

国家安全与经济全球化的冲突与协调

——以“国家安全例外”的司法监督为视角

蒋玉洁

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年5月23日; 录用日期: 2023年7月8日; 发布日期: 2023年7月19日

摘要

国家安全与经济全球化紧密联系、相互影响, 当代安全政策为偏离普通贸易和投资规则提供了潜在的理
由。关贸总协定中的“国家安全例外”条款赋予了国家在安全范围判断上极大的自由裁量权。实践中,
国家安全内涵与外延的扩张对国际法庭善意履行原则审查、实质性与程序性审查均带来了挑战。面对该
冲突, 可以从实体法和程序法的角度探寻条款内部合法性, 并从司法和非司法化角度寻求条款外部合法
性, 提出管理经济争端混合政治和法律的新兴战略, 创新协调国家安全与经济全球化发展的新框架。

关键词

国家安全例外, 自裁性, 司法监督, 国家安全, 经济全球化

The Conflict and Harmony between National Security and Economic Globalization

—A Perspective on Judicial Supervision of the “National Security Exception”

Yujie Jiang

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: May 23rd, 2023; accepted: Jul. 8th, 2023; published: Jul. 19th, 2023

Abstract

National security and economic globalization are closely linked and interacted, and contemporary security policies provide potential justification for deviations from ordinary trade and investment

rules. The “national security exception” clause in the GATT gives states great discretion in determining the scope of security. In practice, the expansion of the connotation and scope of national security has posed challenges to the review of the principle of good faith performance, substantive and procedural review by international tribunals. In the face of this conflict, the internal legitimacy of the clause can be explored from the perspectives of substantive and procedural law, and the external legitimacy of the clause can be sought from the perspectives of judicial and non-judicialization, proposing an emerging strategy for managing economic disputes with mixed politics and law, and innovating a new framework for reconciling national security with the development of economic globalization.

Keywords

National Security Exceptions, Self-Adjudicative, Judicial Supervision, National Security, Economic Globalization

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

(一) 概念解释

随着社会发展，国家安全实践已经发展为应对一系列威胁，包括非国家行为、非军事、非人类的威胁。越来越多的国家安全实践与威胁的来源与性质无关，不受时间和空间限制，也不以任何压倒性的大国或国家冲突为中心[1]。经济全球化的背景下，当代安全政策为偏离普通贸易和投资规则提供了潜在的理由。贸易政治形态的变化也促使各国援引这些新的安全理由。

国家安全例外是本着国家安全优先准则确立的豁免条款，实质体现对国家主权及成员方自我保护权利的尊重，允许成员方在需要维护国家安全的情况下采取必要行动，免于履行规定义务[2]。现在，多边与区域贸易协定、双边投资协定都存在此类条款，在一定程度上反映了贸易、投资活动与国家安全的界限。其中“缔约方认为”一词赋予了成员方极大的自裁权：每个国家可以自行决定是否适用国家安全例外。

(二) 研究背景与研究现状

“俄罗斯过境运输措施案”中¹，专家组首次就安全例外条款的主要标准作出裁决，否定了一直以来安全例外条款完全由成员国自主判断的观点。因此有学者指出可以通过国际层面的司法监督来把握普通经济活动与国家安全的界限，从而界定是否有滥用国家安全的行为。关于司法监督模式下的国家安全例外研究，多集中于国家安全例外条款的解释和引用合理与否。如丁丽柏对安全例外条款的“基本安全利益”与“国际关系紧急情况”进行分析，阐述了WTO争端解决实践对安全例外条款适用的规制以及不足之处[3]；黄志雄认为应在维护各国的基本安全利益与防止滥用安全例外之间取得平衡[4]。

(三) 研究价值

在国家安全泛化的背景下，亟待解决的是如何应对国家安全与经济秩序的新发展，而不是仅仅关注国家安全争端是否应在国际法庭受理、采用何种审查方式、遵循什么原则。通过识别国家安全对司法监督模式的挑战，建立一个更完整的模式，使政治和法律机制在国内和国际两级交互作用，适度规制影响全球经济的国家安全措施。

¹Russia-Measures Concerning Traffic in Transit Report of the Panel, WT/DS512/R, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm.

2. 冲突表征：国家安全对司法监督模式的挑战

通过专门的贸易小组与投资法庭裁定“国家安全例外”争端是通过政治与外交途径解决的替代方案。现有的国际法庭关于安全例外的三个审查标准并未在限制国家安全例外条款滥用和保护国家安全之间找到平衡。

(一) 善意履行原则审查

通过善意履行原则控制安全例外条款的滥用，即通过条约法原则的要求进行善意解释^[5]，可以确定各国不会滥用安全例外条款来破坏贸易或投资条约。首先，这种方法通常需要认定一个国家的安全措施不仅是非法的，而且明显是滥用的，政治成本十分高昂。然而国际法庭往往专注于遏制公然的滥用行为，而无法判断那些新的但可能是善意的国家安全问题。其次，即使是在明确的国家安全例外判断要素之外，善意审查也能发挥作用。法庭可以利用“善意”原则要求援引国阐述争议涉及的安全利益的性质及其与措施之间的关系。如果援引国拒绝解释，那么国家安全例外不能适用。如果理由明显不在国家安全例外的范围之内，那么法庭可以排除适用²。此外，可以要求有争议的措施与国家安全满足最低合理性要求^[6]。缔约国不能为了规避条约中不利己的因素将本国的“经济利益”解释为“基本安全利益”，从而实施有损他国利益和破坏经贸秩序的措施。例如，根据网络安全对华为采取限制是合理的，但如果只对一两家公司进行限制对于整个国家安全的保护作用微乎其微。大多数情况下，军事和战略意义仍然是国家安全的核心，只有与军事相关才能够被视为基本的安全问题。假设某政府发表正式言论声明气候变化对该国造成了生存上的威胁，在这种情况下，气候变化不仅涉及国家的基本安全利益，争论的措施又能够“合理”保护此类利益。在此角度之上，对国家安全措施的控制就会再次落入政治和外交控制中。

(二) 安全措施的实质性审查

对安全措施进行实质性审查指国际法庭通过对国家安全措施施加实质性限制，例如对某些“基本安全”、“战争”、“紧急情况”进行客观限制，以缩小给予国家的自由裁量权范围。法庭可以采用一些实质性审查标准审查安全利益与争论措施之间的关系。然而实质性审查增加了国际法庭凌驾于国家安全事项之上、重新实施更狭窄的以军事为中心的国家安全概念的风险。当安全例外条款规定的模糊性与安全例外事项适用的泛化之间产生冲突，安全例外的界定是争端解决的关键。有学者指出，在审查类似“基本安全”和“紧急情况”术语时，法庭至少应将范围限制在其出现的协议的目的和背景中^[7]。但因为贸易与投资是两个不同领域，这种限制难以确定。包括国家安全的内容、程度层面，均有不同的衡量标准。此时，新的国家安全问题可能会导致贸易、投资法庭作出不一致的决定，甚至退回到传统国家安全的概念。即使标准能够达成共识，仅靠审查标准也很难实现这一平衡。因为法庭很难避免对争论措施是否属于“基本安全”进行二次判断，不论是本应遵循的贸易投资协定，还是从保护的利益角度。因此，实质性审查具有明显的不可预测性，并且意味着可能再次回归到传统国家安全的理解。例如在国家间冲突背景下的禁运措施会被理所当然的支持，而只有当环境威胁成为与国家生存相关时，关于气候安全的措施才能被认定为属于国家安全项下的内容。

(三) 安全措施的程序性审查

程序性审查是以程序正义作为防范成员国肆意妄为的外部性约束机制，保护援引国正当管理权及其他成员国正当贸易利益之间的平衡，也为其提供救济的法律基础^[8]。程序性审查中，以条约必须真诚履行的角度出发^[9]，在陈述理由、透明性多方面对援引国提出要求，或者对其如何保护安全利益作出限制。为了对国家安全例外条款进行程序性审查，国际法庭不得不从诚信原则中推测程序性要求的性质和范围³。例如决定的事实基础是否充分、国家是否遵守了适当的程序以及国家在行使自由裁量权时是否遵循

²Russia-Measures Concerning Traffic in Transit Report of the Panel, WTO WT/DS512/R, para.7.57-7.58, 2019.

³Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djib. V. Fr.), Judgment, 2008 I.C.J. 177-145, 2018.

了适当的价值观[10]。乌克兰诉俄罗斯过境措施案在程序性审查方面就体现了这样的发展，专家组规定了援引国有义务阐明其安全利益及真实性⁴。程序性要求很低，但专家组提出如果有出现新的国家安全理由，援引国就需要更具体地陈述其理由，这意味着程序性义务的增强或许可以解决国家安全例外审查过程中出现的争议。然而通过程序性审查安全措施，会使得安全例外受到国际法庭的普遍性约束，从而模糊与政治之间的界限。例如非歧视原则中的普通公共政策，投资仲裁条款的宽泛解释将理由说明、一致性等程序性要求强加于其他国家，对于发展中国家而言过于严苛。其次，类似行政法要求的程序性审查让正当程序与政治之间的界限难以区分。例如各国国家安全行政机构的设计和发展，将国家安全措施限制在国内司法审查之外，一般法院在国家安全问题上通常尊重行政部门的看法。因此当国家安全活动扩展到普通的监管政策领域，又将回归传统政治主导的监督体系之中。

3. 国家安全与经济全球化协调发展

国家安全所带来的挑战要求我们重新思考国家安全治理体系建设。司法监督模式下面临的挑战为协调创新替代性解决方案提供了思路。下文对贸易和投资体系设计改革提出了一个新的建设性框架，在管理经济争端中混合政治和法律的新兴战略，面对新国家安全主张，在国际经济规则的灵活性和执行之间寻找更可行的平衡。

(一) 增强条款内部合法性

内部合法性对国家安全例外条款本身提出了要求，分别从实体和程序的角度充分考虑国家安全多样化带来的挑战。通过规制影响全球经济的安全措施，避免此类措施完全置于法律秩序之外，从而避免例外变成常态。

从实体法的角度来看，立法上应当直接回应不同安全领域的差异性保护并且设立不同的标准。新的国家安全不断兴起，不同的安全利益和安全措施将在不同程度上牵涉到对保密性、专业性等的不同需求，因此需要对不同的安全类型制定不同的标准。首先在安全例外条款的设置方式上，国际上通行选择列举式、概念式等，不同形式的国家安全例外条款服务于不同缔约背景下的协定。《美墨加协定》在跨境服务贸易、电子通讯、数字贸易、国有企业及指定垄断领域等都纳入了“国家安全例外”的内容⁵。然而这些安全例外是存在差异的，例如能源进出口方面做出了明确的安全例外规定，而在投资审查方面较为模糊，其他方面则进行了概括性的规定。其次，国际社会通行的“一个整体安全例外 + 若干局部安全例外”形式，RCEP 也是如此规定的：在“保护水利、电力、通讯等关键基础设施”和“国际关系中的紧急情况”内增加了国家安全例外限制，在电子商务章节以独立条款明确由实施措施的缔约方来决定措施的必要性[11]，相对普通的国家安全例外条款，RCEP 电子商务章节更为宽泛并且适用条件更低[12]。通过具有约束力的协定或是约束力较弱的软法性质框架，让各国参与制定某些类型的国家安全问题标准，与国际审查互补进行差异性保护，有利于增加国家安全在法律秩序下的灵活性。

从程序法的角度来看，应当完善援引安全例外条款的程序要求。安全例外根植于国家主权，国家主权不可能被牺牲换取纯粹的贸易自由[13]。在实体法层面难以避免国家安全例外自裁性的限制，因此应当通过正当且严密的程序制约体系，来获得程序正义与实体正义的双赢结果[14]。例如国际法庭可以在国内行政程序结束后，以程序性标准审查安全措施。与反倾销措施相类似，WTO 为国内行政决策制定了程序性与实质性的指导方针，然后由国内行政机构进行反倾销调查，而这些机构的行动接受 WTO 专家组的审查。这种模式实际上是将实质性审查的权力交给了国家，而国际组织享有程序性审查的权力，有利于国际层面司法监督与政治的分离。关于援引国家安全例外审查机制的构建方面，仍然应当关注援引方

⁴Russia-Measures Concerning Traffic in Transit Report of the Panel, WTO WT/DS512/R, para.7.134, 2019.

⁵USTR, Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, Chapter 32, 2018, https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/32_Exceptions_and_General_Provisions.pdf.

国家是否进行充分调查,分析争论措施的必要性和相称性方面,在提出异议、抗辩、通知等程序性事项方面也应当给予充分的尊重和配合。这些程序上的审查在一定程度上对援引国家安全例外的自由裁量权进行了限制,使之更加理性地选择其他替代性措施,从而让国家安全例外条款体现其原来应有的价值。

(二) 探寻条款外部合法性

平衡国家安全与经济全球化发展之间的矛盾,对国家安全例外条款实体与程序上提出建议还不够。目前WTO的决策程序容易造成实质上的公平失真与效率低下[15],难以避免国际法律机制相对国际政治和国家利益而言具有从属性的问题[16]。当面临新型国际安全风险难以适用传统国家安全例外条款时,我们应当跳出条款内部合法性的角度,从外部合法性的角度创设新的规则和机制。

司法角度下,可以设立专门委员会,以政治与法律监督手段相结合的争端解决方式加强政策灵活性,协调贸易与安全的平衡发展。国家安全理念与国家主权理念息息相关,对经济全球化发展下的国家安治理问题的思考和安排都无法脱离政治与利益因素。因此我们可以在争端解决机制下引入和解或调解委员会,将敏感问题脱离审判转向专门委员会,从而换取一种更为灵活的但是依旧是以前权力为基础的谈判解决问题形式。国际法庭可以以裁决为基础,推动谈判式争端解决模式发展。实际上,WTO提供了高度制度化的协商参与机会,各国代表可以参与类似和解或调解形式的专门委员会,在裁决之前提前解决争议,而这些专门委员会在促进共识达成的同时也起到了一定监管的效果,在争端解决机构避免政治压力的同时也为政治敏感问题的讨论提供了空间。

非司法角度下,通过改革救济模式将国家安全例外成本限制在国内。第一种方式是通过WTO下的不违反救济将国家安全政策内部化。WTO的不违反救济指的是成员国采取的措施虽然不违反协定,但使另一成员国依该协定直接或间接享有的利益遭受损害或丧失,后者可以向前者提起申诉[17]。不违反申诉成功后,国家没有义务取消该措施但是需要进行“双方满意的调整”。这一救济迫使各国将各种国内安全政策带来的外部性内在化。这为我们提供了一种优化思路:把国家安全措施移出争端解决体系之外,各国可以单方面限制与安全有关的商品贸易,但是必须在其他领域进行贸易自由化的补偿,否则将受到其他成员国的报复。在投资领域中,也可以有类似方案的设计。例如,国家安全例外条款可以成为违反条约的借口,但是需要向投资者提供一定的补偿,这就使得国家安全带来的外部性内在化,从而促使一国选择更为经济的保护国家安全利益的方式。

4. 小结

国家安全与经济全球化之间的相互渗透,导致国家安全经常被用作违反贸易投资协定规则的理由。以政治为中心的“国家安全例外主义”的传统方法有可能破坏现有的国际贸易和投资秩序,然而现有的司法监督体系理论并不成熟,在灵活性与法治之间难以达到期望下的平衡。我们需要紧抓国际体系的主要要素,重新配置贸易与安全,才能实现国家安全与经济全球化协调发展。

参考文献

- [1] 彭姝祎. 当今人类社会面临的非传统安全[J]. 人民论坛, 2020(17): 116-119.
- [2] 张丽娟, 郭若楠. 国际贸易规则中的“国家安全例外”条款探析[J]. 国际论坛, 2020(3): 66-79.
- [3] 丁丽柏. 论WTO对安全例外条款扩张适用的规制[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2020(2): 127-140.
- [4] 黄志雄. WTO安全例外条款面临的挑战与我国的对策: 以网络安全问题为主要背景[J]. 国际经济法论, 2014, 21(4): 141-156.
- [5] 梁咏. 论国际贸易体制中的安全例外再平衡[J]. 法学, 2020(2): 142-155.
- [6] 丁丽柏, 陈喆. 论WTO对安全例外条款扩张适用的规制[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2020(2): 127-140.
- [7] 张庆麟. 公共利益视野下的国际投资协定新发展[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2014: 35.

-
- [8] 陶立峰. 外国投资国家安全审查的可问责性分析[J]. 法学, 2016(1): 67-75.
- [9] 刘敬东. WTO 法律制度中的善意原则[M]. 北京: 中国社会科学文献出版社, 2009: 81.
- [10] Schill, S. and Briese, R. (2009) "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, **13**, 61-120. <https://doi.org/10.1163/18757413-90000037>
- [11] 杨署东, 谢卓君. 跨境数据流动贸易规制之例外条款: 定位、范式与反思[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2021(8): 9-10.
- [12] 马光. FTA 数据跨境流动规制的三种例外选择适用[J]. 政法论坛, 2021(5): 14-24.
- [13] 姚天冲, 周智琦. WTO 安全例外条款下跨境数据流动安全的中国方案[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2022, 34(2): 63-73.
- [14] Lester, S. and Zhu, H. (2019) Proposal for "Rebalancing" to Deal with "National Security" Trade Restrictions. *Fordham International at Law Journal*, **42**, 1450-1474. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3368338>
- [15] 李昌平. WTO 程序机制改革的国际法思考[J]. 国际展望, 2019(6): 1-19.
- [16] 曾令量. 世界贸易组织法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1996.
- [17] 余敏友. 论世贸组织法律救济的特性[J]. 现代法学, 2006, 28(6): 14-24.