

中美贸易战中的国际法

杨国华*

内容摘要:在2018年3月至4月间爆发的中美贸易战中,双方已经对价值数十亿美元的进口产品加征关税,并且准备进一步针对数百亿、上千亿美元的产品采取措施。贸易战的起因是美国贸易法“232调查”(钢铁和铝进口对国家安全的影 响)和“301调查”(中国技术转让、知识产权和创新的立法、政策和做法),但是涉及众多WTO规则,并且双方已在WTO互诉。在这场贸易战中,相关WTO规则有待澄清,国际法基本原则也有待论证。贸易战彰显了国际法的重要性,但是国际法也要不断发展以适应社会发展的需要。

关键词:中美经贸关系 贸易战 “232调查” “301调查” WTO规则
国际法基本原则

一、引言

2018年3月至4月,中国和美国之间爆发了贸易战。^①这是中美第一次贸易

* 清华大学法学院教授,中国法学会世界贸易组织法研究会常务副会长。

感谢全小莲、彭德雷、廖诗评、张乃根、陈喜峰、赵宏瑞、胡建国、陈咏梅、韩立余和王衡等老师提供批评和建议,感谢清华大学法学院研究生王语嫣同学提供资料和评论。

① 2018年5月20日,中美就经贸磋商发表联合声明,全文如下:“根据习近平主席和特朗普总统的指示,2018年5月17日至18日,由习近平主席特使、国务院副总理刘鹤率领的中方代表团和包括财政部长姆努钦、商务部长罗斯和贸易代表莱特希泽等成员的美方代表团就贸易问题进行了建设性磋商。双方同意,将采取有效措施实质性减少美对华货物贸易逆差。为满足中国人民不断增长的消费需求和促进高质量经济发展,中方将大量增加自美购买商品和服务。这也有助于美国经济增长和就业,双方同意有意义地增加美国农产品和能源出口,美方将派团赴华讨论具体事项,双方就扩大制造业产品和服务贸易进行了讨论,就创造有利条件增加上述领域的贸易达成共识。双方高度重视知识产权保护,同意加强合作,中方将推进包括《专利法》在内的相关法律法规修订工作。双方同意鼓励双向投资,将努力创造公平竞争营商环境,双方同意继续就此保持高层沟通,积极寻求解决各自关注的经贸问题。”参见新华网,http://www.xinhuanet.com/world/2018-05/02/c_1122857981.htm。刘鹤在接受采访时表示:“此次中美经贸磋商的最大成果是双方达成共识,不打贸易战,并停止互相加征关税。”参见新华网,http://www.xinhuanet.com/politics/2018-05/20/c_1122857996.htm,2018年5月23日访问。

战,^①共进行3场“战斗”。

第一场可以称为“232之战”,由美国贸易法第232节引起。美国依据该法对钢铁和铝加征关税(3月23日生效),影响了源自中国价值约30亿美元的出口。中国认为美国所采取的措施,实质上是“保障措施”,因此根据WTO《保障措施协定》的规定,宣布对来自美国价值约30亿美元的水果和肉类等产品加征关税(4月2日生效)。随后,中国将美国的措施诉诸WTO争端解决机制(4月5日,案件编号DS544)。美国则向WTO提交文件(4月13日,文件编号WT/DS544/2),声称其措施并非保障措施,而是基于“国家安全”,符合WTO中的“安全例外”条款(《关税与贸易总协定》第21条)。

第二场可以称为“301之战”,由美国贸易法第301节引起。美国依据该法对中国的知识产权和技术转让等措施发起调查(2017年8月18日),并且认定中国的相关法律、政策和做法损害了美国利益(3月22日)。美国宣布,准备对来自中国的工业机械、航空航天和信息通信等价值500亿美元的产品加征关税(4月3日),同时将中国技术许可方面的法律法规诉诸WTO争端解决机制(DS542)。同日,中国宣布准备对来自美国的大豆、汽车和化工等价值500亿美元的产品加征关税,认为这是“捍卫自身合法权益、维护多边贸易体制的正义行为,是符合国际法基本原则的正当举措”。同时,中国又将美国的措施诉诸WTO争端解决机制(DS543)。在此期间,中国声明,美国所采取的措施是单边主义行为,违反了WTO规则[WTO《关于争端解决的规则和程序的谅解》(DSU)第23条],但是美国则辩称,该调查事项并非WTO管理事项(3月27日,美国在争端解决机构会议上的发言),并且措施尚未实施,不属于WTO受案范围(4月13日,文件编号WT/DS543/2)。

第三场可以称为“301+之战”,因为中国宣布反击后,特朗普放话,考虑再对中国价值1000亿美元的产品加征关税(4月5日)。同日,中国发表声明:“不惜付出任何代价,必定予以坚决回击,必定采取新的综合应对措施,坚决捍卫国家和人民的利益。”

^① 中美之间一直存在贸易摩擦,但是对巨额进出口产品加征关税的情况此前从未出现。早在1983年1月19日,由于美国对中国纺织品实行单方面进口限制,中国决定停止批准自美国进口棉花、大豆、化纤的新合同,并削减从美国进口其他农产品的计划。该措施涉及进口数额不大。1990—1991年和1994—1996年,中美双方因为知识产权和市场准入等问题进行谈判,曾经公布过报复清单,但是没有实施。以上参见商务大事记(http://history.mofcom.gov.cn/?page_id=33)和商务年鉴(<http://history.mofcom.gov.cn/book/>)相应年份以及杨国华:《美国贸易法301条款研究》,法律出版社1998年版,第135-164页。

我们看到,中美双方都在援引WTO条款,并且在WTO互相起诉。从《保障措施协定》、GATT(第1条、第2条和第21条)、DSU(第23条)到《与贸易有关的知识产权协定》,这些规则在“战争”的“硝烟”中时隐时现。WTO规则是国际法的组成部分,因此在中美贸易战中,国际法一直存在。

不仅如此,除了WTO明确条款,中国还提到了“捍卫自身合法利益”和“符合国际法基本原则的正当举措”等内容。在美国发出500亿美元、1000亿美元威胁的情况下,中国除了到WTO起诉,是否有权反击?换句话说,在WTO规则没有明确条文规定的情况下,中国应当如何应对这种紧急情况?

二、中美贸易战

(一)“232之战”

1. “232调查”及其措施

2017年4月19日,美国商务部长宣布,根据1962年《贸易扩展法》(Trade Expansion Act)第232节,就进口钢铁对国家安全的影响发起调查,而美国总统则要求调查尽快进行。商务部随即发布公告征求意见,举行听证会,与国防部、国务院、财政部、内务部、国土安全部、国际贸易委员会和贸易代表办公室等部门举行了协商。2018年1月11日,商务部向总统提交报告,主要结论为:钢铁对美国国家安全至关重要;目前存在的进口数量对美国钢铁业造成不利影响;钢铁大量进口替代国内钢材严重削弱美国经济;全球钢铁产能过剩是导致国内经济疲软的一个原因。为此,该报告建议总统立即采取行动,通过配额或关税限制进口,以消除对国家安全造成的威胁。^①

与此同时,在发起钢铁调查几天之后,2017年4月26日,美国商务部长宣布对进口铝发起相同调查,并于2018年1月17日向总统提交报告,主要结论为:铝对美国国家安全至关重要;美国政府没有储备任何战略性铝矾土、氧化铝、铝锭、铝坯或任何半成品铝材(例如铝板);铝进口数量对美国铝业的经济产生了不利影响;全球铝产能过剩是导致美国铝产业和美国经济疲软的原因。为此,该报告提

^① 参见《钢铁进口对国家安全的影响报告》(下称《钢铁报告》)第1-10页和第18-20页。该报告正文共61页。报告原文参见美国商务部网站,https://www.commerce.gov/sites/commerce.gov/files/the_effect_of_imports_of_steel_on_the_national_security_-_with_redactions_-_20180111.pdf,2018年5月6日访问。听证会实录文稿参见美国商务部产业与安全局网站,<https://www.bis.doc.gov/232steel>,2018年5月6日访问。中国政府代表在听证会上发表了观点。

出了类似建议。^①

2018年3月8日,美国总统宣布对进口钢铁和铝分别加征25%和10%的关税,并于3月23日开始实施。^②

2. 法律之争

第232节标题为“保障国家安全”(safeguarding national security),篇幅只有5页,主要是规定美国商务部可以就进口对国家安全的影响进行调查并且向总统提出建议。其中,在衡量国家安全时,应该考虑国内生产状况以及进口对国内产业的影响,具体包括国防所需的国内生产,生产能力,现有及预期的人力、产品、原材料和服务等,产业增长的需求及投资和研发等供给和服务,进口数量和限制及其影响(例如失业、政府收入减少、技能或投资下降、国内产品替代)等因素。^③实践中,美国商务部根据实施条例及个案情况,又增加了其他因素,例如钢铁和铝调查中的产能过剩问题。^④

美国启动“232调查”及其采取措施,举世哗然,因为在美国贸易法中,第232

① 参见《铝进口对国家安全的影响报告》(下称《铝报告》)第1-9页、第18-19页。该报告正文共109页。报告原文参见美国商务部网站, https://www.commerce.gov/sites/commerce.gov/files/the_effect_of_imports_of_aluminum_on_the_national_security_-_with_redactions_-_20180117.pdf, 2018年5月6日访问。听证会实录文稿参见美国商务部产业与安全局网站, <https://www.bis.doc.gov/232aluminum>, 2018年5月6日访问。中国政府代表在听证会上发表了观点。

② 参见美国白宫网站, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states/>; <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states/>, 2018年5月6日访问。

③ 第232节参见19 U.S.C.A. § 1862, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/pdf/USCODE-2011-title19-chap7-subchapII-partIV-sec1862.pdf>, 2018年5月6日访问。美国商务部实施条例参见15 C. F. R. 705, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2001-title15-vol2/pdf/CFR-2001-title15-vol2-part705.pdf>, 2018年5月6日访问。

④ 参见《钢铁报告》第11-17页,《铝报告》第12-17页。关于第232节内容和本次调查基本情况,可参见美国国会研究机构(Congressional Research Service, CRS)研究报告: Rachel F. Fefer & Vivian C. Jones, Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, <https://fas.org/sgp/crs/misc/IF10667.pdf>; James K. Jackson & Brock R. Williams, Section 232 Steel & Aluminum Tariffs: Potential Economic Implications, <https://fas.org/sgp/crs/misc/IN10874.pdf>, 2018年5月8日访问。

节鲜为人知,很少依此采取过行动。^①因此,调查之初,很多国家就纷纷表示关注,认为这是贸易保护主义行为。^②待美国总统宣布采取措施后,欧盟和中国等则明确表示反对,并且宣布采取反制措施。^③值得注意的是,欧盟认为,美国措施并非基于所谓“国家安全”考虑,而是“伪装的”保障措施(safeguard measure in disguise),因此欧盟有权依据WTO《保障措施协定》采取措施,而中国随后也表示,美国征收关税的行为“实际上”构成保障措施,中国有权依《保障措施协定》制定“中止减让清单”。不仅如此,中国等还在WTO货物贸易理事会发言,表示美国措施不符合WTO规则。^④3月26日,中国根据《保障措施协定》第12条第3款正式要求与美国磋商,并且表示根据该协定第8条第1款,中国有权要求美国提供贸易补偿

① 历史上总共发起过26次“232调查”,其中5次采取了行动。1995年WTO成立后共发起了2次调查,但都没有采取措施。1962—1973年是紧急事务筹备局(Office of Emergency Planning/Preparedness)负责调查,1973—1980年则是财政部(Department of Treasury)负责。案件情况参见<https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/section-232-investigations/86-section-232-booklet/file>; <https://www.bis.doc.gov/index.php/other-areas/office-of-technology-evaluation-ote/section-232-investigations>, 2018年5月8日访问。

② 欧盟表态参见<https://www.newshunters.club/brussels-vows-to-retaliate-over-us-steel-tariffs-threat/>, 2018年5月7日访问。中国表态参见商务部官网,<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/slfw/201704/20170402565972.shtml>, 2018年5月6日访问。

③ 欧盟贸易委员表示,希望得到美国的豁免,拟采取三方面的反制措施,包括向WTO起诉、根据《保障措施协定》加征关税以及发起新的保障措施调查。参见欧盟网站, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-18-1961_en.htm, 2018年5月6日访问。中国商务部认为报告与事实完全不符,美国不应以“国家安全”之名,行贸易保护之实,单方面采取贸易限制措施,中方必将采取必要措施维护自身正当权利。参见商务部网站, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201803/20180302718481.shtml>, 2018年5月6日访问。此外,3月23日,中国商务部就美国进口钢铁和铝产品232措施及中方应对措施公开征求意见,认为美方征收关税的行为实际上构成保障措施,中方将根据世贸组织《保障措施协定》有关规定,制定中止减让清单。该清单暂定包含7类、128个税项产品。按2017年统计,涉及美对华约30亿美元出口。第一部分共计120个税项,涉及美对华9.77亿美元出口,包括鲜水果、干果及坚果制品、葡萄酒、改性乙醇、花旗参、无缝钢管等产品,拟加征15%的关税。第二部分共计8个税项,涉及美对华19.92亿美元出口,包括猪肉及制品、回收铝等产品,拟加征25%的关税。参见商务部网站, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201803/20180302722664.shtml>, 2018年5月6日访问。3月29日,中国向WTO通报了该措施。参见G/L/1218;G/SG/N/12/CHN/1。

④ 参见https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/good_23mar18_e.htm, 2018年5月1日访问。

并且中国有权采取其他措施。^①然而,美国认为,该措施并非保障措施,因此不能与中国依据该协定举行磋商。^②在这种情况下,4月5日,中国在WTO正式起诉美国,认为美国的措施不符合GATT第19条,《保障措施协定》,GATT第2条、第1条和第10条,^③而美国则再次表示该措施不属于保障措施,并且每个WTO成员都有权维护GATT第21条所规定的基本安全利益。^④

由此可见,中美之间不仅互相采取了限制进口的措施,而且在法律依据方面产生了很大争议。美国措施是否保障措施?如果是,那么是否符合《保障措施协定》?如果否,那么是否符合GATT第21条例外?“是”或“否”,对中国措施的定性有何影响?对这四个问题的回答,是对双方措施进行是非判断的基本前提。

中国(和欧盟)认为美国措施是“实际上”(“伪装的”)的保障措施,可能因为美国措施与保障措施非常相像。所谓保障措施(safeguard measure),是指在进口增加给国内产业造成严重损害或严重损害威胁的情况下,进口国限制进口的措施,例如提高关税和施加配额。^⑤换句话说,如果进口国想采取保障措施,必须经过调查证明进口增加、国内产业受到严重损害或者威胁、二者之间的因果关系。从上述第232节所规定的衡量国家安全应该考虑的因素以及钢铁和铝调查所得出的结论看,二者有相当程度的重合,特别是进口对国内产业的影响。当然,二者之间也有很大不同:首先,从目标上看,保障措施是为了消除进口对国内产业的损害,而第232节是为了维护国家安全;其次,从标准上看,第232节并不要求出现国内产业受到严重损害的状况。如果将它们比做两个圆,那么二者有明显交集。因此,说美国措施属于保障措施,是有道理的。然而,美国抗辩说不是保障措施,因

① 参见WTO文件:铝(G/SG/161);钢铁(G/SG/162)。此前,欧盟(4月16日,G/SG/173)、印度(4月17日,G/SG/177)、俄罗斯(4月19日,G/SG/181)和土耳其(4月20日,G/SG/184)等成员已经要求与美国磋商。

② 参见G/SG/161/Suppl.1; G/SG/162/Suppl.1; G/SG/167。

③ 磋商请求参见WT/DS544/1。

④ 参见WT/DS544/2。

⑤ 参见《保障措施协定》第2条第1款和第5条。对外贸易经济合作部国际经贸关系司译:《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判法律文本》(中英文对照),法律出版社2000年版,第275-283页。

为根据美国国内法,保障措施规定在1974年《贸易法》第201节。^①从美国国内法的角度看,第201节显然对应于《保障措施协定》,但是不能因此得出结论,根据其他美国国内法所采取的措施就不属于保障措施。也就是说,是否属于保障措施,应该以《保障措施协定》为标准,对照有关措施进行判断。如果该措施的“性质”就是保障措施,那么应该遵守该协定的纪律。

对美国措施是否保障措施的认定,直接影响到后面两个问题的回答。如果是保障措施,则该措施明显符合中国所提出的四项指控,即调查报告没有论证GATT第19条和《保障措施协定》所规定的若干要求,包括“未预见的发展”、进口增加足以造成严重损害或者威胁、向WTO通报、与中国等受到影响的成员进行磋商、限制产品不针对来源和必要的时间限度,同时还由于提高关税和豁免部分成员^②而不符合GATT第2条(关税约束)、第1条(最惠国待遇)和第10条(统一、公正和合理实施)。如果不是保障措施,该措施也明显不符合GATT第2条、第1条和第10条;而且,美国已经初步提出的抗辩,即GATT第21条(安全例外),也不太可能成立。正如欧盟所指出的,该款是用于战时的。^③从该款文字看,“裂变和聚变物质”、“武器、弹药和作战物资”和“战时”(in time of war)等词汇已经明显限定了产品的范围和情形。钢铁和铝虽然属于重要产品,但是将其归为该款所指特定产品,或者将该措施解释为该款所提及的“国际关系中的其他紧急情况”,都需要更加充分的论证。简而言之,在和平时期,援引该款为限制钢铁和铝的措施进行抗辩,应该很难成立。在这样的文字背景下,将该款提到的WTO成员可以“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”解释为可以随心所欲,恐怕不符合WTO所确认的国际法习惯解释方法,特别是《维也纳条约法公约》第

① 19 U. S. C. §2251-2254, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2009-title19/pdf/USCODE-2009-title19-chap12-subchapII-part1.pdf>, 2018年5月8日访问。美国还指出,2017年针对太阳能板和洗衣机采取的措施就是根据第201节采取的保障措施。参见G/SG/161/Suppl.1。

② 截至本文完成时,2018年4月30日,阿根廷、澳大利亚和巴西获得钢铁和铝措施的豁免,韩国获得钢铁措施的豁免,加拿大、墨西哥、欧盟和韩国的铝措施则暂时豁免至6月1日,视其谈判情况决定是否给予豁免。其依据是总统认为这些国家与美国有重要安全关系,因此依据第232节授予总统的权力予以调整。参见美国白官网站, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states-3/>; <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states-3/>, 2018年5月8日访问。

③ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-18-1961_en.htm, 2018年5月8日访问。

31条所说的“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之”。^①

综上所述,不论是否保障措施,美国措施都不符合WTO规则。然而,是否为保障措施的认定,却有实质性意义。如果是保障措施,则中国就有权依据该协定第8条采取反制措施。也就是说,在这种情况下,中国对美国进口产品加征关税就是有WTO规则依据的。但如果不是保障措施,则该协定显然不能作为中国反制措施的依据,而中国措施的依据就需要另辟蹊径(下文将尝试提供某种路径)。事实上,美国已经提出,中国措施没有WTO规则依据。^②当然,在这种情况下,美国可能会起诉中国。^③

(二)“301之战”

1. “301调查”及其措施

2017年8月14日,美国总统致函贸易代表,要求其根据1974年《贸易法》第301节对中国的知识产权、创新和技术转让等方面的法律和政策进行调查,以确定这些做法是否不合理或具有歧视性(unreasonable or discriminatory),从而损害了美国的知识产权、创新和技术发展。几天之后(8月18日),贸易代表宣布启动这项调查,随后发布公告征求意见,举行听证会,并与总统经济顾问委员会、商务部、劳工部、国务院、财政部、司法部和小企业管理局等调查委员会成员进行了协商。^④

2018年3月22日,贸易代表向总统提交报告,主要结论为:中国有关技术转让、知识产权和创新的法律、政策和做法不合理或者具有歧视性,且给美国商业造成负担或者限制(unreasonable or discriminatory and burden or restrict U.S.

^① 《维也纳条约法公约》第21条的英文表述是:“…nothing in this Agreement shall be construed…(b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests…”对于“it considers”的含义,有WTO成员认为,措施是否为保护基本安全利益所必需,判断权完全在采取措施的成员,其他成员无权指责,但是也有成员认为,采取措施并非没有限制。

^② 参见G/SG/161/Suppl.1; WT/DS544/2。

^③ 《保障措施协定》第8条对反制措施规定了若干条件,包括只能在向WTO通报30日后实施和报复水平“实质相等”。

^④ 参见《中国与技术转让、知识产权和创新有关的法律、政策和做法调查报告》(《301报告》)第4-9页。该报告参见美国贸易代表办公室网站, <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>。听证会实录文稿参见 <https://www.regulations.gov/content-Streamer?documentId=USTR-2017-0016-0063&attachmentNumber=1&contentType=pdf>, 2018年5月8日访问。本人参加了听证会。

commerce)。具体而言:(1)中国使用合资要求、股比限制和其他外商投资限制来强制或迫使美国企业转让技术。中国还使用行政审批程序来要求或迫使技术转让,降低了美国投资和技术的价值,并削弱了美国企业的全球竞争力。(2)中国对美国企业的投资和活动施加了实质性的限制和干预,包括对技术许可条件的限制。这些限制剥夺了美国技术所有者就技术转让进行谈判并达成市场化条件的能力。有意许可技术的美国公司必须依照偏向中国被许可人的不公平的条件来进行技术许可。(3)中国指示中国公司对美国公司及其资产进行系统性投资和收购,或为这些投资并购提供便利,以使得中国公司获得先进技术和知识产权,并在中国政府的产业计划认为重要的行业领域实现大规模技术转让。(4)中国实施和支持对美国公司计算机网络的非法入侵和窃取。这些行动使得中国政府获得了知识产权、商业秘密或者机密商业信息(包括技术数据、谈判立场、敏感和保密的内部商业通信),也支持了中国的包括科技进步、军事现代化和经济发展在内的战略发展目标。上述做法给美国经济造成的损失至少为每年500亿美元。^①

当天,美国总统宣布采取一系列措施以回应中国的做法:(1)WTO诉讼:将在WTO起诉中国的歧视性的技术许可做法。(2)征收25%的从价税:对中国的部分产品征收额外关税,涉及的年度贸易额将与中国不公平政策对美国经济造成的损失相当。拟议中的加征关税产品清单将包括:航空航天,信息通信技术,机械。(3)实施投资限制:回应中国旨在获得美国关键技术的投资。财政部将会同相关部门,提出措施以应对中国收购敏感技术的投资行为。^②4月3日,贸易代表办公室公布了征税产品建议清单,共计1333种产品,既包括工业机器人、生物药品、航空航天、信息和通信技术等高附加值产品,也包括电视和洗碗机等消费产品,价值约500亿美元。^③次日,美国宣布向WTO起诉,认为中国的技术许可等法律法规不符合WTO规则。^④5月15—17日,贸易代表办公室就征税产品建议清单举行听

① <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2018/march/section-301-fact-sheet>, 2018年5月8日访问。

② 参见美国白宫网站:<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-actions-united-states-related-section-301-investigation/>, 2018年5月8日访问。

③ 参见美国贸易代表办公室网站, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/april/under-section-301-action-ustr>, 2018年5月8日访问。

④ 磋商请求参见WT/DS542/1。

证会。^①

2. 法律之争

第301节俗称“301条款”,实际上是第301—310节共10节内容,篇幅达15页,详细规定了调查的范围和程序。^②根据第301节规定,调查基本涉及两种情况:违反贸易协定或其他国际协定[第301节(a)项];虽然不违反协定,但属不合理或具有歧视性,从而给美国商业造成负担或限制[第301节(b)项]。也就是说,如果外国法律、政策或做法符合(a)项情况,则美国应该诉诸《保障措施协定》所设立的争端解决机制(例如WTO争端解决机制);而如果符合(b)项情况,则可以采取限制进口等措施。^③

“301条款”赫赫有名,历史上曾经多次使用,是攻击性的贸易政策工具,也是“单边主义”的典型代表。然而,1995年,“多边主义”的典型代表WTO成立后,特别是欧盟起诉美国贸易法^④301条款案之后,^⑤该条款就进入了“休眠”状态,很少被援用。^⑥当然,从条款文字看,这一立法似乎“无可厚非”——如果外国违反了国

① 参见美国贸易代表办公室网站, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2018-04-06/pdf/2018-07119.pdf>; <https://ulstr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/may/public-hearing-proposed-section-301>, 2018年5月23日访问。本人参加了听证会。

② “301条款”参见:19 U.S.C.§2411-2420, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title19/pdf/USCODE-2011-title19-chap12-subchapIII.pdf>, 2018年5月8日访问。

③ 关于“301条款”内容和本次调查基本情况,可参见CRS研究报告:Caitlain Devereaux Lewis, *Tricks of the Trade: Section 301 Investigation of Chinese Intellectual Property Practices Concludes(PartI)*, <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10108.pdf> 及 Part II: <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10109.pdf>, 2018年5月8日访问。

④ 参见杨国华:《美国贸易法301条款研究》,法律出版社1998年版,第135-164页。其中1990—1991年和1994—1996年,美国曾经对中国知识产权和市场准入等问题发起调查。

⑤ 该案中,WTO专家组认为“301条款”本身的若干内容不符合WTO规则,但是由于美国总统《行政行动声明》承诺遵守WTO规则,因此专家组认定“301条款”并非不符合WTO规则。参见WT/DS152/R。

⑥ 此案后,依据该条款发起过5起调查,仅有2起调查采取了制裁措施。2000年对加拿大发起调查并起诉至WTO,2001年对乌克兰发起调查并决定实施制裁措施,2009年对加拿大发起调查并实施措施,2010年对中国新能源贸易与投资措施发起调查,在WTO争端解决机制下磋商后解决,2013对乌克兰发起调查但并未实施制裁措施。参见美国贸易代表办公室网站,加拿大:<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2000-11-16/pdf/00-29399.pdf>; <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2009-04-14/pdf/Z9-8232.pdf>; 乌克兰:<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2002-01-02/pdf/01-32231.pdf>; <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2014-03-13/pdf/2014-05536.pdf>, 中国:<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2010-10-20/pdf/2010-26401.pdf>, 2018年5月9日访问。

际条约,美国就应该起诉,而如果外国采取了不合理或歧视性做法影响了美国商业利益,美国就应该采取相应措施。事实上,美国一直都是这样为自己辩护的。^①从上述针对中国的“301调查”结论中,也可以看出这种观点。也就是说,从美国的角度看,“错”在中国,而美国所采取的措施完全是“防御性”的。

在这种背景下,发起调查当天,美国就提出与中国磋商,但是中国在复函中表示坚决反对这项调查。与此同时,中国公开发表声明,指出美国“无视世贸组织规则”,对“这种单边主义、保护主义的做法表示强烈不满”。“将密切关注调查的进展,并将采取所有适当措施,坚决捍卫中方合法权益。”^②美国发布报告和宣布采取措施后,中国则发表措辞强烈的声明,不仅重申了中国的立场,而且明确表示:“任何情况下,中方都不会坐视自身合法权益受到损害,我们已做好充分准备,坚决捍卫自身合法利益。”^③最后,当美国公布征税产品建议清单,^④中国也公布了同等数额的清单,并在WTO提起诉讼。^⑤与此同时,中国在WTO争端解决机制例会上谴责美国的单边主义行为,违反了WTO“诉讼程序法”(DSU第23条)。然而,美国辩称,此项调查是依据第301节(b)项发起的,不涉及认定中国法律、政策或做法是否符合WTO规则,因此该项调查也不存在不符合WTO规则的问题,而当调查发现四项措施中有一项可能不符合WTO规则的时候,美国就向WTO提起了诉讼。^⑥对于中国提起的诉讼,美国则认为,美国措施尚未实施,因此不属于WTO争端解决机制管辖范围。不仅如此,美国还提出“希望听听中国关于加征关税的理由”。^⑦

由此可见,中美之间不仅互相宣布采取限制进口的措施,而且在法律依据方面引起了复杂的问题。“301调查”是否受制于WTO规则?如何看待美国的起

① 参见3月27日美国在争端解决机构会议上的发言, https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/2018/03/Mar27.DSB_.Stmt_.as-delivered.fin_.rev_.pdf, 2018年5月8日访问。

② 参见商务部网站, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201708/20170802630129.shtml>, 2018年5月8日访问。

③ 参见商务部网站, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201803/20180302722679.shtml>, 2018年5月1日访问。

④ 参见美国贸易代表办公室网站, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/april/under-section-301-action-ustr>, 2018年5月8日访问。

⑤ 参见财政部网站, http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/201804/t20180404_2862341.htm, 2018年5月8日访问。磋商请求参见WT/DS543/1。

⑥ 参见3月27日美国在争端解决机构会议上的发言, https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/2018/03/Mar27.DSB_.Stmt_.as-delivered.fin_.rev_.pdf, 2018年5月8日访问。

⑦ 参见WT/DS543/2。

诉?如何看待中国的起诉?中国反制的法律依据是什么?对这四个问题的回答,是对双方措施进行是非判断的基本前提。

此次“301调查”,的确是依据第301节(b)项发起的。然而,显然不能说此项调查就不涉及WTO规则。首先,从调查内容看,知识产权就与WTO《与贸易有关的知识产权协定》相关。事实上,美国提起诉讼,是认为中国措施与该协定不符。^①其次,美国一旦采取加征关税的措施,显然就违反了美国起诉所依据的GATT第1条和第2条,因为措施只针对中国产品,而且超出了美国所承诺的关税水平。^②最后,单方面认定WTO领域的措施(例如知识产权)不符合规则并且未经WTO授权采取措施,也违反了DSU第23条,因为该条明确要求不得采取单方面措施。也就是说,判断是否涉及WTO规则,其标准是WTO协议的内容,而不是美国国内法。

以上分析已经部分回答了如何看待美国起诉的问题,因为美国起诉本身就说明了调查内容与WTO规则的相关性。至于美国起诉的主张能否得到WTO专家组支持,则是另外一个问题,有待进一步研究。同理,中国起诉的尚未实施的威胁措施是否属于WTO争端解决机制管辖范围,也值得研究,因为美国已经明确宣布实施,只是就产品范围和限度等需要进一步听取公众意见而已。最后,关于中国反制的法律依据,则是下文要重点研究的问题。

(三)“301+之战”

30亿对30亿(“232之战”)和500亿对500亿(“301之战”)表明,中美贸易战已经达到白热化程度,举世瞩目。然而,令人意想不到的是,中国宣布反制后,美国总统发表讲话:“贸易代表宣布拟征收500亿美元关税的清单只是为了消除调查中所确定的政策和做法的初步手段。中国非但未纠正其不当行为,反而选择伤害我们的农民和制造商。鉴于中国的不公平报复,我已指示贸易代表考虑追加1000亿美元的额外关税是否适当,而如果适当则确定产品清单。”^③此言一出,举世皆惊!

^① 美国认为中国有关法律不符合该协定第3条(国民待遇)和第28条第2款(专利权转让)等条款。参见前引磋商请求(WT/DS542/1)。CRS研究报告也持相同观点。See Caitlain Devereaux Lewis, *Tricks of the Trade: Section 301 Investigation of Chinese Intellectual Property Practices Concludes*(Part I).

^② 根据GATT第2条,每个WTO成员都就具体产品承诺了最高关税水平,载于每个成员的关税减让表。

^③ 参见美国白宫网站, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-president-donald-j-trump-additional-proposed-section-301-remedies/>, 2018年5月8日访问。

但是贸易代表随即表示：“总统对中国的应对行为是适当的。中国的正确反应应该是改变其行为，而且中国政府已经多次承诺要改。如果中国实施的是真正奖励努力工作和创新的政策，而不是继续扭曲高科技行业的政策，包括中国在内的全球经济将会受益。不幸的是，中国却选择了威胁，即对农产品在内的数十亿美元征收不合理的关税。这些措施无疑会对美国工人、农民和企业造成进一步的伤害。在这种情况下，总统有权要求采取进一步的适当行动，以消除报告中确定的不公平法律、政策和做法。”^①中国发表声明：“中方将奉陪到底，不惜付出任何代价，必定予以坚决回击，必定采取新的综合应对措施，坚决捍卫国家和人民的利益。”^②

这种情况显然已经超出了法律和理性分析的范围。简而言之，“1000亿”的依据是什么？如果是针对调查报告的四项措施给美国造成的所谓损失，那么美国所说的“一个由相关领域专家和经济学家组成的跨部门小组估算，中国的上述做法给美国经济造成的损失至少为每年500亿美元”，以及美国所说的500亿美元不包括提起诉讼的那项措施，纯粹是一个谎言。^③如果是针对中国反制措施的“加码”，那么就没有WTO规则的依据。相比之下，中国的声明却表达了“宁死不屈”的气节。

这是由“301调查”引起的战斗，层层升级，让人忧心忡忡。国际法何在？国际法有用吗？

三、国际法问题

（一）WTO规则

以《建立WTO协定》为首的19个协定以及记载164个成员具体承诺的议定书，^④构成了一整套国际贸易规则，是国际法的重要组成部分。这套规则不仅在货物贸易、服务贸易和知识产权等方面规定了成员方实体权利和义务，而且通过组织机构、通报审议和争端解决等机制，保障了这些实体内容的实施。特别是WTO

① 参见美国贸易代表办公室网站，<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/april/ustr-robert-lighthizer-statement>，2018年5月8日访问。

② 参见商务部网站，<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201804/20180402728771.shtml>，2018年5月8日访问。

③ 参见美国贸易代表办公室网站，<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/april/under-section-301-action-ustr>，2018年5月8日访问。

④ 参见WTO网站，https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm，2018年5月9日访问。

争端解决机制,以其巧妙的设计、众多的案件和良好的执行,不仅维护了WTO规则的权威,而且成为国际司法制度的典范。^①

在上述贸易战中,我们已经明显看到WTO规则的作用。除了“301+之战”,中美双方一直在援引WTO规则。中国在批评和起诉美国的时候,援引了不得随意提高关税(GATT第2条)和不得采取歧视性措施(GATT第1条)等规则,而美国在辩解的时候,也援引了“安全例外”(GATT第21条)和自己对WTO争端解决管辖范围的理解。中国采取反制措施的时候,援引了《保障措施协定》,而美国则认为自己所采取的措施不属于保障措施。美国启动“301调查”,依据的是第301节(b)项,从一开始就试图规避WTO规则的约束,而美国的起诉则表明了对WTO争端解决机制的运用。不仅如此,从上述“232之战”和“301之战”的“法律之争”部分的分析可以看出,这些规则并非黑白分明,很难简单地说双方是在“滥用”规则,只是把规则当做挡箭牌。事实上,中美双方所援引的规则,已经引起了WTO法学界的热议,成为很多专家研究的内容。^②进而言之,中美互诉的三个案件,如果真的推进到专家组阶段,不少问题都可能成为裁决的难点。因此,从WTO规则的角度看,国际法一直在,且一直在发挥作用。

然而,同样是WTO规则,DSU第23条却提出了一个难题。该条的标题是“加强多边体制”(strengthening of the multilateral system),第23条第1款要求成员通过诉诸争端解决机制解决纠纷,第2款更加具体,要求成员不得单方面认定某项措施是否违反规则和擅自采取反制措施。也就是说,如果成员之间有纠纷,应该找WTO解决,而不应该自行其是。^③这条规定显然是至关重要的,因为它是“法治”的组成部分,即在发生纠纷时应该寻求“公力救济”,而不是采取“私力救济”。这也是国内和国际司法制度的价值所在。但是对照这条规定,是否就可以

① WTO已经受理544个案件,详见WTO网站,https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm,2018年5月5日访问。

② 例如,3月31日、4月8日和5月11日,中国法学会世界贸易组织法研究会分别与浙江大学法学院赵骏老师、中国社科院国际法研究所刘敬东老师和北京国际法学会李寿平老师举办中美经贸法律问题研讨会,就贸易战中涉及的法律问题进行研讨。4月17日,上海市WTO法研究会张乃根老师就美国起诉中国的知识产权案(DS542)举办专题研讨会。4月29日,厦门大学法学院蔡从燕和房东老师也举办了专题研讨会。

③ DSU条文,参见对外贸易经济合作部国际经贸关系司译:《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判法律文本》(中英文对照),法律出版社2000年版,第354-379页。第23条案例及详解,参见WTO网站,https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_art23_jur.pdf,2018年5月5日访问。

认为中国的反制行为,从已经实施的30亿美元加征关税、准备实施的500亿美元加征关税到宣誓采取的“新的综合应对措施”,不符合WTO规则?或者笼统地说,中国的反制是否有“合法性”或“合理性”?在中美贸易战这种情况下,如果认为中国除了在WTO起诉,等待2年左右时间拿到WTO裁决,^①除此之外就无所作为,不能采取反制措施,这显然有悖“常理”。可是,“常理”究竟在哪里?

遇到这种情况,法律家会想起法谚“凡规定必有例外”(Non est regula quin fallet),^②尝试寻找“例外条款”。法律家还会把这项工作称为“法律解释”,即如何正确理解法律规定。在此方面,法律家常用的方法是按照《维也纳条约法公约》所提供的“由近及远”的法律解释方法,从文字本身到上下文,从本条约到相关条约,再从条约到有关国际法原则。^③具体到此处的情况,法律家会首先从该规定所在的协定中寻找例外。然而,非经WTO争端解决机制授权不得采取反制措施,是DSU非常明确的规定,不容置疑。于是,法律家一般会转而从该协定所在的体系中寻找例外。在此方面,《建立WTO协定》第9条第3款规定,在例外情况下(in exceptional circumstances),WTO最高权力机构部长级会议可以豁免成员的某项义务。也就是说,中国有权要求WTO授权加征关税,即豁免GATT第2条和第1条义务。当然,为了实现这一目的,中国必须论证DSU与《建立WTO协定》之间

① 根据DSU程序,一个案件从提出磋商、专家组裁决到上诉机构裁决,大约需要2年时间。

② 参见孙笑侠编译:《西方法谚精选》,法律出版社2005年版,第15页。

③ 《维也纳条约法公约》第31条(解释之通则)规定:(1)条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。(2)就解释条约而言,上下文除指连同弁言及附件在内之约文外,并应包括:①全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定;②一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。(3)应与上下文一并考虑者尚有:①当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定;②嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例;③适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

的关系,特别是为什么后者中的例外条款可以适用于前者所规定的情形。^①然而,中国并没有提出这项要求。也就是说,该协定体系中可能存在的例外,中国并没有援引。^②在这种情况下,以及在该例外不适用甚至不存在的情况下,法律家可能就会求助于“有关国际法规则”。总而言之,法律家认为,“常理”的依据一定能够找到。

(二)国际法基本原则

WTO规则是国际法体系的组成部分。^③因此,在国际法的大体系内理解WTO规则,是符合《维也纳条约法公约》法律解释方法的。该公约第31条第3款(c)项明确规定,解释条约可以考虑“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。也就是说,解释条约,不必拘泥于该条约内容本身,还可以考虑其他国际法

① DSU与《建立WTO协定》之间的关系比较明确,因为前者是后者的组成部分,而后者属于“宪法性”文件,具有最高效力,是前者的“上级法”。似乎可以由此推定,后者的“例外条款”应该适用于前者。从实践看,第9条第3款被援引的情况,大多是涉及发达国家给最不发达国家的特殊待遇,即这些待遇可以只给予某些国家而不必遵守“最惠国待遇”原则;最不发达国家要求暂缓实施某些义务,例如对出口进行限制和要求更多时间以实施某项规则;也有国内国际税则调整的需要,例如由于世界海关组织修改某些产品关税编码而导致税率的调整(中国也曾在这种情况下援引该条款要求豁免)。然而,该条款似乎并不禁止成员在其他情况下申请豁免。当然,按照该豁免条款的要求,申请豁免应该说理由,并且遵守豁免的期限和条件。参见WTO网站:https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/wto_agree_art9_jur.pdf,2018年5月6日访问。

② 中国没有援引该条款的原因不明。该条款的程序规定是:豁免所涉事项相关理事会应该在90日内向部长级会议或者总理事会提交报告,而后者应在90日内作出决定,如不能全体一致作出决策,则以3/4表决批准。也就是说,申请需要获得3/4表决批准,并且即使能够获得批准,也可能要等待半年时间。在美国加征关税“大军压境”的紧急情况下,也许不能有这种是否批准的不确定性,也不容等待这么长时间。也许更加稳妥的方法是将二者结合起来,即将申请豁免和宣布反制同时进行。

③ DSU第3条第2款提及使用国际公法的习惯解释规则以澄清协定条款。在WTO早期案例中,上诉机构认为对WTO各项协定的解读不应脱离国际公法(not to be read in clinical isolation from public international law),并且认定《维也纳条约法公约》就属于“国际公法的习惯解释规则”的组成部分,从此使得该公约成为WTO最为常用的解释规则。参见美国汽油案上诉机构报告,US-Gasoline, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, pp.15-16。

规则。^①与此同时,国际法体系不仅限于成文条约,还包括“国际习惯”和“一般法律原则”,甚至可以包括“司法判例”、“公法学家学说”和“公允及善良原则”。^②也就是说,国际法体系是一个无所不包的网路,几乎不存在疏漏之处。^③

沿着这种思路寻找“例外条款”,首先映入眼帘的就是《联合国宪章》第51条,因为该条规定自卫是一种“自然权利”,是不得动用武力这一原则的合法例外。^④该规定本身虽然只适用于武力这种情况,但是似乎也可以说这反映了自卫权是一种“国际习惯”和“一般法律原则”,也能适用于贸易等其他领域。^⑤其次,可以援引的是《维也纳条约法公约》第60条,因为该条规定,在一个国家重大违约的情况

① 有评论认为,该款奠定了对条约进行系统化解释的基础,而该款的依据则是前款的“善意解释”,因为一国签订的所有条约应该推定为协调一致。系统化解释的效果是能够消除国际法碎片化的状态,打破不同领域,例如环境法、贸易法、海洋法、刑法和人权法之间的藩篱,在一体化的国际法规则系统中找到能够反映法律规则共同基础的条款含义。参见 Oliver Dorr & Kirsten Schmalenbach(eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* 560-561(Springer 2012)。

② 《国际法院规约》第38条规定:“一,法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:(子)不论普通或特别国际协约,确立诉讼当事国明白承认之规条者。(丑)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。(卯)在第五十九条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。二,前项规定不妨碍法院经当事国同意本‘公允及善良’原则裁判案件之权。”

③ 但是也有评论认为,《国际法院规约》并未穷尽国际法渊源,例如该规约就没有提及国际组织决定。See Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers Frahm & Christian J. Tams(eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* 704-714(Oxford University Press 2012)。

④ 《联合国宪章》第2条第4款规定:各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。第51条规定:联合国任何会员国受武力攻击时,在安全理事会采取必要办法,以维持国际和平及安全以前,本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利(inherent right, droit naturel)。关于自卫权的法理基础及实施条件,参见 Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte & Andreas Paulus(eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* 2310-2336 (Oxford University Press 2012)。

⑤ 关于“国际习惯”和“一般法律原则”的要件,参见 Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers Frahm & Christian J. Tams(eds.) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* 748-772 (Oxford University Press 2012)。

下,其他国家可以终止或停止施行条约。^①最后可以援引的是《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称《国家责任条款》)第25条,该条规定:在危急情况下,可以不遵守国际义务。^②

当然,要成功援引这些“例外条款”,必须解决两个基本问题。首先是DSU的“明令禁止”与其他国际法中“例外条款”之间的关系。换句话说,必须回答一个问题:为什么DSU不允许单方面采取反制措施,但是这项规定却有例外?其次是论证采取反制是因为出现了“自卫”、“重大违约”或“危急情况”的情形。换句话说,

① 《维也纳条约法公约》第60条(条约因违约而终止或停止施行)规定:(1)双边条约当事国一方有重大违约(material breach)情事时,他方有权援引违约为理由终止该条约,或全部或局部停止其施行。(2)多边条约当事国之一有重大违约情事时:①其他当事国有权以一致协议:(a)在各该国与违约国之关系上,或(b)在全体当事国之间,将条约全部或局部停止施行或终止该条约;②特别受违约影响之当事国有权援引违约为理由在其本国与违约国之关系上将条约全部或局部停止施行;③如由于条约性质关系,遇一当事国对其规定有重大违反情事,致每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变,则违约国以外之任何当事国皆有权援引违约为理由将条约对其本国全部或局部停止施行。(3)就适用本条而言,重大违约系指:①废弃条约,而此种废弃非本公约所准许者;或②违反条约规定,而此项规定为达成条约目的或宗旨所必要者。(4)在上各项不妨碍条约内适用于违约情事之任何规定。关于重大违约情事的判断标准,参见Oliver Dorr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary 1021-1049* (Springer 2012)。其中,有评论认为,一方违约,就不能期待另一方履约,这是“反向互惠”(negative reciprocity)的基本理念,符合正义的要求,而在国际社会法治并不完善的情况下,“自救”(self-help)以维护权利显然是必要的。Oliver Porr & Kirsten Schmalenbach(eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary 1022-1021* (Springer 2012)。

② 《国家责任条款》第25条(危急情况)(necessity)规定:(1)一国不得援引危急情况作为理由解除不遵守该国某项国际义务的行为的不法性,除非:①该行为是该国保护基本利益,对抗某项严重迫切危险(a grave and imminent peril)的唯一办法;而且②该行为并不严重损害作为所负义务对象的一国或数国或整个国际社会的基本利益。关于“危急情况”的判断标准及实施行为的条件,参见Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission 80-84* (2001)。值得提及的是,《国家责任条款》第三部分第二章(第49条至第54条)专门对“反措施”(countermeasures)作出了规定,条件比较宽松,基本上是一方违约则另一方就可以违约。该款与DSU第23条规定的不得擅自采取反措施显然不符。有评论认为,此处应该适用第55条规定的特别法优先原则,即在WTO领域,反措施应该获得WTO授权,参见Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission 129*(2001)。

要说明确实出现了“例外”情况,并且给“例外”一个明确的界定。就像国内法律中的“例外条款”一样,“例外”永远是例外,而不是常规,否则一切规则都将形同虚设。^①

国际法体系之所以不仅限于成文条约,是因为条约永远不可能覆盖国家间关系的所有方面,而在很多情况下,国家间关系中出现问题,迫切需要得到法律的支持。事实上,这也是国内法的现实,因为成文法永远不可能满足社会需求,很多时候需要求助于“习惯”、“原则”和“正义”等。^②由此可见,国际法体系完整性的背后,其实有着“自然法”的理念,即有些权利和义务,例如正当防卫,是个人或国家的自然权利,并非法律赋予。换句话说,法律没有规定,并不影响正当防卫的实施。当然,自然法并非“漫无边际”、“无法无天”的学派,而是试图超越成文法的桎梏,在严格的条件下,让其背后的一些权利和义务“合法化”。例如,对于正当防卫,自然法学派在确定其为合法的同时,对其情形和条件进行了限定。^③也就是说,不会允许任何行为都是正当防卫的情况。

以上分析,应该是中国声明中所提到的“捍卫自身合法利益”和“符合国际法基本原则的正当举措”等措辞的应有之义。

四、结语

如果没有WTO规则,美国在发起“232调查”和采取措施的时候,不必顾及

① 此处需要重申的是,以上“寻找”是基于DSU第23条的现实,即“不得单方面采取措施”这一规定没有明确的例外。一劳永逸或更为简便的方法,是将来给该条增加一款例外。当然,这是“立法”的事情,需要WTO成员就其必要性达成一致,并且设计出严格清晰的文本。

② 这在以英国为代表的法律体系中尤为典型,特别是将“衡平”(equity,即公平、公正、正义等之意)作为法律渊源。参见冷霞:《英国早期衡平法概论:以大法官法院为中心》,商务印书馆2010年版;[英]威廉·格尔达特:《英国法导论》,张笑牧译,中国政法大学出版社2013年版,第17-39页。有评论认为,尽管“衡平”不是国际法渊源,但是《国际法院规约》提到的“公允及善良”与“衡平”同义。See Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers Frahm & Christian J. Tams(eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* 723 (Oxford University Press 2012).

③ 关于自然法,参见[德]塞缪尔·普芬道夫:《人和公民的自然法义务》,鞠成伟译,商务印书馆2010年版,第96-104页。该书对“自卫”的情形及其条件进行了讨论。现代法律中的正当防卫规定起源于自然法思想,参见陈兴良:《正当防卫论》(第二版),中国人民大学出版社2006年版,第11-14页。

GATT第21条,声称自己符合“安全例外”,而中国也无法起诉美国,指责其违反了GATT第2条和第1条所规定的不得随意、歧视性提高关税的规则。与此同时,中国宣布对30亿美元产品加征关税,更不必依据《保障措施协定》。如果没有WTO规则,美国在发起“301调查”时,不必刻意回避WTO所管辖的领域,不必耗时起诉中国,而中国也无法起诉美国,指责其违反GATT第2条和第1条。如果没有“国际法基本原则”,中国采取反制措施,不必寻找什么依据。也就是说,在这场中美贸易战中,如果没有WTO规则和国际法,中美两国完全可以随心所欲,放手厮杀,最后弱肉强食,胜者为王。因此,在这场贸易战中,WTO规则和国际法是平衡器和冷却剂,是约束力和边界线,更是人类理性之光。法律是人类理性的产物,也是人类理性的标志。贸易战是对法律的挑战,同时也彰显了法律的重要性。国家之间交往,需要更多的规则,一切按规则办事,才能和平共处,天下太平。

然而,规则并非机械的教条,适用规则并非简单地将案件事实与法律条文进行对照。成文规则与社会需求之间始终存在差距,“习惯”、“原则”和“正义”于是成为法律渊源,而具体到国际法领域,“国际习惯”、“一般法律原则”、“司法判例”、“公法学家学说”和“公允及善良原则”都可以成为渊源,甚至自然法理念也能派上用场。从成文法到不成文法的角度看,法律和国际法是静态的,无所不包。但是从不成文法到成文法的角度看,法律和国际法又是发展的——法制史就是法律发展的历史,是从理念、习惯、原则到条文的发展过程。^①正在发生的事情会成为历史的组成部分,此时此刻也处于法律发展的过程之中。表面上看,“遵守

^① 国际法的发展性,在当代有两个比较典型的个案:预防性自卫和人道主义干预。前者在2001年“9·11”恐怖袭击中是国际法热点问题,焦点集中于《联合国宪章》所规定的自卫可否前置到预防恐怖主义等行为的发生,而后者是指在叙利亚等国发生人道主义危机后,“保护责任”(responsibility to protect, R2P)可否作为军事干预的国际法依据。具体的“预防性自卫”和“人道主义干预”行为是否正当,依赖于事实判断,但是恐怖袭击和人道危机的确提出了挑战,迫切需要国际法理论和规则的回应。关于预防性自卫,参见Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte & Andreas Paulus(eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* 2330-2333(Oxford University Press 2012); Jeremy Wright, *The Modern Law of Self-Defense* (2017), <https://www.ejiltalk.org/the-modern-law-of-self-defence/>。关于人道主义干预,参见Daniel Bethlehem, *Stepping Back a Moment - The Legal Basis in Favour of a Principle of Humanitarian Intervention* (2013), <https://www.ejiltalk.org/stepping-back-a-moment-the-legal-basis-in-favour-of-a-principle-of-humanitarian-intervention/>, 以上网站访问日期为2018年5月6日。

法律”和“发展法律”之间存在矛盾,但是不论什么观点、什么学派,^①都不会否定“正当防卫”的“合法性”或“合理性”,因为正当防卫是“常理”,是“自然法”。当然,法律家的任务,是清晰界定“正当防卫”的构成要件以及充分论证某一行为确属“正当防卫”。具体到中美贸易战的情况,法律家还要增加一项任务:在国际贸易领域,在WTO规则中,也适用“正当防卫”原则,并且为此解释现有规则(例如DSU第23条)表面上的冲突。发展国际法不是随心所欲,更不是轻而易举的,但是现实既然提出了需求,法律就必须发展,而法律家必定要承担一定任务。

从这个意义上说,中美贸易战是一场“国际法之战”,涉及众多WTO规则和“国际法基本原则”。中美贸易战也是一场对国际法的挑战,不仅考验着双方是否遵守规则,也考验着规则的弹性。当然,就像战争是在人之间进行的一样,挑战也是针对人,针对政治家,针对法律家,甚至针对每一个普罗大众。

International Law behind the Trade War between US and China

Abstract: A trade war between US and China broke out from March to April, with billions of dollars retaliatory actions and threats undertaken. The war began with the US trade act Section 232 investigation into the effect of imports of steel and aluminum on the national security and the Section 301 investigation into China's acts, policies, and practices related to technology transfer,

^① 法律学派众多,但是“实在法学派”(positive law)和“自然法学派”(natural law)是最为主要的两大学派,其他很多学派都多少与这两个学派相关。表面上看,前者强调法律条款的重要性,而后者强调法律精神的重要性,事实上二者的区别也许不像看上去那么简单。研究两个学派的区别,陷入双方的理论阐述,往往不明就里,而一个比较简单的办法,是举一个现实或假想案例,让两派法学家提供解决方案。案例仿佛试金石,能够很快检验出学派之间的区别。例如,在中美贸易战情况下,面临美国30亿美元、500亿美元和1000亿美元的措施和威胁,而DSU则有明文规定不得单方面采取措施,那么中国是否有权反制?自然法学派一定能够从正当防卫的角度论证反制的合法性,而实在法学派也不一定会得出“坐以待毙”的结论。也许实在法学派也会按照条约解释的方法,从现有法律条款中找到依据。由此观之,所谓学派之争,往往可能只是路径之争,而非目标之争。“条条大路通罗马”,不同学派的“罗马”一定都是“常理”。关于法律学派,参见[美] E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第3-224页。

intellectual property, and innovation. However, numerous WTO rules and some basic principles of international law are involved and discussed. The “war” draw more attention on international rules and rules themselves are subject to development to meet the challenges from international relations.

Key words: US and China economic relations; trade war; Section 232; Section 301; WTO rules; basic principles of international law

(责任编辑:肖军)