

中国诉美国对来自中国某些货物的关税措施 (301 条款) 案评析

龚柏华 施时栩 龚文娜

(复旦大学法学院, 上海 200438)

摘要: 中国诉美国“301 条款”关税措施案源起于美国根据其国内法出具的 301 调查结果而对中国采取的单边征税措施。专家组在报告中鼓励平行于 WTO 争端解决机制开展的双边谈判, 认定美国违反了最惠国待遇义务且不能援引“公共道德”例外免责。作为中国诉美国关税系列案的第一案, 本案对理解与适用 GATT 第 20 条的例外规定、DSU 第 12.7 条和第 23 条的规定都具有极大的借鉴意义。在单边主义大行其道、WTO 上诉机构瘫痪的背景下, 面对美国滥用其 301 条款发起的种种挑战, 中国如何运用国际法规则、尽善尽美地维护自身权益仍任重道远。

关键词: 301 条款; 最惠国待遇; 公共道德例外; 中美贸易争端

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2021) 01-0097-12

一、案情背景及裁决要点

2017 年 8 月, 根据特朗普总统的指示, 美国贸易代表(USTR)莱特希泽根据《1974 年贸易法》第 302(b)(1)(A) 节对中国发起调查, 以决定中国在技术转让、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, 从而对华正式发起“301 调查”。^①

2018 年 3 月, 美国贸易代表办公室在其对华“301 调查”报告中认定中国政府的有关法律、政策和做法不合理或者具有歧视性, 并且已经给美国商业造成了负担或者限制, 具体涉及强制技术转让、歧视性技术许可、对美投资收购、网络窃密等方面。随后, 美国贸易代表办公室于 4 月 3 日公布拟对约 1,300 个税号的中国产品征收 25% 的额外关税。中国国务院关税税则委员会紧跟着于 4 月 4 日决定对原产于美国的大豆、汽车、化工品等 14 类 106 项商品加征 25% 的关税。

2018 年 7 月 6 日, 美国正式对中国 340 亿美元的输美产品加征 25% 关税, 并于

作者简介: 龚柏华, 复旦大学法学院教授, 研究方向: 国际经济法; 施时栩, 复旦大学法学院国际法专业硕士研究生; 龚文娜, 复旦大学法学院国际法专业硕士研究生。

基金项目: 2020 教育部重大课题攻关项目“境外投资立法重大问题研究”(项目编号: 20JZD017)。

① Section 301 of the Trade Act of 1974 (19 U.S.C. § 2411)。“301 条款”是美国对外贸易法第 301 节俗称, 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。

2018 年 9 月 24 日对价值约 2,000 亿美元的中国产品加征 10% 的关税。2019 年 5 月 10 日起, 美国将此 2,000 亿美元的进口商品征收的关税升至 25%, 中国宣布反制措施。

针对美国基于其《301 调查报告》单方面对中国施加的关税措施, 中国于 2018 年 4 月 4 日通过 WTO 的争端解决机构 (DSB) 向美国提起了磋商请求 (I), 并于同年 7 月 6 日、7 月 16 日和 9 月 18 日分别修改了其请求。因中美之间无法通过磋商解决矛盾, 中国于 2018 年 12 月 6 日请求成立专家组。专家组于 2019 年 1 月 28 日成立, 并于 10 月 17 日确定专家组成员构成: Alberto Juan Dumont 为主席, 成员包括 Álvaro Espinoza 先生和 Athaliah Lesiba Molokomme 女士。欧盟、日本、韩国、加拿大等 16 个成员作为第三方参与。此外, 中国就美国对来自中国某些货物不断增加和变化的关税措施, 于 2018 年 8 月 23 日和 2019 年 9 月 2 日分别通过 DSB 向美国提起了新的磋商。

中国在与美国之间“征税—反制—再征税”的反复推拉战中, 除了通过 WTO 的争端解决机制维护自身合法权益, 也在 WTO 体制外积极与美国开展双边谈判, 以谋求争端的解决。2020 年 1 月 15 日, 中美签署的第一阶段协议即是双边谈判的成果。

2020 年 9 月 15 日, WTO 专家组就 543 案发布专家组报告, 认定美方涉案征税措施违反 WTO 义务。^①尽管 WTO 上诉机制已于 2019 年底停摆, 成员方之间又尚未对如何填补上诉机构的空缺达成共识, 美国仍于 2020 年 10 月 26 日向 DSB 提起上诉。

二、争议要点与归纳分析

中国在本案中提请解决的争议事实为美国对来自中国的某些货物施加的单边关税措施, 包括: (1) 美国贸易代表办公室于 2018 年 6 月 20 日公布的对来自中国的金额约 340 亿美元的产品加征 25% 的额外从价税 (清单一), 该措施于 2018 年 7 月 6 日生效; (2) 2018 年 9 月 24 日生效的对来自中国的金额约 2,000 亿美元的产品加征 10% 的额外从价税 (清单二), 并于 2019 年 5 月 10 日将此税率增加至 25%。

在专家组审理阶段, 中国主张美国违反了 GATT1994 第 1.1 条关于最惠国待遇的规定以及第 2.1 (a) 和 (b) 条关于关税减让表的承诺。美国则否定了中国主张, 并援引 GATT1994 第 20(a) 条的“公共道德”例外条款来证明其措施的正当性。同时, 美国主张其在清单二中将产品的额外关税从 10% 提高至 25% 的行为不在专家组职权范围内, 并要求专家组对相关的争议事实发布一个简要的报告, 表明双方已经达成了一个符合《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU) 第 12.7 条规定的“双方满意的解决办法”。因此, 本案争议主要集中于: (1) 根据 DSU 第 12.7 条规定, 专家组是否有权对本案作出裁决; (2) 美国在专家组成立后将关税从 10% 提高到 25% (清

^① WT/DS543/R.

单二)的措施是否在专家组裁决范围内;(3)根据GATT1994第1.1条和第2.1(a)、(b)条的规定,美国是否违反了相应的WTO义务;(4)根据GATT1994第20(a)条的规定,美国能否援引“公共道德”例外免责。中美双方的观点及专家组分析如下。

(一)专家组是否有权对本案作出裁决

美国主张,根据DSU第12.7条的规定,中美之间已经就争端达成了解决办法,因而专家组没有对本案作出认定和建议的法律基础,并应当根据第12.7条的规定,出具报告简要陈述事实,表明中美之间已经就解决办法达成共识。美国认为,中美之间的双边谈判正在进行中且成果丰硕,中美经贸协议(第一阶段)就是中美之间达成第12.7条规定的“解决办法”(solution)的证据。在对专家组问题的答复中,美国认为符合DSU第12.7条定义的“解决办法”包括双边谈判的过程,因此中美在WTO体系外进行的双边谈判属于一种“解决办法”。

中国主张,中美经贸协议(第一阶段)与本争端并无法律相关性,因为:(1)协议并未解决本争端中的措施;(2)本争端中的额外关税仍在生效。同时,中方主张其从未同意任何会限制专家组就中方请求作出裁决的过程或其他解决办法。由于中美双方未达成DSU第3.6条所指的“双方同意的解决办法”(mutually agreed solution),也未履行第3.6条所规定的在程序上对DSB的告知义务,因此中美之间未达成DSU第12.7条最后一句所要求的“解决办法”。

专家组认为,除非利益受损方主动放弃其于DSB体系下享有的提请解决争端的权利,专家组应当履行做出裁决的义务。针对美国提出的“双边谈判属于解决办法的一种”的主张,专家组回应:(1)在美国的此种逻辑下,没有产生任何结果的双边谈判也可以被认为是符合第12.7条规定的一种解决办法。但在这种情形下,其实更应适用DSU第12.7条第一句的规定,即“如争端各方未能形成双方满意的解决办法,专家组应以书面报告形式向DSB提交调查结果”。(2)美国更加强调DSU第12.7条最后一句话中的“解决办法”是一种更为普遍的定义,而不是第12.7条第一句所规定的更为具体的“双方满意的解决办法”(mutually satisfactory solution)。但从该条款整体来看,最后一句中的“解决办法”似乎是指第一句中的“双方满意的解决办法”。这进一步强化了结论,即第12.7条中出现的“解决办法”都应是指“双方满意的解决办法”,而不是由单方声明的满意。(3)欧盟香蕉案的上诉机构报告曾经引用第五版《牛津简明英语词典》对“solution”的定义,即“解决问题的行为”。从逻辑上看,解决办法应当具有“其出现,使得问题得到解决而不再存在”的性质。^①(4)更为重要的是,专家组重视双方之间就其已经达成解决办法的评定所达成的共识。而中国坚持双方从未达成双方满意的解决办法,表明中美双方之间就该点并未形成共识。

^① Appellate Body Reports, EC-Bananas III (Article 21.5-Ecuador II) / EC-Bananas III (Article 21.5-US), para. 212 and footnote 272.

专家组承认正在进行中的平行于争端解决程序的双边谈判的存在，但该种双边谈判，无论通知 DSB 与否，不是当然地被视为对中国提请 DSB 解决争端权利的剥夺，除非中国基于 DSU 第 12.12 条的规定请求中止争端解决程序。而中国并未请求中止，也未撤回其诉求。因此，综上所述，专家组认定中美之间不存在这样一个双方同意的解决办法，会剥夺中国提请 DSB 解决争端的权利。

（二）美国加税措施是否在专家组裁决范围内

专家组于 2019 年 1 月 28 日成立，而美国于 2019 年 5 月 9 日将清单二的从价税从 2018 年 9 月 24 日公布的 10% 提高到了 25%。双方争议在于专家组是否有权对这一措施作出裁决。

美国主张，其提高关税的措施属于独立的第三个措施，不在专家组裁决范围内。专家组的裁决范围限于：（1）美国于 2018 年 6 月 20 日公布的对来自中国的金额约 340 亿美元的产品加征 25% 的额外从价税（清单一）；（2）于 2018 年 9 月 24 日生效的对来自中国的金额约 2,000 亿美元的产品加征 10% 的额外从价税两个措施。美国认为其增税措施不同于之前的征税措施，具有其特有的原理（rationale），不能仅仅被认定为是一种“修改”。因为对清单二产品征收 10% 的关税的措施，是对中国政府公开表明其不会改变其政策的回应；而将关税从 10% 提高到 25% 的措施，是中美双边谈判的发展，特别是中国没有履行前几轮谈判中承诺的结果。

中国则主张，美国增加税率的措施属于对清单二产品征收 10% 额外税行为的“清楚的修改”，属于专家组裁决范围内措施。此种原理的不同与该措施是否能由专家组裁决没有关联，增税措施没有改变该措施的本质，因为：（1）中国在其通知中已经表明对清单二产品征收的额外税将从 10% 提高到 25% 的预估；（2）美国自身也将其增税行为定义为“修改”；（3）中国提交的专家组请求中明确涉及并特别指出了预计出现的对第二次措施的修改；（4）中国提交的专家组报告规定了“任何对上述涉及措施的修改、替换或者修正”。中国主张，如果专家组裁定美国增税措施在其裁决范围以外，将会使中国无法行使正当程序的权利；而若裁定在其范围之内，则不会影响美国行使正当程序的权利，因为中国在专家组报告中已经明确说明了相关信息。

在一些第三方的意见中，澳大利亚认为提请裁决的措施应当在专家组请求中列明，但考虑到诉讼时间长且资源多，在诉讼期间法律法规可能会有到期、更新或以其他方式发布的情况，应当反对“完全的形式主义办法”。^① 欧盟则列举了 EC - Selected Customs Matters 案中的上诉机构裁决，^② 即专家组有权对在专家组成立以

^① Australia's Third-party Statement, para. 18 and Integrated Executive Summary, para. 15.

^② European Unions' Third-party Submission, para. 58 (Quoting Appellate Body Report, EC-Selected Customs Matters, para. 184).

后发布的、修改了在专家组请求中列明的措施的法律文件进行检查,只要此种修改没有变更措施的实质。专家组有权认定此种增长税率的行为是否根本改变了措施。

专家组认为,美国的增税措施没有改变该措施的性质和本质,且中国已经在专家组请求中预估了此种增税措施的出现,并在请求中涵盖了对措施的修改、替换、修正等情况。因此,专家组得出结论:美国在专家组成立后将关税从10%提高到25%(清单二)的措施在专家组裁决范围内。

(三) 美国的措施是否违反了 GATT1994 第 1.1 条和第 2.1 条 (a) 项和 (b) 项的规定

中国主张,美国的措施使得中国无法享受其给予来自所有其他成员的相同产品的利益、优待、特权或豁免,使得中国处于劣势的竞争地位,违反了 GATT1994 第 1.1 条的最惠国待遇义务。同时,美国对来自中国的产品加征超过其关税减让表承诺税率的额外税的措施违反了 GATT1994 第 2.1 条 (a) 和 (b) 项承诺的关税减让义务。

对此,专家组重申了判断某项措施违反 GATT1994 第 1.1 条规定需要满足的 4 个标准:(1) 该措施属于第 1.1 条涉及范围。美国对来自中国的产品征收关税减让表以外的额外关税的措施,属于第 1.1 条涉及的范围。(2) 进口产品属于第 1.1 条含义的“相同产品”(like product)。美国的额外关税只对来源于中国的产品施加,可以推定被征税的中国产品同没被征税的 WTO 其他成员方的产品具有“相同性”。

(3) 需证明该措施给予了来自其他成员国家的产品某种利益、优待、特权或豁免。第 1.1 条中所指的“利益”会制造“优势竞争机会”或者影响不同来源地产品间的商事关系。美国的措施给予了中国以外的来自 WTO 其他成员方的产品此种利益。(4) 需证明此种利益不是“立刻”且“无条件”地授予所有 WTO 成员方的相同产品。美国的措施没有立刻且无条件地给予中国其给予其他成员方的利益。因此,专家组裁定美国的措施违反了 GATT1994 第 1.1 条规定的最惠国待遇义务。同时,专家组认为,美国征收超过其关税减让表承诺税率的额外税,违反 GATT 第 2.1 (b) 条要求,同时也构成第 2.1 (a) 条中的“低于最惠国待遇”而违反第 2.1 (b) 条规定。

(四) 美国能否援引“公共道德”例外免责

WTO 成员方可以依据第 20 条项下有限并有条件的例外情况,来证明其可能违反 GATT1994 实体义务的措施具有正当性。援引第 20 条例外条款的当事方负有证明责任。美国宣称,出于保护 GATT1994 第 20 (a) 条项下的公共道德 (public morals) 的必要性,其与 GATT1994 条款规定不一致的措施具有正当性。

专家组在分析此种正当性时采用传统的两阶层分析法 (a two-tiered analysis): 首先分析美国的措施是否在 (a) 项下具有临时正当性;如果有,则进一步考虑美国采取的措施是否符合第 20 条的要求。要证明某项措施具有 GATT1994 第 20 条下的正当性,应诉方必须证明“措施与保护利益之间的充分联系”

（a sufficient nexus between the measure and the interest protected）。因此，为了审查美国采取的措施是否为保护第 20 条（a）项下的公共道德所必需，专家组从以下几个角度评估。

1. 美国是否提出了一个符合第 20（a）条规定的公共道德目标

美国宣称，其采取的措施是为了消除那些违反了美国是非标准（价值观）的行为，即在美国 301 报告中涉及的不公平的商业行为、政策和实践，特别是盗窃、敲诈、网络盗窃、网络黑客、经济间谍、侵犯商业秘密、不正当竞争行为和政府征收的规定等。中国认为，美国的公共政策目的是为了减少中美之间的贸易逆差。专家组将“公共道德”定义为属于、影响并关系到一个社区或民族的、一套关系到社会价值观的生活习惯。该概念的内涵和范围会随着主体、时间和空间的变化而变化。

对于美国提起的公共道德目标，美国主张，在 301 报告中涉及的中国行为违反了盛行于美国的价值观。美国不仅将不公平竞争行为视为对商业和创新的损害，更视为对民主的政治和社会机构存续的威胁。中国则反驳称，美国将中国国内法的规定犯罪化的行为不能为公共道德目标提供充分的证据。

中美双方的争议点在于：（1）第 20 条的例外规定是否包括经济利益和关注。专家组认为，第 20 条下部分规定对利益的保护直接或间接地涉及到经济维度，比如（c）项涉及金银的进出口，（d）项涉及对知识产权的保护，（i）项涉及价格稳定，（j）项涉及紧缺产品。（2）“公共道德”是否具有经济关注，特别是是否涉及不公平竞争。专家组认为，即使一项措施是关于经济方面的，仍可以被认定为是为了实现公共道德目标。综上，专家组得出结论：至少在文本层面，美国提出的价值观可以被认定为第 20 条（a）款中的“公共道德”。

2. 美国采取的措施是否是为了保护公共道德目标而设计

根据此前的上诉机构案件中形成的设计测试（design test），如果专家组裁定某项措施无法保护应诉成员所认为的公共道德价值，该措施与公共道德保护就没有关系，无法满足设计阶段的要求。在此背景下，专家组认为，设计测试是为了进一步辅助分析某项措施是否具有临时正当性的初步阶段，专家组不能过早阻断调查以至于排除对必要性分析中关键方面的考虑。

3. 该措施是否为保护该目标所必需

专家组认为，如果采取措施的成员方没能通过表明其措施与公共道德目标之间存在真正的目的和手段的联系（genuine relationship of ends and means），来解释其措施对目标做出的贡献时，其措施已经超出了第 20（a）条下可接受的限制。在对证据做了整体评估后，专家组认为美国没能充分说明其措施为保护公共道德所必需。专家组对必要性的分析主要从以下 4 个方面出发：

（1）追求的目标的重要性。对公共政策目标的评估不是普遍性的，而是要看其在应诉方领土内的具体适用。WTO 的前裁定者聚焦于审查受保护的社会利益，而不

是根据其作为公共道德目标的地位假定其利益本身是重要的或是最重要的。

(2) 此种措施给商业造成的限制性影响。美国对来自中国的大批产品征收额外关税的措施不是一种进口禁令。Colombia - Textiles 案表明, 在国际贸易中, 额外关税比进口禁令的限制性更小, 但仍然会造成确定的影响。^①考虑到美国对中国产品征收额外税的广泛性, 专家组认为此措施对国际贸易具有深远的影响。

(3) 该措施对目标实现做出的贡献。美国宣称其措施对保护公共道德目标具有实质性的贡献, 其依据为: a. 其措施提高了中国商业实践的花费, 从而减少了中国继续参与此种行为的动机; b. 其措施向美国公民传达了一种“中国的行为是不被市场所接受和回报”的信号, 从而减少美国行为者采取类似中国行为的动机; c. 在采取此措施后, 中美之间展开了解决 301 报告中涉及问题的谈判。

WTO 前裁定者们一贯认为, 当追求的目标和争议的措施之间存在真正的目的和手段的关系时, 贡献就是存在的。因此, 他们通过评估这些措施对追求目标可能做出的贡献程度来决定贡献水平。这种评估可以是量上的, 也可以是质上的。专家组认为, 美国必须要表明额外关税是如何倾向于对公共道德做出贡献的。因此, 专家组对美国采取的两项措施对其追求的社会价值观所做的贡献分别进行了分析。专家组认为, 美国采取和执行的第一项措施, 即对 301 报告中表明的得益于中国不道德行为的产品(清单一)征收额外关税的措施, 其法律规定中并没有解释该措施与公共道德目标之间的关系。同时, 美国没有证据证明这些产品是受益于违背美国价值观的中国的实践, 也无法更普遍地证明对其挑选的这些产品征收额外税的措施是如何对其公共道德目标做出贡献的。

2018 年 4 月 6 日, 联邦公报发表的公告表明清单一中涵盖价值 500 亿美元的产品。在对该清单征集意见后, 2018 年 6 月 20 日发布的最终清单中只涉及约 340 亿美元的产品。专家组认为, 这种对清单涵盖产品的削减并没有考虑对美国公共道德目标的潜在危害, 而是基于对破坏美国经济的可能风险以及对预计损害美国经济的产品进口价值得出的结论。美国此种限缩清单一产品范围的行为表明, 美国无法证明对清单一产品征收额外税率的措施与追求的公共道德目标之间存在真正的目的和手段上的联系。美国没有充分解释为什么一开始被认定为受益于中国行为和产品的产品会从清单中排除, 这种排除又是如何不会害及美国的公共道德目标。专家组认为, 美国没有证实其宣称的贡献的性质, 这些措施在第 20(a) 条项下具有必要性。

从美国对清单二产品征收附加税的措施对其追求的公共道德目标做出的贡献看, 专家组认为此措施似乎没有关系到 301 报告中表明的受益于中国实践和政策的产品。清单二中产品的范围与危害美国公共道德的中国实践和政策无关。专家组认为, 美国没能解释对清单二产品征收额外关税与美国公共道德目标之间的关系。

① Panel Report, Colombia-Textiles, para. 7.444.

（4）对比合理可行的替代措施。在评估第 20 条（a）、（b）和（d）项下的必要性时，此前的 WTO 裁定者一般会考虑合理可行的替代措施的存在。但在本案中，中国没有建议任何替代措施。专家组的初步结论是，在衡量相关因素后，美国没能说明其措施是如何对其追求的公共道德目标做出贡献的，也没能说明其是必要的。因此，专家组认为无需继续对合理可行的替代措施进行比较。至于美国采取的措施是否符合 GATT1994 第 20 条的要求，考虑到美国没能证明其措施在 GATT1994 第 20 条下具有临时正当性，专家组无需对美国采取的措施是否满足第 20 条的要求做出裁定。

三、简要评析和趋势展望

在特朗普推行“美国至上”以及单边主义愈演愈烈的态势下，DS543 案是中国针对美国单方面对源自中国的产品施加额外关税向 WTO 提出的第一起案子，也是中国运用法律武器维护自身合法权益、坚决捍卫多边主义的体现。本案对于如何通过挖掘已裁决案例、更深入地理解并运用相关国际法规则具有借鉴意义。

本案争端源起于美国国内法中的 301 条款。“301 条款”指的是美国《1974 年贸易法》第 301 条到第 310 条规定的实体内容及制度程序，后经《1984 年贸易与关税法》和《1988 年综合贸易与竞争法》的发展，演变成为 301 条款体系。该体系可以具体分为一般 301 条款（即狭义上的 301 条款）、特别 301 条款（Special 301）和超级 301 条款（Super 301）3 个类别。301 条款针对的是外国政府的不公正贸易行为，具有浓厚的保护主义色彩和单边主义性质，被称为“经济核威慑”。援用 301 条款并不需要以外国的国家行为违反了国际法规则为条件（通常称之为“不公正”行为）；它还可以“不合理”为由得到援用。这就给了美国行政部门很大的空间，单方面确定不公平和应采取反措施的行为。^①

WTO 成立以后，在多边体制和全球化盛行的背景下，美国的 301 条款进入长期“休眠”的状态，但在特朗普政府“美国优先”的政策下，保护主义卷土重来，301 条款重新成为美国推行单边措施的贸易政策工具。除了发起对中国的 301 条款调查外，美国还在 2019 年 4 月针对欧盟民用大飞机的补贴、2019 年 7 月针对法国的新数字服务税发起 301 条款调查。2020 年 6 月 2 日，美国又就网上服务税事项对澳大利亚、巴西、捷克、印度、印度尼西亚、意大利、西班牙、土耳其和英国发起 301 调查。

事实上，美国的 301 条款一直都存在 WTO 合规性问题。在 1995 年“日本诉美国进口汽车报复关税案”中，日本诉称美国依据 301 条款针对日本汽车的追加进口罚款措施违反了 GATT 最惠国待遇原则和市场准入原则。但此案最终以美日私下达

^① WT/DS6, Japan v. U.S., United States—Imposition of Import Duties on Automobiles from Japan under Sections 301 and 304 of the Trade Act of 1974.

成协议、日本撤回起诉为结果而告终。在 1998 年“欧共体（欧盟）诉美国 301 条款案”（即欧盟香蕉出口案）中，专家组认为，虽然 301 条款有违 WTO 规则，但由于美国国会已通过“行政行动声明”（Statement of Administrative Action）承诺使美国贸易代表办公室基于 301 条款发起的调查严格遵守 DSU 规则。因此，只要美国在 WTO 规则允许的范围内开展调查，301 条款就不违反 WTO 规则。这无疑为美国日后利用 301 条款推行保护主义，在国际贸易活动中处于优势谈判地位留下了后患。

在本案中，USTR 依据《1974 贸易法》第 301（b）节的规定对中国发起调查。但根据该节规定，美国只有在满足以下 4 个条件时方可对外国采取措施：（1）所针对的是外国的法律、政策或做法；（2）上述法律、政策或做法不合理（unreasonable）或者具有歧视性（discriminatory）；（3）上述法律、政策或做法对美国商业增加了负担（burden）或限制（restrict）；以及（4）美国对此采取行动是适当的。首先，USTR 没能清楚区分企业行为和中国政府的行为，其将企业行为视为政府行为的说辞缺乏证据；其次，美国未能充分证明中国法律、政策或做法的“不合理”或“歧视性”，也未能证明其结果给美国商业造成负担；并且在中美就“技术转让”问题达成协议后，中国国务院关税税则委员会已于 2020 年 5 月 12 日发布公告，不再加征反制美 301 措施所加征的关税，所谓“不合理”及“负担”均不复存在。

301 条款用语模糊性的特点以及 WTO 规则的封闭性及其演进的缓慢性都为 301 条款的扩张提供了条件。2020 年 9 月 10 日，美国企业以美国对中国的征税措施（清单三、清单四）超出《1974 年贸易法》第 304 节规定的一年窗口期为由，将美国政府、美国贸易代表办公室、美国贸易代表 Robert E. Lighthizer、美国海关边境保护局及其代理负责人 Mark A. Morgan 等诉至美国国际贸易法院。此后，以这起诉讼为样板，美国开始了大规模的类似诉讼浪潮，提起诉讼的企业包括家得宝（Home Depot）、塔吉特（Target）、福特、奔驰美国 and 卡夫亨氏（Kraft Heinz Co.）等重量级企业。

就本案的专家组报告来看，其做出的裁决在各方的预期之中。美国成功援引 GATT 第 20 条的公共道德证明其措施正当性的可能本是微乎其微的。但也应当注意到的是，中国在其专家组请求中原先列明了 3 点法律依据，分别为 GATT 第 1.1 条和第 2.1 条以及 DSU 第 23 条。但在专家组审理过程中，中国放弃了原先基于 DSU 第 23 条的主张，而专家组报告也未对这一点作出任何说明。

DSB 第 23 条的内容是针对美国在 20 世纪八九十年代发起的一系列 301 措施而产生，其严格禁止任何未经 DSB 授权的单边报复性措施。但并非所有未经授权的单边报复性措施都可以适用该条款。DSU 第 23 条具有一定局限性，其只规制针对 WTO 协定涉及范围内（under the covered agreements）的行为所采取的单边报复措施，此种局限使得该条款如今面临新的挑战。

美国根据 301 调查结果采取的激进的单边主义行为，虽然未经 DSB 授权，但并不必然意味着对 DSU 第 23 条的违反。只有当美国单边措施针对其他成员的行为属

于 WTO 法律规制范围时，其他成员才能以第 23 条作为其主张的法律基础。在本案中，美国对中国施加的 301 关税主要针对中国的 3 种不公平贸易措施，即强制技术转让、国家资助下对美国高科技公司的收购及对美国知识产权的网络盗窃。尽管后两种行为不在 WTO 协定下，至少强制技术转让被部分规定在中国的入世议定书中。这也就意味着，美国依据中国违反入世承诺中关于强制技术转让的义务而采取的单方面征税措施受到第 23 条规制。但是，如果中国选择以该条款作为其法律基础，就需要面临承认自身在美国采取报复性措施之前违反了 WTO 中的强制技术转让规定的风险，而中国从未承认过强制技术转让行为的存在。有学者认为，中国之所以一开始提出了第 23 条的主张，但在专家组程序中又放弃该主张，是因为一开始没能完全理解第 23 条的适用范围。^①

专家组在报告中明确表明对平行于 WTO 争端解决程序进行的双边谈判的积极态度。争端方之间开展的平行于正在进行的 WTO 争端解决程序谈判与 WTO 争端解决机制之间不应是“二选一”的替代关系，而应是“两种平行路径”的互补关系。

正如 DSU 第 3.7 条所表明的那样，争端解决机制设立的目的在于保证争端的积极解决。主体间在 DSB 程序以外进行的谈判符合 DSB 存在的目的，不存在巨大的矛盾冲突导致某种程序无效，更不会剥夺主体提请 WTO 专家组裁决的权利。同时，根据 DSU 第 12.7 条的规定，主体间在此种 DSB 程序以外达成的某种成果如果构成一种解决办法，则专家组只对案件做简要描述，不再对实体诉求做出裁定。当然，此种解决办法应当是一种双方满意的解决办法。滥用此种解决办法的行为，将会实际上造成 WTO 成员方提请专家组对其诉求做出裁决的权利被剥夺，因此在其认定上也颇为严格。此前的专家组和上诉机构在分析 WTO 成员方是否放弃其于 DSU 下享有的权利时，都传统地设置较高的门槛。Peru - Agricultural Products 案的上诉机构报告表明，^②裁决者在分析受损方是否因达成双方同意的解决办法而放弃由 DSB 做出裁决的权利的情况时，由专家组或上诉机构进行更严格的审查是必要的。

平行于 DSB 程序进行的双边谈判是 DSB 所鼓励的。首先，DSU 第 5.5 条以及第 11 条规定为此种双边谈判在 DSB 程序下的正当性提供了法律依据。其次，此种建立在平等基础上的双边谈判具有深刻的实践意义。中美签署的第一阶段经贸协议虽然不能一劳永逸地解决所有问题，但在许多领域达成的一致意见有利于缓和中美经贸之间的摩擦和矛盾，减少国际贸易中的诸多不稳定因素，不仅满足中美各自的经济发展的需要，而且也有利于维护国际经济整体的平稳发展。

正如专家组报告在结论和建议后加增“最后评论”（concluding comments）所

^① Qin, Julia. The Elephant in the Room: The Missing Claim in DS543, International Economic Law and Policy Blog (September 18, 2020), <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/09/the-elephant-in-the-room-the-missing-claim-in-ds543.html>.

^② Appellate Body Report, Peru-Agricultural Products, para. 5.19.

言, WTO 目前处于前所未有的全球贸易关系紧张的大环境中, 而专家组只能对其职权范围内的争端做出结论和建议。但是, 专家组的程序安排使得双方有时间随着争端解决程序的发展进行评估以进一步考虑达成双方同意且令人满意的解决方案。在此评论中, 专家组重申了 DSU 第 3.7 条强调的 DSB 设立的目的在于解决争端, 并鼓励双方进一步努力以达成双方满意的解决办法。

WTO 的众多上诉机构报告表明, 若要适用 GATT 第 20 条项下的例外规定, 必须证明其所要保护的利益与采取的措施之间具有“充分联系”(sufficient nexus)。WTO 裁决者一般通过分析措施实现既定目标的必要性(necessary)来判断是否满足此种“联系”。^①对必要一词的解释最早出现在 US-Section 337 case 的专家组报告中,^②随着此后 Thailand-Cigarettes 等案的发展,^③形成了“最少贸易限制”(least trade restrictive, LTR)测试法, 即通过分析是否存在一个可行的且对贸易限制最少的措施来判断其措施是否必要。自 Korea-Beef 案开始, LTR 测试开始逐渐进化。Korea-Beef 案的上诉机构指出, “必要”一词指包括必要性的不同程度: 这个连续体(continuum)一端的含义是“不可或缺的”(indispensable), 另一端的含义是“有助于”(making a contribution to)。^④该仲裁庭进一步指出, 分析一项措施是否必要, 需要有一个“权衡过程”(process of weighing and balancing)。考虑的因素有: 该措施做出的贡献、该措施保护的共同利益或价值的重要性以及该措施对进出口带来的影响。在 US-Gambling 案中, 上诉机构进一步指明了权衡过程的程序性步骤, 将对必要性的分析分为独立的两步。第一步即 Korea-Beef 一案中指明的三要素权衡过程。如果第一步得出的初步结论是该措施是必要的, 那么就进入第二步, 即比较该措施与可能的替代措施。在 Brazil-Retreaded Tyres 案中, 上诉机构认为如果必要性分析的初步结果表明该措施是必要的, 该结果应当在与可能的替代措施, 即可能对目标作出同等贡献同时对贸易的限制更小的措施, 进行比较后才能得到证实。^⑤专家组在本案中也遵守了此种既往案例中形成的必要性测试方法, 即“权衡测试”法(weighing and balancing test)。

在判断必要性的过程中, 提出合理可行的替代性措施(reasonably available alternative measures)并进行比较无疑是关键的一步。这类案件都由申请方承担提出替代性措施的责任。综合先例, 合理可行的替代措施必须满足 4 个条件: (1)

① Appellate Body Report, European Communities-Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC-Seal Products), WT/DS400/AB/R.

② GATT Panel Report, United States Section 337 of the Tariff Act of 1930, L/6439, Adopted 7 November 1989, BISD 36S/345, para 5.26.

③ GATT Panel Report, Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes (Thailand-Cigarettes), DS10/R, Adopted 7 November 1990, BISD 37S/200, para 74.

④ Appellate Body Report, Korea-Beef, Above n 2, para 166.

⑤ Appellate Body Report, Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tires (Brazil-Retreaded Tires), WT/DS332/AB/R, Adopted 17 December 2007, para 156.

同原措施相比，对贸易的限制更少；（2）保留被申请方实现其“合理程度保护”（appropriate levels of protection, ALOP）的权利；（3）不能只是理论上的措施，并且不会对成员施加不当的负担；（4）同 WTO 规则相一致或较少不一致。但在此案中，中国并没有提出一个替代性措施。专家组以此为由，在必要性测试中跳过了这关键的一步。专家组此举也引发了一些争议，这是否意味着对 WTO 法律体制的背离，对未来的案件又是否具有指导作用，也尚未可知。

2020 年 10 月 26 日，美国就此案向 DSB 提起上诉，但由于美国干扰上诉机构成员的遴选，上诉机构事实上已经在 2019 年 12 月 11 日起因成员人数不足而停摆。美国的上诉本质是“对空气上诉”，案件将陷入无人审理的状态，在事实上阻碍专家组报告的效力。因此，专家组的裁决将因为美国的上诉以及上诉机构的停摆而被搁置。

面对美国的 301 调查以及单边主义和保护主义思想，除了坚定维护多边主义体制和贸易全球化的理念，我们更应熟练探求国际法解决手段。不论是利用 WTO 体制内的争端解决机制，还是利用 WTO 体制外的国际法规则，如何尽善尽美地维护合法权益，树立负责任的大国形象，我们还有更长的路要走。希望 2021 年新上任的美国总统能够将美国带回理性，从而能够妥善解决“301 条款”关税措施带来的问题。

参考文献：

- [1] 何力. 美国“301 条款”的复活与 WTO[J]. 政法论丛, 2017,(6).
- [2] 雷雨清等. 美国对华 301 调查及中国反制措施的法律分析 [J]. 经贸法律评论, 2019,(1).
- [3] 刘瑛, 刘正洋. 301 条款在 WTO 体制外适用的限制 [J]. 武大国际法评论, 2019,(3).
- [4] 杨国华. 美国贸易法“301 条款”研究 [M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [5] Ming, Du. The Necessity Test in World Trade Law: What Now? [J]. Chinese Journal of International Law, 2016,(15).

Comment on the Case of United States-Tariff Measures on Certain Goods from China (DS543)

GONG Baihua SHI Shixu GONG Wenna

Abstract: United States-Tariff Measures on Certain Goods from China stemmed from the unilateral tariff measures imposed by the United States on China in accordance with its so-called 301 investigation. The panel report encouraged bilateral negotiations parallel to the WTO dispute settlement mechanism, finding that the United States has violated the most favored nation obligation and it could not invoke the “public moral” exception. As the first case of the tariff series cases, this case is of great reference for understanding and application of the exception provisions in Article XX of GATT and Articles 12.7 and 23 of the DSU. In the face of challenges from the United States over its abuse of Section 301, China still has a long way to go to protect its rights and interests with international law against the background of the prevailing unilateralism and the paralysis of the WTO appellate body.

Keywords: Section 301; most favored nation treatment; public moral exception; Sino-US trade dispute

（责任编辑：金孝柏）