

安全视域下投资条约 根本安全利益条款的中国范式

梁 咏

内容提要:随着世界进入新的动荡变革期,更多因素被纳入安全范畴并在实践中予以回应。在国际投资法场域中表现为根本安全利益条款在文本中激增、国内法中对非传统安全因素的更多纳入和根本安全利益条款频繁在争端解决机制中被援引,三者之间“循环促进”,更进一步地推动了根本安全利益条款的发展。根本安全利益条款联通国内国际两个领域,与中国主导的统筹推进国内法治和涉外法治方略具有内在统一性。我国应从总体国家安全观出发,结合中国双向投资利益需求,明确自裁判权、采纳“明确列举+兜底”的安全内涵表述方式、纳入引导性判断标准、强化缔约方联合解释权及重视序言的配套作用,强化根本安全利益条款的“安全阀”作用。在实践中,应推动根本安全利益条款在国内法治与涉外法治场景中的全面落实和内在衔接,以发展定义安全,为根本安全利益条款提供一个相对稳定的实践场域,最终通过文本与实践互鉴创新,构建“中国式”根本安全利益条款并积极对外推广,为引领更均衡的新一代国际投资规则提供智识支撑。

关键词:国际投资条约 国家安全 非传统安全 根本安全利益条款 涉外法治

梁咏,复旦大学法学院副教授。

当下,人类面临的安全问题更加多元和复杂,传统安全威胁与非传统安全威胁相互交织,构筑新的“不安全的时代”。^[1] 全球性安全风险挑战也随之增多,各国交流互动乃至竞争博弈从传统陆地疆域向海洋、极地、外空、网络等新疆域和人工智能、大数据等新领域拓展。^[2] 具体到国际投资领域,部分国家不仅在近年来对外缔结的国际投资条约^[3]中

[1] 参见[英]拉里·埃里奥特、丹·阿特金森著:《不安全的时代》,曹大鹏译,商务印书馆2001年版,第1页。

[2] 参见杨洁篪:《深刻认识和用好国际法 坚定捍卫国家利益 共同维护世界和平与发展》,《求是》2020年第20期,第29页。

[3] 本文采用广义的国际投资条约概念,既包含双边投资协定(Bilateral Investment Treaties, BIT),也包含含有投资规则的自由贸易协定(Free Trade Agreement, FTA)。

纳入根本安全利益条款,^[4]频繁以捍卫“国家安全”为名对贸易和投资活动采取特别管制措施,并在争端解决中试图援引根本安全利益条款为其违反投资条约或投资合同义务寻求豁免;^[5]而且在国内立法和政策制定中为追求“绝对安全状态”无节制地扩充安全议题,以求为未来进一步泛化根本安全利益条款的适用提供国内法依据。根本安全利益条款不仅发挥着国际投资条约的“安全阀”作用,还牵涉国际法与国内法、法律与政治、发展与安全等多重关系,对其正确运用不仅有助于维护中国双向投资利益,还有助于以国际投资法场域统筹推进国内法治与涉外法治,为推进国家安全体系和能力现代化提供理论和实践支持。

一 从传统安全到非传统安全:根本安全利益条款的语境变迁

安全是人类生存与发展的最基本需要,国家有保障不受他国武力侵犯或威胁和独立生存而避免根本上依赖他国的基本需求。^[6]学者通常以“状态”“能力”或两者结合的方式来定义安全,^[7]但其依然是一个“发展得非常不全面”且“具有高度争议性的概念”。^[8]

(一) 非传统安全概述

20世纪80年代初,国际安全研究学界已经意识到仅关注军事威胁而忽视其他可能更有害的风险,可能会增加世界的长期不安全,因此建议拓展安全的边界。^[9]冷战的结束更加速国家安全动态发展中呈现出显著的非传统安全化。^[10]2004年联合国《一个更安全的世界:我们的共同责任》(A More Secure World: Our Shared Responsibility)报告提及的六类安全挑战中,除第2项中的各国之间的冲突和第4项大规模杀伤性武器外,其他4项挑战均属于非传统安全。^[11]从传统安全到非传统安全,并不单纯是安全研究对象的扩展,还涉及对安全意识的认知变化、安全价值的选择调整以及应对进路的重新考量等一系

[4] 在不同协定和论述中,可能以“根本安全利益”(essential security interests)、“安全例外”(security exceptions)、“不排除”(non-preclusion)等措辞表述,本文中概以“根本安全利益条款”进行表述。但是在WTO法特别是WTO争端解决中,根据官方文件,一般翻译成基本安全利益,所以本文中涉及的四个围绕《关税与贸易总协定》第21条安全例外条款中essential security interests的论证中,则表述为“基本安全利益”,与WTO法表述保持相对一致。

[5] See José E. Alvarez, The Return of the State, 20 *Minnesota Journal of International Law* 223, 237 (2011).

[6] 参见张乃根:《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》,《法治研究》2021年第1期,第128页。

[7] See Benjamin Miller, The Concept of Security: Should It Be Redefined, 24 *Journal of Strategic Studies* 13, 13-42 (2001). 李文良:《国家安全:问题、逻辑及其学科建设》,《国际安全研究》2020年第4期,第4-6页。

[8] See Arnold Wolfers, National Security as An Ambiguous Symbol, 67 *Political Science Quarterly* 481, 481-511 (1952); Barry Buzan, *People States and Fear: An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*, Lynne Rienner, 1991, pp. 3-5.

[9] See Richard H. Ullman, Redefining Security, 8 *International Security* 129, 129-153 (1983); [英]巴里·布赞、[丹]奥利·维夫、[丹]迪·怀尔德著:《新安全论》,朱宁译,浙江人民出版社2003年版,第35页;Holger Stritzel, *Security in Translation: Securitization Theory and the Localization of Threat*, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 11-37.

[10] See Congyan Cai, Enforcing a New National Security? China's National Security Law and International Law, 10 *Journal of East China & International Law* 65, 67-68 (2017).

[11] 报告中提及的六类安全包括:(1)经济和社会威胁,包括贫穷、传染病和环境退化;(2)国家间冲突;(3)内部冲突,包括内战、种族灭绝和其他大规模暴行;(4)核武器、放射性武器、化学武器和生物武器;(5)恐怖主义;(6)跨国组织犯罪。See United Nations, A More Secure World: Our Shared Responsibility, 2004, p. 2.

列问题的研究。

相较于将军事、政治和外交等因素为主要内容、以国家之间互动关系为主要对象的传统安全,非传统安全更多地关注可能对主权国家或人类社会带来威胁的因素,包括恐怖主义、气候、经济等诸多领域,参与主体也扩展至非政府组织、企业、个人等非国家行为体。非传统安全的核心是从“国的安全”转至“人的安全”,其内涵不再是国家间的对抗,而是国家对其自身经济发展和社会稳定的关切。^[12] 以往认为在非传统安全问题上,国际之间对抗性较弱,合作和协同性更加突出。然而,随着国际安全“政治化”迅猛回潮,非传统安全在很多方面已经偏离了人们最初认识,随着更多因素被纳入安全范畴,越来越多的问题被“泛安全化”,非传统安全在一定程度上被用作国家间博弈的工具。

(二) 非传统安全理念对根本安全利益条款的影响

尽管国家主权依然是国际法和国际关系基础,但第二次世界大战后各国基于对外交往的需要大多对主权权力进行了一定约束。^[13] 资本输出国将赋予外国投资者对东道国直诉权的国际投资仲裁机制(投资者与国家间争端解决机制,Investor-State Dispute Settlement, ISDS,下称“国际投资仲裁机制”)纳入国际投资条约,并借助其话语权和资本力量促使更多国家接受此类国际投资条约,最终使国际投资仲裁机制被广泛应用。^[14] 尽管部分国家通过在国际投资条约中纳入根本安全利益条款的方式为保障其国家安全留下“安全阀”,^[15] 试图在对促进发展和保护安全之间进行微妙但关键的平衡。^[16] 但在相当长的一段时期内,根本安全利益条款在表达上比较粗疏,在实践中也基本处于“休眠状态”。近年来,随着新型非传统安全威胁集中频发,加上部分国家对遵守现行国际法引致的繁重义务不满的累积,^[17] 促使其提升对根本安全利益条款的关注,在实践中激活并强化其应用。

相较于传统安全,非传统安全对根本安全利益条款的影响主要表现为:第一,非传统安全不仅关注国家间的安全互动,还关注“跨国家”安全互动以及一国内部的安全威胁,很多问题属于国内层面的问题,“国内解释”构成对其研究的重要基础,^[18] 因此,对非传统安全利益进行解释和适用时,应更多地尊重“国内解释”。第二,非传统安全点多面宽,突发性、传导性和联动性更强,任何一个安全隐患都可能从单一风险向复合危机转化,从局部问题向全局传导,对国家治理能力特别是风险预防能力提出更大挑战,^[19] 因此不仅要关注现实安全威胁,也要关注风险预防,更多地从全局性视域进行全面考量。第三,非

[12] 参见姚璐:《论国际关系中的“共生安全”》,《国际观察》2019年第1期,第56-57页。

[13] 参见王沪宁著:《国家主权》,人民出版社1987年版,第82页。

[14] See Edward S. Cohen, *Power and Pluralism in International Law: Private International Law and Globalization*, Routledge, 2022, p. 166.

[15] See Jaemin Lee, Commercializing National Security: National Security Exceptions' Outer Parameter under GATT Article XXI, 13 *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy* 277, 281 (2018).

[16] See Petros C. Mavroidis, *The Regulation of International Trade*, MIT Press, 2016, pp. 479-480.

[17] See Abram Chayes & Antonia Handler Chayes: *The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, 1995, p. 191.

[18] 参见朱锋:《“非传统安全”解析》,《中国社会科学》2004年第4期,第140页。

[19] 参见傅小强、韩立群:《非传统安全对国家安全的影响趋势研究》,《国家安全研究》2022年第2期,第93页。

传统安全更强调“人的安全”,将人类整体视为安全主体和实现安全的目的,带有一定的理想主义色彩,在其初期确有一定先进性,但其更不稳定的内涵和外延可能为少数国家“泛安全化”甚至沦为大国博弈的工具提供更大空间。

在非传统安全时代,各国都不可能实现绝对安全。追求更高水平的安全不仅要付出一定成本,而且必然会挤压同期发展所需的资源。但是由于安全的敏感性与国家对自身存亡的强烈关注和政策偏好有天然一致性,^[20]容易引导决策者或民众接受为安全付出更高的代价,进而导致国家之间构筑更多、更高的安全门槛,加剧国家之间竞争。安全语境的泛化和强化,会将“相对不安全”演变为无法忍受的状态,并导致一些行为体进一步追求“绝对安全”。实践中,更多国家用非传统安全手段实现传统安全目的,以传统安全理念应对非传统安全问题,传统安全与非传统安全界限日益模糊。因此,坚持传统安全和非传统安全的绝对区分^[21]显然已经无法解决当下的问题。

(三) 统筹推进两种法治视角对根本安全利益条款的检视

“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”是习近平法治思想的核心要义之一。从中国立场出发,国内法治是中国基于主权对中国对内、对外事务的立法、执法、司法等各种法律活动的总称;国际法治是中国与其他国际及非国家行为体的国际立法、执法、司法等法律活动的总称,而涉外法治则是国内法治与国际法治重叠、交叉、结合的部分,因此涉外法治既可以被视为国内法治的对外延伸,也可以被视为国际法治的对内落实。^[22]

国际投资是连通国内法治及涉外法治的典型问题,具体表现为中央和地方立法权的纵向配置、涉外法律制度与其他国内法律制度的横向协调以及涉外法律制度与国际投资规则三个关系的双向贯通。^[23]根本安全利益条款作为国际投资条约中的“安全阀”,对维护中国双向投资利益并推进国际法合作与竞争具有核心价值。

1. 根本安全利益条款在两种法治场景中的呈现

近年来国际投资法领域对非传统安全关切的提升和实践强化,虽然与对国际投资仲裁机制失衡的矫正有牵连,但也不能忽视少数国家在整体实力衰落背景下拒绝收缩转而将投资关系过度安全化甚至安全工具化以引致的牵连化影响。^[24]根本安全利益条款在统筹推进两种法治的过程中可能出现四种场景:第一,国内法治的域外延伸,即推进中国国内法特别是反垄断法、反腐败法、证券法等域外适用;第二,国内法治的国际协调,即促进本国参与国际法的规划制定和实施,积极参与全球事务的法律治理;第三,国际法治的国内适用,即中国应积极履行国际承诺,必要时将体现了国际法价值和中國意愿的部分规则和理念转化为国内法;第四,外国法律的国内管控,对于外国法律域外适用正当性予以

[20] 参见张超、吴白乙:《“泛安全化陷阱”及其跨越》,《国际展望》2022年第2期,第26页。

[21] 传统安全与非传统安全的分类,是国际关系视野下对国家安全的基本分类。参见马方:《系统构建国家安全法治实施体系》,《理论探索》2022年第1期,第14页。

[22] 参见黄进:《论统筹推进国内法治和涉外法治》,《中国社会科学》2022年第12期,第85页。

[23] 参见彭岳:《统筹推进国内法治和涉外法治的制度创新——中国自由贸易区建设的经验与启示》,《国际法研究》2022年第3期,第34-35页。

[24] 参见[美]保罗·K. 麦克唐纳、约瑟夫·M. 培伦特著:《霸权的黄昏》,武雅斌、郭晓梦译,法律出版社2018年版,第205页。

考察,对其中可能损害中国主权、安全、发展利益的措施坚决回击,积极维护中国核心利益。^[25] 其中,第二种和第三种场景与根本安全利益条款制定和运用有关,前者主要表现为在国际投资条约中纳入更均衡的根本安全利益条款,后者则更多表现为国内法中对国际投资条约义务的落实。

2. 中国国际投资条约中的安全事项规定

中国现行双边投资协定中的根本安全利益条款大致可分为四类:模式一:早期与新加坡、斯里兰卡、新西兰以及毛里求斯双边投资协定中的“禁止和限制”,规定不限制缔约方为保护其根本安全利益而采取任何禁止或限制措施,但未对何谓根本安全利益进行展开;模式二:近年来与加拿大、土耳其的双边投资协定以及日韩三方协定纳入的安全例外条款或类似条款,内容与《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)第 21 条(安全例外)基本内容高度相似;模式三:2006 年与印度的双边投资协定中明确不得排除缔约方在正常、合理和非歧视地适用法律的前提下采取保护其根本安全利益的措施或极端紧急情况下的措施,从其行文看属于排除条款,不仅未纳入自裁判措辞,还设置了“正常、合理和非歧视地”要求;模式四:21 世纪初与特立尼达和多巴哥、圭亚那双边投资协定序言中纳入“不影响普遍适用的健康、安全和环境措施”“尊重东道国的主权和法律”等措辞,但未在双边投资协定正文中做出规定,也未对安全、主权的含义予以展开。

在中国已经签署的 19 项自由贸易协定中,^[26]除 2017 年《中国—马尔代夫自由贸易协定》未查到文本、2002 年《中国—东盟全面经济合作框架协议》和 2006 年《中国—巴基斯坦关于自由贸易协定早期收获计划的协议》未包含根本安全利益条款外,其他 16 项自由贸易协定对根本安全利益事项规定大多以《关税与贸易总协定》第 21 条为“范式”进行构塑。

3. 中国国内法中对安全事项的规定

2014 年 4 月,中共中央国家安全委员会第一次会议提出的总体国家安全观中就明确应同时重视传统安全和非传统安全。2015 年《国家安全法》第 2 条中规定国家安全应同时满足“相对处于没有危险和不受内外威胁的状态”和“保障持续安全状态的能力”两个条件,这两项条件均带有预防主义和自裁判特点,其中加入的“相对”要求,设定了中国行使该权力时应遵循的相对克制。该法第 8 条将非传统安全与传统安全明确并重,同时第 59 条规定“应对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行国家安全审查,有效预防和化解国家安全风险”,行文中隐含着防范现实威胁和预防安全风险的整体目标。

在通过 2019 年《外商投资法》、2021 年《海南自由贸易港法》等法律持续扩大外资开放同时,中国也在积极“加固”外资安全审查机制,作为对外资负面清单管理模式保障

[25] 参见何志鹏:《涉外法治:开放发展的规范导向》,《政法论坛》2021 年第 5 期,第 179-180 页。

[26] 截至 2022 年 12 月 31 日,按照签订时间顺序,依次为 2003 年《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》、2003 年《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》、2005 年中国—智利 FTA、2008 年中国—新西兰 FTA、2008 年中国—新加坡 FTA、2009 年中国—秘鲁 FTA、2010 年《海峡两岸经济合作框架协议》、2010 年中国—哥斯达黎加 FTA、2013 年中国—冰岛 FTA、2013 年中国—瑞士 FTA、2015 年中国—韩国 FTA、2015 年中国—澳大利亚 FTA、2017 年中国—格鲁吉亚 FTA、2019 年中国—毛里求斯 FTA、2020 年中国—柬埔寨 FTA、2020 年《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)。

国家安全的重要防火墙。之后,2020年《外商投资安全审查办法》(下称“《安审办法》”)将原来散见于多个行政法规中的外资安全审查机制进行系统整合,第4条第2款除了以“重要”“重大”“重点”等抽象性修饰词限定审查对象后再辅以“其他重要领域”这一兜底性表述,未对国家安全事项予以限制。尽管安全审查机制主要适用于外资准入阶段,与主要适用于外资准入后阶段的根本安全利益条款有差别,但是安全审查机制和根本安全利益条款的根本目的皆是维护国家安全,在总体国家安全观指导下,两者之间的互鉴融合甚至循环促进有助于对总体国家安全观的全面落实。

二 实证考察:根本安全利益条款对安全的规定

(一) 国际投资条约中根本安全利益条款的发展演进

根本安全利益条款的雏形可追溯至1938年《美国—加拿大互惠贸易协定》,其中允许缔约方采取“也许适合”(may see fit)“与中立或公共安全”或“国家将卷入战争或敌对行动”相关的措施。^[27]之后,美国与中国、德国、荷兰等国签订的友好通商航海条约中也纳入了类似规定,允许缔约方在紧急状态下采取某些行动。第二次世界大战后出现的现代双边投资协定中,早期欧式双边投资协定通常不明确单列国家安全,仅纳入“因公共安全或秩序、公共健康或道德原因采取的措施不被视为歧视”等笼统的排除性条款之中。^[28]然而,美国从首项双边投资协定(1982年《美国—巴拿马关于投资待遇和保护的协定》)开始,就纳入了排除性条款,^[29]但未包含“其认为”(it considers)或“其认定”(it determines)此类自裁判性措辞,这种模式在美国1982年、1983年、1984年、1990年的双边投资协定范本中得到沿袭,并指导美国同期实践。由于国际法院在1984年尼加拉瓜案^[30]和1992年石油平台案^[31]中未支持美国(行为国)根本安全利益的自裁判性抗辩并要求美国承担更高的举证责任,美国即在国际投资条约文本中作了相应调整。1992年美国双边投资协定范本中首次加入“其注意”(it regards)的措辞,^[32]1994年美国双边投资协定范本沿袭了1992年范本的规定。1994年《北美自由贸易协定》(*North American Free Trade Agreement*, NAFTA)进一步强化了国家安全关切,专设了第2102条(国家安全),还明确该条产生的争端不得诉诸国家间争端解决机制或国际投资仲裁机制,^[33]直接排除了第三方

[27] The Reciprocal Trade Agreement between Canada and U. S. of 1938, Article 7 (1) (c) and 7 (1) (d), signed on 17 November 1938, 53 Stat. 2348.

[28] 参见1959年《德国—巴基斯坦关于促进和保护投资的协定》。

[29] 1982年《美国—巴拿马关于投资待遇和保护的协定》第10条规定,“1. 本条约不排除任何一方为维护公共秩序,履行其维持或恢复国际和平或安全的义务,或保护其自身根本安全利益而采取任何及一切必要措施;本条约不排除任何一方就另一方的国民和公司在其领土内设立投资规定特别的条款,但此种手续不应损害本条约规定的任何权利的实质内容”。

[30] Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), International Court of Justice, Merits, Judgment of 27 June 1986, para. 201.

[31] Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), International Court of Justice, Preliminary Obligation, Judgment of 12 December 1996, para. 45.

[32] 1992 U. S. Model BIT, Article X.

[33] NAFTA Article 1138 (Exclusions).

对根本安全利益条款的审查权。

1994 年《北美自由贸易协定》生效后,面对频频被诉至国际投资仲裁机制带来对美国管理权的潜在“侵蚀”,美国在其 2004 年双边投资协定范本第 18 条中直接规定了“根本安全”(essential security),^[34] 纳入了“其认为”等自裁判性措辞,该条款之后不仅在 2012 年美国双边投资协定范本中得以承继,还被“移植”入美国主导的《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)和《美墨加协定》(United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA)之中。^[35] 从上述研究不难看到,美式根本安全利益条款本质是一个“实践导向型”条款,美国会根据其实践需要,不断调整其刚性和弹性,保证其对投资中的整体安全和风险的可控。尽管美式根本安全利益条款从未对根本安全利益进行明确界定,但文献检索显示,美国希望将对其国家安全存在“非同寻常或特别威胁”(unusual and extraordinary threat)时采取的经济制裁也纳入到其范围之中。^[36]

近年来,随着各国对根本安全利益条款关切提升,欧盟、中国、巴西等国主导的国际投资条约中也大多纳入了根本安全利益条款,但多以《关税与贸易总协定》第 21 条为基础,并在相关章节和安全内容上扩展适用范围,譬如,2018 年《欧盟—日本经济伙伴关系协定》(EU-Japan Economic Partnership Agreement)不仅涵盖一般规则,在政府采购协定和知识产权章节也有相关规定;^[37] 2020 年《区域全面经济伙伴关系协定》在《关税与贸易总协定》第 21 条基础上,明确列举包括通讯、电力和水利基础设施在内的关键公共基础设施;2020 年巴西和印度签署的《投资合作与便利化条约》(Investment Cooperation and Facilitation Treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India)也以非穷尽式方式列举“关键公共基础设施”“人员、设备安全许可”等内容,明确通知义务的程序要求,并允许缔约国未来对根本安全利益进行解释,为非传统安全的未来发展留下解释空间。

(二) 国际投资条约中根本安全利益条款的数理统计

根据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)的统计数据,国际投资条约中根本安全利益条款整体状况如下表 1,可以看到,尽管含根本安全利益条款的国际投资条约仅占总量 10.40%,但进入 21 世纪以来,根本安全利益条款对安全事项具体化和纳入自裁判性措辞的比例呈现双增长,这一变化趋势在 2010 年后进一步加强。美国哥伦比亚可持续发展中心(CCSI)2016 年初曾对来自 90 个国家总计 1,861 项国际投资条约进行研究,发现其中 222 项含有根本安全利益条款,再通过条款中对安全事项的“范围”(scope)和“强度”(strength)两个维度进行区分,统计如表 2。

“广义+超强”条款赋予了东道国最大程度的自由裁量权,以 2006 年《美国—秘鲁贸

[34] 2004 年《美国双边投资协定范本》第 18 条(根本安全)规定,“本条约不应被解释为:一、要求缔约方提供或允许获得其认为违背根本安全利益的信息;二、排除缔约方采取其认为履行维持或恢复国际和平与安全的义务或保护自身根本安全利益所必需的措施”。

[35] 参见《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第 29 条第 2 款和《美墨加协定》第 32 条第 2 款。

[36] See Kenneth J. Vandeveld, *U. S. International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2009, p. 201.

[37] 2018 年《欧盟—日本经济伙伴关系协定》(EU-Japan Economic Partnership Agreement, EJEP)是欧盟迄今签署的最大规模的自由贸易协定,自 2019 年 2 月 1 日起生效。

易促进协定》(U. S. -Peru Trade Promotion Agreement)第 22.2 条为代表,其不仅纳入了与其 2004 年双边投资协定范本第 18 条相同文本,还在脚注中说明援引此条时,仲裁庭必须服从东道国的判断,排除了仲裁庭对该条款的管辖权。而“狭义+限制”条款对安全内容予以明确列举、不包含自裁判性措辞,还可能要求东道国不得采取武断、不合理歧视措施或规避条约义务,这俨然为仲裁庭审查预留了空间。^[38] 根本安全例外条款的激增使国际投资条约对投资的保护变得不确定,即便政府在范围上采取了狭义条款,也可能通过演进解释或扩大解释,将涵盖范围予以拓展。加之国际投资法本身“高度碎片化”、^[39] 不同仲裁庭对条约解释和适用标准差异巨大,更加剧了根本安全利益条款解释和适用的不确定性。

表 1 国际投资条约中的根本安全利益条款频度统计表^[40]

签订时间	总量	ESI 条款	占比	安全内容	占比 1	自裁判	占比 2
20 世纪 60 年代	75	6	8%	1	16.67%	0	0
20 世纪 70 年代	98	3	3.06%	1	33.33%	1	33.33%
20 世纪 80 年代	237	16	6.75%	0	0	0	0
20 世纪 90 年代	1632	114	6.99%	17	14.91%	6	5.26%
21 世纪 00 年代	1245	161	12.93%	61	37.89%	49	30.43%
21 世纪 10 年代	502	94	18.73%	76	80.85%	82	87.23%
总计	3789	394	10.40%	136	39.59%	148	37.56%

表 2 国际投资条约中的根本安全利益条款的广度和强度统计^[41]

/	强度	超强条款	强条款	限制条款
广度		15	190	17
广义条款	127	10	102	/
狭义条款	95	/	88	/

(三) 中国已签署的国际投资条约中根本安全利益条款的隐患

中国已签署国际投资条约中的根本安全利益条款大多含有自裁判措辞,但还存在如下问题。

[38] 明示方式如 2009 年《中国—秘鲁自由贸易协定》第 141 条;默示方式如 2008 年《日本—秘鲁关于促进、保护和自由化投资的协定》第 19 条。

[39] 截至 2021 年底,全球共签署了 3288 项国际投资条约,其中包括 2861 项双边投资协定和 427 项含投资规则的贸易协定。See UNCTAD, *World Investment Report 2022*, United Nations, 2022, p. 65.

[40] 本表为联合国贸易和发展会议对 1960 年 12 月 22 日至 2018 年 10 月 21 日签订的 2574 项国际投资条约的统计,为表述简洁,在本表中将“根本安全利益”简称为 ESI。参见 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>, 最近访问时间[2023-01-29]。占比 1 指明确列举安全文字的根本安全利益条款占同期根本安全利益条款比重;占比 2 指含自裁判内容的根本安全利益条款占同期根本安全利益条款比重。

[41] See Karl P. Sauvant, Mevelyn Ong, Katherine Lama & Thor Petersen, *The Rise of Self-Judging Essential Security Interest Clause in International Investment Agreements*, 188 *Columbia FDI Perspectives Perspectives* 1, 1-2 (2016).

第一,内容差异显著。中国签署的自由贸易协定中的根本安全利益条款虽然基本都以《关税与贸易总协定》第 21 条为蓝本加以增删,但仍存在显著差异,如 2008 年《中国—新加坡自由贸易协定》和《区域全面经济伙伴关系协定》在根本安全利益条款中明确列举了关键公共基础设施事项,2019 年《中国—毛里求斯自由贸易协定》中仅纳入了《关税与贸易总协定》第 21 条 a 款和 c 款,未纳入最具有争议性的 b 款。这种差异化在双边投资协定表现得更为明显,至少存在根本安全利益、^[42] 实质安全利益、^[43] 国家利益^[44] 等表述方式,这也从侧面反映出中国国际投资条约中对安全的内涵和外延远未形成相对稳定的结论,可能加剧未来解释和适用的稳定性。

第二,定位存在分歧。中国双边投资协定中的根本安全利益条款定位不清晰,且不论部分文本仅在序言或“禁止或限制”条款所有表现,不符合通常意义的根本安全利益条款模式,即便在近年来签订的纳入自裁判措辞的条款中,定位也有所不同:2012 年《中国—加拿大关于促进和相互保护投资的协定》和 2015 年《中华人民共和国政府和土耳其共和国政府关于相互促进和保护投资协定》中虽然纳入了《关税与贸易总协定》第 21 条的内容,将但其置于一般例外条款中;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、便利和保护投资的协定》是迄今中国投资协定中唯一直接设置安全例外专款的条约。

第三,自裁判权归属不定。自裁判权归属不仅包含了明确东道国自裁判权或对此“留白化”处理两种方式,还存在 2009 年《中国—秘鲁自由贸易协定》第 141 条正文中采纳了美式双边投资协定中的根本安全条款,然而在脚注中明确规定,缔约方能否援引该条,应由仲裁庭裁定,不仅减损了缔约方援引该条进行抗辩的可预期性,而且也难以形成中国对该问题的稳定立场。

当然,由于根本安全利益条款的高度抽象性以及对各缔约方有意回避对其进行明确界定,因此根本安全利益条款必须被置于具体实践场景进行解释和适用,才能更好地发现理念与实践可能存在的偏差。

三 涉根本安全利益条款的争端解决实践

由于尚未有涉华争端涉及根本安全利益条款,下部分将结合“阿根廷申案”和“印度电信双案”探究国际投资仲裁机制实践对根本安全利益条款的解读。同时,随着国际投资与国际贸易边界的日渐模糊,WTO 争端解决机构(Dispute Settlement Body, DSB)围绕《关税与贸易总协定》第 21 条的结论,可能对未来以《关税与贸易总协定》第 21 条为蓝本的根本安全利益条款解释也有一定补充价值。

[42] 2012 年《中国和加拿大关于促进和保护投资的协定》第 33 条第 5 款、2015 年《中国和土耳其关于相互促进和保护投资协定》第 4 条第 2 款 a 项。

[43] 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、便利和保护投资的协定》第 18 条第 1 款第 1 项。

[44] 2005 年《中华人民共和国政府和比利时—卢森堡经济联盟关于相互促进和保护投资的协定》第 4 条第 2 款。

(一) 国际投资仲裁机制实践中对安全事项的解读

据联合国贸易和发展会议统计显示,截至 2015 年底,已有 16 起国际投资仲裁机制争端涉及援引根本安全利益条款。^[45] 由于国际投资仲裁机制实践缺乏相对一致性,不同仲裁庭针对相似情形案件裁决结果可能大相径庭,甚至同一仲裁员同期参与的案件背景不同的案件也可能出现立场和观点的摇摆、反复、再反转等情况。将相同背景下不同投资者援引同一双边投资协定(阿根廷串案)或相同背景下投资关联方援引不同双边投资协定(印度电信双案)的争端成组进行比较,更能发现其中微妙的差别。两组案件中分别涉及的经济安全和通信安全均不属于传统安全议题,两组案件最终裁决时间相差近十年,且跨越了 2008 年国际金融危机这一被视为进入新一轮非传统安全活跃期的标志性事件。

表 3 “阿根廷串案”涉根本安全利益裁决统计

案件简称	ESI 自裁判性	理由	危急情形	理由	是否符合其他要求	理由
CMS	否	涉诉 BIT 第 11 条未包含自裁判性措辞	否	未引致经济与社会崩溃,未危及阿根廷的国家安全	否	遵循合理依据和依善意和公平方式行事两项标准。 ^[46]
Enron						
Sempra						
LG & E	是	满足“必要情形”(state of necessity)	是	国家的经济基础濒临崩溃的严重性可以等同于武装入侵 ^[47]	不要求唯一手段	东道国为维持公共秩序或保护其基本安全利益可以采取数种应对措施。 ^[48]
Continental	是		是	不需要发生全面崩溃或灾难性局势 ^[49]	选择破坏性较小措施,但非强制	危急情形下要求对数种措施效果进行预测并选择对投资者负面影响最小措施不切实际。 ^[50]

1. “阿根廷串案”仲裁庭从现实主义对经济安全的解读

“阿根廷串案”均因阿根廷政府为应对金融危机(2001 年 12 月 1 日至 2003 年 4 月 26 日)而采取的金融管制措施引发,在此选取其中五个相关案例,^[51] 五案均援引 1991 年《美

[45] See UNCTAD, *World Investment Report 2016*, United Nations, 2016, p. 97.

[46] See William W. Burke-White & Andreas von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Time: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 48 *Virginia Journal of International Law* 307, 376-381 (2008).

[47] See LG & E, *Decision on Liability*, 3 October 2006, para. 238.

[48] See LG & E, *Decision on Liability*, para. 239.

[49] See Continental, *Award*, para. 180.

[50] See Continental, *Award*, paras. 198, 231.

[51] 这五个案件分别为: CMS Gas Transmission Co. v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005; Enron Corp. Ponderosa Assets v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Award of 22 May 2007; Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007; LG&E Energy Corp. et al. v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB /02/1, Award of 3 October 2006; Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of 5 September 2008.

国—阿根廷关于相互鼓励和保护投资的协定》第 11 条,该条未包含“其认为”等自裁判措辞。五案仲裁庭在确认对案件享有审查权,将经济安全视为根本安全利益,同意根本安全利益条款可适用于经济危急情形等方面达成共识,但对经济危急情形应达到何种程度方能免除东道国义务,各案仲裁庭意见存在分歧(见表 3)。之后还出现了东道国在整体风险可控情形下为预防安全威胁采取特殊管制措施引发国际投资争端案例,“印度电信双案”是此类案例代表。

表 4 “印度电信双案”涉根本安全利益裁决统计

案件	涉诉 ESI 条款核心内容	ESI 自裁判性	理由	ESI 判定	理由	其他要求	理由
CC/Devas	“……不得以任何方式限制缔约方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行动的权利”。	否	无自裁判措辞,仲裁庭有裁判权。 ^[52]	部分是	国防和准军事需求属于 ESI,但铁路、其他公共服务及社会需求不属于 ESI。 ^[53]	不需满足必要性要求,对东道国和投资者分配举证责任	仲裁庭明确援引双边投资协定第 11.3 条不受习惯国际法的“必要性”限制。 ^[54] 东道国需要证明所保护利益属于 ESI,且争议措施与 ESI 有必然联系; ^[55] 申请人需要证明印度政府存在恶意、缺乏授权或争议措施与其保护的 ESI 无关。 ^[56]
Deutsche Telekom	“……不得禁止缔约方在保护其根本安全利益……所必需的范围内适用禁止或限制”。	部分支持	一定程度尊重东道国对 ESI 的自裁判权;但提高东道国举证责任。 ^[57]	更宽松	未要求“迫在眉睫的严重后果”(imminent threat of severe consequences)。	/	/

2. “印度电信双案”仲裁庭从预防主义对电信安全的解读

CC/Devas v. India 案和 Deutsche Telekom v. India 案是牵连的两案,后案申请人 Deut-

[52] See CC/Devas, Award, paras. 218–219.

[53] See CC/Devas, Award, para. 354.

[54] See CC/Devas, Award, paras. 252–255.

[55] See CC/Devas, Award, paras 230–231, 233, 235.

[56] See CC/Devas, Award, para. 245.

[57] 1995 年《德意志联邦共和国和印度共和国关于促进和保护投资的协定》第 12 条“在……所必需的范围内”的限制,印度政府应承担更高举证责任,See Deutsche Telekom, Interim Award, paras. 231, 235–237, 288.

sche Telekom 是前案申请人 CC/Devas 的小股东,两案均因印度撤销 CC/Devas 合同产生,但 CC/Devas 案中诉争条款是 1998 年《毛里求斯—印度关于促进和保护投资的协定》第 11 条第 3 款,而 Deutsche Telekom 案中诉争条款是 1995 年《德国—印度关于促进和保护投资的协定》第 12 条(见表 4)。^[58]

3. 国际投资仲裁机制实践对根本安全利益判定的逻辑演进

严格意义上,经济安全和通信安全均不属于传统安全,但基于前述两组案件统计并结合近年来的其他国际投资仲裁机制实践,对根本安全利益判定的演进逻辑可以基本概括为以下几方面。

第一,对“根本安全利益”的认定转向“预防主义”和“整体主义”。相较于“阿根廷串案”发生在阿根廷严重金融危机期间且属于临时性措施,“印度电信双案”由印度政府基于预防通信安全威胁对 S 波段实施绝对控制权措施引发,且没有证据证明印度未来将取消或放松此类管制,这显示出仲裁庭对东道国将潜在安全威胁也纳入根本安全利益范畴中。第二,对根本安全利益事项的裁判权转向共享。相较于阿根廷政府抗辩中直接主张该条款属于东道国自裁判权,CC/Devas 案中,印度政府并未强烈反对仲裁庭对该条款有管辖权,Deutsche Telekom 案中印度政府甚至未对根本安全利益是否属于东道国自裁判事项进行抗辩。“印度电信双案”将根本安全利益裁判权判定为东道国和仲裁庭共享,即东道国有权对根本安全利益进行解释,而仲裁庭对东道国主张保护的利益是否为根本安全利益以及争议措施与保护的根根本安全利益之间的关系有审查权。第三,对东道国对争议措施与保护的根根本安全利益关系举证责任具体化。“印度电信双案”仲裁庭要求涉诉措施必须是“旨在”(tailored to)或“针对于”(directed to)保护根本安全利益的,仅证明“相关”(related to)无法满足这种关系,而且要求措施与保护的根根本安全利益之间有必然关系。第四,对必要性要求相对宽松化。“阿根廷串案”前三案仲裁庭要求管制措施应是临时的,一旦危急情形解除应终止或缓解,然而“印度电信双案”仲裁庭却加重了投资者责任,投资者负有证明东道国存在恶意、未获授权或争议措施与保护根本安全利益无关的证明责任,^[59]在 Deutsche Telekom 案中甚至对印度政府撤销合同后是否将 S 波段用于“真正的军事和安全要求”也未作要求。第五,对损失赔偿转向“比例化”。相较于“阿根廷串案”中对损失赔偿归责“全部或一无所有”(all or nothing)的裁判标准,“印度电信双案”则创造性地对根本安全利益目的和非根本安全利益目的进行量化分析,并裁定印度政府应赔偿 40% 损失。^[60] 尽管这种赔偿责任比例化的计算方式在仲裁庭内部也未达

[58] CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016; Deutsche Telekom AG v. The Republic of India, PCA Case No. 2014-10, Interim Award, 3 December 2017. 2005 年 1 月 28 日,毛里求斯 CC/Devas 公司与印度国有企业 Antrix 公司签署租赁两颗印度卫星 S 波段中 75% 频谱宽度的合同,CC/Devas 按合同约定支付了波段容量预留费。2010 年印度政府以出租 S 波段可能威胁印度通信安全为由撤销合同。CC/Devas 认为印度政府撤销合同并非“纯粹出于军事需求”,要求印度政府赔偿损失及利息共计 5.35 亿美元,see CC/Devas, Award, para. 88。

[59] See CC/Devas, Award, para. 245.

[60] See CC/Devas, Award, para. 501.

成完全共识,^[61]但这种比例化计算方式对解决多重目的管制措施引致的损失赔偿更具务实性,也更能兼顾各方利益的平衡。

(二) WTO 争端解决实践中对安全事项解读的借鉴

自 2016 年俄罗斯货物过境案(DS512)开始,涉安全例外的案件无论在数量上还是密度上均呈现前所未有的“井喷”态势。^[62]截至 2023 年 1 月底,俄罗斯货物过境案、美国对钢产品和铝产品措施案、沙特阿拉伯知识产权保护措施案和美国原产地标识案均已做出专家组报告,其中 DS544 案和 DS597 案申请人分别是中国和中国香港。^[63]虽然 WTO 争端解决机制与国际投资仲裁机制适用事项不同,且由于 WTO 上诉机构成员自 2020 年 12 月 1 日起已经清零,美国对 DS544 和 DS597 两案上诉形成“空诉”,成为美国为不遵循专家组报告寻求的“藉口”。未来在争端解决机制中如果涉及对《关税与贸易总协定》第 21 条最复杂也最有争议的 b 款(iii)项的解释和适用,^[64]参考 WTO 争端解决机构对第 21 条的解释和适用不仅有助于掌握 WTO 争端解决机构对该条款的基本立场,也有助于通过 DS544、DS597 案掌握相关当事方对该条核心要素的解释和适用标准。特别是涉中国双向投资多以香港作为中间地进行筹划。更何况,随着 WTO 争端解决实践中的“交叉引用”(cross-reference),以往案件结果对后案裁判会有一定劝导性价值。上述四案中,被告方均援引《关税与贸易总协定》第 21 条 b 款(iii)项进行抗辩。主要焦点集中在专家组是否有管辖权、争议措施是不是在“战争或国际关系中的其他紧急情况”采取以及涉诉措施是不是“其认为(what it considers)……所必需(necessary)任何行动(核心就是是否保护了基本安全利益)等问题展开。尽管《关税与贸易总协定》第 21 条中纳入了自裁判性措辞,但专家组报告都确认了其争端的管辖权,这里不做赘述,主要围绕基本安全利益和“战时或国际关系中的其他紧急情况”展开。

1. 基本安全利益的认定

在 DS512 案中,尽管专家组未对 b 款序言中的“其认为”是否仅限于判定涉诉措施是保护基本安全利益所“必需的”这一问题做出明确结论,^[65]但却明确指出,基本安全利益的范围比安全利益狭窄,应理解为与国家基本职能有关的利益,譬如保护其领土和人口免受外部威胁,维护国内法律和公共秩序等。^[66]仲裁庭虽然允许成员方可以根据变化的情

[61] 仲裁员 David R. Haigh Q. C. 对此表示异议,他认为印度政府未证明撤销合同是根本地、绝对地保护根本安全利益,而且按保护根本安全利益目的和其他目的进行损失量化分配,既于法无据,也无证据支持。See CC/Devas, Dissenting Opinion of David R. Haigh Q. C., PCA Case No. 2013-09, paras. 106, 109.

[62] 此类案件包括阿联酋货物、服务和技术措施案(DS526)、美国对钢产品和铝产品措施案(DS544、547、548、550、551、552、554、556 和 564,中国是 DS544 案申请人)、沙特阿拉伯知识产权保护措施案[DS567,该案的条款是《与贸易有关的知识产权协定》第 73 条 b 款(iii)项,但该条约文与《关税与贸易总协定》第 21 条完全一致,因此下文探讨中仅讨论 GATT 第 21 条]、卡塔尔对从阿联酋进口货物措施案(DS576)、日本从韩国进口产品和技术措施案(DS590)以及美国原产地标记要求案(DS597)。

[63] 2023 年 1 月 26 日,美国根据 DSU 第 16 条,对 DS544 和 DS597 专家组报告提起上诉,两案上诉理由一致,美国提出国家安全问题属于政治问题,应由缔约方自行决定,WTO 争端解决机制不应管辖。https://ustr.gov/,最近访问时间[2023-01-29]。

[64] 参见梁咏:《国际贸易体制中的安全例外再平衡》,《法学》2020 年第 2 期,第 148 页。

[65] See Russia-Measures Concerning Traffic in Transit Report of the Panel, WT/DS512/R, para. 7. 128.

[66] See Russia-Measures Concerning Traffic in Transit Report of the Panel, WT/DS512/R, para. 7. 130.

势自行判断基本安全利益,但同时要求成员方必须在善意基础上进行解释,且争议措施与保护基本安全利益之间必须满足最低合理性要求,^[67] DS567 也采用了这一结论。^[68] 在 DS544 案中,专家组似乎表现得更加谨慎,先将安全解释为“免受或不暴露于危险的状况”(the condition of being protected from or not exposed to danger),^[69]再指出在安全利益前面加以“基本”的修饰是为了强调此类安全利益高度重要,因此成员方才可以根据第 21 条 b 款采取行动。^[70] DS597 专家组主要围绕国际关系紧急情况进行探讨,未对基本安全利益进行界定,但中国香港开庭陈述中其主张应遵循 DS512 案中“最低合理性要求”。^[71]

2. 战时或国际关系中的其他紧急情况的认定

四案基本呈现两极化态势:DS512 案中,专家组认为 2014 年 3 月到 2016 年底俄乌关系严重恶化,且已经存在多国针对俄罗斯进行的制裁。^[72] DS567 案中,专家组认为自 2017 年 6 月 5 日开始的一系列事件^[73]足以证明存在“国际关系紧急情况”。^[74] DS544 仲裁庭注意到了美国提交的关于全球钢铁和产量过剩担忧的证据,但不认为存在国际关系紧急情况;^[75]在 DS597 案中,专家组更是直接裁定美国和其他成员国高度关注中国香港的人权状况还没有升级到需要采取与《关税与贸易总协定》义务不一致的国际关系紧急情况的必要严重程度(a threshold of requisite gravity)。^[76]

概言之,WTO 争端解决机构在解读《关税与贸易总协定》第 21 条 b 款(iii)项中的基本安全利益问题时,重点分析了条款缔约背景和后续发展,试图平衡成员方的自裁判权与专家组的审查权,基本安全利益的高度限缩与动态发展,争议措施与所保护的基本安全利益的最低合理度联系,以及国际关系紧急情况的多样性与严重性等多重关系。从这个角度出发,尽管将非传统安全纳入到基本安全利益范围并无实质障碍,但其显然希望将安全事项限定在真正的基本安全利益中,尽量收缩可能被滥用的空间。

(三) 争端解决实践中根本安全利益条款面临的挑战

近年来根本安全利益条款被频繁纳入国际投资条约以及被频繁援引,反映了各国在维护国家安全的整体理念发生了实质转向。由于现行国际投资法律体制本身是“投资者友好型”(pro-investor)的,国际投资仲裁机制保障了这种优势在实践中的落实。随着国际

[67] See Russia-Measures Concerning Traffic in Transit Report of the Panel, WT/DS512/R, paras. 7. 131-133, 7. 138.

[68] See Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, 16 June 2020, p. 7. 230.

[69] See William Trumble & Martin Brown (eds.), *Shorter Oxford English Dictionary*, 5th, Oxford University Press, p. 2734.

[70] See United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WT/DS544/R, para. 7. 110.

[71] See DS597, Hong Kong, China's Opening Statement at the First Meeting of the Panel, para. 35.

[72] 2016 年年底联合国大会认为俄乌之间存在武装冲突, see UN General Assembly Resolution No. 71/205, December 19, 2016 (Exhibit UKR-91)。

[73] 沙特于 2017 年 6 月 5 日切断了与卡塔尔的所有外交领事途径和双边关系。断交后,沙特文化信息部连同国家试听总委切断了贝因公司官网的访问链接;7 月 11 日,沙特金融管理局禁止通过任何支付手段或渠道对贝因公司的体育频道和节目订阅进行付费或续费。

[74] See Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, para. 7. 257.

[75] See United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WT/DS544/R, paras. 7. 148-149.

[76] See United States-Origins Marking Requirement, WT/DS597/R, para. 7. 358.

投资仲裁机制弊端的不断显现,特别是在仲裁庭扩张管辖权并已经“侵蚀”东道国正当管理权的情况下,越来越多国家希望构建更均衡的国际投资条约平衡各方利益。由于新一代更均衡的国际投资条约短期内难以达成,在原有条约中纳入根本安全利益条款似乎成为短期内缓解国际投资仲裁机制失衡的最有效方案。但是,且不论非传统安全发展可能引致的国家安全“偏执”并导致根本安全利益条款的异化,^[77] 仅是差异化的根本安全利益条款在“高度碎片化”的国际投资条约以及缺乏一致性的国际投资仲裁实践中的进一步碎片化即可能引致更激烈的冲突,进而可能引致国际经济规则的利益基础发生变形,削弱国际法治。^[78]

中国面临着复杂的安全环境,不仅历史遗留的安全问题较多,且各类新安全问题层出不穷,安全压力始终存在且日益增加。^[79] 在总体国家安全观的指导下,中国应统筹好安全与开放、安全与发展之间的关系,通过开放和发展避免可能的“安全化”困境,通过监管和审查反制他国泛安全化,协调好根本安全利益的现实需求和长远需求以及根本安全利益与社会整体发展之间的关系。对联通国内法治与涉外法治两个场域的根本安全利益条款的完善不仅有助于构建更均衡的投资规则和投资管理机制,更有助于以此作为抓手统筹推进两种法治。

四 统筹推进两种法治建构“中国式”根本安全利益条款

当前,世界之变、时代之变、历史之变正以前所未有的方式展开,人类社会面临前所未有的挑战。^[80] 时代的变化赋予了国家安全很多新内涵,需要我们及时予以掌握和应对,中国式现代化道路既有各国现代化的共同特征,更有基于自身国情的中国特色。时代变化和中国式现代化需求在国际投资法中也应该有所映射,推进“中国式”根本安全利益条款的文本完善和实践适用是其中的重要环节。其中,国内法治中主要体现为统筹两种安全在外商投资法及相关立法中的系统构塑和全面落实;而在涉外法治中则更多体现在构塑更均衡的根本安全利益条款,使根本安全利益条款能更好回应和协调各方利益诉求,维持现行国际投资法律关系整体的有序稳定。

(一) 统筹推进两种法治理念在投资法领域的落实与实践

1. 在国内投资法中的落实与实践

中国统筹推进两种法治的主要场景之一就是国内法的国际化。中国主导的人类命运共同体、共商共建共享等原则中内含的以整体性思维看待世界的各类问题和矛盾,与非传统安全超越一国主权管辖范围,需要国家之间、政府与非政府行为体之间更深入合作的需求内在一致。根据现行《安审办法》做出的安审结果既不能复议也不能诉讼,尽管看似直

[77] 参见魏志江、卢颖琳:《“偏执”与“回避”:安全化困境的形成研究》,《世界经济与政治》2022年第1期,第28页。

[78] 参见沈伟:《国际投资协定中的安全例外条款:全球趋势与中国实践》,《比较法研究》2022年第6期,第186页。

[79] 参见徐进:《在韬晦与有为之间:中国在保障国际安全中的作用》,《国际安全研究》2013年第4期,第83-102页。

[80] 摘录自习近平总书记2022年10月16日在中国共产党第二十次全国代表大会上所作的《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》。

接解决了外资可能对国家安全的威胁,但从建设更好的营商环境出发,建议可以对安审事件中的通知数量、审查数量、撤回通知数量、审查结果(无条件批准/附条件批准/否决)予以适度披露(比如仅披露统计数据但不披露具体细节),这样不仅有助于缓解外国投资者对安审制度的疑虑,也有助于对外资安全审查机制可能的滥用予以反制。

2. 在中国国际投资条约中的落实与实践

条约是国际法的基础,也是维持国际秩序稳定运转的重要原则和规范基础。^[81] 中国签署的已生效的国际投资条约构成中国的国际法义务,高度抽象且差异显著的根本安全利益条款难以为解决现实争端提供相对稳定和可期的参考方案,难以实现保护总体安全的目的,也不利于形成相对稳定的中国话语并对外输出。将融入中国因素甚至“中国式”的国际投资条约对外输出,是中国统筹推进国内法治、涉外法治及国际法治的有效进路。因此,中国不仅要对本安全利益条款进行周密设计,更要保障根本安全利益条款以整体统一的模式演进和推广,以助于更好发挥“安全阀”作用。

(二) 中国投资条约根本安全利益条款的完善

非传统安全时代,国家安全内涵和外延的“现代化”和“扩张化”要求中国政府及时回应时代需求,建议对根本安全利益条款进行如下五方面的完善。

1. “自裁判+核心事项列举”的复合化规范

中国已制定的根本安全利益条款中对自裁判权归属存在归属东道国、不作规定和归属仲裁庭三种情形,这无法为通过援引根本安全利益条款保障国家安全提供稳定可期的空间,更减损了“安全阀”作用。相较于传统安全,非传统安全不仅意涵上带有更大的弹性和张力,其应对方法和效果更加考验东道国治理能力和国际合作能力。2008年《中国—新加坡自由贸易协定》和《区域全面经济伙伴关系协定》都明确将关键基础设施在根本安全利益条款中进行列举,此种明示列举法不仅可以回应相关缔约方的关切,而且与安全事项“自裁判”形成相对闭环,有助于对仲裁庭过度扩张的解释权进行一定钳制。建议可采用“非穷尽式列举+以国家安全特征兜底”的复合模式,先将涉及关键数据、关键技术等国际社会认同度高的事项直接进行列举,再以国家安全特征兜底回应非传统安全持续演进的内在需求。

2. 对仲裁庭审查权留白化表达

在各国合作意愿整体下降背景下,根本安全利益条款作为高度自利性条款,容易被东道国援引作为背离投资承诺的成本最小化方式。比如在 *Eco Oro* 案中,瑞士联邦法院已经将根本安全利益条款视为实质性抗辩而非单纯的管辖权问题,^[82] 已达成的 2009 年《中国—秘鲁自由贸易协定》将该条援引权交由仲裁庭,2006 年美国与秘鲁以及与哥伦比亚的自由贸易协定中直接排除仲裁庭对该条管辖权,这些做法似乎都有所偏颇,不利于通过第三方结合具体案情在适用根本安全利益条款中对投资法律关系中的各方主体之间进行

[81] See Laurence R. Helfer, Existing Treaties, 91 *Virginia Law Review* 1579, 1579-1648 (2005).

[82] See *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Judgment of the Swiss Tribunal of 11 December 2018, TF, No. 4A_65/2018, para. 3. 2. 3. 2-3. 2. 3. 4.

微妙的再平衡。建议在根本安全利益条款中纳入明确的“自裁判”措辞,但不否认第三方审查权,这样既是对东道国对根本安全利益事项、非传统安全发展性和不确定性保留必要自由裁量权的尊重,也可以通过对争议措施的必要性、争议措施目的与效果之间的相关性等评估,就东道国对根本安全利益可能的滥用予以反制,留下必要空间。

3. 对必要性标准的引导化纳入

除以《关税与贸易总协定》第 21 条为蓝本构建的根本安全利益条款外,中国已签署的国际投资条约中的根本安全利益条款并未对必要性要求做出相对一致的要求,这给未来条款的适用和解释都可能带来不确定性。LG&E 案、Continental 案、“印度电信双案”仲裁裁决对必要性标准掌握都比较灵活和宽松,对涉诉措施是不是保障根本安全利益的唯一手段也未作要求,这种立场是仲裁庭在非传统安全时代对东道国主权利力的更多尊重和务实选择。必要性标准虽然是东道国主张争议措施正当性的重要依据,但最终裁判权归属仲裁庭,因此在条款设计中的必要标准不宜过度细化和硬化,为仲裁庭结合具体案情进行自由裁量预留必要的“腾挪”空间。

4. 对缔约方联合解释权配套化强调

国际投资条约是各缔约方达成的合意和共识,因此缔约方联合解释是各缔约方真实意图的直接体现,应具有相当于“立法解释”的效力,但实践中缔约方联合解释长期“被边缘化”甚至“被架空”。2013 年世能诉老挝案中,中国外交部驻老挝万象大使馆应老挝外交部和外交部应老挝政府请求做出的两个回函是中国寻求缔约方联合解释效力的尝试。^[83] 尽管从严格意义讲,回函仅是中国政府的单方声明,不属于正式的缔约方联合解释,但其应老挝政府请求做出且被老挝政府作为证据转呈法庭,显然获得了老挝政府的认可,从这点出发,回函具有“准”联合解释的效力。针对新加坡最高法院上诉法庭对回函效力的否认,中国外交部发言人明确表示反对,指出中老两国有权共同确定 1993 年《中国—老挝关于鼓励和相互保护投资协定》的地域范围。^[84] 中国已签署的国际投资条约中有 13 项条约涉及联合解释,其中 2015 年《中国—澳大利亚自由贸易协定》中明确提出,“双方通过投资委员会做出的、声明对本协定某一规定解释的共同决定,对正在进行的或后续的争端的仲裁庭具有约束力”,约束范围和要求明确,此外与古巴、新西兰、加拿大、坦桑尼亚和澳大利亚的国际投资条约也明确了联合解释高于仲裁庭解释权效力。因此,建议中国政府可以通过联合书面协议、外交换文或者口头宣言等方式澄清缔约方的联合解释应对仲裁庭解释条约有拘束力。

5. 对序言、投资定义与根本安全利益关系关联化构塑

尽管国际投资条约序言本身并不具有强制法律约束力,但是其可以为条约解释提供宗旨和目的解释参考。因此建议在序言中应加入尊重缔约国主权、促进可持续发展目标

[83] 在世能案裁决的司法审查程序中,中国应老挝政府请求以外交换文的方式与老挝政府就 1993 年的协定不适用于澳门地区的观点达成一致。但新加坡最高法院上诉法庭未认可该换文解释效力。See *Sanum Investments Ltd v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, [2016] SGCA 57, Judgment, paras. 101-122.

[84] 莫竟西、盛毅韬:《外交部:新加坡法院关于中老投资协定适用于澳门特区的认定是错误的》,http://cn.chinadaily.com.cn/2016-10/21/content_27134676.htm,最近访问时间[2023-03-20]。

等表述,并在投资定义中加入“对东道国发展的贡献”的特征,使根本安全利益条款与序言、投资定义更好地实现内在统一。

(三) 统筹推进两种法治背景下根本安全利益条款的实施进路

国际投资法是高度实践性的领域,根本安全利益条款的文本演进与实践发展本身处于“循环促进”之中。因此,不仅在文本设计中要从统筹推进两种法治立场出发优化根本安全利益条款,更应在投资实践中真正贯彻两种法治的统筹推进,以免使根本安全利益问题加速退回到政治领域,进而动摇全球化的政治互信和经济合作两大基石。具体实施中应从投资者母国和东道国两个视角协同推进。

1. 投资者母国视角对根本安全利益条款的实施进路

实践中,部分中国海外投资已经受到了少数国家以数据安全、信息安全等非传统安全为名采取的特殊管制措施影响。比如 2020 年以来美国、印度等国以数据安全为由对 TikTok 等部分中国应用软件在其境内运营进行封禁或限制;2020 年瑞典邮政电信管理局禁止使用中国华为和中兴设备的运营商参与瑞典国内 5G 建设,已使用的设备必须在 2025 年前移除;以及 2022 年加拿大工业部要求中矿(香港)稀有金属资源有限公司、盛泽锂业国际有限公司以及藏格矿业投资(成都)有限公司等三家中国公司剥离其在加拿大锂矿公司的投资。假设中国投资者援引国际投资条约和投资合同中的国际投资仲裁机制(如有)起诉东道国,东道国大概率会援引根本安全利益条款(如国际投资条约中有相关条款)或直接依据习惯国际法上的“危急情形”或国家主权进行抗辩甚至直接否定仲裁庭的管辖权。随着非传统安全持续演进及少数国家“不安全常态化”,类似事件还将继续发生甚至加剧,中国投资者与中国政府对此应有充分准备。

第一,中国投资者必要时可启动国际投资仲裁机制。如果中国投资者与东道国签订的投资合同或中国与东道国签署的国际投资条约中纳入了国际投资仲裁机制,除非其明确排除将因根本安全利益引发争端提交国际投资仲裁机制,否则中国投资者可以考虑将争端提交国际投资仲裁机制下的仲裁庭。但在启动仲裁前,中国投资者应对个案实际损失和未来收益进行充分评估。特别是,当中国投资者及其关联方在东道国既存投资规模较大或有潜在重大合作机会时,适度克制国际投资仲裁机制的启动更有利于整体投资利益最大化。在具体争端解决中,中国投资者应重视“三重平衡”策略:其一,适度尊重东道国对根本安全利益事项的自裁判权,但应坚持主张仲裁庭对争议措施具有审查权,保障东道国对根本安全利益事项相对宽松的自裁判权与保护根本安全利益目的必要性之间达到宽严相济;其二,中国投资者应结合东道国与安全相关的立法和政策起草意见,并及时掌握东道国社会和重要非政府组织的言论,针对所涉及的根本安全利益事项的类型和程度不同,集中挑战那些被泛化、扩大化、虚假的非传统安全,促使仲裁庭将真正的根本安全利益与非真正的根本安全利益进行比例化区分,在不同重要性和紧迫性的国家安全与挑战重点之间达到张弛有度;其三,中国投资者应围绕涉诉措施与保护的的根本安全利益之间的关系、措施目的与效果之间的相当性、最少必要性、危急情形等问题积极举证,特别注意提供科学性证据。

第二,中国政府必要时可启动单边制裁机制。当投资合同或国际投资条约中未纳入

国际投资仲裁机制,仲裁庭否定管辖权或做出不当裁决,东道国无正当理由拒不履行生效裁决甚至对中国投资者进一步打压时,国际投资仲裁机制实际已经失灵,中国投资者可以考虑依据《反外国制裁法》第 13 条请求中国政府对该东道国采取对等反制措施,对东道国产生威慑和必要限制。截至目前,中国外交部、中央台办等部门已经对前美商务部长罗斯(Wilbur L. Ross)、美国国会众议长佩洛西(Nancy Pelosi)及其直系亲属等采取了禁止入境、冻结在华资产、禁止中国公民与机构同其交易等制裁措施。目前制裁措施多围绕政治问题展开,尚未延伸到中国海外投资场域,随着对《反外国制裁法》实践的不断积累、总结和推广,未来有可能延伸到投资领域。

2. 东道国视角对根本安全利益条款的落实进路

中国政府一贯秉承“合则两利、斗则双输”的理念,在对外交往中,对国际法合作功能的关切多于对其斗争功能的关切,在以往国际经贸争端中,中国对根本安全利益条款的援引高度克制。截至目前,中国尚未在国际投资仲裁争端和 WTO 争端中直接援引根本安全利益条款为违反条约义务的行动寻求义务豁免。然而,随着世界进入新的动荡变革期,大国间力量对比变化及非传统安全持续强化和泛化,中国与其他国家围绕国际法的斗争加剧。在统筹推进两种法治的实践中,中国仍应遵循以下原则。

第一,对援引根本安全利益条款保持高度克制。尽管援引根本安全利益条款为背离投资承诺义务的措施寻求正当性依据看似是成本最小化方式,但争议措施是东道国有意识违反条约义务,客观上可能损害投资者及缔约相对方的利益,因此应将其作为防御手段而绝非主动进攻手段。过度激活此条款不仅可能导致国际投资仲裁争端频发、损害中国营商环境,也与中国一贯主导的人类命运共同体等整体性思维理念背道而驰。建议中国在全面落实总体国家安全观的过程中,通过完善事前审查和事中事后监管机制并提升治理能力以及及时甄别和消解绝大部分潜在非传统安全风险,而不要形成对根本安全利益条款的过度依赖,将其作为解决非传统安全威胁的主要甚至是唯一路径。

第二,对必要的特殊管制措施预先系统安排。由于援引根本安全利益条款为背离条约义务的特殊管制措施寻求正当性能否成立取决于国际投资仲裁机制下设的仲裁庭对争端中涉及的多重关系的平衡,因此在为保护根本安全利益采取特别管制措施时,除非特别罕见的情形,中国都应考虑措施在非传统安全视域特别是单行安全法和特定国际投资条约中的兼容性,为未来援引单行安全法和特定国际投资条约对争议措施寻求正当性保留博弈空间。在管制措施的落实中,应充分贯彻非歧视、必要性、比例性和最少限制等要求,而且一旦非传统安全风险消除或缓解,相关措施应立即终止或缓解,从而确保整体投资环境的稳定可期。此外,还应完善国内法中的投资争端预防和投资投诉机制,促使投资者可以更加便捷地援引替代性争端解决机制解决投资争端,从而“过滤”掉相当比例涉根本安全利益条款的争端,优化整体营商环境。

第三,对习惯国际法可能对根本安全利益的侵蚀有预先准备。值得注意的是,“阿根廷串案”前三案因将双边投资协定和习惯国际法混同解释而被撤销,后两案和“印度电信双案”均将涉诉双边投资协定与习惯国际法分别考虑,整体强化了两者的分野。但在近

期的 Eco Oro 案中,仲裁庭又开始转向结合习惯国际法来澄清双边投资协义务和例外条款,^[85]挤压了双边投资协定例外条款给东道国带来的政策空间。此外,在同样是在 2001 年至 2003 年阿根廷金融危机期间因金融特别管制措施起诉阿根廷政府的 Total 案、Impregilo 案和 EDF 案中,仲裁庭认为涉诉两项双边投资协定未包含“非排除措施条款”(non-precluded measures)类型更宽泛的根本安全利益条款,因此直接援引习惯国际法并据此驳回了阿根廷政府的抗辩。^[86]因此未来实践中也可能出现习惯国际法指导作用的回潮,再次提示我们不能过度依赖根本安全利益条款,必须以统筹两种安全、统筹两种法治的全局性眼光看待根本安全利益条款的真正价值。

五 结 论

非传统安全时代,传统安全和非传统安全愈加交织与融合,在国际投资法场域中表现为国际投资条约中根本安全利益条款的文本演进、国内法中对非传统安全因素的更多纳入和国际投资仲裁机制实践中频繁援引根本安全利益事项,三者之间互鉴创新和“循环促进”愈加强化非传统安全风险判断。在对非传统安全演进、根本安全利益条款在国际投资条约中落实和在仲裁实践中适用全方位把握基础上,中国以总体国家安全观为引领,结合中国在双向投资的大国利益,在统筹推进国内法治和涉外法治基础上推进国际投资条约中的根本安全利益条款完善。在文本发展中,建议从明确自裁判性、“核心事项列举+兜底”设计、细化必要性标准、强化缔约方联合解释作用、提升序言联动等方面进行系统安排。在实践落实方面,建议立足双向投资利益,从投资者母国视角出发,强调中国投资者应在综合评估基础上适度启动国际投资仲裁机制,必要时请求中国政府启动单边机制作为最后屏障;从东道国视角出发,对援引根本安全利益条款高度克制,通过在国内法中对非传统安全进行具象化单行立法、完善中国国内法中的事先审查和事中、事后监管机制以及时应对潜在非传统安全威胁,并完善国内投资投诉机制和替代性争端解决机制,避免将涉及非传统安全威胁防范事宜全部交由根本安全利益条款来解决的单一路径依赖。同时,中国还应将主导的根本安全利益条款积极通过双边、多边或软法规则对外推广,为建构新一代更自洽的根本安全利益条款提供更有竞争力的“中国式”方案。

[本文为作者主持的 2020 年度国家社会科学后期资助“大数据时代信息安全保障机制研究”(20FFXB069)的研究成果。]

[85] See Wolfgang Alschner, *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes*, Oxford University Press, 2022, p. 164.

[86] See *Total S. A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Award, 27 November 2013. 该裁决被 2016 年 2 月 1 日作出的撤销决定推翻。See *Impregilo S. p. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011. Total 案和 EDF 案涉及 1991 年《法国—阿根廷关于投资促进和保护协定》, Impregilo 案涉及 1990 年《意大利—阿根廷关于投资促进和保护协定》, 上述两项双边投资协定中均未包含根本安全利益条款。See *EDF International S. A., SAUR International S. A. and León Participaciones Argentinas S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012.

[**Abstract**] The essential security interests (ESI) clause in investment agreements sets forth an important carve-out for contracting states during security emergencies. As the world enters a new period of turbulence and changes, more non-traditional security elements are included in the scope of overall national security. In response to the increased security concerns of contracting states, the ESI clause in investment treaties evolves in three dimensions, namely frequency, intensity, and breadth. The clause is construed to grant States broad discretion to limit or derogate from obligations arising under investment treaties, providing legitimacy for taking regulatory measures to maintain national security in emergency situations. Although the ESI clause is explicitly “self-judging”, it is still subject to review by arbitral tribunals. However, the variations of the ESI provisions in investment treaties, coupled with the “intentional ambiguities” in requirements of invocation and the “finality” of the tribunal judgments, lead to the “fragmented interpretation” of the clause and may challenge the basis of consensus and stability of investment treaties. The cross-border nature of the ESI clause will make it an important approach to carrying out a China-led strategy of integrated promotion of domestic rule of law and foreign-related rule of law. In the context of non-traditional security, this article analyzes the evolution of the ESI clause in investment treaties, examines a series of Argentine cases arising from the 2001–2003 Argentine financial crisis, two related Indian telecom cases and four recently resolved WTO cases, and discusses the tribunal’s major concerns. It argues that a triangular power balance should be constructed between the self-judging right of contracting parties on ESI issues, the tribunal’s authority to review the legitimacy of invoking the ESI clause, and a certain right of the contracting parties to interpret the review standards. On this basis, the article reveals China’s paradigm of the ESI clause from the following three dimensions. In the textual dimension, China should take its overall national security and self-judging right as the starting point, stick to the security connotation of “clear enumeration + backstop”, introduce leading assessment criteria, enhance its joint interpretation power, and give full play to the role of the preamble as a “safety valve”. In the practical dimension, China should promote the full implementation and internal applicability of the ESI clause in various domestic and foreign-related rule of law scenarios, see security from a development-oriented perspective, and provide a relatively stable context for the application of the ESI clause. In the strategic dimension, China should promote the innovative “China-Model” ESI clause to the world, thereby contributing intellectually to a new generation of more balanced international investment rules.

(责任编辑:贾元)