

国际投资协定中安全例外条款的研究

陈昱洁*

摘要：国际投资协定中的安全例外条款作为条约内容中例外规则的特殊表达，是国家主权的必然属性，具有宏观灵活和微观平衡的双重意义。近些年来，由于各国对本国国家安全的格外重视以及国家安全概念的不断泛化，安全例外条款在国际投资协定和司法案例的出现频率呈现增长趋势，但在规定和适用上均存在滥用之嫌。通过总结我国对外签订国际投资协定文本中安全例外条款的规定，认为在条款设置、条款数量和内容表达仍有进步空间，针对性提出应对方案，有助于良性发展我国国际投资领域安全例外条款的适用。

关键词：国际投资协定 安全例外条款 中国 BITs

* 陈昱洁，华东政法大学国际法学院。

目录

一、国际投资协定中安全例外条款的概述.....	34
(一) 安全例外条款的概念界定和历史溯源.....	34
(二) 安全例外条款在国际投资协定中的意义与价值.....	35
二、国际投资协定中安全例外条款的具体规定.....	36
(一) 安全例外条款在国际投资协定中的通常构成.....	36
1. 安全例外条款的缔约目的.....	36
2. 安全例外条款的适用范围.....	36
3. 安全例外条款中体现的关联性程度.....	36
(二) 安全例外条款在国际投资协定中的具体体现.....	37
三、国际投资协定中安全例外条款存在的问题和阻碍.....	38
(一) 安全例外条款与透明度原则的理念背道而驰.....	38
(二) 争端解决机构审查安全例外条款时缺乏公正性和统一标准.....	39
(三) 安全例外条款规定和适用的泛化.....	40
四、我国 BIT 中安全例外条款存在的问题与完善建议.....	42
(一) 我国 BIT 中安全例外条款存在的问题.....	42
1. 条款设置不一, 易产生实践适用混乱.....	42
2. 条款数量少, 未成为我国签订 BIT 时的规范操作.....	43
3. 内容表述相差大, 难形成统一适用标准.....	43
(二) 我国 BIT 中安全例外条款的完善建议.....	44
五、结语.....	44

从全球化到逆全球化的国际背景下,休眠的安全例外条款被逐渐唤醒。在国际投资领域,安全例外条款作为独特的条约设计可以有效规制外国投资者的投资行为以及保障东道国的主权利益,^[1]由此近些年来其在国际司法实践中得到了一定发展。而具体从安全例外条款本身的内容规定、适用范围以及司法实践的角度观之,仍存在难题亟待解决。面对涉外法治建设的步步推进,研究我国已签订双边投资协定(bilateral investment treaty, BIT)文本中安全例外条款的应用,分析不足之处从而提供应对建议,具有深远意义。

一、国际投资协定中安全例外条款的概述

(一) 安全例外条款的概念界定和历史溯源

安全例外条款(国外有学者称之为“非排除措施”(Non-Precluded Measures)条款),^[2]该条款给予东道国免于承担条约或协定中规定义务的权利,即在面临国家安全、国家根本利益或条款规定的其他所应保护的利益(如“公共秩序”“公共利益”“国际和平与安全”等)受到损害或者损害威胁时,东道国保有采取相应安全措施的权利,且东道国此种行为将不被视为违反条约义务,^[3]即国家可以合法正当化其根本利益,不必以牺牲自身国家安全利益的代价去开展国际贸易或是吸引外来投资,从而实现安全利益和经济利益的平衡。^[4]

安全例外条款是例外条款的一种类型,小到个人之间的合约,大到国家之间的条约,“例外”的出现频率与具体规定当事人(国)之间的权利义务条款有过之而无不及。例外规则作为条约内容的灵活性表达,^[5]从 GATT 时代,直至今日的 WTO,从《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RECP)到《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP),几乎所有的经贸协定都有列入例外规则的规定,只是具体规定表达以及适用的范围或多或少有所差异。例外规则在国际条约发展演变过程中,已经形成丰厚的经典表述形式,如“条约的保留条款”“免责”“退出”等。

而安全例外条款在例外规则中可谓是极其特殊,因其判断标准涉及一国之根本利益即国家安全,各国对之适用应然谨慎待之。在当下和平与发展为时代主题的背景下,该条款在国际社会上适用的频率应极其少见,但在实然层面上,近年来安全例外条款愈发进入大众视野,被有关当事国援引频率逐渐升高。

究其历史渊源,安全例外条款首次出现于美国的友好、通商、航海条约(Friendship,

[1] 参见蔡从燕:《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》,《国际法研究》2018年第4期。

[2] See Krzysztof J. Pelc, *Making and Bending International Rules: The Design of Exceptions and Escape Clauses in Trade Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 6.

[3] 参见陈卫东:《WTO 例外条款解读》,北京,对外经济贸易大学出版社 2002 年版,第 7-8 页;余劲松:《国际投资法》(第 5 版),北京,法律出版社 2018 年版,第 10-11 页。

[4] 参见李文卿、郑玲丽:《WTO 国家安全例外条款的合理适用》,《海关与经贸研究》2021 年第 2 期。

[5] 参见韩逸畴:《国际规则的“结构性挑战”:以贸易协定中的例外规定为例》,《当代法学》2021 年第 4 期。

Commerce and Navigation Treaty, FCN) 的规定,^[6]之后随着国际经济社会的不断变化发展,贸易摩擦也开始产生,为进一步消除关税和其他贸易壁垒、促进贸易自由化,GATT1994 问世,其中 21 条规定的安全例外条款成为最具有代表性的蓝本,在 WTO 诞生后,也一并由 WTO 继承,同时《服务贸易总协定》(GATS)与《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)也将安全例外条款一并纳入文本,由此发展成三大实体性条约的实质内容之一。^[7]国际投资领域中规定的安全例外条款主要是承继了国际贸易协议中已发展成熟的表达形式,但国际投资协议却体现了独具特色的价值追求。

(二) 安全例外条款在国际投资协定中的意义与价值

安全例外条款的合理性和必要性是任何其他条款所无法取代的。首先宏观上而言,安全例外条款作为一种特殊的制度设计,在贸易自由化原则和允许国家进行政策干预之间架起一座灵活的桥梁,使得缔约国政府可以在极端情况下,为了维护国家安全,保有采取相应安全措施的正当性权利,从而减轻或排除自身违反条约规定所带来的不利后果,^[8]即给予缔约国面对紧急情况,可以灵活巧妙应对紧急局势的回旋余地。

其次微观上来谈,安全例外条款可以有效平衡外国投资者与东道国利益。在目前国际社会经贸发展过程中,呈现出资本输出国多为发达国家,而资本输入国多为发展中国家的局面,在公平互利原则的指引之下所签订的国际投资协定中,安全例外条款的适时引入,可以有效地赋予东道国在维护自身安全利益的前提下违反条约义务的权利,同时也为外国投资者设定了行为规范的限制范围,即外国投资者其投资行为不得造成投资东道国国家安全利益处于极端紧急情况。

最后,维护国家安全免受投资者不当投资行为的干涉和影响本身就是国家主权的必然属性,是一国主权在经济领域的体现,也是一国行使国家主权的正当行为,他国不得随意干涉,否则即违反国际法基本原则,国际社会应当确保予以完全尊重。

因此安全例外条款的产生和发展也印证了它自身在国际投资协定过程中所不可或缺的作用。有学者称之为“安全阀”“风险适配器”以及“利益平衡尺”,^[9]一针见血地指出了安全例外条款的可贵之处。

[6] See Kenneth J. Vandavelde, *The First Bilateral Investment Treaties: US Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 57-74.

[7] 参见李小霞:《国际投资法中的根本安全利益例外条款研究》,北京,法律出版社 2012 年版,第 28-35 页。

[8] See Kathleen Claussen, “The Causality of Investor Protection in Times of Economic Crisis”, *Yale Law Journal*, vol. 118, no. 7 (2009), p.1549.

[9] 参见陈安:《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除——美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款剖析》,《国际经济法学期刊》2006 年第 1 期。

二、国际投资协定中安全例外条款的具体规定

（一）安全例外条款在国际投资协定中的通常构成

安全例外条款在发展过程中形成了规律可循的构成要素，主要包括缔约目的、适用范围以及关联性程度，但在不同条约中的体现也有一定差异。

1. 安全例外条款的缔约目的

安全例外条款的缔约目的可以大致分为以下三类。首先是“为保护本国基本安全利益”，如《中国—芬兰 BIT》第3条、《美国—乌干达 BIT》第18条等中均有体现；其次是“为国际关系紧急情况”亦是十分常列的缔约目的之一，在 GATT1994、GATS、TRIPS 等中均有相关表达；最后是“为维护国际和平与安全”，其作为联合国的宗旨之一也被吸纳进安全例外条款的表述之中，在《中国—土耳其 BIT》第4条中更是直接指明“维护国际和平与安全”是《联合国宪章》中所指，明确了缔约目的的指向性。清晰明了的缔约目的可以有效界定安全例外条款的适用用途，避免无限制扩大当事国援引安全例外条款的可能性，值得注意的是，规则在适用中也极其依赖于解释，需要在执法和司法实践中明确定义缔约目的的可适用性，从而进一步限缩当事国随意援引安全例外条款作为违法行为的脱逃理由。^[10]

2. 安全例外条款的适用范围

安全例外条款的适用范围非特殊安排情况下多及于全部缔约内容，即条约文本的全文，如美国 BIT 范本，加拿大 BIT 范本以及区域性贸易协议《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, NAFTA) 以及 RECP 皆是如此，但也有部分条约规定安全例外条款的适用范围仅限于非歧视待遇、征收、争端解决机制等某部分内容，^[11]如我国与德国、葡萄牙签订的 BIT，在议定书部分就将安全例外条款的适用限制在最惠国待遇与国民待遇的范围。^[12]由此可见，安全例外条款的适用范围仍需要缔约国之间在具体谈判过程中不断磋商形成，这往往取决于缔约国的偏好与缔约国谈判时的习惯。在国际投资领域，东道国以一种更加希望本国能够吸引投资的角度就可能尽量减少安全例外条款的适用范围，但无论如何在最惠国待遇、国民待遇等最低限度维护国际经贸平稳运行的重要条款上，安全例外条款的适用是自不待言的。^[13]

3. 安全例外条款中体现的关联性程度

此处关联性程度是指当事国采取安全措施与所希望实现的目的之间的关联大小，这往往

[10] 参见沈伟：《国际经济规则中的安全例外问题—基于国际协定和适用的分析》，上海，上海交通大学出版社 2022 年版，第 56-77 页。

[11] See Katia Yannaca-Small Essential Security Interests under International Investment Law, in *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World 99* (OECD 2007).

[12] 《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定的议定书》第四条；《中华人民共和国和葡萄牙共和国关于促进和相互保护投资的协定的议定书》第三条。

[13] See Sebastián Mantilla Blanco & Alexandre Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review*, London: Springer, 2020, pp. 23-28.

构成争端解决机构对于当事国援引安全例外条款的正当性进行说理的主要依据,一定程度上可以减轻争端解决机构直面解释国家安全或者公共利益等涉及国家核心利益之要事的尴尬境地,^[14]但不同的条约文本规定的关联性程度有大有小。如在美国 2012BIT 范本中涉及安全例外条款采取的表述为“对...是必要的”(necessary for),^[15]但在我国与印度签订的 BIT 中则没有“必要”字样,^[16]明显看出两种不同的表述,手段与目的的关联程度是有所差异的,前者比后者的要求要更为严格。因此在面临当事国援引前者条款规定时,争端解决机构对于关联性的审查要求就需要一定程度提升,而对于东道国而言成功援引安全例外条款作为排除承担条约义务的理由难度也将明显升级。

(二) 安全例外条款在国际投资协定中的具体体现

安全例外条款在国际贸易法的发展史中由来已久,近年来才在国际投资法中得到迅猛发展。一方面是因为国际形势紧张,各国对于国家安全的关注度尤为热切,另一方面更是因为国际投资从一开始侧重于保护投资者的利益逐渐倾向于平衡国际投资者与东道国的利益。^[17]

从 BIT 的角度出发,美国作为发达国家的代表,在安全例外条款的规定方面有着丰富的历史经验,目前已公布了四代 BIT 范本,因此该部分主要以美国最新公布的 2012BIT 范本为研究与分析对象。其在安全例外条款的规定上采取概括笼统的方式,提出“履行维持或恢复国际和平或安全方面的措施”以及“保护自身基本安全利益”的措辞,同时强调了安全例外的自裁性即“其认为”的措辞。在美国主导之下所形成的 NAFTA,其在第 11 章投资章节第 38 条“除外条款”(Exclusions)中提出“国家安全”概念,具体应适用 2102 条安全例外条款,并在 2102 条中具体列明了国家基本安全利益的内容范围。NAFTA 之后发展为《美墨加三国协议》(The United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA),后者则并未在投资章节中列入任何除外条款,仅在第 32 章例外情况和一般规定章节第 18 条规定了“根本安全”,并且在安全例外条款的具体规定内容上与美国 BIT 范本基本相同,RECP 第 10 章投资章节第 15 条表述内容亦是如此。但安全例外条款在国际投资协定中是否如在国际贸易协定中明确列入并适用得如此频繁,尚待实践检验。^[18]

值得一提的是,经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development, OECD)早在 2009 年就发布《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》,

^[14] See Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 343-344.

^[15] US Model BIT 2012 Article 18: Essential Security 2.

^[16] 《中华人民共和国政府和印度政府关于促进和相互保护投资协定》第 14 条“例外”。

^[17] 参见余劲松:《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》,《中国法学》2011 年第 2 期;银红武:《论国际投资仲裁中非排除措施“必要性”的审查》,《现代法学》2016 年第 4 期。

^[18] 参见张乃根:《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》,《法治研究》2021 年第 1 期;彭岳:《双边投资保护协定中“非排除措施”条款研究》,《河北法学》2011 年第 11 期。

[19] 其中具体提供了国家从国家安全角度进行外资审查时所需要遵循的基本原则，包括非歧视原则、透明度原则或可预见性原则、监管平衡性原则以及可问责性原则。目前已经成为国际投资领域的软法性质的指导准则，^[20]在一定程度上也为安全例外条款的适用标准提供了可依据性文件。

三、国际投资协定中安全例外条款存在的问题和阻碍

(一) 安全例外条款与透明度原则的理念背道而驰

上文提及国际投资领域比较具有代表性的安全例外条款为美国 2012 年 BIT 范本中所表达的形式，其中规定为：“本条约不得解释为：要求一方提供或允许获取其认为违反其基本安全利益的任何信息。”这本身也是承继了 GATT1994 第 21 条规定：“本协定的任何规定不得解释为要求任何缔约方提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息。”如若从透明度原则角度分析，显然该条款本身对于透明度的刻意回避是为了使得更多缔约方能够参与到条约协定过程中，从而有助于协定签订，成为规制国际社会的约束力文件，^[21]但这本身可能面临着争端当事国认为敏感信息保护需要符合投资者和政府的利益，从而排除掉争端解决机构可以就此定案的关键信息。显然当事国在案件发生过程中就应当做到尽可能透明，提高结果的可预测性，而不是等待案件事实发生之后再以安全例外条款作为说辞。尽管争端解决机构当然可以就现存提交的证明信息进行裁判，但在缺乏关键信息的前提之下，机构本身就很难出具有说服力的判决。

乌克兰诉俄罗斯运输限制措施案（DS512）在此问题方面有所回应，该案为专家组根据 GATT1994 第 21 条安全例外条款做出的第一个经典裁决。在该案件诉至 WTO 专家组之前，该条款多被缔约国视作“君子协定”（gentlemen's agreement），不会成为缔约国在解决争端时的首选，因而具有代表性意义。具体回归本案，^[22]在 2019 年 4 月 5 日，专家组公布了关于该案的报告，内容主要包括以下两点：一方面肯定了 WTO 成员方享有判断相关行为是否损害本国的“基本安全利益”以及是否有必要采取安全措施的一定权利，即所谓的自裁权，另一方面也确保专家组享有案件管辖权，可以一定程度上界定“基本安全利益”的范围，即可以认定成员方采取的必要安全措施是否以“善意原则”（good faith）作为出发点，因此专家组不可对该国所理解的“基本安全利益”的具体内容进行审查，但有权对于“基本安全利益”

[19] OECD Investment Division, Guidelines for Recipient Country Investment Policies relating to National Security, Recommendation adopted by the OECD Council on 25 May 2009.

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

[21] 参见刘京莲：《国际投资条约根本安全例外条款研究》，《国际经济法学刊》2010 年第 1 期。

[22] 乌方声称俄方违反加入 WTO 时对于过境自由的承诺，但俄方辩称，俄方是为了保护国家在处于“国际关系紧急状况”时的基本安全利益而采取了必要安全措施，同时对于专家组是否拥有管辖权的问题，其以 GATT1994 第 21 条中“其认为”的措辞表达了对于涉及自身安全利益的诸多情势，专家组不具有管辖权，俄罗斯本身具有自裁性。

的基础进行客观审核。^[23]同样在卡塔尔诉沙特阿拉伯案（DS567）中，专家组也援引了乌克兰诉俄罗斯案的专家组裁判理由。^[24]在国际投资领域，并未有争端解决机构运用国际法中的善意原则对安全例外条款的适用出发点进行必要审查，但从国际投资基本法理角度出发，在某程度上系东道国让渡了自裁权的判决依据，可以窥见东道国对此善意原则的适用一定会是有所戒备的。^[25]

国际司法实践的发展给予了争端解决机构对争端当事国提供信息的合法合理性论证的机会，从而回避审查难题，赋予了争端解决机构对于“基本安全利益”判决基础的解释权和裁决权，在一定程度上可以缓解透明度原则所带来的文本和实践难以平衡的桎梏，但如何进一步最大化避免当事国利用安全例外条款回避透明度原则的问题，还需交给国际社会实践以待丰富。

（二）争端解决机构审查安全例外条款时缺乏公正性和统一标准

争端解决机构在审查安全例外条款时，缺乏具体规则指导导致公正性和标准化不足。一方面，虽然根据“善意原则”的指导，可以有效限制东道国的自裁权，但在具体司法实践过程中，以 WTO 争端解决实体（Dispute Settlement Body, DSB）、国际法院或是国际仲裁庭为代表的争端解决机构，其在介入之时仍难以独善其身，在争端解决过程中可能存在偏向更具有国际话语权的一方当事国的不公平局面，从而给予该当事国进一步扩张适用该条款的极大可能性；另一方面尽管近些年绝大多数国家选择在缔约文本的安全例外条款中加入“其认为”的词汇，表明其具有判断是否采取安全措施以保护自身根本安全利益的裁量权，^[26]但在该安全措施是否满足其他构成要素时，则需要接受争端解决机构的审查。而争端解决机构裁判时，适用的判断基础不同，解释的具体路径差异，则又会影响到案件的具体结果。

阿根廷系列仲裁案最具有代表性，在此系列案件中国际投资争端解决中心（The International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID）就出现了对于相似案件作出不同判决结果的现象。在 LG&E 案和 Continental Casualty 案中肯定了阿根廷援引安全例外条款的合理可能，而在 Sempra 案、Enron 案以及 CMS 案中则否定了阿根廷的抗辩理由。^[27]

具体至案件的判决过程中，ICSID 在不同案件中对于《美国—阿根廷 BIT》（以下简称“美阿 BIT”）第 11 条中“必要性”（necessity）的理解截然不同。在 CMS 案中，ICSID 首先从习惯国际法角度出发来解释“必要性”，援引《国家责任条款草案》第 25 条中所规定的“危急情况”来否定阿根廷的抗辩理由，从而认定阿根廷面临的经济危机尚不足达到国家安

[23] See Russia-Measures Concerning Traffic in Transit, Report of the Panel (5 April 2019) WT/DS512/R.

[24] See Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, Report of the Panel (16 June 2020) WT/DS567/R.

[25] 参见东艳：《全球贸易规则的发展趋势与中国的机遇》，《国际经济评论》2014 年第 1 期。

[26] See Moon William J., “Essential Security Interests in International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, no.2 (2012), pp.498-501.

[27] See Caroline Henckels, “Permission to Act: the Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, no. 3 (2020), p.575.

全受到崩溃性危险的程度。^[28]而在 *Continental Casualty* 案中, 则没有将美阿 BIT 中安全例外条款的规定嵌套在习惯国际法中进行解释,^[29] ICSID 首先对于美阿 BIT 中安全例外条款的规定进行审查, 之后援引《维也纳条约法公约》第 31 条第三款 (C) 项的规定, 使用 GATT1994 第 21 条所列明的关联性进行理解。^[30]

在实践中争端解决机构对于国际投资争端解决仍存在极大自由裁量权, 但其在案件中表现出的前后矛盾行为, 名为个案中对外国投资者与投资东道国之间的风险和利益进行再分配, 事实上着实令安全例外条款在司法实践上的应用形成混乱, 因而争端解决机构需要在个案的论证层面增强说理充足性, 尤其注重将各类值得考虑的利益进行充分衡量, 方能得出最后的判决结果, 即使最终的判决结果会出现矛盾, 但在论证层面要实现统一。

(三) 安全例外条款规定和适用的泛化

首先, 从该条款的语义规定分析, 存在模糊性的特征。各国在使用安全例外条款时所使用的术语不一。如存在“除外”(preclusion)、“基本安全利益”(essential security interests)、“根本利益”(essential interest)、“安全例外”(security exceptions)、“根本安全”(essential security) 等表述, 虽对于具体适用过程中不会产生不利影响, 但对于国际社会统一话语体系则产生限制因素, 不利于国际法治体系化建设。其次, 国际投资协定中安全例外条款的规定缺乏具体定义或是详细的清单列明涵盖内容。^[31]如若在条约中列明安全例外条款的具体范围, 可以有效产生对于当事国援引该条款时的客观限制, 否则将导致国际社会在解释和适用安全例外条款时的混乱局势。^[32]再次, 在 *CMS* 案中, ICSID 承认经济危机是国家基本安全利益的危险要素之后, 国际社会对于国际安全利益的理解和运用便开始不断泛化。如在个别国家最新公布 BIT 范本中将根本安全利益与“公共健康和道德”、^[33]“保护健康环境”、^[34]“防止病虫害对动植物的影响”^[35]等一系列非关涉于一国政治经济等基本安全利益的一般国家规制行为与国家为保护国家安全所采取的根本安全措施相提并论, 在本应由一般例外规则所涵盖的内容划归为安全例外条款进行调整, 极大扩大术语本身包含的范围。本该最大化限制的“国家安全”概念, 存在变成各国惶惶不可终日的万能条款的趋势。

此外, 安全例外条款不仅出现在有关协定内容中阐述实体义务的规定, 甚至逐渐出现在协定内容的程序规则之中。如印度—吉尔吉斯斯坦在 2019 年所签订的 BIT, 安全例外条款

[28] See *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.

[29] See *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, September 5, 2008.

[30] See Sandeep Ravikumar, “The GATT Security Exception: Systemic Safeguards against Its Misuse”, *NUJS Law Review*, vol.9, no.3-4 (2016), p.321.

[31] 参见韩秀丽:《论国际投资协定中的“根本安全利益”与“公共目的”》,《现代法学》2010 年第 2 期。

[32] 参见韩逸畴:《时间流逝对条约解释的影响——论条约演变解释的兴起、适用及其限制》,《现代法学》2015 年第 6 期;李庆灵:《国际投资仲裁中的缔约国解释:式微与回归》,《华东政法大学学报》2016 年第 5 期。

[33] See German Model BIT (2005), Protocol to the Treaty, Article 3.

[34] See Russia-Hungary BIT (1995), Article 2.

[35] See India-Czech Republic BIT (1998), Article 12.

就出现在争端解决规则设计中，^[36]体现出缔约国的过度保护倾向，即其不仅寄希望于安全例外条款可以成为自身免除实体义务的合理性解释，同时也可以在一定程度上排除自身程序义务。国际争端解决机构不仅难以启动程序进行争端解决，无法在相关国家援引安全例外条款时对有关概念的内涵进行审核，更不用说对于案件的实质问题进行审查了。同时，保护根本安全利益的目的与东道国采取安全措施之间应存在联系是大多数国家均认可的原则，此种联系由最低限度原则加以制约，^[37]但也存在极少数的缔约文本，其出现无需关联的表述；并且最低限度原则自身界定不明，手段即安全措施与目的即保护本国安全利益的关联比例设定也同样缺乏国际社会统一观点。^[38]因此从该角度而言，该条款极易成为有关国家加以利用而保护本国经贸的万金油托词。

2018年3月8日，美国根据《1962年贸易扩展法》(Trade Expansion Act of 1962)第232条对中国、欧盟、巴西钢铝产品加征关税，即著名的“232调查”。^[39]美国利用GATT1994第21条所规定的安全利益条款，其基于“基本安全利益”的模糊定义，认为美国为维护本国安全利益从而采取必要安全措施方面事项享有自裁性，从而排除WTO争端解决机制介入，以一己之词绕开WTO多边贸易体系的争端解决。如若从条款设置上来分析，首先WTO时代的GATT1994第21条完美承继《关税与贸易总协定》安全例外条款规定，后者在一般国际法意义层面上而言为先例，其对于安全例外条款涉及的物品规定也相对清晰，而该案中钢铝制品明显不属于“武器、弹药和作战物质”；其次在各当事国各执一词的情况下，应遵循条约解释的一般规则，根据条约善意解释的国际法精神，GATT1994第21条设置目的是国家基于自身对于基本安全利益的理解而采取必要安全行动以应对国际紧急情况；并且在条约文本中，“国际紧急情况”是与“战时”用“或”字连接，因此二者应属于相类似情况，但本案中钢铝制品与国际紧急情况显然无联系，退一步而言即使存在所谓的联系，美国也应该提供证据加以证明，但显然其并未在国际社会发表任何有关申明。^[40]也正因为美国极力以“国家安全”为由头，不断将安全例外条款推入大众视野，更加引发了国际经济各领域研究安全例外条款的热潮。该案的影响极其深远也具有典型意义，其实质也体现了美国企图实行贸易保护主义的倾向。安全例外条款这一法律规则设计成为美国用来维护自身国家安全的政治理由，完全偏离WTO消除单边主义，加强多边主义的宗旨和原则。^[41]反观国际社会，各

^[36] See India-Kyrgyzstan BIT 2019. Annex 1(ii).

^[37] 参见沈伟：《国际投资协定中的安全例外条款：全球趋势与中国实践》，《比较法研究》2022年第6期。

^[38] 参见张庆麟主编：《公共利益视野下的国际投资协定新发展》，北京，中国社会科学出版社，2014年，第35页。

^[39] 参见彭德雷、周围欢、杨国华：《国际贸易中的“国家安全”审视——基于美国“232调查”的考察》，《国际经贸探索》2018年第5期。

^[40] 参见张虎：《美国单边经济制裁的法理检视及应对》，《政法论丛》2020年第2期。

^[41] 因此我国有充分的理由和权利向世界贸易组织争端解决机构起诉美国。该案于2022年12月9日结束，专家组发布报告，表示美方所采取的措施，实质上违反世贸组织制度和规则，因此应当存在充分理由驳回美国援引安全例外条款的抗辩。

国应严格限制自身对于安全例外条款的任意解读,遵循国际法基本原则,严防紧守国际法律规则的精妙设计被无缘无故披上政治的外皮,否则这本身就是对于国际法治建设的重重一击。^[42]

综上,安全例外条款规定的泛化和扩张性实践适用仍面临严峻的挑战和威胁。最后值得一提的是,近些年来地缘政治的紧张局势更加激发了各国对于国家安全的极大关注,而国家安全这一概念作为安全例外条款的核心要素,使得安全例外条款的适用在国际经贸领域发展尤其迅猛。^[43]具体在国际经济规则制定过程中,引入安全例外条款之考量表面上是法律设计,事实上则为政治较量的现实因素。一些国家利用安全例外条款这一法律工具,从而实行浓厚保护主义色彩的规制手段,找到国家行为合法化依据来为自己的政治行为背书。这一系列的做法对于国际法的正常发展无疑是严重打击。而一贯坚持合作与发展的我国则是在这场没有硝烟的战争中受到冲击最为猛烈和最为明显的国家,因此有必要从我国角度出发,把握我国对外签订投资协定过程中安全例外条款的规范设置,降低我国在走出去和引进来过程中面临的政治与法律风险。

四、我国 BIT 中安全例外条款存在的问题与完善建议

(一) 我国 BIT 中安全例外条款存在的问题

截至 2016 年,根据中华人民共和国商务部条约法律司公布的数据,我国对外签订 BIT 共 104 份,^[44]其中存在安全例外条款内容的协定文本仅 18 份,^[45]本文将我国 BIT 文本中安全例外条款的规定和适用问题作为重点分析对象。

1. 条款设置不一,易产生实践适用混乱

安全例外条款在我国签订的 BIT 中各部分均出现过。如中国—特立尼达多巴哥(2002)和中国—圭亚那(2003)签订的 BIT 出现在序言部分;中国—毛里求斯(1996)、中国—也门(1998)、中国—马达加斯加(2005)签订的 BIT 出现在正文处,而中国—奥地利(1985)、中国—日本(1988)、中国—葡萄牙(2005)等签订的 BIT 则出现在后附议定书处。可见我国在对外签订 BIT 过程中,对于安全例外条款的适用范围并无规范性、明确性的设计安排,相反文本条款设置显得杂乱而无章。在安全例外条款的司法适用方面,BIT 文本各部分适用

^[42] 参见张丽娟、郭若楠:《国际贸易规则中的“国家安全例外”条款探析》,《国际论坛》2020年第3期。

^[43] 参见梁咏:《论国际贸易体制中的安全例外再平衡》,《法学》2020年第2期。

^[44] 参见商务部网站, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml>, 2024年7月3日访问。

^[45] 包括中国—奥地利 BIT (1985)、中国—新加坡 BIT (1985)、中国—斯里兰卡 BIT (1986)、中国—日本 BIT (1988)、中国—新西兰 BIT (1988)、中国—捷克斯洛伐克 BIT (1991)、中国—菲律宾 BIT (1992)、中国—毛里求斯 BIT (1996)、中国—也门 BIT (1998)、中国—特立尼达多巴哥 BIT (2002)、中国—圭亚那 BIT (2003)、中国—德国 BIT (2003)、中国—芬兰 BIT (2004)、中国—马达加斯加 BIT (2005)、中国—葡萄牙 BIT (2005)、中国—印度 BIT (2006)、中国—加拿大 BIT (2012)、中国—土耳其 BIT (2015)。

效力等级存在差异,如后附议定书和正文的适用等级不同,一旦我国与相应外国投资者产生争议,在争议解决过程中如需援引安全例外条款,易产生法律条款在司法实践中的不确定性和不稳定性。

2. 条款数量少,未成为我国签订 BIT 时的规范操作

根据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)所收录的有关国际投资协定的数据,可以将相关国家分为三类:第一类国家是在本国公布的 BIT 示范文本中就已经列入安全例外条款,条款表述规范而系统,条理清晰,主要代表国家为美国、德国、芬兰等;第二类国家虽然没有成熟的 BIT 示范文本公之于众,但在长期的缔约实践过程中也已经形成了较为完善的安全例外条款的相应表述,主要代表国家为新加坡等;第三类国家在引入安全例外条款的过程中则主要受到对方缔约国和条约谈判过程中利益波动的影响,主要代表国家为中国、卡塔尔等。^[46]

我国在 21 世纪所签订的 BIT 中安全例外条款的数量与 21 世纪之前所签订的 BIT 中安全例外条款的数量相等,均出现 9 次,但我国在 21 世纪之前所对外签订的 BIT 总数则远超 21 世纪,因此从相对值的角度分析数据可以看出,21 世纪我国对外签订 BIT 中安全例外条款的考量有一定上升。但从绝对值角度分析数据可以得出,在国际社会经贸往来更为密切,利益与风险并升的 2000 年及其之后,我国对外签订 BIT 中所含的安全例外条款总数却没有显著上升。一方面源于我国对外签订 BIT 的时间多集中在 20 世纪之前,另一方面更是因为我国决定是否在对外签订 BIT 过程中加入安全例外条款方面事宜,存在一定的任意性,缺乏相应的规范性,^[47]依赖于在具体谈判过程中当事国之间的利益博弈而缺少谈判前明晰的规范表达。

3. 内容表述相差大,难形成统一适用标准

在现有我国对外签订的 BIT 文本中,可以看出安全例外条款的具体内容规定出现多种描述,尚未形成范本式内容。如在早期签订的 BIT 文本中安全例外条款内容多包括“公共安全和秩序”“公共健康”以及“预防动、植物的病虫害”等,其中也不妨穿插个别有涉及“战争、武装冲突”,以及针对非歧视待遇等表述,而近期签订的 BIT 本文中还包括了“履行联合国宪章项下的维护国际和平与安全的义务”“紧急情况”等表达。

上述分析可知,安全例外条款在国际投资协定中存在的系列问题成为缔约各方博弈的重要关注点,^[48]反观我国 BIT 文本中所存在的种种难题,尚未形成应有的系统性和体系化改善,因此面对安全例外条款在我国 BIT 文本中发展不足的现实局面,有必要对我国 BIT 文本中安全例外条款的具体规定加以重新审视,以满足充分发展双边投资的实践需要。

^[46] See Roger P. Alford, “The Self-Judging WTO Security Exception”, *Utah Law Review*, vol. 2011 (2011), p.697. ; Denis v. Iroshnikov, “A systematic Approach to the Understanding of National Security in the Legal Dimension”, *Journal of Politics and Law*, vol.11, no.4 (2018), pp.11-12.

^[47] 参见刘敬东:《全球经贸关系演变中的国际法治危机及其应对》,《中国法学》2023 年第 3 期。

^[48] See J. Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, *The Yale Law Journal*, vol.129, no.4 (2019), pp.1033-1034.

（二）我国 BIT 中安全例外条款的完善建议

一方面，面对我国加大加快对外投资力度和广度的政策指向，在今后对外签订 BIT 过程中，我国应充分利用安全例外条款，防范和降低投资风险；^[49]而对于我国已签订的 BIT 文本，可以通过当事国之间沟通与协商，尽快达成对于文本内容中安全例外条款规定的修改，这是最大化降低成本与风险，提高将来收益的最佳方法。^[50]

另一方面，鉴于我国目前积极参与国际经贸的大国身份以及各国对于国家安全利益的逐渐重视，我国应尤其注重对外签订 BIT 文本中安全例外条款的规范表述，^[51]不断积累经贸条约签订过程中的谈判经验，关注文本中安全例外条款的规定内容和形式设置安排，^[52]从而促进我国投资领域规范化、规则化、体系化的成熟态势。

五、结语

当前，以美国为首的西方国家不断利用国际经贸条约中安全例外条款的规定，为自己高举逆全球化和贸易保护主义的大旗而提供合法性依据，使得本应是当成合理应急工具的规则设计被频繁使用，造成国国自危的局势，增加世界的不确定性和不稳定性，各国唯恐本国不能合理适用安全例外条款以保护本国的国家安全，这一点在国际经贸领域中安全例外条款的变化发展显得尤为突出。

而国际投资协定中所列入的安全例外条款也多以 GATT1994 第 21 条为蓝本进行再发展，但具体而言仍然呈现出与透明度原则相违背、司法实践的不公平性和不统一性以及滥用泛化之趋势等明显的弊端，亟待国际社会实践的不断推进。

在此过程中也绝不是凭借各国闭门造车可以完成的文本设计，这本身就与国际法精神大相径庭，需要各国加强合作，促进共同发展，协力解决安全例外条款在国际经贸领域设计的缺陷和实践短板，从而消除安全例外条款适用给各国以及国际社会进程所带来的不可预估的风险。

我国作为积极推动国际和平与发展的国家，在国际投资领域也应不断前进发展，尤其应注重考察对外签订 BIT 文本中安全例外条款的进一步优化，尽快形成我国 BIT 中安全例外条款的规范表达，加强有关安全例外条款在国际投资领域的规范化与体系化进程，在此过程中引领国际规则的建设和发展，这仍然任重而道远。

[49] 参见沈伟：《国际投资协定中的安全例外条款：全球趋势与中国实践》，《比较法研究》2022年第6期。

[50] 参见张皎、李传龙、李彤：《美欧外资国家安全审查机制立法趋势：从与安全有关的投资措施到与投资有关的安全措施？》，《国际法研究》2020年第3期。

[51] 参见季焯：《双边投资条约的范本意识与差别化实践刍议》，《国际经济法学刊》2013年第4期。

[52] 参见吴智、钟韵漪：《中外双边投资协定中的“一般例外”条款研究——以“一带一路”倡议为视角》，《中南大学学报（社会科学版）》2017年第4期。