



政大第20屆國際經貿法學發展學術研討會

出口管制制度及WTO適法性探討： 以美國出口管制制度及爭議為例

顏慧欣、聶廷榛

中華經濟研究院
2020年9月5日

美國多管齊下的高科技管制政策

- **政策目的：**為維護美國在全球之科技領先優勢，並防範第三國（如中國大陸）不當竊取美國技術之戰略目的，美國迄今已實施以下四種政策措施，作為強化高科技管理之方式：

嚴審具國安威脅之外人投資

- **審查範圍擴大：**外資**不具控制權**但**握有實質性利益**的交易(不動產交易、重要關鍵技術、基礎建設、敏感個資)
- **審查機制趨嚴：**改採事前「**強制申報**」

出口管制

- **2018年「出口管制改革法案(ECRA)」之管制目標：**為達到維持美國軍事能力之優越性、強化美國工業基礎，允許擴大管制**軍商兩用之產品與技術**

聯邦政府採購之限制

- 禁止聯邦採購來自中國特定企業提供之電信及影像監控服務及設備
- 特定企業有：華為、中興通訊、海能達、海康威視、大華

資通訊交易審查

- 資通訊科技與服務供應鏈有關之交易，如涉及「**外國對手(foreign adversaries)**」所管控，且對美國關鍵基建、數位經濟、國家安全有威脅時，交易將受商務部的**事實逐案審查**。

乾淨網路計畫

- 「乾淨網路」(Clean Network)計畫：實施範圍5G網路，擴及電信業、程式市集、雲端儲存及海底電纜。
- 將華為、中興、阿里巴巴、百度與騰訊等列為拒絕往來戶

各國出口管制制度之緣起

- 各國出口管制多以2004年聯合國安理會第1540號「有關避免大規模毀滅性武器擴散之決議」，作為進行出口管制之依據
 - 避免核武器、化學武器和生物武器及其運載工具的擴散
 - 履行有關軍控和裁軍及防止所有大規模毀滅性武器擴散之義務
 - 尚有依飛彈技術管制協議（Missile Technology Control Regime：MTCR）、核子供應國集團（Nuclear Suppliers Group：NSG）及「關於常規武器與兩用產品和技術出口控制瓦聖納協定」（Wassenaar Arrangement：WA）等國際性條約義務。
 - 按照本國程序，通過和實施適當有效的法律，禁止對於製造、獲取、擁有、開發、運輸、轉移或使用核生化武器及其運載工具。
 - 有效的國家管制清單有利於執行本決議，呼籲所有會員國儘早擬訂相關清單。

→各國出口管制制度，係以具備「**軍民兩用**」（Dual Use）特質之產品與技術服務為主要管制對象。

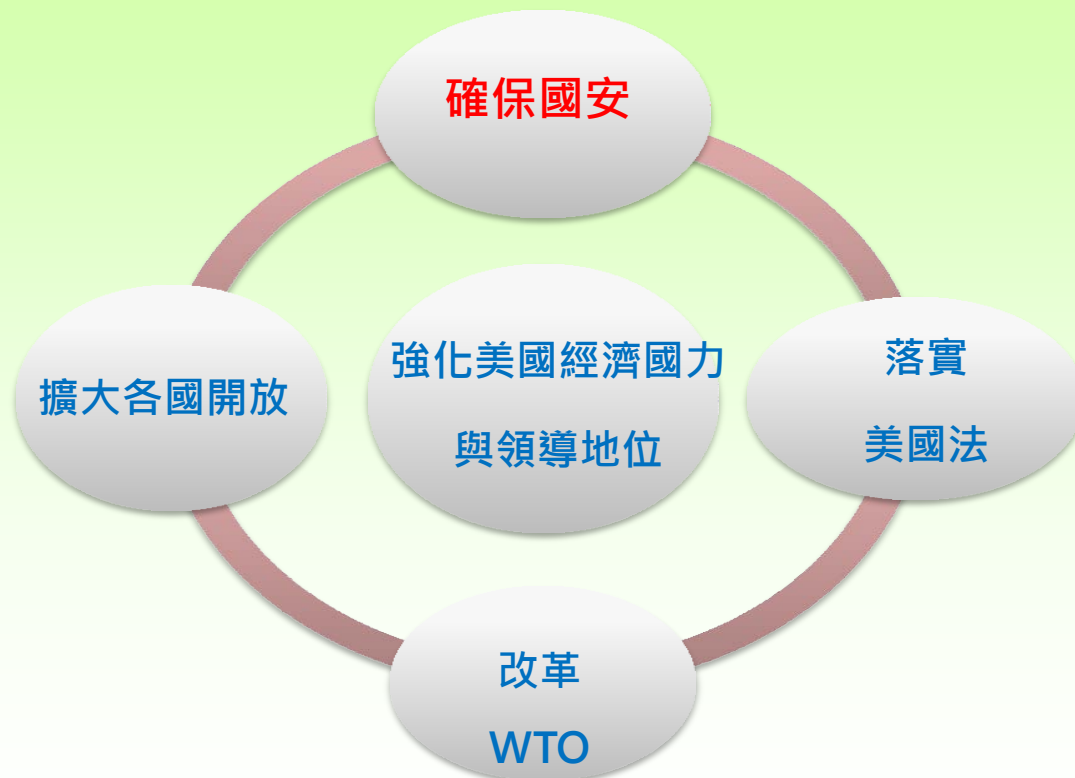
美國出口管制制度及川普上任後之變革

- 美國出口管制法行之有年，並有複雜的分工與架構：
 - 國防軍事產品管制：國務院之國防貿易管制理事會
 - 軍商兩用貨品管制：商務部之產業安全局（BIS）
 - 核能產品管制：核能管理委員會、能源部等
- 2018年頒佈新的《出口管制改革法案》（Export Control Reform Act, ECRA），針對「軍商兩用」產品或技術，加強管制出口關鍵技術外流。
 - 將BIS的商業出口管制規定明文化，ECRA取代過去透過總統以《國際緊急經濟權力法》（IEEPA）緊急命令授權實施的規定，**確立ECRA以及行政法規（EAR）為永久有效之法規**
 - 要求對「**新興和基礎技術**」（**emerging and foundational technologies**）出口等活動建立適當措施（2018年11月美國商務部工業安全局（BIS）預告提出14類會影響美國家安全的新興技術（Emerging technologies），將採出口管制）
 - 出口管制目的從防止武器擴散到經濟安全/國家安全

川普經貿政策：「經濟安全」=「國家安全」

川普上任後，每年年初由USTR公布的貿易政策重點（The Present's Trade Policy Agenda）的新貿易政策重點：Ensuring that United States **trade policy** contributes to the economic strength and manufacturing base necessary to maintain – and **improve – our national security**

白宮顧問Peter Navarro，2018年在美國華府智庫CSIS演講主題：為何經濟安全就是國家安全(Why Economic Security Is National Security)。



新出口管制政策為達以下「國家安全」目標，而採出口管制措施

主旨	政策目標	國際上可認同的出口管制目的？
The national security and foreign policy of the United States require that the export, reexport, and in-country transfer of items, and specific activities of United States persons, wherever located, be controlled for the following purposes:	(A) To control the release of items for use in- (i) the proliferation of weapons of mass destruction or of conventional weapons; (ii) the acquisition of destabilizing numbers or types of conventional weapons; (iii) acts of terrorism; (iv) military programs that could pose a threat to the security of the United States or its allies; or (v) activities undertaken specifically to cause significant interference with or disruption of critical infrastructure.	V
	新增(B) To preserve the qualitative military superiority of the United States.	?
	新增(C) To strengthen the United States defense industrial base.	?
	新增(D) To carry out the foreign policy of the United States, including the protection of human rights and the promotion of democracy.	V
	(E) To carry out obligations and commitments under international agreements and arrangements, including multilateral export control regimes.	V
	(F) To facilitate military interoperability between the United States and its North Atlantic Treaty Organization (NATO) and other close allies.	V
	(G) To ensure national security controls are tailored to focus on those core technologies and other items that are capable of being used to pose a serious national security threat to the United States.	V

美國出口管制措施類型

拒絕人員清單 (Denied Person List)

- 禁止與清單上任何實體進行將違反該實體禁令條件的互動

實體清單 (The entity list)

- EAR貨品出口、轉口及/或（境內）轉移給非美國人要求特定許可證

未證實清單 (The unverified list)

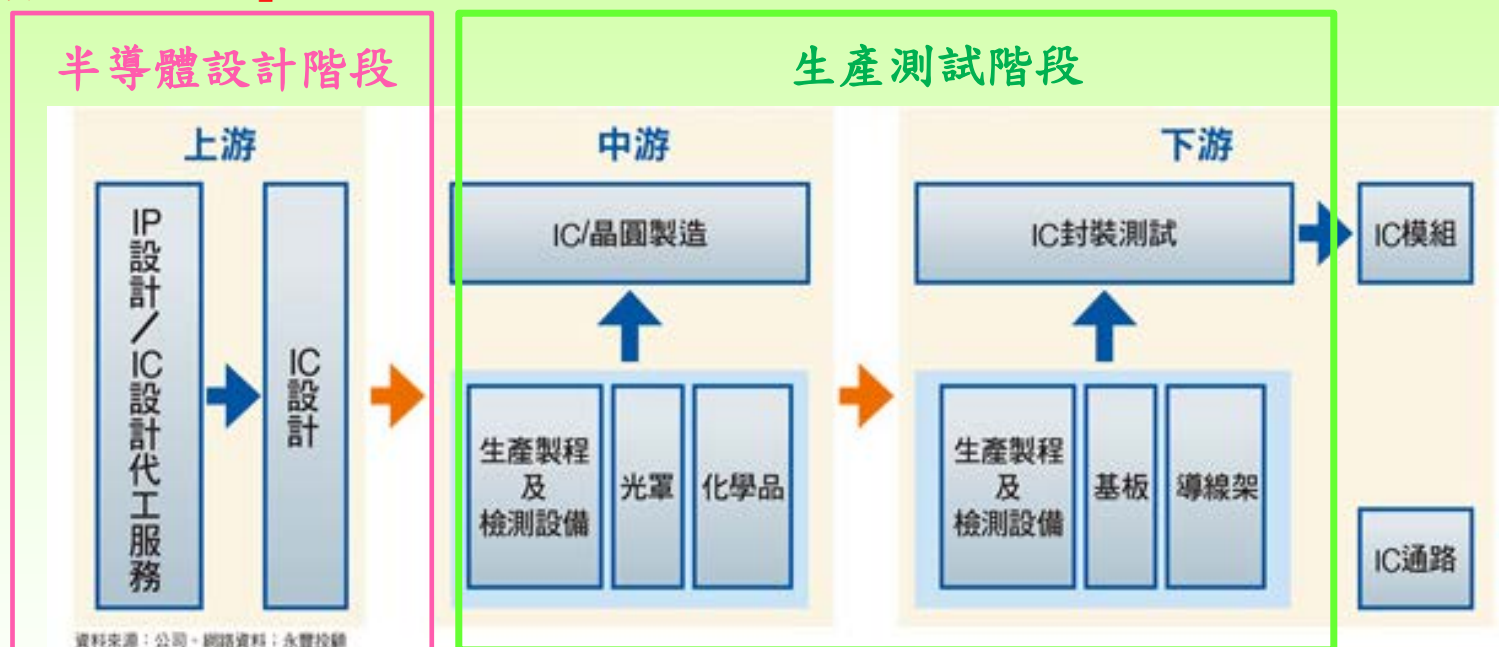
- BIS無法執行事前稽查但有嫌疑之外國實體，則相關貨品出口、轉口或移轉時，不可再使用許可執照豁免的例外

美國2019年來出口管制的發展

- 2018年ECRA要求界定出構成「國家安全至關重要(essential)的「新興」(emerging)及「基礎」(foundational)技術，2018年11月19日商務部發布14項新興技術領域並徵求公眾評論，但迄今未正式公告。
- 近期美國發佈的實體清單，鎖定中國大陸的電信通訊（多為華為關係企業）、核能、AI和監控技術等產業。
 - 2019/5/21：華為及其68家關係企業、同意90天臨時通用執照（TGL）**電信**
 - 2019/8/14：中國廣核集團及其3家關係企業**核能**
 - 2019/8/21：增列華為其他46家關係企業、首度展延90天TGL至11/18
 - 2019/10/9：侵害新疆人權之28家政府機關和企業（海康威視、浙江大華等）**AI及電子監控**
 - 2019/11/18：二度展延華為90天TGL至2020/2/16（2019/11/20：近300家企業申請華為許可證，商務部同意半數可開始供貨華為）
 - 2020/1/6：公布將「地理空間圖像軟體」（geospatial imagery software）列為新興基礎技術，且出口管制即刻生效**AI**
 - 2020/2/18、3/12、5/18，對TGL執照效期進行數次展延；最後一次展延後的有效日期為今年8月13日。
 - 2020/4/27：修正「出口管制規定」，擴大軍事最終用途之定義；出口中國大陸涉及軍事最終用途應申請許可證
 - 2020/5/22：針對「侵犯人權」之33家中國大陸企業和機構列入實體清單**AI及電子監控**
 - 2020/8/17：不再延長TGL執照之有效期限。

今年5月15日頒布「針對華為」之出口管制措施

5月15日頒布「針對華為」之出口管制措施：管制範圍：「電子產品生產及製造」、「電腦產品」、「電信及資訊安全產品」。



- 若有使用受「出口控制類別編號」(ECCN)「商務控制清單」(CCL)管制之產品、技術或軟體

- 根據華為及關聯公司「受管制設計」，於美國境外代工生產之晶片組(chipset)
- 於美國境外利用屬於ECCN及CCL清單之半導體設備所生產及測試

美國針對華為出口管制涉及之技術及軟體範圍

分類	商務控制清單適用編號	編號解讀說明 (範例：3E001=與電子產品設計與生產有關之技術)	
產品	ECCN：3E001, 3E002, 3E003, 4E001, 5E001, 3D001, 4D001, or 5D001	• 3=電子產品設計與生產 • 4=電腦相關產品 • 5=電信及資訊安全	• D=軟體 • E=技術
技術 (Technology)	ECCN：3E991, 4E992, 4E993, or 5E991;	• 001=研發及生產 • 002=技術 • 003=不可分類之研發或生產技術	• 991=研發、生產或使用之電子產品之零組件 • 992=其他不可分類之研發、生產或使用之電子產品之零組件
軟體 (software)	ECCN：3D991, 4D993, 4D994, or 5D991		• 993=涉及多重資料匯流處理 (multi-data-stream processing) 產品之研發或生產之技術 • 994=除研發生產以外之軟體

美國出口管制制度之WTO適法性

探討範圍界定

- 美國2018年ECRA實施後，將貨品、技術、軟體、及服務輸出，均納入出口管制措施範圍。
- 本文探討WTO適法性範圍，限於下列協定之個別義務：

協定	所涉條文		
貨品貿易GATT	GATT第11條「數量限制禁止」	GATT第20條「一般例外」	GATT第21條「國家安全例外」
服務貿易GATS	GATS第1條「最惠國待遇」	GATS第14條「一般例外」	GATS第14之一「國家安全例外」

GATT第11條數量限制禁止

- 美國出口管制對象，透過「商業管制清單」(CCL)對出口產品分類。
- GATT§11：「任一締約國對他締約國之任一產品之輸入或輸出，除課徵關稅、內地稅或其他規費外，不得利用配額或輸出許可證或其他措施來新設或維持數量上之限制」。
 - 中國-原物料出口案(DS394)：「其他措施」：採廣泛解釋，「對於出口行為有所限制，對出口狀態或法規產生限制性之影響（a limitation on action, a limiting condition or regulations）」
 - 日本-半導體案(L/6309-35S/116)：不論其法律性質係為強制或非強制性措施，只要對出口構成「事實上的限制（de facto restriction）」

→ 因此美國出口管制制度，對出口產品均有引發限制性效果之疑慮！

GATS第1條最惠國待遇-1

- 美國出口管制對象，採用US-origin軟體及技術且於他國生產的產品，則美國出口管制僅鎖定中國，導致如華為、中興通訊等中企無法繼續使用美國Google技術或軟體(Android)時，則將出現是否構成違反GATS最惠國待遇之問題？
- GATS最惠國待遇為「普遍性義務」；美國出口管制適用的終端消費者，不論是「實體清單」或「未經證實清單」，以及專門針對華為及其關係企業的出口管制清單，近兩年中國企業或機構成長特別快速，有「法律上」及「事實上」歧視的疑慮？
- GATS§1.1：「本協定適用於會員影響服務貿易之措施」
 - 首先釐清「對技術的出口管制」，是否為「影響服務貿易之措施」？
 - EC-香蕉案III (DS27)：並無「事前排除(a priori exclusion)任一措施之前提
 - §1.1採用 “affecting” 而非 “regulating” 一詞，顯示起草者期待可適用的對象應達一定廣泛程度
 - GATS § 28(b)：「服務之供給」包括服務之生產、分配、行銷、銷售及交付等各種行為，也支持前述第1.1條位排除任何措施

→美國管制其美籍企業將技術或作業系統提供中國企業使用之情形，有構成美國業者(google)對外國消費者(華為) 提供服務貿易之影響！

GATS第1條最惠國待遇-2

- 美國對14類新興技術領域之可能出口管制措施，是否構成GATS§1.1「本協定適用於會員影響服務貿易之措施」？
 - 尚無實際服務貿易行為，僅為潛在服務貿易「未來式」限制，是否為GATS適用對象？
 - 阿根廷-金融服務業案(DS453)：
 - 本條未要求應具體指出系爭措施係「實際影響」了提告方的服務貿易或其他會員的服務貿易
 - 對於潛在的服務貿易提供限制、或對未來服務貿易流通之行為可能產生之限制，限制性可能更高
 - 若不納入對未來限制，將弱化了GATS協定功能，不符會員期望在更為透明及漸進式自由化的情況下達到擴大服務貿易之效果
- 美國對未來新興技術領域的出口管制措施，也會構成對服務貿易的影響

在GATT下尋求合法例外之正當性

- 在美國出口管制措施有違反GATT及GATS相關義務之前提下，則是否有GATT或GATS之合法例外可支持其正當性？
- 美國出口管制考量之一，包括「需求短缺」為由，因此相關GATT規定：

GATT §11.2提供三種例外：

- (a) 為防止或緩和糧食或其他必需品之嚴重匱乏，而採行暫時措施；
- (b) 基於國際貿易商品分類之法規或標準所需之輸出入禁止或限制；或
- (c) 農漁產品之限制＝

GATT §20 提供十種例外規定：

各締約國在相同狀況下，就各項措施之實施，均不得構成專斷及無理歧視之手段，亦不得成為對國際貿易之變相限制。惟下列措施不在本協定限制範圍內：

- (a) 維護公共道德之必要措施。
- (b) 維護人類、動物或植物生命或健康之必要措施

...

- (j) 對於普遍性或區域性短缺之產品所採收購或分配之必要措施，但該措施須符合各締約國均享有公平交易機會之原則，如該措施違反本協定其他規定者，則應於上述短缺情況消失後，立即停止該措施，「大會」應於一九六〇年六月三十日以前檢討本項措施之必要性。。

■ 中國-原物料出口案，認為GATT §11.2有三個要件：

- 「必需商品」(essential)：非當事國自行認定，是客觀情境明顯顯示對會員的重要性與不可或缺
- 「暫時性實施」(temporarily applied)：實施近10年，無跡象何時將停止
- 「嚴重匱乏」(critical shortage)：國內使用增加，採礦增加，無嚴重匱乏之現象

■ 印度-太陽能電池案，認為GATT §20(j)與11.2的異同：

- 產品適用範圍較廣，不限於「必須」(critical)產品
- 所謂「短缺」，必須是當下已存在短缺，而非「風險」
- 實施要求「各國均享有公平交易機會」
- 「暫時性實施」

→ 目前看來美國出口管制措施均非屬暫時性措施

GATT國安條款發展

■ GATT時代：

- GATT對GATT§21所引發之紛爭，未有經採認的裁決。
- GATT時代對GATT§21的見解分歧：
 - 例外空間很廣：1985年美國與尼加拉瓜紛爭，顯示當時認為爭端解決小組對各國動用國安條款之決定，並無法判斷或無管轄權
 - 非屬無限制授權：GATT時代秘書處文件顯示，ITO憲章草案與GATT§21規定幾乎完全相同，而美國當時談判者強調國安條款並非「完全無限制」(open-ended)。

■ WTO時代：

- GATT/WTO時代迄今對國安條款之第一個認定，「俄羅斯-過境轉運案」(DS512)於2019年4月公布小組裁決，並已採認通過。
- 日本-關於出口韓國產品及技術之措施 (Measures Related to the Exportation of Products and Technology to Korea) (DS590)，成立小組之請求已在2020年7月29日通過，不過小組尚未組成。

2019年俄羅斯—對烏克蘭轉運爭端(DS 512)



GATT例外條款，包含第a、b及c三款如下：

「本協定各項規定不得用以：

...

b. 禁止任何締約國採取其認為下列為保護其重大安全利益之必要措施：

Self-judging

- (i) 關於具有原子分裂性之物質或製造該物質之原料；
- (ii) 關於販賣武器、彈藥或其他戰爭物質及關於販賣直接或間接供給軍用之其他物品；
- (iii) 在戰爭或其他國際關係緊張時期所採行之措施。

Judicial

美國出口管制措施可能主張之國安例外-1

可能主張 §21 (b) (iii) 在戰爭或其他國際關係緊張時期所採行之措施。，爭議較大

- 俄羅斯-過境轉運案：小組認為「政治或經濟體制不同」之單一因素，不足構成本款
- 美國ECRA「確保經濟及科技領導等於確保國家安全、為確保國家安全而實施出口管制」政策邏輯，應與本條精神有異
- 美中仍在實施第一階段協議，難以論證美中之間存有「其他國際關係緊張時期」之客觀情境

擴大出口管制、以及對新興科技之管制，或有主張 §21 (a) 之空間

§21 「本協定各項規定不得用以：

- a. 要求任何締約國提供認為透露必違反其重大安全利益之資料。

- 第a款結構不似b款複雜，是否也能區分「主觀判斷」（不受司法審查）及客觀判斷事項（可受司法審查），尚難論斷
- 依據之推論邏輯，a 款適用上較屬於「主觀判斷」的機會偏高

美國出口管制措施可能主張之國安例外-2

- 「俄羅斯-過境轉運案」，小組認為動用§ 21，需符合「善意原則」(good faith)，且不是規避GATT義務。
 - 採取措施與重大安全利益間之「可信的關連性」(plausible relation)
 - 故美國擴大出口管制與達到「避免揭露資訊危害其重大安全」之間，需善議員則解釋兩者間之可信關連性。
 - 故也需判斷是否有替代性措施可達到此一資訊揭露的危害效果。

在GATS下尋求合法例外之 正當性

GATS §14一般性例外：

本協定不得禁止會員為下列目的之所需，而採取或執行之措施；惟此等措施之適用方式，不得對一般條件類似的國家間形成專斷或不合理的歧視，或對服務貿易構成隱藏性之限制：

(a) 為保護公共道德或維持公共秩序所需者；

(b) 為保護人類、動物或植物之生命或健康所需者；

(c) 為確保與下列事項有關且不違反本協定規定之法律或命令之遵行所需者；

(i) 為防止欺騙或詐欺行為或為處理因服務契約違約之影響；

(ii) 為保護與個人資料之處理及散佈有關之個人隱私及保護個人紀錄或帳目之隱密性；

(iii) 安全；

「美國-線上賭博案」

- 所謂「公共道德」或「公共利益」標準，可隨時空變化發展而有不同，社會、文化、道德等普世價值，均可能影響之，各國有權採取適合的水準。
- §14(a)註腳強調：限於「確實嚴重威脅社會基本利益時」

→美國可主張防止產業間諜竊取美國技術、侵害美國營業秘密等，有節省研發技術等公共道德或公共秩序之問題，有論證空間。

■ 「阿根廷-金融服務案」，僅沿用GATT§ 20 (d)審理結構，需界定(1)意圖確保獲致遵循的法律命令為何？(2)確定所定之法律命令未與GATS義務不一致；(3)證明系爭措施確實能達此目的。

→美國「美中經濟暨安全檢討委員會」，認為中國網路攻擊升級為少數人、專業、集中式網路攻擊，增加美國執法困難；美國軍商兩用科技與服務授權時，均要求使用者宣示不會流於武器等不法用途，而目前有許多進口端使用者大量違反承諾、或UVL清單無法驗證，也有論證空間。

結語

- 川普政府「確保經濟及科技領導等於確保國家安全」的概念納入考量
- 多數GATT一般例外均難以構成美國可主張出口管制措施之合法性基礎，仍需透過GATT或GATS一般例外或國安條款，方可能獲致較大的爭執空間。
- ITO憲章及GATT的談判背景均有透露出，有關「安全」之概念應考量到不同時空背景，則當下狀態可否作為川普政府修正國家安全概念之依據，尚待後續觀察。



報告完畢
敬請指教
