

# 论中美 BIT 中根本安全例外条款的设置

——从应对我国企业海外并购“安审”法律风险的角度分析\*

叶 瑞

(北京大学 法学院,北京 100871)

**摘 要:**美国国家安全审查是我国企业赴美投资时经常面临的法律风险。在近年美国针对外国投资实施的国家安全审查中,呈现出“国家安全”的概念与审查范围明显扩大,国家安全审查政治因素考量增多,程序的任意性和透明度的缺乏等趋势。美国国家安全审查是我国在中美 BIT 谈判中重点关注的问题,通过“根本安全例外条款”对国家安全审查问题做妥善安排,对于避免日后双边投资活动中因美国实施国家安全审查而导致的摩擦有重要意义。

**关键词:**中美 BIT;国家安全审查;根本安全例外条款;海外并购

**中图分类号:**D996.4 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2015)04-0079-08

## 一、问题的提出

我国拥有大量外汇储备,在全球经济形势下行之际,我国不断放宽对海外投资的审批和监管,鼓励中国企业“走出去”,寻求优势资源、先进技术以及新的增长点。美国以优越的法治环境、高度开放的市场、先进技术水平 and 创新能力成为中国企业“走出去”的理想目的地。根据普华永道会计师事务所发布的《2014 年全球并购市场中期回顾》,2014 年上半年中国大陆企业海外并购达到 119 宗,交易金额达到 34.6 亿美元,其中有 11 宗海外并购单笔交易金额超过 10 亿美元;海外并购活动专注于电信、高科技及房地产领域以及新的成长市场,试图通过海外并购将专有技术、品牌等资产带回中国市场;美国、欧洲等成熟市场依然是中国大陆企业海外并购的理想目的地。

我国企业赴美投资并购时常遭遇美国国家安全审查制度的障碍。2005 年初的联想收购 IBM 个人电脑业务案<sup>[1]</sup>经审查之后被放行。同年,中海油

与雪佛龙竞价收购优尼科石油公司以及 2008 年到 2011 年间,华为公司在美国的三次收购均因国家安全审查而失败<sup>[2]</sup>。2014 年 7 月 15 日,在罗尔斯公司诉美国外国投资委员会案<sup>[3]</sup>中,哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院推翻了一审法院的判决,认定外国投资委员会审查程序违法,三一集团及其美国子公司就国家安全审查向美国外国投资委员会提起的诉讼取得了初步胜利。

大多数对赴美并购企业应对美国国家安全审查的建议主要包括:一是审慎选择投资领域和并购对象,国家安全敏感度较高的经济部门一般有信息安全、国防、电信、能源、航天、交通等行业<sup>[4]</sup>;二是加强与主管机构沟通<sup>[4]</sup>,在项目前期,主动介绍并购投资目的,征询对方意见,达到增信释疑的目的,不应试图规避审查;三是重视聘请专业咨询公司,务实低调推进,避免引起炒作。在个案中采取审慎措施的办法固然能够在一定程度上为赴美并购的企业避开美国安全审查制度的障碍,但这些措施均

\* [收稿日期]2015-01-24

[作者简介]叶瑞(1987—),女,山西运城人;北京大学法学院 2011 级博士生,主要从事国际经济法、欧盟法研究。

以个案具体磋商方式进行,并不足以从根本上解决这一问题。

2014年11月APEC峰会期间,中美两国达成共识,将继续把双边投资协定谈判作为双边经贸关系的最重要事项,以达成一个全面、高水平且体现非歧视、公平、开放和透明等原则的双边投资协定。<sup>[5]</sup>美国对外国投资的国家安全审查是我国在中美BIT谈判中重点关注的问题,在BIT中对国家安全审查问题做妥善安排,对于减少日后双边投资活动中与此相关的摩擦有重要意义。

## 二、美国国家安全审查制度实施近况与发展趋势

1950年《国防生产法》(the Defense Production Act of 1950)第721节授权美国总统及其授权机关有权审查或禁止可能对国家安全产生影响的外国投资。随后的1988年《埃克森—费罗里奥修正案》(Exon-Florio amendment)、1993年《伯德修正案》(the Byrd Amendment)以及2007年《外国投资和国家安全法》(the Foreign Investment and National Security Act of 2007,以下简称FINS A)对此进行进一步修订。外国投资委员会(Committee on Foreign Investment in the United State,以下简称CFIUS),根据《第11858号行政命令》设立,协助总统就外国投资对美国国家安全的影响进行审查。2008年《外国人兼并、收购、接管条例》(Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons)作为辅助FINS A实施的细则,规定了CFIUS对外国投资进行国家安全审查的具体程序。此外,CFIUS于2008年发布《国家安全审查指引》(Guidance Concerning the National Security Review),基于为交易相关方提供参考的目的,详细描述了CFIUS实施国家安全审查的目的、分析评估方式、审查考量因素以及过往审查的交易及结论等内容。美国的外资并购国家安全审查程序由初审、调查和总统决定三个环节组成。一项交易首先经CFIUS初审。初审结论如果认为需要对交易进行调查,则进入调查程序并将调查结论提交总统。总统经过审查有权发布命令暂停或者禁止相关交易。此外,CFIUS每年应当将该年度审查交易情况向国会报告,具体案件审查完毕后也应当向国会报告。

近年来,美国的安全审查给我国企业海外

并购交易带来的主要障碍,一是国家安全的考量因素不断扩大,导致国家安全审查范围逐渐扩大;二是国家安全审查考量的政治因素增多;三是审查程序的任意性和透明度的缺乏。

### (一)“国家安全”的考量因素与国家安全审查范围的扩大

美国国家安全审查制度的规范性文件中,“国家安全”从未有过明确的界定,随之而来的是国家安全审查考量的因素以及所涉及交易的范围在不断扩大。在传统意义上,国家安全侧重于对一国国防安全的强调,也可以扩展为公共卫生、环境、内政、经济与金融制度、国内重要基础设施以及文化传统等内容。<sup>[6]</sup>从相关法律法规中可以看出,“国家安全”的外延在美国的国家安全审查制度中呈现不断扩大的趋势。《埃克森—费罗里奥修正案》中“国家安全”刻意避免了明确的定义,这是为了确保总统在审查外国投资时可以进行开放的综合性思考<sup>[7]</sup>。修正案中列举的相关参考因素包括:(1)国内生产是否能够满足国防计划需求;(2)国内产业是否具有满足国防需求的能力,具体包括人力资源、产品、技术、原材料等供给能力及服务提供能力;(3)外国人对相关国内产业的控制和商务活动是否影响对国家安全的保护。在此基础上,《伯德修正案》中要求审查相关交易是否可能涉及向支持恐怖主义、导弹扩散、核扩散、生化武器扩散的国家出售军火、军用设备或军用技术以及是否会动摇美国在国家安全相关领域的技术领先地位。2007年的FINS A中对“国家安全”的概念做了说明:“国家安全应被解释为与国土安全有关的问题,并应当包含对重要基础设施的影响。”此外,审查相关交易对“国家安全”的影响时,增加了除上述因素外的6个因素,分别是:(1)交易对重要基础设施,包括重要能源资产是否可能造成国家安全方面的影响;(2)交易对重要技术是否会带来国家安全方面的潜在影响;(3)交易是否会被认定为“受外国政府控制的交易”;(4)如果交易被认定为“受外国政府控制的交易”,应当分析外国企业所属国是否在防止核武器扩散、反对恐怖主义方面存在过往劣迹以及军用技术转让和进出口管制方面的影响;(5)交易对能源、重要资源和原材料长期供应的影响;(6)其他总统或CFIUS认为应当考虑的因素。<sup>[8]</sup>2008年《国

家安全审查指引》中,应当综合评价以下两点,以确定一项交易是否存在国家安全风险:(1)外国投资者是否具有损害美国国家安全的意图和能力(是否具有“威胁性”);(2)目标企业自身特性,或是它与某些脆弱的系统、组织机构、产业结构之间的特定关系是否导致国家安全处于一种易受损害的状态(是否具有“脆弱性”)。<sup>[9]</sup>根据CFIUS最新提交的《年度报告》,2009年至2013年间国家安全审查重点关注的经济部门集中在:制造业、金融业、信息产业和服务业、矿业、设备制造和建筑行业、批发零售业以及交通运输行业。<sup>[10]</sup>可见,在相关的法律法规中,“国家安全”的界定既有具体化、类型化的规定,并设置了兜底条款,又有一般原则性规定。审查涉及的经济部门非常之广,这种做法使得“国家安全”的范围可以随时根据东道国意愿进行解释和调整,“国家安全”的外延随之不断扩大。

## (二) 国家安全审查中对政治因素的考量增多

评价一项外资并购交易对一国国家安全的影响,本来就是一种政治上的考量。“国家安全”的外延不断变动,使得国家安全审查的政治性凸显。一战期间,基于对来自德国的并购交易的警惕,美国国会通过1917年《对敌贸易法》等一系列贸易限制法案。1988年《埃克森—费罗里奥修正案》的产生,起因就是20世纪80年代末期来自日本的投资者对美国半导体等高科技企业的大规模收购引起了广泛的关注。<sup>[11]</sup>

影响中美两国经贸关系的一个重要制约因素是经济关系政治化。<sup>[12]</sup>国家安全审查很大程度上成为美国基于政治原因否定来自中国的并购交易,防止中国取得美国企业所持有的高新技术、重要能源的手段。借中国企业对美出口和投资等事项宣扬“中国威胁论”“遏制中国”等论调,打着“国家安全”的幌子,行保护主义之实。根据最新统计,2013年CFIUS共审查97项外国投资,其中有21项涉及来自中国的企业或个人的投资。中国投资者受到CFIUS审查的交易数量高于其他任何国家。<sup>[9]</sup>在个案中,华为的总裁所谓的“军方背景”成为CFIUS认定华为为“受外国政府控制的企业”的理由,数次拒绝华为在美收购。又如,中国的主权财富基金和国有企业<sup>[7]</sup>也被明确列为“受外国政府控制的交易”而受到重点审查。

## (三) 国家安全审查程序具有任意性和缺乏透明度

美国法律保护行政机关在国家安全事务上的特权,鼓励决策者对国家重要事项进行开放性思考。国家安全审查中保密信息无须披露,总统做出决定时涉及国家安全的敏感问题的想法也无需披露。但是这种做法导致美国的安全审查制度在实施过程中忽略程序正义,缺乏必要的透明度,使得拟收购美国企业的当事人无法查询和反驳据以做出拒绝交易的决定所依据的涉密信息和理由。“三一”案的判决证明了美国在处理“国家安全”相关事务时,对程序正义的忽视以及透明度的缺乏。<sup>[13]</sup>上诉判决中指出,尽管法律禁止对行政决策作实质性的司法审查,但这一原则与法院对原告主张CFIUS程序违宪的审查并不相悖。即便是为保护美国国家安全,并且很大程度上是根据保密信息做出决定时,也不应当忽略宪法所保护的当事人的正当程序利益。<sup>[3]</sup>原告已合法取得风电场所有权,“这意味该公司对风电场的权利必然受正当程序的保护。尽管国家安全审查涉及国家安全,但CFIUS并未向原告提供充足且适当的程序,因为原告无法获知美国总统据以做出决定的非涉密证据,也就无从对此进行辩解。”<sup>[3]</sup>非涉密的证据应当向当事人公开,是宪法所保护的正当程序的要求。上诉法院的判决对于CFIUS在实施国家安全审查时减少程序方面的任意性,引入更为充足的透明度,从而为交易方提供更具实质意义的参与机会具有重要意义。

## 三、BIT中根本安全例外条款及其与国家安全审查之间的关系

BIT(中美双边投资协定)是国家与国家之间为鼓励、促进和保护本国公民在对方国家境内的投资而签署的双边条约。例外条款,是指在一定条件下排除缔约国行为违法性的条款,即允许各成员政府在条约(协议)的正常实施过程中,当规定的特定情形出现时,暂停履行其根据协议所承担的义务,在暂停施行期间,各成员履行条约(协议)的特定义务被暂时解除,但条约(协议)在此期间仍有效处于“休眠状态”。一旦特定情形消失或暂停施行期间届满,协议将自动恢复履行。<sup>[14]</sup>作为例外条款的一

种类型,“根本安全例外条款”<sup>①</sup>对保护一国根本安全利益发挥着安全阀的作用,是指允许缔约国采取特定措施以实现保护本国根本安全利益目的的条款。现有的BIT中并没有关于国家安全审查的特别条款,从“国家安全”的概念上来看,与之紧密相关的就是BIT中的根本安全例外条款。在BIT下,缔约国对外国投资实施国家安全审查措施,首先涉及国民待遇原则的违反,如果把国民待遇原则扩展到准入阶段,那么由于本国投资无需接受这种审查,则可能构成对外国投资的歧视。国家安全审查的过程及其决定,包括后续的司法审查等,是否避免了恶意和专断,为投资者提供了具有可预期性的投资环境,可能涉及对于公平公正待遇条款的违反。由于国家安全审查可以追溯已经完成的交易,因此还可能涉及征收的问题。然而,根本安全例外条款允许东道国区别对待本国投资和外国投资,排除国民待遇条款和公平公正待遇条款的适用,有些也明确表示排除征收条款的适用。因此,国家安全审查问题最有可能寄希望于通过BIT中根本安全例外条款的安排和设置来解决。

### (一)根本安全例外条款为东道国保留实施国家安全审查的权利

对外国投资进行国家安全审查,可以视为是为了国家根本安全利益而采取的例外措施之一。没有写入BIT中根本安全例外条款,如缔约方基于安全原因而采取措施,只能依据国际公法的一般原则(例如国际习惯法,或《联合国宪章》的相关条款)。<sup>②</sup>对于签订了BIT的缔约国来说,根本安全例外条款免除缔约国BIT下的部分义务,起到阻却东道国实施国家安全审查行为违约性的作用。

“根本安全例外条款”的核心是何谓“根本安全”。“根本安全”范围的界定决定着缔约国采取措施维护本国根本安全利益的界限。“国家安全”的界定成为判断东道国是否违反BIT的关键。如果东

道国国家安全审查中对“国家安全”的界定范围比BIT根本安全例外条款中的“根本安全”的范围小或与之相同,那么东道国的行为符合BIT的约定。相反,如果东道国国家安全审查制度中的“国家安全”范围大于BIT中根本安全例外条款中“根本安全”的范围,则东道国的这种审查可能构成对BIT义务的违反。可见,BIT中的“根本安全”的范围,一定程度上影响着东道国实施国家安全审查范围的合法性。然而“国家安全”是一个变动中的模糊概念。国际经济贸易条约中的“根本安全”传统上理解为国防安全和国际和平与安全,并不包括经济安全。随着国家之间经济往来的广度和深度不断增加,这种严格的解释已经不能满足东道国保护国家安全利益的实际需求,国家安全的概念随之扩张是一种必然的趋势。除传统意义上的武力威胁、间谍活动和恐怖主义之外,影响国家根本安全的因素还包括自然灾害、疾病疫情、内战、经济危机以及支柱产业受外国资本控制等。<sup>[15]</sup>BIT中对于“根本安全”的界定范围越窄越具体,缔约国针对外国投资实施国家安全审查的自由裁量空间就越小。大多数BIT对“根本安全利益”或“公共秩序”不做明确定义。这种做法是因为缔约国试图为自己保留判断本国是否遭遇突发状况、经济危机以及此种情形下“根本安全利益”是否面临潜在威胁的权力。<sup>[16]</sup>

### (二)根本安全例外条款是国际投资仲裁庭评价“安审”措施合法性的依据

自20世纪80年代以后,越来越多的国家通过签订双边投资条约来相互促进和保护投资,并允许私人投资者将其与东道国的投资争端提交国际仲裁。<sup>[17]</sup>根本安全例外条款为国际投资仲裁庭介入东道国政府主权领域,审查其为了保护“国家安全”而实施的国家安全审查措施是否合法提供了依据。尽管目前尚未有一国因国家安全审查措施被诉诸国际投资仲裁的案例出现,但在已有的因国家采取

① 国家安全例外现在已经被许多多边或是双边条约所接受。例如,1994年的关贸总协定第21条、WTO的《服务贸易总协定》第14条均规定有“安全例外”。在BIT实践中,美国2004、2012BIT范本采用“根本安全”(Essential Security)的表述,德国BIT则采用“公共安全”,还有的采用“国际和平与安全”等措词。中国与秘鲁2009年自由贸易协定中的投资规则采用“根本安全利益”。

② 在存在BIT规则的前提下,BIT规则先于国际习惯法的适用,是目前投资仲裁实践中的共识。参见CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic, ICSID case no. ARB/01/08, 12) (annulment proceeding), Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, para. 128-136.

管理措施维护国家安全导致被诉的案件中,根本安全例外条款成为东道国不履行条约义务的有效抗辩。根本安全例外条款通常触及国家核心的国家功能,如安全保护、秩序或者道德。当国家考虑是否在双边投资条约中提供投资保护时,根本安全例外条款的起草和解释对他们缔结条约的愿望和跨界合作的深度将产生影响。<sup>[18]</sup>即使认同签订双边投资条约有利于吸引外资,许多国家仍然不希望将自己主权范围的核心政策交由特设仲裁庭来审查,也不希望承担对采取国家安全保护措施给投资者造成的损失进行赔偿的责任。根本安全例外条款为东道国提供了风险控制的法律机制,而仲裁庭对该条款的解释则影响着国家对于风险分配的预期。BIT中的投资争端仲裁机制使得私人投资者得以频繁挑战东道国在公共卫生、环境保护、国家安全等领域制定国内法律或政策的权力,导致东道国在实施主权范围内的国家管理措施时唯恐造成对外国投资者的经济利益损害而被诉诸国际仲裁庭。例如,20世纪初阿根廷国内爆发严重经济危机,其为缓解国内经济危机而采取了若干管理措施,由此被若干投资者诉诸世界银行解决投资争端国际中心(以下简称ICSID)。<sup>①</sup>

根据措辞不同可以将根本安全例外条款分为“自行判断”模式和“非自行判断”模式两种。“自行判断”模式的根本安全例外条款中使用了“其认为”(it considers)的措辞,将判断本国根本安全利益是否受到威胁以及是否需要采取措施保护本国根本安全利益的权力保留在东道国手里。例如美国2012年的投资协定范本以及以往缔约实践均采用上述方式。<sup>②</sup>“非自行判断”模式的根本安全例外条款中则没有这样的用语,将判断本国安全利益是否

受到威胁以及是否需要采取措施保护本国根本安全利益的权力赋予国际投资仲裁庭。<sup>[19]</sup>

BIT大多存在于发达国家和发展中国家之间,最初为了保护资本输出国的利益而产生,应对资本输入国不稳定的政治经济状况和信任度不高的法律制度。发达国家之间一般情况下并不签订BIT,如果东道国拥有先进、文明、稳定而受到尊重的国内法律秩序,足以保护私人投资者的合法利益,BIT中的投资者与东道国争端解决机制就是不必要的。<sup>[15]58</sup>如何认定东道国的国家安全利益受到威胁,例如是自然环境遭到严重破坏,社会公共健康遭受威胁,还是社会经济处于紧急状况,是否包括产业经济的安全?如果这种状态不是正在发生而是潜在的威胁,该如何界定?东道国是否可以自行判断本国经济状况并采取相应的维护国家安全的措施?这种措施是否必要和合理?在BIT的根本安全例外条款没有做详细规定的情况下,如果东道国因为实施国家安全审查措施被诉,这些问题都将给国际投资仲裁庭留下广泛的自由裁量空间。而国际投资仲裁实践的不一致,使东道国的做法是否符合BIT的约定亦处于不确定的状态。<sup>[16]98</sup>

### (三)根本安全例外条款影响“安审”之后对外国投资者的补偿

在缔约国援引根本安全例外条款对其采取的行为违约性进行有效抗辩之后,缔约国是否可以以此为由拒绝承担对外国投资者的补偿问题上,国际投资条约大多选择了沉默。分析根本安全例外条款的缔约目的,其实质是风险分担问题。例如,美国双边投资条约区分一国“根本安全利益”和普遍的“公共目的”,其意图是将前者的风险分配给投资

① 例如GMS案中,仲裁庭认为,如果缔约国意图为自己创设自行判断本国是否处于“紧急状态”的权力,则应该在BIT中做出明确约定。没有这种约定的情况下,仲裁庭则有权对此进行审查,经济危机是否构成“国家紧急状态”及其采取的措施是否“适当”,均可以由仲裁庭进行判断。参见CMS Gas Transmission Co. v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/01/8 (2005); Enron Corp. Ponderosa Assets v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/01/3 (2007); LG&E Energy Corp. et al. v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/02/1 (2006); Continental Casualty Company v The Argentine Republic. ICSID case no. ARB/03/9A (2008)。

② 参见2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 18.鉴于ICSID的仲裁庭曾经将1991年美国-阿根廷BIT第11条解释为非自行判断条款,即本国的经济情势是否构成对根本安全利益的威胁并不由东道国自行判断并得出结论,为保护本国安全利益所采取的措施的合法性必须经ICSID的审查。为了排除国际投资仲裁庭对涉及美国国家安全事项的自由裁量权,美国2004年BIT范本中增加了“it considers”的用词。2012年范本中沿用了这种做法。

者承担,将后者的风险分配给东道国承担。<sup>①</sup>在国际投资仲裁庭的裁决中也是从自身的判断出发,风险或被分配给投资者,或被分配给东道国,或者由东道国和投资者共同分担,具有较大的不确定性。例如,美国—阿根廷 BIT 第 11 条并未对东道国援引根本安全例外条款免除国家行为违法性之后的赔偿问题进行说明,在阿根廷经济危机系列仲裁案件中,各仲裁庭的裁决各有出入。LG&E 案中仲裁庭认为既然阿根廷政府为了应对经济危机而采取的临时管理措施并不违反 BIT 约定,那么阿根廷政府便可以免除对投资者承担赔偿责任。<sup>[20]</sup> CMS 案中仲裁庭却认为,这种情况下阿根廷政府对投资者的赔偿责任不受影响。<sup>[21]</sup>

CFIUS 的审查权限可溯及既往,即使交易完成,CFIUS 仍有权对该交易主动发起审查。对于已经完成的并购,如果安审后命令投资者出售资产、剥离资产或限制所投资企业的运营,可能涉及直接征收或间接征收。根本安全例外条款是否排除征收条款的适用,现有的 BIT 条款中均未做规定。对于东道国援引国家根本安全例外条款之后是否应当承担赔偿责任,则应当依据 BIT 中对于征收补偿的相关规定进行判断。东道国对外国投资者的赔偿责任并不能够当然的免除,否则可能导致根本安全例外条款的滥用,使得征收补偿条款形同虚设。当然,并非所有基于国家安全而实施的国家行为都足以构成国际投资法中的“征收”从而获得补偿。“三一”案中原告方已取得风电场的财产权,国家安全审查是在交易完成之后进行的,因而构成“征收”需要对其进行合理的补偿。

#### 四、可能的解决之道:双边投资协定中的根本安全例外条款

2013 年 7 月 10 日,第六轮中美战略与经济对话(S&ED)落幕,中美 BIT 谈判取得“历史性”进展。<sup>[22]</sup>美方承诺对所有中国投资者,包括国有企业保持开放的投资环境;承诺 CFIUS 实施国家安全审查适用一致的规则 and 标准;承诺继续与中方就国家安全审查中的相关概念进行讨论和解释。中方需

要帮助本国企业提高应对美国国家安全审查的能力,降低美国安全审查带来的法律风险,进一步明确美国“国家安全”所涉及的领域和参考因素。未来中美 BIT 条约中应当重视根本安全例外条款的设置,应当做到既能够对困扰我国企业“走出去”的美国国家安全审查问题做系统性的解决,又能够兼顾保护本国经济安全和产业安全,提高我国利用外资水平的价值目标。

##### (一)是否写入“根本安全例外”条款

目前的投资协定对根本安全例外条款有写入和不写入两种模式。不同模式下缔约方基于国家安全而享有的例外或豁免范围是不同的,对于缔约方实施根本安全例外措施包括国家安全审查措施的约束力度存在差异。当前中国的 BIT 谈判兼具投资保护和外资管理的双重价值目标。毫无疑问,在未来的中美 BIT 中应当写入“根本安全例外”条款。这样一方面是为了进一步在 BIT 中明确“根本安全”的范畴,为困扰我国企业海外并购的美国国家安全审查提供更为彻底地解决;另一方面是为了我国国内能够更好的实施对外资的国家安全审查,保护我国的国家安全和经济安全。此外,在吸取以往其他国家的教训的基础上,也为中美未来的投资争端解决提供有预见性和建设性的途径。

##### (二)将“根本安全”概念具体化

大多数国际投资协定对于“根本安全”的概念并未加以解释或限定。“根本安全”的概念可能会随着一国政治、经济状况的变化而处于不断变动的状态,对它进行具体化并写入 BIT,可以在一定程度上使得东道国实施国家安全审查更加具有确定性,减少由于东道国对外国投资进行国家安全审查而带来的投资争端,保护投资者对于东道国投资环境的合理预期。在《第六轮中美战略与经济对话框架下经济对话联合情况说明》中,美方承诺 CFIUS 对每一项交易的审查,不论该交易相关的特定事实或情况如何,关注交易本身是否引起国家安全关切,而不是更广泛的经济或政策关切。因此,在中美

<sup>①</sup> 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Annex B 4 (b) provides: “Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.”

BIT 中首先应当尽可能的明确“根本安全”的定义。可以参考的做法如 2014 年 10 月生效的中国—加拿大 BIT 文本中将根本安全细化为三类 5 种:“本协定中任何规定均不得被理解为:(一)要求缔约方提供或允许获得其认定披露后将违背其根本安全利益的信息。(二)阻止缔约方采取其认为保护其根本安全利益所必要的任何如下措施:1. 此类措施与武器,弹药和战争工具的贸易有关,并与直接或间接为军事或其他安全设施之目的而进行的其他货物、材料、服务和技术的贸易和交易有关;2. 在战时或其他国际关系紧急情况时采取的措施;3. 此类措施与执行关于不扩散核武器或其他核爆炸装置的国家政策或国际协定有关。(三)阻止缔约方根据联合国宪章为履行维护国际和平与安全义务而采取行动。”<sup>[23]</sup>

除对根本安全尽量予以明确之外,中美 BIT 文本中还应当考虑增加如下内容:对保护根本安全利益可以采取何种措施;相关措施是否符合比例原则,以“必要”为限;必要的透明度要求;所采取的措施是否应当遵守基本的公平公正待遇;因国家安全审查导致征收投资时是否应当给予补偿、如何给予补偿。上述内容的细化对于缓解我国赴美投资并购企业面对美国国家安全审查措施一筹莫展的局面,避免未来可能发生的摩擦具有重要的意义。

值得注意的是,在国际投资实践中,我国目前已经兼具资本输入国和资本输出国的双重身份,中美 BIT 协议追求的价值目标同时包括保护我国海外投资者的利益和保护我国国家安全利益。为了避免给我国对外国投资实施国家安全审查造成过多的束缚,对保护我国的经济安全产生不利影响,根本安全例外条款不宜规定得过于详细,从而给我国实施管理行为造成太大限制。平衡这两种价值目标是设计中美 BIT 中根本安全例外条款时始终需要考虑的问题。

### (三) 交由 ICSID 仲裁事项的适度保留

中国签订的双边投资协定中对于 ICSID 仲裁管辖权的接受,经历了完全排斥,到部分接受,并且出现了完全接受 ICSID 管辖的过程。20 世纪 80 年代中国签订的双边投资条约几乎都排除了 ICSID 管辖,或者没有规定投资者与东道国的争端解决机制,或者仅将投资者与东道国之间有关征收补偿额

的争端提交专门仲裁。20 世纪 90 年代,在中国签订的一些 BIT 中,部分接受了 ICSID 的管辖,但均作了保留,只将涉及国有化、征收补偿额的争端提交 ICSID。自 1998 年中国—巴巴多斯 BIT 之后,中国在多个 BIT 中接受 ICSID 的全面管辖,东道国与外国投资者之间的有关东道国领土内投资的任何争议,友好协商解决不成的,都可以提交 ICSID 解决。<sup>[16]206-209</sup>

未来中美 BIT 中对于投资者东道国争端的解决有可能完全接受 ICSID 的管辖,这种自由化的缔约方式对于保护我国海外投资者在美国受到不公正的国家安全审查时维护自身权益是有利的。但为了出现避免阿根廷案件中的 ICSID 仲裁庭否决东道国自行判断国家形势的权力,必须明确中美 BIT 中根本安全例外条款的“自行判断”性质。需要注意的是,我国现阶段仍然是一个以资本输入为主的大国,发达国家投资者利用双边投资条约挑战中国经济主权的风险不能低估。此外,“三一”案的胜诉在一定程度上说明了美国本土对于海外投资者的救济是比较充分的,未来将由美国国家安全审查引起的我国投资者与美国之间的争端提交 ICSID,目前看来并没有足够的必要性,也未必会出现更好的结果。而我国国内法律环境相对来说并不成熟,为保护我国的经济安全、公共利益和环境安全而实施的一些措施可能会导致对 BIT 的国民待遇、公平公正等条约义务的违反。因此全面接受 ICSID 管辖的做法在解决国家安全审查的问题方面,在缺乏充分论证的前提下,似乎回复部分接受中心管辖的缔约传统更为适宜。

### [参考文献]

- [1] 联想收购 IBM PC 业务遭遇美国国家安全问题[EB/OL]. [2014-09-17]. <http://it.sohu.com/20050124/n224072686.shtml>.
- [2] 美国官方以国家安全为由不批“华为参股 3Com”[EB/OL]. [2014-09-17]. [http://www.ce.cn/cysc/communications/yjdt/200802/22/t20080222\\_14602997.shtml](http://www.ce.cn/cysc/communications/yjdt/200802/22/t20080222_14602997.shtml); 华为竞购美宽带公司再失利[EB/OL]. [2014-09-17]. [http://news.ccidnet.com/art/1032/20100730/2135733\\_1.html](http://news.ccidnet.com/art/1032/20100730/2135733_1.html); 华为撤消 3Leaf 并购案申请[EB/OL]. [2014-09-17]. <http://tech.163.com/11/0220/09/6TB0SIML-000915BE.html>.
- [3] Ralls Corp. v. Comm. on Foreign Inv. [M]. 758 F. 3d

- 296, 2013.
- [4] 商务部. 赴美投资指南[EB/OL]. [2014-10-20]. [http://www.mofcom.gov.cn/article/zt\\_investguide/](http://www.mofcom.gov.cn/article/zt_investguide/).
- [5] 中美元首北京会晤主要共识和成果[EB/OL]. [2014-11-15]. [http://news.xinhuanet.com/world/2014-11/12/c\\_1113222352.html](http://news.xinhuanet.com/world/2014-11/12/c_1113222352.html).
- [6] The Protection of National Security in IIAs. [R]. New York and Geneva: UNCTAD. 2009 [2014-06-15]. [http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20085\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20085_en.pdf).
- [7] Jacqueline J. Ferber. The U.S. Foreign Direct Investment Policy: The Quest for Uniformity[J]. 76 Marq. L. Rev. 805.
- [8] Foreign Investment and National Security Act of 2007[R]. Section 721 of the Defense Production Act of 1950, 50 U.S.C. App. 2170.
- [9] Guidance Concerning National Security Reviews[EB/OL]. 73 Fed. Reg. 74567. (2008-12-08). [2014-09-13]. <http://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/CFIUS-Guidance.pdf>.
- [10] CFIUS Annual Report to Congress[R]. [2015-02][2015-03-01] <http://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/2014%20CFIUS%20Annual%20Report%20for%20Public%20Release.pdf>.
- [11] Edward M. Graham, David M. Marchick. US National Security and Foreign Direct Investment[R]. Washington: Peterson Institute for International Economics, 2006:96.
- [12] 宋国友. 中美经贸关系的新变化与新趋势[J]. 复旦大学学报: 社会科学版, 2014(4): 95-102.
- [13] 黄晋. 三一重工在美诉讼赢了什么[N]. 经济参考报, 2014-08-05(08).
- [14] 陈卫东. WTO 例外条款解读[M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2002: 3.
- [15] The Protection of National Security in IIAs[R]. New York and Geneva: UNCTAD, 2009.
- [16] Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking [R]. New York and Geneva: UNCTAD, 2007.
- [17] 余劲松. 国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J]. 中国法学, 2011(2): 134-143.
- [18] 李小霞. 国际投资法中的根本安全利益例外条款研究[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 112.
- [19] 刘京莲. 阿根廷国际投资仲裁危机的法理与实践研究——兼论对中国的启示[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2011: 151.
- [20] LG&E Energy Corp. et al. v The Republic of Argentina [R]. ICSID case no.ARB/02/1(2006).
- [21] CMS Gas Transmission Co. v The Republic of Argentina [R]. ICSID case no.ARB/01/8(2005).
- [22] 中美经济对话达成9项成果: BIT 谈判有了清晰时间表[N]. 东方早报, 2014-07-11(A22).
- [23] 中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定[R]. 第三十三条第五款.

(责任编辑: 杨睿)

## On the Setting of Essential Security Exception Clause in Sino-US BIT

——An Analysis in the Perspective of Dealing with the Security Review Risk in Overseas Mergers and Acquisitions of Chinese Enterprises

YE Rui

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

**Abstract:** US national security review becomes the biggest legal risks faced by Chinese enterprises in their overseas mergers and acquisitions. There are trends in the legal practice of national security review in recent years: expansion of the national security concept, increase of political considerations, flexibility of procedure and lack of transparency. During the Sino-US Bilateral Investment Treaty negotiations, China pays close attention to the US national security review. The “essential security” exception clause may play a positive role in solving this problem. Therefore, to make a proper arrangement regarding national security review in the “essential security” exception clause in the future Sino-US BIT is of great significance for reducing the conflicts in overseas mergers and acquisitions caused by US national security review.

**Key words:** Sino-US BIT; national security review; “essential security” exception clause; overseas merger and acquisition