

投资规制权视野下东道国国家责任的构成与判定

董静然

内容提要:国际投资法上国家责任构成与判定的不确定性,增加了东道国行使规制权的障碍和风险。国家责任不同于合同责任,国家责任除导致经济上的负担之外,还影响着东道国作为主权国家的国际形象和国际地位。明确东道国国家责任的构成要件有助于东道国正确行使投资规制权。东道国国家责任需要以《国家对国际不法行为的责任条款草案》为基本参照,同时结合国际投资法上国家责任的特殊性,从“可归因于国家”和“国际不法行为”两个构成要件入手进行分析。国家主体身份具有二重性,区分东道国的主权行为和合同行为是“可归因于国家”要件的关键问题。东道国是否存在“国际不法行为”则需结合公共利益的“价值位阶”和国际最低待遇标准进行讨论。区分东道国主权行为与合同行为,应逐步成为国际投资仲裁和国际社会的共识。当前,国际社会呈现国家“回归”的趋势,东道国国内法在判断国际最低待遇标准问题上应起到更重要的作用。

关键词:东道国 规制权 国家责任 主权行为 国际不法行为

董静然,西南政法大学国家安全学院副教授。

当前,国家的“回归”正成为国际投资法的重要发展趋势。国家责任是东道国行使规制权首先要考虑的重要问题。东道国基于主权对外资进行规制时,面临承担国家责任的风险。从历史上看,使东道国承担国家责任,源自资本输出国对外投资扩张过程中保护投资的需要。^[1]然而,国家责任构成上的不确定性对东道国的规制行为形成了威胁和挑战。东道国的何种行为会构成国家责任?国际投资法中国家责任的判定,需要以“可归因于国家”和“国际不法行为”两个基本构成要件为分析起点,同时结合国际投资法在该问题上的特殊性进行探讨。笔者希望在对国家责任的判定要素进行分析的基础上,减少国家责任对东道国规制权产生的“寒蝉效应”,同时也为东道国正确行使规制权提供启示。

[1] 参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第99页。

一 国际投资法中国家责任判定的特殊性

一般国际法中的国家责任主要集中于 2001 年的《国家对国际不法行为的责任条款草案》(*Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts*, 下称“《国家责任条款草案》”)。该文件由联合国国际法委员会通过,并在国际法院的案件审理中被多次援引,因此被视为习惯国际法。^[2]“可归因于国家”和“国际不法行为”是国家责任的基本构成要件。^[3]国际投资法中的国家责任同样适用《国家责任条款草案》的构成要件,但相较于一般国际法有其特殊性。

(一)“可归因于国家”的特殊性

国家责任要求违反国际义务的行为可归因于国家。《国家责任条款草案》将“国家机关”的行为认定为“可归因于国家”的行为,并且规定国家机关逾越权限的行为仍是国家行为。^[4]所以,因国家机关实施的具体行政行为或抽象行政行为产生的投资纠纷,一般都可以归因于国家行为,满足东道国产生国家责任的身份要件。个人行为是否可以归因于国家则关键看个人是否具有国家机关官员的身份。如果个人具有官员身份,且以官员身份行事,那么即便该个人行为超出其职权范围,不法行为也可以归因于国家。^[5]至于官员“过错”是否会影响国家责任主观要件判断的问题,国际法院和《国家责任条款草案》都给出了一致的意见,即不会考虑官员个人的“过失”或“故意”等主观过错因素。^[6]因此,当国家机关人员以其官员身份向投资者作出承诺,或者实施某具体行政行为,并由此产生了与投资者之间的争端,是可归因于国家的行为。

国家是否会因国有企业的行为承担国家责任,一直是一个颇受关注的问题。根据《国家责任条款草案》的规定,只要被国家授权行使政府权力,非国家机关实体的行为也视为国家行为。^[7]国有企业是否被国家全部或部分拥有、控制并不重要,关键在于该企业行为的性质,即企业是否在履行政府权力,是否因此违反了国际义务。因此,国有企业是否在履行国家权力,是判断国有企业与国家关系的核心。^[8]

在“可归因于国家”要件下,国家身份的特殊性对国家责任的判定形成了一定障碍。东道国在国际投资法律关系中存在着双重身份,即在国际投资条约下是主权国家,而在投资合同中是平等的市场私主体。并且,东道国与投资者在合同上的合意及合同的相对性并不体现在双边投资条约中,而体现在投资合同中,投资者并不是国际投资条约的缔约主体。东道国违反条约与违反合同将产生不同性质的责任。但是,在国际投资仲裁实践中,

[2] 参见张辉:《单边制裁是否具有合法性:一个框架性分析》,《中国法学》2022 年第 3 期,第 300 页。

[3] See Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts, Article 1 and Article 2.

[4] See Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 4 and Article 7.

[5] See Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 4 and Article 7.

[6] See Antonio Cassese, *International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005, p. 251.

[7] See Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 5.

[8] 参见韩立余:《国际法视野下的中国国有企业改革》,《中国法学》2019 年第 6 期,第 164 页。

投资者时常援引保护伞条款将东道国的合同责任上升为条约责任,以东道国违反投资合同为由,主张东道国违反了投资条约,对国家规制权形成了极大挑战。如果对投资者将合同争端上升为条约争端不加限制,会增加东道国承担国家责任的风险。有学者认为保护伞条款是仲裁庭管辖权扩张的原因之一。^[9] 保护伞条款在法律实践中的分歧,从侧面反映出因东道国身份二重性对国家责任所产生的影响。

(二)“国际不法行为”的特殊性

在“国际不法行为”要件中,东道国规制投资活动所承担的国际义务也具有特殊性。国际不法行为主要是指国家行为构成对国际义务的违反。^[10] 正如劳特派特(Hersch Lauterpacht)所言,“国家不会为其主观意愿和个体行为的直接或间接联系承担责任,也不会为一种潜在的恶意承担责任。但国家需要为没有满足国际法要求的义务承担责任。”^[11]《国家责任条款草案》涉及国家所承担国际义务的整个领域,并不限于国家对投资条约义务的违反。并且,国家所承担的国际义务对象也不限于一个或多个国家,也包括个体和组织,甚至包含国家对整个国际社会所承担的义务。^[12] 国际投资法中,国家违反的国际义务限于国际投资协定和相关习惯国际法的规定。

维护公共利益是东道国重要的规制目标。为公共利益目标行使规制权关系到东道国国际义务的免除,或者说国家责任的豁免。同时,国际最低待遇标准是公平公正待遇条款的重要适用标准。但在国际投资协定中,公共利益和国际最低待遇标准均存在一定不确定性,进而为“国际不法行为”的判定增加了难度。在国际投资协定中,公共利益通常以例外条款的形式体现。例如《中国—加拿大双边投资协定》规定,“缔约方为保护公共福祉之合法公共目的,如健康、安全和环境,而适用的非歧视性措施,不构成间接征收。”^[13] 近年来,例外条款在国际投资协定中呈现出内涵范围不断扩大、数量不断增多的趋势。环境、公共秩序、人类与动植物生命或健康等都是其主要涵盖的内容。^[14] 然而公共利益存在不同类型,有些公共利益涉及全球性重大环境安全和重大公共健康,而有些公共利益仅涉及某一国的普通经济规划或调整。“公共利益”的内涵与位阶,以及与之相关的国家采取征收措施时的补偿问题,均应在此一背景下予以讨论澄清。

国际最低待遇标准也是东道国行使规制权时需要遵守的国际义务。国际最低待遇标准作为公平公正待遇义务的重要依据,在实践中一直存在法律解释的困境。梁开银教授曾指出,“什么是习惯国际法最低待遇标准?是一个无法破解的难题,且该概念的内涵是不断演进和变化的。”^[15] 2012年《美国双边投资协定范本》(2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty)第5条将习惯国际法作为国际最低待遇的适用标准,即便如此,

[9] 参见徐树:《国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对》,《清华法学》2017年第3期,第192页。

[10] See Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts, Article 1 and Article 2.

[11] See Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, The Lawbook Exchange, 2002, p. 138.

[12] See Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, p. 32.

[13] 参见《中国—加拿大双边投资协定》第二部分第十条的附录。

[14] 参见张倩雯:《数据跨境流动之国际投资协定例外条款的规制》,《法学》2021年第5期,第94页。

[15] 梁开银:《公平公正待遇条款的法方法困境及出路》,《中国法学》2015年第6期,第186页。

国际最低待遇标准的内涵仍难以确定。美国自身也承认,习惯国际法会随着时间流逝而改变。^[16]

综上所述,东道国的何种规制行为会构成“国际不法行为”,也存在不少特殊问题。国际投资法目前尚未能提供足够明确的指引,对东道国正确行使规制权造成了障碍。

二 东道国行为的性质与国家责任的产生与豁免

东道国的行为性质直接影响其国家责任的承担。东道国投资规制权的行使是基于国家主权,而东道国对投资者采取的措施,可以是主权行为,也可以是合同行为。区分东道国行为性质的理念不仅可以运用于明确东道国国家责任的判断依据,也对回应国际投资仲裁法律实践中的相关问题有所帮助。

(一) 主权行为与合同行为的界限与转化

国家责任源于东道国对国际义务的违反,是国家以国际人格身份所附加的。^[17] 所以,国家责任应产生于国家在“公法”上的身份,东道国在私法主体身份下产生的是合同责任。凯尔森曾指出,国家和其他法人一样,也有私法所规定的权利和义务。法律关系可能以国家为当事人,并不需要将国家从私法领域中去除。国家与私人之间的关系不仅有公法属性,也有私法属性。^[18] 虽然承担合同责任的主体可能是国家,但此时国家承担的是一种“私法”上的责任,应与“公法”上的国家责任有所区分。^[19]

区分东道国行为性质的做法,已经体现在一些国际投资仲裁案件中。如 *Maffezini v. Kingdom of Spain* 案的仲裁庭认为,西班牙政府不需要为商业行为承担国家责任,但需要为政府行为承担责任。^[20] 一些投资争端是因东道国的合同行为所致,如 *SGS v. Pakistan* 案的起因是巴基斯坦政府认为没有获得合同项下的利益,因此单方终止了与 SGS 公司的合同;^[21] *SGS v. Philippines* 案的起因是菲律宾政府没有按合同支付给 SGS 公司相关费用。^[22] 这两个案件本质上仍是合同争端,普通市场主体也可能因单方终止合同或未支付合同费用而发生争端。巴基斯坦政府曾提出,无论 SGS 公司给争端贴上何种标签,其整体上仍是一项合同争端。^[23] 对于东道国与投资者签订的公共工程承包合同、国有土地使用权出让合同、国家订购合同、公用征收补偿合同等,应借鉴“近因理论”将其认定

[16] See Kenneth J. Vandeveld, *U. S. International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2009, p. 344.

[17] 参见奥本海著:《奥本海国际法》(第一卷),王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 401 页。

[18] 参见奥凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆 2013 年版,第 298 页。

[19] See F. A. Mann, *State Contracts and State Responsibility*, 54 *American Journal of International Law* 572, 575 (1960).

[20] See Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, para. 52.

[21] *SGS Societe Generale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/13, 6 August 2003, paras. 17, 42.

[22] *SGS Societe Generale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, para. 15.

[23] *SGS Societe Generale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, para. 43.

为民商事合同。^[24] 当东道国从事商事活动时,应将其作为平等的市场私主体来对待。^[25] 在东道国行使公权力介入与投资者之间的民商事关系之前,其与投资者之间的纠纷也仍属于民商事纠纷。

另一些投资争端则是由东道国的主权行为所致。如在 *Telenor Mobile Communications v. Hungary* 一案中,案由之一是东道国向所有电信服务提供商征税。^[26] 在 *Methanex Corporation v. United States of America* 一案中,美国加州基于环境保护的考虑,颁布了禁止使用甲基叔丁基醚(MTBE)的命令。^[27] 无论是征税或是颁布禁令,都不是东道国作为私主体能够实施的行为,而是东道国以主权者身份实施的投资规制行为。

保护伞条款的适用集中呈现了东道国合同责任向国家责任的转化问题。然而,保护伞条款的法律解释在仲裁实践中并没有形成统一标准,存在限制解释与扩张解释的争议。在 *SGS v. Pakistan* 一案中,投资者试图通过双边投资条约中的保护伞条款,回避适用合同中约定的东道国国内法院管辖。投资者同时认为,巴基斯坦政府的行为既违反了投资合同,也违反了双边投资条约。^[28] 仲裁庭持限制解释的立场,认为违反合同义务并不能够自动上升为条约义务。^[29] 在 *SGS v. Philippines* 一案中,仲裁庭从扩张解释的角度认为瑞士与菲律宾的双边投资条约中的保护伞条款,旨在要求缔约国遵守对投资者的“任何义务”(any obligation),此类义务包括合同义务。^[30] 朔伊尔教授(Christoph Schreuer)曾对扩张解释提出反对意见,认为保护伞条款的扩张解释将会使得投资者可以将任何与东道国发生的、琐碎次要的争端都上升为条约争端。^[31]

既然引起投资争端的东道国行为可分为合同行为与主权行为,那么以此角度分析保护伞条款或许更具有稳定性与可预测性。*El Paso Energy v. Argentine Republic* 案的仲裁庭认为有必要对东道国的商人身份和主权者身份进行区分,只有当东道国作为主权国家与投资者发生争端,投资者才会获得投资条约的保护。换言之,保护伞条款并不会延伸至东道国与投资者之间的商事合同纠纷。所以,东道国的行为性质可以作为保护伞条款适用的标准。^[32] *Sempra Energy International v. Argentine Republic* 案的仲裁庭更为明确地指出,只有当东道国不作为普通合同主体,行使公共职能时与投资者产生的争端才能视作对

[24] 参见崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,《环球法律评论》2017年第4期,第27页。

[25] 参见韩立余主编:《国际投资法》,中国人民大学出版社2018年版,第1页。

[26] *Telenor Mobile Communications A. S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006, para. 23.

[27] *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV Chapter A Introduction, p. 1.

[28] *SGS Societe Generale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, paras. 32-36.

[29] *SGS Societe Generale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, para. 166.

[30] *SGS Societe Generale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, para. 115.

[31] See Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 *Journal of World Investment & Trade* 231, 255 (2004).

[32] *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, paras. 81-86.

条约的违反,投资者也只有基于此情况才能获得条约的保护。^[33]

掣肘于投资者越发频繁的法律挑战,东道国在规制权的行使上产生了“规制寒蝉”现象。投资者将私人主体之间的“合同”上升为公法性质的“条约”会产生一定的合法性问题。投资者与东道国基于某项商事合同产生权利义务关系时,双方都应被看作一般私主体,缔结的合同应被看作普通商事合同。但是,当投资者借保护伞条款将合同上升为投资条约时,投资者的主体身份就欠缺了合法性。投资者并非投资条约的缔约方,除非东道国在签订投资条约时曾对某个特定投资者作出特殊约定,否则投资者难以具备投资条约下的当事人身份。因此在公法性质的条约下,投资者不具备与东道国同样的法律地位,此时的纠纷已由平等主体间的纠纷变为不平等主体间的纠纷。国际投资法呈现出“公法”属性是一些国外学者早就开始关注的问题。苏贝迪教授(Surya P. Subedi)直接指出,“这种带有私人性质的国际商事仲裁庭,实际上是在透明度、责任体系存在缺陷的基础上,审查国际公法的公共争端。”^[34]范·哈顿教授(Gus van Harten)也提出过对现有体制的担忧,“私人仲裁员能够审理东道国对投资者的监管行为,却缺乏有效的司法审查机制,是目前国际投资仲裁机制面临的危险问题之一。”^[35]

鉴于此,从国家的主体身份上看,当东道国仅以普通“商事主体”违反合同义务的情况,投资者不能获得投资条约项下的保护。在此情况下,东道国也不可能产生国家责任。国家责任产生的前提是,东道国以主权者身份行使公共职能。国家责任具有“公法”属性,基于普通商事合同的东道国私法行为只会产生合同责任。

(二) 东道国行为二重性与国家责任的豁免

2004 年联合国大会通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property),该公约并没有采取绝对豁免理论,而是接受了限制豁免理论。限制豁免理论符合当今国际经济发展方向,也将成为国际社会大多数国家的选择。该理论成为习惯国际法是可预见的趋势,^[36]也有利于保护我国对外进行资本输出的私主体。^[37] 2022 年 12 月,我国发布的《外国国家豁免法(草案)》也采用了限制豁免的立场,包括国家“商业行为”在内的几类诉讼,被排除在国家管辖豁免之外。^[38]《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规定,某国家与外国私主体因“商业交易”发生的争议,不适用国家管辖豁免。^[39]限制豁免理论的依据之一是,上述类型的“商业交易”与国家主权行为无关,不会对国家主权职能造成任何形式的干涉。^[40]“商业交易”不在国家豁免范围之内,也就意味国家责任并不产生于东道国以私主体身份与投资者进行投资活动的商业行为。

[33] *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award 28 September 2007, para. 311.

[34] See Surya P Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2008, p. 246.

[35] See Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public*, Oxford University Press, 2007, p. 131.

[36] 参见黄世席:《国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题》,《清华法学》2012 年第 6 期,第 102 页。

[37] 参见黄进、杜焕芳:《国家及其财产豁免立法的新发展》,《法学家》2005 年第 6 期,第 13 页。

[38] 参见 2022 年《中华人民共和国外国国家豁免法(草案)》第 7 条、第 10 条等。

[39] See United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, Article 10.

[40] See Antonio Cassese, *International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005, p. 100.

《联合国国家及其财产管辖豁免公约》附件第 17 条规定,“商业交易事项包括投资”。笔者认为,东道国对外国投资进行征用、国有化的立法、司法、行政行为不应属于“商业交易例外”。该公约中的“商业交易事项包括投资”强调的是私法层面的“投资”。所谓国际投资是投资者为获取经济收益,而将其资本投向外国的经济活动。^[41] 国际投资作为一项经济活动,符合“商业交易”的基本特征。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》附件第 17 条是主条款第 10 条“商业交易”条款的补充,所以理解附件第 17 条需要以主条款为上下文进行法律解释。该公约第 10.1 条明确指出,此处的因商业交易发生争议的管辖是根据“国际私法”规则适用产生的。同时,该公约第 10.3 条在规规定涉及国有企业管辖豁免的问题时指出,如果国有企业具有独立法人资格,国家享有的管辖豁免不受影响。即当国有企业是不受政府控制的、独立的市场私主体时,国家作为公法主体不是“商业交易”管辖豁免例外的适用对象,仍然可以享有公法上的国家管辖豁免。所以该公约附件中的“商业交易事项包括投资”,应该是指“私法”上的国际投资。东道国对投资进行的立法、司法、行政行为具有主权性质,而并非私法层面的投资。国际投资虽然是经济活动,但国际投资法律关系中东道国的身份具有特殊性,其既可以作为私法主体与投资者签订投资合同,又可以作为公法主体与他国缔结投资条约和对外国投资进行监管。国际投资法的功能之一正是对外国投资进行管制,而国家管理外国投资以国家经济主权为基础。^[42] 东道国以主权国家身份对外国投资行使的规制权并非市场中的平等私主体所享有。

综上,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》附件第 17 条中所说的“投资”,并不包括国家以主权者身份对投资进行的具体行政行为或抽象行政行为。我国《外国国家豁免法(草案)》第 7 条对“商业活动”中的“投资”也进行了行为性质方面的限制,即商业活动中的“投资”是“任何非行使主权利力的行为”。也即在国际投资法中,国家责任是东道国公法上的国际不法行为产生的结果。而东道国与投资者之间发生的、具有商业交易性质的国际投资法律关系,在没有公权力介入的情况下,并不会产生国家责任。

(三) 国际投资实践中东道国行为性质的区分及因应

目前,国际投资仲裁庭在区分东道国合同责任与国家责任,及两种责任的转化条件上并没有形成统一标准。国际投资协定对该问题也很少有明确规定。我国签订的双边投资条约中,明确区分条约义务和合同义务也仅占极少数。以私法性质的国际商事仲裁解决具有公法属性的国际投资争端,导致了国际投资仲裁的正当性危机。通常认为,只有基于平等主体的商事纠纷才具备可仲裁性。而源于国际商事仲裁的国际投资仲裁机制是在“私法人”与“公法人”这两类不平等主体之间构建的。国际投资仲裁“商事化”使得东道国的“公法人”的人格属性被私法化,从而造成了东道国需要保护的公共利益被私权化,这也就导致了东道国维护公共利益的特权遭到否定。如果国际投资仲裁对国际商事仲裁的借鉴造成了东道国与投资者原本所固有的法律身份的否定,这种借鉴就是一种类比的误用。^[43] 所以,国际社会有必要采取“去商事化”措施对现有国际投资仲裁机

[41] 参见余劲松、吴志攀主编:《国际经济法》(第四版),北京大学出版社 2014 年版,第 229 页。

[42] 参见余劲松主编:《国际投资法》(第三版),法律出版社 2007 年版,第 15-16 页。

[43] 参见蔡从燕著:《类比与国际法发展的逻辑》,法律出版社 2012 年版,第 269-282 页。

制进行改革。^[44] 我国应考虑如何将“区分东道国合同行为与主权行为”的理念,融入国际投资仲裁和国际投资协定的法律实践,使其成为投资仲裁庭和国际社会的共识。

其一,国际投资仲裁应在仲裁庭的法律解释和争端解决机制的改革上,贯彻“区分东道国合同行为与主权行为”的理念。在具体争议中,仲裁庭应从东道国的主体身份和行为性质两个方面,对保护伞条款进行严格限制。如果东道国是以私主体身份行事,仅涉及合同义务违反,投资者就不能援引保护伞条款将合同争议上升为条约争端。

欧盟在国际投资协定中提出“投资法庭制度”,表明其已经在尝试将国际投资仲裁机制朝着“法庭化”方向进行改革。投资法庭制度将争端解决机构明确界定为法庭而不是仲裁庭,还设置了上诉法庭,并明确了上诉条件。并且,欧盟在投资法庭制度中提出了建立多边投资法庭和多边上诉机制的目标。^[45] 欧盟也曾认为,国际投资争端具有公法属性,因其关系到国家的主权行为。^[46] 但是,欧盟的“投资法庭制度”在可行性方面仍存在一定障碍,并没有将“仲裁”和“法庭”进行彻底区分。^[47]

为区分东道国合同行为与主权行为,国际投资法庭制度可以考虑从受案范围、投资者诉权和程序规则三个方面进行构建。首先,国际投资法庭管辖案件的范围是投资者与东道国因东道国主权行为产生的投资条约争端,不应适用于东道国与投资者基于商业合同产生的纠纷。换言之,现有国际投资仲裁机制应将因东道国主权行为产生的争端剥离出来,由国际投资法庭解决。而其他的合同纠纷可以继续通过国际投资仲裁机制,以商事仲裁的方式进行裁决。其次,如果引起投资争端的主权行为是东道国的抽象行政行为,则应对投资者的诉权进行严格限制。因为抽象行政行为一般具有普遍的法律效果,是对不特定的行政相对人的规制,^[48] 不能仅因为某个投资者对该行政行为有异议或受到损害而给予其针对东道国的诉权。最后,国际投资法庭制度应有“法庭化”的程序规则。“投资法庭”要区别于“投资仲裁”,就需要符合法庭基本的程序要求。对于上诉机构的设立、庭审程序和裁决的公开等问题,都应给予肯定的回答。在人员的选任方面,应采用法官而非仲裁员的选任标准。

其二,国际投资条约应将“区分东道国合同行为与主权行为”的理念嵌入具体法律条款。有学者曾从避免我国外资监管权受到限制的角度出发,提出废除双边投资条约中保护伞条款的建议。^[49] 但是,保护伞条款作为投资保护措施,对吸引外资、优化外商投资环境具有重要作用。同时,我国的“一带一路”建设也需要强化投资保护,以维护国家海外利益。为此,对保护伞条款采取限制解释而非完全废除,或许是目前更为可取的方式。

[44] 参见蔡从燕:《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》,《现代法学》2011年第1期,第155-158页。

[45] See EU TTIP Proposal Chapter II Sub-Section 4, Article 12; CETA Chapter EIGHT Section A, Article 8.29.

[46] UNCTRAL, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement Submission from the European Union, A/CN.9/WG.III.WP.145-Submissions from European Union, April 2018.

[47] 参见董静然:《“一带一路”倡议下投资者—国家争端解决机制研究——基于欧盟国际投资法庭制度的考察》,《江苏社会科学》2018年第1期,第174页。

[48] 参见马怀德著:《行政法与行政诉讼法》,中国法制出版社2015年版,第126页。

[49] 参见赵红梅:《投资条约保护伞条款的解释及其启示——结合晚近投资仲裁实践的分析》,《法商研究》2014年第1期,第44页。

《中国—乌兹别克斯坦双边投资条约》是我国为数不多的、在保护伞条款中将东道国具有“私法”性质的商事合同义务与投资条约义务进行区分的投资协定。这无疑是我国投资条约改革的一次重要尝试。但是,该条款仍然存在一定问题。《中国—乌兹别克斯坦双边投资条约》第 13.2 条规定:“缔约任何一方应恪守其以协议、合约或合同形式与缔约另一方投资者就投资所做出的书面承诺。”第 13.3 条规定:“尽管有第二款的规定,缔约一方违反在商事性质的合同下所承担的义务不应被视为违反本协定。”这种仅从东道国承担义务的类型进行区分的方式,忽视了对东道国行为性质和主体身份的判断,从而使保护伞条款的适用依旧存在不确定性。例如,东道国以行政命令的方式,终止履行与投资者的合同义务,此时虽然缔约方违反的是合同义务,但却是以公法主体身份实施的主权行为。有学者认为,东道国仅违反商业合同并不违反国际法,但是有违反国际法的潜在因素,即当东道国以主权身份和主权行为违反商业合同时就会因违反国际法产生国家责任。^[50] 所以,这里的关键问题并非东道国是否违反合同义务,而是东道国以何种主体身份、实施了何种性质的行为违反商业合同。将来的保护伞条款可以从东道国主体身份和行为性质等方面进行区分,并作为对该条款适用的合理限制。

三 公共利益的价值位阶与规制权的内在限制

国际投资条约中,公共利益时常会作为东道国遵守国际义务的例外。征收条款就以“为公共利益”作为该条款适用例外的条件之一。国际法上一般认为东道国对外国投资者的财产有征收权,并且国家实践将此作为一项基础性权利。^[51] 但如果征收不满足相应的条约义务,将会导致行为不合法,进而产生国家责任。

(一) 出于公共利益的征收与补偿问题

一般而言,一项合法的征收需要满足正当程序,并向投资者提供补偿。在国际投资争端中,东道国时常会因公共利益,违背之前对投资者的承诺。如在 *Tecmed, S. A. v. United Mexican States* 案中,墨西哥政府部门出于环境考虑,拒绝向案件申诉方续签垃圾处理许可证。^[52]

东道国为公共利益而实施征收是否需要补偿的问题,仍然存在一定争议。大部分投资条约会在征收条款中将“为公共利益”和“给予投资者补偿”同时作为合法征收的要求。^[53] 2012 年《美国双边投资协定范本》第 6 条对征收作了类似的规定,但该范本附件 B 中关于征收与补偿的解释性规定,并没有对公共福利下的征收提出补偿要求。根据该规定的解释,“除极少情况下,东道国实施的,以保护公共福利为目标的非歧视规制行为,

[50] See Jean Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, pp. 41-43.

[51] See Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 89.

[52] *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF) /00/2, Award, 29 May 2003, para. 36.

[53] 参见《中国—韩国双边投资条约》第 4.1 条;《中国—加拿大双边投资条约》第 10 条。

如公共健康、安全、环境等,不构成间接征收”。Methanex Corporation v. United States of America 案的仲裁庭认为,东道国基于公共利益,通过正当程序,善意行使规制权造成的投资者损害不需要补偿。^[54]

尽管东道国可以出于公共利益的目的行使规制权而不给予投资者补偿,但其仍然有义务在个案中,具体证明其“拒绝补偿”的正当性与合理性。^[55] 如果对“东道国因公共利益规制权而不给予补偿”的法律解释不加限制,东道国的大量外资规制行为都可以借公共利益之名而拒绝补偿。这将不利于投资保护,也不利于维护国际投资条约义务的确定性和可预测性。除了传统上以非歧视要求、必要性测试、善意原则等对公共利益例外进行限制外,东道国的补偿义务更需要结合公共利益本身的价值位阶进行分类讨论,明确东道国基于何种公共利益可以不给予投资者补偿。

(二) 公共利益价值的位阶划分及其理论基础

国际投资法的传统法律实践对公共利益界定宽泛,因而对补偿要件鲜有质疑。^[56] 然而,公共利益也是有价值位阶的,不应该用一个统一的宽泛概念等同视之。在 Saluka v. The Czech Republic 案中,仲裁庭指出,“当东道国的规制措施是为了公共福利 (general welfare) 时,东道国无须为其非歧视且善意的行为承担任何补偿责任。”^[57] 学者蒙特 (Santiago Montt) 提出了“重大公共利益” (Pre-eminent Public Interests) 的概念,认为若东道国是为“重大公共利益”而采取的征收措施,即便不给投资者任何补偿,该措施也是正当的、合理的。“重大公共利益”的概念将东道国的争议措施从矫正正义的逻辑向分配正义的逻辑进行了转换。^[58] 即东道国在此目的下的行为具有当然的合法性,与是否对投资者进行补偿无关。

矫正正义与分配正义理论对区分公共利益价值位阶与补偿的关系具有重要作用。因国家责任产生的赔偿,适用的是“矫正正义” (corrective justice)。当本应由一方合法拥有的利益被错误授予另一方,就应该将利益交还给本该获得利益的一方。矫正正义强调双方在数量上的平等:其一,受损害者的损失应等同于行为者的不法所得;其二,一方获利、一方受损,应以错误行为不发生的情况作为基准,来计算获利和损失。^[59] 矫正正义是以矫正违法行为后果为目标的责任制度,是分配正义的最终保障。^[60] 同时,矫正正义集中关注受损者遭受的损失。^[61] 补偿作为投资者受到损害的一种救济方式,适用“分配正

[54] Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV-Chapter D Article 1110 NAFTA, para. 7.

[55] See Jean Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, p. 173.

[56] See Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 91.

[57] Saluka Investment BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award 17 March 2006, para. 255.

[58] See Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2009, pp. 278-279.

[59] See Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995, p. 63.

[60] 参见陈贻健:《国际气候法律中的矫正正义及其制度构建》,《法学杂志》2013年第9期,第91页。

[61] 参见[英]卡罗尔·哈洛著:《国家责任——以侵权法为中心展开》,涂永前、马佳昌译,北京大学出版社2009年版,第26页。

义”(distributive justice)。分配正义集中于多边考察,强调在获利者与受损害者之间,对负担和利益的实质分配标准。遵循分配正义进行救济时,需要计算社会中的资源总量和相关利益者基于分配标准的排序。在这些利益相关者中,分配过少的主体有权基于分配标准向分配过多的主体提出抗辩。所以,当投资者因东道国的措施受到损害时,即便东道国的措施是合法的,投资者也可以基于分配正义提出补偿要求。^[62]但从另一个角度也应认识到,对于东道国为公共利益采取的合法措施,投资者也应基于分配正义为该措施承担一部分负担,只有在这种负担过度或不合比例的情况下,投资者才有基于分配正义进行抗辩的权利。所以,矫正正义理论要求政府对外国投资的干预必须以一种合法、合理的方式进行,错误的政府行为将会导致国家赔偿。分配正义要求分配必须平等、合乎比例,否则国家需要对利益受损的投资者作出补偿。

(三)重大公共利益作为国家责任构成的判断标准

对于“重大公共利益”的概念,笔者认为可以从两方面进行考察。其一,从影响范围上看,“重大公共利益”关系到整个国际社会,不局限于某个国家的公共利益。其二,从种类上看,“重大公共利益”并非指一般经济利益,而更多强调公共健康、公共道德、公共秩序等方面的利益。^[63]而如果东道国仅为了本国某产业的调整或者某行业秩序的重新规划而作出某行为,就只涉及本国经济发展的普通公共利益。^[64]

公共利益价值位阶对东道国承担国家责任的影响主要体现在:其一,“重大公共利益”下,可以考虑不将补偿作为征收合法性判断要件。其二,补偿要件的严格程度应该与公共利益的价值大小相联系,即公共利益价值与补偿要件的严格程度是负相关的关系。公共利益价值越大,对补偿要件严格程度越低,补偿的数额也应相应降低,反之亦然。传统观点认为赔偿是对非法行为的救济方式,而补偿是东道国合法行使主权下产生的救济方式。^[65]布朗利(Ian Brownlie)认为,责任法涉及的是不法行为的发生与结果,特别是对损失进行的赔偿。^[66]由此可知,不法行为对应的结果是赔偿,而不是补偿。所以不能轻易将东道国没有补偿,作为东道国违反国际义务、承担国家责任的理由。

此外,公共利益“价值位阶”也会影响东道国违反征收条款的判定。在普通公共利益下,无论是干预还是实质性剥夺投资者财产,东道国如果不满足非歧视和正当程序等要求,仍然会判定为非法,从而承担国家责任。在“重大公共利益”条件下,相比于普通公共

[62] See Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2009, p. 11.

[63] “重大公共利益”与“全球公共利益”的概念有一定的相似性。研究员库里克(Andreas Kulick)认为“全球公共利益”聚焦的是人类利益,国际投资法在全球范围内具有国际公法的特点,国家应该作为“全球公共利益”的维护者和代理人。See Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 153-154.

[64] 笔者只是对“重大公共利益”提出一个基本的分析起点,仲裁庭对该问题的法律解释,仍应采取限制解释,为“重大公共利益”设置若干构成要件,防止对此概念的扩张解释。可以考虑从公共利益的全球性、紧迫性、严重性等因素进一步设置认定标准。

[65] See Sergey Ripinsky & Devin Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, p. 6.

[66] 参见[英]伊恩·布朗利著:《国际公法原理》,曾令良、余敏友等译,法律出版社2003年版,第481页。

利益,东道国只有在更大程度上的专断、违反非歧视或正当程序时才会产生国家责任。所以,公共利益应作为征收合法性要件分析的起点,而不是传统上用宽泛概念待之。公共利益的价值位阶直接关系到东道国国家责任的豁免。在公共利益愈发受到各国重视的国际趋势下,将“重大公共利益”作为征收合法性重要保障对东道国规制权行使有着重要作用。

四 国际最低待遇标准对东道国规制权的潜在影响

国际最低待遇标准是东道国规制权行使中,需要遵守的国际义务之一,并且关系到公平公正待遇条款等实体规则的适用。当前,国际法中的国家“回归”趋势,为国际最低待遇标准朝着维护东道国规制权的方向改革提供了机遇。将东道国国内法作为判断国际最低待遇标准的重要依据,也许可以成为一种有效途径。

(一) 国家的“回归”趋势与国际最低待遇标准

东道国因违反投资条约中的公平公正待遇义务而承担国家责任也是国际投资仲裁中较为常见的争端类型。但实践中公平公正待遇条款却仍存在语义抽象、仲裁庭的自由裁量权较大且裁决存在冲突等问题。将国际最低待遇标准纳入该条款的分析是国际社会尝试解决该问题的方式。然而,国际最低待遇标准本身也存在概念不明的问题。^[67]

国际投资法是在经济发展不平衡的国家间发展起来的,早期欧洲国家向当时的欠发达国家进行投资,并不想受制于法律体系不健全、经济落后的东道国国内法管制。此时,投资者仍然仅受制于母国法。但随着殖民地独立,尤其是拉美国家开始提出以国民待遇对待外国投资者。随后,外国投资者用国际最低待遇标准来与东道国提出的国民待遇进行博弈,并将此概念与国家责任相联系。换言之,若东道国违反国际最低待遇标准,则将导致国家责任的产生和投资者母国实施外交保护。^[68]所以在很长时间内,国际投资规则通过限制东道国规制权以实现投资保护。东道国的“规制寒蝉”从侧面印证了,数量众多的投资条约并没有在投资者与东道国之间实现平衡,而是更多强调投资保护,或者说是东道国为吸引投资而对投资者的一种让步。^[69]如果说东道国国内法和国民待遇代表了东道国的立场,而双边投资条约更多体现了投资者对投资保护的需求,那么要在东道国与投资者之间建立平衡,就需要找一个折中的标准。推进国际最低待遇标准的改革或许是一种可取的途径。

国家的“回归”是当前国际法呈现出的重要趋势。^[70]这种新趋势为国际最低待遇的改革提供了重要契机。新兴经济体在全球治理体系中的话语权逐步提升,美国等传统大

[67] 参见梁开银:《公平公正待遇条款的法方法困境及出路》,《中国法学》2015年第6期,第182-186页。

[68] See Surya P Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2008, pp. 54-56.

[69] 晚近国际投资法出现的造法运动是以发达国家为代表的“投资自由化”的胜利。在国际投资条约的若干方面,发展中国家都做出了相当程度的妥协。参见刘志云著:《国际经济法律自由化原理研究》,法律出版社2015年版,第221页。

[70] 参见蔡从燕:《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》,《国际法研究》2018年第4期,第3页。

国的国际地位受到威胁和挑战。国家的“回归”趋势表现为东道国规制权的强化。一方面,发展中国家经济体不仅有经济发展的需求,也提升了对环境、安全等问题的规制需求。另一方面,强化国家主权原则也成为传统发达国家的选择。发达国家不再是单一的资本输出国,其也面临着作为资本输入国,对投资进行规制的需求。同时,传统发达国家在面临全球治理体系变革的过程中,认为现有国际规则限制了其主权的行使。在新兴经济体的发展压力下,发达国家维护本国金融安全、经济安全等规制需求也愈发强烈。^[71]

在国家“回归”的趋势下,国际最低待遇标准在强化规制权、限制投资保护方面有了进一步改革的可能。明确国际最低待遇标准的内容或指向,是发挥该条款限制投资保护作用的重要途径。^[72]《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)投资章节附件一规定:“习惯国际法源于各国对法律义务的遵循而产生的普遍和一致的实践。”所以,国际最低待遇标准内涵的完善应该遵循两个基本方向:其一,充分吸收各国法律实践经验,而不是仅依据西方发达国家在该问题上的实践和法律规定来确定国际最低待遇标准。只有被包括发展中国家在内的,国际社会绝大多数成员认可的、接受的准则才能够作为习惯国际法和国际最低待遇标准。^[73]其二,打破国际社会长期以来重投资保护,轻东道国规制权的传统观念,在二元利益平衡且充分考虑当今社会全球公共利益需求的基础上重塑国际最低待遇标准。

(二) 国际最低待遇标准与国家责任的判定

国际最低待遇标准作为一项国际义务,面临的适用障碍主要是其适用标准的模糊性与主观性。即便东道国行使规制权时考虑到遵守国际最低待遇标准,也缺乏明确的规制指引。2012年《美国双边投资协定范本》第5条将公平公正待遇条款与国际最低待遇标准相联系。“尼尔案”确立了国际最低待遇的基本要求,即政府行为是否违反国际最低待遇,需要考察政府是否存在粗暴的、无法容忍的或显著的不合理行为,以至于每个公正的人都能较为容易地辨别出这种不当行为。^[74] Genin v. Estonia 案的仲裁庭认为违反公平公正待遇应与国际最低待遇标准相联系,而违反国际最低待遇标准的行为包括对职责的故意忽视,也包括主观上的故意。^[75] Waste Management v. Mexico 案的仲裁庭则将“专断(arbitrary)行为”作为违反公平公正待遇条款中的国际最低待遇标准情形之一。^[76] 联合国国际法院曾经指出,“专断”一词应理解为对正当程序的“故意”忽视,使有法律正义的人感到出人意料。^[77] 该解释中,强调的正是一种主观恶意和主观感受,遵循善意原

[71] 参见沈伟:《国际经济法的安全困境——基于博弈论的视角》,《当代法学》2023年第1期,第31-33页。

[72] 参见陈正健:《国际最低待遇标准的新发展:表现、效果及应对》,《法学论坛》2015年第6期,第61页。

[73] 参见余劲松:《外资的公平与公正待遇问题研究——由NAFTA的实践产生的几点思考》,《法商研究》2005年第6期,第45页。

[74] L. F. H. Neer and Pauline Neer v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards, 15 October 1926, pp. 61-62.

[75] Alex Genin, Eastern Credit Limited and A. S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, para. 367.

[76] Waste Management, Inc. v. United Mexican States II, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 98.

[77] Surya P Subedi, International Investment Law Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing, 2008, p. 66.

则的主观特性。

根据前述法律实践可以看出,“专断”“故意忽视”这些主观性要素,和“粗暴的”“显著的不合理”这些程度性描述,都给了仲裁庭较大的解释空间。这也给东道国规制权的行使、国际义务的遵守形成阻碍。

笔者认为,在国际法呈现出国家“回归”,以及强化东道国规制权的趋势下,将国际最低待遇标准与东道国国内法相联系,或许可以成为解决国际最低待遇标准不确定性的有效途径。国际最低待遇标准与东道国的国内法密切相关。国际投资仲裁实践中,若东道国违反其国内法,或东道国的国内法低于国际最低待遇标准,都有可能产生国家责任的后果。对此问题需要结合国内法与国际法关系理论和国际最低待遇标准进行分析。根据《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, ICSID)第 42.1 条的规定,缔约国国内法可以作为投资条约仲裁的法律渊源。有学者认为东道国国内法具有优先适用的地位,国际法仅起到补充作用。^[78] 在分析投资条约中的公平公正待遇、间接征收等问题时,国际投资仲裁庭也常将东道国国内法作为法律渊源加以考虑。^[79] 但同时,《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties)也规定,国家不能以其国内法规避国际义务或不履行条约。^[80] 黄瑶教授认为若因国内法与国际法不一致,东道国以此为由不遵守国际义务将产生国家责任。^[81] 古祖雪教授认为国家有义务使其国内法符合国际法一般义务,若国内法相关规定妨碍了这一义务或使国家接受的国际法不能被司法、行政机关适用,则该国应承担国际法责任。^[82] 有仲裁庭认为,若东道国违反国内法,即可视为对公平公正待遇的违反。^[83] 国际最低待遇标准可以作为国内法与国际条约义务之间关系的判断标准。一项东道国的争议措施可能产生三种情形:其一,若争议措施在国内法上是合法的,且高于国际最低待遇标准,则不产生国家责任。其二,若争议措施在国内法上是合法的,但低于国际最低待遇标准,仍然会产生国家责任。其三,若争议措施在国内法上是非法的,则在很大程度上会产生国家责任。有观点认为,当国内法对投资者的待遇标准高于国际法时,应援引国内法,从而保证投资者获得更大程度的保护。所以在第三种情况,即东道国违反国内法的情况下,如果国内法对投资者待遇高于国际最低待遇标准时,适用国内法认定东道国承担国家责任。当东道国争议措施违反国内法,如果该国国内法中的投资待遇低于国际最低待遇标准,则该措施也不符合国际最低待遇标准,从而产生国家责任。^[84]

[78] See M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 4th edition, Cambridge University Press, 2017, p. 774.

[79] See Jarrod Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2017, p. 195.

[80] 参见《维也纳条约法公约》第 27 条。

[81] 参见黄瑶:《世纪之交反思凯尔森的国际法优先说》,《法学评论》2000 年第 4 期,第 27 页。

[82] 参见古祖雪:《法治之法中的国际法:中国主张和制度实践》,《中国社会科学》2015 年第 10 期,第 156 页。

[83] Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case ARB/05/15, Award, 1 June 2009, para. 453.

[84] See Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration - The Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law*, 2nd edition, Wolters Kluwer, 2017, p. 52.

前述观点的实质是从投资保护的角度,将国际最低待遇标准用作衡量东道国国内法的标尺。即国内法投资保护水平高于国际最低待遇标准就适用国内法,反之就适用国际最低待遇标准。这种将国内法与国际最低待遇标准相联系的做法,虽然有明显的投资保护立场,但却给提升国际最低待遇标准的确定性提供了思路。在国家“回归”的趋势下,东道国规制权的强化对投资保护提出了更多的限制。在未来的投资法律实践中,可以尝试将国内法作为国际最低待遇标准的判断要素,进一步提升东道国国内法的作用。需要澄清的是,此观点并非是指东道国遵守国内法就一定不会违反国际最低待遇标准,而是要将东道国遵守国内法作为判断其遵守国际最低待遇标准的更为重要的参考依据。此做法既可以在一定程度上,改变用国际最低待遇标准来衡量东道国国内法的传统模式,又符合维护东道国规制权的发展趋势。

五 结 论

“政府应有权为合法公共政策目的而管制投资”是《二十国集团全球投资指导原则》第6条的重要内容。根据我国《外商投资法》的规定,国家可以为公共利益的需要,在满足一定条件下,对外国投资者的投资实行征收,或改变对投资者的政策承诺。^[85]东道国行使规制权需要在合法、合理的限度范围内,错误行使规制权将使东道国承担国家责任。

国际投资协定起源于对外国投资者的保护,而这种目标正是东道国规制权受到忽视的原因之一。尽管西方国家在新近国际投资条约中引入了东道国规制权相关内容,但高标准的投资保护依然是其主要目标。^[86]国际投资法具有行政法的特点,公共利益本位论是行政法基本理论之一。该理论强调公共利益优先于个人利益,公共利益具有主导地位。^[87]并且,公共利益与个人利益并非是冲突的,而是辩证统一的,保护公共利益就是为了保护私人利益,而不是要剥夺私人利益。^[88]

国际投资法上,国家责任判定标准的不确定性增加了东道国规制权行使的障碍,东道国因公共利益行使规制权面临因违反国际投资条约和习惯国际法而承担国家责任的风险。国家责任制度是法治国家的重要内容,而一个健全的国家责任法律体系需要从国内与国际两个方面进行完善。国际投资法上国家责任体系的完善是进一步具体实施我国《外商投资法》的基础。东道国国家责任体系的建立关系到投资保护,更关系到东道国规制权行使的边界。

[本文为作者主持的2022年度西南政法大学中国—东盟法律研究中心一般项目“新发展理念下RCEP中的东道国规制权研究”(2022calckt004)的研究成果。]

[85] 参见《中华人民共和国外商投资法》第20条、第25条。

[86] 参见张庆麟:《论晚近南北国家在国际投资法重大议题上的不同进路》,《现代法学》2020年第3期,第128页。

[87] 参见周佑勇著:《行政法原论》(第三版),北京大学出版社2018年版,第91-92页。

[88] 参见叶必丰著:《行政法与行政诉讼法》(第三版),高等教育出版社2015年版,第11-12页。

[**Abstract**] In international investment law, the uncertainty of the constituent elements of the state responsibility leads to obstacles to and risks in the exercise of the regulatory right of the host state. State responsibility is different from contract liability in that it has a significant impact on the international image and status of the host state as a sovereign country in addition to economic burden. The state responsibility of a host state should be based on the Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts and the particularity of the responsibility of a state in international investment law and focus on two constituent elements, namely “the attributability to the state” and “an international wrongful act”. A host state has a dual identity: it is a subject of public law when it violates a treaty, but it is a subject of private law when it breaches a contract, and the two subject identities are inter-convertible according to specific circumstances in international investment arbitration practice. The dual identity leads to the uncertainty of the element of “the attributability to the state” in the determination of state responsibility. The idea of distinguishing between a contract act of the host state and a sovereign act of the host state should become the consensus of the international community and be implemented in the international investment arbitration practice and the reformation of international investment treaties. Public interest and the international minimum treatment standard are the important contents of the analysis of the element of “an international wrongful act”. Public interest is often regarded as an exception to compliance with the international obligations of the host state. The hierarchy of the public interest concerns the determination of the host state’s responsibility. The expropriation measure taken by a host state for an essential public interest should not be deemed as a violation of the international obligation even if it provides no compensation. And the theory of corrective justice and distributive justice plays an important role in understanding the relationship between the hierarchy of public interests and state responsibility. The uncertainty of the international minimum treatment standard leads to obstacles to the determination of the violation of the international obligation of the host state. In determining the international minimum treatment standard, consideration should be taken of the acceptance by the majority of the countries in the international community, especially the opinions of developing countries. Meanwhile, in the context of the trend towards, the “back to the state”, the international community put more emphasis on the host state’s right to regulate. The domestic law of the host state should play a more important role in the judgement of the international minimum treatment standard. The improvement of the system of state responsibility is the basis of the implementation of the Foreign Investment Law of the People’s Republic of China and concerns investment protection as well as the boundary of the right to regulate foreign investment.

(责任编辑:余佳楠)