

## 国际投资法上的公正与公平待遇标准

Catherine Yannaca-Small 著 樊林波、卓海译  
(《国际经济法学刊》第 13 卷第 3 期, 2006 年)

《国际经济法学刊》由中国厦门大学国际经济法研究所创立于 1998 年, 现任主编为中国国际经济法学会会长陈安教授。2006 年起, 《国际经济法学刊》被列入“中文社会科学引文索引”目录。作为中国国际经济法领域内的权威刊物, 《国际经济法学刊》主要刊载国际贸易法、国际投资法、国际金融法、国际税法、国际海事法及国际经济争端解决法方面的论文, 旨在为中国政府对外经贸决策提供参考, 为中外学术交流搭建平台。《国际经济法学刊》目前每年出版一卷, 每卷四期, 由北京大学出版社出版发行。《国际经济法学刊》的网站为 <http://www.chinesejiel.com>

联系地址:

厦门大学国际经济法研究所

福建省厦门市

中国

361005

电话: 86-592-2180079 2181983 2185901

传真: 86-592-2183152

E-mail: [ieli@xmu.edu.cn](mailto:ieli@xmu.edu.cn) [caicongyan@xmu.edu.cn](mailto:caicongyan@xmu.edu.cn)

网址: <http://www.chinesejiel.com>, <http://www.ieli.xmu.edu.cn>

## FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Catherine Yannaca-Small (translated by Fan Linbo and Zhuo Hai)  
(Journal of International Economic Law (China), Vol.13, No.3, 2006)

Journal of International Economic Law(China)was founded in 1998 by the International Economic Law Institute, Xiamen University, the People's Republic of China and the current Editor-in-Chief is Professor Chen An, president of Chinese Society of International Economic Law. In 2006, the *Journal* was listed in Chinese Social Science Citation Index (CSSCI). As a authoritative journal in the international economic law in China, the *Journal* discusses in depth various issues in the field of international trade law, international investment law, international financial law, international taxation law, international maritime law and international economic disputes settlement law, with an aim to become a brain trust for Chinese government's foreign trade and economic decision-making and a bridge of Sino-foreign academic exchanges. The *Journal* currently is published by Peking University Press with one Volume including four issues per year. The official website of the *Journal* is <http://www.chinesejiel.com>

Address:

International Economic Law Institute

School of Law, Xiamen University

P.R. of China

361005

Tel: 86-592-2180079 2181983 2185901

Fax: 86-592-2183152

E-mail: [ieli@xmu.edu.cn](mailto:ieli@xmu.edu.cn) [caicongyan@xmu.edu.cn](mailto:caicongyan@xmu.edu.cn)

Website: <http://www.chinesejiel.com>, <http://www.ieli.xmu.edu.cn>

# 国际投资法上的公正与公平待遇标准

Catherine Yannaca-Small\* 樊林波、\*\*卓海\*\*\* 译

## 前言

公正与公平待遇(Fair and Equitable Treatment, F&E)标准是东道国给予外国直接投资保护的一部分,它经常与其他标准一道被人们所提及。该标准是一种“绝对的”、“确定性的”待遇标准,具体待遇内容要根据特定的适用情形决定,而不同于国民待遇和最惠国待遇原则体现的“相对”待遇标准,依据给予其他投资的待遇来决定。<sup>①</sup>尽管多边贸易和投资文件的最初谈判中曾提及该标准,但该标准主要是经由不断增加的双边投资条约(BITs)网络而发展成为一项原则的。

对于投资条约缔约方互相给予对方投资F&E待遇<sup>②</sup>的义务,政府官员、仲裁员和学者们的解释各不相同。讨论焦点主要集中在该待遇标准是依国际习惯法最低标准进行衡量,还是根据包含其他渊源(如条约普遍规定的投资保护义务和一般原则等)的更广泛意义上的国际法标准进行衡量,或者该标准是条约中一个独立自主的概念,与国际法没有明显联系。讨论这一问题具有广泛意义,特别是考虑到不断增加的审查违反F&E待遇申请的仲裁裁决。

在不同条约中,F&E待遇标准的含义并不必然相同。该标准的适当解释应该根据特定条约中的具体用语、上下文、谈判过程或有关缔约方意图的其它表现形式来确定。直到最近,鲜有人尝试清楚地阐述该标准本身的规范内容。一种观点认为,该标准之所以含糊不清,主要是为了使仲裁员在特定争端中能够为实现条约目的而阐明条约原则的范围。然而,许多政府担心对仲裁员的指导越少,仲裁员的自由裁量权就越大,越近似于根据公平合理原则进行仲裁,即根据仲裁员对“公平”和“公正”的理解做出裁决。

OECD曾经两度提及F&E待遇:一次把它与国际法要求的最低标准<sup>③</sup>相联系;一次把它与国际法一般原则<sup>④</sup>相联系。不过,两次都没有全面分析其具体内容<sup>⑤</sup>。此后,判例不断发展,该标准的规范内容逐渐明晰。

本文提供有关F&E待遇标准的裁决、文献和国家实践方面的事实资料,考查该标准的起源及其在国际协定和国家实践中的应用(第一部分)、该标准与国际习惯法最低标准的关系(第二部分)和仲裁庭确定的该标准的规范内容所含的要素(第三部分)。

## 一、F&E待遇标准的起源及其在当前国际协定和国家实践中的应用

### (一) 该标准的起源

最早提及“公正”待遇的是《哈瓦那宪章》,该宪章第11条第2款规定应确保外国投资享有F&E待遇。该条规定国际贸易组织(ITO)可以:1. 建议并促进就所设计措施达成双边或多边协定……;2. 确保一成

\* Catherine Yannaca-Small 是 OECD 金融和企业事务局投资部负责人及法律顾问。

\*\* 译者系西北政法政法大学国际法学院副教授。

\*\*\* 译者系西北政法政法大学国际法学院国际法硕士研究生。

<sup>①</sup> See UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s*, 1998. Also see A. A. Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University Press (1962), pp. 135-141, 214-215.

<sup>②</sup> 不同投资条约的做法各不相同。有些明确依照国际法界定该标准,如法、美、加缔结的条约;其他则没有提到国际法,如荷兰、瑞典、瑞士及德国缔结的条约。德国 BIT 范本规定:“每一缔约方……应在任何情况下给了这些投资以 F&E 待遇”;瑞士 BIT 范本规定:“每一缔约方投资者的投资及回报应始终被给予 F&E 待遇……” See UNCTAD, *op. cit.* n. 1.

<sup>③</sup> Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention, OECD, pp.13-15, 1967.

<sup>④</sup> Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries OECD, 1984.

<sup>⑤</sup> 1967 及 1984 年, OECD 的工作主要基于国家实践和文献。

员国境内来自另一成员国的企业、技能、资本、工艺以及科技享有公正与公平的待遇。

特别是，应授权ITO旨在促进技能、工艺、科技、材料以及设备的“公平分配”的安排，同时适当考虑所有成员国的需要。各成员国应当承认各国都有权决定外国投资者的准入条件，有权制定针对投资所有权的“公正条款”，有权在顾及现有和未来投资的情况下规定“其他合理的要求”。<sup>⑥</sup>由于许多未决问题，一些主要发达国家未能批准该《宪章》，致使战后有关贸易和投资的第一次多边努力归于失败。

区域层面，1948年第九届美洲国家国际会议通过了《波哥大经济协定》，<sup>⑦</sup>该协定除涵盖其他事项外，还包括对外国投资者充分保护的条款。该协定第22条规定：“外国资本应享有公正待遇。因此，各国同意不采取不公正、不合理或歧视性措施损害他国国民依其所有的企业或所提供的资本、技能、工艺、或科技而合法获得的权利或利益”。<sup>⑧</sup>与《宪章》一样，该协定也因缺乏支持而未能生效。

双边层面，一战后发展起来的美式《友好通商航海条约》(FCN条约)在保护外国人人身和财产方面包含有参照国际法标准。在准备《宪章》后的一段时间，“公正”及F&E待遇条款开始出现于美国FCN<sup>⑨</sup>条约中。支持者把该标准当作是对抗违反国际上公认规范的国家行为的保障。<sup>⑩</sup>

1959年，在德意志银行董事长Herman Abs及英国总检察长Shawcross勋爵共同领导下完成了《境外投资公约草案》，该草案第1条规定“每一方应始终确保他方国民的财产享有F&E待遇”。<sup>11</sup>，由此促成德国对OECD的一项提议，认为应起草一个有关私人财产国际保护的公约。

60年代初，OECD范围内开始进行集中的讨论，并最终于1967年10月12日由OECD理事会通过了《保护外国人财产公约草案》。<sup>12</sup>该草案第1条a项规定，“外国人财产待遇：每一方应始终确保他方国民的财产享有F&E待遇……”。尽管该《公约草案》从未开放签署，但却代表了OECD成员国关于投资问题的集体观点和主导倾向，并且影响了当时对外国投资的审议模式。该《公约草案》中的“确保公正与公平待遇”要求比之前的文件更为强调该标准。

## (二) 该标准在当前国际协定和国家实践中的应用

### 1. 双边条约

60年代末以来，发达国家和发展中国家间缔结了大量BITs，其中OECD《公约草案》的影响很明显。具有显著地位的主要特征之一就是F&E待遇的规定。然而，尽管大部分BITs对该标准均有规定，某些亚洲国家缔结的条约并没有全部规定该标准（例如巴基斯坦、沙特阿拉伯以及新加坡所签署的某些条约）<sup>13</sup>。近年来，即使那些传统上主张对外资进行国家控制，因而倾向于规定国民待遇而非F&E待遇的国家也开始在其BITs中纳入F&E待遇标准。智利<sup>14</sup>与中国<sup>15</sup>的BIT，以及秘鲁与泰国，保加利亚与加纳，阿联酋与马来西亚缔结的BITs都含有F&E待遇标准。<sup>16</sup>在此范围内值得注意的是那些拉美国家，它们自20世纪初就接受卡尔

<sup>⑥</sup> 虽然此规定作为先例是有价值的，但其本身不能向投资者保证此待遇标准，仅授权ITO建议在将来协定中纳入此标准。

<sup>⑦</sup> See Stephen Vasciannie in, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, the *British Yearbook of International Law*, (2000), vol. 70, pp. 99-164.

<sup>⑧</sup> 此外，它还规定缔约方不得设置那些“不合理或不公正的障碍，以阻止其他国家获取经济发展所需的资本、技能、和科技”。

<sup>⑨</sup> 美国与冰岛（1950）、希腊（1954）、以色列（1954）、法国（1960）、巴基斯坦（1961）、比利时（1963）和卢森堡（1963）所缔结的FCN，包含有明确的保证，即外国人人身、财产、企业及其他利益将受到“公正待遇”；而其他条约，包括与德意志联邦共和国、埃塞俄比亚及荷兰缔结的条约，对外国投资程序中所涉及的一系列相似事项则采用“F&E待遇”的用语。Vandeveldt认为，美国采用的F&E待遇用语与各种FCN条约中所规定的“公正待遇”是等同的。See Vandeveldt *The Bilateral Treaty Program of the United States*, *Cornell International Law Journal*, 21 (1988) pp. 201-76.

<sup>⑩</sup> J.C. Thomas, *Reflection on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (2002) 17 (1) pp.21-101.

<sup>11</sup> Abs and Shawcross, *The Proposed Convention to Protect Foreign Investment: A Round Table: Comment on the Draft Convention*, *Journal of Public Law*, 9 (1960), pp. 119-24.

<sup>12</sup> See *op.cit.*n.3

<sup>13</sup> See *UNCTAD, op.cit.* n.1, p.54.

<sup>14</sup> Model Treaty, Article 4 on the Treatment of Investments (1994), *op.cit.* n.1, p.54.

<sup>15</sup> Article 3 of the Model Treaty, *op.cit.* n.1.

<sup>16</sup> See *ICSID Investment Laws of the World: Bilateral Investment Treaties (1972-)*.

沃主义，<sup>17</sup>且坚决回避F&E待遇条款。

新一代协定，如美国与澳大利亚<sup>18</sup>、多米尼加及中美洲<sup>19</sup>、智利<sup>20</sup>、摩洛哥<sup>21</sup>及新加坡<sup>22</sup>缔结的自由贸易协定（FTAs）投资章节更具体地规定，缔约方有义务“给予所涵盖投资以符合国际习惯法的待遇，包括F&E待遇及充分保护与安全”。澳大利亚—泰国FTA<sup>23</sup>第909条也规定缔约方应确保境内外国投资享有F&E待遇。

## 2. 多边文件

多边框架内，《联合国跨国公司行为守则草案》第48条规定<sup>24</sup>：“根据/遵照跨国公司营业地所在国的法律、法规和行政管理制度以及所在国政府自愿承担的政府间责任/依照国际义务/依照国际法跨国公司应享有公平的/公正的/以及无歧视的待遇”。

尽管在最后文本（1986年）中，各国对以上大部分问题都没有达成一致意见，但谈判方同意《守则》规定各国应给予跨国公司“公正”待遇。

《1985年建立多边投资担保机构公约》第12条d项规定，为担保某项投资，MIGA自身必须确信相关东道国已经为投资提供F&E待遇及法律保护。<sup>25</sup>这不仅是为了降低所担保投资的风险而采取的审慎标准，而且是MIGA执行该公约第2条和第23条项下任务的方式之一，以促进投资流向并停留在发展中国家（包括促进投资保护）。

《1992年世界银行外国直接投资待遇指南》第3条第2款规定：“各方应依据《指南》中建议的标准给予其境内任何他国国民设立的投资以F&E待遇”。第2条第3款进而指出，应给予外国投资者待遇标准的问题包括人身与财产权利的安全、许可证和执照的授予、收入和利润的转移以及资本的汇回等。根据该指南的提议，F&E待遇是一个包罗万象的规定。

1990年《第四个洛美协定》<sup>26</sup>，“非洲、加勒比、太平洋国家集团与欧洲经济共同体（EEC）第四公约”及1987年《东南亚国家联盟促进和保护投资条约》第4条对该标准都有规定。<sup>27</sup>

MERCOSUR成员国<sup>28</sup>于1994年签署的《相互促进和保护投资科罗尼亚议定书》明确规定，“在任何时候”都要给予各成员国的投资者F&E待遇，而促进和保护来自非成员国投资的附加议定书也规定给予非成员国的投资以相同待遇。<sup>29</sup>

《东非与南非共同市场条约》（1994年）第159条也要求成员国给予私人投资者F&E待遇。

《北美自贸协定》（NAFTA）第1105条第1款规定：“每一方应给予另一方投资者的投资以符合国际法的待遇，包括F&E待遇以及充分保护与安全”。

《OECD多边投资协定草案》（1998年）前言指出，“公平、透明及可预见的投资制度补充且有益于世界贸易体制”，同时在“一般待遇”条款项下规定：“每一缔约方应给予其境内的外国投资以F&E待遇以及充分和持续的保护与安全。在任何情况下，缔约一方给予的待遇不能低于国际法的要求”。

<sup>17</sup> 根据卡尔沃主义，这些国家不愿意缔结那些规定涉及外国人财产争端的案件管辖权由国内法庭转移到国际法庭的条约。

<sup>18</sup> 美国—澳大利亚 FCN 签署于 2004 年 3 月 1 日。

<sup>19</sup> 美国、多米尼加共和国及中美洲 FCN 签署于 2004 年 8 月 5 日。

<sup>20</sup> 美国—智利 FCN 签署于 2003 年 6 月 6 日。

<sup>21</sup> 美国—摩洛哥 FCN 签署于 2004 年 6 月 15 日。

<sup>22</sup> 美国—新加坡 FCN 签署于 2003 年 5 月 6 日。

<sup>23</sup> 澳大利亚—泰国 FCN 签署于 2003 年 10 月 19 日。

<sup>24</sup> UNCTC, *The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, Current Studies, Series A (New York, 1986) UN Doc. ST/CTC/SER. A/4, Annex 1.

<sup>25</sup> 《公约》第 12 条 (d) 项规定：为担保投资，应使该机构满意以下条件：(1) 该投资的经济稳健性及其对东道国的发展有所贡献；(2) 该投资符合东道国的法律法规；(3) 该投资与东道国宣布的发展目标和优先发展对象相一致；以及 (4) 东道国的投资条件，包括该投资将受到 F&E 待遇和法律保护，at <http://www.miga.org/screens/about/convent/convent.htm>.

<sup>26</sup> 《第四个洛美协定》自 1990 年 3 月 1 日起有效，为期十年。

<sup>27</sup> 该东盟条约是文莱、印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡以及泰国等国政府间为促进和保护投资而达成的协议。

<sup>28</sup> 成员国为阿根廷、巴西、巴拉圭及乌拉圭。

<sup>29</sup> UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium* (1996) Vol. II, pp. 527-34.

《能源宪章条约》(1995年)也规定应“始终”给予F&E待遇。尽管该条约局限于单一部门,但从F&E待遇角度看它仍然意义重大,因为其成员方包括了接受该标准的若干转型经济体。<sup>30</sup>

最后,2002年《新加坡和欧洲自由贸易联盟协定》第39条规定,每一方应“始终给予另一方投资者的投资以F&E待遇”。

## 二、F&E待遇及其与国际习惯法最低标准的之关系

如上所述,有关F&E待遇的讨论主要集中在该标准是否要求对东道国的行为以以下标准加以衡量:国际习惯法所要求的国际最低标准;包括所有渊源的国际法标准;独立、自主的条约标准。

### (一) F&E 待遇作为国际习惯法要求的最低标准<sup>31</sup>的一部分

根据国际习惯法,外国投资者应享有一定标准的待遇,任何待遇如果低于该标准,便会引起国家责任<sup>32</sup>。F&E 待遇已被确认为国际法所要求的对外国人及其财产的最低待遇标准的要素之一<sup>33</sup>。这种观点得到

<sup>30</sup>包括亚美尼亚、阿塞拜疆、白俄罗斯、保加利亚、克罗地亚、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦及土库曼斯坦。

<sup>31</sup> 该国际最低标准是规制外国人待遇的国际习惯法之规范,通过规定国家在处理外国国民及其财产时必须尊重的一套最低的原则,而不顾其国内立法与实践。国民待遇原则可预见外国人只能期望与国民的待遇平等,国际最低标准确定一系列由国际法所确立的国家必须给予外国人的,那些与已赋予其自己公民之待遇相独立的基本权利。对此规范的违犯产生东道国的国际责任并可能为代表受伤害的外国人提起国际诉讼开辟道路,只要该外国人已用尽当地救济。对此原则的经典专论为 A. H. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden, 1949. Roth 指出(p. 127): “……该国际标准仅仅只是一套相互联系且源自一般国际法之某一特定规范之规则,换言之外国人的待遇受国际法调整。See also I. Brownlie, *Principle of International Law*, Oxford, 2003, p. 502: “……法律学说反对对国民待遇原则等同于‘国际最低标准’,‘文明各国的道德标准’。See also C. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1970, p. 46: 该学说的绝大部分认为其在此方面存在有国际最低标准,据此国家得给予外国人某些权利……即使在其拒绝给予其国民同样待遇的情况下。The American Law Institute's *Restatement(Second) of Foreign Relations Law of the United States* (1965, par. 165.2) 指出:“国际正义标准……是就外国人的待遇规定的标准如 (a) 由国际习惯、司法判决和仲裁裁决以及其他因缺乏此类可适用原则而认可的渊源所确立的国际法适用原则, (b) 由有相当发达的法律制度的国家普遍所认可的相似正义原则。”

<sup>32</sup> 以往,在外国人财产及投资的待遇存在国际最低标准的主张不断遭到挑战。在 20 世纪的多数时间里,它是发达国家与发展中国家引发紧张关系的对象,数个国家否认存在(或持续存在)有关国际最低标准的习惯法规范。这种紧张关系在多个方面均有所体现,如国际联盟和联合国国际法委员会编纂有关外国人伤害的国家责任之法律方面未能达成协议。联合国跨国公司委员会和中心的工作同样由于在对外国财产的待遇相关问题上存在根本分歧而遭受挫折。由于在联合国大会拥有压倒多数票数,广大发展中国家得以主张将国民待遇原则作为在征收案件中的规则,《经济权利与国家义务宪章》以 104 票赞成,16 票反对(绝大多数为发达国家)及 6 票弃权通过,联大会议决议 3281 (XXIX 1974 年)。在一段时期里,这种立场得到许多学者,尤其发展中国家学者的支持。See G. Roha., *Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?*, *American Journal of International Law*, 1961, pp. 863 ff; See also M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 1994, pp. 126 ff. and P. Juillard., *L'évolution des sources du droit des investissements*, *Recueil des Cours*, Tome 250, 1994, p. 83.

<sup>33</sup> 判例法指向许多可以适用国际最低标准概念的领域,包括 a) 涉及外国国民案件中的司法,常与拒绝司法概念有关(see US and Mexico General Claims Commission, *Janes Claim*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 1926, IV, p.82.); b) 在押外国人待遇:本案中美国和墨西哥总索赔委员会认为在押人员所受待遇与国民平等“并非是依据国际法对当局行为正当性的最终标准”。广义而言,“此标准是指外国人是否受到依文明国家的一般标准”(see US and Mexico General Claims Commission, *Harry Roberts Claim*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 1927, IV, 77); c) 充分保护与安全,常常被理解为东道国采取一切合理措施以实际保护资产和财产免遭特别针对外国人或特定外国人群的威胁或袭击之义务,(see G. Sacerdoti, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, *Recueil des Cours*, Tome 269, 1997, p.347)。理论界通常认为,后一种标准规定“应使东道国在保护外国投资方面负有适当注意的一般义务,而非创设使东道国对任何投资破坏负责的‘严格责任’,即使该破坏是由其不会归属于国家的个人所为。” See. Dolzer and M. Stevens in *Bilateral Investment Treaties*, *ICSID*, 1995; d) 虽然没有人质疑东道国享有一般意义上的驱逐权,但在执行时已经援引过最低标准,据此对相关人士造成的伤害应为最少。这方面的经典判例为 Boffolo 案, United Nations, *Reports of International Arbitral*

了若干学者的支持。<sup>34</sup>, <sup>35</sup> 近来提出的问题是：最低标准的内容是限于 20 世纪初 Neer 案和 Roberts 案<sup>36</sup>中的解释，还是指在大量 BITs 的影响下不断发展的国际习惯法。

如第一部分所述，若干国际文件中都有关于 F&E 待遇的详细说明—除 NAFTA、美国诸自由贸易协定和 OECD《公约草案》的评述—但大都没有提及国际法标准。<sup>37</sup>然而，许多 BITs 在涉及 F&E 待遇的地方都提到了国际法，特别是法国、日本、英国和美国缔结的 BITs，以及美国和加拿大新的 BIT 范本。

### 1. 国际文件与国家实践

在《OECD 保护外国人财产公约草案》第 1 条的注释和评述中，负责该草案的委员会指出，F&E 待遇概念来源于“公认的国际法一般原则，即国家负有尊重和保护其他国国民财产的义务”。该委员会还指出：

“有关双边协定中的习惯用语‘F&E 待遇’，指的是国际法所确立的各国应给予外国国民财产的待遇标准。该标准要求—为了基本安全利益—根据该《公约》给予的保护一般应是有关成员国给予其本国国民的保护，但是，由于是国际法规定的，所以当一国国内法或行政实践低于国际法的要求时，该标准可能更为严格。该标准要求的效果上和作为国际习惯法一部分的‘最低标准’相一致。”<sup>38</sup>

瑞士外交部 1979 年发布的一份声明也支持了 F&E 待遇指的是最低标准的主张。<sup>39</sup>

如上所述，NAFTA 第 1105 条明确把 F&E 待遇当作是国际法要求的一部分。在 NAFTA 体制内，早期仲裁庭对 F&E 待遇条款的解释各不相同。为了明确第 1105 条第 1 款，NAFTA 自由贸易委员会 (FTC) 于 2001 年 7 月 21 日作出了有拘束力的解释。根据该解释：<sup>40</sup>

第 1105 条第 1 款规定缔约他方投资者的投资所享有的最低待遇标准，就是国际习惯法所提供的对外国人的最低待遇标准。

F&E 待遇”及“充分保护和安全”的概念不要求给予国际习惯法关于外国人最低待遇标准之外的待遇。

对 NAFTA 其他条款或其他独立国际协定的违反，并不构成对 NAFTA 第 1105 条第 1 款规定的违反。”

就 FTC 解释的意思及内涵，在 ADF 集团公司诉美案<sup>41</sup>中，美国指出：NAFTA 第 1105 条第 1 款所指国际习惯法并没有“冻结在当时”，最低待遇标准确实在不断发展演化。在美国看来，FTC 的解释指的是“当今现存”的国际习惯法。<sup>42</sup>

---

Awards, 19 03, X, p.528。

<sup>34</sup> Gann, The US Bilateral Investment Treaty Program, *Stanford Journal of International Law*, 21 (1985); Huu-Tru, “Le réseau suisse d’accords bilatéraux d’encouragement et de protection des investissements”, *Revue générale de droit international public*, 92 (1988); Paterson, Canadian Investment Promotion and Protection Treaties, *Canadian Yearbook of International Law*, 29 (1991).

<sup>35</sup> 某种不相同但却相关的观点由 UNCTAD 在其“九十年代中期的双边投资条约” (1998 年) 研究中已有表述：“……本标准涵盖一系列国际法原则，包括非歧视、外国财产的保护义务及国际最低标准。”

<sup>36</sup> 1926 年 Neer Claim 案判决是有关国际最低标准的里程碑式判例。该案赔偿请求由美国代表在墨西哥反常情况下被杀的 Paul Neer 一家向美国墨西哥索赔委员会提出。该索赔请求主张墨西哥政府在起诉相关责任人方面存有注意过失因此它应补偿该家庭。该委员会认定墨西哥当局未能逮捕或惩罚那些杀害美国公民的犯罪人员本身并未违反外国人待遇的国际最低标准。该委员会的下列表述已成为经典的法官意见 (*dictum*): “政府行为是否适当应依国际标准衡量……对外国人的待遇应当达到暴行、背信弃义或故意漠视责任方能构成国际违法行为，或者不当政府行为是如此偏离国际标准以致任一理性公正的人都能毫无困难地予以认定。至于该不当是源于对合理法律的不当执行，还是源于该国的法律使当局不能够符合国际标准，并不重要。” *United Nations, Reports of International Arbitral Awards*, 1926, IV, pp. 60ff.

<sup>37</sup> Sacerdoti 注意到此种未能参照国际标准是“……可能避免围绕后者之歧异的一种办法，以便给其以直接内容。” *op.cit.* n.34.

<sup>38</sup> See *op.cit.* n.3

<sup>39</sup> On se réfère ainsi au principe classique du droit des gens selon lequel les états doivent mettre les étrangers se trouvant sur leur territoire et leurs biens au bénéfice du “standard minimum” international, c’est-à-dire leur accorder un minimum de droits personnels, procéduraux et économiques., *Annuaire Suisse de Droit International*, 178 (1980), quoted by Dolzer and Stevens, *op. cit.* n. 33.

<sup>40</sup> 该解释是依据 NAFTA 第 2001 (2) 条作出的，本条授予 FTC 解决该协定在解释或适用中可能出现的争议。第 1131 (2) 条规定 FTC 对该协定条款的解释应对依第 11 章 B 段所成立的仲裁庭具有拘束力。

<sup>41</sup> *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No ARB(AF)/00/1, Award, 9 January, 2003, paragraph 179, p. 86 referring to the Transcript of the Oral Hearing, Vol. II, 16 April 2002, pp. 492-493. Also Post Hearing Transmission of the United States, 27 June 2002, p. 20.

<sup>42</sup> Transcript of the Oral Hearing, Vol. II, 16 April 2002, pp. 492-493. Also Post Hearing Transmission of the United States, 27 June 2002, p. 20.

就F&E待遇标准和国际最低标准的关系，加拿大在NAFTA生效时就已确定。加拿大在其NAFTA实施声明中指出：<sup>43</sup>

“规定与国际法相一致的待遇，第1105条的目的在于确保NAFTA缔约方的投资者的投资享有最低待遇标准……该条基于国际习惯法中存在已久的原则规定了最低的绝对待遇标准”。

加拿大同意美国有关最低待遇标准不断发展的观点。在ADF案中，加拿大指出：“加拿大从不认为，有关外国人待遇的国际习惯法在Neer案时‘凝结在琥珀中’。显而易见，在2002年震惊或异乎寻常的事件与1926年人们认为震惊或异乎寻常的事件是不同的。加拿大一贯认为国际习惯法在与时俱进，但违反最低待遇标准的门槛依然很高”。<sup>44</sup>

在同一背景下，墨西哥纠正了其提交给Pope & Talbot案仲裁庭的辩护词的解释。墨西哥认为，尽管Neer案确立的标准确实在继续适用，“政府对投资采取的行为必须达到严重不当，明显不公或用Neer案中的经典表述即暴行、背信弃义或者故意漠视责任”，墨西哥同样认为，“该标准是相对的，同样一项行为也许在20世纪20年代是不违反国际法的，但在今天却很可能被认为是明显违反了国际上广为接受的原则”。<sup>45</sup>

迄今为止，对于美国政府谈判达成的所有双边投资条约，其国会都是在一般待遇条款包含国际习惯法最低待遇标准的基础上才予以批准的。<sup>46</sup>1994年美国BIT范本第2条第3款a项规定：

“各方在任何时候都应给予涵盖投资以F&E待遇及充分保护和充分安全，并且在任何情况下所给予的待遇不能低于国际法的要求”。

新的2004年美国BIT范本<sup>47</sup>第5条及最近缔结的美国许多FTAs<sup>48</sup>有关投资章节规定得更详细，试图界定最低待遇标准。它们规定：

“各方应给予涵盖投资以符合国际习惯法的待遇，包括F&E待遇及充分保护和充分安全。

确切地说，（第1款规定的）给予涵盖投资的最低待遇标准即国际习惯法给予外国人的最低待遇标准……”

给予F&E待遇的义务包括在刑事、民事及行政司法程序中，不得拒绝给予世界主要法律制度都包括的正当程序原则所要求的司法公正的义务……

美国缔结的许多FTAs中都附加有解释性条款，据此“国际习惯法”的含义应是“各国基于法律义务所遵从的普遍的和一贯的国家实践”……“国际习惯法上外国人最低待遇标准指的是保护外国人经济权利和利益的所有国际习惯法原则”。这证实了各方的观点，即该标准是国际习惯法的标准，并非条约标准。

加拿大新的外资保护和促进协定（FIPA）范本<sup>49</sup>中有类似的表述，把F&E待遇和最低标准联系起来：

“最低待遇标准确保投资者的投资享有与国际习惯法原则相一致的F&E待遇及充分保护和充分安全。最低待遇标准规定了一个‘底线’，以确保投资享有的待遇不低于普遍接受的国际习惯法标准认为适当的待遇”。

## 2. 国际组织

联合国跨国公司中心发布的一份研究指出：“F&E待遇是一项传统的国际法标准”，“传统国际法理论认为某些要素是F&E待遇的确定内容，包括不歧视、国际最低标准和东道国保护外国人财产的责任”。<sup>50</sup>

<sup>43</sup> 加拿大有关实施NAFTA的声明, *Canada Gazette, Part I, Jan. 1, 1994, at 149.*

<sup>44</sup> *Second Submission of Canada Pursuant to NAFTA Article 1128, 19 July, 2002, para. 33.*

<sup>45</sup> *Second Submission of the United Mexican States in the Matter of ADF Group Inc. v. United States of America, 22 July, p. 15.*

<sup>46</sup> Andrea Menaker, *Standard of Treatment: National Treatment, Most Favored Nation Treatment & Minimum Standard of Treatment, APEC Workshop on Bilateral and Regional Investment Rules and Agreements, APEC Committee on Trade and Investment Experts Group, p. 107.*

<sup>47</sup> 双边投资协定的范本见 <http://www.state.gov/e/eb/rls/prsr/2004/28923.htm>.

<sup>48</sup> 与澳大利亚, 中美洲, 智利, 摩洛哥以及新加坡签署的 FTAs, *see op. cit.* n. 18-23.

<sup>49</sup> 新 FIPA 范本, at [http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/what\\_fipa-en.asp](http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/what_fipa-en.asp).

<sup>50</sup> United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC), *Bilateral Investment Treaties, (1988), p.42.*



世界贸易组织秘书处为贸易与投资关系工作组准备的一份文件<sup>51</sup>中写道,“F&E待遇”原则植源于国际习惯法,并且被普遍认为“涵盖不歧视原则,以及与外国投资者待遇有关的其它法律原则,但是比最惠国待遇标准和国民待遇标准更为抽象”。这份文件回顾了准确界定该原则的困难,并且参考了OECD(保护外国人财产公约草案)和联合国国际贸易法委员会(F&E待遇文件)<sup>52</sup>的有关文献和实践。

### 3. 案例

#### (1) 双边投资条约案件<sup>53</sup>

在亚洲农产品有限公司(AAPL)诉斯里兰卡共和国案中,Asante法官在其反对意见中对F&E待遇的含义作了具体评述,尽管多数裁决与之并无多少关联。在指出F&E待遇与“充分保护和安全”二者并列之后,Asante法官假定它们暗含着相同的待遇标准。他进而考虑F&E待遇的含义,在主要参考了OECD保护外国人财产公约草案的评述后,着重指出F&E待遇与国际法最低标准相一致。

在Elettronica Sicula Spa(ELSI)(美国诉意大利)案中,国际法院(ICJ)的判决指出,意大利—美国FCN条约中的持续保护和安全的义务,不是承诺美国投资者在任何情况下都不会有妨害发生,意大利政府对部分由美国投资者所有的一家破产意大利公司的征用并没有违反该规定。法院还裁决该要求应依“最低国际标准”衡量,当地司法程序上16个月的迟延并没有违反该标准。然而,Schwebel法官在反对意见中表达了不同的观点。他复查了该条约补充协定的准备资料和前言,推断该条约及其补充协定的内在原则之一就是“公正待遇”。<sup>54</sup>据此他得出结论认为,意大利当局发布的不利于ELSI公司的征用命令剥夺了股东对公司的控制权,构成了对公正待遇原则的违反。

在另一个提交ICJ的案件石油平台(伊朗诉美国)案<sup>55</sup>的初步反对程序中,ICJ面临的问题是,1955年《伊朗—美国友好经济关系及领事权利条约》是否构成ICJ管辖权的基础。该条约第4条第1款规定一方有义务以F&E方式对待另一方的公司。ICJ判决认为,该条没有涵盖伊朗所控诉的美国政府的行为。尽管ICJ没有具体阐述该标准的含义,但Higgins法官在独立意见中表达了如下观点:

在海外投资保护领域,“‘给予国民和公司以F&E待遇’及‘不合理的歧视性措施’是众所周知的两个富有技巧的法律用语,这正是那里所提出的……”

在美国贸易与制造公司(AMT)诉扎伊尔案<sup>56</sup>中,ICSID仲裁庭认为,扎伊尔到处存在的抢劫对AMT的投资造成了损失,违反了1989年美国—扎伊尔BIT中F&E待遇标准及充分保护和安全条款。仲裁庭认定扎伊尔已“明显地违反国际法所要求的最低标准”<sup>57</sup>,并且指出:

“根据BIT条款规定,AMT所享有的投资保护和待遇必须与其所适用的法律相一致,并且丝毫不能低于国际法所认可的标准。对仲裁庭而言,这项最终的要求在决定(东道国)责任方面意义重大,因此,它是一项客观义务,不能低于国际法所要求的最低标准的注意和照顾”。<sup>58</sup>

<sup>51</sup> WTO, Working Group on the Relationship between Trade and Investment, *Non-Discrimination, Most-Favoured-Nation Treatment and National Treatment*, Note by the Secretariat, WT/WGTI/W/118, 4 June 2002.

<sup>52</sup> WTO 总干事在向投资与贸易关系工作组提交的有关透明度概念的文件中指出,某些案件中F&E待遇原则被解释为“要求当事各方坚持基本的透明度规范”(WTO关于投资与贸易关系工作组:《秘书处关于透明度的说明文件》,WT/WGTI/W/109, 27 March 2002).

<sup>53</sup> 此处的双边条约包括友好通商航海条约、睦邻友好条约以及现代双边投资条约。

<sup>54</sup> *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (US. V. Italy)*, 1989, I.C.J. 15, reprinted in 28 *International Legal Materials* 1109. Also see Murphy, *The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice*, *Yale Journal of International Law*, 16 (1991), pp. 391-452.

<sup>55</sup> *Oil Platform (Iran v. United States)*, 1996, I.C.J. 803 (Preliminary Objection).

<sup>56</sup> *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (US) v. Republic of Zaire*, ICSID case No. ARB/93/1 Award, 21 February, 1997, reprinted in 36 *International Legal Materials* 1531 (1997).

<sup>57</sup> AMT para. 6.10. p. 30.

<sup>58</sup> *Idem*, para. 6.06, p. 29.

在Alex Genin公司及 A.S. Baltoil诉爱沙尼亚案<sup>59</sup>中，申请人试图取得其在一家爱沙尼亚金融机构中投资的损失赔偿。ICSID仲裁庭首先考虑了爱沙尼亚银行的某些行为是否构成对1994年美国—爱沙尼亚BIT规定的F&E待遇及非歧视与非专断待遇义务的违反，然后驳回了申请人的赔偿请求。仲裁庭指出：

“……根据国际法，此要求通常被理解为，‘提供独立于东道国国内法的基本的一般标准’。尽管该标准的准确内容并不清楚，仲裁庭认为它所要求的是独立于国内法的国际最低标准，确实，那是一个最低标准。（原文强调）”。

在CME诉捷克案<sup>60</sup>中，申请人CME收购了捷克境内的一家合资传媒公司。CME的声称中包括，捷克共和国传媒理事会的行为违反了荷兰—捷克BIT中的F&E待遇条款。仲裁庭指出：

“不能由行为一方当局者根据其对本国国民所使用的标准来决定行为是否为F&E，而应适用根据国际法可接受的标准”。

为了认定根据国际法可接受的标准，该仲裁庭援引了某权威学者<sup>61</sup>的观点。

在西方勘查与生产公司(OEPC)诉厄瓜多尔案<sup>62</sup>中，OEPC声称，根据厄瓜多尔的法律，OEPC有权要求返还增值税，但厄瓜多尔当局拒绝归还。这一行为违反了美国—厄瓜多尔BIT第2条第3款a项F&E待遇的规定。该条规定，无论在任何情况下，给予投资的待遇不应低于国际法所要求的标准。该仲裁庭审查了“该条约所要求的F&E待遇是否比国际习惯法所规定的更高”，然后裁定，本案BIT的标准与国际习惯法所要求的最低标准没有不同。<sup>63</sup>

在CMS天然气运输公司诉阿根廷案<sup>64</sup>中，仲裁庭考查了F&E待遇标准是要求独立于国际习惯法的更高的标准，还是与国际习惯法最低标准相一致的标准。并最终裁定该标准与国际习惯法最低标准是相同的：

基于正式的法律及合同承诺产生的F&E待遇的条约标准，以及该标准与商业环境的稳定性和可预期性的联系与国际法最低待遇标准及其在国际习惯法中的演变是殊途同归的。<sup>65</sup>

## (2) NAFTA 案件

在Mondev案中，Mondev的子公司指控波士顿市政府违反了在波士顿开发购物中心的合同。初审法院判决该子公司胜诉，但是州司法法院于1998年撤销了初审法院的判决，Mondev根据NAFTA第11章针对美国提请仲裁。仲裁庭特别依据“F&E”和国际习惯法上“最低待遇标准”的关系对F&E待遇作了宽泛解释，并依据最低标准不断发展的特点进行了推理。裁决<sup>66</sup>指出，“仲裁庭无需对提交予其的与FTC2001年7月31日解释有关的所有争议做出裁决”。但是，裁决认为，

“毋庸置疑，第1105条第1款的解释，把国际习惯法上外国人最低待遇标准作为给予NAFTA缔约他方投资者投资的最低待遇标准，此处‘国际习惯法’特指NAFTA生效时的国际习惯法。它不限于19世纪的国际法，甚至20世纪上半叶的国际法，尽管那时裁决仍然与之有关。在主张第1105条第1款是指国际习惯法时，FTC解释应包含现行国际法，其具体内容根据已经缔结的2000多个BITs和大量FTAs而确定。大部分这些条约一致规定给予外国投资者及其投资F&E待遇及充分保护和安全的。”<sup>67</sup>

<sup>59</sup> Alex Genin, *Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v. Republic of Estonia*, ICSID Case no ARB/99/2 (Award) (June 25, 2001) [rectification denied], at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>.

<sup>60</sup> *CME (Netherlands) v. Czech Republic* (Partial Award) (13 September, 2001) at <http://www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp>.

<sup>61</sup> 该仲裁庭援引 Detlev Vagts 教授在《强迫与外国投资再安排》中的论证，72 A.J. I. L. 17 (1978)，针对 CME 的权利时是否发生了强迫征用确立了适当的门槛：“取消投资者赖以从事营业的特许经营权、许可或授权，除非依据其中规定的条件；以及为了使投资者营业无利可图，缺乏善意政府目的的管制行为（或缺乏善意时机）”。

<sup>62</sup> *Occidental Exploration and Production Company (OEPC) v. The Republic of Ecuador* (Case No UN 3467) Final Award, July 1, 2004, available at <http://www.asil.org/ilib/ilib0713.htm>.

<sup>63</sup> Award see *op. cit.* n.64, paras 188-190.

<sup>64</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* (Case No ARB/01/8) Award, May 12, 2005.

<sup>65</sup> *Idem* para 284

<sup>66</sup> See *Mondev International LTD v. United States of American*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2 (Award) (11 October, 2002).

<sup>67</sup> *Idem* para. 125.

仲裁庭认为，“如果此种实践和它所反映的众多条款被解释成与1927年Neer案（在一个截然不同的背景下）中的含义一致，将会是令人吃惊的”。<sup>68</sup>

同时，“第1105条第1款并未有授予NAFTA仲裁庭不受限制的自由裁量权，即由其主观决定在各案中什么是‘公平’或‘公正’……仲裁庭要受来自于国家实践和仲裁庭裁决而确立的最低标准的约束，不能简单地采用自己所偏好的有关‘公平’或‘公正’的标准”，而不参照已有的法律渊源。<sup>69</sup>

在UPS公司诉加拿大案中，仲裁庭承认FTC解释对NAFTA仲裁庭有约束力。<sup>70</sup>仲裁庭还认为“给予F&E待遇并不要求高于或超出最低标准的义务”；相反，“该义务包含在最低标准中”。<sup>71</sup>

在ADF公司诉美国案中，ADF要求美国赔偿由于联邦立法和现行法规规定联邦资助的国家高速公路项目只能使用国产钢给其造成的损失。在最终裁决中，ICSID附设仲裁庭承认FTC解释有约束效力，并主要依据Mondev案裁决阐述了F&E待遇指的是国际习惯法最低标准，探讨了该标准不断演化发展的性质。

仲裁庭根据NAFTA各成员方关于习惯法不断发展的立场，表达了如下观点：

“……国际习惯法所投射出来并不是1927年Neer案裁决作出时的外国人最低待遇标准的静止图像。无论是国际习惯法还是其所包含的给予外国人的最低待遇标准，都处于不断的发展之中”。<sup>72</sup>

仲裁庭的疑问是：“一般国际习惯法要求东道国给予境内外国投资以‘F&E待遇’及‘充分保护和安全的’，本案中所涉及的美国措施与该标准相一致吗？”<sup>73</sup>仲裁庭指出：

“我们并不确信，投资者已经证明在现行国际习惯法中存在着给予外国投资以F&E待遇及充分保护和安全的普遍的自主性要求（自主性，也即来源于处理特定、有限关系的具体规则）。本案投资者没有证明此种要求已经由现存的数百个BITs纳入现行国际习惯法体系。目前的状况很有可能是这样的，无论是一致的国家实践还是司法或仲裁判例法都没有令人信服地证明支持投资的立场（或者该问题的反证）”。<sup>74</sup>

与Mondev仲裁庭一样，ADF仲裁庭指出：“任何给予F&E待遇及充分保护和安全的一般要求都必须接受国家实践、司法或仲裁判例法、习惯或一般国际法的其它渊源的约束”。<sup>75</sup>仲裁庭据此驳回投资者的请求。

在Loewen公司及Raymond L. Loewen诉美国案<sup>76</sup>中，Loewen及其前任董事长兼首席执行官Raymond Loewen于1998年10月提请仲裁，声称美国应对1995—1996年间密西西比州法院的一份不利于该公司的陪审团裁决造成的损失负责。<sup>77</sup>在最终裁决中，ICSID仲裁庭承认根据NAFTA第1131条第2款的规定，FTC解释有约束力。本案申请人对该解释没有异议，但声称Loewen所受的待遇违反了最低标准。仲裁庭指出：<sup>78</sup>

“依委员会的解释，F&E待遇及充分保护和安全不是独立的义务。它们仅仅在国际习惯法承认的限度内才构成义务。同样，对NAFTA其他条款的违反并不构成对1105条第1款的违反。在此程度上，如果有的话，NAFTA仲裁庭在Metalclad, S.D. Myers及Pope & Talbot案中也许表达了相反的观点，但对那些观点无须理睬。”

仲裁庭注意到，“整个审理（在地方法院）及其随后裁决明显不当、不可信，与国际法最低标准以及F&E待遇不符”。<sup>79</sup>然而初审法院的行为并没有使美国达到违反‘F&E待遇’的程度，因为还不确定美国没

<sup>68</sup> *Idem* para. 117.

<sup>69</sup> *Idem* para. 119.

<sup>70</sup> “...And in any event the FTC’s interpretation is binding on Chapter 11 Tribunals including this one”. *Award on Jurisdiction*, para. 96.

<sup>71</sup> *Idem*, para. 97.

<sup>72</sup> *Id.* para. 179, p. 86.

<sup>73</sup> *Id.* para.186, p. 90.

<sup>74</sup> *Id.* para.183, p. 88.

<sup>75</sup> *Id.* para.184, p. 89.

<sup>76</sup> See *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of American*, ICSID case no. ARB (AF)/98/3.

<sup>77</sup> Loewen 认为东道国违反了 NAFTA 的三项规定：非歧视原则 (Article 1102)；最低待遇标准 (Article 1105)及禁止无补偿的征收(Article 1110)。

<sup>78</sup> Paragraph 128 of the award.

<sup>79</sup> *Idem* para. 137.

能给申请人提供可以合理利用的充分救济,亦即,还存在上诉的可能性。仲裁庭裁定,Loewen没能证实这些救济是无法合理获得的,特别是诉诸美国最高法院的救济。

#### 4. 著述

Fatouros在比较不确定性标准和确定性标准中指出,“确定性标准具有某些优点,因为其规定的待遇事先可以确定,因此,可推测,该标准不低于一个最低标准”。<sup>80</sup>在“澳大利亚—中国BIT的若干问题”一文中,Mo指出,F&E待遇使缔约方负有“实施与国际标准相一致的待遇措施”的义务。<sup>81</sup> Kohona 提出,“和国际法一致的正义与公正待遇”(如澳大利亚缔结的某些BIT规定的)等同于国际最低标准。<sup>82</sup> Leben 写道,F&E待遇应被认为指的是外国人最低待遇标准,也就是国际习惯法所认定的标准(“与国际法相一致”条款由此而生)。<sup>83</sup> Sacerdoti,在其关于BITs待遇标准的探讨中证实,“合法获得的财产受国际最低标准保护,这个标准经常被界定为F&E待遇”。<sup>84</sup>

Juillard<sup>85</sup>,在对OECD保护外国人财产公约草案评述中写道,尽管它和F&E待遇的关系模糊不清,毫无疑问的事实是,F&E待遇是一项原则;该原则是国际法的一般原则;国际法一般原则是独立存在的,无需条约表述的支持。然而,他坚持认为,各国无法确定该原则内容的事实证实了该共同核心仅是最低核心内容。因为最低核心是各国的最低共识(“给予最低”),最低标准的概念便出现了。他接着援引正义标准解释最低标准的含义。为支持这个观点,他引用了美国对外关系法第二次重述对国际正义标准的界定:<sup>86</sup>

国际正义标准……是外国人待遇所要求的标准:(a)适用依国际习惯、司法和仲裁裁决,以及其他得到承认的渊源所确立的国际法原则,或者在没有此种可适用的原则时,(b)适用拥有合理发展法律制度的各国所普遍承认的类似正义原则。

尽管从发展中国家的视角出发,Robinson指出,F&E待遇“是发达国家对其海外投资所要求的所谓国际最低标准的一个典型范例”,但他认为,在《联合国跨国公司行为守则草案》第48条的谈判过程中,77国集团集体认为F&E待遇的表述等同于发达国家所提倡的国际最低标准。<sup>87</sup>

#### (二) F&E待遇作为包括所有渊源的国际法的一部分

有观点认为,F&E待遇标准没有明确被局限于国际习惯法上的最低标准,所以应该考虑到国际法的所有渊源,包括一般原则、现代条约及其他协定义务。对此,OECD1984年的一份研究及Metalclad案和S.D. Myers案仲裁庭都表达了相同观点。

##### 1. 国家实践

在1984年研究<sup>88</sup>中,OECD审查了成员国缔结的用于保护和促进发展中国家的外国直接投资的主要政府间协定,亦即FCN、投资保证协定、投资保护条约、一般经济合作协定与投资有关的条款及部门或项目协定。此外,成员国对调查表的回复构成了这项分析的基础。

<sup>80</sup> Fatouros, *op. cit.*, n.1.他还补充说,然而,这些标准的概括和抽象,留有一项严重的缺陷。通常很难判定某一特定措施是否与它们相一致,也就是说,用通常的条约术语,是否是“适当的”、“合理的”或者说是“公正的。”

<sup>81</sup> Mo, Some Aspects of the Australia-China Investment Protection Treaty, *Journal of World Trade Law*, 25 (1991), no. 3, pp.43-80, as quoted by Stephen Vasciannie in *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, *op. cit.* n. 7.

<sup>82</sup> Kohona, Investment Protection Agreements: An Australian Perspective, *Journal of World Trade Law*, 21 (1987), pp. 79-103.

<sup>83</sup> Charles Leben, L'évolution du Droit International des Investissements, in *Journée d'études, Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?* organized by the Société Française pour le Droit International (1999) pp.7-28.

<sup>84</sup> G. Sacerdoti, *op. cit.* n. 34.

<sup>85</sup> See Juillard, *op. cit.* n. 32, pp. 132-34.

<sup>86</sup> American Law Institute's Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States, 1965, para. 165.2.

<sup>87</sup> Robinson, Guideline for the Organization of Eastern Caribbean States in Negotiating Bilateral Investment Treaties(undated).See also Robinson, The Question of a reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, *UNCTC Current Studies, Series A, Number 1* (1986), p. 2. both as quoted by Vasciannie, *op. cit.* n.7.

<sup>88</sup> See *op. cit.* n. 4.

根据所有成员国对此的评述，“即使没有明确规定，F&E待遇还是引入了一项实质的法律标准，指的是国际法一般原则，<sup>89</sup>而且是一般条款，在缺乏更具体的保证时，可以适用于投资待遇的所有方面。此外，它还协定的解释和可能出现的争议的解决提供一般指引”。

根据这项调查，大量的条约中含有F&E待遇原则的条款都特别提及国际法规则和原则。例如法国缔结的一些条约规定“与国际法或国际法一般原则一致的F&E待遇”；美国缔结的条约规定“在任何情况下，投资的待遇、保护和安全都不应低于国际法的要求”；英国缔结的条约规定“自条约终止之日起的规定年限内，应继续对投资进行保护，不损及此后一般国际法原则的适用”。

## 2. 案例

在Metalclad公司诉墨西哥案<sup>90</sup>中，Metalclad声称其子公司COTERIN在墨西哥Guadalajara市建造的的危险垃圾处理场由于墨西哥政府的有关措施而不能经营。Metalclad的仲裁请求中包括：Guadalajara市的职权行为缺乏透明度，违反了NAFTA第1105条；在请求提起后墨西哥颁布的生态法令违反了第1110条关于征收及赔偿的规定。为了界定1105条项下墨西哥政府义务的范围和性质，Metalclad案仲裁庭援引了NAFTA的许多其他条款，包括前言和第18章有关透明度的规定。<sup>91</sup>，<sup>92</sup>

仲裁庭认为，透明度义务是保证投资者根据第1105条享有最低标准待遇的责任的组成部分。仲裁庭裁决“墨西哥未能对Metalclad的商业计划和投资提供透明的、可预见的法律体制”，因而违反了第1105条。

对此，墨西哥在英属哥伦比亚地区寻求对Metalclad案裁决要求进行司法审查。哥伦比亚最高法院认定本案仲裁庭超越管辖权，因为作为裁决依据的透明度义务是在第11章范围之外，不属于根据第1116条和1117条<sup>93</sup>授权仲裁庭的有限管辖范围。法院认为，仲裁庭不仅对1105条第1款做了扩大解释，以包含NAFTA第18章项下的透明度义务，而且没有援引任何权威论述或证据以证明透明度义务已成为习惯法的一部分。最高法院强调此处“国际法”指“国际习惯法”，有别于协定国际法。法院也不同意Pope & Talbot案仲裁庭的分析（见下文）。

在S.D. Myers公司诉加拿大案<sup>94</sup>中，S.D. Myers公司声称加拿大禁止出口PCB废品到美国的行为违反了NAFTA第11章。该公司根据UNCITRAL仲裁规则提起仲裁请求。在针对1105条的申请中，S.D. Myers公司声称，加拿大以歧视性、不公正方式颁布出口禁令的行为构成拒绝司法，并违反了国际法上的善意原则。

仲裁庭认为，“公正与公平”及“充分保护和安全”条款必须与国际法上的待遇结合起来理解。<sup>95</sup>仲裁

<sup>89</sup> 大量国际法规则的产生并非是各国在条约中明确表示同意。“这些其他类型的国际法有时被称为‘一般国际法’或‘普遍国际法’，但它们为人们所知晓是因其所具有的更具体的名称：国际习惯法，国际法之一般原则，自然法，强行法与衡平法。尽管表现形式多样，并非基于条约形成的国际条约规则具有某些特征；其中，此类规则比国际条约规则更为普遍地适用于各国。然而，此类规则因其表述普遍较不确定因而在实践中受到较多质疑”。W. Janis, *An Introduction to International Law* (2<sup>nd</sup> edition), Little, Brown and Company, 1993 p. 41。

<sup>90</sup> ICSID Case No ARB/AF/97/1, Tribunal Decision August 30, 2000. The text of the award is published in *ICSID Review – FILJ* (2001)16.

<sup>91</sup> 墨西哥认为，该仲裁庭对在习惯法中没有的协定透明度义务的引入与扩展构成对管辖权的超越。透明度是一个在国际贸易法中发展而来的协定国际法概念（GATT Article X），而非来源于作为1105条所规定的最低待遇标准的概念来源的国际投资保护法体系。

<sup>92</sup> 为避免仲裁庭做此种解释，最近美国签署的FTAs和新的美式BIT中的F&E条款规定，“已对本协定另一规定的违反或对一独立国际协定的违反的认定并不能确定为对本协定的违反”。加拿大新的BIT范本规定：“……仲裁庭认定一当事方已违反FIPA之另一项义务的事实，如国民待遇，并非意味着该违反构成对最低待遇义务的违反”。

<sup>93</sup> Article 1116 is on “Claim by an Investor of a Party on behalf of itself”. Article 1117 is on “Claim by an Investor of a Party on behalf of an Enterprise”.

<sup>94</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, (November 13, 2000), Partial Award. *International Legal Materials* 408.

<sup>95</sup> 就第1105条而言，该仲裁庭指出不能孤立地理解F&E待遇及充分保护与安全之术语，而应整体予以理解，且该术语“必

庭确认,“最低标准”条款的纳入是为了避免否则可能出现的差距。“一国政府可能以苛刻的、有害的、不合理的方式对待投资者,但是这样的方式和其国民所遭受的待遇没有不同……‘最低标准’是个底线,即使一国政府的行为没有歧视,外国投资者享有的待遇也绝对不能低于该底线”。不过,即便对最低标准持此立场,仲裁庭还是引用了Mann博士有关公正与公平内容的陈述。<sup>96</sup>尽管承认当代评论家可能认为该陈述“过于笼统”,占多数的两位仲裁员仍然裁定,就本案事实而言,对第1102条(国民待遇)的违反从根本上构成了对第1105条的违反。通过这项裁决,仲裁庭把对国际条约规则(国民待遇)的违反等同于对最低标准的违反,尽管两个条款在形式、内容以及宗旨上各不相同。<sup>97</sup>

### (三) F&E待遇作为独立自主的条约标准

#### 1. 案例

在Pope & Talbot公司诉加拿大案<sup>98</sup>中,仲裁庭对第1105条作了扩张性解释。该案中,申请人对加拿大—美国的软木采伐协定的实施和根据该协定确定的出口配额提出质疑,声称多处违反NAFTA。仲裁庭承认第1105条“提出[F&E待遇及充分保护和安全的]诸要素包含在国际法的要求之中……”。但是,仲裁庭指出:

对第1105条中公正要素的另一种可能的解释是它们是高于国际法要求的标准。即根据NAFTA,投资者享有国际法上的最低标准待遇以及公正诸要素的要求。然而,第1105条的用语并无此意,因为该条规定公正诸要素是包含在国际法中的……。

仲裁庭裁决指出:

……仲裁庭认为第1105条规定涵盖投资者和投资享有在NAFTA各国适用的一般标准项下的公正要素,而没的设定门槛要求被诉行为必须“极其过分”、“令人愤慨”、“令人震惊”或其他异乎寻常。<sup>99</sup>

没有一个案例把BIT中的F&E待遇标准作为独立的条约标准。然而,在Tecmed S.A.诉墨西哥案<sup>100</sup>中,仲裁庭提到这种解释是替代性方式之一,但仲裁庭还是裁决赔偿请求违反了善意国际法原则。本案中申请人向ICSID附设仲裁庭提请仲裁,声称墨西哥政府不给予其危险垃圾处理场重新颁发执照的行为违反了西班牙—墨西哥BIT规定的各种权利和保护。ICSID仲裁庭裁决指出:

“该协定第4条第1款项下F&E待遇承诺的范围……或依自主的解释,即根据通常含义(《维也纳条约法公约》第31条第1款)考虑该协定第4条第1款的用语,或依国际法和善意原则解释,总之都要在确定该协定项下义务的范围和应遵守的有关行为的基础之上进行评价”。

#### 2. 文献

在此问题上,多数评论家都广泛引用Mann博士<sup>101</sup>的观点,认为他的观点是主要的不同声音。Mann博士的论述主要涉及英国的BIT。

在他看来,投资应享有F&E待遇及充分保护和安全的权利构成“高于一切的义务”。该义务比仅仅禁止武断的、歧视的待遇和虐待行为的要求要宽泛,它还包括其它标准,因为“协定中提供实质保护的其他

---

须与引导词联系起来理解……符合国际法的待遇”。根据该条款的基本目的及措辞,仲裁庭认为:“仲裁庭认为仅在如下情形下对违反了第1105条,即有证据表明对待投资者的方式不适当或任意专断,投资者所受待遇从国际层面看达到令人无法接受的程度。做出决定时必须充分尊重国际法通常赋予内国当局管制其境内事项的权力,也应考虑适用于该案的任何国际法具体规则。”

<sup>96</sup> F.A. Mann, *British Treaties for the Formation and Protection of Investment*, *British Yearbook of International Law* 24, 244 (1981).

<sup>97</sup> See J.C. Thomas, *op. cit. n. 10*.

<sup>98</sup> *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, Award on the Merits (April 10, 2001).

<sup>99</sup> 该仲裁庭通过表达此观点不予适用首次有最低标准表述的20年代初期各个案件中所表达出的标准。

<sup>100</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. the United Mexican States*, ICSID case No ARB(AF)/00/2 (Award) (May 29, 2003).

<sup>101</sup> F.A. Mann, see *op. cit. n. 96*.

条款很可能仅仅是体现该义务的具体例子和特定情形”。他接着指出，把公正与公平等同于最低标准是个误导，因为“F&E待遇条款适用的范围远远超出最低标准，它比之前使用的词语提供的保护更为广泛，规定的标准更为客观。仲裁庭不用去关注所谓最低、最高或平均标准，只决定在所有情形之下，所涉及行为是否公正与公平还是不公平与不公平。它比其他任何词汇所界定的标准都重要。应当独立地、自主地地理解和适用该条款。”<sup>102</sup>

在一年后发表的论文中，Mann<sup>103</sup>在表述用F&E待遇时使用了不同的，较谨慎的措辞。他写道：

“某些情形下，确实，条约仅仅是在重复本质上由国际习惯法所要求的义务，也许用语稍有不同；最重要的例子就是人们熟悉的条款，据此国家负有互相给予对方国民F&E待遇的义务，该义务在法律上不大可能达到超出善意作为或禁止虐待或专断行为的义务”。

Dolzer and Stevens<sup>104</sup>指出，“BIT缔约方认为其有必要把该标准作为明示义务进行规定，而不是依靠援引国际法—由此引入如最低标准这样相对模糊的概念，这一事实很可能是F&E待遇作为独立自主的条约标准的证据。而且，一些条约在F&E待遇之外还提及国际法，这表明条约重中国际法标准与BIT中的F&E待遇条款是一致的，只不过前者是后者的补充”。

根据UNCTAD<sup>105</sup>秘书处的研究，把F&E待遇等同于国际最低标准在某些政策方面存在问题：

如果各国和投资者都认为F&E标准可以完全与国际最低标准互换，他们会在有关投资文件中明确表明这一点；但是大多数的投资文件并没有将二者明确联系起来。因此，不能轻易论断大多数国家和投资者都毫无疑问地认为F&E待遇等同于国际最低标准。

可能是因为没有充分注意到国际法上有关国际最低标准的众多争论，才会试图把二者等同起来。更具体地说，虽然发达国家大力支持国际最低标准，但是许多发展中国家传统上对该标准是否属于国际习惯法持保留态度。

UNCTAD的研究接着指出，“F&E待遇并不是国际法最低标准的同义词。二者可能在诸如武断对待、歧视和不合理等问题上大量重叠，但是投资文件中的F&E待遇条款并不自动包含对外国投资者的国际最低标准待遇。在适用F&E标准时，核心问题很简单，即在所有情形而下，所涉行为是公正与公平的还是不公平与不公平的。

对此，Vasciannie<sup>106</sup>指出，“根据1969年《维也纳条约法公约》第31条第1款，毫无疑问，文义解释的方法是与国际法的解释规则是完全一致的”。<sup>107</sup>

### 三、仲裁庭界定的该标准内容的含义与要素

---

<sup>102</sup> 对此，两位学者注意到，和注意到 NAFTA 仲裁庭论争中出现了一种新观点：“国际习惯法中有关外国人及其财产公正与公平待遇的规范正在不断演化。在墨西哥求偿委员会受理的求偿案中并未要求适用 Mann 博士的观点所反映的当代国际法标准，这在当时并不奇怪。Mann 博士的观点与 F&E 待遇应依国际习惯法来评估这一观念并不矛盾；相反，它反映了对当代扩大着的国际习惯法的理解。Patrick G. Foy and Robert J.C. Deane, *Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement*, *ICSID Review –Foreign Investment law Journal*, Volume 16, Number 2, Fall 2001.

<sup>103</sup> F.A. Mann, *The Legal Aspects of Money* (1982) p. 510.

<sup>104</sup> See *op. cit.* n. 34.

<sup>105</sup> Fair and Equitable Treatment, *UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, 1999.

<sup>106</sup> Vasciannie, *op. cit.* n.7.

<sup>107</sup> 《维也纳条约法公约》第 31 (1)条规定：“条约应诚实地依据赋予该条约之术语在其上下文中的一般意义和依据其目标和宗旨加以解释。”

由于对于F&E待遇标准的内容无法达成共识，致使在界定该原则在保护国际投资和限制国家主权的规范作用方面发生争论。<sup>108</sup>

尽管多数BIT规定所涵盖投资和投资者应享有F&E待遇，但对于该原则的准确含义缺乏共识。<sup>109</sup> 对此，Muchlinski教授<sup>110</sup>指出：

“人们未能准确界定F&E待遇这一概念。这导致有关投资者由于损害其利益的歧视或其他不公平措施而未能受到良好对待的主张大相径庭。因此，这一概念的内容需要依据具体事实来确定。至多，在投资者待遇问题方面，这一概念包括非歧视和比例原则”。

Juillard教授<sup>111</sup>认为，投资协定规定F&E待遇标准为解释协定其他条款及填补条约漏洞提供了基本的辅助性要素。他还主张，对F&E待遇——“不确切的观念”——的解释随着仲裁庭的“裁判”工作而逐步发展。

仲裁庭在这方面确实取得了一些成果。在解释F&E待遇标准时，他们超越了对F&E待遇标准与国际习惯法所确定的最低标准之间关系的具体讨论，尝试去确定该标准所包含的要素。这些要素可分为四种<sup>112</sup>：（1）适当注意与保护义务；（2）正当程序，包括不得拒绝司法及不得专断；（3）透明度与尊重投资者的合法期待；及（4）自治性的公平要素。

### （一）适当注意与保护义务

在大量裁决中，仲裁庭都有提及适当注意义务，而且，为了界定国家的作为或不作为是否违反了F&E待遇及充分保护与安全，还把其表述为在保护外国投资时负有适当谨慎义务<sup>113</sup>。在这些案件中，F&E待遇以及“充分保护与安全”标准相互连接，仲裁庭将二者一起审查。前一标准，即充分保护与安全，经常作为独立的义务规定在条约中，且主要适用于外国投资受国内暴乱或实际暴力影响的情形。适当注意义务已被认为是一种源于国际习惯法的标准。<sup>114</sup>

在亚洲农产品有限公司 (AAPL) 诉斯里兰卡案<sup>115</sup>中（见上文），主要问题之一就是斯里兰卡—英国BIT第2条第2款中政府对“充分保护与安全”的保证，是否为每一缔约国当事方创设了严格责任义务。Asante法官在发表不同意见时，对F&E待遇的含义做了如下评述：

第2条第2款规定了外国投资保护的一般标准。F&E待遇、充分保护与安全及非歧视待遇的规定都强调东道国在在保护境内外国投资时负有适当谨慎的一般义务，该义务源于国际习惯法。第2条第2款保护标准的一般性质在缺乏任何具体情形或具体补偿规定时得以体现……有别于第4条和第5条针对具体情形规定

<sup>108</sup> Patrick G. Foy and Robert J.C. Deane, *see op. cit.* n.102.

<sup>109</sup> Rudolf Dolzer and Magrete Stevens, *see op. cit.* n.33.; Mahmoud Salem, in « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Journal du Droit International*, No. 3 (1986) pp.579-626.

<sup>110</sup> Peter Muchlinski, “Multinational Enterprises and the Law” (1995) p.625.

<sup>111</sup> P. Juillard, *see op. cit.* n.32.

<sup>112</sup> 在本文所指的四种因素中，多数仲裁庭界定 F&E 符合国际法的要求，只有一个仲裁庭采用了自治定义。

<sup>113</sup> 对处于国家权力之下的个人行使权力是国际义务之一，这相当于职责和国家授予的权力的注意。国家不负有以一种极端方式阻止某些情形发生的国际义务，但它有义务在其正常职责范围内警惕发生这些情形。未尽此种适当注意便是没有遵守国际法针对国家规定的义务，并无必要涉及该术语通常意义中的过失。Anzilotti, *La responsabilité internationale des États – A raison des dommages soufferts par les étrangers*, *Revue Générale de Droit International Public* (1906) p.291. Brownlie 认为，适当注意标准是国民待遇的一种变体，“有些情况，如战争爆发，可以创设该国际待遇规则的例外，即使其原则上应予适用。如果适用合理注意或适当注意时，则应根据对待自己事务的勤勉注意进行判断，它是一种更为复杂的国民待遇原则的变体”……“它考虑到世界不同国家在财富和教育水平方面的差别，因而不是一个机械的国民标准，而是与平等相联系。尽管二者有时使人混淆，但适当注意不同于国民待遇……” Ian Brownlie, *see op. cit.* n.31, p.504.。在 1929 年《关于国家对外国人所受损害的国际责任的哈佛公约草案》中，“适当注意是一个标准而非定义”，Hildebrando Accioly *Recueil des Cours*, 1959, pp. 400, 401.

<sup>114</sup> Verdross 认为，“在所有矫正措施中，国家必须采取一个普通国家所能进行的行动，以作为预防性措施。因此，根据国际标准原则，我们必须衡量预防性措施或者反应……从国际法观点来看是否充分……依据各国政府的观点【在国际社会有关编纂国际法筹备会议的场合】，考虑给予适当注意对文明国家来说是可以期待的”。*Les Règles Internationales concernant le Traitement des Étrangers*, 37 R.C.A.D.I. 325(1931)。

<sup>115</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. 主要争议之一是斯里兰卡—英国 BIT (1980) 第 2 条第 2 款规定的“充分保护与安全”是否为各方创设了严格责任义务。裁决多数意见及异议意见都否认了严格责任观点。第 2 条第 (2) 款规定：“一方的投资、国民或者公司在另一方境内应始终享有包括充分保护与安全在内的公正与公平待遇”。



具体标准，即针对内乱和征收分别导致的损失。

在美国制造和贸易公司(AMT)诉扎伊尔案<sup>116</sup>中(见上文)，ICSID仲裁庭裁定扎伊尔已“明显没有遵守国际法所要求的最低标准”，其依据下述推理进行裁决：

“[给予F&E待遇及充分保护与安全]义务……构成一缔约方给予另一方国民或公司的投资以保护和安全的保证义务……扎伊尔负有适当注意义务，某种意义上，即扎伊尔……应采取所有必要措施以确保其境内[美国]投资充分享有保护与安全，且不能援引本国立法减损该义务。扎伊尔必须证明已经采取所有谨慎措施保护AMT在其境内的投资”。

在Wena公司诉埃及案<sup>117</sup>中，申请人和国有埃及酒店公司(EHC)签订了管理和改善两家酒店的租赁协议。在发生与该租赁协议有关的争端后，EHC的代理人非法强制夺取了两家酒店。ICSID仲裁庭在解释埃及—英国BIT中的类似规定时裁定：

[东道国]负有适当注意义务，据此应该采取所有必要措施确保其境内投资充分享有保护和安全，且不能援引本国立法减损任何此种义务。

有充分证据证明，埃及明知EHC有夺取两家酒店的意图却未采取防范措施，在非法夺取发生后没有采取任何措施保护Wena的投资，也没有尝试将酒店返还给Wena，并拒绝就此做出补偿，没有对EHC或其高级职员提起指控，“埃及违反了其依据双边投资条约的义务，没有给予Wena的投资以F&E待遇及充分保护与安全”。

## (二) 正当程序/拒绝司法/专断

大部分由于拒绝司法所引发的案件涉及程序事项，在证实及实施投资者的权利方面存在不足<sup>118</sup>。“拒绝司法”<sup>119</sup>原则被认为是国际习惯法的构成(一)部分，它有三种意思<sup>120</sup>。最广义地说，它“似乎涵盖整个国家责任领域，适用于国家针对外国人的所有类型的行为”<sup>121</sup>，包括三个政府部门中任一部门(即行政、立法或司法)的作为或不作为<sup>122</sup>。最狭义地说，它限于“国家拒绝授权外国人向其法院寻求救济，或法院不宣告判决”。折衷地说，它指“与外国人有关的民事和刑事司法机构的行为不当，包括拒绝诉诸法院，程序不当及判决不公”<sup>123</sup>，<sup>124</sup>。本文所考察的多数案例都是在折衷意义上理解F&E待遇，许多案件

<sup>116</sup> American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (US) v. Republic of Zaire.

<sup>117</sup> Wena Hotels Ltd. (U.K.) v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/98/4 (Award) (Dec. 8, 2000), [annulment denied] reprinted in 41 I.L.M. 896 (2002).

<sup>118</sup> E. Borchard 认为，“早在常设国际法院规约第 38 条把‘文明国家承认的一般法律原则’作为国际法渊源前，各国外交部和仲裁庭已经依据此类一般原则制定了宽松的最低标准，持续适用于国家间的实践……众所周知，外国人可以被拒绝给了许多特权……并且可以被限制……在国内法上。然而，东道国法律赋予的外国人的权利必须获得治安和司法保护，任意专断地予以拒绝构成拒绝司法。恶意、欺诈及暴行产生的损害，不能以该国国民也惯常服从为由进行抗辩。”他还认为，尽管很难规定该标准的实体内容，但在程序方面他相信“真正向外国人开放的公正法庭，诚实公正地司法，不带偏见且不受政治控制，似乎构成公正审判的基本要素和所有制度要求的客观公正”。The Minimum standard of the treatment of aliens, *Michigan Law Review*, 1940, vol. 3, No 4. 关于该标准的程序方面，Root(1910)把它描述为“司法标准，非常简单，非常根本且为所有文明国家普遍接受，并构成国际法的组成部分”。Root, *The Basis for Protection to Citizens Residing Abroad*, 4 PROC. AM. SOC. INTL. 16 at 21 (1910).

<sup>119</sup> 拒绝司法原则包括法院在程序和实体两方面的恶行—不当程序与不公裁决。对拒绝司法的这种双重理解在上世纪就很普遍，在学术界、在编纂对外国人国家责任法律的尝试中及仲裁裁决中均如此。See Alwyn v. Freeman “稳定的国际实践……以及绝大多数法律权威承认不仅公然程序不当与缺陷，而且裁决本身存在的严重实体缺陷，均可成为外交抗议的正当理由。”The International Responsibility of States for Denial of Justice, 309 (Kraus Reprint Co. 1970) (1938).

<sup>120</sup> F.V. García-Amador et Al., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (180) 1974.

<sup>121</sup> *Idem*.

<sup>122</sup> Charles de Visser 强调了司法的作用：拒绝司法是组织中或行使司法职能中的任何缺陷，这意味着国家给予外国人司法保护的义务中的缺陷。然而他还补充说，“此种来源于从国内法观点看为源于不同国家权力的事实所显现的缺陷并非很重要……”。“La responsabilité des États, Recueil des Cours (1923) as cited by H. Accioly in Recueil des Cours (1959), *op. cit.* n. 113. Hackworth 在《国际法概论》中指出，“在更为广泛的意义上，拒绝司法可以产生于政府任何三权分支之一的作为或者不作为(行政、立法或司法)”。See also A. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), both as cited by Accioly, *op. cit.* n. 113.

<sup>123</sup> See García-Amador, *op. cit.* n. 120.

<sup>124</sup> Brownlie 认为哈佛关于国际法的研究草案是理解拒绝司法含义的“最佳指南”：拒绝司法存在于以下情形，被拒约、无理

的仲裁庭在分析专断性概念时也有所涉及<sup>125</sup>。支持此种解释的人量新近案例参见ELSI案（见下文）。

## 1. 双边投资条约案例

在Elettronica Sicula (ELSI) (美国) 诉意大利案<sup>126</sup>中（见上文），尽管ICJ没有解释相关国际协定中的F&E待遇条款，但对“补充协定”第1条进行了历史性的解释，该条在法律正当程序的语境中规定了某些专断的和歧视性的措施<sup>127</sup>。该法庭驳回了地方法院判决一项行为非法必然意味着该行为专断的主张<sup>128</sup>，并对国际法上的专断做了如下描述：

“……须切记，公共当局的某项行为在国内法上可能已经是非法的，但这并不必然表明该行为在国际法上也是非法的，如违反条约或其他……仅仅以非法性来确定专断性会使专断性本身不具有任何有用的含义。同样不能认为，一项行为如果在国内法上是不正当、不合理或专断的，那么其在国际法上也必然是专断的，尽管国内当局规定的应受非难的条件的行为具有参考价值。”

该法庭援引了ICJ在Asylum（避难）案<sup>129</sup>中的判决，并指出：

“专断性对某一法律规则的违反并没有达到反对法治的程度<sup>130</sup>……它是对法律正当程序的故意漠视，是一种司法妥当性意义上令人震惊或至少吃惊的行为。”

在反对意见书中，Schwebel法官赞同“法庭在国际法上什么是专断行为的经典概念”。他进而解释“第1条”创设了结果义务（与行为义务相对），并指出，“未能纠正一项专断措施便构成对FCN条约的违反，尽管存在当地救济”<sup>131</sup>。

在Alex Genin, 东方信用有限公司和 A.S. Bal Toil 诉爱沙尼亚案<sup>132</sup>中（见上文），ICSID仲裁庭将美国—爱沙尼亚BIT第2条第3款a项下的标准与最低标准联系起来，并对其构成要素做如下描述：

“违反该最低标准的行为，包括故意漠视责任，远低于国际标准的不当行为，甚至是主观恶意行为”。

关于第2条第3款b项下的“专断性”，仲裁庭在考虑了全部证据之后认为，爱沙尼亚银行撤销Genin执照的行为是正当的<sup>133</sup>。并指出：

“根据这一结论，若要构成对BIT的违反，已经出现的任何程序不当必须达到恶意作为，故意漠视法律正当程序或行为极端不当的程度。所有这些在本案中都未出现。总之，仲裁庭不认为撤销执照的行为是专断的，违反了仲裁庭所理解的“司法妥当性”<sup>134</sup>。

在Companie Générale des Eaux (Vivendi) 诉阿根廷案<sup>135</sup>中，申请人向ICSID提起针对阿根廷的仲裁程

---

拖延或阻碍向法院寻求救济；实施司法或救济程序存在严重缺陷；未能提供通常被认为对于适当司法不可或缺保障；裁决明显不公。一国法院的没有造成严重不正义的错误行为不构成拒绝司法，see *op. cit.* n.31. *Azinian v. the United Mexican States* 案仲裁庭认为：如果有关法院拒绝接受、不当拖延该诉讼，或以严重不当方式实施司法，则可以主张构成拒绝司法……拒绝司法的第四种方式，即明显和蓄意错误适用法律。这一不当形式无疑与“虚伪”这一概念重叠，违反了国际法，ICSID case No ARB(AF)/97/2, paras 102-103.

<sup>125</sup> A. Verdross 认为，即使通过立法行为，只要任意武断损害外国人的私权利，国家仍然违反国际法。即使这些立法不是针对外国人，而是作为一般法律也适用于本国国民。See *op. cit.* n.114. 《美国对外关系法重述（第三次）》把“任意武断行为”界定为“行为不公平不合理，且严重损害外国已确立的权利……” para 712 reporter’s note 11 (1986)。

<sup>126</sup> Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (US. V. Italy).

<sup>127</sup> ELSI 案就国际习惯法上最低标准和 F&E 待遇这两个术语的含义确立了令人感兴趣的要素。在适用含有“公正待遇原则”的条约时，法庭把“持续保护与安全”等同于国际最低标准。此外，它拒绝把国内法上的不法等同于国际法上的任意武断。

<sup>128</sup> 法庭还指出，尽管地方法院的裁决可能是恰当的，国际法上的任意专断标准却可能非常不同，Judgment para.29.

<sup>129</sup> Asylum Judgment, ICJ Reports 1950.

<sup>130</sup> Murphy 认为，“这种解释减损了先前有效的保护标准的效力。依该解释，地方政府可以通过许多任意武断责难外国投资利益的法律和行政法规。只要地方政府提供适用这些法律和法规的法庭，那么依 FCN 条约，这些措施并非任意武断。Sean D. Murphy, *op. cit.* n.54.

<sup>131</sup> 这种对“行为”和“结果”义务的分析源自于国际法委员会关于国家责任的草案条款。

<sup>132</sup> Alex Genin, v. Republic of Estonia, see *op. cit.* n59.

<sup>133</sup> 有趣的是，虽然仲裁庭分别审查美国—爱沙尼亚 BIT 中的这两个条款（给予“公正与公平待遇义务”及“非歧视与非任意专断待遇”），但却得出相同的结论。

<sup>134</sup> Citing the ELSI case.

<sup>135</sup> Companie Générale des Eaux (Vivendi) (France) v. Argentine Republic, ICSID case No ARB/97/3 (Award) (November 21, 2000).

序，声称Tucumán省政府废除本省和Vivendi省之间就提供污物处理服务所达成的特许权协议的行为，以及阿根廷政府未能阻止Tucumán省的行为或未能使该省遵守特许权协议的事实，违反了阿根廷—法国BIT。此外，申请人认为阿根廷政府的作为或不作为违反了阿根廷负有给予申请人投资以F&E待遇的义务。该仲裁庭指出：

“由于仲裁庭根据所呈现的事实已裁定，Vivendi应首先就Tucumán当局的行为在其行政法院提起诉讼，只有当申请人无法依据第16条第4款向Tucumán省法院寻求救济，或者申请人在上述法院未能受到公正对待（被拒绝程序公正），或者上述法院的判决严重不公（被拒绝实体公正），或者阿根廷在BIT中对法国投资者保证的其他权利被法院否决时，才能对阿根廷提起仲裁申请。”

然而，由于Vivendi没有向Tucumán省行政法院寻求救济，而且没有证据表明上述法院会拒绝给予Vivendi程序公正或实体公正，因此根据BIT，仲裁庭没有理由认为阿根廷负有责任。

在中东水泥运输与加工公司S. A. 诉埃及<sup>136</sup>案中，中东水泥运输公司依据希腊—埃及BIT向ICSID提起仲裁，要求埃及赔偿与特许权协议有关的损失<sup>137</sup>。仲裁庭根据该BIT第2条第2款指出：

“该BIT协定要求，缔约一方的投资者在缔约另一方境内的投资应始终享有F&E待遇以及充分保护与安全”。在审查第4条反对“等同于征收”的措施以及第4条a项“法律正当程序”的要求所给予的特别保护时，必须特别考虑BIT该条的规定。因此，重要事项如夺取并拍卖申请人的船舶，应当依第7条第1款下308号法律的规定给予申请人直接通知，不管是否如申请人所主张的（CV4），法律义务或惯例要求以附有回执的挂号信的方式通知。仲裁庭认为，本案实际适用的程序没有遵守BIT第2条第2款以及第4条的规定。

因此，仲裁庭裁定（海神号）被“效果等同于征收的措施”所夺取，申请人有权获得补偿……”

在Lauder诉捷克案<sup>138</sup>中，申请人首先提起UNCITRAL仲裁程序，声称捷克国家新闻局给予其在合营传媒公司<sup>139</sup>中投资利益的待遇违反了美国—捷克BIT。Lauder认为，该新闻局没有给予其投资以F&E待遇，是由于其(1)撤销了先前批准的CNTS的独家使用权、保有电视广播执照并从中收益的权利；及(2)从事针对CNTS的敌意行为。该仲裁庭指出：

“如同任何条约一样，该条约的解释应当参照条约目的与宗旨以及缔约时的情况（《维也纳条约法公约》第31条和第32条）。”该条约的前言指出，缔约方同意，‘为维持稳定的投资体制以及最有效地利用经济资源，同意给予投资F&E待遇。’仲裁庭注意到，条约中没有F&E待遇概念的进一步界定。

“联合国贸发会议对该原则的含义已经进行了审查。F&E待遇与适当注意义务这一传统标准有关，并提供了‘作为国际习惯法构成（一）部分的最低国际标准’<sup>140</sup>。BITs中的F&E待遇标准是主观的，很大程度上取决于事实情况。它“还将阻止对该标准受益人的歧视，条件是歧视在当时情况下达到不公正或不公平的程度”<sup>141</sup>。

参照此前有关专断性与歧视性措施的推理，仲裁庭裁定，所有受到质疑的措施均未违反给予F&E待遇的义务：

“……绝大多数支持捷克共和国自1996年并没有采取任何专断和歧视性措施的主张也支持被申请人遵守了给予F&E待遇义务的主张”。

仲裁庭认为，新闻局在适用法律时行为一致，从而驳回了申请人依据F&E待遇提出的请求。

<sup>136</sup> Middle East Cement Shipping and Handling Co S.A. (Greece) v. Egypt ICSID Case No ARB/99/6 (Award) (April 12, 2002).

<sup>137</sup> 申请人诉称，埃及当局的行为事实上撤销了其进口与贮存水泥的许可证，这导致了其与水泥供应合同有关的严重损失以及其他损害。这些损害包括埃及对申请人所拥有的船舶的行政没收以及随后对其的拍卖。

<sup>138</sup> Lauder (US) v. Czech Republic (Final Award) (September 3, 2002), at [www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp](http://www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp).

<sup>139</sup> 合资参与各方是，CEDC (Lauder 拥有的一家德国公司)，CET 21 (一家捷克公司)，和捷克储蓄银行。

<sup>140</sup> U.N. Conference On Trade & Development: Bilateral Investment Treaties In The Mid-1990s at 53, U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIT/7, U.N. Sales No. E.98.II.D.8 (1998) (English version).

<sup>141</sup> *op. cit.* n.6.

## 2. NAFTA案例

在S.D. Myers公司诉加拿大案中，仲裁庭认为，对F&E待遇及充分保护与安全条款的理解必须与国际法上的待遇相联系。仲裁庭补充指出：

“仲裁庭认为，只有当投资者受到不当或任意专断的待遇且达到国际法不能接受的程度时，才构成违反第1105条。在做出此类决定时，必须高度尊重国际法通常给予国内当局的规制境内事项的权力……”<sup>142</sup>

然而，S.D. Myers仲裁庭没有审查第1105条在该案事实中的具体适用，而是根据违反第1102条【国民待遇】的认定做出裁决。仲裁庭裁定，在本案中申请人所受的违反国民待遇的歧视“本质上构成了对第1105条的违反”<sup>143</sup>。

在Mondev公司诉美国案<sup>144</sup>中，在表明特定情境在根据第1105条第1款提出请求中的重要性后，仲裁庭把判断拒绝司法的标准推及适用于认定是否违反F&E待遇标准<sup>145</sup>。就投资者是否有权根据NAFTA提出请求，仲裁庭认为：

“第1105条第1款规定的标准适用于两种情形，即是否已经诉诸当地救济。根据NAFTA，拒绝司法规则与用尽当地救济规则并非‘相互关联而不可分离’……。因此仲裁庭只关注第1105条第1款中通常所称之为拒绝司法的问题，换言之，只关注在东道国法院或仲裁庭判（裁）决方面适用于外国人的待遇标准。”

仲裁庭又援引了ELSI案<sup>146</sup>，并认为ICJ认定的专断行为之标准“同样适用于拒绝司法的情形，并且曾经适用于该情形”。该仲裁庭还主张：

“仲裁庭将着重指出‘惊讶’一词并不单独出现。裁决标准不是某一特定结果是否令人惊讶，而是该震惊或惊讶是否会引起公正的仲裁庭去正当地关注结果的司法妥当性，同时仲裁庭必须铭记，一方面国际仲裁庭不是上诉法院，另一方面NAFTA第11章（如同其他投资保护条约一样）的目的在于提供真正的保护措施。最终的问题是，在国际层面上且考虑到普遍接受的公正实施标准，仲裁庭能否根据所有既成事实裁定，受指责的判决是明显不当的、不光彩的，以至于投资受到不公正、不公平的待遇。不可否认该标准在某种程度上是敞口式的，但是在实践中可能无法找到更精确的涵盖各种可能性的规则”<sup>147</sup>。

在ADF公司诉美国案<sup>148</sup>中，ADF特别声称，美国违反了根据NAFTA应给予F&E待遇的义务。在审查ADF根据NAFTA第1105条第1款所提起的申请时，该仲裁考虑了ADF的主张，即美国的（政府采购中的本国内容和履行要求）措施本身“在NAFTA背景下就是不公平、不公正的。对此，仲裁庭认为，“政府采购中的本国内容和履行要求”决不限于NAFTA成员方。相反，在许多国家的国内法律制度或行政实践中都有这样的措施。因此，美国的措施不能被认为是古怪的、或者异常的和专断的。仲裁庭还指出：

“本仲裁庭无权根据美国的国内行政法审查所争议的美国措施的法律效力和地位。我们并不是对美国措施具有上诉管辖权的法院。我们的管辖权依NAFTA第1131条第1款的规定，只限于检验美国的措施是否

<sup>142</sup> 仲裁庭最终在某些案件中补充到，东道国违反国际法规则对于决定外国投资者没有享有“公正与公平待遇”可能并不起决定作用，但是东道国违反专门保护投资者的国际法规则对于倾向于裁决违反第1105条会起重要作用。

<sup>143</sup> 尽管该标准的表述一违反给予“F&E待遇”义务一看起来与NAFTA成员国的观点一致，NAFTA成员国对该裁决援引国际习惯法标准确定第1105条的内容进行了批评，仲裁庭转而认为其违反了国际条约法规则（国民待遇），并且把它等同于违反最低标准。See J.C. Thomas, *op. cit.* n.10, pp.67-68.

<sup>144</sup> *Mondev International LTD v. United States of America. op. cit.* n.66-69.

<sup>145</sup> 加拿大，在其就本案的二次辩护意见中指出：“NAFTA成员国在第1105条项下所受的约束是国际法标准，是在‘相当发达的’法律制度中适用的标准……因而NAFTA的单一成员国不能宣称其自己的制度应当成为基准，只有NAFTA所有成员国以及其他‘发达国家’的集体实践可以为如何才能满足‘相当发达的法律制度’所要求的标准提供某些指引。

<sup>146</sup> *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, *op. cit.* n.54, ICJ Report p. 15 at p. 76 (para.128), citing the judgment of the Court in the Asylum case, which referred to arbitrary action being “substituted for the rule of law”.

<sup>147</sup> 仲裁庭在脚注中就此评论到，人们可以比较《关于国家对外国人所受损害的国际责任的哈佛公约草案》，其第8条（b）项提到一项“不合理地背离世界主要法律制度都承认的司法原则”的判决；Reprinted in L.B. Sohn & R.R. Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens” (1961) 55 AJIL 515.

<sup>148</sup> *ADF Group Inc. v. United States of America. see op. cit.* n. 41.

与NAFTA第11章相关条款以及可适用的国际法规则相一致。仲裁庭还将着重指出，即使美国的许多措施在美国国内法中显示或被认为是某种程度的越权，但是这样并不必然导致其在第1105条第1款中的国际习惯法待遇上是严重不公正或不公平的。如果是以官方身份行事，归属国家的政府实体的无权或越权行为当然属于国际法上的国家行为。但是，要断定某项行为或措施违反了第1105条第1款国际习惯法的规定，仅仅根据一国的国内法断定该行为是简单的违法或无权是不够的……”。

ADF坚持认为，美国没有善意履行第1105条第1款的义务，因此违反了善意履行义务的国际习惯法义务。仲裁庭就此指出：“违反国际习惯法上善意义务的主张对界定或确定F&E待遇的内容所起到的作用微乎其微。同时……投资者未能证明，FHWA拒绝取消只能购买美国钢材的规定具有专断性的缺陷<sup>149</sup>。

在Loewen公司与Raymond L. Loewen诉美国案<sup>150</sup>中，仲裁庭也尝试去界定拒绝司法情况下的“不公正与不公平待遇”<sup>151</sup>。

“无论是国家实践、国际仲裁庭的裁决还是评论者的意见都不赞成背信弃义或者恶意是不公正与不公平待遇或者拒绝司法的构成要素，达到了违反了国际正义。即使适用根据条款所做的解释，缺乏正当程序意义上的明显不公足以导致违反司法妥当性意义上的后果。”

仲裁庭在援引Mondev案裁决后指出：

“问题在于，在国际层面上并且考虑到普遍接受的公正实施标准，仲裁庭能否根据所有既成事实裁定，受指责的决定是明显不当的、不光彩的，结果是该投资受到了‘不公正、不公平的待遇’。”

如果对该问题的回答是肯定的，则构成对第1105条的违反。

“……我国无权决定审判行为是否违反了国际法和国内法。依NAFTA提起的申请不能变成是对国内法院判决的上诉。然而，整个审理及其结果性的裁决明显失当、不光彩，违反了国际法最低标准及F&E待遇。”

在废物管理（公司）诉墨西哥案中，处理废物的美国废物管理公司根据ICSID附属仲裁规则对墨西哥提起仲裁申请，声称墨西哥违反了NAFTA第1105条和1110条。仲裁庭于2000年6月2日作出裁定，以无权管辖为由驳回了投资者的申请。废物管理公司重新提交仲裁，在接受管辖之后，该仲裁庭于2004年4月30日作出一致裁决<sup>152</sup>，驳回了废物管理公司的全部请求。仲裁庭在审查了先前NAFTA仲裁庭所作出的裁决之后，如S.D. Myers, Mondev, ADF及Loewen各案，就F&E待遇标准作出如下说明：

“……此处的调查是为第1105条中的审查标准，因而没有必要去考虑上述案件中的具体事实。但是如同调查所表明的，虽然在侧重点上有所分歧，但是与‘第1105条’有关的一般标准已经浮现。综合而言，S.D. Myers、Mondev、ADF及Loewen各案表明，F&E待遇中的最低标准待遇的违反指的是遭受到可归因于国家的、对申请人有害的行为的侵犯，而且该行为是专断的、严重不公的、不正当的或者是古怪的、歧视性的；把申请人置于部门或种族偏见之下，或者缺乏正当程序，从而导致违反司法妥当性的结果—很可能是在司法程序中明显缺乏自然正义或者在行政程序中完全缺乏透明度及公正。在适用该标准时与此有关的是，该待遇违反了申请人所合理信赖的东道国所作出的陈述”<sup>153</sup>。

### （三）透明度、投资者合法预期的尊重和善意

在新近一些案件中，仲裁庭使用了一个相对新颖、尚未被认为构成国际习惯法标准的概念：透明度。尊重投资合法预期有时成为与透明度相关的附加要素。有一个仲裁庭认为，除上述透明度及尊重基本预期要素之外，善意也属于认定F&E待遇的一个因素。

<sup>149</sup> “更广泛意义上，投资者没有可靠的依据的主张 FHWA 或者 VDOT 给予 ADF 的具体待遇违反了第 1105 条第 1 款规定的包括在国际习惯法最低标准内的 F&E 待遇待遇以及充分保护与安全。”

<sup>150</sup> Loewen v. the United States, see *op.cit.* 76.

<sup>151</sup> “双方对在私人诉讼中国际习惯法和拒绝司法有关并无争议。事实上，被申请人的专家，格林伍德王室人律师承认根据国际习惯法，国家负有义务“维持公正与有效的司法制度，并使其可被外国人利用” (Second Opinion, para. 79)”。

<sup>152</sup> Waste Management, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3.

<sup>153</sup> *Idem*, paragraph 98.

在Metalclad公司诉墨西哥案<sup>154</sup>中，仲裁庭认定由于墨西哥的建筑许可条件缺乏明确的规则，“未能确保Metalclad的计划和投资有透明的和可预见的体制”<sup>155</sup>。仲裁庭裁定墨西哥没能确保NAFTA规定的透明度——第1802条的透明度——违反了第1105条项下的F&E待遇。

该仲裁庭把透明度（第1802条）界定为“所有投资者都能够容易地获悉所有与投资日的有关的法律规定”。它还主张如果缔约一方获悉投资者对所要遵守的法律规定存在“混淆或误解”，该缔约方有“义务迅速确立正确的立场并明确声明，以便投资者能够确信其行为符合所有相关法律，继续进行所有合理投资活动”。（该裁决内容在司法审查中被驳回。）

在Maffezini诉西班牙案<sup>156</sup>中，仲裁庭指出西班牙官员无权转移申请人的资金。它裁定：

“……由于SODIGA（公开公司）与贷款有关的行为不能被认定为是商业性的，涉及公共职能，因此应由西班牙承担该行为的责任。特别是，这些行为构成对西班牙应负有的阿根廷—西班牙BIT第3条第1款规定的保护投资义务的违反。而且，该贷款交易缺乏透明度，违反了该条约第4条第1款规定的西班牙确保投资者享有F&E待遇的义务。仲裁庭据此认定，就此争论而言，申请人已证实其请求，因而有权获得赔偿……”。

但仲裁庭在提及“缺乏透明度”时并未详尽阐述其含义。

在TECMED S.A.诉墨西哥案中，仲裁庭将F&E待遇标准解释为源于善意原则。但不明确的是，仲裁庭是把善意原则本身作为义务渊源，即为一般义务<sup>157</sup>，还是作为项原则指导F&E待遇义务的创设。

仲裁庭认为，F&E待遇义务是对“国际法承认的善意原则”的表述并且是该原则的一部分，尽管——援引Mondev案<sup>158</sup>——国家一方的恶意并不构成对其违反的必要条件。该原则包含投资者的基本预期，即东道国以透明、一致，也就是符合“一个理性和公正的旁观者认为公正与公平”的非专断的方式对待投资者……。该仲裁庭参照Neer和ELSI等案的裁决详尽阐述如下：

“仲裁庭认为，根据国际法上的善意原则，协定该条要求缔约各方给予国际投资的待遇不会影响投资者决定投资时的基本预期。外国投资者预期东道国会以一致方式行事，在与外国投资者的关系上不会模棱两可且完全透明……外国投资者还预期东道国会一致行事，即不专断地撤销其先前做出的决定或许可，使投资者据之以承担义务、规划并开展商业活动。投资者还预期东道国用以管制投资者行为或其投资的法律文件符合这些文件通常具有的功能，且在未给予规定之补偿时不会剥夺投资者的投资。事实上，东道国未能遵守与外国投资者或其投资有关的行为准则，会影响到投资者衡量东道国给予的待遇与保护及决定东道国的行为是否符合F&E待遇原则的能力。因此，东道国对该行为准则的遵守与上述原则、实际执行这些原则的可能性及排除国家行为被界定为专断的可能性密切相关；即‘……任何理性和公正的人，’<sup>159</sup>认为存在不足，或者尽管没有违反具体法规，仍然与法律不符，因为：“……（它）从司法适当性角度看令人震惊，或至少出乎意料”<sup>160</sup>。

<sup>154</sup> Metalclad v. Mexico, see *op. cit.* n. 90-91

<sup>155</sup> Metalclad Award at para 99.

<sup>156</sup> Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID case No ARB/97/7 Award (November 13, 2000).

<sup>157</sup> ICJ 拒绝此争点，认定善意原则是，“一项调整法律义务的创设和履行的基本原则”（Nuclear Tests, I.C.J. Reports 1974, p. 268, para. 46; p. 473, para. 49); 如果没有其他义务存在，其本身并非义务的渊源，10年后，ICJ在土地和海洋边界案（喀麦隆诉尼日利亚）管辖权判决中重申了善意原则的恰当作用，1998 I.C.J. 275 (June 11). 尼日利亚辩称喀麦隆双边磋商尚在继续情形下，秘密准备援引ICJ强制管辖权，违反了善意原则。Id. at 296 ¶ 31. 法院驳回了尼日利亚的辩护意见，指出：“即使善意原则是一项调整法律义务的创设和履行的基本原则……如果没有其他义务存在，其本身并非义务的渊源。” Id. at 297 ¶ 39. 法院还指出并无“具体的国际法义务”适用于讼争行为，并认定“在无任何此类义务以及对尼日利亚相应权利损害的情形下，尼日利亚没有正当理由依据诚信原则来支持其辩护意见。” Id. 32.

<sup>158</sup> “在现代看来，不公正或不公平无需等同于令人愤慨或震惊。特别是，即使没有恶意行为，一国对外国投资的待遇仍可能是非公正、不公平的”。参见前注 Mondev 案。

<sup>159</sup> Neer v. Mexico case (1929) R.I.A.A.

<sup>160</sup> See the ELSI 案, See *op. cit.* n 54.

该仲裁庭裁定墨西哥的行为及其行为“缺陷”，违反了BIT所确保的F&E待遇。

此后，TECMED仲裁裁决在三个仲裁庭获得赞同并适用。

在MTD Equity Sdn. Bhd 与 MTD Chile S.A.诉智利案中，仲裁庭裁定，智利在涉及位于圣地亚哥的MTD的不动产项目时，违反了1992智利—马来西亚BIT规定的F&E待遇。MTD的索赔申请部分是基于其他BIT的规定，认为这些规定由于该BIT中的MFN条款而得以适用。该BIT第3条第(1)项第一段规定：“任一缔约方的投资人在另一缔约方领土上的投资应享受F&E待遇，且不应低于给予任何第三国投资者投资的待遇”。MTD声称，克罗地亚、丹麦与智利缔结的BIT中规定，智利在批准外国投资后有义务给予外资许可证，而且履行合同义务是其提供F&E待遇义务的一部分。据此，MTD根据智利—马来西亚BIT中的MFN条款援引这些规定。

仲裁庭裁定，“根据BIT，F&E待遇标准应以一种最有利于实现BIT目的，即保护投资和为投资创设有利条件，的方式加以解释。仲裁庭认为，那些是BIT保护的一部分，智利—丹麦BIT第3(1)条和克罗地亚—智利BIT第3(3)、(4)条的保护规定是与该目的相一致的。仲裁庭裁定：

“就BIT而言，F&E待遇应被理解为以公平和公正方式对待投资者，从而有利于促进外国投资增长。其条款所要表达的是积极的事先声明——‘促进’，‘创造’，‘激励’，而不是规定国家从事消极行为或避免针对投资人的偏见行为。”

该案仲裁庭借鉴了TECMED仲裁庭阐述F&E待遇的方式，并裁定该标准在本案中同样也适用。

在西部勘查与生产公司(OEPC)诉厄瓜多尔案中，仲裁庭援引美国—厄瓜多尔BIT序言的规定，认为缔约方同意此种待遇是为了给投资和最有效利用经济资源提供稳定的体制并裁定“(因此)法律与商业体制的稳定是F&E待遇的核心要素”。仲裁庭注意到“厄瓜多尔在改变税法时未就其含义、内容及实践加以澄清，且规章也与此改变不一致”，并援引了Metalclad案和TECMED案裁决。由此，仲裁庭裁定，因为政府行为不一致、不透明及不可预见，所以违反F&E待遇。仲裁庭还裁定，“厄瓜多尔未能满足此种要求，且这是一项不依赖于被申请人是否以善意方式行事的客观要求”。

在CMS煤气运输公司诉阿根廷案中，仲裁庭支持CMS依据美国—阿根廷BIT第2(2)条提出的违反F&E待遇的申请，认为该待遇与稳定性和可预见性密不可分。仲裁庭认为，无需证明阿根廷不守信用，而应客观评估投资人的合法预期是否得以实现。与Metalclad案和TECMED案一样，本案投资者对东道国以一致方式行事之合法预期未能实现。仲裁庭参照了协定序言，认为其措辞表明：

“所设想的主要保护目的是，给予F&E待遇是为了给投资和最有效利用经济资源提供稳定的体制。因此，毫无疑问，稳定的法律与商业环境是F&E待遇的核心要素”。

“这不是由于法律体制能够一直演化发展，能够随着环境的改变而调整从而产生能不能冻结的问题，也不是由于作出了相反的具体承诺而产生原有的体制可不可以完全废除的问题，外国投资及其保护的法律法规发展的同时伴随着避免发生这些不利法律后果的目的。

#### (四) 自治性公平要素

在Pope和Talbot公司诉加拿大案<sup>161</sup>中，尽管该仲裁庭承认(事实裁决(第二份裁决))第1105条文本表明这些要素(F&E待遇及充分保护与安全)包含于国际法要求中，但仍然指出公平要素是国际法要求的附加要素(第77段)。

在该仲裁庭做出事实裁决后不久，FTC发布了解释。仲裁庭于是在其有关损害赔偿的裁决(第三份)<sup>162</sup>中，审查了第二份裁决与FTC解释的一致性，勉强承认其解释“看起来可能”与FTC的解释不同。但它又断定情况并非必然如此，两种解释是否一致取决于“是否国际习惯法上公平要素概念与NAFTA成员国适用

<sup>161</sup> Pope & Talbot In v. Canada, *See op. cit.* n. 98.

<sup>162</sup> Award in Respect of Damages(31 May 2002).

的一般标准（是）不同”。

该仲裁庭决定通过使用“令人震惊的”不公行为这一门槛标准证实第二份裁决所含结论的有效性，加拿大曾主张这一标准应适用于第1105条。它裁定，即使对本案事实适用FTC的“严格解释”，也会得出与其先前裁决完全一致的结论。

#### 四、总结

投资协定中规定F&E待遇标准的方式多种多样。某些协定，特别一些BITs，明确依据国际法界定该标准，而其他协定则没有如此提到国际法。

●由于表述不同，恰当地解释F&E待遇标准应该根据特定条约的具体用语、上下文、条约目的和宗旨，以及谈判记录和当事方意图的其他表现形式。例如，一些条约明确规定F&E待遇与国际习惯法最低标准相关联，或某些情形下把F&E待遇作为国际习惯法最低标准的一部分。而另外一些虽把该标准与国际法相联系却未指出此处国际法特指国际习惯法，或根本没有提及国际法。这些条约可以根据缔约各方的意图来解释，例如，可以理解为该标准的适用范围要比国际习惯法上的最低标准更为广泛。

●各国政府解释F&E待遇标准的方式各不相同，他们认为最低标准依据的是在不断发展的国际习惯法，并非“停滞不前”，而是随着普遍和持续的国家实践及与这些条约的解释及适用有关的案件中的法官意见与时俱进。

●通过分析那些试图解释及适用F&E待遇标准的仲裁庭意见可以确定的若干要素，这些要素单独或一起包含在该待遇标准中。本文所考察的仲裁庭意见大都提及适当注意和正当程序（包括不得拒绝司法和不得专断）这两个要素，只有少数提及透明度和善意。包括不得拒绝司法和不得专断在内的适当注意和正当程序是国际习惯法的固有内容，而透明度则常被界定为国际协定中某一单独条款项下的义务。善意似乎更主要被认为是某项义务赖以存在的基本原则，而非根据F&E待遇标准对投资者所负有的明确义务。

●所有被确定的要素似乎蕴含着足够的法律内容，以便仲裁（法）庭根据《维也纳条约法公约》依法裁判案件，而不是根据接近平衡仲裁的程序方法作出裁（判）决。

●对F&E待遇标准作出确定性解释在目前并不适当。适用该标准的案例及已经确定的作为其规范内容的要素尚属初步，并未统一，因此还无法列出一份固定的最终清单。

（编辑：李文青）