

国际投资协定国家安全例外条款的自裁决性质

李雪娇

(吉林大学, 吉林 长春 130012)

摘要: 内嵌自由主义复兴, 国际投资领域对国家规制权的效用需求更为迫切。附有自裁决性质的国家安全例外条款无疑是维护国家利益之利器。国家安全例外条款自裁决功能关键因素在于对其性质的认定及审查标准的确立。仲裁庭应当秉持“宽进严出”的态度, 打破措辞结构局限, 综合考量国家态度等因素, 宽松认定自裁决性质, 严谨把握审查标准, 区分东道国主观意图及其安全利益是否受到威胁; 对于措施的“必要性”, 原则上由东道国自由裁量, 但仲裁庭有“善意审查”的职权, 加诸程序义务的检视, 以避免东道国利用国家安全例外条款自裁决性质的便利而行投资保护之实。

关键词: 国际投资协定; 国家安全例外条款; 自裁决; 认定依据; 审查标准

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2025) 04-0076-12

内嵌自由主义复兴(王彦志, 2018; Titi, 2018), 国际投资领域中保护和促进投资自由化的决策主导地位已经动摇, 国际投资协定(IIA)缔约国对国家规制权的效用需求更为迫切, 单纯地崇尚投资自由化已经不复存在, 且国际资本多向流动, 很多国家都兼具投资者母国与东道国的双重身份, 拥有东道国身份的资本输入国更希望在IIA促进和保护投资的一贯宗旨下预留一定的国家安全利益空间, 在军事、政治、经济等主权受到威胁时可以有回旋的余地, 又不至于违反国际协定的约束。于是, 附有自裁决(self-judging)性质的国家安全例外条款应运而生。

一、问题的提出

近年来, 随着国家主权的“回归”, 安全例外条款逐渐被“唤醒”(梁咏, 2020)。一般认为, 安全例外条款因措辞结构的不同而有自裁决性质与否之分, 从条约缔结现状来看, 自裁决式的国家安全例外条款在IIA中占有一定比例, 而且出现的频度逐渐提高。国家安全例外条款本身即具有排除东道国措施不法性的特点, 如果再被解释为具备自裁决性质, 东道国援引之以维护国家安全利益的成本可能大为降低, 投资者随之面临的风险就会增加, 不利于寻求东道国与投资者之间利益平衡

作者简介: 李雪娇, 吉林大学法学院国际法专业博士研究生, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 国家社会科学基金一般项目“‘一带一路’倡议下中国视角的国际投资规则创新研究”(项目编号: 18BFX214)。

的关系；而且，在已发生的多起投资争端中，东道国致力于援引国家安全理由采取措施的频度提高，以保护国家基本安全利益为名行投资保护之实的威胁增加，这显然不利于投资者合法权益的保护，更会引发其他缔约国的效仿。如果所有国家都以保护本国安全利益为由而行投资保护之实，国家保护主义将大行其道，国际投资安全将无从保障。然而，东道国又确实有保障安全利益的需求，所以自裁决式国家安全例外条款的恰当适用尤为重要。对于国家安全例外条款自裁决性质的研究，最关键的是条款自裁决性质的认定和审查标准问题，如果缔约国及仲裁庭能够摒弃模糊态度，对此趋于统一的认知，则不仅投资者的预期将更加明朗，东道国的安全利益也会得到更为妥善的保障。

二、国家安全例外条款自裁决性质的认定

一直以来，关于国家安全例外条款自裁决性质认定标准的争论未曾停止过，至今亦没有定论。根据其表述，通常采用“it considers”（其认为）措辞结构的安全例外条款被认定为具有自裁决性质，但基于自裁决式国家安全例外条款对投资者与东道国的重要意义，措辞结构标准不适宜作为唯一的判断依据。除此之外，仲裁庭还应当结合国家实践进行综合考量，以探索“隐性”自裁决条款的适用法则。

（一）关于自裁决性质的定义

国家安全例外条款是指在一定前提下排除东道国为实现国家安全利益而采取违背 IIA 其他实体义务措施的不法性之条款，其常被赋予自裁决性质，而关于这一性质，目前理论界尚未形成一致意见，实践中也缺少详实的论证。Schill 和 Briese（2009）认为，至今并没有普遍接受的关于自裁决条款的定义，但是在判断自裁决性质时一般都会考虑两个特质：其一，自裁决式条款一般赋予缔约方单方的自由裁量权，以使其不受某项国际义务的约束；其二，倘若被认定为自裁决式条款，则能否排除措施的不法性主要依赖于缔约方的意见，而不是仲裁庭的审查。正如 2012 年《世界投资报告》指出的那样，安全例外条款一旦被设置为自裁决式，则东道国的自由裁量权将被扩大，随之投资者的法律确定性就会减少。^①由此可见，国家安全例外条款是否被确定为自裁决式，对裁决结果的走向至关重要。

目前，含有“it considers”措辞结构仍然是判定国家安全例外条款具有自裁决性质的通用标准，但却不宜作为唯一依据，因为相对于“显性”的表述方式，“隐性”因素更值得关注。所谓“隐性”因素，即虽不具备外观上的“显性”特征，但经合理推论后，可将不符合自裁决表面特征的国家安全例外条款判断为具有自裁决性质，推断的依据即在于国家一贯的意见和实践。美国很早就认为国家安全例外条

^① UNCTAD.World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies[R].United Nations,2012:151.

款应当被解读为具有自裁决性质，Vandeveld (1993) 对此予以证实：“非常确信，美国自 1984 年以来即认为根本安全利益例外条款为自裁决条款。”然而，美国单方的意思并没有得到仲裁庭的支持，在 Enron 诉阿根廷案及 CMS 诉阿根廷案中，仲裁庭认为诉争条款不含有“it considers”标志性措辞结构，缔约双方也没有就条款的性质达成合意，至少缔约方应当将各自意见呈于书面之上，才可判断双方有此意图，因而仲裁庭并未承认美国—阿根廷双边投资协定 (BIT) 第 11 条具有自裁决性质。^①诚然，美国作为投资者母国虽未针对本案诉争焦点发表明确声明，但正如前文所述，实际上美国在国家安全例外条款应当被解释为自裁决性质的历来主张上具有代表性，但仲裁庭却并未考虑美国的一贯立场。在阿根廷系列案件中，阿根廷已经表达了其认为第 11 条具有自裁决性质的意见，在不考虑其他因素的情况下，^②既然仲裁庭不可依据缔约方单方意思进行判断，那么，在阿根廷明确主张和美国一贯立场的前提下，仲裁庭可以考虑双方具备合意，共同认可该条款具有自裁决性质。有学者不认同仲裁庭对于第 11 条性质的认定结果，他们认为仲裁庭在进行审查时不应当具有局限性，条款本身的内容的确是重要的判断依据，但缔约双方的态度也不可忽略，第 11 条应当在综合考虑下被解释为具有自裁决性质 (Desierto, 2012; White and Staden, 2008)。然而，“隐性”因素并没有得到广泛认同，仲裁实践亦尚无一例佐证或应用，这与其在仲裁实践中不易论证有关。

总之，目前对国家安全例外条款自裁决性质的认定标准尚未达成普遍共识，之所以如此，就在于自裁决性质的断定无论对于东道国、投资者还是投资者母国都意义重大，动辄可能涉及数十亿甚至数百亿赔偿，也正是如此，才更需要妥善的方法和谨慎的态度来解决问题。

(二) 自裁决性质的认定标准

国家安全例外条款自裁决性质的认定亟待确立判断标准，而措辞结构不适宜作为唯一的判定依据。为了东道国的利益及投资者的权益趋于合理的平衡，对自裁决式国家安全例外条款的判定需要更加综合的方法，具体而言，如下角度可予以妥善考虑与适用。

其一，首要依据：缔约方达成书面合意。仲裁庭在判断国家安全例外条款是否被赋予自裁决性质时应当以缔约方达成的书面文件为首要认定依据，书面文件中的明确表达应当对缔约方及仲裁庭有约束作用。书面文件包括 IIA、附加议定书、联合

^① Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. The Republic of Argentina. The ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007, para. 324~327; CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005, para. 339~373.

^② 其他因素主要指对投资者合理期待的保护，尽管缔约双方都表达了美国—阿根廷 BIT 第 11 条系自裁决性质的意愿，按照对“隐性自裁决条款”的理解，仲裁庭应当认定第 11 条的自裁决性质，但从保护投资者合理期待的角度，自裁决性质并没有得到认定，下文会提及此观点。所以，对于自裁决性质的判断，不宜以偏概全，应当把握细节，综合考虑。

声明及各自的单方允诺等，^①达成合意的方式包括在条款中直接明确、对条款本身加注、通过其他书面方式明确等，而对缔约方存在明确书面合意的判断不完全是以书面文件中含有“it considers”为基准，措辞只是其中一个重要判断依据，缔约方还可以选择更为直观的表述方式，如明确说明“安全例外条款排除仲裁庭的实质审查”或“缔约方认为安全例外条款具有自裁决性质”。《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）数据跨境流动例外条款就是缔约方对其自裁决性质达成书面合意的表现，缔约方在条款本身增设注释：“就本项而言，缔约方确认实施此类合法公共政策的必要性应当由实施的缔约方决定。”虽然此项条款突破了传统国家安全的范围，但其自裁决性质应当予以肯定。

所以，无论缔约方的意见以何种方式表达，都需要考察双方是否明确表示其对国家安全例外条款自裁决性质的认定意见，满足以上条件的书面文件可作为仲裁庭判断国家安全例外条款自裁决性质的首要标准。倘若缔约方并没有达成明确的合意，则仲裁庭还要综合考虑其他因素，即下文所要阐述的重要依据和参考依据。

其二，重要依据：条款中含有“it considers”的措辞结构。^②“it considers”是自裁决式国家安全例外条款的标志用语，虽不可作为唯一判断标准，但仍然是一般意义上的认定依据。^③在尚未达成普遍共识的判断标准出现之前，标志用语确系最明显的判断依据，在条约表达、理论研究及仲裁实践中都有论及并得到支持。

在条约表达上，以中国—土耳其 BIT 第 4 条第 1 款和第 2 款为例，前者在内容表述中并没有出现类似于“其认为”的标志用语，而后者分别在第 1 项和第 2 项中采用了“其认为”的措辞结构。根据文本释义，第 1 款和第 2 款的重要区别在于后者突出了缔约方可依据其自身判断采取措施的意思表示，而第 2 款保护的目标又是国家基本安全利益，所以理应被认定为系自裁决式国家安全例外条款。在理论研究中，梁开银（2021）指出，条款若含有“it considers”等类似词语限定，即可认为其附有自裁决性质，若不含有标志用语，则对自裁决性质的判断应当结合条约语境、背景资料及具体实践而定。由此可见，梁开银（2022）认为“it considers”标志用语是具有一定认同度的判断依据，但不宜作为绝对标准。张乃根（2021）也主张“其认为”具有“自裁性”含义，同时也对 Enron 诉阿根廷案及 CMS 诉阿根廷案仲裁庭过于保护投资者利益、没有对安全例外条款“自裁性”进行符合条约解释惯例的充

① 单方允诺虽由缔约方各自而作，但只有东道国及投资者母国均对案涉国家安全例外条款的自裁决性质作出表态时才可作为认定依据。

② 之所以将“it considers”措辞结构单独以“重要依据”出现，而并未将其划入“首要依据”予以详细阐述，并非否认该措辞结构作为判断安全例外条款自裁决性质的充分条件，而是想要突出首要依据中关于合意内容表述的直观性，同时，将“it considers”单独提出，也是强调基于条约现状该措辞结构作为标志用语的重要地位。

③ “一般意义上的认定依据”与“重要依据”有所差异。前者是根据目前的状况而言，“it considers”标志用语通常被作为自裁决式国家安全例外条款的认定依据，而“隐性”依据尚未有实践案例支持；后者是对“it considers”标志用语作为“重要依据”的主张，与前者差异在于，一方面肯定标志用语作为依据的重要性，而不是唯一性，另一方面也在希望标志用语之外，还要考虑“隐性”认定依据的存在。可以理解为后者的地位弱于前者。

分解释而提出质疑。在仲裁实践中, Devas 诉印度案仲裁庭认为, 国际法院已经很好地确立了这一原则, 除非一项条约包含特定的措辞授予国家充分的权利, 可自行决定其认为保护其安全利益的必要条件, 否则相应条款不能被认定为具有自裁决性质, 关于印度—毛里求斯 BIT 第 11.3 条的表述, 显然没有任何仲裁庭会认为是明确地给予国家这种性质的自由裁量权的措辞, 所以案涉安全例外并不附有自裁决性质。^① Deutsche Telekom 诉印度案中, 仲裁庭也认为德国—印度 BIT 第 12 条并没有类似自裁决措辞的迹象, 所造成的效果与美国—阿根廷 BIT 第 11 条相同。^②

“it considers”作为判断安全例外条款自裁决性质的重要依据, 与首要依据相比, 差异在于其含有一定的推测性, 而缺少直观表达性, 这一差异也引发了对标志用语是否可以作为充分条件的疑虑, 对此, 可以从两个角度分析和化解。第一, 发挥仲裁庭的善意审查^③职能。以一个善意第三人的合理判断, 如果安全利益并未遭受严重威胁, 东道国明显在利用安全例外条款逃避责任, 那么仲裁庭将会行使善意审查职能对此作出相应论断, 以保障投资者的合法权益, 如此, 该职能的行使可打消上述部分疑虑。第二, 尊重缔约方的书面合意。根据上述仲裁实践, 安全例外条款含有“it considers”措辞结构即被认为缔约方有赋予其自裁决性质的意图, 这是缔约方达成的书面合意, 应当予以尊重。而且, 基于实践, 投资者对标志用语的作用已有认知, 尊重合意并未超出投资者合理期待的范畴。所以, 即使在威胁程度难以判断、善意审查无法实施时, 缔约方的合意仍应当被尊重, 因为缔约方在缔约时应当考虑到赋予条款自裁决性质可能带来的后果, 并有义务对此担责。由此可见, “it considers”措辞结构是判断自裁决式国家安全例外条款的重要依据, 甚至可以作为充分条件, 而在没有标志用语出现时, 仲裁庭应当不拘泥于措辞的表达, 安全例外条款最终是否被认定为具有自裁决性质, 除了措辞结构及缔约方明确的意见表达外, 还要结合具体情境综合分析, 即下文所要阐述的参考依据。

其三, 参考依据: 国家一贯的意见或实践。自裁决式国家安全例外条款有“显性”与“隐性”之分, 前者更容易识别, 后者亦不可忽略。首要依据和重要依据都是对“显性”因素的适用, 参考依据关注的是“隐性”因素的存在。具体而言, 仲裁庭在面对国家安全例外条款是否具有自裁决性质的争议时, 如果缔约方并未在书面文件中予以明确约定, 条款中也不包含标志用语, 则仲裁庭可通过缔约方一贯意见表达和实践作出合理推论, 如缔约方曾公开发表过声明或通报, 认为保护国家安全利益的例外条款应当被解释为具有自裁决性质, 此项认定意见要么特别指向诉争条款, 要么具

① CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, July 25, 2016, para. 219.

② Deutsche Telekom v. India, PCA Case No. 2014-10, Interim Award, December 13, 2017, para. 231.

③ 即使安全例外条款被认定为具有自裁决性质, 也并不代表援引国可以完全自裁决, 仲裁庭仍然行使最低限度的审查职能, 即“善意审查”。

有普遍适用性。在此种情形之下，仲裁庭有理由认为缔约方对自裁决性质持肯定意见。如阿根廷系列案件中，美国的一贯态度即可被认为是对国家安全例外条款隐性自裁决性质的表达。具体而言，仲裁庭在判断美国—阿根廷BIT第11条的自裁决性质时，可见其条款内容本身并没有包含标志性用语，而阿根廷已经向仲裁庭提出其认为第11条附有自裁决性质，此时仲裁庭即可判断这一诉争条款是否已经在美国一贯的意见和实践中具备了隐性自裁决式国家安全例外条款的条件，如果是，则可认定第11条为自裁决条款。一般而言，在投资者—国家争端解决（ISDS）机制之下，援引国家安全例外条款并意图适用其自裁决性质的都是东道国，投资者母国出于对投资者的保护，几乎不会在争端之际主动提出其也认为东道国援引的条款具有自裁决的性质，仲裁庭只能通过投资者母国是否曾经对此有过公开的意见表达作出合理推论。当然，这并不是绝对的。由于存在东道国与投资者母国身份的转换，并非针对个案的需要，而是在全面衡量之后，投资者母国有可能作出安全例外条款附有自裁决性质的意见，此时仲裁庭需要解释投资者母国所作出的意见表达是否及于诉争案件，在尝试认定“隐性”自裁决式国家安全例外条款的同时，也不能忽略投资者的合理期待以及对投资者合法利益的保护。另外，需要注意的是，对于“隐性自裁决条款”的判断，仲裁庭必须保持谨慎态度，诉争条款所保护的目标与投资者母国“隐性”表达所指向的保护目标必须具有高度的重合性，否则可能会侵害投资者的合法权益，不利于国家安全例外条款平衡功能的实现。

另外，关于国家安全例外条款性质的认定，有观点认为其只能是非自裁决式，而不论条款本身措辞如何（梁丹妮，2011），因为促进和保护投资是IIA的一贯宗旨，缔约方通过IIA进行风险分配时，只能将有限的风险转移给投资者，否则即与宗旨背道而驰（彭岳，2011），而自裁决性质显然会加剧投资者可能面临的风险。此种观点对于IIA宗旨的强调值得肯定，但有片面之嫌。根据2024年《世界投资报告》，2023年新发起的投资仲裁有60项，导致ISDS案件总数达1,332起，^①其中有大量仲裁以东道国的败诉而告终，这与IIA的既定宗旨有密切关系，IIA对投资者偏向保护，一系列失衡的仲裁裁决令ISDS机制受到挑战。当今国际投资对条约规制的需求已经由投资自由化延展至如何实现东道国利益与投资者保护之间趋于合理的平衡，自裁决式国家安全例外条款的杠杆属性应当被有效运用。

实际上，无论传统安全还是新型安全，都有设定自裁决性质的需求，仲裁庭应当尊重缔约方的自由意志，只要达成一致意见，并形成书面文件，即使保护内容超出传统范围，诉争的国家安全例外条款也应当被认定为具有自裁决性质。如果缔约方并未达成明确的书面合意，则仲裁庭应当结合条款的措辞是否含有“it considers”的标志用语以及缔约方的一贯意见和实践等因素综合论断。在自裁决性质的认定上，

^① UNCTAD.World Investment Report 2024: Investment Facilitation and Digital Government[R]. United Nations,2024:xiii.

仲裁庭应当有权作出判断，并且对此持宽松态度，这才符合当前收紧和保护本国安全利益的迫切诉求，但宽松须谨慎；如此，不至于肆意侵蚀投资者的合法权益，也不至于令 ISDS 机制受到过多挑战。

三、对自裁决式国家安全例外条款的审查

仲裁庭对国家安全例外条款自裁决性质的认定应当持有相对宽松的态度，不管是在公开文件中表明对安全例外条款自裁决性质的认可，还是通过国家一贯的意见或实践推断而出，抑或缔约方未作任何明确的解释说明，仅在缔约文件的国家安全例外条款中设置“it considers”措辞结构，国家安全例外条款的自裁决性质都应当被考虑接受，仲裁庭应当承认“显性”和“隐性”双重自裁决性质的存在，而且，对于隐性自裁决式国家安全例外条款，仅需要最基本的论证即可，坚守认定标准的同时作宽松论断。但对自裁决式国家安全例外条款的审查，仲裁庭则需要持有严格的態度，以避免此项条款被东道国滥用。因此，投资仲裁庭需要承担这样一种角色或职能，即通过实行某种审查标准来区分东道国的意图及东道国是否受到真实的国家安全利益威胁，东道国采取措施是否具有合理性和必要性。那么，仲裁庭应当如何确定和把握审查的标准呢？

（一）对自裁决和非自裁决条款适用不同的审查标准

如果想要准确把握审查自裁决式国家安全例外条款的度，首先要区分仲裁庭在面对自裁决条款和非自裁决条款时所采取的审查标准有何区别，审查的内容是否不同，或者说两类审查标准的临界点在何处。各类自裁决式国家安全例外条款的审查内容可以归纳为三大核心问题：其一，东道国的一项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本国安全利益之间是否具备“必要性”关联（葛辰，2017）。对于非自裁决式国家安全例外条款，仲裁庭审查的核心内容也无非是以上三大问题。实际上，自裁决性质与否的区别，不在于仲裁庭审查内容的不同，而在对审查内容采取的审查标准不一致。

以 DS512 案为例，该案虽分属国际贸易领域，但由于 GATT 第 21 条与投资领域国家安全例外条款的关联性，^①世界贸易组织（WTO）争端解决机构（DSB）对 GATT 第 21 条持有的意见也可以被投资仲裁庭所借鉴。在 DS512 一案中，DSB 专家组承认了 GATT 第 21 条的自裁决性质，且这一性质并没有排除 DSB 的管辖权，在此基础上，专家组认为俄罗斯与乌克兰的争端已经被联合国认定为上升至武装冲突层面，俄罗斯已经遭遇了国家根本安全利益的威胁，其采取措施的目的是应对此种威胁，而对于采取的措施与保护其安全利益之间是否具有必要性的关联，由援引

^① GATT第21条是IIA国家安全例外条款的措辞来源，很多国际投资领域的国家安全例外条款都模仿了GATT第21条的措辞。

国自由裁定。^①DS512案专家组认为自裁决式国家安全例外条款并不是完全的自裁决,但是关于措施的必要性内容交由东道国自由裁量,DSB仅履行最低限度的审查职能,即所谓的“善意审查”(good faith)(张倩雯和王梓萱,2020;梁咏,2020)。与之相比,在国际投资领域,对于非自裁决式国家安全例外条款的援引,仲裁庭除了对援引国是否存在威胁进行审查之外,对于措施的必要性及关联性等也会予以审查,而且仲裁庭会衡量是否有其他可替代性措施;如果有,则东道国采取措施的必要性是不成立的,这就是所谓的“实质审查”。以Deutsche Telekom诉印度案为例,印度对国家安全例外条款自裁决性质的主张并没有得到仲裁庭的认可。仲裁庭认为印度政府所要保护的目标除军事利益外,还包括火车追踪、紧急通信等公共利益,且从取消许可到划作他用有4年之隔,其措施不符合“必要性”要求。^②可见实质审查无疑大大增加了东道国援引国家安全例外条款以保护本国安全利益的难度。

在已决的投资仲裁中,尚未有一例涉案的国家安全例外条款被认定为具有自裁决性质,所以,尚不能给自裁决性质的审查标准提供仲裁实践的借鉴,但是学术界对此已经有所探讨。韩秀丽(2011)及Schill和Briese(2009)都认为,自裁决性质并不排斥仲裁庭的管辖权,只是影响仲裁庭对东道国采取措施适用的审查标准,如果国家安全例外条款被认定为非自裁决性质,则意味着赋予仲裁庭实质审查的权力,否则,则意味着仲裁庭的部分审查权被剥夺,由严苛的实质审查转向善意审查。善意审查标准的确立来源于《维也纳条约法公约》(VCLT)的规定,缔约方应当秉持善意履行条约,仲裁庭应当对条约进行善意解释。根据审查的三大核心问题,善意标准可以理解为仲裁庭有权审查东道国的安全利益是否受到了威胁,东道国采取的措施是否出于维护东道国安全利益的目的,至于措施与目的的必要性关联,可由东道国自由决断,仲裁庭只要审查其是否出于善意即可。^③善意标准赋予了仲裁庭衡量东道国措施合法性的标尺,使仲裁庭可以对正当的国家安全关切和构成伪装的保护主义作出区分。所以,对于国家安全例外条款的自裁决性质与非自裁决性质,其审查标准的实质区别即在于善意审查与实质审查的区别。

(二) 确认“it considers”措辞结构的修饰内容

自裁决式与非自裁决式国家安全例外条款审查标准的区别在于前者赋予了仲裁庭善意审查的权利,而善意审查的内容决定于“it considers”措辞结构的修饰内容。国家安全例外条款的表述方式不尽相同,在含有“it considers”的情况下,根据文意语法等进行推论,对于“it considers”所修饰的内容可能存在不同的解读,最普遍的争议在于其修饰的是“措施”还是“措施的必要性”。例如美国—卢旺达

^① Russia—Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, Report of the Panel, April 5, 2019, para. 7.132–7.144.

^② Deutsche Telekom v. India, PCA Case No. 2014–10, Interim Award, December 13, 2017, para. 285–291.

^③ 至于为何善意审查的内容不是东道国是否遭遇了安全威胁、东道国采取措施的目的,而是措施与目的的必要性关联,主要取决于“it considers”措辞结构的修饰内容,下文将会详细论述。

BIT 第 18.2 条: “Nothing in this Treaty shall be construed to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for…the protection of its own essential security interests,” 根据语法结构, “it considers” 直接修饰的是 “necessary”, 间接修饰的是 “measures”。再如中国—土耳其 BIT (中文版) 第四条第二款第 (二) 项: “本协定不应解释为禁止缔约一方根据国内法在非歧视的基础上采取其认为为保护基本安全利益所必需的措施,” 根据中文的文本释义习惯, “其认为” 修饰的是 “措施”, “所必需的” 修饰的也是 “措施”, 那么是否可以确定在中国—土耳其 BIT 中, “其认为” 修饰的就是 “措施” 呢? 并不必然如此。根据中国—土耳其 BIT 对作准文本的规定: “本协议定书……每份都用中文、土耳其文和英文写成, 3 种文本同等作准。如对文本解释发生分歧, 以英文本为准。” 而英文版本第 4.2 条 (b) 项规定: “This Agreement shall not be construed so as to prevent a Contracting Party from adopting measures that it considers necessary for the purpose of protecting its essential security interests pursuant to its domestic law on a nondiscriminatory basis,” 经过文本解释, 可以得出与美国—卢旺达 BIT 第 18.2 条一样的结论。之所以解读和强调标志用语的修饰内容, 是因为在自裁决式国家安全例外条款的措辞结构中, “it considers” 用语修饰的是 “measures” 还是 “necessary”, 关乎着仲裁庭的善意审查内容是 “措施” 还是 “必要性之关联”。如果是前者, 则仲裁庭会对必要性进行审查, 以及论证是否存在其他可替代性措施; 如果是后者, 则仲裁庭会对措施的正当性进行审查。在前者的认定理论下, 仲裁庭更关注东道国采取的措施与旨在保护的国家安全利益之间的关联关系, 以及措施是否具有不可替代性; 在后者的认定理论下, 仲裁庭更关注东道国采取的措施是否符合比例原则。由于指向不同的审查内容, 不同的修饰措辞认定理论可能会导致不同的结果。

DS512 被认为是 WTO 正面回应援引自裁决式国家安全例外条款第一案, 而且专家组已经作出裁决结果。卡塔尔诉沙特知识产权保护措施案 (DS567) 被认为是 WTO 正面回应第二案 (杨钊和黄世席, 2021), 该案已经作出专家组报告, 但由于卡塔尔撤回申请, 同意终止争端, 并不再寻求通过专家组报告, 遂该案专家组报告虽已作出但并未通过。^①如果在两案之前, 对于 “it considers” 的措辞结构所修饰的内容较有争议, 那么在两案之后则越来越明朗化。根据 DS512 的裁决结果及 DS567 的专家组报告, “it considers” 所修饰的应当是 “necessary”。DS567 沿用了 DS512 专家组的意见和思路, 认为沙特存在国家安全被威胁的情形, 其采取的措施构成安全例外的必要措施, 但沙特急于追究盗版者责任则不符合 “必要性” 的要求。^②

① Saudi Arabia—Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, Communication from Qatar, 25 April 2022.

② Saudi Arabia—Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, Report of the Panel, 16 June 2020, para. 7.275–7.291.

学术界也有观点认为，GATT 第 21 条关于措施的必要性应当留给成员国自行决定，以尊重和体现 GATT 第 21 条与第 20 条的用语差异，也符合条约有效解释的原则（刘瑛和张璐，2019），这与 DS512 及 DS567 呈现出来的裁判观点相一致。所以，“it considers”的措辞结构所修饰的内容应当被认为是“necessary”而非“measures”。

（三）将东道国是否履程序性义务作为审查内容

援引国家安全例外条款的程序性要求在 IIA 中极少出现，缔约方更多关注的是实体内容的呈现。关于程序性要求出现频度相对较高的是管辖权的仲裁前置程序，但似乎并没有得到仲裁庭的特别重视。Hochtief AG 诉阿根廷案仲裁庭认为没有必要将国内法院救济作为前置程序，^①Lauder 诉捷克共和国案仲裁庭也认为 6 个月的友好协商期限过于形式化，对当事双方合法权益的保障也没有意义。^②然而，程序性义务在确定仲裁庭管辖权时的角色与履行审查职能时的角色不可相提并论，仲裁庭对前者的忽略一定程度上是扩张管辖权的内因驱动和外因促成的结果（徐树，2017），管辖边界扩张不代表仲裁庭一定会作出有失公允的裁决结果，但在善意审查标准不够明确的前提下，仲裁庭审查职权的履行也会有难度，继而作出的裁决遭受质疑的可能性增大，因此有必要进一步审查东道国对其程序性义务的履行。

实际上，在实体内容较为模糊的情况下，可以通过在条约中增设程序义务来减少东道国对条款自裁决性质滥用的可能。仲裁庭进行审查时，可以将东道国在援引条款前是否履行了程序义务作为审查的一项内容，比如，东道国在采取措施之前，是否向投资者作了明确的解释和说明，是否给予了投资者一定的缓冲时间等。在东道国的国家安全真正受到威胁之际，国际法并不反对东道国采取违背条约义务的措施以保障其安全利益，但东道国违背条约义务的同时即意味着对投资者权益的侵蚀，即使在两相权衡之下选择国家安全利益优先，也应当尽量降低对投资者权益的减损。要求东道国履行通知义务并作出详细的解释是对投资者知情权的保障，要求给予投资者一定的缓冲时间是尽量降低投资者可能受到的损害。某些 IIA 的部分例外条款已经有类似规定，附加的程序性义务主要包括通知、磋商和联合书面报告 3 类，如日本—韩国 BIT 第 15.4 条及中国—加拿大 BIT 第 20.2 条，虽然这些例外内容分别是人类与动植物生命安全、金融秩序，但也可以作为国家安全例外的借鉴。增设援引国家安全例外条款的前置性程序对投资者来说是一项保障，尽管保障的力度可能有限，而且此项要求并没有太过于加重东道国的负担，也并未超越东道国的能力范围，只要东道国秉持善意理念积极履行即可。再者，仲裁庭对东道国援引自裁决式国家安全例外条款进行审查时，一般都需要注意东道国是否具有主观恶意，然而对主观要件的判断难免有一定难度，在 IIA 中增设程序性要求至少对东道国有一定限制，可

^① Hochtief AG v. The Republic of Argentina, ICSID Case No.ARB/07/31,Award, December 21,2016,para. 51.

^② Ronald S. Lauder v. The Czech Republic,UNCITRAL,Final Award,September 3,2001,para. 190.

以借此判断东道国的主观倾向，在一定程度上也可以作为判断东道国弥补措施损害的积极性依据。

需要强调的是，仲裁庭在审查时可以基于东道国对程序义务的履行与否对援引自裁决式国家安全例外条款的正当性作出判断，程序义务可以对东道国施加压力，使其在采取措施时有更充分的考量，如此投资者的利益保护就多了一层屏障，但程序性要求不宜对裁决结果起决定作用，仲裁庭应当将更多的关注放在对实体内容的审查上。

四、结语

如今，条约实践和仲裁实践都彰显对自裁决式国家安全例外条款的现实需求，然而该项条款本身具有一定的模糊性，在 DS512 之前，专家组甚至选择避开与该项条款的正面交锋，以此将经贸关系“政治化”带来的不稳定性影响最大限度降低（杨钊和黄世席，2021）。在国际投资领域，尚没有一起案件涉及的国家安全例外条款被认定为附有自裁决性质，自然无实践经验可言。但自裁决式国家安全例外条款的设定是一个趋势，国际社会正确的应对态度应当是接纳和利用，而不是放任条款的模糊性。附有自裁决性质的国家安全例外条款作为维护国家安全利益最为直接和有利的表达，为东道国保留了灵活的政策空间，但由于自裁决性质会将东道国采取措施的必要性决断归于本身，在增强东道国规制权的同时，也可能对投资者的权益产生侵害，所以应当避免该项条款被滥用，而仲裁庭也应当承担这样一种角色或职能：通过一系列的裁决标准促成国家安全例外条款杠杆功能的实现，首先对于自裁决性质的认定采取宽松态度，不拘泥于措辞结构，尊重缔约方的国家意志并谨慎适用隐性自裁决条款判断标准；其次对于自裁决式条款的审查采取严格态度，通过审查来区分东道国的主观意图及东道国是否受到了国家安全威胁，对于东道国采取措施的“必要性”，原则上由采取措施的国家衡量，但仲裁庭有最低限度的善意审查义务。除此之外，东道国在援引自裁决式国家安全例外条款之前是否履行了程序义务，例如是否向投资者做了明确的解释和说明，是否给予了投资者一定的缓冲时间等，也建议出现在条款要求中，并作为仲裁庭善意审查的一项内容。总之，国家安全例外条款的自裁决性质应当被妥善利用，以使东道国的国家安全利益得到保障，同时也使投资者的利益得到保护，令二者达到更加趋于合理的平衡。

参考文献：

- [1] 葛辰. 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 [J]. 东北大学学报 (社会科学版), 2017, 19(6).
- [2] 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, 28(2).
- [3] 梁丹妮. 论双边投资条约中的不排除措施条款——以 ICSID 专门委员会撤销 Semptra 案与 Enron 案裁决为视角 [J]. 西北大学学报 (哲学社会科学版), 2011, 41(5).

- [4] 梁开银. 论投资条约非排除措施条款的性质归属 [J]. 法学, 2021, (8).
- [5] 梁咏. 论国际贸易体制中的安全例外再平衡 [J]. 法学, 2020, (2).
- [6] 刘瑛, 张璐. 论 GATT 安全例外对美国 232 钢铝措施的适用 [J]. 国际经贸探索, 2019, 35(12).
- [7] 彭岳. 双边投资保护协定中“非排除措施”条款研究 [J]. 河北法学, 2011, 29(11).
- [8] 王彦志. 内嵌自由主义的衰落、复兴与再生——理解晚近国际经济法律秩序的变迁 [J]. 国际关系与国际法学刊, 2018, (8).
- [9] 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, 11(3).
- [10] 杨钊, 黄世席. 国际贸易协定下安全例外条款“必要性”措施的判定——基于“卡塔尔诉沙特知识产权保护措施案”专家组报告分析 [J]. 国际法学刊, 2021, (3).
- [11] 张乃根. 国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题 [J]. 法治研究, 2021, (1).
- [12] 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, 39(8).
- [13] Desierto, D. Necessity and “Supplementary Means of Interpretation” for Non-precluded Measures in Bilateral Investment Treaties [J]. University of Pennsylvania Journal of International Law, 2012, (3).
- [14] Schill, S., Briese, R. If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement [J]. Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2009, (13).
- [15] Titi, C. Embedded Liberalism and International Investment Agreements. in The Future of International Economic Integration: The Embedded Liberalism Compromise Revisited [C]. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- [16] Vandevelde, K. Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs [J]. International Tax & Business Lawyer, 1993, (11).
- [17] White, B., 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, 2008, (2).

The Self-judging Nature of the National Security Exception Clause in International Investment Agreements

LI Xuejiao

Abstract: With the revival of internalized liberalism, the utility demand of state regulation power in the field of international investment is more urgent. The Security Exception Clause attached with the nature of self-judging is undoubtedly a sharp tool to safeguard national interests. The key factor to realize the self-judging function of the clause lies in the determination of its nature and the establishment of review standard. The Investment Dispute Settlement Body should adopt the attitude of “tolerant on input, strict on output”, breaking the limitations of the phrasing structure, taking into account the national attitudes and other factors, identifying laxly the nature of self-judging, and controlling strictly the review standard, to distinguish the invoking State’s subjective intention and whether its security interests are threatened, the “necessity” of measures is, in principle, at the discretion of the invoking State. However, the Investment Dispute Settlement Body has the power of “good faith review”, with the addition of the review of procedural obligations, in order to avoid the host country to take advantage of the National Security Exception Clause from the nature of the convenience of investment protection.

Keywords: international investment agreement; national security exception clause; self-judging; identification basis; review standard

(责任编辑: 金孝柏)