

研究成果

赵艳敏-WTO服务贸易紧急保障措施“国内产业”



来源方式：原创

发

WTO服务贸易紧急保障措施“国内产业”问题分析

赵艳敏 王俊

(苏州大学王健法学院 江苏苏州 215006, 苏州大学商学院 江苏苏州 215006)

内容提要：“国内产业”是构建服务贸易紧急保障措施机制的关键性概念。基于服务贸易进行界定相当棘手。服务贸易模式3下的商业存在可分为两个阶段——“前商业存在”和“国内产业”，都会产生难题。目前的谈判趋势是成员国内法中的国内产业定义与商业存在的定义应既能有效地保护本国产业，又不打击外国投资的积极性。

关键词：服务贸易 紧急保障措施 国内产业 商业存在

Determining “domestic industry” under the EMS in GATS

Abstract:

“Domestic industry” is a key concept of the emergency safeguard measures in the field of trade in services. The emergency safeguard measures in the field of trade in services have caused considerable difficulties to define domestic industry. Under mode 3 of trade in services, commercial presence can be classified into pre-establishment and commercial presence. Whether the latter is included in the definition of domestic industry or not is a matter of debate. The current trend of the negotiation relating to the issue is the member's own definition combined with the acquired rights under the commercial presence. China should determine a domestic industry that can allow China to protect its own industries and not lead to disinvestment.

Key words: Trade in services; Emergency safeguard measures; Domestic industry

Commercial presence

货物贸易领域的保障措施已较为完备，而服务贸易领域的保障措施仍在《服务贸易总协定》谈判。保障措施无论发生在货物贸易领域还是服务贸易领域，本质上作为“安全阀”，目的都是为了防止贸易自由化带来的损害。

对于GATS下紧急保障措施（以下简称EMS）应采取何种立法模式，主要有五种观点：类似诺表相结合的ESM机制、《农业协定》第5条模式的ESM机制、《纺织品与服装协定》保障为基础的核心机制模式。随着谈判的深入，工作组中更多的成员倾向于采用货物贸易中《保障措施协定》为服务贸易中的EMS提供了最好的样板。根据《保障措施协定》第2条1款，增、国内产业造成严重损害或严重损害威胁、进口与损害之间有因果关系，因此，国内产业为参照，在服务贸易领域，国内产业同样是损害条件中的关键性概念，但又不能简单套用定义，而需要作出与服务贸易相适应的界定。

一、定义ESM“国内产业”的难题

根据《保障措施协定》第4.1(c)条，“国内产业”是指“一成员领土内进行经营的同类指同类产品或直接竞争产品的总产量占这些产品全部国内产量主要部分的生产者。”可的“国内”是从地域的角度进行界定的，而非从国籍角度定义，从而更具确定性。这种界定清晰，不会产生歧义。

但在服务贸易之下，定义“国内产业”十分困难，主要原因是服务产品的无形性、不可储存性、不可分割性、不可转移性、不可重复性等，与货物的“进口”迥然有异。货物的进口是货物跨越国境，而服务的进口则复杂得多。GATS第1条规定了成员提供服务的四种基本模式：（1）“跨境交付”，服务提供者在一个成员的领土内向来自另一个成员领土的消费者提供服务；（2）“境外消费”，服务提供者在一个成员的领土内向来自另一个成员领土的消费者提供服务；（3）“商业存在”，一个成员的服务提供者通过在另一个成员的领土内建立的商业实体提供服务；（4）“自然人流动”，一个成员的自然人进入另一个成员的领土内提供服务。对于模式1和模式2之下的服务提供，完全适用。但模式3和模式4下的服务提供者是通过商业存在或以自然人身份进入到了另一成员领土。这样，模式3和模式4下的服务提供就与服务的进口界限模糊了，尤其以模式3为甚。常常以服务业外商直接投资的形式出现。

模式3下的商业存在可分为两个阶段——“前商业存在”（pre-establishment phase）和“后商业存在”（post-establishment phase）。前者是指外国资本正准备进入到东道国，着手建立商业实体的阶段。后者则是指外国资本已经进入到东道国，着手开展经营、提供服务的阶段。对于“前商业存在”，因其尚未进入到东道国领土，东道国似乎无可厚非。不过，东道国也可能通过保障措施达到阻止新的服务提供者进入市场的目的。而“后商业存在”的国内产业问题更为棘手，无论是否将已建立商业存在的服务提供者划入国内产业。

（一）“后商业存在”划入国内产业存在的问题

首先，会产生进口是否存在的疑惑。一般认为，“进口”是介于地域性之上，涉及到外国产品或服务进入一国产品或服务境内，并缴纳关税、办理海关手续。然而，将“后商业存在”划入国内产业，也就模糊了地域界限，也没有了外国产品和服务和本国产品和服务的区分。因为国内产业包括东道国境内向东道国消费者提供服务，而“后商业存在”的服务提供者当然也属于国内产业，其在东道国境内向东道国的消费者提供服务，等于东道国国内企业提供服务，与其他的东道国国内企业并无不同，这样一来，模式3下将不存在服务的“进口”，这意味着，保障措施根本不适用于模式3以商业存在提供的服务。

第二，违反了最惠国待遇。GATS第2条规定了最惠国待遇，“关于本协定涵盖的任何措施和服务提供者，应立即和无条件地给予不低于其给予任何其他国家同类服务和提供者的待遇和服务提供者特殊的优惠待遇，受惠国的服务和提供者同样可以根据最惠国条款享受”。如果将“后商业存在”划入国内产业，而把“前商业存在”排除在国内产业，有人提出这样的保障措施仅针对新进入者，因此没有违反最惠国待遇。因为在这种保障措施下，有意义的区别只是外国服务提供者与东道国已建立了商业存在的成员国的服务提供者之间，则其不会受到保障措施的约束，但是新进入者将受制于保障措施。这样，东道国对新的服务市场进入者一视同仁，并没有违反最惠国待遇。新、老服务提供者，东道国给予的不受保障措施限制的待遇最终是由X国服务提供者享有，而东道国服务提供者丧失了与X国服务提供者进行公平竞争的同等的机会和条件。

第三，打击了无辜的新的服务市场进入者。东道国实施保障措施实施的一个基本条件是这种损害毫无归咎之处，因此，对新的市场进入者采用保障措施十分不公平。如果东道国没有完善的监管体系，而狙击市场新进入者，不但不能使受到损害的产业获得调整、提升其竞争力，反而使保障措施对新进入者关闭市场。

（二）“后商业存在”排除在国内产业之外产生的问题

若反其道行之，把“后商业存在”服务提供者排除在国内产业的定义之外，则在东道国领土内

口”，也不会有违反最惠国待遇之虞，但另外的问题随之产生，首当其冲的就是国民待遇。根据GATS第17.1条的规定，“每一成员在影响服务提供的所有措施方面给予任何其他成员其给予本国同类服务和提供者者的待遇”，服务贸易的国民待遇有两个限制条件，第一，要遵守减让表中所列任何条件和资格。也就是说，成员只在承诺表中列出的部门范围内根据其服务业发展的特殊情况进行市场开放承诺，自主决定在哪些部门或部分部门实施开放和限制。至于“不得低于其给予本国同类服务和提供者者的待遇”的涵义，GATS第17.1条任何其他成员的服务和服务提供者者的待遇与国内同类服务和提供者者的待遇相比，可以只要保证平等的竞争条件。

根据GATS第28条，“商业存在”指任何类型的商业或专业机构，包括在东道国境内“组成一支机构或代表处”以提供服务，不管采取哪种形式，将“后商业存在”排除在国内产业之外，对其采取保障措施。如果这一保障措施针对的产业属于东道国同意开放的国民待遇部门，则此保障措施显然改变了“后商业存在”外国服务提供者与国内服务提供者者进行竞争的平等地位，明显违反了GATS国民待遇原则。

此外，大多数WTO成员在国内法以及双边投资协定中，通常会将国民待遇给予外国投资者。在“后商业存在”服务提供者者采取保障措施，不但违反国内法及双边投资协定，还可能吓跑外国投资者。再者，“后商业存在”在东道国境内成立，与其他国内企业一样，为东道国创造经济价值。如果对其采取保障措施，这对本已受损的东道国经济而言，极可能是雪上加霜，而非缓解及保护。

二、多哈回合EMS“国内产业”问题谈判的进展

自1995年规则工作组（WPGR）成立以来，EMS作为一项重要的工作议程一直在进行，各成员在GATS框架下建立ESM机制的必要性和可行性问题以及ESM的模式和具体规则的构建问题。这是一个技术性问题。在谈判过程中，东盟国家致力于推进EMS机制的建立，其提案相当引人注目。2000年3月，东盟国家提出了一份EMS的“概念文件”（Concept Paper），列出了可能包括服务贸易保障措施的目标和宗旨、关键概念的定义、实施保障措施的条件、严重损害认定标准、补偿、临时保障措施等。

概念文件以《保障措施协定》、《反倾销协定》的“国内产业”定义为模板，提出了EMS的“国内产业”定义。选项1：是指在试图采取保障措施的成员领土内，经营同类服务或直接竞争服务的同类服务或直接竞争服务全部服务量的主要部分的服务提供者。”选项2：是指“试图采取保障措施的自然人或法人服务提供者者全体，或其总服务提供量占国内同类服务或直接竞争服务全部服务量的主要部分的服务提供者者”。

在这里，选项1采取地域标准，强调的是“在成员领土内”进行经营，这就将所有的后商业存在排除在成员领土之外。选项2采取了国籍标准，国内产业首先必须是“成员国的”自然人或法人服务提供者者，如国籍，则显然排除在东道国国内产业之外。问题是国籍如何认定，GATS第28条（m）、（n）

“（m）‘另一成员的法人’指：

（i）根据该另一成员的法律组建或组织的、并在该另一成员或任何其他成员领土内

（ii）对于通过商业存在提供服务的情况：

1. 由该成员的自然人拥有或控制的法人；或

2. 由（i）项确认的该另一成员的法人拥有或控制的法人；

（n）法人：

（i）由一成员的个人所‘拥有’，如该成员的个人实际拥有的股本超过50%，

（ii）由一成员的个人所‘控制’，如此类人拥有任命其大多数董事或以其他方式合

（iii）与另一成员具有‘附属’关系，如该法人控制该另一人，或为该另一人所控制；…”

可见，界定“另一成员法人”存在两个标准，第一，注册地标准。在东道国之外经营的法人属于外国法人；第二，资本控制标准。在东道国设立的商业存在，看其掌握在谁手里，如属于外国法人。

结合选项2，依照东道国国内法在东道国境内建立的法人，若由另一国的法人或自然人控股并注册，都能获得东道国的国籍，将其排除在国内产业之外，是否合理？此外，后商业存

针对其他成员意见，2000年10月，东盟进一步提出了非正式法律文件《草案解决办法》。保障措施建立在外围服务提供与国内产业损害存在因果关系的基础上。草案建议，“国内产业”指一国的服务贸易提供者（包含GATS第28条定义的自然人及法人）。草案解决办法是前述东盟或者选项1减去由后商业存在引起的损害。这等于对国内产业下了两个定义：一个较宽，针对的是保障措施的适用。草案对“国内产业”未再提供选项，这是因为，第一，二，界定国内产业的目的在于确定损害，而成员的争论可以集中到既得权利的宽泛度上。上，对既得权提出了选项。

东盟草案下，采取保障措施的基础是外国投资者引起的损害。因此，关键问题是看在多大程度上提供了三种保护“既得权利”的选择：第一，在保障措施实施前，东道国根据本国国内法或者东道国根据本国国内法，仅保护已授予给外国投资者且已行使的权利，对尚未行使的权利不予冻结外资规模；第三，将外国服务提供者的权利限制在成员承诺表所列且已行使的权利范围内。模式3下的损害问题，又未对后商业存在的服务贸易提供者产生影响或者说将影响限制在东盟之外，其他国家也对“国内产业”提出了相应的观点。韩国提出，“国内产业”指一国的服务贸易提供者，但是外国在东道国境内成立的商业存在服务贸易提供者不能请求采取保障措施计入。墨西哥建议，“国内产业”的定义应包括后商业存在。智利、哥斯达黎加和瑞士则建议，大多数成员倾向于将本国服务贸易提供者和境内的后商业存在统统包括在“国内产业”定义之内以区分二者，而且对后商业存在采取保障措施也不符合经济理由。而对东盟草案提出的既得权存在以充分的保护。

显然，成员对于模式3下的保障措施疑虑重重，模式3商业存在的特点决定了服务提供者在本国市场会导致外国服务提供者撤资。将后商业存在包括在“国内产业”定义之内，无疑是对后商业存在的保护。而东盟草案既得权第一选项更受成员欢迎也是出于相同的考虑。

因成员观点分歧过大，服务贸易EMS谈判的最后期限一延再延，2004年3月15日召开的WTO第四次部长级会议决定，将EMS谈判期限，但不再设定确定的谈判期限，而改以不定时限的方式，规定“ESM谈判成果自生效日期”。EMS的国内产业问题与其他关键概念一样，限于胶着状态，未再取得更大进展。

三、我国对“国内产业”应持有的立场

中国自加入世界贸易组织以来，服务贸易发展成果卓著，服务业开放紧追发达国家，涵盖的10个，涉及共计160个小类中的100个。目前，包括银行、保险、证券、电信服务、开放，占服务贸易部门总数的62.5%。2008年，中国服务贸易出口额达1464.5亿美元，居世界第五位。但服务贸易逆差规模进一步扩大，是自1997年以来逆差最大的一年。东盟为我国前五大服务贸易伙伴，其中香港地区、美国、欧盟、日本和东盟为我国前五大的服务贸易伙伴。美国、日本和东盟为我国服务贸易前五大进口来源地。值得注意的是，以上服务贸易逆差只是说，仅仅计算从国外收进的和向国外支付的全部货币资金，外国在中国境内设立的外资企业提供的服务贸易并不包括在内。然而，中国是亚洲吸收外国直接投资最多的国家，其中服务业的比重逐年上升。2008年，中国境内非金融类服务业外国附属机构境内销售收入达到913.2亿美元，同比增长23.5%；中国服务贸易进口额达1464.5亿美元。因此，在考察我国服务贸易能力大小时应当特别考虑到我国以商业存在形式提供的服务贸易。我国服务贸易进出口如下特点：第一，发展迅速，但我国服务贸易进口多、出口少，一直处于贸易逆差状态。第二，我国服务贸易进口来源地广泛。第三，以商业存在形式提供的服务贸易量巨大。

我国2004年修订的《对外贸易法》第45条明确规定：“因其他国家或者地区的服务提供者或者与其直接竞争的服务的国内产业造成损害或者产生损害威胁的，国家可以采取必要措施以消除损害或者产生损害威胁。”这是我国第一次在立法中对服务贸易保障措施作出规定，尽管简单但在。由第45条的措辞来看，其采取的是类似货物贸易保障措施模式的机制，即服务贸易E损害和进口增加与国内产业损害之间具有因果关系三个实质要件。这样，“国内产业”有了明确的关键概念。

我国未来的EMS立法，相当程度上依赖多哈回合服务贸易谈判的结果。在谈判中，我国对实的服务贸易水平和特点而定。我国服务贸易总体水平与发达国家相比还有不小差距，因此EMS对中国的重要意义不言而喻。同时，我国相当一部分服务贸易由外商投资企业和其他发展中国家更为突出。因此，所采的“国内产业”的定义应既能有效地保护本国产业，在服务贸易当中，我国与东盟所处地位相似，都是发展中国家，服务贸易有了长足发展在借鉴作用。在东盟提出的草案中，对于哪一些服务贸易提供者划归国内产业，主要由GAT

本控制标准，在中国境内成立的外商投资企业如果由外国法人或自然人拥有或控制，则本法明确规定，无论中外合资经营企业、中外合作经营企业还是外资企业，均是按照中国法。我国的外商投资企业与GATS第28条相悖。支持东盟的草案，是否意味着我国打算放弃GATS第28条的矛盾并非我国独有，而是一个普遍问题，围绕着东盟草案的讨论与争执，谈判归国内产业，即国籍的判定留待国内法决定，但应保持透明性与可预见性。因此，对于定义并不存在问题，关键是如何将既得权结合到国内产业的定义中去。

按照我国国内法的规定，我国外商投资企业属于中国法人，这样，大部分后商业存在划归权选项中，选项2对中国似更有意义，即保护已授予给外国投资者且已行使的权利，通过入国内市场，防止“国内产业”的进一步恶化，也可禁止现有外资规模的扩大。

结 语：

“国内产业”是构建服务贸易保障措施机制的关键性概念，基于服务贸易的多样性和的界定相当棘手和困难。有一种观点认为，“国内产业”不存在一个共同的定义，对“国内成员”要求过多，而且不能达到对成员进行救济以适应新的产业竞争的目的，也起不到作用。该种观点似乎在以后处于胶着状态的“国内产业”的谈判中得到了印证。但不论问题逐步深入，国内法的定义与既得权的结合很可能是未来界定“国内产业”的发展方向。“国内产业”的谈判中，坚持对我国有利的立场。

作者简介：

赵艳敏：苏州大学王健法学院，讲师，法学博士；地址：江苏省苏州市十梓街1号，苏州
z@sina.com.

王俊：苏州大学商学院，副教授，法学博士。

as