



· 专 稿 ·

# 国家安全的国际经济法回应

——以华为诉瑞典仲裁案为例

杜 明\*

**摘 要：**涉及国家安全的国际经贸争端的常态化对国际经济法提出了三重挑战：通过国家间的自我克制和外交谈判达成共识日趋困难；任由主权国家完全自主决定以国家安全为理由限制国际经贸关系可能对开放的国际经济秩序造成巨大冲击；而由国际争端解决机构频频对国家安全议题作出裁决不仅会引发主权国家是否会遵守国际裁决的疑问，更会危及国际争端解决机构自身的正当性。国际争端解决机构通常不会公开直接地对国家安全争端中最敏感的政治性冲突作出裁决，而是会充分利用法律技术来平衡尊重国家安全和维护国际经济秩序的稳定性和可预期性之间的利益冲突，把政治性的抉择隐藏在从法律技术角度看大体可以接受的裁决中。但是，在以大国竞争为底色的新地缘经济时代，用法律技术来调整政治性冲突的空间在快速萎缩。华为诉瑞典仲裁案是剧烈变动中的国际经济秩序的一个缩影，亦是检验当代国际经济法规则体系能否在新地缘经济时代包容不同政治经济模式的试验田。

**关键词：**国家安全 华为 国际投资法 WTO CFIUS 国际经济法 去风险化

## 一 引言

当前的国际经济法律秩序正处于从新自由主义到新地缘经济时代的深刻变迁当中。发轫于20世纪70年代后期并在90年代达到巅峰的以新自由主义理念为主导的国际经济秩序已经无可避免地走向衰落，而后新自由主义时代中对于国际经济法的目的、价值趋向和话语体系则尚未形成共识，国际经济法的基础理念和规则体系均处于激烈的博弈和变革之中。<sup>①</sup> 尽管有论者认为二战以来形成的国际经济法体系蕴含着多元主义的基因，具有极强的韧性，可以很好地包容不同的社会经济制度和回应目前国际经济体系面临的种种挑战；但更多论者认为新自由主义理念主导下的

\* 杜明，英国杜伦大学（Durham University）法学院教授。本文付印之际，恰值恩师车丕照教授自清华大学法学院荣誉退休。谨以此文感谢他多年以来的谆谆教诲和无私帮助。

① 赵宏：《时代变局下的国际经贸规则变革》，载《中国法律评论》2023年第2期；张乃根：《国际经贸规则变革的政治经济学思考》，载《中国法律评论》2023年第2期；车丕照：《制度变革与理论解说——国际经济法基础理论的嬗变》，载《中国法律评论》2023年第2期。

经济全球化已经正式终结，国际经济法体系面临着巨大的正当性危机，因此亟需对目前主流国际经济法理论范式和规则体系进行全面修正。<sup>①</sup>

国际经济法自二战后逐步发展为一门独立的学科，其核心理论基础之一是国际经济法规范所支撑的国家间经济交往和相互依赖会激励利益攸关方持续合作，实现经济增长，进而缓和国家间冲突，稳定国际政治秩序。<sup>②</sup> 因此，经济全球化和国家间经济相互依赖长期以来被视为反映了国际社会在冷战结束后正面良性的发展趋势。然而，正如中美贸易战和部分西方国家最近提出的“去风险化”政策所彰显的，以美国为代表的少数国家开始倾向于强调国家间经济相互依赖并不总是有利于国家利益和国家安全，甚至深度经济相互依存本身在新的地缘经济时代已经被视为国家安全风险，国家安全问题与国际经济问题难以割裂开来。<sup>③</sup> 这一基本观念的变迁对国际经济法的理论基础和规则体系产生了深刻影响，且影响力在持续发酵延伸。近年来，在全球范围内国家安全概念边界的持续扩张，基于保护国家安全为目的的国内贸易和投资立法不断加强，以国家安全为理由采取的贸易和投资限制措施愈演愈烈并频频引发国际法律争端等，都反映了这一新的趋势。

国际经济法允许以国家安全为理由限制跨境贸易和投资流动。但考虑到滥用国家安全措施对国际经济秩序的冲击，此类限制通常被视为国际经济法上的例外措施。同时，涉及国家安全的贸易和投资措施争端通常不诉诸于正式的国际争端解决程序，而是通过外交谈判和国家间相互克制来处理。<sup>④</sup> 这是因为国家安全问题属于国家主权的核心领域，国际争端解决机构不宜轻易否定一个主权国家对国家安全问题的判断，否则会削弱其自身的正当性。以世界贸易组织（简称 WTO）为例，WTO 争端解决机构直到 2016 年才发布了多边贸易体制 70 年历史上首例涉及国家安全例外的专家组报告。然而在过去短短几年中，诉诸于 WTO 争端解决机制已经成为处理 WTO 国家安全例外条款争端的新常态。从国际投资法的角度考察，近 10 年来外商投资法最突出的趋势之一是许多国家开始着手制定新的或者修订既有的外商投资国家安全审查机制。<sup>⑤</sup> 同时，外国投资者频频诉诸于国际投资协定中的投资者与国家争端解决机制（Investor-State Dispute Settlement，简称 ISDS）挑战了东道国的国家安全决定。<sup>⑥</sup>

毋庸讳言，一些西方国家近年来以国家安全为借口滥用贸易限制和外资安全审查的直接因素之一，是中国近年来对外贸易和投资的飞速增长，尤其是在基础性、战略性和高科技行业的增长。<sup>⑦</sup> 但是更深层次的原因是宏观国际环境的变化，中国在政治、经济、军事、文化等各个层面

- ① Harlan Grant Cohen, “What is International Trade Law For?” (2019) 113 (2) *American Journal of International Law* 326, pp. 330–331; Rana Foroohar, *Homecoming: The Path to Prosperity in a Post-Global World* (Crown Publishing, 2023).
- ② William L. Clayton, Assistant Secretary of State, “The Importance of International Economic Relations to World Peace”, (1946) 22 (1) *Proceedings of the Academy of Political Science* 96, pp. 96–97; Erik Gartzke et al., “Investing in the Peace: Economic Interdependence and International Conflict”, (2001) 55 (2) *International Organization* 391, pp. 391–392.
- ③ Anthea Roberts et al., “Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment” (2019) 22 (4) *Journal of International Economic Law* 655, pp. 659–660.
- ④ J. Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, (2020) 129 *Yale Law Journal* 1020, p. 1060.
- ⑤ UNCTAD, “National Security-related Screening Mechanisms for Foreign Investment: An Analysis of Recent Policy Developments” (December 2019), p. 4.
- ⑥ Lizzie Knight and Tania Voon, “The Evolution of National Security at the Interface between Domestic and International Investment Law and Policy: The Role of China”, (2020) 21 *Journal of World Investment and Trade* 104, pp. 131–136.
- ⑦ Maria Adele Carrai, “The Rise of Screening Mechanisms in the Global North: Weaponizing the Law against China’s Weaponized Investments?”, (2020) 8 (2) *Chinese Journal of Comparative Law* 351, pp. 356–362.

的迅速发展，以及部分西方国家对中国在国际社会的影响力不断提升的猜忌和防范。作为世界第二大经济体和超过 120 个国家和地区的最大贸易伙伴，西方学界普遍预测中国将在 21 世纪中叶之前超越美国成为全球最大的经济体。<sup>①</sup> 正如西方学者所言，自 19 世纪中叶以来，全球资本主义体系首次面临着一个奉行与西方资本主义截然不同的思想、制度和价值观的非西方国家的快速崛起。<sup>②</sup> 作为西方世界眼中的异质文明，中国“前所未有地靠近世界舞台中心，前所未有地接近实现中华民族伟大复兴的目标，前所未有地具有实现这个目标的能力和信心”的现实，对西方国家发出了深刻的灵魂拷问：自二战以来的 70 多年里，美国在全球秩序中占据主导地位的核心依据是美国有能力在国家实力的基础上应对所面临的任何战略挑战，但是今天面对中国这样一个经济规模和政府能力可与美国相媲美的强大的竞争对手，美国作为全球单极大国的地位能否保持下去？<sup>③</sup>

从美国政府的政策宣示看，联合盟友和中国开展全面战略竞争已经成为美国国家安全战略的中心任务之一。把国家安全概念政治化、武器化，并以国家安全为借口加征关税，实施出口管制和禁止投资等经贸限制措施，是美国对华战略的关键一环。为了反制西方国家把国家安全政治化和武器化的做法，中国政府以国际法为依据，采取了一系列有理有据有力的应对措施，其中包括充分利用 WTO 争端解决机制和完善国内反制立法等。国际法学界对中国政府的回应措施进行了深入的学理分析，并提出了极富洞察力的政策建议。<sup>④</sup> 同时，中国跨国企业采取了包括在西方国家国内法院起诉和利用中国双边投资协定中的 ISDS 机制等一系列救济手段来保护自己的合法权益。<sup>⑤</sup> 其中引起关注最多的是华为依据中国—瑞典双边投资协定于 2022 年 1 月在国际投资争端解决中心（International Center for Settlement of Investment Disputes，简称 ICSID）启动了针对瑞典政府的投资仲裁程序。瑞典政府以国家安全为理由把华为的设备排除在该国 5G 网络之外，华为认为瑞典政府这一决定违反了中瑞双边投资协定中的国民待遇、征收和公平与公正待遇条款。<sup>⑥</sup> 考虑到以国家安全为理由排除华为 5G 设备的国家并非只有瑞典，深受西方国家滥用国家安全影响的中国企业也并非只有华为，此案可能仅仅是以华为为代表的中国企业未来为维护自身合法权益而开启的法律战的冰山一角。

本文的目的是以华为诉瑞典仲裁案为例，对国际经济法如何回应国家安全措施在国际经济关系中的泛化作一个初步的评估。本文提出 3 个核心观点。第一，大国竞争时代国际经济法形态的

① Jonathan D. Moyer *et al.*, “Measuring and Forecasting the Rise of China: Reality over Image”, (2023) 32 *Journal of Contemporary China* 191, p. 206.

② Christopher A. McNally, “Sino-Capitalism: China’s Reemergence and the International Political Economy”, (2012) 64 (4) *World Politics* 741, p. 765.

③ Graham Allison, Nathalie Kiersznowski, Charlotte Fitzek, “The Great Economic Rivalry: China vs the U.S.”, *Harvard Kennedy School Belfer Center for Science and International Affairs Paper* (March 2022), pp. 4–7; Hal Brands, “Choosing Primary: U.S. Strategy and Global Order at the Dawn of the Post-Cold War Era”, (2018) 1 (2) *Texas National Security Review* 8, pp. 10–11.

④ 肖永平：《长臂管辖权的法理分析与对策研究》，载《中国法学》2019 年第 6 期，第 39—65 页；何志鹏：《论涉外法治的安全维度》，载《法治研究》2023 年第 3 期，第 65—82 页；刘敬东：《全球经贸关系演变中的国际法治危机及其应对》，载《中国法学》2023 年第 3 期，第 285—304 页。

⑤ Ji Li, “In Pursuit of Fairness: How Chinese Multinational Companies React to U.S. Government Bias”, (2021) 62 (2) *Harvard International Law Journal* 375, p. 380.

⑥ *Huawei Technologies Co., Ltd. v. Kingdom of Sweden*, ICSID Case No. ARB/22/2 (registered on 21 January 2022).

基本特征之一是国际经济关系的安全化趋势，而涉及国家安全的国际经贸争端的常态化对国际经济法提出了三重挑战：通过国家间的自我克制和外交谈判达成共识在大国竞争重返国际政治舞台的今天日趋困难；任由主权国家完全自主决定以国家安全为理由限制国际经贸往来将对国际经济秩序造成巨大冲击；而由国际争端解决机构频频对国家安全议题作出裁决则不仅仅会引发主权国家是否会遵守国际裁决的疑问，更有损国际争端解决机构自身的正当性。在西方新冷战思维的影响下，开放互惠的国际经济秩序呈现从以经济效率和国家间经济相互依赖为导向向以国家安全为导向的自力更生和自给自足变迁的趋势。从这个视角考察，华为诉瑞典案并非一个简单孤立的投资争端，而是在百年未有之大变局下剧烈变动的国际经济秩序的一个缩影，该争端能否得到公平合理的处理则是检验当代国际经济法规则体系能否在新地缘经济时代战略互信急剧下降背景下包容不同政治经济模式的试金石。

第二，虽然国际经济法包括诸多分支，但国际经济关系安全化趋势的内外驱动因素和不同国际争端解决机构处理涉及国家安全的经贸争端的基本分析框架并无本质差异。任何一个争端解决机构都必须要考虑国家安全概念的边界，国家安全措施和国家安全目标之间的关系，以及在此类争端裁判中对事实和法律应采用的审查标准等关键问题。一个成熟的国际争端解决机构不会公开直接地对国家安全争端中最敏感的政治性冲突作出裁决，而是会充分利用法律技术来平衡尊重国家安全和外国投资者保护之间的利益冲突，把政治性的抉择隐藏在从法律技术角度看大体可以接受的裁决中。但是，在以大国竞争为基本特征的新地缘经济时代，试图用法律技术来调整本质是政治性的国际经贸冲突的空间在快速萎缩。本文试图以华为诉瑞典投资仲裁案为例，并结合 WTO 的相关判决，对这些法律技术和不同裁决结果所隐含的政治性考量作出评估。

第三，本文试图回答华为诉瑞典仲裁案提出的在国际投资法中极具争议的若干棘手法律问题。例如中瑞双边投资协定中并没有明确的国家安全条款，那么，在双边投资条约未明确规定国家安全条款的情况下，东道国是否有权以国家安全为理由禁止外商投资？如果答案是肯定的，该国家安全决定应符合什么样的法律程序和实体要求？是否需要对外资作出相应赔偿？又例如目前没有任何证据表明华为的 5G 设备比其他厂商的同类产品具有更高的国家安全风险，在这种情况下国际投资仲裁庭将会如何衡量瑞典政府提出的国家安全风险？虽然国际投资法为此类争端提供了基本分析框架，但是既有判例存在极大的模糊性和不确定性，因此华为诉瑞典案的仲裁庭将拥有较大的自由裁量空间进而影响该案的结果。同时，涉及国家安全的法律争端不可避免地会牵连到不为公众所知的机密信息。由于本文的法律推理全部基于公开的仲裁庭相关文件和知名媒体的报道，难免会有挂一漏万的可能。因此，本文对华为诉瑞典仲裁案的分析目前只能是初步的，其目的在于邀请更多的国际法学界同仁对此标志性案件的未来走向进行研判。

本文的后续结构安排如下：第二部分解释了国家安全概念在近年来从国际经济法体系的边缘地带走向中心舞台的多重政治和经济因素，并以美国的外资国家安全审查法律为例，对西方国家试图把国家安全概念武器化的做法提出批评。第三部分回顾了国际投资仲裁庭对于涉及国家安全的投资争端判决，并探讨了 WTO 专家组的相关判决对国际投资仲裁的若干启示。第四部分则聚焦于华为诉瑞典投资仲裁案，深入分析了此案中的核心法律问题和可能的未来走向。第五部分总结全文，指出华为诉瑞典仲裁案的结果将对新地缘经济时代国际经济法的轮廓产生深远影响。

## 二 国际经济关系的安全化趋势及其影响

### (一) 国家安全措施在国际经贸关系中的扩散

和国家安全相关的经贸限制措施在国际经济关系中的扩散源于既相互独立又彼此交叉的多种因素。首先,以美国为首的西方国家对当前国际政治局势的研判在近年来发生了根本的变化。拜登政府在2022年10月发布的《国家安全战略》报告中认为,与政治学家福山预言的“历史的终结”相反,后冷战时代已经彻底结束,大国竞争在国际政治中正式回归。虽然俄罗斯对美国国家利益构成了即时和持续的威胁,中国的崛起是美国面临的最重要的地缘政治挑战,因为中国是唯一具有重塑当前国际秩序意图和实力的竞争对手。该报告预测,中美之间的竞争是全球性和多维度的,涵盖经济、技术、外交、发展、安全和全球治理等各个方面。<sup>①</sup>为了在和中国的战略竞争中获胜并长期保持优势地位,美国国务卿布林肯在2022年5月勾勒出了美国的“投资、协调、竞争”三管齐下的中国战略,即实施现代产业战略,协调和盟友的对中政策,并在关键技术和经济领域超越中国。<sup>②</sup>作为对华战略中的关键一环,以国家安全为理由实施贸易和投资限制的目的在于确保美国在若干关键技术和经济领域的领先地位,拖延中国发展的速度,进而维持美国的全球霸权地位。目前部分西方学者认为中美两国正在走向或已经陷入“新冷战”。<sup>③</sup>

其次,大国竞争视角下的国际经济交往凸显了国家间经济互相依赖所带来的国家安全问题。虽然主流国际关系理论认为国家间经济互相依赖有助于减少冲突的可能性,但这并不意味着经济互相依赖在任何时候都有利于国家安全。例如国家间不对等的贸易关系有可能会削弱经贸交往所带来的和平稳定效果,这是因为不对等的贸易关系会促使一个国家对另一个国家的经济更加依赖,从而让拥有更大市场的国家可以“不战而屈人之兵”,利用经济手段来达到战略目的。<sup>④</sup>这方面典型的情况包括如果A国产品和服务的出口市场严重依赖于B国,或者A国产业严重依赖B国提供关键原料、产品或者技术,且没有替代供应商,那么B国就可能采用禁止市场准入或者出口限制等方法迫使A国作出政策让步。最近由于新冠疫情和俄乌冲突造成的从计算机芯片到先进医疗设备和关键原材料的供应链瓶颈则进一步暴露了经济深度互相依赖所带来的脆弱性。<sup>⑤</sup>

同时,伴随着经济全球化形成的全球经济流动的网络型结构进一步促成了当前国际经济关系中“武器化相互依赖”的现实。在国际经济网络型结构中,处于网络中心节点的国家由于掌握着货币、商品和信息流动,可以通过阻断经济和信息流动等方式将整个国际经济网络结构武器

① The White House, *National Security Strategy* (October 2022), pp. 11 – 24.

② Secretary of State Antony J. Blinken, *The Administration's Approach to the People's Republic of China* (May 26, 2022).

③ Hal Brands and John Lewis Gaddis, “The New Cold War: American, China, and the Echoes of History”, (2021) 100 *Foreign Affairs* 10, pp. 10 – 20.

④ Erik Gartzke and Oliver Westerwinter, “The Complex Structure of Commercial Peace Contrasting Trade Dependence, Asymmetry, and Multipolarity”, (2016) 53 (3) *Journal of Peace Research* 325, p. 340.

⑤ OECD, *The Supply of Critical Raw Materials Endangered by Russia's War on Ukraine* (August 4, 2022), <https://www.oecd.org/ukraine-hub/policy-responses/the-supply-of-critical-raw-materials-endangered-by-russia-s-war-on-ukraine-e01ac7be/>.

化, 以实现地缘战略目标。<sup>①</sup> 最近的典型案例是作为对俄乌冲突的回应, 美欧等西方国家宣布将俄罗斯部分银行从环球银行金融电信协会 (Society for Worldwide Interbank Telecommunications, 简称 SWIFT) 消息系统中剔除。SWIFT 系统在全球 200 多个国家的超过 11000 家金融机构和公司之间提供安全的转账支付指令。被排除在该系统之外将使俄罗斯银行与国际金融体系断开联系, 进而对俄罗斯的国民经济造成重大负面影响。<sup>②</sup> 又例如由于国际贸易和金融交易结算的主要币种是美元, 因此形成了对美国金融系统的依赖会让其他国家的金融机构和公司更易受到美国制裁的影响。<sup>③</sup> 由于全球化的经济网络中心节点主要分布在以美国为首的西方发达国家, 美国频频利用自身的优势地位来不当收集他国的机密信息, 强迫他国改变美国反对的政策和行动, 威胁他国的国家安全。

再次, 科技是经济、政治和军事力量的关键推动力。掌握尖端技术对经济增长、国家安全和社​​会稳定至关重要, 也是衡量一个国家国际竞争力的重要因素。一些前沿技术领域的创新, 例如人工智能、高性能计算、生物材料和 5G 移动通信技术等, 极有可能会深度影响经济和社会的发展, 并在国际体系中创造出新的权力类型和影响力。<sup>④</sup> 因此, 掌握前沿技术的国家会以国家安全为理由, 利用种种贸易和投资限制措施确保这些技术牢牢掌握在自己手里。正是在这种思路的引导下, 拜登政府制定了包括《2022 年芯片和科学法》(The CHIPS and Science Act of 2022) 和《削减通货膨胀法》(Inflation Reduction Act) 在内的一揽子现代美国产业政策, 以确保美国在 21 世纪战略技术和产业方面保持领先地位。<sup>⑤</sup> 为了防止国内尖端科技被外国所掌握, 美国采取出口禁令等措施限制高新科技的出口。<sup>⑥</sup> 同时, 美国《外国投资风险审查现代化法》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 简称 FIRRMA) 将属于国家安全审查范围的“涵盖交易”扩大到关键技术、关键基础设施和美国公民的个人数据。在这些领域的外国投资者即使只拥有极少数股权, 也必须接受美国政府的国家安全审查。<sup>⑦</sup> 为了弥补目前国家安全审查侧重于外资对美投资的缺陷, 美国于 2023 年 8 月又通过了美国投资者在境外投资的国家安全审查, 进一步限制了美资对外国发展前沿技术的投资。<sup>⑧</sup>

又次, 加强对外资的国家安全审查在一定程度上是对国有企业和主权财富基金对外投资增长的回应。国有资本在全球经济中占据重要比例。经合组织的数据表明, 2020 年按年收入衡量的世界 500 强企业中有 132 家由政府全资或控股控制, 而 20 年前则只有 34 家。国有资产在全球

① Henry Farrell and Abraham L. Newman, “Weaponized Interdependence: How Global Economic Networks Shape State Coercion”, (2019) 44 (1) *International Security* 42, p. 45.

② Kristen E. Eichensehr, “United States and Allies Target Russia and Belarus with Sanctions and Other Economic Measures”, (2022) 116 (3) *American Journal of International Law* 614, p. 616.

③ Thomas Oatley, “Weaponizing International Financial Interdependence” in Daniel W. Drezner, Henry Farrell & Abraham L. Newman (eds.), *The Uses and Abuses of Weaponized Interdependence* (Brookings Institution Press, 2021) 115, pp. 117–119.

④ Office of the Director of National Intelligence, *Global Trends 2040: A More Contested World* (March 2021), pp. 54–65.

⑤ Gina M. Raimondo, “Remarks by U. S. Secretary of Commerce Gina Raimondo on the U. S. Competitiveness and the China Challenge” (November 30, 2022).

⑥ Michael Schuman, “Why Biden’s Block on Chips to China is a Big Deal”, *The Atlantic* (October 25, 2022), <https://www.theatlantic.com/international/archive/2022/10/biden-export-control-microchips-china/671848/>.

⑦ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, Section 1703 (a) (4).

⑧ Demetri Sevastopulo, “White House Unveils Ban on US investment in Chinese Tech Sectors”, *Financial Times* (August 10, 2023).

2000 家最大公司中所占的份额在过去 10 余年间翻了一番，达到 20%。自 2008 年以来，国有企业跨境收购交易量一直约占全球年度跨境收购交易总量的 5% 至 15%。<sup>①</sup> 除了由政府拥有或者控股外，一些国有企业的跨境商业行为也直接或间接地受到母国政府的影响，包括利用母国政府提供的低于市场利率的融资来促进海外收购。<sup>②</sup> 鉴于国有企业的规模和雄厚财力，它们在推动经济增长以及对其他经济部门产生重大溢出效应方面处于独特的地位。然而，在东道国政府看来，对于国有资本最严重的担忧之一是其投资决策可能是由政治因素和母国政府的战略目标驱动的，而不是基于商业和市场因素的考虑。与私人投资者不同，国有企业投资的目的并不一定是利润和企业长期价值的最大化。<sup>③</sup> 因此国有资本的对外投资更容易引起东道国对国家安全、能源安全、经济安全、技术优势或其他核心利益的担忧。虽然并没有实证数据支持国有资本比私人资本对东道国国家安全构成更大威胁的观点，美国、澳大利亚和加拿大等一些国家对国有企业的投资实施更加严格的特殊审查程序。

最后的一个重要因素是国家安全概念的泛化。传统上国家安全的概念通常仅仅涵盖军事行动、内战、恐怖袭击、骚乱或与战争相关的活动。然而在以复杂供应链和高度相互依赖为基本特征的 21 世纪，被认为与国家安全相关的议题范围呈指数级快速扩展，诸如经济危机、传染病、数据和网络安全、跨国犯罪、腐败、侵犯人权、环境恶化和气候变化等没有任何军事维度的危险也逐渐被视为国家安全问题。<sup>④</sup> 大国竞争的国际态势进一步扩张了国家安全概念的范围。在美国看来，中美战略竞争的本质是国家安全问题，美国的国家安全意味着在军事、经济、技术、政治和意识形态等领域保持对中国的主导和优势地位。美国 2019 年《国防授权法》宣称“与中国的长期战略竞争是国家安全的优先事项，必须通过军事、政治和经济手段相结合来解决”。<sup>⑤</sup> 在这种冷战思维的影响下，许多并不被普遍认为是国家安全范畴的议题，例如中国的社会主义市场经济体制，中美之间的政治体制和意识形态差异，中国的高新科技成就以及对全球资本市场的整合，甚至中国发行中央银行数字货币等都被视为对美国的国家安全威胁。<sup>⑥</sup> 广泛的国家安全概念目前深深嵌入在许多国家的国内贸易和投资立法中，埋下了国家安全措施被滥用的风险。

意识到国家安全概念的泛化可能给全球经济带来负面影响，以美国为代表的七国集团在 2023 年 5 月提出其对华经济战略的核心诉求是“去风险化”，而非以国家安全为理由和中国经济“脱钩”。<sup>⑦</sup> “去风险化”的主要内容包括采取所谓“小院子，高围墙”的方式保护一小部分对国家安全至关重要的先进技术，尤其是和军事应用相关的技术，以及建立在中国以外的供应链以减

① Fiscal Monitor, Policies to Support People During the Covid - 19 Pandemic, International Monetary Fund (April 2020), <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/06/fiscal-monitor-april-2020>.

② European Comm'n Staff Working Document, "Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market", SWD (2021) 99 Final (May 5, 2021), p. 13.

③ European Commission, "Welcoming Foreign Direct Investment while Protecting Essential Interests", COM (2017) 494 Final (13 September 2017).

④ Frédéric Wehrle and Joachim Pohl, "Investment Policies Related to National Security - A Survey of Country Practices", *OECD Working Papers on International Investment* 2016/02, p. 23.

⑤ John S. McCain National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019, Pub. L. No. 115 - 232, Section 1261 (a).

⑥ 2021 Report to Congress of the U. S. - China Economic and Security Review Commission (November 2021), p. 11.

⑦ G7 Hiroshima Leaders' Communiqué (May 20, 2023), para. 51, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/05/20/g7-hiroshima-leaders-communication/>.

少对中国产品的过度依赖。虽然相对于“国家安全”和“脱钩断链”，“去风险化”的概念听起来相对温和，但“去风险化”一词的含义却并不确定。例如中美关系中的“风险”范围到底是什么？和国家安全的概念相同，风险一词同样具有被无限扩张的可能。从最近美国对先进芯片的严格出口管制以及类似经贸限制措施不断向其他关键领域例如人工智能扩展的趋势看，所谓“去风险化”极有可能仅仅是美国试图以国家安全为理由和中国经济至少部分脱钩的另一种新表述，和所谓的“脱钩断链”并无本质差异。<sup>①</sup>

## （二）国家安全审查武器化趋势之批判：以美国外商投资安全审查为例

20世纪70年代初期，来自中东国家的投资引发了美国对于石油美元大量涌入并控制美国关键资产的担忧。福特总统于1975年成立了美国外国投资委员会（Committee on Foreign Investment in the United States，简称CFIUS），作为协调美国外资政策以及对外资流入进行监控的机构。为了应对快速变迁的经济和安全环境，美国的外国投资监管机制在过去的半个世纪中经历了多次变革，其中重要的法案包括国会于1988年通过的《埃克森—弗洛里奥修正案》（Exon-Florio Amendment），1993年通过的《伯德修正案》（Byrd Amendment），2007年通过的《外国投资和国家安全法》（Foreign Investment and National Security Act of 2007）和2018年通过的FIRRMA。<sup>②</sup>尤其是FIRRMA的通过，被广泛认为是CFIUS历史上最彻底的改革。制定该法的主要动因是随着中国作为经济和军事大国的崛起，美国国会和政府国家安全官员越来越担心中国在美国投资的增长，尤其是中国企业通过对外投资缩小和美国的技术差距并最终超越美国，进而瓦解美国的国家安全优势。<sup>③</sup>

随着CFIUS权限的扩大以及更积极地行使监管权，其审查的外商对美投资的数量也随之快速增长。从2012年到2021年，外国投资者向CFIUS提交了1829份投资通知，其中绝大多数顺利通过了国家安全审查。这从一个侧面反映了美国整体开放的投资政策。以2021年为例，共有272份书面交易通知提交到CFIUS，CFIUS对其中的130份进行了后续调查。其中大部分投资在申报后获得无条件批准，9.60%的投资在采取缓和措施满足CFIUS对国家安全的要求后获得批准。另有2.59%的交易因为各方无法满足CFIUS的国家安全要求而最终被放弃（7起）。<sup>④</sup>

但是从另一方面看，CFIUS在过去几年里阻止了一系列备受瞩目的涉及中国投资者的对美投资。其中典型案例包括2018年阿里巴巴集团旗下的蚂蚁金服宣布其拟议中的对美国金融服务公司速汇金（MoneyGram）国际的收购被CFIUS否决。2021年中国私募股权公司智路资本和总部位于美国的芯片制造商美格纳（Magnachip）因未能获得CFIUS的批准而终止了交易。在另外一些案例中，CFIUS甚至在中方对美投资已经完成后要求中方剥离资产。例如2019年CFIUS要求

① 寰宇平：《不合作是最大的风险，不发展是最大的不安全》，载《人民日报》2023年7月5日，第15版。

② Jonathan Masters and James McBride, “Foreign Investment and U. S. National Security”, Council on Foreign Relations (August 28, 2018).

③ David R. Hanke, “Testimony before the U. S. -China Economic and Security Review Commission Hearing on U. S. -China Relations” (8 September 2021).

④ Committee on Foreign Investment in the United States, *Annual Report to Congress* (August 2022), <https://home.treasury.gov/system/files/206/CFIUS-Public-AnnualReporttoCongressCY2021.pdf>, pp. 15-16.



北京昆仑科技有限公司剥离其对约会应用程序 Grindr LLC 的 100% 所有权。2020 年 CFIUS 要求抖音的所有者字节跳动有限公司剥离其对美国资产的所有权。<sup>①</sup> 事实上，自 CFIUS 成立近 50 年以来，由美国总统亲自拍板决定禁止的外国投资共有 7 起，其中 6 起涉及中国投资者。<sup>②</sup> 由于 CFIUS 对中资的国家安全审查更为严格，许多中国投资者目前倾向于尽量回避可能涉及国家安全考量的对美投资。<sup>③</sup> 这导致需要接受 CFIUS 审查的中国投资显著下降，从 2016 年至 2018 年期间平均每年 57 起案件下降至 2019 年的 25 起和 2020 年的 17 起，2021 年回升到 44 起。<sup>④</sup>

美国的外资国家安全审查制度给中国投资者带来了高度的风险和不确定性。商务部多次明确指出美方滥用国家安全审查已经成为中国投资者在美国的主要监管障碍之一。<sup>⑤</sup> 首先，美国外资安全审查的一个突出特点是对国家安全概念没有明确给出定义，而是列出了一个 CFIUS 进行安全审查时需要考虑的相关因素清单。<sup>⑥</sup> 国家安全概念的模糊性引发了在实践中如何认定外资是否构成国家安全威胁的问题。CFIUS 需要考虑的诸多因素中不仅仅包含了例如“关键技术”等一些宽泛的概念，其需要评估的各种因素更有十几项之多，而如何评估和平衡这些相关因素等关键问题尚不清楚。因此，CFIUS 拥有几乎无限制的自由裁量权来禁止拟议的外商投资或要求外国投资者作出额外承诺。从立法技术上看，保持国家安全概念的开放性有利于更灵活地应对未来和尚未预见的威胁。但是在美国认为其国家安全的目标是保持对中国在经济、科技、意识形态等方面优势地位的情况下，开放性的国家安全概念同时带来了滥用国家安全例外的风险。正当的国家安全关切和贸易保护乃至贸易霸凌之间的界限日益模糊，为中美经贸关系的未来蒙上了阴影。

其次，美国对于外资的国家安全审查经常被批评为不可预测、不透明、具有歧视性以及易于被政治化。<sup>⑦</sup> 在三一重工诉 CFIUS 案中，CFIUS 认为由于该交易项目靠近美国海军武器系统训练设施而存在国家安全风险。然而，CFIUS 完全忽略了在该设施附近运营同类风电项目的其他上百家外国公司。<sup>⑧</sup> FIRRMA 进一步将对中国投资者歧视性的做法合法化，允许 CFIUS 在审查投资交易时对来自“特别关注国家”的外国投资者进行更严格的审查，并要求商务部长在 FIRRMA 生效后每 2 年向国会和 CFIUS 提交关于中国投资者在美国直接投资的详细报告，直至 2026 年。<sup>⑨</sup>

保密性是 CFIUS 进行国家安全审查的一个重要特征。CFIUS 的审查程序内部如何运作不为公众所知，甚至受到安全审查影响的外国投资者也不知晓。除了有限的例外，CFIUS 掌握的信息是保密的，不受信息披露要求的限制。<sup>⑩</sup> 由于涉及国家安全事宜，安全审查的保密性无疑是正当

① Chi Hung Kwan, “The China – US Trade War: Deep-Rooted Causes, Shifting Focus and Uncertain Prospects”, (2020) 15 *Asian Economic Policy Review* 55, p. 65.

② *Annual Report to Congress*, pp. 15 – 16.

③ Martin Chorzeempa, “Fewer Chinese Investments in the US are Raising National Security Concerns”, PIIE Charts (18 August 2020), <https://www.piie.com/research/piie-charts/fewer-chinese-investments-us-are-raising-national-security-concerns>.

④ *Annual Report to Congress*, p. 32.

⑤ 商务部举行例行新闻发布会 (2019 年 7 月 25 日), <http://www.mofcom.gov.cn/xwfbh/20190725.shtml>.

⑥ The FIRRMA, Pub. L. No. 115 – 232, Section 1702 (c) (1) – (6); The Foreign Investment and National Security Act of 2007, Pub. L. No. 110 – 49, Section 721 (f).

⑦ E. Maddy Berg, “A Tale of Two Statutes: Using IEEPA’s Accountability Safeguards to Inspire CFIUS Reform”, (2018) 118 *Columbia Law Review* 1763, pp. 1792 – 1800.

⑧ *Ralls Corp. v. Comm. on Foreign Inv. in the United States*, 758 F.3d (D. C. Cir. 2014), p. 305.

⑨ FIRRMA, Section 1719 (b).

⑩ FIRRMA, Section 1713.

的,但同时也在实践中给外国投资者设置了暗礁。加上CFIUS的广泛权力,美国的国家安全审查对于外国投资者来说像买彩票一样完全无法预测。<sup>①</sup>同时,对外商投资的国家安全审查很容易成为美国国会、媒体和公众关注和攻击的对象,几乎所有涉及中国收购方的重大投资交易都受到了美国媒体、国会成员、安全事务部门、美国国内行业和对中国持批评态度的社会团体的政治化干预。<sup>②</sup>

美国歧视性、武断和政治化的外商投资安全审查为中国企业的对美投资设置了巨大的障碍。2005年中海油竞标收购美国能源企业优尼科(Unocal)的失败是一个典型的例子。美国国会认为中海油将会把优尼科的能源供应全部用于中国的需求,威胁美国的能源安全。在美国国会反对的压力下,中海油在CFIUS完成审查程序前撤回了竞标。<sup>③</sup>但是实际证据并不支持美国所谓的国家安全威胁。2004年优尼科已经不是全球能源行业的重要公司。优尼科在美国没有炼油厂,其最有价值的资产主要位于海外。即使中海油将优尼科在美国生产的所有能源都重新导向中国,这不仅对中海油来说在经济上完全无利可图,也根本无法威胁美国的国家安全,因为美国可以轻松地从国际市场进口石油来代替优尼科微不足道的石油产量。<sup>④</sup>为了缓解美国的安全担忧,中海油宣布愿意剥离优尼科在美国境内的资产,但最终美国国会的强烈反对使得这一交易中途夭折。2010年7月鞍山钢铁集团试图收购美国密西西比州的钢铁发展公司的少数股权的失败是另外一个典型例子。美国国会部分成员认为鞍钢的投资将会让中国获得“新的钢铁生产技术和有关美国国家安全基础设施项目的信息”。尽管CFIUS尚未作出任何决定,考虑到来自美国国会的压力,鞍钢宣布搁置这项投资。然而,鞍钢集团的投资会影响美国国家安全的担忧完全是无稽之谈。因为所谓“新的钢铁生产技术”是意大利开发的,并不是美国的专有技术,可以在国际公开市场上买到。鞍钢集团只计划收购美国钢铁公司14%的少数股权,而该美国企业的产量不到美国螺纹钢总产量的0.3%。福布斯记者评论认为对鞍钢投资可能影响美国国家安全的担忧“极为愚蠢,十分荒谬”。<sup>⑤</sup>

最后,外国投资者在美国国内法院质疑CFIUS的国家安全决定通常实际效果有限。在三一重工诉CFIUS案中,哥伦比亚特区巡回上诉法院认为,因为没有提前通知三一公司,也没有让三一公司查阅国家安全审查决定所依据的非机密证据,并给三一公司提供反驳该证据的机会,总统对三一公司收购交易的否决剥夺了三一公司受美国宪法保护的财产利益。<sup>⑥</sup>然而,该判决对外国投资者的实质意义极为有限。尽管外国投资者可以对CFIUS审查是否符合正当程序提出质疑,但法院不会挑战CFIUS国家安全审查的实质性结论。同时外商投资者的程序性权利也仅限于非敏感机密信息。实践中即使出现了例如法院判决CFIUS超越权限之类的不太可能发生的情况,一旦

① Xing Xing Li, “National Security Review in Foreign Investments: A Comparative and Critical Assessment on China and U. S. Laws and Practices”, (2015) 13 (1) *Berkley Business Law Review* 255, p. 272.

② Daniel H. Rosen and Thilo Hanemann, “An American Open Door? Maximizing the Benefits of Chinese Foreign Direct Investment”, *Asia Society Special Report* (May 2011), p. 62.

③ Joshua W. Casselman, “China’s Latest ‘Threat’ to the United States: The Failed CNOOC-UNOCAL Merger and Its Implications for Exxon-Florio and CFIUS”, (2007) 17 *Indiana Journal of International and Comparative Law Review* 155, p. 164.

④ Theodore H. Moran, “Foreign Acquisitions and National Security: What are Genuine Threats? What are Implausible Worries?”, in Zdenek Drabek and Petros Mavroidis (eds.), *Regulation of Foreign Investment: Challenges to International Harmonization* (World Scientific, 2013), pp. 376 – 377.

⑤ Stan Abrams, “The Curious Case of Anshan Steel and the Space-Age Rebar Technology”, *Forbes* (7 July 2010).

⑥ *Ralls Corp. v. Comm. on Foreign Inv. in the United States*, p. 319.

CFIUS 将国家安全决定提交给总统，外国投资者将无权质疑总统的最终决定。截至 2023 年 8 月，三一重工仍然是唯一一家在美国国内法院挑战 CFIUS 的外国投资者，也从一个侧面反映了外国投资者在美国国内法院挑战 CFIUS 决定面临严峻的法律障碍。<sup>①</sup>

### 三 国际投资仲裁视野中的国家安全问题

从法律救济角度看，为了应对武断和不公平的东道国外资国家安全审查，中国投资者可以在东道国国内法院起诉国家安全审查决定或者要求行政复议。但如前所述，即使东道国国内法院有权审查本国的国家安全决定，它们通常会高度尊重相关政府机构作出的国家安全决定。即使外国投资者胜诉，法院判决的实际效果通常是重新进行国家安全审查，而不是推翻先前的国家安全决定。<sup>②</sup> 尽管如此，东道国国内法院仍然可以对滥用国家安全的行政行为作出一定程度的制约。抖音在美国国内法院成功挑战特朗普总统禁止其在美国市场使用的行政命令即为适例。美国法院认为特朗普总统以国家安全为理由针对抖音的行政命令超出了所援引法律的授权范围，并且因未能考虑可行的替代缓解措施违反了行政程序法的要求。因此，美国法院支持了抖音要求美国联邦政府停止执行该行政命令的诉求。<sup>③</sup>

在东道国国内法救济不足的情况下，外国投资者还可以通过国际投资协定中提供的 ISDS 机制寻求救济。国际投资协定通常规定了东道国在设立、保护、促进和监管外商投资方面的义务，东道国的国家安全决定有可能会违反这些义务。例如在全球电信控股有限公司诉加拿大一案中，原告声称加拿大违反了加拿大—埃及双边投资条约中的公平与公正条款，对其进行任意、不合理、毫无根据和不透明的国家安全审查。<sup>④</sup> 但是，国际投资协定通常允许东道国采取措施保护特定的公共利益，包括基本国家安全利益。该条款在国际投资协定中可能被列为缔约方希望保留的不符合规定的措施之一，也可能是独立的国家安全例外条款。除非相关国际投资协定另有规定，成功援引国家安全例外条款将使东道国免于赔偿责任。<sup>⑤</sup> 在分析华为诉瑞典案之前，下文将系统回顾国际投资仲裁庭迄今为止如何解释和适用国际投资条约中的国家安全条款。

#### （一）国际投资协议中国国家安全条款的解释

国际投资仲裁庭已经审理过多起涉及国家安全的投资争端。<sup>⑥</sup> 纵观这些仲裁裁决，可以总结出如下几个主要趋势。首先，仲裁庭倾向于认为国家安全概念的范围是灵活的，但也并不是毫无限制。为了防止国家安全的滥用，数个仲裁庭试图对国家安全的范围作出一定的限制。在外国投

① James K. Jackson, “The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)”, *Congressional Research Service* (26 February 2021), p. 23.

② OECD, “Accountability for Security-Related Investment Policies” (November 2008), p. 6.

③ Katy Stech Ferek and Georgia Wells, “TikTok Download Ban is Blocked by Judge”, *Wall Street Journal* (September 27, 2020). 但是应注意特朗普禁止抖音的行政命令依据并不涉及 CFIUS。

④ *Global Telecom Holding S. A. E v. Canada*, ICSID Case No. ARB/16/16, Award (27 March 2020), paras. 573 – 582.

⑤ *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Annulment (25 September 2007), para. 146; *LG&E v. Argentina*, ICSID case no. ARB/02/1, Award (3 October 2006), para. 264.

⑥ 联合国贸易和发展会议 2016 年统计了至少 16 起涉及国家安全的投资争端，其中 10 起涉及阿根廷。See UNCTAD, *World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges*, p. 97.

投资者对阿根廷政府在2000年金融危机期间采取的市场稳定措施提起的系列投资仲裁案中，所有仲裁庭都一致认定严重的经济危机可能构成国家安全问题。但是对于阿根廷的经济危机是否严重到足以威胁国家安全，各个仲裁庭意见不一。在CMS天然气运输公司，安然公司和森普拉能源国际的仲裁庭看来，只有严重到危及一个国家生存和独立的经济危机，例如可能导致经济和社会全面崩溃，才足以满足国家安全条款的要求。这些仲裁庭否认阿根廷的经济危机存在如此严峻的情况。<sup>①</sup>但LG&E v. Argentina案的仲裁庭则认为，经济危机导致阿根廷的经济、政治和社会条件极度恶劣，阿根廷有权援引国家安全条款所提供的保护。<sup>②</sup>

在德国电信诉印度仲裁案中，德国电信声称印度基于国家安全理由取消关于卫星电信频谱的合同侵犯了其在投资条约下享有的权利。印度政府则表示重新获取卫星电信频谱是出于国家安全需要，包括国防、准军事力量和其他公共事业服务以及社会需求。尽管仲裁庭质疑了印度声称取消投资者合同的行为是基于国家安全需要的真实性，仲裁庭仍然表示在确定国家安全问题上应给予印度广泛的尊重。<sup>③</sup>在德瓦斯公司诉印度案中，仲裁庭谈到：

仲裁庭不能像对待投资者与国家之间的其他争端一样对国家安全事务进行裁决。国家安全问题是涉及一个国家生存的核心问题。挑战国家安全决定的投资者面临着非常重的证明责任，例如国家的恶意行为、缺乏法律授权或与国家安全无关的措施。因此，即使没有迫在眉睫的军事或安全威胁，印度政府声称重新获取卫星频谱是用于军事或准军事用途的声明也足以让仲裁庭认定该措施旨在保护印度的国家安全利益。<sup>④</sup>

但是国家安全概念的范围也并不是毫无限制。在德国电信诉印度案中，仲裁庭强调国家安全一词不能超出其自然含义。同时，在德瓦斯诉印度和德国电信诉印度二起仲裁案中，仲裁庭都明确区分了军事需求和公共或社会利益之间的界限。尽管对印度所声称的军事需求表示了相当的尊重，2个仲裁庭均认为卫星频谱将用于的公共事业服务和社会需求，如列车跟踪、紧急通信和灾害警示、农作物预测、农村通信、远程医疗、远程教育等并不构成国家安全范畴。<sup>⑤</sup>其他国际组织对于国家安全概念进行限制的努力也是显而易见的。例如，欧洲人权法院在2008年的一项判决拒绝接受控制贩毒是国家安全问题的观点。<sup>⑥</sup>2021年俄罗斯和印度阻止了联合国安理会一项首次将气候变化定义为对世界和平的安全威胁的草案决议。<sup>⑦</sup>

简言之，国家安全并非一个静态的概念，而是处在不断演变中，其涵盖的范围不仅包括军事

① CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (12 May 2005), para. 355; Sempra Energy International v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/16, Award (28 September 2007), para. 348; Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/3, Award (22 May 2007), paras. 306 – 307.

② LG&E v. Argentina, para. 231; Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID case no. ARB/03/9, Award (5 September 2008), para. 180.

③ Deutsche Telekom AG v. The Republic of India, Interim Award, PCA Case No. 2014 – 10 (13 December 2017), paras. 286 – 287.

④ Devas v. The Republic of India, Award on Jurisdiction and Merit, PCA Case No. 2013 – 09 (July 25, 2016), para. 335.

⑤ Devas v. The Republic of India, para. 354; Deutsche Telekom v. The Republic of India, paras. 281 – 284.

⑥ C. G. and Others v. Bulgaria, European Court of Human Rights, Application No. 1365/07, Final Judgment (24 July 2008), para. 43.

⑦ Rick Gladstone, “Russia Blocks U. N. Move to Treat Climate as Security Threat”, New York Times (13 December 2021).

威胁,还可能包括政治和经济层面。国际投资仲裁庭有权审查东道国对国家安全条款的援引,并高度尊重东道国关于国家安全利益的主张。然而,这种尊重并非没有限制。东道国所主张的国家安全利益的正当性应该在每一起具体争端中进行确定。

其次,国际投资协定中的国家安全条款通常要求采用的措施与国家安全目标之间具有“必要”或“旨在”等关联要求。不难理解,如果争议中的外资限制措施和国家安全目标两者之间没有任何合理联系,那么东道国的真正目的就不可能是保护国家安全。同时,不同的国际投资条约对两者之间的具体关联要求不同,要视投资条约中的具体措辞而定,例如要求采取的措施为国家安全所“必要”要比“旨在”保护国家安全更为严格。早期的投资仲裁庭将国家安全条款中的必要性要求与国际法委员会编纂的《国家对国际不法行为的责任条款草案》(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)第25条规定的习惯国际法上的“危急情况”抗辩混为一谈。<sup>①</sup>习惯国际法上的危急情况抗辩要求所实施的措施必须是国家保护基本利益免受“严重迫切危险”时的“唯一办法”。但在最近的判例中,投资仲裁庭明确指出国际投资条约中的必要性要求与习惯国际法上的危急情况抗辩是不同的。<sup>②</sup>

最后,除非国际投资协定中明确授予东道国完全自由裁量权来决定如何保护其国家安全,国家安全条款并非自我判断型条款。典型的自我判断型国家安全条款允许东道国实施自己认为的为保护国家安全所必要的措施,国际仲裁庭无权质疑东道国的决定。<sup>③</sup>但是,即使国际投资协定中明确规定的自我判断型国家安全条款也不能完全避免国际投资仲裁庭的司法审查,因为根据《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties)第26条的要求,国家仍然要受到善意履行条约义务的约束。<sup>④</sup>迄今为止,国际投资法上尚没有具体案例涉及国际投资协定中的自我判断型国家安全条款。对于非自我判断型的安全条款,仲裁庭则有权评估东道国是否可以援引该条款。评估包括是否的确存在国家安全威胁,以及东道国采取的措施是否是应对该国家安全威胁的合理反应。但是,非自我判断型的安全条款并不意味着仲裁庭可以完全无视东道国对国家安全的评估,或者有权要求东道国必须采取某种措施。正如仲裁庭在德国电信诉印度案中所述:

在这种审查中,鉴于东道国更了解具体情况,更具备专业知识和能力,仲裁庭无疑会给予东道国的判断一定的尊重。因此,仲裁庭不会对东道国的判断进行全面重新审查……另一方面,对东道国的尊重不能是无限的,否则对国家安全条款的不合理援引将使条约中包含的实质性保护完全无效。<sup>⑤</sup>

① *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, para. 323; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, paras. 350 – 351; *Enron Corporation and Ponderosa Assets*, paras. 309 – 310.

② *Deutsche Telekom AG v. The Republic of India*, para. 228; *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, para. 129; *Sempra v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Annulment (29 June 2010), para. 198; *LG&E v. Argentina*, para. 245; *Continental Casualty Company v. Argentina*, para. 167.

③ UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs* (United Nations, 2009), p. 39.

④ William Burke-White and Andreas von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-precluded Measures in Bilateral Investment Treaties”, (2007) 48 (2) *Virginia Journal of International Law* 307, p. 370; Robyn Briese & Stephan Schill, “If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, (2009) 13 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 61, p. 120.

⑤ *Deutsche Telekom v. The Republic of India*, para. 238.

## (二) WTO 安全例外条款的解释及其启示

如前所述,在国际经济法的各个分支,国际经济关系安全化趋势的内外驱动因素和相关国际争端解决机构处理涉及国家安全的经贸争端的基本分析框架并无本质不同。《1994年关税与贸易总协定》(下文简称GATT 1994)第21条安全例外条款规定该协定不得阻止任何缔约方在战时或者其他国际关系中的紧急情况下采取其认为对保护其根本安全利益所必需的任何行动。该条款已被完整纳入许多国际投资协定。因此考察WTO专家组对第21条的解释,同时和上述国际投资仲裁庭的处理方式相比较,对分析ISDS中的国家安全问题有一定借鉴意义。

综观WTO专家组迄今为止的4个公开案例,可以得出如下结论。第一,GATT 1994第21条的国家安全例外不是自我判断型条款,专家组有权对WTO成员是否违反第21条作出裁决。<sup>①</sup>第二,专家组对第21条的解释方法采用了一个分两步走的框架。首先,客观审查“战争”“国际关系中的紧急情况”或其他援引国家安全例外条款的基础条件是否存在。在俄罗斯过境运输案中,专家组将“国际关系中的紧急情况”定义为“武装冲突或潜在武装冲突,紧张或危机加剧,或一个国家普遍不稳定的情况”。<sup>②</sup>但最近的美国产地来源标记要求的专家组认为“国际关系中的紧急情况”通常指的是“极度严重的情况,意味着国家间或其他国际关系参与方之间关系的崩溃或接近崩溃”。<sup>③</sup>和俄罗斯过境运输案相比,专家组在该案中对“国际关系中的紧急情况”的定义似乎代表了一个相对较低的门槛,涵盖了更多可能援引国家安全例外条款的情况。按照这一法律标准,两个专家组分别裁定美国对中国钢铁和铝制品征收关税以及对香港商品的产地来源标记要求不符合第21条的要求,因为中美之间的紧张关系尚未达到“国际关系中的紧急情况”的标准。<sup>④</sup>

第三,如果援引GATT 1994第21条的基础条件满足,专家组在判断是否存在国家安全威胁以及因应措施是否适当时会赋予该成员方很大的自由裁量权。在俄罗斯过境运输案中,专家组认为在通常情况下应由每个成员来确定其自身的国家安全利益,因为这样的判断取决于具体情况和该成员的看法,并且会随着情况的变化而变化。<sup>⑤</sup>但是,成员的自由裁量权应受到善意解释和适用国家安全例外条款的义务的限制,不得利用国家安全例外作为规避其WTO义务的手段。因此,援引第21条的成员应阐明其寻求保护的国家安全利益。对专家组来说,这项义务的具体要求是成员所采取的国家安全措施与其声称要保护的国家安全利益之间要满足最低的可信性要求,即该成员宣称这些措施的目的是保护国家安全并不是完全不可信的。<sup>⑥</sup>专家组同时认为这一善意原则也同时适用于所采取措施和保护国家安全之间的关联性要求。<sup>⑦</sup>可以看出,专家组采用的是一种对WTO成员的国家安全判断持高度尊重的审查标准,因为它只要求专家组确定“相关措施是否与国家安全如此遥远或无关,以至于被诉成员实施这些措施是为了保护其国家安全的说法是完全

① Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (Apr. 5, 2019), para. 7. 102.

② Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (Apr. 5, 2019), paras. 7. 76, 7. 77.

③ Panel Report, *United States – Origin Marking Requirements*, WT/DS597/R (21 December 2022), para. 7. 290.

④ Panel Report, *United States – Origin Marking Requirements*, WT/DS597/R (21 December 2022), para. 7. 358; Panel Report, *United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WT/DS556/R (9 December 2022), para. 7. 166.

⑤ Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, para. 7. 131.

⑥ Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, para. 7. 138.

⑦ Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, para. 7. 139.

不可信的”。根据这一标准，专家组在沙特阿拉伯知识产权案中认为，即使存在“国际关系中的紧急情况”，沙特阿拉伯不对知识产权盗版公司适用刑事程序和处罚与其声称的保护国家安全之间完全没有可信的关联，因此不能援引第 21 条国家安全例外条款。<sup>①</sup>

专家组对于国家安全例外条款的处理思路和国际投资仲裁庭的裁决有很多相似之处，并且专家组的判决更加精细，极富参考价值。首先，和国际投资仲裁庭相似，专家组对于 WTO 成员对其国家安全利益的表述以及采取的保护措施赋予很大程度的尊重。尤其值得注意的是，专家组明确了善意原则在解释国家安全条款中的意义。这一点值得国际投资仲裁庭借鉴：即使国际投资协议中的国家安全条款是自我判断型，东道国的国家安全措施仍需满足最低可信性的善意要求。其次，专家组努力尝试给国家安全例外条款安上护栏，以避免其在国际贸易中的滥用。专家组利用的法律技术有两个。其一，和国际投资仲裁庭相似，专家组确立了 WTO 争端解决机制对 GATT 1994 第 21 条的管辖权，否定了美国主张的成员有权自主决定如何适用国家安全例外条款的观点。其二，专家组回避了保护重要产业部门或者保护人权是否属于国家安全范畴这类极易引发争议的棘手问题，而是充分利用了第 21 条的文本，把解释重点放在援引国家安全例外条款所需满足的前提条件上。同时对含义模糊的用词，例如“国际关系中的紧急情况”进行了相对严格的解释。鉴于滥用国家安全的限制性贸易措施日益增多，专家组努力为第 21 条安装护栏的做法无疑是值得赞扬的，有利于中国利用 WTO 争端解决机制对美国的种种贸易限制例如芯片出口禁令提出起诉，占据中美贸易战中的话语主动权。

在充分肯定 WTO 专家组报告可借鉴意义的同时，需要明确专家组报告指导意义的有限性，而其有限性源于国际投资协议中的国家安全条款文本可能和 GATT 1994 第 21 条有较大差异。例如第 21 条明确规定了在基础条件符合时，WTO 成员有权采取“其自身认为”对保护国家安全所必要的任何行动。但很多投资协定中的国家安全条款并没有提到“东道国自身认为”这一点，甚至根本没有国家安全例外条款。这一文本差异至少在理论上给予了国际投资仲裁庭较之 WTO 专家组更大限度的自由裁量权。再譬如国际投资协定中的国家安全条款可能没有类似第 21 条中的“国际关系中的紧急情况”等基础条件，国际投资仲裁庭将不得不直接面对诸如国家间政治经济制度或者意识形态上的差异是否可能构成国家安全威胁之类的棘手问题。因此，国际投资协议中国家安全条款的解释要严格依据其文本，具体情况具体分析，不可完全照搬 WTO 专家组对于 GATT 1994 第 21 条的解释内容。

## 四 华为诉瑞典仲裁案的法律分析

华为于 1987 年创立，在短短 30 年的时间里，华为从一家在深圳销售电话交换机的小公司发展成为全球最大的电信设备制造商和 5G 网络基础设施的行业领先者。<sup>②</sup> 伴随着华为作为中国蓬勃发展的高科技领域的代表性企业在全世界市场上的巨大成功，西方政府开始把华为视为安全威胁，作为国家安全审查的焦点。2020 年 4 月 17 日，瑞典邮政和电信局（下文简称 PTS）邀请瑞

<sup>①</sup> Panel Report, *Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WT/DS567/R (June 16, 2020), para. 7.293.

<sup>②</sup> Yun Wen, *The Huawei Model: The Rise of China's Technology Giant* (University of Illinois Press, 2020).

典市场上的所有主要移动网络运营商参加瑞典 5G 网络的拍卖。在发布的投标邀请中，PTS 强调由于 5G 发展是瑞典数字化的重要组成部分，将重点确保 5G 网络的使用不会对瑞典国家安全造成危害。2020 年 10 月 20 日，PTS 发布决定授权 4 家移动网络运营商参加拍卖，并强制要求所有通过拍卖获得的未来牌照持有者在新建和实施 5G 网络的中央功能时禁止使用华为的任何设备或服务。此外，在现有的中央功能基础设施将用于提供 5G 服务的情况下，华为的设备和服 务将在 2025 年 1 月 1 日之前逐步淘汰。<sup>①</sup> 2021 年 1 月 19 日，PTS 完成了 5G 牌照的拍卖，获得授权的移动网络运营商立即开始推广 5G 服务。华为试图在斯德哥尔摩行政法院对 PTS 排除其参与 5G 市场的决定提起行政诉讼，但最终于 2021 年 6 月败诉。目前，华为正在向欧洲法院提起上诉。但是无论上诉结果如何，瑞典政府的行为已经对华为在瑞典的投资造成了不可挽回的损失。

自 1982 年与瑞典签订第一份双边投资协定以来，截至 2023 年 8 月，中国与不同国家签署了 145 份双边投资条约和 24 份带有投资条款的自由贸易协定，其中绝大部分包含了标准的投资保护措施和 ISDS 条款。但是，中国投资者通常不愿对东道国的国家安全决定提起仲裁。迄今为止，中国投资者针对东道国国家安全决定提起投资条约仲裁的仅有 2 起。<sup>②</sup> 华为对瑞典政府提起的仲裁有值得注意的几个特殊因素。首先，华为因为瑞典政府的国家安全决定而遭受了重大经济损失。华为在瑞典的投资已经超过了 20 年。由于瑞典政府的国家安全决定，华为的直接经济损失仅在 2021 年至 2025 年期间估计就达到 52 亿瑞典克朗。由于瑞典的国家安全决定期限是 25 年，华为在瑞典投资的沉没成本和预期利润损失将会更高。<sup>③</sup> 其次，中国早期国际投资协定中的争端解决机制条款范围通常非常有限，只允许外商投资者将“涉及因征收而产生的补偿金额”的争议提交仲裁。但是中瑞双边投资协定中没有此类限制条款。这一特点便于仲裁庭建立对此争端的管辖权，对华为有利。再次，华为已经充分用尽了包括上诉在内的瑞典国内法律救济程序，但成效甚微，通过 ISDS 起诉瑞典政府是华为余下不多的法律救济途径之一。最后，由于美国的压力以及多年来部分不良国际媒体的抹黑，一些国家例如加拿大、澳大利亚和日本已经作出了禁止在 5G 网络中使用华为设备和服 务的决定，同时更多国家例如印度、德国、荷兰和新西兰等正在观望权衡中。<sup>④</sup> 华为诉诸 ISDS 的法律战具有敲山震虎的威慑作用，迫使这些国家认真评估因违反国际投资协定而可能产生的赔偿责任。

华为在仲裁申请书中认为瑞典采取的包括 PTS 决定在内的措施，直接违反了瑞典在中瑞投资协定下所承担的国民待遇、公平与公正待遇以及对 中国投资者的投资不得征收、国有化或采取任何其他具有类似效果的措施的义务。瑞典将如何回应华为的法律诉求目前尚未可知。但从逻辑上看，瑞典政府的辩护策略无疑首先是尽可能在程序上排除仲裁庭对此案的管辖权，阻止仲裁庭进入对双方实体争议问题的审查。但是由于中瑞投资协定对 ISDS 程序的限制较少，瑞典排除仲裁庭管辖权的意图大概率无法实现。在案件进行实体审理阶段后，本案首先需要注意的一点是中瑞投资协定没有单独的国家安全条款，对于瑞典是否拥有以国家安全为由限制或者排除中国投资者

① Huawei's Written Notification of Dispute Pursuant to Article 6 bis of China-Sweden BIT (31 December 2021).

② 除了华为诉瑞典仲裁案外，另一起是 2021 年北京天骄航空产业投资有限公司根据《中国—乌克兰双边投资协定》对乌克兰以国家安全为由拒绝其收购乌克兰航空航天公司马达西奇在荷兰海牙常设仲裁院提出仲裁索赔。

③ Huawei's Written Notification of Dispute Pursuant to Article 6 bis of China-Sweden BIT (31 December 2021).

④ Annabelle Liang, "Canada to Ban China's Huawei and ZTE from its 5G Networks", *BBC News* (May 20, 2022), <https://www.bbc.co.uk/news/business-61517729>.



的权利，以及可以在何种条件下实施此项权利没有任何规定。国家安全条款的缺失带来的直接影响有两点。第一，仲裁庭将拥有更大范围的自由裁量权来评估瑞典国家安全主张的合法性。尽管如同仲裁庭在德国电信诉印度案中所言，这并不意味着仲裁庭可以完全无视瑞典对国家安全的评估，但仲裁庭将会在多大程度上尊重瑞典政府的国家安全判断并不明确。第二，瑞典政府会坚持基于国家安全的原因，其禁止在5G网络使用华为设备的决定并不违反中瑞投资协定下的义务。换言之，瑞典会试图通过对协定中投资保护标准本身的解释和适用来避免对华为的可能赔偿责任。

从理论上说，即使中瑞双边投资协定中没有规定国家安全条款，瑞典仍有可能援引习惯国际法上的“危急情况”（necessity）抗辩来排除其限制华为设备的违法性。但是，国际法学界普遍认为，援引习惯国际法中的“危急情况”辩护需要达到的标准极高，并且仲裁庭在审查这些条件是否符合时采用了极为严格的审查标准。在国际投资争端中，这些条件极难得到满足。<sup>①</sup>即使仲裁庭需要审查“危急情况”抗辩的条件是否满足，瑞典所提出的证据和理由与判断瑞典是否违反了中瑞投资协定下的义务并无本质区别。因此，本文将不对瑞典可能利用习惯国际法上的“危急情况”抗辩做单独探讨。

依此分析，理论上华为在实体法律问题上的最佳策略是主张由于中瑞双边投资条约中没有明确的国家安全条款，因此瑞典免除其行为不法性的唯一基础是习惯国际法上的“危急情况”。但如前所述，这一点难以成立。如果这一点不成立，华为需要论证即使瑞典政府声称其相关措施是基于国家安全的考虑，瑞典政府仍然违反了其中瑞双边投资条约下的义务。因此，该仲裁案中的核心焦点问题依逻辑顺序有3个。第一，瑞典政府基于何种理由认为华为的5G设备存在国家安全隐患？第二，仲裁庭将如何处理中瑞双边投资条约中无国家安全条款的情况？第三，如果国家安全理由可以在中瑞投资条约的实质投资保护标准下考虑，那么仲裁庭将会如何审查瑞典政府的行为是否违反中瑞双边投资协议？下面将就这3个核心问题依次探讨。

### （一）华为的5G网络设备对瑞典构成国家安全威胁吗

瑞典政府认定华为构成瑞典的国家安全威胁的依据是什么？公开报道显示，PTS在排除华为设备的决定中仅仅指出在5G中央功能中使用华为的产品可能会损害瑞典的国家安全，但该决定没有表明华为带来的具体国家安全威胁是什么，也没有试图量化该威胁的程度。PTS的决定是基于瑞典国家安全部门和武装部队提出的咨询报告作出的，但咨询报告也没有提出华为任何的错误行为和任何可信的证据，而是建立在广泛的推测和假设之上。<sup>②</sup>由于瑞典并不是唯一一个限制在5G网络中使用华为设备的国家，可以合理推测瑞典政府很可能会使用与其他西方国家相同的理由来为其国家安全决定辩护。

在美国，美国众议院情报常设特别委员会在2012年公开发布的一份报告声称使用华为和中兴通讯等中国公司制造的设备可能“损害美国的核心国家安全利益”。从既有文献看，美国对于

<sup>①</sup> Federica Paddeu and Michael Waibel, “Necessity 20 Years On: The Limits of Article 25”, (2022) 37 *ICSID Review* 160, pp. 189 – 191.

<sup>②</sup> *Huawei Technologies Co., Ltd. v. The Kingdom of Sweden*, Request for Arbitration (7 January 2022), pp. 13 – 14.

华为的国家安全威胁指控主要包括网络间谍活动、知识产权盗窃、违反国际制裁、复杂的所有权结构，中国政府对华为的影响力，华为和中国军方的关联，以及华为获得优惠融资以及高额的政府补贴。<sup>①</sup> 在英国，华为被国家网络安全中心列为“高风险供应商”。根据英国国家网络安全中心的报道，其将华为视为高风险供应商的原因包括：（1）华为在英国已经拥有相当大的市场份额，这使得华为具有战略重要性；（2）根据中国2017年颁布的《中华人民共和国国家情报法》（下文简称《国家情报法》），华为可能被中国政府命令采取有害于英国的行动；（3）中国已经并将继续对英国及其利益进行网络攻击；（4）华为网络安全和工程质量低下，工程流程不透明；（5）大量华为的附属关联公司被列入美国实体清单，并且美国对华为的限制措施在不断加强，可能对华为产品未来的可用性和可靠性产生影响。<sup>②</sup>

在声称华为带来国家安全威胁的同时，美国国会和行政部门联手对华为进行严厉的打压。这些措施包括美国商务部将华为及其大量附属公司列入实体清单，未经政府批准，美国公司将不得向华为提供设备或者服务；限制华为使用美国软件和美国设备制造的芯片；禁止使用联邦基金购买华为的设备或服务；甚至无理扣押华为公司首席财务官孟晚舟等等。<sup>③</sup> 此外，美国向其盟友不断施压，甚至以停止分享国家安全情报等方式相威胁，要求其他国家效仿美国对华为采取的行动。迫于美国的压力，英国宣布将在2027年前禁止在英国的5G网络基础设施中使用华为技术和设备。而具有强烈讽刺意义的是，仅仅在其宣布这一决定的6个月之前，英国政府决定将不会在5G网络的核心部分使用华为设备，但是会允许在最多35%的非核心部分使用华为的硬件设备。<sup>④</sup>

然而，仔细审视英美等国家列出的“问题清单”，所有用来支持华为构成国家安全威胁的依据都是猜测性的传闻证据或者和国家安全关系遥远的非关联性证据，双重标准明显，更有其中部分依据纯属无中生有。例如所有法律文件都表明华为的所有权结构是由华为员工通过工会控制的私有企业，外媒猜测华为是由中国政府控制的企业没有任何事实和法律依据。<sup>⑤</sup> 又例如西方国家臆测华为与中国军方和国家安全机构有密切联系。这种密切联系的证据通常追溯到华为创始人任正非曾在1974年至1983年间在中国人民解放军工程兵部队任职的事实，以及华为参与和国防有关研发的传闻。但是这种臆测恰恰暴露了西方国家的双重标准。在1980年，59%的美国上市公司的首席执行官有从军的经历。目前这个比例仍然有6.2%，其中包括15个全球财富五百强企业。<sup>⑥</sup> 同时，暂且不论华为参与国防项目的传闻是否准确，美国包括微软和谷歌在内几乎所有大型科技公司都拥有专门提供国防和情报解决方案的部门。能够赢得美国大型国防项目的合同，和

① House Permanent Select Committee on Intelligence, *Investigative Report on the U. S. National Security Issues Posed by Chinese Telecommunications Companies Huawei and ZTE* (2012), pp. 11 – 16, 21 – 44; Christopher Ashley Ford, “Huawei and Its Siblings, the Chinese Tech Giants: National Security and Foreign Policy Implications” (September 11, 2019), <https://2017-2021.state.gov/huawei-and-its-siblings-the-chinese-tech-giants-national-security-and-foreign-policy-implications/index.html>.

② National Cyber Security Centre, “NCSC Advice on the Use of Equipment from High-Risk Vendors in UK Telecoms Networks” (14 July 2020).

③ 人民日报评论员：《没有任何力量能阻挡中国前进的步伐》，载《人民日报》2021年9月26日，第1版。

④ Billy Perrigo, “Bowing to U. S. Pressure, U. K. Bans 5G Equipment from China’s Huawei over Security Concerns”, *Time* (14 July 2020), <https://time.com/5866643/uk-huawei-5g-ban/>.

⑤ Yuan Yang, “Huawei Says Employees Control Company through ‘Virtual Shares’”, *Financial Times* (25 April 2019).

⑥ Efraim Benmelech and Carola Fryeman, “Military CEOs”, (2015) 117 (1) *Journal of Financial Economics* 43, p. 43.

美国国防部和军事企业密切合作是所有美国大型科技公司用来做公开宣传，证明自己科技实力雄厚的业绩材料。<sup>①</sup> 如果以美国的标准来判断，那么其他国家是不是应该认定所有的美国大型高科技公司都是国家安全威胁呢？再次，指责华为设备的质量和安全性低下更是无稽之谈。且不说目前没有任何证据表明华为的设备比其竞争对手的设备具有更大的安全风险，全球市场也已经给出了回答。华为在短短 30 年间发展成为全球最大的电信设备制造商，如果华为没有提供高质量的安全产品，它今天就不会处于全球领先地位。

最后，更令人费解的是西方国家指责华为进行知识产权盗窃，获得高额银行授信和政府补贴等和美国国家安全没有任何关系的指控。知识产权争议是国际经贸中的常见商业争端，解决这一问题的地点是法院，而不是一面之词的宣传。华为作为全球最大的电信设备运营商和年收入近千亿美元的高科技龙头企业，是任何一家银行都希望尽最大努力赢得的高质量客户，也是任何政府都会大力支持的民族企业，获得高额授信和政府补贴恰恰是华为在商业上取得巨大成功的反映。为了支持本国的高新科技产业发展，拜登政府的一系列新法案预计将投资万亿美元以上补贴，确保美国在 21 世纪战略技术和产业方面保持领先地位。那么依照美国的标准，是不是获得美国政府产业补贴的科技企业都是其他国家的国家安全风险呢？

在目前西方国家对华为的指控中，极具迷惑性的有 2 个。第一个是华为作为网络供应和服务商可能进行涉及国家安全的情报收集行为。该指控认为，中国的所有企业，包括私有企业在内，都需要接受党和政府的领导。同时，《国家情报法》第 7 条规定：“任何组织和公民都应当依法支持、协助和配合国家情报工作，保守所知悉的国家情报工作秘密。”据此美国认为华为可能在法律上被迫在其制造和供应的设备中安装“后门”或其他漏洞用于情报和数据收集，同时可能使中国有能力在战争时关闭关键数字网络。<sup>②</sup> 对此问题，中国外交部已经公开澄清，中国没有任何法律要求任何公司安装强制性后门。<sup>③</sup> 华为的创始人任正非多次公开表示，华为从未有过，也永远不会为中国政府进行任何情报收集活动。<sup>④</sup> 对于《国家情报法》第 7 条的解释，华为聘请的外部律师在美国联邦通信委员会出具了法律意见书，详细解释了没有任何中国法律授权中国政府对华为发出对其制造的设备进行窃听或破坏的指令。<sup>⑤</sup>

第二个是 5G 网络对国家安全的深刻影响。华为拥有全球领先的下一代 5G 技术，5G 将为智能手机提供更快的下载速度，连接智能城市中的设备装置，并支持自动驾驶汽车和机器人。由于 5G 网络将成为未来社会最为关键的基础设施，对其潜在的破坏或者利用其获取机密信息可能造成的后果也更加严重。5G 技术的复杂性特点也使其比以往任何一代移动通信网络都更容易被用于窃取信息或者破坏活动，而在购买 5G 网络设备时进行安全检查或者阻止软件更新时嵌入恶意

① Microsoft for Defense and Intelligence, <https://www.microsoft.com/en-gb/industry/government/defense-and-intelligence>; Daisuke Wakabayashi and Kate Conger, “Google Wants to Work with the Pentagon Again, Despite Employee Concerns”, *The New York Times* (4 November 2021).

② Christopher Ashley Ford, “Huawei and Its Siblings, the Chinese Tech Giants: National Security and Foreign Policy Implications” (September 11, 2019).

③ 2019 年 12 月 3 日外交部发言人华春莹主持例行记者会, [https://www.fmprc.gov.cn/wjdt\\_674879/fyrbt\\_674889/201912/t20191203\\_7815510.shtml](https://www.fmprc.gov.cn/wjdt_674879/fyrbt_674889/201912/t20191203_7815510.shtml), 最后访问时间: 2023 年 8 月 21 日。

④ Dan Strumpf and Josh Chin, “Huawei’s Mysterious Founder Denies Spying for China, Praises Trump”, *Wall Street Journal* (15 January 2019).

⑤ Jihong Chen and Jianwei Fang, *Declaration before the Federal Communications Commission* (27 May 2018), <https://thechinacollection.org/wp-content/uploads/2019/03/Huawei-Declaration.pdf>.

功能等安全措施并不一定能够防范所有的安全隐患。<sup>①</sup>但是,5G网络对国家安全的潜在影响和华为的5G技术是不是国家安全威胁不能混为一谈。华为是否构成国家安全威胁是一个事实问题,谈论理论上的可能性没有意义。从理论上说,任何网络电信设备运营商都可能会有潜在的国家安全风险,而华为仅仅只是许多网络电信运营商中的一个。如果瑞典不可能基于理论上的国家安全风险而禁止所有网络运营商,那么真正需要回答的问题是:华为和其他网络电信设备运营商有何不同?瑞典又是基于何种理由认为华为的5G设备会造成比其他同类运营商更大的国家安全隐患?

所有西方权威媒体和智库报告公认的基本事实是:作为科技行业中接受审计和安全检查最多最严格的公司,华为从未发生过任何重大的网络安全事件,目前没有任何证据表明华为的设备和服 务构成国家安全威胁,没有任何证据表明中国政府计划对华为制定商业计划和战略或者华为听命于中国政府进行情报收集活动,也没有任何证据表明华为的设备在本质上比其竞争对手的设备具有更大的国家安全风险。<sup>②</sup>虽然美国四处游说其盟友国禁止华为的设备,但也从来未能提供华为设备构成国家安全威胁的证据。根据英国广播公司报道,为了说服英国政府禁止华为参加英国的5G网络,2020年1月美国政府高级官员向英国政府提交了一份关于华为的档案,声称其中包含着华为构成国家安全威胁的“确凿证据”。但是英国国家安全官员向媒体确认所谓的华为档案并没有提供任何有价值的证据。<sup>③</sup>为了消除对华为设备可能对英国网络构成安全风险的担忧,华为早于2010年11月与英国政府达成协议成立华为网络安全评估中心。该中心由向英国国家网络安全中心报告的监督委员会控制,监督委员会可以对华为的硬件和软件进行广泛的安全审查。但是,英国的安全检查人员从未在华为的设备上发现任何网络后门。<sup>④</sup>

## (二) 中瑞双边投资协定中的国家安全条款缺失问题

中瑞双边投资协定中没有国家安全条款。那么,这一缺失是否意味着瑞典关于华为的国家安全决定的国际法依据只能是习惯国际法上的一般原则例如“危急情况”抗辩呢?本文认为答案是否定的。国家安全条款的缺失并不意味着缔约方在投资条约中放弃了基于国家安全考量对外资进行管理的权利。如果缔约方打算放弃这项权利,应该在条约中有明确的表示。<sup>⑤</sup>从国际投资法中的国民待遇、公平与公正待遇和征收的相关法律标准可以看出,即使中瑞投资协定中没有单独的国家安全例外条款,在判断瑞典的国家安全决定是否违反中瑞投资协定时,仲裁庭必然会同时考虑瑞典声称的国家安全考虑。具体来说,就国民待遇而言,瑞典政府允许华为的瑞典国内竞争对手为5G网络提供类似产品,但单单禁止华为的5G设备。显然,瑞典的决定为华为提供了较低的差别待遇。然而,该差别待遇是否违反了中瑞投资协定第2条第2款国民待遇原则取决于该差别待遇是否是追求国内公共利益的合理措施。<sup>⑥</sup>同理,如果仲裁庭认为瑞典的华为禁令是以国

① Karsten Friis and Olav Lysne, “Huawei, 5G and Security: Technological Limitations and Political Responses”, (2021) 52 (5) *Development and Change* 1174, pp. 1182 – 1184.

② Karishma Vaswani, “Huawei: The Story of a Controversial Company”, BBC (6 March 2019), <https://www.bbc.co.uk/news/resources/idt-sh/Huawei>.

③ Gordon Corera, “Huawei: ‘No Smoking Gun’ in US’ s 5G Dossier”, BBC News (14 January 2020).

④ 《华为英国网络中心2020年年度报告》,第6.8—6.9段。

⑤ Simon Batifort and Andrew Larkin, “The Meaning of Silence in Investment Treaties”, (2022) 38 (2) *ICSID Review* 322, p. 323.

⑥ Rudolf Dolzer et al., *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2022), pp. 259 – 261.

家安全为目的，遵循正当程序，非歧视以及与瑞典声称的国家安全风险程度相称，则针对华为的禁令将不构成间接征收，而是合法的政府监管措施。<sup>①</sup> 如果华为禁令符合了上述要求，也将不会违反中瑞投资协定中的公平与公正待遇。<sup>②</sup> 同时，如果瑞典的国家安全决定并不违反其条约义务，则华为无权就此国家安全决定寻求赔偿。但是必须指出，不同仲裁庭对这些规则的解释并不一致。例如在判断差别待遇是否违反国民待遇原则时，东道国的措施和所追求的公共目标之间是有合理的联系即可，还是该措施必须是在所有可供选择中对外国投资者影响最小的措施？<sup>③</sup> 再譬如，尽管在理论上可以区分东道国的争议措施是合法监管措施还是征收，但在判断争议措施需要满足何种标准方才构成合法监管措施时不同仲裁庭的要求不同。<sup>④</sup> 即使东道国的措施是正当的政府管理措施，不违反投资条约的义务，是否仍需对受损失的外国投资者进行赔偿亦有少数仲裁庭持不同看法。<sup>⑤</sup>

### （三）瑞典国家安全决定是否违反中瑞双边投资协定

那么，仲裁庭在判断瑞典是否违反中瑞双边投资协定时将会如何考虑国家安全因素呢？从既有的国际投资法判例看，仲裁庭必须回答3个问题。首先，瑞典决定将华为设备从5G网络中排除的目的是否是保护国家安全？其次，瑞典的国家安全决定是否遵循了非歧视、符合正当程序以及比例原则（proportionality）？第三，在没有国家安全条款的情况下，仲裁庭将会适用何种审查标准来审视争端双方提出的观点和证据？

对于第一个问题，本文倾向于认为仲裁庭极有可能会接受瑞典政府的声辩，即瑞典的华为禁令的目的是为了保护国家安全。首先，鉴于5G网络将是未来社会的关键基础设施以及5G网络必将融入未来军事行动这些实际情况，毫无疑问5G网络安全属于国家安全的一部分。<sup>⑥</sup> 其次，5G网络技术的复杂性决定了其安全保障是一个没有终点站的不断提高的过程，包括华为在内的世界上任何一家网络电信设备运营商都不可能排除所有潜在的国家安全漏洞。尽管华为拥有经过独立第三方认证的从终端到终端、全球领先的网络安全系统，英国政府负责监管的华为网络安全评估中心仍然在年度报告中提出从国家安全角度看，华为在软件开发方面存在缺陷，需要持续的管理和缓解措施。<sup>⑦</sup> 最后，因为国家安全关系到一个国家生存的核心问题，仲裁庭通常在确定是否存在国家安全风险时给予东道国很大程度上的自由裁量权。虽然这种自由裁量权并非毫无限

① *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States (Tecmed v. Mexico)*, ICSID Case No. ARB (AF) /00/2, Award (29 May 2003), para 96; OECD, “‘Indirect Expropriation’ and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law”, *Working Paper on International Investment* 2004/4, pp. 16 – 19.

② *CMS v. Argentina*, para 290; Rudolf Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours” (2014) 12 *Santa Clara Journal of International Law* 10, pp. 10 – 33.

③ For example, compare *GAMI v. Mexico*, Final Award (15 November 2004), para. 114 and *SD Myers v. Canada*, Partial Award (13 November 2000), para. 221.

④ Omer Erkut Bulut, “Drawing Boundaries of Police Powers Doctrine: A Balanced Framework for Investors and States”, (2022) 13 *Journal of International Dispute Settlement* 583, p. 584.

⑤ *Eco Oro Minerals Corp v. The Republic of Colombia*, ICSID Case No ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum (9 September 2021), paras. 829 – 830. 在该案中，尽管仲裁庭认为哥伦比亚的措施符合投资条约中的环境例外条款，但坚持认为符合例外条款并不能免除哥伦比亚对外商投资者的赔偿责任。

⑥ Steven Walker *et al.*, “Why the World’s Militaries are Embracing 5G” (11 November 2021), <https://spectrum.ieee.org/lockheed-martin-5g>.

⑦ 《华为英国网络中心2020年年度报告》，第6.8—6.9段。

制,但外国投资者很难挑战东道国国家安全风险的评估。在德瓦斯诉印度案中,仲裁庭指出,质疑国家安全决定的投资者必须承担沉重的证明责任,例如证明“恶意、缺乏授权或涉及与国家核心利益无关的措施”。<sup>①</sup>在德国电信诉印度案中,尽管仲裁庭公开表示对印度的国家安全辩称的真实性存疑,印度政府关于军事用途的一纸声明就足以让仲裁庭认定该措施旨在保护印度的基本安全利益。<sup>②</sup>在全球电信控股有限公司诉加拿大案中,仲裁庭甚至没有评估加拿大声称国家安全的真实性或合理性,而只考虑了国家安全审查程序的合理性。<sup>③</sup>

对于第二个问题,即使仲裁庭认同瑞典的华为禁令是出于国家安全的目的,要满足中瑞双边投资协定下的国民待遇、公平与公正待遇和不得对外资进行征收的条约义务,瑞典政府的安全措施必须满足非任意性、非歧视性、符合正当程序以及比例原则等要求。个别仲裁庭还要求东道国对投资的限制必须是在所有可选择的措施中对外商投资影响最小的措施。<sup>④</sup>从目前的公开资料看,瑞典政府限制华为的措施至少在一些方面未能满足中瑞投资条约中的要求。首先,瑞典政府极有可能违反了国民待遇的要求。虽然中瑞双边投资协定中并无国民待遇条款,但华为主张其可依据中瑞投资协定中的最惠国待遇条款享受其他外国投资者在瑞典享有的国民待遇。这一主张是最惠国待遇的应有之义,也有既有判例的支持,应无异议。瑞典政府在5G网络中排除华为的设备,同时允许瑞典国内的华为同行竞争对手例如爱立信提供同类产品,无疑构成了针对华为的差别性待遇。这一差别待遇是否违反国民待遇取决于瑞典是否有合理的理由对华为进行区别对待,举证责任在瑞典政府身上。瑞典政府提出的辩护理由只能是和爱立信的同类产品相比,华为的5G设备对瑞典的国家安全风险更高,因此对华为的区别对待并不构成歧视。但目前没有任何证据表明华为的设备和服 务构成国家安全威胁,也没有任何证据表明华为的设备在本质上比其竞争对手的设备具有更大的安全风险。同时,可以预判瑞典政府将会采用的法律技巧是强调5G网络的复杂性和中国特色社会主义市场经济体制的特殊性。瑞典政府可能会利用5G网络的复杂性带来的科学上的不确定性,例如聘用对中国和华为有偏见的权威技术专家作为专家证人,提出华为5G设备对网络安全影响较同类产品更大的所谓专家意见。<sup>⑤</sup>进而,瑞典政府可能会向仲裁庭提出在复杂不确定的新技术领域,仲裁庭不能要求瑞典政府完全证明国家安全风险的存在,也不能要求所有技术专家对此问题有统一的意见。鉴于国家安全问题的极端重要性,瑞典政府可能会辩称国际仲裁庭应该尊重个别专家的看法,即使这些看法仅仅是少数意见。

其次,瑞典政府的安全决定极有可能违反了正当程序原则。公开报道表明,华为在瑞典的投资长达20多年,是瑞典电信网络系统设备的重要供应商,从来没有出现过网络安全问题。在PTS公布招标公告前很长一段时间里,PTS、瑞典国安部门和军队都多次公开表示5G网络的安全评估关注的是运营商安全架构中的具体安全缺陷和漏洞,因此瑞典没有理由将华为列为不合适的供应商。PTS的国家安全决定是在招标公告前的最后一刻作出的,同时又没有列出华为产品

① *Devas v. India*, para. 245.

② *Deutsche Telekom v. India*, paras. 281 – 287.

③ *Global Telecom Holding S. A. E v. Canada*, para. 607.

④ Rudolf Dolzer et al., *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2022), pp. 174 – 180, 205 – 230.

⑤ 西方媒体上已经出现了一些技术专家认为华为产品较其他同行产品风险更高的报道。See Colin Lecher & Russell Brandom, “Is Huawei a Security Threat? Seven Experts Weigh in” (19 March 2019), <https://www.theverge.com/2019/3/17/18264283/huawei-security-threat-experts-china-spying-5g>.

中的具体安全缺陷和漏洞是什么。这一突如其来的政策变动揭示了瑞典国家安全决定的武断性、任意性和歧视性，损害了华为作为外国投资者的合理预期。另外，在 PTS 和其他瑞典政府部门作出国家安全决定的过程中，华为没有任何机会参与，包括没有及时获得国家咨询报告所依据的理由，没有在国家安全决定作出前被邀请提交意见，也没有机会对国家安全决定提出申诉。<sup>①</sup>和中国三一重工诉美国外资委员会一案相似，瑞典政府完全不透明的国家安全决策程序损害了华为的正当程序权利。

最后，瑞典在 5G 网络中排除华为产品的国家安全决定与华为带来的潜在国家安全风险相比不符合比例原则。比例原则意在东道国和外国投资者的权利之间进行平衡，为仲裁庭在判断东道国是否违反了间接征收和公平公正待遇条款时频繁使用。<sup>②</sup> 如果华为 5G 设备的安全风险并不高于同类产品，则瑞典单独针对华为的安全措施是不合理的。同时华为长期以来为减轻东道国的国家安全担忧采取了一系列措施，包括实施西方国家独立认证的从终端到终端的网络安全保障系统，以及成立由东道国政府控制的华为安全网络中心，对华为设备的硬软件进行全面安全审查等措施。如果瑞典在作出国家安全决定前，没有认真考虑采取其他可能对华为作为外国投资者影响较小的措施，也会直接影响仲裁庭对瑞典国家安全决定合法性的判断。从另一个方面看，瑞典国家安全决定的一个重要特点是，它并未在 5G 网络中完全排除华为设备，而只是禁止华为设备参与 5G 网络的中央功能。这一特点有利于瑞典辩称其措施符合比例原则。同时瑞典政府无疑会辩称其他可能采取的措施虽然对华为负面影响更小，但无法达到瑞典政府期望达到的国家安全目标，因此排除华为设备是其唯一可行的选择。仲裁庭是否接受瑞典政府的这一辩称则取决于其对瑞典国家安全目标的理解以及对华为设备是否构成国家安全威胁的判断。

综上所述，由于瑞典的国家安全决定程序和结论中的种种瑕疵，包括不透明的决策程序、不尊重华为的正当程序权利、安全措施武断性和歧视性以及和华为国家安全风险之间的不成比例，都指向了瑞典的安全措施可能违反了中瑞双边投资协定中的公平与公正待遇要求和征收条款。

对于第三个问题，仲裁庭将适用何种审查标准来判定华为是否构成国家安全威胁是决定该仲裁案走向的核心问题。目前国际投资法对此问题并没有给出明确的答案，因此仲裁庭将会拥有很高程度的自由裁量权，给案件结果带来极大的不确定性。首先，正如仲裁庭在德国电信诉印度案中所述，仲裁庭将给予东道国国家安全决定一定程度的尊重，但具体尊重到什么程度则并不确定。<sup>③</sup> 其次，由于中瑞投资协定中没有国家安全条款，仲裁庭将会如何判断瑞典国家安全措施的合理性缺乏明晰的判断标准，例如瑞典限制华为设备的决定和保护国家安全之间的联系是否需要满足“必要性”要求？是否必须是对华为负面影响最小的措施，还是两者有合理联系即可？仲裁庭采用法律标准的不同将直接影响到案件的结果。最后，华为诉瑞典仲裁案的核心问题是华为 5G 设备的安全性问题。但仔细考察英美等西方国家对华为的指控，其着重点并不在于华为的产品在技术上构成国家安全威胁，而是认为中国特色社会主义政治体制和市场经济体制以及在此体制下高科技企业的发展构成了对西方国家的安全威胁。换言之，西方国家对华为的国家安全指控

① Huawei Request for Arbitration, pp. 13 – 14.

② Eric De Brabandere and Paula Baldini Miranda da Cruz, “The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective”, (2020) 89 *Nordic Journal of International Law* 471, pp. 487 – 490.

③ *Deutsche Telekom v. India*, para. 238.

并不是通常意义上的国家安全，而是根植于西方国家在冷战思维影响下对中国政治和经济制度的偏见和怀疑，是剧烈变动中的国际经济法秩序的一个缩影。因此，华为诉瑞典案对国际经济法提出的本质问题是：由于国家之间的政治和经济制度差异和地缘经济时代的大国竞争态势而产生的不信任和安全威胁判断是否属于国际法意义上的国家安全概念范畴？国际经济法应当如何回应这一问题？

一个成熟的国际争端解决机构通常不会对国际争端中最敏感的政治冲突作出裁决，而是充分利用法律技术来平衡国家安全和外国投资者保护之间的利益冲突，把政治性的抉择掩藏在从法律技术角度看大体可以接受的裁决中。例如在 WTO 争端解决程序中，专家组利用对“国际关系中的紧急情况”的解释，明确指出除非在政治和经济上存在导致外交关系近乎崩溃的情况，否则成员不能援引 GATT 1994 第 21 条国家安全例外条款。在这一标准下，美国对中国实施的诸多贸易限制措施，例如芯片出口禁令等，都是违反 WTO 规则的国际不法行为。专家组这一解释的深层含义是明确了 WTO 成员之间单纯由于政治、经济和意识形态差异引发的贸易争端并不足以构成国家安全问题，在法律层面限制了对国家安全概念过度宽泛解释的合法性，间接传递了专家组试图遏制成员滥用国家安全例外条款的努力。在华为诉瑞典仲裁案中，由于目前没有任何证据证明华为 5G 设备在技术上的安全性问题，该案的仲裁庭将不得不直面该争端中所包含的深刻的政治因素。而仲裁庭处理这些政治因素的法律技术可能是充分利用中瑞双边投资协定中国家安全条款缺失带来的更宽泛的自由裁量权，把仲裁庭的政治选择蕴藏在对审查标准的选择上：是选择高度甚至完全尊重东道国的国家安全决定，尽管这些决定基于偏见、歧视、保护主义和地缘政治考量；还是选择坚持国际经济法可以并且必须包容不同的经济、政治和社会制度，最大限度地保护国际经济秩序的可预期性。

无论华为诉瑞典案的仲裁庭作出何种选择，在法律技术层面上的实现都并不是难题。但是，在大国竞争日趋激烈的态势下，国际经济法技术的局限性已经捉襟见肘。可以想象，无论华为诉瑞典仲裁案的结果如何，大抵不会出现双赢的局面。相反，为规避潜在风险，主权国家要求不受任何经贸规则限制，完全掌控国家安全判断的诉求会更加强烈；对包括 ISDS 在内的国际争端解决机制的正当性争议会愈演愈烈；而国际经济法在管控大国竞争方面的角色则会被进一步弱化。在 WTO，美国利用上诉机构已经瘫痪的现实把专家组报告搁置一边形成僵局，宣布将寻求对 GATT 1994 第 21 条的权威解释，以确认成员国家安全决定在 WTO 争端解决机制中不受任何审查。<sup>①</sup> 鉴于 WTO 成员对该问题的不同观点，美国寻求权威解释的做法几乎不可能实现。

## 五 结语

近年来国家安全在国际经济法中的武器化趋势严重损害了国际经济秩序的稳定性和可预期性。如果一个国家的安全决定不是基于真正的国家安全考虑作出的，而是以国家安全为挡箭牌进行贸易保护，脱钩断链，打压地缘政治竞争对手；或者在作出相关国家安全决定时未能遵循

<sup>①</sup> *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body* (Geneva, 27 January 2023), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/january/statements-united-states-meeting-wto-dispute-settlement-body>.



国际法治要求的非歧视、透明度、比例原则等，则有可能违反该国在国际经济法上承担的义务。华为以中瑞双边投资协定为依据，利用 ISDS 机制主张其作为外国投资者在东道国的合法权益，进而遏制部分西方国家以国家安全为借口限制中国跨国企业走出国门的企图，意义重大。

但正如华为诉瑞典仲裁案所揭示的，国家安全概念的泛化和涉及国家安全的经贸争端的常态化对国际经济法学提出了多重挑战。国际经济法应该如何走出困境，在大国竞争的时代背景下完成这一项几乎不可能完成的任务，是国际经济法学界面临的重大课题。从这个角度看，华为诉瑞典仲裁案是一个试验田，该案的博弈过程和最终结果将为国际经济法中国家安全问题的定位和争端解决提供一个各利益攸关方亟需的参考坐标，对塑造大国竞争时代国际经济法的轮廓产生持久而深远的影响。

## **International Economic Law Response to National Security: Taking *Huawei v. Sweden Arbitration Case* as an Example**

*Du Ming*

**Abstract:** This article seeks to provide a preliminary assessment of how international economic law responds to the trend of securitization of international economic relations. Taking a closer look at the landmark arbitration dispute between Chinese tech giant Huawei and the Swedish Government, it submits that the normalization of international economic disputes related to national security presents a triple challenge to international economic law; it is increasingly difficult to reach consensus on national security issues through self-restraint and diplomatic negotiations; unrestricted unilateral judgement on national security puts the liberal international economic order at grave risk; and frequent rulings on sensitive national security issues jeopardize the legitimacy of international dispute settlement institutions. A sophisticated international judicial body normally avoids taking positions on the most sensitive political aspects of the dispute. Instead, it leverages various legal techniques to balance the conflicting interests between respecting national security decisions and maintaining the stability and predictability of the international economic system. However, the space for using legal techniques to reconcile political conflicts is rapidly shrinking in the era of great power competition.

**Keywords:** National Security, Huawei, International Investment Law, WTO, CFIUS, International Economic Law, De-Risking

(责任编辑: 王惠茹)