

国家安全视域下 美国出口管制法嬗变及中国应对

——以WTO中美出口管制案为例

郑玲丽*

内容摘要：在泛国家安全观指导下，美国频繁以国家安全为由利用出口管制法律及政策对中国相关实体进行经济制裁。2022年，中国针对美国对华芯片等出口管制措施在WTO提起诉讼，成为WTO项下中美出口管制第一案。基于国家安全的美国出口管制法的出台及滥用不仅扰乱多边出口管制法律体系，而且加剧了中美两国安全风险，更使得国际经济法陷入“安全困境”。追根溯源，美国出口管制法中的国家安全实质上是一种国家安全保护主义，而非WTO项下的国家安全概念。WTO对涉国家安全的贸易争端享有管辖权，美国对华出口管制与WTO国家安全例外条款不符。我国应在总体国家安全观指导下有效应对非传统安全的单边主义威胁和挑战，捍卫国家利益和企业合法权益，探索中国式法治现代化的路径。

关键词：国家安全 出口管制 WTO中美出口管制案 GATT第21条
基本安全利益

美国历来在战时实行严格的出口管制，2001年以来在和平时期亦实施日趋严苛的出口管制措施。自特朗普政府以来，美国以国家安全为由频频利用出口管制法律及政策对中国相关实体进行经济制裁。例如，新冠疫情以来，美国商务部工业与安全局(Bureau of Industry and Security, BIS)修订了美国《出口管理条例》，分别于2021年7月9日、2022年12月15日、2023年6月12日，将中国34家、36家和31家实体和机构列入“实体清单”(entity list)，旨在“打击中国侵犯人权和军事现代化以及伊朗和俄罗斯未经授权采购行为”。^①2022年12月12日，中国针对美国半导体和其他产品以及相关服务和技术出口管制措施在WTO提起诉讼，主张美国过度夸大“国

* 南京师范大学法学院副教授，中国法治现代化研究院研究员。

本文系2023年度教育部人文社会科学研究规划基金项目“CPTPP环境争端解决机制研究”的阶段
性成果。

① See Bureau of Industry and Security, Commerce Acts to Deter Misuse of Biotechnology, Other U. S. Technologies by the People's Republic of China to Support Surveillance and Military Modernization that Threaten National Security.

家安全”概念,过度扩张域外出口管制措施。^①2023年7月5日,美国阐明其WTO争端解决机制改革的目标,强调尊重成员基本安全利益,WTO争端解决不能成为就各成员基本安全利益进行辩论和作出裁决的论坛。^②WTO项下中美出口管制第一案的双方在出口管制国际法上的交锋值得密切关注。

我国国际法学界对美国出口管制制度的法律依据、实施方式合法性、正当性等方面一直存疑,并在美国出口管制、经济制裁及反制方面形成了一定的研究成果。^③但以WTO中美出口管制案(DS615案)为视角,国内学界针对基于国家安全视域的美国出口管制法律对策研究较为单薄。国际经济法正在陷入“安全困境”。美国以国家安全为由滥用出口管制措施,进一步扰乱了全球多边出口管制法律体系。基于此,本文以国家安全为轴梳理美国出口管制法的嬗变,剖析美国维护国家安全的法理,并从WTO中美出口管制案切入,进一步分析美国出口管制措施的歧视性与违法性,合理预测美国基于泛国家安全观的出口管制发展趋势,并在“总体国家安全观”^④指导下提出有效应对非传统安全的单边主义威胁和挑战的方式,捍卫国家利益和企业合法权益,进一步探索中国式法治现代化的路径^⑤。

一、美国出口管制法的历史沿革及特点

(一)美国出口管制法的历史发展

美国出口管制法是美国政府为了维护本国安全、外交和经济利益,以直接或间接的方式防止本国限定商品或技术、服务通过各种途径流转或扩散至目标国家,从而运用经济、法律和行政手段建立的一系列审查、管理和控制的法律规范,包括军品管制法律体系和军民两用物项管制法律体系两个部分。美国控制和限制军事技术

① See United States- Measures on Certain Semiconductor and other Products, and Related Services and Technologies, WT/DS615. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds615_e.htm, visited on 16 April 2023.

② See US Objectives for a Reformed Dispute Settlement System, JOB/DSB/4, 5 July 2023.

③ 参见张辉:《单边制裁是否具有合法性:一个框架性分析》,《中国法学》2022年第3期,第283-304页;彭岳:《中美贸易战的美国法根源与中国的应对》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第147-159页;沈伟:《中美贸易摩擦中的法律战——从不可靠实体清单制度到阻断办法》,《比较法研究》2021年第1期,第180-200页;廖凡:《比较视角下的不可靠实体清单制度》,《比较法研究》2021年第1期,第167-179页;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,第91-104页;李寿平:《次级制裁的国际法审视及中国的应对》,《政法论丛》2020年第5期,第60-69页;漆彤:《美国对外制裁历史凸显出的霸权主义本质》,《人民论坛》2022年第4期,第112-115页;赵骏等:《国际法律斗争的攻防策略与法治破局:以国内法为视角》,《太平洋学报》2022年第7期,第1-14页;刘瑛等:《与外资安审联动的美国技术出口管制制度及中国应对》,《国际贸易》2020年第6期,第72-79页。

④ 《习近平主持召开中央国家安全委员会第一次会议强调 坚持总体国家安全观 走中国特色国家安全道路》,《人民日报》2014年4月16日,第1版。

⑤ 参见公丕祥:《论中国式法治现代化的本质要求》,《法律科学》2023年第2期,第3页。

出口的制度堪称全世界最严格的法律制度,^①但对我国产生重大影响的是美国军民两用物项出口管制法律体系,主要包括《2018年出口管制改革法》(Export Control Reform Act of 2018, ECRA2018)以及《出口管理条例》(Export Administration Regulation, EAR)。美国军民两用物项出口管制的具体实施部门为美国国务院(负责武器出口管制)、商务部工业与安全局(负责军民两用物项出口管制)、财政部海外资产管理办公室(负责经济制裁)、国防部等。美国对华出口管制法律及政策演变可谓“一波三折”,且与其外交政策及国家安全战略息息相关,大致分为以下三个阶段:

1. 冷战时期美国实施严格的对华出口管制

美国现行的国家安全出口管制制度起源于第二次世界大战期间对美国战争所需物资的出口管制。^②冷战时期的美国出口管制法侧重于保护物资安全。美国《1949年出口管制法》(Export Control Act, ECA1949)是冷战时期最系统的出口管制法律,其禁止任何军事和政治上有战略意义的物资出口到社会主义国家。之后,美国的经贸政策导向从限制贸易逐步倾向于促进贸易,分别出台《1969年出口管制法》(ECA1969)和《1979年出口管制法》(ECA1979),把出口管制定位在维护国家安全必要的范围内。在此阶段,美国对中国始终是实施严格的出口管制。

2. 美国对华出口管制逐渐放宽

美国尼克松政府的外交举措开启了中美关系的新纪元,对华出口管制相对宽松与缓和。此后,美国的贸易逆差在20世纪80年代不断扩大,美国BIS根据ECA1979授权制定了实施条例,作为实施军民两用物项出口管制的主要法律规则,不仅提高了出口管制政策的透明度,还放宽了部分出口管制措施。1981年12月,美国出台《中美出口管制程序法》,随后又颁布了《两用物品加工总指南》,对中国的出口管制趋于缓和。1989年之后,由于美国国会一直无法对继续改革ECA达成共识,所以历任总统一直通过援引《1977年国际紧急经济权力法》(International Emergency Economic Powers Act, IEEPA)^③以及签署行政命令来行使出口管制的权力。IEEPA并非只能在国家紧急状态下才适用。历经几十年的发展,IEEPA已成为一个可使总统

^① See Breda Patrick Ooninx (ed.), *Netherlands Annual Review of Military Studies: Compliance and Integrity in International Military Trade*, Foreword (T.M.C Asser Press 2021).

^② See Sally A. Meese, *Export Controls to China: An Emerging Trend for Dual - Use Exports*, 7 *International Trade Law Journal* 20 (1981).

^③ IEEPA 核心条款第1702条授权美国总统在和平时宣布国家进入紧急状态后,可以禁止与大规模毁灭性武器相关的交易,结合《武器出口管制法》和1979年《出口管制法》授权的出口管制,进一步努力限制特定国家(如伊朗、朝鲜)的武器计划;禁止与被指定为“从事、威胁从事或支持恐怖主义的人”进行交易;在当下授权、《出口管理法》授权失效时,维持双重用途出口管制体系;冻结特定国家国民和被认定为从事极具威胁性活动的外国人的某些财产,并禁止与其进行交易;禁止与“对美国信息和通信技术或服务的设计、完整性、制造、生产、配送、安装、操作或维护造成蓄意破坏或颠覆性风险”的人进行交易。特朗普根据IEEPA授权分别颁布2019年保护信息通信技术和服务的供应链安全行政令(EO.13873)、2020年解决TikTok威胁并采取其他措施解决有关信息和通信技术与服务供应链的国家紧急状态行政令(EO.13942)、2020年以涉军为名针对中企证券及投资业务的行政令(EO.13959)等。

权力在短时间内无限扩大,并可与美国出口管制、经济制裁、贸易与投资限制等交叉、综合使用的高效政策工具。至今,IEEPA一直为军民两用物项出口管制和EAR提供法律基础。虽然美国国会对贸易政策拥有宪法赋予的权利,但IEEPA赋予了总统过于宽泛的自由裁量权。美国法院一致认为IEEPA授予“总统实质上不受限制的权力”,^①但驳回了IEEPA违宪的主张。^②

3.21 世纪以来美国以国家安全为由严控出口管制

21世纪以来美国出口管制法的天平在国家和国家经济利益之间逐渐倾向于前者。自2001年“9·11”事件以后,美国政府将涉及“国家安全”的所有出口管制事项均列为政府专属管控对象。特朗普政府将国家安全、经济安全和贸易政策紧密联系起来,甚至以“经济安全就是国家安全”来定义美国贸易政策优先事项。

美国出口管制法律和条例的重大变化始于2018年,ECRA2018的正式生效为总统重新确立了非紧急状态授权,总统可出于国家安全和外交政策目的控制军民两用物项及技术出口。^③该法为美国的军民两用物项出口管制制度提供了永久法律基础,改变了冷战以后出口管制总体逐渐宽松的趋势,其改革内容主要针对中国。^④该法案有五大主要特点:一是扩大出口管制的范围,特别增加对“新兴和基础技术”管制;二是加严出口管制审查制度,建立跨部门审查机制;三是加强对中国、白俄罗斯、缅甸等禁售武器国家的许可审查;四是扩张出口管制域外管辖权,同时加强惩罚和执行力度。^⑤从立法角度来说,美国现有的出口管制实践在ECRA出台后就拥有了长期性的法律授权,对美国的新技术出口施加更为严格和全面的控制,其造成的影响将远远大于部门条例和法规。作为ECRA的另一核心部分,国会授权BIS确保实施新的美国出口管制措施,即加强对新兴和基础技术的限制,特别是对运往中国或与中国有关的先进计算半导体芯片、超级计算机项目、半导体制造项目及其相关服务、技术的限制。2022年10月28日,美国众议院代表提出《出口管制优先考虑国家安全的出口管制法》(Prioritizing National Security in Export Controls Act)的立法提案,拟议将出口管制管辖权从美国商务部转移到国防技术安全管理局(DTSA)。该提案旨在解决美国商务部BIS至少三个基本的国家安全问题:(1)对国家安全威胁反应迟缓;(2)无法有效履行ECRA赋予的职责;(3)无法有效协调维护国家安全与促进合法贸易之间的冲突。该立法提案标志着过去几年来美国商务部管理军民

① See *Dames & Moore v. Regan*, 453 US 654, 671 (1981).

② See *U.S. v. Vaghari*, No. 08-693-01-02, 2009 WL 2245097 (E.D. Pa 2009).

③ See *Export Control Reform Act of 2018*, Pub. L. No. 115-232, § 4811(6), 132 Stat. 2210 (2018).

④ 参见池志培、张晓洁:《美国出口管制改革与实施》,《和平与发展》2020年第3期,第58页。

⑤ 参见欧福永、罗依凯:《美国〈2018年出口管制法〉评析与启示》,《河北法学》2022年第2期,第71-74页。

两用货物、软件和技术出口管制能力的广泛争论达到高潮。^①2023年1月,该立法提案遭到否决。^②

ECRA 不仅使美国出口管制体系走向法典化、系统化和多边化,而且其监管理念对全球出口管制法律制度也会产生深远影响。受美国出口管约束的国家安全管控范围已从侧重于面向军事的商品和技术扩大到包括军民两用商品和技术的范畴。如果美国不能在出口管制法体系下的国家安全与国家经济利益之间取得适当的平衡,将导致国家安全风险不能得到有效解决,对国家经济利益造成损失,并对国际贸易法和外交关系产生深远负面影响。

(二)美国出口管制法的主要特点

美国出口管制立法与执法之间缺乏一致性、确定性和可预测性。美国是较早也是最频繁对中国实施出口管制的国家。近年来,美国将中国视为长期战略竞争对手,不再满足于利用实体清单和许可政策对某些实体进行出口管制,而是在法律法规层面全线收紧。在军民两用物项出口管制方面进行了一系列法律制度改革,以国家安全为名进一步强化了出口管制立法和执法,新兴和关键基础技术的军事用途与商业用途之间的模糊给美国出口管制法造成更大的不确定性,使美国出口管制立法和执行制度之间缺乏一致性、透明度和可预见性。

美国再出口管制域外适用法律依据不清。作为防止军民两用物项扩散的配套措施,美国实施再出口管制(re-export control)措施,试图在其军民两用物项进入外国市场后仍然对其实施有效控制,即行使治外法权。1988年《综合贸易与竞争法》对ECA1979作出了重大修订,扩大了外国对原产于美国(US-origin)的军民两用物项可得性条款的范围,并将这一规定扩大到包括非巴黎统筹委员会(Coordinating Committee for Multilateral Export Controls, COCOM)^③成员的国家。将国家安全管制扩大到重新审查来自第三国的原产于美国的货物和技术来源于这一推论,即在离开美国时受美国管辖的物项在进入第三国和在国际贸易中从一国销售到另一国时仍受美国域外管辖。但美国并未提供足够的满足国际公认的域外管辖权原则的法律依

^① See Giovanna M. Cinelli Partner, Congress Considers Legislation to Shift Export Control Jurisdiction from the Department of Commerce, <https://www.morganlewis.com/pubs/2022/11/congress-considers-legislation-to-shift-export-control-jurisdiction-from-the-department-of-commerce>, visited on 15 May 2023.

^② See United States of America: Rejected Prioritizing National Security in Export Controls Act of 2022, <https://digitalpolicyalert.org/event/8319-rejected-prioritizing-national-security-in-export-controls-act-of-2022>, visited on 16 May 2023.

^③ 1949年,在美国一手操纵下成立巴黎统筹委员会这一多边出口管制机构,矛头直指社会主义国家。1952年增设“中国委员会”,以加强对中国的“禁运”。冷战结束,1994年该委员会解散。1996年原巴黎统筹委员会成员缔结《关于常规武器与两用产品和技术出口管制的瓦森纳协定》(以下称《瓦森纳协定》)。

据来支持这种再出口管制。许多外国法院拒绝将美国的再出口管制适用于其国民在本国进行的交易。美国作为全球唯一实施再出口管制的国家,其再出口管制域外适用法律依据并不明确,所涉范围又非常宽泛,给国际贸易法带来了极大的不确定性。因此,再出口管制一直是美国与盟国之间关于出口管制合法性的一个主要争议点,美国商业界也认为再出口管制是实现维护国家安全目标的低效手段。美国再出口管制将对象扩展到与美国没有直接连接的个人和实体以及基于“再出口管制”限制两个外国实体间的交易,均挑战了传统国际法以“主权”为依据的管辖原则,包括属地原则、属人原则、保护性管辖原则和普遍管辖原则。欧共体成员及日本曾强烈反对这些再出口管制措施,“因为它们不能有效地基于任何普遍接受的国际法管辖权基础”。^①联合国大会每年都呼吁各国“不要颁布和实施诸如《赫尔姆斯-伯顿法》之类的法律和措施……其治外法权效力影响到其他国家的主权、在其管辖下的实体或个人的合法权益以及贸易和航行自由”。^②

然而拜登政府执政以来通过“小院高墙”延续既往特朗普政府对华出口管制及再出口管制政策。2021年12月,美国财政部外国资产管理办公室(The Office of Foreign Assets Control, OFAC)专门针对中国所谓军工复合体企业,发布了军工复合体清单(non-SDN Chinese military-industrial complex companies list, NS-CMIC List),旨在作为参考工具,以精准锁定根据2021年6月《应对中国某些公司证券投资的威胁》等行政命令实施的制裁对象。^③2022年6月,OFAC再次发布中国军工企业制裁名单。^④美国对华再出口管制从目标国、产品及技术、最终用户和用途等方面形成闭环效应,并实施精准严苛的次级经济制裁手段,严重损害了我国及贸易伙伴的合法权益。2019年1月,美国司法部起诉华为窃取美国技术,并帮助伊朗避免涉及大规模杀伤性武器扩散的制裁。华为否认了这些指控,但起诉书为美国政府随后诉诸出口管制提供了法律依据。^⑤2019年,华为诉美国案以华为败诉告终。2021年,溢达诉美国商务部案实际上已无胜诉可能。只有2021年小米诉美国国防部案以达

^① See European Communities, Comments on the U.S. Regulations Concerning Trade with the U.S.S.R., 21 International Legal Materials 891-904 (1982).

^② See UN Doc. A/RES/74/7, Necessity of Ending the Economic, Commercial and Financial Embargo Imposed by the United States of America against Cuba, Preamble and para.2 (12 November 2019).

^③ See Addressing the Threat from Securities Investments that Finance Certain Companies of the People's Republic of China, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/consolidated-sanctions-list/ns-cmic-list>, visited on 21 May 2023.

^④ See OFAC, Chinese Military Companies Sanctions, <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information>, visited on 22 May 2023.

^⑤ See Chad P. Bown, How the United States Marched the Semiconductor Industry into Its Trade War with China, 24 East Asian Economic Review 349-388 (2020).

成和解告终。^①

总之,在美国国内法体系中,国家安全是一个高度灵活的框架概念,能够吸收几乎任何问题并将其重新构建为“国家安全”问题。美国对华出口管制透过国家安全的放大镜,明显夸大了中国对美国国家安全的威胁,远远超出了其国家安全的范畴。美国在泛国家安全观的导向下矫枉过正,滥用出口管制措施对我国高科技企业进行打击,将正常的国际经贸关系推向政治化、武器化,这种公然的经济胁迫和技术领域的霸凌,不仅严重损害了我国企业合法权益,也对全球供应链等诸多方面构成威胁。国际军控机制等诸多安全架构受到严重冲击,国际安全合作遭遇严重阻碍。传统安全问题与非传统安全问题相互交织,国际安全失序和不确定性进一步显现,国际安全治理面临更多挑战。^②

二、WTO框架下美国对华出口管制措施的合法性分析

要使出口管制在保障国家安全方面真正发挥作用,就应践行多边主义。^③出口管制是国际法的子领域,处于国家安全和国际贸易法的交汇点。^④以GATT/WTO规则为基础的国际经济关系司法化是“二战”后多边贸易体制的革命性创新之一,它在很大程度上抑制了贸易战、政治压力和经济胁迫。逻辑上,只有解决了相关裁决机构管辖权以及相关事项是否可诉的问题之后,才会涉及相关措施合法性的审查标准问题。WTO中美出口管制案中,美国对华实施的单边措施具有歧视性和违法性,与美国在WTO项下义务不符。

(一)WTO对涉国家安全贸易争端的管辖权

1.WTO管辖权的国际法渊源

首先,根据GATT第21条,如果对一成员援引第21条的例外规定所采取的措施有争议,另一成员有权通过GATT第23条提供的争端解决机制寻求救济,并最终解决争议。WTO承认其成员充分享有对国家安全自行判断的“自决权”。但当成员实

^① 参见周勇等:《对美国单边制裁的思考与法律挑战》,junhe.com/legal-updates/2144,2023年4月27日访问。

^② 参见唐永胜:《2020年国际安全形势:动荡失序、风险叠加》,《当代世界》2021年第1期,第21页。

^③ See Chad P. Bown, Export Controls: America's Other National Security Threat, 30 Duke Journal of Comparative and International Law 283-308 (2020).

^④ See P. Achilleas, Introduction Export Control, in D. Tamada & P. Achilleas (eds.), Theory and Practice of Export Control Balancing International Security and International Economic Relations 4 (Springer 2007).

施相关贸易限制措施涉嫌违反 GATT 第 21 条、GATS 第 14 条及 TRIPs 第 73 条项下义务时, GATT/WTO 当然对涉国家安全的贸易争端享有管辖权。因为在涉及安全例外的 WTO 案件中, 争端解决机构实际上解决的是以国家安全为由实施的贸易限制所引起的争端, 其本质上仍是贸易争端而非政治争端。^①

GATT 两个“尼加拉瓜案”表明, 对第 21 条的自我判断解释引起了 WTO 争端解决机构内部和许多 WTO 成员的反。涉及第 21 条最早的案件是 1996 年欧共体诉美国《赫尔姆斯-伯顿法》案^②。欧共体认为美国《赫尔姆斯-伯顿法》的域外适用不符合美国在 GATT1994 及 GATS 项下的义务。美国认为该条款具有“自我判断”的性质, WTO 争端解决机构无权审理该争端, 而欧共体则持相反观点, 赞成对该条款进行限制性解释, 在其请求下成立专家组。尽管双方于 1997 年 4 月在 WTO 争端解决机构之外达成《谅解备忘录》,^③但其立场清晰地表明了对第 21 条法律性质针锋相对的观点。2019 年乌克兰诉俄罗斯过境措施案中, 专家组从管辖权、法律要件及法律解释三方面对安全例外条款作出了正式规制, 否定了安全例外由主权国家自行行使完全自主裁判权的观点。^④鉴于现代地缘政治格局的不断演变和日益增长的国家安全关切, 目前对 GATT 第 21 条缺乏共识的情况值得深入分析。

2. WTO 行使管辖权的历史实践

不可否认, 在处理具有政治动机的国家安全例外及经济制裁争端方面, GATT/WTO 从条约文本到司法实践都存在制度性缺陷。WTO 鲜有成员实施出口管制被诉诸 WTO 并以国家安全抗辩的先例。迄今为止唯一先例是 2019 年韩国诉日本出口管制案(DS590 案)^⑤。日本根据其《外汇和对外贸易法》的规定, 将受《瓦森纳协定》控制的氟化聚酰亚胺、抗氧化聚合物、氟化氢等敏感物项及相关技术以许可证的方式出售给韩国。韩国则认为日本此举是出于政治动机的变相贸易限制。2019 年 9 月, 韩国与日本磋商, 认为日本许可政策和程序不符合 GATT1994 第 2、6、7、8、10 条, TRIMs 第 2 条、GATS 第 6.1 条和第 6.5 条, TRIPs 第 3.1、4.1、28.2 条。双方磋商不成, 2020 年 7 月 29 日专家组成立。欧盟、加拿大、中国等 13 个成员保留第三方权利。^⑥

① 参见胡建国、曾齐玉:《世界贸易组织法视域下的美欧 232 钢铝协议与中国应对》,《经贸法律评论》2023 年第 2 期, 第 70 页。

② See WTO Doc. WT/DS38/1, 13 May 1996.

③ See Memorandum of Understanding Concerning the U.S. Helms-Burton Act and the U.S. Iran and Libya Sanctions Act, 36 International Legal Materials 529-530 (1997).

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, 第 97 页。

⑤ See Japan-Measures Related to the Exportation of Products and Technology to Korea, WT/DS590/1, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds590_e.htm, visited on 28 May 2023.

⑥ 参见马光、方敏:《日本对韩国出口限制案探析》,《海关与经贸研究》2020 年第 4 期, 第 110-121 页。

此案尚在审理中。2023年3月,韩国通知WTO撤诉。^①2022年12月9日,WTO就中国诉美钢铝232关税措施案(DS544案)发布专家组报告,驳回美国援引WTO国家安全例外条款的抗辩,裁定美国相关措施违反了WTO规则。^②此案对DS615案具有重要的先例指引作用。

美国在2023年WTO争端解决机构改革提案中明确反对WTO对国家安全事项的审查,这不仅是对WTO大多数成员立场的不尊重,更是对WTO争端解决机构的司法藐视。这种倒行逆施行为将无法得到WTO其他成员的普遍认同和支持。无论从WTO条约文本本身还是从WTO司法裁决先例来看,WTO毫无疑问对国家安全事项享有管辖权。

(二)美国对华出口管制违反WTO基本原则

1.美国对华出口管制违反WTO最惠国待遇原则

DS615案中,美国以国家安全名义对华实施的出口管制贸易限制措施,包括但不限于根据前文所述的ECRA2018、EAR、实体清单、临时最终规则等对我国实施的歧视性出口管制。根据EAR第744.16条规定,美国政府有权将合理理由相信其参与或有重大风险参与违反美国国家安全或外交政策利益活动的中国个人或实体,列入实体清单,但并未明确规定列入实体清单的个人或实体应满足的条件。本案中,大部分被列入清单的中国企业与国家安全并无任何关系,美国甚至在没有检查交易风险的情况下就完全禁止或限制民用物项对中国出口。这些争议措施专门针对中国“量身定制”,违反了GATT第1条、TRIMs第2条及TRIPs第4条最惠国待遇原则。具体而言,在先进计算半导体芯片和制造产品、超级计算机项目以及相关服务和技术所有规章和手续方面,美国给予所有其他WTO成员相似产品的利益、优惠、特权或豁免,未能立即和无条件地给予中国。无论是全面的还是以实体清单为基础的任何类型的出口管制,或为促进实施国家安全外交政策而在不符合GATT、TRIMs合理例外情形下实施出口管制,都不符合GATT第1条、TRIMs第2条。更何况美国政府以国家安全威胁之由,出于政治或战略竞争动机对华实施出口管制措施,这些措施的连接点往往都与中国无关,尤其是再出口管制域外适用更是如此。

2.美国对华出口管制违反WTO普遍取消数量限制原则

在WTO中美出口管制案中,美国对华出口管制与GATT第11.1条项下义务不符,因为本案所涉措施构成美国通过出口许可证对运往中国的产品的出口或销售进行的数量限制。根据GATT第11.1条,出口管制措施尤其是数量型管制措施如出口

^① See Korea Withdraws WTO Dispute Complaint regarding Japanese Export Measures, https://www.wto.org/english/news_e/news23_e/disp_24mar23_e.htm, visited on 18 July 2023.

^② See United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WT/DS544/R, 2022.

配额、出口禁令等原则上都不得适用或不得歧视性适用,当然现实中武器或军用产品的出口管制非常普遍。特朗普政府以来,美国主导的对华出口管制已经完全超出军事领域甚至军民两用领域,而是将几乎所有其领先技术都纳入到出口管制中,从而违反了 WTO 的普遍取消数量限制原则。美国甚至要求或胁迫其盟友加入对华出口管制,力图推动对华出口管制诸边化。2023 年 1 月 28 日,美国、荷兰和日本就限制向中国出口先进芯片制造设备达成协议^①,将把美国于 2022 年 10 月采取的对华出口管制措施实施主体扩大到荷兰、日本的相关公司。2023 年 4 月,中国向 WTO 起诉日本,指控日本半导体设备出口管制有违 WTO 规则。^②

出口管制法律及政策逐渐武器化,甚至成为美国外交政策的主要工具以及最为直接和有效的经济胁迫手段之一,这使得 WTO 成员间权利和义务失去稳定性和可预见性,严重背离了 WTO 的自由贸易和非歧视原则,而这正是 GATT/WTO 多边贸易体制的关键原则。

(三)美国对华出口管制与 WTO 国家安全例外条款不符

安全例外条款是国家政治安全利益与贸易利益较量权衡下的折中方案。无论是在国内法还是在国际贸易法中,安全往往被当做一种例外。^③第二次世界大战后,GATT 第 21 条的安全例外条款已成为 WTO 三大实体性贸易协定的共同条款。^④安全例外使核物资、特定军用产品贸易和军用服务贸易不受 WTO 规则约束,为成员维护基本安全利益采取的某些制裁措施提供救济。那么 DS615 案中,美国对华出口管制符合 WTO 国家安全例外条款吗?美国针对运往中国或与中国有关的先进计算半导体芯片和制造产品、超级计算机项目以及相关技术和服务实施出口管制,与 GATT 第 21、10.1、10.3、11.1、6、14 条及 TRIPs 第 28、73 条等均不符。^⑤理由如下:

第一,美国根据 ECRA2018 及 EAR 发布实体清单并发布最新的临时最终规则,对从美国出口和转让到我国的包含美国原产部件或源自美国原产技术或软件的外国产品及技术、服务实施歧视性出口管制措施,与 GATT 第 21 条、GATS 第 14 条、

^① 由于协议的敏感性,三方均未对外公开宣布其文本。参见《中国在 WTO 要求美日荷澄清是否存在芯片出口限制协议》, <https://news.sina.com.cn/w/2023-04-06/doc-imypkftq9043681.shtml>, 2023 年 6 月 1 日访问。

^② GT Staff Reporters, China Lodges Lawsuit at WTO against Japan over Semiconductor Export Control Measures, <https://www.globaltimes.cn/page/202304/1288555.shtml>, visited on 4 June 2023.

^③ See J. Benton Heath, Trade and Security Among the Ruins, 30 Duke Journal of Comparative & International Law 223-266 (2020).

^④ 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,第 129 页。

^⑤ See United States-Measures on Certain Semiconductor and Other Products, and Related Services and Technologies, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds615_e.htm, visited on 18 June 2023.

TRIPs第73条“国家安全例外”不符。

首先,本案中美国运往中国或与中国有关的先进计算半导体芯片和制造产品、超级计算机项目以及相关技术和服务并未威胁美国的“基本安全利益”。GATT第21条^①、GATS第14.2条^②和TRIPs第73条^③的国家安全例外条款均规定,成员出于安全原因(非经济原因)可减损或免除WTO一般义务,从而从多边法律制度上界定了WTO成员的贸易利益和履行贸易义务的承诺。

WTO多边贸易规则中的“国家安全例外”(security exceptions)赋予成员自由裁量权以采取必要措施保护其“基本安全利益”(essential security interests)的权利,这意味着对国家主权和成员自我保护权利的正式承认,^④但绝不意味着“国家安全”完全由成员自定义。依据GATT第21条的规定,安全例外豁免的国家安全必须为基本性而非一般性安全利益。从安全例外条款起草制定时的国际环境及条文规定中“裂变和聚变物质”“武器”“战时”等表述可知,“基本安全利益”最初指狭义上的军事安全。有学者认为,虽然当前“国家安全”的内涵越来越丰富,但GATT1994第21条中“基本安全利益”所涵盖的范围却不能无限外扩,而应限制性地将其理解为仅与传统军事安全有关的利益。^⑤还有学者认为,伴随国家安全内涵逐渐扩张,是否仅有军事相关问题才能视为基本安全利益有待进一步商榷。^⑥

无论如何,美国出口管制法中的国家安全实质上是一种国家安全保护主义(national security protectionism),远远超出了国家安全例外为政府限制贸易提供正当理由的WTO法理范畴,而且存在若干法律漏洞和隐患,这不仅标志着“旧”保护主义的回归,也是以国家安全为幌子挑战多边主义的新趋势。这一趋势破坏了多国供应链的稳定,阻碍了正常的国际经贸合作。^⑦因此,美国对中国芯片、半导体等威胁其

① GATT第21条规定:“本协定任何规定不得解释为:1.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;2.阻止任何缔约方采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动(1)与裂变和聚变物质或衍生这些物质的物质有关的行动;(2)与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动,及与此类贸易所运输的直接或间接供应军事机关的其他货物或物资有关的行动;(3)在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动;3.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。”

② 规定内容基本同GATT第21条。

③ 规定内容基本同GATT第21条。

④ See Wesley A. Cann Jr, *Creating Standards of Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism*, 26 *Yale Journal of International Law* 417 (2001).

⑤ 参见胡建国、曾齐玉:《世界贸易组织法视域下的美欧232钢铝协议与中国应对》,《经贸法律评论》2023年第2期,第70页。

⑥ 参见杨梦莎:《安全例外条款的功能演进与司法审查标准——以供应链安全为视角》,《政法论坛》2023年第4期,第162页。

⑦ See Giorgio Sacerdoti & Leonardo Borlini, *Systemic Changes in the Politicization of the International Trade Relations and the Decline of the Multilateral Trading System*, 24 *German Law Journal* 18 (2023).

国家安全的指控根本不符合“基本国家安全利益”的法定情形。

其次,本案中美国运往中国或与中国有关的先进计算半导体芯片和制造产品、超级计算机项目以及相关技术和服务不涉及“武器、弹药和作战物资”或“直接或间接供应军事机构的其他物资”。在 GATT 第 21 条项下有“武器、弹药和作战物资”“直接或间接供应军事机构的其他物资”的措辞,那么,当一国认为芯片将被他国普通工厂用于军事目的时,是否允许限制芯片出口呢? 关贸总协定储备委员会认为,“如果一出口成员认为交易的目的是供应军事机关,不论是直接的还是间接的,该条款的用语将涵盖这一情况。”^①但是,根据《维也纳条约法公约》第 31 条规定的善意原则,出口成员应秉承善意原则行事承担举证责任。

美国在决定向任何国家提供军事装备和直接商业销售许可时,都是逐案仔细评估,会综合考虑政治、军事、经济、军备控制等因素。军民两用物项和一些不太敏感的军事技术在美国商务部的《商业管制清单》(commercial control list, CCL)上受到管制,但 CCL 从未对受其管制的军民两用物项和技术作出明确界定,其管制具有随机性、不确定性。而且美国出口管制法对整个供应链涉及的国家安全范畴比 WTO 中的国家安全范围更广。其军民两用物项范围十分广泛,并且大多是各领域的通用产品和民用产品,不是军品,更不是裂变材料。因此美国对华歧视性出口管制措施既不属于 GATT 第 21 条所述与裂变物质或衍生此类物质的物质有关的措施,也不属于与武器、弹药和作战物资交易有关的措施,或者与直接或间接用于军事机关的其他货物和物资的交易有关的措施。

再次,美国对华实施歧视性出口管制措施时两国之间并非处于“战时”或“国际关系紧急状态”。对战争、军事与和平的高度关注一直是过去和当前安全例外条款的精髓。之所以撇开“战时”“国际关系紧急状态”的要求,这是“二战”后关贸总协定(GATT)以协调一致的方式维护国际社会和平与发展的需要,即尽可能避免直接介入陷入战争或国际关系紧张的缔约方之间的贸易争端。因此,GATT 第 21 条明确了基于安全例外实施贸易限制措施的时间要素或前提条件。然而,当政治、军事冲突被定性为贸易争端并启动 WTO 争端解决机构下的专家组程序时,这些自然引发贸易利益冲突的政治冲突应在 WTO 内部得到充分处理,并通过司法裁决得到和平解决。

自 2001 年“9·11”事件以来,战争的概念在美国国内法及外交政策中被广泛使用。在美国国内法概念框架下没有绝对的盟友或敌国,因此美国动辄将中美经贸摩擦等视为“战争”或“国际关系紧急状态”。这与 GATT 第 21 条的目的、宗旨、文

^① 参见左海聪主编:《1994 年关贸总协定逐条释义》,湖南科学技术出版社 2006 年版,第 423 页。

义不符,也无法满足条约演进解释的客观条件,属于国家安全例外夸大其实的滥用。虽然对于“国际关系中的紧急情况”这一模糊的表述,2019年乌克兰诉俄罗斯过境措施案^①WTO专家组并未直接阐明,但其认为成员间的“政治或经济分歧”不足以构成“国际关系中的紧急情况”,除非这些“政治或经济分歧”上升到国防利益的保护或者法律及公共秩序利益的保护。^②“战争”或其他“国际关系紧急状态”是客观事实,须经专家组司法审查。专家组认为,虽然援引第21条例外条款的成员可以自行定义其认为的“基本安全利益”,但成员不能自行将贸易利益重新定义为“基本安全利益”,从而将通过互惠互利安排达成的协议排除在WTO司法审查之外。

因此,美国对华出口管制对象不属于与武器、弹药和作战物资的贸易,不属于直接或间接供应军事机关的其他货物或物资。美国出口管制不属于其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动,不属于在“战时”或其他“国际关系紧急状态”下采取的行动,也不属于为履行其在《联合国宪章》项下维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。

第二,美国对华出口管制措施与GATT第10.1条、第10.3条和GATS第6条不符,因为美国未能及时公布有关贸易限制措施,未能以统一、公正和合理的方式管理其与贸易限制有关的普遍适用的法律、法规、决定和裁定,未能维持或制定客观和公正的程序,未能对影响货物贸易和服务贸易的行政决定进行迅速审查和提供适当救济。

首先,美国在程序上违反了透明度原则和程序公正原则。美国在新的许可证要求正式公布之前,已经指示某些半导体公司提出相关许可证申请。美国没有及时公布《临时最终规则》,就对某些先进计算和半导体制造项目、超级计算机和半导体等实施附加出口管制,也没有及时公布实体清单上增删的程序差异。如2022年8月,英伟达公司向美国证券交易委员会提交了一份报告,称美国BIS对该公司未来向中国出口的任何特定类型的集成电路提出了新的许可证要求,并立即生效。美国BIS未来将公布《临时最终规则》,要求其提前停止出口。^③换言之,美国在颁布对华贸易

^① See Russia - Measures Concerning Traffic in Transit of Ukrainian Products, WT/DS512, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm, visited on 10 June 2023.

^② 参见刘瑛、孙冰：《与外资安审联动的美国技术出口管制制度及中国应对》，《国际贸易》2020年第6期，第75页。

^③ See United States Securities and Exchange Commission Washington, DC20549, <https://www.sec.gov/ix?doc=/Archives/edgar/data/0001045810/000104581022000146/nvda-20220826.htm>, visited on 11 June 2023.

限制性措施之前就已经执行了这些措施。

宏观层面,对国家安全的广义解释赋予了美国总统过度膨胀的行政权力,甚至有权以莫须有的“国家安全威胁”为由对目标国家及其实体实施出口管制措施,导致出口管制沦为政治斗争的武器。只要美国出口管制法没有明确规定司法审查程序,美国法院将坚持遵循先例,高度服从总统援引“国家安全”的行政命令。微观层面,根据 EAR 第 744.16 条,实体清单内的实体申请移出清单,应当向 BIS 最终用户审查委员会(以下称“ERC”)提出申请。ERC 对实体清单实行“宽进严出”的审查方式,对于移出申请的决定是终审决定,没有提供任何救济渠道。

其次,在实体上,美国 EAR 范围不确定,控制的物品覆盖面过于宽泛,导致“非敏感产品和潜在的敏感技术和商业项目”以及本不应受到管制的商业实体无端成为管制对象,反映了美国未能以统一、公正和合理的方式管理其出口管制法律制度。而且 EAR 的许可证要求将导致对以某些 WTO 成员或商业最终用户为目的地的非敏感商业物品贸易的歧视。“外国直接产品规则”大幅扩大了受 EAR 约束的项目范围,涵盖了先进计算和半导体领域在美国以外生产的、以中国或所列实体为目的地的非美国原产项目。而且新的“最终用户规则”通过限制中国的半导体制造和超级计算机终端使用,扩大了受控物品的范围,使其符合新的许可证要求。

第三,美国对华出口管制措施与 TRIPs 第 7 条^①、第 8 条^②、第 28 条^③、第 73 条不符,因为美国阻止先进计算半导体芯片和制造产品、超级计算机项目以及相关技术的专利所有人向中国相关实体转让其专利及订立许可合同,不利于促进技术革新及技术转让和传播,不利于专利技术持有者和使用者的利益分享及权利义务的平衡。

美国认为,与中国不断加剧的科技竞争是对国家安全的头号威胁。从 TRIPs 开

① TRIPs 第 7 条规定:“知识产权的保护和实施应有助于促进技术革新及技术转让和传播,有助于技术知识的创造者和使用者的相互利益,并有助于社会和经济福利及权利与义务的平衡。”

② TRIPs 第 8 条规定:“1.在制定或修改其法律和法规时,各成员可采用对保护公共健康和营养,促进对其社会经济和技术发展至关重要部门的公共利益所必需的措施,只要此类措施与本协定的规定相一致。2.只要与本协定的规定相一致,可能需要采取适当措施以防止知识产权权利持有人滥用知识产权或采取不合理地限制贸易或对国际技术转让造成不利影响的做法。”

③ TRIPs 第 28 条规定:“1.一专利授予其所有权人下列专有权利:(a)如一专利的客体是产品,则防止第三方未经所有权人同意而进行制造、使用、标价出售、销售或为这些目的而进口该产品的行为;(b)如一专利的客体是方法,则防止第三方未经所有权人同意而使用该产品的行为,并防止使用、标价出售、销售或为这些目的而进口至少是以该方法直接获得产品的行为。2.专利所有权人还有权转让或以继承方式转移其专利并订立许可合同。”

始,保护美国出口市场的知识产权越来越成为美国国家安全局的优先事项。^①2022年8月9日,美国颁布《芯片与科学法案》,^②BIS以涉及严重的国家安全问题需要采取紧急行动为由,发布暂行规定通过“护栏条款”对特定芯片软件出口进行管控,意图促使美国半导体先进制造能力回归,对中国半导体产业崛起实施阻击与压制。^③在其影响之下,中国芯片产业面临先进技术封锁和供应链管控不断升级,《瓦森纳协定》管控的项目清单相继增加了计算光刻软件等内容。2022年10月7日起,美国针对中国的芯片半导体制造项目、高端人工智能应用的特定先进集成电路的技术转让实施全面的禁止性出口管制。^④这一系列定制化的“外国直接产品规则”以国家安全为由,限制外国使用特定的技术、软件生产某些特定的直接产品,并运输、转移给特定目的地国家或特定用户,被视为针对中国的“芯片禁令”。这也是触发中国对美国滥用出口管制措施向WTO争端解决机构提起诉讼的导火索。

总之,在DS615案中,美国以国家安全为由实施对华特定芯片软件出口管制,单独或集体地阻止专利所有者转让其专利并订立许可合同,对正常的芯片国际贸易造成扭曲和变相限制,不仅阻碍了中国通过正常的国际贸易获取新兴和关键基础技术,也加剧了全球技术供应链的碎片化,从而根本违背了TRIPs的宗旨、目标和原则。

(四)美国对华出口管制无法通过必要性测试

由于DS615案涉及军民两用物项的货物、服务及技术贸易,有必要进一步深入探讨美国对华出口管制措施是否为维护国家安全所必需的措施,即通过GATT第21条、GATS第14.2条和TRIPs第73条的必要性测试。因为这三个条款中的“it considers necessary”术语除了基于该当事方采取措施的自我裁断之外,还必须接受WTO专家组的必要性审查。如果针对一国的指控与对“必要”的客观解释悬殊太大,专家组可以推定其为伪装。关于该项术语,必要性测试将有助于筛选出并非主要旨在防止与军事有关的贩运的措施,以及物品的军事敏感性、有限用途和存在国际关系紧急状态等客观标准。

① See Peter Drahos, TRIPs Through a Military Looking Glass, in Christine Godt & Matthias Lamping (eds.) *A Critical Mind: Hanns Ullrich's Footprint in Internal Market Law, Antitrust and Intellectual Property* 682 (Springer 2023).

② See *Creating Helpful Incentives to Produce Semiconductors and Science Act* (2022).

③ 参见魏少军:《美国〈芯片与科学法〉与中国半导体创新》,《国际经济评论》2022年第10期,第18页。

④ See *Implementation of Additional Export Controls: Certain Advanced Computing and Semiconductor Manufacturing Items; Supercomputer and Semiconductor End Use; Entity List Modification*, <https://federalregister.gov/documents/2022/10/13/2022-21658/implementation-of-additional-expo-rt-controls-certain-advanced-computing-and-semiconductor>, visited on 14 June 2023.

WTO 中美出口管制案中,在军民融合的大势所趋下,如何确定对华出口与军事有关的可能性成为最具争议的问题。对于这个问题,应根据美国在采取措施时所作的客观评估来判断。只要真正出于国家安全考虑有必要采取某项措施,那么该措施仍然可以获得 WTO 国家安全例外的豁免。真正的国家安全关切自然会体现在措施的设计和结构中,并通过必要性测试。2006 年,美国商务部公布了针对中国的出口管制法案,这是美国首次以法规形式明确对出口军民两用产品适用全面控制原则,旨在严格控制敏感物项对华军事用途的出口。而 WTO 中美出口管制案中,美国政府主管部门只是根据当事方从事民用最终用途的记录、对美国出口管制制度的遵守、符合合格最终用户要求的能力、与美国及外国公司的关系等间接因素来推定评估,无法提供充足的直接证据证明本案物项的货物、服务和技术出口、再出口、转运会实质性增强中国的军事力量,导致中国增加有悖于美国国家安全利益的军事能力。如 2021 年 1 月 14 日,11 家中国企业被美国国防部认定为中共涉军企业,小米和罗工科技在美国哥伦比亚特区法院对国防部和财政部提起诉讼。美国法院认定该案证据不足从而解除对小米的初步禁令。^①因此,美国这种措施仅仅是为了破坏与军事供应关系不大甚至毫无关系的中国的商业交易,即使其纯粹出于国家安全考虑,也无法通过 GATT 第 21 条、GATS 第 14.2 条和 TRIPs 第 73 条的必要性测试。

三、国家安全视阈下中国的应对方案

美国出口管制的扩张增加了国际贸易规则的不确定性,这种不确定性造成了美国与贸易伙伴间的新型国家安全风险。自特朗普政府以来,美国以国家安全的名义依赖单边出口管制措施试图掌控中美贸易和技术竞争,日益严苛的出口管制措施夸大了对美国国家安全的威胁。美国在泛国家安全观的错误导向下,滥用出口管制措施对我国高科技企业进行打击,将正常的国际经贸关系推向政治化、武器化,这种公然的经济胁迫和技术领域的霸凌,不仅严重损害了我国企业的合法权益,也对全球供应链等诸多方面构成威胁。对此,我国应在总体国家安全观指导下多管齐下,做好双边及多边应对方案,有效应对美国非传统安全的单边主义威胁和挑战,积极捍卫国家利益和企业、个人合法权益。

(一)国内法层面逐步完善反制措施

美国对华实施出口管制的法律依据在于其国内法的域外适用。欧盟、伊朗、俄

^① See Jordan Brunner, *Communist Chinese Military Companies and Section 1237: A Primer*, <http://www.lawfaremedia.org/article/communist-chinese-military-companies-and-section-1237-primer>, visited on 15 June 2023.

^② See Council Regulation (EC) No. 2271/96 (22 November 1996).

罗斯等均通过立法对抗美国的出口管制及经济制裁。我国于2020年10月17日颁布《出口管制法》,后于2021年颁布《反外国制裁法》和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》,2023年6月28日颁布《对外关系法》,在借鉴国际立法经验的基础上初步建立起应对经济制裁、出口管制的中国反制法律体系。但从实施层面来看,还存在适用范围不明、关键术语模糊不清等法律漏洞,缺乏对具体措施的案例指引。针对美国歧视性的两用物项及技术出口管制措施,我国应充分调研和评估出口管制政策及反制措施的实操性,系统全面权衡贸易与国家安全之间的关系,警惕美国借机切断中企与全球供应链的联系、滥用出口管制遏制我国高科技企业发展,进而扰乱全球出口管制法律体系的稳定性和可预见性。我国应科学构建国内反制法律体系,坚定维护我国企业合法权益、我国基本国家安全利益。2023年8月1日起,我国对在半导体和通信领域应用广泛的关键矿产镓和锗实施出口管制。2023年9月1日起,我国对无人机实施出口管制。这些具体反制措施效果如何,尚待时间检验。国内法层面反制并非中国应对美国滥用出口管制措施的目的而是手段,其最终目的在于提高自身法律救济路径,推动中国出口管制法律体系现代化。

(二)争取达成中美双边《出口管制谅解及备忘录》

2023年8月28日,中美启动出口管制信息交流机制。在寻求共同利益的基础上,中美两国应通过谈判磋商争取达成双边《出口管制谅解及备忘录》,实现互惠互信互谅互认。国家出口管制法律与国际合作面临的难题使得国家安全的管控对中美两国均具有不言而喻的根本重要性,但中美之间对“国家安全”的内涵及外延缺乏相互理解、相互尊重、与时俱进的共识和开放协调的机制。大国的协调与合作是实现美国国家安全战略的重要组成部分,也是中美两国的共识。中美两国应坚持统筹国家安全观,坚持发展与安全、开放与安全、传统安全与非传统安全、本国安全与别国安全相协调,建立与国际地位相适应、与国家安全和利益相一致的出口管制体系。特别应当善意履行国际合作义务,展现负责任的大国精神,坚持出口管制的去政治化,去武器化,促进出口管制领域的国际和平与安全,构建普遍安全的国际社会。

美国强调“公平互惠”的贸易体制,中国坚持尊重国家主权平等基础上公平互利的WTO多边贸易体制。中美两国需要继续与对方以及更广泛的贸易伙伴就基本的国家安全问题进行对话和谈判,特别是涉及军民两用物项及技术贸易的谈判。比如,可以让中美企业代表参与谈判,秉承相互信任和友好合作的精神,努力通过谈判划清“国家安全”的边界、军民两用物项和技术的边界,澄清误解达成共识,从而妥善解决WTO项下的出口管制争端。出口管制的域外适用主要是两个国家出口管制法律和政策之间的冲突问题,而不仅仅是出口管制法律的适当范围问题。通过谈判敦

促美国对其出口管制域外管辖权进行适度克制,不仅可以减少政治冲突和经济扭曲的程度,而且可以确保全球产业链、供应链安全稳定,确保国际贸易法治的稳定性和可预见性。在一个复杂的跨国供应链世界中,围绕一国为其人民谋福利的义务而建立的国际经济法律秩序,应该围绕国家安全和监管等其他政策问题重新调整。^①

(三)积极争取在 WTO 项下解决出口管制争端

在目前国际法体系下,没有既定的禁止胁迫性经济制裁或出口管制的条约规定,也没有任何一个普遍性国际条约确立一个概念清晰、可操作性强的国家安全例外条款。《维也纳条约法公约》《国家对国际不法行为的责任条款草案》也未规定国家安全例外。我国遭遇美国单边措施的域外适用时如无法通过谈判协商解决,也无法通过国内反制措施有效应对的情况下,更为合理的争端解决路径是积极通过 WTO 争端解决机制予以公正裁决。中国根据 DSU 第 4.4 条分别于 2023 年 2 月 9 日、2023 年 9 月 15 日向 WTO 争端解决机构提出与美国的磋商请求。美国在坚持 WTO 关于国家安全问题不受审查或无法通过 WTO 争端解决机制解决的前提下,已同意与中国根据 DSU 第 4.11 条进行磋商。^②中国作为负责任大国,坚持出口管制制度应有助于促进全球安全,推动负责的出口,切实维护符合真正多边主义的 WTO 争端解决机制的权威,积极争取在 WTO 项下解决中美出口管制争端,推动国际出口管制朝着公正、合理、非歧视的正确方向发展。

WTO 争端解决机构对涉国家安全的贸易争端理所当然享有管辖权,是就各成员的基本安全利益进行辩论和作出裁决的最佳选择。WTO 成员在追求其基本安全利益时并非享有无限的自由裁量权,在 WTO 项下安全例外问题一旦进入争端解决程序,就不再是其成员自行主观判定的事项,而应由专家组基于个案事实的客观评估加以认定。WTO 需要在尊重成员维护其国家安全的 sovereign 权利与避免国家安全例外条款被滥用之间划定红线,从而取得恰当的平衡。确切而言,应在尊重 WTO 成员真正出于国家安全所必须采取的贸易限制措施与禁止真正具有商业目的的贸易限制措施之间保持平衡。鉴于国际经济法正陷入“安全困境”,基于国家安全的出口管制激增是基于规则的多边贸易体制特别令人担忧的领域,实现和执行国家安全例外平衡的多边纪律需要得到进一步加强。为此,WTO 需要通过中美出口管制案等类型案件的公正裁决,在各成员之间就“国家安全”“基本安全利益”“战时”“国际关系紧急状态”等概念的内涵和外延达成一致,进而通过 WTO 成员的国家实践与法律确信提高国际贸易秩序的透明度和可预测性。

^① See Harlan Grant Cohen, What Is International Trade Law for, 113 American Journal of International Law 327 (2019).

^② See WT/DS615/6, 16 February 2023.

The Evolution of US Export Control Law and China's Countermeasures from the Perspective of National Security

Abstract: Under the guidance of the pan-national security concept, the United States frequently uses export control laws and policies to impose economic sanctions on relevant Chinese entities on the grounds of national security. China has filed a WTO case against the United States over its export controls on chips and other products. The national security-based US export control law and its abuse not only disrupt the multilateral export control legal system, but also exacerbate the security risks of China and the United States. The international economic law is in a “security dilemma”. The national security in the US export control law is essentially a kind of national security protectionism, which is different from the concept of national security under the WTO. The WTO has jurisdiction over trade disputes involving national security, and US export controls on China are inconsistent with the WTO's national security exception clause. Under the guidance of the overall national security concept, China should gradually improve countermeasures at the level of domestic law, reach an Understanding and Memorandum on Export Control with the United States, and actively strive to resolve export control disputes under the WTO.

Key words: national security; export control; WTO Sino-US export control case; GATT article XXI; essential security interests

(责任编辑:张辉)