

中欧贸易壁垒调查立法比较研究

蔡从燕

内容提要 在欧共体,《贸易壁垒条例》是实施“市场进入战略”贸易政策的重要工具。在我国,《对外贸易壁垒调查暂行规则》的发布,为消除国外贸易壁垒对我国出口贸易的影响,促进对外贸易的正常发展提供了重要法律依据,对于有效维护贸易参与人的正当利益,开拓国际市场也将产生深远影响。《暂行规则》对《贸易壁垒条例》多有借鉴,但前者在实体与程序规则两方面仍然存在诸多不足,进一步的贸易壁垒调查立法应该考虑对此加以完善或纠正。

关键词 中欧 贸易壁垒 调查程序

随着发展中国家经济实力的加强,发达国家在世界经济中获取利益的目的将越来越难以达到,采取贸易壁垒手段来达到获得经济利益、减轻来自发展中国家竞争压力的做法将越来越普遍。就我国而言,近年来,一些国家利用各种做法对进口或外来投资设置种种壁垒措施,已经成为制约我国出口和对外投资发展的主要因素之一。2002年9月23日,原外经贸部(现商务部,以下均称商务部)发布了《对外贸易壁垒调查暂行规则》(下称《暂行规则》)。《暂行规则》借鉴了欧共体的相关法律实践。本文拟从比较法角度考察欧共体贸易壁垒调查法律实践,据此分析《暂行规则》存在的不足,并提出完善我国贸易壁垒调查立法的若干建议。

一、欧共体贸易壁垒调查法律实践的基本情况

欧共体贸易壁垒调查立法始于1984年欧共体理事会制定的《关于特别针对不当商业做法强化共同商业政策的条例》,该条例通常被称为“新商业政策工具”(New Commercial Policy Instrument, NCPI)。尽管NCPI被认为是“在非欧共体成员国市场上保护欧共体贸易利益的第一部欧共体法律”,但实践表明,NCPI并没有取得预期效果。鉴此,欧共体理事会于1994年12月发布了《贸易壁垒条例》(Trade Barrier Regulation, TBR),对NCPI做了重大修改。主要包括:实体方面,扩大了TBR的适用范围,即从货物贸易扩大到服务贸易与知识产权领域;以“贸易壁垒”取代“不当贸易做法”;新增“不利贸易影响”作为独立的申请理由。程序方面,新增所谓之“第三套程序”,为欧共体企业提供救济机会。TBR从1996年1月1日起正式实施。

欧共体理事会制定NCPI立法系受美国贸易法“第301条款”的启发。欧共体认为,为“捍卫共同体在有关国际机构,特别是关贸总协定中的合法权利”,“确保共同体在贸易政策的管理中能如同其贸易伙伴一样迅速有效地采取行动”,“需要加强共同贸易政策,尤其是已有规则未能调整的领域”。程序方

黄卫平、程大为:《发达国家贸易壁垒分析:发展中国家的思索(二)》,载《国际贸易问题》2001年第4期。

I. V. Bael & J. F. Bellis, *Antidumping and Other Trade Protection Laws of EEC*, 2nd edition, Tax Business & Law Publishers, 1990, p. 331. Council Regulation (EC) No13286/94 of 22 December 1994, Preamble.

对TBR与NCPI间区别的介绍,参见余敏友:《欧共体贸易壁垒条例(TBR)评述》,载《外国法译评》2000年第1期。

有学者担心,欧共体可能滥用TBR程序,对被调查国家特别是发展中国家施加压力,从而使TBR演变成为一种贸易障碍。See Drew Sundberg & Edwin Vermulst, *The EC Trade Barriers Regulation: An Obstacle to Trade?*, *Journal of World Trade*, Vol. 35, No. 5, 2001, p. 1005.

面,NCPI 首先旨在为私人投诉非欧共同体成员国采取不当商业做法提供救济途径,以便为欧共同体采取行动提供依据。其次,推动欧共体积极利用 GATT 争端解决机制及根据 GATT 1947 年第 19 条寻求补偿。从成员国与共同体关系看,NCPI 旨在解决成员国与共同体在执行共同商业政策方面的权限划分。

应指出,自 1996 年起,欧共体推行了极具进攻性的市场进入战略(Market Access Strategy),该战略指出 TBR 是实现欧共体市场进入战略的一种手段,从而强化了 TBR 的公共政策指南与目标。

实践表明,TBR 的实施情况要好于 NCPI。随着对 TBR 的熟悉,其实施将日益频繁,对于保障欧共体行使基于有关国际条约或协定项下有权获得的权利或利益,影响有关国家的贸易政策与立法,扩大市场准入及强化市场竞争力将发挥更大作用。

二、中欧贸易壁垒调查立法比较研究

(一)立法目的与适用范围

按 TBR 第 1 条规定,TBR 旨在确保共同体行使国际贸易规则赋予的权利。其立法目的有二:第一,“对于对共同体市场造成影响的贸易壁垒作出反应,并消除由此造成的损害”;第二,“对于在非欧共同体成员国市场上造成影响的贸易壁垒作出反应,并消除由此造成的不利贸易影响。”在适用范围上,TBR 既适用于出口贸易,也适用于进口贸易,但不否认侧重的是前者。

从法政策的角度看,“市场进入战略”是 TBR 实践的基本政策目标。该战略表现为两种形态:第一种不妨称为“消极市场进入战略”,通过 TBR 第 3 条规定的“第一套程序”实施,即共同体产业提出调查申请。由于 NCPI 已经规定了“第一套程序”,可以认为该战略在 TBR 之前就已经实施。第二种不妨称为“积极市场进入战略”,通过 TBR 第 4 条规定的“第三套程序”实施,即共同体企业提出调查申请。从这个角度看,TBR 取代 NCPI 是“市场进入战略”内涵获得充实、实施手段得以增加的体现。

我国《暂行规则》第 1 条规定,贸易壁垒调查立法旨在“消除国外贸易壁垒对我国出口贸易的影响,促进对外贸易的正常发展”。尽管该规则没有针对不同申请人适用不同实体规则,但第 5 条关于不仅国内产业,而且国内企业也可作为申请人的规定与 TBR 是一致的。可以说,该规则的发布标志着我国外贸立法范式逐步实现从防御型立法到防御与进取并重型立法的转换。

在适用范围方面,综合《暂行规则》第 1 条及第 3 条,可以看出该规则只适用于出口贸易。鉴于在 TBR 实践中已经发现有关国家采取的贸易壁垒会对进口贸易造成消极影响,而且贸易自由化除了体现在出口贸易外也体现在进口贸易,相应地,贸易壁垒不仅影响出口贸易,也会影响进口贸易,因此不妨扩大该规则的适用范围,但不排除着重于应对影响我国出口贸易的贸易壁垒。

(二)实体规则之比较

1. 贸易壁垒的含义

比较 TBR 与《暂行规则》关于贸易壁垒的规定,可以发现二者既有共同之处,但区别也颇为明显:

第一,关于采取或支持贸易壁垒的主体。TBR 第 2 条明确规定,采取或支持贸易壁垒的行为主体是

EC Commission, Explanatory Memorandum on the Draft Regulation, COM(83) 87 Final.

Macro C. E. Bronckers, Private Participation in the Enforcement of WTO Law: the New EC Trade Barriers Regulation, Common Market Law Review, Vo. 33, 1996, p. 302.

European Commission, Communication of The Global Challenge of International Trade: A Market Access Strategy for the European Union, COM (96) of 14 February 1996.

European Commission, Trade Barriers Regulation: The First Five Years, 28 November 2000.

比如,在 COTANCE v. Argentina (1997) 案中,申请人指控阿根廷采取的出口限制措施阻碍了申请人成员从阿根廷进口原材料。欧共体委员会经调查确认了这一事实。1999 年 5 月,欧共体请求 WTO 争端解决机构根据 GATT1994 第 23 条成立专家组。

甚至可以说,“第三套程序”是专门为了实施欧共体的“市场进入战略”,因为该程序直接指向共同体企业在非欧共同体成员国市场上所受的不利贸易影响。

“非欧共同体成员国”(third country)。有学者解释认为,有关贸易做法应可归咎于“外国政府”,国内学者在评述 TBR 时也认为,“外国”是指非欧共同体成员国的中央政府及其他公共机构。就《暂行规则》而言,第 3 条第 1 款规定,贸易壁垒是指“外国(地区)政府实施或支持实施”的特定措施。所谓实施,即指行政当局直接采取的有关贸易措施;所谓支持实施,似应结合《服务贸易总协定》第 1 条第 3 款对“成员方的措施”的规定加以理解。

第二,识别贸易壁垒的国际法依据。TBR 第 2 条第 1 款规定,对贸易壁垒的识别离不开“有关国际贸易规则”。而《暂行规则》第 3 条规定,识别贸易壁垒的国际法依据是有关外国与我国共同参加的多边贸易条约或签订的双边贸易协定。与 TBR 不同,《暂行规则》把规则体系作为了识别贸易壁垒的法律依据。随着经济活动的相互融合,除专门性贸易条约或协定外,其他条约或协定也包含着丰富的国际贸易规则,这些规则似也可构成识别贸易壁垒的国际法依据。

按《暂行规则》第 3 条第 1 款第 1 项规定,识别贸易壁垒必须以相应的多边贸易条约或协定作为国际法依据。但根据文义解释,第 2、3 项所指的有关措施是否构成贸易壁垒并不需要相应的国际法依据,而纯粹根据有关措施的效果,这两项规定似有不妥。首先,有违背国际法之嫌,因为有关国家与我国间如果不存在条约或协定关系,则既不能互享权利亦无须互负义务,这正是 TBR 把存在约束欧共同体与有关国家的“国际贸易规则”作为识别贸易壁垒之前提的原因。其次,与第 2 款之间存在冲突。贸易壁垒的表现有积极作为和消极不作为两种形态。对于消极不作为,第 3 条第 2 款规定,其必须是违反了有关多边贸易条约或双边贸易协定规定的义务。与此相应,第 1 款在判断有关积极作为是否构成贸易壁垒时也应遵循相应的国际法依据,否则有违逻辑。

《暂行规则》第 3 条第 2、3 项的规定可能是受所谓 GATT/WTO“非违法之诉”实践的启发。实践表明,欧共同体委员会可以根据 TBR 针对构成“非违法之诉”的情形开展调查,因为 TBR 第 2 条并非关注有关贸易做法是否“违反”有关国际贸易规则,而是根据有关国际贸易规则是否“有权采取行动”。但“非违法之诉”中“受到抵消或损害的利益”之生成是“有法可依”的,这里的“法”就是 WTO 诸协定。直言之,不存在没有国际法依据的“非违法之诉”。《暂行规则》第 3 条第 2、3 项实际上隐含着以我国国内法,甚至以纯粹事实作为主张、行使权利的依据,其蕴含的进取精神值得赞赏,而其是否合适却值得商榷。由于调查程序直接针对外国政府,而非私人,因此我国在充分利用调查程序以维护我国的贸易利益的同时,也应该谨慎行事以避免不必要的贸易磨擦。

第三,在贸易壁垒的表现形态方面,根据《暂行规则》的规定,贸易壁垒既可以表现为外国政府的积极作为,即直接采取或支持有关贸易壁垒,也可以表现为外国政府的消极不作为,即未履行有关条约义务。与此相比,TBR 没有明确把贸易壁垒分为积极作为与消极不作为两类,从 TBR 第 2 条第 1 款的规定看,贸易壁垒似乎只有积极作为形式。不过,实践中欧共同体已经突破了这一规定。

2. 申请人

TBR 与《暂行规则》在认定申请人方面存在着明显区别:

第一,TBR 把产品或服务作为认定申请人的逻辑起点。TBR 针对的产品或服务有三类,即与被诉贸易壁垒所针对的相同的产品或服务;类似的产品或服务;与其存在直接竞争关系的产品或服务。由于一国实施贸易壁垒根本上是为了阻碍外国产品或服务进入本国市场或削弱其竞争力,这决定了准确识别申请人的逻辑前提应该是确定产品或服务的范围。相反,《暂行规则》并未首先确立有关产品或服务的

M. I. B. Abnold & M. C. J. Bronckers, The EEC New Trade Policy Instrument: Some Comments On Its Application, Journal of World Trade, Vol. 22, No. 6, 1988, p. 21.

余敏友:《欧共同体贸易壁垒条例(TBR)评述》,载《外国法译评》2000年第1期。

TBR 规定成员国可以作为申请人,但成员国从未利用 TBR 程序;《暂行规则》第 4 条规定商务部可以自行立案调查,但也限制在“确有”范围内。因此,本文所谓申请人均指私人申请人。

识别规则,而直接规定作为申请人的国内企业或国内产业是指“与被诉贸易壁垒涉及的产品生产或服务供应有直接关系的企业或产业。”从第5条第2款中可以推定,有关产品或服务应“涉及被诉贸易壁垒”。但“涉及的”外延是什么?是否与TBR认定的产品或服务具有同一含义?诚然,有关部门可以凭借概念的不确定性保留自由裁量权,但这既不利于申请人利用程序,也会产生歧义。

第二,申请人种类。TBR规定了两类申请人,即代表共同体产业的任何自然人、法人或不论是否具有法律人格的协会;代表一家或一家以上共同体企业的任何共同体企业或不论是否具有法律人格的协会。《暂行规则》第5条第1款也规定了两类申请人,即国内企业及代表国内企业的自然人、法人或其他组织;国内产业及代表国内产业的自然人、法人或其他组织。

应注意,《暂行规则》第5条第2款没有规定“国内产业”的具体含义。我们认为,《暂行规则》不妨借鉴我国《反倾销条例》第11条对“国内产业”的界定。商务部《反倾销调查立案暂行规则》中对“国内产业”作了进一步解释:《反倾销条例》第11条所说的总产量占国内同类产品全部产量“主要部分”的生产者,该“主要部分”是指“50%以上”,还规定:“申请人的产量占国内同类产品总产量虽不足50%,但如果表示支持申请和反对申请的国内生产者中,支持者的产量占支持者和反对者的总产量的50%以上,并且表示支持申请的国内生产者的产量不低于同类产品总产量25%的,该申请应被视为代表国内产业提出。”

TBR与《暂行规则》均既适用于货物贸易,也适用于服务贸易。与前者中“国内产业”的内涵与外延已相当完善不同,包括中国在内的广大发展中国家,对服务贸易领域中“国内产业”的准确认定存在一定困难。因此,我国应尽快完善服务业统计体系,否则,商务部在认定申请人是否满足“国内产业”要件时可能面临困难。

但即便借鉴了《反倾销条例》的相关规定,《暂行规则》第5条对“国内产业”的规定也似乎缺乏实际价值。理由是:一方面,“国内产业”不仅要证明其是有关产品或服务的“所有”生产者或提供者,或其产品占国内或国内某地区有关产品或服务总产量的“主要部分”,还要证明与被诉贸易壁垒涉及的产品生产或服务供应有“直接关系”;而“国内企业”只要证明存在此种“直接关系”即可。两相比较,“国内企业”的认定标准显然低的多。另一方面,该规则并未针对不同申请人区别对待,而一体适用该规则第3条。这至少在理论上会促使利害关系人规避以“国内产业”,而以“国内企业”名义提出申请,从而迫使商务部受理大量无关紧要的案件。尽管商务部可以决定不予立案,但审查过程将耗费大量资源,而大量申请被拒绝又会挫伤申请人的积极性,削弱立法的权威性。

《暂行规则》出现上述纰漏的原因,可能是有关部门缺乏全面考察TBR“第三套程序”的设立背景及运作机制。有学者解释了设立“第三套程序”的原因:从量的方面看,开拓非欧共同体成员国市场不当然涉及共同体产业的整体利益;从质的方面看,“第一套程序”规定的损害标准难以实现市场准入目的。TBR设立“第三套程序”确实旨在使更多的生产者或提供者更容易地利用TBR程序。

“第三套程序”便于援引的原因有二:首先,TBR第4条第1款没有规定共同体企业必须满足某种量的条件;其次,“不利贸易影响”在程度上低于“损害”。或有人质疑:这难道不会导致申请人滥用“第三套程序”,从而出现类似于《暂行规则》可能面临的窘境?我们认为,TBR显然注意到“第三套程序”可能带来的风险,因而设置两个“安全阀”:第一,根据第4条第1款规定,共同体企业提出申请所针对的贸易壁垒必须是有关多边或复边贸易协定包含的国际贸易规则赋予行动权的,否则不予受理,即共同体企业不

参见李静萍:《国际服务贸易统计体系的比较研究》,载《统计研究》2002年第8期;陶明:《完善服务贸易数据统计:国外的实践与我国的对策》,载《统计研究》2000年第10期。

Jean Charles VAN Eeckhaute, Private Complaints against Foreign Unfair Trade Practice: The EC's Trade Barriers Regulation, Journal of World Trade, Vol. 33, No. 6, 1999, p. 202.

能根据双边协定提出申请。第二,按 TBR 第 2 条第 4 款规定,共同体企业所受“不利贸易影响”必须对欧共体或欧共体某一地区的经济或某一经济部门具有重大影响,否则也不予受理。正是由于这两个“安全阀”,欧共体始能既促进申请人运用 TBR 程序,又避免 TBR 程序被滥用。

根据本文作者对 1996 - 2000 年间欧共体委员会受理的 18 起案件的考察,有 15 起案件的申请人都是行业协会,只有 3 起案件是由个别共同体企业提出申请。与此同时,申请人在其中 16 起案件中援用了“第三套程序”,纯粹根据“第一套程序”提起申请的只有两起。显然,TBR 客观上实现了“第三套程序”的质的规定性与“第一套程序”的量的规定性的有效结合。

反观《暂行规则》,该规则似乎注意到 TBR“第一套程序”的不足,因而不仅第 2 条第 1 款第 1 项采取的是“行为标准”,而且第 2 项采取的也是程度较低的“阻碍或限制标准”。至于第 3 项,尽管采取的是“损害标准”,但该项规定针对的是产品或服务进入一国关境后的竞争力问题,并不直接涉及进出口。就 WTO 诸协定而言,目前对这一问题的约束从范围与程度看都颇为有限,主要体现于 GATS 第 17 条及 TRIPs 第 40 条。我们认为,在实践中,即便证明有关国家针对进入该国的我国产品或服务实施贸易壁垒并对其竞争力造成的消极影响达到“不合理的损害”存在困难,也仍有可能绕过“损害标准”转而援引第 2 项规定,因为产品竞争力与市场准入间具有密切联系。总之,第 3 项确立的“损害标准”不太可能明显增大提出申请的难度。鉴于该规则同样规定有类似于“共同体产业”条件的“国内产业”条件,因此有必要设立类似 TBR“第三套程序”的程序。但由于没有针对不同申请人规定不同的实体规则,所以这可能会使商务部陷入困境。

完善上述不足有两个方案:其一,对“国内产业”再作扩大解释,以使更多国内企业得以“国内产业”名义提出申请,从而使其具有类似于 TBR“第三套程序”的功能。其二,保留国内企业作为单独申请人,但针对不同申请人规定不同实体规则,并设置必要的“安全阀”。比较而言,第一种方案简便易行。TBR 的实践也表明,鲜有以共同体企业名义援引 TBR 程序的,这表明“第三套程序”的真正创新并非在于规定共同体企业有权援引 TBR 程序,而在于规定较低的实体标准,从而间接为共同体产业援引 TBR 程序提供方便。

第三,“共同体产业”也包括被诉贸易壁垒所针对之产品的消费者或加工者,或服务的消费者或使用。这些生产者或提供者的产品或服务与被诉贸易壁垒所针对的产品或服务既不相同,亦非类似,也不存在直接竞争关系。允许此类生产者或提供者作为申请人的原因是 TBR 同时适用于出口贸易与进口贸易。

就我国而言,《暂行规则》第 5 条第 2 款规定申请人应该与被诉贸易壁垒涉及的产品生产或服务供应具有“直接关系”。由于该规则只适用于出口贸易,所以上述 TBR 所指的有关产品的消费者或加工者,或服务的消费者或使用,实际上很难纳入申请人范围。

(三) 程序规则之比较

1. 申请程序

在提出申请方面,TBR 第 5 条第 1 款规定必须提交书面申请,而且必须向欧共体各成员国分别送交申请书副本。关于申请书的内容,除根据第 3 条第 2 款及第 4 条第 2 款的规定应该包含证明存在损害

TBR 不允许申请人基于双边协定援引“第三套程序”主要是基于避免激化,甚至恶化双边经济关系的考虑,有学者认为这损害了私人在双边协定中的利益,并对 TBR 的这一规定提出了批评。See Marco Bronckers & Natalie McNelis, *The EU Trade Barriers Regulation: Comes of Age*, *Journal of World Trade*, Vol. 35, No. 4, 2001, p. 434.

BNIC v. Brazil 案(1997)是首起由一家公司提起的贸易壁垒调查案,但有学者对委员会受理该案提出了质疑,因为申请人的基本理由是巴西违反了共同体与巴西间的双边协定,但这违背了 TBR 第 4 条第 1 款有关此类申请必须基于相关多边或复边贸易协定的规定。See Michael Sanchez Rydelski & G. A. V. R. Zonnekeyn, *The EC Trade Barriers Regulation: The EC's Move Towards a More Aggressive Market Access Strategy*, *Journal of World Trade*, Vol. 31, No. 5, 1997, p. 155.

这两起案件是 ANAPA v. Chile 案(1998)及 Domier Luftfahrt GmbH v. Brazil 案(2000)。

或不利贸易影响的充分证据外, TBR 没有作详细规定。

与 TBR 相比,《暂行规则》对申请的形式要件作了详细规定(第 6、7 条)。与 TBR 仅笼统规定申请人必须证明贸易壁垒的存在与相应的后果不同,《暂行规则》一方面使申请人在准备资料方面有了针对性,另一方面,在申请书内容方面又有灵活性。即申请书必须以书面形式提交,且须“尽可能”包括相关内容;未能提供有关证据材料的,只须“以书面形式说明理由”。审查立案方面, TBR 第 5 条第 4 款规定,委员会应尽快作出决定。但应申请人请求,或委员会与申请人达成协议可以延长,以便申请人提供补充性信息,供委员会做充分评估。可见,如果申请人不提出请求,或委员会与其未达成协议,委员会必须按期限作出决定。这表明 TBR 较为重视申请人的程序利益,这无疑会鼓励申请人利用 TBR 程序。

TBR 与《暂行规则》都规定了撤回程序。《暂行规则》第 8 条规定,申请人在商务部作出立案决定前可以撤回申请。TBR 第 5 条第 2 款规定,申请人可以撤回申请,委员会可以据此终止程序,但终止程序不符合共同体利益的除外。不过,二者的有关规定似乎都有所不足,就 TBR 而言,其没有规定一旦申请人撤回申请而委员会认为终止程序不符合共同体利益,则委员会以何名义继续进行程序,因为 TBR 没有授权委员会自行立案调查。就《暂行规则》而言,申请人撤回申请时无须说明理由。然而,为直接利害关系人提供救济途径并非立法唯一目的,所以,申请人任意撤回申请不仅会影响其所属产业利益,也可能波及其他关联产业。为实现尊重申请人意思表示并维护国家利益计,不妨规定申请人可以在商务部作出立案决定前撤回申请,但撤回行为不影响商务部自行立案调查,并不影响商务部利用已经获得的证据材料。

2. 调查程序

关于调查方法, TBR 与《暂行规则》的区别主要体现在两个方面:第一,关于使用听证程序。《暂行规则》第 19 条规定,商务部可采用问卷、听证会等方式向利害关系人了解情况,进行调查。显然,利害关系人不享有利用听证程序的法定权利。与此不同, TBR 重视听证程序的使用。TBR 第 8 条第 1 款规定,委员会可以为有关当事人举行听证会。如果利害关系方在规定期限内提交书面请求,表明其是调查程序结果的主要利害关系人,则应该举行听证会。如果主要利害关系人提出请求,则委员会应该与其会面,以便后者提出反对意见。这些都有利于委员会听取利害关系人的意见。TBR 与《暂行规则》都规定可以从事域外调查,但二者规定有所不同。TBR 第 8 条第 2 款 b 项规定,如有必要,委员会应该正式通知有关外国政府;后者在合理时间没有提出反对意见的,委员会应该在该国境内开展调查。照此看来,只要外国政府不明确予以反对,委员会就有权开展调查。但委员会能否把未明确提出反对意见视为默示同意?与此不同,《暂行规则》第 19 条第 2 款规定,商务部认为必要时,可在征得有关国家政府同意后派出工作人员赴该国调查取证。所谓征得“同意”似应理解为征得“明示同意”,而非“默示同意”,因为这体现了我国对有关国家管辖权的尊重,也有利于有关国家提供配合。但应注意,这一规定是否会因为外国恶意拒绝同意而丧失实益,尚有待于实践检验。因此,应该密切关注 TBR 第 8 条第 2 款 b 项的实践情况。

中止或终止调查程序方面,《暂行规则》的规定相当详细。第 22 条规定,中止调查程序情形包括有关国家承诺在合理期限内取消或调整该措施,或承诺在合理期限内向我国提供适当贸易补偿,或承诺履行贸易条约或贸易协定的义务,或存在商务部认为可以中止调查的其他情形。终止调查程序的情形有三种:(1) 申请人申请终止(第 24 条);(2) 法定终止(第 25 条);(3) 自由裁量终止(第 26 条)。

TBR 仅在第 11 条作了合并规定:如果调查程序的结果表明,根据共同体利益,已经不需要采取任何行动,调查程序可以根据第 14 条之规定予以终止;如果有关国家采取的措施是令人满意的,根据共同体利益,已经不需要采取行动,则调查程序可以根据第 14 条之规定予以中止。

不过,中止调查程序并不意味着贸易壁垒实际地被取消或消极后果实际地被消除,因为贸易壁垒实施国不过作了有关“承诺”而已,受害国应该监督有关承诺的实际履行。对此,《暂行规则》第 23 条规定,有关国家未在合理期限内履行所作承诺的,商务部可以恢复调查。对“未履行”宜作广义解,即包括有关国家取消承诺、不及时或不充分履行承诺,或存在表明其无意履行承诺的其他表示。TBR 也十分重视对

被诉贸易壁垒实施国所作承诺实施情况的监督,第11条第2款b项特别规定,可以要求有关国家定期提供资料,以利监督;必要时,进行核查。

3. 程序监督机制

(1) 过程监督机制

在受理申请方面,TBR第5条第3款规定,只要委员会认为申请人提供的证据不足以要求启动调查程序,应该就此通知申请人。第8条第1款规定,即使申请人提供的证据足够充分,但如果不符合共同体利益,委员会仍可能决定不启动调查程序。可见,委员会在立案阶段颇具自由裁量权。

在调查阶段,如前所述,利害关系方享有听证权、会见权,特别是对委员会所掌握的信息的核查权。正是通过行使这些权利,利害关系方对委员会的调查行为可以实施比较全面的过程监督。

在决定采取救济措施方面,TBR第14条规定的监督措施相当丰富。第2款规定,委员会应该把有关决定草案提交给由成员国代表组成的咨询委员会进行讨论,委员会作出决定时可以考虑该机构的意见;第3款规定,委员会必须把有关决定向成员国通报,成员国有权在十天内向理事会提出异议;第4、5款规定,应一成员国请求并经特定多数票(Qualified Majority)通过,理事会可以修改委员会的决定草案;理事会未在成员国提起请求后三十天内作出异议裁决的,委员会的决定开始生效。

必须承认,《暂行规则》缺乏有效的过程监督机制,尽管该规则规定了相应的信息披露及程序参与规则,但范围及内容均很有限,不利于利害关系方对调查程序实施过程监督。缺乏过程监督机制还隐含着风险,即:根据第29条第1款规定,商务部可以通过双边磋商达成协议。如果有关双边协议损害了我国根据有关国际条约或协定享有的权利,在商务部独家负责实施该规则情况下,如何对此实施过程监督?商务部有必要就此建立必要的内部监督机制,以避免承担不必要的法律与政治风险。

(2) 事后救济机制

TBR与《暂行规则》在为申请人提供事后救济方面存在明显差别。就TBR而言,申请人可以根据《欧共同体条约》第173条的规定,对委员会提起撤销之诉。此外,申请人还可以分别根据该条约的有关规定,对委员会提起不作为之诉、损害赔偿之诉,或通过成员国法院请求欧共同体法院作出先决裁定。尽管NCPI时期只发生过一起申请人对委员会提起不作为之诉的案件,TBR实践至今则未发生此类案件,但司法审查所具有的“安全阀”作用不可否认。

与此不同,《暂行规则》没有规定任何救济权。对此,我们认为,不妨参照《反倾销条例》第53条,明确规定申请人的行政复议权。

至于司法救济权,由于商务部的具体行政行为明显不属于《行政诉讼法》第11条第1款所列具体行政行为之一,因此申请人能否享有诉权必须取决于其他有关法律、法规的规定。但应指出,无论如何申请人都不能根据《暂行规则》获得诉权,因为该规则不属于该法第11条第2款所指的“法律、法规”。为此,有关部门应该抓紧完善该规则,争取由国务院以法规形式正式发布,如此申请人才可能获得诉权。

鉴于最高人民法院发布的《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》(下称《司法解释》)对审理反倾销行政案件作了详细规定,建议可以借鉴这一司法解释规定司法救济权。但按《反倾销条例》第53条,申请人不能针对商务部作出不予立案的决定提起行政诉讼。这一规定有其理论依据,因为一些学者认为政府对于是否提起反倾销调查应该具有自由裁量权。传统国际法认为私人不构成国际法主体,因而在国际法庭上只能由主权国家代表其国民。笔者不否认政府的自由裁量权,但自由裁量权与司法救济权并不当然地相互排斥,即使特殊情形下贸易壁垒调查确有可能违反整体贸易利益,甚至

Case 70/87, Fediol v. Commission (1989), ECR 1781.

John H. Jackson, GATT and the Future of International Trade Institution, Brook Journal of International Law, Vol. 18, 1992, p. 21.

Martin LUKAS, The Role of Private Parties in the Enforcement of the Uruguay Round Agreements, Journal of World Trade, Vol. 29, No. 5, 1995, p. 200.

国家利益,立法也可以通过规定公共利益条款加以解决,或把诉诸司法救济的法定理由控制在程序审查。总之,未来贸易壁垒调查立法似应规定申请人对商务部根据现行《暂行规则》第9、25、26、27条规定作出的决定不服的,可以提起行政诉讼。

4. 申请人的实体权利问题

不论是 TBR 还是《暂行规则》,申请人都是贸易壁垒调查程序的主要利用人。有学者认为,TBR 就是欧共体委员会推行“以企业为导向的市场开放政策”(Business-oriented Market Opening Policy)的实施工具。更有学者认为,私人是欧共体与有关国家签订的国际贸易协定的“真正守护神”(real guardian)。《暂行规定》第4条所蕴含的鼓励私人申请人利用调查程序的意图也极为明显。可以认为,充分发挥私人作用是贸易壁垒调查立法实现机制的基本特点。同时,由于贸易壁垒调查立法涉及国家间贸易关系,国家往往会从贸易战略,甚至国家利益角度处理具体问题,这就不免造成整体利益与个体利益的冲突。

诚然,在两种利益出现冲突时强调国家利益优先有其正当性,但既然立法确立了以充分发挥私人作用为基本特点的实现机制,那么就应考虑并尊重申请人的利益,因为“激励机制是经济法律效益功能的实现途径”。缺乏恰当的激励机制,至少是保护机制将阻碍私人积极利用调查程序。对于 TBR 和《暂行规则》来说,如何在维护整体贸易利益与维护申请人利益间实现平衡,以最好地发挥立法功能都是大课题。从 TBR 角度看,TBR“序言”指出只有在“共同体利益”要求(call for)时共同体才实施干预,这就表明委员会在决定是否采取有关行动方面颇为重视公共利益的维护,然而,如何权衡“共同体利益”中的具体利益,特别是如何权衡申请人的利益与共同体一旦开展调查并采取贸易救济行动时可能面临的外交压力或经济报复,TBR 则未做规定。

就实在法而言,TBR 与《暂行规则》都包含着损害申请人利益的可能性,比如从 TBR 第8条第1款可以推断,即便申请人提供的证据足够充分,委员会仍可以不启动程序。《暂行规则》第25条第2项规定,如果有关国家已向我国提供适当贸易补偿,商务部应当终止调查。实践中,有关外国可能在被诉贸易壁垒针对之贸易领域外的其他贸易领域提供补偿,以此为条件继续实施有关贸易壁垒。如果我国无原则地接受这种补偿,则将会挫伤申请人的积极性。

5. 贸易壁垒争端解决机制

GATT/WTO 创设的多边争端解决机制是国际争端解决机制领域内的重大发展,它所倡导的“以规则为导向”而非“以权力为导向”的纠纷解决理念对于维护多边贸易体制的稳定、有序与公正极为重要。但多边争端解决机制的效率乃至权威性在许多情况下面临挑战,GATT 时期尤为突出。在 WTO 体制下,“反向一致”等规则虽然极大地提高了争端解决机制的效率,但也未完全解决案件审理过程冗长的问题。其原因是,WTO 对整体正义即确保多边贸易体制的稳定、有序与公正的关注,更甚于个别正义,即解决具体贸易纠纷。但对于具体贸易争端的当事方来说,对个别正义的追求却甚于整体正义。

各国在解决贸易壁垒争端方面采取的不同方法实际上体现了有关国家在处理整体正义与个别正义关系方面的差别。

就 TBR 而言,按第11条第2款c项规定,解决贸易壁垒争端的最适当方法是达成双边协议。为尽快达成双边协议,不排斥威胁诉诸多边争端解决机制,甚至施加经济与政治压力,这体现了欧共体对个别正义的追求。另一方面,如果无法达成协议,第12条规定,欧共体必须履行其承担的国际义务,特别是根据有关争端解决机制,主要是 WTO 争端解决机制规定的争端解决程序项下的义务。如果诉诸国际

鉴于前文有关程序监督机制的内容已涉及程序权利问题,因此这里专门针对实体权利而言。

Jean Charles Van Eeckhaute, Private Complaint against Foreign Unfair Trade Practices: The EC's Trade Barriers Regulation, *Journal of World Trade*, Vol. 33, No. 6, 1999, p. 200.

Marco Bronckers & Natalie MaNelis, The EU Trade Barriers Regulation: Comes of Age, *Journal of World Trade*, Vol. 35, No. 4, 2001, p. 461.

R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown & Company, 1986, p. 30.

争端解决机构,并被授权采取相应措施,则必须符合该争端解决机构的建议。显然,支持在多边争端解决机制内解决争端体现了对整体正义的尊重。总之,TBR主张并实践的是一种“以解决问题为导向”与“以规则为导向”二者相结合的纠纷解决理念。

与此类似,《暂行规则》第29条规定:“如果商务部认定存在贸易壁垒,则视情况采取如下措施:(一)进行双边磋商;(二)启动多边争端解决机制;(三)采取其他适当的措施。”不妨假设通过双边磋商达成双边协议是我国解决贸易壁垒争端的优先选择。但如何有效地通过磋商达成双边协议,以避免诉诸多边争端解决机制?我们认为,可以结合使用两种策略:第一,鉴于“正义不仅要实现,而且要以看得见的方式实现”,调查程序应该保持必要的开放与透明,允许并支持有关国家适当地参与程序过程,以便增强共识,为达成双边协议奠定基础。第二,施加必要的法律、政治或经济压力,如诉诸多边争端解决机制,以促使有关国家与我国达成双边协议。不难看出,多边争端解决机制实际指的就是WTO争端解决机制,但“其他适当的措施”为何指,则不甚明确。理论上说,“其他适当的措施”包括两类:第一,我国采取的单边措施;第二,中外贸易条约或协定确立的其他争端解决机制。鉴于单边主义不符合我国对外贸易政策与法律实践,“其他适当的措施”应该指的是中外贸易条约或协定确立的有关争端解决机制。

三、完善我国贸易壁垒调查立法的基本原则与规则设计

(一)基本原则

1. 整体利益与个体利益相结合的原则。即指贸易壁垒调查立法不仅是为了维护我国国际贸易的整体利益,同时也包含着保护申请人的具体利益,二者诚然有轻重缓急之分,但并不相互排斥。这一原则既应体现于程序规则,也应体现于实体规则。

2. 善意遵守有关国际规则及充分实现有关国际贸易规则赋予的权利与利益的原则。即通过消除贸易壁垒,实现市场进入战略,以更有效率的方式实现有关国际贸易规则赋予的权利与利益,不应照搬多边贸易的有关规则。与此同时,贸易壁垒调查立法及执法也应该是善意的,无视多边贸易规则,动辄威胁采取单边措施的贸易壁垒调查立法不仅损害多边贸易体制的有序与公正,也难以有效地利用多边争端解决机制,甚至违反多边贸易法律规则。

3. 程序公开与程序参与原则。由于贸易壁垒调查立法的基本目的,即消除贸易壁垒造成的消极效果,具有明显的“以解决问题为导向”的特点,因此,强调贸易壁垒调查程序的公开以及利害关系人的程序参与,对于以较快速度、较低成本解决贸易壁垒争端至关重要。

4. “以解决问题为导向”与“以规则为导向”相结合的原则。“以规则为导向”是维持多边贸易体制有序性与公正性的基本保障。同时,贸易壁垒调查立法又具有明显的“以解决问题为导向”的特征,因此,有必要确立两者相结合的纠纷解决理念。

(二)若干规则设计

1. 关于立法宗旨,试修改《暂行规则》第1条如下:

“第一条 为了开展和规范对外贸易壁垒调查工作,消除国外贸易壁垒对我国对外贸易,特别是出口贸易的影响,促进对外贸易的发展,根据《中华人民共和国对外贸易法》及相关法规,特制定本规则。”

2. 关于贸易壁垒的含义,试修改《暂行规则》第3条如下:

“第三条 外国(地区)政府实施或支持实施的措施,违反该国(地区)与我国共同参加的有关条约或我国签订的双边协定,具有贸易扭曲效果的,视为贸易壁垒。贸易扭曲效果是指以下三种情形:(一)对我国产品或服务进入该国(地区)市场或第三国(地区)市场的竞争力造成或可能造成不合理的阻碍或限制,或者(二)对我国产品或服务在该国(地区)市场或第三国(地区)市场的竞争力造成或可能造成不合理的损害,或者(三)对我国有关国内产业造成或可能造成不合理的阻碍、限制或损害。外国(地区)政府未能履行与我国共同参加的多边条约或我国签订的双边协定的义务,具有贸易扭曲效果的,亦视为贸易壁垒。外国(地区)政府即将实施、实施或支持实施的措施虽未违反该国(地区)与我国共同参加的

有关条约或与我国签订的双边协定,但使我国基于有关条约或协定有权直接或间接享有的任何利益受到抵销或损害,或其目的的实现受到妨碍的,亦视为贸易壁垒。”

3. 关于申请人,试修改《暂行规则》第5条如下:

“第五条 贸易壁垒调查的申请人是指有关的国内产业。国内产业是指符合下列具体情形之一的产品生产者或服务提供者:(一)中华人民共和国国内产品或服务与被诉贸易壁垒所直接针对的产品或服务相同、类似或存在直接竞争关系的全部生产者或提供者,或者其总产量占国内有关产品或服务全部总产量50%以上的生产者或提供者;但是,生产者或提供者与有关产品或服务的出口经营者或者进口者有关联的,或者其本身为有关产品或服务的进口经营者的,可以排除在外;或者(二)生产者或提供者的产量占有关产品或服务总产量虽不足50%,但如果表示支持申请和反对申请的生产者或提供者中,支持者的产量占支持者和反对者的总产量的50%以上,并且表示支持申请的生产者或提供者的产量不低于有关产品或服务总产量20%的;或者(三)国内一个区域市场中产品生产者或服务提供者,如果其在该市场中销售全部或者几乎全部的有关产品或服务,并且在该市场中有关产品或服务的需要主要不是由国内其他地方的生产者或提供者供给。

作为第一款国内产业代表的自然人、法人或其他组织,也视为申请人。”

4. 关于申请的撤回,试修改《暂行规则》第8条如下:

“第八条 申请人可以在商务部作出立案决定之前撤回申请,但应提供合理理由。当事人撤回申请不影响商务部自行立案调查,也不影响商务部使用申请人已经提交的证据材料。”

5. 关于对有关国家所作承诺的监督,试修改《暂行规则》第23条如下:

“第二十三条 被指控国家(地区)政府未在合理期限内履行本规则第二十二条第(一)至(三)项承诺的,商务部可以恢复调查;商务部根据本规则第二十二条第(四)项决定中止调查的,在该情形消除后,也可以恢复调查。商务部可以视情况要求被指控国家(地区)定期提供证明其履行承诺的材料。”

6. 关于行政救济权,试增加一条(暂定为第30条)如下:

“第三十条 申请人对商务部根据第九条、第二十五条、第二十六条作出的决定不服的,可以申请行政复议,也可以提起行政诉讼。”

Abstract: In EC, Trade Barriers Regulation (TBR) is an important tool to realize the Market Access Strategy. In China, the promulgation of Interim Rules on Foreign Trade Barriers Investigation (Interim Rules) manifests the fundamental shift of foreign trade legislation paradigm, which produce profound impact on the implementing foreign trade policies and enhancing China's foreign trade and protecting trade participants' interest. Compared with TBR, Interim Rules has to be improved anyway.

[作者单位:厦门大学国际经济法研究所]
(责任编辑:戚燕方)