

《美墨加协定》专题

# 《美墨加协定》对非市场经济国的约束及其合法性研判<sup>\*</sup>

孙南翔

**内容提要：**作为美国特朗普政府的重要经贸外交成果，《美墨加协定》被称为是美国21世纪贸易协定的新范本。《美墨加协定》延续了美国对贸易对象国进行区别对待的传统，对非市场经济国投资者和国有企业的贸易投资行为进行严格限制，甚至开始在区域层面推广针对非市场经济国的“毒丸”条款，这严重损害了二战以来多边贸易体系中的非歧视待遇原则。《美墨加协定》非市场经济国的特殊规则违反了条约不对第三国施加义务、区域贸易协定应更自由化以及善意原则、禁反言等国际法规范。基于此，应从国际法角度认识并解决《美墨加协定》对非市场经济国的不当约束。作为利益相关方，中国一方面应积极回应所谓“非市场经济国”的指责，另一方面以维持和完善公平竞争秩序的方法推进国内市场经济改革，并以法治的理念深化中国和美洲国家的经贸关系，坚定不移地捍卫全球化。

**关键词：**《美墨加协定》 非市场经济国 国有企业 国际法 国际法治 “毒丸”条款

**作者简介：**孙南翔，法学博士，中国社会科学院国际法研究所助理研究员。

**中图分类号：**F744 **文献标识码：**A

**文章编号：**1002-6649 (2019) 01-0060-18

---

\* 本文为国家社科基金青年项目“国际裁决的合宪性问题研究”（编号：18CFX015）的阶段性研究成果。

## 引言

2017年,世界政治经济的“黑天鹅”事件不断出现。随着英国脱欧进程启动、美国特朗普总统上台,多边经贸体系面临严峻的挑战。特朗普总统上台伊始,就签发行政令要求审查所有的经贸协定,并要求调查一系列不公平的经贸协定。<sup>①</sup>其中,《北美自由贸易协定》(NAFTA)率先成为重新谈判的对象。2017年8月NAFTA重谈进程正式开启。2018年9月30日,美国、加拿大和墨西哥历时13个月的自由贸易协定谈判落下帷幕。三国一致同意将其重新命名为《美墨加协定》(USMCA),并于2018年11月30日共同签署新贸易协定。从某种程度上,USMCA是NAFTA的升级版,保留了原协议的主要框架。虽然USMCA仍需要经过三国国会的批准,然而该协定产生的广泛影响已经不容小觑。特别是,除了对传统议题规则进行补充和调整外,USMCA还规定了限制非市场经济体及其贸易与投资者权利的特殊规则。

对非市场经济体实施特殊规则并非是新议题。在既有文献中,国内外学者主要围绕非市场经济体认定、WTO协定下的非市场经济地位、中国市场经济制度等问题而展开。在对非市场经济体的认定上,西方学者和中国学者产生了一定的分歧。例如,有学者认为中国不是市场经济国家<sup>②</sup>,但也有诸多学者研究认为,中国经济已经基本成为市场经济。<sup>③</sup>在WTO协定下,对非市场经济地位的认识也有差异。有观点认为,反倾销中的替代方法在中国“入世”15年后仍能够适用,除非中国政府能够根据缔约国国内法,证明整个中国经济体具备市场经济条件。<sup>④</sup>然而,中国学者则主张中国非市场经济地位与替代方法问题并不相关,WTO成员在期限届满后,不能获得反倾销中适用替代方

<sup>①</sup> 参见 The White House, “Presidential Executive Order Addressing Trade Agreement Violations and Abuses”. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/>. [2018-12-20]

<sup>②</sup> Barbara Barone, “One Year to Go: The Debate over China’s Market Economy Status (MES) Heats Up”. <https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/one-year-to-go.pdf>. [2018-12-20]

<sup>③</sup> 参见裴长洪:《法治经济:习近平社会主义市场经济理论新亮点》,载《经济学动态》,2015年第1期,第4-7页。

<sup>④</sup> Ritwik Bhattacharya, “Three Viewpoints on China’s Non-Market Economy Status”, in *Trade, Law and Development*, Vol.9, No.2, 2017, pp.188-196; James J. Nedumpara and Archana Subramanian, “China’s Long March to Market Economy Status: A Study of China’s Protocol of Accession and Member Practices”, in James J. Nedumpara and Weihuan Zhou (eds.), *Non-Market Economies in the Global Trading System: The Special Case of China*, Singapore: Springer, 2018, pp.13-64.

法的合法性。<sup>①</sup> 还有观点指出,在中国入世15年后,中国应该获得与其他成员一致的法律适用地位,不应该再被特殊化。<sup>②</sup> 然而,遗憾的是,上述研究成果主要集中在WTO协定下,而鲜少从双边或区域贸易实践出发分析非市场经济体的特殊规则。

实际上,长期以来,美国不仅在多边层面要求对新加入成员实施区别对待,而且在国内法和双边谈判层面,主张构建限制非市场经济国的特殊规则体系。例如,在国内法层面,1951年《美国贸易协定延长法》、1974年《美国杰克逊—瓦尼克修正案》均有限制给予苏联等非市场经济国家最惠国待遇条款。<sup>③</sup> 在双边层面,美国曾通过对华最惠国待遇年审制度,对中国人权、知识产权保护、复关和入世等问题施加谈判压力。<sup>④</sup> 毫无疑问,通过在国内法、双边和多边层面对贸易对象国进行差别化对待,美国获得了谈判和磋商的有利地位,甚至对其他国家的社会文化制度、政治制度、经济制度进行干预。

近期,美国通过USMCA试图重塑关于非市场经济国的新规则体系,这无疑具有更大的破坏性。一方面,由于美国对贸易对象国区别对待的做法与WTO最惠国待遇原则的相符性问题长期受到质疑<sup>⑤</sup>,因此,美国开始试图绕开多边经贸机制,进而寻求在双边或区域贸易协定层面形成事实性的约束非市场经济国的规则体系;另一方面,美国逐步探索以经济联盟的共同标准对抗其他所谓的非市场经济国家。从此层面上,我们不应排除美国在与其他国家签订经贸协定时继续附加此类条款。<sup>⑥</sup> 因此,对USMCA非市场经济国约束规则的系统梳理与研究具有必要性和现实意义。鉴于此,本文拟从USMCA对非市场经济国特殊规则分析为出发点,重点阐述USMCA非市场经济国规则的危害及其违法性,以此为基础,提出应对USMCA特殊规则的建议和策略。

---

① 参见左海聪、林思思:《2016年后反倾销领域中国(非)市场经济地位问题》,载《法学研究》,2017年第1期,第157-174页。

② 参见彭德雷:《2016年后的“非市场经济地位”——争论、探究与预判》,载《国际贸易问题》,2015年第6期,第166页。

③ Section 402 of the United States Trade Act of 1974.

④ 参见金卫星:《中美经贸关系的历史轨迹(1979—2016年)》,载《美国研究》,2018年第4期,第38-39页。

⑤ Julia Ya Qin, “‘WTO-Plus’ Obligations and Their Implications for the WTO Legal System: An Appraisal of the China Accession Protocol”, in *Journal of World Trade*, Vol. 3, No. 3, 2003, p. 484.

⑥ 参见熊洁、万容:《从北美自由贸易协定到美墨加三国协定》,载《学习时报》2018年10月29日第2版。

## 一 《美墨加协定》对非市场经济国的特殊规则

区域贸易协定的发展建立在国际法理论和实践的基础之上。近年来，美国持续在多边贸易机制之外，推动制定对非市场经济国的特殊规则。2018年10月公布的USMCA更是在投资、国有企业、例外等章节直接规定了对非市场经济国的特殊规则。

### （一）在投资者争端解决中对合格投资者的认定

在USMCA谈判中，由于加拿大同意废除投资者与东道国的争端解决机制，最终美国和加拿大之间并未签署关于投资争端解决的条款。由此，USMCA框架下存在差异化的投资争端解决规则：美国和加拿大将通过国内救济解决投资争端；美国和墨西哥可通过国际投资争端解决中心（ICSID）解决投资争端；加拿大和墨西哥则通过其他经贸安排确定争端解决方法。<sup>①</sup>

在美国和墨西哥投资争端解决规则中，在申请人定义中明确指出：本申请人是能够提起适格争端解决的个人，但是排除那些被其他缔约方认为构成非市场经济体的（非本缔约方）个人所拥有或控制的投资者。<sup>②</sup>换言之，非市场经济体个人所有或控制的投资者将不能依托本协定提起针对东道国的ICSID争端解决程序，即使该个人通过在东道国新设企业的方式进行投资。具体而言，若某国被美国认为构成非市场经济体，那么该国投资者赴墨西哥创办子公司，并由该子公司对美国进行投资，该子公司在美国所产生的投资争议将无法依据USMCA证明当事国存在仲裁的合意并提交ICSID进行争端解决，而只能与当事国磋商或进行当地救济。更为显失公平的，该定义也指明，缔约方将具有认定第三国是否构成非市场经济体的排他权利。换言之，美国或墨西哥可单方面宣布不给予第三国投资者在解决投资争端中的最惠国待遇。

本质上，ICSID建立的宗旨在于创建可预见的、可预期的营商环境，促进私人投资的发展以及投资争端解决的去政治化，避免东道国不公正的国内救济损害投资者的利益。与此相对比，USMCA对非市场经济体投资者待遇的特

<sup>①</sup> 例如，加拿大和墨西哥之间在CPTPP被批准后，可将CPTPP的权利和义务向国际投资争端解决中心提起仲裁请求。

<sup>②</sup> United States - Mexico - Canada Agreement, Article 1 of Annex 14 - D, "Mexico - United States Investment Disputes".

殊规定与当前的投资仲裁实践产生较大的冲突。具体如下，其一，该条款的设置并非出于避免投资者滥诉的目的。为避免投资者通过空壳公司“挑选条约”甚至是滥诉的现象，缔约方一般通过投资者定义、拒绝利益授予等方法，避免投资者对投资争端提起不当的仲裁请求。<sup>①</sup> USMCA 第 14.14 条已规定通过拒绝利益条款，避免投资者滥诉。该条指出，任一缔约方可拒绝向另一缔约方企业的投资者及其投资提供本章项下的利益，如果该企业由非缔约方（或拒绝授予利益的缔约方）的实体所有或控制；且该企业在拒绝授予利益的缔约方之外的任何缔约方境内没有实质性商业活动。在此基础上，附件 14-D 第 1 条对非市场经济体投资待遇的否认条款本身并非是为了避免滥诉。

其二，对非市场经济体所有或控制的实体施加特殊待遇也不符合当前的仲裁实践。《ICSID 公约》第 25 条对“另一缔约国国民”的定义并未引入第三国所有或控制的概念。在投资实践中，由国家所有或控制的实体主要为国有企业。在“CSOB 诉斯洛伐克共和国案”中，在追溯《ICSID 公约》的立法历史和背景后，仲裁庭认为一家国有企业被拒绝 ICSID 仲裁申请的前提是该企业充当政府代理人或行使基本政府职能。<sup>②</sup> 这符合 2001 年《国家责任草案》对国家责任归因理论，即行使政府权力与受国家指挥或控制的实体的行为才可构成国家行为。由此，国际仲裁实践从行为本身区分投资行为和国家行为，而非简单地依据所有权等实体属性限制投资者提起救济的机会。如上，USMCA 将第三国区分为市场经济体和非市场经济体，并实际上禁止非市场经济体投资者提起 ICSID 仲裁的机会，其本身不符合当前仲裁实践。

毫无疑问，USMCA 投资者争端解决规则区分了市场经济体投资者和非市场经济体投资者，本质上使得从事商业行为的非市场经济体投资者无法享受公平的投资争端救济机会。这显然对非市场经济体投资者造成了歧视。

## （二）限制缔约方与非市场经济国开展条约谈判的条款

USMCA 还存在专门针对非市场经济国条约谈判的条款。该条款被美国商务部长威尔伯·罗斯称为“毒丸”条款。针对与非市场经济国开展条约谈判而言，USMCA 第 32.10 条主要义务如下。第一，谈判通知义务。至少在自贸协定谈判前三个月，任一缔约方应告知其他缔约方其有意愿与非市场经济国

<sup>①</sup> 参见徐树：《国际投资仲裁中滥诉防范机制的构建》，载《法学》，2017年第5期，第157-158页。

<sup>②</sup> Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, 2009.

进行自贸协定谈判。第二，信息披露义务。即一经请求，该缔约方应尽可能提供有关此类谈判目标的信息。此外，该缔约方应在不迟于签署协定日期前 30 天内，尽早给予其他缔约方审查协定全文（包括任何附件和附文）的机会，以便缔约方能够审查协定文本并评估其对本协定的可能影响。第三，自由退出协定权利。任何缔约方与非市场经济国家签订自贸协定时，应允许其他缔约方在 6 个月的通知期后，终止本协定并以双边协定取代本协定。

表面上，USMCA 第 32.10 条施加了缔约方与非市场经济国开展条约谈判的条件。然而，更为本质的，该条款给予了一缔约方对其他缔约方签署协定的否决权，这突破了当前的贸易谈判实践。具体而言，其一，该条款明显超出 USMCA 第 34.6 条退出的条件。第 34.6 条规定，任一缔约方可书面向其他缔约方提交退出本协定的通知。在书面通知其他缔约方 6 个月后，该退出产生效力。<sup>①</sup> 虽然有专家指出，USMCA “毒丸” 条款和退出条款具有相似性<sup>②</sup>，然而，上述条款之间存在明显的差异性。一方面，非市场经济国谈判约束条款具有授权其他缔约方提前介入的规则。在其有意愿进行谈判的 3 个月前，缔约方负有告知义务。另一方面，“毒丸” 条款涉及第三国利益，而退出条款仅涉及缔约方之间的权利与义务关系。其二，该条款给予一缔约方审查其他缔约方区域贸易协定的机会。该条款规定“非市场经济国”是指“在本协定签署前，被至少有一个缔约方在贸易救济法中认定为非市场经济国的国家”。换言之，只要一缔约方通过国内法认定其他国家为非市场经济国，那么其将能够审查并且阻止其他缔约方与该非市场经济国的区域贸易协定谈判。更为重要的是，这极有利于促使美国将非市场经济国的认定标准推广到国际层面。

### （三）约束国有企业非商业支持的体系化规则

虽然理论上 USMCA 仅适用于美加墨三国，然而，作为特朗普总统上台后率先修订并号称美国“史上最好”的贸易协定，它有可能成为 21 世纪美国自由贸易协定范本。<sup>③</sup> 该协定国有企业章节也体现了对国有企业贸易和投资机会的严格限制。具体而言，第一，在定义上，USMCA 确定了比其他贸易协定更

<sup>①</sup> United States - Mexico - Canada Agreement, Article 34.6.

<sup>②</sup> Chad P. Bown, “The 5 Surprising Things about the New USMCA Trade Agreement”. <https://piie.com/commentary/op-eds>. [2018-11-22]

<sup>③</sup> Office of the United States Trade Representative, “United States - Mexico - Canada Agreement”. <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement#>. [2018-11-22]

为宽泛的国有企业概念。其第 22.1 条指出，国有企业系“主要从事商业活动的企业，并且在该企业中，缔约方直接或间接拥有超过 50% 的股本；通过直接或间接所有权控制超过 50% 的投票权；通过其他所有权拥有控制企业的权力，包括间接或少数所有权的情形；或者拥有任命董事会或其他类似管理机构大多数成员的权力”。该国有企业的定义比《全面与先进的跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）等更为宽泛。<sup>①</sup>

第二，除透明度规定外，USMCA 对国有企业的约束体现在限制非商业支持规则上。此类规则对存在诸多国有企业的国家非常不利。举例而言，“非商业支持”是指“限定于特定企业的支持”，其中，“限定于特定企业”包含“提供的支持主要为特定企业所用，或者对缔约方的特定企业提供了不成比例的大量支持”等情形。<sup>②</sup> 此处的特定企业指的是缔约方国家企业或国有企业。<sup>③</sup> 依据上述条款规定，假设某个国家在某些行业存在数量较多的国有企业，若对该行业进行资助，那么根据该行业国有企业和私营企业的结构特征，该资助极可能被认定为主要为国有企业所用，或者对国有企业提供了不成比例的大量支持。2017 年，中国全国国有企业资产总额 183.5 万亿元，国有金融企业资产总额 241.0 万亿元<sup>④</sup>，国有企业在中国经济中占据主导作用，并在诸多行业发挥着重要市场参与者的角色。如果根据上述条款的规定，中国国有企业将难以公平地参与全球市场竞争。从某种程度上说，虽然 USMCA 国有企业条款看似是中性的，但其并未区分各国的经济情况，而一刀切地判定非商业支持的标准，实际上减损了国有企业的发展机会。

第三，USMCA 也限制了国有企业在非缔约方市场上发展贸易的机会。USMCA 规定缔约方及其国有企业不得通过提供非商业性支持的方式，对另一缔约方的利益造成不利影响。其中，不利影响包括国有企业在非缔约方市场中的行为。<sup>⑤</sup> 若国有企业被认定为接受非商业性支持，并且该企业在非缔约方

<sup>①</sup> CPTPP 第 17.1 条规定，国有企业是指主要从事商业活动的企业，并且在该企业中，缔约方直接拥有超过 50% 的股本；通过所有权益，控制超过 50% 的投票权的行使；或有权任命董事会或其他类似管理机构的大多数成员。

<sup>②</sup> 此处参考了补贴的专项性认定标准。例如，《中国入世议定书》第 10.2 条规定，为适用《反补贴协定》第 1.2 条的目的，若国有企业是该补贴的主要获得者，或者国有企业得到该补贴的数量大得不成比例时，给予国有企业的补贴应视为具有专项性。

<sup>③</sup> United States - Mexico - Canada Agreement, Article 22.1.

<sup>④</sup> 《国务院关于 2017 年度国有资产管理情况的综合报告》，中国人大网，2018 年 10 月 25 日。  
[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-10/25/content\\_2063928.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-10/25/content_2063928.htm). [2018-11-22]

<sup>⑤</sup> United States - Mexico - Canada Agreement, Article 22.7.

市场中替代或阻碍了另一缔约方的同类货物进口或其服务商提供的同类服务，那么该行为将导致该国有企业母国违反 USMCA 规定。实际上，USMCA 不仅约束国有企业在本自由贸易区内的行为，甚至企图限制国有企业在非缔约方市场上的活动，进而削弱国有企业在全球市场中的商业份额。近期，美国持续推行此类条款。例如，《美国和新加坡自由贸易协定》第 12.3.2 (f) 条规定，新加坡政府将持续减少在国有企业中的所有权和其他利益。该条款无异于设置了国有企业占有全球市场份额的天花板。

实际上，约束国有企业非商业支持的体系化规则本身也存在矛盾性。由于 USMCA 对国有企业的界定非常宽泛，同时其要求缔约方确保国有企业不直接或间接地提供本协定所禁止或限制的非商业支持。<sup>①</sup> 这有悖于缔约方政府和国有企业相互独立的关系。例如，如果一缔约方只拥有某国有企业的股权，作为出资者，其显然无法确保该企业的所有经营活动都符合 USMCA 的要求，假定该企业因为技术改进而导致市场降价行为，缔约方更无法指示企业不从事降价活动。更重要的是，如果缔约方强制企业作为或不作为，这将成为企业受到政府干预的有力证据，更违背国有企业独立运营的要求。由此，USMCA 对国有企业商业贸易和投资机会的限制欠缺合理性。

## 二 《美墨加协定》非市场经济国特殊规则有违国际法

USMCA 规定了诸多针对非市场经济国的特殊规则，范围明显超越了现有以 WTO 协定为中心的多边贸易规则体系。由于 USMCA 与 WTO 协定产生冲突，下文拟回应此类超 WTO 规则是否符合国际法规则。

### (一) 条约不干涉第三国权利与义务

USMCA 对非市场经济国的特殊规则有违国际公法之条约不干涉第三国义务原则。该原则来源于罗马法中的“约定对第三者既无损，也无益”原则，其规定在《维也纳条约法公约》第 14 章“条约与第三国”中。该章基本原则为：条约非经第三国同意，不为该国创设义务。<sup>②</sup> 《维也纳条约法公约》第 35 条进一步规定，若要使为第三国创设义务的条约对第三国发生效力，必须具备两个条

<sup>①</sup> United States - Mexico - Canada Agreement, Article 22.6.

<sup>②</sup> 传统的国际法律条约要求不对任何第三国创设条约权利。然而，实践中，对第三国权利而言，默认可代表同意。例如，《南极条约》所创设的科研自由和公海自由被认为是对其非缔约国创设权利。参见邹克渊：《南极条约体系与第三国》，载《中外法学》，1995 年第 5 期，第 43 页。

件：其一，条约当事国有意以条约之一项规定作为确立第三国一项义务之方法；其二，必须经第三国用书面的形式明确地表示接受该条约所加给它的义务。<sup>①</sup>

由此，根据《维也纳条约法公约》规定，USMCA 非市场经济国特殊规则的违法性体现为其对缔约方之外的第三国设置了新的义务。具体而言，USMCA 的“毒丸”条款限制了缔约方与非市场经济国开展条约谈判的可能性，其对所谓的非市场经济国设置了新义务。第一，该协定规定，任一缔约方均有权力依据国内法对非市场经济国进行单边认定，实际上要求第三国只有满足所有缔约方国内的市场经济标准时，其才获得与美加墨等国缔约的权利。举例而言，如果第三国将与加拿大、墨西哥缔结区域贸易协定，则其有义务证明自身是市场经济国家。这显然违背了条约不为第三国创设义务的原则。第二，一缔约方有权对第三国与另一缔约方的贸易协定进行审查。本质上，所有的贸易协定将由其他缔约方进行审查，这为第三国创设了新的义务。以美国为例，如果一国和加拿大缔结协定，美国有权在协定谈判时审查文本，甚至对协定谈判发挥实质性影响，这无疑强化了美国的权利，实际上也增加了第三国披露谈判信息和内容的义务。第三，USMCA 在现有的国际法规则基础上创设新的权利与义务。理论上，第三国参加谈判和磋商的权利是来自于国际法所确认的主权权利。<sup>②</sup> 在以 WTO 为核心的国际多边贸易机制下，任何 WTO 成员可以与美加墨三国自由地谈判，然而，USMCA 的“毒丸”条款限制了三国的谈判权，实际上构成对第三国现有权利和义务的取消或修改，在既有的国际法规则基础上创设了新的权利和义务。

由此，虽然表面上该条款将选择权授予缔约方，但实际上削弱了缔约方的谈判能力和缔约能力。因此，USMCA 非市场经济国特殊规则对第三国创设了新的义务，违背了国际公法之干涉第三国权利与义务原则。

## （二）区域贸易协定应进一步自由化

区域贸易协定的合法性来自于多边贸易协定的授权。《1947 年关税与贸易总协定》第 24.4 条规定，各成员可通过自愿签署协定从而发展更紧密的经济一体化，以增加贸易自由。同时，关税同盟或自由贸易区的目的应为便利成

<sup>①</sup> 侯洵直：《国际条约对第三国的效力问题》，载《政治与法律》，1986 年第 5 期，第 43 页。

<sup>②</sup> 1952 年，第 6 届联合国大会通过了《关于经济发展与通商协定的决议》。该决议肯定和承认各国人民享有经济上的自决权。其后，联合国大会先后通过《关于自然资源永久主权的宣言》《建立国际经济新秩序宣言》《各国经济权利和义务宪章》，进一步明确国家享有独立自主参与国际经贸活动的主权权利。

员领土之间的贸易，而非增加贸易壁垒。更进一步的，其第 5（b）款规定，就自由贸易区或导致形成自由贸易区的临时协定而言，每一成员在其领土内维持的且在形成此种自由贸易区或通过此种贸易协定时对非自由贸易区成员或非协定参加方的成员实施的关税或其他贸易法规，不得高于或严于在形成该自由贸易区或签署协定之前相同成员领土内存在的相关关税或贸易法规。上述条款在《1994 年关税与贸易总协定》第 24 条中得到保留。归纳而言，除通知等程序性义务外，《1994 年关税与贸易总协定》第 24 条实际上确定了缔结区域贸易协定的两项实体性义务：其一，该区域贸易协定不得增加本协定缔约方与 WTO 非缔约方之间的贸易壁垒（即至少维持原状）；其二，该区域贸易协定应在本协定缔约方之间实现更高水平的开放。<sup>①</sup>

USMCA 对非市场经济国家的约束规则违背了《1994 年关税与贸易总协定》第 24 条的要求。具体而言，第一，USMCA 阻碍了缔约方与其他 WTO 成员的自由贸易。在“土耳其纺织品案”中，土耳其与欧共体形成关税联盟，这对印度等其他国家的纺织品产生了数量限制的效果。本案争议点在于此类数量限制措施是否能够被《1994 年关税与贸易总协定》第 24 条所正当化。该案上诉机构指出，缔结区域贸易协定的目的是“便利贸易”，而非增加与第三国之间的“贸易壁垒”。此外，《关于解释 1994 年关税与贸易总协定第 24 条的谅解》明确规定，特殊经贸安排的缔约成员“应该尽最大的可能避免对于其他成员的贸易造成负面效果”。<sup>②</sup> USMCA 的“毒丸”条款使得本身能够进行自贸谈判的成员在该协定执行后，无法进行谈判，这显然构成缔约方与非缔约方之间的贸易壁垒。更具体而言，上诉机构也指出，针对违背《1994 年关税与贸易总协定》第 24 条的规定应具体分析区域贸易协定规则与 WTO 规则的相符性。明显的，USMCA 侵害了国家进行谈判的权力。例如，根据《服务贸易总协定》第 19 条规定，各成员应逐步实现更高的自由化水平。然而，由于 USMCA 限制缔约方与第三国进行逐步自由化的谈判，它将使得缔约方违背 WTO 协定义务。

第二，USMCA 降低了贸易自由化的水平。WTO 协定要求所有区域贸易协

<sup>①</sup> Petros C. Mavroidis, “If I Don’t Do It, Somebody Else Will (Or Won’t): Testing the Compliance of Preferential Trade Agreements with the Multilateral Rules”, in *Journal of World Trade*, Vol. 40, 2006, pp. 196 – 203.

<sup>②</sup> Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994.

定必须具有更高的自由化程度。当前，一些区域贸易协定文本存在损害国有企业公平贸易权的条款。从根本上说，这比WTO协定承诺的开放水平更低，违背了区域贸易协定应更自由化的要求。根据多边贸易规则，除政府不当干预外，国有企业享有自由的贸易权。例如，《中国入世议定书》及工作组报告中承诺，中国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，但与WTO协定相一致的方式除外。<sup>①</sup>然而，USMCA对国有企业（包括国营企业）采取了严格的限制措施，限制了国有企业的正常贸易机会。由此，USMCA降低了多边贸易机制的自由化水平，无法实现便利成员间贸易的目标，这违背了《1994年关税与贸易总协定》第24条的要求。

第三，USMCA对非市场经济国的约束规则无法满足必要性测试。在“土耳其纺织品案”中，WTO上诉机构指出，依据《1994年关税与贸易总协定》第24条的规定，若区域贸易协定与WTO规则不符，该不符措施获得正当性的条件为：其一，主张该抗辩权益的成员应证明争议措施以完全符合第24条要求的方式达成关税联盟或区域贸易协定；其二，该成员必须证明如果其不允许该争议措施，那么关税同盟或区域贸易协定将无法达成。该案上诉机构指出，除使用数量限制外，土耳其还可以原产地规则使纺织品在关税区内自由流动，该方法无须使用更具有贸易扭曲性的数量限制措施。<sup>②</sup>由此，土耳其的措施没有必要性。USMCA对非市场经济国的约束规则同样不具备必要性。根据WTO协定，成员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。WTO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。<sup>③</sup>因此，对国有企业等市场主体市场行为的约束可通过建立和完善公平竞争条件规则等替代性方法，而非以更具限制性的减少贸易机会的方式。因此，此类措施显然不具有必要性。

### （三）作为习惯国际法的善意原则

作为一项古老的法律原则，善意原则几乎存在于每种法律秩序之中。<sup>④</sup>自

<sup>①</sup> World Trade Organization, *Report of the Working Party on the Accession of China*, WT/ACC/CHN/49, October 1, 2001, p. 9.

<sup>②</sup> Report of the Appellate Body, “Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products”, WT/DS34/AB/R, October 22, 1999, p. 17.

<sup>③</sup> Appellate Body Report, “Korea – Various Measures on Beef”, WT/DS169/AB/R, December 11, 2000, p. 43.

<sup>④</sup> 参见 [法] M. 维拉利, 刘昕生译:《国际法上的善意原则》, 载《国外法学》, 1984年第4期, 第54-56页。

国际法萌芽之日起，国际法学家一直强调善意原则对于国家交往的重要性。<sup>①</sup>在国际条约上，《联合国宪章》第2.2条规定，各会员国应一秉善意履行其依本宪章所负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。《维也纳条约法公约》序言也明确指出，各当事国“鉴悉自由同意与善意之原则以及条约必须遵守规则乃举世所承认”。实际上，国际法里的善意原则是一项基本原则，而其他一些直接或明显涉及诚实、公平、合理的法律规则都是由此派生而来。<sup>②</sup>从此意义上，善意原则已具备成为习惯国际法的条件。<sup>③</sup>

在国际经贸领域，善意原则也发挥着重要的作用，贯穿于条约的谈判、解释和实施过程之中。实践中，USMCA 对非市场经济国的约束规则有违善意原则。第一，USMCA 谈判并未与其他利益相关方进行善意磋商。善意原则要求国际规范的订立和运行程序遵循严格的法治标准。<sup>④</sup>在“美国海龟案”中，WTO 专家组和上诉机构指出，美国负有与外国就环保问题开展善意磋商的义务，认定美国有权制定保护濒临灭绝海龟并具有域外效力的立法，但前提是必须就立法与出口成员善意磋商。<sup>⑤</sup>磋商是条约善意履行中的重要内容。从此层面上，美加墨在达成新协定前应提供其他利益受影响的相关方以善意的磋商与沟通机会，否则将无法履行善意原则。

第二，USMCA 并未给投资者提供及时、充分、全面的救济。条约善意履行与国际法中的程序正当原则具有密切的关系。以 WTO 协定为例，WTO 对成员方程序正当要求包括三个层面。首先，WTO 对成员国内治理的程序要求是透明度原则，要求贸易政策制度的公开和可获悉；其次，国内治理的程序应该是公正、公平和合理的，这反映的是国内治理的正当程序原则；最后，成员应提供独立和客观的审查机制，这体现国内治理的救济措施要求。<sup>⑥</sup>国际贸易法要求实现透明度、程序公正以及充分及时有效的救济机制。显然，善意履行要求各国提供及时、充分、全面的救济。USMCA 对非市场经济国投资者的歧视性待遇违背及时、充分、全面救济的善治要求。更明显的，USMCA

① 赵建文：《条约法上的善意原则》，载《当代法学》，2013年第4期，第122页。

② 赵维田著：《中国入世议定书条款解读》，长沙：湖南科学技术出版社，2005年，第9页。

③ 曾令良：《论诚信在国际法中的地位和适用》，载《现代法学》，2014年第4期，第148页。

④ 何志鹏：《国际法治：一个概念的界定》，载《政法论坛》，2009年第4期，第77页。

⑤ Appellate Body Report, “United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimp)”, WT/DS58/AB/R, November 6, 1998, p. 70.

⑥ 孙南翔：《WTO 体制下国内治理的“正当程序”规则研究》，载《国际经济法学刊》，2014年第1期，第35页。

也涉嫌违背《与贸易有关的投资协定》关于成员不得实施与《1994年关税与贸易总协定》第3条或第11条不一致措施的规定。

第三, USMCA 导致了对非市场经济国及其商业主体的恣意的、不公平的歧视。公平原则是国际法普遍遵循的目标和一般法律原则。从善意角度谈公平原则, 主要是考虑善意原则或义务应当达到的公平效果。<sup>①</sup> 更为直接的, 公平实际上体现为不在相同情形的国家之间构成任意或不合理歧视, 这也是善意原则的应有之义。实践中, 公平原则在海洋法、领土纠纷等国际争端解决上发挥了重要的作用。在新一轮的贸易谈判和缔结中, 公平原则在重新平衡和改革国际秩序层面应发挥重要作用。<sup>②</sup> 然而, 在 USMCA 文本中, 美国区别对待情形相同或相似的国家及其贸易商、投资者, 其本身构成了恣意性的、不公平的歧视, 也违反了善意原则。

#### (四) 基于信赖利益保护的禁反言要求

禁反言作为一般法律原则在国际公法中得以适用。<sup>③</sup> 在国际法层面, 禁反言要求国家保持承诺与行为的一致性和一贯性, 其实质在于保障国家与贸易商的信赖利益。例如, 在“危地马拉水泥第二案”中, 专家组指出, “禁反言建立在如下基础上, 即一方因信赖另一方的保证而从事某些行为, 如果另一方后来以一种不公平的方式改变其立场, 这样的改变是被禁止的。”<sup>④</sup> 在多边层面, 当成员已经与其他成员就市场经济制度达成框架性内容后, 通过双边或区域的方法对非市场经济体进行再次认定的做法将损害相关成员及其贸易商的信赖利益。换言之, USMCA 的“毒丸”条款赋予缔约方对非市场经济国的单边认定权, 并且限制缔约方与非市场经济国开展条约谈判, 这有违禁反言要求。

整体上, 对非市场经济体的约束不应超越《1947年关税与贸易总协定》和 WTO 协定的基本框架。以中国为例, 实际上, 关于市场经济制度问题已经在中国复关和入世期间得到解决。在多边层面上, 中国复关入世谈判正是基

① 刘敬东著:《WTO 法律制度中的善意原则》, 北京: 社会科学文献出版社, 2009, 第 108 页。

② Marion Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, New York: Hart Publishing, 2006, pp. 105 - 106.

③ 曲波:《禁反言在国际法中的适用——以领土争端案为例》, 载《法学杂志》, 2014 年第 8 期, 第 16 页。

④ Panel Report, “Guatemala - Definitive Anti-Dumping Measure on Grey Portland Cement from Mexico”, WT/DS26/AB/R, December 12, 2000, p. 318.

于中国的独特国情，并以此为基础展开规则协调谈判。《1947年关税与贸易总协定》工作组报告的谈判重点在于理解多边贸易机制框架下的中国经济体制问题，进而确保中国加入的条件能实现义务与权利间的平衡。<sup>①</sup> 在双边层面上，中国和美国等主要国家和地区的谈判也围绕中国市场经济制度及其特殊规则而展开。不仅在针对中国市场制度问题上，WTO协定也明确越南、俄罗斯、哈萨克斯坦等成员采取符合其自身发展模式的经济制度的可行性。例如，《越南入世工作组报告》并未对越南经济制度提出质疑，而仅仅是审查具体的经济政策和外商贸易体系。<sup>②</sup> 换言之，WTO成员对各成员市场经济制度框架性内容的磋商与协调已在多边层面完成。

在WTO协定层面上，其对非市场经济制度只提出三个方面的关切。第一，《1994年关税与贸易总协定》第17条对国有贸易进行了规定<sup>③</sup>；第二，《1994年关税与贸易总协定》第6.1条规定的解释涉及反倾销调查中的非市场经济体；第三，针对反补贴问题，新加入WTO成员的入世议定书也有提及非市场经济体的条款。除此之外，WTO协定不存在对市场经济制度的约束，在此基础上，美国等其他国家不应对其他成员的市场经济制度提出比WTO协定更新或更高的要求。

然而，USMCA的“毒丸”条款将使特定国家沦为“二等公民”，进而使得单边认定的非市场经济国家承担超WTO义务<sup>④</sup>，这本身违背了美国、加拿大和墨西哥在多边磋商和谈判中的默示承诺。因此，本质上，对非市场经济体的单边认定突破了有约必守原则，破坏了多边规则体系的权威性，也损害了WTO成员及其贸易商的信赖利益。

实际上，对非市场经济体进行国内规定本身是部分国家的实践，不具有国际法上的合法性。以美国运用非市场经济国规则实践为例。“非市场经济地位”从反倾销、反补贴实践到正式进入美国反倾销、反补贴法，其间经历了一个漫长的历史过程。刚开始针对的是原东欧社会主义国家，但后来发生的事实表明，真正促使美国传统立场发生根本转变的是中国产品不断提升的竞

<sup>①</sup> 石广生主编：《中国加入世界贸易组织谈判历程》，北京：人民出版社，2011年，第5-6页。

<sup>②</sup> World Trade Organization, *Report of the Working Party on the Accession of Viet Nam*, WT/ACC/VNM/48, October 27, 2006, p. 2.

<sup>③</sup> 参见赵维田著：《中国人世议定书条款解读》，长沙：湖南科学技术出版社，2005年，第27-29页。

<sup>④</sup> Joost Pauwelyn, “Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – toward a More Collective Approach”, in *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2, 2000, pp. 335-347.

争力。实际上，在中国产品日益对美国产品形成“威胁”的大背景下，“市场经济地位”条款成为保护美国产业利益的法律上的“救命稻草”。<sup>①</sup>显然，在USMCA中，此类极具现实主义色彩的“毒丸”条款违背了各缔约方在多边经贸体系下的禁反言要求。更重要的是，截至2016年5月，已有81个国家承认中国市场经济地位。<sup>②</sup>因此，美国等少数WTO成员采取的非市场经济体单边认定无法形成普遍的国家实践，更无法抵消作为一般法律原则的禁反言效力。

### 三 中国的应对策略

美国通过在USMCA中规定针对非市场经济国特殊规则，实际上破坏了二战以来以《1947年关税与贸易总协定》和WTO为基础的非歧视待遇原则及其实践，这可能阻碍全球贸易自由化的进程。USMCA与中国具有一定的关联性，有美国专家指出，USMCA“毒丸”条款体现了“反中国”的特征。<sup>③</sup>

实践中，USMCA非市场经济国特殊规则将对中国自贸区建设产生严重的威胁，其主要体现在以下两个方面。一方面，中国将无法自由地与美国、加拿大、墨西哥开展自贸协定谈判，甚至将引发贸易伙伴“选边站”的效果。如果说美国在《跨太平洋伙伴关系协定》《国际服务贸易协定》等谈判中排斥中国<sup>④</sup>，那么“毒丸”条款则是直接阻止中国参与全球经济治理。当前，自贸协定谈判是国际合作的主要形式，在USMCA影响下，中国不可避免将面临与其他国家签署自贸协定的制度障碍。另一方面，非市场经济国特殊规则具有被复制推广的可能性。实践中，其他区域贸易协定中也存在对非市场经济国及其实体进行贸易限制的规则。例如，CPTPP对国有企业正常贸易权进行了较为严格的限制。然而，USMCA对国有企业设置了更高的贸易障碍，这可能进一步限制国有企业的发展空间和能力。正基于此，为维护中国的发展权，我们更应该在法理上、舆论上、策略上积极应对USMCA非市场经济国特殊规则的挑战。

① 刘敬东：《“市场经济地位”之国际法辨析——〈加入议定书〉与中国“市场经济地位”》，载《国际经济法论丛》，2015年第1期，第36页。

② 戴慧：《再看关乎贸易的中国市场经济地位问题》，载《中国经济时报》2018年7月30日第5版。

③ Chad P. Bown, “The 5 Surprising Things about the New USMCA Trade Agreement”. <https://piie.com/commentary/op-ed>. [2018-11-25]

④ 程恩富、谢长安：《“历史终结论”评析》，载《政治学研究》，2015年第5期，第27页。

第一，从国际法角度解决 USMCA 非市场经济国特殊规则问题。正如 WTO 上诉机构所主张的，不能把 WTO 法与国际法物理隔离起来（clinical isolation）。<sup>①</sup> 实践中，整个国际贸易法体系都是在国际公法层面下进行运转，无论 WTO 法还是区域贸易协定，都是国际法的一个组成部分，或者说是一个部门。从国际法的层面，USMCA “毒丸” 条款等规则的合法性存疑。任何一个国家都不应不合法地以国内法和区域贸易协定约束多边贸易规则的效力。基于此，作为最大的发展中国家，中国应联合其他可能受歧视待遇的国家纠正 USMCA 中的错误，并公开其违法性。在实践中，受影响的国家可以考虑在 WTO 提起针对 USMCA 违法条款的申诉案件，以合法的手段维护发展的权利。在实践中，若 USMCA 缔约方限制中国自贸协定的谈判，那么在尚未有效解决分歧的前提下，中国还可通过签署合作备忘录、行动计划等方法探索创新国际合作机制。

第二，积极回应美国对中国所谓“非市场经济国”的不当指责。在入世谈判时，由于美国的强烈要求，《中国入世议定书》承诺了一些超 WTO 义务，例如《中国入世议定书》第 15（d）条。虽然该条款规定其将在入世之日后 15 年终止，然而美欧至今仍未承认中国的市场经济地位，并在其立法和执法实践中继续将中国视为非市场经济国家或“市场严重扭曲”国家。<sup>②</sup> 根据 USMCA 规定，中国将难以与美国、墨西哥或加拿大启动区域贸易协定的谈判。实际上，在复关和入世谈判中，中国实行社会主义市场经济制度已得到美国等国家的认可，并因此在《中国入世议定书》中实现了谈判方与中国权利和义务的平衡。WTO 并没有对非市场经济成员进行定义，而只是明确各市场主体的公平竞争权利。一国规制措施本身体现了作为集体的国家的观念与偏好，WTO 协定并不能强制成员更改其偏好。因此，中国市场经济地位无须得到任何国家的单边承认，中国市场经济的发展模式应由中国的国情所决定。事实上，中国经济已基本成为市场经济，其主要表现在中国所有制结构的重大变化与企业市场主体地位的确立，绝大多数商品和服务的价格已经由市场

<sup>①</sup> Appellate Body Report, “United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline”, WT/DS2/AB/R, May 20, 1996, p. 17.

<sup>②</sup> US Tariff Act, Section 771, article 773; European Commission, “Commission Staff Working Document on Significant Distortions in the Economy of the People’s Republic of China for the Purposes of Trade Defence Investigations”, SWD (2017) 483 final/2, Brussels, December 20, 2017. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/december/tradoc\\_156474.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/december/tradoc_156474.pdf). [2018 - 11 - 25]

所决定，劳动力就业也完全由市场供求关系决定，并且要素市场的发育很大程度上由市场配置。<sup>①</sup>由此，中国应积极回应其他国家对中国所谓“非市场经济国”的指责，以改革开放的成果反驳西方少数国家的不实言论。

第三，用法治的理念维护中国与美加墨三国的经贸关系。虽然中国经济模式并不为WTO协定所约束，但是中国市场经济制度的具体制度受到WTO协定和区域贸易协定的约束。本质上，虽然任何国家都有权选择适合其自身国情的经济制度，但这并不意味着中国能够放任自由地实行贸易保护主义措施。根据WTO协定，中国政府以及行使政府职能的国有企业均不应以违背WTO协定的方式扭曲市场。在实践中，WTO上诉机构反复强调，政府不应该以影响竞争条件的方式扭曲市场。<sup>②</sup>基于此，中国市场经济模式的发展应坚持以发展公平的市场经济条件为基础。

中国未来的经济制度改革应坚持经济制度市场取向，建立自由的企业制度和竞争性的市场体系是改革成功的关键。<sup>③</sup>理论上，作为最大的发达国家和发展中国家，美国和中国应通过善意协商的方式，以法治的方式解决彼此的关切。例如，针对国有企业问题，中国和美国能够在经济合作与发展组织(OECD)框架内就国有企业透明度规则等问题达成一致意见，并通过竞争中性行为要求政府一视同仁对待国有企业和私营企业。<sup>④</sup>从根本上，WTO以及区域贸易协定所应实现的目标是保障公平的竞争条件，而非对特定国家或特定实体规定歧视待遇。

第四，中国应坚定不移地维护国际法治的权威性。在国内改革层面，中国与其他文明开放的国家相似，在支持贸易发展的同时，也用法治的手段理顺政府和市场的关系，实现产权保护，并打造公平竞争的营商环境。<sup>⑤</sup>在对外

<sup>①</sup> 参见谢海定：《中国法治经济建设的逻辑》，载《法学研究》，2017年第6期，第22页；蔡昉：《中国改革成功经验的逻辑》，载《中国社会科学》，2018年第1期，第35-41页。

<sup>②</sup> Appellate Body Report, “Korea - Various Measures on Beef”, WT/DS169/AB/R, December 11, 2000, p. 43.

<sup>③</sup> 参见吴敬琏著：《当代中国经济改革教程》，上海：上海远东出版社，2010，第409-410页。

<sup>④</sup> 当前，有些学者认为区域贸易协定中的国有企业条款体现了竞争中性的理念，然而该说法是不准确的。国有企业条款和竞争中立原则并不完全相同，以USMCA为代表的国有企业条款实际上设定了国有企业发展的天花板，限制了国有企业的发展空间和力量。此类规定本身不合法也不具有合理性，更不属于竞争中立规则。参见沈铭辉：《“竞争中立”视角下的TPP国有企业条款分析》，载《国际经济合作》，2015年第7期，第23页。

<sup>⑤</sup> 参见李林主编：《中国依法治国二十年（1997—2017）》，北京：社会科学文献出版社，2017年，第205-225页。

开放层面，中国郑重承诺，中国开放的大门将会越开越大。本质上，各国要奉行双赢、多赢、共赢的新理念，扔掉“我赢你输”“赢者通吃”的旧思维。<sup>①</sup>

中国已经成为世界经济的压舱石。随着在世界经济中地位的不不断提升，中国必将积极参与全球治理，并代表新兴经济体和广大发展中国家争取更大的话语权。当然，这并不意味着中国要寻求霸主国家地位及其蕴涵的全球公共品供给者的主导地位。<sup>②</sup> 中国向来是国际贸易法治化的支持者、捍卫者。正如习近平总书记强调，在国际社会中，法律应该是共同的准绳。我们应该共同维护国际法和国际秩序的权威性和严肃性，反对歪曲国际法，反对以“法治”之名行侵害他国正当权益、破坏和平稳定之实。<sup>③</sup> 无疑，相互依赖的世界需要更多的国际机制。<sup>④</sup> 推行“一带一路”倡议、打造人类命运共同体、创建亚洲基础设施投资银行等中国方案及时且有效地补充着现有的多边机制，促进全球各国人民共同发展。从根本上，为应对美国逆全球化和单边主义措施的挑战，中国应与所有爱好和平与发展的国家及其公民一起高举国际法治的旗帜，坚定捍卫多边贸易机制。

(责任编辑 高涵)

<sup>①</sup> 习近平：《携手共建合作共赢新伙伴 同心打造人类命运共同体——在第七十届联合国大会一般性辩论时的讲话》，载《人民日报》2015年9月29日第2版。

<sup>②</sup> 蔡昉：《金德尔伯格陷阱还是伊斯特里悲剧？——全球公共品及其提供方式和中方方案》，载《世界经济与政治》，2017年第10期，第4页。

<sup>③</sup> 习近平：《弘扬和平共处五项原则 建设合作共赢美好世界——在和平共处五项原则发表60周年纪念大会上的讲话》，载《人民日报》2014年6月29日第2版。

<sup>④</sup> 参见[美]罗伯特·基欧汉·约瑟夫·奈著，门洪华译：《权力与相互依赖》，北京：北京大学出版社，2012年，第324-325页。