

中国企业海外投资面临的国家安全审查风险与应对

刘 禹¹, 莫漫漫², 颜 苏¹

(1. 北京工商大学法学院, 北京 100048;

2. 国家自然科学基金委员会, 北京 100085)

摘 要:近年来, 西方国家为遏制中国经济、科技崛起, 以“国家安全”为由不断强化外资审查制度, 限制中国企业拓展海外市场, 围剿之势愈演愈烈。由于国家安全的涵义模糊, 西方国家对华采取此类措施远超国家安全范畴, 呈现保护主义倾向, 严重影响中国企业在海外投资、经营和扩张等活动, 危害了中国海外投资利益安全, 已成为遏制中国产业升级、技术进步以及市场竞争力的投资壁垒。考虑到中国与大多数实施国家安全审查的西方国家签订国际投资协定, 并在其中设置了投资仲裁的争端解决机制, 中国企业可以通过投资仲裁的方式挑战东道国的安全审查措施, 依据国际投资协定中的投资保护条款主张违约责任, 从而制约东道国的保护主义政策。

关键词:国家安全审查; 全球市场; 投资壁垒; 投资仲裁

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1005-0566(2024)01-0036-11

National security review as investment barriers and approaches to “Going Global” for Chinese enterprises

LIU Yu¹, MO Manman², YAN Su¹

(1. School of Law, Beijing Technology and Business University, Beijing 100048, China;

2. National Natural Science Foundation of China, Beijing 100085, China)

Abstract: In global market, Chinese enterprises are being subjected to national security reviews increasingly implemented by western countries. Because the meaning of national security is vague, the application of these reviews is far beyond the purpose of ensuring national security, reflecting a protectionist tendency, seriously restricting Chinese enterprises' investment, operation and expansion activities overseas. National security reviews are endangering China's investment interests abroad, and has become investment barriers aimed at curbing China's industrial upgrading, technological progress and market influence. Considering that China has contracted international investment agreements with most western countries that implement investment barriers, and has provided investment arbitration as disputes settlement mechanism, Chinese enterprises can challenge national security reviews of the host country through investment arbitration. Chinese enterprises could claim right according to investment protection clauses in the international investment agreements to restrict the host country's protectionist policies.

Key words: national security review; global market; investment barriers; investment arbitration

收稿日期: 2023-08-11 修回日期: 2023-11-12

基金项目: 国家自然科学基金项目(12224024); 北京教委社会科学项目(SM202110011002); 北京高等教育本科教学改革创新项目“数字经济时代首都涉外法治人才协同培养创新模式研究”。

作者简介: 刘禹(1990—), 男, 天津人, 北京工商大学法学院副教授, 博士, 研究方向为国际投资法。通信作者: 莫漫漫。

随着中国科技企业的竞争力在全球市场不断积聚,美国、欧洲、加拿大、澳大利亚等经济体担心中国科技、产业的影响力渗透到世界经济、政治维度,正通过市场手段遏制中国企业发展,而国家安全审查制度就是限制外资企业投资的最常见方式。由于国家安全概念的模糊,国家安全审查作为外资监管制度,正在被欧美国家所滥用,适用范围远超国家安全的应有之意。近年来,2/3的外资政策直接或间接涉及国家安全考量,几乎全部由发达国家实施^[1],对外资并购防范心态较为明显^[2]。

一些国家的外资监管政策呈现出十分明显的国别歧视,如美国《外国投资风险评估现代化法案》(FIRMM)授权美国外国投资委员会(CFIUS)对特定国家采取歧视性待遇^[3],将中国视为“特别关注国家”,重点审查中美竞争产业。澳大利亚将贸易、投资问题政治化,屡屡违背市场经济原则歧视中国企业^[4]。自中美贸易摩擦加剧以来,许多国家地区以“国家安全”为由限制中国企业的投资和竞争,呈现围剿之势。欧洲多国对华实施5G设备禁令,美国则接连否决了腾讯、华芯投资、蓝色光标、中国重汽和海南航空等企业提出的收购交易;加拿大要求中矿稀有金属资源公司等3家中国企业撤出投资。中国企业在“走出去”的征途上正面临海外凛冽的寒冬。

在全球保护主义浪潮背景下,党的二十大报告强调,要坚持“维护我国公民、法人在海外合法权益”。中国企业急需探索维护海外投资利益的方式,保障自身在海外市场的准入权、财产权以及公平竞争权。而现有研究主要集中在加强中企自身合规性,难以有效保护中国企业海外投资利益。Devas诉印度和Global Telecom诉加拿大案是两起有关投资者挑战东道国国家安全审查措施的投资仲裁案,也是公开渠道为数不多的相关案例。本文试图通过案例分析,探索中国企业以投资仲裁挑战东道国国家安全审查壁垒的潜在路径。

一、中国企业面临的国家安全审查风险

国家安全审查制度是国家出于安全考虑,以

国内法形式对外资准入、经营、扩大、退出进行监管的制度。而随着全球产业竞争加剧和地缘政治风险上升,国家安全审查正在从一项安全例外转变成保护主义政策工具,侵蚀着投资保护体系自由、开放的根基,也成为了中国企业“走出去”征途上难以逾越的鸿沟。

(一) 国家安全审查对中国企业的潜在损害

作为最常用的投资政策工具,国家安全审查是一国的外资监管制度,被广泛适用于国家利益、核心技术、数据信息和专业知识等至关国家竞争力的重要领域,如金融服务、通信、生物技术和农业等^[5]。由于国家安全涵义和边界模糊,东道国国家安全审查机关享有极大的自由裁量权,以决定一项外商投资的成败。西方对华滥用国家安全审查,其目的远超国家安全,呈现保护主义倾向,严重限制中国企业在海外的投资活动。

国家安全审查一旦启动,投资者可能面临3种不利情形:第一,遭遇否决交易而失去重要的商业机会,如山东黄金矿业公司收购TMAC公司股份和金矿项目被加拿大否决,只得撤回1.44亿美元的收购协议^[1];第二,经营许可被终止,投资者被迫变卖资产、经济受损,如美国要求中国投资者在短期内将持有Ralls的风电项目转让给指定买方;第三,资产遭受东道国直接征收,如乌克兰将中国企业持股的发动机公司马达西奇全部收归国有。

(二) 中国企业的救济困境

各国国家安全审查制度通常有着完备的法律防御体系,免受外国投资者提出的挑战。面对制度规则不透明、救济途径受限等客观因素,投资者往往难以获得有效救济途径,继而放弃主张受损的权益。中国企业正面临着这样的救济困境。

1. 东道国司法救济

作为一项国家权力,司法权是对国家行政权的约束,也是国家给予行政相对人权利的保障。理论上,国家安全审查作为一项行政行为,应符合行政法的透明度、正当程序和比例原则等要求,并受到司法权的审查监督。而实践中,东道国国内法院常以政治问题不得司法为由,拒绝就国家安

全审查措施行使管辖权^[6],鲜有投资者通过东道国诉讼成功挑战其国家安全审查。

东道国司法救济受阻的原因在于,国家安全问题涉及国家核心利益,是政治问题而非法律问题,而司法诉讼和仲裁是法律争端解决机制。一些国家认为,国家安全审查措施涉及政治问题,不受法律争端解决机制审查,如美国法律规定外国投资者不得对国家安全审查决定进行询问或抗辩,且该决定不受司法审查^[7]。致使投资者无法通过司法救济请求法院撤销、变更或废止审查决定。澳大利亚、加拿大等国也有类似规定。这使得 CFIUS 在维护美国经济和国家安全利益时能够更加专断,特别是在涉及新兴、尖端科技的领域^[3]。

法国、德国和瑞典等国家虽允许投资者就国家安全审查的决定提起诉讼,但现实中投资者难以获得有利判决来实现权利救济,因为国内法院会在一定程度上受到本国政治影响,可能对外国投资者抱有偏见^[8]。如华为对瑞典“禁止使用华为 5G 移动网络基础设施”的决定不服并提起诉讼,而斯德哥尔摩行政上诉法院认定,瑞典法特别规定有危害国家安全的可能就不得授予特许权,“使用华为的产品及其 5G 网络可能会损害国家安全,因而对华为实施的禁令不违反瑞典国内法、欧盟法和国际法”^[9]。而且,随着诸国不断强化国家安全审查制度,其国内法体系将为审查的合法性提供有力支持,使投资者更加难以通过国内法院救济权利。

此外,国家安全问题涉及国家机密,遂投资者通常无法获悉投资失败的详细原因和审查结果的依据,并且在审查过程中没有抗辩的权利^[10]。程序的不透明导致投资者无法获得任何信息来证明东道国的审查措施具有违法性,这也是鲜有投资者成功挑战东道国国家安全审查的原因。为此,国家安全审查是国际社会公认的一种外商投资壁垒^[11],在实践中如同法律黑洞^[12],一项外资若受到国家安全审查,投资者将面临重重限制和损失风险。

2. 外交保护

若投资者用尽当地救济未果,投资者母国可行使外交保护,通过谈判、调解、诉诸国际法院等方式向东道国主张权利^[13]。但从现实来看,通过外交保护解决投资者与东道国投资争端的实践已很少见^[14]。

谈判和调解等可替代性争端解决方式(ADR)并非解决投资争端的主要方式,如解决投资争端国际中心(ICSID)调解的案件数量不足其仲裁案件数量的 1/70。原因在于调解、谈判缺少约束力且各方诉求不兼容,导致争端当事方无法达成合意。欧盟、美国和澳大利亚出于对“中国制造 2025”的警惕,都在以国家安全为幌子保护本国产业。考虑到产业竞争的长期性和复杂性,以及西方国家坚持的零和思维,中国可能难以在短期内通过谈判等方式应对不断政治化的国家安全审查。

至今,仅有一起投资争端提交国际法院解决,即 1989 年“西西里电子公司案”。在这个案件中,美国实施外交保护向国际法院起诉,指控意大利征收西西里电子公司资产违反双边条约。国际法院行使了管辖权,指出“若某一实质主张依据当地法律未获支持,(母国)则可以向有管辖权的国际法庭起诉。”但国际法院认为该公司破产是其财务状况所致,非意大利征收造成,且在征收前该公司已处于破产进程,因而不享有财产处置权^[15],遂未支持诉方请求。此外,根据《联合国宪章》,诉诸安理会是执行国际法院判决的主要机制。这意味着任一安理会常任理事国的反对都将使国际法院的判决不能得到执行。

最终,我国企业在海外投资屡屡碰壁,尽管该问题背后是美欧等经济体对中国科技和市场的遏制,但问题仍属于私人与东道国间的争端。而外交保护将这一争端上升为国与国间的争端,可能会进一步加剧我国与美欧间紧张的经贸关系。

3. 人权法院

财产权是人权的组成部分,也是重要的投资者权益,此时保护投资者权利与保护投资者人权

具有一定重合^[16]。如《世界人权宣言》第17条规定“人人享有财产权”以及“任何人的财产不得任意剥夺”。《欧洲人权公约第一议定书》第1条规定“每一自然人或法人均有权占有其财产,除非为了公共利益或根据法律以及国际法基本原则的规定,任何人均不能剥夺其财产”。《美洲人权公约》也有类似规定。因而,各区域的人权法院受理了一些涉及私人财产受损的投资争端案件。

不同于外交保护,私人在用尽东道国国内法律程序救济无果后,可直接向人权法院提起针对该国的诉讼,主张财产权或公平审判权^[17]。作为一种人权的救济方式,投资者通常只有在财产权受到损害时才可以向人权法院提起诉讼。现实中,中国企业很多时候面临的是市场准入壁垒,受影响最大的是投资者市场准入权、公平竞争权和预期收益等投资权益,而这些投资权益通常并不属于人权法下的财产权范畴,难以通过人权法院进行救济。而且,对于有关财产权的案件,欧洲人权法院通常只在东道国严重背离公共利益的情况下才会判决东道国赔偿其对投资者造成的损害。

显然,滥用国家安全审查权力将严重损害投资者的经济利益,增加超出投资者预期的政治风险,侵蚀投资者私权。目前,各国国家安全审查制度正不断获得强化,若不被合理限制,最终将破坏自由导向的市场规则,导致各国高筑投资壁垒,实施愈发严苛的国家安全审查制度,使之沦为政治、经济维度零和博弈的工具,引发全球市场的不安全。同时,俄乌冲突等国际事件加剧了地缘政治风险,进一步刺激各方的“安全神经”。不难预见,国家安全审查的投资限制趋势会继续强化,将成为影响全球经贸发展走向的重要变量。

二、投资仲裁机制对国家安全审查的适用性

目前,全球投资仲裁是最广为适用的投资争端解决机制,即投资者依仲裁协议直接对东道国提起仲裁,可以避免国际投资争端政治化。另外,投资仲裁相对独立^[18],受投资者母国与东道国的政治影响较小,更加有利于投资者权益获得公正

救济。目前,华为已对瑞典提起投资仲裁,结合现实中已有挑战成功的实践,可以分析投资仲裁对国家安全审查措施的适用性及效果。

(一) 仲裁庭广泛的管辖权

投资仲裁庭管辖权的基础是争端当事方同意仲裁,全球230多个国家和地区共签订5700多项国际投资协定(IAs)^[19],而95%的IAs设置投资仲裁条款作为投资争端解决方式^[1],即构成仲裁同意。我国与美国以外的世界主要经济体均缔结了IAs,且都设置了投资仲裁条款。当投资者与东道国就IAs的履行或解释发生争议,可依据投资仲裁条款解决。

IAs中“仲裁事项”确定了仲裁庭的管辖范围,即哪些违反IAs的行为可以提交仲裁,在此范围内仲裁庭可自主裁量其是否享有管辖权。从涉及中国的投资仲裁案来看,仲裁庭通过对“仲裁事项”进行宽泛解释,管辖权呈现扩张趋势,对投资直接引起的法律争端几乎都享有管辖权。如我国早期IAs中“仲裁事项”仅限于有关“征收补偿额的争议”,而仲裁庭认为应宽泛解释该措辞,投资者提起仲裁的权利不因限制性措辞而被妨碍^[20]。此外,一些IAs会将部分事项排除适用投资仲裁,如中国和澳大利亚、加拿大签订的IAs明确将缔约国的国家安全审查措施排除适用投资仲裁。中国—新加坡IIA呈现出安全例外条款的雏形。因而,除这些IAs缔约国外,中国企业可对其他IAs缔约国的安全审查措施提起投资仲裁。

IAs会限定其保护的“投资”范围,范围以外的利益则不能通过投资仲裁救济。对于投资者合理期待的落空,法院通常会以没有实际损失而不存在争端为由,拒绝管辖案件。许多仲裁庭会对IAs所保护的“投资”进行扩大解释,将市场准入权纳入保护范围,即投资者若因东道国国家安全审查而不能进入市场,则可以提起投资仲裁。如Pope & Talbot案仲裁庭将市场准入权解释为投资中的“财产利益”^[21]。还有很多仲裁庭会援引“合理期待”的概念保护涉及预期收益的投资^[22]。如Bear Creek案仲裁庭将“基于投资的预期”视为“财

产”^[23]。我国签订的 IIAs 规定了宽泛的“投资”涵义,市场准入权作为一项具有经济价值的权利很可能被仲裁庭认定为“投资”。

目前,我国作为被申请方的投资仲裁案为 9 件,而作为投资者母国的案件为 17 件。考虑到我国海外投资利益巨大且面临的政治风险增加,我国作为投资仲裁中的被申请方时,不宜通过限缩“仲裁事项”来排除仲裁庭的管辖,否则将破坏我国 IIAs 仲裁条款的扩大解释实践,继而影响我国海外投资的救济途径。

(二) 国家安全问题的可裁性

国际争端依自身性质可以分为政治争端和法律争端,法庭(包括法院和仲裁庭)是法律机构,不能处理国家安全等政治问题。如果一个争议是不能通过法律标准解决的,则该争议是不可司法的^[24]。由于国家安全问题涉及国家核心利益,一些法庭以政治问题不可司法为由拒绝受理国家安全审查引发的投资争端,这也是一些国家肆意适用国家安全审查的申辩理由。

就商事仲裁而言,具有重大公共利益或需司法保护的争议通常不可仲裁^[25]。有关国际仲裁裁决执行的《华盛顿公约》和《纽约公约》也将可仲裁事项限定在法律争议^[26]。然而,复杂的国际争端往往同时具有政治方面和法律方面,法律争端通常源于政治背景,表现为当事国间政治争端中的一个要素^[27]。如果国家安全审查在实质上不被认定为绝对的政治问题,仲裁庭则可以就国家安全审查措施中不涉及政治的部分进行仲裁。如 Devas 案和 Global Telecom 案仲裁庭均受理了东道国国家安全审查措施引发的争端,并作出了裁决。

(三) “国家安全”的界定

由于国家安全问题属于政治问题,不具有可裁性,因而一些仲裁庭会先判断东道国措施是否属于“国家安全”范畴,如 Continental 案和 Devas 案等。也有一些仲裁庭因当事方未提出“国家安全不可裁”的抗辩,选择回避讨论争议是否涉及“国家安全”,直接审查东道国措施是否违反 IIAs,如 Global Telecom 案仲裁庭未对国家安全的可裁性问

题进行任何讨论。

Devas 案仲裁庭没有直接对“国家安全”的涵义进行解释,而是为“国家安全”设置了认定标准。仲裁庭指出,依据《联合国宪章》序言等国际法,国家可以采取保护措施保护自身安全利益免受内部及外部威胁,但国家安全利益不是任意的,而是“根本安全利益”,即绝对必要的,必不可少、不可避免的^[28],包括危急情况下自然环境、国家和人民的存续和安全。但国家不需要在“完全崩溃”或“灾难性情况”发生后才能采取保护措施,否则将无可保护的利益^[29]。

Devas 案中,投资者 Devas 为租赁 S 波段频谱与印度国有企业 Antrix 签订合同,后 Antrix 以军方需要 S 段频谱来实现国家安全为由终止该租赁合同。仲裁庭认为,尽管东道国声称终止合同行为属于“战略需求”,对维护公共利益(如经济、公共健康和能源战略等)至关重要,但“战略需求”包含政府行为甚广,并非全部属于“根本安全利益”。印度军方索要的 S 段频谱范围较大但又未做出具体的分配安排,因而不能据此推断军方请求会得到国家批准。世界各国政府每年都面临来自军方的大量资助请求,但政府通常只批准其中一小部分诉求。东道国的措施涉及“根本安全利益”的部分不超过 60%,其他公共利益占 40%。对于超出根本安全利益的部分,将依据 IIA 中的征收条款进行审查裁决^[28]。

因此,仲裁庭无需就何为“根本安全利益”进行概念上的解释,而是将国家安全利益限定为“根本安全利益”,并将举证责任分配给东道国,由东道国证明其措施符合“根本安全利益”。仲裁庭在审查东道国提供的证据时,不仅仅依据东道国的主张,更是依据东道国的具体做法。如果国家安全审查措施超出“国家安全”范畴,仲裁庭则可以对此措施进行裁决。

另外,投资仲裁实践承认国家安全范围的扩张。如 LG&E 诉阿根廷案中,仲裁庭认为安全例外的情形已不限于军事行动与战争。当一个国家的经济基础面临危机,问题的严重程度可以与任

何军事入侵相提并论,国家有权立即采取果断的行动来恢复社会秩序,阻止经济衰退^[30]。目前,国家安全正在从传统的政治军事领域,扩展到经济、技术和信息安全。但是,不论国家安全的范围随着科技发展、环境变化如何扩张,国家安全利益在程度上仅限于根本安全利益。

(四)排除投资仲裁适用的例外情形

为保障东道国的规制权,一些 IIAs 设置例外条款来限缩对外资的保护范围。例外条款在内容上可分为一般例外条款和安全例外条款(也有称安全利益条款),分别保护东道国的公共利益(如环境、人与动植物的生命健康等)和根本安全利益。缔约国在例外条款规定的事项内无需承担违反 IIAs 的赔偿责任。

IIAs 例外条款在适用上可分为自裁型和非自裁型,区别在于前者文本明确规定东道国可以自行裁量其措施的必要性,国际法院判决^[31]和投资仲裁裁决^[32]都确认了这一实践。只有在文本语言表述高度准确时,仲裁庭才会认定自裁型例外条款的属性^[33],否则此条款为非自裁型条款。因此,仲裁庭会先行判断东道国是否可以自行裁量实施国家安全审查措施。

对于非自裁型例外条款,东道国不能裁量其措施是否符合必要性标准^[28],应由仲裁庭审查是否是保护根本安全利益的必要措施。毛里求斯—印度 IIA 第 11(3)条(国家安全例外条款)规定“不得以任何方式限制缔约方……采取任何保护其根本安全利益的措施”,此条款被 Devas 案仲裁庭认定为非自裁型条款,因为 IIA 的文本没有明确的规定表明将自裁权授予国家^[28],东道国需要证明其措施涉及根本安全利益^[28]。因此,何为自裁型例外条款中的“根本安全利益”仍需仲裁庭进行解释认定,仲裁庭可以对超出“根本安全利益”的措施行使管辖权。

对于自裁型例外条款的情况,仲裁庭原则上不得对东道国实施的安全措施进行审查,东道国拥有排他的裁量权。此时,东道国如果认定自身措施符合“根本安全利益”,仲裁庭则不得对这项

措施进行仲裁。但东道国适用例外条款时需要遵守善意原则,否则仍将面临仲裁庭审查,并承担违约责任^[34]。WTO 实践也表明成员虽然享有认定何为根本安全利益的自裁权,但仍受到善意解释的限制,不得将安全例外条款作为规避 WTO 义务的手段^[35]。

中国与加拿大签订的 IIA 承袭 GATT 第 21 条,设置了自裁型例外条款,与德国、英国、荷兰、瑞士签订的 IIAs 均未设置例外条款。中国与法国、新加坡的 IIAs 仅就征收事项设置了例外规定,与澳大利亚签订的 IIA 规定了有关公共利益的非自裁型例外条款。这些例外条款和例外规定均为非自裁型,中国投资者在投资仲裁中挑战国家安全审查措施时,东道国难以援引例外条款排除仲裁适用。

三、IIAs 对国家安全审查措施的治理

一些国家通过国内法过度武装国家安全审查制度,公然僭越透明度原则、比例原则等行政法基本原则,损害了外国投资者的正当利益,也引发投资保护主义在全球市场中抬头。而 IIAs 为国家规制外资设置了严格的纪律,通过征收、公平公正待遇、国民待遇、自由转移和争端解决等条款来保证投资者免遭东道国的歧视或侵害,缔约国若不履行这些义务则面临承担违约责任。国家安全审查措施往往会损害投资者财产所有权、预期收益、资本转移等,违反了 IIAs 下的外资规制纪律,投资者对此可依据 IIA 中的仲裁条款提起投资仲裁,挑战东道国国家安全审查措施。IIAs 和投资仲裁机制是限制东道国滥用安全审查的法治路径,对保护私权和全球市场的安全具有重要意义。

(一)跨越“国家安全审查措施不可司法”的审查权

近年来,一些国家将国家安全审查措施裹挟在泛化的国家安全中,利用政治问题的不可司法性来滥用审查措施,同时不断通过国内立法来增强其审查措施的合法性。面对不透明和不可司法的国家安全审查措施,投资者几乎无法进行有效的权利救济,只能选择忍气吞声。国家安全审查

措施也成为投资者无法逾越的壁垒。

IIAs 和投资仲裁机制共同构建了全球投资市场的法治环境,通过国际法治的方式治理缔约国国内投资法制。一国在实施国家安全审查措施的同时需要履行其签订 IIAs 下的义务。保护投资者财产权益是 IIAs 的核心内容,当东道国措施与其 IIAs 下的义务冲突时,投资者可主张东道国违反 IIAs 的国际责任,从而对抗东道国的国内法和审查措施。

作为实施 IIAs 的强力保障,投资仲裁能够审查东道国措施在 IIAs 下的合法性。除 IIAs 包含自我裁型安全例外条款的这一鲜见情形,仲裁庭有权审查东道国的措施是否符合国家安全所要求的“根本安全利益”。在仲裁程序中,东道国需要说明其作出该措施的依据,并举证其措施符合国家安全利益,而这恰好刺穿了国家安全审查的“黑箱”,跨越了“国家安全审查措施不可司法”的救济困境。

从实践来看,仲裁庭大多也展现了保护投资者利益的取向。在已解决的投资仲裁案中,有利于投资者及和解的案件占比 54.5%。支持投资者的裁决中,东道国通常面临数百万至数十亿美元的赔偿^[36]。同时,投资仲裁的裁决具有较高的执行力,全球主要经济体几乎都是《华盛顿公约》和《纽约公约》缔约国,继而自动承担履行商事仲裁裁决的国际义务。高昂的赔偿金和高效的执行力对东道国规制外资产生了“寒蝉效应”,使投资者能够挑战东道国的法律、法规、政策乃至主权行为。因此,中国企业的主张如果得到仲裁庭支持,则可依据裁决向东道国索赔或迫使东道国改变投资限制政策。

(二) 公平公正待遇要求

公平公正待遇条款因其涵义的模糊抽象性,成为实践中最常被投资者解释并援引的条款。截至 2023 年 7 月 4 日,笔者依据联合国贸发会(UNCTAD)数据库统计,援引公平公正待遇条款的已结投资仲裁案有 510 件,其中投资者获得仲裁庭支持的为 253 件,占比 49.6%。

除中国—加拿大 IIA 将公平公正待遇限定为“最低标准待遇”(包括不得拒绝司法、正当程序等要求),中国缔结的其他 IIAs 均未对其涵义进行限定。对于未加限定的公平公正待遇,仲裁庭通常认为不能将其涵义解释为“最低标准待遇”,也无需对其涵义进行界定以确定保护范围,而应审查东道国措施是否违反公平公正待遇条款下投资者的具体主张^[37]。在公平公正待遇条款未被限定的情况下,投资者通常可以主张东道国措施违反合理预期、存在不合理和武断、缺少透明度等内在要求^[38]。

1. 善意与透明度要求

善意原则与透明度要求是公平公正待遇的重要要素,体现为审查目的出于安全等公共目的、东道国及时通知以及信息披露等要求。首先,审查措施是否出于公共目的,即措施与公共目的是否存在因果关系。大多数仲裁庭认为 IIAs 不要求东道国证明其措施出于何种具体公共目的^[28],只要具有非歧视性(不歧视外国投资者)和善意(非产业保护等目的),仲裁庭就会认定该措施是出于公共目的。如 Global Telecom 案中投资者主张加拿大国家安全审查目的是为推行国内电信政策,但因不能满足举证责任而被仲裁庭驳回^[37]。Devas 案仲裁庭指出,投资者应举证国家安全审查是因歧视对待外资而发起的^[28]。只有争议措施有歧视性效果时,东道国才需证明这项措施的合理性^[39]。

其次,就东道国及时通知要求而言,Devas 案仲裁庭认为,东道国审查决定中包含了非国家安全目的,违反了正当程序原则。如果东道国是善意的,则需要及时通知投资者审查决定,但本案投资者约 7 个月后才得知审查决定将投资协议终止。对此,东道国辩称不能将战略信息通知投资者是无法免责的^[28]。因而,东道国考虑国家安全时,应当尽可能采取公开透明且可预测的措施,其程度应与国家安全面临的风险成比例^[40]。

最后,信息披露并不意味着通知投资者任何机密信息,仲裁庭评估政府行为透明度时需要考虑涉案信息的敏感度。东道国应简单告知投资者

出于社会 and 战略需求而作出审查决定,然后由投资者决定其在这种情况下愿投入的资金和资源,或向东道国提出可能的替代解决方案。如果投资者在东道国作出审查决定前后有公平机会和适当的时间就审查事项提出其观点,则应视为符合正当程序标准^[37]。

2. 保护投资者合理预期的要求

仲裁庭的任务不是猜测东道国监管措施的实质正确或措施背后的政策动机,而是根据争议双方提供的证据,审查东道国是否作出使投资者产生合理预期的承诺,投资者决策中对这些承诺的依赖程度,以及投资后东道国是否从根本上偏离了这些承诺。如果东道国没有承诺稳定的监管框架,且这一改变反映的是市场演变而非武断或损害投资者的目的,则不违反公平公正待遇^[38]。

国家安全审查制度通常是国家法律所确立,为一国法律框架的组成部分,投资者继而知晓东道国法律框架规定在特定领域外商投资会受到国家安全审查的限制,且这一限制的任何变化都需要法律的修订,而不仅是行政权力的协调。因此,投资者知晓国家安全审查造成的限制,缺少合理期待。如 Global Telecom 案仲裁庭指出,投资者所依据的“加拿大政策逐步放开外资对无线通讯领域的投资”这一设想,只是反映投资者愿意承担风险的程度。加拿大无线通信市场放开政策并未允许外商可以控制投资,或允许其免受国家安全审查^[37]。

对此,投资者需证明东道国措施是恶意的,或不涉及国家根本利益。Global Telecom 案仲裁庭认为,证据显示随着智能手机用户增长国内市场发生变化,加拿大禁止将预留频谱许可转让给已有被许可人的政策旨在提升市场竞争,这与加拿大法律框架的目标一致^[37]。而 Devas 案仲裁庭认定,东道国收回频谱许可用于铁路等公共服务设施的措施并不属于国家“根本安全利益”,与国家安全目的不一致^[28]。因此,投资者提出东道国应提供稳定法律环境的主张较难单独获得仲裁庭支持,若主张国家安全审查措施不涉及“国家安全”

则有一定可能获得支持。

此外,东道国法律或政策若承诺投资者一定经济上的回报(如补贴等),当东道国措施使承诺落空时,即便该措施具有合理性,投资者还可以主张合理回报。如光伏投资者案仲裁庭虽认定东道国措施具有合理性及公共目的,但以合理回报要求限制了国家改变法律框架的权力,以给予投资者稳定的经营条件。政策变更若剥夺投资者的合理回报,东道国措施则违反公平公正待遇条款^[41]。SolEs Badajoz 案仲裁庭也认为稳定的回报是投资者的合理期待^[42]。

3. 措施合理性的要求

如果一项措施不是基于法律标准,而是基于过度自裁、偏见或个人偏好,并且没有任何明显合法目的情况下对投资者造成损害,那么该措施就是武断的^[37]。但由于现实中国家安全审查制度下国家披露的信息有限,投资者很难从东道国的法律文件中找到证据证明该措施存在偏见或非法目的,Devas 和 Global Telecom 案中投资者均未能就此举证成功。

东道国措施的武断、不合理还体现在法律框架变化的程度和速度。公正与公平待遇不排除东道国法律框架的变化,但需要符合比例原则,即只要此变化不会导致现有法律框架根本特征发生突然的、反复无常、不可预见的改变^[43]。同时,变化的影响不得严重超过维护公共利益的必要程度。而现实中,投资者难以证明东道国国家安全审查决定根本地违反了法律框架。

(三) 禁止非法征收的要求

征收是一国主权的体现,会导致投资者的财产失去实际效用,因而受到 IIAs 设置的纪律限制。援引征收条款的已结投资仲裁案有 490 件,其中投资者获得仲裁庭支持的为 253 件,占比 51.6%。

1. 征收的补偿

在征收的认定上,许多仲裁庭采用行为效果标准,认为东道国措施若对投资造成永久的实质影响,不论是否出于公共目的,都构成征收。国家安全审查的决定结果往往是东道国撤销许可、否

决并购交易以及限制经营、转移等,这些措施均可能会导致投资者财产失去实际效用而被仲裁庭认定为征收。如 Devas 案东道国终止许可合同的措施就被认定为征收。

IIAs 通常会将公共目的、正当程序、非歧视性和经济补偿作为征收合法性的判断标准。如中国—新加坡 IIA 规定,“不应对缔约另一方的国民或公司的投资采取征收……除非这种措施是为法律所准许的目的、是在非歧视性基础上、是根据其法律并伴有补偿”。因此,不论东道国措施是否合理,只要被认定为征收,就要承担经济上的补偿责任。如南美白银公司案中,仲裁庭认定东道国措施是出于公共目的、具有必要性且符合比例原则,但其效果等同于征收(合法征收),因而需承担补偿责任^[44]。

2. 同时援引征收条款和公平公正待遇条款

实践中,东道国的一个措施可能会违反 IIA 下的多个投资保护条款,投资者则会依据这些条款主张多项权利。对此,许多仲裁庭会以投资者的多项主张基于同一措施为由,审理其一项主张,并驳回其他主张。如 Devas、Continental 和 SolEs Badajoz 等诸多案件中,投资者就东道国的一个措施同时主张征收以及公平公正待遇等条款下的权利,仲裁庭以这些主张基于同一措施为由,在支持其中一项主张后未再审查其他主张。

尽管东道国同一行为可能同时违反征收和公平公正待遇条款,但二者有着不同的侧重和适用成立条件。合法征收侧重在东道国因公共目的阻止投资者扩大经营时保护投资的价值,公平公正待遇旨在确保外商正常经营不因无理要求受到东道国阻碍^[29]。由于给予补偿是构成合法征收这一法律状态的要件,排除了征收行为免于补偿的可能,因而即便仲裁庭排除东道国措施的违法性,投资者依然可能主张征收补偿,但不能主张违反预期的赔偿。如 Global Telecom 案中投资者虽多次提及加拿大导致其“失去对资产的控制”的措施构成征收,却未向仲裁庭正式提出不得征收的主张,因而仲裁庭未对征收问题进行任何审查。

仲裁庭的权力来源于当事人的合意,仲裁庭不得就超出当事人主张的事项进行仲裁,否则该裁决可以被撤销,即所谓的“不告不理”原则。因此,当事人依据 IIA 投资保护条款提出的主张决定了仲裁庭的审查事项。投资仲裁案例表明,即便援引相同的 IIA 条款,不同的主张往往会使当事人获得不同的裁决结果。中国签订的 IIAs 几乎均将补偿作为合法征收的构成要件,因而中国投资者在面临东道国国家安全审查时有必要同时主张征收和公平公正待遇下的权利,从而尽可能减少损失。

(四) 保护伞条款的要求

IIAs 中的保护伞条款(umbrella clause)通常表述为“缔约方须遵守其对缔约他方投资者(及其投资)所承担的义务或承诺”。中—德 IIA 第 10.2 条、中日韩 IIA 第 5.2 条、中—英 IIA 第 2.2 条、中—荷 IIA 第 3.4 条以及中国—瑞典 IIA 第 5 条等均有类似的规定。如中—德 IIA 第 10.2 条规定:“缔约任何一方应恪守其就缔约另一方投资者在其境内的投资所承担的任何其他义务”。援引保护伞条款的已结投资仲裁案有 162 件,其中投资者获得仲裁庭支持的为 88 件,占比 54.3%。

仲裁庭在实践中对“缔约方的承诺”有着不同的解释和认定。一些仲裁庭采用限制性解释,认为不能将投资合同义务作为东道国的承诺自动上升为条约义务。如果将合同义务上升为条约义务,将使 IIAs 中的实体待遇条款成为多余^[45]。另一些仲裁庭采取扩大解释,认为保护伞条款涵盖各种性质的义务,包括合同中的义务以及东道国法律产生的单方承诺^[29]。

仲裁庭采用何种解释方式,主要取决于案件所适用 IIA 的相关规定。如果 IIA 规定“任何其他义务”或“任何特别承诺”,仲裁庭则有较大可能进行扩大解释。而我国缔结含有保护伞条款的 IIAs(除中—澳 IIA)几乎全部采用宽泛的表述方式,这给予中国投资者在投资仲裁中主张合同权利或东道国国内法下权利的可能。

五、结论

目前,一些国家滥用国家安全审查制度,存在正当程序缺失、审查信息不透明、不受司法审查等问题,严重损害了投资者经济利益,限制了投资者的权利救济,加剧了全球市场的不安全性。IIAs 为东道国的国家安全审查措施设置了纪律,要求其措施必须符合善意和透明度、不得非法征收、保护投资者预期,从而制约国家安全审查措施,在国际法层面对东道国的规制权进行合规性约束。习惯国际法将国家安全限定为根本安全利益,从而防止国家安全概念无限扩张。而且,绝大多数 IIAs 设置了投资仲裁条款,使投资者可以通过独立的仲裁庭解决其与东道国的争端。投资仲裁在程序上要求东道国将审查决定及时通知投资者,承担举证责任证明其措施符合根本安全利益,给予投资者申诉的机会,从而打破了国家安全审查制度的不可诉性。IIAs 的投资保护导向以及仲裁裁决的强制执行力,使投资者能够有效挑战东道国国家安全审查措施,维护海外投资利益。

从国家总体安全观出发,保障海外投资利益安全的同时,还需要保障国家实施安全措施的权利。而一些领域(如应对气候变化措施)存在投资仲裁机制被过度使用,导致东道国公共政策被限缩的问题。因此,有观点认为,仲裁庭审查权严重限制了东道国规制权,投资仲裁机制会减损东道国在国家安全领域的权力,继而危害国家安全。然而,投资仲裁的功能是纠错和救济,是投资者与东道国权利义务关系的再平衡,导致公共政策空间限缩的原因是 IIAs 中国家规制权条款的不足,影响了投资者与东道国的权利义务平衡。就投资仲裁而言,国家安全问题本身不具有可裁性,仲裁庭审查权约束的是伪装成国家安全审查的保护主义措施,而不会影响东道国实质的国家安全。随着国际投资协定的结构更加完善,东道国和投资者权利义务更加平衡,投资仲裁规则关于举证责任和法律适用更加合理,过度使用投资仲裁机制的情况将会改善。随着科学技术

迅猛发展以及国际局势变幻,国家安全风险不断攀升,仲裁实践承认国家安全的实际范围超出了传统国家安全的内涵。虽然国家安全利益的范围正在扩张,但在程度上仅限于根本安全利益,这一实践不仅能够适应科技和局势变幻保障国家足够的规制空间,也能够有效防范国家安全概念的滥用。

参考文献:

- [1] UNCTAD. World investment report [R]. New York: United Nations, 2022: 58, 63, 90.
- [2] 商务部. 对外投资合作国别(地区)指南(欧盟)[R]. 北京: 商务部, 2021: 46.
- [3] Congressional Research Service, CFIUS reform under FIRRMA [EB/OL]. (2020-02-21) [2023-05-09]. <https://sgp.fas.org/crs/natsec/IF10952.pdf>.
- [4] 新华社. “奉劝澳方勿在错误道路上越走越远”[EB/OL]. (2020-11-16) [2022-08-04]. <https://m.huanqiu.com/article/40kQ3844pai>.
- [5] UNCTAD. World investment report [R]. New York: United Nations, 2020: 148.
- [6] MA J. International investment and national security review [J]. Vanderbilt journal of transnational law, 2019 (52): 917.
- [7] LI J. Investing near the national security black hole [J]. Berkeley business law journal, 2017(14): 6.
- [8] BONNITCHA J, POULSEN L S, WAIBEL M. The political economy of the investment treaty regime [M]. Oxford: Oxford University Press, 2017: 86.
- [9] Law Library of Congress, Sweden: Prohibition on Huawei products in Swedish 5G network upheld [EB/OL]. (2022-08-24) [2023-05-10]. <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2022-08-24/sweden-prohibition-on-huawei-products-in-swedish-5g-network-upheld/>.
- [10] CASTELLI M, SCACCIIVILLANI F. The new economics of sovereign wealth funds [M]. Hoboken: Wiley, 2012: 161.
- [11] 李旭. 美国国家安全审查下中美投资争端解决的路径 [J]. 当代经济管理, 2020, 42(11): 90-97.
- [12] TIPPLE C. Defining “national security”: resolving ambiguity in the CFIUS regulations [J]. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2014 (35): 1223.

- [13] SHAW M. International law [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2008: 809.
- [14] RADI Y. Rules and practices of international investment law and arbitration [M]. New York: Cambridge University Press, 2020: 19.
- [15] ICJ. Case concerning Elettronica Sicula SpA. (United States of America v. Italy) [Z]. Hague: ICJ, 1989: 62-63, 102-135.
- [16] ALVAREZ J. The public international law regime governing international investment [M]. Hague: Brill, 2011: 381.
- [17] HIRSCH M. Interactions between investment and non-investment obligations [C]// The Oxford handbook of international investment law. New York: Oxford University Press, 2008: 323.
- [18] 张建. 仲裁员独立性与公正性问题研究[J]. 行政科学论坛, 2021, 8(12): 30-35.
- [19] 王晶, 焦永香. 双边投资协定缔约国选择与宏观投资效率: 来自发展中国家的经验证据[J]. 中国软科学, 2023(8): 211-224.
- [20] ICSID. Tza Yap Shum v. Peru [Z]. Washington: ICSID, 2009: 150-153.
- [21] UNCTAD. Pope & Talbot v. Canada [EB/OL]. (2022-12-31) [2023-05-10]. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>.
- [22] RATNER S. Regulatory takings in institutional context: beyond the fear of fragmented international law [J]. American journal of international law, 2008(102): 475-528.
- [23] ICSID. Bear Creek Mining Corp. v. Perú [Z]. Washington: ICSID, 2017: 284-285.
- [24] MERRILLS J G. International dispute settlement [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2011: 152-153.
- [25] 博恩. 国际仲裁: 法律与实践 [M]. 白麟, 等译. 北京: 商务印书局, 2015: 109.
- [26] 鲁洋. 条约仲裁权的边界研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2021: 74.
- [27] ICJ. United States diplomatic and consular staff in Tehran case (USA v. Iran) [Z]. Hague: ICJ, 1980: 37.
- [28] PCA. Devas v. India [Z]. Hague: PCA, 2016: 219, 243-358, 370-373, 413-418, 463.
- [29] ICSID. Continental Casualty v. Argentina [Z]. Washington: ICSID, 2008: 175, 180, 254, 301.
- [30] ICSID. LG&E v. Argentina [Z]. Washington: ICSID, 2006: 238.
- [31] ICJ. Oil platforms (Islamic Republic of Iran v. USA) [Z]. Hague: ICJ, 2003: 43.
- [32] ICSID. CMS Gas Transmission Co. v. Argentina [Z]. Washington: ICSID, 2005: 370, 373.
- [33] ICSID. Semptra Energy International v. Argentine [Z]. Washington: ICSID, 2007: 383.
- [34] UNCTAD, The protection of national security in IIAs [R]. United Nations, 2008: 39-40.
- [35] 谭观福. 数字贸易规制的免责例外[J]. 北方法学, 2021, 39(6): 115.
- [36] 孔庆江. 碳排放政策的投资仲裁风险与因应[J]. 太平洋学报, 2022, 30(4): 44-56.
- [37] ICSID. Global Telecom Holding v. Canada [Z]. Washington: ICSID, 2020: 491, 561, 564-565, 601-608, 612, 617.
- [38] ICSID. EDF v. Romania [Z]. Washington: ICSID, 2009: 217.
- [39] ICSID. Bayindir v. Pakistan [Z]. Washington: ICSID, 2009: 377.
- [40] OECD. Sovereign wealth funds and recipient country policies [R]. Paris: OECD, 2008: 4.
- [41] PCA. PV Investors v. Spain [Z]. Hague: PCA, 2020: 616, 638.
- [42] ICSID. SolEs Badajoz v. Spain [Z]. Washington: ICSID, 2019: 458.
- [43] SCC. Charanne B. V. v. Spain [Z]. Stockholm: SCC, 2016: 514, 517.
- [44] PCA. South American Silver v. Bolivia [Z]. Hague: PCA, 2018: 619.
- [45] ICSID. SGS v. Pakistan [Z]. Washington: ICSID, 2003: 166, 177.

(本文责编: 润 泽)