

# 美国对华 301 调查及中国反制措施的法律分析

雷雨清 刘超 郑伟

---

**摘要:** 当前,中美经贸关系正处于紧张时期,美国依据国内 301 条款对中国的政策、法律和做法发起调查,指控中国政府存在强制技术转让、歧视性技术许可、指示企业收购美高科技产业、盗窃商业秘密等行为损害了美国利益,并据此决定对中国采取上百亿美元关税限制措施。为将美国 301 调查措施在多边法律规则层面进行限制,本文重点分析了美国对华 301 调查中的违法性,并尝试分析中国对美采取反制措施的国际法依据,以期为中国今后应对美国 301 等单边措施提供有益的法律建议。

**关键词:** 中美经贸关系;美国 301 调查;WTO 规则;反制措施

[中图分类号] D996.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2019)01-0018-14

---

## 引言

2017 年 8 月 14 日,美国总统特朗普签署了一份行政备忘录,授权美国贸易代表依据美国《1974 年贸易法》301 条款对中国贸易行为进行调查。同年 8 月 18 日,美国贸易代表办公室(USTR)发布立案公告,正式对中国发起 301 调查。调查主要针对中国技术转让、知识产权和创新有关的法律、政策和做法,涉及中国知识产权保护、双向投资、产业政策、创新政策、网络安全和政府采购等多个领域。2018 年 4 月 3 日,美国贸易代表办公室依据 301 调查单方认定结果,宣布对原产于中国的价值约 500 亿美元进口商品加征 25%关税。4 月 4 日,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,宣布将对原产于美国的进口商品对等采取加征 25%关税措施,涉及进口金额约 500 亿美元。为听取公众对征税措施的意见,5 月 15 日至 18 日,USTR 在华盛顿召开公开听证会,多数发言代表在听证会上反对美国对华采取 500 亿美元进口商品征税措施。然而,经过一系列的艰难磋商,截至目前中美仍未最终达成共识。7 月 6 日,美国政府将依据 301 调查单方认定结果,对原产于中国的 340 亿美元进口商品(500 亿美元措施中的清单一)加征 25%的进口关税,对其余约 160 亿美元进口商品(500 亿美元措施中的清单二)将可能在进一步征求公众意见后采取征税措施。

---

【作者简介】雷雨清,吉林大学法学院民商法博士研究生,中国国际贸易促进委员会企业权益保护中心干部。

刘超,中国国际贸易促进委员会法律事务部副部长。

郑伟,中国国际贸易促进委员会法律事务处处长。三位作者共同参与美对华 301 调查的应对工作。

一直以来，中国都是国际多边规则的维护者和倡导者。随着中美经贸摩擦紧张态势不断升级，在美国以 301 调查为由对中国出口产品提出单边征税措施时，为维护国家利益，中国也必须进行迅速和有效的反制还击。中美双方在依据国内法进行激烈对峙时也引发国际法上的巨大争议，到底是谁对现有国际多边规则秩序发起挑战和冲击。我们意识到，随着中美贸易结构之间的不断调整，中国竞争力的不断提升，两国经贸关系的紧张状态很可能在未来几年间得以持续，我们应思考如何从国际规则层面拉住美国单边贸易保护主义的缰绳。具体而言，本次美国对华 301 调查究竟在哪些方面违背了多边贸易规则？中国以何作为法律依据才能为反制措施符合多边规则进行正名？本次应对美国 301 调查暴露了中国贸易法律领域的哪些不足，对此有何建议？本文将从三个方面对这些问题进行回答，以期为中国今后应对 301 调查这类单边贸易措施提供一些解决思路。

## 一、美国对华 301 调查的违法性分析

美国“301 调查”源自美国《1974 年贸易法》第 301 条，该条授权美国贸易代表对他国违反美国贸易协定权利或者不正当限制美国贸易的任何行动、政策和做法进行调查，并决定是否采取相关贸易措施。<sup>(1)</sup> 由于美国 301 调查是以美国国内程序为依据，单方对他国贸易政策、法律、做法进行调查，并可能根据调查结果对他国采取报复措施的一套制裁程序，其本质是以 USTR 作为行政机关的美国国内行政程序。301 调查宽泛调查内容范围背后的政策目标是非常明确的，即撬开外国市场，实现美国希望的贸易自由。<sup>(2)</sup> 根据《1974 年贸易法》第 302 条的规定，301 调查可由利益相关方申请提起<sup>(3)</sup>，也可由美国贸易代表主动启动。<sup>(4)</sup> 本次美对华 301 调查由 USTR 主动提起，无任何利益相关方提出申请，其背后的政治意图和撬动中国市场的野心昭然若揭。

### （一）美国 301 调查内容绝非排除在 WTO 管辖范围之外

自 2017 年 8 月发起调查以来，美国一直试图规避世界贸易组织（WTO）的管辖和束缚，回避本次对华 301 调查涉及美国在 WTO 贸易协定下的利益或中国的义务问题。其发起调查的依据也是第 301 条（b）项对不合理贸易的调查，而非第 301 条（a）项违反贸易协定利益的调查。<sup>(5)</sup> USTR 概括性地认为中国的相关贸易政策、措施和做法不合理或存在歧视，可能对美国贸易利益造成了限制或负担，而不涉及中国对美国贸易协定下权利的违反，进而试图规避 WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）的管辖，以此采取单边报复措施。因此，要将美国拉回到 WTO 管辖范围和谈判桌上，首先要证明美国 301 调查涉及美国在贸易协定的利益或中国在贸易协定的义务。

首先，从美国 301 调查发起所采用的法律依据来看，美国并未否认本次调查可能涉及美国贸

---

(1) 《1974 年贸易法》第 301 条。

(2) Alan F. Holmer & Judith H. Bello, *The 1998 Trade Bill: Savior or Scourge of the International Trading System?*, 23 INTL LAW 523, 527 (1989).

(3) 《1974 年贸易法》第 302 条（a）项。

(4) 《1974 年贸易法》第 302 条（b）项。

(5) 美对华 301 调查公告及其他公开文件参见 <https://www.regulations.gov/docket?D=USTR-2017-0016>。

易协定利益。根据《1974年贸易法》的规定，USTR所进行的301调查内容分为两种：第一种依据的是第301条（a）项，审查他国贸易法律、政策和做法是否侵害美国贸易协定项下的权利，如有侵害将据此采取强制性措施（mandatory action）。第二种是依据第301条（b）项对他国贸易法律、政策和做法是否不合理或歧视性地负担或限制了美国贸易的调查，如有侵害，USTR将依据第301条（c）项授权以任何合理的和可行的任意性措施（discretionary action）来消除外国法律、政策和做法。<sup>〔6〕</sup>关于何谓“美国贸易”，第301条（d）项定义中给出的含义是，包括但不限于：（1）与国际贸易相关的服务业（包括信息转移），无论该服务是否包括特定货物；（2）可能包括货物或服务贸易在内的对美国人的外国直接投资。<sup>〔7〕</sup>从表面上看，第301条（a）项和第301条（b）项调查似乎是相互排斥的调查范围，前者涉及贸易协定下的利益违反而后者则不涉及，但仔细研究两个条款措辞可发现两者并非排斥的关系。第301条（b）项的任意性报复措施所针对的也可以是任何非明示或隐含地违反贸易协定的外国政策和做法，即第301条（b）项调查所包含的调查范围更广且不排除包含第301条（a）项违反贸易协定利益的情形，是一种一揽子的调查方式，这为美国政府对多国政策、做法进行集中轰炸留下了灵活的余地，也使得应对国家要面临多项更复杂的法律问题。

其次，美国对华301调查内容本身涉及WTO多项协定规定，应通过WTO争端解决机制进行处理，而非单边措施解决。本次调查中USTR指控中国政府的内容主要包括四个方面：（1）中国政府使用了不透明和随意的行政审批程序、合资要求、外资股比限制等方式干预美国企业在中国的业务，迫使美国企业向中国企业进行技术转让（下称强制技术转让）；（2）《中华人民共和国技术进出口管理条例》剥夺了美国企业与中国企业进行市场化谈判的能力，削弱了美国企业对技术的控制（下称歧视性技术许可）；（3）中国政府指使中国企业系统性收购或投资美国高科技企业；（4）中国政府支持黑客入侵美国网络获得美国商业秘密和知识产权等行为。从表面上看，美方四项指控，似乎不涉及中国在WTO项下的具体承诺。但2018年3月23日，美方就中国强制技术转让问题和《中华人民共和国技术进出口管理条例》问题提交了WTO争端解决机制并申请与中国政府进行磋商。<sup>〔8〕</sup>磋商申请中认为，中国剥夺了外国专利持有人在中国进行知识产权保护并与中国相对方自由进行技术许可市场谈判的权利。其中，《中华人民共和国技术进出口管理条例》同WTO《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）第3条（国民待遇）和第28.2条（专利授予转让并订立合同的权利）相违背；《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》与TRIPS第3条、第28.1条（a）（b）项<sup>〔9〕</sup>或第28.2条规定不符；《中华人民共和国技术进出口管理条例》《中华人

〔6〕 《1974年贸易法》第301条（b）（1）和（2）项。

〔7〕 《1974年贸易法》第301条（d）（B）项：“foreign direct investment by United States persons with implications for trade in goods or services”。

〔8〕 *China-Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WT/DS542/1.

〔9〕 TRIPS协定第28.1条规定：“一专利授予其所有权人下列专有权利：（a）如一专利的客体是产品，则防止第三方未经所有权人同意而进行制造、使用、标价出售、销售或为这些目的而进口该产品的行为；（b）如一专利的客体是方法，则防止第三方未经所有权人同意而适用该方法的行为，并防止使用、标价出售、销售或为这些目的而进口至少是以该方法直接获得产品的行为。”

民共和国中外合资经营企业法实施条例》连同《中华人民共和国对外贸易法》《中华人民共和国合同法》及其实施条例共同对美国贸易产生了损害。暂且不论美方对以上知识产权法律、法规和做法的错误指控，但这些问题从另一个侧面证明了本次 301 调查确实涉及美国在 WTO 贸易协定项下的利益，美国不能矢口否认企图逃脱 DSU 解决机制。

此外，USTR 认为本次调查的内容中仅有与歧视性技术许可有关的内容涉及 WTO《与贸易有关的知识产权协定》，其他均不涉及。据此，美国仅将与歧视性技术许可有关的内容诉诸 WTO，而对强制技术转让、中国企业对美投资、网络窃密三个方面问题未诉诸 WTO，并擅自决定拟对华采取单边制裁措施。而事实上，强制技术转让等内容指控中也涉及 WTO《服务贸易总协定》(GATS)、TRIPS 以及《中国加入议定书》中的有关内容。USTR 在 301 调查报告中认定中国存在强制技术转让行为的主要理由之一是，中国对某些行业包括增值电信、基础电信、银行、医疗、测绘等服务业实行外资准入限制，而这些服务行业的开放问题显然涉及 GATS 中的市场准入和国民待遇条款以及中国的服务贸易开放承诺。《中国加入议定书》中也含有与技术转让相关的条款。因此，美国采取的关税措施将涉嫌违反多项 WTO 规则，并非处于 WTO 管辖之外。

## (二) 美国对华采取关税措施涉嫌违反 WTO 多项规则

首先，美国对华征税措施涉嫌违反 WTO 关于货物和服务贸易规则。WTO 以开放、平等、互惠为原则，目的是建立一个完整的包括货物、服务、与贸易有关的投资及知识产权等内容的，更具活力、更持久的多边贸易体系，帮助各成员消除在国际贸易上的歧视待遇。然而，经过众多成员长达多年的谈判取得的来之不易的结果可能会被美国采取的单边征税措施摧毁。具体来说，美国基于 301 调查结果采取的关税措施涉嫌违反 1994 年《关税与贸易总协定》(GATT 1994) 第 1.1 条普遍最惠国待遇、第 2.1 条 (a) 和 (b) 项关于关税减让的承诺，直接损害了中国在 WTO 协定下应获得的利益。而中国其后所采取的做法也展示了其对维护 WTO 多边规则的坚定信心。2018 年 4 月 4 日，在美国发布对原产于中国的 106 项进口商品加征关税的公告后不久，中国就在 WTO 争端解决机制下提起磋商请求，指出美国《1974 年贸易法》第 301—310 条、美国 3 月 22 日发布的 301 调查报告中的事实和拟议措施，以及 4 月 3 日发布的对华征税建议违反了 GATT 1944 第 1.1 条规定、GATT 1944 第 2.1 条 (a) (b) 项规定和 DSU 第 23 条规定。<sup>(10)</sup> 此后，中国政府一方面拒绝在单边措施中与美国进行谈判，另一方面保持向美国敞开多边规则的对话窗口，试图将美国拉回到 WTO 的多边规则谈判桌上。

其次，美国对华采取关税措施违反了 DSU 第 23 条。为了有效解决国与国之间的贸易争端，WTO 建立了争端解决机制，由争端解决机构 (DSB) 负责监督争端解决机制的有效顺利运行，该机制鼓励各方通过外交途径友好磋商解决争议，该机制被认为是多边贸易体制的支柱和基石。DSU 第 23 条规定：“当成员寻求纠正违反义务情形或寻求纠正其他造成适用协定项下利益丧失或

(10) *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, WT/DS543.

减损的情形，或寻求纠正妨碍适用协定任何目标的实现的情形时，它们应援用并遵守本谅解的规则和程序。在此种情况下，各成员应：（a）不对违反义务已发生、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确定，除非通过依照本谅解的规则和程序援用争端解决，且应使任何此种确定与 DSB 通过的专家组或上诉机构报告所包含的调查结果或根据本谅解作出的仲裁裁决相一致……（c）遵循第 22 条所列程序，确定中止减让或其他义务的程度，并针对有关成员未能在该合理期限内执行建议和裁决的情况，在中止适用协定项下的减让或其他义务之前，依照这些程序获得 DSB 的授权。”第 23 条的条约目的，是在国内和全球市场上创设有助于个人竞技活动的市场条件，并提供一个安全、可预见的多边贸易体制。<sup>(11)</sup> WTO 禁止任何一个成员采取单边报复措施，该内容不仅涉及对违反义务情形的纠正，也包括妨碍适用协定任何目标实现的纠正问题。因此，无论本次调查内容是否涉及中国在 WTO 项下义务的违反，只要美国绕过 DSU 程序采取了单边征税措施减损了中国在 WTO 项下的利益，美国即违反了其在 WTO 协定下的承诺，损害了多边规则，应被 WTO 所管辖和规制。

此外，美国征税措施在执行前其损害结果已然形成。美国宣称其征税措施在尚未执行前只是“拟议中的关税措施”，并未造成损害，不违反 WTO 规则。然而，这一问题可以从欧盟诉美国“301 条款案”的专家组裁决中找到可供参考的答案。1999 年 1 月 26 日，欧盟依据 DSU 第 6 条向 WTO 争端解决机构请求设立专家组，要求裁定美国《1974 年贸易法》第 304 条（a）（2）项、第 305 条（a）项、第 306 条（b）项违反了 DSU 第 23 条和 GATT 1994 的若干条款。专家组在论证第 304 条（a）（2）（A）项规定的 USTR 在磋商请求提出后 18 个月内对违反贸易协定的行为作出决定是否违背 DSU 时曾述及，第 23 条的条约目的，是在国内和全球市场上创设有助于个人竞技活动的市场条件，并提供一个安全、可预见的多边贸易体制。<sup>(12)</sup> DSU 程序下争端解决经常耗时超过 18 个月，第 304 条给予了 USTR 单方面在 DSU 程序尚未用尽下的决定权，这将对 WTO 成员造成危险，这种危险正是 DSU 第 23 条所要消除的。<sup>(13)</sup> 如果某一法律允许政府实施与 DSU 相悖的单边措施，将对其他 WTO 成员和市场本身产生一种持续的威胁，并产生损害严重的“寒蝉效应”，经济参与者可能受此威胁不敢继续从事相关产品贸易。<sup>(14)</sup> 据此，专家组认为《1974 年贸易法》第 304 条构成了对 DSU 第 23.2 条（a）项的初步违反。这里专家组就类似 301 单边征税措施所产生的威胁效应对经济参与者产生的现实影响给予了明确的答案。而如果将拟议的措施排除在 DSU 第 23 条的管辖之外，则根本无法对美国所采取的措施予以惩戒和警告，必将给未来国际秩序留下巨大的威胁和隐患。因为，类似 301 单边措施的威力不在于征税措施的打击本身，而在于“无论何时美国希望增加对第三世界国家谈判对手的压力，只要在对手国家的耳边轻声说 301，谈判对手

---

(11) *United States-Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, Panel Report, paras. 7.59-61 (January 27, 2000).

(12) *Id.*

(13) *Id.*

(14) *Id.*

立即哑口无言”。<sup>(15)</sup> 因此，所谓“拟议中的关税措施”是必须通过本次 WTO 争端解决机制所坚决惩罚的，虽然此前欧盟与美国通过谈判及美国国内公布的《〈乌拉圭回合协定法案〉行政行动声明》（下称《行政行动声明》）为该案得出了一个可以妥协结果的裁判环境，但希望中国政府能坚决将对美 301 条款的 WTO 诉讼<sup>(16)</sup> 进行下去，给予 301 条款本身及拟议措施一个全面受审的机会，确认其违法性，以绝后患。

### （三）美国对华 301 调查程序与美国国内法规定不符

首先，美国 301 调查与第 303 条（a）项、第 304 条（a）项所规定程序不符。《1974 年贸易法》第 303 条（a）（2）项规定，如果 301 调查涉及一项贸易协定且不能通过磋商解决的，USTR 应当就该事项迅速启动该协定下争端解决程序下的行动。第 304 条（a）（2）项规定，如果 301 调查涉及一项贸易协定，则 USTR 应当在争端解决程序完成之后作出决定。因此，对于涉及美国 WTO 协定利益的 301 调查，美国应诉诸 WTO 争端解决程序，仅对于不涉及 WTO 协定的 301 调查，USTR 才可以作出单边调查决定和行动决定。如前文所述，本次 301 调查中涉及的强制技术转让和歧视性技术许可等内容分别涉及 GATT、GATS、TRIPS 中的多项规定，涉及美国贸易协定下的利益，从美国国内法角度讲也应依据相关程序规定进行，进而将涉及 WTO 内容的争议提交争端解决机制进行解决，而非一揽子采取单边措施。

其次，美国对华 301 调查违反美国国内法承诺。美国总统曾在 1994 年批准 WTO 协定时向国会提交了《〈乌拉圭回合协定法案〉行政行动声明》以承诺遵守 WTO 义务方式实施《1974 年贸易法》第 304—306 条，且美国也在欧盟诉美国“301 条款案”专家组面前“明确地、正式地、反复地和无条件地确认”其声明中的承诺。“尽管这将增强第 301 条的有效性，争端解决谅解并不要求涉及违背厄瓜多尔回合协定或美国利益减损情况下对 301 条款进行实质性改变。在这种情况下，贸易代表将：（1）根据现行法律要求，援用争端解决程序；（2）基于 301 条款决定下涉及美国相关贸易协定利益违背的事项采用 DSB 专家组或上诉机构的结论；（3）根据专家组和上诉机构支持性报告，给予相对方合理时间来实施报告中的建议；（4）如果在相关时限内无法解决问题，寻求 DSB 的报复措施。”<sup>(17)</sup> 值得注意的是，美国《行政行动声明》承诺将其范围限定在与 WTO 协定下相关利益减损的部分，相应地，如果中方要指责美方违反国内《行政行动声明》也要从贸易协定相关性角度着手，将美国拉回到世界贸易组织争端解决框架下。

### （四）美国对华 301 调查报告事实部分存在诸多问题

从整体上来讲，由于 301 调查本质上是国内行政调查，不同于司法机关裁判，其裁决标准、证据的采用、损害的计算等均具有较大的自由裁量权。仔细阅读美国 301 调查报告全文可以发现，

(15) Thomas J. Trendl, *Self-Help in International Trade Disputes*, 84 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 32, 48(1990).

(16) 该诉讼指 *United States-Tariff Measures on Certain Goods from China*, WT/DS543.

(17) Paragraph 365 – 366 of the Statement of Administrative Action states.

其中引用的证据多来自匿名调查<sup>(18)</sup>、访谈或学者文章，在此前美国公众提交的几十份评论意见中，就中国强制技术转让这一问题没有一份意见举出中国任何一部法律法规强制外国企业对中国企业转让技术，也没有任何一个真实可靠案例证明这一事实是在中国政府操作下进行的。<sup>(19)</sup> 这些证据的真实性、可采信度和充分性不具有法律说服力，而是在预设结论之下作出的证据堆砌。美国 301 调查报告中充满了诸多对中国政策、法律和做法的误读，也不符合美国国内法所预设的调查事实标准。

本次 301 调查系依据第 301 条 (b) 项发起，根据该条规定，USTR 对某一外国采取行动应同时满足以下四个条件：(1) 所针对的是外国的法律、政策和做法；(2) 上述法律、政策和做法不合理或者具有歧视性；(3) 上述法律、政策和做法对美国商业增加了负担或限制；(4) 美国对此采取行动是适当的。根据以上四个标准查看 USTR 调查报告内容可以发现如下观点。

首先，USTR 将企业个体行为认定为政府做法。USTR 报告中列举的很多“证据”指向的是企业行为，却错误归为政府做法。报告认为，由于合资要求的存在，中方合营者将处于强势的谈判地位，使得外方合营者难以拒绝中方合营者提出的技术转让要求。合资要求并没有对各方谈判产生直接影响，实践中掌握技术的外方在选择中方时往往有更多自主权，双方是否达成合资最终取决于双方自主谈判结果，而合资要求在多大程度上会影响双方最终达成一致并不确定。即使合资要求对企业施加了一定程度上的影响也并非政府行为。此外，在中国政府指示企业赴美投资的问题上，美方也存在误解。根据长期跟踪中国对美投资的美国荣鼎集团 (Rhodium Group) 报告，中国对外投资的规模与中国的经济发展阶段相适应，中国对美投资的规模与中国对欧洲的投资规模基本相当。<sup>(20)</sup> 因此，不存在中国政府刻意推动企业对美投资的问题。据荣鼎集团统计，在中国对美投资总额中，企业在中国政府相关产业政策确定的重要行业的投资所占比例很小，且这些领域的投资增长速度低于中国对美投资的整体增长速度。2007 年，在所谓重要行业的投资占比为 66%；到 2015 年已下降到 22%。<sup>(21)</sup> 这充分表明对美投资并购系企业根据自身发展需要而作出的商业决策，与政府产业政策没有直接关系。

其次，USTR 没能充分证明中国的法律、政策和做法不合理或具有歧视性。根据第 301 条 (d) (3) 项的定义，“不合理”是指某些法律、政策和做法，虽然不一定违反或背离美国的国际法权利，但是不公平、不平等。而对于具体何谓这样的“不合理”，法规中的定义从影响企业建立机会、未对知识产权提供有效保护、对美国人知识产权领域的市场准入造成歧视、限制美国货物或服务的

---

(18) 美国贸易代表办公室，中国与技术转让、知识产权和创新有关的法律、政策和做法调查报告 (301 调查报告)，第 22 页，<https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>，最后访问时间：2018 年 5 月 26 日。

(19) 该观点基于作者在应对美 301 调查过程中对提交 USTR 全部各方评论意见的整理结果得出。可访问 [www.regulations.gov](http://www.regulations.gov)，搜索案件编号：USTR-2017-0016-0031 找到 301 调查各方提交的全部评论意见。

(20) *Supra* note (18)，at 24.

(21) 参见 Rhodium Group 在 301 调查中提交的评论意见，第 1-2 页。可访问 [www.regulations.gov](http://www.regulations.gov)，搜索案件编号：USTR-2017-0016-0031。

市场准入、构成出口鼓励导向、对劳工权利不合理限制等多个维度作出了规定。<sup>(22)</sup> 同时，在认定不合理性时，应考虑外国国民和企业在美国境内的对等机会。尽管前述列举似乎是非穷尽的列举，但从这些列举以及应考虑外国人在美国境内的对等机会来看，“不合理”的行为很可能不包括与外国企业在美国境内的投资有关的法律、政策和做法。对“不合理”定义进行适当解释，USTR 报告中关于中国政府指示中国企业收购美国高科技企业的行为不在 301 条款的规制范围内，USTR 无权依据 301 条款对此进行调查和采取行动。

再次，USTR 未能充分证明中国的相关法律、政策和做法对美国商业造成了负担。如果说对于是否构成“负担”USTR 有较大裁量权，但第 301 条 (d) (1) 项对“商业”一词下了定义。“商业”包括但不限于：(1) 与国际贸易有关的服务，以及 (2) 美国人进行的涉及货物或服务贸易的外商直接投资。尽管此处是非穷尽列举，但立法者的意图是比较明显的，外国企业在美投资很难说会对前述“商业”造成负担，反而可能是创造了更多就业机会和贸易机会。据美中关系全国委员会和荣鼎集团发布的报告，截至 2016 年底，中国对美直接投资累计约 1 090 亿美元，投资项目遍布美国 46 个州，分布于 435 个国会选区中的 425 个，为美国国内创造就业岗位超过 14.1 万个。<sup>(23)</sup>

最后，对于各种外国贸易障碍给美国商业造成的负担应如何计算，301 条款并没有作出具体规定。从历史上看，美国贸易代表都是选择那些最严重的做法，但并没有确立一种固定的方法。因此，对于损害的评估方法很可能是不精确的，容易受到美国产业影响作出带有偏见的评估结果。对于损害计算的问题，中国在今后抗辩中可以从几个方面进行考虑：(1) 计算美国出口的外国市场的依据是什么；(2) 评估中的损害所依据的是实际损失的销售还是计划中的销售；(3) 从美国工业对外国市场的实际出口能力看，计划中的销售或市场份额是否现实；(4) 是否还有其他的原因可以解释损失的销售或在外国市场的失败。<sup>(24)</sup>

## 二、中国对美国采取反制措施的法律依据

2018 年 4 月 3 日，USTR 依据 301 调查结果宣布对原产于中国的价值约 500 亿美元进口商品加征 25% 关税后的第二天，中国政府依据《中华人民共和国对外贸易法》<sup>(25)</sup> 等法律法规和国际法基本原则，宣布将对原产于美国的进口商品对等采取加征 25% 关税措施涉及进口金额约 500 亿美元。4 月 5 日，加拿大《环球邮报》刊登题为“WTO rules are the first casualty in the China-US showing

(22) 《1974 年贸易法》第 301 条 (d) (3) (B) 项。

(23) 参见中国国际商会提交的美国对华 301 调查评论意见，第 33 页。可访问 [www.regulations.gov](http://www.regulations.gov)，搜索案件编号：USTR-2017-0016-0031。

(24) 杨国华：《中美经贸关系中的法律问题及美国贸易法》，经济科学出版社 1998 年版。

(25) 本次中国对美发起反制措施主要依据《中华人民共和国对外贸易法》第 7 条，即“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施”。



match”（中美贸易战致使 WTO 规则遭受重大损害）<sup>(26)</sup> 的文章，该文在评论中美贸易纠纷时，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，认为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。<sup>(27)</sup> 文章援引了纽约大学法学教授 Robert Howse 的话指出，要非常警惕中国采取这一措施的法律依据，这可能是会使 WTO 规则体系受到严重损害的一种“滑坡谬误”。<sup>(28)</sup> 该文章刊登后立即引发中国众多国际法学者的抗议。中国驻加拿大使馆发言人第一时间就《环球邮报》的观点进行了批驳，并指出公然违反 WTO 规则的是美国。但对此问题，中国仍需要非常仔细地进行论证，为中国对美国采取关税反制措施提出合理且有说服力的国际法律依据。综合国内学者目前的多种讨论，笔者认为有以下国际法律依据可作为中国反制措施的参考。

### （一）WTO 安全例外规则

国家安全例外条款主要在 GATT 1994 第 21 条、GATS 第 14 条之二、TRIPS 第 73 条等相关条款中有所规定。其中，GATT 1994 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；（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）与裂变和剧变物质或衍生这些物质的物质有关的行动；（ii）与武器、弹药和作战物质的贸易有关的行动，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质有关的行动；（iii）在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动；（c）组织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。”国家安全例外条款的制定一方面为了给予成员采取例外措施以维护国家安全留有空间，另一方面也是为了防止成员滥用安全例外，以维护国家安全为名、行贸易保护之实。<sup>(29)</sup> 虽然安全例外是 GATT 中最为宽泛且最具争议性的例外条款，但由于该条款包含诸多“其认为”（it considers necessary）的规定，给予了成员自主判定的空间，即成员拥有“自决权”（self-judging）。因此，中国在此次对美国采取反制措施的法律抗辩中可考虑援引该条作为国际法依据，不过对于美国对华所采取的关税措施是否构成国家安全例外，该审查权一定程度上也须争端解决机制来决定。GATT 1947 起草者曾指出：“我们认识到规定如此宽泛的安全例外是有风险的，并且我们不可能要求任何事项都在阳光之下。因此，在起草条款时，应谨慎地对待真实的安全利益，同时，尽我们所能限制例外的适用，进而阻止在任何情况下为保护其行业而实施保护主义。如何平衡自由

---

(26) David Parkinson, *US and China trade shoving match undermines WTO law*, <https://www.theglobeandmail.com/business/commentary/article-us-and-chinas-trade-shoving-match-undermines-wto-law/> (last visited DEC.20, 2018).

(27) “The problem was the way China chose to retaliate – by skipping the World Trade Organization’s dispute-resolution process entirely. The world’s biggest exporter effectively ignored a crucial pillar on which the entire system of global rules-based trade stands.”

(28) “I think we should be worried about the legal argument that China is making, which is a dangerous one,” said New York University law professor Robert Howse, an expert on international trade law. “It’s a slippery-slope argument that could really do damage to the WTO rule of law.”

(29) 安佰生：《WTO 安全例外条款分析》，《国际贸易问题》2013 年第 3 期，第 125 页。

贸易和国家安全是一个问题：一方面，我们不可能将其规定得过于狭窄，因为我们无法阻止基于纯粹安全原因的措施；另一方面，如果将其规定得过于宽泛，那么缔约方可能借安全之名实施商业性目的。”<sup>(30)</sup> 目前，WTO 对该问题的判定无论在理论上还是实践中均未形成定论，关于国家安全的解释将尽可能地被限缩，以避免滥用，同时需要经过善意原则的检验。<sup>(31)</sup> 因此，中国虽可考虑对该条文进行引用来抗辩，但其使用条件和标准仍需进一步论证。

## （二）国家对国际不法行为的责任

一国对其国际不法行为承担责任已成为一项获得普遍接受的习惯国际法规则。联合国国际贸易法委员会 2001 年完成了《国家对国际不法行为的责任条款草案》（下称《草案》），对国家责任相关规则作了比较全面的规定。该条款草案虽未以公约形式最终通过，但其已被国际法院等国际司法机构在裁判案件中不断援引，对各国外交实践也产生了重要影响。国家责任的法律构成要件包括了主观和客观两个方面，客观方面要求该行为违反了该国所承担的国际义务，主观方面要求该行为可归因于国家。<sup>(32)</sup> 根据《草案》第 2 条的规定，一国国际不法行为由作为或不作为构成，该行为归于该国且构成对该国国际义务的违背。美国对华采取的关税措施，由 USTR 所代表的美国政府作出，且违背了美国在 WTO 承诺的关税减让义务、最惠国待遇承诺和其在争端解决机制的承诺，属于对国际义务的违反，符合一国国际不法行为的主客观方面定义。同时，《草案》第 3 条指出，该国际不法行为的定性不因国内法把该行为定性为合法行为而受到影响。美国对华采取的贸易报复措施虽然依据美国《1974 年贸易法》第 301—310 条发起，但根据《草案》第 3 条这并不阻碍其报复行为的国际不法性。另外，《草案》第 51 条指出，“反措施必须和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利”。中国对美国进口商品采取的约 500 亿美元关税措施具有同等力度、同等规模的对等性，符合《草案》规定的反措施和所遭受损害相称的规定，因此中国可适当考虑以该《草案》规定作为中国反制美国征税措施的合法性依据。虽然《草案》作为国际法领域的规定被国际法院等机构所援引，但其在 WTO 争端解决机构是否可以被援引以及其所具有的法律效力存在一定程度的不确定性，笔者认为这并不妨碍《草案》规则背后蕴含的国际习惯法效力。而对于国际法在 WTO 规则中的运用问题，上诉机构也曾在 WTO 第一起案件美国汽油案中提到，“GATT 仍然稳固地根植于一般国家法”，其是“不应在与国际公法临床隔离中进行解读的”。<sup>(33)</sup> 因此，《草案》作为中国在 WTO 争端解决机制中进行贸易反制的法律依据应具有法律说服力。

## （三）条约中止施行

“条约必须遵守”是被广泛承认的国际法原则，但当条约义务或条约法基本原则被侵犯时，仍

(30) 孙楠翔：《国家安全例外在互联网贸易中的适用及展开》，《河北法学》2017 年第 6 期，第 63 页。

(31) 李凤宁、岳靓：《对美投资遭受国家安全审查的争端解决路径与选择》，《武汉理工大学学报（社会科学版）》2016 年 5 月第 3 期，第 489 页。

(32) 赵洲：《国际不法行为责任上的主观因素》，《中南大学学报（社会科学版）》2011 年 6 月第 3 期，第 63 页。

(33) *US-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2, Appellate Body Report.

需通过暂时中止或终止条约程序来平衡双方利益。《维也纳条约法公约》作为对习惯法的归纳，给予了一国违反条约义务时另一国可采取中止或终止履行该条约义务的自助权。《维也纳条约法公约》第 60 条规定：“双边条约当事国一方有重大违约情事时，他方有权援引违约为理由终止该条约，或全部或局部停止其施行。”该条第 2 款（乙）项给予了受违约影响之当事国援引违约在其本国与违约国之关系上将条约全部或局部停止施行的权利。其中该条第 3 款规定了“重大违约”的定义，即“（甲）废弃条约，而此种废弃非本公约所准许者；或（乙）违反条约规定，而此项规定为达成条约目的或宗旨所必要者”。在美国 301 调查中，中美两国作为 WTO 成员，须遵守《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》（下称《WTO 协定》）及其附件的约束。如前文所述，美国未经争端解决程序就擅自决定采取关税措施，触犯了 DSU 第 23 条、最惠国待遇和约束性关税等多项国际规定，这一做法明显违背了中美之间的贸易协定关系，美国违反了自身所应遵守的条约义务，构成“重大违约”。中方作为受影响之当事国可援引美国违约理由，局部暂停 WTO 关税约束的义务，采取反制措施。由于《维也纳条约法公约》所规定的“条约必须遵守”已成为习惯国际法或一般国际法原则，是国家的固有权利，因此，尽管美国不是该公约缔约国，但不影响此公约中规定内容的适用。中国可依《维也纳条约法公约》第 65 条对暂停实施条约的程序性要求，履行通知其他缔约国拟采取的措施并说明理由的程序规定，向 WTO 作出通报。

#### （四）条约义务豁免<sup>〔34〕</sup>

在 WTO 中，各成员在特殊情况下享有特定义务的豁免权，由部长级会议或总理事会决定。《WTO 协定》第 9 条第 3 款规定：“在例外情况下，部长会议可以决定豁免某成员根据本协议和其他多边贸易协议所承担的某项义务。除本款另有规定外，这种决定应经四分之三成员的批准。”为防止该权力被任意行使，WTO 规定了义务的豁免具有例外性和特殊性，且要遵循一定的程序。通常情形下，有两种情况会申请豁免：一是该措施本身符合 WTO 有关规定，虽然不必申请豁免，但豁免的存在为该行为提供了确定性；二是对“不法”措施的豁免，即对于不符合 WTO 有关规定的行为进行豁免，使之“合法”，其他成员不能对被豁免成员提起“违法之诉”。该协定并未对何谓“例外情况”作出界定，且适用范围较为广泛。此前批准的绝大多数豁免来自对 GATT 1994 第 1 部分即最惠国待遇义务的豁免，多用于发达成员给予最不发达成员优惠关税待遇。此外，豁免还被适用于中止 GATT 1994 第 2 条规定的义务，以便成员在 GATT 清单未作相应修改之前，顺利实施其内部为适应《商品名称及编码协调制度》制定的措施。这些豁免具有整体性，适用于希望利用该豁免的所有成员。<sup>〔35〕</sup>不过，在此前部分案件中 WTO 上诉机构也阐明：“例外情况”的性质应该是“例外的”，其适用应该有严格纪律，对其解释应极为慎重。但该条款并不禁止成员在其

---

〔34〕 以上关于“条约中止施行”和“条约义务豁免”两观点来源于清华大学杨国华教授在 2018 年 4 月 8 日社科院国际法研究所主办的“中美经贸关系法律问题研讨会”上的发言观点。

〔35〕 Feichener Isabel, *The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Deliberation the Reconciliation of Public Interests*, 26(3) THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 61(2009).

他情况下申请豁免。在美国公然违反 DSU 第 23 条、最惠国待遇和约束性关税等多项国际规定时，中国有理由认为，中美贸易中出现了特殊情况，因而有权要求 WTO 豁免，即中国可以限制美国产品进口而不涉及不符合 WTO 规则。同时，第 9 条第 4 款规定，一旦作出豁免决定，WTO 部长级会议应陈述可证明该决定合理的特殊情况、适用于实施豁免的条款和条件以及豁免终止的日期。因此，按照豁免条款的要求，中国应该说明以上理由，并且遵守豁免的期限和条件。该条款的程序规定是：豁免所涉事项相关理事会应该在 90 日内向部长级会议或者总理事会提交报告，而后者应在 90 日内作出决定，如不能全体一致作出决策则以四分之三表决批准。

### 三、对中国今后应对美国贸易限制措施的建议

本次中国在应对美国发起的贸易挑战中展现了中国经济实力和综合国力的全面提升。一方面，中国对美国发起的贸易措施应对及时且有力，有针对性地回应了美方攻击；另一方面，中国在双边谈判中也尽量避免在美 301 调查程序内被美牵制，将美国拉回到世界贸易组织谈判桌上平等对话，这些都体现了中国为维护多边秩序和本国经贸利益时更加成熟和自信的一面。然而，随着美国征税措施的实施，谈判成果的破灭，中美经贸对峙关系可能持续周期更长，我们也看到美方除了征税措施外，仍有多种贸易和投资限制工具，如出口管制措施、国家安全措施、网络安全措施、贸易投资限制措施等非传统贸易措施正在酝酿之中，其长远的打击力度可能不小于 25% 征税措施所带来的杀伤力，且一时难以通过多边规则加以限制。为此，中国应积极为今后应对美国变化多样的制裁措施做好法律准备。

#### （一）可考虑在美国境内提起司法诉讼<sup>[36]</sup>

《美国法典》第 1581 条规定了可以针对美国政府、政府机构及工作人员向美国国际贸易法院 (CIT) 提出起诉的情形。其中，第 (i) (2) 项规定，可以就“非为增加财政收入的目的而对进口商品征收的关税、税、费或其他税”提出起诉。对华 301 关税措施属于这一情形。1994 年 WTO 成立以后，美国很少发起 301 调查，相应地在美国法院起诉 301 调查的案件也很少。Gilda Industries, Inc. v. United States 和 Almond Bros. Lumber Co. v. United States 是目前能找到的两起案件。在 Gilda 案件中，原告的请求获得法院支持；在 Almond 案件中，原告的请求被驳回。在这两起案件中，原告都是依据第 1581 条 (i) 项起诉。虽然在当前政治形势下，能否在美国胜诉的不确定性较大，但这为我们在法律层面挑战美国 301 这一国内法规则的合法性提供了一种有益的思路。具体来说，对于本次 301 调查及其关税措施，可由相关产品的进口商、出口商或下游客户在 CIT 起诉，甚至可考虑提起集团诉讼。为起诉美方对华 301 关税措施，需证明存在以下三种情况中的一项或多项：(1) 对于成文法的明显的曲解；(2) 明显地违反程序；或者 (3) 超出法律授予的权限。相比而言，如能证明存在程序性违反，则胜诉的概率将大大提高。据此，依前文论述我们可将美国因违反

[36] 此观点来源于环球律师事务所任清律师在 2018 年 4 月 8 日社科院国际法研究所主办的“中美经贸关系法律问题研讨会”上的发言。

《1974年贸易法》第303条(a)项、第304条(a)项和美国国会批准的《行政行动声明》诉至法庭，由相对中立的美国法院给出一个更为明确的答案。

### (二) 完善中国贸易救济措施

美国301调查制度设计的初衷是美国为防止贸易伙伴投机而制定的一项惩罚措施，在多边规则无法满足自身利益需求时，以单边报复措施实施进行威胁获取利益，可以说是一项单边贸易政策工具。从近一段时间美国接连对中国采取的措施来看，传统的“两反一保”措施已无法满足其经济利益的需要。已经采取的钢铁和铝232限制措施、对中兴采取的出口管制措施以及正在拟议的对中国投资进行限制的《国际紧急状态经济权力法》和《外商投资与国家安全法》等规则层出不穷，中国所面临的不仅是在WTO层面美国对中国所谓“强制技术转让”的指控，还有企图绕过WTO对中国发起25%的500亿美元关税措施，更有可能无法被现有国际规则限制的投资限制措施，其打击面不仅涉及一般货物贸易，更关系到中国知识产权保护、双向投资、产业政策、创新政策、网络安全和政府采购等多个维度。反观中国应对工具则较为单一，《中华人民共和国对外贸易法》第7条仅原则性地规定了“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施”。而具体哪些工具是可以采取的，则多限于传统的“两反一保”规则。为此，中国有必要对各国单边贸易措施进行一次系统梳理，并对应在符合国际法规定下，考虑逐步完善中国贸易及投资救济措施。

### (三) 建立政策合规审查机制

虽然美国在301调查报告中将《中国制造2025》《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006—2020年)》《国家创新驱动发展战略纲要》等引导性、倡导性的战略规划解读为国家重大产业政策是对中国的一种误读，但从另一方面也反映出，《中国制造2025》中的一些字眼如“国产化率”“自给自足率”等以及设定的一些产业指标确实易被美欧等国作为靶子进行攻击。这也提醒我们，在今后的政策制定过程中，更多地考虑“合规”审查环节，对部分倡议可能带来的国际影响进行考虑，以避免被无端指责。此外，中国也应突破传统对狭义贸易政策的理解，更全面地审视产业政策和贸易政策的关联关系。因为中国产业发展政策可能引起国外对中国相关贸易政策制定的影响。特别是在WTO现行政策不能覆盖当前市场的全部内容时，中国产业政策的制定需要考虑更多合规性标准，使其既适应中国产业需要，又适应中国贸易投资可持续发展的国际环境。

## 四、结语

当前贸易保护主义势力不断抬头，WTO多边规则遭遇前所未有的威胁。面对当前美国对中国发起的贸易挑战，中国作为当今世界第二大经济体，积极维护国际多边贸易秩序义不容辞。为此，中国应积极将美违法行为诉至WTO，并对美301调查报告中的不实指控进行澄清，尽量减小国际上对中国贸易投资、政策和法律的误解，维护中国公平透明的国际投资环境形象。同时，应为中

国采取的反制措施积极寻找国际法依据，并从维护中国经贸安全长远角度考虑，合理谋划中国在未来贸易措施和产业措施的发展。笔者在国际经济法领域的研究经验尚浅，斗胆结合本次全程参与美对华 301 措施的应对工作提出以上思考，尚有诸多不足之处，在此抛砖引玉，希望我国学者今后就如何维护稳定的中美经贸关系提出更多有益的法律建议。

## The Legal Analysis of America's 301 Investigation and China's Countermeasures

LEI Yuqing LIU Chao ZHENG Wei

**Abstract:** Currently, China and the US bilateral economic relationships are under an intensive period. Taking advantage of the Section-301 trade investigation tool, the US accused that China's policy, rules or actions have caused serious damage to the US commerce. The 301 report asserted that Chinese government has imposed the US enterprises to transfer technology, Chinese technology license rules have led discrimination to the US enterprises, Chinese government orders the their own enterprises to acquire the US advanced technology industry and steel US enterprises trade secrets etc. Based on the 301 investigation report, the US further determined to punish China by issuing millions of US dollars tariffs to the Chinese export products. In order to restrict the US through the WTO multilateral rules and provide some useful suggestions, the article attempts to analyze the illegality of the 301 investigation and discuss the international legal basis of China's countermeasure.

**Keywords:** China and the US Economic Relationship; the US 301 Investigation; WTO Rules; Countermeasures

(责任编辑：陈正健)