



出口管制安全化扩张与多边贸易体制规制

孙安艺 胡加祥*

摘要: 随着国家安全内核的延展,部分 WTO 成员将不断泛化的国家安全利益置于国际经贸规则之上,以维护国家安全为由任意实施出口管制,出口管制安全化扩张趋势明显。这些成员多诉诸安全例外条款进行抗辩,打破了解决贸易安全争端的“外交默契”,加剧了国家主权与多边贸易秩序的冲突,并暴露出 WTO 出口贸易纪律的片面性以及 WTO 争端解决机构应对出口管制安全化扩张的局限性。实践中,成员从自身需求出发诠释安全例外条款,在适用上产生了“完全自决逻辑”与“相对自决逻辑”的分化,映射出不同程度的现实主义国家主权理念选择。尽管 WTO 争端解决机构在涉及安全例外的数起争端中采纳了“相对自决逻辑”,试图限制对安全例外条款的滥用,实际审理中却很难确立统一、稳定的衡量标准。对贸易安全争端的“司法干预”可能加剧 WTO 合法性危机。对此,成员应就“相对自决逻辑”的实践范式善意寻求共识,在保留灵活空间的基础上,强化国际经贸规则对出口管制措施和安全例外条款援用的价值与程序约束,从而抑制成员滥施出口管制,纾解争端解决机构面临的压力。

关键词: 出口管制安全化 多边贸易体制 安全例外条款 国家安全 争端解决

一 问题的提出

近年来,“贸易政策安全化”(Securitization of Trade Policy)逐渐成为影响众多经济体涉外经贸立法的重要因素。根据主流的安全化理论,安全是主观建构的概念,当一国宣称有必要采取非常措施应对威胁时,其实际上具备将各类问题提升至国家安全层面的能力。^①为重塑自身优势地位,以美国为首的部分西方发达国家以维护国家安全为由,频繁采取歧视性贸易限制措施,试图通过援用安全例外条款^②合理化对市场的广泛干预,固有的多边贸易体制根基受到侵蚀。^③其中,

* 孙安艺,上海交通大学凯原法学院博士研究生;胡加祥,上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师。本文所用网络资源的最后访问时间均为 2024 年 5 月 15 日。

① See Benton J. Heath, “Trade and Security Among the Ruins”, (2020) 30 *Duke Journal of Comparative & International Law* 223, p. 228. 另参见竺彩华:《美国贸易政策安全化及其对世界贸易体系的影响》,载《外交评论》2022 年第 6 期,第 36 页。

② WTO 框架下的安全例外条款包括《1994 年关税与贸易总协定》(下文简称 GATT 1994)第 21 条、《服务贸易总协定》(下文简称 GATS)第 14 条之二和《与贸易有关的知识产权协定》(下文简称 TRIPS 协定)第 73 条等,措辞基本相同。区域经贸协定也普遍包含安全例外条款,允许缔约方在特定情形下为维护本国基本安全利益而背离协定义务。

③ See Tatiana L. Prazeres, “Trade and National Security: Rising Risks for the WTO”, (2020) 19 *World Trade Review* 137, p. 143.

出口管制 (Export Controls) 领域的安全化扩张尤为明显。传统意义上的出口管制,是指一国对关涉国防、外交等重大国家安全利益的货物、技术和服务等物项的出口、再出口和视同出口采取禁止或限制措施。^① 二战前,一国基本只在战时或国家特殊紧急情况下才以维护国家安全为由实施贸易禁运或军品出口管制。^② 二战后,“国家安全”作为一个综合、完整的概念开始在各国立法和政策文件中普遍出现。^③ 随着冷战结束,国际局势深刻变革,国家安全概念从相对稳定的政治与军事安全,演变为包含金融、经济、信息网络、科技、环境保护、公共卫生等一系列非传统安全利益在内的“新型国家安全”。^④ 在此过程中,美国等部分西方发达国家将出口管制的对象扩大至几乎所有具有潜在军事用途的民用物项,并扩张了域外适用条款,力求对竞争对手进行全面技术封锁,使出口管制在一定程度上成为服务其政治目的的工具,偏离了维护国家基本安全利益和国际和平的初衷。^⑤

换言之,出口管制安全化扩张的核心特征是“国家安全”内涵不当扩张,并成为部分国家滥施出口管制的“正当化”理由。在此基础上,任何民用材料、产品和技术都可能被解释为具有军用可能,从而沦为管制的对象。各种社会政策目标,如保护自然资源、促进产业发展、控制价格波动等,都可能被纳入国家安全范畴,成为实施出口管制所依据的“新型国家安全”要素。^⑥ 当发生贸易争端时,实施管制措施的国家往往援引国际贸易规则中的安全例外条款进行抗辩。

2022年12月12日,中国将美国对华半导体出口管制措施诉至WTO,指控美国滥用国家安全概念,威胁芯片产业链和供应链稳定,违反了GATT 1994、《与贸易有关的投资措施协定》(下文简称TRIMS协定)、TRIPS协定和GATS中的最惠国待遇、透明度原则以及普遍取消数量限制等条款。^⑦ 面

① 根据《中华人民共和国出口管制法》第2条,“视同出口”指“中华人民共和国公民、法人和非法人组织向外国组织和个人提供管制物项”的行为。该法第45条还将再出口、过境、转运、通运以及从保税区出口等行为纳入管制范围,但并未明确“再出口”的定义,相关法律对此亦无规定。“过境”“转运”和“通运”的定义在《中华人民共和国海关法》第100条有所释明。

② See Harold J. Berman, “The Export Administration Act: International Aspects”, (1980) 74 *American Society of International Law Proceedings* 82, p. 82.

③ 参见吴庆荣:《法律上国家安全概念探析》,载《中国法学》2006年第4期,第64页。美国于1947年通过《国家安全法》,率先将“国家安全”这一内涵模糊的政治性概念纳入专门立法。See Benton J. Heath, “National Security and Economic Globalization: Toward Collision or Reconciliation?”, (2019) 42 *Fordham International Law Journal* 1431, p. 1434.

④ See Benton J. Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, (2020) 129 *Yale Law Journal* 1020, p. 1020; Hitoshi Nasu, “The Expanded Conception of Security and International Law: Challenges to the UN Collective Security System”, (2011) 3 *Amsterdam Law Forum* 15, p. 18. 另参见杜明:《国家安全的国际经济法回应——以华为诉瑞典仲裁案为例》,载《国际法研究》2023年第5期,第9页。

⑤ See Heejin Kim, “Global Export Controls of Cyber Surveillance Technology and the Disrupted Triangular Dialogue”, (2021) 70 *International & Comparative Law Quarterly* 379, p. 386; Judith Goldstein and Robert Gulotty, “America and the Trade Regime: What Went Wrong?”, (2021) 75 *International Organization* 524, p. 541.

⑥ 在此意义上,“出口管制安全化”可以与“出口限制安全化”画上等号。“出口限制”(Export Restraints/Restrictions)涵盖一国出于保护自然资源、促进产业发展、控制价格波动、维护社会公共利益等目的,通过出口禁令、出口税、最低出口价格或出口配额等措施,对各种原材料或制成品及相关技术的出口实施限制的行为,其政策目标和限制对象更广泛、手段也更加多元,应被视为出口管制的上位概念。See *United States – Measures Treating Export Restraints as Subsidies*, WT/DS194/R (29 June 2001), para. 8. 76; *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (22 February 2012), paras. 321 – 326.

⑦ *United States – Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies*, Request for Consultations by China, WT/DS615/1 (15 December 2022).

对中国的申诉，美国接受磋商请求时明确表示被诉出口管制措施关涉国家安全，属于政治问题，WTO 争端解决机构无权进行审理。^① 2023 年 11 月 15 日，中美两国领导人在旧金山会晤中同意就出口管制等事项推进并启动双边机制性磋商。^② 该案未来走向并不明朗，但其产生于全方位、多层次和常态化的中美战略竞争新格局之下，反映了处理出口管制安全化扩张的现实紧迫性。当前，国际法学界对于国际贸易与投资争端中安全例外条款的解释与适用问题，已作了诸多有益探索。^③ 但既有文献在出口管制安全化扩张的国际规制问题上，关注仍显不足。有关出口管制的研究主要聚焦于美国等典型国家出口管制立法及其政策趋势的解读，对出口管制的多边法律规制问题鲜有深入探讨。^④ 鉴于此，本文从多边贸易体制视角审视出口管制安全化扩张问题，深入剖析当前多边法律规制所面临的困境，并提出应对策略，以期对日益突出的贸易安全问题提供化解思路。

二 出口管制安全化扩张的多边法律规制局限

WTO 自建立伊始即重点关注扩大市场准入和削减市场壁垒，对成员大量实施出口管制认识不足。^⑤ 虽然其出于贸易自由化宗旨对成员实施出口管制作了一定实体和程序性约束，但出口管制措施是否合规主要取决于该成员能否成功援引例外条款。实践中，相关争端的解决基本上都是围绕例外规则的适用展开的。随着国际关系复杂化，安全例外条款的争议性愈加突出，很大程度上体现了多边贸易规则对出口管制滥用的规制失灵。

（一）WTO 出口贸易纪律：专门性与体系性欠缺

WTO 框架下，与出口管制相关的规定散见于 GATT 1994、TRIMS 协定和 GATS 等协定的诸多条款之中。这些条款往往在对进口限制进行约束时附带提及出口，缺乏专门性和针对性。此外，WTO 在出口关税领域显失公平的规则安排，在技术与服务出口贸易上的规制缺位，以及对透明度等程序性义务的执行监督不力，也暴露出其出口贸易纪律的片面性。

① *United States – Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies*, Communication from the United States, WT/DS615/2 (22 December 2022).

② 《王毅介绍中美元首旧金山会晤达成的共识和成果》，中国外交部官网，2023 年 11 月 16 日，https://www.fmprc.gov.cn/wjzbhd/202311/t20231116_11181435.shtml。

③ 参见梁咏：《论国际贸易体制中的安全例外再平衡》，载《法学》2020 年第 2 期；彭阳：《国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对》，载《国际法研究》2022 年第 5 期；李晓玲：《WTO 安全例外条款：实践演进、路径选择与中国因应》，载《国际法研究》2023 年第 3 期；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》，载《法学杂志》2023 年第 2 期。See also Hannes L. Schloemann and Stefan Ohlhoff, “‘Constitutionalization’ and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, (1999) 93 *The American Journal of International Law* 424; Anthea Roberts et al., “Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment”, (2019) 22 *Journal of International Economic Law* 655; Julien Chaisse and Georgios Dimitropoulos, “Domestic Investment Laws and International Economic Law in the Liberal International Order”, (2023) 22 *World Trade Review* 1.

④ 参见欧福永、罗依凯：《美国〈2018 年出口管制法〉评析与启示》，载《河北法学》2022 年第 2 期；陈波、张晓洁：《美国两用物项出口管制：最新进展与可能影响》，载《国际贸易》2020 年第 10 期；赵明昊：《地缘技术视角下的美国对华芯片遏压》，载《国际问题研究》2023 年第 5 期。See also Nina M. Hart and Christopher A. Casey, “Transatlantic Leadership in an Era of Human Rights-Based Export Controls”, (2024) 27 *Journal of International Economic Law* 130.

⑤ See Baris Karapinar and Kateryna Holzer, “Legal Implications of the Use of Export Taxes in Addressing Carbon Leakage: Competing Border Adjustment Measures”, (2012) 10 *New Zealand Journal of Public and International Law* 15, p. 17.

第一，WTO 规则体系缺乏专门的出口贸易纪律，GATT 1994 第 11 条是约束出口管制措施的主要条款。^① 该条第 1 款规定，任何成员不得对出口至任何其他成员的产品“设立或维持除关税、国内税或其他费用外的禁止或限制”。通过对人、物或行为施加限制条件而对产品进出口数量产生“限制性效果”的任何措施均受该款约束。^② TRIMS 协定第 2 条亦禁止成员实施与 GATT 1994 第 11 条义务不一致的与贸易有关的投资措施，包括“限制企业产品出口或销售供出口的产品”。据此，成员有义务取消出口许可等数量限制措施。虽然 GATT 1994 第 11 条第 2 款 (a) 项允许成员为防止或缓解粮食等必需品严重短缺而实施临时性出口限制，但争端解决机构尚未就该义务豁免条款确立明确判断标准。上诉机构在“中国原材料案”中提出援引该豁免条款必须同时满足 3 个条件，即“临时性”（为解决紧急需求而临时适用）、“必要性”（适用于绝对必要和不可或缺的产品）和“严重短缺”（情形至关重要，已达到决定性的转折点）。^③ 中国因未能证明被诉措施符合“临时性”和“严重短缺”要件而被裁定违反 GATT 1994 第 11 条。因此，适用该义务豁免条款的条件实际上是非常严苛的。

与普遍取消数量限制义务的严格适用相反，WTO 原则上并不限制出口税。GATT 1994 第 2 条“减让表”仅针对货物进口规定了关税减让义务，绝大多数成员并未对出口税税率作出任何承诺。^④ 而过高的出口税实际上能带来与出口禁止同样的效果，将大大削弱 GATT 1994 第 11 条对出口数量限制的规制作用。^⑤ 不仅如此，根据上诉机构在“中国原材料案”中的裁决，由于中国在《中国入世议定书》第 11 条第 3 款及附件 6 中所作的出口税减让承诺缺乏援引 GATT 1994 例外条款的措辞，因此在该案中无法援引相关例外条款为背离出口税承诺作抗辩。^⑥ 这种近乎“无条件”的出口税减让义务可能导致部分作出承诺的成员丧失保护其基本安全利益及可持续发展的必要手段。^⑦

第二，成员实施出口管制须遵守非歧视原则，但实践中背离该原则的出口管制措施时有发生。GATT 1994 第 13 条是一般最惠国待遇在实施进出口数量限制领域的具体应用。根据该条规

① See Umair Ghori, “Three Lessons on the Construction of Export Controls under WTO Law”, (2020) 39 *University of Queensland Law Journal* 85, p. 86.

② *India – Measures Affecting the Automotive Sector*, WT/DS146/R, WT/DS175/R (5 April 2002), paras. 7.269 – 7.270; *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (22 February 2012), paras. 319 – 320; *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R and Corr. 1 (16 February 2001), para. 11.17.

③ *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (22 February 2012), paras. 321 – 326.

④ WTO 的 164 个成员中，在其入世议定书或入世工作组报告中对出口税作出具体承诺的仅 11 个，包括中国、保加利亚、克罗地亚、爱沙尼亚、格鲁吉亚、拉脱维亚、尼泊尔、沙特阿拉伯王国、乌克兰、汤加和越南；还有 4 个成员在其关税减让表中纳入了出口税减让承诺，即澳大利亚、阿富汗、哈萨克斯坦和俄罗斯。

⑤ See Jeonghoi Kim, “Recent Trends in Export Restrictions”, OECD Trade Policy Papers No. 101, 19 July 2010, p. 16, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5kmbjx63sl27-en.pdf?expires=1701862942&id=id&accname=guest&checksum=E408DAEAE733311B45D17FA9A1331468>.

⑥ *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (22 February 2012), paras. 284 – 287. 《中国入世议定书》除第 3 条、第 9 条和第 11 条第 3 款外，其他条款均通过“符合 GATT 1994”或“符合《WTO 协定》的规定”等或明确或概括的措辞纳入了对 GATT 1994 例外条款的援引，因此大多数情形下中国可以援引 GATT 1994 例外条款进行抗辩。参见贺小勇：《〈关税及贸易总协定〉第 20 条与“议定书”的法律关系辨析——理性看待“中国原材料案”裁决》，载《法学》2012 年第 6 期，第 61—64 页。

⑦ See Julia Ya Qin, “Reforming WTO Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources, Economic Development and Environmental Protection”, (2012) 46 *Journal of World Trade* 1147, pp. 1148, 1172. 另参见黄志雄：《认真对待可持续发展——中国原材料出口限制争端及其启示》，载《当代法学》2013 年第 1 期，第 132—133 页。

定，任何成员不得禁止或限制向任何其他成员领土出口任何产品，除非向所有第三方出口的同类产品同样受到禁止或限制。换言之，同类产品必须受到同等对待，成员不得仅对特定目标成员实施出口管制，而不对其他成员实施同样的出口管制。2019年启动的“日本出口管制措施案”中，韩国以日本将其移出“白名单国家”、对韩出口氟化氢等产品和技術（半导体原材料）不再实施批量许可为由，指控日本违反了GATT 1994第1条和第13条的最惠国待遇原则及要求，因为日本并未对同类产品出口至其他成员施加类似的出口管制措施。^① 美国出口管制国别政策所表现出的国家间差别待遇同样有违反最惠国待遇之嫌。^② 美国2022年底开始施行的对华出口管制新规，意图全面禁止中国获取任何使用美国技术或设备制造的先进芯片和超级计算机产品，但未禁止其他大部分国家从美国获取同类芯片和超级计算机产品。

第三，WTO与出口管制相关的实体规则主要适用于有形货物，对技术及相关服务的出口管制尚存较大规制空白。GATS在规范服务贸易方面，并未包含与GATT 1994第11条普遍取消数量限制义务相当的规定。GATS项下的其他纪律保障，如最惠国待遇、市场准入和国民待遇，亦主要面向外国服务提供者而非服务接受者。换言之，GATS的市场开放纪律主要针对服务贸易的进口而非出口。只有当成员对在本国或地区设立的商业存在实施出口管制时，才有可能违背GATS义务。^③ “商业存在”是指外国服务提供者通过在其他成员（服务进口方）境内设立商业机构的方式来提供服务，是GATS所认可的4种服务提供模式之一。依据GATS第16条第1款，若成员已允许外国服务提供者在其本国或地区设立商业存在并提供服务，且其具体承诺减让表中并未针对服务出口列明任何限制，理论上该成员就不得再任意限制此种服务的出口，否则可能消解其作出的服务贸易市场准入承诺，有悖国际服务贸易逐步自由化的目标。^④ 但在其他3种服务贸易模式（跨境交付、境外消费、自然人流动）下，成员对限制服务贸易出口享有相当宽泛的规制空间。就技术贸易而言，各成员原则上也有权自由限定技术进出口范围，只有当成员以限制技术出口为目的限制货物或服务贸易时，才可能违反WTO规则。这些缺乏体系性的出口管制纪律增加了利用WTO体系解决相关贸易争端的复杂性和不确定性。

第四，在WTO程序规则方面，成员实施出口管制须受透明度原则和正当程序约束，以保障其他成员的知情权和救济权。然而，因缺乏有效的惩戒机制，成员履行通知等程序性义务的情况并不理想，不利于促进政府间就出口管制问题展开双多边对话和增强互信。GATT 1994第10条第3款为成员规定了最低标准的正当程序原则，要求成员保持法律适用的一致性和可预测性，并为受行政行为影响的相对方提供公正、独立的救济程序。透明度原则主要体现在公开和通知义务上。GATT 1994第10条第1款规定，任何有关进出口限制的“普遍适用的法律法规、司法判决和行政裁定”均应迅速公布。根据WTO既往裁决，立法、行政或司法机关发布的具有一定权威

① *Japan – Measures Related to the Exportation of Products and Technology to Korea*, Request for the Establishment of a Panel by the Republic of Korea, WT/DS590/4 (19 June 2020), p. 4.

② 美国出口管制制度的国别政策意在针对不同组别国家适用不同的出口管制政策，主要国别分组清单包含《国际武器贸易条例》（*International Traffic in Arms Regulations*）第126.1条“军品禁运国家清单”和《出口管制条例》（*Export Administration Regulations*）第738节附录一“商业国家列表”以及第740节附录一“国家分组表”。

③ See Iryna Bogdanova, “Targeted Economic Sanctions and WTO Law: Examining the Adequacy of the National Security Exception”, (2021) 48 *Legal Issues of Economic Integration* 171, pp. 184 – 185.

④ GATS第16条第1款规定：“对于通过第1条确认的服务提供方式实现的市场准入，每一成员对任何其他成员的服务和服务提供者给予的待遇，不得低于其在具体承诺减让表中同意和列明的条款、限制和条件。”

性的文件即使在其国内不具有“约束力”，也应予以公开。^①在“中国原材料案”中，中国不公开原材料出口配额总量的行为就被裁定违反了GATT 1994第10条的公开义务。^②2017年生效的《贸易便利化协定》（Agreement on Trade Facilitation）还要求成员在可行范围内向利益相关方提供就相关法律法规进行评论和磋商的机会。根据《数量限制措施通知程序的决定》，成员实施进出口禁止、配额、非自动许可和最低价格等10种数量限制措施，均须履行通知义务。^③这意味着，成员的出口管制立法、管制清单、管制实施情况等均应及时公开并通知WTO相关机构。然而，根据WTO于2020年发布的《出口禁止与限制》报告，仅有39个成员（包括欧盟）将本国所有现行有效的数量限制措施依约通知了秘书处。^④自2022年起的最新统计数据显示，截至目前，共计55个成员已经部分履行数量限制措施通知义务。^⑤这一数字相对于WTO庞大的成员基数而言，仍然较为有限。

（二）安全例外条款解释分歧：“完全自决逻辑”与“相对自决逻辑”

对于涉嫌违反WTO出口贸易纪律的措施，出口管制实施方普遍诉诸安全例外条款，将维护国家安全作为实施歧视性出口管制措施的“挡箭牌”。GATT 1994第21条安全例外条款^⑥不存在禁止构成“任意或不合理歧视的手段”或“对国际贸易的变相限制”等约束，且通过“其认为”（it considers）的表述赋予成员自主决定其“基本安全利益”的权利。该“自决权”是否应受争端解决机构审查以及应在多大程度上受到限制，是解释安全例外条款的争议焦点。当前成员对于安全例外适用的解读大致可分为两个阵营，即“完全自决逻辑”和“相对自决逻辑”。

美国是“完全自决逻辑”的主要支持者，其将国际经贸领域的安全例外争端定性为“政治或地缘政治争端”，坚决反对WTO争端解决机构进行审查。^⑦即使在“俄罗斯运输限制措施案”（*Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*）中，美国作为第三方，亦与俄罗斯一道反对专家组对安全例外的援用进行审查。相比之下，“相对自决逻辑”在已公开表态的成员中占据多数，

① *European Communities and its Member States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R (21 September 2010), paras. 7.1026 – 7.1027.

② *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (22 February 2012), para. 7.803.

③ WTO, *Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions*, G/L/59/Rev.1 (22 June 2012).

④ WTO iLibrary, *Export Prohibitions and Restrictions*, Working Paper, 28 April 2020, p.15, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/827540bd-en.pdf?expires=1633784430&id=id&accname=guest&checksum=0A30E6F914426B6BBFCA0207843A6CD8>.

⑤ WTO, “Notification Portal: Quantitative Restrictions”, WTO official website, <https://notifications.wto.org/en/notification-status/quantitative-restrictions>.

⑥ GATT 1994第21条规定如下：

本协定的任何规定不得解释为：

(a) 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；或

(b) 阻止任何缔约方采取其认为对保护其基本安全利益所必需的任何行动：

(i) 与裂变物质或衍生此类物质的物质有关的行动；

(ii) 与武器、弹药和作战物资的交易有关的行动，及与直接或间接用于供应军事机关的其他货物或物资的交易有关的行动；

(iii) 在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动；或

(c) 阻止任何缔约方为履行其在《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。

⑦ *Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WT/DS567/R (16 June 2020), paras. 7.8 – 7.16.

这些成员重视维护国家主权与自由贸易利益的相对平衡。例如，新加坡明确表示其积极以第三方身份参与安全例外诉讼的主要目的是推动专家组在维护基于规则的多边贸易体系完整性和成员保护其基本安全利益的能力之间达到适当平衡。^① 中国也将“善意”原则视为援引安全例外的基本要素，并主张专家组在审查时保持极度谨慎：一方面，防止任何滥用安全例外、恶意逃避协定义务的行为；另一方面，不应取消或损害成员对自身安全问题的自由裁量权。^② 部分成员在利益平衡原则的基础上，试图为专家组提出客观审查方法和标准。例如，日本提出4项安全例外适用准则：一是援引方的自由裁量权不是无限的；二是援引方须说明争议措施与维护其基本安全利益存在合理联系；三是专家组应从援引方角度审查基本安全利益；四是援引 GATT 1994 第 21 条 (a) 款信息披露例外不能免除 GATT 1994 第 21 条 (b) 款下的举证责任。^③

可以发现，无论是“完全自决逻辑”抑或“相对自决逻辑”，均体现了现实主义国家主权理念，本质上遵循国家安全利益的优先性。美国所推崇的“完全自决逻辑”直接反映出其对国家主权的强诉求和自由贸易立场回退的倾向，这可能为恣意实施单边贸易制裁大开方便之门，引发国家间的紧张对抗。然而，试图将高度法律主义的国际贸易治理置于灵活复杂的权力现实之上，似乎也是一种理想主义的构想。鲜有成员愿意将关涉国家安全的贸易争端全权交给国际争端解决机构等第三方处理，因为这可能使成员在世界舞台中丧失定义贸易与安全关系的主动性。^④ 实践已表明，即使是被誉为国际法治典范的 WTO 争端解决机构，也无法摆脱成员中心主义的桎梏，获得真正的独立司法权，这一点与其他国际争端解决机构并无本质不同。^⑤ 因此，大部分成员认可的基于“相对自决逻辑”的制度构造，是介于法律主义和现实主义的中间道路。但“相对自决逻辑”的实践范式尚无清晰共识，成员对争端解决机构的审查权限作出了不同程度的界分。例如，俄罗斯在“俄罗斯运输限制措施案”裁决后不再强硬坚持“完全自决”立场，开始承认有限的法律主义，认为争端解决机构无权确定成员为保护其基本安全利益所采取的行动是否确实必要，但须评估被诉成员在实施争议措施时是否“善意”行事，以及争议措施是否符合 GATT 1994 第 21 条 (b) 款任一子项的要求。^⑥ 欧盟在关贸总协定时期是“完全自决逻辑”的拥护者，欧共同体驻关贸总协定大使曾指出“解决国家安全领域的争端并非关贸总协定的职能”。^⑦ 但近年来，欧盟采取了相对较严的法律主义立场对安全例外条款进行解释。在“俄罗斯运输限制措施案”中，欧盟作为第三方指出，援引 GATT 1994 第 21 条 (a) 款信息披露例外的成员“应充分解释不能与专家组分享特定信息的原因”，否则专家组可以作出不利推论。^⑧ 在欧盟看来，“纯粹

① *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R and Add. 1 (26 April 2019), p. 99.

② *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, Addendum, WT/DS512/R/Add. 1 (5 April 2019), Annex D – 4, para. 9.

③ *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, Addendum, WT/DS512/R/Add. 1 (5 April 2019), Annex D – 6, paras. 22 – 25.

④ See Benton J. Heath, “Trade and Security Among the Ruins”, (2020) 30 *Duke Journal of Comparative & International Law* 223, p. 261.

⑤ 参见肖冰：《国际法治、国际法律秩序变革与中国的角色——兼及世界贸易组织的危机与改革》，载《外交评论》2021年第2期，第116页；韩立余：《世界贸易组织的一般国际法考察》，载《清华法学》2023年第6期，第150—159页。

⑥ *United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, Addendum, WT/DS544/R/Add. 1 (9 December 2022), Annex C – 8, paras. 14 – 19.

⑦ John H. Jackson et al., *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials, and Text* (Thomson/West Publishing, 5th edn, 2008), p. 1081.

⑧ *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, Addendum, WT/DS512/R/Add. 1 (5 April 2019), Annex D – 5, paras. 12 – 13, 28 – 30.

的经济利益或次要的安全利益”都不是真正与国家安全相关的“基本安全利益”。^①对于“善意”的判断标准，欧盟也提出专家组须综合平衡一系列因素，包括目标的重要性、争议措施对该目标的贡献、争议措施对国际贸易的限制性影响等，来评估被诉成员是否真诚地相信其采取的措施对于保护其基本安全利益是必要的。^②这些主张若被接受，将对成员援引安全例外条款的积极性和解释本国或地区基本安全利益的自由形成较大程度的钳制。但实践中，如何对安全例外条款中模糊的适用要求进行合理解读，并据此妥善平衡贸易利益与安全价值，从法律和技术层面而言都绝非易事。

三 出口管制安全化扩张的争端解决实践困境

由于国家安全问题的政治敏感性，关贸总协定缔约方与WTO成员对安全例外条款的“司法适用”表现出了显著的克制。但近年来，一系列贸易安全争端涌现并被提交至WTO争端解决机构，开启了安全例外条款的“司法干预”^③实践。尽管此举旨在加强对安全例外条款滥用行为的限制，但充满不确定性的“司法干预”亦对WTO权威构成严峻挑战。

（一）安全例外条款适用：从“外交默契”到“司法干预”的嬗变

纵观GATT/WTO争端解决历史，关贸总协定缔约方和WTO成员之间普遍存在着通过磋商等外交渠道解决安全担忧的默契。早在1949年，捷克斯洛伐克就指控美国的出口许可制度违反非歧视原则和普遍取消数量限制义务，但美国辩称，GATT 1947第21条安全例外为其实施的出口管制措施提供了合法性依据。^④1949年关贸总协定缔约方会议认定美国没有违反其协定义务，捷克斯洛伐克在表决中投出了唯一的反对票。美国后来以此为依据，坚持主张成员对国家安全问题享有完全自决权。^⑤在其后对尼加拉瓜和古巴的贸易禁运争端中，美国同样援用安全例外进行抗辩。^⑥1986年美国—尼加拉瓜贸易争端虽成立了专家组，但该案专家组是根据特殊职权范围设立的，无权审查美国援引安全例外条款的有效性。^⑦欧共体也曾援引GATT 1947第21条为其针对阿根廷和南斯拉夫采取的贸易限制措施作辩护。^⑧这些在关贸总协定时期涉及进出口贸易限制的

① *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, Addendum, WT/DS512/R/Add.1 (5 April 2019), Annex D – 5, para. 19.

② *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, Addendum, WT/DS512/R/Add.1 (5 April 2019), Annex D – 5, paras. 21 – 22.

③ 严格来说，WTO争端解决机构并非传统意义上的司法机构，其运作基石在于成员共识，且裁决结果有赖争端参与方的自愿执行。笔者暂且将其职能表述为“司法干预”。关于国际争端解决机制“司法性”的判断标准，学界及各WTO成员之间存在显著分歧。相关探讨可参见赵宏：《从“契约”到“准司法”——国际争端解决的发展进路与WTO争端解决机制改革》，载《清华法学》2023年第6期。

④ GATT Council, Summary Record of the Twenty-Second Meeting (Statement of Czechoslovakia), GATT/CP.3/SR.22, 8 June 1949, pp. 5 – 6; Reply by the Vice-Chairman of the United States Delegation, Mr. John W. Evans, to the Speech by the Head of the Czechoslovak Delegation Under Item 14 on the Agenda, GATT/CP.3/38, 2 June 1949, p. 9.

⑤ *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, Addendum, WT/DS512/R/Add.1 (5 April 2019), Annex D – 10, para. 13.

⑥ See Bashayer H. Ahbabi *et al.*, “An Analysis of Export Restriction Rules and Proposals under the WTO”, (2018) 1 *International Review of Law* 45, p. 50.

⑦ *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, L/6053 (13 October 1986). 该案专家组报告并未获得通过，1990年美国宣布国家安全紧急状态结束，解除了对尼加拉瓜的贸易禁运。

⑧ *EEC – Trade Measures Taken for Non-Economic Reasons*, Communication from the Permanent Mission of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, DS27/2 (10 February 1992).

敏感争端最终均是通过磋商、谈判等外交渠道解决的，未经历完整的（准）司法程序。当时关贸总协定的争端解决机制作用也较为有限，无论是成立专家组还是通过专家组报告，均需全体缔约方一致同意，协商一致原则导致争端任何一方都可能阻碍裁决的通过。

GATT 1947 前身《建立国际贸易组织哈瓦那宪章》（Havana Charter for an International Trade Organization）的谈判资料显示，当时谈判各方一致认为：在制约例外条款适用上发挥主导作用的是以成员“善意”为基础的外交和政治手段。^① 这一“外交默契”得以运行有其现实基础：一方面，关贸总协定作为临时性、事实上的国际组织，缺乏有力的决策及执行机制，若卷入国家安全争端，不仅可能牺牲其一致性目标，还可能因丧失美国等重要缔约方的支持而难以为继，“脆弱的关贸总协定既无能力也无威望对国家安全措施进行审查”；^② 另一方面，关贸总协定建立时缔约方普遍对经济一体化持有乐观预期，当时自由贸易尚未受到产业链安全等地缘经济关切的显著影响，且美国等主要缔约方具有明显经济引领优势，需要依托关贸总协定维持并深化与贸易伙伴的“依附性团结关系”，加强其资本对外输出，推动形成产业优势互补的国际经济布局。这些客观条件为解决争端的“外交默契”提供了经济层面的源动力。^③ 为维系这一默契，关贸总协定于1982年特别通过一项关于GATT 1947第21条安全例外的决定，明确指出诉诸安全例外条款可能扰乱国际贸易秩序，并要求援引方履行通知义务。^④

WTO 成立后，冷战已结束，国际经济关系朝着更加开放、共赢的方向前进，成员延续了关贸总协定时期形成的“外交默契”，对安全例外的援引整体上仍保持显著克制。徐崇利教授将国际贸易争端区分为“法律性国际贸易争端”与“政治性国际贸易争端”，认为后者涉及败诉方和当事方重大利益，不宜由国际争端解决机构作出刚性裁决，更适合由各方通过谈判，以国际立法的方式予以解决。^⑤ 在2014年“中国稀土案”中，中国虽然表明对稀土出口实施限制是出于国家安全目的，但在争端解决过程中并未援引GATT 1994第21条安全例外进行抗辩，这反映了前述考量。^⑥ 新冠疫情期间，成员对关键医疗物项实施出口限制也普遍以GATT 1994第11条第2款（a）项的“严重短缺”和第20条（b）项“保护人类生命或健康”为依据，^⑦ 仅美国等个别成员同时提及“基本安全利益”。^⑧ 日韩出口管制争端历经3年多磋商后于2023年达成了和解方案。日本经济产业省宣布修改其《出口贸易管制令》，取消对韩出口的3类物项的管制措施。韩

① See Benton J. Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, (2020) 129 *Yale Law Journal* 1020, pp. 1052 – 1053; Mona Pinchis-Paulsen, “Trade Multilateralism and U. S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions”, (2020) 41 *Michigan Journal of International Law* 109, p. 172.

② Carla L. Reyes, “International Governance of Domestic National Security Measures: The Forgotten Role of the World Trade Organization”, (2009) 14 *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 531, p. 559.

③ See Kathleen Claussen, “Trade’s Security Exceptionalism”, (2020) 72 *Stanford Law Review* 1097, p. 1139. 另参见余盛峰：《从GATT到WTO：全球化与法律秩序变革》，载《清华法治论衡》2014年第1期，第94页。

④ GATT Council, *Decision Concerning Article XXI of the General Agreement*, L/5426 (2 December 1982).

⑤ 参见徐崇利：《“政治性国际贸易争端”的裁判解决》，载《法商研究》2009年第3期，第112—113页。

⑥ *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R (26 March 2014).

⑦ “COVID – 19: Measures Affecting Trade in Goods (As of 8 May 2024)”, WTO official website, https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_related_goods_measure_e.htm.

⑧ *United States Notification Pursuant to the Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions*, G/MA/QR/N/USA/4/Add.1 (14 May 2020).

国则以撤回 WTO 申诉作为回应。^① 虽然在该案中日本声称安全例外条款“充分承认 WTO 成员采取出口管制政策和实施出口管制的权利，以防止出口物项被用于军事用途”，^② 但日本也明确表示“对话是解决这一问题的最佳途径，而非争端解决机制”。^③

然而，这一“外交默契”自美国特朗普执政起被逐渐打破。从对钢铝制品、汽车零部件的国家安全调查，到以国家安全名义持续控制各种军民两用物项的出口，美国政府一系列基于安全例外的歧视性进出口贸易限制措施引发了一波 WTO 诉讼潮。自 2019 年起，WTO 专家组已处理 7 起成员援引安全例外条款的争端（其中 4 起涉及美国钢铝关税措施），使安全例外条款的涵义在连续的争端解决实践中得到进一步澄清。中国、欧盟、日本和新加坡等成员均在多起案件中就安全例外条款的适用问题提交书面意见，成为专家组报告的重要参考。

（二）WTO 争端解决机构对滥用安全例外条款的限制

在近年来的安全例外争端裁决中，WTO 专家组采纳了“相对自决逻辑”，谨慎地强化了对安全例外条款滥用的限制，反映了国际社会遏制贸易政策安全化扩张的客观需求。这主要表现在 4 个方面：一是强调争端解决机构对安全例外适用具有审查权；二是将一般法律原则引入对安全例外条款的解释，确立了援引方的“善意”证明义务；三是严格限缩对“国际关系中的紧急情况”等客观约束条件的解释；四是限制成员通过 GATT 1994 第 21 条（a）款信息披露例外来规避“善意”证明义务。

“俄罗斯运输限制措施案”首次对安全例外争端作出裁决。该案专家组指出 GATT 1994 第 21 条（b）款之下的 3 项客观情形共同限制了“其认为”一词赋予成员的自决权。^④ 对于“政治问题”不可诉主张，专家组援引国际法院先例，强调只要争端涉及“能够取得法律答案的法律问题”，其就有义务行使管辖权，而不论争议法律问题的政治背景或其他政治因素如何。^⑤ 对于俄罗斯是否“善意”援引安全例外，专家组采取了较低的审查标准，包括两层要求：一是说明俄罗斯区别于普通安全利益的“基本安全利益”受到了“国际关系中紧急情况”的影响；二是说明俄罗斯所采取的限制措施与保护该基本安全利益之间存在最低限度的合理联系。^⑥ “沙特阿拉伯知识产权保护案”专家组也沿用了该“善意”义务分析框架。^⑦

2022 年底相继审结的“美国钢铁和铝产品案”（*United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products*）和“美国原产地标记案”（*United States – Origin Marking Requirement*）裁决，

① *Japan – Measures Related to the Exportation of Products and Technology to Korea*, Communication from Korea, WT/DS590/5 (24 March 2023). 另参见《日政府宣布对韩半导体出口管制措施已解除》，中国出口管制信息网，2023 年 3 月 30 日，<http://exportcontrol.mofcom.gov.cn/article/gjdt/202303/792.html>。

② WTO News, “Panels Established to Review Indian Tech Tariffs, Colombian Duties on Fries”, 29 June 2020, https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/dsb_29jun20_e.htm。

③ WTO News, “Panels Established to Review Indian Tech Tariffs, Japanese Export Restrictions, EU Palm Oil Measures”, 29 July 2020, https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/dsb_29jul20_e.htm。

④ *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R and Add.1 (26 April 2019), paras. 7.54 – 7.65.

⑤ *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R and Add.1 (26 April 2019), footnote 183. See also *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter)*, I. C. J. Reports, Advisory Opinion of 20 July 1962, p. 155.

⑥ 参见何华：《知识产权保护的安全例外研究——由〈TRIPs 协定〉第 73 条展开》，载《中外法学》2019 年第 3 期，第 835 页。

⑦ *Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WT/DS567/R (16 June 2020), para. 7.281.

试图进一步限制成员任意援用安全例外。专家组在大篇幅考察 GATT 1994 第 21 条的语法结构、上下文、缔约宗旨及谈判历史的基础上，重申 GATT 1994 第 21 条 (b) 款的 3 项情形不属于成员完全自决的范围，且“国际关系中的紧急情况”对国际关系的影响在严重程度必须“至少与战争相当”。^①考虑到美国与相关成员在诸多领域保持着友好关系及紧密经贸合作，专家组裁定并不存在美国所主张的“国际关系中的紧急情况”。^②值得一提的是，“美国原产地标记案”专家组首次阐释了 GATT 1994 第 21 条 (a) 款信息披露例外的性质，对约束安全例外条款的滥用意义重大。该款规定，不得要求任何成员“提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息”。美国曾依该款拒绝向捷克斯洛伐克披露出口管制的战略物项标准等必要信息。^③在“俄罗斯运输限制措施案”中，俄罗斯也依该款拒绝提供其首次书面陈述以外的事实及法律论据，但专家组并未对俄罗斯援引该款的有效性作出判断，仅依据“公开的”信息和“假设的”事实完成了事实调查。^④因此成员可能利用 GATT 1994 第 21 条 (a) 款规避 (b) 款的举证责任。^⑤“美国原产地标记案”专家组的解释则一定程度上打消了该顾虑：GATT 1994 第 21 条 (a) 款不能排除专家组对客观事实的审查权，只能作为成员不向专家组提供某些敏感信息的解释。^⑥据此，拒绝举证意味着将案件事实的查明完全交由专家组决定，大幅提升了成员规避举证责任的代价。

2018 年美国国会通过的《出口管制改革法》(Export Control Reform Act) 将“保持美国在科技和工业制造领域的领先地位”列为核心立法目的之一，使“经济安全即国家安全”的论调延展至“科技安全即国家安全”，借此对竞争对手实施“供应链武器化”打压。^⑦但在争端解决机构持续限缩成员援引安全例外的自决权的趋势下，美国似乎很难利用安全例外将其对华出口管制措施合理化。首先，美国一贯坚持安全例外的完全自决性，拒绝提供任何事实证据和法律依据以供审查，导致证据和说理缺位，无法满足争端解决机构要求的“善意”证明义务。^⑧其次，美国出口管制立法及政府多份官方声明均表明其对华出口管制的真实目的是维持美国科技领先优势，打压主要竞争对手的科技与技术发展，这与维护通常会影响成员领土和主权完整及国民生命和财产安全的国家“基本安全利益”缺乏合理联系。^⑨最后，中美两国一直维持着大规模经贸往来与人员交流，根据前述各案专家组的一致解释，双方之间显然未达到“战争或国际关系中其他紧急情况”之严重性门槛。因此，美国对中国采取的一系列歧视性出口管制措施，尤其是专门针对中国高科技企业的出口管制，有滥用安全例外之嫌。

① *United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WT/DS544/R (9 December 2022), para. 7. 139.

② *United States – Origin Marking Requirement*, WT/DS597/R (21 December 2022), para. 7. 354.

③ *Reply by the Vice-Chairman of the United States Delegation, Mr. John W. Evans, to the Speech by the Head of the Czechoslovak Delegation under Item 14 on the Agenda*, GATT/CP. 3/38 (2 June 1949), p. 9.

④ *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R and Add. 1 (26 April 2019), paras. 7. 129, 7. 137.

⑤ 参见胡加祥：《国际贸易争端的解决与国家安全利益的保护——以 GATT 第二十一条为研究视角》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2008 年第 4 期，第 20 页。

⑥ *United States – Origin Marking Requirement*, WT/DS597/R (21 December 2022), paras. 7. 102 – 103.

⑦ See Scott A. Jones, “Trading Emerging Technologies: Export Controls Meet Reality”, (2020) 31 *Security and Human Rights* 47, p. 54.

⑧ 美国在“美国钢铁和铝产品案”中提出，任何援引 GATT 1994 第 21 条的成员均无需提供与安全例外相关的细节信息，也无需确定可能适用的最相关的子项。See *United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WT/DS544/R (9 December 2022), para. 7. 132.

⑨ 参见张虎：《美国单边经济制裁的法理检视及应对》，载《政法论丛》2020 年第 2 期，第 96 页。

（三）“司法干预”可能加剧 WTO 合法性危机

“合法性”（Legitimacy）在国际法领域尚未形成统一定义。有观点认为，对国际法“合法性”的论述，本质上应是“合法化”（Legitimation）而非“合法性”。^①国内亦有学者主张将“Legitimacy”译为“正当性”，从而将其与更狭义的“法律合法性”（Legality）概念作区分。^②总体来看，鉴于国际法与国内法在立法理念、适用范围与强制力等方面的差异，国际法范畴内所讨论的“合法性”概念通常涵盖国际治理机制的有效拘束力和权威性等内容，关涉国家同意与遵守、公平、民主、效率、一致性、确定性等多维评价指标。^③据此，WTO 合法性危机系指 WTO 规则及其适用在前述指标上存在瑕疵，从而削弱 WTO 规则和争端解决机构的拘束力与权威性，威胁 WTO 治理体系的稳定运行。当前，GATT 1994 第 21 条安全例外条款的适用仍缺乏稳定性，争端解决机构对出口管制纠纷等潜在安全例外争端的裁决很可能加剧 WTO 合法性危机。

可以发现，在有意模糊的适用标准下，安全例外的援引效果始终充满不确定性。其一，“必要性”或“善意”“最低限度的合理联系”等判断标准都较为开放，“特殊的偏见、成见与政策偏好”都可能影响裁判者作出客观判断。^④其二，国际社会对 GATT 1994 第 21 条所指涉的“基本安全利益”等概念内涵远未达成共识。对于哪些安全问题属于“基本安全利益”范畴，成员往往从自身需求出发予以界定，在不同时期和不同情形下还可能采取相反立场，为出口管制的安全化扩张提供了极大灵活性。其三，GATT 1994 第 21 条（b）款第 ii 项“与武器、弹药和作战物资的交易有关的行动，及与直接或间接用于供应军事机关的其他货物或物资的交易有关的行动”这一与出口管制密切相关的特定安全例外情形有待权威解释。其四，由于诸多成员纷纷强化其出口管制政策，有学者指出，GATT 1994 第 21 条安全例外的起草距今已有 70 多年历史，“与反映当代安全利益的出口管制制度的兼容性无法得到保证”。^⑤此种隐忧反映了“演进”的条约解释规则。^⑥在“俄罗斯运输限制措施案”中，专家组亦认识到安全内涵的时代变迁，指出“《建立国际贸易组织哈瓦那宪章》和 GATT 1947 的谈判是在二战刚结束后进行的，整个谈判过程关于

① See Knut Traisbach, “Judicial Authority, Legitimacy and the (International) Rule of Law as Essentially Contested and Interpretive Concepts: Introduction to the Special Issue”, (2021) 10 *Global Constitutionalism* 75, p. 87.

② 参见潘德勇：《论国际法的正当性》，载《法制与社会发展》2011年第4期；刘杨：《正当性与合法性概念辨析》，载《法制与社会发展》2008年第3期。

③ See Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* (Oxford University Press, 1990), p. 49; Daniel Bodansky, “Legitimacy in International Law and International Relations”, in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations* (Cambridge University Press, 2013), pp. 322, 326 – 327; Yarik Kryvoi, “Private or Public Adjudication? Procedure, Substance and Legitimacy”, (2021) 34 *Leiden Journal of International Law* 681, pp. 700 – 702; Erlend M. Leonhardsen, “Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration”, (2012) 3 *Journal of International Dispute Settlement* 95, p. 100; Yves Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO* (Cambridge University Press, 2014), pp. 46 – 47.

④ [美] 约翰·H. 杰克逊：《国家主权与 WTO：变化中的国际法基础》，赵跃龙等译，社会科学文献出版社 2009 年版，第 197 页。

⑤ Tsuyoshi Kawase, “Potential Conflict Between the WTO System and the Security Trade Control System in the Japan-South Korea Dispute”, The Japan Institute of International Affairs, 13 April 2021, <https://www.jiia.or.jp/en/column/2021/04/13-research-reports-potential-conflict-between-the-wto-system-and-the-security-trade-control-system-in.html>.

⑥ 参见张乃根：《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》，载《法治研究》2021年第1期，第132页。

安全问题的讨论应基于此现实背景理解”。^① 因此，未来在涉出口管制的具体争端中，基本安全利益的外延是否会被扩展，可能扩展到何种程度，成员是否会因时因势改变其相对自决的立场和利益平衡的初衷，尚有待观察。其五，截至目前，仅“俄罗斯运输限制措施案”专家组报告获得了通过。“沙特阿拉伯知识产权保护案”起诉方卡塔尔于2022年4月撤回了争端诉请。^② 其余安全例外争端均已被美国提起上诉。由于当前WTO上诉机构已经停摆，这些争端可能在相当长一段时期都将处于未决状态，案件裁决结果的一致性和确定性无法得到保障。

此外，未能成功援引安全例外条款的成员大概率不会服从争端解决机构的裁决，这无疑将对WTO在公平、效率以及成员遵守等关键指标上的合法性构成严峻挑战。以目前尚处于磋商阶段的中美出口管制争端为例，美国已明确表示其被诉出口管制措施关涉国家安全，争端解决机构无权进行审理。^③ 若专家组最终成立且裁定美国出口管制措施违背WTO规则，难免会被指责忽视外部环境变化和干涉国家主权，届时美国很可能无视该裁决。2022年底“美国原产地标记案”裁决一出，美国即强烈反对，表示“不会将美国对基本安全问题的判断或决策权交给WTO”。^④ 同样，美国也拒绝履行“美国钢铁和铝产品案”裁决，还指责“俄罗斯运输限制措施案”专家组“不明智的”裁决结果导致部分成员争先恐后挑战美国国家安全措施，使WTO陷入安全诉讼漩涡。^⑤ 反之，若专家组对美国歧视性的出口管制措施不予干预，可能释放出科技安全等各种新型国家安全利益优于贸易自由化的价值追求，使贸易保护主义得不到有效遏制。此种裁决结果恐怕会引发“滚雪球”效应，导致安全例外被过度援引，成为成员在和平时期逃避多边贸易承诺的借口，严重挫败贸易自由化目标。无论对援引安全例外的出口管制争端作出何种裁决，都会深刻影响成员的出口贸易政策与管制决定，甚至重塑全球技术创新与应用格局，掀起权益受损方的又一波反对浪潮。

四 出口管制安全化扩张的法律应对

对于WTO规则及争端解决机构在出口管制安全化扩张问题上的规制局限性，应从国内和国际两个层面采取法律应对措施：一是确保国内规制措施贯彻透明、非歧视和利益平衡原则；二是探索出口管制安全化扩张的国际规制路径，寻求国家主权与自由贸易利益的妥当平衡和“国家安全法律主义”（National Security Legalism）^⑥ 进路。

① *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R and Add. 1 (26 April 2019), para. 7. 99.

② *Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Communication from Qatar, WT/DS567/11 (25 April 2022). 该案当事双方于2021年初在“海湾阿拉伯国家合作委员会”第41届领导人峰会上签署了《欧拉宣言》(AUla Declaration)，开始重建双边政治经济关系。卡塔尔不再寻求专家组报告的通过。

③ *United States – Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies*, Communication from the United States, WT/DS615/2 (22 December 2022).

④ USTR, “Statement from USTR Spokesperson Adam Hodge”, 21 December 2022, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2022/december/statement-ustr-spokesperson-adam-hodge-0>.

⑤ WTO News, “Panels Established to Review Indian Tech Tariffs, Japanese Export Restrictions, EU Palm Oil Measures”, 29 July 2020, https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/dsb_29jul20_e.htm.

⑥ “国家安全法律主义”主张通过实质性与程序性规则，对泛化国家安全概念进行限制，防止任意援引安全例外条款的行为。See Benton J. Heath, “Trade and Security Among the Ruins”, (2020) 30 *Duke Journal of Comparative & International Law* 223, pp. 250 – 255.

（一）国内视角反思：成员“自我克制”的必要性与行动思路

出口管制的安全化扩张势必引发更多复杂难解的国际经贸争端，从而对以WTO为基石的多边贸易体制造成冲击。根据GATT/WTO的争端解决实践，可被成员申诉的对象既包括对法律法规的具体适用行为，也包括法律法规本身。^①这意味着，成员采取的具体出口管制措施和作为抽象措施的出口管制立法均可能成为被诉对象。面对各种潜在的出口管制争端和WTO争端解决实践困境，成员在抵制部分成员滥用安全例外不当扩张出口管制的同时，也应督促自身以符合国际承诺的方式实施出口管制，做到既“律人”亦“律己”。出于道德自觉的自我克制有助于形成集体认同，化解互为威胁、互为敌人的“安全困境”。^②具体而言，建议审视出口管制政策的WTO合规性，修订和取消违背WTO义务的出口管制立法与执行措施，在可行范围内向利害关系方提供对相关立法和修法进行评议的机会，增强立法和决策程序的透明度。同时，严格履行通知义务，及时向WTO秘书处提供出口管制相关信息，包括措施描述、国内法及国际法依据、预期期限、必要的实施理由等，以透明度的提升促进多边交流与建立互信，维护多边贸易体制合法性。

此外，出口管制的安全化扩张不但妨碍成员间正常贸易，也剥夺本国出口商的国际市场，易导致双边贸易失衡，并非经济理性的决策。2018年，特朗普政府施行的无人机出口管制政策不但收效甚微，反而使中国和以色列的商用和军用无人机迅速占领国际市场。^③彼得森国际经济研究所（Peterson Institute for International Economics）的一份报告提醒美国政府，若不慎采取出口管制政策，不仅无法有效维护国家安全，还将导致高昂的经济成本和紧张的外交关系。^④滥施出口管制还可能招致其他成员的报复，抵消实施方欲通过出口管制达到的利好目标。^⑤因此，从经济理性层面看，建议成员将以下3方面的考量列入出口管制执法指导意见，建立事前评估和事后定期审议机制：第一，出口管制措施在实现预期目标方面发挥的效用；第二，出口管制措施对本国国际贸易和企业竞争力的消极影响；第三，是否存在其他对贸易扭曲程度更小的替代措施。如此以利益平衡为导向的国内贸易立法与执法实践的推广将进一步影响国际经贸规则的制定，形成国内法与国际法双向补强与良性互动。

（二）国际规制进路：基于对话的“软宣言”与“硬约束”之构建

成员仅从自身发展和实际需求出发对国家基本安全利益作出片面解读，是安全例外条款被任意援用且出口管制安全化扩张难以被有效约束的主要原因。国际层面的首要应对思路是寻求

① 对于抽象立法的可诉性和WTO合规性，GATT/WTO争端解决实践已发展出“强制性立法”与“裁量性立法”的区分标准：若国内法强制要求行政机关以违背WTO协定的方式行事，则无论该法是否已被实际适用，都违背WTO协定；若国内法赋予行政机关裁量权，使行政机关得以通过行使裁量权而不违背WTO协定，则在该法尚未被以违反WTO协定的方式具体适用时，将被视为不违背WTO协定。See *United States - Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R (26 September 2000), paras. 61, 88.

② 参见刘志云：《“世界秩序理论”视野下的国际法》，载《甘肃政法学院学报》2010年第2期，第91—92页。

③ See Michael D. Beck and Scott A. Jones, “The Once and Future Multilateral Export Control Regimes: Innovate or Die”, (2019) 5 *Strategic Trade Review* 55, p. 69.

④ 该报告成果已发表于《杜克大学比较法与国际法期刊》。See Chad P. Bown, “Export Controls: America’s Other National Security Threat”, (2020) 30 *Duke Journal of Comparative & International Law* 283.

⑤ 对单边报复措施的国际合法性讨论，参见杨国华：《中美贸易战中的国际法》，载《武大国际法评论》2018年第3期；孔庆江：《浅论单边贸易措施的适法性》，载《现代法学》2006年第6期。

“基本安全利益”的红线和共识，在形成政治宣言等的基础上推进多边贸易法律规则的改革与完善，从而为出口管制和国际经贸争端解决实践提供具有法律约束力的指引。

1. 加强贸易安全问题国际磋商与共识建设

若放任成员无标准地随意确定国家基本安全利益，将导致因出口管制安全化扩张等造成的国家安全贸易壁垒不断上升，也可能导致贸易与安全的关系被个别强势成员所重塑，致使安全例外条款由国际经贸规则的“例外”变为“原则”，削弱国际法治。^①因此，成员有必要加强对话，就新时代下国家安全的内核及安全例外的适用原则寻求最大公约数。

考虑到贸易安全问题的敏感性，具有研究和论坛性质的平台是发起相关讨论的理想场所。此类平台通常不制定具有强制约束力的规则，因此不易激起参与方对干涉主权的警惕和抵制。^②特别值得关注的是横跨太平洋两岸的亚太经济合作组织（下文简称 APEC）。该组织所提出的“开放的地区主义”和“协调的单边主义”原则为推进集体协商和区域合作提供了有益思路。2023年5月25日，中国商务部部长王文涛在赴美参加 APEC 贸易部长会议期间，与美国商务部部长吉娜·雷蒙多（Gina Raimondo）就中美共同关心的出口管制和投资审查等问题进行了坦诚交流，并同意建立沟通渠道，就具体经贸关切加强交流协调。^③借助 APEC 业已成熟的对话平台，与其他成员建立互信基础，从双边安全共识逐渐过渡到区域及多边合作体系，不失为一条务实可行的道路。就 WTO 层面的交流，有学者提议新设 WTO “国家安全委员会”，作为全面审议国家安全措施及其对国际贸易的影响等问题，并制定最佳安全实践与合作计划的专门平台。^④也有学者认为，WTO 现有的众多专门委员会和工作组可以发挥积极作用，成为“辩论敏感议题的第二场所”，在 WTO 法治框架内为权力政治提供更灵活的安排，分担争端解决机构的压力。^⑤后者在当前 WTO 改革举步维艰的现实下显然更具操作性，也符合绝大部分成员对待安全例外问题的谨慎和克制立场。

在援引安全例外的基本原则问题上，国际投资领域有关平衡投资自由和国家安全利益的“软法性”成果具有重要参考价值。^⑥《关于投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》提出了

① See Mona Pinchis-Paulsen, “Let’s Agree to Disagree: A Strategy for Trade-Security”, (2022) 25 *Journal of International Economic Law* 527, p. 528. 另参见沈伟：《国际经济法的安全困境——基于博弈论的视角》，载《当代法学》2023年第1期，第41页。

② 参见安佰生：《国内规制主权与自由贸易的冲突及解决方案——技术性贸易壁垒的本质及规则发展趋势初探》，载《国际经济法学刊》2015年第3期，第162页。

③ 《王文涛部长会见美国商务部长雷蒙多》，中国出口管制信息网，2023年6月6日，<http://exportcontrol.mofcom.gov.cn/article/gndt/202306/838.html>。

④ See Inu Manak and Simon Lester, “A Proposal for a Committee on National Security at the WTO”, (2020) 30 *Duke Journal of Comparative & International Law* 267, p. 267; Simon Lester and Huan Zhu, “A Proposal for ‘Rebalancing’ to Deal With ‘National Security’ Trade Restrictions”, (2019) 42 *Fordham International Law Journal* 1451, p. 1472. 另有提议建立平行于联合国安理会的“经济安理会”（Economic Security Council），作为七国集团的补充或替代，为讨论和处理经济安全问题提供更具代表性的全球性平台，避免相关国际制度的碎片化。See Vincent Cable, “What is International Economic Security?”, (1995) 71 *International Affairs* 305, p. 324.

⑤ 参见彭阳：《国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对》，载《国际法研究》2022年第5期，第99页。See also Henrik Horn *et al.*, “In the Shadow of the DSU: Addressing Specific Trade Concerns in the WTO SPS and TBT Committees”, (2013) 47 *Journal of World Trade* 729, p. 729; Andrew Lang and Joanne Scott, “The Hidden World of WTO Governance”, (2009) 20 *European Journal of International Law* 575, pp. 577–601.

⑥ 参见漆彤、刘婉璐：《外国投资国家安全审查制度的国际协调：必要性、可行性和合作路径》，载《国际经济评论》2021年第4期；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》，载《法学杂志》2023年第2期。

处理投资安全事项应遵循的4项基本原则，即非歧视原则、透明度原则、比例原则、问责原则。^① 这些原则对贸易安全问题的解决同样至关重要。欧盟、日本、美国、阿根廷等9个成员曾于2019年就通知义务提出WTO改革倡议，核心是构建专门履约监督机制，同时注重能力建设与技术援助，以“谈判和协助”代替“诉讼和制裁”。^② 根据该倡议，若成员未在规定时间内履行通知义务，无需专家组或仲裁员参与即自动适用“行政处罚措施”，包括禁止该成员担任WTO机构主席以及向WTO支付“罚款”（将用于通知方面的技术援助）等。^③ 成员应充分利用各种谈判场所，深入讨论目前已有的多边贸易体制改革建议，并借鉴处理投资安全问题的磋商经验及成果，推动形成“与国家安全相关的贸易政策指南”，以此塑造成员的行为预期，逐步清理改革的机制性障碍。在磋商谈判进程中，应积极考虑将跨国公司等非政府行为体纳入贸易治理框架之中，从而推行更为透明、民主的“多元利益攸关者模式”，^④ 提升国际经贸治理的公平性和有效性。

2. 通过区域经贸协定弥补WTO规则僵化的不足

国际社会的有序运作终究依赖具有法律约束力的多边“硬”规则之形成和有效执行，即政治宣言等“软”观念的制度化实现。但受制于协商一致的决策机制，WTO改革前景并不乐观。^⑤ 在此背景下，根据GATT 1994第24条和GATS第5条建立的区域经济一体化协定迅速增加，作用也越来越突出。过去20余年，明确规范出口贸易的条款被越来越多地纳入区域经贸协定，安全例外规则也被或宽或严地修订，反映了不同时期，缔约方在国家安全与自由贸易利益上的不同侧重，为WTO相关规则的改革提供了宝贵经验。

《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（下文简称CPTPP）、《欧盟—加拿大综合经济与贸易协定》（下文简称CETA）和《美国—墨西哥—加拿大协定》（下文简称USMCA）等新一代区域经贸协定均禁止缔约方对向另一缔约方领土出口的货物施加关税，并且针对出口许可程序详细约定了透明度规则，使出口管制和其他出口限制措施受到更严格约束。^⑥ USMCA三方成员还在附件中对取消出口数量限制义务的适用进行排除约定，例如加拿大和美国所有种类原木的出口不受该义务约束。^⑦ 此种就特别关注问题的“个性化定制”提升了缔约方之间进出口贸易的稳定性和可预期性。各国还可以考虑通过签订或修订经贸协定，建立关于进出口贸易限制措施的风险评估机制、信息交流机制和影响补偿机制等，更大程度释放善意，防止争端发生。

新一代区域经贸协定对于安全例外条款则有扩大缔约方自决权的趋势。一则，《区域全面经

① OECD Council, *Guidelines for Recipient Country Investment Policies Relating to National Security*, 25 May 2009, <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/43384486.pdf>.

② See Joost Pauwelyn, “New Proposal to Strengthen WTO Notification Requirements: From Dispute Settlement to Compliance Regime?”, *International Economic Law and Policy Blog*, 3 April 2019, https://ielp.worldtradelaw.net/current_affairs/.

③ *Procedures to Enhance Transparency and Strengthen Notification Requirements under WTO Agreements, Communication from Argentina, Australia, Canada, Costa Rica, the European Union, Japan, New Zealand, the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, and the United States*, JOB/GC/204/Rev.1, JOB/CTG/14/Rev.1 (1 April 2019), para. 11.

④ 李冬冬：《从安全例外到规制合作——数字贸易中网络安全问题治理范式之转型》，载《国际经贸探索》2023年第10期，第113页。

⑤ 2008年，日本、瑞士、欧盟等成员就提议通过简化出口许可程序和纳入出口税减让承诺等加强出口贸易限制措施的透明度和可预测性。See *Proposal on Export Prohibitions and Restrictions, Communication from Japan and Switzerland*, JOB(08)/34 (30 April 2008).

⑥ 参见CPTPP第2.15条、CETA第2.6条、USMCA第2.14—2.15条。

⑦ 参见USMCA附件2-A。

总之，无论是实质要求还是程序要件，都可以削减缔约方援用安全例外的任意性，实现“以谨慎的客观文本主义限制对安全例外的援用”。^① WTO 专家组对安全例外条款的从严解释以及中国、欧盟等多数成员对“相对自决逻辑”的支持已体现国际社会对贸易政策安全化扩张实施外部约束的现实需求和广泛认同。与此同时，不断扩散的区域经贸协定网络可能产生更多贸易安全争端，争端解决机构很可能参考并采用 WTO 专家组对安全例外条款的解释来限缩安全例外的适用范围，进而为“国家安全法律主义”的发展和多边贸易法律体系改革提供更多动力。

The Securitization Expansion of Export Controls and the Regulation of Multilateral Trading Regime

Sun Anyi and Hu Jiaxiang

Abstract: With the extension of national security's connotation, some WTO members put their increasingly broadly interpreted national security interests above international trade rules and implement national security-rooted export controls in an arbitrary way, resulting in the obvious securitization expansion of export controls. Members often resort to the security exception clause as defense, breaking the “diplomatic privity” of settling trade-security disputes, which not only aggravates the conflict between national sovereignty and multilateral trading order, but also exposes the weakness of WTO export trade discipline and the limitations of WTO dispute settlement mechanism in coping with the securitization expansion of export controls. In practice, WTO members interpret the security exception clause based on their own needs, forming two opposing groups regarding its application, that is, “completely self-judging logic” and “relatively self-judging logic”, which reflects different degrees of choice regarding the realism sovereignty concepts. Although the WTO Dispute Settlement Body has adopted the “relatively self-judging logic” in several disputes involving security exceptions and has shown intention to restrict the abuse of security exception clause, it is still hard to establish a unified and stable measurement standard in actual dispute settlement procedures. Thus, “judicial intervention” in trade-security disputes may exacerbate the legitimacy crisis of the WTO. Within this context, members should seek consensus on the practice paradigm of “relatively self-judging logic”. While keeping room for flexibility, it is essential to strengthen the value and procedural constraints on the use of export control measures and security exception clauses through international trade rules, so as to curb members from arbitrarily imposing export controls, and to relieve the pressure on dispute settlement mechanism.

Keywords: Securitization of Export Controls, Multilateral Trading Regime, Security Exception Clause, National Security, Dispute Settlement

(责任编辑：谭观福)

^① 赵海乐：《一般国际法在“安全例外”条款适用中的作用探析》，载《国际经济法论刊》2021年第2期，第107页。