

“中文社会科学引文索引”(CSCS)来源集刊

Journal of International
Economic Law

Volume 13, Number 3, 2006

国际经济法学刊

第13卷 第3期 (2006)

陈安主编 蔡从燕 执行编辑

本期要目

陈寿波等：国际投资协定中公正与公平待遇标准的新发展

李玲：WTO与外国法院判决的承认和执行

王彦志：经济全球化、可持续发展与国际投资法第三涉

张丽英：海上反恐国际合作的新发展及其对海上货物运输的影响

编辑部：《国际经济法学刊》成功入选为CSCS学术数据库来源集刊



清华大学出版社
TSINGHUA UNIVERSITY PRESS

D996
63
:2006(3)
2006

国际经济法学刊

第13卷 第3期 (2006)

陈 安 主编 蔡从燕 执行编辑



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际经济法学刊. 第13卷. 第3期/陈安主编. —北京: 北京大学出版社, 2006. 9

ISBN 7-301-11058-8

I. 国… II. 陈… III. 国际经济法-文集 IV. D996-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第108882号

书 名: 国际经济法学刊(第13卷第3期)

著作责任者: 陈 安 主编

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 7-301-11058-8/D·1567

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 20.75印张 320千字

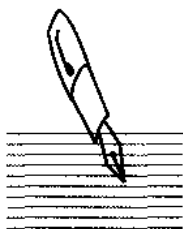
2006年9月第1版 2006年9月第1次印刷

定 价: 38.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn



原言

《国际经济法》(简称《学刊》,原名《国际经济法论丛》)是全国性、开放性的国际经济法专业优秀学术著述的汇编,是国际经济法理论界与实务界笔耕的园地、争鸣的论坛和“以文会友”的平台。其宗旨是:立足我国改革开放与建立社会主义市场经济体制的实践,借鉴国外的先进立法经验和最新研究成果,深入研究和探讨国际经济关系各领域的重要法律问题,开展国内、国际学术交流,推动我国国际经济法教学与科研的发展,并为我国积极参与国际经济法律实践以及我国的涉外经济立法、决策和实务操作,提供法理依据或业务参考。

2005年8月起,《学刊》入选“中文社会科学引文索引”(CSSCI)学术数据来源集刊。

本期为《学刊》第13卷第3期,共设四个专栏:国际投资法中的公正与公平待遇标准专题研究、世界贸易组织法、国际投资法、国际海事法,此外还刊发三则学术信息。

“公正与公平待遇”标准首次规定于1948年《哈瓦那宪章》与投资有关的章节中,目前已经成为国际投资协定中普遍规定的一种投资待遇标准。在“沉睡”了近半个世纪后,20世纪90年代中期以来,该标准在国际投资仲裁中频频被运用,已经成为外国投资者与东道国间利益博弈的新焦点,受到了涉案东道国的强烈关注,引发了国际学术界的热烈讨论。鉴于中国缔结的双边投资协定普遍规定了公正与公平待遇,显然有必要深入考察域外经验,据此认真剖析本土实践,以便更好地维

护我国的利益,本刊发表了四篇专题论文,在《国际投资协定中公正与公平待遇标准的新发展》中,陈辉萍副教授、黄玉梅硕士考察了20世纪90年代中期以来NAFTA体制内及美国、加拿大BIT实践中公正与公平待遇标准的新发展,进而对这些发展的特点与深层次原因进行了分析。两位作者剖析了中国所缔结的双边投资协定中的公正与公平待遇条款存在的问题及可能给中国带来的潜在风险,然后根据中国的实际情况,明确对公正与公平待遇的定位,进而提出了相应的应对策略。在《国际投资仲裁中的公正与公平待遇标准——以CMS天然气运输公司诉阿根廷案为例》中,李文青博士生主张,为更好地平衡投资者的利益和主权国家管理公共事务的权力,公正与公平待遇标准的运用必须根据案件具体情况及东道国的经济发展水平而确定。CMS案仲裁庭无论是对公正与公平待遇标准具体内涵的理解,还是对违反该标准最终补偿额的确定,都对阿根廷政府提出了过高的要求。CMS案所提出的投资者的合理期待问题在公正与公平待遇标准,以及整个国际投资法律制度中的作用值得学界给予更多的关注。在《NAFTA投资仲裁中的公正与公平待遇标准》中,朱小菁硕士对NAFTA仲裁中公正与公平待遇的规则的运用及发展进行了详细考察。《国际投资法中的公平与公正待遇标准》是Catherine Yannaca-Small代表经合组织(OECD)起草的一份工作文件,对于公正与公平待遇在国际投资法中的由来与发展进行了详尽评论,一定程度上代表了发达国家对该问题的最新见解。本刊期待上述论文能够引起国内学术界的关注,并引发进一步的讨论。

在世界贸易组织法方面,李玲博士生在《WTO与外国法院判决的承认和执行——评〈判决的国际承认:私法解决方案和公法解决方案之争〉兼及WTO决策程序中的单边主义》中对一位西方学者提出的把外国法院判决的承认和执行纳入到WTO体制内的主张进行了深入分析,她认为,这一主张体现的主要是美国的利益;在多边贸易谈判处境困难之时,把该问题纳入谈判议题是不合时宜、不谨慎的,中国应予以反对。鉴于这一主张得到一些中国学者的支持,本文有助于深入对该问题的认识。在《WTO争端解决机制中“禁止反言”的适用》中,李晓玲博士生认为,WTO争端解决实践中已经屡次提及禁止反言,但禁止反言是否适用尚不清楚。迄今为止的争端解决实践表明,专家组和上诉机构对将“禁止反言”引入WTO争端解决机制是很谨慎的,但作者

认为禁止反言作为一项基本的程序公正概念,不会永远被WTO争端解决机制排除适用。在**《TBT第一案——秘鲁诉欧共体对于沙丁鱼的贸易标注案评析》**中,肖冰教授侧重从法律解释角度对TBT第一案,即秘鲁诉欧共体对于沙丁鱼的贸易标注案进行了深入评析,有助于我国对TBT的理解与运用。

国际投资法方面,王彦志讲师在**《经济全球化、可持续发展与国际投资法第三波》**中指出,经济全球化、可持续发展、非政府组织的兴起和全球民权运动则推动了国际投资法第三波即社会化浪潮。社会化浪潮主要体现为国际投资的利害相关者主体即地方民众、土著群体和非政府组织通过跨国层面的社会协商、民权运动、议会民主、司法诉讼诸种通道,要求跨国公司承担社会责任,要求民族国家保障社会民权,要求国际组织考量社会诉求。第三波浪潮主要表达了受到国际投资和跨国公司直接和间接影响的环境、健康、劳工和发展领域的经济、社会、文化以及与之紧密关联的自由、民主、人权的利益和价值。在**《BOT特许协议法律性质廓清及立法内容架构》**中,孟国碧副教授对BOT特许协议这一“老问题”进行了新探索,她认为,BOT特许协议的特殊性决定了其既不是国际协议,也不是国内法上的行政合同、民商事合同、经济合同,而是自成一体的独立的合同类型。因而,我国现有的民法、行政法、外商投资法规范都不适用于特许协议。另外,现有的关于特许协议的规范性文件对特许协议的规定存在许多空白和诸多法律障碍。为此,必须对BOT特许协议进行专项立法。在**《ICSID体制下用尽当地救济原则的三大挑战及对策》**中,王海浪讲师认为,用尽当地救济原则是接受投资之东道国维护国家经济主权的有力武器,但**《华盛顿公约》**把用尽当地救济从传统国际公法中“放弃需明示”的公认适用规则改变为“要求需明示”;在国际投资仲裁实践中,有关仲裁庭对“岔路口条款”和“最惠国待遇条款”作了规避用尽当地救济原则的解释,从而对用尽当地救济原则构成三大挑战,我国应该积极就此采取相应的对策。

国际海事法方面,张丽英教授在**《海上反恐国际合作的新发展及其对海上货物运输的影响》**中讨论了一个值得高度关注的理论与实践问题,即国际反恐怖法对国际海上货物运输的影响问题,她认为,“9·11”事件后,随着各国空中与地面警戒力度的加强,国际恐怖组织渐渐将目光投向了国家控制力量相对薄弱的海洋。于是,各国反恐的

立法与措施也逐渐从陆上和空中转向了海上,从单边走向双边,进而向多边转化,这些立法与措施对海上反恐产生了积极的作用,但也对国际海上货物运输产生了一定的负面影响,为此中国应该积极予以应对。在《伦敦海事仲裁与中国海事仲裁制度之比较研究》中,牛磊助理研究员从临时仲裁与机构仲裁的不同模式、海事仲裁协议的要件、海事仲裁的司法监督、仲裁程序的简便灵活性等四个方面比较分析了伦敦海事仲裁与中国海事仲裁的不同,认为英国仲裁立法以及法院在伦敦海事仲裁的发展中起了巨大的推动作用,当事人的仲裁意愿得到充分尊重,海事仲裁程序也充分发挥了仲裁方便、快捷、灵活、经济的特点。在此基础上,他对完善中国海事仲裁法律制度以及仲裁程序提出了若干建议。

2006年8月27日,厦门国际法高等研究院首期研习班正式开班。在为期三周的时间里,包括国际法院前院长史久镛大法官在内的多位国际法学界知名学者为近百名学员授课,有关进一步的信息,请参见《厦门国际法高等研究院2006年暑期班开学》一文。2006年5月30日至31日,英国法学家学会(SLS)召开了主题为“国家主权之重新界定——关于主权与国际经济法的国际论争”的重要研讨会,研讨会主题的选择一定程度上表示了经济全球化背景下西方发达国家对经济主权的关切。本刊刊发这一消息,并争取随后将刊发部分研讨会论文,敬请读者关注。值得庆祝的是,2005年8月1日,中国社会科学研究评价中心正式确认《学刊》入选“中文社会科学引文索引”(CSSCI)学术数据来源集刊,这既是对过去八年来全体作者、编辑人员辛勤劳动的充分肯定,也是对中国国际经济法学学科发展水平的中肯评价。

在本刊发表的论文,其所论证的各种观点,未必是本刊编辑部所持的立场和见解。秉着“百家争鸣”的方针,欢迎持有不同见解的学界同仁惠赐佳作,以本刊作为平台,针对各有关问题,各抒己见,深入探讨,互相补益,共同提高。

《国际经济法学刊》编辑部

2006年7月24日



国际投资法中的公正与公平待遇标准专题研究

国际投资协定中公正与公平待遇标准的新发展

..... 陈辉萍 黄玉梅 (1)

国际投资仲裁中的公正与公平待遇标准

——以 CMS 天然气运输公司诉阿根廷案为例 李文青 (30)

NAFTA 投资仲裁中的公正与公平待遇标准 朱小菁 (50)

国际投资法中的公正与公平待遇标准

..... Catherine Yannaca-Small(樊林波 卓海译) (78)

世界贸易组织法

WTO 与外国法院判决的承认和执行

——评《判决的国际承认：私法解决方案和公法解决方案之争》兼及 WTO 决策程序中的单边主义

..... 李玲 (120)

WTO 争端解决机制中“禁止反言”的适用 李晓玲 (142)

TBT 第一案

——秘鲁诉欧共体对于沙丁鱼的贸易标注案评析

..... 肖冰 (162)

国际投资法

- 经济全球化、可持续发展与国际投资法第三波 王彦志(179)
BOT 特许协议法律性质廓清及立法内容架构 孟国碧(206)
ICSID 体制内用尽当地救济原则的三大挑战及对策 王海浪(238)

国际海事法

- 海上反恐国际合作的新发展及其对海上货物运输的影响
..... 张丽英(268)
伦敦海事仲裁与中国海事仲裁制度之比较研究 牛 磊(287)

学术信息

- 厦门国际法高等研究院 2006 年暑期班开学
..... 厦门国际法高等研究院行政理事会秘书处(312)
英国法学家学会 2006 年国际研讨会 吴双全(316)
《国际经济法学刊》成功入选为 CSSCI 学术数据来源集刊
..... 《国际经济法学刊》编辑部(318)

附 录

- 《国际经济法学刊》稿约 (320)
《国际经济法学刊》书写技术规范(暂行) (322)



Contents

Special Issue on Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law

- New Developments of Fair and Equitable Treatment Standard in
International Investment Agreements
..... Cheng Huiping and Huang Yumei (1)
- Fair and Equitable Treatment Standard in International
Investment Arbitration—CMS Gas Transmission
Company v. The Argentine Republic Li Wenqing (30)
- Fair and Equitable Treatment Standard in NAFTA
Investment Arbitration Zhu Xiaojing (50)
- Fair and Equitable Treatment Standard in International
Investment Law Catherine Yannaca-Small
Translated by Fan Linbo and Zhuo Hai (78)

WTO Law

- Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and WTO
—A Critical Comment on Professor Perez's *The International
Recognition of Judgments: The Debate between Private
and Public Law Solution* and the Unilateralism in
WTO Decision-making Process Li Ling (120)
- Application of Estoppel in WTO Dispute Settlement System
..... Li Xiaoling (142)

Comments on the First Case of TBT— Peru vs. European Communities about Trade Description of Sardines	Xiao Bing(162)
--	----------------

International Investment Law

Economic Globalization, Sustainable Development and the Third Wave of International Investment Law	Wang Yanzhi(179)
Clarifications of the Legal Nature of BOT Concession Agreement and Its Legislation Structure	Meng Guobi(206)
Three Big Challenges to the Principle of Exhaustion of Local Remedies under the ICSID System and the Countermeasures	Wang Hailang(238)

International Maritime Law

New Developments of International Cooperation Concerning Marine Counter-Terrorism and Their Impact on Transportation of Goods by Sea	Zhang Liying(268)
A Comparative Study on London and China Maritime Arbitration System	Niu Lei(287)

Academic Information

Xiamen Academy of International Law 2006 Summer Programme Opens	Xiamen Academy Administrative Council Secretariat(312)
2006 Symposium of Society of Legal Scholars(SLS) of U. K.	Wu Shuangquang(316)
JIEL (in Chinese) has been Successfully Listed in CSSCI	Editorial Department(318)

Appendix

Notice to Contributors from the <i>Journal of International Economic Law</i>	(320)
Technical Rules of Writing Adopted by the <i>Journal of International Economic Law</i>	(322)



国际投资协定中公正与公平待遇标准的新发展^{*}

■ 陈辉萍^{**} 黄玉梅^{***}

【内容摘要】 公正与公平待遇标准是国际投资协定中普遍采纳的一项投资待遇标准,但是不同的国家和学者对该标准的含义一直存在观点分歧。《北美自由贸易协定》生效后,依据该协定第 11 章投资规则提起的仲裁案例不少,该标准成为国际投资条约中最具争议的问题之一。上述仲裁案例直接促使公正与公平待遇标准在晚近有了重大的发展。美国与加拿大两国对各自的双边投资条约新范本作出了重大

^{*} 本文系司法部课题“当代自由贸易协定中投资制度发展的最新动向与我国的对策”(项目批准号:05SFB3020)研究成果。

^{**} 作者系厦门大学法学院副教授、法学博士。

^{***} 作者系厦门市海沧区法院工作人员、法学硕士。

的修改,并根据新范本开展了新一轮的国际投资条约谈判计划。本文重点评介公正与公平待遇标准的新内容,并进而探求公正与公平待遇标准的新发展的特点与深层次原因。本文还剖析了中国所缔结的双边投资条约中的公正与公平待遇条款存在的问题及可能给中国带来的潜在风险,并根据中国自身的特点,明确对公正与公平待遇的定位,进而提出全面的应对策略。

公正与公平待遇标准最早出现于1948年《哈瓦那宪章》中与投资有关的章节^①,后来逐步成为国际投资条约^②中一项重要的投资待遇标准。1992年,美国、加拿大和墨西哥三国谈判签署《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Area, NAFTA)第11章投资规则时^③,将公正与公平待遇包含在内。公正与公平待遇是给予外资的绝对待遇标准,但由于其措辞高度概括与含糊,导致其内容极为抽象而不可参照,因此,不同国家与学者对其含义存有很大分歧。但是,在NAFTA之前,尚无私人投资者对该待遇标准的具体含义与适用提出挑战或质疑。NAFTA生效后,已发生11起投资者依据NAFTA中的公正与公平待遇标准起诉东道国的仲裁案件,其中比较重要的有8起^④;投资者依据双边投资条约(BIT)中的公正与公平待遇标准在ICSID提起仲裁的主要有5起。^⑤

这些案例,特别是NAFTA仲裁案件,对东道国政府的行为是否违

① 该宪章又称《建立国际贸易组织宪章》,其中包含保护投资的条款。由于各种原因,该宪章最终并未生效。

② 本文所指国际投资条约包括双边投资条约和包含投资章节的多边协定(如《哈瓦那宪章》)及区域性自由贸易协定(如《北美自由贸易协定》)。

③ 《北美自由贸易协定》是第一个包含详细、综合而完整的投资制度的自由贸易协定。

④ 这8起案件是 Robert Azinian and others v. United Mexican States(简称 Azinian 案)、Metalclad Corporation v. United Mexican States(简称 Metalclad 案)、S. D. Myers, Inc. v. Canada(简称 S. D. Myers 案)、Pope & Talbot v. Canada(简称 Pope & Talbot 案)、Mondev International Ltd. v. U. S. A.(简称 Mondev 案)、ADF Group Inc. v. U. S. A.(简称 ADF 案)、Waste Management, Inc. v. United Mexican States(简称 Waste Management 案)、GAMI Investments Inc. v. United Mexican States(简称 GAMI 案)。

⑤ 这5起案件是 Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain(简称 Maffezini 案)、Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltov v. The Republic of Estonia(简称 Genin 案)、Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. v. Arab Republic of Egypt(简称 Middle East Cement 案)、Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States(简称 Tecmed 案)、MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile(简称 MTD 案)。

反公正与公平待遇提出了严峻的挑战。有鉴于各仲裁庭对公正与公平待遇的解释不一,所作裁决不利于美国、加拿大、墨西哥三个东道国,三国于2001年7月31日设立自由贸易委员会(Free Trade Commission, FTC)对NAFTA第1105条第1款中的公正与公平待遇作出解释。该解释对此后NAFTA仲裁实践具有风向标作用。不仅如此,美国在与其他国家签订双边自由贸易协定(Free Trade Agreement, FTA)^⑥时,将NAFTA公正与公平待遇的标准与FTC的解释一并纳入,如2003年美国与新加坡和智利分别签订的FTA。2004年,美国和加拿大在对本国的BIT范本进行更新时,对原有的公正与公平待遇标准的规定进行大幅度修改,一方面直接移植FTC解释的内容,另一方面,吸取NAFTA投资仲裁实践的经验教训,对与公正与公平待遇密切相关的程序性制度进行修订与创新。

美国和加拿大两国新BIT范本中的新版公正与公平待遇标准在国际投资条约中迅速蔓延,因为美、加两国依据该新范本与其他国家签订新的BIT或FTA,这些协定基本上是全盘照搬新版的公正与公平待遇标准,如美国与乌拉圭于2004年10月25日签订的第一个以新范本为基础的BIT,美国还先后与中美洲及多米尼加、秘鲁、澳大利亚和摩洛哥分别签订FTA。同时,美国就缔结FTA与韩国、巴拿马和泰国等国的谈判正在进行中。从美国对泰国提出的BIT建议稿可以看出^⑦,公正与公平待遇标准的条款仍然是新范本的翻版。加拿大也正在与数个国家,包括中国谈判BIT^⑧,并坚持将其新BIT范本中关于公正与公平待遇的条款并入。

由于美国与加拿大的影响,新版的公正与公平待遇标准已逐步向各国推广,并已被发达国家及部分发展中国家所接受。可以预见,公正与公平待遇标准的新规定将得到更大范围的推广。^⑨因此,很有必要

⑥ 这类自由贸易协定基本上均仿效《北美自由贸易协定》,包含有专门的投资章节。

⑦ At http://www.bilaterals.org/rubrique.php3?id_rubrique=19, June 19, 2006.

⑧ At http://www.bilaterals.org/rubrique.php3?id_rubrique=70, June 19, 2006.

⑨ 但是,新加坡与印度于2005年6月29日签订的《全面经济合作协议》第6章【投资规则】并未采用美国新BIT范本中关于公正与公平待遇的新规定,甚至只字不提该待遇,这不是无意的疏忽,而是有意的忽略。参见 Luke Eric Peterson, India-Singapore FTA Inked, Investment Provisions include Important Innovations, INVEST-SD: Investment Law and Policy News Bulletin, August 3, 2005, at <http://www.usid.org/investment/invest-sd/>, August 10, 2005.



对该新规定进行研究,以期对公正与公平待遇标准有更全新更深入的认识。

一、公正与公平待遇标准的含义与条文演变

公正和公平待遇主要规定在由发达的资本输出国制定或参加的双边投资条约和部分国际条约中^⑩,但日本自21世纪开始才采用该待遇标准,如日本—新加坡 FTA、日本—越南 BIT。多数发展中国家,例如罗马尼亚和一些亚非国家,在缔结 BIT 时都拒绝采用该待遇。只有少部分发展中国家如中国和斯里兰卡,在 BIT 中采纳了该待遇。^⑪

采用该待遇的国际投资条约一般都只简单提及外国投资应被给予“公正与公平的待遇”,并未对之进行详细界定。不同国家和学者在理解该待遇的内涵和外延时存在较大分歧,主要有广义和狭义两种观点。狭义的观点认为,公正与公平待遇等同于国际法最低待遇标准,它主要是在其他国际法和国内法的实体性规定未能提供保护的范围内为投资者提供一种基准的保护。同时,它也是对 BIT 中其他条款进行解释时起指导作用的一项标准。^⑫ 广义的观点则认为,公正与公平待遇标准是一种包含充分的保护与安全、国际法最低待遇标准以及不歧视原则等义务在内的全面的待遇标准,即依据公正与公平待遇标准的字面含义进行解释。因此,其含义非常广泛,足以涵盖所有可能发生的案件的情形,其他的实体性待遇条款只是公正与公平待遇标准所包含的具体规则。^⑬ 不过,在 NAFTA 投资争端发生之前,这些分歧仅限于理论层面。

NAFTA 对于公正与公平待遇的规定也十分简单,第 1105 条第 1 款规定:“最低待遇标准:每一缔约方应给予另一缔约方投资者的投资

^⑩ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, p. 4.

^⑪ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, p. 54; UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, pp. 32-33.

^⑫ Courtney C. Kirkman, *Fair and Equitable Treatment; Methanex v. United States and the Narrowing Scope of NAFTA Article 1105*, *Lau and Policy in International Business*, Vol. 34, 2002, p. 344.

^⑬ 持这种观点的最具有代表性的学者就是 F. A. Mann。参见 F. A. Mann, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, *British Yearbook of International Law*, Vol. 52, 1981, p. 241.

以符合国际法规定的待遇,包括公正与公平的待遇和完全的保护与安全。”这一规定遭到投资者的挑战,投资者据此提起了多起仲裁案。早期的 NAFTA 仲裁庭在解释和适用公正与公平待遇标准时基本上采广义理解,即倾向于扩大其适用范围。例如,将透明度原则同公正与公平待遇标准挂钩,认为一国国内法或政府行为缺乏透明度就导致投资者受到不公正与不平等的待遇^⑭;又如,违反 NAFTA 其他章节的义务,如国民待遇义务,也可能构成违反公正与公平待遇标准。^⑮由此,仲裁庭对公正与公平待遇的理解与适用对国家主权和国家利益提出了强烈的挑战,因为广义理解使得东道国的大量管理行为被纳入仲裁庭的审查范围。只要对投资者造成一定影响,有关行为可能被裁决为违反公正与公平待遇标准的规定,国家都必须对投资者作出赔偿。^⑯在这些案件中,国家的正常管理行为均遭到了投资者的申诉和仲裁庭的审查。

NAFTA 已决三个仲裁案(Metalclad 案、S. D. Myers 案和 Pope & Talbot 案)在美国、加拿大、墨西哥三国政府及市民社会和非政府组织中引起了轩然大波。迫于公众的压力,同时考虑到实际和潜在的赔偿及国家主权受到的挑战,NAFTA 成员国成立前述 FTC 并由后者对第 1105 条第 1 款进行解释,以限制甚至缩小对该待遇的解释和适用范围。

FTC 对第 1105 条最低待遇标准的解释是^⑰:

“依照国际法的最低待遇标准:

1. 第 1105 条第 1 款规定,缔约他方投资者所享有的最低待遇标准,就是习惯国际法所提供的对外国人的最低待遇标准。

2. ‘公平与公正待遇’及‘完全的保护与安全’的概念不要求给予习惯国际法关于外国人最低待遇标准之外的待遇。

3. 认定违反了 NAFTA 的其他条款或其他独立国际协定的规定,并不构成对 NAFTA 第 1105 条第 1 款规定的违反。”

^⑭ 参见 Metalclad 案。

^⑮ 参见 Metalclad 案和 S. D. Myers 案。

^⑯ David A. Cantz, International Decision: Pope & Talbot, Inc. v. Canada, *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, p. 945.

^⑰ Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001), at <http://www.dfait-macchi.gc.ca/tma-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>, July 5, 2006.

该解释首先将 NAFTA 第 1105 条第 1 款中的“国际法”缩小解释为“习惯国际法”,据此排除了条约法、国际法一般原则、国际法律文件等其他国际法渊源,从而就缩小了公正与公平待遇的范围。因此,另一缔约国投资者所享有的只是习惯国际法所提供的对外国人的最低标准待遇。其次,该解释指出“公正与公平待遇”与最低待遇标准间的关系,即前者并非超出或高于习惯国际法给予外国人的最低待遇标准的待遇。第三,该解释明确了公正与公平待遇的独立性,即东道国违反透明度要求、国民待遇或最惠国待遇或其他义务,并不当然就违反了公正与公平待遇。通过上述解释,FTC 将公正与公平待遇标准的含义进行了具体化界定。该解释的内容与效力基本上为后续 NAFTA 仲裁庭所认可,并引导其仲裁实践。

FTC 的解释被认为是对 NAFTA 公正与公平待遇标准的里程碑式的发展¹⁸,并立即被应用到新的国际投资条约中。2003 年,当美国与新加坡和智利分别谈判 FTA,原则上仍采用 NAFTA 中的公正与公平待遇标准,但将 FTC 的解释内容条文化、细致化,从而产生了较为完整而严谨的公正与公平待遇条款。¹⁹ 为避免对习惯国际法的歧义,这两个 FTA 均以附件方式对习惯国际法进行了详细的限定。

2004 年,美国在更新 BIT 范本时参考了美国—新加坡及美国—智利 FTA 有关公正与公平待遇的规定,形成了详细而独特的新版公正与公平待遇标准。美国 2004 年 BIT 范本第 5 条规定:“最低待遇标准:

1. 每一缔约方应给予涵盖投资以符合习惯国际法的待遇,包括公正与公平待遇及完全的保护与安全。

2. 确切地说,第 1 款规定的给予涵盖投资的最低待遇标准即习惯国际法给予外国人的最低待遇标准。‘公正与公平待遇’和‘完全的保障与安全’概念并不要求给予国际最低待遇标准之外的或额外的要求,也不创设额外的实体权利。第 1 款规定的义务为:

(a) ‘公正与公平待遇’包括不得拒绝在刑事、民事及行政司法程序中给予符合世界主要法律制度所包含的正当程序原则所要求的司法

¹⁸ Ian A. Laird, NAFTA Chapter 11: Betrayal, Shock and Outrage—Recent Developments in NAFTA Article 1105, *Asper Review of International Business and Trade Law*, Vol. 3, 2003, p. 191.

¹⁹ 参见美国—新加坡 FTA 第 15.5 条和美国—智利 FTA 第 10.4 条。