

经济全球化与中国 法制完善的若干思考

——写在中国入世十周年之际

胡加祥*

目次

- 一、经济全球化与贸易规则统一化
- 二、中国法制完善之制度分析
 - (一) 宪政制度的完善——国际条约法律地位的宪法规定
 - (二) 经济制度的完善——非市场经济与补贴规则的适用
- 三、中国法制完善之实证分析
 - (一) 知识产权保护——任重而道远
 - (二) 技术中立原则——立法超前的启示
 - (三) 市场准入与市场准出——多边贸易体制的双重功能
 - (四) 金融市场开放——犹抱琵琶半遮面
- 四、结语：在经济全球化中不断完善中国法制

关键词 全球化 入世 法制完善

一、经济全球化与贸易规则统一化

经济全球化不是一个全新的概念,早在 20 世纪 70 年代,美国学者莱斯特·布朗在其《没有国界的世界》一书中提到,随着全球一体化进度的加快,各国间的冲突将被合作与共同体意识所取

* 上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。本文是上海交通大学文科特色创新项目的部分研究成果(项目编号 08TS7)。本文的第三部分曾刊登在 2011 年第 5 期的《上海交通大学学报》。

代,从而传统的国界不复存在。^{〔1〕} 跨国公司问题专家雷蒙德·弗浓提出,民族国家已成为“时代的错误,跨国公司的挑战使国家主权的作用日渐式微”。^{〔2〕} 世界秩序学会主席罗伯特·约翰逊则呼吁“以人类利益克服狭隘的国家利益”。^{〔3〕} 俞可平等中国学者认为经济全球化是一个整体性的社会历史变迁过程。全球化首先表现为经济一体化,但经济全球化必然对包括政治生活和文化生活在内的全部社会生活产生深刻影响。^{〔4〕}

然而,经济全球化从理论层面渗透到百姓生活还是在世界贸易组织成立之后的事。世贸组织将调整范围由原先的货物贸易延伸至服务贸易和与贸易有关的知识产权保护,它要求各成员的法律、法规和行政程序与其在各项多边贸易协议中承担的义务保持一致,这使得各成员的贸易政策和法律制度最大程度地趋于一致。中国自 2001 年加入世贸组织以来,其融入全球化的进程明显加快。经济全球化对中国法制建设的影响是全方位的。它不仅影响到部门法的具体规定,也影响到程序法中的相关规定,甚至为我国的宪政体制也带来新的挑战。贸易纠纷的频繁发生虽然是国力增强、出口增加后无法回避的事实,但也透露出我国的贸易政策乃至法律制度还有与多边贸易体制不一致的地方。回顾入世十周年,我们在看到中国法制建设取得长足进步的同时,也必须清醒地认识到中国法制的完善仍然任重道远。

二、中国法制完善之制度分析

从历史的角度看中国法制建设,2001 年无疑是一个重要的分水岭。中国在加入世贸组织之前,不仅修改了宪法,将经济发展模式由原来的计划经济改为社会主义市场经济,还制定或修改了法律、行政法规近五十部,废止行政法规十多部,停止执行国务院文件五十多件,修改或废止的部门规章一千多件。^{〔5〕} 与此同时,最高人民法院清理了与 WTO 规则相关的司法解释 2600 多件,废止 177 件。^{〔6〕} 国家大幅度降低进口关税,由 1992 年的平均 42.5% 降至 2005 年的 10%,达到发展中国家成员的平均水平。包括配额、进口许可证等非关税措施也进一步削减。与 1992 年相比,进口管制的税目由 1247 个降至 2002 年的 372 个。^{〔7〕}

上述努力在世贸组织对中国贸易政策的首次审查中得到了这样的评述:“在加入世贸组织以来,中国采取了一系列重大步骤来优化其贸易政策体系,并在这一过程中修订了众多法律法规。改革让中国经济改头换面。”^{〔8〕} 相比中国入世前,特别是社会主义市场经济制度确立之前,这些成

〔1〕 [美]莱斯特·布朗:《没有国界的世界》,纽约,1973 年版,转引自田志力:《全球开放论》,东方出版社 1990 年版,第 77 页。

〔2〕 参见苏长河:《非国家行为体与当代国际政治》,载《欧洲》1998 年第 1 期。

〔3〕 [美]罗伯特·约翰逊:《国家利益和人类利益》,新泽西,普林斯顿,1980 年版,转引自田志力:《全球开放论》,东方出版社 1990 年版,第 90 页。

〔4〕 参见俞可平等:《全球化与国家主权》,社会科学文献出版社 2004 年版,第一章(全球化与国家主权)。

〔5〕 修改的法律法规包括合同法、海关法、药品管理法、中外合资经营企业法、中外合作经营企业法、外资企业法、专利法、商标法、著作权法以及中外合资经营企业法实施条例、外资企业法实施条例、专利法实施细则、集成电路布图设计保护条例、对外合作开采海洋石油资源条例、对外合作开采陆上石油资源条例等。参见《多哈专电:在正式成为 WTO 成员前中国修法废法基本完成》,载人民网 <http://news.sina.com.cn/c/2001-11-10/396538.html>(最后访问时间:2011 年 1 月 23 日)。

〔6〕 参见前注〔5〕。

〔7〕 参见曹建明:《WTO 与中国的法治建设》,载《比较法研究》2002 年第 2 期。

〔8〕 参见 2006 年 4 月世贸组织对中国首次贸易政策审议主席总结发言(中文),载商务部网 <http://chinawto.mofcom.gov.cn/aarticle/i/ae/diaocg/ar/200608/20060802947047.html>(最后访问时间:2011 年 1 月 23 日)。

就确实来之不易。但是,世贸组织首次审查提出的高度评价并不意味中国的法制建设已经大功告成。如果说中国在入世前以及入世后的头十年完成的只是法制建设的基础工作,那么今后面临的将是法制建设的深层次问题。

(一) 宪政制度的完善——国际条约法律地位的宪法规定

我国宪法目前对于条约在中国的适用没有明确规定。相关条款只是规定全国人大常委会决定条约和重要协定的批准与废除(第67条第14项);国家主席根据全国人大常委会的决定批准和废除同外国缔结的条约和重要协定(第81条);国务院缔结条约和协定(第89条第9项)。对于如何处理条约与国内法的冲突等问题,宪法也没有相应规定。事实上,这种现象并不是中国独有。卡塞西曾指出,社会主义国家大多忽略国际法在国内的地位和适用问题,不仅对习惯国际法如此,对条约也是如此。^[9] 有学者从历史角度考证我国以及前苏联等国家在此问题上沉默的原因。在沙俄时代,俄国政府同外国缔结的条约不少是不平等条约。十月革命胜利后建立的苏维埃政权宣布拒绝接受沙俄政府承担的条约义务。在这种情况下,前苏联的宪法不可能赋予条约以国内法效力或规定条约在国内法中的地位等问题。^[10] 包括新中国在内的一些社会主义国家,在条约的历史背景上与前苏联有相同的遭遇,加上政治上受前苏联的影响,在制定本国宪法时也就很自然地条约问题保持沉默。^[11] 在一个相对封闭的环境下,一国受国际法的影响不大,条约在一国的法律地位问题也不突出。然而在经济全球化的背景下,国家受国际法的影响是全方位的。

对条约的内容和性质进行分类,从而决定其在一个国家是直接适用还是间接适用,这是由一国宪法或立法传统决定的。国际法中的“一元论”与“二元论”之说,指的就是对国际法与国内法之间关系的不同认识。^[12] 持“一元论”的国家认为国际法与国内法同属一体,国际法的地位高于国内法。世界上绝对奉行一元论的国家并不多,法国是一个相对持一元论的国家。1992年修订的法国宪法第53条第1款规定,和平条约、商业条约、与国际组织有关或隐含需要法国承担经济负担内容的条约或协定,以及修改法国立法权性质与公民法律地位的条款和涉及割让、交换、合并领土的条款都必须经过法国议会批准才能生效,其中涉及割让、交换、合并领土的内容还需要有关地区公民的同意才能生效。第55条规定,经过签署或批准的条约或协定若与原来的法律有不同规定,在同一条约或协定缔约方之间,以新签署或批准的规定为准。^[13]

持“二元论”的国家认为国际法调整国家之间的关系,而国内法调整的是国内个人(法人)之间、国家与个人(法人)之间以及国家各级组织之间的权利与义务关系。因此,当个人属于国际法赋予的权利因为国内法的规定被剥夺时,法院首先适用国内法。国家可能因此而违反国际法的规定,但这属于国际法院或其他争端解决机构审理的范畴。英国自1689年制定了《权利法案》之后,

[9] Antonio Cassese, *Modern Constitutions and International Law*, Recueil des cours, Vol. 192, 1985 III, pp. 335-473.

[10] 例如,1977年制定的前苏联宪法增加了“对外政策”一章。该章第29条虽然规定“……真诚履行由国际公认的国际法原则和准则以及苏联缔结的国际条约所产生的义务”,但是仍然没有明确条约的国内法效力及其在国家法律体系中的地位。

[11] 参见刘永伟:《国际条约在中国适用新论》,载《法学家》2007年第2期。

[12] See Martin Dixon, *International Law*, Blackstone Press Limited, pp. 83-84.

[13] 罗斯琳·希金斯教授认为第55条所指的“原有法律”不仅仅指原有的国际条约或协定,还包括法国的国内法,这种“优先地位”还有溯及效力。See Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law And How We Use It*, (Clarendon Press): Oxford, p. 214.

便开启了君主立宪制的政治制度,国王只是权力的象征,议会才是立法的中心。伴随这一制度,英国恪守二元论模式,即任何国际条约或协定都必须经过议会批准才能在英国适用,并且这种适用不具有溯及效力。^[14]

还有一些国家是介于“一元论”和“二元论”之间,美国是其代表。美国宪法第6条第2款规定:“本宪法及依本宪法所制定之合众国法律,以及合众国已经缔结和将要缔结的一切条约,皆为全国最高法律,每个州的法官都应受其约束,任何一州宪法或法律中的任何内容与之抵触时,均不得有违这一规定。”然而,宪法第6条只是明确了那些在美国具有直接适用效力条约的法律地位。在实践中,条约对美国生效后,还有“直接适用”与“间接适用”的区分。直接适用条约是指当事人在法院可以直接援引或者法院在裁决时可以直接依据的那部分条约,它们包括国会在批准加入时明确规定能够直接适用的条约,以及总统依据宪法第2条第2款规定作为最高军事统帅签定的那些条约;间接适用是指那些必须通过国内法“转化”适用的国际条约。^[15]

国际交往的进一步深入导致条约数量的不断增多,涉及的领域也在逐渐扩大,甚至连国际条约的含义也在悄悄发生变化。广义的国际条约包括“公约”(convention)、“条约”(treaty)、“协定”(agreement)、“安排”(arrangement)、“议定书”(protocol)等多种形式,^[16]国际条约有可能在两个或数个国家(地区)之间签订,也有可能数十个甚至一百多个国家(地区)之间签订。条约的内容既涉及领土(海)的划分,也涉及关税的降低和非关税措施的取消。条约既有签订后立即生效,也有达到一定数目成员正式批准后生效。就约束力而言,有些条约允许加入的成员对条约内容提出保留,^[17]也有些条约不允许成员做出任何保留。^[18]因此,任何一个国家都已经无法继续秉持“一元论”或“二元论”传统解决国际法与国内法的关系,国际社会也因此出现了“一元论”与“二元论”相互融合的趋势。

虽然我国宪法没有关于国际法在中国适用的规定,但是国际法在我国法律体系中的存在已经不是什么新鲜事情。^[19]据不完全统计,我国已有七十多部法律、法规做出了,当国际条约与国内法发生冲突时,条约效力高于国内法的规定。这些法律、法规涉及民事、民诉、行政诉讼、野生动物保护、边境卫生检疫、邮政管理、外国人出入境管制等。^[20]随着中国参与全球化程度的提高,国际法在我国的适用情况会越来越普遍。依靠每一部法律具体规定相关条约在中国的适用以及与国内法的冲突解决,这不是一种有效的办法,而且还有违宪的可能。通过宪法明确规定可以解决立法不一致导致的法律冲突问题。因此,明确国际法与国内法关系的宪法规定已经成为我国当今法制完善的一个重要组成部分。

目前,与此相关的法律还有立法法和缔结条约程序法。立法法是划分国家各级立法机关和部

[14] 参见前注[13]。

[15] See Trade Act of 1974, Pub. L. No. 93-618, 88 Stat. 1978. Also see Senate Report No. 93-1298, 93d Cong., 2nd. Sess. 1974. Reprinted in US Code Congressional and Administrative News, 4 (1974) 7186, 7253.

[16] 我国《缔结条约程序法》第2条规定,本法适用于中华人民共和国同外国缔结的双边和多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件。

[17] 例如,《联合国销售合同公约》第92条规定:(1)缔约国可在签字、批准、接受、核准或加入时声明他不受本公约第二部分的约束或不受本公约第三部分的约束。(2)按照上一款规定就本公约第二部分或第三部分做出声明的缔约国,在该声明适用的部分所规定事项上,不得视为本公约第1条第(1)款范围内的缔约国。

[18] 例如,《世贸组织协议》第16条第5款规定,世贸组织成员不得对多边贸易协议的内容提出保留。

[19] 参见赵建文:《国际条约在中国法律体系中的地位》,载《法学研究》2010年第6期;曾令良:《WTO协议在我国的适用及我国法制建设的革命》,载《中国法学》2000年第6期。

[20] 参见陈寒枫等:《国际条约与国内法的关系及中国的实践》,载《政法论坛》2000年第2期。

分行政机关立法权限的基本法,缔结条约程序法是规范我国同外国缔结的双边和多边条约、协定和其他具有条约、协定性质文件的程序性规定。法律的界定和立法宗旨决定了立法法和缔结条约程序法不是规定条约在我国适用问题的合适法律,唯有宪法才适合规定此类问题。至于如何规定,学界对此有“转变法”和“纳入法”之说。“转变法”是指每一个条约都需要经立法机关制定相应的国内法后才能适用。“纳入法”是指一次性在宪法性法律中规定条约是该国法律体系的一部分,条约在国内公布或在国际上生效的同时即开始在国内生效。^[21]以目前的趋势和条约数量而言,采取“纳入法”解决条约的适用问题更加符合我国的立法传统和现实国情。事实上,我国不少部门法的立法实践已经朝着这方面发展。

条约的直接适用并不意味国内法院必须适用条约,而是指当国内法与条约发生冲突或国内法没有相应规定时,才优先适用条约。上文提到的我国部分法律、法规采用的就是这种做法。间接适用则排除了一国法院直接适用条约的情形,条约只有转化为国内法才能在一国得到适用,WTO规则就属于这一类。世贸组织通过两个途径审查各成员是否履行了自己的承诺:第一,定期审查各成员的贸易政策;^[22]第二,通过争端解决了解有关成员履行承诺的情况。因此,条约与国内法的冲突一般只会发生在条约的直接适用这一情形中。如果我国宪法对此问题做了原则规定,有关法律就无需加入像《民法通则》第142条第2款那样的文字规定,即“中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国××法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外”。

(二) 经济制度的完善——非市场经济与补贴规则的适用

“非市场经济”这一概念最早是出现在美国的1930年关税法,即有关反倾销调查程序中的“国家控制经济”相关规定。虽然关贸总协定被认为是建立在市场经济基础之上的,^[23]但是GATT1947对于“市场经济”这一概念一直语焉不详。关贸总协定缔约方大会后来通过的GATT第6条补充规定只是笼统表示:“人们意识到,当进口商品是来自一个贸易由国家完全垄断或几乎是完全垄断的缔约方,而且价格在这些缔约方也是由政府控制时,根据GATT第6条第1款确定的比较方式将出口缔约方的价格与进口缔约方的价格进行严格比较有其特殊困难。”然而,关贸总协定和世贸组织没有就这一补充规定做出更详细的解释。^[24]

目前,世贸组织各成员都是通过国内立法或司法裁决来确定非市场经济主体的标准。^[25] 世贸

[21] 参见前注[20]。

[22] 目前,世贸组织对美国、欧盟、日本和加拿大每两年审查一次,对其他发达国家成员每四年审查一次,对发展中国家成员每六年审查一次,对最不发达成员国家不做审查。中国刚入世的时候,世贸组织规定每四年对中国审查一次,但是自2008年起改为每两年审查一次。

[23] 《哈瓦那宪章》第1条第3段列举的本来拟成立的国际贸易组织(International Trade Organization)目标之一是“在平等的基础上,进一步推动所有国家为了本国的经济繁荣与发展而享有的市场准入、生产产品及生产设施等待遇”。

[24] 《反倾销协议》第2条第7款只是笼统规定:“本条款(倾销的确定)内容不与GATT第6条的补充规定相冲突。”

[25] 例如,美国反倾销法是这样定义非市场经济主体的:“任何一个国家,它的行政决策不是依据市场的成本及价格结构而运作,因而在这些国家,商业销售不能反映商品的公平价值。”美国反倾销法同时规定,在确定非市场经济主体时,有关部门应该考虑以下几个因素:(1)该国货币与别国货币的可兑换程度;(2)该国工资标准由劳资双方自由协商的程度;(3)对兴办合资企业和外国投资的开放程度;(4)政府对于生产要素的控制程度;(5)政府对资源配置以及企业定价的控制程度;(6)有关部门认为合适的其他因素。See Section 771 (18) of the Trade Act of 1930 as amended, 19 U. S. C. § 1677(18).

组织法律中唯一涉及“非市场经济”这一概念的是补贴与反补贴协议,该协议第 29 条(转型为市场经济)第 1 款提到“处于自中央计划经济转型为市场和自由企业经济的成员”,允许它们在补贴领域“实施此种转型所必需的计划和措施”,并安排了过渡期。所谓“中央计划经济”实际上可以等理解为非市场经济。而“市场和自由企业经济”则与一般意义上的市场经济相对应。

我国宪法虽然已经明确了建立社会主义市场经济的目标,但是市场经济制度的构建却是一个漫长的过程。在一个没有国际交往的年代,选择何种经济模式纯属一国自己的事情。但是自从加入世贸组织以来,我国已经完全融入全球经济一体化之中。入世议定书第 15 条(b)项规定:“在根据补贴与反补贴协议第二、三及第五部分规定进行的争端解决程序中,在处理第 14 条(a)项、(b)项、(c)项和(d)项所述补贴时,应适用补贴与反补贴协议的有关规定;如果此种适用遇有特殊困难,该世贸组织进口成员可鉴于中国国内现有情况和条件并非总能用作适当基准这一可能性,确定衡量补贴利益的方法。在适用此类方法时,只要可行,该世贸组织进口成员在考虑中国以外的情况和条件之前,应对现有情况和条件进行调整。”该条款(d)项同时规定:“一旦中国根据该世贸组织进口成员的国内法证实其是一个市场经济主体,则(a)项的规定即应终止,前提是截至中国加入世贸组织之日,该世贸组织进口成员的国内法中须包含有关市场经济的标准。无论如何,(a)项(ii)目的规定应在中国加入世贸组织之日后 15 年终止。”^[26]根据上述规定,我国在入世后的 15 年内,能否取得市场经济主体地位取决于其他成员的态度。

我国对待非市场经济主体的态度在入世十年间发生了微妙变化。入世初期,大多数成员拒绝承认中国为市场经济主体,并在反倾销调查中常常采用第三国的市场价格来确定我国的出口商品是否构成倾销。政治上的反应与外贸出口的压力迫使我国在这一阶段急于改变自己非市场经济主体的身份。^[27]然而这种外交努力到了 2008 年前后明显放缓了节奏。一方面,我国试图改变几个主要贸易大国立场的努力未见成效;另一方面,我国政府也从美国等成员对非市场经济主体不采取反补贴措施的传统中意识到,非市场经济主体的身份对中国并非绝对不利,尤其是在目前国内面临体制转轨,不少企业仍然离不开政府财政补贴的背景下,利用非市场经济主体抗辩不失为反补贴争端解决的一种策略。^[28]

但是,这种一厢情愿的想法很快就被无情的现实所打破。美国国际贸易法院 2009 年对汽车轮胎案的裁决指出,美国不公平贸易法没有阻止其商务部对来自非市场经济主体的产品征收反补贴税。^[29]

[26] 中国入世议定书第 15 条(a)项规定:“在根据 GATT1994 第 6 条和反倾销协议确定价格可比性时,该 WTO 进口成员应依据下列规则,使用接受调查产业的中国价格或成本,或者使用不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法:(i)如受调查的生产者能够明确证明,生产该同类产品的产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件,则该 WTO 进口成员在确定价格可比性时,应使用受调查产业的中国价格或成本;(ii)如受调查的生产者不能明确证明生产该同类产品的产业在制造、生产和销售该产品方面具备市场经济条件,则该 WTO 进口成员可使用不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法。”

[27] 参见张毅:《已有 77 个国家承认中国完全市场经济地位》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-02/28/content_7689532.htm(最后访问时间:2011 年 1 月 28 日)。

[28] 2008 年 9 月 19 日,中国就美国对部分中国出口产品征收反倾销税和反补贴税在世贸组织向美国提出磋商请求。中国认为美国的做法违背了 GATT 第 1 条和第 6 条、《补贴与反补贴协议》第 1、2、10、12、13、14、19、32 条、《反倾销协议》第 1、2、6、9、18 条以及《中国入世议定书》第 15 条的有关规定。See *United States—Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Panel Report, pp. 220-222, WD/DS379.

[29] See 645 F. Supp. 2d 1231. 有关该案的评述,参见胡加祥:《从多边贸易视角看“汽车轮胎案”的裁决》,载《河北法学》2011 年第 1 期。

这是自乔治城钢铁案和钾碱案以来,^[30]美国法院明确裁定反补贴法适用于非市场经济主体的最新司法实践。汽车轮胎案透露出美国对外贸易政策的一个重大转变,因为美国商务部与国际贸易法院在乔治城钢铁案和钾碱案中对待非市场经济与反补贴关系的认识上存在严重分歧,可是在汽车轮胎案中,双方的认识却完全一致。虽然国际贸易法院的裁决不能取代当年联邦第二巡回上诉法院的裁决,成为新的司法先例,但是汽车轮胎案对美国商务部今后就中国产品选择反补贴制裁无疑会产生重大影响。

如果说汽车轮胎案的影响只限于美国,那么世贸组织受理的中国诉美国反倾销与反补贴措施案(以下简称“双反案”)则会引发各成员对中国开征反补贴税的多米诺骨牌效应。该案评审团不仅没有否定美国对中国产品进行反倾销调查时采用的非市场经济测试方式,甚至连中国指控美国对中国产品展开反倾销、反补贴(双反)调查违反WTO规则的主张也不予支持。^[31]虽然2011年3月公布的上诉机构报告修正了评审团报告在此问题上的部分立场,对美国就中国产品采取双反措施的做法不予支持,但是上诉机构并没有裁定美国的反补贴措施不适用于非市场经济主体。^[32]

对非市场经济主体适用反补贴法,无论是世贸组织成员的国内法,还是WTO规则,都已经不存在任何法律上的障碍。WTO规则虽然并不一概禁止补贴,世贸组织各成员也都程度不一地在使用的补贴政策。但是基于历史和体制上的原因,我国现阶段还存在不少与WTO规则不符的补贴制度。各级地方政府常常以各种优惠措施鼓励出口,包括出口退税、^[33]优惠贷款、土地使用费的减免、政府直接或间接控制的国有企业以低于市场价格向企业提供产品等做法。双反案评审团报告结论第1条驳回了中国的申诉请求,同意美国商务部把中国的部分国有企业和国有银行视为补贴与反补贴协议第1条规定的“公共机构”。在此基础上,中国对相关企业的扶持政策都被认定为补贴行为,包括土地出让优惠、人民币贷款以人民币结算利率等做法。^[34]评审团的这些裁决也得到了上诉机构的肯定。^[35]

双反案涉及的是我国的产业政策,折射的是我国整个经济体制。这些年的经济体制改革使得市场机制在我国各类生产要素配置方面发挥着主导作用,但是政府对各类经济活动的干预仍然随处可见。稍早发生的美国、墨西哥、厄瓜多尔诉中国有关补贴、贷款和其他激励措施一案,申诉方

[30] 有关这两个案件的评述,参见胡加祥:《非市场经济主体与反补贴制度关系研究》,载《上海交通大学学报》2010年第2期。

[31] 参见前注[28], Panel Report, 第229页。

[32] See *United States—Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Appellate Body, p. 227, WT/DS379/AB/R. GATT第6条第5款并不禁止对同一产品实施“双反”措施,只是禁止对补贴和倾销所造成的同一种损害结果实施“双反”措施。如果倾销仅仅是补贴导致的,不存在其他因素的影响,那么进口成员国遭受损害以后,只能在反倾销与反补贴措施之间做出选择。如果出口成员国政府提供的是禁止性补贴或可诉性补贴,与此同时,出口企业还存在与补贴无关的倾销行为,那么进口成员国政府就可以对同一产品实施“双反”措施。参见臧立:《WTO法律体系下实施“双反”措施的合法性研究》,载《法商研究》2008年第1期。

[33] 世贸组织并没有一概禁止出口退税,但是中国在这方面的政策确实存在与多边贸易规则不符的地方。在“美国等国诉中国关于税收返还以及税收与其他费用返还和减免案”中,指责中国的做法违反补贴与反补贴协议第3条、与贸易有关的投资措施协议第2条和附件一以及GATT第3条第4款。后经两国协商,在中方同意改变部分做法后,此案才没有进入评审团阶段。See *China—Certain Measures Granting Refunds, Reductions or Exemptions from Taxes and Other Payments*, DS358. 有关多边贸易规则与出口退税的关系,参见胡加祥:《反补贴争端的兴起与我国的对策研究》,载《京师法律评论》2009年第3辑。

[34] 参见前注[28], Panel Report, 第279~281页。

[35] 参见前注[32], Report of the Appellate Body, 第225~227页。

就是将矛头直指“中国世界名牌项目”(China World Top Brand Programme)和“中国著名出口品牌项目”(Chinese Famous Export Brand Programme),指责中国在这些项目中采取的措施违背了GATT、补贴与反补贴协议以及农产品协议的相关条款。^[36]此案涉及的具体措施近百项,除中央政府外,还包括各省、市、县政府出台的各类激励措施。由于此案涉及面广,中方取证应诉的难度非常大,最后不得不以承诺取消所有相关措施为条件与对方达成协议。事实上,中央政府对各级地方政府到底出台了多么补贴措施根本无法掌握,这种政策性很强的做法随时都有可能被别人指责违反了WTO规则。因此,完善现有的补贴制度是我国从非市场经济主体向市场经济主体转变的一项刻不容缓的任务。

三、中国法制完善之实证分析

制度分析是研究的基础,因为法制完善离不开宪政制度的完善和经济制度的完善,这也是研究中国法制完善的起始点和落脚点。但是制度分析如果缺少实证分析则是不完整的研究,特别是像WTO规则这样的国际条约在我国没有直接适用效力。我们是否履行了自己的入世承诺,中国的法律制度是否符合世贸组织协定第16条第4款规定,这有待实践的检验。我国入世十年来共参与争端解决28起,其中作为申诉方参与7起,作为被诉方参与21起。虽然作为被诉方参与的案件还不到争端解决机构受理案件总数的5%,与其他几个主要贸易大国相比,这个数字也并不突出。^[37]但是像知识产权案(DS362)、出版物及视听制品案(DS363)、限制出口案(DS394、DS395、DS398)、银联案(DS413)等争端涉及我国一些重要的经济领域和产业政策,有些还关系到我国立法水平的提高,值得我们引起高度重视。

(一) 知识产权保护——任重而道远

将知识产权保护纳入多边贸易体系,这是以美国为代表的发达国家在乌拉圭回合谈判取得的重要胜利。争端解决中的“交叉报复”机制让那些在知识产权保护争端中胜诉的成员能够采用知识产权领域以外的制裁手段,这其实是将美国贸易法“特别301条款”的做法移植到了多边贸易体制。

中美之间有关知识产权保护的争端由来已久。早在1986年,当中国刚开始建立知识产权制度时,美国就要求中国加强这方面的保护。1989年4月,美国以中国未能对美国知识产权产品提供有效保护为由,将中国列入美国贸易法“特别301条款”规定的“重点调查国家”名单。1991年6月,美国又根据该条款,将中国列为所谓“对美国知识产权没有给予充分保护的重点外国”,并以贸易报复相威胁。1992年1月,中美双方签署了《关于保护知识产权的谅解备忘录》,中国承诺全面加强知识产权立法,并加入伯尔尼公约等国际知识产权公约,美国则不再将中国视为“重点调查国家”。然而在1994年,美国再次将中国列入“重点调查国家”名单。经过双方谈判,两国于1995年3月以部长换文方式结束谈判,中国承诺按照换文附件《有效保护及实施知识产权的行动计划》,重点加强版权保护和建立海关对知识产权保护的制度。

从时间上看,中美之间关于知识产权保护的纷争几乎是与乌拉圭回合谈判同步发生的。然

[36] See *China—Grants, Loans and Other Incentives (Complainants: United States, Mexico, Guatemala)*, DS387, DS388, DS390.

[37] 截至作者写稿之时,世贸组织争端解决机构共受理争端419起,其中美国和欧盟作为被诉方参与的案例分别为110起和70起。参见世贸组织网 http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm(最后访问时间:2011年1月28日)。

而,两国之间的纠纷并没有因为谈判的结束和中国的入世而得到平息。2007年,美国就知识产权保护若干问题将中国告到世贸组织(以下简称“知识产权案”)。美方的指控包括:(一)拥有著作权但是在中国禁止出版和发行的作品无法获得《伯尔尼公约》第5条第1款规定的最低标准保护,这种做法违背了TRIPS协议第9条第1款的义务;(二)海关处理侵权产品的做法不符合TRIPS协议第46条和第59条的规定;(三)对假冒商标和盗版行为惩治设定的门槛不符合TRIPS协议第41条第1款和第61条规定,导致对这些侵权行为处罚不力。^[38]上述指控涵盖了我国知识产权保护立法、行政与执法三个层面的问题。

我国于2001年修订的《著作权法》第4条规定:“依法禁止出版、传播的作品,不受本法保护。”著作权是基于作品的创作完成而产生,它与专利权这样的法定权利不同,属于财产权和人身权的范畴。《伯尔尼公约》第5条第1款规定:“根据本公约得到保护作品的作者,在除作品起源国外的本联盟各成员国,就其作品享受各该国法律现今给予或今后将给予其国民的权利,以及本公约特别授予的权利。”通过TRIPS协议第9条第1款,伯尔尼公约第5条第1款的规定已经转化为世贸组织成员必须履行的义务。因此,原《著作权法》第4条第1款规定事实上剥夺了作者部分著作权受保护的权力。遗憾的是,2010年新修订的《著作权法》还是没有很好地解决这个问题。新《著作权法》第4条规定:“著作权人行使著作权,不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。”该条款的不足在于还是没有明确对于那些“违反宪法和法律”以及“损害公共利益”的作品,我国是否给予伯尔尼公约第5条第1款规定的保护。保护著作权与依法监督管理是两个不同的概念。保护著作权其实保护的是作者的人身权和财产权,即使是内容违法或损害公共利益的作品,其著作权还是客观存在的。这就像触犯刑律的人,他的人身权和财产权除了依法受限制或罚没以外,法律还是要给予保护的。因此,保护这些作品免遭盗版等侵权行为仍然是中国作为一个世贸组织成员应尽的义务。当然,保护这些作品的著作权并不意味允许这些作品在中国出版、发行。中国政府在保护著作权的前提下,仍然有权禁止这些作品在中国境内出版、发行。

海关如何处置侵权产品,这不是一个新的议题。早在中国入世前,中美两国签署的政府文件就已经涉及这个问题,因此,此番争议属于旧事重提。TRIPS协议第46条规定,为了防止侵权产品流入商业领域,世贸组织成员必须将侵权产品以及生产该产品的原料、设备销毁或做其他处置。美方指责中国海关的三种处理方式不符合TRIPS协议的规定。^[39]中方认为TRIPS协议第46条规定不是给各成员设定的义务,而是赋予的权利。因此,有关成员有权选择处理侵权产品的方式,包括本案提到的三种方式。阿根廷等多数第三方也认为第46条规定不是一种义务,中国海关有权选择将侵权产品捐赠慈善机构这样的做法。但是他们不敢苟同中国海关采用拍卖或让权利人回购这种做法。审理本案的评审团也是倾向第三方的观点,认为中国海关有权选择处理侵权产品的方式,但是申诉方列举的第二和第三种方式违背了第46条第四段的规定,即仅仅拆除侵权产品商标标识后就允许其进入商业领域不足以防范侵犯商标的行为。

与立法和行政相比,知识产权执法争论的空间就更大了。虽然TRIPS协议第61条规定了处罚假冒商标和盗版等侵权行为的刑事程序和处罚与补偿的方式,但是TRIPS协议没有给世贸组织成员设定一个处罚标准,即本案争议的焦点之一——刑事处罚门槛(threshold)。美方的指控涉及我国《刑法》第213、214、215、217、218和220等条款以及最高人民法院和最高人民检察院所做的相

[38] See *China—Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, DS362.

[39] 中国海关处理侵权产品的三种方式包括:(一)捐给慈善机构;(二)让权利人回购;(三)公开拍卖。参见前注[38],Panel Report,第7段第197行。

关司法解释。刑法对侵犯知识产权行为做了处罚的原则性规定，两高的司法解释根据刑法规定具体的处罚标准，包括对第 213 条规定的“情节严重”界定为营业额 5 万元以上或非法所得 3 万元以上。针对刑法第 217 条，两高的司法解释除了规定营业额和非法所得的数额外，还规定盗版各类光碟或软件达 1000 张(份)作为“数额较大”或“情节严重”的界定标准。中国的处罚门槛与一些知识产权制度较为完善的成员相比，也许制定得过高，但是从 TRIPS 协议角度而言，中国并没有违反 WTO 规则。既然 TRIPS 协议没有具体规定这些门槛的标准，世贸组织成员在这方面就有一定的自由裁量权。也正是基于此，评审团认为美国没有证据证明中国的做法违背了 TRIPS 协议的相关规定。

知识产权案从一个侧面反映了我国知识产权保护的现状。世贸组织成员对待知识产权保护与对待货物贸易市场准入的态度有很大区别。在货物贸易领域，发达国家与发展中国家的差距较小，各成员都有自己的生产优势，遵守贸易规则的客观条件相对平等。然而，知识产权保护的利益方基本上是发达国家，包括中国在内的许多发展中国家都是知识产权的输入方。审理本案的评审团显然也意识到这一点，因此，在评审团报告最后留下这么一段意味深长的话：“评审团在本案的任务不是去评估假冒商标和盗版在中国的总体情况，也不去审核(中国)是否有严格保护知识产权的意图……评审团的职责限于在客观评估双方提供的事实基础上，审核指控的内容是否违背 TRIPS 协议的相关规定。”

尽管本案评审团驳回了美国根据 TRIPS 协议第 61 条对中国的指控，也没有对中国履行 TRIPS 协议的情况进行评述，但是世贸组织 2008 年公布的第二次对中国贸易政策审查报告指出，一些成员认为中国在知识产权保护执法方面还是比较弱的。该报告同时指出，人们怀疑中国现行的处罚标准能否足以制止侵犯知识产权的行为。^[40]也许是中国政府意识到自己在这方面确实还有许多不尽如人意的地方，我们不仅没有对知识产权案的评审团报告提出上诉，还及时修改了《著作权法》第 4 条，这在中国参与世贸组织争端解决的经历中并不多见。

(二) 技术中立原则——立法超前的启示

技术中立原则被引入贸易领域是科技与贸易相结合的产物。^[41]互联网的出现使得传统贸易方式遭受前所未有的挑战，同时也引发了一系列法律问题。从合同签订到货款支付，人们已经不再受时空限制，电子签名和网络支付改变了人们对传统交易载体的认识。然而，法律的制定往往落后于现实社会的发展。在科学技术日新月异的今天，当法律概念涉及某种特定技术时，我们应该对它持狭义的解释，还是广义的解释？在实践中，立法者和缔约者是否还需要对法律或合同所涉及的技术发展具有某种预见？这些都是社会发展带给我们的思考，也是不少新型贸易纠纷的肇始。

最早将技术中立原则引入世贸组织争端解决的是安提瓜和巴布达诉美国影响跨国提供赌博服务措施案(以下简称“赌博案”)。在围绕美国是否违反 GATS 第 16 条市场准入义务的争议时，评审团认为，根据技术中立原则，一成员对跨境交付做出承诺意味着任何其他世贸组织成员的服务提供者可通过所有交付方式提供服务，包括(但不限于)通过电子邮件、电话以及互联网等交付方式，除非该成员的承诺表中列明禁止采用某一特定方式。^[42]正是基于这一原则，评审团裁定美

[40] 参见 Trade Policy Review Report by the Secretariat-China(Revision), 第 241 段和 242 段。

[41] 技术中立原则(technology neutrality)也被称为“技术中性原则”，最早是电子商务领域的一个概念，指法律对电子商务的技术手段一视同仁，不限定使用或不禁止使用何种技术，也不对特定技术在法律效力上进行区别对待。参见孙占利：《论电子商务法的基本原则》，载《现代法学》2008 年第 3 期。

[42] See *United States of America—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (Complainant: Antigua and Barbuda)*, DS285, Panel Report, para. 6, 285.

国禁止安提瓜和巴布达这个加勒比海小国通过互联网向美国民众提供赌博服务的措施违背其当初的承诺。^[43]

技术中立原则再次引起人们的注意是美国诉中国部分出版物和视听制品贸易权以及分销服务案(以下简称“出版物及视听制品案”)。美方认为,任何有形或无形的方式分销录音制品只是分销方式的不同。根据技术中立原则,这些差异与服务贸易承诺的范围无关,除非相关成员在承诺表中具体列明。中方指出,技术中立原则从来没有被世贸组织成员正式接受,即使被接受,它也只适用于提供相同服务中所使用的不同技术,这有别于本案中用有形和无形的方式分销录音制品。本案涉及的网络音乐服务是通过一种无形的载体传播,不同于一般意义的录音传播服务。中方进一步强调,衡量两种服务是相同还是不同,还需要考虑相关因素,包括 1、主要运作特征;2、终端使用者的感觉;3、国际分类;4、现行国际上认可的法律框架。^[44] 中方认为这些因素较全面地体现了无形载体不同于有形载体传播录音制品。因此,本案涉及的通过网络分销录音制品不属于中国有关录音制品分销服务的承诺范围。^[45]

评审团在评估用有形载体和无形载体分销录音制品的差异时,注意到争议双方依据的是两种不同的原则或标准。美方采用的是技术中立原则,强调不能因为用不同载体分销录音制品有差异而缩小中国对录音制品分销服务的承诺范围。中方则持相反立场,认为必须依据相关因素考量具体问题。这些因素可以推导出中国的承诺不包括用无形载体分销录音制品。中国在入世前与其他成员达成的承诺包含了“录音制品分销服务”这一项,但是该项内容没有进一步明确录音制品分销的具体介质。评审团对此解释道:“我们注意到一个成员在做出承诺时,可以通过列出范围以确保承诺内容具体、明了。是否需要这样做,该成员有自由裁量权。这种进一步细化的做法可以使一项具有多种特征的服务有一个明确的范围。有关成员也可以通过直接援引世贸组织秘书处制定的产品分类目录或联合国统计署 1991 年出版的产品分类文件(简称‘CPC’)确定承诺范围,然而中国并没有这样做。^[46] 在产品分类中明确具体项目的做法也是(乌拉圭回合谈判各方)1993 年签订的承诺指南所倡导的。”^[47] 为了进一步强调明确具体服务范围的必要性,评审团还援引赌博案上诉机构的观点:“一项服务的承诺包括所有由此派生的服务。”^[48] 正是基于这一点,评审团裁定中国有关“录音制品分销服务”的承诺包括用无形载体分销录音制品。

[43] 服务贸易是根据世贸组织秘书处制定的产品分类目录或联合国统计署 1991 年出版的产品分类文件(简称“CPC”)确定承诺范围。各成员可以选择 CPC 中的部分部门做出承诺,也可以选择只承诺开放某一部门中的部分活动而排除其他活动。美国的承诺没有明确排除“赌博服务”这一项,评审团因此裁定美国的承诺包括开放赌博服务,因为根据 CPC 分类,赌博服务包含在“其他娱乐活动”之中。

[44] See *China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (Complainant: United States)*, DS363, China’s response to question No. 97(a).

[45] 美方在回复中指出,没有任何成文法律或文件规定用相关因素来区分和归类服务种类。美方认为采用中方提出的相关因素在现实中有困难。在上述四个考虑因素中,适用前两个标准在不同服务以及采用不同的方式提供服务时会产生不同的结果,适用上述其余标准也不能一贯体现用有形载体和无形载体传播录音的区别,同时,适用上述标准还有其他一些缺陷。参见前注[44], Panel Report, 第 7 段第 1251 行。

[46] 事实上,中国在入世工作组报告中已经确认:受到一特定措施影响的产品和服务按适当的税号和 CPC 分类确定。参见《入世工作组报告》第 331 段。

[47] 1993 年承诺指南(1993 Scheduling Guidelines)是乌拉圭回合谈判期间签订的一份法律文件。指南建议当有必要确定一项产品目录时,应该采用在 CPC 或其他国际公认的分类标准的基础上确定该产品。参见指南第 16 段。

[48] 参见前注[32], Report of the Appellate Body, 第 180 段。

在上述结论基础上,评审团又对技术中立原则进行审查。根据美国的解释,这项原则表明任何在提供录音制品分销服务过程中所体现的差异,包括用有形载体和无形载体分销,都只是技术上的差异,不能依此缩小中国的承诺范围,除非中国在其承诺中明确排除某些事项。美国援引的这项原则出自服务贸易理事会 1999 年就“电子商务工作计划”进度报告所作的一个申明。^[49] 评审团注意到这项申明曾经被审理赌博案的评审团援引过。^[50] 然而,评审团认为在解释中国关于录音制品分销服务承诺时,他们无需援引技术中立原则,因为他们已经认定中国关于这方面的承诺包括通过无形(网络)载体传播音频内容。评审团对此是这样解释的:“如果他们认为中国的承诺只局限于通过有形载体分销录音制品,对于通过无形载体分销录音制品是否包括在中国的承诺中有疑问时,技术中立原则或许会被援引,但是本案的情形不需要他们这样做。”^[51] 换言之,如果需要,他们也会赞同美国的观点。

虽然评审团巧妙地回避了技术中立原则这一敏感话题,但是从评审团报告的字里行间,我们明显感觉到他们并不否定这一原则的存在。技术中立原则是建立在技术不确定性基础之上的。“不确定性”是指人们对相关技术的发展无法预测和把握。尽管美国在本案中声称通过网络分销录音制品的技术在中国签订承诺表时就已经出现,但是从赌博案的裁决看,技术中立原则并不囿于现有技术。这对于美国那样需要以此来指责别人违反承诺的成员来说似乎是一帖万灵药,而对于那些无法把握有关技术走向,特别是当初做出承诺时忽略这一问题的成员来说简直就是潘多拉魔盒。出版物及视听制品案给人这样一个启示:法律制定要有前瞻性,特别是那些涉及服务贸易的法律、法规。服务贸易的开放不同于货物贸易那样通过降低关税或取消限制来实现,而是明确承诺具体的开放领域和开放程度。随着新技术的不断诞生,服务贸易的内涵和外延都在发生变化。如果我们在做出承诺和制定法律时对此没有足够的认识,今后难免还会出现类似出版物及视听制品案这样的争端。

(三) 市场准入与市场准出——多边贸易体制的双重功能

长期以来,人们对于多边货物贸易体制的理解往往停留在市场准入这一层面,即使是一些专家学者对此也会有理解偏差。^[52] 事实上,布雷顿森林体系的设计者在制定关贸总协定时就是从进口和出口两个方面规范各缔约方政府管制贸易的行为,^[53] 只不过当时刚刚经历了第二次世界大战,各缔约方国库亏空,都希望通过扩大出口增加财政收入。因此,在关贸总协定期间,人们把关注的目光主要集中在各方是否有效消除了针对进口的关税壁垒和各类非关税壁垒。

GATT 第 1 条第 1 款规定:“对于进口或出口或者与进出口有关的任何事项征收的关税与费

[49] 该申明指出:“人们同时普遍认为在通过不同技术手段提供服务的问题上,服务贸易总协议所持的立场是中立的,其中条款的适用并不区分技术手段的不同”。然而,该申明并没有得到 WTO 成员的一致接受。一些成员认为该议题牵涉的技术复杂,需要进一步研究。See Work Programme on Electronic Commerce—Progress Report to the General Council, S/L/74, 27 July 1999, para. 4.

[50] 审理赌博案的评审团做出上述结论时还补充了一句:“这样做是与技术中立原则相一致的,而技术中立原则似乎已经为大多数 WTO 成员所接受,这一点可以从进度报告中的申明得到印证。”参见前注[42]。

[51] 参见前注[42], Panel Report, 第 7 段第 1258 行。

[52] 例如,中国世贸组织研究会常务理事周世俭就欧美等世贸组织成员指控中国限制部分原材料出口一事接受《环球时报》记者采访时表示:欧美的要求违背了 WTO 的基本规则。世贸组织强调的是不能限制进口,让市场放开,而没有具体规定出口应该如何,更没有要求让资源放开卖。参见王斯:《欧美就中国限制稀有金属出口向 WTO 提起诉讼》,载 2009 年 6 月 23 日《环球时报》。

[53] GATT 第 28 条补充条款规定:“缔约各方意识到关税经常成为贸易的障碍,因此,在互惠互利基础上进行谈判,旨在实质性降低进出口关税总体幅度和其他费用,特别是降低那些针对数量不多的进口产品的抑制性高关税……”

用、对于进口或出口产生的国际支付所征收的任何关税与费用、有关上述税费征收的方式、涉及进口和出口所有的规则和程序以及 GATT 第 3 条(国民待遇条款)第 2、4 款提及的所有事项,任何缔约方给予源自于或供应给任何其他缔约方产品的任何好处、优惠、特权或豁免都必须及时、无条件地给予源自于或供应给所有其他缔约方的相似产品。”如果说最惠国待遇原则表明多边货物贸易体制既适用于进口管制,也适用于出口管制,那么,GATT 序言第三段要求各成员降低的关税既包括进口关税,也包括出口关税。^[54] 因此,市场开放有一个双重标准,即对内开放和对外开放。

经过关贸总协定期间八轮多边贸易谈判,世贸组织各成员目前的货物贸易进口关税已经降到了很低的水平,几乎与出口国(地区)境内贸易所收取的税费相差无几。然而,GATT 第 11 条(一般数量限制取消条款)目前的规制范围是有限的,因为各成员已经做出的关税承诺主要针对市场准入,即进口贸易。虽然乌拉圭回合谈判基本统一了进口货物贸易的管制措施,将绝大部分非关税措施“关税化”了,但是世贸组织对各成员出口货物贸易管制措施的规制还要视其具体承诺。目前,GATT 第 11 条只能规范各成员已经明确承诺关税幅度的那部分产品出口。对尚未列入出口关税目录的那些产品,各成员仍然可以用配额、许可证等措施限制或禁止出口。

2009 年,美国、欧盟和墨西哥就中国限制部分工业原料出口一事将中国告到世贸组织(以下简称“限制出口案”)。^[55] 本案涉及的产品中有一部分没有被列入《中国入世议定书》附件六,即中国明确对 84 种出口产品做出关税承诺的目录,^[56] 其余部分虽然属于附件六列举的产品,但是征收的关税超出了承诺的幅度。入世议定书第 11 条第 3 款规定:“中国应取消适用于出口产品的全部税费,除非本议定书附件六中有明确规定或按照 GATT 第 8 条(与进口和出口有关的费用和手续)的规定适用。”GATT 第 8 条第 1 款(a)项规定:“除了进出口关税和在国民待遇条件下征收的各种国内税费,缔约方征收的各种费用应该限制在所提供的服务范围之内,不得作为对境内产品的间接保护或者为财政目的而对进口或出口征税。”第 8 条规定旨在规范各成员对进出口货物贸易的各项收费。但是该条款没有设定一个收费标准,只是原则规定所收取的费用应该与所提供的服务相符合,并且不得对进出口货物贸易有歧视性做法。GATT 第 11 条第 1 款规定:“除了关税、税收或其他费用外,缔约方不得通过配额、进出口许可证或其他措施禁止或限制进口或出口”。

限制出口案使中国陷入了履行入世承诺与保护本国资源的两难困境。GATT 第 8 条旨在明确世贸组织成员在承诺的各项关税和费用征收以后,对进出口产品征收的其他费用必须与其提供的服务相匹配,而且这种征收还必须依照国民待遇原则进行。虽然 GATT 第 3 条的适用对象是进口产品,即确保进口产品在交纳关税之后,在进口国(地区)境内交纳 GATT 第 3 条所列税费时应该与进口国(地区)同类产品享受同等待遇,但是 GATT 第 8 条第 1 款(a)项的规定使得国民待遇原则扩大适用到出口产品,即除了出口关税之外,出口产品在出口国(地区)境内交纳 GATT 第 3 条所列税费时应该与出口国(地区)同类产品享受同等待遇。在限制出口案中,GATT 第 8 条规定适用于所有出口产品,既包括中国已经承诺出口关税幅度的产品,也包括中国尚未承诺出口关税幅度的产品。

[54] GATT 序言第三段规定:“通过达成旨在实质性降低关税和其他贸易壁垒以及取消国际商业中歧视性待遇的双边互助安排,实现(上述)目标。”

[55] See *China—Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (Complainants: United States, European Union, Mexico)*, DS394, DS395, DS398.

[56] 附件六注解规定:中国政府若对列举的出口商品提高原定的关税幅度,应该与有关世贸组织成员协商,并尽可能达成双方都能够接受的解决方案。

与 GATT 第 8 条不同,第 11 条规定只适用于中国已经承诺出口关税幅度的产品,具体而言,就是指议定书附件六列举的 84 种产品。如果对这部分产品征收的出口关税超出承诺的范围,这种行为违背了多边贸易规则,除非中国能够给出合理的解释。至于那些没有被列入附件六的产品,通过配额、许可证等措施限制其出口,其行为本身无可厚非。但是,中国如果没有遵循透明度原则,其行为容易受人诟病。同时,中国对自己的限制措施不做任何解释,哪怕是寻找一个冠冕堂皇的理由,也会被人联想为贸易保护措施。

目前,世贸组织各成员工业品进口关税的降幅空间已经非常有限,在今后的多边贸易谈判中,人们会把目光转向市场准入,特别是各类资源性产品的出口关税问题上。这次欧美等成员挑起的限制出口案可以说是项庄舞剑、意在沛公,其真正目标是瞄准我国的稀土资源。我国现在出口的稀土已经占世界稀土贸易的 80%~90%。^[57] 然而,我国目前管理稀土出口的部门较多,依据的也主要是各部门内部文件。正是鉴于这种混乱局面,国务院近日专门召开会议,研究部署管理稀土资源的政策措施。^[58] 然而,要限制包括稀土在内的资源性产品出口,特别是我国已经承诺关税幅度的产品出口,我们还需要有符合 WTO 规则的理由以及按照国民待遇的原则来执行。随着各成员的外汇储备不再短缺,外贸出口方式已由过去的粗放式经营模式转变为高附加值经营模式。人们逐渐从卖原材料、卖粗加工产品转变为卖精加工、高附加值产品。这种趋势必将导致有更多的成员限制其本国(地区)的原材料出口,而一些资源短缺的成员,其出口产品在国际市场上的竞争优势很大程度上取决于原材料的进口价格。因此,无论限制出口案的最终裁决如何,其影响和意义早已经不限于涉案的几个成员。争端解决机构对此问题所作的任何解释都将是人们理解市场准入与多边贸易体制关系的一个重要诠释。

(四) 金融市场开放——犹抱琵琶半遮面

2010 年,美国在世贸组织就银行卡电子支付服务及服务者的限制和要求向中国提出磋商请求(以下简称“银联案”)。美方指控中国只允许中国企业(中国银联)在指定的银行卡(银联卡)交易中提供人民币电子支付服务,其他世贸组织成员服务供应商在这些服务中只能提供外汇支付业务。^[59] 中国要求所有支付卡系统与银联系统对接,而且支付卡上需要有银联的标记。美方进一步指责中国银联允许所有中国企业进入该系统,而其他成员的服务商必须通过协商才能进入该系统。美方认为这种做法违背了 GATS 第 16 条和第 17 条的规定。

乌拉圭回合谈判首次将服务贸易纳入多边贸易体系,但是服务贸易与货物贸易的一个重要区别是各成员开放的领域和开放程度依其具体承诺而有所不同。自 2001 年加入世贸组织以来,我国对外资银行的开放过程包括逐步放宽地域限制;逐步将人民币业务客户对象从外资企业和外国人扩大到中国企业和中国居民;取消外资银行人民币负债不得超过外汇负债 50% 的规定;放宽外资银行在我国境内吸收外汇存款的比例限制;取消外资银行在华经营的非审慎性限制。2006 年 12 月 11 日,国务院和中国银监会同时颁布新修订的外资银行管理条例和外资银行管理条例实施

[57] 参见 2011 年 2 月 22 日第 2 版《经济参考报》转引商务部发言人姚坚的发言。

[58] 《温家宝主持召开国务院常务会议研究部署促进稀土行业持续健康发展的政策措施》,载《人民日报》2011 年 2 月 17 日第 1 版。

[59] 银联卡业务是由中国人民银行牵头,组织境内金融机构向国际标准化组织(ISO)申请代码,共同组成的一个银行支付系统。如果金融机构单独向 ISO 申请代码,经检测符合中国银联制定的银联卡业务规则和技术标准,并与中国银联签署协议后,也可以纳入银联卡管理系统。截至 2009 年 9 月底,包括中国工商银行、中国农业银行、中国银行、中国建设银行在内的境内外 215 家成员机构正式发行了银联卡。数据来源:中国银联官方网 http://cn.unionpay.com/cardCommend/gyylbzk/gaishu/file_6330036.html(最后访问时间:2011 年 1 月 31 日)。

细则,标志着国民待遇条件下的中国金融时代已经到来。

条例将外国银行在中国本地注册成立外资法人银行(包括外商独资银行和中外合资银行)作为政策鼓励的导向。外资法人银行在市场准入、监管、业务范围等方面基本享受与中国商业银行相同的待遇;而未在中国境内注册为法人的外国银行分行则受到一定限制。在最为关注的人民币零售业务方面,外资法人银行和外国银行分行虽然都能够从事吸收公众存款业务,但是外资法人银行在这方面没有任何限制,而外国银行分行则不得吸收中国境内公民低于100万元人民币的个人存款,而且不得从事银行卡业务(包括贷记卡和借记卡业务)。因此,银联案涉及的只是那些外资法人银行,因为只有这些银行才有资格在中国开展银行卡业务。

GATS第16条规定了服务贸易市场准入的一般原则:“(一)对于通过第一条确认的服务提供方式实现的市场准入,每一成员对任何其他成员的服务和服务提供者给予的待遇,不得低于其在具体承诺减让表中同意和列明的期限、限制和条件。(二)在做出市场准入承诺的部门,除非在其减让表中另有列明,否则一成员不得在其一地区或在其全部领土内维持或采取按如下定义的措施:……(e)限制或要求服务提供者通过特定类型法律实体或合营企业提供服务的措施。”第17条第1款就有关服务贸易国民待遇做了这样的规定:“对于列入减让表的部门,在遵守其中所列任何条件和资格的前提下,就任何影响服务提供的措施而言,每一个成员给予任何其他成员的服务和服务提供者的待遇不得低于其给予本国(地区)同类服务和服务提供者的待遇。”第28条“定义部分”规定,“商业存在”指任何类型的商业或专业机构,包括为提供服务而在一成员领土内:“(i)组建、收购或维持一法人,或(ii)创建或维持一分支机构或代表处。”此外,第20条第2款规定,与市场准入条款和国民待遇条款不一致的措施应列入市场准入条款项下,所列内容也视为对国民待遇规定了条件或资格。

中国入世议定书附件九(服务贸易具体承诺减让表第2条——最惠国待遇豁免清单)对银行服务做了如下承诺:服务提供方式包括GATS第1条第2款(c)项所指的“商业存在”。在银行业务范围方面,开放“接受公众存款和其他应付公众资金”;“所有支付和汇划服务,包括信用卡、赊账卡和借记卡、旅行支票和银行汇票”。在市场准入限制方面,附件九明确规定:“对于本币业务,……加入后5年内,允许外国金融机构向所有中国客户提供服务。”“中国金融部门设立的批准条件仅仅是出于审慎性目的(即不含经济需求测试或营业许可的数量限制)。加入后5年内,应取消(外国金融机构)所有权与经营范围的限制,以及对外国金融机构法律形式的任何非审慎性限制措施,包括关于内部分支机构和营业许可的措施。”在国民待遇限制方面,附件九规定:“除关于本币业务的地域限制和客户限制(列在市场准入栏中)外,外国金融机构可以同外商投资企业、非中国自然人、中国自然人和中国企业进行业务往来,无个案批准的限制或需要,其他方面也没有限制。”^[60]随着五年过渡期的结束,国民待遇中关于“本币业务的地域限制和客户限制”的规定已经失去了意义。

银联案争议的焦点是外资银行加入银联系统必须“经检测符合中国银联制定的银联卡业务规则和技术标准,并与中国银联签署协议”,而国内的金融机构则由中国银联代表统一向ISO申请代码,并纳入银联系统。银联之争背后是巨大的经济利益,因为只有带有银联标记的银行卡才可以在许多国家和地区消费。目前,银联卡国内持有量已突破21亿张,并在境外83个国家和地区实现受理。^[61]

[60] World Trade Organization. I. Horizontal Commitments. Part II-Schedule of Specific Commitments on Services. List of Article II MFN Exemptions. Report of the Working Party on the Accession of China [R]. Geneva: World Trade Organization, 2001.

[61] 参见中央电视台2010年1月18日新闻联播:胡锦涛总书记亲切视察中国银联。

没有加入银联系统的外资银行，其发行的借记卡只能在中国境内进行人民币支付，若要在境外支付，只能通过其发行的信用卡进行外汇支付。这之间的差别是显而易见的，因为，中国消费者在境外用外汇消费，到时还需要用人民币购买外汇结算，如果持人民币银联卡在境外银联网络刷卡消费，可直接实现外币和人民币的转换，减少货币兑换的麻烦，节省货币兑换费用。

既然中国政府在入世的时候已经明确承诺过渡期结束后，外资银行可以“接受公众存款和其他应付公众资金”；“所有支付和汇划服务，包括信用卡、赊账卡和借记卡、旅行支票和银行汇票”，同时在国民待遇原则指导下，外资银行可以与中资银行一样向境内外企业和个人提供各类人民币业务，有关部门就不应该对从事银联业务的企业内外有别。既然入世议定书附件 9 明确承诺“中国金融部门设立的批准条件仅仅是出于审慎性目的（即不含经济需求测试或营业许可的数量限制）”，金融机构在向 ISO 申请了代码之后，申请加入银联系统就无需再经过中国银联制定的银联卡业务规则和技术标准的测试。因此，尽管外资银行在中国的准入限制已经取消，但是如果其从事的业务未能与境内金融机构享受同等待遇，这也是违反国民待遇的表现。之所以出现这种现象，这是部分行业对全球化背景下的多边贸易体制缺乏足够认识以及受传统思维模式影响所致。^[62]

四、结语：在经济全球化中不断完善中国法制

经济全球化是人类社会发展的大势所趋，融入经济全球化是我国改革开放至今的必然选择。WTO 规则规制的对象是政府管制贸易的行为，触及的却是整个中国的政治体制和经济体制。WTO 规则的基础是市场经济，规制的目标是各成员进一步开放进出口贸易和加强贸易中的知识产权保护。经过三十多年的不懈努力，我国的法制建设从无到有，基本形成了具有中国特色的法律体系。但是这些成就的取得是相对于我国自己原有的体制和制度而言，并不意味中国的法制建设已经与 WTO 规则完全接轨。法制建设包括立法、执法和守法多个层面。市场机制的培育和知识产权的保护，这除了制度的建设，还需要得到民众对这些制度的认同。因此，在经济全球化进程中不断完善中国法制，这仍然是一项长期而艰巨的任务。

（责任编辑：李迎捷）

^[62] 中国银联在其官方网站上列举的开发银联系统意义第三点指出：“发行和推广银联标准卡，创建自主银行卡品牌，是国内各成员机构创建各自品牌的前提和基础，有利于增强国内银行卡产业凝聚力，增强产业实力，共同应对境外机构的竞争和挑战。”参见前注[59]。