

美国贸易保护主义国内法源流评析

——兼评 232 条款和 301 条款

胡加祥

摘要：中美贸易战表面上看是进出口平衡的问题，其背后则是两个大国之间的制度博弈问题。与许多国家不同，美国的对外贸易法律不是一部单行本法典，而是一个庞大的制度体系。此次美国政府援引的第 232 条来自《1962 年贸易扩展法》，第 301 条来自《1974 年贸易法》。不同法案既有各自的侧重点，又有彼此内在的关联。研究美国的贸易保护主义不能停留于某个单一法案，更不能机械地解读某个条款，必须将其放在美国整个贸易法体系中考察。不仅如此，由于美国是当今多边贸易体制的引领者，其国内法与国际法在价值理念和具体规则方面高度重合，贸易政策的法律化和国际化是美国贸易制度的一大特点。因此，分析美国贸易保护主义的法律源流，需要从国内和国际两个视角，全面、准确地了解这一现象生成的历史原因和社会基础，从而为我们自己寻找应对策略提供切实、可行的思路。

关键词：贸易保护主义；国内法渊源；232 条款；301 条款

[中图分类号] D996.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2019) 01-0001-17

一、美国贸易法律体系内在机理分析

与许多国家不同，美国的对外贸易法律不是一部单行本法典，而是一个庞大的制度体系，其主要内容包括《1916 年反倾销法》(Antidumping Act of 1916)、《1930 年关税法》(Tariff Act of 1930)、《1962 年贸易扩展法》(Trade Expansion Act of 1962)、《1974 年贸易法》(Trade Act of 1974)、《1979 年贸易协定法》(Trade Agreement Act of 1979)、《1984 年贸易与关税法》(Trade and Tariff Act of 1984)、《1988 年综合贸易与竞争法》(Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988)、《北美自由贸易协定执行法》(North American Free Trade Agreement Implementation Act)、《乌拉圭协定法》(Uruguay Round Agreements Act)、《2002 年贸易法》(Trade Act of 2002)、《国际紧急状态下的经济权力法》(International Emergency Economic Powers Act)、《适用于反倾销与反补贴案例条例》

【作者简介】胡加祥，法学博士，上海交通大学凯原法学院长聘教授，中国城市治理研究院特聘研究员。

【基金项目】中国法学会 2018 年研究课题“我国自由贸易港建设法治保障研究”(项目批准号：CLS(2018)D158)；上海交通大学-澳大利亚新南威尔士大学联合支持“种子基金培育项目”(项目批准号：No.2, 2018)。

(Regulations Applicable to Antidumping and Countervailing Duty Cases)。除了《1916年反倾销法》因与世界贸易组织(WTO)规则相冲突而被废止外,其余法案目前仍然有效。

《1930年关税法》⁽¹⁾,即臭名昭著的《斯莫特-霍利关税法案》,是美国历史上第一部较为完整的贸易关税法案。该法案的出台背景是20世纪20年代那场波及全世界的经济危机。在经济大萧条的影响下,以美国为首的西方国家纷纷通过国内立法筑起高关税壁垒。⁽²⁾虽然罗斯福总统上台后,美国与三十多个国家签订了“友好通商航海条约”这样的双边协定,并在“最惠国待遇”原则规范下,大幅度降低进口关税,但是《1930年关税法》仍然是悬在外国出口商头上的“达摩克利斯之剑”。

《1962年贸易扩展法》不是一部独立的贸易法案,而是对原有法律的补充,重点是第232条,即“国家安全保障条款”。⁽³⁾20世纪五六十年代,美国面临欧洲和以日本为代表的一批新兴工业化国家的出口冲击。对于这些质优价廉的商品,美国无法用反倾销、反补贴和保障措施等传统贸易救济手段限制其进口,只能以“国家安全利益”为由对其进行制裁。此次美国对中国等国家的钢铁和铝产品援引第232条款加征进口关税,可谓是“故伎重演”。

《1974年贸易法》是美国第一部内容完整的贸易法案。⁽⁴⁾与《1930年关税法》偏重于关税规则不同,这部法案更多涉及的是贸易管制措施,即“非关税议题”,其中第一部分是总统的授权;第二部分是国内企业因进口竞争遭受损害的救济;第三部分是国内企业因不公平贸易遭受损害的救济;第四部分是与非缔约国的关系;第五部分是普惠制的规定;第六部分是总则。自此,美国形成了以《1974年贸易法》为核心、其他法案为补充的贸易法律体系。美国政府这次决定对中国出口商品进行调查,援引的就是《1974年贸易法》第301条。

《1979年贸易协定法》⁽⁵⁾出台的直接原因是关贸总协定在“东京回合”上达成了六份多边贸易协定。⁽⁶⁾虽然这些协定因关贸总协定缺少国际组织法律人格而不具有强制约束力,美国因为是东京回合谈判的发起者和上述协定的主要起草者,自然要率先垂范,将其国内法规定与多边贸易规则保持一致。因此,《1979年贸易协定法》是对制定不久的《1974年贸易法》所作的一次重大修正。⁽⁷⁾从某种意义上讲,多边贸易谈判成就了当今美国贸易法律体系,而美国的贸易立法也推

(1) See Tariff Act of 1930, 19 U.S.C. (1930).

(2) 《1930年关税法案》将美国的平均进口关税从40.1%提高到59.1%。See US imports for consumption, duties collected, and ratio of duties to value, 1891-2016 (Table 1), US imports for consumption under tariff preference programs, 1976-2016 (Tables 2A and 2B), Office of Analysis and Research Services Office of Operations, US International Trade Commission, March 2017.

(3) See 19 U.S.C. §1862 (1962).

(4) See Public Law 93-618, 19 U.S.C. 40574057 2101-2487, 88 Stat. 1978.

(5) See Public Law 96-39, 93 Stat. 144 (1979).

(6) 这六份协定是《反倾销守则》《反补贴守则》《贸易技术壁垒守则》《政府采购守则》《海关估价守则》《进口许可证程序守则》。

(7) 《1979年贸易协定法》的副标题是“批准与执行依据1974年贸易法案及其他目的谈判达成的贸易协定”(To approve and implement the trade agreements negotiated under the Trade Act of 1974 and other purposes)。

动了多边贸易体制向纵深发展。从《1930年关税法》到《1979年贸易协定法》，美国完成了国内贸易法从关税立法到非关税立法这一过程转变。

《1984年贸易与关税法》除了继续对以往法律修正外⁽⁸⁾，一个重要变化是引入了“服务贸易”和“与贸易有关的投资措施”这两个新的概念。第306条(1)(B)项规定：“为了鼓励有效发展、协调和执行美国在服务贸易领域的政策：(i)各部门和机构以适当的方式管理任何服务行业，向美国贸易谈判代表提供意见，就以下事项配合其工作：(I)美国的服务企业在外国市场受到的待遇；或者(II)对有关外国政府或公司在服务领域不公平做法的投诉。(ii)应美国贸易谈判代表的请求，美国商务部将会同其他部门提供人力及其他方面的支持，参与有关服务贸易的谈判以及贯彻落实服务贸易协定。”⁽⁹⁾第307条(1)项规定：“在依据《1962年贸易扩展法》第242条设立的委员会建议下⁽¹⁰⁾，美国贸易谈判代表有权决定对于外国政府和机构对美国海外投资的出口业绩要求所采取的行动是否合适，并争取通过与外国政府和机构协商和谈判减少或取消此类出口业绩要求。”上述内容的增加直接反映了美国利益保护的诉求，因为美国不仅是最大的服务贸易出口国，也是最大的投资输出国。这些变化也成为稍后开启的乌拉圭回合谈判的重要内容。

《1988年综合贸易与竞争法》的立法目的正如其序言所指出的：“本法案旨在提升美国产业的竞争力及实现其他目标。”⁽¹¹⁾因此，法案的内容也是围绕如何保护美国利益制定的。第一部分“美国的贸易协定”包括“谈判与执行贸易协定”等内容；第二部分“落实水平线关税减让表”包括国会批准的程序、关税减让表的公布以及贸易进出口统计等内容；第三部分“对于不公平国际贸易行为的反击”包括“维护美国在贸易协定下的权益和对外国贸易行为的反击”“反倾销法律和反补贴法律的完善”⁽¹²⁾“知识产权保护”等内容；第四部分“进口竞争的调整”包括“受进口损害企业的正面调整”“市场扰乱”“贸易调整协助”等内容；第五部分“国家安全”基本上是《1962年贸易扩展法》的翻版；第六部分“关税、贸易与其他条款”要求总统指示美国财政部长遵照执行《1930年关税法》第307节的规定。⁽¹³⁾《1988年综合贸易与竞争法》的一个重要变化是将知识产权保护与贸易结合起来。自此，美国在乌拉圭回合谈判中提出的世界贸易组织管辖权从货物贸易延伸至服务贸易和与贸易有关的知识产权保护的构想已经完成了其国内立法的基础。

《北美自由贸易协定执行法》和《乌拉圭协定法》不是美国贸易立法的实体法规则，而是落实这两部重要国际协定在美国执行的程序性规则。《北美自由贸易协定执行法》第102条(a)(1)项规定，该协定内容若与美国法律发生冲突，美国法律效力优先。同一条的(2)(B)项规定，

(8) Public Law 98-573, 98 Stat. 2948 (1984).

(9) See 19 U.S.C. §2114c.

(10) 《1962年贸易扩展法》第242条规定，总统有权设立跨部门机构帮助执行贸易法案、向美国贸易谈判代表提供咨询。参见《美国法典》第19卷第1872节(19 U.S.C. §1872)。

(11) See Public Law 100-418, 102 Stat. 1107 (1988).

(12) 该法第1317节特别规定了“第三国倾销”(third-country dumping)的内容。

(13) 第307节规定，美国禁止进口任何通过强制劳动开采、生产和加工的产品。参见《美国法典》第19卷第1906节(19 U.S.C. §1906)。

本条款的任何解释不得限制包括 301 条款在内的任何条款的授权。⁽¹⁴⁾《乌拉圭协定法》第 102 条也作了类似的规定。⁽¹⁵⁾ 由于 WTO 协定在各成员境内是间接适用，美国国内法的法律效力要高于 WTO 规则，但是美国国内法与 WTO 规则的内容是否保持一致，这需要世界贸易组织争端解决机构在审理具体案件时澄清。

《2002 年贸易法》从其内容看更像是一份美国立法机构的两党声明⁽¹⁶⁾，表明美国支持多边贸易体制的态度，因为新成立的世界贸易组织争端解决机构经常会审核包括美国在内的成员方国内法与 WTO 规则是否一致。《反倾销协定》第 17.6 条规定，如果争端解决机构审核认定成员方主管机构在采取反倾销措施时程序没有违反协定规定，即使争端解决机构对倾销事实有不同的看法，也应该尊重成员方的决定。但是，这种对争端解决机构的“审查标准”（standard of review）有明确规定的也只有《反倾销协定》。更多情况下，世界贸易组织成员的做法是否符合 WTO 规则，还是由争端解决机构说了算。

贸易政策的法律化和国际化是美国贸易制度的一大特点。首先在其国内法中作出相关规定，然后把这些规定推销到北美自由贸易协定和 WTO 协定，最后再将其作为国际条约转化为国内法执行，美国完成了一个法治国家完整的贸易立法程序，其间所发挥的当今国际贸易规则引领者的作用由此可见一斑。《国际紧急状态下的经济权力法》和《适用于反倾销与反补贴案例条例》这两部法律是对行政机关的授权，前者授予总统在紧急状态下可以采取的非常措施⁽¹⁷⁾，后者授予美国商务部在反倾销和反补贴调查中的具体权限⁽¹⁸⁾。

二、232 条款与其他贸易救济措施的区别

《1962 年贸易扩展法》的出台标志着美国将贸易救济由传统的反倾销、反补贴等措施向“国家安全例外”这类更具主观判断的做法靠拢。自 1980 年以来，美国商务部共发起了 14 次“232 调查”⁽¹⁹⁾，其中包括 1986 年的“金属切割与成型机械工具案”（Metal Cutting and Forming Machine Tools）⁽²⁰⁾、1988 年的“滚动轴承案”（Antifriction Bearings）⁽²¹⁾ 和 1992 年的“集成电路陶瓷封装案”（Integrated Circuit Ceramic Packaging）⁽²²⁾ 等。如前所述，《1962 年贸易扩展法》的核心内容

(14) See Public Law 103-182, 107 Stat. 2060 (1993).

(15) See Public Law 103-465, 108 Stat. 4813 (1994).

(16) 《2002 年贸易法》的副标题是“两党贸易促进授权”（Division B—Bipartisan Trade Promotion Authority）。See Public Law 107-210, 116 Stat. 933 (2002).

(17) 该法案第 202 条界定的“紧急状态”包括任何对美国的国家安全、外交政策或经济构成不同寻常或异常的威胁，这种威胁可能全部或部分来自美国境外。

(18) 该条例第 351.408 条是有关“非市场经济国家”正常价值计算的内容。

(19) 这项工作之前由财政部负责执行。参见美国商务部网站：www.bis.doc.gov/232，最后访问时间：2018 年 4 月 2 日。

(20) 此案以出口国同意采取出口限制和美国出台国内企业增强自身竞争能力措施而结案。

(21) 此案以美国援引《购买美国产品法》（Buy American Act）对飞机引擎中的高精度轴承和导航系统中的小型高精度轴承采取限制进口而结案。

(22) 此案以美国国防部向国内相关产业提供科研经费而结案。

是第 232 条，即“国家安全保障条款”，该条款包括六个部分。

第一部分（a）款是原则规定：“如果降低或取消关税或其他进口限制会危及美国的国家安全，则禁止这些降低或取消措施。如果总统认为援引《1930 年关税法》第 201 条（a）款或第 350 条降低或取消关税或其他进口限制会危及美国国家安全，总统不得援引上述法律。”可见，在是否存在“国家安全利益损害”的问题上，总统具有最终否决权。

第二部分（b）款是第 232 条适用的具体规定。（b）款的序言要求美国商务部长先就进口商品对美国国家安全的影响进行调查，同时与国防部长和其他官员进行协商，然后向总统汇报调查结果和提出采取或不采取措施的结论，并在《联邦公报》（Federal Register）上公告。如果调查报告认为危害美国国家安全利益的事实存在，商务部长还需要向总统提出采取相应制裁措施的建议。启动调查程序可以是应某个职能部门的请求或相关利益方的申请，也可以是商务部长依职权自行开展调查。（b）款（2）（A）规定，商务部长在调查过程中，需要：（i）与国防部长就调查方式和有关政策进行磋商；（ii）与美国政府相关官员进行磋商或向他们咨询；（iii）举行听证会或进行其他形式的沟通，给相关利益方陈述意见的机会。在商务部长的请求下，国防部长从国防安全角度就受调查的商品提供评估意见。（b）款（3）（A）规定，商务部长在立案后 270 天内向总统提交调查报告。

第三部分（c）款（1）（A）规定，总统在收到调查报告的 90 天内作出是否对相关产品进口采取行动的最终决定。^{〔23〕}如果总统对损害结论持肯定态度，需要明确采取行动的性质和期限。（c）款（2）规定，总统签字后，需要在 30 天内向国会说明采取行动或不采取行动的理由。这些说明会在最后随调查报告一起向外公布。如果总统决定采取的行动是与相关方谈判达成一份限制进口的协议，或者在总统决定作出后没有达成上述协议，或者上述协议达成后无法履行，或者履行后仍无法消除影响的，总统可以决定采取其他必要行动，以消除危害国家安全的影响。^{〔24〕}

第四部分（d）款规定，商务部长和总统在进行调查和作出决定时，适当考虑美国国内相关产业的具体情况，包括其人力资源、产品、原材料的组成、其供应链和服务对国家安全的影响、相关产业的发展需求等因素，综合考虑百姓福祉与国防安全的关系。除了向国会报告上述调查结论和采取的行动外，对进口产品采取制裁行动期间，总统每年还需要向国会报告执行情况（第五部分（e）款）。此外，第六部分（f）款规定，国会对总统就石油及石油制品等战略储备物资进出口所采取的措施拥有否决权。

232 条款与反倾销、反补贴和保障措施等传统贸易救济手段最大的不同在于它的随意性。首先，“国家安全”没有明确定义。正如杰克逊教授等学者所指出的，“事实上，这是一个没有边界的概念。从制鞋业到收音机、手表等精密仪器制造业甚至肉类加工业，任何产业部门都可以说自

〔23〕 2017 年 4 月 20 日，美国商务部对进口钢铁产品启动“232 调查”；4 月 27 日，美国商务部对进口铝产品启动“232 调查”。2018 年 3 月 8 日，特朗普总统宣布，对来自中国等国家的进口钢铁和铝分别征收 25%和 10%的关税。

〔24〕 这些措施需要在《联邦公报》上公布。参见《美国法典》第 19 卷第 1862c 节（19 U.S.C.§1862c）。

己与国家安全有关”。⁽²⁵⁾ 因此，以“国家安全”为由实施的许多制裁措施都是“貌似相关”，其背后都隐藏着不可告人的目的。例如，某个国家政客为了迎合选民的诉求，将别国的民族政策与自己国家的安全利益扯上关系，从而达到自己竞选获胜的政治目的。用经济手段获取政治利益，这已是现代国际经济关系中的常见现象。⁽²⁶⁾

《关税与贸易总协定》(GATT)第21条是多边贸易体制中的“安全例外条款”。尽管从原则上讲，该条款只适用于(b)款列举的三种不受市场准入承诺限制的情形：(i)与核裂变物质或从中提炼的物质有关的进口；(ii)与军火贸易、战争和为了补给军事基地运送其他物质有关的进口；(iii)战争时期或其他国际关系紧急状态下采取的进口限制措施。但是，“安全例外条款”在实际运用中却带有极强的随意性。此外，《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》(下称《WTO协定》)第13条规定了世贸组织批准新成员加入时，老成员可以援引该条款与其“互不适用WTO协定和其他多边贸易协定”。

“互不适用条款”没有明确的范围限制，可以用于包括政治、国家安全在内的任何目的。GATT最初作出这一规定时，没有明确其适用的时间。⁽²⁷⁾《WTO协定》对此作了改进，规定“互补适用”必须在新成员加入时明确。⁽²⁸⁾ 因此，各成员有义务遵守其在多边贸易体制下所作的承诺，在没有合法理由的情况下，不得随意限制进口别的成员的产品。在某些特殊情况下，世界贸易组织可以全体成员四分之三以上表决同意豁免某个成员在某个多边贸易协定下的义务⁽²⁹⁾，但是这种豁免只针对协定的修改内容，不是豁免其对别人采取制裁措施。

美国以“国家安全”之名制裁别人是其惯用的手法。早在1949年关贸总协定成立不久，捷克斯洛伐克就将美国限制向其出口的做法诉诸关贸总协定，但是遭到了驳回。作出上述决定的缔约方大会认为⁽³⁰⁾，每个国家都对自己的安全有最终解释权。缔约方大会应该谨慎行事，以免对总协定产生任何负面影响。⁽³¹⁾ 1951年，美国国会决定对包括捷克斯洛伐克在内的社会主义国家中止最惠国待遇。⁽³²⁾ 捷克斯洛伐克和美国都是关贸总协定的原始缔约方。此事再次被提到了关贸总协定，

(25) See John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Jr., *LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS—CASES, MATERIALS AND TEXT* 1079 (5th ed., 2008).

(26) *Id.* at para 1080.

(27) GATT第35条(Non-application of the Agreement Between Particular Contracting Parties)规定，如果两个缔约方：(1)没有就关税承诺达成协议；(2)任何一方在对方加入关贸总协定时不同意其加入，包括关税减让承诺在内的本协定在这两个缔约方之间互不适用。

(28) 《WTO协定》第13条第1款。

(29) 《WTO协定》第10条第3款。

(30) 关贸总协定成立之初，没有专门的争端解决机构。缔约方之间的争端只能放到缔约方大会上解决。直到20世纪50年代，贸易争端才交由专门的评审团(panel)解决。

(31) See John H. Jackson, *WORLD TRADE AND THE LAW OF GATT: A LEGAL ANALYSIS OF THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE* 749(1969).

(32) See 65 Stat. 73, Sec.5 (1951).

缔约方大会最终裁定：“任何一方有权对另一方中止其本协定下的承诺。”⁽³³⁾ 虽然，缔约方大会没有对上述决定所依据的法律条款作过多解释，人们普遍认为，这项决定相当于授权缔约方援引 GATT 第 35 条，即“互不适用条款”。⁽³⁴⁾

美国利用“安全例外条款”制裁别的国家不仅有其国内法基础，还有多边贸易体制下的实战经验。1983 年，美国因尼加拉瓜国内发生政变，限制其白糖进口，尼加拉瓜就此将美国诉诸关贸总协定。评审团裁定美国的做法违反了 GATT 第 13 条第 2 款，因为美国没有事先与尼加拉瓜进行磋商。美国在这起纠纷中，既没有援引“安全例外条款”，也没有执行评审团的裁决。⁽³⁵⁾ 1985 年，里根总统决定全面禁止与尼加拉瓜的贸易往来。⁽³⁶⁾ 这一次，面对尼加拉瓜在关贸总协定的申诉，美国举出了“国家安全例外”的挡箭牌。美国驻关贸总协定的大使直言不讳地说：“关贸总协定没有资格讨论一个国家的安全事项。”美国的这一立场得到了澳大利亚、加拿大以及当时的欧共体的支持。尼加拉瓜则反驳说，美国没有证据表明，尼加拉瓜对美国的国家安全构成威胁。⁽³⁷⁾

审理此案的评审团在其报告中指出：“评审团没有权力依据总协定审查美国援引安全例外条款的合法性。因此，评审团发现，美国既没有遵守总协定下这方面承诺的义务，也没有不履行总协定下这方面承诺的义务。”评审团同时指出：“撇开禁运措施是否符合 GATT 第 21 条这一点，美国实施的这些措施与 GATT 追求的目标是不符的。”⁽³⁸⁾ 由于美国和尼加拉瓜对评审团的裁决意见不一，评审团报告一直没有被通过，此案也成为关贸总协定历史上悬而未决的“疑难案件”。⁽³⁹⁾

“尼加拉瓜诉美国”一案表明，“安全例外条款”在多边贸易体制中没有明确的边界，争端解决机构对此类纠纷一般都采取回避态度。⁽⁴⁰⁾ 美国也是吃准这一点，这次一改以往对中国惯用的做法，利用 232 条对中国等国出口商品进行制裁。由于中国等国家的出口不存在违反 WTO 规则的做法，美国无法用反倾销、反补贴措施制裁。保障措施虽然针对公平贸易，但是美国需要承担较为严苛的举证责任。更为重要的是，保障措施必须在“非歧视原则”下进行，所有相关出口国无

{33} *Supra* note (70), at 749–750.

{34} *Id.* at para 243.

{35} *See United States—Imports of Sugar from Nicaragua*, Report of the Panel adopted on 13 March, 1984 (L/5607–31S/67).

{36} *See* Executive Order No. 12513, 50 Fed. Reg. 18629 (1985).

{37} *See* 2 BNA Intl. Trade Rptr. 765 (1985); 3 BNA Intl. Trade Rptr. 380 (1986).

{38} 评审团在其报告中向关贸总协定总理理事会提出下列问题：如果将 GATT 第 21 条的解释权完全交给援引此条款的缔约方，缔约方大会如何确保这项权力不被滥用？如果缔约方大会要求评审团审理“安全例外”的案例，却没有授权其审查“安全例外”措施的合法性，缔约方大会是否限制了申诉方要求审查相关措施是否符合 GATT 第 21 条第 2 款规定的权利？依据 GATT 第 21 条第 2 款，缔约方大会在两个缔约方相互实施禁运措施时是否有权干预？*See* John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Jr., *LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS—CASES, MATERIALS AND TEXT* 1081–1082 (5th ed., 2008).

{39} 1990 年，尼加拉瓜国内大选后政府换届，美国撤销之前对其作出的禁运措施，两国关系恢复正常。

{40} 胡加祥：《国际贸易争端的解决与国家安全利益的保护——以 GATT 第二十一条为研究视角》，《上海交通大学学报》2008 年第 4 期，第 15 页。

一能够幸免。⁽⁴¹⁾ 在“国家安全例外”名义下，美国可以有选择地制裁，这也是为什么特朗普总统在签署“232 调查报告”的同时，豁免了加拿大、墨西哥等国家。

三、301 条款与贸易保护主义

美国的贸易立法过程也是其由提倡自由贸易转向贸易保护主义的过程。然而，从《1930 年关税法》到《1974 年贸易法》，美国的贸易政策发生了质的变化，即从传统上保卫本国市场为主旨的“进口保护主义”，转向依靠政府的积极介入来打开别国市场大门的“出口保护主义”。301 条款内容的嬗变正是这一转变的标志。⁽⁴²⁾

2018 年 4 月 4 日，美国贸易谈判代表（USTR）按照特朗普总统之前签署的“301 调查报告”，公布了对中国产品加收关税的清单，覆盖 1 300 个独立关税项目产品。⁽⁴³⁾ 美方未来拟对这些产品加收 25% 的惩罚性关税。USTR 在公告中不加掩饰地指出：这份名单的出台，就是要遏制《中国制造 2025》计划⁽⁴⁴⁾，其猖狂程度令人瞠目。美国的这次行动显示，中国近年来在高科技领域所取得的进步已经引起美国在战略层面的高度重视。

经过《1979 年贸易协定法》《1984 年贸易与关税法》和《1988 年综合贸易与竞争法》的不断完善，美国贸易法中的 301 条款已经发展成“一般 301 条款”“特别 301 条款”和“超级 301 条款”等全面系统的进攻性贸易保护政策。“一般 301 条款”是美国传统贸易制裁措施的概括性表述；“特别 301 条款”扩展到“知识产权保护”等领域；“超级 301 条款”则对一国贸易自由化和贸易壁垒进行整体评估，对于问题严重的国家，将其列入贸易自由化黑名单，并要求在 3 年内消除贸易壁垒。⁽⁴⁵⁾

本轮贸易制裁中，美国援引的是“一般 301 条款”，即《1974 年贸易法》第三部分（对不公平贸易行为的救济（Relief from Unfair Trade Practices））第一章第 1 条。⁽⁴⁶⁾ 与这一条内容相关的还有第 302 条（调查的启动）、第 303 条（基于启动调查的磋商）、第 304 条（贸易谈判代表的决定）、第 305 条（限制措施的落实）、第 306 条（别的国家履约的监督）、第 307 条（别国行动的调整与美国限制措施的终止）、第 308 条（贸易谈判代表信息提供）、第 309 条（贸易谈判代表行政

〔41〕 这一点可比照“钢铁保障措施案”。参见 United States—Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products, DS252. 胡加祥：《对中美钢铁案的几点思考》，《上海交通大学学报》2005 年第 3 期，第 42 页。

〔42〕 徐泉：《美国贸易法中的“301 条款”与其经济霸权论》，《西北大学学报》2007 年第 2 期，第 138 页。

〔43〕 See Under Section 301 Action, USTR Releases Proposed Tariff List on Chinese Products. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/april/under-section-301-action-ustr>(last visited April 4,2018).

〔44〕 《中国制造 2025》是国务院在 2015 年公布的文件，是我国实施制造强国战略第一个十年的行动纲领。这份文件将新一代信息技术、高端装备、新材料、生物医药等重点科技领域的发展提到了战略高度。参见《中国制造 2025》，国发〔2015〕28 号。

〔45〕 荣华英、李倩玮、黄玉蓓：《美国对华启动 301 贸易调查的原因及影响分析》，《对外经贸》2017 年第 10 期，第 19 页。

〔46〕 这部分的第二章是“反倾销税”（Antidumping Duties），第三章是“反补贴税”（Countervailing Duties），第四章是“不公平进口行为”（Unfair Import Practices）。

管理事项)、第 310 条(美国贸易拓展的优先事项确认)。⁽⁴⁷⁾ 因此,中美之间因“301 调查报告”开启的贸易战才刚刚拉开序幕。如果双方无法找到妥善、圆满的解决方案,这将是一场旷日持久的恶战。

第 301 条由四款组成,即(a)款:强制行动(Mandatory action);(b)款:酌情行动(Discretionary action);(c)款:授权范围(Scope of authority);(d)款:定义和特殊规则(Definitions and special rules)。

(a)款(1)列举了贸易谈判代表采取行动的两类情形:(A)美国在任何贸易协定下的权益受剥夺。(B)别国的行动、政策和做法:(i)违反了贸易协定、与贸易协定规定不符或剥夺了美国在贸易协定下的权益;(ii)对美国的商业不合理、加重了美国的负担或限制了美国的商业活动。上述第一种情形可谓“对世权”的适用,不针对特定国家;第二种情形则是“对人权”的适用,针对的是某个特定国家。(a)款(1)贯穿的核心思想就是保护美国利益。⁽⁴⁸⁾

(a)款(2)列举了排除贸易谈判代表采取行动的两类情形:(A)WTO 争端解决机构裁定:(i)美国在贸易协定下的利益没有被剥夺;(ii)别国的行动、政策和做法(I)没有侵犯美国的利益或者没有与美国的利益不符,(II)没有剥夺美国在贸易协定下的利益或减损、侵害其利益。(B)贸易谈判代表认为:(i)别的国家正采取令人满意的措施赋予美国在贸易协定下的权利;(ii)别的国家已经(I)同意废除或逐步取消相关行动、政策和做法,(II)同意立即采取行动减轻美国负担或减少对美国商业活动的限制,其效果令贸易谈判代表满意;(iii)别的国家无法实现上述两点,但是同意补偿美国到贸易谈判代表满意的程度;(iv)在个别情况下,采取制裁措施将对美国产生不利影响;(v)采取制裁行动将对美国国家安全构成严重损害。上述规定表明,只有两种情形可以让已经援引的 301 条款停止适用:(1)WTO 争端解决机构的裁定;(2)美国贸易谈判代表的决定。

(a)款(3)要求美国对别的国家采取上述制裁措施的程度应当与其对美国商业的危害影响相当,包括考虑美国企业受损害的程度、美国与相关国家贸易关系的总体考量以及对其他国家的影响。

基于(a)款的调查结论,(b)款授权美国贸易谈判代表采取相应的行动。

(c)款规定了贸易谈判代表的具体权限,即(c)款(1)列举的:(A)中止、撤回、阻止给予有关国家的贸易承诺;(B)在贸易谈判代表认为合适的时期内,对有关国家的进口产品征收关税或采取其他限制措施(尽管WTO禁止数量限制措施)、对有关国家的服务征收费用或采取限制

(47) 学者们将这十个条款归为“贸易报复授权条款”,属于美国法中最惠国待遇的例外。See John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Jr., *LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS—CASES, MATERIALS AND TEXT* 493(5th ed., 2008).

(48) 从历史上看,美国发起的贸易制裁措施大多是应企业要求作出的,由政府主动发起的只有 1%左右。“301 调查”则不同,约三分之二的“301 调查”是由美国政府发起的。See Chad P. Bown, *Rogue 301: Trump to Dust Off another Outdated US Trade Law?* <https://piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/rogue-301-trump-dust-another-outdated-us-trade-law>(last visited April 25,2018).

措施⁽⁴⁹⁾；(C) 如果涉及自由贸易协定，在同时违反协定相关规定的情况下，中止、撤回、阻止给予有关国家更优惠的市场准入待遇；(D) 与别的国家达成有约束力的协议，内容包括：(i) 有关国家废除或逐步取消受调查的行动、政策和做法；(ii) 有关国家取消因上述行动、政策和做法给美国增加的负担或限制；(iii) 有关国家补偿美国到贸易谈判代表满意的程度或者符合本款第(4)项的要求。⁽⁵⁰⁾ 上述四种情形中的前三项是美国采取的进口限制措施，第四项则是出口国主动采取的出口限制或提供补偿。

贸易谈判代表可以在“非歧视原则下”作出决定制裁所有相关国家，或者“单独”制裁某个国家的产品或经济部门，甚至可以不考虑该国相关产品或经济部门是否与受调查的行动、政策和做法有关。⁽⁵¹⁾ 这样的规定赋予美国贸易谈判代表极大的自由裁量权。如果说美国这次采用 232 条款制裁进口钢铁和铝产品是为了照顾个别国家的话，那么援引 301 条款的目的就是想制裁中国出口产品。尽管美国国内法的规定是否符合 WTO 规则有待商榷，但上述分析清楚地表明，美国这次制裁中国可谓费尽心机。

301 条款 (d) (1) 项定义的“商业”包括 (但不限于) 货物贸易、服务贸易以及对货物贸易和服务贸易有影响的美国公民的海外直接投资。(d) (3) (B) 项规定，别的国家“行动、政策和做法”包括 (但不限于)：(i) 剥夺了公平和平等设立企业的机会；没有给予足够、有效的知识产权保护，尽管该国已经履行了 TRIPS 协定下的义务⁽⁵²⁾；没有给予依赖知识产权的美国公民非歧视的市场准入机会；剥夺了公平的市场竞争机会，包括容忍别国政府实施系统性反竞争行为，从而影响到美国商品、服务进入该市场的机会。(ii) 事实上锁定出口市场。⁽⁵³⁾ (iii) 构成以下持续性后果：剥夺工人的结社权、剥夺工人的集体谈判权、允许任何形式的强迫劳动、没有设定最低用工年龄、没有提供最低工资标准和职业安全与工人健康标准。⁽⁵⁴⁾

如果说 301 条款 (d) (3) (B) (i) - (ii) 项的规定与 WTO 规则是否一致存有争议的话，

(49) (c) 款 (2) (A) 规定，美国贸易谈判代表在服务贸易领域有以下权限：(i) 在适当的范围，用适当的方式限制服务贸易市场准入的范围和条件；(ii) 取消原先作出的服务贸易市场准入承诺。上述措施的采取必须是在依据第 302 条 (a) 款提起的调查期间或调查申请提出之后，或者是贸易谈判代表作出调查决定之后。如果征收费用和采取限制措施涉及政府其他部门或州，贸易谈判代表还需要与这些部门沟通。

(50) (c) 款 (4) 规定，补偿受益的美国经济部门是指那些直接受别国行动、政策和做法影响的部门或者与此有紧密关系的部门。

(51) 该条款原文是这样表述的：“The actions the Trade Representative is authorized to take under subsection (a) or (b) of this section may be taken against any goods or economic sector—(A) on a non-discriminatory basis or solely against the foreign country described in such subsection, and (B) without regard to whether or not such goods or economic sector were involved in the act, policy, or practice that is the subject of such action.”

(52) 301 条款 (d) (3) (F) 对“足够”“有效”是这样定义的：“别国居民或公民能够就其专利、商标、著作权及相邻权、集成电路、商业秘密以及植物育种者享受其权益。”

(53) 301 条款 (d) (3) (E) 对“锁定出口市场”是这样定义的：“对某个企业、产业部门或一组企业或产业出台的多项措施组合的政府计划或协调行动，目的是帮助其在一种或一类出口商品上更具竞争力。”

(54) 301 条款 (d) (3) (C) (i) 规定，贸易谈判代表可以基于以下两点判定别国的行动、政策和做法没有不合理之处：(I) 该国已经采取或正在采取行动，包括在全国范围内的指定区域，(d) (1) (B) (iii) 列举的情形有显著改善；(II) 别国的行动、政策和做法没有与该国的经济发展水平不符。

那么 301 条款 (d) (3) (B) (iii) 项的规定则完全背离了 WTO 规则。世界贸易组织是一个维护多边贸易体制健康发展的专业组织, WTO 规则是一套“自给自足”的封闭制度。《WTO 协定》第 2 条明确规定, 各成员应履行本协定附件中各协定下的义务。301 条款 (d) (3) (B) (iii) 列举的事项没有包含在上述附件的各项协定之中。美国的做法是将其国内法凌驾于 WTO 规则之上。

与“双反”等贸易救济措施不同, 301 条款的主要目的不是为了阻止外国商品的进口, 而是为美国企业扩大出口创造机会。自《1974 年贸易法》颁布以来, 美国共发起 122 次“301 调查”, 这与数以千计的“双反调查”相比, 次数不算多, 但是它们的影响绝不亚于“双反调查”, 因为“301 调查”大多是政府主动作为, 而政府的“双反调查”一般都是应企业请求才启动的。世界贸易组织成立之后, 美国很少发起“301 调查”, 这主要因为世界贸易组织是一个“以规则为导向”的国际组织, 各成员总体上还是比较遵守 WTO 规则。美国在这之前唯一一次对乌克兰启动的“301 调查”也因该国国内局势动荡而最终放弃了制裁。⁽⁵⁵⁾ 因此, 美国此次对中国发起的“301 调查”, 不管最终走向如何, 其对整个多边贸易体制已经产生深远影响。

与美国其他贸易法律相比, 301 条款有其鲜明的特点: 第一, 相比其他常见贸易保护措施的启动标准, 即证明对美国商业造成的“实质性损害”, 301 条款规定的举证责任要轻得多; 第二, 301 条款适用的范围要广得多, 涉及货物贸易、服务贸易、国际直接投资、知识产权保护等各个领域; 第三, 它可以被用于对付危害美国出口商在第三国市场上利益的外国政府的做法; 第四, 就可以采取的措施而论, 301 条款赋予美国贸易谈判代表更多的选择权。⁽⁵⁶⁾ 正如美国学者 Bhagwati 等人所指出的: “对于美国来说, ‘301 条款’的意义是在不向别国提供任何回报的情况下, 使别国接受其单边的贸易要求。而根据 (关贸总协定) 互惠原则, 美国本来必须提供这种回报。”⁽⁵⁷⁾

四、贸易保护主义下的中国突围之路

作为美国贸易保护主义的重要基石, 301 条款的存在有其内外叠加因素。虽然美国通过《乌拉圭协定法》确立了 WTO 协定在美国法中的地位, 但是该法案第 102 条 (a) (1) 项规定, 该协定内容若与美国法律发生冲突, 美国法律效力优先。同一条款的 (2) (B) 项规定, 本条款的任何解释不得限制包括 301 条款在内的任何条款的授权。因此, 人们无法简单地用多边主义或单边主义的思维来判断 301 条款的合规性, 因为美国政府目前所做的一切还没有超出其国内法规定的范畴。不仅如此, 世界贸易组织争端解决机构在“欧盟诉美国《1974 年贸易法》第 301—310 条款案”中的模糊结论还为 301 条款增添了几分合法色彩。

(55) See Chad P. Bown, *Rogue 301: Trump to Dust Off another Outdated US Trade Law?* <https://piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/rogue-301-trump-dust-another-outdated-us-trade-law> (last visited April 25, 2018).

(56) See Patricia I. Hansen, *Defining Unreasonableness in International Trade: Section 301 of the Trade Act of 1974*, THE YALE LAW JOURNAL, 1122-1146(1987).

(57) See Jagdish Bhagwati and Hugh T. Patrick, *AGGRESSIVE UNILATERALISM: AMERICA'S 301 TRADE POLICY AND THE WORLD TRADING SYSTEM* 194-211(1990).

1998年，欧盟就《1974年贸易法》第301—310条，尤其是其中第306和305条的WTO合规性问题，将美国诉诸世界贸易组织。欧盟指控：（1）第306和305条通过设定严格期限，要求美国（必须）作出单方面决定和采取贸易制裁措施，这样的规定无法让美国遵守WTO争端解决机构就之前有关案件作出的裁定是否得到执行再次审理的规则；（2）对争端解决机构之前作出的裁定是否得到执行的审理程序即使在该裁定执行期结束后立即启动，也无法在第306和305条规定的期限内终结，争端解决之后的补偿和中止承诺程序也是如此；（3）第301—310条，尤其是其中的第306和305条与《关于争端解决规则与程序的谅解（下称DSU）》第3、21、22、23条、《WTO协定》第16条第4款、GATT 1994第1、2、3、8和9条规定不符；（4）《1974年贸易法》直接或间接剥夺或损害了包括欧盟在内其他成员GATT下的权益，也妨碍了GATT 1994和《WTO协定》目标的实现。

经过近一年的审理，评审团结合美国政府递交的《行政行为声明》⁽⁵⁸⁾，认为第301—310条没有违反美国在WTO协定下的义务。⁽⁵⁹⁾ 评审团给出的理由如下：第一，304条款给予美国贸易谈判代表在WTO争端解决机构作出裁定之前单方面采取措施的权利是基于违反DSU第23条第2（a）款这一行为发生在先的事实。争端解决机构虽然对这一行为还没有作出裁定，但是它有可能对美国构成威胁。美国贸易谈判代表拥有这样的授权也是确保DSU第23条赋予各成员的权利得以落实。⁽⁶⁰⁾ 第二，306条款授权美国贸易谈判代表采取制裁措施的前提是被制裁的成员在规定的期限内没有执行争端解决机构的裁定。⁽⁶¹⁾ 第三，根据SAA规定，美国贸易谈判代表在争端解决机构授权之前不得依据305条款采取措施。⁽⁶²⁾ 评审团在裁决报告的最后强调：“本裁决是建立在美国政府递交的《行政行为声明》之上的，即遵守WTO规则的政府声明。如果声明被撤回，则上述结论不复存在。”⁽⁶³⁾

由此可见，基于争端解决机构的上述解释以及301条款（a）款（2）（A）项的规定，人们还不能轻易断定“301调查”违反WTO规则，因为只要不存在（a）款（2）（A）项列举的事项，即“WTO争端解决机构裁定：（i）美国在贸易协定下的利益没有被剥夺；（ii）别国的行动、政策和做法（I）没有侵犯美国的利益或者没有与美国的利益不符，（II）没有剥夺美国在贸易协定下的利益或减损、侵害其利益”，美国贸易谈判代表就可以启动“301调查”。换言之，在WTO争端解决机构作出裁定之前，美国启动“301调查”并没有违背其多边贸易协定下的义务。目前，美国

(58) 《行政行为声明》(Statement of Administrative Action, SAA) 是美国国会批准《乌拉圭协定法》时同时通过的法律文件，作为美国政府具体执行《WTO协定》的规定。

(59) *United States—Sections 301–310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, Panel Report, para.8.1.

(60) *Id.* at paras.7.95–7.96.

(61) *Id.* at paras.7.174–7.179.

(62) *Id.* at paras.7.180–7.185.

(63) *Id.* at para.8.1.

已经依据调查结果采取制裁措施，中国也已经采取相应的反制措施，并将美国诉诸世界贸易组织，但是世界贸易组织争端解决机构不像国内司法机构那样可以接受申诉方申请保全，在裁决作出之前，无法中止美国的做法。由于世界贸易组织的裁决没有“溯及效力”，即使争端解决机构最终作出否定的裁决，美国的义务也只是停止其已经采取的制裁措施。因此，想通过世界贸易组织来遏制美国的做法，那也是“远水解不了近渴”。

“301 调查”由美国贸易谈判代表负责，但是总统可以否决贸易谈判代表的决定，因为贸易谈判代表的权限归根到底是属于总统的行政权。⁽⁶⁴⁾ 如果被调查国政府同意停止实施被指控的做法，或者同意提供补偿，301 条款下的制裁就成为不必要，因为目的已经达到。⁽⁶⁵⁾ “301 调查”在关贸总协定时代被认为是合理的贸易制裁措施，因为当时虽然也存在 GATT 等多边、区域或双边贸易机制，但是关贸总协定本质上是一个协商性多边贸易机构，并没有强有力的争端解决机制，双边谈判是解决贸易争端的主要办法，谈判不成就诉诸单方面的贸易制裁措施。⁽⁶⁶⁾ 这也是当时“自愿出口限制”等灰色贸易措施流行的主要原因。⁽⁶⁷⁾

虽然 WTO 规则在很大程度上取消了灰色贸易措施，束缚了 301 条款的运用，但是这种束缚是有限的，301 条款下的调查、认定和报复程序依然具有广阔的运用空间。WTO 规则是一套“自给自足”的封闭制度，争端解决的目的是“依据习惯国际法解释规则澄清多边贸易协定中的现有规定”。⁽⁶⁸⁾ 美国如果认为别的成员违反了 WTO 协定或使美国在协定下的利益受损，它可以将争议递交 WTO 争端解决机构，同时进行“301 调查”。DSU 第 23 条只是禁止成员单方面采取制裁行动，并没有禁止成员单方面进行调查。如果争议事项不在 WTO 的管辖范围，301 条款的运用完全不受 WTO 规则的影响。此外，当美国在具体案件中的主张获得支持或者获得 WTO 的授权报复、败诉方若拒不执行有关裁决或美国认为遵循此种途径过于烦琐且无法获得充分补偿时，美国也有可能重启“301 调查”作为最后一道防线。⁽⁶⁹⁾ 可见，301 条款在 WTO 多边贸易体制外仍可发挥巨大作用。

2018 年 3 月 23 日，美国常驻世界贸易组织代表团向争端解决机构提出就中国保护知识产权的措施与中国代表团进行磋商的请求。美国选择在特朗普总统宣布对中国实施制裁的当日向世界贸易组织提出申诉，这不是偶然的，而是为了凸显这两者之间的因果关系。美方认为，中国拒绝外国专利持有人在技术转让合同期满后针对中国合资企业一方继续实施其专利权；中国还强制施加不合理的合同条款，歧视性地给予进口的外国技术较低待遇，由此剥夺了外国知识产权持有人

(64) 这与“337 调查”由美国国际贸易委员会主导不同，因为该机构是由美国国会设立并独立于行政当局。

(65) 何力：《美国“301 条款”的复活与 WTO》，《政法论丛》2017 年第 6 期，第 4 页。

(66) 何力：《美国“301 条款”的复活与 WTO》，《政法论丛》2017 年第 6 期，第 4 页。

(67) 所谓“自愿出口限制”(voluntary export restraints)是指出口方在受到进口方的威胁之后减少出口。这种做法看上去是出口方的主动行为，其实是无奈选择，因而被称为“灰色措施”(grey measures)。

(68) See Dispute Settlement Understanding, article 3, section 2.

(69) 郭雳：《美国“301 条款”与 WTO 争端解决机制的互动及其前景预测》，《中国法学》2001 年第 5 期，第 150 页。

保护其在中国行使知识产权的能力以及以市场条件谈判许可及其他与合同相关条件的能力。⁽⁷⁰⁾ 尽管美国的做法有点“恶人先告状”，但是到目前为止，其行为还是停留在法制的轨道内。

中美之间的这场贸易战，不仅是实力的比拼，更是智慧的交锋。要在法律上占据上风，从而在经济上掌握主动，我们需要从两个层面做好迎战准备。第一个层面是应诉，第二个层面是反诉。美方在 DS542 案中的指控包括：（1）《中华人民共和国技术进出口管理条例》（下称《技术条例》）不符合《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS 协定）的第 3 条⁽⁷¹⁾ 和第 28 条⁽⁷²⁾。美方认为，外国专利权人实际在中国能够享受的权利比 TRIPS 协定第 28 条规定的要少。例如，《技术条例》第 24 条第 3 款规定，进口技术合同让与人（外方）对接合同约定转让技术所导致的侵权承担所有责任；《技术条例》第 27 条规定，任何进口技术的改进归改进一方；《技术条例》第 29 条第 3 项禁止进口技术许可合同限制中国一方改进技术或利用改进技术。（2）针对《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》（下称《中外合资实施条例》），美方认为，该条例第 43 条第 2 款第 4 项规定，合资企业的中方在合同期满后有权继续使用技术转让合同下转让的技术，这不仅不符合 TRIPS 协定第 3 条、第 28 条第 1 款（a）项和第 2 款的规定，也违反了 TRIPS 协定第 28 条第 1 款（b）项的规定，因为它剥夺了外国专利持有人的排他权，包括防止第三方未经外国专利持有人许可的 TRIPS 协定第 1 款（a）、（b）项下的行为。

尽管 TRIPS 协定已经将贸易中的知识产权保护纳入多边贸易体制，但是对于技术转让，WTO 规则并没有作出详细规定。国际技术转让实际上是一种以专利技术、商标、商业秘密为客体的贸易行为。虽然 TRIPS 协定第 7 条、第 8 条、第 40 条和第 66 条中有促进技术向发展中国家转移的表述，但对于技术贸易合同关系以及技术贸易的形式和过程，WTO 规则未有涉及。《与贸易有关的投资措施协定》（下称 TRIMS 协定）也仅仅调整与货物贸易有关的投资措施，投资过程中的知识产权转让问题也不在该协定的覆盖范围之内。正因为如此，美国此次启动“301 调查”，依据的是该条（a）款（1）（B）项中第二小点，即“对美国的商业不合理、加重了美国的负担或限制了美国的商业”，并非像第一小点所指的“违反贸易协定的做法”。⁽⁷³⁾

美方在 DS542 案中的第一点指控是对《中华人民共和国管理技术进出口管理条例》的误读。《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第 353 条规定：“受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人承担责任，但当事人另有约定的除外。”上述规定与《技术

(70) *China—Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights (Requested for Consultations by the United States)*, WT/DS542/11P/D38.

(71) TRIPS 协定第 3 条（国民待遇）规定：“在知识产权方面，……每一个成员给予其他成员的待遇不得低于给予本国国民的待遇。”

(72) TRIPS 协定第 28 条规定：“1. 一项专利应授予其权利人以下专有权利：（a）当有关专利是一件产品，防止第三方未经权利人同意进行制造、使用、兜售、销售或者为这些目的进口该产品；（b）当有关专利是一种生产方式，防止第三方未经权利人同意使用该方法的行为，并且防止使用、兜售、销售或者进口直接用该方法生产的产品。2. 专利权人应有权转让、继承专利权，并缔结许可合同。”

(73) 考虑到投资者的顾虑，中国在《入世议定书》第 7.3 条中承诺，对外商投资的批准不以一系列履行要求为前提，包括不以技术转让为前提。但是尽管存在这一承诺，美国此次并未主张其在多边贸易协定下的权利受到损害。因此，此次美国贸易谈判代表对中国技术转让政策措施的判断和认定也并不以 TRIPS 协定等 WTO 规则为法律依据。

条例》第 24 条相似。《合同法》第 354 条规定：“当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的安排。没有约定或者约定不明确，依照本法第 61 条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。”可见，在技术合同中没有明确规定，当事人事后也没有补充意见的情况下，《合同法》规定，改进技术由改进一方独享。这与《技术条例》第 27 条的规定是一致的。《技术条例》第 29 条第 3 项规定的上位法是《合同法》第 355 条，即“法律、行政法规对技术进出口合同或者专利、专利申请合同另有规定的，依照其规定”。虽然《技术条例》第 29 条第 3 项在《合同法》中没有对应的条款，但是它仍然符合《合同法》第 54 条的精神。⁽⁷⁴⁾《技术条例》中的“让与人”一般都是外国人，但是从《合同法》的规定来看，中国并没有在此问题上违反 TRIPS 协定的国民待遇要求。

美方的第二点指控存在一定的争议。《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第 43 条第 2 款第 4 项规定，“技术转让协议必须符合下列规定：……（四）技术转让协议期满后，技术输入方有权继续使用该项技术……”，问题出在该条款的序言部分，因为它将技术输入方在协议期满后继续使用转让技术作为“法定”权利，而不是当事人的合同约定。《合同法》第 350 条能否用来支撑《中外合资实施条例》第 43 条第 2 款第 4 项的规定⁽⁷⁵⁾，这需要争端解决机构来裁定，但是目前完全可以将其作为中国的抗辩理由。

反诉是指控美国对我们采取的制裁措施。2018 年 4 月 4 日，中国就美国的“301 调查”及随后对中国出口商品拟加征惩罚性关税一事，在世界贸易组织提出与美国磋商请求。中国认为，美国的行为违反了以下规定：（1）GATT 1994 第 1 条第 1 款，因为美国的措施不符合最惠国待遇的要求，即“立即”“无条件”给予中国产品与别国产品一样的关税待遇；（2）GATT 1994 第 2 条第 1 款（a）项和（b）项，因为美国的措施违背了其所作的关税承诺；（3）DSU 第 23 条，因为美国的措施是典型的单边行为。由于美国的上述行为，中国在多边贸易体制下的权益受到了损害。⁽⁷⁶⁾

时隔一天，即 2018 年 4 月 5 日，中国就美国根据“232 条款”采取的制裁措施再次要求与美国进行磋商。中国认为，美国对进口钢铁和铝征收惩罚性关税违反了以下 WTO 规则：（1）GATT 1994 第 19 条第 1（a）、2 款、《保障措施协定》第 2.1、2.2、4.1、4.2、5.1、7、11.1（a）、12.1、12.2、12.3 条的规定，因为美国的措施实际上构成保障措施，但是美国对相关产品进口的“不可预见性增长”（unforeseen development）、进口“如此之多”（in such increased quantities）、“在这样的条件下”（under such conditions）以及“对国内产业造成严重损害或损害威胁”（cause or threaten to cause serious injury to domestic producers）等关键因素没有作出合理、详细的解释。美国也没有

(74) 《合同法》第 54 条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：……（二）在订立合同时显失公平的……”

(75) 《合同法》第 350 条规定：“技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限，对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务。”

(76) *United States—Tariff Measures on Certain Goods from China (Requested for Consultation by China)*, WT/DS543/1G/L/1219.

遵守必要的程序规则，包括通知、磋商等，同时制裁措施的适用方式也不符合 WTO 规则的要求，包括遵守非歧视原则和限定在一定期限等。(2) GATT 1994 第 2 条第 1 (a)、(b) 款：因为美国对部分钢铁和铝征收的进口关税超出了美国的承诺，这其中包括中国的钢铁和铝。(3) GATT 1994 第 1 条第 1 款：因为美国有选择地向来自部分成员的钢铁和铝征收惩罚性关税，对别的成员进行豁免，而这些“好处、利益、优惠或豁免”都没有“立即的”(immediately)和“无条件地”(unconditionally)给予中国。上述做法还体现在税费的征收上。(4) 第 10 条第 3 (a) 款：因为美国没能确保与制裁措施相关的法律、法规、决定和裁定以统一的方式实施。⁽⁷⁷⁾

正如本文前面所分析的，依据 301 条款进行调查和依据调查结果采取制裁措施是性质完全不同的行为，前者属于国内法规范的范畴，后者则属于 WTO 规则规制的对象。因此，美国基于“301 调查”采取的制裁措施违背了中国在 DS543 案中列举的这些 WTO 规则。而在 DS544 案中，美国是以“国家安全”为名，行的是“保障措施”之实。正如中国常驻世界贸易组织代表张向晨 2018 年 4 月 8 日在日内瓦举行的世界贸易组织总理事会会议上所指出的，美国近期基于 232 条款采取的钢、铝关税措施并非基于“国家安全”考虑，而是针对其国内产业的保护行为，实质上是贸易保护措施。张向晨援引美国商务部调查报告和美国国防部数据说，美国钢铁进口量仅占其国内消费量的 16%，同时进口量中接近 70%来自获得美国暂时或永久豁免的成员。美国国防工业需要的钢铁仅占其国内消费量的 3%，美国国内钢铁产量是其国防工业需求的 28 倍。张向晨指出，美国在与其他成员就钢、铝关税进行的豁免谈判中寻求世界贸易规则禁止的“自愿出口限制”，这明显违反世界贸易组织规则，让全球贸易回到配额时代，显然是在开历史倒车。⁽⁷⁸⁾

五、结论

通过上述分析，我们不难发现，中美这场贸易纠纷是美国一手精心策划的。美国自关贸总协定成立时起，一直主导多边贸易体制的发展，深谙 GATT/WTO 规则的精义，其国内又有一套复杂的贸易规则体系。因此，从开始的行政制裁，到后来的对簿公堂，美国的做法都是一环紧扣一环，不仅在内容上相互关联，在行动配合上也是天衣无缝、滴水不漏。美国首先从技术贸易这个游离在多边贸易体制之外的领域入手，然后再辅之以适用范围超出多边贸易体制的 301 条款全面打压中国。从形式上看，美国似乎是在多边贸易体制内就事论事，但此事从一开始就注定 WTO 争端解决机制解决不了。美国这样做无非是向世人展示其遵守多边贸易体制的姿态。反观中国，我们在这场贸易纠纷中的表现就显得有点被动。在 DS543 案中，我们的指控基本上停留在美国所采取的制裁措施的程序性问题上，在磋商请求中并没有指出制裁措施的违法性所在。如前所述，

(77) *United States—Certain Measures on Steel and Aluminium Products (Requested for Consultation by China)*, WT/DS544/1G/L/1222/G/SG/D50/1.

(78) 中国驻世界贸易组织代表：美钢铝关税无关“国家安全”，<http://news.sina.com.cn/c/2018-05-09/doc-ihaiqy8629301.shtml>，最后访问时间：2018 年 5 月 9 日。

仅从程序上去质疑“301 调查”是很难说服 WTO 争端解决机构的，必须从相关制裁措施的违法性方面进行论证。DS544 案的指控理由能否成立，很大程度上取决于争端解决机构是否认定美国的做法实质上就是保障措施。事实上，美国此次援引 232 条款的目的就是想绕开 WTO 的保障措施，如果争端解决机构否定了美国的做法，等于是否定了 232 条款存在的必要性，或者对该条款的使用作出了界定，这无论从 WTO 争端解决机制的性质而言，还是从美国对待多边贸易体制的态度而论，都是一个非常不确定的结果，因为争端解决机构的否定裁决或许给美国增添了一个借口，以“国家安全”为名加速其脱离多边贸易体制。

A Critical Analysis on the Domestic Law Sources of Trade Protectionism of the United States

—With Comments on Article 232 and Article 301

HU Jiaxiang

Abstract: On March 23, 2018, President Trump of the United States announced that, based on the investigation conclusion under Article 301 of the Trade Act of 1974, his government would impose a massive round of tariffs on the imports from China and limit the mergers of Chinese and American enterprises. On March 8, Trump had already announced that, based on the investigation conclusion under Article 232 of the Expansion Act of 1962, the US government would impose 25% and 10% tariffs respectively on the steel and aluminium products imported from China and other countries. While the impact on the Chinese exports of steel and aluminium products needs further assessment, the investigation conclusion under Articles 301 will influence the exports of 1300 tariff items from China, which are worth 60 billion US dollars. Although both governments have visited each other frequently in order to avoid the trade war between the two countries, the US government often broke its promises. What are the domestic law sources behind the US actions? Whether are the US measures in conformity with the WTO rules? How can other countries react to the US measures? All these are the issues which deserve our serious consideration.

Keywords: Trade Protectionism; Domestic Law Sources; Article 232; Article 301

(责任编辑：石静霞)