“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

刘敬东

（中国社会科学院国际法研究所　北京　100720）

内容提要：国际经贸关系呈现出的地缘经贸关系特征使得一些国家已将国际贸易投资规则中的“国家安全”条款作为其打压地缘竞争对手、赢得地缘竞争优势的法律工具。随着地缘经贸斗争日益尖锐，“国家安全”条款泛化甚至被滥用现象及其对国际贸易投资领域造成的严重负面影响必将持续相当长一段时间，厘清“国家安全”条款适用的国际法边界，对于防止该条款在国际贸易投资领域滥用现象进一步恶化十分必要。从性质上讲，“国家安全”条款属于例外条款，适用该条款不但应遵循“例外条款”适用的国际法普遍性原则，还应当符合国际贸易投资领域中的具体规则。与此同时，人类进入21世纪后，国家安全的内涵随着国际形势巨变以及科技发展发生了重大变化，特别是恐怖主义、气候变化、网络安全、大流行病等世纪挑战促使国际安全的内涵不断拓展，这对于国际贸易投资领域中“国家安全”条款的未来发展必将产生深刻影响。中国应当在国际贸易投资规则变革中倡导以法治精神和原则规制主权国家对“国家安全”条款的适用，减少“国家安全”条款泛化及滥用对当前及未来国际贸易投资关系造成的严重不利影响，提出科学、合理的规则方案倡议，推动“国家安全”条款未来良性发展。

关键词：“国家安全”条款　适用边界　发展动向

作者简介：刘敬东（1968—），男，汉族，黑龙江哈尔滨人，中国社会科学院国际法研究所国际经济法室主任、研究员、博士生导师，中国法学会WTO法研究会副会长。

一、问题的由来

自 2017 年美国前总统特朗普以“国家安全”为由、依据美国贸易法 232 条发起对中国的“贸易战”以来，原本在国际贸易投资规则体系中长期处于“冻结”状态的“国家安全”条款迅速被“激活”，美国等一些西方国家以“国家安全”为由采取的各种针对跨国贸易、投资的限制性措施层出不穷，“国家安全”一词现已成为全球经贸领域经常出现的“热词”“关键词”，“国家安全”条款被泛化适用、甚至被滥用的情形愈演愈烈。[①] 这是一种极不正常的国际法现象——无论从国际贸易投资协定中“国家安全”条款设计的本意和初衷而言、还是从二战后国际贸易投资规则半个多世纪的法律实践角度来看，被视为国际经贸关系“安全阀”的“国家安全”条款，仅是在一国国家安全受到严重威胁的“紧急状态”发生时才能被临时性地适用，如同人们日常防火所用的“消防栓”“灭火器”一般，非到遇到紧急情况，这些应急工具是不能被触碰的。[②] 但遗憾的是，这一原本应用于“紧急状态”的法律条款如今却成为美西方一些国家信手拈来的对外贸易投资政策工具，因所谓“国家安全”引发的各种贸易投资限制措施在全球范围内激增。

从宏观角度而言，之所以出现“国家安全”条款泛化甚至被滥用这一现象，最根本的原因在于当前国际形势发生重大变化，以和平与发展为核心的国际关系正被全球范围内日益加剧的地缘政治斗争阴霾所笼罩，国际经贸关系逐渐呈现出地缘经贸关系特征。[③] 在这种大变局之下，“国家安全”条款被个别国家频繁使用于国际贸易投资领域，目的是以此削弱地缘政治对手的经济实力从而获取地缘政治斗争优势，而另一些国家为了自身的经济利益考量，纷纷效仿、跟随这一做法，以求得自保，被喻为国际法“阿克琉斯之踵”的“国家安全”条款始成为地缘政治“病毒”侵袭国际经贸关系健康肌体的一大突破口。[④]

“国家安全”条款泛化甚至被滥用已对国际经贸交往产生重大冲击和影响，大量跨境贸易、对外投资遭受严重阻滞，全球供应链遭到人为破坏，国际贸易投资规则的稳定性、可预见性大大降低。这一严峻局面促使各国政府及有识之士不得不思考如何有效规制“国家安全”条款适用的法治方式，即便在地缘政治斗争日益加剧的大背景下，也应防止“国际安全”条款滥用现象的进一步恶化，以确保正常的国际经贸交往。在尊重国家维护国家安全的主权权利同时，为国际贸易投资领域中适用“国家安全”条款划定国际法边界，成为当前国际法学界的共识。[⑤]

作为全球受到美西方国家滥用“国家安全”条款影响最为严重的国家，中国更需要认真研究国际贸易投资领域“国家安全”条款性质、适用规则、法律边界等涉及“国家安全”条款的重要

---

① 笔者之所以在此区分“泛化”和“滥用”国家安全条款，是因为人们首先观察到的是该条款被频繁、广泛使用的现象，这种现象是一种“泛化”现象。而“国家安全”条款是否被“滥用”，则需要根据国际条约和协定的条款规定予以审查、分析后才能得出具体结论。

② 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。

③ Anthea Roberts, Henrique Choer Moraes, Victor Ferguson: Toward a Geoeconomic Order In International Trade and Investment, Journal of International Economic Law, 2019, 22, No. 4, p. 659.

④ 孙南翔：《国家安全例外在互联网贸易中的适用及展开》，载《河北法学》2017 年第 6 期。

⑤ J. Benton Heath, The New National Security Challenge to the Economic Order, The Yale Law Journal, 129: 1020, 2020, pp. 1033 – 1034.

理论和实践问题,从而为反制美西方国家滥用“国家安全”条款行为、捍卫自身合法利益提供国际法依据。同时,中国的国际法学者应当深刻洞察“国家安全”条款的未来发展动向,提出完善国际贸易投资领域“国家安全”条款的合理化建议,为确保“国家安全”条款未来良性发展提供智力支持。

二、“国家安全”条款的性质及规则的厘清

首先应当指出,“国家安全”条款是国际贸易投资规则体系中的一项重要法律条款,其存在本身具有合理性和必要性,是国家维护国家安全的主权权利在国际贸易投资领域的延伸和体现,在法理上并非无水之源。[⑥] 但需强调的是,与国际贸易投资规则体系中的普通条款相比,“国家安全”条款属于该体系中的特殊条款,具有独特的法律性质,这一性质决定了“国家安全”条款应当遵循特殊的适用规则。

(一)“国家安全”条款的性质——“例外条款”

按照国际法理论,国家安全是一国主权的应有之义,维护国家安全是一国行使主权的国际法权利,应当予以尊重。基于此,在国际经贸领域,无论是世界贸易组织(WTO)涵盖协定、还是双边、区域性贸易投资协定大多包含“国家安全”条款。例如,WTO 规则体系中的《关税及贸易总协定》(GATT)及《服务贸易协定》(GATs)等、2020 年中国与欧盟共同完成的《中欧全面投资协定》(CAI)文本以及 2022 年 1 月 1 日正式生效的区域全面经济伙伴关系协定(RCEP)等均包括“国家安全”条款。这就意味着,当国际贸易投资协定的缔约方履行自身条约义务可能导致本国国家安全受到损害或损害威胁时,该缔约方可援引、适用该条款豁免自身应承担的条约义务。这符合国家主权原则的正常逻辑和要求:国家安全是主权国家最高事项,维护国家安全是主权国家行使主权的正当之举,确保对外经贸交往不损害或威胁国家安全应属于其中一项重要内容。[⑦]

尽管“国家安全”条款在国际贸易投资规则体系中具有存在的合理性和必要性,但国际法学界公认的是,从性质上讲,“国家安全”条款属于国际贸易投资规则体系中的“例外条款”——“不管在哪个场合制定国际法,国家安全事项都具有某种形式的漏洞,其通常以明确的国家安全例外为形式。”[⑧]“国家安全”条款这种例外属性决定了,只有在履行国际条约义务导致其国家安全受到损害或损害威胁的情形真正发生时,缔约方才可适用“国家安全”条款,临时性豁免其本应履行的该条约义务,以制止对国家安全的损害或损害威胁。正因为“国家安全”条款的例外属性,上述列举的多边贸易协定或双边、区域性贸易投资协定中的“国家安全”条款均冠之以“安全例外”之名,都被归为协定文本中的“例外条款”体例中。例如,WTO 多项涵盖协定中的“安全例外”条款,被形象地称为“逃避条款”(escape clause),意指 WTO 成员方有权以“国家安全”为由临时性“逃避”履行 WTO 涵盖协定中的义务。

---

⑥ 张丽娟、郭若楠:《国际贸易规则中的“国家安全例外”条款探析》,载《国际论坛》2020 年第 3 期,第 71 页。

⑦ 孙南翔:《国家安全例外在互联网贸易中的适用及展开》,载《河北法学》2017 年第 6 期,第 66 页。

⑧ 同上注⑦。

“例外条款”这一法律属性,决定了“国家安全”条款与国际贸易投资规则体系中的普通条款适用规则相比具有特殊性,主要表现为,在认定“国家安全”方面,主权国家拥有较大自由裁量权,且国际法对这种裁量权的规制长期处于弱势状态,同时,“国家安全”条款适用规则的特殊性并不意味着国际法对“国家安全”条款没有设置法律边界,只是这种国际法边界需要通过对国际贸易投资规则厘清,才能予以划定。

(二)国际贸易投资领域:“国家安全”条款适用规则

现代国际法理论对于“例外条款”的适用确立了普遍性原则,无论哪个领域国际法规则中的“例外条款”均应遵守普遍性原则,除此之外,国际法不同领域还存在“例外条款”适用的诸多具体规则,以适应不同的规制对象本身特点。

具体到国际贸易投资规则领域,“国家安全”条款的制定及其后期发展具有独特的背景,这对于该领域“国际安全”条款具体适用规则形成影响至深。[⑨] 同时,国际贸易关系与国际投资关系的性质不同又导致国际贸易法与国际投资法中“国家安全”条款适用规则的不尽相同。通过考察国际贸易投资协定及相关法律实践,可厘清国际贸易投资领域“国家安全”条款具体适用规则,具体而言,主要包括以下内容:

1.适用的普遍性原则——从严解释。“例外条款”从严解释,这不仅是合同法中法律解释普遍适用的一般性原则,也是国际法对适用“例外条款”确立的普遍性原则。公认的国际法理论认为,条约的例外规定一般属于“但书、免责或豁免性规则”,应当予以从严解释。[⑩]

“例外条款”从严解释原则背后的法理在于,相对于合同中的一般性条款,“例外条款”针对的是合同履行过程中可能发生的特殊情形,当此特殊情形发生时,合同一方可据此不履行对合同相对方的义务,而这对于合同相对方而言无疑是不利的,也会对合同预期利益产生重大影响,因此,合同一方在适用合同中的“例外条款”时必须采取十分克制的态度,这也就意味着,对“例外条款”的适用范围和适用条件应当从严解释,只有从严解释才能达到克制适用的法律效果。

同样的法理完全适用于国际法中的“例外条款”,亦即,相对于条约、协定中的其他条款而言,“例外条款”是针对条约、协定履行过程中特殊情况而制定的,一旦特殊情况发生,缔约方可适用“例外条款”来回避履行自身的条约、协定义务,这一做法虽并不构成违反条约义务,但由于适用“例外条款”可对条约、协定的履行产生重大影响,因此,必须对“例外条款”从严解释,以严格约束缔约方适用“例外条款”的适用范围和适用条件。正如权威国际法学者在论及条约解释时曾明确指出的那样:“缔约各方均不得通过对一个条款进行某种解释以期获得不正当利益”。[⑪] 如果不能对“例外条款”从严解释,则会导致“例外条款”的适用范围的扩大和适用条件

---

⑨ 例如,GATT 第 21 条“安全例外”条款的诞生及演变过程就颇具代表性,参见 Simon Lester Huan Zhu, A Proposal for “Rebalancing” to Deal With “National Security” Trade Restriction, Fordham International Law Journal 2019, Volume 42, Issue 5, PP. 1452 – 1455.

⑩ 参见刘雪红:《世界贸易组织一般例外条款适用误区之批判》,载《东方法学》2018 年第 4 期。

⑪ 李浩培:《条约法概论》,法律出版社 1988 年版,第 410 页。

的宽泛,从而造成缔约方滥用该条款赋予的权利用以逃避自身应承担的条约义务而受益,最终导致该条约目的无法实现。

在国际法悠久的发展历史中,存在诸多“例外条款”应从严解释的权威论述。例如,国际仲裁庭曾指出:“仲裁员忆及拉丁语中的一个古老原则——对例外规定严格适用,该原则表明要对条约保留义务进行严格解释。”国际法院也曾在作出的海洋法案件裁决中表示:“对于确定基线的通常方法而言直线基线法是一项例外,因而只有在满足一系列条件的基础上才能使用直线基线法。这个方法必须要限制性适用。”[⑫]

鉴于此,作为“例外条款”性质的“国家安全”条款适用必须遵循“从严解释”这一国际法理论公认的普遍性原则。这不仅是“国家安全”条款本身具有的例外性质所决定的,而且是确保“条约必须信守”原则得以落实以及条约目的得以真正实现的重要保障。

2. 具体适用规则的厘清。正如上文所述,国际贸易投资协定中的“国家安全”条款大都以“安全例外”的条款形式出现,在具体适用时,除应遵循国际法公认的普遍性原则外,还应当遵守国际贸易投资法规则为“安全例外”条款量身定做的具体适用规则。国际贸易关系与国际投资关系特点的不同又导致国际贸易法中的“安全例外”条款和国际投资法中的“安全例外”条款的表现形式以及适用的法律实践不同,因此,对国际贸易法中的“安全例外”条款和国际投资法中的“安全例外”条款的具体适用规则,应分别加以厘清。

(1)国际贸易法中的“安全例外”适用规则。一般而言,“安全例外”属于国际贸易协定中的“标配”条款,无论是 WTO 多边贸易协定还是双边、区域性贸易协定大都设置了“安全例外”条款。

作为国际贸易法体系中最具权威性的国际法规则——WTO 涵盖协定规定了诸多项“安全例外”条款,《关税及贸易总协定》(GATT)及《服务贸易协定》(GATs)、《与贸易有关的知识产权》(TRIPs)以及《技术性贸易壁垒协定》(TBT)、《政府采购协定》中均包含“安全例外”条款。[⑬]上述 WTO 涵盖协定中,最具代表性的“安全例外”条款是 GATT 第 21 条“安全例外”。该条款规定:“本协定的任何规定不得解释为:(甲)要求任何缔约国提供其根据国家基本安全利益认为不能公布的资料;或(乙)阻止任何缔约国为保护国家基本安全利益对有关下列事项采取其认为必需采取的任何行动:(1)裂变材料或提炼裂变材料的原料;(2)武器、弹药和军火的贸易或直接和间接供军事机构用的其他物品或原料的贸易;(3)战时或国际关系中的其他紧急情况;或(丙)阻止任何缔约国根据联合国宪章为维持国际和平和安全而采取行动。”

GATT 第 21 条被认为是 WTO“安全例外”条款中的“母条款”,这是因为 WTO 其他涵盖协定中的“安全例外”条款均源于此条款,该条款具有示范条款之意义。GATs 等 WTO 协定的“安

---

⑫ 参见同注释⑩。

⑬ 张丽娟、郭若楠:《国际贸易规则中的“国家安全例外”条款探析》,载《国际论坛》2020 年第 3 期,第 69 – 70 页。

全例外”虽然与 GATT 第 21 条用语略有不同,但规定的适用条件和规则要求并无根本性区别。[14] 除了 WTO 涵盖协定外,“安全例外”条款也常见于 WTO 多边贸易体制以外的双边或区域性贸易协定中。

双边贸易协定领域,例如,《中国与东盟国家全面经济合作框架协议货物贸易协议》第 13 条、《中国与韩国自由贸易协定》第 21.2 条规定了“安全例外”,前者中的“安全例外”条款内容复制了 GATT 第 21 条的规定,后者则通过明确 GATT 第 21 条对本协定适用的方式确立自身的“安全例外”条款。[15] 区域性贸易协定领域,例如,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)第 29 章 A 节第 1 条规定:“将 GATs 第 14 条的(a)(b)(c)纳入本协定”;第 2 条规定:“本协定之任何条文不得被解释为:(a)要求缔约一方提供或容许取得其认为一旦揭露将违反其重要安全利益之资讯;(b)禁止缔约一方采取任何其认为属履行其维护或恢复国际和平或安全之义务或保护其重要安全利益之必要措施。”从该条款内容看,CPTPP 不仅引入 GATs“安全例外”条款作为协定条款,而且还单独作出与 GATT 第 21 条“安全例外”条款相似的条文规定。

从以上考察结论可以看出,国际贸易法中的“安全例外”条款主要以国际贸易条约或协定文本中的正式条款形式出现,探究其适用的国际法边界,就应通过对条约用语的法律解读以及涉及该条款适用的法律实践进行总结和分析来完成。

(2)国际投资法中的“安全例外”适用规则。与国际贸易法不同,过往的国际投资协定极少规定“安全例外”条款,只是近些年来“安全例外”条款才不时出现于新的国际投资协定中,而且,到目前为止,国际投资法体系尚缺乏类似 WTO 多边贸易协定规则那种涵盖广泛、具有权威性和普遍适用性的多边国际投资协定,更不存在诸如 GATT 第 21 条此类“安全例外”的“母条款”。[16] 因此,厘清国际投资法中“安全例外”条款适用规则,不仅需要考察国际投资协定中的具体条款内容及其法律实践,还要考察国际普遍公认的、国际投资法中的“软法”规则。

国际投资法的历史实践表明,无论是双边还是区域性国际投资协定,含有“安全例外”条款的国际投资协定并非一种普遍现象。[17] 例如,在我国签署的 100 多份双边投资协定中,只有 2012 年《中国——加拿大投资协定》《中国日本韩国投资协定》等屈指可数的双边或区域性投资协定明确设置了“国家安全”相关条款,其他国家历史上签订的国际投资协定的情形也大致如此。

“安全例外”条款在国际投资协定中之所以未能如国际贸易法中那样普遍,根本原因在于,国际投资协定以投资保护和投资促进为宗旨,长期以来,侧重保护国际投资者利益,而“安全例外”条款的本质功能是保护投资接受国的公共利益,如过多规定或强调这一条款,则会违背国

---

⑭ J. Benton Heath, The New National Security Challenge to the Economic Order, The Yale Law Journal, 129: 1020,2020, pp. 1033 – 1034.

⑮ 孙南翔:《国家安全例外在互联网贸易中的适用及展开》,载《河北法学》2017 年第 6 期。

⑯ WTO 中的《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMs)仅作出了国民待遇和取消数量限制等促进投资自由化方面的原则性规定,大量的国际投资法规则集中于双边或区域性投资协定中。

⑰ 这导致在国际投资协定中“国家安全”条款至今尚无统一表述,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。

际投资法本身确立的上述宗旨。[18] 此外,市场准入是国际投资法的核心,对自身的“国家安全”,投资接受国完全可以采取事先预防性的准入措施,防止影响“国家安全”的国际投资进入本国市场。而且,即便国际投资进入本国市场后发生影响投资接受国国家安全的情形,该国政府仍可依据本其国内法、运用政府的强力手段和方式予以制止。[19] 从这个意义上讲,在国际投资协定中规定“安全例外”条款对于吸引国际投资的投资接受国政府而言显然并不十分必要。对于投资输出国政府而言,其更缺乏在国际投资协定中规定“安全例外”条款的意愿,以免赋予投资接受国限制源于该投资输出国投资的更多权利或借口。

但需注意的是,近些年,随着国际投资法从侧重保护投资者利益向以取得东道国和投资者之间利益平衡为重点的转变以及全球整体安全形势的日趋严峻,国际投资协定中的“安全例外”条款呈现出增长的趋势。例如,美国推出的 2012 年《双边投资协定模板》第 18 条即规定了“必要安全条款”,《美墨加自由贸易协定》在涉及跨国投资部分规定了“国家安全例外”条款,其中的第 1138 条“排除条款”列举了“国家安全”下的例外情形。此外,加拿大推出的 2004 年《双边投资协定模板》、德国 2008 年《双边投资协定模板》等均有关于“国家安全”的类似规定。[20] 这是“国家安全”条款在国际投资法领域发展的新动向,但是否能成为类似国际贸易法体系中的“标配”条款尚有待观察。[21]

尽管数量仍显不多,但现有双边或区域性国际投资协定的“安全例外”条款对于厘清国际投资法中“安全例外”条款适用规则不可或缺,事实上,国际投资仲裁庭对此类条款作出的解释及裁决的法律意义就很大。此外,经济合作与发展组织(OECD)发布的《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》中确立的其成员方在国际投资领域采取国家安全审查措施所应遵循的四项指导原则被国际上公认为是国际投资法中的软法性规则,对于国际投资法中确立“安全例外”条款适用的国际法边界至关重要。

OECD 确立的这四项指导原则包括:非歧视待遇原则、监管平衡性原则、透明度或可预见性原则、问责性原则。OECD 对于上述原则的实施细则不断做出规定和解释,为成员方对国际投资进行的国家安全审查提供技术性指导,这些实施细则使得国际投资领域“安全例外”指导性原则的实践操作性更强。[22]

国际投资法律的大量实践证明,在评估一国援引“国家安全”条款所采取的限制或影响外资具体措施的正当性、合法性方面,OECD 为成员方制定的上述指导原则及其不断推出的实施细则具有极高权威性和法律价值。很大程度上,这些原则和实施细则弥补了国际投资法中因国际投资协定鲜有“安全例外”条款造成的该条款具体适用规则缺失。[23]

---

⑱ 任强:《国际投资法中的“国家安全”问题探究》,载《北方法学》2016 年第 3 期。

⑲ 同上注⑱。

⑳ 同上注⑱。

㉑ 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。

㉒ 王东光:《国家安全审查:政治法律化与法律政治化》,载《中外法学》2016 年第 5 期。

㉓ 参见同上注㉒。

通过厘清具体适用规则,不难发现,国际贸易法与国际投资法中的“安全例外”条款的具体适用规则既有共同点、又有不同之处。共同点在于,均试图通过“安全例外”条款的规定,为缔约方提供一条以“国家安全”为由豁免履行国际条约或协定义务的法律途径,以消除缔约方对于履行国际贸易投资协定可能产生“国家安全”问题的安全顾虑。二者的不同点更在于,国际贸易法中的“安全例外”条款带有普遍性,WTO 多边贸易协定及大量的双边或区域性贸易协定大都包含“安全例外”条款,属于该类协定的标配条款,而这些协定条款的具体规定大都源于 GATT 第 21 条这一“母条款”。与国际贸易法相比,国际投资协定中的“安全例外”条款尽管近些年来有增多趋势,但仍尚未普及到大部分国际投资协定中,OECD 制定的相关指导原则及实施细则为明确国际投资法中“安全例外”条款具体适用规则提供了重要规则渊源。

三、“国家安全”条款适用的国际法边界

由于“国家安全”条款涉及国家主权问题,国际法学界长期形成的普遍共识是,在适用“国家安全”条款、特别是在定义“国家安全”方面,主权国家拥有很大自由裁量权,条款的起草者以及签约者寄希望于主权国家自身能对该条款适用保持高度克制。[24] 实际上,如果考察国际贸易法和投资法长期实践,就不难发现,历史上“国家安全”条款的实际适用情形的确极为少见,因适用“国家安全”条款而引发的国际争端更是凤毛麟角,反映出各国对于适用“国家安全”条款的克制态度,这与该条款的设计者初衷相一致。但同时,也正是由于具体法律实践的不足,确立适用“国家安全”条款的法律标准面临极大困难。[25] 近年来“国家安全”条款在国际贸易投资领域泛化适用、甚至被滥用的现象出现,与国际贸易投资领域“国家安全”条款具体适用标准缺失关系很大。面对严峻局面,各国国际法学者认为,若不对“国家安全”条款的适用予以更为明确的国际法规制,全球经贸体制将面临崩溃,后果不堪设想,因此,呼吁严格划定“国家安全”条款适用边界的国际声音越来越强烈。[26]

近年来,国际贸易投资争端解决的实践为划定“国家安全”条款适用的国际法边界完成提供了实证依据和权威资料,有助于为“国家安全”条款的具体适用明确清晰的“红线”,同时,也为未来形成完整的、可信的法律标准创造了前提条件和基础:2017 年,WTO 专家组在“俄罗斯过境货物运输案”(DS512)中对 GATT 第 21 条“安全例外”条款的适用作出解读,这在 GATT/WTO 历史上还是第一次,该案裁决对于厘清国际贸易法中“国家安全”条款适用的国际法边界大有裨益。[27] 该案之后专家组在“沙特——与保护知识产权相关的措施案(DS567)”中作出的裁决以及 2022 年专家组针对中国发起的“美国——与钢铝产品相关的某些措施案”(DS544)、

㉔ J. Benton Heath, The New National Security Challenge to the Economic Order, The Yale Law Journal, 129: 1020,2020, pp. 1033 – 1034.

㉕ 张丽娟、郭若楠:《国际贸易规则中的“国家安全例外”条款探析》,载《国际论坛》2020 年第 3 期。

㉖ J. Slawotsky, National Security Exception in an Era of Hegemonic Rivalry: Emerging Impacts on Trade and Investment, Handbook of International Investment Law and Policy,2019, pp. 12 – 13.

㉗ 此案发生后 WTO 受理的另一起涉及 TRIPs“安全例外”条款适用的案例——“沙特——与保护知识产权相关的措施案”(WT/DS567/R)专家组即遵循了“俄罗斯过境货物运输案”专家组作出的解释原理和规则。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。

中国香港发起的“美国——原产地标签要求案”(DS597)作出的裁决均援引“俄罗斯过境货物运输案”专家组裁决,并对 GATT 第 21 条“安全例外”条款含义予以进一步阐释。此外,国际投资领域近年来出现了一系列涉及“国家安全”条款适用的仲裁案例,相关仲裁庭对“国家安全”条款予以解读并以此为基础作出裁决,同时,OECD 不断更新指导其成员方与国家安全有关的投资政策指南,丰富了国际投资法中“国家安全”条款适用的软法规则。

下面,笔者将分析上述国际贸易投资争端解决的法律实践,并试图寻求到国际公认的“国家安全”条款适用的国际法边界。

(一)国际贸易法:“国家安全”条款适用的边界

如上文所述,现行国际贸易法中“国家安全”条款适用规则主要源于 WTO 涵盖协定 GATT 中的第 21 条“安全例外”条款,因此,对于 GATT 第 21 条适用的实践加以研究,即可取得“窥一斑而见全豹”的效果。

研究表明,从二战后 GATT 诞生到 1995 年 WTO 成立以及成立后至今近 80 年的发展历程中,GATT 缔约方或 WTO 缔约方适用 GATT 第 21 条“安全例外”条款的情形十分罕见。据统计,GATT 时代仅有 5 个涉及适用“安全例外”条款的案例,其中有 4 个案例进入专家组审理阶段,但基本上最终都是无果而终,因此,GATT 专家组未能对该条款适用的具体规则作出解释和澄清。WTO 成立后 20 多年的时间里也没有出现适用“安全例外”的案件,直到 2017 年乌克兰诉俄罗斯“俄罗斯货物过境案”进入到 WTO 争端解决机制中的专家组程序才打破这一局面。[28]

该案专家组对此案作出的裁决重点在于,对 GATT 第 21 条“安全例外”适用的条件或标准作出解释和澄清,尽管该裁决最终未能进入到上诉阶段、由 WTO 上诉机构作出更权威法律评价,但作为 GATT/WTO 近 80 年历史上第一个全面解读 GATT 第 21 条的专家组裁决,其对于明确“国家安全”条款适用的国际法边界的意义无疑是重大的。[29]

在适用 GATT 第 21 条“安全例外”条款方面,WTO“俄罗斯货物过境案”专家组作出如下法律上的认定或者提出法律上的要求:

第一,WTO 争端解决机制对成员方适用“安全例外”条款拥有审查的管辖权。专家组认为,从 GATT/WTO 的相关实践来看,GATT 第 21 条款中的(b)项是 GATT/WTO 成员方用来为维护国家安全所采取的措施进行合法性辩护的常用规则条款。[30] 而(b)项规定的核心点在于:“任何缔约方采取其认为(consider)对保护其基本国家安全利益所必需(necessary)的任何(any)行动”这一条款内容。其中,该项规定使用“其认为”一词就意味着,成员方在判断国家安全利益方面具有自由裁量权,但这一权利是否属于成员方拥有的绝对权利?换句话说,争端解决机制是否有权对主权国家行使该项权利予以审查?[31] 本次专家组首先面临的就是对该案是

㉘ 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。

㉙ 同上注㉘。

㉚ 丁丽柏、陈喆:《论 WTO 对安全例外条款扩张性适用的规制》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2020 年第 2 期。

㉛ 孙南翔:《国家安全例外在互联网贸易中的适用与展开》,载《河北法学》2017 年第 6 期。

否拥有审查的管辖权这一重要法律问题。

在本案管辖权方面,俄罗斯提出的观点是:“GATT 第 21 条(b)是成员方保留的权利(right),成员方认为有必要时,就有权采取相应措施”,且“俄罗斯政府对于(国家安全)作出的判断不受其他 WTO 成员方质疑或再评估,争端解决机构也无权像对正常贸易措施那样对涉诉措施进行审查。”[32]对于俄罗斯提出的上述观点,专家组在裁决中予以了反驳。专家组在分析了 WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》相关条款的规定后认为,该谅解并没有任何关于 GATT 第 21 条“安全例外”条款争端解决规则与程序上的特别规定,因此,成员方援引“国家安全”条款的行为,仍应同 GATT 其他条款一样受到该谅解的规制,即,专家组对俄罗斯行使该项“安全例外”权利进行审查符合《关于争端解决规则与程序的谅解》的要求,专家组对本案拥有管辖权。

为了增强说服力,专家组进而对 GATT 的宗旨和目的展开分析,并回顾了 GATT 的缔约历史,最终得出的结论是:若争端解决机制不能对成员方援引 GATT 第 21 条的行为进行审查,就不符合该条款制定时的真实意图和缔约背景,在争端解决方面,GATT 第 21 条不享有不受审查的特权。进一步地,专家组在成员方在该条款上拥有的“自由裁量权”与争端解决机制审查权之间划出了明确的界限,指出:就 GATT 第 21 条(b)项规则而言,成员方对于维护国家基本安全利益的“必要性”(即,是否 necessary)判断完全属于成员方的自由裁量权范围,但成员方对于“国家基本安全利益”的界定,则属于专家组审查范围,专家组有权对此进行客观性审查。基于以上分析和判断,专家组最终驳回了俄罗斯在本案管辖权方面的主张。[33]

专家组作出的裁决可谓历史性的,在 GATT/WTO 历史上,第一次以裁决的形式明确了争端解决机制对 GATT 第 21 条“安全例外”条款的管辖权,同时,澄清了 GATT 第 21 条“安全例外”条款赋予成员方的自由裁量权与争端解决机制审查权之间的界限,这为未来 WTO 争端解决机制审理涉 GATT 第 21 条的贸易争端创造了先例,对成员方援引该条款的意愿和行为形成了一定程度上的约束和震慑。2022 年 WTO 专家组在“美国—与钢铝产品相关的某些措施案”“美国—原产地标签要求案”作出的两个裁决中运用《维也纳条约法公约》解释通则再次详尽阐释 GATT 第 21 条 b 项含义,并认为专家组在涉及该项规定的三个具体条件,特别是判断第三个条件中的“国际关系中的其他紧急情况”时具有客观性审查的权力,进一步强化了专家组在“俄罗斯货物过境案”中提出的上述观点。[34]

第二,提出“基本安全利益”与“必需的”条件所蕴含的内在法律要求。在确立专家组对涉 GATT 第 21 条措施的管辖权后,“俄罗斯货物过境案”专家组对于 GATT 第 21 条(b)项“任何缔约方采取其认为(consider)对保护其基本国家安全利益所必需(necessary)的任何(any)行动”这一条款中的两个关键词——“基本安全利益”和“必需的”予以分析和解读,锚定了 GATT

㉜ See WT/DS512/R, Panel Report, April 5,2019,para7.27 – 7.29.

㉝ 丁丽柏、陈喆:《论 WTO 对安全例外条款扩张性适用的规制》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2020 年第 2 期。

㉞ See Report of Panel, WT/DS544/R, para7.8.2. Also see Report of Panel, WT/DS597/R, para7.5.

第21条(b)项蕴含的内在法律要求,这对于判断成员方适用该条款行为的合法性是否成立极为关键。

在“基本安全利益”定义方面,专家组再次强调,WTO成员方对什么是“基本安全利益”具有裁量权,即,对于何种利益属于“基本安全利益”有权做出自己的判断,但随后指出,这一权利并不是绝对的权利,专家组认为:“无论如何,‘基本安全利益’的范围一定比‘安全利益’的范围要窄,应当仅限于那些关系到国家关键性职能的利益。”[35]这一观点表明,专家组反对WTO成员方将任何国家安全利益都提升至“基本安全利益”的高度,应以是否关乎“国家关键性职能”这一重要标准加以判断,不可肆意扩大“基本安全利益”的范围,从法律上大大限缩了GATT第21条款“安全例外”可涵盖的适用范围,提高了适用该条款的法律标准。[36]

在此基础上,专家组进一步提出以下具体要求:WTO成员方除必须证明其所保护的“国家安全利益”属于“基本安全利益”范围外,还必须证明其保护的“基本安全利益”本身与GATT第21条所规定的“国际关系紧急状况”之间具有充分的“关联性”(articulation),同时,还需进一步证明成员方为保护“基本安全利益”而援引GATT第21条采取的具体措施与其拟保护的“基本安全利益”之间的“关联性”。成员方只有达到以上要求,其相关行为才能满足援引GATT第21条中规定的“必需的”一词所提出的法律要求。[37] 专家组对于两个“关联性”提出的证明要求极大增加了WTO成员方在适用GATT第21条“安全例外”时的举证责任,这对于约束成员方在适用该条款时拥有的自由裁量权而言意义十分重大。

第三,必须遵循国际法中的善意原则。善意原则是“俄罗斯货物过境案”专家组提出的判断成员方援引GATT第21条“安全例外”行为合法性的另一项重要标准。

与GATT第20条“一般例外”不同,GATT第21条没有第20条中“序言”的内容。WTO上诉机构在“美国海龟案”的裁决报告中认定,GATT第20条“序言”(内容为:“在遵守关于此类措施的实施不在情形相同的国家之间构成任意或不合理歧视的手段或构成对国家贸易的变相限制的要求前提下……”)体现了国际法一般法律原则——“善意原则”,进而指出,在适用GATT第20条方面,善意原则具体表现为,WTO成员方不得滥用(abuse of right)该条款中“例外”权利。[38] GATT第21条未作出相同或类似规定,这是否意味着WTO成员方在行使“安全例外”权利时无需满足“善意原则”的法律要求呢?对于这个问题,专家组给出明确的否定性回答。

专家组认为,尽管WTO成员方在确定“基本安全利益”时具有很大的自由裁量权,但这一

㉟ See Panel Report, DS512/R, para. 7.130.

㊱ 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。

㊲ 丁丽柏、陈喆:《论WTO对安全例外条款扩张性适用的规制》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2020年第2期。

㊳ 参见“美国—海龟案”上诉机构裁决报告:“第20条序言实际上是善意原则(principle of good faith)的一种表述方式。这个(善意)原则既是法律的一般原则,也是国际法的普遍原则,它制约着国家对权利的行使。这个原则的(另)一种实施方法,即禁止滥用权利(abus de droit),这是人所共知的。禁止滥用一国的权利,凡所主张的权利侵犯了条约所包含的义务范围时,责成它必须善意(bona fide,或泽‘诚信’)行使,这就是说合理地行使。”

权利的行使必须遵从国际法一般法律原则——“善意原则”,即,成员方不得滥用“安全例外”权利。专家组强调指出,作为国际法一般法律原则,善意原则具有普遍适用的意义,不能因为GATT第21条没有第20条“序言”内容,就认为善意原则不适用于第21条。但是,在具体适用情形方面,专家组并未对“善意原则”的适用提出像WTO上诉机构在“美国海龟案”中对善意原则适用于GATT第20条时提出那样严格的法律要求,仅是要求WTO成员方援引GATT第21条所采取的具体措施与“基本安全利益”之间具有“最小合理(plausibility)关联性”,只要能证明这种“关联性”的存在,即可满足“善意原则”对GATT第21条的要求。专家组强调指出,如果有证据表明,成员方有意为了规避WTO义务而将自身的贸易利益标记为“基本安全利益”,这一行为就属于典型的违反善意原则的国家行为,进而构成违反GATT第21条的非法行为。[39]

与GATT第20条相比较,专家组在“善意原则”适用于GATT第21条时给出的法律标准较低——成员方只要证明“最小合理关联性”即可,这反映出专家组审查GATT第21条时体现出十分谨慎的态度,这是可以理解的。毕竟国家安全问题涉及主权权利,设置过高的审查标准可能导致侵犯成员方的主权,引发WTO成员方的反弹。尽管如此,专家组首次将“善意原则”引入GATT第21条的适用过程这一裁决本身意义就十分重大,“善意原则”为防止GATT第21条被滥用提供了极具价值的法律工具。

(二)国际投资法:“国家安全”条款适用的边界

正如前文所述,在国际投资领域,解决“国家安全”问题的路径主要通过主权国家对国际投资的准入审查或准入后管理等国内法措施来实现,因此,学术界对国际投资规则中的“国家安全”条款及其案例的研究主要集中于对全球主要经济体国内法与“国家安全”有关的法律规则和案例研究领域,如,近年来,我国国际法学者对Ralls公司诉美国外国投资委员会案的研究、对于2017年德国《对外经济条例》第九次修正案确立的安全审查法律规则的分析以及对中国2019年制订实施的《外国投资法》以及2009年修改的《关于外国投资者并购境内企业的规定》等涉及外国投资安全审查的法律法规的研究,等等。[40]这些研究本身对于我们研究和把握国际投资领域“国家安全”条款的适用动向从而指导对外投资实践有很大益处。除此之外,为防止“国家安全”条款在国际投资领域的滥用及为采取的反制措施提供合法性依据,通过考察国际投资法规则及其法律实践以明确国际投资领域“国家安全”条款适用的国际法边界也是十分必要的。

同样地,主权国家在决定国际投资规则中的“国家安全”事项上拥有很大的自由裁量权,但这一权利也并非国家的绝对权利,国际投资争议解决机制亦有权审查,相关国际投资仲裁案例

㊴ 丁丽柏、陈喆:《论WTO对安全例外条款扩张性适用的规制》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2020年第2期。

㊵ 对上述案例分析分别参见任强:《国际投资法中的国家安全问题探究——以“Ralls公司诉美国外国投资委员会案”为视角》,载《北方法学》2016年第3期;寇蔻、李莉文:《德国的外资安全审查与中企在德并购面临的新挑战》,载《国际论坛》2019年第6期;赵海乐、郭峻雄:《“准入前国民待遇”背景下我国外资安全审查功能定位探析》,载《经贸法律评论》2020年第4期。

证明了这一点。这方面,比较著名的是《华盛顿公约》项下的“国际投资争端解决中心(ICSID)”于本世纪初受理的“桑普拉国际能源公司诉阿根廷案”“CMS 天然气管道公司诉阿根廷案”以及“路易斯维尔电气公司及其他关联公司诉阿根廷案”三起与阿根廷有关的国际投资仲裁案,该三起仲裁案均涉及《美国——阿根廷互相鼓励与保护投资协定》中第 14 条“国家安全”条款适用问题。三起国际投资仲裁案仲裁庭作出的相关裁决一致表明,主权国家在国际投资领域适用“国家安全”条款时拥有的自由裁量权并非是绝对性的权利,仲裁庭有权对于国家适用“国家安全”条款的具体情形予以审查。在明确了管辖权后,三起仲裁案仲裁庭均详细分析了阿根廷政府提出的“国家安全”抗辩理由和依据,认为该国发生的严重经济危机影响到了该国的“基本安全利益”,构成了适用“国家安全”条款适用的条件,支持阿根廷将经济危机纳入国家安全范畴的做法。[41] 但仲裁庭最终认为,阿根廷适用“国家安全”条款采取相关措施的“必要性”的解释理由、依据不足,最终未能支持阿根廷提出的抗辩。尽管相关裁决引发对仲裁庭偏袒投资者立场的批评,但裁决本身确立的两项规则——国家的自由裁量权可被国际投资仲裁庭审查,且国家必须承担其采取的措施与“基本安全利益”之间关联性的举证责任——对于厘清国际投资法中的“国家安全”条款具体适用规则还是有益的。[42]

除了国际投资仲裁裁决可作重要参考外,OECD 发布的《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》中提出的四项原则及其制定的实施细则作为“软法”规则发挥了关键作用,为明确国际投资领域中“国家安全”条款适用的国际法边界提供了权威资料:

第一项原则是“非歧视待遇”原则,认为该原则要求政府在通常情况下首先应采取以相同方式对待同等地位投资者的普遍性适用措施,只有当此类措施不足以维护国家安全、需要针对个别投资采取特殊措施时,才可适用“国家安全”条款采取针对个别投资的特殊措施,且该特殊措施应仅针对该投资可能产生国家安全威胁的特殊之处,适用范围不能扩大。

第二项原则是“监管平衡性”原则,该原则实际上是比例原则在国际投资法中的具体体现。[43] OECD 认为,对于外国投资的限制或对交易的调整应以维护国家安全所需为限,如已有措施足以满足维护国家安全的需要,即应避免采取前述措施或调整措施。OECD 指出,在评估维护国家安全的必要性方面,应采取严格的风险评估方式,并应在投资限制措施与消除国家安全威胁之间建立清晰的关系,同时,国家应当将限制外国投资作为最后的安全屏障。

第三项原则是“透明度或可预见”原则,该原则属于国际贸易投资法的普遍性原则,但在“国家安全”条款适用方面具有特殊的法律要求。为此,OECD 提出五项具体法律要求,包括:将与国家安全相关法律汇编并予以公开;事先通知;征询利益相关方意见;程序的公正和可预测性;充分披露相关政策措施等。

第四项原则是“问责性”原则,这一原则要求东道国政府建立“国家安全”条款适用的问责

㊶ 任强:《国际投资法中的国家安全问题探究——以“Ralls 公司诉美国外国投资委员会案”为视角》,载《北方法学》2016 年第 3 期。

㊷ 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。

㊸ 黄洁琼:《论比例原则在外资国家安全审查中适用》,载《河北法学》2020 年第 10 期。

监督机制,以确保该条款不被滥用,并应保障投资者的法律救济权利。OECD 认为,东道国政府应当在适用“国家安全”条款的投资法律制度中建立监督程序,以确保对执行权的责任约束,同时,应确保投资者通过行政程序或司法程序对限制外国投资的措施进行审查。[44]

OECD 提出的上述原则及其相关细则虽不具备国际投资条约或协定那样的国际法效力,但仍可被国际投资仲裁庭作为开展法律分析、逻辑推理的权威标准。与此同时,这些原则及其细则对于判断一国以“国家安全”为由针对外国投资采取的各种措施是否构成国际法意义上的“滥用”极具价值。

在当前地缘政治斗争已导致全球经贸关系紧张的大背景下,“国家安全”条款泛化适用甚至被滥用的现象无法彻底消除,未来一段时期可能还会愈演愈烈,但法治仍是国际通用的语言,是国家行为正当性的理据,因此,厘清国际贸易投资领域中“国家安全”条款适用规则并明确其适用的国际法边界,对于揭示美西方一些国家以“国家安全”为由对我采取的单边贸易投资措施的非法性、赢得国际社会的正义支持并以此为依据采取反制措施意义十分重大。[45]

四、“国家安全”条款的未来动向及对策建议

近年来全球经贸关系的严峻事实表明,地缘政治斗争对于国际经贸关系影响至深,其中一大表现就是,“国家安全”条款在国际贸易投资领域的严重泛化和被滥用,地缘政治斗争对“国家安全”条款适用规则的未来也将产生重大影响。

由美国发起、旨在遏制中国崛起的地缘政治冲突不仅导致自中国 2001 年加入 WTO 后业已建立起来的正常、稳定和繁荣的中美经贸关系在短时间内迅速演变成地缘经贸关系,而且,进一步触发全球各主要经济体之间经贸关系的冲突、对抗。[46] 美国这一做法始于特朗普政府时期,且在特朗普政府执政后期持续恶化,2021 年初拜登政府上台后,不但承袭了特朗普时期视中国为其最大战略对手的对华政策,而且大力推动美国与其西方盟友之间合纵连横,重拾“冷战”中意识形态工具,对华采取的贸易投资限制性措施更加频繁。[47] 在美国的不断干扰下,中国与欧盟、澳大利亚、加拿大等双边经贸关系发展不断遭遇各种挫折,2022 年初爆发的俄乌冲突更加剧了国际经贸关系的紧张氛围,全球范围内地缘经贸关系的特点更加凸显。地缘经贸关系导致严重的法律利己主义,最突出的表现之一就是“国家安全”条款不断被滥用。自 2019 年至今,美国以“国家安全”为由密集出台专门针对中国企业的限制性或禁止性措施,这一状况目

㊹ 王东光:《国家安全审查:政治法律化与法律政治化》,载《中外法学》2016 年第 5 期,第 1298 – 1300 页。Also see James K. Jackson: Foreign Investment and National Security: Economic Considerations. Congressional Research Service, April 4,2013. pp. 8 – 10.

㊺ 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。

㊻ Anthea Roberts, Henrique Choer Moraes, Victor Ferguson: Toward a Geoeconomic Order In International Trade and Investment, Journal of International Economic Law,2019,22,No. 4, p. 659.

㊼ 佟家栋、鞠欣:《拜登时期中美战略竞争态势、挑战与应对——基于双边经贸关系视角》,载《国际经济评论》2021 年第 3 期。

前仍在持续。[48]

对“国家安全”条款泛化甚至被滥用现象造成的恶劣影响,国际法学界高度关注,以色列学者斯莱沃特斯基总结的观点颇具代表性,他概括为以下四个方面:一是加剧贸易摩擦以及更严格的国家安全审查;二是对技术驱动及经济范式中的国家安全重新定义;三是霸权性对抗成为在国际贸易投资领域“选边站”的重要考虑因素;四是政府对股票市场和不断更新的治理机制更多的介入。[49] 斯莱沃特斯基强调指出,可以肯定的是,未来一段时期国际贸易投资领域中“对‘国家安全’威胁(的判断)将不再仅限于军事危险领域,必将更多地与发展、控制以及开发技术革新等军事和商业目的相互交织,并不可避免地与(国家)的经济和工业实力紧密结合。”[50]

但除了地缘政治斗争因素外,新的世纪来临后国家安全的内涵也发生了历史性变化,全球恐怖主义、气候变化、网络安全、卫生防疫等人类面临的重大挑战势必对国际贸易投资领域中的“国家安全”条款产生直接影响,同样将成为决定“国家安全”条款适用规则未来发展的关键因素。在综合研究的基础上,笔者认为,国际贸易投资领域中“国家安全”条款的未来发展动向应包含以下几方面:

第一,“基本安全利益”的定义将发生重大变化。传统上,国际贸易投资领域中“基本安全利益”的定义主要被限制在军事领域以及危及国际和平与安全的重大事项上,但是进入 21 世纪后,这一传统定义被打破,最为突出的是,国家经济安全被纳入国家“基本安全利益”的定义范围,前文所述涉及阿根廷的系列国际投资仲裁案中,仲裁庭认定阿根廷为稳定本国经济采取的紧急经济措施符合“基本国家安全利益”的要求就是一例明证,一些国家为保护本国产业利益而援引“国家安全”条款采取的大量措施也证明了这一点。

随着地缘经贸冲突的加剧,一些国家为了赢取自身地缘经济竞争优势,将会不断将产品供应链、金融交易、技术转让等原本属于经济范畴的事项纳入“基本国家安全利益”,这无疑将导致“基本安全利益”定义发生重大变化。[51]

第二,“基本安全利益”的内涵将更加丰富。在恐怖主义、气候变化、网络安全、卫生防疫等非传统安全事项已成为全球和平与发展的重大威胁背景下,必将对国际贸易投资领域中“国家安全”条款产生重大影响,反恐斗争、应对气候变化、维护网络安全以及开展公共卫生防疫等事

㊽ 美国学者认为,美国政府对华经贸限制措施具有四方面特点:第一,扩大“国家安全”范围,将“经济安全”纳入其中,用以无清晰界限地保护广泛的“战略性”或“关键性”产业;第二,援引“国家安全”完全不受司法审查,并使得 WTO 上诉机构瘫痪;第三,不通过类似美国外国投资委员会的合法性审查程序即由国内行政机构作出(禁止或限制投资)决定;第四,试图与中国达成不受第三方争端解决机制管辖的贸易协定。Anthea Roberts, Henrique Choer Moraes, Victor Ferguson: Toward a Geoeconomic Order In International Trade and Investment, Journal of International Economic Law,2019,22,No. 4, p. 672.

㊾ J. Slawotsky, National Security Exception in an Era of Hegemonic Rivalry: Emerging Impacts on Trade and Investment, Handbook of International Investment Law and Policy,2019, pp. 12 – 30.

㊿ J. Slawotsky, National Security Exception in an Era of Hegemonic Rivalry: Emerging Impacts on Trade and Investment, Handbook of International Investment Law and Policy,2019, pp. 29 – 30.

51 Anthea Roberts, Henrique Choer Moraes, Victor Ferguson: Toward a Geoeconomic Order In International Trade and Investment, Journal of International Economic Law,2019,22,No. 4, p. 672.

项无疑会成为“国家安全”不可忽视的事项，为应对上述挑战而采取的措施将被纳入国家“基本安全利益”范畴，促使“基本安全利益”的内涵与历史上相比更加丰富。[52]

第三，适用“国家安全”条款的政治色彩将更为浓厚。地缘政治斗争已严重破坏了国际经贸交往的正常秩序，其严重程度和破坏力根本无法预测，为了击败战略竞争对手、赢得地缘竞争优势，一些国家对于各种极端手段无所不用其极，“国家安全”条款已经成为且将会继续被视为开展地缘政治斗争的一项重要法律工具，利用这一法律工具为其禁止或限制竞争对手的商品、服务和投资寻求所谓“合法性”依据。

作为正经受国际贸易投资领域“国家安全”条款泛化适用、被滥用影响最为严重的国家，中国准确把握当前“国家安全”条款法律实践以及未来发展动向，倡导以法治原则和方法规范“国家安全”条款及其适用，尽最大努力确保全球经贸交往的正常秩序不至遭受更大的破坏，为推进自身的高水平对外开放创造良好的国际条件。

鉴于以上分析和研究结论，笔者认为，在国际贸易投资领域“国家安全”条款适用的规则方面，中国可提出以下三方面倡议：

第一，强调“国家安全”条款的“例外”性质，推动“国家安全”条款回归其应有之义和立法初衷。回顾国际贸易投资规则的发展历史，无论是 GATT 文本起草背景还是双边或区域性贸易投资协定的形成过程均表明，“国家安全”条款属于条约或协定中的“例外条款”，例外的法律属性十分明确，谈判者乃至签约者对于“国家安全”条款这种“例外条款”的性质也是非常清楚的，这一立法初衷不应遭到人为亵渎，也不应因国际形势的变化而有任何改变，任凭“国家安全”背离“例外”性质而滥用这一条款造成的后果对任何国家无益。对于“国家安全”条款的例外性质，中国应当在各种国际场合予以充分强调，推动“国家安全”条款回归其应有之义和立法初衷。

第二，积极看待“国家安全”条款应有的时代变化，主动参与相关国际法新规则的制定。正如其他国际法规则一样，随着其调整的国际贸易投资关系的变化，国际贸易投资规则应与时俱进地作出调整和变化，“国家安全”条款亦应如此。恐怖主义、气候变化、网络安全、卫生防疫等非传统安全挑战对于世界各国国家安全的威胁日甚，“国家安全”定义必将随之发生变化。中国应当积极看待这一时代之变，在 WTO 多边规则修订过程中以及双边、区域性贸易投资协定缔结过程中，主动提出相关倡议，在坚持“国家安全”条款“例外”性质的原则之下，推动“国家安全”条款的与时俱进，使其更加符合 21 世纪国家安全形势的新特点。

第三，坚定支持国际经贸争端解决机制对“国家安全”条款适用的管辖权。近年来，WTO 专家组、国际投资仲裁庭等对“国家安全”条款的适用和解释作出了具有重要意义的裁决，支持了国际经贸争端解决机制对于缔约方对该条款适用和解释行为的审查管辖权，但近些年来的国际贸易投资实践表明，主权国家在确定“基本安全利益”、相关贸易投资措施与维护基本安全

---

[52] J. Benton Heath, The New National Security Challenge to the Economic Order, The Yale Law Journal, 129: 1020, 2020, pp. 1033 – 1034.

利益之间的因果关系、措施的“必要性”等方面的自由裁量权依然过大，上述裁决尚无法满足制止“国家安全”条款在国际贸易投资领域被滥用的现实法律需求。

中国应当充分运用 WTO 争端解决机制等国际经贸争端解决机制，坚定支持这些机制对“国家安全”条款适用和解释的管辖权，就美西方国家涉“国家安全”条款相关措施适时启动相关贸易投资争端解决程序，捍卫自身合法经济利益。同时，贸易投资争端解决机制更多地介入涉“国家安全”条款适用的具体案件并作出更多权威性法律分析和解释，对于制止“国家安全”条款的当前滥用趋势大有裨益，可推动“国家安全”条款未来的良性发展。

五、结论

当前，美国等一些西方国家以“国家安全”为由采取的各种针对跨国贸易、投资的限制性措施层出不穷，“国家安全”条款被泛化适用、甚至滥用的态势愈发明显。最根本的原因在于国际形势发生重大变化，以和平与发展为核心的国际关系正被全球范围内日益加剧的地缘政治斗争阴霾所笼罩，国际经贸关系逐渐呈现出地缘经贸关系特征，一些国家已将国际贸易投资领域中的“国家安全”条款作为其打压地缘竞争对象、赢得地缘竞争优势的法律工具。在国际贸易投资规则体系中，“国家安全”条款具有存在的合理性和必要性，但从性质上讲，该条款属于例外条款，适用该条款不但应遵循“例外条款”适用的国际法普遍性原则，还应当符合国际贸易投资领域中的具体规则，厘清“国家安全”条款具体适用规则、为该条款在国际贸易投资领域适用划定国际法边界，在当前具有特殊重要的现实意义。

随着地缘政治斗争加剧，“国家安全”条款泛化甚至被滥用造成的严重负面影响必将持续相当长一段时间。人类进入 21 世纪后，国家安全的概念随着国际形势的变化和科技发展也发生了巨大的变化，特别是各国面临的恐怖主义、气候变化、网络安全、卫生防疫等方面的重大挑战促使“国际安全”内涵不断拓展，成为影响国际贸易投资领域中“国家安全”条款未来发展的重要因素。

在当前形势下，中国应积极倡导以法治原则和方法规制主权国家对“国家安全”条款的适用的权利，运用国际法和国际贸投资争端解决机制维护自身合法权益，并提出科学、合理的法律倡议，推动国际贸易投资领域“国家安全”条款未来的良性发展。

Comments and Analysis on the Boundaries of Applying National Security Clause and Its Development Trend

Liu Jingdong

Abstract: The relationship of international economic and trade shows up in the characteristics on geoeconomics, and some countries turn “National Security” clause in the rules system of international trade and investment into a tool used for suppress the rival in order to gain the privileges for competition. Following the development of the intense geoeconomics’ battle, “National

Security" clause will even prevail or will even been abused in international economic and trade area, and the negative impacts will be continuous for a long time. Making the boundaries clear on applying "National Security" clause is very necessary for prohibiting the deterioration of abuse of this clause. In nature, "National Security" clause is the exception one, applying this clause shall not only respect the common principles in applying the exception clause ,but also shall comply with the rules of international trade and investment. After the mankind walked into the 21th century, the content of "National Security" has changed greatly as the international situation had a profound change and the sciences and technologies had evolved, especially, the challenges including terrorism, climate change, network security, the pandemic and so on, promoted the content of "National Security" enlarged than ever, and will influence the future development of "National Security" clause in the rules system of international trade and investment. China should advocate the rule of law spirit and principal in applying "National Security" clause in order to govern the application of "National Security" clause, eliminating its negative impacts on present and future international trade and investment. China should also propose an scientific and reasonable approach for applying "National Security" clause and drive it to the positive trend.

Keywords: National Security clause; the boundaries of applying; development trend

(责任编辑：杨志航)