

利益平衡视角下双边投资协定例外条款的扩张与限缩

张倩雯¹ 王 鹏²

(1. 西南交通大学, 四川 成都 610063; 2. 西安交通大学, 陕西 西安 710049)

摘 要: 国际投资协定实体条款改革和投资者与东道国争端解决机制程序改革并行不悖。例外条款在协定文本和仲裁实践中呈现背离的发展趋势。近年来, 国际投资协定纳入例外条款的数量和种类均快速增长, 表明主权国家在“正当性危机”的背景下强化国家规制权, 并回应新的安全风险。国际投资仲裁庭适用例外条款时, 则在条款效力、适用阶段等问题上采用限缩解释, 以防止例外条款滥用。中国在未来谈判和修订国际投资协定时应以总体国家安全观为立足点, 以利益平衡为出发点, 补充纳入并区分种类设置例外条款, 同时在《外商投资法》的配套立法中适当构建例外条款适用路径, 既要发展也要安全, 推动形成全面开放新格局的同时维护中国的合法规制权。

关键词: 例外; 国际投资协定; 利益平衡; 《外商投资法》

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2022) 03-0096-11

面对“正当性危机”的持续发酵, 投资者与东道国争端解决机制进入多边改革时期, 国际投资协定的实体条款改革应与程序制度改革并行不悖。面对仲裁庭程序设计的种种弊端, 东道国通过在国际投资协定中纳入例外条款和增加例外种类加强对外资的规制, 弱化仲裁庭自由裁量的不确定性。仲裁庭在适用例外条款时则试图通过严格解释防止例外条款滥用。例外条款在文本和实践中呈现的相反发展趋势反映出东道国与仲裁庭在条约解释和价值选择上的不同理念。

一、国际投资协定例外条款的起源

例外与原则相伴而生。为促进资本跨国平等流动, 国际投资协定规定了国民待遇、公平与公正待遇、最惠国待遇、禁止征收等基本原则, 同时也在协定中通过例外条款适当保障投资东道国的规制权, 拓展原则的适用空间。国际投资协定例外条款的起源与国际投资活动的发展历程密切相关。

1959年, 联邦德国与巴基斯坦缔结了世界上首个双边投资协定。在国际投资协定产生初期, 吸引外国投资是东道国尤其是发达国家促进经济发展的有力手段。因此,

作者简介: 张倩雯, 西南交通大学公共管理学院讲师, 硕士生导师, 研究方向: 国际投资法; 王鹏, 西安交通大学法学院副教授, 博士生导师, 研究方向: 国际投资法。

基金项目: 2021年度法治建设与法学理论研究部级科研课题“我国外资法与国际投资条约的互动及衔接机制研究”(项目编号: 21SFB3025)。

多数国际投资协定重在强调对外国投资者的保护，对例外条款的关注不足，此时的例外条款尚处于萌芽阶段。20 世纪 70 年代，越来越多的东道国被外国投资者诉诸国际投资仲裁，这在 20 世纪 90 年代阿根廷遭遇经济危机后一度达到高峰。因此，各国开始反思投资自由化带来的问题，表现之一便是在国际投资协定中加入更多种类或内涵更为丰富的例外条款，以拓展东道国的政策空间。

国际投资协定的例外条款最早可见于美国的《友好、通商和航海条约》，早期规定较为简单，通常是为了东道国保护公共政策目标而设置，其在近年的国际投资协定中内涵日趋丰富，主要表现为一般例外、根本安全例外和投资待遇条款的例外。一般例外条款规则主要以《关税及贸易总协定》第 20 条和《服务贸易总协定》第 14 条为蓝本，可追溯到 1927 年的《禁止或限制进出口禁令的国际协定》，主要包括对公共道德、人类及动植物生命或健康以及本国有艺术价值、历史价值的财产、自然资源等利益的保护。根本安全例外条款一直存在于美国的《友好、通商和航海条约》中，后被德国移植到其双边投资协定中，再在各国缔结的双边投资协定中广泛传播。由于国民待遇和公平与公正待遇、最惠国待遇均具有密切联系，故许多双边投资协定对投资待遇约定共同的例外。此类例外采用特殊优先一般的适用原则，即当投资者从事的活动可能同时被其他国际条约调整时，特定领域的国际条约对待遇问题有特别规定的，适用其特别规定。常见的种类主要包括区域经济组织例外、^①税收例外、知识产权例外、政府采购和补贴例外等。^②例如，2007 年《英国与墨西哥双边投资协定》第 5 条第 2 款规定，国民待遇不包括缔约一方根据避免双重征税协定或其他税务安排给予第三国投资者的优惠。但近年来也有部分双边投资协定将此类投资待遇例外纳入一般例外中，这些例外情形则不仅适用于投资的待遇问题，也适用于协定其他条款，例如 2014 年的《英国与哥伦比亚双边投资协定》。

二、国际投资协定文本的例外条款扩张

20 世纪末，投资自由化浪潮高涨，加之国际投资仲裁庭在适用国际投资协定时倾向于保护外国投资者利益，严重损害了东道国的合法权力。面对投资者与东道国争端解决机制的正当性危机，晚近新缔结的国际投资协定明显比过去更多地纳入例外条款。^③无论是根本安全例外条款、公共政策例外条款，还是金融审慎例外条款，在国际投资协定中的数量都在快速增长。随着东道国规制权意愿的加强，国际投资协定文本中例外条款的内涵不断扩张，这主要表现为根本安全范围扩大、信息安全纳入管控和可持续发展纳入公共政策。

① 例如 1987 年《中国与意大利双边投资协定》第 3 条第 3 款。

② 例如 2012 年《美国与卢旺达双边投资协定》第 14 条第 4 款和第 5 款。

③ 参见联合国贸易和发展委员会的统计数据：UNCTAD Investment Policy Hub[EB/OL].2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.(2021-01-07)。

（一）根本安全范围扩大

阿根廷遭遇经济危机引发了被多国投资者申请国际投资仲裁的多米诺骨牌效应，这使各国在签订国际投资协定时更加重视对“国家安全”或“根本安全”范围的界定。传统观念对根本安全的理解限于国家领土完整范畴，因此威胁根本安全利益的常常是他国的军事行为，但晚近“根本安全利益”的范围呈现扩大趋势，其中争议较大的是经济危机是否威胁到一国的根本安全利益。在阿根廷系列仲裁案中，仲裁庭在该问题上曾做出截然相反的裁决。^①面对仲裁庭裁判的不确定性风险，一些国家的应对做法是在缔结协定时明确根本安全例外的内涵，加强对条约解释的控制权。例如，美国2012年《双边投资协定范本》第18条在根本安全例外中除纳入缔约方根本安全利益，还加入了“履行维持或恢复国际和平与安全的义务有必要的措施”。2016年《加拿大与中国香港特别行政区双边投资协定》第17条第4款更是在传统的军事安全之外，进一步将根本安全扩大至国际关系中的“其他紧急情况”。可见传统的根本安全利益范围正在被不断扩张。

（二）信息安全纳入管控

近年以欧盟为代表的经济体在国际投资协定的例外条款中纳入数据处理和保护内容，代表各国正日渐重视伴随数字技术发展和大数据时代而来的信息风险。数据已不再仅仅是信息的载体，更蕴含着重要的财产价值。在数字经济时代，国家间的竞争已成为数据的竞争，如何规制数据的跨境流动以及数据流动中的安全风险成为近年来各国的争议焦点。欧盟将数据权纳入人权范畴，出台了“史上最严厉的数据保护措施”——《欧盟通用数据保护条例》（GDPR），限制数据跨境流动。欧盟近期缔结的国际投资协定也将GDPR的精神体现在例外条款中，将保护个人数据作为投资待遇的例外或者一般例外。例如，《欧盟与新加坡投资保护协定》开创性地明确将“保护与个人数据处理和传输相关的个人隐私”和“保护个人记录和账户的隐私”纳入国民待遇的例外中。^②

《欧盟与新加坡投资保护协定》大幅扩充国民待遇例外内涵与欧盟对国际投资仲裁机制改革的态度相一致。出于对现有投资者与东道国争端解决机制的强烈不满，欧盟委员会在2015年5月公布的《TTIP中的投资章节及其他——改革的途径》中提出建立国际投资法院的主张，^③并在《欧盟与加拿大全面经济与贸易协定》等双边

① 例如，2005年CMS公司诉阿根廷案的仲裁庭将经济危机认定为威胁一国的“根本安全利益”，而在案情几乎完全一样的LG&E诉阿根廷案中，仲裁庭却认为经济危机不构成危急情况，因此不威胁一国根本利益。See CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, 2005, Award, para. 360. LG&E Energy Corporation v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, 2006, Decision on Liability, para. 257. 对于这两个仲裁庭矛盾裁决的详细分析参见：王楠. 危急情况之习惯国际法与投资条约中的不排除措施条款——兼论CMS案和LG&E案[J]. 比较法研究, 2010, (1).

② Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part, Article 2.3.3(e)(ii).

③ European Commission. Concept Paper: Investment in TTIP and Beyond—the Path for Reform[EB/OL]. 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF. (2021-01-07).

协定中率先试点其程序改革方案。与此同时,欧盟也密切关注投资协定条款的实体改革,意在扩大东道国的外资规制权,如在《欧盟与新加坡投资保护协定》中扩张国民待遇例外的内涵,这很可能成为欧盟之后缔结国际投资协定的模板而被纳入更多的投资协定中。

(三) 可持续发展目标纳入公共政策

国家为了实现国内公共政策也会作出某些例外规定,近年公共政策例外规定多和一国的可持续发展目标相联系。国际投资协定中的国内公共政策通常包括公共秩序,^①自然资源,人类、动植物生命或健康,^②金融审慎原则,^③劳工和环境,^④文化产业发展等。^⑤欧盟及其成员国缔结的国际投资协定较多包含此类公共政策例外条款。^⑥与根本安全例外类似,国内政策例外也呈现扩张趋势。在这一问题上欧盟的做法具备代表性,它甚至希望在投资协定中把保护艺术、历史和古迹等国家财富的必要措施也一并纳入国内政策例外范围。^⑦有的投资协定将国内政策例外放到投资待遇条款例外中,例如,2018年《欧盟与新加坡投资保护协定》将保护公共安全、公共道德、公共秩序、人类和动植物的生命或健康、文化历史遗产及保障公平有效的直接征收等措施均纳入国民待遇例外范畴。^⑧

国际投资协定中无论是一般例外条款的数量增加还是例外种类的扩张,都清晰表明了投资自由化和投资保护已不再是国际投资协定的唯一目标,但例外条款的种类扩张也招致了不少来自学界的批评,认为一味扩张例外条款的种类可能有损国际投资协定应有的透明度和非歧视等基本原则。例如,美国2012年《双边投资协定范本》将“履行维持或恢复国际和平与安全的义务有必要的措施”纳入根本安全例外中,若缺乏适用的合理限制则可能导致例外条款的滥用,使国际投资协定脱离其促进和保护投资的初衷。为了防止例外条款成为国际投资协定的“阿喀琉斯之踵”,国际投资法体系的建设应合理平衡外国投资者利益和东道国规制权,才能具备可持续发展能力。对此,观察国际投资仲裁庭在适用例外条款时的实践可知,仲裁庭有意限缩例外适用空间,以达成保护投资者利益和维护东道国合法规制权的适度平衡。

① 例如2004年《约旦与新加坡双边投资协定》第18条a款。

② 例如2007年《加拿大与秘鲁双边投资协定》第10条。

③ 例如2016年《加拿大与中国香港特别行政区双边投资协定》第20条第1款。

④ 例如2015年《瑞士与格鲁吉亚双边投资协定》第9条第1款。

⑤ 例如2014年《日本与哈萨克斯坦双边投资协定》第17条第7款。

⑥ 例如2005年《埃及与德国双边投资协定》第3条第2款。

⑦ Nathalie Bernasconi-Osterwalder. The Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: A Step Backwards for the EU and Canada? [EB/OL]. 2013, <http://www.iisd.org/itn/2013/06/26/the-draft-investment-chapter-of-canada-eu-comprehensive-economic-and-trade-agreement-a-step-backwards-for-the-eu-and-canada/>. (2021-01-07). 2004年《约旦与新加坡双边投资协定》第18条d款已将保护艺术、历史和古迹等国家财富的必要措施也纳入例外范围。

⑧ Investment Protection Agreement between the European Union and Its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part, Article 2.3.3.

三、国际投资仲裁适用例外条款的限缩解释

面对国际投资协定例外条款数量增加以及内容扩张的趋势,国际投资仲裁庭在案件中适用例外条款时却多采用限缩解释,避免滥用例外条款。这或许是投资者与东道国争端解决机制的一种改革方式,即在实体条款的设计和适用中适当平衡外国投资者保护和东道国规制权。国际投资仲裁庭对例外条款的限缩解释主要包括限制条款溯及力、限制条款自裁性和限制条款效力范围。

(一) 限制条款溯及力

例外条款不可溯及既往,即东道国援引的例外条款应当于纠纷发生前在国际投资协定中已有规定,不可事后援引。Occidental Exploration 诉厄瓜多尔案的仲裁庭指出,援引的例外条款应在国际投资协定或其他协定中已有明确规定。^①CMS 诉阿根廷案和 Sempra 诉阿根廷案的仲裁庭也作出类似裁决。^②许多国际投资协定在约定例外条款的同时,也提出了适用例外条款的程序性要求,例如 1996 年《美国与乌克兰双边投资协定》第 2 条第 1 款就对适用附件的例外提出了事先通知的要求。基于该双边投资协定的 Lemire 诉乌克兰案的仲裁庭指出,双边投资协定既然已经约定对国民待遇的保留须有事先通知,这就是一项强制性的程序要求。法律和法规规定国家对保留事项应当事先通知并非仅仅是一种形式主义,而是一项根本性要求,目的在于保障投资者享有法律确定性,不可因东道国事后援引例外条款而损害投资者的诚实信用利益。^③可见,双边投资协定的例外条款适用不可溯及既往这一规则有利于保障法律的稳定性和投资者的可预见性。

(二) 限制条款自裁性

例外条款是否应当具有自裁性 (self-judging) 一直是争议较大的问题。例外条款的自裁性在阿根廷经济危机引发的系列投资仲裁案中被频繁提及。对此,CMS 诉阿根廷、LG&E 诉阿根廷、Enron 诉阿根廷、Sempra 诉阿根廷、Continental Casualty 诉阿根廷等案件的仲裁庭均认为例外条款不具备自裁性。^④在 Deutsche Telekom 诉印度案中,仲裁庭仍然遵循了之前的裁判,认为例外条款应当由仲裁庭进行实质审查,而非东道国自行裁决。^⑤

① Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004, para. 167.

② CMS v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 370; Sempra v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 379. 即使在该案其后的撤销程序中, ICSID 专门委员会也肯定了原裁决对双边投资条约例外条款自裁性的认定。Sempra v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Annulment Proceeding, 29 June 2010, para. 170.

③ Joseph C. Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011, para. 49.

④ CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 366~373; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 212~214; Enron 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. 332, 335~339; Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, paras. 374~388.

⑤ Deutsche Telekom v. India, PCA Case No. 2014-10, Judgment of the Swiss Federal Tribunal, 11 December 2018, paras. 3.2.3.1~3.2.3.4.

目前学界认定例外条款自裁性的观点主要有两类,一类是基于条文本表述的认定。如果条文本有“it considers”“it determines”和“in the state’s opinion”之类的表述,通常认为适用该例外条款属于东道国自裁范围。对比1995年《美国与阿尔巴尼亚双边投资协定》第14条第1款和1998年《美国与莫桑比克双边投资协定》第14条第1款的例外条款表述,我们发现后者增加了“it considers necessary”的主观认定表述,因而是自裁性条款。另一类是基于例外条款类型的认定。有学者从缔约国真实意图、对国家安全的判断能力、晚近国家的国际投资协定实践等方面进行考量后提出,涉及国家根本安全例外的条款适用均应遵循国家自行裁决机制。有学者对例外条款的自裁性提出异议,认为例外条款的自裁性导致投资者对法院和仲裁庭认定公共利益的适当路径难以有规律可循,损害了投资者的合理期待,故应当改变涉及公共利益条款的自裁性。可行的路径之一是改变原来的举证责任分配方式,由主张适用公共利益例外的东道国证明其援引例外条款具有“清楚且有说服力的”(clear and convincing)客观理由和基础。

笔者认为,例外条款的自裁性是以损害外国投资者的预期利益为代价的,应当受到严格限制。因此,在国际投资协定条款文本中明确保留东道国对例外条款的自裁权力应是确定条款自裁性的必要要求。其次,应合理分配东道国和外国投资者在援引例外条款时的举证责任,适当加重东道国的举证义务,保护外国投资者的合法期待。最后,可适当借鉴WTO专家组在DS512案中的做法,运用习惯国际法将成员国对安全例外的自裁决权限制于善意适用范畴内。^①

(三) 限制条款效力范围

由于国民待遇条款在演进过程中长期与公平与公正待遇条款混同,诸多国际投资协定对国民待遇和公平与公正待遇统一约定例外情形。^②那么,在未具体约定的情况下,东道国对国民待遇作出保留的例外情形是否可以同样适用于公平与公正待遇等其他条款呢?Lemire诉乌克兰案的仲裁庭对该问题作出了否定回答。Lemire是美国一家企业,通过乌克兰公司Mirakom对乌克兰一家封闭的股份制公司Gala持股,是Gala公司的大股东。Lemire先生从2006年起间接持有Gala公司100%的股份。6年间,Gala公司虽然数百次对广播执照进行投标,但仅获得一套安全许可证,而Gala公司竞争对手的竞标成功率却高达41%。鉴于Gala公司及其竞争对手竞标结果的巨大差异,Lemire先生认为乌克兰政府的行为违背了其基于《美国与乌克兰双边投资协定》所承担的给予外国投资者公平与公正待遇的义务。对此,被申请人乌克兰

^① WTO Report of the Panel, Russia—Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, 5 April 2019.

^② 直至2000年中国签订的国际投资协定中仍然有将国民待遇和公平与公正待遇并列规定的情形,例如2008年《中国与西班牙双边投资协定》第3条规定:“投资待遇。一、缔约一方的投资者在缔约另一方境内的投资应始终享受公平与公正的待遇。二、缔约一方应给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动不低于其给予本国投资者的投资及与投资有关活动的待遇。”

兰政府援引《美国与乌克兰双边投资协定》附件中关于保留无线电部门作为国民待遇义务例外的约定,认为该例外可同样适用于公平与公正待遇。该案的仲裁庭否定了被申请人这一主张,采取了对条约的严格解释方法,认为双边投资协定附件有关无线电部门的保留例外仅限于国民待遇原则,而在对公平与公正标准进行界定的条款中并没有类似的例外描述,因此国民待遇原则的例外不适用于公平与公正待遇。^①

四、国际投资协定例外条款的投资者与东道国二元冲突

例外条款在协定文本和仲裁实践中呈现背离的发展趋势。随着国际社会的发展和新兴技术的出现,各种复杂的新情况层出不穷,因此,投资协定文本趋向于拓展例外条款内涵。在具体适用例外条款的案件中,国际投资仲裁庭多严格限制东道国行使规制权和自由裁量权,防止例外条款滥用,保护外国投资者的合法期待。内涵扩张、外延收缩的适用路径反映了外国投资者利益与东道国规制权、条约的灵活性与可预见性两种不同价值之间的博弈。

从历史的角度考察,国际法的产生是为了服务于西方殖民国家的利益,国际投资协定的产生也同样是服务于资本输出国的利益。因此,国际投资协定初期的条款设计更多地保护投资者利益、弱化东道国规制权。在国际投资协定的演进过程中,投资者与东道国二元冲突始终存在,例如南北国家围绕征收的补偿分别主张适当补偿原则和赫尔准则。国际投资协定例外条款在文本中的扩张和在实践中限缩也是投资者与东道国二元冲突的体现。

在成因上,东道国试图拓宽规制权,但仲裁庭关注的是防止例外条款滥用。对于东道国而言,一方面,仲裁庭扩张管辖权、扩大“投资”“投资者”定义、滥用保护伞条款、扩大最惠国待遇条款在争端解决程序事项的适用等做法过于倾向保护投资者,^②增加了对东道国的不确定性。扩张例外条款的内容有助于东道国拓展规制权空间。另一方面,东道国通过例外条款平衡了条约的稳定性和可预见性。随着国际社会的快速发展,新的公共问题不断涌现。例如,许多国家在追求经济利益最大化的过程中,不断以牺牲环境安全、破坏自然资源为代价换取经济效益,严重损害人类生存的家园。因此,2007年《加拿大与秘鲁双边投资协定》(第10条)将保护人类、动植物的生命或健康、可用竭的生物或非生物自然资源作为适用该双边投资协定的一般例外情形。日益严峻的知识产权问题也使得一些国家将保护知识产权作为例外纳入双边投资条约中,例如2014年的《中国与加拿大双边投资协定》(第8条第4款)。设置例外条款有助于缔约各方对未能完全预见的情况进行兜底,弥补

^① Joseph C. Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011, paras. 44-47.

^② 徐树. 国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对[J]. 清华法学, 2017, (3); 陈安. 对香港居民谢业深诉秘鲁政府案ICSID管辖权裁定的四项质疑[J]. 国际经济法学刊, 2010, (1); 陈辉萍. ICSID仲裁庭扩大管辖权之实践剖析——兼评“谢业深案”[J]. 国际经济法学刊, 2010, (3).

为维护协定稳定性而减损的灵活性。

面对东道国运用例外条款强化规制权,投资仲裁庭则通过条约解释的方式避免规制权的滥用,以实现投资者与东道国二元冲突的平衡。许多投资协定例外条款的规定存在模糊地带,例如规定一国的根本安全范围包括国际关系中的“其他紧急情况”。那么,新近在全球大流行的新冠肺炎疫情是否算国际关系中的“其他紧急情况”,或构成对一国公共安全和公共利益甚至根本安全利益的威胁?这关系到东道国在疫情中是否可以合法援引例外条款豁免其条约义务。投资协定文本中例外条款措辞的模糊性导致条款存在滥用的可能性,因此仲裁庭运用条约解释的方法从条款的溯及力、自裁性和效力范围等方面对例外条款进行规制具有合理性。但目前仲裁庭对例外条款规制的核心问题在于缺乏明确规则,解释较为散乱,也尚不存在“乌克兰诉俄罗斯运输限制措施案”报告中运用善意等习惯国际法原则的具体分析。^①面对以美国为例频频滥用国家安全例外的做法,投资者与东道国争端解决机制在改革过程中也应合理构建例外条款适用的规制路径。

五、利益平衡视角下中国完善投资例外适用路径的因应

面对国际投资仲裁庭限缩例外条款适用的趋势,中国政府可在国际协定与国内法中“双管齐下”,及时形成国际投资协定例外条款的范式,并通过完善国内相关立法明确例外的内涵。鉴于中国兼具资本净输入大国和资本净输出大国的双重身份,中国政府应以总体国家安全观为立足点,以利益平衡为基本原则,构建有益于保障中国政府规制权的例外条款适用路径。

(一) 完善中国国际投资协定中的例外条款

中国目前生效的国际投资协定对例外条款的重视程度严重不足且呈碎片化状态,或许由于中国政府在谈判时较为受制于对方的谈判文本,例外类型设置缺乏一致性。截至2021年12月,中国政府缔结的双边投资协定有104个已生效。这些双边投资协定大多保护了自由贸易区、关税同盟、共同市场协定等投资待遇例外。晚近中国缔结的双边投资协定也逐渐出现一般例外条款,包括保护本国基本安全利益和维持公共秩序所采取的必要措施,但尚未形成一致做法,例如,2006年《中国与芬兰双边投资协定》和2014年《中国与加拿大双边投资协定》包含一般例外条款,而2009年《中国与俄罗斯双边投资协定》和2010年《中国与法国双边投资协定》则没有该条款。对此,中国政府在修订和谈判双边投资协定时应及时补充例外条款,合理甄别例外条款内涵,结合数字技术发展新趋势与公共政策关切合理设置例外条款种类,以应对国际投资仲裁庭对例外条款采取的限缩解释路径,构建利益平衡的国际投资协定。

^① 对该案的分析可参见:张倩雯,王梓萱,谁来认定国家安全例外——乌克兰诉俄罗斯运输限制措施案评析[J].情报杂志,2020,(8)。

第一，及时补充和界定根本安全例外条款。习近平在主持召开中央国家安全委员会第一次会议时提出，应坚持总体国家安全观，构建集政治安全、国土安全、军事安全、经济安全、文化安全、社会安全、科技安全、信息安全、生态安全、资源安全、核安全等于一体的国家安全体系。在中国实施更大范围、更宽领域、更深层次的全面开放过程中，国家安全的内涵比以往任何时候都丰富，时空领域比以往任何时候都宽广，内外因素比以往任何时候都复杂。反观中国现行的国际投资协定，多数协定缺乏对涉及国家安全和根本安全利益的例外约定，也缺乏对安全内涵的界定。在中国政府修订或重新缔结双边投资协定时，应当及时补充国家安全和根本安全利益等例外条款，并可考虑将总体国家安全观中的政治安全、国土安全和军事安全纳入根本安全利益的内容中。鉴于目前国际投资仲裁庭对于例外条款是否具有自裁性的观点并不一致，建议对于这类安全类型附加自裁性表述。与此同时，应明确东道国所采取的措施与其实实现目标之间的联系程度，将适用根本安全例外条款限制在必要和紧急的情况下。

第二，对公共政策例外应适当补充关切内容。中国现行的大多数国际投资协定并没有规定一般例外，即使规定了一般例外，也存在概念不清、规定简单等设计缺陷。对此，中国政府应在国际投资协定中补充公共政策例外关切，可通过非穷尽的列举方式将文化安全、社会安全、生态安全和资源安全设置为公共政策和公共利益安全例外，或专门设置可持续发展条款，并且通过约定比例原则等降低东道国行使规制权带来的负面效应。

第三，补充信息安全例外以回应数字技术挑战。鉴于中国《个人信息保护法》与 GDPR 在对个人信息保护方面有一定相似性，中国政府可借鉴《欧盟与新加坡投资保护协定》将个人数据保护纳入国民待遇条款例外的做法，规定东道国可基于保护个人隐私或维护信息和科技安全豁免国民待遇义务，也可考虑将个人数据和个人信息保护以及国家维护信息和科技安全的行为纳入一般例外。

（二）在外商投资立法中构建例外内涵指引

国内立法与一国缔结的国际条约存在紧密互动。《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第 42 条第 1 款规定：“仲裁庭应依照双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。如无此种协议，仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律（包括其冲突法规则）以及可能适用的国际法规则。”由此可见，国内立法可作为仲裁庭解释国际投资协定的基本依据之一，对于明晰国内公共政策、公共秩序、公共道德、多元文化、可持续发展等价值内涵具有重要指引作用。中国的外商投资立法也应与缔结的国际投资协定保持一致性。

2020 年 1 月 1 日，中国《外商投资法》已生效，取代了原来的“三资法”。《外商投资法》的生效彰显了中国进一步扩大开放、推动形成全面开放新格局的决心，如第 4 条规定“国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度”，这是中国外商投资管理模式的重大变革。

在扩大对外开放的同时,健全对外开放安全法律保障体系同样重要。与推进投资便利化、保护外商投资者合法利益相比,《外商投资法》关于维护中国规制权的规定相对简略,这可见于其例外条款中。《外商投资法》的例外主要着眼于保障中国国家和社会公共利益,例如第6条规定:“在中国境内进行投资活动的外国投资者、外商投资企业,应当遵守中国法律法规,不得危害中国国家安全、损害社会公共利益。”第35条进一步规定了国家建立外商投资安全审查制度,但具体制度尚未出台。

《外商投资法》对于中国政府规制权只做了原则性规定,与中国国际投资协定中的例外条款规定并未接轨。与最新的《中国与加拿大双边投资协定》中的例外条款相比,《外商投资法》缺少了文化产业例外、金融审慎例外等规定。建议中国政府在制定《外商投资法》配套立法措施以及外商投资安全审查制度时,与中国缔结的双边投资协定接轨,进一步阐释国家安全、公共政策和公共利益等内涵,明确国家安全与投资协定中的根本安全利益的关系,适时补充个人数据保护、金融审慎等例外情形,实现保护和促进投资与维护中国外资规制权的合理平衡。

六、结语

中国政府在积极参与国际投资仲裁程序机制多边改革的同时,也应积极推进国际投资协定实体条款的改革,以促成具有公正性、合理性、透明度和正当性的国际投资协定。在全面深化改革、扩大开放的同时,中国政府应正确认识开放中的风险,在国际投资协定中合理构建例外条款,平衡投资者利益与东道国规制权,落实总体国家安全观,构建可持续发展的国际投资协定。与此同时,中国也应重视国内法与国际条约义务的一致性。在《外商投资法》实施之际,中国应在完善其配套立法时与国际投资协定中的例外条款规定相匹配,明晰例外条款内涵的国内法解释。

参考文献:

- [1] 陈安.国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践[M].上海:复旦大学出版社,2007.
- [2] 李小霞.国际投资法中的根本安全利益例外条款研究[M].北京:法律出版社,2012.
- [3] 王鹏.论国际投资法与国内法的互动[J].国际经贸探索,2014,(9).
- [4] 徐崇利.经济全球化与国际经济条约谈判方式的创新[J].比较法研究,2001,(3).
- [5] 徐树.国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对[J].清华法学,2017,(3).
- [6] 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).
- [7] 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,2018,(1).
- [8] 张倩雯.数据跨境流动之国际投资协定例外条款的规制[J].法学,2021,(5).
- [9] 赵维田.世贸组织(WTO)的法律制度[M].长春:吉林人民出版社,2000.
- [10] Boed,Roman.State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct[J].Yale Human Rights & Development Law Journal,2001,(3).
- [11] Burke-White,William W.,Staden,Andreas von.Investment Protection in Extraordinary Times:The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties[J].Virginia Journal of International Law,2008,(48).

- [12] García-Bolívar, Omar E. The Teleology of International Investment Law: The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements[J]. The Journal of World Investment & Trade, 2005, (6).
- [13] Kurtz, Jürgen. The Delicate Extension of MFN Treatment to Foreign Investors: *Maffezini v. Kingdom of Spain*, in Weiler[C]. International Investment Law and Arbitration, Cameron, May, 2005.
- [14] Kurtz, Jürgen. The WTO and International Investment Law: Converging Systems[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- [15] Lipson, Charles. Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries[M]. Berkeley: University of California Press, 1985.
- [16] Malanczuk, Peter. Akehurst's Modern Introduction to International Law (7th ed)[M]. London and New York: Routledge, 1997.
- [17] Pedro J., Martínez-Fraga, et al. Public Purpose in International Law: Rethinking Regulatory Sovereignty in the Global Era[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- [18] Schrijver, Nico. Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- [19] Shan, Wen-hua. Towards a Balanced Liberal Investment Regime: General Report on the Protection of Foreign Investment, General Report on the Protection of Investment for the XVIIIth International Congress of Comparative Law 2010 Washington DC[J]. ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, 2010, (2).
- [20] Shan, Wen-hua. The Legal Framework of EU-China Investment Relations: A Critical Appraisal[M]. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.
- [21] Sornarajah, Muthucumaraswamy. International Law on Foreign Investment (3rd ed)[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- [22] Spears, Suzanne A. The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements[J]. Journal of International Economic Law, 2010, (4).
- [23] Vandevelde, Kenneth J. Rebalancing through Exceptions[J]. Lewis & Clark Law Review, 2013, (17).
- [24] Wallace, Don Jr., Bailey, David B. The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions[J]. Cornell International Law Journal, 1998, (31).
- [25] Wang, Wei. The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions[J]. ICSID Review, 2017, (2).
- [26] Yelapaala, Kojo. Fundamentalism in Public Health and Safety in Bilateral Investment Treaties Part[J]. Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, 2008, (3).

The Expansion and Contraction of Exceptions in Bilateral Investment Treaties from the Perspective of Interest Balance

ZHANG Qianwen WANG Peng

Abstract: The reform of international investment treaties goes along with the reform of investor-state investment arbitration mechanism. The text and practice of exception clause manifest opposite development tendency. Recently states include more categories of exceptions in IIAs to strengthen the host states' regulatory power under the "legitimate crisis" and respond to new security risks. Meanwhile, international investment tribunals tend to restrict the application of exception clauses to prevent the abuse of exceptions. The design of China's future IIAs should be guided by the overall national security outlook and the principle of interest balance. The Chinese IIAs should include exception clauses and design according to different risks. Moreover, China's Foreign Investment Law should also clarify securities in IIAs, so as to balance development and security, and to maintain China's regulatory power while deepening the opening-up.

Keywords: exception; international investment treaties; interest balance; China's Foreign Investment Law

(责任编辑: 金孝柏)