

## 论外资安全审查与国际投资条约的衔接

钱嘉宁\*

**内容摘要:** 外资安全审查可能违反东道国对外国投资者承担的保护义务,而国际投资条约中的根本安全例外条款未必能完全排除外资安全审查的违法性。为合理地弱化外资安全审查的不确定性,实现投资开放与国家安全之间的平衡,衔接外资安全审查与国际投资条约可以从外国投资治理、可持续安全和区域安全法治合作等方面着手进行。统筹推进国内法治和涉外法治是我国新发展阶段法治建设的重要内容,我国应综合运用国内法、国际条约和区域规则,构建外资安全审查与国际投资条约衔接协调的规则体系和争端解决机制。

**关键词:** 外资安全审查 投资待遇 投资治理 可持续安全 双轨救济机制

据统计,1995—2022年,至少有37个国家引入了新的投资审查(包括外资安全审查)框架,有8个国家正在进行协商或立法程序,以应对特定投资产生的潜在国家安全风险。<sup>①</sup>21世纪以来,采用或修订外国直接投资审查机制呈现一种加速趋势,许多国家出于对外资收购本国敏感行业项目的担忧,纷纷通过颁布或修改与外资安全审查相关的法律的方式,强化国家对外国直接投资的审查力度。然而,由于国家安全概念的不确定性、安全审查标准的模糊性和安全审查过程的非公开性等原因,外资安全审查呈现出泛政治化和投资保护主义的趋向。以美国外资安全审查为例,《外国投资风险审查现代化法》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, FIRREA)列举了美国外国投资委员会(Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS)对外国投资进行安全审查时需要考虑的因素,<sup>②</sup>但未明确规定CFIUS应如何评估上述因素,导致CFIUS在审查外资并购项目方面拥有极大的自由裁量权。譬如,对已经完成的并购

\* 浙江师范大学法学院讲师,法学博士。

本文系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“外资安全审查与国际投资法互动的法律困境与路径优化研究”(21SFB4069)的阶段性成果。

① See UNCTAD, The Evolution of FDI Screening Mechanisms: Key Trends and Features, [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2023d2\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2023d2_en.pdf), visited on 26 November 2023.

② See Section 1702 (c) (1)-(6) of Foreign Investment Risk Review Modernization Act (2018).

交易,CFIUS通过外资安全审查迫使企业出售已有股份。<sup>①</sup>在此情况下,如果国家对外签订了国际投资条约,外资安全审查可能违反该国对外国投资者承担的保护义务,而国际投资条约中的根本安全例外条款未必能完全排除外资安全审查的违法性。近年来,外资安全审查与国际投资法的冲突时有发生且呈现出愈演愈烈的态势。为合理地降低外资安全审查的不确定性,实现投资开放与国家安全之间的平衡,本文拟从外资安全审查与国际投资条约衔接的视角提出优化路径和中国方案。

## 一、外资安全审查与国际投资条约衔接存在的问题

外资安全审查主要是在外资准入阶段采取的措施,受到投资来源国、投资者身份、投资领域等变化的影响,可能违反国际投资条约中的国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇等原则,还可能构成间接征收,而国际投资条约中的安全例外条款不一定能完全排除外资安全审查的不法性。

### (一)外资安全审查可能违反国际投资待遇

国际投资待遇是东道国给予外国投资和外国投资者在东道国从事相关投资活动所享有的权利和承担的义务,体现了东道国对外国投资者的保护程度和对外国投资的监管范围,而外资安全审查可能违反国际投资条约所规定的投资待遇,主要包括:

#### 1. 外资安全审查可能违反国民待遇原则

国民待遇原则要求外国投资者享有的待遇不得低于相同情形下本国投资者所享有的待遇。根据适用范围的不同,国民待遇分为准入前国民待遇和准入后国民待遇。给予准入前国民待遇的国际投资条约通常在负面清单中罗列国民待遇条款的例外情形,但只有将外资安全审查明确排除出国民待遇的适用范围时,外资安全审查才不会违反国民待遇原则;反之,当负面清单将特定领域的准入要求纳入其中而未提及外资安全审查时,国家实施外资安全审查就可能违反国民待遇原则。同样地,当给予准入后国民待遇的国际投资条约未明确排除外资安全审查时,国家对准入后的外国投资实施外资安全审查可能违反国民待遇原则。简言之,外资安全审查的对象是外国投资,而非本国投资,故外资安全审查是否违反国民待遇原则取决于投资条约中国民待遇例外情形的规定。例如,在Global Telecom Holding诉加拿大案(以下称“GTH诉加拿大案”)中,GTH声称《加拿大投资法》(Investment Canada Act,ICA)规定外国投资者受让有表决权股份应经国家安全审查,但该审查仅针对非加拿大人在加拿大的投资,因而违反了埃及—加拿大双边投资条约中的国民待遇条款。<sup>②</sup>最终仲裁庭多数认为根据埃及—加拿大双

<sup>①</sup> 例如,2019年4月,美国政府以维护国家安全为由要求中国一家人工智能公司碳云智能(iCarbonX),出售其在PatientsLikeMe公司的多数股权。

<sup>②</sup> See Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada, ICSID Case No. ARB/16/16, Award, 27 March 2020, paras.67-71.

边投资条约第4条第2款d项和附件,电信业属于加拿大国民待遇义务例外情形的范围,故加拿大对GTH实施的国家安全审查不违反国民待遇义务。<sup>①</sup>但仲裁员 Gary Born 对此持反对意见,指出附件的例外规定仅允许对管理“任何其他部门的服务”的措施作出例外规定,并非规定任何服务部门属于国民待遇义务的例外范围,即加拿大对条款适用作出进一步的例外规定,但前提是履行额外程序。<sup>②</sup>又如,在华为诉瑞典案<sup>③</sup>中,华为声称,瑞典邮政电信局(Post and Telecom Agency, PTS)以国家安全为由将其设备排除在该国5G网络之外的决定让瑞典国内企业受益,损害了华为的利益,最终可能将华为赶出瑞典市场,且这种差别待遇没有合法的社会或经济理由。<sup>④</sup>就国民待遇而言,瑞典政府唯独禁止华为5G设备,而允许瑞典国内其他5G供应商提供类似设备,即瑞典政府向华为提供了相较于国内生产商更低的差别待遇,但该差别待遇如果没有合理理由支撑,则可能违反国民待遇原则。

## 2. 外资安全审查可能违反最惠国待遇原则

最惠国待遇原则要求本国给予外国投资者的待遇,不低于其给予任何第三国的待遇。通常而言,东道国会来自不同国家的投资者的投资行为进行外资安全审查。但是,当有选择性地对来自特定国家的外国投资进行安全审查时,该国就可能违反最惠国待遇原则。譬如,在三一集团关联公司罗尔斯公司(Ralls)诉美国总统奥巴马和CFIUS案(以下称“三一集团诉美国案”)中,三一集团根据美国联邦宪法第五修正案的平等保护条款提出,来自其他国家的投资者(包括德国公司的风电厂)在相似区域内被允许运营风电场,且这些风电场也可以使用由其他国家制造的风电设备,但仅Ralls的收购项目受到CFIUS和总统的否决,即CFIUS决定和总统令给予Ralls的待遇不同于给予其他处于相似情形的投资者的待遇,侵犯了Ralls受法律平等保护的权利。<sup>⑤</sup>从本质上来说,该案涉及最惠国待遇,但由于中美之间没有缔结双边投资条约(bilateral investment treaty, BIT),Ralls只能根据美国国内法中的平等保护提起诉讼。

<sup>①</sup> See *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, ICSID Case No.ARB/16/16, Award, 27 March 2020, paras.363-380.

<sup>②</sup> See *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, ICSID Case No.ARB/16/16, Dissenting Opinion of Gary Born, 27 March 2020, paras.51-67.

<sup>③</sup> 目前,我国投资者针对东道国外资安全审查决定提起投资仲裁的案件仅有2个:一个是华为诉瑞典案;另一个是北京天骄诉乌克兰案(*Wang Jing et al. v. Ukraine*),因乌克兰国家安全与国防事务委员会以国家安全为由拒绝其收购马达西奇公司股份并强制将北京天骄持有的56%股份收归国有,北京天骄根据《中国与乌克兰关于促进和相互保护投资的协定》(1992)向海牙常设仲裁法院提起仲裁。See *Chinese Investors Vow to Protect Rights after Reports of Ukraine Nationalizing Motor Sich*, <https://www.globaltimes.cn/page/202211/1279272.shtml>, visited on 18 November 2023.

<sup>④</sup> See *Huawei Technologies Co., Ltd. v. Kingdom of Sweden*, ICSID Case No.ARB/22/2, Request for Arbitration, 7 January 2022, para.94.

<sup>⑤</sup> See *Ralls Corporation, Appellant. v. Committee on Foreign Investment in the United States, et al., Appellee, Appeal from the United States District Court for the District of Columbia (No.1: 12-cv-01513)*, para.57.

### 3. 外资安全审查可能违反公平公正待遇原则

绝大部分国际投资条约都规定对外国投资提供公平公正待遇,但没有阐述公平公正待遇的具体内涵。根据投资仲裁实践,公平公正待遇的基本要素包括提供稳定和可预见的法律与商业环境、不影响投资者的基本预期、不具有专断和恶意、违反公平公正待遇条款必须给予赔偿。<sup>①</sup>东道国关于外资安全审查的法律通常规定安全审查的决定不受司法审查,但这并不意味着外资安全审查过程中出现的武断、越权或违反正当程序等行为不受司法审查。在三一集团诉美国案中,上诉法院认定CFIUS对Ralls风电厂项目的国家安全审查存在程序瑕疵,且总统禁令以非经正当程序的形式剥夺了Ralls受宪法保护的财产利益,违反了美国联邦宪法第五修正案中有关正当程序的规定。<sup>②</sup>对于缔结国际投资条约的国家而言,东道国如果以武断、违反正当程序等形式进行外资安全审查,则很可能违反公平公正待遇原则。

### 4. 外资安全审查可能构成间接征收

东道国有权对外国投资者的财产进行征收,但须满足征收合法性的要件,如征收措施必须满足公共目的、遵守正当程序和给予赔偿等。详言之,当外资安全审查的决定剥夺了外国投资者并购交易的财产时,国家应证明其行为的合法性,否则该决定很可能被认定为征收。同时,即使东道国实施外资安全审查是出于维护国家安全的目的,东道国措施仍应符合比例原则。换言之,如果外国投资者能够证明外资安全审查对其财产造成的损失与东道国试图保护的国家安全之间明显不成比例时,仲裁庭有可能认定东道国行为构成间接征收。因此,东道国在实施外资安全审查时既应考虑措施的合法性,也要考虑措施是否符合比例原则。

## (二) 根本安全例外条款中的“根本安全”范围与外资安全审查中的“国家安全”范围不一致

国际投资条约中的根本安全例外条款是指当外国投资者及其投资威胁到东道国国家安全利益时,东道国可以采取监管措施而无须因违反国际投资条约中的条约义务而承担赔偿责任。从制度设计来看,外资安全审查和根本安全例外条款是国家正当行使主权的体现,均旨在尽可能地排除跨国投资活动中损害国家安全的因素,实现投资自由化和外资监管权之间的平衡。但是,外资安全审查中的“国家安全”和根本安全例外条款中的“根本安全”在适用范围上存在模糊性。

国际投资条约的根本安全例外条款源于GATT/WTO中的安全例外条款,并从“公

<sup>①</sup> 参见余劲松,梁丹妮:《公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策》,《法学家》2007年第6期,第152页。

<sup>②</sup> See *Ralls Corporation, Appellant. v. Committee on Foreign Investment in the United States, et al., Appellee, Appeal from the United States District Court for the District of Columbia* (No.1: 12-cv-01513).

共秩序”范畴下的投资待遇例外逐步延伸并发展为单独的条款。<sup>①</sup>随着非传统安全问题的日益增多,东道国试图通过扩大根本安全例外条款适用范围的方式强化国家监管权。<sup>②</sup>例如,《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)“一般条款和例外章节”在 GATT 第 21 条的基础上,增加了为保护包括通信、电力和水利基础设施在内的关键公共基础设施所采取的行为。<sup>③</sup>再如,卡塔尔—埃塞俄比亚 BIT 将安全利益与“与投资经营活动有关的刑事或刑事犯罪”“武器贩卖”“执行有关不扩散核武器或其他核爆炸装置的国家政策或国际协定”等情形相联系。<sup>④</sup>

然而,外资安全审查制度中“国家安全”概念的范围和覆盖面不断扩大,逐渐从传统国家安全向非经济、非政治因素的非传统安全扩张。<sup>⑤</sup>详言之,许多国家泛化国家安全概念并不断扩大外资安全审查范围,主要表现在:一是一些重要领域,如环境保护、健康卫生、文化传统等,均被纳入国家安全的范畴。譬如,自 2018 年修订《对外经济条例》起,德国将通过广播、电视或印刷产品促进公众舆论形成的、具有一定影响力的传媒业、医药健康、人工智能、无人机、量子技术等高科技领域均纳入审查范围。<sup>⑥</sup>二是外资安全审查聚焦于新形式的关键知识和战略技术。如意大利将获取敏感信息等纳入审查范围,澳大利亚要求能够访问超过 10 万国民的大量敏感个人信息(包括医疗和心理信息、个人财务信息和遗传信息等)的外国企业或实体应经过事先批准程序。<sup>⑦</sup>三是通过增设罪名的方式泛化国家安全范畴。以英国为例,其通过增设“破坏罪”“外国干预罪”的方式,将损害“国家安全或利益”的相关行为纳入安全审查的管辖范畴。<sup>⑧</sup>

究其本质,“根本安全”和“国家安全”的范围决定了根本安全例外条款和外资安全审查之间可能的包含关系。如果“根本安全”的范围大于或等于“国家安全”范围,当外国投资者因东道国外资安全审查行为提起仲裁时,东道国可以援引根本安全例外条款

<sup>①</sup> 参见张乃根:《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》,《法治研究》2021年第1期,第138页。

<sup>②</sup> 参见梁咏:《安全视域下投资条约根本安全利益条款的中国范式》,《环球法律评论》2023年第2期,第20页。

<sup>③</sup> See RCEP, Article 13 of Chapter 17.

<sup>④</sup> See Ethiopia-Qatar BIT (2017), Article 13.

<sup>⑤</sup> 参见沈伟:《国际投资协定中的安全例外条款:全球趋势与中国实践》,《比较法研究》2022年第6期,第192页。

<sup>⑥</sup> 参见张昕等:《德国外资安全审查机制:特征、影响及我国应对举措》,《国际贸易》2022年第8期,第47页。

<sup>⑦</sup> See UNCTAD, The Evolution of FDI Screening Mechanisms: Key Trends and Features, [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2023d2\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2023d2_en.pdf), visited on 20 November 2023.

<sup>⑧</sup> See UK National Security Act (2023), [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/32/pdfs/ukpga\\_20230032\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/32/pdfs/ukpga_20230032_en.pdf), visited on 20 November 2023.

抗辩外资安全审查行为的违法性;反之,东道国不得利用根本安全例外条款排除国际投资条约对东道国施加的义务。因此,根本安全例外条款中的“根本安全”与外资安全审查中的“国家安全”在国家安全利益的范围上存在双重不确定性。

## 二、外资安全审查与国际投资条约衔接的已有模式

尽管可能违反国际投资条约的义务,但是为了维护国家安全,东道国仍然享有采取必要措施的权利,这构成了国际投资条约中的安全例外条款。国际投资条约如何处理外资安全审查与国际投资条约的关系本质上是外资安全审查是否可能违反国际投资条约的问题。目前,国际投资条约实践主要采用三种模式:

### (一)国际投资条约未提及外资安全审查

较之其他投资待遇条款,国际投资条约中提及国家安全的条款很少,这主要归因于早期国际投资条约对外国投资者利益保护的强调。自20世纪80年代以后,考虑到外国直接投资对本国经济发展的重要性,各国常通过减少投资限制和增加投资保护来吸引外国投资。因此,该时期的国际投资条约从形式到内容多以保护投资者利益为核心,基本上没有或鲜少涉及东道国监管权问题,遑论从国家安全的角度审查外国投资。

然而,该模式不适用于实行准入前国民待遇的国际投资条约。国际投资条约的国民待遇条款包括准入后国民待遇和准入前国民待遇,前者侧重于对已有投资的保护,而后者通常与负面清单相结合,对特定领域、特定形式的投资准入予以保留。目前,以美国为首的西方发达国家在国内法或国际投资条约中承诺给予外国投资国民待遇并通过负面清单或不符措施列举除外情形。但是,外资安全审查主要是在外资准入阶段实施的措施,并非同样适用于本国投资,故该模式可能导致外资安全审查违反实行准入前国民待遇的国际投资条约。

### (二)将外资安全审查排除于国际投资条约的适用范围

加拿大是采用该模式的典型国家,主要包括两种情形:一是将外资安全审查作为准入前国民待遇义务的例外。加拿大在对外签订的投资条约中,明确采用负面清单的方式将含有外资安全审查的ICA作为准入前国民待遇义务的例外,从而排除了投资条约对安全审查的适用。二是将外资安全审查排除在争端解决机制之外。近年来,加拿大对外签订的国际投资条约明确规定将与外资并购(包括ICA)有关的所有争端排除出争端解决机制,导致外资安全审查只受东道国国内法规制。例如,2012年中国—加拿大BIT规定ICA和中国有关外国投资管理的法律、法规及规章(包含外资安全审查)不适用争端解决机制。<sup>①</sup>而加拿大与欧盟之间的自由贸易协议(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)明确排除加拿大的外资安全审查,但并未提及欧盟的外

<sup>①</sup> 参见2012年中国—加拿大BIT第四部分第34条的附录。

资安全审查是否排除适用投资争端解决机制。<sup>①</sup>

然而,该模式意味着外资安全审查受东道国国内法规制。目前大多数国家的外资安全审查存在审查目的异化、审查标准模糊、审查过程和结果缺乏透明度等问题。<sup>②</sup>尤其是外国投资者在大多数情况下无法抗辩外资安全审查决定,或者,即使外国投资者享有抗辩权,也仅有少数国家允许对外资安全审查决定涉及的实体问题进行审查。<sup>③</sup>

### (三)通过“自裁决”的安全例外条款排除外资安全审查

21世纪以来,美国开始强调国家安全的重要性并考虑将BITs中的例外条款与“自裁决”条款相联系。自1992年与俄罗斯缔结BIT首次使用“自裁性”安全例外条款以来,美国将该条款逐渐纳入新订立的国际投资条约中。2004年发布的美国BIT范本明确规定了国家安全条款的“自裁决”性质。<sup>④</sup>然而,除了纳入“自裁决”安全例外条款外,美国并未在负面清单中将外资安全审查列为例外情形,也未明确排除争端解决机制对外资安全审查的适用,导致投资者可能将安全例外是否适用于可能违反投资条约的安全审查争议提交国际仲裁机构。<sup>⑤</sup>

国际经贸条约的发展历史表明,国家安全条款属于条约中的例外条款,并不应因国际形势的变化而发生改变。近年来,安全例外条款的重要性日益凸显。据UNCTAD统计,2584个国际投资条约中共包含400个安全例外条款,其中153个条款使用了“其认为必需”的表述,<sup>⑥</sup>体现了国际社会对国家安全“自裁决”性质的共识。譬如,美国2012年BIT范本的“根本安全”条款<sup>⑦</sup>和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)的安全例外条款<sup>⑧</sup>均明确了国家有权为保护根本安全利益(essential security interests)采取其认为所必需的措施。显然,“自裁决”条款虽然在很大程度上限制了仲裁庭的审查权力,但为东道国政府保留了极大的政策空间。值得注意的是,国家安全条款与“自裁决”条款并不

① See CETA, Annex 8-C Exclusions from Dispute Settlement.

② 参见漆彤、刘婧璇,《外国投资国家安全审查制度的国际协调:必要性、可行性和合作路径》,《国际经济评论》2021年第4期,第144-147页。

③ See Frédéric Wehrlé & Joachim Pohl, Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practice, [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/investment-policies-related-to-national-security\\_5jlwrrf038nx-en](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/investment-policies-related-to-national-security_5jlwrrf038nx-en), visited on 4 March 2024.

④ See U.S. Model BIT(2004), Article 18.

⑤ 参见陈辉萍:《中美双边投资条约谈判中的国家安全审查问题》,《国际经济法学刊》2015年第1期,第120页。

⑥ See UNCTAD's Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>, visited on 10 March 2023.

⑦ See U.S. Model BIT (2012), Article 18.

⑧ 参见CPTPP第29条。《美墨加协定》第32条第2款和《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)第10.15条与之相同。

能相提并论,因为国家安全条款未必是“自裁决”条款或具有“自裁决”性质,即国家安全条款是就条款内容而言,而“自裁决”条款强调的是条款的性质。

然而,“根本安全”问题是自我判断的,每个国家都有权决定什么是保护国家安全所必需的,但此种广泛的、不明确的标准可能成为影响投资者的不确定因素。为了增加外国直接投资审查的确定性和可预测性,有些国家详细列举了审查外国投资者和投资项目过程中要考虑的因素,并要求由专门的审查机构作出安全审查的决定。例如,美国外国投资委员会在审查外商投资交易时考虑的国家安全因素包括交易对美国关键供应链韧性和安全性的影响;交易是否会推动关键行业的技术转让,或通过行业内的投资积累效应损害美国国家安全等。<sup>①</sup>显然,美国有关“国家安全”和“关键行业”的监管范围相当广泛,但未对核心概念作明确界定,其目的是确保CFIUS在行使安全审查权力时能够最大限度地阻止任何一项美国主观上认为能够损害美国国家安全的投资交易。

### 三、外资安全审查与国际投资条约衔接的优化路径

外资安全审查是东道国授权国内机构衡量外国投资行为是否危及国家安全的一项监管制度,属于国内法的范畴,同时其涉外因素决定了外资安全审查的制度内容应符合国际投资法的要求,即国内法和国际投资法在监管外国投资方面存在相互交叉的情形。因此,衔接外资安全审查与国际投资条约可以通过提高外资安全审查的治理能力、强化国际投资条约对非传统安全的监管和深化机制改革/塑造机制非传统安全的区域合作等方面予以实现。

#### (一)将外资安全审查的考量因素纳入外国投资治理范围

要求外国投资者遵守与东道国利益相一致的治理标准是限制或消除外国投资者不良行为的有效工具。<sup>②</sup>由于外资安全审查是维护国家安全、控制外国投资流向和规范外国投资及其投资者行为的重要制度,东道国可以考虑将外资安全审查的考量因素,如投资比例、对国家经济安全的影响等,纳入外国投资治理范围。

第一,通过施加并购交易条件改变外国投资者的行为,即使该项投资不受外国投资审查或不受审查相关条件的限制。在投资准入前,改变投资交易行为的结构能够有效阻止可能损害国家安全的外国投资进入东道国。例如,当中国五矿有色金属有限公司(以下称“五矿公司”)提出拟收购澳大利亚矿业巨头OZ Minerals 100%股权时,澳大利

---

<sup>①</sup> See Executive Order No.14083-Ensuring Robust Consideration of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-14083-ensuring-robust-consideration-evolving-national-security-risks-the>, visited on 20 November 2023.

<sup>②</sup> See Lizzie Knight & Tania Voon, The Evolution of National Security at the Interface between Domestic and International Investment Law and Policy: The Role of China, 21 *Journal of World Investment & Trade* 104-139 (2020).

亚政府要求五矿公司将位于澳大利亚军事敏感地区附近的 Prominent Hill 矿区剥离出原收购计划,即由“全部收购”变为“部分收购”。<sup>①</sup>

第二,通过研究开发要求、雇佣要求、最低股权要求、公司总部设置地要求、设立合营企业要求等激励性履行要求改变外国投资者的行为。履行要求形式上是政府规制市场的一种形式,内容上是对外国投资者及其投资的要求,是东道国外国投资政策的具体体现,<sup>②</sup>包括禁止性履行要求和激励性履行要求。前者受到 TRIMs 协定的限制,<sup>③</sup>而后者通常与投资激励相联系,意味着东道国能够在一定条件下引导外国投资者遵守符合东道国国家利益和发展需要的要求。因此,东道国可以通过激励性履行要求,敦促外国投资者在投资准入前尽可能地满足外资安全审查的审查标准。

第三,明确特定领域和行业的数据跨境流动要求。国家安全是数据管控的主要事由,<sup>④</sup>原因在于一些关键或敏感数据如果流到境外会对一国的国家安全造成损害。根据主权管理原则,东道国有权对境内数据跨境流动作出规制,故对关系国家安全、敏感行业等的的数据,国家应禁止其跨境流动,即强调数据本地化存储的重要性。但是,跨境数据流动限制措施必须满足实现合法公共政策目标、不构成任意或不合理的歧视或变相的限制、未超出实现目标所需的限度等要求,即符合合法公共政策目标例外的适用条件。<sup>⑤</sup>

## (二)强化投资条约对可持续安全的监管

可持续安全将传统安全与非传统安全、国内安全与全球安全作为重要衡量指标,并强调安全和发展的可持续性。<sup>⑥</sup>非传统国家安全涉及生态、文化、社会、生物、海洋等新型安全领域,而上述领域在国际投资中亦存在诸多风险。目前,有些投资条约明确规定了环境、劳工、文化例外等条款,表明东道国在环境、劳工、文化等领域享有相应的监管权。然而,国家安全问题具有内涵丰富和外延广阔/可扩展的特点,投资条约仅对某些领域作例外规定并不能涵盖东道国基于新安全问题实施的监管行为,故东道国可以通过在投资条约中施加投资者义务来强化对可持续安全的监管。

第一,规定外国投资者或其投资遵守东道国法律是享受投资待遇的前提。“遵守东道国法律”要求是投资条约对投资定义和条约适用范围的限制之一。根据 UNCTAD

<sup>①</sup> See Foreign Investment Decision, <https://ministers.treasury.gov.au/ministers/wayne-swan-2007/media-releases/foreign-investment-decision-4>, visited on 4 August 2023.

<sup>②</sup> 参见韩立余:《国际经贸投资规则对履行要求的规制》,《法学家》2017年第6期,第119页。

<sup>③</sup> TRIMs 协定禁止的履行要求包括当地采购要求、贸易平衡要求和外汇平衡要求,这三类属于强制性禁止的履行要求。

<sup>④</sup> 参见许可:《自由与安全:数据跨境流动的中国方案》,《环球法律评论》2021年第1期,第26页。

<sup>⑤</sup> 参见徐莉:《跨境数据流动规制之“合法公共政策目标例外”与中国实践》,《求索》2023年第4期,第154-167页。

<sup>⑥</sup> 参见余姣:《论中国与联合国的可持续安全合作》,《社会主义研究》2021年第3期,第160页。

统计,投资定义中存在“遵守东道国法律”要求的投资条约有1600多项。<sup>①</sup>同时,有些仲裁庭认为即使投资条约没有具体规定,外国投资者仍应履行东道国国内法的环境保护等义务。譬如,在Plama诉保加利亚案中,虽然《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)并不要求外国投资符合法律规定,但ECT的实质性保护并不适用于违反法律的投资。<sup>②</sup>因此,缔约国可以规定受投资条约保护的外国投资应当遵守东道国国内法律。

第二,强化企业社会责任条款的“硬法”性质。从广义上讲,企业社会责任条款涉及投资者遵守环境保护、反腐败等义务的相关条款以及投资者违反相关义务时如何承担责任的条款。<sup>③</sup>目前国际投资条约主要采用两种形式规定企业社会责任:一是在序言中提及企业社会责任,但这种形式对外国投资不具有法律拘束力,只能作为投资仲裁庭在解释条约目的时的参考。二是在条约正文规定企业社会责任。由于多采用“鼓励”或“自愿”等词语,企业社会责任条款属于不具有法律拘束力的条款,即企业社会责任以外国投资者自愿遵守为前提。为规范外国投资者履行可持续安全义务,东道国可以强化企业社会责任条款的性质(由“软法”变为“硬法”),强制外国投资者遵守企业社会责任条款的相关规定。

第三,赋予东道国对可持续安全的监管权。在全球安全治理的背景下,国际投资条约应强调外国投资者、东道国和投资者母国之间的利益平衡,即在保障外国投资者利益的同时,赋予东道国监管可持续安全的权力。例如,东道国可以建立政府、社会和企业等多主体参与的监督机制,重视利益相关方,持续地评估投资项目对可持续安全的实际及潜在影响。详言之,东道国应制定详细的评估指标和标准,采用定期检测和不定期抽查的方式对外国投资项目的可持续安全进行评估。对于损害可持续安全的投资项目,东道国有权立即终止并对损害可持续安全的行为进行处罚。

### (三)深化区域安全法治合作机制

当前,全球和地区性安全问题持续增多,极端主义、恐怖主义不断蔓延,网络犯罪、海盗活动等非传统安全威胁日益凸显。<sup>④</sup>加强区域安全合作是应对传统和非传统安全威胁的重要途径,并且区域组织是多边国际安全合作的先驱,也是区域安全治理的重要

<sup>①</sup> See UNCTAD's Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>, visited on 30 November 2023.

<sup>②</sup> See *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, paras. 138-139.

<sup>③</sup> 参见黄世席:《论国际投资条约中企业社会责任条款的强化》,《法学》2023年第3期,第182页。

<sup>④</sup> 参见《新时代的中国国防》, [https://www.gov.cn/zhengce/2019-07/24/content\\_5414325.htm?eqid=d1d1f54b0000993000000066488295f](https://www.gov.cn/zhengce/2019-07/24/content_5414325.htm?eqid=d1d1f54b0000993000000066488295f), 2023年10月30日访问。

行为体。<sup>①</sup>针对非传统安全威胁的跨国性、外溢性等特点,国家可以考虑依托“一带一路”倡议、RCEP及二十国集团、亚太经合组织等次区域和区域合作机制,通过建立涉国家安全投资纠纷处理机制和完善特定领域的区域合作标准等方式深化区域安全法治合作。

第一,在区域内建立涉国家安全投资纠纷处理机制。在已有的区域性争端解决机制中,尚无专门的争端解决机构,这导致争端诉求无门。对此,各国可以在区域内建立涉国家安全投资纠纷处理机制,专门负责涉国家安全国际投资争端的预防与协调。例如,各国可以建立“一带一路”涉国家安全投资纠纷协调机构,实时评估不同国家在不同时期面临的安全因素,如发现危及国家安全的因素,则由该机构负责区域内的交流合作和采取针对性解决方案。

第二,围绕非传统安全带来的威胁和挑战,建立劳工、环境等法治合作机制,避免投资摩擦或纠纷加剧安全合作形势的恶化。在国际安全法治合作中,各国政策和法律法规的协调有助于构建公平、公正、透明的国际法律规则和减少因政策冲突或贸易摩擦引发的安全冲突。例如,上合组织环保信息共享平台提高上合组织国家在环境信息和管理等方面的规范化水平。因此,国家可以依托次区域和区域合作机制,升级各国政策和法律法规在特定区域内合作的标准。

#### 四、外资安全审查与国际投资条约衔接的中国方案

目前我国外资安全审查制度由以《外商投资法》和《外商投资安全审查办法》为核心的国内法和以我国签订的投资条约为主的国际法构成。从国内法层面看,我国外资安全审查尚处于探索阶段,其内容和结构较为简单。从国际法层面看,我国只有2012年中国—加拿大BIT、2012年中日韩投资条约等少数条约明确设置了与国家安全相关的条款(不包括征收条款中涉及的国家安全内容),存在着“国家安全”界定不清、外资安全审查与其他投资待遇条款关系不明、涉外资安全审查投资争端解决途径不清等问题。统筹推进国内法治和涉外法治是维护国家主权、安全、发展利益的必然要求,故我国可以综合运用国内法、国际条约和区域规则,构建外资安全审查与国际投资条约衔接协调的规则体系和争端解决机制。

##### (一) 外资安全审查与国际投资条约衔接的价值导向

###### 1. 国际投资的非经济价值

传统新自由主义主导的国际投资条约通常以保护外国投资者利益为目标,鲜少赋予国家为保障其合法权益采取监管措施的权利,导致东道国监管措施频频被外国投资者诉诸投资争端解决机制。21世纪以来,国际投资条约越来越注重“与投资有关的”非

<sup>①</sup> 参见李东燕:《中国参与区域组织安全合作:基本模式与前景》,《外交评论》2017年第1期,第65页。

经济议题(环境、劳工、健康、安全等)的内在价值及其与外国直接投资之间的内在关系,<sup>①</sup>这表明国际投资条约从单一追求投资保护,逐渐向追求多元价值平衡的方向发展。考虑到投资自由化、投资准入和非歧视原则可能会与其他重要的社会价值和利益(如国家安全)相冲突,国际投资条约允许缔约国在特定条件下采取保护其他社会价值和利益的法律和措施,即优先考虑一定的社会价值和利益。详言之,国际投资条约规定了关于国家安全的诸项例外,旨在给东道国为维护国家安全而采取的投资限制措施提供正当性基础。目前,安全例外条款开始出现于国际投资条约的序言、征收条款、投资待遇条款、争端解决条款等,这表明缔约国试图通过扩张性地适用安全例外条款来免除国际投资条约对国家施加的投资保护义务。如此,当投资者认为东道国实施的安全监管行为会损害其投资利益时,东道国可以援引安全例外条款抗辩其监管行为的合法性。

## 2. 外资安全审查的双重属性

外资安全审查与国际投资条约衔接的诉求还源于外资安全审查的安全属性和经济属性。依据习惯国际法,国家保留以国家安全为由阻止外国投资的权利,国家可以采取它们认为必要的措施来保护其安全利益。<sup>②</sup>从本质上来说,外资安全审查是一项判断外资是否对东道国国家安全形成威胁的法律制度,是国家行使主权的具体表现。然而,外资安全审查除了要维护本国的国家安全和利益外,还需要体现国家对外国投资的促进和保护,并在国家安全利益和经济利益之间实现平衡,即外资安全审查虽源于一国对本国国家安全的担忧,但其价值追求是在投资开放和国家安全之间实现平衡。20世纪80年代以来,国际投资规则呈现出自由化发展的态势。投资自由化意味着东道国应尽可能地减少或消除投资壁垒,而外资安全审查是东道国基于国家安全原因对外国投资准入实施的监管措施。从表面上看,外资安全审查与投资自由化的趋向是相悖的,但在本质上外资安全审查是为了适应全球化而建立或强化的一种规制实践。<sup>③</sup>因此,外资安全审查与国际投资条约衔接既要维护东道国基于国家安全和利益的应有监管权,也要通过健全外资安全审查制度推进外资领域法治建设,进而增强一国对外资的吸引力。

## (二) 外资安全审查与国际投资条约衔接的具体方案

### 1. 完善外资安全审查的相关规则

从我国立法情况来看,《国家安全法》只提及国家安全包括安全状态和维护国家安

<sup>①</sup> 参见王彦志:《新自由主义国际投资法律机制:兴起、构造和变迁》,法律出版社2016年版,第290页。

<sup>②</sup> See Ashley Thomas Lenihan, *Balancing Power Without Weapons: State Intervention into Cross-Border Mergers and Acquisitions* 32 (Cambridge University Press 2018).

<sup>③</sup> 参见曾华群、余劲松主编:《促进与保护我国海外投资的法制》,北京大学出版社2017年版,第182页。

全的能力,未明确界定国家安全的范围。<sup>①</sup>因此,界定国家利益内涵和明确外资安全审查标准有助于缓解外资安全审查决定的不确定性、任意性。

### (1)将产业利益、经济利益、竞争利益等内容纳入国家利益的范围

外资安全审查是保护本国国家利益的重要制度。国家利益是国家安全的前提和基础,而产业竞争、经济竞争是主导国家关系最根本的利益争夺,因为维持一国产业利益或经济利益的关键在于该国能否建立比较优势或竞争优势。外资安全审查实质上是国家间围绕经济利益和安全利益博弈的结果。<sup>②</sup>近年来,外资安全审查着眼于新兴产业的竞争力,即从传统的国防军事产业扩展至关键基础设施、关键技术和敏感数据等诸多领域。由于中国与美国的制造业产业竞争导致了经济利益冲突,美国针对中资企业实施了广泛的外资安全审查,借此打压中国潜在的竞争企业。因此,我国应维护好国家利益,尤其是产业、竞争等核心利益,并将其纳入到国家安全的范畴。

### (2)明确外资安全审查的范围和标准

目前,我国《外商投资安全审查办法》第4条列举了某些领域的外商投资应在实施投资前主动申报,但未明确何为重要农产品、重要能源和资源、关键技术等。值得借鉴的是,《欧盟外国直接投资审查框架条例》以非穷尽列举的方式扩大了“安全与公共秩序”的考量范围并保持审查标准的开放性和适变性。<sup>③</sup>因此,我国可以将对我国“安全或公共秩序”的影响作为重点考量因素,以非穷尽列举的方式阐明重要农产品、关键技术等项目的具体范围,并根据利益需求、时代背景和社会情况,动态调整审查标准中的“特定行业”和“考虑因素”。

### (3)设置外资安全审查的优位次序

为避免国家安全范围无限扩张,我国应细化外资安全审查的审查因素并进行优位次序的排列。详言之,第一优位次序是传统安全,包括国土、军事、政治等方面。第二优位次序是经济安全,包括金融安全、产业安全、信息安全等方面。第三优位次序是可持续安全,包括能源资源、粮食供应、生态环境保护、民族文化等方面。当然,上述优位次序的具体指标仍需要进一步细化并采用定量方法,根据权重计算出外国投资的安全指数,给予通过、附条件通过和禁止的安全审查决定。同时,设立“一票否决”指标。当外国投资违反了传统安全中的任一项时,审查机构应立即终止外国投资活动。

## 2.细化投资待遇条款的安全例外情形

国际投资条约中的安全例外赋予东道国采取保护国家安全措施的自由裁量权,但东道国维护国家安全的措施很可能与投资待遇条款相冲突,故厘清投资待遇条款中的

<sup>①</sup> 参见《国家安全法》第2条。

<sup>②</sup> 参见连增,王颖,孙文莉:《特朗普政府投资领域国家安全审查制度的新变化及其趋势解析》,《国际论坛》2019年第2期,第121页。

<sup>③</sup> 参见高华:《新时代中国外商投资安全审查制度的完善——基于对欧盟安全审查制度变革的考察与借鉴》,《法学论坛》2022年第5期,第78页。

安全例外情形有助于明确投资保护的边界,避免东道国对国家安全利益的滥用。

#### (1)明确外资安全审查不适用非歧视原则

非歧视原则要求东道国在一般情况下应以相同方式对待具有同等地位的外国投资者。这里的地位相同指的是投资者对于东道国国家安全产生的影响程度相同。<sup>①</sup>在同一类别的投资项目中,东道国针对不同国家的投资者采取不同的投资限制性措施(如外资安全审查)并不一定构成歧视。再者,目前大多数国际投资条约都规定了最惠国待遇,意味着东道国在给外国投资者提供保护的同时,需要防止外国投资者通过挑选条约(treaty shopping)恶意援引最惠国待遇原则寻求最优化待遇。因此,明确外资安全审查不适用最惠国待遇原则,或者将国家安全作为非歧视待遇的例外规定是最直接的方法。譬如,1958年联邦德国—巴基斯坦BIT将公共安全(public security)作为条约中非歧视待遇的豁免规定。<sup>②</sup>

#### (2)将外资安全审查作为公平公正待遇的例外情形

当外国投资者利益因东道国出台新的外资安全审查法律、修改现有法律或审查机制、实施外资安全审查缺乏透明度或明显不合理而受损时,外国投资者可能援引公平公正待遇原则。对此,我国一方面应通过清单方式列举公平公正待遇的要素,包括损害投资者合理期待、违反正当程序、明显恣意等,表明东道国明显的、严重的、故意的情形才构成对公平公正待遇原则的违反。<sup>③</sup>另一方面,应将外资安全审查作为公平公正待遇的例外情形,为东道国实施外资安全审查的合法性提供抗辩理由。例如,2005年中国—马达加斯加BIT第3条明确规定出于安全、公共秩序、卫生、道德和环境保护等原因采取的措施不应被视为障碍。

#### (3)采用“目的+效果”的方法认定间接征收

按照单一效果解释,当东道国实施外资安全审查导致外国投资者的财产全部或部分被剥夺,或其财产价值被剥夺时,财产的所有权没有发生转移,仍构成间接征收。外资安全审查是维护国家安全利益的重要工具,在认定外资安全审查是否构成间接征收时应强调国家安全利益与投资者财产权益的平衡。因此,国际投资条约应明确间接征收的认定条件,即综合考虑东道国安全审查措施对外国投资产生的效果和东道国实施相关措施的目的。

#### (4)强调国家安全条款的例外性质和限制性条件

21世纪以来,由阿根廷金融危机引起的一系列投资仲裁案件、国家间贸易摩擦等不确定事件频发,国家利益主导的制度需求促使各国关注国际投资中的国家安全

<sup>①</sup> 参见王东光:《国家安全审查:政治法律化与法律政治化》,《中外法学》2016年第5期,第1298页。

<sup>②</sup> See Protocol of Germany-Pakistan BIT (1959), Article (2).

<sup>③</sup> 参见左海聪、闫旭:《论国际投资协定中公平公正待遇的义务要素》,《中国高校社会科学》2022年第1期,第81页。

问题。目前,国家安全条款泛化甚至被滥用已对国际经贸交往产生重大冲击和影响,大量跨境贸易、对外投资严重受阻,全球供应链遭到人为破坏,国际贸易投资规则的稳定性、可预见性大大降低。<sup>①</sup>对此,我国在对外缔结国际投资条约中既应明确可以援引根本安全例外条款的具体措施,<sup>②</sup>又要求东道国采取的维护国家安全的监管措施应符合必要性和非歧视性条件。详言之,东道国援引该例外条款应证明外资监管措施符合两个条件:一是外国投资损害了东道国的根本安全利益,属于国际投资条约中根本安全例外条款的适用范围;二是东道国对外国投资采取的监管措施是维护东道国安全利益所必需的,且不以武断或不合理方式适用,不构成对国际投资的变相限制。

### 3.建立外资安全审查的国内—国际双轨救济机制

“无救济则无权利。”国内法和投资条约在赋予外国投资者诸多权利的同时,应赋予其在法定权利受到侵害或产生争议时诉诸国内救济和国际救济的权利。为实现东道国、投资者母国、外国投资者等多方利益主体的平衡,建立国内救济与国际救济、私人诉权与国家诉权相协调的救济体系需要在完善外资安全审查的国内救济机制和国际救济机制的同时,从条约文本设计的角度规制争端解决可能产生的平行程序问题。

#### (1)完善外资安全审查的国内救济机制

第一,明确外国投资者对安全审查决定享有救济权。从法律性质上来说,政府部门作出的安全审查决定属于具体行政行为,当外国投资者对该具体行政行为不服时,其理应享有寻求司法审查和救济的权利。同时,我国在加入WTO时承诺给予外国投资者司法救济的权利,这意味着个人或企业如不服行政机关作出的行政行为有权向司法机关提起诉讼。因此,我国在制定修订相关国内法时应明确外国投资者所享有的进行司法救济的权利。

第二,安全审查决定的法律救济限于对审查程序的司法救济。程序正义是安全审查不可逾越的原则之一,因为程序正义作为防范政府恣意妄为的外部性约束方式,在规范政府行为和保护投资者权利上发挥着重要作用,同时也可以为政府行为失当和投资者寻求救济提供法理依据。<sup>③</sup>由于安全审查决定的依据可能涉及国家秘密,我国不应对国家作出的安全审查决定进行实质性审查。为了提高审查程序的透明度和可预见性,我国应进一步明确审查主体、审查权限、审查范围、审查流程、审查期限等审查程序。例如,在对安全审查决定进行程序性审查时,法院应以非公开、书面的形式进行审理,并要求法官严格遵守保密规定。

<sup>①</sup> 参见刘敬东:《“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析——以国际贸易投资规则为视角》,《法学杂志》2023年第2期,第122页。

<sup>②</sup> 例如,2012年中国—加拿大BIT第33条第5款。

<sup>③</sup> 参见陶立峰:《外国投资国家安全审查的可问责性分析》,《法学》2016年第1期,第69页。

## (2) 强化外资安全审查的国际救济机制

外资安全审查是一种判断外国投资是否对东道国国家安全形成威胁的审查机制,其本身带有较浓的政治色彩。如果外资安全审查受制于国际投资条约中的条约义务,允许外国投资者将其诉诸国际争端解决机制,则东道国国家利益将难以得到保护;反之,如果将外资安全审查完全排除于国际争端解决机制,则外资安全审查很可能会成为投资保护主义的工具。由于外资安全审查是维护国家安全的必要措施,而以投资仲裁为核心的投资者—国家争端解决机制正遭遇正当性危机,我国应将外资安全审查排除出投资仲裁的管辖范围并寻求替代性国际争端解决机制。

第一,诉诸国家—国家仲裁。鉴于外资安全审查的投资争端解决强调东道国和母国的主导权,通过国家间机制敦促东道国履行其外资准入承诺,允许投资者在可诉范围内寻求当地救济或条约救济,是平衡投资者诉权与投资者母国诉权的重要途径。为避免投资仲裁和国家仲裁的管辖冲突和平行诉讼的出现,投资条约应界定国家—国家仲裁的管辖范围,<sup>①</sup>即将关涉国家安全措施的投资争端纳入国家间仲裁的管辖范围。或者,借鉴《中欧全面投资协定》(EU-China Comprehensive Agreement on Investment, CAI)细化国家间争端解决机制的做法,在国际投资条约中纳入外资安全审查争端解决的相关规则,如专家组组成、管辖范围、程序中止和终止的情形等。

第二,建立投资争端预防机构。投资争端预防通过争端预防政策,将投资者与国家间的问题、不满或者冲突消灭在萌芽状态,防止其升级为投资争端。<sup>②</sup>譬如,巴西—印度投资合作与便利化条约规定只有在提交争端预防联合委员会无法防止争端的情形下,一国才能将争端提交国家—国家争端解决。<sup>③</sup>对此,我国可以借鉴哥伦比亚的牵头机构、秘鲁的投资争端协调系统和韩国监察员制度,成立由商务部、国家安全部、外交部等多部门组成的投资争端预防委员会,负责关涉国家安全投资争端的预防和处理。同时,利用区域合作平台或区域投资条约,在区域内建立统一的投资争端预防机构,强化国家间投资争端预防合作。

## (3) 设置国内救济和国际救济平行程序的衔接机制

如果外国投资者不服安全审查决定先后或同时诉诸国内法院和国际仲裁时,两种救济方式的并存将可能产生不一致的裁决结果。为避免平行程序的发生,我国应在投资条约中强调救济程序的位序安排。

第一,约定用尽当地救济原则。作为提起外交保护前提条件的一项习惯国际法规

<sup>①</sup> 参见徐树:《国际投资条约“双轨”执行机制的冲突及协调》,《法商研究》2017年第2期,第146-147页。

<sup>②</sup> 参见刘万啸:《国际投资争端的预防机制与中国选择》,《当代法学》2019年第6期,第52页。

<sup>③</sup> See Brazil-India BIT (2020), Article 18.

则,用尽当地救济原则已被广泛接受。虽然晚近受投资自由化的影响,用尽当地救济原则有弱化趋势,但近年来印度、罗马尼亚等国家纷纷在新缔结的投资条约中纳入用尽当地救济原则。我国早期投资条约多数将用尽当地救济作为外国投资者诉诸投资仲裁的前置性条件,但在 1990 年之后,中国有些投资条约规定因国有化和征收补偿数额产生的争端可径行提交国际投资仲裁解决。<sup>①</sup>安全审查所涉范围属于一国的国家安全事项,而将安全审查决定交由我国国内司法机构解决是维护我国国家主权的重要体现,故我国在缔结的国际投资条约中应约定用尽当地救济原则,即当发生涉安全审查的投资争端时,外国投资者应先诉诸最高人民法院或特设法庭,尽可能地将此类争端交由国内专属管辖解决。

第二,纳入弃权(waiver)条款。与岔路口(fork in road)条款不同,弃权条款不强制要求外国投资者从一开始就在东道国国内法院和国际仲裁之间进行选择,而是鼓励外国投资者将投资争端先交由国内法院,并允许外国投资者在国内法院尚未作出最终裁决前,以放弃国内诉讼为条件就同一争端提交国际仲裁。在实践中,仲裁庭只需要探讨在国际救济程序和国内救济程序中隐含的政府措施是否相同。<sup>②</sup>值得借鉴的是,2012 年中国—加拿大 BIT 规定,如诉请涉及加拿大的措施,投资者和企业应放弃启动或继续依据任一缔约方法律在任何行政法庭或法院进行的程序或其他争端解决程序,如果该程序与加拿大被指控违反第 20 条的措施有关。<sup>③</sup>为防止外国投资者对涉安全审查投资争端滥用诉权致使平行程序的发生,我国在缔结国际投资条约时应纳入弃权条款,赋予外国投资者先诉诸国内诉讼再提交国家—国家仲裁的权利。

## 五、结语

作为外国投资者在东道国必须面对的一项非必经但重要的制度,外资安全审查逐步从镶嵌在其他措施中发展成为独立的制度并根据复杂的投资行为不断调整。该制度的泛化适用已经危及国际经贸秩序的正常运行,故如何预防外资安全审查对国际投资造成的负面影响、如何避免外资安全审查与国际投资条约的冲突,成为外资安全审查与国际投资条约衔接需要解决的问题。

当前全球正由“经济之争”转向“规则之争”“制度之争”,加之制度型开放是我国建设更高水平开放型经济新体制的重点,我国应努力成为国际经贸治理的主导者和国际经贸规则的制定者。一方面,完善外资安全审查领域的法律法规、实施细则和配套性政

---

<sup>①</sup> 参见李泮桦:《东道国当地救济规则在 ICSID 仲裁领域的运用研究——兼论中国双边投资条约的应对策略》,《法律科学(西北政法大学学报)》2015 年第 3 期,第 184 页。

<sup>②</sup> 参见刘梦非:《论国际投资争端解决平行程序的规避——以程序安排为中心的思考》,《甘肃政法学院学报》2020 年第 2 期,第 70-72 页。

<sup>③</sup> 参见 2012 年中国—加拿大 BIT 第三部分第 21 条。

策,加快外资安全审查制度或规则与国际先进标准的接轨和超越;另一方面,规范国际投资条约的实体规则和程序规则,加强国际经贸规则的制定和引领,为营造各国互利共赢的国际治理体系提供更多的制度型公共产品。

## **The Convergence between Foreign Investment Security Review and International Investment Treaties**

**Abstract:** When the state has signed international investment treaties, its foreign investment security review may violate the state's obligation to protect foreign investors, but the essential security exception clause in investment treaties may not completely exclude the illegality of foreign investment security review. To reasonably weaken the uncertainty of foreign investment security review and achieve the balance between investment openness and national security, the connection of foreign investment security review with international investment treaties can be innovated by combining foreign investment governance, sustainable security, and regional security and legal cooperation. Taking a coordinated approach to domestic rule of law and foreign-related rule of law is an important part of the rule of law construction in China's new development stage. Thus, China should make comprehensive use of domestic laws, international treaties and regional rules to build the system of rules and dispute resolution mechanism for the convergence and coordination of foreign investment security review and international investment treaties.

**Key words:** foreign investment security review; investment treatment; investment governance; sustainable security; dual-track relief mechanism

(责任编辑:张耀元)