

国际经贸规则适用的差异化现象及其法律应对

钟英通

内容提要:晚近以来,国际经贸规则适用的差异化现象有逐步增多之势,表现为相关规则在适用对象、实体内容、议题领域、时效范围及地理界限等方面以不统一的方式适用。差异化现象在欧盟、世界贸易组织以及以《美墨加协定》为代表的区域贸易协定中均有体现。该现象不断涌现的诱因众多,尤以合作方数量增多、合作内容敏感性增强以及国际经贸秩序发生转换等最为显著。差异化现象既有推动国际合作、回应国家特定需求的积极作用,也可能造成国际经贸秩序混乱,导致多边国际合作的解体。因此各国可利用国际条约,以法律形式约束差异化现象。具言之,就是要在具体国际合作的基础性条约中对差异化的法律约束力、授权程序、透明度与开放性、机构的约束与协助以及多边化要求等内容作出规定。

关键词:国际经贸规则 差异化 《美墨加协定》 欧盟加强型合作 诸边协定

钟英通,西南政法大学国际法学院讲师。

一 问题的提出

晚近以来,国际经贸领域的多边合作逐步面临被撕裂的困境。世界贸易组织(以下简称“WTO”)中的国际合作陷入困境,多边贸易体制已至历史发展的十字路口。为求出路,部分成员尝试在WTO框架内开展诸边协定谈判,而更多的成员则加紧了区域贸易协定的谈判。^[1]在欧盟,英国脱欧影响深远,各成员国在不同领域组成次级合作集团。^[2]

[1] 主要经济体积极参与区域贸易协定谈判,尤以美国为甚。截至目前,美国在短时间内已相继与韩国、加拿大、墨西哥达成了区域性协定的修改。See USTR Publishes Agreed Outcomes from US-Korea FTA Amendment and Modification Negotiations. 资料来源: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/ustr-publishes-agreed-outcomes-us>; Joint Statement from United States Trade Representative Robert Lighthizer and Canadian Foreign Affairs Minister Chrystia Freeland, 资料来源: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/joint-statement-united-states>, 最近访问时间[2019-04-29]。

[2] See Carlos Closa Montero, “Flexibility Mechanisms in the Lisbon Treaty”, the Study of EP Directorate General for Internal Policies Policy Department, 2015.

这些多边国际合作中的差异化现象逐步呈现出勃兴的趋势,^[3]为国际法的传统理论及制度实施提供了新的发展方向。^[4]

差异化以多边国际协作为背景,它是指相关规则在适用对象、实体内容、议题涉及领域、时效范围或地理界限等方面以不统一的方式适用的现象。^[5]例如,WTO 中的诸边贸易协定仅约束部分成员,属适用对象的不统一;根据《欧洲联盟条约》与《欧洲联盟运行条约》的规定,欧盟成员应将欧元作为单一货币使用,但英国以议定书的形式明确其没有义务和责任使用欧元,体现了地域上的不统一;《美墨加协定》中,“复审与争端解决程序”这一议题仅存在于美国与加拿大之间,属议题领域的不统一;^[6]WTO 的《与贸易有关的知识产权协定》给予发展中成员推迟四年实施协定的待遇,是时效范围上的不统一。

学界已对不同领域的差异化实践进行了较为丰富的探讨。^[7]总体上看,当前的差异化现象主要有三个特征:首先,大国是差异化现象的重要动力源。差异化发生在多边国际合作的场域内,大国的推动作用主要体现为:推动差异化内容的创新和改革;倡导与推广差异化,并承担一定的公共产品供给成本;确保国际制度内部规则的统一性,抑制差异化安排带来的离心化倾向。其次,差异化呈现显著的辅助性。差异化是基于有限度的灵活安排对参与方的差异性要求作出的制度回应,其目的是确保多边国际合作的整体稳定和持续推进,因而具有辅助性特点。不加节制地利用差异化可能导致多边国际合作的解体,故应对其加以限制。最后,差异化安排赋予参与成员自主选择权。多边国际合作的参与方有选择是否加入差异化安排及退出的权利。

本文拟对差异化实践进行类型化分析,探讨差异化现象的成因,解析其对国际经贸秩

[3] 本文以“多边国际合作”或制度来概括文中出现的三个以上主体参与的国际合作形式。这源于差异化现象涉及的国际合作形式多样,国际组织、区域性协定以及超国家实体等形式均有。

[4] 相似的差异化现象在国际法其他领域业已存在。国际环境法中的“共同但有差别责任原则”是典型的差异化形式。参见边永民:《“共同但有区别的责任原则在国际环境法中的地位”》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2007 年第 4 期,第 9-16 页。

[5] See Christopher D. Stone, “Common but Differentiated Responsibilities in International Law”, 98 *the American Journal of International Law*, 2004, p. 277; Wolfgang Wessels, “The Implementation of Enhanced Cooperation in the European Union”, the Study of the Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, 2018, p. 11.

[6] 美加之间的此种安排表明,差异化与条约的保留存在不同。条约的保留通常是由作出保留的国家主动为之,且保留的对象是已谈判完成的多边条约中的条款。对参与差异化适用的主体而言,有些差异化现象并非其主动作为的结果。例如,“复审与争端解决程序”的差异化适用不是墨西哥针对已确定的协定文本主动作出保留所导致的结果。

[7] WTO 中的诸边协定是一种典型的差异化现象。关注 WTO 诸边协定的代表性文献有: Bernard Hoekman and Petros Mavroidis, “Embracing Diversity: Plurilateral Agreements and the Trading System”, 14 *World Trade Review*, 2015, pp. 101-116; Robert Basedow, “The WTO and the Rise of Plurilateralism-What Lessons can we Learn from the European Union’s Experience with Differentiated Integration?”, 21 *Journal of International Economic Law*, 2018, pp. 411-431; 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 131-132 页。对欧盟法中的差异化现象进行研究的代表性文献包括: Alex Warleigh, *Flexible Integration: Which Model for the European Union?*, (London: Sheffield Academic Press, 2002); Katharina Holzinger and Frank Shimelfening, “Differentiated Integration in the European Union: many concepts, sparse theory, few data”, 19 *Journal of European Public Policy*, 2012, pp. 292-305; 陈洁:《欧盟差异性一体化:现状、动因及影响》,《德国研究》2014 年第 1 期,第 57-70 页。

序的影响,并从国际法的角度提出因应策略。

二 差异化现象的模式

(一) 多边框架内的法律形式

差异化现象最为正式的表现形式是多边合作框架基础性条约的规定。^[8] WTO、欧盟以及部分区域贸易协定普遍采取了这种方式。

1. 欧盟的加强型合作程序

经过《阿姆斯特丹条约》、《尼斯条约》以及《里斯本条约》,欧盟法律体系内建立起了加强型合作程序,以基础性条约的形式确认了部分成员国之间进行次级集团合作的合法性。相关条款规定于《欧洲联盟条约》第四编和《欧洲联盟运行条约》第六部分第三编,其中《欧洲联盟条约》包含第 20 条共计四款内容,《欧洲联盟运行条约》第六部分第三编则以第 326 条至 334 条对加强型合作作出了细化规定。^[9] 尽管加强型合作程序被援引的次数不多,^[10] 且所涉均为相对边缘的议题,^[11] 但相关规定为欧盟成员国在欧盟制度框架内进行次级集团的合作提供了明确的法律依据。随着欧盟成员国数量的增加,欧盟成员的结构呈逐步多元化的趋势,同时包含了发达国家和发展中国家,因此加强型合作程序对于在其他国际合作中建立相似程序具有重要的借鉴意义。

2. WTO 的区域贸易协定与诸边协定实践

WTO 体制内的差异化安排主要表现为《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(以下称为“《WTO 协定》”)及其他法律文件共同构筑的针对区域贸易协定与诸边贸易协定的规则网络。WTO 体制中关于区域贸易协定的规定具体包括《1994 年关税与贸易总协定》第 24 条以及《关于〈关税与贸易总协定〉第 24 条解释的谅解》,《服务贸易总协定》第 5 条和针对发展中国家作出差异化规定的“授权条款”。WTO 还配套设立相关的机构约束区域贸易协定。^[12] 多哈回合以来,WTO 成员愈发意识到需加强对区域贸易协定的约束。2006 年 12 月,WTO 总理事会作出《关于区域贸易协定透明度机制的决定》,由此建立起

[8] 就本文而言,“基础性条约”在 WTO 中体现为《马拉喀什建立世界贸易组织协定》,在欧盟则表现为《欧洲联盟条约》与《欧洲联盟运行条约》。对于区域贸易合作而言,区域贸易协定本身即为基础性条约。

[9] 具体条文参见《欧洲联盟基础条约:经〈里斯本条约〉修订》,程卫东、李靖堃译,社会科学文献出版社 2010 年版。

[10] 确切而言有四个半的加强型合作。加强型合作程序援引数量少的原因有二。其一,争取尽可能多的成员同意是欧盟国际合作中的主流文化,加强型合作程序本属异类;其二,加强型合作程序的规定意在差异化情形进行管控。See Bruno De Witte, “Variable Geometry and Differentiation as Structural Features of the EU Legal Order”, in Bruno De Witte (et. al.) (eds.), *Between Flexibility and Disintegration-The Trajectory of Differentiation in EU Law*, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017), p. 17.

[11] See Andreas H. Hvidsten and Jon Hovi, “Why no Twin-Track Europe? Unity, Discontent, and Differentiation in European Integration”, 16 *European Union Politics*, 2015, p. 6.

[12] WTO 总理事会于 1996 年设立了区域贸易协定委员会以审查已向 WTO 报备的区域贸易协定,考察区域贸易协定对多边贸易体制的影响及协定之间的相互关系。资料来源: https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/regcom_e.htm, 最近访问时间[2019-04-29]。

了区域贸易协定透明度机制,并最终使其永久化。^[13]

WTO 诸边贸易协定作为一种差异化现象,由多边框架的基础性条约予以规定。《WTO 协定》第 2 条第 3 款明确了诸边贸易协定的法律地位和基本含义,^[14]同时以多项条款对诸边贸易协定的组织机构、决策规则、协定加入以及协定不适用等方面作出了规定。^[15]

3.《美墨加协定》中的差异化规定

《美墨加协定》被视为美国推动的新一代国际经贸规则范本,协定中也出现了差异化规定。^[16]该协定在第 3 章涉及“农业”的部分对农产品贸易作出一般性规定的基础上,分别在附件 3 - A 和附件 3 - B 中对美国与墨西哥、美国与加拿大之间的农业贸易分别作出了双边规定。

《美墨加协定》在第 14 章关于“投资”的部分中对投资争端解决作出了差异化安排。该协定仅在附件 14 - D 中规定美国与墨西哥之间的投资争端适用投资者—国家仲裁机制。对美国与加拿大、加拿大与墨西哥之间的投资争端解决并未作出规定。因此,美国和加拿大的投资者需要通过东道国国内诉讼或者外交保护来解决争端。加拿大与墨西哥之间的投资争端同时适用《美墨加协定》与《全面和进步跨太平洋伙伴关系协定》的相关规定。

《美墨加协定》第 10 章“贸易救济”D 节规定了只在美国与加拿大间适用的复审与争端解决程序。^[17]这意味着墨西哥与美国、墨西哥与加拿大之间均不适用第 10 章 D 节的规定。

(二) 多边框架外差异化安排的后期纳入模式

差异化的另一种模式是,差异化现象产生于多边框架之外,但并非以基础性条约中正式规定的方式呈现。通常是合作方以实践先行,随后以某种形式对前述实践予以法律确认。

WTO 中类似《信息技术协定》式的诸边协定属于多边框架外的差异化现象。此类诸边协定在法律性质上与诸边贸易协定存在差异,《WTO 协定》对其未作规定。该协定仅对参与成员产生约束,其谈判、生效以及执行均在 WTO 体制中进行,故也属 WTO 条约体系的组成部分。但协定的谈判在 WTO 框架外启动和进行,未得到 WTO 的正式授权,其

[13] WTO, Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements, Decision of 14 December 2006, WT/L/671. 资料来源: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc10_e/briefing_notes_e/brief_rta_e.htm, 最近访问时间[2019-04-29]。

[14] 诸边贸易协定只对接受的成员具有约束力,对未接受的成员既不产生权利,亦不产生义务。这属于典型的差异化现象。

[15] 具体而言包括《WTO 协定》第 4 条第 8 款、第 9 条第 5 款、第 10 条第 9 款、第 12 条第 3 款、第 13 条第 5 款、第 14 条第 4 款、第 15 条第 2 款和第 16 条第 5 款。

[16] 参见孙南翔:《美国经贸单边主义:形式、动因与法律应对》,《环球法律评论》2019 年第 1 期,第 181 页。

[17] 美国与加拿大在此问题上分歧巨大。由于加拿大的坚持以及在其他议题方面的妥协,复审与争端解决程序被保留,但只在美国与加拿大之间适用。See Stephen Woodman, The USMCA Could Strengthen Mexico's Hand on Trade, October 4, 2018, 资料来源: <https://www.cigionline.org/articles/usmca-could-strengthen-mexicos-hand-trade>, 最近访问时间[2019-04-29]。

合法地位由部长级会议事后确认。^[18]

欧盟也存在类似的差异化模式。部分欧盟成员国在欧盟法律框架之外分别达成了《欧洲经济与货币联盟稳定、协调与治理条约》和《建立欧洲稳定机制条约》。^[19] 在适用过程中,该条约尚未被欧盟机构判定违反欧盟法律,且依然存在被纳入欧盟法律体系的可能性。^[20]

(三) 多边框架外的关联性合作

最后一类差异化现象发生于多边框架之外,在内容上与多边框架内的国际合作高度关联,但在法律上暂未纳入多边框架。欧盟政策在欧盟体系外的横向差异化即属此类。它表现为欧盟法律适用于非欧盟成员国,通过欧盟与非成员国签订双边条约实现。挪威参与《申根协定》是此模式的典型例证。《申根协定》旨在取消边境检查,实现人员流动,对建设欧盟共同市场意义重大。根据《关于将申根法律纳入欧洲联盟框架的议定书》的规定,《申根协定》体现的法律规则已被纳入欧盟法律体系。挪威并非欧盟成员国,在《申根协定》有关内容被纳入欧盟法后,挪威在该协定项下的权利义务处于不确定状态。前述议定书第9条特别规定,欧盟应就申根法律的执行及发展与挪威联合行动,具体方式为由欧盟理事会与挪威单独缔结国际条约,从而实现以原《申根协定》为主要内容的欧盟法律适用于挪威。^[21]

服务贸易领域的一项差异化实践也属此类。尚处于谈判阶段的《服务贸易协定》发生在WTO体制外,但所涉议题与《服务贸易总协定》具有高度关联性,且诸多WTO成员参与了谈判。^[22] 根据欧盟等参与方的意见,《服务贸易协定》的最终出路是并入WTO法律体系。^[23] 但这一目标尚未实现,故属潜在的差异化。

前述差异化实践模式之间存在较大区别,尚未统一。第一种模式是基础性条约中的法定类型,其中的差异化不存在合法性瑕疵。后两种模式在合法性方面有所欠缺,但因其具有实际效用从而具备合理性。这两类模式的弊端在于,在正式的法律框架以外进行的差异化尝试可能破坏多边国际合作的整体性。同时由于缺乏相关法律规则的约束,也易在未参加的合作方中引发合法性与正当性质疑。因此,若以保证多边国际合作持续推进为目的,第一种模式是较优的选项,后两种模式的差异化实践最终也需要得到多边国际合作制度框架的合法性确认。

[18] 参见钟英通:《WTO体制中的诸边协定问题释微——以〈信息技术协定〉为例》,《甘肃政法学院学报》2017年第3期,第145页。

[19] See Bruno de Witte, “An Undivided Union? Differentiated Integration in Post-Brexit Times”, 55 *Common Market Law Review*, 2018, p. 242.

[20] 根据《欧洲经济与货币联盟稳定、协调与治理条约》第16条的规定,必须在该条约生效的五年内与《里斯本条约》实现对接。参见戴启秀:《欧债危机背景下欧盟区域治理的法律基础——〈财政契约〉与〈欧洲稳定机制条约〉解析》,《德国研究》2012年第3期,第5页。

[21] 参见李明明:《论挪威的疑欧主义及其“欧洲问题”》,《欧洲研究》2010年第6期,第136页。

[22] See Juan A. Marchetti and Martin Roy, “The TISA Initiative: an Overview of Market Access Issues”, WTO Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper, ERSD-2013-11, 2013, pp. 24-27.

[23] See Negotiations for a Plurilateral Agreement on Trade in services, European Commission Memo, 15 February, 2013, 资料来源: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-107_en.htm, 最近访问时间[2019-04-29]。

三 差异化现象的成因分析

(一) 国际秩序的不稳定性

在国际秩序发生转换的时代,国际合作处于相对不稳定的状态,这也成为差异化现象兴起的重要诱因。学界对未来国际秩序的发展方向观点各异,^[24]“以规则为基础”是部分学者对未来国际秩序的预测与希冀。也有学者对国际秩序持悲观态度。近来出现的中美经贸摩擦以及由此引发的对大国竞争的思考,正是此类观点的最佳注脚。^[25] 未来国际秩序的可能状况是:权力更加分散;有较大影响力的行为体增多;通过国际合作处理的议题范围逐步增多,因而各行为体可能形成不同的制度化合作形式。由此带来的结果是,在国际经贸领域中类似 WTO 的大型多边国际组织失去大国的全力推动,规则供给缺失。^[26] 各国转而寻求在更小的范围内展开合作,不同国家在各自具有优势的领域参与规则制定,^[27] 进而为差异化的出现创造了条件。^[28]

此外,少边主义的观念在秩序转换的大背景下渐受重视,成为差异化现象出现的观念诱因。^[29] 少边主义具有相对意义,它体现为在多边主义存在的前提下,部分行为体寻求组成次级集团来处理合作中的问题。少边主义与多边主义最显著的区别在于具有决定性意义的合作方的数量,少边主义强调“解决问题所必需的最少数”,以提高决策效率。^[30]

(二) 合作方的异质性

国际合作参与方的增多放大了合作方的异质性,极有可能导致偏好的多样性。随着国际合作范围的不断扩大,在基础性条约中设置一定数量的灵活性规则有利于多边国

[24] 一种观点认为,美国主导的“自由主义霸权秩序”易于加入,难以推翻;也有观点指出,未来国际秩序将是一个“复合世界(Multiple World)”;还有学者认为未来世界或许将更以规则为基础,进而带来更加制度化的和平。See G. John Ikenberry, “Why the Liberal World Order Will Survive”, 32 *Ethics and International Affairs*, 2018, pp. 17-29; [加]阿米塔夫·阿查亚著:《美国世界秩序的终结》,袁正清、肖莹莹译,上海人民出版社2017年版,第180页;唐世平著:《国际政治的社会演化:从公元前8000年到未来》,董杰旻、朱鸣译,中信出版社2017年版,第244页。

[25] 米尔斯海默是悲观派的代表人物。参见[美]约翰·米尔斯海默著:《大国政治的悲剧》,王义桅、唐小松译,上海人民出版社2003年版。

[26] 部分国家日益显露的孤立主义和单边主义倾向动摇了既有的多边体系。参见廖凡:《全球治理背景下人类命运共同体的阐释与构建》,《中国法学》2018年第5期,第42页。

[27] 参见唐世平:《国际秩序变迁与中国的选项》,《中国社会科学》2019年第3期,第200页。

[28] 欧盟一体化进程由于有核心国家的强力维持,得以在不严重减损欧盟法律统一性的基础上包容差异化的存在,且一些差异化安排(如“欧洲稳定机制”)发挥了一定的正向作用。

[29] 本文采苏长和教授对“minilateralism”的中文译法。参见苏长和著:《全球公共问题与国际合作:一种制度的分析》,上海人民出版社2009年版,第238页。

[30] 少边主义是一个在与多边主义的比较过程中出现的概念。根据学者的总结,少边主义的核心内容是:在解决问题所必要的最少国家之间开展合作。See Moises Naimi, “Minilateralism: The Magic Number to Get Real International Action”, *Foreign Policy*, 2009, 资料来源: <http://foreignpolicy.com/2009/06/21/minilateralism/>, 最近访问时间[2019-04-29]; Chris Brummer, *Minilateralism: How Trade Alliances, Soft Law, and Financial Engineering are Redefining Economic Statecraft*, (New York: Cambridge University Press, 2014), pp. 17-21.

际合作的推进。纵观多边贸易体制和欧洲一体化进程,多边国际制度的建成通常是以大国主导为基础,辅以少数志同道合的成员构成核心俱乐部,逐步完成国际制度的扩张和发展。这些国际制度都以较为明确的国际条约作为法律基础。在发展的初期,由于核心成员间异质性程度相对较低,相关规则统一适用的难度亦相对较低,因而能够较为顺畅地实现合作。随着国际制度参与国数量的扩张,参与方间异质化程度大幅增加,在特定议题上获得广泛的一致性同意的可能性随之降低,规则一体适用可能引发部分国家的遵守不能。在此情形下,为求得国际制度的存续和发展,相关参与方或利用既有的灵活性规则,或采取未被明文禁止的实践方式,针对特定议题在有限范围内推动国际合作。

(三) 议题的敏感性

随着经贸领域的国际合作持续深入,所涉议题逐步向边境后发展,国际条约对国家主权的“侵蚀”愈加明显,特定议题领域的合作敏感性显著增强。现有区域贸易协定的自由化焦点已转移至非关税壁垒,同时涉及对国内政策的约束。^[31]对既有议题合作的深化亦可引发合作参与方对主权减损的担忧。差异化的理念恰是在此背景下逐步孕育,其主要功能是通过允许合作参与方在不同的一体化水平上进行合作,从而克服合作中的僵局。^[32]

例如,《美墨加协定》的参与方数量虽少,但因议题敏感性强,故而谈判分歧大、过程曲折,协定文本亦出现了众多差异化安排。首先,三国之间的双边经贸关系各有其特点。例如,加拿大与美国在软木贸易方面的贸易纷争系两国独有,墨西哥在此领域并无直接利益。^[33]由于加拿大是软木的出口方,美国是其主要的出口市场,因此加拿大对协定中贸易救济章节规定的复审与专家组程序颇为重视,在其强硬的坚持下协定最终针对美加作出了差异化安排。其次,美国对协定谈判设定了严格的时间要求,为差异化的出现创造了条件。相对于协定规模而言,《美墨加协定》的谈判时间较短,带有美国强力推动的特征。^[34]为了加快进度,协定势必会针对某些分歧难以弥合的内容作出灵活性安排。最后是三方实力差异明显。美墨加三方中,墨西哥属发展中国家,经济发展水平和议价能力与美加两国尚难相提并论。实际谈判过程中,美墨首先达成一致,随后加拿大最终同意。^[35]

[31] See Bernard Hoekman, “Fostering Transatlantic Regulatory Cooperation and Gradual Multilateralization”, 18 *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 610.

[32] See Katharina Holzinger and Frank Shimelfening, “Differentiated Integration in the European Union: many concepts, sparse theory, few data”, 19 *Journal of European Public Policy*, 2012, pp. 292–305.

[33] 关于美国与加拿大之间的软木纠纷可参见辛翠玲:《特朗普政府经贸战略探析:“美国优先”的国际贸易新秩序》,《当代美国评论》2018年第3期,第37–38页。

[34] 在谈判期间,美国对加墨两国的钢铝产品以国家安全为由征收关税,以及威胁对两国向美国出口的汽车及部件征收关税等情形,美国在谈判中的作为就不局限于“强力推动”,已几近威胁。See Gary Hufbauer and Steven Globeman, “The United States-Mexico-Canada Agreement: Overview and Outlook”, *Fraser Research Bulletin*, November 2018, p. 3.

[35] See Joint Statement from United States Trade Representative Robert Lighthizer and Canadian Foreign Affairs Minister Chrystia Freeland, 资料来源: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/joint-statement-united-states>, 访问时间[2019-04-29]。

四 差异化现象对国际经贸秩序的影响

(一) 差异化现象对国际经贸秩序的积极作用

1. 差异化现象为国际经贸秩序的变迁累积新的因素

差异化现象作为国际经贸秩序转化的产物将长期存在。差异化是多边国际合作的固有现象,与经贸领域的国际合作相伴而生。^[36] 因此差异化不是特定国际合作的突现属性,而为国际合作所固有。在制度运行过程中,人类生存的本能以及对福利的永恒追求必然会催生制度变迁。^[37] 制度变迁的过程通常包含渐变与剧变。^[38] 渐变过程通常较为漫长,差异化在此过程中逐步孕育。

差异化现象成为国际制度变迁中新因素的载体。制度兼具稳定与变化两种特性,且稳定属于常态。^[39] 差异化是制度变迁中变化因素的规则载体。差异化产生于既有的多边国际合作中,是一种制度相对稳定状态下的渐进变化现象。随着国家间互动的增多,不同的需求和利益表达可能出现,改变制度的观念可能在适当时被付诸实践。彻底推翻既有制度并非经常性选择,在部分领域推动差异化进行修补是更具可行性的方式。

2. 差异化现象便利了国际经贸规则的重构

新一代国际经贸规则的重构过程已在进行,差异化现象及其代表的规则适用模式很可能被更广泛利用,成为国际经贸新规则的试验田。呈现出越来越多差异化特征的国际经贸规则既反映了发展中国家不断强化国际经贸规则话语权的斗争,也深刻体现了发达国家重新定位国际经贸规则生成的基本路径。这种强烈的反差,都不同程度地把矛盾对准了包括了 WTO 在内的一系列原有的规则体系。统一适用的多边经贸规则的发展遇到前所未有的挑战和危机,而区域性协定正在拓展现有经贸规则的范围与边界。

差异化在此背景下具备发挥试验田作用的空间。例如,尽管美国退出了《跨太平洋伙伴关系协定》,但从其随后的一系列政策行为来看,制定新一代国际经贸规则的目的与其前任相比并无变化,且排挤中国的意图也颇为相似。^[40] 对于一些其意欲推行的规则,美国可以视其难度首先在部分国家间进行试验,并在建立起足够的规则共识后寻求推广。

[36] 区域贸易协定贯穿多边贸易体制的整个发展历程,与该体制相伴而生。参见韩立余:《自由贸易协定基本关系论》,《吉林大学社会科学学报》2015年第5期,第58-60页。根据学者对协定文本进行的大数据研究,WTO规则在区域贸易协定中有充分体现。See Todd Allee (et. al.), "The Ties between the World Trade Organization and Preferential Trade Agreements: A Textual Analysis", 20 *Journal of International Economic Law*, 2017, pp. 333-363. 欧洲一体化的发展历程同样伴随着差异化现象。See Alex Warleigh-Lack, "Differentiated Integration in the European Union: towards a Comparative Regionalism Perspective", 22 *Journal of European Public Policy*, 2015, p. 881.

[37] 参见唐世平著:《制度变迁的广义理论》,沈文松译,北京大学出版社2016年版,第70页。

[38] 从历史制度主义的观点来看,渐变与剧变分别对应着正常时期的路径依赖规律和断裂时期的关键节点。参见何俊志:《结构、历史与行为——历史制度主义的分析范式》,《国外社会科学》2012年第5期,第31页。

[39] 参见唐世平著:《制度变迁的广义理论》,沈文松译,北京大学出版社2016年版,第67-70页。

[40] 《跨太平洋伙伴关系协定》的谈判一直将中国排除在外,《美墨加协定》中则加入了以“拒绝受惠”条款(《美墨加协定》第14.14条)和“非市场国家自由贸易协定”条款(《美墨加协定》第32.10条)为代表的特别内容对中国予以限制。

一种方式是,美国将通过经差异化方式进行试验的新规作为改革 WTO 规则的出价;另一种方式是进一步将某些规则在其他场合进行推广,形成事实上的多边化。

类似的情形也发生在欧洲一体化进程中。欧洲理事会就曾在欧盟框架外以国际条约的形式针对关涉欧洲一体化或欧盟总体利益的重大事项作出决策。经过一定时间的适用,这些在欧盟框架外形成的规则具有被纳入欧盟法律体系的可能,^[41]一旦启动相应程序,即可转变为欧盟法律。

3. 差异化现象促进了国际合作的发展

随着参与方的增多以及所涉议题敏感性的增强,为克服合作中的困难,多边国际合作愈发需要具备灵活性的差异化安排。^[42] WTO 恰因这方面的不足而陷入困境。自多哈回合启动以来,由于在决策机制上采取了“一揽子承诺”叠加“协商一致”的制度安排,^[43] WTO 在多边层面的贸易谈判举步维艰,^[44]除《贸易便利化协定》外尚未达成任何多边成果。^[45] 尽管有运行良好的争端解决机制, WTO 的贸易规则制定功能几乎丧失。在多哈回合框架下,既有的决策模式导致 WTO 若要产生新的贸易规则必须要求成员在多个议题领域达成广泛的一致,未预留差异化空间,因而实现难度极大。

相反,《美墨加协定》虽然只涉及三方,且各方在不同领域的分歧巨大,为了确保在预定的时间达成协定,三方在协定中设置了一系列差异化安排,最终确保了北美大陆经贸合作局面的基本稳定,并且小幅度地拓展了国际经贸规则的边界。

差异化现象在欧盟的国际合作中亦发挥了积极作用。2008 年底欧债危机发生时,欧盟框架内的既有规则已无法有效处理危机。欧盟成员国为改善欧盟的经济治理方式作出了诸多努力。2012 年二十五个欧盟成员国在欧盟法律框架之外签订了《经济货币联盟稳定、协调与治理条约》,该条约成为应对欧债危机的重要举措之一^[46]并最终起到了欧元区稳定剂和保护栓的作用。^[47]

(二) 差异化现象对国际经贸秩序的负面影响

差异化的泛滥可能造成多边国际合作整体规则的碎片化,加剧国际经贸秩序的混乱局面。规则碎片化最直接的负面影响即提高了企业与个人的生产与经营成本。以国际贸易为例,由于企业或个人面临更加复杂的规则迷宫,区域贸易协定降低跨境交易成本的作用

[41] 参见杨国栋:《欧盟行政决策权分配的“名实分离”:模式、成因与影响》,《欧洲研究》2018 年第 4 期,第 55 页。

[42] 条约的灵活性机制在 WTO 中发挥了积极作用,可参见韩逸畴著:《WTO 贸易政策灵活性机制研究》,法律出版社 2018 年版。

[43] WTO“一揽子承诺”的基本含义是“在所有事项全部达成一致之前,无任何一致达成”。参见徐泉:《WTO“一揽子承诺”法律问题阐释》,《法律科学》2015 年第 1 期,第 149 - 157 页; Matthew Kennedy, “Two Single Undertakings-Can the WTO Implement the Results of a Round?”, 14 *Journal of International Economic Law*, 2011, p. 79。

[44] 当然,成员意愿的欠缺以及谈判中的巨大分歧也是多边谈判陷于困境的原因。

[45] 根据 WTO 成员在 2014 年 11 月 17 日达成了《贸易便利化协定》,该协定是一项新的多边贸易协定。资料来源: https://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_e.htm, 最近访问时间[2019-04-29]。

[46] 参见叶斌:《欧债危机下欧盟经济治理与财政一体化的立法进展》,《欧洲研究》2013 年第 3 期,第 58 - 59 页。

[47] 参见陈菲:《欧盟危机背景下的德国领导有效性分析——以领导理论为分析框架》,《欧洲研究》2017 年第 1 期,第 103 页。

用不仅未能实现,对于利用全球价值链进行生产和销售的公司而言,数量众多且重叠的区域贸易协定反而会提高交易成本。^[48]

差异化的过度使用可能导致既有的多边国际合作解体。多边国际合作的理想状态通常是所有规则一体适用于全体参与方。^[49] 为了兼顾部分参与方的特殊利益,有限度地允许差异化现象的存在可以维持多边国际合作的整体稳定。然而过度使用则会令多边国际合作规则的整体性遭到严重破坏,制度内部形成互相嵌套的各类规则“俱乐部”,将使既有的合作框架名存实亡。^[50]

差异化的泛滥可能导致利益冲突激化。国家利益的多元化是差异化产生的原因之一,体现了对国际合作参与方国家利益的尊重。但应当看到的是,国家间的利益冲突是现实存在的,差异化是国家维护自身利益的工具,如无规则约束,则具有不可控性。如果国家在多边国际合作中一味追求差异化,而忽略在多边层面上的沟通与融合,将可能导致国家间乃至国家集团间利益冲突的激化,甚至引发安全问题。

差异化可能使制度供给能力不足的国家被边缘化。差异化可能导致“俱乐部模式”的出现,该模式强调由少数国家实质性地垄断制定规则的权力。制度供给能力不足的国家面临被边缘化的可能。在国际经贸秩序面临重构的大背景下,各国都竞相参与新规则的制定过程,尽力避免成为完全的规则接受者。但须指出的是,如果意欲成为新的规则制定者,既要有足够的物质力量,还要有规则的供给能力,更要能够承担制度供给成本的能力。规则供给能力往往要求一国在其国内已建立起一套运行成熟的规则,这类规则只有在拥有较高的合理性时,才具备在国际层面输出的可能。承担制度供给成本则是对国家综合国力的考验。综上所述,大国更可能成为规则制定者,相对而言,实力较弱的国家则更可能成为规则的接受者。^[51]

差异化往往具有短视效应,可能造成多数国家中长期利益的损失。差异化在晚近的兴起是一种针对多边主义困境的“应激反应”,其目的是解决合作中较为紧迫的现实问题。持此类观点的国家很可能更为注重短期利益。二战前夕,主要资本主义国家之间以邻为壑的贸易战在很大程度上都是为了维护其短期利益的手段,并普遍被视为是导致第二次世界大战爆发的原因之一,但战争实际上导致了大多数国家中长期利益的损失。

[48] See Kati Suominen, “Enhancing Coherence and Inclusiveness in the Global Trading System in an Era of Regionalism”, E15 Expert Group on Regional Trade Agreements and Plurilateral Approaches-Policy Options Paper, E15 Initiative, 2016, p. 13.

[49] 多边主义是众多多边国际合作的指导性观念,它要求“三个或者更多的行为体进行自愿和(基本是)制度化的国际合作,并得到规范和原则的管理,而规则(大体上)同等地适用于所有国家。”参见[英]约翰·彼得森、卡罗琳·布沙尔:《使多边主义有效——全球治理的现代化》,[英]卡洛琳·布沙尔等主编:《欧盟与 21 世纪的多边主义》,薄燕等译,上海人民出版社 2013 年版,第 19 页。

[50] 欧盟成员国为应对欧债危机在财政领域进行的差异化实践尽管有紧迫性作为正当化理由,但这一系列法律实践对欧盟法律秩序造成的影响是确实存在的。

[51] 以 WTO《环境产品协定》的谈判为例,现阶段仅有中国和哥斯达黎加为发展中国家。包括印度、南非、俄罗斯、墨西哥、尼日利亚等在内的经济体量较大的发展中成员均未参与该谈判。

五 差异化现象的法律应对

当下的多边国际合作通常以国际条约为基础,故应当以条约规定的形式在具体的多边国际合作中对差异化情形作出明确的法律安排。这意味着有关基础性条约应对差异化的法律性质、表现形式乃至适用条件等关键性问题作出明确规定。《WTO 协定》有关诸边贸易协定的条款、《欧洲联盟条约》及《欧洲联盟运行条约》对加强型合作的规定以及《美墨加协定》对投资者—国家争端解决机制的规定均属此类情形。具体而言应就以下方面对差异化的相关事项加以规定:

(一) 确保差异化的合法性

法律约束力是差异化的本质特征,应当在基础性条约中予以明确。关于加强型合作的法律约束力,欧盟法律规定在加强型合作框架下通过的法令仅适用于参与加强型合作的成员国。并且,对于意欲加入欧盟的候选国而言,上述法令不属于欧盟法律。^[52]《WTO 协定》对诸边贸易协定的法律约束力亦有类似规定,即对于接受的成员,诸边贸易协定构成《WTO 协定》的一部分;对未接受的成员而言则既不产生权利也不产生义务。^[53]《美墨加协定》针对特定的双边关系所作出的规定仅约束相应的双方。^[54]

(二) 规范差异化的授权

差异化的启动均应获得法定授权,此为差异化推动的合法性前提,也是以法治化的方式约束差异化实践的基本要求。这类授权通常是由相关国际制度中具有较高权威性的机构作出。

1. 授权范围

差异化授权的首要问题是授权范围,以解决部分参与方可以在哪些领域内进行差异化实践的问题。例如,欧盟“加强型合作”程序即对合作领域进行了限制。根据相关规定,欧盟成员只能在欧盟专属权能之外的领域寻求加强型合作。此外欧盟法律还作出了禁止性规定,如加强型合作不得构成成员国之间的贸易障碍或歧视,也不得扭曲成员国之间的竞争。未参与国的权能、权利和义务应当得到尊重,未参与国也不得妨碍参与国开展加强型合作。^[55]

2. 授权程序

差异化的授权程序至少应当包含申请与授权两个部分。有关参与方提出申请后,有权机构在审查后决定是否给予该差异化以正式授权。基础性条约不仅应对有权机构的决策程序作出规定,还应当明确规定差异化情形的启动条件,确保差异化情形的辅助

[52] 参见《欧洲联盟条约》第 20 条第 4 款。

[53] 参见《WTO 协定》第 2 条第 3 款。

[54] 参见《美墨加协定》附件 3 - B 以及 D 部分均直接处理美加之间的特定关系。

[55] 参见《欧洲联盟条约》第 20 条第 1 款,《欧洲联盟运行条约》第 326 条与第 327 条。

性。WTO 诸边贸易协定的启动需拟签署该协定的成员向部长级会议或总理事会提出,由总理事会以协商一致的方式作出决定。^[56] 欧盟法律对此规定更为细致,不仅设定了“最后手段”条款和数量门槛,而且还纳入多个欧盟机构各司其职。^[57] 希望发起加强型合作的成员应当向欧盟委员会提出申请,阐明拟采取加强型合作的范围和目标。欧盟委员会应就此事项向欧盟理事会提交一份提案。如未提交,则应向相关成员国说明理由。经过欧盟委员会提议并经欧洲议会同意,欧盟理事会应授权开展拟申请的加强型合作。

(三) 透明度与开放性

差异化及相关的制度安排应当具有较强的透明度与开放性。差异化的泛滥极易导致俱乐部模式的封闭性效应,客观上产生将非参与方排除在规则制定之外的效果,进而降低差异化安排的正当性。^[58] 对此,首先可利用透明度规则克服封闭性弊端。多边国际合作的基础性条约应当在程序上以透明度为基本原则,对差异化在实际运行过程中的各项程序作出具体规定。其次是利用开放性规则对冲封闭性的负面效应。允许其他有意愿成员的加入,保持差异化安排的开放,保证未参与成员的规则制定权。

欧盟法律在加强型合作的规定中亦有此项内容。任何已经建立的加强型合作应当向其他欧盟成员开放,并且欧盟委员会应向欧洲议会和欧盟理事会通报加强型合作的具体进展。^[59] 《WTO 协定》虽未对诸边协定的加入作出明确规定,但《信息技术协定》式的诸边协定明确提及了开放性,允许其他 WTO 成员加入。《环境产品协定》虽仍处于谈判环节,但在已经完成的十余轮谈判中,参与谈判的成员特别注重向 WTO 通报谈判情况,谈判过程中不断吸引新成员的加入。^[60]

(四) 机构的约束与协助

在基础性条约中设置有力机构对差异化情形进行专门的管理与监督。制度的执行需要具体机构予以落实。欧盟法律为加强型合作设置了较为严密的机构保障,欧盟理事会、欧盟委员会以及欧洲议会均被纳入加强型合作的监督与管理工作中,为差异化的管控与顺利进行提供了制度保障。WTO《政府采购协定》作为一项诸边贸易协定,其下设有政府

[56] 参见《WTO 协定》第 10 条第 9 款。

[57] 欧洲法院也发挥了重要作用。See Federico Fabbrini, “Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary”, 40 *Legal Issues of Economic Integration*, 2013, pp. 197-224.

[58] See Robert O. Keohane and Joseph S. Nye, Jr., “Between Centralization and Fragmentation: The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Democracy”, KSG Working Paper, No. 01-004, 2001.

[59] 参见《欧洲联盟运行条约》第 328 条、第 330 条、第 331 条。

[60] 在 13 轮谈判中,《环境产品协定》谈判主席为尚未参与该谈判的 WTO 成员举办了一场扩大的透明度会议,其目的是向这些成员通报谈判的进展情况。具体内容参见加拿大政府和欧盟委员会披露的谈判资料,资料来源: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/env/joint-statement-env-declaration-commune-env.aspx?lang=eng>; <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1116>, 最近访问时间[2019-04-29]。

采购委员会。该机构自 WTO 成立以来即为协定的准入谈判做了大量工作。^[61] 诸边贸易协定的前身——东京回合行动守则——也规定了相应的制度条款,每个协定项下的机构在协定适用与谈判过程中发挥了巨大作用。^[62] 《美墨加协定》在第 30 章设立了自由贸易委员会,由三方政府的部长级官员或其指定的代表组成。该委员会的职能包括研究协定执行或运行等相关事项。^[63]

相关机构运行成本的问题需特别说明。多边国际合作中差异化现象本系参与方间的小范围合作,但不可避免地会利用其所属国际制度的“基础设施”。如由此产生的成本完全由国际制度的下辖机构承担,则可能引发未参与差异化的国家基于公平性的质疑。因此,基础性条约还应明确由差异化产生的行政开支与成本的承担者。欧盟法律规定,除由联盟机构承担的行政费用以外,为实施加强型合作而导致的支出由参与成员国承担,除非经咨询欧洲议会后,理事会成员以一致方式作出其他决定。^[64]

(五) 以多边化为目标

差异化应当以最终实现多边化为目标,应当在涉及差异化的条约中对此予以声明。国际社会支持多边主义的声音仍然是主导力量。^[65] 允许差异化的存在应以推动多边国际合作为前提,不可因不受节制的差异化导致多边国际合作解体。各参与方应当首先将多边主义放置于多边国际合作的指导性地位,并且应当以法律形式确认差异化的多边化目标。

六 结 语

国际经贸规则适用中的差异化现象是国际秩序演化的结果,各国在经贸领域屡有实践,且该现象有逐步扩散之势。应指出的是,在经贸领域的多边国际合作中,差异化与多边主义的要求之间不是非此即彼的关系。^[66]

中国应当充分重视和接受差异化现象的存在,以构建具有包容性的国际秩序为理念,有条件地在国际经贸领域利用差异化自身拓展发展空间。一些国家可能会利用差异化推动某些无法与中国直接谈判达成的规则进入中国未参与的经贸协定,在形成较为广泛

[61] 政府采购委员会的工作包括举行会议、磋商以及向 WTO 总理事会通报其活动和协定执行与运行的进展情况等,资料来源:https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_committee_e.htm,最近访问时间[2019-04-29]。

[62] 东京回合政府采购守则项下的守则委员会在各守则的更新谈判中发挥了巨大作用。See Terence P. Stewart (eds.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, Volume I: *Commentary*, (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993), p. 1036.

[63] 《美墨加协定》第 30 章具体规定了自由贸易委员会的设立、委员会的功能、决策、委员会和附属机构的程序规则、协定协调员与联系点以及秘书处等内容。

[64] 参见《欧洲联盟运行条约》第 332 条。

[65] 参见央视网:《习近平会见“元老会”代表团》,资料来源:<http://news.cctv.com/2019/04/01/ARTIjxME74MjRT2OxJLcIQvv190401.shtml>,最近访问时间[2019-04-29]。

[66] 例如,欧盟虽倡导多边主义,也积极参与区域贸易协定的谈判。See European Commission, *Trade for All: Towards a More Responsible Trade and Investment Policy*, 2015.

的规则共识之后逼迫中国接受。中国也需思考如何利用差异化现象来应对。中国的经济规模与经济增速是客观事实,其他经济体,特别是亚太地区周边国家或经济体骤然切断与中国经济联系的成本较高,中国具备政策实施的空间。在未来国际经贸规则的谈判与适用过程中,中国尤应注意以下几方面的问题:一是坚定维护以 WTO 为代表的多边规则体系并对其进行必要的规则改革。二是在着力处理好与美欧等重要经济体之间关系的基础上,以双边、区域以及多边方式与其他经贸伙伴开展合作。^[67] 三是在构建以发展为导向的新型规则过程中提出中国方案,以求在更广泛的范围内形成规则共识。四是进一步扩大开放,完善国内以市场为导向的整体改革,对接新型的国际贸易规则。^[68] 在此过程中,差异化可以成为一种为中国参与的国际合作提供灵活性的工具。

[**Abstract**] The phenomenon of differentiation in the application of international trade rules, manifested in the disunity in the application of the rules with respect to the target of application, substantive content, topic area, scope of time limitation, and geographical boundary, has been on the rise. Different types of differentiation have been embodied in the trade agreements of the WTO and EU and in such regional trade agreements as USMCA. This phenomenon has been caused by many factors, including the rising numbers of participants in various kinds of economic co-operations, the increasing sensitivity of issues involved such co-operations, and the transition of international economic and trade order. Differentiation in trade rules help push international cooperation forward and satisfy the specific needs of certain countries. However, it could also disrupt the international economic order and lead to the disintegration of multi-lateral cooperation. Therefore, states should utilize international treaties to manage the phenomenon of differentiation by legal means. In other words, it is necessary to stipulate differentiated legal binding force, authorization procedure, transparency and openness, institutional constraints and assistance, and multilateral requirements in specific basic treaties on international cooperation.

(责任编辑:郑佳)

[67] 中国参与的《区域全面经济伙伴关系协定》谈判已取得实质性进展,有望在 2019 年完成谈判。参见“李克强表态获广泛呼应,RCEP 成国际媒体焦点词!”,中国政府网;http://www.gov.cn/xinwen/2018-11/15/content_5340722.htm,最近访问时间[2019-04-29]。

[68] 中国国家主席习近平在第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上的主旨演讲中指出,中国将采取一系列重大改革开放举措,加强制度性、结构性安排,促进更高水平对外开放;更广领域扩大外资市场准入、更大力度加强知识产权保护国际合作、更大规模增加商品和服务进口、更加有效实施国际宏观经济政策协调以及更加重视对外开放政策贯彻落实。参见习近平:《齐心开创共建“一带一路”美好未来》,新华网;http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2019-04/26/c_1124420373.htm,最近访问时间[2019-04-29]。