



Columbia Center
on Sustainable Investment
A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

Columbia FDI Perspectives 哥大国际投资展望

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

执行编辑: Abigail Greene (avg2129@columbia.edu)

哥大国际投资展望 (Columbia FDI Perspectives) 是一个公开辩论的论坛, 作者所表达的观点并不代表 CCSI 或我们的合作伙伴与支持者的观点。

No. 342 2022 年 10 月 17 日

遗漏投资协定中的一般公共政策免责条款为何会损害监管权利 Wolfgang Alschner*

在近期的一篇[国际投资展望](#)中, Charles-Emmanuel Côté研究评述了[《2021 年加拿大示范投资协定》](#)。这项示范协定与加拿大长期以来的做法大相径庭, 它遗漏了具有 WTO 风格的一般公共政策免责条款。Côté认为不需要为此感到忧虑, 鉴于最初得到 GATT 第 XX 条启发的一般免责条款“从未应用于实际的 (投资仲裁) 案件中, 放弃这些条款不大可能对监管权造成严重影响。”这篇[展望](#)不同意这一观点, 并提出三点理由来解释遗漏一般公共政策免责条款为何会重挫寻求重新平衡投资协定的努力。

- 实际上, 最近加拿大协定中的一般免责条款受到广泛批评, 并已成为发展中国家东道国的核心防御手段。在 [Copper Mesa 诉厄瓜多尔](#), [Bear Creek 诉秘鲁](#), [Infinito Gold 诉哥斯达黎加](#) 以及 [Eco Oro 诉哥伦比亚](#) 等案件中, 被告 (未能成功) 援引加拿大投资协定中所载的一般免责条款来为其以环境为由限制采矿特许权提供正当理由。在至少三个涉及加拿大协定的其他案件中, 免责条款适用、然而并没有被提出¹。简而言之, 虽然在加拿大处于被告地位时, 一般免责条款从未发挥过重大作用, 但是加拿大的发展中国家协定伙伴却经常依靠这些条款来维护本国监管权利。如果遗漏这些条款, 他们的利益会因此而受损。
- 一般免责条款[在全球范围内越来越受欢迎](#), 在过去 5 年内, 有半数新签订的投资协定将其纳入。其数量的增加表明, 各国将其视作维护本国监管权利的重要工具。虽然许多国家刚开始采纳, 但是不少亚洲和非洲国家已经形成了在[南南双边投资协定](#)中加入保护公共卫生和环境的一般免责条款的悠久传统。一些资本输出国, 例如土耳其、日本, 以及此前的加拿大, 长期以来亦有在其协议中纳入一般免责条款。因此, 加拿大

在一般免责条款正逐渐成为协定的一项主流特征之时，作出了在《2021年加拿大示范投资协定》中遗漏一般免责条款的决定，不可谓不离奇。

- 最重要的是，考虑到[投资法庭对政府推动的改革与日俱增的强烈反对](#)，加拿大的政策逆转标志着失败和退却。[为了寻求政策空间](#)，各国已经在新一代投资协定中加入了新的特征——例如一般公共政策免责条款。根据这些新一代投资协定作出的第一批仲裁裁定描绘了一幅令人担忧的景况：[新的协定造成了旧的结果](#)，投资法庭有争议性的解释挫伤了各国为维护监管权利所采取的核心创新。

以2021年[Eco Oro 诉哥伦比亚案裁定](#)为例，这项裁定以《2008年加拿大-哥伦比亚自由贸易协定》作为依据。仲裁法庭的大多数成员解释，这项协定的一般公共政策免责条款“不会妨碍投资者要求……支付赔偿金”（第830段）。因此，仲裁法庭无视近几十年来与WTO法律措辞相似的免责条款的相关判例法，以及东道国和母国的一致申诉（即成功援引免责条款将使一国免于承担责任，从而避免损害赔偿）。借用一位评论员的言论，该解释使一般免责条款“[实际上在投资仲裁中无关紧要](#)”。

Eco Oro 诉哥伦比亚案裁定是一种新兴模式的组成部分。藉由有争议性的解释来无视、淡化或抑制创新，仲裁法庭将新的协定与旧的协定等量齐观。此举进而剥夺了国家为了更好地运用监管权利而推动的改革的有效性，同时逐渐损害了投资机制的合法性。

在这种背景下，加拿大遗漏其新的示范协定中的一般公共政策免责条款，此举与投降无异。一般免责条款的逐步退出意味着含蓄地承认像 Eco Oro 诉哥伦比亚案裁定这样的仲裁法庭是正确的：这些免责条款在投资仲裁中没有任何作用。因此，加拿大在无意之中预示着，各国重新平衡投资协定的努力走得太远，是时候该缩减政策空间了。这种行为进而损害了现有协定（包括加拿大协定）中的一般免责条款，增加了诉讼风险，同时动摇了国家推动的投资法改革的未来方向。

事情还不至于此。加拿大迄今未使用新的示范投资协定进行过谈判。因此，其还有时间转变方向。作为一般免责条款的早期采纳者，加拿大发挥有重要的领导作用。除此之外，在其[Eco Oro 诉哥伦比亚案无争议方意见书](#)中，加拿大雄辩而周到地陈述了这些条款作为“保护国家行使监管权力的最后‘安全网’”（第9段）所能发挥的作用。加拿大应当遵循自己在 Eco Oro 诉哥伦比亚案中制定的精妙道路。

一般免责条款并非无所不能，也不绝对会得到滥用。它们是对其他协定灵活性（例如特定条款的附加条款或阐明）的补充，而非取代²。一般免责条款的引言部分和严格条件还能确保歧视性措施卸去其公共政策的伪饰。尽管在投资协定中加入一般免责条款因此只是朝着

更加平衡合理的投资协定迈出的可喜但轻微的一步，但是其遗漏却传达出一个错误的信号，即各国在仲裁员的强烈反对下，从他们拥护了几十年的协定设计创新中退却了。

（南开大学经济学院郭子枫译）

* Wolfgang Alschner (wolfgang.alschner@uottawa.ca) 在渥太华大学 Hyman Soloway 校区习惯法学院担任商业和贸易法律教授。这篇展望基于 Wolfgang Alschner, *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes* (New York: OUP, 2022)。作者希望感谢 Ben Heath, Caroline Henckels, Andrew Newcombe 的同行评审。

¹ [Gold Reserve v Venezuela](#), [Crystallex v Venezuela](#), [Rusoro v Venezuela](#).

² 部分学者担心免责条款会排斥其他灵活性。参见 Caroline Henckels' [最新研究](#)。

如果附带以下承认，这篇展望中的材料可以被重印：“Wolfgang Alschner, 《遗漏投资协定中的一般公共政策免责条款为何会损害监管权利》，哥大国际投资展望, No. 342, 2022年10月17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。

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，Abigail Greene, avg2129@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地球研究所的联合中心，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. 341, Vanessa Tsang, 《加强对发展中东道国的国际谈判援助》 2022年10月3日
- No. 340, Brian Chang and Daniel Kang, 《推进替代方案：在投资者-国家争端解决中促进调解与和解》 2022年9月19日
- No. 339, Christian Pitschas, 《在未来的WTO投资促进发展协定中定义投资》 2022年9月5日
- No. 338, Louis T. Wells, 《获取“关键矿物资源”？好极了！然需警惕！》 2022年8月22日
- No. 337, Charles-Emmanuel Côté, 《新的加拿大示范投资协定：悄然改变》 2022年8月8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>。