



## 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 176 2016 年 6 月 20 日

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

执行编辑: Daniel Allman (daniel.allman@columbia.edu)

### **ChAFTA 新制度：利用条约缔约方联合控制以保障公共福利规制**

Anthea Roberts and Richard Braddock\*

如果各国希望它们采取的正当、非歧视性的公共福利规制不会被投资投资者提出求偿，那么，哪些做法可供它们选择呢？对此，本篇投资展望将重点关注近期中国—澳大利亚自贸协定（ChAFTA）中设置的一项创新性机制。通过规定缔约方之间的联合控制机制，ChAFTA 远远超出了既有保护国内规制自主权的措施。据此，在努力重新平衡仲裁法庭的解释权与缔约方联合解释权方面，ChAFTA 采取了新的，也具有争议的措施。

为寻求保护国内规制的自主性，较为新型的投资协定往往通过在序言中重申公共福利规则重要性，完善与澄清核心投资保护，以及有时纳入一般例外条款。这些方式是有益的但存在不足。序言规定不具拘束力。虽然实质条款具有拘束力，但各国政府并不希望仲裁法庭对那些敏感性的保护公共福利的措施是否为条约所容许进行事后推测。即使被告国最终胜诉，但为了为其主张进行辩护，他们也可能要付出大量的时间和金钱。

面对上述问题，中国和澳大利亚政府在 ChAFTA 中首次创设了缔约方联合控制机制以保障各国采取的公共福利措施。ChAFTA 规定，投资者“不得将缔约方的政府为实现公共卫生、安全、环境、社会公德或公共秩序等合法公共福利目标而采取的非歧视性措施作为求偿的主题”。<sup>1</sup> 若投资者对缔约一方政府的某项规则措施提出质疑，此时被告国应当被允许发布“公共福利公告”，详细说明其认为该措施可以列入以上索赔例外的原因。被告国发布公告后，仲裁程序将暂停，并触发一个历时 90 天的与缔约另一方的磋商期。<sup>2</sup>

如果缔约方均认为被质疑的措施可被列入索赔例外的范畴，则该决定对投资者—国家仲裁庭具有约束力，该仲裁庭做出的任何裁决或决定都必须遵循该决定。<sup>3</sup> 由于上述机制在投资争端解决的早期阶段被触发，被告国可以在收到投资者提出磋商请求

后的 30 天内发布公告，这可能可以在根本上阻止投资者-国家仲裁法庭的设立。如果缔约方在 90 天的磋商期内无法就被质疑措施是否应被列入例外范畴达成一致，则此事项将交由投资者-国家仲裁法庭判决。仲裁法庭不得因被告国未发布某一公共福利公告，或者缔约方未能就被质疑措施是否属于例外范畴做出某一决定而进行反向推断。<sup>4</sup>

ChAFTA 的此项机制代表了各国在投资者保护与国家主权之间、仲裁法庭与缔约方解释权之间寻求再平衡调整的基本趋势。事实表明，越来越多的近期缔结的协定纳入了“允许协议方提出对仲裁法庭具有约束力的协议解释”的规定。ChAFTA 机制采取了进一步的措施，它允许缔约方就它们之间缔结的条约的适用达成一致意见并且对仲裁法庭具有拘束力。这与晚近一些协定中缔约方针对税收及金融服务领域采取的联合控制做法是一致的，但 ChAFTA 规定的适用范围要更广泛。<sup>5</sup>

通过要求缔约方做出联合决定，ChAFTA 限制了被诉国滥用该机制的能力，这在该条款构成自判断条款的情况下更加重要。不过，对于使投资者受制于缔约方的联合决定从而把投资者-国家争端重新政治化的做法，一些人表示反对。该条款中并未提及必要或适当的公共福利措施。时间限制则意味着，缔约方只有在那些相对清晰明了的案件中才可能做出联合决定。该机制在不平等的缔约方之间如何运行也是一个问题：风险在于，较为强大的缔约一方可能要屈从于较为弱小的缔约另一方以达成一致意见，而这种屈从是没有道理的；或者，较为强大的缔约一方可能无视较为弱小的缔约另一方达成一致意见的努力，而这种努力是正当合理的。

最终来看，ChAFTA 的创新机制能否在实践中有效运行将取决于投资母国如何内在化其作为资本输出国（倾向于保障本国投资者的权利）和资本输入国（倾向于保护本国正当的规制自主权）具有的双重利益。如果投资母国能够在双重利益之间实现正确的平衡，则该机制可以为那些希望通过缔约方联合控制以维护本国正当的、非歧视性的公共福利措施的国家提供了一个具有创新性的模式。然而，如果不能实现该双重利益之间的正确平衡，该条款则可能因过度使用而引发争议，或因使用不足而未能发挥作用。

（南开大学国经所康青青翻译）

---

\* Anthea Roberts ([Anthea.Roberts@anu.edu.au](mailto:Anthea.Roberts@anu.edu.au)) is Associate Professor at the RegNet School of Regulation and Global Governance, ANU; Richard Braddock ([richard.braddock@lexbridgelawyers.com](mailto:richard.braddock@lexbridgelawyers.com)) is a Partner at Lexbridge Lawyers. The authors are grateful to Lise Johnson, Stephan Schill and two anonymous reviewers for their helpful peer reviews. **The views expressed by the authors of this *Perspective* do not necessarily reflect the opinions of Columbia University or its partners and supporters. *Columbia FDI Perspectives* (ISSN 2158-3579) is a peer-reviewed series.**

<sup>1</sup> ChAFTA, Article 9.11.4.

<sup>2</sup> Article 9.11.5-9.11.6.

<sup>3</sup> Article 9.18.3.

<sup>4</sup> Article 9.11.8.

<sup>5</sup> E.g., U.S. Model BIT, Articles 20, 21; Canada-China FIPA, Articles 20(2), 33(3).

转载请注明：“Anthea Roberts and Richard Braddock, ‘ChAFTA 新制度：利用条约缔约方联合控制以保障公共福利规制，’ No. 176, 2016 年 6 月 20 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](mailto:ccsi@law.columbia.edu)。

如需详细信息请联系：哥伦比亚可持续投资中心，Daniel Allman, [daniel.allman@columbia.edu](mailto:daniel.allman@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. 175, Umirdinov Alisher, “The case for an advisory center on international investment law,” June 6, 2016.
- No. 174, Qianwen Zhang, “China’s “new normal” in international investment agreements,” May 23, 2016.
- No. 173, Gabriel Bottini, “Using investor-state dispute settlement to enforce investor obligations,” May 9, 2016.
- No. 172, Maria Borga, “Not all foreign direct investment is foreign: the extent of round-tripping,” April 25, 2016.
- No. 171, Delphine Nougayrède, “Untangling the effects of special purpose entities on FDI,” April 11, 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/>.