

中美投资保护协定谈判中的 “非排除措施”条款研究

——以中国海外投资风险分析与安全保障为视角

孙南申 彭 岳

摘 要：中美投资保护协定（BIT）谈判中面临的“非排除措施”（NPM）问题，涉及中美双方在国家利益例外及投资风险承担方面的政策差异。正常情况下，东道国按照BIT的规定保护投资者利益，但一旦出现NPM条款中列明的特殊情况，东道国即可采取相关措施维护国家利益。由于NPM条款中涉及的目标抽象，因而容易产生滥用NPM条款的可能性。为确定NPM的适用条件，有必要对条款中的关键词加以解释，并确定相应的审查标准。对于中国是否应当接受美国式NPM条款以及如何制约该条款的滥用问题，本文将从NPM的功能和结构、条款解释、审查标准等方面分析NPM如何平衡国家利益和投资者利益，并结合中国海外投资风险防范与安全保障方面的考量，做出初步的结论。

关键词：投资保护协定(BIT)；非排除措施(NPM)；国家安全例外；投资风险转移；投资安全保障

中图分类号：DF964 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2011)06-0042-11

国际金融危机爆发以来，中国的对外投资和吸引外资之间出现了此消彼长的局面。根据官方统计，2007年中国对外投资额与吸引外资额之比为1：4.42，2008年上升为1：1.77。^①需要指出的是，尽管投资结构有所改善，但与发达国家相比还有较大差距，如截至2007年底，中国对外直接投资仅占全球对外资产总量的5%，只相当于日本的1/4、德国的1/10和美国的1/20，^②这一规模与中国经济体量并不相符。2008年以来，中国显然加大了“走出去”对外投资的发展战略步伐。截至2009年底，12000家中国境内投资者已在境外设立13000家企业，遍布全球170多个国家和地区，对外投资的存量约2460亿美元，居全球第15位，发展中国家第3位。^③可以预见，在今后一段时期内，中国对外投资将延续持续攀升的势头。有鉴于此，为维护本国企业的海外合法权益，中国已与世界上100多个国家和地区建立了双边经贸混委会机制，签订了127个双边投资保护协定（BIT）。^④

收稿日期：2011-09-09。

基金项目：本文为复旦大学“211工程”三期项目《公共安全与危机管理》的子课题《危机管理的立法和执法》的研究成果之一。

作者简介：孙南申，复旦大学法学院院长、教授、博导；彭岳，南京大学法学院副教授，复旦大学法学院博士后。

一、BIT谈判中的投资保护例外与投资安全保障之冲突问题

近两年来,中美两国政府之间已经在进行BIT谈判,根据美国财政部的文件,美国是以2004年其自身的“BIT示范文本”(以下简称BIT2004)为基础与中国进行磋商。按美国的设想,中美之间将签订一个综合性条约,为所有的经济部门提供重要的法律保护,内容涉及非歧视待遇、正当程序、透明度、资本自由转移、征收补偿等,并且保证投资者可以通过独立的国际仲裁来实现上述权利。^⑤不过,谈判的结果是使中美BIT文本更加美国化,还是使之更具中国特色,当前尚难下定论。鉴于中美两国在世界经济中的特殊地位,以及既有的中外BIT中最惠国待遇条款的潜在扩散效应,无论具体结果如何,均会深切地影响到中美乃至世界各国投资者的切身利益。^⑥

但是,BIT谈判中的利益攸关方并非仅仅限于投资者——作为条约的相关当事人。国家拥有独立于投资者的利益,这一独立的国家利益也是需要考虑的因素之一。有鉴于此,美国官方文件声称,“所有的美国BITs均含有‘基本安全’例外,这将允许美国采取任何必要行动来保护国家安全,包括外国投资美国委员会(CFIUS)采取行动限制或阻止中国人获得美国公司的控制权。”^⑦

与美国BIT2004有所不同,中国近年来所签订的BIT更多关注对投资者保护,即投资安全保障问题,而较少涉及国家利益例外问题,即使涉及国家利益例外,其表述和内容也不完全一致。^⑧中美双方在国家利益例外方面的差异,不仅仅表现在国家安全方面,还可能涉及国际和平与安全、公共秩序、公共卫生、公共道德等其他重要社会目标。在法律表述上,与达成这些目标的相对应手段被称为“非排除措施”(non-precluded measures,英文简称NPM),并被美国、德国和印度等国家作为投资保护例外广泛使用。尽管BIT近年来一直是国内学术界关注的重点,但是,其中具有类似贸易保护效果的NPM条款,尤其是对海外投资安全保障的影响与冲突却并未引起足够的重视。

近年来美国政府对收购国内公司的大多数交易进行更为严格的国家安全审查,过去审查的重点主要在国防工业基地以及技术转让上,现在对国家安全解释更为广泛,凡境外对美国重要基础设施的投资均受到国家安全方面的审查。^⑨如2005年6月,中国海洋石油总公司对美国优尼科石油公司的收购要约,由于在美国国会引发强烈反对,美国政府启动外国投资国家安全审查程序对此并购案进行调查,迫使中海油最后宣布撤回对优尼科的并购要约。^⑩由此所引发出来的法律问题是,在中美BIT谈判中,应如何认识NPM的作用,以及更为重要的是,中国是否应当接受美国式NPM条款?如接受,又如何制约缔约方滥用该条款?对于该问题,以下将从NPM的功能和结构、条款解释、审查标准等方面分析NPM如何平衡国家利益和投资者利益,并结合中国在NPM方面的实践,做出初步结论。

二、NPM的功能及结构

国际投资的环境外在于投资者的掌控之中,相对于一般的自然环境和社会环境,东道国的法律制度更能直接影响到投资者的权益。在一定程度上,法律制度类似于一个位于自然、社会环境与具体投资之间的缓冲器,可将自然、社会环境变化所导致的不确定性限定在一个

能够被投资者所接受的范围之内。如此一来,国际投资风险可以事先得以固化,投资者依据可控风险来确定投资策略,从而促进资本流通。问题在于,当自然、社会等投资环境的变化过于剧烈时,如果仍然固守于保护投资者的法律承诺,则将会严重损及东道国的国家利益。在此情况下,因投资环境巨变所引发的不可控风险必须在东道国和投资者之间进行分配。

1.投资风险分配方案 法律策略上,存在3种投资风险分配方案:

(1)投资风险完全由投资者承担。这一方案的特点在于,在正常情况下,投资者的利益可以通过非歧视待遇、资本自由转移和征收补偿等实体权利条款获得保障;当BIT所约定的例外情形出现时,东道国将不再保证能够按照上述条款对投资者的利益加以保护。从投资风险分配角度而言,这一方案实际上将例外情形所导致的损害完全转嫁到投资者的身上。实践中,美国、德国、印度等国在BIT中明确规定,BIT条约本身、或者某些具体条款(如国民待遇条款)不能排除缔约国采取措施来维护国家利益。^⑩其代表性文本为美国BIT2004中的NPM条款。

(2)投资风险完全由东道国承担。这一方案的特点在于,不管外部的自然环境和社会环境有何变化,以及变化的程度如何,东道国将保证,对于不可预见的变化所导致的投资损失将由东道国承担。从风险分配角度而言,东道国所签订的BIT相当于对投资者开具一份保险单——重点不在于风险产生的原因,而在于风险导致的损害和补偿的范围。鉴于该方案的实质是以国家财政收入承保外商投资风险,与民主财政理论的基调相反,因而很少有国家会在BIT中对外国投资者承担兜底保险责任。实践中,某些地方政府出于吸引外资的需要和任期内政绩的考量,会就某些具体项目向投资者做出诸如保证外方投资固定回报的承诺,从而引发诸如地方政府承诺的法律性质、投资者的期待利益等众多法律问题。但这一政府契约问题与本文所言的投资风险分配问题存在本质区别,在此不赘。^⑪

(3)投资风险由东道国和投资者分摊。与上述两种方案不同,风险分摊方案既关注行为的性质也关注损害的程度。这一方案的特点在于,将例外情形所引发的损害视为一种因政府征收行为所导致的必要的“恶果”。如果说征收补偿是一个社会发展利益与个人现有利益的相平衡过程,那么例外情形补偿也需要在国家利益与投资者利益之间进行审慎权衡。从风险分配角度而言,补偿发挥着保险功能和成本内化功能,在防范对投资者个体不公的同时,还可以弱化政治决策的失灵。^⑫实践中,投资者主要通过主张政府行为构成“规制征收”或“间接征收”的方式来维护自身权益。然而,间接征收是一种规制行为,但规制行为并非必然构成间接征收。对此,有理论认为应从补偿的功能方面来区分一般征收行为和间接征收行为,即“在国际投资领域,不是因为发生间接征收导致补偿,而是因为需要补偿而将某些规制行为命名为间接征收”,“主要指效果类似于征收的各种行政措施,使投资者不能从投资中得到大量收益”。^⑬按此思路,是否给予补偿要依赖“需要”,并由独立第三方加以确定补偿的数量。^⑭

总而言之,以上第一、第二种方案采用一种事前(ex ante)视角来分配例外情形下的风险损害,而第三种方案则采用一种事后(ex post)视角将投资环境的不确定性转化为第三方裁决上的自由裁量。其中,NPM条款的功能在于风险转移,即当例外情形发生时,东道国采取措施所引发风险及其损害等将转嫁到外国投资者身上。

2.NPM条款结构

作为例外条款之一,NPM条款通常出现于条约正文或相关议定书之中,^⑮其结构大同小异,大致可以分为3个部分:范围、目标和关联性要求。

范围指的是NPM是适用于整个条约还是条约中的某一个或某几个条款。实践中,美国、印度和加拿大等国均主张应将NPM条款的效力扩展到整个条约。以BIT2004为例,该示范文本第18.2条规定:“本协定不得解释为排除缔约一方为履行其关于维护或恢复国际和平和安全的义务、或者保护其自身基本安全利益而采取其认为必要的措施。”按该条,NPM适用于“本协定”,而非某个具体的条款。与之有所不同,中国BIT中安全例外条款的适用范围并无一定范式,如中德BIT议定书第4条第1款规定,“因公共安全和秩序、公众健康或道德而采取的措施,不应视为第三条中的‘待遇低于’。”显然,此处的NPM条款仅适用于第三条——国民待遇,而非整个条约。但中芬BIT第3条第5款和第6款则将适用范围界定为整个协定。^⑩

目标指的是东道国采用NPM所欲达成的目的,在此目标下,NPM具有了合法性。一般而言,NPM条款中最为常见的目标是国家安全,但在具体表述上有所区别。如中德BIT将国家安全表述为“公共安全”,BIT2004将之表述为“基本安全利益”。除了国家安全之外,NPM所涉及的目标还有:国际和平和安全、^⑪公共秩序、公共卫生和公共道德等。^⑫与BIT2004相比,中外间BIT关于NPM目标的表述较为多样化,如中国和斯里兰卡BIT第11条规定,“本协定的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其国家利益,或为保障公共健康,或为预防动、植物的病虫害,而使用任何种类的禁止或限制的权利或采取其他任何行动的权利。”该条的特点在于,既使用了极其广泛的“国家利益”一词,又使用了非常具体的“预防动、植物的病虫害”一词。随着2001年阿根廷金融危机的爆发,一些其后订立或修订的BIT纷纷将与应对金融危机有关的措施确定为NPM。^⑬

关联性要求指的是东道国所采取的措施与相关目标之间是否存在关系,以及这种关系的紧密程度。在表述上,关联性要求因用词的不同而产生程度上的差异。如BIT2004使用了“必要”一词,而中德BIT则使用“因……而”一词来说明措施和目标之间的关联性,与BIT2004相比,中德BIT对NPM的关联性程度要求较低。但是,并非所有中外间BIT均采用松散关联性要求,如中芬BIT第3条第6条即规定,“本协定不得解释为阻止缔约方为维持公共秩序所采取的任何必要措施。”除了目标不同之外,这一规定与BIT2004中的关联性要求相一致。

从上述分析可知,尽管NPM条款具有风险转移功能,但该功能在何种情况下被“激活”须依赖于相关条款的具体规定。从中可以发现的一般规律是:如果NPM条款的范围越广、目标越宽泛、关联性要求越低,则投资东道国就越有能力将风险转嫁给投资者;反之,则投资者所获得的保护就越大。

三、NPM条款解释

在正常情况下,东道国按照BIT中的规定保护投资者的利益,但是一旦出现NPM条款中列明的特殊情况,东道国即可采取相关措施维护国家利益。因此,与其将BIT定位为维护投资者利益的工具,不如将之视为平衡国家利益和投资者利益的标尺。一项政府措施,一旦落入NPM条款的刻度内,即可摆脱BIT中的种种限制。问题在于,尽管标尺的刻度非常明确,但这些刻度不具有很强的可操作性,将具体措施与标尺刻度一一对应需要依赖于解释。在一定意义上,解释的功能是将繁芜复杂的客观社会现象转化为法律所能处理的形式主义标签,

或将抽象的条文转化为定型化的客观模式。^⑤解释的目的不在于使事实与规范能够结合地环环相扣,密不透风,而是使抽象的规范能够因应客观事实变化的需要。为确定NPM的适用条件,有必要对条款中的关键词加以解释。

1.解释方法 根据1965年3月18日于华盛顿缔结的《关于解决各国和其他国家国民之间投资争端的公约》所设立的解决投资争端国际中心(ICSID),已日益成为国际投资的首要仲裁机构。^⑥为确定NPM的适用条件,ICSID等仲裁机构在具体争端中通常面临解释难题。具体而言,尽管BIT的缔约方为国家,但其具体条文通常适用于东道国与投资者之间的争端之中。在只有一个缔约方参与仲裁的情况下,仲裁庭必须决定,在无权要求另一缔约方出庭并提供订约意图的情况下,能否按照参与仲裁一方的意愿对NPM条款的含义进行解释?还是说应以条约文本为依据进行解释以保护投资者的合法期待权利?

就上述解释难题,BIT2004所提出的“两阶段”解决方案具有代表性:^⑦在第一阶段,应以缔约方的意图为标准解释NPM条款,就此,BIT2004第30.3条规定,如果缔约方就条约中的某一条款的含义作出联合解释,则该解释约束仲裁庭,且仲裁裁决应符合该解释;在第二阶段,按照国际法规则解释NPM条款,就此,第30.1条规定,在遵循第30.3条规定的前提下,仲裁庭应按照条约和可适用的国际法规则解决争端。“两阶段”解决方案的实质是将缔约方的真实意图置于优先地位,只有在缔约方放弃优先权的情况下,才会依据条约文本的字面规定对投资者的利益加以保护。

某些中外间签订的BIT中也采用了BIT2004的解决方案,但在具体措辞与先后次序方面有所不同。如中墨BIT第19条(适用的法律)规定:

(1)依本节组建的仲裁庭应根据本协定和可适用的国际法原则和规则对所提交争端中的各争议问题做出裁决。

(2)缔约双方就本协定的任何条款共同作出或一致同意的解释应对依本节组建的仲裁庭具有拘束力。

中国和新西兰之间的自由贸易协定(FTA)第十一章(投资)第155条(协定的解释)规定:^⑧

(1)应争端国家一方要求,仲裁庭应当要求缔约双方就争端问题涉及的本协定条款进行共同解释。缔约双方应当在该要求提出后60日内,以书面形式,将表明双方解释的联合决定提交仲裁庭。

(2)缔约双方根据第一款做出的联合决定应当对仲裁庭具有约束力。裁决应当与该联合决定相一致,如果缔约双方在60日内未能做出这样的决定,仲裁庭应当独自对该问题做出决定。

中墨BIT和中新FTA的上述规定各有其优缺点:后者在程序方面的规定略胜一筹,并明确缔约双方意图的优先性;前者则指出,仲裁庭应依据协定和国际法原则和规则进行裁决,就明确性而言,这显然优于后者。

2.NPM条款关键词解释 当BIT未规定如何解释条款或者缔约方未按照BIT规定就条款的具体含义达成一致时,仲裁庭须依赖于条约解释的国际法原则行事。维也纳条约法公约第31条(解释通则)和第32条(补充的解释资料)被普遍视为构成条约解释的国际习惯法,^⑨因而也应为仲裁庭所遵循。

鉴于BIT中的NPM条款在结构上与WTO的例外条款如GATT第20条非常类似,可以认为,WTO的争端解决机构(DSB)在具体贸易争端中所采用方法对于NPM条款关键词的释

明具有参考作用。

就关联性要求而言, NPM条款所采用的关键词各不一致。^⑤如前所述, BIT2004使用了“必要”一词, 中德在BIT采用“因……而”来表明措施与目标之间的关系。字面上, “必要”所表明的关联度显然高于“因……而”。但是, “必要”并非是一个绝对值, 其所代表的仍是一个有待确定的范围, 在这一范围的一端为“绝对必要”, 另一端为“有助于”。为了给“必要”一词准确定位, DSB上诉机构在Korea—Various Measures on Beef案所提出的“权衡”标准 (“weighing and balancing” test) 值得借鉴, 即为确定一项措施是保护公共道德或维持公共秩序所“必需”的, 应当从以下3方面进行评估:^⑥(1) 所涉措施意图保护之利益或价值的重要性; (2) 所涉措施在多大程度上有助于实现该措施所追求的目的;

(3) 所涉措施对贸易的限制性影响。除此之外, DSB还会采用“合理可用性”标准来补救理论和实践之间可能存在的差距, 即如果一成员能够采用某一可合理期待且与其他GATT条款相符的替代措施, 或者在无此合理性的情况下, 在可合理获得的措施中, 一成员能够采用某一最小程度与其他GATT条款不符的措施, 则可被认为符合贸易影响的要求。^⑦

就目标而言, NPM条款中所采用的关键词也大多出现在WTO的一般例外和安全例外条款之中。如GATT第21条(安全例外)中的“基本国家安全利益”和“国际和平与安全”至少在字面上同BIT2004完全一致, 第20条(一般例外)中的“公共道德”一词也经常出现在NPM条款之中。理论上, 在确定某一事项是否属于国家安全、公共秩序、公共道德和公共卫生时, 最佳的判断者是主权国家自身。^⑧在WTO的争端解决实践中, 专家组和上诉机构也基本认同由国家自我判断目标合法的做法。^⑨考虑到NPM条款中涉及目标的关键词大多较为抽象, 这自然会提高滥用NPM条款的可能性。

理论上需要明确的是, WTO的相关实践属于国际贸易法范畴, BIT中的NPM条款属于国际投资法范畴, 尽管中美两国均为WTO的成员, 也不能就此认为采用WTO成案的理解来诠释NPM条款毫无问题: 如WTO以维护公平竞争为宗旨, 通过规范贸易政策致力于调和成员方之间的利益之争, 而BIT以保护投资为目的, 关注于国家和私人投资者之间的关系; WTO的补救措施具有“向前看”特征, 而BIT的救济措施集中于如何补偿私人投资者的损害。^⑩相对而言, 作为多边公约, WTO中例外条款的用意更多地在于确定成员方在非贸易领域的自主权不因自由贸易政策而受到过于严苛的限制, 因而具有体系维护性; 作为双边条约, BIT中NPM条款给予缔约国在特殊情况下脱身于条约义务的特权, 因而具有体系破坏性。因此, 在WTO体制下, 为达成某一非贸易目标, 成员方应从其拥有多种手段中选择对贸易影响最小的措施来实施; 在BIT体制下, 背离条约义务仅在其他方法用尽而无济于国家根本利益的情形下方才具有正当性。

四、NPM的审查标准

设立NPM条款的初衷在于在东道国和投资者之间配置风险。易言之, 正常情况下, 东道国应向投资者承担责任以保证其投资的安全, 当NPM条款所列明的特殊情况出现时, 投资者应承担东道国因采取相关措施所导致的损失。问题在于, 如果将是否适用以及如何适用NPM条款的决断权完全交由东道国政府处置, 则投资者的合理期待利益难以得到有效保障。为此, 将东道国与投资者之间关于NPM的争端提交独立第三方如ICSID进行仲裁对于维

护BIT体制的正常运转、便利国际资本的流通具有极为重要的意义。

然而,从法律制度演进而非争端便捷解决的角度考虑,以ICSID等为代表的国际仲裁体制具有难以弥补的缺陷。具体而言,仲裁一审终局,当事人对仲裁员的选择具有很大的随意性,这就难以保证第三方审查的一贯性。与之有所不同,WTO的贸易争端解决机制通过上诉机构实施二审控制,可以大致保证相关法律问题按照同一个基调进行处理,在一定程度上保证了相似案件、相似判决的效果。就对NPM的审查而言,当前的理论和实践主要在审查标准以及善意原则两方面强化仲裁的可预见性。

1. 审查标准的确立 审查标准的核心问题体现为在多大程度上遵从缔约方的自主权。按1969年《维也纳条约法公约》第27条,缔约方不得援引其国内法为由而不履行条约。这表明,判断缔约方是否有自主权以及如何行使该权力均应从国际法而非国内法着手。^⑨就NPM而言,相关BIT中是否含有允许缔约方自决的条款至关重要。理论上,按条款表述的方式,NPM条款可以分为3类:

(1) 明确授予缔约方自决权的NPM条款。如BIT2004第18.2条规定,缔约方可以采取“其认为”必要的措施。就此,缔约方根据国际法而非国内法获得了自决权。^⑩

(2) 未规定缔约方自决权的NPM条款。如中墨BIT第8条第5款规定,“在面临严重的国际收支困难或严重的国际收支困难之威胁时,任一缔约方可以暂时限制汇兑,只要该国是依照国际标准实施某些措施或方案。这些限制应在公平、非歧视和善意的基础上进行。”此处,缔约方应依照“国际标准”实施措施或方案,因而限制了缔约方的自主权。

(3) 默示授予缔约方自决权的NPM条款。文字表述上,默示授权条款并未规定缔约方的自决权,但在实践中,缔约方可以通过联合解释的方式规定自决权。此外,有观点认为,如果某一缔约方一直主张自决权,而另一缔约方并未反对时,也有可能构成默示授权。^⑪

将NPM条款分成上述3类的初步法律意义在于,相对于未规定自决权的NPM条款,对于那些含有自决权条款而言,仲裁庭应当采取较为宽松的审查标准。如果缔约方主张默示自决权,则应向仲裁庭提出相应的证据。一旦默示授权条款得以证实,仲裁庭也应采取相应的较为宽松的审查标准。

需要强调的是,无论NPM条款是否授予缔约方自决权,仲裁庭所适用的审查标准根据审查对象的不同而不同。简言之,就目标而言,某些相对具体、具有一定技术含量的目标如“公共卫生”与较为抽象、具有一定政治意味的目标如“公共道德”相比,就较为适宜更为严格的审查。这既是基于对审查对象性质的考虑,也是出于对仲裁庭自身能力的清醒认识。如仲裁庭在判定缔约方的目的是否是为了解决“严重的国际收支困难”方面不存在问题,^⑫但却不太适合判定缔约方是否是为了“公共安全和秩序”而实施某项措施。^⑬同样,就关联性而言,“必要”和“为了”所要求的审查标准显然不同。

2. 善意原则的适用 审查标准的宽松与严格具有相对性:一方面,仲裁庭不能以严格审查为名用自己的判断标准取代缔约方的自主判断,否则,缔约方签订NPM条款的目的就不能达成,国家利益将受虐于仲裁庭判断标准的恣肆。另一方面,仲裁庭也不能以宽松为名完全放任缔约方援引NPM条款逃脱国际义务,否则,缔约方签订BIT的目的就不能达成,投资者的利益将处于极端不稳定状态。从风险配置和利益平衡的角度而言,有必要就缔约方援引NPM条款设定最低行为标准。

然而,在法律的层面上,合理性诉求并不能保证其具有合法性。如有观点认为,鉴于

NPM条款所含的目标如“国家安全”等具有“非司法性”特征，应排除仲裁庭的审查。^⑧对此观点，本文并不赞同，原因有三：

首先，目标内容的“非司法性”并不排除与之有关的所有行为均不受审查。否则“非司法性”的概念涵盖过宽，致使国家行为完全脱离法律控制。

其次，仲裁庭的审查依据是BIT而非国内法，如果缔约方在NPM条款中含有国内法意义上的“政治问题”，并且将相关NPM条款包括在可以提请仲裁裁决的范围中，则没有理由认为仲裁庭不能对相关问题进行审查。^⑨

最后，作为国际社会生活的参与者，不管BIT的具体规定如何，缔约方有义务遵守最基本的行为规范，^⑩如《维也纳条约法公约》第26条规定，缔约方应善意履行其义务。显然，仲裁庭对NPM条款的审查将有助于保证缔约方遵守这些规范。

因此，不管NPM条款的具体表述如何，为防止缔约方滥用该条款，有必要引入善意履行原则。善意履行原则要求缔约方表里如一、诚实且努力行事。^⑪在这一原则下，缔约方不能为了达到其他目的而援引NPM条款中列明的目标，同样，无论NPM条款中的关联性如何松散，缔约方所采取的措施应与所欲达成的目标之间存在合理联系，特别是缔约方不能采用“滑坡效应”来论证其间的关联性。^⑫

五、结 语

1. 随着中国海外投资的急剧增加，如何保护中国投资的安全性成为当前国际投资法的热点问题之一 在多边投资协定缺位的情况下，双边投资协定的签订仍是建构海外投资安全保障体系的主要途径之一。与美国以BIT2004范本为基础进行双边投资谈判有所不同，中国的对外投资谈判并无固定的参照范本。从“立法”角度而言，这固然有助于增强谈判的灵活性和达成协定的可能性，但从“司法”角度而言，过于多样化的文本和表述方式无疑会增加解释的难度和同案不同判的几率。考虑到越来越多的中外BIT选择ICSID仲裁作为投资争端解决模式，中国有必要制定自身的BIT示范文本，以最大限度减少用语上的差异，达到对外投资安全保障的目的。

2. 缔约方签订BIT的主要目的在于保护投资者的利益，但这并不意味着，东道国在所有情况下承担一种类似于保险人的责任 依据国际法的一般原则，东道国可在有限的情况下免除BIT项下的责任，这些情况主要表现为《维也纳条约法公约》中的“嗣后履行不能”和“情势根本变更”，^⑬以及《国家对国际不法行为的责任条款草案》（2001）中的“不可抗力”和“必要性”。^⑭为了平衡东道国和投资者之间的利益，在中美BIT文本中引入NPM条款有其一定合理性。具体而言，NPM条款是BIT缔约方事先达成的允许缔约方在特定情况下背离BIT基本义务条款而无须承担责任的约定。在一项措施符合NPM条款的情况下，因实施该措施而导致损害的风险由投资人承担。当然，一旦环境有所变化，同样的措施有可能会与NPM条款不符，就此，缔约方应承担国际不法责任，就投资者所受的损失进行赔偿。由于NPM条款具有风险转移功能，为防止东道国随意转移风险，缔约方应明确规定，该功能在何种情况下被“激活”、在何种情况下被限制。

3. 当东道国和投资者之间的争端诉诸于第三方——仲裁庭加以解决时，东道国政府援引NPM条款寻求免责几乎成为一种固定的法律抗辩模式 在此情况下，仲裁庭的审查标准

以及善意原则的适用将在很大程度上决定投资者的利益能否得到保障。以个案判断为基础解释NPM条款自然难以保证法律适用上的确定性和可预测性,为约束仲裁庭的裁量权,中美双方自然可以在BIT中约定明确的NPM适用条件。问题在于,明确是以具体为代价的,“立法”层面的挂一漏万将会使众多的极端情形排除在NPM条款的适用范围之外。为了保留主动权,缔约方必然需要借助于抽象的关键词如“公共安全”、“公共道德”等,而这反过来又赋予仲裁庭以审查权。因此,无论中美BIT中NPM条款如何偏离BIT2004的标准陈述,该NPM条款的结构决定了仲裁庭必然会在审查阶段发挥重要的平衡作用。鉴于尚无统一上诉机构协调不同仲裁庭的审查标准和解释尺度,目前只有通过案例汇编和学术评论等方式来缓和“同案不同判”现象,在法律人共同体的努力之下,国家的政策考虑将受制于国际法的严格约束,投资者的合法期待将会得到实质性的保护。^⑨

4.对于中国海外投资风险防范与安全保障,除了从国内法层面构建投资风险防范与管控机制外,更应从国际法层面的双边与多边条约入手,建立投资风险防范的国际合作机制。中国作为海外投资大国,可以通过国际投资协定促使东道国保护其投资者权益。虽然中国已与其他国家签订了多达127个BIT,但不少BIT并未虑及风险防控机制问题。为此,有必要从制定BIT模本文本起步,以风险防控与安全保障为目标,逐步推进国际投资安全的合作机制。

(作者单位:复旦大学)

注 释:

- ① See Zhang Monan, “Time for investment overseas”, China Daily, 2009-06-22.
- ② 参见龚雯、姜:“中国企业积极参与全球产业重组”,《人民日报》,2009年6月4日,第1版。
- ③ 资料来源:中国经济网,2010年11月3日。
- ④ 参见雷敏:“中国已与100多个国家和地区签订127个双边投资保护协定”,《人民日报海外版》,2009年5月20日,第5版。
- ⑤ See U.S. Fact Sheet: Fourth Cabinet-Level Meeting of the U.S.-China Strategic Economic Dialogue, June 18, 2008, available at <http://www.ustreas.gov/press/releases/reports/sedusfactsheet.pdf>.
- ⑥ See Cai Congyan, “China US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications”, Journal of International Economic Law 12(2), p.458.
- ⑦ See Fact Sheets: United States Launches Negotiations of an Investment Treaty With China, Bureau of Economic, Energy and Business Affairs, Washington, DC. June 20, 2008, available at <http://beijing.usembassy-china.org.cn/062008sed4.html>.
- ⑧ 如中德BIT和中芬BIT关于国家利益例外的表述和内容相差很大。
- ⑨ 郝洁:“我国外资并购中的国家安全审查”,《上海国资》2007年第7期,第46页。
- ⑩ 何易:“美国境内外资并购中的国家安全审查制度——以中海油并购优尼科案为例的分析”,《国际经济法学刊》第14卷第一期(2007年),北京大学出版社2007年4月版,第45页。
- ⑪ See William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Investment Protections in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, Virginia Journal of International Law, Vol.48, No.2, p.312-313.
- ⑫ 参见《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》,国办发[2002]第43号,2002年9月10日。另BIT2004第30条亦将BIT中的具体规则与投资契约(investment agreement)加以区分,并适用不同的法律和解释方法。
- ⑬ See Vicki Been, “Lucas v. The Green Machine: Using the Takings Clause to Promote More Efficient Regulation?” Univ. of Mich. Law Sch., The Law & Econ. Workshop, 2004,

available at <http://www.law.umich.edu/CentersAndProgrammes/olin/papers/Winter%202004/been.pdf>.

- ⑭ 参见彭岳：“国际投资中的间接征收及其认定”，《复旦学报》2009年第2期，第71页；孙南申：《国际投资法》，中国人民大学出版社2008年版，第174页。
- ⑮ See generally Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).
- ⑯ 如中德BIT中的NPM条款出现在议定书第4条第1款，中芬BIT中的NPM条款出现在条约正文的第3条第5款和第6款。
- ⑰ 在立法技术上，中芬BIT第3条第5款和第6款存在一定的疏漏。具体而言，第3条指的是“投资待遇”，而其下的第5款和第6款均将NPM指向整个协定。
- ⑱ 参见BIT2004第18.2条。
- ⑲ 参见中德BIT议定书第4条第1款。
- ⑳ 如BIT2004第20.1条规定，为维护金融体系的完整和稳定，BIT中的相关规定并不能阻碍缔约方基于审慎理由采取或维持与金融服务有关的措施。
- ㉑ See generally Owen M. Fiss, “Objectivity and Interpretation”, 34 Stan. L. Rev. 739 (1982).
- ㉒ 如2008年签订的中墨BIT、中新（西兰）FTA就是将ICSID列为可选的争端解决仲裁机构。
- ㉓ 这一“两阶段”解释理论类似于《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）第8条所规定的对合同条款的解释。这在一定程度上说明，双边协定的解释更类似于合同解释而非法律解释。
- ㉔ 中新（西兰）FTA的立法模式取法与北美自由贸易区协定（NAFTA），不仅包括传统的贸易问题，还专设篇章规定投资问题。与传统的BIT如中德、中墨BIT相比，中新（西兰）FTA模式更为综合，可以一揽子解决贸易自由和投资保护问题，有利于缔约方“讨价还价”，促进较深层次的合作。
- ㉕ 如WTO的争端解决谅解没有明确指明何为“解释国际公法的惯例”，然而专家组和上诉机构普遍认为，《维也纳条约法公约》第31条（解释通则）和第32条（补充的解释资料）可以被视为解释WTO协定的惯例。相关案例可参见Appellate Body Report on US-Gasoline, para.17; Appellate Body Report on US-Shrimp, para. 114, 158; ICSID in the Matter between Harvatska Elektroprivreda D.D. and the Republic of Slovenia (ICSID Case No. ARB/OS/24)。
- ㉖ 这一点类似于GATT第20条，如对于“公共道德”、“人类、动物或植物的生命或健康”、“法律或法规的遵守”、“短缺产品的获取或分配”等事项，所采取的措施应当是“必需”的；对于“黄金或白银进出口”、“可用尽的自然资源”、“海关执法、实行垄断、专利权、商标和版权以及防止欺诈”、“监狱囚犯产品”等事项，所采取的措施应当是“有关”的等等。
- ㉗ See Appellate Body Report on Korea – Various Measures on Beef, paras. 162–166.
- ㉘ See Appellate Body Report on Korea – Various Measures on Beef, para. 166; Panel Report on US Section 337, para. 5.26.
- ㉙ See Hannes L. Schloemann & Stefan Ohlhoff, “Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, 93 Am. J. Int’l L. 426, 432.
- ㉚ 但是，在US-Gambling一案中，专家组在“公共道德”的认定方面不仅采用“民族主义”还采用最低限度“国际主义”，从而引发争议。上诉机构虽然最终采取了“民族主义”思路，但并未阐明为何拒绝“国际主义”。具体评述可参见彭岳：“贸易与道德——中美文化产品争端法律分析”，《中国社会科学》2009年第2期。
- ㉛ See Kathleen Claussen, “The Casualty of Investor Protection in Times of Economic Crisis”, The Yale Law Journal, Vol. 118 (2009), pp.1551–1552.
- ㉜ See Art 3 & 32 of Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two.
- ㉝ 在其他国际条约也存在类似的明示自决权条款，如《欧洲人权公约》第50条、《争端和平解决欧洲公约》第30条等。
- ㉞ See William W. Burke-White and Andreas von Staden, “Investment Protections in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, Virginia Journal of International Law, Vol.48,

No.2, p.381.

- ⑳ 参见中墨BIT第8条第5款。
- ㉑ 参见中德BIT议定书第4条第1款。
- ㉒ 这一论点类似于国内法中的“政治问题”免受司法管辖学说。See Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, Vol. 73 (2005), p.1594.
- ㉓ See generally OECD Working Papers on International Investment (No. 2006/3): Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, October 2006.
- ㉔ 如国际法院 (ICJ) 认为, “不管其渊源如何, 在法律义务的创设和履行方面, 善意原则为最基本的适用原则之一。” See *Nuclear Test Case*, 1974 ICJ REP. 253, 268.
- ㉕ See Michel Virally, “Good Faith in Public International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 1 (Jan., 1983), p. 131.
- ㉖ “滑坡效应”是一种典型的逻辑错误。该逻辑认为, 只要事情的第一步发生了, 那么最坏的也会接踵而来, 就好像一个放在光滑斜坡上的物体一样, 只要运动一旦启动就一发而不可收拾, 为了防止最坏结果的发生, 有必要阻止第一步行动。
- ㉗ 1969年《维也纳条约法公约》第61条、62条。
- ㉘ 《国家对国际不法行为的责任条款草案》(2001)第23条、25条。
- ㉙ 仲裁庭的裁决模式并非无缺陷, 但相对于投资者权益难以得到保障而言, 这种缺陷是可以忍受并且能够补救的。See Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, Vol. 73 (2005), p.1589.

Analysis of NPM Clause under Sino-American BIT Negotiation: with Respect to the Risk and Security of Chinese Oversea Investment

SUN Nan-shen PENG Yue

Abstract: NPM is the problem existing in the process of BIT negotiation between China and America, which refers to the difference in respect of national benefit exception and investment risk assumption. In general circumstance, a host state should protect benefits of investors according to BIT provisions, but it can also take the relevant measures to maintain national benefits as soon as the special situations listed in NPM clause appear. It is probable that NPM is easy to be abused because of the abstract objectives in NPM clause. In order to determine the conditions for application of NPM, it is necessary to construe the key words in NPM and confirm relevant review standards on them. As for the problems of whether China should accept American style NPM clause and how to restrict abuse of such a clause, this article will make analysis of how to balance benefits of the host state and investors under NPM in respects of NPM's function, framework, clause construction, and review standards, and induce preliminary conclusions with combination to the consideration of protect against risk and security of Chinese overseas investment.

Key words: bilateral investment treaty (BIT); non-precluded measures (NPM); national security exception; shift of investment risk; security of investment safety