

China's Free Trade Agreement Strategy:

A Critical Study in the Context of
the Trans-Pacific Partnership Agreement

TPP 视野下的 中国自由贸易区战略研究

黄洁 著

 上海人民出版社

China's Free Trade
Agreement Strategy:

A Critical Study in the Context of
the Trans-Pacific Partnership Agreement

TPP 视野下的 中国自由贸易区战略研究

黄洁 著

图书在版编目(CIP)数据

TPP 视野下的中国自由贸易区战略研究/黄洁著. —
上海:上海人民出版社,2016

ISBN 978-7-208-13469-0

I. ①T… II. ①黄… III. ①自由贸易区-经济战略
-研究-中国 IV. ①F752

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 296054 号

责任编辑 秦 堃

封面设计 夏 芳

TPP 视野下的中国自由贸易区战略研究

黄 洁 著

世 纪 出 版 集 团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 890×1240 1/32 印张 13 插页 4 字数 300,000

2016 年 1 月第 1 版 2016 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-13469-0/D·2778

定价 58.00 元

导 言

自中共十七大以来,“自由贸易区战略”就成为学术界、实务界乃至新闻媒体热衷的词汇。然而在凡事都与“自由贸易区战略”沾边的同时,其具体内涵和外延却不甚明了,面临的挑战和实施的详细步骤也众说纷纭,欠缺系统研究。近两年,中国又提出了经济“新常态”概念,规划了“一带一路”路线图,并在上海、福建、天津和广东建立了四个自由贸易试验区,以尝试开拓对外开放“新格局”。几乎与此同时,美国实施政治、经济和军事三管齐下的“亚太再平衡”战略,其经济上的重要抓手是推动《跨太平洋战略伙伴协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement,以下简称“TPP”)的谈判和实施。TPP已经于2015年10月5日达成基本协议,这需要引起国际经济法学者的高度重视,不仅因为目前TPP成员国在国际经贸中举足轻重的

地位,而且由于 TPP 超出了传统的自贸协议的内容,将对 21 世纪高标准的国际经贸和投资规则产生重大影响。

本书尝试在这些纷繁复杂的现象背后,凝练出中国的自由贸易区战略,并将之放在国际经济政治动荡变革的大背景下,从国际、中国区际和中国大陆三个层面,对自由贸易区战略的内涵、面临的挑战和实施的步骤进行系统性的研究。本书的主要观点是,中国的“自由贸易区战略”应当是国际、中国区际和中国大陆三位一体的模式:在国际舞台上,通过“一带一路”战略在国际层面上衡平 TPP,与美国展开错位竞争,开拓中国的国际经贸投资空间;在中国区际维度上,实现大陆、台湾、香港和澳门的经济整合,以 TPP 高标准规则为参照,加快大中华自由贸易区建设;在中国大陆层面上,四个自由贸易试验区要率先与国际高标准规则接轨,并将先行先试的成果予以推广。

本书主要探讨了以下问题:

TPP 协议的主要内容是什么?为什么它能够代表 21 世纪高标准的国际经贸和投资规则?(第一章)

TPP 与我国“一带一路”战略有何共性与差别?中国“一带一路”战略的法律合作模式有哪些?存在什么问题,面临哪些挑战?要如何解决?(第二章)

TPP 对《海峡两岸经济合作框架协议》有何影响?在两岸关系受到政治影响的今天,我们要如何拟定对策?特别是上海,要如何深化沪台经贸关系?(第三章)

中国的自由贸易试验区建设和中美双边投资条约谈判是否存在互动影响关系?中国的自由贸易试验区可以向美国对外贸易区和新加坡自由贸易区借鉴什么经验?在保护知识产权和争端解决方面,世界知识产权组织的仲裁规则对完善中国自由贸易试验区的相关制度有何启示?(第四章)

本书写作面临两个难点,笔者作了如下处理:首先,自由贸易协定的内涵很广,涉及货物贸易、服务贸易、投资、知识产权等。为了深入集中地阐明观点,且由于篇幅限制,本书主要聚焦国际投资法领域。其次,大中华自由贸易区和中国四个自由贸易试验区都涵盖广泛的内容。就大中华自由贸易区的建设,本书选择大陆和台湾的签署的《海峡两岸经济合作框架协议》及其项下的协定为切入点,分析其成绩和不足,提出改进的方向。这是因为较之内地和港澳的《关于建立更紧密经贸关系的安排》,《海峡两岸经济合作框架协议》是晚近签署的,更有研究的必要。在中国四个自由贸易试验区中,本书选择了中国(上海)自由贸易试验区为样本研究,这是因为它四个自贸试验区中成立最早,相对也是最成熟的一个。

本书采用定性分析、统计分析、比较研究和案例分析的方法。定性分析涉及 TPP 的发展历程、内容和未来方向,各国对 TPP 的态度;中国自由贸易试验区建设在投资法和争端解决机制建设方面取得的成果和面临的挑战。统计分析涉及中国与“一带一路”沿线国家签署的 38 个双边投资协定(bilateral investment treaty,以下简称“BIT”)和中国迄今为止通过新 BIT、议定书或自由贸易协定(free trade agreement,以下简称“FTA”)等更新过的 32 个老旧 BIT 中涉及的实体和程序问题;海峡两岸互相投资的情况,以及可能由于贸易和投资转移效应造成压力的产业。比较研究涉及 TPP 与中国签署的 FTA 和 BIT 的共性和差异。案例分析涉及亚太各国对 TPP 的应对措施和国际投资仲裁庭对 BIT 重要条款的解释。

概言之,“不谋万世者,不足谋一时;不谋全局者,不足谋一域”。中国的自由贸易区战略通过国际博弈、中国区际整合、大陆创新这三位一体的模式展开,既有宏观层面,又包含微观细节,既面临挑战,又充满机遇。

目 录

导言	1
第一章 TPP 的发展	1
第一节 概论	3
一、美国加入并推动 TPP 的原因 ...	3
二、TPP 的谈判进程	4
第二节 TPP 的内容分析	15
一、TPP 的主要特征	17
二、TPP 的主要内容	18
(一) 货物贸易	18
(二) 纺织品和服装	20
(三) 投资	21
(四) 跨境服务贸易	23
(五) 金融服务	24
(六) 国有企业	25
(七) 知识产权	26

(八) 监管一致性	28
(九) 中小企业	29
(十) 争端解决	29
第三节 TPP 实施面临的挑战	30
一、TPP 谈判内容的障碍	30
(一) TPP 谈判的议题很广	30
(二) 如何协调 TPP 与现存 FTA 的关系	31
(三) TPP 现有成员国和后来加入成员国的关系 ...	32
二、TPP 成员国国内的阻力	32
(一) 美国	32
(二) 日本	35
(三) 马来西亚	35
(四) 越南	36
(五) 新加坡	38
(六) 新西兰	38
(七) 澳大利亚	39
(八) 墨西哥	40
(九) 加拿大	40
(十) 秘鲁	41
(十一) 智利	41
(十二) 文莱	42
三、非 TPP 成员的亚太国家对 TPP 的态度	42
(一) 韩国	42
(二) 东盟中的非 TPP 成员国	42
第四节 TPP 与中国	44
第二章 国际博弈: TPP 与中国“一带一路”战略	50
第一节 TPP 与“一带一路”战略的比较研究	52

一、法律性质和合作模式不同	52
二、内涵和侧重点不同	56
三、参与国(地区)不同	57
四、目标不同	64
五、配套措施不同	70
第二节 “一带一路”战略的法律合作模式分析	70
一、中国与“丝绸之路经济带”沿线国家签订的 BIT 老旧， 不足以保障中国投资者权益	73
二、在“一带一路”沿线中国现有/在谈的 FTA 数量分布 不均衡，开放质量有待提升	76
三、政治声明等“软法”性文件需要上升到有强制约束力 的“硬法”性协议	80
第三节 “丝绸之路经济带”沿线高水平的 BIT 建设	84
一、更新 BIT 的程序模式选择	84
(一) 替代法	85
(二) 修订法	92
(三) 加入 FTA 或多边投资协定补充法	95
(四) 双方共同声明法	102
(五) 单方声明法	103
(六) 小结	104
二、BIT 的实体内容更新	105
(一) 基本概念的定义模糊	105
(二) 重要保护缺失	113
(三) 争端解决条款不完善	134
三、总结	159
第四节 “21 世纪海上丝绸之路”沿线 FTA 建设中的若干 新议题研究	160

一、货物贸易、服务贸易、投资、知识产权·····	163
(一) 中—韩 FTA ·····	163
(二) 中—澳 FTA ·····	166
(三) 美—韩 FTA ·····	170
(四) 中—韩 FTA、中—澳 FTA 和美—韩 FTA 的 总体比较 ·····	174
二、电子商务 ·····	176
(一) 海关关税 ·····	177
(二) 电子签名 ·····	177
(三) 个人信息保护 ·····	178
(四) 无纸贸易 ·····	179
(五) 争议解决 ·····	179
(六) 小结 ·····	179
三、环境保护 ·····	181
(一) 多边环境协定和 FTA ·····	183
(二) 国境内的环境措施 ·····	184
(三) 机构设置和运作 ·····	186
(四) 争议解决机制 ·····	187
(五) 小结 ·····	189
四、劳工权益 ·····	193
五、总结 ·····	198
第三章 中国区际整合:美国推行 TPP 对 ECFA 的影响 和对策 ·····	200
第一节 共性和差异:TPP 和 ECFA 的比较 ·····	202
(一) 成立的背景和目标 ·····	202
(二) 内容 ·····	203
(三) 未来发展面临的挑战 ·····	207

第二节 TPP 对两岸贸易转移和投资转移的影响有限	210
第三节 TPP 对亚太以及两岸贸易和投资规则制定的影响深远	213
一、TPP 和 ECFA 等两岸协议都涵盖的领域	213
(一) 总述	213
(二) TPP 和 ECFA 都涵盖的 11 个领域比较分析	215
二、TPP 涵盖但是 ECFA 尚未妥善涵盖的领域	221
(一) 总述	221
(二) TPP 涵盖但是 ECFA 等两岸协议尚未妥善涵盖的 8 个领域比较分析	223
三、TPP 涵盖但是 ECFA 尚未涉及的领域	228
(一) 总述	228
(二) TPP 涵盖但是 ECFA 尚未涉及的 4 个领域比较分析	229
四、两岸相关协议涵盖但是 TPP 没有涉及的领域	229
(一) 司法互助	230
(二) 医疗、卫生、体育、教育合作	231
第四节 《海峡两岸投资保护和促进协议》评析	231
一、背景和性质	233
二、内容和评价	235
(一) 适用范围	235
(二) 投资待遇	243
(三) 争端解决	251
(四) 整体评价	262
三、实施状况评价	263

(一) 两岸相互投资	263
(二) 两岸争端解决	270
第五节 深化沪台经济关系对策研究	272
一、台资入沪简况	272
二、以国际标准提升上海的法治环境以增强对台资的 吸引力	279
三、提升沪台产业合作水平	281
四、在金融合作和资本管理方面加大制度创新,依托 《海峡两岸货币清算合作备忘录》,大力推进两岸 货币清算合作	282
五、完善《上海市进一步促进台资企业发展的若干举措》 并尽快通过《上海市台湾同胞投资权益保护规定》	282
六、拓展沪台文化合作	284
七、深化沪台教育、卫生、旅游和体育合作	284
第六节 总结	286
第四章 中国大陆创新:中国自由贸易试验区与国际 高标准规则的借鉴和互动	287
第一节 中国自贸试验区和中—美 BIT 谈判的互动	290
一、概述	290
(一) 一项中美之间的高标准 BIT	290
(二) 作为试验田的中国自贸试验区	295
(三) 中国自贸试验区和中—美 BIT 谈判	299
二、不符措施的负面清单	301
(一) 美国 BIT 中的不符措施	302
(二) 中国 BIT 中的不符措施	303
(三) 存在差异的原因	304

(四) 中国自贸试验区的突破	305
(五) 对中—美 BIT 谈判的启示	307
三、准入前国民待遇	311
(一) 美国 BIT 中的国民待遇条款	311
(二) 中国 BIT 中的国民待遇条款	315
(三) 存在差异的原因	319
(四) 中国自贸试验区的突破	321
(五) 对中—美 BIT 谈判的启示	322
四、透明度	330
(一) 美国 BIT 中的透明度条款	330
(二) 中国 BIT 中的透明度条款	333
(三) 存在差异的原因	334
(四) 中国自贸试验区的突破	336
(五) 对中—美 BIT 谈判的启示	337
五、总结	339
第二节 上海自贸试验区争端解决机制对亚太先进自贸 试验区的借鉴	339
一、国内法与国际法对接	341
二、实体法与程序法协调	345
(一) 行政复议	346
(二) 诉讼	348
三、立法与司法同步	353
(一) 仲裁	355
(二) 调解	356
四、总结	357
第三节 WIPO 知识产权仲裁规则对完善上海自贸 试验区相关制度的启示	357

一、WIPO 的知识产权仲裁	357
(一) 概述	357
(二) WIPO 知识产权仲裁的优势	360
(三) 仲裁的合同属性在争端解决方面的劣势和 WIPO 的对策	368
(四) WIPO 仲裁的局限性	369
二、上海自贸试验区进行知识产权仲裁的探索	370
(一) 仲裁应与行政处罚、诉讼和调解共同组建 自贸区知识产权争端的多元化解决机制	370
(二) 上海自贸试验区仲裁规则对 WIPO 规则的 借鉴	371
(三) 上海自贸试验区在知识产权的可仲裁性方面 应有所突破	373
(四) 在实体法完善之前,争端解决机构在处理 知识产权的可仲裁性方面的策略	381
三、总结	387
结论与展望	389
附录一	396
附录二	398
后记	400

第一章 TPP 的发展

TPP 的前身是 2005 年 6 月 3 日,在韩国济州岛的 APEC 贸易部长会议上,智利、新西兰、新加坡和文莱宣布签署的《跨太平洋战略经济伙伴关系协定》(Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement,以下简称“P-4”)。2006 年 5 月 28 日,该协定对新西兰和新加坡生效,2006 年 11 月 8 日和 2009 年 7 月 1 日分别对智利和文莱生效。由于 P-4 的创始成员都是小国,并且当时的贸易大国都热衷于多哈回合谈判,因此 P-4 在成立之初并没有引起太多的关注。2009 年 11 月新加坡 APEC 峰会前,美国总统奥巴马宣布美国将参与 TPP 谈判,让这个并不著名的区域合作框架名声大噪,影响力大增。随后,美国贸易代表 Ron Kirk 于 2009 年 12 月 14 日正式通告美国国会,美国将参与 TPP 谈判,并强调要建立一个高标准、涵盖

多领域和范围的亚太地区一体化合作协定。目前 TPP 的成员已经增加到 12 个:美国、日本、澳大利亚、文莱、智利、马来西亚、新西兰、秘鲁、新加坡、越南、加拿大和墨西哥。2015 年 10 月 5 日,TPP 12 个谈判国在美国佐治亚州亚特兰大举行的部长会议上达成基本协议,同意进行自由贸易,并在投资及知识产权等广泛领域统一规范。^①目前 TPP 国家的经济规模占全球的 40%,贸易额占全球的 1/3。^②TPP 需要引起国际经济法学者的高度重视,不仅因为目前 TPP 国家在国际经贸中举足轻重的地位,而且因为 TPP 超出了传统的 FTA 的内容。它不但制定高标准国际贸易和投资规则,并且它在一定程度上突破了国境的限制,要求成员国取消境内的非关税壁垒(“behind the border” non-tariff barriers),并且规范成员国境内的市场竞争制度、电子商务、环境保护、法治建设、政府采购、知识产权、劳工权益等全方位制度建设。^③

本章分为三节。第一节分析美国加入并推动 TPP 的原因,并概述 TPP 的谈判历程;第二节聚焦 TPP 的内容和面临的挑战;第三节分析中国对 TPP 的态度以及采取的对策,并引领本书的后三个章节。

① Trans-Pacific Partnership Ministers' Statement, 2015 年 10 月 6 日发布。

② <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/round-18-malaysia>, 2015 年 5 月 27 日。

③ 和 TPP 有关的代表文献,参见 Meredith Kolsky Lewis, “Trans-Pacific Partnership: New Paradigm of Wolf in Sheep's Clothing,” *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 34 (2011); Meredith Kolsky Lewis, “Expanding the P-4 Trade Agreement into a Broader Trans-Pacific Partnership: Implications, Risks and Opportunities,” *Asian Journal of WTO & International Health Law & Politics*, Vol. 4 (2009); Ian F. Fergusson and Bruce Vaughn, “The Trans-Pacific Partnership Agreement” (2010), www.crs.gov; 何力:《TPP 与中国的经济一体化法动向和对策》,《政法论丛》2011 年 6 月。

第一节 概论

一、美国加入并推动 TPP 的原因

盛斌(2010)、刘昌黎(2011)、张汉林(2010)、马小军(2012)认为,TPP 是美国亚太战略调整的体现,美国希望通过亚太市场拉动美国经济,并在亚太新一轮战略角逐中确保优势地位。张洁(2011)认为美国建立 TPP 试图赶超并削弱中国在“10+1”、“10+3”和中日韩对话等机制中的影响力。徐长文(2011)和陈松川(2010)认为美国希望通过纳入劳工和环保等议题,建立 21 世纪自由贸易协定新标准,推行美国的全球价值观。沈铭辉(2012)认为,TPP 将无助于加强亚太地区的经济联系,更无法解决亚太地区的“意大利面碗效应”^①问题。关于 TPP 的成本收益分析表明,经济小国或许能够从 TPP 中获益,但是对大国而言,TPP 基本没有经济价值。TPP 只是美国应对东亚合作、获得非传统经济利益的工具。总之,美国加入并推动 TPP 的原因主要有三个:

(1) 通过扩大出口,提振美国经济。2006 年美国在 APEC 推动亚太自贸区很不顺利,美国认为在拥有 21 个成员的 APEC 推动高标准的贸易投资自由化规则难度很大,不如先从次区域开始。^②P-4 倡导的高标准自由化和美国的诉求非常吻合,并且 P-4 的四个成员国都是小国,美国一加入就能取得主导权,P-4 为美国推动 TPP 奠定了良好的基础。奥巴马政府希望通过 TPP 实现亚太

① “意大利面碗效应 (spaghetti bowl effect)”是美国哥伦比亚大学的 Jagdish Bhagwati 教授首先提出的。他对 TPP 的观点阐述见 <http://www.project-syndicate.org/commentary/bhagwati20/English>, 2015 年 5 月 27 日。

② 徐明棋:《TPP 达成协议对中国影响如何?》,《新民晚报》2015 年 10 月 15 日 B2。