

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2021.04.003

多边贸易体制的普遍性困境及其突破^{*}

于文婕

(东南大学法学院, 南京 211189)

摘 要: WTO改革的“包容性”方案针对的是多边贸易体制的“普遍性”困境: 在规则上, “市场化”标准难以形成普遍性共识; 在体制上, 特殊与差别待遇的存续与升级之争导致规则的普遍性适用分歧; 在法理上, 多元成员间的现实差异和为实现形式普遍性而内嵌的融合机制, 导致了多边体制内生的“普遍性”悖论。该困境的溢出效应表现为多边体制外“市场化”规则的普遍性升级和泛区域小多边机制的普遍性效应。当前权力与规则双驱并行的国际造法现实, 决定了多边体制改革的包容性进路, 即在多元差异化主体间的最底线求同。中国应以包容的“多元共同体”为目标, 重视小多边造法活动的普遍性辐射效应, 主动提供区域治理公共产品, 以有效引领普遍性困境的突破。

关键词: 多边贸易体制; WTO改革; 普遍性规则; 包容性

中图分类号: F743/DF961 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2021)04 — 0041 — 14

一、引言

多边贸易体制改革持续胶着。时至今日, 就各项议题, 无论是各贸易大国之间、发展中成员方之间及各阵营之间均主张各异, 始终僵持不下。尽管新近无论是世界贸易组织(WTO)第七届总干事终获就任,^①还是欧盟最新发布的改革方案——《改革WTO: 迈向一个可持续和有效的多边贸易体制》,^②抑或是G7贸易部长会议主席声明中表达的“提供确保WTO改革进程所必须的持续努力和动力”,^③再或是迫于新冠肺炎疫情后迅速恢复全球经济秩序的迫切压力, WTO改革似出现破冰希望, 但各方的实质性分歧并未消弭。

中国于2019年5月12日提交的《中国关于世贸组织改革的建议文件》中, 明确提出世贸组织改革的四个行动领域之一为“增强多边贸易体制的包容性”。^④这是中国首次向WTO提交正式的改革方案, 亦是中国在论及WTO改革时首次提出“包容性”方案, 并以其明确指向“尊重发展中成员享受特殊与差别待遇的权利”和“坚持贸易和投资的公平竞争原则”。^⑤该“包容性”建议得到古巴、印度、南非、厄瓜多尔等

^{*} 基金项目: 本文受2019年度国家法治与法学理论研究课题“ISDS司法化改革的中国方案研究”(项目编号: 19SFB5016)资助。

① General Council, Appointment of the Next Director-General: Statement of the Director-General Elect Dr. Ngozi Okonjo-Iweala to the Special Session of the WTO General Council, JOB/GC/250, 16 February 2021.

② European Commission, Reforming the WTO: Towards a Sustainable and Effective Multilateral Trading System, Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2021) 66 final, 18 February 2021, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159439.pdf.

③ G7 Trade Ministers' Meeting – Chair's Statement, 4 April 2021, <https://www.gov.uk/government/news/g7-trade-ministers-meeting-chairs-statement>.

④ China's Proposal on WTO Reform, Communication from China, WT/GC/W/773, 13 May 2019, p. 3, para. 2.1.

⑤ China's Proposal on WTO Reform, Communication from China, WT/GC/W/773, 13 May 2019, p. 3, paras. 2. 32–2.37.

发展中成员提交的《加强WTO以促进发展和包容》提案的呼应。^①

在国际法语境下，WTO改革的“包容性”主张针对的是“普遍性”问题，即国际法“普遍性”——蕴含正当价值的共同规则普适于所有国际法主体（蔡从燕，2021：92-93），^②在WTO体系内如何存续的问题。针对多边贸易体制改革的多元议题与各异方案，改革方案何以包容、以何包容以及如何包容，即“包容性”方案提出的现实与法理依据以及具体方案的构建，均需建立在充分理解体制改革议题中“普遍性”问题的基础之上。

二、多边贸易体制改革中的普遍性困境

尽管自WTO成立不久，改革即已成为一项议题，但是，真正进入实质性讨论的新一轮改革进程始于2017年美国“透明度改革”提案。随后，美国虽然始终并未提出系统性的改革方案，但其通过包括威胁退出WTO、抨击甚至瘫痪上诉机构、一系列美日欧联合声明等多种方式，或直接或间接地提出了对WTO全面改革的诉求。欧盟、日本和中国等在内的其他主要贸易大国和包括印度、南非、巴西等在内的主要发展中国家则均已系统性表达其基本主张，既涵盖了改革的原则与方向，更触及诸多具体议题，如贸易扭曲、发展中成员地位特殊与差别待遇、争端解决等，而诸项具体议题又涵盖了诸多子项议题，最终推动WTO多边贸易体制进入全面改革阶段。细剖各方改革方案可见，各国对具体规则修改的表象诉求背后蕴含着对WTO的体制性变革期待，其实质即在于对实然国际法治的“阿基米德支点”——“普遍性”基石提出的维系与挑战之争并由此形成的改革困境。

（一）规则表象：“市场化”标准纳入阻滞

观诸各国改革方案中对于具体贸易规则修改的诉求，在规则层面，多边贸易体制的普遍性困境主要表现为规制“非市场化政策和实践”的普遍性规则难以达成一致。2017~2020年，美欧日三方贸易部长连续就多边贸易规则的完善发布了七份联合声明，均聚焦于解决“非市场化政策和实践”（non market-oriented policies and practices）这一核心问题，并据此就判定“市场化”的要素与标示和就产业补贴、国有企业、透明度、强制技术转让、电子商务等具体议题提出了规则提案（见表1）。

不管是导致何种后果，是导致严重过剩、导致不公平竞争条件、阻碍创新技术的开发和利用、破坏包含现行规则有效性在内的国际贸易的良好运转的“政策和实践”，还是针对何种具体议题，包括产业补贴的范围、举证责任等，强迫技术转让的限制措施、提高透明度和通报等，其关键都在于对“非市场化政策和实践”的限制。而限制

① Strengthening the WTO to Promote Development and Inclusivity, Communication from the African Group, Cuba and India, WT/GC/W/778/Rev.3, 4 December 2020.

② 即从三个方面界定国际法的普遍性：第一，主体意义上，所有国家都受国际法约束；第二，标准意义上，各国适用共同规则；第三，观念意义上，国际法蕴含道德正当性或价值正当性。

表 1 2017~2019 年美国、欧盟、日本贸易部长三方会议联合声明（七次）主要内容

序号	时间	核心关注	制定新规的主要内容
1	2017-12-12	不公平的市场扭曲和贸易保护主义做法	限制政府资助和支持的产能扩张、市场扭曲补贴和国有企业、强制技术转让、当地含量要求和偏好
2	2018-3-10	非市场化政策和做法	确定制定更强有力的产业补贴规则的基础、加强现行规则、加强通报要求与信息共享、制定电子商务规则、政府支持的国际出口信贷指引
3	2018-5-31	非市场化政策和做法	明确非市场化政策和做法的确定（市场条件要素或标示）、制定更强有力的产业补贴和国有企业规则、限制强制技术转让政策和做法、制定电子商务规则
4	2018-9-25	非市场化政策和做法	进一步明确非市场化政策和做法的要素或标示、产业补贴和国有企业规则（处理国有企业扭曲市场的行为和应对特别有害的补贴做法的规则、透明度与未通报的责任）、强制技术转让政策和做法、加强透明度与通报规则、电子商务规则、其他（外国投资国家安全审查、政府支持的国际出口信贷指引）
5	2019-1-1	非市场化政策和做法	市场化条件的标准认定、完成产业补贴规则文本、制定强制技术转让新规、透明度和通报提案、推进电子商务规则谈判
6	2019-5-23	非市场化政策和做法	市场化条件的标准认定、国有企业对外扰乱市场化贸易、控制全球市场及其非市场化优势与非市场化国内行为规则、产业补贴的透明度、有害补贴和适当基准规则、制定强制技术转让新规、提高透明度和通报义务水平规则、出口融资新纪律、电子商务规则
7	2020-1-14	非市场化政策和做法	具体产业补贴规则（WTO《反补贴协定》第3.1条、第6.3条、第25条等规则的完善与增补）、市场化条件的标准认定、完成产业补贴规则文本、制定强制技术转让新规、透明度和通报提案、推进电子商务规则谈判

“非市场化政策和实践”的前提在于“市场化”（或称“市场经济”）的设定，即首先需要明确的是何为“市场化”。因此，自第三份联合声明起，不仅“市场化条件是一个公平互利的全球贸易体制的基础”这一表述反复得到确认，“市场化条件”的要素或标示亦得以明确。^①

对此诉求，发展中成员明确提出反对，中国主张“应尊重成员各自的发展模式”，^②非洲集团、古巴和印度等主张“允许不同经济模式”，因为一方面，“WTO 从未被定义为一个界定或者改变成员方经济模式的场所”；另一方面，“尽管市场的

① Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union, 31 May 2018, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/may/joint-statement-trilateral-meeting>. 该份联合声明的附件声明3中明确的“市场化条件”要素或标示为7项：1. 企业关于价格、成本、投入物、采购和销售的决定针对市场信号自由确定和作出；2. 企业关于投资的决定针对市场信号自由确定和作出；3. 资本、劳动力、技术和其他因素的价格由市场决定；4. 针对或影响企业的资本分配的决定针对市场信号自由确定和作出；5. 企业遵守国际公认的会计准则，包括独立会计制度；6. 企业遵守公司法、破产法和私有财产法；7. 在上述商业决定中没有明显的政府干预。至2020年2月，美国再次就“市场驱动条件”（market-oriented conditions）提出了8项要素，详见The Importance of Market-Oriented Conditions to the World Trading System, Draft General Council Decision, Communication from the United States, WT/GC/W/796, 20 February 2020.

② China's Proposal on WTO Reform, Communication from China, WT/GC/W/773, WT/GC/W/796, 13 May 2019, para.2.36.

角色重要，但也须由政府政策来解决市场失灵或实现发展目标”。^①

“市场化”或者“市场经济”问题内含于WTO既有规则体系内，不仅“隐身”于WTO涵盖协定的一般规则，如GATT 1994第6条（含注释2）和《反倾销协定》第2条项下关于倾销价格比较方法的规定；更“显见”于特别适用于特殊成员方（如中国）的特殊规则，如基于中国“非市场经济”地位而在贸易救济措施、数量限制、透明度审查、贸易政策审议等方面设定的差别义务（超WTO义务）。但是，WTO既有体制下没有明确规定“市场化”或“市场经济”的识别标准，从而使其无论是基于规则的引入，如《中国加入议定书》第15（d）条所附条件援引进口成员方国内法，还是基于WTO争端解决机构的个案判断，均存在着较大的解释空间，最终导致了在国际经济秩序中占据主导地位的市场经济大国在此问题上的造法空间。由此，“市场化”与否，在现实中取决于市场经济大国的规定。

此时，市场经济大国国内法的认定标准是否恒定、是否杂糅了政治因素，直接决定了“市场化”标准能否为所谓“非市场经济”国家所接受，从而具备在WTO体制内适用的普遍性。然而，“市场化”标准问题，一方面作为讨论政府与市场在资源配置中的作用关系的经济问题，本无共识——现代市场经济下，无论是自由主义市场经济模式、社会市场经济模式还是行政管理导向型市场经济模式，一定程度的政府干预不可避免，因此，政府干预的程度如何界分“市场化”与“非市场化”、市场与政府间的互动关系如何划分多元的经济模式，各国尚缺乏统一认知；另一方面，在国际关系视角下，更是政治问题，从本质上无法避免政治因素的杂糅——市场经济标准的制定权和依据其标准对其他经济体的裁判权掌握在市场经济国家，尤其是市场经济大国手中，而建立在这些标准基础上的“非市场经济”待遇及体现这些待遇的歧视性规则既是市场经济大国遏制和制约“非市场经济”大国的经济手段，又是市场经济大国向“非市场经济”国家输出基本经济制度和意识形态、迫使“非市场经济”国家制度与之趋同的政治工具（肖冰等，2020）。

因此，在应然标准无共识、实然规则为工具的多边贸易体制改革中，“市场化”标准是否以及如何被纳入WTO体制并成为该体制内的普遍性规则，既是市场经济大国推进符合其国家利益的规则在国际社会普遍性适用的关键议题，更是其重塑WTO体制普遍性的核心所在。而这恰恰是该标准难以被发展中国家或“非市场经济国家”特别是“非市场经济”大国所接受的根源，从而导致“市场化”新规的普遍性难以实现。

（二）体制蕴含：特殊与差别待遇维系挑战

多边贸易体制的另一重普遍性困境表现为发展中国家成员方特殊与差别待遇的存续与升级之争，即在多边贸易体制内规则在主体间的普遍性适用分歧。特殊与差别待遇是现行WTO体制内为特殊地位成员方提供实质平等的普遍性机制。就此争

^① Strengthening the WTO to Promote Development and Inclusivity, Communication from the African Group (Revision), Cuba and India, WT/GC/W/778/Rev.3, 4 December 2020, para. 8, paras. 8.1–8.2.

议,在发达国家与发展中国家间存在难以调和的重大分歧。就发达国家而言,欧盟于2018年提出应鼓励既有发展中成员集体或者个别“毕业”并选择退出特殊与差别待遇,未来特殊与差别待遇安排应确保最终规则的“普遍性实施”(universally implemented)。^①加拿大同样认为应个性化实施特殊与差别待遇,即打破在现有体制下发展中成员“普遍性”享受特殊与差别待遇,主张区分义务类型、国家和时限予以适用。^②美国于2019年多次在各类WTO改革文件中质疑当前体制内发展中成员身份的“自认”原则,即由国家自行判断、选择其“发展中国家”身份,认为这种自我认定实质上导致了部分发达经济体逃避了本应承担的普遍性义务,从而实质上损害了WTO体制功能的实现,更导致了在诸多具体议题规则谈判上的停滞。^③

就发展中国家而言,虽有个别国家选择放弃多边贸易体制内的特殊和差别待遇,如巴西、韩国,^④但主要发展中国家坚决反对,认为不仅“应在维护发展中成员享受特殊与差别待遇的权利的前提下,致力于改进相关条款的准确性、有效性和可操作性”,^⑤更应“由发展中国家自认其发展中国家地位……现行和未来谈判须提供特殊与差别待遇”。^⑥

两相对照,发达国家与发展中国家在特殊与差别待遇问题上的分歧其实并不聚焦。前者认为,一方面因缺乏对“发展中国家”门槛的明确界定,享受特殊与差别待遇的主体范围被不当扩大;另一方面因现有体制内特殊与差别待遇的“普遍性”适用,未能区分不同“发展中国家”的具体情况,违背了特殊与差别待遇的制度目标——为差别地位者提供差别待遇以实现多元体制下的实质正义。后者则认为既有体制内的特殊与差别待遇并未实现,应予以加强,并应在未来继续维系。特殊与差别待遇条款散见于WTO涵盖的诸协定,数量达146项之多,可分为四类:可自由裁量条款、“尽最大努力”条款、事实上无拘束力条款及有强制性但没有实际意义的条款,但由于此类条款在具体法律义务设置上的模糊性,其在实际争端解决中难以适用(姜作利,2020)。

至此可见,两个群体对于多边贸易体制内的主体“普遍性”有着二重递进的改革困境:其一,既有特殊与差别待遇是否应“普遍性”适用于发展中成员;其二,体制内的多边贸易规则是否应“普遍性”适用于所有成员方。

① Concept Paper 2018, WTO Modernization Future EU proposals on Rulemaking, European Commission, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf, paras. II(a)(b).

② Strengthening and Modernizing the WTO: Discussion Paper, Communication from Canada, JOB/GC/201, 24 September 2018.

③ An Undifferentiated WTO: Self-Declared Development Status Risks Institutional Irrelevance, Communication from the United States, WT/GC/W/757/ Rev.1, 14 February 2019; Cathleen D. Cimino-Isaacs, Rachel F. Fefer, and Ian F. Fergusson, World Trade Organization: Overview and Future Direction, CRS Report, https://www.everycrsreport.com/files/20191206_R45417_d5742114a8cfe67a4b30eb598d3297725fa5b464.pdf, 6 March 2021; White House, Memorandum on Reforming Developing-Country Status in the World Trade Organization, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/memorandum-reforming-developing-country-status-world-trade-organization/>.

④ Joint Statement from President Donald J. Trump and President Jair Bolsonaro, <https://br.usembassy.gov/joint-statement-from-president-donald-j-trump-and-president-jair-bolsonaro/>; 韩国决定放弃在世贸组织的发展中国家地位[EB/OL]. <http://korea.people.com.cn/n/2019/1025/c407882-31420813.html>.

⑤ China's Proposal on WTO Reform, Communication from China, WT/GC/W/773, WT/GC/W/796, 13 May 2019, para.2.33.

⑥ Strengthening the WTO to Promote Development and Inclusivity, Communication from the African Group (Revision), Cuba and India, WT/GC/W/778/Rev.3, 4 December 2020, para. 3.6.

（三）法理溯源：多边机制的“普遍性”悖论

上述规则与体制的普遍性困境可溯源至多边体制下国际法的“普遍性”困境。这种“普遍性”困境，既来自于一般国际法“普遍性”的共性局限，更来自于WTO多边贸易体制“普遍性”的特殊局限。

就一般国际法而言，国际法“普遍性”构想源自于国际法律秩序形成初期占主导地位的自然法理论，认为自然法是普遍的解决国际问题的基础，但随着实证法成为国际法的主流范式，这种“普遍性”与实然的“特殊性”交织并行，形成了当今国际法的二元结构（何志鹏，2018）。因此，在国际法治发展的早期，国际法“普遍性”主要被西方发达国家用于推行其“文明国家”的国际法标准（蔡从燕，2021：96-98）。但随着国际社会秩序创设主体由单一发达国家转向由发达国家、发展中国家、不发达国家多元主体组成，原先由发达国家主导的国际法“普遍性”——将发达国家的国际法理念推行为普适于国际社会的普遍性规则，在不同造法场域受到多方挑战。至当前国际社会，不论就规则还是主体，除极少数国际强行法外，特定国际法律制度并不普适于国际社会的所有成员，这是现实国际社会中国际法普遍性的内在局限。

具体至多边贸易体制，如前面规则和主体层面的具体困境所述，究竟是在多边体制内解决差异性问题还是在体制外，特别是在加入体制之前解决差异问题作为前提条件，虽然从根源上来自于国际法本体论认识的根本性分歧，但也源自于多边机制特殊的普遍性问题。就WTO而言，前述国际社会秩序创设主体的多元化发展，同样给WTO带来了特殊的体制融合问题——非市场经济体制的融入。正如杰克逊教授提出的，非市场经济因素对于GATT的贸易体制的观念性难题必然导致一系列WTO体制性问题，如是否能够容纳非自由市场经济结构的经济与体制并改进？是否以“市场导向”经济为主要组成？条件如何？能否允许主要成员保留其经济中的相当部分不受GATT一般规则约束？（杰克逊，2001）

考察WTO的加入实践即可见现行WTO多边体制的融合机制设计：设置非市场经济“兼容机制”——以公平贸易为目标，在“加入条件”中创设有别于一般WTO成员的特定加入条件（承担更高的义务）作为非市场经济的加入门槛和其转变为市场经济前的平行机制，由此使得非市场经济在真正融入WTO前通过特殊义务的承担“被市场化”或者“被推向市场化”，从而在实质上实现体制内的公平。由此可见，尽管WTO体制所追求的终极目标是规则绝对、同一的普遍适用——形式“普遍性”，但是在实现此体制目标的进程中，基于多元成员间的现实差异和为实现体制目标而内嵌的融合机制，无论在具体规则还是主体层面均无法实现如此的普遍适用，而更多的是特殊的差别适用——实质“普遍性”。由此提出多边贸易体制的“普遍性”悖论：为实现多边体制的形式“普遍性”目标，其现有机制必然非“普遍性”。具体论及WTO改革议题，“市场经济”规则的“普遍性”引入和特殊与差别待遇的非“普遍性”修改困境均源自于此。

三、多边贸易体制普遍性困境的溢出效应

此新一轮源自普遍性困境的体制性改革僵局下, 多边贸易体制谈判(造法)、监督(实施)和争端解决三大功能长期严重失灵, 导致本就与多边贸易体制相辅相成、互为竞争的区域机制持续蓬勃发展。与此同时, 更能反映国际经济规则主导大国认知的双边机制也不例外。在区域层面, 2018年《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)、2019年《美国—墨西哥—加拿大协定》(USMCA)、2020年《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)等一系列重要经济协定陆续签署、生效; 在双边层面, 2020年1月15日《中美第一阶段经贸协议》(中美经贸协定)签署、2020年12月30日《中欧全面投资协定》(中欧CAI)最终完成谈判。国际造法机制此消彼长, 成为作为公共产品的国际规则供应的主力。

(一) 多边体制外“市场化”规则的普遍性升级

仅就本轮改革进程而言, “市场化”标准所涵盖的诸项议题自2017年起, 陆续在区域、双边经济协定中得到纳入或升级。

首先, “市场化”标准在USMCA内得以明确并定义——USMCA第14章附件D“墨西哥—美国投资争端”项下“申诉方”(claimant)定义中明确规定了“非市场经济”, 并将该“非市场经济”的决定权赋予墨西哥和美国;^①第32.10条“非市场国家FTA”项下第1款界定“非市场国家”是指在该协议签订之日缔约方贸易救济法已经认定为非市场经济的国家。^②

其次, “市场化”条件涵盖的关键议题“国有企业”问题, 不仅在定义上, 更在非商业援助制度、透明度、甚至法院对国有企业商业活动的管辖权等方面完成了系统性规则的制定。自《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)时期, 协定文本即创新性地专章规定了国有企业的完整制度, 定义了三类国有企业, 即从事商业活动的企业, 且该企业中缔约方: (1) 直接拥有超过50%的股本, (2) 通过所有者权益, 控制超过50%的投票权的行使, (3) 有权任命董事会或者其他类似管理机构的绝大多数成员; 并明确了国有企业的纪律及其例外。^③USMCA更是在NAFTA的基础上, ^④基本复制了TPP国有企业章节的内容, 只是在国有企业的定义中增加了第四类: “可通过其他所有者权益方式(包括少数股权)控制企业决策”, ^⑤并由此强调了基于“控”而非“有”的规制基础。CPTPP基本承继了TPP国有企业章节的内容。^⑥这种基于影响力的企业所有权判断方式, 限定国“控”而非国“有”, 与美欧日第七次联合声明中

① USMCA, Annex 14-D, Article 1 Definitions: claimant means an investor of an Annex Party, excluding an investor that is owned or controlled by a person of a non-Annex Party that the other Annex Party considers to be a non-market economy, that is a party to a qualifying investment dispute;

② USMCA Article 3.10.1.

③ TPP Chapter 17 State-Owned Enterprises and Designated Monopolies.

④ Article 1502 (Monopolies and State Enterprises), Article 1503 (State Enterprises), Article 1505 Annex Country-Specific Definitions of State Enterprises, NAFTA 1994.

⑤ USMCA Article 22.1, Definition.

⑥ CPTPP Chapter 17 State-Owned Enterprises and Designated Monopolies.

对于公共机构“不必须拥有、运用或被赋予政府权力”的界定相符。同时，CPTPP就非歧视待遇和商业考量、法院和行政机构、非商业援助、透明度等具体规制规则。

至中欧CAI，国有企业“隐身”于“涵盖实体”，^①相关规则分散规定于投资自由化和监管框架章节中，不仅界明了包括国有企业在内的涵盖实体的含义，还系统性地提出了商业考量、透明度、监管中立三个方面的规制要求。^②其中，定义条款在TPP、CPTPP国有企业定义条款的基础上与USMCA保持一致，增加了第四类：“可通过其他所有权益方式（包括少数股权）控制企业决策”。在具体规制规则方面，尽管没有单独的非商业援助条款，但中欧CAI在其第三章监管框架下的第2节“透明度”中第8条明确规定了“补贴的透明度”，同时其第8.9条还特别明确了后续制定新补贴规则的制度空间与保障。

再次，关于“市场化”条件涵盖的另一关键议题“强制技术转让”，在中美经贸协定、中欧CAI中分别完成了规则升级。中美经贸协定中的“技术转让”章节确立了技术转让的“自愿”原则，形成了总则、市场准入、行政管理和行政许可要求及程序、正当程序和透明度、科学与技术合作的规则体系。中欧CAI第二章投资自由化第3条履行要求中同样确立了技术转让的“自愿”原则及其例外。^③就框架体例和具体规则而言，中欧CAI的技术转让规则具有明显的TPP和CPTPP的文本痕迹；^④相较于中美经贸协定，其规则设置更为细化，更具可操作性。其中，中美经贸协定总则部分的第三项“一方不得支持或指导其个人针对其产业规划所指向的领域和行业，开展以获取外国技术为目的、导致扭曲的境外直接投资活动”，^⑤直接回应了第三次美欧日三方联合声明附件声明2中所提出的“建立机制以制止如下政府做法：即直接且不公平地便利对外国公司和资产进行系统性投资和收购，以获得技术和知识产权并导致向其本国公司转让技术”。中美经贸协定第2.3条第五、六款“双方不得要求或施压外国个人披露为证明其符合相关行政管理或监管要求所不必要的敏感技术信息；双方应对外国个人在行政管理、监管或其他审查过程中披露的任何敏感技术信息予以保密”，以及中欧CAI第三章第2节透明度第5条行政程序规定“缔约方不得在审查和行政程序中要求披露保密商业信息，除非为证明遵守此类程序的行政或规制要求需要此类信息，缔约方应保护此类信息的保密性”，则对应实现了前述声明2中规制政府“支持未经授权地侵入外国公司计算机网络访问并窃取有关公司的敏感商业信息和商业秘密，并将有关信息用于商业盈利”的诉求。

除此之外，对于“市场化”条件项下的其他重大议题如补贴规则、透明度规则等，也均在不同区域以及双边经贸协定中的不同章节，做了大规模、体系性的细化与升级。这种经济大国主导下的区域、双边（实为单边）造法活动，以特朗普时期的美国为典型代表。尤其是双边机制，以最新的实践动态为例，关于贸易规则与透明度

① 中欧CAI第二章第3bis.1条涵盖实体，规定了包括国有企业在内的涵盖实体的含义。

② 中欧CAI第二章第3bis.3条商业考量、第3bis.4条透明度、第3ter条中立、非歧视和监管机构独立。

③ 中欧CAI第二章第3.1（f）条、第3.2（f）条和第3.3条。

④ TPP、CPTPP Article 9.10: Performance Requirements.

⑤ 中美经贸协定第2.1条总则第三款。

问题,美国在2020年8月和10月就分别与厄瓜多尔、巴西分别达成了相关的补充议定书。^①更勿论此前各发达国家签订的大量的各类经贸协定。

对照多边贸易体制改革的议题及其所反映出来的普遍性困境,通过对在区域与双(单)边机制中相应规则的检视,可以得出的结论是,由于多边贸易体制的普遍性困境,在区域与双边层面上,特别值得注意的是在小多边层面,部分国际经济规则已经在一定程度上完成了升级,部分则正在升级进程中。

(二) 泛区域小多边机制的普遍性效应

当今国际经济规则体系中,多边、区域与双边网状交织的法源结构已经成为国际经济规则供给的基本态势。其中,多边层面以世界贸易组织(WTO)法为典型代表,区域与双边则以各类自由贸易协定(FTA)为主要形式,呈现突破区域的地域限制、多重交叉的复合样态。该态势的形成,一方面源自WTO自多哈回合以来,因谈判机制长期失灵而导致的实质性规范升级无果,另一方面,则来自于由此导致的区域与双边经济协定的爆炸式增长——由于自1947年《关税与贸易总协定》(GATT1947)之始,就允许WTO成员之间基于自由贸易区及其协定的形成而免受最惠国待遇的拘束。因此,FTA既是WTO项下的合法存在,更是在多边谈判步履维艰时各成员方的必然且便利的选择。

但是,在此网状交织的国际贸易规则体系中,区域、双边协定并非脱离多边机制而独立存在,呈现出不同视角下的多边面向,从而形成了小多边机制及其普遍性效应。

其一,就主体范围而言,缔约主体“小多边”化,^②各成员方基于在经贸规则升级方面的共性立场与理念,有选择地加入特定泛区域机制。小多边机制“具有排他性、明确的问题导向和较强的功利性”(王晓文,2020),通过将多数国家间的集体行动问题分解成为一系列少数国家间的交流互动,并建立国际机制来弥补国际行动中集团规模增加导致的不利后果(Kahler, 1992: 685)。无论是美国主导下的TPP、USMCA,日本主导下的CPTPP还是东盟主导下的RCEP,抑或是美国与欧盟分别主导的中美经贸协定、中欧CAI,都具有典型的小多边主义特征。小多边主义为多边秩序提供了框架(Kahler, 1992: 686),并由此为多边体制外规则的普遍性升级和特定区域(主体范围)内差别化待遇的普遍性消除提供了机制救济。

其二,就地域范围而言,缔约主体所处的场域范围亦经由传统的特定区域内转向泛区域(或大区域, mega-regional): TPP作为从2002年开始启动的亚太自由贸易区,发展至2016年正式签署时,还涵盖了美洲(美国、加拿大、墨西哥和智利); CPTPP作为美国退出后的TPP协定,亦不例外; 中欧CAI,在正式生效后将取代中国与除爱尔兰以外的所有欧盟成员国(26个国家)间的双边投资保护协定(BIT),从

^① 2020年8月《厄瓜多尔双边贸易与投资理事会协定》,2020年10月《巴西双边贸易与经济合作协定》。

^② “小多边”一词取于“小多边主义”。“小多边主义”被认为是与尽可能少的国家进行谈判,以便对某个特定问题产生尽可能大的影响的一种集体谈判方式。参见: Yogesh Joshi, India-Japan-Australia Minilateral: The Promise and Perils of Balancing Locally, https://www.orfonline.org/wp-content/uploads/2017/05/ORF_Occasional Paper_114_India-Japan-Australia.pdf.

而效力范围涵盖亚欧。泛区域（大区域）机制的不断发展，有助于规则的地域普遍性拓展。

其三，就机制效应而言，一方面，传统区域、泛区域机制作为WTO多边贸易体制的替代性机制，基于区域机制与多边机制间冲突与兼容的辩证关系，本就具备经由“区域主义多边化”（multilateralizing regionalism）（Baldwin and Low, 2009）为多边机制各项议题谈判提供“垫脚石”的功能，加之前述区域、双边机制的“小多边”化发展，打破了过往学者所认为的基于大国政治与国际法全球化、地方化与区域一体化的三重社会基础所形成的双边、少边和多边的三重互动造法空间（江河，2020），形成了“多边+小多边”的二元造法空间，加速促进了普遍性造法的进程。

另一方面，规则内容与造法路径的国别模板，基于主导大国的博弈引导，经由小多边机制获得普遍性推广。于规则内容，当前的诸项小多边协定都源自于美式贸易协定范本。美国在升级WTO相关协定规则的多边谈判无果后，转而在区域、双边层面推行更符合自身利益需求的规范文本。其所主导的、为后续CPTPP所吸收的TPP文本，以及基于TPP模板形成的USMCA，便在具体规范内容上，反映出美国推行“美版”国际经济秩序普遍性的核心诉求，即以美国国内或其所认可的法律规制模板再造国际乃至他国国内的经济规制秩序。于造法路径，美式FTA早已成为后WTO时代美国推行其贸易自由化战略的主要工具。早在NAFTA时期，区域贸易协定的目标条款就已明确提出“建立一个深化三边、区域和多边合作的框架，以扩大和增进本协定带来的利益”，^①为区域协定升级多边规范的功能明确了规范依据。自NAFTA起，美国主导的国际经济规范文本影响了美国后续谈判的其他自由贸易协定乃至多边贸易谈判，对市场准入、原产地规则、知识产权、外国投资、争议解决、劳工权利和环境保护等诸多方面的规则产生了重要影响，从而一方面根本性地重塑了北美区域经贸关系，另一方面，形成了以其为模板的新一代贸易协定，对其他区域甚至多边贸易规则的形成产生了决定性作用。在总体趋势上，这种机制暗植的多边升级路径，无论是后续其所主导的CPTPP“身在亚太心在世界”^②还是如今的USMCA“定位拉美意在国际”^③，都将最终导致国际经济秩序规范的普遍性范美化。

四、多边贸易体制普遍性困境突破的包容性进路

针对多边贸易体制普遍性困境，及由其导致的普遍性溢出效应，中国作为新兴发展中大国，提出了构建“人类命运共同体”的包容性理念，并以其作为推动国际治理体系变革、构建新型国际关系的共同价值规范。^④在此理念下，具体包容性方案的提出需要立足于对普遍性困境成因的准确认知。

① NAFTA Article 10.

② CPTPP Preamble: “...CONTRIBUTE to the harmonious development and expansion of *world* trade and provide a catalyst to broader regional and *international* cooperation; ...”.

③ USMCA: “...ELIMINATE obstacles to *international* trade which are more trade-restrictive than necessary; ...”.

④ 习近平总书记在中国共产党第十九次全国代表大会上所作报告的第十二部分“坚持和平发展道路，推动构建人类命运共同体”。

（一）包容性进路的现实基础：普遍性困境之因

从国际社会视角分析，现行国际经济法律体制是在主权国家之间的权力博弈中建构起来的，国际社会政治现实中的权力结构——法律上之“平权”构造和事实上的大国作用，毫无疑问将奠定并制约着经济法律体制运行的基本构架和逻辑（肖冰和陈瑶，2020）。这种法律“平权”带来的国际经济秩序的规则外观，与大国作用下国际经济秩序建构的霸权内驱，是当前USMCA以及CPTPP、其他FTA等诸多协定继续以WTO多边法律机制为基石——由此维系其规则外观，但其内容却始终始终以美国对外政策为指引——由此反映霸权利益内核的原因所在。

从大国的视角阐释，美国作为守成大国，在冷战后复兴的世界秩序理论指引下，无论是基于自由主义“软实力”理论^①将国家对外战略定位于通过为世界提供全球公共物品特别是推进开放的国际经济体系以同时有利于美国和国际社会其他国家的经济增长，并由此实现美国“霸权”的合法性；还是基于现实主义“地缘经济学”（Inan, 2005）提出经济利益与经济安全居于首要地位、强调区域板块经济竞争，将全球市场进行条块分割后凭借大国实力成为地缘经济政策的主导者，以此对抗不符合自身利益的多边经济立法，从而通过经济手段实现政治目标；抑或是基于建构主义“身份认同”（Steinberg and Zaslof, 2006）提出构建范美化的、异化的“多元安全共同体”（pluralistic security communities）——由美式民主国家和自由市场构成的国际宪政秩序，并相应将其国际法观调整为维护国内“主权”推进全球“人权”进而聚焦、渗透至国际经济秩序构建中（马克斯，2003），都无法掩盖美国在对外政策方面所始终坚守的“美国利益至上”的对外关系观和“法律工具主义”的国际法普遍观。

由此，当在多边场域对规则进行调整遇挫时，美国自然转向其大国实力更具影响力的小多边场域，具备不同发展程度的多元经济体间的小多边协定，便当然成为推进多边规则修改的最佳试验场。无论是经由TPP转化而来的CPTPP还是USMCA等区域机制，甚至WTO、WIPO、ICSID等多边机制，都呈现出范美化的效果，其根源即在于当前国际造法的双驱并行现实。

（二）包容性进路的基本理念：最底线求同之基

包容性的内核之一是“和而不同”，其“基点在于尊重差异，因存异故可求同，争取最大的共识与合作，体现了开放包容的谦逊和真诚”并肯定了不同文明间彼此交流互鉴、携手共进的可能性”（何志鹏和魏晓旭，2019）。对于国际经济法治，包容性要求促进各国共同发展，寻求共赢和促进发展成果惠及各国人民，特别是弱势群体（李万强，2017）。这一要求也与联合国1970年《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》中提出的国际法原则相符，即不区分经济、社会、政治或其他性质的不同，不问在政治、经济及社会制度上的差异，各国作为国际社会

^① 由约瑟夫·奈为首的新自由制度主义者提出，国际政治性质的转变使诸如军事力量、核威慑等硬权力在国际关系中的作用减弱，而包括国家凝聚力、国际制度等软实力变得更加重要，权力强制性减弱、无形性增强，因此应美国的对外政策应以推动“自由化”理念的国际经济立法为手段之一在世界范围内推行美国民主制度和自由市场经济体制（Nye, 1999; Nye, 2002）。

的平等会员国，均有义务增进各国之一般福利及不受此差异所生歧视之国际合作。

论及多边贸易体制改革的包容性进路，就制度根基而言，一方面，为众多成员方所接受的“一揽子”多边规则将FTA纳入其规制范围，因而成为众多FTA（包括但不限于USMCA、CPTPP、RCEP）所依附并赖以继的贸易制度根基。这种依附性通常主要表现在两个层面：在静态层面，主要表现为WTO的相关概念、规则被整体或部分地纳入到新的规则体系之中；在动态层面，则以FTA规则及其实施依附于WTO相关机制为表象，如与透明度相关的通报、争端解决等。另一方面，相关新规则建立时，几乎均将“实施WTO规则”“增加WTO规则实效性”作为其目的之一。所以现有区域国际经济规则体系是在深植于既有多边机制的基础上，在特定区域范围内对相应贸易规则进行了修改、升级，从而具备普遍性基础。因此，对于包容性进路之“和而不同”，在多边贸易体制下，意指基于现行多边机制的最底线求同，包括在现有体制空间内，在维护多边机制的基础上，立足于现行规则的有限完善和现行机制的有效实施。

值得注意的是，包容性与其所对应的普遍性是一对互动辩证的概念。因此，对于包容性的审视，应立足于此，厘清其边界。当普遍性指向形式普遍性的时候，包容性意指实质普遍性；当普遍性涵盖形式与实质普遍性时，包容性则成为普遍性意涵内的组成部分。正如已有学者指出的，“倡导包容性是中国关于国际法普遍性的整体主张与实践的组成部分”（蔡从燕，2021：103）。至此，多边贸易体制改革的包容性进路，即实现实质普遍性的方案，亦即多边机制在多元、差异化主体间的最底线求同。由此，包容不是无限的退让存异，保障发展中成员发展利益的特殊与差别待遇是多边贸易体制包容性的底线。

（三）包容性进路的中国方案：问题与选择之应

新兴大国，特别是中国，面临大国霸权实力主导下的国际经济秩序变革，以及由此带来的国际经济规则的变化，在微观的规则应对和宏观的战略定位方面均有其问题与选择。对于多边贸易体制，中国是最为“另类”的发展中国家成员。从《中国加入议定书》和《中国加入工作组报告》中所规定的差别义务（超WTO义务）来看，中国一方面具有发展中国家身份，但又承担了与发展中国家身份不一致的义务，由此成为了既非一般成员又非发展中成员的特殊成员。这种特殊成员及相应所承担的特别义务，本身使得WTO的一般规则对于中国而言不具备同一适用性，因而在改革议题中要求“自称属发展中国家的先进的WTO成员在WTO正在进行的和未来的谈判中作出全面承诺”，在实质上是对中国提出了作为规则适用对象主体的普遍性要求，这不仅和中国在WTO项下的现实主体地位无法互洽，也必然与“发展中国家”及其特殊与差别待遇机制作为多边机制下矫正成员实力不平衡的一个重要的灵活性安排存在着根本的、体制上的冲突。

对于范美化的国际经济规则，新兴大国无论是作为直接的成员方还是间接的利害关系方，既须顺应——受到已经生效的国际经济规则的约束，又应突破——在规则形成与规则适用之间寻找利益维护与机制变革的空间。就USMCA而言，其作为北美区

域的自由贸易协定, 虽是NAFTA的替代, 但却以TPP/CPTPP文本为模版, 其规则形成的时间远远早于2017年启动的USMCA谈判, 并且具有极强的延续性。因此, 对于美国主导/参与的国际经济规则体系, 新兴大国既应在规则形成的阶段积极参与, 更应持续、全面关注美国在双边、诸边、多边的国际经济造法活动, 以便一方面充分运用对于国际法实践具有积极意义的“大国制衡”(Vagts and Vagts, 1979)和“小国合力”(蔡从燕, 2012)影响规则的文本选择与内容构成, 另一方面充分掌握具体规则内容的来龙去脉与变革规律, 从而有利于随后的准确适用与及时因应。

在由NAFTA→WTO→TPP/CPTPP→USMCA→RCEP演进的过程中, 规则及其体系在每一个阶段的变与不变, 均反映出主导大国和合作小国一定程度上的普遍性价值取舍, 因此应以动态的视角对其适用中可能产生的问题作出预判并积极应对。新兴大国应在规则构建过程中追求实现以“实质正义”立基的“特殊与差别待遇”, 同时兼顾规则适用过程中的“形式正义”的“平等与无差别待遇”, 以有效避免国际经济秩序重构过程中因作为新兴大国的表象经济实力上升导致被发达国家特别是霸权大国不断推高所承担的实质国际责任(徐崇利, 2012)。

对于范美化的小多边国际造法路径, 新兴大国应在认清国际政治现实的基础上, 利用国际法治的双重约束功能——作为大国霸权约束他国的现实主义政策工具同时也约束其自身, 构建包容“契约”的“规则倾向性”国际经济造法模式(徐崇利, 2020)。于中国而言, 则应以包容、合作的“多元共同体”为目标, 在遵守并合力督促守成大国遵守现行有效的国际经济规则的同时, 正视自身的大国实力, 积极推进国际经济秩序的重构, 并在此过程中兼顾包容各国差异化的利益诉求, 以有效实现体系性互利共赢, 同时包容特定领域内的“契约”式造法, 以在一定程度上维系大国间制衡的相对稳定。

五、结语

在多边机制命运多舛、双边“契约”单边化盛行的当下, 小多边的泛区域造法空间必然成为大国争夺主导权、推行国际法普遍性的重地。新兴国家应充分重视小多边造法活动居于中间层, 向上推动多边、向下范化双边的二维辐射效应, 并在此基础上结合所在地域的特点, 主动提供符合本地区需求的区域治理公共产品, 由此既有效因应国际经济法律体系的范美化, 又真正实现全球经济秩序变革乃至全球治理的多元主体间“共商共建共享”。

参考文献

- [1] 蔡从燕. 国际法上的大国问题[J]. 法学研究, 2012(6): 188-206.
- [2] 蔡从燕. 国际法的普遍性: 过去、现在与未来[J]. 现代法学, 2021(3): 90-104.
- [3] 何志鹏. 国家利益维护: 国际法的力量[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 28-34.
- [4] 何志鹏, 魏晓旭. 开放包容: 新时代中国国际法愿景的文化层面[J]. 国际法研究, 2019(5): 3-18.
- [5] 江河. 从大国政治到国际法治: 以国际软法为视角[J]. 政法论坛, 2020(1): 47-61.
- [6] 姜作利. 论WTO特殊与差别待遇的缺陷及改革建议[J]. 法治研究, 2020(1): 98-108.
- [7] 杰克逊. 世界贸易体制——国际经济关系的法律与政策[M]. 张乃根, 译. 上海: 复旦大学出版社, 2001: 355-369.

- [8] 李万强. 国际经济法存在与发展的新视角[J]. 吉林大学社会科学学报, 2017(1):84-93.
- [9] 马克斯. 宪政之迷: 国际法、民主和意识形态批判[M]. 方志燕, 译. 上海世纪出版集团, 2003.
- [10] 王晓文. 特朗普政府印太战略背景下的小多边主义[J]. 世界经济与政治论坛, 2020(5):58-85.
- [11] 肖冰, 陈瑶. 论国际规范秩序下国际经济法律体制的变革思路[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2020(1): 53-62.
- [12] 肖冰等. WTO争端解决中的中国现象与中国问题研究[M]. 北京:法律出版社, 2020:289-290.
- [13] 徐崇利. 新兴国家崛起与构建国际经济新秩序——以中国的路径选择为视角[J]. 中国社会科学, 2012(10): 186-204.
- [14] 徐崇利. 中美实力变迁与国际经济立法模式的走向: “规则-契约”谱系下的制度选择[J]. 法学家, 2020(5): 84-100.
- [15] Baldwin, R. and P. Low, *Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- [16] Inan, S., “Goeconomic Policies for Regional Development: Turkey as a Catalyst for Eastern Europe” , *Ekonomika*, 2005,69:30-45.
- [17] Kahler, M., “Multilateralism with Small and Large Numbers” , *International Organization*, 1992(3):681-708.
- [18] Nye Jr., J. S., “Redefining the National Interest” , *Foreign Affairs*, 1999(4): 22-35.
- [19] Nye Jr., J. S., “The American National Interest and Global Public Goods” , *International Affairs*, 2002(2):233-244.
- [20] Steinberg, R. H. and J. M. Zaslof, “Power and International Law” , *American Journal of International Law*, 2006,100:64-87.
- [21] Vagts, A., and D. F. Vagts, “The Balance of Power in International Law: A History of an Idea” , *American Journal of International Law*, 1979,73: 555-580.

【作者简介】于文婕: 东南大学法学院副教授, 东南大学最高人民检察院民事检察研究基地研究员, 法学博士。研究方向: 国际经济法。

The Universality Tangle of Multilateral Trade Mechanism and Its Breakthrough

YU Wen-jie

(Southeast University, Nanjing 211189, China)

Abstract: The “inclusiveness” formula for the WTO reform aims at the “universality” tangle of the multilateral trade mechanism: universal consensus on “market-oriented” standards is difficult to reach; dispute over maintaining and upgrading Special and Differential Treatment leads to the divergence of universal application of the rules; the realistic differences among multiple members and the embedded integration mechanism for the purpose of universality in its form lead to the endogenous “universality” paradox of multilateral system. The spillover effect of this predicament is manifested in the universally upgraded “market-oriented” rules outside the multilateral system and the universality effect of the trans-regional minilateral mechanism. The current international law-making reality of power and rule as dual drive, determines the inclusive approach for the multilateral system reform as seeking common baseline among multiple differentiated subjects. China should take inclusive “multivariate community” as goal, value the universally radiating effect of minilateral law-making activities, and actively provide public goods for regional governance, so as to effectively lead to break through the universality predicament.

Keywords: multilateral trade mechanism; WTO reform; universal rules; inclusiveness

(责任编辑: 黄志瑾)