

中美贸易争端中的焦点法律问题评析

管 健*

内容摘要:WTO 协定原则上禁止单边措施,但也存在允许成员采取特定单边措施以维护其 WTO 协定下权益的例外。通过回顾中美贸易争端的历程可知,美国 232 措施构成对中国的歧视性保障措施,而 301 措施属于被 WTO 协定禁止的单边措施,中国对此采取的反制措施应对得当、有理有据,特别是成功地将美国的单边措施和行为拖入多边领域和框架下进行审查和批判。

关键词:单边措施 贸易争端 WTO 争端解决

自特朗普政府上台以来,美国的单边主义倾向日趋严重,先后退出了《巴黎气候变化协定》、教科文组织、伊朗核协议等国际组织和国际协定。在国际贸易领域,除了退出已经签字的《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP 协定)外,最典型的单边主义表现就是不断加大贸易执法的力度,并且已经或有可能即将采取一系列单边措施,从而引发了中美之间的贸易争端。

一、WTO 禁止单边措施的原则与例外

单边措施在 WTO 协定中并没有明确的定义。广义的单边措施可以定义为 WTO 成员依据其国内法或者依 WTO 协定所采取的对 WTO 涵盖协定的实施产生影响的措施。禁止单边措施是 WTO 的一项基本原则,但是单边措施并不必然违反 WTO 义务,实际上,在 WTO 协定中有许多 WTO 成员采取单边措施的例外情形。

(一)不得采取单边措施的原则

不得采取单边措施是 WTO 的一项基本原则。具体体现在《关于争端解决规则与程序的谅解》(下称 DSU)第 23 条。它规定未经 WTO 争端解决程序,成员不得对违反义务已经发生、利益已丧失或减损或适用协定任何目标的实现已受到妨碍作出决定。

在欧共同体诉美国 301 条款案中,专家组对 DSU 第 23 条作出解释,认为首先,

* 法学博士,北京高文律师事务所高级合伙人。

根据条款通常含义,DSU第23.1条禁止WTO成员在DSU程序未用尽之前单方面确定不一致的行为。因此,在DSU程序尚未用尽的情况下,美国的单方面决定权将对其他WTO成员造成危险,而这种危险正是DSU第23条所要消除的。^①其次,根据善意解释规则,专家组认为一方保留自由裁量权以实施其承诺不做的行为(即单方面确定不一致的行为),不符合善意解释的要求。^②再次,专家组认为与解释第23条相关的条约目的是“在国内和全球市场上创设有助于个人经济活动的市场条件,并提供一个安全、可预见的多边贸易体制”。^③如果某一法律允许政府实施与DSU相悖的单边措施,这将对其他WTO成员和市场本身“造成持续的威胁并产生一种损害严重的‘寒蝉效应’”,个体经济参与者也可能受其威胁而不敢继续从事相关产品贸易。^④最后,联系上下文来看,WTO有效的争端解决体制是乌拉圭回合协议中的重要成就,而DSU第23条规定的这项义务(禁止单方面作出决定)，“用意在于向WTO成员、经济市场和个体经济参与者保证:不会在WTO权利和义务方面出现单方面的决定”。^⑤

实际上,《关税与贸易总协定》1994(下称GATT1994)第23条,《服务贸易总协定》(下称GATS)第23条和《与贸易有关的知识产权协定》(下称TRIPS)第64条都有关于WTO成员如何救济其WTO协定下权益的规定。比如,GATT 1994第23条规定,针对成员的利益丧失或减损或适用协定任何目标的实现受到妨碍的情形,成员可以援引DSU提起违反之诉(violation complaint)、非违反之诉(non-violation complaint)和情势之诉(situation complaint)。值得注意的是,与违反之诉不同,非违反之诉和情势之诉并不要求一成员存在违反WTO义务的行为,只要构成了利益丧失或减损或适用协定任何目标的实现受到妨碍的情形即可。

换个角度来说,“非违反之诉”和“情势之诉”实际上已经在很大程度上给WTO成员提供了一个解决WTO协定纪律约束不足的问题。即,针对一WTO成员实施的并不受WTO规则约束的行为,如果该行为给另一成员的利益造成丧失和减损,或妨碍了适用协定目标的实现,该受影响的WTO成员可以提起非违反之诉或情势之诉,而不是采取单边措施。

另外,GATT1994第23条中的“非违反之诉”和“情势之诉”并不适用于TRIPS

① Panel Report, United States-Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, paras. 7.59-61.

② *Ibid.*, paras.7.67-68.

③ *Ibid.*, para.7.71.

④ *Ibid.*, para.7.88.

⑤ *Ibid.*, paras.7.94-95.

项下的争端解决。^①也就是说,针对 TRIPS 协定,WTO 在单边措施上的纪律更加严格,即使一 WTO 成员实施的并不受 TRIPS 规则约束的行为给另一成员的利益造成丧失和减损,或妨碍了 TRIPS 目标的实现,该受影响的 WTO 成员甚至连提起非违反之诉或情势之诉的权利都没有,更不用说采取单边措施。

(二)WTO 协定中允许单边措施的例外

在符合 WTO 协定相关条款规定的前提下,WTO 成员也有权利采取单边措施,以维护其在 WTO 协定下的正当权益。

比如贸易救济措施。具体见于 GATT1994 第 6 条与《反倾销协定》,GATT 1994 第 16 条与《补贴与反补贴协定》,以及 GATT1994 第 19 条、《保障措施协定》和 GATS 第 10 条。在符合相关法律规定的前提下,WTO 成员可以发起贸易救济调查,并采取反倾销、反补贴措施和保障措施。再比如,贸易壁垒措施。在 WTO 货物贸易协定下有《技术贸易壁垒协定》和《实施卫生与植物卫生措施协定》。

另外,还有关于保障国际收支例外的规定,主要体现在 GATT1994 第 12 条和第 18 条 B 节,关于 1994 年关税与贸易总协定国际收支条款的谅解和 GATS 第 12 条。以后者为例,当成员国际收支严重不平衡时,可依据 GATS 第 12 条暂停履行世界贸易组织协定的义务,或实施可能与之义务不符的措施。

WTO 中的一般例外通常也是 WTO 成员采取单边措施的理由,主要规定在 GATT1994 第 20 条、GATS 第 14 条、TRIPS 第 8 条。一般例外条款是 WTO 争端解决程序中经常被援引并广为讨论的条款,一般例外分为两个部分,援引一般例外必须符合两步审查法(two-tier test):第一,要符合其一般例外项下被援引条款的具体情形;第二,实施的措施不得构成序言的“武断的或不正的歧视,或者形成对国家贸易的变相限制”。^②该规定一方面肯定了成员保护特定目的的权利,另一方面也避免了对多边贸易规则的宗旨的破坏。

最后是安全例外,主要规定在 GATT1994 第 21 条、GATS 第 14 条之二。与一般例外不同,安全例外的先例极少且从未被成功援引过,WTO 争端解决机构没有对第 21 条进行过解释和适用。由于没有序言的条件限制,加上用语本身的模糊性和牵涉到政治利益问题,有关安全例外的适用条件问题仍处于争议之中,特别是 GATT1994 第 21 条(b)款写明不得“阻止任何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”,而目前关于“其认为……所必需的”、“基本国家安全利益” GATT1994 并没有明确的标准或界定。

^① 参见 TRIPS 协定第 23 条第 2 款,2017 年部长级会议协商一致,再次延期适用该条款。

^② Appellate Body Report, US-Gasoline, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, p.22.

二、中美贸易争端中的单边措施和诉讼

(一)美国的单边贸易执法行动

近年来,特别是特朗普2017年1月就任总统以来,美国对华贸易执法力度不断加强。虽然特朗普总统并没有按照其竞选时的承诺将中国宣布为汇率操控国家,但是在其他方面,美国贸易执法动作频繁,甚至不惜重拾单边主义的贸易执法手段。

2017年以来,美国依据其关税法第701条和第731条连续对华发起了21起反倾销和反补贴调查,包括美国商务部在时隔超过25年后,于2017年11月28日宣布首次“主动”对输美的普通合金铝卷产品发起反倾销与反补贴调查。^①另外,在2017年3月立案调查的美国对华铝箔产品的反倾销案中,美国商务部于10月31日发布备忘录认定中国是一个非市场经济国家,因此将在对中国产品的反倾销调查中继续使用替代国方法。^②

此外,2017年5月和6月,美国先后对洗衣机和光伏产品发起201调查,即保障措施调查。2018年1月,特朗普签署命令对洗衣机和光产品采取保障措施,在洗衣机方面的举措是,第一年将对前120万台进口洗衣机征收20%关税,税率在第二年和第三年递减为18%和16%;对超过这一额度的进口洗衣机,第一年将征收50%关税,税率在第二年和第三年递减为45%和40%。而在光伏电池及组件方面,美国将设定2.5吉瓦的免税配额,对超过此配额的进口产品第一年将征收30%关税,税率在此后3年递减为25%、20%、15%。虽然201调查是全球性保障措施,不区分国别,但美国是中国洗衣机和光伏产品的重要出口目的地,因此该措施对中国的影响也非常大。^③

2017年美国发起的337调查中,涉及中国企业的案件多达22起,与2016年相比几乎翻了一番。实际上,在2016年4月美国钢铁公司向美国国际贸易委员会提出的337调查申请中所涉及的事项已经完全超出了传统的337调查所涉及的专利

① 《美国26年来首次主动出击:中美贸易战即将打响?》, http://www.sohu.com/a/208064243_150971, 2018年5月10日访问。

② United States Department of Commerce, China's Status as a Non-Market Economy, 26 October 2017, <https://enforcement.trade.gov/download/prc-nme-status/prc-nme-review-final-103017.pdf>, visited on 15 May 2018.

③ Investigations under Section 201 of the Trade Act of 1974, https://www.usitc.gov/trade_remedy/publications/safeguard_pubs.htm, visited on 30 March 2018.

侵权行为。在该调查中,申请人提出的指控共有3项:第一,合谋定价,并操控产量和出口数量。第二,侵占和非法使用美国钢铁公司的商业秘密。第三,使用虚假原产地和生产商标识。^①

除了美国传统使用最多的贸易救济措施和337调查以外,特朗普总统就职后甚至搬出其他一些美国近年来甚至近二三十年来很少使用的调查手段。比如2017年4月20日和27日,特朗普向美国商务部发出“总统备忘录”,要求商务部依据《1962年贸易扩大法》(Trade Expansion Act of 1962)第232节规定,调查进口钢铁产品和铝产品对美国国家安全造成的影响。^②2018年3月8日,美国总统特朗普签署公告拟以损害国家安全为由对除来自加拿大和墨西哥以外的钢铁和铝产品分别征收25%和10%的附加关税。^③

另外,2017年8月18日,美国贸易代表发布立案公告,决定根据《1974年贸易法》第302 (b)(1)(A)节自主对中国发起301调查。本次调查将决定中国政府在技术转让、知识产权和创新方面的法律、政策和做法是否存在不合理或歧视性并对美国商业造成阻碍和限制,即是否属于第301节(b)(1)项下可采取行动的行为。^④2018年3月23日,美国发布301调查报告,认定中国在四个方面存在歧视或不合理行为;^⑤2018年4月3日,美国发布拟对中国电子、电信、家具和玩具等近百种达

① Carbon and Alloy Steel Products, <https://pubapps2.usitc.gov/337external/3673>, visited on 15 May 2018.

② Section 232 Investigation on the Effect of Imports of Steel on U. S. National Security, <https://www.commerce.gov/page/section-232-investigation-effect-imports-steel-us-national-security#pressrelease>, visited on 30 March 2018.

③ Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Aluminum into the United States, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states/?from=timeline>, see also Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Steel into the United States, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states/>, visited on 30 March 2018.

④ Initiation of Section 301 Investigation; Hearing; and Request for Public Comments: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation, <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/FRN%20China301.pdf>, visited on 30 March 2018.

⑤ Findings of the Investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation Under Section 301 of the Trade Act of 1974, <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>, visited on 30 March 2018.

500亿美元的产品加征关税的清单,并邀请利害关系方进行评议。^①

最后,2018年4月16日晚,美国商务部发布公告称,美国政府在未来7年内禁止中兴通讯向美国企业购买敏感产品。^②中兴通讯发布消息称,由于美国政府的贸易禁令,公司将可能停止“主要经营活动”。

(二)中国的单边反制和疑似反制措施

针对美国连续不断的单边措施,中国政府也采取了一些相应的反制措施。2018年2月4日,中国政府对来自美国的高粱发起了反倾销和反补贴调查。^③2018年4月17日,中国商务部发布反倾销初裁公告,对来自美国的高粱征收178.6%的临时反倾销税。^④随着中美之间就贸易争端展开谈判,中国以“公共利益”为由中止了该调查。

针对美国进口钢铁和铝的232措施,2018年3月23日,商务部发布了中止减让产品清单,并征求公众意见。国务院关税税则委员会决定自2018年4月2日起对自美进口的128项产品,主要是农产品,加征15%或25%的关税。中方认为,美方对进口钢铁和铝产品采取232措施,滥用世贸组织“安全例外”条款,实质上构成保障措施,而且其措施仅针对少数国家,严重违反了作为多边贸易体制基石的非歧视原则,严重侵犯中方利益。2018年3月26日,中方根据《保障措施协定》在世贸组织向美方提出贸易补偿磋商请求,美方拒绝答复。鉴于双方没有达成一致的可能,3月29日,中方向世贸组织通报了中止减让清单,决定对自美进口部分产

① Notice of Determination and Request for Public Comment Concerning Proposed Determination of Action Pursuant to Section 301: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/Section%20301%20Tariffs%20Public%20Hearing.pdf>, visited on 30 March 2018.

② Order Activating Suspended Denial Order Relating to Zhongxing Telecommunications Equipment Corporation and ZTE Kangxun Telecommunications Ltd., https://www.commerce.gov/sites/commerce.gov/files/zte_denial_order.pdf, visited on 15 May 2018.

③ 商务部关于对原产于美国的进口高粱进行反倾销立案调查的公告, <http://cacs.mofcom.gov.cn/cacs/newcommon/details.aspx?navid=A05&articleId=152608>, 2018年5月10日访问。商务部关于对原产于美国的进口高粱进行反补贴立案调查的公告, <http://cacs.mofcom.gov.cn/cacs/newcommon/details.aspx?navid=A05&articleId=152607>, 2018年5月10日访问。

④ 商务部关于对原产于美国的进口高粱反倾销调查初步裁定的公告, <http://cacs.mofcom.gov.cn/cacs/newcommon/details.aspx?articleid=153845>, 2018年5月10日访问。

品加征关税,以平衡美方 232 措施对中方造成的利益损失。^①

针对美国可能采取的 301 关税措施,商务部于 2018 年 4 月 4 日发布公告,依据《中华人民共和国对外贸易法》等法律法规和国际法基本原则,拟对原产于美国的大豆等农产品、汽车、化工品、飞机等进口商品对等采取加征关税措施,税率为 25%,涉及 2017 年中国自美国进口金额约 500 亿美元。最终措施及生效时间将另行公告。^②

此外,据相关网站报道,在中美贸易争端的大背景下,中国政府也放缓了高通收购恩智浦的反垄断审查。从而将暂停审核作为中美贸易争端的一个重要筹码。^③

(三) 中国对美国单边措施提起的诉讼

2018 年 4 月 4 日,中国依据 DSU 第 4 条和 GATT1994 第 22 条,就美国建议对机械、电子等多行业的产品征收关税的措施,请求在 WTO 争端解决机制下与美国进行磋商(DS543)。^④中国认为美国的 301 措施违反了下列义务:

1. GATT1994 第 1.1 条,因为美国未能将给予来自或运往所有其他成员的相同产品的与进口产品的关税和费用相关的利益、优待、特权或豁免,立即和无条件地给予中国。

2. GATT1994 第 2.1(a)和(b)条,因为美国未能给予中国产品不低于 GATT1994 所附美国有关减让表和承诺中所列的待遇。

3. DSU 第 23 条,因为美国未能在寻求纠正违反义务情形、纠正其他利益丧失或减损,或寻求纠正妨碍使用协定任何目标实现的情形时,援用并遵守 DSU 的规则和程序。

2018 年 4 月 5 日,中国根据 DSU 第 4 条,GATT1994 第 22 条及《保障措施协定》第 14 条,就美国针对进口(选择性免除了部分成员的)钢铁和铝产品的、包括但不限于额外从价税的措施,请求在 WTO 争端解决机制下与美国政府进行磋商(DS544)。^⑤

① 商务部回应中国决定对部分自美进口产品加征关税,https://mp.weixin.qq.com/s/Jpv_7rqQRMAslH4yAV3PRQ,2018 年 5 月 10 日访问。

② 中国商务部公布对美国加征关税商品清单,<https://mp.weixin.qq.com/s/shkCAGtRxJJ-lxxLwXVkluQ>,2018 年 5 月 10 日访问。

③ 高通收购 NXP 再次延期创商务部审批时长之最,<http://m.elecfans.com/article/663869.html>,2018 年 5 月 10 日访问。

④ United States - Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/3.

⑤ United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WT/DS/544/6.

中国认为美国的 232 措施与美国在以下方面的义务不一致:

1. GATT1994 第 19:1(a)条、第 19:2 条和《保障措施协定》第 2.1、2.2、4.1、4.2、5.1、7、11.1(a)、12.1、12.2、12.3 条,因为在实质上构成保障措施的本案措施中,美国未能作出适当的认定,未能对“不可预见的情形”,进口“激增”和“在这种情况下”,并“引起或威胁引起对国内产业的严重损害”提供合理和充分的解释,而且美国也未遵守适当的程序要求,例如通知和磋商程序,美国未能以适当的方式施行措施,例如措施的施行与货物来源无关,仅施行必要一段时间。

2. GATT1994 第 2:(a)和(b)条,因为美国对某些钢铁和铝产品征收的进口关税,超过了作为 GATT1994 附件的美国承诺减让的税率,并且没有对超过承诺减让表所承诺关税部分和所有超过美国在 GATT1994 当日或当日生效法规在其后实施的税费部分给予免除。

3. GATT1994 第 1:1 条,因为美国有选择地对某些源自不同成员的钢铁和铝产品征收额外进口关税,包括提供豁免或采用替代手段,但未能立即无条件对中国授予任何“利益、优待、特权或豁免”。

4. GATT1994 第 10:3(a)条,因为美国未能以统一、公正和合理的方式实施措施相关的法令、条例、判决和决定。

三、中美贸易争端的焦点法律问题

本次中美贸易争端中,中美双方争议的焦点法律问题是美国已经采取的 232 措施和可能采取的 301 措施的 WTO 合规性问题。

(一)美国 232 措施的定性

就中国诉美国的 232 措施而言,争议的核心法律问题是对美国实施的 232 措施的定性。美国认为其对钢铁和铝产品征收附加关税是符合 GATT1994 第 21 条安全例外的措施,而中国认为该措施本质上构成保障措施,不符合《保障措施协定》的相关规定,并构成一种歧视。

针对中国的磋商请求,美国认为;中国基于《保障措施协定》第 14 条请求磋商没有法律依据。因为基于美国法律第 232 节所征收的关税并不是保障措施,而是对进口钢铁和铝产品对美国国家安全造成的损害所征收的关税。美国并没有基于其 1974 年贸易法第 201 节关于保障措施的规定采取行动。另外,美国认为,中国政府依据《保障措施协定》第 8.2 条针对美国 232 措施所实施的对等中止减让行为,并不具备 WTO 协定项下的法律依据,因为美国 232 措施并不是保障措施。最后,美国指出,国家安全问题是政治问题,不应受 WTO 争端解决机制的审查,而且根据 GATT1994 第 21 条的规定,每一 WTO 成员拥有对其认为保护其基本安全利

益所必要的事项作出自主决定的权利。^①

对于美国的主张,中国认为:美国商务部发布的报告和国防部的数据表明:美国的措施并不是为了国家安全,而是为了保护国内产业的商业利益。因为美国国内产能足以满足国防需求;232措施仅限制了少量进口;232措施限制的进口钢铁并非用于国防用途;美国在谈判过程中使用了WTO禁止的自愿出口限制(voluntary export restraint)和配额。中国还指出,中国按照GATT第19条第3款和《保障措施协定》第8条第2款规定进行通报,并中止了实质相等的减让,是符合WTO规定的行为。

中国在诉美国232措施中的基本法律立场,实际上也得到了印度和欧盟的支持。2018年5月18日和6月1日,印度和欧盟分别通过WTO争端解决机构就美国实施的232措施提请与美国进行磋商。印度和欧盟均认为,美国232措施实质上构成了保障措施,违反了美国在GATT1994和《保障措施协定》项下的相关义务。^②

实际上,中国将美国232措施定性为保障措施的主张也可以得到WTO争端解决机构相关案例的支持。上诉机构在相关案例中曾反复强调,认定某一措施是否服务于其所欲达到的目的时,不能仅看其所宣称的目的,而应通过客观审查该措施的“设计与结构”来判断其真实目的。^③就美国232措施而言,虽然美国宣称其目的是为保护国家安全,但是从该措施的设计与结构来看,其目的并不是为了达到保护国家安全的目的。并且,该措施本质上是一种变相的保障措施。因为该措施实施的基本逻辑是“进口增加对国内产业造成的严重损害”,与实施保障措施的一般法律原则一致。

(二)美国301措施的WTO非合规性

在中国诉美国301措施案中,美国认为:第一,中国的磋商请求并未包含一个正在实施的措施。中国磋商请求中所提出的问题,并不是DSU第4条所规定的“影响任何涵盖协定在一成员领土内实施的措施”。^④第二,除了美国已经在DS542中起诉的内容外,本次301调查的其他内容并不涉及中国是否违反了WTO协定义务,美国有权对中国这种“破坏WTO体制的、有害的、对贸易构成扭曲的政

① United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products - Communication from the United States, WT/DS544/2.

② United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products, WT/DS547/2.

③ Appellate Body Reports, China -Rare Earths, para.5.96.

④ United States - Tariff Measures on Certain Goods from China - Communication from the United States, WT/DS543/2.

策采取自保措施”。^①美国认为,WTO应当允许成员采取措施应对WTO规则之外的不公平和扭曲贸易政策的措施,否则WTO就会失去其可信度。^②

对于美国提出的两个争议问题,中国没有回应第一个。针对第二个问题,中国指出:301条款在以往案例中已经被判定为与WTO规则不符,美国总统通过《行政行动声明》“明确、官方、反复而无条件地”确认301调查的结果建立在争端解决机构判决的基础上,才能免于被DSB宣布301条款违反WTO规则。对于单边措施的合规性,中国认为WTO成员合法的政策自由和单边主义之间的区别就在于多边贸易规则;符合多边贸易规则就是成员方政策自由,而违反多边贸易规则就是单边行为。美国若要实现自由的市场准入,应当通过双边投资谈判,而不是公然胁迫。^③

针对美国认为中国磋商请求不符合DSU第4.2条的问题,中国指出:首先,从DSU第4.2条规定的条约用语可以看出,提请磋商的争议措施应该符合两个条件:一是已采取措施(measures...taken),二是影响(affecting)任何涵盖协定适用的措施。其次,关于影响(affecting)一词的解释,上诉机构在美国-陆地棉案中同意专家组意见,即“影响”主要是指措施与涵盖协定相关联的方式,它通常蕴含着—个措施对某事物的“效果”,并且“影响”—词用的是现在时,也表示措施的效果必须与这些措施对涵盖协定适用的当前影响相关联。^④最后,WTO成员在基于DSU第4.2条提请磋商的措施方面享有一定的自由裁量权,因为磋商的目的是给予澄清事实和法律问题的机会,缩小争议范围,解决WTO成员之间的分歧,因此DSU第4.2条并不先验地排除特定的措施。^⑤

基于以上法律解释,中国诉美国301措施案的磋商请求完全符合DSU第4.2条的规定。首先,虽然美国基于301调查所建议的关税措施还没有正式实施,但是中国在磋商请求中所列举的与301调查相关的所有内容,包括调查报告和征税建议等已经公告。其次,这种可能发生的加征关税行为,正在对市场本身造成威胁并产生一种损害严重的“寒蝉效应”,个体经济参与者也可能受其威胁而不敢继

① Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 27 March 2018.

② 《中美WTO大使激辩多双边关系》, <https://mp.weixin.qq.com/s/nvc2u9ZW-mYTqF4sAW4ug4g>, 2018年5月30日访问。

③ 《中美WTO大使激辩多双边关系》, <https://mp.weixin.qq.com/s/nvc2u9ZW-mYTqF4sAW4ug4g>, 2018年5月30日访问。

④ Appellate Body Report, US - Upland Cotton, para. 261.

⑤ Appellate Body Report, US - Upland Cotton, para. 263.

续从事相关产品贸易。最后,对于将哪些措施提请磋商,中国享有自由裁量权,这也是化解中美分歧的重要途径,虽然与301调查相关的关税措施还没有正式实施,但是这并不排除中国可将与301调查相关的其他措施提请磋商。

截至目前,美国没有援引任何WTO规则来论证301措施的正当性,而是反复强调除已经起诉的措施外,本次对华301调查并不涉及中国是否违反WTO义务的问题,因此本次调查(非关税措施)并不违反其曾经“明确、官方、反复而无条件地”作出的承诺。《行政行动声明》承诺的将以遵守WTO协定义务的方式进行301调查,其实仅限于“与违反WTO协定或损害美国在WTO协定下利益所进行的调查”。^①因此美国本次对华301调查程序本身,如果不涉及中国在WTO协定下的义务,那么存在不受《行政行动声明》中相关承诺约束的可能。

虽然美国本次301调查的程序或行为本身可能不受其《行政行动声明》中相关承诺约束,但这并不意味着美国可以基于非WTO项下的所谓“权利”或“利益”,要求中国履行WTO之外的义务,并有权采取单边措施损害中国在WTO项下的利益。如果美国建议的关税措施最终生效,将毫无疑问违反GATT1994第1.1条非歧视待遇、第2.1条关税减让的承诺,以及DSU第23条禁止采取单边报复措施的规定。

当然,美国是否会如此完全置WTO规则于不顾,采取与301调查相关的征税措施,仍有待观察。据称,特朗普政府在考虑援引《国际紧急状态经济权力法》(International Emergency Economic Powers Act)实施与301调查相关的关税措施。^②如果美国真的援引了该法律,那么至少会让美国政府看起来仍然是在WTO法律框架内行事。因为援引该法律,会让这一措施回到国家安全例外的法律框架下,特别是GATT1994第21条(b)款(iii)规定的安全例外,从而让美国301措施在形式上看起来符合WTO规则的要求。不过,无论美国政府如何从法律上去包装其301措施,都无法掩盖其贸易保护主义的本质。

(三)中国反制美国301措施的WTO合规性

针对美国可能采取的301措施,中国商务部于2018年4月4日发布公告,依据《中华人民共和国对外贸易法》等法律法规和国际法基本原则,拟对原产于美国的大豆等农产品、汽车、化工品、飞机等进口商品对等采取加征关税措施,税率为25%,涉及2017年中国自美国进口金额约500亿美元。

在中国报复措施公布后,加拿大《环球邮报》4月5日刊登题为“WTO Rules Are the First Casualty in the China-U.S. Shoving Match”的文章。该文在评论

^① Statement of Administrative Action, paras.365-366.

^② 《美对华贸易行动因法律问题陷入僵局》, www.ftchinese.com/story/001076379?from=timeline, 2018年5月30日访问。

中美贸易纠纷时,不批评美国首先挑起贸易争端,却指责中国捍卫自身权益的方式,称“中国选择报复的方式完全绕开了WTO争端解决机制。作为全球最大出口国,中国的行为忽视了WTO这一全球贸易体系的关键支柱。”针对这一指责,中国驻加拿大大使馆网站于2018年4月7日刊发使馆发言人表态。使馆发言人指出,公然违反WTO规则的是美国,文章作者不指责违反规则的作恶者,却指责遵守规则的受害者,这种颠倒是非的做法是不公正的,也是不道德的。美国仅依其国内法对华发起301调查,并提出对中国实施加征关税、限制投资等措施,本身就不是在WTO框架内采取行动。^①

如果仔细分析中国商务部2018年4月4日发布公告的用语,特别是“美方这一措施明显违反了世界贸易组织相关规则,严重侵犯中方根据世界贸易组织规则享有的合法权益,威胁中方经济利益和安全”以及“对于美国违反国际义务对中国造成的紧急情况,为捍卫中方自身合法权益,中国政府依据《中华人民共和国对外贸易法》等法律法规和国际法基本原则……对等采取加征关税措施”,中国政府在发布这一公告时似乎已经预设了“安全例外”的伏笔。因此,中国针对美国301措施的反制或报复措施是具有WTO法律依据的行为。

(四)国家安全例外的可诉性

GATT1994第21条规定:

“本协定的任何规定不得解释为:

- (a)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;或
- (b)阻止任何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;
 - (i)与裂变和聚变物质或衍生这些物质的物质有关的行动;
 - (ii)与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动,及与此类贸易所运输的直接或间接供应军事机关的其他货物或物资有关的行动;
 - (iii)在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动;或
- (c)阻止任何缔约方为履行其在《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。”

从上述条文的字面意思可以看出,(a)款涉及信息披露,(c)款明确指向《联合国宪章》项下的义务,(b) (i)目明确指向核材料,美国232措施和可能采取的301

^① 《加拿大媒体指责中国绕开WTO报复美国 中使馆回应》, www.chinanews.com/gn/2018/04-08/8485174.shtml, 2018年5月30日访问。

措施并不属于以上例外允许的情形。似乎美国可以援引的与232措施相关的安全例外是(b)款(ii)目的后半句,而与301措施相关的安全例外是(b)款的(iii)目。

目前为止,WTO争端解决机构并没有对GATT1994第21条进行过解释与适用。在GATT时期的尼加拉瓜诉美国贸易措施案中,由于设立专家组的职权范围明确规定“专家组不能审查或裁决美国援引第21条(b)款(iii)目的有效性和动机”^①,因此专家组认为其未被授权审查美国援引第21条的正当性。^②在该案中,专家组拒绝对美国援引第21条进行审查,不是因为第21条条约用语本身排除了专家组的审查,或第21条安全例外不受第23条争端解决的管辖,而是在设立专家组的职权范围描述中提前排除专家组对安全例外进行审查的权力。因此,如果未来其他WTO成员将美国本次232措施或301措施起诉到WTO争端解决机构,只要设立专家组的请求中写明或不明确排除其职权范围包括第21条,那么专家组就有权对援引第21条安全例外的情形进行审查。

根据《维也纳条约法公约》第31条关于条约解释的基本原则,专家组通常会先从条约用语来解析某一法律问题的法律标准和相关法律要素。要证明一项措施具有第21条(b)款的(ii)或(iii)目的正当性,从条约用语来看,至少要符合以下三个法律要素:

- (1) 涉案产品直接或间接供应军事机关[(ii)目后半句],或国际关系中的其他紧急情况(iii);
- (2) 为了保护基本国家安全利益;
- (3) 其认为……所必需的行动。

就第一个法律要素而言,(ii)目后半句涉及的范围似乎比较广泛,钢铁和铝产品可能构成间接供应军事机关的货物,应该不会有争议。(iii)目中关于“国际关系中的其他紧急情况”实际上也是除“战时”以外的其他概括情况,从条约用语来看,将其解释成与战争相关的情况有一定难度,但是否可以扩大解释到经济领域,尚无判例。

关于第二个法律要素,对于什么是“基本国家安全利益”,美国商务部在针对钢铁和铝产品的232调查报告中将其扩大解释为“对经济和政府的最低限度运作具有至关重要作用的特定行业的一般安全和福祉”或“美国维持国内生产能力以提供必要物资来维护国家安全的能力”。这种解释看似与通常所理解的“国家安

① Report of the GATT Panel, United States - Trade Measures Affecting Nicaragua (L/6053), 13 October 1986, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/85embarg.pdf, para.1.4, visited on 30 May 2018.

② Ibid. paras.5.1-5.3.

全”关系不大,但是GATT1994并没有明确的“基本国家安全利益”标准或界定,因此这种扩大解释是否符合条约目的和宗旨可能是争议的焦点。如前文所述,从232措施本身的设计和结构等综合分析可以发现,该措施的政策目标其实并不是为了保护基本国家安全利益,而是一种变相的贸易保护措施。

关于第三个法律要素中“所必需”(necessary)一词,WTO专家组和上诉机构在若干争端中对这一用语进行过解释,并设立了相应的法律标准,首先,关于necessary的解释,上诉机构认为,necessary有两种含义:一种是“indispensable”,另一种是“making a contribution to”,但是GATT第20(d)中的“necessary”显然更接近于“indispensable”。^①另外,还要审查“措施对于实现其欲达到的目的的贡献程度”^②，“当欲达到的目的和争议措施之间存在真实的手段与目的的关系时,这种贡献是存在的。”^③最后,还要审查合规性措施对国际商业产生的限制性效果。^④为此,上诉机构在韩国牛肉案中设立了关于审查可以被合理期待并使用的、符合WTO规则或最少程度与WTO规则不符的替代措施的法律标准。^⑤结合美国232调查的相关事实和豁免做法以及特朗普总统先后发表的一系列贸易保护主义言论来看,要在WTO争端解决过程中论证美国232措施不符合“necessary”的法律要素还是有比较充分的事实依据的。比如,美国国内产能足以满足国防需求等。

但是,真正可能会给其他WTO成员带来挑战的是第三个法律要素中的“其认为”(it considers)一词。如果将GATT1994第21条(b)款与第20条一般例外的(a)(b)(d)款进行比较,可以发现这些条款并没有关于“其认为”这样的限定语。由此,美国主张,一项措施是否第21条(b)款项下的“必需措施”是由WTO成员自行决定的,只要美国认为必需那就是必需的。也就是说“其认为”这一用语可以解释为,在国家安全问题上WTO义务要让位于国家主权权利的行使。中国在公布针对美国301措施的报复征税清单时所预设的“国家安全例外”的法律基础,可能在一定程度上也考虑了“其认为”一词可能给WTO成员带来的政策空间。

当然,以国家安全为由行使主权权利是否可以完全不受WTO协定约束,可能还要回到条约目的和宗旨上。WTO协定的目的是“在国内和全球市场上创设

① Appellate Body Report, Korea - Various Measures on Beef, para.161.

② Appellate Body Report, Korea - Various Measures on Beef, para.163.

③ Appellate Body Report, Brazil — Retreaded Tyres, para.145.

④ Appellate Body Report, Korea — Various Measures on Beef, para.163.

⑤ Appellate Body Report, Korea — Beef, supra, footnote 49, para.166.

助于个人经济活动的市场条件,并提供一个安全、可预见的多边贸易体制”^①,如果WTO成员以贸易争端为由,动辄诉诸“国家安全例外”采取单边措施,并且不受WTO规则约束,那么WTO协定所要提供的一个安全、可预见的多边贸易体制的目的可能无法实现,WTO规则的体系将遭到破坏。

结语

虽然不可能单纯依赖法律手段来解决中美之间的贸易争端,但是国际法和多边贸易规则仍然是调整国际经贸关系的最重要手段之一。受其他成员单边措施影响的WTO成员,有权利用WTO规则寻求救济。这种救济不仅包括诉诸WTO争端解决机制,也包括利用现有规则的授权中止相关减让义务,甚至还包括利用符合WTO规则的其他单边贸易执法手段等。总体来说,中国政府在本次贸易争端法律方面的应对得当、有理有据,不仅充分利用了符合WTO规则的单边贸易执法手段,比如反倾销等,对美国的贸易冲突升级的行为进行威慑;也成功将美国232措施定性为保障措施,从而很好地援用了保障措施协定中关于直接中止减让义务的授权;特别是成功地在法律上将美国的单边措施和行为拉入多边规则和框架下进行审查和批判。

Analysis on Key Legal Issues Arising from the Trade Conflicts between US and China

Abstract: It is a general principle that WTO Members shall not impose unilateral measures. But there are exceptions for WTO Members to impose unilateral measures in order to protect their rights and benefits under the WTO Agreement, as long as those measures are in compliance with WTO rules. However, the abuse of unilateral measures, in particular a unilateral measure that is a disguised trade protective measure under the name of WTO rules, for example the 232 measure that has been imposed and 301 measure that is potentially to be imposed by the United States, will seriously damage the WTO rules system. Any Member that is affected by unilateral measures taken by oth-

^① Panel Report, United States — Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, para. 7.71.

er Members, has the right to resort to WTO rules for remedies. These remedies include not only bringing a dispute under the WTO Dispute Settlement Mechanism, but also utilizing the authorization under the WTO rules to suspend its concession obligation, as well as taking unilateral trade enforcement instruments which are in compliance with WTO rules to counter the unilateral measures taken by other Members. Overall, from the legal perspective, China's response to the trade conflicts between the United States and China is appropriate.

Key words: unilateral measures; trade conflicts; WTO compliance; WTO dispute settlement

(责任编辑:漆彤)