

欧盟供应链安全规则的合法性认定 ——以中国与欧盟各国双边投资协定为切入点

沈伟, 陈徐安黎

(上海交通大学凯原法学院, 上海 200030)

摘要: 欧盟及其成员方制定的供应链安全规则, 以保障关键领域的供应链安全为核心目的限制或禁止外商投资, 一定程度上服务于国际经济博弈, 成为打压部分国家的工具。根据中国与欧盟各国或地区双边投资协定(BIT)中约定的投资争端解决方式, 除个别情况外, 投资者可通过国际投资仲裁的途径要求仲裁庭审查欧盟供应链安全规则及其适用行为的合法性。欧盟及其成员方基于安全利益行使使安权应符合BIT的规定。多数欧盟供应链安全规则违反了BIT中的国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇等实体义务, 具有违法性。仲裁庭通常可以适用征收补偿条款为投资者提供救济。少数BIT中规定了安全与公共秩序例外条款, 现有案件通常对此进行限缩解释, 供应链安全规则若违反BIT中的实体义务, 难以一般性地通过安全与公共秩序例外加以免责。在对欧投资中, 中国投资者应充分发挥国际投资仲裁的准司法审查功能, 倒逼欧盟各国或地区供应链安全规则及其适用行为更加规范化、合理化、非歧视化。同时, 中国须进一步参与国际投资规则的制定和完善, 促使其向具有更高投资保护待遇的新一代投资规则迈进。

关键词: 供应链安全; 外商投资国家安全审查; 最惠国待遇; 公平公正待遇; 安全与公共秩序
中图分类号: D996.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2024)03-0138-15

一、引言

近年来, 欧盟及其成员方大幅扩张对外商直接投资(FDI)的限制, 在外商投资领域制定了一系列以保障供应链安全为核心立法目的的法律规则(下称“供应链安全规则”), 集中体现了欧盟在外商投资领域的供应链安全政策。

欧盟对供应链依赖的警惕和对华态度的转变构成了供应链安全规则的重要立法背景。2023年6月20日, 欧盟委员会(下称“欧委会”)发布的《欧洲经济安全战略》将供应链风险视为经济安全领域的四大风险之一, 将减少对单一国家的供应链依赖作为欧盟经济安全战略的核心任务, 充分关注供应链安全。^①随着中国在世界经济格局中的地位不断提升, 欧盟对华态度逐渐警惕。欧委会主席冯德莱恩提出“去风险”概念, 认为中国对欧敏感技术的投资构成欧盟经济

收稿日期: 2024-02-19

基金项目: 国家社会科学基金重大项目“美国全球单边经济制裁中涉华制裁案例分析与对策”(21&ZD208)。

作者简介: 沈伟(1972—), 男, 江苏启东人, 上海交通大学凯原法学院特聘教授、博士研究生导师;

陈徐安黎(1999—), 女, 福建厦门人, 上海交通大学凯原法学院硕士研究生。

^①European Commission. European Economic Security Strategy, European Union, Available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2dab2b60-149c-11ee-806b-01aa75ed71a1/language-en>, Last visit on 2023-08-26.

安全风险,需要实施针对性的投资限制以保障其安全利益,加强供应链韧性,试图把中国部分排除在全球供应链合作之外。^①在这一背景下,欧盟供应链安全规则突出反映了“去风险”战略的理念,通过法律形式将减少供应链依赖和提升供应链韧性确立为外商投资国家安全审查(下称“外资安全审查”)的核心方向之一,区别于传统上保障欧盟核心基本安全的外资监管规则。

欧盟在投资领域的供应链安全规则以外资安全审查或者投资禁令为主要手段,聚焦军事、国防领域以及芯片、通信基础设施等国家核心竞争力行业的供应链安全问题,实施更为严格的安全审查,旨在减少外国投资者对关键领域的控制力。欧盟各国或地区以涉及国家战略行业的供应链安全为由限制外国投资者投资权利的情况频频发生。例如,德国以保障关键医疗保健产品和专有技术的供应链安全为由,禁止中国投资者谊安收购德国呼吸机生产商艾尔。意大利以供应链安全为由,行使特殊审查权禁止意大利电信公司Fastweb与华为签订5G核心网络供应协议,并强制要求其实施供应商多元化战略。在各国放弃以经济胁迫阻碍中国经济发展、破坏全球供应链的行为后,去除供应链风险、保障供应链安全可能成为粉饰经济制裁的新借口^②。

面对全球FDI规则的变化,中国企业需要运用相应的国际投资协定(IIA)条款,寻求法律救济。例如,瑞典以保障国家安全为由,禁止参加5G频谱拍卖的企业使用华为和中兴的设备,并要求相关运营商在规定期限内拆除现有基础设施中的相关设备。针对上述措施,华为以瑞典违反中国-瑞典双边投资协定(BIT)中的公平公正待遇和最惠国条款为依据,向国际投资争端解决中心(ICSID)提起仲裁申请,案件现已进入实体审理阶段,目前尚未审结。^③

已有一些研究对上述问题进行了初步分析。有学者基于欧盟经贸立法的动向、特点和影响指出,在欧盟为保障供应链安全设置投资壁垒的情况下,中国可以在国内立法、沟通协调、企业合规和规则制定上有所回应。^④部分研究关注到国际投资领域的国家安全泛化问题,倡导稳定国际经济规则与国家安全规则的平行二元结构,平衡东道国的安全需求与经济自由化需要。^⑤对外资安全审查制度的合法性进行国别分析,^⑥或以个案切入探讨外资安全审查制度的合法性问题。^⑦现有研究为检视供应链安全规则的合法性提供了不同的视角,但尚无针对欧盟投资领域供应链安全规则合法性的研究。

随着供应链安全规则的影响力不断提升,国际投资法作为强制性约束规范的作用不容忽视。目前,已有相关适用争议被提交国际投资仲裁审理,亟须在国际投资法视域下充分研判欧盟供应链安全规则的合法性。本文拟以中国与欧盟各国或地区的BIT(以下简称“中欧BIT”)为框架,^⑧分析供应链安全规则在投资者与国家争端解决机制(ISDS)中的可诉性、合法性和例外性,为保障中国投资者的海外合法权益提供法律救济路径。

^①Weihuan Zhou, Victor Crochet and Haoxue Wang. Demystifying China's Critical Minerals Strategies: Rethinking "Derisking" Supply Chains, SSRN, Available at <https://ssrn.com/abstract=4578882>, Last visit on 2023-09-25.

^②沈伟、陈徐安黎:《WTO 规则视角下供应链安全规范检视及应对》,《国际经济评论》2023年第6期。

^③Huawei v. Sweden, ICSID Case No.ARB/22/2.

^④邹磊:《欧盟经贸立法:动向、特点与对华影响》,《国际问题研究》2023年第3期。

^⑤沈伟:《国际经济法的安全困境——基于博弈论的视角》,《当代法学》2023年第1期。

^⑥Tania Voon and Dean Merriman. Is Australia's Foreign Investment Screening Policy Consistent with International Investment Law?, Melbourne Journal of International Law, 2022, 23(1), pp. 62-113.

^⑦杜明:《国家安全的国际经济法回应——以华为诉瑞典仲裁案为例》,《国际法研究》2023年第5期。

^⑧因中国与欧盟之间的《中欧全面投资协定》(CAI)谈判陷入僵局,后续能否生效暂不确定,本文以现行有效的中欧BIT为规范基础,为化解供应链安全规则的不利影响提供切实可行的适用进路。

二、欧盟外商投资领域的供应链安全规则

在外商投资领域,欧盟供应链安全规则是双层体系,形成了以成员方审查机制为基础、以欧委会审查为辅助的“双轨制”外资安全审查格局。^①欧盟层面以框架性的供应链安全规则为指引,重点关注特定领域的供应链安全,对各成员方的供应链安全规则形成和完善有着深远的影响。成员方层面通过更为具体的供应链安全规则和外资安全审查制度、投资禁令等配套性措施,具体实施欧盟的供应链安全政策,并逐渐向欧盟供应链安全规则靠拢,以保持供应链安全规则的一致性。

(一) 欧盟层面的供应链安全规则

在欧盟层面,2019年3月欧委会颁布《欧盟外国直接投资审查条例》(下称《欧盟外资条例》),在全欧盟构建起针对FDI的基于安全和公共秩序的审查框架,作为保障供应链安全的基本规范。同时,《欧洲芯片法案》是欧盟针对半导体供应链安全的特殊规则,要求成员方对欧盟半导体供应链中关键市场参与者的相关收购加强关注和监测,根据供应链依赖度、不可替代性和市场份额等因素确定具体的外资监管措施。^②2023年12月,《欧盟关于保护联盟及其成员方免受第三国经济胁迫条例》正式公布。针对欧盟认定的经济胁迫实施国,欧盟有权对该国的FDI作出相应限制,使欧盟在外商投资领域的供应链安全规则覆盖面进一步拓宽。

《里斯本条约》将FDI纳入欧盟共同贸易政策范围,作为欧盟专属权限。与此相衔接,《欧盟外资条例》虽然承认成员方在外资安全审查上的最终决定权,但要求已建立外资安全审查制度的成员方应与欧盟保持一致,且欧委会与其他成员方可对其相关制度提出意见,成员方应视情况听取相应意见,在不采纳涉及欧盟利益的建议时还应说明理由。^③因此,《欧盟外资条例》事实上已对各成员方的供应链安全规则产生重要影响。

(二) 成员方层面的供应链安全规则

在成员方层面,已有包括德国、法国、意大利等欧盟主要国家在内的三分之二的欧盟成员方制定了外资安全审查制度,除保加利亚和塞浦路斯之外,其余的欧盟国家也正在建立相应的制度。

德国外资安全审查制度的基本框架由《对外经济法》和《对外贸易条例》构成,分为一般行业审查和特定行业审查。一般行业审查的目的在于确保德国和欧盟其他成员方的公共秩序或安全,其中部分行业属于强制申报的范围,如关键基础设施和关键行业,其他行业则为自愿申报。受到《欧盟外资条例》的影响,德国于2021年5月1日新增了16类需要强制申报的行业,涉及人工智能、自动驾驶、半导体、核技术、量子技术等领域。特定行业审查的目的在于确保德国的基本安全利益,适用于军械、国防科技等相关领域的投资,要求投资者强制申报。相关部门可以附条件批准交易,如对外国投资者设置持股比例上限、对投资者权利及公司日常运营进行限制以及确保德国政府享有重要商业决策的决定权等,甚至可以在有权机关已经在先同意的情况下禁止交易,并对已交割的交易进行撤销,或者嗣后限制外国投资者投票权。^④

与德国不同,法国的外资安全审查制度均采用强制申报,未申报的股权变更及其合同等相

^①张怀岭:《欧盟双轨制外资安全审查改革:理念、制度与挑战》,《德国研究》2019年第2期。

^②European Chips Act, Article 19, 22.

^③Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, Article 6-8.

^④Außenwirtschaftsverordnung, Section 13(3)-(4), Section 55(1)-(2), Section 56(1)-(2), Section 59(3), Section 60(1).

关交易行为均属无效。法国的《货币与金融法案》规定了两类行业的并购交易可能触发安全审查,一是与公共秩序、公共安全或国防利益相关的领域;二是与研究、生产或销售武器、弹药、火药和爆炸物相关的领域^①。外资安全审查范围既包括以保障军事和国防安全为目的的投资审查,也包括以保障供应链安全为主要目的的投资审查,如针对能源、水等关键资源供应以及运输网络、电信服务等关键服务的完整性、安全性、连续性进行审查。^②近年来,法国政府先后将人工智能、半导体、量子技术等关键技术纳入外资安全审查的范围,^③以供应链安全为核心的外资安全审查从关注传统的关键能源、基础设施、服务转向新兴关键技术。法国经济部在审查中有权作出不予准许或附条件准许的决定,以保证标的公司在法国境内持续安全地开展相关业务。^④

三、国际投资法下欧盟供应链安全规则的可诉性

(一) 中国与欧盟成员方的ISDS现状

国际投资领域的争端解决方式以投资仲裁为主,仲裁管辖权的认定有赖于BIT规定的仲裁合意、投资者国籍、投资定义、争议解决等条款,^⑤确定属人管辖权、属物管辖权、属时管辖权以及合意管辖权。^⑥国际投资仲裁具有无默契仲裁(arbitration without privity)的特点,^⑦仲裁庭的管辖权通常取决于以BIT等IIA的事前规定或者投资者与东道国的合同约定,后者在东道国适用供应链安全规则时很难存在。考察供应链安全规则可诉性的关键在于中欧BIT是否赋予相关争端解决机构以管辖权。除爱尔兰外,中国已与欧盟其他26个成员方签订了25个BIT。

中欧BIT主要存在三种ISDS机制,分别为国内法院诉讼、ICSID仲裁和专门仲裁庭仲裁。其中,国内法院诉讼往往受制于各国的国内法,难以约束供应链安全规则,在此不予讨论。ICSID是由《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》(下称《华盛顿公约》)创设的多边投资争端解决机制,也是应用最广的投资仲裁机制。如中国-意大利BIT等少数BIT也要求专设仲裁庭,参考ICSID的仲裁规则和程序。因此,本文主要分析ICSID。

《华盛顿公约》本身不为ICSID创设管辖权。ICSID取得管辖权应符合《华盛顿公约》所确立的投资要件,且受限于当事人合意的范围。关于仲裁的合意范围,中欧BIT有三种立法例,一是,仅征收补偿款额的争议可提交仲裁;二是,仅征收补偿款额的争议可以无条件提交仲裁,其他争议需另行合意;三是,所有与投资有关的争端均可提交仲裁。

仲裁庭取得管辖权除了应符合《华盛顿公约》和BIT对投资、投资者、争端等基本要件的一般规定外,在适用前两类ISDS条款时还需要投资者申请仲裁的范围与征收补偿款额有关。

(二) 关于“投资”和“投资者”的管辖范围限制

仲裁庭能否取得管辖权通常由“投资”和“投资者”这两个要件决定。^⑧

1. 适格投资的条件。争端与适格投资具备直接相关性是仲裁庭行使属物管辖权的核心要

①Code monétaire et financier, L151-3.

②Code monétaire et financier, R151-3.

③e.g. Création Décret n°2019-1590 du 31 décembre 2019, Article R151-3 III. 1°.

④Code monétaire et financier, R151-8, R151-9, L151-3, L151-8.

⑤ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, February 12, 2010.

⑥张建:《国际投资仲裁中的管辖权异议及其认定问题——以Rusoro诉委内瑞拉仲裁案为例》,《武大国际法评论》2017年第6期。

⑦Jan Paulsson. Arbitration without privity, ICSID Review, 1995, 10(2), pp. 232-257.

⑧Wei Shen. Beyond the Scope of “Investor” and “Investment”: Who can Make an Arbitration Claim under a Chinese BIT? — Some Implications from a Recent ICSID Case, Asian International Arbitration Journal, 2010, 6(2), pp. 164-185.

求。^①但《华盛顿公约》未对“投资”的范围进行定义,而是采用仲裁的合意机制以及《华盛顿公约》第25条第4款的事先通知制度加以替代,将定义适格投资的权限留给各缔约国。

间接控制型投资能否纳入受保护的投资范围存在一定争议。25个中欧BIT中均以“财产”或“资产”为基础定义投资,包括财产权利、公司的股权或其他形式的权益、财产性请求权、知识产权、特许经营权或商业特许权五种主要的投资类型,并采用演绎加归纳的开放式定义结构,^②未对投资的种类进行限制,其中部分BIT还明确规定了投资的再收益或间接投入的资产均属于受保护的投资范围。^③这一定义模式对投资的保护范围较广,具有很强的扩展空间。间接控制型投资属于适格投资。例如,在华为诉瑞典案中,仲裁庭认为中国-瑞典BIT采用以资产为标准的投资定义,未排除间接持股方式进行的投资。^④

在萨利尼(Salini)诉摩洛哥案中,仲裁庭指出《华盛顿公约》第25条第1款中的投资要件具有独立于IIA中投资定义的独立含义,应当符合出资、合同持续履行、承担交易风险、对东道国经济发展有贡献等四个要件。^⑤尽管Salini标准存在着模糊性,后续案件也对第四个要件提出了质疑,但该标准仍具有重要意义,^⑥可用来区分投资与纯粹的贸易。外国投资者在欧盟范围内的收购和控制权交易是欧盟外资供应链安全规则的主要调整对象,通常属于股权投资,可纳入适格投资的范围。也有部分案件中东道国适用供应链安全规则对外商投资企业的个别商业交易进行限制,例如,意大利禁止华为与Fastweb开展供应链合作,严重影响了华为意大利子公司的正常经营活动。此类贸易禁令意在针对特定的外商投资企业,将影响外国投资者的合法权益,涉及外资保护,不是纯粹的贸易问题,外国投资者可以基于投资权益受损提起仲裁。

2.适格投资者的界定。由适格投资者提起仲裁申请是仲裁庭具备属人管辖权的条件。^⑦《华盛顿公约》第25条对仲裁申请人的身份作出了相应规定,在BIT规定由ICSID管辖时,申请人需同时满足BIT中关于“投资者”的定义和《华盛顿公约》关于“另一缔约国国民”的身份。^⑧因欧盟供应链安全规则的适用对象是外国投资者,仲裁庭具有属人管辖权通常无争议。但在投资者系国有企业时,被申请人可能以此为由提出管辖权异议。欧盟各国或地区的供应链安全规则通常对外国国有企业投资采取更为严格的审查标准或将受外国国资控制作为重要的审查因素,甚至针对中国国有企业的收购就是部分供应链安全规则的立法动因。因此,国有企业被限制、禁止投资的可能性较高,很可能处于仲裁申请人地位,^⑨需要分析国有企业的申请人资格。

中欧BIT对“投资者”的定义基本上较为宽泛,仅规定“投资者”应属于缔约国一方的国民或经济实体,未对受国有控制的投资者进行例外规定或特别说明,国有企业通常具有“投资者”资格。^⑩《华盛顿公约》第25条对“另一缔约国国民”的身份按照国籍标准和同意标准加以确定,具

①Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi and August Reinisch et al. *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 106.

②肖灵敏:《中欧国际投资规则中投资定义的反思》,《社会科学家》2018年第10期。

③例如,中国-德国BIT议定书第1条第1款,中国-芬兰BIT第1条第2款和中国-葡萄牙BIT第1条。

④Huawei v. Sweden, ICSID Case No. ARB/22/2, Procedural Order No. 3, April 28, 2023.

⑤Salini v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 31, 2001.

⑥Meg Kinnear, Geraldine Fischer, Jara Minguez Almeida et al. *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Wolter Kluwer, 2016, p. 104.

⑦目前,中欧BIT三种仲裁规则中仅有《华盛顿公约》在BIT规则之外对“投资者”身份进行额外限制。

⑧沈伟:《国际经济活动中的国有企业身份困境——国际规则的分析》,《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期。

⑨例如,意大利以涉及“国家战略行业”和“国家安全”为由,禁止倍耐力(Pirelli)最大股东中国国有企业中国中化集团任命企业CEO,并限制其董事会席位。

⑩梁一新:《论国有企业在ICSID的仲裁申请资格》,《法学杂志》2017年第10期。

有该国国籍的自然人和法人原则上均符合要求。^①

《华盛顿公约》旨在保护私人投资以促进国际发展,^②在认定“国民”时一定程度上排除具有公共投资性质的主体。^③Broches标准是区分私人投资和公共投资的主要理论,仅在国有企业行使政府基本职能和作为政府代理人等两种情形下,排除国有企业的仲裁申请人资格。^④后续的仲裁实践引入《国家对国际不法行为的责任条款草案》(下称《国家责任草案》)的规则进一步发展了Broches标准。^⑤据此,认定国有企业行使政府基本职能需要满足三个条件:一是在特定情况下;二是经国内法律授权行使政府权力要素;三是在投资中具体行使了政府权力。认定国有企业作为政府的代理人需要国有企业在特定投资中按照国家的指示、指挥或控制行事,即企业成为国家的工具。^⑥按照证明责任的分配原理,东道国作为主张抗辩的一方,如果想提出管辖权异议,则应对中国国有企业存在上述情况提供证据加以证明。^⑦

中国国有企业应认定为适格投资者。根据《企业国有资产法》第6条的规定,中国国有企业经营实行政企分开原则,公共职能与商业职能相分离,企业具有经营自主权。国有企业受到政府控制,仅是基于所有权的控制,^⑧属于资本和商业控制的范畴。国家对国有企业只能通过法人的治理结构施加影响,不同于《国家责任草案》中的“控制”,难以被认定为政府的代理人。在北京城建诉也门案中,仲裁庭指出,申请人虽然是国有企业,但其投资行为是完全的商业行为,具有申请人资格。^⑨

(三)关于“法律争端”的管辖范围限制

《华盛顿公约》将可提交ICSID仲裁的争议范围限于“法律争端”(legal dispute),中欧BIT未对“争端”的属性提出额外要求。无论东道国是基于供应链安全规则进行外资安全审查,还是直接利用特别行政权与审查权限制外商投资,皆可纳入“法律争端”的范围。

在东道国尚未适用供应链安全规则作出具体行政行为时,ICSID是否可以直接针对供应链安全规则的合法性作出裁决,需要进行法理分析。《华盛顿公约》第25条将仲裁范围限于“法律争端”,主要目的在于排除政治争端、事实争端或混合争端。^⑩常设国际法院将“争端”定义为“发生在当事方之间的关于事实或法律问题的分歧、法律观点或利益的冲突”,此时,如果当事国之间就是否履行“特定的国际义务”存在明显对立的观点,即可认定双方存在法律争端。换言之,可进行合法性判断的争端均属于法律争端。^⑪尽管上述案件体现的司法能动主义理念主要

①Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Article 25.

②Mark Feldman. State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration, ICSID Review, 2016, 31(1), p. 31.

③刘雪红:《论国有企业私人投资者身份认定及启示——以ICSID申请仲裁人资格为视角》,《上海对外经贸大学学报》2017年第3期。

④Victor Essien and Aron Broches. Selected Essays, World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 202.

⑤Beijing Urban Construction v. Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, May 31, 2017.

⑥Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 5, 8.

⑦[德]莱奥·罗森贝格:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第14页,第120-146页。

⑧韩立余:《国际法视野下的中国国有企业改革》,《中国法学》2019年第6期。

⑨Beijing Urban Construction v. Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, May 31, 2017.

⑩余敏友:《论解决争端的国际法原则和方法的百年发展——纪念第一次海牙和会一百周年》,《社会科学战线》1988年第5期。

⑪Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v Great Britain), PCJJ, Judgement, August 30, 1924.

⑫Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (First Phase), ICJ, Advisory Opinion, March 30, 1950.

⑬United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case (USA v. Iran), ICJ, Judgment, May 24, 1980.

体现在国际公法的实践中,^①但对定义国际投资仲裁中的“争端”概念仍有一定的参考价值。

供应链安全规则一定程度上涉及国家重大利益,被申请人可能将其定性为政治争端以规避管辖,但这一做法缺乏国际法依据。根据现有仲裁实践,如果能将特定争端中的法律因素从政治语境中分离出来,则不应将其视为政治争端以规避司法审查。^②一旦仲裁申请直接指向东道国实施的具体规制行为,且明确该行为涉嫌违反BIT中的具体条款,涉案争端应属于可管辖的范围。^③供应链安全规则以法律规范形式存在,以创设投资者在法律上的权利义务为其调整方式,可以成为合法性审查的对象。中欧BIT也未规定自我判断型(self-judging)安全例外条款,以涉及国家安全为由排除仲裁庭管辖也缺乏条约依据。

也有部分仲裁庭要求申请人在管辖权阶段提供能初步证明损害发生的表面证据,^④即认为仲裁庭行使管辖权应以争端的实际存在为前提。^⑤表面上看,这一要求似乎使尚未受到供应链安全规则不利影响的潜在投资者丧失了仲裁申请资格。但中欧BIT大部分规定了准入前最惠国待遇,小部分还规定了准入前国民待遇,仲裁庭可管辖的投资争端范围已延伸到准入前阶段。外资安全审查制度限制了潜在外国投资者的投资范围,增加了投资成本和不确定性,将影响投资者获得准入前国民待遇;准入阶段可能存在的国别歧视问题,也将影响投资者享受准入前最惠国待遇。加之,不利影响的判断应区分管辖权阶段和实体审理阶段。^⑥此时,仲裁申请人对欧盟成员方出台的供应链安全规则提出合法性审查要求,可以纳入仲裁庭的管辖范围。

(四)关于“征收补偿款额”的管辖范围限制

1.征收补偿款额的两种解释路径。部分中欧BIT将投资者单方提交投资仲裁的范围限定为与“征收补偿款额”相关的争端。仲裁实践中对此存在两种截然不同的解释。一种观点认为,“征收补偿款额”与确定征收补偿义务不可分离,当争端解决条款在“征收补偿款额”前后使用了“与……有关的”(relating to)或“涉及/包括”(concerning/involving)等连词时,与确定征收补偿款额一并提出的关于征收合法性的争议应属于可仲裁范围。^⑦另一种观点认为,因仲裁范围特别突出对“数额”的限制,仲裁庭仅能审理征收赔偿金额及其支付方式的争议。^⑧

尽管二者结论迥异,但解释方法具有共通性。大部分仲裁庭认可,对于“征收补偿款额”及相应表述,应当结合条约文本的通常含义、条约目的和宗旨进行解释,既不能将其过度扩张解释为包含所有与征收相关联的投资争端,也不能仅基于用语进行吹毛求疵的解读。

当条约中未在“征收补偿款额”前后使用相关连词时,争端解决条款不具有可扩大解释的空间,仲裁范围仅限于征收赔偿金额及支付方式的争议。^⑨例如,中国-波兰BIT明确规定专设国

^①Rosalyn Higgins. Policy consideration and the International Judicial Process, *International and Comparative Law Quarterly*, 1968, 17(1), p. 74.

^②Robert Jennings. Reflections on the Term 'Dispute', in Ronald J. Macdonald (ed.). *Essays in Honour of Wang Tieya*, Martinus Nijhoff, 1994, p.405; Ian Brownlie. *The Peaceful Settlement of International Disputes*, *Chinese Journal of International Law*, 2009, 8(2), p. 283.

^③*Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/03/9, Decision on Jurisdiction, February 22, 2006.

^④*Pan American v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, July 27, 2006.

^⑤Michael Waibel. *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*. in Marc Bungenberg, Jörn Griebel and Stephan Hobe et al.(eds.). *International Investment Law: A Handbook*, C.H. Beck Hart Nomos, 2015, p.1234.

^⑥*Beijing Urban Construction v. Yemen*, ICSID Case No.ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, May 31, 2017.

^⑦*Tza Yap Shum v. Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, June 19, 2009.

^⑧*Berschader v. Russia*, SCC Case No. 080/2004, Award, April 21, 2006.

^⑨*RosInvest v. Russian*, SCC Case No.079/2005, Award on Jurisdiction, October 1, 2007.

际仲裁庭只可审查“补偿额”，其用语的限缩性足够明确。^①

其他中欧BIT的ISDS条款均在“征收补偿款额”前使用了不同的连词，表述上存在可延伸的空间，无法仅仅依据用语确定仲裁范围。二者既可以宽泛解释，也可以限缩解释，且结论均符合语义解释的要求。此时，条约的上下文和条约目的是解释“征收补偿款额”的重要工具，也使这一用语涵摄的范围因个案所涉BIT条款的不同而产生差异化的结论。

2. 供应链安全规则合法性争议的可管辖性。条约目的为扩大解释“征收补偿款额”提供了理据。大多数中欧BIT条约目的表述均包括为投资创造良好条件。采用征收责任和赔偿款额的“可分性”理解将使投资者提起国际仲裁的条款形同虚设，不利于保护投资者。^②基于投资者保护的条约目的，仲裁庭更适宜对涉及“征收补偿款额”的纠纷进行扩大解释，以涵盖作为判定征收补偿款额的前置性纠纷。在投资者认为东道国适用供应链安全规则构成征收时，仲裁庭有权管辖投资者在请求征收补偿时一并提出的征收合法性争议，对供应链安全规则的适用是否违反征收条款以及公平公正待遇、最惠国待遇、国民待遇等其他实体待遇条款进行审理。

对条约上下文的解释因个案而异。若条约上下文明确指出或通过术语解释可以推知征收合法性争议和征收补偿款额的确定应当分离，即使这一解释不利于投资者保护，依BIT缔约国的原意，受案范围应仅为“征收补偿款额”争端。^③例如，中国-挪威BIT、中国-意大利BIT以及中国-奥地利BIT均规定了“可分性”规则。^④

3. 最惠国待遇对征收补偿款额的适用。传统上，最惠国待遇仅限于实体性待遇。部分仲裁实践中将最惠国待遇扩张到争端解决程序，^⑤通过援引东道国与第三国BIT中更优惠的ISDS条款，以规避投资母国与东道国BIT中的限制。国际投资仲裁机制面临正当性与合法性危机，司法能动主义对投资者保护的过度倾斜是导致危机的重要原因。对于仲裁庭利用最惠国待遇条款扩张管辖权的做法应予以警惕，以避免ICSID及其他国际仲裁机制因过度保护投资者利益而受到欧盟各国或地区更为严重的正当性质疑。^⑥尤其在争端涉及供应链安全规则等敏感问题时，仲裁庭应审慎行使管辖权，不宜过于宽泛地扩张管辖范围，以免引发执行困境，影响仲裁庭的权威。

四、欧盟供应链安全规则的合法性检视

(一) 以最惠国待遇条款检视供应链安全规则

25个中欧BIT中均规定了最惠国待遇条款，约束东道国对投资者的歧视行为。^⑦大部分中欧BIT或是将“投资”包含可能作出的投资，或是将与投资有关活动纳入最惠国待遇的适用对象，或是直接指明最惠国待遇可以适用于设立阶段，均可理解为准入前最惠国待遇。适用供应链安全规则进行外资安全审查，应受到最惠国待遇原则的约束。少数BIT将最惠国待遇的适用范围限定为境内投资，^⑧已有外商投资企业的新投资也可以受到保护。

^①中国-波兰BIT第10条第1款规定，“如果投资者对被征收的投资财产的补偿款额有异议……，应投资者的请求，由采取征收措施的缔约一方有管辖权的法院或专设国际仲裁庭对补偿额予以审查。”

^②EMV v. Czech Republic, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, May 15, 2007.

^③Austrian Airlines v. Slovak, UNCITRAL Ad Hoc Arbitration, Final Award, October 9, 2009.

^④例如，中国-挪威BIT第2条中规定投资者有权要求东道国主管机关对征收措施的合法性进行审查，国际仲裁庭有权审查征收的补偿金额，此时只有对受案范围进行限缩解释，才符合缔约国的真实意图。

^⑤Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, January 25, 2000.

^⑥毕莹、姐文天：《从投资保护迈向投资便利化：投资争端解决机制的“再平衡”及中国因应》，《上海财经大学学报》2023年第3期。

^⑦UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2010, p. xiv.

^⑧限定为境内投资的情形仅包括中国-挪威BIT、中国-瑞典BIT、中国-保加利亚BIT、中国-马耳他BIT。

但欧盟的供应链安全政策具有很强的针对性,尤其警惕中国在高新技术行业的对欧投资,供应链安全规则的实施很大程度上受到对华经济领域“去风险”战略的影响。例如,外国投资者与第三国政府的关系被作为判定投资是否构成“公共秩序与安全威胁”的重要因素。在关键技术、关键基础设施等领域,部分欧盟国家已明确表达了限制中国投资者进行供应链投资的意向,欧委会执行副主席维斯塔格更是公开呼吁对受国资支持的中国企业在欧并购实施更加严格的审查。^①上述供应链安全政策虽然不是强制性立法,但可能促使供应链安全规则被歧视性适用。

因此,欧盟供应链安全规则在审查因素上的非歧视性不等同于适用上的非歧视性,仍有可能违反最惠国待遇条款。例如,2017年德国《对外贸易条例》新增了大量的供应链安全规则,具有较强的政治针对性。^②德国媒体也普遍认为《对外贸易条例》修订旨在针对在德国并购活跃的中国企业。^③尽管欧盟与成员方的供应链安全规则未明确将国籍列为审查标准,却都将国有控制企业作为审查要点,具有防范中资国有企业的鲜明特征。^④上述立法背景资料佐证了供应链安全规则的国别针对性,可以在个案中提示仲裁庭注意东道国歧视性适用相关规范的风险。

最惠国待遇条款的核心在于“待遇(treatment)”之间的比较,不仅限于形式上的权利义务,更包含实质意义上投资者享有的优惠、利益和对待方式。最惠国待遇条款中通常没有明文限制“待遇”的比较范围,一般受到“同类原则”的约束,比较的事项应处于相同或类似情形。^⑤在华为诉瑞典案中,瑞典政府无正当理由地禁止华为与供应商的供应链合作和基础设施交易,构成对华为与其他同类企业实施的差别待遇,涉嫌违反最惠国待遇。

部分仲裁庭在个案中会通过援引非缔约国之间IIA的实体待遇规则,对基础条约中的实体待遇内容进行调整,^⑥甚至引入新的实体待遇。^⑦尽管如此,关于待遇之间是否存在“更优惠”的关系,以及能否基于其他IIA中“更优惠”的实体待遇以判定东道国违反条约义务,仲裁庭一般采取谨慎的态度,也有不少仲裁实践反对这一做法,^⑧对此存在较大的学理争议。^⑨如前所述,在国际仲裁面临正当性危机的情况下,此种做法可能侵蚀东道国的正当规制权和公共政策空间,^⑩不过度扩张管辖权有利于保持仲裁庭的权威性和仲裁裁决的可接受性。

(二)以公平公正待遇条款检视供应链安全规则

公平公正待遇条款具有抽象性、模糊性的特征,在个案中体现出差异化的解释路径和结论。在早期,IIA通常将公平公正待遇条款与国际最低待遇标准相联系,目前,中欧BIT已不再要求公平公正待遇与习惯国际法保持一致。而构成一项独立的标准,较国际最低待遇具有更为宽

^①Javier Espinoza. Vestager Urges Stakebuilding to Block Chinese Takeovers, Financial Times, Available at <https://www.ft.com/content/e14f24c7-e47a-4c22-8cf3-f629da62b0a7>, Last visit on 2024-01-09.

^②张怀岭:《德国外资并购安全审查:改革内容与法律应对》,《德国研究》2018年第3期。

^③Yun Schüler-Zhou. Chinesische Übernahmen: Gefahr für die deutsche Wirtschaft?, China Contact, 2017, 9, pp. 44-45.

^④石岩:《欧盟外资监管改革:动因、阻力及困局》,《欧洲研究》2018年第1期。

^⑤United Nations. Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause, United Nations, Available at https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/1_3_2015.pdf, Last visit on 2024-01-13.

^⑥Paushok v. Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, April 28, 2011.

^⑦ATA Construction v. Jordan, ICSID Case No.ARB/08/2, Award, May 18, 2010.

^⑧Ickale v. Turkmenistan, ICSID Case No.ARB/10/24, Award, March 8, 2016.

^⑨⑩Stephan W. Schill. MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifort and J.Benton Heath, American Journal of International Law, 2017, 111(4), pp. 914-935.

^⑩王彦志:《从程序到实体:国际投资协定最惠国待遇适用范围的新争议》,《清华法学》2020年第5期。

泛的含义和更高的保护标准,^①这与国际投资仲裁实践的发展趋势相一致。

公平公正待遇条款的目的在于限制东道国对投资者施加不公正待遇,防止任意取消或不授予准入资格、违背承诺、通过不合理的处罚或制造其他障碍干扰投资者及投资活动、缺乏透明度、拒绝司法、缺乏正当程序、违背自然正义等行为,^②为投资者的合理预期提供法律保护。

供应链安全规则在程序设计和适用上违背了确定性、稳定性、一致性、非溯及既往、不矛盾等法治基本原则,^③已构成对公平公正待遇条款的违反。以德国《对外经济法》为例,该法延长了对外资并购的审查期限,且以完整提供资料作为将期限起算时点,材料准备时间以及申报方与政府的磋商时间不计入审查时长,但申报材料的完整性缺乏法定标准,完全由相关政府部门自行判断,缺乏明确性。而被审查企业在审查期间负有暂停交易的义务,进行交易将承担相应处罚。^④透明度不足与极强的自由裁量权使投资的时间成本处于不确定状态,交易时间可能无限期延长。通过行政干预的方式阻止收购也是欧盟各国或地区的常见做法,^⑤部分国家以行政机关首长的表态代替正式性决定迫使投资者退出,违反正当程序原则,有违公平公正待遇。

对于透明度和可预测性的要求体现在投资者的守法可能性上。例如,特迈克诉墨西哥案中,由于墨西哥在作出决议前未履行告知义务,使申请人缺乏清晰、透明的行动指南,仲裁庭认定其违反公平公正待遇标准。^⑥由于部分欧盟国家通过抽象的“供应链安全”拒绝投资者的投资申请,在审查过程中未给予投资者充分发表意见和磋商的机会,审查结论也缺乏明确论证,投资者无法影响投资申请的进程,供应链安全规则在适用上存在着不透明、不稳定、不可预期等问题,严重损害了投资者的合理信赖,涉嫌违反公平公正待遇。

审查结论前后矛盾也是欧盟供应链安全规则适用的一大问题。例如,在中国宏芯基金对德国爱思强的收购案中,德国政府作出许可后又以可能扰乱公共秩序和国家安全为由,溯及性地撤销许可,并重启审查程序。^⑦在克里斯塔雷克斯诉委内瑞拉案中,仲裁庭认为,委内瑞拉在要求申请人提交材料和支付保证金后却拒绝授予许可,损害了投资者的合理期待,违反了公平公正待遇。^⑧欧盟供应链安全规则的前后矛盾和溯及适用,同样损害了投资者的合理期待。

(三)以征收条款检视供应链安全规则

中欧BIT均规定了征收条款,即除非基于公共利益等目的且给予补偿,东道国不得对投资实施直接或间接的征收、国有化或其他类似效果的措施(以下称“征收”)。其中,间接征收包括东道国直接或渐进式地剥夺投资利益、限制投资者的管理、使用或控制权、使投资价值遭受实质性减损等多种形式。^⑨只要事实上削减了投资的全部或部分经济价值,就存在构成征收的可能性。无论是直接征收还是间接征收,都以投资者已在东道国享有投资利益为前提。

目前,适用供应链安全规则对投资者存在四种可能的不利后果:一是在收购前禁止交易;二是附加额外的交易条件或控制投资份额;三是在收购完成后溯及既往地撤销交易;四是,在

^①UNCTAD. Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nation, 1999, pp. 6-15.

^②Waste Management v. Mexico (II), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, April 30, 2004.

^③[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第47页。

^④Außenwirtschaftsgesetz, Section 14.a(4)-(6), Section 15(3), Section 18(1b), Section 19(1)-(6).

^⑤寇蔻、李莉文:《德国的外资安全审查与中企在德并购面临的新挑战》,《国际论坛》2019年第6期。

^⑥Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award, May 29, 2003.

^⑦Guy Chazan. Germany Withdraws Approval for Chinese Takeover of Aixtron, Financial Times, Available at <https://www.ft.com/content/f1b3e52e-99b0-11e6-8f9b-70e3cabccfae>, Last visit on 2024-01-16.

^⑧Crystallex v. Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/12, Award, April 4, 2016.

^⑨温先涛:《〈中国投资保护协定范本〉(草案)论稿(二)》,《国际经济法学刊》2012年第1期。

收购完成后对投资者的投票权等投资利益进行限制。针对收购行为被禁止的情形,因投资者在东道国尚无相应的投资利益,拒绝投资本身难以构成对既有投资利益的征收,^①不宜适用征收条款。在收购完成后,东道国适用供应链安全规则溯及性地撤销交易并恢复原状是对投资者既有财产权的直接剥夺,属于直接征收。较有争议的是,在收购完成后,东道国适用供应链安全规则禁止或限制投资者的部分投资权利是否构成间接征收。

间接征收存在效果标准和目的标准两种认定方式。^②前者在认定时只考虑政府行为对外国投资者的投资带来的不利影响,^③后者在认定时还须兼顾政府措施的目的。^④目前,欧盟各国或地区在收购完成后限制投资利益的方式具体包括剥夺投资者的投票权、利润分配请求权、自由处分权等权利或施加一系列的限制性附加条件,目的在于限制投资者对目标公司的控制权。而股权投资的核心利益在于控制权和收益权。上述措施已实质性侵蚀了投资者的关键投资利益,按照效果标准已构成间接征收。在梅特克莱德公司诉墨西哥案中,仲裁庭认为无须考虑州政府出台法令的目的,法令实施使申请人无法经营本身已构成了间接征收。^⑤公共利益等正当理由仅构成区分合法征收和非法征收的依据,而不是区分征收与非征收的依据。

根据目的标准进行判断更为复杂。目的标准不以行为的单一效果为依据,在认定东道国政府措施是否构成间接征收时需要综合考虑多重要素并进行利益衡量。^⑥治安权理论认为东道国对其在治安权范围内实施的善意、非歧视的管制所导致的经济损失,有权不予赔偿,^⑦这是目的标准的重要理论基础。^⑧但治安权的具体行使范围受到条约的限制,^⑨不应单独作为限缩间接征收范围的依据,也不应过度挤压征收条款的适用空间。^⑩为了平衡东道国规制权和投资者保护,比例原则逐渐成为解释间接征收的重要路径。^⑪供应链安全规则通常符合目的正当性的要求,核心争议焦点在于其对投资者利益的限制是否符合适当性、必要性和均衡性原则。

适当性原则要求东道国应证明投资限制措施与保障供应链安全的目的相关联。^⑫不过,现有的仲裁实践对关联性的判定并不苛刻,^⑬东道国只需说明措施对实现供应链安全的目的具有“合理性”即可,^⑭供应链安全规则一般能通过适当性检验。必要性和均衡性原则意在平衡投资者利益与东道国所欲保护的公共利益。当存在可达成目的且侵害更小的手段时,现有措施可能

①Methanex v. USA, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, August 3, 2005.

②买木提明·热西提、沈伟:《间接征收语境下公共利益的多重维度及比例原则的解释路径》,《中南大学学报(社会科学版)》2020年第4期。

③Siemens v. Argentina, ICSID Case No.ARB/02/8, Award, February 6, 2007.

④Urbaser and CABB v. Argentina, ICSID Case No.ARB/07/26, Award, December 8, 2016.

⑤Metalclad v. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, Final Award, August 30, 2000.

⑥Al Tamimi v. Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, November 3, 2015.

⑦OECD. International Investment Law: A Changing Landscape: A Companion Volume to International Investment Perspectives, OECD Publishing, 2006, p. 43-72.

⑧张庆麟:《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》,《政法论丛》2017年第6期。

⑨Surya P. Subedi. International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Oxford and Portland Oregon, 2008, p. 161.

⑩[美]理查德·A·艾珀斯坦:《征收——私人财产和征用权》,李昊等译,中国人民大学出版社2011年版,第117-118页。

⑪Xiuli Han. On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of PRC, James Cook University Law Review, 2006, 13(11), pp. 233-258.

⑫British Caribbean Bank v. Belize (I), PCA Case No. 2010-18, Award, December 4, 2016.

⑬Caroline Henckels. Proportionality and deference in investor-state arbitration: Balancing investment protection and regulatory autonomy, Cambridge University Press, 2015, pp.23-44.

⑭Philip Morris v. Uruguay, ICSID Case No.ARB/10/7, Award, July 8, 2016.

违背必要性原则;当所欲实现的目的和所要牺牲的利益不成比例时,现有措施可能违反均衡性原则。不同仲裁庭在个案中考虑的因素不一,大致包含东道国政府管制措施的性质、对投资者财产权的干涉程度、外国投资者的合理期待、基于目的和结果的综合权衡等方面。^①仲裁庭在特迈克诉墨西哥案中指出,申请人未造成重大的环境或健康问题,也未导致“真正的社会危机”或“公共紧急情况”,剥夺投资经济价值的行为与公共利益之间不具有相当性,构成间接征收。^②这对东道国课以了论证行为必要性、合理性以及相当性的义务。

尽管东道国以供应链安全为由限制投资者权益属于国家规制权的范畴,但应当充分论证限制措施所欲实现的具体目的,以及不采取限制措施可能对供应链安全造成的不利影响和影响程度,说明限制措施的合比例性,否则仍然构成间接征收。欧盟各国或地区在现有案件中往往采用模糊的措辞,少有详细的说理和论证,更缺乏对利益的衡量与比较。例如,瑞典对华为作出限制既未说明华为具有的特定风险,也无证据表明华为存在任何危害国家安全的不当行为,更未说明何种国家安全在何种程度上可能受到损害,即使按照目的标准也将构成间接征收。

习惯国际法要求合法征收需要符合公共目的、正当法律程序、非歧视和给予补偿四个要件。^③正当法律程序是否属于必备要件尚有一定争议,^④但现有投资仲裁实践中,是否遵循正当程序对认定征收合法性起到重要影响。^⑤基于对东道国治安权的尊重,对征收中公共目的的审查更加宽松,仅需满足目的正当原则以及适当性原则即可。欧盟各国或地区对供应链安全规则进行溯及适用通常符合公共目的的要件,但难以符合非歧视、正当法律程序的要求,涉嫌非法征收,东道国应当承担恢复原状的责任或给予投资者恢复原状相当的赔偿,并弥补投资者因此遭受的损失。^⑥

五、安全与公共秩序例外条款的适用

安全例外条款不同于各国为维护国家安全而享有的外资产管理权。东道国的外资产管理权是国家主权的正当延伸,除非明示放弃,^⑦各国均享有对外资进行管理的权力^⑧。但外资产管理权应当以条约中的实体性义务为边界,不得违背公平公正待遇、国民待遇、最惠国待遇等条款的规定。而安全与公共秩序例外是缔约双方约定的免责事由,可以为东道国违反条约实体待遇的行为提供正当化依据,但仅限于条约有约定的情况,其适用受到例外条款具体表述的限制。

中欧BIT中仅有6个BIT规定了安全与公共秩序例外条款,有可能作为东道国的免责事由。其他BIT则均未规定相关例外,无法为东道国突破实体待遇规则提供例外依据。

(一)适用于个别实体待遇的安全与公共秩序例外

第一种类型的安全与公共秩序例外仅为东道国违反最惠国待遇和国民待遇提供了免责条

^①孙理理:《试论国际投资中判定间接征收的关键要素及应对策略》,《理论学刊》2020年第1期。

^②Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award, May 29, 2003.

^③李尊然:《国际投资法中的非法征收及其补偿》,《武大国际法评论》2021年第5期。

^④UNCTAD. International Investment Agreements: Key Issues, UNCTAD, Available at https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit200410_en.pdf, Last visit on 2024-01-25.

^⑤ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, October 2, 2006.

^⑥Factory at Chorzow (Germany v. Poland), PCJJ, Judgement, September 13, 1928.

^⑦Simon Batifort and Andrew Larkin. The Meaning of Silence in Investment Treaties, ICSID Review, 2022, 38(2), p. 323.

^⑧杜明:《国家安全的国际经济法回应——以华为诉瑞典仲裁案为例》,《国际法研究》2023年第5期。

款,以涉及公共安全和秩序、公共健康或道德为其适用条件。^①由于条款中未规定各国具有自我判断权,仲裁庭有权对安全与公共秩序例外的适用进行审查。考虑到国家安全的核心地位,部分仲裁庭会在一定程度上尊重各国对国家安全的判断,^②但国家安全的范围仍受到其自然含义的限制,公共事业服务和社会需求等国家行政管理利益或公共需求应排除在外。同时,此类规则应当具有相应边界,以防止东道国不合理地援引例外条款导致条约中实质性保护条款失效。^③按照习惯国际法,条约的例外规定应进行从严解释。比例原则是判断能否援引安全例外的重要方法,这也是《维也纳条约法公约》中善意原则在BIT例外条款解释中的具体表现,即解释BIT需要在投资者保护和国家监管权力之间达成平衡。考虑到安全与公共秩序条款作为最后手段的属性,^④东道国援引安全与公共秩序例外条款突破BIT中的实体义务规则时应当十分审慎,并承担相应的举证和论证义务。例如,东道国需要证明其他对外商投资的限制更少的措施或者非歧视的措施已经不能充分减轻供应链安全风险。仲裁庭在适用安全与公共秩序例外时应当比较和权衡相关因素,考虑措施所欲保护的价值的的重要性,措施对该价值实现的实现程度和对国际经济造成的负面影响。^⑤因此,当东道国明显存在更少的侵害手段,或者适用供应链安全规则保护的利益与投资者利益明显不对等时,仲裁庭应当限制东道国援引例外免责。

第二种类型仅构成国民待遇条款的例外,赋予东道国通过立法方式设置例外措施的权利,但该例外措施不可溯及既往。^⑥这为东道国在特定情况下突破国民待遇条款制定供应链安全规则和外资安全审查制度提供了条约依据。

但上述两类安全与公共秩序例外仅能免除东道国违反非歧视待遇的责任,不能免除东道国违反BIT中其他实体待遇的责任,尤其是违反公平公正待遇以及构成征收的补偿责任。

(二) 适用于BIT全部条款的安全与公共秩序例外

第三种类型仅被中国-芬兰BIT所采用,适用于BIT全部条款的解释,包括两种具体情形。第一种情形与WTO规则中安全例外条款的表述类似,需要满足“战争、武装冲突或其他国际关系紧急情况”“保护本国基本安全利益”和“必要”等三个前提条件,^⑦但未赋予东道国自我判断权。WTO规则下的“其他国际关系紧急状态”在对国际关系的影响方面至少应与“战争”或“武装冲突”相当,^⑧具有较高的严重性和迫切性,^⑨且措施的持续时间不能超过紧急状态的持续时间。^⑩这为理解BIT安全例外规则提供了借鉴,也在先前的仲裁实践中得到了部分证实。^⑪供应链安全规则与外资安全审查制度相结合,是一般性的投资审查框架,不是基于紧急情况的特殊措施,不符合该条的适用条件。

^①典型条款如中国-奥地利BIT议定书第2条第2款和中国-葡萄牙BIT议定书第3条。此外,中国-德国BIT议定书第4条仅适用于最惠国待遇,中国-捷克、斯洛伐克BIT议定书第1条仅适用于国民待遇。

^②Devas v. India (I), PCA Case No.2013-09, Award on Jurisdiction and Merit, July 25,2016.

^③Deutsche Telekom v. India, Interim Award, PCA Case No. 2014-10, December 13, 2017.

^④OECD. International Investment Perspectives 2007 Freedom of Investment in A Changing World, OECD publishing, pp. 53-63.

^⑤Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No.ARB/03/9, Decision on Jurisdiction, February 22, 2006.

^⑥典型条款如中国-保加利亚BIT议定书第4条。

^⑦典型条款如中国-芬兰BIT第3条第5款。

^⑧United States-Certain Measures on Steel and Aluminum product, WT/DS544/R, Panel Report, December 9, 2022.

^⑨Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 25.

^⑩Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, Panel Report, April 26, 2019.

^⑪Enron v. Argentina, ICSID Case No.ARB/01/3, Award, May 22, 2007.

第二种情形是以维护公共秩序作为安全与公共秩序例外的适用前提,且排除武断或不公正的歧视以及变相的投资限制,在具体个案中如何适用尚无仲裁实践。总体上看,安全与公共秩序例外的援引难度相对较高,适用范围较为有限,且东道国需承担相应论证责任,难以为供应链安全规则提供一般性的免责事由。

六、结 语

近年来,欧盟及其成员方陆续出台一系列供应链安全规则,以保障供应链安全为由对关键行业和军事行业的外商控制权投资进行审查,尤其表现出对国有控制投资的针对性,削弱了中国对欧FDI的稳定性和安全性。供应链安全规则具有极强的歧视性,在不同程度上服务于国际经济制裁、大国竞争和经济遏制等目的,应予以充分重视并在国际法上有所回应。

ISDS机制具有准司法审查的特点,^①可以基于IIA的具体规则正当地约束东道国的外资监管行为,弥补东道国国内救济的不足,是缓解、遏制国际投资领域安全泛化和武器化趋势的重要机制,也是维护中国投资者合法权益的重要途径。ISDS机制具有非对称结构,^②允许投资者在IIA约定的仲裁范围内提起仲裁申请。此时,仲裁机制实质上是东道国司法机制的替代。仲裁庭的管辖权来源于国家在IIA中的概括性同意,代表了国家自愿让渡部分主权权利,赋予仲裁庭审查和约束其规制权的资格。^③国际经贸规则规制着全球价值流动的全过程,本身是多环节与综合性的,^④可以有效应对欧盟供应链安全规则在FDI领域兴起的新趋势,为促使欧盟各国或地区供应链安全规则合理化、正当化和非歧视化提供法律依据和约束,抑制供应链安全的不当扩张和国家安全在投资领域的工具化趋势。

根据中欧BIT的现有规则,欧盟各国或地区在投资领域制定的供应链安全规则多数可纳入国际投资仲裁的管辖范围,规则的设计、适用以及各国采取的相关供应链安全措施可能违反了中欧BIT规定的国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇中的一项或多项义务,溯及适用供应链安全规则通常构成非法征收,投资者具有请求充分补偿或恢复原状的权利。少数BIT规定了安全与公共秩序例外,但援引例外条款门槛较高,受制于限缩性解释,难以成为一般性的免责事由。可见,现有欧盟供应链安全规则及其适用的合法性存在一定的瑕疵。

面对欧盟各国或地区频繁运用供应链安全规则限制中国对欧投资的现状,中国应更加深入地参与国际经济规则的制定和体制机制建设。^⑤随着“走出去”战略的实施,中国已逐渐实现从单纯的资本输入国转变为兼具资本输入国和资本输出国双重身份的投资大国,^⑥BIT保护中国投资者对外投资的功能日益凸显。^⑦但中欧BIT在投资者保护上仍有欠缺,难以完全应对欧盟供应链安全规则的全面冲击。例如,部分BIT仍将可仲裁范围限定于“征收补偿款额”的争议,难

^①于飞、柯月婷:《论国际投资仲裁“正当性危机”的应对——以司法谦抑为进路》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2023年第5期。

^②Gus Van Harten. *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p. 6.

^③Gus Van Harten. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 48-58,65.

^④沈伟、赵尔雅:《数字经济背景下的人工智能国际法规制》,《上海财经大学学报》2022年第5期。

^⑤沈伟:《中国投资协议实体保护标准的自由化和多边化演进》,《法学研究》2015年第4期。

^⑥曾华群:《论双边投资条约实践的“失衡”与革新》,《江西社会科学》2010年第6期。

^⑦沈伟:《投资者—东道国争端解决条款的自由化嬗变和中国的路径——以中国双边投资协定为研究对象》,《经贸法律评论》2020年第3期。

以督促东道国撤销或修改不当的供应链安全规则及措施；大部分BIT未规定准入前国民待遇，缺少对外资安全审查制度的一般性约束，不利于中国投资者形成对欧投资的稳定预期。未来，中国可以在与欧盟成员方修订BIT的过程中，增加投资争端的可仲裁范围，完善实体待遇规则，增加准入前的国民待遇和最惠国待遇规则，构建防止供应链安全规则滥用的国际投资法体系。

Legitimacy Determination of EU Supply-chain Security Rules: Starting from the Bilateral Investment Treaties between China and EU Member States

Shen Wei, Chen Xu'anli

(*KoGuan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China*)

Summary: The EU and its member states have formulated a large number of supply-chain security rules to restrict or prohibit foreign investments with the core purpose of guaranteeing supply-chain security in key areas. These rules also serve the international economic game to a certain extent and has become an instrumental system to suppress some countries. According to the bilateral investment treaties (BITs) between China and EU member states, except for individual cases, investors can request the arbitration tribunal to review the legality of EU supply-chain security rules and their application. The exercise of police powers by the EU and its member states based on security interests shall be in line with the BITs. Some EU supply-chain security rules violate substantive obligations such as national treatment, most-favored-nation treatment, and fair and equitable treatment, rendering them unlawful. The arbitration tribunal can usually apply expropriation provisions to provide investors with remedies. Some BITs include security and public order exceptions, but existing cases typically interpret these exception clauses restrictively. Therefore, it is challenging to exempt supply-chain security rules from liability through security and public order exceptions if they breach the substantive obligations in the BITs. Chinese investors investing in the EU should utilize the international investment arbitration mechanism to protect their legitimate rights and interests. The quasi-judicial review function of international investment arbitration should be fully utilized to encourage EU member states to standardize, rationalize, and non-discriminatory their application of supply-chain security rules. At the same time, China should be more involved in the development and enhancement of international investment law, promoting the creation of a new generation of investment rules that offer greater investment protection to investors.

Key words: supply-chain security; national security review on foreign investments; most-favored-nation treatment; fair and equitable treatment; security and public order

(责任编辑: 倪建文)