

国家安全审查的国际投资仲裁救济探析

张 光

(西北政法大学国际法学院, 陕西 西安 710063)

摘 要: 目前, 一些国家采取的国家安全审查措施对正常的国际投资活动构成了严重限制, 成为事实上的投资保护主义。对此, 投资者可以考虑根据国际投资协定中公平与公正待遇、间接征收、透明度等条款提起国际投资仲裁程序进行救济。中国在修订现存国际投资协定或签订新的协定时, 应从维护国家安全及中国海外投资利益两方面综合考虑, 合理设计其中与国家安全审查有关的条款。中国在构建外资安全审查法律制度时, 应注意与相关国际投资协定的协调。此外, 中国对外资的国家安全审查措施应审慎实施, 以防外国投资者在国际投资仲裁机制下的起诉纠纷。

关键词: 国家安全审查; 国际投资仲裁; 救济

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2019) 05-0055-08

一、问题的提出

近年来, 国家安全因素在各国外资政策制定中的地位日益突出, 许多国家制定或修订了国家安全方面的法律, 并开始对更多的外资项目实施国家安全审查。^①由于国家安全问题具有较强的政治性, 加之各国抽象、宽泛的国家安全概念及其语焉不详的判定标准和缺乏透明度的审查程序, 使得国家安全审查很容易成为一国变相限制外资进入的工具。

第一, 在各国的外资政策中, 没有一个国家清楚界定国家安全的概念或者穷尽列举国家安全的范围, 各国常根据个案使用宽严不一的国家安全概念。例如, 美国《外国投资与国家安全法》中未对国家安全的概念进行界定, 而只要求其必须解释为与国土安全相关的问题。^②在各国的外资安全审查实践中, 国家安全概念经常被政府转化为各种各样的标准, 包括评估潜在外资项目在公共安全、社会秩序、媒体多元化、国家战略性利益、国际关系、国家机密、领土完整、国家独立、公民权利与自由、公共采购及恐怖主义关切等诸多方面所产生的影响。^③

作者简介: 张光, 西北政法大学国际法学院教授, 法学博士, 陕西省“三秦学者”创新团队学术骨干, 研究方向: 国际投资法学。

基金项目: 国家社科基金项目“‘一带一路’战略中国际投资市场准入法律制度研究”(项目编号: 16XFX028)。

① UNCTAD. World Investment Report 2016[R]. <http://www.worldinvestmentreport.org/wir2016/>, p.93, 2018-02-25.

② Fried, Frank., Harris, Shriver., French Decree Extends List of Foreign Investments Requiring Government Approval in Strategic Business Sectors[J]. The Journal of International Business & Law, 2014.

③ UNCTAD. World Report 2016[R]. 2016: 95.

第二，不少国家以国家安全为由对外资实施更严的限制措施。近 10 年以来，许多国家通过修订外资安全审查机制，进一步增加了对外资进入的限制。例如，加拿大 2015 年修改后的国家安全审查法规中要求外国投资者提供更多的信息，并延长了政府对外资项目进行国家安全审查的期限。莫桑比克修改后的《石油法》要求，外国投资者只能采取和国家合作的方式从事油气开采项目。

第三，各国在国家安全审查实践中对外国投资者的信息披露要求随意性大。绝大多数国家在对外资进行国家安全审查时都要求投资者提供有关信息。但是，各国要求投资者披露的信息在内容、程度、性质和时机等方面却有相当大的差异，而且有很大的随意性。除了要求外国投资者提供最基本的身份与国籍信息之外，许多国家还要求投资者提供从事投资活动的公司的财政状况、公司创始资金的来源、融资方式、董事会人员名单、一致行动人协议、商业计划、未来意图等信息，有时还要求投资者说明投资的原因、投资者与外国政府之间的关联等信息（表 1）。

表 1 国家安全审查中外国投资者信息披露要求

东道国	投资者的身份， 包括最终控制权	与投资相关的财政 信息	与外国政府之间的 关联	投资理由、未来 意图及商业计划
加拿大	✓	✓	✓	✓
法国	✓	✓	×	×
日本	✓	✓	×	✓
意大利	✓	✓	×	✓
美国	✓	✓	✓	✓
墨西哥	✓	✓	×	×
缅甸	✓	✓	×	✓
波兰	✓	✓	✓	✓
俄罗斯	✓	✓	×	✓
英国	✓	✓	×	✓

注：✓表示需要披露此方面的信息，×表示不需要披露此方面的信息。

资料来源：UNCTAD《2016 年世界投资报告》。

第四，一些国家基于国家安全及相关理由经常采取复杂多变的外国投资管制措施。许多国家同时采取具体部门投资限制和跨部门审查两种机制。跨部门审查机制使东道国在审查过程中享有更大的自由裁量权，但对外国投资者而言，却导致了审查结果的不确定性、不可预见性，很容易滋生投资保护主义。

如何确保各国的国家安全审查不成为变相的投资保护主义措施已经引起了国际社会的广泛关注，但是，由于各国国内普遍存在的“政治问题原则”，^①导致外国投资者往往难以就不公正的国家安全审查措施在东道国国内获得有效司法救济。^②国际

① “政治问题原则”是指一国的外交政策与国家安全等政治问题只能由该国立法或行政机关处理，而不受法院的司法监督与审查。参见：范进学. 论美国司法审查的实质性标准[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2011,(1)。

② 即使在少数允许对国家安全审查措施进行司法审查的国家，例如澳大利亚，其国内法院也往往只能就程序问题进行审查，而难以基于案件的理据进行公正裁量。See Wehrli, F. and Pohl, J. Investment Policies to National Security: A Survey of Country Practices[R]. OECD Working Papers on International Investment, 2016: 41, <http://dx.doi.org/10.1787/5jlwrr038nx-en>, 2018-02-20.

投资协定是目前调整国际投资关系最为重要的国际法手段，其主体为双边投资协定，此外还包括含有投资规则的其他各类国际协定，如自由贸易协定、经济伙伴关系协定等。投资者与东道国间的国际投资仲裁机制是国际投资协定为投资者提供的最为重要的权利救济程序。与传统的外交解决方法和东道国当地救济相比，国际投资仲裁机制是一种相对中立的、非政治化的国际争端解决方法。

二、国家安全审查措施的可仲裁性问题

目前，由于绝大多数传统国际投资协定保护的适格投资只限于那些根据东道国法律已获准进入的外国投资，所以在外资准入阶段的东道国国家安全审查措施不受相关国际投资协定的规制。但是，东道国对境内外资企业再并购行为的国家安全审查措施仍然要受到相关国际投资协定的规制。近年来，签订同时适用于准入前和准入后外国投资的国际投资协定日益成为各国投资条约实践的潮流。^①在外国投资者母国与东道国签订这种国际投资协定的情况下，东道国对外资实施的不管是准入前还是准入后的所有国家安全审查措施，包括有关法律、法规、程序、要求或实践都受相关国际投资协定的规制，外国投资者可将其与东道国之间因国家安全审查措施引发的所有争端提交国际仲裁，除非有关国际投资协定中明确将此类争端排除出了国际投资仲裁的适用范围。^②

一些国际投资协定中存在的根本安全例外条款也不能完全排除东道国国家安全审查措施的可仲裁性。国际投资协定中的根本安全例外条款是指有关协定中规定当东道国国内出现危及其根本安全利益的紧急状态时，东道国因此采取的有关措施即使违反了国际投资协定义务，也应排除东道国措施的违法性。按照措辞，国际投资协定中的根本安全例外条款一般可分为“自行判断条款”和“非自行判断条款”两类。“自行判断条款”一般采取“缔约方认为必要”的措辞；后者则没有“缔约方认为必要”的措辞。

首先，根据国际投资协定中“非自行判断”的根本安全例外条款，东道国的国家安全审查措施显然具有可仲裁性，有关措施合法与否，有待于国际投资仲裁庭的裁判。例如，在涉及阿根廷政府应对20世纪90年代国内金融危机措施的系列国际投资仲裁案中，阿根廷在10起案件中均提出了根本安全例外的抗辩。仲裁庭认为，由于相关国际投资协定中的根本安全例外条款均属于“非自行判断条款”，在此情形下，阿根廷政府无权自行决定该条款是否能够适用及有关措施是否必要，而应由仲裁庭

① 胡加祥：《国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单[J]》，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》，2014，(1)。

② 2014年《欧盟与加拿大全面经济和贸易协定》中排除了国际投资仲裁机制对加拿大国家安全审查措施的适用，但未排除对欧盟国家安全审查措施的国际仲裁。

对此进行裁决。^①

其次,即使相关国际投资协定中规定有“自行判断”的根本安全例外条款,但这也不意味着东道国完全可以恣意实施各类国家安全审查措施。因为善意履行国际义务是国际强行法的要求,东道国有关国家安全审查措施的实施必须是善意的,而且不能是专断的或歧视性的,否则即是国际不法行为。^②

最后,国际投资协定中根本安全例外条款所指的“根本安全”与各国国家安全审查中的国家安全范围并不一致,后者范围较小,一般是指与武器、弹药、军事等有关的国防安全以及国际和平与安全。即使将其范围扩展到经济安全领域,也应限于那些危及东道国国家整体公共秩序的“经济安全”,而不可能仅仅是“经济问题”。各国国家安全审查中的国家安全范围则完全由东道国自由裁量,在许多国家的实践中,其经常等同于与国家安全或国家利益有关的任何事项。

三、国际投资仲裁下国家安全审查的主要救济路径

(一) 公平与公正待遇

公平与公正待遇是国际投资协定中给予外国投资者及其投资最重要的一项待遇。国际投资协定中一般抽象地规定给予外资公平与公正待遇,以使其可以被国际投资仲裁庭灵活解释,从而达到保护投资者及其投资的目的。东道国对外资实施的国家安全审查措施如果存在以下情况之一,则有可能被仲裁庭裁决为违反了公平与公正待遇。

1. 国家安全审查制度缺乏稳定性

诸多国际投资仲裁庭认为,根据国际法确立的善意原则,公平与公正待遇要求东道国提供不影响外国投资者投资时合理预期的法律环境。外国投资者预期东道国将会始终如一地以完全透明的方式行动,使投资者可以事先获知支配其投资活动的所有法律法规、政策制度以及相关政府行为的目标,以便投资者能够预先规划投资,并遵守这些要求。^③

实践中,东道国不断制定新的国家安全审查法律或更改原有法律、实施新的审查机制或措施、增加或变更信息披露要求等情形,都可能使外国投资者以这些情形改变了“投资者对东道国法律的稳定性的预期”为由提起国际投资仲裁程序,指控东道国违反了相关国际投资协定中的公平与公正待遇。

① UNCTAD. World Report 2016[R]. 2016: 97.

② Burke-White, William W., Von Staden, Andreas. Investment Protection in Extraordinary Time: The Interpretation and Application of Non-Preclude Measures in Bilateral Investment Treaties[J]. Journal of International Law, 2008, Para.48.

③ See Técnica Mediambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ISCID, Case No. 1 ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para.154.

2. 故意与歧视性的国家安全审查措施

在国际投资法中,故意是指不是由法律决定而是基于其他原因的行为,这些行为并不是客观与公平的。^①对于歧视的具体表现形式虽然还没有形成统一的评判标准,但对投资者基于国籍的歧视是违反公平与公正待遇的。在 Myers 案中,仲裁庭发现加拿大不履行它的国际投资义务的真正动机是歧视外国投资者,是为了保护本国的废物处理工业。^②

实践中,东道国对外国投资者基于国籍的歧视情况经常存在。例如,在 2005 年美国外资投资委员会禁止中国海洋石油总公司并购美国尤尼克公司案中,美国对中国海洋石油总公司实施的并购禁令即是明显的歧视行为。历史上,不论是法国、挪威、巴西还是沙特阿拉伯的国有石油公司在美国从事此类并购时,均从未遭到任何异议。^③

3. 国家安全审查程序缺乏透明度

透明度义务要求缔约方保证来自另一缔约方的投资者能够容易地获知东道国所有关于投资设立、经营等一系列相关的法律要求,使投资者对这些事项不会存有疑虑和不确定性。当东道国有关政府当局发现投资者对其法律有任何的误解或者混淆时,应立即作出清楚的声明并表明正确的态度,使投资者有合理信赖,并依据这些法律的要求进行投资。^④

4. 明显不合理的国家安全审查措施

Occidental 案的国际投资仲裁庭认为,东道国税务当局的有关征税决定令人困惑且没有通知投资者,所以这一决定是武断的和不合理的,即使税务当局并非有意而为。而且,东道国政府以终止其与外国投资者之间石油分成合同的方式来惩罚外国投资者是不符合比例性原则的。^⑤ Glamis 案的仲裁庭认为,对于“明显不合理行为”最多的定义是“某一行为显然是无原因的”,这一定义要求一旦东道国实施有关行为,应立即能够产生使公众认为实施该行为是应该的和必要的印象。^⑥

(二) 间接征收

不管其真实目的和具体动机如何,东道国的国家安全审查总是以维护国家安全这一公共利益为理由而对外资采取限制或禁止措施,这容易引发是否构成间接征收的争端。东道国的国家安全审查措施如果对受相关国际投资协定保护的外国投资造成了相当于或等同于直接征收效果的经济损失,则有可能引发有关间接征收的投资争议。

① Tudo, Ioanar. The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment[M]. Oxford University Press, 2008.

② See S. D. Myers, Inc. v. Canada, partial award, para. 254, Nov.13, 2000.

③ 梁咏.美国国家安全体制下的中国海外投资保障研究[J].国际商务研究,2009,(1).

④ See Metalclad Corp. v. United Mexico States, para. 76.

⑤ See Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, 2004, para.192.

⑥ See Glamis Gold, Ltd. v. the United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Award, Jun. 8, 2009, paras. 356,24.

1. 措施的效果

Metalclad 案的国际投资仲裁庭认为, 如果东道国的干预措施使得投资者的财产全部或重要部分被剥夺, 或者剥夺了投资者预期的经济利益, 即使财产并没有转移到东道国政府手中, 也构成间接征收。^①在最近的一些案件中, 仲裁庭除了考虑东道国政府措施对外资产生的效果以外, 还会考虑东道国政府措施的目的。例如, 2015 年阿德尔案的仲裁庭认为, 在确定有关政府措施是否构成间接征收时, 应综合考虑政府措施对投资的经济影响、干涉程度及政府措施的性质。^②但总体来看, 在间接征收的认定问题上, 效果标准仍占据重要地位。

2. 比例原则的适用

东道国对外资实施的国家安全审查措施即使确实是为了保护国家安全而实施的, 但仍需符合比例原则, 即如果外国投资者能够证明东道国政府措施对其财产造成的经济损失与东道国政府声称保护的公益价值之间明显不成比例时, 外国投资者仍可提出间接征收方面的赔偿请求。Myers 案的仲裁庭也认为加拿大政府的出口禁令本身与环境保护目标相一致, 但政府没有使用可供选择的对投资者损害较小的其他措施。^③

3. 措施的科学性

东道国对外国投资产生实质性剥夺效果的国家安全审查措施如果没有或者缺乏充分、合理的科学依据, 则很容易被国际投资仲裁庭认定为构成间接征收。在 Methanex 案中, 仲裁庭认为: “相关科学证据和行政记录清楚地证实, 东道国当地州长的行政命令以及有关政府措施是为了保护当地居民的环境利益, 并不旨在损害外国投资者的利益。东道国有关措施是在对这一严重环境问题认真评估基础上的合理反应。”^④在 Ethyl 案中, 加拿大政府最后主动向美国投资者进行了赔偿, 其主要理由也是因为加拿大政府实施有关环境管制行为缺乏科学依据。^⑤

(三) 透明度原则

国际投资协定中的透明度条款是一项重要的投资便利与投资促进条款, 外国投资者各项实体权利能否实现以及实现程度如何皆与该条款直接相关。东道国不透明的法律环境不仅挫伤外国投资者的投资意愿, 而且使投资者对其未来投资的保护状况丧失合理预期。在国家安全审查中, 对于外国投资者来讲, 透明度原则可能更加至关重要, 因为东道国能够方便地以国家安全问题所具有的特殊性为由而排斥透明

^① See Metalclad Corp. v. the United Mexican States, NAFTA, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (Aug. 30, 2000), para.109.

^② 张光. 论东道国环境措施与间接征收——基于若干国际投资仲裁案例的研究[J]. 法学论坛, 2016, (1).

^③ See S. D. Myers, Inc. v. Canada, partial award, Nov.13, 2000, para. 221.

^④ See U.S. Department of State, Methanex Corp. v. United States of America, Award, paras.156~158.

^⑤ See Ethyl Corporation. Research Studies. <http://www.Ethyl.com/research.html>, Nov. 25, 2016.

度原则的要求。^①

一般认为,公平与公正待遇标准中包括了透明度原则的要求,但由于晚近各国签订的一些国际投资协定中规定了公平与公正待遇标准的独立适用性原则,即当东道国违反透明度、国民待遇、最惠国待遇或其他投资协定义务时,并不当然地也违反公平与公正待遇标准。此外,还有个别国际投资协定中删除了公平与公正待遇标准。在上述两种情况下,对于不符合透明度原则要求的东道国国家安全审查措施,外国投资者可以根据国际投资协定中的透明度条款寻求救济。

四、结语

国际裁决是全球法律主义最为显见和持久的贡献。^②通过国际投资仲裁程序对东道国的外资安全审查措施进行适当救济,将能制约国际投资自由化所面临的以国家安全为名的保护主义威胁。

目前,中国已成为新兴的对外投资大国。2016年,中国对外直接投资流量创下了1,961.5亿美元的历史新高,连续两年成为第二大对外投资国。随着“一带一路”建设的持续推进,中国对外投资的总量仍将扩大。但同时,中国企业海外投资项目屡遭外国安全审查,成为中国对外投资“成长中的烦恼”。^③

中国对外签订的国际投资协定已有130多个,虽然绝大多数协定中并未排除国际投资仲裁机制对安全审查措施的适用,但由于其中所保护的适格投资多限于准入后的投资,中国海外投资者只能对准入后中资再并购所遭遇的外国安全审查措施提出国际投资仲裁救济。在未来修订现存中外投资协定或签订新协定时,中国应从维护国家安全及海外投资利益两方面综合考虑相关条款设置。具体而言:(1)采用“准入前国民待遇标准加负面清单”的外资准入模式。当然,在制定中国外资准入负面清单时,要确定一些对于中国国家安全利益至关重要的行业,规定中国政府有权根据具体情况继续对这些领域的外资实行差别待遇或采取进一步的限制措施的权利。

(2)厘清公平与公正待遇的内涵。首先,规定公平与公正待遇的独立适用性,即规定违反国际投资协定其他条款并不当然构成对公平与公正待遇的违反;其次,将违反公平与公正待遇的行为类型主要限于程序公正方面;最后,将公平与公正待遇的解释权和违反该待遇的其他情况的认定权交给缔约双方。(3)明确间接征收的认定要件。规定间接征收是指“东道国使投资者的投资实质上无法产生收益或回报的措施”;要求认定间接征收时需要综合考虑东道国措施的效果与目的两方面因素;规定间接

① Kotera, A. Regulatory Transparency in Muchlinski and Federico Ortino[M]. The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008.

② [美]埃里克·A.波斯纳.全球法律主义的危险[M].韦洪发译.北京:法律出版社,2016.

③ See UNCTAD. World Report 2017[R]. para. 104, http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf#page=2, 2018-12-25.

征收例外情况。(4)不能全面排除国际投资仲裁对安全审查措施的适用。一方面,在中国对其投资较多的国家间签订的协定中不排除国际投资仲裁机制对安全审查措施的适用。另一方面,在中国与缔约对方间双向投资较多时,可以借鉴2014年《欧盟与加拿大全面经济和贸易协定》的做法,在协定中争取排除国际投资仲裁机制对中国安全审查措施的适用,但不排除对缔约对方安全审查措施的适用。

2019年3月15日通过的《外商投资法》中明确规定中国对外资实行准入前国民待遇加负面清单管理模式。在此外资管理模式下,外资安全审查制度将成为维护国家安全的最后一道“防火墙”。中国在构建外资安全审查法律制度时,应注意与相关国际投资协定的衔接与协调。同时,中国对外资的安全审查措施应在符合非歧视、透明度和比例性等标准的基础上实施,以避免或减少外国投资者在相关国际投资协定下与中国的起诉纠纷。

On Relief Approaches of National Security Review under International Investment Arbitration

ZHANG Guang

Abstract: At present, the measures of national security review adopted by some countries have posed serious limitation on normal international investment activities and have become factual investment protectionism. Foreign investors can initiate international investment arbitration procedure to relieve themselves of national security reviews adopted by the host countries by applying fair and equitable treatment, indirect expropriation and transparency clauses in the related international investment treaties. China should pay attention to the coordination with relevant international investment treaties when constructing the legal system of foreign investment security review and implement prudently security measures for foreign investment to prevent possible prosecution by foreign investors under the international investment arbitration mechanism.

Keywords: national security review; international investment arbitration; relief approaches

(责任编辑:金孝柏)