

自然资源永久主权与外资法:21世纪的新关系

(坦桑尼亚)肯尼迪·加斯顿/著 梁雯雯/译

【作者简介】肯尼迪·加斯顿,亚非法律协商组织秘书长,法学博士。

【译者简介】梁雯雯,武汉大学法学院、国际法研究所副教授,法学博士。肖军/校,武汉大学法学院、国际法研究所副教授,法学博士。

【原文出处】《武大国际法评论》(武汉),2019.3.1~30

本文审视“自然资源永久主权”原则的若干内涵以及条约中的外国投资保护和例外条款之间的新关系。概括地说,本文反思发达资本输出国和发展中资本输入国关于外国人财产保护的国际法的意见分歧。

从“炮舰外交”到殖民地时代形成的有偏见的习惯国际法,再到脱离殖民的国家在联合国大会(UNGA)占据主导地位,自然资源永久主权原则无疑塑造了外国投资法。

本文主张,双边投资协定(BITs)诱使发展中国家放弃自然资源永久主权原则的核心要素,而未认识到其后果。BITs以吸引外资为借口限制国家对本国自然资源的监管空间。

在一定程度上,由于发达资本输出国也面临监管空间受限,目前BITs的叙事正在发生变化。随着强国也受到BITs的冲击,两个制度产生了新的关系。

这导致国家更加深入细微地理解BITs所造成的后果,尤其是对投资待遇标准的宽泛和演进的解释,导致仲裁庭也借助解释技术来缓解前述后果,为政策监管提供更大空间。

本文主张,当前BITs遭遇的抵制,部分源自投资待遇标准日益广泛的约束,从而出现晚近众多投资协定纳入措辞明确无疑的例外条款的政策趋势。投资保护法凌驾于国家主权监管利益之上的过往历程赋予自然资源永久主权新的含义,重新定义了自然

资源永久主权与外国投资法的关系。

一、引言

“二战”后亚非国家的加入促使国际法向好的方向发展,使其获得合法性和广泛承认。国际法规则首次适用于新独立国家群体,它们被视为平等主权者,有权谈判和影响国际法规则,以符合其对国际法的需要和期待。

由于处于不同经济发展阶段的国家之间观点和期待存在严重分歧,外国投资法可能是引起更多争议的国际法领域之一。

本文首先介绍自然资源永久主权规范的内容和历史,及其与研究BITs及其保护标准(特别是征收补偿)的关联。

然后,本文考察并试图回答的重大问题是:导致发展中国家从坚决反对国际法调整投资迅速倒退到在BITs中放弃主权的原因。本文继而考察自然资源永久主权与BITs正在面临的抵制这二者之间的关联,及其在新条约谈判以及解释和适用已有条约以提升其合法性中的可能作用。

最后,从例外条款角度,本文考察如何限制投资法范围的日益扩大对人权和环境义务以及主权监管的其他政策目标(例如根本安全)的不良影响。

二、自然资源永久主权及其历史分析

自然资源永久主权原则由国家发展出来,目的

是对抗当时日益具有掠夺性的外国投资体制。富裕的殖民国家常常在那些政府不能代表人民的国家进行投资,这些国家包括殖民国家、托管国家、受人厌恶的腐败的军事独裁者。

很自然地,这些政府下台后,获得合同的外国公司也丧失了促进其业务的法律和监管的国家机制保障。有时政府更迭导致席卷全国的国有化浪潮,尤其是外资份额极大的石油业成为国家直接控制的首要目标。^①

在亚非新独立国家构成联合国大会多数的情形下,将此政治意愿固定为法律原则成为其共同目标。这些国家首次希望以独立立法者,在源于欧洲、欧洲和北美利益的通常具有结构性优势的法律制度中表达此意愿。^②

尽管联合国大会全体会议上不能通过具有约束力的决议,但《世界人权宣言》^③的通过、纽伦堡原则的确立^④以及对《防止及惩治灭绝种族罪公约》^⑤的广泛加入,表明会员国能够对国际法立法框架和程序施加重大影响。

在区域层面,一些政治独立但经济依附的拉美国家呼吁根据人民自由处分其自然资源的权利,收回20世纪上半期出让给外国势力的权利。例如,作为区域联合的早期文件之一,《美洲国家组织宪章》规定各国拥有自由地发展其文化、社会和经济生活。^⑥类似的,1933年《国家权利义务公约》第3条宣告:

“国家有权维护其完整和独立,实现保护与繁荣,以自认为适当的方式组织国家,为其利益立法,管理服务,定义其法院的管辖权和权限。”^⑦

在全球层面,智利提议联合国大会讨论该问题,以达成更具代表性的共识,充分考虑战后国际社会的观点变更。^⑧

经济欠发达国家提出一系列提议,如乌拉圭、波兰、玻利维亚、印度、埃及、伊朗、印度尼西亚支持宣告国家具有为民族利益发展经济、自由开发自然资源的权利这一建议。

在此背景下,一系列事件的发生影响了国家的相关意见。

大规模国有化成为普遍现象,最为著名的是

1933年具有在伊朗运营特许权的英伊石油公司的国有化。^⑨其他知名的被国有化对象包括危地马拉的联合水果公司、埃及苏伊士运河公司、玻利维亚的锡业、智利的铜业、印度尼西亚的荷兰公司、阿根廷的天然气行业、墨西哥的石油产业、印度的煤与银行业。^⑩

顺理成章地,这些国家寻求使其行为合法化的解决方法,使之符合现行国际法,而该国际法建立于作为国际投资法前身的外国人财产保护规则的牢固传统和基础之上。

另一方面,发达国家拒绝改变外国人财产保护的既有规则,同时强调自然资源开发应服务于全球发展目标,而不仅仅为国家利益。^⑪

这些国家有美国、荷兰、澳大利亚、加拿大,它们拒绝改变任何维护其利益的几个世纪以来的传统国际法原则。战后《大西洋宪章》完全体现了这一立场,规定其目标是为全人类利益而开发自然资源,并予以最大化利用。^⑫

意见分歧最终导致两大阵营国家及其立场的妥协。一方面,一些国家保护现行国际秩序;另一方面,另一些国家希望实现国际经济新秩序,新兴国家能行使全面经济主权,实现和发展其发展目标。^⑬

特别相关的是联合国大会1952年第67届大会决议^⑭以及联合国人权委员会向联合国大会提出的建立“自然资源永久主权委员会”的建议。该委员会由来自世界各大地理区域的代表组成,任务是考察并澄清自然资源永久主权利的现实内容和范围。^⑮

在联合国秘书处的研究^⑯和委员会会员国评论^⑰的基础上,三份决议草案被提交给联合国大会第二委员会考虑。经过发展中国家和发达国家的反复讨论和妥协后,该决议获得通过,60票赞成,5票反对,22票弃权,并提交联合国大会全会审议。^⑱

联合国大会则以78票赞成、2票反对通过《关于自然资源永久主权的决议》(以下简称《决议》)。^⑲仍实行种族隔离的南非和法国投了反对票,认为该议题需要先后经过联合国国际法委员会和第六委员会的审议。^⑳

《决议》巩固了自然资源永久主权原则在国际法

中的地位。在其讨论过程中出现的争议问题包括：投资合同必须得到遵守；国家实施国有化和征收外国财产的权利；国家非殖民化之前的自然资源所有权。

最重要的是，达成普遍共识以确立民族和国家对其自然资源的不可剥夺的永久主权，以及征收和国有化时依据“适当标准”进行补偿。

事实上，《决议》内容促使当时学者认为《决议》是经济非殖民化决议，而反对者认为其是国有化决议。^②

对《决议》核心条款的考察有助于我们理解，为何此后在那些至少理论上达成的妥协在落实过程中却争议不断。

事实上，在各国大量缔结BITs之前的那个时期，各国在国有化或征收的补偿标准问题上尖锐对立。发展中国家的主要关切体现在1962年联合国大会1803决议第四段：

“采取国有化、征收或征用措施，应当以公用事业、社会安全或国家利益等理由或原因作为依据，这些事业、安全或利益被公认为较纯属国内外个人的利益或私家的利益重要得多。

在此类场合，采取上述措施以行使其主权的国家应当按照本国现行法规以及国际法的规定，对业主给予适当的赔偿。在赔偿问题发生争执时，应当尽量提交采取上述措施国家的国内司法裁判。但主权国家及其他当事人如另有协议，则应通过仲裁或国际审判解决争端。”^③

《关于自然资源永久主权的决议》可以被视为联合国大会中两种截然相反的观点的最终妥协与和解。即使联合国大会继续相关工作，无论是就该议题的未来发展还是加强自然资源永久主权原则或者明确其内容，都几乎难以达成协议。

联合国大会之后的决议，即《国际经济新秩序宣言》^④或《各国经济权利义务宪章》^⑤，系在六日战争和石油危机后通过，不允许各方妥协或试图软化各方立场。

事实上，学者的分歧今日仍可见。一方是“第三世界的国际法观”，^⑥支持联合国大会1803号决议后发展的规则的法律效力。一方是西方学者，如

Schwarzenberger^⑦，Dolzer^⑧，Brower^⑨，Sylacuse^⑩，Schachter^⑪，Mann^⑫，Feur^⑬，Piper^⑭，Weston^⑮，Haight^⑯，美国律师协会^⑰，都认为《各国经济权利义务宪章》仅是无任何法律效力的政治宣言。

发达国家控制多数资本和技术，惯用坚决对抗与逐个谈判策略，漠视其他国家试图实现经济自决或非殖民化并取得对自然赋予的丰富自然资源真正绝对主权的要求。

在联合国大会的战斗（而非战争）中失利后，资本输出国开始奉行双边谈判或BITs政策，以利用其在基于经济实力而非法律原则的旧的谈判机制下的强势地位。其政策基础是发达资本输出国在双边谈判中的强势地位，而在多边论坛上欠发达国家数量占绝对优势。现在仍是如此！

很大程度上，BITs谈判的运作有利于推动外国财产权的国际保护，其创设的体制对外国人财产的保护远超国际习惯法。BITs体制为投资提供了全面和影响深远的保护，包括开放性的保证、不确定含义而由当事人选择的仲裁员在未来确定的具体义务。

三、双边投资协定对外国投资法的处理是意识形态上的目光短浅？

BITs的兴起部分是由于发达资本输出国未能通过联合国大会的多边论坛保护其对外投资。联合国大会的“一国一票”制度使其不能成为发达国家表达关切的适当途径，发达国家迅速转向双边谈判。1959年出现第一个双边投资协定——德国—巴基斯坦BIT后，至今全球双边投资协定已有3000多个。^⑱

这一点在两位英国官员发表的论文中得以确认，这两位官员在《英国投资保护条约政策》的制定中起着至关重要的作用。该论文提及《各国经济权利义务宪章》，并指出：

“很明显发展中国家不认为这些表述仅是政治宣言。它们是行动指南。新独立国家主张抛弃经济殖民主义和他们成为国际社会成员之前形成的国际法的枷锁，进行系统而广泛的征收。提供的补偿也不是充分、及时和有效。

几乎每个月都有新的征收法律摆到外交部办公桌上、占据报纸的财经版面，侵蚀潜在外国投资者的信心。这时发达国家意识到对宪章的一致同意所蕴

含的风险,宪章以近乎有约束力的条约用语,宣誓了选择经济制度的不可剥夺的主权权利而不受国际法约束。

美国、英国及欧共体多数国家对《各国经济权利义务宪章》投下反对票。多数其他资本输出国弃权。即使该宪章是联合国大会多数通过,其支持者所主张的权威和法律地位当时便被拒绝——此后亦将被拒绝。温顺者也会反抗。^③

美国一贯怀疑习惯国际法提供的保护,因此缔结了诸多友好通商航海条约不仅保护美国在发展中国家投资,而且涵盖其在西欧国家的投资。^④

尽管美国有近22个生效的上述条约,但到了20世纪60年代后期,由于亚非发展中国家日益认识到,无监管或“自由化”(当时还含有“放任自由”政策的意思)对东道国无任何实质利益,美国不再致力于缔结此类条约。^⑤

另一方面,欧洲各经济体在“二战”后恢复的过程中,迅速通过缔结投资保护协定保护其外资。

由于战败而丧失全部海外投资的德国,在新的条约缔结中领先,于1959年与巴基斯坦订立第一个BIT。其他欧洲国家迅速跟进,至20世纪70年代末已与大量发展中国家缔结了近150个BITs。^⑥

受到欧洲国家BITs成功实施的启示,美国于1981年里根总统任期内开启其BIT计划。对此类条约,美国参议院唯一担忧的是国家安全问题,但这一问题通过例外条款得以充分解决:缔约国可采取必要措施应对任何异常和例外的国家安全威胁。^⑦

同时期的另一发展是伊朗—美国求偿庭在海牙的建立,其巩固了国际法在外国人和东道国政府间争端中的适用。求偿解决宣言是伊朗—美国求偿庭的成立文件,其第5条规定:

“仲裁庭裁判所有案件,须基于尊重法律,适用仲裁庭认为应适用的商法和国际法的法律规则和原则,考虑相关贸易惯例、合同条款和变更的情势。”^⑧

除了欧洲国家,一些亚洲发达国家也与其他欠发达国家订立BITs。例如,科威特与巴基斯坦^⑨、摩洛哥^⑩和斯里兰卡^⑪等国订立了BITs。

BITs网络扩张之时,新自由主义是盛行的经济理论,主张投资贸易完全自由化,以促进效率和最大

程度利用自然资源。

但是,与成功创设世界贸易组织的1994《关税和贸易总协定》不同,调整投资的多边公约的尝试完全失败,无人支持。

关于发展中国家为何缓慢但不得不接受BITs, Guzman教授提出了有趣的洞见。^⑫他指出,最不发达国家作为集体,一贯拒绝“赫尔规则”(及时、充分和有效补偿)或对征收或国有化适用国际法。另一方面,如果最不发达国家单独接受这些规则,则有机会得到急需的外国资本,相对于那些不接受的国家获得竞争优势。因此,囚徒困境可以解释最不发达国家看似不合理的行为,即其作为个体有动机作出与集体行动相反的“理性选择”。

其他学者,如Dolzer^⑬和Sornarajah^⑭,也分析了最不发达国家的双向行为,将其归于条约承诺的控制程度、明确性、观点认同的态度变化,而非归于他们不同意的习惯法规则。

印度政府法律顾问P.S. 劳2000年的观点可能最适当地抓住了印度在BIT谈判中的情感和理性:

“可以用较少的意识形态和更实用的方式对待这些概念。推动这个新趋势的因素有国民经济的全球化、承认有必要提供中立裁判或仲裁迅速公平解决商事争端。”^⑮

很多学者强调的另一因素是国际金融组织的作用,特别是国际复兴开发银行(世界银行)和国际货币基金组织。由于固定汇率政策崩溃和苏联解体,世界银行和国际货币基金组织的功能与布雷顿森林会议时相比发生了巨变。^⑯它们现在服务于经济强国及其公司的利益,通过贷款条件性、善治或法治指标等不受限制的措施,以吸引急需外资促进发展为由,将投资自由化条款强加于借款国。^⑰

双边投资协定生效国家被视为投资风险较低,但不得不承认的是东道国承担了风险,而且最终东道国为逐步实现人权而投入的能力受到影响。

一些学者运用宏观经济模型和统计进行实证研究,得出了冲突的结论。^⑱Sylacuse教授认为,发展中国家与主要资本输出国订立的一系列BITs短期内表现出吸引更多投资的坚定趋势。^⑲

另一方面,有学者提出,BITs未被投资者视为投

资前的重要条件。Sornarajah 教授指出,美国公司是东南亚和南亚国家的主要投资者,然而美国与这些国家并没有生效的 BITs。^⑤

其他研究表明,发展中国家不认为 BITs 对其经济有重大影响,也不认为其是从资本输出国吸引投资的战略工具。^⑥有学者认为,BITs 仅是“合影的机会”,至多是国家间善意的表现,即效力有限的君子协定。^⑦

例如,“巴基斯坦遭受数百万美元赔偿的仲裁请求打击时,官员才真正意识到 1959 年来历任政府签订的条约的影响”,巴基斯坦总检察长 Makhdoom Khan 先生公开承认,“BITs 的签订原本只被看做高层代表团访问时的合影机会”。^⑧

当今国际法学者逐渐达成共识:由众多 BITs 构成的现行外国投资体制迫使国家为其监管行为向公司作出赔偿。

换言之,人们逐渐认识到,联合国大会 1803 号决议试图保护的权利在很多方面受到限制。现行 BITs 体制将权力赋予投资者和国家依据程序选择的仲裁员,常常要求国家为行使至关重要的行政、司法和立法职能作出赔偿。

仲裁员 Toby Landau 的总结是最好的说明:^⑨

“你的裁决看似涉及单个投资者的利益,但这样你很可能影响整整一个群体。

如果你裁决碳排放配额制度违反双边投资协定,以保护在某国的特定煤电厂的利益,你很可能影响整个国家的环境政策。

如果你裁决在坦桑尼亚供水系统的投资者的权利,你很可能影响达累斯萨拉姆 35 万用水者。

如果你质疑并裁决南非的黑人经济赋权政策,以保护个别采矿者的利益,更大范围的影响显而易见。并且,你有权利作出与国内公法制度不同的巨额损害赔偿裁决。

你有权影响公共资金最重要的分配。”

仲裁员有权影响公共资金分配的最好例证是最近针对尼日利亚政府的裁决。^⑩

2018 年 3 月 16 日,一家爱尔兰国民设立的 BVI 公司在美国哥伦比亚地区法院起诉,请求执行其于 2017 年获得的裁决。该裁决由退休英国大法官

Hoffman(主裁)和女王律师 Anthony Evans 爵士形成的仲裁庭多数意见作出。

“多数意见裁决尼日利亚支付 66 亿美元和利息。裁决利息为 23 亿美元,每天增加 126 万美元。在法院登记执行时,裁决总额达到 90 亿美元。全部损害赔偿源于一个公司仅投资 4000 万美元的精炼天然气项目。”

Cecil Abraham 指出,“该裁决认定的数额超过其他国际商事仲裁裁决的数额,例如 2018 年 2 月的 46.3 亿美元裁决,涉及乌克兰石油天然气公司针对俄罗斯天然气工业股份公司的天然气运输的诉请;2015 年针对伊拉克库尔德斯坦地区政府的 19.8 亿美元裁决;2011 年埃克森美孚公司和壳牌公司对尼日利亚国家石油公司胜诉的 20 亿美元裁决。可以确定,在哥伦比亚地区法院执行的这一裁决仅次于针对俄罗斯尤科斯仲裁案的 500 亿美元”。

Cecil Abraham 认为上述例子说明了很多发展中国家对投资者—国家争端解决(BITs)的不满,即明显的合法性缺失。由一个或三个仲裁员组成的私人仲裁庭对国家主权行使的合法性作出裁决,是否合法?私人仲裁庭在公众视野之外的私人程序中裁判国家行为是否合法?

例如,像 Matrix 律师行的 Zachary Douglas 女王律师那样的独任仲裁员,凭什么在伦敦国际仲裁院里,在一个吉布提拒绝参加的仲裁程序中,宣布一项吉布提法律[该法试图就一个授予投资者(迪拜港口世界集团)在多拉雷集装箱码头的垄断性权利的合同进行重新谈判]非法并无效?

的确,政府必须对合同条款承担责任,但不能因此忽略政府作为当事人的特别之处。正如伊恩·布朗利所言,主权国家不是商业机构,对人民福祉承担责任,因此 BITs 不只是商业合同。^⑪

在 2015 世界投资报告中,联合国贸易与发展会议提出的体制改革政策承认一些国家主权职能受到投资仲裁庭裁决影响。^⑫

值得一提的且正在发生的例子,是常设仲裁院设立的仲裁庭审理的针对厄瓜多尔的案件^⑬。在该案中,由于厄瓜多尔最高法院判决对在亚马逊森林倾倒原油废物导致环境恶化处以 86 亿美元损害赔偿

偿,投资者以拒绝公平公正待遇和实施间接征收为由提请仲裁。^④

BITs对国家采取的公共政策和监管行为的影响不再只限于发展中国家。最近,发达资本输出国也面临挑战。他们正面临不可预测的对其不利的投资裁决。^⑤这变更了BITs的叙事。

仍在进行的Vattenfall^⑥争端涉及瑞典公司对德国的诉请,指控关闭核电厂的命令构成征收,在欧盟内引起对该制度的广泛质疑。

更早的Metalcad裁决让美国有同样的担忧,类似的还有饱受批评的Tecmed裁决。^⑦

在Philip Morris Asia Limited诉澳大利亚案中,Philip Morris质疑政府为保护公民健康而制定的香烟平装和标识立法,指控其违反澳大利亚—香港BIT(1993)。Philip Morris最终败诉。^⑧

Andrew Stephenson和Lee Carroll指出:

“BITs旨在受益资本输出国的公司,未预料到资本输出国政府成为被告(例如Phillip Morris案中的澳大利亚政府)……

当资本输入国开始输出资本时,这种情形可能越来越多地出现。

因此,情况发生某些变化,资本输出国越来越担心外国投资者根据BIT对其提出诉请。这导致他们重新考虑BIT所赋予的权利和ICSID规定。”^⑨

依据联合国贸易与发展会议的最新报告,被诉次数最多的12个国家中有两个发达国家,即西班牙以43个争端排名第三,加拿大以27个争端排名第六。^⑩

欧盟与加拿大谈判达成的全面经济贸易协议(CETA),^⑪表明国家通过条约例外条款保护其监管权的关切。^⑫

在对投资者—国家争端解决的抗议中,维基解密披露的《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协议》谈判文本引起公众和媒体的广泛批评。因此,现在诸多学者关注如何通过起草具体的条款实现监管裁量权和投资者保护的平衡,以保护国家监管关切。^⑬

四、非投资关切与国际投资法:例外条款的运用

国际投资法作为特别制度主要关心投资保护,其他所有事项在国内和国际两个适用法维度里都可

以视为非投资关切。^⑭作为“多源的等同规范”^⑮,它们往往相互冲突,由国家决定其关系,国家常常面临为遵守一个规则而承担违反另一规则的责任这一不利局面。^⑯

近来,由于国际关系复杂,这些问题引起关注,反映在研究不同制度的文献中,^⑰成为各种国际法争议的主题。^⑱在国际投资法范围内,其他国际义务通常表现为东道国采取的监管行为,可能对投资有消极影响。有时投资者主张国家应承担人权法和环境法责任,^⑲而这些情形不是本文的关注对象。

更常见的是,为实现公共政策目标,如保护环境和基本人权,所采取的监管措施常常被认定为违反BITs对外国投资者的保护。

有学者正确地指出,“监管冻结”会束缚东道国,损害其保障基本人权和更加普遍的人民发展权的能力。监管冻结还会妨碍国家履行诸如气候变化、保护海洋生物和更广泛的可持续发展目标的环境法义务。^⑳

自然资源永久主权原则确立的公共目标比如逐渐实现经济社会权利和保护其他基本人权,可以在多大程度上融入投资法?^㉑

最新实践表明,仲裁裁决^㉒开始追随欧洲人权法院的一贯实践,运用“比例原则”方法转向协调不同政策目标。^㉓

尽管存在协调与投资者相关的不同义务的趋势,对这些“非投资关切”的承认缺乏一致性,导致国家采取外交行动。

晚近国家条约实践表明,谈判者借助例外条款的具体规定来实现公共目的。

为确定投资法与其他国际公法部门的融合,需要分析下述投资保护机制及其公共目标例外范围。

(一)保护伞条款和适用的法律

现已广为接受的一项原则是,政府制定的文本原则上必须解释为产生并且有意产生与现行法相符的效果,而非违反现行法。^㉔

尽管此种对规则一致性的理解貌似可靠的解释规则,它却无力解决运行于不同法律部门的监管措施与投资保护之间的明显冲突。^㉕

非投资关切可能通过扩大国际法和国内法相关

规则的评价范围来解决。在仅有权“解释和适用条约”的投资仲裁庭面前,如何作出此种尝试便有必要加以考察。

“保护伞条款”^⑧显著扩大投资者—国家仲裁的管辖权,其解释导致学者和仲裁员对其范围、适用和一般解释产生激烈争论。^⑨

“保护伞条款”可追溯到 Elihu Lauterpacht 在 1954 年违反英伊石油公司特许权协定案中的法律意见。^⑩“保护伞条款”旨在创立遵守国内法下的合同义务的条约义务,根据合同适用法确定的合同义务的违反将导致违反条约并产生国际责任。^⑪

确定违反合同的请求总是要依据合同的适用法,通常是东道国法律。类似的适用法条款存在于 2000 多个 BITs 中,包括 1959 年德国与巴基斯坦签订的第一个 BIT、《能源宪章条约》以及英国、荷兰、德国和瑞士签订的多数 BITs。^⑫例如《能源宪章条约》第 10 条第 1 款规定:“各缔约国应遵守与其他缔约国投资者或其投资约定的义务。”由此,国家承担了国际义务,保证依据投资合同进行投资保护,如违约则导致国际责任。在强调投资者—国家间仲裁是混合的争端解决制度时,这是一个关键因素。^⑬

Raul Pereira de Souza Fleur 主张,保护伞条款的主要问题是难以确定其能否充当将合同请求上升至投资条约保护的桥梁。保护伞条款适用的困难在于:(1)合同请求和条约请求的区别;(2)违反合同的效果源自国家主权行使的要求;(3)保护伞条款是否取代公法合同中的选择法院条款。^⑭

通过 SGS 分别诉巴基斯坦(ARB/01/13)、菲律宾(ARB/02/6)和巴拉圭(ARB/07/29)的三个案件,Raul Pereira de Souza Fleury 清晰说明“不一致”是 BITs 保护伞条款面临的一个挑战。三个案件事实类似,都涉及违反装船前检验的服务合同,BITs 有用语相同的保护伞条款,但各仲裁庭解释不同。

在 SGS 诉巴基斯坦案中,仲裁庭认定,鉴于“有效的选择法院条款”,没有必要把合同请求上升到条约请求。

一年后的 SGS 诉菲律宾案中,仲裁庭认定保护伞条款“是东道国对外国投资者作出保证,履行东道国在其国内法下针对特定投资承担的义务”。但仲

裁庭中止程序,等待菲律宾法院就政府对 SGS 的金钱债务作出判决。

在 SGS 诉巴拉圭案中,仲裁庭认定保护伞条款中“承诺”一词的通常含义包括合同义务,将合同排除在保护伞条款“承诺”之外缺乏依据。^⑮

不过,投资者—国家间的仲裁实践经历了如下转变:从最初承认通常应适用国内法,^⑯到完全忽视国内法,即使仲裁条款赋予国内法排他适用。^⑰在国家除了通过国内法实施监管之外别无他法的情形下,适用法条款解释的变化加剧了对国家监管需要的普遍忽视。由此产生一个怪异现象:投资者的诉请在国内法中由于监管需要必然失败,而仲裁庭适用病态和无视国内法的国际法却可能使其胜诉。^⑱

新的解释可能完全无视 BITs 义务以外的其他义务。因此可以认为,保护伞条款使得东道国担忧适用国际法将剥夺其主观政策考虑的空间。因此,当前 BITs 谈判出现一种值得注意的变化:曾经的支持者在新的 BIT 范本中不再试图保留此类条款。例如,2008 年德国 BIT 范本和 2015 年荷兰 BIT 范本均排除了保护伞条款。

尽管含有保护伞条款的 BITs 还很多,但全球趋势是新一代 BIT 排除“保护伞条款”,降低或消除合同请求上升到条约请求的危险。

(二)待遇标准

如上所述,对于国家来说,BITs 是将财产保护的惯例国际法法典化的举措,因此巩固了关于保护标准的现行法。^⑲

大量 BITs 所规定的保护标准条款使用了模糊用语,给仲裁员解释留下很大空间。人权判例法过去(可能现在)也是如此。

人权判例法和投资条约的此种相似性导致解释方法的重合,考虑到它们都试图平衡私人利益和国家公共利益,这似乎是必要的。^⑳因此,欧洲人权法院的“三步法”,即法律规定、合法目的和必要措施,对投资仲裁庭有重大影响。^㉑

另一方面,美国最高法院的 Chevron^㉒ 和 Penn Central^㉓ 判决启示了裁决理由和后来协议的用语。因此任何文件的解释必须符合两个广泛的方法^㉔,根据《维也纳条约法公约》规定的条约解释的习惯规则

澄清用语的通常含义。

可以认为,由于BITs采用宽泛和开放的用语,投资仲裁庭更多地依赖迄今仅服务于投资者利益的演变解释方法。但晚近的条约仲裁表现出不同的方法,倾向于协调国家的非投资关切。

公平公正待遇和间接征收因其更多介入国家监管行为而成为两个最具关联性的保护标准,并引起很大争议。

即使对国民待遇有共识,多数意见是习惯法规定了若干基本权利作为国际最低标准,国家必须将其赋予外国人,并独立于国家对本国公民的待遇。

仲裁庭承认BITs允许国家拥有一定的监管行为空间,其采取的方法包括考虑警察权、比例原则、裁量余地、谦抑余地,它们都承认国家保留有相当的实施监管行为的裁量权。^⑩

即使多数仲裁裁决承认监管空间,不同方法仍导致不同结果。^⑪

关于公平公正待遇,Tecmed[®]仲裁庭在承认国家具有行使监管权的裁量权的同时,设置了一个高标准。要求绝对透明和绝无任何含糊以利于投资者事先安排投资,这看起来远超Neer案[®]确立的习惯国际法标准。

另一方面,最近的Frontier Petroleum案[®]、Electrabel案[®]和Glamis Gold案[®]采用了更宽容的比例原则方法,依据善意和合理分析。

另外,Saluka案[®]和Mecula案[®]仲裁庭提高门槛,认定需要有力证据证明行政行为导致欺诈或实质性错误。

塑造公平公正待遇的一个重要因素是最小限制原理,即国家有义务基于公平精神,以对投资造成最小损害的方式实施立法政策目标。^⑫

但是,在具体落实这个方法时,仲裁庭尊重国家的政策实施,只在国家政策不符合其他合理性或任意性的要求时进行干预。^⑬

对不同裁决的分析结论是公平公正待遇远超习惯国际法标准,纳入了公法性质的人权法的技术。

这样,在处理此类公法问题时给予国家的裁量余地似乎与私人商事仲裁的当事人平等原则相冲突。^⑭除了东道国的关切,仲裁庭处理国家合法政策

利益的经验似乎提出关于仲裁庭职能及其审查范围的根本问题。

同样对于征收,Tecmed仲裁庭将谦抑余地界定为“警察权”,认定“国家在警察权范围内行使主权利力的原则可能经济上损害受其管理者权力约束的人,而不赋予他们获得即便无争议的补偿的权利。”

尽管偏好同样的比例原则和谦抑,征收义务通常包括更加具体复杂的公共政策、非歧视和正当程序要求,才能不导致补偿请求。^⑮但一些仲裁庭采取不同方法,在责任认定时将义务的公法性质降为无关因素。^⑯

因此,关于间接征收的要求在不同条约中各异,但多数国家实践可以视为允许为公共目的征收。此种一般例外根据系统性解释方法^⑰解释为允许国家从事监管行为保障人权和环境法。

所有涉及阿根廷危机的判例解释了阿根廷参加的BITs的相关例外条款。尽管条约文本不同,裁决结果有差异,它们仍有助于理解例外条款判例。

案件事实涉及阿根廷政府在金融危机中采取的监管措施,例如冻结银行账户、限制进口和外汇汇出。阿根廷采取了两个抗辩策略,分别依据BIT的根本安全利益例外和国际习惯法的必要性抗辩。^⑱

CMS案[®]、Sempra案[®]和Enron案[®]仲裁庭认定相关情势不构成例外,原因之一是必要性抗辩不免除责任,并且存在其他更加有利于投资且能达到类似结果的措施。

另一方面,IG & E案[®]和Continental Casualty案[®]裁决完全免除阿根廷责任,认为根本安全利益条款将监管行为完全排除在BIT的保护标准之外。^⑲

最终,上述裁决撤销委员会认同后者的裁决,认为必要性抗辩是绝对抗辩。委员会裁定,根本安全利益条款明确将行为排除在条约审查范围之外,被质疑的裁决构成明显越权,从而重构了对尊重国家行为的信任。

五、一般例外条款

如前一部分所述,仲裁庭采取多种解释技术,降低3000多个BITs的全面的待遇标准的影响。尽管这些从其他制度借鉴来的技术有助于国家抗辩不断质疑主权监管行为的诉请,但没有任何确定性。

须知 BIT 的一个根本目的是在谈判达成的文本基础上吸引外资,文本规定了东道国和投资者之间的法律关系框架。BIT 支持者强调的核心要素是稳定的法律制度,强调确定性,以降低非商业或政治风险。

考察各仲裁庭的不一致裁决,不能清楚地确定哪一种解释是主流做法。这意味着,没有可明显确定的规则或做法能导致形成特定的“确定判例”。

最近仲裁员 Born 在 Philip Morris 诉乌拉圭案^⑥裁决反对意见中提到这个问题。他认为裁量余地原则(欧洲人权法院常用)不宜在 BIT 案件适用,他支持采取更常用的比例原则。

只要投资仲裁是当事人选择仲裁员,裁决不同是必然的,国际法其他部门也是如此。因此为促进投资者和东道国关系的稳定,严格起草的例外条款似乎比任何时候都具有现实紧迫性。

众所周知,所有美国第一代 BIT 都规定国家安全例外作为一般例外。^⑦国家安全一般不得侵犯,不受仲裁庭或法院裁判,作为国家的核心权力义务,绝对主权容不得妥协。

但是,可以对援引国家安全抗辩管辖权的权利施加一定限制,最重要的是,其措施是否事实上侵犯国家安全考虑,不应仅由国家决定。换句话说,仲裁庭有权裁判,其是善意地履行义务还是盗用该权力之名的措施。

国际法院在这方面的做法具有一致性,为国家提供充分余地解释“根本安全”,但在 Nicaragua 案^⑧强调“必要”一词默示需要“有力联系”,才能使行为受到条款保护。可以认为,国际法院在 1956 美国—尼加拉瓜友好通商航海条约案和 1955 美国—伊朗友好、经济关系和领事权利条约案^⑨中两次裁判根本安全条款的适用,对两个条约的处理表明其相对宽泛但有限制地解释了条款要求。

Lauterpacht 法官在 Norwegian Loans 案^⑩和 Interhandel 案^⑪中坚持认为,自判断条款与法院判定自己管辖权相互冲突,因此适用自判断条款违反《国际法院规约》。

能否协调采用自判断用词的条款与多数仲裁庭裁判自身管辖权的权力,尚无定论。

其他例外旨在保护其他公共政策目标,如环境、公共卫生、人权和可耗竭的自然资源,通常不是自判断的,尽管这取决于条款的用语。这些例外条款通常作为排除条款或不排除措施条款被援引,规定了判断其是否适用的某些标准。

六、国际贸易法的可能借鉴

对国家政策空间的侵蚀在国际贸易规制中也存在。事实上,在这一领域,国家间关系发展到形成多边条约的共识,设立了国际组织(世界贸易组织),处理前述问题的方式有着微妙差别。

《关税和贸易总协定》第 20 条调整国际货物贸易,明确列举了若干可以采取的与条约规定不符但不视为违约的措施。这些措施是条约标准的例外。^⑫该条不仅规定所采取的措施应是非歧视的,而且规定该措施不得视为对国际贸易的变相限制。

仲裁庭将美国—阿根廷 BIT 第 11 条的必要性要求等同于《国家对国际不法行为的责任条款》第 25 条规定的国际习惯法^⑬,与此不同的是,WTO 法庭采用了不同方法,反对高门槛。如泰国香烟案^⑭表述的 WTO 判例认为,应适用最小限制标准以解释 GATT 第 20 条用语。根据该标准,只有不存在与协定相符的可替代措施来保护 GATT 第 20 条的目标时,才允许对货物贸易的限制。WTO 的做法看起来是公正的,因为它平衡了相关方和受影响者的利益。这一方法不仅保护了法庭的完整性,解决了 Lauterpacht 法官的合法关切,而且在考察是否存在滥用或变相限制的同时赋予国家充分自由,以解决真正的政策考虑。

因此,GATT 第 20 条之类的条款或一般例外条款在晚近投资条约中盛行,加拿大在其所有条约中采取该条款,中国^⑮、新加坡^⑯、印度^⑰和欧盟^⑱也有此趋势。

尽管该条款在国际贸易制度中获得成功,一些学者反对将其适用于国际投资制度。他们主张,GATT 第 20 条之类的条款不宜直接适用于投资制度,因为会降低习惯国际法的待遇例外。

一位反对 GATT 第 20 条例外条款适用的学者指出:

“比较习惯国际法抗辩和 GATT 第 20 条所涵盖

的措施,表明前者豁免只对应后者的一部分。习惯国际法的例外限于维护公共秩序、安全、健康和道德,GATT第20条的列举明显更加广泛并有区别。”^⑧

他还指出:“出于不同关切并以不同视角解决类似关切的GATT第20条可能不适应投资条约的具体约束。”

其他学者指出:

“没有必要援引例外条款,如果在初级义务的解釋中可以充分考虑合法目标。这样的解释会违反条约解释的有效原则。”^⑨

Newcombe认为,^⑩纳入GATT第20条类似条款可能起反作用,如果仲裁庭严格解释此类条款,甚至限制习惯国际法的已有抗辩。国际可持续发展学院的《可持续发展国际投资协定范本》未纳入GATT第20条类似条款,也提出类似关切。^⑪

尽管对外国投资法中的GATT第20条类似条款有批评,而批评主要指向仲裁庭对具体事实适用法律时解释的裁量。如果通过起草适应投资制度的专门条款来保护国家主权行使保留的政策目标,这些批评似乎可以避免。

七、结论

本文回顾了国家从极端自然资源永久主权观念到以BITs形式(绝对地)出让主权利力的(极端)转变的国际法发展历程。

一系列因素影响了国家的决定,其理由如上所述,表明BITs订立时即存在不平等和不公平。

本文表明,在为资本激烈竞争的年代,国际投资法的产生和大量BITs的签订给发展中国家利益谈判留下很少空间甚至没有留下空间。

由于BITs许多条款较为宽泛且具有无所不包的范围以及在投资者—国家仲裁中的解释,发展中国家很快受其影响。多数BITs自始就不公平,且由于仲裁庭的不同解释而适用不一致。

最近出现了一种趋势:一些发达国家遭遇了投资者的申诉以及针对其行使主权职能时采取的监管行为的负面裁决。首先是学界,之后是媒体和公众对此趋势反应强烈,要求重新审视投资者—国家间仲裁制度。

不同仲裁庭采取解释方法以限缩条款范围,并

探寻保留国家监管空间的方法。

阿根廷经“尝试和验证”的是另一保留监管空间的方法,该方法使用排除或例外条款,受到广泛关注。实际上,美国、加拿大、印度BIT范本以及《跨太平洋伙伴关系协定》《全面经济贸易协定》已包括了范围更广、更加确定的条款。

一些投资协定也纳入类似于GATT第20条的例外条款。

尽管投资仲裁庭、国际法院和WTO专家组采取不同方法,利益平衡的关键是起草具体例外条款。

宽泛解释待遇标准的时代促使国家通过起草更具体条款和谨慎谈判来维护其监管空间。BITs谈判不仅是经济事务,而且影响主权监管的所有领域。国家必须考虑条款用语,在有疑问时宁可谨慎,加入措辞明确的例外条款,正如发达国家所采用的保护其利益的方式一样。

BITs必须平衡确定性和投资者保护,同时为国家保留充分监管空间以履行根本主权职能。

事实上,自然资源永久主权是国家为保留其一定主权空间发展出来的,以使其能够根据国家政策目标使用自然资源。

起初,发展中国家认为征收和国有化会帮助他们实现政策目标,但很快导致它们孤立且无法获得急需的外资。之后,发展中国家被诱使软化其立场,接受双边或区域谈判的投资条约。

可以认为,投资条约的宽泛解释开始影响国际法其他制度,将这称为恶性竞争也不为过,因为与投资保护义务相比,人权和环境权遭到无视。

事实上,当发达国家受到苛刻裁决限制其监管空间时,与发展中国家在联合国初期提出自然资源永久主权时类似的动机得以重现。

在关于外国投资的国际法发展的这一关键节点,有必要老调重弹,因为部分通过例外条款的适用,自然资源永久主权和国际投资法的新型关系正在构建和调整!

本文系2018年9月肯尼迪·加斯顿秘书长在“中国-亚非法协国际法交流与项目”第四期培训班演讲的中文译本。本文仅代表作者个人观点,不构成法律意见。

注释:

①M. Sornarajah, *Resistance and Change in the International on Foreign Investment* 34(Cambridge University Press 2015); B. Rajagopal, *From Resistance to Renewal: The Third World, Social Movements and the Expansion of International Institutions*, 41 *Harvard International Law Journal* 529(2000); H. Ludsin, *Returning Sovereignty to the People*, 46 *Vanderbilt Journal of International Law* 97(2013); Y. Tyagi, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, 4 *Cambridge Journal of International Comparative Law* 588(2015); E. Duruigbo, *Permanent Sovereignty and Peoples' Ownership of Natural Resources in International Law*, 38 *George Washington International Law Review* 33(2006); J. Crawford, *The Rights of Peoples: Peoples or Governments?*, in J. Crawford(eds.), *The Rights of Peoples* 55, 63(Oxford University Press 1988); K. Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*(Cambridge University Press 2013).

②N. J. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources* 3 (Cambridge University Press 1997); S. K. Asante, *International Law and Foreign Investment: A Reappraisal*, 37 *International and Comparative Law Quarterly* 588(1988); B. S. Chimni, *An Outline of a Marxist Course on Public International Law*, 17 *Leiden Journal of International Law* 1(2004); S. C. Jain, *Permanent Sovereignty over Natural Resources and Nationalization in International Law*, 19 *Journal of the Indian Law Institute* 242(1977); S. R. Chowdhury, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in K. Hossain & S. R. Chowdhury(eds.), *Permanent Sovereignty over Natural Resource's: Principles and Practice* 1(St Martins Press 1995).

③Universal Declaration of Human Rights UNGA Resolution, 10 December 1948.

④Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal, UNGA, A/RES/95, 11 December 1946.

⑤Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948.

⑥Charter of the Organisation of American States, Article 7.

⑦Convention on the Rights and Duties of States(26 December 1933)(1936)CLXV LNTS 19. See generally, N. J. Schrijver,

Sovereignty over Natural Resources 36(Cambridge University Press 1997); G. Elian, *The Principle of Sovereignty over Natural Resources* 90(Kluwer 1979); K. Hossain & S. R. Chowdhury (eds.), *Permanent Sovereignty over Natural Resources: Principles and Practice* 90(Bloomsbury 1984); S. Bannerjee, *The Concept of Permanent of Sovereignty over Natural Resources: An Analysis*, 8 *Indian Journal of International Law* 515(1968).

⑧N. J. Schrijver, *Permanent Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties* 36(Cambridge University Press 1997).

⑨J. Hyde, *Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources*, 50 *American Journal of International Law* 854(1956); P. J. O'Keefe, *The United Nations and Permanent Sovereignty over Natural Resources*, 8 *Journal of World Trade Law* 239(1964); K. N. Gess, *Permanent Sovereignty over Natural Resources: An Analytical Review of the United Nations Declaration and Its Genesis*, 13 *International and Comparative Law Quarterly* 398(1964); P. de Waart, *Permanent Sovereignty over Natural Resources as a Corner-stone for International Economic Rights and Duties*, 24 *Netherlands International Law Review* 304(1977); N. J. Schrijver, *Fifty Years Permanent Sovereignty over Natural Resources: The 1962 UN Declaration as the Opinio Juris Communis*, in M. Bungenberg & S. M. Hobe(eds.), *Sovereignty over Natural Resources* 15(Springer 2015).

⑩J. Fleming, *The Nationalization of Chile's Large Copper Companies in Contemporary Interstate Relations*, 18 *Villanova Law Review* 593(1973); H. Raj, *Protection of Foreign Investment, Property, and Nationalization in India*(Deep & Deep 1989); G. Fouilloux, *La Nationalisation et le droit international public*(Librairie Generale de droit et de Jurisprudence 1962); W. D. Verwey & N. J. Schrijver, *The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?*, 15 *Netherlands Yearbook of International Law* 3(1984); Adoeye A. Akinsanya, *The Expropriation of Multinational Property in the Third World*(Praeger 1980); S. C. Jain, *Nationalisation of Foreign Property: A Study in North South Dialogue*(Deep and Deep 1982).

⑪S. M. Schwebel, *The Story of the United Nation's Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources*, 49 *American Bar Association Journal* 463(1963); UN, Doc.A/C.2/SR.173; UN, Doc.A/C.2/SR.172; UN Commission on Permanent Sovereign-

ty over Natural Resources, Historical Summary of Discussions Relating to the Question of Permanent Sovereignty of Peoples and Nations over Their Natural Wealth and Resources, UN, Doc.A/AC.97/1.

⑫ UN Secretariat, The Status of Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources, UN, Doc.A/AC.97/5; N. J. Schnijver, Permanent Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties 42(Cambridge University Press 1997).

⑬ M. Bedjoui, Towards a New International Economic Order (UNESCO 1979); R. P. Anand, New States and International Law 86(Hope 2008); M. E. Solomon, From NIO to Now and the Unfinishable Story of Economic Justice, 62 International and Comparative Law Quarterly 31, 36(2013).

⑭ See UNGA, Res. 523(VI), 12 January 1952 and UNGA, Res. 626(VII), 21 December 1952.

⑮ UNGA, Res. 1314(XII), 12 December 1958. See also, K. N. Gess, Permanent Sovereignty over Natural Resources: An Analytical Review of the United Nations Declaration and Its Genesis, 13 International and Comparative Law Quarterly 398(1964).

⑯ UN Secretariat, The Status of Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources, UN, Doc.A/AC.97/5.

⑰ UN Commission on Permanent Sovereignty over Natural Resources, Report of the Commission on Permanent Sovereignty over Natural Resources, UN, Doc.A/AC.97/13, 26 May 1961.

⑱ UN, Doc.A/C.2/SR.858, 3 December 1962.

⑲ Permanent Sovereignty over Natural Resources, UNGA, Res.1803(XVII), 14 December 1962.

⑳ UN, Doc.A/PV.1194(XVII), 14 December 1962.

㉑ A. Akinsanya, Permanent Sovereignty over Natural Resources and the Future of Foreign Investment, 7 Journal of International Studies 124(1978); R. Dolzer, Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Decolonization, 7 Human Rights Law Journal 217(1986); G. Schwarzenberger, The Principles and Standards of International Economic Law, 117 Recueil des Cours 7, 32(1966 I); C. N. Brower & J. B. Tepe Jr., The Charter of Economic Rights and Duties of States: A Reflection or Rejection of International Law?, 9 International Lawyer 295(1975); M. E. Ellis, The New International Economic Order: The Debate over the Legal Effects of General Assembly Resolutions Revisited, 15 California Western International Law Journal 658(1985);

B. H. Weston, The Charter of Economic Rights and Duties and the Deprivation of Foreign Owned Wealth, 75 American Journal of International Law 437(1981).

㉒ Permanent Sovereignty over Natural Resources, UNGA, Res.1803(XVII), 14 December 1962, para.4.

㉓ Declaration on the New International Economic Order, UNGA, Res.3201(S-VI), 1 May 1974.

㉔ Charter of Economic Rights and Duties of States UNGA, Res.3281(XXIX), 12 December 1974.

㉕ See for eg. M. Sornarajah, State Responsibility and Bilateral Investment Treaties, 20 Journal of World Trade Law 79(1986); M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment(Cambridge University Press 2017); A. Anghie, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law(Cambridge University Press 2004); B. S. Chimni, International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making, 15 European Journal of International Law 1(2004); K. Michelson, Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse, 16 Wisconsin International Law Journal 353(1998); J. Gathi, Third World Approaches to International Economic Governance, in Richard Falk et al.(eds.), International Law and the Third World 255(Routledge Cavendish 2008); M. Bedjaoui, Towards a New International Economic Order(UNESCO 1979); K. Hossain(ed.), Legal Aspects of the New International Economic Order(Bloomsbury 1980); K. Hossain & S. R. Chowdhury(eds.), Permanent Sovereignty over Natural Resources: Principles and Practice(Bloomsbury 1984); R. P. Anand, Confrontation or Cooperation?, International and the Developing Countries(Hope 2011).

㉖ G. Schwarzenberger, The Principles and Standards of International Economic Law, 177 Recueil des Cours 7(1966 I)

㉗ R. Dolzer, Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Decolonization, 7 Human Rights Law Journal 217(1986); R. Dolzer, New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, 75 American Journal of International Law 553(1981).

㉘ C. N. Brower, The Charter of Economic Rights and Duties of States and the American Constitutional Tradition: A Bicentennial Perspective on the New International Economic Order, 10 International Lawyer 701(1976); C. N. Brower & S. Blanchard, What's in a Meme?, The Truth about Investor-State Arbitration: Why It

Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States, 52 Columbia Journal of Transnational Law 689(2014).

②J. W. Sylacuse, BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, 24 International Lawyer 655(1990).

③O. Schachter, Compensation for Expropriation, 78 American Journal of International Law 121(1984).

④F. A. Mann, British Treaties for the Promotion and Protection of Investments, 52 British Yearbook of International Law 241 (1982).

⑤G. Feuer, Reflexions sur La Charte des Droits et Devoirs économiques des états, 79 Revue Generale du Droit International Public 273(1975).

⑥Piper, New Directions in the Protection of American Owned Property Abroad, 4 International Trade Law Journal 315 (1979).

⑦B. H. Weston, The Charter of Economic Rights and Duties, 75 American Journal of International Law 437(1981).

⑧G. W. Haight, The New International Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States, 9 International Lawyer 4(1975).

⑨ABA Section on International Law, Resolution on the Charter of Economic Rights and Duties, <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/intlaw/policy/investment/economicrightsdutiesofstates.authcheckdam.pdf>, visited on 15 May 2018.

⑩Cecil Abraham, Shift in Paradigm of International Trade and Investment Law in Asia and Africa: A Call for Super-region-alism(the Move from Regional Free Trade Agreements to Cross-continent Agreements Such as CPTPP), AALCO Annual Arbitration Forum, Kuala Lumpur, 22 July 2018, para. 4.

⑪E. Denza & S. Brooks, Investment Protection Treaties: United Kingdom Experience, 36 International and Comparative Law Quarterly 908, 909(1987).

⑫K. J. Vandeveld, The Bilateral Investment Treaty Program of the United States, 2 Cornell International Law Journal 201 (1988).

⑬J. W. Sylacuse, BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, 24 International Lawyer 655(1990); J. W. Sylacuse, Towards a New Treaty Framework for Direct Foreign In-

vestment, 50 Journal of Air Law and Commerce 969(1985).

⑭ICC, 1980 Bilateral Treaties for International Investment.

⑮W. E. Coughling, The US Bilateral Investment Treaty: An Answer to Performance Requirements?, in B. Fisher & J. Turner (eds.), Regulating Multinational Enterprise: National and International Challenges(Praeger 1983); J. E. Pattison, The United States-Egypt Bilateral Investment Treaty: A Prototype for Future Bilateral Negotiations, 16 Cornell Journal of International Law 305(1983); K. S. Gudgeon, United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards, 4 International Tax and Business Lawyer 104 (1986).

⑯Declaration of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, 19 January 1981, Article 5.

⑰Bilateral Investment Treaty between Kuwait and Pakistan, 17 March 1983.

⑱Bilateral Investment Treaty between Kuwait and Morocco, 3 April 1980.

⑲Agreement Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 27 August 1988.

⑳A. T. Guzman, Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, 38 Virginia Journal of International Law 639, 666(1998).

㉑R. Dolzer, New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, 75 American Journal of International Law 553 (1981).

㉒M. Sornarajah, The International Law of Foreign Investments 259(Oxford University Press 1994); A. T. Guzman, M. Sornarajah's The International Law of Foreign Investment, 6 European Journal of International Law 612(1995). Also see generally, A. Kaushal, Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime, 50 Harvard International Law Journal 491(2009).

㉓P. S. Rao, Bilateral Investment Protection Agreements: A Legal Framework for the Protection of Foreign Investments, 26 Commonwealth Law Bulletin 623, 626(2000).

㉔D. Kaldermis, IMF Conditionality as Investment Regulation: A Theoretical Analysis, 13 Social and Legal Studies 103, 120

(2004); A. Kaushal, Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime, 50 *Harvard International Law Journal* 491, 504(2009).

② R. Peet, The Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO 73(Zed Books 2009); A. Buira, An Analysis of IMF Conditionality, in A. Buira(ed.), *Challenges to the World Bank and IMF: Developing Country Perspectives* 55, 61(Anthem 2003); B. S. Chimni, International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making, 15 *European Journal of International Law* 1 (2004); A. Anghie, International Financial Institutions, in C. Reus-Smit(ed.), *The Politics of International Law* 217(Cambridge University Press 2009).

③ M. Hallward-Dremieier, Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI?, Only A Bit...And They Could Bite(2003), World Bank Policy Research Working Paper 3121, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18118>, accessed on 15 May 2018; J. W. Yackee, Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment?, Some Hints from Alternative Evidence, 51 *Virginia Journal of International Law* 397(2010); K. P. Sauvant & L. Sach, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*(Oxford University Press 2009); S. Frank, Stabilization Clauses and Foreign Direction Investment: Presumptions versus Realities, 16 *Journal of World Investment & Trade* 88, 104(2015).

④ See J. W. Sylacuse, Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries, 58 *Harvard International Law Journal* 127(2017).

⑤ M. Sornarajah, International Investment Law as Development Law: The Obsolescence of a Fraudulent System, 7 *European Yearbook of International Economic Law* 209, 225(2016).

⑥ *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/04/14, para.85.

⑦ L. S. Poulsen & Emma Aisbett, When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning, 65 *World Politics* 273(2013).

⑧ Robert G. Volterra & Giorgio Francesco Mandelli, India and Brazil: Recent Steps towards Host State Control in the Investment Treaty Dispute Resolution Paradigm, 6 *Indian Journal of Arbitration Law* 90, 94(2017); Fali S. Nariman, Keynote Address—

Redefining the Landscape of ADR in Asian Jurisdiction, 7 *Kuala Lumpur International ADR Week*(2017).

⑨ T. Landau, Response to the Report: Rethinking the Substantive Standards of Protection under Investment Treaties, Mauritius International Arbitration Conference: Flaws and Presumptions Rethinking Arbitration Law and Practice in a New Arbitral Seat, 13–14 December 2010; M. Feria-Tinta, Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morris v Uruguay, 35 *Journal of International Arbitration* 601(2017).

⑩ Cecil Abraham, Shift in Paradigm of International Trade and Investment Law in Asia and Africa: A Call for Super-regionalism(the Move from Regional Free Trade Agreements to Cross-continent Agreements Such as CPTPP), AAAF, 22 July 2018, paras. 10–12.

⑪ Separate Opinion on the Issues at the Quantum Phase of: *CME v. Czech Republic* by Ian Brownlie, 13 March 2003, paras. 74–75.

⑫ UNCTAD, World Investment Report, 2015—Reforming International Investment Governance, <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1245>, accessed on 15 May 2018.

⑬ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009–23, Order on Interim Measures, 9 February 2011. 该案仲裁庭裁定厄瓜多尔应“采取一切可行措施,停止或促使停止在厄瓜多尔境内外承认或执行在 Lago Agrio 案中对第一原告作出的判决”。See generally, D. Kaldermis, The Authority of Investment Treaty Tribunals to Issue Orders Restraining Domestic Court Proceedings, 31 *ICSID Review* 549(2016).

⑭ See generally, C. Lambert, Environmental Destruction in Ecuador: Crimes against Humanity under the Rome Statute?, 30 *Leiden Journal of International Law* 707(2017).

⑮ M. Sornarajah, International Investment Law as Development Law: The Obsolescence of a Fraudulent System, 7 *European Yearbook of International Economic Law* 209, 227(2016). Sornarajah 指出:“美国、加拿大等发达国家很快成为最大的资本输入国。它们开始限制外国投资,用国家安全例外将外国投资拒之门外。它们在多个仲裁中成为被告,将来还会更多。类似情形发生在欧洲,德国在 Vattenfall 仲裁后立场发生很大改变。”

⑥⑥ Vattenfall AB and Others v. Germany, ICSID Case No. ARB/12/12.

⑥⑦ C. N. Brower & S. Blanchard, What's in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States, 52 Columbia Journal of Transnational Law 689, 738(2014); Z. Douglas, Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex, 28 Arbitration International 27(2006).

⑥⑧ Cecil Abraham, Shift in Paradigm of International Trade and Investment Law in Asia and Africa: A Call for Super-region-alism(the Move from Regional Free Trade Agreements to Cross-continent Agreements Such as CPTPP), AAAF, 22 July 2018, para. 13.

⑥⑨ Andrew Stephenson & Lee Carroll, The Trans-Pacific Partnership: Lessons Learned for ISDS, in Barton Legum(ed.), The Investment Treaty Arbitration Review 301-302.

⑦① UNCTAD, Investor State Dispute Settlements: Review of Developments 2017, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf, accessed on 20 July 2018.

⑦② Comprehensive Economic Trade Agreement, 30 October 2016.

⑦③ C. Henckels, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP, 19 Journal of International Economic Law 27(2016).

⑦④ J. Weisman, Trans Pacific Partnership Seen as Doors for Foreign Suits against the US, New York Times, 25 March 2015, <https://www.nytimes.com/2015/03/26/business/trans-pacific-partnership-seen-as-door-for-foreign-suits-against-us.html>, accessed on 15 May 2018.

⑦⑤ 尽管现代投资法由三部分组成,即合同法、国内法和国际法,但为本文目的,分析仅限于传统的国内法和国际法两分法。Jeswald W. Syllacuse, The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital 35(Oxford University Press 2014).

⑦⑥ T. Broude & Y. Shany, The International Law and Policy of Multi-Sourced Equivalent Norms, in T. Broude & Y. Shany (eds.), Multi-sourced Equivalent Norms in International Law 1 (2011).

⑦⑦ M. Hirsche, The Interaction between International Investment Law and Human Rights in a Sociological Perspective, in T.

Broude & Y. Shany(eds.), Multi-sourced Equivalent Norms in International Law 211(Hart 2011).

⑦⑧ J. E. Venuales, Foreign Investment and the Environment: An Ambiguous Relationship, 80 British Yearbook of International Law 244(2009); L. Markert, The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States, in M. Bungenberg & Others(eds.), International Investment Law and EU Law 146(Cambridge University Press 2011); P. M. Dupuy, Unification rather than Diversification of International Law?, The Case of International Investment Law and Human Rights, in P. M. Dupuy & Others(eds.), Human Rights in International Investment Law and Arbitration 45(Cambridge University Press 2009); International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN, Doc.A/CN.4/L.682,13 April 2006.

⑦⑨ Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Final Award, 2 July 2003; MOX Plant Case(Ireland v. United Kingdom)Order No. 3, 24 June 2003, 126 International Law Review 310; Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay(Argentina v. Uruguay)[2010] ICJ Report 14; Dispute Concerning the Southern Blue Fin Tuna between Australia and Japan and between New Zealand and Japan, Award on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2000.

⑦⑩ Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Final Award, 7 December 2011; E. De Brabandere, Human Rights Considerations in International Investment Arbitration, in M. Fitzmaurice & P. Merkouris(eds.), The Interpretation and Application of the European Convention on Human Rights: Legal and Practical Implications 183(Brill 2012); U. Kriebaum, Foreign Investments and Human Rights: The Actors and Their Different Roles, 10 Transnational Dispute Management 1(2013); Peter A. Allard(Canada)v. The Government of Barbados,(Pending)PCA Case No. 2012-6, www.pcacases.com/web/veiw/112, accessed on 5 May 2016; J. E. Venuales, Foreign Investment and the Environment: An Ambiguous Relationship, 80 British Yearbook of International Law 244, 255(2009).

⑦⑪ L. Zarsky, From Regulatory Chill to Deep Freeze, 6 International Environmental Agreements 395(2006); J. Kammerhofer,

The Theory of Norm Conflict Solutions in International Investment Law, in M. C. Segger & Others(eds.), Sustainable Development in World Investment Law 81(2011); J. Wouters & N. Hachez, When Rules and Values Collide: How Can a Balance Application of Investor Protection Provision and Human Rights Be Ensured?, 3 Human Rights and International Legal Discourse 301 (2009).

①很多人权文件规定了国家以立法或其他监管行为方式积极行动的义务。由此很多人权解释机关坚持认为,人权义务优先于投资法义务。See for eg., Sowhoymaxa Indigenous Community v. Paraguay, IACHR(Judgment on Merits, Reparations and Costs), 29 March 2006; CESCR, Concluding Observations: Azerbaijan, 22 December 1997; UN, Doc.E/C.12/1/Add.20; CESCR, Concluding Observations: Colombia, 7 June 2010; UN, Doc.E/C.12/CO1/CO/5.

②MTD Equity S. D. N. B. H. D. & Others v. The Republic of Chile, ICSID ARB/01/7, Award(25 May 2004); LG & E Energy Corp. and Others v. The Argentine Republic, ICSID ARB/02/1, 3 October 2006; Tecmed S. A. v. The United Mexican States, ICSID ARB(AF)/00/2, 29 May 2003; Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID ARB/01/12, 14 July 2006.

③Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration, 15 Journal of International Economic Law 223(2012); A. S. Sweet, Investor State Arbitration: Proportionality's New Frontier, 4 Law and Ethics of Human Rights 47(2010); W. W. Burke-White & A. V. Staden, Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations, 35 Yale Journal of International Law 283(2010); X. Han, The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico, 6 Chinese Journal of International Law 635(2007).

④Rights of Passage over Indian Territory(Portugal v. India) (Preliminary Objections)[1957]ICJ Report 125, 142;奥本海认为,甚至与第三方的条约也应考虑在内,以确定条约背景。R. Jennings & A. Watts(eds.), Oppenheim's International Law 1275 (Oxford University Press 2008).

⑤V. Prislán, Non-Investment Obligations in Investment Treaty Arbitration-Towards a Greater Role for States?, in F. Baetens(ed.), Investment Law within International Law: An Integrationist Perspective 450, 474(Cambridge University Press

2013).

⑥常见的其他指称包括“镜像条款”、“有约必守条款”和“遵守承诺条款”。

⑦J. Paullson, Arbitration without Privity, 10 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 232(1995).

⑧A. C. Sinclair, The Origins of the Umbrella Clause in International Law of Investment Protection, 20 Arbitration International 411, 412(2004).

⑨R. Dolzer & C. Schreier, Principles of International Investment Law 166(Oxford University Press 2012).

⑩K. Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment 2006/03, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf, accessed on 26 September 2018.

⑪J. W. Sylacuse, The Law of Investment 299(Oxford University Press 2015); E. De Brabandere, Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications 124(Cambridge University Press 2016).

⑫Raul Pereira de Souza Fleury, Closing the Umbrella: A Dark Future for Umbrella Clauses?,(FERRERE Abogados)/October 13, 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/13/closing-umbrella-dark-future-umbrella-clause-s/>.

⑬Raul Pereira de Souza Fleury, Closing the Umbrella: A Dark Future for Umbrella Clauses?,(FERRERE Abogados)/October 13, 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/13/closing-umbrella-dark-future-umbrella-clauses>, accessed on 15 August 2018.

⑭Klockner Industrie-Anlagen GmbH & Others v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais, ICSID Case No.ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985; Amco Asian Corporation & Other v. Republic of Indonesia, ICSID Case No.ARB 81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986.

⑮Southern Pacific Properties(Middle East)Limited v. Arab Republic of Egypt ICSID ARB/84/3, Award, 20 May 1992; "An island of discovery", See J. Paullson, Arbitration without Privity, 10 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 232(1995).

⑯A. Kullick, Global Public Interest in International Investment Law 53(Cambridge University Press 2012).

⑰A. Kullick, Global Public Interest in International Investment Law 46(Cambridge University Press 2012).

⑧B. Simma, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?, 60 International and Comparative Law Quarterly 573, 584(2011); C. Henckels, Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor–State Arbitration, 16 Journal of International Economic Law 197(2013).

⑨Occidental Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, ICSID ARB/06/11, Award, 5 October 2012.

⑩Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., (1984)467 U.S. 837.

⑪Penn Central Transportation Co. v. New York City, (1978) 438 U.S. 104.

⑫两个广泛方法是原始意图法和演变含义法。国际法院使用了两种方法,但最近似乎倾向于演变法。See, Eirik Bjorge, The Evolutionary Interpretation of Treaties(Oxford University Press 2014). B. Simma, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?, 60 International and Comparative Law Quarterly 573, 583(2011); See for eg., Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970), Advisory Opinion, [1971] ICJ Report 16, 28; T. O. Elias, The Doctrine of Intertemporal Law, American Journal of International Law 285(1980).

⑬W. Burke-White & A. V. Staden, Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor–State Arbitrations, 35 Yale Journal of International Law 283, 285(2010); C. Foster, Arbitration, at 528.

⑭J. Arato, The Margin of Appreciation in International Investment Law, 54 Virginia Journal of International Law 545, 551 (2014).

⑮Tecmed S. A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May 2003.

⑯LFH Neer and Pauline Neer(USA)v. United Mexican States(1926), 4 RIAA 60.

⑰Frontier Petroleum Services. Ltd. v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 12 November 2010, para. 527.

⑱Electrabel S. A. v. Republic of Hungary, ICSID ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012.

⑲Glamis Gold Ltd. v. United States of America, UNCIT-

RAL Arbitration, Award, 8 June 2009.

⑳Saluka Investments BV(The Netherlands)v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006.

㉑Micula v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008.

㉒S.D. Myers Inc. V. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, at 255. 考察是否有其他措施替代已采取的措施。仲裁庭在阿根廷危机案件中就公平公正待遇作出裁决时也采用类似分析。AWG v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, para. 215; InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A.v.Argentina, ICSID ARB/03/17, Decision on Liability, 30 July 2010.

㉓C. Henckels, Proportionality and the Standard of Review in Fair and Equitable Treatment Claims: Balancing Stability and Consistency with the Public Interest, 26 June 2012, <http://www.ssrn.com/link/SIEL-2012-Singapore-Conference.html>, accessed on 15 May 2018. A. T. Katselas, Do Investment Treaties Prescribe a Deferential Standard of Review, 34 Michigan Journal of International Law 87, 98(2012).

㉔S. W. Schill, Deference in Investment Treaty Arbitration: Reconceptualizing the Standard of Review, 3 Journal of International Dispute Settlement 577, 577(2012).

㉕Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL(NAFTA)Award, 3 August 2005, para. 278; S. A. Spears, Making Way(2011), at 276.

㉖Metalclad Corporation v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 103; Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, 14 July 2006, para. 310; Compania del Desarrollo de Santa Elena SA v. Costa Rica ICSID Case No. ARB(AF)/00/01, Award, 17 February 2000, para. 72.

㉗系统性解释方法指的是1969年《维也纳条约法公约》第31(3)(c)条规定的解释方法。V. Prislan, Non-Investment Obligations in Investment Treaty Arbitration– Towards a Greater Role for States?, in F. Baetens(ed.), Investment Law within International Law: An Integrationist Perspective 450(Cambridge University Press 2013); See, Saluka Investments BV(The Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para. 254; Veteran Petroleum Ltd.(Cyprus)v. Russian Federation and Hulley Enterprises Ltd.(Cyprus)v. Russian Federation, UN-

CITRAL, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 309.

⑪B. Choudhury, Exception Provisions as Gateway to Incorporating Human Rights Issues into International Investment Agreements, 49 Columbia Journal of Transnational Law 670, 698 (2011).

⑫CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 359.

⑬Semptra Energy International v. Argentina, ICSID ARB/02/16, Award, 28 September, 2007, para. 168.

⑭Enron Corp. Ponderosa Asset, L. P. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 359.

⑮LG & E Energy Corp. and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, 3 October 2006, para. 267.

⑯Continental Casualty Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 303.

⑰关于起诉阿根廷各案的深入分析, see generally, J. E. Alvarez & K. Khamsi, The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime, in K. P. Sauvant(ed.), Yearbook of International Investment Law and Policy 2008–2009 379(Oxford University Press 2008). 关于近期司法对这些案件影响的讨论, see also, CC/Devas(Maurities)Ltd. and Ors. v. The Republic of India, PCA Case No. 2013–09, 25 July 2016, paras. 212–256.

⑱Phillip Morris Brands Sarl and Others v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, 2 July 2016, Dissenting Opinion of Arbitrator Born, paras. 138, 181–191.

⑲W. W. Burke–White & A. Von Staden, Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non–Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties, 48 Virginia Journal of International Law 307, 384 (2008); J. E. Alvarez, Political Protectionism and United States International Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exon–Florio, 30 Virginia Journal of International Law 1(1989); J. E. Pattison, The United States–Egypt Bilateral Investment Treaty: A Prototype for Future Negotiations, 16 Cornell International Law Journal 305(1983).

⑳Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua(Merits)[1986]ICJ Report 14, 141.

㉑Oil Platforms(Merits)[2003]ICJ Report 161, 183.

㉒Case of Certain Norwegian Loans(Merits)[1957]ICJ Report 9, 34.

㉓Interhandel Case[1959]ICJ Report 6, 95.

㉔General Agreement on Tariffs and Trade, 15 April 1994, 33 ILM 1153.

㉕Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UNGA, Res. 56/83, 12 December 2001.

㉖Panel Report, Thailand– Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, para. 75, WT/DS10/R, 5 October 1990; See also, W. W. Burke–White & A. V. Staden, Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor– State Arbitrations, 35 Yale Journal of International Law 283, 347(2010); See for a detailed study, M. J. Trebilcock & R. Howse, The Regulation of International Trade 565(Oxford University Press 2005).

㉗China–New Zealand FTA, 7 April 2008.

㉘Singapore–Jordan BIT, 16 May 2004. See also Singapore–Japan New Age Economic Partnership(2003)and Korea– Singapore FTA(2005).

㉙India–Columbia FTA, 10 November 2009.

㉚Comprehensive Economic Trade Agreement, 26 October 2016; Energy Charter Treaty, 17 December 1994.

㉛B. Legum & I. Petculescu, GATT Article XX and International Investment Law, in R. Ehandi & P. Sauve(eds.), Prospects in International Investment Law and Policy 340, 351(Cambridge University Press 2013).

㉜C. Levesque, The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs: A Potentially Risky Policy, in R. Ehandi & P. Sauve(eds.), Prospects in International Investment Law and Policy 363, 367(Cambridge University Press 2013).

㉝A. Newcombe, General Exceptions in International Investment Agreements, BIICL Eight Annual WTO Conference, 13–14 May 2008, London, https://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf, accessed on 1 August 2018.

㉞International Institute for Sustainable Development, Model International Investment Agreement for Sustainable Development, https://iisd.org/pdf/2004/trade_model_inv.pdf, accessed on 1 August 2018.