

论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用

刘 笋

【摘 要】由投资仲裁实践推动的合理期待原则在投资条约解释中越来越频繁地出现,某些仲裁庭甚至将该原则视为公平公正待遇条款的构成要素,这势必会加重东道国在公平公正待遇条款下的责任。事实上,该原则不仅缺乏条约法上的依据,也没有作为习惯国际法和一般国际法原则的坚实基础,只能在一般法理和国内行政法中找到若干依据。但投资仲裁案例法显示,该原则已经成为判断公平公正待遇的重要因素。该原则在投资条约解释中的引入应当谨慎,需要根据东道国政府行为性质作出判断,并考虑投资者保护与东道国合法管制权之间的平衡,分情况、有节制地适用。既要防止该原则演变成内容模糊宽泛、仲裁庭可以低成本轻易扩大解释的原则,也要防止该原则成为推销少数西方国家“善治”标准和损害东道国正当外资管制权的工具。

【关键词】合理期待原则;国际投资法;投资仲裁;节制适用

【作者简介】刘笋,华南师范大学法学院(广州 510006)。

【原文出处】《华南师范大学学报》:社会科学版(广州),2022.1.155~176

【基金项目】国家社会科学基金项目“可持续发展及判例法引导下的新一代投资条约法的变革及对策问题研究”(21AFX024)。

一、引言

晚近国际投资仲裁实践表明,投资者经常以东道国违反投资条约中的公平公正待遇条款为由对东道国发起仲裁之诉,而许多仲裁庭在判断该条款的具体内容或构成要素时,创造性地从一般法理、各国行政法乃至习惯国际法中找出一个公平公正待遇的必备构成要素:合理期待原则(legitimate expectation principle)。仲裁庭对合理期待原则的广泛使用,加之该原则本身适用范围的宽泛性、适用标准的变化性和适用条件的复杂性,以及该原则对东道国主权权力和追求发展目标的妨碍性,都使得研究将该原则引入国际投资法的依据及适用条件成为当务之急。

之所以要密切关注投资者合理期待原则,是因为投资条约的解释直接涉及条约条款的具体内容,直接决定缔约国在投资条约下承担义务的实际后果。投资仲裁庭对合理期待原则的过分重视常被认为是对投资者的偏袒,仲裁庭经常本能地以牺牲东道国管理权和公共利益为代价去维护投资者的特权。“许多仲裁裁决是偏袒性的,因为这些裁决关注的焦点往往只是投资者的利益和他们的期待,很少考虑东道国的立场和他们的管理权。”^①

中国作为资本输出双向大国和对外签订投资条

约最多的国家之一,今后将不得不面对越来越多的投资争端及如何顺利解决的问题。因此,中国必须密切关注投资仲裁实践,认真研究投资者合理期待原则被仲裁庭广泛适用对今后中国涉诉的投资仲裁案件的可能影响。

为此,学术界应当在研读投资条约法和既已发生的投资仲裁案例法的基础上,认真研讨如下问题:合理期待原则被引入国际投资法有无国内法或国际法上的依据?仲裁庭为什么能够将该原则广泛引入对投资条约中的公平公正待遇条款的解释,甚至扩大到对间接征收条款、保护伞条款、投资的定义等条款的解释?合理期待如何生成?期待的合理性如何判断?该原则适用于不同的政府行为是否需要区分情形予以不同考量?该原则的适用是否应当受到限制?受到哪些限制?对这些问题的研讨,有助于了解合理期待原则的应有之义及其对国际投资仲裁实践的可能影响,防范该原则的滥用对缔约国正当管理权可能造成的侵蚀和危害。

二、国际投资法对合理期待原则的引入:依据问题

(一)国内法视角:一般法理与行政法上的依据

1. 一般法理上的依据

从一般法理视角来看,各国国内法都倡导法治原

则。法治原则(rule of law)可以为个人对法律的稳定性和确定性寄予期待提供一定依据。法治原则不仅包括一些实质层面的要求,如保护个人自由、保护个人财产权利等,还包括形式层面的要求,如法律的清晰度和内容确定性、法律得以执行的方式、法律会否溯及既往、法律的确定和改变是否武断任意等。该原则运用到投资法领域,意味着投资者对东道国法律清晰、透明、保持稳定性和不得随意、无端地改变以及不得溯及既往等方面的期待。因此,Tecmed案仲裁庭率先提出了一个极高的合理期待标准:外国投资者期待东道国以持续连贯的方式行事,投资者与东道国之间的关系需排除模糊性和保持完全透明,使投资者得以提前知晓与投资有关的所有规则及相关政策和行政实践或指令的目的,以便安排投资计划和遵守这些立法。外国投资者期待东道国政府行为具有一贯性和连续性,不得任意地废除先前作出的决定或许可,因为投资者依赖这些决定或许可以履行自己的承诺、规划和发起相关的商业活动。^②

法治原则中的信赖理论可解释为什么合理期待值得被保护。不少投资仲裁庭认为,个人对东道国行为的依赖为保护合法预期提供了依据。这些仲裁庭通常认为,当公权力部门的行为足以让个人产生合理依赖而后来又放弃这种行为时,法庭就有充分的理由认定法律应当为个人提供保护。在某些情况下,可以说,公权力机构创造了道德的、约定的义务,法律应该介入执行。正如学者约瑟夫·拉兹指出的那样,当一个人依赖于某一特定的法律作出计划,而这些计划因随后的政府行为受挫时,法治原则就可能遭到了破坏。^③需要指出的是,单纯依靠信赖理论并不能充分证明个人的合理期待需要保护。个人能否得到救济取决于他们能否证明正是因为他们依赖政府的行为才遭受了利益上的损失,而政府改变其行为有时不仅会伤害已经对这种公权力行为有期待的个人,对那些没有或尚未依赖公权力行为行事的个人也会造成损害,因此,信赖理论并不能在所有情形下为私人合法期待提供法理依据。

也有学者认为,法治原则中的法律确定性理论能为保护个人合理期待提供更有力的支持。拉兹曾指出,法治原则根植于个人的自主权,它要求法律只应该约束现在和未来的行为,而不应该损害以前的法律确定的利益和权利,法律应当是公开和清晰并且相对稳定的。个人应当可以知晓法律并依据法律作出规划和安排他们的生活,法律不得以武断和任意的方式予以颁布和实施。^④法律确定性理论特别关注法律不得溯及既往的问题,法不溯及既往原则(principle of non-ret-

roactivity)保留了过去发生的情况的法律效力。该原则认为,个人的决定只基于现有的事实和规范,并且有权期待法律只作前瞻性(prospectively)改变。

并不是所有学者都赞同将法治原则作为保护合理期待的依据。有学者认为,法治原则因与法律道德有千丝万缕的联系而常受批评。法治本身只是某一法律体系所拥有的诸多特征中的一个,不同法律体系有不同的判断法治的标准,而将法治视为“良法之治”(the rule of the good law)则会忽视法治与社会哲学之间的区别。^⑤也有学者担忧,将投资保护规则与法治原则实质层面的要求挂钩,可能产生将发达国家的法治标准强加于发展中国家的危险。多数情况下,西方国家的法治标准对于发展中国家而言是一种过高的、不切实际的且超越了它们机构管理能力的要求。^⑥例如,罗纳·德·丹尼尔就认为,如果只是将投资保护规则与法治原则形式层面的要求挂钩,至少可以减轻或避免将发达国家的实体法强行移植到发展中国家的这种法律文化帝国主义(legal cultural imperialism)的危险和危害。两类国家在社会、文化、历史背景上的巨大差异将使这种移植显失合理性。^⑦再如,坎贝尔·麦克拉兰和道格拉斯对上述Tecmed案仲裁庭提出的合理期待标准进行过猛烈抨击:Tecmed案提出的所谓“标准”,事实上根本不是一种标准,它是一种对完美世界的完美公权力运行规则的描绘,是一种所有国家都梦想实现但极少国家(或没有国家)能够实现的理想状态。^⑧笔者认为,如果普遍接受Tecmed案提出的合理期待标准,将无异于西方国家“善治”标准的普世推广。

2. 国内比较行政法上的依据

从国内行政法视角来看,合理期待原则支持在某种情况下法律对个人权利的一种补救:当公权力部门的行为让私人可以期待获得某些实质性利益或价值,而随后公权力部门并未按照先前的行为行事时,法律要对私人提供救济,对公权力予以约束。^⑨

行政法为私人提供救济依据诸多理论,如保护私人不受政府任意行为侵害理论、保护私人不受公权力部门滥用权力侵害理论、防止私人受到公权力不公平行为侵害理论等。但这些理论能否恰当地将合理期待原则引入国际投资法,还值得探讨。公权力部门武断行为的情形范围比挫败合法的期望要广泛得多。同样,滥用权力的概念并没有具体告诉我们在什么情况下个人的期待值得法律保护。

在英美法系的行政法中,滥用权力通常被视为对行政行为进行司法审查的一般性原则依据或结论性陈述,而不是司法干预的正当理由。公平与个人的期望

在特定情况下应该得到保护,但并非总是最重要的理由,而且,公平是一个非常抽象的概念。因此,尽管政府行为是否公正、政府是否滥用权力、行事是否武断,是判断行政行为是否值得司法干预的重要因素,但这些因素只能为权利和利益受政府行为负面影响的个人得到司法救济提供部分依据。

合理期待原则在各国国内行政法下的含义及其适用条件并不一致。国内法为合理期待提供的保护,分为程序意义上的合理期待保护和实体意义上的合理期待保护。两者的区别在于,如果个人期待因为政府行为改变或法律变化而受挫,程序意义上的合理期待保护只是给予申诉者在法庭上发声的机会,可以让他们提出异议,但法院不会审查政府行为的实质性内容,也不会对政府行为发出禁令;而实质意义上的合理期待保护,则意味着法院可对政府行为进行实质性审查,并可颁布禁令取消政府决定或要求政府对受害人进行赔偿。

在英国法上,合理期待保护从一开始就只是“程序性合理期待保护”^⑩。正如简斯等学者描述的那样,合理期待的学说,尤其是程序意义上的合理期待保护,在英国法上存在已久。行政部门的政策和许诺具有一定的法律分量。但是,如果能提供充分理由并提前听取相关利益方的意见,政策和许诺也可以改变。然而,直到20世纪末,政府政策和许诺从来就没有被认为可以导致实体意义上合理期待保护的产生。^⑪晚近20多年的英国法开始逐步、有限地承认政府政策或许诺的改变在某些情形下可以引发对合理期待的实体性保护,但英国法院对政府行为进行司法审查一直相当谨慎。受英国法影响,英联邦主要国家坚持只认可“程序性合理期待保护”。例如,加拿大始终只对合理期待原则进行程序意义上的理解,否认合理期待能产生实体性权利。合理期待只是制约政府权力的程序公正法则的组成部分。法院通常认为,应当由政府来判断其作出政策改变所依据的公共利益考虑是否应当超越个人依据先前的政策得到的权利的考虑。再如,澳大利亚始终对合理期待的实体性保护持怀疑态度。诸多案例表明,澳大利亚法院基于权力分立的宪法性要求,对政府制定和改变政策的权力予以相当的尊重,即便政策的改变对受影响的个人是相当不公平的。

之所以普通法系只愿意对合理期待给予程序性保护,是因为这些国家的法律传统限制对行政行为的司法审查。三权分立学说(the separation of powers doctrine)、反对司法对行政和立法意图的不适当干预的反对干预学说(the rule against fettering)、司法的过度干预

构成一种越权的越权学说(ultra vires doctrine),奠定了司法权对行政自由裁量权保持距离并予以尊重的基础。立法至上的原则(legislative supremacy)通常假定:处于判断一项行政政策是否符合公共利益的最合理位置的,是民选政府及其官员而不是司法机关。越权学说和反对干预学说同样主张,给予行政机构自由裁量权反映的是立法意图,因为将自由裁量权给予通过立法、选举产生的政府机构及其官员,才能确保他们依据公共利益采取行动,限制这种自由裁量权就是伤害公共利益。^⑫分权学说将国家治理权力划分给行政、立法和司法三个机构部门,各自须在各自的权力范围内行使权力,须防止权力的合并。

但是,在德国法和欧盟法上,合理期待的实体性保护却是重要的法则。德国法是将实体意义上的合理期待保护适用到极致的典型代表。该国将合理期待原则视为宪法上的一项核心原则,不仅适用于政府机构作出的决定或各种陈述,甚至可以用于击败立法性措施。^⑬德国法院在审查行政决定时,往往在公权力关注的公共利益和合理期待原则为个人提供的保护之间进行权衡。法院作出的裁决能够废除不合法的行政决定,甚至可以撤销合法的行政决定。因此,德国是提供最宽泛的合理期待实体性保护的国家。^⑭受德国法影响,斯堪的纳维亚国家和荷兰等国也倾向于给予合理期待实体性保护。欧盟法也受到德国法重大影响,在审查各成员国行政行为时,欧盟法院已经将合理期待原则视为一项首要原则,而且包括实体性合理期待保护。可以生成合理期待的公权力行为包括立法、行政决定、政策规则、指南、政府保证等,十分宽泛。例外的情况是,作为欧盟重要成员国的法国,其国内法并没有明确地承认合理期待原则。但法国通过直接援引法律确定性原则,或借助制定法中的规则或原则如保护既得权利、禁止溯及既往等,为个人依据行政决定而产生的期待提供了事实上的保护。正如肖恩伯格指出的那样,法国更愿意通过补偿损失的方式对依赖行政性决定或陈述产生的期待进行保护,而不是对行政部门的自由裁量权施加程序上或实质性的限制。^⑮

由此可见,在合理期待原则的含义和适用条件下,各国实践存在相当大的差别。普通法系及受其影响的国家,只重视程序意义上的保护;受德国法和欧盟法影响的国家,倾向于同时为合理期待提供程序和实体性保护。如果说上述国家已经形成共识的话,那这种共识只是一致认可合理期待原则的存在以及都提供合理期待的程序性保护。

各国实践的差异对国际投资仲裁实践至少有两点

启示意义:其一,国际投资法引入合理期待原则并不是建立在各国一致认可的一般法律原则基础之上,因为各国在合理期待的内涵和适用范围等问题上意见不一,尚未达到《国际法院规约》所说“一般法律原则为文明各国所承认者”的高度;其二,鉴于很多国家即便承认合理期待原则,也只是赞同程序意义上的合理期待保护,因此,投资仲裁庭不宜轻易深入审查东道国政府行为,应当对东道国的政府行为予以相当的尊重。

(二)国际法视角:不同渊源形态提供的支持

1. 条约法视角的分析

合理期待原则主要是借助仲裁案例法进入国际投资法领域的,绝大多数国际条约并不包含关于保护个人期待的规则。^⑩最近几年少数投资条约开始明确提及合理期待的概念,例如《加拿大-秘鲁自由贸易协定》第812条第1款规定,在决定一项或一系列缔约国措施是否构成间接征收时,需要基于事实逐案分析,需考虑这项措施或系列措施对明确而合理的、基于投资的期待的干预程度;又如《欧盟-新加坡投资促进协定》第2条第4款规定,政府对投资者作出的具体或明确的陈述可促成合理期待的生成;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》投资章节第17章第15条等,也明确提及投资者合理期待这一概念。但除这少数几个条约外,合理期待在现存的几十个投资条约中完全没有被提及,可以说,合理期待很少能直接从国际法的条约法渊源形态上找到依据。

2. 习惯国际法视角的分析

约定必须信守作为调整国家间关系的重要习惯国际法,是否可以作为投资者合理期待的国际法依据,用于处理投资者与国家之间的关系?很少有人从这个视角探讨投资者合理期待保护的问题。在处理投资者与国家间纠纷时,的确有不少纠纷产生于东道国与投资者有具体约定的情形,如签有具体投资合同、特许协议、许诺批准具体项目等,而后东道国废弃或改变约定,投资者能否依据约定必须信守来支持其合法期待的成立?有学者提出,习惯国际法上的善意原则可作为将合理期待原则引入国际投资法的依据。这一观点也被不少仲裁庭支持,如Tecmed诉墨西哥案、Thunderbird诉墨西哥案、Sempra诉阿根廷案、Total S.A.诉阿根廷案、EL Paso诉阿根廷案、Gold Reserve诉委内瑞拉案等案仲裁庭都提及习惯国际法上的善意原则,并将其作为合理期待保护的基础。还有学者主张,合理期待与习惯国际法上的禁止反悔(estoppel)及国际法上某些单边行为具有约束力的规则有类似之处,在东道国政

府单方面毁约或废除承诺、改变行政决定等情形下,可以佐证合理期待原则在习惯国际法上有据可循。但是,也有学者指出,上述两项习惯法规则根植于善意原则,而依据国际法院的案例实践,善意原则本身并不具有生成法律义务的功能。^⑪此外,善意本身是一个相当抽象的概念,没有具体的界定标准,它有可能只是在事后被用作使裁决合理化的借口,也有可能被操纵以服务于不同的解释目标。据此,习惯国际法上的善意原则本身并不能成为合理期待原则在国际投资法上适用的依据。

3. 一般法律原则视角的分析

如上所述,既然无法从条约法和习惯国际法上找到令人信服的依据,不少学者开始在国际法的另一种渊源上寻求合理期待的依据,即《国际法院规约》第38条第3款规定的一般法律原则。

支持仲裁庭将合理期待原则作为一般法律原则引入国际投资法,特别是将它与公平公正待遇条款挂钩的学者提出的主要理由如下。首先,有学者认为,投资条约上的公平公正待遇是一项源于国际习惯法的概念,不是国内法的产物。在解释这种本身来源于国际法的条款时,投资仲裁庭可以运用多种形式的国际法来确定这些实体法条款的内容^⑫,一般法律原则就是一种重要的国际法渊源形态。一般法律原则能为投资仲裁庭所用,也是基于投资条约本身的规定。大多数投资条约都规定解决争端的可适用法包括国际法规则,这些“可适用之国际法”是指所有渊源形式的国际法。ICSID公约第42条也指引仲裁庭在当事人缺乏明确选择的情况下,可适用东道国国内法及可适用之国际法规则。

其次,国际法体系中一般法律原则的主要功能是整合其他形态的国际法渊源(主要是习惯和条约)之间的相互关系,将零散的国际法渊源形态编织成一套综合的、能够解决争端的体系。这种功能主要通过填补空白、为其他规则没有解决的问题提供答案、解决规则重叠和冲突的问题等途径来实现。公平公正待遇条款是一个内容抽象的条款,正如史蒂芬·希尔描述的那样,该条款没有统一的核心含义,其确切的内容是有争议的,很难通过国家实践予以实质性具体化,也不可能运用传统的解释性推理方法固定量化。^⑬鲁多夫·多尔泽认为,公平公正待遇条款被规定在投资条约中,就如同民法法系国家通常在一般性法典中制定具体规则的同时又将善意原则作为一般原则引入法典那样,其主要目的是填补空白和引导对具体规则的理解。^⑭对公平公正待遇这种抽象条款的解释,一般法律原则能够

发挥独特的作用。正因为投资条约本身没有解释什么是“公平”和“公正”,从各国行政法中提炼出来的合理期待原则才有机会作为一般法律原则发挥对公平公正待遇条款进行内容补缺的作用。^①

最后,合理期待原则实际上是仲裁庭在比较国内行政法基础上引入国际投资法领域的。特尔夫·泽尔曾指出,将合理期待这一国内行政法的概念纳入投资条约的解释之中的任务,主要是在比较法基础上借助一般法律原则来完成的。^②赞同合理期待原则已具备国际法渊源形态上的一般法律原则资质的学者认为,合理期待原则普遍存在于主要发达国家,不仅包括英国及受其影响的加拿大、澳大利亚、新西兰、南非等国,还包括德国及受德国影响的荷兰、比利时、丹麦、希腊等国及超国家组织欧盟,美国法虽未明确提及该原则,但合理期待也是一个美国法院经常讨论和提及的概念。从投资仲裁实践来看,合理期待原则不仅被用于确定公平公正待遇的含义,还被用于保护伞条款的解释、投资的定义、管理性征收的分析,证实了该原则作为一般法律原则的实用性。

值得注意的是,反对将合理期待原则视为一般法律原则的学者大有人在。例如,国际投资法代表性学者之一索纳拉雅就认为,合理期待的概念并没有明显的习惯国际法上的根据,关于合理期待的规则已经构成一般法律原则的观点尚未得到有说服力的证实。^③笔者赞同索纳拉雅的观点,主要理由有两点。其一,依据《国际法院规约》第38条第3款,一般法律原则须经各文明国家承认方可成立。合理期待原则在不同国家有不同实践,特别是在仅适用于程序性事项还是同时适用于程序性事项和实体性事项的问题上,各国实践有巨大区别,足以说明该原则尚未具备各国一致认可的内容和适用条件。其二,以美国、加拿大、阿根廷等为代表的不少国家,在其各自的投资条约缔结后的嗣后实践中,都曾明确表示不接受合理期待原则作为国际法上的一般法律原则。

三、投资者合理期待的生成问题与合理性判断

从投资仲裁实践的发展轨迹来看,仲裁庭在判断投资者期待受挫是否引发东道国违反公平公正待遇条款之责时,可能会考察许多复杂的问题,涉及合理期待的生成及其依据、投资者期待的合理性和合法性问题、东道国和投资者各自的责任问题等。仲裁庭在有些问题的探讨上逐步形成了一致性意见,但是在很多问题上还存在分歧。

(一)投资者合理期待的生成问题

生成问题是仲裁庭首先要确定的问题。换言之,

仲裁庭首先要判断投资者的期待是否成立、依据什么成立。基于比较国内行政法的考察,仲裁庭往往会根据投资者声称的期待产生依据是具体投资合同还是具有针对性的政府决定、是非正式形式的政府声明还是东道国普遍适用的立法或管理性规章,区分不同情况给予不同考虑。

1. 基于投资合同的合理期待

如果投资者基于投资合同的理由主张合理期待已经生成,往往会得到仲裁庭强力支持。从比较国内法视角看,合同在所有法律体系中都是具体权利义务得以获得稳定和可预见性保障的依据。回到国际投资法背景,如果投资者与东道国政府之间存在正式的投资合同,其依据该合同对东道国政府完整、有效履行合同的期待就应当得到支持。例如,Continental Casualty诉阿根廷案仲裁庭指出,相比政治性声明和一般性立法保证,政府(阿根廷)单方面修改合同下承诺的行为尤其值得关注,仲裁庭应严格审查这种修改的背景、原因和后果,保护依据合同产生的法定权利及对该权利得以履行的期待是一项基本规则。^④投资仲裁实践表明,尽管多数仲裁庭都不支持违反合同即违反公平公正待遇条款的观点,但不可否认的是,投资者基于具体的投资合同而主张的合理期待,相比东道国政府正式或非正式的决议、声明、决定或一般性立法和行政法规而言,往往得到了仲裁庭最高层次的关切,是仲裁庭最优先考虑需要提供保护的投资者期待。^⑤

2. 基于正式的政府决定或许可的合理期待

从比较国内法视角考察,那些对个人提供实体性合理期待保护的国家通常主张,政府的正式决定(formal decision)是不能撤销的,除非在例外的情形下。在投资法背景下,如果投资者基于正式的政府决定或许可进行投资,则这种决议或许可所产生的具体合法权利不得随意撤销或修改。在此情形下,投资者对于政府的正式决定或许可不得随意撤销的期待是一种合理期待,通常会得到仲裁庭的积极支持。换言之,在此情形下,仲裁庭有强有力的理由主张合理期待的成立,因为法律的确性原则(principle of legal certainty)支持个人有权确信他们的法律权利不被干扰,政府针对个人作出的正式的决议具有最终性特征,决定越正式,基于决定而产生的期待得到保护的理理由就越充分。

3. 基于非正式政府行为的合理期待

从比较国内法角度来看,在法国法上,不具有正式形式的政府决定可能也会生成合理期待,以便支持法院作出损害赔偿的裁决,但行政当局可以不受此类裁决的约束。欧盟法、美国法和英国法对据以产生合理

期待的政府行为的形式没有严格要求。欧盟法院实践表明,正式和非正式形式的政府行为都可以生成个人合理期待。英国法院可以依据不同形式的政府行为认定个人合理期待的产生,包括政府的保证、承诺、声明、报告或其他文件等,不拘泥于正式的形式。美国法保护的个人期待可基于非明示的承诺、行政手册里的声明、行政指南、与政府声明一致的、持续的实践等。

投资仲裁案例表明,仲裁庭并不十分关注政府行为是否以正式的政府决定作出。由公权力机构在其权力范围之内作出的非正式形式的各种承诺、报告、指南等,都可被视为具有不得随意单方面撤销的性质,进而可能据以确定个人合理期待的生成。^⑤

4. 基于东道国一般性立法或管理性规章的合理期待

有时,投资者声称其合理期待依赖于进行投资时东道国的一般性适用立法和管理规章,而东道国后来改变了这些立法和规章,进而导致其期待受挫,因此主张东道国违反公平公正待遇。这种诉求是对东道国一般性法律制度和框架变化的指控,不同于东道国违反投资合同或撤回、改变、废除有针对性的正式、非正式行政指令或政策观点表达。在后一种情形中,政府行为是具体和特别指向投资者的,东道国与投资者之间的关系因为合同或政府行为的特别针对性而个性化和具体化;而一般性立法和管理性规章是普遍适用的,并不专门针对投资者适用,不具有具体个性化特色。

投资者能否对东道国一般性适用的立法和规章主张合理期待,仲裁实践上存在分歧。以 Tecmed 案仲裁庭为代表的投资仲裁庭视东道国法律法规的稳定和可预见为合理期待的必然要求,这种观点被若干随后成立的仲裁庭效仿。依照这一观点,仲裁庭会主张,如果一般监管框架发生变化,即使东道国没有作出任何具体承诺,也会对外国投资者造成不利影响,东道国应承担赔偿责任。根据这一办法,法庭主要(如果不是唯一的话)侧重于监管变化的存在及其影响。这种观点带来的严重后果是,法律制度的任何改变都可能导致违反公平公正待遇条款,极大地挤压了东道国的合理政策空间。

上述观点在学术界遭到严厉抨击,也遭到了很多仲裁庭的拒绝。例如,Saluka 诉捷克案仲裁庭认为,“投资者的期待要想得到保护,必须结合所涉投资环境进行考量,其期待必须是合法和合理的”;“任何投资者都不能期待其投资时的法律环境整体上总是保持不变,因为这种期待本身就不具有合理性。仲裁庭在决定投资者的期待是否合理和合法时,需要考虑东道国基于公共利益之目的为管理国内事项而拥有的改变立法的

合法权力”。^⑥Parkerings 诉立陶宛案仲裁庭主张:“行使立法权是每个国家不可剥夺的优先权力,每个国家都有权依据自己的判断制定、修改或废除一项立法……任何投资者都应当知道法律会随着时间而演化。所要禁止的是国家不公平、无理由或不平等地行使其立法权。”^⑦EDF 诉罗马尼亚案仲裁庭认为:“合理期待不能是投资者单方面的主观期待,需要结合投资时所处环境综合考虑,尤其是需要关注东道国基于公共利益管理其经济的权力。”^⑧在 Charanne 诉西班牙案中,仲裁庭主张,“在没有具体承诺的情况下,投资者不可能有合理的预期。投资者不能指望东道国监管框架在其投资的整个生命周期内保持不变”,只能期待“当国家修改投资者进行投资所依据的法规时,不会不合理地违背公共利益或以不成比例的方式这样做”。^⑨Blusun 诉意大利案仲裁庭主张:“公平公正待遇标准保留了东道国修改其法律法规以适应不断变化的需求的权利,但须遵守所作的具体承诺。”^⑩在 Masdar Solar 诉西班牙案中,法庭强调:“在没有具体承诺的情况下,一个国家可以自由修改其立法,只要这种修改不是不合理的。”^⑪同样,在 Muszynianka 诉斯洛伐克一案中,法庭也支持如下观点:“在没有具体保证的情况下,东道国可以自由修改法律制度,只要这种修改不是不合理的、歧视性的或不成比例的。”^⑫

由此可见,无论是从众多仲裁案例法考察,还是依据国内行政法上的通常做法以及国际法上的主权原则,投资条约中公平公正待遇标准所要求的稳定的商业环境和法律框架,都不宜被解释为要求东道国一般性法律制度恒久地保持不变。

学术界大多数学者也反对投资者有权期待东道国一般性立法长期保持不变。正如查尔斯·布劳尔和斯蒂芬·希尔指出的那样:“越来越多的人开始认同:国家如果基于真诚的目的,出于对合法目标的追求,在非歧视的基础上以合乎比例的方式对一般性立法进行改变,不应被要求对投资者进行赔偿。”^⑬

(二)投资期待的合理性问题

在确定投资者期待能否顺利生成的过程中,除考虑投资者期待所依据的政府行为的不同类型和东道国法律法规的实际情况外,仲裁庭还需要考察期待本身的合理性(reasonableness)问题。

分析投资者的期待是否合理,是一个具有挑战性的任务。因为合理性这个概念本身具有弹性,投资者与东道国站在各自的立场可能会有不同的理解。尽管如此,合理性应当是确定公平公正概念和考察任何一项政府决定的基本标准。^⑭仲裁庭在考察东道国改变

其一般性立法时需要考虑这种改变是否合理、是否具有歧视性及是否武断等因素,同时也需要分析投资者自身因素和东道国的各种情况。从是否合理的视角来看,投资者个人本身的看法并不是唯一决定因素。一个合理的、理性的个人在追求和实现自己的权利与美好生活时,需要承认其他人有寻求同样权利和幸福的权利。同样,作为私人主体的投资者在确定自身期待的同时,也需要顾及投资所在地其他利益相关者的权利和利益,应当考虑东道国本身的政治、经济、法律等各方面的整体状况以及不同时期的治理需求。

因此,投资者对东道国法律和经商环境保持稳定的期待,需要因国而别。在一个政局不稳、经济体制处于过渡期的国家投资与在一个政治稳定、法制健全的国家投资,面临的风险和境遇是有区别的,此情形下作出同等期待显然是不合理的。在一个环境管制日趋严格的部门进行投资的投资者,能否和在其他部门投资的投资者持有同等的希望相关管理规章保持不变的期待?投资者在东道国经济运行稳健时对东道国法制稳定的期待,在东道国陷入严重经济危机时应否一如既往?这些情况都涉及仲裁庭对投资者期待的合理性判断。

合理性判断取决于多种主客观因素,需结合投资者自身的情况和东道国实际状况综合判断。

就投资者自身情况而言,从客观视角分析,仲裁庭可能会考察其他勤勉谨慎的投资者对东道国及其政府行为是否会作出同样期待。任何一项投资都会面临各种风险,不仅包括各种商业风险,还包括投资所涉具体行业的运行管理模式、国家管制程度以及环保、土著人保护、社区集体利益等特定问题。勤勉谨慎的投资者会充分客观地考察拟赴投资国的各种政治经济营商环境和拟投资部门的地域或地点的敏感性和风险性,进而决定是否投资、如何投资、投资周期、利润回报率、对东道国法律政策变动的风险预防等,建立在这种勤勉谨慎的分析基础上的期待才具有合理性。例如,Arif诉摩尔多瓦案仲裁庭指出:“投资期待的合理性应当建立在客观基础之上,不能是富于幻想(fanciful)或不合时宜的乐观(misplaced optimism)型的期待。”^⑧又如,LG & E诉阿根廷案仲裁庭主张:“投资者的期待是否合理公平,需要考察投资者自身是否考虑了商业的风险性和东道国的产业管制模式。”^⑨再如,Suez诉阿根廷案仲裁庭提出了一个判断“合理的投资者”的方法:“需要考察一个理性的、合理的其他投资者处于原告投资者相同情况下,在进行投资时会对东道国历史、政治、经济和社会环境作出何种期待,以此判断投资者提出的期待

是否合理。”^⑩

另外,投资者期待东道国为保护其投资而主动冻结其立法或管理性规章,特别是放弃应对紧急情势如严重经济危机、资源短缺等情况而变更立法和行政性法规、承诺的权利,是不现实也不合理的。Continental Casualty诉阿根廷案仲裁庭明确指出:“希望一个国家承诺不会随着时间和需求的变化而改变法律,甚至期待一国作出约定自缚手脚不去应对危机情势是十分过分的,投资者的这种期待是不适宜的,或者更准确地说,是不合理的。”^⑪EDF诉罗马尼亚案仲裁庭认为:“合理期待和公平公正待遇的概念,暗示(东道国)须保持法律和商业环境的稳定性,但是,如果以过分宽泛的、无限制条件的方式加以解读,就是错误的,这种期待既不合法也不合理。”^⑫

从主观视角分析,仲裁庭可能还会考察投资者对东道国法律、政令或具体行政行为的真实意图是否存在理解上的错误。

就东道国客观情况而言,其政治环境、经济体制、文化、法治、处理危机的资源与能力等实际状况的优差好坏都可能被仲裁庭用于反推投资者对东道国的期待是否合理。EL Paso诉阿根廷案仲裁庭指出:“合理期待不能仅仅是投资者的主观期待,需要考虑基于环境而推演出的各种客观事实以及兼顾东道国的权利。合理期待是一个客观的概念,是平衡权利和利益的产物,是一个根据环境不同而不断变化的概念。”^⑬许多仲裁庭都强调,评估投资者期待是否合理是考察案件所涉特定东道国责任的重要因素。Duke Energy诉厄瓜多尔案仲裁庭认为:“对投资者期待的合理性和合法性评估需考虑所有环境因素,不仅包括与具体投资相关的事实,还包括东道国的政治、社会经济、文化和历史条件。”^⑭案例研究表明,仲裁庭分析投资期待是否合理时,曾经考虑过的与东道国环境相关的因素包括东道国的政治、社会、经济、文化、历史条件,如是否政局激烈动荡、是否刚经历过内乱、是否处于转型过渡期、是否存在严格管制的风险、是否爆发经济危机、是否出现能源或国内资源短缺、银行体系是否管制严格等。

投资者的期待是否合理,还要受到时间限制。投资者只能基于其开始投资时所依据的东道国立法或政府行为提出期待,期待所据一般不能是投资发生后的法律或行政行为,否则不能被视为具有合理性。例如,LG & E诉阿根廷案仲裁庭就明确指出:“投资者的期待只能以投资作出时东道国所能提供的条件为依据。”^⑮又如,Continental Casualty诉阿根廷案仲裁庭拒绝承认投资者基于东道国一般性立法所给予的“保证”构成合

理期待,因为投资者的投资在该一般性立法提供的保证出台之前就已经进入东道国。再如,Frontier Petroleum 诉捷克案仲裁庭甚至提出了更严格精准的时间标准:“当投资以分步骤方式进行时,投资者的合理期待应当在每一个时间阶段针对该阶段的投资进行评价,以决定设业、扩展、发展或重组等不同时间段上不同期待的合理性。”^④

四、适用合理期待原则的限制性因素及利益协调考量

(一)合理期待原则适用的限制性因素

合理期待原则在适用过程中会受到诸多因素的制约,这些因素包括但不限于如下情形。

1. 违反投资合同并不必然导致违反公平公正待遇条款

违反合同是否必然违反投资条约中的公平公正待遇条款,是一个有争议的问题。有的仲裁庭直接认定两者之间的必然联系,如MTD诉智利案仲裁庭认为:“智利一方面与投资者签订了投资合同,另一方面又拒绝批准相关的城市发展项目,因而构成了不公平不公正待遇。”^⑤但多数仲裁庭认为,应当区分投资者基于投资合同的期待和基于投资条约的期待。换言之,投资者在投资合同上的期待遭受挫败,并不等同于东道国违反了投资条约上的公平公正待遇条款。

正如涉及保护伞条款的仲裁案件面临的情况一样,有些仲裁庭认为,违反投资合同就意味着违反条约,因为保护伞条款可以将合同义务自动上升为条约义务。但是,这种观点遭到很多批评和质疑,因为借助保护伞条款将违反合同直接视为违反条约,实际上使投资条约中的其他条款失去了存在的必要,这不符合缔约国缔约本意。同理,如果违反投资合同自动触发违反投资条约上的公平公正待遇条款,则意味着把公平公正待遇条款变成了变相的保护伞条款,而缔约国设置公平公正待遇条款时不可能有这种意图。有学者认为,如果将投资者与东道国之间签订的合同全部置于公平公正待遇条款的保护之下,则公平公正待遇条款就变成了一个被广义解释的保护伞条款。^⑥

事实上,违反合同与违反条约之间的关系,已经被国际法委员会明确阐述:一国违反合同并不必然意味着对国际法的违反,违反国际法的认定需要借助对其他因素的考察,如东道国法院是否对另一合同方拒绝司法。^⑦正是因为国际法委员会奠定的基调,多数投资仲裁庭认为,合理期待不能成为东道国承担条约责任的唯一基础,需要考虑其他因素。例如,Hamester诉加纳案仲裁庭明确否认了违反合同等同于违反公平公正

待遇条款的观点,甚至进一步指出:“合理期待的存在与合同权利的存在是两码事。”^⑧又如,Park-erings 诉立陶宛案仲裁庭指出:“合同一方当事人对另一方当事人履行合同义务的期待并不必然构成受国际法保护的期待。合同各方对合同的内在期待不等同于国际法上理解的期待。”^⑨再如,Glamis 诉美国案仲裁庭指出:“单纯违反合同,不伴随有诸如拒绝司法或歧视,通常不足以确定(东道国)违反了NAFTA第1105条。”^⑩

上述仲裁实践表明,仅依据东道国违反合同的事实并不能简单地确定东道国违反了条约法上的国际义务,进而保护投资者在合同下的期待,仲裁庭还需要考虑其他因素。

2. 非正式形式政府行为的归责应受到限制

尽管投资仲裁庭不会仅因为政府行为的形式不正式而否定投资者合理期待的存在,但从法理上讲,缺乏具体性、针对性的政府行为不足以让投资者产生政府在未来会保持其承诺不变的期待,因此,仲裁庭有必要考察政府非正式形式的各种声明、保证、承诺等的内容特色。

这个做法在各国国内法院十分普遍。如英美法院在确定政府非正式形式的行为能否生成个人合理期待时,都会重视这些行为是否具有明确的指向性或针对性,是否具有个性化(individualization)特征,即要求政府非正式形式的各种声明、承诺、指南等需针对个人作出而非普遍地针对所有人。同时,这些非正式形式的政府行为必须是明显的(overt/unequivocal)、清晰准确的(precise)、具体的(specific)或不含糊的(unambiguous)。

在仲裁实践中,东道国政府非正式形式的各种声明、报告、承诺、保证如果不能做到清晰、准确、针对投资者的个性化特色,则很难作为仲裁庭确定投资者合理期待已经产生并据以追责的根据。例如,在PSEG诉土耳其案中,仲裁庭认为东道国颁布的投资促进政策本身不能成为合理期待得以产生的依据,因为这些政策不具有专门针对投资者制定、保证其项目运转成功的承诺特色。又如,在Frontier Petroleum诉捷克案中,捷克工业和贸易部长在写给投资者的两封信中提到捷克政府有可能与其进行谈判的信息,仲裁庭认为这些信件表达的信息尚未达到可以让投资者产生合理期待的具体化程度。^⑪再如,在EL Paso诉阿根廷案中,仲裁庭在审查了阿根廷总统关于吸引投资的政治性声明后明确指出,政治性声明尽管有引诱投资者作出投资决定的可能性,但和明确的法律保证具有显著的区别。^⑫另如,在White Industries诉印度案中,印度政府官员曾经向投资者表达如下观点:在印度投资是安全的,印度

法律体系的目的与澳大利亚法律体系一样。投资者主张这些陈述具有使其产生合理期待的效力,仲裁庭则认为这种模糊和一般性的表述不能生成合理期待。^⑤

3. 基于一般性立法的变化而主张的合理期待诉求必须受严格限制

由于一般性立法的变化不涉及专门针对投资者的具体承诺,多数仲裁庭都不认可这种变化会导致投资者合理期待受挫。如前所述,这一点已经被众多仲裁案例明确支持。

需要指出的是,虽然一般性立法变化经常不被仲裁庭认定为合理期待受挫的依据,但东道国需要履行基本的程序正义义务,或者尽可能减缓对投资者的负面影响。东道国的立法变化应当基于合理的经济、社会或其他正当目的,否则仍有承担国际法责任的可能。例如,Arif诉摩尔多瓦案仲裁庭就指出:“投资者期待的合理性与合法性包括对投资者程序期待的保护,即便立法变化基于合理的公共政策考虑,投资者也应当享受正当程序(due process)所要求的待遇,东道国应当设法减缓政策法规变化对投资者带来的影响。”^⑥

4. 合理期待诉求的实现受到投资条约条款设计模式的限制

公平公正待遇条款有两种设计模式:一种是泛提公平公正待遇,另一种是将公平公正待遇与国际法、习惯国际法或国际法原则等概念挂钩。

在第一种立法模式下,借助公平公正待遇条款主张合理期待相对容易。因为公平公正待遇是一个十分抽象的概念,如果公平公正待遇条款被设计成其具体内容不受习惯国际法或国际法原则的约束,则可能被仲裁庭解释成无所不包的帝王条款。无论是东道国违反合同义务,还是改变一般性立法,或是修改或废除正式、非正式政府承诺,都可能被投资者主张其合理期待受挫。在第二种立法模式下,公平公正待遇条款主要用于约束政府的任意行为,因为依据习惯国际法,一国只有在拒绝司法、任意或无端地恶劣对待外国人的情形下,才能被视为违反了关于外国人的最低国际法标准,进而可被追责。例如,《全面与进步的跨太平洋伙伴关系协议》第9条第5款规定,仅基于一缔约方采取某种行为或未采取某种行为以至于不符合投资者的期待这一事实,不足以断定其是否违反了公平公正待遇标准,即便这一作为或不作为对所涵盖之投资造成了损失或损害。

值得注意的是,将武断作为仲裁庭对东道国政府行为进行干预的前提条件,是晚近投资条约的一个发展方向,已经在一些投资条约中得到体现。例如,《加

拿大-欧盟综合经济与贸易协定》第8条第10款规定,在明显武断的情况下,一国的行为可被视为不符合公平公正待遇标准。

(二)合理期待原则适用的利益平衡考量

合理期待原则适用过程中的利益平衡问题,主要是指保护投资者合理期待与维护东道国监管权之间的平衡问题。这一问题在合理期待诉求系针对东道国一般性适用之立法与管理规章时尤为凸显。

一方面,利益平衡要求仲裁庭兼顾投资者合理期待的保护与适当尊重东道国立法和管理权。从投资者角度来看,东道国法律制度的稳定性是其决定是否投资以及投资规模的重要考虑因素,希望在投资期间东道国法律制度维持不变是可以理解的。但是,因为投资者有法律稳定的合理期待,就剥夺东道国因重大公共利益或应对经济危机而行使的立法权或行政管理权,禁止东道国对相关立法进行适度改变,是无法获得国际法支持的。

基于利益平衡有以下五点考虑。其一,仲裁庭应认真审视东道国国内法变化的原因和合法动机,考察这种变化对投资者合理期待造成影响的程度和相称性,适当引入各国行政法中的相称性原则以分析政府行为与后果之间的相称性关系。其二,仲裁庭应考虑东道国为减少或消除对投资者的影响而提供的当地救济的可行性和效果。其三,仲裁庭应结合东道国在既已参加的其他国际条约下的国际义务,特别是其在国际环境与人权条约下的义务,判断投资者的期待是否与这些国际法相符合。其四,仲裁庭应考虑投资者及其投资对东道国及当地社群应当承担的义务及这些义务的履行情况(特别是投资可能带来环境影响、劳工权益损害、土著居民利益损害等的情形),并关注投资者始终负有的适当谨慎义务。正如Parkerings诉立陶宛案仲裁庭指出的那样:“投资者对投资环境维持某种程度的稳定性和可预见性有权期待,但是,投资者自身需要尽到应有的注意义务。投资者应当预见投资环境可能的变化以便适应这些变化。”^⑦其五,也是最重要的一点,仲裁庭应对东道国当局解释、适用其国内立法和管理措施的行为给予充分的尊重。仲裁庭对国家行为性质的审查与判断,触及了传统国际法上专属于主权国家管辖的事项范畴,因而需要十分谨慎。仲裁庭之所以广泛依赖比较国内行政法,是因为投资争议与国内行政争议有一个共同点:都是处理主权机构与个人之间的关系。各国国内法院在出面干预政府行为时都保有一种谨慎的态度,对政府行为的干预与审查尽可能遵循权力分立原则。同理,仲裁庭也应该对东道国公

权力在立法和行政管理权方面的自由判断权予以尊重,换言之,应当尊重东道国裁量权余地(margin of appreciation)。当然,这种尊重不应妨碍仲裁庭依据善意原则对政府行为的合理性进行独立判断。

另一方面,从国家层面来看,维护主权的同时,确保自己的立法和行政措施不达到武断的程度,为投资者提供相对稳定的法制环境,有利于改善本国投资环境以持续性吸引投资。因此,将禁止武断作为对东道国权力的制衡标准,应当是主权国家可以接受的一项原则。法治原则支持在东道国行为构成武断情势时对个人合理期待的平衡性保护。法治原则反对的政府武断行为通常包括:追溯性改变法律,突然性或秘密改变法律,政府行为无正当理由,政府行为不顾及是否符合立法目标,政府行为缺乏连贯性、持续性或明确性,法律发生“过山车式”的频繁重大变化(the roller-coaster effect of continuing legislative changes),对原有立法全盘否定式根本改变而不能说明理由,等等。^⑤富勒主张,政府的决定应当依据法律而不能随性而为,而法律应当维持一定程度的确定性并禁止武断性,法律的变化不能过于频繁以至于人们无法基于法律规划自己的行为。^⑥例如,政府在没有合理理由的情况下,溯性撤销某项行政决定,而该行政决定曾给予投资者某项具体权利或利益;又如,政府撤回曾经对投资者作出的保证,不是基于与管理有关的合理理由,而是可能旨在扶持国内竞争者。

为维护东道国投资环境的长久友善性,东道国立法或管理行为有必要接受是否具有武断性和随意性的审查。正因如此,不少投资仲裁庭依据东道国立法的随意和重大改变及政府行为的武断性作出了不利于东道国的裁决。有的仲裁庭主张,法律法规的整体性改变可以构成对公平公正待遇的违反;有的仲裁庭认为,现行立法“过山车式”的改变构成对公平公正待遇义务的严重违反。例如,在Impregilo诉阿根廷案中,仲裁庭认为:“需要保护投资者的合理期待免受东道国法律规章不合理改变的伤害。”^⑦又如,Toto诉黎巴嫩案仲裁庭提出:“法律规章的变化剧烈地或歧视性地改变了投资交易的本质特征时,东道国可能被视为违反了为投资者提供全面的安全与保护及公平公正待遇的义务。”^⑧

如果投资争议所依据的投资条约中的公平公正待遇条款与习惯国际法并行表述,在争议所涉东道国的立法变化或行政措施改变达到无理、武断、不符合正当程序或歧视性的程度的情形下,仲裁庭甚至可以借助合理期待原则,直接依据东道国给予外国投资者的待遇不符合习惯国际法最低待遇要求而判断公平公正

待遇条款被违反,进而裁决东道国承担国际法责任。

五、合理期待原则的适用:未决问题

基于合理期待原则确立东道国违反投资条约上的公平公正待遇条款或其他条款义务的投资仲裁实践,还远远没有达到法理基础坚实一致、推理清晰趋同、法律解释方法得当等目标,还有很多未决问题需要未来的仲裁实践逐步解决和澄清。

(一)理论上的未决问题

合理期待原则的推广和适用,还需要解决一系列理论上的未决问题。

例如,国内行政法上的合理期待原则是否有必要移植到国际投资法中?这个问题仍存争议。投资仲裁庭从未解释为什么需要从国内行政法移植该原则到国际投资法之中。学术界中的支持者认为,这种移植是为了填补法律的空白,因为现有国际法规则并没有规定政府背弃其特定承诺或改变立法进而挫伤投资者期待应如何补救的问题。但也有学者主张,国际法上的其他一些规则如合理性、非歧视、透明度、一致性和适当程序等,已经足以规范合理期待所涵盖的需要制约国家权力的情形,仲裁庭并不需要再借助合理期待这种主观性质极强的原则或规则。^⑨

国内行政法上的合理期待原则能否简单移植?鉴于东道国与外国投资者之间的关系不仅仅局限于政府与私人之间的关系,还涉及国际法上的责任、国家间关系、国家主权、国内法与国际法之间的关系等诸多与国内行政法不同的、更为复杂的问题,国内行政法上的原则、概念、制度能否简单地移植到国际投资法中,理论上是值得商榷的。想要成功地将一套法律体系中的概念、原则或制度移植到另一套法律体系中,移植者必须谨慎,要对被移植的概念、原则或制度在输出法律体系中的性质、功能、目标有清晰的认知,要精心细致地分析并有意识地使之适应和符合被输入法律体系所要实现的目标。因此,有学者主张,无视移入和移出的两套法律体系之间的背景和性质差别的法律移植,是一种移植滥用。^⑩

又如,在违反合同与违反国际法的关系问题上,乃然存在理论分歧。

尽管国际法委员会定调了违反合同与违反国际法之间的区别,但并非所有学者都认同国际法委员会的观点。在可以确定东道国违反投资合同的情形下,投资者合理期待在判断东道国责任的过程中能够扮演什么角色?有学者认为,目前的仲裁实践并没有说明合理期待原则在将违反合同之诉转化为违反条约之诉的问题上可以发挥什么作用。如果违反条约之成立是因

为考虑了合理期待之外的其他原因,如东道国公权力的滥用、歧视性待遇的存在等,在这种情形下,合理期待原则似乎无法为案件增添额外的辩护价值。也有学者认为,在确定东道国是否违反投资条约的过程中加入违反合同之外的其他考虑因素并将这些因素作为确定东道国责任的依据,事实上架空了投资者在合同上的合理期待,使投资者的期待成为空壳或者只是具有修辞意义的判断因素。

著名的国际法学者奥本海曾经指出,依据诸如拒绝司法、征收、违反条约等额外的考察因素来确定一国违反其与外国人之间的契约义务是否本身即可构成国际义务的违反的做法是令人质疑的,因为在此情形下,正是这些额外的因素成了判断一国国际法责任的依据。^⑥在存在投资合同的情况下,投资者基于合同的期待与基于国际法(投资条约)的期待有何区别?如果在有投资合同背景下将投资者依据国际法的期待局限为期待东道国不要利用国家权力打破合同上的权利义务平衡,是否只要东道国没有动用公权力去改变合同权利义务关系,投资者就不能依据投资条约主张东道国在国际法上的义务?此外,如果投资者的期待是基于投资合同和东道国立法的双重理由,此时投资者基于合同的期待在判断东道国责任的过程中扮演什么角色?如果投资合同中包含有特许条款或稳定条款,投资者基于合同的期待是否应当得到仲裁庭更加强有力的支持?这些问题都需要进一步的学术争鸣和探讨,学术界必须逐步从理论上论证和澄清两个基本问题:在何种情况下违反合同即构成违反公平公正待遇条款?投资者的合同期待落空在确定东道国责任方面究竟扮演什么角色?

再如,在合理期待原则与公平公正待遇挂钩的问题上,也存在着理论分歧。

第一个将合理期待原则与公平公正待遇条款直接挂钩的是 Tecmed 诉墨西哥案,该案仲裁庭主张:依据国际法上的善意原则,公平公正待遇条款要求缔约国为国际投资提供的待遇,是一种不得影响投资者作出投资时所持有的合理期待的待遇。但是,仲裁庭作出这种挂钩性论断时,并没有对为什么公平公正待遇的内容应包含保护投资者合理期待给出有说服力的理由。

尽管有学者支持“公平公正待遇的一项核心构成要素就是合理期待”的观点,但也有不少学者认为这两者之间的必然联系尚未得到充分论证。例如,克里斯托弗·坎贝尔就断然否定将合理期待原则与公平公正待遇挂钩的必要性:投资者的期待是一种完全不适合用于判断一国政府行为是否公平和公正的标准;在任

何情况下都不需要借助一个全新的原则,仅依公平公正待遇条款所包含的禁止明显的武断的规则便足以解决问题。^⑦

不仅学术界对这个问题有不同意见,也有不少主权国家对将两者联系在一起的做法明确表示过反对。根据学者利斯·约翰逊的案例分析,已经有不少国家对仲裁庭关于合理期待已经构成公平公正待遇的重要组成部分的观点提出过明确的反对意见。例如,美国曾明确表示,不能仅因合理期待未被满足就依据 NAFTA 第 11 章提出公平公正待遇条款之诉,这种要求缺乏国家实践的支持;阿根廷曾明确表示,习惯国际法既不承认合理期待的概念,也不认为法律的稳定性是构成公平公正待遇的重要因素;萨尔瓦多曾表明,CAFTA 第 10 条第 5 款下的公平公正待遇不包括透明度义务和不得挫败投资者合理期待的义务;加拿大曾表示,公平公正待遇和最低待遇标准下的义务不要求保护合理期待,也没有透明度方面的要求;危地马拉曾经指出,国家不接受公平公正待遇或最低待遇标准包含行为必须有透明度、保护投资者的合理期待等要求。^⑧

(二)实践中的未决问题

合理期待进入实践,也面临着许多未决问题。

其一,在确定东道国违反了投资合同的情形下,还需要考虑哪些因素才能确定东道国也违反了公平公正待遇条款?仲裁实践提出了很多考虑因素和标准,有的仲裁庭提出了“国家权力因素”,即如果东道国只是作为投资合同普通当事方而非动用国家权力违反合同,则不能得出违反合同即违反投资条约的结论;有的仲裁庭认为需要考察东道国是否存在歧视或拒绝司法的情形;有的仲裁庭提出还需要考察东道国是否存在完全直接拒绝交易的情形;有的仲裁庭认为在某些有限情况下需要研究是否存在实质性违反合同的问题。未来的投资仲裁庭面临的问题是:上述额外考虑因素孰轻孰重?依据一项标准还是兼采多种考虑因素,还有没有其他需要考虑的因素?

其二,投资仲裁实践表明,可能与某种利益或结果有关的各种行政性表达(administrative representations),不管其形式是声明、报告、会议纪要还是信息通报、政策声明等,只要是清晰具体的,都可以构成保护合理期待的依据。但是,仲裁实践并没有确定判断东道国政府各种行政性表达或陈述的具体性和明确针对性的标准。行政性表达在何种情况下可以具体化到构成一项可追责的具体的法律承诺,很难有统一的标准。大卫·罗斯曾指出:“很难对什么构成一项具体的承诺作出一个一般性的定义,因为一切都需要依靠所涉环境进行

评估。”^⑥可以说,在迄今为止的仲裁实践中,多数仲裁庭要么回避回答“行政性表达需具体到什么程度才能视为可构成合理期待的依据”这个问题,要么只是提出诸如“必须是针对性的表达或保证”“必须是确定、不含糊和反复的”等无法准确界定的模糊标准。

结合投资仲裁判例法可发现,能够产生投资者合理期待的国家保证形式仍然是极具争议的问题。它在某些情况下被狭义地解释为要求东道国作出书面、明确和具体的承诺,在其他情况下被广义地解释为包括口头、暗示和一般性陈述。判例法在这个问题上还远远没有达到一致性。

有的仲裁庭特别明确地要求合理期待只能建立在非常具体的承诺基础上。这些仲裁庭认为,一般性立法中体现的任何规则甚至明确的承诺本身都不能被视为对外国投资者的特别承诺,因为这样的结论将使法律秩序停滞不前,并阻止对变化的情况进行任何调整。例如,Total诉阿根廷案中,仲裁庭认为:“对稳定的合理预期应以东道国专门向特定投资者作出的具体承诺为基础。一般法律法规不能解释为保护投资者免受后续监管变化影响的具体承诺。”^⑦在Charanne诉西班牙案中,索赔人辩称西班牙颁布的一些法律相当于对投资者的具体承诺,因为这些法律针对满足要求的“特定和有限”的投资者群体,法庭驳回了这一论点,认为“具有特定范围并不意味着有争议的条款失去任何立法或监管措施所具有的一般性质”,“由于受其约束的人数有限,便将一项监管规定转变为国家对每一个人作出的具体承诺,是对国家根据公共利益监管经济能力的过度限制”^⑧。在Crystalex诉委内瑞拉案中,法庭认为,为了创造合法的期待,国家的承诺或陈述应“针对个人投资者”,并且必须“足够具体,即其内容必须准确,形式必须明确”。法庭还进一步强调,“法律在性质上是一般性和非个人的,通常将某种程度的自由裁量权留给国家机构,因此,投资者将难以建立类似于既得权利的实际预期”^⑨。在Philip Morris诉乌拉圭案中,法庭认为投资者的合理期望应取决于“东道国为诱使投资者进行投资而作出的具体承诺和陈述”,“适用于多人或某一类人”的一般立法规定并没有产生法律将保持不变的合理期望。^⑩

另外一些仲裁庭却对“具体承诺”作出了宽泛的理解,认为此类承诺不必针对特定投资者,也可能是由“旨在吸引外国投资的特定目的以及外国投资者进行投资所依赖的”一般法律或法规造成的。例如,在Silver Ridge诉意大利案中,法庭主张:“一国也可以通过不针对特定个人的立法或监管法案向投资者作出

具体承诺,只要这些法案的内容及其目的足够具体。”^⑪又如,在Glencore诉哥伦比亚案中,法庭指出,国家直接向投资者、一小部分投资者或潜在投资者作出的承诺可以产生合理的预期,但在某些情况下,国家的一般立法和监管框架也适用,“投资者可以合理依赖该框架的稳定性进行投资,因此在某些情况下,框架改革可能会违反投资者的合法预期”^⑫。再如,Guido Tawil在其对Charanne诉西班牙案和Isolux诉西班牙案的不同意见中表示:“投资者合理预期的产生不仅限于‘特定承诺’的存在,还可以源自或基于投资时有效的法律制度。”^⑬

其三,当仲裁庭发现东道国行为违反投资条约系基于对多种条款的违反或系基于对公平公正待遇条款中多种构成因素的违反时,合理期待原则究竟起什么作用?此时很难判断合理期待原则扮演的角色以及该原则究竟如何构成追究东道国责任的法律依据。仲裁实践尽管开始明确基于东道国具体承诺的合理期待比基于东道国一般性立法的期待更值得保护,但是,投资仲裁案例法目前仍然无法阐明在两种不同情形下合理期待原则在决定东道国责任的分量轻重方面的地位和作用。实践中,仲裁庭迄今为止也没能明确说明:作为一项辩护原则,合理期待原则与其他原则,诸如公平原则、平等原则、适当程序原则、相称性原则等相比较具有何种独特的作用。

其四,尽管仲裁实践在东道国政府武断行事时一致性地考虑对投资者期待予以强烈支持,但是,既已存在的案例法并没有给出“武断”的一致性定义,仲裁实践并没有阐明在何种情况下政府行为可以确定地被认定为武断。

其五,如前所述,投资者不能指望东道国一般性法律长期不变,东道国法律的突然重大变化往往容易被仲裁庭视为对法律环境稳定性的破坏。但是,迄今为止,仲裁庭并没有深入探讨判断一般性法律发生重大变化以至于构成对投资者合理期待的挫败的具体标准,对一般性立法何时和在何种程度上的修改构成可接受的、合理的、符合相称性原则要求的修改幅度,仲裁实践无法达成一致意见,只能临时性交由仲裁庭依据自由裁量权判断,这无疑增加了今后裁决的不一致危险。

其六,如前所述,判断投资者合理期待是否值得支持,不能只考察东道国能否提供稳定的商业环境和一般法律框架,而且要判断投资者本身的期待是否合理。仲裁实践中,有的仲裁庭要求投资者对所投资的部门、领域和项目是否具有政策、法律敏感性作出合理

判断,对东道国政治经济运行风险作出评估,但是并没有提出部门和政策敏感性的判断标准,对于如何判断促使东道国必须作出法律的重大改变的“经济危机”“政治动荡”“金融危机、能源短缺和危机”等状况以及什么是“监管风险高”的部门和领域等,也没能提出一致性的标准。有的仲裁庭对投资者提出了尽职调查的要求,例如,在Unglaube诉哥斯达黎加案中,法庭认为“作为其尽职调查的一部分,投资者必须熟悉哥斯达黎加的法律和程序”^③,但是如何判断投资者已经进行了尽职调查且达到了适当谨慎的程度,仲裁实践中也没有产生一致性的标准。

六、结论

合理期待原则频繁出现在投资仲裁裁决中,显示出国内法和投资条约之外的国际法在投资条约解释中的重要影响。该原则在国际投资法中的引入和适用,只是投资仲裁实践的产物。其国际投资法上的法律基础是存在争议的,不仅绝大多数投资条约中没有提到这项原则,而且它在习惯国际法中也没有明显的基础。同时,鉴于该原则在各国国内行政法中的零散和不一致的适用,不能断定该原则已成为一项一般法律原则。正如特雷弗·泽尔指出的那样,当今国际投资仲裁实践对合理期待原则的滥用,系基于两个认识性错误:其一,它们并没有认识到合理期待原则在各国国内法上的差别,进而缺乏形成一般法律原则的基础;其二,它们普遍忽视了各国国内法对合理期待原则适用施加的各种限制。^④

然而,合理期待原则在仲裁实践中被越来越广泛地适用却是一个不争的事实。原因在于,众多投资仲裁庭都认同:其一,国际投资条约的目的之一就是保护和促进投资以防止私人投资受到东道国政府行为的非法干涉和侵害;其二,该原则尽管没有习惯国际法和一般法律原则上的坚实依据,但来自一般法理和行政法上的某些依据仍然是值得肯定的;其三,国际投资条约中的某些抽象的条款,特别是公平公正待遇条款的含义和内容需要逐步澄清。

因此,尽管没有坚实的国际法依据,也不足以作为一般国际法原则,合理期待原则在公平公正待遇等条款的解释上仍然发挥着一定的填补法律空白和充实条款内容的实际作用。仲裁实践中,该原则很难针对东道国一般性立法和管理规章的改变发挥作用,但得益于一般法理上的法律确定性理论和行政法上的公权力制约理论的支持,其在制约东道国随意改变具体投资合同以及具有具体指向性的政府决定等方面能够发挥一定作用。对于东道国的立法变化或行政措施改变达

到无理、武断、不符合正当程序或歧视性的程度的情形,仲裁庭仅依据习惯国际法上的最低待遇标准就可以判断东道国的国际法责任,此时,合理期待原则事实上不能发挥多少作用,甚至是多余的。

合理期待原则的适用必须遵循利益平衡、节制适用的准则。一方面,为遵循上述准则,在投资期待的生成问题上,投资者基于具体投资合同和正式的政府决定或许可的期待,仲裁庭可以优先予以支持,但这并不意味着违反投资合同的行为能够被简单地定性为违反投资条约义务;东道国非正式形式的行政行为的归责应当受到限制;不具有具体指向性的东道国行为和东道国一般性立法,不宜成为投资者合理期待的对象。在仲裁庭考察合理期待能否顺利生成的过程中,还需要考虑期待本身的合理性和合法性问题。投资者期待是否合理,需要考虑东道国本身的管制需求、投资者自身对东道国投资环境的判断、投资本身应当承担的风险、东道国法律和行政行为变化的原因和公共利益目的等复杂的因素;东道国的武断行为可以成为仲裁庭认定东道国行为违反条约的重要依据。

另一方面,为贯彻上述准则,在合理期待原则的适用过程中,仲裁庭需要随时关注保护投资者合理期待与维护东道国立法权和管理权之间的平衡。对于东道国应对紧急情况、回应群体性利益需求、追求公共利益和可持续发展目标等方面的公权力和政策空间,仲裁庭应当予以特别关注。同时,在适用合理期待原则时,仲裁庭遵从东道国对立法政策正确性和必要性的自我判断权、注重将国内行政法上的相称性(proportionality)原则运用于对东道国行为后果和责任的判断,也是十分重要的。仲裁庭关注的重点,应当是东道国追溯性改变法律、突然性改变法律、改变法律不说明理由等武断情形。任何情况下,投资者都不能期待利用投资合同或投资条约冻结或剥夺东道国的立法权和管制权;也不能只顾自身经济利益,而不顾及东道国及与投资有关的当地社群和其他利益相关者的利益需求。投资者对东道国立法和行政行为的误解、追求不合法的利益、自身原因导致的东道国立法和行政行为的改变,将使其失去合理期待原则的支持。

基于上述两方面的分析,我们关注的重心,从尊重现实的角度出发,应当定位到如何确保该原则以一种有节制的、遵从投资条约本身的目的与宗旨的方式适用,既要防止该原则演变成内容模糊宽泛、仲裁庭可以低成本轻易扩大解释的原则,也要防止该原则成为推销少数西方国家“善治”标准和损害东道国正当外资管制权的工具。

注释:

①Mojtaba Dani and Afshin Akhatar-Khavari, "Rethinking the Use of Deference in Investment Arbitration: New Solutions Against the Perception of Bias," *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs* 22, no. 1(2018): 38-40.

②Tecmed v. Mexican, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award (29 May 2003), para. 154.

③Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*(Oxford: Clarendon Press, 1979), p. 222.

④同上书, pp. 213-214、219-220.

⑤Joseph Raz, "The Law's Own Virtue," *Oxford Journal of Legal Studies* 39, no. 1(2019): 1.

⑥Carol Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values," *European Journal of International Law* 17, no. 1(2006): 187-211.

⑦Ronald J. Daniels and Michael Trebilcock, "The Political Economy of Rule of Law Reform in Developing Countries," *Michigan Journal of International Law* 26, no. 1(2004): 99, 105.

⑧Campbell McLachlan, "Investment Treaties and General International Law," *International & Comparative Law Quarterly* 57, no. 2(2008): 377; Zachary Douglas, "Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex," *Arbitration International* 22, no. 1(2006): 28.

⑨Farah Ahmed and Adam Perry, "The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations," *Cambridge Law Journal* 73, no. 1(2014): 61, 67.

⑩Peter Leyland and Gordon Anthony, *Textbook on Administrative Law*(Oxford: Oxford University Press, 2009), p.313.

⑪J. H. Jans, R. de Lange, A. Prechal, et al. *Europeanisation of Public Law*(Groningen: Europa Law Publishing, 2007), p.165.

⑫Daphne Barak-Erez, "The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests," *European Public Law* 11, no. 4(2005): 594.

⑬Chester Brown, "The Protection of Legitimate Expectations as a General Principle of Law: Some Preliminary Thoughts," *Transnational Dispute Management* 6, no. 1(2009): 4.

⑭Trevor Zeyl, "Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law," *Alberta Law Review* 49, no. 1(2011): 216.

⑮Sorn J. Schonberg, *Legitimate Expectation in Administrative Law*(Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 237.

⑯Trevor Zeyl, "Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law," *Alberta Law Review* 49, no. 1(2011): 203-235.

⑰Border and Transborder Armed Actions(Nicaragua v Honduras), Judgment, 1988, ICJ Report 69, para. 94; Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria(Cameroon v Nige-

ria: Equatorial Guinea intervening), Preliminary Objections, 1998, ICJ Report 275, para. 39.

⑱Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*(New York: Oxford University Press, 2008), p. 123.

⑲Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*(New York: Cambridge University Press, 2009), p. 263.

⑳同①书, p. 122.

㉑Elizabeth Snodgrass, "Protection Investors' Legitimate Expectation: Recognizing and Delimiting a General Principle," *ICSID Review* 21, no. 1(2006): 11, 54-56.

㉒Trevor Zeyl, "Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law," *Alberta Law Review* 49, no. 1(2011): 210.

㉓M. Sornarajah, *Resistance and Change in International Investment Law*(Cambridge: Cambridge University Press, 2015), p. 253.

㉔Continental Casualty v. Argentine, ICSID Case No. ARB/03/9, Award(5 September 2008), para. 261.

㉕Michele Potesta, "Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept," *ICSID Review* 28, no. 1(2013): 103.

㉖Jack Watson, "Clarity and Ambiguity: A New Approach to the Test of Legitimacy in the Law of Legitimate Expectations," *Legal Studies* 30, no. 4(2010): 633, 652.

㉗Saluka v. Czech, UNCITRAL Rules, Partial Award(17 March 2006), para. 304.

㉘Parkerings v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award(11 September 2007), para. 332.

㉙EDF v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, 8 October 2009, para. 180.

㉚Charanne B. V. and Construction Investments S. A. R. L. v. Spain, SCC Case No. 062/2012, Final Award(21 January 2016), para. 490.

㉛Blusun S. A., Jean-Pierre Lecorquier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Award(27 December 2016), para. 319.

㉜Masdar Solar & Wind Cooperatief U. A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award(16 May 2018), para. 484.

㉝Spółdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic, PCA Case No. 2017-08, Award(7 October 2020), para. 466.

㉞Charles N. Brower and Stephan W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law* 9, no. 2 (2009): 484.

㉟Shaun P. Young, "Rawlsian Reasonableness: A Problematic Presumption?", *Canadian Journal of Political Science* 39, no. 1

(2006): 159–180.

③⑥ Arif v. Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, Award(8 April 2013), para. 532.

③⑦ LG & E v. Argentine, ICSID Case No. ARB/02/1, Award (25 July 2007), para. 130.

③⑧ Suez v. Argentine, ICISD Case No. ARB/03/19, Decision on Liability(30 July 2010), para. 209.

③⑨ Continental Casualty v. Argentine, ICSID Case No. ARB/03/9, Award(5 September 2008), para. 258.

④① EDF v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award(8 October 2009), para. 217.

④② EL Paso v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, paras. 356–358.

④③ Duke Energy v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award(18 August 2008), para. 340.

④④ LG & E v. Argentine, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability(3 October 2006), para. 130.

④⑤ Frontier Petroleum v. Czech, UNCITRAL/PCA, Final Award(12 November 2010), paras. 287–288、468.

④⑥ MTD v. Chile, ICSID Case No ABR/01/7, Award(25 May 2004), paras. 160–167.

④⑦ Christoph Schreuer, "Fair and Equitable Treatment: Interaction with other Standards," Transnational Dispute Management 4, no. 5(2007): 18.

④⑧ International Law Commission, "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries," Report of the International Law Commission: 53rd Sess, 2001(New York: United Nations Publications, 2008), cmt. 41.

④⑨ Hamester v. Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24 Award (18 June 2008), para. 335.

④⑩ Parkerings v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award(11 September 2007), para. 344.

④⑪ Clamis v. USA, NAFTA/UNCITRAL, Award(8 June 2009), para. 620.

④⑫ Frontier Petroleum v. Czech, UNCITRAL, Award(12 November 2010),para. 468.

④⑬ El Paso v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31 October 2011), para. 399.

④⑭ White Industries v. India, Final Award(30 November 2011), paras. 10、17.

④⑮ Arif v. Republic of Moldova, ICSOD Case No. ARB/11/23, Award(8 April 2013), paras. 536、538.

④⑯ Parkerings v. Lithuania, ICSID Case No ARB/05/8, Award (11 September 2007), para. 333.

④⑰ Joseph Raz, The Authority of Law, p. 219.

④⑱ Lon Fuller, The Morality of Law, Revised edition(New Haven: Yale University Press, 1969)p. 39.

④⑲ Impregilo v. Argentine, ICSID Case No ARB/07/17, Award (21 June 2011), para. 291.

④⑳ Toto v. Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award(7 June 2012), para. 244.

④㉑ Paparinskis, The International Minimum Standard(Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 259.

④㉒ Otto Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law," Modern Law Review, 37, no. 1(1974): 27.

④㉓ Robert Jennings and Arthur Watts(eds.), Oppenheim's International Law(Harlow: Longman, 1996), p. 927.

④㉔ Christopher Campbell, "House of Cards: The relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law," Journal of International Arbitration 30, no. 4(2013): 361–380.

④㉕ Lise Johnson and Merim Razbaeva, "State Control over Interpretation of Investment Treaties," accessed November 30, 2021, <http://ccsi.columbia.edu/2014/04/30/state-control-over-interpretation-of-investment-treaties/>.

④㉖ William David Ross, Foundations of Ethics(Oxford: Clarendon Press, 1939), pp. 100–101.

④㉗ Total S. A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability(27 December 2010), para. 309.

④㉘ Charanne B. V. and Construction Investments S. A. R. L. v. Spain, SCC Case No. 062/2012, Final Award(21 January 2016), paras. 491–493.

④㉙ Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award(4 April 2016), paras. 547–552.

④㉚ Philip Morris v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award(8 July 2016), para. 426.

④㉛ Silver Ridge Power BV v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/37, Award(26 February 2021), para. 408.

④㉜ Glencore International A. G. and C.I. Prodeco S. A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/6, Award(27 August 2019), para. 1368.

④㉝ Charanne B. V. and Construction Investments S. A. R. L. v. Spain, SCC Case No. 062/2012, Dissenting Opinion of Guido Santiago Tawil(21 January 2016), para. 5; Isolux Infrastructure Netherlands B. V. v. Kingdom of Spain, SCC Case No. V2013/153, Dissenting Opinion of Guido S. Tawil(6 July 2016), para. 4.

④㉞ Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/08/1, Award(16 May 2012), para. 258; Rein-hard Hans Unglaube v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/09/20, Award(16 May 2012), para. 258.

④㉟ Trevor Zeyl, "Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law," Alberta Law Review 49, no. 1(2011): 234.