

美国经贸单边主义:形式、动因与法律应对

孙南翔

内容提要:自特朗普执政以来,美国通过阻碍多边争端解决机制运转、以互惠待遇取代非歧视原则、强化国内法对国际法约束等单边主义行为,加速破坏以规则为导向的现行国际经贸体制。多边经贸协定文本与实践发展脱节、争端解决机制缺乏有效性、成员方对市场经济模式的理解缺乏共识,是美国经贸单边主义兴起的动因。美国经贸单边主义威胁多边机制正常运转,引发国际法治危机。为应对此种单边主义行为,世贸组织成员应有效发挥多数票决制度的功能,并强化多边规则对双边或区域协定的纪律约束。作为负责任大国,中国应坚持以完善公平竞争条件为基础发展市场经济,并以多边主义方法推动世贸组织改革。

关键词:经贸摩擦 单边主义 世贸组织 争端解决 市场经济

孙南翔,中国社会科学院国际法研究所助理研究员,最高人民法院“一带一路”司法研究基地研究人员。

2017年美国总统特朗普执政以来,国际经贸体制面临愈发严峻的挑战。与传统发展中国家和环境保护人士推动的反全球化活动不同,^[1]此次多边经贸体系危机系由发达国家主导。与其他国家通过多边方法推动世界贸易组织(以下简称“世贸组织”)改革不同,美国以单边主义行动破坏国际经贸体制的自我更新与完善,试图迫使多边经贸规则朝向其设想的方向改变。^[2]国际关系学者肯尼思·华尔兹(Kenneth N. Waltz)提出了通过国际体系、国家层面和国内因素来系统理解国际冲突与摩擦的方法。^[3]当前,尽管国内外

[1] 参见[英]安德鲁·朗著:《世界贸易法律和新自由主义:重塑全球经济秩序》,王缙凌等译,法律出版社2016年版,第60-80页。

[2] 但必须指出的是,美国对国际经贸体制的质疑并非一时兴起。早在奥巴马执政时期,美国即已开始探索以大型区域经贸协定方式取代多边经贸规则体系。

[3] 参见[美]肯尼思·N.华尔兹著:《人、国家与战争——一种理论分析》,倪世雄等译,上海译文出版社1991年版,第1-13页。

学者逐步从历史演进、国家权力变化等国家层面以及民粹主义盛行、经济发展不平衡等国内因素探讨美国实施单边贸易政策的原因,^[4]但仍鲜有从国际法律体系本身着眼,对美国破坏国际经贸体系的表现、原因等进行分析。正如习近平总书记所言:“法律的生命在于付诸实施,各国有责任维护国际法治权威,依法行使权利,善意履行义务。”^[5]鉴此,本文透过美国经贸单边主义兴起这一现象,探讨美国单边行动的实质,指出多边经贸机制失灵、中国市场经济模式特殊性等因素并不能成为美国阻碍多边机制运转的合法理由,在此基础上提出应对美国单边主义威胁、维护国际法治权威的法律对策。

一 美国经贸单边主义的兴起及其表现形式

尽管经济学家早已证明全球化会使人类生活更加美好,但事实上在发达国家和发展中国家都存在全球化的受害者。由于在全球化进程中普遍获益较少,发展中国家长期是反全球化活动的倡导者。^[6]然而,自美国总统特朗普就职后,美国白宫、国防部、贸易代表办公室先后发布多份文件,阐述“美国优先”以及美国利益至上的对外经贸关系理念。上述主张直指二战以来的全球自由贸易体制,强调将美国利益与美国价值观凌驾于国际经贸机制之上,以单边主义方法阻碍全球化进程。^[7]

追求国家利益最大化是美国历届政府外交政策的核心准则。实践中,美国一直以现实主义为其外交最高原则。^[8]从一定程度上说,美国遵守国际法的前提是国际规则符合其国家利益。^[9]例如,二战后美国支持关税与贸易总协定和世贸组织体系的核心理由在于,该规则有利于建立一个以美国大市场为中心的全球性贸易制度,进而消除英联邦国家内部优惠体系对美国企业的不良影响,促使世界市场实现全面开放。^[10]然而,随着新兴市场国家加入全球贸易产业链条,美国自由大市场的贸易优势逐渐被中国等国家所追赶乃至超越。^[11]现实的国家利益促使美国寻求对既有规则体系加以变革。

[4] 例如,参见王浩:《特朗普政府对华战略调整的双重逻辑及其互动》,《世界经济与政治》2018年第3期;王隽毅:《逆全球化? 特朗普的政策议程与全球治理的竞争性》,《外交评论》2018年第3期。

[5] 习近平:《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》,《人民日报》2017年1月20日第2版。

[6] 参见[美]约瑟夫·E. 斯蒂格利茨著:《让全球化造福全球》,雷达译,中国人民大学出版社2013年版,第6页。

[7] 虽然不同学者对美国做法有不同认识,但大多数学者均认同美国的行为具有单边主义特征。参见薛力:《是“全球化中的涡流”而非“逆全球化”》,《世界知识》2018年第23期;吴志成、吴宇:《逆全球化的演进及其应对》,《红旗文稿》2018年第3期;李丹:《“去全球化”:表现、原因与中国应对之策》,《中国人民大学学报》2017年第3期。鉴此,本文以“美国经贸单边主义”这一表述刻画近期美国扭曲乃至破坏国际经贸体制的行为。

[8] 例如,“美国第一”被解释为“有原则的现实主义战略”。参见 White House, A New National Security Strategy for a New Era, <https://www.whitehouse.gov/articles/new-national-security-strategy-new-era/>, 最近访问时间[2018-11-20]。

[9] John R. Bolton, Should We Take Global Governance Seriously?, 1 *Chicago Journal of International Law* 205, 221 (2000).

[10] Douglas A. Irwin et al, *The Genesis of the GATT*, New York: Cambridge University, 2008, pp. 13-17.

[11] 自入世以来,中国进出口总值占全球比重从4%增长到13%,其他新兴国家对外贸易量也有实质性增长。依托大市场优势,中国形成了门类齐全、独立完整的制造业产业链条。参见 World Trade Organization, Global Perspectives-Who are the Leading Players?, https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2018_e/wts2018chapter05_e.pdf, 最近访问时间[2018-11-20]。

从国际关系角度看,随着国家实力在国际格局中的变化,美国近年来日益显现出不愿或不能承担部分国际公共产品供给的趋势,其贸易霸权面临挑战,在多边经贸领域影响力下降。同时,由于全球化进程导致美国在国际社会维持领导地位的治理成本不断上升,特朗普政府明显无意承担对部分全球化和全球经济治理机制(如金融体系稳定、贸易自由化、气候问题)的领导责任。^[12] 在此背景下,美国表现出回归单边主义的意向。

当前,由于国家利益转变与贸易霸权式微,^[13] 美国选择从国际法律体系层面出发,挑战乃至破坏其亲手创建的多边经贸秩序。美国经贸单边主义行为大体表现在以下三个方面。

首先,在国际层面,阻碍世贸组织多边争端解决机制正常运转。争端解决机制被誉为世贸组织“皇冠上的明珠”,但由于美国的阻挠,世贸组织上诉机构成员已无法进行正常遴选,争端解决机制面临生存危机。由于近两年来美国在争端解决机构会议上多次阻挠根据《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称《争端解决谅解》)成立遴选委员会,填补上诉机构成员空缺,目前上诉机构仅余3名成员。这对《争端解决谅解》规定的90天上诉审理周期造成巨大挑战。不仅如此,印度籍成员巴提亚(Singh Bhatia)和美国籍成员托马斯·格雷厄姆(Thomas R. Graham)的任期将于2019年11月届满,若此前仍未能进行增补,上诉机构将被迫“停摆”,因为其组成不再符合《争端解决谅解》关于每个上诉案件由3名成员审理这一要求。不仅如此,美国还认为世贸组织争端解决机制无法解决中国市场经济模式问题,并主张这是世贸组织争端解决机制面临危机的原因之一。例如,有论者指出,由于众多成员在中国入世时并未预见到中国经济体制的发展,因此中国市场经济体制削弱了多边经贸体制的合法性。^[14] 也有西方学者直言,中国“举国公司”的经济模式扭曲了全球贸易,也摧毁了世贸组织。^[15] 总体上,美国认为,目前世贸组织规则并不能解决政府主导的市场经济制度缺陷,也无法纠正成员方追求重商主义的政策。因此,除非世贸组织规则朝向有利于美国利益的方向变革,否则美国将持续威胁、破坏、阻碍世贸组织多边争端解决机制正常运转。

其次,在双边层面,大力倡导以互惠待遇取代最惠国待遇。特朗普上台伊始即签发行政令,要求调查一系列“不公平”的经贸协定。^[16] 其中,《北美自由贸易协定》率先成为重新谈判对象。2018年10月,美国、墨西哥和加拿大达成《美墨加协定》,该协定被视为美国对外经贸关系新范本,旨在以双边层面的互惠关系取代多边层面的最惠国待遇。例如,《美墨加协定》投资章节第14.14条规定缔约方可以拒绝向由非缔约方个人拥有或控制

[12] 参见高程:《美国主导的全球化进程受挫与中国的战略机遇》,《国际观察》2018年第2期,第54页。

[13] 参见[加]阿米塔·阿查亚著:《美国世界秩序的终结》,袁正清等译,上海人民出版社2017年版,第6-8页。

[14] Gregory Shaffer & Henry Gao, China's Rise: How It Took on the U. S. at the WTO, 1 *University of Illinois Law Review* 115, 115 (2018).

[15] Mark Wu, The "China, Inc." Challenge to Global Trade Governance, 57 *Harvard Journal of International Law* 261, 261 (2016).

[16] The White House, Presidential Executive Order Addressing Trade Agreement Violations and Abuses, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-executive-order-addressing-trade-agreement-violations-abuses/>, 最近访问时间[2018-11-20]。

的投资及其投资者给予本章规定的利益。不仅如此,该协定还包括约束缔约方与所谓非市场经济国家缔结自由贸易协定的条款。^[17] 即使在区域层面上,美国也致力于推动待遇差异化的缔约模式。以文化行业贸易规则为例:在北美地区,美国和加拿大之间适用文化例外规则,美国和墨西哥之间则适用文化贸易自由化规则。^[18] 由此,美国正以互惠对待为基础的方法重新确定与不同缔约方之间的权利与义务安排。

进而言之,按照美国商务部长威尔伯·罗斯(Wilbur Ross)的说法,世贸组织体制最大的问题就在于最惠国待遇条款,其使得各国难以使用互惠的关税手段。^[19] 鉴此,美国试图通过其强大的经济实力,利用双边谈判的优势地位,强迫他国作出让步,避免陷入“一对多”的谈判困境。不仅如此,美国还要求外国政府和企业自愿减少对美出口。^[20] 然而,在贸易领域,从双边互惠关系发展为以最惠国待遇和国民待遇为基石的非歧视原则正是贸易自由化的一次制度飞跃。美国前总统富兰克林·罗斯福(Franklin Roosevelt)曾对外宣布,第二次世界大战的重要性在于结束了单边行动体系。^[21] 时至今日,美国却试图将多边的非歧视待遇削弱为差序化的互惠待遇,直接摧毁美国当年所推崇和建立的多边机制,这不能不说是一种讽刺。

最后,在国内层面,强化国内法对国际法的约束功能。在国内层面,美国主张世贸组织规则的解释与适用应受美国国内法的制约并受国内法院审查,以此限制条约义务在美国国内的效力。例如,美国贸易代表办公室明确指出,任何与美国法律不一致的世贸组织协定条款及其适用结果在美国国内均不具效力;换言之,即便WTO专家组或上诉机构作出对美国不利的裁决,也并不会自动导致美国法律或实践的改变。^[22] 美国学者还主张,国际法受到“美国人民”力量的约束。“美国人民”概念来自于美国宪法,意味着“宪法授权我们政府保护那些上帝赋予的权利及其相应的必要权力。所有的政治力量最终都代表人民,并向人民负责”。^[23] 通过赋予“美国人民”以最高地位,美国认为国内宪法是国际法权力的来源,^[24] 因此国际法应服从于美国国内法的核心规则。

实践中,美国常以国内法律代替多边经贸协定,惩罚从事“不公平”贸易的国家。近期,美国依据国内法继续认定中国不属于市场经济国家,进而以明显违反《中国人世议定

[17] 参见《美墨加协定》第 32.10 条。

[18] 参见《美墨加协定》第 32.6 条。

[19] Office of the Press Secretary, Press briefing by Secretary of Commerce Wilbur Ross on an Executive Order on Trade Agreement Violations and Abuses, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/04/28/press-briefing-secretary-commerce-wilbur-ross-executive-order-trade>, 最近访问时间[2018-11-20]。

[20] Jaemin Lee, Skepticism, Unilateralism or Ultimatumism?: Trump Administration's Trade Policy and the Korea-U. S. FTA, 12 *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 421, 443 (2017).

[21] American Presidency Project, Address to the Congress Reporting on the Yalta Conference on March 1 1945, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16591>, 最近访问时间[2018-11-20]。

[22] See USTR, 2017 Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2017/AnnualReport/AnnualReport2017.pdf>, p. 3, 最近访问时间[2018-12-25]。

[23] 参见布鲁斯·阿克曼著:《我们人民:宪法的变革》,孙文恺译,法律出版社 2009 年版,第 10-11 页。

[24] US Congressional Research Service, International Law and Agreements: Their Effect upon U. S. Law, https://www.gcn.noaa.gov/documents/gcil_cong_RL32528.pdf, 最近访问时间[2018-11-20]。

书》第 15 条的方式,在对华反倾销案件中继续使用替代国价格。^[25] 更有甚者,美国故意绕开多边机制,对中国实施 301 调查并单边采取惩罚性关税措施。欧盟曾将美国 301 规则起诉至世贸组织争端解决机构。当时,由于美国发布由国会批准且总统签字的行政声明,承诺以不违反世贸组织协定的方式适用 301 规则,而专家组认为该承诺能够减缓美国违反世贸组织协定的程度,因此没有直接认定 301 规则的违法性。但专家组也警告,若美国以任何方式违背上述承诺,则必须承担国家责任,301 规则也将被认定不再符合《争端解决谅解》第 23 条。^[26] 当前,美国恢复使用 301 调查并实施单边惩罚措施,无疑是在公然违反世贸组织协定及其国内行政承诺,使得具有贸易保护主义色彩的国内法凌驾于国际法之上,进一步破坏了世贸组织争端解决机制的权威性。

二 美国经贸单边主义兴起的动因

为迫使多边经贸规则朝向其设想的方向变革,美国持续使用单边主义政策阻碍国际经贸机制正常运行。从根本上说,美国认为当前以世贸组织为核心的多边经贸规则体系不符合其利益和价值观,具体表现如下。

(一) 多边经贸协定文本与实践发展脱节

在新的谈判议题上,多边经贸机制至今没有获得实质性进展。多哈回合是世贸组织成立以来的首轮谈判,启动于 2001 年 9·11 恐怖袭击事件以及全球经济不景气之时,承诺建立一个开放贸易和共同繁荣的世界市场。^[27] 但截至目前,除 2013 年通过了涉及海关等程序性规则的《贸易便利化协定》外,该轮谈判在实体规则升级方面近乎颗粒无收。一方面,发展中国家主要关注降低或削减农业贸易壁垒,比如减少发达国家不断增加的农产品补贴和农产品关税,^[28] 但由于少数国家依据协商一致原则多次阻碍谈判进程,多边谈判无法取得有效成果。另一方面,发达国家对多边体制热情不高的原因在于现有谈判无法满足其核心利益诉求。例如,多哈回合谈判排除了发达国家成员高度关注的新加坡议题等内容;在服务贸易、数字贸易等新议题上,各成员之间的分歧也相当严重。不仅如此,世贸组织对现有机制的改革也困难重重。在争端解决层面,美国认为,若缺乏争端解决机构的明确授权,上诉机构成员不应在任期结束后继续审理未完结的案件。世贸组织《上诉机构工作程序》第 15 号规则规定,若得到上诉机构集体批准并通知争端解决机构,

[25] USTR, Price Comparison Methodologies (DS516) U. S. Third Party Submission November 21 2017, <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/US.3d.Pty.Su.pdf>, 最近访问时间[2018-11-20]。

[26] United States-Sections 301 - 310 of the Trade Act of 1974, Panel Report, WT/DS152/R, 22 December 1999, pp. 350 - 351.

[27] Sungjoon Cho, The Demise of Development in the Doha Round Negotiations, 45 *Texas International Law Journal* 573, 577 (2010).

[28] 多哈回合谈判内容涉及农业、非农产品市场准入、服务贸易、贸易与发展、争端解决、知识产权、贸易与环境等议题。参见 World Trade Organization, Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, 14 November 2001。其中,发展中国家成员认为,减少发达国家成员对农业的补贴是多边体制取得成果的重要前提。参见 Fredrick M. Abbott, A New Dominant Trade Species Emerges: Is Bilateralism A Threat?, 10 *Journal of International Economic Law* 571, 581 - 582 (2007)。

那么离任上诉机构成员有权完成其在任期间的未竟工作。然而,美国认为该规则侵犯了争端解决机构决定上诉机构成员任命或续任的权利。^[29] 因此,美国对争端解决机构规则无法进行修改的现象表示不满。此外,美国对上诉机构成员的准自动续任程序等也多有诟病。

总体上,主要贸易大国尤其是美国与世贸组织其他成员之间的观点分歧与互不妥协,导致世贸组织协定及其争端解决机制的新方案难以出台。必须明确的是,美国虽然是某些新议题的提倡者,但也长期是另外一些新议题的异议者和反对者。实际上,美国一方面妨碍多边经贸规则的更新,另一方面又将多边经贸谈判的困境作为变革世贸组织体系的理由。例如,欧洲委员会曾提出关于对《争端解决谅解》第 21.5 条和第 22 条的适用顺序有权解释的提案,但由于美国坚决反对,世贸组织总理事会最终未能作出解释。^[30] 从某种程度上说,美国单边改变世贸组织体系的方法阻止了多边经贸机制的正常运转,也阻碍了多边经贸体系的自我修复。

(二)对世贸组织争端解决机制的质疑

《争端解决谅解》规定上诉机构只负责审理法律问题,但在实践中,大国之间的博弈导致上诉机构面对众多具有政治敏感性的争端。尽管上诉机构已取得一系列成果,但美国仍对世贸组织争端解决机制提出三个合法性关切:专家组和上诉机构的司法扩张、争端解决机构解释的能动主义,以及争端解决裁决对成员方规制权的不当限制。

1. 专家组和上诉机构的司法扩张

根据《争端解决谅解》第 5.2 条,上诉机构不能增加或减少成员方权利和义务的规定。美国据此指责上诉机构“创造”规则。^[31] 具体而言,美国认为:第一,上诉机构在争端解决报告中提及与申诉无关的事项。例如,在“阿根廷货物和服务案”中,上诉机构报告超过三分之二的內容属于对解决争议无意义的附带意见或咨询意见。^[32] 第二,上诉机构突破审理权限,认定事实问题。例如,在“美国丁香烟案”中,在处理不同香烟的不同待遇时,上诉机构处理了那些专家组并未提及的事实问题。第三,上诉机构对嗣后协定的认定违反成员方的缔约意图。美国不同意上诉机构对《2001 年多哈部长宣言》第 5.2 条构成嗣后协定的认定;根据美国法,该宣言只有经美国国会批准后,才能具有协定的效力。^[33]

在批评专家组和上诉机构司法扩张的同时,美国试图通过谈判解决此类关切,并提出若干修改《争端解决谅解》的方案。从根本上说,争端解决机制改革需要调动各成员谈判

[29] U. S. Mission to International Organizations in Geneva, Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body on 31 August 2017, <https://geneva.usmission.gov/2017/08/31/statements-by-the-united-states-at-the-august-31-2017-dsb-meeting/>, 最近访问时间[2018-11-20]。

[30] Tetyana Payosova, Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott, *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, Peterson Institute for International Economics, No. PB2018-5, p. 1.

[31] World Trade Organization, Minutes of the Meeting, WT/DSB/M/315, 27 June 2012, p. 16.

[32] U. S. Mission to International Organizations in Geneva, Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body on 29 October 2018, <https://geneva.usmission.gov/2018/10/30/statements-by-the-united-states-at-the-october-29-2018-dsb-meeting/>, 最近访问时间[2018-11-20]。

[33] 与此相反,笔者认为,嗣后协定是以解释为目的,而非取代或修改被解释的协定;在不违背成员共同意图的前提下,嗣后协定并非是修改意图,无需履行国内立法程序。

动力并寻求妥协,而美国却提出通过国内法约束专家组和上诉机构裁决缺陷的方法。因此,世贸组织其他成员并未采纳上述修正方案。截至目前,该问题仍未得到解决。

2. 争端解决机构条约解释的能动主义

世贸组织争端解决机构曾饱受文牍主义盛行这一批评。^[34]但近年来,上诉机构的司法能动主义倾向逐渐引发关注。例如,在“美国双反案”上诉机构报告发布后,三个曾参与制订世贸组织协定的专家公开谴责该报告作出的认定背离“公共机构”条约文本含义,混淆所涉条款的逻辑性和连贯性。^[35]

从根本上说,国际条约应当通过条约解释的方式而成为不断发展的活文件。^[36]实践中,上诉机构已将条约解释严格限定在《维也纳条约法公约》及其国际习惯法中,并未割裂世贸组织协定与国际公法的关联。例如,上述“美国双反案”的“公共机构”解释援引《国家责任条款草案》,并参考了担任该草案起草特别报告员的詹姆斯·克劳福德(James Crawford)的观点。^[37]而且,专家组和上诉机构无疑应当在条约解释框架内具有一定程度的裁量权。事实上,在“中国视听产品案”中,虽然“音像产品包括电子音像产品”这一解释方法遭到学界批评,^[38]但美国却是这种演化解释的拥趸。^[39]这也从侧面表明,美国并未坚持统一的条约解释立场,而是以其利益为出发点,选择性地认定上诉机构解释的合理性,从而有违“禁止反言”等一般法律原则。

3. 争端解决裁决损害成员方自主规制权

由于上诉机构对一国国内事务进行管辖,其不可避免地可能损害成员方国内规制的自主性。^[40]丹尼·罗德里克(Dani Rodrik)曾提议,贸易协定应给政府提供更大的“政策空间”,以追求国内政策目标。^[41]与此相似,美国的关切点集中在世贸组织裁决机构对美国国内法的认定上,认为争端解决机构不能决定美国国内法管辖的事项,更不应忽视成员方国内法律体系的核心宪法规则。以“美国双反案”为例,美国认为上诉机构用长达60页的篇幅分析美国国内法,严重危及成员方的规制自主权。^[42]但实际上,“美国双反案”上诉机构并未对美国国内法作出解释,而是将其作为事实问题进行讨论,以确认争议措施

[34] 参见张月姣著:《亲历世界贸易组织上诉机构》,社会科学文献出版社2017年版,第171页。

[35] Michael Cartland et al., Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement?, 46 *Journal of World Trade* 979, 1001 (2012).

[36] 参见孙南翔:《论“发展的条约解释”及其在世贸组织争端解决中的适用》,《环球法律评论》2015年第5期,第161页。

[37] Paul Blustein, *China Inc. In the WTO Dock: Tales from a System under Fire*, CIGI Papers No. 157, December 2017.

[38] Shin-yi Peng, Regulating New Services through Litigation? Electronic Commerce as a Case Study on the Evaluation of “Judicial Activism” in the WTO, 48 *Journal of World Trade* 1189, 1189–1222 (2014).

[39] China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Appellate Body Report, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009, p. 143.

[40] 参见[英]安德鲁·朗著:《世界贸易法律和新自由主义:重塑全球经济秩序》,王缙凌等译,法律出版社2016年版,第313页。

[41] Dani Rodrik, How to Save Globalization from Its Cheerleaders, 1 *Journal of International Trade and Dispute* 1, 1 (2007).

[42] U. S. Mission to International Organizations in Geneva, Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body on 23 May 2016, <https://geneva.usmission.gov/2016/05/24/statement-by-the-united-states-at-the-may-23-2016-dsb-meeting/>,最近访问时间[2018-11-20]。

是否落入《1994 年关税与贸易总协定》(GATT 1994)第 10.2 条的适用范围。^[43]

此外,美国还认为争端解决机构的裁决损害成员方规制权,理由是世贸组织案件越来越多地涉及国家安全、公共健康、公共道德、环境保护、人权和劳工权利等领域。“贸易+”问题的频繁出现使得争端解决机构必须面对众多新问题。本质上,在现有世贸组织框架下,世贸组织成员特别是贸易大国应当通过善意谈判和磋商达成解决贸易新议题的方法。但实践中,正是美国的单边做法导致专家组和上诉机构不得不讨论和处理敏感争议与新问题。例如,美国近期泛化国家安全概念,声称进口钢铁和铝产品危害本国国家安全,并对众多世贸组织成员征收高额关税,在世贸组织框架内引发多起争端。就此而言,美国经贸单边主义行为不仅没有解决争端解决机构过度规制问题,还给世贸组织争端解决带来了新难题。

(三)对于市场经济模式的理解缺乏共识

美国认为世贸组织体系无法解决中国等新兴国家的市场经济模式问题,进而认定特定国家市场经济模式的存在是世贸组织体系失灵的重要原因。该主张主要围绕国家产业政策、国有企业和特有文化贸易制度等方面展开。

1. 国家产业政策

近年来,美国多次指控中国市场经济模式违反世贸组织协定。例如,在“美国反补贴税执行案”中,美国商务部宣称,中国“维持和支持社会主义市场经济”可构成国有企业行使政府功能的证据。然而,该案专家组拒绝一刀切地认定中国经济制度与世贸组织协定的相符性问题,而是认为中国经济模式的合规性应逐案分析,笼统认定中国经济存在国家干预是错误的。^[44]

在此背景下,美国频繁指责中国的国家产业政策,试图以产业政策的存在表明中国政府对市场的全面干预。在“中国原材料案”和“中国稀土案”中,美国认为,中国政府对关键矿产行业上游原材料提供者进行协调,进而最大化国内下游企业的利益,该做法扭曲了市场竞争秩序。但实际上,不仅是中国,其他东亚国家也存在通过国家主导的行业协会等机构实现协同的产业行为。^[45]理论上,世贸组织协定及其争端解决机构不能对宏观的国家产业政策进行干预。争端解决机构反复强调,根据《争端解决谅解》规定,其核心功能在于确定争议措施是否符合世贸组织协定。因此,只有当国家的协同政策或产业政策产生限制贸易活动的结果,专家组和上诉机构才能认定此类政策违反 GATT 1994 或《中国入世议定书》。^[46]由于个案认定方法费时费力,美国认为世贸组织协定及其争端解决机制无法解决中国上下游企业的协调合作问题,也无法精准解决以政府为主导的产业政策和补贴行为,因此对于中国经济模式问题无解。

[43] 参见张月姣著:《亲历世界贸易组织上诉机构》,社会科学文献出版社 2017 年版,第 262 - 266 页。

[44] United States-Countervailing Duty Measures on Certain Products From China, Recourse to Article 21.5 of the DSU By China, Panel Report, WT/DS437/RW, 21 March 2018, p. 23.

[45] 普遍做法是通过国家的判断而将有限的资源集中使用,以提高整个国家的产业竞争力。参见[日]山口重克主编:《市场经济:历史·思想·现在》,张季风等译,社会科学文献出版社 2007 年版,第 232 页。

[46] Mark Wu, The “China, Inc.” Challenge to Global Trade Governance, 57 *Harvard Journal of International Law* 261, 296 - 297 (2016).

2. 政府与企业的关系

美国认为中国以政府为主导的市场经济模式影响了全球市场秩序。本质上,这涉及中国政府与企业特别是国有企业的关系问题。在“美国双反案”中,美国指出,由于中国的土地系国有,因此中国地方政府给予企业的土地使用权均满足“财政资助”的认定要求。但该案专家组否认了美国的主张,指出仅凭政府对经济的控制这一因素不足以认定市场扭曲,还应具体审查其他相关因素。^[47]

进而言之,在针对不同产品的反补贴调查中,美国商务部认定,根据政府拥有国有企业多数股权的事实,中国国有企业和国有商业银行构成公共机构。^[48] 在美国看来,国家持有多数股权是将一企业认定为公共机构的有效标准,因为国家能够借此影响企业董事的决策,进而对企业管理者施加影响。但中国指出,中国的商业银行以独立标准判断是否向申请人提供贷款,并决定利率水平和贷款年限。本案上诉机构因此拒绝了基于所有权控制来认定国有企业行使公共机构职能的观点。具言之,上诉机构否认了美国主张的“政府股权控制论”,而采纳了“政府职能论”,亦即在市场经济中,政府拥有或控制企业的做法本身并不违反世贸组织协定,但若授权企业履行政府职能,则极有可能影响市场经济所要求的公平竞争。上述立场在“美国碳钢(印度)案”上诉机构报告中得到重申。^[49]

然而,美国持续反对世贸组织上诉机构的此类认定,并在后续案件中继续以“政府股权控制论”观点进行申诉,坚持认为政府对企业的拥有或控制本身就已足以证明企业构成公共机构。^[50] 不仅如此,美国还试图在世贸组织框架之外,以所谓“国营企业”取代公共机构来作为补贴主体。^[51]

3. 特有文化制度

世贸组织争端解决实践表明,专家组和上诉机构尊重成员方的特有文化制度。本质上,国家规制反映国家的文化偏好,并且回应国内需要;尽管国家规制可能对贸易产生一定负面影响,但该措施应得到尊重。^[52] 然而,美国长期质疑中国对文化制度和文化产品的保护机制,并认为世贸组织争端解决机制无法解决其关切。

在“中国视听产品案”中,美国认为中国没有保护未经授权或分销作品的知识产权,该行为违反了《与贸易有关的知识产权协定》第9.1条、第41.1条以及《伯尔尼公约》第5.1条。^[53] 相反,中国主张《伯尔尼公约》第17条能够推演出审查的合法性。最终,专家

[47] United States-Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Panel Report, WT/DS379/R, 22 October 2010, p. 280.

[48] United States-Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Appellate Body Report, WT/DS379/AB/R, 11 March 2011, p. 107.

[49] United States-Carbon Steel (India), Appellate Body Report, WT/DS436/AB/R, 8 December 2014, p. 121.

[50] 参见陈卫东:《中美围绕国有企业的补贴提供者身份之争:以WTO相关案例为重点》,《当代法学》2017年第3期,第21页。

[51] 参见廖凡:《政府补贴的法律规制:国际规则与中国应对》,《政治与法律》2017年第12期,第5页。

[52] Michael Ming Du, Domestic Regulatory Autonomy under the TBT Agreement: From Non-discrimination to Harmonization, 6 *Chinese Journal of International Law* 269, 274 (2007).

[53] China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Panel Report, WT/DS363/R, 12 August 2009, p. 2.

组认可了政府对内容进行审查的权利,同时也认定中国审查内容的权利不应削弱保护禁止性内容知识产权的义务。^[54] 换言之,该案专家组间接认可了中国对国内版权内容进行审查的权利。^[55]

由此,美国认为世贸组织争端解决机制无法全面解决其对中国内容审查的关切,中国在互联网上的内容审查、信息过滤等机制已阻碍美国文化行业与产品的贸易活动,并违背世贸组织协定。但该观点难以得到争端解决机构的认可。因此,美国认为在解决文化制度所造成的贸易扭曲问题上,世贸组织争端解决机制无法实现其目的。

三 美国经贸单边主义的应对策略

马克思主义经典作家早已指出:“如果事物的表现形式和事物的本质会直接合而为一,一切科学就都成为多余的了。”^[56] 透过现象看本质,虽然美国极力主张其行为目的在于实现“公平”的全球贸易规则,甚至有学者将美国单边经贸主义行为视为美国“再全球化”的积极举措,^[57]但这种认识既不客观亦不准确。在宏观层面,对美国而言,自由贸易政策和贸易保护政策都是其维护国家利益的工具。此次美国经贸单边主义行为无疑再次印证了“世界市场发展历程中,每当资本主义国家需要扩张时,都会主张自由贸易政策;而每当危机过后国内市场需要保护时,则会主张保护贸易政策”的不变规律。^[58] 在微观层面,美国持续阻碍世贸组织上诉机构成员的遴选。虽然变革世贸组织体系是美国再次实现国家利益最大化的手段,但美国的单边主义做法已经严重危及多边经贸机制正常运转,甚至可以说引发了国际法治危机。为此,有必要从法律层面探索应对策略。

(一) 推动从协商一致迈向多数票决的决策机制

长期以来,世贸组织成员难以对相关协定文本进行修订和更新,反映了多边决策机制的失灵。例如,《服务贸易总协定》在缔约时明确规定了实现渐进式自由化的时间表,^[59]但时至今日,各成员仍未就服务贸易的进一步自由化达成一致意见。从某种程度上说,世贸组织成员已经违反了协定义务。世贸组织陷入困境的根本原因之一在于固守协商一致的决策机制,导致国际经贸领域新方案无法产生,同时也变相为美国阻碍争端解决机制改革提供了法律手段。

[54] China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Panel Report, WT/DS363/R, 12 August 2009, pp. 150 - 152.

[55] China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Panel Report, WT/DS363/R, 12 August 2009, pp. 290 - 291.

[56] 《马克思恩格斯文选》(第七卷),中共中央马克思恩格斯列斯大林著作编译局译,人民出版社 2009 年版,第 925 页。

[57] 参见闫坤、张鹏:《美国“再全球化”战略和中国的供给侧改革》,《税务研究》2016 年第 6 期,第 3-4 页。

[58] 参见杨圣明、王茜:《马克思世界市场理论及其现实意义——兼论“逆全球化”思潮的谬误》,《经济研究》2018 年第 6 期,第 62 页。

[59] 例如,《服务贸易总协定》第 19 条规定,各成员应在世贸组织协定生效后 5 年内开始并定期进行连续回合的谈判,以逐步实现更高的自由化水平。但迄今为止,世贸组织成员方仍未达成服务贸易领域更高自由化的谈判成果。

更重要的是,专家组和上诉机构存在司法扩张现象的重要原因在于世贸组织协定存在诸多“建设性模糊”条款。谈判者在缔约时接受并认同模糊条款,认为在此类条款经进一步磋商而被具体化之前,适度模糊是必要的。^[60]然而,自世贸组织成立以来,尽管国际贸易的客观情势已经发生巨大变化,但专家组和上诉机构仍然面对众多长期未作修改和补充的世贸组织规则。^[61]存在模糊条款且长期未予更新的多边经贸协定,对争端解决机构的裁决造成了掣肘:争端解决机构要么作出滞后于实践的裁决,要么面临司法能动主义的批评。

鉴此,中国应推动世贸组织采取新的理念和方式,寻求最大程度的共识。《建立世贸组织的马拉喀什协定》第9条规定,在成员无法经协商一致作出决定时,争论中的事项应该通过投票决定。针对不同事项,世贸组织规定了不同的多数票决制度。^[62]因此,一方面,为解决部分成员对世贸组织争端解决机制的批评,成员方应首先承认世贸组织专家组和上诉机构在其管辖范围内享有认定事实和法律的权力;另一方面,世贸组织成员可通过多数票决制度约束专家组和上诉机构的裁决权力。例如,若成员不认同专家组和上诉机构的认定,那么可通过将模糊条款或有争议的裁决提交世贸组织相关委员会,以多数票决的方式启动有权解释以解决分歧。同时,世贸组织成员可通过部长级会议或总理事会决定对上诉机构设置额外程序,由上诉机构向争端解决机构提交法律不确定事项的咨询请求,供世贸组织成员进行讨论;在无法实现协商一致的情况下,由部长级会议或总理事会决定启动多数票决作出决策。

总体而言,笔者认为,世贸组织应抛弃绝对民主的理念,转而寻求凝聚最大多数共识的民主集中制度。换言之,应以协商一致原则为基础,但若协商一致无法实现,各成员应通过多数票决方式解决争议事项,以此实现公平与效率的有机统一。

(二) 加强世贸组织对双边或区域协定的纪律约束

发展区域和双边经贸协定是美国推行互惠待遇的重要措施。实际上,区域和双边经贸协定既可能是全球贸易自由化的“垫脚石”,也可能成为“绊脚石”。经济学家贾格迪什·巴格沃蒂(Jagdish Bhagwati)认为,区域贸易协定不应成为自由贸易的阻碍。^[63]20世纪50年代,多边经贸安排允许欧洲煤钢共同体等区域安排的原因在于,缔约者认为区域内实行更加开放的贸易政策将为全球贸易自由化提供经验。从根本上说,区域自由贸易安排不能降低区域外成员产品进入自由贸易区的关税等待遇。^[64]世贸组织协定允许区

[60] Tetyana Payosova, Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott, *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, Peterson Institute for International Economics, No. PB2018-5, p. 8.

[61] Ilaria Espa, Philip I. Levy, The Analogue Method Comes Unfastened-The Awkward Space between Market and Non-Market Economies in EC-Fasteners (Article 21.5), 17 *World Trade Review* 313, 333 (2018).

[62] 《建立世贸组织的马拉喀什协定》第9条规定,一般的部长级会议和总理事会决定应以所投票数的简单多数作出;若部长级会议或总理事会对世贸组织协定作出有权解释,则需要由成员的四分之三多数作出;在特殊情况下,部长级会议对世贸组织协定要求成员承担义务的豁免,亦需由成员的四分之三多数作出。

[63] Jagdish Bhagwati, *Termites in the Trading System: How Preferential Agreements Undermine Free Trade*, New York: Oxford University Press, 2008, pp. 1-14.

[64] Peru-Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, Appellate Body Report, WT/DS457/AB/R, 20 July 2015, p. 44.

域贸易自由化和便利化的宗旨是加强而非瓦解以世贸组织为基础的多边经贸体系。^[65]“土耳其纺织品案”上诉机构指出,GATT 1994 第 24.4 条规定,关税同盟或自由贸易区的目的在于便利缔约方之间的贸易,而非对第三国设置贸易壁垒。^[66]“秘鲁与危地马拉案”上诉机构进一步强调区域贸易协定不能制造贸易障碍。^[67]

因此,世贸组织协定事实上设定了自由贸易协定开放程度的最低要求。^[68]就此而言,对于区域或双边经贸协定中的不公正的经贸规则,各成员应通过世贸组织强化纪律约束。一方面,如果世贸组织成员通过缔结区域协定达成对抗特定国家或企业的规则,那么该规则应当受到 GATT 1994 第 24 条的严格审查和约束,因为其极可能在世贸组织规则之上为全球自由贸易设置新壁垒。另一方面,若现有的双边或区域协定以阻止某些国家参与全球贸易为目标,则其明显违背世贸组织自由贸易的宗旨。《建立世贸组织的马拉喀什协定》序言要求建立一个完整、可行和持久的多边贸易机制。基于此,多边经贸协定应确保双边和区域协定发挥升级世贸组织规则的功能,而不是产生弱化世贸组织的效果。因此,妨碍特定国家市场经济模式发展以及限制国有企业正当贸易权的规则,本身就损及多边经贸规则的权威性,更有碍全球自由贸易的深化发展,明显违背世贸组织建立整体性全球贸易体系的要求。故此,中国应要求世贸组织加强对双边或区域协定的纪律约束。

(三)以公平竞争条件为基础解决市场经济模式关切

由于中国与美国市场经济模式的差异性,因此,中美两国经贸纠纷在世贸组织框架下的解决极具挑战性,诸多案件不仅涉及对规则的解释差异,更涉及对制度的认识差异。当前,美国批评中国整个经济制度,甚至将中国政府、国有企业、国家实验室、技术专家等均视为资金、信息、技术的内部关联体,并指出中国的市场主体均受到政府干预。^[69]但事实上,美国的上述批评缺乏合法性与合理性。追本溯源,在中国复关时和入世前,中国社会主义市场经济模式已经得到当时谈判各方的理解与认同。^[70]毫无疑问,中国市场经济模式与世贸组织规则具有相容性。美国的上述主张逾越了世贸组织协定的管辖范围,本质上是对中国文化的否定,甚至可谓对整个亚洲文化体系的否定。^[71]政府和企业之间或融洽或疏远的关系本身由国家文化、历史发展和客观实践所决定。^[72]中国具有维护其政治体制和文化传统的权利。中国的规制措施本身反映了作为集体的国家观念与文化偏好,

[65] 参见张月姣著:《亲历世界贸易组织上诉机构》,社会科学文献出版社 2017 年版,第 298 页。

[66] Turkey-Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, Appellate Body Report, WT/DS34/AB/R, 19 November 1999, p. 15.

[67] Peru-Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, Appellate Body Report, WT/DS457/AB/R, 20 July 2015, p. 45.

[68] Thomas Cottier, The Common Law of International Trade and the Future of the World Trade Organization, 18 *Journal of International Economic Law* 3, 3-20 (2015).

[69] USTR, 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 22 March 1974, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/march/section-301-report-chinas-acts>, 最近访问时间[2018-11-20]。

[70] 参见石广生编:《中国加入世界贸易组织谈判历程》,人民出版社 2011 年版,第 5-6 页。

[71] 参见[美]塞缪尔·亨廷顿著:《文明的冲突》,周琪等译,新华出版社 2017 年版,第 188-189 页。

[72] 参见章永乐:《从“英德之争”到“美中之争”》,《中央社会主义学院学报》2018 年第 5 期,第 50 页。

世贸组织协定不能强制成员方更改其偏好,美国也不应强制中国改变符合世贸组织要求的市场经济模式。

当然,世贸组织协定的核心在于维护全球自由贸易秩序,形成一套符合市场经济发展的规则。根据世贸组织协定,成员方政府以及行使政府职能的国有企业均不应以违背市场竞争的方式扭曲商业环境。世贸组织上诉机构反复强调,政府不应以影响竞争条件的方式扭曲市场。^[73]毫无疑问,竞争条件合作可以成为解决中美市场经济模式关切的突破点。在《中国加入工作组报告书》中,中国明确承诺将保证所有国有和国家投资企业仅依据商业考虑进行购买和销售,并保证政府将不直接或间接地影响国有企业或国家投资企业的商业决定。^[74]因此,为解决美国对中国提出的产业政策、政企不分等关切,中国市场经济模式的发展应坚定不移地以维持和完善市场经济公平竞争条件。在中国未来的经济制度改革中,市场取向是核心,建立更自由的企业制度和竞争性的市场体系是改革成功的关键。^[75]这也应成为解决中美经贸摩擦的根本准则。

(四) 以实现权力再平衡为目标推动争端解决机制改革

世贸组织争端解决机制正面临体系性危机。在一定程度上,美国所批评的世贸组织争端解决机构的自我扩权倾向以及限制成员规制自主权等问题本身是客观存在的现象。例如,在“中国原材料案”和“中国稀土案”中,世贸组织专家组虽然承认国家主权及国家规制权,但仍通过严格的文本主义拒绝了“中国环境保护措施合法化”的主张,^[76]这无疑限制了成员方对环境保护的规制权限。概言之,世贸组织争端解决机制远非完美无瑕,除上诉机构规则外,其他方面的规则改革也已需要成员方尽快达成基本共识并提上谈判日程。

正如《争端解决谅解》所言,世贸组织争端解决机构的职能是公正、快速、准确地解决争端。为确保争端解决机制的公正性,改革的重点应在于重新实现争端解决机制与主权国家之间的权力平衡。实践中,可以考虑制定专家组和上诉机构成员行为准则来约束裁判者的不当扩权行为,或者建立成员方对争端解决报告的评论机制来维护成员方合法规制权。进而言之,可以探索由争端解决机构对专家组和上诉机构报告进行测评并公布结果或者引入独立第三方对争端解决机制进行评估等方法,推动争端解决机制良性运转。

四 结 语

当前,美国在国际经贸体制中的单边主义行为对全球自由贸易构成严重威胁,不仅妨碍世贸组织体系正常运转,还试图以互惠待遇弱化世贸组织非歧视原则。大体而言,多边经贸协定文本与实践发展脱节、争端解决机制低效以及主要成员方对于市场经济模式的理解缺乏共识,是美国实施单边主义政策的动因。但需要明确的是,中国的市场经济模式

[73] Korea-Variou Measures on Beef, Appellate Body Report, WT/DS169/AB/R, 11 December 2000, p. 43.

[74] World Trade Organization, Report of the Working Party on the Accession of China, WT/ACC/CHN/49, 1 October 2001, p. 6.

[75] 参见吴敬琏著:《当代中国经济改革教程》,上海远东出版社2010年版,第409-410页。

[76] China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, Panel Report, WT/DS394/R, 5 July 2011, p. 88.

不能成为美国采取单边主义行动的正当理由。在笔者看来,与其说美国与中国在国际经贸领域爆发价值观之争,毋宁说是守成大国与崛起大国之间的利益之争。本质上,作为国际经贸交换的表现形式,国际贸易是由具体的国际生产所决定的。^[77] 经济全球化是社会生产力发展的客观要求和科技进步的必然结果,美国无法阻挡国际贸易向前发展的趋势,也无法遏制中国的崛起。伴随国际经济地位不断提升,中国必将更加积极地参与全球治理,并代表新兴经济体和广大发展中国家争取更大的话语权。正如有论者指出的,相互依赖的世界需要更多的国际机制。^[78] 构建人类命运共同体、推进“一带一路”建设、创建亚洲基础设施投资银行,这些“中国方案”都是旨在有效补充现有多边机制,促进世界各国共同发展。为应对美国经贸单边主义挑战,中国应继续高举国际法治旗帜,与所有支持自由贸易的国家一起,坚定捍卫以世贸组织为核心的多边经贸体制。

[本文为作者主持的 2018 年度国家社会科学基金青年项目“国际裁决的合宪性问题研究”(18CFX015)的研究成果。]

[**Abstract**] After Donald Trump became the U. S. President, the U. S. has not only hindered the operation of multilateral dispute settlement mechanism, but also advocated the replacement of non-discriminatory treatment doctrine with reciprocal treatment, and continued to strengthen the restraint of international law by domestic law. These unilateral economic measures have undermined the rule-oriented international economic order. The conflict between WTO agreement and current trade practices, the ineffectiveness of the dispute settlement mechanism, and the lack of consensus on the “market economy mode” are the reasons why the U. S. blocks WTO. In practice, the US economic unilateralism is threatening the functioning of multilateral mechanism and triggering an international rule of law crisis. To meet the challenges posed by the U. S., the international community should give full play to the majority voting system in the WTO decision-making procedure, and strengthen the disciplinary constraints on bilateral or regional trade agreements. As a responsible big power, China should improve its market economy on the basis of fair competitive conditions and actively promote WTO reform by adhering to multilateralism.

(责任编辑:廖 凡)

[77] 参见李滨:《马克思主义的国际政治经济学研究逻辑》,《世界经济与政治》2015 年第 7 期,第 11 页。

[78] 参见[美]罗伯特·基欧汉、约瑟夫·奈著:《权力与相互依赖》,门洪华译,北京大学出版社 2012 年版,第 324-325 页。