

# 贸易报复的特殊与一般

## ——中美贸易战中的反制措施

李居迁

---

**摘要：**2018年的中美贸易战中，美方针对中方采取的单边关税措施和中方采取的报复措施，凸显了在国际贸易领域中，世界贸易组织条约规则这样一种特别法和一般国际法规则之间的复杂互动关系。对各方的行为，可以依照现行法对违法与否作出明确的判断。违反国际法规则的一方，会招致对方依据条约规则和一般国际法规则进行贸易报复，从而承受其行为后果。

**关键词：**WTO；贸易报复；特别法；一般法；现行法；拟议法

[中图分类号] D996.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2019)01-0062-07

---

### 引言

2018年的春夏之交，于中美是多事之秋。美国从威胁对中国进行关税报复，到其建国日后两天就积极实施。中国从与美国几番谈判、主动减税，到被迫回击，终于与美国同步实施关税报复。其间，媒体声浪高高低低，政府交涉进进退退，学者讨论起起落落。然而，该来的还是来了。自从2018年1月美国在国情咨文中把中国明确列为“战略对手”而不是以前的“利益攸关方”之时起，“大风起兮云飞扬”的局面，也就不可避免了。

2018年11月举行的20国集团峰会（下称G20峰会）传来新消息，美国针对中国的贸易战某种程度上暂停。美国承诺在2019年1月1日前，不再对本拟新征收中国产品关税的部分加征关税，但对原来征税清单中的产品仍然继续征收关税。<sup>〔1〕</sup>换言之，贸易战仍在继续，只是在限期到来之前没有进一步扩大。

在这种情况下，中国可否针对美国把中国“挑出来打”这种违反世界贸易组织（WTO）多边主义精神的单边做法，直接进行对抗和报复？学者众说纷纭。要之，不外两种：其一，只能在WTO框架之内采取行动或者诉诸争端解决机制投诉美方，不能进行报复。其二，能够直接报复，

---

〔作者简介〕李居迁，法学博士，中国政法大学国家领土主权与海洋权益协同创新中心、国际法学院教授。

〔1〕《习近平同特朗普举行会晤：中美就经贸问题达成共识，决定停止升级关税等贸易限制措施》，《新华每日电讯》，<http://mrdx.cn/content/20181203/Article1005BB.htm>，最后访问时间：2018年12月4日。

具有国际法依据。两种看法，不外乎这样一个关键，即 WTO 体制对贸易问题进行详尽规范的这种特殊性，是否排斥了贸易报复的一般性国际法规则？

近来，杨国华教授关于贸易报复的国际法依据、意义等文和廖诗评教授的评论文章，对此进行了阐释。本文拟对此进行四个方面的分析，包括现行法与应有法的界分、WTO 体制的性质、WTO 体制与一般国际法规则的关系以及适用国际法规则等方面，这四个问题亦存在着密不可分的法律逻辑关系。

## 一、现行法与应有法之区分

从法律人立场看，现行法（*lex lata*）与应有法（*lex ferenda*）这两者之间的界分是十分清晰的。所谓 *lex lata*<sup>(2)</sup>，即现行法，或称实定法，就是现行有效的法，其规则是判断一个行为是否合法的标准。当我们判断某一主体是否有权进行某一行为时，或者某一主体的行为是否违反其应承担的义务时，其依据就是现行法。所谓 *lex ferenda*<sup>(3)</sup>，即应有法，或称拟议法，就是虽然并非现行有效但却应该成为调整各主体之间行为的法，其规则将来会成为现行法，它是判断某一主体的某一行为是否合理的标准。就中美贸易战而言，判断美国或者中国行为是否符合国际法，当然指的是符合现行法与否。换言之，如果在现行法的规则中找不到依据，是不能够主张美国或者中国的行为合法或者非法的。

进言之，在探讨某一行为是否合法的语境下，国际法规则不存在“失灵”与否的问题。如果某一行为不存在现行法依据，就是不合法的，而不能判断为因国际法规则“失灵”而可以在“失灵”规则之外寻求“合法”依据。一方面论证国际法规则“失灵”，另一方面又论证引入“失灵”之外的规则作为对方行为不合法、己方行为合法的依据，这一法律逻辑上的自相违背，不符合现行法。如果现行法“失灵”，可以通过应有法将来引入规则，在将来的现行法之下解决问题，但目前以应有法为依据的，只能得出某一行为“不合理”、己方行为“合理”的结论，这已经与合法与否无关了。

法学“是关于正义和非正义的科学”。<sup>(4)</sup>“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望。”<sup>(5)</sup>“法官不得拒绝裁判。”以上三个著名的法律名言，互相连结而形成明确的推论：对于任何法律问题，一旦构成一项法律争端，法官不能以缺乏规则为理由而拒绝给出明确的法律判断，他必须作出裁判，“给予每个人他应得的”（*render everyone his due*），得出科学结论，实现正义。这就意味着，如果中美贸易战是法律问题的话，就必须给出法律结论，而不能得出法律“失灵”的判断，认为现行法无法作出清晰的法律裁判。法律不仅仅有具体规则，规则背后还有法律原则和公平正义的价值观作为基础。法律规则不是独存的，因而规则“漏洞”（*gap*）是能够依

(2) Christian Tomuschat, INTERNATIONAL LAW: ENSURING THE SURVIVAL OF MANKIND ON THE EVE OF A NEW CENTURY, 26(2001).

(3) *Id.* at para.26.

(4) [罗马]查士丁尼：《法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第5页。

(5) [罗马]查士丁尼：《法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第5页。

据原则和价值观“填充”的。法官通过“行使自由裁量权，通过填补法律没有明文规定的空白，并使含糊笼统之处更为精确”。<sup>〔6〕</sup>

因此，法律对于任何法律问题都必须而且能够给出答案。法律对某一个法律问题的判断，不能是既正义的又非正义的，这样的答案本身是自相矛盾的。当然，如果现行法律对于某一问题的判断在今后作出了明确的规则，那么，对未来出现的该类问题的答案，应以明确的规则为依据作出。但是，这并不妨碍当前对该问题作出法律判断。通过立法使规则明晰化的决定，本质上是一个政治问题。<sup>〔7〕</sup>

关于国际法某一主体行为合法性的分析与合理性的分析，是两个性质截然不同的问题，不可以混淆。尽管这两个问题常常具有关联性，在分析某一行为的时候，可以从这两个方面进行，但是，必须明确的是，这两个方面的分析是不能相互取代的。

那么，就目前贸易战而言，中国对美国采取关税措施进行贸易报复是否符合现行法？这一问题当然与 WTO 体制的性质密切相关。

## 二、WTO 体制的性质

WTO 体制是否属于不与一般国际法产生关系的、独立的“自足系统”（self-contained system）？<sup>〔8〕</sup>毫无疑问，WTO 体制作为一个体系严密的条约群，是对国际贸易规则的特殊规制，属于特别法（*lex specialis*）。<sup>〔9〕</sup>正如前人曾经比喻过的关于 GATT/WTO 体制特殊性的说法那样，一个仅仅懂得国际法一般规则而不懂 GATT 的法律人，在解释 GATT/WTO 规则时，就像骑士驾车进入菜园子那样，会貌似十分绅士地、趾高气扬地把后者搞得乱七八糟。因此，通常认为，WTO 体制很大程度上、在很多方面具有十分清晰的规则。WTO 规则本身规定了在确定各个缔约方权利义务的时候适用“涵盖协议”（covered agreements），依据各个缔约方的具体承诺（specific commitments），同时，它也承认从 GATT 时期发展起来的数十年的实践及其解释。

虽然从 WTO 的实践来看，它具有十分明显的封闭性，然而，这种封闭性是因为制度规则本身有别于其他国际法领域的特殊性所造成的。例如，WTO 体制内关于反倾销的规则，在一般的国际法规则体系中并无规定，无法轻松地国际法规则体系中直接援引具体规则予以适用。这种情形在国际法的通常领域中不会存在，关于领陆（陆地领土）主权规则，可以直接在领空、内水、底土这些领域援引，或者在领海领域仅受到无害通过权的特殊限制。又如，国际法上关于各国主

〔6〕 [美] 罗纳德·德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 8 页。

〔7〕 “Law is made by political actors (not by lawyers), through political procedures, for political ends.” See Louis Henkin, *International Law: Politics, Values and Functions*, THE HAGUE ACADEMY COLLECTED COURSES, Vol. 216, 22(1995).

〔8〕 Anja Lindroos and Michael Mehling, *Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes” International Law and the WTO*, THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 16 No.5, 857(2005).

〔9〕 乌拉圭回合最后谈判文件有数百页之巨，数十个协定相互之间建立十分复杂的关系，并且有明确的争端解决规则，适用于所有协定。

权的原则，特别是关于立法权的规定，在领陆、领空、内水、领海、底土等领域可以直接适用。但是，WTO 各个成员（member）关于反倾销领域的立法权限，却受到了其所明确承认的反倾销协定的规则的约束，即该成员反倾销立法违反反倾销协定的，将会因为被诉违反 WTO 规则而应当予以修改。事实上，反倾销案件在 WTO 的争端中占有很大比例，约为 22.4%。在截至目前投诉到 WTO 的 571 起案件中，涉及反倾销的案件高达 128 起。<sup>(10)</sup>

不管是从其案件裁决、还是从《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）文本规定来看，WTO 体制都不是一个独立于一般国际法之外的“自足系统”。<sup>(11)</sup> 这意味着它与一般国际法规则关系密切。它受制于关于条约的一般国际法规则，比如《维也纳条约法公约》（VCLT）。它的有效与否，是否违反强行法（*jus cogens*），如何进行条约解释，都需要依照 VCLT 进行。这一点，已经为 WTO 诸多争端案件的实践所证明。

另外，即使退一步说，把 WTO 体制视作一个某种程度上的“自足系统”，仍然会遇到援引其他条约的情形。而这一援引，在该体系规则中是有依据的。例如，在 WTO “海龟海虾案”中，论证何谓 GATT 1994《关税与贸易总协定》第 20 条一般例外（general exception）规定的“可耗竭的自然资源”（exhaustible natural resources）时，就援引了《濒危野生动植物种国际贸易公约》的规定。<sup>(12)</sup> 这说明在 WTO 的案件裁决中，仍然需要考虑国际社会当前的环境关切和已生效的国际条约，尤其是影响广泛的国际条约。

### 三、WTO 体制与一般国际法规则的关系

这一问题是指 WTO 作为封闭性的规则体系或者某种程度上具有“自足”（self-contained）色彩的规则体系，在适用上不可用其他条约规则代替该体系的特定条约规则，但仍可适用一般国际法规则，除非条约明确排除。

需要指出的是，在国际法各个领域规则不断发展的形势下，国际法所呈现出来的“碎片化”（fragmentation）和“扩散化”（proliferation）在“二战”后的国际法变动中已经成为不争的事实，从而一步步缩小了一般性规则的范围，形成了所谓的“the more agreement, the less law”（协议越多，法律越少）的“巴克斯特尔悖论”（Baxter paradox）。<sup>(13)</sup> 国际法各个并行的特殊规则领域，已经变得越来越多了。这是各方缔约的结果，同时也是各方选择的结果，即在特定领域中适用特定规则。

因此，GATT/WTO 体制中明确规定的规则，是可以超越于一般规则的。例如，关于争端解决

(10) 案件数字可参见 WTO 官方网站：[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_agreements\\_index\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm) (last visited Oct. 4, 2018).

(11) “the WTO has thus conceded that it is not a self-contained regime operating in complete isolation from international law.” See Anja Lindroos and Michael Mehling, *Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO*, THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 16 No.5, 875 (2005).

(12) *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58, Appellate Body Report, paras.128–132.

(13) James Crawford, *Chance, Oder, Change*, THE HAGUE ACADEMY COLLECTED COURSES, Vol. 365, 90–91 (1995).

中反向一致（negative consensus）就与一般形成共识要求积极一致（positive consensus）不同，专家组具有强制管辖权的特殊规则就与国际法争端解决机构不当然具有强制管辖权的一般规则不同。然而，如果条约本身没有明确排除的一般规则仍然适用，条约仍受制于一般规则。特别是，如果某一规则属于强行法规则，条约是无法排除的。除非新的强行法规则出现，否则，先行的强行法规则将持续有效，所有条约和行为与之抵触者统归无效。<sup>(14)</sup>

在 GATT/WTO 体制之下的成员，是否只能适用该体系中的特殊规则，而不能适用一般规则？答案是否定的。凡是 GATT/WTO 没有排除或者无法排除的一般规则，仍然适用于各方。即美国一旦违反 GATT/WTO 体制下的义务，除非该特殊规则体系明确规定只能在该体制之下行为，否则，一般国际法规则毫无疑问是可以援引、适用的。

#### 四、WTO 体制不能排除适用的国际法规则

条约无法排除的一般国际法规则包括条约法和国家的国际责任。前者是成立或解释规则，后者是归责规则或者免责规则。

条约法是关于条约成立、解释、适用的规则，VCLT 是条约的条约，作为条约的一般规则，适用于所有条约。WTO 条约体系的效力，当然无法自行证明，其有效性受制于条约法。其解释、适用，同样受制于条约法。WTO 的争端解决案件报告中，从第一起专家组、上诉机构处理的美国汽油规则案件开始<sup>(15)</sup>，在此后的案件中，反复地援引 VCLT 进行条约具体规则的解释，就是这个原因。同时，DSU 本身也明确提到，争端解决案件的处理，要依照国际法习惯规则进行解释。VCLT 关于条约解释的规则，在 WTO 报告中、在国际法院（ICJ）的裁决中，其国际习惯的地位同样一而再、再而三地得到确认。<sup>(16)</sup>

国家的国际责任是一个国家行为违反国际义务，造成国际不法行为，从而应当承担的责任，其中，既包括如何归责（attribution）的规则，也包括何种情况下免责的规则。在国际法领域中，《国家对国际不法行为的责任条款草案》无疑具有国际法习惯规则的地位，这一点在 ICJ 的多个案件裁决中也得到了确认。<sup>(17)</sup>

当美国违反 WTO 多边主义的规则单方面采取行动，针对中国采取提高关税的行为时，无疑违反了美国所承担的约束关税义务，其不法性后果应由美国承担。而中国针对美国单边措施的反击，提高关税，表面上看起来也是不符合中国在 WTO 这一特定的体制之下的具体义务的，但是，由于

---

(14) 参见 1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条、第 64 条、第 71 条。

(15) *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, para. 6.7–9.

(16) 例如，国际法院在一些案件认为 VCLT 的条约解释规则是正常规则（normal）、久已确立的（well-established）规则，See *Case Concerning Land, Island And Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, ICJ, Judgment, 1992; *Legality Of The Use By A State Of Nuclear Weapons In Armed Conflict*, ICJ, Advisory, 1996.

(17) *Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A. (Elsti)*, ICJ, Judgment, 1989; *Case Concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ, Judgment, 1997.

是针对美国不法行为的反措施(counter measures),其不法性已经得到排除,而无须承担国际责任。<sup>(18)</sup>

当然,中国也可以选择投诉美国,利用WTO体制之下的争端解决方式解决美国单边主义违反WTO义务的问题。但这并非唯一选择。原因在于,WTO体制所规范的是每一个成员所采取的不以某一个特定成员为对象的措施,即WTO一般地取消单边措施,而将所有的措施纳入多边体制中进行解决。一成员在WTO中根据国民待遇原则和普遍的最惠国待遇原则所承担的义务,是适用于所有其他成员的。一旦该成员违反WTO具体规则,受到影响的成员可以通过多边争端解决机制解决问题。这就意味着,如果美国采取的措施,不特定地影响任何一个成员,例如中国、欧盟、加拿大等,则中国、欧盟、加拿大等承担一项义务,在WTO多边争端解决机制下与美国解决问题。然而,当美国的措施仅仅指向某一个特定成员时,例如中国或者欧盟或者加拿大,直接演变成两国之间贸易争端,那么,这一行为就已经背离了WTO多边贸易体制,成为双边问题,其行为既一般性地违反了WTO多边贸易规则,也违反了条约缔约国双方之间应当善意履行国际法义务(*pact sunt servanda*)的一般国际法规则。一般国际法规则,认可某一个国家对违反国际法义务的另一国家采取反措施的合法权利。

## 五、结语

国际法作为国际社会共同遵守的行为规则,既为国际社会所有成员提供了判断其各自行为合法与否的准则,也为违法行为应当如何承担责任提供了归责原则和免除行为不法性的依据。作为国际社会的成员,一个国家既要遵守自己缔结的特定的条约义务,也要遵守一般国际法规则的义务。WTO作为一个条约体系,并非独立于一般国际法规则的“自足系统”,各个成员同样需要考虑在国际贸易领域遵循国际法的一般规则和特殊规则。作为多边贸易规则体系,WTO规则严格约束单边行为。因此,违反国际贸易规则所招致的贸易报复,根据情况不同,可能是DSU规定的不执行裁决的授权报复(authorized retaliation),属于特殊规范的报复,也可能是因为直接针对某一成员的单边行为而招致的对抗措施,属于一般规范的报复。

美国专门针对中国采取的单边行为,既违反了WTO多边贸易规则,也违反了一般国际法规则,中国有权在WTO体制之下进行投诉以解决相关争端,同时,也有权选择采取对抗措施进行直接反击,而无须承担国际责任。但是,如果美国采取的措施并非专门针对中国而是普遍采取的,则中国作为受到该措施影响的国家,只能到WTO争端解决体制之下与美国进行解决,或者采取不违反本身在WTO体制下的义务的措施,而不能采取超出本国应承担的关税约束税率的对抗措施。

贸易报复可以依照国际法规则作出,也可以随时撤回,其主动权由国家掌握。虽然在采取与否问题上国家可以作出机动灵活的判断,但贸易报复的适用,则需要遵循国际法规则,包括特殊规则和一般规则。

---

(18) 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第22条。

## ***Lex Generali* and *Lex Specialis* in Trade Retaliation: the Countermeasure in China-US Trade War**

LI Juqian

**Abstract:** During the trade war between the US and China in 2018, the former has taken unilateral tariff measures against China and the latter also has taken measures as retaliation to the former. The trade war happened between the two important members of the WTO multilateral trade system indicates the complicated and dynamic relationship between the WTO trade rules as a *lex specialis* and the general international law as a *lex generalis*. The *lex lata* is the criterion to judge which party violates its obligations. The party who is the wrongdoer may incur the trade retaliation from the counterparty according to treaty rules and general international law rules, and has to undertake the legal consequences due to its act.

**Key Words:** WTO; Trade Retaliation; *Lex Specialis*; *Lex Generalis*; *Lex Lata*; *Lex Ferenda*

(责任编辑：陈正健)

---

(上接第 54 页)

## **The International Law Basis for China's Countermeasures in US-China Trade War**

YANG Guohua

**Abstract:** The US imposition of 25 percent tariff on \$50 billion of goods from China is obviously inconsistent with the WTO rules, constitutes a material breach under Article 60 of Vienna Convention on the Law of Treaties and leads to a situation of necessity under Article 25 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, so that China is entitled to take countermeasures. The rules of WTO are part of international law system and the general international law will fill in the gaps in the WTO rules for system deficiency or replace WTO rules for system failure.

**Keywords:** US Imposition of Tariff on Chinese Goods; Countermeasures; Material Breach; Necessity; Special and General Law; International Law Basis

(责任编辑：陈正健)