



公共利益视野下的 国际投资协定新发展

New Development of International Investment Agreements in
perspective of Public Interests

—— 张庆麟 ◎ 主编 ——

国际投资法近几年得到了较大的发展，一方面是国际投资协定的大量签订，从传统的双边投资协定（BIT）到包含投资内容的自由贸易协定（FTA）；另一方面则是国际投资协定中出现了较多的所谓非投资内容的条款，如环境、人权（包括劳工）、收支平衡等，以及原有条款在内涵上的新发展……

中国社会科学出版社

"This publication was sponsored by China-EU School of Law (CESL) at the China University of Political Science and Law (CUPL) www.cesl.edu.cn. The activities of CESL at CUPL are supported by the European Union and the P.R. of China".

本书的出版得到在中国政法大学 (CUPL) 的中欧法学院 (CESL) 的资助。
中欧法学院的活动得到欧盟和中国政府的支持。



China-EU School of Law 中欧法学院

At the China University of Political Science and Law 中国政法大学

公共利益视野下的 国际投资协定新发展

New Development of International Investment Agreements in
perspective of Public Interests

—— 张庆麟 ©主编 ——

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公共利益视野下国际投资协定新发展 / 张庆麟主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2014. 11

ISBN 978 - 7 - 5161 - 5101 - 3

I. ①公… II. ①张… III. ①国际投资法学 - 研究 IV. ①D996. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 272561 号

出版人 赵剑英
责任编辑 任明
责任校对 李静
责任印制 何艳



出版 中国社会科学出版社
社址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发行部 010 - 84083685
门市部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2014 年 11 月第 1 版
印 次 2014 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 14.75
插 页 2
字 数 240 千字
定 价 55.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

前言

国际投资协定不仅已成为国际投资法的重要及主要渊源，联合国贸易与发展会议（UNCTAD）统计，截至 2012 年末，全球共签订国际投资协定 3196 项，其中包括 2857 项双边投资协定（BIT）和 7339 项含自由贸易协定（FTA）在内的“其他国际投资协定”。^① 并且，国际投资协定中的价值取向和相关制度的设计还代表着国际投资法的发展趋势。

晚近，国际投资协定在价值取向及条款的设计上逐渐从单向保护投资者利益向追求投资者利益与公共利益之间的平衡发展。^② 之所以如此，是因为如何处理公共利益与私人利益间的关系是现代法治的基本内容，凡法治国家均会在国内相关立法中予以涉及。并且，习惯国际法一直以来也承认“治安权（police power）”^③ 是国家固有的权力，在考量国家的管理措施是否构成征收时，仲裁庭也会将治安权的因素纳入其考量范畴。但是，随着国际投资协定的发展，这类问题的处理也逐渐出现于国际投资协定之中。正如联合国贸易与发展会议（UNCTAD）在其文件中指出的：更密集的条约体系可能意味着更高的风险，也就是说，国家将无法灵活地管理外国投资，这就提出了适当平衡国际投资协定中的公私利益的新问题。^④ 有鉴于此，本书从几个角度考察了国际投资协定晚近以来平衡投资者利益与

① UNCTAD, *World Investment Report 2013—Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, p. 101.

② 这种追求投资者利益与公共利益间的平衡，并非简单地保护东道国利益。参见本书第一章。

③ 也有翻译为“警察权”的。为了行文的统一，本文采用“治安权”，包括所引文是警察权的也一律改为治安权。

④ UNCTAD, “International Investment Rule-Making: Stocking, Challenges and the Way Forward”, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, United Nations, New York and Geneva, 2008.

公共利益的实践，并给予评述。

其中，第一章对国际投资协定中涉及公共利益的条款进行了梳理，从法理的角度分析了国际投资协定中出现公共利益事项的缘由，并力图厘清国际投资协定中公共利益的本质含义及其实现途径。第二章着重考察了国际投资协定中的重大安全例外条款。虽然重大安全例外相对于其他例外而言，在国际投资协定中已是一项被普遍设定的条款，但是，重大安全的范围从早期的军事领域扩展到包括环境、经济、人道主义的广泛内容，其中的措辞、范围和内容还有一定的争议。同时，重大安全例外条款与习惯国际法中危急情况的关系也是在投资仲裁实践中经常引发争议的问题，如两者的适用条件是否相同，是否都受到非常严苛的限制等。最后，重大安全例外条款的性质，国家受到安全威胁的判断权属于仲裁庭还是东道国自己，也是重大安全例外需要澄清的法律问题。该章对这些问题予以了深入的探讨与厘清。第三章对国际投资协定中的一般例外条款进行了探讨，特别是结合 GATT/WTO 中的一般例外条款进行了比较分析，着重分析了一般例外条款在国际投资协定中应如何界定，该条款的性质及其适用标准应如何判定，以及一般例外条款能否如同其在国际贸易法中发挥的作用一样，承担起保护国际投资协定缔约国公共利益的重任等问题。第四章则专门就国际投资协定中的环境保护与责任问题进行了研究，从可持续发展原则、公共利益保护的角度探讨了国际投资协定中环境保护与投资保护之间的冲突与协调，并提出了今后国际投资协定中环境保护条款设计与安排的设想。第五章就国际投资协定新近体现出的“社会责任投资”理念与实践进行了分析与探讨，着重分析了国际投资协定及其相关的国际投资仲裁实践中对社会责任投资理念的践行，并探讨了今后国际投资协定促进社会责任投资发展的路径。第六章探讨了《里斯本条约》对欧盟国际投资法制的影响。2009 年 12 月 1 日《里斯本条约》的生效使共同商业政策取得了实质性的进展，其中将外国直接投资（FDI）纳入共同商业政策框架可能是“幅度最大但却讨论最少”的一个变化。^① 作为当今世界经济舞台上最重要的角色之一，欧盟在投资领域权限的变化势必会影响整个国际投资

^① Bungenberg, “Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon”, in C. Herrmann and J. P. Terhechte (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 2010, 123, 2010, p. 151.

法律制度，给第三国的投资活动带来日益繁多和复杂的法律问题。但《里斯本条约》这把“快刀”，是否可以“立斩”乱麻，并非一目了然；对欧盟及其成员国的国际投资协定又会产生怎样的影响等问题尚需予以深入研究，本章以法律文本为基础，结合条约实践予以了考察。

本书是中欧法学院项目“国际投资法的发展——全球化视角下的欧盟与中国”（Development of International Investment Law: EU and China in a Global Perspective）的最终成果，也是司法部项目“国际投资法的新发展与中国应对”（12SFB2052）的阶段性成果。各章的具体分工如下：

第一章 国际投资协定中的公共利益：张庆麟（武汉大学国际法研究所教授，博士生导师）

第二章 国际投资协定中的重大安全例外条款：刘艳（上海自贸区综合研究院博士后研究人员）

第三章 国际投资协定中的一般例外条款：李成娇（国际经济法学硕士，广东华商律师事务所）

第四章 国际投资协定中的环境保护规制：张庆麟、刘艳

第五章 社会责任投资理念在国际投资法中的兴起与发展：张庆麟、余海鸥（武汉大学国际法研究所博士研究生，浙江导司律师事务所）

第六章 《里斯本条约》对欧盟国际投资法制的影响：张惟威（国际经济法学硕士，天津市滨海新区人民法院塘沽审判管理委员会）

目 录

第一章 国际投资协定中的公共利益	(1)
第一节 国际投资协定中涉及公共利益的条款	(2)
一 序言条款	(3)
二 征收条款	(4)
三 例外条款	(4)
四 其他条款	(6)
第二节 国际投资协定中的公共利益的实质	(7)
一 保护私人财产权是现代法治的核心价值	(11)
二 保护外国投资者财产权是国际投资协定的核心任务	(17)
三 尊重东道国的治安权是现代法治的正当追求	(20)
第三节 国际投资协定中公共利益实现的途径	(23)
一 比例原则是实现国际投资协定中公共利益的合适途径	(24)
二 正当程序原则是实现国际投资协定中公共利益的有效保障	(27)
三 给予补偿原则是实现国际投资协定中公共利益的有力制衡	(29)
第二章 国际投资协定中的重大安全例外条款	(33)
第一节 重大安全例外条款适用范围的政策选择	(36)
一 适用于投资准入阶段	(36)
二 适用于营运（准入后）阶段	(41)
三 排除对某些核心义务的适用	(42)
第二节 重大安全例外条款的适用条件	(43)
一 “重大安全”的界定	(43)

二	重大安全例外与习惯国际法中的“危急情况”	(53)
三	援引重大安全例外的措施要非武断和非歧视地实施	(60)
第三节	重大安全例外条款的性质：自裁决的选择	(63)
一	自裁决的含义及效力	(64)
二	重大安全例外的自裁决性质	(68)
三	对自裁决性质重大安全例外条款的限制：善意的履行 要求	(69)
结论		(71)
第三章	国际投资协定中的一般例外条款	(74)
引言		(74)
第一节	一般例外条款概述	(75)
一	一般例外条款的界定	(75)
二	一般例外条款的条约规定及其特点	(78)
三	一般例外条款的发展新动向	(82)
第二节	一般例外条款的解释	(84)
一	一般例外条款的解释方法	(84)
二	一般例外条款关键词的解释	(88)
第三节	一般例外条款的性质与适用范围	(93)
一	一般例外条款的性质	(93)
二	一般例外条款的适用范围	(98)
第四节	一般例外条款的价值平衡功能	(101)
一	一般例外条款价值平衡功能的争议	(102)
二	一般例外条款实现价值平衡的路径	(105)
第五节	中外投资条约中的一般例外条款	(107)
一	中外投资条约中的一般例外条款及其存在的问题	(107)
二	完善中外投资条约一般例外条款的建议	(110)
结语		(114)
第四章	国际投资协定中的环境保护规制	(116)
第一节	国际投资中保护环境的理论基础	(116)
一	可持续发展原则的指引	(116)

二 作为人权的环境权的要求	(117)
三 东道国和母国环境保护的国家责任	(119)
四 投资者保护环境的社会责任	(120)
第二节 环境保护与国际投资的法律冲突	(121)
一 外部冲突的表现	(122)
二 环境保护在国际投资条约体制中的内部冲突	(125)
三 对法律冲突的认识	(127)
第三节 环境保护与国际投资的协调	(129)
一 国际投资协定中的环境保护条款	(129)
二 国际投资协定中对环境政策空间的确认	(137)
三 国际投资协定中以国家管理权为中心的环境规制	(140)
余论 国际投资协定中增加投资者环境责任的意义	(148)
 第五章 社会责任投资理念在国际投资法中的兴起与发展	(154)
第一节 社会责任投资理念的演变及发展现状	(154)
一 社会责任投资理念及其含义	(154)
二 社会责任投资与企业社会责任	(157)
三 社会责任投资理念在国际直接投资中的运用	(159)
第二节 国际投资法中的社会责任投资理念	(161)
一 涉及 SRI 的国内立法	(162)
二 促进和倡导 SRI 理念的国际投资软法	(162)
三 国际投资条约中体现 SRI 理念的实践	(166)
四 国际投资仲裁中社会责任投资理念的践行	(170)
第三节 国际投资法完善社会责任投资的发展之路	(172)
一 国际投资法倡导和鼓励社会责任投资理念的必要性	(172)
二 国际投资法促进 SRI 的路径——国际投资条约中规定社会 责任投资条款	(175)
 第六章 《里斯本条约》对欧盟国际投资法制的影响	(179)
第一节 欧盟国际投资法律制度的演进	(179)
一 欧盟在国际投资领域的法律基础	(179)
二 欧盟在国际投资领域的法律实践	(182)

三	欧盟国际投资法制的新发展	(185)
第二节	欧盟国际直接投资权能的适用范围	(188)
一	关于外国直接投资的含义	(188)
二	关于欧盟国际直接投资权能的范围	(191)
第三节	《里斯本条约》对成员国投资条约的法律影响	(196)
一	欧盟内部 BITs	(196)
二	欧盟外部 BITs	(201)
第四节	后里斯本时代欧盟共同投资政策的探索	(208)
一	欧盟国际投资条约的谈判与缔结	(208)
二	中欧国际投资法律框架	(218)
主要参考文献		(222)

第一章

国际投资协定中的公共利益

公共利益与私人利益的关系是现代法治必须面对的基本问题。国际投资协定^①以往很少或几乎不涉及这个问题，而是留待东道国国内法处理。因为，如何处理公共利益与私人利益间的关系是现代法治的基本内容，凡法治国家均会在国内相关立法中予以涉及。并且，习惯国际法一直以来也承认“治安权”（police power）是国家固有的权力，在考量国家的管理措施是否构成征收时，仲裁庭也会将治安权的因素纳入其考量范畴。如，1961年《国家对外国人造成损害的国际责任公约哈佛草案》第10条第5款规定：“因税收法律的执行，货币价值的一般变动，合法政府为保护公共秩序、健康或道德而实施的行为，或战争权利的有效行使及执行其他法律，而导致对外国人财产的使用或收益的剥夺，国家不需支付补偿，也不构成国际不法行为。”《美国对外关系法重述第三次》第712节规定：“一国无须为由于善意（bona fide）^②的普遍性的税收、管制、没收犯罪财产或其他被普遍接受为属于国家的治安权（police power）范围之内的政府行为所引起的财产损失或其他经济损失负责。”伊朗—美国求偿争端 *Too v. Greater Modesto Insurance Associates* 案的仲裁庭指出，只要国家的行为属于“善意的（bona fide）一般税收或其他属于治安权范围内的行为”，且该行为的实施是非歧视的或者没有迫使投资者放弃财产的意图，那么即使该行为给投资者造成了财产的减少或价值上的减损，国家也不需要负责。在 *Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Co.* 案中，仲裁庭也承认“国家对在承认的治安权范围内行使真正的管理行为而造成的经济损失不需要承

① 本书所论及的国际投资协定是指双边投资协定（BIT）和包含投资事项的区域贸易协定（RTA）或者自由贸易协定（FTA）。

② 文中所引外文文献中的“善意”，除非特别标注，均为 bona fide，不再一一予以标注。

担责任”^①。

但是，随着国际投资协定的发展，这类问题的处理也逐渐出现在国际投资协定之中。正如联合国贸易与发展会议（UNCTAD）在其文件中指出的：更密集的条约体系可能意味着更高的风险，也就是说，国家将无法灵活地管理外国投资，这就提出了适当平衡国际投资协定中的公私利益的新问题。为此，某些国家已经开始阐明各项国际投资协定条款的条约表述方式，并且在国际投资协定中订立更多例外条款，以解决关乎公共利益的问题，如国家安全、健康或环境保护。^② 本章将对国际投资协定中涉及公共利益的条款进行梳理，从法理的角度分析国际投资协定中出现公共利益事项的缘由，并力图厘清国际投资协定中公共利益的本质含义及其实现途径。

第一节 国际投资协定中涉及公共利益的条款

如何在保护和促进外国投资与保护本国社会和公共利益之间取得平衡是国际投资协定体系面临的重要挑战。^③ 尽管传统国际投资协定自身已经包含有利益平衡机制，如征收条款、公平与公正待遇条款等，但这些条款的核心在于从保护投资者权益的角度，要求东道国承担维护公共利益的义务。在国际投资协定的发展过程中，其条款体系也确实在逐渐发展着关涉公共利益的事项，但是，国际社会对于其中的公共利益问题日益给予关注却是晚近以来的事情。从当前的实践来看，国际投资协定中涉及公共利益事项的条款主要体现于其序言、征收、一般例外、重大安全例外和若干新发展起来的专项条款之中，如环境条款和劳工条款等。

① “Decision of the Iran-United States Claims Tribunal”, *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 4, 1986, pp. 969–972.

② UNCTAD, “International Investment Rule-Making: Stocking, Challenges and the Way Forward”, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, United Nations, New York and Geneva, 2008.

③ Suzanne A. Spears, “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, *13 J. Int’l Econ. L.*, p. 1037.

一 序言条款

除了在协定中设置各种例外条款之外,有一些国际投资协定还在其序言中用正面表述的语言,以强化缔约国对维护某些重要价值观念的承诺,它们主要涉及保证国民健康、维护国家安全、保护环境生态以及国际公认的劳工权利等。这方面较典型的例子如《北美自由贸易协定》(NAFTA)序言中的规定:“为了促进稳定增长,加强环境法律规章的完善和实施,各国应该:(1)从事与环境保护相关的目标;(2)保持在维护公众福利上的灵活性;(3)坚持可持续发展;(4)加强环境法律法规的完善和实施。”加拿大—秘鲁 BIT 序言中规定“承认促进和保护投资应有利于促进可持续发展”;^①美国—乌拉圭 BIT 序言中规定“期望以与保护健康、安全 and 环境相一致的方式来达到这些目标”;中国—智利 FTA 中序言规定“承认本协定的实施应以与保护环境相一致的方式促进可持续发展这一目标”;等等^②。

尽管序言只有宣誓性的效力而不具有实质效力,但作为整个协定的目标,序言对协定条款的解释具有重要的辅助和指引作用,增加公共利益保护目标能够为仲裁庭解释一般例外条款提供正确的方向。尽管在法律效力上序言不同于(投资)条约的一般例外条款,但它也发出了同样的政治信号,表明缔约国各方不愿对投资的保护凌驾于本国其他重大的公共政策目标之上。^③通过解释性语句、一般例外条款和新的序言用语,国际投资协定正在经历意义重大的重新定位。解释性语句和一般例外条款将推动仲裁员朝着平衡而努力,通过给予仲裁员更多灵活性,将会使其作出的裁决与具体案件的事实更相符合,将鼓励他们更加开放和系统地考虑公共利益。^④

① 本书所引双边投资条约(BIT)均来自联合国贸发会议(UNCTAD)BIT数据库;中国的BIT来自商务部条法司文本投资条约数据库,而相关国家的范本一般来自相关国家的网站,否则将特别注明来自相关著作和论文。所以书中不再就BIT特定引文加注。

② 美国BIT范本(2004, 2012)、美国—新加坡、2008年加拿大—哥伦比亚FTA、2005年印度—新加坡FTA等协定的序言中也有类似规定。

③ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995—2006: Trends in Rulemaking*, United Nations, New York and Geneva, 2007, p. 142. 文中括弧内容为本书作者加。

④ Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2009, pp. 172—173.

二 征收条款

典型的征收条款如中国—芬兰 BIT 第 4 条第 1 款规定：缔约任何一方对缔约另一方的投资者在其领土内的投资不得采取征收、国有化或其他类似措施（以下称“征收”），除非符合下列条件。征收的作出是：（1）为了公共利益；（2）依照国内法律程序；（3）非歧视性的；（4）给予补偿。^① 新近的发展是在征收条款中考虑东道国的治安权例外原则，如美国 2012 年 BIT 范本，其关于间接征收的附件 B 第 4 条（b）款的表述为：“除非在极少数情况下，一方设计并适用于保护合法的公共福利目标，诸如公共健康、安全和环境的非歧视性措施不构成间接征收。”2008 年美国—乌干达 BIT，根据附录 B，缔约一国如果以公共福利保护为目的，采取措施保护本国的“公共健康、安全和环境”，不构成间接征收，无须对投资者进行赔偿。

三 例外条款

联合国贸发会议在一份报告中指出：近期以来“有关直接投资是否可能发生负面作用的争论正在进行之中，在此种背景之下，愈来愈多的国家在其缔结的 BIT 中强调，实行既定的投资保护不能以牺牲东道国合法的公共关切（legitimate public concerns）作为代价。为此，多数国家采取在条约中设定各种例外的做法，以维护东道国制定各种条例的权利，即便所制定的条例与 BIT 不相一致。除了‘传统’（作为 BIT 的共同特征而实施了较长时间）的税收和经济一体化例外领域外，如今越来越多的国际投资协定将保证东道国的重大安全与公共秩序、保护国民健康与安全、保护自然资源、保护文化多样性以及东道国在金融服务方面采取慎重措施等，全部或部分列入东道国义务的豁免范围。这些例外豁免规定表明了缔约各方在决策考虑方面的价值观念和衡量标准，并且把对投资的保护从属于缔约各方所追求的其他关键性的政策目标”^②。

实践中，若干国家受 GATT 一般例外条款的启发，在国际投资协定中

① 绝大多数的欧式 BIT 中征收事项的规定均与此类似。

② UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995—2006: Trends in Rulemaking*, United Nations, New York and Geneva, 2007, p. 142.

逐渐发展出一般例外条款和重大安全例外条款试图实现这种平衡。如1998年毛里求斯—瑞士BIT第11条第3款规定：“本协议中的任何规定都不得解释为妨碍任一缔约方为公共健康或者动植物疾病预防而采取必要的措施。”有些协定则与GATT第20条要求类似，规定了非歧视、不得作为伪装的投资限制等要求，但针对的公共目的较为单一。例如，1999年阿根廷—新西兰BIT第5条规定：“本协议不得限制缔约一方采取任何为保护自然资源和实体资源或者人类健康所必要的措施的权力，此种措施包括对动植物的破坏、财产没收或者对股票转移的强制限制等，但此种措施的采取不得构成随意的或者不公平的歧视。”^①

国际投资协定中参照GATT第20条制作的一般例外条款较为典型的当属2009年新修订的《东盟综合投资协定》（ASEAN Comprehensive Investment Agreement）第17条的规定：“如果下列措施的实施不会在情形相同的国家及其投资者之间构成任意的或者不合理的歧视，或者不会形成伪装起来的对国际投资流动的限制，本协议中的任何条款不得解释为妨碍缔约一方采取或者实行这些措施：（1）为保护公共道德或者维持公共秩序所必需的；（2）为保护人类和动植物的生命健康所必需的；（3）为保证与本协定相符的法律法规的实施而必需的；（4）旨在保证对任何一方的投资或投资者公平或有效的课征或收取直接税；（5）为保护具有艺术、历史或者考古价值的国家财产所必需的；（6）与保护可用尽的自然资源相关的，并且该措施必须与限制国内生产或消费同步实施。”^② 2007年《东南部非洲共同市场（简称COMESA）投资合作协定》第21条的规定则略有不同：“如果不会在同类投资者间构成随意的、不合理的歧视或导致变相的限制投资流动，本协议不能被解释为妨碍缔约国制定或实施以下措施：（1）保护国家安全和公共道德所必需的；（2）保护人类和动植物

① 类似的还有：1999年澳大利亚—印度BIT第15条规定：“本协议不得排除缔约一方依据其可正当适用的法律，在不歧视的基础上采取的为疾病或者虫害的预防而采取任何措施。”

② 与此类例外条款类似的还有：加拿大2004年FIPT范本第10条规定：“如果下列措施的实施不会构成任意的或者不公平的歧视，或者不会形成伪装的对国际贸易或者投资的限制，本协议中的任何条款不得解释为妨碍缔约一方采取或者实行这些措施：（1）为保护人类、动植物生命健康；（2）确保与本协定条款不冲突的法律法规的实施；（3）保护可用尽的或者不可用尽的自然资源。”2005年美国—乌拉圭BIT第12条规定：“本协议中的任何条款不得解释为妨碍任一缔约方采取、保持或者实施其认为适当的、为确保其境内的投资活动与其环境关切保持一致的措施，该措施不得违反本协议规定。”

的生命健康所必需的；(3) 保护环境所必需的；(4) 经共同投资区委员会同意，缔约国随时可以决定采取的任何其他措施。”

除上述所谓一般例外条款外，一些国际投资协定中还从国家安全、国际和平的角度设置了所谓重大安全例外条款，如，1998 年德国—墨西哥 BIT 议定书第 3 条规定：“为了国家安全、公共利益、公共健康或公共道德目的而采取的措施不应给予外国投资者更为不利的待遇。”2008 年美国—乌干达 BIT 第 18 条规定：“本条约的任何部分不得被解释为阻止一国采取其认为必需的措施，履行职责以维护或恢复国际和平与安全，或者保护本国的根本安全利益。”^① 此外，一些 BITs 中以“一般例外”作为标题的条款除了规定保护公共利益的例外情形，还规定了保护国家根本安全利益的例外情形。如日本—越南投资自由化与促进和保护协定第 15 条的一般例外，就同时包含了重大安全例外的内容和一般例外的内容。

从前述可见，一般例外条款的表现形式和范围纷繁多样。就范围而言，不同投资协定中的一般例外条款涵盖的范围各有差异，有的只规定单一公共目的的例外，如文化利益例外、环境保护例外、自然资源保护例外等，有的则规定了从公共道德、动植物生命及健康到自然资源保护的综合例外。而这些条款中公共目的的表述如公共道德、公共秩序等也缺乏明确的内涵范围界定，这就使得一般例外条款的范围宽泛而多样。

四 其他条款

这类条款是新近在少数几个国家的 BIT 或 FTA 中出现的涉及特定领域的专项条款，其意义在于要求东道国不能为了吸引外资而有损本国相关领域的公共利益，如环境、劳工、人权等。如，美国 2012 年 BIT 范本第 12 条第 2 款规定：“缔约方认识到通过削弱或减少国内环境法授予的保护来鼓励投资是不适当的。因此，缔约各方须尽力保证不放弃或其他的减损方式，或者试图放弃或其他的减损方式削弱或减少国内环境法授予的保护，或者通过持续或反复的作为与不作为未能有效实施其环境法，而以此

^① 另如，1998 年美国—玻利维亚 BIT 第 14 条规定：“本条约不得阻止缔约国采取必要的措施，履行职责以维护或恢复国际和平与安全，或者保护本国的根本安全利益。”2000 年墨西哥—瑞典 BIT 第 18 条规定：“争端解决条款不适用于缔约一国因为国家安全原因，根据本国法律作出禁止或者限制缔约另一国投资者并购本国国民拥有或控制的在本国境内的投资的决定。”2003 年越南—日本 BIT，1998 年美国—莫桑比克 BIT 等也有类似规定。

作为对投资者在其领土内进行的设立、收购、扩大或维持投资的鼓励。”其第3款规定：“缔约各方承认每一缔约方有权实施与规制、服从、调查和公断事项相关的裁量权，以及为实施具有较高优先权的其他环境事项而配置资源的决定权。因此，缔约各方推断一缔约方通过一系列作为或不作为合理实施这些裁量权，或者与资源配置相关的善意决定的结果，是与第2款相一致的。”该范本第13条第2款规定：“缔约方认识到通过削弱或减损国内劳工法授予的保护来鼓励投资是不适当的。因此，缔约各方须确保在其劳工法中不采取放弃或其他减损方式，或者试图放弃或其他减损方式以违背第3款（a）到（e）项所列劳工权，或者通过持续或反复的作为与不作为未能有效实施其劳工法，而以此作为对投资者在其领土内进行的设立、收购、扩大或维持投资的鼓励。”加拿大2004年范本第11条也为东道国设置了类似的义务：“缔约双方认识到通过放松国内的健康、安全和环境措施来鼓励投资是不适当的。因此，缔约一方不应以取消或减损，或者试图取消或减损此类措施作为对投资者在其领土内设立、收购、扩大或保持投资的鼓励。如果缔约一方认为缔约另一方已经提供了此种鼓励，可要求与其协商，缔约双方应协商一种办法以避免此种鼓励。”

第二节 国际投资协定中的公共利益的实质

尽管公共利益和私人利益^①的区别是复杂细微的，^②对公共利益的理解与认识也有着不同，但也存在着一些共识：公共利益是私人利益在社会状态下的有机组合；公共利益是私人利益的让渡与分享；某些性质的私人利益就等同于公共利益，如个人的生命、健康方面的私人利益就是公共利益，国家有义务排除对其的危害；公共利益服务于私人利益。正如罗尔斯所言：制度是按照它们如何有效地保障那些对所有人平等地接近他们的目的所必需的条件，或者是如何有效地推进那些将同样有益于每个人的共同目的来排出高下的。这样，维护公共秩序和安全的合理规则、维护有利

① 本书中的私人利益与个人利益是等同的，因语境的表达即引文的缘故，它们在文中均有出现。

② [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第257页。