

论中美贸易战中实施“反制”的 WTO 合规性

——以中国应对美国“301 措施”为例

龚红柳

摘要：中国在中美贸易战中频繁使用的“贸易反制”，本质上属于国际争端解决中的单边自助行为，理论上落入国际法的传统调整范畴。作为国际法的特别分支，世界贸易组织已对前述反制措施有所规定，集中体现于 DSU 第 23 条。而与之关联的国际法一般原则或规则，在强调世界贸易组织多边体制作用的语境下往往难以直接适用。基于 DSU 第 23 条及其通过世界贸易组织争端案例发展的法理，为中国应对美国“301 措施”的贸易反制进行合法性辩护有一定空间，尽管该措施本身仍有完善的余地。

关键词：贸易战；反制；单边措施；WTO 合规性；WTO 争端解决

[中图分类号] D996.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2019) 01-0032-16

近期以来，中美贸易战为全球瞩目，尤其双方围绕美国对华“301 措施”的关税拉锯战交锋激烈，令人应接不暇。中国被指擅自对美国依照国内法实施的“301 措施”采取反制，毫无国际法上的依据和正当性。尤其在世界贸易组织（WTO）体制下，中方的“贸易反制”是否悖逆了《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）第 23 条有关“禁止单边自助措施、独尊 WTO 争端解决”的基本规定，成为学界业界当前的共同关注点。

“贸易反制”在国际经贸活动中并不罕见，理论上也属于国际法的传统规制范畴。只是随着 WTO 多边贸易体制的兴起，对于排除单边行为已有明文规定（DSU 第 23 条），各成员往往有所节制，即便有所逾越，也多可在 WTO 体制内消解。然而，“贸易反制”并非存在即违规，WTO 法之下的审视必不可少。尤其虑及我国坚定维护 WTO 多边体制的立场，实施“贸易反制”应首先确保其 WTO 合规性，以打消各成员的疑虑，拓展中方的回旋空间。

此际的审视，一是对现行“贸易反制”与 WTO 要求的相符性作出预判，二是对今后完善反制措施提出预案，两者均需依据 WTO 规则及其司法解释（WTO 法理）。在穷尽 WTO 依据的前提下，可立足更宽广的国际公法视野，但仍以“回流”至 WTO 体制内处理为佳，毕竟 WTO 是具有

【作者简介】龚红柳，法学博士，对外经济贸易大学法学院副教授。

“自足性”(self-contained)的法律制度⁽¹⁾,依照“特别法优于一般法”的原则应当优先考虑。

本文首先回顾中国在应对美国“301措施”中的“贸易反制”活动,然后对DSU第23条作详尽释义以及相关法理梳理,总结WTO体制内关于禁止单边措施的系列要求,进而分析“贸易反制”在多大程度上受制于这些禁止性义务,进而能否为WTO体制所保有,以便应对当前风云不测的国际经贸形势。

一、中国应对美国“301措施”的“贸易反制”及其国际法属性

(一) 中国针对美国“301措施”实施“贸易反制”的情况

中美之间的关税大战,主要源于美国在2017年8月依照《1974年贸易法》第301条,对中国在知识产权、技术创新等领域的制度实践发起的调查(下称“对华301调查”)。⁽²⁾美方在2018年3月发布调查报告后,于4月3日正式抛出制裁方案,对中国输美的500亿美元商品加征25%的进口关税(下称“500亿加征方案”)。⁽³⁾中国次日作出回应,宣布“即将对原产美国的大豆等农产品、汽车、化工品、飞机等进口商品”加征同等关税,开启了对上述“301措施”的“贸易反制”。⁽⁴⁾中方同时诉诸WTO,指控该措施违反了1994年《关税与贸易总协定》(GATT 1994)第1、2条和DSU第23条,即“美国-涉华产品关税措施案”(DS543案)。⁽⁵⁾

2018年6月15日,美国宣布对“500亿加征方案”中的340亿美元中国进口商品采取初步行动(initial action),自7月6日起正式征税;并对其余160亿美元中国进口商品另做征税建议(additional proposed action)。⁽⁶⁾中国次日发布公告,“决定对等采取加征关税措施”,对原产美国的大豆等农产品、汽车和水产品等约340亿美元进口商品加征25%的关税,自2018年7月6日生效,并“拟对自美进口的化工品、医疗设备、能源产品等价值约160亿美元的进口商品”加征同等关税。⁽⁷⁾7月6日,美国正式启动针对340亿美元中国进口商品的“初步行动”。中国旋即同步行动,依照之前公布的清单对美国的进口商品加征同等关税。

(1) Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis & Michael Hahn, *THE WORLD TRADE ORGANIZATION: LAW, PRACTICE, AND POLICY* 79-81 (3rd ed., 2015).

(2) Office of the United States Trade Representative, *Initiation of Section 301 Investigation; Hearing; and Request for Public Comments: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation*, Docket No. USTR-2017-0016, August 18, 2017.

(3) Office of the United States Trade Representative, *Notice of Determination and Request for Public Comment Concerning Proposed Determination of Action Pursuant to Section 301: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation*, Docket No. USTR-2018-0005, April 3, 2018.

(4) 商务部:《关于对原产于美国的部分进口商品加征关税的公告》(2018年第34号),2018年4月4日。

(5) World Trade Organization, *DS543: United States — Tariff Measures on Certain Goods from China*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds543_e.htm (last visited Dec. 5, 2018).

(6) Office of the United States Trade Representative, *USTR Issues Tariffs on Chinese Products in Response to Unfair Trade Practices*, Press Releases, June 15, 2018.

(7) 商务部:《关于对原产于美国的部分商品加征关税的公告》(2018年第55号),2018年6月16日。

7月10日，美国声称因中国不断报复美方执行“500亿加征方案”的进程，却“毫无任何国际法上的依据和正当理由（justification）”，建议对2000亿美元的中国进口商品追征10%的惩罚性关税（下称“2000亿加征方案”），作为其依照国内法即“301条款”授权对中方反制的“恰当回应”。⁽⁸⁾中国于7月17日诉诸WTO，将“2000亿加征方案”纳入“DS543案”的被诉措施。⁽⁹⁾美国于8月1日将10%的税率上调至25%，以“惩戒”中国毫不妥协继续对“500亿加征方案”实施反制。⁽¹⁰⁾中国于8月3日进行反击，“对源自美国的5207个税目约600亿美元商品加征25%—5%不等的关税”。⁽¹¹⁾

8月7日，美国公布“500亿加征方案”中的160亿美元中国进口商品的最终清单，宣布于8月23日起征收25%的关税。中国随即在次日公布对约160亿美元的美国进口商品在同一时间加征同等关税。8月23日，美国的160亿美元关税措施生效，中方同步实施反制，并将该措施诉至WTO，即“美国—涉华产品关税措施案（二）”（DS565案）。⁽¹²⁾

2018年9月18日，美方正式落实“2000亿加征方案”，宣布自9月24日起加征10%的关税，并在2019年1月1日上调至25%。⁽¹³⁾中国同日宣布对约600亿美元的美国进口商品按差别税率加征关税，生效时间与美方一致⁽¹⁴⁾，同时再次诉诸WTO，将美方的前述决定追加为“DS543案”的被诉措施。

2018年9月24日，美国正式施行2000亿美元征税措施，中国同步启动600亿美元反制措施。同日，中国发布了《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》的白皮书，谴责“美国政府的贸易霸凌主义行为”和“不当做法对世界经济发展的危害”，重申“坚定维护国家尊严和核心利益”“坚定维护并推动改革完善多边贸易体制”的立场。⁽¹⁵⁾

2018年12月，中美两国领导人在阿根廷G20（20国集团）峰会上达成共识，美方同意自2019年1月1日起，将2000亿美元征税措施的税率暂时维持在10%而非提高至25%；中方相应同意向美国采购数量可观的农业、能源、工业等产品以缓解双方的贸易失衡，并立即就中国在强制技

(8) Office of the United States Trade Representative, *Request for Comments Concerning Proposed Modification of Action Pursuant to Section 301: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation*, Docket Number USTR-2018-0026, July 10, 2018.

(9) World Trade Organization, *DS543: United States — Tariff Measures on Certain Goods from China*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds543_e.htm (last visited Dec. 5, 2018).

(10) Office of the United States Trade Representative, *Statement by US Trade Representative Robert Lighthizer on Section 301 Action*, Press Releases, August 1, 2018.

(11) 商务部：《关于对原产于美国的部分商品加征关税的公告》，2018年8月3日。

(12) World Trade Organization, *DS543: United States — Tariff Measures on Certain Goods from China (II)*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds565_e.htm (last visited Dec. 5, 2018).

(13) Office of the United States Trade Representative, *USTR Finalizes Tariffs on \$200 Billion of Chinese Imports in Response to China's Unfair Trade Practices*, Press Releases, September 18, 2018.

(14) 商务部：《关于对原产于美国的部分商品加征关税的公告》，2018年9月18日。

(15) 国务院新闻办公室：《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》白皮书，2018年9月23日。

术转让、知识财产保护等方面的结构性问题与美方谈判，力争未来于90日内达成协议；若谈判无果，美方仍会将关税税率提高至25%。^[16]

（二）中国针对美国“301措施”采取“贸易反制”的立场和理由

在上述关税拉锯战中，美国一再指责中国的反制措施（其所谓“报复性关税”）“毫无任何国际法上的依据和正当理由”。随着中方在2018年4月5日将“301措施”诉至WTO，美方在磋商中不断要求中方提供反制的法律依据（basis）。^[17]在国际法层面，中方的回应有两方面，一是“反制”对象（美国“301措施”）的违法性，二是“反制”所依据的国际法渊源。

首先，中国始终强调美方违反WTO规则，损害中国及其人民的利益（包括在WTO项下的合法权益），威胁中方的经济利益和安全，并将此负面后果定性为“违反国际义务的紧急情况”^[18]，暗含落入WTO“安全例外”之意。其他理由则略为泛化，如指美方的行径“破坏全球产业链和自由贸易体制”，“对包括美国在内的世界经济发展造成负面影响”等。^[19]

其次，中国仅泛泛提及“国际法基本原则”，从未指向任何WTO规则，这与上文突出强调WTO违规形成鲜明对比，不禁令人思考：（1）可适用的“国际法基本原则”是哪些？（2）针对美方涉嫌WTO违规所实施的反制，其本身不必遵循WTO规则吗？——这些疑问体现了国际法和WTO法律制度对“贸易反制”进行交叉调整之际所产生的矛盾和冲突。

为确保中国“贸易反制”的合法性，首先应明确其法律属性，包括在国际法上的性质和定位；然后据此找准可适用的WTO法直至国际法规则，以便考察“贸易反制”的正当合法性。在此，理顺可适用的WTO法规则与国际法规则之间的关系是关键前提。

（三）中国的“贸易反制”措施属于国际争端解决中的自助措施

中国在应对“301措施”中频繁使用的“贸易反制”，不过是国际争端解决中常见的自助（self-help）手段，特别是具有报复性质的单边行为。在国际法中，自助机制（self-help mechanism）是随着国际争端解决的发端而萌生的一项古老制度，其内在依据可追溯至若干国际习惯及一般法律原则，如合同未履行抗辩（*exceptio inadimplentis contractus*）、对等原则（reciprocity）、善意原则（good faith）等。^[20]随着国际法的渐进发展，自助机制本身也在完善之中，突出表现是其“法典化”（codification）的趋势。

如在国家责任（state responsibility）制度下，“自助”体现为一国对他国涉嫌国际不法行为追究国家责任的“反措施”（countermeasures），专章规定于《国家对国际不法行为的责任条款草案》

[16] White House, *Statement from the Press Secretary Regarding the President's Working Dinner With China*, December 1, 2018. <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-press-secretary-regarding-presidents-working-dinner-china/> (last visited Dec. 5, 2018).

[17] *US - Tariff Measures on Certain Goods from China*, WT/DS363, (October 3, 2018).

[18] 《国务院关税税则委员会办公室有关负责人对自美部分进口商品加征关税的解读》，2018年6月16日。

[19] 《国务院关税税则委员会发布公告决定对原产于美国的部分进口商品（第二批）加征关税》，2018年8月3日。

[20] Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY 1022-1028, 1043 (2012).

(下称《国家责任条款草案》)第 49—54 条。⁽²¹⁾ 在国际条约法制度下,“自助”不过是条约的一方当事国应对其他当事国的“重大违约”(material breach)行径的救济措施,集中规定于《维也纳条约法公约》(VCLT)第 60 条。总之,无论是“国家责任制度”下的“反措施”规定,还是 VCLT 第 60 条关于“重大违约”的规定,不过是吸纳了国际法中有关争端解决自助途径的国际习惯或一般法律原则,并加以法典化。

“反措施”是从侵权法的视角看待自助行为,“重大违约”的规定则以条约为契约(合同),将自助行为视作合同法中处理违约的常规手段。但这一国内法视角并不妨碍自助机制与国际法的天然联系,毕竟后者在建立国家责任制度和条约制度中,也借助了国内法视角。⁽²²⁾ 而从法理学的视角理解,可由法律制度的概念切入。一个法律制度实为两套规则构成:设定实体权利义务的“基本规则”(primary rules)和规定前者的产生、变更及(强制)实施的“次级规则”(secondary rules),后者多涉程序性问题。⁽²³⁾ 自助行为无论是作为“反措施”或应对“重大违约”的救济措施,均属于次级规则。

落到 WTO 法领域,上述“次级规则”包含《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》所附《关于争端解决规则与程序的谅解》,以及其他 WTO 具体协定中有关争端解决程序的规定。⁽²⁴⁾ WTO 成员的自助行为,主要规定于 DSU 第 23 条。该条款为了“强化多边体制”,基本上禁止成员实施任何单边行为,而将 WTO 争端解决机制作为“寻求纠正 WTO 违规行为”的排他途径。

显然,国际法关于自助机制的规定与 WTO 对于单边行为的禁止性规定,是一般法与特别法的关系。无论在《国家责任条款草案》还是《维也纳条约法公约》中,都明确了“特别法优于一般法”的立场,进而承认在 WTO 规则(DSU 第 23 条)得以适用时,不必再考虑国际法中的“反措施”或“重大违约”等规定。⁽²⁵⁾ 因此,WTO 争端解决程序与国家责任制度中的“反措施”并非共存关系,而是排他关系。国际法对此已有基本定论。

当然,WTO 具体协定中零星包含允许单边自助/报复行为存在的例外规定,如《保障措施协定》第 8 条第 2 款。这也是目前众多 WTO 成员对美国滥用“232 措施”纷纷实施关税报复的主要依据。中国的“贸易反制”显然与之无关。因此,求证“贸易反制”的 WTO 合法性,绕不开对 DSU 第 23 条的适用,有赖其正确解读。

(21) *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Vol. II, Part Two, pp. 128–129 (2001), legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (last visited Dec. 5, 2018).

(22) Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, *supra* note (20).

(23) H. L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 79–81 (2nd ed., 1994).

(24) David Palmeter, *The WTO as A Legal System*, 24 FORDHAM INT'L L. J. 467 (2000).

(25) *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, vol. II, Part Two, p.129 (2001), legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (last visited Dec. 5, 2018). Also, Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY 1043–1045 (2012).

二、自助措施在WTO争端解决中的定位：DSU第23条释义

在国际贸易活动中，各国政府以自助措施应对争端的情形屡见不鲜，典型者如备受诟病的美国“301条款”，其发端可远溯至20世纪60年代，即WTO的前身——GATT多边贸易体制兴起之际。此类单边措施与GATT/WTO体制似乎是此消彼长的关系。在GATT年代，由于美国不满GATT争端解决机制软弱无力，难以有效保护美国的贸易利益，“301措施”风靡一时。^[26]正是基于对滥用“301措施”的担忧和为克服GATT争端解决机制的缺陷，GATT缔约方在乌拉圭回合谈判中逐步打造出DSU，尤其是引入第23条，以否定WTO多边体制下的单边行为（包括自助或报复措施），确立WTO多边争端解决机制的独占性。

（一）DSU第23条及其司法解释（WTO法理）一览

WTO多边体制之下的单边自助/报复措施，系各成员为应对贸易争端或实现特定的贸易政策目标而擅自采取的单边制裁行为。这是“单边主义”（unilateralism）的集中体现，与WTO奉行的多边主义（multilateralism）存在天然冲突。为此，DSU第23条首先确立了禁止单边报复、独尊多边解决的基本原则（第23.1条），进而明令禁止三类未经WTO争端解决机构（DSB）授权的具体单边措施（第23.2条）。^[27]该条款经由WTO专家组和上诉机构持续解释，发展出了具有“准判例”性质的一系列司法案例即WTO法理（jurisprudence），为判定单边措施的WTO合规性提供了权威标准。

目前为止，有关DSU第23条的典型案列主要有四个：欧盟诉美“301条款案”（DS152案）、欧盟诉美“欧盟产品案”（DS165案）、韩国诉欧“商船案”（DS301案）和欧盟诉美、加“肉牛激素案”（DS320/321案）^[28]。它们集中产生于WTO争端解决的最初十年（最近的“肉牛激素案”除外）。下文对DSU第23条的解读，主要基于这四案形成的法理，尽管尚有其他早期WTO裁决涉及第23条，但多为泛泛定论，只能算“散案”。^[29]

DSU第23条所涉司法案例主要集中于WTO的初期，正说明多边体制内对该条款的理解已形成共识，法理恒定，指引作用突出。这也体现了长期以来WTO多边体制深入人心，单边措施毫无市场。即使像“301措施”这样顽固的单边行径，也曾随着WTO的诞生日渐式微，转而为美国产业诉至WTO提供捷径。^[30]这就更显示了当前美国特朗普政府重拾“301”大棒、激进推行单边

[26] Peter Van den Bossche & Werner Zdouc, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS* 189 (2017).

[27] *US – Continued Suspension*, WT/DS320, Appellate Body Report, paras.371 – 372 (October 16, 2008).

[28] *WTO Analytical Index: Interpretation and application of WTO agreements*, https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm (last visited Dec. 5, 2018).

[29] 早期案例如“美国—虾案”（DS58案）、“欧盟—香蕉案”（DS27案）、“加拿大—飞机信用证及担保案”（DS222案）、“欧盟—鸡块案”（DS286案）和“墨西哥—软饮税案”（DS308案）；近期案例如“欧盟及其成员—大飞机案”（DS316案）和“秘鲁—农产品案”（DS457案）。*Id.*

[30] John H. Jackson, William J. Davey & Alan O. Sykes, *LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS: CASES, MATERIALS AND TEXT ON THE NATIONAL AND INTERNATIONAL REGULATION OF TRANSNATIONAL ECONOMIC RELATIONS* 340 (5th ed., 2008).

主义的不得人心。中国的“贸易反制”措施不过是对美方单边行径的被迫回应。本文分析不能离开这个大背景。

（二）DSU 第 23 条以“拒绝单边自助措施”为目标

DSU 第 23 条以“强化多边体制”（strengthening of the multilateral system）为题，结构和内容无不体现否定、排斥 WTO 成员实施单边措施之意。如在“美国—欧盟产品案”中，上诉机构认为“DSU 第 23.1 条设定了一项一般性义务”，即成员“只能援用 DSU 的规则程序而不得采取单边行动”来纠正违反 WTO 义务的情形，而“第 23.2 条下设的（a）、（b）、（c）各项，界定和阐明了有悖于第 23.1 条应被禁止的具体单边行为”。这两款联系紧密，均要求 WTO 成员“不得援用单边举措”。⁽³¹⁾

在最近的“肉牛激素案”中，上诉机构重申了上述立场，尤其关注第 23.2 条开头的措辞——“在这些情形下”（in these cases），认为这是与第 23.1 条联结的纽带，因为该措辞所指正是第 23.1 条之下“寻求纠正 WTO 违规”的情形⁽³²⁾，这意味着“第 23.2 条不仅需要结合第 23.1 条进行解读，而且本身就受制于后者”，也即“对具体单边行径的明令禁止，需以第 23.1 条的宽泛规定作为上下文来理解”。⁽³³⁾

（三）DSU 第 23.1 条确立了禁止单边报复、独尊多边解决的基本义务

DSU 第 23.1 条要求“援用（并遵守）”（have recourse to (and abide by)）DSU 规则与程序，但必须是为“寻求纠正”（seek the redress）以下任一项“WTO 违规情形”：（1）违反 WTO 义务；（2）造成 WTO 规定项下的利益丧失或减损；（3）妨碍 WTO 规定项下的目标的实现。实践中多涉及如何纠正“违反 WTO 义务”的情形，现有的 WTO 法理应对的也多是这一情形。

因此，判定涉案措施是否违反第 23.1 条项下的基本义务，应首先考察涉案成员是否在“寻求纠正”其认为的 WTO 违规情形（WTO violations）。若是，则该措施/行为落入第 23.1 条的适用范围（scope）。其次，应考察涉案成员是否“排他地”援用 WTO 争端解决机制，杜绝单边自助行为——这是该义务的本质（nature），满足即符合 DSU 第 23.1 条的要求。⁽³⁴⁾ 前述“两步法”源于 WTO 的既有法理，尤以“欧盟—商船案”中专家组的阐述最为透彻。

1. 第 23.1 条适用范围之前提：“寻求对 WTO 违规情形的纠正”

在“欧盟—商船案”中，专家组认为涉案措施是否落入第 23.1 条的适用范围，取决于涉案成员是否在“寻求对（WTO）违规情形的纠正”（seek the redress of a violation）。所谓“纠正”（redress），如赔偿（reparation）、补偿（compensation）、救济（remedy）或解除（relief）等，应具有多种形

(31) *US—Certain EC Products*, WT/DS165, Appellate Body Report, para.111 (December 11, 2000).

(32) *US—Continued Suspension*, WT/DS320, Appellate Body Report, paras.371–372 (October 16, 2008).

(33) *US—Continued Suspension*, WT/DS320, Appellate Body Report, paras.371–372 (October 16, 2008).

(34) *EC—Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, paras.7.185–7.186 (April 22, 2005).

式而限于“中止减让或其他义务”等已然纳入DSU的救济形式。⁽³⁵⁾

专家组认为，“寻求纠正WTO违规行为”是指涉案成员为回应另一成员涉嫌违反WTO义务的情形而实施的任何行为，前提是“意在修复双方在WTO协定之下的权利与义务之间的平衡关系，而这本可通过DSU包含的三类救济方式之一来实现”。于是，任何欲达到多边解决结果的单边意图，都将违反第23.1条。⁽³⁶⁾在此，涉案成员是否有意修复WTO权利与义务的平衡关系，成为判断涉案措施能否落入第23.1条调整范围的重要指标。

有一类措施无法满足上述前提，即为弥补或消减某一成员在涉嫌WTO违规中对其他成员的内部主体（actors）造成的损害（harm）所采取的举措，但其设置不得影响涉嫌违规方本身的行为。⁽³⁷⁾在此，专家组以案中的“贸易调整援助”（trade adjustment assistance）项目举例说明。该项目虽然针对一项涉嫌WTO违规的数量限制措施，但目的是为帮助受影响的企业或职工转入其他经济活动，因而被认定为可能用于应付“内部主体”受损问题的缓冲性举措（palliative action），不构成“寻求纠正”的情形，毕竟其自身不是为修复成员双方的WTO权利义务平衡关系。⁽³⁸⁾

若涉案措施的实施与提起WTO之诉并行，专家组认为：该措施是否意在修复成员双方的WTO权利与义务的平衡关系，取决于其与相关的WTO诉讼之间有无“因果关联”（tied to）。若涉案措施的设置和运行并不受WTO诉讼进程的影响，则说明前者无意取代多边争端解决途径，更无意追求多边解决效果，故不是为修复前述平衡关系，也就不构成“寻求纠正WTO违规”的情形。⁽³⁹⁾

2. 第23.1条设定之基本义务：“排他性”与“独立性”并存

在“美国-欧盟产品案”中，上诉机构澄清了第23.1条项下的基本义务，即成员“对违反WTO义务情形的纠正，只能援用DSU的规则程序而不得采取单边行动”。⁽⁴⁰⁾在“欧盟-商船案”中，专家组直指第23.1条必然具有排他属性（exclusive character），并纠正了被告欧盟将该条款视作“排他性管辖权条款”（exclusive jurisdiction clause）的狭隘解读⁽⁴¹⁾，认为其应为“排他性争端解决条款”（exclusive dispute settlement clause）⁽⁴²⁾，不但禁止“将WTO协定项下的权利义务之争诉诸WTO体制之外的任何争端解决机制”，而且禁止“以单边行为寻求那些本应通过DSU项下的救济形式而达到的[争端解决]结果”。⁽⁴³⁾

此外，WTO法理也明确了第23.1条相对于第23.2条的“独立性”。在“美国-欧盟产品案”中，专家组确认第23.1条设定了“基本禁令”或基本义务，第23.2条则是“具体单边行径的明令

(35) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.119 (April 22, 2005).

(36) *Id.* at para.7.196.

(37) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.197 (April 22, 2005).

(38) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.197 (April 22, 2005).

(39) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.219 (April 22, 2005).

(40) *US - Certain EC Products*, WT/DS165, Appellate Body Report, para.111 (Dec. 11, 2000).

(41) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.193 (April 22, 2005).

(42) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.194 (April 22, 2005).

(43) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.195 (April 22, 2005).

禁止”，后者“需以第 23.1 条的宽泛规定作为上下文来理解”，并“受制于”（subject to）之。⁽⁴⁴⁾ 鉴于第 23.1 条在整个第 23 条中的统领地位和独立性，在“欧盟—商船案”中，专家组重申道：“第 23.1 条构成一项独立的义务，[该义务] 在适用范围上并不限于第 23.2 条所识别的那些单边行为的特定实例。”⁽⁴⁵⁾

（四）DSU 第 23.2 条禁止三类具体单边自助措施

对于 DSU 第 23.2 条的总体把握，首推“美国—欧盟产品案”中专家组的论断，即“第 23.2 条包含了一系列悖逆 DSU 规则的糟糕行为的实例；它们属于 DSU 第 23.1 条所普遍禁止的单边行为，只不过是其更具体、特定的表现形式而已”。⁽⁴⁶⁾ 基于两者的紧密联系，“第 23.2 条对具体单边行径的明令禁止，需以第 23.1 条的宽泛规定作为上下文来理解”。换言之，第 23.2 条所明令禁止的那些单边行为，“不过是 WTO 成员为寻求对 [WTO] 违规情形的纠正而已”。⁽⁴⁷⁾

显然，“寻求纠正 WTO 违规”不仅是第 23.1 条的适用前提，同样是第 23.2 条的适用前提。在满足这一前提之下，第 23.2 条禁止 WTO 成员罔顾 DSU 而采取下列单边行为：（1）擅自决定 WTO “适用协定”项下的义务已被违反，或该协定赋予的利益已丧失或减损，或其目标已被阻碍；（2）擅自决定执行 WTO 裁决所需的合理期间；（3）因所涉 WTO 裁决执行不利，擅自中止自身的减让或其他义务，并擅自决定相关程度。⁽⁴⁸⁾

上述所谓“擅自”之意，是指 WTO 成员单方实施本应经由 WTO 争端解决程序实现的行为。这也就解释了第 23.2 条的（a）、（b）、（c）三项为何分别对应于 WTO 争端解决中的磋商、审理和执行环节。其中，（c）项直接挂钩于 DSU 的三类救济形式之一——“中止 WTO 减让或其他义务”，明文禁止未经 DSB 授权采取这类报复措施。⁽⁴⁹⁾

上诉机构在“肉牛激素案”中指出，第 23.2 条项下的三项具体义务，是对第 23.1 条项下的一般性义务的澄清与列示，并未穷尽后者的范围。⁽⁵⁰⁾ 这也是为何在 WTO 争端解决实践中，既可单独援引第 23.2 条下设的某项进行申诉和主张（“美国—301 条款案”“欧盟—商船案”），也可结合第 23.1 条为之（“美国—欧盟产品案”“肉牛激素案”）。现实中，对第 23.2 条（a）项的援引适用最频繁，（c）项次之，（b）项则很少。

1. 第 23.2 条（a）项的适用

在第 23.2 条所设三项禁止性义务中，（a）项禁止成员在穷尽 DSU 争端程序前单方认定存在

(44) *US – Certain EC Products*, WT/DS165, Panel Report, paras.6.17–6.19 (July 17, 2000).

(45) *EC – Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.191 (April 22, 2005).

(46) *US – Certain EC Products*, WT/DS165, Panel Report, paras.6.17–6.19 (July 17, 2000).

(47) *US – Continued Suspension*, WT/DS320, Appellate Body Report, paras.371–372 (October 16, 2008).

(48) *US – Continued Suspension*, WT/DS320, Appellate Body Report, paras.371–372 (October 16, 2008).

(49) *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, Article 22. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm (last visited Dec. 6, 2018).

(50) *US – Continued Suspension*, WT/DS320, Appellate Body Report, para.372 (October 16, 2008).

WTO 违规。这意味着“一项不符合 WTO 的情形 (a WTO inconsistency) 是否已发生, 取决于 WTO 自身经其 DSU 流程作出的决定, 而非任何一个 WTO 成员的自行决定”。⁽⁵¹⁾ 至于是否违反该要求, “肉牛激素案”专家组总结的“三要素测试法”提供了法定标准。

在该案中, 为判定被告美国对原告欧盟的执行措施 (Directive 2003/74) 采取的行动是否违反第 23.2 条 (a) 项, 专家组提炼出三个前提要素, 认为同时满足三者即构成对 (a) 项的违反: (1) 美国是否作出了“欧盟的执行措施违反 WTO 协定”这一决定? (2) 作出该决定是否未援引 WTO 争端解决机制, 也未遵循 DSU 的规则程序? (3) 若是, 美国作出的任何此类决定, 是否都有悖于可能已生效的 WTO 裁决 (含 DSB 通过的专家组或上诉机构报告, 或在 DSU 项下的仲裁裁决)?⁽⁵²⁾ 在此, 应首先明确哪一要素具有决定性 (decisive)。

从现有的几个典型案例来看, 答案似乎并不统一, 需具体情况具体分析。如在“肉牛激素案”中, 原被告主要争议在第一个要素, 即被告是否已作出原告违反 WTO 义务的“决定” (determination)? 上诉机构采纳“美国-301 条款案”的标准, 确认此类决定“意味着极强的稳定性 (firmness) 或恒定性 (immutability), 是涉案成员对于其他成员采取的措施是否合乎 WTO 规定的决定, 其或多或少为最终决定”; 并认为, “那些初步的、预备性的 (preliminary) 观点或看法, 若并未表达出‘寻求纠正 WTO 违规’的清晰意图, 则不在第 23.2 条 (a) 项的调整范围”。⁽⁵³⁾ 最终, 上诉机构推翻了专家组的结论, 认定被告在 WTO 争端解决机构例会上的声明 (statements) 不构成第 23.2 条 (a) 项所指的“决定”, 而是对于原告 (欧盟) 宣称已遵从执行 WTO 裁决的“最初反应” (initial reaction)。⁽⁵⁴⁾

而在“美国-301 条款案”中, 专家组认为第二、三要素才是关键, 即被告作出“决定”之举, 是否符合 DSU 的规则程序以及已生效的 WTO 裁决?⁽⁵⁵⁾ 该案中被审视的对象并非被告的随机或临时措施, 而是其具有稳定性的国内立法——美国“301 条款”系列规定。其中, “304 条款”赋予行政机关美国贸易代表办公室 (USTR) 自由裁量权 (discretion), 允许其决定美国的贸易伙伴是否存在 WTO 违规情形。⁽⁵⁶⁾ 专家组认为, 该自由裁量权实为一项“明文保留”, “允许成员违反自身在第 23.2 条 (a) 项之下承诺的义务”, 从而“有悖于第 23.2 条 (a) 项结合第 23.1 条理解之下的通常含义”。⁽⁵⁷⁾ 鉴于“304 条款”项下作出的“决定”先于 (prior to) 相关 WTO 裁决在 DSB 通过, 专家组认定该“决定”的作出未经“遵循 DSU 的程序规则援用争端解决”, 因而无

(51) *US - Section 301 Trade Act*, WT/DS152, Panel Report, para.7.38 (December 22, 1999).

(52) *US - Continued Suspension*, WT/DS320, Panel Report, para.7.217 (March 31, 2008).

(53) *US - Continued Suspension*, WT/DS320, Appellate Body Report, para.396 (October 16, 2008).

(54) *Id.*

(55) *US - Section 301 Trade Act*, WT/DS152, Panel Report, para.7.50, footnote 657 (December 22, 1999).

(56) *US - Section 301 Trade Act*, WT/DS152, Panel Report, para.7.32 (December 22, 1999).

(57) *US - Section 301 Trade Act*, WT/DS152, Panel Report, para.7.63 (December 22, 1999).

从“与 DSB 通过的专家组或上诉机构的生效裁决相符”。⁽⁵⁸⁾

2. 第 23.2 条 (c) 项的适用

与第 23.2 条 (a) 项相比, 随后的 (c) 项在 WTO 争端解决中的适用概率略低, 但法理尚且充分, 主要体现于“美国-301 条款案”和“美国-欧盟产品案”。前者独立援引 (c) 项, 法理阐述直击主题, 干脆利落; 后者结合了 DSU 其他条款进行援引, 意在全面覆盖涉案问题, 提供了解读 (c) 项的立体化视角。

在“美国-301 条款案”中, 专家组将第 23.2 条 (c) 项解析为两项并行不悖的累加义务 (cumulative obligations): 一则要求涉案成员“遵循 DSU 第 22 条项下的程序以确定中止减让或其他义务的程度”; 二则要求它们“只在获得 DSB 授权的前提下, 才能中止‘适用协定’项下的减让或其他义务, 以回应其他成员未能在合理期间内执行相应 WTO 裁决的情形”。⁽⁵⁹⁾

在“美国-欧盟产品案”中, 专家组首先确定涉案措施 (“3 月 3 日措施”) 是“为寻求对 WTO 违规情形的纠正” (见第 23.1 条), 然后审查其是否违反 DSU 第 23.2 条 (c) 项、第 3.7 条和第 22.6 条。⁽⁶⁰⁾ 三者之所以相提并论, 在于都“禁止未经 DSB 授权便单边中止 GATT/WTO 项下的减让或其他义务”。⁽⁶¹⁾ 其中第 23.2 条 (c) 项强调不得以“中止减让或其他义务”作为寻求纠正 WTO 违规情形的措施; 第 3.7 条强调该“中止”行为应是最后手段 (the last resort), 且应服从于 DSB 的授权; 第 22.6 条则特指在基于该条款进行的仲裁过程中, 不得有未经 DSB 授权采取“中止”之举。⁽⁶²⁾

专家组明确: “在上述诸条款的语境下, 任何未经 DSB 授权即施行的有关 WTO 的中止减让或其他义务, 都是明确禁止的。”鉴于“在 [涉案措施所指] 3 月 3 日的当日并不存在任何形式的相关 DSB 授权”, 专家组判定: 若被告美国通过“3 月 3 日措施”中止了自身对来自原告欧盟的进口产品的减让或其他义务, 则构成对前述各项条款 (包括第 23.2 条 (c) 项) 的违反。⁽⁶³⁾

三、中国实施“贸易反制”的 WTO 合规性

所谓 WTO 合规性 (WTO compliance), 是 WTO 成员实施的贸易限制措施与其 WTO 义务是否相符 (consistency)、是否构成违反 (violation) 的问题。这既是每一成员自查自纠的范围, 也是其日常之争, 同时受制于贸易政策审议机制下的多边常规监督, 而最终可能走向 WTO 争端解决平台, 落入 WTO 裁决机构的司法审查范围。在多边贸易体制内, WTO 合规性审查无处不在。

(58) *US - Section 301 Trade Act*, WT/DS152, Panel Report, footnote 657 (December 22, 1999).

(59) *US - Section 301 Trade Act*, WT/DS152, Panel Report, para.7.172 (December 22, 1999).

(60) *US - Certain EC Products*, WT/DS165, Panel Report, para.6.36 (July 17, 2000).

(61) *US - Certain EC Products*, WT/DS165, Panel Report, para.6.35 (July 17, 2000).

(62) *Id.*, at para.6.37.

(63) *US - Certain EC Products*, WT/DS165, Panel Report, para.6.38 (July 17, 2000).

在这一过程中，成员的自查自纠最为宽松，多边常规监督则相对规范，通过贸易政策审议机制的日常运行，在多边磋商中充分评价（*appreciation*）、评估（*evaluation*）各成员的贸易政策做法及其对多边贸易体制的影响（*impact*），促进各成员更好地遵守WTO义务承诺。^{〔64〕}最严格者当属WTO争端解决机制下的司法审查，其中首推DSU第11条所设“客观评估”（*objective assessment*）标准。“客观评估”涵盖以下三个方面：（1）查明案件事实，包括认定涉案措施的可诉性；（2）确认所援引的WTO规则的可适用性（*applicability*）；（3）认定涉案措施与该规则条款的相符性（*conformity*）。^{〔65〕}这应是WTO合规性审查的最高标准。

一个负责任的WTO成员，当然会在自查自纠中向高标准看齐，以防微杜渐，切实遵循WTO的要求，树立诚实守信的模范形象，这也是各成员在WTO体制下维护自身措施的根本之道。确保自身措施的合法性，也有利于从容应对外来的诘问责难，占据法律直至道义的制高点。在WTO多边体制面临危机、改革呼声高涨的当下，只要中国依然秉持维护多边贸易体制的立场，WTO合规性审查将一如既往的重要。退而言之，即便当前的危机迫使我们目光投向多边贸易体制以外，对于体制内运作的摸底仍至关重要——至少是我们寻求超越WTO解决路径的基础与前提。

有鉴于此，下文将以WTO司法审查的视角考察中国的“贸易反制”，进行严格的合规性审查，以判明这些问题：“贸易反制”是否构成WTO争端解决机制所辖之“措施”？是否落入DSU第23条的适用范围？若受制于该条款，是否构成对其违反？

（一）“贸易反制”构成WTO争端解决机制下的涉案“措施”

作为WTO合规性审查的对象，“措施”在以DSU为主的WTO争端解决程序规则中屡被提及^{〔66〕}，但从未被明确界定，仅在日本诉美国“耐腐钢板日落复审案”（DS244案）中，由上诉机构点明了“措施”的宽泛性，即“在原则上，任何可归因于WTO成员的作为或不作为，均可成为WTO争端解决意义上的措施”。^{〔67〕}在此，“措施”首先是指政府部门适用国内立法作出的具体决定（*as applied*），其次也包括国内立法本身（*as such*）。^{〔68〕}

目前为止，中国针对“301措施”的“贸易反制”，基本采取加征进口关税的形式，主要依据《中华人民共和国对外贸易法》和《中华人民共和国进出口关税条例》，具体由商务部会同国务院关税税则委员会（下称税则委）作出决定，经后者报请国务院批准，两部门再同步发布公告，交

〔64〕 *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 3: Trade Policy Review Mechanism, Section A* (i). https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/29-tprm_e.htm (last visited Dec. 6, 2018)

〔65〕 *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Article 11*. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm (last visited Dec. 6, 2018).

〔66〕 Peter Van den Bossche & Werner Zdouc, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS* 170, footnote 27 (2017).

〔67〕 *US – Corrosion-Resistant Steel Sunset Review*, WT/DS244, Appellate Body Report, para.81 (Aug. 14, 2003).

〔68〕 *US – Corrosion-Resistant Steel Sunset Review*, WT/DS244, Appellate Body Report, para.82 (Aug. 14, 2003).

海关总署执行。前述行为体现于商务部和税则委的公告、海关总署的官方声明，以及这些部委通过新闻发布（如商务部的新闻发言人谈话）和政策解读（如税则委办公室发布）提供的背景介绍和内容说明。

“贸易反制”显然不是国内立法，而是中国涉外主管部门依法实施的具体行政行为，是 WTO 争端解决程序下最易认可的“as applied”的措施形式。此外，从“贸易反制”的过程来看，具体由商务部、税则委和海关总署协调配合，共同运作。它们同步或先后发布的公告、声明、政策解读乃至新闻报道，是该关税措施在不同层面的承载形式。审视“贸易反制”的 WTO 合规性，不外乎分析前述文件，以综合评估“贸易反制”与 DSU 第 23 条的相符性。

（二）“贸易反制”未必落入 DSU 第 23 条的适用范围

审查“贸易反制”与 DSU 第 23 条的相符性，首先应判断其是否落入该条款适用范围，若不受制于该条款，则 WTO 违规性无从谈起，“贸易反制”将处于默认的 WTO 合规状态。依照前述法理，第 23 条仅制约各成员“寻求对 WTO 违规情形的纠正”所采取的措施。这一前提条件同等适用于第 23 条的 1、2 两款。

中国的“贸易反制”不止针对 WTO 违规情形，也非单纯“寻求对 WTO 违规情形的纠正”，故而未必在第 23 条所辖范围内。首先，中国将“贸易反制”针对的“301 措施”视为 WTO 违法行径⁽⁶⁹⁾，“破坏全球价值链和自由贸易体制、实质性损害我国国家和人民利益”的罪魁⁽⁷⁰⁾，以及“不顾全世界的利益，甚至也不顾美国普通农民、企业家和消费者的利益，对中方玩弄软硬兼施的两手策略”。⁽⁷¹⁾可见，实施“贸易反制”并非完全基于“301 措施”涉嫌 WTO 违规，更未刻意突出该情形，中国仅将其作为美国酿成的众多严重后果之一泛泛提及。

由此，“贸易反制”也并非专门“寻求对 WTO 违规情形的纠正”。尽管中国在公布反制决定之际不断强调是“为捍卫多边贸易体制和自由贸易原则”，但同样强调为“捍卫国家尊严和人民利益”⁽⁷²⁾，“捍卫自身合法权益”⁽⁷³⁾直至“捍卫世界各国共同利益”。⁽⁷⁴⁾这些泛泛的宣示性表述，难以证实“贸易反制”意在修复中美双方在 WTO 之下权利与义务的平衡关系，而后者恰是衡量涉案措施能否落入 DSU 第 23 条适用范围的关键所在。⁽⁷⁵⁾

其次，随着“贸易反制”深入推进，中国越来越注重其“止损”功效，以维护受波及的国内企业及消费者的利益。如 2018 年 7 月 6 日，针对美国开始对来自中国的 340 亿美元商品加征 25%

(69) 凡商务部、税则委、海关总署有关“贸易反制”的公告、官方声明、政策解读等都会提到这一点。

(70) 如财政部关税司：《国务院关税税则委员会发布公告决定对原产于美国的部分进口商品（第二批）加征关税》，2018 年 8 月 3 日。

(71) 如商务部：《商务部新闻发言人就美方拟提高对中国 2000 亿美元输美产品征税税率发表谈话》，2018 年 8 月 2 日。

(72) 如商务部新闻办公室：《商务部发表声明》，2018 年 7 月 12 日。

(73) 如商务部：《关于对原产于美国的部分商品加征关税的公告》，2018 年 8 月 3 日。

(74) 如商务部：《商务部新闻发言人就美方拟提高对中国 2000 亿美元输美产品征税税率发表谈话》，2018 年 8 月 2 日。

(75) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.196 (April 22, 2005).

的关税，中方立即实施同等反制，并高度关注国内企业及其员工所受影响，考虑以反制措施中增加的税收收入缓解这些影响。⁽⁷⁶⁾若这是指“301措施”对中国内造成的负面影响，则符合“欧盟-商船案”中专家组所指“缓冲性举措”，即用以弥补、消减涉嫌WTO违规给国内企业等“内部主体”造成的损害，从而得以排除于第23条的适用范围。⁽⁷⁷⁾

最后，自2018年4月4日公布“500亿加征方案”以来，美国数度建议或实际加征关税，中国每次均同时以“贸易反制”和诉诸WTO（“DS543案”和“DS565案”）回应。从“贸易反制”的设置和运作来看，并不受相关WTO案件进程的影响，说明两者不存在“欧盟-商船案”中专家组所担忧的“因果关联”，即“贸易反制”并无意取代多边争端解决机制或追求其效果，很难说是为修复中美间的WTO权利与义务的平衡关系而设。因此，其不便归于“寻求对WTO违规情形的纠正”的情形而受制于第23条。

（三）若受制于DSU第23条，“贸易反制”仅可能与第23.2条（a）项不冲突

若“贸易反制”确属“寻求对WTO违规情形的纠正”，则完全受制于DSU第23条项下的义务，包括第23.1条的基本禁令（“只能援用DSU的规则程序而不得采取单边行动”），以及第23.2条对未经DSB授权的三类具体单边措施的明令禁止。单就这些禁止性义务的履行来看，中国无疑是被动的，难免有违反之嫌。

首先，“贸易反制”是中国在DSB授权之外应对美国“301措施”的自助行为，与第23.1条项下的基本义务明显不符。除非有法定事由（如WTO例外条款）赋予其正当性，“贸易反制”将难以克服与第23.1条相悖的缺陷。其次，尽管第23.2条不过是第23.1条的列示清单，但WTO法理允许其单独援引或适用。因此，即使违反第23.1条已既成事实，仍应继续考察“贸易反制”是否违反第23.2条包含的三项具体规定。

在此，第23.2条（b）项明显不适用，因为所涉“合理期间”问题与“贸易反制”无关。（c）项也应不适用。尽管“贸易反制”采取的加征关税形式确实是未经DSB授权而擅自中止了中国在WTO的关税减让承诺和最惠国待遇义务，但该“中止减让”针对的是成员的国内措施（美国“301措施”）而非任何执行WTO裁决不利的情形，而后者恰为适用（c）项的前提。当然，即使（c）项可以适用，鉴于“贸易反制”未经DSB授权，也只能得出与（c）项不符的结论。

最可能适用的是（a）项，其要求成员在穷尽DSU争端程序之前不得单方认定是否存在WTO违规情形。WTO法理为此发展出“三要素测试法”，同时满足三个要素才构成对（a）项的违反。⁽⁷⁸⁾“贸易反制”首先就未满足第一个要素，即中国作出了“美国‘301措施’违反WTO义务”的决定。如前所述，此类决定须具备极强的稳定性或恒定性，而非初步、预备性的看法观点，以便呈

(76) 商务部：《商务部新闻发言人就美方公布拟对我2000亿美元输美产品加征关税清单发表谈话》，2018年7月9日。

(77) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.197 (April 22, 2005).

(78) *US - Continued Suspension*, WT/DS320, Panel Report, para.7.217 (March 31, 2008).

现“寻求纠正 WTO 违规”的清晰意图。⁽⁷⁹⁾

在“贸易反制”中，中国一再谴责“301 措施”违反 WTO 规则，严重侵犯中方据之享有的合法权益⁽⁸⁰⁾，甚至提到美方违反其在 1998 年的“美国-301 条款案”中所做承诺。⁽⁸¹⁾但这些包含在公告、官方声明以及媒体访谈中的表述，基本是泛泛而谈和自我宣称，至多为中方的初步立场观点而非相当程度的定论。因此，“贸易反制”不应构成对第 23.2 条 (a) 项的违反。

但这无法改变“贸易反制”已先行违反第 23.1 条的局面。鉴于第 23 条 1、2 款之间的主从关系⁽⁸²⁾，以及第 23.1 条相对于第 23.2 条的独立性⁽⁸³⁾，当“贸易反制”仅满足第 23.2 条 (a) 项代表的一类具体义务，并不足以修复其与第 23.1 条项下基本义务的冲突，故难免有违反 DSU 第 23 条之嫌。

(四) 综合评估

以上分析显示，为确保“贸易反制”在 WTO 体制下的合规性，最佳做法是将其排除于 DSU 第 23 条的适用范围，否则以其鲜明的单边性质，很难不与第 23 条项下的禁止性义务相违背。作为应对“301 措施”的最便捷方式，“贸易反制”始终与 WTO 诉讼同步，凸显了其游离于多边贸易体制之外的单边属性。只有不受第 23 条的拘束，“贸易反制”才能为多边体制所保有，维持被默认的 WTO 合规状态。

至于“贸易反制”未必落入 DSU 第 23 条的调整范围，前文已详述，但相关事实依据仍待夯实完善，包括强化对私权利的救济，弱化对多边解决途径的干预。所幸“贸易反制”本身为临时应对之举，可随美方的步调变化相应进行调整，包括推进前述强化及弱化工作，以更好地满足 DSU 第 23 条的排除适用条件。

上述排除策略并非刻意规避 WTO 多边争端解决途径，而是迫于现实的无奈选择。正如特朗普政府酿成了 WTO 史上最激进的违规行径，面对 WTO 争端解决机制的执行软弱与应对无能（如缺乏应对重大、突发违规行为的“临时措施”），中国也只有以空前的自助手段来维权。在此，对 WTO 体制的超越在所难免，但应确保是基于多边贸易体制而非贸然背离之。总之，为维护“贸易反制”进行的 WTO 合规性审查并非易事，有待进一步努力。

四、结语

当前，中美贸易战的走势尚不明朗，但现行“贸易反制”和未来可能持续的反制措施均会面临来自 WTO 内部的质疑和挑战。鉴于 WTO 目前身陷危机与改革呼声之中，“贸易反制”等游离于多边解决途径之外的单边措施仍将大有市场。若中国不得不继续倚重之，则强化其 WTO 合规

(79) *US - Continued Suspension*, WT/DS320, Appellate Body Report, para.396 (October 16, 2008).

(80) 如商务部：《关于对原产于美国的部分商品加征关税的公告》，2018 年 9 月 18 日。

(81) 如商务部新闻办公室：《商务部发表声明》，2018 年 7 月 12 日。

(82) *US - Certain EC Products*, WT/DS165, Panel Report, paras.6.17-6.19 (July 17, 2000).

(83) *EC - Commercial Vessels*, WT/DS301, Panel Report, para.7.191 (April 22, 2005).

性很有必要，探究其在WTO体制之外的合法性也同等重要。

迄今为止的实践表明，在WTO多边贸易体制下保有和完善“贸易反制”，须“催熟”其合法性条件，消解其不法性因素。具体而言，可多重认定反制对象（如美国“301措施”）的违法性，不限于WTO违规情形；可追求多元化的反制目的，不限于维护WTO多边贸易体制；反制的实施应重在对中国私人主体的救济止损而非国家间报复，以消减对多边争端解决机制的冲击和影响。事实上，从最初的“同等力度、同等规模”⁽⁸⁴⁾到后续的“差别化税率”⁽⁸⁵⁾，已显示中国的反制措施正日趋理性克制，迈向成熟。

上述技术层面的思考，本身就暴露了WTO多边贸易体制在严酷现实面前的捉襟见肘。尤其对于多边争端解决机制而言，因缺乏应对紧急严重不法行为的有效机制而迫使成员走向单边自助之路，从而凸显出WTO亟待改革的又一症结点（即使当前还未引起足够关注）。这使我们不得不超越WTO多边贸易体制来看待“贸易反制”，力求与时俱进，在更广泛的国际法层面思考其规制问题。

WTO Compliance in the US-China Trade War: A Study of China's Countermeasures against the US Section 301 Tariffs

GONG Hongliu

Abstract: The recent US-China trade war has featured China's frequent countermeasures against US Section 301 Action. These trade-oriented countermeasures are in essence a form of self-help in international dispute settlement, and theoretically fall within traditional scope of international law. However, due to the existence of WTO multilateral trading system, these measures are specifically addressed by WTO law (as a special branch of international law), in particular DSU Article 23. Relevant international law rules can hardly remain applicable in this WTO context. Under DSU Article 23 and related WTO jurisprudence, the WTO compliance of these measures is arguable to certain extent while their improvement is still expected.

Keywords: Trade War; Countermeasures; Unilateral Action; WTO Compliance; WTO Dispute Settlement

（责任编辑：边永民）

(84) 如商务部：《商务部新闻发言人就美方发布对华 301 调查项下征税产品建议清单发表谈话》，2018 年 4 月 4 日。

(85) 如商务部：《商务部新闻发言人就中方拟对部分自美进口产品采取反制措施发表谈话》，2018 年 8 月 3 日。