

## “规则制华”政策下中国自由贸易协定的功能转向

刘 彬

**内容提要:**中国已签订的自由贸易协定在商界利用率不高,经贸规则止步于对世界贸易组织的简单模仿,总体上偏向于扩大市场准入的传统功能且效果有限。当代国际经济法面临体系性重构,由西方主导的“规则制华”政策的影响与日俱增,但该政策背离了全球治理的正确方向。鉴于此,当下中国自由贸易协定应积极转向规则建构功能:一是以自身利益为内在基准进行议题盘点,突出自身的规则诉求;二是以制度扩散为外在目标,追求国内制度外溢与对外制度供给,并以“效率提升型”制度为供给特色,从而将本国自身利益与国际公共利益结合起来。“合理利用区域机制,通过自由贸易协定进行规则再造,对‘一带一路’中小伙伴进行制度供给”的改革思路符合中国的实力现状,这一思路既能促进全球化背景下的经贸合作利益,又能保障新兴大国对内的公共政策自主权与对外的制度话语权。

**关键词:**“规则制华”政策 中国自由贸易协定 市场准入 “效率提升型”制度

刘彬,西南政法大学国际法学院副教授。

随着“一带一路”倡议和自贸试验区战略的深入推行,中国自由贸易协定的制度实践正向全方位展开。截至2019年12月,中国对外签署的自由贸易协定已达14项。但协定的作用如何,是否达到服务于国家经济大局的目标,则有待进一步考察。“不知过去,无以图将来”。本文拟从实证角度剖析当前中国自由贸易协定的局限性,结合对西方“规则制华”政策国际造法态势的批判,从文本层面探讨中国自由贸易协定的改革思路。中国自由贸易协定的法律文本存在较大的战略调整空间,面对“规则制华”的政策压力需要作出及时的功能转向,以适应当下争取国际经贸规则话语权的需要。

### 一 中国自由贸易协定的局限与变革

中国已签订的自由贸易协定在经济功效上存在一定的局限性,在规则建构水平上则

更为有限。鉴于此,中国自由贸易协定存在改革必要性。

### (一) 中国自由贸易协定的局限性

#### 1. 经济功效的局限性

针对中国自由贸易协定在促进贸易投资方面的功效,国内权威媒体有详细的数据列举。<sup>[1]</sup> 这些资料来源权威、统计翔实,表明中国现有自由贸易协定取得了阶段性经济成果,其经贸促进作用具有数据支撑基础,为中国经贸实力的壮大和国际地位的提升作出了贡献。然而实践中,中国外贸企业对自由贸易协定关税优惠政策的利用率并不高。

亚洲开发银行曾专门对东亚六个国家的外贸企业展开问卷调查,结果显示:仅有约28%的受访企业利用过自由贸易协定的关税优惠政策。而专门针对中国的调查结果显示:中国企业对自由贸易协定的利用率也相当低,接近一半的企业完全不曾利用自由贸易协定。亚洲开发银行的工作人员分析认为,除了原产地证书耗时长、行政成本高之外,诸如最惠国税率与自由贸易协定优惠税率差距不大也是后者的功能被淡化的原因。<sup>[2]</sup> 虽然以上调研数据发布于约十年前,但亚洲开发银行关于企业低利用率的原因分析至今适用。十年之后,中国自由贸易协定的利用率问题仍然存在。例如,2015年中国国际贸易促进委员会有关负责人指出,中国企业对《中国—东盟自由贸易协定》的利用率不足17%。<sup>[3]</sup> 2017年浙江省义乌市外贸管理部门也指出,义乌地区的自由贸易协定利用水平仍然偏低。<sup>[4]</sup> 不过,自《中国—瑞士自由贸易协定》生效五年以来,其利用率稳步上升,2018年该数据已达到40%,<sup>[5]</sup>但也非处于高位。从自由贸易协定利用率不高的事实来看,即便无需经济学的专业分析,也可判断出协定的功效存在问题。

尽管自2001年加入世界贸易组织以来,中国与所有合作伙伴的贸易额都在增长,以至于中国被西方视为自由开放的国际经济体制的最大受益者,<sup>[6]</sup>但仅凭双边贸易投资额的增长数据不足以说明这一增长是自由贸易协定的促进效果。以《中国—东盟自由贸易协定》为例,鉴于东盟国家与中国作为新兴经济体持续繁荣,且山水相邻、运输便利,企业实力不断壮大,双边贸易额十几年来节节攀升也属正常。此外,尽管中国与其他的重要贸易伙伴如欧盟、美国、日本等之间并未签订自由贸易协定,然而这并不影响其与中国的正常贸易投资往来。因此,即便可以认为自由贸易协定发挥了一定的经济效用,但对其效用程度仍应抱以审慎态度。

[1] 参见鲍捷等:《自贸协定推动中澳合作迈上新台阶》,《人民日报》2016年4月11日第03版。

[2] 参见[日]河合正弘、[英]加乃山·维格那拉加主编:《亚洲的自由贸易协定:企业如何应对》,王震宇等译,社会科学文献出版社2012年版,第31-33、49、94页。

[3] 参见《专家指中国企业自贸协定利用率偏低 要用好原产地优惠》,资料来源:中国新闻网, <http://www.chinanews.com/cj/2015/04-30/7246464.shtml>,最近访问时间[2019-12-20]。

[4] 参见《半年减免关税6720万美元 义乌自贸协定“红利”显现》,资料来源:中国自由贸易区服务网, [http://fta.mofcom.gov.cn/article/chinakorea/koreagfguandian/201707/35420\\_1.html](http://fta.mofcom.gov.cn/article/chinakorea/koreagfguandian/201707/35420_1.html),最近访问时间[2019-12-20]。

[5] 参见《中瑞自贸协定首份评估报告对协定实施成果予以积极评价》,资料来源:中国自由贸易区服务网, [http://fta.mofcom.gov.cn/article/fzdongtai/201809/38983\\_1.html](http://fta.mofcom.gov.cn/article/fzdongtai/201809/38983_1.html),最近访问时间[2019-12-20]。

[6] 参见[美]杰弗里·L.丹诺夫:《中国在演进的全球秩序中的角色:入世10周年反思》,蒋围译,载陈安主编《国际经济法论丛》(第18卷第3期),北京大学出版社2011年版,第7页。

## 2. 制度功效的局限性

除了商界利用率不高导致协定的经济功效受限之外,以往中国自由贸易协定的规则建构水平也不高,无法适应当今区域经济一体化推向纵深的需要。

对中国已签订的自由贸易协定进行梳理可知,协定文本多侧重于新的关税削减和市场准入承诺,<sup>[7]</sup>而基本的贸易规则(涉及货物、服务、贸易救济等事项)仍然大体照搬世界贸易组织各协定的有关条款。在服务贸易领域,中国的自由贸易协定虽然比世界贸易组织项下的各项协定作出的开放承诺更多,但这种开放仍然是正面清单式的审慎开放;<sup>[8]</sup>在投资领域,前述自由贸易协定往往局限于对中国已签署的双边投资协定内容的直接移植,少有制度创新,更不存在新的开放承诺;在知识产权保护领域,自由贸易协定基本限于重申世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》(下称“TRIPS 协定”)的精神,并照搬该协定的相关条文;在争端解决领域,相关条文明显受到世界贸易组织争端解决机制的影响,缺乏手段创新;在其他领域,如竞争政策、环境保护等,自由贸易协定则多持回避的态度或仅作泛泛声明。综上可知,中国的自由贸易协定将重心置于新的关税削减和市场准入承诺,注重“入世”后贸易红利的延续,而经贸制度则基本移植世界贸易组织或其他国际经济条约下的现有条款,缺少对经贸制度创新和营商环境建设的积极关照。尽管中国已签署的自由贸易协定在推动经贸利益扩张方面确有一定功效,但也已逐渐接近瓶颈,不能适应当代加快国内结构性改革、扩大对外开放力度的需要,也不能适应世界范围内区域经济一体化的新要求。

随着近年来经贸形势与政策发生变化,晚近的中国自由贸易协定一定程度上也呈现出向“21 世纪贸易协定”有限靠拢的态势。<sup>[9]</sup> 在服务和投资方面,中国于 2015 年签订的《中国—澳大利亚自由贸易协定》是典型例证。中方承诺将以负面清单为基础进行服务和投资自由化谈判。在海关程序方面,秉承支持世界贸易组织项下《贸易便利化协定》(Trade Facilitation Agreement TFA)有关规定的立场,《中国—瑞士自由贸易协定》《中国—冰岛自由贸易协定》《中国—韩国自由贸易协定》以及《中国—澳大利亚自由贸易协定》较大程度地丰富了相关条款且章节安排趋于定型化。<sup>[10]</sup> 在原产地规则方面,从 2008 年签订的《中国—新西兰自由贸易协定》开始,中国逐渐转向采用多种选择性标准的多元体系。在知识产权方面,“超 TRIPS 规则”在 2013 年签订的《中国—瑞士自由贸易协定》、2015 年签订的《中国—韩国自由贸易协定》《中国—澳大利亚自由贸易协定》中开始出现。<sup>[11]</sup>

[7] 例如中国—东盟自由贸易区《货物贸易协议》第 14 条“承认中国市场经济地位”的规定、中国—巴基斯坦自由贸易区《关于自由贸易协定及其他贸易问题的谅解备忘录》以及《中国—韩国自由贸易协定》第七章“贸易救济”第 7.7 条第 4 款等规定。

[8] See Shi Jingxia, Services Liberalization in China's Free Trade Agreements, 1 *China Legal Science* 95, 117 (2013).

[9] “21 世纪贸易协定”这一西方学术概念不能成为中国自由贸易协定的绝对衡量标准,但具有参考价值。See C. L. Lim, Deborah K. Elms and Patrick Low (eds.), *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-first-Century Trade Agreement*, Cambridge University Press, 2012, pp. 8-9.

[10] 参见中国于 2013 年签订的《中国—瑞士自由贸易协定》第四章、《中国—冰岛自由贸易协定》第四章、于 2015 年签订的《中国—韩国自由贸易协定》第四章以及《中国—澳大利亚自由贸易协定》第四章等。

[11] 参见刘彬:《论中国自由贸易协定的“超 TRIPS”义务新实践》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 5 期,第 72-77 页。

竞争政策、环境保护等新议题开始以专章形式出现在上述自由贸易协定中。中小企业、价值链培育、能力建设等问题往往被规定在涉及合作内容的章节及其它软性合作条款中。<sup>[12]</sup> 不过在监管一致性合作方面,中国自由贸易协定仍显得较为消极和滞后。

由此可见,中国自由贸易协定在规则层面正尝试与“21世纪贸易协定”的国际趋势进行接轨,同时又显得较为谨慎。近年来,中国与东盟、新加坡、智利等伙伴的自由贸易协定升级谈判的结果也显示出这一趋向。其中,2018年签订的《中国和新加坡关于升级〈中国和新加坡自由贸易协定〉的议定书》具有较强代表性。其内容在海关程序与贸易便利化、原产地规则、贸易救济、服务贸易、经贸投资、经济合作等6个领域都进行了升级,且新增了电子商务、竞争政策和环境保护等3个章节。从议定书的内容来看,中国自由贸易协定的升级版本具有以下特征:(1)进一步扩大了货物贸易和服务贸易的市场准入力度;(2)对原产地规则、贸易救济、投资等章节进行了规则微调;(3)在竞争政策、环境这两个新章节的内容上作出了软性承诺;(4)对于海关程序与贸易便利化、电子商务这两章节的内容则设置了较多的实质性规则。其中第一项特征是中国一贯的关切焦点,第二项体现了保守的实用主义态度,第三项仅具有象征性,只有第四项体现了规则建构功能,反映了中国近年来对海关程序与贸易便利化、电子商务的支持立场和国内的立法发展。

综上所述,以往中国自由贸易协定倾向于扩大市场准入利益,在经贸规则建构方面少有作为。然而扩大市场准入受制于企业利用率等客观因素,实际效果亦有折扣。如此,中国自由贸易协定暴露出了经济功效与规则建构的双重局限。

## (二) 中国自由贸易协定的改革必要性

中国自由贸易协定文本改革的现实必要性存在于“递减”与“递增”的双重特性之中。其中,“递减”指的是自由贸易协定作为机制工具在市场准入功能方面的“边际递减”效应;“递增”则是指其在规则建构功能方面的“边际递增”效应。

### 1. 市场准入功能的“边际递减”

自由贸易协定关税优惠的低利用率现象不仅存在于中国,在世界范围内也十分常见,亚洲开发银行针对东亚六国的调研结论已经揭示了这一点。在发展中国家这一现象更为普遍,因此自由贸易协定的政治意义大于经济意义。这种状况将长期存在,只能设法逐步改善,短期内难以迅速改变。

2017年商务部在其发布的《中国对外贸易形势报告(2017年春季)》中指出,中国产品占据国际市场份额已较高,2016年占比达到13.2%,这是自1971年以来其它国家均未达到的水平,进一步增加份额的难度增大。未来一段时期,中国外贸总量可能保持中低速增长,且更易受市场需求变化、汇率涨跌等短期因素影响,波动将更加频繁。<sup>[13]</sup> 这是经济“新常态”的表现之一,也意味着即便中国企业积极利用自由贸易协定,对中国外贸整体增长速度的刺激也难以再次快速攀升,自由贸易协定的客观经济效用仍然较为有限。

另外,自由贸易协定对于直接推动贸易额增长的作用也不宜高估。2019年商务部在

[12] 最典型者是2015年《中国—韩国自由贸易协定》第十七章“经济合作”的有关内容。

[13] 参见中国商务部:《中国对外贸易形势报告(2017年春季)》,第6页。

其发布的《中国对外贸易形势报告(2019 年春季)》中指出,2018 年全年,中国对前四大贸易伙伴——欧盟、美国、东盟、日本的进出口额增长率分别为 7.9%、5.7%、11.2% 和 5.4%,合计占中国当年进出口总额的 48.3%;中国对非洲进出口额增长了 16.4%;对“一带一路”沿线国家——俄罗斯、沙特阿拉伯和希腊的进出口额分别增长了 24.0%、23.2% 和 33.0%。<sup>[14]</sup> 2019 年第一季度,中国对欧盟、东盟的进出口额分别增长了 11.5% 和 8.1%。<sup>[15]</sup> 以上数据显示,2018 年中国与东盟国家间的贸易增速高于与欧盟、美国、日本间的贸易增速,但单凭这一数据难以表明自由贸易协定发挥了作用。中国在尚未与非洲国家签订任何自由贸易协定的情况下,中非贸易增速却高于中国与东盟间的贸易增速;此外,俄罗斯、沙特阿拉伯和希腊等贸易伙伴与中国也不存在自由贸易协定等优惠关系,但其与中国的贸易增速也明显更高;到了 2019 年第一季度,中国对东盟的贸易增速则缓于对欧盟的增速。综合以上现象表明,自由贸易协定在推动贸易额增长方面有一定作用但并非决定性因素。现实中,一国外贸量增长与否取决于多种复杂因素,例如世界经济的宏观环境和走势、逆全球化浪潮、地缘政治矛盾等。

## 2. 规则建构功能的“边际递增”

自由贸易协定这一机制工具除具有扩大市场准入的传统功能外,还具有经贸规则建构的新兴功能。1994 年《北美自由贸易协议》(*North American Free Trade Agreement, NAFTA*)的问世令这一功能初现。该协议系统性地创立了服务贸易、投资自由化、知识产权、竞争政策、环境保护、劳工标准等代表美国倾向性的新规则。中国自由贸易协定在扩大市场准入方面确有一定成效但不宜夸大,但在规则建构与规则话语权方面则明显滞后。因此改革的当务之急便是大力推进后者,或者至少应同等看待两者的重要性。因为从现实紧迫性的角度来看,无论是扩大市场准入还是促进贸易增长,都需要提高协定的利用率,而这需要加强宣传推广、促进企业能力建设、简化原产地规则、出台新的便利化措施等措施协同作用,属于各国的共性问题,有待从长计议;而中国在全球经贸制度重构进程中规则话语权的边缘化危险,则属于中国的个性问题,且迫在眉睫。

现阶段,中国通过自由贸易协定推行规则建构与规则再造功能的紧迫性与日俱增。主导国际经贸规则制定的西方国家持续奉行“规则制华”政策,在后金融危机时期更是加大力度,给中国带来了严峻挑战,构成了当前中国自贸试验区战略无法忽略的外部环境。对外开放固然让中国在过去四十多年间获益巨大,但目前参与国际经济体制及规则制定方面,中国已然进入瓶颈期。与之相对,“规则制华”政策若能刺激中国强化自由贸易协定的规则建构功能,则将有助于中国突破瓶颈,更好地争取和把握国际经贸规则的话语权,其潜在收益远非关税削减可比。

## 二 “规则制华”政策下中国自由贸易协定的出路:功能转向

西方国家的“规则制华”政策近年来给中国造成的压力愈加突出。当下中国自由贸

[14] 参见中国商务部:《中国对外贸易形势报告(2019 年春季)》,第 2-3 页。

[15] 参见中国商务部:《中国对外贸易形势报告(2019 年春季)》,第 8 页。

易协定将功能定位转向有利于己的规则建构,是化解这种危机的出路之一。

### (一) 西方“规则制华”政策的缘起

20世纪80年代起,中国开始尝试改变与国际制度相隔绝甚至敌对的状态,尝试接触和逐步融入由西方主导的国际制度特别是国际经济制度。这种尝试在恢复《关税及贸易总协定》(*General Agreement on Tariffs and Trade, GATT*)缔约方地位的努力中得到集中体现。然而,在最终的“入世”结果中,中国仍被迫付出了不菲代价,承担了众多超常规义务。<sup>[16]</sup>其中,尤以贸易救济措施中的“替代国价格”做法对中国造成的困扰最大。自加入世界贸易组织以来,中国遭遇了与超常规义务有关的若干重大争端,深受西方法治理念浸染的世界贸易组织争端解决机构固守文牍主义,由此产生了诸多对中国不利的结果。<sup>[17]</sup>中国的“入世”谈判过程冗长且政治化,而这一过程也是西方利用加入程序迫使申请方让步的典型例子,与《关税及贸易总协定》时期的宽松实践形成鲜明对比。这一格局的形成源于西方认为中国不是一般的发展中国家,需要从规则上专门限制。随着中国在多边贸易体制中获益渐多,经济实力不断壮大,西方舆论又相继抛出“中国责任论”“中国搭便车论”等对中国加以指摘。当中国成为实力最强的新兴经济体时,发达国家便提出是时候剥夺中国享受优惠待遇的资格、并进一步提高中国应负的国际责任了。由此可见,中国要求特殊与差别待遇的传统路径上已进入守势阶段。<sup>[18]</sup>

综上,在经贸层面西方国家的“规则制华”政策体现在三个方面:一是淡化中国的特殊与差别待遇;二是要求中国承担超常规义务;三是散播对中国不利的舆论。当下西方经济复苏的乏力使得西方国家的“规则制华”政策变本加厉,且进一步升级,具体表现在以下方面。

第一,排斥中国参与规则制定。这一点突出体现在一系列区域或诸边谈判中。由于世界贸易组织多边谈判无法推进,区域或诸边谈判事实上已经成为当代国际经贸规则制定的主要舞台。<sup>[19]</sup>然而美国前总统奥巴马曾公开声称,《跨太平洋伙伴关系协定》(*Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP*)谈判的目的旨在排除中国掌握规则制定主导权。特朗普执政后,最新达成的《美国—墨西哥—加拿大协定》(*United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA*)也增加了针对中国的“非市场经济体条款”,企图阻止加拿大、墨西哥与中国缔结自由贸易协定,并阻止中国企业利用该协定的投资争端解决机制。对于《国际服务贸易协定》(*Trade in Service Agreement, TISA*)谈判,中国于2013年曾正式提出加入,但美国的持续反对导致中国加入未果。<sup>[20]</sup>此外,中国在加入世界贸易组织的法律文件中承诺将尽快开展加入《政府采购协定》(*The Government Procure-*

[16] See Julia Ya Qin, “WTO-Plus” Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System: An Appraisal of the China Accession Protocol, 37 *Journal of World Trade* 483, 491 (2003).

[17] See Julia Ya Qin, “The Challenge of Interpreting ‘WTO-PLUS’ Provisions”, 44 *Journal of World Trade* 127, 127 (2010).

[18] 参见徐崇利:《新兴国家崛起与构建国际经济新秩序》,《中国社会科学》2012年第10期,第190-191页。

[19] See Bernard Hoekman, *Supply Chains, Mega-Regionals and Multilateralism: A Road Map for the WTO*, CEPR Press, 2014, pp. 30-33.

[20] 参见石静霞:《国际贸易投资规则的再构建及中国的因应》,《中国社会科学》2015年第9期,第143页。

ment Agreement, GPA) 的谈判,但西方国家始终对中国报价不满,导致中国至今尚未能加入。而中国一日不加入《政府采购协定》,就无法在自由贸易协定中与缔约伙伴开展相关谈判。<sup>[21]</sup> 此外,即便不是直接针对中国,但由发达国家主导的《跨大西洋贸易与投资协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)、《美韩自由贸易协定》(Free Trade Agreement between the United States of America and the Republic of Korea, FTA)、《美国—墨西哥—加拿大协定》等,在经贸规则主导权的掌控上进一步步步为营、咄咄逼人,例如北美三国最新订立的协定安排了数字贸易、国有企业、汇率政策等内容章节,间接使得中国面临规则话语权的边缘化危机。

第二,敌对与攻击中国的经济发展模式。在针对中国企业跨境并购的国家安全与反垄断审查问题上,西方国家频繁以“政府控制”“技术渗透”等借口一再阻挠。在针对中国的反倾销采用“替代国价格”计算倾销幅度的做法上,美国与欧盟无视中国《加入世界贸易组织议定书》第 15 条的有效期,据此认为中国的发展现状与市场经济要求不符。<sup>[22]</sup> 2018 年以来,主要西方国家借助“世界贸易组织现代化改革”的趋势,对中国经济发展模式的攻击趋于公开化。同年 3 月和 6 月,美国和欧盟先后就中国“强制技术转让”问题在世界贸易组织的程序项下提出磋商要求。7 月,美国在世界贸易组织对中国贸易政策的审查会议上发表声明,指责中国主导的经济模式具有“重商主义”和“非市场导向”的特征。<sup>[23]</sup> 5 月和 9 月,美国、欧盟与日本的贸易官员两次发表联合声明,集中指责“第三国非市场主导政策和做法”造成了“产能过剩、产业补贴、国有企业、强制技术转让”等问题。

西方国家在经贸领域倾向于“规则制华”政策的动因可归结为三点:一是冷战思维的历史延续;二是维护经济霸权地位的现实考虑;三是后金融危机时期逆全球化思潮的抬头。然而,“规则制华”的思维终究是错误的。首先,冷战思维是对中国的严重误判,中国历来奉行互利共赢的文化传统。其次,依仗实力维护经济霸权地位与规则垄断地位,是“西方中心论”的表征,<sup>[24]</sup> 世界上没有一成不变的发展模式,各国有权选择适合自己的发展道路,不能用西方的发展经验与逻辑随意评判中国。再次,逆全球化思潮在很大程度上是个别西方国家把内部治理问题归咎于经济全球化和其他国家进而采取单边主义、保护主义、霸凌主义的结果,直接导致了现有国际经贸秩序的紊乱,<sup>[25]</sup> 暴露出西方对所制定的规则“合则用、不合则弃”的实用主义顽疾。“规则制华”政策对中国形成的现实压力促使中国有必要进一步采取规则应对措施,自由贸易协定为中国提供了合适的规则再造工具。

## (二) 中国自由贸易协定应对“规则制华”政策的方略

中国自由贸易协定过去对市场准入功能的偏爱与规则建构功能的保守,一定程度上

[21] 例如 2015 年签订的《中国—澳大利亚自由贸易协定》第十六章第 8 条的内容以及中国签署的其他自由贸易协定中几乎都有类似的规定。

[22] See Jorge Miranda, Interpreting Paragraph 15 of China's Protocol of Accession, 9 *Global Trade and Customs Journal* 94, 98 (2014).

[23] See Trade Policy Review Body, WT/TPR/W/152, 2018, pp. 23–24.

[24] 正如有学者指出,美式单边主义的本质是追求以美国绝对主导地位为中心的“全球化”,是一种敌视、限制乃至排斥中国的“全球化”。参见廖凡:《从〈美墨加协定〉看美式单边主义及其应对》,《拉丁美洲研究》2019 年第 1 期,第 53 页。

[25] 参见国务院新闻办公室著:《新时代的中国与世界》,人民出版社 2019 年版,第 47 页。

反映出改革开放早期“发展是硬道理”的指导思想和加入世界贸易组织追求贸易红利的观念惯性;从更深层次来讲,还反映出过去对于国际机制的谨慎融入和逐步适应的思想状态。但这种状态会随着中国外交指导思想的变化而变化。从当下具有中国特色的大国外交理论的各方面内容可以推断,中国对国际经贸规则的话语权需求将极大增强,但这并不是对西方主导的现有规则体系的彻底颠覆,只是战术层面的主动有为。<sup>[26]</sup> 具体到自由贸易协定这一重要的制度载体,中国需要在未来主动地、有意识地逐步引导符合自身利益和国际社会共同利益的制度变迁。中国的大国身份使这一历史性课题无可回避。尽管国际法理论认为国家不分大小强弱都是平等的法律主体,但大国一直在国际法体系中发挥着更大的实际影响力却是不争的事实。中国自由贸易协定的文本改革应在大国外交理念和国际制度变迁理论下,致力于经贸战术层面的主动有为,投入对国际法的规则再造。

改革的基本思路应定位于“功能转向”,即中国自由贸易协定应从侧重于单纯扩大市场准入的传统功能,转向侧重于规则建构的新兴功能。这种制度变迁不是制度本身发生颠覆性更替,而是产生“非颠覆性的重大变化”。<sup>[27]</sup> 变迁的主因在于原有制度相对低效且需要解决的问题亦发生了变化。一般而言,国际制度的变迁动力源于相关国家的实力上升,变迁背景是国际环境和局势的改变,变迁内容是机制功能的变化,变迁目标是对于相关国家未来制度效益的改善。换言之,制度创新就是用一种效益更高的制度替代低效制度的过程。<sup>[28]</sup>

中国自由贸易协定的相对低效源自对扩大市场准入功能的单一依赖,现在所要解决问题的变化,则源自“规则制华”政策压力下中国规则的话语权危机。美国哈佛大学法学院教授杰克·戈德史密斯(Jack Goldsmith)与芝加哥大学法学院教授埃里克·波斯纳(Eric Posner)认为,国家在何时依何因遵守国际法,最合理的解释是国家基于自身利益行事。<sup>[29]</sup> 依美国学者玛莎·芬尼莫尔(Martha Finnemore)所言,国家的利益不是固定的,而是受到所在社会和制度背景的显著影响,国家通过与其它主体之间的互动来理解其利益,在互动过程中被“说服”从而相信某个新目标的价值或好处。<sup>[30]</sup> 此外,还有学者认为国际法是社会建构的产物,国家及其它主体间的持续沟通形成了国际法,但西方话语通常主导了这种建构过程。<sup>[31]</sup> 中国在与国际社会的互动与沟通过程中感受到了“规则制华”政策的压力,因而产生了解构西方主导的国际经济法律制度的诉求。然而另起炉灶或推倒重来难以实现,因此在中国签订的系列自由贸易协定中悄然推进制度变迁就是一种降低敏感性的技巧。这种制度创新将构成国际造法中的地方性实践,或将加剧国际法的“不成体系”。但是,完全由西方话语体系统治的“成体系”未必就好,这种多元化正当诉求下的“不成体系”恰恰符合国际关系的民主化潮流。

[26] 中国特色的大国外交具有主动性、建设性和创造性,改变了以往按部就班式的“挪步外交”。参见王帆著:《大国外交》,北京联合出版公司2016年版,第42页。

[27] 参见徐崇利:《〈巴黎协定〉制度变迁的性质与中国的推动作用》,《法制与社会发展》2018年第6期,第205页。

[28] 参见祁怀高:《国际制度变迁与东亚体系和平转型》,《世界经济与政治》2010年第4期,第67页。

[29] See Jack Goldsmith and Eric Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, p. 225.

[30] 参见[美]玛莎·芬尼莫尔著:《国际社会中的国家利益》,袁正清译,上海人民出版社2012年版,序言。

[31] See Carlo Focarelli, *International Law as Social Construct*, Oxford University Press, 2012, pp. 138 - 140.

具体来说,这种转向的具体思路包括“内在基准”与“外在目标”两个方面。内在基准,是指中国自由贸易协定本质上需要以中国国家利益为基本准绳,系统梳理并有效体现自身在规则谈判中的利益诉求;外在目标,是指中国自由贸易协定应追求中国经贸制度在国际层面的扩散效应,从而将自身利益与国际公共利益有效结合。上述两方面都属于自由贸易协定应具备的规则建构功能的范畴,能够有效服务于缔约国特别是大国利益,但中国对此一直重视不够。而其他西方发达经济体,例如美国、欧盟等恰恰在其签订的自由贸易协定中非常注重上述两方面,甚至意在以此影响和改变多边制度。<sup>[32]</sup> 对于大国而言,如果自由贸易协定既不能体现重大经贸法律主张反而在规则上受制于人,又不能发挥制度的扩散效应反而令其受限,则应被视为不成功的缔约实践或者不成功的权力运用实践。中国作为处于转型期的发展中大国,目前客观上确实具备了一定规模的硬实力,尽管与发达经济体仍有明显差距,但可以在能力范围内有所作为,这是现实主义政治观下的一种有分寸的国家权力评估。<sup>[33]</sup> 就目前而论,中国自由贸易协定在上述两方面仍有较大作为空间。

### 三 中国自由贸易协定功能转向的内在基准:自身利益

美国国会中国经济与安全审查委员会在一份报告中指出,不同于美国,中国现有的自由贸易协定并无固定模式,其规则的范围、力度和具体内容彼此差异较大。<sup>[34]</sup> 这表明,以往中国签订的自由贸易协定缺少明确的规则诉求,在结构安排、条款设置上呈现出一定程度的消极效仿世界贸易组织规则、被动应对他国诉求的倾向。因此,当下中国自由贸易协定需要在谈判中更加以“我”为主地表达立场,基于自身利益积极主动地作出规则创新。这将构成中国自由贸易协定功能转向的内在基准。

#### (一) 中国自由贸易协定的规则诉求

规则创新需要思路清晰。突出中国优势固然是经典思路,但除此之外中国应当特别考虑以下三点:一是《中国加入世界贸易组织议定书》(下称“《入世议定书》”)的条款得失(尤其是超出世界贸易组织常规义务且西方企图永久化的不利条款);二是近年来在世界贸易组织争端解决和国际投资仲裁中的成败得失(尤其是不利裁决);三是中国在多哈回合贸易谈判中提出但又无法得到采纳的各项主张。虽然彰显中国在自由贸易协定中规则诉求的三条主线,在具体谈判中未必能尽数实现,但可以作为谈判的参考方针。

就《入世议定书》的永久性不利条款而言,有学者认为,该议定书中诸如出口税约束、服务贸易国内规制的“必要性”限制、衡量补贴的“外部基准”条款等,如果中国由于已在

[32] See Gary Clyde Hufbauer and Cathleen Ciino-Isaacs, How Will TPP and TTIP Change the WTO System? 18 *Journal of International Economic Law* 679, 679-681 (2015).

[33] 现实主义政治观关于国家权力评估的经典论述,参见[美]汉斯·摩根索著:《国家间政治》,徐昕等译,北京大学出版社2006年版,第189-192页。

[34] See Nargiza Salidjanova, *China's Trade Ambition: Strategy and Objectives behind China's Pursuit of Free Trade Agreements*, U.S.-China Economic and Security Review Commission, 2015, p. 3.

议定书签署时作出承诺而不能要求修改,那么至少可以要求将这些条款全部写入世贸规则中,要求所有成员平等接受这些条款的约束。<sup>[35]</sup> 这种主张的立意是良好的,但鉴于所牵涉利益的广泛性和世界贸易组织决策程序的复杂性,其实现的可能性十分渺茫。相反,中国利用自身不断上升的经贸地位和实力,在和中小伙伴的自由贸易协定谈判中要求修改这些永久性不利条款,却是更为现实可行的。

这将成为大国要求规则再造的典型实践,或许会引发与世界贸易组织最惠国待遇原则、与《入世议定书》相冲突的“不合规”担忧。然而,从理论层面来看,于1969年签订的《维也纳条约法公约》第41条规定,多边条约的个别缔约方之间可以仅在彼此间修改条约。然而区域贸易协定对世界贸易组织经贸规则(而非关税待遇)进行修改的行为与世界贸易组织最惠国待遇原则之间的关系并不明确,这一点自《北美自由贸易协定》以来便是如此。因此中国的规则再造行为,从上述第41条的规定来看,既不影响其他成员的权利或义务,也并非与公约的目的和宗旨不合(除了中国,其他成员并不承担此类超常规义务),仅需按照透明度要求向世界贸易组织作出通报,并接受其并无实际约束力的审议。尽管并非所有世界贸易组织成员均为《维也纳条约法公约》的成员,但后者的权威地位早已得到承认。从实践层面来看,众多世界贸易组织成员已经在其签订的自由贸易协定中贯彻了类似实践,例如美国与欧盟推行的各种“超TRIPS”知识产权规则即为此例。此外,新加坡、韩国、泰国、澳大利亚、新西兰等国签订的自由贸易协定中也已对世界贸易组织贸易救济规则作了显著修改或自行解释。<sup>[36]</sup> 事实上,中国一直在与伙伴国签订自由贸易协定的谈判过程中明确反对用“替代国市场价格”比较的做法,这一实践可被视为规则再造思路先行。

就世界贸易组织争端解决机构和国际投资仲裁机构的不利裁决而言,其他国家已有运用自由贸易协定改善自身处境的先例,值得中国借鉴。例如,澳大利亚晚近的烟草商标管理措施招致了重大法律争端,<sup>[37]</sup> 为此澳方在《跨太平洋伙伴关系协定》的谈判中据理力争,最终成功获得让投资者与东道国争端解决程序不适用于烟草控制措施的自由选择权。<sup>[38]</sup> 美国在该协定的知识产权章节中,基于世界贸易组织争端解决机构于2009年针对“美国诉中国知识产权保护与执行案”的裁决经验,对应当给予刑事处罚的具有“商业规模”的侵权行为作了比TRIPS协定更详细的进一步界定。<sup>[39]</sup> 加拿大鉴于20多年来在《北美自由贸易协定》项下遭遇投资者各种指控的教训,在与欧盟签订的《全面经济与贸易协定》(*Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA*)第10章中引入了一系列例外条款。<sup>[40]</sup> 这些国家对争端解决实践的反应迅速且果决,中国自由贸易协定也应有所作为。迄今世界贸易组织的若干裁决连同《入世议定书》中的若干条款已触及中国经济体

[35] 参见陈雨松:《中国参与多哈发展议程谈判综述》,载曾华群、杨国华主编《WTO与中国:法治的发展与互动》,中国商务出版社2011年版,第373页。

[36] See APEC, *Identifying Convergences and Divergences in APEC RTAs/FTAs*, 2018, pp. 45-46.

[37] See *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12 (2012).

[38] See *Trans-Pacific Partnership Agreement*, Chapter 29, Art. 29.5.

[39] See *Trans-Pacific Partnership Agreement*, Chapter 18, Art. 18.77, paras. 1-3.

[40] See Armand de Mestral, *When does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space under CETA*, 18 *Journal of International Economic Law* 641, 647 (2015).

制,并给社会和政治改革等带来了“贸易外效应”。中国对此不能一味被动接受,宜积极应对以维护大国公共政策空间。

事实证明,多边贸易体制庞大的成员数量和协商一致的决策程序,加上发达成员方的顽固阻挠,注定规则谈判成果寥寥。从多哈回合贸易谈判的发展宗旨出发,世界贸易组织有很多规则有待改革或完善。从“入世”之初,中国便一直积极参与这一谈判,并且提交了一系列立场鲜明的提案,其公正性也获得了其他发展中成员的支持。<sup>[41]</sup>然而,在现实主义的权力政治格局下,这些中国方案只能伴随着谈判的停滞而束之高阁。这意味着中国方案有必要寻求其他的实现途径。

## (二) 中国自由贸易协定的利益争点

对中国自由贸易协定涉及的利益争点进行梳理需要结合中国目前的经贸活动特征、近年来在国际经贸法律角逐中的得失以及改革开放进程中的公共政策目标进行考量。

### 1. 货物贸易

在货物贸易领域,中国在签订自由贸易协定时可考虑的利益争点包括以下几方面:一是海关合作与贸易便利化,如原产地规则中的联网核查、海关预裁定、企业原产地自我声明等一系列改革措施,中国可进一步推进合作,甚至可将国内自贸试验区的若干贸易便利化改革措施向自由贸易协定伙伴进行推广,至少可将其置于软性合作条款中,这与中国在多哈回合贸易谈判中对《贸易便利化协定》的支持立场相符;二是贸易救济规则,中国作为全球贸易救济措施的最大受害国,不宜在自由贸易协定中一味照搬世界贸易组织的相关规则,而应全面总结近年来与美国、欧盟等强势成员在反倾销、反补贴案件中的重大技术性分歧,<sup>[42]</sup>争取将自身的相关主张体现在自由贸易协定中,借助自由贸易协定扩大己方主张的影响力;三是特定产品的出口管理措施,基于世界贸易组织争端解决机构对于“原材料出口限制案”“美国诉中国稀土案”等裁决的教训,中国可在自由贸易协定中就此类管理措施的效力及抗辩理由作出明确约定。

### 2. 服务贸易

在服务贸易领域,中国在签订自由贸易协定时可考虑的利益争点包括以下几方面:一是服务出口的禀赋优势点,中国应继续在运输、快递、建筑等方面满足伙伴方对开放的诉求,并特别关注对方在自然人流动、基础设施建设等方面的承诺;二是服务补贴的合法性,中国近年来在世界贸易组织中因产业政策屡屡被诉,当下又正值改革进入深水区,不少产业政策的合规性问题十分复杂,需要保留政策自主权,因此在自由贸易协定中对服务补贴仍应继续维持“有待讨论”的立场;三是服务外包所涉法律问题,中国近年来大力发展服务外包产业,因此需要对传统的服务承诺模式和服务部门重新梳理和规划;四是电子形式

[41] 参见孙振宇主编:《WTO 多哈回合谈判中期回顾》,人民出版社 2005 年版,第 211-213 页。

[42] 从近年来相关争端解决实践来看,中国与美国、欧盟等发达成员的重大分歧远不止“替代国价格”做法,还包括但不限于:“归零法”、“单独税率”规则、“特殊市场情形”做法滥用、“可获得不利事实”做法滥用、反补贴“外部基准”做法滥用等。此外,《入世议定书》第 10 条第 2 款实质上将企业所有制作为判断补贴专向性的特殊标准,并且只针对中国,参见赵龙跃主编:《制度性权力——国际规则重构与中国策略》,人民出版社 2016 年版,第 114-115 页。

传输的服务问题,这涉及世界贸易组织成员原有服务开放承诺与电子形式的关系,中国“视听出版物案”“电子支付案”都涉及此类问题,中国不应在自由贸易协定涉及服务内容的谈判中重蹈覆辙,应在文本中明确自身的意图。

### 3. 企业投资

在企业投资领域,中国在签订自由贸易协定时可考虑的利益争点包括以下几方面:一是重新梳理自由贸易协定中投资型服务(商业存在模式)的具体承诺,以配合外资准入负面清单制度的全面推行,同时结合国内产业政策导向,审慎设计对外资企业的履责要求;<sup>[43]</sup>二是吸取近年来澳大利亚等国公共健康措施引发外国投资者指控的教训,在自由贸易协定中确认东道国公共监管权力的合法性,合理约定例外措施;三是结合与中国企业海外投资存在重大利害关系的投资仲裁案件,如“深圳平安诉比利时案”“北京城建集团诉也门案”等,有针对性地完善具体投资规则;四是反对跨境投资并购审查的随意政治化和身份歧视,为中国企业的跨境运作提供中立的市场环境。

### 4. 知识产权

在知识产权领域,中国在签订自由贸易协定时可考虑的利益争点包括以下几方面:一是继续强化传统优势点,包括对地理标志、民间文艺、遗传资源和传统知识的保护等;二是在创新驱动发展战略和“一带一路”倡议下,考虑谨慎、适度地引入若干适合国情的“超TRIPS”规则;三是加强知识产权程序性合作,如权利的跨国互认、申请或注册(包括防止商标恶意抢注),以及判决的跨国承认和执行等事项。

### 5. 软性合作

自由贸易协定中有的议题不适合采用硬性约束条款,而适合采用软性合作条款。在软性合作领域,中国在签订自由贸易协定时可考虑的利益争点包括以下几方面:一是某些敏感议题在谈判方之间分歧较大,暂时只适合对话沟通,如环保、劳工、竞争政策、技术转让、数据流动等;二是有关制度远未成型,尚处于探索与发展阶段,但又意义重大,典型者如海关对跨境电商的各项细化监管规则等;三是中国国内自贸试验区在贸易、投资、金融、税收等各个领域的改革措施固然可有效促进经贸运转效率,但缔约伙伴未必能全盘接受,中国可考虑在软性合作条款中强化能力建设援助,此为利己利人之举。

### 6. 例外条款

在例外条款领域,中国在签订自由贸易协定时可考虑的利益争点包括以下几方面:一是大国在环境保护、公共健康、社会文化等事项上保持公共政策空间的一般需要。这方面《加拿大——欧盟全面经济贸易协定》中极其广泛的例外条款引人注目,加拿大学者直言这是双方都极为注重保留公共监管权力的结果,以至于例外条款事实上就代表了通常规则,堪为中国良鉴。<sup>[44]</sup> 欧盟甚至将“文化例外”奉为经贸谈判中事实上的金科玉律。而世

[43] 禁止履行要求并不是习惯国际法,中国正面临着产业转型升级和经济创新发展,但《入世议定书》中的有关苛刻条款严重限制了中国实施履行要求的自由,使中国未来的外资政策充满挑战。参见韩立余:《国际经贸投资规则对履行要求的规制》,《法学家》2017年第6期,第117-128页。

[44] See Armand de Mestral, When does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space under CETA, 18 *Journal of International Economic Law* 641, 641-654 (2015).

界贸易组织争端解决机构对于“美国诉中国出版物和视听娱乐产品的贸易权和分销服务措施案”的裁决结果也凸显了“文化例外”对于中国的特殊价值。<sup>[45]</sup> 二是由于全球价值链和数字经济下各种经济业态日益紧密一体化,原先分散于货物、服务、投资、知识产权等各章节的例外措施需进行整合,例如涉及电子商务、数据流动、消费者隐私、网络安全的有关监管措施,使得自由贸易协定中统一例外章节的必要性得以凸显。概言之,中国宜着眼于发展中大国的可持续发展目标,根据自身公共政策需要,审慎设计自由贸易协定统一例外章节的内容以及各章节的具体例外条款。

#### 四 中国自由贸易协定功能转向的外在目标:制度扩散

自身利益固然是中国自由贸易协定谈判的内在基准,然而仅仅停留在自身利益层面,恐不利于协议的达成,因为处处维护一己之私容易招致谈判分歧,此外中国目前实力状况也不足以全面强势推行己方谈判方案。因此,中国自由贸易协定的功能转向还需要考虑外在目标,即制度扩散。这一目标旨在将中国自身利益与国际社会公共利益结合起来,符合互利共赢的外交理念,有助于“一带一路”倡议的实施,能够强化中国在国际经贸活动中的制度话语权。自由贸易协定制度扩散与大国地位直接关联,属于大国需要考虑的特定课题,通过强化制度控制能力,实现规则适用面和影响力的扩张,从而服务于大国的对外政策目标。这种制度扩散效应可以分为两个方面:国内层面的制度外溢与域外层面的制度供给。

##### (一) 国内层面的制度外溢效应

在国内层面,中国在自由贸易协定中加强对规则建构功能的关注,不但能够使协定伙伴直接受益,而且将进一步产生对于非协定伙伴的“制度外溢”效应,从而扩大协定的经贸受益面。这种外溢效应产生的原因在于一国很难对不同国家采取截然不同的服务和投资监管、知识产权、生态环保、竞争政策、文化管理、透明度等制度,这些属于普适性制度,很难因各协定条款不一而作出差别化实施,勉力维持“碎片化”格局势必带来巨大的管理成本。出于维护国内法权威的考虑,大国通常审慎对待条约对国内法可能产生的影响,并力图协调二者关系,美国国务院对其参与国际协定谈判的评估工作即为适例。<sup>[46]</sup> 相反,中小国家如智利等,在分别与美国、欧盟订立的自由贸易协定中被迫接受了两套不同的数字产品规则,可见小国被动地位之害。<sup>[47]</sup> 随着自身经济实力的增强和经济体制的日益开放,转型期的中国逐步对外呈现统一化的开放格局,自由贸易协定规则也应基于国内法走向一定程度的范本化。

以知识产权保护为例,中国近年来在若干自由贸易协定的知识产权章节中,一改过去简单重复“TRIPS 协定”相关规则的做法,开始接受若干“超 TRIPS”条款。然而这些条款

[45] See Shi Jingxia, *Free Trade and Cultural Diversity in International Law*, Hart Publishing, 2013, pp. 210-211.

[46] See Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System*, Oxford University Press, 2015, p. 77.

[47] 参见何其生:《美国自由贸易协定中数字产品贸易的规制研究》,《河南财经政法大学学报》2012年第5期,第148页。

并未超越中国国内法,而是与国内法保持同步。例如,《中国—瑞士自由贸易协定》《中国—韩国自由贸易协定》就明确承认了声音商标的法律地位,这并非源于 TRIPS 协定的要求,而是因为 2013 年我国《商标法》的第三次修订承认了声音商标。此外,《中国—瑞士自由贸易协定》《中国—韩国自由贸易协定》《中国—澳大利亚自由贸易协定》都超越了“TRIPS 协定”第 51 条仅针对进口货物的规定,对从本国出口的货物也规定了强制性保护要求。<sup>[48]</sup> 但这对中国并无不利影响,因为我国的知识产权边境措施制度原本就对货物进出口实行双向保护。可以预见,在经济社会转型期,随着中国知识产权国内制度的进一步发展和完善,中国对外自由贸易协定的知识产权条款也会随之相应调整,这些都源于中国处理私权利益与社会公共利益的平衡、推动创新驱动发展战略的需要,其法律体系的自主完善程度及其对非自由贸易协定伙伴国的外溢效应将愈发明显。

## (二) 域外层面的制度供给效应

在域外层面,中国在自由贸易协定中加强对规则建构的关注,将以友好协商的方式获取契约成果,以契约成果达到对谈判伙伴的制度同化,从而实现“制度供给”效应。过去中国主要向全世界输出劳动密集型商品,现在则要转向向“一带一路”沿线伙伴供给“效率提升型”制度。其中“效率提升型”制度主要体现在贸易投资便利化、商务人员流动便利化、原产地规则弹性灵活化、互联互通合作、能力建设合作、人力资源合作、跨境电商合作等方面。此种取向并不是基于具体议题,而是基于制度的特殊性质,自由贸易协定各类议题中凡具有效率提升性质的制度内容,皆可视为这类供给范畴。相较于过去低附加值的劳动密集型商品输出,效率提升型制度的供给对于中国而言,回报将更为丰厚、辐射面将更为广阔。

对于“效率”一词,《现代汉语词典》的解释为:“单位时间内完成的工作量”;<sup>[49]</sup>《辞海》的解释为:“消耗的劳动量与所获得的劳动效果的比率”,<sup>[50]</sup>这两种权威解释对于本文语境均具有指向意义。就国际经贸营商环境而言,“效率提升”意味着程序的简化、时间的节约和成本的下降。具体来说,中国自由贸易协定面向“一带一路”沿线伙伴应作出效率提升型制度供给的理由如下:

首先,效率提升型制度能够促使国际经贸活动加速运转,有利于中国作为后发国家建立起内外一体化的物流体系和自由无障碍的要素流动环境,有利于中国深度参与全球价值链的流通环节,从而逐步化解西方发达国家对全球价值链的控制地位。有学者立足于马克思主义政治经济学的论述,以世界历史上英国和美国先后崛起的经验为例证,深入阐述了掌控流通环节和交通运输条件对于后发国家生产力增长的巨大影响和重要性,并指出这对于意图突破价值链“低端锁定”的当代中国在全球价值链格局中的应对策略具有重大启示意义。<sup>[51]</sup>

[48] 参见 2015 年签订的《中国—韩国自由贸易协定》知识产权章第 15.26 条第 1、2 款,2013 年《中国—瑞士自由贸易协定》知识产权章第 11.16 条第 1 款,2015 年《中国—澳大利亚自由贸易协定》知识产权章第 22 条第 4 款。

[49] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆 2012 年版,第 1438 页。

[50] 夏征农、陈至立主编:《辞海》(第 6 版)(第 4 册),上海辞书出版社 2009 年版,第 2525 页。

[51] 参见丁涛:《全球价值链的霸权性质》,《马克思主义研究》2014 年第 3 期,第 82—84 页。

其次,在现阶段的世界权力格局之下,这种制度供给符合中国的现实力量状况和外交指导思想。美国哈佛大学教授约瑟夫·奈(Joseph Nye)曾有经典论断:21 世纪发生着权力从居于支配地位的国家向其他国家的转移。<sup>[52]</sup> 但清华大学当代国际关系研究院院长阎学通指出,过去中国坚持以韬光养晦为主,存在目标定位低于自身实力的保守倾向,但现在从韬光养晦转向奋发有为的初期,则要警惕目标定位高于自身实力的冒进倾向。<sup>[53]</sup> 目前中国的总体实力仍弱于西方发达经济体,韬光养晦对于中国尚未过时。中国在选择对外制度供给的内容时需保持低调务实,着眼于合作共赢。效率提升型经贸制度的供给符合这样的外交指导思想。

再次,这种制度供给在国际社会层面的接受度相对较高。第一,与政治军事、意识形态等领域相比,经贸制度供给的阻力显然较小;第二,即便在经贸制度领域内,自由贸易协定各种实体法律问题也是见仁见智,仍较难达成有效共识(典型者如知识产权实体制度),中国现阶段并无把握如美国般强势推行单方方案;第三,唯有效率提升型经贸制度能够迎合金融危机后各国的经济复苏需要,属于互利共赢之举。也就是说,这种制度供给能够兼顾中国的国家利益与国际社会的公共利益,有助于人类命运共同体的建构进程。

复次,“一带一路”沿线众多中小国家,大多并非为由美国和欧盟主导的《跨太平洋伙伴关系协定》或《跨大西洋贸易与投资协定》的成员,这为中国进行有别于美国和欧盟风格的另一种经贸制度供给提供了机遇,也降低了难度。世界银行的一份研究报告指出营商环境有两个要素,一是效率,二是质量。<sup>[54]</sup> 美国和欧盟的经贸制度供给看重制度质量,如知识产权高标准保护、投资准入高度自由化等,而中国在保持适合发展中国家的制度质量的基础上,完全可以侧重于效率方面的制度供给,这是适合中国的制度供给策略,既能促进效率又保持彼此充足的政策空间。<sup>[55]</sup> 新兴大国从根本上讲仍是发展中国家,通常仍应奉行较为平衡的国际法实践。<sup>[56]</sup>

回顾前文所列举的中国在自由贸易协定的谈判中可考虑的利益争点可知,不少都属于效率提升型制度供给的范畴。例如,海关合作与贸易便利化显系效率提升型制度供给之本义,为中国近年来所大力倡导;保持对伙伴方运输、快递、建筑工程与基础设施等部门开放的关注,有助于促进“一带一路”范围内的互联互通;知识产权程序性合作,如权利的跨国互认、申请或注册与判决的承认和执行等事项,由于旨在避免正当权利的跨国合法化受到阻碍,因而也是一种效率提升型的制度供给,对于中国企业“走出去”巩固海外市场利益的意义尤其突出;电子商务具体监管规则的建构更是效率提升型制度供给的重要环节,中国在这一领域有占据主导地位的潜力。

综上,中国目前与“一带一路”沿线国家和地区缔结自由贸易协定,目标应超越单纯

[52] 参见[美]约瑟夫·奈著:《权力大未来》,王吉美译,中信出版社2012年版,第157页。

[53] 参见阎学通:《外交转型、利益排序与大国崛起》,《战略决策研究》2017年第3期,第6-7页。

[54] See World Bank Group, *Doing Business 2018: Reforming to Create Jobs*, Forward.

[55] See Rachel Denae Thrasher and Kevin P. Gallagher, 21st Century Trade Agreements: Implications for Development Sovereignty, 38 *Denver Journal of International Law and Policy* 313, 313 (2010).

[56] 参见蔡从燕:《国际法上的大国问题》,《法学研究》2012年第6期,第192页。

的贸易自由化走向规则话语权的强化,重点在于超越己方的商品输出从而走向制度供给。由此,中国需要评估并确定易于合作的伙伴。中国在伙伴评估工作上可以借鉴美国的成熟经验。<sup>[57]</sup>

## 五 结 论

在国际法领域,大国要求规则再造的情形是法律与国家实力相互作用的常态。与传统西方大国不同,当代中国应在追求规则再造的过程中,将工作重心置于将本国利益与国际公共利益相结合,以尽量减少碰撞与冲突。从推进全球治理的角度来看,中国作为发展中国家,目前主导国际秩序的综合实力还不够。<sup>[58]</sup> 中国尚无能力主导多边主义议程,又不宜盲目追随西方规则主张,更不能奉行如美国采取的单边主义。要真正有效强化规则话语权,中国恰当的切入点是在多边与单边之间取其中,现实的手段之一是合理利用自由贸易协定。这种“平台转换”的策略定位与中国当下实力状况相符合,其手段为西方主导的国际经济法律秩序所允许。中国作为新兴大国,以自由贸易协定为载体进行制度构建和规则创新,其要旨在于既要促进全球化格局下的经贸合作利益,又要保障发展中大国的公共政策自主空间,不是为了单边经济力量的恣意扩张,而是为了改变现行国际经济秩序中不公正、不合理的部分。总之,应认真对待自由贸易协定,这直接关系到中国在国际经贸规则重构中的话语权走向。

改革开放以来,中国的国家实力已得到空前增长。当前无论中国愿意与否,美国、欧盟与日本等意识到中国崛起对它们的不利因素,因而一再挑战和触碰中国核心利益,由其主导的系列新协定或新谈判在经贸规则引领上咄咄逼人,“规则制华”政策愈演愈烈。然而“规则制华”政策本质上背离全球治理的正确发展方向,无助于全球治理与国际体系的公正化。推动全球治理体系朝着更加公正合理的方向发展、实现共商共建共享,是世界各国的普遍期待。<sup>[59]</sup>

中国必须在全球治理中积极有为。<sup>[60]</sup> 后金融危机时期,世界贸易组织多边谈判进程持续停滞,自由贸易协定事实上已在全球范围内成为国际经贸规则制定最活跃的舞台之一。基于战略层面的韬光养晦和战术层面的主动有为,中国不宜再将自由贸易协定视为单纯的促进贸易有限增长的工具,而应在基于自身实力判断的基础上,将自由贸易协定视为进行有效制度构建、强化规则话语权的工具,视为既促进经贸合作利益又保障发展中大国公共政策空间的工具。

为此目标,中国应在自由贸易协定的订立过程中抓住历史时机:一方面以自身利益为

[57] See United States Government Accountability Office, *International Trade: Intensifying Free Trade Negotiating Agenda Calls for Better Allocation of Staff and Resources*, GAO-04-233, 2004, pp. 9-10.

[58] 参见张文显:《推进全球治理变革,构建世界新秩序——习近平治国理政的全球思维》,《环球法律评论》2017年第4期,第16页。

[59] 国务院新闻办公室著:《新时代的中国与世界》,人民出版社2019年版,第65页。

[60] 参见张文显:《推进全球治理变革,构建世界新秩序——习近平治国理政的全球思维》,《环球法律评论》2017年第4期,第14页。

内在基准,跳出“就自由贸易协定谈自由贸易协定”的狭窄视野,盘点《入世议定书》的条款得失和在多哈回合贸易谈判过程中的规则改革主张,以及十余年来在世界贸易争端解决与国际投资仲裁中的经验教训,结合当前国内宏观政策导向,全面梳理中国在国际经贸规则中的利益诉求,在自由贸易协定的平台上力争规则再造;另一方面以制度扩散为外在目标,通过国内制度外溢与对外制度供给实现中国经贸制度的扩散效应,尤其是务实地作出效率提升型制度供给,从而实现自身利益与国际公共利益的结合,推进人类命运共同体构建。“一带一路”沿线众多国家将是中国进行上述实践的适宜对象。

[本文为作者主持的 2016 年度中国博士后科学基金第 59 批面上资助项目“中国自由贸易协定知识产权条款体系化研究”(2016M592632)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] Currently the rate of utilization of China's free trade agreements (FTAs) in the business community is not high, and the related economic rules remain simple imitations of their counterparts of WTO, which are generally more in favor of the traditional function of expanding market access, but with limited effects. Faced with systematic reconstruction, the current international economic law has been increasingly influenced by the west-dominated policy of "containing China by rules" which departs from the right direction of global governance. In view of this tendency, China's FTAs in the new era need to actively divert themselves towards the function of rule construction: firstly, they should take self-interest as the internal benchmark to check the list of issues, highlighting China's own demand of rules; and secondly, they should take institutional diffusion as the external target, pursue domestic institutional overspill and external institutional supplies, and take the "efficiency promotional" institutions as the characteristic supply, thus integrating China's own individual interests with international public interests. At present, the reform approach of rationally utilizing regional regimes, reengineering rules through FTAs, and supplying institutions to small and medium partners of "Belt and Road Initiative" is in conformity with China's current national strength because it can not only promote economic cooperation against the background of globalization, but also effectively safeguard the internal autonomy of public policies and the external institutional discourse power of the New Big Power.

---

---

(责任编辑:郑佳)