

防范“贸易争端”于未然 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E9_98_B2_E8_8C_83_E2_80_9C_E8_c122_484094.htm 文#8226.陈发云 江苏金鼎英杰律师事务所 何为“贸易争端” 贸易争端，根据美国Black法律词典，系指国与国之间由于关税或与国际商务有关的其他事务引起的一种冲突或争执。起因是“关税或与国际商务有关的其他事务”。在世界贸易组织(下称“WTO”)背景下，由于乌拉圭回合《建立WTO马拉喀什协定》(下称“WTO协定”)涵盖范围空前广泛，不仅包含了货物贸易，而且包括服务贸易及知识产权贸易，起因的内涵与外延远远超出“关税或国际商务”，因此，入世后贸易争端系指国与国之间，特别是WTO成员之间，由于货物贸易、服务贸易及知识产权贸易引起的一种冲突或争执。具体来说，当一WTO成员采取了一项贸易政策措施或者某些措施，被一个或多个WTO成员认为违反WTO协定或未能履行义务，争端即告产生。通常，如果贸易争端在WTO成员当地无法及时得到法律救济，则受损害成员会将贸易争端提交WTO争端解决机构(下称“DSB”)裁决；或者受损害成员不经过当地法律救济，径直将贸易争端提交WTO DSB裁决。如欧盟3286 / 94贸易壁垒条例和美国1974年贸易法第301条款均规定欧盟、美国企业与个人在其他WTO成员国受到损害且无法得到法律救济时，可以请求政府出面，启动WTO争端解决程序。入世后“贸易争端”案由分析理论上讲，提起WTO贸易争端纠纷申诉并不是基于违反WTO协定的理由，而是看成员在WTO《争端解决程序与规则谅解录》涵盖的协定项下应得利益是否受到

抵消或损害，或者任何目的的实现是否受到阻碍。与一般国际争端解决机制截然不同的，申诉不是把违反协定义务或规则的不法行为当作对象，而是把“抵消或损伤”协定利益，妨碍协定目的的实现作为出发点。之所以这样，是由于WTO成员害怕好不容易谈判得来的利益遭到其他成员关税或非关税措施影响而功亏一篑。事实上，1947年《关贸总协定》(下称“GATT”)第23条设计了2种案由6种申诉。实践中，只有两种申诉被广泛采用，即利益被抵消或损伤的“违反之诉”与“非违反之诉”。据统计，GATT四十余年200多宗案件中，利益被抵消或损伤的“违反之诉”占90%；而利益被抵消或损伤的“非违反之诉”仅为8%；目的实现遭妨碍之诉也只有3件。鉴此，笔者在本文中探讨的贸易争端主要指利益被抵消或损伤的“违反之诉”之贸易争端，即由于中国立法、行政及司法方面与WTO协定及中国的入世承诺可能有差距，甚至相悖，导致成员在WTO《争端解决程序与规则谅解录》涵盖的协定项下应得利益受到抵消或损伤，且利益受损方在中国未能获得法律救济，因此提请WTODSB裁决的贸易争端，或者利益受损方未在中国国内进行法律救济，径直提请WTODSB裁决的贸易争端。入世后“贸易争端”之成因在2002年12月10日入世周年之际，中国顺利通过了WTO总理事会的过渡性贸易政策审议。它表明，中国在改革开放、履行加入承诺方面所做的工作及所取得的成绩，受到WTO成员的普遍认同与充分肯定。尽管如此，对照中国加入WTO法律文件，政府在立法、行政、司法方面所做的努力仅仅是“冰山一角”，还存在着较大差距。第一，清理“法律、法规及其他措施”的广度、深度不够。《中国入世议定书》第2条

第(A)2款规定，“中国应以统一、公正和合理的方式适用和实施中央政府有关或影响货物贸易、服务贸易、与贸易有关的知识产权或外汇管制的所有法律、法规及其他措施以及地方政府发布和适用的有关或影响货物贸易、服务贸易、与贸易有关的知识产权或外汇管制的地方性法规、规章及其他措施(通称‘法律、法规及其他措施’)”。第(A)3款进一步规定，“中国地方各级政府的地方性法规、规章及其他措施应符合在《WTO协定》和本议定书中所承担的义务。”据此，与货物贸易、服务贸易、与贸易有关的知识产权或外汇管制有关的“法律、法规及其他措施”，无论是中央政府颁布、实施，还是地方政府颁布、实施，均应当遵守中国加入WTO法律文件。迄今为止，中国政府已进行了大量的清理，但远远不够。主要表现在：其一，大量与贸易有关的行政管理方面类似“法令、命令、指令、行政指导及临时和暂行办法”的“红头文件”还存在。如各级政府及其部门、直属机构、临时机构制发的文件，包括密级红头文件、内部文件、办公会议纪要、决定、命令等。多数的“红头文件”为推进改革、发展经济、维护秩序、服务社会立下过汗马之功，但也有部分“红头文件”，为强化地方、部门利益的刚性，闯红灯、越雷池，为所欲为。很显然，它们应当在清理之列。然而，鲜有公开报道称，清理了多少“红头文件”。笔者近期在苏南调研时，听到企业抱怨最多事项之一就是“红头文件”，他们认为政府的一些职能部门作为或不作为时，常常提及依据某号文件或上级主管部门规定，但又不向企业出示。其二，目前见诸报端的清理法律法规，基本上均是到省市级为止，而县、乡镇二级政府很少提及。众所周知，在中国，基础

的行政管理始于这两级政府，大量的“红头文件”也出自这两级政府，不少带有严重地方保护主义的贸易政策，如禁止销售外地产啤酒、大米等，都源于这两级政府。因此，不清理或很少清理这两级政府的“红头文件”，是不符合中国加入WTO法律文件要求的。第二，“法律、法规及其他措施”的“透明度”，尚待进一步完善。对于透明度，中国政府在加入议定书第2(c)条中承诺：一、中国只执行已公布的且其他WTO成员、个人和企业可容易获得与贸易有关的法律、法规以及其他措施；二、中国应设立或指定一官方刊物用于公布所有与贸易有关的法律、法规及其他措施；三、中国应设立或指定一咨询点，应任何个人、企业或WTO成员的请求，在咨询点可获得要求予以公布的法律、法规以及其他措施的所有信息。对照上述承诺，不难看出中国在透明度问题上，尚需进一步完善。首先，如前所述，政出多门的“红头文件”仍然大量存在，司空见惯。其中，不少是与贸易有关的。这些文件公布的范围有限，甚至根本就没有公布，也没有法定的公布程序和公布方式。其次，企业、个人不容易取得法律、法规及其他措施。笔者在江苏苏南调研时就碰到这样一件事，AMD苏州公司是一家以生产快速存储器为主的美资跨国公司，坐落在苏州工业园。2001年底，国家认证认可监督管理委员会曾发布过一个有关强制性产品认证的通知。根据该通知，相关规定在2002年5月1日正式实施，而企业没有接到任何相关文件，对此一直蒙在鼓里，直到后来有关部门发出培训通知才知道此事。此前，公司已从国外进口了一批产品，由于该批产品在强制认证的目录内，因此，公司不得不退回，为此公司蒙受了不少的损失。此例中，如果该企业能

够及时取得通知，损失应当能够避免。最后，法律、法规以及其他措施的公布多渠道、不统一，使企业、个人无所适从。法律、法规以及其他措施，无论其是否与贸易相关，由于其制定层次、效力的多样性，使得它们的公布渠道五花八门，很不统一。如从上至下，有全国人民代表大会常务委员会公报、国务院公报、各部委公报、全国范围内发行的报纸、地方人民代表大会常务委员会公报和在本行政区域范围内发行的报纸。此外，还有各级政府的职能部门以及社会组织分别出版的一些报纸、刊物。所有这些媒体均可登载法律、法规及其他措施，这样，企业、个人如想全面了解中国的法律、法规及其他措施，面对众多的媒体，毫无疑问会茫然不知所措。当然，中国根据WTO要求，已将外经贸部的《中国对外经济贸易文告》作为指定官方刊物，用于公布所有与贸易有关的法律、法规及其他措施。然而，法律、法规及其他措施是否“与贸易有关”，有时很难界定，如出现交叉，仍然在前述媒体上公布，而不在外经贸部的《中国对外经济贸易文告》上公布，笔者认为，仍然违反了WTO的透明度原则。

第三，非歧视方面差距尚存，亟待改变。其一，不公正、公平的差别待遇依然存在。WTO的非歧视原则，主要包括最惠国待遇原则及国民待遇原则。前者解决国境外成员的平等待遇问题，后者解决国境内内、外投资者的平等待遇问题。应当说，中国所有法律法规及其他措施，对于所有来自境外的主权成员或单独关税区如香港、台湾均一视同仁，不存在厚此薄彼的问题。但在后者，即外资企业的国民待遇问题仍然存在，如市场准入方面，国家计委、经贸委、外经贸部于2002年3月11日发布了《外商投资产业指导目录》，该目录

将投资的领域分为鼓励、限制和禁止三大类。属于政府鼓励的一些投资领域如农业、基础设施建设等，由于缺乏相关的法律保障和配套政策，投资者感到较难操作；制造业的许多限制类项目仍带有计划经济的痕迹，如国内已经能够生产并满足需要的产品，限制外资的进入。还有，虽然外资企业法允许外资在服务业投资，但是在这方面的投资仍然受到内部规则限制，有些领域明令禁止外商投资。此外，国务院于2002年4月12日公布的《指导外商投资方向规定》在鼓励、限制、禁止类项目方面，除列举了一些项目外，最后一条无一例外的是“法律、行政法规规定的其他情形”。这种“原则性条款”规定，明显具有任意性、模糊性特点，虽然在中国其他法律法规中比比皆是，然而，对外资来说，无疑增加了投资环境的不确定性。其二，形形色色的贸易壁垒仍然没有完全撤除。WTO要求尽量减少和消除贸易壁垒，以实现最大限度的贸易自由，而这方面中国仍然存在差距，突出表现在以下两方面：行政审批制度大量存在。行政审批是中国行政机关依法对社会、经济事务实行事前监督管理的一种重要手段，但随着中国加入WTO，现行审批制度的弊端日益明显：一是审批事项过多过滥，审批环节多，时间长。某些地方，一部电梯投入运营也要盖上几十枚大红印章即是一例。二是审批行为不规范，自由裁量权过大，办事不透明。与妨碍外贸自由的关税壁垒相比，在关税总水平逐步降低的情况下，妨碍内贸和内部投资自由的障碍主要是这些道道设关、层层设卡的行政审批，日益泛滥的行政审批不可避免地妨碍了内资、外资的贸易、投资、经营自由。笔者在江苏无锡就遇到这样一件事，代理一家世界著名晶牌轿车销售的某外资代

理商欲在江苏无锡、苏州、浙江宁波同时设立外商独资汽车维修服务有限公司。通过前期谈判，该代理商在浙江、苏州均获准设立独资汽车维修公司，唯独在无锡未获批准，原因是在当地外经委已同意的情况下，工商局就是不批准。按照《外资企业法》的规定，外资企业的审批机关是外经贸机关，而不是工商局，工商局作为公司登记机关，能够阻止某企业的设立，足以说明行政审批泛滥的危害性。地方保护主义仍然根深蒂固。地方保护主义在中国是一大特色，其表现形式多种多样。不仅妨碍了相应地域外部企业、个人进入该领域活动的自由，而且也妨碍了相应地域内部企业、个人与外部交流、互动的自由。如果扩大到国际层面，就变成典型的国际贸易保护主义，因此，它严重违反WTO的歧视性原则。

第四，司法审查方面。司法审查是现代法治国家普遍采用的一项法律制度，WTO法律文件如《关税与贸易总协定1994》，《反倾销协议》、《服务贸易总协定》、《与贸易有关的知识产权协议》等都对司法审查作了明确规定。《中国加入议定书》第2条(D)款要求，中国应当对于所有与《1994年关贸总协定》第1条第1项、《服务贸易总协定》第6条和《与贸易有关的知识产权协定》相关规定所指的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定的实施有关的所有行政行为，进行司法审查。中国的司法审查规定主要体现在《行政诉讼法》、《行政复议法》、《专利法》、《商标法》以及最高人民法院《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》、《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》、《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》等法律法规中。然而，与中国加入WTO的法律文件关于司法审查的要求相

比，尚存在下列不足之处。其一、抽象行政行为不可诉与WTO司法审查相悖。WTO的司法审查的可诉权范围要高于中国的司法审查，它表现在：一是行政终局裁决行为的可诉权；二是抽象行政行为的可诉权。对于前者，中国在修改《专利法》、《商标法》时已增加司法审查规定，如新修正的《专利法》规定，专利申请人对专利复审委员会的复审决定不服的，可以自收到通知之日起三个月内向人民法院起诉；《商标法》、《反倾销反补贴条例》等也有类似规定。当然，仍然存在着部分行政终局裁决行为无法进入司法审查的可能。对于后者，中国《行政诉讼法》第12条规定，行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令，不属于司法审查范围。被称为中国第一部与WTO“接轨”的贸易案件审理司法解释《国际贸易行政案件规定》中也规定，只有“具体行政行为”可以起诉。中国承诺，将修改其有关法律、法规，以便与《WTO协定》和议定书关于行政行为的司法审查要求相一致。至今，没有见到对于《行政诉讼法》第12条的修改。很显然，这种将抽象行政行为排除在司法审查范围之外的做法是不符合WTO关于司法审查的规定的。其二，司法审查机关缺乏公正和效率将直接导致贸易争端的产生。西方有两句法律格言，一是“公正要能看得见”，二是“迟来的公正不是公正”。它形象地反映出司法机关的“公正与效率”的重要性。在此方面，中国司法审查机关目前的现状令人堪忧。一方面，按照最高法院《国际贸易行政案件规定》，肩负中国司法审查之责的机关是全国各地中级人民法院，而法院目前的体制，它将很难保证客观公正。第一，独立审判很难得到保证。表现在：一是在法

院外部，地方人大、党委实践中干预具体审判是人所共知的事实。2002年初江苏省宿迁市委曾颁布一项规定，其精神是党不干预具体审判工作。此举结果如何不得而知，但当时确实在全国引起不小的轰动。它侧面反映了审判遭干预的状况；二是在法院内部，独任审判、合议庭往往会受到庭长、分管院长、院长乃至审判委员会的干预；三是实践中，下级法院动不动就请示上级法院如何办案，上级法院一旦就某案给过具体意见后，该案就成“铁案”，当事人上诉“翻案”比登天还难。这种事实上的二审并一审司空见惯，公正犹如“雾里看花”。

第二，法官的素质是公正的关键所在，毕竟内因是决定因素。曾有报道称，在中国12万律师队伍中，能够从事涉外业务的律师仅为2000人，而法官队伍中有多少人能够从事涉外业务，因无此方面公开数据，不得而知，但从最高法院领导人的一些讲话中可以推断出，中国还是紧缺处理关于WTO纠纷的法官的。因此，在面对WTO新形势，特别是司法审查的重任时，期望不懂WTO法律的法官来维持公正是不现实的。素质低下的另一个后果是低效率，这将不可避免地导致贸易争端的产生。众所周知，WTO争端解决机制十分重视纠纷解决的效率，案件审理少则1年，多则15个月。而相比之下，中国的《行政诉讼法》、《民事诉讼法》均对涉外案件无审限规定。虽然两部法律主要是从审理涉外案件的实际出发，考虑到国际司法协助、对涉外当事人诉讼文书的送达、文书的翻译等的特殊性，为达到确保当事人诉讼权利的目的，但没有效率的意识，案件过分的久拖不决，不但严重损害中国法院的公信力，而且会直接导致成员企业或个人不再选择当地司法审查救济或者绕开当地司法审查救济，请

求其政府出面，向WTO提起贸易争端之诉。(中国律
师2004\6) 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