

内容摘要

随着资本在全球范围的快速流动，投资者在实践中所形成的合理期待与东道国的关系日益紧张。如何在二者的紧张关系之中寻求到利益平衡，是长久以来国际投资领域持续关注热点问题。在仲裁实践中，投资者合理期待经常被仲裁庭援引，大多用于判断东道国实施的经济管制措施是否有违公平公正待遇，以及是否满足间接征收的构成要件，甚至有仲裁庭同时将合理期待作为上述两项内容的判定要素。本文全文以公平公正待遇以及间接征收两个方面对投资者的合理期待原则进行分析研究，对于补充公平公正待遇之含义、明确间接征收的判断因素具有较好的理论和实践意义。通过对投资者合理期待的限缩解释，推动国际投资法领域素有“帝王条款”之称的公平公正待遇标准得以平衡完善，同时也能够为间接征收的认定提供更强有力的法律依据，并以此协调投资者利益与东道国监管权之间的冲突关系。

除引言和结论外，本文分为五部分进行阐述。

第一部分主要是对合理期待原则的概述。该部分先从投资者合理期待原则的理论起源及发展演变进行分析，并分析其国际法上的渊源，从而厘清该原则的法理背景。其次，论述投资者合理期待的生成及判断因素，通过探讨合理期待如何生成及其产生依据、投资者期待存在的合理性及合法性问题，明晰该原则的学理意义。

第二部分以条约规范为重点，分析投资者期待与具体投资条约中公平公正待遇条款及间接征收条款的关系，探讨总结投资者合理期待原则在国际投资条约上的适用情况。

第三部分主要论述在国际投资仲裁中，对投资者合理期待原则存在的三种不同解释情形，即将其解释为公平公正待遇条款的内容、习惯国际法的最低标准，以及一般法律原则，辨析这三种解释的合理性。

第四部分旨在分析实践中东道国与外国投资者的紧张关系，以实现二者的利益平衡为目标，在二者之间寻找利益交汇点，从有效认定投资者合理期待、正当行使国家管制权，以及仲裁庭合理考量等三个方面展开论述。

第五部分阐述中国应对投资者合理期待原则的因应之策，结合前文的分析，探讨中国在分别作为东道国和投资者母国时应如何从中吸取经验和设计对策。

关键词：国际投资法；投资者合理期待；公平公正待遇；间接征收

Abstract

With the rapid flow of capital around the world, the relationship between the reasonable expectations of foreign investors and the host country's right to regulate has become increasingly tense in the practice of international investment arbitration. How to seek a balance of interests between the conflicting parties is a hot issue of concern in the field of international investment. In practice, international investment arbitration tribunals often take the reasonable expectation of investors as one of the important factors in determining whether the regulatory measures of the host country violate fair and equitable treatment or constitute indirect expropriation, and some tribunals even take it as both factors. This paper examines the reasonable expectation of investors in terms of both the fair and equitable treatment standard and indirect expropriation, which is of great theoretical significance to enrich the fair and equitable treatment and strengthen the determination of indirect expropriation. By limiting the interpretation of investors' reasonable expectations, the fair and equitable treatment standard, which is the "imperial clause" of international investment law, can be developed in a balanced manner, and it can also provide a stronger basis for the determination of indirect expropriation and balance the contradiction between the interests of investors and the regulatory power of host countries.

The first chapter is an introduction of the principle of reasonable expectation. It first analyzes the theoretical origin and development of the reasonable expectation of investors, and analyzes its origin in international law, so as to clarify the jurisprudential background of this principle. Secondly, it discusses the generation and judgment factors of reasonable expectations of investors, and clarifies the doctrinal significance of the principle by exploring the generation and basis of reasonable expectations, the reasonableness and legality of investors' expectations.

The second chapter combines theoretical concepts and practical cases to describe the relationship between investors' expectations and fair and equitable treatment clauses and indirect expropriation clauses, and then analyzes the application of the principle of investors' reasonable expectations in international investment treaties.

Chapter 3 focuses on three different scenarios of interpretation of the principle of reasonable expectations of investors in international investment arbitration, namely, the

content of fair and equitable treatment, the minimum standards of international customary law, and general legal principles.

Chapter 4 aims to analyze the tension between the host state and the investor in practice, and to balance the reasonable expectations of the investor and the regulatory power of the host state, i.e. to establish a common ground of interests between the two, in terms of the effective determination of reasonable expectations, the proper exercise of the regulatory power of the state, and the reasonable consideration of the arbitral tribunal.

Chapter 5 discusses the current situation of the principle of reasonable expectations of investors in China and its possible implications, and discusses how to draw lessons and inspiration from the previous analysis, both as a host country and as an investor state.

Key words: International Investment Law; Investors' Reasonable Expectation; Fair and Equitable Treatment; Indirect Collection;

目 录

引 言.....	1
一、投资者合理期待原则概论.....	7
(一) 投资者合理期待原则的起源与发展.....	7
1.合理期待原则的起源.....	7
2.投资者合理期待原则的发展与延伸.....	7
(二) 投资者合理期待原则的国际法渊源.....	8
1.国际投资条约.....	8
2.习惯国际法.....	8
3.一般法律原则.....	8
(三) 投资者合理期待的生成及法理依据.....	9
1.国际投资法下投资者合理期待的生成.....	9
2.国际投资法下投资者合理期待的法理依据.....	10
二、国际投资条约中投资者合理期待原则的相关规范.....	11
(一) 公平公正待遇条款.....	12
1.国际投资条约中的公平公正待遇条款.....	12
2.公平公正待遇条款对投资者合理期待的保护.....	13
(二) 间接征收条款.....	16
1.国际投资条约中的间接征收条款.....	16
2.投资者合理期待作为间接征收的认定因素.....	17
三、国际投资仲裁实践中投资者合理期待原则的具体解释.....	19
(一) 将投资者合理期待解释为公平公正待遇的内容.....	19
1.相关国际投资仲裁实践.....	19
2.投资条约解释视野下的公平公正待遇条款.....	21
(二) 将投资者合理期待解释为习惯国际法的最低标准.....	21
1.相关国际投资仲裁实践.....	22
2.投资者合理期待与习惯国际法最低标准的关系.....	23
(三) 将投资者合理期待解释为一般法律原则.....	24
1.相关国际投资仲裁实践.....	24
2.合理期待在部分国家并不具备一般法律原则地位.....	25

四、投资者合理期待与东道国管制权利益平衡的实施路径.....	26
(一) 对于投资者：有效判断合理期待.....	26
1. 投资者期待的合理性判断.....	26
2. 投资者期待的时间判断.....	28
(二) 对于东道国：正当行使管制权.....	29
1. 在 BITs 允许的限度内.....	29
2. 控制自由裁量权.....	29
(三) 对于仲裁庭：运用比例原则加以协调.....	29
1. 比例原则和公平公正待遇条款.....	29
2. 比例原则和间接征收条款.....	30
五、中国针对投资者合理期待原则的因应之策.....	30
(一) 中国作为投资东道国：完善本国的投资条约.....	31
1. 在国际投资条约文本中厘清概念.....	31
2. 对投资者合理期待原则进行限缩解释.....	31
(二) 中国作为投资者母国：指引投资者有效援引合理期待原则.....	32
1. 主动创造合理期待之条件.....	32
2. 积极承担举证责任.....	33
结 论.....	34
参考文献.....	35

引言

一、选题背景与研究意义

（一）选题来源

国际投资法范畴下的合理期待概念源于国内法，并伴随着其发展而逐渐得到承认和细化。国际投资领域内的合理期待原则之形成和发展旨在均衡投资者利益和东道国政府权益。在进行国际投资时，为了吸引外商对本国的投资，东道国必须遵守本国政府向外国投资者提供的优惠政策或承诺。在此情况下，保护投资者的合理期待已经逐渐被认为是东道国的义务所在。近年来，投资者向仲裁庭提起仲裁控告东道国违反公平公正待遇条款的情况与日俱增，实践中仲裁庭对合理期待原则的适用更多地偏向投资者的利益，常常做出牺牲东道国管理权和公共利益的裁决。

在国际投资仲裁中，投资者的合理期待与东道国监管权力之间的冲突越来越明显。结合具体案例来看，对投资者的合理期待进行有效且清晰的认定以及对东道国的管制权实现正当合理的管制能有效缓解此二者之间的紧张关系。以此为基础，将 BITs 作为切入点，应用比例原则进行分析，为协调双方利益冲突提供合理路径，从而实现将单向制衡转为动态平衡的目的。

（二）理论意义

1. 澄清投资者合理期待的概念范畴

从司法实践的发展来看，投资者合理期待的含义解释分为广义和狭义。根据广义的解释，合理期待的产生不仅以东道国的特别保证为基础，还可依据东道国的一般保证，甚至可以基于东道国稳定的法律框架；根据狭义的观点，东道国为投资者提供或向投资者承诺提供的特别保证是促使投资者对该国进行投资行为的关键诱因，故而合理期待仅能基于该种特别保证而产生。仲裁实践中，不同的仲裁庭对于其含义及界定仍存在差异，该原则虽然被频繁应用，但仍然没有精确统一的解说，所以，有必要从学理方面厘清投资者合理期待的范畴。

2. 研究合理期待原则在国际投资法领域的理论分歧

目前对于合理期待如何生成及其判断因素等问题在理论上未达成共识，且国内外对国际投资法领域下合理期待的研究多集中于投资仲裁实践，在理论规则上面仍有欠缺，尤其是，对于合理期待原则，我国的研究还不成熟，仍然存在着很大的争议。因此为促进该原则在国际国内的规范化运用，有必要就理论和实践两个层面分别对该原则进行研究与分析，并以此为依据提出针对性建议。

3.探析投资者期待与东道国管制权之间的利益平衡

从投资仲裁的个案分析可以看出，由于投资者合理期待原则被越来越广泛、频繁地运用到仲裁实践之中，其已经愈来愈构成判断公平公正待遇的一个重要因素，一些仲裁庭甚至直接将该原则视作公平公正待遇条款的重要构成要素，这一举措将必然导致东道国责任的加重。故通过对投资者合理期待进行适当的限缩解释，对于公平公正待遇条款的发展与完善以及间接征收构成要素的认定均有较好的价值意义。

（三）实践意义

1.为完善我国双边投资条约提供参考

东道国在不违反国际法基本原则的前提下有权自由行使经济管制权，其他任何主体都不得加以干涉。在哪种范畴内及何种程度上限制自身权力、保护投资方的利益，东道国有权自主进行决定。此外，一般来说，投资者合理期待的产生建立在东道国稳定、专一的法律秩序基础之上，也就是说，在一定程度上，东道国法律是否具备稳定性是投资者在该国做出投资决定前的重要考量因素，如果东道国法律较为随意和多变，则不可避免地会对投资者的投资意愿和投资规划产生影响，也不利于营造友好投资的环境氛围。因此，作为东道国，我国应当适时完善国际投资条约，明确投资者合理期待在国际投资仲裁中的保护标准，通过厘清法律条款，对仲裁实践中该原则的扩大化解释趋势进行一定程度上的限制，以吸引更多优质投资，营造良好的营商环境和投资氛围。这不仅可以有效防范合理期待原则的滥用对我国管制权造成损害，还可以为今后我国在投资争端中处理同类纠纷提供有效预防。

2.为我国海外投资者援引合理期待原则提供指引

我国投资者可以借鉴国际投资仲裁方面的经验，在投资前期对东道国的投资风险进

行深入调查，在投资进行的过程中要审慎判断，保留交易痕迹，留意投资东道国可能会单方面违背期待的各种情形，并在争端过程中可利用大量证据增强证明力，以支持自己的仲裁申请。当然，投资者有义务遵守东道国法律，履行社会责任，故而应当根据东道国法律来设置合理期待，在遭受东道国不公正待遇时合理利用投资者合理期待原则维护自身的合法经济利益。

二、研究对象与研究目标

首先，本文从理论上探讨了投资者合理期待原则的产生和意义，进而由理论及于实践，并以个案为依据，对该原则在投资仲裁实践中的适用现状进行了实证研究。

其次，本文基于现有理论研究以及大量投资仲裁的实践，并在此基础上，从不同的利益主体视角，对如何在投资者利益与东道国管制权这两个矛盾体之间实现动态平衡进行了分析探讨。

最后，本文最终将落脚于中国问题，通过对国际投资法领域合理期待原则的分析，结合我国签订的双边投资条约、涉及我国政府以及投资者利益的 ICSID 案例，明晰目前中国对于投资者合理期待原则的立场，并探讨我国作为东道国时应有所防范的应对之策，以及作为投资国时我国投资者从中所获的指引之道。

三、国内外研究现状

（一）国内学术研究动态

国内初期对该相关问题进行研究主要集中在解析公平公正待遇条款，余劲松教授所著的《国际投资法》第五版对“公平公正待遇”的含义以及投资者利益达到受保护标准的界限给出了较为详细的论述。王贵国教授所著的《国际投资法》在阐述理论的基础上列举结合了大量案例，为理解公平公正待遇标准在仲裁实践中的应用提供了背景知识。此外还有徐崇利教授 2010 年发表的《公平与公正待遇真义之解读》，对公平公正待遇条款的帝王条款地位提出否定，并对在仲裁实践中东道国被仲裁庭判定为违反公平公正待遇条款的情形进行了一系列归纳和概括，对后续研究有基础性建设意义。

近年来国内学者开始就投资领域适用合理期待原则进行一系列研究，主要包括概念性的理论研究以及结合案例的系统研究，例如今年年初刘笋就投资者合理期待的引入依据、适用限制等从不同视角做出剖析。国内学者从不同的角度对于适用限制以及构成要件方面发表观点，有学者从主观客观双层面进行探讨投资者的合理期待的范围，也有学者总结出三要素即投资者合理期待的基础、投资者期待的合理性判断以及投资者利益遭

受损失的结果。尽管剖析的角度均不相同，但学者们均以 ICSID 中的仲裁实践为依据，并在此基础上总结提炼了构成投资者合理期待的要件。然而，由于国际仲裁的判决并非具有普遍约束力，所以，从仲裁实践中总结出来的构成要件还存在着一些不确定因素。

（二）国外学术研究动态

合理期待概念最初在英国行政法中被提出，一般被界定为“如果行政主体在行使自由裁量权的过程中违背了法律赋予行政相对人的合理期待，则行政相对人有权得到法律的保护。”这一原则赋予了判例法发展空间，并在英美法系逐步扎根。“合理期待”这一概念于 1968 年 *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* 案中最先被采用，此后直到 1983 年在行政案件中该概念才被英国法院再次援引，并将其作为判断行政决定合法性的审查依据。学者 *Trevour Zeyl* 中指出法国法中没有“合理期待”这个概念，但是法国的最高行政法院作出行政赔偿决定的通常基于行政相对人是否因为行政行为遭受损失，而不是像英国或者德国直接通过合理期待从程序上和实质上限制行政主体的自由裁量权。

投资者在国际仲裁中援引公平公正待遇条款而胜诉的案例越来越多，*Argyrios A Fatouros* 在《*Government Guarantees to Foreign Investors*》中表面这一标准的普遍、抽象性质，使得判断某一行动的正义性、公平性变得更加困难。在国际投资法领域，合理期待学说理论逐步发展变化，其中，*Thomas Wade* 指出对合理期待的保护已经被视作公平公正待遇的重要组成部分；*Andrew Newcomb* 和 *Lluís Paradell* 在《*Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatment*》中指出合理期待是指投资者做出投资决定后对东道国未来行为的公正公平产生合理预期。

（三）评析

学界对行政法领域的合理期待原则内涵的解读有较为充分的研究。国内学者的相关研究主要集中在对该原则的内在含义、适用依据、构成要素、判断要素以及其与东道国管制权的相互协调等方面，但是总体来说这些方面的研究仍然存在很多不足。国外学者的研究就合理期待原则的内涵和起源等方面进行了大量探讨，但是在国际投资法领域的合理期待的理论学说上面争议较多。此外，还应指出，目前无论是国内还是国外，学界的研究更多的以行政法为视角来进行辨析，而很少以国际投资法为视角进行研究，以上述角度进行的研究，也多集中在实务方面，理论上的研究几近空白。总的来说，无论国内还是国外，对国际投资法领域的投资者合理期待原则并未达成统一且确定的共识。因此，有必要对这一原则开展更多、更深层次的研究，以期进一步推动投资者合理期待原则在国际投资法领域的完善，以及在全国范围内持续营造国际化友好营商环境，推动我国“一带一路”倡议实施。

四、研究思路与研究方法

（一）研究思路

本文以投资仲裁中的投资者合理期待原则作为切入点和起点，结合案例论述合理期待原则在国际投资领域的确立及发展，并通过论述投资者合理期待原则的生成、判断因素、适用界限等对东道国与投资者之间就该原则所引起的冲突以及应对之策进行了分析。

本文将正文分为六个部分进行阐述。

第一部分主要是对合理期待原则的概述。该部分先从投资者合理期待的理论起源及发展演变进行分析，并追溯其法律渊源，从而厘清该原则的法理背景。第二部分论述投资者合理期待的生成及判断因素，通过探讨合理期待如何生成、生成的法理依据以及其合理性和合法性判断等问题明晰该原则的学理意义。第三部分结合国际投资仲裁的具体案例分析实践中东道国与投资者的紧张关系，总结出投资者合理期待的矛盾现状及影响后果。第四部分旨在平衡投资者合理期待和东道国管制权，即在二者之间设立利益共同点，从有效认定合理期待、正当行使国家管制权、仲裁庭的合理考量三个方面展开论述。第五部分阐述投资者合理期待原则在中国的现状以及可能的影响，并就前文的分析探讨作为东道国和投资国时应如何从中吸取经验和启发。

（二）研究方法

1.文献研究法

即搜集整理与选题关联性高的权威核心文献，并对此问题进行了较为深入的探讨，从而形成了更为深刻的理解和观点。这篇文章主要围绕投资者合理期待原则、公平公正待遇以及间接征收展开深入的研究，并对其中的大量的文献进行深入的分析，并以这些资料为依据，对本文中所涉及到的问题展开全面的分析。

2.比较研究法

对合理期待的研究，归根到底还是必须从公平公正待遇条款本身的角度出发。世界各国的法律对公平公正待遇的定义有所区别，因此要基于比较法下对合理期待进行对比分析，并做出归纳总结。

3.历史研究法

合理期待原则有其起源和发展历程，在将其引入并适用于国际投资法领域时，需要研究不同时期该原则的发展变化，并探寻其背后的法律意义，结合时代背景，发现问题根源。

4.案例分析法

合理期待是公平公正待遇下的一个重要因素，在大多数的条约中，它并不会以特定的条款的方式表现出来，因此，合理期待的产生和标准，都要依靠仲裁庭的解释。故而，虽然仲裁裁决不是国际法的渊源，但是它依然对合理期待和公平公正待遇条款的发展起到了重要的影响，因此，从个案出发，可以更好地对合理期待的应用和它的定位进行分析和研究。为了更好的掌握合理期待在司法实践中的应用，需要对仲裁机构在不同的条文和类型下所产生的不同认识和解释进行分析和总结。

五、创新点

（一）参考资料新。

以往在论述合理期待原则时采用的案例资料虽经典并不可否认地对该原则具有建设意义，但随着时间推移已经逐渐落后于实践发展。本文以最新几年的文献资料作为参考依据，分析近十年的新型案例，具有前沿性。

（二）研究角度新。

本文以寻求投资者合理期待与东道国管制权的利益平衡为重点，由理论及于实践，从东道国、投资者、仲裁庭三个角度分别探讨其可行性及实施路径。

一、投资者合理期待原则概论

在国际投资法中，“合理期待”的概念主要有两个方面的内容：其一则是实质性保护，即在投资者个体利益遭受损害时，强迫政府机关以变更或保留法律、政策等的方式履行其允诺；其二则是程序性保护，即以有限的保护形式为途径提供有效的行政参与权。

（一）投资者合理期待原则的起源与发展

1. 合理期待原则的起源

行政法上的一个新兴原则——合理期待原则，其最初的法律渊源是德国法和英国普通法，如在德国公法上，“信赖保护”与“合理期待”在概念上基本可以相互等同，二者都指的是个人基于国家机关的行为对特定事实或法律合理产生了正当信赖，并据此实施了相应的处分行为，对于此种正当且合理的信赖，国家应当提供一定的保护。¹而在英国，国家与个人的关系具有确定性、可预测性，则是合理期待在英国公法中的一种具体体现。

合理期待原则虽然渊源溯至德国法和英国普通法，但后来欧陆大洲的多数国家都逐渐对该原则产生了普遍认可。

2. 投资者合理期待原则的发展与延伸

美国法中延伸出来的“基于投资产生的合理期待”预示着合理期待概念开始进入国际投资法领域。“基于投资产生的合理期待”有别于英国法中的“合理期待”，前者指投资者在决定投资时是依据当时东道国的各大环境下产生的普遍期待，而后者则是当事人基于有关政府部门政府行为而产生的特定期待。²西方一些学者提出，投资者的投资决定以其合理期待为基础。是否投资、是否在特定项目上投资、以及是否在特定国家进行投资，归根结底取决于投资者在投资时对从中所获之利益的期待。所以，在有关国际投资争端的法律分析中频繁出现投资者期待的问题就司空见惯。

1 马怀德，李洪雷：“正当期望. 概念性的分析”，《环球法律评论》，2003年第2期，第186页。

2 Stephen Fietta, “Expropriation and the ‘Fair and Equitable’ Standard,” *Journal of International Arbitration*, Vol.23: 5. 2006, p. 376-379.

（二）投资者合理期待原则的国际法渊源

1. 国际投资条约

合理期待原则逐步进入国际投资法领域主要是以仲裁实践案例大量累积为前提，对于投资者个人期待的保护，在绝大多数国际条约中是缺乏具体规定的、几乎空白的状态。近年来，在一些少数国际投资条约中，已经逐步明确地提及合理期待，例如《加拿大—秘鲁自由贸易协定》第 812 条规定，在对一国的行为措施能否满足间接征收的认定要件进行判定时，必须根据具体情况，对投资者此种预期的程度进行详细的分析。另如《全面与进步的跨太平洋伙伴关系协议》第 9 条、《欧盟—墨西哥自由贸易协定》投资章节等国际投资条约中，也开始明确提及投资者的合理期待。这表明，投资者的合理期待在某种程度上逐渐有明确化、概念化的趋势。

2. 习惯国际法

在涉及投资者与东道国之间的争议纠纷时，实践中常见的纠纷产生情形基于东道国与投资者事先已经就某些事项达成合意并实施了约定行为的情形，倘若事后东道国又以明示或默示方式违约，能否以将东道国应当信守并履行其与投资者事先的约定作为法律依据，并以此来主张投资者合法期待的成立？某些学者表明，在国际投资法领域引入合理期待原则的法理依据最早可以追溯至习惯国际法上的善意原则。有不少国际投资仲裁庭支持该观点，如 Tecmed 诉 Mexico 案、Sempra 诉 Argentina 案、EL Paso 诉 Argentina 案、Gold Reserve 诉 Venezuela 案等案的仲裁庭都不约而同地提及了该原则。根据部分学者的观点，合理期待与禁止反言（estoppel）有共通之处，如果出现东道国政府以各种形式违约或实施其他致使约定不能实现的行政行为的情形，善意原则可以作为合理期待在习惯国际法的法理依据。

3. 一般法律原则

有学者认为，在国际投资法领域引进合理期待原则时应当注意将其视作一般法律原则，因为合理期待原则与公平公正待遇条款相关联，而国际投资领域的公平公正待遇来源于习惯国际法。故仲裁庭在解释该条款时可以有较大的自由裁量空间去选择运用国际

法的各种不同形态以确定这些实体法条款的内容，³一般法律原则即为国际法不同渊源形态的其中一种。大多数投资条约中都对可以实际运用于争端解决的法律作出了具体规定，这些可以适用的国际法法律也就是所有以渊源形态存在的国际法。

国际法下的一般法律原则，其功能主要是对所有渊源形态的国际法进行整合，该整合功能的主要实施方式是填补空白，即兜底解答一些运用其他规则无法得到解决的问题。公平公正待遇条款本身内容十分抽象，一般法律原则对于此类抽象问题的解释时更能发挥其独特的补充作用。也正是由于投资条约基本没有对“公平”和“公正”做出条文上的规定，合理期待原则才能以一般法律原则的形态对 FET 条款进行补充说明。⁴

（三）投资者合理期待的生成及法理依据

1. 国际投资法下投资者合理期待的生成

生成问题是首要问题。也就是说，第一要义是判断投资者期待的生成及依据。国际投资法领域相较于国内行政法有所差异，因为其主要的考量因素在于投资者期待是基于双方签订的投资合同还是基于特定的政府决定、是基于非正式性的政府声明亦或是基于具有普遍适用性的立法规章，将不同情况区分开来进行分析探讨。

（1）基于具体投资合同的期待

合同保障着契约双方的具体权利义务旨在实现双方权利义务关系的稳定性和可预见性，该观点适用于所有法律体系，在国际投资法中也同样适用。因此，投资者依据其与东道国签订之合同所主张的希望东道国政府能够正常履行其合同义务的期待就应当得到仲裁庭的支持，因为基于投资合同产生的期待理应是合法且合理的。

在 *Continental Casualty* 诉阿根廷案中，仲裁庭的观点是，阿根廷政府单方面随意修改合同及合同项下所约定之承诺的行为相较于政治性声明和一般性立法保证更应当引发注意，仲裁庭应严格审查此类修改行为背后的产生情形、原因和后果，并就合同中规定和涵盖的法定权利及对其履行的期待应当视作属于东道国对投资者利益保护范畴内

³ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, “Principles of International Investment Law,” *New York: Oxford University Press*, 2008, p. 123.

⁴ Elizabeth Snodgrass, “Protection Investors’ Legitimate Expectation: Recognizing and Delimiting a General Principle,” *ICSID Review*, Vol.21: 1. 2006, p. 54-56.

的基本规则之一。⁵虽然实践中“将违反合同等同于违反 FET 条款”的观点并没有得到多数仲裁庭的支持，但无法质疑的是，基于具体的投资合同而产生的投资者合理期待确实比起其他决议、声明来说在仲裁实践中得到仲裁庭最高层次的关切，是仲裁庭考虑范围之内所有保护投资者的合理期待类型中的最优先级。⁶

（2）基于正式政府行为的期待

大多数为投资者个体提供客观上合理期待保护的国家主张政府所有 *keneng* 致使投资者产生预期的正式决定不能随意被撤销，除非存在例外情形。同样的，在国际投资法领域，如果投资者基于正式政府行为做出投资决定，则依据此类决议或许可为基础的合法权利也不得随意被撤销或变更。基于上述情况，仲裁庭有充分理由支持投资者有关合理期待成立的主张，鉴于法律的确定性原则（*principle of legal certainty*），投资者个人有合理的理由相信东道国的法律决策权具有确定性和最终性。

（3）基于非正式政府行为的期待

根据法国法的有关规定，非正式的政府行为也能作为合理期待的产生基础，并可以作为法律依据在法院做出损害赔偿裁决时为其提供法律支撑，不过行政当局并不属于该裁决的约束范围之内。欧盟法院的大量仲裁实践表明，生成个人合理期待的政府行为不需要有形式上的严格规范，正式或非正式都可以作为生成基础。该观点在英国法院的实践中也能得以印证。故而，公权力机关在其职权范围之内做出的承诺、报告、指南等，即便没有法定意义上的正式形式，仍能够被认定为不得随意撤销和修改，并且可以其作为合理期待的产生依据。⁷

2. 国际投资法下投资者合理期待的法理依据

在一般法理视角下，法治原则是被各国国内法都普遍认可和倡导的一般法律原则。法治原则是投资者个人对东道国法律秩序及体系的稳定性和确定性产生合理期待的法律依据。法治原则的具体含义从实质层面上来说，包括以各种方式保护个人自由和财产

5 *Continental Casualty v. Argentine*, ICSID Case No. ARB /03/9, September, 2008, para. 261.

6 Michele Potesta, “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept,” *ICSID Review*, Vol.28: 1. 2013, p. 103.

7 Jack Watson, “Clarity and Ambiguity: A New Approach to the Test of Legitimacy in the Law of Legitimate Expectations,” *Legal Studies*, Vol.30: 4. 2010, p. 633-652.

权利等，从形式层面上来说，法律内容是否明确具体、法律是否溯及既往等。法治原则在国际投资法领域的运用和渗透，意味着投资者有理由基于东道国法律及经济环境的稳定性等因素而产生合理期待。这样的合理期待可以描述为外国投资者希望东道国的政府行为具有终局性和连贯性，不会没有正当理由地随意放弃或改变之前已达成合意的决定及许可。因为这些决定和许可直接牵涉着投资者的投资行为与投资利益，对其有着强烈的影响作用。

法治原则的信赖理论使得保护投资者合理期待有法可依。部分投资仲裁庭认为，当东道国通过对投资者个人做出允诺或特别保证使得对其产生合理依赖而后又单方面违约时，仲裁庭就有充分理由认为投资者的合理依赖应当得到法律保护。但是，仅仅依靠信赖理论无法为投资者合理期待的保护提供充分的必要性支撑。实现对投资者利益保护的充分必要条件是需要投资者证明其对东道国政府行为产生的信任依赖是遭受利益损失的关键性因素所在，而政府在对其正式或非正式行为做出撤销或改变时不仅使那些没有或尚未开始对公权力行为产生依赖的个人产生期待落空，还会让已经对公权力产生信赖并开始着手投资的投资者个人蒙受伤害，可知，信赖理论对投资者个人的合法期待的法理支撑并不能适用于任何情形。⁸

二、国际投资条约中投资者合理期待原则的相关规范

虽然源于国内行政法，合理期待的概念的影响力却在随着投资仲裁实践的累积不断扩大，并逐渐渗透到国际投资法的范畴。随着国际投资仲裁案例在实践中不断累积，合理期待背后的法律问题在国际投资条约中逐渐体现出来。⁹如 WTO 中的非违反之诉就涉及合理期待问题。根据 GATT 1994 第 23 条，非违反之诉有三要素：某一成员方实施了措施；另一成员方根据协议规定有权得到某种利益；另一成员方的预期应得利益由于该成员方的措施产生了损害或消失。其中“应得的某种利益”，就是指另一成员方在基于关税减让而改善的竞争关系中所产生的合理期待。在国际投资法领域，合理期待已经慢

⁸ Joseph Raz, "The Authority of Law: Essays on Law and Morality," Oxford: Clarendon Press, Vol.46: 8. 1979, p.222.

⁹ 邓婷婷：《国际投资协定中的公平与公正待遇研究》，北京：法律出版社，2017 年版，第 224 页。

慢演化为投资者合理期待，该原则在国际投资法领域逐步得到认可是投资者与国家关系在法律层面上的进步和拓展。¹⁰

面临仲裁实务时，大多数仲裁庭对于东道国的管制措施行为是否满足间接征收的判断，多数都选择援引投资者的期待。具体解释之下，直接导致投资者财产所有权和使用权的损害结果被仲裁庭视作构成间接征收的要素。与此同时，仲裁庭还直接将投资者的期待作为判断东道国违反公平与公正待遇与否的关键构成。与间接征收项下基于投资产生的期待相比有所差异的是，在公平与公正待遇项下，仲裁庭的更侧重于根据东道国政府的特定承诺或陈述而引起的投资者的合理期待。近期的仲裁实践案件中，仲裁庭对投资者合理期待的解释扩展了其原本的适用范畴，指出在投资者对东道国的法律、商业以及其他各方面环境进行评估之后、确定进行投资之时，就可以认为其已经对东道国政府公正、透明的对待产生了合理期待。

（一）公平公正待遇条款

1. 国际投资条约中的公平公正待遇条款

由于其一般法律原则的性质，公平与公正待遇标准原则的概念具有模糊性特点，因而被作为国际投资条约中的补充性原则，在运用国民待遇原则、最惠国原则等仍可能造成不公的情形下发挥弥补不足的作用。保护投资者合理期待原则已经得到包括欧盟法、德国、英国、澳大利亚、新西兰、南非以及美国等各国法律体系的接受和认可，尽管该原则目前在国际上尚未达成共识，但对其应用的规范与规范已经逐渐明晰。ICSID 仲裁委员会还指出，在认定投资人合理预期被侵犯时，应综合考量投资人所蒙受的损失及合理性。合理性包含了客观的合理性和主观的合理性。客观合理性即投资者投资时能够预见的投资风险以及对东道国管制权的平衡。主观合理性包括投资者设立投资时对东道国现有风险的实际知晓程度，如果投资者的主观恶意得以证实，则其产生的期待不具有合理性。根据国际站学者 Tutor 的观点，投资者的合理期待应当包括下述条件：一是产生依据为行政机关行为；二是投资者期待的合理性；三是投资者蒙受利益损失，这种损失与行政机关违反投资者合理期待之前有直接因果关系。

¹⁰ 杨慧芳：“投资者合理期待原则研究”，《河北法学》，2010年第4期，第75页。

2. 公平公正待遇条款对投资者合理期待的保护

笔者认为，从理论上来看，必须明确公平公正待遇条款与投资者合理预期之间的相互关系，方能体现出其对投资者合理预期的保护。下文将从不同角度对该观点加以论证。

(1) 对 FET 条款内涵的解释体现投资者合理期待的保护

FET 原则在双边投资条约中的表述：

第一，独立规定的公平公正待遇。

有的投资条约将公平公正待遇条款规定在序言。例如，于 1991 年签订的美-阿 BIT 就在序言中规定：双方一致肯定公平和公正待遇维系着双方投资制度的稳定性。有的在文本中做出了有关条款的规定。例如玻-法 BIT 也有规定缔约各方有义务予其他缔约方投资者以不低于国际法规定之最低标准公平和公正待遇，并就公平公正待遇的违反情形也作出了详细的列举。认定公平与公正待遇受到了法律上或事实上的阻碍可以以下面几种情况概括之：对特定材料购买交易的限制；对生产经营方式的限制以及一些对运输的限制。

第二，与习惯国际法最低待遇标准联系。

例如，根据 NAFTA 第 1105 条第 1 款：“缔约方对于其他缔约方投资者的投资待遇应当以不低于国际法中所规定的最低待遇标准为依据……” 2001 年 7 月 21 日，根据 NAFTA 自由贸易委员会的解释，对缔约他方投资者及投资活动的最低待遇标准应当比照对外国人的最低待遇标准。¹¹此外还有美国与捷克 BIT 第 2 条第 2 款 a 项中也有所规定：“合法的投资应在任何情形下被给予不低于国际法要求的公平公正待遇。”

第三，与包括所有渊源在内的国际法联系。¹²

其一，以通常意义解释之。《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款规定“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。”因其模糊性和抽象性特点，将公平与公正待遇适用于各类在具体案件仍存在困难。¹³Mondev 诉美国案中，仲裁法庭裁定，“公平公正待遇”不能以一个抽象的概念来界定，而应以具体案情为依据。我们应当看到，在理解上，不能仅限于对“公平公正待遇”这一概念的

11 左海聪：《国际经济法》，武汉：武汉大学出版社，第 2014 年版，第 141 页。

12 邓婷婷：《国际投资协定中的公平与公正待遇研究》，北京：法律出版社，2017 年版，第 84 页。

13 *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S. A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB /01/7, May 25, 2004, para. 113.

抽象定义。但是，“必须以特定案件之事实为基础”来进行解释的观点仍然值得质疑，这是因为，条约解释的目的是为了确定三段论的大前提，并对其是否违反待遇的根据做出判断，而案件的事实就是三段论的小前提，如果以案件的事实为基础，对大前提的理解进行了调整，那么就很有可能会导致在具体案例中，判断标准的不统一。在 *Glamis Gold 诉美国案* 中，仲裁法庭则认为，公平公正待遇并不表示对待东道国和投资国的区别，也不表示对投资国和投资国的区别。所以，对于该条款的理解不能仅限于术语，必须以《维也纳公约》第 31 和 32 条为基础，并结合上下文、目的和宗旨、类似协议、相关国际法规定和缔约国当时的情况等。

其二，通过目的解释、宗旨解释对条约进行阐明。大多 BIT 在序言中阐述其主要目的为相互促进和保护投资的目的，则保护投资者的合理期待是必然要求。在 *Occidental 诉厄瓜多尔案* 中，仲裁法庭引用美-厄 BIT 的前言，裁定双方同意该待遇，目的在于保证一种稳定的制度，供投资使用，并使经济资源得到最有效和最大程度的利用，从而判决“法制和商务制度的稳定性是公平和公正对待的中心因素”。对投资者的合理期望进行保护，维持一个稳定的、有预见性的法律与商业环境，这对维护投资者的权益，提升投资的积极性，从而达到相互促进和保护投资，推动双方经济发展的长远目的。

其三，结合缔约时的背景资料。在 BIT 的签订过程中，附加信息，其中包含了有关条约的筹备工作和加入的细节，这些信息通常包含了各方为保护外商投资、推动其自身经济繁荣、增进其自身经济往来的意愿，并提供了各自自身的投资环境，并作出了引进外资的承诺。这些资料对 BIT 保护外国投资的目标和宗旨进行了更多的确认，并按照上面提到的诚信、禁止反言以及合理信赖保护等法理要求并对投资者合理期待的基础进行了界定，从而证明投资者的合理期待应该得到保护。

（2）投资者的信赖利益应受保护

投资者在做出投资决定时，主要是基于其所处的法律、业务等因素，而在现实生活中，若改变其所依据的基础，则有违“禁止反言”、“合理信赖”原则。禁止反言是普通法上的一项重要法律原则。若一当事人因另一当事人之陈述产生依赖，则另一当事人不得否定其先前的陈述。¹⁴

14 傅岷成：《美国合同法精义》，厦门：厦门大学出版社，2008 年版，第 159 页。

禁止反言原则经过长时间发展，理论学说已经比较丰富，实践上也有大量的判例。如 1981 年 *Croups v. Group Health* 案和 1992 年 *White v. Roche* 案。除了英美判例实践，禁止反言原则在成文法上也有相应的法律支撑。例如，根据美国《第一次合同法重述》第 90 条规定，禁止反言理论的构成要件有三：承诺是客观存在的；承诺人可以合理预见其允诺会引起的影响后果；被承诺人已经产生现实的预期；承诺如若不能强制执行允诺则可能造成不公。¹⁵

在公平与公平待遇条款中，东道国对投资者的合理期望进行了保护，这不是一个明确的东道国义务，当投资者已经信任其承诺，东道国又单方面失约之时，东道国通常会尝试对其进行限制性的公平与公平待遇解释，以逃避由于其承诺。但根据禁止反言原则，即便没有正式的约定，也不存在明确的合同义务，东道国也不能任意撤销先前的约定及承诺，因此，投资者对东道国承诺所引起的合理预期得到了法律的保护。在此基础上，依据禁止反言原则，投资者在作出正式投资决策前所享有的合理预期，都应当受到法律的保护。

（3）投资者的期待利益应受保护。

期待利益是指，被承诺人通过承诺人的承诺行为获得的期待利益。¹⁶期待利益受保护在判例和立法上是有法可依的。基于期待利益成功得到赔偿的经典案例是 1929 年 *New Hampshire* 最高法院的 *Hawkins v. McGee* 案，¹⁷法院认为，损害赔偿的数额应弥补 *Hawkins* 其事先承诺的“100%好手”与实际的“毛手”之间的差距，此即为期待利益。

同样地，期待利益的保护理论为投资者合理期待保护的提供理论依据。在投资者对东道国作出的承诺或其他行为产生合理信赖及认为其会依此方式行事的心理预期后，依据保护期待利益的理论，投资者的合理期待应该受到保护。因为：其一，从心理原因上讲，若东道国承诺的改变致使投资者产生心理上的伤害和损失感。其二，从经济学的角度讲，期待利益应当作为财产与应收账款进行比较，违约就相当于对该财产的伤害，所以，应当对投资者的合理期待利益进行保护。其三，从维护公正性的观点来看，公正性是公平公正待遇的含义之一，如果东道国任意地取消或更改自己的承诺，即有违公平

15 (美) 费里尔·纳文著：《美国合同法精解》，陈彦明译，北京：北京大学出版社，2009 年版，第 122-123 页。

16 L. L. Fuller, William R. Perdue, *The Reliance Interests in Contract Damage*, at <http://www.bepress.com/ils/iss1/fuller1.pdf>, Dec. 10, 2010.

17 张利宾：《美国合同法》，北京：法律出版社，2007 年版，第 4 页。

公正待遇。在此基础上，依据预期利益的保护原理，对投资者在公平与公平待遇条件下所享有的合理预期，应当受到法律的保护。

（二）间接征收条款

1. 国际投资条约中的间接征收条款

在国际投资中，间接征收条款是一个很有争议的问题，因为它没有一个明确的法律界定，但通常它包含了如下几个方面：（1）财产所有权归属于外国投资者。（2）外国投资者的所有权权力受到东道国特定措施的影响。一些西方学者的观点认为，由于东道国的管制行为致使投资者失去对其财产实现的处置权时，东道国的行为则构成间接征收。大部分的学者都是从东道国行为所带来的影响这个角度来对间接征收的内涵进行定义的，他们认为，东道国的监管措施虽然并没有直接地争夺和强制转移投资财产的所有权，但是在客观上东道国的行为还是对投资财产的使用造成了干预和限制，从而导致了外国投资者所拥有的权益的损失，这就是间接征收。

现实案例中也存在关于间接征收的认定条件，因为间接征收的流程往往看上去都是有法可依的，如果把措施的各个环节分开，单独进行度量，并不存在征收的痕迹，或者东道国的调控措施在一定时期内不会起到征收的作用，或者政府的行政行为也不会起到征收作用，但在结果上与征收又有很多相同之处，这就使我们更不容易判定是否是间接征收。间接征收的概念最初在 1922 年 *Norwegian Ship Owner* 案中被提出，美国-挪威求偿法庭认为虽然没有真正地取得厂房的所有权，但是采取控制措施而取得厂房的全部或部分使用权或操作权，这也已经构成了征收。因此直接征收与间接征收之间的主要区别在于是否真正取得财产所有权。对一个国家而言，控制权是一种非常重要的法定权力，如果不对其进行有效的约束，控制权就会转变为“征收”，从而对公民的个人权益造成侵害。总而言之，从学者观点和征收实务来看，间接征收主要包含了如下几个方面：（1）指东道国的管理行为，对外国投资者的形式财产权造成了严重的障碍；（2）东道国的监管行为使投资人的财产权利事实上丧失了效用；（3）投资者拥有合法的所有权。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/167066124131010015>