

doi:10.3969/j.issn.1672-626x.2020.06.009

外国投资者的合理期待与国家管制权之抗辩

陈 尚

(上海市协力(苏州)律师事务所,江苏 苏州 215000)

摘要:外国投资者的合理期待和东道国管制权的紧张关系深深扎根于国际投资仲裁实践中,体现于对外资的征收及公平公正待遇中。如何在冲突双方间寻求利益平衡,是国际投资领域的热点问题。结合个案来看,有效认定投资者合理期待及正当行使国家管制权能限制彼此的利益空间,缓解双方剑拔弩张的关系。在此基础上,从缔结双边投资协定的角度出发,建议应用比例原则分析为平衡缔约方的利益提供合理路径,进一步完善投资协定中的条款设计,厘清合理期待范围的同时为行使国家管制权留下主观判断及例外的空间,化单向制衡为动态平衡。

关键词:外国投资者;合理期待;管制权;投资仲裁;权利保护

中图分类号:D996.4

文献标志码:A

文章编号:1672-626X(2020)06-0098-08

在国际投资领域,东道国要尊重政府向外国投资者提供的优惠或作出的许诺,以鼓励投资者来该国投资。因此,保护投资者的合理期待(*legitimate expectations*)已成为国际投资法规则,体现于公平公正待遇标准及国家对外征收规则中。但正因为投资协定和仲裁实践一味保护投资者的合理期待,东道国常面临“管制寒流”的困境,管制权(*the right to regulate*)长期受到忽视和损害^[1]。而近年来投资协定对东道国的管制权也开始被重视,平衡东道国管制权和投资者合理期待的关系,已成为国际热点问题之一。

一、投资者的合理期待与东道国管制权的关系

(一)投资仲裁实践之考察

自2000年开始,外国投资者以违反“投资者的合理期待”为由在《北美自由贸易协定》(NAFTA)及双边投资协定(BITs)提起了多个抗辩国家管制权的仲裁案。仲裁庭对东道国管制权与投资者的合理期待之间的关系看法不一。

*Saluka v. Czech Republic*案中,仲裁庭的立场是微妙的。仲裁庭要求“对投资者的合理期待和东道国的合法的管制权利进行权衡”^①,但同时指出没有投资者可以合理地期待作出投资决策时的主要环境完全不会发生变化。为了判断外国投资者的期待无法实现是否合法与合理,必须同时考虑东道国为了国家利益对国内事项进行管理的权利是否善意^[2]。仲裁庭承认,东道国以公共政策为由执行善意的管制行为不得违反“一致性(*consistency*)、透明度(*transparency*)、公平(*even-handedness*)和非歧视(*nondiscrimination*)”的要求^②,也

收稿日期:2020-04-08

作者简介:陈尚(1985-),男,安徽蚌埠人,上海市协力(苏州)律师事务所律师、高级合伙人,研究方向为宪法与行政法、民法、国际经济法。

不得无视“程序上的适当性(procedural propriety)和正当程序(due process)”^③。

该案的仲裁庭只是在广义上对投资者和东道国权利进行了权衡,并没有回答为什么在双边投资协定下国家管制权与投资者合理期待会有同等的权重。双边投资条约是以单边的形式起草的,目的是提供一个有利于投资者的环境,以吸引外国投资者。如果没有特殊的条约,法庭争端案件中的利益再平衡是不适当的^④。

ADC v. Hungary 案中,仲裁庭回应了上述问题,即国家对投资者所采取的行为仅仅是根据国际法对其国内经济和法律事务进行管理的权利行使的。虽然主权国家拥有管理其国内事务的固有权利,但行使此种权利并非无限制,必须有边界。正如投资者指出的,包括条约义务在内的法律规则明确规定了这种限度。因此,一个国家签订双边投资条约时会受到条约义务的约束。东道国所承担的投资保护义务必须向投资者兑现,不能基于之后发生的国家管制权的理由使该义务落空。当然,投资者在投资于东道国时,会预先假定投资存在与东道国管制行为有关的风险。也就是说,投资者应当按照东道国的国内法律和规定行事,且有预期准备接受东道国的任何行为。在该案中,如果投资者曾经设想任何可能的国家会采取剥夺措施的风险,则代表他们合理预期到了该风险,并接受了这一风险继续在东道国投资^⑤。

毫无疑问,投资者必须遵守投资时的东道国法律,并根据当时法律来设置合理期待。但问题在于,在何种情况下,投资者产生的期待才是合理的?在东道国法律政策变化影响到投资者利益时,该如何保护投资者?在何种情况下,东道国法律政策的变化应视为投资者需要承担的风险之一?东道国单方面修改法律政策是否一定会违反投资者的合理期待?本文将对这些问题进一步展开论述。

(二)冲突的双方

国际投资法中的合理期待这一概念源于国内行政法,其旨在平衡行政相对人和行政主体权利之间的价值冲突^⑥。一方面,合理期待保护居于弱势地位的行政相对人以及行政相对人对法律的安定性和延续性的信赖;另一方面,合理期待要求政府的行为是基于法律的稳定性作出的,行政主体应更加谨慎地行使行政权利。美国宪法规定的“基于投资的期待(doctrine of investment-backed expectantions)”更接近国际投资法领域的合理期待原则。该宪法第五修正案明确规定了在没有给予合理赔偿的情况下,被夺走财产的当事人享有提出申诉的权利。这与国际投资中的征收情形相似。一方面,通过合理期待考量当事人的主观因素,评估征收行为对被征收一方带来的影响和损害;另一方面,将政治经济环境变化等相关的因素所带来的风险在当事人和政府之间合理分摊。

在国际投资法领域,合理期待是申请人在投资仲裁中提出索赔的基础,更多地用于保护投资者的利益。一般情况下,投资者的合理期待以东道国法律秩序的稳定性和一致性为前提,东道国法律的稳定程度会影响投资者的投资意愿,如果东道国法律具有随意性,会影响投资者进行投资规划,也无助于友好投资的环境氛围。例如 Occidental v. Ecuador 案中,仲裁庭认为,东道国有义务不改变投资的法律和商业环境。此外,投资者作出投资决策时东道国的承诺也能产生投资者的合理期待。如果国家单方面的承诺是明确的且包含与国家主权相关的内容,投资者可以依赖该承诺产生合理期待,这种依赖的合理性来源于诚信原则。

而东道国管制权是指东道国为了本国经济主权和公共利益对本国境内的社会经济活动进行管理的权利,其主要体现在对国内法律和管理秩序进行制定、修改和执行的过程中。如我国为了社会经济的稳定有序运转,在税法方面将中外资企业实行不同税率改为实行统一税率。

如果东道国的行为使投资者(或投资)产生合理的、正当的期待,使其根据合同表述而行事,而东道国却因国家主权或公共利益需要,对上述期待无法实现(如改变法律、政策或政府承诺),就可能导致投资者(或投资)遭受损害,挫伤投资者的合理期待。相反,为满足投资者的合理期待而无视政治压力、经济危机、制度变化等因素,东道国的管制权同样也会受到挑战,投资者合理期待与东道国管制权之间就此埋下利益失衡的隐患。

(三)冲突在国际投资仲裁中的体现

在判断是否构成间接征收和衡量是否给予投资者公平与公正待遇时,现代投资仲裁庭以投资者的合理期待作为判断的首选方式。

1. 间接征收

征收是国家给予公共利益对私人财产进行剥夺的措施,包括以间接方式对财产价值产生重大影响的情况,间接征收的认定对于东道国自由行使管制权有重要意义。出于保护及鼓励外国投资的目的,国家的征收权利在国际投资领域会受到一定的限制,主要包括:(1)一般以维护国家公共利益为目的;(2)遵守正当法律程序;(3)给予补偿;(4)非歧视性。东道国政府是否构成间接征收的重要因素在于对投资者的干预程度,而衡量干预程度的标准则是投资者的合理期待。在期待产生的基础上,间接征收并不强调东道国具体承诺的存在,既存的投资环境(包括双边或多边投资协议、政治、法律、经济等)也可作为对投资者合理期待的支撑。实践中,仲裁庭会在讨论东道国行为是否构成间接征收时,对投资者的合理期待进行考量,以投资者合理期待的落空为存在征收效果的依据。但有时合理期待的落空并不意味着东道国的行为违反了征收条款,还要考虑其他因素。即便仲裁庭认定投资者合理期待的落空,但如果该行为并没有对投资者的投资或财产权益造成严重干预或损害,仲裁庭也不会认定间接征收。这意味着在间接征收的认定上,需要考虑投资者期待的主观因素和客观因素,过于“乐观”的期待不能作为判定间接征收的基础,投资者的合理期待必须具备客观可信的基础且独立于投资者应承担的一般性商业风险。同时,也要结合管制对投资人基于投资所产生的期待的影响程度及所遭受的实际损害作出全面考虑。

2. 公平与公正待遇

在国际投资领域,东道国对外国投资者行使管制权利的理念主要体现在投资协定中约定的外国投资或投资者的待遇标准上。当国民待遇和最惠国待遇都低于投资者所期待的公平与公正待遇时,最低待遇标准为外国投资者提供最低的保护。NAFTA第1105条规定:各方应赋予外国投资者符合国际法的待遇,包括公平与公正的待遇和充分的保护与安全。这两种概念并不排除习惯法对外国人的国民待遇和最惠国待遇要求之外的待遇。近年来投资协定中有关最低待遇标准和公平与公正待遇标准出现的频率越来越高,也有越来越多的仲裁庭将投资者的合理预期和公平与公正待遇结合在一起,在国际投资仲裁实践中通过判例逐渐形成。合理期待在国际投资实践中逐渐被认为是公平与公正待遇标准的重要组成部分^⑥。在衡量是否给予投资者公平与公正待遇时,以东道国具体承诺作为期待产生基础的合理期待诉求更容易得到仲裁庭支持。不同于间接征收,公平与公正待遇并不强调对投资人财产利益的严重干预或损害,其强调东道国的行为是否满足“公平、公正及合理”的标准。但是,对东道国行为的判断很难产生客观标准,加上“公平与公正”这一概念具有抽象性和不明确性,因此东道国管制权的行使在国际投资仲裁中处于劣势。

可见,投资者的合理期待与国家行使管制权有着千丝万缕的联系,国家行使管制权很有可能导致投资者的投资项目在东道国无法继续运作,损害投资者的合理期待。一般来说,东道国通过两种方式行使管制权。其一,改变其政府行为。投资者完成投资之后,东道国可能改变投资者实施投资期间作出的承诺行为,使投资者基于东道国承诺的合理期待落空,遭受利益损失。其二,东道国法律或客观环境发生变化。如果东道国政府随意对现有的法律作出修改或废止,则会造成信赖该法律和环境的投资者的损失。而投资者也有两种途径援引合理期待约束东道国行使管制权。其一是征收条款。BITs中一般存在征收条款,违反约定的征收条款就是违反条约义务。其二是公平与公正待遇。如果东道国没有给投资者提供稳定的法律环境或违反了具体承诺,影响了投资者的合理预期,投资者可援用此待遇条款进行索赔,且索赔没有条件限制。公平与公正待遇条款的适用一定程度上对争议焦点作出了有利于投资者一方的扩大性解释,以达到限制东道国行使管制权利的目的。

二、对投资者合理期待和东道国管制权的限制

国家有权依据公共政策采取管制措施。如果采取这些措施使合理期待落空,投资者就有权得到赔偿。因此,问题在于如何平衡投资者合理期待和东道国管制权,以及在何处建立各自的限制和条件,即确定共同利益点。

(一)合理期待的有效认定

首先,投资者的合理期待必须合法与合理。如果仅从单纯的文字表述去理解投资者的期待,东道国可能会承担很多不适当也不现实的义务^⑦。其次,东道国保护的投资者期待应来源于投资条约,而不是保护投资者要求的所有期待。例如,MTD v. Chile案中,上诉委员会指出,“由于东道国与外国投资者之间缔结了投资条约,东道国便有义务保护投资者的合理期待。如果仲裁庭认可的权利与投资条约中的权利存在实质上的不同,则东道国可能滥用其管制权利。”^⑧同时,国际投资法领域的合理期待只能是考虑了政府合法权利的期待。因为在这个领域国家责任在于平衡国家投资自由化与投资者合理权利。当投资者的期待与国家公共利益发生冲突时,投资者的合理期待应该让位于至关重要的国家公共利益。

1. 投资者期待的合理性考量

对于投资者期待是否合理的判断,应在个案基础上结合所有考虑因素具体分析。“合理期待”中的“合理”本身是一个抽象的概念,没法给一个明确的定义,只能在具体个案中分析其含义。一般来说,投资者的期待必须源于明确的东道国承诺或东道国法律。东道国作出的承诺可能是明示或默示的,但能产生投资者合理期待的承诺应该是东道国为了吸引投资而向某一投资者作出的明确的承诺或保证。如International Thunderbird v. Mexico案^⑨中,仲裁庭认为Thunderbird公司不能基于墨西哥内政部(SEGOB)对其在境内投资的合法性问题作出的答复产生合理期待。该回复是建立在Thunderbird公司提供的证明材料具有真实性基础上的,但仲裁庭认为Thunderbird公司在投资时提供给东道国的信息不完整、不明确,不能作为Thunderbird公司合理期待的前提。上述仲裁庭的不同观点,后者更可取。能产生投资者合理期待的东道主承诺不能是宽泛的、不确切的。东道国作出的承诺越具体、越有针对性,则当其不能实现其承诺时,越有可能挫伤投资者的期待。如果东道国的行为是与吸引投资不相关的活动,东道国没有理由预见投资者会根据此类活动作出投资决策,则投资者基于东道国的行为产生的期待就不具有合理性,没有可实现的预期。

同时,如果东道国的法律和社会环境在投资时已不具有稳定性,那么投资者再进行投资就不存在一成不变的期待。例如,在Saluka案中,发生内阁改变之前财政部部长作出的保证不能成为期待的合理性来源^⑩。由于管制背景和客观环境一般普遍地适用于所有投资者,不能满足个别投资者对具体事项的要求,所以管制背景对于个别投资者而言不具有针对性和适用性,投资者基于东道国法律管制背景和客观环境所产生的期待并不能对抗东道国的管制行为,因为这种期待可能是投资者对于其投资领域的高风险的预期,这是投资者在获得高利润的同时需要付出的代价。除此之外,如果投资者投向的东道国其管制背景本来就非常严苛,投资者就应该预见到东道国会采取国家管制行为。因此种国家管制行为给投资者带来的损害,投资者不能以合理期待作为抗辩。此外,在考虑投资者期待的合理性时还应注重投资时东道国的发展水平。通常发展中国家给予投资者的期待较高,但发展中国家中投资者的期待易落空。相反,发达国家中投资者的合理期待很容易被满足。

2. 合理期待产生的时间判断

仲裁庭认为合理期待应该依赖投资时的情况,即外国投资者在作出投资决策时要基于东道国的法律和客观环境形成期待,投资者的合理期待应仅存在于作出投资决策时的期待^⑪。但投资是一个长期的过程,投资者在进行投资的过程中也会作出一系列经营决策,东道国也可能在投资者作出投资决策的过程中改变政

府行为或修改法律,这时投资者产生的合理期待是否具有保护利益?若将合理期待的产生时间限定在“投资进行时”,相当于将该投资者的期待排除在公平与公正待遇之外;若将合理期待限定在“投资开始时”,则在投资开始时没有产生期待的投资者在投资运行中取得了东道国的承诺,基于该承诺的期待无法受到保护。因此,无论是投资开始时还是投资进行时作出的投资决策,只要期待具有合理性,都应受到信赖利益的保护,合理期待的判断仅仅关注于某个特定的时间点是不可能的^[5]。明确界定合理期待产生的时间同样限制了合理期待的内容,这对于投资者和东道国而言都是有利的。

(二)国家管制权的正当行使

1. 在BITs允许的限度内

根据国际法上的“属地管辖原则”,东道国对投资者或投资有管辖权,有权进行管制,同时BITs公平与公正条款要求东道国保持法律和投资环境的稳定和一致,以保护投资者的合理期待^[6]。当东道国的管制权与BITs公平与公正条款中的投资者合理期待相冲突时,BIT义务优先。根据条约必须遵守的国际法原则,条约的缔约国受到条约的约束,不能援引国内法规避根据BITs所承担的义务。首先,东道国的管制权应受到公平与公正待遇的限制;其次,东道国在实施直接或间接征收时,要遵守非歧视原则。

对于外国投资者和本国投资者要同等对待,不能区别对待。这在征收上表现为不能只针对外国投资者实施有征收效果的措施。但也不能否认在投资者进行投资决策的过程中,东道国会发生特殊情形需要合法行使管制。若有明确的客观存在的需要东道国管制的问题或政策问题,涉及国家公共利益的时候并不一定要求外国投资者和本国投资者待遇相同。在判断东道国是否对投资者构成歧视的问题上,应侧重于东道国是否有想损害外国投资者权利的恶意。由于在实践中,直接或间接征收针对的对象不同,可能是某一投资者、某一行业所有投资者、在东道国投资的所有投资者,所以东道国是否歧视投资者要根据具体情况判断,但前提是东道国不能有损害外国投资者利益的恶意存在。

2. 受宪法机构、司法机关或国际机制的审查

如果东道国政府违反其运作的法律权利和义务的框架,就不能有效地行使管制权,即东道国不能在违反宪法标准、立法授权或人权的情况下有效地采取管制措施,否则将受到宪法机构、司法机关或国际机制的审查。这其中的关键在于根据国际法确定此种管制权的限度。首先,各国不得以违反条约和合同的方式行事,至少那些受国际法保护的合同不行^[7]。其次,根据归责原则,各国不仅对中央政府当局的行为负责,而且对任何其他行使某种管理职能的公共机构都负有国际法责任^[8]。根据最近的国际投资争端解决中心(IC-SID)和NAFTA判例法,以及在许多其他国际先例下^[9],大多数情况下构成征收并不是中央政府所为,而是行使某种管理职能的公共机构所为,比如地方自治州、自治市等。当然,中央政府也可以通过提供全面的国内补救办法来甄别地方当局的这种行为,从而限制对外国投资者的影响。

3. 控制自由裁量权

自由裁量原则将投资仲裁庭置于一个监控者的位置,并允许仲裁庭分析不同案件中进行公共管制的自由裁量范围。这种自由裁量的范围可以用作审查国家行为干预程度合理性的基础。与此同时,当国家管制超过了自由裁量范围或不具有正当性基础时,自由裁量原则还可以保护投资者的利益^[10]。国内法院已经确定,东道国政府有自由裁量权,可以不受司法审查,除非东道国存在权利滥用的情形。然而,投资者权利也应受到法律保护。在尊重东道国自由裁量的行为和决定时,对其违反法律的行为也应进行司法审查。通常,这种审查标准主要与正当程序有关。如果东道国对投资者所作出的有争议的决定构成滥用自由裁量权、武断、歧视、具有不正当动机或违反公平合理程序,司法审查要阻碍东道国自由裁量权的行使。首先,正当程序能防止管制权利任意损害投资者的私有权益。其次,司法审查的标准不仅涉及程序问题,也涉及作

出决定的实质内容。实质内容逐渐成为司法审查的要素之一。在某些情形下,重点不在于投资者的决策,而在于东道国行为对于投资者权利的影响程度。同时,将司法审查的范围扩大到东道国立法,控制东道国的自由裁量权。在这种情况下,东道国立法的合理性和公正性也得到了维护。

4. 基于公共利益原则

由于具有抽象性,公共利益经常被援引为东道国实施管理行为的重要依据。但在实践中,东道国为了公共利益所实施的管理行为会损害外国投资者的私有利益,有必要对公共利益进行限制。首先,不能任意扩大解释公共利益原则。在东道国和投资者之间存在BIT的情况下,东道国应按照条约规定来解释公共利益。即使在没有BIT的情况下,东道国也可援引国际组织的规定或国际投资协定来解释公共利益。其次,公共利益是以保护私有制为前提的,绝不能滥用公共利益侵犯投资者的私有利益。如果东道国以公共利益为由损害了投资者的私有利益,东道国应作出补偿。因此,不管是间接征收还是直接征收,即使东道国是基于公共利益的理由进行征收,也要给予投资者充分、及时和有效的补偿。

三、投资者合理期待与国家管制权的平衡

投资条约的典型特征在于,这些投资条约只规定了投资者的权利,而忽视了投资者权利与国家管制权之间的关系^[1]。在缔结投资条约的过程中,东道国不愿意放弃或限制自身行使管制权的权利,因此在投资者援引合理期待原则进行抗辩时,需要采取特定的条约解释方法来协调投资者权利与国家管制权的关系。在投资仲裁实践中,一些仲裁庭已经开始采纳比例原则分析(proportionality analysis)。

(一)应用比例原则分析

1. 比例原则分析和间接征收

国际投资条约中普遍存在禁止非补偿性征收条款,投资者可以此为依据要求东道国补偿(compensation)。Tecmed S.A. v. Mexico中,仲裁庭首次就间接征收问题在处理投资者保护和东道国公共利益关系时使用了比例原则。仲裁庭认为,国家管制措施对公共利益和投资者权益的影响需要符合比例原则,在运用比例原则时,双方需将东道国管制行为所产生的负面经济影响作为主要依据。在LG&E v. Argentina案中,仲裁庭认为国际投资条约不否认东道国以公共利益为由行使管制权。但在特殊情况下,如果东道国的管制行为“明显有违比例”,就应当给予投资者补偿。间接征收中的比例原则主要体现在其限制了“效果原则”,兼顾了“目的标准”。在国际投资实践中,东道国需要判断公共利益与管制行为、与对投资者合理期待造成的影响是否符合比例。比例原则一方面实现了间接征收中的公共利益保护,另一方面也限制了东道国滥用管制权利损害投资者的合理期待。

2. 比例原则分析和公平与公正待遇

公平与公正待遇的诸多要素都需要通过比例原则实现平衡。公平与公正待遇标准强调的是东道国的行为是否构成对投资者不公平、不公正或不合理的对待。其中保护投资者的合理期待并不意味着东道国需对法律的任何变化作出补偿。如Saluka案中,仲裁庭运用比例原则来平衡投资者合理期待和东道国管制权的关系。自Saluka案后,仲裁庭将公平与公正待遇和比例性概念相联系,从而控制东道国干预外国投资的程度。比例原则为平衡不同利益提供了一个理性的程序,也为平衡东道国管制权和投资者合理期待提供了一条合适的途径,这本身也是对投资条约的合理解释^[12]。

(二)完善投资协定中的条款

为了吸引外资,东道国在签订投资协定时往往侧重于保护投资者,未规定东道国的权利和投资者的义务。当东道国为了公共利益改变国家行为时,投资者和东道国权利义务不对等会导致两者利益受到损害。因

此有必要完善国际投资仲裁协定中的条款设计,在明确合理期待范围的同时给东道国的管制权留下空间。

1. 明确合理期待的范围

目前国际投资协定的征收条款中存在对投资者合理期待的规定,公平与公正待遇条款中却未见相关文字表述,对投资者期待的“合理性”也未有明确规定^[4]。首先,将公平与公正待遇标准限制为国际习惯法给予外国投资者的最低标准待遇。公平与公正标准被称为国际投资条约中的“帝王条款”。仲裁庭对该条款的宽泛含义有很大的自由裁量权,很容易对该条款进行扩张性解释,严重影响东道国的主权和合理管制权。因此,对于涉及合理期待的公平与公正待遇条款,可以借鉴《美国2012年BIT范本》第5条第1款的规定,将公平与公正待遇标准明确为国际习惯法中的最低标准待遇,以缩小合理期待的范围。其次,将东道国的合理管制行为纳入合理期待的范围。投资者具有合理期待的前提在于东道国法律体系的稳定性和秩序的统一性。但不可否认,东道国在某些特殊理由和情形下会改变法律或行为,如果东道国的管制措施在正常职权范围内,且该国法律改变和承诺的变化在投资者可预见可接受的范围内,出于维持长期投资和适应环境变化的需要,投资者不能据此主张合理期待。

2. 保留东道国主观判断管制行为的权利

东道国管制行为以国家经济主权原则为理论基础。由于关系到一国的主权和利益,东道国很难把关乎国家重大利益的事项范围交给第三方仲裁庭来决定。而且,是否危及国家利益或公共安全只有东道国政府清楚,第三方无法准确判断东道国采取的管制措施是否是在危机情况下作出的。因此,在不违反国际法原则的前提下,其他国家或个人无权对东道国合理行使管制权加以限制。即东道国管制行为的范围和限制由东道国自身主观判断。仲裁庭只是在解决东道国和投资者投资纠纷时起到解释的作用。因此,在国际投资协定或投资条约中,可以通过加入主观裁量使管制权的内容合理化。如“以东道国认为合理的方式进行”,在保留东道国主观意见的同时,这也是厘清投资者合理期待范围的方式。美国等国家在签订国际投资条约时均使用“其认为必要”的文字表述,赋予东道国自主判断管制权是否合理、必要的权利^[5]。但是东道国自行判断行使管制权并不是无条件的,需要受到部分因素的限制。东道国要以善意原则行使权利,禁止恶意损害外国投资者权益。

3. 设置必要的例外条款

条约中的例外条款是缔约双方保护自身权利的“安全阀”^[13]。条约中的例外条款主要体现在国家安全例外和公共利益例外。就国家安全例外而言,很多投资条约中均有提及,如中国与东盟的2009年投资协定采用服务贸易总协定(GATS)第14条“安全例外”的表述。此外,在经济全球化的背景下,国家安全已然包括经济主权的内容。因此,中国在签订国际投资协定时可以考虑设置国家安全例外条款,将其作为维护东道国管制权的兜底条款。就公共利益例外而言,多边贸易体制都将公共利益作为一般例外。如《关税与贸易总协定》(GATT)第20条、GATS第14条的规定。这表明该种例外在WTO体制中已经得到确认和重视。以公共利益为例外,东道国在采取管制措施时留有更大的自由空间。但值得注意的是,由于各国政治、经济、社会制度以及文化具有差异,不同国家对公共利益的理解不同,因此投资协定中应允许东道国根据本国国情决定公共利益的范围和认为合理的管制措施。

有关国际投资的法律,无论是国内法还是国际法,都经历了钟摆式的来回变化^[6]。在国际投资领域,投资者利益保护和国家管制权之间一直存在冲突。仲裁庭侧重于保护外国投资者的合理利益,严重限制了东道国的管制空间。因此,国家需要在投资协定中限制投资者的合理期待以拓宽和强化国家管制的主权空间。但这并不意味着东道国可以滥用管制权,随意采取管制措施。对国家管制权也应作出适当的限制。国家有必要通过协调投资者合理期待和东道国管制权的关系平衡投资者和东道国之间的单向失衡结构^[14]。

注 释:

- ① 资料来源:Saluka Invs. BV v. Czech, Partial Award, 306 (Perm. Ct. Arb. 2006), 15 ICSID Rep. 274 (2010)。
- ② 资料来源:Saluka Invs. BV v. Czech, Partial Award, 307 (Perm. Ct. Arb. 2006), 15 ICSID Rep. 274 (2010)。
- ③ 资料来源:Saluka Invs. BV v. Czech, Partial Award, 308 (Perm. Ct. Arb. 2006), 15 ICSID Rep. 274 (2010)。
- ④ 资料来源:Rudolf Dolzer. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. 12 Santa Clara J. Int'l L. 7 (2014)。
- ⑤ 资料来源:ADC Affiliate Ltd., v. Republic of Hung., ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Trib., 423-424 (Oct. 2, 2006), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>。
- ⑥ 资料来源:Thomas Walde, Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience, Arbitrating Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International(2004)。
- ⑦ 资料来源:Saluka Invs. BV v. Czech Republic, Partial Award, UNCITRAL 304 (Oct. 3 2006)。
- ⑧ 资料来源:MTD Equity Snd. Bhd. And MTD Chile S. A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 67 (March 21 2007)。
- ⑨ 资料来源:International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexico States, UNCITRAL, Award, 196 (January 26 2006)。
- ⑩ 资料来源:Saluka Invs. BV v. Czech Republic, Partial Award, UNCITRAL 351 (Oct. 3 2006)。
- ⑪ 资料来源:Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, 104 Am. J. Int'l L. 179(2010)。
- ⑫ 资料来源:Thomas W. Walde, International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty, 29 Journal of World Trade 5 (1995)。

参考文献:

- [1] Satwik Shekhar. "Regulatory Chill": Taking Right to Regulate for a Spin[R]. Working Paper 200 /27, Centre for WTO Studies, Sep. 2016.
- [2] 苏里亚·P. 苏贝迪. 国际投资法: 政策与原则的协调 (第二版)[M]. 张磊, 译. 北京: 法律出版社, 2015: 172.
- [3] 胡鸽. 论国际投资仲裁下投资者合理期待与东道国经济管理权利之平衡[D]. 上海: 华东政法大学硕士学位论文, 2014: 12.
- [4] 钱嘉宁. 国际投资法下投资者的合理期待与政治风险之抗辩[J]. 国际经济法学刊, 2016, (2): 173-194.
- [5] Christoph Schreuer, Ursula Kriebaum. At What Time Must Legitimate Expectations Exist? in Jacques Werner and Arif Hyder Ali (ed.), A Liber Amicorum: Thomas Walde Law Beyond Conventional Thought[M]. London: CMP Publishing Ltd., 2009: 273.
- [6] 张苏锋. BIT“公平公正待遇”条款中保护投资者合理期待的标准研究[J]. 金陵法律评论, 2013, (2): 195-208.
- [7] Rosalyn Higgins. The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law, Recueil des Cours[J]. Academy of International Law, 1982, (3): 263.
- [8] James Crawford. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries(eds.) [M]. Cambridge University Press, 2002: 474-475.
- [9] Asan Sedigh. What Level of Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law? [J]. The Journal of World Investment, 2001, (2): 666-671.
- [10] 朱明新. 国际投资争端赔偿的法律问题研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2015: 226.
- [11] Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill. Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality. Stephan W. Schill (ed.), International Investment Law and Comparative Public Law[M]. New York: Oxford University Press, 2010: 89.
- [12] Aisbett, Emma, Karp, Larry, McAusland, Carol. Compensation for Indirect Expropriation in International Investment Agreements: Implications of National Treatment and Rights to Invest[J]. Journal of Globalization and Development, 2010, (27): 338.
- [13] 余劲松. 国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J]. 中国法学, 2011, (2): 132-143.
- [14] 石慧. 投资条约仲裁机制的批判与重构[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 27.

(责任编辑: 刘同清)