



殊途何以同归

——论国际投资法移植 WTO 一般例外条款的实践困难与突破

蒋超翊 李若晴*

摘要：作为两个独立的领域，国际投资法和国际贸易法的规则与制度体系始终平行发展。近期，为平衡投资保护与东道国管制，越来越多的国际投资协定移植了 WTO 一般例外条款。然而，一般例外条款的国际投资仲裁初步实践显著偏离了缔约国的造法意图。仲裁庭不仅回避了具体的构成要件分析，且误读了一般例外条款的“一般”和“例外”属性，以致不当限制其适用范围与法律效果。究其原因，一般例外条款在造法层面的范式突破与仲裁庭的路径依赖出现了割裂。一方面，一般例外条款引入了与投资保护相冲突的规范目的和利益平衡式的裁判方法。另一方面，鉴于投资者与东道国争端解决机制的制度设计、裁判员群体特征，仲裁庭在条约解释上偏好客观目的解释、司法能动和排斥系统整合，阻碍了一般例外条款的功能实现。未来仲裁庭或将借鉴 WTO 法律实践以提升规则解释的确定性和正当性。这不仅更契合缔约国的造法意图，而且有条约解释规则的支持。然而，仲裁庭可能仅仅在形式上援引 WTO 判例，而忽视司法遵让、动态解释等裁判理念，或因有限的实务经验、固有偏见而难以恰当地将规则适用于个案。有鉴于此，缔约国需审慎设计“WTO 型例外”的措辞，以对仲裁庭有拘束力的方式澄清潜在的解释争议。

关键词：国际投资法 一般例外条款 WTO 型例外 ISDS 造法意图 解释偏好

引言

面对投资者—东道国争端解决（下文简称 ISDS）机制的正当性危机，^① 联合国国际贸易法委员会（下文简称 UNCITRAL）提出了针对裁决一致性、仲裁员公正性、利益冲突、上诉机制的改革框架。^② 回顾危机的来源，其根本原因并非程序瑕疵，而是 ISDS 机制对东道国主权的减损。^③

* 蒋超翊，复旦大学法学院青年副研究员，法学博士；李若晴，复旦大学法学院硕士研究生。本文所用网络资源的最后访问时间均为 2023 年 1 月 20 日。

① See Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, (2005) 73 (4) *Fordham Law Review* 1521.

② See Anthea Roberts and Taylor St John, “UNCITRAL and ISDS Reform: What to Expect When You’re Expecting”, *EJIL: Talk!*, 5 October 2022, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-what-to-expect-when-youre-expecting/>.

③ See Jason Webb Yackee, “Toward a Minimalist System of International Investment Law”, (2009) 32 (2) *Suffolk Transnational Law Review* 303.

仲裁庭对东道国实体义务的扩张解释^①使国际投资法异化为跨国资本挑战东道国监管制度的武器。为维护公共健康、环境和自然资源、金融稳定性等社会公益，东道国采取了多样化的造法策略行使其管制权。^②其中，在国际投资协定（international investment agreements，下文简称 IIAs）中植入例外条款是东道国偏好的改革手段。^③越来越多 IIAs 移植了以《1994 年关税与贸易总协定》（下文简称 GATT 1994）第 20 条、《服务贸易总协定》（下文简称 GATS）第 14 条为范本的一般例外条款，形成了 IIAs 中的类似 WTO 一般例外条款的条款，简称“WTO 型例外”。^④在维护国际投资法基本宗旨的前提下，IIAs 缔约国意在重现一般例外在国际贸易法中的成效，为平衡投资保护和社会公共政策目标提供规范指引。

然而，目前仲裁庭对“WTO 型例外”的解释明显偏离了缔约国的造法意图。近期，联合国贸易和发展会议（下文简称 UNCTAD）关于国际投资法与气候行动的报告批评 *Eco Oro* 案对“WTO 型例外”^⑤的限缩解释将引起监管寒蝉效应。^⑥该案涉及东道国的一项采矿禁令，原因是政府划定的新生态保护区与投资者规划的采矿地出现大范围重叠。在确认该禁令违反最低待遇标准后，仲裁庭忽视了投资者母国的非争议方（non-disputing party，下文简称 NDP）意见，通过锚定治安权原则的上下文解释以及与习惯法危急情况（state of necessity）的类比，否认一般例外具有排除赔偿责任的效果。^⑦

中国常驻 WTO 代表李成钢曾指出，国际投资领域已迎来“新一轮的规则重构”，各国都在为自身利益竞争规则制定的话语权。^⑧2023 年《世界投资报告》显示，中国同时是全球排名第二的对外投资国与直接投资流入国。^⑨基于双向投资大国的定位和国际发展倡议等全球公共产品，中国具有引领国际投资规则制定的结构型、方向型领导力。^⑩为践行“以国际法为基础的国际秩

- ① 例如，*Metalclad* 案的扩张解释迫使 NAFTA 项下的自由贸易委员会主动澄清公平公正待遇只要求国际最低标准。该案仲裁庭仍依据东道国政府行为效果判定间接征收，间接导致了美国 BIT 范本的修改。See Céline Lévesque, “Influences on the Canadian FIPA Model and the US Model BIT: NAFTA Chapter 11 and Beyond”, (2007) 44 *Canadian Yearbook of International Law* 249; *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF) /97/1.
- ② 包括解释性声明、明文提及非投资政策目标的序言、管制权条款、针对具体条款的专门例外，或这些手段的组合。See Suzanne A. Spears, “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, (2010) 13 (4) *Journal of International Economic Law* 1037.
- ③ 参见张倩雯、王鹏：《利益平衡视角下 BIT 例外条款的扩张与限缩》，载《国际商务研究》2022 年第 3 期。
- ④ 英文文献中对应的表达是“WTO-style general exceptions”或“WTO-style general exception clauses/provisions”，以及在具体语境下的“GATT/GATS-style general exception clauses”。
- ⑤ *Eco Oro Minerals Corp v. The Republic of Colombia*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, ICSID Case No. ARB/16/41 (9 September 2021). 该案涉及《加拿大—哥伦比亚自由贸易协定》（2008 年），其第 2201.3 条一般例外规定：“就第 8 章（投资）而言，只要此类措施的实施不构成对不同投资或投资者的任意和不合理歧视，且不构成对国际贸易或投资的变相限制，本协定任何内容不得解释为阻止缔约方采取或执行必要措施：（a）保护人类、动物或植物的生命或健康，缔约方的理解是包括保护人类、动物或植物的生命和健康所必需的环境措施；（b）确保遵守不违反本协议的法律法规；或（c）为保护生物或非生物的可耗竭自然资源。”
- ⑥ See UNCTAD, “The International Investment Treaty Regime and Climate Action”, IIA Issues Note, Issue 3 (September 2022), p. 8.
- ⑦ See *Eco Oro Minerals Corp v. The Republic of Colombia*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, ICSID Case No. ARB/16/41 (9 September 2021), paras. 826 – 837.
- ⑧ 李成钢：《改革开放 40 年来利用外资法律制度的变迁与展望》，中国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/c12434/c541/201905/t20190521_296128.html。
- ⑨ See UNCTAD, *World Investment Report 2023: Investing in Sustainable Energy for All* (United Nations Publication, 2023), pp. 8, 17.
- ⑩ 关于中国在特定国际制度中规范领导力的三重来源（结构型领导力、方向型领导力和概念型领导力），参见蒋超翊：《中国有效影响国际法规则制定的条件与策略》，载《国际政治研究》2021 年第 3 期，第 13—14 页。

序”的国际规则秩序观,实现从规则遵循者到规则制定参与者的转化,^①中国需跟踪、把握国际投资规则的演进趋势,反思其不合理之处并探究对策。

“WTO 型例外”与可持续发展、东道国管制权等议程有着密切联系,是国际投资领域造法的一次范式突破,体现了《二十国集团全球投资指导原则》的政策主张,^②或能成为中国未来投资条约设计的选项之一。中国当前生效的 IIAs 多签订于 21 世纪前,对可持续发展的考虑不充分且不全面,^③难以应对未来涉及需与环境、劳工、人权领域国际规则相协调的新型投资争端。^④目前,中国与加拿大、新西兰、澳大利亚、东盟的 IIAs 以及《区域全面经济伙伴关系协定》(下文简称 RCEP)已采纳“WTO 型例外”,^⑤但尚无投资争端涉及其解释。国内还未有研究全面分析移植 WTO 一般例外条款的背景与仲裁实践。^⑥在有初步仲裁实践之前,一些国外研究已预测到移植 WTO 一般例外条款的结果可能事与愿违,并初步探索了这种现象的潜在成因,以及提出缔约国事先澄清可以作为有效的应对策略。^⑦而在有初步仲裁实践之后,少数结合案例的研究止步于“发现问题”,即仲裁庭的回避或严格解释使“WTO 型例外”的目的落空,但缺乏对其原因、对策的理论探讨。^⑧本文将结合理论和实践,重点考察缔约国这一规则创新为何在仲裁实践中“遭遇滑铁卢”,以及可能的改进办法。

本文第一部分研究 IIAs 中“WTO 型例外”的制定模式、缔约国造法意图,以及规则移植的合理性。第二部分结合应然与实然的视角,讨论现有 3 个案件中仲裁庭如何误读了“WTO 型例外”的“一般”与“例外”属性,致使其适用范围和效果被不当限缩。第三部分基于国际贸易法与国际投资法的规范演进,揭示“WTO 型例外”的范式突破所在,反思其何以在仲裁实践中

① 参见蔡从燕:《论“以国际法为基础的国际秩序”》,载《中国社会科学》2023 年第 1 期,第 31—32 页。

② 2016 年二十国集团峰会在中国主持下通过《全球投资指导原则》,其中明确提及与可持续发展一致的投资规则制定、东道国管制权、负责任商业行为等。

③ See Manjiao Chi, “Addressing Sustainable Development Concerns through IIAs: A Preliminary Assessment of Chinese IIAs”, in Julien Chaisse (ed.), *China’s International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy* (Oxford University Press, 2019), pp. 100–115.

④ 参见梁咏:《论中国海外投资治理中的软法方案》,载《法学》2022 年第 11 期,第 181—182 页。

⑤ 《中国—新西兰自由贸易协定》(2008 年,自由贸易协定下文简称 FTA) 第 200 条、《中国—加拿大双边投资协定》(2012 年,双边投资协定下文简称 BIT) 第 33.2 条、《中国—澳大利亚 FTA》(2015 年) 第 9.8 条、《中国—东盟投资协定》(2009 年) 第 16 条、《中国香港—东盟投资协定》(2017 年) 第 9.1 条、RCEP (2020 年) 第 17.12 条。再如,现已失效的《中国台湾—巴拿马 FTA》(2003 年) 第 20.2.2 条。

⑥ 最早的 *Copper Mesa* 案裁决于 2016 年。国内现有研究成果写作时间都较早,因此未能结合仲裁实践。一些研究针对的是 IIAs 中广义的一般例外,除“WTO 型例外”还包括基本安全利益、非排除措施和金融审慎措施条款。参见衣淑玲:《国际投资协定一般例外条款探析》,载《河南财经政法大学学报》2016 年第 3 期;吴智、钟韵漪:《中外双边投资协定中的“一般例外”条款研究——以“一带一路”倡议为视角》,载《中南大学学报(社会科学版)》2017 年第 4 期。另一些聚焦“WTO 型例外”的研究主要讨论了引入该条款的必要性。参见林一:《简论新一代国际投资协定中的一般例外规则》,载《甘肃政法学院学报》2012 年第 6 期;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》,载《法学评论》2014 年第 1 期。

⑦ See Andrew D. Mitchell, James Munro and Tania Voon, “Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths and Risks”, in Lisa Sachs et al. (eds.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2017* (Oxford University Press, 2019), p. 305.

⑧ See Wolfgang Alschner and Kun Hui, “Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties”, in Lisa Sachs et al. (eds.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2018* (Oxford University Press, 2019), p. 363; Güneş Ünüvar, “A tale of policy carve-outs and general exceptions: *Eco Oro v Colombia* as a case study”, (2023) 14 (4) *Journal of International Dispute Settlement* 517.

偏离预定轨迹。第四部分考察仲裁庭借鉴 WTO 法律实践以改进“WTO 型例外”之解释的优势和局限，提出缔约国为减少解释的不确定性可采取的策略。

一 他山之石：WTO 一般例外条款的移植

(一) “WTO 型例外”的制定模式

“WTO 型例外”通常包含一般例外的 3 项特征——穷尽式列举的政策目标、因果关系限定词 (nexus requirement)，以及禁止歧视性或任意性适用方式的前言 (chapeau)。“WTO 型例外”有基于 GATT 1994 第 20 条和基于 GATS 第 14 条两种类型。前者的优势在于全面，可覆盖环境保护这一东道国重点关注的政策目标，^① 而后者则因为涉及国际投资的规制，其措辞更适合投资法的语境。当然，也有国家在两类一般例外的共同基础上设计条款以吸纳二者优势。例如，《中国—新西兰 FTA》和 RCEP 的一般例外条款规定，GATT 1994 第 20 条、GATS 第 14 条及其脚注经必要修改后被纳入该协定，适用于投资章节。^②

有关“WTO 型例外”的国家实践最早可追溯到 20 世纪 90 年代末。^③ 自 2010 年起，每年订立的 IIAs 中有约一半以上引入了“WTO 型例外”。具体而言，在 2010—2015 年间签订且公开的 113 份 IIAs 中有 51 份 (45%) 包含了“WTO 型例外”，GATT 1994 第 20 条和 GATS 第 14 条式样的一般例外各占 85% 和 15%。^④ UNCTAD 从 2012 年开始持续关注“WTO 型例外”在 IIAs 中每年的增长趋势。^⑤ 2021 年的世界投资报告显示，于 2020 年缔结且公开的 9 份 IIAs 中有 8 份包含了一般例外条款。^⑥

世界各地的发展中国家、发达国家均有采用“WTO 型例外”的实践。许多亚洲国家依据 GATT 1994 第 20 条、^⑦ GATS 第 14 条^⑧或综合两条的内容^⑨来起草一般例外规则。非洲东部与南部国家、东南亚国家的区域投资协定中也可见类似造法模式。^⑩ 欧盟 IIAs 则有限度地引入“WTO 型

① See Andrew Newcombe, “General Exceptions in International Investment Agreements”, in Marie-Claire Cordonnier Segger *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law* (Wolters Kluwer, 2011), p. 361.

② 参见《中国—新西兰 FTA》第 200.1 条、RCEP 第 17.12 条。

③ 《加拿大—亚美尼亚 BIT》(1997 年) 第 17 条。

④ See Amelia Keene, “The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements”, (2017) 18 (1) *Journal of World Investment & Trade* 62, pp. 65, 69. 另外，根据 UNCTAD 统计，2011—2016 年间缔结且公开的 110 份 BITs 中 43% 采用了“WTO 型例外”。See UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime* (United Nations Publication, 2018), p. 70.

⑤ See, e.g., UNCTAD, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies* (United Nations Publication, 2012), pp. 84, 90; UNCTAD, *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development* (United Nations Publication, 2013), p. 102; UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan* (United Nations Publication, 2014), p. 116; UNCTAD, “The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments”, IIA Issues Note, Issue 1 (July 2020), p. 6.

⑥ See UNCTAD, *World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery* (United Nations Publication, 2021), p. 131.

⑦ 例如，《新加坡—印度 FTA》(2005 年) 第 6.11 条、《新加坡—日本 FTA》(2007 年) 第 83 条、《土耳其—孟加拉国 BIT》(2012 年) 第 5.1 条、《印度—吉尔吉斯斯坦 BIT》(2019 年) 第 32.1 条、《巴西—印度 BIT》(2020 年) 第 23.1 条。

⑧ 例如，《新加坡—韩国 FTA》(2005 年) 第 21.2 条、《日本—印度经济伙伴关系协定》(2011 年) 第 11.2 条、《印度尼西亚—韩国全面经济伙伴关系协定》(2020 年) 第 11.1.2 条。

⑨ 例如，《中国—东盟投资协定》(2009 年) 第 16 条、《中国香港—东盟投资协定》(2017 年) 第 9.1 条、《新加坡—亚美尼亚服务贸易和投资协定》(2019 年) 第 3.26 条、《以色列—阿联酋 BIT》(2020 年) 第 14.2 条。

⑩ 《东南非共同市场—共同投资区协定》(2017 年修订) 第 22 条、《东盟全面投资协定》(2009 年) 第 17 条。

例外”，仅将其适用于非歧视待遇。^① 加拿大、日本、土耳其、哥伦比亚对“WTO 型例外”的推广作出了主要贡献。早在 2004 年，加拿大 BIT 范本已纳入仿照 GATT 1994 第 20 条的一般例外条款。^② 如今，巴西、印度、摩洛哥、捷克等国的投资协定范本亦采纳了类似“WTO 型例外”的表述。^③

在移植方式上，BITs 中的“WTO 型例外”一般不明确其来源，而 FTAs 一般直接引用并入（incorporation by reference）WTO 一般例外条款。有学者将其描述为“深度整合”和“间接参照”模式。^④ 例如，《巴西—印度 BIT》规定：

本条约的任何内容均不得解释为阻止缔约方通过或执行在非歧视基础上适用的普遍性措施，这些措施对于以下目的是必要的：a) 保护公共道德或维护公共秩序；b) 保护人类、动植物的生命或健康；c) 确保遵守与本条约规定不相抵触的法律和法规；d) 保护和养护环境，包括所有生物和非生物自然资源；e) 保护具有艺术、文化、历史或考古价值的国宝或古迹。^⑤

再如，《加拿大—欧盟综合经济与贸易协定》（下文简称 CETA）规定：

为了第 8 章（投资）B 节（投资的建立）和 C 节（非歧视待遇）的目的，GATT 1994 第 20 条被纳入本协议并成为其组成部分。双方理解，GATT 1994 第 20 条（b）款提及的措施包括为保护人类、动植物的生命或健康所必需的环境措施。^⑥

“WTO 型例外”与 IIAs 既有的灵活性机制（flexibility devices）有显著区别。灵活性机制是造法者有限理性的产物。由于无法预见未来可能颠覆合同基础的偶发事件，造法者在不完美合同中设置灵活性机制，以便善意当事方能（部分）豁免于合同义务或违约责任。灵活性机制可分为两类：明文规定的（explicit）和基于解释的（interpretational）。^⑦ IIAs 的早期实践多依赖后一种灵活性机制，即由仲裁庭对抽象的实体义务进行严格解释。而前一种灵活性机制包括条约中的“根本安全利益”（essential security interests）例外、不排除措施（non-precluded measures）条款和习惯法上的危急情况。虽然同样是明文规定、条约内置的灵活性机制，但“WTO 型例外”与安全例外截然不同。后者一般适用于国际和平或安全受威胁、恐怖主义、经济危机、自然灾害、突发公共卫生事件等情形。在上述情况下，仲裁庭更倾向于遵从东道国的决策。

① 参见《欧盟—新加坡 FTA》（2019 年）第 9.3.3 条、《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》第 28.3.1 条、《欧盟—新加坡投资保护协定》（2018 年）第 2.3.3 条、《欧盟—越南投资保护协定》（2019 年）第 4.6 条。

② 《加拿大 BIT 范本》（2004 年）第 10 条。

③ 参见《阿塞拜疆 BIT 范本》（2016 年）第 5.2 条，《巴西 BIT 范本》（2015 年）第 11.2 条、第 16.1 条，《捷克 BIT 范本》（2016 年）第 12.1 条，《印度 BIT 范本》（2015 年）第 32.1 条，《摩洛哥 BIT 范本》（2019 年）第 21 条，《泛非投资法典》（2016 年）第 14.1 条。

④ See “Common Exceptions and Derogations”, in Jürgen Kurtz (ed.), *WTO and International Investment Law: Converging Systems* (Cambridge University Press, 2016), p. 193.

⑤ 《巴西—印度投资合作与便利化条约》（2020 年）第 23.1 条。

⑥ CETA 第 28.3.1 条。

⑦ See Anne van Aaken, “International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis”, (2009) 12 (2) *Journal of International Economic Law* 507, pp. 522–531.

(二) “WTO 型例外” 的造法意图

由于 IIAs 的准备工作文件 (*travaux préparatoires*) 很少公开, “WTO 型例外” 的造法意图难以通过谈判历史验证。^① 然而, 缔约国在其他正式场合的表态 (如 NDP 意见) 以及对最终条款的修改、注释、补充说明能够在一定程度上揭示 “WTO 型例外” 的造法意图。

一般而言, “WTO 型例外” 旨在强化缔约国为公共政策目的发挥管制权的裁量空间, 尤其在公共健康、环境领域。“WTO 型例外” 几乎都包含 GATT 1994 第 20 条 (b) 项和 (g) 项。^② 在一些国家看来, “WTO 型例外” 能引导 ISDS 机制向着更考虑当代关切、兼顾各方利益的方向发展, 是其选择保留 ISDS 机制的前提。^③ “WTO 型例外” 更宽泛的适用范围和建设性模糊使其具备其他灵活性机制无法比拟的优势。缔约国期望这一兜底条款能有效补充既有灵活性机制的不足, 以更确定、安全的方式保障其在公共福祉、健康、环境等领域的管制自由。

例如, 加拿大在 *Eco Oro* 案中通过 NDP 意见向仲裁庭明示了前述造法意图。^④ 虽然对仲裁庭无拘束力, 但如能确立缔约双方合意, NDP 意见可构成《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款的嗣后实践 (*subsequent practice*),^⑤ 是真实可信的条约解释手段 (*authentic means of interpretation*)。^⑥ 根据加拿大的 NDP 意见, 一般例外的解释需要符合 IIAs 序言和环境条款所反映的条约目的和宗旨, 即协调东道国保护投资的义务与保护环境、社会福利和人权的义务。至于其他灵活性机制, 加拿大指出其适用可能涉及相同的考虑因素, 但仲裁庭应以不同的视角审查一般例外条款。例如, 若一项措施涉嫌违反征收条款, 仲裁庭应先适用征收条款的解释附件 (治安权原则), 在确认其构成间接征收之后, 再审查一般例外的适用。一般例外是保护东道国管制权的补充手段和 “安全网”, 使条约义务之履行整体上更灵活。因此, 免除东道国赔偿义务是一般例外适用的应有之义。

缔约国还进一步澄清 “WTO 型例外” 和既有灵活性机制的关系, 避免仲裁庭通过反面论证 (*argumentum a contrario*) 排除后者的适用。例如, 《亚美尼亚—新加坡服务贸易和投资协定》的脚注规定: 一般例外不应削弱东道国根据正当监管目的对 “非属类似情形” 的外国投资和投资者采取措施的权力。^⑦ 缔约国尝试编纂 (*codify*) 以往仲裁庭对国民待遇条款下 “类似情形” 的

① See Christoph Schreuer, “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration”, in Malgosia Fitzmaurice et al. (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Brill, 2010), pp. 137 – 139.

② Yannick Radi, *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press, 2020), p. 197.

③ See “National Interest Analysis [2015] ATNIF 7 with attachments, Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People’s Republic of China”, pp. 8, 12, <http://www.aph.gov.au/~media/02%20Parliamentary%20Business/24%20Committees/244%20Joint%20Committees/JSCT/2015/17June2015/2015%20ATNIA%207%20-%20Australia%20China%20FTA-final.pdf?la=en>.

④ See *Eco Oro Minerals Corp v Republic of Colombia*, Non-disputing Party Submission of Canada, ICSID Case No. ARB/16/41 (27 February 2020), paras. 16, 20 – 25.

⑤ See *Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction (28 January 2008), paras. 188 – 189; *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*, Award on Damages, PCA Case No. 2009 – 04 (10 January 2019), paras. 52, 379; *Mobile Investments Canada Inc. v. Canada*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/15/6 (13 July 2018), paras. 158, 160.

⑥ *Yearbook of the International Law Commission*, 2018 Volume II (Part II), p. 30.

⑦ 《新加坡—亚美尼亚服务贸易和投资协定》(2019年)第3.26条脚注24。不含 “WTO 型例外” 的 IIAs 也可能试图编纂这类判例, 如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP) 第9.4条脚注14、《美墨加协定》第14.4.4条。

严格解释,^①来预防“WTO型例外”的引入“误伤”原本有利于东道国的解释。^②

在普遍性造法意图以外,“WTO型例外”也蕴含了不同缔约国的特殊政策需求,这具体体现在缔约国对条款的“定制”手段。首先,一些缔约国修改了“WTO型例外”的适用范围和门槛。一方面,一些“WTO型例外”只适用于非歧视待遇等特定条款。^③另一方面,其前言和因果关系限定词经过了特殊调整,以提高或降低援引门槛,包括:以“必要”代替“有关”作为各项政策目标的限定词;^④以“设计和适用于”(designed and applied to)替换“必要”;^⑤仅保留前言的“非歧视性”要求,删去“任意”“不合理”和构成对国际投资之“变相限制”;^⑥或完全抛弃原先的前言,只规定“WTO型例外”不能作为“规避义务的手段”,并要求抗辩方提前告知。^⑦这些细微差别反映出缔约国意图把控仲裁庭的事后审查空间。更极端的例子是,印度曾试图在BIT范本中引入“自判断”型(self-judging)的“WTO型例外”,以完全排除仲裁庭的事后审查。^⑧

其次,一些缔约国特别澄清“WTO型例外”的适用范围以突出环境保护的目标。例如,《中国—澳大利亚FTA》规定一般例外条款“(a)项[GATT 1994第20条(b)项]所指的措施包括保护人类、动植物生命或健康的环境措施”而“(d)项[GATT 1994第20条(g)项]所指的措施包括与保护有生命的或无生命的可用自然资源相关的环境措施”;^⑨《中国—新西兰FTA》明确一般例外条款涵盖为保护人类、动植物生命或健康所必需的“环境措施”。^⑩挪威BIT范本草案将“保护有生命的或无生命的可用自然资源”替换为“环境保护”,^⑪以涵盖生态系统管理、生物多样性养护等更为广义的环保措施,避免仲裁庭对“保护”(conservation)作严格解释。^⑫

再次,通过援引有关判例,一些缔约国希望或预见仲裁庭在解释过程中参考WTO法律实践。例如,《巴西—印度BIT》的脚注明确“必要”门槛的审查应考虑东道国是否有合理可用、限制程度更低的替代措施。^⑬这一补充说明考虑到了WTO判例对“必要”门槛的解释不一致,旨在防止仲裁庭类推适用过于严格的“贸易最小限制”测试。

最后,由于WTO一般例外条款采用穷尽式列举,一些缔约国根据本土需要创制了新的政策

① See *S. D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13 November 2000), para. 250; *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, UNCITRAL, Award on Merits of Phase 2 (10 April 2001), paras. 77–82, 87.

② 缔约国的这一澄清努力有助于避免仲裁庭不当解释。See UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator* (United Nations Publication, 2020), p. 16.

③ 参见《欧盟—新加坡投资保护协定》(2018年)第2.3.3条。再如,《美国BIT范本》(2012年)只在业绩要求条款[第8(3)(c)条]项下采用了GATT 1994第20条的表述。

④ 《加拿大BIT范本》(2004年)第10.1条。

⑤ 《东南非共同市场—共同投资区协定》(2017年修订)第22.1条。

⑥ 《印度—巴西BIT》(2020年)第23.1条。

⑦ 《日本—韩国BIT》(2002年)第16条。

⑧ 《印度BIT范本(草案)》(2015年)第16条。为避免条约结构失衡,BIT范本最终删除了自判断要件并引入“必要”门槛。参见《印度BIT范本》(2016年)第32条及脚注6。

⑨ 《中国—澳大利亚FTA》(2015年)第9.8.2条。

⑩ 《中国—新西兰FTA》第200条第2款。

⑪ 《挪威BIT范本(草案)》(2015年)第24条。

⑫ See “Comments on the Individual Provisions of the Model Agreement”, 13 May 2015, p. 25, <https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/comments-on-the-model-for-future-investment-agreements-english-translation.pdf>.

⑬ 《巴西—印度BIT》(2020年)第24条脚注4。

目标。例如，加拿大促使《美墨加协定》纳入了保障“履行对原住民之法律义务”的一般例外条款。^① 综上，缔约国并非“依葫芦画瓢”式地引进一般例外条款，而是依其政策需要进行“定制”。这些做法旨在向仲裁庭发出明确信号，引导其作出符合造法意图的解释。

（三）移植 WTO 一般例外条款的合理性

学界对移植 WTO 一般例外条款主要有两方面的质疑。一是鉴于条约解释的有效性原则，例外条款无法补充现行法不具备的裁量空间，只是画蛇添足。例如，一些 IIAs 征收条款的附件区分了间接征收与不予补偿的管制措施。“WTO 型例外”与其要件有显著重合，未必能增加额外的灵活性。^② 二是一般例外条款依其文义可适用于直接征收，将突破补偿规则，冲击投资法下保护私有财产的基本原则。^③

关于第一项质疑，首先，相较于 IIAs 既有的灵活性机制，一般例外的适用范围更广，且前期缔约成本较低。IIAs 既有的灵活性机制往往适用于个别义务或标准，缺乏一般性。以《北美自由贸易协定》（下文简称 NAFTA）为例，虽然其针对部分义务规定了不符措施保留等特殊例外，但征收条款（尤其是间接征收）、公平公正待遇仍然完整适用。^④ 此外，根据不完全合同理论，由于面临来自于未来国际大环境、他国偏好、本国政治的不确定性以及缔结条约的高昂主权成本，有限理性的缔约者不得不在具有国际法拘束力的承诺和灵活性之间达成微妙的平衡，确保条约解释者能在事后区分机会主义的违约行为和应对意外事件的善意行为。^⑤ 负面清单模式或就各项义务逐一订立例外的成本过高，且会导致条约缺乏应对偶发事件的灵活性。相比之下，一般例外的本质是一种结合管制目的的个案审查，其前置要件是符合明文规定的公共政策目标，且这些目标存在演进解释（evolutive interpretation）的空间。即便缔约国大多只采纳了其中的公共健康、自然资源例外条款，一般例外条款在灵活性上仍具有显著优势。同时，实践表明，为了平衡投资保护承诺的确定性和公共管制的灵活性，缔约国可以修改一般例外条款的关联词，毋须遵照 WTO 法下各项公共政策目标原本对应的“有关”或“必要”门槛。^⑥

其次，比起基于仲裁解释的灵活性机制，一般例外在保障东道国管制权方面更具确定性和安定性。^⑦ 不完全合同理论还指出，除了明文规定的灵活性，缔约方亦可授权公正中立的第三方在事后弥补个案所需的灵活性。的确，仲裁庭在涉公共健康、环境利益的案件中已采取了一些有利于东道国的解释，如提高国民待遇标准的适用门槛，借鉴欧洲人权法院判例中的裁量余地

① 参见《美墨加协定》（2018年）第32.5条（原住民权利）。

② See Amelia Keene, “The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements”, (2017) 18 (1) *Journal of World Investment & Trade* 62, p. 85.

③ See José E. Alvarez and Tegan Brink, “Revisiting the Necessity Defence: Continental Casualty v Argentina”, in Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook of International Investment Law and Policy* (Oxford University Press, 2012), p. 342.

④ NAFTA 中不符措施不适用第 1102 条（国民待遇）、第 1103 条（最惠国待遇）、第 1106 条（业绩要求）和第 1107 条（高级管理层和董事会）。参见 NAFTA 第 1108 条第 1—3 款。

⑤ See Anne van Aaken, “International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis”, (2009) 12 (2) *Journal of International Economic Law* 507, pp. 515–19.

⑥ 参见《加拿大 BIT 范本》（2004年）第 10.1 条。

⑦ See Levent Sabanogullari, “The Merits and Limitations of General Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice”, https://www.iisd.org/itn/en/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/#_edn1.

(margin of appreciation) 原则。^① 但这些个别判例不足以成为缔约国的“定心丸”。ISDS 机制没有上诉机制，也无法律或事实上的先例遵循。即便在同一条约下，某个仲裁庭有利于东道国的解释也未必能得到另一仲裁庭的承认。因此，鉴于投资条约的碎片化，加上部分仲裁庭的遵让式解释方法尚未成为通用做法，且在当前仲裁庭的中立性已成为 ISDS 机制改革热点的背景下，缔约国自然会更倾向于通过正式造法，^② 如移植 WTO 一般例外条款，主动确认其应享有的管制空间。

关于第二项质疑，“WTO 型例外”对直接征收的适用只是一种理论上的可能。评论者的担忧主要来自一般例外对征收条款例外的扩张。源自《美国 BIT 范本》的征收条款附件^③规定了间接征收的例外，以区分征收和国家的正当管制措施。但这一例外不适用于直接征收。“WTO 型例外”没有类似区分。^④ 但直接征收本就不符合一般例外的适用条件。首先，直接征收体现为移转财产所有权或直接没收财产，不是一般例外旨在保护的公益监管措施。其次，与非歧视待遇、公平公正待遇等条款不同，直接征收的不法性来自于国家未履行补偿义务。因此，尽管适用范围是“一般”的，“WTO 型例外”并不会鼓励东道国任意剥夺投资者财产权益。

综上，评论者质疑了“WTO 型例外”能否实现缔约国的期待，指出一般例外与条约事先植入的、仲裁庭事后建构的灵活性可能相互掣肘，并冲击国际投资法基本原则。^⑤ 这些因素或使仲裁庭尽量回避和淡化该条款的作用。但从缔约国的角度看，虽然 IIAs 具体条款本身和仲裁解释已赋予了东道国管制措施一定的灵活性，但一般例外在适用范围和谈判成本上更胜一筹，为保障东道国在环境保护等领域的管制权带来更大的确定性和安定性。遗憾的是，下文的案例证实，仲裁庭在解释“WTO 型例外”时不仅全然回避了要件分析，且过度限制其法律效果和适用范围。前期评论者对缔约国移植此类条款的担忧在一定程度上得到了验证。

二 南辕北辙：“WTO 型例外”的仲裁实践

尽管有广泛国家实践支持且造法意图明确，“WTO 型例外”的仲裁实践严重偏离了缔约国预期。目前，涉及“WTO 型例外”的裁决数量相当有限。现有 3 起争议均涉及金属矿石开采行业，争议措施均为撤销或终止投资者采矿特许权的政府行为，且法律依据均为加拿大签订的 IIAs，^⑥ 具有高度同质性。这 3 个案件初步反映了仲裁庭对“WTO 型例外”的解释模式，更重要的是，它们揭示了在规则本身、条约解释原则之外，裁判者的系统性偏好如何深刻影响 ISDS 领域的实践。

从这些裁决来看，仲裁庭或是回避了“WTO 型例外”的具体要件分析，或是严格限制其法律效果、适用范围，既未考虑排除条款 (exclusion, carve-out)、肯定性抗辩 (affirmative defense) 等“例外”条款的差异，又未实现“一般”例外作为既有灵活性机制之补充的造法意图。

① See Freya Baetens, “Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design”, (2020) 71 (1) *International & Comparative Law Quarterly* 139, p. 157.

② 尤其还考虑到修改双边投资条约的谈判成本相对不高。

③ 《美国 BIT 范本》(2004 年) 附件 B。

④ 例如，《东盟全面投资协定》(2009 年) 第 17 条。

⑤ See “Common Exceptions and Derogations”, in Jürgen Kurtz (ed.), *WTO and International Investment Law: Converging Systems* (Cambridge University Press, 2016), pp. 175 – 193.

⑥ 其一般例外皆以 GATT 1994 第 20 条为模板，参见《加拿大—厄瓜多尔 BIT》(1996 年) 第 17.3 条、《加拿大—哥伦比亚 FTA》(2008 年) 第 2201.3 条、《加拿大—秘鲁 FTA》(2009 年) 第 2201.3 条。

（一）一般例外条款的“例外”属性

仲裁庭应首先明确“WTO型例外”属于何种“例外”，辨别其究竟是排除条款还是肯定性抗辩。在功能上，“排除条款”从条约的适用范围中切割出特定政策空间，使其豁免于有关实体义务，而“肯定性抗辩”可正当化违反条约的行为。^①二者分别是确定权利义务的初级规则和确定违法责任的次级规则。

例外条款的分类不只是学理问题，也在实体与程序意义上影响实践。首先，一般例外的定性关乎其与实体义务的适用顺序。排除条款应在审查行为是否违反实体义务之时适用；肯定性抗辩只有在初步确立存在违反条约的行为后才适用。其次，一般例外的定性关乎举证责任和提出义务。排除条款要求申请人证明相关措施未落入其适用范围，因此须适用条约的实体义务。在被申请人未提出排除条款时，仲裁庭也应依职权考察其适用。肯定性抗辩应由被申请人提出并承担举证责任。^②最后，一般例外的定性决定仲裁解释能否在之后的宣告无效或国内执行阶段得到审查。^③

本文认为，从法理渊源和造法意图出发，一般例外应定性为肯定性抗辩。学界对于“WTO型例外”的定性有排除条款说和肯定性抗辩说两种观点。前者认为排除条款对保障东道国管制权更具象征意义。排除条款能向投资者表明东道国天然享有一定的管制自由。^④相比之下，肯定性抗辩以禁止为原则，以正当化为例外，其适用仍须先确立存在违反条约的行为。肯定性抗辩说依据缔约国以国际贸易法为模板的事实，主张应参照WTO法律实践来定义IIAs中的“WTO型例外”。WTO上诉机构始终将一般例外定性为肯定性抗辩，并区分审查的两个环节：一是对初级规则的违反，二是该违反行为是否具备正当理由。^⑤

除法理渊源外，肯定性抗辩说不抵消IIAs既有灵活性机制，更有利于实现“WTO型例外”的造法意图，即进一步保障东道国管制自由。根据肯定性抗辩说，一般例外在确立了初步的违反行为后适用，不影响排除条款和仲裁庭对实体义务的严格解释。若混同这两个分析步骤，仲裁庭可能根据反面论证认定一般例外未列明的政策目标被“默示排除”，在解释实体义务时不再考虑其他正当监管目的。

然而，当前仲裁庭对“WTO型例外”的定性缺乏一致性。*Copper Mesa*案认为直接征收成立的前提之一是一般例外“不适用”，^⑥暗示一般例外属于排除条款。^⑦*Bear Creek*案的说理存在自

① See Jorge E. Viñuales, “Seven Ways of Escaping a Rule: Of Exceptions and Their Avatars in International Law”, in Lorand Bartels and Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2020), pp. 67–70, 73–74.

② See Joost Pauwelyn, “Defenses and the Burden of Proof in International Law”, in Lorand Bartels and Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2022), p. 90.

③ 为终局性考虑，仲裁裁决的司法审查理由非常有限，不包含实体问题。若一般例外构成管辖权意义上的排除条款，则可能成为后续司法审查的对象。参见《ICSID公约》第52条第1款、《纽约公约》第5条。

④ See Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses”, in Lorand Bartels and Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2020), pp. 370–371.

⑤ See, e.g., *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/AB/R (15 November 2010), para. 173.

⑥ *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, Award, PCA No 2012–2 (15 March 2016), para. 6.58.

⑦ See Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses”, in Lorand Bartels and Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2020), p. 366.

相矛盾之处。一方面，仲裁庭认为规定具体、穷尽式的一般例外是特别法（*lex specialis*），应排除一般国际法下的其他例外，包括治安权原则。鉴于治安权原则被普遍认为是排除条款，而特别法与一般法的法律性质应相同，仲裁庭似乎暗示一般例外是排除条款。另一方面，仲裁庭先认定争议措施违反征收条款下的正当程序和赔偿义务，再讨论一般例外是否构成抗辩。^①从审查顺序看，仲裁庭又将一般例外当作肯定性抗辩。*Eco Oro* 案似乎忽略了“WTO 型例外”作为肯定性抗辩的可能。仲裁庭认为，如一般例外意在排除赔偿责任，则应与治安权原则的措辞一致，明确适格措施本身不构成违反条约的行为。^②但这一措辞描述的是排除条款的功能，即有关措施不落入条约义务的适用范围。肯定性抗辩同样能免除赔偿责任，但由于功能不同，无须采纳类似的措辞。“例外”的定性是澄清“WTO 型例外”有关解释争议的先决条件。未来仲裁庭应首先对该大前提作出判断，以避免在最终结论上各执一词，甚或自相矛盾。

（二）一般例外条款的“一般”属性

一般例外的造法意图是补充 IIAs 既有灵活性机制，赋予东道国管制权以“一般性”保护。^③为了实现该造法意图，仲裁庭对一般例外与其他灵活性机制之关系的解释颇为关键。在 *Eco Oro* 案中，仲裁庭不当将一般例外类比于《国家对国际不法行为的责任条款草案》的解除不法性情况，使一般例外丧失了免除赔偿义务的功能。^④这与先前仲裁庭在解释阿根廷 BITs “根本安全利益”例外时犯的法理错误如出一辙。且不论“根本安全利益”例外与一般例外的本质区别，学术界和 ICSID 撤销委员会早已指出这种解释错误地将条约创设的例外与习惯法混同，^⑤违背了条约解释的有效性原则，^⑥混淆了国家责任法下的初级规则与次级规则。^⑦仲裁庭本应先审查一般例外，在确认其不适用后再考虑危急情况。另外，《国家对国际不法行为的责任条款草案》的措辞是“不妨碍”（without prejudice to），对赔偿责任持保留而非肯定态度。^⑧

① See *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Award, ICSID Case No. ARB/14/21 (30 November 2017), paras. 367, 477 – 478.

② *Eco Oro Minerals Corp v. The Republic of Colombia*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, ICSID Case No. ARB/16/41 (9 September 2021), para. 829. 该案 IIAs 征收条款的解释性附件规定：“除极少数情况外，如一项措施或一系列措施从其目的来看非常严苛，以至于不能合理地视为是善意采取的，一缔约方为保护合法公共福利目标（例如健康、安全和环境保护）设计和实施的非歧视性措施不构成间接征收。”参见《加拿大—哥伦比亚 FTA》第 811 条附件第 2 款 b 项。

③ See *Eco Oro Minerals Corp v Republic of Colombia*, Non-Disputing Party Submission of Canada, ICSID Case No. ARB/16/41 (27 February 2020), paras. 20, 23.

④ *Eco Oro Minerals Corp v. The Republic of Colombia*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, ICSID Case No. ARB/16/41 (9 September 2021), para. 835.

⑤ See “Common exceptions and derogations”, in Jürgen Kurtz (ed.), *WTO and International Investment Law: Converging Systems* (Cambridge University Press, 2016), pp. 212 – 218; *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/01/8, 12 May 2005.

⑥ See Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses”, in Lorand Bartels and Federica Paddeu (eds.), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press, 2020), pp. 368 – 370.

⑦ 援引危急情况免除国家责任，其前提是存在国际不法行为，即要求：（1）存在违反条约的行为；（2）条约本身未规定能挽救该违反行为的抗辩或例外。See James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), p. 185.

⑧ 参见《国际法委员会年鉴》（2001 年），第二卷（第二部分），联合国 2015 年出版，第 98 页。

除了区分以条约和习惯法为基础的抗辩，仲裁解释的另一关键是一般例外和治安权原则的关系。从造法意图来看，一般例外应补充而非限制、排除治安权原则的作用。区分两项抗辩有助于实现条约灵活性的最大化。此外，基于不同的法理渊源，一般例外和治安权原则也应被视为两项独立的抗辩。治安权原则有美国法^①和一般国际法二重渊源。在一般国际法上，治安权原则构成及时、充分和有效赔偿之习惯法原则的例外，^②被各国 BIT 范本吸收，^③以区分征收和无须赔偿的管制措施，提高间接征收的认定门槛。在环境保护方面，治安权原则已在诸多案件中被援引为东道国政策辩护。^④治安权原则是对初级义务（征收条款）适用范围的限制，是具体条款项下的灵活性机制，而作为“额外工具和终极安全网”的“WTO 型例外”应采取不同的审查视角。^⑤

然而，当前仲裁庭普遍将“WTO 型例外”与治安权原则相互绑定。*Copper Mesa* 案虽认可二者是彼此独立的抗辩，但认为其“适用相同的要件”，^⑥可以合并审查。仲裁庭未展开分析一般例外的构成要件，亦未澄清其与治安权原则在法律属性、效果上的差异。虽然如此解释不一定影响实体结果，^⑦但这种解释不符合应然的审查顺序，从长远来看亦无益于明晰“WTO 型例外”的审查标准。*Bear Creek* 案认为作为特别法的一般例外可排除治安权原则等抗辩，但又认定所谓更具体的一般例外不适用于征收条款。^⑧于是，一般例外条款的移植反而扩大了征收条款的适用范围，这明显偏离了缔约国的造法意图。^⑨

在 *Eco Oro* 案中，仲裁庭假定一般例外和治安权原则的适用结论应一致。^⑩鉴于治安权原则强调“极少数情况”公益管制措施可构成间接征收，仲裁庭推定一般例外不可能一刀切免除赔偿责任，因为任何其他解释都会导致两项抗辩的冲突。^⑪加拿大的 NDP 意见明确一般例外的审查应独立于治安权原则，但仲裁庭认为这不符合上下文解释。然而，仲裁庭未论证功能、法理上截然不同的两项抗辩何以能比较。从结果来看，“WTO 型例外”失去了在“一般”意义上保障东道国管制权的功能。如前所述，虽然加拿大的 NDP 意见对仲裁庭无拘束力，但其反映了缔约国的造法意图，构成条约解释中的嗣后实践。然而，本案的仲裁庭在缺乏充分解释的情况下仍选择采纳与缔约国意图截然相反的解释。

综上，从法理渊源、造法意图来看，“WTO 型例外”是可正当化违反条约之行为的肯定性抗

① See Restatement (Third) of the Law of Foreign Relations of the United States (1986), Section 712, Commentary, Letter (g).

② See Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 2008), pp. 533–536.

③ 如《加拿大 BIT 范本》(2004 年)附件 B.13 (1)、《美国 BIT 范本》(2004 年)附件 B。

④ See, e.g., *Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) v. Government of Canada*, UNCITRAL Award, 2 August 2010; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Award, 3 August 2005.

⑤ See *Eco Oro Minerals Corp v Republic of Colombia*, Non-Disputing Party Submission of Canada, ICSID Case No. ARB/16/41 (27 February 2020), paras. 20–21.

⑥ *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, Award, PCA No 2012–2 (15 March 2016) para. 6.58.

⑦ 治安权原则的适用门槛低于(含“必要”门槛和前言的)“WTO 型例外”。See Amelia Keene, “The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements”, (2017) 18 (1) *Journal of World Investment & Trade* 62, pp. 77, 86.

⑧ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Award, ICSID Case No. ARB/14/21 (30 November 2017), para. 478.

⑨ See *Eco Oro Minerals Corp v Republic of Colombia*, Non-Disputing Party Submission of Canada, ICSID Case No. ARB/16/41 (27 February 2020), para. 23.

⑩ 实际上，只有当一般例外可能正当化那些构成“极少数情况”的措施，其对于征收条款才是有意义的。

⑪ 即免除了“极少数情况”下仍构成间接征收之措施的赔偿责任。See *Eco Oro Minerals Corp v Republic of Colombia*, Non-Disputing Party Submission of Canada, ICSID Case No. ARB/16/41 (27 February 2020), para. 831.

辩, 应被认定为补充了治安权原则、危急情况等既有灵活性机制。但实践中, 仲裁庭对“WTO 型例外”之“例外”和“一般”属性的解读存在偏差, 以致不当限制其适用范围、法律效果, 并且回避具体要件分析。在案例研究的基础上, 本文下一部分将反思“WTO 型例外”的仲裁实践何以偏离其造法意图。

三 南橘北枳: “WTO 型例外”的目的落空

“WTO 型例外”的初步实践表明, 一般例外条款的移植带给国际投资法的范式转变与仲裁员群体一贯的解释倾向在适用新规则的初期产生了激烈矛盾。本部分将先讨论“WTO 型例外”这一改革方案的缘起, 回溯国际投资法从国际贸易法引入一般例外条款的历程, 随后由仲裁庭的解释偏好入手, 反思“WTO 型例外”的仲裁实践何以偏离其造法意图。

(一) 从“同源而异”到“殊途同归”: WTO 一般例外条款的跨界移植

通说认为, 国际贸易法的目的是推动贸易自由化, 包括开放市场和保护平等竞争利益, 而国际投资法的目的是保护并促进国际投资, 方式是确认投资者的个人权利。^① 单从条约义务来看, 国际投资法规定了超越非歧视待遇的一般性“非任意”待遇, 如公平公正待遇、国际最低标准待遇。这些普遍性的权利象征着更为绝对的保护, 因此更排斥对非经济目标的考量。传统上, 国际贸易法与国际投资法对于政府监管的包容度截然不同。理论上, 国际贸易法和国际投资法都涉及市场与政府行为、非市场利益的冲突和协调, 国际贸易法在 GATT 制定初期已先见性地设置平衡机制, 而国际投资法至今仍挣扎于承认监管空间的手段和限度。这一分歧固然与两项制度的发展轨迹有关, 但根本上是由其政治目标决定的。^② 因此, 一般例外对于国际投资法而言是“舶来品”, 它不能被机械化地植入 ISDS 的实践领域, 而需克服新制度环境下的路径依赖, 经过认同、调适后整合为国际投资法的有机部分。

从发展轨迹来看, 国际贸易法和国际投资法的早期演变呈现出“同源而异”的态势。二者皆起源于外国人待遇的习惯国际法。^③ 最初, 西方推行的友好通商条约一并规制了贸易和投资。国际贸易组织原本也试图同时规制贸易和投资活动, 但在新兴独立国家的反对下, 投资保护条款的作用被大大弱化。^④ 除政治因素外, 贸易与投资在规制方式上有显著差异。前者往往体现为边境措施, 大部分可转化为易观察和量化的关税。后者的限制形式多样且极易牵涉到国家安全、发展战略等核心国家利益, 更难以形成多边共识。于是, 直到乌拉圭回合前,^⑤ GATT/WTO 体系下

① See Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, (2008) 102 (1) *American Journal of International Law* 48, pp. 48, 54, 56.

② See Andrew D. Mitchell and Elizabeth Sheargold, *Principles of International Trade and Investment Law* (Edward Elgar Publishing, 2021), pp. 14 – 15.

③ See Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, (2008) 102 (1) *American Journal of International Law* 48, p. 51.

④ See Sungjoon Cho and Jürgen Kurtz, “Convergence and Divergence in International Economic Law and Politics”, (2018) 29 (1) *European Journal of International Law* 169, p. 174, fn. 28.

⑤ WTO 协定中涉及国际投资的规则包括《与贸易有关的投资措施协定》的禁止贸易限制性业绩要求 (第 2 条第 2 款) 与 GATS 第 1 条第 2 款 (c) 项。

的贸易谈判始终独立于投资谈判开展。

基于发展轨迹的分殊，决定两项制度早期规则建构的政治经济因素便有所不同。就政治目标而言，GATT 起草者对战时保护主义酿成的灾难记忆犹新，认为经济歧视是二战的导火索之一，^①因此 GATT 鼓励国家间进行互惠性的关税削减以共享贸易自由化福利，通过经济的相互依存促进政治稳定。同时，GATT 在意识形态上以“嵌入式自由主义”（embedded liberalism）^②为指引，纳入了多元化的灵活性机制，^③以照顾各国完善社会福利的需求。当然，一般例外在 GATT 时期的作用尚不明显，是 WTO 上诉机构的争端解决实践充分实现了该条款的平衡作用。^④在国际投资法方面，早期的 BITs 由西方发达国家主导制定，意在继续维持习惯国际法上关于投资保护的最低待遇标准，在双边基础上充分发挥自身的谈判优势，以规避国际经济新秩序对该标准的侵蚀。^⑤由于早期资本流动方向单一，资本输出国与输入国南北分化明确，而 BITs 以投资保护为唯一宗旨，并不含有类似 GATT 1994 第 20 条的例外。冷战之后，发展中国家一方面存在国内市场化转型、吸引外资等需要，另一方面缺乏谈判筹码和专业能力，遂接受了西方主导的 BITs。从事后来看，这一选择并不明智：显然，多数发展中国家高估了 BITs 能为其带来的利益，^⑥没有预见到舍弃一般例外等灵活性机制的主权成本。

如前所述，很多近期的 IIAs 从国际贸易法引入了一般例外条款，在规则层面弥合了两大制度一直以来的分歧。究其原因，仲裁庭对实体义务的扩张解释使传统 IIAs 难以满足国家日益提升的规制需求。当代国际投资法的制度环境已发生显著变化。一方面，投资争端涉及的利害关系显著上升，^⑦金融稳定性、环境保护、公共安全等领域迫切需要政府干预，投资争端的政治敏感性凸显。另一方面，投资的多方向流动打破了资本输出国和输入国的固有定位。由于投资者待遇和权利多采用原则性措辞，加上仲裁庭宽泛解读的倾向，IIAs 的主权成本膨胀到发达国家、发展中国家都未曾预料的程度。在此背景下，国际投资法迎来了“主权的回归”（return of state）。^⑧保守的缔约国审查旧条约，发布缔约国的联合解释性声明，或不惜交易成本再度协商和修改条约；激进的缔约国“用脚投票”，限制仲裁庭管辖权，拒绝签订条约甚至退出 ISDS 机制。^⑨其中，部分保留 ISDS 机制的国家修改 IIAs 并引入“WTO 型例外”，意图复制 WTO 一般例外条款在国际贸易法下平衡市场或资本的自由化与非经济目标的成效，在所涵盖的政策领域内将国家不利行动的风险适当转移给外国投资者。对于一贯以投资者“权利”为核心的国际投资法，一般

① See Richard N. Gardner, *Sterling-Dollar Diplomacy: Anglo-American Collaboration in the Reconstruction of Multilateral Trade* (Clarendon Press, 1956), pp. 8, 19.

② See “Embedded Liberalism and Postwar Economic Regimes”, in John G. Ruggie (ed.), *Constructing the World Polity: Essays on International Institutionalization* (Routledge, 1998), p. 62.

③ 包括经济紧急情况、安全问题、区域一体化机制、收支平衡、经济发展等。参见 GATT 1994 第 20 条、第 19 条、第 21 条、第 24 条、第 12 条以及第 18 条 b 款。

④ See Sungjoon Cho and Jürgen Kurtz, “Convergence and Divergence in International Economic Law and Politics”, (2018) 29 (1) *European Journal of International Law* 169, p. 198.

⑤ 参见《建立国际经济新秩序宣言》（1974 年）。

⑥ See Jason Webb Yackee, “Toward a Minimalist System of International Investment Law”, (2009) 32 (2) *Suffolk Transnational Law Review* 303, pp. 308–309.

⑦ 投资争端的重心从合同义务、征收条款转向东道国一般性管制政策、法律。

⑧ See José E. Alvarez, “The Return of the State”, (2011) 20 (2) *Minnesota Journal of International Law* 223, p. 268.

⑨ 如澳大利亚退出 ISDS 机制，玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉、南非、印度尼西亚等国全面终止投资条约项下承诺，意大利退出《能源宪章条约》等。

例外所引入的利益平衡视角无疑是一项范式性突破。

在缔约国造法之外，仲裁庭在兼顾非投资相关利益、管制权方面汲取了许多国际贸易法的正向经验，包括在国民待遇、法庭之友、必要性等问题上援引WTO判例，^①充分体现了仲裁实践的反思性（reflexivity）。^②在一些评论者看来，这表明仲裁员正在学习GATT/WTO的裁判思路以缩小与国际公法学者的“社会—文化差异”。^③在一定程度上，这为ISDS机制移植WTO判例经验创造了条件。然而，仲裁庭对WTO法律实践的援引只是行使基于条约解释规则的自由裁量权，属于“可有可无”的辅助解释材料。与之相对，“WTO型例外”本身就是实体规则，仲裁庭没有正当理由回避。所以，该条款的引入将迫使仲裁庭重新定义“投资保护”的界限。

（二）仲裁庭关于“WTO型例外”的解释偏好

“WTO型例外”是国际投资法内部的一次范式转变，但在初步实践中并没有发挥缔约国所期待的作用。仲裁庭并非过分提高了一般例外的适用门槛，而是通过误读其“一般”与“例外”属性回避了要件分析。若将这种裁判思路推而广之，一般例外的司法审查标准将始终处于悬而未决状态，不利于增强IIAs适用的可预测性与确定性，也会相应地影响投资者和东道国的信心。本文认为，一般例外的失灵不在于造法的瑕疵，而是由ISDS特殊的“司法场域”（juridical field）^④所决定。

《维也纳条约法公约》的条约解释规则初步划定了仲裁庭的自由裁量空间，但最终解释结果取决于仲裁庭潜在的解释偏好。这些解释偏好是由法律之外的社会现实所建构，包括ISDS在制度与规范层面的基本特征。从横向对比看，国际法各个领域的司法和仲裁机构有不同解释偏好，体现在：（1）以文本、主观意图或客观目的原则为优先；（2）原意解释或演进解释；（3）司法克制或司法能动；（4）逐案分析或遵循先例；（5）自成一体（self-contained）或系统整合（systemic integration）解释。^⑤

*Eco Oro*案等3份裁决反映了仲裁庭的解释偏好。首先，受国际投资法领域的系统性偏好影响，仲裁庭倾向于以客观目的解释为原则，优先考虑条约促进与保护投资的根本目标，即便这将与条约文本或缔约国意图产生矛盾。至于序言中认可的其他政策目标，仲裁庭虽表面上承认，但在解释过程中拒绝接受其指引。在这3个案件中，一般例外条款在文义上没有适用范围的限制，

① See Anthea Roberts, “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, (2013) 107 (1) *American Journal of International Law* 45, p. 52.

② See David Schneiderman, “Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration: A New Self-Restraint”, (2011) 2 (2) *Journal of International Dispute Settlement* 471.

③ See Moshe Hirsch, “The Sociology of International Investment Law”, in Zachary Douglas *et al.* (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (Oxford University Press, 2014), p. 143.

④ 皮埃尔·布迪厄（Pierre Bourdieu）的司法场域理论是相对于法律形式主义、工具主义所提出的，旨在消除两者的二元对立。司法场域是不同行动者（争议方、裁判者）竞争法律解释权的场所，其博弈策略取决于两方面因素：一是司法活动的固有逻辑（internal logic）；二是场域内的社会—权力关系（power relations）。See Pierre Bourdieu, “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, (1987) 38 (5) *Hastings Law Journal* 805.

⑤ See Joost Pauwelyn and Manfred Elsig, “The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals”, in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (Cambridge University Press, 2012), pp. 445–459.

也未暗示保留缔约国的赔偿责任。缔约国还通过 NDP 意见向仲裁庭澄清其造法意图,表明“WTO 型例外”是一项独立、兜底性的抗辩。但仲裁庭基于“FTA 同样支持投资保护”,认定一般例外未明确免除东道国的赔偿责任。^① 其次,仲裁庭倾向于在解释时发挥司法能动性。对于作为缔约国的投资者母国就条约含义提供的权威性解释,仲裁庭并未予以遵从,而是基于文义与上下文解释表示无法接受。但如前所述,仲裁庭所谓的客观解释有明显法理漏洞,与其说是为保护投资者预期,更像是出自保护投资的朴素观念,表明其着力于维护国际投资法的核心义务不会因例外条款而减损。最后,在国际投资法与国际贸易法的规则互鉴方面,仲裁庭展示出自成一体解释的倾向。在限缩其适用范围和法律效果后,仲裁庭不需要具体分析“WTO 型例外”的援引门槛。否则,即便决定不予采纳,仲裁庭难免要考虑国际贸易法的相关实践。

究其根源,仲裁庭的解释偏好与 ISDS 的制度设计、裁判员群体特征有密切联系。首先,ISDS 临时组成的仲裁庭缺乏常设机构的长远愿景。长期、重复博弈使常设机构关注制度本身的延续,从而敏感于国际司法环境的变化,运用演进解释、系统整合解释加强自身的适应性。仲裁庭对自身职责的理解可能限于解决手头的争议,而无需关注与其他领域国际法规则的协调。其次,私人诉权的设计鼓励仲裁庭采取有利于投资者的解释。只有投资者能触发仲裁员、律师和专家的任命或聘用,而仲裁员往往身兼数职,可被聘用为其他案件的律师或专家。面对规定抽象的条约义务,仲裁庭便可发挥司法能动,以条约的投资保护目的为依据,扩张东道国的实体义务并限缩例外条款,为投资者起诉创造有利条件。^② 最后,仲裁员的选任缺乏多样性,少数来自美国和西欧的精英凭业内名望垄断近半的任命,并在其内部建立起紧密联系。仲裁庭因而能无视缔约国的异议,在解释中彰显自身的价值取向和能动性。实证研究显示,无论从国籍、性别、族裔、年龄还是职业背景来看,国际投资仲裁员是高度同质化的群体,^③ 与国际商事仲裁的职业群体存在显著重叠。^④ 普伊格 (Sergio Puig) 的社会网络分析证实了仲裁员小圈子的存在,并指出这会强化 ISDS 主流的解释偏好,使其免疫于外部影响。表面上,当事方任命机制的控制权在当事方,而现实中仲裁员的选任呈现出“马太效应”——任命次数越多的仲裁员吸引来更多的任命机会。^⑤ 因此,仲裁员选任的透明度、仲裁员相对于公职法官对公共利益关切的认知不足成为 ISDS 机制改革的核心议程。^⑥

对采用“建设性模糊”的“WTO 型例外”,仲裁庭的解释偏好决定了该条款能否实现缔约

① *Eco Oro Minerals Corp v. The Republic of Colombia*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, ICSID Case No. ARB/16/41 (9 September 2021), para. 829.

② See Gus Van Harten, “Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010”, (2018) 29 (2) *European Journal of International Law* 507, pp. 540–542.

③ WTO 专家组、上诉机构成员一般是发展中国家的外交人员,曾于政府部门工作,无法律学位或有关的系统性培训,重复任命率低;而 ICSID 仲裁员一般是美国、西欧国家的知名律师、学者,重复任命高,明显分化为利投资者或利东道国两派。See Joost Pauwelyn, “The Rule of Law Without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Adjudicators from Venus”, (2015) 109 (4) *American Journal of International Law* 761, pp. 799–800.

④ 有学者认为商事仲裁背景的仲裁员的普遍价值取向是资本自由流通、法律确定性和市场自治,以私法范式应对投资争端。See Moshe Hirsch, “The Sociology of International Investment Law”, in Zachary Douglas *et al.* (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (Oxford University Press, 2014), p. 143.

⑤ See Sergio Puig, “Social Capital in the Arbitration Market”, (2014) 25 (2) *European Journal of International Law* 387, pp. 390, 418–419, 422.

⑥ 参见联合国国际贸易法委员会,《第三工作组(投资人与国家间争议解决制度改革)第三十五届会议(2018年4月23日至27日,纽约)工作报告》,A/CN.9/935,第76—88节。

国的造法意图。作为 IIAs 造法的范式性突破,“WTO 型例外”引入了与投资保护相冲突的规范目的和利益平衡式的裁判方法,要求其作为公法裁判者作出对东道国国内治理负责的裁决。然而,如前所述,仲裁庭习惯于援引投资保护进行目的解释,发挥司法能动性拓宽东道国实体义务的边界,并排斥参考 WTO 法等外部相关条约的系统性解释,导致一般例外的造法目的落空。这些解释偏好是 ISDS 制度设计和裁判员价值取向的共产物。随着国际组织、学者、实务界持续关注 *Eco Oro* 案的不良影响,^① 仲裁庭或将转变对“WTO 型例外”的解释思路,尤其是考虑借鉴 WTO 法律实践。本文下一部分将分析该做法的优势及潜在挑战。

四 补偏救弊: WTO 法律实践的借鉴

前文提到,缔约国基于各自政策考虑对 WTO 一般例外条款进行了不同程度的“改良”,同时为避免仲裁解释的不确定性,还就环境措施、“必要”门槛、一般例外与其他灵活性机制的关系进行澄清。然而,缔约国没有预料到仲裁庭会在一般例外的适用范围、法律效果这类看似争议不大的问题上作出偏离于其造法意图的解释。对此,UNCTAD 也指出,*Eco Oro* 案、*Bear Creek* 案的仲裁庭解释是“狭隘和出乎意料的”,足以让缔约国反思“WTO 型例外”的有效性。UNCTAD 建议缔约国通过条文、修正案或联合声明对一般例外的适当解释作出澄清。^② 但“WTO 型例外”目的的实现最终取决于仲裁庭能否反思其解释偏好。本部分将考察仲裁庭借鉴 WTO 法律实践的优势和潜在问题。

(一) 借鉴 WTO 法律实践的优势

首先,借鉴 WTO 法律实践的必要性在于一般例外本身的一般性和抽象性所赋予缔约国的弹性政策空间。借鉴 WTO 权威判例可提升仲裁解释的确定性与可预测性,稳定投资者的预期,增强裁决结果的说服力和正当性。例如,科学证据、风险评估是监管措施适用环境例外的前提。尽管条文本身未明确,但 WTO 有关判例强调了被诉方无需证明可量化的健康、环境风险,而且争议措施的科学依据只需要有适格、权威的来源即可,毋须符合主流观点。^③ 仲裁庭应采用类似的司法遵从。在以事实为主的科学证据和风险评估上,仲裁庭并不比专家组、上诉机构具

① See, e. g., generally UNCTAD, “The International Investment Treaty Regime and Climate Action”, IIA Issues Note, Issue 3 (September 2022); Güneş Ünüvar, “A tale of policy carve-outs and general exceptions: *Eco Oro v Colombia* as a case study”, (2023) 14 (4) *Journal of International Dispute Settlement* 517; Robert Garden, “*Eco Oro v Colombia*: The Brave New World of Environmental Exceptions”, (2023) 38 (1) *ICSID Review* 17; J. Benton Heath, “*Eco Oro* and the Twilight of Policy Exceptionalism”, International Institute for Sustainable Development (20 December 2021), <https://www.iisd.org/itm/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism/>; Roopa Mathews and Dilber Devitre, “New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia*”, Kluwer Arbitration Blog (11 April 2022), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/11/new-generation-investment-treaties-and-environmental-exceptions-a-case-study-of-treaty-interpretation-in-eco-oro-minerals-corp-v-colombia/>.

② See UNCTAD, “Review of 2021 Investor-State Arbitration Decisions: Insights for IIA Reform”, IIA Issues Note, Issue 1 (July 2023), p. 24.

③ See *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R (12 March 2001), paras. 167, 177–178.

备更有利的条件，同样缺乏国内决策机关的专业性和实地调查能力，不宜超越“合理联系”（rational relationship）^① 标准二次审查（second guess）东道国政策。再如，“必要”门槛、前言决定了多数案件的命运，而其审查标准基本是司法实践的产物，经历了 20 多年的调适和发展。仲裁庭可适当参考这些久经考验的判例标准，如“权衡和平衡测试”（weighing and balancing test），又如从灵活性、前期善意协商、正当程序等角度拆解前言的适用要件。^②

其次，尽管缔约国未明确表示，但从其选择 WTO 法为模板的这一事实看，缔约国很可能预料到仲裁庭会参考 WTO 法律实践。相较于另起炉灶起草一般例外，缔约国有意复制了国际贸易法一般例外的具体表述和整体结构。虽然多数缔约国的核心关切是环境措施，但其宁可采用补充规定、脚注予以明确，也不改动 GATT 1994 第 20 条（b）项和（g）项的表述。或许有观点会认为，这些事实尚不足以证明缔约国对援引 WTO 法律实践有默示同意。对此，应注意到“缔约国采取了引用并入这一事实本身就为（从 WTO 法到国际投资法）直接移植法律解释的主张提供了正当理由”。^③ 在有负面清单、排除条款作为备选的情况下，缔约国选择了更为开放的一般例外，就是希望仲裁庭的事后审查能弥补其未能预见的造法缺陷。本文第一部分指出，很多 IIAs 直接引用并入了 WTO 法的一般例外。例如，RCEP 将 GATT 1994 第 20 条并入货物贸易、投资等章，将 GATS 第 14 条及其脚注并入服务贸易、投资等章。据此，仲裁庭没有理由就适用于投资章的一般例外单独创制一套解释体系。

即便未采用“引用并入”，一些缔约国在一般例外条款或其脚注中“编纂”了 WTO 上诉机构有关的规则解释。例如，CETA 特意强调其并入的“GATT 1994 第 20 条（b）项所述的措施包括保护人类、动植物生命或健康所必需的环境措施”而“（g）项适用于保护有生命的或无生命的可用尽自然资源的措施”。^④ 这些改动可追溯到上诉机构在美国虾龟案、欧共同体石棉案的裁决。^⑤ 再如，本文第一部分提到有缔约国通过脚注引入 WTO 判例中对“必要”门槛的宽松解释。^⑥ 缔约国的造法过程特意将既有的 WTO 法律实践与自身政策需求相结合。因此，为了契合缔约国的造法意图，仲裁庭在解释一般例外时应当参照 WTO 法律实践。

最后，仲裁庭借鉴 WTO 法律实践有条约解释规则的支持。在过往实践中，仲裁庭相对更多援引欧洲人权法院判例，因为 IIAs 和人权公约的权利样态更接近。援引 WTO 判例一般也是为澄清条约解释规则，或证明仲裁庭有填补程序规则之空白的“固有权力”（inherent power）。^⑦ 但基于条约文本、造法意图的相似性，仲裁庭有理由在解释一般例外的过程中参照 WTO 法律实践。

① *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (16 January 1998), para. 193.

② See Joost Pauwelyn, “Carbon Leakage Measures and Border Tax Adjustments under WTO Law”, in Geert Van Calster and Denise Prévost (eds.), *Research Handbook on Environment, Health and the WTO* (Edward Elgar, 2013), pp. 502–505.

③ See “Common exceptions and derogations”, in Jürgen Kurtz (ed.), *WTO and International Investment Law: Converging Systems* (Cambridge University Press, 2016), pp. 198–199.

④ CETA 第 28.3.1 条。

⑤ See Levent Sabanogullari, “The Merits and Limitations of General Exception Clauses in Contemporary Investment Treaty Practice”, https://www.iisd.org/itm/en/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/#_edn1.

⑥ 参见《巴西—印度 BIT》（2020 年）第 24 条脚注 4。

⑦ See José E. Alvarez, *The Boundaries of Investment Arbitration – The Use of Trade and European Human Rights Law in Investor State Disputes* (JurisNet LLC, 2018), pp. 211, 221–224.

为避免针对该方法论的质疑,^① 仲裁庭可结合条约解释规则论述援引 WTO 判例的依据。仲裁庭可以认定, WTO 法构成“相关国际法规则”或适用法。具体而言,在引用并入的移植模式下, WTO 一般例外条款本身就是适用法, WTO 判例可作为“确定法律规则的辅助手段”;^② 在间接参照模式下, WTO 一般例外条款可构成《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 c 项的“相关国际法规则”。^③ 此处, WTO 判例是确认相关规则而非适用法的辅助手段。仲裁庭可从文本和造法意图的相似性论证“相关性”。另外,只有当 IIAs 缔约国均为 WTO 成员时,仲裁庭才可使用这一系统整合的解释工具。

(二) 适用 WTO 法律实践的难点

然而, WTO 法律实践在一些问题上的立场并不清晰、易引起争议,且不一定适用于 ISDS 特殊的制度环境。^④ 目前,由于仲裁庭回避要件分析,很难预测参照 WTO 法律实践的弊端。但本文认为,在讨论“兼容性”之前应考虑到 WTO 法律实践在移植过程中可能产生的偏差。无论是出于能力或是意愿的缺失,仲裁庭可能“误读”WTO 判例,或是无法恰当适用于个案事实。

结合 WTO 争端解决机构(下文简称 DSB)的实践经验看,“必要”门槛与前言或将成为解释 IIAs 中“WTO 型例外”的核心挑战。就 GATT 1994 第 20 条而言,上诉机构的判例确立了两阶层测试(two-tier test):其一,争议措施属于第 20 条(a)–(j)项所列明的一种特定例外;其二,争议措施的适用符合第 20 条前言。^⑤ 对于大多数特定例外,争议措施对该项的政策目标必须是“必要”或“相关”的。截至 2022 年底,涉及 GATT 1994 第 20 条抗辩的 28 个案件中仅 3 个通过了两阶层测试。^⑥ “必要”门槛与前言是被诉方败诉的主要原因,但这并未导致缔约国摒弃 GATT 1994 第 20 条,反而使该条款更为“可靠”,成为各类新型贸易协定中一般例外条款的模板。^⑦ 同理,UNCTAD 强调“WTO 型例外”应伴随“反滥用条款”,如争议措施必须以非任意方式实施且不构成变相的投资保护主义。然而,其同时提醒“反滥用条款”会给东道国施加严苛的举证义务,显著增加援引一般例外抗辩的难度。^⑧ 移植国际贸易法的规则及其解释实践并不困难,但平衡好 IIAs 之下的承诺与灵活性并非易事。本文以为,在借鉴 WTO 法律实践的过程中,至少有两方面因素会妨碍 ISDS 仲裁庭妥善适用一般例外。

① 仲裁庭援引 GATT 1994 第 20 条判例解释基本安全例外的做法曾招致许多批评。See José E. Alvarez and Tegan Brink, “Revisiting the Necessity Defence: *Continental Casualty v Argentina*”, in Kark P. Sauvant (ed.), *Yearbook of International Investment Law and Policy* (Oxford University Press, 2012), p. 346.

② 《国际法院规约》第 38 条第 1 款 d 项。

③ 前提是 IIAs 的缔约国均为 WTO 成员。这里的“有关国际法规则”除习惯国际法、一般法律原则外还可以是另一条约,条件是条约涉及类似的规制对象或法律情形。See Oliver Dörr, “Article 31”, in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2018), p. 605.

④ See “Common Exceptions and Derogations”, in Jürgen Kurtz (ed.), *WTO and International Investment Law: Converging Systems* (Cambridge University Press, 2016), p. 199.

⑤ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R (20 May 1996), p. 22.

⑥ 即欧共体石棉案、美国虾龟案执行之诉、美国金枪鱼案执行之诉。See *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries*, Appendix 2, Index of Disputes by WTO Agreement (World Trade Organization, 2023), pp. 299 – 300.

⑦ See Krzysztof J. Pelc, *Making and Bending International Rules: The Design of Exceptions and Escape Clauses in Trade Law* (Cambridge University Press, 2016), p. 133.

⑧ See UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator* (United Nations Publication, 2020), p. 28.

其一，仲裁庭可能表面上援引 DSB 对有关规则的阐述，但忽略其在实践中彰显的司法理念，包括动态解释、司法遵让。正如上诉机构所言，一般例外是 20 世纪中叶的制定法，解释者应关注其术语的演化，以反映“国际社会的当代关切”和序言中体现的条约宗旨。^① 在静态的判例标准之外，仲裁庭应意识到这类解释方法的借鉴意义。在司法遵让方面，以“必要”门槛为例，仲裁庭很容易借鉴“权衡和平衡测试”的外壳，而忽视 DSB 在适用该测试时的自我约束倾向。表面上，裁判者可事后评判争议措施“所保护共同利益或价值的重要性”。^② 但实践中，上诉机构强调被诉方有权决定“其认为适当的保护水平”^③，始终认可争议措施所保护的价值有“最高程度的重要性”^④。若仲裁庭要代替东道国进行价值判断，则借鉴 WTO 法律实践将失去意义。此外，仲裁庭还必须区分一般例外和国际投资仲裁中广泛适用的比例原则，^⑤ 不能从成本收益分析或狭义比例原则（*proportionality stricto sensu*）的角度解释“WTO 型例外”。

其二，与 DSB 相比，仲裁庭或因经验不足而不能准确地将个案事实归入判例标准的要件之下，从而得出准确的结论。以前言为例，该要件旨在过滤在实施中偏向国内特定利益群体的歧视性措施。裁判者需结合个案事实，基于有关措施的设计和结构区分正当措施与变相的保护主义措施。^⑥ 从 WTO 专家组、上诉机构成员的履历看，这种涉及国内政治的判断并非来自系统化的法学教育、法律执业经历、商业思维或学术造诣，而更多依靠在政府部门从事贸易有关工作的实质性经验，包括贸易政策的国内实施和国际谈判。然而，ISDS 仲裁员主要是发达国家的资深律师、法律学者或隶属于主流商业律所的前法官，大多缺乏类似经验。^⑦

除“不能”恰当应用外，仲裁庭也可能因价值预设而“不愿”实质性参考 WTO 判例。根据过往实践，仲裁庭倾向于二元对立地看待国家履行合同的商业行为和行使公权力的主权行为，将后者贴上“政治性”的标签。^⑧ 仲裁庭可能出于对缔约方意图的尊重考察 WTO 判例，但止步于形式上的援引，而在关键结论上与未考虑 WTO 法的 *Eco Oro* 等 3 案没有实质性区别。一般例外的

- ① See *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (12 October 1998), paras. 128 – 131.
- ② 权衡和平衡测试要求评估“鉴于所涉利益或价值的重要性，（争议措施）对实现有关政策目标的贡献程度及其贸易限制性”。See, e.g., *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (11 December 2000), paras. 162 – 164.
- ③ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R (12 March 2001), para. 168.
- ④ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R (12 March 2001), para. 172; *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R (3 December 2007), para. 179; *Indonesia – Measures Concerning the Importation of Chicken Meat and Chicken Products*, WT/DS484/R (17 October 2017), para. 7.225. 即便是“最高程度贸易限制性”的争议措施，若对政策目标的实质性贡献超越贸易限制性，则仍是“必要”的。See *Indonesia – Measures Concerning the Importation of Chicken Meat and Chicken Products*, WT/DS484/R (17 October 2017), para. 7.227.
- ⑤ 参见何焰、谷放：《比例原则在国际投资仲裁中的适用反思：场域边界与规范张力》，载《武大国际法评论》2023年第2期。
- ⑥ 有必要考虑一项措施的设计、结构，以确定该措施在实际或预期应用中是否构成在条件相同的国家之间的任意或不合理歧视。See *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R (22 May 2014), para. 5.302.
- ⑦ See Joost Pauwelyn, “The Rule of Law Without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Adjudicators from Venus”, (2015) 109 (4) *American Journal of International Law* 761, pp. 799 – 800.
- ⑧ See David Schneiderman, “Hayek’s Dream: International Investment Law and the Denigration of Politics”, (2022) 35 (4) *Leiden Journal of International Law* 743.

建设性模糊赋予仲裁庭宽泛的自由裁量权。即便缔约国明确要求与 DSB 解释保持一致,^① 也难保证仲裁庭不受经验法则影响。

综上所述, 有理由认为, 仲裁庭或将借鉴 WTO 法律实践以改进其解释。这既符合缔约国的造法意图, 也有条约解释规则支持, 但不能保证一般例外的合理适用。即便 IIAs 明确要求裁判者参考 WTO 法律实践, 缔约国仍难以控制一般例外固有的裁量空间, 仲裁庭仍可能不当适用一般例外。为减少不确定性, 基于对 *Eco Oro* 案等 3 案的研究, 本文建议缔约国可在解释性文件中明确一般例外适用于禁止非法征收、公平公正待遇等核心条款, 为治安权原则等灵活性机制提供补充, 可排除东道国的赔偿责任。同时, 如缔约国能就应适用的上诉机构规则解释达成合意, 亦可直接并入条款正文或其脚注, 向仲裁庭传达更明确的信号。

五 结语

习近平总书记多次强调, 推进高水平对外开放要求稳步扩大制度型开放。^② 为此, 中国应努力实现从“规则接受者”到“规则引领者”的转化, 密切跟踪和研究国际投资、国际贸易领域的先进做法。^③ 目前, 在平衡市场目标和政府监管方面, 国际贸易法与国际投资法正经历从“同源而异”到“殊途同归”的过渡。传统上, 两项制度的根本目的分别是保护相对的平等竞争利益和绝对的投资者权利。当前, 国际投资法越来越多地借鉴国际贸易法的相关造法与争端解决法律实践。其中, “WTO 型例外”是国际投资法造法的一次范式突破。

然而, 一般例外的仲裁实践却显著偏离了这一预期。就造法意图而言, 缔约国期待一般例外条款成为补充和兜底性的灵活性机制。从现有 3 份裁决看, 仲裁庭均回避要件分析, 且存在误读一般例外之“一般”和“例外”属性的倾向, 不合理限制该条款的适用范围、法律效果。可见, 即便有规则移植, “殊途同归”并非水到渠成。“WTO 型例外”是 IIAs 造法中的重大改革, 引入了与投资保护相冲突的价值目标和利益平衡式的裁判方法。基于 ISDS 的制度、裁判员群体特点, 仲裁庭倾向于以投资保护为核心的客观目的解释、投资者导向的司法能动解释和排斥系统整合的自成一体解释, 未能实现“WTO 型例外”的造法意图。未来, 若仲裁庭仍坚持回避策略, 缔约国或将加强对仲裁庭解释的干预,^④ 甚至退出 ISDS 机制。^⑤ 考虑到 *Eco Oro* 案等裁决的负面评价, 仲裁庭或将借鉴 WTO 法律实践以完善其解释策略。这将有利于增强裁决结果的可预测性、说服力, 也更符合缔约国的造法意图。但上诉机构对 GATT 1994 第 20 条开放式的规则解释仍为仲裁庭预留了很大的裁量空间, 仲裁庭仍可能无法恰当地将其运用于个案。

① 例如, 《韩国—澳大利亚 FTA》(2014 年) 第 20.5 条 (解释规则) 规定: “若本协议项下的义务与 WTO 协定项下的义务相同或基本相同, 专家组应采用与 DSB 在裁决中确立的任何相关解释相一致的解释。”

② 习近平: 《加快构建新发展格局 把握未来发展主动权》, 载《求是》2023 年第 8 期, 第 8 页。

③ 沈铭辉、张中元: 《以制度型开放推动高水平对外开放》, 载《经济日报》2023 年 5 月 24 日, 第 10 版。

④ 参见〔美〕W. 迈克尔·赖斯曼著, 王贵国编著: 《Myth Systems and Operational Codes: Selected Essays of W. Michael Reisman》, 法律出版社 2019 年版, 第 467—474 页。

⑤ 在 *Eco Oro* 案之后, 加拿大的投资条约范本删去了一般例外条款, 以更宽泛的表述确认东道国在气候、环境领域的管制权, 并明确缔约国联合解释在国际法下的拘束力。参见《加拿大外商投资促进和保护协定范本》(2021 年) 第 3 条、第 32 (2) 条。

从缔约国的立场出发，本文建议通过脚注、联合解释等形式明确“WTO 型例外”的适用范围、效果及其兜底功能。由于现有裁决数量有限，一般例外条款的仲裁解释规律只能交由未来研究者进行系统性考察。另外，因缺乏相关实践，本文关于援引 WTO 判例的利弊分析仅停留在理论和抽象意义上。未来研究者可根据最新仲裁实践从具体问题入手，分析借鉴 WTO 法律实践的适当性。

Different Routes to the Same End: Unravelling the Paradox of Interpreting WTO-Style General Exceptions in International Investment Law

Jiang Chaoyi and Li Ruoqing

Abstract: The rules and institutions of international investment law and international trade law have traditionally evolved separately and independently. Recently, an increasing number of International Investment Agreements have transplanted WTO-style general exceptions to balance investment protection with the regulatory autonomy of host states. However, arbitral tribunals' interpretation of this clause has significantly deviated from state parties' expectations. The tribunals have circumvented a thorough examination of the clause's criteria, misconstrued its "general" and "exceptional" aspects, and unduly restricted its scope and legal effects. This deviation stems from a disconnection between state parties' shift towards a new rule-making paradigm and arbitral tribunals' path dependency. On the one hand, the introduction of general exceptions brings a variety of competing objectives other than the singular, underlined investment protection and the balancing approach unfamiliar to many investment arbitrators. On the other hand, the institutional and sociological characteristics of the Investor – State Dispute Settlement System incline tribunals towards objective interpretation and judicial activism, resisting systemic integration, thereby defeating the purpose of transplanting the general exception. Future tribunals may look to WTO jurisprudence to enhance the certainty and legitimacy of general exception interpretation and better align with the intentions of state parties, which is also justified by the doctrines of treaty interpretation. However, tribunals may formally refer to WTO jurisprudence without embracing its underlying philosophies, such as judicial deference and dynamic interpretation. Furthermore, tribunals may inappropriately apply general exceptions due to their limited experiences and inherent biases. To control these risks, state parties are advised to carefully craft the wording of WTO-style general exceptions and reduce uncertainties by issuing clarifications binding on the tribunals.

Keywords: International Investment Law, General Exceptions, WTO-Style General Exceptions, ISDS, Intention of Rule-Making, Interpretative Preferences

(责任编辑: 谭观福)