

网络服务国家安全审查的国际投资法规制研究

赵海乐

摘要：网络服务国家安全审查足以满足当前国际投资条约对于“投资”这一概念的界定，与一国境内投资相关的境外服务也完全可能整体构成“投资”。将投资条约适用于网络服务国家安全审查可知，“安全”一词的高度主观性意味着无法通过非歧视原则评价网络服务国家安全审查的合法性。可能适用于此的国际投资规则包括“公平公正待遇”项下的“正当程序”问题，以及“征收”项下的“比例原则”问题。此外，“安全例外”的存在同样不能豁免东道国的征收补偿义务。我国目前既存在大量的互联网企业进行海外投资，也存在足以吸引外资进入的广阔互联网市场，因而须在未来缔约中通过数字贸易章节弥补投资章节的规则模糊性，同时完善我国网络安全审查的程序性规则。

关键词：网络服务国家安全审查；投资；公平公正待遇；征收；比例原则

[中图分类号] D922.291 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2022) 03-0038-16

引言

近年来，随着数字经济的蓬勃发展，全球化的互联网服务正在成为一国参与国际竞争、提升其综合国力的重要途径。服务贸易虽然较之于传统货物贸易约束更少，更不易受到海关、边检措施的影响⁽¹⁾，但主权国家对此的规制同样并不缺位。高度自由化的网络服务更是如此。主权国家对其的规制既可以体现为基于个人信息保护、知识产权保护等以私人权利为基础的单边立法或区域缔约，也可以体现为基于公共利益、国家安全的主权宣示。前一种情形以《通用数据保护条例》为典型，后一种情形则以国别网络安全立法或国家安全审查为典型。近年来，不论是美国于2019—2020年先后对 iCarbonX 并购 patientslikeme 的干预与对昆仑万维并购 Grindr 的干预，还是2020—2022年先后对 Tiktok、阿里云在美国经营行为的审查，均是这一趋势的集中反映。当然，对网络服务的国家安全审查也并非美国所独创。2021年，从特斯拉数据安全问题到我国政府对滴滴、运满满、货拉拉、BOSS直聘等互联网企业的安全审查，一系列事件均体现了互联网领域国家安全问题的

【作者简介】赵海乐，法学博士，吉林大学法学院副教授。

【基金项目】国家社会科学基金后期资助项目“国际数字经济规则建构中的个人信息保护研究”（项目批准号：21FFXB073）。

(1) 张生：《国际投资法制框架下的跨境数据流动：保护、例外和挑战》，载《当代法学》2019年第5期，第148-160页。

高度敏感性。⁽²⁾ 由此可知, 针对网络服务的国家安全审查既不必然针对一般意义上的外商投资企业, 更不必然针对跨境提供网络服务。⁽³⁾

上述对于网络服务国家安全审查的叙述, 目前已经引发了国际法学界的关注, 其中又以网络服务所引发的跨境数据流动研究问题为典型。研究内容多从国别或区域数据流动规则入手, 整体偏向于国际贸易角度的研究, 以当前自由贸易协定(FTA)缔约进程当中的“电子商务”或“数字贸易”章节为研究对象的尤为集中。⁽⁴⁾ 与之相对, 从投资法角度关注网络服务提供者利益的论述相对少见, 且关注对象多为数据跨境流动限制措施本身的合法性。⁽⁵⁾ 此种研究重心选择的偏好很大程度上是由于“网络服务”本身属于服务, 且“网络”这一介质决定了“服务”的提供并不必然以投资或商业存在为前提, 从服务贸易角度对此进行研究因而更加直观。然而, 从国际投资法而非国际贸易法的角度对此进行研究, 同样具有先天优势: 从规则层面讲, 国际投资法的整体设置均在于对东道国行为进行规制, 且更加关注投资者待遇而非货物待遇; 除此之外, 国际投资法还是唯一支持私人诉权的国际法门类, 因而更加有利于投资者维护其正当权益。基于上述分析, 从国际投资法角度对网络服务的国家安全审查进行合法性探讨确有其可行性。对此进行研究, 不仅将有助于预判如何保护我国互联网企业的海外利益, 同时也有助于避免我国对网络服务的国家安全审查遭到投资争议仲裁与合法性挑战。针对上述两方面的分析, 将共同服务于我国未来的投资协定的缔约与完善。

一、网络服务可能引发的安全审查综述

网络服务安全审查既可能体现为对企业经营权本身的审查, 也可能体现为对企业经营行为的审查。前者以美国对Tiktok的审查为例, 后者以我国对滴滴App的审查为例。通常来讲, 对网络服务提供商而言, 其在一国成功经营的“门槛”包含如下内容: 首先, 如该企业为外资企业, 其投资须符合东道国外资准入目录的要求。此目录或体现为东道国外商投资法项下的正面或负面清

(2) 《网络安全审查办公室关于对“运满满”“货车帮”“BOSS直聘”启动网络安全审查的公告》, 载中国新闻网, http://www.cac.gov.cn/2021-07/05/c_1627071328950274.htm。须说明的是, 虽然此公告题为“网络安全审查”, 但其正文首句不仅强调“为防范国家数据安全风险, 维护国家安全, 保障公共利益”, 还将此次审查的法律依据确定为《中华人民共和国国家安全法》。

(3) 本文当中的“外商投资企业”一词的定义与双边投资条约当中通常意义上的“投资者”范围保持一致, 包括外国的自然人、企业或者其他组织直接或者间接在中国境内进行的投资活动, 但不包括本国公民或企业控股而在避税港注册的企业。

(4) 典型研究包括: 阙天舒、王子玥:《数字经济时代的全球数据安全治理与中国策略》, 载《国际安全研究》2022年第1期, 第130-154页; 王晓瑾:《美国跨境数据自由流动与国家安全的平衡范式》, 载《北京政法职业学院学报》2021年第4期, 第49-54页; 汤霞:《数据安全与开放之间: 数字贸易国际规则构建的中国方案》, 载《政治与法律》2021年第12期, 第26-38页; 马光:《FTA数据跨境流动规制的三种例外选择适用》, 载《政法论坛》2021年第5期, 第14-24页; 冯洁菡、周濛:《跨境数据流动规制: 核心议题、国际方案及中国因应》, 载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2021年第4期, 第88-97页; 何傲翹:《数据全球化与数据主权的对抗态势和中国应对——基于数据安全视角的分析》, 载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2021年第3期, 第18-26页; 王中美:《跨境数据流动的治理框架: 分歧与妥协》, 载《国际经贸探索》2021年第4期, 第98-112页。

(5) 张倩雯:《数据跨境流动之国际投资协定例外条款的规制》, 载《法学》2021年第5期, 第90-102页; 张倩雯:《数据本地化措施之国际投资协定合规性与中国因应》, 载《法商研究》2020年第2期, 第85-98页; 张生:《国际投资法制框架下的跨境数据流动: 保护、例外和挑战》, 载《当代法学》2019年第5期, 第148-160页; 张渝:《数据本地化措施兴起下国际投资保护规则的适用困境及其纾解》, 载《武大国际法评论》2021年第4期, 第139-157页。

单，或体现为双边投资条约项下的更加优惠安排。其次，“准入门槛”还可能体现为特定行业经营资格限制。例如，在我国经营新闻类 App 须获得《互联网新闻信息服务许可证》、经营社交平台 App 须获得《增值电信业务经营许可证》等。此限制条件虽同时针对内资与外资互联网企业，但在某些行业，外资企业获取许可证须满足更加严格的要求。再次，在满足上述要求的基础上，包括我国在内的相当一部分国家还会对外资企业的准入进行国家安全审查。与上述准入门槛不同的是，外资安全审查虽然被称为“准入审查”，但从时间上讲，既可能在外资实际进入某行业之前提起，也可能在外资进入某行业后随时提起。后一种情形相对少见但并不罕见。最后，即便网络服务提供者已满足上述三类要求，其具体经营行为（如将数据传输至他国）同样会引发国家安全审查。此类国家安全审查是针对“具体经营行为”提起的，因此具有鲜明的“对事不对人”特性。不论是中资企业还是外资企业均可能引发此类审查。

以上四类审查当中，仅有后两类可能引发投资争议仲裁。第一类审查当中，除非东道国外资准入目录与其在 FTA 项下的承诺直接冲突，否则，几乎不可能引发投资争议。第二类审查严格来讲属于行政许可，其中或许存在信息安全要素但分量极小。一旦其中涉及与外资相关的国家安全问题，则行政许可问题会自动转化为第三类“外资准入”问题或第四类“特定业务的国家安全审查”问题。⁽⁶⁾可能引发投资争议的恰恰是后两类审查。这两类审查也均属于本文所指称的“网络服务国家安全审查”。

这两类审查区别在于，“准入审查”通常是针对“外资”本身，本国自然人或法人几乎不会引发准入层面的安全审查；而数据传输与数据存储安全审查则会同时适用于外资与内资企业，至少在立法层面，不会对二者进行区别对待。举例来讲，我国 2022 年实施的《网络安全审查办法》第 2 条第 1 款就仅仅规定，“网络平台运营者开展数据处理活动，影响或者可能影响国家安全的，应当按照本办法进行网络安全审查”，而未对其国籍进行限制；第 7 条虽要求“掌握超过 100 万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市”须进行网络安全审查，但同样未区分运营者国籍。

这两类审查的共性在于，绝大多数国家均不会对“国家安全审查”内容进行穷尽性列举，但在审查标准上势必会体现出对不同国家的差别待遇。举例来讲，《网络安全审查办法》第 10 条对国家安全风险因素的列举，就包括“（三）产品和服务的安全性、开放性、透明性、来源的多样性，供应渠道的可靠性以及因为政治、外交、贸易等因素导致供应中断的风险”；以及“（六）上市存在关键信息基础设施、核心数据、重要数据或者大量个人信息被外国政府影响、控制、恶意利用的风险，以及网络信息安全风险”。这就隐含表明，服务提供商国籍、主要营业地、数据存储地与

(6) 例如，根据我国网信办 2017 年 5 月 3 日的公示，“任何组织不得设立中外合资经营、中外合作经营和外资经营的互联网新闻信息服务单位。互联网新闻信息服务单位与境内外中外合资经营、中外合作经营和外资经营的企业进行涉及互联网新闻信息服务业务的合作，应当报经国家互联网信息办公室进行安全评估”。其中特别表明，此规定“符合我国 WTO 入世承诺及有关国际协定的要求”。参见《〈互联网新闻信息服务管理规定〉对于外资从事互联网新闻信息服务的要求是什么？》，载中国网信网，http://www.cac.gov.cn/2017-05/03/c_1120909122.htm。又如，2017 年《电信业务经营许可管理办法》第 7、8 条要求申请人提供“网络与信息安全保障措施”证明文件；如该企业涉及外商投资且自始未获得准入许可，则经营许可问题将转化为“外资准入”问题；如该企业曾获得经营许可但后因网络与信息安全问题被取消许可，则经营许可问题将转化为“特定业务的国家安全审查”问题。

我国的关系不同，该企业被认定为存在风险的可能性也明显不同。而我国自 2011 年以来的外资审查规则，都仅仅抽象描述了“风险”的来源（如军工等关系国防安全的领域、关系国家安全的重要农产品、重要信息技术产品和服务等）⁽⁷⁾，但在对风险进行评估过程中如何体现国别因素则未明示。不过，毫无疑问的是，“重要信息技术产品和服务”必然包含网络服务在内。

不仅如此，还须指出的是，在国家安全学当中，“安全”一词从来不只是一个客观的概念。“安全”一词或许包括“客观上不受到威胁”，但同样包含“主观上不存在恐惧”。⁽⁸⁾“威胁”或可存在诸如核武器、武装冲突等物理层面的证据，但“恐惧”一词则难以量化。尤其是当一个国家单方面将他国综合实力的提升视为对本国安全的威胁时，此种“安全化”认知足以导致同样的外商投资被认定为带来不同的安全威胁。对此，最为典型的实例是在“迪拜港口案”当中，港口为英国企业持有，并不会被美国政府视为对其安全构成威胁；但被迪拜企业持有则会如此。考虑网络服务不仅涉及服务提供者国籍、实际控制人，还会涉及海量数据的存储与流通，任何一个因素均可能导致两个经营范围完全相同的外资企业受到全然不同的对待。也正是由于“安全”一词的高度主观性，对于东道国基于国家安全原因进行的网络服务审查，投资者通常难以成功质疑东道国对此的定义方式。

二、网络服务适用投资条约的可行性

分析投资条约能否为网络服务提供者提供保护的前提，是网络服务属于“投资”。仅从“服务”一词来看，或许其与“投资”毫无关联；然而，如果分别从“服务贸易”一词与“投资”一词的定义来看，二者完全可能产生交集。

一方面，根据《服务贸易总协定》（GATS）第 1.2 条对于服务贸易的定义，“一成员的服务提供者在任何其他成员境内以商业存在提供服务”（即“商业存在”）与“一成员的服务提供者在任何其他成员境内以自然的存在提供服务”（即“自然人存在”）均属于服务贸易的两种类型。换言之，“服务贸易”不仅包括“服务提供者与消费者分处两国”，还包括服务提供者（自然人或法人）前往消费者所在国提供服务的情形。在后一种情况下，“商业存在”本身就意味着“投资”的产生；而“自然人存在”如同时伴随着有形或无形资产注入东道国，则同样有可能构成投资。⁽⁹⁾事实上，恰恰是由于《服务贸易总协定》当中的“服务贸易”同时会与“投资”产生交叠，在一些投资协定当中，缔约方会有意将“商业存在”与“自然人存在”两种情形排除出“服务贸易”章节的规制范围，使其仅受到“投资”规则规制。举例来讲，在加拿大—欧盟《综合性经济贸易协议》（CETA）第 9 章“跨境服务”当中，第 9.1 条就明确规定，“跨境服务贸易”并不包括一方自然人或法人前往另一方领土内提供服务的情形。但目前来看，尚无将“商业存在”或“自然人存在”排除出“投资”范围的先例。这一状况恰恰印证了从投资角度研究网络服务问题的必要性。

(7) 国务院下发的《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》（国办发〔2015〕24 号）之“一、审查范围”。

(8) 余潇枫：《非传统安全概论》（第 2 版），北京大学出版社 2015 年版，第 33 页。

(9) 林健：《数字国际投资法律的平衡之治》，载《国际经济法学刊》2020 年第 3 期，第 71—83 页。

另一方面，从“投资”一词的定义来看，“投资”完全可能包含网络服务提供者向东道国投入的有形或无形资产，甚至还可能包括网络服务提供者未直接投入至东道国境内但会与东道国境内资产协同发生作用的资产。目前，虽然在国际投资法当中尚不存在对于“投资”的统一定义，但在国际投资司法实践当中通常承认，除双边投资协定⁽¹⁰⁾另有规定之外，适格“投资”通常包括如下要件：资本投入；持续一定时间；存在风险预期；对东道国经济发展有所贡献。⁽¹¹⁾就“资本投入”一词而言，传统投资种类固然包括在东道国购买不动产、并购东道国境内公司股权等，但当前国际条约一般还会包括知识产权、专利、“与业务相关且具有财务价值的金钱请求权或合同行为给付请求权”以及“东道国法律法规或依合同授予的权利”。⁽¹²⁾从这一角度来讲，网络服务提供商投入东道国的知识产权、算法、数据财产权，只要同时满足上述其他要件，就完全可以构成无形投资。不仅如此，鉴于相当一部分投资条约会从资产角度定义投资，如将投资者直接或间接拥有或控制的具有投资特征的各种资产均纳入“投资”范畴，因此，尽管目前尚未有投资协定明示，但可以合理推知，网络服务提供商在东道国获得的数据权利只要被东道国法律承认，亦可构成“投资”进而受到保护⁽¹³⁾，但仍须满足“投资”一词的其他要件。

不仅如此，外国网络服务提供商的“适格投资”在特定情况下甚至可能包括其在东道国境外实际从事的服务。对此的里程碑式案例是SGS诉菲律宾案。该案当中的涉案服务合同为SGS公司在菲律宾境外为菲律宾政府提供检验合格证颁发服务，进口企业持有该合格证将能够快速通关。菲律宾政府因而主张此行为并不构成“在菲律宾境内的投资”。对此，仲裁庭认为，上述服务行为是通过SGS公司的马尼拉联系办公室进行的，该办公室位于菲律宾境内，在服务合同持续期内不得撤出，且在当地拥有雇员。该办公室同时从事检验合格证的申请、颁发、登记、向海关提供等系列行为。⁽¹⁴⁾仲裁庭因而认为，上述服务不论是在菲律宾境内还是境外从事，其整体均属于“投资”。而对于服务合同是否构成投资，仲裁庭将此案类比于SGS诉巴基斯坦案，并表示，尽管涉案争议为“服务”，但其中“存在为履行服务合同的资金注入巴基斯坦的行为”⁽¹⁵⁾，因而符合对于“投资”的一般性定义。在网络服务语境下，SGS诉菲律宾案因而意味着，如网络服务提供商在东道国设立了子公司甚至分支机构，且与其境外业务进行关联，则与东道国相关的网络服务整体

(10) 须说明的是，本文当中的“投资规则”不仅包括双边投资协定，也包括自由贸易协定当中的“投资”章节。

(11) Salini, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No.ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (English), para.52. 须说明的是，此案当中前三个要件目前已出现在相当一部分投资条约对“投资”的定义当中。参见《中国-澳大利亚自由贸易协定》第9章第1.4条；《中国-韩国自由贸易协定》第12章第12.1条；《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)第10章第1.3条。对于上述要件的广泛国际影响，参见何芳：《论ICSID仲裁中的投资定义》，载《河北法学》2018年第10期，第99-111页。

(12) 《中国-澳大利亚自由贸易协定》第9章第1.4条。

(13) 赵志坤：《国际投资中数据财产的间接征收问题研究》，载《上海法学研究》2021年第2卷，第168-176页。

(14) SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No.ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, paras.99-100.

(15) SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No.ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, paras.96, 111.

均可能构成“投资”。考虑相当一部分投资协定并不要求“投资”本身必须具有法人人格^[16]，因此，网络服务提供商即便不在东道国设立独立实体，其行为的“投资”属性也不会受到影响。

综合上文分析，绝大多数网络服务均可能构成适格投资。当前网络服务提供方式，除少数企业会单纯以网站、App 等形式面向他国消费者提供视听产品播放、在线订房等服务，绝大多数大型互联网企业均会出于广告、市场营销等目的，在东道国设立子公司或代表处，尽管其核心业务往往可能仍然位于境外。例如，在著名的“谷歌西班牙案”中，谷歌公司的经营策略恰恰是由谷歌总部提供搜索引擎服务，但由谷歌（西班牙）公司全权从事搜索引擎页面当中的当地广告服务。^[17]事实上，欧盟个人信息保护规则之所以将管辖权扩张至在欧盟境内“通过稳定的安排（stable arrangements），有效、真实地从事活动”的全部企业，原因也正是基于此。^[18]

三、网络服务安全审查可能引发的投资者待遇之争

在确立了投资条约能够适用于网络服务的基础上，随后应当研究的是投资条约对于网络服务安全审查的约束方式。

将网络服务国家安全审查的上述特征与投资协定诸条款进行对比会发现，上述特征完全可能引发投资条约项下的一系列投资者待遇之争。下文分析还将表明，较之于非歧视待遇、公平公正待遇条款，“征收”条款更容易引发投资者待遇之争。

（一）非歧视待遇条款对网络服务安全审查约束相对有限

网络服务国家安全审查的“安全”要件决定了，国民待遇条款与最惠国待遇条款对于网络服务安全审查的约束力相对有限。鉴于外资准入层面的国家安全审查仅针对外资而言，国民待遇条款自无适用余地。而对于数据跨境流动的安全审查问题，虽然理论上本国企业与外国企业均须在同等条件下接受审查，然而，上文对“安全”一词“主体间性”的描述则说明，企业国籍对于“安全风险”的评判势必产生深远影响。从这一角度来讲，“安全审查”几乎不可能实现“国民待遇”。不仅如此，即便网络服务提供商均为外国企业，但最惠国待遇条款从不是无条件承诺“外国企业间平等”，而是“类似情形下”外国企业间平等。^[19]根据 Methanex 诉美国案对于“类似情形”

[16] 例如，RCEP 第 8 章第 1 条第 16 款第 2 项就规定：“如该服务不是由法人直接提供，而是通过例如分支机构或代表处等其他形式的商业存在提供，则该服务提供者（即该法人）仍应当通过该商业存在被给予在本协定项下规定给予服务提供者的待遇。此类待遇应当扩大至提供该服务的存在方式，但不需扩大至该服务提供者位于提供服务的领土以外的任何其他部分。”RCEP 第 8 章虽然是对于服务贸易而非投资的规定，但鉴于 RCEP 本身并不排斥“商业存在”同时受到服务贸易与投资两章规制，且上文措辞同样为“本协定项下规定给予服务提供者的待遇”而非“本章项下”，这足以意味着，“投资”章节给予服务提供者的待遇同样能够扩展至“该服务的存在方式”。

[17] In Case C-131/12, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Audiencia Nacional (Spain), made by decision of 27 February 2012, received at the Court on 9 March 2012, in the proceedings Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Question 1(a) to (d), concerning the territorial scope of Directive 95/46, paras.52 – 58.

[18] 欧盟 1995 年《信息保护指令》(Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data) 序言第 19 段、第 4.1 条；敖海静：《关于〈一般数据保护条例〉适用的地域范围的指南》，载《经贸法律评论》2020 年第 2 期，第 135–158 页。

[19] 例如，RCEP 第 10 章第 4.1 条对于“最惠国待遇”的定义即为“每一缔约方给予另一缔约方投资者的待遇应当不低于其在类似情形下给予任何其他缔约方或非缔约方投资者的待遇”。

的阐释,“处于类似情形的企业”应当是“与享受了更加优惠待遇企业处于完全相同情形的企业”,而非贸易法语境下“生产直接竞争产品的企业”。如果“处于完全相同情形的企业”仅有部分能获得某种待遇,则涉案企业有权主张获得最为优惠的一种待遇。⁽²⁰⁾不过,如果某国境内仅有部分企业能够获得某种待遇,且东道国对此的差别待遇同样有合理原因,则涉案企业在不符合此“合理原因”的情况下,将无权主张此种优惠待遇。⁽²¹⁾

综合以上分析,投资者就国家安全议题主张“非歧视待遇”将面临一系列困难。首先,投资者无法主张,其与提供类似服务的直接竞争企业处于“类似情形”。投资者必须在东道国境内寻得与之情形完全相同且未引发东道国国家安全审查的企业或成功通过东道国国家安全审查的企业,方可主张己方有权获得相同待遇。这因而会引发第二个问题:“相同情形”如何界定?假设东道国涉案措施为环境、卫生措施等,则采用同一环境标准的企业或可定性为“相同情形”。然而,如果东道国涉案措施为国家安全措施,则除非投资者能够寻得股东国籍、数据存储地点等方面影响国家安全因素完全相同的企业用于类比,否则,其将无法主张自己有权获得与其他企业相同的待遇。事实上,鉴于“安全”一词无法以风险评估的方式加以定量分析,且任何一个国家均无法以清单方式穷尽列举影响其安全的事项,因此,即便投资者主张某企业与其处于相同情形,东道国亦可通过引入额外的安全考量要件,证明二者并非如此。上述分析因而意味着,在安全问题上,实际并不可能存在非歧视待遇。

(二) 公平公正待遇条款难以约束网络安全审查

公平公正待遇条款适用于网络安全审查同样存在内生矛盾。这是因为,“公平公正待遇”的内涵在历史上具有高度不确定性,且因而曾引发东道国的普遍不满,这最终导致该条款的改革。其中一种政策选择是对此进行穷尽性列举,且仅仅保留东道国的程序性义务。举例来讲,在CETA当中,公平公正待遇就仅仅包括“拒绝司法、违反正当程序原则(其中包括在司法与行政程序当中根本性违反透明度原则在内)、明显任意性、有针对性的以错误理由进行歧视;对投资者进行威胁、强迫等侵害性待遇”,以及各方未来可能达成共识的其他标准。⁽²²⁾然而,如果将上述要件与网络安全审查逐一对比将会发现,国家安全审查在多大程度上能够诉诸司法审查、在何种范围内能够适用透明度原则均有疑问。毕竟,“拒绝司法”一语的前提是投资者有权但无法将涉案诉争提交东道国司法机关,或在司法程序当中遭到东道国极度不公平的对待。⁽²³⁾然而,与国家安全

(20) Methanex Corporation v. United States of America, Final Award Of The Tribunal On Jurisdiction And Merits, Part IV, Chapter B, paras.17, 21, 35.

(21) Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, Award on the Merits of Phase 2, paras.87-88. 在此案当中,投资者主张,加拿大政府仅对部分企业软木出口课征出口税,投资者因而应当获得此种“最优惠待遇”。但加拿大政府表示,未被课征出口税的企业均为“未被美国课征反补贴税的企业”。投资者不符合此条件,因而无法享受同等待遇。

(22) CETA 第 8.10 条第 2 款。

(23) Francesco Francioni, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, 20 *European Journal of International Law* 729, 729-747(2009).

相关的问题能否提交司法审查尚有疑问。在东道国拒绝承认国家安全相关问题可诉性的情况下，投资者并无必然能够获得司法救济的合理期待。正如上文分析，国家安全审查必然会视投资者国籍不同、数据流动目的地不同而存在合理的歧视。因此，对投资者而言，上述列举的公平公正待遇的程序性要件当中，仅有正当程序问题可能成为其挑战东道国国家安全审查的有效路径。毕竟，即便是罗尔斯公司诉奥巴马案当中，美国最高法院也同样不会否认，国家安全审查须遵循美国法定的正当程序。外资准入审查如此，数据跨境流动安全审查也同样如此。

当然，公平公正待遇条款的另一种设计方式是保留投资者享有的“国际最低待遇”；然而，根据联合国贸发会议进行的统计，援引此标准的前提是存在国际法对于此种最低待遇的规定。至少目前来看，此种最低待遇至多出现在国际法对于自然人的保护（例如免受非法拘禁），而极少出现在对财产的保护。⁽²⁴⁾ 某些 FTA 甚至明确将“最低待遇标准”限定为“给外国自然人（alien）的最低待遇”。⁽²⁵⁾ 对于前者，早在 1926 年的 *Neer* 案当中就曾确定，国家行为除非达到“暴行、恶意、玩忽职守、政府行为远低于国际标准，任何一个理性与公正的人均会毫不犹豫地承认其存在问题”的程度，否则，不会构成对“国际最低标准”的侵害。⁽²⁶⁾ 对网络服务的安全审查显然不会达到此程度。

（三）“征收”条款直接影响网络服务提供者可获得的补偿

与国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇条款相比，最容易引发投资者保护问题的反而是“征收”条款。毕竟，“征收”一词，可以直接用于描述对于投资者财产权的剥夺或等同于剥夺其财产权的措施。不但如此，“征收”条款还直接确立了投资者有权获得补偿的数额计算方式。此补偿金额虽然无法包含期待利益，但至少能够包括已支出的成本。不过，就网络服务安全审查而言，证明其构成“征收”将面临如下法律障碍。

对于数据跨境流动安全审查而言，鉴于当前国际投资司法实践通常不承认对投资特定经营方式的限制会构成“征收”，数据跨境流动安全审查如果未达到完全阻止投资继续经营的效果⁽²⁷⁾，仅导致投资者成本增加（如因数据本地化而租赁当地服务器），则难以引用“征收”条款。⁽²⁸⁾

对于已经遵循东道国法律经营数年但由于外资安全审查而被迫撤离的外资企业而言，此种外资安全审查完全有可能会构成间接征收，即“与直接征收等效的措施”。不过，“剥夺财产权”这一事实本身未必自动构成征收。对此，仍须将投资者有权主张补偿的间接征收与东道国无须补偿

(24) United Nations, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaa2011d5_en.pdf, p.46.

(25) 《加拿大-秘鲁自由贸易协定》第 805 条。

(26) *Neer and Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, Proceeding before the American-Mexican Claims Commission, para.4.

(27) *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. and Others v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran and Others*, IUSCT Case No.24, Interlocutory Award, para.66. 此案当中，仲裁庭表示，“在国际法当中，毫无争议的是，国家对于企业财产权的干预须严重到财产权完全无效，方可被视为征收”。

(28) 张渝：《数据本地化措施兴起下国际投资保护规则的适用困境及其纾解》，载《武大国际法评论》2021 年第 4 期，第 139-157 页。

的正常规制行为进行区分。对此，国际投资司法实践曾先后采纳过三种标准。第一种标准名为“单一效果”标准，即如果措施效果实质上剥夺了投资者对财产的权利，则此种行为将构成间接征收；第二种标准名为“警察权”标准，即推定政府出于合法公共政策目标采取的措施不构成征收；第三种标准则是前两种标准的中和，即以比例原则衡量政府公共政策目标与财产权剥夺之间的关系。如果涉案措施明显不符合比例原则，则此行为构成“间接征收”。⁽²⁹⁾

目前，应用较为广泛的是第三种标准。如在著名的 Philip Morris 公司诉乌拉圭政府案中，仲裁庭认为，东道国善意的、为公共健康目的的规制行为即便导致投资者遭受了经济损失，也无须进行赔偿。⁽³⁰⁾同时，用于区分警察权与间接征收的法律标准应当包括善意、比例原则，以及非歧视。⁽³¹⁾而在此案中，仲裁庭实际上并未展开讨论“善意”原则，而是将大量篇幅用于讨论“比例原则”问题，并最终得出结论：东道国仅仅限制商标使用但未完全禁止烟草贸易，此种行为的克制无疑是符合比例原则的。⁽³²⁾如果采纳第三种标准进行分析，则问题的关键将在于外资安全审查行为是否符合比例原则。不过，此处问题在于，对于“比例原则”的适用，向来并无一个确切的标准。仍以 Philip Morris 公司诉乌拉圭政府案为例，上文分析的仲裁裁决认定涉案措施符合比例原则，理由是该措施仅仅为“限制措施”而非“禁令”，因而东道国一方已经体现了相当的克制。然而，“涉案措施更为克制”这一标准，并不是对“比例原则”唯一的理解方式。即便是同样在此案中，也有少数意见认为，乌拉圭政府对于香烟包装盒图案的“单一标识要求”无法服务于“公共健康”政策目标，因而既不理性也不符合比例原则。⁽³³⁾此种分析方式采纳的标准可概括为“有效性标准”，即通过将涉案措施与政策目标进行对比分析其有效性，进而认定效果不显著的措施不符合比例原则。事实上，如果借鉴世界贸易组织（WTO）框架下对于“一般例外”“必要性”要件的解释，对于“比例原则”的判定还可能引入第三种方式：是否仍然存在能实现同一目标且损害更小的措施。在国际贸易法语境下，对此的证明相当困难；目前，也仅在极少数争议当中，WTO 争端解决机构认定涉案措施是能够实现相应政策目标唯一可行的措施。⁽³⁴⁾

将以上标准适用于针对网络服务的外资安全审查问题会发现，当前数起引发国际广泛关注的外资审查案例，如美国对 Tiktok 与微信的经营禁令，以及对阿里云的国家安全审查，一旦经营禁令得以实施，则从效果上讲，其确实能够起到等同于征收的后果。而对于国家安全审查究竟属于警察权范畴还是属于间接征收，又将取决于如何证明涉案措施在服务于国家安全目标的同时符合

(29) Prabhash Ranjan, *Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay*, 9 *Asian Journal of International Law* 98, 98–124(2019).

(30) Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No.ARB/10/7, Award (8 July 2016), para. 295.

(31) Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No.ARB/10/7, Award (8 July 2016), para. 305.

(32) Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No.ARB/10/7, Award (8 July 2016), footnote 405.

(33) Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No.ARB/10/7, Award (8 July 2016), Concurring and Dissenting Opinion, Mr. Gary Born, Arbitrator, paras. 164–176.

(34) Andrew D. Mitchell, *Proportionality and Remedies in WTO Disputes*, 17 *European Journal of International Law* 985, 985–1008 (2006).

比例原则。如果将比例原则理解为上述 Philip Morris 公司诉乌拉圭政府案当中的呈现方式，即探讨东道国是否进行了充分克制，则“禁令”未必能够符合此项要求。毕竟，“禁令”本身就已是最为严格的涉案措施。然而，如果适用“有效性标准”，即判断涉案措施是否能够有效服务于东道国公共政策目标，则东道国也同样能够主张，非禁令则不足以服务于国家安全目标。考虑“国家安全”一词原本的复杂性，如果仅从数据安全角度分析，则诸如数据本地化、限定与个人信息相关业务从业人员身份等措施未必能够满足一国政府对于“安全”的要求。不过，对此问题的论断，或许远不止于法律标准之争。“国家安全审查能否被视为征收”这一问题一旦被提交司法审查，就必然会引发投资争议仲裁的权限范围之争。

当然，除“比例原则”之外，另一可能对“征收”认定产生影响的是投资者合理期待问题。例如，《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）第10章附件二第3条第2款表示，在认定间接征收是否存在时，还须考量“政府行为是否违反政府先前通过合同、许可或其他法律文件向投资者作出的具有约束力的书面承诺”。具体到网络服务安全审查问题，如果政府已经对投资者进入某一网络服务产业进行了国家安全审查，且认为该投资者不会触发安全风险，则从理论上讲，在该投资者行为模式未发生根本变化的情况下，政府不应在该投资者进入该国数年后废止先前的许可。同理，在政府已经实质性审查了投资者网络服务经营模式并为其颁发了许可证的情况下，尤其是在该许可证的颁发过程属于“核准”而非“备案”、东道国已经对国家安全问题进行了审查的情况下，东道国政府同样不应后续认为投资者将产生国家安全风险。当然，此种论断同样不宜过于绝对。“投资者的合理期待”并不意味着东道国无权更改法律，这已在国际法学界达成共识。不论投资者应当抱有何种合理期待，其在投资之初就应当意识到，当国际安全局势发生剧变（如局部战争打响）或有新证据表明存在此前未曾发现的安全威胁（如“棱镜门”事件），则东道国完全可能认定新的国家安全威胁，并基于此重新作出网络服务安全审查。

与投资者“合理期待”问题直接相关的另一个领域，是许可证颁发问题。网络服务在东道国的提供完全可能以获得某种许可为前提。投资者如在投资前并未获得此种许可证，则其自然无合法的投资可供保护，更无所谓引发投资条约项下诸如“公平公正待遇”或“征收”等问题。然而，任何许可证均不可能是无限期的，因此，企业在许可证延期问题上一旦受阻，就完全可能导致其“合理期待”受损。此种案件固然并非网络服务首创。早在2006年 Lemire 诉乌克兰案当中，“乌克兰政府无正当理由拒绝向 Lemire 颁发无线电频段许可证”以及“拖延现有许可证续期”，就是 Lemire 提出“征收”诉因的重要理由。⁽³⁵⁾可以预见的是，网络服务语境下，因安全审查拒绝延期或撤销许可证的情形同样完全可能会发生。只不过，此问题在国家安全语境下或许存在特别的困难：在 Lemire 诉乌克兰案当中，仲裁庭对于举证责任的分配较为明晰。Lemire 只须举证乌克兰政府拒绝颁发或续期许可证且未提供合理的理由即可，而无须举证乌克兰政府的真实目的如何。然

(35) Joseph Charles Lemire v. Ukraine (ICSID Case No.ARB/06/18), Award, para.31.

而，在国家安全语境下，投资者仅能举证东道国基于“国家安全”原因拒绝颁发或撤销其电信业务许可证，但势必无法举证此行为如何构成不合理的歧视。而“国家安全”理由并不属于“无正当理由”。不论投资争议仲裁能否对于所谓的“国家安全”事由进行实质性审查⁽³⁶⁾，东道国均可能以“此问题属于机密因而仲裁庭无权要求其提供信息”而导致仲裁庭实际上无法对此作出任何判断。

四、难点：安全例外能否影响国际投资法规制效果？

以上分析意味着，网络安全审查可能引发的投资争议，包括“公平公正待遇”项下的“正当程序”问题，以及“征收”项下的“比例原则”问题。后者直接决定一项安全审查是否构成“征收”进而决定投资者是否有权获得补偿。因此，可以确定的是，国际投资法能够对网络安全审查进行规制，对投资者权益加以保护。然而，同时须注意的一个问题是，网络安全审查的“安全”属性完全可能影响投资者有权获得的保护。这是因为，几乎全部投资协定当中均存在“安全例外”，用于保护东道国出于安全原因采取某些政策的合法性空间。某一措施如符合“安全例外”，则将完全豁免投资协定对其的规制；投资者也无法凭借投资协定获得任何救济。因此，在上文对于投资协定诸条款分析的基础之上，还须进一步探讨，投资协定当中的“安全例外”究竟能否影响国际投资法对于网络安全审查的规制？鉴于近年来对于“安全例外”滥用的忧虑甚嚣尘上⁽³⁷⁾，安全例外的存在是否会导致国际投资法无法对网络安全审查进行规制，也因而同样具有研究的必要。

仍以 RCEP 第 10 章为例，其中第 15 条“安全例外”规定：“本章的任何规定不得解释为要求一缔约方提供或允许获得其确定披露会违背其基本安全利益的任何信息；或者阻止一缔约方为下列目的适用其认为必要的措施：1. 履行其维持或恢复国际和平或安全的义务；或者 2. 保护其自身根本安全利益。”此条款也是当前国际投资协定当中较为典型的“安全例外”设计方式。如果将该条款与国际投资法可能提供给投资者的保护相对比，将会发现如下两个问题：其一，投资条约不得要求缔约方“披露会违背其基本安全利益的任何信息”，这是否意味着，与国家安全相关的外资准入审查与网络安全审查可以不遵循透明度原则？其二，如果国家安全目标能够作为“例外”存在，那么，出于“保护国家根本安全利益”目的进行的“征收”，是否应当免受 RCEP 第 10 章“投资”的规制，进而无须给予补偿？

对于上述第一个问题，“安全例外”完全可能意味着东道国有权限制投资者能够获得的与网络安全审查相关的信息。这是由于“安全例外”措辞首先表明，投资协定不得要求“缔约方提供或允许获得其确定披露会违背其基本安全利益的任何信息”。此条款不言而喻地属于自裁决条

(36) 须说明的是，投资争议仲裁当中从未否认过“国家安全”事由的可仲裁性。阿根廷经济危机引发的系列案件当中均是如此。不过，在上述系列案件当中，与“国家安全”相关的事件为经济危机导致的社会动荡，这本身并不包含任何国家秘密。阿根廷政府无须提供任何机密文件以证明经济危机或社会动荡的存在。此外，在 *Deutsch Telekom* 诉印度政府案中，印度政府甚至提供了政府会议记录以证明其剥夺投资者 S 波段电磁频谱用于商业用途的业务是为了服务于国家安全目的。参见 *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No.2014-10, Interim Award, paras. 261–268.

(37) 韩逸畴：《国际规则的“结构性挑战”：以贸易协定中的例外规定为例》，载《当代法学》2021年第4期，第137–150页。

款。这不仅是由于措辞上的“其确定”表述，更是由于此条款天然不具有可司法审查性——要求任何争端解决机制审查某一信息披露是否会影响该国安全利益，都无异于要求该国至少是小范围地公开足以对其安全利益造成威胁的信息。与之类似，“公平公正待遇”项下的“正当程序”问题如涉及“透明度”原则，则“安全例外”关于信息披露的豁免规则同样会阻却投资者就此提起诉讼。

而对于第二个问题，即东道国能否援引“安全例外”豁免在“征收”条款项下的补偿义务，目前国际投资司法实践并未给出确切的答复。此种状况很大程度上是由于目前“征收”之诉固然并不少见，但出于安全原因的“征收”之诉却并不常见。在 21 世纪初，由于阿根廷经济危机而提起的系列投资争议，或许是“安全例外”大量出现的极少数案例；然而，在这些案件当中，由于投资者本身并未被实际没收财产，也仍然对其财产拥有完整的控制权，因而，系列案件当中的仲裁庭无一认可“间接征收”的存在。“安全例外”能否豁免征收补偿这一问题，因而无法从判例当中寻得答案。^{〔38〕} 2022 年 1 月，刚刚由国际投资争端解决中心（ICSID）接受的华为诉瑞典政府案或许会直面这一问题，但此案最终走向如何仍然有待观望。

不过，仅从条约解释角度入手，将“安全例外”解释为“东道国豁免任何义务”显然是荒谬的，也有违对条约进行“整体解释”的初衷。以 RCEP 第 10 章第 13 条对于“征收”的定义为例，“征收”须为了公共目的，以非歧视的方式进行，支付补偿，以及依照正当法律程序进行。这就意味着，“公共目的”是“征收”的构成前提而非免责事由。如一种行为并不服务于公共目的，则其甚至不会构成“征收”，而是直接构成对财产权的剥夺——此种行为是直接被 RCEP 第 10 章第 13 条第 1 款所禁止的。^{〔39〕} 换言之，“征收”是“剥夺投资者财产权”的唯一例外。而“服务于公共目的”则是符合此例外的必备要件。“国家安全”本身属于“公共目的”之一也同样是毋庸置疑的。

不仅如此，学界通常认为，“征收”条款最初来源于美国《宪法》第五修正案，且随着美式 BIT 的国际影响力不断加强而得以推广。其中，规定“不给予公平赔偿，私有财产不得充作公用”，并不以“充作公用”是否出于国家安全目的为前提。

综合上述分析，更符合常理的对于“征收”条款与“安全例外”条款协同解释的方式，应当是将“安全例外”当中“不得……阻止一缔约方为下列目的适用其认为必要的措施”进行文义解释，即缔约方有权出于保护根本安全利益目的进行征收。“安全例外”仅保证此种权利不会受到侵害，但此种征收行为仍须给予补偿。换言之，“安全例外”的存在或许影响“最惠国待遇”“当地成分”等

〔38〕 CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic(ICSID Case No.ARB/01/8), Award, paras.262–265; Sempra Energy International v. Argentine Republic(ICSID Case No.ARB/02/16), Award, para.285; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic(ICSID Case No.ARB/02/1), para.35.

〔39〕 具体来讲，RCEP 第 10 章第 13 条第 1 款规定，“缔约方不得对涵盖投资进行直接征收或国有化，或通过与之等效的措施进行征收或国有化”。第 10 章附件二第 1 条进一步规定，“除非一缔约方的一项行为或一系列相关行为对一项涵盖投资的有形或无形财产权利或财产利益造成影响，否则不构成征收”。由此可知，“对财产权的剥夺或影响”是“征收”的特性之一，但只有满足对“征收”定义的“对财产权的剥夺”方可构成“征收”。

条款的适用,但在“征收”这一问题上,其并不能免除实施“征收”措施一方的补偿义务。以上分析意味着,如果能够证明“征收”的确存在,则网络服务提供者完全可能向东道国请求补偿。

综上,“安全例外”的存在,并不意味着任何与“安全”相关的东道国措施均可豁免投资条约的规定。与“安全”相关的资料或许会免于“透明度”要求,但出于“安全”原因的网络服务审查措施并不必然豁免征收补偿义务。

五、适应我国企业与政府利益的涉外法治安排

(一) 细化投资条约以保护我国互联网企业海外利益

综合上述分析,网络服务安全审查完全可能触发投资保护规则,且“安全例外”并不会为东道国措施提供完全的豁免。我国目前既存在大量的互联网企业进行海外投资,也存在足以吸引外资进入的广阔互联网市场,因此,我国当前与未来的投资条约谈判路径,并不局限在“投资者”或“东道国”一方视角,而是需要综合双方视角考量,须进行何种条约设计方可同时满足我国政府与企业双方利益需求?此种“利益需求”甚至并不局限于“Tiktok”或“阿里云”等个案需求。毕竟,中美之间未来达成双边投资协定的可能性并不高。不过,华为诉瑞典政府案的存在本身即可表明,网络服务安全审查可能引发的投资争议并不必然停留在中美之间。印度政府对中国大量App的禁令也同样意味着,即便是在东盟、亚太合作的语境之下,我国同样需要考量,如何进行更加适合数字经济的投资条约设计。

对我国互联网企业而言,目前面临的风险并非被要求数据本地化,而是被剥夺在当地的经营权。从上文对于“征收”条款的分析可知,如将“安全例外”条款与“征收”条款之间的关系进一步澄清,则网络服务安全审查并不必然豁免补偿义务。至于何种情况下的网络服务安全审查构成“间接征收”,我国在未来的FTA缔约当中,有必要强化如下要件。

其一,投资者合理期待问题,即东道国是否已在投资设立时就对其通过合同、许可证等方式进行了承诺。“合理期待”目前已成为投资条约当中普遍出现的“征收”认定标准之一。除上文曾提及的RCEP第10章附件二对此的规定之外,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)第9章附件B当中也有同样的规定。当然,以“合理期待”为由维护投资者利益,势必遭遇一个阻碍:至少在外资安全审查问题上,东道国完全可以主张,其当前的外资审查规则已经提及了“敏感个人信息”问题、“个人信息保护”问题或关键信息基础设施安全等,并进而主张投资者不应具有其自身能够顺利通过国家安全审查的合理期待。考虑美国与欧盟外资审查立法均存在类似规定⁽⁴⁰⁾,可以预计的是,我国贸易伙伴当中具有类似规定的国家并不少见。鉴于外资安全审查本

⁽⁴⁰⁾ 例如,欧盟《2019年外国直接投资审查框架》第4条就曾提及,在外国直接投资审查当中,需要考量的因素包括“获得包括个人信息在内的敏感信息或控制此信息的能力”。参见 Regulation (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 4. 美国2020年《外国投资风险评估现代化法案》(FIRRMA)实施细则当中,也同样有对于涉及敏感信息的企业进行特别审查的规定。参见 Office of Investment Security 31 CFR Parts 800 and 801 Provisions Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Persons, §800.248.

身并非准入前必备程序，这一事实很可能导致，投资者基于对自身投资不会引发东道国安全审查的预估而未提交审查，但随后被东道国指责为“应当具有其投资可能遭致审查”的“合理期待”。这一问题固然不可能通过单方面要求全部投资者均在投资之初“预防性”提交国家安全审查而加以防范，然而，投资者合理期待问题未必不能通过投资条约本身部分解决。毕竟，在几乎全部投资条约当中，除对于“征收”的原则性规定之外，均会附有各国承诺清单与不符措施条款。以《中欧投资协定》为例，欧盟附件当中就包含了若干与国家安全相关的不符措施。例如，意大利就在“国民待遇”的“不符措施”当中表示，在国防和国家安全领域，以及能源、交通、通讯三个重要战略性领域当中，意大利政府保留在其基本安全利益受到威胁时限制股权并购、拒绝企业合并或拆分等权力。其中特别表示，上述特别权力启动的条件、程序，以及认定威胁存在的标准均已由法律明示。⁽⁴¹⁾这意味着，意大利愿意在投资条约项下保留国家安全问题上的合法规制权，但同时也愿意对此提供清晰的法律规则以供投资者参考。此种态度完全可以在未来加以借鉴，并推行至我国更多的投资协定谈判当中。

对于许可证续期可能引发的“征收”问题，仅仅对于“征收”本身的规则细化很可能无法根本性解决。不过，此问题或可另辟蹊径，借鉴《中欧投资协定》当中对于许可证的特别规定，例如，要求许可证颁发程序的公开、透明，标准提前公示等。⁽⁴²⁾即便是可能存在国家安全问题的许可证颁发，也应当尽量对于可能考量因素进行清晰地声明，尤其是在许可证续期问题上，应当尽量避免对于同一法律标准的不同阐释，或对于投资者相同影响因素的不同评价。

其二，是对于间接征收与警察权的区分问题。此问题目前仍然是国际投资法较为模糊的领域。对此，RCEP第10章附件二第4条就特别说明，“一缔约方采取的为实现合法的公共福利目标，如保护公共健康、安全、公共道德、环境以及稳定房地产价格等，而设计和实施的非歧视监管行为，不构成第二款第（二）项所指的征收”。其中，“安全”固然是“合法的公共福利目标”之一。鉴于上文分析也已表明，“非歧视原则”对国家安全问题的限制十分有限。因此，此条款极易容易被用于为间接征收辩护，实际上也无助于区分间接征收与警察权。对此问题的修正，一方面，有必要在实践当中引入上文所论及的“比例原则”，分析能否存在达成同一目的且损害更小的措施；另一方面，也可以在规则层面引入比例原则的变体。例如，RCEP第10章附件二脚注2当中对韩国的特别规定：“对韩国而言，相关的考虑可能包括投资者是否承担了不成比例的负担，例如超出投资者或投资为了公共利益而应承受的一项特殊牺牲。”当然，此脚注理论上仅适用于韩国，但从我国企业海外利益维护角度而言，此标准同样有利于避免由企业独自承担东道国维护国家安全行为的后果。

（二）完善我国网络服务安全审查立法以减少纠纷

对于我国而言，目前并未针对任何网络服务提供商展开过外资准入层面的国家安全审查，尽

(41) EU-China Comprehensive Agreement on Investment—Schedule of the European Union, Annex I—Reservations for existing measures, Reservation 1(a).

(42) EU-China Comprehensive Agreement on Investment, Section 3, Article 2.

管未来并不排除此种可能。根据我国目前立法进程，我国未来很可能在通过负面清单的方式限制外商在某一领域投资的同时，在已开放外商投资的领域加强数据跨境流动的安全审查。“特斯拉”事件后我国对于“车联网”数据安全的规制就是一例。因此，从我国政府未来立法与缔约的角度来讲，未来须强化的问题包括如下几方面。

首先，我国有必要将网络服务领域的外资准入审查前置。即通过外商投资产业目录的方式对于某些可能损害我国国家安全的领域进行准入限制，如限制外资控股等；同时将《外商投资产业目录》纳入我国签订的FTA的“不符清单”当中。当然，对于某些可能涉及外商投资但须视外国籍而单独分析其对国家安全产生威胁的领域，也可通过许可证方式对其准入进行限制。不过，出于对于投资者合理期待的保护，不论是外资准入许可还是行业本身的许可证管理，我国可考虑借鉴澳大利亚或美国外资准入审查当中的“附条件许可”，要求外资企业对其数据存储地或主要营业地发生的有碍数据安全行为进行报告，并主动预防风险实际扩散至在华投资；同时宣告在无法遏制风险的情况下，我国政府拥有终止其准入的权力。

其次，我国有必要在未来缔约中认真考量“电子商务”或“数字贸易”章节与“投资”章节的关系。事实上，从数据跨境流动角度进行的安全审查，在FTA“数字贸易”章节当中通常具有更加明确的规定。当前，相当一部分FTA在原则上允许数据跨境流动、禁止“计算设施位置”要求的同时，允许缔约方在不构成任意或不合理歧视的情况下，出于公共利益目的进行相反的安排。在我国缔结的RCEP当中也同样有此规定。鉴于FTA当中通常也会具有“章节间关系”条款，如果“数字贸易”章节规则设计已符合我国国家利益，我国完全可以在“章节间关系”条款当中阐明，“当‘投资’章节与‘服务贸易’‘数字贸易’章节发生冲突时，后者应当优先适用”，进而避免相对模糊的投资规则尤其是“公平公正待遇”条款被投资者援引并提出投资争议仲裁。

最后，在我国国内立法进程当中，有必要进一步完善包括国家安全法、数据安全法在内的网络服务安全审查规则。这并不仅仅是出于“征收”条款项下对于投资者合理期待的保护⁽⁴³⁾，更是由于“正当程序”问题，同时会涉及“公平公正待遇”“征收”的定义等多个条款；还会涉及我国政府的透明度义务。举例来讲，我国当前已进行的数起数据跨境流动安全审查，目前有据可查的仅有我国网信办启动审查的公示，但对于审查流程、被审查企业涉案措施、整改状况等目前均无详细规定。同理，我国外资安全审查也长期被学界批评为制度设置模糊。对此问题随着实践的深入，有必要进一步通过行政法规、部门规章等方式加以完善，以促进我国政府依法行政，同时减轻在可能引发的投资争议当中的举证压力。不过，须说明的是，对规则与程序进行完善，并不代表我国须对可能引发数据安全审查的事项进行穷尽性列举，更不应将数据安全与关键基础设施等传统安全问题直接挂钩。⁽⁴⁴⁾这是因为，程序问题完全可以具有

(43) 张倩雯：《数据本地化措施之国际投资协定合规性与中国因应》，载《法商研究》2020年第2期，第85-98页。

(44) 我国曾有学者主张，“在认定东道国规制数据跨境流动的真实目的时，该国对数据的分类应纳入仲裁庭善意评审的考量”，如与“关键基础设施”相关的数据应当承认其服务于国家安全目的，但与之无关的数据安全审查则应认定为对“根本安全例外”的滥用。参见张倩雯：《数据跨境流动之国际投资协定例外条款的规制》，载《法学》2021年第5期，第90-102页。

相当的稳定性，但一国对于“安全”的定义，完全可以随国际形势的变迁而急剧变化。“棱镜门”事件直接促成欧盟对数据流动至美国的安全性重新定义，就是一个典型范例。即便从“投资者合理期待”角度分析，亦不宜对“安全”一词进行封闭性解释，进而限制我国国家主权。

International Investment Regulation for National Security Review of Network Services

ZHAO Haile

Abstract: The Network Services National Security Review is sufficient to meet the definition of the term “investment” in current international investment treaties. Moreover, it is entirely possible that overseas services related to investments within the territory of a country constitute “investments” as a whole. The application of investment treaties to cyber services national security reviews shows that the highly subjective nature of the term “security” means that the legality of national security reviews of cyber services cannot be evaluated through the principle of non-discrimination. International investment rules that may apply include the issue of “due process” under “fair and equitable treatment” and the “principle of proportionality” under “expropriation”. In addition, the existence of a “security exception” does not exempt the host State from its obligation to compensate for expropriation. At present, there are a large number of Internet enterprises in China making overseas investments. China also has a vast Internet market that is sufficient to attract foreign investment. Therefore it is necessary to supplement the ambiguity of the investment chapter through the digital trade chapter in future treaty conclusion, and at the same time improve the procedural rules for China’s network security review.

Keywords: Network Services National Security Review; Investment; Fair and Equitable Treatment; Expropriation; Proportionality

(责任编辑：王乐兵 汪友年)