

中外双边投资协定中的“一般例外”条款研究

——以“一带一路”倡议为视角

吴智, 钟韵漪

(湖南师范大学马克思主义学院, 湖南长沙, 410081; 湖南师范大学法学院, 湖南长沙, 410081)

摘要: 目前中国与“一带一路”沿线国家签订的双边投资协定中, 含有一般例外条款的协定数量极少, 且条款内容存在诸多不足。为促进中国与“一带一路”沿线国家的互利合作与发展, 平衡保护投资者私人利益和东道国公共利益, 中国应适时转变中外双边投资协定中一般例外条款的立法理念, 合理选取修改途径, 采用合适的条款表现形式, 还要完善一般例外条款的保护目标范围、明确措施实施前提、区分不同保护目标的措施关联性, 并补充协定中与公共利益有关条款的内容。

关键词: 一般例外条款; 中外双边投资协定; “一带一路”

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)04-0018-09

伴随对社会责任投资理念的倡导, 晚近国际投资法领域增加了平衡经济发展与环境保护、吸引外资与保护国家安全等新议题^[1]。近年来世界各国签订的国际投资协定(International Investment Agreement, 简称 IIA)中, 涵盖健康、环境、道德等公共利益内容的一般例外条款(general exceptions clause)的数量有了明显增加^①, 反映出国际投资法的人本化发展趋势^[2]。在中国引进外资和实施境外投资进程中, 中国政府签署了大量的双边投资协定和包含投资篇章的自由贸易协定(Free Trade Agreement, 简称 FTA), 其中, 中国与“一带一路”沿线国家已签订 53 个 BIT^[3]和 4 个 FTA^②。自中国提出实施“一带一路”倡议后, 中国与“一带一路”沿线国家的经济交往日益密切^③。“一带一路”倡议遵循“亲、诚、惠、容”的外交理念, 倡导中国与沿线国家共商项目投资、共建基础设施、共享合作成果, 这就要求在“一带一路”倡议实施过程中, 应该强调投资者与东道国间的利益平衡, 平衡经济发展与环境保护, 遵循和重视投资东道国的公共政策(public policy)。但是中国与“一带一路”沿线国家之间的 BIT 大部分都签订于 20 世纪八九十年代, 鲜有涵盖一般例外条款, 难以支撑“一带一路”倡议的发展需要, 加入有关公共利益保护的实体条款是中外双

边投资协定发展的必由之路^[4]。

一、中国与“一带一路”沿线国家投资协定对“一般例外”条款的需求

(一) “一带一路”沿线各国合作发展的内在需求

一般例外条款是指 IIA 中允许投资东道国在特定情形下, 经合法程序, 采取背离协定中的实体性义务的措施, 以保护缔约各方公共利益的条款。该条款属于国外学者所称的“不排除措施”条款(non-precluded measures clause)^[5]。从投资东道国角度出发, IIA 中的一般例外条款有利于维护东道国社会的长治久安和实现生态的良性开发。传统 IIA 片面强调投资者享有的权利和东道国应尽的义务, 对投资者利益保护和东道国公共利益保护严重失衡^[6]。长久以来, “一带一路”沿线国家在经济发展方面对外资依赖性较大, 只能被动接受 IIA 对东道国公共政策的限制。IIA 中的一般例外条款为东道国保留的公共政策空间, 可以阻止投资者过度开发和滥用资源的不当投资行为。

从投资者母国角度来说, IIA 中的一般例外条款

收稿日期: 2017-03-07; 修回日期: 2017-04-04

基金项目: 国家社科基金项目“《两岸投保协议》实施中的法律问题研究”(15BFX204); 中南大学创新驱动项目“‘一带一路’战略下中国对外投资促进和保护的国际法律问题研究”(2016CX042); 湖南师范大学一流学科建设资助项目

作者简介: 吴智(1972-), 男, 湖南醴陵人, 法学博士, 湖南师范大学马克思主义学院副教授, 主要研究方向: 国际经济法; 钟韵漪(1991-), 女, 湖南湘潭人, 湖南师范大学法学院 WTO 研究中心研究助理, 主要研究方向: 国际经济法

会对本国投资者的利益产生一定的负面影响, 加剧投资者在跨国投资过程中可能遭遇的政策风险^[7], 但同时也体现出对投资者母国在当代国际投资关系中承担一定责任的要求, 改变投资者利益保护与投资东道国公共利益保护之间的失衡。在“一带一路”倡议背景下, 强调投资者母国在公共利益相关项目上对本国投资者的指导和规范, 反映了“负责任投资”和“可持续投资”等新生投资取向^[8]。

从“一带一路”倡议来看, 该倡议适应沿线各国共同发展的需求, 符合联合国的千年发展目标, 是互利共赢的战略措施^[9]。该倡议是中国开放与区域合作、全球发展的有机结合, 是沿线国家的合唱, 而非中国一家的独奏^[10]。“一带一路”倡议的推进需要充分尊重别国的意愿, 尊重别国的选择, 而不能将我们的想法和做法强加于人^[11]。因此, 在中国与“一带一路”沿线国家的双边投资协定中体现各缔约方权利义务均衡、利益成果共享的价值取向, 将有助于中国与沿线国家达成互利共赢、多元平衡、安全高效的开放型经济体系的发展目标。

(二) “一带一路”沿线国家国际投资法制发展的需求

“一带一路”倡议涉及的国家数量众多, 以发展中国家和最不发达国家为主。相比欧美发达国家, 这些国家在国际投资法律制度建设方面起步较晚, 发展水平较低^④, 对公共利益的保护认知不足。过度自由化的 IIA, 并未给发展中国家带来预期中的经济效益, 反而对其发展权产生了较大的负面影响^[12]。在 IIA 中设置一般例外条款就是国际法人本化趋势在国际投资法领域的表现之一, 有助于纠正 IIA 中长期存在的经济利益至上趋势, 便于在“一带一路”倡议下, 各国依法加强对国际投资行为的监管与规制^[1]。IIA 中的一般例外条款不仅为投资东道国保留了适当的公共政策空间, 同时强调国际投资争议中东道国对保护公共利益措施合法性和必要性的举证责任, 有利于提升各国对国际投资法治化的认识, 激励各国在保护公共利益上按严格的法律程序解决问题。

IIA 中不设置一般例外条款时, 缔约方主要依赖国际习惯法减免自身因保护公共利益而产生的法律责任^[13]。习惯法在效力位阶上低于成文法, 只有在成文法不予适用时, 才会被仲裁庭采纳^⑤。投资协定中的一般例外条款能在公共利益保护上发挥不同于国际习惯法的作用: 相比国际习惯法, 作为成文法的一般例外条款有实质性内容, 能为公共利益提供更确切可行的保护; 一般例外条款是条约的组成部分, 其效力位阶高于国际习惯法; 一般例外条款的适用范围较窄, 缔

约方可根据现实需求在条款的公共利益内容中加入特殊要求^[5]。

因此, 在中国与“一带一路”沿线国家的投资协定中加入一般例外条款, 既符合“一带一路”倡议下沿线各国经济合作发展的内在需求, 同时也是沿线国家保护其公共利益、寻求与实现其经济长足发展相适应的国际投资法制所需。

二、中国与“一带一路”沿线国家投资协定“一般例外”条款的制度分析

(一) 与沿线国家投资协定“一般例外”条款的分布与表现形式

1. “一般例外”条款的分布

在中国与“一带一路”沿线国家投资协定中, 涵盖一般例外条款的投资协定体现在 BIT 和包含投资篇章的 FTA 当中, 但是到目前为止, 中国与“一带一路”沿线国家的投资协定中仅仅只有 3 个 BIT 和 3 个 FTA 包含一般例外条款。

1985 年的《中国-新加坡 BIT》第 11 条是中国与“一带一路”沿线国家投资协定中最早出现的一般例外条款, 该条规定“本协定的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其根本的安全利益, 或为保障公共健康, 或为预防动、植物的病虫害, 而使用任何形式的禁止或限制的权利或采取其他任何行动的权利”。虽然该条款没有明确使用“公共利益”一词, 列举的项目数量较少, 但其主要内容依然是声明不得为遵守协议而排除东道国保护其自身公共利益的权利, 应认定为一般例外条款的雏形。遗憾的是, 在同时期和 20 世纪 90 年代, 中国与“一带一路”沿线国家的 BIT 中只有极个别协定中出现了与之类似的条款。

一般例外条款在 FTA 中的具体表现与 BIT 有所不同。在中国加入 WTO 后, 陆续在一些与“一带一路”沿线国家签订的 FTA 中设立了与 GATT 和 GATS 文本形式相似的一般例外条款, 条款内容似乎也变得更为详尽: 增加了对措施的要求, 如“不构成任意或不合理的歧视、不构成变相限制”。同时列举了多种类的公共利益, 如“公共道德或公共秩序, 人类、动物或植物的生命, 具有艺术、历史或考古价值的珍贵文物, 不可再生自然资源”等, 而且对各种公共利益的保护也并不是呆板地要求统一标准, 体现了一定的灵活性, 如《中国-东盟 FTA 投资协议》第 16 条第 1 款第(6)项的规定。

可见,虽然在中国与“一带一路”沿线国家投资协定中设有例外条款已有三十余年历史,但含有一般例外条款协定的数量非常少,而且协定方主要集中在东南亚和南亚地区,包括东盟十国、印度、孟加拉、斯里兰卡。因而目前在中国与“一带一路”倡议沿线国家间,一般例外条款的效力范围非常有限。

2. “一般例外”条款的表现形式

目前 IIA 中的一般例外条款的表现形式主要有集中式和分散式两种基本类型。所谓集中式,是指在 IIA 中专门设有一个条款集中列举多种公共利益,分款项详细列举相应的保护目标;所谓分散式是指分别在环境保护、劳工标准、金融审慎等条款中加入相应利益保护。前者以加拿大的 BIT 范本及其签订的系列 BIT 为典型,后者则以美国的 BIT 范本及其签订的 BIT 为范式。中国与“一带一路”倡议沿线大部分国家签订 BIT 时,受当时的立法技术和现实需要的影响,采用的均是条文较简约、容易促成协定谈判成功的“欧洲立法模式”^[14]。欧洲发达国家一直是重要的资本输出国,其国际投资立法模式对发展中国家影响很大。因其 BIT 立法模式较为简单,有利于促进谈判效率的提升,但同时也偏向于保护投资者利益,一般没有单独设立保护环境、劳工、金融、透明度等内容的条款^[15]。所以,目前中国与“一带一路”沿线国家投资协定中的一般例外条款的表现形式为集中式类型。

(二) 与沿线国家投资协定“一般例外”条款的文本分析

一般例外条款的文本内容通常包括四个部分:适用范围、保护目标、适用前提和措施关联性。

其中条款的适用范围是指一般例外条款适用于整个投资协定还是仅适用于协定的部分条款。如《中国-新加坡 BIT》第 11 条“本协定的规定不应以任何方式约束”(the provisions of this Agreement shall not in any way limit...),《亚太投资协议》第 5 条“本协议的任何规定不得解释为……”(nothing in this Agreement shall be construed to...),都意味着一般例外条款的效力及于整个投资协定中的任一条款。目前中国与“一带一路”沿线国家投资协定中的一般例外条款,在措辞方面基本与之类似,而且在协定的一般例外条款中,没有规定某一款项特别针对协定中的某一实体义务条款。由此,这些协定中的一般例外条款都适用于投资协定整体。

一般例外条款的保护目标则是指一般例外条款所指向的保护内容,即缔约方采取或实施的措施针对的具体公共利益内容。现阶段的一般例外条款所保护的公共利益内容主要包括三类^⑥: ①与一般利益(general

interests)密切相关的内容,如:公共道德、人类和动植物的生命健康、不可再生自然资源、珍贵文物等; ②国家安全; ③金融秩序。目前中国与“一带一路”沿线国家签订的一般例外条款在保护目标设置上差别较大。例如,尽管《中国-新加坡 BIT》第 11 条与《中国-斯里兰卡 BIT》第 11 条使用了类似的行文模式,但前者采用的是“根本的安全利益”(essential security interests),而后者使用的则是“国家利益”(national interests)。根本安全利益主要是指一国的政治安全和军事安全,其是否包含经济安全、生态安全等内容尚存争议^[16]。与之相对,国家利益涵盖的内容显然更广^[17]。而《中国-印度 BIT》第 14 条保护的公共政策目标则限于“基本安全利益”和“极端紧急状况”。

一般例外条款的适用前提是指适用该条款的措施必须具备的条件,通常规定要求缔约方所采取或实施的措施在类似情形下不构成任意或不合理歧视,也不得构成对某一投资者或某一投资的变相限制。该适用前提是公平公正原则在一般例外条款中的体现,能从一定程度上预防一般例外条款被东道国滥用。如《中国-印度 BIT》第 14 条规定缔约方在实施措施时,必须“正常、合理和非歧视地适用法律”。《中国-东盟投资协议》第 16 条在条款开头的导言部分也规定了该条款的适用前提。

一般例外条款的措施关联性要求是指具体条款对缔约方采取或实施的措施与保护目标间关联性亲疏程度所作的要求。中国与“一带一路”沿线国家早期投资协定中的一般例外条款没有措施关联性上的限制,如《中国-新加坡 BIT》第 11 条、《中国-斯里兰卡 BIT》第 11 条。近年来的一般例外条款,通常针对不同保护目标会作出不同的关联性要求。缔约方通常对其认为较重要或较紧迫的公共政策目标,仅要求较低的关联性,以便留给缔约方更大的自由裁量空间;而对于另一些紧迫程度较低,在危害利益的行为或结果发生前,东道国理应有警觉的公共利益,则添加“所必需的”(necessary)一类限制东道国采取或实施措施类型的用语。如《中国-东盟投资协议》第 16 条第 1 款第(4)项和第(5)项,对目的是保证公平有效征税或保护特殊价值的国宝而实施或采取的措施,就没有“所必需的”限制。如此规定区分了条款对不同公共政策目标的保护力度,能够体现协定缔约方对某一类公共利益的重视。

中国与“一带一路”沿线国家投资协定中一般例外条款的内容已经发生了很大改变:早期投资协定中的一般例外条款内容较简单,通常只概括性地提及数项公共利益内容,基本没有设定该条款的适用前提和

关联性要求。而近期投资协定中出现的一般例外条款, 不仅适用目标上有所扩展, 同时也对适用前提进行了细化, 甚至根据不同的目标制定了与其保护程度相适应的关联性要求。这些改变说明中国已在投资协定中积累了一定的一般例外条款立法经验, 能为中外双边投资协定中纳入一般例外条款提供某些参考。但是这些投资协定中的一般例外条款仍存在诸多不足, 暴露出中国和其他缔约方在国际投资立法方面仍不成熟的一面, 尚有较大的发展空间^[18,19]。

三、中国与“一带一路”沿线国家投资协定“一般例外”条款的缺陷分析

(一) 与“一带一路”国家投资协定多数缺失一般例外条款

近年来, 很多 IIA 中都设有一般例外条款, 其缔约方中不乏“一带一路”沿线国家。“一带一路”沿线各国已有积极运用法律手段维护自身国家权益的法治意识^⑦。但是, 中国与“一带一路”沿线国家签订的投资协定中, 包含一般例外条款的协定数量极少, 表明目前中国与“一带一路”沿线国家投资协定大多缺失一般例外条款。这是因为中国与“一带一路”沿线国家的 BIT 大多签订于 20 世纪八九十年代, 彼时中国尚未提出科学发展观, 对经济的可持续发展不够重视, 而同时期“一带一路”沿线国家对公共利益的保护程度也与中国类似^[4]。

在“一带一路”倡议下, 如果中外双边投资协定中缺失一般例外条款, 将可能对中国和沿线国家的投资活动带来不利的影响: 其一, 中国作为投资东道国, 将有越来越多的跨国投资者选择来华投资, 而目前中国在环境资源等诸多与公共利益相关的领域都存在立法保护不足的状况, 跨国投资者的投资行为可能对中国的公共利益造成难以挽回的损失。如 2011 年 6 月, 美国康菲石油中国有限公司作业的蓬莱 19-3 油田发生严重地层裂缝溢油事故, 造成了严重的环境损害^[20]。中国如依据国内法对跨国投资采取或实施强制性或触发性措施, 将导致对现有中外投资协定义务的违反; 但不实施这些措施, 公共政策又难以得到贯彻, 由此可能迫使中国陷入两难境地。其二, 中国作为投资者母国, 中国企业在“一带一路”沿线国家进行海外投资的势头日渐强劲, 投资主要集中于租赁和商务服务业、制造业、能源及水的生产和供应业、采矿业等行业^[21]。这些行业大多与一国的公共利益关系紧

密, 很容易受国家公共政策的干预。由于中国对本国投资者保护公共利益的引导、监督存在不足, 一些企业自身也缺乏对东道国公共政策的应有重视。加上国外媒体有关“中国环境威胁论”“中国生态倾销论”等说法此起彼伏, 导致东道国对中国投资者心存疑虑^[4]。为保护中国的公共利益, 也为消除“一带一路”沿线国家的担忧, 宜积极顺应国际投资法发展趋势, 在中外双边投资协定中设置完善的一般例外条款, 平衡投资协定中投资者和东道国的权利和义务。

(二) 与沿线国家投资协定中既存“一般例外”条款的不足

1. 在一般例外条款的保护目标方面

早期投资协定一般例外条款规定的保护目标过于笼统。如《中国-新加坡 BIT》第 11 条和《中国-斯里兰卡 BIT》第 11 条, 仅仅概括性地规定保护公共健康和动、植物生命等方面的内容, 没有涉及劳工待遇、生态环境、经济秩序等时下较为关注的问题; 而且条款中使用的“根本的安全利益”或“国家利益”等措辞过于概括, 这可能是由于各缔约方试图模糊概念的边界, 以使更多的公共政策目标可以被纳入到条款的例外保护范围内。他们认为条约作为一种两方甚至多方参与制定的国际规则, 过于明确的定义将使各缔约方难以取得共识, 而稍显模糊的用语, 反倒有利于求同存异^[22,23]。但是通过国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 简称 ICSID)受理的一系列阿根廷案例可知, 被申请方阿根廷认为“金融秩序”属于《美国-阿根廷 BIT》第 11 条中概括性规定的“公共秩序”(public order)这一保护目标范围内, 但是, 多个仲裁庭都没有认可阿根廷的这一主张^⑧。可见, 在一般例外条款的目标保护选择中, 过于笼统的目标界定不利于公共利益保护。

中国与“一带一路”沿线国家 FTA 中的一般例外目标范围无法体现国际投资法制的特色。这些 FTA 中的一般例外条款的条文均以 GATT 第 20 条或 GATS 第 14 条为蓝本, 忽视了 IIA 中一般例外条款应与国际贸易领域中一般例外条款有所差异。相较于国际贸易, 国际投资受一国的经济安全、环境和劳动力的影响更深, 保护环境可持续发展、保护劳工合法权益等都是针对国际投资特点的公共政策目标。同时, 刻意模仿和借鉴 WTO 立法, 虽然体现了各法律文件对公共利益持共同一致的保护态度, 但过于单一的表现形式造成协定内容大同小异, 不利于彰显各协定自身的特殊价值。“一带一路”沿线国家牵涉的国家政治制度、经济发展水平等方面存在很大差异, 各法律文件所要保

护的公共利益在内容上既有相同也有相异,不宜一概而论^[21]。

2. 在设置措施实施前提方面

虽然 IIA 中的一般例外条款是保护东道国公共利益的“防火墙”,但如不加以合理限制,容易被投资东道国滥用,转变为东道国对投资者施行限制措施的“安全壁垒”,如近年国际投资法制中出现的卡尔沃主义复苏之势^[24]。中国与“一带一路”沿线国家早期投资协定中的一般例外条款大多没有规定相应的措施实施前提,近年来投资协定中一般例外条款虽然对实施措施有“非歧视”“合理”等限制性要求,但这些规定仍不完备,尚有继续完善的空间。以《中国-印度 BIT》第 14 条为例,该条款规定了东道国缔约方在实施措施时必须正常、合理地适用法律。这里的“正常”“合理”就暗含了投资者的基本预期(expectation),这与 IIA 中的透明度原则和公平公正待遇原则有关。但中国与“一带一路”沿线国家的绝大部分 BIT 中都没有设置与透明度有关的内容,FTA 投资篇章中虽设有此类条款,但仅覆盖少量沿线国家^[25]。如将因之产生的争端提交到投资仲裁机构,则对“正常”“合理”的界定将由仲裁庭自行裁量。

3. 在安排措施关联性方面

中国与“一带一路”沿线国家投资协定中的部分一般例外条款,在不同公共政策目标间的措施关联性的区别不明显。虽然同属公共利益,但对各利益的保护措施之间理应存在轻重缓急,但部分一般例外条款在设置措施关联性时,却进行“一刀切”,容易造成条款实施效果可能与预期不符。例如《中国-新加坡 BIT》第 11 条使用的是“根本的安全利益”这一概念,该概念是否包含经济安全、生态环境安全等内容,仍是投资者与国家争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement, 简称 ISDS)仲裁中双方当事人争论的焦点问题^[26]。如果将之限定在政治安全和军事安全的范围内,其紧急程度又明显不等同于条款内同时规定的“预防动、植物的病虫害”。后者造成的危害通常有一定预兆,且通常不足以达到影响国家安全的地步,将二者相提并论有失妥当。如将根本安全利益内容扩展到经济领域、环境资源领域,又可能导致条约被东道国滥用。目前很多学者和仲裁案例都认为仅针对根本安全利益而设的例外条款应具有“自裁决性质”^⑨。即当危害根本安全利益的情形发生时,仅仅协定的缔约方有权决定是否采取措施以及采取何种措施,第三方无权对措施的必要性和关联性进行评价。因此,无论对这类条款中的根本安全利益如何理解,现行的保护目标与措施关联性排列方式均显得不够周全。

四、完善中国与“一带一路”国家投资协定“一般例外”条款的建议

(一) 在投资协定中增设“一般例外”条款

1. 转变投资协定“一般例外”条款立法理念

中国在中外双边投资协定中增设一般例外条款时,应当摒弃被动、机械地以对方法律文本为主或者盲目照搬 WTO 法中的条款的立法思路,应构建符合中国国情也符合其他缔约方现实需要的一般例外条款。由于中国目前的 BIT 范本订立于 20 多年前,内容较为简略,缺少保护公共利益的有关内容,该范本对中外双边投资协定实践已无太多指导价值^[27]。随着国际投资“南南合作”的发展,发展中国家已经开始重视对外来投资的合法管理权力^[28]。“一带一路”沿线的许多国家在制定或更新的 BIT 范本中加入了一般例外条款,包括阿塞拜疆、埃及、印度、印度尼西亚、蒙古国、塞尔维亚、斯洛伐克等^⑩,这提醒和促使中国在一般例外条款的问题上,理应转变立法理念,充分重视 BIT 范本发挥的作用,表达中国的合理诉求。

2. 选取合适的增补途径

要在中国与“一带一路”沿线国家的投资协定中加入一般例外条款,可以通过直接签订新的 BIT,或者签署附属议定书的方法,此外,FTA 中的投资篇章也能与 BIT 相互补充^[29]。

考虑到目前“一带一路”沿线国家中只有少部分还未与中国签订 BIT,但这些国家大部分经济发展长期滞后,有的已长时间处于战乱状态,政权更迭频繁,即使签订 BIT,也难以实现其保护、促进跨国投资的基本功能^⑪。因而签订新的 BIT 主要是指与已签订 BIT 的国家重新签订新的版本,例如 2011 年中国与乌兹别克斯坦重新签订的协定。这一方法可以重新架构条款,增加新的条款,使新旧条款间用词、价值取向更趋一致^[30,31]。相比重新签订新的协定,签署附属议定书不是对整个协定的全盘修改,所需投入的人力与时间相对较少,甚至规定为签字即生效,如 2004 年《中国-瑞典 BIT 议定书》,因而签署附属议定书无疑更为方便快捷。但是,对于一些中国早期的 BIT,如果要加入一般例外条款,则需要考虑该条款的加入是否会与其他实体义务条款造成冲突,如此可能需要修改协定中的大量内容。

此外,由于 FTA 中的投资篇章在国际投资法制中发挥着日益重要的作用,越来越多的 ISDS 案件采用 FTA 投资篇章作为解决争端的法律依据^⑫。中国目前

正积极与很多“一带一路”沿线国家进行 FTA 谈判^②, 如在 FTA 的投资篇章中设置一般例外条款, 可在一定程度上填补目前中外 BIT 中公共利益保护规定的空白。中国在 FTA 投资篇章中设置一般例外条款的已有经验, 可在今后与“一带一路”沿线国家 FTA 的谈判中发挥一定参考作用。同时, 为防止 FTA 投资篇章的规定与已有 BIT 发生冲突, 可在 FTA 投资协定附件中宣布终止现行 BIT 的效力。如《中国-智利 FTA 投资补充协定》中的附件 4《终止〈双边投资协定〉》, 就规定在该投资协定生效后, 《中国-智利 BIT》的效力终止。

(二) 选择合适的“一般例外”条款表现形式

如前所述, 目前 IIA 中常见的一般例外条款表现形式有集中式和分散式两种基本类型。集中式的一般例外条款模式似乎更能满足“一带一路”倡议下中外双边投资协定现阶段的发展需要。一方面, 由于中国与“一带一路”沿线国家签订的 BIT 绝大部分都属于“欧洲立法模式”, 从技术层面上容易促成 BIT 谈判成功。另一方面, 分散式一般例外条款的形成基础是自由化导向的美国式立法模式, 目前中外双边投资协定欠缺像美式 BIT 那样单列环境、劳工、金融等条款的协定文本基础, 难以一次性增加太多分散式的一般例外条款。此外, 分散式模式仅仅保护其所在条款的具体公共利益, 集中式则涵盖了更加丰富的公共利益内容。《美国 2012BIT 范本》中分散式的一般例外条款在美国国内被认为“在保护主权政策空间行走得仍不够远”^[13], 这很大程度上源于其内容覆盖的公共利益较少且对特定行业有所偏重, 致使协定难以实现各利益间的平衡。

但分散式一般例外条款模式也并非全无值得借鉴之处。至少在条款内容上, 宜将涉及国家根本安全利益的内容单独列出, 授予缔约方自行判断措施必要性的权力^[32]。除可以划定不同目标外, 分散式还便于根据不同公共利益制定不同的关联性要求。例如《中国-东盟 FTA 投资协议》第 16 条中, 对公共道德、生命健康等项目的保护措施, 都使用了“所必需”一词, 但对于具有特殊价值的“国宝”, 则不强调“所必需”为条件, 证明在这一项目上对措施的关联性要求较低。如此划分, 可使条约不致僵化, 能更加有效地保护不同的公共利益。

(三) 完善投资协定中“一般例外”条款的内容

IIA 一般例外条款内容太过简略不但可能导致其缺少可操作性, 而且可能导致在国际投资争端中, 各当事方对条款内容认知产生分歧, 致使投资协定难以发挥其应有的效用, 造成如 ICSID 受理的一系列阿根

廷案例中类似的适用困境^[33]。

1. 完善“一般例外”条款的保护目标范围

目前中国双边投资协定中的一般例外条款采取列举公共利益内容的方式, 即使列举的内容翔实, 也难以穷尽所有公共利益。事实上, 很多项目都是因为国际投资实践中出现了新情况, 才逐渐增补到一般例外条款中。比如 2001 年阿根廷金融危机爆发后, ICSID 受理了大量以阿根廷为被申请人的案件, 此后阿根廷签订的投资协定才逐渐在一般例外条款中加入了有关金融服务的规定^[34]。“一带一路”沿线很多国家存在政治局势不安定的隐患, 历史、文化、种族、宗教背景也十分复杂。在签订投资协定时, 不排除这些国家希望涵盖广泛的公共利益, 以便为国内公共政策留足空间。同时, 各缔约方对公共利益的理解难免存在差异, 一些主观性较强的概念, 极易招致争议, 因而就一般例外条款的制定谈判过程中, 更需要各方相互理解和平等协商。考虑到“一带一路”沿线国家共同发展的需要, 恐怕最行之有效的做法, 是缔约方在拟定条约时需要先行达成一致, 为界定这些可能存有争议的概念制定相应准则, 从而为目前难以预见的情形预留一定空间。可参考《中国-东盟 FTA 投资协议》第 16 条第 1 款第(1)项中吸收 GATS 第 14 条脚注 5 的做法, 以注释方式确定解释公共秩序的准则。虽然该注释本身仍存在许多有待商榷的地方(比如亟需界定“根本利益”的含义, 划分“真正”“足够严重”的程度标准), 但无疑增加了条款的可适用性^[18]。

2. 明确“一般例外”措施实施的前提条件

目前中国签订的 IIA 对为保护国家根本利益而实施的措施大多不要求实施前提条件, 因其紧迫性远高于其他公共利益内容, 所以适当放宽了安全例外的援引条件^[35]。但是, 由于“一带一路”沿线很多国家政治局势不稳, 如不加以限制, 则可能导致一般例外条款被滥用。在协商制定一般例外条款时, 宜对措施的实施前提条件进行限制。比如《亚太投资协定》第 5 条就在条款的一开始规定措施对比相同情形, 不能具有任意性和歧视性, 这种限制的判定标准应与 IIA 中有关国民待遇、公平公正待遇的规定保持一致。同时, 对不同保护目标的前提限定应有不同, 主要体现出缔约方对不同公共利益的价值定位。对目标的限制越小, 说明东道国在保护该公共政策议题上拥有较高自由度, 对该类公共利益的保护越为严密; 相反则说明该协定缔约方判断该类公共政策议题的紧迫性较低, 东道国保护该类公共利益的措施应当受到相应的限制。同时, 还可以根据不同政策目标条约的简繁程度, 对措施实施前提进行调整。对于内容规定较为详尽、明

确的条款,可以适当放松其前提要求;而对于内容较为笼统、模糊的内容,则可以适当增加其限制。

3. 区分不同保护目标的措施关联性

由于根本安全利益对于一国主权至关重要,其措施通常在极端紧急的情况(如战争、恐怖袭击)下才会采取,因此对根本安全例外不宜添加过多要求。一般例外条款涉及的公共利益,通常政府能够对目前的状况有所预见(如生态环境、可耗尽资源、金融监管),其紧迫性较低^[16]。因此,宜将涉及国家根本安全利益的目标单独设置较为宽松的措施关联性,给予缔约方更大的自行判断空间^[36]。毕竟国家安全涉及国家主权,ISDS作为投资纠纷解决机制,不宜对此进行干涉。在处理这类问题时,协定应授予缔约方自行判断措施必要性的权力,仲裁庭在审理案件的过程中,仅审查这种措施是否符合善意原则即可^[32]。但这种裁量权应仅限于保护根本安全利益的情形,否则可能导致条约其他内容“丧失实质性意义”^⑧。考虑到“一带一路”沿线很多国家和地区政治局势长期动荡、政策变化较大的情况,为避免一般例外条款遭到滥用,不宜将一般例外条款设置为自裁决条款。宜采用如《中国-加拿大BIT》第33条第5款类似的规定,将保护根本安全利益所实施和采取的措施单独归类,设置与之程度相符的措施实施前提。

(四) 补充协定中与公共利益相关条款的内容

第一,在投资协定序言部分添加有关保护公共利益的内容。虽然协定序言部分用于表明协定的立法目的,并不能对各缔约方产生具体的法律义务,但对协定中的其他条款可以起到原则性的补充作用。在国际投资仲裁案件中,仲裁庭会接受协定名称和序言部分作为宗旨,指导案件的具体审理^⑨。在序言部分中增加有关公共利益保障的内容,有利于体现“一带一路”倡议下投资者与东道国权利义务平衡的价值取向,便于达成一般例外条款保护东道国公共利益的目标^[25]。

第二,投资协定中一般例外条款的最主要目的是保护东道国的公共利益,为此,有必要在定义条款授予缔约方一定自主权,以协商方式将可能损害当地公共利益的投资者及其投资排除在条约保护范围之外,如《中国-菲律宾BIT》第1条“定义”中的规定。但是这类规定应强调需要有关缔约方共同协商,不宜赋予东道国一方过大的裁量权,否则有损缔约方权利义务的公平性,难以保障IIA促进和保护国际投资根本目的的实现。

第三,在协定中将征收、转移、拒绝授惠等具体的实体义务条款加入有关公共利益的内容,适当解除协定对东道国规制投资者不合理投资行为权力的约

束,有利于更好地实现公共利益和私人利益的平衡。但是,在强调保护公共利益的同时,也应重视措施的比例原则和非歧视原则:关于措施的“必要”程度划分应由各缔约方协商作出相应的补充规定。否则,由于现行国际法对这一标准规定并不明确,在国际投资仲裁中,仲裁庭有可能滥用自由裁量权^[37]。

此外,鉴于目前国际投资诉讼中仲裁庭的自由裁量权较大而缔约方解释权式微的现状^[38],建议在IIA中增加有关缔约方解释权的規定,确保缔约方可以享受对一般例外条款的解释权,使一般例外条款在投资争端中能更好地发挥作用。

五、结语

中国“一带一路”倡议的提出,将进一步加深中国与沿线国家的经济交往。目前中国与这些国家、地区间IIA的类型已不再局限于BIT,以FTA为主的协议数量正在迅速增加。综观中国与“一带一路”沿线国家签订的IIA文本,大部分IIA都不含一般例外条款,而且投资协定中已有的一般例外条款存在诸多方面的不足。虽然目前中国还鲜有引用一般例外条款的投资争端仲裁案,但是为了落实我国“一带一路”倡议中的“共商、共建、共享”原则,平衡保护投资者与东道国的公共利益,切实促进中国与“一带一路”沿线国家的经济合作伙伴关系,共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体,中国不仅应转变立法理念,坚持在中外双边投资协定中增设一般例外条款,选取适当的增补一般例外条款途径和合适的一般例外条款表现形式,要从完善一般例外条款的保护目标范围、明确措施实施前提条件、区分不同保护目标的措施关联性等方面完善一般例外条款的基本内容,并且补充投资协定中的其他与公共利益相关条款的内容。如此,在中国实施“一带一路”倡议进程中,一旦发生涉及公共利益的投资争议,中外双边投资协议中的一般例外条款无疑可以为国际仲裁庭审查案情和作出裁决提供指引,同时,也有利于中国制订预案,应对将来他国滥用一般例外条款时产生的困境。

注释:

① 联合国贸发会议(UNCTAD)《2016世界投资报告》显示,在早期(1962—2011年间)的1372个双边投资条约(Bilateral Investment Treaty,简称BIT)中,包含公共政策例外(public policy exception,涵盖一般例外)的条约仅占12%。但近年(2012

- 2014 年间)签订的 40 个 BIT 中, 该比例已上升至 58%。UNCTAD. World Investment Report 2016, Investor Nationality: Policy Challenges, U.N., 2016: 114.
- ② 商务部. 中国自由贸易区服务网: <http://fta.mofcom.gov.cn/>, 2017-02-27.
- ③ 2016 年中国企业共对“一带一路”沿线的 53 个国家进行非金融类直接投资 145.3 亿美元; 对外承包工程新签合同额 1 260.3 亿美元, 占同期我国对外承包工程新签合同额的 51.6%。2016 年“一带一路”沿线国家对华投资新设立企业 2 905 家, 同比增长达 34.1%。参见商务部. 商务部合作司负责人谈 2016 年我国对外投资合作情况. <http://hzs.mofcom.gov.cn/article/aa/201701/20170102504436.shtml>, 2017-02-04. 商务部. 2016 年全国吸收外商直接投资快讯. http://www.fdi.gov.cn/1800000121_33_7447_0_7.html, 2017-02-05.
- ④ 世界银行《2017 年营商环境报告》中, 衡量了 190 个国家或地区影响商业经营的 10 个领域的法规编制, 其中“一带一路”沿线国家和地区在世界排行中大多位于中游和中间偏后的位置。参见: World Bank. Doing Business 2017: Equal Opportunity for All. Washington DC: World Bank Publications, 2016: 7.
- ⑤ CMS Gas Transmission Company v. Argentina, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/8, paras. 121-124.
- ⑥ UNCTAD. World Investment Report 2010: Investing in a Low-carbon Economy, U.N., 2010: 87.
- ⑦ UNCTAD. World Investment Report 2016, Investor Nationality: Policy Challenges, U.N., 2016: 113.
- ⑧ Award, Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine, ICSID Case No.ARB/01/3, para.332.and Award, Sempra Energy International v. Argentine, ICSID Case No.ARB/02/16, para. 374.
- ⑨ Award, Continental Casualty Company v. Argentine, ICSID Case No. ARB/03/9, para. 93.
- ⑩ UNCTAD. World Investment Report 2016, Investor Nationality: Policy Challenges, U.N., 2016: 111.
- ⑪ UNCTAD. World Investment Report 2016, Investor Nationality: Policy Challenges, U.N., 2016: 71-72, 81-82.
- ⑫ UNCTAD. World Investment Report 2016, Investor Nationality: Policy Challenges, U.N., 2016: 104-106.
- ⑬ Siemens A.G. v. Argentine, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/8, para. 81.
- 283-346.
- [6] 张庆麟, 余海鸣. 论社会责任投资与国际投资法的新发展[J]. 武大国际法评论, 2015(1): 254-285.
- [7] Sappideen, R.,L.L.He. Dispute resolution in investment treaties: Balancing the rights of investors and host states[J]. Journal of World Trade, 2015(1): 85-116.
- [8] 曾华群. 论我国“可持续发展导向”双边投资条约的实践[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2015(1): 80-89.
- [9] 张月娇. “一带一路”战略实施的法律思考[C]//王贵国, 等. “一带一路”的国际法视野. 杭州: 浙江大学出版社, 2016: 13.
- [10] 于运全. 为全球发展提供中国机遇[C]//赵磊. “一带一路”年度报告: 从愿景到行动(2016). 北京: 商务印书馆, 2016: 231-234.
- [11] 徐高. “一带一路”中的三个关系[C]//财新传媒编辑部. “一带一路”引领中国. 北京: 中国文史出版社, 2015: 30.
- [12] 季焯. 双边投资条约对发展权的负面影响及对策[J]. 武大国际法评论, 2009(1): 81-103.
- [13] Alvarez, J.E. The return of the state[J]. Minnesota Journal of International Law, 2011(2): 223-264.
- [14] 李玲. 中国双边投资保护协定缔约实践和面临的挑战[J]. 国际经济法学刊, 2010(4): 114-126.
- [15] 曾华群. 论双边投资条约范本的演进与中国的对策[J]. 国际法研究, 2016(4): 60-79.
- [16] 刘京莲. 国际投资条约根本安全例外条款研究[J]. 国际经济法学刊, 2010(1): 189-202.
- [17] 刘志云. 国家利益理论的演进与现代国际法——一种从国际关系理论视角的分析[J]. 武大国际法评论, 2008(2): 12-55.
- [18] 曾建知. 国际投资条约一般例外条款研究——兼论我国的选择[J]. 武大国际法评论, 2015(1): 306-326.
- [19] 魏艳茹. 《中国-东盟投资协议》: 成就、不足与完善[J]. 国际经贸探索, 2011(6): 58-64,80.
- [20] 刘慧, 高新伟, 黄秉杰. 完善我国海洋生态补偿法律制度的路径探析——基于康菲石油案对我国海洋生态补偿法律的挑战[J]. 生态环境, 2013(2): 184-189.
- [21] 商务部. 中国对外投资合作发展报告 2016, 2016: 92-94 [EB/OL]. <http://fec.mofcom.gov.cn/article/tzhzcj/tzhz/upload/zgdwtzhzfzbg2016.pdf>, 2017-03-23.
- [22] Lopez-Rodriguez, A.M. Toward a European civil code without a common European culture? The link between law, language and culture[J]. Brooklyn Journal of International Law, 2004(3): 1195-1220.
- [23] Jodoin, S. Engagement and escape: International legal institutions and public political contestation [J]. Journal of International Law & International Relations (Canada), 2010(1): 1-34.
- [24] 单文华. 从“南北矛盾”到“公私冲突”: 卡尔沃主义的复苏与国际投资法的新视野[J]. 西安交通大学学报(社会科学版), 2008(4): 1-21.
- [25] 叶楠. 发展中的国际投资协定透明度原则及其对中国的启示

参考文献:

- [1] 刘笋. 国际法的人本化趋势与国际投资法的革新[J]. 法学研究, 2011(4): 196-208.
- [2] 余劲松. 国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J]. 中国法学, 2011(2): 132-143.
- [3] 商务部. 我国对外签订双边投资协定一览表[EB/OL]. <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>, 2016-12-12.
- [4] 宁红玲, 漆彤. “一带一路”倡议与可持续发展原则——国际投资法视角[J]. 武大国际法评论, 2016(1): 228-245.
- [5] Burke-White, W.W., A.von Staden. Investment protection in extraordinary times: The interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties[J]. Virginia Journal of International Law, 2007(2):

- [J]. 武大国际法评论, 2013(2): 324-347.
- [26] Alvarez-Jimenez, A. The great recession and the new frontiers of international investment law: The economics of early warning models and the law of necessity[J]. *Journal of International Economic Law*, 2014(3): 517-550.
- [27] 单文华, 诺拉·加拉赫, 陈虹睿, 等. 和谐世界理念和中国 BIT 范本建设——一个“和谐 BIT 范本”建议案[J]. *国际经济法* 法学刊, 2010(1): 150-188.
- [28] 陈安. 南南联合自强: 年届“知命”, 路在何方[J]. *国际经济法* 法学刊, 2014(3): 1-48.
- [29] 王彦志, 王菲. 后危机时代国际投资全球治理的变迁: 趋势、影响与成因[J]. *国际关系与国际法* 法学刊, 2015(8): 168-238.
- [30] 朱文龙. 论我国与“一带一路”沿线国家投资协定的变革[J]. *云南大学学报(法学版)*, 2016(5): 115-122.
- [31] 钱晓萍. 中国与中亚五国双边投资条约准入规则研究——以中国的立场为出发点[J]. *现代经济探讨*, 2014(6): 60-63.
- [32] 韩秀丽. 双边投资协定中的自裁决条款研究——由“森普拉能源公司撤销案”引发的思考[J]. *法商研究*: 2011(2): 17-24.
- [33] Desierto, D.A. Necessity and “supplementary means of interpretation” for non-precluded measures in bilateral investment treaties[J]. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2010(3): 827-934.
- [34] 陈欣. 论国际投资条约中的金融审慎例外安排[J]. *现代法学*, 2013(4): 131-139.
- [35] 衣淑玲. 国际投资协定一般例外条款探析[J]. *武大国际法评论*, 2016(1): 106-113.
- [36] 叶瑞. 论中美 BIT 中根本安全例外条款的设置——从应对我国企业海外并购“安审”法律风险的角度分析[J]. *重庆工商大学学报(社会科学版)*, 2015(4): 79-86.
- [37] 张生. 国际投资仲裁中条约解释方面的问题及其完善对策[J]. *国际经济法* 法学刊, 2014(1): 130-166.
- [38] 毛志远. 国际投资协定解释权的分配与平衡[J]. *湖南社会科学*, 2015(6): 107-111.

A study on the general exception clause in sino-foreign bilateral investment agreements: From the perspective of “the Belt and Road” initiative

WU Zhi, ZHONG Yunyi

(School of Marxism, Hunan Normal University, Changsha 410081, China;
School of Law, Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

Abstract: At present, only a small number of agreements include the general exception clause in the existing bilateral investment agreements between China and the countries along “the Belt and Road” (B&R). Moreover, the general exception clause has many deficiencies. In order to promote the cooperation and development between China and countries along B & R and balance the private interests of the investor and public interests of the host countries, China should change the legislative idea of the general exception clause, select the reasonable way to revise the general exception clause, and adopt the appropriate expression approach for general exception clause. Furthermore, China should also perfect the scope of protected objects of general exception clause, provide detailed premise of application, differentiate the relevance of measures of different protected objects and add the content in other clauses related to public interests.

Key Words: general exception clause; sino-foreign bilateral investment agreements; “the Belt and Road”

[编辑: 苏慧]