

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.03.007

论国际投资协定中的公平公正待遇 ——以国际投资仲裁实践为视角*

林燕萍 朱 玥

(华东政法大学国际法学院, 上海 200042)

摘要: 公平公正待遇是国际投资协定中最具争议的一个条款。近年来学界对这个问题的论述也是各抒己见。一般认为, 公平公正待遇是国际最低待遇标准的一部分或者等同于国际最低待遇标准。但从近十年来的国际投资仲裁实践来看, 公平公正待遇已经逐渐转变为一个独立自主的外资待遇标准, 与国际最低待遇标准不再有明显的联系。因此有必要从案例分析的视角, 厘清公平公正待遇与最低待遇标准的关系, 继而立足于我国对外投资法的新发展, 为完善我国与“一带一路”沿线国家双边投资协定(BITs)中公平公正待遇条款提出修改建议。

关键词: 国际投资; 一带一路; 公平公正待遇; 国际最低待遇标准; BIT

中图分类号: D911

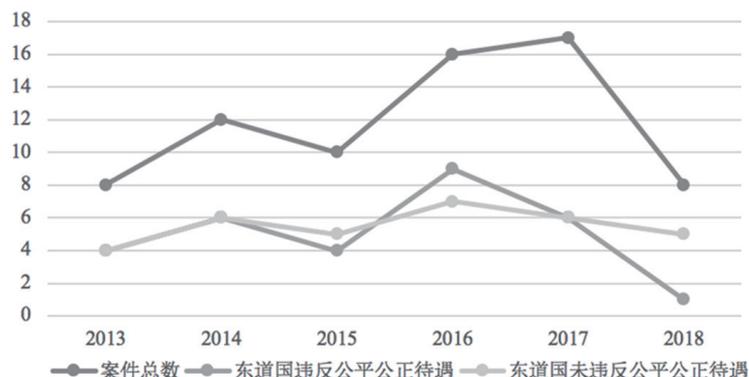
文献标识码: A

文章编号: 2095-8072(2020)03-0072-18

一、问题的提出

近年来, 在国际投资仲裁实践中出现了一种新现象, 即公平公正待遇条款被广泛适用。笔者梳理了自2013年至2018年间的仲裁案例(如图1所示), 共有71起涉及公平公正待遇条款的案件。

由图1可知, 2016年和2017年涉及公平公正待遇条款的国际投资仲裁案件数量达到了峰值, 分别为16起和17起。尤其是2016年, 超过一半的仲裁庭裁定东道国违反了公平公正待遇。此外, 投资者、东道国和仲裁庭都从不同立场、不同法理来解



来源: 作者根据ITALAW网站资料整理所得

图1 2013~2018年国际投资仲裁中涉及公平公正待遇条款的案件

释公平公正待遇条款, 使这个抽象、宽泛、模糊的条款近年来成为各方关注的热点

* 基金项目: 本文受2019年度上海市哲学社会科学规划一般项目“‘一带一路’背景下中外BIT公平与公正待遇条款改革路径研究”(项目编号: 2019BFX006)的资助。

问题。

至今鲜有从国际条约的解释方法、国际法的传统理论以及国际投资争端解决的实践来厘清这个条款的内涵。如何理解一些投资仲裁案例中专家们的不同观点？如何判断这个条款与国际最低待遇标准的关系？如何从法理上解读公平公正待遇的形式正义与实质正义？如何在双边和多边国际投资协定中完善我国现有的条款设计？本文从问题导向出发，以国际投资仲裁的实践为分析素材，探讨国际投资协定中公平公正待遇的基本内涵、适用标准、条约解释方法以及与国际最低待遇标准的关系。

二、三起仲裁案引发的思考

近年来在国际投资仲裁实践中，投资者经常援引公平公正待遇条款来解决投资争议问题，但适用标准并非一致。由于这一条款具有抽象、宽泛、模糊的性质，仲裁庭在一些投资争议案件中对其内涵的解释也是莫衷一是。

（一）MNSS 案

在2016年MNSS案中，申请人是MNSS B. V.公司(依据荷兰法律成立，以下简称MNSS公司)和Recupero Credito Acciaio N.V.公司(依据库拉索岛法律成立，以下简称RCA公司)。MNSS公司与RCA公司分别以股权和贷款的形式对Zeljezara Niksic AD Niksic公司进行投资。被申请人是黑山共和国。申请人称被申请人对其投资活动采取了歧视性的、不合理的、非法的和不合常规的行为(包括作为和不作为)，这种行为直接或间接地产生了非法征收的效果并且违反了《荷兰—南斯拉夫BIT》^①第3(1)条，即“缔约一方应确保给予缔约他方的投资以公平与公正待遇，且不得采取不合理或歧视性措施损害投资者对其投资的经营、管理、维护、使用、收益或处分。缔约方应给予此种投资最持久的保护与安全。”

申请人认为《荷兰—南斯拉夫BIT》第3(1)条没有提及“国际法”，因此该条所包含的公平公正待遇应是一项独立自主的待遇标准。公平公正待遇不仅要求东道国给予投资者待遇的范围超出习惯国际法，适用门槛也更低。申请人还基于以往的仲裁庭裁决总结出公平公正待遇应当包括：保护合理期待、透明度要求、非专断与非歧视待遇、不得拒绝司法以及本着诚信行事。黑山政府未能在Prva Banka银行遭遇危机时警示MNSS公司，导致MNSS公司无法及时取出资金，这种行为是不合理的或歧视性的。^②被申请人则认为申请人对于公平公正待遇的解释过于宽泛，但没有具体说明其对公平公正待遇的理解。^③

^① 20世纪90年代初，南斯拉夫联邦解体，黑山和塞尔维亚两共和国联合组成南斯拉夫联盟共和国；2002年荷兰与南斯拉夫联盟共和国签署双边投资协定，即《荷兰—南斯拉夫BIT》；2003年，南斯拉夫联盟共和国议会通过《塞尔维亚和黑山宪法宪章》，改国名为塞尔维亚和黑山；2006年5月，黑山就国家独立举行公民投票并获通过。同年6月3日，黑山正式宣布独立；2007年1月，黑山承接了《荷兰—南斯拉夫BIT》，故《荷兰—南斯拉夫BIT》仍适用于本案争议。参见：*MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award, 4 May 2016, para.108；黑山概况[EB/OL]. 中华人民共和国驻黑山大使馆网站 [2019-12-24]. <http://me.chineseembassy.org/chn/hsgk/>.

^② *MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award, 4 May 2016, para.230, para.324.

^③ *MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award, 4 May 2016, para.230, para.325.

该案仲裁庭于2016年5月4日作出裁决。仲裁庭认为东道国没有向投资者警示其金融体系或特定银行状况的义务,并且黑山政府没有干预申请人关于存款银行的选择,Prva Banka银行系申请人在自行尽职调查之后选择的,所以黑山政府未能警示投资者关于Prva Banka银行财务危机,有违反公平公正待遇条款。^①

仲裁庭进一步表示同意Waste Management II案中仲裁庭的观点,^②即将公平公正待遇等同于国际最低待遇标准:如果国家行为是武断的、严重不公平或不公正的、不合常规的、歧视性的或使投资者遭受种族歧视、或涉及缺乏正当程序导致违背司法正当性(例如,在司法程序中自然正义明显缺失或在行政程序中完全缺乏透明度和公正性的情形),且对投资者造成了损害,那么该行为就违反了公平与公正待遇的最低标准。^③

(二) Crystallex 案

在2016年Crystallex案中,申请人是Crystallex International Corporation公司(依据加拿大法律成立,以下简称Crystallex公司),被申请人是委内瑞拉玻利瓦尔共和国(以下简称委内瑞拉)。申请人称被申请人无正当理由地拒绝许可其开采Las Cristinas金矿,^④不仅损害了投资者的合理期待,而且拒绝许可的行为是专断的、缺乏透明度的,被申请人违反了《加拿大一委内瑞拉BIT》第II(2)条:“任何一方应依据一般国际法原则给予缔约他方的投资或投资者以公平与公正待遇、充分的保护与安全”。

申请人认为公平公正待遇是一项独立自主的待遇标准,要求东道国秉持BIT的目标、宗旨以及诚信原则,积极保护投资。申请人依据国际仲裁庭的实践归纳出公平公正待遇包括:保护合理期待、非专断与非歧视待遇、透明度要求、正当程序以及诚信。^⑤被申请人则认为公平公正待遇就是国际最低待遇标准,而申请人未能证明被申请人的行为已经达到了暴行、恶意、故意漠视的程度,或者一个理性且公正的第三人认为该政府行为是无法容忍的,因此被申请人没有违反公平公正待遇条款(无论是作为最低待遇标准还是一项独立自主的待遇标准)。被申请人从未作出申请人可以开采Las Cristinas金矿的承诺,无论如何都没有损害申请人的合理期待,且被申请人拒绝给予申请人许可是有正当理由的,并非申请人所说的那样缺乏正当程序、明显专断、完全缺乏透明度或恶意,或者不符合任何其他独立自主的待遇标准。^⑥

① *MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award, 4 May 2016, para.288.

② *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award, 30 April 2004, para.98.

③ *MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award, 4 May 2016, para.326.

④ 2002年CVG公司与委内瑞拉能源矿产部签订《Las Cristinas金矿开采协议》,根据该协议CVG公司不仅有权勘探开采Las Cristinas金矿,还有权在通知能源矿产部之后与第三方签订合同,由第三方对金矿进行开采。同年, Crystallex公司与CVG公司达成协议,由Crystallex公司负责开采Las Cristinas金矿、承担所有相关费用、向环境部申请采矿许可证等事宜。2003年至2007年间,按照环境部的要求, Crystallex公司多次提交开采方案、环境影响评估报告等材料,环境部于2007年5月向Crystallex公司发函称项目已获得批准并且要求Crystallex公司支付保证金,确保其能够执行环境保护措施。Crystallex公司随即支付了保证金和相关税款,并对外公示称即将获得金矿开采许可。2008年4月,环境部通知CVG公司不能如期颁发许可证。*Crystallex International Corporation v. Venezuela*, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, 4 April 2016, paras.15-46.

⑤ *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, 4 April 2016, paras.492-493.

⑥ *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, 4 April 2016, paras.495-496.

该案仲裁庭于2016年4月4日作出裁决。仲裁庭认为根据《加拿大—委内瑞拉BIT》第II(2)条的措辞,缔约双方没有在公平公正待遇条款中明确提及国际最低待遇标准,所以在本案中,不应将公平公正待遇等同于国际最低待遇标准,而应将其视作一项独立自主的外资待遇标准。^①仲裁庭指出,虽然委内瑞拉不是《维也纳条约法公约》缔约国,但《维也纳条约法公约》所载的条约解释规则反映了习惯国际法,仲裁庭将依据条约解释规则来解释公平公正待遇。^②首先,仲裁庭援引了MTD案依据通常含义解释“公平公正”,即不偏不倚、合法正当;^③为进一步明确公平公正待遇的含义,仲裁庭援引了Rumeli案、Lemire案和Bayindir案,^④归纳出公平公正待遇的要素:不得拒绝司法、透明度要求、非专断与非歧视待遇、保护合理期待、提供稳定和可预见的法律框架以及免受东道国的胁迫和骚扰;最后,仲裁庭援引了Mondev案^⑤认为违反公平公正待遇不需要达到难以容忍或令人震惊的程度,必须具体情况具体分析。^⑥

综上所述,仲裁庭认为委内瑞拉损害了Crystallex公司依其具体承诺产生的合理期待,并且委内瑞拉拒绝继续颁发许可证的行为缺乏透明度,判定委内瑞拉违反了公平公正待遇条款。^⑦

(三) Allard 案

在2016年Allard案中,申请人是Peter A. Allard先生(一名加拿大商人,以下简称Allard),被申请人是巴巴多斯共和国。申请人称在其收购和开发巴巴多斯生态旅游景点期间,被申请人未能提供合理的和必要的保护措施,间接导致该生态旅游景点遭受污染,损害了投资者的合理期待,违反了《加拿大—巴巴多斯BIT》第II(2)条,即“任何一方应对缔约他方的投资或投资者:a.根据国际法原则给予公平与公正待遇;b.给予充分的保护与安全”。申请人认为《加拿大—巴巴多斯BIT》第II(2)条没有提及国际最低待遇标准,因此不能将公平公正待遇等同于国际最低待遇标准。但即便如此,如果东道国行为损害了投资者的合理期待,那么东道国就违反了公平公正待遇条款。^⑧被申请人则认为公平公正待遇与国际最低待遇标准相同,并且违反公平公正待遇条款的门槛是很高的,巴巴多斯没有损害申请人的合理期待。^⑨

该案仲裁庭于2016年6月27日作出裁决。仲裁庭认为无需判断公平公正待遇是等同于国际最低待遇标准,还是一项独立自主的外资待遇标准,本案的关键在于从申请人的诉讼请求——“合理期待”入手,判定东道国是否违反公平公正待遇。仲裁庭指

^① *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, 4 April 2016, para.530.

^② *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, 4 April 2016, para.537.

^③ *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para.113.

^④ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para.609; *Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, para.284; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para.178.

^⑤ *Mondev International Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002, para.116.

^⑥ *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, 4 April 2016, para.544.

^⑦ *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, 4 April 2016, para.623.

^⑧ *Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award, 27 June 2016, paras.170-171.

^⑨ *Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award, 27 June 2016, paras.180-181.

出, 无论如何解释公平公正待遇条款, 都应涵盖保护投资者的合理期待。而受公平公正待遇保护的合理期待有三个构成要件: 具体的承诺、依赖东道国承诺作出投资决定以及此种依赖是合理的。^①最终, 仲裁庭认为申请人无法证明被申请人作出过具体承诺并且依赖其承诺作出投资决定, 所以巴巴多斯政府没有违反公平公正待遇条款。^②

从上述三起案例可以发现, 对公平公正待遇的解释不尽相同, 并且仲裁庭在解释公平公正待遇时都无一例外地提到了最低待遇标准, 但对二者关系的理解存在明显分歧。究其原因, BITs中公平公正待遇条款的设置过于简单, 仅规定东道国必须给予投资者公平公正待遇, 却未能明确何为公平公正待遇, 无法给予仲裁庭明确指导, 导致仲裁庭在界定公平公正待遇的内涵方面有较大的自由裁量权。

仲裁庭一般采用两种方法界定公平公正待遇的内涵: 其一, 根据仲裁先例, 得出公平公正待遇等同于国际最低待遇标准的结论后, 转而对国际最低待遇标准进行解释; 其二, 根据《维也纳条约法公约》第31、32条习惯国际法规则, 从条约文本出发解释公平公正待遇, 并且为进一步明确公平公正待遇的内容, 根据仲裁先例归纳出公平公正待遇的构成要素。笔者赞同第二种方法, 理由如下:

首先, 根据《国际法院规约》第38条, 国际条约和国际习惯是国际法的主要渊源, 司法判例仅是辅助性资料, 不是国际法的渊源。仲裁庭不应脱离BITs本身, 无视缔约双方的真实意愿。如果条约文本中未明确将公平公正待遇与国际最低待遇标准挂钩, 仲裁庭不能一味地依赖最低待遇标准来界定公平公正待遇, 将二者等同, 而应当基于BITs文本, 适用已经形成习惯国际法规则的条约解释方法来解释公平公正待遇。

其次, 在国际投资仲裁实践中, 仲裁先例对如何解释公平公正待遇有重要参考作用, 有助于进一步明确公平公正待遇的具体内涵。但是, 仲裁庭在援引仲裁先例时应注意: 一方面, 仲裁先例并无强制拘束力, 对后案只有说服的效力;^③另一方面, 仲裁庭有义务在考虑BIT特殊文本以及考量每个案件的特殊案情后, 援引与本案具有相关性的仲裁先例, 以促进法治发展, 提高投资者和东道国对于裁决结果的可预测性。^④

最后, 鉴于BITs中已很少将公平公正待遇与国际最低待遇标准挂钩, 大量的新近国际投资仲裁实践表明公平公正待遇正逐渐成为一项独立自主的外资待遇标准, 部分仲裁庭仍然将目光停留在十几年前, 并且不加以区分地援引与具体案情有明显差异的仲裁先例,^⑤进而将公平公正待遇等同于国际最低待遇标准的做法是不可取的。

这三起投资仲裁案令人深思, 我们需要结合BITs等条约文本和仲裁先例厘清公平

^① *Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award, 27 June 2016, paras.192-194.

^② *Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award, 27 June 2016, para.266.

^③ 徐崇利. 公平与公正待遇标准: 国际投资法中的“帝王条款”?[J]. 现代法学, 2008(5):123-134; 张光. 国家安全审查的国际投资仲裁救济探析[J]. 国际商务研究, 2019(5):62; 张建. 国际投资仲裁中的公正公平待遇及其适用[J]. 大连海事大学学报(社会科学版), 2016(3):69-73.

^④ *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, Award, 17 October 2013, para.83. 该案在ICSID仲裁庭适用仲裁先例时, 最常被援引。

^⑤ 在MNSS案中, 仲裁庭援引Waste Management II案将公平公正待遇等同于国际最低待遇标准。但是Waste Management II案是基于NAFTA的仲裁实践, 关于公平公正待遇条款的表述, NAFTA与MNSS案中《荷兰—南斯拉夫BIT》是不一致的: NAFTA用国际最低待遇标准来限定公平公正待遇(具体请详见下文论述), 《荷兰—南斯拉夫BIT》则没有。

公正待遇的内涵和外延，说明公平公正待遇和国际最低待遇标准的关系，做到准确地适用这一外资待遇标准。

三、公平公正待遇的内涵与外延

(一) 如何界定内涵

我们先从公平公正待遇的产生背景及字面含义入手。公平公正待遇最早可以追溯到1948年世界贸易组织制定的《哈瓦那宪章》，虽然《哈瓦那宪章》并未生效。《哈瓦那宪章》第11(2)(a)条(i)项规定：“世界贸易组织与其他国家间政府性组织一道，建议各国在双边或多边投资协定中纳入公平公正待遇条款，确保一成员国进入另一成员国的企业、技术、资本、工艺以及科技能够受到公平公正待遇”。随后，美国与他国签订的友好通商航海条约包含要求缔约国给予投资者公平公正待遇的条款。

到20世纪50年代，公平公正待遇因Hermann Abs与Shawcross勋爵起草的《境外投资公约草案》以及经济合作与发展组织(OECD)起草的《保护外国人财产草案》得到真正的推广，大量BITs纳入了公平公正待遇标准。

OECD《保护外国人财产草案》中规定：“公平公正待遇条款是双边投资协定的惯例性规定，表明了国际法为各国设定的在保护外国人财产方面的标准……这一标准在效果上应与习惯国际法下最低标准相符”。^①可见最初的公平公正待遇与国际最低待遇标准颇有渊源。

公平(fairness)^②一词在布莱克法律词典中的意思是以平等或合理的方式对待他人。^③那么，公平待遇一般是指在各当事人之间达到平等的效果。^④在国际投资领域，对公平的理解大致有三种：第一，给予外国投资者不低于本国国民的待遇；第二，给予外国投资者不低于国际法规定的待遇；第三，依具体情况判定公平的标准。自然法学者倾向于第三种理解，因为他们认为“公平”一词的具体内涵是由社会条件决定的，它随着社会的演进而发展，并且与宗教、政治、哲学等因素紧密相关。公平的重要特征是“演进性”(evolutionary)。

公正(equity)^⑤一词在布莱克法律词典中的意思是包含公平和正义的一项原则，是不可剥夺的权利，这一概念反映了衡平法对《独立宣言》的影响。^⑥从大众角度来看，公正一词实际上等于自然公正。自然公正无法被司法强制执行，而是依赖于每个人的良知。《国际法院规约》第38条第2款规定，法院经当事国同意可以根据“公允善良”(ex aequo et bono)原则裁判案件。同样地，《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端公约》(The ICSID Convention)第42条第3款规定在当事方同意的

^① OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 1967.

^② 中外BITs文本均将Fair and Equitable Treatment翻译为公平与公正待遇，故此处公平对应Fairness。

^③ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2014.

^④ 肖威. 国际投资法中的“公平与公正待遇”内涵解读[J]. 金陵法律评论, 2013(2):184-194.

^⑤ 中外BITs文本均将Fair and Equitable Treatment翻译为公平与公正待遇，故此处公正对应Equity。

^⑥ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2014.

情况下, 仲裁庭可以依据“公允善良”原则解决争端。这就要求公正地适用法律, 避免出现不合理的结果。

自20世纪60年代以来, 除了北美自由贸易协定(NAFTA)第1105条之外, 大多数BITs再没有明确地将公平公正待遇与国际最低待遇标准相联系。从中可以窥见, 当时各国出于对投资者保护的重视, 纷纷开始主张将公平公正待遇与国际最低待遇标准分离开来, 摆脱国际最低待遇标准的“束缚”, 逐渐将其作为一项独立自主的外资待遇标准纳入到投资协定的文本中。^①这个变化很重要, 也标志着公平公正待遇在新的历史条件下的发展。鉴于此, 仍有仲裁庭将公平公正待遇与国际最低待遇标准相联系, 此种无视缔约双方的真实意愿, 任意解释公平公正待遇的做法是不妥的。

申言之, 《维也纳条约法公约》第31、32条明确规定了条约的解释方法, 并且此种解释方法已形成习惯国际法。^②那么, 在条约没有对公平公正待遇作出解释时, 应当依据条约上下文并参照条约的目的和宗旨, 善意解释公平公正待遇的通常含义, 而不是参考国际最低待遇标准, 由此也支持了公平公正待遇是一项独立自主的标准的观点。

大量仲裁庭的实践也反映了这一点。例如, 在Vivendi案中, 仲裁庭认为将国际法原则等同于最低待遇标准是站不住脚的。首先, 国际法原则的范围大于最低待遇标准, 这意味着条约要求仲裁庭从广义上理解公平公正待遇; 其次, 条约的措辞无疑要求公平公正待遇符合国际法原则, 这是条约设置的最高门槛; 最后, 条约要求我们着眼于当代的国际法原则, 而不是只考虑一个世纪之前的原则。^③在Arif案中, 仲裁庭认为《加拿大一摩尔多瓦BIT》中未将公平公正待遇与国际法原则相联系, 争议双方也未要求将公平公正待遇限制在国际最低待遇标准范围内, 那么, 由于仲裁实践的增多以及习惯国际法的不断发展, 公平公正待遇除了在NAFTA的语境下有着特殊含义, 在其他情况下应被理解为是一项独立自主的标准。^④在SAUR案中, 仲裁庭认为自Neer案以来, 关于外国人待遇的国际法原则已经发生了很大改变, 时至今日, 不应再依据Neer案的标准去定义公平公正待遇。如今的公平公正待遇与上世纪所认为的公平公正待遇是不同的且范围更加广泛。^⑤政府行为违反公平公正待遇标准不再需要达到蛮横、恶意的程度, 必须具体问题具体分析, 依据案件事实和综合各种情况判定政府行为是否违反公平公正待遇标准。

(二) 如何划定外延

随着国际投资的蓬勃发展, 外国投资者不再满足于享受国民待遇, 开始要求更高层次的保护, 尤其是东道国给予投资者的国民待遇低于国际平均水平, 国际最低标准开始进入人们的视野。

① 刘笋. 论投资条约中的国际最低待遇标准[J]. 法商研究, 2011(6):100-107.

② *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, 1991 I.C.J. 53, para.48.

③ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, para.7.4.7; See also *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, 30 July 2010, para.185; *Total SA v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, 27 December 2010, paras.125-127.

④ *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, para.529.

⑤ *SAUR International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/4, 6 June 2012, para.491.

国际最低待遇标准是习惯国际法中关于外国人待遇的一项规范，包含了国家在对待外国人及其财产时必须尊重的一系列最低待遇原则，而不论国家的国内立法和实践如何。国际最低待遇标准还要求东道国必须给予外国人依国际法设定的、独立于本国国民的待遇。东道国若违反该项规范将承担国家责任。^①

学者在定义国际最低待遇标准时，也都明确指出国际最低待遇标准不同于国民待遇。Ian Brownlie指出法学界反对将国际最低待遇标准等同于国民待遇，国际最低待遇标准是文明各国的道德标准。^②Rousseau认为在外国人待遇方面的确存在国际最低待遇标准。任何国家都应该给予外国人受到此种标准待遇的权利，即使该国拒绝给予本国国民此种待遇。^③

1926年Neer案^④是最早涉及国际最低待遇标准的案件之一，详述了违反国际最低待遇标准的门槛。美国认为墨西哥当局没有逮捕和惩处杀害Neer的凶手的行为构成“拒绝司法”，违反国际法。美墨普通诉求委员会认为：“政府行为的适当性应经由国际标准考量。如果一国政府的行为已经达到暴行、恶意、故意漠视的程度，或者一个理性且公正的第三人认为该政府行为是无法容忍的，那么该政府行为违反了国际最低待遇标准”。^⑤

同样在1926年发生的Roberts案，^⑥美墨普通诉求委员会在确定外国人是否真正受到虐待时，认为“给予外国人和本国人相同的待遇是一个重要的标准。但这并不是对国际法下政府行为是否适当的最终考察。概括来说最终标准，应是给予外国人的待遇符合文明各国的普遍标准”。^⑦

从上述两个案子可以看出，最初关于国际最低待遇标准的案例均涉及外国人待遇问题，特别是人身安全保护。因此在此后的一段时间里，国际最低待遇标准通常被理解为包含了拒绝司法理论、对外国人造成损害的国家责任等内容的法律概念。^⑧东道国违反国际最低待遇标准，进而承担国家责任的门槛也极高。此外，美墨普通诉求委员会不加掩饰地指出国际最低待遇标准是文明国家的普遍标准。可见国际最低待遇标准的背后流露着殖民主义时期，殖民地国家所谓的文明国家价值观的“优越感”，它们不信任第三世界国家能够对本国国民给予充分的保护。因此第三世界国家强烈抵制国际最低待遇标准，关于国际最低待遇标准的争论也从未停止，以至于国际最低待遇标准的具体内容十分抽象。

二战结束之后，去殖民化浪潮改变了世界的格局。在国际投资体系建立的过程中，鉴于国际最低待遇标准内容尚不明确，也为了让发展中国家能够接受发达国家提出的主张，发达国家试图用公平公正待遇标准替代国际最低待遇标准，一来新的措辞

① OECD, Fair and Equitable Standard in International Law, Working Papers on International Investment, No.2004/3, September 2004.

② Ian Brownlie, *Principle of International Law*, Oxford University Press, 2003.

③ Charles Rousseau, *Droit International Public*, Dalloz, 1973.

④ Neer, 美国公民，在墨西哥被杀害，但是墨西哥当局没有逮捕和惩处凶手，Neer的遗孀和女儿认为墨西哥当局没有对Neer的死亡进行适当的调查和尽力的追诉。美国方面代表Neer家庭向墨西哥政府索赔。

⑤ *L.F.H. Neer v. United Mexican States*, (1926) IV RIAA 60, p.65.

⑥ Harry Roberts, 美国公民，被关押在墨西哥监狱期间受到了残酷的、不人道的对待，美国方面代表其向墨西哥政府索赔。

⑦ *United Nations, Harry Roberts (U. S. A.) v. United Mexican States*, (1926) IV RIAA 77, p.80.

⑧ UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012.

可以有效淡化分歧,避免谈判陷入僵局;二来引入公平公正待遇实质上扩大了保护范围,提高了保护程度。^①国际最低待遇标准改头换面,向公平公正待遇发生嬗变。这一变化同样值得我们关注。

在晚近的实践中,较早对国际最低待遇标准能有理性的界定,并且将公平公正待遇与最低待遇标准相结合的是NAFTA。NAFTA第1105条第1款,其标题为“国际最低待遇标准”,该条款规定“每一缔约方应给予另一缔约方投资者的投资以符合国际法的待遇,包括公平公正待遇以及充分的保护与安全”。

可惜生效后的NAFTA第1105条存在诸多模糊之处,例如:公平公正待遇的具体内涵仍然不明确,符合国际法是指符合习惯国际法还是普遍意义上的国际法?充分保护的界定标准又是什么?模糊的条款规定所带来的负面影响也很快体现在后续的仲裁实践中。在Myers案中,仲裁庭认为“国际最低待遇标准是一个门槛,公平公正待遇不应低于这个门槛。NAFTA第1105条所表达的是一个整体性概念,公平公正待遇必须与国际最低待遇标准相联系。只有当投资者遭受的不公正、专断的待遇在国际视野下是不可接受的时候,才可以认定政府行为违反了NAFTA第1105条”。^②在Pope & Talbot案中,仲裁庭认为“必须确保NAFTA第1105条中的“公平要素”没有任何适用门槛,即无需考察国际最低待遇标准”。^③可见,仲裁庭对于NAFTA第1105条的理解存在明显分歧。

鉴于此,NAFTA自由贸易委员会(Free Trade Commission, FEC)于2001年7月31日对NAFTA第1105条第1款作出解释:(1)投资者享有的最低待遇是指在习惯国际法下的最低待遇;(2)针对公平公正待遇以及充分保护与安全,东道国不需要提供国际最低待遇标准之外的或额外的待遇;(3)违反NAFTA的其他条款不构成对国际最低待遇标准的违反。至此,可以清晰地看出NAFTA第1105条将公平公正待遇与国际最低待遇标准联系在了一起,用国际最低待遇标准来限定公平公正待遇,以限制仲裁庭对公平公正待遇进行扩大解释。

此时仲裁庭的目光再次被拉回到有关国际最低待遇标准的实践起点——Neer案,但是从NAFTA下的仲裁庭实践来看,这似乎没能达到预期效果。多数仲裁庭认为Neer案并未反映当代国际社会的最低待遇标准。在Mondev案中,仲裁庭认为:“现代国际最低待遇标准的内容不能只局限于20世纪20年代仲裁实践所认定的习惯国际法”。^④在ADF案中,仲裁庭认为:“无论是习惯国际法,还是其范围内的国际最低待遇标准都不是静止的,都在不断发展”。^⑤在Thunderbird案中,仲裁庭认为:“自Neer案之后习惯国际法不断演变,所以不应该僵硬地解释最低待遇标准,而应该反映出习惯国际法的特征”。^⑥在Glamis Gold案中,仲裁庭对Neer案确立的习惯国际法下

^① Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008.

^② *S.D. Myers Inc. v. Canada*, UNCITRAL, First Partial Award, 13 November 2000, paras.262-263.

^③ *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, para.111.

^④ *Mondev International Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para.123.

^⑤ *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, para.179.

^⑥ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award, 26 January 2006, para.194.

的最低待遇标准提出质疑，并且指出“NAFTA成员国(至少有加拿大和墨西哥)已经就Neer案标准不再适用达成共识。但是必须由申请人承担证明责任，证明国际最低待遇标准的内涵已经发生了变化”。^①

可见多数仲裁庭都认为国际最低待遇标准不是停滞不前的，它已经随着时间的推移而发生了演进，但仲裁庭都未能对新标准的具体内容达成一致意见。这也必然会导致依赖国际最低待遇标准解释公平公正待遇，仍然无法明晰公平公正待遇的内容。在仲裁庭拥有较大自由裁量权的情况下，投资者胜诉率上升，东道国根本利益无法得到保障。

(三) 国际最低待遇标准与公平公正待遇之辨析

1999年联合国贸易与发展会议(UNCTAD)发布了一份报告称：将公平公正待遇等同于最低待遇标准是有问题的。如果东道国和投资者没有和相关投资法律文件中清楚地表明这两项待遇标准是可以完全互换的，甚至都没有表达出将二者结合的意图，就意味着大多数国家并不认为二者可以等同。^②笔者认为此种观点是合理的，且公平公正待遇不能等同于最低待遇标准主要体现在以下几个方面：

1. 适用目的不同

从设立国际最低待遇标准的目的来看，国际最低待遇标准最初是为了保护外国人的的人身及财产安全，避免东道国政府针对投资者所实施的行为在国际法下是不可接受的。在Glamis Gold案中，仲裁庭强调：“国际最低待遇标准只是最低的标准，它起着兜底的作用，达不到此种标准的行为都是国际社会所不能接受的行为”。^③因此只有当东道国政府行为对投资者权益造成的损害达到所要求的极限程度时，投资者才可以触发诉讼程序，要求东道国进行赔偿。可见国际最低待遇标准意在通过外交保护机制解决纠纷，而非解决投资者与东道国之间的投资争端。^④

恰恰相反，公平公正待遇正是为了建立门槛较低的保护机制，给予投资者更程度的保护，营造令外国投资者信任的投资环境，从而刺激海外投资。首先，从投资协定文本本身来看，公平公正待遇经常与BITs的序言部分相联系，表明各缔约国关于促进投资与经济合作的意愿。其次，在许多的仲裁实践中，公平公正待遇都被解释为一种具有能动性的标准——“促进”、“营造”、“激励”，是东道国应承担的一项主动义务，而不是对东道国被动行为的一种描述或者不利于投资者行为的规避。^⑤Saluka案就是典型例证，仲裁庭明确指出：“缔结双边投资协定的目的是促进缔约方之间的海外直接投资，其中公平公正待遇条款是为了激励、吸引外国投资者，因为违反公平公正待遇的政府行为的不适当程度比国际最低待遇标准要小一些”。^⑥由此可以看出，公平公正待遇旨在让外国投资者可以及时通过提起诉讼，维护自身合法权益。

^① *Glamis Gold Ltd v. United States*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, paras.600–601.

^② UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 1999.

^③ *Glamis Gold Ltd v. United States*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, para.615.

^④ Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008.

^⑤ *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, para.71.

^⑥ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, paras.292–293.

2. 所涉范围不同

1981年, Francis Mann博士提出:“公平公正待遇所要求的保护范围远大于国际最低待遇标准。它更为客观, 仲裁庭无需考虑什么是最低、中等抑或是平均标准”。^① Francis Mann博士的这段话是有先见之明的, 很多仲裁庭都认为公平公正待遇的范围大于国际最低待遇标准。在PSEG Global案中, 仲裁庭指出在没有违反国际最低待遇标准时, 公平公正待遇仍然能保证正义的实现。^②这意味着公平公正待遇的具体内涵中包含不属于国际最低待遇标准的特殊义务。在Enron案中, 仲裁庭认为在多数情况下, 国际最低待遇标准是模糊的, 而公平公正待遇要求提供额外或超过习惯国际法的待遇。公平公正待遇的范围更加广泛。^③

以透明度原则为例。透明度是一个相对新的概念, 通常被认为是公平公正待遇的要素之一,^④但它没有被包含在国际最低待遇标准中。^⑤虽然在Metalclad案中仲裁庭认为缺乏透明度构成对NAFTA第1105条的违反,^⑥但是这一部分裁决被英国最高院判定无效, 理由是透明度要求不属于习惯国际法。^⑦值得一提的是, 美国在Glamis Gold案中表明:“NAFTA的所有签署国——美国、加拿大和墨西哥, 均认同NAFTA第1105条以及习惯国际法下都不包括透明度要求”。^⑧

3. 界定方法不同

国际最低待遇标准作为一项习惯国际法规则, 界定国际最低待遇标准时需要考虑两个要素: 国家实践和法律确信。一贯的国家实践可以通过批准条约时的声明、相关政府证明、条约实践(例如BITs范本)予以确认, 但在确认一般惯例是否被接受为法律方面, 通常十分困难。也正是因为习惯国际法这样的性质及其发展的方式使得仲裁庭在扩大国际最低待遇标准的具体内涵时十分小心谨慎。在Windstream案中, 仲裁庭认为界定国际最低待遇标准时必须严格考察国家实践和法律确信两大要素, 并且由申请人承担证明责任。如果当事人未能提供充分的证据证明其请求所依据的规则是为国际最低待遇标准所囊括的, 仲裁庭在遵循两大要素界定国际最低待遇标准过程中, 会适当考察其他仲裁庭的实践以及学者观点。^⑨

独立自主的公平公正待遇无需任何一方证明国家实践或法律确信的存在, 从理论上说, 仅需要关注条约本身的用语和细节, 即按照《维也纳条约法公约》第31、32条规定的条约解释方法予以解释。但是由于公平公正待遇本身模糊宽泛的性质, 加之公

① Francis Mann, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, *British Yearbook of International Law*, 1981, 52(1):241-254.

② *PSEG Global, Inc. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, para.239.

③ *Enron Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para.258.

④ *Tecnicas Medwambientaks Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras.153-154; See also *Philip Morris Brands Sàrl and ors v. Uruguay*, Award, ICSID Case No. ARB/10/7, 28th June 2016, para.320; See also *Murphy Exploration & Production Company v. Ecuador*, PCA Case No. 2012-16, Award, 6 May 2016, para.206.

⑤ OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 1967.

⑥ *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para.101.

⑦ *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2 May 2001, 2001 BCSC 664.

⑧ *Glamis Gold Ltd v. United States*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, para.580.

⑨ *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award, 27 September 2016, para.351.

公平公正待遇条款往往规定得不够具体明确，导致传统的条约解释方法对界定公平公正待遇的作用有限。对此，Christoph Schreuer曾指出，通过司法实践使公平公正待遇的内容具体化是可以接受的。^①实践中，多数仲裁庭也往往选择在条约解释之后，归纳以往仲裁庭的实践，总结出违反公平公正待遇的事实情况，进而界定出公平公正待遇的内容。^②例如，在Mondev案中，仲裁庭直接指出不能通过抽象的概念来判断行为是否违反了公平与公正待遇，而是要通过对案件具体分析来判断。^③实践是真正的检验，解释公平公正待遇条款的关键在于对事实的适用。^④

基于上述讨论，笔者认为，公平公正待遇应是一项独立自主的外资待遇标准，除非BITs明确将公平公正待遇与国际最低待遇标准等同。第一，从解决投资争议的实际情况来看，违反公平公正待遇不需要达到难以容忍或令人震惊的程度。所谓“难以容忍”和“令人震惊”这种标准是很难量化的，况且每个个案的事实不同，必须具体情况具体分析，有利于实现个案实体正义；第二，依赖最低待遇标准界定公平公正待遇不能达到澄清公平公正待遇内涵的目的，因为最低待遇标准尚无一个明确、严格的表达方式，发达国家与发展中国家对最低待遇标准的理解也不一致。^⑤国际法院前院长Stephen M. Schwebel曾指出，国际社会没有就最低待遇标准的内容达成共识，^⑥不经过认真讨论就草率地将二者等同是无法令人信服的，对公平公正待遇条款的解释仍旧存在不确定性、不可预测性和不一致性；第三，国际最低待遇标准保障的是习惯国际法下的最低待遇，而公平公正待遇所提供的是更充分的待遇；第四，国际最低待遇标准已经无法满足现代国际投资法的需求，而活跃在BITs条文中的公平公正待遇在国际投资领域正发挥着更加重要的作用；第五，如果我们放任仲裁庭任意扩大解释公平公正待遇的内涵，这将导致越来越多的申诉人基于公平公正待遇条款在仲裁中获胜，无疑损害了东道国主权和国家利益。因此，我们有必要进一步明确界定公平公正待遇的具体内涵。

四、公平公正待遇的具体适用

如前文所述，公平公正待遇具有演进性的特点，它不会被赋予一个确定的、清晰的定义，需要遵循条约解释方法并且结合案件的具体情况对其进行灵活解释。这恰恰是公平公正待遇的优点，因为在实践中无法抽象地去预期投资者会遭受何种损害，独立自主的公平公正待遇有利于在个案中实现实体正义，进而平衡东道国和投资者的利益。

近年来，大量的国际投资仲裁裁决已经大致勾勒出了公平公正待遇的具体适用情

① 徐崇利. 公平与公正待遇标准: 国际投资法中的“帝王条款”[J]. 现代法学, 2008(5):123-134.

② *Philip Morris Brands Sàrl and ors v. Uruguay*, Award, ICSID Case No. ARB/10/7, 28th June 2016, para.319; See also *Crystalllex International Corporation v. Venezuela*, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, 4 April 2016, para.539.

③ *Mondev International Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para.118.

④ *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award, 27 September 2016, para.362.

⑤ Stephen Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, *The British Book of International Law*, 1999, 70(1):99-164.

⑥ Stephen M. Schwebel, *Justice in international law: selected writings of Stephen M. Schwebel*, Cambridge University Press, 2011.

形。虽然仲裁庭所归纳的公平公正待遇的要素不是穷尽的，但我们仍然可以通过考察国际投资仲裁庭的实践，明确目前得到仲裁庭普遍认可的公平公正待遇的内容，有助于进一步思考如何科学地设计公平公正待遇条款。

笔者梳理了2013年至2018年的仲裁案例对于公平公正待遇各要素的认可情况(见图2)。

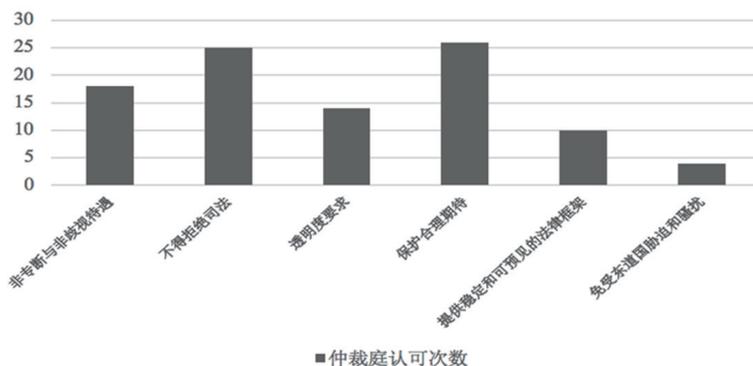
可见，近年来仲裁庭基本认为公平公正的解释要素包括：不得拒绝司法、保护合理期待、非专断与非歧视待遇、透明度要求、提供稳定和可预见的法律框架以及免受东道国的胁迫和骚扰。^①

(一) 不得拒绝司法

不得拒绝司法是公平公正待遇的核心要素之一。第一，仲裁庭一般对拒绝司法作广义解释，认为拒绝司法不限于司法机关的作为和不作为，行政机关的行为也可能构成拒绝司法。具体判断标准是：如果东道国的行为没有给投资者留有进一步补救或上诉的空间，即投资者已经用尽当地救济，那么该行为构成拒绝司法。^②第二，不当拖延审理构成拒绝司法。例如，在Pey Casado案中，仲裁庭认为投资者向东道国法院起诉后，法院无故拖延判决长达7年，导致投资者不能获得终局性裁决，构成拒绝司法；^③第三，东道国未给予投资者提起诉讼、行政复议、听证等正当程序，构成拒绝司法。^④例如，在Metalclad案中，仲裁庭认为东道国未履行通知义务剥夺投资者表明其立场的机会，该行为欠缺正当程序，违反公平公正待遇；^⑤第四，不公正的判决结果构成拒绝司法。例如，在Mondev案中，仲裁庭认为州法院撤销初审法院判决是不恰当的和有损信用的，导致投资者受到不公平和不公正的对待，构成拒绝司法。^⑥

(二) 保护合理期待

保护投资者合理期待在公平公正待遇中扮演了十分重要的角色，被仲裁庭认可次数最多。第一，这种期待建立于投资者作出投资决定之初，并且来源于东道国商业环



来源：作者根据ITALAW网站资料整理所得

图2 公平公正待遇各要素在2013~2018年国际投资仲裁中涉及条款的认可情况

^① *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, 4 April 2016, para.539.

^② *Corona Materials LLC v. Dominican Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, Award, 31 May 2016, para.248.

^③ *Pey Casado and Foundation President Allende v. Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 13 September 2016, para.225.

^④ *Corona Materials LLC v. Dominican Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, Award, 31 May 2016, para.248; *Mondev International Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002, paras.225-226.

^⑤ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para.91.

^⑥ *Mondev International Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002, para.91.

境、立法与行政框架、东道国对投资者作出的具体承诺等；^①第二，东道国经济政策的变化、东道国改变投资者在作出投资时所信赖的安排或具体承诺等都会损害投资者的合理期待。^②除此之外，也有仲裁庭指出东道国实行专断与歧视待遇、以缺乏透明度的方式改变投资者长期依赖的法律框架，同样构成损害投资者的合理期待，违反公平公正待遇，^③这体现出近年来仲裁庭在不断拓宽合理期待的内容，愈加重视保护投资者的合理期待；第三，仲裁庭对合理期待的认定提出了限制条件。如果投资者利益受损是由于普通商业风险，则此种情形不属于损害投资者合理期待。公平公正待遇所保护的投资者期待是在投资背景下合理、合法的期待。^④

(三) 非专断与非歧视待遇

首先，针对东道国专断行为的认定，仲裁庭认为专断意味着基于厌恶或偏好，无理由并且故意忽略事实进行个人裁量，或者漠视法律程序，缺乏司法正当性。^⑤但是，专断行为和非法行为、违反协议的行为不能画等号。例如，在LG&E案中，仲裁庭认为东道国政府为了扭转经济崩溃的形势，经过理性的决策程序采取的一系列措施，不构成专断行为。^⑥其次，与专断行为相比，东道国歧视行为相对容易认定。仲裁庭会选取在相似情况下东道国采取的行为作为“参照物”，判断投资者是否被区别对待，并且这种区别对待是否出于正当原因。^⑦例如，在Saluka案中，仲裁庭认为如果在相似情况下投资者受到区别对待，并且东道国无法给出合理解释，那么东道国的行为将被认为是歧视性的。^⑧

(四) 透明度要求

仲裁庭在考察东道国行为是否满足透明度要求时，主要关注东道国在做出任何可能对投资者产生影响的决策之前，是否已经告知投资者，使其知晓决策背后的目的和理由。简言之，东道国政府与投资者之间的信息交换应当及时、充分并且透明。透明度要求与东道国对外投资法律框架紧密相关。例如，在首次将透明度要求纳入公平公正待遇的Metalclad案中，仲裁庭认为要满足透明度要求，东道国应当在投资者建立、开展、完成投资的过程中，公布所有与投资者投资活动相关的法律规定。此外，东道国提供的这些法律规定不能包含任何令人疑惑或不确定的信息。^⑨可见，透明度要求有利于降低投资风险。东道国透明的法律体系、透明的决策程序，为投资者制定

^① *Murphy Exploration & Production Company v. Ecuador*, PCA Case No. 2012-16, Award, 6 May 2016, para.247; See also *Termosolar B.V. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018, paras.532-533.

^② *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, para.552; *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, para.189.

^③ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para.306.

^④ *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, para.985; *Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award, 27 June 2016, paras.192-194.

^⑤ *UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22 December 2017, para.697.

^⑥ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para.162.

^⑦ *Philip Morris Brands S à rl and ors v. Uruguay*, Award, ICSID Case No. ARB/10/7, 28th June 2016, para.321.

^⑧ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para.313.

^⑨ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para.76.

或改变投资规划提供参考依据。

(五) 提供稳定和可预见的法律框架

提供稳定和可预见的法律框架与透明度要求有内在区别。透明度要求侧重于使投资者及时且充分地了解东道国法律政策的变化,而稳定和可预见的法律框架则要求东道国维持法律政策的稳定性。仲裁庭在认定东道国是否向投资者提供了稳定和可预见的法律框架时,经常援引CMS案。在CMS案中,仲裁庭指出法律和监管环境的稳定性和可预见性是公平公正待遇的基本要素。东道国改变天然气管管理框架的行为在事实上完全改变了投资者在作出投资决定时所依赖的法律和商业环境,破坏了东道国法律框架的稳定性与可预见性,违反公平公正待遇。^①但是,维持法律框架的稳定性与可预见性不影响东道国行使国家经济主权。公平公正待遇从未禁止东道国改变法律规范,除非该法律规范与东道国在吸引投资时作出的具体承诺和表示有关。^②

(六) 免受东道国的胁迫和骚扰

免受东道国的胁迫和骚扰指东道国政府不能以任何形式的胁迫或骚扰行为强迫投资者基于非真实意愿作出利益让渡,旨在保护投资者合法利益。例如,在Pope & Talbot案中,东道国对投资者的投资施加挑衅的、咄咄逼人的“验证审查”,构成胁迫和骚扰;^③在TECMED案中,东道国通过拒绝更新许可证的手段强迫投资者更换垃圾填埋场选址,构成胁迫和骚扰;^④在Desert案中,在法院判决投资者有权获得一定数额赔偿之后,东道国强迫投资者接受赔偿数额减半的调解协议,构成胁迫;^⑤在Total案中,东道国以不公平的方式强制投资者进行以债换股交易,强迫投资者接受对己方更加不利的投资协议条款,构成胁迫。^⑥

综上所述,国际投资仲裁庭已经认定了公平公正待遇的众多适用情形,并且形成了可供后续实践参考的判例。值得一提的是,除了提供稳定和可预见的法律框架和免受东道国的胁迫和骚扰,其余要素都曾在“一带一路”沿线国家关于公平公正待遇的实践中被认可,例如Ioan案(罗马尼亚)、Flemingo案(波兰)、Karkey案(巴基斯坦)、UAB案(拉脱维亚)、Gavrilović案(克罗地亚)等,^⑦这对完善我国与“一带一路”沿线国家BITs中公平公正待遇条款具有重要的参考价值。

同时我们也应牢记,案件的具体情况是无法穷尽的。随着实践的发展,仲裁庭很

^① *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para.267.

^② *Philip Morris Brands Sàrl and ors v. Uruguay*, Award, ICSID Case No. ARB/10/7, 23rd June 2016, para.422.

^③ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Damage Award, 31 May 2002, paras. 68-69.

^④ *Tecnicas Medwambiantaks Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 163.

^⑤ *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, para. 151.

^⑥ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Award, 27 December 2010, para. 338.

^⑦ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013, paras.527-535; *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. the Republic of Poland*, UNCITRAL 2016, para.533; *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim AS v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/13, Award, 22 August 2017, para.562; *UAB E Energija (Lithuania) v. Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22 December 2017, para.841; *Gavrilović and Gavrilović d.o.o. v. Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, para.985.

可能根据新案情增加新的公平公正待遇要素。正如ADF案^①、Mondev案^②以及Saluka案^③仲裁庭所指出的那样,仲裁庭在解释公平公正待遇条款时,必须依据国家实践、司法与仲裁先例或其他一般国际法。因此,公平公正待遇的内容会随着国家实践的不断丰富而发生变化。

五、完善我国国际投资协定中的公平公正待遇条款

虽然目前未有中国投资者或中国作为东道国围绕公平公正待遇条款在国际投资争端解决中心(下称ICSID)或其他国际仲裁庭参与仲裁,但在我国推动建设开放型世界经济、反对保护主义、高质量共建“一带一路”的大背景下,产生此类投资争端的几率大大增加,加之近年来不少“一带一路”沿线国家因违反公平公正待遇条款在ICSID被提请仲裁,宜及早完善我国BITs中的公平公正待遇条款,在保护投资者利益和维护东道国主权之间找到平衡点,以积极适应我国作为“资本输入国”和“资本输出国”的双重身份。

笔者梳理了我国与“一带一路”沿线国家签订的BITs,^④从其中的公平公正待遇条款设置情况来看,大致可以分为5类(如表1所示)。

由表1可以清晰地看出,我国与“一带一路”沿线国家签订的BITs中关于公平公正待遇的规定存在以下不足:

第一,对于公平公正待遇条款的设置缺乏统一标准。有的采取概括性规定、有的将公平公正待遇与国民待遇或最惠国待遇相联系、有的进行了明确列举、有的甚至未规定公平公正待遇条款。诚然,由于不同缔约方对于公平公正待遇的认识、表述习惯以及利益诉求存在明显区别,对于公平公正待遇条款的设置有所差异实属正常,但我国对于公平公正待遇条款应当有自己的统一认识及明确定位,在实际缔约过程中根据具体情况再作灵活调整。

第二,对于公平公正待遇条款的设置缺乏定性表述。我国BITs中的公平公正待遇条款绝大多数是抽象的、不具体的,这使得仲裁庭仅按照条约解释方法无法释明公平公正待遇的具体内容,也无法限制仲裁庭的自由裁量权,解释权最终落入仲裁庭手中。仲裁庭很有可能会从有利于投资者利益的角度对公平公正待遇进行扩大解释,严重损害我国管理外资的主权。

第三,对于公平公正待遇条款的设置缺乏合理解释。我国BITs中仅有一例对公平公正待遇的内容进行描述,但也只包括了不得拒绝公正审理、不得受到明显的歧视与专断待遇,明显不够充分。此外,我国关于公平公正待遇条款最常见的设置形式是

^① *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, para.184.

^② *Mondev International Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002, para.119.

^③ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, paras.282-284.

^④ 截至2019年12月,“一带一路”沿线国家中,伊拉克、约旦、阿富汗、马尔代夫、尼泊尔、不丹、拉脱维亚、黑山尚未与我国签订BIT。

表 1 中国与“一带一路”沿线国家 BITs 中公平公正待遇条款的设置情况表

| 条款规定形式 | 与中国缔结BITs的国家 | 个数 | 备注 |
|----------------|---|----|---|
| 没有规定 | 保加利亚、斯洛伐克、白俄罗斯 | 3 | 条约中比较详细地规定了国民待遇和最惠国待遇 |
| 在序言中规定 | 土耳其 | 1 | 中国与土耳其BIT: 序言 同意为了维持稳定的投资环境及最有效地利用经济资源, 投资将受到公正与公平的待遇 |
| 概括性规定 | 新加坡、马来西亚、缅甸、印度尼西亚、文莱、希腊、塞浦路斯、俄罗斯、格鲁吉亚、塞尔维亚、马其顿、科威特、阿曼、阿联酋、以色列、沙特阿拉伯、叙利亚、也门、印度、埃及、波黑 | 20 | 1.例如: 缔约一方投资者在缔约另一方领土内的投资应始终受到公正和公平的待遇。 2.中国与文莱BIT已签署, 但未生效。 |
| 与国民待遇或最惠国待遇相联系 | 蒙古、泰国、菲律宾、老挝、越南、柬埔寨、孟加拉、伊朗、黎巴嫩、也门、卡塔尔、巴林、埃及、哈萨克斯坦、土库曼斯坦、塔吉克斯坦、巴基斯坦、吉尔吉斯斯坦、阿塞拜疆、波兰、立陶宛、匈牙利、乌克兰、亚美尼亚、摩尔多瓦、爱沙尼亚、捷克、斯洛文尼亚、克罗地亚、罗马尼亚 | 29 | 1.例如: 缔约一方应保证给予在其领土内的缔约另一方的投资公正与公平的待遇, 该待遇依照其法律和法规不应低于给予本国投资者的投资的待遇, 或不应低于最惠国的投资的待遇, 如后者更优惠的话。 2.中国与也门、埃及的BIT中对于公平公正待遇既有概括性规定, 也有要求不低于国民待遇和最惠国待遇的规定。 |
| 明确列举 | 乌兹别克斯坦 | 1 | 中国与乌兹别克斯坦BIT: 第五条 (2)“公正与公平待遇”要求缔约一方不得对缔约另一方投资者粗暴地拒绝公正审理, 或实行明显的歧视性或专断性措施。 |

资料来源: 根据商务部网站资料整理所得

与国民待遇或最惠国待遇相联系, 即要求给予投资者的公平公正待遇不得低于国民待遇、最惠国待遇。这是有一定风险的, 因为各国的法治状况良莠不齐, 依赖国民待遇来设置最低标准对投资者不利。公平公正待遇是一项独立自主的待遇标准, 无须参照其他待遇标准。

针对以上不足, 笔者认为我国应提高对公平公正待遇的重视, 而不是仅在BITs序言或正文中笼统地加以表述。笔者注意到, 自“一带一路”倡议提出以来, 共建“一带一路”倡议以政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通和民心相通为主要内容扎实推进, 取得明显成效, 参与各国得到了实实在在的好处, 对共建“一带一路”的认同感和参与度不断增强。从2013年至2018年, 中国企业对沿线国家直接投资超过900亿美元。2018年, 沿线国家的外商直接投资总额同比增长4.97%, 其中来自沿线国家内部的外商直接投资同比增长4.36%。^①可见, 中国与沿线国家的投资合作日益紧密, 那么正确理解BITs中的公平公正待遇条款, 并且科学合理地设计这一条款, 有利于在我国“走出去”和“引进来”过程中实现投资者和东道国权益保护的平衡。

通过以上梳理和分析, 本文提出了修改条款的思路, 即采用封闭式列举并且设置兜底条款的方式设计我国的公平公正待遇条款范式, 并建议将公平公正待遇条款设计

① 共建“一带一路”倡议: 进展、贡献与展望[EB/OL]. 新华网[2019-12-30]. http://www.xinhuanet.com/world/2019-04/22/c_1124400071.htm.

如下：

第N条：

1.任一缔约方位于另一缔约方领土内的投资者的投资及与投资相关的活动应被给予公平与公正待遇；

2.为进一步明确：

(1)公平与公正待遇包括：保护合理期待、不得拒绝司法、非专断与非歧视待遇、透明度要求、提供稳定和可预见的法律框架以及免受东道国的胁迫和骚扰；

(2)缔约方应定期或应一缔约方请求讨论公平与公正待遇的义务内容。

在设置或完善公平公正待遇条款时，应当充分考虑公平公正待遇的独立自主性，不仅要公平公正待遇与国际最低待遇标准、国民待遇、最惠国待遇等标准系统地区别开来，而且宜根据现有国际投资仲裁实践对公平公正待遇的具体内容予以明确，在封闭式列举的同时保留条款内容调整权，既能避免因条款规定过于抽象带来的公平公正待遇适用上的不一致性和不确定性，也能更好地平衡投资者与东道国的利益，满足我国吸引外资和保护本国海外投资的现实需要。

【作者简介】 林燕萍：华东政法大学国际法学院教授，博士生导师。研究方向：国际私法、国际竞争法等。

朱 玥：华东政法大学国际法学院博士研究生。研究方向：国际投资法。

Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements: From the Perspective of International Investment Arbitration Practice

LIN Yan-ping & ZHU Yue

(International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The fair and equitable treatment is one of the most controversial clauses in international investment agreements. In recent years, academic circles cannot reach a consensus on this issue. It is generally acknowledged that fair and equitable treatment is part of or equivalent to the international minimum standard of treatment. However, from the perspective of investment arbitration practice in the past decade, fair and equitable treatment has gradually changed into an autonomous standard, which is no longer obviously linked with international minimum standard. Therefore, it is necessary to clarify the relationship between fair and equitable treatment and minimum standard of treatment through analyzing typical cases, and put forward some suggestions to improve the fair and equitable treatment clause in BITs between China and OBOR countries, based on the new development of China's foreign investment law.

Keywords: international investment; the Belt and Road; fair and equitable treatment; international minimum standard of treatment; BIT

(责任编辑：黄志瑾)