

国际投资协定一般例外条款的适用困境与消解 ——基于 Eco Oro 公司诉哥伦比亚案 裁决的分析

艾素君

（上海大学，上海 200444）

摘要：晚近国际投资协定改革的重点是保障东道国的规制权，纳入一般例外条款是实现这一目的的重要举措之一。从 Eco Oro 案的裁决看，一般例外条款作为保障东道国政策空间安全网的设想并未实现，其本质原因在于投资协定文本规定的模糊性以及仲裁庭的定性不明。投资条约下的一般例外虽然源自 GATT/WTO，但二者在文本、宗旨和上下文等方面的差异决定了其解释的不同和性质的区别。投资条约下的一般例外条款应定性为排除而非抗辩。这一定性可以更好地发挥一般例外条款的保障作用，同时厘清一般例外与投资实体保护义务之间的关系，实现国际投资体制的可持续性发展。

关键词：国际投资协定；一般例外条款；东道国规制权；肯定性抗辩；排除性条款

中图分类号：D996

文献标识码：A

文章编号：1006-1894（2025）06-0086-13

为克服传统国际投资协定（International Investment Agreements，以下简称“IIAs”，包括双边投资条约及区域经济协定下的投资章节）片面维护投资者利益之弊病，晚近以来各国在缔结或更新投资协定时均强化对东道国规制权的保障。一般例外条款作为帮助东道国协调国内公共政策与投资保护义务、优化东道国与投资者风险分配的重要条款，其强度和广度是衡量东道国规制权的重要维度（沈伟和方荔，2021）。然而，一般例外条款能否有效保障东道国规制权，实现投资保护与环境、公共健康等正当价值目标之间的平衡，取决于实践的检验。2021年9月仲裁庭就 Eco Oro Mineral Corp.（简称“Eco Oro 公司”）诉哥伦比亚案发布裁决，该裁决就新型投资条约下一般例外条款解释及适用之法律后果的分析引发了广泛的公众关注和理论探讨。根据该裁决，一般例外条款作为保障东道国政策空间的安全网几无实际意义。鉴于该裁决对以后类似案件以及未来的投资条约拟定和投资政策选择等可能产生深刻影响，有必要对投资条约下一般例外条款适用的理论和实践进行检视，并对存在的问题提出解决建议。

作者简介：艾素君，上海大学法学院副教授，研究方向：国际经济法。

基金项目：2022年度国家社科基金重点项目“中国国有企业与CPTPP法律规则对接研究”（项目编号：22AFX020）。

一、国际投资协定一般例外条款的引入： 理论争议与缔约实践

虽然当前国内外关于投资协定一般例外条款的讨论日渐增多，但对其概念和范围却存在不同的认识。广义的观点认为，一般例外是指包括安全例外在内的、允许缔约方在一定的条件下为实现正当的公共政策目标而采取背离其他各项实体性义务的措施之条款（曾建知，2015）；狭义的观点则认为是指以“一般例外”为名且以《关税与贸易总协定》（GATT）第20条或者《服务贸易总协定》（GATS）第14条一般例外为模板的条款（Newcombe，2011）。鉴于缔约实践中以第二种较为多见，本文探讨的是狭义意义上的“一般例外”。加拿大在1994年与乌克兰签署的投资协议中首次纳入此类例外条款，此后系统性地应用于其缔约实践，且措辞基本相同。加拿大2004年投资条约范本也纳入了一般例外条款，其第10.1条规定：

“本协议的规定不得解释为阻止缔约方采取或实施以下必要措施，如果此类措施并不在投资或投资者之间构成武断的歧视或对国际贸易或投资的变相限制：

- （a）为保护人类、动植物的生命或健康；
- （b）为保证遵守与本协议并无不一致的法律或条例；或者
- （c）为保护有生命或无生命的可用竭的自然资源。”

该款规定在结构上与GATT第20条相类似，包含政策目标、关联要求及其措施的实施方式等内容，但在具体条文上做了一些调整和改变，主要包括：将前言中的“情况相同的各国间的歧视”改为“投资或投资者之间的歧视”，并将“对国际贸易的变相限制”改为“对国际贸易或投资的变相限制”；正文条款中仅包含3项政策目标；为追求这些政策目标而采取的措施均应符合“必要性”要求。

投资协定下的一般例外条款滥觞于20世纪90年代，在缔约实践中的广泛盛行则是在进入21世纪以后。其间围绕着一般例外条款的必要性问题，理论界曾经展开激烈的争论。有学者认为没有必要在投资协定中增列一般例外条款，原因在于：即使在缺乏条约明确规定的背景下，基于投资协定实体条款尤其是待遇及征收等条款固有的概括性和灵活性，仲裁庭已经通过条约解释发展出了一条平衡东道国公共利益和投资保护的路径，而一般例外条款的纳入会破坏通过条约解释达成的平衡（Newcombe，2013）；一般例外条款列明的公共政策目标有限，实施条件苛刻，无助于东道国规制权的实现（Gehring，2013）。还有的学者虽然在一般意义上赞同一般例外条款的纳入，但是认为在适用上存在局限性，典型的是在涉及征收问题上（Keene，2017）。有些学者则倾向于认为，仲裁实践中对国家规制权的考量往往具有任意性和不一致性，而例外条款的引入可以提供确定性和可预测性，并有效约束仲裁庭滥用自由裁量权（Kim，2018；Kurtz，2018）。

尽管存在理论上的争议，但是进入21世纪以来，随着国际投资协定的改革，

越来越多的协定纳入一般例外条款。据统计,在2010~2015年各国签订的113个投资协定中,有45%的协定订有一般例外条款(Keene, 2017);在2018~2020年各国签订的64个投资协定中,有36个协定规定了一般例外条款,比例高达56%;在2020~2023年签订的投资协定中,有72%的协定规定了包括一般例外条款在内的规制权保障条款。^①国家有关一般例外条款的缔约实践事实上是对上述理论争议的默示回答,体现了其对一般例外条款保障东道国规制权作用的重要期许。但纳入一般例外条款只是第一步,在适用中如何厘清其与投资协定既有条款的关系才是问题的关键。

二、国际投资协定一般例外条款的适用困境： 以 Eco Oro 公司诉哥伦比亚案为例的分析

以 GATT 第 20 条为蓝本的投资协定一般例外同样具有措辞概括、模糊的特点,因而投资仲裁庭能否如 GATT/WTO 争端解决机构那样发展出一套完善的适用法理,是其能否发挥预期作用的关键所在。从以 Eco Oro 公司案为代表的为数不多的仲裁案例看,投资仲裁庭未能弥补一般例外条款的文本缺陷,形成具有普遍意义的适用法理,相反却因其定性错误、缺乏系统说理引发了更大争议,使原本具有良好初衷的一般例外条款陷入了适用困境。

(一) Eco Oro 公司案事实背景

2007 年 2 月,加拿大矿业公司 Eco Oro 公司与哥伦比亚的政府机构——地质与矿业协会签订特许协议。依据该协议,Eco Oro 公司取得了在哥伦比亚特定区域的稀有金属勘探权以及附条件的开采权。同年 5 月,Eco Oro 公司获得的许可勘探开采区域被 IAvH(一家带有公共性质的民间非盈利性公司)认定为与高原湿地 Páramo de Santurbán 存在一定重叠,而该高原湿地在水资源循环中承担着重要功能。据称,Eco Oro 公司被许可开发的领域有一半以上在 Páramo de Santurbán 区域内,而 Eco Oro 公司声称只有一小部分重叠,该项目应当被允许继续推进。由于对 Páramo de Santurbán 地区的最终划界一直未能进行,Eco Oro 公司在该区域的权利也一直处于不确定状态。2014 年,哥伦比亚的环境部门签发了一项命令,认定 Eco Oro 公司许可开发的区域中有 55% 和 Páramo de Santurbán 湿地存在重叠,但允许在特定地区保留开发例外。2016 年 2 月,哥伦比亚宪法法院以未经公共磋商为由撤销了 2014 年的开发例外命令。这一系列事件引发的连锁反应最终推动 Eco Oro 公司在 2016 年 12 月依据 2008 年《加拿大—哥伦比亚自由贸易协定》提起仲裁,声称哥伦比亚违反

^① UNCTAD.World Investment Report 2019[EB/OL].2019,UNCTAD.<https://unctad.org/publication/world-investment-report-2019>. [2019-06-12] (2023-03-30); UNCTAD.World Investment Report 2020[EB/OL].2020,UNCTAD.<https://unctad.org/publication/world-investment-report-2020> [2020-06-16] (2023-03-30); UNCTAD.World Investment Report 2021[EB/OL].2021,UNCTAD.<https://unctad.org/publication/world-investment-report-2021> [2021-06-21] (2023-03-30); UNCTAD.World Investment Report 2024[EB/OL].2024,UNCTAD.<https://unctad.org/publication/world-investment-report-2024> [2024-06-20] (2025-09-12).

了投资协定下的征收及最低待遇标准义务，哥伦比亚援引一般例外条款进行抗辩。

（二）仲裁庭有关一般例外条款解释与适用的裁决

《加拿大—哥伦比亚自由贸易协定》第 2201（3）条是一个典型的以 GATT 第 20 条为模板的一般例外条款。其规定：

“为第八章投资章节的目的，本协议的规定不得解释为阻止缔约方采取或实施以下必要措施，如果此类措施并不在投资或投资者之间构成武断的歧视或对国际贸易或投资的潜在限制：

（a）为保护人类、动植物的生命或健康，包括为保护人类、动植物的生命或健康所必需的环境措施；

（b）为保证遵守与本协议并无不一致的法律或条例；

（c）为保护有生命或无生命的可用竭的自然资源。”

仲裁庭重点分析了一般例外条款的适用前提及其法律后果，这与 WTO 争端解决机构审理一般例外条款争议时的侧重点有较大不同。在 WTO 争端解决的场合，针对 GATT 第 20 条的适用前提问题已达成共识：GATT 第 20 条不是一条确立义务的积极性规则，而是对 GATT 义务一系列的“一般例外”。它的设置是为缔约方在特定情形下违反 GATT 其他条款的国内措施免责（曾令良和陈卫东，2001）。对于法律后果问题，基于 WTO 救济的主要形式是撤销违法措施或修改以符合 GATT/WTO 义务的要求，而不是损失的弥补（黄东黎和杨国华，2013），一般例外条款的法律后果是明确的：如果成员方援引例外条款成功，其措施的不法性解除，可以继续维持；反之则撤销或修改违法措施，并不涉及赔偿义务。所以，WTO 争端解决机构通常把分析的重点放在争议措施是否符合例外条款的某一具体情形及其前言的要求上。

1. 一般例外条款的适用前提

哥伦比亚最初以一般例外条款作为管辖权异议的理由，主张其“并未同意对一般例外条款范围内的措施提起仲裁，且此类措施已经被排除在第八章投资章节以外”。仲裁庭不同意哥伦比亚的观点，理由是：其一，这与第 2201 条的用语不符，且第 2201（3）条明确规定“为第八章投资章节的目的”；其二，一般例外条款是为保障缔约国追求条款所列的合法目标而实施管制权的最后一道安全网，其适用前提是存在（缔约国）对第八章项下主要义务的违反。^①因此，仲裁庭是在裁决哥伦比亚的措施构成对投资条约下最低待遇标准违反的前提下进一步分析例外条款的适用问题。

2. 适用一般例外条款的法律后果

在认定哥伦比亚的措施构成对最低待遇标准的违反从而满足例外条款的适用前

^① Eco Oro Minerals Corporation v. The Republic of Colombia, ICSID Case NO. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, para. 380.

提后, 仲裁庭转而分析此类适用能否免除哥伦比亚对投资者的赔偿义务。这也是本案当事方争议的焦点问题。

Eco Oro 公司认为, 一般例外条款的适用并不能解除缔约国对投资者的赔偿义务。首先, 这符合 2201 第 (3) 条的通常含义。对投资者进行赔偿并不“阻止”哥伦比亚为保护环境而采取或实施某些措施, 而与赔偿相并列的恢复原状则具有此种效果。其次, 虽然第 2201 (3) 条没有明确缔约国的赔偿义务, 但是, 支付赔偿作为国际不法行为的后果, 是国际法的一项默认规则。再次, 结合第八章的其他条款, 如第 811 (b) 条 (征收条款)、第 837 条 (排除条款) 等综合分析, 环境措施并未被排除在第八章之外。最后, 这一观点为既往的仲裁裁决包括 Bear Creek 和 infinito 案裁决所支持。^①

作为非争端方的加拿大认为, 一般例外条款仅在确定措施存在违反第八章项下主要义务的情形下才予以适用。一般例外条款适用的结果不存在对 FTA 义务的违反, 因而也就不产生国家责任, 不需要支付赔偿。^②被诉方哥伦比亚总体上赞同加拿大的观点, 尤其是关于一般例外条款的功能和法律后果, 强调第 2201 (3) 条是 FTA 体制下平衡投资保护和环境义务的关键一环。对缔约方有关第 2201 (3) 条的理解, 仲裁庭应当给予充分重视和考量。^③

仲裁庭不同意加拿大的解释。首先, FTA 的前言详细列明了其目的和宗旨是以与环境保护和保全相一致的方式为商业计划和投资提供一个可预见的商业框架。这意味着, 环境保护和投资保护不是从属关系, 二者以互益的方式共存。在明确 FTA 目的和宗旨的背景下, 仲裁庭将第 2201 (3) 条解释为允许性的, 其目的在于保证成员方可以采取或实施某一措施以保护人类、动植物的生命或健康, 只要此类措施不在投资和投资者之间构成武断的或不合理的歧视, 或者对国际贸易或投资的变相限制。其次, 仲裁庭将第 2201 (3) 条的规定与第八章的其他条款尤其是附录第 811 (2) (b) 条相比较, 认为如果缔约方的意图是对采取一般例外措施的后果不予赔偿的话, 那么将会采取类似于附录第 811 (2) (b) 条的措辞。后者明确规定为了保护环境而采取的非歧视性措施不构成间接征收, 因而不产生赔偿责任。^④最后, 仲裁庭认为, 这一解释进一步为《国家责任条款草案》第 27 (b) 条和第 36 (1) 条所支持。^⑤

① Eco Oro Minerals Corporation v. The Republic of Colombia, ICSID Case NO. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, paras. 367~372.

② Eco Oro Minerals Corporation v. The Republic of Colombia, ICSID Case NO. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, para. 374.

③ Eco Oro Minerals Corporation v. The Republic of Colombia, ICSID Case NO. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, para. 378.

④ Eco Oro Minerals Corporation v. The Republic of Colombia, ICSID Case NO. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, paras. 828~831.

⑤ 《国家责任条款草案》第 27 条规定, 根据本章援引解除行为不法性的情况不妨碍…… (b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题; 第 36 条第 1 款规定, 一国际不法行为的责任国有义务补偿该行为造成的任何损害, 如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿。

（三）一般例外条款解释中存在的问题

1. 一般例外条款的定性不明

从逻辑上讲，一般例外条款的定性决定其与条约其他义务的关系及其适用的法律后果。但是，无论是在有关一般例外条款的理论探讨中，还是在相关的仲裁实践中，有关一般例外条款性质的分析都不多见（曾建知，2018）。

在国际法语境中，“例外”一词系指对一般规则管辖的某些情况提供特殊法律处理的各种方法，目的在于适应法律调整复杂现实的需要。除严格意义上的一般例外以外，国际法上具有类似效果的条款还有限定条约义务范围、明确的排除、责任排除条款及排除行为不法性的情形等。^①对一般例外条款进行准确定性，将其与具有类似效果的条款区分开来，是发挥一般例外条款保障作用的基本前提。例外条款的类型学不只是学理问题，也在实体与程序意义上影响实践。一般例外条款的定性决定其法律后果，同时也关乎其与实体义务的适用顺序，以及举证责任和仲裁庭的审查范围（蒋超翊和李若晴，2023）。

严格意义上的一般例外在 WTO 领域被认为是一种排除行为不法性的肯定性抗辩，以违反条约主要义务为前提。^②而在投资领域尚未形成一致的实践。现有的投资仲裁实践主要限于 IIAs 安全例外条款方面。在此类案例中，仲裁庭倾向于将安全例外定性为排除条款，如果成功援引该条款，则条约实体义务不适用于东道国的行为，也不存在违反条约义务的问题。^③安全例外与一般例外虽然在范围、程度、适用条件及是否自裁决问题上存在区别（余劲松，2022），但二者作为条约明示的、措辞类似的灵活性例外，在无相反规定的情形下，应推定具有同一性质。换言之，投资仲裁庭对安全例外的定性为之后仲裁庭对一般例外的定性具有重要的参考意义。就一般例外而言，在 Eco Oro 公司案之前仅有两个案例，且仲裁庭均否定了一般例外条款的可适用性。Copper Mesa Mining Corporation 诉厄瓜多尔共和国案是首个在投资仲裁中涉及一般例外条款的案件。在针对一般例外条款的具体分析中，仲裁庭明确确认了对国家规制权的尊重，但是认为，由于东道国厄瓜多尔的措施是以武断的方式采取且缺乏正当程序，因而违反了一般例外条款前言的要求，不予适用。^④在 Bear Creek

① Viñuales, J. E. Seven Ways of Escaping a Rule: Of Exceptions and Their Avatars in International Law. in Lorand Bartels and Federica Paddeu (eds). Exceptions in International Law [EB/OL] 2020, online edn, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198789321.003.0005>. [2020-08-20] (2023-03-28).

② United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, para. 22-23; European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001, para. 115; Thailand—Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines, WT/DS371/AB/R, 17 June 2011, para. 173.

③ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, paras. 130-132; Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, paras. 164, 168; Sempra Energy Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic Request for Annulment of the Award, 29 June 2010, para. 200; Enron Corporation Ponderosa Asset, L. P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010, para. 407; El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, paras. 553-554.

④ Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA No. 2012-2, Award, 15 March 2015, paras. 6.60, 6.67.

Mining Corporation 诉秘鲁共和国案中，仲裁庭以东道国秘鲁未能满足一般例外条款前言的要求而否定了其适用。但是，仲裁庭在未对一般例外条款定性的情况下，断然指出：无论如何，一般例外条款并不能为东道国的赔偿义务提供任何豁免。^①与上述两案类似的是，Eco Oro 公司案的仲裁庭同样没有对一般例外条款进行定性分析，只是模糊地提及一般例外条款是“允许性的”，同时援引《国家责任条款草案》第 27（b）条和第 36（1）条作为其裁决的理论支撑，体现出仲裁庭在一般例外条款定性上的矛盾立场。援引第 27（b）条暗含着将一般例外视为排除行为不法性的意思，但同时援引第 36 条第 1 款似乎又将国家依一般例外条款而采取的措施视为国际不法行为。同时，仲裁庭对作为缔约当事国的加拿大和哥伦比亚有关一般例外条款法律后果的明示意见置之不理，转而通过条款比较的方式推测当事国的缔约意图，也殊为不妥。

2. 一般例外条款与其他条款之间的关系不清

投资争端通常涉及投资保护与环境、健康、安全等其他公共政策目标之间的冲突，在早期投资条约缺乏一般例外条款的明确规定时，如何处理二者之间的关系由仲裁庭自由裁量。除早期的少数案件片面维护投资者利益外，仲裁庭通过实践逐渐发展出平衡投资者权利和公共政策的理念与路径。首先，仲裁庭认为，投资保护与东道国公共政策目标具有同等重要的地位。缔约国在追求公共政策目标时，应同时尽力履行其投资保护义务。对东道国制定的公共政策应当予以尊重，但是当其对投资者权利造成不利影响时，该种尊重应有其边界。其次，仲裁庭通过条约解释对措辞模糊的投资待遇标准施以默示限制，从而满足缔约国的非投资关切。

这种理念和路径在遭遇载有一般例外条款的新型投资条约时可能面临调整或革新的挑战。首先，一般例外条款下的公共政策目标与投资保护义务之间是否存在等级关系。其次，一般例外条款的并入会对投资保护义务的解释产生何种影响，尤其是一般例外条款有关公共政策的明文规定是对投资保护条款下公共政策考量的取代还是补充？这两个问题其实也都和一般例外条款的性质息息相关。

就第一个问题而言，如果将一般例外视为排除性的，意味着符合例外条件的政府行为不属于条约义务约束的范围。换言之，在例外涵盖的领域，保障东道国的规制自由是一种默认立场。而将一般例外视为抗辩，意味着对投资可能产生负面影响的所有政府行为都是禁止采取的，除非该类行为属于一般例外条款的范围。后一种路径事实上提高了投资保护的规范性权重，认为其高于其他的公共福利目标（Henckels, 2020）。鉴于 GATT 贸易协议的属性及 GATT/WTO 推动贸易自由化的终极目的，将一般例外条款定性为肯定性抗辩有其现实原因。但在投资领域效仿 GATT/WTO 的

^① Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, Award, ICSID Case No. ARB/14/21, 30 November 2017, paras. 475, 476, 477.

做法,则与国家纳入例外条款的初衷相背离。投资协定下的一般例外条款,是在投资者—东道国争端解决机制片面维护投资者利益、减损东道国主权的背景下,国家为维护基于公共健康、环境保护等公共利益行使监管权的自由而纳入的新型条款。这种公共利益与投资保护同等重要,在特殊的情形下比投资保护处于更优先的地位。另外,值得注意的是,对WTO在例外条款的解释中将贸易自由化置于最高位阶,预设非贸易价值目标低于贸易自由价值的做法,理论界已经在反思。有学者提出,由于WTO一般例外条款存在解释和适用误区,导致其几成摆设,并严重影响WTO成员权利和义务的平衡及WTO机制的健康发展,亟需从理论和实践上进行系统反思(刘雪红,2018)。Eco Oro公司案仲裁庭一方面采取了与WTO类似的做法,在肯定东道国违反投资义务的情况下讨论一般例外条款的可适用性,暗含投资保护的价值高于公共福利目标;另一方面在对第2201(3)条的通常含义进行解释时,又采取了和既往仲裁庭一致的做法,认为投资保护和环境保护之间不存在隶属关系,二者应当以互利的方式共存。这显然是自相矛盾。

就第二个问题而言,在GATT/WTO的司法实践中,尤其在GATT第3条(国民待遇)和第20条(一般例外)之间的关系问题上,争端解决机构的做法虽有反复,但WTO上诉机构的基本观点是:GATT第3条第1款和第4款仅与措施的效果有关而不涉及措施的目的,对措施目的的分析仅在第20条适用时进行。^①这既与第20条一般例外条款作为肯定性抗辩的性质相符,也是条约有效解释原则的必然要求。在投资领域,早期的一些案件如SD Myers,仲裁庭认为,对《北美自由贸易协定》(NAFTA)第1102条国民待遇下“相似情形”的判断,应结合该用语所在的整体法律环境进行。考虑到NAFTA第11章中并无如GATT第20条的一般例外,对相似情形的判断,除考虑竞争因素外,政府采取措施时对环境的关切也是应当予以考虑的。^②但是在新型条约已经将一般例外明确纳入的情形下,对“相似情形”的认定是沿用以往的做法还是和WTO相一致则并不明确,这显然是一个不能忽视的问题。可以预见的是,如果借鉴WTO上诉机构的做法,不但不利于保障东道国的政策空间,而且也和晚近新型投资条约的明确规定相背离。如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)创新性地采用注释的方法,对非歧视待遇条款下的“相似情况”进行澄清,明确待遇是否根据国民待遇或最惠国待遇在“相似情况”下给予取决于整体情况,包括相关待遇是否根据合法公共福利目标对投资者或投资加以区分。而在多数并不包含此类澄清的投资协定下,一般例外条款的并入可能会使得仲裁庭在解释投资待遇义务时排除此前的公共政策考量,从而对东道国规制权产生消极影响。

^① Appellate Body Report, European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, 25 September 1997, paras. 216, 241.

^② SD Myers Inc. v. Canada, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, para. 245.

但如果在投资待遇义务和例外条款中同时纳入对东道国公共利益的考量，必须要解决的问题是，二者在具体适用时是什么关系，是否会导致重复。

三、国际投资协定一般例外条款适用困境的消解： 从抗辩到排除

投资条约下的一般例外条款通常并未明确自身的性质，而从投资仲裁庭的有限实践来看，仲裁庭往往忽略对一般例外条款性质的分析。从其裁决背后的逻辑来看，似乎倾向于将一般例外视为排除行为不法性的情形。而这一定性不仅导致一般例外受制于列明的政策目标有限及严苛的适用要求，难以发挥其预期作用，而且根据《国家责任条款草案》第 27 条的规定，排除行为的不法性并不影响东道国的补偿义务，导致援引一般例外条款几无实际意义。在笔者看来，破解这一困境的关键在于将一般例外条款的性质明确为排除而非抗辩。排除（carve-out）即将某些措施排除在条约的某一或某些主要义务之外。其与排除行为不法性的肯定性抗辩最重要的区别是，不存在对条约主要义务的违反，因而不产生相应的国家责任。^①除此之外，在举证责任、与条约主要义务条款之间的关系上也有诸多不同。现代投资条约下的典型排除条款有两种类型，一类是将某些措施或产业排除在条约或特定义务以外；另一类是将某些措施或产业排除在东道国—投资者争端解决机制之外（Paine and Sheargold, 2023）。

（一）将一般例外定性为排除而非抗辩的实践意义

首先，将一般例外定性为排除而非抗辩，可以在不涉及案件实体争议的情况下处理投资者的请求，减少对东道国可能产生的费用和 risk。

无论是就肯定性抗辩的本质还是 WTO 上诉机构的实践而言，其均以东道国为公共福利目标而采取的措施违反了条约义务为适用前提。在此背景下，东道国为证实其措施的正当性，必须承担较多的举证义务责任。如举证不能，则必须承担违反条约义务的责任。从 GATT 第 20 条的适用实践来看，成功援引一般例外条款的实例极为罕见（马乐，2015）。相反，排除条款的作用在于对条约的范围加以限制，对其适用性的考察应当是在判断东道国的相关措施是否违反某一条约义务之前进行。投资仲裁庭有关 NAFTA 第 1108（7）（a）条政府采购除外的适用实践已经清楚地证明了这一点。^②

其次，将一般例外定性为排除而非抗辩，可以厘清一般例外与投资条约主要义

^① Viñuales, E. J. Seven Ways of Escaping a Rule: Of Exceptions and Their Avatars in International Law. in Lorand Bartels and Federica Paddeu (eds). *Exceptions in International Law* [EB/OL]. 2020, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198789321.003.0005>. [2020-08-20] (2023-03-28).

^② ADF Group Inc. v. USA, ICSID Case NO. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, para. 170; Mesa Power Canada, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, para. 465-66; Riolite Forest Products v. Canada, PCA Case No. 2016-13, Final Award, 25 July 2022, para. 371.

务之间的关系,从而避免一般例外在适用中存在的局限性,更好地保障东道国的公共政策空间。

一般例外条款的定性对例外条款和条约实体义务之间的关系具有重要影响,而该两者之间的关系又会影响投资条约下权利与义务的平衡(Henckels, 2020)。如果投资协定借鉴WTO的做法,将一般例外定性为抗辩,并仿照GATT第3条与第20条的关系处理一般例外条款与其他条约实体义务的关系,将会使投资保护义务下原有的默示公共政策考量无法适用。相反,如果将投资条约下的一般例外定性为排除性条款,则一般例外条款的适用先于东道国的行为是否违反投资条约义务的判断,因而并不影响裁决机构在判断东道国的相关措施是否违反条约下的相关义务时,对东道国采取措施的目的加以考量。在判断东道国的措施是否违反非歧视待遇时,对东道国采取措施的目的予以考虑,这一点已有明确的条约依据。而在公平公正待遇的适用中,仲裁庭亦通过提高适用门槛等不同的方式将公共政策考量纳入其中。^①毋庸讳言,对正当公共福利目标的考量是适用一般例外条款的必要条件,但是除此之外,在判断争议措施是否违反条约义务时是否同样应考察其目的,对东道国规制权的保障具有截然不同的影响。将一般例外条款定性为排除条款,同时允许在判断措施是否违反条约义务时对措施目的加以考量,可以在一定程度上克服一般例外在适用中存在的局限性,更好地保障东道国的政策空间。具体而言,如果某一措施系基于国家的公共福利目标而采取,且满足了前言的要求,则一般例外条款适用,条约义务被排除;如果某一措施虽然基于公共福利目标而采取,但未能满足一般例外的条件,因而一般例外不适用,条约义务仍然对被诉国具有拘束力。但在进一步判断被诉国的措施是否违反条约义务时,其采取措施的目的仍然应当加以考虑;或某一措施虽基于公共福利目标而采取,但该目标并未在一般例外条款中列明,则一般例外条款不适用,条约义务仍然对被诉国具有拘束力。但在进一步判断被诉国的措施是否违反条约义务时,其采取措施的目的同样应当加以考虑(Henckels, 2020)。在后两种情况下,未满足一般例外条件的措施也有可能基于其采取措施的正当性而被认定为不构成条约义务的违反。因而将一般例外定性为排除条款可以在一定程度上软化其严苛要求,或者对一些尚未纳入例外条款的新型利益予以保护,从而更有效地发挥一般例外条款的作用,更好地适应复杂社会现实变化的需要。

最后,将一般例外定性为排除而非抗辩,可以有效地避免东道国的赔偿义务。在Eco Oro公司案中,仲裁庭机械地从投资协定用语出发,认为一般例外适用的结果是确保缔约国可以采取或实施某些措施,而“赔偿”并不会“阻止”缔约国采取或实施某些措施,相反“恢复原状”才具有此类效果。仲裁庭虽未明确一般例外的

^① Frontier Petroleum v. Czech Republic, Award, Ad hoc Arbitration, 12 November 2010, para. 527; International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, Award, Ad hoc Arbitration, 26 January 2006, para. 127.

性质,但从其适用路径看,显然是与肯定性抗辩相同,且其解释过于拘泥于条约用语,而未考虑引入该条的目的。赔偿可能在理论上不影响缔约国采取某些措施,但在实际上却具有此种效果。而将一般例外定性为排除条款,缔约国以此为据而采取的措施将会被排除在条约义务之外,自然不存在承担赔偿责任的基础。当然,考虑到避免东道国的赔偿义务可能会引发对投资者利益的保障不力,进而造成新的权利义务失衡的风险,在例外条款的具体设置上,仍应维持较高的门槛。

(二) 一般例外条款的具体设计

1. 就例外条款的性质而言,明确其为排除而非抗辩条款

在条约用语上,建议摒弃原有的“不得解释为阻止缔约方采取或实施下列必要措施”的模糊措辞,采用排除性条款的典型措辞:“缔约方采取或实施的下列必要措施,不适用于本条约或本章下的全部或部分投资义务。”

2. 就例外条款的适用范围上,建议覆盖投资条约下的核心实体义务

投资条约下的一般例外条款能否实现预期作用取决于多种因素,其中既包括例外条款覆盖的实体义务范围、投资条约对该类义务的明确澄清,也包括投资仲裁庭对 WTO 法理的借鉴程度及其采取的条约解释方式(Mitchell, 2017)。就例外条款覆盖的实体义务范围而言,从缔约实践来看,一类是适用于整个投资条约或投资章节;一类是限定为部分投资义务。第二类之所以将部分义务包括征收和公平公正待遇排除在外,原因可能认为在这两种情形下,一般例外条款没有适用的空间。对于征收而言,晚近的投资条约均规定除极为特殊的情形外,政府为了保护合法的公共福利目标而采取的非歧视性管理行为不构成间接征收。与一般例外条款相比,此类规定所包含的公共政策目标往往更为宽泛,且无需满足“有必要者”等关联要求,唯一的例外是“极为特殊的情况”。而按照有些投资条约的界定,极为特殊的情况仅可能在(东道国)恶意的情况下存在,而一个东道国出于恶意采取的行为绝无可能获得一般例外条款的豁免(Keene, 2017)。对于公平公正待遇,晚近的投资条约也开始通过不同的方式加以限制和澄清,对其违反设置了较高的门槛。因此,在违反公平公正待遇的场合再允许东道国以一般例外为由进行抗辩,既无必要也不正当。然而,笔者认为,一般例外与征收或公平公正待遇间可能存在的这种逻辑冲突或适用上的重复,同样是基于将一般例外定性为肯定性抗辩的假设前提。在将一般例外定性为排除而非抗辩的情形下,鉴于一般例外条款适用在先,是否违反投资实体义务的判断在后,上述冲突或重复将不复存在。另外,在纳入一般例外条款的同时如果没有伴随对待遇和征收条款的澄清,也有可能使得仲裁庭以一般例外的适用为由排除投资实体义务下的公共政策考量,从而限缩东道国的政策空间。适当的做法是将一般例外条款的适用范围覆盖到核心实体义务,同时伴有对投资保护实体条款的澄清,以保证在引入一般例外的同时,原有投资义务下的公共政策考量仍予以保留,从而有效地

保障东道国的规制权。

3. 为防止例外条款的滥用，适当限定公共政策目标的范围

国际投资协定中的国内公共政策通常包括自然资源，人类、动植物生命或健康，环境等。20 世纪末以来，随着东道国规制意愿的增强，国际投资协定文本中例外条款的内涵不断扩张。在这方面欧盟的做法具有代表性，它在晚近的缔约实践中开始将信息安全、保护艺术、历史和古迹等纳入国内公共政策例外（张倩文和王鹏，2022）。鉴于例外条款的实质是对投资条约义务的减损，基于利益平衡的考虑，一般例外条款设定的公共政策目标范围不宜过大。笔者认为，除保留人类、动植物的生命或健康、可用竭的自然资源等重要政策目标外，仅增列某些具有严重性、紧迫性及影响普遍性的情形如应对气候变化等。未列入一般例外条款的其他公共政策目标，则仍然可在判断争议措施是否违反投资条约义务时予以考量。此外，为避免保障东道国规制权的同时不适当地损害投资者利益，应保留较为严格的关联要求，即东道国采取的措施应为实现公共政策目标所必需者。

四、结语

国际投资协定下的一般例外作为国际投资法内部的一次范式转变，在初步实践中未能发挥缔约国预期的作用。究其原因，在于仲裁庭对一般例外本质属性的误读以及对其具体适用条件分析的缺失。如果这种裁判思路被之后的仲裁庭沿用，将会使一般例外条款形同虚设。因此，国家作为投资协定的缔约方和有权解释者，应采取积极的措施引导一般例外条款的未来走向。在投资条约拟定中应重视对一般例外条款的设计，尤其是应明确其性质及适用范围，并辅之以其他条约实体条款的进一步澄清。具体而言，明确一般例外条款为排除性条款，适用于包括待遇和征收条款在内的整个投资条约或投资章节。其法律后果是满足一般例外条款的适用条件，征收、待遇等投资保护义务不予适用；未能满足一般例外条款的适用条件，投资实体义务下原有的公共政策考量仍可予以保留。对既有投资协定下的一般例外条款，可考虑通过缔约国联合解释的方式予以澄清，从而为仲裁庭提供有法律约束力的解释指引，确保缔约方的缔约意图落到实处。

参考文献：

- [1] 黄东黎, 杨国华. 世界贸易组织法——理论 条约 中国案例 [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2013.
- [2] 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 [J]. 国际法研究, 2023, (12).
- [3] 刘雪红. 世界贸易组织一般例外条款适用误区之批判 [J]. 东方法学, 2018, (4).
- [4] 马乐. GATT 一般例外条款适用的价值导向与司法逻辑 [J]. 华东政法学院学报, 2015, (1).
- [5] 沈伟, 方荔. 比较视域下 RCEP 对东道国规制权的表达 [J]. 武大国际法评论, 2021, (3).
- [6] 余劲松. 国际投资法 (第 6 版) [M]. 北京: 法律出版社, 2022.
- [7] 曾建知. 国际投资一般例外条款研究 [J]. 武大国际法评论, 2015, (1).

- [8] 曾建知. 习惯国际法上的危急情况与国际投资条约一般例外条款之比较研究[J]. 国际经济法学刊, 2018,(1).
- [9] 曾令良, 陈卫东. 论 WTO 一般例外 (GATT 第 20 条) 与我国应有的对策[J]. 法学论坛, 2001,(4).
- [10] 张倩雯, 王鹏. 利益平衡视角下双边投资协定例外条款的扩张与限缩[J]. 国际商务 (对外经济贸易大学学报), 2022,(3).
- [11] Gehring, M., Kent, A. Sustainable Development and IIAs: From Objective to Practice[C]. Mestral, De Armand, Lévesque, Célestine. Improving International Investment Agreements, London: Routledge, 2012.
- [12] Henckels, C. Permission to Act: The Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade, Investment Law[J]. International and Comparative Law Quarterly, 2020, 69(3).
- [13] Keene, A. The Incorporation and Interpretation of WTO-style Environmental Exceptions in International Investment Agreements[J]. Journal of World Investment & Trade, 2017, 18(1).
- [14] Kim, J. Balancing Regulatory Interests Through an Exceptions Framework under the Right to Regulation Provisions[J]. George Washington International Law Review, 2018, 50(2).
- [15] Kurtz, J. The WTO and International Investment Law: Converging Systems[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- [16] Lévesque, C. The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs: A Potentially Risky Policy[C]. Echandi, Robert, Sauvé, Pierre. Prospects in International Investment Law and Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- [17] Mitchell, D. A., et al. Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths and Risks[J]. Yearbook on International Investment Law & Policy, 2017.
- [18] Newcombe, A. General Exceptions in International Investment Agreements[C]. Claire, Marie, et al. Sustainable Development in World Investment Law. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- [19] Newcombe, A. The Use of General Exceptions in IIA: Increasing Legitimacy or Uncertainty?[C]. Mestral, de Armand, Lévesque, Célestine. Improving International Investment Agreements, London: Routledge, 2013.
- [20] Paine, J., Sheargold, E. A Climate Carve-out for Investment Treaties[J]. Journal of International Economic Law, 2023, 26(2).

The Dilemma in Application of General Exceptions in IIAs and Methods to Solve: An Analysis of the Arbitral Decision of Eco Oro v. Colombia

AI Sujun

Abstract: The reform of international investment agreements (hereinafter “IIAs”) in recent years is featured by the inclusion of general exceptions in order to protect the host countries’ right to regulate. Judging from the awards rendered by arbitral tribunal in Eco Oro v. Colombia, the general exceptions do not function as a final safety valve to safeguard host countries’ public policy space. The root cause lies in the obscure provisions and the failure of arbitral tribunal to define the legal character of general exceptions. Though considered to stem from GATT/WTO, general exceptions in IIAs are distinguished from their counterpart in text, objective and context, which lead to the difference in their interpretation and characterization. General exceptions in IIAs should be understood as carve-out instead of affirmative defense. The characterization of general exceptions as carve-out could provide greater policy space for host countries, clarify the relationship between exceptions and other treaty obligations and achieve sustainable development of international investment regime.

Keywords: international investment agreements; general exception; right to regulate; affirmative defense; carve-out

(责任编辑: 金孝柏)