



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 191 2017 年 01 月 16 日

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

执行编辑: Matthew Schroth (mas2443@columbia.edu)

注意国际投资协定中的冻结条款

Tarcisio Gazzini*

对国际投资协定(IAs)的不满正与日俱增，其主要原因之一是存在一种观点认为 IAs 对政府的监管权力施加了过度限制。确实，对政府监管权力进行充分保护是旨在反思对外国投资者的法律保护的关键特征，这类倡议提倡逐渐由国内立法代替 IAs¹或者重塑双边投资协定(BITs)²。

在这一背景下，发现 IAs 的一些条款类似于意大利许多 BITs 中的条款相当令人惊讶，这些条款通常与权力保留条款相结合。例如，1998 年达成的意大利与莫桑比克双边投资协定中的条款 12（3）规定：

在投资达成协议之后的任何时刻，应对法律规章和直接或间接调节投资的经济政策措施进行修订。同样的处理可根据应用本条款的投资者的要求于投资开始之时适用生效³。

条款 12(3)的含义似乎相当明确。它赋予另一缔约方的所有投资者对于东道国不利的法律法规或者经济政策措施的完全豁免权。从另一个角度来看，它使随后的监管权力的行使无效，甚至使这种监管直接或间接地危害到相关投资者。可以推测，这一条款是在资本输出方坚持下设立的。

这一条款可以说是稳定性条款的最稳健形式，即所谓的“冻结条款”⁴。传统上，这些条款通常被列入政府合同，它们通过对在合同期限内颁布的规定的完全或部分豁免权的形式保护外国投资者免受东道国单边行动的影响。它们主要产生于撒哈拉以南非洲、东欧和南欧以及中亚地区的天然产业中⁵。

虽然最近冻结条款在起草时更加尊重东道国在社会价值保护方面的权利和义务，但这些条款仍然存在一些问题。这些问题可能会影响到政府经济和社会政策的落实，

甚至会因为遭受违约索赔而产生一种“寒蝉效应”，特别在仲裁庭面前，这种效应尤为明显。以色列最高法院最近废止了一项天然气计划，其理由是一项冻结条款规定外国投资者对于在税收、反垄断限制和出口配额等方面的监管政策的调整享有十年豁免权⁶。这项决定有力的证明了不应过度限制东道国监管权力的重要性。

相比合同里的冻结条款，国际投资协议（IIAs）中的一些条款如第 12（3）条产生了更加严重的后果，主要原因至少有以下 3 条：

- 第一，包含在合同中的冻结条款是对特定投资者给予具体承诺，而协议条款适用于协议涉及的所有当前和未来的投资，进而使得投资免于后续监管。
- 第二，根据影响外国投资者的法律文件的性质内容以及其对外国投资的影响程度来说，类似于第 12（3）条的条款制定的条件过于宽泛。
- 第三，为从类似于第 12（3）条的条款中收益，与东道国签订条约的其他国家的投资者可以援引最惠国待遇义务。这会成倍放大冻结条款的影响（例如，根据联合国贸发会议数据库⁷，意大利和莫桑比克分别同第三国签订了 75 和 20 个双边贸易协定。）缔约双方是否充分了解到应用这些超各自投资者待遇的条款的潜在影响，这一点令人怀疑。

冻结条款使条约变成不可信的合法产品，因此政府应该在废止这些冻结条款上有明确且强烈的动机。事实上，相关政府可能会被建议严密审查 IIAs 来检测这些条款并仔细评估其影响。在适当的情况下，政府应该采取措施逐步取消这些条款。这一目标通过简单且代价低廉的信件交流即可实现，并最好在对方接受提议修订案的当日进行。或者，缔约方可以利用条约法律允许的其他形式，包括协议结论，这是大部分这些协议的双边特征能够促进的一项任务。

（南开大学国经所杨旭晗、陈江滢翻译）

*Tarcisio Gazzini (tarcisio.gazzini@unil.ch) 是洛桑大学的高级研究员。作者对 Tony Cole, Anna De Luca and Kenneth Vandeveld 的同级评论表示感谢。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。

¹South African Protection of Investment Act (2015), art. 12.

²Indian Model BIT (2016), art. 16.

³在意大利与安哥拉、亚美尼亚、阿塞拜疆、波斯尼亚、喀麦隆、哈萨克斯坦、马其顿、摩尔多瓦、坦桑尼亚、乌干达和乌兹别克斯坦的 BITs 中也存在相同或类似的条款。

⁴对于各种稳定性条款的解释，见 Audley Sheppard and Antony Crockett, “Are stabilization clauses a threat to sustainable development?,” in Marie-Claire Cordonier Segger et al., eds., *Sustainable Development in World Investment Law* (Leiden: Kluwer, 2010), pp. 333-50.

⁵ Andrea Shemberg, “Stabilization clauses and human rights,” May 27, 2009, 详见 <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES>. 以及 Human Rights Council, “Principles for responsible contracts,” May 25, 2011, A/HRC/17/31/Add.3.

⁶见 Joel Greenberg, “Israel’s supreme court blocks Leviathan gasfield deal,” 《金融时报》, 2016 年 3 月 28 日
⁷<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

转载请注明: “Tarcisio Gazzini, ‘注意国际投资协定中的冻结条款,’ No. 191, 2017 年 01 月 16 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, Matthew Schroth, mas2443@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. 190, Karl P. Sauvant, “China moves the G20 on international investment,” January 2, 2017.
- No. 189, Robbie Schweider, “Broadening the Global Compact agenda,” December 19, 2016.
- No. 188, Karl P. Sauvant, Mevelyn Ong, Katherine Lama, and Thor Petersen, “The rise of self-judging essential security interest clauses in international investment agreements,” December 5, 2016.
- 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.

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/>。