



确定性与平衡性的寻求与失落

——从埃科奥罗案看新一代投资条约的解释和适用

王彦志*

摘要：老一代投资条约规定了模糊宽泛的公平公正待遇、间接征收等实体条款，其解释和适用存在不确定性和不平衡性，偏向于保护外国投资，忽视了东道国的正当公共政策目标规制权。2001年以后兴起的新一代投资条约限定和澄清了投资保护条款，明确和强化了东道国规制权保障条款，尤其是限定和澄清了间接征收和公平公正待遇条款，且订入了具有《1994年关税与贸易总协定》第20条风格的一般例外条款，旨在实现投资条约解释和适用的确定性与平衡性。然而，新一代投资条约的实际效果尚有待裁判实践予以检验和评估。埃科奥罗诉哥伦比亚案是基于美国、加拿大模式的新一代投资条约的典型案。该案仲裁庭继续宽泛且不确定地解释新一代投资条约的间接征收和公平公正待遇条款，否定了一般例外条款的实际效果。该案裁决表明，美国、加拿大模式及其影响下的新一代投资条约未能有效约束和指导仲裁庭的条约解释和适用，未能有效实现投资条约解释和适用的确定性与平衡性。为此，需要进一步反思和调整新一代投资条约的解释和适用，改进和澄清间接征收、公平公正待遇、一般例外等实体条款，明确和强化东道国规制权保障条款。

关键词：新一代投资条约 埃科奥罗案 间接征收 公平公正待遇 一般例外 条约解释和适用

引言

实现条约解释和适用的确定性与平衡性，是新一代投资条约所追求的重要目标。从1959年以来片面强调外国投资保护的老一代投资条约向2001年以来平衡保护外国投资与东道国规制权的新一代投资条约的转型，迄今已20年有余。老一代投资条约的解释和适用存在不确定性和不一致性，^①偏向于保护外国投资，而新一代投资条约旨在对外国投资保护予以限定和澄清、对东

* 王彦志，吉林大学法学院教授。本文为教育部繁荣计划项目“涉外法治与人权的跨国实现研究”（SKZ2021219）的阶段性成果。本文所引用网络资源的最后访问时间均为2025年1月10日。

① 参见靳也：《国际投资争端解决中条约解释的一致性：实践冲突、价值反思与改革目标》，载《环球法律评论》2020年第5期。See also Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, (2005) 73 (4) *Fordham Law Review* 1521.

道国规制权予以确认和保障,^① 以便确保投资条约裁判庭对投资条约条款给出具体、明确、稳定的解释, 在可适用的渊源范围内平衡保护外国投资和东道国规制权, 从而实现投资条约解释和适用的确定性与平衡性。不过, 新一代投资条约能否实现解释和适用的确定性与平衡性尚不明确。^② UNCTAD 报告指出: “一些改革条款可能还有待检验。评估国际投资协定所引入的某些创新语言实现其保障国家规制权目标的有效性还为时尚早。国际投资协定的许多新改进仍然有待于在投资争端中被检验。”^③

埃科奥罗 (Eco Oro) 诉哥伦比亚案 (下称埃科奥罗案) 是基于 2008 年加拿大与哥伦比亚自由贸易协定 (下称 CCoFTA) 的新一代投资条约典型案例。^④ 在该案中, 加拿大矿业公司埃科奥罗取得了哥伦比亚 Angostura 金矿区内的采矿权利, 与哥伦比亚矿业部门签署了第 3452 号特许协议, 但该矿区与哥伦比亚最重要的湿地保护区域 (Páramos) 存在重合。根据哥伦比亚国内法, 埃科奥罗的勘探和开采活动需向政府环境部门提交环境影响评估报告并取得环境许可, 且向矿业部门提交建设工程计划并经批准。哥伦比亚长期没有划定可采矿区域和湿地保护区域之间的边界, 后来划定的边界使得第 3452 号特许协议与湿地区域重合比例达 54.7%, 但该划定边界的决定随后被宪法法院推翻, 而新的边界又一直没有划定。埃科奥罗认为哥伦比亚未能划定湿地保护区域范围等一系列措施违反了 CCoFTA 投资章节的间接征收、公平公正待遇等义务, 应承担赔偿责任。2021 年 9 月 9 日, 该案仲裁庭作出裁决, 在间接征收和公平公正待遇两个争点上, 以 2:1 多数认定哥伦比亚不构成间接征收, 但违反公平公正待遇, 应承担损害赔偿责任。2024 年 7 月 15 日, 该案仲裁庭以 2:1 多数作出裁决, 认定埃科奥罗没有证据证明其丧失采矿机会的损失, 哥伦比亚不承担损害赔偿责任。^⑤ 埃科奥罗案裁决比较全面且深入地解释和适用了新一代投资条约的重要实体条款, 典型地表征了新一代投资条约的解释和适用所面临的外国投资保护与东道国正当公共政策目标规制权之间冲突与协调的复杂挑战。该案实体裁决作出后, 埃科奥罗称该裁决支持了其在公平公正待遇方面的主张,^⑥ 哥伦比亚则强调该裁决在间接征收方面保障了环境规制权。^⑦ 该案损害赔偿问题裁决作出后, 埃科奥罗强烈反对仲裁庭的裁决,^⑧ 而哥伦比亚则强调其

① See Suzanne A. Spears, “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, (2010) 13 (4) *Journal of International Economic Law* 1037; Federico Ortino, “Refining the Content and Role of Investment ‘Rules’ and ‘Standards’: A New Approach to International Investment Treaty Making”, (2013) 28 (1) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 152.

② See e.g., Marc Bungenberg and August Reinisch, “A Paradigm Change: The CETA Investment Chapter”, (2021) 24 (3) *ZEUS Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 437; Nathalie Bernasconi-Osterwalder and Howard Mann, “CETA and Investment: What Is It About and What Lies Beyond?”, in Makane Moïse Mbengue and Stefanie Schacherer (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)* (Springer, 2019).

③ See UNCTAD, *World Investment Report 2019: Special Economic Zones* (United Nations Publication, 2019), p. 115.

④ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021).

⑤ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Award on Damages (15 July 2024).

⑥ See “Eco Oro Minerals Prevails on Liability in Claim against Colombia”, 10 September 2021, <https://www.globenewswire.com/news-release/2021/09/10/2295290/0/en/Eco-Oro-Prevails-on-Liability-in-Claim-Against-Colombia.html>.

⑦ See Juan Miguel Álvarez, y Diana Marcela Araujo, “Eco Oro v. Colombia. ¿Una victoria para Colombia?”, 17 de septiembre de 2021, Blog de Derecho de los Negocios, <https://dernegocios.uexternado.edu.co/eco-oro-v-colombia-una-victoriapara-colombia>.

⑧ See “Eco Oro Provides Update from ICSID in Dispute with Colombia”, 16 July 2024, <https://www.globenewswire.com/news-release/2024/07/16/2913651/0/en/Eco-Oro-Provides-Update-from-ICSID-In-Dispute-with-Colombia.html>.

在该案中取得了胜利。^① 与当事方更关注实际结果不同，国际投资法专业人士则更关注该案仲裁庭对于新一代投资条约的解释和适用所存在的问题和提出的挑战。该案裁决在学术和实务界引起了很大争议和批评，进而引起了对新一代投资条约的改进和投资条约仲裁体制本身的反思和质疑。例如，Wolfgang Alschner 认为新条约产生了旧结果，缔约国对投资条约的详细改进在实践中并没有起作用，该案仲裁庭对一般例外条款的解释和适用背离了国际贸易法裁判实践的公认观点；Simon Batifort 认为该案裁决无视新一代条约的改进，不符合缔约国的意图；J. Benton Heath 认为该案仲裁庭对于一般例外条款的解释和适用是错误的，它使得一般例外条款在仲裁实践中没有实际意义。^② 许多学者就该案裁决进行了研讨和批评，认为该案裁决对最低待遇标准、一般例外等条款的解释和适用存在严重缺陷，进而对新一代投资条约何去何从进行了探讨和反思。^③

国内外学者对新一代投资条约已有很多研究，但大多基于条约的改革实践与对策视角，且一般认为新一代投资条约实体条款有助于增强其解释和适用的确定性与平衡性。^④ 少数学者指出新一代投资条约公平公正待遇、间接征收、一般例外等实体条款的解释与适用仍然存在不确定性和不平衡性，但较少结合案例进行具体剖析。^⑤ 也有学者全面反思了新一代投资条约仲裁实

① See “¡VICTORIA!: Colombia no pagará ni uno de los mil millones de dólares reclamados por Eco Oro”, 16 de julio de 2024, <https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/160724.aspx>.

② See Caroline Simson, “Critics Take Aim At ‘Dead Wrong’ Decision in Colombia Case”, 4 November 2021, LAW360, <https://www.law360.com/projectfinance/articles/1437954/critics-take-aim-at-dead-wrong-decision-in-colombia-case>.

③ See “Gold before Water? Reflections on the Eco Oro v Colombia Award”, 8 October 2021, <https://www.essex.ac.uk/events/2021/10/08/gold-before-water-reflections-on-the-eco-oro-v-colombia-award>; “Implications of the Eco Oro Decision for Investment Treaty Negotiations and Reforms: A Roundtable Discussion on the Eco Oro Investment Arbitration Award”, 28 October 2021, <https://www.iisd.org/events/implications-eco-oro-decision-investment-treaty-negotiations-and-reforms>.

④ 参见梁丹妮：《国际投资协定一般例外条款研究——与 WTO 共同但有区别的司法经验》，载《法学评论》2014 年第 1 期；梁开银：《公平公正待遇条款的法方法困境及出路》，载《中国法学》2015 年第 6 期；陶立峰：《美国双边投资协定研究》，法律出版社 2016 年版，第 45—56 页；[美] 肯尼斯·J. 范德威尔德：《美国国际投资协定》，蔡从燕、朱明新等译，法律出版社 2017 年版，第 283—424 页；邓婷婷：《国际投资协定中的公平与公正待遇研究》，法律出版社 2017 年版，第 203—214 页；董静然：《欧盟新型国际投资规则法律问题研究》，中国政法大学出版社 2019 年版，第 85—179 页；石静霞、孙英哲：《国际投资协定新发展及中国借鉴——基于 CETA 投资章节的分析》，载《国际法研究》2018 年第 2 期。See also Levent Sabanogullari, *General Exception Clauses in International Investment Law: The Recalibration of Investment Agreements via WTO-Based Flexibilities* (Nomos, 2018), pp. 53 - 115; Johanne M. Cox, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration* (Oxford University Press, 2019), pp. 99 - 101; Patrick Dumberry, *An Empirical Study of the Fair and Equitable Treatment Standard Clause: How Tribunals Have Examined Its Relationship with the Minimum Standard* (Kluwer, 2024), pp. 122 - 154.

⑤ See e.g., Andrew Newcombe, “The Use of General Exceptions in IIAs: Increasing Legitimacy or Uncertainty?”, in Armand De Mestral and Céline Lévesque (eds.), *Improving International Investment Agreements* (Routledge, 2012); Simon Lester, “Improving Investment Treaties through General Exceptions Provisions: The Australian Example”, (2014) 5 (2) *Investment Treaty News Quarterly* 8; Caroline Henckels, “Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP”, (2016) 19 (1) *Journal of International Economic Law* 27; Federico Ortino, “Defining Indirect Expropriation: The Transatlantic Trade and Investment Partnership and the (Elusive) Search for Greater Certainty”, (2016) 43 (4) *Legal Issues of Economic Integration* 351; Ying Zhu, “Do Clarified Indirect Expropriation Clauses in International Investment Treaties Preserve Environmental Regulatory Space?”, (2019) 60 (2) *Harvard International Law Journal* 377; Güneş Ünüvar, “The Vague Meaning of Fair and Equitable Treatment Principle in Investment Arbitration and New Generation Clarifications”, in Anne Lise Kjaer and Joanna Lam (eds.), *Language and Legal Interpretation in International Law* (Oxford University Press, 2022).

践，但其重点在于从跨学科角度探讨仲裁实践中的解释与适用未能达到缔约国预期效果的成因和对策。^① 不过，新一代投资条约成案数量仍然很少，对新一代投资条约实体条款个案或类案的深入研究也很少，且主要聚焦于一般例外条款的解释和适用。^② 本文结合埃科奥罗案，从投资条约解释和适用的确定性与平衡性视角，深入探讨新一代投资条约间接征收、公平公正待遇、一般例外条款解释和适用的裁判实践，揭示新一代投资条约裁判解释和适用存在的问题，反思新一代投资条约存在的不足和缺陷，进而指出新一代投资条约及其解释和适用的完善方向。

本文第一部分探讨埃科奥罗案裁决对间接征收条款的解释和适用，指出治安权学说条约化中“罕见情形”“善意”等表述存在模糊性，为习惯国际法的引入打开了后门，导致其解释和适用存在宽泛性、不确定性和可能的不平衡性。第二部分探讨埃科奥罗案裁决对公平公正待遇条款的解释和适用，指出公平公正待遇义务要素的非排他性列举存在模糊性，仲裁庭错误识别和认定习惯国际法，导致其解释和适用的宽泛性、不确定性和不平衡性。第三部分探讨埃科奥罗案裁决对一般例外条款的解释和适用，指出仲裁庭对一般例外条款不排除东道国赔偿责任的解释存在错误，剥夺了一般例外条款的实际效果。第四部分提出，鉴于埃科奥罗案的教训，为了实现新一代投资条约解释和适用的确定性与平衡性，缔约国和裁判庭需要进一步确保裁判机构对新一代投资条约的正确审慎解释和适用，改进和澄清间接征收、公平公正待遇、一般例外等实体条款。

一 埃科奥罗案与新一代投资条约间接征收条款的解释和适用

埃科奥罗案仲裁庭首先分析了哥伦比亚是否构成间接征收。CCoFTA 附件 811 规定了间接征收的概念、认定要素和治安权学说要素。附件 811 (2) (a) 规定，间接征收的认定需基于事实逐案考察，尤其要考虑缔约方措施的经济影响（但单纯对投资经济价值的不良影响并不构成间接征收）、缔约方措施对“明显的、合理的基于投资的期待”的干预程度及缔约方措施的性质。附件 811 (2) (b) 规定，除非在罕见情形（rare circumstances）下，例如一项或一系列措施就其目的来看如此严重以至不能被合理地认为是善意（in good faith）而采取的，否则，缔约方旨在用以（designed and applied）保护诸如健康、安全、环境等正当公共福利目标的非歧视措施不构成间接征收。

埃科奥罗案裁决认定，埃科奥罗享有采矿权，哥伦比亚的措施构成了实质性剥夺，但属于为了正当公共政策目标（环境保护）的非歧视性的善意规制，不构成间接征收。^③ 该案裁决澄清了间接征收认定要素与治安权学说要素之间的关系，但其对治安权学说要素的解释和适用存在很大的不确定性。

^① See Wolfgang Alschner, *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes* (Oxford University Press, 2022), p. 3.

^② 参见蒋超翊、李若晴：《殊途何以同归——论国际投资法移植 WTO 一般例外条款的实践困难与突破》，载《国际法研究》2024 年第 1 期。See also Joshua Paine, “Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru: Judging the Social License of Foreign Investments and Applying New Style Investment Treaties”, (2018) 33 (2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 340; Robert Garden, “Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions”, (2023) 38 (1) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 17; Güneş Ünüvar, “A Tale of Policy Carve-Outs and General Exceptions: Eco Oro v Colombia as a Case Study”, (2023) 14 (4) *Journal of International Dispute Settlement* 517.

^③ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 623 – 699.

（一）埃科奥罗案裁决对间接征收附件解释和适用的积极意义

该案裁决认为，新一代投资条约间接征收定义及其认定要素与治安权学说及其例外情形之间是相互联系的，CCoFTA 附件 811 (2) (b) 中的例外情形反映或解释了附件 811 (2) (a) 所列的考量因素，二者应作为整体并相互结合予以解读。在附件 811 (2) (a) 内部不同考量因素的适用顺序及附件 811 (2) (a) 与附件 811 (2) (b) 之间的适用顺序方面，该案裁决采取了依次分析附件 811 (2) (a) 中的经济影响（实质性剥夺）、附件 811 (2) (b) 中的正当公共政策目标及非歧视两项善意要求、附件 811 (2) (b) 中的“罕见情形”的解释顺序。^① 该案裁决的分析进路具有合理性。它澄清了间接征收定义及其认定要素与治安权学说及其例外情形这二者在解释上的关系。二者并不是独立的、并列的关系，也不是机械的先后顺序，而是一个内在的统一整体，不应彼此割裂，而应相互结合地解释。它对于间接征收附件适用顺序的解释也是合理的。认定是否存在对于投资的实质性剥夺，是间接征收条款解释的起点和前提。只有存在对于投资的实质性剥夺，才有必要进一步分析是属于善意的非歧视规制，还是构成治安权学说的“罕见情形”例外。在解释“罕见情形”“如此”“严重”等条约用语时，该案裁决强调，按照通常含义，“罕见”意味着极少发生，“如此”“严重”意味着极端严重，因此，规制措施混乱或无效率尚不足以构成间接征收，必须包含非常重大的额外因素才能构成间接征收。^② 这意味着，即使缔约国规制措施导致了对于投资的实质性剥夺，但只要符合非歧视、没有达到极端严重程度等善意要求，仍属于合法的正当规制，而不构成间接征收。合法的正当规制属于一般情形，而间接征收则属于“罕见”例外。这种解释符合通常含义，契合新一代投资条约的缔约方意图，有利于更好地保障东道国正当规制权。

该案裁决特别注重东道国的正当规制权，强调必须合理考虑所有因素来评估哥伦比亚的措施。该案裁决认为，哥伦比亚的措施虽然存在严重混乱、相互矛盾，且没有公众知情、磋商和参与，没有遵守国内法上的善意原则，环境保护存在失败，但是，哥伦比亚划定具体湿地界限范围面临着环境保护与经济发展、私人利益与一般利益之间的困难权衡，其措施总体上是善意的，而非不合理的、不合比例的、任性专断的、反复无常的和极端过分的。哥伦比亚只是作出了某些一般性的鼓励，而没有作出任何许可埃科奥罗在整个特许合同区域采矿或者不对特许合同区域进行划界排除的具体保证和承诺，埃科奥罗也没有做到合理审慎，因此，埃科奥罗不具有“明显的、合理的基于投资的期待”。总之，哥伦比亚采取的是为了真正的环境保护目的的、合比例的、非歧视的、旨在用以保护环境的善意规制措施，不构成应补偿的间接征收，而属于非补偿的正当规制。^③ 这种解释和适用不是抽象化和理想化的，而是具体的和现实的，体现了基于具体事实而逐案考察的精神，也体现了综合考虑目的与措施相结合的要求，尤其是考虑了东道国所面临的复杂艰难的政策权衡和决策过程。

^① See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), para. 629.

^② See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), para. 643.

^③ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 623 - 699.

（二）埃科奥罗案裁决对治安权学说条款解释的宽泛性

1. 治安权学说的不确定性及其条约化的不彻底性

为实现更大的确定性，新一代投资条约将习惯国际法的治安权学说纳入了条约文本。不过，CCoFTA 附件 811 对治安权学说的条约化不够彻底、具体和明确，而且规定了非穷尽性的“罕见情形”例外、善意原则等限定条件来区分非补偿的正当规制与应补偿的间接征收。

在习惯国际法上，除了非歧视和正当公共政策目标之外，东道国规制措施究竟还需要满足哪些要求才构成非补偿的正当合法规制，存在很大模糊性和争议性。*Sakula* 案仲裁庭指出，（习惯）国际法还没有全面明确地识别出究竟哪些是被允许的、被共同接受为国家治安权或规制权范围内的无需补偿的规制，这有待于国际法在非补偿的正当规制和应补偿的间接征收之间划出一个清晰的、易于区分的界限。这个任务不可避免地落到了裁判者的肩上。为此，国际裁判庭需要考察问题产生的具体情形和所涉措施的具体语境。^① 然而，在应补偿的规制征收和非补偿的正当规制之间找到精确的平衡点和明确的划分标准是非常困难的。^② 老一代投资条约仲裁实践表明，仲裁实践并不一致，有的仲裁庭考量的因素非常灵活和宽泛，被纳入考量因素的有正当公共目的、非歧视、善意、合理期待、正当程序、比例原则、合理性、不得任性专断、不得滥权、不得恶意等，乃至直接引入宽泛的公平公正待遇标准。^③

2. 埃科奥罗案裁决对治安权学说条款解释的宽泛性

埃科奥罗案裁决认为，附件 811（2）（b）反映了习惯国际法的治安权学说，附件 811（2）没有明确排除一般国际法在附件 811（2）中的适用，附件 811（2）的解释和适用可以参考关于习惯国际法的治安权学说的裁决。^④ 在具体义务内容的认定上，仲裁庭实际上结合附件 811（2）（a）和附件 811（2）（b）所列举的因素，借助一般国际法尤其是一般国际法上的善意原则而接受了埃科奥罗的主张，除了正当公共政策目标、非歧视、合比例等要求之外，还要求规制措施不得不合理、恶意、任性专断、反复无常和极其过分。

附件 811（2）（b）采取了非排他的、示例性的“罕见情形”表述方式，而治安权学说条款又是对习惯国际法的条约化，因此，援引习惯国际法解释治安权学说及其“罕见情形”例外具有一定的合理性。但是，该案裁决基于习惯国际法而引入了如此众多的宽泛义务要素，明显体现了新一代投资条约治安权学说及其例外情形在解释上的宽泛性和不确定性。不过，该案裁决认定哥伦比亚措施并不违反这些宽泛的义务要素，从而使得治安权学说例外情形的解释和适用的不平衡性后果没有体现出来。

① See *Saluka Investments B. V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006), paras. 260 – 264.

② Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 4th edn, 2017), pp. 470 – 471 and note 154.

③ See August Reinisch, “Expropriation”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), pp. 447 – 451; UNCTAD, *Expropriation* (United Nations Publications, 2012), pp. 94 – 104; Ying Zhu, “Do Clarified Indirect Expropriation Clauses in International Investment Treaties Preserve Environmental Regulatory Space?”, (2019) 60 (2) *Harvard International Law Journal* 378, pp. 388 – 402.

④ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 625 – 626.

二 埃科奥罗案与新一代投资条约公平公正待遇条款的解释和适用

CCoFTA 第 805 条（最低待遇标准）及其注释将公平公正待遇限定在习惯国际法外国人最低待遇标准的范围内，采取非穷尽列举的方式将公平公正待遇义务要素表述为“包括根据正当程序原则在刑事、民事或行政裁判程序中不得拒绝司法的义务”，并强调习惯国际法是指符合《国际法院规约》第 38.1 (b) 条作为通例之证明而经接受为法律者，进而通过 CCoFTA 联合委员会作出了对仲裁庭具有约束力的解释性决定，要求投资者根据习惯国际法两要素举证其所主张的习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇的义务内容。

埃科奥罗案裁决对习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇作了宽泛解释，认为透明度、稳定性、保护投资者合理期待是公平公正待遇标准的核心要素，认定哥伦比亚没有提供透明稳定的规制环境，剥夺了投资者的合理期待，因此违反了第 805 条公平公正待遇义务。^① 该案裁决虽然正确地强调必须高度尊重东道国规制权，认为东道国措施必须达到国际层面或国际法层面不可接受的程度才能被认定为违反公平公正待遇义务，不过其解释和适用非但没有真正充分尊重东道国规制权，反而极其宽泛，使得对公平公正待遇的习惯国际法最低待遇标准的限定没有达到实质效果。

（一）埃科奥罗案裁决对习惯国际法的识别和认定方法存在错误

CCoFTA 缔约方订入第 805 条注释（习惯国际法），就是为了限制对第 805 条的宽泛解释，以减少不确定性。埃科奥罗和仲裁庭有义务直接依据国家实践和法律确信来举证和证明第 805 条公平公正待遇的义务内容。但该案裁决并没有按照一般的国家实践和法律确信，而只是单纯参考其他国际裁决来识别和认定习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇的义务内容。此种单纯依据国际裁决识别和认定习惯国际法的解释方法是错误的。识别和认定习惯国际法应该主要基于国家实践和法律确信的直接证据，国际裁决只能是辅助性的。只有在各国认可国际裁决所表述的习惯国际法的情形下，才可以直接诉诸国际裁决确认习惯国际法的内容。反之，如果各国对国际裁决所表述的习惯国际法存在争议和分歧，就不能单纯依据国际裁决间接确认习惯国际法，而必须直接依据国家实践及其法律确信的各种具体表现形式来识别和认定习惯国际法。就公平公正待遇义务尤其是习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇义务而言，透明度、稳定性、保护投资者合理期待恰恰是各国存在重大分歧和争议的内容。因此，在认定透明度、稳定性、保护投资者合理期待是否构成习惯国际法最低待遇标准范围内的公平公正待遇义务时，不能单纯参考支持此类解释的国际裁决，而必须寻找和识别直接的国家实践和法律确信的权威证据。

联合国国际法委员会（International Law Commission，下称 ILC）关于习惯国际法识别的结论草案及其评注指出，“国际性法院和法庭特别是国际法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决，是确定此类规则的辅助手段”，“国际性法院和法庭通常可利用的技能和广泛的证据可使其判决具有重要分量”，但需取决于一些考虑因素，主要包括“判决在多大程度上经过了对某项宣

^① See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 743 – 821.

称被接受为法律的一般惯例之证据的彻底审查”，“尤其是各国和随后的判例对判决的接受程度”。^① 恰恰在习惯国际法最低待遇标准的公平公正待遇的识别和认定方面，投资条约仲裁庭一般都没有审查（更不用说彻底审查）国家实践及其法律确信的证据，而且各国一般都不接受这些裁决对公平公正待遇的分析和推理，因此这些仲裁庭作出的国际裁决并不具有重要分量，也不适合作为认定习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇义务的辅助手段。

（二）埃科奥罗案裁决对公平公正待遇义务内容的解释过于宽泛

CCoFTA 第 805 条以非穷尽性的方式列举了公平公正待遇的义务内容，其中只提及了“不得拒绝司法”这一项内容。这种非穷尽列举的表述方式不能有效限定和澄清公平公正待遇义务，反而为公平公正待遇义务内容的识别和确定留下了宽泛解释的空间，甚至可能被解释为包含了与没有任何限定的独立的公平公正待遇同样宽泛的义务内容。不过，既然对公平公正待遇作了习惯国际法最低待遇标准的限定，这种宽泛解释也应该是有一定限度的。很多仲裁庭在认定合理期待、稳定的法律和商业环境、透明度是否构成习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇的义务要素时是比较谨慎的，认为这 3 个方面都不是独立义务要素，充其量只是认定是否违反其他独立义务要素的考量因素。^②

埃科奥罗案裁决虽然强调第 805 条公平公正待遇和独立的公平公正待遇是不同的，不能作宽泛解释，而且还强调稳定性本身不是习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇的义务要素，^③ 但实际上却接受了埃科奥罗的主张，认为合理期待、稳定透明的法律和商业环境是习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇的具体义务要素，甚至比埃科奥罗走得更远，认为透明度、稳定性、保护合理期待这 3 个方面对于界定公平公正待遇标准具有核心地位（central role）。

埃科奥罗案裁决列举透明度、稳定性、保护合理期待这 3 个存在很大争议的义务内容时，虽然声称“参考既往裁决”，但却没有引证任何裁决，反倒是在列举不太突出的“不公正或者怪异”等义务内容时引证了 3 个裁决，而且其引证的 *Saluka* 案裁决涉及的是独立的公平公正待遇而非习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇。^④ 正如 Philippe Sands QC 在该案异议意见中所指出的，仲裁庭多数意见本来强调稳定性并不是公平公正待遇义务要素，但随后却将稳定性作为其义务要素并适用于该案事实，而又没有习惯国际法两要素证据，且没有引证任何权威裁决，这种

① See ILC, “Draft Conclusions on Identification of Customary International Law and Commentaries thereto”, in Report of the International Law Commission on the Work of the Seventieth Session, U. N. Doc. A/73/10 (2018), pp. 149 – 150.

② 以 NAFTA 第 1105 条为例，NAFTA 投资条约仲裁庭一般认为明显任性专断、不得拒绝司法、遵守正当程序是习惯国际法最低待遇标准意义上公平公正待遇的义务内容，而除了个别仲裁庭之外，多数仲裁庭认为遵守合理期待、透明度、提供稳定可预测的规制环境、善意不是其义务内容，充其量只是认定是否违反其他义务内容的考量因素，基于国籍以外其他因素的有针对性的歧视是否属于其内容目前还不确定。See e. g., Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer Law International, 2013), pp. 260 – 271; Patrick Dumberry, “Fair and Equitable Treatment”, in Makane Moïse Mbengue and Stefanie Schacherer (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)* (Springer, 2019), pp. 105 – 117.

③ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 749 – 750.

④ See *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF) /00/3, Award (30 April 2004), para. 98; *Saluka Investments B. V. v. The Czech Republic*, Partial Award (17 March 2006), para. 288; *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/17, Award (19 December 2013), para. 454.

推理仿佛是在变魔术，稳定性义务无中生有地就产生了。^① 在认定合理期待构成习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇方面，仲裁庭认为习惯国际法最低待遇标准中的合理期待与间接征收中的期待在产生基础上有所不同，后者产生于东道国政府或其官员的具体承诺、保证或陈述，而前者则可以产生于具体承诺、保证或陈述以外的其他非具体陈述乃至可预测的法律框架。^② 不过，基于稳定的法律框架或一般性的鼓励支持产生习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇范围内的合理期待，是极具争议的，也是没有习惯国际法依据的。

埃科奥罗案裁决在认定习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇内容方面的分析和推理是非常粗糙的。该案裁决认定合理期待、稳定性、稳定透明的投资环境构成主要义务内容，但却没有引证任何具体出处和来源。该案仲裁庭表面看似解释和适用第 805 条习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇，实际上解释和适用的是独立的公平公正待遇。这可以说不是简单的法律解释和适用不严谨、错误或者说理不充分、没有说明理由的问题，而是不尊重法律文本、不适用本应适用的法律、适用了不该适用的法律。该案仲裁员 Philippe Sands QC 在异议意见中指出，该案仲裁庭混合了这两个术语，或者通过适用另一个术语（即独立的公平公正待遇）而错误适用了习惯国际法最低待遇标准，且没有达到申请人遵守必要的举证责任的要求，没有赋予缔约方意图以效果，这种做法存在明显逾越权限的风险。^③

埃科奥罗案裁决认为公平公正待遇的通常含义是公正的、公平的、无偏见的、正当的，进而认为触犯了公正、公平和合理性的感受就违反了第 805 条公平公正待遇义务。然而，公平公正待遇之所以存在广泛争议，各国之所以通过习惯国际法最低待遇标准限定公平公正待遇，就是因为公平公正待遇的通常含义本身就是问题所在。该案裁决所解释和适用的并不是独立的公平公正待遇，而是受到习惯国际法最低待遇标准限定的公平公正待遇。姑且不论大量投资条约包含的公平公正待遇实践是否能够得出公平公正待遇本身已经发展成为习惯国际法的结论，^④ 即便假设公平公正待遇本身已经成为习惯国际法，也没有解决公平公正待遇本身的不确定性和宽泛性的问题。将公平公正待遇直接适用于具体个案事实，显然不是解决问题。可见，缔约国通过习惯国际法限定公平公正待遇的论证方法和义务内容的目的和意图都落空了，并没有真正有效解决该案裁决对公平公正待遇解释和适用的宽泛性和不确定性。

（三）埃科奥罗案裁决对间接征收和公平公正待遇的解释和适用前后矛盾

埃科奥罗案裁决在结合该案具体事实解释和适用习惯国际法最低待遇标准范围内的公平公正待遇义务的要素及间接征收标准时存在前后矛盾。^⑤

① See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Partial Dissent of Professor Philippe Sands QC (9 September 2021), paras. 19 – 22.

② See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 681, 764 – 766, 804.

③ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Partial Dissent of Professor Philippe Sands QC (9 September 2021), para. 8.

④ See e.g., Stephen M. Schwabel, “The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law”, (2004) 98 *ASIL Proceedings* 27; Patrick Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, (2017) 8 (1) *Journal of International Dispute Settlement* 155.

⑤ See e.g., M. Sornarajah, “Conclusion: Containing the Pernicious Regime of Investment Arbitration”, in David Schneiderman and Gus Van Harten (eds.), *Rethinking Investment Law: Perspectives and Prospects* (Oxford University Press, 2023), pp. 224, 235.

在间接征收认定标准的适用中，仲裁庭认为哥伦比亚被指控的措施的真正目的、真正动机是保护环境，^① 而在公平公正待遇标准的适用中，却认为这些措施并不服务于明显的正当目标（即环境保护）。^② 在间接征收认定标准的适用中，仲裁庭认定一般泛泛的鼓励支持并不构成具体承诺保证，^③ 从而也不产生明显的基于投资的合理期待，而在公平公正待遇标准的适用中，却认为这些一般泛泛的鼓励支持可以产生合理期待。^④ 在考虑应尽的合理审慎或注意义务（due diligence）方面，在间接征收认定标准的适用中，仲裁庭尽管也指出哥伦比亚在订立第 3452 号特许协议时也没有尽到应有的合理审慎或注意义务，^⑤ 但更强调埃科奥罗自始至终理应意识到其采矿权利将会受到哥伦比亚将来划定湿地区域范围的限制或者禁止，^⑥ 而在公平公正待遇标准的适用中，仲裁庭尽管也指出要考虑埃科奥罗是否尽到应有的合理审慎或注意义务，^⑦ 但更强调哥伦比亚泛泛的鼓励支持和哥伦比亚的规制措施存在的问题导致不能以埃科奥罗应尽的合理审慎或注意义务来否定埃科奥罗本应享有的合理期待。^⑧ 在间接征收认定标准的适用中，划定或者未划定湿地区域边界的作为和不作为被认为不是不合理的、非善意的、任性专断的、反复无常的，而是善意的、合比例的，^⑨ 而在公平公正待遇标准的适用中，却强调这些措施是严重不一致的、混乱的、不确定的，认为这些措施构成了低于可接受的国际标准的严重不公正、明显任性专断。^⑩ 这就等于认定哥伦比亚的措施不符合善意的要求。^⑪ 在间接征收认定标准的适用中，仲裁庭更同情哥伦比亚权衡环境保护与经济发展及投资保护、协调不同部门和不同利益所面临的挑战、困难和复杂性，^⑫ 因而其规制措施不构成“罕见情形”，而在公平公正待遇标准的适用中，则更强调哥伦比亚未能合理地协调不同部门、不同政策目标，因此造成了严重的不确定性、不一致性及不合理性，^⑬ 从而构

① See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 636 – 639, 644 – 645, 662, 678, 698 – 699.

② See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 760, 766 – 790, 810 – 812, 814 – 816, 820 – 821.

③ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 688 – 694.

④ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 764 – 804.

⑤ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 694 – 696.

⑥ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 681 – 694.

⑦ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 762, 765, 768.

⑧ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 768 – 821.

⑨ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 656, 678 – 680, 696 – 699.

⑩ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 772 – 821.

⑪ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 752, 762.

⑫ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 641, 649, 698.

⑬ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 781, 796, 815, 816, 821.

成了低于国际层面可接受的极其严重的不公正和任性专断。

在公平公正待遇条款和间接征收条款的具体解释和适用方面，该案裁决的自相矛盾主要不是两位异议仲裁员各自意见的自相矛盾，而是首席仲裁员 Juliet Blanch 的自相矛盾，而两位异议仲裁员各自的意见相对更加自洽、一致。Horacio A. Grigera Naón 认为哥伦比亚的措施不但违反习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇义务，而且不符合善意原则、比例原则、保护合理期待原则，属于“罕见情形”，构成违法的间接征收。^① Philippe Sands QC 则认为，哥伦比亚的措施不但不构成间接征收，而且也不违反习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇义务，因为这些措施虽然不完善、不及时、不确定、不一致，但却未达到习惯国际法最低待遇标准所要求的极其严重程度。^② Philippe Sands QC 指出，另外两位仲裁员在间接征收和公平公正待遇两个实体争点的具体适用方面，在认定非具体保证和陈述是否产生合理期待时都存在前后矛盾。^③

这种自相矛盾并不能基于治安权条款中的“罕见情形”与习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇义务审查标准宽严不同得到解释。“罕见情形”意味着极其少见、非常严重、令人震惊等严重程度，而违反“习惯国际法最低待遇标准意义上的公平公正待遇”也要求达到非常少见、在国际层面不可接受、例外的、令人震惊等严重程度，二者所要求的严重程度并无真正的、实质的差别。如果案涉投资条约采取的是独立的公平公正待遇而非习惯国际法最低待遇标准限定的公平公正待遇，那么，就可能会存在间接征收中的治安权学说比公平公正待遇审查标准更严格的情形，从而导致仲裁庭认定东道国行为虽然不构成间接征收但却违反了公平公正待遇，但 CCoFTA 采取的是习惯国际法最低待遇标准限定的公平公正待遇而非独立的公平公正待遇，而埃科奥罗案裁决在二者的解释和适用方面实际上并未指出和强调二者对于严重程度的要求有任何不同。

三 埃科奥罗案与新一代投资条约一般例外条款的解释和适用

CCoFTA 第 2201 (3) 条订入了《1994 年关税与贸易总协定》(下称 GATT 1994) 第 20 条风格的一般例外条款。其规定，为了第 8 章(投资)的目的，受制于这些措施的实施方式不构成在投资之间或投资者之间任性专断的或不正当的歧视或者对国际贸易或投资的变相限制，该协定不应被解释为阻止缔约方采取或执行为了保护人或动植物生命或健康所必要的措施(包括为了保护人或动植物生命或健康所必要的环境措施)、为了确保遵守不与该协定不一致的法律和规章所必要的措施或者为了保护有生命或无生命的可用竭的自然资源所必要的措施。

该案裁决采取通常含义、目的和宗旨、上下文语境等解释方法，认定 CCoFTA 第 2201 (3) 条并未排除哥伦比亚因其措施对埃科奥罗造成损失而应承担的损害赔偿赔偿责任，而且哥伦比亚没有

^① See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Partial Dissenting Opinion of Horacio A. Grigera Naón (9 September 2021), paras. 17 – 27, 31 – 32.

^② See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Partial Dissent of Professor Philippe Sands QC (9 September 2021).

^③ See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Partial Dissent of Professor Philippe Sands QC (9 September 2021), paras. 16, 18.

证明为什么不给予赔偿是“为了保护环境”所“必要的”。^① 埃科奥罗案裁决对一般例外条款的解释剥夺了一般例外条款的实际效果，引起了很大争议。^②

（一）埃科奥罗案仲裁庭对一般例外条款通常含义的解释背离了通常含义

埃科奥罗案裁决认定，第 2201（3）条规定本协定不阻止缔约方采取其中所明确列举的正当公共政策目标所必要的措施，其效果就是排除了缔约方承担恢复原状的责任，但不排除缔约方承担金钱赔偿的责任，因为恢复原状责任不允许缔约方采取必要的环境保护措施，而金钱赔偿责任不影响缔约方采取必要的环境保护措施。

不过，该案裁决所认为的通常含义实际上并不是第 2201（3）条的通常含义，反而可以说是剑走偏锋的“非常”“反常”含义。第 2201（3）条的通常含义就是“不阻止”缔约方采取或执行符合该条序言条件的必要的环境保护措施。所谓“阻止或不阻止”只涉及所采取或执行的措施是不是符合“不构成任性专断的或不正当的歧视”“不构成变相的贸易或投资限制”“必要的”等条件，符合这些条件就“不阻止”，即因符合一般例外条件而不违反第 8 章规定的投资保护义务；反之则“阻止”，即因不符合一般例外条件而违反第 8 章所规定的投资保护义务。一般情况下，例外条款被表述为本协定“不排除”缔约国符合某些条件的措施的适用，其效果就是将落入例外条款范围的、符合例外条款条件的措施排除在了有关实体义务之外，或者说，有关实体义务不适用于这些符合条件的措施，进而这些措施就不违反有关义务规则，^③ 就不是国际不法行为，就不承担国家责任，其中也包括不承担损害赔偿责任。^④ 因此，只要符合第 2201（3）条序言所规定的条件就不违反 CCoFTA 义务，从而也就不承担任何违反义务的国家责任，这与投资者可不可以提出损害赔偿请求、东道国应不应该承担损害赔偿责任没有任何必然关系。恰恰相反，如果符合了第 2201（3）条序言条件，却仍然需要承担赔偿责任，这实际是“阻止”而非“不阻止”缔约国采取此类措施。承担赔偿责任本身就是“阻止”，进而由于担心即使符合该条序言条

① See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 826 – 837.

② See e.g., J. Benton Heath, “Eco Oro and the Twilight of Policy Exceptionalism”, 20 December 2021, International Institute for Sustainable Development (IISD), <https://www.iisd.org/itm/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism>; Roopa Mathews and Dilber Devitre, “New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*”, 11 April 2022, Kluwer Arbitration Blog, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/11/new-generation-investment-treaties-and-environmental-exceptions-a-case-study-of-treaty-interpretation-in-eco-oro-minerals-corp-v-colombia>; Wolfgang Alschner, “From a Backlash Against Investment Arbitration to a Backlash by Investment Arbitrators?”, 4 July 2022, Kluwer Arbitration Blog, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/07/04/from-a-backlash-against-investment-arbitration-to-a-backlash-by-investment-arbitrators>; Güneş Ünüvar, “A Tale of Policy Carve – Outs and General Exceptions: *Eco Oro v Colombia* as a Case Study”, (2023) 14 *Journal of International Dispute Settlement* 517; Robert Garden, “*Eco Oro v Colombia*: The Brave New World of Environmental Exceptions”, (2023) 38 (1) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 17.

③ See Caroline Henckels, “Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?”, (2018) 59 *Boston College Law Review* 2825, p. 2829.

④ 参见杜娟：《国际投资协定中的例外条款研究》，法律出版社 2023 年版，第 39—40 页。See also William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, (2008) 48 *Virginia Journal of International Law* 307, pp. 386 – 387.

件也仍然承担赔偿责任而使得缔约国不敢或者放弃正当公共政策目标规制，从而导致规制寒噤，这就更是“阻止”而非“不阻止”了。

埃科奥罗案裁决对“为了保护环境”所“必要的”的通常含义的解释存在错误。该案仲裁庭以哥伦比亚不能证明不给予赔偿是“为了保护环境”所“必要的”，来支持该案仲裁庭认定的一般例外条款不排除赔偿责任、哥伦比亚应承担因其措施而给埃科奥罗造成损失的赔偿责任的结论。^① 不过，在“为了保护环境”所“必要的”这一表述中，“必要的”是对哥伦比亚采取的环境保护措施所做的要求，它所限定的是哥伦比亚是否遵守了一般例外条款所规定的义务，而不是对哥伦比亚是否支付因其违反公平公正待遇义务且不符合一般例外条款所应承担的赔偿所做的要求。而该案仲裁庭没有分析哥伦比亚采取的环境保护措施是否是“必要的”，而是跳过了“必要的”，直接认为即使符合一般例外，也仍应承担赔偿责任。^② 这使得该案仲裁庭并没有真正分析“必要的”这一条件究竟是针对哥伦比亚的环境规制措施还是其规制措施被认定违反公平公正待遇义务的赔偿责任。

（二）埃科奥罗案仲裁庭对缔约方意图、目的和宗旨的解释偏离了条约本身的规定

埃科奥罗案裁决认为，CCoFTA 缔约方的意图是即使符合一般例外也不排除赔偿责任，因为如果缔约方意图允许缔约方采取必要的环境措施而且免除赔偿责任，就会像第 812 (b) 条（明确规定符合正当规制一般就不予赔偿）那样明确规定符合一般例外要求则不承担赔偿责任。这是对缔约方意图的反常的、不合理的解释。对于一般例外条款，通常的解释是，如果符合一般例外条件，就不违反本协定，也当然就不承担违反本协定所应承担的责任（包括赔偿责任）。缔约双方的意图应该从条约文本和筹备资料予以解释，但缔约双方关于该条约解释的嗣后实践或嗣后协议、被申请人在该案中的解释也应予以适当考虑，而该案裁决一方面强调缔约方意图，另一方面却没有考虑缔约双方明确表达的观点，^③ 这实际上并未认真对待缔约方意图。

埃科奥罗案裁决认为，CCoFTA 的目的和宗旨是兼顾环境保护和投资保护。据此，第 2201 (3) 条的通常含义就是允许缔约方采取符合该条规定条件的必要的环境保护措施，但应承担赔偿责任，否则，如果允许采取必要的环境措施而不赔偿投资者的损失，就不符合环境保护与投资保护相互支持相互受益的目的和宗旨，而哥伦比亚也没有解释为保护环境而不给予赔偿如何兼顾投资保护和环境保护的目的和宗旨。不过，该案裁决结合目的和宗旨所作的解释是错误的。该案裁决恰恰是用自己所设想的目的和宗旨取代了缔约方在该协定中明定的目的和宗旨。CCoFTA 的目的和宗旨是合理兼顾投资保护和环境保护，第 2201 (3) 条政策目标及其序言条件本身就是合理兼顾这两类目的和宗旨。但是，合理兼顾不等于在任何情况下都能够或者必须同时保护、同等保护，有时不得不作出权衡和取舍，这是一般例外的应有含义。如果不符合

^① See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), para. 832.

^② See J. Benton Heath, “Eco Oro and the Twilight of Policy Exceptionalism”, 20 December 2021, International Institute for Sustainable Development (IISD), <https://www.iisd.org/itm/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism>.

^③ See Robert Garden, “Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions”, (2023) 38 (1) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 17, pp. 17 – 24.

这些条件，那么就是第 2201（3）条所不允许的。如果符合这些条件，那么环境保护就优先于投资保护，就是第 2201（3）条所允许的，就不承担任何国家责任，这就是缔约方在权衡之后所作的取舍。

（三）埃科奥罗案仲裁庭对上下文语境的解释不准确

埃科奥罗案裁决结合上下文语境认为，如果哥伦比亚可以采取必要的环境保护措施而不承担赔偿责任，将导致第 2201（3）条与第 8 章（投资）的某些条款相互冲突，使得第 8 章的某些条款变得多余。例如，将导致第 2201（3）条与第 811（2）（b）条冲突，因为根据第 811（2）（b）条，环境保护措施可能构成间接征收而应予赔偿。此外，根据第 8 章，投资者需要就落入第 2201（3）条的某些措施提起仲裁而且只能寻求损害赔偿救济。^①

不过，该案裁决结合上下文语境的解释是错误的。第 2201（3）条与第 8 章投资保护义务之间不存在冲突，第 2201（3）条也不导致第 8 章投资保护义务变得多余。恰恰相反，第 2201（3）条本来就是第 8 章投资保护义务的一般例外，而一般例外是对第 8 章投资保护义务的限制、减损或背离，符合了第 2201（3）条的一般例外条件，其效果就是使得本来初步地、表面地看起来是违反了第 8 章投资保护义务的措施具有了正当理由（justification），使得缔约国的措施得到允许，最终不构成违反 CCoFTA 义务，也不承担任何责任。如果哥伦比亚措施构成了间接征收且未给予补偿，则可初步认定违反了第 811 条征收条款规定的补偿义务，但如果符合一般例外，则最终就不违反 CCoFTA 义务，也不承担赔偿责任。不过，构成了违法的间接征收，一般也很难符合一般例外，因此就应承担赔偿责任。投资者对于符合一般例外的规制措施提起仲裁寻求损害赔偿，而一般例外条款又排除了损害赔偿，这也不存在任何矛盾，因为一般例外条款的效果本来就是如此，符合一般例外的规制措施就不承担任何国家责任，当然也包括不承担赔偿责任。

此外，第 2201（3）条是借鉴 GATT 风格的一般例外条款，该案裁决应参考 GATT/WTO 裁判法理进行解释。^② 在 GATT/WTO 争端解决实践中，如果被诉措施符合一般例外就不违反 GATT 1994，败诉方就不承担责任。^③ 没有人认为此种解释会使得 WTO 协定的某些基础义务变得多余。GATT/WTO 法中的责任是属于面向未来既往不咎的恢复原状，而非投资条约仲裁中的损害赔偿，但这并不影响不违反条约义务从而不承担责任的结论。

（四）埃科奥罗案仲裁庭援引习惯国际法的解释存在偏差

埃科奥罗案裁决援引 ILC《国家对国际不法行为的责任条款草案》（下称《责任条款草案》）第 5 章第 27 条（b）款和第 36 条（1）款来支持其认定哥伦比亚应承担赔偿责任的论证。不过，这是错误的。符合一般例外条款的措施是被排除在条约义务范围之外的措施，是被允许的、合法

^① See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 831, 833.

^② 参见蒋超翊、李若晴：《殊途何以同归——论国际投资法移植 WTO 一般例外条款的实践困难与突破》，载《国际法研究》2024 年第 1 期，第 116—117 页。

^③ See Roopa Mathews and Dilber Devitre, “New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*”, 11 April 2022, Kluwer Arbitration Blog, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/11/new-generation-investment-treaties-and-environmental-exceptions-a-case-study-of-treaty-interpretation-in-eco-oro-minerals-corp-v-colombia>.

的措施，而《责任条款草案》第 5 章解除行为不法性的规则适用于违反条约义务的国际不法行为，是在免责层面对不法行为的抗辩。^① 该案仲裁庭错把基于一般例外所允许的合法行为当成了需要基于《责任条款草案》第 5 章提出免责抗辩的不法行为。^② 《责任条款草案》编纂的是国家违反国际义务所应承担国家责任的次级规则，而非国家是否违反国际义务的初级规则。如果符合一般例外，则不违反国际义务，这属于是否违反国际义务的初级规则范畴，而不属于是否应承担国家责任的次级规则范畴。^③ 如果符合一般例外，就不违反国际义务，就不承担国家责任，也就不涉及违反国际义务所应承担国家责任的次级规则问题。该案裁决没有正确理解第 2201 (3) 条一般例外条款作为初级规则的法律性质，进而没有正确理解符合第 2201 (3) 条一般例外条款则不违反投资条约义务因此不承担国家责任（包括赔偿责任）的法律效果，从而才错误地诉诸作为次级规则的《责任条款草案》第 5 章所编纂的习惯国际法。正如投资条约安全例外的类似错误仲裁实践，^④ 这不但存在混淆作为初级规则的条约和作为次级规则的习惯国际法的问题，还存在错误援引习惯国际法解释条约的问题，甚至存在本应适用条约反倒适用习惯国际法的问题。具体而言，《责任条款草案》第 5 章所编纂的解除行为不法性的情况，包括其中第 27 条 (b) 款所表述的援引解除行为不法性的情况的后果，适用于认定违反国际义务之后本应承担国家责任但符合解除行为不法性的情况。但是，CCoFTA 第 2201 (3) 条一般例外条款适用的结果则是认定哥伦比亚不违反案涉条约 CCoFTA 的义务因此不承担国家责任。

埃科奥罗案裁决对《责任条款草案》第 5 章第 27 (b) 条的解释也是错误的，该款只是不影响 (without prejudice to) 在符合解除行为不法性情况下因该行为遭受物质损失而产生的赔偿问题，而没有具体规定应该及如何承担此种赔偿责任。^⑤ 该款所述规则只是消极地“不影响”赔偿问题，而该案裁决却错误地将其作为承担赔偿责任的积极要求。该案裁决援引《责任条款草案》第 36 (1) 条的赔偿规则更是错误的，因为该款所述的规则适用于违反国际义务所应承担的赔偿责任，而该案中如果哥伦比亚符合 CCoFTA 第 2201 (3) 条一般例外，就不违反案涉条约 CCoFTA 的义务，自然也就谈不上承担违反国际义务的赔偿责任问题。

四 确定性与平衡性的再寻

在埃科奥罗案中，公平公正待遇和间接征收条款继续被宽泛且不确定地解释和适用，一般例

① See Caroline Henckels, “Permission to Act: The Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law”, (2020) 69 *International & Comparative Law Quarterly* 557, pp. 558 – 567.

② See Gupta Aarushi, “Eco Oro v. Colombia: Is GATT Article XX to be Blamed?”, (2023) 89 (1) *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 21, pp. 24 – 26.

③ See Caroline Henckels, “Investment Treaty Security Exceptions, Necessity and Self-Defence in the Context of Armed Conflict”, in Katia Fach Gómez, Anastasios Gourgourinis and Catharine Titi (eds.), *International Investment Law and the Law of Armed Conflict* (Springer, 2019), pp. 330 – 331.

④ See Federica Paddeu and Michael Waibel, “Article 25 of the ARSIWA: Necessity”, in Andreas Kulick and Michael Waibel (eds.), *General International Law in International Investment Law: A Commentary* (Oxford University Press, 2024), pp. 358 – 359.

⑤ See Federica Paddeu, “Article 27 of the ARSIWA: Consequences of Invoking a Circumstance Precluding Wrongfulness”, in Andreas Kulick and Michael Waibel (eds.), *General International Law in International Investment Law: A Commentary* (Oxford University Press, 2024), pp. 373 – 374.

外条款并没有实现缔约国预期的因正当行使规制权而排除赔偿责任的效果。该案裁决表明，缔约国所追寻的确定性与平衡性在很大程度上失落了。因此，仍然需要继续探求新一代投资条约及其解释和适用的确定性与平衡性之道。这需要从条约解释和条约表述两个方面作出改进。

首先，裁判机构应善意审慎地解释和适用新一代投资条约。新一代投资条约是在老一代投资条约及其解释和适用面临不确定性、不平衡性等正当性危机的背景下兴起的，新一代投资条约的公平公正待遇、间接征收、一般例外等条款旨在改进老一代投资条约及其解释和适用的确定性与平衡性，而不希望出现事与愿违的“新条约、老结果”的情形。因此，裁判机构在解释和适用新一代投资条约时不能固守老一代投资条约解释和适用的固有观念和思维，而必须切记新一代投资条约取代老一代投资条约的大背景、大语境，正确理解和善意尊重新一代投资条约的缔约方意图，合理尊重和认真对待缔约方关于条约解释的嗣后协议和嗣后实践，这是善意解释新一代投资条约的根本要求。否则，如果一意孤行甚至任性而为，错解甚至曲解条约含义和缔约方意图，则其明显不合理甚至错误的解释和适用终将被缔约国通过修改或解释条约的方式所否定，甚至导致投资者与国家间争端的国际裁判机制尤其是投资条约仲裁机制继续面临正当性危机进而被激进改革或彻底取消。条约解释是一门审慎运用各种解释规则和方法的艺术。裁判者应正确解释和适用新一代投资条约。裁判者不能单纯参考国际裁决而必须严格按照国家实践和法律确信两要素来识别和认定习惯国际法，不能混淆条约与习惯国际法、初级规则和次级规则，乃至以习惯国际法、次级规则来改变、扭曲甚至否定条约、初级规则，不能剥夺一般例外条款所具有的排除赔偿责任的效果，否则就是错误解释。进而，裁判者应恰当解释和适用新一代投资条约。非穷尽性的习惯国际法最低待遇标准范围内的公平公正待遇义务和治安权学说中的“罕见情形”“善意”等条约表述本身给裁判者留下了很大的解释上的裁量空间。新一代投资条约公平公正待遇、间接征收、一般例外等条款在适用于具体事实时，都给东道国善意行使正当公共政策目标规制权留下了很大的自由空间。这都要求裁判者在解释和适用有关条款时善意考虑东道国的具体情形，真正尊重东道国规制权，而不能口惠而实不至，更不能对东道国施加过高的苛刻要求。不同案件仲裁庭对新一代投资条约解释和适用的竞争和演进，缔约国、学术界、非政府组织等各种利害相关者的回应和评论，都可能有助于促进新一代投资条约解释和适用的确定性与平衡性。不过，老一代投资条约仲裁实践表明这并不必然有效。确保投资条约裁判者具有良好的一般国际公法乃至国际环境法、国际人权法等专业知识背景，设立投资条约仲裁上诉机制乃至设立常设两审国际投资法院机制，有助于改善新一代投资条约解释和适用的裁判推理质量，促进裁判者正确审慎地解释和适用新一代投资条约。

其次，缔约国应审慎严谨地制定和表述新一代投资条约。新一代投资条约的条款设计和文本表述存在的不足是未能有效达成投资条约的确定性与平衡性目标的重要原因。为此，需要进一步改进和澄清间接征收、公平公正待遇及一般例外等实体条款，进一步减少和消除裁判机构错误或扭曲解释和适用的裁量空间。对于间接征收条款，应明确将习惯国际法的治安权学说彻底条约化，不订入“罕见情形”“善意”等可能导致援引习惯国际法作出宽泛和不确定解释的表述，排他性列举构成非善意的具体要素和情形，防止通过习惯国际法对“罕见情形”“善意”作扩张解释。例如，欧盟委员会2023年《成员国与第三国谈判或重新谈判双边投资条约评注非正式文件》关于间接征收的附件明确将“罕见情形”排他性地限定为“一项或一系列措施就其目的而言如此严重以至于看起来如此过度”的情形，而且没有规定“善意”要求。此外，应明确强调“罕

见情形”的解释必须达到极高标准，确保认定违反有关具体义务必须达到极其严重的程度，防止将虽不规范但并未达到极其严重程度的东道国规制认定为间接征收。对于公平公正待遇条款，应将公平公正待遇彻底条约化，排除援引本身就不确定且可能被宽泛解释的习惯国际法及其最低待遇标准，取消纠缠不清的习惯国际法限定条件和举证要求。例如，欧盟条约实践及欧盟委员会 2023 年《成员国与第三国谈判或重新谈判双边投资条约评注非正式文件》未将公平公正待遇条款与习惯国际法及其最低待遇标准挂钩。^① 各国应采取排他性列举的方式表述公平公正待遇的具体义务要素，并明确强调认定违反公平公正待遇必须达到极其严重的程度。对此，可以参考欧盟投资条约实践、加拿大 2021 年外国投资促进与保护协定范本或者其他采取排他性列举模式的投资条约范本或实践，对具体义务要素进行权衡取舍。对于一般例外条款，应将其所保护的正当政策目标由穷尽性的排他列举改为示例性的非排他列举，将政策目标与措施之间关系的措辞由过于严格的“必要的”改为比较宽松的“关于”“有助于”“合理联系”等表述。更重要的是，应在条约中明确规定一般例外条款的效果是排除包括赔偿责任在内的任何形式的国家责任。此外，还应明确一般例外条款是为了在更大程度上加强保障东道国正当规制权，而不是限制、削弱投资保护义务原本内含的公共政策目标及规制权考量因素，只有在综合考量投资保护义务条款及其内含的正当公共政策目标及其规制权之后仍然构成违反投资保护义务的情况下才能适用一般例外条款。^② 当然，投资条约各项实体保护条款本身一般都内在地包含了对于东道国正当公共政策目标规制权的合理考量，只是不同的仲裁庭对其解释和适用存在不确定性与不平衡性。因此，也可以考虑不订入一般例外条款，而在具体的投资保护实体义务条款之中进一步订入或明确东道国正当公共政策目标及规制权考量因素条款，进而订入独立的规制权条款并强调投资保护实体义务条款的解释和适用应考虑规制权条款，以避免未预期的错误解释或明显的不合理解释。加拿大 2021 年外国投资促进与保护协定范本就删除了 GATT 1994 第 20 条风格的一般例外条款，但对投资条约各项实体保护条款本身作了进一步限定和澄清。

五 结论

各国希望通过新一代投资条约有效增强投资条约解释和适用的确定性、可预见性和一致性，平衡外国投资保护和东道国公共利益规制空间，消除投资条约与仲裁的正当性危机。不过，遗憾的是，埃科奥罗案裁决表明，新一代投资条约文本所追求的确切性与平衡性目标在投资条约仲裁解释和适用中未能完全实现。新一代投资条约案件刚刚兴起，新一代投资条约解释和适用的裁判实践也将在内部反思和外部影响下不断演进。针对新一代投资条约解释和适用的粗糙和错谬，裁判机构需要改进其解释和适用，必要时各国应考虑设立上诉机制以矫正裁判错误。针对新一代投资条约本身条款表述的不明晰和不严谨，各国需要进一步澄清新一代投资条约条款的表述，明确新一代投资条约及其解释和适用如何考量东道国正当公共政策目标及其规制权的善意行使，从而

^① See European Commission, *Annotations to the Model Clauses for Negotiation or Re-negotiation of Member States' Bilateral Investment Agreements with Third Countries*, 21 September 2023.

^② 加拿大提交的第三方意见强调，“一般例外是保护国家行使规制权的额外工具或者最后的‘安全网’”。See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Non-Disputing Party Submission of Canada (27 February 2020), para. 20.

在一定程度上和一定范围内（例如在特定条约之下）实现投资条约解释和适用的确定性与平衡性。

Quest for and Loss of Certainty and Balance in Interpretation and Application of New-Generation Investment Treaties in Light of *Eco Oro v. Colombia* Case

Wang Yanzhi

Abstract: The old-generation investment treaties stipulate vague and broad substantive investment protection provisions such as fair and equitable treatment and indirect expropriation, whose uncertain and unbalanced interpretation and application tend to favor foreign investment over host state. This poses a legitimacy crisis for the investment treaty and arbitration. The new-generation investment treaties that emerged after 2001 limit and clarify substantive investment protection provisions, and strengthen provisions safeguarding the regulatory right of host state so as to achieve the certainty and balance in investment treaties interpretation and application. The new-generation investment treaties limit and clarify indirect expropriation and fair and equitable treatment provisions, and stipulate the GATT-style general exceptions provisions. However, the practical effects of the new-generation investment treaties remain to be tested and evaluated by adjudicative practice. *Eco Oro v. Colombia* is a typical case based on the new-generation investment treaties influenced by the American and Canadian models. The tribunal in this case continued to interpret and apply indirect expropriation and fair and equitable treatment provisions in the new-generation investment treaties in a broad and uncertain way, and denied any practical effect of the general exceptions provision. The award in this case indicates that the new-generation investment treaties have failed to effectively constrain and guide the interpretation and application by arbitral tribunals, and have failed to achieve the certainty and balance of the new-generation investment treaties and their interpretation and application. Therefore, it is necessary to further reflect and improve the tribunals' interpretation and application, improve and clarify substantive provisions such as indirect expropriation, fair and equitable treatment and general exceptions, and clarify and strengthen the provisions safeguarding the host state's regulatory rights.

Keywords: New-Generation Investment Treaties, *Eco Oro v. Colombia*, Indirect Expropriation, Fair and Equitable Treatment, General Exceptions, Interpretation and Application of Treaties

（责任编辑：谭观福）