

301 条款、301 调查及关税措施 在 WTO 下的合法性问题探析

——以中美贸易战中的“美国——关税措施案”为视角

张军旗*

摘要：“美国——关税措施案”是中美贸易战中的关键争端。美国以 301 调查报告为基础对原产于中国的商品加征关税，被中国诉至 WTO。在先决问题上，专家组未对 301 调查事项及关税措施是否属于 WTO 事项做出应有回应。关于被诉“措施二”中 25% 的关税是否属于本案专家组职权范围，专家组做出了正确结论，但存在法律适用方面的错误。专家组还适当地否定了美国关于“双方已经找到解决问题的方法”的主张。在主要问题上，专家组以举证不足为由认定美国的关税措施未满足公共道德例外的要求，从而违反了 GATT1994 第 1 条和第 2 条，其论证总体上合理有据。另外，从学术研究的角度看，301 条款本身、本次 301 调查及关税措施均违反 DSU 第 23 条。

关键词：中美贸易战 301 条款 301 调查 “美国——关税措施案” 合法性

“美国——对某些中国产品的关税措施案”（以下简称“美国——关税措施案”）是中美贸易战中的关键争端。2020 年 9 月 15 日发布的世界贸易组织（以下简称 WTO）专家组报告裁决美国的关税措施违反 WTO 义务。本案在法律上的是非曲直对于中美贸易战的解决直接作用有限，但却事关 WTO 具体规则的解释趋向和多边贸易体制的维护，对于以后同类争端的处理以及 WTO 成员政策的调整都会有借鉴意义，同时也关乎贸易战中双方道德制高点的占领和双方的国际形象，因此对双方在本案中的主张及专家组的事实认定和法律适用进行审视，具有重要实践价值。另外，本案引起了国内外学术界的高度关注，^① 学者对于本案及有关法律解释存在不同看法，本文

* 上海财经大学法学院教授，博士生导师。本文系作者主持的国家社会科学基金一般项目“‘逆全球化’风潮下国际贸易法治的困境、出路及中国的选择研究”（18BFX207）的阶段性成果。

① Kathleen Claussen, “Can International Trade Law Recover? Forgotten Statutes: Trade Law’s Domestic (Re)Turn”, (2019) 113 *American Journal of International Law Unbound* 40; Steve Charnovitz, “How American Rejectionism Undermines International Economic Law”, (2018) 10 (2) *Trade, Law and Development* 226; Xuewei Feng, “Critique of Consistency with WTO Rules of the US Section 301 Investigation against China concerning Technology Transfer (Billing Code 3290 - F7)”, (2018) 8 (2) *Journal of WTO and China* 3; 雷雨清、刘超、郑伟：《美国对华 301 调查及中国反制措施的法律分析》，载《经贸法律评论》2019 年第 1 期；杨国华：《中美贸易战中的国际法》，载《武大国际法评论》2018 年第 3 期；胡加祥：《美国贸易保护主义国内法源流评析——兼评 232 条款和 301 条款》，载《经贸法律评论》2019 年第 1 期；靳也：《301 条款在 WTO 多边体制外的复苏——基于美国对华贸易调查的法律分析》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 1 期；刘瑛、刘正洋：《301 条款在 WTO 体制外适用的限制》，载《武大国际法评论》2019 年第 3 期；管健：《中美贸易争端中的焦点法律问题评析》，载《武大国际法评论》2018 年第 3 期；孙南翔：《唤醒装睡的美国：基于美国对华单边贸易救济措施的分析》，载《国际经济法学刊》2018 年第 3 期。

也将对这些看法给予充分回应。

本文将主要结合专家组报告的论证对“美国——关税措施案”所涉及的法律问题展开分析。在说明本案的基本事实和双方分歧的基础上，本文将分别讨论专家组对先决问题和主要问题裁决的是非曲直。原本中国还指控美国的关税措施违反《关于争端解决规则与程序的谅解》（以下简称DSU）第23条，但后来放弃了这一指控。本文仍将从学术上对美国《1974年贸易法》（Trade Act of 1974）第301—310节（通常简称为301条款）本身、本次对华301调查及关税措施与DSU第23条的相符性做出分析。

一 “美国——关税措施案”的基本事实和双方分歧

这部分首先简介美国对中国产品采取加征关税措施的国内法基础和本案中所涉及的具体措施，然后梳理出中美双方在此争端上的主要争议点。

（一）本案的基本事实

2017年8月18日，美国贸易代表办公室（Office of the United States Trade Representative，以下简称USTR）按照《1974年贸易法》的301条款对中国启动了301调查。2018年3月22日，USTR办公室发布了《根据〈1974年贸易法〉第301节对中国有关技术转让、知识产权及创新的法令、政策和做法的调查结果》（以下简称301调查报告），认定中国实施的一系列法令、政策和做法不公平、不合理或具有歧视性，并对美国的商业构成负担或限制。^①以301调查报告为基础，美国政府于2018年7月6日开始对原产于中国的商品加征关税。在之前的2018年3月23日，美国还就301调查中涉及的中国技术许可措施向WTO提起争端，即“中国——某些知识产权保护措施案”。^②中国政府在采用反制措施的同时，于2018年4月5日在WTO向美国提起磋商，将美国加征关税的行为诉至WTO，此即“美国——关税措施案”。^③2019年1月28日专家组设立。之后彼此的加税行为不断升级，专家组程序则同时进行。2020年9月15日专家组报告发布。2020年10月26日，美国对专家组的裁决提起上诉。由于美国阻挠上诉机构成员的遴选工作，上诉机构已处于瘫痪状态，因此美国的上诉暂时不会有什么结果。

在整个贸易战中，双方迄今已采取多项关税措施。由于双方的关税措施都是逐批发布和实施，本案并未将其全部涵盖在内。本案涉及的具体措施有两项：（1）2018年6月20日USTR发布通告，拟自2018年7月6日起对原产于中国的、年贸易额约340亿美元的产品（以下简称

① Office of the USTR Executive Office of the President, 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, 22 March 2018 (以下简称USTR, Findings of the Investigation under Section 301)。

② *China-Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Request for Consultations by the United States, WT/DS542/1 (26 March 2018)。

③ *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Request for Consultations by China, WT/DS543/1, G/L/1219 (5 April 2018)。

“清单一”) 加征 25% 的从价关税 (以下简称“措施一”);^① (2) 2018 年 9 月 21 日 USTR 发布通告, 拟自 2018 年 9 月 24 日起, 对原产于中国的、年贸易额约 2000 亿美元的产品 (以下简称“清单二”) 加征 10% 的从价关税; 从 2019 年 1 月 1 日起, 加征关税的税率增为 25% (这两项关税以下简称“措施二”)^② 该 25% 的税率曾两度延期, 自 2019 年 5 月 10 日开始实际实施。虽然这里的被诉措施并不涵盖美国对中国的所有加税措施, 但与其他加税措施的性质类似, 因此具有代表性。

所谓 301 条款是指《1974 年贸易法》第 301—310 节。按照第 301 节的规定, 若贸易代表在经调查确认 (1) 美国在贸易协定下的权利被否定, 或 (2) (i) 外国的法令、政策或做法违反了贸易协定或剥夺了美国在贸易协定下的权利, 或者 (ii) 外国的法令、政策或做法不正当, 并对美国的商业构成了负担或限制, 或 (3) 外国的法令、政策或做法不合理或具有歧视性, 并对美国商业构成负担或限制时, 其应该采取适当、可行的行动。^③ 依据前两种情形采取的行动属于强制性行动, 最后一种情形则由贸易代表酌情采取行动。这种行动通常首先是与有关国家进行谈判, 要求对方调整政策; 在不能通过谈判达到目的时, 则会对对方采取单边制裁措施, 通常是对进口产品加征关税或中止贸易协定下的减让利益, 也可能采取其他制裁措施。

美国的单边制裁是有历史渊源的。早在 1794 年国会就授权总统, 当其认为外国歧视美国时, 可以对该国实行贸易禁运或限制与该国的进出口。^④ 《1930 年关税法》《1934 年贸易协定法》和《1962 年贸易扩展法》也都有类似的单边制裁规定, 只是《1974 年贸易法》301 条款的规定最为系统和典型。本次对华 301 调查就是依据《1974 年贸易法》进行的。之后的《1979 年贸易协定法》《1984 年贸易与关税法》《1988 年综合贸易与竞争法》进一步对 301 条款的适用范围、适用程序等方面做了不同程度的修改和完善。

至少从 301 条款的表述来看, 其旨在寻求保障美国商业的公平和公正条件, 在公平和自由的基础上与外国贸易伙伴进行贸易。^⑤ 尽管美国通过与其他国家缔结贸易协定和制定相关国内法 (例如贸易救济国内立法) 的方式处理美国与他国之间的贸易关系, 但贸易协定涵盖范围不一定足够宽广, 他国的有些贸易限制措施可能未被涵盖进去, 更何况贸易协定本身有可能未得到良好执行, 贸易协定下的救济也不一定及时有效。而贸易救济国内立法也有其局限性, 其主要针对进口产品对国内产业造成不利影响的情况, 而无法顾及美国产品出口遭遇到的困难。美国于是寻求一种覆盖面更广、更快捷有效、更有力的对外贸易政策工具, 以对付其所认为的他国的不公平、不合理和歧视性的贸易做法, 因此制定了 301 条款。

从立法及实践的角度看, 301 条款主要具有以下特点: (1) 301 条款将各种其认为不公平、不合理和歧视性的政策和做法均涵盖在内, 无论其是否属于现有贸易协定的涵盖范围。(2) 贸

① USTR, Notice of Action 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 (20 June 2018), 83 Fed. Reg. (以下简称 Notice of 20 June 2018, 83 Fed. Reg.), p. 28710.

② USTR, Notice of Modification of Section 301 Action: China's Acts, Policies and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property and Innovation (21 September 2018), 83 Fed. Reg., p. 47974.

③ 参见美国《1974 年贸易法》第 301 节。

④ See Bart S. Fisher & Ralph G. III Steinhardt, "Section 301 of the Trade Act of 1974: Protection for U. S. Exporters of Goods, Services, and Capital", (1982) 14 *Law and Policy in International Business* 569, p. 573.

⑤ 参见韩立余:《美国外贸法》, 法律出版社 1999 年版, 第 354 页。

易代表依据 301 条款进行的调查不同于司法活动, 尽管其也要进行广泛调查, 并举行听证会听取利益相关方的意见, 但无须像法庭一样对调查报告中的每一种证据进行质证。这不仅提高了贸易代表推进调查进程的主动性, 而且提高了贸易代表的自由裁量权。(3) 与前一项特征相关联, 基于 301 调查采取制裁措施相对于国际贸易协定(例如 WTO)之下的救济通常更加快捷。加之, 301 调查可以一次性地将诸多事项涵盖在内, 从而能够在更大程度上提高行动效率。(4) 第 301 节明确规定贸易代表采取的上述强制性行动应使其所影响的外国有关货物或服务的数额与该国对美国商业所造成的负担或限制, 在价值上相等。这一救济标准本身就高于 WTO 中的“非溯及既往的救济”。^① 而贸易代表对于外国采取的不合理或歧视性的政策或做法酌情采取的行动, 则不存在这样的限制, 这暗含贸易代表在此情形下有更大的裁量权。实践中, 无论是强制性行动还是酌情采取行动, 贸易代表采取的行动往往具有惩罚性。(5) 自 1974 年至 2018 年 8 月, 贸易代表共进行了 124 次 301 调查, 并实施了 16 次措施,^② 显示实践中 301 调查通常是通过威慑方式发挥作用的。

总之, 涵盖面广、方便采取、贸易代表自由裁量权大、惩罚性强等特点使 301 条款具有极强的“杀伤力”, 从而成为进攻性单边主义贸易政策工具。但也正是这种“杀伤力”的存在会影响跨国经营者的竞争条件, 从而使其成为多边贸易体制规制的对象。

由于本案被诉措施是 301 关税措施, 因此以下本文将首先结合专家组报告重点讨论本案中 301 关税措施的合法性问题, 最后一个部分也将进一步讨论 301 调查和 301 条款本身的合法性问题。

(二) 当事双方的主要分歧

中国在磋商请求和设立专家组的请求中均指控美国基于 301 调查加征关税的行为违反了《1994 年关税与贸易总协定》(以下简称 GATT1994) 第 1 条(最惠国待遇)、第 2 条(减让表)和 DSU 第 23 条(加强多边体制),^③ 但在进入专家组程序后放弃了最后一项指控。

美国则辩称:(1) 301 调查所涉及的中国行为及本案被诉措施均与 WTO 权利和义务没有关系, 不在 WTO 规则涵盖范围内;(2) 当事双方相互加征关税, 表示双方已经解决该事项, 专家组应按照 DSU 第 12.7 条的规定简要描述争端事实并报告双方已经达成了解决方案;(3) 对“清单二”产品加征 25% 的关税不属于专家组的职权范围;(4) 即便专家组审理此案, 被诉措施也符合 GATT1994 第 20 条(a)项规定的公共道德例外。^④ 其中前三者均属于先决问题, 最后一项属于主要问题。

① 参见张军旗:《论 WTO 国际法律责任的范围及其发展方向》,载《政治与法律》2006 年第 6 期,第 87 页。

② 参见朱枫叶:《美国的单边主义行动违反国际法》,载《国际经济法学刊》2018 年第 4 期,第 2 页。

③ *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Request for Consultations by China, WT/DS543/1, G/L/1219 (5 April 2018); *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Request for Consultations by China, WT/DS543/1/Add. 1, G/L/1219/Add. 1 (9 July 2018); *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Request for Consultations by China, WT/DS543/1/Add. 2, G/L/1219/Add. 2 (17 July 2018); *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Request for Consultations by China, WT/DS543/1/Add. 3, G/L/1219/Add. 3 (20 September 2018); *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Request for the Establishment of a Panel by China, WT/DS543/7 (7 December 2018).

④ 参见 *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, First Written Submission of the United States of America (27 August 2019) (以下简称 United States' First Written Submission), paras. 1, 3, 36, 63, 93。

本文将就双方争议的各个问题及专家组对这些问题的裁决逐一进行分析，重点讨论双方及专家组所持观点的是非曲直。

二 先决问题的争议、裁判与评析

本案上述三个先决问题中，前二者涉及专家组对于本案是否具有管辖权的问题，最后一个问题涉及专家组职权范围问题。

（一）301 调查事项及被诉措施是否与 WTO 有关

美国除了主张 301 调查涉及的中国绝大多数行为与 WTO 无关外，还主张基于 301 调查施加的关税措施亦非 WTO 事项。^①

美国的这一主张原本与其关税措施违反 DSU 第 23 条有关，但后来中国放弃了涉 DSU 第 23 条的指控，美国也自然不再提 DSU 第 23 条的问题。但是，抛开 DSU 第 23 条角度的考虑，美国的上述主张本身就构成了对 WTO 管辖权的挑战。从理论上讲，既然美国提出抗辩，无论其适当与否，专家组报告就应对其给予回应。可实际情况是，专家组报告对美国的上述主张竟未做出任何正面回应，而是径行讨论美国的关税措施是否违反 GATT1994 第 1 条和第 2 条的问题。这不能不说是专家组报告的一个明显缺陷。本文在这里拟对此问题做出正面回答，以弥补专家组在论证上的这一缺陷。

301 调查报告主要指控中国有四类行为不合理或具有歧视性，构成了对美国商业的负担或限制：（1）强制美国企业进行技术转让；（2）存在歧视性的技术许可限制；（3）政府支持“走出去”企业在战略性领域投资以获取尖端技术；（4）政府从事并支持企业从事网络侵入活动以窃取美国企业的商业秘密。^② 所指控的这些行为是美国政府对中国产品采取加税措施的基础。

对于 301 调查事项是否与 WTO 相关，至少在专家组报告发布之前，美国的有些主张受到质疑，有些主张却并未受到质疑。具体来说，对于技术许可限制涉及《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称 TRIPs），学者们没有什么争议，但对美国指控的其他三方面行为与 WTO 的关联性，则有较大分歧。如有学者认为，有关强制技术转让的内容涉及《服务贸易总协定》（以下简称 GATS）、TRIPs 及《中国加入议定书》的规定，^③ 但对美国指控的政府支持企业获取尖端技术及网络窃密与 WTO 的关联性没有提及。还有学者认为，知识产权问题与 TRIPs 相关，^④ 但具体违反这些协定的哪些条款，均无具体说明。另有一些学者只提及 WTO 在技术转让方面规则的有限性，而并未述及其他事项与 WTO 的关联性，^⑤ 或者试图论证 301 调查在“WTO 体制外”的法律性质。^⑥

① United States' First Written Submission, paras. 1, 3, 50, 60.

② USTR, Findings of the Investigation under Section 301.

③ 参见雷雨清、刘超、郑伟：《美国对华 301 调查及中国反制措施的法律分析》，第 21 页。

④ 参见杨国华：《中美贸易战中的国际法》，第 131 页。

⑤ 参见胡加祥：《美国贸易保护主义国内法源流评析——兼评 232 条款和 301 条款》，第 14 页；Kathleen Claussen, “Can International Trade Law Recover? Forgotten Statutes: Trade Law’s Domestic (Re)Turn”, p. 42.

⑥ 参见靳也：《301 条款在 WTO 多边体制外的复苏——基于美国对华贸易调查的法律分析》，第 78 页；刘瑛、刘正洋：《301 条款在 WTO 体制外适用的限制》，第 139 页。

笔者认为,对301调查事项是否与WTO相关这一问题的判断需要明确两个前提。首先,301调查事项是否与WTO相关,不能仅从301调查报告是否提及《WTO协定》来判断,而要看调查事项是否与《WTO协定》具有实质上的联系。否则,要规避DSU第23条就会变得很容易,只要在单边措施中不提及《WTO协定》即可达到规避该条规则之目的。其次,不能仅因《WTO协定》的条文未明确提及某种行为就认为该行为与WTO无关。成员行为具有多样性,人们对行为的描述和概括也具有多样性,而条约条款通常是一种类型化表述,所以判断某一行为与条约的关系需要进行识别,通过对行为属性和《WTO协定》有关条文的分析和解释,从实质意义上判定该行为与协定有关条文是否存在联系。

笔者认为,美国本次对华301调查事项均与《WTO协定》有关。特别强调,这一判断并不是认同美国所指控的中国行为的真实性,相反,301调查报告援引的行业协会报告、访谈甚至学者论著在法庭上很难成为支持其指控的可靠证据。说本次301调查事项与《WTO协定》有关,只是说这些“类型”的行为是与《WTO协定》有关的行为,而与这些指控的真实性并无必然联系。具体说明如下:

1. 强制性技术转让与TRIPs具有关联性

强制性技术转让与TRIPs第28.2条具有关联性。该条规定:“专利权人还有权转让或以继承方式转移其专利并订立许可合同。”该条规定暗含专利权人在转让专利技术的过程中应拥有充分的契约自由,除非受到不与WTO协议相抵触的国内强制性法律的限制。这样,若投资者的契约自由在东道国受到不当限制包括被强制转让技术,就存在适用TRIPs第28.2条的可能。虽然该条只涉及专利权,但权利人转让自己的技术秘密时应适用同样的原则,恐也没有什么疑问。

2. 政府支持海外投资企业获取先进技术与SCM具有关联性

任何成员的政府支持本国的海外投资企业努力获得先进技术(包括购买技术和获得专利许可等),这本身并没有什么值得非议的。除了西方一些国家以国家安全理由限制技术出口外,各国法律并不禁止外国投资者在本国获取技术。相反,如有学者所指出,购买现代技术和知识产权以及并购外国公司属于应当受到保护的普通商业活动。^①问题的关键在于,如果301调查报告指责其他成员政府给予其海外投资企业以优于市场条件的支持,诸如费用补贴、政府贴息的银行贷款、政策性银行的贷款、优先给予行政批准、优先使用外汇、优先获得各种政府服务,等等,^②无论这种指责本身是否成立,其指责中涉及的这些类型的行为与WTO补贴规则有关。虽然为避免与《WTO协定》联系起来从而被指违反DSU第23条,本次对华301调查报告小心翼翼地不使用“补贴”一词,但这里所指控的绝大部分行为都属于补贴的范畴,按照《补贴与反补贴措施协定》(以下简称SCM)的规定,大体上可归于可诉性补贴的范畴,因此与SCM第1条(补贴的定义)、第2条(专向性)、第三部分(可诉补贴)都具有关联性。

3. 网络窃密行为与TRIPs具有关联性

301调查报告所指称的网络窃密行为包括窃取商业秘密、技术数据、谈判立场、敏感内部通讯等。此种“类型”的行为与TRIPs第39.2条相关。该条规定,自然人和法人应有可能防止其

① See Xuewei Feng, “Critique of Consistency with WTO Rules of the US Section 301 Investigation against China concerning Technology Transfer (Billing Code 3290 - F7)”, p. 22.

② USTR, Findings of the Investigation under Section 301, pp. 78, 103, 150.

合法控制的信息在未经其同意的情况下以违反诚实商业行为的方式向他人披露,或被他人取得或使用,前提是:(i) 这些信息属于秘密,(ii) 因属秘密而具有商业价值,及(iii) 这些信息的合法控制人采取了合理步骤保持其秘密性质。该条形式上规定的是未披露信息的所有人的权利,但也内在地包含了其他主体不得侵害该项权利的义务。

4. 歧视性技术许可事项亦与 TRIPs 具有关联性

美国指称中国《技术进出口条例》有关技术许可的规定违反了 TRIPs 第 3 条(国民待遇)和第 28 条(授予的权利),^①并将之诉诸 WTO 争端解决机制,从而主动认可该事项属于 WTO 事项。学者们对于该事项与 WTO 的关联性无异议。

由以上分析可见,本次 301 调查事项均与 WTO 权利和义务有关。虽然 301 调查报告称这些行为不公平、不合理从而对美国商业构成限制或负担,而并未援引《WTO 协定》,但这只是美国为逃避 WTO 审查所做的伪饰而已。

有一种流行的观点认为,即便 301 调查所涉中国行为不在 WTO 规则范围内,也不论美国是否主张其在 WTO 下的利益受损,其关税措施(单边制裁措施)也违反 WTO 义务,特别是违反 GATT1994 第 1.1 条(最惠国待遇)、第 2.1 条(减让表),^②还有学者提到即便 301 调查事项与 WTO 无关,其关税措施也违反了 DSU 第 23 条。^③甚至有学者称,不论何种理由,若成员的措施涉及贸易征税,该措施就属于 WTO 的管辖范围。^④姑且不论这些观点本身的合理性如何,这些观点均是以假定本次 301 调查所涉事项与 WTO 无关为前提的。如上文所分析,301 调查报告所涉四类事项均与 WTO 有关,这里所列举的这些观点就失去了适用的空间。

至于美国基于 301 调查而采取的关税措施,更是非常明确地与 GATT1994 第 1 条(最惠国待遇)和第 2 条(减让表)有关。美国声称其关税措施也与 WTO 无关,完全是无理狡辩。

(二) 当事双方是否已找到 DSU 第 12.7 条意义上解决问题的方法

DSU 第 12.7 条最后一句规定,如争端各方已找到问题的解决方法,则专家组报告应只限于对案件进行简要描述,并报告已达成解决办法。也就是说,在此情况下专家组无须继续审理此案,自然也无须作出裁决。

美国辩称,双方已经找到了 DSU 第 12.7 条意义上的解决问题的方法,因此专家组应依该条的上述规定结案,其理由有二:(1) 在美国采取关税措施后,中国在未经 WTO 争端解决机构

① 《中华人民共和国技术进出口管理条例》(2011 年修订版)第 27 条规定,对进口技术进行改进的权利归于从事改进的一方。该《条例》第 29.3 条规定,禁止技术许可方限制中国被许可方对转让技术进行改进或使用改进技术。而《中华人民共和国合同法》第 354 条规定,当事人可以按照互利的原则,在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。美国指称,《合同法》赋予了国内合同当事人之间以充分的自由约定的权利,而《条例》的两个条款限制了外国权利人自由约定的权利,构成了对外国权利人的歧视。2019 年 3 月国务院对该《条例》做了最新修改,将原第 27 条修改为:“技术进口合同期满后,技术让与人 and 受让人可以依照公平合理的原则,就技术的继续使用进行协商。”同时,删除了原《条例》第 29.3 条。

② See Kathleen Claussen, “Can International Trade Law Recover? Forgotten Statutes; Trade Law’s Domestic (Re)Turn”, p. 42; 刘瑛、刘正洋:《301 条款在 WTO 体制外适用的限制》,第 147 页;管健:《中美贸易争端中的焦点法律问题评析》,第 152 页。

③ 参见雷雨清、刘超、郑伟:《美国对华 301 调查及中国反制措施的法律分析》,第 22 页;管健:《中美贸易争端中的焦点法律问题评析》,第 152 页。

④ 参见孙南翔:《唤醒装睡的美国:基于美国对华单边贸易救济措施的分析》,第 24 页。

(Dispute Settlement Body, 以下简称 DSB) 授权的情况下径行采取了报复措施, 这说明双方已经找到解决问题的方法, WTO 争端解决机制也就无须发挥作用; (2) 双方已经开始了高级别的协商。^① 美国还试图以中美“第一阶段协议”为证据, 说明双边谈判正在进行并且富有成效。^② 对于美国的主张, 中国则认为双方并未找到令双方满意的解决方法, “第一阶段协议”与本案没有法律联系, 美国的关税措施也仍然存在。^③

专家组认为, DSU 第 12.7 条中的任何“解决方法”都应像该条第一句话中所限定的那样, 是“令双方满意的”解决方法, 而中国坚称本案所涉问题并未解决, 这足以说明双方并未找到令双方满意的解决方法; 双边谈判可与专家组程序平行进行, 并不试图取代专家组程序, 不能仅因双方谈判的存在而剥夺中国的申诉权; 另外, 也无其他书面文件表明双方找到了令双方满意的解决方法。在此基础上, 专家组认定双方并未找到令双方满意的解决方法。^④

专家组在此问题上的分析是清晰而合理的。美国的理由是一种匪夷所思的逻辑, 完全是强词夺理。在承诺的关税减让水平之外相互加征关税显然不是正常的贸易关系, 而且这个过程还在持续, 这能称之为“令双方满意的解决方法”吗?

(三) “措施二”中 25% 的关税是否属于本案专家组职权范围

1. 双方对此问题的争议及理由

如前所述, “措施二”包含两个部分: (1) 自 2018 年 9 月 24 日起, 对原产于中国、年贸易额约 2000 亿美元的产品 (“清单二”) 加征 10% 的从价关税; (2) 从 2019 年 1 月 1 日起, 加征关税的税率由 10% 增为 25%。该 25% 的关税并未如期实施, 而是于 2019 年 5 月 9 日宣布自次日开始实施。

美国认为, “措施二”中 25% 的关税应构成一项单独的措施, 不应该包含在本案专家组的职权范围之内, 理由有二: (1) 中国在设立专家组的请求中并未指明该部分措施; (2) 该部分措施是在专家组设立 (2019 年 1 月 28 日) 之后才生效的, 在专家组设立之前该部分措施并不存在。^⑤

中国则认为其设立专家组的请求已明确将被诉措施的预期修改包含在内, 而“措施二”中 25% 的关税正是对“措施二”中 10% 的关税的增加和修改, 自应在本案专家组的职权范围之内。^⑥

2. 专家组认定“措施二”中 25% 的关税在专家组职权范围之内

本案专家组援引了之前上诉机构和专家组的相关法律解释。在“欧共体——鸡肉片案”中,

① 参见 United States' First Written Submission, para. 38; *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Second Written Submission of the United States of America (8 January 2020) (以下简称 United States' Second Written Submission), paras. 6-9。

② *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, WT/DS543/R (15 September 2020) (以下简称 WT/DS543/R), para. 7.5。

③ *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, WT/DS543/R/ADD.1 (15 September 2020), Annex B-1 (Integrated Executive Summary of the Arguments of China) (以下简称 Integrated Executive Summary of the Arguments of China), paras. 12-15。

④ See WT/DS543/R, paras. 7.12, 7.14, 7.19。

⑤ See United States' First Written Submission, paras. 93-94。

⑥ See WT/DS543/R, para. 7.27。

上诉机构指出：“作为一般规则，专家组职权范围内的措施应是在设立专家组之时已经存在的措施，但在有限的特定情况下，专家组设立后颁布（enact）的措施可落入专家组的职权范围。”^①“泰国——香烟案”（第 21.5 条，菲律宾）执行之诉的专家组指出：“如果在专家组设立之后颁布的法律文件构成了对被诉措施的修改，专家组可以审查该法律文件，前提是设立专家组的请求足够宽泛，可以将该修改包含在内，并且该修改未改变被诉措施的实质。”^②这里的法律解释成为本案专家组作出裁决的法律基础。

专家组首先注意到，设立专家组的请求中三次提到“措施二”中 25% 的关税，而 USTR 关于实施针对“措施二”的两次通告（分别于 2018 年 9 月 21 日和 2019 年 5 月 9 日发布）显示“措施二”中 10% 的关税和 25% 的关税属于“一个（虽属组合）行动”。^③专家组进一步认为，该 25% 的关税与该 10% 的关税涵盖的是相同范围的产品，具有相同的法律影响，也是由同一机构在相同的法律基础上通过同一类型的法律文件来实施的，唯一不同的只是税率，因此前者属于对后者的修改，并且具有与后者相同的实质。并且，设立专家组的请求也明确包含了所列措施的“任何修改、替代或修正”，即已经预见到所列措施可能的变化。基于这些原因，专家组认定“措施二”中 25% 的关税也涵盖在专家组职权范围之内。^④

3. 专家组的结论正确但法律适用存在错误

专家组的结论及其对“措施二”中 25% 的关税与 10% 的关税具有同质性的分析均是适当的，但其提供的理由存在法律适用上的错误，具体说明如下：

（1）专家组未准确适用其所援引的法律解释

按照前引“欧共体——鸡肉片案”中上诉机构和“泰国——香烟案”（第 21.5 条，菲律宾）中专家组的法律解释，通常专家组职权范围内的措施应是在设立专家组之时已经存在的措施，而专家组设立之时已经颁布的措施自应属于已经存在的措施。也就是说，判断是否构成“已经存在的措施”的标准是一项措施是否颁布，而非其是否生效。只有对那些在专家组设立之后颁布（而非生效）的修正措施是否落入专家组的职权范围，才需要考察其是否与原措施同质。这里的“专家组设立之后”和“颁布”是两个关键性限定条件。按照上诉机构的说法，规定这种例外的目的在于防止被诉方在争端解决程序进行期间通过对原被诉措施的微小修改来回避专家组的审查。^⑤这种设想无疑是合理的。

本案中，“措施二”中 25% 的关税是在设立专家组之前（而非之后）就已经颁布的措施，从而成为设立专家组时“已经存在的措施”。该措施尚未生效，并不能像美国主张的那样认为该措施“不存在”。设立专家组的请求已明确将其包含在内，其也就成为被诉措施的一部分。这样，即便设立专家组的请求中未提及“对以上被诉措施的任何修改、替代或修正”，也不影响对该 25% 关税这一事实属性的判断。盖因该 25% 的关税尚未生效，专家组又未充分

① *European Communities-Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R (12 September 2005), para. 156.

② *Thailand-Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines* (Recourse to Article 21.5 of the DSU by the Philippines), WT/DS371/RW (12 November 2018), para. 7. 808.

③ See WT/DS543/R, paras. 7. 43 – 7. 46.

④ See WT/DS543/R, paras. 7. 49 – 7. 59.

⑤ *Chile-Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/AB/R (23 September 2002), para. 144.

注意到之前专家组和上诉机构的法律解释针对的是专家组设立后“颁布”而非“生效”的措施，就错误地将该25%的关税排除在“已经存在的措施”（被诉措施）之外，而去论证其是否构成与“措施二”中10%的关税同质的修正，以最终证明该25%的关税也在专家组职权范围内。这不仅是舍近求远，而且存在一定证明风险。假定该25%的关税包含在另一份文件中，涵盖的是不同范围的产品，就极有可能被论证为非同质的修正，从而被排除在专家组的职权范围之外。

（2）专家组的分析未注意到多边贸易体制保护竞争关系的精神

已经颁布但未生效的行政措施之所以具有可诉性从而能够落入专家组的职权范围，是因为其与多边贸易体制保护竞争关系的核心精神有关。GATT/WTO 争端解决实践对此多有阐明。

GATT 期间“美国——石油税案”专家组指出，总协定有关规则“不仅保护现有贸易，而且为将来的贸易创设所需的预见性。对于这种与总协定不符的现存立法，如果要等实施该立法的行政行为实际适用于贸易后才能被缔约方挑战，将不会达到这一目的。”^① WTO 期间的“阿根廷——鞋和纺织品案”和“美国——301 条款案”中，专家组均肯定了立法措施（特别是强制性立法）本身就具有可诉性，而与其是否实际实施没有关系。^② 其原因如“美国——301 条款案”专家组所言，仅立法本身就可能对私人经济活动产生“寒蝉效应”（chilling effect），并进一步影响进口产品和国内产品间的相对竞争关系。^③

虽然这几个争端中专家组的解释涉及的是立法机关的立法，但已经颁布而尚未生效的行政行为（包括行政立法和行政措施）同样会对竞争关系产生影响，并且由于行政行为从制定到生效的时间比之于立法从制定到生效的时间通常更短，其影响更加直接和紧迫。因此，已经颁布的行政立法或行政措施，即便尚未生效，同样具有可诉性。^④ 在“日本——半导体贸易案”和“日本——胶卷案”中，即便那些不具法律约束力的政府文件由于具有影响竞争关系的效果，都被专家组认定为具有可诉性，^⑤ 具有约束力（即便尚未生效）的政府措施更应如此。

可是，“美国——关税措施案”专家组在对“措施二”中25%关税的性质进行分析时，完全没有顾及既往的这些判例所阐释的“多边贸易体制保护竞争关系”的精神，这是一个明显的缺陷。好在专家组对此问题的不当分析未影响其对这个问题的结论，仍然确认该25%的关税属于专家组的职权范围。

三 被诉措施被认定初步违反义务与公共道德例外的援用

相对于以上部分的先决性问题，本部分和下一部分将讨论本案的主要问题，即被诉措施是否违反了 WTO 实体义务。

① *United States-Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, L/6175 (5 June 1987), para. 5. 2. 2.

② 参见 *Argentina-Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, WT/DS56/R (25 November 1997), paras. 6. 45 - 6. 46; *United States-Sections 301 - 310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R (22 December 1999) (以下简称 WT/DS152/R), paras. 7. 41 - 7. 43。

③ See WT/DS152/R, paras. 7. 81, 7. 84.

④ 参见张军旗：《WTO 争端解决中的可诉性问题释微》，载《现代法学》2008 年第 6 期。

⑤ See *Japan-Trade in Semi-conductors*, L/6309 (24 March 1988), paras. 108 - 115; *Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R (31 March 1998), para. 10. 49.

（一）被诉措施被认定初步违反 GATT1994 第 1 条和第 2 条

专家组认定，由于美国的关税措施仅针对中国产品，WTO 其他成员的产品并不受该关税措施的影响，美国的关税措施构成了对 GATT1994 第 1.1 条的最惠国待遇原则的初步违反。^① 并且，美国的关税措施导致其对中国产品的关税超过了美国在 GATT1994 第 2.1 条中承诺的约束关税的最高水平，并对中国产品形成了更为不利的待遇，因此同样构成对 GATT1994 第 2.1 条（a）项和（b）项的规定的违反。^②

美国的关税措施初步违反 GATT1994 第 1 条和第 2 条，这一点是明显的，美国对此也无什么异议，因此这里就不赘述专家组的分析过程（事实上专家组的分析过程也是简要的）。需要说明的一点是，这里专家组只是强调美国的关税措施“初步”违反了相关条款。“初步违反的案件”（*prima facie case*）指被诉行为初步看起来与法律规则是不一致的；当这种状态存在时，举证责任转移到被诉方，如果被诉方不能做出有效反驳，法庭就应支持申诉方的诉请。^③ 本案中，专家组认定被诉措施初步违反了 GATT1994 第 1 条和第 2 条，举证责任就转移到了被诉方美国。若美国不能做出有效反驳，专家组就会认定美国确实违反了上述条款。对此，美国以 GATT1994 第 20 条（a）项规定的公共道德例外作为抗辩。

（二）美国援引公共道德例外的理由

GATT1994 第 20 条的序言和（a）项规定如下：

在遵守关于此类措施的实施不在情形相同的国家之间构成任意或不合理歧视的手段或构成对国际贸易的变相限制的要求前提下，本协定的任何规定不得解释为阻止任何缔约方采取或实施以下措施：（a）为保护公共道德所必需的措施；（b）……

GATT1994 第 20 条是关贸总协定的一般例外，被诉措施只要满足其中任一例外的要求，即可免除被诉方在《WTO 协定》之下的一些实体义务。其中（a）项规定的情形被称为公共道德例外。

美国指称，301 调查报告中涉及的中国的强制技术转让、网络窃密、走出去投资政策等行为属于不公平竞争行为，与美国的基本道德标准相左，对美国社会反盗窃和反强迫的社会规范以及关于公平竞争、尊重创新的信念构成威胁，因此美国的加税行为符合 GATT1994 第 20 条（a）项的公共道德例外。^④

四 专家组认定被诉措施不符合公共道德例外的要求

本案专家组遵循以往裁判者在分析 GATT1994 第 20 条之诉时采用的两层分析法，即先审查

① See WT/DS543/R, para. 7. 87.

② See WT/DS543/R, paras. 7. 94 – 7. 98.

③ See WT/DS543/R, para. 7. 76.

④ See United States' First Written Submission, paras. 12 – 13, 75; United States' Second Written Submission, paras. 22 – 23.

被诉措施是否暂时落入第20条各子项的范围,然后再考虑被诉措施是否满足第20条序言的要求。

在做第一层次分析时,以往专家组和上诉机构首先要认定被诉措施是否具有第20条(a)项意义上的目标,然后评估该措施是否“设计”(designed)用于保护该公共道德目标,最后考察该措施是否为保护公共道德所必需,这涉及对被诉措施与合规的备选措施之间的比较和权衡。^①本案专家组也按照这个分析框架展开论证。

(一) 被诉措施是否涉及 GATT1994 第 20 条 (a) 项下的公共道德目标

本案专家组援引以往专家组报告认为,WTO 成员应有机会界定适用于各自境内的公共道德概念,并有权利确定其认为适当的保护水平。在这一点上,成员应被给予一定程度的尊重。^②至于尊重的程度,并未明确提及,需由专家组根据案件的具体情况进行把握。

中国认为 GATT1994 第 20 条 (a) 项限于非经济目标,而美国关注的“不公平行为”并不涉及公共道德的内容。^③对此,专家组认为,GATT1994 第 20 条下有几个子项保护的利益都直接或间接地涉及经济方面,并且公共道德目标也往往具有不可分割的经济方面,追求非经济目标也会导致采用具有经济效果的措施。专家组尽管也注意到中国和一些第三方成员提出的“被诉成员自行界定公共道德的权利也不能毫无限制”,但在综合分析的基础上认定美国关于是非标准的主张(即反盗窃、反强迫、公平竞争、尊重创新等),至少在概念层面,涵盖在 GATT1994 第 20 条 (a) 项下的“公共道德”的范畴之中。^④也就是说,专家组肯定了美国对其援引的公共道德内涵的界定。

(二) 被诉措施是否“设计”用于保护美国援引的公共道德目标

在“哥伦比亚——纺织品案”中,上诉机构认为,为确定某一措施在第 20 条 (a) 项之下具有合理性,应做两步分析,一是确定该措施必须是“设计”用于保护公共道德的(以下简称“设计标准”,即专家组和上诉机构报告中所称的 design test);二是确定该措施是保护该公共道德的“必要”措施(以下简称“必要性标准”)。前者是对被诉措施与保护公共道德之间关系的一种初步、门槛性的审查。如果这种审查显示该措施不能保护公共道德,就意味着其不能满足“设计标准”,也就无需进一步做“必要性”分析。相反,若该措施并非不能(not incapable)保护公共道德,则说明二者之间存在联系,才需要进一步做“必要性”分析。为确定被诉措施“设计”用于保护公共道德,专家组必须审查与所涉措施的设计有关的证据,包括其内容、结构

① See WT/DS543/R, para. 7. 110.

② See *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R (10 November 2004), para. 6. 461; *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/R (12 August 2009), para. 7. 759; *European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/R, WT/DS401/R (25 November 2013), para. 7. 381; *Colombia-Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*, WT/DS461/R (27 November 2015), para. 7. 299; *Brazil-Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/R, WT/DS497/R (30 August 2017), para. 7. 520 (original footnote 254 of the panel report of WT/DS543/R).

③ See WT/DS543/R, para. 7. 133.

④ See WT/DS543/R, paras. 7. 134 - 7. 140.

及预期操作。被诉措施有没有明确提及公共道德,对于这一标准的适用并无根本性影响。^① 从上诉机构的这一解释可以看出,所谓“设计标准”实质上是有用性(有效性)判断,至于有效程度或是否具有其他方面的影响姑且不论。

“美国——关税措施案”专家组认为,“设计标准”只是一个先决步骤,在有些争端中不一定有用;在本案中判断被诉措施是否满足这一标准就很困难,并且没有什么用处,而只有在进入必要性分析后才能清楚地了解被诉措施更详细的情况,基于此,专家组决定不单独分析被诉措施是否满足“设计标准”,而直接进入“必要性”分析阶段,使用综合方法去判定被诉措施对于保护美国公共道德的必要性。^② 至于为什么“设计标准”分析在本案中既困难又没用,专家组并未做进一步解释。

(三) 被诉措施是否为保护美国公共道德的必要措施

按照“美国——关税措施案”专家组的总结,“必要性标准”要求对一系列因素进行综合权衡,这些因素有:(1)所追求的政策目标的相对重要性;(2)被诉措施对贸易的限制性影响;(3)被诉措施对实现其政策目标的贡献。此外,还要考虑是否存在与潜在的合规措施或对贸易有更小影响的替代措施可以合理利用。^③ 总之要对这些因素进行综合分析,以确定被诉措施是否属于保护特定公共道德必不可少的手段。

美国认为,其关税措施对于保护公共道德具有必要性,因为(1)它在促使中国取消不公平贸易行为方面发挥着必不可少的作用,它能够增加此种行为的成本,促使中国不继续从事这些行为;(2)关税措施一采用,中国就同意与美国谈判解决301调查报告中涉及的问题,这说明关税措施是必要的;^④ (3)近十年来美国试图通过各种途径解决中国的不公平贸易政策,例如对话、警告、多边论坛对话、双边机制以及对与中国政府有关的个人和实体提出刑事指控,但这些方式均未发挥持久作用,这也证明了其关税措施的必要性。^⑤ 这里美国所提出的理由基本展示了其主张公共道德例外的基本逻辑。当然,能否充分举证则是另一个层面的问题。

专家组首先肯定了美国援引的公共道德目标反映了美国认为极为重要的社会利益,^⑥ 然后针对“措施一”和“措施二”,分别讨论其是否满足“必要性标准”的要求。

关于“必要性”的涵义,上诉机构在“韩国——牛肉案”中曾指出,GATT1994第20条(d)项中的“必要”(necessary)涉及必要性的不同程度,其中一端是“不可替代”之意,另一端是“可做出贡献”之意;“必要”措施的通常意思更接近前者而不是后者。但被诉措施对其所追求目标的贡献程度是必要性分析的方面之一,贡献程度越高,就越有可能被认为具有必要性。^⑦ 在“巴西——翻新轮胎案”中,上诉机构指出,当目标与所诉措施存在目的与手段关系

① *Colombia-Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*, WT/DS461/AB/R (7 June 2016) (以下简称 WT/DS461/AB/R), para. 5. 67 - 5. 69.

② See WT/DS543/R, paras. 7. 150 - 7. 152.

③ See WT/DS543/R, para. 7. 159.

④ See United States' Second Written Submission, para. 53, 40.

⑤ See United States' First Written Submission, para. 80.

⑥ See WT/DS543/R, para. 7. 169.

⑦ See *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (11 December 2000) (hereinafter WT/DS161/AB/R), paras. 161, 163.

时,就意味着贡献的存在。^① 遵循上诉机构的这些思路和逻辑,本案专家组分别考察了“措施一”和“措施二”对美国所援引的公共道德的贡献。

1. 关于“措施一”(对“清单一”产品加税)对保护美国公共道德的贡献

美国认为“清单一”涵盖的都是体现了道德侵犯的产品,这些产品受益于301调查报告中涉及的中国贸易政策。^② 专家组主要基于三个方面的分析否定了美国的主张。

第一,专家组认为美国未解释和证明“措施一”与美国所追求的公共道德目标之间的关系。虽然 USTR2018年4月6日的通告指出,加税的进口产品均受益于中国的产业政策,但美国并未提供解释或证据来进一步证明该主张。美国也没有解释采用和实施这些措施的法律文件是如何支持其主张的。^③ 更重要的是,采用和实施这些措施的法律文件并未解释“措施一”与美国所追求的公共道德目标之间的关系,也没有提供其他证据证明其所选产品如何违背其公共道德,或对其所选产品加税能为其公共道德的保护做出贡献。^④ 这一认定是一个整体层面的考虑。

第二,专家组认为 USTR 关于“清单一”产品的缩减未能体现出公共道德方面的考虑。USTR 于2018年4月6日发布的通告提议的500亿美元的产品清单(以下简称“拟议清单一”),供利害关系人就提议的行动做出评论。评论期结束后,美国将“拟议清单一”中的500亿美元的产品缩减为340亿美元的产品。专家组指出,实施该缩减的法律文件并未指出对“清单一”的缩减与美国所援引的公共道德目标之间的关系,相反,双方提交的文件显示,该缩减考虑的主要是对相关产品继续征税是否会产生扰乱和损害美国经济的可能风险。从“拟议清单一”中减除某些进口产品的过程,看起来并未考虑其对美国所援引的公共道德目标的潜在损害,也未考虑所追求的政策目标的内在一致性。^⑤ 与第一项分析相比,这一认定是一个局部性的考虑。

第三,从“清单一”中排除某些产品的过程也未体现出对公共道德的考虑。^⑥ 按照 USTR2018年6月20日的通告,将建立一定程序,允许利害关系人基于下列考虑请求将某些产品从加税产品清单中排除出去:(i) 某些产品只能从中国获得;(ii) 对某些产品加征关税会对美国的某种经济利益造成严重损害;(iii) 某些产品不具战略重要性,或与《中国制造2025》计划没有关系。^⑦ 2018年7月11日发布了排除请求程序,其中列举的排除事由同样是通告中列明的这三项。专家组认为,针对基于前两项事由提出的排除请求,美国基本上没有阐明在每次给予产品排除时 USTR 对有关因素的实质性评估,也没有具体阐明所排除的产品是否受益于美国认为不符合其公共道德的中国政策。^⑧ 针对基于第三项事由提出的排除请求,在拒绝排除的情形下美国提交的文件也没有解释其拒绝与该事由的关系。另外,美国未能充分解释起初被认为受益于中国政策的产品(美国认为其损害了其公共道德)为什么被排除出去,及为什么这种排除不破坏其

① *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R (3 December 2007) (以下简称 WT/DS332/AB/R), para. 145.

② United States' Second Written Submission, paras. 34, 62.

③ See WT/DS543/R, paras. 7.187, 7.190.

④ See WT/DS543/R, paras. 7.191, 7.194.

⑤ See WT/DS543/R, paras. 7.197, 7.199 - 7.201.

⑥ 注意这里对“清单一”中“排除”某些产品与上文对清单一的“缩减”是两种不同的情形。

⑦ Notice of 20 June 2018, 83 *Fed. Reg.*, p. 28711.

⑧ See WT/DS543/R, para. 7.205.

公共道德目标的实现。^①

综上所述，专家组认为，美国未能证明其“措施一”与其援引的公共道德目标之间存在手段与目的关系，^②也就意味着美国未能证明前者对后者存在贡献，更谈不上贡献程度了。

2. 关于“措施二”（对“清单二”产品加税）对美国所援引的公共道德目标的贡献

“措施二”是在 USTR2018 年 9 月 21 日的通告中发布的。美国声称，比之直接受益于中国不公平贸易政策的产品，“清单二”产品范围更广，^③原因是中国显然不打算改变其不公平政策，反而向美国出口到中国的产品加税；^④若不对中国的经济报复做出反应，就会显得美国政府默许了中国的盗窃和强制技术转让行为，因此采取“措施二”对于保护公共道德是必要的。^⑤言下之意，只有对中国施加更大的压力，才能有效保护其公共道德。

专家组注意到，2018 年 9 月 21 日的通告并未就“清单二”产品的选择方式做出任何解释，由此认为美国未能充分说明“措施二”与美国的公共道德目标之间存在真正的手段与目的关系。^⑥

这样，专家组就得出初步结论，即美国未能充分说明被诉措施（包括“措施一”和“措施二”）与美国的公共道德目标之间存在真正的手段与目的关系。^⑦既然未能说明二者之间存在此等关系，也就意味着美国未能证明前者对后者的贡献。

3. 合理可用的替代措施及序言要求的考虑

在对被诉措施做 GATT1994 第 20 条（a）项下的必要性分析时，通常还会考虑合理可用的替代措施的存在。但如“巴西——翻新轮胎案”上诉机构报告所指出，只有在得出初步结论确定被诉措施具有必要性的情况下，才需要与其他可能的替代措施做比较，以寻求对贸易影响更小的措施。^⑧“美国——关税措施案”专家组认为，既然美国未能充分说明被诉措施与美国的公共道德目标之间存在真正的手段与目的关系，就不必与合理可用的措施进行比较了。^⑨这也意味着专家组确认被诉措施未能满足“必要性标准”的要求。

既然本案中美国的关税措施未满足 GATT1994 第 20 条（a）项的规定，也就不必分析美国的关税措施与 GATT1994 第 20 条序言的相符性，^⑩因为满足必要性要求是做序言相符性分析的前提。

（四）专家组最终认定被诉措施违反 GATT1994 下的义务

基于以上分析，专家组最后得出结论，美国的关税措施不满足 GATT1994 第 20 条（a）项规定的公共道德例外，所有被诉措施均与 GATT1994 第 1 条和第 2 条的规定不符，并造成了中国在 GATT1994 之下享有的利益的丧失或减损；建议美国使其措施与 GATT1994 之下的义务相一致。^⑪

① See WT/DS543/R, paras. 7.211, 7.212.

② See WT/DS543/R, para. 7.215.

③ United States' Response to Question No. 21, para. 11.

④ United States' Second Written Submission, para. 35.

⑤ United States' Response to Panel Question No. 14, para. 61.

⑥ See WT/DS543/R, para. 7.222.

⑦ See WT/DS543/R, para. 7.229.

⑧ See WT/DS332/AB/R, para. 156.

⑨ See WT/DS543/R, para. 7.235.

⑩ See WT/DS543/R, paras. 7.241 – 7.242.

⑪ See WT/DS543/R, paras. 8.1 – 8.4.

亦即被诉措施对 GATT1994 第 1 条和第 2 条的初步违反, 由于美国未能适当地证明满足公共道德例外的要求, 被确认违反了该两条之下的义务。

(五) 对专家组公共道德例外分析的总体观察

专家组不单独进行“设计标准”分析而直接进入必要性分析, 这一做法可以接受, 因为即便没有明确提出“设计标准”的要求, “必要性”分析必然内在地包含被诉措施的有用性分析, 只不过必要性分析更加强调被诉措施对于实现公共道德目标的重要性和不可缺少性。因此, 专家组合二为一进行分析, 并无不可。

从专家组的公共道德例外分析的整个过程来看, 专家组并没有自己去探究被诉措施对保护美国所援引的公共道德的有用性, 而是审查美国是否充分地证明了被诉措施具有这种有用性。这样的做法也具有合理性, 专家组作为居中裁决者主要考察的就应该是当事双方的举证程度。

尽管在“哥伦比亚——纺织品案”中上诉机构曾明确指出, 被诉措施有没有明确提及公共道德对“设计标准”的适用并无根本性影响,^①但在“美国——关税措施”案中, 如专家组所发现的, 美国不仅在采取关税措施的法律文件中没有解释关税措施与公共道德之间的关系, 而且在原“清单一”中 500 亿美元的产品缩减为 340 亿美元产品的过程中以及产品排除程序实施过程中, 也没有提及公共道德方面的考虑。这样, 专家组认定其未能展现出被诉措施与其援引的公共道德之间的手段与目的关系, 进而认定其并不满足必要性要求。在此情况下, 自然也无须去考虑是否存在合理可用的替代措施以及是否违反 GATT1994 第 20 条序言的要求。专家组的这一论证本身大体上是合理的。

值得注意的是, 专家组并未否定美国所主张的公共道德的内容, 也并未否定美国援引的公共道德例外的基本逻辑, 即美国可以以他国的不公平贸易政策损害美国的公共道德为由采取关税措施。只是在本案中美国未能充分举证以支持其主张, 从而被诉措施被认定并不满足公共道德例外的要求。这暗含一种看法, 即如果举证充分的话, 一成员可以援引公共道德例外对其他成员的不公平贸易政策采取加税或其他措施。想必美国及其他成员在以后继续采取类似措施时会更多地考虑到这种举证要求, 并做出相应准备, 以提高成功援引公共道德及其他例外的可能性。这一点是我们应该注意和重视的。如果中国在采取某种贸易政策或措施时要援引一般例外或安全例外, 在制定有关政策或措施的过程中也应就未来可能面临的举证问题做好相应准备。

五 301 条款、本次 301 调查及关税措施均违反 DSU 第 23 条

中国在提起磋商和设立专家组的请求时, 均主张美国的加税行为不仅违反了 GATT1994 第 1 条和第 2 条, 而且违反了 DSU 第 23 条。^② 秘书处文件显示, 涉 DSU 第 23 条的指控同样包含在专

^① See WT/DS461/AB/R, paras. 5.67 – 5.69.

^② See *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Request for Consultations by China, WT/DS543/1 (5 April 2018); *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Request for the Establishment of a Panel by China, WT/DS543/7 (7 December 2018).

家组的职权范围之中。^① 可是, 作为专家组报告附件的辩论材料汇总显示, 至少在进入专家组程序后, 中国就不再提及违反 DSU 第 23 条的问题,^② 相应地美国的辩论材料和专家组报告也不提这一问题。

对于专家组而言, 职权范围既表达了专家组可以行使权力的范围, 也体现了一种职责要求。专家组应该依照职权范围作出裁决, 应对职权范围内的事项一一做出分析, 并得出结论。在专家组的职权范围明确包含了涉 DSU 第 23 条指控的情况下, 即便在争端解决程序继续推进的过程中申诉方放弃了这一指控, 专家组报告也应对这种变化做出说明。而实际情况是, 专家组报告对涉 DSU 第 23 条的指控只字不提, 这有失妥当。

放弃涉 DSU 第 23 条的指控当然是申诉方的权利。中国应该是基于诉讼策略的考虑放弃了该指控, 但这并不妨碍在学术上做些反思, 特别是考虑到在专家组报告发布之前学者们对此问题的认识存在一些误区, 这种反思尤为必要。

(一) 本次对华 301 调查及关税措施均违反 DSU 第 23 条

按照 DSU 第 23.1 条的规定, 若一成员认为其他成员的行为违反了 WTO 义务, 或造成了其在涵盖协定之下的利益的丧失或减损, 或妨碍了涵盖协定目的的实现, 其只能诉诸 DSU 的规则和程序寻求救济。第 23.2 条 (a) 项进一步规定, 申诉成员不得单方面做出存在以上情形的认定, 除非其遵守了 DSU 规定的程序并与 DSB 的认定相一致。DSU 第 23 条的核心精神是限制成员在解决 WTO 争端时单方面采取行动的权利, 而特定争端是不是一个 WTO 争端, 关键是看所涉事项是否涉及 WTO 权利和义务。

如前所述, 本次对华 301 调查事项均涉及 WTO 权利和义务, 从而使 301 调查及加税措施落入 DSU 第 23 条的适用范围。盖因 DSU 第 23 条义务的存在, 美国在 301 调查报告及后续采取关税措施的各种官方文件中, 从未主张这些事项与 WTO 有关。在进入专家组程序后, 美国更是明确主张, 301 调查事项所涉行为中只有歧视性技术许可与 WTO 有关, 美国已经在 WTO 提起争端; 而其他三类行为均未被现有 WTO 规则涵盖。^③ 虽然美国并未以此进一步主张“美国的加税行为并未违反 DSU 第 23 条”, 但实际上暗含了不违反 DSU 第 23 条之意。

既然以上事项均与《WTO 协定》有关, 美国若寻求纠正其所指控的中国政策, 就应按照 DSU 第 23 条的规定诉诸 WTO 争端解决机制。可是美国却在 301 调查的基础上对中国采取了单边关税措施, 从而构成对 DSU 第 23.1 条的违反。

应该注意的是, 301 调查与 301 制裁紧密相关, 后者是前者的结果, 因此不能认为 DSU 第 23 条只是禁止成员单方面制裁而并未禁止成员单方面进行调查。从条文来看, DSU 第 23.1 条规定成员在寻求纠正与 WTO 义务不符的行为时应诉诸 DSU。如果 301 调查意在寻求纠正其他成员与 WTO 义务不符的行为 (无论这种意图是明示还是暗含的), 301 调查就违反 DSU 第 23.1 条, 除非按照 DSU 第 23.2 条 (a) 项的规定, 其调查结果与 DSB 通过的专家组或上诉机构报告所包含

① See *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Request for the Establishment of a Panel by China, WT/DS543/7 (7 December 2018); *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, Constitution of the Panel Established at the Request of China, Note by the Secretariat, WT/DS543/8 (4 June 2019).

② See Integrated Executive Summary of the Arguments of China.

③ See United States' First Written Submission, paras. 1, 12.

的调查结果或根据本谅解作出的仲裁裁决相一致。如果其不符合第23.2条(a)项的这一例外要求, 无论是否导致单方面制裁, 均不改变其违反DSU第23.1条的性质。只是在未导致单方面制裁的情况下, 其他成员可能宁愿选择不将其诉至WTO。当然, 当301调查事项的确与WTO无关或仅涉及美国与非WTO成员之间的关系时, 该调查也不违反DSU第23条。

若301调查导致了单边制裁, 挑战单边制裁的合法性必然内在地包含了挑战301调查的合法性。这样, 中国仅将美国的关税措施列为被诉措施而未将301调查单独列为被诉措施之一, 也是合理的。

中国在进入专家组程序后放弃了对被诉关税措施违反DSU第23条的指控, 但并未说明放弃这一指控的理由。据笔者之臆测, 可能是担心如果明确认可美国所指控的行为均属WTO事项, 会引起“中国的行为是否违反《WTO协定》”之质疑。如果确属这种考虑, 其虽有一定合理性, 但必要性并不强。首先, 其他成员是否质疑中国的某些行为在《WTO协定》下的合法性, 与中国是否认可其行为与WTO的关联性, 二者之间并无必然联系。其次, 认可美国在301调查报告中所指控的特定类型的行为属于WTO事项, 并不意味着认可中国实际从事了这些行为, 更不意味着中国违反了WTO义务。即便进入WTO争端解决程序, 美国301调查报告中对中国的指控也缺乏充分证据, 其所援引的行业协会报告、新闻评论甚至学者论著等, 很难成为法庭上具有充分证明力的证据。再次, 无论如何, 美国显然根本不打算就这些事项(歧视性技术许可事项除外)诉诸WTO争端解决机制, 而是采取了更具主动性、压迫性和侵犯性的301调查及关税措施。当然, 从实际效果看, 中国政府策略性地选择集中力量诉美国的关税措施违反GATT1994第1条和第2条, 也取得了一定效果, 至少保证了争端的胜诉。

(二) 301条款本身的非法性

盖因之前的“美国——301条款案”专家组曾确认301条款本身并不违反DSU第23条, 中国在“美国——关税措施案”中若指控301条款违反DSU第23条, 能否获得专家组的支持会面临一定风险, 因此中国在一开始就未提出该项指控。这显然也是一种诉讼策略的考虑。但从学术研究的角度进行考察后可以发现, “美国——301条款案”专家组的裁决本身就是有问题的。

“美国——301条款案”专家组认为《1974年贸易法》第304节保留了诉诸单边措施的权利, 已构成对DSU第23条的初步违反,^① 只是由于美国政府做出并经国会批准的《行政行动声明》(Statement of Administrative Action, 以下简称SAA)保证301条款将以符合WTO要求的方式而实施, 并且美国在专家组程序进行期间的声明也反复做出同样保证, 专家组由此认为, 第304节所具有的威胁效果已经被SAA和美国政府在专家组程序中所做的声明所限制, 从而也消除了其初步的违规性, 因此认定第304节本身不构成对DSU第23条的违反。^② 基于类似的论证方法, 第305节和第306节也被认定为不违反DSU第23条。^③

“美国——301条款案”专家组的结论是完全错误的, 其对美国政府所做保证的认可与自己所阐明的“多边贸易体制保护竞争条件”的精神是矛盾的, 因为即便美国政府做出了上述保证,

① See WT/DS152/R, paras. 7.96 – 7.97.

② See WT/DS152/R, paras. 7.131, 7.135.

③ See WT/DS152/R, paras. 7.178 – 7.179, 7.183 – 7.185.

301 条款作为一项包含单边制裁内容的法律仍然有效地存在, 301 条款仍然会对其他成员及私人经营者产生威胁效果, 从而对竞争条件产生不利影响。只有取消或修改具有此种效果的法律, 才能有效地消除这种威胁。专家组的裁决还与《WTO 协定》第 16.4 条相抵触, 该条明文规定: “每一成员应保证其法律、法规和行政程序与所附各协定对其规定的义务相一致。” SAA 并非国会通过的法律, 即便 SAA 得到美国国会的批准, 被认为具有类似于国会通过法律的效果, 那也只意味着美国立法在 301 调查的使用上存在矛盾的规定, 而威胁性的单边制裁措施仍然可能依照 301 条款而发生。也就是说, 即便美国政府做出了上述保证, 301 条款本身仍是违反 DSU 第 23 条的。

值得注意的是, “美国——301 条款案” 专家组即便做出 301 条款本身合法的认定, 最后仍特别指出, 如果 SAA 及美国在专家组程序中所做承诺被美国政府或其任何机构违反或去除, 这里所做的合法结论就不再适用。^① 即专家组认为, 美国一旦违反了这些保证, 则不仅具体执行措施违反 DSU 第 23 条, 301 条款本身也会违反 DSU 第 23 条。严格地说, 专家组的这一说法逻辑不通, 因为某一法律条款本身的合法性不可能由其实施情况来决定, 但从实际效果的角度看, 该说法总算为前面的错误结论做了一些补救。

就“美国——关税措施案”而言, 美国在 301 调查报告中极力避免任何与 WTO 有关的表述, 在专家组程序的辩论中也反复强调 301 调查涉及事项与 WTO 权利义务没有关系, 但这只是美国所做的伪饰。如前所述, 301 调查报告中所指控的所有事项均与 WTO 义务相关。如此, 即便按照“美国——301 条款案”专家组的逻辑, 本次 301 调查中不仅被诉关税措施违反 DSU 第 23.1 条, 也因美国违反其在 SAA 中和在“美国——301 条款案”专家组程序期间的承诺而使得 301 条款本身也违反 DSU 第 23.1 条。美国著名国际经济法学者斯蒂夫·查诺维茨 (Steve Charnovitz) 也认为“美国——关税措施案”中的被诉措施和 301 条款本身均违反了 DSU 第 23 条,^② 只是该学者对此问题没有详细说明理由。

六 余论

自关贸总协定的谈判以来, 美国非常不情愿其在对外经济关系中实施单边制裁的权利受到限制, 但单边主义措施无论在 GATT 还是 WTO 期间仍然得到了一定制约。在“美国——301 条款案”之后, 美国进行 301 调查的频次也有较大幅度的减少。WTO 建立后贸易代表虽然有时仍会发动 301 调查, 但通常会随后把案件提交 WTO。2010 年后, 贸易代表将所有涉及 WTO 成员的贸易争端都直接提交 WTO 裁决。^③ 特朗普政府本次对华 301 调查及关税措施的影响程度是空前的, 对中美经济关系产生了重大冲击。如前所述, 301 条款、本次 301 调查和在 301 调查基础上所采取的关税措施均违反《WTO 协定》。虽然在本案的特定背景下专家组只是认定美国的关税措施违反 WTO 义务, 并且其法律适用存在一些不当之处, 但大体上维护了多边贸易体制, 体现了国际

^① See WT/DS152/R, para. 7.136.

^② See Steve Charnovitz, “How American Rejectionism Undermines International Economic Law”, pp. 236 – 237.

^③ See Wayne M. Morrison, Enforcing U. S. Trade Laws: Section 301 and China, 26 June 2019, <https://fas.org/sgp/crs/row/IF10708.pdf> (last visited 8 May 2021).

法上的正义。

同时,也应该看到,本案专家组裁决美国败诉,对于中美贸易争端的总体进程和总体格局不会有大的影响。美国发动贸易战之时必然已经预知了法律战的结果,而仍然采取更具主动性、压迫性和侵犯性的关税措施,以把压力先加在中国身上的方式在贸易战中占据主动地位。显然美国认为WTO争端解决机制以及现有其他国内法机制(例如贸易救济制度)不足以有效地解决中美之间的贸易纷争,才不顾国际义务的约束,采取301调查和关税措施。在上诉机构陷入瘫痪的情况下,美国则就专家组报告提起上诉,以使该争端即便在纯粹法律层面也无法产生实质性的结果。目前双方的贸易战仍在继续,局势暂时仍不太明朗,但毫无疑问,影响双方争端进程的仍将主要是双边谈判和各自的政策调整。即便是双边谈判,除了双方在2020年1月达成“第一阶段协议”外,迄今并无多大进展。由于多方面因素的影响,中美第二阶段的谈判至今尚未提上日程。对我国而言,除了在法律上和政治上坚持反对美国的单边主义措施之外,也应捋清整个争端的来龙去脉,在考虑我国的国家利益、多边贸易体制的维护和对方的适当关切等多重因素的基础上,努力促进中美第二阶段谈判的启动和推进,以促进中美贸易争端的最终解决。

为应对美国的单边主义做法,其他成员(包括中国)继续在具体争端中诉301调查及相应的制裁措施违反WTO规则,自然是可行的。但这种应对方法的局限性是治标不治本。只有确认301条款本身的违法性,并要求美国对之做出相应修改,才能触及单边主义威胁的根本。本来DSU第23条已经对301条款构成了制约,301条款本身也明显违反DSU第23条,但在“美国——301条款案”中301条款被专家组错误地认定为合法。有学者推测,专家组之所以做出错误认定,这可能并非专家组成员的专业能力问题,而是担心若判定301条款违反DSU,美国可能会以退出WTO相威胁。^①当然,这只是学者的推测,实际情况如何不得而知。无论如何,要彻底解决301条款的合法性问题,应由WTO争端解决机构确认其非法性。从理论上来说,一种可能的选择是再次向WTO诉301条款违反DSU第23条。

重新诉301条款违反DSU第23条并不违反国内诉讼法上“一事不再理”的原则。“一事不再理”的基本含义是阻止相同当事人就已作出判决的同一争议事项再次提起诉讼,其主要目的是避免增加被告应诉之麻烦,防止同案不同判及节约司法资源。^②这一原则无论在英美法系还是在大陆法系都是得到承认的。DSU及WTO其他协议对“一事不再理”原则均未做出明确规定,但在涉及该原则的两个WTO争端即“印度——汽车工业措施案”(WT/DS146, WT/DS175)和“阿根廷——家禽反倾销税案”(WT/DS241)中,专家组并未否定“一事不再理”原则在WTO中的适用。^③然而,如果中国像欧盟之前一样在WTO诉301条款本身违反DSU第23条,“一事不再理”原则并不能得以适用,因为该原则适用的重要条件之一是后诉与前诉须具有相同的当事方,^④而中国若提起该争端,则虽然被诉方都是美国,但申诉方显然不同。WTO争端解决实践

① 龚宇、王中美:《案例评析》,载曾华群主编:《美国——〈1974年贸易法〉第301—310节案》,上海人民出版社2005年版,第1045页。

② 国内法学者对于“一事不再理”原则的含义及具体适用存在不少争议,参见梁开斌:《“一事不再理”原则在中国民事诉讼理论和实践中的澄清》,载《华南理工大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第66—80页。

③ 关于“一事不再理”原则在这两个案件中的适用,可参见朱榄叶:《美国的单边主义行动违反国际法》,第362—373页。

④ 参见中国社会科学院法学研究所法律辞典编委会编:《法律辞典》(简明本),法律出版社2004年版,第796页;Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary* (West Group, 2nd edn, 2001), p. 608。

也显示,不同申诉方可以针对同一被诉方的同一行为提起诉讼。例如,美国和欧共体对印度的药品和农化产品专利保护中的同一措施在 WTO 提起争端,争端解决机构就分别受理了这两个案件。虽然这两个案件名称相同,都是“印度——药品和农化产品专利保护案”,但由于申诉方不同而分属两个不同争端(案件编号分别是 WT/DS50 和 WT/DS79)。

当然,再诉 301 条款违反 DSU 第 23 条,也存在一些影响因素。一是有“美国——301 条款案”专家组裁决在先,要让新专家组推翻原专家组的认定,具有很大的不确定性。二是以 301 条款在美国贸易法体系中的重要性,这种再诉必然会对中美关系引起很大震动,后续影响也存在不确定性。三是中国在“美国——关税措施案”中放弃了涉 DSU 第 23 条的诉求,体现了中国政府在此问题上的谨慎。因此,对是否提起再诉,总体上要持审慎态度,具体取决于政府基于综合考虑而做出的政治决策。

Analysis on the Legality of Section 301, 301 Investigation and Customs Measures Under the WTO Law: From the Perspective of “United States-Tariff Measures Case” in the Sino-US Trade War

Zhang Junqi

Abstract: “United States-Tariff Measures Case” is the key dispute in the Sino-US trade war. Based on the findings of investigation under Section 301, the US administration began to impose additional tariffs to the products originating in China, which was sued by China to WTO. On the preliminary problems, the panel of the dispute properly does not make a due response to whether China’s acts in 301 investigation and the tariff measures relate to WTO. The panel properly concludes that the additional 25% tariff in “Measure 2” is in the terms of reference of the panel, but errs in applying the rules when analyzing the problem. The panel also refuses the argument by the United States that “the parties to the dispute have reached a solution”. On the principal problems, the panel reasonably determines that, while the tariff measures at issue do not satisfy the requirements of public morals exception due to insufficient evidence, these measures violate Art. 1 and Art. 2 of GATT1994. Additionally, from the perspective of academic research, all of Section 301 itself, the 301 investigation against China and the tariff measures based on the investigation violate Art. 23 of DSU.

Keywords: Sino-US Trade War, Section 301, 301 Investigation, “United States-Tariff Measures Case”, Legality

(责任编辑:谭观福)