

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2021.01.005

中美第一阶段协议争端解决机制的路径选择： 法律规则与政治逻辑

尚珮璇

（清华大学法学院，北京 100084）

摘要：中美第一阶段协议通过条约的方式明确中美双方的权利和义务，并通过制度化的设计使两国重回沟通对话的轨道。协议第七章所设立的“双边评估和争端解决安排”成为中美双方充分履行协议的制度保障。它通过对适用范围和机构设置与协议履行的高度绑定，使协议项下的履约机制和争端解决机制在本质上实现了混同。协议项下的争端解决程序具有封闭性、逐级性和快速性的特点，服务于协议充分、及时的履行。对比中美与其他国家签署的 FTA，第一阶段协议争端解决机制的上述特点主要表现为：最大限度地避免第三方机构对协议相关争端作出有法律拘束力的裁判；最大限度地赋予中美双方对于评估争议和采取行动的自主裁量权。结合中美贸易战的历程和第一阶段协议的谈判背景来看，第一阶段协议争端解决机制是中美贸易战过程中双方博弈模式的在法律上的延续。决定一部“自主履行”协议命运的主要变量是缔约方对己方利益诉求的判断，以及缔约各方的实力较量。第一阶段协议生效以来，中美之间摩擦依然不断，而新冠疫情为双方履约增添了更多的不确定性。但从目前为止的中美双方有关行动与表态来看，中美双方仍然认为继续履行协议的获益大于停止履行协议的获益。

关键词：中美第一阶段协议；争端解决机制；中美贸易；条约履行；自由贸易协定

中图分类号：D992

文献标识码：A

文章编号：2095 — 8072(2021)01 — 0064 — 12

2020年1月15日（美东时间），中美双方签署了《中华人民共和国政府和美利坚政府经济贸易协议》（以下简称“第一阶段协议”或“协议”），协议于2020年2月14日正式生效。从内容上看，协议涉及知识产权、技术转让、食品与农产品贸易、金融服务、宏观经济政策以及汇率问题和透明度、扩大贸易等六大方面的实体内容。同时，协议还在第七章（第7.1条）中设置了“双边评估和争端解决安排”的专门机制，旨在促进协议的有效履行。现有的文献大都集中于结合协议实体内容对中美双方设置的权利义务对未来中美经贸关系走向进行研判分析（王应贵，2020；卞永祖，2020），但是鲜有对该协议第七章所设置的争端解决机制的研究。对于国际条约而言，特别是那些载有明确的、实质性权利义务内容的条约，争端解决机制扮演着至关重要的作用。争端解决机制不仅有其本身所承担的解决由条约解释和适用所引发的争端的基本功能，更重要的是，争端解决机制的设计与条约的履行密切相关。因此，对第一阶段协议争端解决机制的制度设计进行深入分析，有助于对协议履行、未来走向作出更为客观全面的分析。

第一阶段协议中的争端解决条款并不是简单的格式条款，而是经过精心设计的文本。与常见的国际经贸协定中争端解决条款相比，有其共性，但亦有突出的独特性。本文通过分析协议第七章的文本，解读协议争端解决机制的特点和潜在问题；在此基础上，本文试图探寻第一阶段协议争端解决制度安排背后的原因。通过对中美两国与其他国缔结的经贸协议中争端解决条款的梳理，归纳出两国在国际经贸关系中解决争端的路径偏好，并结合法律与国际政治交叉学科的理论以解释协议争端解决机制路径选择背后政治与法律的互动。

一、以履约为导向的制度安排

协议第七章题为“双边评估和争端解决安排”，顾名思义，第七章的制度安排承担着评估协议履行情况以及解决争端的双重功能。尽管促进协议履行本身就是条约争端解决机制的隐含功能，但是在条约争端解决条款对其目的进行阐述时，往往更着重强调的是通过该机制促使缔约方就条约的解释和适用达成一致。但是第一阶段协议在阐述第七章目的时，却首先着重强调了该安排的目标和任务是“确保协议的有效履行”，同时提及了“解决双边经贸关系中的问题”“避免经贸纠纷及其影响升级扩散”。^①整个第七章的制度安排也是紧紧围绕着这一目的而展开的。

（一）以履约为导向的适用范围

需要澄清的是，虽然履约和解决条约的解释和适用之间存在联系，但是二者的侧重点有所不同，不能混淆：履约指的是缔约方为了履行其在条约下所承担的义务而采取的措施；条约的解释和适用指的是阐释条约文本的含义，并根据条约规则判断相关事项的法律后果。^②法律意义上的争端指的是当事方对法律或实施存在不同意见，或是当事方存在法律观点或利益上的冲突。^③在实践上，缔约方发生条约解释和适用方面的争议，往往是由缔约方对条约义务的瑕疵履行或不履行所触发的。但这并不意味着二者互为充要条件，瑕疵履行或不履行也不是导致缔约方对条约的解释和适用产生争端的唯一诱因。但是，从第七章的文本来看，触发争端解决机制的事由是“一方认为另一方的行为不符合本协议”，即瑕疵履行或不履行。^④这样的措辞可能往往被研究者视为争端解决条款的格式语言从而被忽略，但如果仔细对比中美与其他国家缔结的贸易协定中的争端解决条款可以看出第一阶段协议具有明显的履行导向，例如，《中华人民共和国政府和澳大利亚政府自由贸易协定》第15章第2条将其争端解决条款的适用范围描述为：“除非本协议另有规定，本章应适用于双方关于执行、解释和适用本协定的争端的解决，或者当一方认为：（一）另一方的措施与其在本协定项下的义务不符；或者（二）另一方未能履行其在本协定项下的义务。”

^① 《中华人民共和国政府和美利坚政府经济贸易协议》，第7.1条。

^② *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, PCIJ, Series A, No. 9 (1927), Dissenting Opinion by M. Ehrlich, 39.

^③ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*, Judgement, PCIJ, Series A, No. 2 (1924), 11.

^④ 《中华人民共和国政府和美利坚政府经济贸易协议》，第7.4.1条，英文为“where one Party believes that the other Party is not acting in accordance with this Agreement”。

类似的措辞也出现在大量美国与他国缔结的贸易协定中。^①这些条款中的措辞将条约解释和适用的争端与条约的瑕疵履行或不履行作为适用争端解决机制的并列事由,而第一阶段协议的争端解决机制并没有与条约的解释与适用明文关联。从适用范围来看,第一阶段协议的争端解决机制唯一关注的议题即是协议的履行情况。

(二) 以履约为导向的机构设置

在机构设置上,协议第7.2条建立了高层参与和日常工作双规并进的组织架构,前者由中国国务院分管副总理和美国贸易代表(USTR)牵头的“贸易框架小组”,后者为双方分别设立副部级领导作为牵头人的“双边评估和争端解决办公室”。“贸易框架小组”和“双边评估和争端解决办公室”各自承担的职能也是紧紧围绕着协议履行展开的:前者负责讨论协议的整体落实情况以及协议履行方面的重大问题;后者负责评估(assess)该协议履行相关的具体问题,接受缔约方提交的与协议履行相关的申诉并尝试通过磋商解决(与协议履行相关的)争端。

“双边评估和争端解决办公室”在争端解决机制中扮演着核心角色。协议生效当日,USTR宣布了美方根据协议第7.2.2条成立“双边评估和争端解决办公室”,表示该办公室将在副贸易代表Jeffrey Gerrish的领导下监督(monitor)中国对协议的履行情况,并且与中方的“双边评估和争端解决办公室”一道解决协议履行过程中产生的争端。同时,USTR还公布了该办公室的电话,供利益攸关方(interested parties)提出关于协议履行的关切。^②根据《维也纳条约法公约》对于条约解释规则的规定,在解释条约文本时,应同时考虑缔约方适用条约的嗣后实践。^③因此USTR的这项公开文件将成为日后解释协议第7.2.2条的重要参考。USTR的上述表态释放出两点信号:第一,“双边评估和争端解决办公室”发挥着监督和评估条约履行的功能,且该功能的对象是对方缔约国,而这一点在条约字面文本中是没有明示的。^④第二,USTR试图将参与争端解决机制的主体扩大至除了中美两国政府以外的私主体,即利益攸关方。根据协议规定,只有缔约方可以向办公室提交与协议履行相关的申诉,即使是必要的咨询工作,该办公室也仅可以向具有相关专业能力的政府部门咨询。^⑤USTR允许利益攸关方通过拨打电话直接向办公室提出其关切,有对协议的扩大解释之嫌——利益攸关方因此也将成为中国履约的“监督者”。USTR的表态进一步印证了协议的机构安排侧重于保障条约的履行。^⑥

① 例如US-Australia Free Trade Agreement, Art. 21.2; US-Peru Trade Promotion Agreement, Art. 21.2等。

② USTR Announces Formation of Bilateral Evaluation and Dispute Resolution Office Pursuant to U.S.-China Phase One Agreement. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/february/ustr-announces-formation-bilateral-evaluation-and-dispute-resolution-office-pursuant-us-china-phase-one-agreement-between-the-united-states-of-america-and-the-peoples-republic-of-china>, Fact Sheet, January 15. https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/phase%20one%20agreement/US_China_Agreement_Fact_Sheet.pdf.

③ Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31(3)(a).

④ 协议第7.2.2条原文只是“评估本协议履行相关的具体问题”,并不是“评估另一方履行本协议的相关具体问题”。

⑤ 《中华人民共和国政府和美利坚政府经济贸易协议》,第7.2.2条,第7.4.1条。

⑥ 目前,中国政府并没有公开“双边评估和争端解决办公室”的相关信息,也未公开对USTR的表态作出正面回应。

（三）以履约为导向的程序设计

协议第7.4条及第七章附件对争端解决机制的程序事项进行了详尽的规定。协议的争端程序体现出封闭性、逐级性和快速性的特点。这些特点相互关联，形成合力以推动协议的履行。

协议争端解决程序的封闭性体现在：就协议履行引发的争端由中美双方在协议框架下自行解决，不在条约文本中引入第三方机构。通过设置一套协议自有的、多层级的争端解决机制，缔约方似乎意图将双方争议的最终走向把握在自己手中。另外，协议第7.6.1条还规定了严格的保密义务：“申诉及任何相关悬系或事项均属保密，未经双方同意，不得与‘双边评估和争端解决办公室’之外的其他人分享”。这实质上说明若要将协议履行争议诉诸其他争端解决机制，必须有双方合意。但值得注意的是，在中美与其他国家签署的经贸协定中，大都包含了场所选择（choice of forum）条款，以解决协定自身的争端解决机制与其他争端解决机制出现管辖权竞合的问题。在场所选择条款存在的情况下，如果缔约方之间的争端同时涉及协定本身以及他们所共同参与的其他协定，起诉方可以对争议解决机制进行选择。如果起诉方选择使用其他争端解决机制，则协定项下的争端解决机制被排除适用，反之亦然。而第一阶段协议并没有明确的场所选择条款，而是“确认各自在世贸组织协定和其他共同参加的协定项下相互间现有权利和义务”（协议第7.6.1条）。有学者认为在协议中，双方对等保留了适用WTO解决争端权利（程大为，2020）。未来如果中美双方发生争议，双方很可能就争议的性质发生法律上的论争——争议是否仅关于协议履行问题，还是同时涉及到WTO项下的协定。如果是前者，当事方有可能主张WTO争端解决机制无权管辖。在WTO的实践中，即使存在场所选择条款，“非WTO协定”争端解决机制的启动并不必然能够排除WTO争端解决机制的适用（纪文华和黄萃，2006；陈儒丹，2009）。在“美国诉墨西哥饮料税收案”中，墨西哥提出鉴于NAFTA争端解决机制已启动，且由于美国拒绝合作而无法进行，因此专家组应拒绝或克制行使管辖权。但是专家组驳回了墨西哥的这一抗辩，认为根据DSU第11条，专家组并没有决定是否就案件行使管辖权的自由裁量权，即使有，在本案中墨西哥也未能提供足够的证据来证明专家组应当拒绝行使管辖权。^①上诉机构亦维持了这一结论，但特别澄清其在本案中的裁判并不代表排除其他情况可能阻却专家组行使管辖权。^②由此可见，尽管协议本身旨在将中美双方就本协议履行引发的争议封闭在双边的解决机制之下，但通过将争议与WTO项下协议相关联，并不是没有可能获得WTO争端解决机制的管辖权。但是，鉴于第一阶段协议第7.4.1条规定的严格保密义务，以及当前美国对WTO争端解决机制的反对态度，就该协议相关争端诉诸WTO争端解决机制具有相当高的现实障碍。

^① Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/R, para.3.2,7.13, 7.18.

^② Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/AB/R, para. 54.

逐级性与快速性相关联,故作一并讨论。协议争端解决机制启动的标志是一方向另一方的“双边评估和争端解决办公室”提交书面申诉。一般情况下,争议将在“双边评估和争端解决办公室”指派的官员、副部级官员层级、中国分管副总理和美国贸易代表三个层级进行逐级磋商,高层级磋商的启动以低层级磋商的失败为前提。^①与此同时,“快速(expeditious)”一词不仅出现在协议的序言中,又在第七章开头再次被强调。^②根据“争议解决时限”的规定,一项争端最快可以在被申诉方收到申诉之日起1个月(31天)内在指定官员层级达成解决方案;即使最终需要中国分管副总理和美国贸易代表介入,双方也预期在106个工作日内达成解决方案。对于一方认为是紧急事项的履行问题,可以直接进入第三层级的磋商,时限为30日。^③在WTO争端解决机制下,案件从磋商启动到专家组发布报告保守估计需要1年的时间,如果当事方提出上诉,总耗时则需要再增加至少3个月。^④在中美与其他国家缔结的经贸协定中,对于争端解决时限的规定也与WTO大致相当。相比之下,第一阶段协议对效率的追求显而易见。

协议争端解决程序对效率的追求还体现在其对于双方磋商未果情形的处理方式上。根据协议第7.4.2条规定,如果双方在第三层级的磋商后仍无法达成共识:“申诉方出于防止局势升级、维护正常双边贸易关系的目的,基于磋商中提供的事实,可能求助于采取行动,包括停止其在本协议下的某一义务,或采取其认为适当的、以相称的方式实施的补救措施。在申诉方行动生效日之前,被申诉方可启动中国国务院分管副总理和美国贸易代表之间的紧急会议。如被申诉方认为申诉方依照本项采取的行动基于善意,被申诉方不会采取反制措施,否则,则挑战相关行动。如被申诉方认为申诉方的行动基于恶意,其救济手段是向申诉方提交书面通知退出本协议。”起诉方诉诸报复行为的相关条款在WTO争端解决机制和其他双边或多边经贸协定的争端解决机制中并不鲜见。但这种报复行为往往是基于被诉方在合理期限内不履行由第三方机构给出的裁决,且具有临时性。由于第一阶段协议排除了第三方机构的介入,当事方对于是否采取行动,以及采取何种行动用于协议赋予的、充分的自由裁量权。这种自由裁量权不仅体现在申诉方可以自主决定其采取的措施是否“适当的、相称的”,也体现在被申诉方可以自主评估申诉方采取的措施是“善意”还是“恶意”。此外,协议并没有规定报复行为在何种情况下应当终止,也就是说,一旦磋商破产,中美可能进入新一轮的“贸易战”状态中,或是退出协议。

二、中美两国争端解决机制设计的路径偏好

为深入理解第一阶段协议争端解决机制的特点,本文将梳理中美两国与别国之间

① 《中华人民共和国政府和美利坚政府经济贸易协议》,第7.4.4条及第七章附件“争端解决时限”。

② 《中华人民共和国政府和美利坚政府经济贸易协议》,序言第6段,第7.1.2条。

③ 《中华人民共和国政府和美利坚政府经济贸易协议》,第7.4.4条及第七章附件“争端解决时限”。

④ Understanding the WTO: Settling Disputes. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/displ_e.htm.

已经生效的自由贸易协定（FTA）中对争端解决机制的路径选择。在归纳两国在FTA中争端解决路径偏好的基础上，与第一阶段协定进行比照，并试图对它们之间的共性和特性进行解释。需要说明的是，中美第一阶段协议并不是传统意义上的FTA，但其实体内容所涉及的事项与FTA有一定的重合性。因此，中美两国与别国缔结的FTA是具有一定参考意义的对照组。主要纳入考量的要素为：FTA是否含有争端解决条款、是否引入第三方机构参与争端解决、争端解决机制是否有可能产生有法律拘束力的裁判^①、是否有明确的场所选择条款，以及联合委员会（Joint Committee/Commission）在争端解决机制中所扮演的角色。

（一）中国参与的 FTA 中的争端解决机制

截至目前，中国有12部与其他国家缔结且已经生效的FTA。下表1总结了中国参与的自由贸易协定中的争端解决机制。由表1可见，中国与外国签署FTA均含有争端解决条款，且这些FTA中的争端解决条款呈现出高度的同质性。值得注意的是，中国是在加入WTO之后才开始与各国签署FTA，因此这些FTA争端解决机制的文本也深受WTO争端解决机制的影响。具体而言，协定通常将磋商作为解决争端的必要前置程序，将调停、斡旋、调解作为随时可以启动的自愿程序。如当事方未能在规定时间内通过磋商解决争端，提出磋商要求的一方可以要求成立专家组或仲裁庭，也就是所谓的第三方争端解决机构。第三方争端解决机制的运行程序很大程度上借鉴了WTO上诉机构的运行机制。同时，所有的FTA都通过场所选择条款阐明了协议争端解决机制与其他争端解决机制（特别是WTO争端解决机制）的关系：当事方一旦选定某一第三方机构，则视为对其他第三方机构管辖的排除。仲裁庭或专家组的报告是最终的且具有法律约束力的，如当事方不能在合理期限内执行裁决，起诉方可以临时终止减

表 1 中国参与的 FTA 中的争端解决机制

缔约方	生效年份	争端解决条款	联委会	联委会调解为必要前置程序	第三方机构	有法律拘束力的裁判	场所选择条款
中国-格鲁吉亚	2018	有	有	否	有	有	有
中国-澳大利亚	2015	有	有	否	有	有	有
中国-韩国	2015	有	有	否	有	有	有
中国-瑞士	2014	有	有	否	有	有	有
中国-冰岛	2014	有	有	否	有	有	有
中国-哥斯达黎加	2011	有	有	否	有	有	有
中国-秘鲁	2010	有	有	否	有	有	有
中国-新加坡	2009	有	有	否	有	有	有
中国-新西兰	2008	有	有	否	有	有	有
中国-巴基斯坦	2007	有	有	否	有	有	有
中国-智利	2006	有	有	否	有	有	有
中国-东盟	2005	有	有	否	有	有	有

① 仅限于FTA自设争端解决机制是否可以产生有拘束力的法律裁判,通常表现为仲裁庭判决或专家组报告。

让和义务,直至不符合协议的行为消除,或当事方执行裁决,或当事方就争议达成解决方案。上述内容在框架上已经成为中国缔结的FTA中争端解决条款的常用路径。

此外,中国参与的FTA均设置了由缔约方代表组成的联合委员会,其职能也与争端解决有所关联:包括监督和审议协议的执行情况、接收缔约方提交的问题、考虑影响协议执行的问题,有些条约甚至包括“努力解决本协定的解释或适用方面可能产生的争议”。^①总的来说,联合委员会的机构设置独立于争端解决条款之外,其所扮演的角色是缔约方进行对话沟通的常规机制,推动协议的履行。在第三方机构存在的情况下,联合委员会主要是作为双方的联络点,提供外交磋商的平台,并可能在调停、斡旋、调解的自愿程序中担任中间机构,并不扮演争端解决机制中的核心角色。

(二) 美国参与的 FTA 中的争端解决机制

截至目前,美国已与20个国家签署了FTA。由下表2可见,在总体的路径选择上,中美两国并无大异,故对于相同之处不作赘述。值得注意的是,在美国参与的诸多FTA中,联合委员会的职能及其在争端解决机制中所扮演的角色与中国参与的FTA有明显差异。除了即将生效的《美国—加拿大—墨西哥协议》之外,所有其他FTA启动第三方仲裁或专家组程序的之前,必须要经过联合委员会的调停、调解或斡旋。以《美国—澳大利亚自由贸易协定》为例,联合委员会的机构设定被包含在第二十章“机构协议和争端解决(institutional agreement and dispute settlement)”之中,且明确规定了联合委员会的职能包含争端解决。^②如缔约方就该协议产生争端,首先应诉诸双边磋商,如果在规定时限内磋商失败,争端任何一方可以将争端书面提交联合委员会进行解决(referral of matters to the Joint Committee);只有在委员会无法解决争端的情况下才得以诉诸专家组。^③联系其场所选择条款,只有启动协定专家组程序才能对其他争端解决机构产生排除效力。^④同时,联合委员会是唯一可以进行调停、调解、斡旋功能的机构。按照这样的制度设计,缔约方在将协议诉诸任何第三方机构之前,不得绕过联合委员会。由此可见,在美国参与的FTA里,将缔约方争端解决尽可能控制在当事方之间是其一贯的态度。这一点在第一阶段协议里得到了延续和进一步加强。

在众多美国缔结的FTA中,只有《美国—以色列自由贸易协定》和《美国—约旦自由贸易协定》明确规定了专家组报告不具有法律约束力。^⑤《美国—以色列自由贸易协定》第19.2条规定一旦争端被提交至协议项下的专家组,且专家组给出最终报告,受影响的一方有权采取任何合适措施(any appropriate measure)。类似

① 例如《中华人民共和国和瑞士联邦自由贸易协定》第14.1.2条。

② United States—Australia Free Trade Agreement, Art. 21.1.2(c)。

③ United States—Australia Free Trade Agreement, Art. 21.5—21.7。

④ United States—Australia Free Trade Agreement, Art. 21.4.2。

⑤ Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the Government of Israel and the Government of the United States of America, Art. 19.1 (c); Agreement between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area, Art. 17.1 (d)。

地,《美国-约旦自由贸易协定》第17.2条规定在专家组发布最终报告后,联合委员会应当参考该报告,尽力解决争端。如果联合委员会未能在专家组发布报告的30天之内解决争端,当事方有权利采取任何适当且相称的措施(any appropriate and commensurate measure),且未明确规定这种措施在何种情况下应当终止。中美第一阶段协议第7.4.2条对双方磋商不成的处理方法在实质上与上述两个FTA高度类似。

表2 美国参与的 FTA 中的争端解决机制

缔约方	生效年份	争端解决条款	联委会	联委会调解为必要前置程序	第三方机构	有法律拘束力的裁判	场所选择条款
美国-墨西哥-加拿大(USMCA)	2020	有	有	否	有	有	有
美国-韩国	2012	有	有	是	有	有	有
美国-哥伦比亚	2012	有	有	是	有	有	有
美国-巴拿马	2012	有	有	是	有	有	有
美国-秘鲁	2009	有	有	是	有	有	有
美国-阿曼	2009	有	有	是	有	有	有
美国-摩洛哥	2006	有	有	是	有	有	有
美国-中美洲国家(CAFTR-DR)	2006	有	有	是	有	有	有
美国-澳大利亚	2005	有	有	是	有	有	有
美国-巴林	2005	有	有	是	有	有	有
美国-新加坡	2004	有	有	是	有	有	
美国-智利	2004	有	有	是	有	有	有
美国-约旦	2001	有	有	是	有	无	有
美国-加拿大-墨西哥(NAFTA)	1989	有	有	是	有	有	有
美国-以色列	1985	有	有	是	有	无	有

从总体上看,中美两国与其他国家缔结的FTA中争端解决机制的路径选择有着高度的相似性,都倾向于纳入能够给出有法律拘束力的裁判的第三方争端解决机构,并且保留诉诸WTO及其他争端解决机制的可能性。但是相比而言,美国在FTA争端解决机制的设计上十分强调联合委员会的作用,更加有意将争端解决的把控权尽可能控制在当事国手中。同时,在争端协商不成的情况下,当事方可以有充分的自由裁量权诉诸报复行为——这一选项早就存在于美国的“工具箱”之中。而上述两个突出的特点均在中美第一阶段协议中得到了充分的展现。

三、法律规则与政治考量

基于上述对第一阶段协议文本以及中美与其他国家签署的FTA中争端解决机制的路径选择,下文试图分析第一阶段协议争端解决机制及其背后的政治逻辑。

(一) 从规则导向到权力导向的演进

从国际关系视角来看,经贸协定中的争端解决机制可以分为规则导向(rule-oriented)和权力导向(power-oriented)两类。前者呈现高度的法律化,往往借助第三方争端解决机构给出具有法律拘束力的裁判;后者遵循实用主义,由缔约方通过传统的外交途径自助解决,且往往以报复性制裁为威胁(Smith,2000)。从这种意义上

来说, 第一阶段协议的争端解决机制是典型的权力导向类型。Alle和Elsig(2016)在对全球1945年至2009年之间缔结的近600部FTA中的争端解决条款进行分析后, 认为发达国家与发展中国家签订的FTA中的争端解决机制更为完善, 而发达国家间的自由贸易协定的争端解决和履约机制往往相对宽松。由此可见, 缔约国的实力及其在谈判中的议价能力对于协议争端解决机制的最终呈现起到了至关重要的作用。

与中美以往与其他国家缔结的FTA不同的是, 中美两国互为彼此最重要的贸易伙伴。^①作为协议的一部分, 争端解决机制的设计亦是这两个大国博弈的结果。协议争端解决机制从适用范围、机构设置到程序设计均以协议的切实履行为主要、甚至是唯一诉求, 使得协议具备了“自主履行”(self-enforcing)的特质。“自主履行”协议通常具备以下特质: 协议不引入第三方机构来裁判协议的履行或违反情况、评估损失、施加制裁; 缔约国自由裁量其继续履行协议是否获益更多; 缔约方选择继续履行协议只是因为其继续履行协议的好处要大于停止履行协议(Yarbrough, et al., 1986)。第一阶段协议赋予了中美双方极大的裁量权, 使得两国能够自主判断对方是否违反条约, 以及采取何种手段处理对条约的违反——或通过磋商达成的解决方案; 或诉诸行动报复; 或退出条约。因为没有第三方争端解决机构的介入, 双方对于争端的处理主要受制于对于本国单方面利益诉求的评估和双方谈判时的实力角逐, 而不是受制于规则本身。这也反过来解释了为什么第七章的适用范围并不涉及协议的“解释与适用”, 因为在以实力和利益为出发点的情况下, 国家缺乏判断对错的动机。因此, 中美第一阶段协议争端解决机制释放出大国博弈由规则导向向权力导向发展的信号。

(二) 从多边机制向双边路径的回归

2018年3月8日, 美国总统特朗普签署公告, 认定进口钢铁和铝产品威胁美国国家安全, 决定于3月23日起, 对进口钢铁和铝产品全面征税税率分别为25%和10% (“232措施”)。^②2018年3月22日, 特朗普宣布根据“301调查”结果将对总额达600亿美元的进口商品加征关税。^③翌日, 中国商务部发布了针对美国进口钢铁和铝产品“232措施”的中止减让产品清单并征求公众意见, 拟对自美进口部分产品加征关税, 以平衡因美国对进口钢铁和铝产品加征关税给中方利益造成的损失。中国商务部发言人指出, 中国此举是根据WTO《保障措施协定》相关规定对美国采取的反制措施, 中方将按照WTO相关规则履行必要程序。^④2018年4月4日和4月6日, 中国先后在WTO争端解决机制下, 就美国对华发起的“301措施”和“232措施”向美国提起磋

① 关于中美经贸摩擦的事实与中方立场白皮书[EB/OL]. <http://www.scio.gov.cn/zfbps/ndhf/37884/Document/1638295/1638295.htm>.

② Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Steel into the United States, March 8, 2018. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states/>.

③ Presidential Memorandum on the Actions by the United States Related to the Section 301 Investigation, March 22, 2018. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-actions-united-states-related-section-301-investigation/>.

④ 商务部新闻发言人就中方发布针对美国进口钢铁和铝产品232措施的中止减让产品清单发表谈话[EB/OL]. <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201803/20180302722664.shtml>.

商请求。2018年7月16日，美国就中国的报复措施同样诉诸于WTO争端解决机制。与此同时，自2018年2月27日起，中美经贸高级别磋商拉开序幕。在中美贸易战发展过程中，中美两方的博弈呈现出三条并进的路线：第一，通过数轮相互加征关税，以实际行动进行报复；第二，中美两方均尝试在WTO框架之内维护己方权益；第三，中美经贸高级别磋商及双方国家元首会晤在贸易战进程中同时推进。最终，在经历了13轮高级别磋商后，中美于2020年1月16日签署了第一阶段协议。

对照上文对协议争端解决机制的分析，中美贸易战中这三条并进的路线恰好反映在了协议文本之中：强调双边磋商，确认双方在WTO协定项下既有的权利和义务，并以报复措施和退约作为兜底选项。但是，上文提到协议争端解决机制封闭程度高，为当事方将与协议相关的争端诉诸WTO争端解决机制设置了几乎不可逾越的障碍。这样的路径选择与美国近年来对WTO争端解决机制的不满不无关系。一方面，美国指责WTO上诉机制在争端解决过程中的越权行为以及对WTO协议条款的错误解释不仅违反了WTO的相关规定，也损害了美国的核心利益，^①在美国阻挠下，WTO上诉机构于2019年12月11日停摆。从现实意义上看，WTO争端解决机制短期内无法充分运转，以解决成员之间的经贸争端。另一方面，美国认为中国的“非市场经济体制”对包括美国在内的WTO成员造成了严重损害，而WTO现有机制无法从根本上解决这一问题。^②在美国提出的对华贸易新策略中，美国将以其认为合理的任何方式促使中国不仅严格遵守WTO规则，还要改变其对美国造成损失的非市场经济体制。^③中美第一阶段协议在美国看来是这一策略的一部分。^④上文提到的《美国—以色列自由贸易协定》生效于1985年，是美国在WTO成立以前缔结的第一部也是唯一一部双边FTA。该协议中的争端解决机制呈现出双边路径加报复兜底的特点。在此之后只有《美国—约旦自由贸易协定》采取了相同的路径。在35年后的中美第一阶段协议争端解决条款中，相似的路径再次出现。这印证了美国由多边机制向双边路径甚至是单边主义回退的外交策略，并且试图通过第一阶段协议将中国卷入这一浪潮之中。

四、结论

作为中美贸易战背景下的“停火协议”，第一阶段协议通过条约的方式明确中美双方的权利和义务，并通过制度化的设计使两国重回沟通对话的轨道。协议第七章所设立的“双边评估和争端解决安排”成为中美双方充分履行协议的制度保障。通常情况下，条约的争端解决机制在推动条约履行方面扮演着重要的角色，但是条约的履约机制并不等同于争端解决机制。^⑤第七章的通过对适用范围和机构设置与协议履行的

① USTR, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020.

② USTR, 2019 Report to Congress on China's WTO Compliance, March 2020:15.

③ USTR, 2019 Report to Congress on China's WTO Compliance, March 2020:16.

④ USTR, 2019 Report to Congress on China's WTO Compliance, March 2020:19.

⑤ 例如在国际环境条约中，往往同时包含履约程序（Non-Compliance Procedure）以解决与条约履行相关的问题，也包括争端解决机制。鉴于在实践中，二者的职能与管辖事项可能交叉，条约明确规定前者对后者的适用不产生影响，二者是平行关系。

高度绑定,使协议项下的履约机制和争端解决机制在本质上实现了混同。协议项下的争端解决程序具有封闭性、逐级性和快速性的特点,服务于协议充分、及时的履行。对比中美与其他国家签署的 FTA,本协议的争端解决机制的上述特点更为凸显,主要表现为:最大限度地避免第三方机构对协议相关争端作出有法律拘束力的裁判;最大限度地赋予中美双方对于评估争议和采取行动的自由裁量权。结合中美贸易战的历程和第一阶段协议的谈判背景,本文认为第一阶段协议争端解决机制是中美贸易战过程中双方博弈模式的在法律上的延续。一方面,协议争端解决机制体现了当今世界前两大经济体之间的角力逐步由规则导向向权利导向演进。在这一逻辑下,第一阶段协议呈现出“自主履行”的特点。另一方面,协议争端解决机制是在阻挠 WTO 上诉机制运行之外,美国脱离多边机制回归双边路径的又一具体展现。

基于上述观察,本文认为协议争端解决机制对于判断协议未来走向有着至关重要的参考价值。决定一部“自主履行”协议命运的主要变量是缔约方对己方利益诉求的判断,以及缔约各方的实力较量。第一阶段协议生效已有 4 个多月的时间,中美之间摩擦依然不断,而新冠疫情为双方履约增添了更多的不确定性。根据协议第 6.2 条规定,中国要确保在 2020 年 1 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日两年内从美国采购总价不少于 2000 亿美元的进口制成品、农产品、能源产品和服务,并具体规定了每年每类别采购的具体数目。根据统计数据显示,截至 2020 年 10 月,中国就第一阶段协议所涉类目不从美国的进口总额仅达到了本年度预期目标的 55%,而美国相应的出口总额仅达到了本年度预期目标的 57% (Bown, 2020)。可以预期的是,受疫情的影响,无论是中国作为采购方还是美国作为供给方,在 2020 年余下 3 个季度里的履约压力都会比预期增大,违约风险随之增加。但从目前中美双方有关机构发布的官方表态来看,双方认为协议的履行处于稳步推进的过程中,并表示出了充分、及时履行协议的意愿。^①候任总统拜登曾对媒体表示其在上任后不会立即对第一阶段协议采取任何行动。中方对此的回应是:中美经贸合作的本质是互利共赢,对于双方经贸关系中出现的一些问题,应该本着相互尊重、平等协商的精神妥善加以解决。^②依照上文“自主履行”协议中的理论看,到目前为止,中美双方仍然认为继续履行协议的获益大于停止履行协议的获益。

参考文献

- [1] 卞永祖. 中美第一阶段协议有三个特点[J]. 世界知识, 2020(4):14-15.
- [2] 陈儒丹. “非WTO协议”在WTO争端解决中的适用[J]. 法学, 2009(2):126.
- [3] 程大为. 双边评估和争端解决方式既创新又务实[N]. 经济日报, 2020-01-19.
- [4] 纪文华, 黄萃. WTO与FTA争端解决管辖权的竞合与协调[J]. 法学, 2006(7):40-41.

① 刘鹤与莱特希泽、姆努钦通话[EB/OL]. http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-05/08/c_1125956518.htm; USTR and Treasury Statement on Call with China. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/may/ustr-and-treasury-statement-call-china>.

② 2020年12月2日外交部发言人华春莹主持例行记者会[EB/OL]. https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1837336.shtml.

- [5] 王应贵. 中美第一阶段经贸协议目标、现实挑战与未来希望[J]. 亚太经济, 2020(2):52-58.
- [6] Allee, T., and M. Elsig, "Why Do Some International Institutions Contain Strong Dispute Settlement Provision? New Evidence from Preferential Trade Agreements", *The Review of International Organizations*, 2016 (11): 91.
- [7] Bown, C. P., US-China Phase One Tracker: China's Purchases of US Goods as of November 2020. December 23, 2020. <https://www.piie.com/research/piie-charts/us-china-phase-one-tracker-chinas-purchases-us-goods>.
- [8] Smith, J. M., "The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts", *International Organization*, 2000, 54(1):148.
- [9] Yarbrough, Beth V., and Robert M. Yarbrough, "Reciprocity, Bilateralism, and Economic 'Hostages': Self-Enforcing Agreements in International Trade", *International Studies Quarterly* 1986, 30:12.

【作者简介】尚珮璇：清华大学法学院国际法专业博士生。研究方向：世贸组织法、国际公法。

Dispute Settlement Mechanism under US-China Phase One Agreement: Legal Norms and the Political Logic Behind

SHANG Pei-xuan

(Tsinghua University, School of Law Shanghai 100084, China)

Abstract: The US-China Phase One Agreement clarifies the rights and obligations of both sides, and through institutionalized design, the two countries return to the track of bilateral dialogue. The "Bilateral Evaluation and Dispute Resolution" mechanism established in Chapter VII of the Agreement has become an institutional guarantee for China and the US to fully implement the Agreement. Through binding the scope of application and institutional settings to the implementation of the Agreement, Chapter VII has essentially mixed the compliance mechanism and dispute settlement mechanism under the agreement. The dispute settlement procedure under the Agreement has the characteristics of exclusiveness, hierarchy-based, and expeditiousness, serving the full and timely implementation of the Agreement. Compared with the FTAs signed by China and the US with other countries, the above-mentioned features of the dispute settlement mechanism of this Agreement are manifested as avoiding third party institutions to make legally binding judgments to the greatest extent and reserving discretion for both sides in evaluating disputes and taking actions. Considering the process of the US-China trade war and the negotiation background of the Agreement, Chapter VII is a continuation of the game model between the two parties during the trade war in a legal form. The dispute settlement mechanism, therefore, is an important indicator for predicting the future of the Agreement. The main variables that determine the fate of a "self-enforcing" agreement are the Parties' evaluation of their own interests and the relative strength of the Parties. Since the Phase One Agreement came into force, the friction between China and the United States still continues, and the COVID-19 pandemic has added more uncertainty to the implementation of the Agreement. However, according to the relevant actions and statements of both China and the US so far, it is reasonable to believe that, for both sides, the benefits of continuing to implement the Agreement are greater than the benefits of stopping the implementation.

Keywords: US-China Phase One Agreement; dispute settlement mechanism; US-China trade war; treaty implementation; FTA

(责任编辑：黄志瑾)