

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.05.001

服务贸易商业存在 FTA 规制研究 ——以贸易投资规则融合为视角^{*}

董 哲

(武汉大学中国边界与海洋研究院, 湖北武汉 430072)

摘 要: 贸易规则与投资规则在国际经贸规则中呈现出愈来愈明显的融合趋势。大量 FTA 因此成为融合贸易、投资规则的完整规则体系。由于兼具服务贸易与投资的特征, 服务贸易商业存在除了受 FTA 中单一服务贸易规则或投资规则调整之外, 在某些 FTA 中也受前述两类规则同时调整。该双重规制情形, 既存在特定优势, 又可能导致规则冲突问题。对此, 有关 FTA 也给出了相应解决策略。随着“一带一路”建设的推进, 中国与沿线贸易投资合作将持续深化, 大量有关服务贸易商业存在的合作有赖中国 FTA 保驾护航。因此, 未来中国 FTA 应当重视双重规制形式并充分利用其优势, 同时吸收既有 FTA 的成熟经验, 对解决相应问题的规则进行完善。

关键词: FTA; 服务贸易与投资; 商业存在; 双重规制

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 2095-8072(2018)05-0005-12

一、问题的提出

在国际经济活动中, 贸易与投资是最为接近的两个领域, 且二者能够相互补充促进, 由此, 将贸易与投资规则纳入统一体系并充分协调适用的理念得以提出, 国际贸易与投资组织提议也因此应运而生。^①然而, 世界贸易组织(WTO)实践显示, 多边协定或组织谈判往往困难重重。在多边层面谈判踌躇不前的情况下, 为进一步推动贸易投资自由化, 诸多融合贸易与投资规则的区域贸易协定或自由贸易协定(FTA)逐渐发展起来, 其中佼佼者蕴含了诸多自由化新标准与新规则, 为新一代国际贸易投资规则的构建与发展提供方向与指引。^②FTA也因此逐渐成为融合贸易、投资规则的统一体系。

在此背景下, 国际服务贸易商业存在模式, 因其兼具服务贸易与投资特点, 最为直观地展现了贸易与投资相融合的现象。^③具体而言, 服务贸易高度依赖相关市场商业存在的建立, 而后者就是投资形式之一。^④反之, 当投资者通过商业存在提供服务

^{*} 基金项目: 本文受中国法学会2016年度重点委托课题“‘一带一路’战略下我国企业境外投资保障制度研究”(项目编号: CLS(2016)ZDWT32)资助。

① 杨国华. 论世界贸易与投资组织的构建[J]. 武大国际法评论, 2018(1): 142-143.

② 石静霞. 国际贸易投资规则的再构建及中国的因应[J]. 中国社会科学, 2015(9): 131-132.

③ 张幼文. 贸易投资融合原理与全球化收益的国民属性[J]. 世界经济研究, 2018(2): 3.

④ Bernard Hoekman, Richard Newfarmer, "Preferential Trade Agreements, Investment Disciplines and Investment Flows", *Journal of World Trade*, 2005, 39(5): 949.

时,这种特定的外国直接投资(FDI)也被服务贸易所涵盖。^①由此,属于投资范畴且借助要素跨境流动建立的商业存在,也因此与跨境贸易相融合。^②这一双重属性,使得融合贸易投资规则的FTA同时以两类规则规制相关措施成为可能。同时,以两类规则进行双重规制的做法能够减少管理漏洞,强化相关措施的法律保护。然而,该做法也极有可能导致规则冲突问题出现。这一国际经贸规则的潜在冲突,将给服务贸易与投资自由化进程带来重大不确定性。因此,现在FTA服务贸易商业存在规制形式以及相关问题解决路径,值得深入研究。

在“一带一路”建设背景下,大量有关服务贸易商业存在的经贸合作有赖于中国FTA的保驾护航。此时,中国应当充分利用双重规制形式,提高相应措施的待遇与保护水平。不过,随着“一带一路”经贸合作的持续深化,有关合作的规模与数量均将不断增加,双重规制所致规则冲突问题的出现概率将大幅上升,不利影响也将愈加严重。因此,在未来中国FTA订立或升级谈判中,中国可在吸收前人经验的基础上,对相关规则进行完善。

二、FTA 服务贸易商业存在规制的基本形式

由于服务贸易商业存在的双重属性,FTA对其基本规制形式也分为两种:或受到服务贸易规则规制,或受到投资规则规制。前者对应规则大多与《服务贸易总协定》(General Agreements on Trade in Service, GATS)规则类似或由其发展而来,而后者则以《北美自由贸易协定》(NAFTA)投资规则为代表。

(一) 服务贸易规则规制

通过服务贸易规则规制商业存在的国际经贸规则以GATS为典型代表。目前采用此种形式的FTA,其服务贸易规则均受到GATS影响。GATS规定了服务贸易自由化的原则和具体规则,奠定了服务贸易规则的基本框架。^③GATS首次在多边层面为WTO成员提供了服务贸易自由化磋商平台,也首次提供了解决服务贸易争端的有效机制,因而具有划时代的意义。GATS的框架与体系受GATT启发,又呈现出自己特点,如其既包括最惠国待遇和透明度等一般义务,又规定了市场准入与国民待遇等差异化义务。^④

GATS在服务贸易商业存在界定方面对FTA规制产生了深远影响。具体而言,GATS首次以多边规则身份明确界定了服务贸易定义并最早获得国际认可。^⑤这一服

① Christian Pitschas, “The Treaty of Lisbon and the New Common Commercial Policy of the European Union”, *International Trade Law & Regulation*, 2010, 16(2): 39.

② 陈宪、谭智勇,“商业存在”与“跨境贸易”在GATS下的融合[J], *世界经济研究*, 2003(7): 56.

③ 倪晓颀、俞顺洪,美国服务贸易出口的环境效应分析:以商业存在为例[J], *国际商务*, 2011(4): 12.

④ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. and Mavroidis, Michael Hahn, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, London: Oxford University Press, 2006:604.

⑤ GATS之前,各方一直未能就服务贸易定义达成共识。乌拉圭回合谈判中,GATS借鉴巴格瓦蒂、桑普森、斯内普和里德尔等人对服务贸易的分类方法,形成了目前的服务贸易定义。GATS是体现各方合意的多边协定,因此GATS服务贸易定义也最早得到国际社会认可。参见:谭智勇,“商业存在”与“跨境贸易”的融合:服务贸易模式的比较研究[D].上海大学硕士论文,2003:1.

务贸易定义划时代地明确了服务贸易的分类,其中,服务贸易商业存在被明确界定为服务贸易的四种提供模式之一,并由此发展出诸多规制服务贸易商业存在的具体形式。^①由此,这一定义也为大量 FTA 所借鉴。此外,在服务贸易商业存在界定方面,也有许多 FTA 追随 GATS 的脚步,提出了“控制”标准:在另一成员境内进行的服务投资中,某一成员投资者持有超过 50% 的股权利益或者可以控制该机构的实际运行,才构成商业存在。^②

同时,相关 FTA 在规则体系设计方面也受到了 GATS 影响。GATS 将有关投资的服务贸易商业存在规则整合合并,而未采用《与贸易有关的投资措施协议》独立于《关税与贸易总协定》存在的体例安排。同时,WTO 体系也缺乏统一投资规则,现有相关规则分割存在于不同协定,调整范围有限,投资待遇也不尽相同,且与其他国际投资协定在涵盖范围等方面也缺乏一致性。^③为解决以上问题,“贸易与投资”议题在 WTO 第一次部长会议上被正式提出,但各成员的严重分歧导致该议题的无限期搁置,相关统一投资规则的制定也因此变得遥遥无期。^④这一缺乏统一投资规则的体例安排对部分早期 FTA 产生了较大影响。中国-东盟服务贸易协定、欧盟-智利 FTA、美国-约旦 FTA 等协定在服务贸易与投资规则的架构与取舍上采取了类似 GATS 的做法。^⑤

此外,GATS 所采用的正面清单(positive list)管理模式也影响了大量 FTA。由此,适用于服务贸易商业存在的市场准入、国民待遇,均须谈判方的特别承诺。同时,进一步的自由化也有赖成员达成新的承诺清单。作为首个多边服务贸易协定,GATS 影响甚广,以至于代表服务贸易自由化趋势的国际服务贸易协定(Trade in Service Agreement, TiSA),尽管在国民待遇领域已通过负面清单实现更高水平的自由化,但同时市场准入中仍然保留了正面清单管理模式。^⑥这不仅是照顾服务业相对落后成员的灵活做法,而且存在与 GATS 正面清单更为兼容的考量,以便将 TiSA 与 GATS 的正面清单减让表合并解读。^⑦可见,后续服务贸易规则被打上了深深的 GATS 印记。

(二) 投资规则规制

采用投资规则规制服务贸易商业存在的 FTA 一般是综合性 FTA,它们以 NAFTA 为典型代表。此前,早期 FTA 以贸易规则为主,一般不含投资章节。随着经济一体化深入,同时包含贸易、投资等内容的综合性 FTA 才逐渐出现。作为综合性 FTA 先行者与代表的 NAFTA,涵盖了贸易、投资、竞争政策、知识产权等诸多领域,很

① Gary Hufbauer and Sherry Stephenson, "Service Trade: Past Liberalization and Future Challenges," *Journal of International Economic Law*, 2007, 10(3): 613.

② Carsten Fink and Martin Molinuevo, "East Asian Free Trade Agreements in Services: Key Architectural Elements," *Journal of International Economic Law*, 2008, 11(2): 280.

③ 薛荣久,樊瑛等.多哈回合与中国[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2004:137-139.

④ 张磊,王茜.多哈回合谈判的最新进展[M].北京:法律出版社,2012:161-163.

⑤ 周念利.区域服务贸易自由化安排的“GATS+”特征分析[J].国际贸易问题,2008(5):71.

⑥ 彭德雷.国际服务贸易协定(TISA)谈判与中国路径选择[J].亚太经济,2015(2):40.

⑦ 李伍荣,周艳.《服务贸易协定》的发展路向[J].国际经济评论,2014(6):115-116.

多方面的深度与广度均超过WTO，具备科学的体例安排以及高标准的待遇水平。^① NAFTA中，商业存在理论上会分别被投资与服务贸易章节所涵盖，但是实际情况并非如此。根据NAFTA关于投资与跨境服务的定义与范围条款可知，服务贸易商业存在并未被NAFTA跨境服务定义所囊括，而是被投资定义所涵盖，落入投资规则调整范围之内。^②因此，NAFTA采用了投资规则来规制服务贸易商业存在。

NAFTA在规则体系与权利义务安排方面也呈现出自身特点。NAFTA建立了一个贸易投资规则的整体框架，涵盖了最惠国待遇、国民待遇、透明度等一系列法律待遇或一般义务，结构完整全面。在管理模式方面，NAFTA投资待遇采用负面清单（negative list）管理模式，即通过清单明示希望保留的部门或行业并予以排除，而未进入清单的部门或行业则可以享受协定项下的国民待遇、最惠国待遇等法律待遇与保护。^③这一管理模式也自然适用于被NAFTA投资规则涵盖的服务贸易商业存在措施。此外，准入前国民待遇往往与负面清单共同构成推动投资自由化的经典组合。具体而言，投资规则国民待遇条款所包含的“设立”（establishment）一词，说明投资者获得的国民待遇从准入后迈向了准入前。^④这一待遇在NAFTA中同样有所体现。^⑤其限制了政府通过新政策提高外国投资壁垒的能力，配合投资争端解决制度，使外国投资与投资者能够获得更高待遇与更好法律保护。^⑥NAFTA调整下的服务贸易商业存在措施的待遇与保护水平，也因此大幅领先于服务贸易规则规制之下的同类措施。

目前除NAFTA外，还有韩国-新加坡FTA^⑦、韩国-智利FTA^⑧以及美国-新加坡FTA^⑨等采用该规制形式。这些FTA使服务贸易商业存在措施以及对应的服务提供者获得了更好的待遇与法律保护，从而以其高标准投资规则等相关安排，推动了服务贸易自由化进程。NAFTA无疑是该规制形式的开创者。美国也通过缔结美式FTA方式，将NAFTA模式向世界推广。由于美国FTA谈判对手方提出异议能力十分有限，后NAFTA时代的美国FTA大都效仿了NAFTA结构、内容安排等范式。^⑩因此，与NAFTA类似的具有高标准投资规则的FTA大量涌现。类似NAFTA的投资规则安排，也在随后的双边或多边国际经贸规则谈判中得到更多青睐，并产生了更大影响。^⑪这对包含服务贸易商业存在在内的全球服务贸易以及投资自由化进程产生了举足轻重的推动作用。

① 葛壮志. NAFTA对国际投资法的影响[C]//中国国际经济贸易法学研究会第一次会员代表大会暨中国与国际经济法律秩序的变革研讨会论文集, 2012: 136.

② See North American Free Trade Agreement Art. 1139 and Art.1213:2.

③ 燕妮. 负面清单制度研究[D]. 复旦大学硕士论文, 2014:11.

④ Cai Congyan, "China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications," *Journal of International Economic Law*, 2009, 12(2): 470.

⑤ North American Free Trade Agreement, Art.1102.

⑥ Bernard Hoekman, Richard Newfarmer, "Preferential Trade Agreements, Investment Disciplines and Investment Flows", *Journal of World Trade*, 2005, 39(5): 956-957.

⑦ Free Trade Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Singapore, Art.9.1 and Art.10.4.

⑧ Free Trade Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Chile, Art.10.3 and Art.11.1.

⑨ Free Trade Agreement between the Government of the United States and the Government of the Republic of Singapore, Art.8.1.2(c) and Art.15.4.

⑩ 陈咏梅. 美国FTA范式探略[J]. 现代法学, 2012(5): 147.

⑪ Filippo Fontanelli, Giuseppe Bianco, "Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States," *Stanford Journal of International Law*, 2014(2): 211.

(三) 服务贸易商业存在规制基本形式比较分析

由于服务贸易商业存在兼具服务与投资性质, 服务贸易规则与投资规则均可适用于相关措施, 两种基本规制形式也因此形成。二者在以下几个方面存在区别:

双重性质取舍方面的区别。二者在各自定义或范围条款中, 对服务贸易商业存在的双重性质作出了法律界定与取舍: 服务贸易规则规制形式将服务贸易商业存在作为服务并进行调整, 而投资规则规制形式则将其视为投资。可见, 两类规制形式对服务贸易商业存在的双重性质进行了界定与取舍——即在法律上将这一措施单纯视为服务贸易或视为投资。由此, 采用基本规制形式的 FTA 仅通过单一的服务贸易规则或投资规则调整服务贸易商业存在措施。

规则体系设计方面的区别。受 GATS 影响, 采用服务贸易规则规制形式的早期 FTA 往往缺乏专门投资规则。不过, 同时包含服务贸易与投资规则的 FTA, 同样可能仅通过服务贸易规则调整服务贸易商业存在措施, 如中国-澳大利亚 FTA。综合来看, 采用服务贸易规则规制形式的 FTA 以早期 FTA 为主, 它们一般不含投资规则。相比之下, 采用投资规则规制形式的 FTA, 虽然仅通过投资规则调整服务贸易商业存在措施, 但仍然会包含服务贸易规则。这是因为, 传统 FTA 核心在于消除贸易壁垒并促进货物与服务贸易自由化, 而投资议题在经济一体化深化后才逐渐被 FTA 纳入调整范围。^①因此, 某些早期 FTA 可能仅含贸易规则, 而后续具有投资规则的 FTA, 则一般具有贸易规则, 并由此建立贸易投资规则的整体框架, 结构完整且内容全面。

管理模式方面的区别。受 GATS 影响, 采用服务贸易规则规制形式的 FTA 往往采用正面清单管理模式。类似 NAFTA 的投资规则规制形式 FTA 则采用负面清单管理模式。尽管从理论上讲, 正面清单与负面清单管理模式均能够产生自由化效果, 但负面清单的自由化谈判存在“棘轮机制”, 后续待遇不能低于现状, 而正面清单谈判则不存在该限制。^②因此, 正面清单管理模式中, 更高水平服务贸易自由化有赖后续谈判以及各方单独承诺, 因而极有可能因为保护主义等因素影响而陷入困境; 同时, 由于缺乏负面清单“棘轮条款”约束, 举步艰难的谈判也存在后退的可能。^③

目前, 对服务贸易商业存在而言, 服务贸易规则规制形式所对应的待遇普遍低于投资规则规制形式。不过, 这并不能说明前者完全落后于后者, 因为造成待遇差别的主要原因在于前者普遍采用正面清单的管理模式。多哈回合谈判进程中, 与 GATS 相关的服务贸易自由化议题几乎成了“被遗忘的角落”, ^④而正面清单的管理模式正是这一困境出现的重要原因。TiSA 的国民待遇通过负面清单实现更高水平的自由化, 提高了服务贸易规则的待遇水平。这也说明两种服务贸易商业存在的基本规制形式之间并无绝对优劣可言。然而, 即便上述规则能够不断完善, 由于服务贸易商业存在的双重属性, 单一基本规制形式仍然无法有效避免潜在管理漏洞的问题。因此, 越来越

① 姚新超, 左宗文. 新型自由贸易协议的发展趋势及中国的因应策略[J]. 国际贸易, 2014(1): 46.

② 周念利. 区域服务贸易自由化安排的“GATS+”特征分析[J]. 国际贸易问题, 2008(5): 70-71.

③ 吴成贤. GATS 对承诺方式的选择及其分析——兼谈对服务贸易自由化的影响[J]. 国际经贸探索, 2001(4): 18.

④ 李伍荣, 周艳. 《服务贸易协定》的发展路向[J]. 国际经济评论, 2014(6): 113.

多的 FTA 开始同时采用服务贸易与投资规则调整商业存在措施。

三、FTA 服务贸易商业存在的双重规制形式

除上述两种基本形式外,还有大量 FTA 同时运用贸易与投资规则调整商业存在。此时,商业存在被前述 FTA 同时视为服务贸易与投资,并因此受到服务贸易规则与投资规则的双重规制。

(一) 双重规制的特定优势

在基本规制形式中,仅有一类规则发挥作用,规则之间缺乏配合,因而存在缺陷。在双重规制中,服务贸易与投资规则相互配合,服务贸易规则相较于投资规则具有特殊性,而投资规则可以补充服务贸易规则的不足。可见,双重规制的特定优势,在于能够有效避免基本规制形式可能带来的规则疏漏,以及提高有关措施的待遇与保护水平。

一方面,服务贸易规则相较于投资规则具有特殊性。由于服务贸易具有无形性特征,关税等传统边境措施无法对其进行有效规制,因此成员通常会以国内规制来规范服务贸易措施。^①这些 FTA 服务贸易章节所含有国内规制的服务专属规则(service-specific rules),不会出现在 FTA 投资章节中。^②对服务贸易商业存在来说,虽然相关措施具有投资特点,但是其根本目的在于进行服务贸易,而投资仅仅是此种模式下服务贸易的实现方式。因此,服务贸易商业存在是从属于服务贸易的特殊投资。对其而言,投资规则是一般意义的普遍规则。而具有服务专属规则的服务贸易规则,则是更为契合其特点的特殊规则。因此,一般意义的投资规则在规制相关措施时容易出现规则疏漏,而服务贸易规则在类似问题处理上则具有更大优势。

另一方面,投资规则可以弥补服务贸易规则的不足。将服务贸易商业存在纳入投资规则的调整范围,意味着为东道国在该领域创设服务贸易之外的投资保护义务。由于投资规则具有特定投资待遇或制度,服务贸易商业存在措施将获得更好的保护。举例来说,日本-马来西亚经济伙伴关系协定(Economic Partnership Agreement, EPA)的投资章节包含了服务贸易章节不具有的公平公正待遇、履行要求禁止规则、征收和补偿制度、投资保护规则等投资待遇,以及投资争端解决机制。^③这些投资待遇与制度极大提高了服务贸易商业存在措施的待遇水平,丰富了其法律保护形式。尤其是投资争端解决机制,在政府不当措施造成损失的情形下,能够为服务贸易商业存在以及相应服务提供者提供更为有效的救济途径,弥补了贸易规则不存在类似救济制度的缺陷。^④

① 王衡,郭慧. WTO 服务贸易国内规制的法经济学分析[J]. 武大国际法评论, 2013(1): 187.

② Carsten Fink and Martin Molinuevo, "East Asian Free Trade Agreements in Services: Key Architectural Elements", *Journal of International Economic Law*, 2008, 11(2): 282-283.

③ Agreement between the Government of Japan and the Government of Malaysia for an Economic Partnership, Arts. 77-90.

④ 韩立余. 贸易规则与投资规则的融合与协调[C]//杨国华,冯军,史晓丽主编. WTO 的未来——约翰·H·杰克逊纪念文集. 上海: 上海人民出版社, 2016: 553.

（二）双重规制带来的问题

由于服务贸易与投资规则存在差别待遇与特殊制度安排，服务贸易商业存在双重规制能够有效减少法律漏洞，也能显著提高相应措施的待遇与保护水平。然而，与上述特定优势并存的是双重规制的潜在问题：不同类型规则中的类似条款——如国民待遇条款，对服务贸易商业存在措施的重叠适用，一旦出现相应待遇或一般义务要求不一致情况，将导致相应规则出现冲突问题。这种规则冲突将破坏FTA所建立的稳定的贸易投资规则体系，导致FTA的贸易投资自由化效果面临重大不确定性。

举例来说，若FTA服务贸易规则采用正面清单管理模式，同时其投资规则采用负面清单管理模式以及准入前国民待遇，此时，若该FTA对服务贸易商业存在采用双重规制形式且没有给出任何应对问题的规则，两类规则的类似条款在同时适用于服务贸易商业存在时，极有可能因待遇差别出现规则冲突，如服务贸易国民待遇与投资的准入前国民待遇间就存在巨大的差别。不仅如此，随着科技与社会发展，未来服务以及服务提供方式或将创新与变化，全新服务贸易商业存在措施，很有可能既未被纳入服务贸易正面清单具体承诺，又未被投资的负面清单所包含。此时，根据服务贸易规则应拒绝授予其国民待遇、市场准入待遇等，而根据投资规则应授予其投资领域的相关待遇，两类规则将会出现冲突。而东道国的抉择，无疑将对东道国的管理权、相关措施以及相关投资者利益，乃至投资者母国利益产生影响。该问题的处置也将因此进退维谷。

（三）双重规制问题的解决路径

双重规制具有双刃剑效应。因此，在服务贸易商业存在规制过程中，诸多FTA一面采用双重规制形式，以减少管理漏洞、提高保护水平，一面提出解决或规避相应规则冲突问题的路径（参见表1）。

表 1 双重规制问题解决路径

解决或规避规则冲突问题的路径	确定服务贸易规则与投资规则间关系		通过统一承诺表协调不同类型承诺
	确定条款适用先后顺序	赋予特定条款排他效力	
代表性FTA	日本-马来西亚EPA、印度-新加坡CECA	新西兰-新加坡FTA	澳大利亚-泰国FTA
相应路径的具体表现	若两类规则在特定领域存在冲突，服务贸易规则将优先于投资规则得到适用	赋予服务贸易规则在特定领域排除投资规则适用的排他性效力	将服务贸易以及投资领域的具体承诺纳入统一承诺表进行管理
	只有在出现规则冲突时才会发生优先适用效果	排他性效力一直存在	

第一类路径为确定服务贸易规则与投资规则间关系。其要点在于制定专门适用规则，确定FTA中可能出现冲突条款间关系，从而解决前述条款同时适用于服务贸易商业存在措施可能导致的规则冲突问题。相关规则既可以确定条款适用先后顺序，也可以赋予特定条款排他效力并排除其他类似条款的适用。

日本-马来西亚EPA、印度-新加坡全面经济合作协定（Comprehensive Economic Cooperation Agreement, CECA）采用了确定适用先后顺序的做法。日本-马来西亚EPA规定：在国民待遇、最惠国待遇以及履行要求禁止等领域，若投资规则与服务贸易规则对同一事项规定不一致，服务贸易规则将优先于投资规则得到适用。^①根据印度-新加坡CECA，损失补偿、征收、代位求偿等一系列投资规则可以适用于服务贸易商业存在措施中有关投资的内容；同时，在投资章节与服务贸易章节的内容出现冲突时，有关服务贸易规则将具有优先性。^②前述FTA均选择赋予服务贸易条款优先性，主要考量可能在于，服务贸易商业存在措施是以提供服务为目的的特殊投资形式，因而相比于作为一般法的投资规则，具有服务专属规则的服务贸易条款具有特殊性，应当得到优先适用。

新西兰-新加坡FTA则采用了排他性条款做法。其在投资章节中规定：投资规则中有关国民待遇与最惠国待遇条款，不适用于以商业存在形式提供服务的投资措施，它们已经受服务贸易章节所调整。^③可见，该条款在特定领域赋予了服务贸易规则排除同类投资规则适用的排他性效力。同时，该排他性效力一直存在，并非前述确定适用顺位做法那样，只有在规则冲突出现时才会发生优先适用效果。由于在新西兰-新加坡FTA服务贸易规则与投资规则中，最惠国待遇与国民待遇是唯一可能产生重叠义务及冲突的条款，因此，该FTA所含排他性条款基本杜绝了双重规制导致规则冲突的可能性。^④同时，新西兰-新加坡FTA虽然排除某些投资条款适用于服务贸易商业存在措施，但是其并未将排除效果扩展至所有投资规则。除被明确排除条款外，其他投资规则仍适用于已被服务贸易规则调整的有关措施。因此，相较于完全排除投资规则适用的服务贸易规则规制形式，该做法仍然属于双重规制的范畴。

第二类路径为通过统一承诺表协调不同类型承诺。其要点在于将服务贸易与投资自由化承诺纳入统一承诺表，通过事前协调方式避免发生规则冲突。例如，澳大利亚-泰国FTA的服务贸易市场准入、国民待遇、额外承诺（additional commitments），以及投资国民待遇等具体承诺，均被纳入附件8进行管理。^⑤上述FTA承诺表已然超出传统服务贸易承诺表范围，其不仅包括服务承诺，^⑥也包括投资自由化承诺。因此，兼具服务贸易与投资属性的服务贸易商业存在措施，也自然落入其涵盖范围。如此一来，FTA相关承诺的协调工作，从承诺表编制阶段开始就已着手进行。从属于不同部门的有关具体承诺，也因此得到充分协调。由此，因服务贸易商业存在双重规制导致规则冲突的可能性，在问题产生源头便被大幅降低乃至消除。

① Agreement between the Government of Japan and the Government of Malaysia for an Economic Partnership Art.73:2(a).

② Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore Arts. 6.2(3)(4), 7.24.

③ Agreement between New Zealand and Singapore on a Closer Economic Partnership Art.26:2.

④ Carsten Fink and Martin Molinuevo, "East Asian Free Trade Agreements in Services: Key Architectural Elements," *Journal of International Economic Law*, 2008, 11(2): 284.

⑤ Australia-Thailand Free Trade Agreement Arts. 809, 810, 811, 904, 907.

⑥ 由于澳大利亚-泰国FTA在服务贸易定义上效仿GATS，因此其服务贸易范围也包含了以投资形式提供服务的措施，即商业存在。

四、中国 FTA 服务贸易商业存在的规制现状与完善建议

中国 FTA 的服务贸易规则普遍效仿 GATS 体例, 部分 FTA 定义等条款甚至直接照搬 GATS 规则, 且普遍采用正面清单承诺表方式。^①可见, 中国 FTA 普遍将服务贸易商业存在纳入服务贸易规则规制范围。同时, 大部分中国 FTA 也包含了待遇水平不一的投资规则。这种融合贸易与投资的规则体系安排, 为中国 FTA 充分利用服务贸易商业存在双重规制的特定优势提供了规则基础。不过, 在“一带一路”建设背景之下, 中国与沿线国家或地区间愈加频繁与宏大的贸易投资合作, 将使双重规制引发规则冲突的概率大幅提高, 同时其不利影响也将愈加严重。在未来 FTA 订立或升级谈判中, 中国应吸收前人经验并在此基础上完善相关规则。

(一) 中国 FTA 研究对象选择

目前已签署中国 FTA 中, 中国-巴基斯坦 FTA、中国-新西兰 FTA、中国-韩国 FTA 以及中国-澳大利亚 FTA, 具有较为特殊的意义。它们也因此成为本文中国 FTA 服务贸易商业存在规制现状的研究对象。

中国-巴基斯坦 FTA 虽然并非最早签订的中国 FTA, 但却是我国第一个采用“贸投合一”安排的 FTA。^②中国-巴基斯坦双边投资协定 (Bilateral Investment Treaty, BIT) 被 FTA 纳入, 成为其第九章。^③中国-巴基斯坦 FTA 也是中国与发展中国家的早期 FTA 之一, 决定了中国 FTA 的起点。此外, 巴基斯坦也是“一带一路”建设的关键节点之一。中国-新西兰 FTA 则是中国与发达国家签订的首个 FTA, 其开放程度与待遇水平相较于之前 FTA 大幅提高,^④是中国 FTA 的重要转折点。对其进行研究能够明晰当时中国 FTA 对于双重规制的态度以及相关规则的发展走向。

近年来, 中国已经签订的 FTA 包括中国-韩国 FTA、中国-澳大利亚 FTA、中国-格鲁吉亚 FTA 以及中国-马尔代夫 FTA。其中, 韩国与澳大利亚均为中国重要贸易伙伴, 并且互为投资目的地与来源地。因此, 中国-韩国 FTA 和中国-澳大利亚 FTA, 意义重大且间接反映了中国 FTA 大致现状。同时, 中国-澳大利亚 FTA 是中国目前自由化水平最高的 FTA 之一, 且双方约定未来以负面清单为基础开展进一步贸易投资自由化谈判, 在一定程度上反映了中国 FTA 的前进方向。^⑤此外, 在“一带一路”建设海上合作设想中, 韩国与澳大利亚分别位于中国-北冰洋-欧洲蓝色经济通道和中国-大洋洲-南太平洋蓝色经济通道的关键位置,^⑥相关 FTA 的待遇水平也将影响“一带一

① Shi Jingxia, “Service Liberalization in China Free Trade Agreements”, *China Legal Science*, 2013(4):103,106,111.

② 先于中国-巴基斯坦 FTA 签订的中国 FTA 主要有 4 个。其中, 内地分别与香港、澳门签订《更紧密经贸关系安排》以及中国-智利 FTA, 在最初签订时, 主要内容集中在贸易领域, 投资章节缺失直到数年后才通过补充协议予以弥补。《中国东盟全面经济合作框架协议》也未包含具体投资规则, 其时单独的中国东盟投资规则也尚未签署。参见董哲. 中国自由贸易协定投资者—东道国仲裁制度研究[D]. 西南政法大学硕士论文, 2016:7-8.

③ 刘彬. 从中巴 FTA 看我国 BIT 在区域一体化实践中的发展[J]. 武大国际法评论, 2008(2): 204.

④ 中国-新西兰自由贸易协定将于 10 月 1 日正式生效[EB/OL]. 中国自由贸易区服务网[2008-7-25]. http://fta.mofcom.gov.cn/article/chinanewzealand/newzealandnews/201609/33341_1.html.

⑤ 《中国-澳大利亚自由贸易协定》重点问题释疑[EB/OL]. 商务部网站[2015-8-10]. <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/1/201508/20150801075472.shtml>.

⑥ “一带一路”建设海上合作设想[EB/OL]. 新华网[2017-6-20]. http://news.xinhuanet.com/politics/2017-06/20/c_1121176798.htm.

路”建设的推进。

中国-格鲁吉亚FTA与中国-马尔代夫FTA为近期达成的FTA。其中,中国-格鲁吉亚FTA并未包含投资规则,且中国与格鲁吉亚的经贸合作规模相对较小,因此研究意义较为有限;而中国-马尔代夫FTA文本尚未公布。根据目前已披露的信息,其服务贸易规则将参照GATS及FTA的通行做法,因此较大可能会涵盖服务贸易商业存在;而投资规则也涵盖了有关旅游的服务贸易商业存在措施。^①可见,中国-马尔代夫FTA很有可能将以双重规制形式调整服务贸易商业存在措施。

(二) 中国 FTA 服务贸易商业存在规制现状

中国-巴基斯坦FTA、中国-新西兰FTA与中国-韩国FTA均采用双重规制形式调整服务贸易商业存在,但彼此存在一定区别;中国-澳大利亚FTA采用单纯的服务贸易规则规制形式(参见表2)。

表 2 中国 FTA 服务贸易商业存在规则对比分析

	中国-巴基斯坦FTA	中国-新西兰FTA	中国-韩国FTA	中国-澳大利亚FTA
服务贸易规则	服务贸易定义采用GATS传统四分法，并采用正面清单管理模式			
投资规则	吸纳中国-巴基斯坦BIT，对商业存在无特别规定	以穷尽式列举方式，规定特定投资条款适用于服务贸易商业存在措施		投资规则不适用于服务贸易商业存在措施
双重规制与否	是			否
规避双重规制问题路径	无	仅赋予不容易发生冲突的特定投资条款以相关措施的适用效力，降低规则冲突出现概率		—

在服务贸易领域,中国-巴基斯坦FTA^②、中国-新西兰FTA^③、中国-韩国FTA^④与中国-澳大利亚FTA^⑤均以GATS为参照,将服务贸易划分为包括商业存在在内的四种基本的服务提供方式,且服务贸易待遇采用正面清单管理模式。在上述FTA中,服务贸易商业存在均受到服务贸易规则调整。中国-巴基斯坦FTA中,相关措施还受到投资规则调整。然而,由于投资规则所对应的中国-巴基斯坦BIT签订于1989年,待遇水平过低,因此极有可能在商业存在待遇方面被具有后发优势的服务贸易规则超越,并出现同类待遇不一致的风险。而中国-巴基斯坦FTA中并未出现相关风险规避规则,因而可能因双重规制导致规则冲突问题。

中国-新西兰FTA投资“范围”条款,排除了投资规则对服务贸易商业存在措施的普遍适用效力,同时又采用穷尽式列举方式,规定转移、公平公正待遇、征收以及投资者-东道国争端解决机制等特定投资待遇或制度仍然适用于服务贸易商业存在措施。^⑥可见,中国-新西兰FTA采用了双重规制形式,其中被指定的特定投资条款能够

① 商务部国际司负责人解读中国-马尔代夫自由贸易协定[EB/OL].中国自由贸易区服务网[2017-12-8]. http://fta.mofcom.gov.cn/article/chinamedf/chinamedfnews/201712/36400_1.html.

② 参见《中华人民共和国政府和巴基斯坦伊斯兰共和国政府自由贸易区服务贸易协定》第一部分第一条、第十四条、第十五条。

③ 参见《中华人民共和国政府和新西兰政府自由贸易协定》第九章第一百零三条、第一百零六条、第一百零八条。

④ 参见《中华人民共和国政府和大韩民国政府自由贸易协定》第八章第8.1条、第8.3条、第8.4条。

⑤ 参见《中华人民共和国政府和澳大利亚政府自由贸易协定》第八章第一条、第二条、第四条。

⑥ 参见《中华人民共和国政府和新西兰政府自由贸易协定》第十一章第一百三十七条第二、三款。

提高相应措施的待遇与保护水平。同时,通过上述方式,投资国民待遇、最惠国待遇等可能造成冲突的条款,不再能够适用于服务贸易商业存在措施,从而大幅降低规则冲突出现的概率。中国-韩国FTA也采用了上述方法,其“服务贸易与投资”条款指定了能够适用于服务贸易商业存在措施的特定投资条款。^①

中国-澳大利亚FTA与上述FTA在投资规则方面存在较大区别。其一,中国-澳大利亚FTA投资待遇大幅领先此前所有中国FTA:澳大利亚给予中国投资准入前国民待遇;而中国则承诺在特定时间内与澳大利亚就投资负面清单与准入前国民待遇议题开展谈判。^②此外,相较于此前中国FTA,中国-澳大利亚FTA投资者-东道国仲裁制度程序规则极为详尽,结合投资领域的更好待遇与更高透明度,能够为投资者提供更好法律保护。^③其二,中国-澳大利亚FTA规定投资规则不适用于服务贸易相关措施,^④从而仅采用服务贸易规则调整服务贸易商业存在措施。这虽然避免了双重规制所致问题,但是也使服务贸易商业存在以及相应服务提供者无法依据待遇水平空前的投资规则享受更多的法律保护。

(三) 对中国 FTA 的启示与完善建议

相较于基本规制形式,双重规制更符合服务贸易商业存在的双重属性要求,因而具有更大优势。同时,在解决双重规制所致问题时,现有FTA的成熟经验也值得中国借鉴。这也是服务贸易商业存在FTA规制的国际经验对中国FTA的两方面启示。

一方面,在服务贸易商业存在规制中,双重规制形式具有能够减少监管漏洞以及给予相关措施更好待遇与保护的特定优势。因此,中国FTA应当重视双重规制形式。事实上,部分中国FTA早已开始对服务贸易商业存在采用双重规制形式,如中国-巴基斯坦FTA。然而,近期签订的中国-澳大利亚FTA、中国-格鲁吉亚FTA却并未采用双重规制,而是采用单一服务贸易规则规制形式。而同样于近期签订的中国-韩国FTA以及中国-马尔代夫FTA,仍然采用双重规制形式。中国FTA对双重规制反复变化的态度令人费解。

上述现象出现的原因可能在于,中国尚未意识到双重规制的优势,且澳大利亚在谈判时也未提出有关议题,故双重规制形式未能被中国-澳大利亚FTA采用。在FTA谈判中,中国对不同谈判对手往往采用不同的特殊灵活谈判策略,而不像其他国家那样使用范式文本谈判。^⑤这有利于谈判各方尽快就FTA谈判中各项议题达成一致。然而,这一灵活被动的谈判策略也可能出现不当演变,导致中国在FTA谈判中产生被动等待对方提议的惰性,从而使被对方忽视的问题也同时被中国忽视。若推断属实,则中国在未来的FTA订立或升级谈判中,应注意遏止惰性思维的出现,重视双重规制等相关议题并持有一定立场,而非被动地等待对方提议并以此为基础展开谈判。

① 参见《中华人民共和国政府和大韩民国政府自由贸易协定》第十二章第12.18条。

② 参见《中华人民共和国政府和澳大利亚政府自由贸易协定》第九章第三条、第九条。

③ 董哲. 中国自由贸易协定投资者-东道国仲裁制度研究[D]. 西南政法大学硕士论文, 2016:10.

④ 参见《中华人民共和国政府和澳大利亚政府自由贸易协定》第九章第二条第二款。

⑤ Guiguo Wang, "China's FTAs: Legal Characteristics and Implications", *American Journal of International Law*, 2011, 105(3): 498-499.

另一方面,既有 FTA 解决双重规制所致规则冲突问题的成熟经验,值得中国 FTA 借鉴。目前中国 FTA 的相应规则仍不甚完善。中国-巴基斯坦 FTA 采用了双重规制形式,但却并没有解决相应问题的规则。而中国-澳大利亚 FTA 放弃双重规制形式,则可能是为了避免出现激烈的规则冲突,毕竟其投资规则与服务贸易规则存在待遇水平的巨大鸿沟。然而,这并非处理该问题的最佳方式。例如,中国本可以采用日本-马来西亚 EPA 所采用的问题解决路径,确立相关服务贸易规则在冲突时的优先适用效力,但中国并没有采用,而这种方法不仅能够规避冲突,而且可以使相关措施与服务提供者获得更高水平的待遇与保护。

中国-新西兰 FTA、中国-韩国 FTA 所采用的指定特定投资条款的问题解决路径,则可以被视作新西兰-新加坡 FTA 所采用排他性条款路径的变种形式。这是因为,其规则中并未出现确定适用顺序或适用优先性的表达,且未被指定的投资条款无法适用于有关措施,相当于赋予了被排除投资条款对应的同类服务贸易条款以持续的排他性效力。该变种形式也存在一定不足:其保护水平提升有赖于特殊指定投资条款范围的扩大。而原有路径之下,排他条款之外的投资规则均能够适用于相关措施。这较为类似正面清单与负面清单在自由化效果方面的差别。因此,在保护水平方面,前述中国 FTA 的排他条款变种形式相较于原有路径存在一定劣势。

结合以上经验与启示,中国在未来 FTA 谈判中应完善双重规制以及问题解决的相关规则。在全新 FTA 订立谈判中,中国在条件允许时应主动提出采用双重规制形式调整相关措施,从而充分利用其优势。同时,中国应采用恰当路径来解决双重规制可能导致的问题。例如,谈判双方可以参考诸如日本-马来西亚 EPA、新西兰-新加坡 FTA 等既有 FTA 的成熟经验,或者在充分吸收前人经验的基础上设计更为适应中国实际需要的新规则,从而更好地保护服务贸易商业存在措施及其投资者的合法权益,维护东道国的管理权,同时避免出现规则冲突问题。

此外,中国也应把握 FTA 升级谈判契机,完善现有中国 FTA 在服务贸易商业存在规制方面所存在的不足。现阶段,中国-巴基斯坦 FTA、中国-新加坡 FTA、中国-新西兰 FTA 等已经进入升级谈判阶段,中国-秘鲁 FTA 与中国-瑞士 FTA 也正在讨论与研究升级问题。^①对于中国-巴基斯坦 FTA 等相应规则缺失的早期 FTA 来说,在双重规制所致问题出现前,双方有必要尽快就有关问题规避议题达成补充协议。此时达成共识的困难相对较低。若双方间已产生相关法律适用问题与权利义务争议,此时再确定问题解决规则,都将赋予 FTA 某一方以利益,而另一方利益势必受损。这种零和博弈将导致达成补充协议的难度大幅提升。对于中国-新西兰 FTA、中国-韩国 FTA 以及类似 FTA 而言,虽然它们已具有相关问题解决路径,但是这些方法在待遇水平等方面仍然存在一定不足。对此,中国应当采用更具优势或更为成熟的排他性条款、适用顺位条款等方式,在未来的 FTA 升级谈判中,对前述 FTA 中存在局限的问题解决条款进行修改与完善。

(下转第 26 页)

^① 参见中国自由贸易区服务网“正在谈判的自贸区”与“正在研究的自贸区”栏目。<http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml>.