

《北大法律评论》(2018)
第 19 卷·第 2 辑·页 78—102
Peking University Law Review
Vol. 19, No. 2, 2018, pp. 78-102

强权还是规则：美国单边贸易措施 对 WTO 的解构路径分析

——基于多边规则与国内法之间的权力划分

曹亚伟*

Power or Rule: Analysis of the Deconstruction Path of U. S. Unilateral Trade Measures to WTO Based on the Division of Power between Multilateral Rules and Domestic Law

Cao Yarwei

内容摘要：本次中美贸易争端中，美国尝试利用 WTO 多边机制存在的固有缺陷寻求在 WTO 框架内建立其所实施的单边贸易措施的适法性，通过利用形式上兼容于 WTO 的国内法条款，以超出 WTO 议题范围的缘由实施单边贸易制裁，并在适用过程中对 DSB 未曾释明的规则进行扭曲解释，对 WTO 多年来精心维系的多边机制与国内法之间的权力平衡构成严重挑衅。现行 WTO

* 中国海洋大学法学院讲师，师资博士后，法学博士，中国海洋大学海洋发展研究院研究员。本文系国家自然科学基金青年项目“贸易摩擦背景下美国技术安全立法走向及我国应对策略研究”（19CFX081）的阶段成果。

争端解决机制虽然能够通过具体案件的审理否定“301 条款”“232 条款”及其调查行为的合法性,但终因 WTO 争端解决的时间迟滞、解释的被动性与个案局限性以及欠缺对恶意违法的惩罚机制而使 DSB 打击单边贸易措施的效力大为减损。为此,有必要改革现行 WTO 争端解决机制,建立快速宣告违法程序及其配套的惩罚性赔偿机制,明确对适用缘由超出 WTO 议题范围而实施方式违反 WTO 义务的贸易措施的管辖权,并建立 WTO 规则的释明程序,在不减损 DSB 权威性与公正性的前提下,增强 WTO 多边规则应对单边贸易措施的能力与效率,有效打击单边贸易措施,维护 WTO 多边规则的拘束力。

关键词: 多边规则 单边贸易措施 国内法

引言

2017 年 8 月 14 日,特朗普签署行政备忘录,授权贸易代表对中国开展“301 调查”,拉开了中美贸易争端的序幕。^{〔1〕} 其间中美双方多次谈判,几经波折。^{〔2〕} 总体来看,美国对中国采取的主要贸易措施包含两类:一是基于美国《1962 年贸易扩展法》(Trade Expansion Act of 1962)第 232 条实施的针对中国钢材和铝材的高关税,该条款授权美国总统基于维护国家安全的目的保护美

〔1〕 参见美国白宫办公室网站, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-actions-united-states-related-section-301-investigation/>, 最后访问日期:2019 年 1 月 3 日。

〔2〕 截至本文成稿,中美共有四次磋商谈判,均以失败告终,2019 年 1 月 1 日中美双方达成一致,暂缓征税,新一轮磋商谈判正在进行。2018 年 5 月 3 日至 4 日,中美第一次谈判,中美双方在北京进行首次磋商,双方认识到在一些问题上还存在较大分歧,需要继续加紧工作,取得更多进展。双方同意继续就有关问题保持密切沟通,并建立相应工作机制。2018 年 5 月 17 日,中美第二次谈判,习近平主席特使、国务院副总理刘鹤率团与美方在华盛顿举行第二次磋商,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。2018 年 5 月 29 日白宫声明显示美方突然变卦。2018 年 6 月 2 日至 3 日,中美第三次谈判,双方就落实两国在华盛顿的共识,在农业、能源等多个领域进行了良好沟通,取得了积极的、具体的进展,相关细节有待双方最终确认。然而,2018 年 7 月 6 日,美国开始对 340 亿美元中国商品加征 25% 的关税,中美贸易争端升级。2018 年 8 月 22 日至 23 日中美就经贸问题举行副部长级磋商,但是与此同时,美国宣布对 160 亿美元中国商品加征 25% 的关税,美国并于 2018 年 9 月 18 日宣布,自 9 月 24 日起,对来源于中国的 2000 亿美元商品加征 10% 的关税,且该税率随后将提至 25%。相关信息,可参见美国白宫办公室网站, <https://www.whitehouse.gov/issues/economy-jobs/>, 中国商务部网站, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/?7>, 以及美国国际贸易法委员会网站, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/ustr-finalizes-tariffs-200>, 最后访问日期:2019 年 1 月 3 日。

国产业。^{〔3〕}二是基于美国《1974年贸易法》实施的“301条款”制裁。^{〔4〕}针对美国的上述措施,中国分别于2018年4月、7月和9月采取了有针对性的反制措施。^{〔5〕}随后,中美双方均在WTO提起申诉,控告对方违反WTO的贸易规则。^{〔6〕}中美争端双方均诉诸WTO争端解决机构(Dispute Settlement Body,以下简称“DSB”)针对对方的贸易措施进行评判本身就说明了WTO多边贸易体制的正当性与约束力,WTO多边规则仍然是评判中美贸易争端的最重要的衡量标准与尺度。以此为基础,从国际法角度分析美国采取的两类贸易措施显得尤为必要,包括这两类措施是否违反WTO规则,其对WTO多边体制造成何种影响和冲击,WTO又当如何应对以维系WTO的多边贸易体制等。

学界已经对美国“301条款”以及“232条款”进行了专门研究。国内研究成果主要聚焦于“301条款”的演变及DSB在DS152案件中对该条款的审查过程,和本次美国援引“301条款”“232条款”在WTO下的合法性分析。^{〔7〕}孔庆江、韩逸畴讨论了单边贸易措施在国际法上以及在WTO多边贸易体制内的适

〔3〕 在《美国法典》(U. S. Code)中,“232条款”对应条款为第1862条。

〔4〕 美国“301条款”并非指单个条款,而是指美国《1974年贸易法》第301—310条的一系列条款。在《美国法典》(U. S. Code)中,为19 U. S. C. § § 2411-2417构成的一系列条款。

〔5〕 2018年4月中国针对美国“232措施”采取反制措施。2018年7月6日,中国对美国依据“301调查”实施的对340亿美元中国商品加征关税措施实施反制措施。2018年8月23日,中国对美国依据“301调查”实施的对160亿美元中国商品加征关税措施实施反制措施。2018年9月24日中国对美国依据“301调查”实施的对2000亿美元中国商品加征关税措施实施反制措施。具体信息参见中国财政部关税司网站,<http://gss.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/gongzuodongtai/>,最后访问日期:2019年1月3日。

〔6〕 美国针对中国知识产权保护措施提起磋商,认为违反了TRIPS协定下的国民待遇义务。参见China-Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights (DS542), Request for Consultations by the United States, WT/DS542/1, 23 March 2018。同时,美国就中国采取的反制措施提起申诉,认为该措施违反了最惠国待遇,参见China-Additional Duties on Certain Products from the United States (DS558), Request for Consultations by the United States, WT/DS558/1, 19 July 2018。中国就美国依据“301调查”所采取的两次加征关税措施分别提起磋商,认为其违反了DSU第23条,参见United States-Tariff Measures on Certain Goods from China (DS543), Request for Consultations by China, WT/DS543/1, 4 April 2018以及United States-Tariff Measures on Certain Goods from China II (DS565), Request for Consultations by China, WT/DS565/1, 27 August 2018。中国并就美国依据“232调查”所采取的加征关税措施提起磋商,认为其违反了WTO下对保障措施的要求,参见United States- Certain Measures on Steel and Aluminium Products (DS544), Request for Consultations By China, WT/DS544/1, 5 April 2018。此外,中国已经对美国依据“301调查”结果于9月18日宣布的对来源于中国的2000亿美元商品加征关税的措施向世界贸易组织追加起诉,具体参见中国商务部网站,<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201809/20180902788222.shtml>,最后访问日期:2019年1月3日。

〔7〕 参见徐泉:《美国贸易法中的“301条款”与其经济霸权论》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2007年第2期,第137—141页;何力:《美国“301条款”的复活与WTO》,载《政法论丛》2017年第6期,第3—11页;倪慧:《基于国家安全的保障措施——美国贸易232措施详解》,载《人民法治》2018年第10期,第45—50页;李洁:《美国贸易232调查及中国的应对》,载《人民法治》2018年第10期,第59—62页。

法性问题,认为单边贸易措施的援用应当遵守国际法以及 WTO 协定下的相关限制。^{〔8〕} 管健详细梳理了本次中美贸易争端的历程,并论证了中国采取的反制措施的合规性。^{〔9〕} 国外研究探讨了“301 条款”“232 条款”与 WTO 多边机制之间的兼容性问题,C. O’Neal Taylor 认为在 WTO 多边机制下,“301 条款”的适用面临适法性风险^{〔10〕};Jared R. Silverman 认为 DSB 应当及时制止以美国“301 条款”为代表的单边贸易措施对 WTO 多边机制的冲击^{〔11〕};Alan O. Sykes 则认为美国“301 条款”的实施具备一定正当性和合理性^{〔12〕};Jaemin Lee 认为“232 条款”在寻求 WTO 安全例外条款下的正当性时需要满足“供应军事部门为目的”或者“国际关系中的其他紧急情况”的要件^{〔13〕}。

本次美国单边贸易保护措施无论在实施方式、适用理由还是适用强度上均与之前存在本质差别。本次“301 条款”的援引理由已经远远超出了 WTO 管辖的议题范围,其适用过程直指 WTO 多边规则的效力边界与薄弱环节,是美国国内法对 WTO 现有多边机制的一次全面和根本的挑战。上述研究未能从 WTO 多边机制与国内法权限划分的角度对本次美国采取的单边贸易措施进行整体分析,尤其是其如何挑战并尝试解构 WTO 多边机制的规则约束,在现行框架下 WTO 应当如何回应,为应对单边贸易保护措施 WTO 应当进行哪些有针对性的改革等。本文将 WTO 多边机制与国内法之间的权限划分为主线,在指出 WTO 多边规则约束的薄弱环节以及美国单边贸易措施如何有针对性地冲击该薄弱环节的基础上,分别从现行 WTO 机制以及 DSB 改革两个层面分析提出应对美国单边贸易措施的策略与具体措施。

〔8〕 参见孔庆江:《浅论单边贸易措施的适法性》,载《现代法学》2006 年第 6 期,第 25—33 页;韩逸畴:《论国际法中的单边贸易措施》,载《国际经济法学刊》2012 年第 2 期,第 34—56 页。

〔9〕 参见管健:《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,第 142—157 页。

〔10〕 See C. O’Neal Taylor, “The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organization Dispute Settlement System”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 30, no. 2, 1997, pp. 209-348.

〔11〕 See Jared R. Silverman, “Multinational Resolution over Unilateral Retaliation: Adjudicating the Use of Section 301 before the WTO”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, no. 1, 1996, pp. 233-294.

〔12〕 See Alan O. Sykes, “Constructive Unilateral Threats in International Commercial Relations: The Limit Case for Section 301”, *Law and Policy in International Business*, vol. 23, no. 2, 1992, pp. 263-330.

〔13〕 See Jaemin Lee, “Commercializing National Security: National Security Exceptions’ Outer Parameter under GATT Article XXI”, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 13, no. 2, 2018, pp. 277-310.

一、WTO 规则约束的命门:多边权限与国内法权限之间的艰难平衡

WTO 多边机制建立在各国主权让渡与妥协的基础上。从其前身 GATT 聚焦于关税问题,到之后的八轮回合谈判,WTO 多边机制不断由市场准入阶段的关税减让约束延伸至准入后阶段的非关税壁垒约束。^[14]在这一过程中,WTO 多边机制的效力不断扩张至原本由国内法监管的事项。但是,这并不意味着 WTO 多边机制的效力不受制约,没有边界。恰恰相反,WTO 多边机制的权限扩张以各国国内法权限的让渡为基础,尊重和维系多边机制与国内法之间的权限划分是 WTO 多边机制约束力的来源与依据。WTO 多边机制的效力主要受到三个方面的制约:

第一,效力发生方式的制约。WTO 多边机制作为国际法机制,并不能当然地在其成员方境内发生效力,其具体发挥效力的方式要受到各国调整国际法与国内法关系的法律制度和政治习惯的制约。换言之,处理国际法与国内法关系属于每个国家的国内法权限,只有在采取“一元论”的国家,WTO 多边机制才能被直接视为国内法律而生效。事实上,各国处理国际法与国内法关系的具体方式涉及非常复杂的法律问题,远非理论上简单的“一元论”与“二元论”可以概括,这也就导致 WTO 多边机制的效力发挥面临不确定性的问题,进而受到制约。^[15]

第二,效力范围的制约。虽然 WTO 多边机制涵盖的议题范围在逐渐扩张,但同样面临限制。这方面主要受限于 WTO 的资源与能力,部分议题由于过多涉及国内政策,WTO 多边机制无法作出公正和有效的平衡,如竞争政策。不同国家的竞争法律制度存在巨大差异,且实际执行过程往往受到司法政策与国内产业政策的影响,在多边层面订立统一的竞争规则显然存在障碍。^[16]盲目扩张议题,只会透支 WTO 下 DSB 的公正性和权威性。

第三,效力强度的制约。由于 WTO 多边规则的订立是众多成员方妥协

[14] 在 GATT 成立后的八轮回合谈判中,东京回合是一个转折点,在该回合谈判中,就非关税壁垒达成了一系列协议,包括补贴与反补贴措施、技术性贸易壁垒、进口许可程序等。乌拉圭回合则将东京回合中部分只在少数成员之间生效的约束非关税壁垒的协议扩展为多边义务,参见约翰·H. 杰克逊:《国家主权与 WTO——变化中的国际法基础》,赵龙跃、左海聪、盛建明译,社会科学文献出版社 2009 年版,第 155 页。

[15] 同前注[14],第 146 页。

[16] 部分国家有完善的竞争法,部分国家甚至没有竞争法制度。即便在拥有竞争法律制度的国家,制定法规则往往非常简单,具体的执行要靠国内司法机构结合国内竞争政策和产业政策来适用。即便在一国之内,如美国,其竞争法规则虽然没有大的变化,但是在具体适用过程中,法院受到不同经济学派(哈佛学派、芝加哥学派、后芝加哥学派)观点的影响,司法政策出现了重大变迁。在此情形下,作为多边机制运行的 WTO 及其 DSB 要想制定和运行统一的竞争政策,显然存在困难,参见同前注[14],第 156 页。

的结果,对于词语的模糊处理和宽泛界定是促使规则尽快达成和通过的必要代价。而《WTO 协定》对于针对多边规则作出权威性解释的绝对多数表决要求使得这一填补多边规则空白、消除规则模糊性的方式几无用武之地。^[17] 此时, WTO 多边机制与国内法权限的具体划分很大程度上依赖于 DSB 对多边规则的解释。通过 DSB 的解释,强化了 WTO 多边机制的约束力,明确了国内法权限的边界。但是,囿于 DSB 的职权,其仅能在具体案件中作出具有个案拘束力的解释。这既使得 DSB 的解释无法对后续争端产生绝对的拘束力,又无法确保其对多边规则的解释具有唯一性。^[18] 这为成员方尝试利用国内法对 WTO 规则进行单边解释提供了可能性。

受限于上述三个方面, WTO 多边机制的效力容易受到国内法权限的制约,同时也为成员方利用国内法权限挑战和侵蚀 WTO 多边机制的约束力提供了可能。本次中美贸易战中美国的单边贸易措施即是充分利用 WTO 多边机制在上述三方面的薄弱环节,试图通过国内法从根本上解构 WTO 规则,挑战 WTO 多边机制的权威。

二、打破平衡:美国单边贸易措施的工具组合及其对 WTO 平衡法则的挑战

美国此次单边贸易措施主要包含两类:一类是根据“301 条款”发起的“301 调查”,一类是根据“232 条款”发起的“232 调查”。这两类措施的实施均直指 WTO 多边机制的效力边界,试图通过国内法突破 WTO 多边规则的约束,打破两者之间的平衡状态。

(一) 挑战的基础:“232 条款”“301 条款”与 WTO 多边机制的兼容

在国际法上,无论是采取“一元论”还是“二元论”的国家,采取何种方式履行国际条约义务均是该国国内法的自主选择。美国“232 条款”和“301 条款”产生于 WTO 成立之前。作为 WTO 的成员方,美国在加入 WTO 之后必须确保其行为遵守 WTO 的义务。“232 条款”在本次中美贸易争端之前并未受到质疑,因而其在 WTO 内的合法性得以当然保留,而“301 条款”则已经经历过 DSB 的审查。

根据《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes,以下简称“DSU”)第 23.2 条

[17] 根据《建立世界贸易组织协定》(WTO 协定)第 9 条的规定,部长级会议和总理事会享有对附件 1 中的协定进行权威性解释的权力,这需要全体成员的 3/4 以上通过。

[18] DSU 虽然没有明确规定,但是专家小组在具体案例中广泛援用了《维也纳条约法公约》中的解释方法进行解释。但是,援引该方法并不能将合理解释限定为一种情形。在涉及国内具体操作和政策法律执行层面时,这一点表现得尤为明显。例如,《反倾销协定》第 17.6 条第 2 款明确专家组将会依据国际公法的习惯规则解释本协定的条款,如果专家组发现协定项下某条款具有一种以上可能的解释,那么只要某成员方的行为符合其中一种解释,专家组即视为与协定一致。

的规定,成员方非经 DSU 中规定的争端解决程序,不得确定违反协定的行为已经发生,或者协定项下的利益受到侵害,以及该协定项下目标的实现受到阻碍。^[19] 从“301 条款”的文本规定来看^[20],由于“301 条款”并未排除 USTR (United States Trade Representative) 在 DSU 争端解决程序之前认定美国在 WTO 贸易协定项下的权利受到侵害的可能性^[21],单就文本规定中这种可能性和不确定性而言,专家组认为其已经构成对 DSU 第 23.2 条所要求的成员方应将 DSU 作为解决协定项下有关权益受损争议唯一途径的义务的违反。因此,专家组认定“301 条款”构成表面违法。^[22] 但是,专家组认为确定“301 条款”是否最终构成违法不仅要看文本规定,还要看其具体执行机制。如果美国能够以合法方式确保 USTR 在实际实施“301 条款”的过程中不违反 DSU 第 23.2 条的义务,则仍可消除文本规定的表面违法性。^[23] 专家组认为成员方遵守和履行 WTO 义务应当以对成员方冲击最小的方式作出,并且在确保 WTO 义务履行方面应当给予最大自由。^[24] 随后,专家组认定美国加入 WTO 之时所作的《行政行动声明》(*Statement of Administrative Action, SAA*) 经过国会认可,具备权威性与合法性,其中明确承诺任何“301 措施决定”将会基于 DSB 的决定。^[25] 由此,美国“301 条款”得以保留。但同时,专家组附加了限制条件,即如果美国以任何方式违反了其承诺,则其当然要承担其违反 DSU 第 23.2 条的法律责任。因此,在 WTO 框架下,“301 条款”本身是能够得以兼容的。

“232 条款”“301 条款”与 WTO 多边机制的兼容为后续美国依据该条款实施单边贸易措施提供了暂时的合法依据,也是美国单边贸易措施尝试超越与解构 WTO 多边机制的前提。

(二) 效力范围挑战:“301 条款”“232 条款”的适用理由对 WTO 多边机制的超越

根据美国法律的规定,发起“301 条款”调查主要包括三种情形:(1) 违反贸

[19] DSU 第 23.2 条。

[20] 此处具体是指美国《1974 年贸易法》第 304 条,其具体条文参见 DS152, (United States-Sections 301-310 of the Trade Act of 1974), pp. 358-359。

[21] 第 304 条(a)款(2)项要求 USTR 在发起调查后 18 个月内决定美国在贸易协定项下的权利是否受到损害。考虑到磋商程序本身没有时间限制,且“301 条款”所要求的 18 个月的时间限制是以“301 调查”发起为起算点,可能早于 DSU 的磋商程序,DSB 无法保证案件一定会在 18 个月内解决。因此,从该条的文本规定看,USTR 在具体案件中有在 DSU 程序结束之前即单方面认定美国在 WTO 协定项下的权益受损的可能性。关于专家组对此问题的解释,参见 DS152, Report of the Panel, pp. 308-309。

[22] *Id.*, p. 327.

[23] *Id.*, p. 328.

[24] *Id.*, p. 328.

[25] *Id.*, p. 330.

易协定;(2)行为或政策不公正(与美国享有的国际法权利不一致),限制了美国的商业利益;(3)行为或政策不合理或存在歧视,限制了美国的商业利益。其中,歧视包括任何拒绝给予美国货物、服务或投资以国民待遇或最惠国待遇的行为、政策;不合理的行为、政策,其不一定违反美国的国际法权利或与之不一致,但是是不公平、不公正的。^[26]考虑不合理性时,USTR将一定程度上考虑外国公司在美国是否受到同样的限制。^[27]在“301调查”适用的三种情形中,只有第一种和第二种情形主要指向美国贸易协定下的权利,第三种情形则并不以违反某项贸易协定或损害美国享有的某项国际法权利为限。美国本次发起的“301调查”恰恰主要是依据第三种情形。^[28]

因此,美国本次发起“301调查”的依据和理由本身并不限于中国违反了WTO下的义务。^[29]本次“301调查报告”对中国的指责主要包括五个方面:(1)中国政府主导并实施了不公正的强制技术转让机制;(2)中国歧视性的技术许可限制;(3)中国政府主导的外资并购;(4)中国政府主导的网络经济间谍行为;(5)其他的不合理行为,包括基于国家安全或网络安全的审查与数据控制、知识产权保护不力、不透明地适用中国《反垄断法》、中国《标准化法》对美国企业的不利规定以及中国政府主导的人才战略造成的技术转移。上述五个方面中,只有第二个方面直接涉及WTO下的义务,即美国认为中国没有根据TRIPS协定为美国权利人行使专利权提供充分保护。而事实上,在上述五个方面中,美国也仅针对第二个方面在WTO中提起了磋商请求。^[30]因此,本次美国援引“301条款”的理由已经远远超出了WTO的议题范围。

“232调查”的基本逻辑是钢制品和铝制品的大量进口冲击了美国本土的钢制品和铝制品产业,而这些产业是国防的必需产业,因此有必要对这些进口

[26] 参见“301调查报告”(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),第44页。相关法条依据为《美国法典》中19 U. S. C. § 2411(d)(3)(A)。

[27] 参见“301调查报告”,同前注[26],第44页。相关法条依据为《美国法典》中19 U. S. C. § 2411(d)(3)(D)。

[28] 参见“301调查报告”,同前注[26],第3页。

[29] 甚至本次“301调查报告”(22 March, 2018)中“WTO”出现的次数都非常少。

[30] 参见DS542的磋商请求,以及案情简介,即China-Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, Request for Consultations by the United States, 23 March 2018。该案中美国指责中国涉嫌违反TRIPS协定第3条及第28.1(a), 28.1(b), 28.2条。该案情简介参见https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm,最后访问日期:2019年1月3日。

产品采用关税或配额限制,以维护国家安全。^[31] 尽管该调查的逻辑并未排除通过限制相关产品的进口数量以保护本国相关产业的目的,本次美国却没有援引国内法中的“201 条款”实施保障措施,而是以维护国家安全为由,援引“232 条款”。与保障措施不同,WTO 内就维护国家安全而实施的限制措施并不存在像保障措施一样成型的具体规定。DSB 对“国家安全”事项的审查权本身存在争议,而成员方国家对“维护国家安全所必需的手段”则享有高度的自由界定权。^[32] 这本身便体现了美国试图用国内法权限突破 WTO 多边约束的意图。

(三) 解释权限挑战:“232 条款”与“301 条款”对 WTO 规则的解释

本次中美贸易争端中,美国运用“232 条款”对“国家安全”进行了解释。而以国家安全为由违反 WTO 项下的义务被规定在 GATT 第 21 条的安全例外中。但是,DSB 从未在具体案件中解释“国家安全”的含义。^[33] 由此,“232 条款”在实质意义上以国内法对“国家安全”的解释取代了 WTO 多边规则中“国家安全”的含义。

“232 条款”为美国《1962 年贸易扩展法》所规定,基于维护国家安全的目的,由美国商务部发起调查,而后由美国总统根据调查结果决定是否采取以及采取何种进口限制措施。在本次争端中,美国商务部借鉴了 2001 年美国针对铁矿石与钢铁半成品的调查报告,解释和适用“232 条款”中的“国防”与“国家安全”,认为“232 条款”中的“国家安全”包括“某些产业的一般安全与福利,不止于满足国防的必需要求,这对于确保经济和政府运行必需的最低需要至关重要”^[34]。

根据“232 条款”的要求,美国商务部开始调查进口钢制品和铝制品对国家安全需要的影响。在此过程中,美国商务部还将考虑美国经济福利与国家安全之间的密切关联。最终,经过调查,美国认定:(1) 国内钢制品和铝制品产出能力是国防所必需,关系国家安全;(2) 国内钢制品和铝制品生产依赖于健康和具有竞争力的本国产业;(3) 大量进口钢铁冲击了美国钢制品和铝制品产业的

[31] 参见“232 调查报告——钢制品”(The Effect of Imports of Steel on the National Security, An Investigation Conducted under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as Amended, January 11, 2018),第 55—56 页。同时参见“232 调查报告——铝制品”(The Effect of Imports of Aluminum on the National Security, An Investigation Conducted under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as Amended, January 17, 2018),第 104—105 页。

[32] 参见李巍:《新的安全形势下 WTO 安全例外条款的适用问题》,载《中国政法大学学报》2015 年第 3 期,第 101 页。

[33] 在 GATT 和 WTO 时期均有援引安全例外条款的案件,但是均未走完实质性的争端解决程序。WTO 时期的 1996 年“欧共体诉美国对古巴贸易限制案”(DS38, WT/DS38/6),最终以欧共体与美国和解而结束。2000 年“哥伦比亚诉尼加拉瓜对洪都拉斯和哥伦比亚贸易限制案”(DS188, WT/DS188/1),最终被提交给海牙国际法庭而结束。

[34] “232 调查报告——钢制品”,同前注[31],第 1 页。

经济状况;(4) 国际钢铁产量大幅上升进一步削弱了国内钢制品和铝制品产业的经济状况。^[35]

基于上述理由,美国商务部作出肯定结论,进而建议美国总统采取措施,限制钢制品和铝制品进口。

本次中美贸易争端中,“301 条款”的适用则主要针对中国政府扭曲市场经济条件,从而造成不公平竞争的情形。在报告中,美国主要指责中国政府在以下三个方面未能遵循市场经济原则:(1) 通过设置合资要求与行使审批权,变相强制美国企业向中国企业转让技术;(2) 创设不公平的技术许可条款,限制美国企业按照市场经济条件行使技术许可权^[36];(3) 通过产业政策、资金控制等手段主导企业对外并购美国拥有先进技术的企业。^[37] 虽然除第二个方面外,美国并没有就其余两个方面诉诸 DSB 解决,但是,这事实上在指责中国违反 WTO 的“市场导向要求”。在 WTO 的现有法律文件中,并未有“市场导向”的专门规则。在 1994 年《马拉喀什宣言》的序言中,提及了“市场导向”的精神。因此,美国的“301 报告”暗含了一种对 WTO 规则体系的整体目的解释,即 WTO 规则体系内含有“市场导向”的专门要求,而中国违反了这一要求。^[38]

三、有限的砝码:WTO 争端解决机制应对美国单边贸易措施的可行路径与不足

在现行 WTO 体系下,面对挑战,WTO 只有寻求通过 DSB 回应美国单边贸易措施扩张国内法权限、解构多边规则约束力的企图。在这一过程中,DSB 也将重新明晰多边规则与国内法之间权力平衡的合法性界限。中国等美国单边贸易措施的受害方通过现行 WTO 争端解决机制对美国提起申诉,本身即是 WTO 多边机制正当性和权威性的体现。同时,这也是从根本上否定美国单边措施的合法性,强化 WTO 作为全球唯一多边贸易平台的基础地位,联合抵制美国单边措施的有效路径。

[35] “232 调查报告——钢制品”,同前注[31],第 2—5 页;“232 调查报告——铝制品”,同前注[31],第 2—4 页。

[36] 对于该种情形,前已述及,美国已经以中国违反 TRIPS 协定下国民待遇原则为由在 DSB 提起申诉,即 DS 542 案。

[37] 参见“301 调查报告”,同前注[26],第 46 页,第 60—61 页,第 150 页。

[38] 这一指责和解释与 2018 年 7 月 26 日美国驻 WTO 大使指责中国经济发展模式具有一致性。关于辩论中美国大使的发言内容,参见美国驻 WTO 使团网站, <https://geneva.usmission.gov/2018/07/27/55299/>, 最后访问日期:2019 年 1 月 3 日。关于中国大使的发言内容,参见中国商务部驻 WTO 代表团网站, <http://wto2.mofcom.gov.cn/article/chinaviewpoints/201807/20180702770676.shtml>, 最后访问日期:2019 年 1 月 3 日。这次辩论美国提交 WTO 的支撑文件为 China's Trade-Disruptive Economic Model (WT/GC/W/745), 2017 Report to Congress on China's WTO Compliance (WT/GC/W/746), 中国提交 WTO 的支撑文件为 China and the World Trade Organization (WT/GC/W/749)。

(一) 违反承诺：“301 条款”兼容性基础的丧失

前已述及,在 DS152 案中,DSB 已经明确,“301 条款”与 WTO 多边机制的兼容建立在美国政府的单边承诺基础之上。本次美国的“301 调查”中,虽然并未将调查缘由限定于被调查方违反贸易协定或减损美国的国际法权利^[39],但是,其中涉及对中国违反 TRIPS 协定国民待遇义务的判定。在本次“301 调查报告”中,美国指出,外国企业向中国企业许可技术适用中国《技术进出口管理条例》,该条例要求外国技术转让方对合同受让人按照合同约定使用让与人提供的技术而侵害他人合法权益的行为承担责任。^[40] 但是,如果是中国企业之间转让技术,则适用中国《合同法》,该法允许当事人就受让人按照约定使用技术侵害他人合法权益的法律责任另作约定。^[41] 此外,中国《技术进出口管理条例》明确规定改进技术的成果属于改进方,并且禁止让与方限制受让人改进技术或使用改进技术。^[42] 但是,中国《合同法》却允许当事人约定改进技术成果的分享办法,只有在无法确定约定结果的情形下,才推定由改进方享有。^[43] 由此,美国认定其享有的国民待遇权利受到侵害。

根据美国的《行政行动声明》(SAA),“美国将把关于美国权利是否受到减损或侵害的任何 301 决定建立在 DSB 通过的专家组或上诉机构裁决基础之上”^[44]。在本案中,关于中国是否违反了 TRIPS 协定下的国民待遇义务进而导致美国在 WTO 下权利的减损或侵害,DSB 并未有专家组或上诉机构裁决决定。在此情形下,美国直接依据“301 条款”通过发起调查确定中国侵害了美国享有的国民待遇权利,违反了美国在 WTO 内就“301 条款”与 WTO 多边机制的兼容性所做的政府承诺。^[45] 而 DS152 案中专家组也已经明确,一旦美国以任何方式违反该承诺,“301 条款”将被认定违反 DSU 第 23.2 条的义务,美国也因此将承担法律责任。^[46] 由此,专家组可以径直根据美国本次开展“301 调

[39] 参见“301 调查报告”,同前注[26],第 44 页。

[40] 参见“301 调查报告”,同前注[26],第 49 页。同时参见我国《技术进出口管理条例》第 24 条。

[41] 参见“301 调查报告”,同前注[26],第 51 页。同时参见我国《合同法》第 353 条。

[42] 参见“301 调查报告”,同前注[26],第 53 页。同时参见我国《技术进出口管理条例》第 27 条,第 29 条第(3)款。

[43] 参见“301 调查报告”,同前注[26],第 53 页。同时参见我国《合同法》第 354 条。

[44] See *supra* note[21], p. 330.

[45] 本次争端中美国“301 调查报告”发布的时间是 2018 年 3 月 22 日,美国总统特朗普当即签署备忘录,该备忘录基于美贸易代表办公室公布的对华“301 调查报告”,指令有关部门对从中国进口的约 600 亿美元商品大规模加征关税。而美国就这一问题向 DSB 提起磋商请求的时间为 2018 年 3 月 23 日(DS542 案),目前案件仍然处于磋商阶段。关于 DS542 案所处的状态,参见 WTO 官方网站, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm, 最后访问日期:2019 年 1 月 3 日。

[46] See *supra* note[22], p. 335.

查”的行为宣告“301 条款”违反了 DSU 第 23.2 条的义务。

对于本次“301 调查”中美国所主张的超出 WTO 议题范围的适用缘由以及对 WTO 规则体系的整体解释,根据 DSB 处理争端的惯例,则可适用“司法经济原则”,不必予以审查。^[47]

(二) 安全例外的解释:“232 条款”在 WTO 下的合法性质疑

本次美国援引“232 条款”,明确表示其与国内法的“201 条款”不同,“201 条款”为国内法的保障措施条款,而“232 条款”则为基于国家安全而采取的产业保护措施。当然,依照 WTO 对于采取保障措施的要求,“232 调查”的过程和考虑的因素显然均不符合,因为美国调查机关并没有证明进口产品对国内相关产业造成严重损害或严重损害威胁。^[48]此外,保障措施的适用要求针对特定产品,不区分来源国,而本次“232 调查”最终采取的贸易措施则针对多国给予豁免,仅针对中国等少数国家适用^[49]。因此,“232 条款”在 WTO 下获得合法性的唯一可能便是证明其符合 GATT 第 21 条安全例外条款的情形。

1. 多边规则下的“国家安全”释义以及“232 调查”的违法

与本案直接相关的 WTO 例外条款为 GATT 第 21 条 b 款的规定。根据该款的规定,本协定不阻止任何成员方采取其认为对保护其根本国家安全利益所必需的任何行动:(1) 与裂变和聚变物质或衍生这些物质的物质有关的行动;(2) 与武器、弹药和军火有关的贸易的行动,以及与直接或间接供应军事机关的其他货物或物资有关的贸易的行动;(3) 在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动。^[50]

虽然到目前为止,DSB 尚未在任何具体案件中就该条款进行解释,在援引 GATT“安全例外条款”的既有案例中,对 GATT 或 WTO 针对国家安全事项

^[47] 司法经济原则是专家组和上诉机构节约司法成本,回避政治难题,维系 DSB 裁决的权威性和公正性的必然选择。美国限制印度羊毛衫和上衣进口案(DS33, WT/DS33/AB/R)是 WTO 成立以来正式确立适用司法经济原则的第一案。在该案中,上诉机构通过对 DSU 第 3 条和第 11 条的分析,明确了 DSB 适用司法经济原则的依据。

^[48] 参见 Agreement on Safeguards, Article 2。

^[49] 就针对钢制品采取的“232 调查”制裁措施来讲,美国总统先后赋予了加拿大、墨西哥、阿根廷、巴西、澳大利亚、韩国、欧盟各成员国不同期限的豁免权。具体参见 *Presidential Proclamation Adjusting Imports of Steel into the United States* (August 10, 2018), at <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states-5/> (last visited Jan. 3, 2019)。就针对铝制品采取的“232 调查”制裁措施来讲,总统同样已经赋予阿根廷、巴西、澳大利亚、加拿大、墨西哥、韩国、欧盟各成员国不同期限的豁免权。具体参见 *Presidential Proclamation Adjusting Imports of Aluminum into the United States* (May 31, 2018), at <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states-4/> (last visited Jan. 3, 2019)。

^[50] 参见 GATT 第 21. b 条。

是否应当具有管辖权以及在何种程度上可以行使审查权尚存争议^[51],但是,DSU的管辖规则和解释规则毫无疑问赋予了DSB处理与援引安全例外条款相关争端的权力以及对安全例外条款的解释权。^[52]就具体解释规则而言,在既有案件中,DSB的专家组和上诉机构已经在事实上确认《维也纳条约法公约》中的解释规则属于DSU第3.2条认可的解释方法。^[53]因此,在本次争端中,专家组和上诉机构完全可以采用《维也纳条约法公约》中的解释规则对GATT第21条以及“232条款”进行文义解释和目的解释。

根据该解释规则,GATT第21条b款中的国家安全情形主要包含两种:一是与军事活动直接有关的专属物资、物质或装备相关的行动;二是在战时或其他随时可能涉及战争或军事行动的国际关系紧急情况下的行动。^[54]这两种情形分别从两个方面限定了“根本国家安全利益”的含义。第一种情形从行动所针对的事项和内容上将GATT下的国家安全行动严格限定为与军事活动直接相关。在这种情形下,贸易限制的对象应当仅限于军事专用物资,对于“军民两用物资”应当严格限定为直接用于军事活动或战争活动的部分,而不能进行任意的扩大解释。^[55]第二种情形则从行动采取的具体情境上强调必须是战时

[51] 对于安全例外条款中的“自决性”问题,一直备受争议:一种解释认为根本国家安全利益及所采取的措施是否必要完全由成员自行决定;一种解释认为成员有权自行决定根本国家安全利益,但是成员的决定应是善意的,并由DSB根据具体标准审查所采取的措施是否为“善意”;还有一种解释认为成员有权自行采取措施,维护根本国家安全利益,但是措施的“必要性”以及安全例外条款所列的条件必须接受DSB审查。See Raj Bhala, “National Security and International Trade Law: What the GATT says, and What the United Does”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 19, no. 2, 1998, pp. 263-318. See also Wesley A. Cann, Jr., “Creating Standards and Accountability for the use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism”, *Yale Journal of International Law*, vol. 26, no. 2, 2001, pp. 413-486. See also Dapo Akande, Sope Williams, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, no. 2, 2003, pp. 365-404.

[52] DSU第1.1条和第23.2条明确了DSB对WTO相关协议(covered agreements)有关争端的专属管辖权,当然也包括处理GATT中“安全例外条款”相关争端的权力。DSU第3.2条则明确了DSB对WTO相关协议条款的解释权。

[53] 参见“美国汽油标准案”,即United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline(DS2),该案上诉机构报告WT/DS2/AB/R,29 April 1996,第17页。“日本酒精饮料税案”,即Japan-Taxes on Alcoholic Beverages (DS8,DS10,DS11),该案上诉机构报告WT/DS8/AB/R,WT/DS10/AB/R,WT/DS11/AB/R,4 October 1996,第10页。WTO上诉机构在“美国汽油标准案”中明确,《维也纳条约法公约》具有国际习惯或一般国际法的性质,构成“国际公法解释的习惯规则”的一部分。在“日本酒精饮料税案”中,WTO上诉机构将该公约第31条整个条文以及第32条的补充性解释规则全部纳入DSU第3.2条规定的“国际公法关于解释的习惯规则”。

[54] 同前注[32],第105页。从文义解释来看,“国际关系的紧急状况”与“战时”并列,因此,应当解释为仅次于“战时”的危机情况,即达到随时有可能爆发战争程度的紧张状况,而非一般性的关系紧张。

[55] 同前注[32],第105页。

或者随时可能导致战争这种强度的紧张关系的情形下,且紧急情况意味着该情形应为突发情况或达到紧迫状态,而非多年前就持续存在的情形。^[56] 由于事发紧急,在这种情形下贸易限制可以涉及“军民两用物资”,甚至可以涉及一切普通的民用物资。^[57]

GATT 与 WTO 时期援引 GATT 第 21 条安全例外条款的既有案例也刚好印证了上述解释。^[58] 而从本次中美贸易争端来看,美国根据“232 调查”所实施的贸易限制所针对的对象为钢铁制品和铝制品,是针对钢铁制品和铝制品产业涉及的所有相关产品。这些产品是日常经济生产和生活所普遍应用的产品,措施并未限定在专属于军事活动或战争活动的物资。此外,美国根据“232 调查”实施贸易限制并未发生在战时,也并未达到随时可能爆发战争程度的紧急状况。因此,本次中美贸易争端中美国的“232 制裁措施”显然不符合 GATT 第 21 条安全例外条款的基本含义,系属违法。

2. “232 条款”本身违反 GATT“安全例外条款”

不仅如此,美国“232 条款”中对于“国家安全”的解释扩大了 GATT 第 21 条下国家安全的含义,条款本身系属违法。从“232 条款”的立法目的看,该条款的适用情形包括保护国防安全所需要产品的产出能力能够满足需求。因此,当特定产品的进口会损及国内生产国防相关产品的特定产业时,即可被视为危及国家安全,此时可由总统进行限制。根据既有报告的解释,“232 条款”将“国家安全”解释为包括“某些产业的一般安全与福利,不止于满足国防的必需要求,这对于确保经济和政府运行必需的最低需要至关重要”。^[59] 具体到调查中,调查机关完全围绕与国家安全相关的产业状况进行分析,主要考虑两方面的因素:一是国家安全所需的产业发展条件;二是进口产品对国内相关产业经

^[56] 同前注[32],第 105 页。

^[57] 同前注[32],第 105 页。

^[58] 根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款 b 项的规定,条约解释应当一并考虑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。既有案例,如 1948 年“美国对捷克斯洛伐克贸易限制案”[US-Export Restrictions (Czechoslovakia), Contracting Parties Decision, 08/11/1952],该案发生于“冷战”时期,该限制措施为“马歇尔计划”的一部分;1982 年“欧共体对阿根廷贸易限制案”(Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons, L/5319/Rev. 1, 18/05/1982),发生于英阿“马岛之战”期间;1985 年“美国对尼加拉瓜贸易限制案”(US - Trade Measures Affecting Nicaragua, Panel Report Unadopted, 13/10/1986)也发生在“冷战”时期,贸易限制措施与美苏两国在中美洲的政治军事势力角逐密切相关;1991 年“欧共体对南斯拉夫贸易限制案”(Trade Measures Taken by the European Community Against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, L/6948, 2/12/1991),该案与北约对南斯拉夫的军事打击密切相关;2000 年“哥伦比亚诉尼加拉瓜对洪都拉斯和哥伦比亚贸易限制案”(DS188, WT/DS188/1),与领土及海上边界划分密切相关。

^[59] 参见“232 调查报告——钢制品”,同前注[31],第 1 页,并参见“232 调查报告——铝制品”,同前注[31],第 1 页。

济状况的影响。^[60]

由此可以看出,“232 条款”中的“国家安全”与 GATT 第 21 条安全例外条款中对于“根本国家安全利益”的界定完全处于两个层次,前者对后者做了大幅延伸与扩展。GATT 中的国家安全利益仅限于特殊情形,即与军事活动直接相关或者发生在战时或类似的紧急时刻,而“232 条款”则着眼于一般意义上的国防安全^[61],而且进一步延伸至与国防安全相关的产业安全维护与产业竞争力保护,即“国防安全所必需产品的相关产业的安全,以保证必要的生产能力和产业竞争能力”。

从“安全例外条款”的立法目的来看,GATT 与 WTO 中设置该例外条款是为了平衡多边贸易自由利益与国家核心安全利益。一方面,成员方不能以牺牲国家核心安全利益的代价加入 WTO,另一方面,成员方应当善意地援用该例外条款保护根本安全利益,而不能用于经济目的和贸易保护。该条款尤其不针对各成员方的经济危机和困难,或者产业安全保护。^[62]

综上,“232 条款”下的“国家安全”情形不仅已经超越了 GATT 第 21 条规定的范围,而且已经跨入了 GATT1994 下有关保障国际收支平衡以及对产业安全进行救济的措施范围。^[63] 因此,“232 条款”明显不符合 GATT 第 21 条安全例外的规定。^[64]

[60] U. S. Code, 19 U. S. Code § 1862. 国家安全所需的产业发展条件包括:(1) 产品的现有国内产量;(2) 未来需要的产量;(3) 人力资源,原材料,生产设备,其他为满足国防需要所需的材料;(4) 增长所需,包括投资、研发以及必要的发展;(5) 任何其他相关因素。进口产品对国内相关产业经济状况的影响则包括:(1) 外国产品竞争对国家安全必需产业的冲击;(2) 取代国内相关产品的后果,包括实质性失业、财政收入的减少、特殊技能的流失或者生产能力的丧失,任何其他正在或将会削弱国家安全的相关因素。

[61] 仅就一般概念区分来讲,国防安全的范围要远大于军事活动,国防安全可以包括为军事活动提供广泛支撑的一切民事活动与经济活动。

[62] 同前注[32],第 102—103 页。事实上,为了多边贸易自由而成立 GATT 与 WTO 是成员方对“二战”深刻反思的结果,更是着眼长远,避免用战争手段解决贸易争端,更好地维护各国的核心安全利益。对于贸易引发的国际收支失衡、产业损害或产业安全问题,WTO 中有专门条款予以调整,包括 GATT 1994 第 12 条国际收支平衡条款、GATT 1994 第 19 条保障措施条款、GATT 1994 第 6 条反补贴和反倾销条款、保障措施协定、补贴与反补贴协定等。

[63] 也因为“232 条款”维护产业安全的目的,中国和欧盟一并认为美国“232 调查”后所采取的措施其实质为保障措施,当然,“232 措施”因为仅对部分国家适用,而且并未调查进口产品是否造成严重损害或严重损害威胁,因此,显然不符合 GATT 1994 以及 Agreement on Safeguards 下保障措施的实施条件和要求。参见 United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products (DS544), Request for Consultations by China, WT/DS544/1, 9 April 2018, 以及 United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products (DS544), Request for Consultations by the European Union, WT/DS548/1, 6 June 2018.

[64] 事实上,这种将 GATT 第 21 条安全例外条款应用于维护产业安全的情形已经在 1975 年“瑞典鞋进口配额案”(Sweden-Import Restrictions on Certain Footwear, C/M/109)中遭到各成员方的普遍质疑。

(三) 现行 WTO 争端解决机制应对美国单边贸易措施挑战方面的不足

就本次美国实施的单边贸易措施而言,虽然现行 WTO 争端解决机制也能在个案中明确 WTO 多边规则与国内法之间的权力界限,通过解释 WTO 规则认定其违反 WTO 多边规则的约束,宣告相关行为与相关国内法违法,但是,面对美国依靠国内法对 WTO 多边规则权限的挑战,现有 WTO 争端解决机制仍然存在以下不足:

首先,断法迟滞。在 DS152 案中,专家组已经明确了“301 条款”与 WTO 多边规则之间的平衡界限。本次美国的单边贸易措施公然打破该平衡,用国内法权限挑战 WTO 多边规则的权威性和约束力,其违法确定无疑。在此情形下,仍然要通过一方提起申诉,然后在具体案件中确定美国本次“301 调查”的合法性,这中间的时间跨度刚好为美国单边贸易措施的实施提供了机会,而且“合法性”存疑甚至使得美国可以在 DSB 中针对对方国家采取的反制措施提起申诉^[65],这种迟滞无形中削弱了 DSB 维护 WTO 多边规则权威性、防止成员方通过单边措施侵蚀 WTO 多边规则权限的能力。

其次,慑乱无威。前已述及,本次美国“301 调查”及制裁的缘由均已经超出 WTO 多边规则的议题范围。其依托国内法对“国家安全”以及“市场导向”的解释又恰好涉足 DSB 解释的空白。这使得其他成员方对 WTO 多边规则能否有效约束美国的单边贸易措施以及美国采取的贸易措施在 WTO 内的违法性产生了质疑。加之 DSB 一直以来所奉行的在个案中根据具体事实解释 WTO 规则、认定行为违法性的一贯做法,大大减损了 DSB 裁决的可预期性,更加动摇了 WTO 多边规则的权威性与约束力。

最后,惩恶无力。即便通过现行 WTO 争端解决程序认定美国采取的一系列单边措施违法,但是,在长时间的争端解决程序中,美国单边贸易措施的实施已经给其他成员方造成了巨大损失。而依据现行 WTO 争端解决程序,对于任何违法行为本质上“既往不咎”,仅要求停止违法行为,或修改法律使得行为符合 WTO 规制的要求,在一定程度上是在鼓励美国实施单边贸易措施。

四、重塑平衡:强化多边约束与 WTO 争端解决机制改革

为弥补现行 WTO 争端解决机制的缺陷,更好地应对单边贸易措施对多边规则的挑战,有必要针对 WTO 争端解决机制进行改革。

[65] See WT/DS558/1, *supra* note [6]. 此外,美国一直阻挠通过上诉机构专家组成员的任命,使得争端解决机制的运行濒临崩溃。具体参见 Tom Miles, *US Blocks WTO Judge Reappointment As Dispute Settlement Crisis Looms*, at <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-wto/u-s-blocks-wto-judge-reappointment-as-dispute-settlement-crisis-looms-idUSKCN1LC190>, last visited Jan. 3, 2019.

（一）形式适法性：美国式单边贸易措施的特点与要素

美国此次实施的单边贸易措施的显著特点在于其本身具备一定的适法性空间,或者说至少在形式上具备一定的适法性空间。具体来讲,大致包含三个特点:

一是兼容于 WTO 的独立国内法措施。单边贸易措施的发动依赖独立于 WTO 的国内法措施,并且该措施之前未被 WTO 明确宣告违法或者未经 WTO 审查其合法性。如果单边贸易措施所依据的国内法条款本身已经被宣告违反 WTO 规则,则自然无适法性可言。^[66] 在此情形下,实施该单边贸易措施的违法性可立即获得确定,其他国家自然可以行使国际法下一般的反制权利。^[67] 但是,在依据兼容于 WTO 的国内法措施予以实施时,单边贸易措施的违法性本身便无法直接明确,其自身可能由于执行国内法、国内政策或者其他国际条约的义务而具备一定的适法性空间。

二是适用缘由超出 WTO 现有规则范围与议题范围。单边贸易措施的适用缘由如果为 WTO 范围内的规则,则根据 DSU 第 23.2 条的规定,DSB 享有对案件的专属管辖权,任何成员方在诉诸 DSU 程序解决争端之前,不能确定其 WTO 下享有的权利是否受到减损或受到侵害。因此,在此之前依据国内法实施单边措施确定违法无疑。但是,对于超出 WTO 现有规则范围与议题范围实施的单边贸易措施,DSB 首先面临的一个问题便是能否进行管辖、是否属于其管辖范围。在此情形下,单边贸易措施便可能具有一定的适法性空间。

三是正当性源于针对 WTO 规则的解释空白或模糊地带的单方解释。违反 WTO 下的义务本身需要从 WTO 规则中寻求正当性,而如果寻求的对象是已经为 DSB 所明确解释或者含义确定的规则,单边贸易措施则无法获得正当性。但是,如果涉及的 WTO 规则是未经 DSB 解释或者含义本身模糊的,那么,依据国内法进行解释,便可以使单边贸易措施获得一定的适法性空间。

面对具备一定适法性空间与基础的单边贸易措施,争端解决机制必须进行有针对性的改革,以增强其应对单边贸易措施挑战的能力。

（二）建立快速宣告违法程序与惩罚性赔偿机制

长期以来,WTO 争端解决机制以其在案件中具体细致的分析、详细充实的论证赢得了各成员方的认可与尊重,同时也得以成功维系 WTO 多边规则与国内法之间微妙的权力平衡。但是,对于某些明显违反 WTO 规则的案件,如果仍然坚持案件只有经过 DSB 的专家组或上诉机构裁决通过之后方可认定该条款违法,则只能加重申诉方的损失,这显然不利于 WTO 多边规则权威性的维护。相反,如果 DSB 能够在就该行为事实审核无误的情况下快速宣告违法,

[66] 参见孔庆江:《浅论单边贸易措施的适法性》,同前注[8],第 26 页。

[67] 参见韩逸畴:《论国际法中的单边贸易措施》,同前注[8],第 46 页。

则可以使该单边贸易措施所依赖的合法性基础迅速消解,进而立即进入确定的违法状态。

当然,快速宣告违法程序的建立必须兼顾效率与公正,其适用应当在提升救济效率的同时,最大限度降低因其程序迅速而对 WTO 争端解决机制的权威性可能造成的损害。为此,快速宣告违法程序的适用必须受到范围和条件的限制。

首先,快速宣告违法程序只能适用于明显违反 WTO 规则的情形。判定争端是否达到明显违反 WTO 规则的情形,可以看能否仅凭某项事实的发生与存在证明行为违法。比如,在本次争端中,针对“301 调查”,由于“301 条款”属于合法性已经附条件的国内法条款,因此只要确定美国在未诉诸 DSB 解决争端的情况下,就依据“301 调查”判定其 WTO 项下的权利受到侵害并实施制裁这一事实或行为存在,即可认定该行为违法。但是,对于“232 调查”,仅确定以维护国家安全为目的实施对特定产业的保护行为并不能直接确定该行为违法,还要看该行为是否符合 WTO 下例外条款的规定。这需要对 WTO 的安全例外条款进行解释,同时对照“232 条款”中的“国家安全”含义才可以确定,这就需要进一步对比分析。在这种情况下,就不宜适用快速宣告违法程序。

其次,快速宣告违法程序的适用需经申请方提供金钱担保,以承担因为错误适用而给被申请成员方造成的损失。^[68]此外,申请方还应当提供被申请方的基本违法事实,且事实的充分程度应当能够达到证明被申请方违法的程度。金钱担保制度以及事实充分性要求主要用来提升申请适用快速宣告违法程序的成本,从而避免该程序为成员方所滥用。如快速宣告违法程序认定行为不构成违法的决定被维持或者快速宣告违法程序认定违法的决定被推翻,则作为惩罚,申请方丧失担保金额。

再次,申请方与被申请方均保留申请进入正式争端解决程序的机会。双方均有权对快速宣告违法程序的结果提出质疑,而后双方进入正式的争端解决程序,由专家组和上诉机构按照正常审理程序处理相关纠纷。最终裁决结果以正式争端解决程序的裁决结果为准。快速违法程序不能完全取代正式争端解决程序的权威性地位,而应当给予双方通过正式争端解决程序进行申诉的机会,兼顾效率与公正。

最后,应当结合快速宣告违法程序建立配套的惩罚性赔偿机制,以惩罚恶意违法行为。如果单边贸易措施经过快速宣告违法程序确定为违法,实施方应

[68] 与现有 DSU 争端解决程序相比,快速宣告违法程序因缺乏必要的审理环节而导致误判风险显著增加,在此情况下,如不要求申请方提供金钱担保,则将会使得滥用该程序的成本为零,且极易因误判导致被申请人面临巨大负担。在误判违法的情况下,被申请人面临或者因停止实施涉案措施而遭受损失,或者因不停止涉案措施而可能被处以惩罚性赔偿的两难境地。相反,考虑到快速宣告违法程序仅适用于明显违反 WTO 规则的情形,要求提供担保并不会对申请人申请适用该程序构成不必要的阻碍。

当立即停止措施的执行。如果被申请方被认定违法后既不申诉也不停止实施该措施,则属于恶意违法。此时,各国不但可以当然地采取报复措施,而且DSB应当对实施方适用惩罚性赔偿,由实施方向DSB缴纳。如果实施方在不停止单边贸易措施的情况下对快速宣告违法程序提出质疑,则取决于DSB的审理结果,如结果与快速宣告违法程序结果一致,则仍然适用惩罚性赔偿。

(三)明确对适用缘由超出WTO议题范围而实施方式违反WTO义务的贸易措施的管辖权

单边贸易措施常以超出WTO多边规则议题范围的原由实施,从而使得其他成员方对该措施是否可以由DSB所管辖以及DSB对该措施合法性的裁决结果产生担忧。但是,单边贸易措施的实施通常采取贸易制裁的方式,因而大多涉及对WTO下关税减让承诺义务及其他协定义务的违反。根据DSU第23条的规定,DSB当然享有对该类单边贸易措施的管辖权。^[69]因此,有必要进一步明确DSB对适用缘由超出WTO议题范围但是实际实施涉及对WTO协定义务违反的贸易措施的管辖权。

事实上,WTO已经通过例外条款或者明示可为的方式列明成员方可以基于WTO议题范围之外的目的实施贸易限制措施^[70],但是必须符合特定的限制性条件。在DSB已经审理的案件中,以涉及环境保护、人类与动植物保护的案件最为突出。在这些案件中,涉案措施所涉及的议题目标多来源于相关国际公约或国内法政策。^[71]在具体审查时,DSB专家组或上诉机构的关注点并不

[69] DSU第23条明确了DSB对WTO协定下义务违反及利益受损争端的管辖权。WTO下的关税减让承诺及其他协定义务当然属于该管辖范围。单边贸易措施的适用原由虽然超出了WTO协定的议题范围,但是其实际实施却涉及对WTO协定义务的违反。

[70] 以例外条款列明的如GATT第20条一般例外条款以及GATT第21条安全例外条款,明示可为的如《技术性贸易壁垒协议》(Agreement on Technical Barriers to Trade,以下简称“TBT”)第2.2条明确承认政府可以通过采用技术壁垒措施追求的合法目标。

[71] “美国涉及金枪鱼及制品进口和销售措施案”, United States- Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, DS381. 该案涉及TBT第2.2条,该条允许成员方采取符合合法目标的措施。本案中美国采取措施的目标为在金枪鱼作业中保护海豚群安全,同时,确保消费者在金枪鱼捕捞中是否以对海豚不利的方式进行方面不受误导或欺骗。美洲热带金枪鱼委员会(Convention for the Establishment of an Inter-American Tropical Tuna Commission, IATTC)制定了《国际海豚保护项目协定》(the Agreement on the International Dolphin Conservation Program, AIDCP)等一些在金枪鱼作业中保护海豚的相关协定,具体参见Report of the Panel, 15 September 2011, DS381, p. 18。

“美国禁止进口虾及虾制品案”, United States- Imports Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, DS58. 该案涉及GATT第20条,该条允许成员方基于合法政策目标(包括保护动物的生命或健康、保护可用竭自然资源等)实施例外措施。该案中美国采取措施的目标为确保捕虾的过程中海龟的安全。《濒危野生动植物种国际贸易公约》及《联合国海洋法公约》均提出了保护海洋生物资源的要求,具体参见Report of the Panel, 15 May 1998, DS58, p. 55。

“欧共体影响石棉及石棉制品措施案”, European Communities- Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos, DS135. 该案同样涉及GATT第20条,该案中欧盟采取措施的目标为禁止销售石棉制品,维护人类健康,具体参见Report of the Panel, 18 September 2000, DS135, p. 436。

在于国际公约的内容与政策目标本身,而在于审查成员方所采取的贸易措施与履行国际公约以及实现国内政策目标之间的关系,并围绕此关系设置限制性条件,以保证上述贸易措施不对贸易造成扭曲。^[72] 这些限制性条件包括贸易措施是否为实现目标所必需的、是否以一种武断或者在成员间造成不合理的歧视的方式实施等。^[73] 这恰恰符合 WTO 多边规则追求的价值目标——在与其他目标兼容的前提下消除贸易壁垒,促进贸易自由。^[74] 因此,从 DSB 的现有实践出发,在单边贸易措施中,即便对方适用国内法措施的原由超出了 WTO 规则涵盖的议题,WTO 争端解决机制也应当明确规定,只要该措施涉及对 WTO 多边规则下义务的违反,DSB 就享有管辖权。

以本次美国采取的“301 调查”为例,美国在调查中要求中国逐步取消外商投资中的股权比例限制,并质疑中国政府存在主导本国外资并购、扭曲并购价格与市场条件,进而导致不公平竞争的行为。^[75] 这些指责并不涉及 WTO 内的规则义务,而是更多涉及投资法的问题。但是,美国以此为由对中国实施制裁,违反了其在 WTO 下的关税减让承诺。因此,DSB 应当享有管辖权。在 DSB 对该案件的审查中,根据现行实践,DSB 首先应当审查“301 调查”所追求的目标是否为国际条约下的目标,或者是否为执行国内政策。如果是执行国内政策,该国内政策所追求的目的是否为 WTO 所承认。显然,本次美国“301 调查”中所主张的上述超出 WTO 的适用原由既没有依托于任何国际公约,也并

[72] European Communities- Trade Description of Sardines, DS231. 在该案中,专家组认为追寻合法目标的成员方有权界定其想要实现的目标。但是专家组可以决定上述目标的合法性。该案的上诉机构明确认可了专家组的判断,参见 Report of the Panel, DS231, at para. 7. 121. Report of the Appellate Body, para. 286. 但是,由于专家组与上诉机构审查目标合法性的依据主要是 WTO 内协定的条款明确列举的政策目标,因此,在多数案件中,当事双方对目标是否合法的争议比较少,专家组或上诉机构的认定也比较简单。但是,对于采取的贸易限制措施是否符合相关限制条件,以及是否对贸易进行了不合理的扭曲则争议较大,这也是专家组或上诉机构审查的重点。关于 GATT 第 20 条一般例外条款、GATS 第 14 条一般例外条款以及 TBT 第 2.2 条的案件多围绕“必要性”或“必需性”进行审查即体现了这一点。例如“欧共体影响石棉及石棉制品措施案”(DS135)、“美国禁止进口虾及虾制品案”(DS58)、“中国稀土案”(DS431)均涉及 GATT 第 20 条,“美国跨境赌博案”(DS285)涉及 GATS 第 14 条,“美国涉及金枪鱼及制品进口和销售措施案”(DS381)涉及 TBT 第 2.2 条。在这些案件中,关于成员方采取的贸易限制措施是否是必要和必需的或者措施与目标是否具有相关性均为案件争议的焦点。

[73] GATT 第 20 条一般例外条款(a) (b) (d)项,以及 GATS 第 14 条一般例外条款(a) (b) (c)项的情形同时体现了这两类限制条件。

[74] See Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. 在宗旨部分,明确了协定的目的是“提升生活水平,保障充分就业和收入以及需求的稳步上涨,扩大货物与服务贸易,同时以可持续发展为目标促进全球资源的合理利用,保护环境,以与各国经济发展水平所对应的需求相一致的方式,提升保护环境的手段”。可见,WTO 促进贸易自由的目的本身便体现了对各国多元政策目标与需求的兼容。WTO 各协定的例外条款便很好地体现了这种平衡,即既赋予各成员方追求自身非贸易政策目标的空间,又防止各国滥用该权利扭曲贸易。

[75] 参见美国“301 调查报告”,同前注[26],第 44—45 页,第 147—150 页。

非属于 WTO 所明确承认的国内政策目标。对于贸易措施的实施, WTO 一贯倡导优先采用双边或多边协商的方式, 通过谈判解决相关问题。^[76] 而且, 本案中美国“301 调查”涉及的投资法问题原本属于两国之间自由协商的议题, 除非自愿接受, 并不存在约束中国的特定规则和义务。在此情形下, 美国通过“301 调查”强行对中国施加制裁, 属于明显违反 WTO 下关税减让承诺的单边措施。该单边措施的实施如不能受到 DSB 的制裁, 必然诱导其他成员方借由 WTO 下承诺的违反逼迫相对方在投资等领域作出让步, 这与 WTO 多边机制背道而驰。毕竟, 依靠规则而非强权解决问题是 WTO 争端解决机制成立的目的和追求的目标。^[77] 因此, 即便忽略司法经济原则, 单独对美国本次“301 调查”中基于超出 WTO 议题范围的缘由而实施贸易制裁的行为进行审查, 其仍然违反了 WTO 的义务。^[78]

(四) 对单边贸易措施涉及解释空白或模糊地带的释明程序

单边贸易措施常常借由 WTO 多边规则的解释空白或模糊地带寻求措施的正当性。这种正当性的寻求通常是对 WTO 规则的明显歪曲解释。此时, 若仍然经由 DSB 按照正常程序进行争端解决, 则耗时过长, 不利于对单边措施的有效遏制。针对这种情况, WTO 争端解决机制应当设置专门的规则释明程序, 对贸易措施涉及的 WTO 多边规则条文的基本含义进行释明。

同样, 与快速宣告违法程序类似, 该释明程序的设立必须在追求效率的同时, 将其对 WTO 争端解决机制权威性的影响降至最低。为此, 也应当如快速宣告违法程序一样, 限制该释明程序的适用范围与条件。

首先, 释明程序应当仅适用于明显歪曲解释 WTO 规则的情形。对于有争议的情形, 尤其是需要在复杂事实分析基础上予以认定的情形, 则应当交由 DSB 按照正常的争端解决程序解决。比如, 在本次争端中, 美国“232 调查”所主张的“国家安全”并不在 GATT 第 21 条安全例外条款的范围内。对此, 可经由释明程序予以解释。类似的, 对于“301 调查”中美国认为 WTO 内含有“市场导向”的规则要求, 也可以适用释明程序立即作出解释, 即 WTO 规则本身倡导市场导向, 同时也将市场导向体现为 WTO 的具体规则以及规则中的权利与

[76] United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, DS58, Report of the Appellate Body (WT/DS58/AB/R, 12 October 1998), pp. 66-68.

[77] 参见约翰·H. 杰克逊:《国家主权与 WTO——变化中的国际法基础》, 同前注[14], 第 164—165 页。

[78] 本文第三部分分析现行 WTO 争端解决机制下对美国单边措施的回应时没有分析美国本次“301 调查”超出议题范围这种情形, 是因为既然“301 条款”以及“301 调查”本身已经足以被认定为违法, 根据司法经济原则, 就没有必要再单独审查超出 WTO 议题的缘由。

义务,履行承诺、遵守义务本身即为对 WTO 倡导“市场导向”的尊重。^[79]但是,倘若本次争端中“232 条款”对“国家安全”的解释与 GATT 第 21 条安全例外条款中对“国家安全”的解释一致,那么,对于该措施的适用是否是适当的,即是否真正为国家安全考虑而采取“必需的”措施进行审查,就应当寻求 DSB 通过正常的争端解决程序予以认定。^[80]因为在这种情况下,必须根据特定的事实予以判断分析,而这显然已非释明程序能够承受。

其次,释明程序仅涉及特定 WTO 规则的法律解释,不针对贸易争端本身。^[81]释明程序由专家组成员根据申请方、被申请方提供的基本事实,针对涉案规则的基本含义进行解释。释明程序不涉及争端本身,其对 WTO 规则含义的解释对具体的案件争端具有重要参考价值,可构成相关贸易措施违法的初步证据,但不具有最终拘束力。^[82]如任何一方申诉,释明结果可以被 DSB 的专家组或上诉机构在具体案件的审理中予以推翻。参加释明的专家自动回避参加相关案件的审理。

最后,担保机制与惩罚性赔偿机制的适用与快速宣告违法程序存在不同。

[79] 参见中美驻 WTO 大使在总理事会上第二次辩论的中方发言内容(Views on China's Trade-Disruptive Economic Model and Implications for the WTO-Submissions from the United States, Geneva, 26 July 2018)。中方认为,《马拉喀什宣言》强调“决心通过使各自的经济融入建立在开放的市场导向政策及乌拉圭回合协议和决定所列各项承诺基础上的世界贸易体制”。因此,该《宣言》既强调了规则的市场导向,也强调了遵守协定的各项承诺。WTO 本身即是规则导向的,这意味着成员方不能自由创设权利义务,而遵守协定项下各项权利义务本身即是对追求贸易自由的市场导向与各国国内法政策的平衡。需要说明的是,在本文第三部分分析现行 WTO 争端解决机制对美国单边贸易措施的应对时未对此问题进行分析,主要是考虑到现行争端解决机制下,专家组或上诉机构一般采用司法经济原则,在有充分理由彻底否定“301 条款”以及“301 调查”的合法性之后,就没有必要再分析该条款适用的每一个具体理由的合法性。

[80] DSB 所审理的涉及一般例外条款的诸多案件,已经充分证明了判断“必需”的复杂性和不确定性。虽然在 GATT 第 21 条安全例外条款中,其语言为“it considers necessary”,由此很多人认为“必需”的判断标准应当归属成员方自己认定,而不应当由 DSB 审查。但是,根据 DSB 针对一般例外条款的解释以及 GATT 第 21 条 b 款序言,该条款在赋予成员自身界定其认为必需的利益的同时,并未排除 DSB 对其“必需性”的审查权。See Dapo Akande, Sope Williams, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO”, *supra* note [51], p. 386。

[81] 释明程序的设置需要在提升对恶意违法行为打击力度的同时,最大限度地减少对 DSU 争端解决程序权威性的损害。如释明程序涉及具体的贸易争端,势必将对现有的 DSU 争端解决程序构成冲击,同时因程序的简化而减损裁决的权威性。此外,释明程序涉及具体贸易争端还有可能使其异化为 DSU 争端解决程序的初审程序,在消耗 WTO 本已紧张的争端解决资源的同时显得冗余。

[82] 条约解释权的配置属于 WTO 组织内部的权力分配问题。《建立世界贸易组织的马拉喀什协议》第 9.2 条将 WTO 规则的解释权赋予了成员方。根据 DSU 第 3.2 条的规定,DSB 仅享有根据国际法解释的习惯规则对 WTO 协议的条款予以澄清的权力。因此,如果释明程序对规则本身的解释具有最终拘束力,则将会从根本上冲击 WTO 现有的权力分配格局。其改革的可行性将大幅降低。释明程序的意义在于快速打击单边贸易措施的表面适法性,并为对恶意违法实施惩罚性赔偿创造前置条件。

由于释明程序仅涉及特定 WTO 规则的解释,不直接认定特定贸易措施违法。因此,与快速宣告违法程序不同,担保机制与惩罚性赔偿机制不宜直接适用。但是,在被申请方申诉通过 DSB 根据正常争端解决程序处理争端后,如最终裁决采纳了释明程序的解释,并成为被申请方败诉的直接原因,则 DSB 可考虑被申请方在整个过程中是否实施了恶意违法行为,即恶意通过 DSB 申诉故意拖延单边贸易措施的实施,并根据具体情形酌情适用惩罚性赔偿。

(五) 三项改革措施在应对单边贸易措施方面的作用与相互关系

三项措施分别从不同角度起到强化 WTO 多边规则拘束力的作用。通过快速宣告违法程序,可以使法律关系明确,既定事实发生即可确定的明显违反 WTO 规则的行为和条款立即被宣告为违法,使得部分单边贸易措施的国内法依据确定地丧失合法性空间。各成员方从而可以确定无疑地对该发起单边贸易措施的成员实施对等报复。在 WTO 内部,各成员也可以一致谴责实施单边贸易措施的成员方,从而极大地缩小了单边贸易措施对 WTO 多边机制的破坏力。惩罚性赔偿机制的建立则进一步提升了成员方恶意实施单边贸易措施的成本,将单边贸易措施的实施给受害方造成的损害降到最低。

通过明确 DSB 对适用缘由超出 WTO 议题范围而实施方式涉及对 WTO 义务违反的贸易措施的管辖权,可以避免成员方借由单边贸易制裁胁迫其他成员方在投资监管与开放等非 WTO 规则管辖领域接受其单方标准,从而维护 WTO 多边机制作为各方通过协商谈判推动机制改革、深化贸易与投资领域开放的平台,防止采取单边贸易措施的成员方借由超出 WTO 议题范围的缘由绕过多边规则约束,增强多边规则的约束力与可预期性。

通过建立释明程序,对无须涉及复杂事实分析的单边贸易措施所涉及的 WTO 规则进行解释,可以在不损害 WTO 现有权力分配格局与 WTO 争端解决机制权威性的前提下,迅速瓦解单边贸易措施在 WTO 内寻求合法性规则依据的企图,消解其措施的合法性基础,并为恶意违法情况下惩罚性赔偿机制的适用创造可能性。

三项改革措施之间具有密切的关联性。在特定情形下,快速宣告违法程序与释明程序可以结合适用,以达到更好打击单边贸易措施的效果。比如,针对美国本次发起的“232 调查”,如直接申请快速宣告违法程序,由于“232 条款”的适用以“维护国家安全”为名,必然涉及与 GATT 第 21 条安全例外条款的比较分析,因此,该程序无法直接适用。但是,由于本案中不涉及复杂事实与法律分析,仅涉及比较“232 条款”中“国家安全”含义与 GATT 第 21 条安全例外条款中“国家安全”含义的异同,因此,适合适用释明程序。在释明之后,如对方并未提起申诉,则此时相当于在确定的规则下(“232 条款”违

反了 GATT 第 21 条安全例外条款的规定)是否发生了特定的事实的问题,即可立即宣告美国“232 调查”不符合 GATT 第 21 条安全例外条款,无法依据该条款获得豁免。

结论

WTO 多边机制旨在建立以多边规则为内容的规则导向型贸易组织。为此目的,WTO 需要建立和维系多边规则与国内法之间的权力平衡,限制贸易实力强大的国家通过单边贸易措施胁迫其他国家接受其单边标准与主张,维护多边规则的权威性与拘束力。但是,WTO 多边规则的效力受到三个方面的制约:效力发生方式的制约,即 WTO 多边规则只有通过国内法方可发生效力,从而为国内法侵蚀多边规则提供了可能;效力范围的制约,即 WTO 受限于资源与能力,仅能对有限范围的议题制定规则,为成员方寻求通过超出 WTO 议题范围而实施单边贸易措施提供了可能;效力强度的制约,即囿于 DSB 的职权,其仅能在具体案件中作出具有个案拘束力的解释,为成员方尝试利用国内法对 WTO 规则进行单边解释提供了可能。

本次美国采取的单边贸易措施很好地利用了 WTO 多边机制的效力缺陷,通过形式上兼容于 WTO 的“301 条款”与“232 条款”,以超出 WTO 议题范围的缘由(“301 调查”借由投资比例限制、政府主导并购,“232 调查”借由“国家安全”),绕开 WTO 具有确定性的规则,通过对 WTO 未曾明确或 DSB 未曾解释的规则进行单方面解释(“232 调查”对“国家安全”的解释,“301 调查”对“市场导向”的解释),尝试建立单边贸易措施在 WTO 内的适法性,挑战 WTO 多边规则与国内法权限之间的既有平衡。

在现行 WTO 体制下,根据 DS152 案的裁决结果,DSB 可以在具体案件中直接认定“301 条款”和“301 调查”违法,也可以通过对 GATT 第 21 条安全例外条款中“国家安全”的解释认定“232 调查”以及“232 条款”违法,并根据司法经济原则,无须审查美国单边贸易措施的其他内容与事项。但是,现行 WTO 争端解决机制解决争端的长时间跨度、规则解释的个案性以及适用缘由超出议题范围的贸易措施管辖权的模糊性给美国单边贸易措施违法性认定带来了不确定性,使其获得了一定程度的形式适法性,极大地减损了 WTO 多边规则的权威性,也给其他成员方造成了巨大损失。

为此,有必要改革现行 WTO 争端解决机制,针对具有明显违法性、规则清晰、只需证明事实存在或发生即可证明违法的争端设立快速宣告违法程序,建立惩罚性赔偿机制以惩罚恶意违法行为。明确 WTO 对超出议题范围的争端的管辖权,建立释明程序,对事实简单而有争议的特定 WTO 规则予以解释,快速消解单边贸易措施的表面适法性,同时为恶意违法下惩罚性赔偿机制的适用

创造可能。在上述措施的建立过程中,应当有效平衡申请方与被申请方利益,保留双方的质疑权与申诉权。三项措施紧密结合,在不损及 DSB 公正性与权威性的前提下,能够强化 WTO 多边规则对单边贸易措施的打击力度与威慑力,有效维系 WTO 多边机制与国内法之间权限的平衡,维护 WTO 多边机制的权威。

(审稿编辑 刘思艺)

(校对编辑 谢可晟)