

WTO的争端解决机构对“政府行为”和“私人行为”的界定
PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022_WTO_E7_9A_84_E4_BA_89_E7_c122_483886.htm WTO作为政府间组织，它的

所有协议旨在规范并力图削减一国政府实施干预世界贸易的措施，创造平等充分竞争的市场条件。私人(包括非赢利性的商会、行业协会等其他社团，赢利性的商事组织，自然人)不是WTO协议的直接权利义务主体，不受WTO协议约束

。WTO成员方也不能就私人行为向WTO的争端解决机构(Dispute Settlement Body)提起诉讼。理论上，根据WTO协议的基本原则，WTO的成员国实施的任何政府行为(措施)，无论该行为是否与WTO协议相抵触，只要另一个成员国认为该政府行为使它在WTO协议项下直接或间接获得的利益正在丧失或减损，它就有权向WTO的争端解决机构(DSB)提起诉讼。但实际上，政府行为和私人行为的界线有时非常模糊。如何界定政府行为和私人行为?WTO的协议并没有提供现成的答案，只有通过分析DSB审理的案件报告来寻找规则。案例(1)美国诉日本政府胶卷和相纸措施案指导性介入 1998年4月22日WTO的争端解决机构(DSB)通过了该案的专家组的报告。在该案中，原告美国政府提出，被告日本政府的一系列措施限制了外国胶卷和相纸进入日本市场。日本政府抗辩说，那些措施都不具有法律强制力，仅具指导性，是否遵守是企业自主选择的。美国产品进入不了日本市场是日本企业的私人行为而不是政府行为的后果。因此主张美国政府无权提起诉讼。该案的专家组裁定：可诉的政府行为不但包括一国政府订立的具有强制力的法律和规章，也包括其他非强

制性的措施。 专家小组注意到，日本政府有时会对私人企业发布“行政指导”，这些“行政指导”的种类很多，有时构成了对正式的政府措施的替代。虽然表面上受到“行政指导”的企业在法律上没有义务执行，但企业不得不考虑政府的权力，政府毕竟不同于一般的决策指导者建议者；虽然“指导”不具有强制力，但政府在发布“指导”同时通常会提供“引诱措施”，即明示或暗示企业遵循指导会得到某种好处，这也对企业抉择产生影响；日本企业在做出选择时通常会面临“同行压力(peer pressure)”，即同一行业的其他企业对“指导”的态度，这种同行压力可能会迫使企业做出非自愿的选择；事实上日本企业通常都按照“政府指导”行事。专家小组认为，虽然本案涉及的“指导”表面上不具有法律约束力，但由于“指导”含有激励因素，而且考虑政府权力对私人决策的影响，“政府指导”实际上取得了与强制性规定相同的效果。 该案表明：由于政府措施的形式是错综复杂的，DSB在考虑具体政府行为的可诉性时注重分析：(1)该政府行为可能会产生的影响而不是措施的表面形式；(2)该政府行为是否有引诱性或抑制性内容；(3)该种政府行为方式是否经常使用以及企业的通常态度。 如果一项表面不具有非强制性的政府措施包含了充分的鼓励或抑制性因素，使企业以某种方式行为或不行为的话，那么无论该措施的目的是否实现，该措施都可能对市场准入的竞争条件产生了消极影响，因此是可以向WTO提起诉讼的。 案例(2)欧共同体诉日本政府限制硅晶片出口价格案间接性介入与上案不同的是，在欧共同体诉日本政府采取系列措施限制日本企业对欧共同体出口硅晶片价格一案中，日本政府并没有出面采取强制性或指导性措施，

企业遵从的是行业协会的指导计划。该案的专家小组注意到，在发展和执行政府的工业政策时，日本政府在很大程度上依赖不同类型的准政府组织，如公平贸易局、咨询协会、研究会、调查协会、商会等。日本政府依靠这些组织与企业之间建立并存在特殊联系；日本的政府行政体系可以使政府不通过强制性命令的方式就可以对企业施加最大的压力，从而迫使企业从事或不从事某种行为。这种压力可以通过上述中介性质或民间性质的组织来向具体企业实施；另外，在政府鼓励企业进行“协调一致”的调整的情况下，日本企业还面临着很大的同行压力，希望自己能够和同行保持一致。专家小组认为，尽管日本政府在本案中并没有以政府名义采取任何措施，但政府通过一系列复杂措施形成了一个内在的体系，限制了企业对欧共同体出口的硅晶片的最低价格。该案表明：DSB在分析具体案件时注重的是政府一贯行政方式的特点和措施的实际效果而不是政府或私人的主观动机。或者说DSB采取的是“过错推定”。只要政府介入私人行动达到一定程度，或者企业和政府之间的间接联系达到一定程度，那么政府就要对私人行动的后果负责。案例(3、4)印尼与加拿大政府汽车工业措施案独立采取的私人行为如果政府并没有介入企业行为，即政府措施与其后的企业行为没有直接关系的情况下，企业采取了歧视性的行为影响了国际贸易，但企业是根据自身利益上的商业考虑行事的，在这种情况下政府是否要负责？DSB在1998年和2000年通过的印尼政府和加拿大政府有关汽车措施的报告中对这个问题做了回答。1998年7月23日DSB通过的日本、欧共同体、美国诉印尼采取影响汽车工业措施案中，印尼制定了一系列措施鼓励本国汽车业的发展。

展，并对符合条件的汽车生产商进口的汽车实行零关税奖励。但符合条件的那家公司只进口一家韩国汽车公司的汽车，因此美、日、欧三方相继对印尼提起诉讼，称印尼的鼓励措施是给韩国汽车关税优惠，违反了WTO的最惠国待遇条款。在另一个案件中，加拿大政府也实施了一项优惠措施，对四家符合某些条件的国内企业进口的汽车免征关税，而这四家企业也只进口与自己有关联的外国公司生产的汽车。两个案件中的被告都抗辩称，政府采取的产业鼓励政策是WTO协议所允许的。另外，政府并没有限制私人企业只能进口某国的产品，不同国家的相似产品享受不同的进口税率，这完全是私人商业选择而非政府措施的后果，因此政府措施是不可诉的。专家小组认为，进口汽车享受零关税还是200%的高关税取决于被告国内的私人企业是否与国外的汽车出口商存在交易关系。尽管政府没有干预或影响私人企业的行为，但是在GATT / WTO系统下，其他相对成员方的权利的实现不能依赖于被告成员国国内的任何私人订立的合同，不能以私人的合同为条件，甚至不能受到私人合同的一丝影响。如果被告成员国许诺承担某些义务，作为从原告那里获得利益的交换，那么它不能享受了利益后却说自己无法履行义务的原因是国内的私人行为。专家小组认为，这并不是说政府在提供优惠性措施时不能设置条件，而是设置的条件不能存在事实上的歧视一部分成员方的后果。这二个案件的专家小组的报告表明，DSB倾向于给政府施加一项义务，即政府在采取措施时必须考虑措施可能带来的后果是否与自己的国际义务相违背。如果情况表明政府可以预见到其将实施的某项措施可能带来的后果，那么一旦这一后果产生，政府就必须对此后

果负责。在上面的两个案件的事实分析中，专家小组就突出了这样的事实，即尽管私人企业的行为是出于自身商业利益的考虑，但政府可以预见这种行为的后果。因此，政府在给予优惠政策的同时也有义务遵循自己的国际承诺，只要事实情况表明这种优惠措施的后果是可以预见的。DSB裁决背后的政策考虑 如果分析DSB报告的原文，就不难发现DSB在分析案情和解释适用法律规则上遵循着英美判例法的分析思路。许多英美法系的法官和学者都认为，“法律中复杂的定义、因果关系规则只是法官和法律专家们发明的标签，是用来确定责任范围的工具罢了”。因此在理解DSB对“政府行为”和“私人行为”界定时的倾向时，分析裁决背后的政策因素无疑对理解裁决原文是有益的。在解释含义模糊的WTO条文时，DSB考虑的政策之一是：实现WTO的目的和宗旨，促进全球经济自由化和资源有效配置。这是一个总原则，可以适用到任何DSB裁决的报告中。这个原则是整个WTO体系的基石。但这个原则太笼统。因此需要考虑的政策之二就是：如何将总原则应用到具体案件中，毕竟WTO没有授予DSB的专家小组和上诉机构英美法院的法官们那样的自由裁量权。正如美国法学家庞德所说的，法院在裁判时所依据的尺度只能是法律的主流思想而不能超前或滞后，DSB在政策把握尺度上的标准也只能是国际社会的主流思想，既不能显得太激进也不能显得太保守。如果太激进，就可能被认为干涉了成员方主权国家的主权。太保守，则成员国也会对DSB维护WTO体系健康运转的能力失去信心。这就需要DSB考虑第三个方面的政策，即总原则确定不变，根据每一个具体国家的特点对具体案例都进行区别分析，尽量找出不同点。让每

一个诉到DSB的成员方感到WTO的争端解决机构确实是根据具体案件的不同情况而适用法律并做出适当裁决的。而不只适用所谓的放之四海的总原则。自成立以来，DSB已经通过了50多个专家建议和裁决。面对动辄数百页的报告和裁决，当事成员国并没有什么把柄可抓。除了DSB的法律专家们精湛的法律功底外，也是由于专家们正确地把握了法律背后的政策因素。DSB的界定标准对我国可能产生的影响从以上案例中不难看出，在对“政府措施”的界定上，DSB不但对可诉的政府措施的外延做出扩展性解释，尽量将尽可能多的争端纳入WTO的争端解决体系下，而且，DSB倾向给成员方政府施加一项义务，即在制定实施一项政府措施时，政府应当考虑到现存的社会和私人因素的介入可能造成的影响，以及这一影响对成员方政府承担的国际义务是否相抵触。在入世前，我国政府以及参照WTO的有关规则修改、废除了数以千计的法律法规，并组织各级政府部门研究学习WTO的有关规则，目的是防止明确违反WTO规则和义务的政府措施的出台。但入世后如何依WTO的“法”行政，需要做的工作确实很多。按照DSB对可诉的政府措施的界定标准，针对我国的具体情况，以下问题值得我国政府考虑。(1)机构改革产生的行业协会问题 我国政府就已经采取了许多转变职能和改革机构的重大决策，培育和发展了大量市场中介组织，相当多的行业协会、商会替代了原来的政府职能。但很多国家级协会、商会的前身都是原来的国家部委、局。例如在2001年2月国务院就撤销了9个国家局，把它们改组为国家级行业协会。它们的共同特点是领导由政府委派、按行政区域逐级设立而非自发成立、部分经费来自行政拨款、行政色彩浓而服务意识差

。有的协会和商会甚至还具有部分强制性职权。这样的私人组织不同于那些随着市场发展自发形成的行业协会和商会，今后它们的行为很可能被DSB裁定为政府行为，要求政府对这些已经是非政府机构的私人组织承担责任。今后，政府应当淡化与这样的行业协议、商会间的行政联系，让它们在财务和人身上彻底独立，把它们推向市场。这些行会也应当转变工作方式、增强服务意识，在会员企业和政府间发挥应有的沟通、服务、监督、公证等职能。另外，逐步培养和政府的“相对对抗性”。

(2)具有垄断地位的进出口企业问题 如果一个企业有能力通过买卖影响控制一国某种产品的进出口，它的行为也可能被DSB裁定由政府负责。这样的企业即是GATT17条下的“国营贸易企业(State - Trading Enterprise)”(注：很多书中都这样翻译，如对外经济贸易合作部国际经贸关系司翻译的《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》。赵维田所著《世贸组织的法律制度》一书认为，“国营企业”的译法不妥，因为GATT17条并没有规定State - Trading Enterprise必须是由国家所有、经营的。译为“国营企业”确实会引起一般不了解WTO具体条文的读者的误解。)根据GATT第17条以及WTO在1994年通过的对该第17条的谅解，如果政府采取的某项措施赋予一个企业上述垄断控制地位，那么该企业必须受GATT17条的通知义务和实体义务约束。一国必须向其他成员方履行告知义务，告知这类企业的存在和它们的行为，这是对政府透明度要求；另外，该国政府必须保证这类企业在行为时遵循WTO项下的非歧视义务。在我国，目前具有进出口垄断地位的企业基本上是国有企业，而且其中有的企业还存在与上述行业协会类似的问题。如何

处理政府与这样的企业之间的关系，如何监督这样的企业的商业行为，现在DSB的判例中还没有与GATT17条相关的案例。但今后在对政府措施和私人行为的界定问题上，GATT第17条也很可能被DSB所引用，成为衡量一个成员方实施的政府措施是否违约的一个标准。在这个问题我国政府应当未雨绸缪，有关的进出口商会和协会更要发挥监督和沟通作用。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com