



国际投资仲裁中的一般法律原则适用： 实践功能与价值重构

邹璞韬*

摘要：在国际投资仲裁机制面临正当性危机的背景下，适用一般法律原则既可填补国际法空白，还能通过仲裁庭对公法规范的援引，使得仲裁裁决更好地平衡投资者与东道国的利益。在公法视角下，国际投资仲裁被视作对东道国公权力的司法审查，仲裁庭适用的一般法律原则不仅要调整主权国家间的平等法律关系，还要兼顾国家与投资者间的纵向法律问题。实践中，在国际公法理念的影响下，不同仲裁庭对一般法律原则的概念认识、来源渠道以及识别路径存在不同理解。此类不一致实践将妨碍东道国利益的实现，并动摇国际投资仲裁的合法性基础。因此，仲裁庭应沿袭一般法律原则在国际公法中的体系定位，将一般法律原则与其它法律渊源明确区分。同时，仲裁庭需改善传统国际公法争端解决机制对一般法律原则的识别方法，重视识别过程中的比较法分析方法。为防范一般法律原则的滥用，仲裁庭应发挥东道国法律对识别结果的检验作用，避免引发新的正当性风险。中国在缔结双边投资协定时应尽可能明确一般法律原则的适用地位，并在国际投资仲裁的程序改革中推进常设机制的建设，从而更好地通过一般法律原则的适用维护政府及企业海外利益。

关键词：一般法律原则 国际投资仲裁 正当性危机 国际公法 法律渊源

一 问题的提出

作为国际公法渊源的一般法律原则在国际投资仲裁中的适用是否具有特殊性？该渊源在国际投资仲裁中所呈现的特征与功能是否有所不同？对这些问题的回答极为重要。因为不管是传统主权国家行使“外交保护”，还是赋予外国投资者直接起诉东道国的投资者—国家争端解决机制（Investor-State Dispute Settlement，下称 ISDS），国际投资法都没有摆脱与国际公法的联系。同时，即便学术研究缺乏对国际投资法渊源的理论思考，国际投资法也已经发展到一个新阶段，以致不能再对法律渊源问题听之任之。^①

* 邹璞韬，上海财经大学法学院博士研究生。本文系上海市人民政府决策咨询研究项目（2023-Z-B01）阶段性成果，受中央高校基本科研业务费专项资金（CXJJ-2024-323）资助。

① See Jean d'Aspremont, “International Customary Investment Law: Story of a Paradox”, in T. Gazzini and E. De Brabandere (eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Martinus Nijhoff, 2012), p. 8.

从实践看，由于外国人的投资权益保护早期属于投资者母国行使外交保护的范畴，且相关争端往往以国家间签订的投资条约为依据，国际投资法的发展在历史根源层面受到国际公法的深刻影响。以“阿根廷农业产品案”为代表的 ISDS 实践认为，必须将包括传统国际公法在内的其它来源规则，以默示纳入或引用补充的方式整合在一起，从而帮助仲裁庭在更广泛的司法背景下解释投资条约。^① 因此对国际投资法的理解不能孤立于国际公法体系之外。正如有学者所言，不管国际条约所涉及的领域是什么，由于条约本身就是国际法的产物，它们的存在和运作都是国际法的一部分。这种观念符合《维也纳条约法公约》对条约解释的要求。^② 《解决国家与他国国民之间投资争端公约》（Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States，下称《华盛顿公约》）第 42 条第 1 款规定仲裁庭可适用的法律包含了“国际法规则”。^③ 无论是《华盛顿公约》的立法历史还是学界通说，均表明该术语应以《国际法院规约》第 38 条第 1 款所列的规范作为参照标准。^④ 该款（寅）项中的“各文明国家承认的一般法律原则”与“条约”“国际习惯”一同构成国际投资法领域的法律渊源。同时，一般法律原则要求“各国承认”的特点，其体现比较法视角，具有极大的不确定性。国际法学界尚无法通过列举的方式穷尽说明，哪些规范属于一般法律原则。

但学界目前的研究表明，一般法律原则在 ISDS 的裁决实践中仍然呈现出相较于国际公法领域而言更为特殊的样态。近年来国外学界对一般法律原则在国际投资仲裁程序与实体方面的特殊作用进行初步探讨。^⑤ 有学者指出，一般法律原则应在国际投资法中发挥日益重要的作用，其认为一般法律原则有潜力重塑投资者与国家之间的国际投资法。^⑥ 有学者甚至认为一般法律原则可以改善仲裁裁决结果，在投资者权利和国家公共利益之间实现更好的平衡。^⑦ 事实上，除了理论本身具有重要性外，一般法律原则回归国际投资法学界的研究视野的原因在于 ISDS 正越来越多地适用一般法律原则。^⑧ 国内学界目前已分别对比例原则、^⑨ “干净之手”原则、^⑩ 善意

① See *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, Award, ICSID Report, 1990, para. 257.

② See Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention”, (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 279, p. 280.

③ 参见《华盛顿公约》第 42 条第 1 款：“法庭应依照双方可能同意的法律规则判定一项争端。如无此种协议，法庭应适用争端一方的缔约国的法律（包括其关于冲突法的规则）以及可能适用的国际法规则。”

④ See Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009), p. 604.

⑤ See Charles T. Kotuby Jr & Luke A. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford University Press, 2017), p. 9; Andrea Gattini, Attila Tanzi & Filippo Fontanelli (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (Brill, 2018), pp. 6 – 14; Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice, Attila Tanzi & Jan Wouters (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 1 – 8.

⑥ See Stephan W. Schill, *General Principles of International Law and International Investment Law*, in T. Gazzini & E. De Brabandere (eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Brill, 2012), p. 138.

⑦ See Charles T. Kotuby Jr & Luke A. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford University Press, 2017), p. 31.

⑧ See Imogen Saunders, “Chasing the Rabbit: The Resurgence of General Principles of Law in International Investment Law and Beyond”, (2022) 23 *Journal of World Investment & Trade* 457, pp. 457 – 475.

⑨ 参见何焰、谷放：《比例原则在国际投资仲裁中的适用反思：场域边界与规范张力》，载《武大国际法评论》2023 年第 2 期，第 141—143 页。

⑩ 参见宋晓燕、邹璞韬：《ISDS 语境下“干净之手”原则之再审视——兼论其与经济制裁的互动》，载《武大国际法评论》2024 年第 4 期，第 128—133 页。

原则^①等一般法律原则在国际投资仲裁中的适用现状及效果进行了阐释。但也有研究对一般法律原则在国际投资仲裁中的作用持保留态度，理由是仲裁庭只能确认或辨别一般法律原则，无法从一般法律原则中获取清晰有效的信息，故相较而言，仲裁庭更为依赖先例。^②总体上，目前学界对于一般法律原则在国际投资法中的专门研究始终没有形成系统成果。2023年5月19日，联合国国际法委员会在第3628次会议上一读通过了《关于一般法律原则的结论草案》（下称《结论草案》）。^③《结论草案》对于一般法律原则的范围、类别、识别方法等问题均作出了初步规定。国际法委员会作为编纂国际法的主要联合国机构，其对一般法律原则的理解无疑反映了国际法领域的主流观点。加之国际投资法本身不会脱离国际公法的概念语境，这些理解同样可以运用于国际投资法领域。本文将结合《结论草案》的内容，对一般法律原则在国际投资仲裁实践中所呈现出的价值进行研究。

二 一般法律原则在国际投资条约适用中的实然功能

（一）一般法律原则在条约适用中的历史溯源

任何法律体系的既有规范都无法准确囊括对所有争议进行法律适用的需要。在这种情况下，法官会通过类比已有的规则或直接从指导法律体系的一般原则中推导出相关规则，无论这些规范是来自正义、公平还是公共政策方面的考虑。这种情况更有可能出现在国际法中，因为国际法体系的完整性相对不足。^④因此，《结论草案》明确了一般法律原则的首要功能，即“当其他国际法规则不能全部或部分解决某一特定问题时，可求助于一般法律原则”。^⑤

回顾法学家咨询委员会（Advisory Committee of Jurists）起草《常设国际法院规约》时的会议文件，可发现一般法律原则作为法律渊源被纳入《国际法院规约》第38条的最初目的与《结论草案》的规定大致相同，即弥补国际法中可能出现的漏洞、解决“法律不明”的问题。该法律渊源的最初概念可追溯至委员会主席布朗·德斯坎普斯（Bron Descamps）针对“法院可以适用的法律”向委员会提交的草案案文。案文指出，“法官将按以下顺序审议这些规则：国际条约，无论是一般国际法还是特别国际法，即各国明确通过的规则；国际习惯，即各国之间接受为法律的惯例；基于文明国家的法律良知所承认的国际法规则；国际法理，作为适用和发展法律的手段。”^⑥委员会成员洛德（Loder）进一步指出，法院的职责是发展国际法律

① 参见董静然：《再论公平公正待遇条款——基于善意原则的分析》，载《武大国际法评论》2024年第3期，第129—130页；张庆麟、黄幽梦：《论善意原则对国际投资协定公私利益平衡的调节——以投资仲裁中善意原则的适用为视角》，载《时代法学》2023年第5期，第107—116页。

② 参见陈云东、程丹萍：《国际投资仲裁使用先例的合法性分析》，载《重庆社会科学》2024年第4期，第134页；刘笋：《论国际投资仲裁中的先例援引造法》，载《政法论坛》2020年第5期，第69页、第75页；刘笋：《论国际投资仲裁中的先例援引及缔约国的干预和引导》，载《法学评论》2021年第3期，第184页。

③ 参见联合国国际法委员会：《第74届会议国际法委员会报告》，U. N. A/78/10，2023年11月3日。

④ Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2008), p. 98.

⑤ 参见联合国国际法委员会：《第74届会议国际法委员会报告》，U. N. A/78/10，2023年11月3日。

⑥ See Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, June 16th – July 24th, 1920, pp. 306 – 308.

规则，使被普遍接受的习惯与原则更加成熟，并最终形成实在法，故一般法律原则不会如部分委员所担心的那样赋予法院过大权力。哈格鲁普（Hagerup）直言，在实践里可能会有缺乏实在法或一般性法律可以适用的案件，必须订立规则来适应这种极端情况，避免法院宣称“法律不明”进而拒绝作出裁决。^①可见一般法律原则最初的法律适用地位就被认为排在条约和习惯之后。存在条约或习惯解决争议时，法院将不会援引一般法律原则。^②因此一般法律原则在国际法的发展中长期被认为居于次要地位。^③

在“霍尔佐夫工厂案”中，常设国际法院通过确立“损害赔偿原则”，弥补了国际公法关于主权国家损失救济的空白。该案判决指出，“归还实物，或在不可能归还实物的情况下，支付与归还实物所具有的价值相等的款项以及在必要时对归还实物或代替归还实物的付款无法弥补的损失判给损害赔偿，这些原则应有助于确定违反国际法的行为应得的赔偿额”。^④由此，常设国际法院确认了相关一般法律原则，即国家就其违法行为给另一国家带来的损害负有赔偿责任。郑斌因此将一般法律原则的功能表述为如下方面：第一，构成了诸多法律规则的渊源，这些法律规则反过来也是对一般法律原则的表述；第二，构成法律秩序的指导原则，据此为法律规则的解释与适用确立了方向；第三，如果特定事项缺乏既定的规则，一般法律原则可以直接予以适用。^⑤

有学者指出，国际投资法的碎片化结构导致其具有开放性与灵活性，仲裁庭可以依据有关规定援引一般法律原则等法律规范进行补充或解释。^⑥在目前的国际投资仲裁实践中，仲裁庭也在利用一般法律原则解释投资条约与习惯的具体内涵，从而达到填补国际投资法空白的效果。《维也纳条约法公约》第31条第3款（丙）项指出，解释条约时可以参照“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。在“梅里尔案”中，投资者就《北美自由贸易协议》第1105条第1款对加拿大提起申诉，该条款规定了加拿大对投资者负有给予公平公正待遇的义务。对此，仲裁庭指出，一般法律原则在明确公平公正待遇具体内涵的讨论中应发挥作用。具体言之，善意、禁止任意性和歧视等内容很大程度上体现了一般法律原则，是国际法的一部分，任何仲裁庭均应注意这些国际法的基本义务。同时，提供一个安全的法律环境也与这些原则密切相关，因此透明度的要求也被纳入“公平公正待遇”这一标准之中。^⑦可见，一般法律原则事实上能够作为裁决说理的依据，通过对条约及习惯的解释，保障了司法推理结果与立法目的的一致性。^⑧

总而言之，历史实践表明只有在条约与习惯无法覆盖现有法律争议及需求时，一般法律原则才作为国际法的“补充角色”出场弥补法律缺漏、澄清法律标准。只不过有些规范在构成一般

① See Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, June 16th – July 24th, 1920, pp. 294 – 296 & 307 – 308.

② 朱利江：《论国际裁判中的司法政策》，载《中国法学》2024年第3期，第293页。

③ 参见黄健昀：《国际条约解释中的主权因素——“尤科斯案”中的失衡与重构平衡》，载《国际法学刊》2021年第4期，第105页。

④ *Chorzow Factory (Germany v. Poland)*, Merits Judgment, P. C. I. J. Series A, No. 17, 1928, p. 47.

⑤ 参见〔英〕郑斌：《国际法院与法庭适用的一般法律原则》，韩秀丽、蔡从燕译，法律出版社2012年版，第408页。

⑥ 参见赵骏、符亿鸿：《论国际投资规则的跨领域互动：样态、效果与策略》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2025年第1期，第3—4页。

⑦ *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, Award, ICSID Case No. UNCT/07/1, 31 March 2010, para. 187.

⑧ 黄骅：《论作为国际法渊源的一般法律原则》，载《法律方法》2021年第3期，第412页。

法律原则的同时，也会转换为国际条约和国际习惯。^①然而，一般法律原则在帮助国际法新兴领域发展方面事实上发挥着重要作用。具言之，通过对不同国家体系的相关原则进行比较研究而形成的一般法律原则是制定新的国际法规则的主要依据。^②国际人权法、国际环境法等领域均有应用一般法律原则帮助澄清法律标准之余生成新规范的实践倾向。^③在国际投资法层面，ISDS近年来面临的危机为仲裁庭提供了重新审视一般法律原则功能的契机。

（二）一般法律原则在国际投资仲裁实践中的运用

近年来 ISDS 被诟病的原因之一便是该机制下东道国公共利益与投资者私人利益之间的保护失衡。这种失衡首先表现为 ISDS 裁决对东道国“公共规制权”的干扰。有批评指出，东道国尤其担心基于模糊的投资保护标准，仲裁员对投资条约义务的内容行使解释权，甚至事实上能够限制民选立法者的政策选择，从而导致国内政策空间的缩小，在制订和实施国内立法时畏缩不前。^④进一步地，当前 ISDS 以商事仲裁为程序框架，仅关注当事人的经济利益而忽视了东道国涉及第三人的公共利益，呈现出一种“商事化”“去国家化”的趋势。^⑤在此背景下，国际投资仲裁庭可以利用一般法律原则来改善裁决结果，在投资者权利和国家公共利益之间实现更好的平衡，并为这一过程中所有不同的利益相关者（包括民间社会）所接受。^⑥

1. 实体层面的利益平衡：引入公法规范

重视东道国公共利益意味着国际投资仲裁不能仅以解决商人纠纷的私法规则解决投资争端。对于东道国的规制行为，应当从公法的视角出发评价相关行为是否合法，从而将东道国规制背后的公共利益纳入考量范围。主要的问题是，相关公法规范适用于国际投资仲裁领域中的合法性应当如何被论证。

笔者认为，第一，一般法律原则在理论层面具有法律适用的资格。以《华盛顿公约》第42条第1款规定为例，在国际投资仲裁中，当事人的意思自治无疑是法律适用的优先标准。然而，在没有当事人协议的情况下，国内法与国际法的适用方法却存在争议。但一般法律原则的适用地

① 参见黄凯：《国际法“成长”中的渊源关系及互动》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2020年第22卷增刊，第47—48页。

② See Wolfgang Friedmann, “The Uses of ‘General Principles’ in the Development of International Law”, (1963) 57 *American Journal of International Law* 279, pp. 291 – 293; Samantha Besson, “General Principles in International Law—Whose Principles?”, in Samantha Besson & Pascal Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen—Principles in European Law* (Schulthess, 2011), p. 49.

③ 参见林灿铃、张玉沛：《论“善意原则”在国际环境争端解决中的适用》，载《世界社会科学》2024年第1期，第81—102，244页；徐攀亚：《国际人权法的海洋争端适用：逻辑理据·制度困境·路径完善》，载《吉首大学学报（社会科学版）》2023年第4期，第83页；毛俊响、郭敏：《欧洲人权法院“活的文件”判例法的发展、性质及出路》，载《中南大学学报（社会科学版）》2021年第5期，第66—67页；孔梁成：《从“人类共同关切事项”到“人类命运共同体”——全球治理法学范式的升级和嬗变》，载《法学论坛》2021年第4期，第154页；柳华文：《“双碳”目标及其实施的国际法解读》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期，第18—19页。

④ See David A. Gantz, “The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement”, (2004) 19 *American University International Law Review* 679, pp. 679 – 767.

⑤ 参见蔡从燕：《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》，载《现代法学》2011年第1期，第153—161页。

⑥ Charles T. Kotuby Jr & Luke A. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford University Press, 2017), p. 31.

位在现有的国际投资仲裁实践中难以被排除：一是，所谓“可适用的国际法”本身就是以《国际法院规约》第38条的内容为参照，包含了一般法律原则，实践中甚至有仲裁庭一度错误地将“可适用的国际法”仅限于“一般法律原则”；^①二是，由于一般法律原则本身就有填补空白的功能，即便当事人合意选择国内法作为适用法律，一般法律原则也可以在国内法没有规定相关事项的案件中适用，或者与当事人协议适用的法律一并适用。这一点在伊朗—美国投资赔偿仲裁庭的系列实践中体现得尤为明显。^②

第二，国际投资法领域外的一些公法规范可被仲裁庭认定为一般法律原则，从而适用于国际投资仲裁裁决。在“梅里尔案”中，仲裁庭将东道国对投资应当善意、禁止任意性和歧视等规范认定为一般法律原则，并把它们纳入“公平公正待遇”这一标准。^③同样以“公平公正待遇”中的“合法期望”为例，该概念本身来自国内公法。^④有仲裁员的单独意见曾指出，“合法期望”在国际投资法中发挥的作用与在国内行政法中一样，其根植于作为一般法律原则的善意原则，并为各国所承认。^⑤

即便诸如正当程序、禁止歧视、透明度等要求无法被归结为一般法律原则，但它们均可被纳入公平公正待遇条款的适用中。^⑥这种纳入需要依靠同为一般法律原则的“法治原则（rule of law）”。^⑦该原则是一个广为流传的实在法概念，其主旨是要将公权力控制于法律之下。通过对国内公法进行比较，某些共同的标准可被理解为法治原则的一部分，从而作为国家在国际投资法中保障投资者享有公平公正待遇所必须遵守的标准。^⑧由于几乎所有与投资有关的国际条约都很难说明公平公正待遇的确切含义，故在此之前，不同仲裁庭实践对该待遇的理解并不一致。^⑨但通过对法治原则的理解所总结出的各项标准在仲裁庭确定公平公正待遇内涵的实践中反复出现。^⑩

正如《结论草案》所言，确定一项源自各国国内法的一般法律原则“需要对各国法律体系

① *Klöckner Belge S. A. v. Klöckner Handelsmaatschappij B. V. & Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. Société Camerounaise des Engrais, United Republic of Cameroon*, Decision on Annulment, ICSID Case No. ARB/81/2, 3 May 1985, p. 69.

② See Grant Hanessian, “General Principles of Law in the Iran-U. S. Claims Tribunal”, (1989) 27 *Columbia Journal of Transnational Law* 309, pp. 327 – 328.

③ *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Canada*, Award, ICSID Case No. UNCT/07/1, 31 March 2010, para. 187.

④ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 2004), p. 341.

⑤ See *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Separate Opinion of Award, UNCITRAL (NAFTA), 26 January 2006, paras. 25 – 33.

⑥ Tarcisio Gazzini, “General Principles of Law in the Field of Foreign Investment”, (2009) 10 *Journal World Investment & Trade* 103, p. 118.

⑦ Stephan W. Schill, “General Principles of International Law and International Investment Law”, in T. Gazzini & E. De Brabandere (eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Brill 2012), p. 164.

⑧ 这些标准包括：要求法律框架的稳定性、可预测性和一致性；保护合法预期；要求给予救济和行政正当程序；禁止拒绝司法；要求透明度；要求合理性和相称性。See Stephan W. Schill, “General Principles of International Law and International Investment Law”, in T. Gazzini & E. De Brabandere (eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Brill 2012), p. 165.

⑨ *Waste Management Inc. v. Mexico*, Award, ICSID ARB (AF) /00/3, 30 April 2004, para. 99.

⑩ See *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/01/8, 12 May 2005, para. 274; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, UNCITRAL, 17 March 2006, para. 301; *ADF Group Inc. v. United States*, Final Award, ICSID Case No. ARB (AF) /00/1 (NAFTA), 9 January 2003, para. 189; *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, Award, ICSID Case No. ARB (AF) /97/1 (NAFTA), 30 August 2000, para. 99; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S. A. v. Republic of Chile*, Award, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004, para. 109.

进行比较分析”，同时这种比较分析必须“广泛且有代表性，包括世界不同区域”。^① 上述解释“公平公正待遇”的路径无疑离不开一般法律原则的帮助。相较于模糊不清且在价值理念上倾向投资保护的国际投资待遇标准，合法期望、法治原则等规范通过比较各国国内法被确认为一般法律原则，从而为仲裁庭提供了解释公平公正待遇标准的路径。

国际公法中的国际人权法规范也能借助一般法律原则的“转换功能”被引入投资仲裁裁决。考虑到国际投资条约并非一个自足的体系，其对外部规则存在需求。因此，即便在条约或合同没有规定国际人权法的适用性时，包括国际人权法在内的外部规则进入投资仲裁程序具有合法性基础。^② 以“乌尔巴瑟案”为例，该案仲裁庭在明确一般法律原则可作为可适用法律的基础上，考察各项国际公约以及联合国决议，确认“水权”是一项国际公认的人权。^③ 这种做法也在仲裁庭论及“水权”的多个案件中得到体现。^④ 可见仲裁庭借助一般法律原则的规范思维和识别步骤，让国际人权规范成为了东道国在 ISDS 中维护本国国内公共利益的一项工具。一般法律原则能将东道国关于公共利益的考虑在实体法方面转换为仲裁庭可以适用的国际法规则，最终体现在投资仲裁裁决中。^⑤

2. 程序层面的利益平衡：转变申诉的单向性

在传统国际公法中，程序领域尤其需要通过比较国内法从而确认并适用一般法律原则。^⑥ 因为国际争端解决机制的程序相较于习惯法而言，更依赖于技术性更强、政治性更弱的一般法律原则。^⑦ 国际投资仲裁在程序层面同样存在东道国与投资者间的利益失衡。具言之，国际投资仲裁在投资者对东道国提出索赔时启动程序，而国家不能提出索赔。同时，国际投资条约对投资者施加义务的条款较少，国家往往缺乏足够充分的诉因。虽然近年来有国家尝试向仲裁庭提起反诉，但效果均不甚理想。大多数仲裁庭要么以不存在国家反诉同意为由认定不具有管辖权，要么以国家反诉与投资者本诉之间缺乏联系为由认定不存在可受理性，进而驳回了国家反诉。^⑧ 因此，国际投资仲裁程序被批评是单向且失衡的。^⑨

“衡平抗辩”（equitable defense）在近期国际投资仲裁中常被东道国援引，从而在管辖权及可受理性审查阶段抵抗投资者的单方面起诉。所谓“衡平抗辩”，是指被告在法庭上为证明原告的申诉无效而提出的规范理由。它可以是一种肯定抗辩，即被告提出的事实会使原告的索赔落

① 参见国际法委员会：《关于一般法律原则的结论草案》，U. N. A/78/10，2023 年 7 月 26 日，结论 5。

② 谢宝朝、张淑梅：《国际投资法中的人权保护问题研究——以国际投资仲裁实践为视角》，载《国际商务研究》2013 年第 1 期，第 70 页。

③ See Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia & Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, Award, ICSID Case No. ARB/07/26, 18 December 2016, paras. 1188 – 1209.

④ See Vivian Kube & E. U. Petersmann, “Human Rights Law in International Investment Arbitration”, in Andrea Gattini, Attila Tanzi & Filippo Fontanelli (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (Brill 2018), pp. 237 – 252.

⑤ See Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law* (Cambridge University Press, 2012), pp. 162 – 165.

⑥ See Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2008), pp. 100 – 103.

⑦ See Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009), pp. 607 – 608.

⑧ 桑远棵：《国际投资仲裁中国家反诉的适用困境及其化解》，载《中国海商法研究》2023 年第 1 期，第 103 页。

⑨ See Andrea K. Bjorklund, “The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law”, (2013) 17 *Lewis & Clark Law Review* 461, pp. 463 – 464.

空，也可以是一种实际抗辩，即对任何可能的索赔人都有效的抗辩。^①从历史上看，“衡平抗辩”虽然起源于英美法系，^②但在大陆法系中同样可以发现诸如“诚信原则”“权利滥用原则”等起到类似效果的概念。^③由此可以认定“衡平抗辩”构成一般法律原则。

在国际投资仲裁实践里，仲裁庭在许多案件均适用了“衡平抗辩”从而帮助东道国获得驳回投资者申诉的有利结果。大多数案件涉及投资者在东道国建立投资时存有欺诈行为的事实。例如在“因西萨案”中，投资者通过欺诈性虚假陈述从萨尔瓦多环境和自然资源部获得了独家特许权合同。法院援引了被认为体现衡平法观念的著名法律格言——任何人不得因自身卑劣行为获利（*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*），最终拒绝对案件行使管辖权。^④相似的还有“普拉玛案”。^⑤由此可知，“衡平抗辩”可以帮助东道国，尤其是发展中国家，在投资者存有不当行为的情况下成功避免因投资者滥用 ISDS 程序的诉讼频繁出现。

三 重构一般法律原则在国际投资仲裁中的功能定位

（一）国际投资仲裁庭适用一般法律原则的困境

1. 国际投资仲裁庭的不同认识

国际投资仲裁目前对一般法律原则的认识在实践中存在显著的不一致性主要体现在如下方面。第一，不同仲裁庭对一般法律原则的规范概念及来源理解不同。就规范概念而言，一般法律原则在国际投资仲裁中常常与国际条约、国际习惯的相关规范有所混淆。例如有学者指出，诸如不可抗力、“干净之手”原则、既判力原则等可能构成一般法律原则的规范，不同仲裁庭对其究竟属于条约、习惯还是一般法律原则的意见并不一致。^⑥同时，一般法律原则在裁决里还常与“商人法”的关系混淆不清。具言之，仲裁庭裁决在适用商人法时，很难分辨出其所依赖的究竟是国际法原则、跨国商法原则，还是一般法律原则。^⑦例如“克勒克纳案”的仲裁庭曾将充分披露原则这一商人法规范视作一般法律原则，^⑧但该案裁决在两年后就因适用法律错误而被撤销。^⑨

① See “The Definition of ‘Equitable Defense’”, LSData, <https://www.lsd.law/define/equitable-defense> (last visited 19 July 2024).

② See Aloysius Llamzon & Anthony Sinclair, “Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct”, in Albert van den Berg gen (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (Wolters Kluwer, 2015), pp. 507 – 508.

③ 参见宋晓燕、邹璞韬：《ISDS 语境下“干净之手”原则之再审视——兼论其与经济制裁的互动》，载《武大国际法评论》2024 年第 4 期，第 126—128 页。

④ See *Inceysa Vallisoletana SL v. Republic of El Salvador*, Award, ICSID Case No. ARB/03/26, 2 August 2006, paras. 225 – 229 & 247.

⑤ See *Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria*, Award, ICSID Case No. ARB/03/24, 27 August 2008, paras. 143 – 146.

⑥ See Patrick Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2020), pp. 137 – 342; 宋晓燕、邹璞韬：《ISDS 语境下“干净之手”原则之再审视——兼论其与经济制裁的互动》，载《武大国际法评论》2024 年第 4 期，第 123—124 页。

⑦ Andrea Carlevaris, “General Principles of Commercial law and International Investment Law”, in Malgosia Fitzmaurice & Sarah Singer (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill Nijhoff, 2019), p. 218.

⑧ See *Klöckner Belge S. A. , Klöckner Handelsmaatschappij B. V. & Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. Société Camerounaise des Engrais, United Republic of Cameroon*, Award, ICSID Case No. ARB/81/2, 21 October 1983, para. VI (2).

⑨ See *Klöckner Belge S. A. , Klöckner Handelsmaatschappij B. V. & Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. Société Camerounaise des Engrais, United Republic of Cameroon*, Decision on Annulment, ICSID Case No. ARB/81/2, 3 May 1985, paras. 78 – 79.

就规范来源而言,一些投资仲裁庭会简单认定一般法律原则来自各国国内法。例如“利亚姆科案”和“德士古案”的仲裁庭认为一般法律原则“通常体现在大多数公认的法律体系中”,并且是“由国内法院适用”的法律。这两起案件所涉及的国家合同的法律选择条款均明确提到,在国内法和国际法中没有任何“共同原则”的情况下,仲裁庭必须适用“一般法律原则”。^①另外在“梅拉菲尔案”中,尽管该案涉及的国家合同明确规定适用的法律包括国际法领域的一般法律原则,仲裁庭依然认为该术语实际指向的是“国内法通则”。^②然而,也有许多仲裁庭使用了“国际法通则”概念及表述。例如在“菲尼克斯案”中,仲裁庭认为如果国际投资仲裁的保护违背了国际法通则,尤其是被认为构成一般法律原则的善意原则,则不能给予保护。^③即便“禁止不当得利”被认为是一般法律原则,但“萨卢卡案”仲裁庭将该规范明确表述为一项“国际法通则”。^④这种做法也体现在“彼得罗巴特案”中,该案裁决将“国家不能以其国内法为理由拒绝承担国际法义务”看作“国际法通则”。^⑤不过正如阿库斯特所言,若想最大限度地发挥一般法律原则填补法律空白的功能,就不能将其限缩于单一法律体系,相反,一般法律原则虽然需要“各文明国家承认”,但从未有任何证据表明该规范是国际法或国内法单独的产物。^⑥

第二,不同仲裁庭识别一般法律原则的路径不相同。按照《结论草案》的要求,确定一项源自各国国内法的一般法律原则“需要对各国内法律体系进行比较分析”,同时这种比较分析必须“广泛且有代表性,包括世界不同区域”。^⑦部分仲裁庭遵照了这项要求。例如“埃默科案”在适用完全赔偿原则时指出,该原则是世界主要国内法体系所共有的原则,因此构成一般法律原则。该案仲裁庭在裁决正文中列举了大陆法系、英美法系的相关国内法,以及作为东道国的印度尼西亚的国内法。^⑧“特奥案”仲裁庭在考察“合法期望”的规范属性时,则在认定该规范系善意原则的基本内涵后,明确指出从比较法的角度看,欧共体法律制度对善意原则及合法期望的承认反映了27个欧洲国家的大陆法和普通法传统。^⑨又如在“费尔德曼案”中,仲裁庭通过一般法律原则对《北美自由贸易协定》中的诉讼时效中止制度加以理解。其指出,“即使根据国际法庭适用的一般法律原则,也应注意到,在一些国家的法律制度中,只有在诉讼时效期限的最后部分(如最后6个月)才会产生诉讼时效中止的问题”。而该案仲裁庭将“一些国家”的范围仅指向德国和希腊,未考察其它任何国家的国内法便直接适用了相关规范。^⑩此外,更有仲裁庭会直接宣布案件所涉规范构成一般法律原则,而不做任何比较法分析。^⑪可见现行国际投资仲裁对一般

① See *Libyan American Oil Company (Liamco) v. Government of the Libyan Arab Republic*, Award, 12 April 1977, (1981) 20 *International Legal Materials* 166; *Texaco Overseas Petroleum Co. (TOPCO) v. Gov't of the Libyan Arab Republic*, Award, 19 January 1977, (1978) 17 *International Legal Materials* 1, para. 41.

② *M. Meerapfel Sohne AG v. Central African Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/07/10, 12 May 2012, para. 293.

③ *Phoenix Action Limited v. Czech Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, para. 106.

④ *Saluka Investments Bv (The Netherlands) v. Czech Republic*, Partial Award, UNCITRAL, 17 March 2006, para. 449.

⑤ See *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, Award, UNCITRAL, 13 February 2003, para. 66.

⑥ [英] M. 阿库斯特:《现代国际法概论》,汪瑄等译,中国社会科学出版社1981年版,第41页。

⑦ 参见联合国国际法委员会:《第74届会议国际法委员会报告》,U. N. A/78/10, 2023年11月3日。

⑧ See *Amco Asia Corp. and others v. Indonesia*, Award, ICSID Case No. ARB/81/1, 21 November 1984, paras. 266-267.

⑨ See *Total v. Argentina*, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/04/1, 21 December 2010, para. 130.

⑩ See *Feldman v. Mexico*, Award and Dissenting Opinion, ICSID Case No. ARB (AF) /99/1, 16 September 2002, paras. 57-58.

⑪ See *Niko Resources Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Co. Ltd.*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/10/11 & No. ARB/10/18, 2013, para. 483.

法律原则识别过程的实践存在差异。

2. 国际公法理论对国际投资仲裁的影响

当前国际投资仲裁实践在一般法律原则的概念、识别等问题上均存在差异化做法。这种不一致现象毫无疑问受到国际投资仲裁机制的整体影响，特别是该机制的去中心化特点以及缺乏强制的先例制度。但同时，国际公法的观念及实践也影响了仲裁庭的观点，进而导致一般法律原则在国际投资仲裁中的解释与适用不一致现象。

第一，传统国际公法观念对一般法律原则的概念存在争议。就规范概念而言，自然法学派认为一般法律原则是“所有文明法律体系所共有的法律理念核心”。^① 在自然法学派看来，一般法律原则无需依赖于条约的存在，其拥有较高的适用地位。这种观点被实证法学派所批判，在后者看来，世界各国的政治制度、经济结构、文化传统、社会体制都不同，因而无法形成一种共通的法律理念。^② 一般法律原则只能依附于其它法律渊源，不能被直接单独适用。两大法学派在国际公法领域的争论影响了国际投资仲裁庭，使得仲裁庭在适用可能构成一般法律原则的规范时，产生前文言及的两个不一致性。具体而言，一是在自然法学派的观念影响下滥用一般法律原则，将诸如“商人法”等规范简单地视作一般法律原则从而任意适用。二是在实证法学派的观念影响下不愿以一般法律原则的名义适用相关规范，而是将规范认定为国际条约、习惯，以此达到适用目的。

第二，传统国际公法实践对一般法律原则的识别过程并不清晰。在国际法院的实践中，出于对时间及金钱成本的考量，法院往往直接断言法律一般原则的存在，而不会不遗余力地加以证明，更不用说比较各国的国内法，甚至裁决中也常常不提及“世界各主要法系”的法律。^③ 这就导致国际投资仲裁庭在适用一般法律原则这项传统国际公法渊源时，没有清晰的识别路径。有的仲裁庭直接效仿国际法院的实践，略去识别所需的比较法分析，有的仲裁庭则在裁决里重视比较法论述。

由此，国际公法的观念及实践深刻影响了国际投资仲裁庭，造成了国际投资仲裁庭在适用一般法律原则时缺乏统一标准。需要指出的是，这种标准的缺乏不会影响国际公法的司法实践。原因在于：一是一般法律原则在国际公法中仅起到填补空白的被动功能，常设国际法院及国际法院在裁决中适用一般法律原则的次数极少；^④ 二是，以国际法院为代表的国际机构在识别一般法律原则时存在便利性。正如国际法院的法官所言：“法院的每一个人都不可避免地要保留一些他在本国接受的法律教育和以前从事的法律活动的痕迹。这是不可避免的，甚至是合理的，因为法院的组成应代表世界各主要文明国度及各主要法系。”^⑤ 换言之，国际法院等国际司法机构的法官意见往往已经代表了广泛的法律体系，进而省略比较法过程是恰当的。

① See Rudolf B. Schlesinger, “Research on the General Principles of Law Reorganized by Civilized Nations”, (1957) 51 *American Journal of International Law* 734, p. 739.

② 参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1995年版，第11页。

③ See Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat & Karin Oellers-Frahm & Christian J. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford University Press, 2006), pp. 771–772.

④ See J. Lammers, “General Principles of Law Recognized by Civilized Nations”, in F. Kalshoven et al. (eds.), *Essays in the Development of the International Legal Order: In Memory of Haro F. Van Panhuys* (Springer, 1980), pp. 70–71.

⑤ See Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat & Karin Oellers-Frahm & Christian J. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford University Press, 2006), pp. 771–772.

然而，国际公法的上述传统观念及实践不能满足国际投资仲裁对一般法律原则的功能需要。具言之，在传统国际公法领域，一般法律原则调整的国家间关系属于平等主体间关系，因而相关内容必定呈现出平等范式的特征。^① 正如有观点指出，由于国际法主要调整平等的国家之间的关系，所以一般法律原则也主要来自、类比于调整平等私人之间关系的民法制度。^② 但随着国际投资仲裁实践的开展，该机制事实上可被类比作为一种国际层面对国家行为的司法审查，类似于国内行政或宪法审查。^③ 这类观点被统称为国际投资仲裁的“公法范式”（Public Law Paradigm）。^④ 在公法范式看来，国家拥有重新定义和调整私人利益与公共利益之间关系的宪法权力。若要成功地要求政府赔偿，除了证明经济损失之外还需要更多的证据。^⑤ 而在判断国家行为是否应当赔偿投资者损失时，公法范式要求引进比例性原则、合法期待原则等公法规范作为“审查标准”。^⑥ 公法范式对“审查标准”的强调被认为弥补了原先商事仲裁观念下 ISDS 对国家公共利益的忽视，在尊重东道国出于公共利益行使主权的同时，也倡导以更加清晰的规范标准判断这些主权行为的合法性。例如在“泰克美德案”里，仲裁庭在判断墨西哥对投资者财产施加的征收措施是否合法时适用比例原则。其指出，在确定监管行动和措施最初不会被排除在征用行为的定义后，除这些行动或措施的负面财务影响外，还应当考虑这些行动或措施是否与可能因此受到保护的公共利益以及法律赋予投资的保护相称。而相关负面财务影响在决定相称性时具有关键作用。换言之，仲裁庭必须审查东道国向外国投资者征收的费用或施加的压力是否与任何征收措施所要实现的目标之间具有合理的比例关系。^⑦

在公法范式的语境下，国际投资仲裁机制一方面仍需以具有平等范式特征的一般法律原则审查国际投资条约义务的履行以及东道国的合同责任。另一方面由于投资者和东道国两者间存在的公法关系，其不能仅止步于平等主体间法律关系规范的类比应用，而是需要越来越多地适用具有公法特征的一般法律原则。^⑧ 由此，仲裁庭适用的一般法律原则的内容极大程度地多元化、复杂化，无法再像传统国际公法领域那样仅将其视作“填补空白”的工具。在这种情况下，沿袭传统实践方法会导致一般法律原则对国际投资仲裁机制产生负面影响。

具体而言，一是妨碍东道国利益的正常实现。如前所言，随着对商事化的 ISDS 损害东道国利益的质疑日趋增多，一般法律原则发展出了“再平衡东道国和投资者间利益”的新价值。然而，由于一般法律原则内容的多元化和复杂化，仲裁庭经常对相关规范的内涵把握不清。这加剧了仲裁裁决的不一致性，也无法给予东道国稳定的裁决预期。以禁反言原则为例，ISDS 对其有

① Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (Volume 1) (Oxford University Press, 2008), p. 39.

② 何志鹏：《国际法基本原则的迷失：动因与出路》，载《当代法学》2017年第2期，第36页。

③ See David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules And Democracy's Promise* (Cambridge University Press, 2008), pp. 25 – 69; Stephan W. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press, 2010), pp. 3 – 37.

④ See Anthea Roberts, “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, (2013) 107 *The American Journal of International Law* 64, pp. 64 – 71.

⑤ See Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional Law and Administrative Law in the BIT Generation* (Oxford University Press, 2009), pp. 7 – 8.

⑥ See Anthea Roberts, “The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration”, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Arbitration – The Next Fifty Years* (Kluwer Law International, 2012), pp. 170 – 180.

⑦ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. Mexico*, Award, ICSID Case No. ARB (AF) /00/2, 29 May 2003, para. 122.

⑧ Wolfgang Friedmann, “The Uses of ‘General Principles’ in the Development of International Law”, (1963) 57 *American Journal of International Law* 279, p. 295.

两种差异化实践。有仲裁庭认为，只要投资者先前的行为或声明所表达的意愿与其申诉的争议事项相违背，那么东道国就可以依据禁反言原则申请驳回投资者申诉。还有仲裁庭对该原则采取了限制性理解，即要求东道国除了证明投资者现在的申诉和其之前行为或声明相冲突外，还要证明东道国依据对投资者先前行为或声明的信赖行事并遭受了损失，其援引才能成立。^①可见，对一般法律原则内涵的理解不同将影响东道国利益通过仲裁裁决得到有效实现。

二是动摇国际投资仲裁的合法性基础。有学者指出，一般法律原则的适用是临时性的。从某种意义上说，系统性地诉诸一般法律原则将使维持投资仲裁的条约制度的可适用性受到质疑。^②简言之，由于一般法律原则固有的模糊性，以及使用这一法律渊源伴随着仲裁员个体的主观性，它将为仲裁庭提供一个逃离条约、习惯、东道国国内法等成文法的通道，从而变相赋予仲裁庭不受限制的自由裁量权。^③在国际投资仲裁机制更多适用一般法律原则完成公法范式转换的过程中，向仲裁庭赋权的可能性也就越高。这一点已体现在国际投资仲裁的过往案例中。相关裁决曾为确保国家法律的适用不低于最低国际标准，在严格适用被告国法律会产生特殊结果的情况下，援引一般法律原则作为解释、定义或纠正机制，取代被认为存在缺陷的东道国国内公法。^④这种做法无疑直接挑战了东道国国内规制法律的权威性，使整个国际投资仲裁机制的合法性遭受重大挑战。

鉴于此，有必要再次审视一般法律原则在国际投资仲裁中的适用，重构该法律渊源的功能，进而真正落实公法范式平衡公私利益的作用。

（二）一般法律原则在国际投资仲裁适用中的应然方法

1. 沿袭国际公法中的体系定位，统一对概念与来源的认识

国际投资仲裁应沿袭国际公法对一般法律原则的体系定位，从而缓解现有裁决对规范概念及来源的不一致理解。因此，必须强调一般法律原则与其它法律渊源间的界限。第一，就一般法律原则和条约、习惯的关系而言，必须明确当存在条约或习惯可以适用时，仲裁庭不能援引一般法律原则。^⑤这是《国际法院规约》第38条第1款的内部体系所决定的，即条约、习惯的使用顺序在一般法律原则之前。质言之，一项规范如果可以在条约或习惯中找到存在的证据，仲裁庭应当依据该规范的条约或习惯属性适用该规范，从而增强裁决依据的明确性。

第二，就一般法律原则和“公允及善意原则”（*ex aequo et bono*）的关系而言，两者应当明确区分。虽然《华盛顿公约》第42条第1款中的“国际法规范”如前所言已经包含了一般法律原则，但《华盛顿公约》第42条第3款还规定了仲裁庭可以在争议双方同意的情况下，基于公允及善意原则作出裁决。^⑥对此一般认为，《华盛顿公约》第42条第3款所言之“公允及善良”

① See Andreas Kulick, “About the Order of Cart and Horse, Among Other Things: Estoppel in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals”, (2016) 27 *European Journal of International Law* 107, pp. 113 – 120.

② Andrea Gattini et al. (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (Brill, 2018), p. 20.

③ See M. Hirsch, “Sources of International Investment Law”, in Andrea K. Bjorklund & August Reinisch (eds.), *International Investment Law and Soft Law* (Elgar, 2012), pp. 27 – 37.

④ See Charles T. Kotuby & Luke A. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford University Press, 2017), pp. 31 – 36.

⑤ 参见朱利江：《论国际裁判中的司法政策》，载《中国法学》2024年第3期，第293页。See also Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford University Press, 2006), p. 780.

⑥ 参见《华盛顿公约》第42条第3款：“第1款和第2款的规定不得损害仲裁庭在双方同意时按公允及善意原则对争端作出裁决的权力。”

是一种“法外考量因素”(extra-legal considerations)。具言之,仲裁庭依据第 42 条第 3 款裁决时并非适用了具体的国际法规范,而是在法律规范之外的“公允及善良”价值判断。^① 仲裁庭基于“公允及善良”的价值判断必须以双方当事人的同意为前提。这种当事人的同意不能超出可适用的法律规范的范围。

第三,就一般法律原则和商人法的关系而言,确认一般法律原则能够体现商人法的作用,但不能将所有的商人法划归为一般法律原则。由于国际投资仲裁本身就与商事仲裁联系密切,商人法在国际投资仲裁裁决中经常被提及。不可否认的是,比较法以及国际商业贸易惯例、习俗和做法等综合因素导致了跨国商事法律原则、规则和标准的演变。这些原则、规则和标准构成了“商人法”,在实践中为跨国商业争议找到经济上合理的解决方案。^② 一般法律原则毫无疑问是这些原则、规则和标准的一部分。有学者明确将商人法的法律渊源列举为国际公法、商事统一法、一般法律原则、国际组织规则、国际习惯和惯例、标准格式合同以及仲裁裁决报告。^③ 故一般法律原则能够作为反映商人法内容的法律表现形式,但不能在逻辑上将后者一概视为前者。

此外,仲裁庭要兼容一般法律原则的“国际”和“国内”来源。正如“因西萨案”仲裁庭所言,一般法律原则是被国际社会一致认为必须始终适用的普遍标准和行为规则,该法律渊源体现了各国法律制度所依据的法律规则。^④ 将一般法律原则的来源局限于“国内法”或“国际法”只会限缩该规范的应有内涵,从而影响其功能的发挥。

2. 改善国际公法争端解决机制忽视比较法分析的实践,重视规范识别的比较法分析

国际投资仲裁应当避免传统国际公法实践里省略识别过程的做法。目前部分投资仲裁裁决一般不解释他们在提取一般原则时所采用的方法,而且往往宣称存在一般法律原则,但拒绝提供有条理的比较法分析。^⑤ 但必须明确,在国际投资仲裁中,仲裁员由当事人合意临时选派。由此组成的仲裁庭本身具有商事性质,其临时性、人员的有限性等特点决定无法将它与国际法院相类比。因为后者无论是法庭组成还是法官选任均得到了世界大多数主权国家的认可。商事色彩浓厚的投资仲裁庭则难以合理主张省略比较法分析。因为仲裁庭在适用国际法渊源方面始终没有得到如国际常设司法机构那般坚实的国家同意。在实践中,投资仲裁庭不加解释地宣告规范构成一般法律原则并加以适用,可能导致最终裁决被撤销。^⑥

即便是在国际法院的场域下,近期有研究指出除了大陆法系和英美法系外,伊斯兰法系的法律也应当得到比较参考。^⑦ 可见,哪怕是在国际公法省略比较法分析的传统实践里,比较分析的范围仍具有不确定性。因此,无论投资仲裁庭就相关规范是否构成一般法律原则的问题得出肯定

① See Christoph Schreuer, “Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention”, (1996) 11 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 37, pp. 40–42.

② Klaus Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (Wolters Kluwer, 1999), p. 2.

③ Michael Mustill, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years”, (1988) 4 *Arbitration International* 86, p. 109.

④ *Inceysa Vallisoletana S. L. v. El Salvador*, Award, ICSID Case No. ARB/03/26, 2 August 2006, para. 227.

⑤ Stephan W. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press, 2010), p. 28.

⑥ See Aniruddha Rajput, “Annual Review of ICSID Cases”, (2022) 19 *Manchester Journal of International Economic Law* 413, p. 437; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B. V., et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Annulment, ICSID Case No. ARB/07/27, 9 March 2017.

⑦ Haitam Suleiman & Hatice Akturk, “Theories of Interpretation: Islamic Law v. International Law”, (2024) 1 *Yildirim Beyazıt Hukuk Dergisi* 151, p. 183.

还是否定的结论，对国内法进行更透彻的研究都会使其理由更有说服力。^①

3. 重视东道国法律的检验作用，防范一般法律原则的滥用

国际法院等传统国际司法机构通常对识别某项规范为一般法律原则较为谨慎。因为这些机构的管辖权及其裁决和意见的可接受性取决于各国的同意，因此其判决必须避免被指控未经各成员国授权，径自行使国际立法权。^② 但一般法律原则作为一种通常需要比较各国国内法才能确认存在的不成文规范，其内容及适用标准不可避免地具有模糊性且难以统一。在此情况下，任何在法院的裁决中“大胆”引入一般法律原则的做法往往被认为具有准立法效果；除非能够确保法院裁决具有合理性和可预测性，否则可能会增加对争议解决适当性的质疑。^③

在国际投资仲裁的公法范式语境下，应注意一般法律原则与东道国国内法之间的关系，防范不成文的一般法律原则在仲裁中被滥用。对此仲裁庭需要对两个问题分别加以解答：第一，一项规范被大多数国家承认，但不被东道国承认，是否影响该规范构成一般法律原则；第二，如果该规范构成一般法律原则，那么该规范能否在不被东道国承认的情况下，适用于投资争端案件。

对于第一个问题，《结论草案》实际上有所规定。《结论草案》在一般法律原则的识别要求中指出，要确定源自国内法律体系的一般法律原则的存在及内容，首先需查明存在一项各法律体系共有的原则，其次需查明该原则是否能够被移植到国际法律体系内。^④ 对国际投资仲裁而言，在完成相关规范的比较法分析后，想真正检验其是否构成一般法律原则，还需确认该规范能否适用于包括国际投资仲裁在内的国际法律体系。这就意味着当裁决者在比较法分析中认为许多国内法就某一规范存在趋同后，还需检验这一规范是否可被纳入国际法的框架，该规范必须在国际法允许的范围中适用。^⑤ 值得注意的是，此检验过程的唯一标准是该规范能否在国际投资争端的语境中作为一般法律原则被适用，而不考虑该规范是否与东道国的国内法相一致。因此，即便东道国国内法不承认该规范，只要此规范可以被适用于公法语境下的国际投资争端中，其一般法律原则的规范地位就不会被影响。实际上从法理逻辑的角度看，这项结论本身不言自明。因为一般法律原则作为一般国际法，其是以“主要且具有代表性的法系”的承认而存在，而非东道国国内法的承认而存在。

对于第二项问题，不被东道国国内法承认可区分为相关规范“与东道国国内法相冲突”，或“没有被东道国国内法提及”两种情形。原则上看，只要当事双方约定的适用法律没有特殊规定，两种情形都不会排除一般法律原则的适用。因为正如“埃默科案”等案件所言，在国际投资争端中，包括一般法律原则在内的国际法既可以填补东道国国内法空白，同时在与国内法冲突时具有优先性。^⑥ 由于一般法律原则的国际法属性，东道国自然不能以其国内法为由阻碍一般法律原则的适用。

① Giorgio Gaja, “General Principles in the Jurisprudence of the ICJ”, in Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice, Attila Tanzi & Jan Wouters (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), p. 39.

② Wolfgang Friedmann, “The Uses of ‘General Principles’ in the Development of International Law”, (1963) 57 *American Journal of International Law* 279, p. 280.

③ Gerald Fitzmaurice, “The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today”, in *Institut de Droit International, Livre du Centenaire 1873 – 1973* (Karger, 1973), p. 325.

④ 参见联合国国际法委员会：《第74届会议国际法委员会报告》，U. N. A/78/10，2023年11月3日。

⑤ Giorgio Gaja, “General Principles in the Jurisprudence of the ICJ”, in Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice, Attila Tanzi & Jan Wouters (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), p. 39.

⑥ See *Amco Asia corporation, Pan American Development Limited and P. T. Amco Indonesia v. The Republic of Indonesia*, Award, ICSID No. ARB/81/1, 31 May 1990, paras. 37 – 40.

然而,笔者认为,虽然一般法律原则作为国际法渊源理论上适用于所有国际争端,但从国际投资仲裁机制的角度看,无论是国际投资仲裁庭的建立,还是国际投资条约赋予投资者包括诉诸仲裁在内的权利,该机制的运作不能脱离东道国的主权同意。国际投资争端解决机制的特殊之处在于,把东道国和私人投资者作为平等争议双方以商事仲裁的程序对其争议加以裁决。而在东道国作为当事方时,即便国际投资条约或合同约定了国际法规范的适用,直接忽视东道国的同意,将一项不被东道国国内法承认的规范冠以“一般法律原则”的名义进而加以适用仍具有正当性风险。因为一般法律原则源于多数国家国内法的性质决定了其内容无法被穷尽,亦无法被投资争端双方所事先预料。在此情况下将一项东道国无法预料的规范借助一般法律原则的渠道对其适用,将直接冲击国际投资仲裁机制建立的根源,即主权国家的同意。

除影响国际投资仲裁机制自身合法性根源外,这种正当性风险还体现在一般法律原则在国际公法中所面临的“自然法意蕴”和“实证法形式”间的张力。一般法律原则在《常设国际法院规约》中被确立的事实,本身代表着两大法学派的妥协。即便相关规范产生于自然法理念,但必须以实证法的形式被国际裁决机构应用。^①这种妥协的目的就是回应实证法学派的担忧:当法院不适用普遍被承认的国际法规则时,各国不会做好接受法院强制管辖的准备。^②可见,一般法律原则与条约、习惯不同,其自身的自然法属性在国际法渊源确立之初就遭受着实证法学派的质疑。如果一味以传统“国际法优先”的国际投资仲裁实践路径适用一般法律原则,就意味着仲裁庭必须对一般法律原则在国际公法面临的上述争议作出如下推断,即一般法律原则系人类道德、文明、良知的自然法产物,因此其可以忽视东道国国内法直接适用于投资争端中。这一推断虽然遵循了国际投资仲裁处理国际法和国内法之间关系的实践路径,但将实证法学派起初的担忧转化为了现实,在国际公法层面必然遭到主权国家的质疑。同时,自格劳秀斯起的自然法思想都将欧洲和西方视作人类文明的中心。^③秉持如此文明观念诞生的自然法产物如果具有相对于国内法的绝对优先性,亦将突破现代国际法的主权平等原则,不被以发展中国家为主的资本输入国所接受。

因此,笔者建议投资仲裁庭在进行一般法律原则的识别时,在完成比较法分析后,将东道国国内法与国际法一同作为识别的检验因素。仲裁庭既要确认相关规范能否移植到国际投资法律体系中,还要确认该规范与东道国国内法的兼容性。仲裁庭对这一兼容性进行确认的方向,仍应是区分相关规范究竟是“与东道国国内法冲突”,还是“未被东道国国内法提及”。若为前者情形,建议仲裁庭回避将相关规范识别为一般法律原则,同时不将其适用于裁决。若为后者,则不能否定相关规范构成一般法律原则,从而排除该规范的适用。此外,在后者的情形下,仲裁庭还要着重审查案件所涉问题如果在东道国国内法的体系中,将得出何种结论。因为对东道国国内法错误理解可能一方面导致仲裁庭误认为东道国国内法不存在该规范,另一方面客观上构成对国内法的实际不适用,从而产生裁决被撤销的风险。^④

① See *South West Africa Cases (Liberia and Ethiopia v. South Africa)*, Second phase, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, I. C. J. Reports 1966, pp. 298 – 299.

② Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, June 16th – July 24th, 1920, p. 308.

③ 参见章永乐:《格劳秀斯、荷兰殖民帝国与国际法史书写的主体性问题》,载《法学家》2023年第1期,第77—84页。

④ *Amco Asia corporation, Pan American Development Limited & P. T. Amco Indonesia v. The Republic of Indonesia*, Annulment of award, ICSID No. ARB/81/1, 17 December 1992, para. 7. 19.

四 结语

虽然一般法律原则可以在国际投资仲裁中发挥平衡公私利益的新功能，但如前所言，该法律渊源不仅概念不确定，内容也出现多元化、复杂化的趋势。进一步地，其不是通过立法制定的，无法追溯到国家表示的同意，对这种不确定性极高的非成文法渊源的适用将可能引发国家对国际投资仲裁裁决侵犯其主权的担忧。^① 如何在利用一般法律原则平衡国际投资仲裁中的公私利益时，兼顾避免出现滥用一般法律原则的风险，这是未来应当进一步研究的议题。

当前，在高质量共建“一带一路”背景下，中国对外投资规模巨大，中资企业的海外投资利益诉求要求 ISDS 机制继续重视投资者利益保护。同时，中国对外开放拉动经济增长的政策不变，外商投资在华运营同样应尊重中国的公共利益。虽然中国的双边投资协定文本对 ISDS 的适用态度经历了“排斥—开放—审慎”的转变，但出于避免投资争议重新政治化的担忧，总体上仍支持 ISDS 机制的维护与改革。^② 在此背景下，考虑到一般法律原则必须通过广泛的比较法阐释才可以确认，中国可从以下三方面入手，妥善运用一般法律原则维护国家及企业利益。

第一，针对双边投资协定的制定而言，在协定中可明确一般法律原则的适用地位。中国目前签订的双边投资协定在投资争议的法律适用方面存在差异化的实践。具体言之，有的生效协定签订时间较早，并未对法律适用问题加以明文规定。^③ 晚近的生效协定要么同意包含一般法律原则在内的“国际法规范”可被适用，^④ 要么仅将协定本身、习惯国际法或者国际法原则纳入准据法中的国际法范畴，排除了一般法律原则。^⑤ 为了稳定投资者及政府对投资裁决的预期，有必要在未来的双边投资协定中统一明晰一般法律原则作为争端适用法律的具体地位与规范位阶，从而防止个别仲裁庭在双边投资协定条文不明的情况下滥用一般法律原则，损害中国国家及企业合理利益。

第二，针对具体投资案件的实践而言，在申诉主张中应当重视相关一般法律原则的识别论证。无论对投资者还是东道国而言，让仲裁庭采纳对自己有利的法律规范，同时排除有利于对方诉求的规范的适用，都是双方在争端解决中意图争取的诉讼目标。正如学者所言，国际司法机构在实践中出于对裁决成本的顾虑，往往会直接断言一般法律原则的存在与否，而不会对其进行有力的比较法证明。^⑥ 因此当事人对一般法律原则存在与否的比较法识别将至关重要。中国政府及企业在投资争端中应当重视一般法律原则的识别工作，夯实相关一般法律原则的存在基础。

第三，针对国际投资仲裁的程序改革而言，应积极参与国际投资仲裁的常设机制构建。虽然中国近年来倡导对话协调等“争端前机制”，但不可否认的是，中国的双边投资协定实践大多仍将 ISDS 机制作为磋商、行政复议等程序后的兜底措施。故近年来常设机制的构建作为“争端后

① Jan Klabbbers, *International Law* (Cambridge University Press, 2013), p. 187.

② 陈江滢、葛顺奇：《投资者—国家争端解决机制的改革与中国对策》，载《国际贸易》2021年第1期，第55页。

③ 参见《中华人民共和国政府和法兰西共和国政府关于相互促进和保护投资的协定》。

④ 参见《中华人民共和国政府和刚果民主共和国政府关于促进和保护投资的协定》第12条第5款。

⑤ 参见《中华人民共和国政府和安哥拉共和国政府关于促进和相互保护投资的协定》第29条第2款第2项；《中华人民共和国政府和孟加拉人民共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第9条第7款。

⑥ See Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat & Karin Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of The International Court of Justice: Commentary* (Oxford University Press, 2006), pp. 771 – 772.

机制”的完善措施同样不能被忽视。以联合国国际贸易法委员会第三工作组为平台推进的 ISDS 改革正在对《解决国际投资争端常设机制章程草案》进行审议，目前已完成了“法庭成员资格”等问题的讨论，未来将继续推进该章程内容的完善。常设机制将帮助国际投资争端裁决提供相对统一、准确的法律适用标准，并且如国际法院等传统国际司法机构一般，以多元、稳定的法庭组成作为一般法律原则在国际投资仲裁中的滥用风险设定“防护栏”。这在未来将有效缓解一般法律原则目前在 ISDS 裁决实践中规范地位、适用条件和效果均存在不一致性的尴尬现状。

General Principles of Law in International Investment Arbitration: Practical Functions and Value Reconstruction

Zou Putao

Abstract: In the context of the international investment arbitration mechanism facing the legitimacy crisis, the application of general principles of law, in addition to filling the gap in international law, can prompt arbitral tribunals to introduce public law norms into their awards and improve the *status quo* of arbitration that is initiated only by one-way suits from investors, thus balancing the public and private interests between investors and host countries. Since the public law paradigm views the international investment arbitration mechanism as a mode by judicial review of the host state's public power, the general principles of law applied by the arbitral tribunal should not only regulate the equal legal relationship between sovereign states, but also take into account the vertical legal relationship between the state and the investor. Under the influence of the practice of public international law, international investment arbitration tribunals currently have an inconsistent understanding of general principles of law. In the context of the public law paradigm, such inconsistent practice would impede the realisation of the interests of the host State and undermine the legitimacy of international investment arbitration. Accordingly, arbitral tribunals should follow the systemic position of general principles of law in public international law and make a clear distinction between general principles of law and other sources of law. At the same time, arbitral tribunals need to improve the ways of identifying general principles of law in the traditional public international law dispute settlement mechanism and pay attention to the comparative law analysis in the identification process. In addition, in order to prevent the abuse of general principles of law, arbitral tribunals should play focus on the role of the host country's law, so as to avoid triggering new legitimacy risks. China should clarify the applicable status of general legal principles in international investment agreements and promote the construction of a permanent mechanism in the procedural reform of international investment arbitration, so as to better safeguard the interests of government and overseas enterprises.

Keywords: General Principles of Law, International Investment Arbitration, Legitimacy Crisis, Public International law, Sources of Law

(责任编辑: 孙南翔)