**东道国公共利益和投资者保护—国际投资协定例外条款研究**

【摘要】

在国际投资实践中，如何平衡并处理好东道国管理本国内部事务的权力与投资者利益保护之间的关系问题越来越受到广泛的重视。

2009年一位哈佛大学教授John Gerald Ruggie在给联合国人权事务委员会的报告中表达了对该问题的关切：“近些年投资实践表明，某些投资条约和投资合同条款可能会不适当的束缚东道国追求一些合法的政策目的，包括其承担的国际人权保护义务，这是因为基于国际仲裁的存在和约束，外国投资者可以使其投资免受东道国新的法律法规的影响，或者对为遵守这些新的法律法规所受到的损害向东道国政府寻求赔偿。”[[1]](#footnote-0)

同年，单文华教授在其著作《Chinese Investment Treaties: Policies and Practice》(2009)一书中也表达了国际投资协定对投资者保护与东道国管理权利之间不平衡问题的担忧：“和国际贸易协定相比，国际投资协定对一个主权国家的经济、社会及政治会产生更加深远的影响，但是，在传统的国际投资协定中，似乎更多的是规定东道国应承担的保护投资的义务，而缺乏对东道国主权国家合法权益的保护规定，条约在东道国和投资者之间的利益选择上似乎更加倾向于保护外国投资，而不考虑东道国对其国内经济、社会、环境、公共安全等进行管理的权力，尤其是和贸易协定相比，双边投资条约里其他实体性条款的发展相对健全，而例外条款的发展却严重滞后，因此有必要重视在国际投资协定中例外条款的引入及其发挥的作用。”[[2]](#footnote-1)

2010年，一批国际法学者共同发布了一份公开声明：“Public Statement on the International Investment Regime”中，其前言部分也进一步的阐述了对该问题的关注：“国际投资领域中发生的对东道国公共利益的损害问题，是我们普遍担心的一个问题， 尤其是它对东道国政府为了其本国的人权发展和环境的可持续发展而作出努力的政府管理权利的损害，是我们尤其关注的。”[[3]](#footnote-2)

2012年，英联邦秘书处发布了一份名为 “Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators” 的指南，该指南的三位作者在其中也表达了他们对现存国际投资协定中东道国保护国内重要的公共政策目标的担忧，包括投资条约可能对国家的发展目标和对环境、人权以及劳工权利的保护能力带来的影响。[[4]](#footnote-3)

任何一项投资，东道国都有权利并有义务进行必要的管理，这种管理权力来自于国家主权，而管理义务则来自于一系列国内法及国际法的规定，其中国际法部分则包含了关于环境、贸易、人权、人类健康等国际协定。[[5]](#footnote-4)

而在国际投资领域的具体情况是，东道国出于保护国家安全和公共利益，需要对其领土内的外国投资实施管制，这些管制措施不可避免的会影响到外国投资者的利益，而一旦如此，投资者就会以东道国的管制措施构成间接征收，或者违反相关的投资待遇为由诉诸仲裁庭，从而使东道国一项正常的管制措施陷入被诉的局面，这就对东道国管理本国事务的权力提出挑战。

尤其是在近20年间，双边投资条约的数量及东道国-投资者争端数量的激增都凸显了东道国对外国投资者义务与对本国安全和公共利益保护义务之间的紧张关系。投资者挑战东道国对公共利益保护的案件时有发生，例如在NAFTA下以及ICSID发生的国际投资仲裁案件中，众多案件都广泛涉及东道国在国家安全、自然资源开发、环境保护、文化遗产保护、人权保护及公共卫生健康等领域的公共利益。[[6]](#footnote-5)而仲裁庭如何判决一项正常的管制措施是否违反双方的投资条约规定，以及采取何种解释方法，具有极大的不确定性。在仲裁庭的裁决实践中，似乎也是更倾向于对外国投资者利益的保护，其结果是对东道国的管制权力及能力造成极大的侵蚀。另外，仲裁裁决中，判令东道国赔偿投资者的经济数额也在不断增长，有些案件的单独赔偿数额竟高达1亿美元以上，相信这对任何一个国家政府财政来说都是一笔不容小觑的数目。例如在*Occidental v. Ecuador* (2012年10月)的案件中，仲裁庭判令厄瓜多尔政府赔偿投资者的数额竟然高达23亿美元，这是迄今为止赔偿数额最高的案件。[[7]](#footnote-6)

正是因为国际社会深刻的认识到投资自由化不应以牺牲东道国国内安全及公共利益为代价，以及投资仲裁实践所引发的东道国“监管寒流”问题，才不得不迫使一些国家面对这种束缚东道国监管权力的国际投资法制作出反应，例如澳大利亚则在澳美FTA的投资章节中直接拒绝接受投资案件仲裁来确保国家监管主权自由。[[8]](#footnote-7)更有甚者，一些拉美国家通过谴责、重新谈判或拒绝签订国际投资条约以及限制ICSID的管辖权，甚至是退出ICSID的方式来实现自己的目的。

与此同时，另有一些国家则通过在其双边投资条约中引入例外条款的机制，以便将自己的公用管理行为明确的排除在条约义务范围外，从而试图达到确保投资者利益与东道国监管之间的平衡。

例如自从2000年开始，越来越多的亚洲国家，如中国、日本、新加坡、东盟等国家和组织在缔结新的国际投资条约时，都开始在条约中加入一般例外条款，这些一般例外条款要么是基于GATT第20条的条约规定，要么是根据GATS第14bis条的规定。[[9]](#footnote-8) 尤其是中国近几年缔结的国际投资条约更能反映出对例外条款的青睐，比如中国-东盟2009年签订的自由贸易协定FTA中的投资章节第16和17条则规定了非常详细的例外条款，接下来在2012年的中国-日本-韩国三边投资协定TIA、2013年中国-冰岛自由贸易协定FTA以及2014年中国-瑞士自由贸易协定FTA等，更是无一例外的纳入了例外条款。有些国家还针对引入例外条款所引发的条约义务范围的争论进行了专门解释，从更细节的层面来明确其承担的义务范围以避免仲裁庭的过度裁判。[[10]](#footnote-9)

然而问题是，例外条款是否会如同预想的那样对平衡投资者利益和东道国监管权力产生切实有效的作用？在仲裁实践中，它是否能为国家管理本国公共事务带来了理想的权力空间和预期的实际效果？假设，如果例外条款在实践中发挥的作用有限，那么平衡投资者与东道国之间相互利益关系的真正出路在哪里？这是该论文最终需要解决的问题。

1. 参见Report of the SRSG, Business and Human Rights: Towards Operationalizing the ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework, A/HRC/11/13, para 30 (2009). Available at <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.13.pdf>. 原文如下: “*Recent experience suggests that some [investment] treaty guarantees and contract provisions may unduly constrain the host Government’s ability to achieve its legitimate policy objectives, including its international human rights obligations. That is because under threat of binding international arbitration, a foreign investor may be able to insulate its business venture from new laws and regulations, or seek compensation from the Government for the cost of compliance.*” [↑](#footnote-ref-0)
2. 参见Wenhua Shan, Norah Gallagher,“Chinese Investment Treaties: Policies and Practice”, Oxford University Press,

   First Published 2009, pp399, 原文如下: “*Investment treaties have traditionally only imposed obligations on the host*

   *state without providing sufficient safeguard measures to protect its legitimate rights and interests… that the balance in*

   *the treaties was too much in favor of the investors without regard to the host state’s interest in regulating for a variety*

   *of legitimate reasons including environmental and public security. In particular, the exception clause in BITs has been*

   *significantly underdeveloped, compared with trade agreement. It is therefore felt necessary to introduce such exceptions*

   *necessary to protect such rights and interests of the host state.*” [↑](#footnote-ref-1)
3. 参见“Public Statement on the International Investment Regime”, August 31, 2010, online: Osgoode Hall Law School. Available at <http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement.> 原文如下: “*We have a shared concern for the harm done to the public welfare by the international investment regime, as currently structured, especially its hampering of the ability of governments to act for their people in response to the concerns of human development and environment sustainability.*” [↑](#footnote-ref-2)
4. 参见Tony VanDuzer, Penelope Simons and Graham Mayeda,“Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators”, prepared for the Commonwealth Secretariat, August 2012. Available at <http://www.iisd.org/pdf/2012/6th_annual_forum_commonwealth_guide.pdf>. 原文如下: “*IIAs may make it difficult for countries to achieve essential public policy objectives, including their development goals and the maintenance of environmental, human rights and labor rights standards.”* [↑](#footnote-ref-3)
5. 参见Howard Mann, “Investment Agreements and the Regulatory State: Can Exceptions Clauses Create a Safe Haven

   For Governments?” Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators’ Forum, Singapore,

   October, 2007,available at <http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_agreements_reg_state.pdf>. [↑](#footnote-ref-4)
6. NAFTA下的案件包括：*Grand River Enterprise. Six Nations, Ltd., et al. v United States*, UNCITRAL, Award, 12 Jan. 2011; *Glamis Gold v United States*, UNCITRAL, Award, 8 Jun. 2009; *Methanex Corp. v United States*, UNCITRAL , Award, 3 Aug. 2005; S.D. Myers Inc. v Canada, UNCITRAL, Final Award, 13 Dec. 2002,etc.;

   ICSID下的案件包括：*El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 Oct. 2011; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, Award, 11 Mar. 2011; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008; *Azurix Corp. v Argentina*, ICSID Case No. ARB/1/12, Award, 14 July 2006; *Aguas del Tunari S.A. v Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21 October 2005. [↑](#footnote-ref-5)
7. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/06/11, Award (5 October 2012) [↑](#footnote-ref-6)
8. 参见W. Dodge, “Investor-State Dispute Settlement between Developed Countries: Reflections on the Australia-

   United States Free Trade Agreement”, (2006) 39 Vand. J. Transnat’l L. 1 (2006). [↑](#footnote-ref-7)
9. 例如：新加坡-约旦2004年BIT第18条；新加坡-澳大利亚2003年FTA第21条；新加坡-印度2005年FTA

   第6.11条；新加坡-日本2007年FTA第83条；日本-马来西亚2005年FTA第10条；泰国-澳大利亚2005年

   FTA第1601条；印度-韩国2009年FTA第10.18条；台湾-巴拿马2003年FTA第20.02条；新加坡-欧洲自由

   贸易联盟2002年FTA第33条；新加坡-韩国2005年FTA第21.2条；东盟-澳大利亚-新西兰2009年FTA第

   15章节第1-5条；中国-新西兰2008年FTA第200条；中国-东盟2009年FTA第16条；中国-加拿大2012年

   BIT第33条；中国-瑞士2014年FTA第8.15条等。 [↑](#footnote-ref-8)
10. 在NAFTA项下，NAFTA委员会针对NAFTA成员国承担的义务问题专门发布了一个解释，参见Notes of

    Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, available at <http://www.iisd.org/pdf/2001/trade_nafta_aug2001.pdf>, 31

    July 2001；阿根廷和巴拿马之间还专门交换了外交照会申明最惠国条款不适用于争端解决机制。 [↑](#footnote-ref-9)