

中美贸易战中的安全例外问题

彭 岳

摘 要 中美贸易战涉及美国 201 调查、301 调查和 232 调查在《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(简称《WTO 协定》)下的合法性问题。随着贸易战的深入,相关法律争议越来越集中在美国可否成功援引 GATT 第 21 条项下的安全例外条款。长期以来,专家组对安全事项是否享有管辖权以及应采取何种标准审查安全例外等问题一直困扰着理论界和实务界。与欧盟、加拿大等 WTO 成员不同,中国并未积极利用 GATT 第 21 条质疑美国贸易措施的合法性。这不仅是因为国家安全涉及主权核心利益,WTO 争端解决机构本不适于解决此类纠纷,也是因为强行在 WTO 体制内解决国家安全事项反而可能最终削减 WTO 的权威。当前,通过谈判磋商机制解决 WTO 成员国家安全关切仍是最佳选择。

关键词 中美贸易战;201 调查;301 调查;232 调查;安全例外;WTO 争端

中图分类号 D990;D993 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2019)01-0154-14

基金项目 国家社会科学基金一般项目(18BFX211)

自 2001 年 12 月 11 日中国成为世界贸易组织(WTO)成员以来,中美两国贸易关系总体势头良好,相关争端大多可在 WTO 的框架下得以缓和或解决。2017 年 1 月特朗普就任美国总统后,美国贸易政策发生了大的转向,中美贸易摩擦随之愈演愈烈,似有进入长期贸易战的迹象。表面上,中美贸易战的爆发与特朗普的“美国优先”执政理念密切相关;实质上,中美贸易战的持续和演进在一定程度上揭示出,中美两国之间的权力结构动态调整已然到达新的临界点。理论上,如欲对中美贸易战中的相关法律问题进行深入讨论,必须虑及这一结构性变革因素。

与此前贸易争端不同,除继续利用 201 条款和 301 条款等调查工具之外,特朗普治下的美国政府开始频繁以保护国家安全为由,对他国进口产品征收高额关税或实施经济制裁。该行为不仅损害了其他 WTO 成员方的利益,还影响了 WTO 体制的权威性。WTO 体制为中国经济崛起提供了稳定制度支持,中国理应在该体制下抵制美国滥用国家安全调查行为,维护 WTO 的权威性。可以预见,随着中美贸易战的深入,WTO 安全例外条款的重要性将日益凸显。考虑到该条款所涉内容横跨贸易领域与政治领域,采取简化主义的政治权力分析或形式主义的法律权利分析均难以揭示争议的实质^[1](P135),因此在传统裁判者视角之外,本文还采用了参与者视角,从国际权威决策过程解析贸易战背后的制度逻辑,探讨 WTO 成员适用安全例外条款的前提与效果,并对中国当前法律策略作出评价。

一、中美贸易战中的国家安全事项

用贸易战这一术语描述近期美国挑起的贸易冲突虽不一定准确,但可在一定程度上反映出问题的实质所在。究其原因,这与中美贸易战所涉利益与特定理论体系下的国家安全事项相关。

(一) 特朗普政府的“美国优先”政策与现实主义的国家安全考量

早在竞选总统期间,特朗普就提出“美国优先”的施政方针。具体到贸易政策,主要表现为谈判有利于美国的双边贸易协定,以向美国引入更多的产业和工作机会。2017年12月,特朗普总统发布《国家安全战略报告》,详细阐述了如何在国内和国际层面实施“美国优先”政策。在其前言部分,特朗普所设想的美好愿景是:一个由强大、主权和独立国家构成的世界,各自拥有其文化和梦想,在繁荣、自由、和平方面并肩成长;而美国政府的任务是,保卫美国人民、国土以及美国人生活方式,促进美国繁荣,通过实力维护和平,增加美国影响力^[2]。值得注意的是,在《国家安全战略报告》的“促进美国繁荣”一章,赫然印着“经济安全即国家安全”的题记。报告认为,重建国内经济实力、维护公平和互惠国际经济体系将有利于美国的安全,并且促进世界的繁荣与和平。其中,促进和保护国家安全创新基地(NSIB)构成政府施政举措之一。报告还指出,如果美国丧失创新和技术优势,将对美国的繁荣造成深远的负面影响。为促进和保护NSIB,该报告提出了诸如理解挑战、保护知识产权、收紧签证程序以及保护数据和基础设施等优先行动方案^[2]。

在结论部分,《国家安全战略报告》重申了“美国优先”政策,即“在特朗普政府执政期间,美国人民可以确信,其安全和繁荣永远优先”。同时,报告明确界定了“美国优先”政策的理论基础——有原则的现实主义(principled realism):它是现实主义的,“因为它承认权力在国际政治中的核心作用,肯定主权国家是和平世界的最佳希望,并明确界定了我们的国家利益”;它是有原则的,“因为它的基础是推进美国原则在全球传播和平与繁荣的知识”。总而言之,“我们以自己的价值观为指导,遵守我们的利益”^[2]。

从其核心内容来看,《国家安全战略报告》“促进美国繁荣”一章较准确地传递出特朗普政府“经济安全即国家安全”的政治考量,而报告结论部分提及的“有原则的现实主义”不过是古典现实主义理论在当代的翻版。该理论认为:第一,国家是国际体系中的主要行为体;第二,国际政治的本质是冲突,民族国家不可避免地要依靠实力来确保生存;第三,各国拥有合法主权,但因实力大小不同而有强国和弱国之分;第四,国家是统一行为体,对外政策独立于国内政治;第五,国家是根据国家利益进行决策的理性行为体;第六,权力是解释和预测国家行为的最重要的概念^[3](P63)。古典现实主义理论将争取权力作为国际关系的核心要素,接受乃至服膺“强者为所欲为,弱者忍气吞声”的不公平现状,无视国际法的规范效应。特朗普政府将该理论作为其“美国优先”政策的基础,可谓“适得其所”。

(二) 中国的“2025 中国制造计划”与总体国家安全观

中国政府历来重视发展科学技术。1964年的政府工作报告中首次提出“四个现代化”国家战略目标,其中就包括科学技术现代化。1988年6月邓小平在全国科学大会上又提出了“科学技术是第一生产力”的论断。及至21世纪,中国政府密集出台了各类政策鼓励科技发展。如2006年2月国务院制定了《国家中长期科学和技术发展规划纲要》(2006-2020),提出到2020年,科技促进经济社会发展和保障国家安全的能力显著增强,为在21世纪中叶成为世界科技强国奠定基础。2010年10月,国务院作出《关于加快培育和发展战略性新兴产业的决定》,指出发展战略性新兴产业已成为世界主要国家抢占新一轮经济和科技发展制高点的重大战略,中国必须加快培育和发展战略性新兴产业。2015年5月,国务院印发《中国制造2025》通知,提出力争通过“三步走”实现制造强国的战略目标:到2025年,迈入制造强国行列;到2035年,制造业整体达到世界制造强国阵营中等水平;到2049年,综合实力进入世界制造强国前列。

上述鼓励科学和技术发展、推动中国制造产业升级的举措也构成了中国总体国家安全观的一部分。根据《国家安全法》第3条,总体国家安全观以人民安全为宗旨,以政治安全为根本,以经济安全为基础,以军事、文化、社会安全为保障,以促进国际安全为依托,维护各领域国家安全,构建国家安全体系,走中国特色国家安全道路。科技发展和制造能力的提高有助于提升经济安全,可为总体国家安全打下良

好基础。

无论是中国的总体国家安全观还是美国的现实主义国家安全考量,都有一套相对成熟的理论体系作为支撑,两国均认为经济安全与国家安全密不可分。因此,中美贸易战中,即使双方将矛盾聚焦于关税、知识产权保护、补贴等具体贸易事项,相关贸易争端仍会或多或少牵连国家安全问题。

二、中美贸易战中的美国措施与中国应对

从美国角度来看,中美贸易战仅是其全球贸易战的一部分。由于中美两国贸易体量巨大、意识形态相异,与同期美欧、美日、美墨加等贸易争端相比,中美贸易争端更令全球瞩目。

(一)美国 201 调查及中国应对

201 条款是美国《1974 年贸易法》201-204 节的统称。该条授权美国国际贸易委员会(USITC)对输美产品实施全球保障措施调查,并向总统提交报告和建议,由后者做出最终决定。由于全球保障措施打击面过宽,容易引起各国集体反对,美国总统很少依据 201 条款采取贸易限制措施。

及至特朗普总统上台,2017 年初,美国产业界重新激活 201 条款,要求 USITC 对输美光伏产品、家用大型洗衣机启动 201 调查。2018 年 1 月 22 日,特朗普决定对该两类进口产品分别加征 85 亿美元和 18 亿美元的进口关税,由此揭开了美国全球贸易战的序幕。针对美国保障措施,韩国分别就光伏产品和大型洗衣机诉诸 WTO,要求与美国磋商;中国则在与美国经贸磋商未果后,于 2018 年 8 月将美国光伏产品 201 措施诉诸 WTO。

(二)美国 232 调查及中国应对

232 条款规定在《1962 年贸易扩展法》之中,该条款授权美国商务部对特定产品进口是否威胁美国国家安全进行立案调查,并向总统提交报告,由总统决定是否采取最终措施。2017 年 4 月 20 日,特朗普总统指示商务部启动钢铁与铝产品 232 调查。2018 年 3 月 1 日,美国政府宣布对进口钢铁和铝产品分别加征 25% 和 10% 的关税,所涉产品价值高达 480 亿美元。为回应传统盟友的利益诉求,美国一方面宣布钢铁和铝产品关税于 3 月 23 日生效,另一方面提出了临时豁免计划:加拿大和墨西哥产品的豁免视北美自由贸易区(NAFTA)重启谈判结果而定;其他贸易伙伴可同美国贸易代表(USTR)谈判,确定可否豁免关税;公司可向商务部长提起申请,将特定产品排除在关税之外。3 月 22 日,美国将欧盟、韩国、巴西、阿根廷和澳大利亚的关税豁免延长至 5 月 1 日。4 月 30 日,特朗普政府将给予欧盟、加拿大和墨西哥的关税豁免再次延长至 6 月 1 日。

特朗普的分化策略取得了一定的效果。2018 年 3 月 28 日,韩国率先妥协,承诺减少钢铁出口以换取永久钢铁关税豁免。6 月 1 日,阿根廷承诺就钢铁和铝产品实施出口配额,换取永久关税豁免;巴西则仅对钢铁产品实施出口配额。同日,美国开始对来自欧盟、加拿大和墨西哥的钢铁和铝产品征收关税,而澳大利亚成为唯一的在钢铁和铝产品方面不受贸易限制的美国伙伴。

面对美国 232 调查,中国采用“WTO 诉讼 + 关税报复”模式加以应对。2018 年 4 月 5 日,中国率先将美国钢铁和铝产品 232 措施诉诸 WTO。随着关税豁免期届满,欧盟、加拿大和墨西哥等国纷纷要求与美国进行 WTO 磋商。截至 2018 年 8 月 31 日,已有 9 个 WTO 成员向 WTO 起诉美国钢铝 232 措施。4 月 2 日,中国开始对价值 24 亿美元的美国输华产品中止关税减让义务,并加征关税,以再平衡美国 232 措施造成的损失。此后,欧盟、加拿大、墨西哥和土耳其等国也采取类似反制措施,所涉价值达 240 亿美元。

针对他国贸易报复行为,USTR 在 WTO 提起诉讼,指责加拿大、中国、欧盟、墨西哥、土耳其、俄罗斯等国针对美国产品加征关税的行为违反 WTO 协定。美国全球贸易战全面打响。

(三)美国 301 调查及中国应对

301 条款是美国《1974 年贸易法》第 301-310 节的统称,包括“一般 301 条款”、关于知识产权的“特别 301 条款”以及关于贸易自由化的“超级 301 条款”。根据 301 条款,当 USTR 办公室确认某贸易伙伴的某项政策违反贸易协定,或被美国单方认定为不公平、不公正或不合理时,可启动单边性、强制性的报复措施。与 201 调查和 232 调查不同,特朗普政府近期发动的 301 调查主要针对中国,所涉产品价值总额从 500 亿美元逐步升级到 2500 亿美元。

1. 初始阶段。2018 年 3 月 22 日,USTR 办公室发布报告,认定中国关于技术转让、知识产权、创新行为等做法构成第 301 条款项下的不公平贸易行为。4 月 3 日,USTR 办公室公布建议清单,拟对价值约 500 亿美元的中国输美商品征收 25% 关税。次日,中国公布价值 500 亿美元的美国输华产品清单,同样将征收 25% 关税。同时,中国要求与美国进行 WTO 磋商。由此,中美开启了 301 条款下针锋相对的贸易战模式。6 月 15 日,美国政府宣布将于 2018 年 7 月 6 日对价值约 340 亿美元的中国产品征收额外关税;对其余 160 亿美元产品,将根据进一步审查情况最终决定。次日,中国国务院关税税则委员会决定对原产于美国的约 500 亿美元进口商品加征 25% 的关税,其中,约 340 亿美元商品自 2018 年 7 月 6 日起实施加征关税,对其余商品加征关税的实施时间另行公布。2018 年 8 月 7 日,USTR 办公室公布将自 8 月 23 日起对价值 160 亿美元中国进口商品加征 25% 关税。由此,6 月 15 日所宣布的 500 亿美元征税计划全部实施到位。次日,中国商务部宣布,中方决定对 160 亿美元自美进口产品加征 25% 的关税,并与美方同步实施。

2. 升级阶段。面对中国的强硬态度,2018 年 8 月 1 日,USTR 办公室的莱特希泽宣布,美国总统特朗普已经指示他采取行动,将价值 2000 亿美元的中国商品税率由 10% 提高到 25%。8 月 3 日,中国国务院关税税则委员会决定,对原产于美国的约 600 亿美元商品加征 25%、20%、10%、5% 不等的关税,具体实施日期视美方行动而定。8 月 23 日,中国提请与美国进行 WTO 磋商。9 月 17 日,美国将中美贸易战规模升级。USTR 办公室发布消息,称自 9 月 24 日起,美国将对 2000 亿美元中国商品加征 10% 关税,2019 年 1 月 1 日起关税税率将提高至 25%。次日,中国商务部宣布,自 9 月 24 日起,对 600 亿美元美国商品加征 10% 或 5% 的关税。

三、中美贸易战中相关措施所涉 WTO 法律争议

中美两国均是 WTO 贸易争端解决机制的常客。截至 2018 年 8 月 31 日,两国之间登记在册的 WTO 争端解决实体(Dispute Settlement Body,下文简称 DSB)案件共 38 起——美国作为被诉方的案件 15 起,中国作为被诉方的案件 23 起。在 2018 年的案件中,美国被诉案件高达 5 起。从中可以看出,中国政府近期倾向于利用 WTO 争端解决机制化解双方的贸易争端。

(一)201 调查所涉 WTO 法律争议及相关裁决

与“光伏双反”措施相比,201 条款采取的全球性保障措施更能限制贸易转移,有助于全面维护美国产业利益。正是因为打击面广,该条款易受他国集体指责。受其影响的 WTO 成员大多会利用 GATT 第 19 条和《保障措施协定》的相关规定维护自身权利。根据既往裁决,美国 201 调查很难符合《保障措施协定》关于因果关系和平行原则的规定。

就因果关系而言,《保障措施协定》第 4.2(b)条规定,调查应根据客观证据证明产品增加的进口与严重损害或严重损害威胁之间存在因果关系。比如在美国小麦面筋案中,上诉机构认为,为确定原因和后果之间存在“真实和实质关系”,调查机构应当将其他因素造成的损害与进口增加造成的损害区别开来。而 USITC 在调查过程中并没有审查国内产能增加是否同时造成损害,因而违反了第 4.2(b)条的规定^[3](P70)。在美国羔羊肉案中,上诉机构指出,如果若干因素同时造成损害,则只有在不同因素

被辨别和区分的情况下,才能认定进口增加造成损害后果。而USITC未能区分不同因素,也未能解释其他因素造成损害的性质和程度,因而违反第4.2(b)条的规定^[3](P74)。

就平行原则而言,《保障措施协定》第2.1条脚注1规定,关税同盟可作为单独整体或代表成员国实施保障措施。如关税同盟作为单独整体实施保障措施,则确定严重损害或严重损害威胁的所有要求应以整个关税同盟中存在的条件为基础。如果代表成员实施保障措施,则应以该成员国中存在的条件为基础,且保障措施应仅限于该成员国。在美国小麦面筋案中,上诉机构认为,USITC在调查阶段包括加拿大、但在实施阶段排除加拿大的做法违反《保障措施协定》第2.1条和第4.14条。因为,调查阶段的所有进口应当与实施阶段的进口保持一致。在美国钢铁保障案中,上诉机构指出,USITC应将所有实施阶段排除的进口视为造成损害的“其他因素”,并就自由贸易协定伙伴之外的进口是否符合使用保障措施做出综合认定,而非将贸易伙伴分为不同组别认定^[3](P102)。

《保障措施协定》中的因果关系和平行原则有助于限制一国在调查阶段随意归责,在实施阶段随意豁免。如果美国意图以201调查为手段对特定WTO成员进行经济压迫,则极有可能违反《保障措施协定》的上述规定。参照此前的判例,美国很难在此类保障措施案件中胜诉。

(二)301调查所涉WTO法律争议及相关裁决

自《1974年贸易法》生效以来,301条款一直就是美国政府打开外国市场,解决贸易赤字的主要成文法手段。在乌拉圭回合谈判中,美国贸易伙伴希望将此攻击性的单边主义行为纳入WTO多边纪律之下,成果之一体现在《关于争端解决机制与程序的谅解》(DSU)第23条。

然而,WTO的成立并没有阻止美国继续发动或威胁发动301调查。1998年,欧盟就301条款本身的合法性要求与美国进行WTO磋商。欧盟认为,美国《1974年贸易法》对单边措施设置了严格的时间限制,USTR办公室很难遵守DSU关于多边体制的相关规定。该案专家组虽基本认可欧盟的观点,但基于如下两个原因并不认为美国304节的规定违反DSU:(1)美国已经利用行政措施声明(SAA)的综合效果合法移除了单边决定的威胁;(2)美国已向专家组作出声明,将以符合WTO义务的方式作出304节项下的决定。对此结论,专家组附加一个说明,即如果美国拒绝或移除其在SAA中的承诺,或未能遵守向专家组作出的声明,专家组的上述认定将不再保证有效^[3](P63)。

美国301条款贸易法案专家组因在报告中回避了若干重要法律问题而饱受诟病。有学者指出,经验证明,美国301条款的威力恰恰在于威胁采取贸易制裁,而非制裁本身。比如,在该案专家报告出台之前,USTR办公室共发起119次301调查,仅有15起最终被施加贸易制裁。究其原因,大多数贸易伙伴往往会在美国贸易制裁的威胁之下自愿开放市场,或者与美国达成解决其贸易争端的双边协定。如果认为美国的301调查仅构成贸易制裁威胁而不受DSU的约束,则相当于赋予美国一项利用单边威胁措施打开他国市场的特权^[4](P1156)。

本次特朗普政府针对中国产品发起301调查在很大程度上延续了美国此前的做法。由于相关威胁未能在美国奏效,美国转而将贸易制裁威胁转化为实实在在的制裁措施。问题在于,一旦相关制裁措施落实,美国的行为将直接违反美国301条贸易法案中专家组设置的红线。参照该案法理,美国很难说服专家组或上诉机构其单边贸易制裁行为符合DSU第23条的要求。

(三)232调查所涉WTO法律争议及审查难题

美国《1962年贸易扩展法》第232条授予总统几无限制的行政裁量权,后者可以国家安全保护为由对进口作出“调整”。不同国际关系理论从不同角度认可了该特权的合理性。比如,根据新自由主义理论,在某些情形下,特定产品的进口会对进口国经济或特定产业造成负面效应,可能威胁到该国基本经济安全或特定战争产品的生产能力^[5](P344)。因此,赋予总统行政特权,由其平衡国内和国外利益,然后再就是否存在国家安全威胁作出判断有其合理性。又如,根据现实主义理论,国家最大限度攫取国际

权力有助于维系国家安全,赋予总统行政特权可以有效实现外交政策目标。相对而言,新自由主义理论强调贸易政策与外交政策的平衡,现实主义理论认为贸易政策应服从于外交政策。

根据所涉政策目的之不同,232 调查分为三类。一是经济安全考量。如果某一进口产品的突然中断或削减会对美国经济造成严重破坏,则可以推断美国存在进口依赖,为经济安全计,美国总统可采用进口限制措施降低或消除美国经济的脆弱性。二是国防工业考量。如果美国公司有被外国竞争者驱离出军事设备研究和生产领域之虞,美国总统可认定哪些行业正受到严重损害,并采取贸易限制措施防止情形继续恶化或扭转不利趋势。三是外交政策考量。总统可将贸易限制措施作为经济制裁手段之一,对他国施压,实现其政治目的^[6](P382)。除有限例外,历任美国总统大多对 232 条款采取了备而不用策略。

然而,随着美国政治风向从新自由主义转向现实主义,232 条款很快成为实施经济压迫或制裁的利器。当前,除价值 449 亿美元的进口钢铝产品之外,美国商务部还于 2018 年 5 月对进口汽车和零部件发动了 232 调查,仅汽车一项所涉价值高达 2080 亿美元。种种迹象表明,美国政府发动 232 调查并非意在维护国家安全,而是希望通过经济制裁寻求贸易利益再平衡。

由于 232 调查直指国家安全事项,并且 WTO 的货物贸易协定(GATT)第 21 条、服务贸易协定(GATS)第 14 条之二以及与贸易有关的知识产权协定(TRIPS)第 73 条等均就安全例外作出规定,一个合乎逻辑的推论是,出口国可充分利用 WTO 争端解决机制,质疑 232 调查的合法性。然而,在所有针对美国 232 条款的磋商请求书中,中国、印度、欧盟、加拿大等 9 个 WTO 成员无一例外,均优先将美国 232 调查视为保障措施,进而指责美国行为违反《保障措施协定》相关规定。美国则采用了结构和措辞几乎完全一致的方式来答复磋商请求:(1)美国 232 调查涉及国家安全事项,WTO 争端解决机制无权审查或无能力处理此类政治问题。(2)232 调查不同于 201 调查,请求国要求磋商解决保障措施争端的基础不存在。(3)因为不存在美国保障措施,如果请求国依据《保障措施协定》第 8.2 条采取关税反制措施,该反制措施缺乏法律依据^[7]。

在 WTO 争端中,不同的措施对应着不同的义务,争端各方就某一特定措施的法律属性存在争议实属正常。然而,如果美国关于 WTO 争端解决机制无权审查或无能力处理国家安全事项的命题为真,则当前贸易战很可能会有步步深入、全面扩展的趋势。其一,如果国家安全措施不能被质疑,会刺激美国扩大适用 232 条款。相较于 201 条款和 301 条款,232 条款的适用条件更为宽松,总统拥有的裁量权更大,更适合作为贸易战的政策工具。其二,如果国家安全措施不能被质疑,会引发常规贸易措施向国家安全措施的“大迁移”。当前,美国 201 条款和 301 条款均受到 WTO 协定严格限制,为防止他国挑战本国措施的合法性,美国自然有动力以 232 调查代替 201 调查和 301 调查。其三,如果国家安全措施不能被质疑,会吸引越来越多的国家援引国家安全例外对美国实施贸易反制。这意味着,即使他国不能将美国国家安全措施“降维”为保障措施,它们仍可以选择将反制措施“升级”为国家安全措施,从而规避 WTO 争端解决机制的审查。其四,如果国家安全措施不能被质疑,则美国以外的其他 WTO 成员之间也可以国家安全为由相互采取或实施贸易限制措施,进而弱化 WTO 体制。

基于上述四点,仅从后果论的角度而言,美国认为国家安全事项完全不受 WTO 管辖的观点很可能造成 WTO 体制的崩溃。问题在于,为何包括中国在内的 9 个 WTO 成员仍优先将美国的国家安全措施认定为保障措施?为此,有必要考察 WTO 协定中安全例外条款的含义、功能和应用,探寻各国采取避实击虚、避重就轻应对策略的合理性。

四、裁判者与参与者视阈下的安全例外条款

在国际法领域,裁判者与参与者的身份界定之所以重要,与国际法体系的脆弱性密切相关。哈特认为,国际法不仅缺乏提供给立法者和法院的变更规则和裁判规则等次级规则,还缺乏“统一”(unifying)

的承认规则,为确定初级规则提供一般性标准^[8](P124)。然而,即便按照“初级规则与次级规则的结合构成法律体系”这一哈特命题,也不能全然否定国际法的体系性。这不仅因为缺乏“统一”承认规则与缺乏承认规则有本质区别,还因为国际法中存在类似于立法、司法和行政功能的机制。比如,WTO不仅设立DSB,还明确要求裁决者采用内在视角适用WTO协定(DSU第3.2条)。问题是,国际法因缺乏“统一”承认规则而有体系并立之“病理”,与国内法参与者相比,国际法参与者创造、脱离或转换法律体系的成本相对较低。相对于国内法律体系而言,国际法律体系的稳定性更容易受到参与者不遵从的影响。国家安全事项恰恰最能考验某一国际法体系的稳定性。一旦专家组不能妥当处理国家安全事项,很可能会引发WTO成员的普遍不满。

(一)专家组对安全例外条款的解释

如上所述,《WTO协定》中的GATT、GATS和TRIPs规定了内容相似的安全例外条款。既往的案例大多聚焦GATT第21条,在此仅分析裁判者如何解释和适用GATT安全例外条款。

GATT第21条标题为“安全例外”,结构上分为前言和子项两个部分,内容如下。

本协定的任何规定不得解释为:

.....

(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)与裂变物质或衍生裂变物质的原料有关;

(ii)与武器、弹药和军火贸易或直接或间接提供军事机构用的其他货物和物质的贸易有关;

(iii)战时或国际关系中的其他紧急情况时采取;或.....

GATT时代共有7起案件涉及GATT第21条。在最终提交专家小组报告的3起案件中,缔约方全体仅采纳了1起。WTO时代,共有3起案件涉及GATT第21条,虽然成立了专家组,但均未结案。从争议内容来看,大多涉及如何解释第21(b)(iii)条,具体包括两大法律争议。

其一,如何解释上述条款中的“其认为……基本安全利益”?

考诸立法史,立法者之所以采用“其认为……基本安全利益”措辞,大多有两层考虑:“一方面,我们不能限制太严,因为我们不可能禁止纯粹基于安全原因而需要的措施。另一方面,我们不能放得过宽,因为在安全名义下,一国可能会施加实际上具有商业目的的措施。”^[9](P600)

在GATT时代,关于安全例外条款的法律争议有两个显著特征。一是争端各方对于GATT缔约方全体是否有权审查国家安全事项的观点极为对立,很难找到共同点。如在1982年欧盟对阿根廷贸易限制案中,作为被诉方的欧盟认为,每一缔约国有权自己判定是否行使国家安全权利。作为起诉方的阿根廷则认为:为证成限制性措施,援引第21条的缔约方应被特别要求声明国家安全的理由……不应采取未经通知、讨论和证成的贸易限制(C/M/157;C/M/159)。二是国家安全事项通常被排除在专家小组的职能范围之外。如在1985年美国对尼加拉瓜贸易限制案中,专家小组的职能范围被限定为:“不能裁判美国援引第21(b)(iii)条的有效性或动机。”该案起诉方尼加拉瓜认为,专家小组应当根据国际法基本原则以及联合国和国际法院决定相一致的方式解释第21(b)(iii)条,即该条应当被理解为仅仅允许受到侵略的缔约方行使自卫权。而美国认为,第21条适用于任何缔约方采取的其认为保护其基本安全利益所必需的行为,根据第21条,专家组无权审查美国援引第21条的有效性。就此争议,囿于职权范围,专家小组未加考察(L/6053)。

及至WTO时代,虽然就涉及GATT第21条的争议成立了专家组,但专家组一直没有机会行使解释权。比如,在美国古巴自由和团结法案中,欧美双方最终通过非正式协议的方式解决了美国法的域外效力问题,而非继续授权专家组审理案件^[10]。值得注意的是,在中国原材料案中,为解释GATT第

11.2(a)条,专家组曾将第21条的措辞作为参照物。该案专家组认为,第11.2条的措辞与GATT第21(b)条的措辞不同,不能认为前者赋予WTO成员方自我决定的权利(Panel Report, China-Raw Materials)。但该案专家组并未讨论其是否有权审查国家安全事项。

其二,如何解释“战时或国际关系中的其他紧急情况时采取”?

战时或其他紧急情况涉及采取国际安全措施的适当时机。如果某一缔约方采取的时机明显与常识相违背,则很可能遭受其他缔约方的普遍反对。如1975年瑞典曾经就特定鞋类设置全球进口配额。瑞典政府认为,该体系符合GATT第21条的精神,是因为“国内生产的减少将对正在形成的、构成国家安全政策的一部分的瑞典经济防卫计划造成重大威胁。基于该政策,必须维持至关重要工业之最低国内生产能力。该能力对于确保提供基本产品,满足战时或其他国际关系中其他紧急情况时的基本需求不可或缺”(L/4250)。对此,GATT理事会诸多成员对于瑞典的措施是否符合总协定的规定表示关切。最终,瑞典撤销了相关措施。

但是,如果某些措施的采取与特定国际事件有关,则很难从字面判断时机的适当性。如上述1985年美国对尼加拉瓜贸易限制案有明确的国际背景,尼加拉瓜认为,该措施违反了GATT的基本原则,它并不涉及国家安全问题,而是一种制裁。美国则认为,其措施是基于国家安全理由而采取,受GATT第21(b)(iii)条的调整,缔约国有权自我决定何种行为属于其认为保护基本安全利益所必需的行为。

综上所述,在援引GATT第21条为贸易限制措施辩护的案件中,争端双方的立场与观点较为明确。起诉方会认为,援引一方应说明其措施符合安全例外的理由,且相关措施应受专家小组的客观审查;被诉一方则坚持,援引国家有权自我认定相关贸易措施是否为保护国家安全所必需,且专家小组无权审查。在GATT时代,作为裁判者的专家小组囿于职权范围,对此类争议采取了回避态度。

(二)贸易战中各国对安全例外条款的应用

纵观GATT第21条争议史,美国是援引该条最多、立场最鲜明的国家。在GATT时代,尽管美国认为专家小组无权审理涉及国际安全事项的案件,但通常会通过采取限定其职权范围的方式避开这一敏感话题^[1](P434)。及至WTO时代,成员单方控制专家组职权的能力受到限制,当美国以国家安全为由对输美产品加征关税时,受到影响的其他WTO成员完全可以要求成立专家组,审查美国措施的正当性。尽管如此,在近期关于232调查贸易争端中,要求与美国进行磋商的WTO成员无一例外,优先将美国行为视为保障措施,并采取相应的反制措施,仅有部分WTO成员就232调查提起了非违反之诉,或直接质疑232条款本身的合法性。这些不同的选择策略折射出WTO成员对安全例外条款的矛盾态度。

1. 将232调查视为保障措施。在针对美国钢铁和铝产品232调查的磋商请求中,中国、欧盟等WTO成员之所以优先将232调查定性为保障措施,与《保障措施协定》第8.1条和8.2条的规定有关。根据第8.1条,提倡实施保障措施或寻求延长保障措施的成员,应按照第12.3条的规定,努力在它与可能受该措施影响的出口成员之间维持针对GATT的实质相当的减让和其他义务水平。根据第8.2条,如果磋商未能达成协议,则受影响的出口成员有权对实施保障措施成员的贸易中止实施GATT项下实质相等的减让或其他义务。第12.3条要求,实施或延长保障措施的成员应当向出口方提供事先磋商的充分机会。

尽管上述规定较为明确,但在实际争端中,采取保障措施的国家往往急于提供充分机会用于磋商。如在美国小麦面筋案中,专家组和上诉机构认为,美国未能按照第12.3条之规定,在实施保障措施之前,给予其他成员方事先磋商的充分机会。因此,美国未能努力在它与出口成员之间维持实质相等的减让和其他义务水平^[3](P70)。其后,美国焊接碳钢管案(Appellate Body Report, US-Line Pipe)和乌克兰客车案(Panel Report, Ukraine-Passenger Cars)的被告方均因未能为出口方成员提供事先磋商

的充分机会而败诉。

就近期贸易战而言,美国拒绝将 232 调查视为保障措施,自然不会按照第 8.1 条的要求与其他成员进行磋商,以再平衡在 GATT 项下的义务。如果 232 调查能够被认定为保障措施,则中国、欧盟等 WTO 成员自然可依据第 8.2 条对美国实施实质相等的减让或其他义务。由此,相关法律争议就转化为如何认定一项措施是保障措施。

理论上,对国内措施的国际定性存在着国内标准和国际标准、主观论和客观论之分。实践中,印度尼西亚钢铁产品保障措施案(Panel Report, Indonesia-Indonesia—Safeguard on Certain Iron or Steel Products)提供了有益借鉴。该案专家组采取客观国际标准,认为尽管印度尼西亚根据本国保障措施立法就镀铝锌板征收关税,但该措施未能满足所有《保障措施协定》关于施加保障措施的条件,故不构成保障措施。上诉审中(Appellate Body Report),美国主张采取主观国内标准——如果行为国宣称某项措施是保障措施,则该措施只能是保障措施。上诉机构认为,为构成一项属于 GATT 第 19 条项下的保障措施,相关措施需满足两个要件:(1)该措施必须部分或全部中止 GATT 义务或撤销、修改 GATT 减让;(2)该中止、撤销或修改必须用于防止或救济进口产品对成员国国内产业的严重损害或严重损害威胁。最终,在认可客观国际标准的同时,上诉机构认为,专家组将一项措施是否构成保障措施与一项措施是否是可允许的保障措施相混淆,不应支持。

根据印度尼西亚钢铁产品保障案中上诉机构的思路,美国国内法如何界定 232 调查并不重要,重要的是该措施是否整体构成 GATT 第 19 条意义上的保障措施。而一旦构成保障措施,中国、欧盟等 WTO 成员自然可依据《保障措施协定》第 8.2 条的规定进行义务的再平衡。

问题在于,《保障措施协定》第 11(c)条似乎为美国的主张——232 调查构成安全例外——提供了依据。根据该条,“本协议不适用于一成员根据除第 19 条以外的 GATT 其他条款……所寻求、采取或维持的措施”。显然,GATT 第 21 条恰恰属于这一例外。一旦美国坚持认为 232 调查构成安全例外,则问题转化为《保障措施协定》可否与 GATT 第 21 条并存。如果答案为是,则中国、欧盟等 WTO 成员所采取的诉讼策略依然奏效,它们仍可利用《保障措施协定》第 8 条项下的再平衡机制维护自身利益;如果答案为否,则争议回到了未决原点——美国 232 调查是否符合 GATT 第 21 条,进而可以排除《保障措施协定》的适用。

2. 提起非违反之诉。在 9 起针对美国 232 调查的磋商请求中,印度、墨西哥、瑞士和土耳其等 4 国还依据 GATT 第 23.1(b)条提起非违反之诉,认为美国措施导致本国获得的利益丧失或减损,或妨碍协定目标的实现。

理论上,与违反之诉相比,印度、墨西哥等国提起非违反之诉具有如下优势:其一,在此前的争端中,美国曾经承认,一项措施即使没有违反 GATT 项下的义务,仍可被认为导致利益的丧失或减损。援引 GATT 第 21 条,并不阻碍缔约方寻求第 23.1(b)项下的救济(L/6053)。其二,起诉方可在避免直接冲突的情况下得到补救。美国一直坚持,根据 GATT 第 21 条,援引国有权自我认定相关措施是否为保护基本安全所必需,且此认定不受 WTO 的管辖。如果起诉方仅提出违反之诉,美国的主张又最终得到支持,则可能面临救济无门的窘境。反之,如果提出非违反之诉,根据 DSU 第 26.1 条,起诉方仍有权要求被诉方作出使双方满意的调整,包括补偿。其三,有助于维护规则导向的贸易体系。GATT 第 21 条是一个连接贸易政策和安全政策的条款。各成员之所以很少援引安全例外条款,并很少就相关措施提起 DSB 裁决,一个非常重要的原因是,无论专家组作出何种判决,均会产生体系性影响。如果专家组认定其有权审查援引国国际安全理由,则有 WTO 干涉国家主权之嫌;如果专家组认为国家安全例外不可裁判,则相当于正式承认 WTO 成员可基于国家安全实现采取任何措施而不受《WTO 协定》的约束。非违反之诉可回避国家安全例外裁决引发的 WTO 法律体系震荡。

然而,即使是非违反之诉,也不能脱离 GATT 第 21 条的阴影。这不仅是因为作为参与者的美国所持有的观点无论对于自身、其他参与者还是对于裁判者均不具法律拘束力,也是因为美国在针对印度、墨西哥、瑞士和土耳其四国的答复中强调,基于第 232 条加征的关税属于国家安全事项, WTO 无权审查或超出其能力范围。按此思路,美国已然改变此前观点,并主张 GATT 第 21 条可排除他国依据 GATT 第 23.1(b) 寻求补偿。

3. 质疑 232 条款本身的合法性。在美国钢铁和铝产品保障措施争端中,欧盟、加拿大、墨西哥、挪威、瑞士和土耳其等 WTO 成员还就第 232 条本身(as such)是否符合《WTO 协定》提出磋商请求,认为美国《1962 年贸易扩展法》第 232 条要求美国考虑经济福利或其它并非保护其基本安全利益所必需的要素,违反了《WTO 协定》第 16.4 条关于“每一成员应保证其法律、法规和行政程序与所附各协定对其规定的义务相一致”的规定。

具体而言,第 232 条(d)项的标题是“用于国防的国内生产;外国竞争对于国内产业经济福利的影响”。就何为“外国竞争对国内产业经济福利的影响”,该条款规定,商务部长和总统应当认识到国家经济福利与国家安全之间的密切关系,应当考虑到外国竞争对于个别国内产业经济福利之影响;任何实质性失业、政府财政收入减少、技能或投资丧失、或其他因过度进口替代国内产品而导致的严重后果均应予以考虑,在不排除其他因素的情况下,确定此类国内经济的削弱是否损害到国家安全。从中我们可以看出,几乎所有事项均可被纳入外国竞争对国内经济福利影响的评估之中。理论上,商务部长和总统可基于上述因素认定外国进口产品是否构成国家安全威胁,并采取相应的贸易限制措施。

从法律体系角度而言,美国 232 条款本质上是美国法的一部分,该国内法规定是否构成国际法体系中的安全事项仍有待 GATT 第 21 条的认定。正因为如此,欧盟、加拿大等国才会主张利用 WTO 贸易争端解决机制澄清第 232 条款本身在 GATT 项下的合法性问题。由此,问题又回到了原点——专家组或上诉机构对安全例外是否有管辖权?如果有管辖权,应以何种标准判断安全例外被滥用?

五、中国关于安全例外的政策考量

成员方自我认定相关措施是否构成保护本国基本安全利益所必需引发诸多理论争议。如柏林所言,政治术语必然是模糊的,试图使政治的词汇变得太精确便有可能使之变得无用。但让词的用法宽泛到超出必要的程度,对真理也是无益的^[12](P231)。GATT 第 21 条所涉词汇恰有此特点。有所不同的是,它们同时也是法律术语。在成熟的法律制度中,总会预设一个或若干权威决策者将模糊词汇具体化,进而解决法律争议。由此,词汇之争也会转化为权限分配之争。其中,权威决策者的利益、立场和考察视角将影响安全例外条款的应用。就中国政府而言,面对美国滥用国家安全调查的行为,是否援引以及如何援引 GATT 第 21 条涉及如下两个方面的考量。

(一) 权限之争的体系意义

在法律性质上,措施本身是否合法与相关裁决机构对争议是否具有管辖权、或相关事项可否受裁判存在本质区别。逻辑上,只有解决了相关裁决机构具有管辖权以及相关事项可受裁判问题之后,才会涉及依何标准审查措施的合法性问题。如上所述,无论是 GATT 时代还是 WTO 时代,安全例外争端双方难以就权限问题达成一致。双方均努力从“其认为……基本安全利益”的文义分析中获得有利于己方的结论。只不过,被诉方强调国家安全之于主权的不可分性,起诉方主张维护国家安全利益应遵守相应的国际体制义务。由于专家组或上诉机构鲜有机会对权限之争表达自身的观点,致使谁是该问题的权威决策者一直悬而未决。

值得注意的是,权限之争并非 WTO 法律体制所独有。就此,国际法院积累了大量的案例和法理^[13](P474-484)。其中,有两起关于安全例外管辖权的判决极具参考价值。

第一起案件涉及美国和尼加拉瓜《友好通商航海条约》的安全例外条款是否足以排除国际法院的

管辖权。就该问题,国际法院从两个方面作出否定回答。一是本案条约第24条规定,任何关于本条约“解释或适用”的争议均在法院管辖之下。安全例外条款为条约之一部分,应受法院管辖;二是本案条约关于安全例外的措辞与GATT第21条不同,缺少“其认为……”的表述。在国际法院看来,这一显著差别足以说明,其对安全例外争议拥有管辖权^[14](P115-116,222)。按此思路,似乎可以推定,国际法院认为GATT第21条不受专家组管辖。

然而,在涉及自我认定条款的另外一起案件中,国际法院的观点有所改变^[15](P321)。本案原告吉布提要求法国按两国《刑事互助公约》移交证据,法国则以公约第2(a)条的规定拒绝提交。根据该条,“如果被请求国认为,执行该请求有可能损害其主权、其安全、其公共秩序或其基本利益的其他方面”,可以拒绝协助。参照上述尼加拉瓜案中国际法院的思路,《刑事互助公约》第2(c)条的规定似乎足以排除法院管辖。但是,一方面,法院指出本条所设条件是否满足不能完全依赖于当事国自由裁量,一国行使裁量权应受制于1969年《维也纳条约法》第26条关于善意履行义务的约束^[16];另一方面,法院援引其在上述案件以及石油平台中的判决来佐证其正当性^[17](P183)。由此,国际法院在尼加拉瓜案中就非自我认定与自我认定条款所作的区别并不影响法院对国家安全事项的管辖权,该区别仅在审查当事国自由裁量权的行使方面具有法律意义。

当然,基于法律体系之不同,将国际法院关于自我认定条款的解读移植到DSB的权限分析之上存在诸多限制。不可否认,根据相关条约,国际法院和专家组均被赋予了较为广泛的管辖权。如《国际法院规约》第36条规定,“法院之管辖包括各当事国提交之一切案件,及联合国宪章或现行条约及协约中所特定之一切案件……关于法院有无管辖权之争端,由法院裁决之”。这一表述与DSU关于专家组的职权范围有类似之处。DSU第7条规定,除非另有约定,专家组的职权范围包括按照有关规定,审查争端方提交DSB的事项,并提出调查结果,并且,“专家组应处理争端各方引用的任何适用协定的有关规定”。但是,如果考虑到国际法院的自愿管辖原则与DSB的强制管辖原则存在本质区别,且国际法院和DSB分属国际政治组织和国际贸易组织,不加区别地将国际法院管辖权理论和实践移植到DSB可能会减损WTO的权威性。申言之,一方面,WTO主要从外部的、参与者的角度来限制一国采取具有域外影响的贸易限制措施^[18](P5-6),本身无意干涉一国内政;另一方面,DSB强制管辖权原则涵盖范围广泛,其制度设计无法通过当事人特别协定的方式将某些不适合国际贸易机构处理的争议排除在外。两相结合,某些关于安全例外的争议很可能超出DSB的权能范围。如果不考虑这一制度特点,将所有争议“塞入”DSB议程,反而会减损WTO争端解决机制的权威性。

自2001年12月正式成为WTO成员以来,中国经济取得举世瞩目的成绩。在今后的一段时间内,中国仍需借助WTO创设的多边贸易体制发展本国经济、改良贸易体制。面对美国单边主义措施的调整,中国既应利用WTO争端解决机制维护自身权利,也应注意到某些事项处于法律灰色地带,并可能超出WTO的权限。在此情况下,中国应秉持务实主义,区分形式权限与有效权限,将某些可能为WTO形式权限所涵盖、但缺乏有效权限予以处理的事项留待政治解决,而非司法裁判。否则,过度扩张WTO关于安全事项的管辖权,不利于维护WTO的权威。

(二)中国加入议定书的特殊问题

除维护WTO权威这一体系性考虑之外,鉴于中国加入议定书相关规定可能会限制中国援引GATT第21条,中国更应持谨慎态度。具体而言,GATT第21条将基本安全例外限定在“本协定的任何规定”之内。理论上,对于违反其他协定相关义务的行为,WTO成员不得援引GATT第21条。中国在加入WTO时签订了承担额外义务(WTO Plus)的加入议定书。由此引发的争议是:如何理解中国加入议定书与其他WTO诸协定之间关系,以及在何种情况下中国能就其议定书项下的义务援引WTO诸协定特别是GATT项下的例外?

中国音像制品案是第一起涉及此类问题的案件。该案中,中国援引 GATT 第 20 条关于一般例外的规定,证成其有权偏离加入议定书第 5.1 条的特别承诺,美国则认为中国无权援引该条。对此争议,专家组先是假定 (arguendo) 中国可援引第 20 条,然后指出中国的措施不符合其中的“必需”要件。上诉机构不同意专家组的做法,转而直接审查中国加入议定书第 5.1 条的引言——“在不损害中国以与符合《WTO 协定》的方式管理贸易的权利的情况下……”的含义。上述机构指出,如果中国措施违反了议定书项下的承诺,只要该措施与中国关于相关产品的贸易规制之间存在着清晰可辨、客观的联系,中国就可以依据 GATT 第 20 条予以证成^[3] (P150)。

上诉机构之所以在中国音像制品案中认为中国可援引 GATT 第 20 条,一个重要的原因是加入议定书第 5.1 条明确提及《WTO 协定》,而《WTO 协定》包含 GATT 第 20 条。问题是,如果加入议定书条款未提及《WTO 协定》或特别协定,是否意味着中国无权援引相关例外条款?就此,中国原材料案给出了相对确定的答案。该案所涉中国加入议定书第 11.3 条规定,“中国应取消适用于出口产品的全部税费,除非本议定书附件 6 中有明确规定或按照 GATT 第 8 条的规定适用”。专家组和上诉机构认为,第 11.3 条的措辞局限于 GATT 第 8 条,并未指向整个 GATT 协定,故中国无权就该条援引 GATT 第 20 条^[3] (P163)。根据这一解读,至少就某些加入议定书的承诺而言,中国被剥夺了其他 WTO 成员所能享有的规制自主权。

在其后的中国稀土案中,中国能否援引 GATT 第 20 条再次成为焦点。与中国原材料案的分析不同,专家组转而根据上诉机构在美国不锈钢案的观点分析问题,即为确保 DUS 第 3.2 条所要求的贸易争端体制的可靠性和可预测性,在缺乏使人信服理由的情况下,裁决机构在后续案件中应当采用同样的方式解决同样的法律问题。专家组认为,本案中国未能提出令人信服的理由,故仍认定中国不得就加入议定书第 11.3 条援引 GATT 第 20 条。值得注意的是,该观点并非专家组一致意见。持异议的专家组成员认为,应将 WTO 诸协定的组成和功能视为“单一事业”。当一项争议涉及加入议定书中的额外义务条款时,专家组应确定该条款是否构成特定 WTO 协定(如 GATT)之一部分;或构成《WTO 协定》或成员减让表之一部分;或属于 WTO 诸协定,即 WTO 权利和义务整体之一部分。该专家组成员认为,中国加入议定书第 11.3 条构成 GATT 之一部分,故中国可以援引 GATT 第 20 条的例外。就上述争议,上诉机构支持了多数观点,认为分析应从中国议定书中相关条款的条文起步,同时也应考虑到 WTO 体系由一系列权利和义务构成^[3] (P183)。

尽管关于中国就哪些议定书条款可援引 GATT 第 20 条的例外的争议告一段落,但相关法律分析和法律结论可否直接适用到 GATT 第 21 条仍存在法律上的不确定性。申言之,与 GATT 第 20 条所涉的规制权不同,GATT 第 21 条所涉安全例外对于一国主权的维护具有核心重要性,两者在性质上存在本质差异。GATT 第 20 条与第 21 条在结构和措辞方面的相似性并不构成类推适用的充分条件。值得注意的是,专家组和上诉机构在中国音像制品案、原材料案和稀土案的系列裁决中并未区分 GATT 第 20 条和第 21 条,而是整体讨论 GATT 与相关议定书条款之间的关系。因此,理论上,在涉及议定书中的特定条款时,中国仍有可能被认定为不能援引 GATT 第 21 条。

综上所述,GATT 第 21 条具有何种法律含义与该条可否涵盖中国加入议定书特定条款是两个性质不同的问题。然而,如果将安全例外等同于一般例外,并认为只有在符合特定条件时,中国方可就加入议定书特定条款寻求例外保护,则显然会损害中国核心主权利益。在 GATT 第 21 条适用范围尚不明确的情况下,避免过早澄清其法律含义不失为一种审慎之举。由此,避免利用 GATT 第 21 条质疑美国 232 措施的合法性也就具有了合理性。

六、结论

在本轮中美贸易战中,美国动用了几乎所有调查武器来对他国实施经济压迫。其中,201 调查立足稳固本国市场,301 调查意在开拓海外市场,232 调查注重灵活性。根据既往 WTO 判例,美国 201 调查和 301 调查极有可能被专家组和上诉机构认定为违反 WTO 协定。而美国 232 调查因涉及国家安全事项而具有极大的法律不确定性。随着贸易战的深入,在 WTO 体制内,美国将会越来越倚重 232 调查推行其单边主义贸易政策。

就美国滥用安全例外的行为,欧盟、加拿大、墨西哥等 WTO 成员已经向美国提请 WTO 磋商,希望利用 WTO 争端解决机制澄清若干法律争议,包括 GATT 第 21 条的自我认定规定是否排除 WTO 的管辖,以及如果 WTO 有权管辖,应当采用何类审查标准等。与之形成对比,中国对美国 232 调查采取了相当克制的策略。究其原因,一方面是因为通过 WTO 争端解决机制处理国家安全事项很可能超出 DSB 的有效权限,会产生所谓“无能为力之案”,相关争议不仅于事无补,反而有损 WTO 体制的权威^[19](P373);另一方面是因为即使关于安全例外条款本身的法律问题得以澄清,对中国而言仍存在能否就加入议定书援引此类条款的复杂问题。因此,中国在磋商请求中并未直接质疑美国 232 条款本身在 WTO 项下的合法性问题有其合理性。

更为重要的是,与美国类似,中国同样认为,经济安全是国家安全的重要组成部分,中国在未来也可能处理当前美国所面临的问题。在不排除中国可能会援引安全例外条款证成其贸易限制措施可能性的情况下,我们应认识到安全例外条款可发挥“建设性模糊”的功能。作为连接贸易世界与政治世界的桥梁,安全例外条款在解释和应用方面必然存在限度。一方面,它不能被解释得太精确,否则可能会过度限制一国主权;另一方面,它不能被解释得太宽泛,否则会冲击 WTO 多边贸易体制的根基。如何在两者之间寻求平衡,涉及形式主权和有效主权的良性互动问题,这已然超出了专家组的裁决权限,最好留待当事各国通过协商方式加以解决。

参考文献

- [1] Andrew Emmerson. Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse? *Journal of International Economic Law*, 2008, 11(1).
- [2] The White House. President of the United States: National Security Strategy of the United States of America. 2017-12-01.[2018-09-01] <http://nssarchive.us/wp-content/uploads/2017/12/2017.pdf>.
- [3] WTO. *WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries 1995–2016*. Geneva: World Trade Organization, 2017.
- [4] Seung Wha Chang. Taming Unilateralism under the Multilateral Trading System: Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on U.S. Sections 301-310 of the Trade Act of 1974. *Law and Policy of International Business*, 2000, 31(4).
- [5] 罗伯特·吉尔平. 全球政治经济学:解读国际经济秩序. 杨宇光,杨炯译. 上海:上海世纪出版集团,2006.
- [6] Craig Anderson Lewis. Waiting for the Big One: Principle, Policy, and the Restriction of Imports under Section 232. *Law and Policy of International Business*, 1991, 22(2).
- [7] United States-Certain Measures on Steel and Aluminum Products: Communication from the United States, WT/DS544/2, WT/552/9, WT548/13.
- [8] H.L.A. Hart. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- [9] Petros C. Mavroidis. *Guide to GATT Law and Practice: Analytical Index*. Maryland: Bernan Asscociates, 1995.
- [10] WTO, United States-The Cuba Liberty and Democratic Solidarity Act, Request for Consultations by the European Communities, WT/DS38/1.
- [11] Hannes L. Schloemann, Stefan Ohlhoff. Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. *American Journal of International Law*, 1999, 93(2).
- [12] 以赛亚·柏林. 自由论. 胡传胜译. 南京:译林出版社,2003.

- [13] Thomas J. Pax. Nicaragua v. the United States in the International Court of Justice: Compulsory Jurisdiction or Just Compulsion? *Boston College International and Comparative Law Review*, 1985, 8(2).
- [14] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement, I. C. J.
- [15] Robyn Briese, Stephan Schill. Djibouti v France: Self-Judging Clauses before the International Court of Justice. *Melbourne Journal of International Law*, 2009, 10(1).
- [16] Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France). Judgement, I. C. J.
- [17] Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgement, I. C. J.
- [18] Peter M. Gerhart. The Two Constitutional Visions of the World Trade Organization. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2003, 24(1).
- [19] C. O'Neal Taylor. Impossible Cases: Lesson from the First Decade of WTO Dispute Settlement. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2007, 28(2).

Security Exceptions in Sino-US Trade War

Peng Yue (Nanjing University)

Abstract The Sino-US trade war involves the legality of the US 201 investigation, the 301 investigation, and the 232 investigation under the WTO Agreement. As the trade war deepens, relevant legal disputes are increasingly focused on whether the United States can successfully invoke the security exception clause under Article 21 of the GATT. For a long time, whether the Panel has jurisdiction over security matters and what kind of standard should be adopted to review security exceptions have been plaguing the theoretical and practical circles. Unlike other WTO members such as the EU and Canada, China has not actively utilized Article 21 of the GATT to question the legality of US trade measures. It is not simply because national security involves the core interests of sovereignty, which cannot be handled properly by the WTO dispute settlement body. It is also because the forcible resolution of national security issues within the WTO system will ultimately impair WTO's authority. At present, it is still the best choice to resolve the security concerns of WTO member countries through negotiation and consultation mechanism.

Key words Sino-US Trade War; 201 Investigation; 301 Investigation; 232 Investigation; security exceptions; WTO disputes

■ 收稿日期 2018-11-01

■ 作者简介 彭 岳,法学博士,南京大学法学院教授;江苏 南京 210093。

■ 责任编辑 李 媛