

中外双边投资协定中公共健康问题研究

葛 瑜

西北政法大学国际法学院, 陕西 西安

收稿日期: 2022年6月20日; 录用日期: 2022年7月15日; 发布日期: 2022年7月22日

摘 要

由于经济全球化速度加快, 各国间的经济交往更加频繁, 国际投资成为经济发展的重要一环。在国际投资的过程中就不可避免的涉及东道国公共健康问题。各国之间为了促进和保护投资而缔结了投资协定, 但遍观世界上的投资协定, 对于公共健康保护并没有一个明确的规定。尤其自新冠疫情爆发以来, 世界经济经历了跳水式的暴跌, 在此基础上投资者与东道国之间的矛盾不断激发, 更能体现出公共健康的重要性。我国长久以来都在努力吸引外资, 虽然与其他国家签订了许多投资协定。但从协定内容来看, 并不能很好地平衡我国公共健康与投资者投资利益, 虽然我国目前没有出现与公共健康相关的投资争端, 但还是应该防患于未然, 完善中外投资协定中公共健康保护问题。

关键词

公共健康, 投资协定, 完善

Research on Public Health Issues in Bilateral Investment Treaties between China and Foreign Countries

Yu Ge

Northwest University of Politics and Law of International Law, Xi'an Shaanxi

Received: Jun. 20th, 2022; accepted: Jul. 15th, 2022; published: Jul. 22nd, 2022

Abstract

Due to the acceleration of economic globalization, economic exchanges between countries are more frequent, and international investment has become an important part of economic development. In the process of international investment, it is inevitable to involve the host country's

public health problems. Investment agreements are concluded between countries to promote and protect investment, but investment agreements around the world do not have a clear provision for public health protection. In particular, since the outbreak of COVID-19, the world economy has experienced a nose-dive. On the basis of this, conflicts between investors and host countries have been aroused, which highlights the importance of public health. Our country has been trying to attract foreign investment for a long time, although we have signed many investment agreements with other countries. However, from the content of the agreement, it is not able to balance the public health of China and the investment interests of investors. Although there is no investment dispute related to public health in China, we should prevent it and improve the public health protection in the sino-foreign investment agreement.

Keywords

Public Health, Investment Agreement, Perfect

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

本文最重要的就是公共健康这个概念，但其实国际上对公共健康并没有一个明确的法律概念。公共健康是指大部分人的健康，劳工保护、资源问题、环境卫生保护、教育医疗体系这些都可以视为公共健康的范畴[1]。经济全球化发展的过程中，公共健康与国际投资产生了或直接或间接的联系。

公共健康对于一个国家来说是十分重要的，我们常说健康是一切的基础。如果为了发展经济而忽略健康，那无疑是本末倒置的。2019年12月至2020年1月，新冠肺炎疫情(COVID-19 pandemic)爆发，全球200多个国家和地区都深受其害。截至2022年3月底，新冠病毒感染人数超过4.81亿，死亡人数超过612万。¹这一场人类浩劫中，从表面上看只是全世界人民的生命健康受到了病毒的威胁，但是世界投资报告的数据可以发现全球经济也遭到了极大的打击。从《2021世界投资报告》来看，2020年全球外商直接投资(FDI)流量下降了35%，从2019年的1.5万亿美元降至1万亿美元。这是自2005年以来的最低水平，比2009年全球金融危机后的谷底低了近20%。为应对新冠肺炎疫情，世界各地都逐渐实行了一些封锁政策，国际直接投资急剧减少，导致全球经济受到了重创。这一事件有力证明了公共健康与经济发展具有密不可分的关系，不维护好公共健康终将会反噬经济的发展。有了新冠疫情这个前车之鉴，各大国应该发挥作用倡导投资协定中对公共健康保护的重视，国际投资协定改革刻不容缓。

2. 中外投资协定中公共健康保护现状

(一) 我国签订的双边协定中公共健康保护现状

纵观中外双边投资协定,公共健康保护条款大多数都在协定第11条禁止和限制这一项下,主要内容为“不能以任何形式对缔约一方为维护其基本的安全利益或公众健康、或为防止动植物病虫害而采取的任何形式的限制或其他行为的权利”,有些投资协定中公共健康保护规定在“间接征收的公共利益例外”条款中。而2002年中国—特立尼达多巴哥共和国BIT、2003年中国—圭亚那BIT在前言中发誓——增进和保护投资的同时不会影响全球健康[2]。

¹See WHO, WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard, Mar 20, 2022, at <https://covid19.who.int>, Mar. 20, 2022.

我国现行有效的双边投资协定大多数是上世纪七八十年代签订的，当时，我国为了实行“对外开放”政策，倡导“引进来”，所以在签订双边投资保护协定时着重注意引进外资，基于发展经济的迫切性以及我国作为发展中国家的身份致使我们在订约过程中出于劣势地位。因此在发达国家主导的情况下签订了双边投资协定。而当时发达国家在制定投资协议时，只注意保护投资者的个人利益，忽略了东道国的公众健康保护。我国签订了 114 个双边投资保护协定，这些投资协定对我国引进外资和发展经济起了促进作用。其中规定公共健康保护的有 13 个，根据商务部条约法司公布双边投资协定(见表 1)，可发现中外双边投资协定中公共健康保护的规定并没有一个统一的标准，反而还有些混乱。与有些国家签订的协定有关公共健康的规定位于序言中，还有的在规于征收条款、最惠国待遇条款、禁止和限制条款、公平公正待遇条款中，更有甚者附加于议定书之中。有关规定也并没有提及遵守公共健康保护的必要性以及违反的后果，使得公共健康保护不具有强制性，这就使得在投资过程中投资者并不会把中国的公共健康问题放在重要位置。我国需要迫切需要重新签订投资协定，处理好投资者利益与我国公共健康之间的不平衡问题。

Table 1. The main distribution of public health protection in China's bilateral investment treaties

表 1. 我国双边投资协定中公共健康保护的主要分布

签订国 在 BIT 中的设置	序言	间接征收	最惠国待遇	禁止和限制	公平公正待遇	议定书
中国 - 新加坡				✓		
中国 - 斯里兰卡				✓		
中国 - 新西兰				✓		
中国 - 毛里求斯				✓		
中国 - 马达加斯加					✓	
中国 - 坦桑尼亚			✓			
中国 - 土耳其		✓				
中国 - 乌兹别克斯坦		✓				
中国 - 印度		✓				
中国 - 特立尼达和多巴哥	✓					
中国 - 圭亚那	✓					
中国 - 葡萄牙						✓
中国 - 奥地利						✓

数据来源：商务部条约法律司(最后访问时间：2022 年 6 月 29 日)。

(二) 国际上其它投资协定中公共健康保护规定

随着经济的发展，越来越多的国家开始重视国内的环境、健康、公共利益，开始制定一系列的法律政策，这些出于东道国保护本国利益的目的而制定的法律政策，往往会侵害投资者的投资利益。基于此，越来越多的国际投资仲裁案件被提起，但是根据 UNCTAD 官网上公布的投资仲裁结果来看大多数案件都是东道国败诉而后承担大规模的赔偿的结果。例如 Azurix 公司诉阿根廷案中，仲裁庭最终认定阿根廷政

²2002 年的 Azurix 公司诉阿根廷案中，美国安然公司的子公司 Azurix 获得了阿根廷首都的供水和水处理项目，但该公司运营不久，市民就抱怨水压太低、水质差，政府建议市民不要喝该公司处理的水并减少洗澡次数以防止细菌感染，Azurix 以阿根廷政府违反美-阿间的双边投资条约并给其造成损失为由，提起国际投资仲裁，要求阿根廷政府赔偿 6 亿美元，仲裁庭认为，阿根廷政府的行动违反了该条约中的“公平和公正待遇”条款，裁决阿根廷向 Azurix 赔偿 1.65 亿美元。

府应当给付 Azurix 公司 1.65 亿美元的赔偿款。²致使许多东道国为了不承担巨额赔偿责任，而放弃了为保护本国公众健康所采取的措施，而最终损害了本国公民的公众健康权利。由此可以看出，东道国投资保护与公共健康保护发展不平衡的问题急需解决[3]。

其他国家签订的投资协定存在着的问题与我国大致相似：一方面是提及公共健康保护的投资协定数量有限，另一方面是投资协定中公共健康保护的规定有些混乱。例如 2012 年《美国双边投资协定范本》仅在序言中提及了在保护健康、安全与环境以及增进国际承认劳动权利的各项原则的基础上，达成这一协议的目的。但随着经济的发展，许多国家逐渐开始重视公共健康保护问题。比如，《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)在第 5 章、第 6 章第 11 章多次提及健康或公共健康。再比如，“全面与进步跨太平洋伙伴关系协定”(CPTPP)在序言中、第 7 章、附件 9-B、第 15 章、第 18 章、第 20 章、第 29 章中都规定了与公共健康问题。由此可见综上所述，虽然中外投资协定在总体上是忽视公共健康保护的，但是随着经济发展和国际社会的进步，国际社会越来越认识到保护公共健康的重要性，大部分国家在签订新的双边投资协定时都会把公共健康放在着重考虑的位置。

3. 中外投资协定中公共健康保护存在的不足

(一) 提及公共健康保护的中外双边投资协定数量不足

自从 1982 年与瑞典签署了首份双边投资协议以来，我国已同其他国家签署了 114 项双边投资保护协议，现行有效的有 105 个，但是其中规定公共健康保护内容的仅有 13 个[4]。中国现有的双边投资协定大多缔结于 2000 年之前，这些投资协定在实体方面和程序方面的条款十分粗糙，有的甚至只是框架性的条款，投资协定更多地侧重于推动投资，而极少提及对东道国的公共健康规制。浏览国内外的投资协定会发现，大多数投资协定都会在序言章节中提到可持续发展，包括保护公众利益的目标，从而将公众健康包含在内，但很少直接提到公共健康。例如，2004 年加拿大 BIT 范本规定：一缔约国在其他缔约国的投资条约应有助于可持续发展，以推动投资。中国 - 坦桑尼亚 BIT 也仅在序言中提到了投资应该坚持可持续发展。还有的投资协定在征收条款、最惠国待遇条款、禁止和限制条款、公平公正待遇条款或者议定书提到了公共健康。

提及公共健康保护的中外双边投资协定数量不足，“菲利普·莫里斯亚洲公司对澳大利亚政府的诉讼”是一个很好的例子。《澳大利亚烟草简单包装法》是澳大利亚政府于 2011 年批准的。2011 年 12 月 1 号，菲利普·莫里斯亚洲公司向国际常设仲裁庭提出了一项关于澳大利亚政府侵犯其商标权利的仲裁，但是，菲利普·莫里斯亚洲公司在与澳大利亚的投资条款中并未提及公众健康问题，所以，澳大利亚菲利普·莫里斯公司购买了菲利普·莫里斯澳大利亚公司，以获取投资条约的保护。所以仲裁庭最终认为菲利普·莫里斯公司构成了权利滥用，因此对于其仲裁请求不予受理[5]。该案失败的原因之一就是其与澳大利亚之间的国际投资条约条款中并没有涉及公共健康问题，假使当时在美国与澳大利亚政府签订投资协定时提及了公共健康保护问题，那么在后面维权的时候也不至于收购菲利普·莫里斯澳大利亚公司，再基于中国香港和澳大利亚签订的投资条约进行仲裁。由本案可见，中外双边投资协定提及公共健康保护问题是非常有必要的。最根本的作用就是，在本国国民或对外投资的企业在公共健康或对外投资经济效益受到损害时，可以以协定为由向国际仲裁庭提起仲裁，而不至于从管辖权这一环节就被驳回申请。

(二) 中外双边投资协定中对公共健康保护不足

我国与世界各国签署的双边投资协议中，绝大部分并未涉及到公众健康保障问题，仅有 13 个协定中提及了中国健康保护问题。在中国与外国的双边投资协议中，大部分公共健康保护条款都是在第十一条的禁止和限制条款下进行规定的，比如中国与新加坡、毛里求斯、新西兰、斯里兰卡签订的 BIT。中国与特立尼达多巴哥共和国、圭亚那签订的 BIT 是在序言中提及了保护公共健康的目的。中国与印度、乌

兹别克斯坦、土耳其签订的 BIT 将公共健康保护规定于“间接征收的公共利益例外”条款中。中国与马达加斯加、葡萄牙、坦桑尼亚、奥地利签订的 BIT 将公共健康保护规定于投资待遇条款中。以上提到的 BIT 都是简单提及在投资中需要保护公共健康，都是一些框架性的规定，没有提到在投资过程中损害公共健康的相关后果，因此就导致了投资者在投资时不会将公众健康问题作为优先考虑的事项[6]。国外的投资协定现状基本是与我国一致的，都没有把公共健康保护作为制定投资协定时极其重要的一环。

在 Metalclad 案中，仲裁庭最终赞同了 Metalclad 公司的诉求，最后作出了墨西哥政府向 Metalclad 公司给予 1668 万美元的赔偿。³从 Metalclad 案可以看出，投资协定中对于公共健康保护框架性的规定在实践中并不能很好的保护东道国的利益。国内外现行有效的投资协定大都是上个世纪签订的，但是随着时间的流逝，有些国家在发展经济的同时渐渐意识到了环境保护、公共健康保护等问题的重要性，因此急于修改国内立法或者取缔外国投资者设立的对本国环境、公共健康有害的项目，就触及了外国投资者的经济利益。一般外国投资者都会向国际仲裁机构提起仲裁，大部分国家都很少能够胜诉，因为所签订双边投资协定中对于公共健康保护都是框架性的规定，并不能包含所有的情况。

很显然中外双边投资协定中对公共健康保护是不足的，那些文本本身都是一些模糊的规定，导致在现实生活中发生公共健康案件时政府无法有效利用协定来维护自己的合法利益反而需要支付高额赔偿。但是因为通过损害环境和健康来实现经济增长是不符合可持续发展的，甚至是本末倒置。我们迫切需要重新签署投资协议，解决投资者利益和公众健康的失衡问题。

(三) 国际投资协定向投资者利益的倾斜

从国内外双边投资协定的序言来看，BIT 的核心与目标是推动和保障投资，使投资得到良性发展。但实际操作中，它只是一种纯粹的保护私人投资者权益的手段，缺乏对东道国公共健康保护的考量。几乎所有的投资协定都是在发达国家的主导下签订的，包括制定的投资协定范本到最终的签订。发达国家是资金的输出地，而发展中国家则必须以发达国家的条约范本为依据，以吸引发达国家的投资来发展自己的经济。而发达国家一直都提倡私人财产神圣不可侵犯，所以在条约范本中着重强调保护投资者的利益。这就使得国际投资协定倾向于投资者的利益，在国资投资仲裁中大多数仲裁庭也倾向于支持投资者的诉讼请求，使得东道国公共健康规制权受到了极大阻碍。举例来说，2000 年 ICSID 裁定的 Santa Elena 公司对哥斯达黎加案的判决，虽然仲裁庭认可了哥斯达黎加政府为了保护环境而采取的措施但也应给予外国投资者补偿，最后，哥斯达黎加政府支付了 1600 万美元的罚款。⁴从该案例来看，体现出仲裁庭在投资案件的仲裁过程中倾向于优先保护投资者的利益[7]。

但是自二战以后，特别是 20 世纪 90 年代以来，经济全球化迅速发展，相应地跨国投资也进入到了一个高速发展的阶段，因此促进国际投资自由化。国际投资协定本身被制定的目的就是促进了投资、推动经济发展，因此在利益的天平上投资条约往往倾向于投资者。从中外双边投资协定来看，几乎所有的国际投资条约都有特别的规定以保护投资和投资者获得以下权利：国民待遇、最惠国待遇、公平与公正待遇(或者说最低标准待遇)、在征收中“充分、及时、有效”的补偿。⁵投资协定中的这些待遇标准，给予了投资者极大的利益。但是在东道国想要行使公共健康管制权时，投资者又以这些特殊待遇为武器对抗东道国的管制权，使得东道国不得不为了保护投资者利益而放弃行使自己的公共健康规制权。

³ 在 Metalclad 公司已经取得市政府颁发的建立有毒垃圾处理厂的许可证的情况下，墨西哥联邦政府未能及时通过听证等一系列措施通知有关危险废物掩埋的相关问题是对 BIT 中公平与公正待遇条款的扩大解释。仲裁庭在审理后同意 Metal 公司的观点，最后作出了墨西哥政府向 Metalclad 公司给予 1668 万美元的赔偿。

⁴ 在 Santa Elena 公司诉哥斯达黎加案中，哥斯达黎加政府为了保护地方环境，征用土地建造了一座国家公园，其中包括美国 Santa Elena 公司所租用的土地，因此，Santa Elena 公司提出了一项国际投资仲裁，仲裁庭裁定，以保护环境为理由，采取以保护环境为基础的措施，虽然有利于维护整体社会，但也应该给予外国投资者的充分补偿，最后，哥斯达黎加政府对 Santa Elena 公司支付一千六百万美元的罚款。

⁵ See Deborah Sy, Warning Investment Agreements are Dangerous to Your Health, The Geo.Wash.Int'l L.Rev.652.630 (2011).

经济发展的同时，发达国家慢慢意识到公共健康、可持续发展等问题的重要性。因此，发达国家订立的投资协定范本渐渐涉及到公共健康问题，而发展中国家由于经济的落后以放弃本国公共健康的规制权的方法来吸引外国投资，使得发展中国家签订的投资协定极少的提及公共健康保护。

4. 中外双边投资协定中公共健康保护的完善

当今的国际社会各国际法主体间签订的投资协定并没有一个统一的标准，各协定之间由于缺乏统一性而经常发生冲突。据统计，截止到 2020 年底国际投资协定的总计 3360 项，这数目庞大的投资协定之间有关公共健康问题的规定经常存在矛盾。与此同时，有些国家基于利益出发与外国签订了投资协定，但是协定内容却与本国公共健康等公共利益相违背。因此，随着经济全球化的逐渐加深，国际投资协定也需要逐步完善，减少不同投资协定之间的冲突以及投资利益与东道国公共健康之间的矛盾。所以，中外投资协定在修订或新签时应注重公共健康保护问题，提高公共健康在国际投资中的出镜率。

(一) 在序言中表明公共健康保护目的

虽然序言条款在保护公共利益、环境、健康、劳工保护等方面只具有宣誓性的作用，并不对投资协定的双方当事人产生权利义务，但序言条款在投资协定中具有指导性意义。早期投资协定序言主要是阐明促进和保护投资的目的，随着慢慢认识到公共健康保护的重要性后，有些国家在签订投资协定时也逐步将公共健康保护目的纳入序言条款中。

近几年国际上认识到公众健康的重要性之后，逐渐将公共健康保护的目列入序言中来。根据统计，在 2011 年签署的 20 个国际投资协定中，其中有 12 个在序言中提到了保护环境和健康等公共利益。2002 年中国 - 特立尼达和多巴哥双边投资协定、2003 年中国 - 圭亚那双边投资协定在序言中宣誓性地规定“同意在不放松对健康、安全和环保措施的普遍适用情况下实现这些目标(促进和保护投资)”[8]。2012 年《美国双边投资协定范本》前言中提到愿以保护健康、安全和环境，促进国际公认劳工权利的原则相一致的方式实现本协定的目标。而且在近几年比较受关注的一些国际投资协定中，也开始在序言中表明在投资过程中保护公共健康的目[9]。CPTPP 在序言中明确规定：各方应认识到各自固有的监管权，并决心保留缔约方在确定立法和监管优先事项、保障公共福利以及保护合法公共福利目标方面的灵活性，例如公共健康、安全、环境、可用尽生物或非生物自然资源的保护、金融体系的完整性和稳定性以及公共道德。欧盟与加拿大签署的自由贸易协定(CETA)在序言中规定，“确认本协议的条款保留了缔约方的在其领土内进行规制，并要求各缔约方灵活地制定合法政策目标，例如公共卫生、安全、环境、公共道德以及促进和保护文化多样性”。

这说明一些国家已认识到，发展国际投资不能以损害公众健康为代价，因此在序言条款中肯定了公众健康的重要性。在投资协定序言中，明确公共健康的重要性，建立保护东道国公共健康的条约目的，可以在一定程度上限制投资者的投资，并促使东道国采取措施，以保护公共健康，并为仲裁庭在做有利于公共健康的解释时，提供途径。尤其是自 2020 年 1 月因新冠疫情在全球爆发后国际经济遭遇了重大打击，由此体现出公共健康保护的重要性。因此，往后在订立投资协定时应当注意在序言中表明保护公共健康的目的，不能单纯为了发展经济而牺牲东道国的公共健康。

(二) 设立公共健康专门条款

一些国际投资协定还特别规定了公众健康问题，特别规定了缔约双方在公共健康方面的权利和义务。例如，NAFTA 第 1114 第 2 款指出：“双方认识到，用放松对国内公共卫生或环境保护措施限制的办法来鼓励投资，是不适当的。因此，任何缔约一方不得以为鼓励投资而放弃或减少公共卫生安全或环保措施，如果一方认为对方已经给予了这种激励，则对方可以请求与其进行谈判，并就如何避免这种鼓励进行磋商。”此后投资协定中的专门条款都是以 NAFTA 第 1114 第 2 款为基准进行改良的[10]。“健康、

安全和环境措施条款”在 2004 年加拿大 BIT 范本中清楚地显现出来：缔约国意识到，为了促进投资，放弃健康、安全和环境的措施是不适当的。即使为了建立和扩大投资，一个国家也不能放弃健康、安全和环境方面的措施；如一缔约国发现对方有放弃上述措施，双方应协商解决。

CPTPP 中的第七章以及 RCEP 第五章都是卫生与植物卫生措施，这一章的目的是：通过制定和实施卫生和植物卫生措施，确保缔约方的人、动物或植物的生命或健康，但同时减少为促进贸易提供便利，对双方贸易产生负面影响；切实落实《实施卫生与植物卫生措施协定》；提高缔约国在制订和实施卫生和植物卫生措施方面的透明度与理解；在卫生和植物卫生措施方面，增进缔约方的合作、沟通与咨询。本章对于卫生与植物卫生方面进行了一系列的设定，规定了缔约方的权利义务、等效性、适用地区条件、风险分析、审核、认证、进口检查、紧急措施、透明度、联络点和主管机关、争端解决等。与以前的投资协定相比，RCEP、CPTPP 都是专门用一整章来规定了卫生问题，如此详细规定会使得缔约方更加重视公共健康、卫生问题，在发生争端时也更有利于缔约方依据协文本来维护自己的合法权益。设立公众健康专门条款，为东道国采取公共卫生措施奠定了良好的法律基础，同时也为它们在与投资者的诉讼中的对峙奠定了基础。

(三) 一般例外条款

一般例外条款是：WTO 成员国为保护某些特定的公共利益(例如：保护环境、公共道德、公共秩序、人类健康或生命安全)或国家公共政策目的而采取的措施。GATT 第 20 和 21 条规定了公共秩序例外、环境保护例外和公共健康例外等。在投资条约中加入一般例外条款，其主要目的是避免仲裁庭对投资保护义务的广义解释以及对东道国合法公共政策目标的过度限制。新一代的投资条约一般例外条款没有统一的规定，东道国应当以特定的投资条约的一般例外条款为依据。迄今为止，根据新一代投资条约的一般例外条款做出裁定的案例很少。仲裁庭对一般例外条款的解释较为粗暴，而一般例外条款在其效力上并不突出。

2009 年《东南亚国际联盟投资协议》第 17 条是一个典型的公众健康例外条款：“不构成不正当的歧视和限制投资流量的必要措施，不应被视为阻碍缔约对方投资者。”该条款源于 GATT1994 第 20 条(b)款：在情况相似的国家之间，如果不将本协议中的任何条款理解为防止为了保护人类、动物或植物的生命或健康而采取的的必要措施，则该条款不能被理解为防止成员国采取必要的措施。近几年对于中国来说比较重要的几个协定——RCEP、CPTPP、中欧投资协定中都规定了公共健康例外,主要内容为需要保护人类、动物或植物生命或健康等采取的措施不构成国家之间任意或不合理的歧视。

在疫情背景下引用一般例外条款，至少就其适用而言是无可争辩的。投资条约的一般例外条款是从 GATT 和 GATS 中汲取的，但投资保护义务条款本身或在仲裁实践中的说明或相关的习惯国际法就已包含了以适当的公共政策目的规制权为基础的例外，在此情形下，一般例外条款与投资条约中投资义务条款的关系尚不明朗，而通常例外条款适用于哪些投资保护义务、如何适用于投资保护义务、具体抗辩效力等方面尚有诸多不确定因素。这说明，东道国难以诉诸一般例外条款进行辩护。比如“Bear Creek v. Peru”案中，秘鲁根据 FTA 协定第 2201 条第 3 款提出了辩护，并将其所采取的措施纳入了该款的一般除外范畴。但仲裁庭最终没有采用秘鲁的说法，认定秘鲁法律中未明确提到对个人生命或健康的保护，秘鲁的各项措施也许不在该款的一般除外范畴之内。⁶因此，不能将一般例外条款视为公共健康保护的“唯一武器”。

(四) 明确“间接征收”的认定标准

在传统型投资协定中，规定的征收条款仅限于直接征收。最近几年来，间接征收条款成为国际投资协定的一部分，也变成了东道国违反投资协议的主要原因。许多案例，都是因为投资人认为，东道国对

⁶See Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, November 30, 2017, paras. 471-478.

其投资所采取的管制措施属于间接征收的范畴，而又是为了保护东道国的公共健康、环境等公共利益采取了管制措施。但是，各国投资协议中对于间接征收的规定过于简单且含糊不清，协定中只把间接征收描述为一种“与征收的效果相同或相等的手段”[11]。因此，仲裁庭拥有量极大的自由裁量权，相似案件仲裁庭也可能做出不同或完全相反的裁决。

在菲利普·莫里斯诉乌拉圭案件中，乌拉圭公共卫生部发布了两项命令：单一外观要求(SPR)和 80/80 卫生警示图例(“80/80 规则”)——SPR 禁止对以某一牌子出售的香烟进行不同的包装或陈列，并规定使用图片来描述吸烟有害的健康后果；“80/80 规则”规定，卷烟包装上的健康警示标志由 50%增加至 80%。该公司根据 1988 年瑞士与乌拉圭签署的投资协议，委托其在乌拉圭的控股子公司起诉乌拉圭政府侵犯其商标权利，并且乌拉圭政府的行为存在歧视性待遇、间接征收和违反公平公正待遇的情形。因此，要求其停止执行相关法律，或对其造成的损失进行赔偿。在此基础上，仲裁庭赞成了乌拉圭政府的抗辩并最终驳回了原告的所有上诉[12]。

CPTPP 附件 9-B 中把间接征收规定为“缔约方的一项行为或一系列行为具有与直接征收同等效果而无需转让所有权或完全没收，除非该行为是政府性质的或为保护公共健康、环境和卫生等公共目的的非歧视性行为”，该规定同时采用“效果和目的”两个标准来判定东道国的措施是否属于“间接征收”，同时把东道国为保护公共利益所采取的措施排除在外。这种认定方式使得外国投资者提出的任何一种政府控制手段都是“间接征收”的认定就变得困难了，尤其是在涉及到环境保护、公共健康等公共利益的情况下，在实施控制措施时东道国可以有更大的政策空间。因此，同时采用“效果和目的”两个标准来判定“间接征收”认定的方式，应当在未来的中外 BIT 中加以推广。

参考文献

- [1] 肖巍. 从“非典”看公共健康的意义——访丹尼尔·维克勒教授[J]. 哲学动态, 2003(7): 40-42.
- [2] 张光. 中外双边投资协定中公共利益保护条款之立法设计[J]. 国际经贸探索, 2014, 30(3): 85-93.
- [3] 徐泉. 国际投资自由化进程中的排斥与吸引博弈关系法辨——以韩国为例[J]. 河北法学, 2007, 25(3): 45-50.
- [4] 韩亮. 20 世纪九十年代双边投资保护协议的发展及评价[J]. 法学评论, 2001, 19(2): 86-90.
- [5] 何艳. 投资协定视阈下知识产权与公共健康的冲突与协调——由两起“菲利普·莫里斯案”引发的思考[J]. 法商研究, 2013, 30(6): 42-51.
- [6] 梁丹妮. 论国际投资争端仲裁机制对东道国公共健康保护权力的挑战[J]. 湖北社会科学, 2006(3): 147-151.
- [7] 张光. 论国际投资仲裁中投资者利益与公共利益的平衡[J]. 法律科学(西北政法学报), 2011, 29(1): 109-114.
- [8] 张光. 双边投资条约的公益化革新[J]. 当代法学, 2013, 27(5): 149-160.
- [9] 胡晓红. 国际投资协定环保条款: 发展、实践与我国选择[J]. 武大国际法评论, 2014, 17(1): 277-296.
- [10] 甘瑛. 论国际贸易与环境规则——兼评区域性国际组织对 WTO 的影响[J]. 上海交通大学学报(社会科学版), 2001, 9(4): 87-91.
- [11] 杨丽艳, 张新新. 再论国际投资仲裁中间接征收的认定及扩大适用[J]. 时代法学, 2017, 15(1): 112-121.
- [12] 王彦志. 国际投资仲裁中公共健康保护的条约解释进路——以 Philip Morris v. Uruguay 案中 VCLT 第 31 条第 3 款 c 项的适用为视角[J]. 当代法学, 2017, 31(6): 149-157.