

# 国际投资中一般例外条款分析——以新冠疫情 防控措施为例

李 媛

西北政法大学国际法学院，陕西 西安

收稿日期：2022年6月8日；录用日期：2022年8月15日；发布日期：2022年8月22日

---

## 摘要

2019年新冠肺炎疫情的大流行影响了全世界人民的生命健康，同时对国际投资的发展提出了新的挑战。面对东道国所采取的强制停工停产、征收征用等疫情防控措施，越来越多的投资者可能会基于违反相关的国际投资协定义务相继提起投资仲裁，使得国家面临严重的仲裁危机。国际投资机制长久以来便维持着保护投资的趋势，使得东道国的公共健康抗辩异常难得，其中一般例外条款的设置和适用尤其重要。本文希望通过一般例外条款的深入分析，更好应对我国目前及未来可能面临的投资仲裁请求，发挥一般例外条款在平衡投资者利益与东道国规制权之间关系的作用。

---

## 关键词

新冠肺炎疫情，国际投资仲裁，一般例外条款

---

# Analysis of General Exception Clauses in International Investment—A Case Study of COVID-19 Prevention and Control Measures

Yuan Li

School of International Law, Northwest University of Political Science and Law, Xi'an Shaanxi

Received: Jun. 8<sup>th</sup>, 2022; accepted: Aug. 15<sup>th</sup>, 2022; published: Aug. 22<sup>nd</sup>, 2022

---

## Abstract

The COVID-19 pandemic in 2019 has affected the lives and health of people all over the world, while posing new challenges to the development of international investment. In the face of the

host country's epidemic prevention and control measures such as compulsory suspension of production, expropriation and requisition, more and more investors may initiate investment arbitration based on the violation of obligations under relevant international investment agreements, making the country face a serious arbitration crisis. The international investment mechanism has long maintained the trend of protecting investment, which makes the host country's public health defense extremely rare, among which the establishment and application of the general exception clause is particularly important. This paper hopes to better deal with China's current and future investment arbitration claims through in-depth analysis of the general exception clause, and play the role of the general exception clause in balancing the relationship between the interests of investors and the host country's regulatory rights.

## Keywords

**COVID-19 Outbreak, International Investment Arbitration, General Exception Clause**

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

2020 年，新冠疫情导致全球外国直接投资急剧下降，外国直接投资流量回到 2005 年的水平。这场危机对国际投资的可持续发展产生了严重影响，尤其是对最不发达国家和发展中国家造成巨大冲击，阻碍了全球的经济增长。同时，这场危机还带来了全世界范围的公众健康威胁，截至 2022 年 5 月 1 日，全球报告的确诊病例超过 5 亿例，死亡人数超过 600 万，<sup>1</sup>面对如此“国际关注的突发公共卫生事件”，国家纷纷采取倾向于增加对外资的监管和限制性措施以保护本国关键产业，对外国投资者的财产予以征收用以保护本国社会公共利益，由此便引发了投资者利益保护与东道国规制权之间的矛盾。一般例外条款作为平衡二者关系以及保留东道国公共政策空间的有力工具，在国际投资中发挥着不可或缺的作用，其有利于国家更好的实施公共健康规制权，实现可持续发展目标。

## 2. 国际投资协定中的一般例外条款

### (一) 国际投资协定中一般例外条款的内涵与发展

投资条约中的例外条款是缔约国设置的“安全阀”[1]。根据此种条款，当缔约国面临严重的社会、政治、经济危机或是为了可持续发展目标以及人民福祉时，国家可以采取必要的管理措施，以维护其根本安全利益或社会公共利益，而不承担有关违反条约义务的法律责任。因此，设置例外条款，可以平衡投资者保护与东道国的利益，使缔约国按照条约义务给予投资者保护时能够充分有效的维护本国的根本安全利益和公共利益。在新冠疫情大流行之下，东道国如何为自己的公共健康规制权预留必要空间尤为重要，这在学理上一般被归入投资条约的一般例外。

20 世纪 90 年代末之前缔结的第一代 BITs 通常不包含公共健康的一般例外条款，它们主要提供大量的外国投资保护，而未载明外国投资者尊重东道国公共健康规制权的义务。自 20 世纪 90 年代之后，这一条款逐渐受到许多国家的重视，包含例外条款的双边投资协定的数量日益增加，但总体而言，较少的涉及公共健康保护，只有少数投资条约将公共秩序或公共道德、公共健康作为一般例外条款加以规定。

<sup>1</sup>WHO. COVID-19 Weekly Epidemiological Update, Edition 90, 2022-05-04.

例如，加拿大 2004 年的投资条约范本第 10 条就将“为保护人类、动物或植物的生命或健康的措施”列为一般例外，而绝大多数 BITs 没有公共健康例外条款。

近年来，联合国贸发会致力于国际投资协定制度的改革，最常见的改革领域是保留国家的监管空间，晚近的国际投资协定很多纳入了例外条款，也充分反映了这一趋势。在公共健康领域，表现为，2020 年缔结的所有国际投资协定都包含旨在保留监管空间和促进可持续投资的面向改革的条款。具体而言，所有 9 项经审评的国际投资协定中，有 8 项在条约序言中提及保护健康和安全、劳工权利、环境或可持续发展，有 8 项列有保护人类、动物或植物的生命或健康；或者保护可耗尽的自然资源的一般例外条款，这在一定程度上保留了东道国的监管空间。<sup>2</sup>

根据国际法，主权国家享有对其国家的主权权利，包括保护公共卫生、防止传染病、维护人民生命健康，这是主权的基本属性。在国际投资领域，东道国为实现某些公共管理目标而实施的措施容易与投资保护义务产生紧张冲突，因此，晚近国际投资协定需要纳入公共健康一般例外条款，以应对新冠疫情下可能带来的诉争。

#### (二) 国际投资协定中一般例外条款的范式

相比于征收特别例外，国际投资协定中的一般例外可以对条约中的各个条款适用，从而可以防止投资者选择适用 BIT 条款，使一般例外失去作用。本文通过分析发现国际投资协定中的一般例外条款在结构上通常有两种方式：一是基于 WTO 体制以 1994 年 GATT 第 20 条、GATS 第 14 条为蓝本的集中式规定，明确提及“人类、动物或植物的生命或健康”，例如《澳大利亚—中国香港 BIT》第 18 条、《中—加 BIT》第 33 条，且有“必要性”的要求，这种一般例外规则建立在对特定要件的满足上，通常需要东道国以不构成武断或不合理的歧视的方式实施，避免造成变相投资限制，且需证明不符措施是必需的、有关的，有利于促进条款中所明示的具体政策目标。二是以 2004 年美式 BIT 范本为例的分散式规定，一般例外条款分布于投资与环境、投资与劳工、根本安全、金融服务等条款中。相比较来看，集中式一般例外条款能涵盖较多的正当公共政策目标，避免重复规定适用于多项一般例外的条件。除此之外，有学者提出另一类型的基于程序性要求的一般例外条款，与第一种类型相比，其所需满足的程序性要求较多，只要国家援引一般例外条款不是为逃避义务且已经尽可能将该措施通知缔约方<sup>[2]</sup>。

### 3. 国际投资仲裁中一般例外条款的适用

#### (一) 一般例外条款的合理性要求

一般例外条款要求东道国的行为不武断或具备合理性，避免东道国滥用一般例外。绝大多数国际投资协定未对“武断”或“合理”的内涵进行明确。“Ronald S. Lauder 诉捷克案”仲裁庭认为行为是否理性、并非任意妄为是重要的判断标准；“Mobil Exploration 诉阿根廷案”仲裁庭认为东道国仅仅无视法治的行为不构成武断；“Mondev 诉美国案”仲裁庭认为东道国故意忽视正当法律程序属于武断行为。仲裁庭对于“合理性”并无一致结论，但均认可应审视东道国采取措施的判断基础，即国家在重大突发公共卫生事件中对医疗保健产品和相关业务的批准、旅行限制、强制隔离等措施应是基于理性和客观，有益于维护国家公共卫生和国民生命健康的，同时国家还应当注意政策制定过程的公开性和投资者参与以便更容易被投资者接受<sup>[3]</sup>。

#### (二) 一般例外条款的必要性要求

国家采取的措施应该是保护“人类、动植物生命或健康”所必要的，也即一般例外条款的关系要求，指东道国采取的措施与所欲实现的正当公共政策目标之间的联系，这种联系设置的越紧密，则东道国证明相关措施正当性越困难。“必要的”是一般例外条款中规定最为普遍的关系要求，其他关系要求包括

<sup>2</sup> UNCTAD. World Investment Report 2021.

“相关”、“为”，相比较来说，“必要的”所体现的关系要求最高，最为接近“不可或缺”。

对于必要性的认定，应与习惯国际法的“危急情况”相区分。在“Enron诉阿根廷案”中，仲裁庭选择适用了国际习惯法规则——《国家责任条款草案》第25条危急情况较为严苛的规定，由于习惯国际法的危急情况仅适用于国家根本利益遭受实质性威胁的极端情况，且在争端解决中，一般例外条款作为条约特别法应当优先于习惯国际法适用，该裁定最终被认定法律适用错误而予以撤销。

对于必要性的认定，也应与WTO判例相界明[4]。在“美国CNA公司诉阿根廷案”中，仲裁庭提出援引有关GATT一般例外条款的WTO判例来解释美国-阿根廷BIT第11条的必要性要求，因为相关的WTO判例对此的解释和适用条件是充分可寻的。然而在WTO体制下，“必需”定位为实现合法公共目的必不可少，或者该措施具有唯一性，无其他对自由贸易更小限制的替代性方案。专家组主要考虑的因素包括：该措施所保护的价值相对重要性；该措施对目标实现的实际效果；该措施对自由贸易的限制程度等。总体而言，专家组采取的是严格解释的态度，倾向于强调投资保护、投资促进的宗旨，没有真正考量缔约方在协定中纳入一般例外条款的意图，贸然将贸易体制中对政府措施的审查照搬至国际投资领域显然不适当，因此有必要明确IIA一般例外条款的自裁决性质、适用要求和条件。

#### 4. 新冠疫情下一般例外条款适用可能存在的问题及对策

##### (一) 一般例外条款适用中可能存在的问题

新冠肺炎疫情是首个真正的“全球化疫情”[5]，此次疫情对全球人类生命和健康的威胁程度高、传染性极强，甚至能在短期内剥夺人的生命，由此东道国采取的措施会更加迫切、严苛，可能超出《国际卫生条例(2005)》允许范围内的过度限制性措施，这是否符合一般例外条款所要求的必要性和合理性，有待仲裁庭裁量。当外国投资者争辩说该措施非“必要”时，仲裁庭可能会在投资背景下进行WTO争端解决常用的必要性测试或采用“限制性较小的替代方案”，如前所述完全以此为条约解释依据是不合适的。各国政府采取应对新冠疫情的措施具有极高的类似性，在国际投资仲裁中，先前的案例对之后的案例也仅有参考意义而不具有拘束力，这就有可能导致一国的政策对不同国家的外国投资者产生不同的结果，或仲裁庭对各国的类似措施做出不同的裁决[6]。

目前全球3000多个投资协定中，相当比例的老旧协定缺少此类一般例外规则，从仲裁实践来看，根本安全例外的外延呈扩大解释趋势，因此如果投资者母国与东道国间投资条约没有专门的公共健康例外，可考虑适用根本安全例外进行合法性抗辩，当然东道国需要证明其为保护本国基本安全利益或存在紧急状态。

##### (二) 一般例外条款的完善对策

首先，明确一般例外条款的自裁性。通过使用“其认为”、“其确定”之类的措辞或直接表明“本条款具有自裁决性”可以排除仲裁庭的实质评审，使东道国措施避免受到有关“必要性”的更严格审查。早年《世界投资报告》指出将一般例外条款设定为自裁决条款存在被滥用的可能性，但是该种可能性并不大，并且可以通过其他完善措施实现，比如，明确东道国适用该条款的要求、条件、适用范围，明确合理性要求，还可以明确东道国实施措施的比例原则。在涉及公共健康的投资案件中，由于公共卫生事件的突发性、紧急性，很难客观的评判东道国的规制措施是否得当，因此焦点应多集中在政府规制措施的科学基础，审查重点放在政府决策过程的科学性、客观性和正当程序要求，而不在于依据本身正确性，只要各国采取的应对措施基本合理而不是明显不合理，其采取的措施一般来说就会符合各项抗辩的构成要件。

其次，明确一般例外条款的解释依据和解释方法[7]。就一般例外条款的解释依据而言，IIA应该明确规定本身必须得以适用，明确排除习惯国际法的错误适用。国家可以在条约序言中提及保护健康和安

全等措辞，或是在条约文本中明确承认缔约方不应放松健康、安全或环境标准来吸引投资，扩大条约中对东道国合法规制权的强调，有利于仲裁庭结合之综合进行条约解释。

最后，缔约方应确保政策措施的合法性。在国内疫情防控和投资者保护双重压力下，东道国应厘清合法行使公共健康规制权的边界，遵守国际投资法的规定，以便争议发生时可以有效援引一般例外抗辩。鉴于仲裁实践，东道国的相关国内立法应该满足正当程序、公平性、稳定性、一致性、透明度等合理性要求。

## 5. 结语

一般例外条款作为保留国家规制权最为重要的一环，在疫情中更需发挥其作用。国际投资协定中的一般例外条款虽然给予了东道国维护公共健康规制权，豁免条约义务的可能，但援引该条款也应符合相应条件，即合理性和必要性。东道国需要证明其是为了公共健康或公共利益，措施对于抗击疫情合理且必要。总体而言，应当结合例外条款的具体措辞、东道国规制意在保护的价值、疫情不同时期国民生命健康遭到威胁的程度以及措施产生的作用等因素具体考量。晚近国际投资协定开始在序言和条约其他条款中纳入公共健康一般例外，明确适用条件和解释事宜等，有助于仲裁庭评审时考虑东道国意图，增强仲裁结果的确定性，此外，还可考虑将重大公共健康紧急事件应对措施排除在国际投资条约仲裁范围之外。

## 参考文献

- [1] 余劲松. 国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J]. 中国法学, 2011(2): 132-143.
- [2] 曾建知. 国际投资条约一般例外条款研究——兼论我国的选择[J]. 武大国际法评论, 2015, 18(1): 306-326.
- [3] 张倩雯. 新冠肺炎疫情下的国际投资保护与公共卫生治理[J]. 人权, 2021(4): 151-152.
- [4] 梁丹妮. 国际投资协定一般例外条款研究——与WTO共同但有区别的司法经验[J]. 法学评论, 2014(1): 100-106.
- [5] 王彦志. 重大疫情防控措施的国际投资条约仲裁抗辩——以新冠疫情防控为对象[J]. 国际经济法学刊, 2022(1): 82-99.
- [6] 范璐晶. 新冠疫情下国际投资中公共卫生例外条款分析[J]. 国际经贸探索, 2021(3): 98-112.
- [7] 衣淑玲. 国际投资协定一般例外条款探析[J]. 河南财经政法大学学报, 2016(3): 106-113.