

中美贸易战背景下的 美韩FTA修改方案评析

——兼论中国的应对

全小莲*

内容摘要:美国的钢铝产品232调查是中美贸易战的第一回合,而美韩双边FTA的修改方案则是美国232调查国别豁免的实践。在美方对国别豁免的标准和程序秘而不宣的情况下,美韩FTA修改方案是研判美方意图和立场的重要样本。此外,国别豁免安排涉嫌违反WTO的最惠国待遇原则、透明度原则、普遍取消数量限制和关税约束等规则。中国虽然不是美韩FTA的缔约方,但在WTO框架下基于最惠国待遇所应当享有的合法利益也会遭受损害。因此,中国应当将美国的国别豁免安排涉至WTO争端解决机制,以积极应对。

关键词:中美贸易战 美韩FTA 美国232调查 最惠国待遇 国别豁免

一、中美贸易战中的232之战及其国别豁免

2018年中美之间的贸易战如火如荼。从时间来看,美国对钢铝产品的232调查和中国的反制措施为前哨战,美国301调查及中国的应对措施为全面遭遇战。7月11日,美国宣布在301调查项下额外对原产于中国的2000亿美元商品加征10%的关税。这标志着贸易战升级,未来不排除有进一步升级的可能。^①其间美国将中国对铝初级产品生产者的补贴措施(DS519)和技术许可方面的法律法规诉诸WTO争端解决机制(DS542)。②中国则将美国钢铁232关税措施(DS544)^③

* 西南政法大学国际法学院副教授,法学博士。

本文系作者主持的国家社科基金项目“WTO贸易救济中的中国‘市场经济地位’问题研究”(项目批准号:15XFX023)的阶段性成果之一。

① 参见杨国华:《中美贸易战中的国际法》,《武大国际法评论》2018年第3期,第121页。

② 参见杨国华:《中美贸易战中的国际法》,《武大国际法评论》第2018年第3期,第121页。

③ 欧盟等其他7个成员也陆续将美国钢铁232关税措施诉至WTO。

和 301 措施(DS543)诉诸 WTO 争端解决机制。7 月 19 日,美国又将加拿大、中国、欧盟、墨西哥和土耳其等 5 个成员对美国 232 调查的反制措施诉诸 WTO 争端解决机制。

在中美贸易战同期,美国的 232 调查也引发了其与主要的贸易伙伴之间的贸易战。在 232 调查中,美国政府给出了 2 种豁免情形,即产品豁免和国别豁免。产品豁免的条件和申请、听证程序已经公布,但国别豁免的有关情况仍未可知。从实践来看,美国把国别豁免放在双边谈判中,对贸易伙伴进行逐个击破。韩国成为第一个倒下的国家,通过达成美韩 FTA 附属协议的方式取得了 232 钢铁产品关税的国别豁免。^①阿根廷、澳大利亚和巴西与美国取得了“其他令人满意的解决方案”。^②欧盟、加拿大、墨西哥前期取得了临时国别豁免,但随着与美国谈判的破裂,它们都和中国一样被采取了 232 措施。欧盟、日本、加拿大、墨西哥、印度和俄罗斯也和中国一样,先后开始报复,对原产自美国的商品加征额外关税。^③

在整个 232 调查进程中,美韩 FTA 的修改无疑有着特殊重要性。首先,考虑到美韩均为 WTO 成员,因此,虽然美韩 FTA 不直接规范中国的权利与义务,但是有可能损害中国在 WTO 框架下所应当享有的待遇和竞争机会。其次,韩国对美议价能力有限,美韩 FTA 修改方案基本体现美国的立场和主张。在美国政府对国别豁免的标准和程序秘而不宣的情况下,美韩 FTA 修改方案作为美国 232 调查国别豁免的实践,是研判美方意图和立场的重要样本。因此,密切关注美韩 FTA 修改的最终方案,审视其是否符合 WTO 规则的要求,对于中国而言有着重要的意义和价值。

二、作为获取国别豁免对价的美韩 FTA 修改

1. 修改过程

美国政府于 2017 年 7 月 12 日正式向韩国提出重新商讨和修改已生效 5 年的

^① See/Statement on the Conclusion of US-Korea (Korus) FTA Meetings in Seoul, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2018/january/statement-conclusion-us-korea-korus-0>, visited on 15 July 2018.

^② <https://www.sbs.com.au/news/trump-to-exempt-australia-from-steel-and-aluminium-tariffs> & <http://www.amm.com/Article/3793254/Australia-joins-232-tariff-exemption-parade.html>, visited on 30 June 2018.

^③ 关于各国被征收 232 特别关税、获得豁免及采取报复措施的情况,参见 <https://www.cmtradelaw.com/2018/06/latest-u-s-trade-actions-tariffs-and-other-countries-retaliatory-measures/>, 2018 年 6 月 30 日访问。

美韩自由贸易协定(即美韩FTA)的要求。^①依据美韩FTA第22.2条,由美韩双方共同组成的“联合委员会”(joint committee)负责监督协议的实施情况,进一步加强两国间贸易关系,解决与条约的适用与解释相关的争端并负责可能影响该协定运行的任何其他情况。美国贸易代表办公室(Office of the United States Trade Representative, USTR)依据该条要求举行特别会议,修改美韩FTA。

值得注意的是,美国在提出修改美韩FTA之时手中握有TPA授权^②,但它选择依照已签订的政府间协定的内设条款启动谈判。这也是继退出跨太平洋伙伴关系协定(TPP)和重新启动北美自由贸易协定(NAFTA)谈判后,美国再次对亲密盟友挥出“贸易大棒”,更一度威胁废止美韩FTA。韩国政府不甘束手就擒,曾经主张美国也在美韩FTA下获益,因此没有必要修改一个运转良好的条约^③,还表示要大力发展与其他国家的贸易。但文在寅政府在废约的威胁面前不得不很快改弦易辙,全力以赴与美谈判。双方于2017年8月22日正式启动条约修改的谈判,并最终于2018年3月28日发表联合声明,就FTA修改方案达成原则性一致,同时就美国给予韩国钢铝产品232调查国别豁免待遇等问题达成一致。目前美韩均未披露修正案的最终文本,但相关修改内容已通过多种渠道公开。根据美国白宫2018年3月28日发布的情况说明(fact sheets)^④,此次修改范围包括美韩FTA文本及其附属协议(side deals)。

2. 美韩FTA文本的修改

对美韩FTA文本的实质性修改集中在小汽车产业。白宫宣称在增加美国汽车产业的就业和扩大对韩出口方面取得重大进展:第一,韩国承诺将进一步开放国内汽车市场,每家美国车企对韩国年均出口限额从原来的不超过2.5万辆提升

① Hyunmin Michael Kang, US and South Korea Agree to Initiate FTA Amendment Negotiations, <https://thediplomat.com/2017/10/us-and-south-korea-agree-to-initiate-FTA-amendment-negotiations/>, visited on 15 July.

② 在奥巴马政府时期,为推进TPP谈判进程,美国国会曾于2015年6月通过《贸易促进授权法案》(TPA法案),该法案本应于2018年6月30日到期。特朗普政府于2018年3月申请将TPA法案延期并获得国会批准,TPA法案有效期延至2021年6月30日, [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA\(2016\)577999](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA(2016)577999), visited on 30 June 2018.

③ <http://news.163.com/17/0419/08/CICD6905000187V9.html>, visited on 30 June 2018.

④ White House, Fact Sheets: President Donald J. Trump is Fulfilling His Promise on The U.S.-Korea Free Trade Agreement and on National Security, 28 March 2018, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-fulfilling-promise-u-s-korea-free-trade-agreement-national-security/>, visited on 30 June 2018.

至不超过5万辆。这些车辆在安全质量标准上只须符合美国标准即可,无须考虑是否符合韩国标准。第二,韩国承诺通过考虑美国的环境标准和排放标准来改善美国汽车在韩国的销售环境。通过美国排放检测的小汽车应被视为符合韩国的排放标准,无须进行本地检测。韩国承认美国的汽车零部件产品标准对于美国汽车而言是必要的,且将减轻美国零部件的标识负担。韩国将增加发放给美国汽车生产者的温室气体排放指标(eco-credits)^①。韩国还将在设置燃油经济性标准时考虑美国公司的平均水平并对小额出口者施行更加宽松的标准。第三,原本将于2021年到期的美国对韩国皮卡征收的25%的关税,也将延长20年至2041年^②。除此以外,韩国同意改进海关程序并在年底前修改对新药的医疗报销政策以履行其在美韩FTA项下的义务。

3. 范围的扩大

此次,与FTA文本修改同时达成的附属协议的涵盖范围则更加广泛。第一,在美国232调查项下,韩国出口至美国的钢铁产品将获得永久国别豁免而无须缴纳25%的关税^③。同时韩国接受了配额约束,对美国出口的每种钢铁产品(product by product basis)年出口总量都将减少至过去3年年均出口额的70%。值得注意的是,韩国出口至美国的铝产品未获国别豁免。第二,白宫宣称美国财政部和韩国即将达成关于汇率操纵的协议^④。该协议将包括关于汇率实践的承诺、增加透明度和追责机制。

三、美国的策略与立场

(一)将FTA谈判与232调查的国别豁免绑定

虽然钢铁与铝制品的232调查国别豁免并非美韩FTA本身的修改内容,但两国政府在声明中都指出232国别豁免是此次谈判的一部分。此外,从内容来看,FTA本身的修改基本上是韩国单方面进一步开放汽车市场的妥协和让步。相较于美国在韩国汽车市场中的获益,韩国获取的只是美韩FTA文本以外的钢铝产品

① 根据韩国议会2017年最终正式批准的《韩国温室气体排放许可的分配和交易法》(法案编号:14839,2017年7月26日生效),企业生产过程中产生的碳排放必须有排放指标(eco-credits),否则将不得不停产或者面临韩国政府的处罚。排放指标由韩国政府分配给企业或者由企业“在排放交易体系”(emissions trading scheme)中购买。

② <https://www.csis.org/analysis/korus-revision-not-worst-outcome>,visited on 30 June 2018.

③ 2018年3月8日,特朗普以损害国家安全为由,宣布对进口钢铁产品征收25%关税,对进口铝产品征收10%关税。

④ <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-southkorea/u-s-south-korea-to-revise-trade-pact-with-currency-side-deal-autos-concessions-idUSKBN1H32SI>,visited on 30 June 2018.

国别豁免。如果不把二者一并考虑,确实无法解释韩国在FTA文本上作如是让步的动机。

(二)将汽车产业作为重点产业予以保护

在美国此次对全球发动的贸易战当中,汽车产业成为其重点保护领域。美国在对韩国提出修改和调整谈判请求时就抱怨在美韩FTA生效的5年间,美国对韩国货物贸易赤字增长了1倍^①,而韩国对美国小汽车整车及零部件出口的大幅度增长是首要原因^②。从结果来看,此次美韩FTA文本修改也主要集中在汽车产业。

在美韩双方宣布对小汽车产业相关条款修改达成一致后不久,2018年5月23日,美国更是宣布启动对小汽车的232调查^③,包括小汽车、越野车、箱式小货车(vans)、轻卡(light trucks)及汽车零部件等。将小汽车产业的重要性上升至国家安全的高度。在宣布启动调查的声明中,美国商务部指出,“汽车制造业长期以来一直是美国技术革新的重要源头。外国进口小汽车对国产汽车和零部件造成威胁,其可能的影响包括削弱汽车系统、自动驾驶、燃料电池、电力发动机和蓄电池、高级生产流程和其他前沿技术的研发能力及熟练产业工人的就业等”。^④

小汽车产业作为重点保护产业的另一个证据是美国在《北美自由贸易协定》的修改中所提出的谈判主张^⑤。美国贸易代表办公室(USTR)主张由于3国间有保密协议,所以不公开谈判的资料,仅在第四轮谈判后发布了《NAFTA谈判目标摘要》^⑥及其后续更新版本^⑦。这2份文件均是对自由贸易协定规则更新的技术性描述,并未涉及具体的数量、规则等要求。但根据加拿大和墨西哥透露的消息,美国主张应当进一步提高享受NAFTA优惠关税的汽车北美原产地成分比重,由现

^① USTR, Letter to the Republic of Korea, para. 3, July 2017, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/USTR%20KORUS.pdf>, visited on 30 June 2018.

^② Ustr, Fact Sheet: Four Year Snapshot: The U.S.-Korea Free Trade Agreement, March 15, 2016, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2016/March/Four-Year-Snapshot-KORUSvisited>, on 30 June 2018.

^③ U.S. Department of Commerce, Notice of Request for Public Comments and Public Hearing on Section 232 National Security Investigation of Imports of Automobiles, Including Cars, SUVs, Vans and Light Trucks, and Automotive Parts, 83 Federal Register, 24735-25737.

^④ U.S. Department of Commerce, Press Release: U.S. Department of Commerce Initiates Section 232 Investigation into Auto Imports, 23 May 2018.

^⑤ Simon Lester and Inu Manak, “The Rise of Populist Nationalism and the Renegotiation of NAFTA”, 2 Journal of International Economic Law 151-169(2018).

^⑥ USTR, Summary of Objectives for NAFTA Renegotiation, 17 July 2017.

^⑦ USTR, Summary of Objectives for NAFTA Renegotiation, November 2017.

在的62.5%提升至85%,并且要求其中有50%的美国成分^①。

(三) 试图在汇率操纵议题上取得突破

汇率操纵议题是特朗普的主要竞选主张之一。关于汇率操纵国家,IMF执行董事会曾于1977年4月29日通过了一项旨在避免操纵汇率或国际货币体系的决议,但并未对汇率操纵设定国际标准。自2016年2月起,美国定义汇率操纵的法律由1988年国会通过的《贸易和竞争综合法》^②变更为《2015年贸易便捷和贸易促进法》^③。根据2015年法案,美国财政部基于经济研究和数据分析确定了“不正当操纵汇率”的3个门槛标准:对美贸易盈余超过1年200亿美元;经常项目盈余占到GDP的3%;通过汇率干预买入的外汇超过GDP的2%。符合上述3个指标的国家 and 地区一旦被认定为“汇率操纵国”,国会会通过决议对该国或地区实行惩罚性措施,例如征收“惩罚性关税”等。^④

但值得注意的是,按照上述三个主要指标,没有任何国家和地区构成汇率操纵国。韩国央行为缓冲美元汇率浮动的影响,经常以自己的名义购买或卖出美元,并且有大额的经常项目盈余^⑤。因此,在美国的观察名单上,韩国首当其冲,而中国汇率干预这项指标即使在高峰期也低于韩国^⑥。这导致特朗普总统无法实现他在竞选时就提出的将中国列为“汇率操纵国家”的意图。

在国际规则和国内法双重阻碍之下,在推进美韩FTA谈判的同时推动美韩之间关于汇率操纵议题的谈判不失为特朗普政府所能寻求的一条突围之路。因此,白宫将汇率操纵议题谈判与美韩FTA谈判、钢铝产品232调查国别豁免一起作为特朗普尽职履责捍卫美国贸易利益和国家安全的工作内容一同发布,并表示美韩之间的汇率操纵议题谈判接近尾声,而新的条款将包含关于汇率操作、透明度和

① Shawn Donnan, *NAFTA: Why the US Car Industry Is Trapped in Trump's Trade Crossfire*, Financial Times, 15 April, 2018.

② The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, 22 U.S.C. § 5305.

③ The Trade Facilitation and Trade Enforcement Act of 2015, 19 U.S.C. § 4421.

④ C. Fred Bergsten, *Time for a Plaza II? in International Monetary Cooperation: Lessons from the Plaza Accord After Thirty Years*, C. Fred Bergsten & Russell A. Green (Peterson Institute for International Economics 2016).

⑤ http://english.hani.co.kr/arti/english_edition/e_business/815207.html, visited on 27 May 2018.

⑥ C. Fred Bergsten & Joseph E. Gagnon, *Currency Manipulation, the US Economy, and the Global Economic Order*, PIIE Policy Brief 12-25 (Peterson Institute for International Economics 2012).

报告制度以及责任追究制度的重要承诺。^①

总的来说,美国主导的此次美韩FTA修改谈判是将对FTA文本本身的修改和附属协议绑定进行的。这2部分中,附属协议的研究价值更大。一是文本修改主要是韩国进一步提高进口小汽车配额、接受美国相关标准、接受对美出口约束。这些内容虽然损害中国出口利益,但考虑到中国对韩小汽车出口仅限于个别车型,数量极小,所以对中国的实际影响有限。二是即使将文本修改内容诉诸WTO争端解决机制,韩国也可以援引GATT1994第24条“关税同盟和自由贸易区”例外为自己辩护。三是中国虽然也可以像美国那样通过双边FTA修改谈判向韩国施压,但中韩关系显然不同于美韩关系,对美国行得通的方法对中国而言,效果未必理想。因此,本文后续部分将主要分析美韩FTA修改的附属协议内容及中国的应对。

四、美韩FTA修改的附属协议涉嫌违反WTO规则

(一)美国规定韩国钢铁出口总量,涉嫌违反普遍取消数量限制原则

此次美韩FTA修改中,韩国获得232措施关税永久豁免的对价是自愿限制出口总量。这种配额安排在WTO框架下的合法情形仅有《反倾销协定》(AD)第8条规定的价格承诺(price undertaking)制度和争端解决案件中通过磋商解决争端的“各方满意的解决方案”(mutually satisfactory resolution)制度与之类似。在反倾销调查中,如果出口商修改价格或停止出口则反倾销调查可以中止或终止。历史上,中国在应对欧盟彩电反倾销的过程中接受过结合数量限制的价格承诺。但值得注意的是,这些自愿限制或停止出口的大前提是在反倾销调查中不被征收反倾销税。而美国此次宣布征收的232措施关税与反倾销调查无关。另外,根据DSU第17条、第22条和第23条,争端当事方可以通过自愿出口限制来解决特定的争端,但是本案中美国的出口总量限制要求是在美韩FTA生效5年进行的实施效果评估之后提出来的,不是WTO争端解决案件,缺乏争端解决的规则基础和法理依据,不属于双方达成的满意的解决方案。

事实上,美国要求韩国限制出口总量直接违反了GATT第11条普遍取消数量限制的规定。在土耳其—纺织品案专家组报告中,对普遍取消数量限制的体制性意义作了详细阐述。专家组指出,“禁止数量限制是GATT体系的基石之一。数

^① White House, Fact Sheets: President Donald J. Trump is Fulfilling His Promise on The U.S. -Korea Free Trade Agreement and on National/Security, 28 March 2018,<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-fulfilling-promise-u-s-korea-free-trade-agreement-national-security/>, visited on 30 June 2018.

量限制通常有扭曲贸易的效果,如何分配数量限制就很成问题,它的后续管理也常常是不透明的”。根据GATT第11.1条,任何缔约方不得设立或维持除了关税减让以外的禁止和限制,无论其形式为何^①。在GATT第11.1条中还特别指出被普遍禁止的数量限制措施可能通过配额、进出口许可或其他措施实施。此处“实施”一词被上诉机构解释为“在特定时间生效的”。此种理解也和《许可证协议》第3.2条第一句话的规定相互印证。^②

美国要求韩国将钢铁出口总量保持在上一年度出口额70%的水平,否则就要被额外征收25%的关税,该限制直接针对进口产品的数量^③,是通过配额实施的数量限制。无论是否有其他附加条件,此种数量限制本身就是被GATT第11条普遍禁止的。在以往的WTO争端解决实践中,一旦确定存在生效的数量限制,则无须进一步评价其影响的大小与程度,可径行确认其违法性。

(二)国别豁免涉嫌违反最惠国待遇和透明度原则

1.涉嫌违反最惠国待遇原则

2018年,3月22日,美国总统特朗普批准了对“钢铝产品232调查”的修正条款,宣布在5月1日前,暂停对阿根廷、澳大利亚、巴西、加拿大、墨西哥、欧盟和韩国的进口钢铁产品和铝产品征收高关税。美国表示将根据与上述国家的磋商情况,决定是否继续关税豁免计划。5月1日,美国宣布将对欧盟、加拿大和墨西哥的豁免延期30天,并宣布此前已与阿根廷、澳大利亚、巴西达成协议通过其他方式来解决钢铁产品的关税问题。^④但目前欧盟、加拿大、墨西哥都已经和中国一样采取了对美国的反制措施。印度曾于6月宣布将征收报复性关税但先后2次延期,如无再次延期,则新的税率将于9月18日起实施^⑤。

① India Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products, WT/DS/90/R, para. 5.129; India Measures Affecting Trade and Investment in the Motor Vehicle Sector, WT/DS/146/R, paras. 7.269-7.270; Dominican Republic Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes, WT/DS/302/R, paras. 7.261-7.265.

② Argentina Measures Affecting the Importation of Goods, WT/DS/438/AB/R, para. 5.218.

③ China Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS/394/AB/R, paras. 319-320.

④ Everett Rosenfeld, US Extends Tariff Exemptions for European Union and Other Allies, 30 April 2018, visited on 30 May 2018. <https://www.cnbc.com/2018/04/30/us-extends-tariff-exemptions-for-eu-and-other-allies.html>

⑤ Rituparna Bhuyan, India Will Delay Retaliatory Tariffs on US Goods due to Two-Plus-Two Talks, <https://www.cnbc.com/2018/04/30/india-will-delay-retaliatory-tariffs-on-us-goods-due-to-two-plus-two-talks-427271.htm> visited on 9 August 2018.

根据GATT第1.1条,任何缔约方给予来自或运往任何其他国家任何产品的利益、优惠、特权或豁免应立即无条件地给予来自或运往所有其他缔约方领土的同类产品。这就是作为WTO基石的最惠国待遇原则。最惠国待遇原则的目的和宗旨就是禁止在不同国家生产或运往不同国家的相同产品之间进行歧视^①,而最惠国待遇也被誉为WTO贸易体系的支柱之一^②。最惠国待遇涵盖范围极广,只要是与进出口货物本身、进出口货物的国际支付有关的税收和费用及其征收方法有关的,就都属于最惠国待遇调整的范围。而且,上述规则的适用范围不是某些利益、某些产品,而是“任何”利益与“任何”产品。^③因此,最惠国待遇保护所有成员对相同产品公平竞争的预期。^④

美国在启动国别豁免谈判并授予国别豁免的过程中,中国始终没有被暂时或永久地豁免232措施关税,甚至没有得到谈判机会。中国出口至美国的钢铁与其他已经得到豁免的成员出口至美国的钢铁之间公平竞争的局面已经被破坏。美韩FTA修改的附属协议作为第一个授予被调查国家永久豁免的,使中国出口的钢铁产品较之于韩国对美国出口的钢铁产品处于更不利的竞争地位,因而涉嫌违反最惠国待遇原则。

2. 涉嫌违反透明度原则

2008年3月8日发布的232调查报告指出,USTR在决定是否给予232措施关税的国别豁免时要考虑:第一,与美国有“安全关系”(security relationship);第二,是否能达成令人满意的“替代性方法”来解决国家安全方面的关注。有分析指出,所谓令人满意的替代性方法既有可能与20世纪80年代对钢铁进口实施的自愿限

① Canada Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS/139/AB/R, para. 84.

② European Communities Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS/400/AB/R, para. 5.86 (quoting European Communities Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, WT/DS/246/AB/R para. 101).

③ European Communities Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS/27/R, para. 7.239.

④ United States Certain Country of Origin Labelling (Cool) Requirements, WT/DS/384/R para. 7.571, quoting Colombia Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry, WT/DS/366/R, para. 7.236; Argentina Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather, WT/DS/155/R, para. 11.20; Appellate Body Reports, Japan-Alcoholic Beverages II, p. 16, DSR 1996:I, p. 109; Korea, Republic of Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS/366/R, paras. 119, 120, and 127.

制协议类似,也有可能于 90 年代对纺织品进口实施的配额相仿。^①但目前美国对由 USTR 主导的国别豁免程序、审查标准都秘而不宣,美韩 FTA 修改方案以及美国与澳大利亚签订的安全保障协议均未公布细节信息。

根据 GATT 第 10.1 条,任何缔约方实施的有关关税税率普遍适用的法律、法规、司法判决和行政裁决都应迅速公布,使各国政府和贸易商能够知晓。任何缔约方政府或政府机构与另一缔约方政府或机构间实施的影响国际贸易政策的协定也应予以公布。除非会妨碍执法或违背公共利益,或者损害商业机密。

从法律本身这个层面看,美国授予国别豁免的 2 个因素“安全关系”和“令人满意的替代性方法”本身语义不清,可能涵盖的范围非常广泛。但无论是《1962 年贸易法》第 232 节本身还是美国的实践都未能对这 2 个因素给出清晰的、一贯的定义。

在法律实践中,美国在通过美韩 FTA 修改的附属协议给予韩国国别豁免的同时,并未公布要求韩国缩减钢铁产品出口额至过去 3 年年均出口额 70% 的评估标准与评估程序。如果不公布这种评估标准和程序,正在进行谈判或者从未获得谈判机会的 WTO 成员的钢铁产品出口,就无法获得公平的贸易机会,因此评估标准和程序属于影响贸易的规则内容,属于应当予以公布的范围。美国与澳大利亚等国迅速达成了安全协议,此类协议既是给予这些国家钢铁和铝产品豁免的依据,也对这些被豁免的国家和未被豁免的国家之间的钢铁和铝产品的国际贸易竞争关系产生了影响。这两类协议按照 GATT1994 第 10.1 条的规定均属于应当公布的政府间签订的“影响国际贸易政策的协定”。这 2 类协议作为国别豁免的实践,是对国别豁免的 2 个考虑因素的解释和补充。美国在已经征收 232 调查特别关税并且已经授予部分国家以国别豁免的情况下,仍未公布对所有贸易伙伴国别豁免的标准和程序,违反 GATT1994 第 10.1 条规定的迅速公布义务。

(三)不符合例外条款

WTO 的规则体系中设置了若干例外条款,成员可以援引例外为自己违反 WTO 一般规则的行为辩护。美国在对包括中国在内的全球贸易伙伴发动的 232 调查中可能涉及的例外条款有 2 类:一是 GATT1994 第 24 条规定的“关税同盟和自贸区例外”,二是 GATT1994 第 21 条规定的“安全例外”;然而,此次美韩 FTA 的修改,无论是对 FTA 文本本身的修改还是新达成的附属协议都不符合这 2 种例外条款的规定。

1. 不符合关税同盟和自由贸易区例外

^① <https://www.jdsupra.com/legalnews/section-232-process-and-procedure-for-81230/>, visited on 30, April 2018.

根据GATT1994第24.5条的规定,“本协定的规定不得阻止在缔约方领土之间形成关税同盟或自由贸易区,或者阻止通过形成关税同盟或自由贸易区所必需的临时协定”。对于此类关税同盟、自由贸易区及其临时协定而言,缔约方之间的贸易法规不得高于或严于之前相同成员领土内存在的相应关税或贸易法规^①。WTO成员通过签订自由贸易协定、建立关税同盟等方式间互相给予更优惠的关税和其他贸易待遇而不构成对WTO规则中普遍取消数量限制原则、最惠国待遇原则、透明度原则和其他贸易规则的违反。

如前所述,此次美韩FTA修改中,钢铝产品232调查的国别豁免作为文本修改的对价与FTA文本之间存在不可分割的联系,但其本身没有被写进FTA文本当中,从法律地位上讲很难被纳入关税同盟和自由贸易区的框架之中。诚然,由于近年来FTA文本日趋复杂、涵盖内容日趋广泛,即便被写进文本的内容也未必属于WTO框架下的关税同盟和自由贸易条款。因此,仅分析是不是被列入FTA的文本并不能完全完成其是否符合关税同盟与自由贸易区例外的分析,而是应当进一步探讨美国对韩国232钢铁产品国别豁免安排的法律属性。美国对韩国232钢铁产品国别豁免的前提是美国依据其国内法对某些产品征收25%的附加关税,而国别豁免是在此前提下不被征收此种被提高了的关税。从法律属性上分析,美韩之间的安排并非在WTO既定的关税减让表承诺的基础上进一步降低关税税率,或者在WTO现有贸易规则基础上作出对政府更严格的限制以使贸易更加自由,不属于关税同盟或自由贸易区内更优惠的贸易安排,不涉及援引第24条关税同盟和自由贸易区例外的问题。

退一步讲,即使钢铁产品232调查的国别豁免安排可以放在第24条的框架下讨论,也不符合第24条的纪律要求。首先,根据GATT1994第24.5条a项的规定,关税同盟、自由贸易区和形成它们的协定对于加入的成员而言,关税和其他贸易法规的安排总体上不得高于或严于之前的水平。美韩之间是先违背关税约束、提高关税税率,而后再以违反普遍取消数量限制措施原则的方式取得非普惠制的豁免。对于韩国而言,虽然关税水平没有提高,但钢铁产品出口数量限制严于此前的贸易水平,且铝产品未获国别豁免,关税税率被额外提高10%。其次,根据GATT1994第24.5条b项的规定,对于非自由贸易区成员或非协定参加方的缔约方而言,关税和其他贸易法规的安排总体上也不得高于或严于之前的水平。美国通过此次美韩FTA修改给予了韩国国别豁免,随后又给予了澳大利亚等国以国别豁免,但对于未获得国别豁免的非缔约方——欧盟、加拿大、墨西哥、中国、印度以及其他WTO成员而言,出口至美国的钢铁产品的关税税率被额外提高了25%,铝

^① 参见GATT1994第24.5条a项。

产品关税税率被额外提高了10%。因此,对于包括中国在内的非缔约方而言,国别豁免的安排都是不符合 GATT1994 第 24 条的规则要求的。

2. 不符合安全例外

美国向 WTO 提交文件(4月13日,文件编号 WT/DS544/2),声称 232 措施并非保障措施,而是基于“国家安全”并符合 WTO 的“安全例外”条款。根据 GATT 第 21.b.ii 条,协定中的任何规定不得解释为阻止缔约方采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动,包括与武器弹药和作战物资的贸易有关的行动。美国主张,钢铁和铝是生产武器的原材料,也是重要的作战物资,美国国内产业能够生产足够数量的,质量有保证的钢铁和铝,对于国家安全来讲至关重要。然而,美国的措施并不满足“基本国家安全利益”和“所必需的”这 2 个重要条件。

从 GATT 第 21 条的谈判历史来看,关贸总协定的缔约方倾向于各国基于国内立法和实践各自确定其所认为的“基本国家安全利益”和“所必需的”。这有利于促使成员方通过外交途径达成更加灵活的解决方式,客观上避免了由 WTO 承担解决政治问题的风险。在中国—原材料案中,专家组在解释 GATT 第 11.2 条 a 项“其他必需品”(other products essential to the exporting contracting party)一词时,注意到了第 11 条和第 21 条在文字表述上的区别,并据此指出如何判断“必需品”不应当像第 21 条安全例外那样由涉及到的国家自行判断。^①这一裁决也印证了上述谈判历史和实践中的 WTO 成员的共识。

《马拉喀什建立世界贸易组织协定》序言中列明了扩大货物和服务的生产和贸易的目标。为了实现这一目标,对包括国家基本安全例外在内的所有例外条款都应当作谨慎的狭义解释,不宜扩大例外条款的适用范围。考虑到中美两国并未处于交战或武装冲突状态,两国间双边、区域和多边沟通和对话机制畅通,更无必要对“其他必需品”作扩大解释。

在 WTO 框架下,GATT1994 第 21 条 b 项中的基本“国家安全利益和“所必需的”这 2 个术语都没有明确的定义,也没有相关争端解决案件的裁决对此进行司法解释。2017 年 6 月,卡塔尔断交危机之后,沙特等国停止了与卡塔尔的物资交易,禁止卡塔尔的飞机、船只使用其领空、港口,要求卡塔尔公民自断交之日起 14 日内离境。沙特还关闭了与卡塔尔的边境。卡塔尔在危机之后将沙特、巴林和阿拉伯联合酋长国的经济封锁措施诉诸 WTO 争端解决机制。被诉 3 国将极有可能援引安全例外作为经济封锁的法律基础。但目前上述案件并未形成生效裁决,专家组和上诉机构将如何解读“基本国家安全利益”和“所必需的”这 2 个术语仍

^① China Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS/394/R, para. 7.276.

然有待观察。

尽管如此,WTO并不允许成员滥用安全例外。虽然国家安全对各国政府非常重要,但也不能用于证明每一项政策干预的正当性,更不能被当成掩饰保护主义的万灵丹。从字面含义来看,援引安全例外的成员对“基本”(essential)安全利益负有证明责任。从字面含义出发,“基本安全利益”应当与“一般安全利益”有所区别。尽管WTO成员可以自行定义“基本安全利益”,但仍要说明安全利益为何是“基本”的。客观来说,产能过剩和市场中的不公平竞争问题对于世界最大的经济体美国而言,更应当趋近于一般安全利益而非基本安全利益。

从上下文看,GATT第21条b项中“所必需的”这一术语的解释应当与第20条一般例外中的a项、b项和d项中的“所必需的”的含义一致或趋同。在中国一视听出版物案中,上诉机构指出,第20条中“所必需的”一词包括对于争议措施和可能的替代措施之间的“平衡与考虑”。^①判断必要性的程序从争议措施所涉及价值的重要性开始,最后对争议措施和可能的替代措施的各种要素进行平衡和考虑,然后应当将争议措施和替代措施进行比较,以确定能够实现同等立法目标的替代措施是否对贸易的限制性更小。美国在232调查中为保护国家安全采取征收特别关税的做法希望通过解决产能过剩和市场中的不公平竞争问题保障用于生产武器的作战物资的国内生产供给。然而,对于钢铁和铝制品的产能过剩和不公平竞争而言,无论是反倾销、反补贴还是保障措施都能够实现保障国内生产规模的目的,而且这些是WTO规则允许的贸易救济措施。无论是制度设计、争端解决实践还是透明度,传统的贸易救济手段对贸易的限制作用和对多边贸易体制的威胁也都更小。因此,美国所主张的措施不符合必要性要求。

五、中国应追加起诉美国钢铁产品232调查的国别豁免

(一)目前磋商请求的范围

如前所述,在钢铁产品贸易中,美国对韩国钢铁产品授予国别豁免的安排违反了GATT中的关税约束承诺和普遍禁止数量限制措施原则,违反了最惠国待遇原则,违反了透明度原则且不符合关税同盟和自由贸易区例外、不符合国家安全例外。中国已经于2018年4月5日向美国正式提出关于钢铝产品232调查及其征税措施的磋商请求并通报WTO争端解决机构^②。然而,在磋商请求中对于国别豁

^① China Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS/363/AB/R, paras. 239, 242.

^② United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products - Request for consultations by China, WT/DS544/1.

免问题并未明确列明。

首先,磋商请求文本并未直接提及国别豁免。磋商请求对争议措施的描述分为事实描述、事件列举和兜底条款3个部分。事实描述部分仅描述了美国从3月23日起对钢铝产品征收附加关税的情况,并提到了美国表示可能进一步采取附加关税、替代措施或者实施配额,对3月28日美韩联合声明中提到的国别豁免事项并未提及。在事件列举部分,中国专门列明了美国商务部发布的“产品豁免”(又称产品排除)公告,而该公告在“国别豁免与产品豁免”标题下特别指明此项文件仅限于产品豁免。此外,中国专门列明了对钢铁^①和铝产品^②征税的美国总统公告。这2份公告专门指明了加拿大、墨西哥与美国关系的特殊性,并宣布给予2国以临时国别豁免,并指出欢迎其他国家与美国共同努力以找到“替代性方法”,但当时并未明确“替代性方法”就是永久国别豁免安排。在兜底部分,中国指出,磋商范围也覆盖与上述描述和列举有关的“修改”、“接续措施”、“替代措施”或“执行措施”。虽然国别豁免可以从广义上被理解为232调查的执行措施,但毕竟未明确列明磋商范围包括作为美韩 FTA 附属协议的国别豁免安排,甚至没有使用美国商务部公告中使用的“国别豁免”一词。

其次,对比其他 WTO 成员诉美钢铝 232 征税措施案件,中国的磋商请求范围对国别豁免的指向略显模糊。目前,中国、印度、欧盟、加拿大、墨西哥、挪威、俄罗斯、瑞士共 8 个 WTO 成员针对美钢铝 232 征税措施提出了磋商请求,诉诸 WTO 争端解决机制。这 8 份诉请求中,印度的磋商请求与中国的磋商请求在结构内容上几乎一摸一样。从第三个提告的欧盟开始,包括加拿大、墨西哥、挪威在内,虽然磋商请求对于争议措施的结构仍然采用事实描述、事件列举和兜底条款 3 部分模式,但在事实描述中都明确包含了美国授予韩国、澳大利亚、阿根廷等国国别豁

① Adjusting Imports of Steel Into the United States, Including the Annex, to Modify Chapter 99 of the Harmonized Tariff Schedule of the United States (Presidential Proclamation 9705, 83 FR 11625-11630, 15 March 2018).

② Adjusting Imports of Aluminum Into the United States, Including the Annex, to Modify Chapter 99 of the Harmonized Tariff Schedule of the United States (Presidential Proclamation 9704, 83 FR 11619-11624, 15 March 2018).

免的内容,在兜底条款部分都明确表明磋商范围包含“任何豁免”。^①俄罗斯和瑞士^②磋商请求的结构与叙事逻辑与此前6个成员略有不同,但二者都在正文中通过描述或者列举方式表明磋商范围包括国别豁免。与其他6个WTO成员相比,中国和印度的磋商请求对于是否涵盖国别豁免表述得不够清晰和明确。

(二)追加起诉的必要性与可行性

1.必要性

中国提告美国钢铝产品232调查及其征税措施的时间较早,彼时美国的政策走向和国别豁免实践均不清晰。因此,在当时的磋商请求中以兜底条款的方式宽泛地提及是可以理解的。但随着美国终止对欧盟、加拿大和墨西哥的临时国别豁免并开征关税,美国对韩国、阿根廷、澳大利亚授予永久国别豁免的事实越来越清楚,中国放任磋商请求保持现状的做法们有一定法律风险。

根据DSU第6条第2款,设立专家组的请求中必须指出是否已进行磋商。而根据DSU第7条第1款规定,设立专家组的请求决定了专家组审查事项的标准职权范围。换言之,除非争端方达成一致,否则未经磋商的措施不能被列入设立专家组的请求,也不能成为专家组程序审查的对象。作为美韩FTA附属协议的国别豁免安排如果不能清晰地、毫无争议地被列入磋商范围,则美方在诉讼中很可能主张国别豁免不属于专家组审理范围之内而提出初步反对意见,或者故意以此议题提出与中国的沟通要求 以达到拖延程序的目的。

在实践中,中国和美国的确可以在实际磋商中对国别豁免进行磋商,然而此种方法依然存在隐患。磋商是保密的,争端当事方没有义务也不得对包括专家组在内的任何组织与个人透露磋商的具体内容。因此,一旦争端方对已经磋商的范围是否涵盖某个事项出现争议,则磋商请求是判断某项议题是否经过了磋商的最直接、有力和客观的证据。虽然在争端解决案件中专家组和上诉机构也同意磋商请求无须精确地列明所有争议措施的具体内容^③,但是也要求磋商请求所描述的

① United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products - Request for consultations by European Union, WT/DS548/1; United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products - Request for Consultations by Canada, WT/DS550/1; United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products - Request for consultations by Mexico, WT/DS551/1; United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products - Request for Consultations by Norway, WT/DS552/1.

② United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products - Request for consultations by The Russian Federation, WT/DS554/1; United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products - Request for Consultations by Switzerland, WT/DS556/1.

③ Brazil Export Financing Programme for Aircraft, WT/DS/46/AB/R, para. 132.

争议措施应当足够清晰和准确^①。中国目前的磋商请求是否能够满足“清晰、准确”这个标准可能引发争议。

2. 可行性

对于中国而言,通过补充磋商请求的方式实现对国别豁免问题的追加起诉,这一路径是通畅的。DSU 第 3 条第 7 款明确规定了 WTO 成员自我调节的责任,而 WTO 争端解决机制也将提起争端解决案件的权利完全地留给了成员。成员对于是否提告、何时提出以及提出何种主张有完全的决定权^②,当然也包括对在磋商阶段追加磋商请求的决定权。成员通过追加磋商请求就可以实现追加起诉,而追加的磋商请求须与所有的磋商请求一样按照 DSU 第 4.4 条的要求由该成员以书面形式通知 DSB 及有关理事会和委员会。鉴于中国已经将美国 232 措施诉诸 WTO 争端解决机制,中国政府应当作为 232 调查国别豁免的美韩 FTA 修改追加起诉。

从操作层面,此种追加起诉已有先例。在美国对某些中国产品的关税措施案(DS543)中,中国于 2018 年 4 月 4 日起诉了美国 301 征税建议措施。7 月 6 日,中国在世贸组织就美国对华 301 调查项下正式实施的征税措施追加起诉。7 月 16 日,美国宣布了 301 调查项下对中方 2000 亿美元输美产品征税建议措施,中国再次于当日在世贸组织追加起诉美方征税建议措施。因此,在 DS544 案件项下,追加起诉美国对韩国的国别豁免的安排不存在制度和操作层面的障碍。

六、结语

随着全球经济各国依赖程度的加深,WTO 成员比以往更加重视,对 WTO 规则的遵守与执行,因为对权利义务的谈判和妥协如果悖离多边规则,将或早或晚、以直接或间接的方式影响到它们。即使是在全球范围内发动贸易战的美国也还在向 WTO 争端解决机制陆续提告欧盟、加拿大、墨西哥、土耳其和中国等国对钢铁 232 的反制措施。^③中国作为 WTO 成员在自身合法权益受到侵害时更加没有任何理由放弃 WTO 争端解决机制这一选项。

^① India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, WT/DS/79/AB/R, para. 94.

^② Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States(Article 21.5-US), WT/DS/132/AB/RW, para. 73.

^③ 这些案件分别是美国起诉加拿大反制措施的案件 DS557、美国起诉中国反制措施的案件 DS558、美国起诉欧盟反制措施的案件 DS559、美国起诉墨西哥反制措施的案件 DS560 和美国起诉土耳其反制措施的案件 DS561。

针对包括232调查在内的中美贸易战,中国已经在贸易对峙和法律战方面严阵以待。反观美国,随着与韩国、澳大利亚通过双边协定达成和解、豁免钢铁产品关税,其国内钢铁产业已经有不满之声。美国钢铁产业协会甚至在讨论是否要背弃与政府的统一阵线以反对与韩国、澳大利亚等国的和解。在国际层面,美国的传统盟友欧盟、加拿大、墨西哥和日本已经采取了针对美国232特别关税的报复措施。俄罗斯和印度也已经向WTO通报拟采取报复措施。在这样一个剑拔弩张的时刻,尽管WTO争端解决机制面临一定的困难和挑战,考虑到包括欧盟等主要WTO成员在内的各方正在为此积极努力,中国更是应当在WTO框架下的对当前的乱局进行治理和疏导,以期引领未来国际贸易体制的发展。

KORUS FTA Amendments and Modifications in a US-China Trade War: Also on China's Response

Abstract: United States and the Republic of Korea have reached an agreement in principle on the general terms of amendments and modifications to the KORUS FTA. The arrangement relating to the steel and alumina product is also the consideration for a country exemption for the Republic of Korea from tariffs imposed on steel imports under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962. Given that the standards and procedure of country exemption under the Section 232 investigation remains unclear, the amendments and modifications would be of great significance to analyze U.S. government's intention and practice under Section 232 investigation in a US-China trade war which violates its promises and obligations under the WTO rules and impairs China's legal benefit as the WTO member. China should recourse the country exemption arrangement to the WTO dispute settlement mechanism.

Key words: US-China trade war; KORUS FTA amendments and modifications; section 232 investigation; most favored nation; country exemption

(责任编辑:诗彤 肖军)