投资者更有利的法律规则适用。东道国国内法以及投资者与政府部门签订的国家合同,在争议的事实认定方面无疑会发挥重要作用。在以 BIT 为诉因的投资争议中,如果仅以国内法律体系主导裁判所适用的规则,则会导致东道国违反投资协定的行为合法化,虽然该行为可能并不违反其国内法。

因此,国际法规则应在解决投资争端的法律适用中占主导地位。“Santa Elena 诉哥斯达尼加案”的仲裁庭指出:关于解决投资争端的法律适用,在双方未达成一致的情况下,仲裁庭只能按照《华盛顿公约》第 42 条中的相关规定适用被申请人的国内法,但前提是该国法律与国际法规则未发生冲突,如两者发生冲突,就只能适用国际法的相关规定。^③

对于政府行为是否构成征收,其法律依据不仅指东道国国内法的规定,也包括国际法的相关规定。在“阿姆科亚洲公司诉印度尼西亚案”中,仲裁庭指出:“在

① Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/98/4, Annulment Decision, February 5, 2002.

② Asia Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No.ARB/87/3, Final Award, June 27, 1990.

③ Compania del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No.ARB/96/1, Final Award, February 17, 2000.

国际法项下，征收成立的必要条件包括：第一，存在对私人财产的占有或转移；第二，此等占有或转移行为系由政府实施或指使，代表政府或可归责于政府”。^①

四、国际法与东道国法的适用关系

在投资者与东道国并未协议选择解决投资争端所适用的准据法时，《华盛顿公约》第42条第1款规定仲裁庭应适用东道国国内法以及可适用的国际法规则。这一规定避免了仲裁机构适用法律的不确定性，使双方对处理投资争端所适用的法律有一定的可预见性，有利于当事人通过ICSID解决投资争议，体现法律适用上的平衡原则。

（一）两者的适用顺序

在国际法与东道国法的适用顺序上，《华盛顿公约》第42条第1款的规定已基本明确，其中关于可适用国际法的表述表明仲裁庭应首先考虑适用东道国国内法，然后考虑适用国际法中的相关规则。但适用东道国法的条件是其内容不应与国际法规则相抵触，如两者发生冲突，则国际法规则应优先适用。对于合同请求仲裁，尤其双方已同意以东道国法律为准据法，仲裁庭只有在首先适用东道国法之后，才能适用国际法与一般法律原则。因为合同请求为私法意义上的违约救济请求，一般不构成ICSID投资仲裁的诉因。在条约请求仲裁中，国内法仍然制约着投资者与国家的关系，这体现投资关系的国际化。因此，投资者与东道国的关系同时受国内法与国际法双重制约。

实践中也有协议对东道国法和国际法的适用顺序作出约定。如在“AGIP公司诉刚果案”中，双方的石油开发协议约定投资争端提交“中心”仲裁庭裁断，并“适用刚果法律，必要时也可以辅助适用国际法原则”。^②与该案相反的约定是“亚洲农产品开发公司诉斯里兰卡案”，此案中的双方当事人约定争议适用国际法原则，而以东道国的法律作为辅助。仲裁庭认定，当事人已同意本案所涉及的双边投资保护条约为“适用法律的主要渊源”，同时也承认习惯国际法规则、并以斯里兰卡国内法律为辅助的法律适用。^③

（二）两者的效力关系

在国际法与东道国法的相互效力关系上，《华盛顿公约》对此并未作进一步规定。发展中国家通常主张国内法效力优先，发达国家则认为应当国际法效力优先，以维护国际投资者的权益。学者布鲁彻斯认为，“仲裁庭将会参照东道国的法律，并在判断争议是非问题中首先适用该国法律，然后再以国际法审查适用的结果。如

① Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1.

② AGIP SaP v. Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/77/1.

③ Asia Agriculture Products Limited v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3.

该国法律或据此采取的行为违反国际法，则可导致该国法律不予适用。在此意义上，国际法应当优于国内法”。^①

从国际投资仲裁实践看，代表发达国家的上述观点已得到采纳。对投资争议中出现的特定问题，如东道国法律缺乏相关规定，一般会类推适用有关国际法规则，尤其是双边投资协定的规定。如果东道国法律对此有规定，也会以国际法原则审查该国内法是否符合其在国际条约下的义务。在两者发生冲突时，则按国际法效力优先的原则处理。如两者并无冲突，国际法也会对国内法起到弥补与佐证的作用。^②

以国际法原则来制约东道国法适用的做法，在“SPP 诉埃及案”中得到充分体现。该案仲裁庭指出，尽管被申请人主张本案应仅适用埃及国内法且政府行为并不违反国内法，但埃及政府的撤销行为受国际法基本原则约束，只要其行为构成国际法上需要承担国际责任的要件，因此本案应适用国际法的基本原则。^③也有的裁决直接强调国际法的优先适用，如在“LETSCO 诉利比亚案”中，争议双方在《特许协议》已明确以利比亚法律为适用依据，但仲裁庭仍坚持认为，虽然利比亚相关法律和原则与国际法原则并不冲突，国际法原则也应该适用。^④

（三）两者的互补关系

在国际投资仲裁法律适用中，国内法与国际法有其各自不同的适用领域。如对外国投资者的保护，有学者认为应主要依赖国内法，因其往往比国际法的保护程度高，而两者的适用关系是国内法已被用尽的情况下才会诉诸国际法。^⑤

在投资争议中，东道国政府行为是否违反国家合同与是否违反投资协定是两个不同的问题。“违反合同之诉”与“违反条约之诉”将会分别适用各自不同的准据法，前者适用合同准据法，后者适用国际投资法。投资仲裁的法律适用中，适用国内法与国际法是互补关系，但有时对同一行为是否合法，两者的适用结果可能不一致。虽然一般原则是国际条约优先适用，但有些 BIT 中也规定了适用对投资者更有利的法律的情况。

五、东道国法的适用范围与作用

在投资仲裁法律适用中，以东道国法作为解决争议的准据法一般应理解为涉及当事方权利义务的实体法，但 ICSID 公约第 42 条第 1 款所规定的东道国法又包括其

① Broches, A. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of Its Application, 18 YB Comm ARB 627 (1993) .

② Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1), Annulment Decision May 16, 1986.

③ Southern Pacific Properties v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Final Award, May 20, 1992.

④ Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Final Award, March 31, 1986.

⑤ Peter, M. F., et al. The Oxford Handbook of International Investment Law[M]. Oxford University Press, 2008: 105.

冲突规范在内。对此,学界有观点不赞成“当事人约定的法律包括冲突规则在内”,因为这可能会产生法律适用中的反致问题,而投资协议领域一般并不适用反致。

(一) 适用东道国法的背景

从立法的背景看,《华盛顿公约》规定适用东道国法律是将其冲突规范包括在内应有其历史原因。一些发展中国家较多沿用其独立前形成的有关实体法规定,或因历史原因在国内不同地区适用不同法律制度,通过适用国内法冲突规则就可解决法律适用上的不确定性,使仲裁庭可按应适用的准据法作出裁决。《华盛顿公约》第42条规定了“仲裁庭不得借口法律无明文规定而不作出裁决”的原则,因此授权仲裁庭寻求其他可适用的法律,包括通过东道国冲突法规则选择适用第三国法律以及可能适用的国际法规则。

这一原则在ICSID的仲裁实践中亦有所体现。在“柯劳克勒索喀麦隆案”中,因喀麦隆曾作为殖民地由法国、英国两国分而治之,因此喀麦隆国内同时适用法国民法与英国普通法,形成存在两个法域的局面。ICSID仲裁庭通过法律冲突规则解决区际法律冲突,鉴于本案投资项目及合同形成均在东部地区,因此确定以法国民法为基础的喀麦隆国内法可以适用。^①

在“柯劳克勒索喀麦隆案”的撤销申请审查中,特别委员会指出:仲裁庭已认定本案应适用以法国民法为基础的喀麦隆国内法进行裁决,但仅局限在假设基础上而未实际适用喀麦隆法中的具体规则,导致事实上未予适用可适用的东道国法律,因而确定仲裁庭在适用法律问题上违反了公约第42条第1款的规定,并将此“未适用可适用法律”而越权的行为作为撤销裁决的理由。^②

(二) 东道国法适用的范围

投资争端中的有些事实在需要通过适用国内法来确定,如先决问题(preliminary)和附带问题(incidental),需通过适用国内法确定的事项还包括国家机关的权力范围、私人实体的性质、环境影响的评估、税收与移民、有关投资者的核心权利等。此外,适用国内法的典型例子还包括时效的规定。但征收补偿与利息的计算不能以国内法为基础而减少,国内法的规定也不能影响仲裁庭适用充分、及时、有效原则而确定的补偿。^③

(三) 适用东道国法的实际作用

虽然对条约的请求必须以适用国际法为基础,但国内法的适用仍会发挥作用,尤其是对那些仲裁庭应当通过适用国内法才能确定的问题,这些问题又是仲裁庭作出决

① Klockner Industry v. United Republic of Cameroon, ICSID Case No. ABB/81/2, Final Award, October 21, 1983.

② Klockner Industry v. United Republic of Cameroon, ICSID Case No. ABB/81/2, Annulment Decision, May 3, 1985.

③ Ortino, Peter M. F. Schreuer, Christoph. The Oxford Handbook of International Investment Law[M]. Oxford University Press, 2008: 111~112, 115.

定时必不可少的,因此两者的适用是相关联的。在国际投资仲裁中,东道国国内法在许多方面至关重要,为保证仲裁审理效率,多数条约请求中都会对国内法进行听证。^①通过适用东道国法来查明事实,对仲裁庭而言相当于将外国法视为事实问题。

以国际法规则对 BIT 进行解释时,并不意味着仲裁庭排除对国内法的适用,国内法在 ISDS 法律适用中的作用主要体现在:(1)确定个人与公司的国籍;(2)界定投资保护的范 围,如东道国管理机构在国内法体系中对于投资行为的认定;(3)评估征收行为时确定财产权的存在。此外,在调查政府行为是否违反正当程序或构成司法拒绝时,也需要依据国内法进行正确的判断、评估或审查。^②

六、国家合同的法律适用

国际投资的实践表明,许多投资争议的背景都与投资者与东道国之间的投资协议安排有关。在这些国家合同中,双方可能已合意选择了解决争议的准据法。如果双方在投资协议中未作法律适用的明示选择,根据《华盛顿公约》第 42 条的规定也会适用东道国法律和可能适用的国际法规则。从立法背景看,当初《华盛顿公约》第 42 条有关法律适用规则很大程度上是为合同请求目的而设计的,因为当时的国际投资纠纷多与双方采用投资协议或国家合同的形式有关。

对于投资协议(国家合同)违约纠纷的法律适用,仲裁庭一般是适用东道国法律,因为 BIT 通常不会专门规定投资协议问题,而且判断是否构成违约的依据首先也是国内法。国家合同在性质上是国内合同,其准据法应为东道国法律。在多数情况下,双方在投资协议中明确约定以东道国法律解决投资争议。虽然实践中许多国家合同约定东道国法为准据法,但同时又约定以东道国法“不溯既往”为条件,即东道国以后的立法与修法均不适用于本合同关系,此即国际投资领域的“准据法稳定条款”或“冻结条款”。^③

在有些投资项目中,当事人约定适用的法律是指存在于投资者与东道国政府间的投资协议,只有在投资协议未作规定或规定不全时才适用东道国法律。在“国际海运代理公司诉几内亚案”中,当事人约定,合同即当事人之间的法律,只有在合同无规定或按照合同不能解决争端的情形下,适用几内亚共和国的法律。但该案中几内亚的法律适用范围又受到限制,即只有该投资协议订立之日该国有效存在的法律方可适用。^④

国际投资合同的法律适用问题一般存在适用不同准据法的现象。虽然国内法体

① Ortino, Peter M. F. Schreuer, Christoph. The Oxford Handbook of International Investment Law[M]. Oxford University Press, 2008: 113.

② McLachlan, Campbell, et al. International Investment Arbitration: Substantive Principle[M]. Oxford University Press, 2017: 189.

③ McLachlan, Campbell, et al. International Investment Arbitration: Substantive Principle[M]. Oxford University Press, 2017: 102.

④ Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4.

系可以适用于合同关系中的许多方面,但投资合同关系中的某些问题(例如是否构成违约、合同的解除)则应以一般法律原则作为准据法。在实践中,不少投资争端因东道国政府违反国家合同而引起。“约定必须信守”(pacta sunt servanda)是各国普遍承认的一般法律原则。国家合同中的政府违约一般被视为对该原则的违反,在东道国国内法不能提供充分救济的情况下,仲裁庭就会寻求不同于国内法的救济方式,例如,通过BIT中保护伞条款的适用,将政府的违约行为认定为违反BIT下的义务。对合同争议的处理,仲裁庭可通过“约定必须信守”原则解释适用相关法律原则的含义,例如,是否构成违反投资者的合理期待原则。

七、投资协定适用中的解释问题

投资仲裁处理的争端按其不同类型可分为:(1)因投资合同的履行而产生的争端;(2)因东道国对外国投资的管理措施、投资待遇和保护问题而产生的争端;(3)国家之间因对BIT的不同解释而产生的争端。其中后两种争端是基于投资条约义务而产生的争议,因此也被称为投资协定争端仲裁。

投资协定争端仲裁适用的实体法主要是投资协定本身。因争议双方对BIT实体规则常有不同理解,需要通过国际公法的解释加以适用,因此,对投资协定解释所适用的应是国际法。换言之,BIT的准据法是国际法,即《维也纳条约法公约》(VCLT)。BIT应依据VCLT进行解释,仲裁庭在解释协定时对此予以一贯适用。一方面BIT当事国均为VCLT缔约国,另一方面适用VCLT的解释规则是业已形成的国际习惯法。在“Aguas Tunari公司诉玻利维亚案”中,仲裁庭概括了VCLT的解释方法为:(1)根据条文的文意和条约的一般含义解释;(2)根据BIT规定的上下文解释;(3)根据BIT协定的宗旨和目的解释。循环以上3步,反复探究得到合适的解释。^①

在投资仲裁实践中,VCLT在解释上提供给仲裁庭的引导其实相当有限。因为VCLT的解释规则比较原则且内容不具体,为可能的解释提供了广泛的范围,因此VCLT的解释规则并不能完全解决BIT适用中的解释问题。当仲裁庭尝试建立BIT的解释规则作为裁决依据时,又因其本身并不具有先例(Arbitral Precedent)约束力而受争议,但在投资协定仲裁中,事实上(de facto)的先例原则已经确立。“AES公司诉阿根廷案”是至今投资仲裁中涉及先例问题的详细的审查决定。该案中AES公司认为阿根廷提出的5项关于管辖权的异议与阿根廷之前在其他仲裁庭提出的抗辩相同或类似,鉴于之前的仲裁庭拒绝接受这5项异议,AES公司认为本案仲裁庭可以据此否认这5项提议。尽管仲裁裁决互相独立,仲裁庭也可适用合适的先例。^②

在涉及ICSID公约关于法律适用条文解释的案例中,ICSID仲裁实践也在事实

^① Guas del Tunari v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3.

^② AES Corp v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/17.

上形成先例。如《华盛顿公约》第 42 条第 1 款关于当事人未作法律选择时对准据法的确定,即对“在双方无协议时,适用东道国的法律以及可能适用的国际法规则”的解释,在具体适用时,其含义从表面上看是东道国法与国际法的简单相加。在实践案例中,仲裁庭和专门委员会对这一规定所作的具体阐释为:(1)在当事人未作法律适用选择时,《华盛顿公约》要求首先适用东道国法律,并以可适用的国际法弥补国内法的空白或纠正国内法中与国际法有抵触的部分;(2)国际法的补充和纠正是全面的,不仅在东道国法律没有相关规定时寻求国际法,在东道国法律有相关规定时,也要通过国际法加以审查。^①ICSID 专门委员会上述观点表明,如果东道国国内立法的规定违反了国际法,则不应予以适用,其实质是体现了国际法优先原则。

八、结语

对仲裁庭适用法律的特别授权是《华盛顿公约》的特色之一。相比于东道国的司法救济,投资仲裁庭在确定所适用的准据法方面更具有实际影响力,因为仲裁庭不必通过法院地法的冲突规范来确定准据法,而采用不同于国内法院的法律适用规则。投资仲裁中存在着以适用国际法规则为主的准据法国际化倾向,其主要原因并非国内法的规定不明确,当仲裁庭认为东道国法不能为投资者提供充分保护时,就会转向适用国际法或一般法律原则。

在判断东道国政府行为是否构成权力滥用时,仲裁庭通常会寻求国际法原则的适用,如对投资者充分保护原则和一般法律原则。关于法律适用的顺序,比较现实的方法是允许同时或分别适用东道国国内法与国际投资法规则,如果争议的事实表明有必要。就投资项目特许协议或国家合同问题而言,国内立法与国际法规则的适用往往是不可分割的。

The Issues of Applicable Law in International Investment Arbitration

SUN Nanshen

Abstract: Since investment arbitration is in nature dealing with dual cause of actions as both treaty claim and contract claim. The issues of its application of laws are reflected with certain diversity and complexity. This article mainly discusses concrete issues relating to variety of governing laws applying to procedure matters and substantive disputes in international investment arbitration, which focuses on demonstrating the principle, scope and effect of the application of international law and domestic law, and the relation between application of the two legal systems. Meanwhile, applicable law of state contract and construction of BIT applying are also discussed.

Keywords: investment arbitration; application of law; Washington Convention; BIT; law of host state; state contract

(责任编辑:金孝柏)

^① Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1; Klockner Industry v. United Republic of Cameroon, ICSID Case No. ABB/81/2.