

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2017.06.010

论国际投资条约下自裁决式 根本安全利益条款的审查进路

——兼论中国的选择

葛 辰

(浙江大学 光华法学院, 浙江 杭州 310008)

摘 要: 国际投资条约中的自裁决式根本安全利益条款是东道国维护国家安全利益、捍卫国家主权之利器。自裁决条款能否实现其功能,基础为条款的文义及结构,决定性因素则在于裁判机构对条款所采取的审查标准。因有关善意审查的标准和展开步骤尚未统一,该条款能否发挥缔约国所设想的功能尚不确凿。WTO争端解决机构针对GATT第20条所确立的审查标准,欧洲法院所确立的自由裁判余地原则及国内法院在行政司法审判中所确立的审查标准,可为国际投资仲裁庭展开善意审查提供有益借鉴。我国国际投资条约中自裁决式根本安全利益条款的建构及完善,应以对该条款的审查标准、步骤及实际功能的深入理解为基础,并以平衡国家安全利益及投资者利益为价值理念。

关 键 词: 自裁决式条款; 根本安全利益; 国际投资条约; 善意审查

中图分类号: DF 964

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2017)06-0616-09

On Approaches of Review on Self-judging Essential Security Interest Clauses in International Investment Agreements

——Also on China's Choices

GE Chen

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China)

Abstract: The self-judging essential security interest clause under international investment agreement is an edge tool for safeguarding host state's national security and sovereignty. The function of self-judging essential security interest clause is formed on the basis of its text and context, and determined by the standard of review adopted by international arbitral tribunals. Due to current divergence regarding the standards and approaches in conducting good faith review by international arbitral tribunals, the de facto function of such clause has remained uncertain. The standard of review adopted by the Dispute Settlement Body of the WTO in reviewing the Article XX of GATT, the margin of appreciation adopted by the European Court of Justice and the standard of review adopted by domestic administrative courts in judicial review could provide beneficial models to the international investment tribunals in conducting good faith review. This Article argues that China shall form and improve the self-judging essential security interest

clause on the basis of a profound understanding of its standards and approaches of review as well as its de facto function, while embedding the value of balancing the national security interest and investor's interest.

Key words: self-judging clause; essential security interest; international investment agreement; good faith review

一、国际投资条约中自裁决式根本安全利益条款的发展现状

国家安全问题与外商投资间的关系错综复杂,历来为各国所重视。在国际投资条约的各项条款中,自裁决式条款无疑是东道国维护国家根本安全利益、捍卫国家主权之利器。作为例外条款的类型之一,该条款的目的在于免除或减少东道国的条约义务。通过以“其认为”(如“it considers”“it determines”)为标志的自裁决式表述,该条款可将其解释和适用的决定权部分保留在东道国手中^[1]。自裁决式根本安全利益条款之滥觞可追溯至1947年国际贸易组织章程草案^[2]。晚近,各国在其国际投资条约中纳入自裁决式根本安全利益条款已成为一大趋势。2016年,美国哥伦比亚大学可持续投资中心(Columbia Center on Sustainable Investment)开展的一项针对全球90个国家所达成的1861项国际投资条约的调查表明,截至当年年初,共计222项国际投资条约中纳入了自裁决式根本安全利益条款,其中,仅2015年缔结的国际投资条约中就有60%纳入了该类条款,占全球对外资本流量99%的至少134个国家已为该类条款所覆盖^[3]。2016年联合国贸易和发展会议(UNCTAD)发布的《世界投资报告》亦指出,国家安全问题正日渐成为各国制定投资政策时的重要考量因素。由于各国对于安全利益的理解存在差异,国家安全例外条款的适用缺乏一致性和可预见性,此中亦不乏以国家安全问题为名对本国产业行保护主义之实者。该报告呼吁,缔约国应在维护国家安全政策空间和投资者权利之间寻求平衡^[4]。

尽管自裁决条款有利于维护国家安全利益、捍卫国家主权,然而东道国对该条款的滥用,将严重损害投资者利益。在国际投资领域,我国的角色已由资本输入国向资本输出国转变,进而自裁决式根本安全利益条款与国家利益间的利害关系愈为复杂;我国商务部、国家统计局及国家外汇管

理局联合发布的《2015年度中国对外直接投资统计公报》显示,从统计角度而言,2015年中国正式成为资本的对外输出国。在中国资本向海外高歌猛进之际,一个不容忽视的现象是,近年来我国投资者在跨境投资过程中频频受制于国家安全问题,海外并购屡屡受阻,境外投资的风险和不确定性陡增。

对于兼具资本输出国及输入国双重特征的国家而言,自裁决式根本安全利益条款无疑是一把双刃剑:一方面,从国家利益角度考虑,该条款可在必要情形下,为东道国维护国家安全利益,捍卫国家主权提供坚实的法律基础,避免仲裁庭在涉及国家核心利益的问题上越俎代庖,故主张将自裁决条款纳入国际投资条约之声不绝于耳^[5-8];另一方面,从维护投资者利益角度出发,该类条款因在解释和适用上具有一定的单方意志性,如遭滥用,将引发投资者求告无门的局面。面对治理不善且信用风险较高的东道国,我国投资者无疑面临较大风险隐患。当前,学界的普遍共识主张对自裁决条款的审查虽有别于非自裁决条款,但当事国适用该类条款的权利应受到一定制约,故宜对自裁决条款采取善意审查^[9-14]。囿于学界在善意审查的进路上所存在的分歧,该条款的实际功能尚不确凿^[15]。本文通过对善意审查的展开进路进行梳理和比较,拟厘清该条款的实际功能,并以平衡性为视角,对我国国际投资条约中该类条款的建构及完善提出建议。

二、自裁决条款的审查标准

1. 审查标准的确立

所谓“审查标准”(standard of review),即国际裁判机构向国家政府行为作出让步(deference)的程度^[16]。自裁决条款最终能否实现其功能,决定性因素在于裁判机构对条款所采取的审查标准。如上所述,当前,学界的普遍共识主张宜对自裁决条款采取善意审查,此观点亦在

国际法院判例及国际投资仲裁裁决中得到印证^①。在国际投资仲裁领域, LG & E 案与 *Continental Casualty* 案仲裁庭均认为倘争议条款属自裁决条款, 则仅排除仲裁庭对案件实体问题的审查, 当事国仍受制于善意义务的制约^②。然而, 这一共识仅仅是追问的开始, 不仅国家的主观动机难以察明^[17], 且国际裁判实践迄今尚未确立一套展开善意审查的标准和步骤^[9]。为探明自裁决条款的实际功能, 亟待解决的问题是: 善意原则具有怎样的内涵及善意审查应如何展开。

2. 善意审查的基础

(1) 善意原则的内涵

善意原则的核心在于有约必守 (*pacta sunt servanda*), 在罗马法与基督教教义的影响下, 作为道德律令的“善意”向作为法律义务的“善意”注入了更为丰富的内涵, 使后者在有约必守的基础之上, 吸纳了诚实、公正及理性等要素^[18]。概言之, 诚实体现了善意原则的主观面向, 要求国家对其客观表达之意愿具备主观上的真实性; 而公正和理性则侧重善意原则的客观面向, 具有客观评价和比较的可能。然而, 善意原则所面临的困境是如何将其简化为一项精确的法律规则加以施用^[18]。善意原则虽被奉为国际法领域创设和履行法律义务的根本来源, 但这一悬而未决的问题却导致善意审查的展开方式付之阙如。

(2) 善意原则在条约中的表达

随着 19 世纪自然法的日渐衰弱及实在法的悄然兴起, 作为法律原则的善意能够以更具科学性和技术性的表达方式体现在实在法中。以善意原则的实在法表现而论, 国家的善意义务应贯穿于条约缔结、履行和解释的始终。具言之, 作为条约法典的《维也纳条约法公约》第 18 条要求缔约国不得采取妨碍条约目的及宗旨的行为, 第 26 条要求缔约国应善意履行条约, 第 31 条则规定条约的解释应根据用语的含义并按其上下文, 参照条约之目的及宗旨, 进行善意解释。实在法上的善意义务构成了裁判机构进行善意审查的法律基础, 为善意审查的展开创设了可能, 而善意原则的内涵则为审查提供了评价的内容与比较的基准。

3. 善意审查的展开

(1) 善意审查的对象

善意审查的对象取决于自裁决条款的表述与结构。以是否对缔约国采取的措施适用范围作出明确限制为标准, 可将国际投资条约中的自裁决条款分为封闭式与开放式两种类型。其中, 封闭式自裁决条款是指, 除条款的主干部分表明“本协定的任何规定不得被解释为阻止缔约方采取任何其认为对保护其根本安全利益所必需的任何行动”, 分段落还规定了这些措施适用的具体情形或条件, 并以“关于 (relating to)”“当 (taken in time of)”将主干部分与具体适用情形加以联系。该类条款的表述和结构脱胎于《关税及贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, 简称 GATT) 下第 21 条“安全例外”条款。以 GATT 第 21 条 (b) 款为例, 该条款仅可适用于当事国所采取的措施与核物质、武器装备及战时或国际关系中的紧急情况有关之情形。实践中, 国际投资条约普遍采用这一模式, 从而有效限制自裁决条款的适用范围。就开放式自裁决条款而言, 该类条款除其主干部分要求当事国所采取的措施乃是出于维护其本国根本安全利益之目的, 且所采取的措施与维护的客体之间满足必要性关联外, 未对条款适用的条件或范围施加限制, 其典型为美国 2012 年《双边投资协定范本》中的根本安全利益自裁决式条款。

据此, 可将各类自裁决条款的审查内容归纳为三大核心问题: 其一, 东道国的一项根本安全利益是否受到威胁; 其二, 东道国所采取的措施目的之确认; 其三, 东道国所采取的措施与维护该国根本安全利益间是否具备“必要性”关联。

(2) 善意审查展开的进路

迄今, 世界贸易组织 (WTO) 下的争端解决机制与国际投资仲裁庭中尚缺乏对自裁决条款展开善意审查的参考性案例, 故对该类条款审查方式的研究主要以比较研究的方式展开。概言之, 围绕自裁决式根本安全利益条款所涉的上述三大核心问题, 学界针对善意审查展开方式所提出的进路可归纳为三种主张 (如表 1 所示): 其一为参照

① 国际法院在吉布提诉法国案中表明其对该案中所涉的“自裁决”条款采取善意审查。See *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I. C. J. Reports 2008, p. 177, para. 145.

② See *LG & E Energy Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, October 3, 2006, para. 214; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, September 5, 2008, para. 182.

GATT 第 20 条的审查标准,提炼出适用于 GATT 第 21 条自裁决条款的善意审查方式;其二为参照欧洲法院(European Court of Justice)及欧洲人权法院(European Court of Human Rights)在裁判过程中所确立的自由裁判余地(Margin of Appreciation)原则,对自裁决式根本安全利益条款进行审查;其三为参照国内行政法审查方法,类比适用于自裁决式根本安全利益条款的审查,又因个中方法侧重“善意”原则的主观和客观面向有所不同,进而可细分为不同的展开路径。

表 1 善意审查各进路之归纳

参照基础	审 查 内 容	审 查 展 开 方 式	特 征	
GATT 第 20 条	① 根本安全利益是否受到威胁	诚实	分段落全面审查条件下的 主 观 审 查 (Akande & Williams)	
	② 措施之目的	诚实		
	③ “必要性”要件	诚实		
	④ 分段落列示条件	全面、客观审查		
	① 根本安全利益是否受到威胁	诚实+合理	分段落全面审查条件下的 主 客 观 相 统 一 审 查 (Schloemann &. Ohlhoff)	
	② 措施之目的	诚实+合理		
	③ “必要性”要件	诚实+合理		
	④ 分段落列示条件	全面、客观审查		
	① 根本安全利益是否受到威胁	诚实+合理	分段落全面审查条件下的 主客观相统一审查及最低 贸易限制评价(Peng)	
	② 措施之目的	诚实+合理		
	③ “必要性”要件	诚实+合理+最低贸易限制评价		
	④ 分段落列示条件	全面、客观审查		
自由裁判 余地原则	① 根本安全利益是否受到威胁	诚实	主观审查(Eisenhut)	
	② 措施之目的	诚实		
	③ “必要性”要件	诚实		
	① 根本安全利益是否受到威胁	诚实+合理	主客观相统一审查及决策 程序审查 (Burke-White & von Staden)	
	② 措施之目的	诚实+合理(注重对决策程序的审查)		
	③ “必要性”要件	诚实+合理(注重对决策程序的审查)		
国内法下 行政审查 方法	② 措施之目的	诚实+合理(注重对决策程序的审查)	分段落全面审查条件下的 决策程序审查 (Schill & Brieze)	
	③“必要性”要件			
	① 根本安全利益是否受到威胁	全面、客观审查		
	④分段落列示条件			

第一,以 GATT 第 20 条之审查标准为参照基础。前文已述,从条款的表述和结构而言,多数国际投资条约下的自裁决条款脱胎于 GATT 第 21 条之规定,故有关 GATT 第 21 条自裁决条款之审查标准的讨论具有移植的可能。学者多主张以 WTO 争端解决机构对 GATT 第 20 条的审查标准适用于对自裁决条款的审查。其中,以 Akande & Williams, Schloemann & Ohlhoff, Peng 的建议为代表,可归纳为三种不同的展开进路。其中,Akande & Williams 所阐述的善意审查侧重对国家主观意愿真实性的考察。他们认为,裁判机构不对当事国的根本安全利益是否受到威胁、所采取的措施之目的及措施的必要性问题进行客观评价,而只应考察当事国主观意愿的真实性^[11]。对措施的“必要性”问题,依

Akande & Williams 之阐述,WTO 专家组在对 GATT 第 20 条(a)、(b)及(d)项审查时所确立的“最低贸易限制”(least trade restrictive)评价方法^①不应纳入对自裁决条款的审查中,否则,将对自裁决条款的适用设置过高门槛,进而忽视了“自裁决”表述之重要性,国家根本安全利益之敏感性 & 国家在维护主权方面的责任^[11]。然而 Akande & Williams 所主张的主观分析法存在一项前提,即专家组有权对第 21 条(b)项下的(i)~(iii)分段落所列示情形进行客观、全面审查。他们认为“自裁决”表述仅指向措施的必要性及是否存在根本安全利益威胁问题,而并不涵盖分段落所列示情形^[11]。Schloemann & Ohlhoff 所主张的分析方法,则同时强调了善意的主观及客观面向。他

① 所谓“最低贸易限制”评价方法是指:对当事国而言,如存在一项可被合理认为能够为其所适用且可避免违反 GATT 其他条款项下义务的替代措施,则当事国所采取的争议措施不符合“必要性”要件。See GATT Panel Report, *United States Section 337 of the Tariff Act of 1930*, L/6439, adopted 7 November 1989, BISD 36S/345, para. 5. 26.

们认为,成员国的根本安全利益是否受到威胁、采取的措施是否为维护根本安全利益之目的及手段与目的之间是否满足“必要性”关联,均属“善意审查”的范畴^[10]。“善意”不仅意味着当事国应诚实行事,还要求其评估及措施的选择符合合理性、适当性及比例原则的要求^[10]。与之相近,Peng 主张,一项利益是否可构成国家根本安全利益应由裁判者进行合理性审查,即,以处于相似情形下理性第三人的认知为标准加以判断,并进一步认为,为审查措施与目的间是否具备“必要性”关联,应以比例原则进行评价。同时,裁判机构还应适用最低贸易限制评价方法考察是否存在可行的替代措施^[13]。在这一意义上,Peng 所主张的审查进路因纳入了裁判机构对实质问题的评价而更为严苛。

第二,以自由裁判余地原则为基础的善意审查。与前述学者所持观点不同,部分学者主张以欧洲法院及欧洲人权法院所确立的自由裁判余地原则为基础构建自裁决条款的审查进路。自由裁判余地原则适用于审查具有高度政策关联性的条款,其要旨在于,对于某一审查事项,如缔约国间已具备客观、统一的评价标准,则当事国的自由裁判余地相应减少;反之,则当事国的自由裁判余地相应扩大^[9]。这一派学者虽均以此原则为起点,各自主张的进路亦不乏分歧。如 Eisenhut 以欧洲法院在欧共体委员会诉西班牙案^①中的审查进路为例,认为该案中法院仅考察了西班牙在所采取措施之必要性方面是否提出了令人信服的理由,并未适用“比例原则”对措施的“适当性”进行实质评价,或适用“最低贸易限制”方法对措施的“必要性”进行审查,换言之,法院认为这一部分事项属当事国的自由裁判余地^[19]。对于措施的目的及其必要性审查,其建议侧重善意原则的主观面向,主张考察当事国意图的真实性^[19]。而 Burke-White & von Staden 的观点则兼顾了善意原则的主观及客观面向。其主张的核心在于,应由当事国将利益平衡的步骤内化并对其最终的决定提供合理性依据,裁判机构不应介入当事国的利益平衡等实质问题^[20]。与 Peng 的观点近似,对于根本安全利益是否受到威胁,他们主张以处于相似情形下理性第三人的认知为基础进行合理性评价^[20],对于措施的目的及措施与目的间是否

存在“必要性”关联,则主张审查当事国是否“诚实”地认为该措施属维护国家根本安全利益之必要,为证实这一意图的真实性,裁判机构应着重对该国决策的程序性事项进行审查^[20]。

第三,以国内法下行政审查原则为基础的善意审查。以审查主体与审查对象的关系角度而论,国际裁判机构之于当事国可类比于国内法院之于国内行政机构。由此出发,另有学者主张从国内行政审查中汲取裁判经验,推及至国际裁判机构对当事国行为的善意审查中。该类审查模式同样强调对当事国决策的程序性问题进行审查,以避免就当事国在利益平衡问题中的决策横加干涉^[1]。具言之,善意审查应分两步展开:首先,应分离出条款中属于当事国自行裁决的部分,如以 GATT 第 21 条(b)款为例,仅措施的“必要性”问题,即一项措施是否为维护国家根本安全利益所必须,属当事国自行裁决范畴,而国家根本安全利益是否受到威胁并不全然由当事国自行判断;其次,对于属自裁决的部分,善意审查应着眼于考察当事国决策依据之充分性与程序之正当性,以及决策过程中所考量的各项要素是否符合条款和条约的目的与宗旨等^[1]。

(3) 自裁决条款与非自裁决条款的功能差异
为厘清自裁决条款与非自裁决条款的功能差异,首先,应根据条款的文义和结构,区分适用于当事国自行裁决的部分;其次,对于自行裁决部分,比较善意审查和全面审查情形下的区别。

① 界定自裁决的适用范围

对于采取 GATT 第 21 条缔约模式的封闭式自裁决条款,多数学者认为:分段落中所列举的事项不属于自裁决范围,理由在于,从条款的文义和结构入手,自裁决表述与条款主干部分的联系更为密切;分段落所列举事项均具备客观上的可认知性和可辨识性,故具备评价及审查的可能;对于分段落所列举事项进行客观和全面审查,有助于对当事国形成一定约束,防止滥用条款的机会主义行径^[1,10-11,21]。据此,在该类型缔约模式下,当事国所采取的措施是否符合分段落的规定受制于裁判机构的客观、全面审查。当然,如采用美式双边投资协定下的自裁决条款模式则可规避这一审查。

对于封闭式自裁决条款的主干部分及开放式

① On VAT Liability for Armaments (Case C-414/97 Commission v. Spain [1999] ECR I-5585).

自裁决条款,可供审查的事项可归纳为:其一,当事国的根本安全利益是否受到威胁;其二,当事国所采取的措施是否与维护其根本安全利益间存在“必要性”联系。根据前述分析,学界在上一问题上取得共识,即“必要性”问题当属自裁决范畴;对于是否存在根本安全利益威胁问题可否由当事国自行判断尚存分歧,即便在主张适用善意审查的学者之中,仍存在主观标准(诚实性)及主客观(诚实性及合理性)标准相统一之分。倘以合理性标准对这一问题进行善意审查,则当事国的措施仍不可避免地受到裁判机构以合理性标准加以实质比较和评价。

②厘清自裁决条款与非自裁决条款的功能差异

如上所析,自裁决条款并不意味着授予当事国绝对及无限的自由裁量权,尽管如此,自裁决条款与非自裁决条款的功能差异至少可归纳为两个方面。

第一,在对裁判机构自由裁量权的限制方面,自裁决式条款所提供的限制具有强制性,即仲裁庭在司法克制问题上具有被动性;而非自裁决式条款下,仲裁庭在司法克制问题上掌握主动权。因此,自裁决条款对于维护东道国国家根本安全利益而言具有明确性、稳定性和可预见性等优势。

第二,就裁判机构应持审查标准而论,既有共识表明当事国所采取的措施与目标间是否存在“必要性”联系属于当事国自行裁决范畴。仲裁庭应适用善意审查考察当事国主观上是否“诚实”及决策是否“合理”,尤其是主张对“自裁决”表述予以充分考量的学者,强调裁判机构的审查重点应是国家决策的程序性事项,并主张慎用 GATT 第 20 条下所确立的最低贸易限制审查方法,以避免对当事国利益衡量的实质内容横加干涉、越俎代庖^[20]。

三、对中国的启示

1. 自裁决式根本安全利益条款的建构

考虑到国家根本安全利益的模糊性、敏感性

及其与国家主权的高度关联性,以及国际投资仲裁庭对条款解释缺乏一致性、稳定性和可预见性等现象^[22],国内学界普遍支持将自裁决式根本安全利益条款纳入我国缔结的国际投资条约中^[6-8]。晚近,我国在缔结国际投资条约方面的实践亦表明,纳入自裁决式根本安全利益条款正逐渐成为惯常操作^①。鉴于此,当下的问题是自裁决式根本安全利益条款应如何建构及完善。基于对该条款审查方式的解构,笔者认为,我国国际投资条约中的自裁决式根本安全利益条款宜从如下方面加以建构及完善。

(1) 宜规定自裁决式根本安全利益条款的适用条件

作为自裁决式根本安全利益条款所保护的客体,国家的“根本安全利益”在语义上兼具模糊性与扩张性特征。具言之,盖因各国对“根本安全利益”问题的理解与各自的政治立场、民族文化、发展程度及历史共识等因素渊源颇深,加之全球化的推进、产业的发展及技术的革新等种种因素已然且必将不断更迭我们对于“根本安全利益”的固有理解^②,因此,条款的拟定需维持适度灵活性,从而为国家保留合理政策空间。如上所述,自裁决式根本安全利益条款存在封闭式和开放式之分。仅从东道国角度而言,采用开放式条款可避免仲裁庭对当事国适用该条款是否符合分段落所规定的适用条件进行客观、全面审查,因而对东道国维护国家安全利益固然具有积极意义。尽管如此,该条款在适用上具有一定的单方意志性,故在为东道国维护根本安全利益提供保障的同时也可能为东道国所恣意解释和适用,致使条约丧失应有的准确性、稳定性和可预见性,进而与国际投资条约保护并促进外商投资的目的与宗旨背道而驰^[23]。鉴于我国在国际投资领域的角色转变,订立国际投资条约时更应注重平衡性。

综合上述灵活性和平衡性要求,自裁决式根本安全利益条款宜采用封闭式,并使用非穷尽式列举模式^[23],具言之,可在分段落中列举条款的

① 自 2008 年以来,我国针对根本安全利益的保护逐步以自裁决条款的形式纳入国际投资条约中。参见:2008 年中国—新西兰《自由贸易协定》第 201 条,2009 年中国—东盟《自由贸易区投资协议》第 17 条,2012 年中国—加拿大《双边投资协定》第 33.5 条,2014 年中日韩《三方投资协定》第 18 条,2015 年中国—澳大利亚《自由贸易协定》第 16.3 条及中国—韩国《自由贸易协定》第 12.14 条。

② 例如,随着网络深度融入社会经济发展和人们的生活语境,网络安全问题的重要性不言而喻。我国第一部关于网络安全的综合性法律《中华人民共和国网络安全法》已于 2016 年 11 月 7 日颁布,并于 2017 年 6 月 1 日起生效。有观点主张,网络安全可上升为“国家安全”(a matter of national security),并可在一定情形下适用根本安全利益条款进行调整。

适用情形和条件,但主干部分可规定条款的适用“包括但不限于”所列示情形。一方面,封闭式条款可对当事国适用自裁决式根本安全利益条款的情形加以约束;另一方面,相较于穷尽式条款,非穷尽式列举保留了裁判机构以合理性出发,以事件的影响或效果类比适用该条款的可能。同时,分段落宜在 GATT 第 21 条的基础上,扩大自裁决式根本安全利益条款的适用范围,例如,可将关键公共基础设施纳入适用范围。同时,为增强条款的指向性,条款可明确“关键公共基础设施”所指,将公共交通、电力及水利设施及基础网络设施等具体领域列示其中,并将 GATT 第 21 条(b)(iii)项中的“战时和国际关系中的紧急情况”加以扩展,明确纳入国内紧急情况,为适用于国内严重经济危机等情形保留可能性。

(2) 增强自裁决式根本安全利益条款适用的透明度

为迫使东道国合理及审慎地评估所面临的情形及后果,条约可考虑规定东道国适用自裁决式根本安全利益条款,应对另一缔约国附带通知及说明义务,以增强条款适用的透明度。同时,可约定裁判机构有权对当事国是否履行这一通知及说明义务进行审查。我国所缔结的条约中已不乏类似实践:如我国与新西兰缔结的《自由贸易协定》第 201 条规定,缔约方在适用自裁决式根本安全利益条款时应尽力向协定项下的自由贸易委员说明理由。

2. 自裁决式根本安全利益条款的审查问题

(1) 是否允许仲裁庭审查

对于是否允许将与自裁决式根本安全利益条款有关的争议提交仲裁庭审查,可细分为两个层次加以考量。第一,出于国家根本安全利益的敏感性、机密性,与国家主权的高度关联性,以及仲裁员对于解决国家安全问题缺乏专业性等因素的考量,已有部分国家明确将涉及该类条款的争议排除在争议解决机构的审查范围之外。如,印度—新加坡《全面经济合作协议》(CECA)第 6.12(4)款、印度—韩国《全面经济伙伴协议》(CEPA)第 10.18(3)款及其附件 10—C 均规定涉及自裁决式根本安全利益条款的争议不接受司法审查;《北美自由贸易协定》(NAFTA)第 1138.1 条规定缔约国以国家安全为由对投资者并购行为作出的禁止性或限制性决定不适用争端解决机制;我国与加拿大《双边投资协定》附件 D.34 亦规定,

有关缔约双方根据各自相关法律方针对外商投资的批准及国家安全审查决定的有关争议不适用争端解决机制。

第二,倘选择将与自裁决式根本安全利益条款有关的争议交由争端解决机构进行审查,则又应考虑是否排除投资者诉国家争端解决机制的适用。

笔者认为,首先,就所涉主体的特征而言,东道国对于其本国国家安全利益的评判固然具备权威性,但亦存在中立性与公平性缺失等问题;而由裁判机构对东道国国家安全利益进行评价虽不乏权威性或专业性缺陷,却在中立性及公正性方面具备比较优势。其次,就所调整利益的特征而言,一方面,国家根本安全利益的敏感性、机密性及其与国家主权的高度关联性不容忽视;另一方面,国家安全利益内涵的模糊性及外延的扩张性又可能引致条款滥用,倘东道国的机会主义行径无从追究,则条约下的权利义务无异于形同虚设。

基于此,笔者认为,与自裁决式根本安全利益条款有关的争议,可考虑交由依条约设立的专门委员会进行磋商以期达成解决方案。协商不成的,可将相关争议交由争议解决机构进行审查,但应仅允许适用国家间的争端解决机制。之所以排除投资者诉国家机制的适用,其一,从国家角度而言,涉及国家安全利益的信息具有一定的机密性,仲裁过程虽具有保密性,仍难以确保涉密信息不为个人所知悉或泄露;其二,从投资者角度而言,投资者在履行举证责任问题上往往处于弱势。就国家根本安全利益问题而言,东道国所掌握的信息和资源恐非一般投资者所能匹敌。相对而言,投资者母国则具备一定的谈判能力和信息来源,故转由投资者母国与东道国进行争议解决不失为一种理性选择。

(2) 明确仲裁庭的审查标准

前文已述,仲裁庭对同一条款所采取的不同审查进路可引致不同的裁决结果。而实践中,裁判机构所采取的审查标准尚不明朗,学界对善意审查的进路和侧重点亦存在分歧。为提高裁决结果的一致性和可预见性,有必要对审查标准及其进路作出明文约定。概言之,从条款适用条件来看,对于争议性较小、共识趋于广泛的国家根本安全利益,应给予国家较为宽泛的自由裁量空间;对于争议性较强且缺乏共识的事项,则可考虑采取客观而明确的审查标准^[23]。例如,条款可规定对

于以保护公共基础设施为由而采取的措施不得构成对另一方任意或不合理的歧视或构成对投资的变相限制,争议解决机构可对东道国行为是否满足这一适用条件进行审查;又如,开放式自裁决条款因不存在可进行客观、全面审查的事项,相较于封闭式条款更易遭致滥用,针对这一特点,可考虑在审查标准上,对该类开放式自裁决条款施加额外限制,明确裁判机构的审查内容及权限。此外,对于诸如根本安全利益是否受到威胁可否由当事人自行裁决及善意审查中是否应适用最低贸易限制评价方法等尚存争议的事项,缔约国间如可达成共识,宜在条约中订明。

四、结 语

自裁决式根本安全利益条款作为维护国家安全利益最为直接和有力的表达,为国家保留了灵活的政策空间。早在2009年,联合国贸易和发展会议便以《国际投资条约中的国家安全保护问题》(*The Protection of National Security in IIAs*)为题发表了专题研究报告,指出各国就外商投资对本国安全利益的影响历来秉持审慎态度。2016年《世界投资报告》再度论及国家安全问题,凸显国家安全问题与外商投资之间的关系日趋错综复杂。

诚然,国家根本安全利益与一国的安危及稳定密切相关,在此意义上,自裁决式根本安全利益条款为维护国家主权、维持社会稳定提供了最为有效的安全阀,平衡了一国的条约义务与该国维护其根本安全利益之间的关系,这不仅有助于国际合作的达成,更有利于国际制度本身的正当性建构;另一方面,国家根本安全利益模糊性与扩张性并存,加之“自裁决”条款将其解释和适用的决定权部分保留在东道国手中,如对该条款的适用缺乏必要限制,则可能引致滥用,进而有损投资者权利及国际制度的权威。

鉴于我国在国际投资领域中的角色已然发生转变,注重国家安全利益与投资者利益的平衡不仅应是我国的价值取向,更成为一种现实需要。对于国际投资条约中该类条款的建构与完善,我国应以对条款的审查标准及功能的深入理解为基础,将平衡国家安全利益及投资者利益的价值理念蕴于其中。

参考文献:

- [1] Schill S, Briebe R. “If the State Considers”: Self-judging Clauses in International Dispute Settlement [EB/OL]. [2017-05-08]. http://www.mpil.de/files/pdf2/03_schillbriebe.pdf.
- [2] Vandevelde K J. Rebalancing Through Exceptions[J]. *Lewis & Clark Law Review*, 2013, 17(2): 449-459.
- [3] Sauvant K P, Ong M, Lama K, et al. The Rise of Self-judging Essential Security Interest Clauses international Investment Agreements [EB/OL]. [2017-05-08]. <http://dx.doi.org/10.7916/D8Z60PKP>.
- [4] United Nations Conference on Trade and Development. World Investment Report 2016 — Investor Nationality: Policy Challenges[R]. Geneva: United Nation, 2016: 94.
- [5] Sinha A K. Non-precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries [J]. *Asian Journal of International Law*, 2017, 7(2): 227-263.
- [6] 曾建知. 国际投资条约一般例外条款研究——兼论我国的选择[J]. *武大国际法评论*, 2015, 18(1): 306-326.
- [7] 韩秀丽. 双边投资协定中的自裁决条款研究——由“森普拉能源公司撤销案”引发的思考[J]. *法商研究*, 2011(2): 17-24.
- [8] 刘京莲. 国际投资条约根本安全例外条款研究[J]. *国际经济法学刊*, 2010, 17(1): 189-202.
- [9] Burke-White W W, von Staden A. Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties [J]. *Virginia Journal of International Law*, 2007, 48: 370-410.
- [10] Schloemann H L, Ohlhoff S. “Constitutionalization” and Dispute Settlement in the WTO: National Security as An Issue of Competence [J]. *The American Journal of International Law*, 1999, 93(2): 424-451.
- [11] Akande D, Williams S. International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO[J]. *Virginia Journal of International Law*, 2003, 43: 365-404.
- [12] Hahn M J. Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception [J]. *Michigan Journal of International Law*, 1991, 12: 599-602.
- [13] Peng S Y. Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions[J]. *Journal of International Economic Law*, 2015, 18(2): 449-478.
- [14] 余劲松. 国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J]. *中国法学*, 2011(2): 134-135.
- [15] Gibson C H. Beyond Self-judgment: Exceptions Clauses in US BITs [J]. *Fordham International Law Journal*, 2015, 38(1): 33-34.
- [16] Croley S P, Jackson J H. WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National

Governments[J]. The American Journal of International Law, 1996,90(2):194.

[17] Titi A. The Right to Regulate in International Investment Law[M]. Baden-Baden: Nomos, 2014:202.

[18] O'Connor J F. Good Faith in International Law[M]. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1991:188-123.

[19] Eisenhut D. Sovereignty, National Security and International Treaty Law: The Standard of Review of International Courts and Tribunals with Regard to “Security Exceptions”[J]. Archiv des Völkerrechts, 2010,48(4):456-464.

[20] Burke-White W W,von Staden A. Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-state Arbitrations[J]. Yale Journal of International Law, 2010,35(2):312-313.

[21] Muchlinski P. Trends in International Investment Agreements Balancing Investor Rights and the Right to Regulate: the Issue of National Security[C]//Sauvant K P. Yearbook on International Investment Law and Policy 2008-2009. New York: Oxford University Press, 2010:59-60.

[22] Franck S D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions[J]. Fordham Law Review, 2005, 73(4):1586-1587.

[23] United Nations Conference on Trade and Development. The Protection of National Security in IIAs [EB/OL]. [2017-05-21]. http://unctad.org/en/docs/diaeia20085_en.pdf.

(责任编辑:王 薇)

(上接第 594 页)

参考文献:

[1] Cable D M, Judge T A. Pay Preferences and Job Search Decisions: A Person-organization Fit Perspective [J]. Personnel Psychology, 1994,47:317-348.

[2] Chatman J A. Matching People and Organization: Selection and Socialization in Public Accounting Firms [J]. Administrative Science Quarterly, 1991,36(3):459-484.

[3] Carless S A. Person-job Fit Versus Person-organization Fit as Predictors of Organizational Attraction and Job Acceptance Intentions: A Longitudinal Study[J]. Journal of Occupational and Organizational Psychology, 2005,78 (3):411-429.

[4] Kristof A L. Person-organization Fit: An Integrative Review of its Conceptualizations, Measurement and Implications[J]. Personnel Psychology, 1996,49(1):1-49.

[5] 赵希男,温馨,贾建锋. 组织中人岗匹配的测算模型及应用[J]. 工业工程与管理, 2008,13(2):112-117.

[6] 齐二石,蒯宇,王庆. 科技人才岗位匹配度测算研究[J]. 科技管理研究, 2007,27(1):132-134.

[7] 李铭洋,樊治平,乐琦. 考虑稳定匹配条件的一对多双边匹配决策方法[J]. 系统工程学报, 2013,28(4):454-463.

[8] 陈希,樊治平,李玉花. IT 服务供需双边匹配的模糊多目标决策方法[J]. 管理学报, 2011,8(7):1097-1101.

[9] 陈希. 双边匹配决策方法研究[D]. 沈阳:东北大学工商管理学院, 2009.

[10] 黄焕山,刘帆. 岗位匹配系统论[J]. 广东行政学院学报, 2000(5):37-42.

[11] 乐琦. 基于偏好序信息的满意双边匹配决策方法研究[D]. 沈阳:东北大学工商管理学院, 2011.

[12] 梁海明,姜艳萍. 一种考虑中介交易态度的买卖双边匹配决策方法[J]. 运筹与管理, 2013(5):128-133.

[13] 孔德财,姜艳萍,梁海明. 考虑双边主体公平性的稳定匹配决策方法[J]. 系统管理学报, 2015,24(3):397-404.

[14] 汪定伟. 电子中介的多目标交易匹配问题及其优化方法[J]. 信息系统学报, 2007(1):102-109.

(责任编辑:王 薇)