

间接征收语境下公共利益的多重维度及比例原则的解释路径

买木提明·热西提, 沈伟

(上海交通大学凯原法学院, 上海, 200030)

摘要: 由于公共利益概念不断变动的特质, 国际投资条约只是以简单类型化的方式对其进行列举。公共利益范围的宽泛性和投资条约本身的诸多缺陷导致了投资仲裁庭对东道国公共利益的相对忽视。根据传统的条约解释规则解释旧一代投资条约的公共利益条款, 进而界定间接征收导致了不确定性, 出现条约的不连贯解释问题。对国际投资协定中公共利益条款的研究以及对间接征收案件中仲裁庭的推理思路的分析, 揭示了国际投资法中公共利益的多重维度。将公共利益和东道国监管措施对外国投资者的不利影响置于比例原则的框架内, 可以有效解释公共利益相关条款并发挥公共利益作为间接征收认定标准的作用。在今后的条约实践中细化公共利益条款的内容, 可以减少国际投资体制中公共利益的模糊性导致的条约条款的不一致解释问题。而在比例原则框架下对公共利益条款作系统的解释, 可以提高包括基于旧一代投资协定在内的投资条约条款解释的一致性。晚近的国际投资协定实践已经取得了一些有益的进展。

关键词: 投资仲裁; 条约解释; 公共利益; 比例原则

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

开放科学(资源服务)标识码(OSID)

文章编号: 1672-3104(2020)04-0082-18



一、引言

在超过半数的已公开的国际投资仲裁案件中, 索赔人援引了间接征收条款^①。间接征收的界定是国际投资仲裁中一个由来已久的问题, 焦点是确立间接征收的统一标准。虽然“效果标准”和“目的标准”在投资仲裁实践中被广泛适用, 但不同仲裁庭在处理案情类似、条约条文相似的案件时作出的裁决不一致甚至截然相反^[1]。这里引起争论的问题是, 在认定东道国政府的行为对外国投资者的投资是否构成间接征收时, 是只考虑政府行为对外国投资者的投资带来的不利影响, 还是也兼顾政府措施的目的^[2]。

采用“目的标准”意味着充分考虑东道国的公共利益, 对政府的管制权予以足够的尊重, 而采用“效果标准”则意味着片面保护投资者的利益却不顾东道国的公共利益诉求^[3]。仲裁庭一般通过条约解释认定间接征收是否满足公共利益(public interest)要求, 以此实现外国投资者的利益保护与东道国的规制权(right to regulate)之间的价值取向和利益平衡。实践中, 由于国际投资协定一般只规定“公共利益”作为合法征收的要件之一^②, 而不详细界定或者定义“公共利益”, 不仅不同的仲裁庭在界定间接征收时是否考虑公共利益方面存在差异, 而且那些考虑了东道国公共利益的仲裁庭对公共利益条款的解释也存在不一致。只有仲裁庭对公共利益保护条款

收稿日期: 2019-12-23; 修回日期: 2020-02-20

基金项目: 2019年度中国-上海合作组织国际司法交流合作培训基地研究基金项目“一带一路沿线国家投资风险治理的条约化路径——以上合组织成员为研究对象”(19SHJD004); 中国法学会2018年度部级法学研究重点课题“‘一带一路’上的国际金融中心——沪港金融市场规制机制比较研究”(CLS(2018)B09)

作者简介: 买木提明·热西提, 维吾尔族, 新疆库车人, 上海交通大学凯原法学院博士研究生, 主要研究方向: 国际投资法, 联系邮箱: xjkusan@126.com; 沈伟, 江苏启东人, 上海交通大学凯原法学院特聘教授, 博士生导师, 主要研究方向: 国际经济法、金融法

的正确解释使得投资者和东道国对自己的行为有合理预期, 两者的利益得到合理平衡, 投资争端解决机制面临的合法性危机才能得到缓解, 投资仲裁作为投资争议解决的有效平台才能继续发展。

二、间接征收案件中公共利益条款的解释差异

根据投资协定, 公共利益是征收行为合法性的一项必要条件, 即不管是直接征收还是间接征收都只能出于公共利益^③。在新一代的众多国际投资协定(以下简称“IIAs”)^④中, 公共利益与正当程序、非歧视、充分有效及时补偿等条件并列, 构成征收合法性的必要条件, 未满足其中任何一项条件的政府行为就构成非法征收^⑤。虽然世界各国对公共利益的大致范围及内涵有一定的共识^[4], 但各国因历史、文化、国家体制和社会发展水平的不同, 对公共利益的解读有所不同^[4](前言)]。在国际投资仲裁中, 争端各方在利益的驱动下也会对此进行不同的解释。

鉴于公共利益范围的不确定性以及在仲裁实践中的弹性, 加上现有 3 000 多个 IIAs^⑥中的实质保护条款和它们的审查标准的千差万别, 在有些间接征收案件中仲裁庭对公共利益保护条款的不一致解释是可以被接受的。语言上的差别会造成不同的解释角度和可能, 也会增加实质保护标准适用的不确定性, 类似的案情同样会导致不同的裁决^[5]。因此, 此处所说的不一致的解释指的是投资仲裁中公共利益条款的不合理的、不一致解释。换言之, 在案情基本类似、投资协定条文相似的情况下, 各仲裁庭在认定政府行为的性质时(是否构成征收)作出不连贯甚至截然相反或矛盾的结论。例如, 仲裁庭在 *Urbaser and CABB v. Argentina* 案中申明, 为决定政府措施是否构成征收, 首先需要查明相关措施“是否构成善意、非歧视的合法管制行为”^⑦。显然, 仲裁庭在此考虑了政府采取措施的目的。而在 *Siemens v. Argentina* 案中, 被申诉方(阿根廷)反对仲裁庭在裁定政府措施是否构成间接征收问题上只考虑措施的负面影响, 可仲裁庭回应称

“条约只提到效果等同于征收的措施”而不是其背后的目的^⑧。在这两起案件中, 仲裁庭所依据的都是阿根廷与他国签署的 BIT, 其征收条款相似, 在相关条款中同样规定东道国有权采取维持公共秩序所必要的措施^⑨。可是, 这两个案件的仲裁庭在界定间接征收时, 对是否考虑公共目的持截然相反的态度, 得出矛盾解释。一方面, 解释上的这种分歧反映的是对在界定间接征收时是否考虑政府措施的意图所持的不同态度。在审查的第一步就将政府措施的目的纳入考查范围, 意味着仲裁庭倾向于考虑东道国的规制权。而以政府措施的影响作为决定性因素来判断一项措施是否构成间接征收, 反映着相对偏向保护外资的态度。另一方面, 对投资条约仲裁制度破坏性更大的可能是不同仲裁庭在考虑公共利益时出现的差异。有些案件的仲裁庭之所以选择以规制措施的影响作为界定间接征收的决定性甚至唯一标准, 是因为许多早期投资条约的措辞相对粗糙, 没有为东道国保留足够的监管空间。仲裁庭根据不同条约解释的方法会对投资协定中公共利益条款以及公共利益的不同维度作出不同的解释。投资者提出征收索赔的基础可能会是一般例外条款, 也可能是重大安全例外条款, 而国际投资协定中公共利益的不同维度在确定征收时具有不同的权重或意义。国际投资争端解决中不一致的条约解释会带来严重后果。“仲裁庭对国际投资协议条款的不一致的解釋引起了人们对现有解决投资者与国家争端制度的合法性的担忧。”^[6]由于对实质性保护条款的解释不一致, 东道国政府监管行动的法律后果处于不确定的状态, 东道国的政策制定者们愈加强烈地感到现在的国际投资协定过度地限制了本国政府的政策空间。所以, 实现投资者利益和东道国利益之间的合理平衡是一国制定国际投资政策和条约体系所面临的主要挑战和困境^[7]。

“正义不仅应得到实现, 而且还应以人们看得见的方式得到实现。”^[8]在投资争端解决机制面临危机的情况下, 东道国和投资者都需要清楚地“看到”仲裁庭的分析路径。对此, 联合国贸易和发展会议(以下称“UNCTAD 或贸发会议”)一直在从程序和实质方面促进国际投资协定和

投资仲裁机制的改革^⑥，加强国际投资制度的系统一致性^[6]。经过各国与贸发会议的多年努力，改革取得了一些积极成果^[9-10]。根据贸发会议的调查，最近的双边投资条约(2012—2014年)中有65%明确将公共政策利益列为其序言中明文规定的条约目标，而2011年之前仅有10%的双边投资协定包括此类条款。尽管各国的首要目的是确保有足够的监管空间，各国在为加强国际投资体制一致性的改革中与UNCTAD产生了一定的共鸣，然而，考虑到大多数新签署的双边投资条约没有明确的规定以应付投资仲裁出现的不确定性，改善系统一致性的改革前景并不明朗，更不用说构成国际投资协议大多数的旧的双边投资协定^⑦。

投资者与国家之间的多数争议都是依据那些旧的双边投资协定提出的，这些旧一代国际投资协定的规定相当简单，几乎不足以在以条约为基础的仲裁中产生连贯的解释。国际投资体制的改革已经是多年的议题，但是改革没有太大进展。此外，投资仲裁由临时或特设仲裁庭进行，因遵循先例原则(stare decisis)在投资仲裁中不适用，难以像其他争端解决机制那样形成体系化的判例法体系。所以，即使改革措施在制定新的投资条约时赢得各国的普遍欢迎，也很难对旧一代双边投资条约中公共利益条款的不一致解释问题产生积极影响。因此，推动国际投资条约解释的一致性，在积极推进改革的同时，借鉴现有条约解释规则和原则是必要而且合理可行的。

三、间接征收仲裁案件中公共利益条款差异化解释之根源

间接征收案件中对公共利益条款的解释不一致，原因是多方面的。比如，多数仲裁庭在解释条约时援用的《维也纳条约法公约》(简称“VCLT”)的解释规则就存在模糊的地方，解释规则本身需要得到解释^[11]。也有研究发现，一些仲裁庭在援引VCLT解释投资条约时敷衍了事，并没有遵守其中的条约解释规则^{[11](184)}。解释的不一致性问题也可以部分地归因于适用法律的不同。有仲裁庭明确指出，根据ICSID公约第42

条规定，条约文本规定若干个适用的法律，且争端双方之间没有明确约定优先适用的法律时，仲裁庭有权认定适用的法律^⑧。此外，也有一些仲裁庭未优先适用投资协定的相关条款或将它们作为次要的规则来适用，导致习惯国际法被优先适用，而有的ICSID撤销程序则维持了原裁定(在下文中会进一步详述)。这些做法进一步破坏对公共利益条款的一贯解释。然而，这些原因只揭示了导致公共利益条款解释不一致的某些外在因素。

除了这些外在因素外，导致公共利益条款在间接征收案件中的解释不一致的内在原因是其在投资协定中呈现的多重维度或多维性。“公共利益”是个不确定、抽象变动的概念，在社会科学的各领域有不同的含义。德沃金认为公共利益是一种柔性的、可妥协的概念，是个政策范畴，这种特征使它无法明确定义^[12]。在国际投资法上，它一般指一个国家或社会的根本或基本利益与这个国家的基本法律和道德规范^[13]，或国家基本法律制度、社会的根本利益和善良风俗^[14]。为公共利益而采取的措施包括东道国为提高人们健康水平、环境、“促进东道国的可持续发展和社会与生态进步”而采取的各种合法的监管措施^[15]。在国际投资协定中，公共利益一般在序言部分有所提及。除此之外，投资协定中的公共利益相关规定以一般例外条款、重大安全例外条款、征收条款和其他条款等形式出现^[16-17]。在国际投资法以及更广泛的国际法其他领域，“公共利益”(public interest)、“公共目的”(public purpose)、“社会利益”(social interest)、“公共福利”(public welfare)等概念的内容是相互交织的，可以互换使用^{⑨[18-19]}。就本文而言，公共利益的上述几个概念可以互换使用。国际投资条约除了征收条款之外一般不会直接使用“公共利益”一词。这在一定程度上反映了缔约国对公共利益的谨慎态度，它们担心其范围的广泛性可能导致管制权的滥用。

公共利益在投资协定中至少表现为征收的合法性要件、实施规制权力的基础和根本安全利益三个维度。仲裁庭有责任作出让人们“理解并遵循其推理”的裁定^⑩，而正确区分公共利益的

这三种维度的边界有助于澄清仲裁庭裁决背后的理由。“仲裁庭未陈述其所依据的理由”, 裁决可能被撤销^⑤, 裁决未能充分说明其所依据的理由, 则各东道国也可能会误解仲裁庭对公共利益监管的立场, 进一步质疑现有投资争端解决机制所具有的合法性与能力。

(一) 为了公共利益: 出于公共利益是合法征收的基础

除了早期的少数双边投资条约, 大多数投资条约均规定, 东道国的一项重要投资保护义务是不征收外资, 除非是为了公共利益^⑥。公共利益、正当程序、非歧视和补偿是征收合法性的条件。一般而言, 不符合上述任何一种条件, 征收行为都是非法的^[20]。换言之, 在国际投资体制中, 没有将公共利益作为合法征收的必要条件是一个例外^⑦。从这个意义上讲, 国家的征收权不是绝对权力, “公共利益标准要求, 征收行为只能是为公益目的, 而不能是为了追求个体的利益”^[21]。仲裁庭在 *ADC v. Hungary* 案中明确指出, “匈牙利政府的运输战略、法律法规需要跟欧盟法统一”等缘由不能充分证实政府进行征收是为了公共利益, 所以仲裁庭认为征收是非法的^⑧。仲裁庭在 *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic* 案中指出, 吉尔吉斯斯坦(简称“吉国”)政府实施的一系列行为不是为了公共利益, 而是为了实现政府通过法律渠道无法实现的狭义的利益, 所以它不满足合法征收的公共利益要件^⑨。此时, 公共利益只是满足征收合法性的要件之一。当政府措施以公共利益为目的时, 仲裁庭会继续审查它是否满足不歧视、正当程序等其他要件^⑩。政府行为满足公共利益要件但未满足正当程序、合理补偿等要件中的任意一个, 同样会构成非法征收^⑪。

公共利益标准的设定主要是为了给予国家一定的监管空间, 国家征收外国投资者的投资应是为了保护合法的公共利益。这就表明国家干预外国投资者的投资, 在国内法上应有合理基础, 而相关法律必须是“合宜、确切、可预见的”^[22]。从公共利益的角度来区分合法征用和非法征收的意义在于, 两者在投资仲裁中使用的补偿/赔偿标准不同^[23]。从规制政策的角度看, 公共

利益也对东道国的行政行为形成一定的法治约束, 形成国际法和国内法的有效互动。

(二) 间接征收案件中利益权衡的参照物

公共利益在投资条约中的第二个维度是利益平衡的参照物, 就是在评价政府实行的规制权是否过度干涉外国投资者权利时, 将它与外国投资者的利益相权衡。公共利益的这个维度通常以投资条约中的一般例外条款的形式呈现。投资协定一般都规定, “除极其特殊的情况下, 一缔约方为保护公共利益采取的非歧视性的公共卫生、安全、环境等管制措施不构成间接征收”^⑫。该类条款的目的在于把符合一定条件的政府行为排除在间接征收的范围之外, 从而保护东道国的监管政策空间。“缔约国为保护一般例外条款允许的特定公共利益而采取的正当国家管理行为构成征收的例外, 即不构成间接征收。”^{[4](99)}

根据该类条款的字面含义, 如果政府采取的措施非歧视性地普遍适用并满足公共利益标准, 除极少数情况之外, 一般不构成间接征收, 东道国不需因该行为给外国投资者带来的损失给予补偿。换言之, 东道国政府行使的监管措施构成征收是例外, 在一般情况下即使监管措施对外国投资者产生负面影响, 这些措施也不构成征收, 政府不需要进行补偿。

在划定间接征收与在合理范围内实施的国家监管行为之界线时, 公共利益的这一维度会引致不确定性。不难发现, 条款规定的不构成征收的政府措施和归为“极少数情况”的政府行为都是为了公共利益。根据条款规定, 两者之间的主要区别在于东道国的行为对投资者的投资、合理预期带来的负面影响的严重性程度, 以及行为和行为要保护的公益目的之间的比例问题^⑬。换言之, 当政府行为产生的负面影响在一定合理范围时投资者可以接受, 该行为就不构成间接征收, 而负面影响超过这个合理范围时, 国家就要承担间接征收的补偿责任。从这个角度看, 间接征收和合理管制权行为的界线就是行为带来的负面影响的严重性程度。在仲裁实践中, 有些仲裁庭忽视了公共利益这个参照物, 而在利益平衡时考虑到公共利益的那些仲裁庭给予它的权重也有所不同。

在最近结案的 *Teinver v. Argentina* 一案中, 仲裁庭肯定甚至称赞了阿根廷政府为确保偏远地区的交通便利, 以促进地区间连接而采取的一系列行为^[23]。仲裁庭称, “一旦公共利益被证明是征收发生的原因, 在决定如何最好地促进其公共利益时, 必须给予一个国家一定程度的尊重”^[24]。仲裁庭最终认定阿根廷的行为的确是以公共利益为目的, 因此构成合法的间接征收而不是非法征收^[25]。

从仲裁庭在该案中的分析可以看出这样的推理: 首先, 如果政府采取的行为不是为了公共利益, 构成非法征收。其次, 政府行为虽然是为了公共利益, 但一旦它给投资者带来的负面影响或损失超出投资者该承受的范围, 该行为就构成间接征收。虽然这个推理过程显得非常合理, 但也凸显了一个解释上的困难。正如仲裁庭在 *Teinver* 案中所表述的, 公共利益被证明为征收的缘由时, 仲裁庭应对国家行为给予一定的尊重。也就是说, 仲裁庭权衡公共利益, 给予国家一定的尊重以后再决定政府的行为是否构成征收。本案最初的争议是界定政府行为是否构成间接征收, 而非区分间接征收和非法征收的界线。值得指出的是, 仲裁庭在该案中因公共利益的存在只是驳回了投资者的非法征收诉求, 而没有排除合法征收的存在。在这点上, 争端的焦点发生了变化。

仲裁庭在界定国家行为的性质(间接征收还是管制权的合理行使)时, 对公共利益的不同考量可能会产生截然不同的裁决结果。在 *Teinver v. Argentina* 案中, 假设仲裁庭不认可阿根廷政府的公共利益辩护(即不予丝毫的尊重), 那么征收因未满足公共利益要件而违法, 应给予非法征收的赔偿^[26]。像该案结果这样, 政府充分证明公共利益的存在, 只是措施对投资者的影响超出投资者该承受的合理程度, 那就构成间接征收。而投资者的损失相对少或存在的公共利益相当重要的时候, 政府措施可能不构成间接征收。将国家采取的管制措施界定为警察权力(police power)的合理行使或将其确定为极端相反的非非法征收的结果, 也就取决于仲裁庭对政府规制权的尊重程度。因公共利益本身的特征和投资仲裁中考量公

共利益方法上的缺陷, 两种极端之间的间接征收就变得非常难以界定, 东道国行为的后果相应难以预测。

(三) 根本安全利益: 严重而紧迫威胁下的重大公共利益

当前大多数投资协定都包含根本安全例外条款或不排除措施条款(non-precluded measures)^[24], 其措辞一般是“本协定不得解释为阻止缔约方采取其认为对履行其有关维持或者恢复国际和平、安全或保护本国根本安全利益方面的义务所必要的措施”^[25]。如前所述, 即使东道国以公共利益为目的而采取措施, 该措施也有可能被界定为间接征收。而采取符合“不排除措施条款”规定的措施, 东道国就不需为投资者遭受的损失承担责任^[25-26]。在某种意义上, 投资协定例外条款所保护的利益根据重要程度的不同可分为重大公共利益和一般公共利益, 而“根本安全利益是最重要的公共利益”^[27]。BIT 中规定的公共道德、环境等一般例外与经济危机、战争等所涉及的根本的国家安全利益例外之间有所区分, 因为它们的范围、使用条件并不一样^[28]。

公共利益的前两种维度体现的是其在一般或“正常”情况下的特征, 比如为保持和/或改善人们生活条件而建设基础设施、提高环保标准等情形。根本安全利益反映的则是国家重大安全利益受到严重而紧迫的威胁的情形, 即“国家本身的存在、其政治或经济的生存、其基本服务的继续正常运作、维持国内和平、其一部分人口的生存、其领土或其一部分的环境保护等遭受严重危险”^[29]。尽管一般情况下的规制措施和紧急状态下采取的措施都对私人权利产生负面影响, 但这些措施所要保护的公共利益的社会重要性各不相同。在正常情况下, 政府在追求公共利益方面有充足的时间和备用选择。但是, 当一个国家的根本安全利益面临紧迫而严重危险时, 政府就不得不在有限的时间内采取必要的紧急措施。由于政府没有足够时间收集信息并评估拟采取的措施对私人利益可能产生的影响, 国家在采取紧急措施方面享有更广泛的自由裁量权。从这个角度来看, 应该从两个不同的维度去评价一般公共利益管制下采取措施的必要性和在一个国家面

临紧急情况时采取措施的必要性。相应地, 仲裁庭在裁定政府措施的性质的时候需要采用不同的审查标准, 对政府在紧急状态下采取的措施要给予更广泛的尊重。

公共利益的以上三个维度可以通过公民环境权的例子得到清晰的阐释。作为公民的一项基本权利, 环境权在我国是得到宪法保护的^⑦。可是, 具有平等规范地位的诸多权利不一定具有同等的社会重要性, 因为一些权利所蕴含的价值比其他一些权利所代表的价值更重要^{[30](118)}。公民环境权中的次级权利虽然都属于宪法权利, 但它们的社會重要性各不相同, 因此它们享有不同程度的保护。比如, 与参与权、环境与人权、教育权、获取信息和寻求救济的权利等程序性环境权相比, “享有安全和健康的食物和水的权利、在健康环境中享有充足的住房、土地使用和生活条件的权利、享有安全和健康的工作环境的权利”等实体环境权^[31]更加重要。国家在追求某项与环境有关的公共利益的过程中所实施的措施给外国投资者带来负面影响时, 为了正确确定公共利益的负担分配, 审判机构需要确定国家通过采取正受到质疑的措施所追求的是公共利益的哪一个维度。例如, 为了提高居民生活环境, 政府可以征收投资者的土地使用权, 这里体现的是公共利益在投资协定中的第一个维度, 也是最基本的维度。因为政府措施的动机是公共利益, 征收行为符合公共利益要求。如果政府的动机不是合法的公共利益(比如说剥夺外国投资者的土地使用权而将其转给本国企业), 那么征收就是非法的。

在另一种场景中, 假设为了抑制对污染行业的投资, 政府适度提高了相关税收。因投资协定规定“缔约一方采取的旨在保护公共健康、安全及环境等在内的正当公共福利的非歧视的管制措施, 不构成间接征收”, 政府无需补偿私人^⑧。但是, 如果政府对上述行业增税一倍, 那么这项措施极有可能构成征收。因为政府的措施挫败了外国投资者的合理预期, 即在可预见的一段时间内, 税率即使不是完全不变, 也将保持相对稳定, 增税幅度不会那么高。这两种情景描绘了公共利益的第二个维度。从这个意义上说, 合理监管与征收之间的界限是负担增加的程度, 因为

“所采取的措施严重超过维护相应正当公共福利的必要”^⑨。

在第三种情境中, 假设一个国家的部分地区正面临一种致命的传染性病毒, 这种病毒可能通过呼吸或昆虫叮咬传播, 为了控制病毒的传播, 政府实施了最严格的交通管制, 对来自传染病区的所有人进行了细致的检查, 并限制了前往该地区的游客数量。有外国投资者在该地区运营一家长途公共交通企业, 由于交通管制而遭受了严重损失, 而政府实施交通管制也是为了保护公众健康。这类危难以及危急情况体现了公共利益的第三个维度——根本安全利益。

投资协定中公共利益的上述三个维度对界定间接征收具有不同的重要性或意义, 正确认识这些维度, 对于判断被指控的措施的性质至关重要。不仅这三个维度对征收具有不同的意义, 同一个维度在不同的审查阶段也具有不同的意义。如下文所讨论的, 在(直接)征收案件中仲裁庭首先考查的是征收行为是否为了促进或保护公共利益而实施。在间接征收案件的审查中, 理想的出发点是审查一项措施是构成警察权范围内的管制措施还是构成间接征收, 而不是仅仅将公共利益视为排除非法征收可能性的一个标准。也就是说, 在确定一项措施的性质时, 仲裁庭如果将公共利益仅视为排除非法征收可能性的一个标准, 可能存在于一个危险的假设, 即被质疑的措施构成征收。在调查的初步阶段, 仲裁庭审查的是公共利益是否存在的问题, 而不是它的分量。就这一步而言, 上述公众利益的第一和第二维度是需要仲裁庭明鉴的, 而公共利益的第三个维度——根本安全利益往往是不证自明的。就间接征收案件中的归责而言, 公共利益的上述第一个维度没有实际意义, 它不能作为非补偿性监管措施与间接征收之间的分界线。投资者基于根本安全利益条款提出索赔请求时, 投资者遭受的损失往往很严重, 而且损失主要是由东道国所采取的措施造成的。在东道国为保护根本安全利益而采取的措施符合一定要求的情况下, 哪怕该措施对私人利益造成重大损失, 东道国也不会承担责任, 因为属于根本安全利益范围内的措施不构成对条约义务的违反^⑩。正确区分公共利益的三

个维度对于投资仲裁中的归责问题至关重要。如前所述,期望各国近期内一致接受 ISDS 的程序改革或修改它们各自的投资条约以包括更具体明确的公共利益条款是不现实的。公共利益条款的一致解释和加强国际投资体制的系统一致性需要采用更加严格和全面的分析方法。

四、适用比例原则解释与间接征收有关的公共利益条款

虽然存在大量的反对意见^[32-33],比例原则和根据比例原则进行条约解释已经在投资仲裁中被适用,以解释公平待遇等内涵广泛的术语,或平衡相互竞争的利益。由于比例原则在国际投资法理学和条约解释规则中有其渊源,因此这里不讨论比例原则在投资仲裁中适用之可行性等问题。适用比例原则有利于在公共利益和私人利益冲突的情况下提供更清晰的分析框架。在投资仲裁中适用比例原则,对于有效解释模糊术语能起到辅助作用,使我们“看到”公共利益的各种维度。与其他一些关于比例原则的研究不同,我们认为比例原则在具体解释时应该包含四个子原则。

(一) 合法性审查原则

确定政府所声称的公共利益的真实性和合法性是仲裁庭在比例原则下进行审查的第一步,独立于整个比例原则的其余部分。也就是说,它并不真正影响政府措施是否最终被确定为间接征收。合法性审查阶段的作用是区分合法的征收和非法的征收。公共利益是合法征收的要件之一,在大多数情况下,它也是首先要考虑的因素^⑧。在合法性审查阶段,通过调查被审查的政府行为是否追求合法目的来筛检不合法的目的^[34],“任何追求不正当目的的决定显然是不合理的”^[35]。不歧视、补偿、正当法律程序和正当的公共利益都是合法征收的条件,但这些法律要件对征收的重要性和作用有所不同^[36]。政府未能满足这些要求中的任何一项,征收可能就是非法的,但每项标准对征收的非法性具有不同的意义。如果没有真正的公共利益作为基础,征收肯定是非法的,但是轻微违反正当程序或不补偿等

并不一定会使征收成为非法^{⑨[37]}。实践中,政府一般不会实施明显缺乏公共利益基础的措施^[38],因此大多数非法征收都是由于政府违反正当程序、非歧视性待遇或补偿要求而发生的^⑩。即使在政府措施被确定为构成非法征收的案件中,大多数索赔人也没有质疑公共利益的真实性和^⑪,而且仲裁庭也很少会认为被申请东道国所声称的公共利益是虚假的。在 *British Caribbean Bank v. Belize* 案中,仲裁庭认为审查中的政府措施部分是出于对投资者的敌意,而不是出于实际的公共目的^⑫。在该案中,即使给予政府行为尊重,东道国的措施也缺乏公共目的性,因此是非法征收^⑬。

通过比例原则分析的合法性审查环节能够体现公共利益的第一个维度,即征收行为之合法性要件。仲裁中仅援引公共利益并不符合这一要求,因为那样的话,政府在任何案件中都会援引公共利益作为辩护理由,使这一要求变得没有意义。正如前面所述,大多数情况下政府不会采取明显缺乏公共利益基础的措施,因此通过比例原则分析的合法性审查步骤对界定间接征收没有实际的作用。更重要的是,由于没有满足征收合法性的任何一项条件的征收就是非法的,只要仲裁庭能确定不补偿的情形,它就不会继续审查政府所声称的公共目的的真实性,而几乎所有的案件中都存在不予补偿问题,且它在仲裁中最容易被观察到。

(二) 适当性原则

政府措施需要同时满足两个条件才能通过合法性要件的审查要求,一个是上述的实际存在的公共目的,另一个是受到质疑的措施与此公共目的的关联性(nexus)。对受质疑的措施与其追求的目标之间的关联进行审查的过程就是适当性原则的本义。尽管仲裁实践尚未澄清这种关系应该有多强,但关联性的要求并不是非常苛刻的^{[34][138]}。适当性原则并不要求这些措施实际上促进了所述目标,只要政府证明其实施这些措施的意图是为了实现这一目标就足够了。关联性要求公共目的与受到质疑的措施之间存在因果关系,即东道国政府需要证明这些措施是“为了”公共目的^⑭。这意味着如果所审查的措施实

际上是在公共利益的掩盖下追求其他非公共目的, 即使也存在某些公共目的, 它们仍然无法满足适当性评价的要求。因为, 即使同时存在公共利益与非公共利益, 政府不是“为了”公共利益在行动。在某种程度上, 合法性和适当性可归入单一的适当性评价之内。因为, 不是“为了”所述公共目标而采取的措施一般是追求了非公共利益的, 无法满足合法性要求。更进一步, 如果明显追求非公共利益, 这些措施就不能通过第一步的合法性标准的要求并将属于非法征收的范围, 因此也不会进入适当性审查阶段。

适当性原则的评价标准比合法性审查更高, 因为大多数案件中的公共利益目的是不言而喻的, 可是所采取的政府措施与其背后的目的之间的合理联系就需要举证证明。British Caribbean Bank v. Belize 案的仲裁庭进一步得出结论, “为了公共目的”要求被申诉方必须提出一个公共目的, 并合理地说明这些措施如何有助于实现这一目的^[36]。不能满足适当性原则的要求也会导致公共利益抗辩被驳回, 相关措施最终会被认定为非法征收。与合法性要求一样, “只有极少数措施不会通过适当性要求”, 因为没有理由认为追求了真正公共利益的政府会采取完全无助于推进所述利益的措施^[38]。Philip Morris v. Uruguay 案的仲裁庭申明, 没有必要审查这些措施是否达到预期的效果, 只要这些措施是“合理的”就足够了^[39]。如果“所采取的措施与该事项成比例且该措施是出于善意”, 该措施就不违反条约义务^[40]。只要这些措施是基于真正的公共目的, 仲裁庭就会对东道国选择和实施措施方面给予一定的尊重, 并且国家的行为不会因为轻微的缺陷而不能通过适当性原则的评价^[41]。

(三) 必要性原则

一般语境下的公共利益规制, 主要是指一种“不以紧急状态、国家安全或公共秩序为基础的规制”^[39], 是“正常”情形下的监管行为。简言之, 必要性原则要求行政者所选择的手段的限制性或负面影响不超过达到公共目的所必要的限度。就间接征收请求权而言, 措施的必要性的真正含义往往会在仲裁实践中丢失。这是因为一些仲裁庭把一般情形下实施的公共利益规制措施

的必要性(necessity of a measure)和国际法上的必要性抗辩(necessity defense)混为一谈。从必要性审查的角度讲, 如果一项措施被认为是征收性的, 那不是因为政府完全不应该采取该措施, 而是因为该措施的限制性效果超过了必要限度。这里进行必要性审查, 是为了确定“监管者是否有较不严厉的手段来实现它认为面临危险的合法和重大的公共利益”^[39]。

尽管一般语境下的监管措施和国家紧急状态下采取的措施都是为了保护公共利益目的而实施的, 但它们属于两个不同的范畴。前者规定的是在“正常”情况下警察权行使的必要界限, 后者的侧重点则是紧急情况带来的社会负担的分配问题。在投资协定中, 通常意义上的管制措施的有关内容是通过一般例外条款予以呈现的, 而必要性抗辩是根本安全利益相关条款的规范内容。“**(一般)例外限制的是条约义务的范围, 这意味着在满足例外条件的情况下措施不会违反条约, 而必要性抗辩只有在本应禁止这种行为的情况下才会起作用, 为这种行为辩护。**”^[40]如前所述, 尽管一般例外与根本安全例外下采取的措施都对私人权利有负面影响, 但它们理应保护的公共利益的社会重要性各不相同。在投资仲裁中, 应根据政府措施所要保护的公共利益的重要性和公共利益面临的潜在威胁, 适用不同的审查标准对其进行审查。在仲裁实践中, 习惯国际法意义上的必要性抗辩与一般例外条款规定的“必要的措施”被混淆的一个重要原因是, 一般监管措施的“必要性”的确切含义很难确定, “也难以确定其适用的门槛”^[41]。

通过一般措施的必要性与必要性抗辩的分析, 可以清楚地揭示两者不同的规范内容, 并为进一步凸出一般措施必要性的审查标准作铺垫。因为, 比例原则下的必要性原则也缺乏具体内容, 没有可操作的分析方法, 实践中只能依赖审查标准来寻求必要性原则的客观化。必要性原则确实要求监管者选择对私人权益限制较小并能推动公共目的的措施, 是对个人权利的限制不超过必要范围的措施^[42]。但是, 限制性较小的替代措施的存在还不足以否认政府措施的必要性, 监管机构选择的措施不仅应该是对受监管者

产生负面影响较小的措施,还需要能够达到预期的公共目的。所以,片面地将必要性原则等同于最少限制原则^[43]或“唯一办法”是不恰当的。将必要性审查视为“唯一办法”,表明将一般监管中的必要措施与习惯国际法中的必要性抗辩混为一谈。而将必要性审查等同于“最少限制方式”的问题在于,它只强调监管者在诸多措施中应选择对私人权利的影响最小的那个,却忽略了措施的成本。当然,实施措施的成本与措施对私人权利施加的限制或损害之间的平衡,应在最后一步即狭义的比例原则中进行。可是“最少限制”这样的表述隐含着不计成本地去选择对私人权利影响最小的措施,如果以这种方式理解,那么在每一项监管措施之外,都有另一种限制性最小的措施。

在前面的例子中,政府为了改善人们生活环境而建设基础设施时,对个人权利影响最小的选择当然是另选远离私人财产的地方,而不是在原先计划的地点建造这个设施。可是,行政机关就特定事项施行某一个政策或进行规制时有其综合考量,其中就包括各种成本,仅仅因为某个人无法容忍而改变原来的公共政策计划,可能就意味着成本会大幅增加。从这个角度来讲,最少限制或最小损害指的是相对最小损害,而“最小损害的手段,是在相同有效性下的最小损害”^[44]。如果一项措施不能实现所追求的公共利益,那么即使它对私人权利的限制作用最小,也不是可取的。在司法审查中,只注重措施的最小损害或同时也兼顾措施的有效性和成本,反映了两种不同的必要性审查标准。既然例外条款不是自我判断性的^⑩,并且考虑到国家的制度能力^{[34](146-148)},仲裁庭在必要性审查中持监管友好的态度,给予国家一定的尊重可能更合适。如果存在对私人利益影响较小的可行措施,并且其能够解决监管者手头的问题,那么一项措施就不能通过必要性审查。几个仲裁庭指出,与公共利益有关的措施,如善意并遵循正当程序而实施的话,足以通过必要性审查,必要性不要求政府采取的是最佳解决方案^⑪,可是采取的措施不能“过猛”^⑫。有些仲裁庭认为,措施是合法的^⑬、善意或不歧视的就可以通过必要性的审查要求^⑭。必要性原则不要

求行政者选择的必须是对私人权利限制最小的措施,只要这种限制不明显超过必要限度即可,在国际投资仲裁中更是要求尊重东道国的裁量权。

(四) 狭义的比例原则

比例原则的前三个子原则分别考查被审查的措施背后的目的是否合法、采取的措施与背后的目的之间是否存在合理的关系以及是否存在对私人权益影响更小并能实现公共利益目的的其他措施等问题。以上三个步骤的焦点都是措施本身,审查的是措施与公共利益之间的关系,它们不涉及公共利益与私人利益之间的权衡问题。狭义的比例原则所做的是在比例原则框架内的最终平衡。它需要回答的问题是,政府采取受到质疑的该措施是否值得,即这些措施带来的社会效益是否大于私人利益因这些措施而遭受的损失。这一步的核心问题是正确界定要平衡的公共利益,因此,有必要防止利益概念的过度泛化。正如前面所提到的,如果投资仲裁中的东道国总是以公共卫生、国家经济安全、环境保护等一些宏观的公共利益做辩护,那么适用严格意义上的比例原则就变得没有意义。因为,在大多数情况下,东道国的这些利益关系国家的存亡或者社会的持续发展,私人利益总是要让位于它们。

在狭义的比例原则下进行的平衡,是指在监管措施实施之前的私人利益状况与之后的状况之间的比较,以及实施监管措施之前的公共利益状态与其实施后的状态之间的比较^{[42](351)}。因此,这里比较的是国家措施带来的边际社会效益和由措施引起的对私人权利的边际损害^[42]。同样,当在间接征收索赔中进行严格意义上的比例平衡时,应将管制措施所取得的边际社会效果与外国投资者所承受的边际成本进行比较。PL Holdings 诉波兰案是国际投资仲裁庭进行全面比例审查的少数案件之一。在该案中,被申诉方(波兰)的银行监管机构为了纠正请求方的行为采取了措施并给请求方造成重大损失。仲裁庭认为,监管机构确实以公共利益为目的采取了措施,监管者为保护银行业的稳定采取措施是没有问题的,在一些情况下,“为此目的所采取的这样的措施是完全合理的,并符合比例原则”^⑮。可是,

为了符合比例原则,“一项措施不能太过分,它的缺点不能大于优点”^⑤。该仲裁庭申明,如果政府所面临的挑战的严重性或它所追求的公共利益的重要性不能证明它的消极影响是合理的,那么一项措施就是过分的。正如该案仲裁庭所指出的,在这种情况下,国家银行系统的稳定性应被视为一般背景而不是考量的主要参数。与受到质疑的措施的不利影响进行权衡的具体公共利益是申请人遵守银行业监管规定或预防其不遵守这些规定可能对公共利益造成的破坏性后果,措施的影响不应与保护整个银行体系的稳定性这一目的之间进行权衡^⑥。

在 *Occidental v. Ecuador (II)* 案中,厄瓜多尔辩称其采取的措施是为了保障国家碳氢化合物管理制度的完整性^⑦,仲裁庭也认为东道国强调遵守其管理制度的重要性是合理的。可是仲裁庭也指出,这里进行权衡的公共利益不是管理制度的完整性,而是东道国达到对石油和天然气开发企业发出“威慑信息”这一目的^⑧。显然,东道国的措施让索赔人承担的代价与针对索赔人的不法行为不成比例,且与被告可能希望达到的具体公共利益的重要性和有效性也不成比例^⑨。正如该案仲裁庭所做的那样,在进行(狭义的)比例权衡时,要清晰地区分公共利益监管的总目的与具体的公共利益,应在后者与私人利益之间进行权衡。在这种情况下,如果将公共利益管制的目标理解是要权衡的具体公共利益,那么它将与索赔人所遭受的损失进行权衡,而索赔人很可能因此而败诉。

在平衡中防止公共利益的泛化意味着控制公共利益的范围,但这并不意味着仲裁庭对国家的措施选择本身提出质疑。事后质疑各国处理其公共事务的做法意味着对国家监管权力的过度干涉或侵犯,这将与在投资者-国家仲裁中适用比例原则的最初目的背道而驰。因此,有必要正确认识该原则在国际投资仲裁中的作用。比例原则在国际投资仲裁中是一个分析框架或解释工具^[45],是一种审查方法^{[34][26,29]},不宜将它作为审查标准来对待^{[34][31]}。当仲裁庭就一项措施何时属于“极少的”征收作出裁决时,比例原则可能发挥指导作用^[46]。国际司法中审查标准反映的是初

始决策者与后续裁判者之间权力的垂直分配关系,它涉及国家责任的确定与国家主权的保护等问题^[47]。审查标准与审查方法有着不同的功能^[25],可是不少仲裁庭混淆了这两者^[48]。审查方法侧重于关注政府干预权利的做法是否可以被容许,而审查标准更多地反映审查方法适用的宽严程度。因此,在狭义比例原则的适用背景下,对私人利益与公共利益进行横向权衡时,比例原则可以作为审查方法。横向平衡意味着仲裁庭在这一步做的是简单的价值中立的权衡,其在权衡私人利益和公共利益时应保持克制,并尊重国家对措施的选择和执行。从功能的角度看,仲裁庭扮演的是一个事后监督者的角色,而东道国在处理本国公共事务上享有广泛的行政裁量权,而且东道国最了解本国公共利益相关事务。因此,狭义上的比例原则所要求的“适当的平衡”应是一种消极的要求,即它只能说明什么样的情形是不成比例的,而不应事先确定什么是成比例的。

“所以狭义比例原则实质是对过度的禁止”,它只禁止严重的不合比例^[49]。也就是说,事后的裁判者不能预先确定政府应达到的一个圆满的状态,只要政府的措施不是明显的不成比例,它就满足狭义比例原则的要求。

五、晚近发展及趋势

为了合理平衡外国投资者利益与东道国的公共利益,提高公共利益保护条款解释的一致性,近期的某些 IIAs 积极地采纳了 UNCTAD 提出的一些改革政策建议。与本议题有关的国际投资协定的最新发展趋势可简单概括为三个方面。

首先,就明确国际投资协定中的公共利益的内容和范围而言,国际投资协定采取了尽可能详细地列出公共利益内容^⑩、细化保护具体公共利益的措施内容^⑪、规定独立的“规制权条款”(right to regulate)^⑫等措施。列举一般例外条款中例外的内容后制定独立的例外条款,然后再制定规制权条款强调监管权,是近期投资协议(或其他包含投资条款的经贸合作机制)为平衡东道国和外国投资者的利益而采取的新措施的重点。例如,《加勒比论坛国家-英国 EPA》首先在“一

般例外条款”(general exception clause)中列举了公共安全与公共道德,秩序,保护人类、动物或植物的生命或健康,知识产权保护,贵金属进出口等诸多例外规定^⑤。紧接着它制定了单独的“安全例外”(security exceptions)和“税收”(taxation)例外条款^⑥。该协定在“目标和范围”条款中规定“保留监管和引进新法规以实现合理政策目标的权利”^⑦,并在“环境”(environment)一章和“社会影响方面”(social aspects)一章分别制定了独立的“保护水平与规制权”(levels of protection and right to regulate)条款^⑧。其他协定也采取了类似的做法,除了大量的一般例外条款之外还规定独立的“规制权条款”,以确保在不违反条约义务的情况下根据社会发展的需要制定或修改法律和公共政策^⑨,足以看出各东道国已经非常重视投资条约制定的这些新做法在保护公共利益方面的必要性与重要作用。

其次是对协议条款的解释或适用提供共同解释的机制的出现和国内法在认定监管措施合法性方面的优先地位的确认。至于准确有效地解释投资条约的相关条款,越来越多的国家在制定条约时也在尝试新的解释方法,这些举措将对促进解释的一致性和维持规制权产生深远的影响。《欧盟-越南投资保护协定》制定了专门的“解释规则条款”(rules of interpretation),规定缔约方设立一个由缔约方代表组成的委员会^⑩,“当解释问题引起严重关切时……,委员会可通过对本协定条款的解释,任何此类解释对仲裁庭和上诉庭均具有约束力”^⑪。《澳大利亚-香港投资协定》规定:“本协议条款各方的联合解释对仲裁庭具有约束力,仲裁庭作出的任何决定或裁决应与该联合解释一致。”^⑫由缔约方提供条约解释的做法至少在提供解释的这些国家所涉及的案件中能够提高解释的一致性。因为,虽然一个国家与不同国家签订的投资条约的条款有所不同,可是它对同一事项的规定往往是一致的。退一步讲,如果一个国家在其签订的不同的投资条约中对同一事项有不同的规定,最惠国待遇原则的功效也能让对投资者最有利的规定得以普遍适用。

国内法在认定监管措施合法性方面的优先

地位的确认也是晚近 IIAs 发展的一个亮点。《佛得角-匈牙利 BIT》规定:“仲裁庭无权确定根据当事国的国内法据称构成违反本协议的措施的合法性,并且一项措施是否与本协定相符,仲裁庭可酌情将一方的国内法视为事实,在这样做时,仲裁庭应遵循该方法院或当局对国内法的现行解释。”^⑬尽管此类条款没有赋予缔约方在监管问题上的绝对自我判断权(协议和社会对法律的普遍理解约束东道国),但这在保护监管空间方面仍是一个相当大的进步。如上所述,间接征收涉及的往往是社会正常情况下的监管措施,它关切的一般不是重大安全利益。所以,间接征收案件中要裁决的政府措施需结合特定的社会背景来分析。可以肯定的是,国家制定国内法律,而且在涉及间接征收有关的微妙问题上,国内法院和监管当局对自己的社会非常熟悉,因此能够对相关法律作出更好的解释。

最后是在间接征收条款中比例原则的隐现和间接征收被排除在条约范围之外。在本研究中,对比例原则在解释公共利益条款中的应用的分析是基于对比例原则作为国际法一般原则认可的。然而,如上所述,虽然比例原则已被几个投资仲裁庭采用,但一些学者仍然质疑它是否适用于该领域。《日本-摩洛哥 BIT》规定,确定一项措施是否构成间接征收时,除其他因素外,应考虑“就公共利益目的而言,这种措施是否不成比例”^⑭。除极少数情况外,“例如,一项或一系列措施的目的或后果是极端严重或不成比例的”,否则缔约方为公共利益实施的非歧视性措施不构成间接征收^⑮。《中美洲-韩国自由贸易协定》也有同样的规定,而且在其脚注里指出“一个相关的考虑可能包括投资者是否承担了不成比例的负担,比如一个超过了投资者或投资应该为公众利益所承受的特殊的代价”^⑯。尽管这些条款并未明确规定比例原则的适用,但“不成比例”一词意味着进行比例原则意义上的权衡。这一相对较新的方法,虽然薄弱且几乎不普遍,但可能为在投资条约仲裁中适用比例原则提供一些支持。

将多发生争议的特定经济部门或领域排除在投资争端解决机制范围之外是晚近投资协定

发展中的一个趋势^[50], 将间接征收这一重要争端类型排除在争端解决机制之外可能是一个危险的信号。巴西分别与圭亚那、阿联酋签订的 BIT 中制定了“直接征收”条款, 并明文规定征收条款只包括直接征收^⑤。而《巴西-印度 BIT》更进一步规定“为了更加确定, 本条约仅涵盖直接征收……”^⑥。美墨加协定里, 美国与墨西哥之间的投资争端解决规定缩减了投资者提出 ISDS 索赔的理由范围^⑦, 并规定投资者基于国民待遇和最惠国待遇提出的索赔理由只能是准入后的待遇问题, 不包括准入前待遇, 基于征收条款的索赔也不包括间接征收^⑧。尽管将间接征收排除在争端解决机制之外很难说是一种趋势, 但它仍然反映了各国对这一问题的态度。可以预见, 如果不促进条约解释的一致性, 各国不能合理地预测其关于外国投资的管制措施的后果, 那么越来越多的国家在签署新条约时可能会采取这一方法。

六、结论

国际投资法体系在条约制定和争端解决方面都发生着深远的变革, 目标是在东道国的公共利益和外国投资者的利益之间实现适当的平衡。不可避免地, 平衡这两个相互竞争的权利会引出这样一个问题: 在什么样的情况下, 国家执行的公共利益规制措施构成间接征收? 正如本文所讨论的, 现有众多条约的公共利益条款各不相同, 不同的投资仲裁庭在仲裁中对这些条款的解释也各不相同, 对哪些情况构成间接征收作出了大量前后不一的裁决。现在有效的投资协定中早期的双边投资条约占大多数, 而这些早期投资条约中包含了相当简陋的公共利益条款和征收条款。如果认为提高国际投资制度的系统一致性是值得追求的价值取向, 那么在仲裁中作出解释相对一致的裁决也是必不可少的。但是, 期望大部分缔约国近期签署包含有更具体的公共利益和征收条款的新的国际投资协议是不现实的。鉴于发展中国家和发达国家之间投资贸易领域日益突出的利益冲突, 国际社会也不可能在不久的将来就投资者国家争端解决机制的改革事宜达成一致, 以建立更加成熟的机制来应对当前存在的

问题。

比例原则在国际投资仲裁案件审查中的特性或定性影响其适用及其结果。本研究从一个实用主义的角度看比例原则, 认为其在审查中扮演多重角色, 既可以作为解释工具(审查方法)提供分析框架, 也可以作为利益平衡的工具(审查标准)。本研究将公共利益置于比例原则的前三个子原则之下进行审查, 试图让公共利益得到有效解释。然后在狭义的比例原则下对外国投资者利益与相对具体化的公共利益进行权衡。比例原则的前三个子原则都与政府的公共利益目的有关, 分别考查措施背后的目的是否合法、措施与目的是否有关联、是否存在能达到该公共目的并且副作用更小的措施等问题。合法性审查是后续所有审查的前提, 如果所采取的措施不能通过合法性审查, 政府就要承担责任, 哪怕措施与政府声称的目的有关联并且采取的是给私人利益造成最小损失的措施。间接征收案件中, 狭义比例原则检验政府的措施是否值得, 即政府措施所取得的效果是否大于投资者所遭受的损失, 它与措施背后的目的无关。比例原则不仅可以为在间接征收语境下解释公共利益条款提供一条出路, 在解释公平公正待遇等抽象概念时也会发挥作用。在比例原则的分析框架下, 可以清楚地看到国际投资协定中的公共利益存在三个维度, 并在间接征收的界定标准下进一步加以审查。如此一来, 适用比例原则不仅可以对公共利益条款进行有效解释, 而且可以将间接征收与非补偿性规制措施相区分。

注释:

- ① 据联合国贸易暨发展会议(UNCTAD)统计, 截至 2017 年 7 月, 已公开的国际投资仲裁案件中 75% 的索赔人援引了间接征收条款。详见 UNCTAD, Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts And Figures IIA Issue Note, No. 3, 2017, p.5. Available at: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf; (accessed on 07 February 2020).
- ② 比如《中德 BIT》(1985)第四条规定: “……只有为了公共利益, 依照法律程序并给予补偿, 缔约另一方可对缔约一方投资者在其境内的投资进行征收。补偿的支付不应不适当地迟延, 并应是可兑换的和可自由转移。”中德 BIT(2003)第四条(2)款规定: “缔约一方投资者在

缔约另一方境内的投资不得被直接或间接地征收、国有化或者对其采取具有征收、国有化效果的其他任何措施(以下称“征收”),除非为了公共利益的需要并予以补偿。”

- ③ 参见 Article 6, 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. 美国双边投资协定范本的实质保护条款非常有代表性,也被诸多国家仿效,所以本文在分析中也主要参考其有关条款。
- ④ 联合国贸易与发展会议将各国 2010 年之前签署的双边投资协定(其中大部分是在 20 世纪 90 年代谈判的)称为旧的双边投资条约,而 2010 年之后的投资协定被称为新一代投资协定。参见 UNCTAD, PHASE 2 OF IIA REFORM: MODERNIZING THE EXISTING STOCK OF OLD-GENERATION TREATIES. Available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3_en.pdf (accessed 6/20/2019).
- ⑤ 早期的 BIT 并不完全吸收“四要件”。以 1985 年《中国-新加坡 BIT》为例,第六条中关于征收条款的规定没有涵盖“除非是为了公共利益”或类似规定,仅仅规定“除非这种措施是为法律所准许的目的,是在非歧视性基础上、是根据其法律并伴有补偿,该补偿应能有效地实现,并不得无故迟延”。
- ⑥ 截至 2020 年 2 月 15 日,国际投资条约总数已达 3 291 个(其中双边投资协定 2 901 个,带有投资条款的其他条约 390 个)。详见:UNCTAD, International Investment Agreements Navigator. Available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (accessed 2/20/2019).
- ⑦ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016), para. 992.
- ⑧ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007), para. 270.
- ⑨ 这两起案件所依据的两个 BIT(《阿根廷-德国 BIT》、《阿根廷-西班牙 BIT》)的征收条款都基本相似。详见:Siemens v. Argentina, Award 2007, para 270; Urbaser and CABB v. Argentina, Award 2016, paras 999-1000.
- ⑩ 相关改革措施详见:UNCTAD, International Investment Agreements-Issues Notes, <http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issues-Note.aspx>, and UNCTAD, International Investment Policies for Development (Issue Series). [http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Policies-for-Development-\(Issue-Series\).aspx](http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Policies-for-Development-(Issue-Series).aspx). (22/ 20/ 2019).
- ⑪ 大约 3/4 的现有双边投资协定是在 2010 年之前签署的(贸发会议将它们称为旧一代条约),其中 95%仍然有效,大多数是在 1990 年代谈判的。详见:UNCTAD, Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the existing stock of old-generation treaties, IIA Issue Note, No. 2, 2017. p.3.

Available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3_en.pdf. (accessed 12/ 17/ 2019)

- ⑫ Total S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/1), Decision on Annulment (1 February 2016), para.196.
- ⑬ 比如《欧盟-越南投资保护协定》(EU-Viet Nam Investment Protection Agreement 2019)在其征收条款(Article 2.7)中适用“public purpose”,而在 Article 4.2 适用了“public interest”。《澳大利亚-香港投资协定》(Australia-Hong Kong Investment Agreement 2019)“序言”部分同时适用了“social welfare”和“public welfare objectives”,征收条款适用了“public welfare objectives”。类似的交叉适用在近期的《澳大利亚-乌拉圭 BIT》(2019)、《美-墨-加协议》(Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, USMCA 2018)、《澳大利亚-印尼 CEPA》(Australia - Indonesia CEPA 2019)、《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)等双边和多边协定以及更早期的 NAFTA 等协定的序言或征收条款中都比较常见。
- ⑭ TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala, (ICSID Case No. ARB/10/23), Decision on Annulment (5 April 2016).
- ⑮ 参见《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第 52 条第 1 款。
- ⑯ 早期的投资条约请参见 Article 3(2), Germany - Pakistan BIT (1959); Article 4, Germany - Malaysia BIT (1960); 近期的投资协定请参见 Article 14.8(1), (USMCA 2018), 2018 年末签署的该协定旨在取代《北美自由贸易协定》,其投资相关内容是国际投资监管发展趋势的一个例证。另请参阅:Article 2.6(1), EU- Singapore Investment Protection Agreement (2018).
- ⑰ 少数双边投资条约没有提及公共利益要求。比如 Netherlands - Tunisia BIT(1963)。该协定仅规定了征收以后的补偿相关问题,而没有提到公共利益、正当程序等要求。另请参见《比利时-卢森堡经济联盟-突尼斯条约》(Belgium-Luxembourg Economic Union - Tunisia BIT 1964)、《中国-新加坡 BIT》(1985)。《中国-新加坡 BIT》中征收条款规定的征收合法性要件之一是“除非这种措施是为法律所准许的目的”。该条款没有明文规定“为了公共利益”,可是可以合理地推断出这里所说的“法律所准许的目的”是公共利益目的。
- ⑱ ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, (ICSID Case No. ARB/03/16), Award (2 October 2006), paras.304, 429-433, 439.
- ⑲ Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic, Award (24 October 2014), paras.211-212. 该案裁决于 2017 年被法国上诉法院撤销。
- ⑳ Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No.

- ARB/10/5), Award (13 March 2015), paras. 122-124.
- ②① Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB (AF)/12/5), Award (22 August 2016), paras.404-410.
- ②② Annex B, Expropriation, 4(b), 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. Annex 9, Chapter 9, *Trans-Pacific Partnership Agreement*; 《中国-韩国自由贸易协定》, 第十二章“投资”, 附件 12-B。
- ②③ 参见 Annex B, Expropriation, 4(a), 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.
- ②④ Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/09/1), Award (21 July 2017).
- ②⑤ 因为在政府的管制措施以保护公共利益为目的时, 即使措施给投资者带来损失, 也是合法的。而政府为达到公共目的以外的其他目的而采取措施时, 给投资者带来损失的, 那这种行为已超出合法范畴, 政府就应该给予相应的赔偿。这里的重点不在于衡量政府行为带来的不利影响, 而在于首先确定政府采取该措施的目的是什么。
- ②⑥ Article18, 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.
- ②⑦ 参见《中华人民共和国宪法》第 26 条。
- ②⑧ 《中国投资保护协定范本》第 6 条第 3 款。
- ②⑨ 参见 CMS v. Argentina, Decision of the Ad hoc Committee on Argentina's application for annulment dated 25 September 2007, para129; Sempra v. Argentina, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award dated 29 June 2010, paras 200, 203-204.
- ③⑩ 参见 Article6 (1), 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty; 《中国投资保护协定范本》第 6 条第 1 款。
- ③⑪ Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5), Award (22 August 2016), Para. 401.
- ③⑫ 参见 Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, (ICSID Case No. ARB/14/21), Award (30 November 2017), Paras. 442-449, 533; Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA Case No. 2012-2, Award (15 March 2016), Paras. 6.66.-6.85; Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB (AF)/11/2), Award (4 April 2016), Paras. 716-718.
- ③⑬ Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB/11/19), Award (30 October 2017), Para. 6.48; Tidewater v. Venezuela, Award, para. 124; Crystallex v. Venezuela, para. 712; Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, PCA (Case No. 2011-17), Award (31 January 2014), Para. 437.
- ③⑭ British Caribbean Bank Ltd. v. The Government of Belize, (PCA Case No. 2010-18), Award (19 December 2014).
- ③⑮ Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB/06/4), Award (15 April 2016), Para. 296; Waguhi Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt, (ICSID Case No. ARB/05/15), Award (1 June 2009), para. 431.
- ③⑯ British Caribbean Bank v. Belize, Award, para. 241.
- ③⑰ Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, (ICSID Case No. ARB/10/7), Award (8 July 2016), Para. 409.
- ③⑱ 参见 Autobuses Urbanos del Sur S.A., Teinver S.A. and Transportes de Cercanías S.A. v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/09/1), Award (21 July 2017), paras. 984-985; Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/19, Award (30 October 2017), paras. 7.18.; Philip Morris v. Uruguay, Award, 409-410, 419.
- ③⑲ PL Holdings S.a.r.l. v. Poland (SCC Case No. 2014/163), Award (28 September 2017), para.374.
- ④⑩ Sempra Energy International v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/02/16), Award (September 28, 2007), Decision on Annulment, para.193.
- ④⑪ Philip Morris v. Uruguay, Award, paras.414-420.
- ④⑫ See Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (II), (ICSID Case No. ARB/06/11), Award (5 October 2012, paras.338, 427, 452, 456; PL Holdings v. Poland, Award, paras.375-383.
- ④⑬ 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. paras. 239-240.
- ④⑭ CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Award, paras.370-71, 375.
- ④⑮ PL Holdings v. Poland, Award, para.390.
- ④⑯ Occidental v. Ecuador (II).
- ④⑰ 比如《澳大利亚-乌拉圭 BIT》(2019)不仅同以往许多双边投资条约一样规定了一些包含一般例外的条款, 而且还规定了独立的一般例外条款。其不同点在于, 在以往的众多 BIT 中, 健康、国家安全、公共道德等公共利益的内容在相关例外条款中一笔带过, 而 2019 年澳大利亚-乌拉圭 BIT 规定了独立的“一般和安全例外”(Article 15)、“税收例外”(Article 16)等例外条款。类似的还有《加勒比论坛国家-英国经贸合作协议》(CARIFORUM States - United Kingdom EPA 2019)。该协议在“一般例外条款”下列举了健康、环境等一般例外内容之后再单独规定了“安全例外”“税收”等例外条款。

- ④8 比如《澳大利亚-香港投资协定》(*Australia-Hong Kong Investment Agreement* 2019)在其征收条款脚注中详细说明了缔约方为保护公众健康可能采取的监管措施。《澳大利亚-乌拉圭 BIT》(2019)、TPP、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)、《澳大利亚-印尼 CEPA》(2019)、《中美洲-韩国自由贸易协定》《日本-阿根廷双边投资协定》等新近的投资协定和包括投资有关规定的其他条约也采用了这种做法。
- ④9 《加勒比论坛国家-英国 EPA》Articles 184、192。
- ⑤0 《加勒比论坛国家-英国 EPA》Article 224。
- ⑤1 《加勒比论坛国家-英国 EPA》Articles 225、226。
- ⑤2 《加勒比论坛国家-英国 EPA》Article 60(4)。
- ⑤3 《加勒比论坛国家-英国 EPA》Article 184、192。
- ⑤4 参见《欧洲自由贸易联盟-厄瓜多尔全面经济伙伴关系协定》(*Ecuador - EFTA FTA* 2018) Articles 4.6、8.3、8.4。
- ⑤5 《欧盟-越南投资保护协定》Article 4.1。
- ⑤6 《欧盟-越南投资保护协定》Article 3.42(5); 跨太平洋伙伴全面进展协定也有相似的条款,规定如果被申诉方认为被指控的措施符合例外条款的规定,则仲裁庭应被申诉方的要求,要求委员会作出解释,并且“委员会作出的决定对仲裁庭具有约束力,仲裁庭作出的任何决定或裁决必须与该决定相一致”。参见 CPTPP Articles 9.25、9.26。《澳大利亚-乌拉圭投资协定》(Articles 12、Article 14 (22))也有相似的规定。
- ⑤7 详见《澳大利亚-香港投资协定》Article 31: Governing Law。
- ⑤8 《佛得角-匈牙利双边投资协定》(*Cabo Verde - Hungary BIT* 2019)Article 9(8); 《欧盟-越南投资保护协定》Article 3.42(2,3)也有同样的规定; 《日本-摩洛哥双边投资协定》(*Japan - Morocco BIT* 2020)Article 16(7)也规定,与争端有关的国内法应作为事实予以考虑。
- ⑤9 《日本-摩洛哥双边投资协定》Annex referred to in Article 9 Expropriation and Compensation(3)。
- ⑥0 《日本-摩洛哥双边投资协定》Annex referred to in Article 9 Expropriation and Compensation(4); 另请参见《佛得角-匈牙利双边投资协定》Article 4(C)。
- ⑥1 《中美洲-韩国自贸协定》(*Central America - Republic of Korea FTA* 2018)Annex 9C (4.b)。
- ⑥2 参见《巴西-圭亚那 BIT》, Article 7(6)、《巴西-阿联酋 BIT》, Article 7(5)。
- ⑥3 《巴西-印度 BIT》, Article 6.3。
- ⑥4 详见《美-墨-加协定》Annex 14-D Mexico-United States Investment Disputes。
- ⑥5 《美-墨-加协定》Article 14.D. 3(1)。
- [2] YANNACA S C. 'Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in international investment law, OECD working papers in international investment No. 2004/4 [EB/OL]. (2004-09-01) [2019-12-14]. https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/indirect-expropriation-and-the-right-to-regulate-in-international-investment-law_780155872321.
- [3] WILLIAM W B, VON S A. Private litigation in a public law sphere: The standard of review in investor-state arbitrations[J]. *Yale Journal of International Law*, 2010(35): 283-346.
- [4] 张庆麟. 公共利益视野下的国际投资协定新发展[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2014: 7.
ZHANG Qinglin. New developments in international investment agreements in perspective of public interests[M]. Beijing: China Social Sciences Press, 2014: 7.
- [5] POHL J, MASHIGO K, NOHEN A. Dispute settlement provisions in international investment agreements: A large sample survey, OECD working papers on international investment 2012/02 [EB/OL]. (2012-12-14) [2019-12-15]. https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/dispute-settlement-provisions-in-international-investment-agreements_5k8xb71nf628-en.
- [6] UNCTAD, Improving investment dispute settlement: UNCTAD policy tools IIA issue note, No. 4, 2017 [EB/OL]. (2017-11-04) [2019-12-14]. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d8_en.pdf.
- [7] UNCTAD, reform of investor state dispute settlement: In search of a roadmap, UNCTAD IIA Issues Note No. 2 [EB/OL]. (2013-06-26) [2018-06-20]. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiae pcb 2013d4_en.pdf.
- [8] RATCLIFFE S. Lord chief justice gordon hewart in *R v Sussex Justices, Ex Parte McCarty* 1924 [EB/OL]. (2016-06-08) [2019-09-17]. Oxford Essential Quotations (4th ed.), Oxford University Press, 2016. <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780191826719.001.0001/q-oro-ed4-00006117?rskey=ILHLXs & result=2>.
- [9] 张庆麟, 钟俐. 析《美墨加协定》之 ISDS 机制的改革——以东道国规制权为视角[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2019, 25(4): 41-50.
ZHANG Qinglin, ZHONG Li. Analysis of reform of the ISDS mechanism in USMCA: From the perspective of host states' regulating rights[J]. *Journal of Central South University (Social Sciences)*, 2019, 25(4): 41-50.
- [10] 王彦志. 国际投资争端解决机制改革的多元模式与中

参考文献:

- [1] DOLZE R. Indirect expropriations: New developments? [J]. *New York University Environmental Law Journal*, 2002, 11(64): 64-93.

- 国选择[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2019, 25(4): 73-82.
- WANG Yanzhi. The plural models in international investment dispute settlement reform and China's options[J]. Journal of Central South University (Social Sciences), 2019, 25(4): 73-82.
- [11] 张生. 国际投资仲裁中的条约解释研究[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 193.
- ZHANG Sheng. Study on treaty interpretation in international investment arbitration [M]. Beijing: Law Press China, 2016: 193.
- [12] 吴岚. 国际投资法视野下的东道国公共利益规则[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014: 3, 11.
- WU Lan. Rules on the protection of host states' public interests from the perspective of international investment law[M]. Beijing: China Legal Publishing House, 2014: 3, 11.
- [13] CHEN An. The voice from China: An CHEN on international economic law[J]. The Journal of East Asia and International Law, 2011, 4(2): 477-514.
- [14] 何其生. 国际商事仲裁司法审查中的公共政策[J]. 中国社会科学, 2014(7): 143-163, 207-208.
- HE Qisheng. Public policy in the judicial review of international commercial arbitration[J]. Social Sciences in China, 2014(7): 143-163, 207-208.
- [15] MARKERT L. The crucial question of future investment treaties: Balancing investors' rights and regulatory interests of host states[J]. European Yearbook of International Economic Law, 2011: 145-171.
- [16] 张庆麟. 公共利益视野下的国际投资协定新发展[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2014: 2-7.
- ZHANG Qinglin. New developments in International Investment Agreements in perspective of public interests[M]. Beijing: China Social Sciences Press, 2014: 7
- [17] 吴岚. 国际投资法视野下的东道国公共利益规则[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014: 30-36.
- WU Lan. Rules on the protection of host state's public interests from the perspective of international investment law[M]. Beijing: China Legal Publishing House, 2014: 30-36.
- [18] PEDRO J M, REETZ C R. Public purpose in international law: Rethinking regulatory sovereignty in the global era[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2015: 125-128
- [19] DOMINIC N D. The conflict of legal norms and interests in international investment law: Towards the constitutional- general international law imperatives theory[J]. Transnational Legal Theory, Volume 6, 2015(3-4): 518-560.
- [20] KHACHVANI D. Compensation for unlawful expropriation: Targeting the illegality[J]. ICSID Review, 2017, 32(2): 385-403.
- [21] AMBAYE D. Public purpose, land rights and expropriation in Ethiopia[M]. Switzerland: Springer International Publishing, 2015: 169-195.
- [22] MOUYAL Lone Wandahl. International investment law and the right to regulate: A human rights perspective[M]. New York: Routledge, 2016: 110.
- [23] ESCARCENA S. Expropriations and other measures affecting property rights in the case law of the iran-united states claims tribunal[J]. Wisconsin International Law Journal, 2013, 31(2): 177-207.
- [24] KURTZ J. Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis [J]. International & Comparative Law Quarterly, 2010, 59(2): 325-371.
- [25] WILLIAM W B, VON S A. Investment protection in extraordinary times: The interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties[J]. Virginia Journal of International Law, 2007, 48(2): 307-410.
- [26] 刘京莲. 国际投资条约根本安全例外条款研究[J]. 国际经济法学刊, 2010, 17(1): 189-202.
- LIU Jinglian. A study on the essential security clauses in international investment treaty[J]. Journal of International Economic Law, 2010, 17(1): 189-202.
- [27] 韩秀丽. 论国际投资协定中的“根本安全利益”与“公共目的”[J]. 现代法学, 2010, 32(2): 104-116.
- HAN Xiuli. On “Essential Security Interest” and “Public Purpose” in the international investment agreement[J]. Modern Law Science, 2010, 32(2): 104-116.
- [28] 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.
- YU Jingsong. On the balancing of investor's interests and host country's interests in international investment treaty arbitration [J]. China Legal Science, 2011(2): 132-143.
- [29] United Nations. Addendum-Eighth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (part 1), p.14. A/CN.4/318/Add.5-7 [EB/OL]. (1980-06-19) [2019-06-17]. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documenta tion/english/a_cn4_318_add5_7.pdf&lang=EFS.

- [30] RIVERS J. Proportionality and discretion in international and european law[C]// TSAGOURIAS N. Transnational Constitutionalism: International and European perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2007: 107-132.
- [31] 苏木杜·阿塔帕图, 杨朝霞, 林禹秋. 健康生活权还是消除污染权?——国际法视野下良好环境权的兴起[J]. 中国政法大学学报, 2018(6): 66-100, 207.
- SUMUDU A, YANG Chaoxia, LIN Yuqiu. The right to a healthy life or the right to die polluted?: The emergence of a human right to a healthy environment under international law [J]. Journal of CUPL, 2018(6): 66-100, 207.
- [32] PERKAMUS M. The concept of indirect expropriation in comparative public law—Searching for light in the dark[C]// SCHILL S. International investment law and comparative public law. Oxford: Oxford University Press, 2010: 107-150
- [33] CALAMITA N. The principle of proportionality and the problem of indeterminacy in international investment treaties[C]//BJORKLUND A. Yearbook of Int'l investment law and policy. Oxford: Oxford University Press, 2014: 157-200.
- [34] HENCKELS C. Proportionality and deference in investor-state arbitration: Balancing investment protection and regulatory autonomy[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2015: 23-44.
- [35] RIVERS J. Proportionality and variable intensity of review[J]. Cambridge Law Journal, 2006, 65(1): 174-207.
- [36] KHACHVANI D. Compensation for unlawful expropriation: targeting the illegality[J]. ICSID Review, 2017, 32(2): 385-403.
- [37] SORNARAJAH M. The international law on foreign investment[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2010: 406-408.
- [38] KINGSBURY B, SCHILL S. Public law concepts to balance investors' rights with state regulatory actions in the public interest-the concept of proportionality[C]// SCHILL S. International investment law and comparative public law. Oxford: Oxford University Press, 2010: 75-106.
- [39] TITI A. The right to regulate in international investment law[M]. Spartanburg: Hart Publishing, 2014: 101.
- [40] HENCKELS C. Scope limitation or affirmative defence? The purpose and role of investment treaty exceptions[C]// BARTELS L, PADDEU F. Exceptions and defences in international law. Oxford: Oxford University Press, 2019 (forthcoming).
- [41] MARTIN A. Investment disputes after argentina's economic crisis: interpreting bit non-precluded measures and the doctrine of necessity under customary international law[J]. Journal of International Arbitration, 2012, 2 (2): 49-70.
- [42] BARAK A. Proportionality: Constitutional rights and their limitations[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2012: 317.
- [43] 银红武. 论国际投资仲裁中非排除措施“必要性”的审查[J]. 现代法学, 2016, 38(4): 144-155.
- YIN Hongwu. On the “necessity”review of non-precluded measures in international investment arbitrations[J]. Modern Law Science, 2016, 38(4): 144-155.
- [44] 刘权. 论必要性原则的客观化[J]. 中国法学, 2016(5): 178-195.
- LIU Quan. On the objectification of the principle of necessity[J]. China Legal Science, 2016(5): 178-195.
- [45] HENCKELS C. Indirect expropriation and the right to regulate: Revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration[J]. Journal of International Economic Law, 2012, 5(1): 223-255.
- [46] HENCKELS C. Protecting regulatory autonomy through greater precision in investment treaties: The TPP, CETA and TTIP[J]. Journal of International Economic Law, 2016, 19(1): 27-50.
- [47] CROLEY S, JACKSON J. WTO dispute procedures, standard of review, and deference to national governments[J]. American Journal of International Law, 1996, 90(2): 193-213.
- [48] SHIRLOW E. Deference and indirect expropriation analysis in international investment law: Observations on current approaches and frameworks for future analysis[J]. ICSID Review, 1996, 29(3): 595-626.
- [49] 许玉镇. 比例原则的法理研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2009: 69.
- XU Yuzhen. Legal study of the principle of proportionality[M]. Beijing: China Social Sciences Press, 2009: 69.
- [50] UNCTAD. Reforming investment dispute settlement: A stocktaking (IIA issues note), pp.5-6, 9 [EB/OL]. (2019-03-29) [2020-02-11]. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb_inf2019d3_en.pdf.

The multi-dimensions of public interest in the context of indirect expropriation and the interpretation path of the principle of proportionality

Rexiti • Maimutiming, SHEN Wei

(KoGuan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China)

Abstract: Due to the constantly-changing nature of public interest, IIAs simply lists it in simple typologies. The wide scope of the public interest and many shortcomings of the IIAs lead to the relative negligence of the investment tribunals towards the public interest of the host countries. Interpreting the old-generation investment treaties according to the conventional treaty interpretive rules, and defining the indirect expropriation clauses brought about inconsistent treaty interpretations and the legitimacy crisis of the investment dispute settlement mechanism. Studying public interest clauses in international investment treaties and analyzing the reasoning threads of arbitration tribunals in expropriation cases disclose the multi-dimensions of public interest in international investment law. Putting the public interest and the adverse effects of the host country's regulatory measures on foreign investors into the framework of the principle of proportionality can effectively interpret relative causes of the public interest provisions and allow the public interest to play its role as a determining standard of indirect expropriation. Refining the contents of public interest provisions in future treaty practice can reduce the problem of inconsistent interpretation of treaty provisions caused by the ambiguity of public interest in the international investment system. Systematic interpretation of public interest provisions within the framework of the principle of proportionality can improve the consistency of interpretation of investment treaty provisions, including those based on the investment agreements of the old generation. The recent practice of international investment agreements has made some useful progress.

Key Words: investment arbitration; treaty interpretaion; public interest; principle of proportionality

[编辑: 苏慧]