

【国际经济法】

中国投资条约中的国家安全例外条款： 文本发展、法律应对与范本建议

黄世席

【摘 要】晚近数十年滥觞于国际投资条约中的安全例外条款并没有过多地出现在中国投资条约中。中国投资条约中规定有安全例外条款的数目非常有限,而且通常出现在晚近十多年签订的投资条约或贸易协定中,并且主要以WTO第21条例外条款作为范本。根据国际实践,在投资条约无安全例外条款的情况下,东道国通常会提出习惯国际法上的“危急情况”抗辩以维护国家安全措施,而根据投资条约的安全例外条款进行的抗辩也会出现不同的裁决,对此种不一致的做法,中国投资者需积极应对。中国投资条约中的安全例外条款的设计应当与时俱进,在遵循传统的以GATT、第21条为范本的安全例外的基础上,可以明确纳入“其认为”的用语,尽可能维持中国政府对于安全例外问题的裁定权,同时列举包括关键基础设施、关键技术以及国内紧急情况等新的援引安全例外的情形,以更好服务于不断扩大的国家安全范畴。

【关键词】中国投资条约;安全例外条款;危急情况抗辩;范本设计

【作者简介】黄世席,山东大学法学院教授,博士生导师。

【原文出处】《甘肃政法大学学报》(兰州),2024.3.31~47

【基金项目】本文系国家社会科学基金后期资助重点项目“国际投资条约中的国家安全条款研究”(20FFXA006)的阶段性研究成果。

晚近数年,中国海外高科技投资以及一些关键矿业投资屡遭东道国或者其所谓的盟友国的安全审查之困扰。如华为在一些国家面临相关电讯产品和5G无线网络禁令,甚至被这些国家排除出有关网络项目或基础设施项目的供应商。2022年华为对瑞典的仲裁案开创了华为维权的先河^①,而2023年下半年华为向英国发出了仲裁通知,并表明不排除将与哥斯达黎加政府的5G争端提交仲裁的可能。^②华为曾与多国政府存在类似的投资争议,由于这些国家与中国之间存在相关投资条

约的保护,因此可能面临着与瑞典相似的投资仲裁。而在其他投资争端方面,如加拿大针对中国锂矿产业投资者的撤资要求,乌克兰针对中国投资者收购马达西奇公司进行的国有化抗辩,以及中国海外关键矿业和基础设施投资引发的其他问题,东道国都有可能会因为“国家安全”问题而为自己的责任进行抗辩。但是,在相关投资条约的具体内容中,尤其是安全例外条款的设置方面都存在某些差异。考察这些含有投资安全例外的条款内容,除了在具体的实施安全例外措施的内容

和清单方面有所差异外,几乎都规定了和《关税与贸易总协定》(GATT)安全例外条款一致的“其认为”的术语,表面上只是赋予了缔约国在国家安全问题上的自我裁判权。因此,国家安全威胁可以构成适用条约保护标准的例外情形,即国家安全例外。鉴于此,结合未来潜在的海外投资的安全审查争端,首先,需要分析中国签订投资条约(包括自由贸易协定(FTA)中的投资条约)的发展历史及投资条约中的安全例外条款的文本结构;其次,结合国际投资仲裁的典型安全例外抗辩案例,对中国海外投资中遇到的国家安全争端和抗辩进行理论分析;最后,结合当前国际投资条约中安全例外条款的发展,提出构建中国投资条约中安全例外条款的建议。

一、中国投资条约安全例外条款的发展

中国对外签订投资条约最早始于1982年与瑞典签订的双边投资条约(BIT),到2023年10月签署含有投资章的《中国—叙利亚FTA》,中国签订的双边投资条约数目达146个(包括未生效的17个BIT以及已经终止的22个BIT),目前生效的BIT数目是107个。另外,根据UNCTAD统计,中国还签订了29个(4个未生效)包括有投资章或投资条款的自由贸易协定或多边投资条约,目前仍然生效的是25个。^③因此,中国签订的目前生效的国际投资条约的数目达到132个,其中与有些国家签订了一个以上的投资条约。^④不过,除了近期经常在中国FTA中规定的安全例外条款外,在中国签订的投资条约中明确规定有安全例外的双边投资条约数目只是个位数,更多的BIT是在其序言、征收和国民待遇等条款中规定有安全例外措施,这些措施能否成为安全例外仍然值得探讨。具体来讲,中国签订的国际投资条约中的安全例外条款的发展趋势大致如下:

2005年之前签订的BIT基本上没有规定“安全例外”或类似语言。除了2022年《中国—哥斯达黎加BIT》以及2003年《中国—德国BIT议定书》

在序言中规定有“同意在不放松对健康、安全 and 环境措施的普遍适用下实现这些目标”或类似词语外,其余的投资条约均是在征收或待遇等条款中规定缔约国可以以国家安全为由对外国投资实施征收或者给予歧视性待遇,此类行为不得被视为违反相关的投资条约条款。

2005年开始在含有投资条款的FTA中规定GATT范式的安全例外。自2005年《中国—智利FTA》在第112条规定“促进投资”的措施的提示,在第100条规定了GATT式的安全例外,并在此后的含有投资章的一些FTA中作了类似规定。^⑤一些专门的BIT也规定了类似GATT式的安全例外条款,或者在此基础上进行了细微变更,但基本上都是减少可以实施安全例外抗辩的事项。^⑥

2009年开始在GATT安全例外条款的基础上增加某些豁免事项。如2009年《中国—东盟全面经济合作框架协议投资协议》第17条在GATT第21条规定的基础上,增加了一款安全例外抗辩的新事项,即协议的任何规定不得解释为阻止任何一方采取其认为对保护基本安全利益所必要的任何行动,包括但不限于“为保护关键的公共基础设施免受使其丧失或降低功能的故意袭击行动”。2020年的《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)投资章规定了GATT式的安全例外条款,同时,在第17章第13条规定了“GATT第21条加”的安全例外,即“为保护包括通讯、电力和水利基础设施在内的关键公共基础设施而采取的行动”,以及“在国家紧急状态下采取的行动”,一方面对关键公共基础设施的范围作了解释,另一方面将紧急状态豁免的范围扩大到国家紧急状态,不用考虑是否涉及国际关系。此类规定有利于扩大缔约国对于重大公共基础设施和国家紧急状态的监管权,当然也增加了安全例外条款的适用事项。

二、中国投资条约中的安全例外条款文本

根据对前述146个双边投资条约以及27个含有投资章或投资条款的自贸协定中的“国家安全”

问题的规定,首先可以得出的是,中国在1980至2010年代签订的绝大多数双边投资条约中没有规定安全例外或者与安全相关的除外措施。^⑦如中国与欧洲、美洲、亚洲和非洲国家签订的BIT中几乎有半数以上都没有“安全”词语或者类似条款^⑧,不包括含有“充分保护和/与安全”或者“充分保护和/与保障”等术语的投资条约。这些投资条约中除了2006年签订并已经被印度单方面终止的《中国—印度BIT》外,其余的不含有“安全”词语的BIT均签订于2000年之前。^⑨此类情况可能与中国1978年改革开放后开始颁布大量优惠政策以吸引外资的大环境有关,“安全例外”的纳入可能会对引进外国投资起到反作用。同时,新中国政府在成立后一直被排斥在国际政治和经济秩序之外,直到1971年恢复联合国合法席位后才被纳入其中,但是并没有及时恢复中国在GATT中的席位,因此对GATT中的安全例外条款及其解释可能有比较“陌生”的印象,以至于在中国缔结的投资条约中没有得到充分的体现。当然,1947年GATT中的安全例外条款一直没有得到GATT专家组的合理解释,这也可能会在一定程度上对其成员在谈判和签订新条约时纳入安全例外条款起到部分的消极作用。

具体而言,在纳入“安全”或者“基本安全利益”术语有关的条款方面,相关文本可以作如下分类:

(一)在序言中规定与安全或者国家安全有关的鼓励性目标

序言是规定缔约方在制定和实施投资条约中应当遵守的目标或者宗旨之类的内容,近些年也有一种趋势,就是在序言中规定安全或国家安全之类的缔约目标,不过此类规定的投资条约仍然是非常少的。常见的规定是,缔约方同意或认识到在不放松对健康、安全和环保措施普遍适用的情况下实现相关目标等。^⑩总体来说,在序言中规定“安全”词语的中国投资条约的数量仍然是很少

的,只能以个位数进行统计。

(二)规定不得放松或降低安全标准以鼓励外国投资

大多数投资条约都有在正文中规定缔约方不得放松国内环保、劳工或人权标准以吸引外资的条款,但有些投资条约开始在其中纳入“安全”之类的词语,强调缔约方不得为吸引外资而放松国家安全标准。换言之,投资协定规定不得以任何方式限制缔约一方为保护基本安全利益等而采取任何禁止或限制措施或采取其他行动的权利。^⑪或者从积极角度出发,规定缔约国通过豁免、放松或其他违背安全或环保措施以鼓励投资的做法是不合适的或者不恰当的。^⑫此类不放松待遇条款是国际投资条约中经常出现的条款,传统的此类条款的规定通常限制缔约国制定有关保护国内健康、公共秩序、环保以及动植物生命等方面的政策的权利,将其扩展至国家安全无疑会给缔约方更多的解释和扩大国家监管权的空间。

(三)把“安全”作为征收合法性的条件

“基本安全利益”在具体规定中的适用是有限的,一国采取安全相关措施的权利最终受到条约例外的范围限制,比较常见的就是限制在与征收有关的范围,规定并不严格意义的“安全例外”,限制缔约国实施征收并给予补偿的合法性要求。常见的规定是,缔约一方为了安全或公共利益,可对缔约另一方投资者在其领土内的投资采取征收、国有化或类似措施,该征收措施应是非歧视性的,依照适当的国内法律程序采取,并给予补偿。^⑬类似条约规定的安全例外范围仅涵盖“征收或国有化或类似措施”,只要满足该条款规定的其他条件,如旨在保护安全、公共健康或环境等正当公共福利的管制性措施,并依照国内法律程序进行补偿,就可以进行征收。另外,“安全”当然应当包括一些条约中规定的征收需满足的“公共安全”要件还需要仲裁庭根据具体案情进行分析。^⑭

(四)规定与安全有关的例外以排除国家违反投资条约的责任

这是投资条约中规定安全例外最为常见的规范缔约国保护其基本安全利益的方式,即在待遇标准方面可以因为实施安全措施而拒绝给予外国投资者相关待遇,或者规定在一般例外中,或者专门规定国家安全例外。无论采取哪一种方式,有关争端发生时的安全例外抗辩都需要仲裁庭进行审查。不过,在具体条款中是否规定被认为具有自我裁判性质的“其认为”用语以及列举具体的可以援引例外的情形方面,有关条约规定还有不同。

1. 缺乏“其认为”用语的“非排除措施”条款

此类条款通常规定在一般例外中,即条约的规定不得阻碍缔约方为维护国家基本安全利益而实施某些措施或行为的权力,也即“非排除措施”(NPM)条款。^⑤如较早的规定安全例外的条约包括2008年的《中国—哥伦比亚BIT》第12条(例外)第1款规定,条约规定不得阻碍缔约方实施包括保护国家重大安全利益的措施,同时又规定此类措施的实施必须满足非歧视性、相称性、必要性、透明度以及遵守国内法律等要求;并且特别指出,此类措施的实施和例外援引不妨碍仲裁庭对此类措施进行评价的权力。^⑥因此,尽管该条没有规定安全例外中常见的“其认为”的语言,但同时授权仲裁庭可以对缔约国援引安全例外的措施进行审查,在很大程度上限制了缔约方援引安全例外的自由裁量权。

2. 以GATT第21条为范本并列举可以援引的安全例外情形

中国签订的包含有安全例外条款的投资条约大部分都以GATT第21条为范本进行规范,并在其基础上进行若干词语或者例外情形的修改。例如,2012年5月签订的《中国—日本—韩国三边投资协定》虽然有模仿GATT第21条之嫌,但是最终条款一是缺乏“其认为”的用语,二是缔约方采取的保护基本安全利益的豁免情形不包括GATT第

21条纳入的披露基本信息以及武器贸易等措施的安全例外。^⑦晚近中国投资条约中开始将“其认为”与安全例外适用范围相结合^⑧,需要注意的是此类条约在安全例外条款的最后一句话,即不得阻止缔约国实施其认为保护其基本安全利益所必要的措施。这一概括性的规定可以解释为缔约方在维护国家安全利益方面享有较高程度的自主权,但有关措施必须是保护基本安全利益所必要的,至于如何满足“必要性”的要求,则需要仲裁庭衡量。

比较典型的以GATT第21条为范本的安全例外条款则是2012年《中国—加拿大BIT》。该条约第33条第5款规定了与GATT规定类似的“国家安全例外”,一方面通过规定“其认为”或类似词语而承认缔约国在国家安全问题上的自由裁判权,另一方面又把此类缔约方的权利限制在所列举的清单类的相关措施^⑨,也是GATT第21条所列情形的范围。通常,这些条款以非详尽性的列举清单的方式对有关措施进行规定,也没有阐明它们所涵盖的所有情况,并且其结构和解释并不那么清晰或直接,在一定程度上具有自我裁判的性质,留给东道国很大程度的解释权。从本质上讲,这意味着支持国家可以在没有任何司法控制的情况下判断其自身安全需求和目标的权利。

当然,中国签订的一些含有投资章的自由贸易协定也有规定纳入GATT或GATS的相关安全例外并授权缔约方可以进行改革的条款,这也许是规定基本安全例外的最简单的范式。很多含有投资条款的自贸协定规定,“《1994年关税与贸易总协定》第21条,《服务贸易总协定》第14条之二经必要修正后纳入本协定,构成本协定的一部分”^⑩。

(五)规定实施投资的国家安全审查决定不受争端解决机构的管辖

作出此类规定的有《中国—澳大利亚FTA》投资章以及《中国—加拿大BIT》,主要意思是,缔约

方在国家安全审查的问题上有最后的裁定权,不得再将此类争端提请至解决缔约国之间或缔约国与投资者之间争端的外部的仲裁庭进行裁判。此类规定和目前国际投资法学界对ISDS机制的批评以及国际投资法制缺乏对国家权利的关照密切相关,也是与当前国际社会强调加强缔约国在外国投资管制方面的国家监管权的呼吁相一致。

中国投资条约中关于安全问题的不同规定,与投资者待遇有关的安全例外规定出现得较早,而以专门例外条款规定安全例外则直到2005年才开始出现,而且晚近的安全例外条款越来越多地以GATT第21条作为范本,纳入“其认为”的用语并在适用安全例外的具体情形上根据不同谈判对象加以删减,如与东南亚各国的投资贸易协定基本上都包括“公共基础设施”有关的安全例外。^②但是在安全条款的具体设计上也因为谈判对象的不同而有不同规定,如中国与非洲国家签订的投资条约,超过一半的BIT都没有规定除“充分保护和保障”或“充分保护与安全”术语以外的与“安全”相关的条款^③,其中谈判签约时是否考虑到非洲国家经常发生的军事或政治政变不得而知,但是非洲某些国家动荡的社会治安、不稳定的政治制度以及经常发生的军事政变或政府更迭^④确实又在不得不考虑的范围之内。另外,中国国际投资条约的安全例外条款通常提及的是“基本安全利益”概念,很少提及国家安全本身。而且,一些投资条约还使用了诸如“合法公共利益”“基本安全利益”“紧急情况”或者“国际和平与安全”等之类的术语或其组合形式。尽管相关术语因条约而异,但其含义应当是一致的,甚至从广义上也应当包括公共利益或公共秩序等。

三、中国投资者应对潜在国家安全抗辩的法律选择

前已述及,中国投资条约直到近些年才开始在例外条款中规定专门的国家安全例外。中国对外直接投资的地区跨越亚洲、欧洲、美洲和非洲,

由于投资目的地不同的政治形态、地缘政治以及受美欧等不同的安全审查政策影响,中国投资目的地国家对待投资条约中的国家安全条款的态度也不一致,此类不一致也规定在投资条约的相关条款中。而且,晚近中国海外投资者因为安全审查问题而被东道国给予不公正待遇的案例已经出现数起(主要案例是华为诉瑞典和英国等案以及王靖等诉乌克兰案^⑤等),但是无论是在华为诉瑞典案所适用的1982年《中国—瑞典BIT》^⑥,华为诉英国所适用的1986年《中国—英国BIT》,还是王靖等诉乌克兰案所适用的1992年《中国—乌克兰BIT》,都没有对国家安全相关的争端解决问题作出规定。考虑到相关投资条约中并没有都规定安全例外条款,因此投资者要针对东道国可能根据习惯国际法的“危急情况”(necessity)抗辩进行应对,这就需要考察习惯国际法对于援引安全例外的态度,从而提出自己的应对策略。当然,东道国也可以根据一些BIT中的非排除措施(NPM)条款为自己实施的相关措施抗辩(如中国与新加坡、新西兰和毛里求斯签订的投资条约)^⑦,此类条款的抗辩已经有多个案例。另外,有关国家的措施并不一定专门针对特定的中国投资,只需对其产生影响即可构成索赔的基础,因此无论其实施的法律根据是国内立法(如乌克兰、加拿大),还是某项专门的措施(瑞典等),都可以根据条约规定提起投资仲裁诉求,只是在适用法律方面可能会有所不同。

(一)习惯国际法“危急情况”抗辩的应对

如果投资条约中规定有类似“非排除措施”赋予国家基于捍卫其基本安全利益的权利而豁免某些国际义务的传统安全例外条款,或者条约没有规定安全有关的条款,原则上东道国可以基于习惯国际法上的“危急情况”为自己的国家安全措施实施抗辩,投资者也就需要理解该“危急情况”抗辩的基本内容,以此确定自己的应对策略。

习惯国际法上的“危急情况”抗辩源于联合国

国际法委员会(ILC)起草的《国家对国际不法行为的责任条款》(以下简称“ILC草案”)第25条,而实际上已经广泛应用在国际法院和投资仲裁的实践中。在实践中,根据第25条,援引国要想以“危急情况”为由解除自己的违约责任,必须满足下列关键要素,即,有关措施维护的必须是“国家的基本利益”,且是为应对“严重迫切的危险”而实施的维护此类利益的“唯一方式”,同时不得损害“一国或数国或整个国际社会的基本利益”。^②因此,根据习惯国际法,对国家利益的威胁必须是极其严重的迫切的危险,并且有关行动必须是各国捍卫所确定的基本安全利益的唯一方法。然而,国家措施的范围非常有限,如果国际义务排除了援引危急情况的可能性,或援引国家促成了危急情况,则该抗辩将不可适用。

关于“基本利益”,国际法院“加布奇科沃—大毛罗什项目案”的判决充分解释了该问题。因为担心斯洛伐克在多瑙河上建设一个大型联合水电项目带来的环境风险,匈牙利要求暂停该项目。国际法院援引ILC的评论认为,对保护自然环境的关切可能构成“基本利益”,而不仅限于与国家“存在”有关的问题。^③这是一种较为宽泛的解释,似乎与许多投资仲裁庭在危急情况辩护的背景下对什么构成国家的“基本利益”所采取的狭隘看法不一致,后者认为只有在情况危及国家存在及其独立本身的情况下才涉及基本利益。例如,Impregilo案裁决认为,“基本利益”一词不仅可以包括国家本身的存在和独立性,还可以包括其他附属但仍然“基本”的利益,如维护国家更广泛的社会利益和经济环境稳定等。^④同样,在AWG案中,供水被认为对阿根廷近1000万人的健康和福祉至关重要,因此是阿根廷国家的基本利益。^⑤

关于“唯一方法”,根据ILC草案规定,如果有其他合法方法可以维护国家根本利益,危急情况的抗辩就不能成功,这些方法是否比最终采取的措施更昂贵或更不方便并不重要。^⑥正如国际法

院在“在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果”案中明确指出的,第25条的这一要求即使在最严重的情况下也必须严格执行。虽然国际法院在该案中承认以色列有义务针对其平民的暴力行为作出回应以保护其公民的生命,但其“采取的措施仍须符合适用的国际法”,法院“不相信修建隔离墙”是维护以色列利益的唯一手段。^⑦在投资仲裁中,CMS仲裁庭认为,阿根廷采取的应对经济危机措施并不是“唯一”可用的步骤。^⑧Enron案和Sempra案仲裁庭认为,其任务不是确定一种解决和纠正此类关键经济事件的方法是否会比另一种更好,而只是“确定所作出的选择是否是唯一可用的方法”。^⑨在Total SA案中,仲裁庭驳回危急情况抗辩,理由是阿根廷未能证明侵权措施是维护阿根廷基本安全利益的“唯一方法”,其根据习惯国际法提出的危急情况抗辩毫无根据。^⑩晚近De Sutter and others案仲裁庭重申危急情况下东道国执法部门的不作为是“该国保护基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法”,才可解除不法行为责任。^⑪至于“严重迫切的危险”,ILC草案对其没有定义。国际法院在“加布奇科沃—大毛罗什项目案”中指出:“‘极其严重和迫切’的危险一定‘在当时对利益构成了威胁’……这并不排除,一旦在相关时间点确定,长期出现的‘危险’可能被认定为‘迫切的’。”^⑫根据该案事实,在相关措施实施时不存在“严重迫切的危险”,环境破坏的危险性仍不确定。但是,即使有关风险可能在一段时间内不会发生,只要足够确定风险的“迫切性”也是可以的。在投资仲裁中,这一要求通常被忽略了,譬如Sempra案和Enron案,仲裁庭认为该要求未得到满足,因为“没有令人信服的证据表明相关情势已经失控或变得无法控制”^⑬。

关于“非伤害义务”,即有关措施不得损害承担义务的一个或多个国家或整个国际社会的基本利益,关键是保护投资者的利益是否为缔约国的“基本利益”,东道国实施的损害投资者利益的措

施能否被界定为损害该国的基本利益的行为。在CMS案中,仲裁庭认为,虽然保护投资者是缔约国的“重要”利益,但它并未上升到“基本利益”的水平,从而排除了危急情况抗辩。^③

关于“危急情况抗辩的排除”问题,根据草案第25(2)条,如果“有关国际义务排除援引危急情况的可能性”或者“该国促成了该危急情况”,则不得援引危急情况抗辩。国际投资条约对此多没有明确规定,但是,如果相关措施违反了国家的一般国际义务之一,即使没有明确的措辞,也可以排除抗辩。例如,在Border Timbers案中,仲裁庭认为,即使没有明确的条约处理紧急情况,津巴布韦从事种族歧视也违反了其普遍的国际法律义务,这意味着它未能满足援引危急情况的要求。^④至于该款第2项规定的“促成”要素,就是国家“对紧急情况的促成必须足够大,而不仅仅是偶然的或次要的”。^⑤如同Mobil案仲裁庭多数成员所讲,阿根廷通过其经济政策促成了其金融危机。^⑥而CMS案仲裁庭则认为,即使危机也有重大的外因,仍然可以找到如此巨大的促成要素。^⑦在Urbaser案中,仲裁庭认定所涉应急措施与该国经济危机之间缺乏明确的因果关系,阿根廷没有促成危急情况,同时认定存在足以免除国家责任的危急情况。^⑧评估东道国的促成要素是否足够大到解除危急情况抗辩的情形可能会使仲裁庭“被迫”评估东道国所面临的政治和经济情势困境,因此难以把握。

即使援引习惯国际法上的危急情况抗辩,Unión Fenosa Gas案可能会进一步增强投资者胜诉的信心。该案争议所依据的埃及—西班牙BIT没有规定安全例外条款,所以埃及主张援引ILC草案第25条规定的危急情况抗辩作为应对违反条约指控的替代性抗辩。^⑨埃及认为将天然气供应优先满足埃及国内需求是保护其公共秩序和基本服务的“唯一方法”,而且ILC草案第25条对援引危急情况抗辩的其他严格条件也已全部满足。^⑩然而,仲裁庭认为埃及有责任证明根据习惯

国际法其危急情况抗辩是一种积极的辩护以及抗辩要素是累积性的,埃及将国内电力私有化并限制向某工厂供给天然气的行为并不是保护埃及的基本利益免受严重和迫在眉睫的危险的唯一方法,因此驳回危急情况抗辩。^⑪基于该案裁决可以得出,在适用ILC条款第25条规定的危急情况标准的情况下,被申请方将需要确定申请人投诉的措施是其“保护基本利益免受严重和迫在眉睫的危险的唯一途径”,而这在实践中可能非常具有挑战性。可能是因为第25条的这一习惯国际法的要求和其他要求的适用性相当严格,国际投资仲裁中被申请方援引危急情况的抗辩非常少见。然而,如果说有效借鉴对评估适用危急情况较低的门槛标准,LG&E案仍可能为寻求主张该辩护的被申请国提供有用的指导。

以前述王靖等诉乌克兰案为例,中国投资者可以提出抗辩的理由包括,首先,乌克兰冻结乃至征收马达西奇公司的中国投资者股份的行为不是保护其基本利益所必要的。马达西奇公司既不关涉到乌克兰国家的生存或独立,也不涉及对乌克兰主权政府的威胁,其经营日趋困难的事实也表明不涉及广泛的国家和社会利益,乌克兰实施有关征收的行为不能被认为是为了保护其基本利益。其次,似乎乌克兰采取的有关措施并不是维护其基本利益所必要的唯一方法,毕竟该公司在2014年俄乌克里米亚冲突以后经营状况就不断恶化。再次,似乎也没有令人信服的证据表明乌克兰实施有关措施时正在面临“严重迫切的危险”,虽然俄乌冲突是一个外在的因素,但有关风险仍然在乌克兰政府的可控范围之内。最后,乌克兰自身也在一定程度上促成了有关危急情况的发生,马达西奇经营状况恶化乃至最后被征收明显与乌克兰面临的国际形势尤其是俄乌关系紧张有关,因此这需要仲裁庭对其进行合理的评估。而华为主动起诉或者发起仲裁通知的几个案例也表明,华为在相关国家的投资并不存在威胁该国基

本安全利益的行为,也不存在需要解决的严重迫切的威胁,而且这些国家对中国投资的处理也不是解决相关问题的唯一方法。无论如何,寻求应对危急情况辩护的投资者面临着巨大的障碍,尤其是,如果中国投资者能够就东道国政府相关行为违反有关BIT规定的条件提供了充分的证据,就可以在在一定程度上驳回东道国的国家安全抗辩。

(二)援引国际投资条约安全例外条款的借鉴

许多投资条约包含类似GATT第21条的安全例外条款,规定不阻止东道国以某些特定理由或在某些领域采取相关立法或监管措施。从东道国的角度来看,将此类条款纳入投资条约是维持对外国投资者的监管权力和在指定政策领域保持本国监管灵活性的重要手段,也是避免仲裁庭裁判时选择适用纯粹的投资规则而不考虑东道国公共利益的一种方法。实践中,对此类条款的解读已经出现了一些相关的WTO专家组报告和投资仲裁裁决,也可以为我国当事人所援引。

WTO中涉及安全例外条款的第一个裁决是乌克兰提起的俄罗斯—过境运输案。在2014年俄乌克里米亚冲突后,俄罗斯就其境内的乌克兰过境货物采取了相关措施,乌克兰于2016年9月根据GATT的相关规定向WTO提起磋商请求,俄罗斯提出国家安全例外抗辩,认为GATT第21条中“其认为”的措辞实质上是授权缔约方在什么是其国家安全利益问题上享有的自我裁判权利,专家组没有对俄罗斯采取的措施进行审查的管辖权等。2019年4月,专家组裁决承认2014年俄罗斯—乌克兰克里米亚冲突符合“国际关系中的紧急情况”,俄罗斯有援引基本安全例外为自己抗辩的权利。^④

WTO中另一个处理国家安全例外抗辩的沙特—知识产权保护案基本上赞同俄罗斯—过境运输措施案的专家组结论,即WTO协定赋予每个成员国对安全例外条款有自由裁量权,成员国有权

定义其认为自己的基本安全利益,沙特与卡塔尔之间的外交关系以及其他关系的中断可以视为国家之间的紧急情势,但同时专家组也指出,这种自由裁量权受到“善意”的审查限制,其并不是没有任何限制的。^⑤晚近美国—钢铝关税案中,专家组认为美国国内的钢铝产业以及由此引发的与进口国的关系并没有达到国际关系中的紧急情况,美国援引安全例外的理由不充分。^⑥WTO专家组就安全例外抗辩作出的此类裁决可以被理解为试图遏制可能滥用国家安全例外的情况,而各国关于为保护基本安全利益而采取措施的正当性的意见则反映了国家之间对保护基本安全利益的根本分歧和国家立场,基本上划定了国家安全问题上的两种不同战线。考虑到国家安全越来越被视为与贸易和经济事务密不可分,围绕国家安全例外的可裁判性的争议似乎也可能出现在投资条约的背景下。

在国际投资仲裁中,比较典型的案例主要是印度作为被申诉方的两个案件。这两个案例是根据同一个争端事实(印度当局应军方要求撤销申请人签署的卫星频道租赁合同)、由不同投资者依据不同的投资条约提起的争端诉求,仲裁庭对内容基本一致的安全例外条款^⑦的可裁判性则作出了完全不同的裁决。在CC/Devas案中,仲裁员指出,除非条约中包含明确的措辞充分授权缔约国决定什么是保护其基本安全利益所必需的措施的酌处权,否则国家安全条款并非自我裁判,安全条款不允许被诉方仅通过断言所采取的措施涉及国家安全来抗辩。^⑧另一个Deutsche Telekom案仲裁庭则对安全例外作出了完全不同的解释,该裁决强调印度—德国BIT未使用“其认为必要”这一事实,并认为该条约的规定是自我裁判。^⑨针对相同案情,因为不同仲裁庭对相关BIT中规定的基本相同的基本安全利益词语有不同解释和应用,CC/Deva案和Deutsche Telekom案裁决得出了不同的结果。

(三)中国投资者的国家安全抗辩应对策略

从前述习惯国际法以及投资条约仲裁的实践中,中国投资者可以有如下策略:

1. 明确习惯国际法的危急情况抗辩与投资条约中的安全例外规定的目的是不同的

前已述及,“危急情况”指的是在某些特殊情况下,一国在面临某种严重迫在眉睫的危险威胁时保护其基本利益的唯一方法是暂不履行某些较不重要或者较不紧迫的条约义务。^⑤前述相关案例的裁判表明,习惯国际法承认的危急情况抗辩虽然可能会排除国家不遵守某项国际义务的不法性责任,但国家通过援引“危急情况”来规避国际不法性及其相关责任仍然极其困难。援引危急情况的国家基本利益与其承担的义务之间存在无法调和的冲突,这种特殊性意味着可采用危急情况作为不履行义务行为的理由极为罕见,而且适用条件受到严格限制,即危急情况只有在严格定义的特定条件必须全部满足的情况下才能援引,并且相关国家不是这些条件是否得到满足的唯一判断者,同时也要保障它不受到可能的滥用。^⑥具体来说,如果没有满足第25条规定的严格适用“危急情况”的标准,东道国利用危急情况抗辩其违背条约义务行为的正当性的成功概率将会非常低。

另外,习惯国际法允许在发生违反条约义务后免除国家的责任,原则上只能免除东道国一小部分的责任,而投资条约中的安全例外条款首要的目标是阻止违反条约的行为,以便在特定情况下分配投资者条约缔约方之间的风险问题。因此,习惯国际法下的危急情况抗辩不能与明确的条约例外等同而论。^⑦在经济危机的情况下,或许习惯国际法上的危急情况抗辩可以涵盖因为危机引起的社会动荡或严重侵犯人权的情势,但是像瑞典以及“五眼联盟”这样的国家如果并没有出现严重的经济危机,此类国家想成功援引国家安全例外,就必须满足习惯国际法有关“危急情况”标准的严格条件。

2. 投资者要承担繁重的举证责任

无论是应对习惯国际法的危急情况还是投资条约中安全例外条款的抗辩,投资者都要承担繁重的举证责任。如在习惯国际法的“危急情况”抗辩方面,投资者要举证证明东道国实施的相关措施完全满足ILC草案第25条所体现的全部要求,包括中国的投资是否对东道国的基本利益带来威胁,以及东道国措施是否是应对相关威胁的“唯一方法”等。

3. 合理平衡投资者权益与尊重国家安全监管权之间的关系

根据国家主权原则,各国有权对本国境内的外国投资进行监管。如果中国投资者想要成功使用ISDS来应对基于国家安全的禁令,就要理解平衡国家亟须的监管权与外国投资者权益保护之间的关系对于各国维护国家安全利益的重要性。关键在于各国行使自由裁量权的政策是否受到一定的约束,也即是否需要经受国际投资仲裁庭的审查。当前国际投资条约的趋势之一便是增加各国对外来投资的监管权,通过投资仲裁削减这种自由裁量权似乎是一个不寻常的目标,但事实是一些国家已经越来越多地把某些传统安全领域之外的新领域视作国家安全范畴,如5G技术、关键基础设施、关键原材料以及供应链等。这导致的结果是,当国家安全的抗辩不可预测或被视为政治风险时,就需要平衡各国制定政策的监管权与保护外资企业的权益之间的关系。

4. 提起投资仲裁应当是最后而不是唯一的选择

各国出于国家安全对外国投资进行审查已经是国际上的通行做法,也具有一定的合理性。但当投资者认为自己的权益可能受到侵害时,应当尽力根据东道国国内立法或投资条约的规定寻求调解、和解及国内法院诉讼或其他政治解决方法。原则上只有在用尽这些方法而不能维护自己的权益时,才可以寻求国际仲裁,毕竟国际仲裁导

致的结果在很大程度上使得外国投资者与东道国之间的关系不大可能再恢复到争端发生之前的状态,因为外国投资者对东道国吸引外国投资的营商环境产生了质疑。

对于目前因国家安全威胁而面临潜在监管挑战的中国企业而言,前述案例也颇具启发性,也会鼓励我国的其他海外投资者随时可以考虑启用ISDS条款,适用安全例外和习惯国际法例外来检验外国政府采取的措施是不是变相保护主义。事实上,中国海外投资者应该为此作好充分准备,以便在时机成熟时维护自己的权益。

四、中国范本BIT中安全例外条款的设计

对于中国BIT范本中安全例外条款的设计,首先需要了解中国政府对待国际经贸争端实践中安全例外抗辩的态度,结合中国缔结含有安全例外的经贸条约过程以及晚近投资条约中对安全例外条款的语言描述,阐述中国可能在安全例外条款方面的设计建议,并为此提供未来潜在的可行方案。

(一)中国对待投资条约中国家安全例外的态度

前已述及,中国投资协定中国家安全条款的存在及其历史发展相对较短,投资条约中很少出现载有国家安全或者带有自我裁判性质的“其认为”词语的条款,而FTA中几乎都有“其认为”或者类似短语的规定。虽然中国政府未发布专门的经贸条约中安全例外条款适用的相关文件,但中国政府在WTO作为第三方就俄罗斯—过境措施案提交的意见以及美国—钢铝关税案中美国政府提交的相关陈述中援引的中方观点,可以基本上看到中国政府的意见,即,WTO专家组有权根据相关规定对援引第21条标准的问题进行评估审查;第21(b)(iii)条对于具体特定情形的适用是由专家组进行客观评判而不是成员方自我裁判的;“国际关系中的紧急情况”必须被理解为引起与第21(b)条所列举的其他事项相同类型的利益;援引第21

条款抗辩的会员国应遵守《维也纳条约法公约》第26条的诚信原则等。^⑦

鉴于此,结合中国在经贸条约中较多地规定含有“其认为”的用语,可以认为,在管辖权方面,中国已经在某种程度上承认国际投资争端裁决机构对于缔约方援引国家安全条款抗辩的管辖权,并且主张可以适用较广的国家安全范畴。这可以从中国晚近数年所坚持的总体国家安全观的立场中看到一点启示。中国倡导的总体国家安全观,是集人民安全、政治安全、经济安全以及军事、文化、社会安全等于一体的中国特色的国家安全道路,统筹外部安全和内部安全、国土安全与国民安全、传统安全与非传统安全、自身安全与共同安全,构建包括政治安全、国土安全、军事安全、经济安全以及科技安全等在内的国家安全体系。^⑧因此,其实际上是一种涵盖经济安全、网络安全、能源安全以及供应链产业链安全等新的安全形态在内的安全观。^⑨由此观之,中国的总体国家安全观和美国在美国—钢铝关税案中的抗辩范围似乎是一致的,即国家安全并不限于传统的军事安全,还应当包括经济安全等。这可以在中国参与并于2020年缔结的RCEP中得到证实,该条约第17.13条除了全部纳入了GATT第21条安全例外条款的规定外,还规定各国可以援引国家安全例外抗辩的情形包括“保护包括通讯、电力和水利基础设施在内的关键的公共基础设施而采取的行动”,这无疑将国家安全例外扩大到关键基础设施领域。

(二)中国投资协定中“国家安全例外”条款的范本设计建议

基于前述,考虑到中国在WTO相关案例中对安全例外条款及其适用的陈述,特建议中国范本的BIT条款设计如下:

1.沿袭传统国家安全利益的保护范围

传统经贸条约,尤其是GATT1994第21条为范本的安全例外条款,可以作为中国投资条约中

安全例外条款的基本范本。因此,中国 BIT 中安全例外条款的基本内容应沿袭 GATT 第 21 条规定的范式,也可以根据缔约方之间的具体谈判情形进行语言或术语上的修改。

2. 起首语中纳入“其认为”用语

当前国际经贸条约中,安全例外条款的起首语中使用“其认为”用语的条约占很大一部分,也有相当数量的国际经贸条约放弃了该术语。尽管如此,在国际法院裁决、WTO 专家组报告以及一些国际投资仲裁裁决中,针对有关国家援引的安全例外抗辩,相关裁决机构基本上对相关安全例外条款采取了广义解释,即不管相关安全例外条款是否含有“其认为”术语,裁决机构都对援引安全例外抗辩的缔约国的主张享有审查权,以避免各国对可以援引的安全例外情形及其含义进行扩大解释。为了便于未来解决争端,尤其是为维护各国对其基本安全利益的监管主权,原则上中国也应当在相关安全例外条款中纳入“其认为”或者含有类似用语的词汇,可以借此扩大中国政府对缔结的投资条约中安全例外条款进行解释的权力,以维护自己所认为的保护中国基本安全利益的权力。

3. 加入“关键基础设施”投资的安全例外

中国在与东南亚等国签订的经贸条约中基本上规定了“关键基础设施”的安全例外^⑥,即缔约方认为保护国家安全,可以对关键基础设施的投资实施自己认为必要的措施,包括重要通信设施免受故意破坏,防止这些关键基础设施丧失或功能降低等,这是近年来发展中国家签订投资条约时所发展的一种新趋势,对此类基础设施的保护完全可以放在与国家安全等同的地位。中国在“一带一路”倡议以及对外大力发展基础设施投资中,相关投资条约可以规定“关键基础设施例外”,不仅可以很好维护东道国的监管主权,也可以借此彰显中国作为一个大国所应当承担的国际责任,实现人类命运共同体的理念。

4. 纳入“国内/国家紧急情况”的安全例外

鉴于一些国际裁判机构对于传统安全例外中的“国际关系中的紧急情况”所作的狭义解释,以及目前各国不断扩大国家安全含义所导致的国家安全含义泛化而可能产生的混乱,尤其是由于阿根廷经济危机所引起的一些投资争端,仲裁庭对于国内紧急情况的不认可态度可能对东道国经济发展产生伤害。基于此,中国晚近的一些投资条约开始纳入“国内/国家紧急情况”时的安全例外规定^⑦,允许缔约国在出现国内紧急情况时可以援引安全例外豁免,但是具体是否存在“国内紧急情况”的判断仍然需要由根据有关投资条约组成的仲裁庭进行裁定。鉴于此,为了更好地应对一些东道国潜在的国内紧急情况抗辩,把此类紧急情况纳入安全例外似乎有其合理性的一面,但同时也要注意其对外国投资者造成的潜在不利影响。

5. 增加“关键技术、关键原材料”等安全例外

针对中国海外投资不断被阻的问题,尤其是晚近若干国家对来自中国从事关键矿业、关键技术和原材料生产的投资者进行安全审查,或者强行要求中国某些关键矿业的投资者撤资等^⑧,需要在未来的投资条约谈判时纳入此类关键行业的安全例外。虽然晚近的很多案例都是从国内法角度对外资进行安全审查以达到维护本国所谓的安全利益,但是若干国家之间签订的保障关键矿业或供应链安全的经贸协定为中国将来进行投资协定谈判时将其纳入安全例外提供了可行性。^⑨例如,2023 年《日本—美国加强关键矿物供应链协定》把钴、石墨、锂、锰和镍纳入关键矿物,要求缔约方不对关键矿物的出口实施禁令或限制;缔约方互相协助确定外国在关键矿产领域的投资对本国国家安全的影响;本协定的规定不得阻碍缔约方为维护基本安全利益而实施必要的行动和措施;等。^⑩而欧盟理事会 2024 年 3 月通过的《欧盟关键原材料法案》列出了 34 种关键原材料

和17种战略原材料^⑥,把关键原材料的安全提高到欧盟水准。另外,针对西方国家对中国的某些高科技技术的封锁和安全审查,以及对诸如源自中国的某些关键原材料供应链的阻碍,中国也开始将某些关键矿业开发技术的出口纳入安全审查的范畴,以维护我国某些重要的原材料和其供应链。例如,2023年7月3日,中国商务部连同其他政府部门发布的《关于对镓、锗相关物项实施出口管制的公告》指出,根据相关法律和规定,为维护国家安全和利益,经国务院批准,决定对镓、锗相关物项实施出口管制。^⑦基于此,可以在未来中国的投资条约谈判中,在安全例外条款中纳入“关键技术、关键矿业、原材料和供应链安全”等的例外规定,明确相关投资条约的规定不得妨碍缔约方为维护基本国家安全利益而实施对关键技术、矿业、原材料和供应链安全等有关的措施。

6. 基于人类命运共同体理念,可以把“气候变化”作为安全例外的抗辩情形

晚近数年人类社会最为关注的一个焦点问题就是气候变化,国际投资条约的设计也可以为气候变化的减缓作出某些贡献。如在安全例外条款的问题上,一些国际投资条约已经把环境保护或气候变化或可持续发展等作为豁免东道国义务的一般例外抗辩,或者规定不得减损保护环境和气候变化义务等来满足投资者条件。^⑧但这对于减缓地球的气候变化以及各国履行的减排义务是远远不够的。作为负责任的大国以及二氧化碳排放最多的国家之一,中国应当承担起相应的大国责任,尤其是,在气候变化与国际投资条约的相互关系方面,可以考虑将气候变化列为缔约国可以援引的安全例外抗辩的情形之一。

(三)中国投资协定中“国家安全例外”条款的范本设计

基于如上所述,未来中国投资条约的谈判者,可以把“安全例外”条款作如下设计:

本协议的任何规定不得解释为:

1. 要求任何一方提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息;

2. 阻止任何一方采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动:

(1)与裂变和聚变材料或衍生此类物质的物质有关;

(2)与武器、弹药和作战物质的交易有关,以及直接或间接供应或给养军事机关的此类交易运输的其他物品和物资或提供的服务有关;

(3)与保护包括通讯、电力和水利基础设施在内的关键的公共基础设施有关;

(4)与保护关键技术、关键原材料、关键矿业和关键供应链有关;

(5)与履行减缓或适应气候变化的义务有关;

(4)在国内紧急情况,或战时,或国际关系中的其他紧急情况下实施的行动。

3. 阻止任何一方履行其根据《联合国宪章》规定的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。

或者,直接把国家安全问题排除出投资者—国家争端的解决机制,而代之以国家—国家间的争端解决方式。为解决该问题,未来投资协定可以规定国家—国家间的争端解决机制^⑨,以国家间谈判或协商取代传统的提交第三方裁判或类似WTO专家组之类的裁判机构,便可以在涉及国家安全例外条款上达成一致。

结语

由于历史上尤其是近代某些国家对中国国家主权的侵犯,以及晚近基于地缘政治和安全泛化而导致的新一代国家安全含义的拓展,中国签订的专门投资协定中规定有安全例外条款的投资条约数量仍然较少,更多的安全例外条款规定在含有投资章的自由贸易协定中。但是随着国际社会地缘政治局势的不断紧张、国家安全定义的泛化、日益加快的高科技发展以及维持气候变化减缓义务的需要,中国投资条约中的安全例外条款的内

容,在以GATT第21条内容为基础的范式上,增加的一些新的安全例外抗辩情形,如关键基础设施、国内紧急情况以及关键矿物等,无疑是合理合法的。此类“自我裁判”加上“核心事项列举清单”的复合型规定模式,将涉及关键技术、关键基础设施、关键供应链以及国际社会早已认同的其他事项进行列举,一方面是应对国际关系发展的需要,另一方面也是应对某些国家出现的疑似专门针对中国投资的不公正安全审查。尤其是作为双向投资大国的中国,投资条约中的此类安全例外条款规定,不仅可以合理平衡投资者和东道国在国家安全问题上的权益分歧,而且还可以促使国际投资条约的公正,和国际投资保护机制的公平。

从逻辑上讲,国家安全例外的适用范围取决于对“国家安全”这一概念的准确理解。然而,这个概念一直在不断发展变化,不仅涵盖政治和军事安全,还包括经济、环境和公共安全等新的非传统安全。投资东道国政府时常会提出国家安全例外抗辩,主张相关措施是出于国家安全考虑,通过行使主权和管治权来规制外国投资。在投资者所在的东道国依照中外投资条约中的相关条款尤其是安全例外或者习惯国际法上的“危急情况”进行抗辩时,中国海外投资者应积极应对,但仲裁庭能否作出对中国投资者有利的裁决仍然是不确定的,毕竟国家安全例外原则上属于国家主权的范畴,即使仲裁庭作出了对投资者有利的裁决,其执行也可能会遥遥无期,因为其仍然会面临投资仲裁裁决执行时的国家豁免问题。这又是一个分歧严重且难以定性的问题,需要进一步研究。

注释:

① See *Huawei v. Sweden*, ICSID Case No.ARB/22/2, Request for Arbitration, 7 January 2022, pending.

② See Lisa Bohmer, *Uncovered: Huawei Puts the United Kingdom on Notice of Treaty Dispute*(June 7, 2023), <https://www.iareporter.com/articles/uncovered-huawei-puts-the-united-kingdom-on-notice-of-treaty-dispute/>, accessed 2 March 2024; Lisa Bohmer, *Huawei Does Not Rule Out Arbitration Claim Against Costa Rica Over 5G Ban*(November 22, 2023), <https://www.iareporter.com/articles/huawei-does-not-rule-out-arbitration-claim-against-costa-rica-over-5g-ban/>, accessed 2 March 2024.

③ See UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator: China*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>, accessed 2 March 2024.

④譬如中国与韩国除了签订有2007年《中国—韩国BIT》外,还与韩国共同签订了2000年RCEP、2015年《中国—韩国FTA》以及2012年《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》(《中国—日本—韩国三边投资协定》)。具体争端适用哪一个投资协定,要根据相关争端发生的时间、投资条约适用的时效条款、条约中的例外条款以及具体案情进行确定。

⑤如《中国—新西兰FTA》(2008),第201条;《中国—秘鲁FTA》(2009),第194条;《中国—哥斯达黎加FTA》(2010),第160条;升级版《中国—智利FTA》(2012),第100条;《中国—澳大利亚FTA》(2015),第16章第3条;《中国—韩国FTA》(2015),第12.14条;《中国—毛里求斯FTA》(2019),第16章第2条;《中国—柬埔寨FTA》(2020),第15章第2条;RCEP(2020),第10章第15条和第17章第13条;《中国—厄瓜多尔FTA》(2023),第15.2条等。

⑥包括《中国—印度BIT》(2006),第14条;《中国—哥伦比亚BIT》(2008),第12.1条;《中国—东盟全面经济合作框架协议投资协议》(2009),第17条;《中国—日本—韩国三边投资条约》(2012),第18条;《中国—加拿大BIT》(2012),第33.5条;《中国—土耳其BIT》(2015),第4.2条,等。

⑦作者根据中国商务部“中外双边投资条约”网站公布的投资条约条款的统计得出的初步结论。

⑧譬如,中国与欧洲的瑞典、芬兰、挪威、意大利、丹麦、奥地利、英国、保加利亚、匈牙利、希腊、乌克兰、摩尔多瓦、阿尔巴尼亚、克罗地亚、爱沙尼亚、斯洛文尼亚、立陶宛、白俄罗斯、冰岛、罗马尼亚、南斯拉夫、马其顿、塞浦路斯、荷兰和俄罗斯签订的BIT,与美洲的玻利维亚、阿根廷、乌拉圭、厄瓜多尔、智利、秘鲁、牙买加、巴巴多斯和古巴签订的BIT,与亚洲的泰国、科威特、斯里兰卡、蒙古、吉尔吉斯斯坦、亚美尼亚、土库曼斯坦、哈萨克斯坦、越南、老挝、塔吉克斯坦、格鲁吉亚、阿联酋、阿塞拜疆、印度尼西亚、阿曼、以色列、沙特阿拉伯、黎巴嫩、叙利

亚、孟加拉国、卡塔尔、巴林、伊朗和印度签订的BIT,与非洲的埃及、津巴布韦、阿尔及利亚、加蓬、苏丹、南非、喀麦隆、佛得角、埃塞俄比亚、博茨瓦纳、尼日利亚、科特迪瓦、吉布提、贝宁、突尼斯、赤道几内亚和马里签订的BIT,以及与澳洲的澳大利亚和巴布亚新几内亚签订的BIT均没有规定“安全”有关的词语(投资条约中常见的“充分保障与安全”除外)。

⑨2005年《中国—智利FTA》中规定有安全例外条款(第100条),但是该条约规定的投资促进措施仅仅有1条(第112条),至多是象征性的规定。

⑩《中国—特立尼达和多巴哥BIT》(2002),序言;《中国—圭亚那BIT》(2003),序言;《中国—日本韩国促进、便利及保护投资的协定》(2012),序言。

⑪《中国—新加坡BIT》(1985),第11条;《中国—新西兰BIT》(1988),第11条;《中国—毛里求斯BIT》(1996),第11条。

⑫《中国—加拿大BIT》(2012),第18.3条;《中国—坦桑尼亚BIT》(2013),第10条。

⑬《中国—波兰BIT》(1988),第4.1条。作出类似规定的还有《中国—巴基斯坦BIT》(1989),第4.1条;《中国—加纳BIT》(1989),第4.31条;《中国—菲律宾BIT》(1992),第4.1条;《中国—文莱BIT议定书》(未生效);《中国—比利时卢森堡BIT》(2005),第4.2条;《中国—乌兹别克斯坦BIT》(2011修改),第6.3条;《中国—哥伦比亚BIT》(2008),第4.2(3)条;《中国—乍得BIT》(2010,未生效),第6.3条;《中国—刚果BIT》(2011),第6.3条;《中国—加拿大BIT》(2012),第二部分第十条的附录;《中国—坦桑尼亚BIT》(2013),第6.3条;《中国—土耳其BIT》(2015),第5.3条;《中国—毛里求斯FTA》(2019),第8章附件2(征收);《区域全面经济伙伴关系协定》(2020),第十章附件二(征收);等。

⑭《中国—瑞典BIT》(1982),第3.1条;《中国—巴布亚新几内亚BIT》(1991),第5条;《中国—蒙古BIT》(1991),第4条;《中国—捷克BIT》(1991),第4条;《中国—越南BIT》(1992),第4条;《中国—印度尼西亚BIT》(1994),第6条;《中国—以色列BIT》(1995),第5条;《中国—塔吉克斯坦BIT》(1993),第4.1条;《中国—老挝BIT》(1993),第4.1条;等。

⑮关于投资条约中的“非排除措施”条款能否认为是例外条款,有些学者对此持有异议。参见梁开银:《论投资条约非排除措施条款的性质归属》,载《法学》2021年第8期。

⑯参见《中国—哥伦比亚BIT》(2008年),第12.1条。该条规定:“本协定的任何规定都不得被解释为阻止缔约方为维护公共秩序而采取或维持措施,其中包括保护国家重大安全利

益的措施,该措施必须满足下列条件:(一)只有在社会的某一根本利益受到真正的和足够严重的威胁时才能够被实施;(二)不得以构成任意的歧视的方式实施;(三)不得构成对投资的变相限制;(四)与其所要达到的目的相称;(五)是必须的,并且仅在必要时采取和维持;且(六)通过透明的方式和根据相关的国内法律实施。为进一步明确,本条的任何规定不得被解释为限制仲裁庭在本例外被援引时对一事项进行评价的权力。”

⑰《中国—日本韩国促进、便利及保护投资的协定》(2012),第18条。

⑱《中国—智利FTA》(2005),第100条;《中国—秘鲁FTA》(2010),第141条,第194条。

⑲《中国—加拿大BIT》(2012),第33.5条;《中国—哥斯达黎加FTA》(2010),第160条;《中国—土耳其BIT》(2015),第4.2条;《中国—韩国FTA》(2015),第12.14条;《中国—毛里求斯FTA》(2019),第8.18条,第16.2条。

⑳《中国—新西兰FTA》(2008),第201条;《中国—格鲁吉亚FTA》(2016),第16.3条;《中国—柬埔寨FTA》(2020),第15.2条(安全例外);《中国—澳大利亚FTA》(2015),第16.3条;《中国—韩国FTA》(2015),第21.2条;《中国—柬埔寨FTA》(2020),第15.2条;《中国—厄瓜多尔FTA》(2023),第15.2条。

㉑《中国—东盟全面经济合作框架协议投资协议》(2008),第17条;《中国—新加坡FTA》(2008),第106条;《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)(2020),第10.15条,第17.13条。

㉒根据中国商务部官网公布的投资条约统计,中国与非洲的埃及、津巴布韦、阿尔及利亚、加蓬、苏丹、南非、喀麦隆、佛得角、埃塞俄比亚、博茨瓦纳、尼日利亚、科特迪瓦、吉布提、贝宁、突尼斯、赤道几内亚和马里签订的BIT中均没有规定“安全”有关的词语。而在与加纳、刚果和坦桑尼亚规定基于国家安全和公共利益进行征收的合法性,在与毛里求斯和坦桑尼亚签订的BIT中规定了不得限制缔约方基于安全利益而实施任何禁止或限制措施的权力,在与马达加斯加签订的BIT中规定缔约方基于安全而对外国投资者实施的不公正待遇不得视为公平公正待遇的障碍。

㉓参见魏翊:《外部冲击、族群地理与选举更替——当代非洲民主转型的政治经济学》,载《世界经济与政治》2023年第6期。

㉔Wang and others v. Republic of Ukraine, UNCITRAL, PCA, Pending.

㉕1982年签订的中瑞BIT并不包含投资者—国家间仲裁条款,仅在第6条规定了缔约国之间关于“解释或适用”BIT的

争端解决方式。1993年中国加入《ICSID公约》后,两国又于2004年补充签署了《中瑞BIT议定书》,在第6条规定“一缔约国的投资者与另一缔约国之间有关投资的任何争端”可在3个月冷却期结束后提交ICSID或UNCITRAL仲裁。新的第6条似乎比中国缔结的一系列其他条约中的争端解决条款更为宽泛,因为其他条款通常仅限于在征用发生后计算所欠金额的争议。

②⑥比较典型的引起争议较多的《阿根廷—美国BIT》中的非排除措施条款规定:“本条约不排除任何一方为维持公共秩序、履行其维持或恢复国际和平或安全的义务或保护其自身的基本安全利益而采取必要措施。”See Argentina—United States of America BIT(1991), Article XI.

②⑦International Law Commission, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, II(2) YILC 2001, Article 25(Necessity).

②⑧Gabčíkovo—Nagymaros Project(Hungary/Slovakia), Judgment, 25 September 1997, I.C.J. Reports 1997, para.53.

②⑨Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic(I), ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, para.346.

③①AWG Group Ltd. v. Argentine Republic, Decision on Liability, 30 July 2010, para.260.

③②See UN, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries(2001), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, accessed 2 December 2023, p.83.

③③International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Rep.2004, paras.140–141.

③④CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para.324.

③⑤Enron Creditors Recovery Corporation(formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P.v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/3, Award, 22 May 2007, paras.308–309; Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/02/16, Award, 29 September 2007, paras.350–351.

③⑥See Total S.A.v. The Republic of Argentina, ICSID Case No.ARB/04/1, Award, 27 December 2010, para.484.

③⑦(DS) 2, S.A., Peter de Sutter and Kristof De Sutter v. Republic of Madagascar, ICSID Case No.ARB/17/18, Award, 17 April 2020, para.348.

③⑧Gabčíkovo—Nagymaros Project(Hungary/Slovakia), Judgment, 25 September 1997, para.54.

③⑨Enron Creditors Recovery Corporation(formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P.v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para.307.

③⑩CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para.358.

④①Border Timbers Limited, Timber Products International (Private) Limited, and Hangani Development Co.(Private) Limited v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No.ARB/10/25, Award, 28 July 2015, para.657.

④②See UN, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries(2001), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, accessed 2 December 2023, p.85.

④③Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A.v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 April 2013, para.1124.

④④CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para.329.

④⑤See Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/07/26, Award, 8 December 2016, paras.710–718.

④⑥Unión Fenosa Gas, S.A. v. Egypt, ICSID Case No.ARB/14/4, Award, 31 August 2018, paras.8.5–8.6.

④⑦Unión Fenosa Gas, S.A. v. Egypt, ICSID Case No.ARB/14/4, Award, 31 August 2018, paras.8.15–8.19.

④⑧Unión Fenosa Gas, S.A. v. Egypt, ICSID Case No.ARB/14/4, Award, 31 August 2018, paras.8.38–8.46.

④⑨WTO, Russia—Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512, Report of the Panel, 5 April 2019.

④⑩WTO, Saudi Arabia—Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567, Report of the Panel, 16 June 2020.

⑤①WTO, United States—Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WT/DS544, Report of the Panel, 9 December 2022.

⑤②《印度—毛里求斯BIT》第11(3)条规定:“本协议的规定不应以任何方式限制缔约国为保护其基本安全利益……而实施任何种类的禁止或限制或采取任何其他措施的权利”。《印

度—德国BIT》第12条规定的内容类似,即“本协定的任何规定均不得阻止缔约任何一方为保护其基本安全利益……而实施必要的禁止或限制。”See Germany-India BIT(1995), art.12; India-Mauritius BIT(1998), art.11.3.

⑤②CC/Devas v. India, PCA Case No.2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016, paras.218-219.

⑤③Deutsche Telekom AG v. India, PCA Case No.2014-10, Interim Award, 13 December 2017, para.231.

⑤④参见联合国国际法委员会:《国际法委员会第五十三届会议工作报告:国家对国际不法行为的责任条款草案(条款草案案文及其评注)》(A/56/10号文件),载《国际法委员会年鉴》(2001年)(第二卷第二部分),纽约和日内瓦:联合国出版社2015年版,第93页。

⑤⑤Gabčíkovo-Nagymaros Project(Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, para.51.另见联合国国际法委员会:《国际法委员会第五十三届会议工作报告:国家对国际不法行为的责任条款草案(条款草案案文及其评注)》(A/56/10号文件),同上,第92页。

⑤⑥See UNCTAD, The Protection of National Security in IIA (2009), UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, United Nations, 2009, p.36.

⑤⑦See Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, Report of the Panel, 5 April 2019, para.7.41; WT/DS512/R/Add.1, Report of the Panel-Addendum, Annex D-4(Executive summary of the arguments of China), paras.2-10; United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WT/DS544, U.S. First Written Submission, June 12, 2019, para.8; U.S. Second Written Submission, April 17, 2020, paras.25-34; U.S. Comments on Complainant's Responses to the Panel's Additional Questions, 28 October 2020, paras.35-40.

⑤⑧习近平:《坚持总体国家安全观走中国特色国家安全道路》,载《人民日报》2014年4月16日,第1版。

⑤⑨参见刘敬东:《加强涉外领域立法的理论思考与建议》,载《国际法研究》2023年第2期。

⑥⑩参见《中国—东盟全面经济合作框架协议投资协议》(2008),第17.2.3条;《中国—新加坡FTA》(2008),第106.2.4条;《区域全面经济伙伴关系协定》(2020),第10.15条,和第17.13.2.3条。

⑥①参见《中国—东盟全面经济合作框架协议投资协议》(2008),第17.2.4条;《区域全面经济伙伴关系协定》(2020),第17.13.2.4条。

⑥②See Government of Canada, Government of Canada orders the divestiture of investments by foreign companies in Canadian critical minerals companies(November 2, 2022), <https://www.canada.ca/en/innovation-science-economic-development/news/2022/10/government-of-canada-orders-the-divestiture-of-investments-by-foreign-companies-in-canadian-critical-mineral-companies.html>, accessed 2 July 2023.

⑥③《中国—柬埔寨FTA》(2020),第10.1条。该条规定:“在认识到保障供应链安全和可靠性……的基础上,缔约双方应当加强双边贸易合作,对各自域内减少贫困、促进社会经济发展提供支持和帮助。”

⑥④See Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Japan on Strengthening Critical Minerals Supply Chains(2023), <https://ustr.gov/sites/default/files/2023-03/US%20Japan%20Critical%20Minerals%20Agreement%202023%2003%2028.pdf>, accessed 2 September 2023.

⑥⑤Council of European Union, Strategic autonomy: Council gives its final approval on the critical raw materials act(18 March 2024), <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/18/strategic-autonomy-council-gives-its-final-approval-on-the-critical-raw-materials-act/>, accessed 20 March 2024.

⑥⑥商务部、海关总署:《商务部海关总署公告2023年第23号:关于对镓、锗相关物项实施出口管制的公告》, <http://aqygzj.mofcom.gov.cn/article/glm/202307/20230703419666.shtml>, 2023年9月22日访问。

⑥⑦See Burkina Faso-Türkiye BIT(2019), Article 5; Japan-United Kingdom CEPA(2020), Article 18.1.2(e); Belarus--Hungary BIT(2019), Article 2(7); Rwanda-United Arab Emirates BIT(2017), Article 9; etc.

⑥⑧一些国家在投资条约中删除投资者—国家争端解决机制,而代之以国家间争端解决方式也是此类的典型范例。参见黄世席:《可持续发展视角下国际投资争端解决机制的革新》,载《当代法学》2016年第2期。