



# Columbia Center on Sustainable Investment

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL  
AND COLUMBIA CLIMATE SCHOOL

## Columbia FDI Perspectives

哥大国际投资展望

总编辑: Karl P. Sauvant ([Karl.Sauvant@law.columbia.edu](mailto:Karl.Sauvant@law.columbia.edu))

执行编辑: Matthew Conte ([msc2236@columbia.edu](mailto:msc2236@columbia.edu))

哥大国际投资展望 (Columbia FDI Perspectives) 聚集各方观点以供讨论, 作者所表达的观点并不能代表哥大可持续投资中心 CCSI 及其相关方的立场。

No. 368 2023 年 10 月 16 日

### 对国际投资协定中保护伞条款的重新思考

Julien Chaisse \*

虽然保护伞条款是国际投资协定 (IIAs) 拥有的共同特点, 但其带来的影响远不是直截了当或普遍有益的。这些条款允许私人投资者将因行使主权权威或权力而产生的违约索赔, 升级为违反条约的索赔, 从而使国际仲裁成为解决争端的可能途径。

然而, 认为这些条款一定会加强对外国投资者保护的假设并非没有争议。事实上, 纳入保护伞条款往往会导致法律义务和合同义务的复杂纠缠, 为潜在的滥用和误解创造了一个成熟的环境。因此, 这些条款的感知价值和效力值得更仔细的研究和更具批判性的论述。

其中的关键问题是确定商业承诺是否包含在保护伞条款的范围内。在某些案件中, 如 [Salini 诉约旦案](#)、[El Paso 诉阿根廷案](#) 和 [Siemens 诉阿根廷案](#), 法庭认为, 只有当国家行使主权权力时, 它们才承担 IIAs 规定的义务。并非所有国家都依赖这一“主权权威”要求; 但当它们这样做的时候, 法庭对主权权威的看法是矛盾的, 尤其是在归属问题上。在 [Hamester 诉加纳案](#) 中, [Cocoabod](#) 的违约行为不可归咎于加纳, 而在 [Kardossopoulos 诉格鲁吉亚案](#) 中, 国有实体签订的合同承诺可归因于格鲁吉亚。在这两起案件中, 法庭均依据 [《国家对国际不法行为的责任条款》](#) 做出判决。

如果合同中有法院选择条款, 则必须取代保护伞条款以确立管辖权。然而, 目前合同法院选择条款的适用性尚不确定。[SGS 诉巴基斯坦案](#) 的仲裁庭认为, 当合同包含有效的法院选择条款时, 保护伞条款并不能自动将违反合同行为升级为违反条约行为。[SGS 诉菲律宾案](#) 的仲裁庭认定, 合同中的排他性法院选择条款使合同索赔在仲裁庭面前不可受理, 尽管它没有以其他方式剥夺其管辖权。[BIVAC 诉巴拉圭案](#) 的仲裁庭允许使用法院选择条款, 以防止滥用保护伞条款。

最后，还存在一个问题是与地方实体签订合同的投资者是否可以使用保护伞条款。在 [Azurix 诉阿根廷案](#) 中，仲裁庭认为布宜诺斯艾利斯省是合同的一方，由于阿根廷与投资者之间缺乏相互关系，因此阿根廷本身没有承担任何义务。

保护伞条款在外部因素的影响下会产生不可预测性和不一致的结果。法庭对案件的解释导致了相互矛盾的裁决，并引发了广泛的辩论，这进一步加剧了法律的复杂性。

因此，作为一项谨慎的政策建议，新的 IIAs 在制定时应尽量避开保护伞条款。令人鼓舞的是，最近的 IIAs 越来越多地省略了这些条款，反映出一种积极的趋势。

然而，与最惠国条款的相互作用使投资者能够将全面的保护伞条款纳入其他协议，因此在不久的将来保护伞条款并不太可能完全取消。因此，各国应优先完善保护伞条款的谈判、制定和实施，同时考虑三个主要因素：

与部门间协调和谈判相关的方面：

- 由于国家合同由职能部委谈判，IIAs 谈判代表应与这些部委联络，以监测国家合同与 IIAs 之间的潜在互动。此外，职能部委应根据一国现有的 IIAs 和保护伞条款谈判国家合同。

IIAs 起草的清晰度：

- 在改革 IIAs 的过程中，保护伞条款应明确说明哪些类型的违约不在该条款的范围内。
- IIAs 应明确规定，法院选择条款取代保护伞条款。
- 在新的 IIAs 中列入最惠国条款应明确规定，该条款不适用于其他协定中的保护伞条款。
- 所有使用的术语都应正确定义，使一个国家是否是地方实体和投资者之间合同的一方不存在疑问。无论如何，都应当谨慎选择措辞，以清楚地表明意图。

IIAs 在保护不同利益方面的范围：

- IIAs 应规定将某些投资者保护标准排除在特定类型的国家合同之外的可能性，例如基于行业或投资规模的合同。
- 在 IIAs 中纳入国家安全和公共政策例外可能足以 [保护监管自由裁量权](#)，即使在对国家合同进行广泛保护的条约制度中也是如此。

最后，笔者提出两个战略政策方向。第一种策略强调，东道国在签署 IIAs 之前必须谨慎行事，确保谈判出对保护其利益至关重要的条款，其中可能包括明确避免保护伞条款的内容。第二种策略表明，如果无法省略保护伞条款，那么任何即将出台的此类条款都应该精心制定，以应对其所带来的固有复杂性和不确定性。这对政策制定者来说是一个重大挑战。总的来说，上述建议旨在提高这些协议的透明度、可预测性和准确性，从而减少潜在的法律歧义，并促进一个更可预测的投资环境。

---

\* Julien Chaisse ([julien.chaisse@cityu.edu.hk](mailto:julien.chaisse@cityu.edu.hk))是香港城市大学法学教授，亚太区外国直接投资网络总裁。作者希望感谢三位匿名同行评审员提供的有益的同行评审。

如果附带以下承认，这篇展望中的材料可以被重印：“Julien Chaisse,《对国际投资协定中保护伞条款的重新思考》，哥大国际投资展望，No.368，2023年10月16日。经哥伦比亚可持续投资中心许可转载 (<http://ccsi.columbia.edu>)。”请将复印件发送至哥伦比亚可持续投资中心 [ccsi@law.columbia.edu](mailto:ccsi@law.columbia.edu)。

获取更多信息，包括关于提交给哥大国际投资展望的信息，请联系：哥伦比亚可持续投资中心，[msc2236@columbia.edu](mailto:msc2236@columbia.edu)。

哥伦比亚大学可持续投资中心(CCSI)作为哥伦比亚大学法学院和哥伦比亚大学气候学院的联合中心，是一个领先的应用研究中心和论坛，致力于可持续国际投资的研究、实践和讨论。我们的任务是制定与传播切实可行的解决办法，和分析当前的政策性问题，以最大限度地发挥国际投资对可持续发展的影响。该中心通过跨学科研究、咨询项目、多方利益相关者对话、教育项目以及资源和工具的开发来承担其使命。获取更多信息，请访问我们的网站<http://ccsi.columbia.edu>。

### **最新的哥大国际投资展望**

- No. 367, Brian Egan & Katie Clarke, 《CFIUS 第二部分？美国采取行动限制对华直接投资》，2023年10月2日
- No. 366, Gary Gereffi, 《领航 21 世纪产业政策》，2023年9月18日
- No. 365, Gaurav Pundir, 《政府如何推动小型企业参与全球价值链？》，2023年9月4日
- No. 364, Gary Clyde Hufbauer, 《英国脱欧的启示：与中国脱钩的相似之处》，2023年8月21日
- No. 363, Karl P. Sauvart, 《新的〈世贸组织投资便利化促进发展协议〉》，2023年8月7日

所有先前的哥大国际投资展望均载于：<https://ccsi.columbia.edu/content/columbia-fdi-perspectives>。

This is the translation thanks to Professor Shunqi Ge and Ms. Haoxin Zhao, Professor Ge's assistant. 谨向本文中文译者葛顺奇教授及其助手赵灏鑫表示诚挚谢意。