

武装冲突情境下双边投资协定的效力继续与适用机制

刘皓阳¹, 蒋中麒²

1. 西安交通大学法学院, sgliuhy@126.com
2. 西安交通大学法学院, jiangzq1218@126.com

摘要:当前, 地缘政治冲突风险加剧, 武装冲突为海外投资保护带来了全新挑战。基于国际法中的法律稳定性和连续性原则, 武装冲突的爆发并不必然导致双边投资协定中止或终止, 其效力在武装冲突期间依然存续。在适用机制上, 双边投资协定一般补偿条款虽确立了非歧视原则, 但实质性救济更多依赖特殊补偿条款, 后者明确了东道国对非战斗行动或非情势必需造成的财产损失负有恢复原状或赔偿的义务。充分安全与保护条款设定了东道国的合理注意义务, 要求其在能力范围内防范针对投资者的暴力侵害。尽管安全例外条款赋予东道国在危及国家安全时豁免部分义务的自由裁量权, 但该权利的行使必须受到国际法的严格限制, 以防止安全例外被滥用, 平衡东道国安全利益与投资者权益。

关键词: 武装冲突; 双边投资协定; 战争条款; 海外投资保护

一、引言: 武装冲突情境下海外投资保护的紧迫性

进入 21 世纪第三个十年, 国际局势动荡交织, 百年变局持续加速演进, 国际政治纷争与军事冲突多点频发, 全球发展与安全形势愈发错综复杂, 世界正被日益难以化解的冲突和武装暴力所主导。依据挪威奥斯陆和平研究所报告, 2024 年共计有 36 个国家爆发了 61 起武装冲突, 数量达到近 80 年来的最高纪录。另外, 报告还特别指出, 全球“热爱和平的水平”已下降 0.56%, 这一趋势持续了 5 年。武装冲突, 特别是在乌克兰危机、巴以冲突持续延宕和全球治理秩序变革的背景下, 为我国海外投资保护带来了全新挑战。^[1]

所谓武装冲突, 前南国际刑事法庭 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) 将之描述为“国家间诉诸武力, 或政府当局与有组织武装团体之间, 或类似有组织武装团体相互之间长时间诉诸武力的情形”。依据武装冲突的性质, 可以分为国际性武装冲突和非国际性武装冲突。前者主要爆发在国家之间, 即一国对另一国使用武力的情况^[2]; 后者常见形态为政府 (军) 与有组织武装团体之间, 或有组织武装团体相互之间持续产生的敌对状态。^[3]然而, 不论武装冲突以何种性质存在, 其作为和平国际环境中的一种“变态”甚至可以称之为“病态”, 将会贻害一国的国内秩序和超越国界的国际秩序, 海外投资无疑是其中极易遭受损失的重要一环。

国际资本的有效流动, 始终依托良好的投资环境。依据《2024 年度中国对外直接投资统计公报》, 中国对外直接投资流量 1922 亿美元, 比上年增长 8.4%, 连续 13 年位列全球前三, 共在全球 190 个国家和地区设立境外企业 5.2 万家, 其中不乏包括俄罗斯、乌克兰、以色列、巴勒斯坦、叙利亚、也门等处于武装冲突中的国家。在国际法实践中, 双边投资协定 (Bilateral Investment Treaty, 简称 BIT) 作为保护海外投资最有效的国际法措施之一, 通常被视为防止任何意外发生的一种法律和事实上的保险。^[4]据统计, 我国已与 110 个国家签订有 BIT。除了少数国家 (如巴勒斯坦、索马里), 包括俄罗斯、乌克兰、以色列和叙利亚等处于武装冲突中的国家。武装冲突对 BIT 所产生的影响极为复杂, 这种影响表现在武装冲突本身带来的国家之间, 以及国家与新产生国家之间错综复杂的条约关系。

党的二十大报告强调: “加强海外安全保障能力建设, 维护我国公民、法人在海外合法权益, 维护海洋权益, 坚定捍卫国家主权、安全、发展利益”。为此, 本文在以制度型开放为核心推动高水平对外开放理念的引领下^[5], 讨论武装冲突情境下 BIT 的适用问题, 具体包括 BIT 在武装冲突情境下的效力, 适用于武装冲突情境的 BIT 条款, 包括一般补偿条款、特殊补偿条款、充分安全与保护条款和安全例外条款。

二、武装冲突情境下双边投资协定的效力分析

唯物史观指出, 社会是一个复杂的有机系统, 涵盖政治、经济、社会、国防和军事等诸多领域, 各领域紧密关联、相互影响, 任一领域均存在产生风险的可能。在各类风险构成的系统中, 政治风险因关乎国家主权、政权、制度及意识形态的稳固, 具有根本性地位, 其他领域的风险最终均可能向政治领域传导、映射。武装冲突属于典型的政治风险范畴, 但这一政治风险的外延要大于战争风险, 还涉及武装冲突影响外溢下的经济风险(如投资风险)。持续蔓延的武装冲突推升地缘政治风险, 给全球经济增添不确定性, 助长贸易保护主义与单边主义抬头, 对国际经济秩序带来新的挑战。源于西方国家实践, 服务于对外援助及海外投资保护整体目标的BIT, 成为当前保护海外投资最有效的国际法措施之一。^[6]

在武装冲突情境下运用BIT保护海外投资, 首要需明确的前提性问题在于“武装冲突中BIT的效力”, 具体而言, 即BIT在武装冲突发生后能否继续适用, 以保护海外投资者与东道国的相关权益。

关于武装冲突情境下BIT的效力问题, 在国际条约法领域具有“宪法”意涵的《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties, 简称VCLT)虽将“武装冲突对条约的影响”列为一项独立议题, 却未对武装冲突发生后条约的具体适用问题作出明确界定。需特别指出的是, VCLT第73条明确规定:“本公约之规定不妨碍国家继承或国家所负国际责任或国家间发生敌对行为所引起关于条约之任何问题”。因此, 在VCLT的影响下, 传统国际法理论和实践均认为“武装冲突将会导致条约(如BIT)自动中止或终止, 是否恢复有待于和平条约缔结时对此作出安排”。^[7]究其原因, 在20世纪60年代, 联合国国际法委员会(International Law Commission)在起草VCLT的草案时就已经考虑到武装冲突对条约效力影响的问题, 但当时通过的《联合国宪章》已明确禁止各国通过“武力”解决国际争端。换言之, 武装冲突被视为对国际秩序的严重破坏, 属于一种异常状态, 而非正常国际关系的组成部分。因此, 没有必要在VCLT中为武装冲突的有关问题设置专项规则。

武装冲突对BIT效力的影响, 一直是国际法领域长期存在的疑难议题。随着国际法理论和实践的持续深化, 早期那种将武装冲突的发生视为条约自动中止或终止事由的简单化处理模式已被摒弃。2011年, 联合国国际法委员会在系统梳理大量国家实践及法律原则的基础上, 二读通过了《武装冲突对条约的影响条款草案》(Draft Articles on the Effects of Armed Conflict on Treaties, 简称EACT), 标志着该领域国际法规则的重大发展。值得注意的是, EACT是联合国国际法委员会起草的一系列指导性条约, 性质属于“国际软法”(或称为“非正式国际法”), 不具有法律约束力。^[8]然而, EACT并非空中楼阁、毫无作用, 其是对国际法现有理论和实践的总结与发展, 旨在为不同国家和国际组织在“武装冲突对条约效力之影响”的问题上提供建议与指引, 并致力于形成关于“武装冲突对条约缔约国关系之影响”的习惯国际法。^[9]

鉴于EACT将不可避免地对手续国际法产生深刻影响, 从EACT的视角审视武装冲突情境下BIT的效力问题具有正当性与必要性。^[10]依据EACT第2条, 条约系“国家间缔结而以国际法为准之书面国际协定, 不论其载于单一文书或多项关联文书, 亦不论其特定名称如何, 且包括国际组织作为当事方之国家间条约”; 武装冲突则指“国家间诉诸武力, 或政府当局与有组织武装团体间长时间诉诸武力之情形”。在国际法理论和实践中, BIT系两国政府之间缔结的、规定相互保护和促进双向投资相关规则的国际协定, 符合EACT关于条约之界定。该定义中“武装冲突”之表述采纳了前南国际刑事法庭“塔迪奇案”(Tadic Case)判决之定义, 但删去了“或一国内部此类团体之间”等措辞, 盖因依据EACT第3条, 本草案仅适用于至少有一当事国卷入的情形, 故上述定义适用于武装冲突当事国之间以及武装冲突当事国与第三国之间的条约关系。

依据EACT第3条, “在下列缔约国之间, 条约的施行不因武装冲突的存在而当然终止或中止: 一是武装冲突当事国之间; 二是武装冲突当事国与非当事国之间”。该条反映了国际社会新的主流观点, 即武装冲突的存在, 不论是发生在缔约国之间还是缔约国与第三国之间, 本身都不必然导致条约的中止或终止, 并且确立了法律稳定性和连续性的一般原则。^[11]此项原则性规定承继了国际法协会(International Law Association)达成的1985年赫尔辛基决议第2条之精神^[11], 并获得了诸多权威学者的肯认。诚如麦克奈尔(McNair)所言, 战争本身并不当然消灭交战国之间既存之条约义务。^[12]另外, 该条使用武装冲突的“存在”这一措辞, 表明EACT不仅适用于武装冲突爆发时, 而是贯穿于整个武装冲突期间。因此, BIT的施行不因武装冲突的存在而当然中止或终止。

凡规则皆有例外。EACT第4条至第7条规定了条约(如BIT)可能被终止、退出或中止的“例外情况”。依据EACT第4条, “如条约本身载有关于条约在武装冲突情景下如何施行的规定, 应适用这些规定”。EACT

第4条赋予缔约国关于条约在武装冲突期间是否施行、如何施行的自由裁量权，既可以明确规定条约（如BIT）在武装冲突情景下继续执行，也可以终止、退出或中止条约（如BIT）。该条的作用是，判断一条约在武装冲突期间是否适用的第一步，应是确定条约是否存在前述之规定。总之，虽然部分BIT中涉及武装冲突，但鲜有直接规定BIT因武装冲突而自动中止或终止的条款，更多地依赖于条约解释的国际法规则（如EACT第5条）。

EACT第6条确立了判定武装冲突情境下条约（如BIT）终止、退出或中止可能性的双重考量框架，要求综合评估两类核心要素：一是条约自身属性，涵盖其主题事项、目的和宗旨、实质内容及条约缔约方数目；二是武装冲突之具体情状，包括地域范围、规模和激烈程度、持续时间，于非国际性武装冲突情景下尤须考虑外部介入的程度。该条款的规范意涵可以从三个方面解析：首先，适用逻辑上，EACT第6条处于“原则—例外”结构之第二层级例外，即先确认武装冲突本身并不当然导致条约中止或终止，再经过EACT第4条、第5条的自我审查机制（第一层级例外），最终方得援引第6条的具体标准判定条约命运。其次，就“条约性质”要素而言，主题事项、目的和宗旨、实质内容三者相互联系、不可分割；EACT第7条更以指示性清单方式，明确列举武装冲突期间最可能继续全部或部分施行之条约类型。第三，关于“武装冲突特征”要素，除了传统的地域、规模、强度、时间等参数外，非国际性武装冲突中“外部介入程度”的考量尤为特殊，旨在防止国家动辄以参与武装冲突为由，主张中止、终止条约或宣布退出条约，从而维护条约关系的稳定性。^[13]

依据EACT第7条，“本条款草案附件含有条约指示性清单，其中所列条约的主题事项含有这些条约在武装冲突期间继续全部或部分施行之意。第7条所指条约的指示性清单：友好、通商和航海条约以及涉及私权利的协定”。通过考察EACT第7条，如果将BIT纳入该条指示性清单所列“友好、通商和航海条约以及涉及私权利的协定”，其就含有BIT在武装冲突期间继续全部或部分施行之意。一方面，“友好、通商和航海条约”（Treaty of Friendship, Commerce and Navigation，简称TFCN）是在相互友好的政治前提下，针对通商、航海等事宜全面规定两国之间经济、贸易关系的一种国际贸易条约^[14]，其本身就含有部分关于投资保护的条款，如《美日友好、通商和航海条约》中规定，“双方应给予对方国家的公民和企业各自国家的投资和商业活动中，享有与本国国民相同的待遇”。BIT的主要目的也是通过促进和保护两国之间的投资，巩固和发展两国之间的经济、贸易关系，与TFCN的条约性质、宗旨类似。另一方面，BIT虽是两国之间签订的公法性质条约，但其核心目的在于保护私人投资者的合法权益，并且允许私人投资者直接对东道国提起国际投资仲裁，其可被视为“涉及私权利的协定”。因此，按照一般性原理分析，武装冲突的爆发不应当然否定BIT的效力。^[2]

此外，循此规范逻辑，武装冲突对BIT效力的影响具体存在两大情境：一是国家继承情境，关涉国际性武装冲突引发的国家分立、分离或占领状态下BIT的效力问题。就国家分立或分离而言，依据《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties）第34条，除了有关国家另有约定，或该BIT对新国家适用显违条约目的和宗旨，抑或其实施条件已根本改变，对原国家有效的BIT原则上继续对新国家有效。至于占领状态，传统观点主张，除了被占领地区的地方性条约，被占领国与第三国之间的BIT原则上不及于占领国。然而，尤科斯诉俄罗斯案（Hulley v. Russia）仲裁庭持不同见解，认为占领国作为被占领地区的实际控制者，应代替被占领国履行对该地区有效的BIT义务。此立场的规范依据在于《陆战法规和惯例章程》（Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land）第43条——占领者在实际控制被占领地后，负有尊重当地现行法秩序的义务。据此，占领国对被占领地区的实际控制与管理，仅构成“管理权”的事实移转，而非被占领国“主权”的丧失，故占领国应承担本应由被占领国履行的BIT义务，以保障投资关系的连续性。

二是政府继承情境，关涉非国际性武装冲突引发的政权更迭与领土割据情景下BIT的效力问题。此类情境又可分为两类：一是非政府武装团体通过武装冲突夺取政权、上台执政，原政府与第三国缔结的BIT对新政府是否继续有效；二是武装团体于国家部分领土内形成长期割据，该国政府与第三国缔结的BIT对割据地区是否适用。对于前者而言，武装团体以武力方式推翻原政府、建立新政权，此系一国政府的内部更替，而非国家人格的法律中断。国家作为国际法的固有主体，其人格具有连续性；BIT的缔约主体是国家而非政府，故原政府代表国家与第三国缔结的BIT，不因政府更迭而失效，对新政府继续有效。^[15]对于后者而言，纵使武装团体于国家部分领土内形成事实割据，但该区域仍属该国主权管辖范围，并未产生国际法规定的国家分立或分离效果。BIT的效力及于缔约国全部领土，此乃条约适用的空间效力原则，故该国政府与第三国缔结的BIT当然适用于割据地区。^[16]

三、适用于武装冲突情景的双边投资协定条款

(一) 一般补偿条款

一般补偿条款，有学者又将之称为简易型战争条款或基本战争赔偿条款。^[17]在国际法理论和实践中，一般补偿条款规定的是缔约国的非歧视义务，如最惠国待遇、国民待遇等，通常不涉及东道国对投资者损失进行直接赔偿的责任，以及东道国在武装冲突期间保护投资者人身和财产的义务。在最古老的BIT——1959年德国—巴基斯坦BIT中就已经存在一般补偿条款。同时，中国对外签订的几乎所有BIT中均包含有一般补偿条款，如2023年中国—安哥拉BIT第6条第1款规定，“尽管有第13条（不符措施）第3款的规定，缔约一方应在其所采取或维持的、与因境内武装冲突、国内紧急状态或内乱造成的投资损失有关的措施方面，给予缔约另一方的投资者和涵盖投资非歧视待遇”。

又如，2011年中国—乌兹别克斯坦BIT第7条第1款规定，“缔约一方的投资者在缔约另一方国家领土内的投资，如果由于发生在缔约另一方国家领土内的武装冲突、紧急状态、骚乱或其他类似事件而遭受损失，在给予其恢复原状、赔偿、补偿或采取其他措施的待遇方面，该缔约另一方应给予前一缔约方的投资者和投资不低于相似条件下其给予第三国投资者或者本国国民的待遇中最优者”。

据联合国贸易和发展会议（United Nations Conference on Trade and Development，简称UNCTAD）数据统计，当前全球约90%以上的BIT中含有一般补偿条款。但值得注意的是，除BIT外，其他部分多边贸易协定中同样包括类似的一般补偿条款，如《美墨加协定》（Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada，简称USMCA）第14.7(1)条，“尽管有第14.12.5(b)条的规定，但每一缔约方应在其采取或维持的与武装冲突或内乱造成其境外投资受损有关的措施方面，给予另一缔约方的投资者以非歧视待遇”。

概言之，一般补偿条款的规范功能可以从三个方面解析：一是如果东道国就武装冲突、紧急状态、内乱或类似事件所致损失，仅补偿本国国民及实体而拒绝对外国投资者给予同等待遇，则构成对国民待遇原则的违反；二是如果东道国对部分国家投资者的损失予以补偿而拒绝补偿他国投资者，则构成对最惠国待遇原则的违反。由此可见，一般补偿条款的核心在于，确保东道国补偿措施的非歧视性，其本身并未创设独立的补偿义务。^[18]诚如学者所指出，此类条款“对那些投资因武装冲突而遭受损害的投资者而言几乎没有提供任何帮助”。^[19]

投资者虽无法径行依据一般补偿条款要求东道国予以补偿，一旦东道国决定就投资损失采取救济措施，则必须遵循非歧视原则，否则即构成对条约义务的违反。例如，在CMS诉阿根廷案（CMS v. Argentina）中，仲裁庭指出，“基于前文讨论，仲裁庭仍需审查条约第IV(3)条的含义和范围问题。第IV(3)条的确切含义在于，就紧急情况下的损失救济措施而言，投资者所获待遇不得低于本国国民或其他国家投资者；该条并非减损条约赋予投资者的实体权利，而是确保任何旨在避免或减少投资损失的措施均以非歧视的方式实施。”

(二) 特殊补偿条款

特殊补偿条款，有学者又将之称为扩充型补偿条款或扩展战争赔偿条款^[17]，其在一般补偿条款的基础上，规定了东道国的实质性补偿义务，要求政府当局或国家军队在非因战斗行动或情势必需而征用或损害投资者全部或部分财产时，东道国应予以恢复原状或合理补偿。特殊补偿条款作为一类“小众条款”，最早出现在20世纪70年代英国与一些国家缔结的BIT中^[20]，中国对外签订的BIT中仅有少部分包含特殊补偿条款，并且存在两种表述形式：一是以2011年中国—乌兹别克斯坦BIT为例，2011年中国—乌兹别克斯坦BIT第7条第2款规定，“缔约一方的投资者在缔约另一方国家领土内投资，在本条第1款所述的任何情况下因缔约另一方的军队或当局非因战斗行动或情势必需而征用或损害其全部或部分财产所遭受损失，应给予恢复原状或合理补偿”。二是以1995年中国—以色列BIT为例，1995年中国—以色列BIT第4条第2款规定，“在不损害本条第一款的情况下如果缔约一方的投资者在缔约另一方领土内，在上款所述事态下遭受损失，是由于：缔约另一方的军队或当局征用了其财产，或者缔约另一方的军队或当局非因战斗行动或情势必需毁坏了其财产，应予以恢复或合理补偿”。

对比两种表述形式，前者将军队或当局的“非因战斗行为或情势必需”的征用或损害视为该条第1款（一般补偿条款）的特殊情形，起到“强调”作用。后者容易理解为投资者只能因军队或当局的“非因战斗行为或

情势必需”的征用或损害而获得补偿，起到“限定”作用。因此，一旦发生争议，如果法官或仲裁员采取后者理解方式，投资者的实体权利和程序权利无疑面临被削弱的风险。除了BIT，一些多边协定中也包括特殊补偿条款，如《能源宪章条约》（Energy Charter Treaty）第12条规定，“（1）除依据13条规定之外，由于战争或者其他武装冲突、全国紧急状态、内乱等其他类似事件，任何缔约方的投资者在另外一缔约方区域遭受的投资损失，后一缔约方应根据最有利于自己的投资者、其他缔约方投资者或者第三方投资者的方式进行补偿或者解决。（2）在不违背第（1）节的情况下，缔约方投资者，在任何情况下提及的情况，遭受损失由另一缔约方承担；通过后者的军队或当局征用其全部或部分投资；或者因情势必须，通过后者的军队或当局破坏其全部或部分投资。根据上述两种情况，应给予及时、恰当且有效的恢复或赔偿”。

相较于一般补偿条款，特殊补偿条款在投资者权益保护方面，更具有实效性和及时性。此优势尤为体现在举证责任分配：投资者只需证明政府当局或国家军队——作为公共权威的主体^[21]——实施征用或损害行为即可，而无需就东道国的具体过错或因果关系承担过重举证负担。^[22]例如，在斯特拉巴格诉利比亚案（Strabagv. Libya）中，仲裁庭通过适用奥地利—利比亚BIT第5条中的特殊补偿条款，认定利比亚政府对其征用及破坏投资的行为负有补偿义务，并裁决给予投资者相应赔偿。

（三）充分安全与保护条款

充分安全与保护（Full Protection and Security，简称FPS）条款，在部分BIT中也被称为持续安全和保护条款、最连续保护和保护条款、安全条款，通常是指东道国应依据BIT，严格审慎与恪尽职守地对暴力侵害进行阻止，努力“恢复到先前状态”并“惩罚侵害主体”。换言之，作为BIT缔约国的东道国有义务保护投资者免受来自东道国政府与私人的暴力侵害，在物理上为投资者的人身和财产提供一定程度的安全保障。FPS条款是双边和多边投资协定中最为常见的条款之一，如2006年中国—俄罗斯BIT第2条规定，“缔约一方应鼓励为缔约另一方的投资者在其领土内投资创造有利条件，并依照其法律和法规接受这种投资；缔约一方应根据其法律法规在其领土上对缔约另一方投资者的投资提供完全的保护；在不违反缔约方法律法规的情况下，缔约一方应对在本国境内从事与投资相关的活动的缔约另一方的国民在提供签证和工作许可方面予以优惠考虑”。

又如，1985年中国—泰国BIT第3条规定，“缔约方在顾及其计划和政策同时，应鼓励和促进缔约另一方国民和公司在其领土内的投资；缔约一方国民和公司在缔约另一方领土内的投资，应依缔约另一方的法律享有最持久的保护和保障”。

与我国新近对外签订的BIT相比，1985年中国—泰国BIT对FPS条款的表述有其特殊之处，即投资者仅能“依缔约另一方的法律”享有保护和保障。这意味着，东道国可以自行通过国内立法的方式决定给予投资者何种程度的保护和保障，这一程度可能很高，但也有非常低的可能，这对投资者而言极为不利。但这一做法与20世纪90年代我国相对保守的缔约实践密不可分。在20世纪90年代，尽管我国对外投资规模、体量实现了跨越式的发展，但在相当长时期内属于资本输入国^[23]，对由欧美国家主导的BIT具有天然的不信任感，拒绝过分让渡主权，在缔约过程中往往有意识地赋予东道国较大的规制权。

再如，USMCA第14.6(1)条规定，“各缔约方应根据习惯国际法给予所涵盖的投资以待遇，包括公正和公平的待遇以及充分的保护和安全的”。

FPS条款内含“积极义务”与“消极义务”的双重构造。积极义务要求东道国于私人武装侵害投资者的人身和财产的情形下，主动采取保护措施。关于此项义务的判断标准，理论上存有动态论与静态论两种观点：动态论主张，应综合考量东道国的国情、利益、资源和能力等具体情境，以判定其是否善尽保护之责；静态论则以UNCTAD观点为代表，强调东道国负有确保政治稳定不致对外国投资者造成负面影响的义务，其保护标准甚至应高于对国内投资者的保护水平。然而，在AAPL诉斯里兰卡案（AAPLv. SriLanka）中，仲裁庭持折中立场，认为应参照“合理谨慎”标准，即一个在类似情况下管理良好的政府为避免投资者损失所应采取的合理措施，据此认定积极义务并非“绝对义务”，而仅要求东道国达到合理谨慎的保护程度即可。消极义务则要求东道国自身不得实施侵害投资者的人身和财产的行为。例如，在白瓦特诉坦桑尼亚案（Biwater Gauffv. Tanzania）中，仲裁庭明确，FPS条款的适用范围不限于国家未能防范第三方损害的情形，亦涵盖国家机构及政府代理人的直接侵害行为。

（四）安全例外条款

安全例外条款最早被1947年《关税与贸易总协定》（General Agreement on Tariffs and Trade）所引入，通常是指在国际法实践中，一缔约国被允许以维护国家安全为由，例外地违反或不履行某些条约义务的条款。^[24]近年来，国家安全——包括类似的根本安全、危急情况——被越来越多的国家援引，以澄清、限制甚至排除本国应承担的国际义务，或不愿意承担新的国际义务。^[25]安全例外条款已被纳入中国对外签订的BIT和自由贸易协定（Free Trade Agreement，简称FTA）中，如2012年中国—加拿大BIT第33条第5款规定，“本协定中任何规定均不得被理解为：要求缔约方提供或允许获得其认定披露后将违背其根本安全利益的信息；阻止缔约方采取其认为保护其根本安全利益所必要的任何如下措施：（1）此类措施与武器，弹药和战争工具的贸易有关，并与直接或间接为军事或其他安全设施之目的而进行的其他货物、材料、服务和技术的贸易和交易有关，（2）在战时或其他国际关系紧急情况时采取的措施，或（3）此类措施与执行关于不扩散核武器或其他核爆炸装置的国家政策或国际协定有关；或阻止缔约方根据联合国宪章为履行维护国际和平与安全义务而采取行动”。

又如，2015年中国—韩国FTA规定，“本协定任何条款不得阻止一方为保护其国家安全利益而采取措施”。

安全例外条款是保障东道国规制权的一种“防御性条款”。^[26]有观点认为，当东道国处于武装冲突，并面临严重国家安全威胁而对投资者采取一定违反或不履行BIT义务的措施时，将能排除整个BIT的适用，包括一般补偿条款、特殊补偿条款和FPS条款等。但相反观点认为，安全例外条款的适用仅会影响BIT中部分或全部实体性权利的行使，并不影响东道国与投资者之间的争端解决。^[9]例如，在CMS诉阿根廷案（CMS v. Argentina）中，仲裁庭认为，安全例外条款的适用将会直接排除BIT实体性条款的施行。值得注意的是，BIT通常未就国家安全受威胁的程度设定明确阈值，以作为适用安全例外条款、排除东道国行为不法性或免除其保护义务的法定条件。武装冲突多涉及国防安全、军事安全等传统安全领域，故东道国为维护此类核心安全利益而采取可能损害投资者的人身和财产的措施时，原则上可以援引安全例外条款。然而，该条款的具体适用，必须满足“必要性”标准，即措施与维护国防安全、军事安全等目的之间存在合理关联，且符合比例原则。至于个案中如何判断某一措施的必要性，则应综合考量武装冲突的性质、规模、紧迫程度及措施的适度性等因素，难以预设抽象标准而需就具体案情逐一认定。

四、结论

在21世纪第三个十年的今天，百年未有之大变局加速演变，武装冲突作为当今国际社会最不稳定的因素之一，加剧地区的不稳定性，对全球经济、政治和社会产生深远的影响，海外投资保护面临前所未有的挑战。作为海外投资保护的核心法律工具——BIT——在武装冲突这种非常态下的适用成为各国理论和实务界关注的焦点。为此，本文通过对武装冲突情境下BIT的效力以及BIT中涉及武装冲突的条款类型及其适用问题的深入探讨，旨在鼓励我国海外投资者积极利用国际法规则维护自身合法权益，维护我国国家主权、安全、发展利益。

BIT作为一种旨在为投资者提供保护和保障的国际法措施，在武装冲突期间的适用不仅影响投资者的利益，还关乎国际投资法治的稳定性和可预测性。^[27]总体上，随着国际法理论和实践的发展，国际社会的主流观点认为，武装冲突不当导致条约的中止或终止。同时，BIT的不同条款在武装冲突情境下的适用具有差异性。一般补偿条款要求东道国提供非歧视待遇，如最惠国待遇、国民待遇。相比之下，特殊补偿条款要求东道国对因非战斗行为或情势必需造成的损失进行补偿，这无疑表明特殊补偿条款在武装冲突期间对投资者的保护更为全面。FPS条款在各国对外签订的BIT中普遍存在，其核心在于要求东道国为投资者及其投资提供“最持久的保护和保障”。FPS条款虽设定了较高保护标准，但其义务是相对的，即东道国需在其能力范围内尽到合理注意义务，而非绝对保护责任。安全例外条款作为保障东道国规制权的“防御性条款”，为东道国在特定情况下违反或不履行BIT义务提供了一定的法律空间。然而，如何界定东道国面临的国家安全风险以及合理地援引安全例外条款，仍需结合具体情况进行个案分析。

参考文献：

- [1] 蒋中麒,杜娟.非常态下的海外投资保护:武装冲突中双边投资条约与国际人道法的规范互动[J].国际经济法学期刊,2025,(02):121-139.

- [2] 冷新宇.武装冲突中保护投资的国际法规则[M].北京:人民出版社,2019.
- [3] 王祥山.非国际性武装冲突的国际人道法适用问题[M].北京:中国人民大学出版社,2011.
- [4] Christian J. Tams. State succession to investment treaties: mapping the issues[J]. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*,2016,31(2):314-343.
- [5] 马林静,齐冠钧,梁明.以高水平对外开放推动贸易强国建设:内在逻辑、赋能渠道与实践路径[J].*国际贸易*,2024,(08):17-26+96.
- [6] Jason Webb Yackee. Bilateral investment treaties, credible commitment, and the rule of international law: do BITs promote foreign direct investment?[J]. *Law & Society Review*,2008,(04):805-832.
- [7] Arnold Pronto. The effect of war on law: what happens to their treaties when states go to war?[J]. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*,2013,(02):227-241.
- [8] 何志鹏.逆全球化潮流与国际软法的趋势[J].*武汉大学学报(哲学社会科学版)*,2017,70(04):54-69.
- [9] Josef Ostřanský. The termination and suspension of bilateral investment treaties due to an armed conflict[J]. *Journal of International Dispute Settlement*,2015,6(01):136-162.
- [10] Odysseas G. Repousis, James Fry. Armed conflict and state succession in investor-state arbitration[J]. *Columbia Journal of European Law*,2015,(03):421-449.
- [11] Slavko Bogdanović. The International Law Association Helsinki Rules: contribution to international water law[M]//Brill Research Perspectives in International Water Law. Leiden: Brill,2019:1-110.
- [12] Lord McNair. *The Law of Treaties*[M]. Oxford: Oxford University Press,1986.
- [13] Michael J. Dennis. Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation[J]. *American Journal of International Law*,2005,99(01):119-141.
- [14] John F. Coyle. The treaty of friendship, commerce and navigation in the modern era[J]. *Columbia Journal of Transnational Law*,2012,(02):27-52.
- [15] 万鄂湘.国际条约法[M].武汉:武汉大学出版社,1998.
- [16] [德]鲁道夫·多尔查,[奥]克里斯托弗·朔伊尔.国际投资法原则[M].北京:中国政法大学出版社,2014.
- [17] 梁卓.武装冲突中的投资保护:“战争条款”的解释与适用[J].*国际法学期刊*,2024,(02):106-135+157-158.
- [18] 张膜心.双边投资条约在武装冲突情况下的适用问题研究[J].*国际经济法学刊*,2013,20(01):24-43.
- [19] Christoph Schreuer. Investment protection in times of armed conflict[J]. *The Journal of World Investment & Trade*,2022,23(05):701-715.
- [20] Tobias Ackermann. *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*[M]. Cambridge: Cambridge University Press,2022.
- [21] [德]卡尔·施米特.政治的神学[M].上海:上海人民出版社,2015.
- [22] Jure Zrilic. *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict*[M]. Oxford: Oxford University Press,2019.
- [23] 单文华,王鹏.均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析[J].*西安交通大学学报(社会科学版)*,2019,39(05):20-28.
- [24] 李晓玲.WTO 安全例外条款:实践演进、路径选择与中国因应[J].*国际法研究*,2023,(03):25-48.
- [25] 蔡从燕.国家的“离开”“回归”与国际法的未来[J].*国际法研究*,2018,(04):3-15.

- [26] Caroline Henckels. Investment treaty security exceptions, necessity and self-defence in the context of armed conflict[M]//International Investment Law and the Law of Armed Conflict. Cham: Springer International Publishing,2019:319-340.
- [27] 王贵国.百年变局下之国际法治——中华传统文化的视角[J].中国法律评论,2022,(01):1-22.