

哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 188 2016 年 12 月 5 日

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

执行编辑: Daniel Allman (daniel.allman@columbia.edu)

国际投资协定中基于安全利益单边裁决条款的兴起

Karl P. Sauvant and Mevelyn Ong,
with Katherine Lama and Thor Petersen *

双边条约与其它国际投资协定（IIAs）共同构建了一个可预测、可实施的国际投资体制。

然而，自 1992 年，根本安全利益（ESI）单边裁决条款纳入 IIAs，体制保护由此受到潜在限制。该条款明确准许政府采取措施——单方面——“其认为需要”¹ 以规避条约义务。

本文介绍了一篇截至 2016 年初来自 90 个国家 1861 份 IIAs 的研究。² 该研究旨在确定 IIAs 中 ESI 单边裁决条款的时空扩展性，以及未来发展趋势。结果表明，222 份 IIAs 包括 ESI 单边裁决条款，美国（US）是首个应用国。美国、加拿大和日本仍是主要的使用者，亚洲和拉丁美洲使用国家数量在逐步上升。

尽管相较于 IIAs 总量，ESI 单边裁决条款数量较少，但包含该条款的 IIAs 比重由 2000 年可忽略不计上升至 2015 年 60% 以上（见图）。截至 2016 年初，至少 134 个国家，占全球对外 FDI 流量与存量的 99%，受到该条款的约束。

ESI 单边裁决条款可从两个方面进行分类：

范围

• “广义条款”（127IIAs）涉及“根本安全利益”，缺乏进一步定义或限制，给予政府自主权以决定 ESI 构成内容。例如，“本协定不应 … 阻止缔约方为保护自身利益（ESI）… 采取必要措施。”³

• “狭义条款”（95IIAs）限制单边裁决的特定对象，通常与提供某些信息相关，也包括事件，例如战争，或其他紧急事件。有时，狭义条款引用包含，或复制 GATT art. XXI 和 GATS art. IXbis。”

效力

• “强制条款”（15IIAs）包括补充规定，仲裁庭必须尊重政府对其 ESI 的判断：“进一步明确，如果缔约国援引（ESI）… 仲裁庭或陪审团应该认为此例外适用。”⁴

• “一般条款”（190IIAs）仅规定单边裁决性质。

• “限制条款”（17IIAs）判定单边裁决不适用于，例如随意、不合理歧视措施，或仅为规避条约义务。⁵ 这为仲裁审查预留了空间⁶（明确要求⁷），尤其是当条约要求为援引例外提供理由。

其中，最具深远影响力的“广义”“强制”条款，给予政府最大自主权以决定履行条约义务。10 份 IIAs 包含该类条款。随之，102 份包括广义/一般条款，以及 88 份包括狭义/一般条款。

或许除条款“强制”外，否则，大部分单边裁决条款将无疑受到“善意原则”⁸的挑战。但是，仲裁庭必须服从政府的判断。⁹

总体而言，ESI 单边裁决条款的激增使 IIA 保护变得不确定，协定约束从属于政府规制。它们可能延伸更广，因为政府寻求保护 ESI 问题与监管主权，可能扩展至安全领域外，覆盖金融及其他管理。广义/一般 ESI 单边裁决条款影响范围大，导致政权滥用的风险。

滥用权利或许能受到限制，通过更狭义定义“根本安全利益”和更清晰描述例外何时能被援引（例如，限制仅针对国家安全问题，或明确规定不适用于更广义利益和经济问题）；明确规定“善意原则”要求；包括最终手段；要求向联合委员会提供通知或事先的理由；援引 ESI 条款前，与条约另一缔约方磋商。然而，最终，条款仍保持单边裁决性。

尽管本文所描述的趋势可能仅是政府将拥有更多权利的投资机制再平衡的一部分，但是，必须谨慎避免削弱此过程中国际投资法的效力。

（南开大学国经所黄佳翻译）

* Karl P. Sauvart (karlsauvant@gmail.com) 高级研究员，哥伦比亚可持续投资中心，哥伦比亚大学；Mevelyn Ong (mso2121@columbia.edu) 2016 年法学学位毕业生，哥伦比亚法学院；Katherine Lama (kal2208@columbia.edu) 2016 年 MPA 毕业生，哥伦比亚国际与公共事务学院；Thor Petersen (tjp2141@columbia.edu) J.D. Candidate 哥伦比亚法学院。研究方法详情见“Methodology Note,” Karl P. Sauvart. 作者对 Louis-Alexis Bret, Pakwan Chuensuwankul, Katerina Florou, Camilla Gambarini, Jo En Low,

Amanda Jimenez Pinton, Shawn Lim, 和 Carl Lundeholm 项目期间的研究帮助, 许多同事、政府官员和投资促进机构的特殊帮助, 以及 Manfred Schekulin 和 Stephan Schill 的评论表示感谢。作者也对 Mark Kantor, Michael W. Reisman 和 Kenneth Vandevelde 同级审评表示感谢。 *Perspective* 该作者观点不代表哥伦比亚大学, 以及其支持者的观点。 **Columbia FDI Perspectives (ISSN 2158-3579)** 是一个同级审评系列。

¹ 或相似的自裁决表述。

² 涉及各类数据库和与国家的直接联系, 但不包括所有国家和 IIAs。

³ US-Australia FTA, art. 22.2(b).

⁴ 详见 US-Peru FTA, art. 22.2. Whereas the US discontinued use of such a footnote since 2007, other countries have not.

⁵ 详见 Korea-Japan BIT, art. 16.

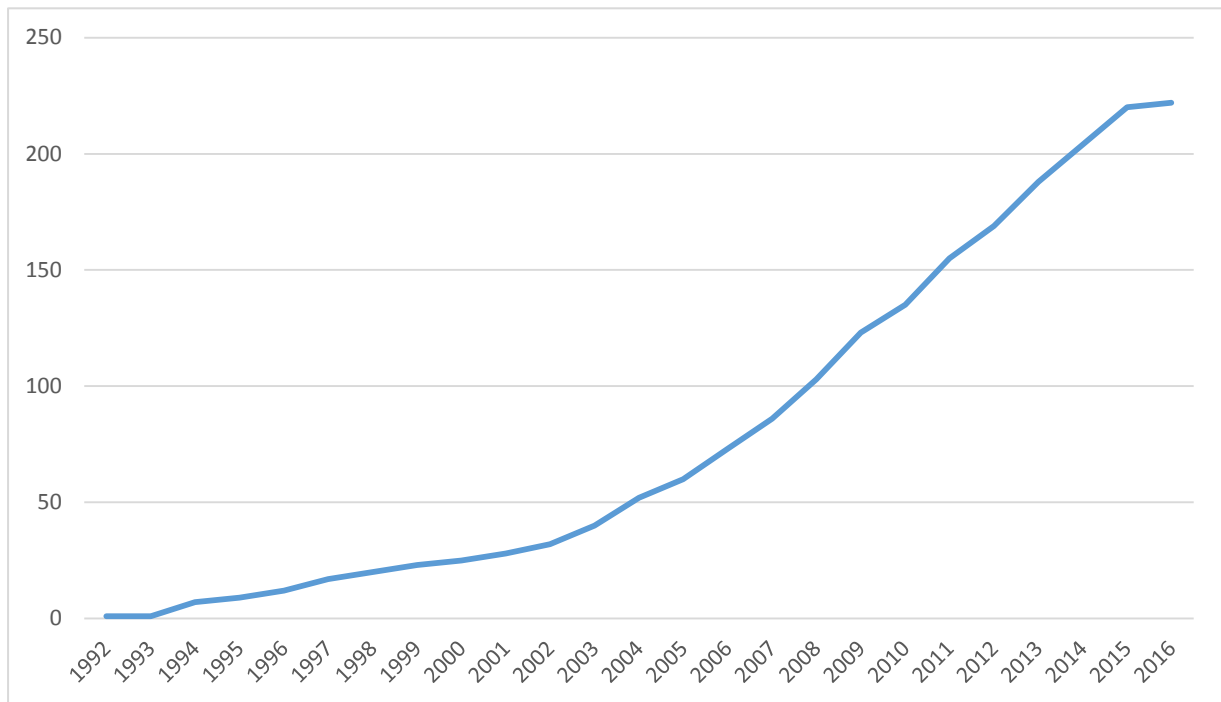
⁶ 详见 Japan-Mozambique BIT, art. 18.

⁷ 详见 China-Peru FTA, art. 141.

⁸ 详见 Kenneth Vandevelde, “Of politics and markets: the shifting ideology of the BITs,” *International Tax & Business Lawyer*, 卷 11 (1993), 页 159; Stephan Schill and Robyn Briese, “‘If the state considers’: self-judging clauses in international dispute settlement,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 卷 13 (2009), 页 61-140.

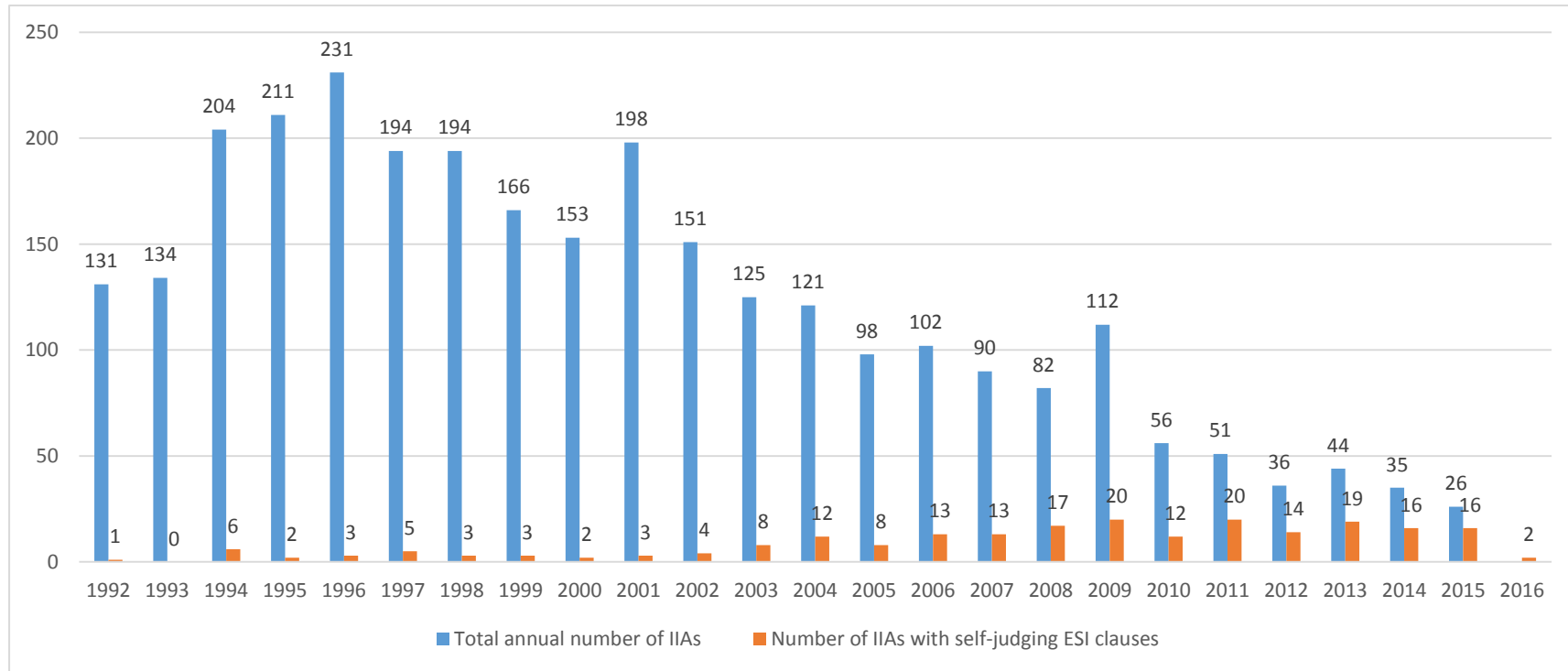
⁹ Tribunals in investor-state arbitrations have not yet considered self-judging ESI clauses. The effect of self-judging provisions in other legal instruments (例如 ICJ Statute, art. 36(2)) remains uncertain. 详见 *Interhandel (Switzerland v. US)* [1959] I.C.J. Rep. 6 (Judgment).

图 1. 含 ESI 单边裁决条款的 IIAs 累计数，1992-2016 年初



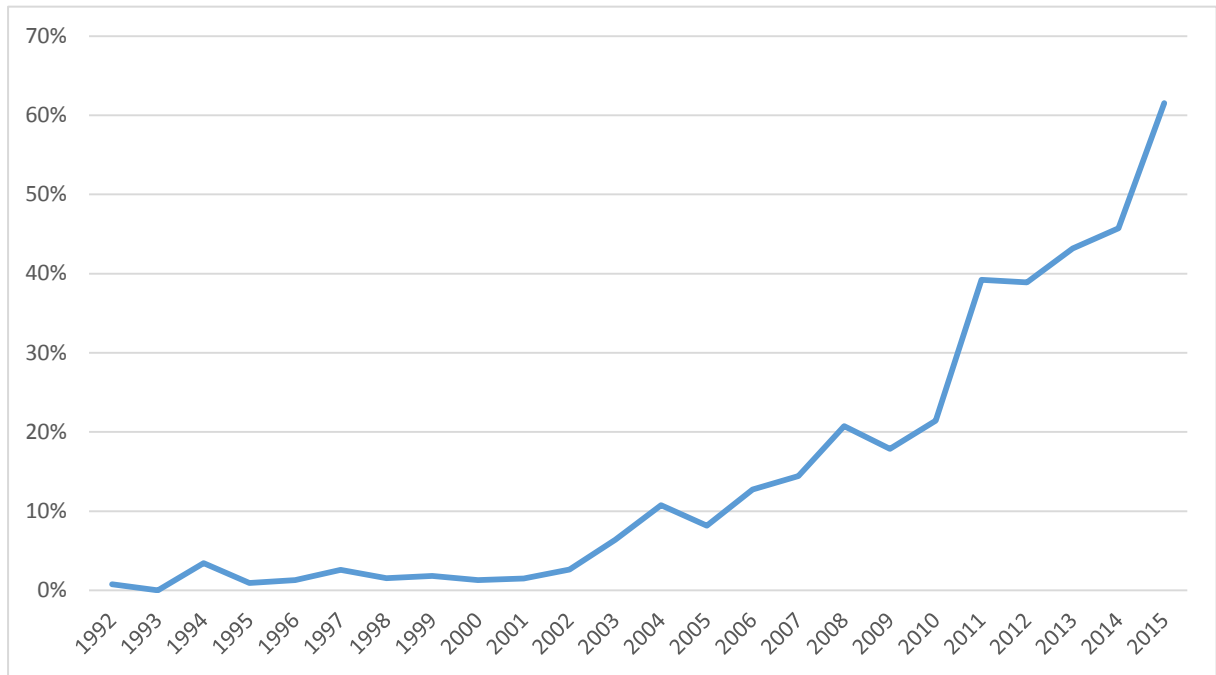
来源: UNCTAD IIA 数据库, IIAs 数量 (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>) 及自己整理。

图 2. 每年签订 IIAs 总量及含 ESI 单边裁决条款的 IIAs 数量，1992-2016



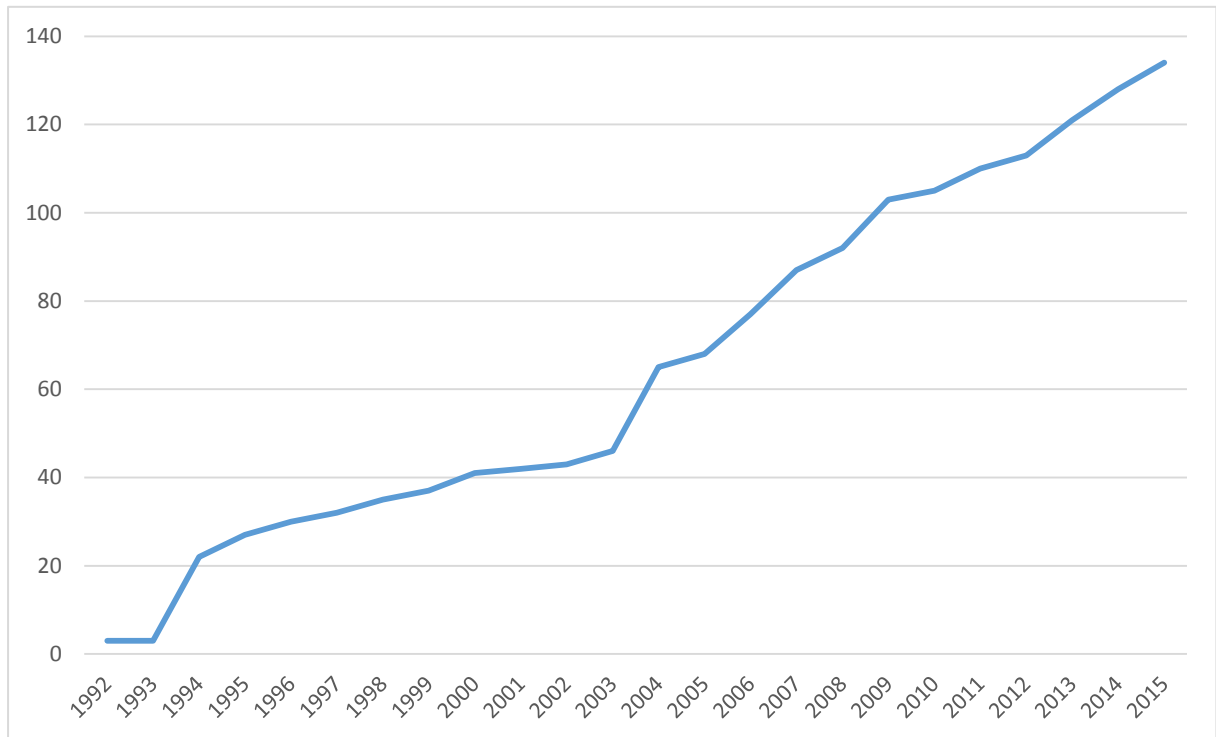
来源：UNCTAD IIA 数据库，IIAs 数量 (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>) 及自己整理。

图 3. 含 ESI 单边裁决条款的 IIAs 逐年占比，1992-2016 年初



来源: UNCTAD IIA 数据库, IIAs 数量 (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>) 及自己整理。

图 4. 含 ESI 单边裁决条款的国家累计数，1992-2015



来源: UNCTAD IIA 数据库, IIAs 数量 (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>) 及自己整理。

表. ESI 单边裁决条款，范围与效力

	强制条款	一般条款	限制条款
广义条款	10	102	15
狭义条款	5	88	2

转载请注明：“Karl P. Sauvant and Mevelyn Ong, with Katherine Lama and Thor Petersen ‘国际投资协定中基于安全利益单边裁决条款的兴起，’ No. 188, 2016 年 12 月 5 日。” 转载须经哥伦比亚大学可持续投资中心授权。转载副本需发送到哥伦比亚中心的 ccsi@law.columbia.edu。

如需详细信息请联系：哥伦比亚可持续投资中心，Daniel Allman, daniel.allman@columbia.edu。

哥伦比亚可持续投资中心（CCSI），是哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究中心，也是致力于对可持续国际投资加以研究、实践与讨论的应用研究中心和论坛。为扩大国际投资对可持续发展的影响，CCSI 通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育项目、资源和工具开发，承担着研究并推广实用方法和解决方案、分析热点政策性议题的重要使命。如需更多信息，请访问：<http://www.ccsi.columbia.edu>。

最新哥伦比亚国际直接投资展望文章

- No. 187, Jan Knoerich, “Why some advanced economy firms prefer to be taken over by Chinese acquirers,” November 21, 2016.
- No. 186, Jose Guimon, “From export processing to knowledge processing: upgrading the FDI promotion toolkit,” November 7, 2016.
- No. 185, Frank J. Garcia, “Investment treaties are about justice,” October 24, 2016.
- No. 184, Lukas Linsi, “Less compelling than it seems: rethinking the relationship between aggregate FDI inflows and national competitiveness,” October 10, 2016.
- No. 183, Karl P. Sauvant and Güneş Ünüvar, “Can host countries have legitimate expectations?,” September 26, 2016.

所有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得：

<http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>.