

国际投资仲裁的特点介绍

2014 年 11 月北京 APEC 会议之后，以“一带一路”为主线的中国版“马歇尔计划”将会推动中国企业掀起新一轮的海外投资热潮。随着越来越多的企业开始向海外投资，有关海外投资的争议，尤其是国际投资仲裁也将随之而来。下面，我们将从法律制度、适用法律、管辖权、仲裁庭组成、案件管理、透明度等角度探讨国际投资仲裁的一些特点。

一、国际投资仲裁概述

国际投资仲裁是指解决东道国与在其境内投资的外国投资者之间有关投资争端的国际仲裁。与一般的国际商事仲裁相比，国际投资仲裁解决的是国家与投资者之间的争议，而国际商事仲裁解决的一般是公司和个人等平等主体之间产生的争议。近几十年来，随着国际投资争议的不断涌现，出现了许多处理国际投资仲裁的专门机构，如国际投资争端解决中心（ICSID）、北美自由贸易协定仲裁机构（NAFTA）、能源宪章条约仲裁机构（ECT）等。

ICSID 是依据 1966 年 10 月签订的《解决国家与他国国民间投资争端公约》而建立的世界第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构。目前，公约的签字国多达 150 个以上，中国于 1993 年正式成为公约的缔约国。

NAFTA 是根据美国、加拿大、墨西哥三国于 1994 年 1 月 1 日签订的《北美自由贸易协定》而设立的仲裁机构。目前，NAFTA 仲裁机构已经处理了大量美、加、墨三国投资者与国家之间的投资纠纷，其作出的裁决是国际投资仲裁领域重要的判例依据之一。

ECT 是依据 1991 年 12 月 17 日订立于荷兰海牙的《能源宪章条约》而设立的仲裁机构。《能源宪章条约》提供的强制性仲裁争端解决机制为从事国际能源投资活动的投资者提供了保护其合法权益的有效途径。目前，欧亚大陆的 51 个国家和地区已经签署了条约。中国已于 2001 年成为能源宪章代表大会的观察国。

此外，一些处理国际商事仲裁的专门机构，如国际商会仲裁院（ICC）、英国伦敦国际仲裁院（LCIA）、斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）、香港国际仲裁中心（HKIAC）等均可以进行国际投资仲裁。

与国际商事仲裁相比，国际投资仲裁具有许多与众不同的特点，下面我们从几个方面探讨国际投资仲裁中的一些特点。

二、国际投资仲裁的特点

1. 法律制度的特点

国际投资仲裁在法律制度上的体现是其具有适用国际公法较多的特点。在国际商事仲裁中，唯一适用的国际公法是 1958 年 6 月 10 日签署的《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》。与国际商事仲裁不同，国际投资仲裁中适用的法律大多都是国际公约以及国与国之间签订的投资保护协定。以国际公约为例，国际投资仲裁中最普遍适用的有 1966 年签订的 ICSID 公约、1991 年签订的 ECT 条约、1992 年签订的 NAFTA 协定、2007 年签订的《里斯本条约》等。此外，国际商事仲裁中，仲裁庭作出裁决时应当考虑仲裁地法律的适用；而国际投资仲裁中，由于仲裁庭是由 ICSID 等专门机构所设立，一般不适用仲裁地的法律。

2. 适用法律的特点

普通国际商事仲裁中，一般遵循当事人双方的约定而选择法律的适用；如果当事人双方没有对适用法律进行约定，则将通过国际私法冲突规范确定应当适用的国内法或国际公约。与国际商事仲裁不同，国际投资仲裁适用的法律较为复杂。ICSID 公约第 42 条规定：“仲裁庭应依照双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。如无此种协议，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。”从上述条文内容来看，缔约国的国内法在当事人没有约定时可以予以适用，但是，在实际操作中，投资者与东道国之间的投资争议本身就涉及东道国所颁布法律的有效性及合法性问题。如在 *National Grid v. Argentina*（2008）一案中，阿根廷政府颁布了一系列的外汇管制措施，英国投资者认为该项措施违反了英国与阿根廷双边投资协定中“完全保护和安全”义务的规定，因而提起投资仲裁。在这种情况下，基于缔约国的国内法本身是国际投资仲裁的争议焦点，该国内法不

能予以适用。

有关缔约国的国内法是否合法、有效的问题，在国际投资仲裁中十分常见。虽然各国有权依据自身的实际情况制定和颁布法律，但是各国颁布法律的方式、内容等应当有所限制。如果一国颁布的法律从法律措施、实际效果等方面综合判断，构成了歧视、不合理征收等一些违反投资保护协定的行为，则应当认定其违反了条约义务，继而应对投资者进行赔偿。如在 *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*（2010）一案中，仲裁庭认定，虽然俄罗斯政府有权制定、修改或实施税务与破产方面的法律，但从俄罗斯颁布的一系列法律对投资者产生的效果来看，俄罗斯颁布这些法律的行为应当被解释为征收，因而俄罗斯政府应给予投资者一定的补偿。实践中，一些投资保护协定对于国家颁布国内法的行为作出了明文限制，如 2012 年 5 月 13 日签订的《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》第 3 条第 2 款规定，“对投资给予的待遇一旦承认，在任何情形下都不应低于原始的投资行为做出时给予的待遇。”

此外，投资者可以在与东道国签订的投资协议中加入“稳定条款”，以保障其自身权利。所谓“稳定条款”，是指东道国作出承诺，保证投资者的合法权益不因该国法律或政策的改变受到不利影响的条款。尽管国际仲裁庭对“稳定条款”的效力看法不一，但此类“稳定条款”无疑为投资者在投资争议发生后进行违约索赔提供了依据。因此，在投资协议中加入此类“稳定条款”是保护投资者利益的一种可取的尝试。

3. 管辖权的特点

国际投资仲裁的另一特点是管辖权争议较

多。在普通国际商事仲裁中，当事人依据所签订合同中的仲裁协议进行仲裁，一般涉及到仲裁庭管辖权的问题较少，即使有所涉及，相关争议焦点也集中在仲裁条款的非签字方是否受仲裁协议管辖等问题上。如在债务转移的情况下，新的债务人是否受原合同仲裁条款的约束；又如在同一公司集团内部的非签字方公司如在其他成员公司所签合同中进行了实质性的参与，是否可以导致仲裁条款的管辖权范围扩大；再如与合同履行有关联或有利益关系的第三方是否可以参加仲裁程序等。然而，在国际投资仲裁中，涉及的管辖权争议则较多，主要涉及的问题有国家是否同意仲裁，以及投资者是否构成投资保护协定或条约中规定的合格“投资者”等问题。

有关国家是否同意仲裁的问题，普遍认为一国同意进行投资仲裁的意思表示体现在其签订的投资保护协定中，尤其是双边投资保护协定（BIT）中。如中国与阿根廷 BIT 第 8 条规定，“缔约一方投资者和缔约另一方就本协定有关投资产生的任何争议，应尽可能由争议双方通过友好协商解决。如从产生争议之日起六个月内不能通过友好协商解决争议，在下列情况下，争议任何一方有权将争议提交接受投资缔约一方有管辖权的法院或提交国际仲裁。”在国际投资仲裁的实践中，往往会遇到 BIT 规定不明确、BIT 中无管辖权条款、东道国与投资国之间没有 BIT 等问题。在这种情况下，仲裁庭会依据《维也纳条约法公约》对 BIT 进行解释，或分析相关其他法律法规，试图从立法目的、条约上下文等角度探寻一国是否有同意进行投资仲裁的意思表示。如在 *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*（2010）一案的管辖权裁定中，仲裁庭认为，BIT 中的最惠国待遇条款可以作为仲裁庭管辖权的依据之一，即如果在某一 BIT 中没有管辖权条款，

但在与其相似的另一个 BIT 中存在同意进行投资仲裁的条款，则可以依据前一 BIT 中的最惠国待遇条款，认定在前一 BIT 中，国家同样存在同意进行投资仲裁的意思表示。又如在 *ConocoPhillips v. Venezuela*（2013）一案中，由于委内瑞拉《外国投资法》第 22 条明确规定，投资者将投资争议提交国际仲裁的前提是投资协议的约定或投资所在国与委内瑞拉政府的条约规定，而美国与委内瑞拉没有签订 BIT，投资者与委内瑞拉之间也没有相关约定，由此仲裁庭认为，其对美国康菲公司提出的仲裁请求没有管辖权。

有关投资者是否构成投资保护协定或条约中规定的合格“投资者”的问题，在国际投资仲裁中，往往需要进行个案分析。一般而言，各条约或 BIT 中有关合格“投资者”的定义虽基本相同，但也有些许差异。因此，应当依据案件的实际情况判断投资者是否符合条约或 BIT 的相关规定。

在前述 *ConocoPhillips v. Venezuela* 一案中，美国康菲公司在荷兰设立了三家子公司，通过这三家子公司在委内瑞拉进行投资。康菲及其三家子公司称，由于这三家子公司都是荷兰公司，而荷兰与委内瑞拉签订了 BIT 协议，根据荷兰和委内瑞拉 BIT 的相关条款，这三家子公司构成合格“投资者”。委内瑞拉政府抗辩称，康菲公司设立这三家荷兰子公司的唯一目的就是在产生投资争议时，可以利用荷兰与委内瑞拉 BIT 中的相关条款将相关争议提交国际仲裁。因此，这三家公司仅仅是“为方便而设立的公司”（corporations of convenience），因而并不构成荷兰与委内瑞拉 BIT 协议中所称的“投资者”。仲裁庭认为，是否构成 BIT 协议中的“投资者”，光看其是否符合法条本身的规定是不够的，同时还要关注公司的行为是

否构成“条约滥用”，即非投资者以不正当手段获取其本不应当享有的条约便利。从法条本身的规定来看，由于这三家公司是在荷兰依据荷兰法律所设立的法人，因此符合荷兰与委内瑞拉 BIT 所规定的“投资者”。从是否构成“条约滥用”的角度来看，仲裁庭认为，虽然有证据证明这三家公司设立的主要目的是防范可能发生的投资争议，使其能够依据荷兰与委内瑞拉的 BIT 进行投资仲裁，但是从事实上来说，康菲公司在这三家公司设立后，对这三家公司不断进行注资。同时，这三家公司在设立时，康菲公司并没有预计到任何投资争议的发生，也并不希望投资争议发生。相反，康菲公司通过注资的形式希望使投资项目得以有序地进行下去。从这个角度而言，康菲公司设立这三家荷兰子公司的行为并不构成“条约滥用”。因此，仲裁庭认为，康菲公司这三家荷兰子公司构成荷兰与委内瑞拉 BIT 项下的合格“投资者”。

在另一个最近的 BIT 仲裁案中，投资者是一家澳门公司，东道国与中国和回归前的澳门都在不同时期签订了 BIT，而中国签订的 BIT 时间较晚，并且 BIT 条款为投资者提供了更好的保护。投资者认为，由于澳门已经回归中国，它有权适用中国与东道国之间的 BIT，而东道国则反对。因此，仲裁庭必须按照《维也纳条约法公约》来解读《中葡联合声明》和《澳门基本法》，并裁定该澳门投资者是否是中国与东道国之间 BIT 下的合格“投资者”。

此外，在国际投资仲裁中，投资人是否真正控制项目公司、投资者的投资结构是否清晰等问题也是常见的争议焦点。

4. 仲裁庭组成的特点

国际投资仲裁中，仲裁庭的组成也与普通国际商事仲裁存在显著差异。由于国际商事仲裁的存在时间较长，案件数量较多，因此在国际商事仲裁中，各大仲裁机构均有许多经验丰富、精通不同专业领域的仲裁员。这为国际商事仲裁的当事人提供了许多选择的空间。与之不同的是，国际投资仲裁存在着以下几个特点：首先，其存在时间较短，具有经验的仲裁员较少；其次，国际投资仲裁中，各案件的政治考虑因素较多；再次，国际投资仲裁主要涉及到的是国际公法领域，而对该领域有研究的学者较少。因此，国际投资仲裁中，仲裁员以国际公法领域的教授居多，仲裁员总数也相对较少，当事人在选择仲裁员时具有一定的局限性。

国际投资仲裁中仲裁员较少的现象也为国际投资仲裁带来了一定的问题。其中，仲裁员回避的问题便是其中之一。由于国际投资仲裁的被告国有一定的特定性，大都以南美洲、非洲的一些特定国家为主，基于仲裁员的选择较少，在仲裁庭组成时，难免会遇到“反复指定”的问题，即某一仲裁员重复担任以某一特定国家为被告的多起不同的国际投资仲裁的仲裁员的情况。在这种情况下，该仲裁员是否需要回避是值得探讨的。一方面，“反复指定”的情况会对仲裁庭的公正性产生影响。正因为如此，《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》第 3.1.5 条将“仲裁员目前担任或曾在过去的三年中担任一方当事人或一方当事人的关联公司参涉其中的相关事宜的另一仲裁案的仲裁员”列入橙色清单，要求仲裁员必须披露相关事项，并在符合特定条件下必须予以回避。但另一方面，由于国际投资仲裁中仲裁员选择的局限性，如果要求符合该条件的所有仲裁员回避，将很有可能出现没有符合要求的仲裁员的尴尬情形。如何权衡仲裁员的公正性与仲裁员选择的局

限性两者的关系，是当前国际投资仲裁领域所要迫切解决的问题。随着国际投资的不断增加，国际投资仲裁的不断增多，越来越多的律师、学者将会涉足于国际投资仲裁中。届时，国际投资仲裁的仲裁员数量将会不断扩大，仲裁员选择的局限性问题的解决将会得到有效解决。

5. 案件管理的特点

国际投资仲裁的案件管理与普通国际商事仲裁相比，也有很大的不同。首先，国际商事仲裁的仲裁形式较为自由，而国际投资仲裁则较为正式。其次，国际商事仲裁案件审理时间较短，而国际投资仲裁的审理时间则相对较长。国际投资仲裁的形式较为正式和审理时间较长的特点是由其自身的案件性质所决定的。由于国际投资仲裁的一方主体为国家，基于保密性等原因，国家一般不愿意将案件委托给律师处理，而是由国家外交部等政府机构直接参与国际投资仲裁中。国家机构对于案件的直接参与使得国际投资仲裁的时间跨度变长，同时也增加了国际投资仲裁的正式性。此外，国家机构的直接参与也产生了国际投资仲裁中一系列的问题。与专业律师不同，国家机构人员对于法律以及仲裁程序并不熟悉，因此，在一些国际投资仲裁中，国家机构人员不够专业、不遵守仲裁程序的现象时有发生。这也在一定程度上阻碍了国际投资仲裁的正常进行。但是，也存在着一些例外情形。例如，由于某些国家经常作为被申请人参与国际投资仲裁，如伊朗、阿根廷等，这些国家机构的人员由于经常参与国际投资仲裁，对国际投资仲裁的程序、相关法律等就变得十分熟悉，其了解和熟悉程度往往超过专业律师。在这种情况下，国家机构人员的直接参与反而会促进国际投资仲裁的进行。

此外，取证难也是国际投资仲裁的问题之

一。在国际商事仲裁中，由于当事人双方是平等主体，双方取证的障碍较少。而在国际投资仲裁中，国家往往会以证据是国家机密为由，拒绝出示并提供证据。对于国际仲裁的证据取得，《国际律师协会证据规则》进行了详细规定。例如，根据规则第9条第f款，被国家政府归类为机密的证据可以被排除在证据出示范围之外。许多国家正是基于这一条，声称某项证据是国家机密或正在被用作刑事调查，从而拒绝提供证据。国家拒绝提供证据使投资者在国际投资仲裁中处于明显的不利地位。如何解决国际投资仲裁中取证难的问题，是国际投资仲裁在今后发展中应当予以考虑的问题。

6. 透明度的特点

国际投资仲裁案件的保密性也与国际商事仲裁截然不同。一般而言，国际商事仲裁追求的是对于当事人双方主体资格、案件事实的高度保密；而国际投资仲裁则更关注公开、透明度。国际投资仲裁中，保持一定的公开、透明度有显著的积极意义。首先，国际投资仲裁的公开、透明将会给东道国政府施加巨大威慑力。由于仲裁程序的公开，各国政府不得不对其在国际社会尤其是投资市场的信用程度加以考量，国家保护主义也可能因此而避免。其次，国际投资仲裁程序的透明、公开将使得海外投资风险的可预测性得到加强。为了提升国际投资仲裁程序的透明度，平衡东道国政府与投资者各方利益，并加强国际社会对仲裁程序和裁决的监督，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）于2013年7月11日通过了《透明度规则》，并已于2014年4月1日起生效。该规则共8条，提供了一套全面的程序规则，规定了投资人与国家间基于条约仲裁的透明度和向公众开放的可能性，对于促进国际投资仲

裁的发展具有十分积极的意义。

三、 总结与展望

国际投资仲裁与普通国际商事仲裁相比，具有许多与众不同的特点。目前，中国企业和律师对于国际投资仲裁的了解较少。中国投资者在 ICSID 提起的国际投资仲裁也仅有为数不多的几起，其中包括 2011 年的谢业深诉秘鲁一案，2012 年的平安诉比利时一案，以及 2014 年的北京城建诉也门一案。对于第一起案件，仲裁庭已于 2011 年作出裁决，判令秘鲁政府赔偿中国（香港）投资者 100 万美元经济损失，而后两起案件正在仲裁程序当中。鉴于中国投资者提起的国际投资仲裁案件较少，国际投资仲裁的许多方面又较为独特，因此，对于国际投资仲裁，中国企业尤其是中国律师还需要不断探索和学习，以应对国际投

资环境的现状和变化。

在对国际投资仲裁的探索和学习中，我们需要充分了解 BIT 给中国投资者提供的保护。目前，中国已经与 130 多个国家签署了 BIT。在这些 BIT 中，均规定了多条权利救济条款，赋予投资者可因东道国政府实行间接征收或其他违约行为等向东道国政府主张赔偿的权利。例如，中国与阿根廷 BIT 第 3 条规定的“保护伞”、“公正平等之待遇”、“全面保护与确保安全”、“防止不合理及歧视性措施”、“最惠国待遇”和“促进与协助投资”等条款以及第 4 条规定的合理征收条款等。中国投资者在处理国际投资争议时，要充分利用这些 BIT，行使自己应有的权利，以保护自己的合法权益。

陈鲁明 合伙人 电话：86 021 2208 6396 邮箱地址：chenluming@junhe.com

陈雨巍 实习生 电话：86 021 2208 6302 邮箱地址：chenyuwei@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

