

【国际经济法】

国际规则的“结构性挑战”： 以贸易协定中的例外规定为例

韩逸畴

【摘要】例外条款是条约设计中的精华所在。很多国际贸易与投资协定中都包含有关安全措施方面的一般例外条款,表明普通经济活动与国家安全之间的分界线。这种安全例外条款使国家安全和经济全球化成为战后自由主义秩序中两个独立的领域。然而,当前世界贸易体制不得不对网络安全、恐怖主义和能源安全等完全不同于传统形式的国家安全威胁。此外,新冠肺炎的大流行已上升到“国家安全威胁”的级别。近期,世界经济增长放缓、贸易保护主义持续升温,给以多边主义为基础的贸易体系带来严峻的挑战。这就提出一个迫在眉睫的问题,如何避免安全例外条款被当成政治理由,即作为掩饰或使贸易保护主义实践正当化的一种方法。对安全例外不加限制的依赖,将导致一项条约下已被接受的义务完全受制于缔约国的自由裁量权之下。因此,对安全例外的援引需要受限于其措辞确定的具体情形,并由国际性法院或法庭加以审查。世界正处于“风险社会”时期,国家安全例外条款在条约设计中的重要性日益突出。如何在设计可驯服不确定性的例外和最小化其被滥用的风险之间取得正确的平衡是条约设计中一项“结构性挑战”。

【关键词】安全例外;结构性挑战;自决性权利;条约设计

【作者简介】韩逸畴,华东政法大学国际法学院副教授,法学博士。

【原文出处】《当代法学》(长春),2021.4.137~150

【基金项目】本文系2016年国家社会科学基金青年项目“中国遵守WTO不利裁决的策略及其对国家声誉的影响研究”(16CFX071)和2020年度国家社会科学基金重大项目“国民卫生健康治理法治化研究”(20&ZD187)阶段性研究成果。

一、问题的提出

例外条款是贸易协定中为平衡贸易自由化与国家规制权之间的关系而设置的一种免责条款。从GATT/WTO体制到TPP、CPTTP等大多数贸易协定的共同特征之一,是它们都规定某种形式的例外。当遵守的政治成本超出可控制的范围时,例外规定能赋予国家采取行动的灵活性,同时维持条约体制的权威性和稳定性。在战后国际秩序中,这种安全例外条款使国家安全和经济全球化成为两个独立的领域。但自冷战后,各国面临的安全威胁的性质已发生深刻的转变,诸如网络安全、能源安全、恐怖主义、核扩散和金融危机等威胁,都会对一国的政治和经

济造成极大的冲击,而公共卫生安全、极端气候等非人类风险更是不同于军事安全、战争威胁等国家对安全利益的传统解读。此外,因全球化形成的经济依赖,也被视为一种安全风险。在全球经济议题被“安全化”的新形势下,国家利用经济工具来实现其外交目标,以国家安全为由偏离贸易与投资规则的动机不断增强。

2018年3月8日,美国以国家安全为名对进口钢铁和铝制品采取限制措施。^①美国认为,国家对它们的安全问题拥有最终的判断权,因而专家组对涉及GATT 1994第21条的事项不享有管辖权。^②但这是否符合第21条关于“安全例外”的规定呢?即该措施

的政策目标到底是为保护美国基本的国家安全利益,或其在本质上实为一种变相的贸易保护措施?美国针对中国和欧盟等国家和地区实施单方面的贸易限制措施,是否会导致全球范围内保护主义措施的蔓延?多个成员已在WTO针对美232措施起诉。^③一方面,如果WTO裁决美国有权基于“国家安全”的理由施加关税,该案件就可能成为其他国家创造效仿的先例。另一方面,如果WTO裁决美国违反国际法,也要冒着美国忽略该裁决甚至威胁退出WTO的风险。这就提出一个迫在眉睫的新问题,即如何确保安全例外条款在发挥其应有作用的同时,又避免其被国家援引作为政治理由,将其作为掩饰或使贸易保护主义实践正当化的一种方法?

毋庸置疑,美国的做法已唤醒沉睡中的安全例外条款,这将打开贸易保护主义的潘多拉盒子并进一步削弱多边贸易体制。2019年4月5日,WTO散发“乌克兰诉俄罗斯运输限制措施案”专家组报告。^④这是WTO争端解决机构首个就安全例外条款的适用问题做出裁决的案例。2020年6月16日,WTO又发布“卡塔尔-沙特阿拉伯案”的专家组报告,这也是关于国家安全问题的新裁决。^⑤专家组在该案中对于国家安全例外的分析对于韩国指控日本出口限制违反WTO法的争端也会产生某些影响。^⑥当前,新的国家安全政策已对现有国际经济秩序造成现实的挑战,研究如何优化设计例外规定,使其既可为国家在需要时提供免责的选择,又可限制避免这种灵活性被它们所滥用,具有重要的理论和现实意义。归根结底,设计和适用例外规定的关键问题是如何在条约承诺与灵活性之间取得平衡,2009年《世界贸易报告》将其称为制度设计上的“结构性挑战”(architectural challenge)。^⑦本文从条约设计的视角,研究贸易协定中例外规定的法理依据、确立和发展,尤其是指出安全例外规定在适用过程中存在的问题及法律应对方法。尽管例外规定可赋予国家在履行国际义务时一定的回旋余地,但也需要对其适用给予制度化的限制,使之成为真正有效和可行的

法律与纪律。当前,我国正在广泛参与国际事务,研究如何合理设计和利用国际条约中灵活性条款,对于我国能否有效管控潜在的法律风险与挑战,并阻止其他国家滥用此类免责机制,也具有很现实的价值。

二、贸易协定中的例外规定:法理、问题与实践

法律的范围和性质会随着时间发生改变,但它们对待例外规定的态度始终如一。不仅古代罗马法、早期的教会法和宗教规则中规定着某种例外,从GATT、WTO到TTP,近乎所有的贸易协定也都规定着某种形式的例外。即便国家自愿加入贸易协定并接受其约束,它们仍可通过例外规定而在某些政策议题上保留一定的自主权,以使国家在特殊情形下可免于承担某种国际义务。

(一)例外规定是制度灵活性设计的需要

在自然法或宗教领域,似乎并不允许存在任何例外。在绝对道德律令的要求下,人们必须无条件地遵守某些永恒不变的准则,但现实中的法律根植于正在发展与演化的社会,其必须具有能适应社会变化的灵活性。制度可能会面临不可预期的情况或冲击,或面对来自国内联盟或国家群体希望改变重要规则或程序的新要求。灵活性通常被视为制度性规则和程序如何适应新情况的一种表达。^⑧灵活性措施在法律中的思想起源可追溯到必要性和情势变迁这两个概念,两者都用以证明扭曲规则的正当性,并反映在当今国际条约的灵活性机制设计之中。

促进灵活性的方法在政治和经济协定中存在的时间极为久远。在中世纪时期,“需求面前无法律”(necessity knows no law)的习语以格言的方式出现,后来获得正式的法律地位。情势变迁原则现今也为合同法和国际法所接受。^⑨在《论李维》一书中,马基雅维利赞扬罗马议会认识到立法必须适应环境的必要性。议会认识到在受到攻击时允许公民拿起武器自卫的必要性,尽管这么做会暂时性地违反习惯和法律。“无论(公民)必须做什么,他们应该出于同意去做,以便他们不会通过利用必要性违抗,而变得习惯

于利用选择违抗。”议会有效地将法律的正当性隔绝于一次暂时性危机的消极影响。^⑩

在当代国际社会,国际条约是国家之间合作的主要方式,亦即所谓“硬法”。在某些情形下,国家希望剥夺条约的灵活性,以作为增强遵守某一特定规范的国际承诺的一种手段。为确保这样的意图,政府如同契约的当事方,通常会采取某些步骤限制其行动自由或对违反承诺的行为施加成本。^⑪跟基于国际实践和法律确信、追随现实的习惯国际法不同,规则在被纳入条约的那一刻起就成为“凝固的”法律。国家在条约中作出的刚性承诺,也是一种束缚它们手脚的风险。^⑫如果条约在改变国家行为方面过于热切,使其变得“过度法律化”,就可能导致国家在遵守成本高于其收益,或遇到不可预见的困难时,不得不选择违反条约或不履行国际义务。

为克服上述问题,国外社科领域的学者开始重视制度设计的灵活性及其使用问题。^⑬有些学者集中讨论某项条约中的灵活性条款,包括存续期间和再谈判、^⑭保留、^⑮争端解决、^⑯免责^⑰和退出。^⑱有些学者研究这些条款如何在不同的问题领域运作,尤其强调灵活性在国际贸易^⑲和人权条约方面的作用。^⑳例外条款或保留条款等条约灵活性机制,被认为是促使国家同意成为国际机构成员、维持接受和高水平遵守的必要退出机制。^㉑当主体的数量增加、事实不确定性、国内因素、政策因素或利益分配的不均衡时,都会导致缔约方的谈判成本增加。为有效达成协议,缔约方会采用模糊的语言或规定例外等策略降低国际条约的硬度。^㉒在过去一二十年间,制度主义研究者也在仔细观察国家纳入到国际条约中的设计元素。国家有很多方式可供使用以增加国际协定的灵活性,也有可作为增加其实体承诺可靠性的工具。^㉓从某种意义上说,这种可减轻条约承诺的规定,更有利于促使国家做出更有深度的国际承诺,并更快速地制定一项新条约。在国际贸易协定中,这种“灵活性”有时也被称为“政策空间”,即政府对贸易政策工具的使用拥有某种程度的自主性。

从本质上看,例外条款是国际条约“灵活性条款”(flexibility provision)的一种表现形式,是“一项国际协定中任何允许国家中止先前商定的减让而不违反或废止协定措辞的条款”。^㉔例外或保留等条款被认为是促使国家同意成为国际机构成员、维持接受和高水平遵守的必要退出机制。^㉕这种暂时免责于契约义务而不招致其他伙伴过度报复的机会,有助于鼓励国家加入更深的合作性协定和更为持久地维持这些义务。这可称为“灵活性假设”。该观点表明,与直觉相反,减轻条约承诺的正式条款可在事实上加强合作。^㉖通过设计例外条款,国家不仅仅追求其一旦面对国内紧急情况时直接的利益,同样也能保护协定的合法性不受其他成员不可避免地暂时违反所造成的伤害。^㉗

例外条款是国际条约中突出的特征。^㉘现在,基本上所有的国际贸易协定或安排都含有某种形式的保障措施条款,这可赋予国家在某种情况下偏离其国际义务的权利。贸易协定中的例外规定可赋予决策者应对外来冲击和不可预见成本的灵活性。在面对国内产业要求采取贸易主义政策时,领导人也可以将例外规定作为应对这种国内政治压力的“安全阀”(safety valve)。^㉙

正式的贸易保障措施最初源于美国的倡议。例外条款首次出现在1942年美国 and 墨西哥的互惠贸易协定中。该概念在1945年《贸易协定法案》的辩论中再度出现。1947年美国总统签署一项行政命令,要求未来所有贸易协定中必须包含例外条款。这表明,虽然美国是当时最提倡自由贸易政策的势力,但其同样也坚持任何自由化必须伴随着确保贸易政策灵活性的手段。^㉚

由于美国的坚持,旨在降低全球贸易壁垒的GATT第19条也规定相似的例外条款。根据GATT第1条规定,^㉛如果缔约方的国内立法与GATT第二部分实体性规则相违背,可作为例外或国内法优先适用,即所谓“祖父条款”。该条款的产生背景是二战以后,美国国会的保守势力强大,联合国筹建的国

际贸易组织(ITO, GATT 前身)因美国的反对而夭折。各国担心再次遭受美国国会的否定,因此在新达成的GATT临时适用议定书中增加祖父条款,以减轻执行国际条约时带来的政治压力。“祖父条款”使各缔约方在履行GATT义务的同时,仍可保留现行国内立法之灵活性。

可见,“祖父条款”是国际贸易协定中例外条款之雏形,其特点是协调缔约方自主权与履行协定义务之间的冲突。GATT例外允许政府采取行动以应对被视为损害国内竞争产业的进口。如果损害是由公平贸易(例如由于关税减让而导致进口的增加)引起,政府可援引例外条款以限制进口;如果损害是由不公平贸易(例如倾销或政府补贴进口),与之相应的政策反应是反倾销或反补贴税。GATT协定中规定这些例外条款,为受到自由化损害的产业提供保障,这对于早期GATT回合的成功相当重要。^⑤

同样,WTO设计者也意识到经济环境的不确定性和契约漏洞存在的严重性,通过设计WTO贸易政策灵活性手段允许成员在其贸易承诺范围内拥有某种程度的灵活性,以及能够采取用以处理贸易承诺在做出时无法预知情形的措施。这也可称为贸易应急措施、安全阀或者例外条款,但上述措辞尚不足以涵盖其所有内容。^⑥为兼顾各成员基于健康、道德、环保、安全和历史等方面的考虑,WTO协定主要是通过例外条款允许各成员进行适度的贸易保护。这些例外规定包括最惠国待遇的例外、国民待遇的例外、数量限制一般取消的例外、非歧视待遇的例外、对发展中国家的例外、^⑦一般例外和安全例外和区域一体化例外条款等内容。

综上,无论是GATT、WTO还是新近的区域性贸易协定,例外条款都是条约体制中不可或缺的组成部分。原因是,在经济结合得更紧密的年代里,政策制定者面临最困难的挑战是均衡问题:如果与进口相关的补救标准太严格,例外条款机制就不能作为一个释放保护主义压力的有效的减震器;但另一方面,如果标准太低,国内任何行业在面对进口商品的

压力时都有资格获得暂时的保护。^⑧

(二)例外规定在贸易协定中存在的问题

例外条款使国家可更灵活地处理意外和突发事件,方便国家更巧妙地处理那些棘手的政策问题,但这也为国家逃避基本规则的行为提供机会。^⑨换句话说,例外条款具有被国家滥用的危险,这是在贸易协定中规定例外条款的成本。

具体而言,每个国家都有很强的动机通过比预期更宽泛地解释例外条款以在一项条约中搭便车。再谈判为国家增加其自身的份额而抑制合作提供讨价还价的机会。与集体行动困境相似的理由,随着一项协定缔约方的增多,这种动机也会变得更强。^⑩这种情况在多边贸易体制中也很容易出现。尽管条约实体规则都规定援用例外条款需满足某种限制条件,但在现实中很多国家都想法设法援引以便保护其国内产业,即以例外条款为“合法外衣”而行贸易保护主义之实。这种滥用例外条款的行为,很有可能被其他国家效仿,最终损害贸易体制的有效性。

这在安全例外条款的问题上更为突出。安全问题在国家的生存权中处于核心地位。在二战后和冷战前夕,人们有一种普遍的共识和信念,即贸易利益从属于安全利益。^⑪自GATT时代,“安全例外”就一直被认为是国家的“自决条款”(self-judging clause)。^⑫在整个GATT历史中,不同国家的评论表明它们支持对该条款进行主观性解读。早在1949年,GATT理事会就指出,“每个国家对于关乎其自身安全的事项必须拥有最终的判定权。”随后,在1961年葡萄牙与加纳的贸易争端中,加纳表示“每个缔约国本身都是对其基本安全利益进行判定的唯一法官”。因此,加纳依据GATT 1947第21条对葡萄牙的货物进行抵制的行为是合法、合理的。相似地,1982年欧共体基于第21条认为其在福克兰群岛/马尔维纳斯群岛争端期间对阿根廷采取的贸易限制措施具有正当性。美国代表当时也声称,GATT将对安全利益的判定问题留给缔约方。^⑬相应地,在GATT时期,各方都意识到政治在规制安全例外条款方面起到更

重要的作用,对该条款最好的约束应该是外交努力以及成员国的善意。因此,对相关争端的解决通常是通过外交的方式而非正式的争端解决机制。在WTO时期,安全例外条款也通常被认为是一项可完全由某个成员来自主定义,可用以抗辩所有WTO规则的免责条款。理由在于,尽管成员基于自主选择加入WTO并接受其约束,但它们仍可在敏感的政策议题上保留一定程度的自主权。这表现在,WTO条款的解释权属于争端解决机构,界定“安全利益”“紧急状态”和“必要”等情形的权力则属于WTO成员。

在面临真正的生存危机时,主权国家将无视贸易规则,这似乎是国际社会不言自明的真理。因此,相比于法律监管,建立在互利互惠基础之上的政治管控,更受欢迎。在很长的时期内,国家间对与安全相关的紧急措施的处理基本上是通过谈判而非正式的争端解决机制。^④在全球化时代,维护多边贸易体制的稳定性也是各成员方的共同利益,它们并不希望该体系被越来越多的安全主张所破坏。

(三)有关例外规定的贸易法实践

相比于一般例外条款,安全例外条款更具有被滥用的危险性。正因为如此,该条款基本上处于休眠状态,从GATT到WTO时代极少被国家在诉讼程序中正式援引。即便在极少数援引第21条“安全例外”的情形下,其他成员也都对援引该条款的体制性影响做出一致的警告。因此,当事方倾向于自我克制,尽量避开明确的援引,以免留下不好的先例。

1.GATT时期的国家实践

为保护其国民免于受伤害,国家通常会在全球贸易体制及其他贸易协定中规定国家安全例外条款。正如马弗鲁第斯所言:“如果没有安全例外,没人会同意加入GATT。”^⑤但对于什么“安全例外”极富争议性,这在国际法院和GATT的判例中都有体现。针对美国制裁尼加拉瓜的一项措施,国际法院明确裁决其对于涉及根本安全利益的案件具有管辖权和权威,但GATT对于有关条款并不能有效捍卫自己的权威,因为第21条“其认为”的规定为国家留下

自由裁量的空间。^⑥根据该规定,国家对评估其安全利益具有排他的能力。因此,这条也被称为GATT协定最强有力的例外。但是,正因为缔约方对援引该例外拥有太多的自主权,它们随时有可能出于政治目的利用该例外,进而损害GATT其他原则的效力。虽然明确援引该例外的数量至今仍相对较少,但其被滥用的风险一直都存在。^⑦

1975年“瑞典鞋案”是被公认为滥用安全例外条款的案例。在该案中,受特定进口鞋类产品影响,瑞典国内生产额急速减少。瑞典政府认为有必要援引安全例外条款、对特定鞋款实施进口配额制度,以确保其军队在潜在的紧急情况时有足够的供应。^⑧尽管瑞典认为其做法符合第21条的精神,但这种将安全例外条款用于救济国内产业损害、并对“战争或其他国际紧急情况”进行广义解释的做法无法得到国际社会的支持。迫于压力,瑞典于1977年7月1日终止其对皮革鞋和塑料鞋所实施的进口配额制度。^⑨参照“瑞典鞋案”,任何国家意欲援引第21条中“战争或其他国际紧急情况”一款必须满足两大条件:战争或其他国际紧急情况正在发生;适用该款旨在保护严格意义上的国家安全利益。这一规则在后续的两大大案例中——“1985年影响尼加拉瓜的美国贸易措施案”和“1991年欧洲经济共同体与南斯拉夫的贸易措施案”都得到了适用。^⑩

一般而言,国家的行为会塑造其声誉和形象,并形成其他贸易伙伴对其未来行为的期待。因此,即便GATT对第21条的援引缺乏限制,每个成员也会通过自我约束来避免援引该例外,以免该先例成为其他成员今后援引该条款的合法理由。尽管如此,并不能排除该条款在个案中被随意解释和滥用的可能性。这种滥用的不好先例很容易产生多米诺骨牌效应,破坏条约体制的有效性和正当性。

2.WTO时期的国家实践

WTO协定允许成员通过援引“例外条款”单方面实施临时保护措施,这是为克服贸易协定不完全性弊端的制度安排,但这些允许使用的贸易措施又构

成单边行为。^④在实践中,对于例外情形如何确立标准一直是个难题。由于安全事项具有高度政治敏感性,如何审查某个WTO成员援引安全例外条款是否合规是一项挑战。

在国际贸易领域,援引安全例外条款并不是一件小事。律师将其称为“牛仔”式的世界领袖利用的“核选项”(nuclear option)和“第三轨”(third rail)。^⑤除“乌克兰诉俄罗斯运输措施限制案”(案号为DS512)、“卡塔尔-沙特阿拉伯案”(案号为DS567)、特朗普政府对进口钢铁和铝制品采取限制措施案(案号为DS547, DS544, DS550, DS551, DS552, DS554 和 DS556)以及日本与韩国关于出口限制的争端涉及国家安全例外条款(案号为DS590)外,至少还有三起争端的被申诉方试图援引该条款。第一起是“美国与古巴自由与民主团结法案争端”(案号为DS38)。美国试图援引第21条作为抗辩,但欧盟与美国都具有阻止该条款进入专家组审理程序的愿望,最后双方就该“具有高度政治化性质”之纠纷进行了谈判与妥协。^⑥第二、三起为2000年“尼加拉瓜影响洪都拉斯和哥伦比亚进口措施案”(案号为DS188和DS201)。^⑦上述DS38、DS188和DS201案均在磋商期间得到解决,WTO争端解决机构对该条款的适用问题未给出确定性的结论。换言之,安全例外条款很少被援引,并不是因为其被援引的难度大,而是争端当事方都意识到该条款具有被滥用的危险性,而自我克制不去援引这一条款。因此,虽然该条款可为国家提供防弹衣式的保护措施,它们通常也不愿意在诉讼的过程中援引,以免对多边贸易体制造成体系性的破坏。

不同于GATT时代,WTO还发展出因情况而变的免责条款。即是否可援引免责条款,取决于该情况是否不可预见。比起模糊宽泛的安全例外条款,这种灵活性设计有助于使援引免责的行为更容易被接受,并阻止投机性的行为。^⑧但是,在现实如何认定国家采取的措施是否合规,是需要经过个案判断和具体分析的问题。例如,如何认定“未预见发展”

在实践中是个难题。1950年,“捷克诉美国皮毛毡帽案”确立“未预见发展”是实施保障措施的要件。但“未预见发展”并没有一个固定的标准,较难加以证明,许多国家长期以来纷纷绕道而行,宁愿选择“灰色区域措施”而不适用GATT第19条。^⑨WTO专家组在首个保障措施争端“韩国奶制品案”中驳回原告“未预见发展”的主张,上诉机构强有力地推翻专家组的推理。上诉机构强调,保障措施被认为是紧急措施(emergency actions),只有在进口成员发现其面对没有预见或没有预期的发展时才能援引。^⑩在随后的“阿根廷鞋案”中,专家组再度对“未预见情况”条款做最低限度的解读,同样也被上诉机构强有力地推翻。上诉机构认为,GATT第19条第1款a项所描述的某种情形必须能表明为适用符合GATT1994第19条保障措施的事实。^⑪在接下来所有6个案件中,专家组都适用上诉机构创下的先例,作出不利于提出免责者的裁决。^⑫

同样,如果确有需要裁断有关“安全例外”的案件,WTO专家组和上诉机构就将面临诸多难题。比如,国家在何种程度上对于其采取的措施是否符合安全利益拥有自我判断权?再如,在信息提供的问题上,GATT第21条规定:“本协定的任何规定不得解释为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。”若当事方拒不提供信息,虽并不能阻止专家组基于已有信息进行裁决,但若没有相关的信息,专家组将无法作出一项有效的裁决。

三、例外规定在贸易协定中的适用及限制

必须承认,无论采取何种形式,或者冠以何种称谓,例外规定作为解决新问题和应对变化的一种办法,都是确保国际规则具有灵活性的必要元素。与此同时,也很有必要澄清其适用范围,明确其适用条件,对其使用进行制度化的约束。因为如果一项贸易协定给予成员灵活性的空间过多,很可能会损害到条约承诺的价值;如果过少,也会致使规则无法有效地维持。“影响全盘谈判方式的一个普遍问题是,

必须就采用何种公式以及使用规则的例外可以到何种程度等达成协议。例外的范围越大,在谈判一般规则的使用并达成协议方面投入大量精力的就越没用。”^⑧换句话说,例外条款的设计必须在承诺的刚性与灵活性之间取得平衡。

一般认为,国家总是试图探求什么是构成符合彼此期待的行为。为避免给其他国家创立“危险的先例”,国家会自我克制,避免随意援引例外条款。但若不是从严格的法律意义上设定限制适用条件,一旦有国家滥用例外条款,就会创立一项危险的先例,造成其他国家的效仿,最终削弱整个贸易体制的权威性和有效性。

从例外规定在贸易协定中确立到其发展演变的历史,也说明合理设计例外条款的重要性。最初,例外规定是以模棱两可的方式在贸易体制中出现,并没有方法来界定在何种情形下有适用这种例外的必要性。随后,条约体制要求对使用例外进行补偿。但这种依赖于赔偿的方法后来也被抛弃了。进而,使用例外条款的具体标准日益受到重视。人们开始基于具体情形来确定使用例外条款的合法性。例如,什么是不可预见情况而导致出现免责的必要性?这种必要性的界定是否随意?^⑨

为避免例外规定被国家肆意解释和滥用,而成为条约体制的“阿克琉斯之踵”,在国家谈判和设计例外规定的实践中,曾经采取如下的方法和技巧:

(一)提高国家使用例外条款的成本,防止其滥用

战后很多贸易协定一般包含某种形式的保障措施,但这种例外条款的存在同时意味着被滥用的可能,处理不可预见情形的体制架构必须包括阻止滥用免责条款的方法。有学者提出,要想例外条款变得有用和有效率,必须对援引例外条款的一方施加某种成本,如向其它成员给予某种形式的赔偿。例如,提高紧急关税的进口国对其他成员受到影响的钢铁出口商予以赔偿。^⑩根据这种逻辑,国际法律体制并不需要阻止所有的违反,而只要执行这种赔偿转移,使这种违反有效率即可。由于国家渴望传达

其下一阶段会遵守规则而自愿地付出成本的信号,这种“违约并赔偿”的机制可以说是具有自我执行的特征。^⑪

一般认为,只要国家为运用例外条款所付出的成本适当,它们可能会在暂时运用后回归到合作的道路。如果成本过高,成员会在国内经济遭遇严重冲击时抛弃WTO体制而选择违约,这将消除贸易政策灵活性机制的作用并导致WTO体制不稳定;如果成本过低,成员频繁地运用例外条款就会削弱WTO体制的可靠性,并最终阻碍贸易自由化的目标。但是,建立成本和收益相平衡的例外条款极具挑战性。为阻止毫无根据的退出,必须对例外条款施加负担;但如果这些条款成本过于高昂,其作为协定存在保证人的作用就会成问题。多哈回合关于反倾销条款的设计和农业方面的特别保障措施的棘手谈判,就是在平衡问题上促使观点一致的努力。^⑫

具体而言,可以采取如下三种方式对援引例外条款施的国家施加成本:其一是坚持例外条款约束力是很强有力的承诺,与使用例外条款相联系的成本是维持与其同等约束力水平的一项应用关税的成本。其二是维持例外条款的虚弱约束力,但坚持使用例外条款的政府给予其贸易伙伴一项支付性补偿。其三是对于援引例外条款的政府施加一项动态使用(dynamic-use)限制。即如果政府援引例外条款,其必须等待一段时间后,才可再次使用。^⑬

然而,多边贸易体制的实践是否可证明这种方法的有效性呢?以GATT第19条保障措施为例,该条款赋予缔约国在某种情况下通过设置贸易壁垒保护国内产业,暂时逃避其所承担的条约义务。这条包含一项补偿条款。援引例外条款的缔约国需要通知其他缔约方。如果有利害关系的缔约国之间不能达成相互满意的补偿安排,任何受影响的缔约方可中止减让,即通过提高自身的贸易壁垒予以报复。该规定似乎已提供一种现成的应对滥用风险的方法。但是,从GATT早期到其整个制度史,这种方法被逐渐抛弃了。只有在GATT前10年,即20世纪50

年代,缔约国采取保障措施的有大多数(57.9%)伴随着某种形式的补偿。自60年代和70年代早期,在缔约方援引免责条款之后,补偿和报复的使用频率显著下降。在80年代期间,在第19条的案件中只有5.3%涉及补偿和报复。自WTO成立后,保障措施越来越受欢迎,但却没有在采取保障措施之后提供补偿的案例。对援引免责条款采取报复的案件也极少。^⑤

综上可知,通过提高援引例外或免责条款的成本以制衡或限制其被滥用风险的传统观点,并未得到GATT和WTO实践的支持。^⑥

(二)建立援引例外条款正当性的审查机制

如前所述,传统观点认为提高使用例外条款的代价可防止其被滥用,即要求援引方提供某种形式的补偿。但GATT和WTO实践已经证明这种观点并不现实可行。因此,只是提高使用例外条款的成本,并不能对其使用进行有效的管理,更不能发挥其灵活性的作用。因为在贸易协定中设置例外条款的本意,就是允许国家通过其面对的国内外环境的“特殊性”来证明其逃避义务的正当性。如果例外条款的适用门槛设置得过高,就将导致其在实践中很难发挥其应有的价值。

早在1968年5月,法国的贸易措施就很清楚地阐明国内环境可证实的信息和赔偿假设之间的替代效应与当时学界的主张背道而驰。此后,以补偿作为援引例外条款条件的做法逐渐被人们抛弃。由于大罢工的影响,当时整个法国经济停滞不前。这场危机导致法国的工业行业暴露于外国竞争之下。为预先阻止迫在眉睫的经济危机,法国政府于1968年6月27日对外贸领域采取为期半年的紧急措施。这些措施符合免责的所有特征:法国在遭遇国内外冲击后不能完全遵守而暂时违反GATT规则。但法国并没有利用GATT第12条或19条,而是单边采取贸易措施。根据允许灵活性和限制其滥用之间的权衡,GATT成员担心对法国贸易措施的宽恕可能将开创使灵活性发展到破坏制度的地步之先例。根据传

统智慧,法国本应对其紧急贸易措施受到影响的成员提供赔偿。但法国不是通过赔偿证实其措施之合法性,而是强调其情况异常,并不在GATT所设想之列,而诉诸例外。GATT成员接受法国诉诸例外为合法,而不采取反措施或要求赔偿。因异常的危机而采取的措施不应构成先例。就这样,法国将其不遵守的影响与协定隔离开来。由于GATT所有成员完全可见到法国情形之严重性与外来性,法国无须利用正式的例外条款程序,而是以特定的方式(in an ad hoc manner)进行。而且,鉴于GATT缺乏验证国内情况的能力,通过正式渠道进行反而将不会增加法国诉求的可靠性。由于当时并没有免责的明确标准,1968年法国的事例起到启发式的作用,因其确定在发生免责的情况下规避补偿的必备条件。从GATT发展到WTO,已经允许成员通过证明其面对国内情况的正当性来诉诸例外。这种诉诸例外的可能性,依赖于制度证实寻求暂时免责的成员国内情况严重性和外来性的能力。随着WTO的建立,成员证实免责者主张的能力显著提高,对补偿的依赖也正式减少。^⑦同理,对于WTO安全例外条款是否会被滥用的忧虑,提高其适用标准并不是最好的办法。

国家援引例外条款的合法性,并不在于其是否愿意提供赔偿,而在于该援引是否符合立法的目的。一般认为,国防和政治安全等国家基本安全利益与国家的存亡息息相关,原则上应由主权国家“自我判断”。当前,网络安全、^⑧生物安全、能源安全和公共卫生危机等新类型的安全问题确实已对国家构成重大的挑战。尊重国家对这些问题进行自我判断的权利,也是尊重现实的必然结果。但若某WTO成员滥用该条款行贸易保护之实,专家组或上诉机构是否可在解决该争端的必要限度内有权根据“善意原则”予以裁断,以维护多边贸易体制的权威性和有效性呢?从安全例外条款的谈判历史看,保持适度审查也是与GATT制定者的初衷相一致的。GATT制定者希望安全例外条款的适用是一种利益平衡的结果。^⑨

从应然的层面看,关于安全例外条款的审查机制问题,关键要看条约机制本身是如何规定的。这是一个需要个案判断的问题。^⑧第一,援引该条款的国家,可通过证明其国内情形符合这些标准而诉诸例外。对这些请求质疑的成员可为有效的免责提出信息性的标准。根据这样的方案,把关作用的发生不再通过成本和免责者赔偿的意愿,而是通过导致免责情形的性质以及制度证实它们的能力。^⑨第二,在国家寻求暂时免责的情况下,多边贸易体制应当具有某种能力或采取某种方法,验证导致例外援引方的国内情形的严重性。例如,当有成员提出网络安全构成GATT第21条安全例外而援引时,专家组有必要通过从其他政府或非政府实体获取信息,评估和权衡相关证据,仔细平衡WTO协定的权利与义务,确保裁决的合理性。即便一项措施被认定为是善意援引“国家安全例外”条款,专家组或上诉机构也有权在非违约之诉的程序中解决利益的减损或丧失的问题。^⑩

(三)提高谈判参与度,减少国家滥用例外条款的动机

法律限制固然重要,但其并不是阻止例外规定被滥用的唯一方法,因为最终选择权总是在主权国家的手里,它们对采取贸易保护主义措施的自我克制比来自外部的限制更为重要。而且,违反贸易协定的压力,往往来源于国内各种利益团体,而不是决策者。因此,要减少国家滥用例外规定的动机,就需要提高国内群体对贸易协定谈判的参与度,促进国际规则与这些国内团体利益诉求的一致性。

在现实中,国家在履行贸易协定时难免会遭遇无法预见的经济或政治等冲击,这可能使得继续履行原先义务代价过高或者在根本上不可行。特别是当政府面临国内政治压力去违反协定措辞的情形出现时,国家也无法保证其将来肯定能够履行条约中的承诺。其原因在于,为最大化其再次竞选的机会,决策者必须不断地平衡国内支持出口行业和支持保护主义者的利益。条约同国内法令一样很容易受到

利益集团的寻租,其并不必然能提高国家的福利。在很多西方国家,政府批准国际法和制定国内法一样都是为获得最大化的政治支持。^⑪

毋庸置疑,贸易协定可限制政府增加贸易壁垒的政策空间。如果政府为迎合国内利益团体对于保护主义的需要,通过赔偿的方式频繁采取违背贸易自由化精神的贸易措施,这就将与通过贸易协定束缚政府手脚的初衷相反。为解决此问题,如果政府在进行国际谈判时,充分听取国内利益团体或民众的利益和诉求,就将提高国际贸易规则与缔约国社会偏好的契合度,减轻国内游说群体对国家遵守贸易规则的压力,从而削弱国家为转移国内压力而滥用例外条款的动机。

综上,任何制度都不可能为所有可能发生的状况事先规定行为准则,但其能为应允许暂时违反的情形创建某种标准。例如,国家可通过证明其国内情形符合这些标准而诉诸例外。根据这样的方案,把关作用的发生不再通过成本和免责者赔偿的意愿,而是通过导致免责情形的性质以及机构证实它们的能力。^⑫尽管“国家安全”问题具有高度政治性,国际法庭对此还未形成一套明确的审查程序 and 标准,但该条款存在于条约规定之中的事实表明,相关事项不应当完全由国家来自我判断,而免于司法审查。^⑬

就WTO体制而言,DSU没有规定任何关于GATT第21条的特殊程序,并未排除专家组对该条款的审查权。此外,由国际司法机构对例外规定的适用建立责任标准,有助于削弱权力政治在国际关系中的不利影响,这也是国际法对国家主权与多边主义进行平衡的必然要求。^⑭在WTO体制中,专家组应根据“善意原则”进行干预,即以“善意履行条约”和“善意解释条约”为标准来平衡自由贸易和安全利益,^⑮而不允许国家通过援引安全例外条款规避其国际义务。^⑯

换句话说,即便专家组应尊重成员对“安全例外”条款的援引,但这种尊重也不是绝对的。专家组

应当从形式和实质方面进行必要性审查,^⑥以确保条约所规定的灵活性不会被WTO成员所滥用。在“乌克兰诉俄罗斯运输措施限制案”中,专家组认为其有权审查俄罗斯对GATT1994第21条的援引是否符合要求。援引方需要说明国际关系的紧张情形与采取维护基本安全利益的措施之间存在充分的联系,以证明其善意。本案满足援引安全例外条款的要求。^⑦专家组在“卡塔尔—沙特阿拉伯案”援引“乌克兰诉俄罗斯运输措施限制案”的推理,否认沙特阿拉伯案基于国家安全例外的理由对专家组管辖权的质疑。^⑧

新型的国家安全挑战正在对国家有效确定其安全政策构成潜在和不可预测的风险,已有的国际经贸规则对于解决有关问题上将日益显得捉襟见肘。人们迫切需要设计一种能将法律秩序与国家安全新态势重新融合起来的国际规则,以便在当前国家安全概念发生重要改变,各国正在自行其是地重新定义国家安全政策时,还能继续保持条约体制的稳定性、有效性和社会相关性。

结语

近些年,国家安全议题的不断扩张已对现有国际法律机制构成新的挑战。一方面,国家安全概念泛化问题已成为国际经贸冲突的重要来源。随着全球经济发展速度迟缓,很多国家纷纷将国内问题的解决置于更为优先的位置,甚至不惜以国家安全为由偏离国际规则。例如,美国近期频繁将经济问题安全化作为对外制裁的新手段,阻挠欧洲“北溪2号”项目建设就是适例之一。另一方面,不同于传统上将国家安全聚焦于国家之间冲突的理解,突发公共卫生事件、网络攻击、生物安全、恐怖犯罪和气候灾难等新的威胁和隐患确实已对国家安全利益构成现实的挑战,但现有的国际法律机制并未充分预见到上述新问题的出现,而无法提供有效的应对方案。不难预见,国家安全例外条款在今后条约规则设计方面的重要性将日益突出。

从制度设计的视角看,现实世界中不断变化的

情况和必要性是在法律中规定例外的正当性来源。例外条款并不是贸易协定中“天生的缺陷”或“法律漏洞”,其经常扮演着保护规则自身效力的作用。因为正是这些规定使国家拥有充分的灵活性解决其国内问题,对国内生产者起到一种保险机制的作用。这种看上去“不完美”的制度设计模式,反而能够增加条约体制的稳定性和有效性。通过例外条款,国家不仅能保护其一旦面对国内紧急情况时直接的利益,也能保护协定的合法性避免受其他成员不可避免地暂时违反时造成的伤害。^⑨此外,退出条款、保留条款、争端解决条款,或修改程序和国际法庭适用的审查标准规范等风险管理工具,也都是国际规则灵活性设计的重要元素。这些合理设计的例外,亦可增强国际规则对社会变化的适应性,更好地维护条约体制的稳定性和有效性。

随着世界从深度全球化到去全球化的转变,国际条约中例外规定的重要性也随即显著上升。在贸易协定中,国家主权和自保权可通过设计各种安全例外规定而得到认可和保证。但安全例外规定的具体内涵与适用条件往往很模糊,容易被国家利用来设置贸易壁垒,损害其他贸易伙伴得利益,产生侵蚀协定的可靠性和阻碍贸易自由化效果。^⑩正如著名政治学家芭芭拉·凯里迈诺斯所提出的问题:“如何将国际协定的束身衣做得更加灵活,从而更稳健?或者,以埃尔斯特的话说,如何将尤利西斯宽松地束缚在桅杆上?”^⑪尤其是当权力政治的因素过多渗透到国际制度之中,或者造成过高的成本时,就必须严格设定条件和程序以防止缔约方滥用灵活性条款。从WTO实践看,法庭不可避免要对安全条款的适用进行审查,以确保该条款不会被滥用,因为尽管条约体制允许国家在特定情况下突破规定以确保国家安全,但维护规则体系的稳定性才是最大的安全需要。

条约承诺与灵活性之间的张力关系,是国家在制定条约规则时不得不面对的“结构性挑战”。^⑫如何在条约的刚性与灵活性之间保持一种平衡,以避免过多的灵活性危及到法律的稳定性,始终是一项

重大的国际法课题。实践表明,要建立成本和收益相平衡的例外条款极具挑战性。为阻止毫无根据的退出,必须对例外条款施加负担;但是,如果这些条款成本过于高昂,其作为协定存在保证人的作用就会成问题。^④就当前WTO体制而言,对于国家是否出于善意援引一项例外条款,尤其是一项贸易措施对于维护其国家安全利益是否出于必需,该项措施是否符合第21条列举的事项,需要经过WTO争端解决机构的司法审查。与此同时,由于WTO协定主要是根据当时的全球经济和国际关系等情况制定的,而国际形势早已发生根本性的变化,WTO规则必须实现变革,以适应现实的需要。正在谈判的下一代贸易协定将在国际经济关系中掀开新的一页,它们将要求人们重新思考全球治理、国家主权和管理型自治等基本概念,并对有关条约规则进行优化设计。换言之,在这个快速变化的世界中,要有效发挥国际法的价值,就必须提高其对政治、战略和外交必要性的适应能力,尤其是应当继续赋予国家在制定对外贸易政策方面的灵活性空间,为其在特定情形下为保护国家重大利益与关切保留一定的回旋余地。在很多情况下,这种灵活性是通过在条约中规定某种例外的方式实现的。国家通过例外条款暂停、修改甚至取消其在协定下的义务,以便在履行贸易自由化义务与保护国家更重要的价值之间取得平衡。

在主权原则和多边主义之间寻求平衡点,合理设计和利用灵活性条款保护本国利益,这也是中国未来在参与国际法律制度构建的过程中需要面对的重要问题。理由如下:第一,当前世界日益呈现出“风险社会”的不确定性特征,国际法在应对当前挑战时已显示出局限性。随着中国前所未有地走近世界舞台中心,对全球治理的参与深度和广度前所未有,其面临各方面的风险也越来越大。例如,推行“一带一路”倡议的过程中,由于沿线各国的情况差异较大,中国在投资过程中面临政治风险、经济风险和法律风险等不确定性因素突出。对此,中国必须

加强研究如何合理设计和利用条约中的灵活性条款,以有效管控条约中的风险,并阻止其他国家滥用该免责机制。第二,近期,安全化言论已经成为美国等西方国家塑造和传播对华舆论的主要手段。为应对“中国威胁”,美国国土安全部于2020年7月24日专门成立中国工作组以在边境安全和移民、贸易和经济安全、网络安全和关键基础设施、海事安全等4个领域对中国实施打击和限制行动。当前,美国正不断以“国家安全”“国际紧急状态”等为由,限制甚至禁止中国企业在美国的正常经营活动。美国或借“安全”之名,联合盟友推动能源、电信、医疗、矿物等关键领域“去中国化”,建立排除中国的供应链联盟和制造业体系。在世界范围内,国家安全概念泛化的趋势也日益明显,并对国际秩序的稳定性、全球经济的发展以及我国进一步发展的外部环境构成新的挑战。第三,在大国竞争的大环境下,西方国家在贸易领域、数字贸易、知识产权、劳工、环境和国企等议题的国际谈判对我国形成很大的压力,仅仅依靠市场的力量不足以保护国家安全利益。综上,我国应高度重视对条约设计问题的研究,并通过合理设计例外规定或提出保留等方式保留自身对重大和敏感问题上的控制权。

感谢匿名评审专家和华南理工大学徐树老师提出的宝贵修改意见。

注释:

①美国《1962年贸易扩展法》(Trade Expansion Act of 1962)第232条。

②See Krzysztof J. Pelc, *Making and Bending International Rules: The Design of Exceptions and Escape Clauses in Trade Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 94.

③根据WTO官网,截至2018年7月17日,已有8个WTO成员针对美232措施起诉,分别为中国诉美国(DS544, 2018年4月5日)、印度诉美国(DS547, 2018年5月18日)、欧盟诉美国(DS548, 2018年6月1日)、加拿大诉美国(DS550, 2018年6月1

日),墨西哥诉美国(DS551, 2018年6月5日),挪威诉美国(DS552, 2018年6月12日)、俄罗斯诉美国(DS554, 2018年6月29日),瑞士诉美国(DS556, 2018年7月9日)。其中,中国诉美国的DS544案在2019年1月25日成立专家组。2019年9月4日,专家组主席告知DSB,最终报告的发布时间不会早于2020年8月。

④ Panel Report, Russia—Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, adopted 5 April 2019.

⑤ Panel Report, Saudi Arabia—Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, adopted 16 June 2020.

⑥ Communication from the Delegation of the Republic of Korea to the Delegation of Japan, Japan—Measures Related to the Exportation of Products and Technology to Korea, Request for Consultations by the Republic of Korea, WTO Doc. WT/DS590/1, communicated 16 September 2019.

⑦ See World Trade Report 2009, xi(4 may 2021), http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm; 有学者将有关灵活性的制度设计问题称为贸易体制的“结构性挑战”。See Krzysztof J. Pelc, *supra* note②, p. 5–7.

⑧ See Barbara Koremenos, Charles Lipson & Duncan Snidal, The Rational Design of International Institutions, 55 International Organization 761, 761–799(2001).

⑨ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note②, p. 45–92.

⑩ See Krzysztof J. Pelc, The Cost of Wiggle-Room: On the Use of Flexibility in International Trade Agreements, Georgetown University, Ph. D thesis, 2009, p. 16: "what they[the citizens] had to do, they should do with its consent, in order that they should not, by disobeying through necessity, get accustomed to disobeying through choice." Machiavelli, Discourses on Livy, 1. 38.

⑪ See Joel P. Trachtman & Philip M. Moremen, Costs and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement: Whose Right Is It Anyway, 44 Harvard International Law Journal 221, 241(2001).

⑫ 国家面对的风险还包括反映“最不妥协或风险规避国家”(the most intransigent or risk-averse nations)具有偏好“最低标准”(lowest common denominator)条款的倾向;什么国家会加入一项协定的不确定性;预测缔约方将来行为的困难;加入协定后会产生什么后果的不确定性;国际法庭或复审机构以不利于一个或多个缔约方的方式解释协定的可能性。See

Bilder, Managing the Risks of International Agreement, University of Wisconsin Press, 198 1, p. 64–65.

⑬ See Barbara Koremenos, Charles Lipson & Duncan Snidal, *supra* note⑧, p. 761–799.

⑭ See Barbara Koremenos, Contracting around International Uncertainty, 99 American Political Science Review 549, 549–565 (2005).

⑮ Eric Neumayer, Qualified Ratification: Explaining Reservations to International Human Rights Treaties, 36 Journal of Legal Studies 397, 397–430(2007).

⑯ See Barbara Koremenos, If Only Half of International Agreements Have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining?, 36 Journal of Legal Studies 189, 189–211 (2007).

⑰ See Rosendorff, B. Peter & Helen V. Milner, The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape, 55 International Organization 829, 829–857(2001).

⑱ See Barbara Koremenos & Allison Nau, Exit, No Exit, 81 Duke Journal of Comparative and International Law 81, 81–120 (2010).

⑲ See Barbara Koremenos, Can Cooperation Survive Changes in Bargaining Power? The Case of Coffee, 31 Journal of Legal Studies 259, 259–284(2002); Krzysztof J. Pelc, Seeking Escape: The Use of Escape Clauses in International Trade Agreements, 53 International Studies Quarterly 349, 349–368(2009).

⑳ See Wade M. Cole, Hard and Soft Commitments to Human Rights Treaties, 1966–2000, 24 Sociological Forum 563, 563–588 (2009); Eric Neumayer, *supra* note⑮, p. 397–430.

㉑ See Isabel Feichtner, The Law and Politics of WTO Waivers: Stability and Flexibility in Public International Law, Cambridge University Press, 2012, p. 10.

㉒ See Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, Hard and Soft Law in International Governance, 54 International Organization 421, 436(2000).

㉓ See Timothy L. Meyer, Soft Law as Delegation, 32 Fordham International Law Journal 888, 896–897(2009).

㉔ Rosendorff, B. Peter & Helen V. Milner, *supra* note⑰, p. 830.

㉕ See Isabel Feichtner, *supra* note㉑, p. 10.

㉖ See Jeffrey Kucik & Eric Reinhardt, Does Flexibility Pro-

mote Cooperation? An Application to the Global Trade Regime, 62 International Organization 477, 477-478(2008).

②⑦ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note⑩, p. 22.

②⑧但是,某些军备控制条约例如《限制战略武器条约》(Strategic Arms Limitation Talks,简称SALT)和《反弹道导弹条约》(Anti-Ballistic Missiles,简称ABM)并不存在这样的免责机制。因为如果任何加入方都能暂时退出上述条约的话,这种契约免责就等同于一并废除条约。

②⑨ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note②, p. 24-27.

②⑩ See Alexander Roitinger, The Institutional Design of Trade Policy Flexibility in the World Trading Order: Analysis and New Direction for Reform, Dissertation at Universität St. Gallen, 2004, p. 97.

②⑪《临时适用议定书》第1条规定:“在不违背现行立法的最大限度内临时适用该协定的第二部分。”

②⑫ See Ronald D. Fischer & Thomas J. Prusa, WTO Exceptions as Insurance, 11 Review of International Economics 745, 745-757(2003); Dam & W. Kenneth, The GATT: Law and International Economic Organization, University of Chicago Press, 1970.

②⑬ See Kornel Mahlstein & Simon A. B. Schropp, The Optimal Design of Trade Policy Flexibility in the WTO, HEI Working Paper No: 27/2007, p. 1.

②⑭《农业协定》中第15条和第16条体现出对发展中国家和最不发达国家的照顾和优惠。

②⑮参见[美]道格拉斯·A.欧文:《备受非议的自由贸易》,陈树文等译,中信出版社2003年版,第142页。

②⑯同上注,第183-184页。

②⑰ See Barbara Koremenos, Charles Lipson & Duncan Snidal, The Rational Design of International Institutions, in Barbara Koremenos, Charles Lipson & Duncan Snidal eds., The Rational Design of International Institutions, Cambridge University Press, 2004, p. 34.

②⑱ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note②, p. 95.

②⑲ See Roger P. Alford, The Self-Judging WTO Security Exception, 2011 Utah Law Review 697(2011).

②⑳ See Peter Lindsay, The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?, 52 Duke Law Journal 1277, 1285-1286(2003).

㉑ See J. Benton Heath, The New National Security Chal-

lenge to the Economic Order, 129 Yale Law Journal 1060(2020).

㉒ P. C. Mavroidis, Trade in Goods: The GATT and the Other Agreements Regulating Trade in Goods, Cambridge Press, 2012, p. 368.

㉓ See Ji Yeong Yoo & Dukgeun Ahn, Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?, 19 Journal of International Economic Law 417, 427(2016).

㉔ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note②, p. 98-99.

㉕ See GATT Document 22L/4250, p. 3.

㉖ See GATT Document L/4250/Add. 1 and L/4254, p. 17-18.

㉗ See WTO Analytical Index of GATT 1947 Article XXI, p. 604-605.

㉘ See William E. Scheuerman, Frankfurt School Perspectives on Globalization, Democracy, and the Law, Routledge, 2008, p.65.

㉙ Matthew Kahn, Pretextual Protectionism? The Perils of Invoking the WTO National Security Exception,(20 August 2017), <https://www.lawfareblog.com/pretextual-protectionism-penals-invoking-wto-national-security-exception>.

㉚ Rene E. Browne, Revisiting National Security in an Interdependent World: The GATT Article XXI Defense after Helms-Burton, 86 Georgetown Law Journal 405, 421(1997).

㉛ Nicaragua- Measures Affecting Imports from Honduras and Columbia, Request for the Establishment of a Panel by Colombia, 28 March 2000, WT/DS188/2.

㉜ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note② p. 10-11.

㉝参见王俊:《作为事实情况的“未预见发展”探讨——以美国钢铁保障措施案为例》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2007年第1期,第47页。

㉞ Appellate Body Report, Korea Dairy Safeguards, WT/DS98/AB, adopted 12 January 2000, p. 26-27.

㉟ Appellate Body Report, Argentina Footwear, WT/DS121/AB/R, adopted 12 January 2000, p. 30-32.

㊱ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note⑩, p. 32.

㊲ Bernard M. Hoekman & Michael M. Kosteci, The Political Economy of the World Trading System: From GATT to WTO, Oxford University Press, 1995, p. 74.

㊳ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note②, p. 65-66.

㊴ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note⑩, p. 3.

㊵ See Krzysztof J. Pelc, *supra* note②, p. 32.

①World Trade Report 2009, xi(4 May 2021), http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm.

②See Kyle Bagwell & Robert W. Staiger, Enforcement, Private Political Pressure, and the General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organization Escape Clause, 34 Journal of Legal Studies 471, 475-477(2005).

③See Krzysztof J. Pelc, supra note②, p. 138-141.

④国际投资法的实践,似乎也能证实这样的结论。如果成功援引投资条约的非排除措施条款,东道国可以豁免赔偿责任。但如果援引习惯法中的“必要性”等例外,有些仲裁庭认为,即便援引成功,东道国可能依然需要赔偿投资损失。当然,这可能有投资法的两个特殊性,一是涉及到投资者的私人诉权,二是涉及到条约例外与习惯法例外的关系。

⑤See Krzysztof J. Pelc, supra note⑩, p. 38-44.

⑥See Shin-yi Peng, Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions, 18 Journal of International Economic Law 449, 465-466(2015).

⑦参见胡加祥:《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。

⑧比如,印度与新加坡在自由贸易协定的投资章附件中就明确排除安全例外条款的可司法性(Non-justiciability of Security Exceptions)。India-Singapore Comprehensive Economic Cooperation Agreement, Chapter 6 Investment, Article 6. 12: Security Exceptions.

⑨See Krzysztof J. Pelc, supra note⑩, p. 12-13.

⑩WTO争端解决机制并不是解决与安全有关议题的唯一场所。国际法院和联合国安理会在这方面也可行使管辖权。GATT第23条也规定,缔约国全体如认为必要,可以与缔约各国、与联合国经社理事会和与适当的政府间组织进行协商。当然,在具体操作方面,WTO与联合国还需要进一步的协调,以确定两者之间的权力划分和职责范围。

⑪See Rachel Brewster, The Domestic Origins of International Agreements, 43 Virginia Journal of International Law 501, 503 (2003).

⑫See Krzysztof J. Pelc, supra note⑩, p. 12-13.

⑬在谈判阶段,安全例外可成为制度和主权上的理由,一种政治上的应急手段,推迟国家权威在国家安全议题方面限

度的难题。但在法律体制内,安全例外已经过法律程序被改头换面成为一项约束性的法律原则。See Andrew Emmerson, Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse?, 11 Journal of International Economic Law 135,153 (2008).

⑭Wesley 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 413,417(2001).

⑮See Shin-yi Peng, supra note⑥, p. 449-478.

⑯在“吉布提诉法国案”中,国际法院认为即便国家对“自决性条款”拥有很大的自由裁量权,但也受制于1969年《条约法公约》第26条规定的善意义务。See Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters(Djibouti v. France), Judgment, I. C. J. Reports 2008, para. 145.即法院有权基于“善意”对其予以审查。

⑰See Tsai-fang Chen, To Judge the Self-Judging Security Exception under the GATT 1994- A Systematic Approach, 12 Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy 311, 311-356(2017).

⑱Report of the Panel, Russia—Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, adopted 5 April 2019, p. 103-105.

⑲Panel Report, Saudi Arabia—Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WTO Doc. WT/DS567/R, adopted 16 June 2020, p. 108.

⑳See Krzysztof J. Pelc, supra note⑩, p. 22.

㉑See Joost Pauwelyn, Optimal Protection of International Law- Navigating between European Absolutism and American Voluntarism, Cambridge University Press, 2008, p. 67-68.

㉒See Barbara Koremenos, Loosening the Ties that Bind: A Learning Model of Agreement Flexibility, 55 International Organization 289, 289(2001).

㉓See Krzysztof J. Pelc, supra note②, p. 1-5.

㉔See Cristiane Carneiro, From the United Nations Arms Register to an Arms Trade Treaty What Role for Delegation and Flexibility, 14 ILSA Journal of International & Comparative Law 477, 496(2008).