



吕鸣-建立和完善我国服务贸易保障措施制度



来源方式：原创

发布时间：2012-05-22

我国服务贸易紧急保障措施制度的构建及完善

吕鸣 章博

摘要：服务贸易紧急保障措施是服务业开放与服务保护的有效缓冲。为避免服务业全面开放后对国内服务业的冲击，我国对现行法律规定进行了调整，但效果仍然有限。如何充分发挥服务贸易紧急保障措施的“安全阀”的作用，成为当务之急。修正和重塑现行立法、完善和填补具体规则，从而构建符合我国国情的服务贸易紧急保障措施制度。

关键词：服务贸易 紧急保障措施 完善

Abstract: ESM in the field of trade in service smoothes the conflicts between openness and protection of service industry. Lawmakers have made amendments which had little counts to lessen the impact of openness on relative domestic departments. How to make EMS as useful as a safety valve is at emergency. Modifying the present laws and regulations, filling up the relevant rules are helpful to rebuild our ESM of trade in service system.

Keywords: Trade in Service ESM Perfection

我国在加入世界贸易组织时，对服务贸易的开放做出了承诺，除了海运部门，所有的服务部门都将开放。这对我国服务业的发展，既是机遇，也是挑战。国外企业大举进入我国服务市场，将对处于相对劣势的国内企业造成巨大冲击。设置必要的“安全阀”，即建立完善的紧急保障措施（Emergency Safeguard Measures）制度成为当务之急。但迄今为止，服务贸易紧急保障措施制度仍是我国对外贸易法领域的一处空白。因此，构建和完善我国的服务贸易紧急保障措施制度，是保证我国服务业发展的一项基本命题，具有重要的现实意义。

一、我国服务贸易紧急保障措施的法律渊源及其分析

（一）我国服务贸易紧急保障措施的法律渊源

我国关于服务贸易紧急保障措施的法律渊源由国际法渊源与国内法渊源组成。国际法渊源又由我国参加的国际多边协定、区域多边协定以及双边协定组成。其中，《服务贸易总协定》（General Agreement on Trade in Service, GATS）是最主要的国际法渊源，其第10条第1款和第12条分别就“紧急保障措施”、“保障国际收支的限制”作出了规定。区域多边协定为于2007年1月14日签订、2007年7月1日正式生效的《中华人民共和国政府与东南亚国家联盟成员国政府全面经济合作框架协议服务贸易协议》（以下简称中国—东盟《服务贸易协议》）。该协定第9条对服务贸易紧急保障措施作出了明确规定。就双边协定而言，截至目前，我国分别与新西兰、新加坡、巴基斯坦、智利签署了有关服务贸易的双边协定。

我国关于服务贸易紧急保障措施的国内法渊源主要是《对外贸易法》以及《保障措施协定》、《保障措施产业损害调查规定》、

《关于保障措施产品范围调整程序的暂行规则》、《保障措施调查听证会暂行规则》、《保障措施立案暂行规则》等行政法规及部门规章。其中，于2004年4月底修订、同年7月1日施行的《对外贸易法》首次对服务贸易紧急保障措施作出了规定。其第45条规定：“因其他国家或地区的服务提供者对我国提供的服务增加，对提供同类服务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，国家可以采取必要的救济措施，消除或者减轻这种损害或损害威胁。”

（二）我国服务贸易紧急保障措施法律渊源的分析

从上述我国有关服务贸易紧急保障措施的法律渊源来看，其层次丰富，从国际法到国内法，从国际多边协定到区域多边协定再到双边协定，从部门法到国务院法规及部门规章。但直接就服务贸易紧急保障措施作出规定的非常有限。其中，以GATS第10条和第12条，中国—东盟《服务贸易协议》第9条，《对外贸易法》第26条和第45条为主，这些条文的主旨是在紧急状况和国际收支不平衡两种特殊情况下，允许政府主管部门对服务贸易实施紧急保障措施。

GATS第10条和第12条都确立了实施紧急保障措施的一项基本原则：“不歧视原则”。除此之外，就国际收支不平衡的情况，GATS的规定相对比较详细，确立了适用的条件是“严重国际收支和对外财政困难或其威胁”，保障措施的形式是“采取或维持限制”，程度应是“不得超过处理第1款所指的情况所必需的限度”，以及必须进行磋商的程序性规则。

与GATS一样，中国—东盟《服务贸易协议》也确立了不歧视原则作为实施紧急保障措施的基本原则。除此之外，该协议也确立了实施紧急保障措施的实质要件和程序要件。就实质要件而言，协议要求：一是某一缔约方的某一服务部门遭受了实质性的负面影响；二是该负面影响是由于缔约方实施协议造成的。但何为“实质性的负面影响”，中国—东盟《服务贸易协议》并未作出规定。对于程序要件而言，协议规定遭受影响的缔约方首先可以与采取措施的缔约方进行磋商，商讨与受影响的服务部门相关的任何措施。但是，协定没有规定磋商的时间限制。其次，当遭受影响的缔约方要求采取措施时，应征得相关各缔约方的统一，不得单独采取行动。

我国《对外贸易法》第26条和第45条规定了适用保障措施的条件，形式是“限制或者禁止有关的国际服务贸易”，程度是“消除或者减轻这种损害或者损害的威胁”。

就一个完整的服务贸易紧急保障措施制度而言，其基本特征是具备较为详尽的实体性规则和程序性规则。实体性规则应当处理决定实施保障措施的各项前提条件，规定保障措施的形式和必要的限制，分配主管机关的职权，明确采取临时保障措施的相关问题等；程序性规则应当处理从启动调查到完全撤销保障措施的所有程序，这些程序必须保证相当的透明度。

因此，就我国目前的相关立法而言，仅仅确立了服务贸易保障制度的一些基本原则，基本的框架尚未形成，缺乏实际的操作性，与我国服务业迫切需要建立紧急保障措施制度的客观现状不相符合。我们应当积极采取措施，尽快建立起比较完善的服务贸易紧急保障措施制度。

二、我国服务贸易紧急保障措施制度的修法路径

目前我国已经根据《WTO保障措施协定》和《对外贸易法》，制定了《保障措施条例》。《保障措施条例》第2条规定，“进口产品数量增加，并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁（以下除特别指明外，统称损害）的，依照本条例的规定进行调查，采取保障措施”，无形中将服务贸易紧急保障措施排除在外，因为服务贸易不存在实体的所谓“产品”。我国服务贸易紧急保障措施制度的立法，仍然处于空白。

填补这一空白的方法有两种，第一种方法是修改《保障措施条例》，加入服务贸易紧急保障措施的内容；第二种方法是以GATS和《对外贸易法》为前提，制定一部新的《服务贸易紧急保障措施条例》。我们支持第二种方法。

首先，服务贸易无形化的特点决定了服务贸易紧急保障措施制度与货物贸易保障措施制度存在很大不同。在实体规则层面，从实施保障措施的要件到保障措施的形式等主要、核心的问题，服务贸易紧急保障措施与货物贸易保障措施存在诸多不同。比如十分重要的启动保障措施的情形，服务贸易紧急保障措施要比货物贸易保障措施更多更复杂；还有采取保障措施的形式，服务贸易紧急保障措施就不能照搬货物贸易保障措施的提高关税和数量限制等方式。

其次，如果采取第一种方法，即单纯地补充和修改《保障措施条例》，那么这种修改和补充无疑将是重大的和根本的，无异于制定独立的服务贸易紧急保障措施制度。此时，《保障措施条例》从形式上将分为两个基本部分，即服务贸易紧急保障措施和货物贸易保障措施，因为如前所述，两者的实体规则差异太大，无法融入同一规则进行规定。可见，第一种方法只是两种保障措施制度的简单叠加。

最后，第一种方法将使整部《保障措施条例》因为服务贸易的需要而不断进行修改，进而影响货物贸易保障措施制度的稳定性。当前服务贸易紧急保障措施制度虽然需要借鉴货物贸易紧急保障措施制度的程序性规则，但货物贸易保障措施制度中的程序性规则是否能够服务贸易的实践所肯定，仍然需要考证。而在对于服务贸易紧急保障措施的实践发展知之甚少、认知水平甚为有限的情况下将其纳入《保障措施条例》，不只会增加其修改的频率，而这些修改很大程度上出自服务贸易本身的需要，与货物贸易保障措施制度无关。第一种方法将使货物贸易保障措施制度无端蒙受“池鱼之祸”，我们认为是没有必要的。

第一种方法的不足正是第二种方法的优点。制定《服务贸易紧急保障措施条例》将克服以上诸多弊端，有利于建立条理清晰、内容独立全面的服务贸易紧急保障措施制度，等到逐步完善和成熟之后再行考虑与《保障措施条例》进行合并。更何况《保障措施条例》已经经历修改，不宜在短期内再作重大变动，但是建立服务贸易紧急保障措施制度又是当务之急，因此最佳的选择就是制

定独立的《服务贸易紧急保障措施条例》，解决服务贸易的现实之需。

三、我国服务贸易紧急保障措施具体规则的完善

(一) 制定较为完善的实体规则

如前所述，在完善服务贸易紧急保障措施制度时，货物贸易的保障措施制度为最佳参照。考察《保障措施条例》，其实体规则一般包括实施保障措施的要件、保障措施的形式、保障措施的期限、保障措施的补偿和临时措施的实施等方面的内容。其中，实施保障措施的要件以及保障措施的形式是实体规则的核心。

1、服务贸易紧急保障措施实施的要件

GATS第12条明确把“国际收支严重失衡”作为WTO成员国实施服务贸易紧急保障措施的一个重要情形。根据我国《对外贸易法》第26条，我国适用服务贸易紧急保障措施的情况主要可以分为四类，一是出于公共利益的需要，二是出于建立特定服务部门的需要，三是出于平衡国际收支的需要，四是出于法律的需要。第45条规定了第五类情形：服务的增加。我国服务贸易紧急保障措施制度的法律渊源虽然列举了实施保障措施的要件，但并未对其做进一步的解释，尤其是“服务增加”、“损害确定”、“因果关系”的确定直接影响实体规则的操作。

(1) 关于服务的增加。服务贸易是一种无形贸易，与有形的货物贸易存在着较大的不同。服务贸易并不能和货物贸易一样，可以相对比较容易地对进口进行统计和量化。因此《保障措施条例》中的“进口数量的增加”一语，并不能简单地移植到服务贸易保障措施制度中去。这就决定了在服务增加的确定时，还需要克服一定的技术上的困难。这种困难主要来自于统计上的困难。

服务贸易统计制度是整个服务贸易法律体系中一个相当重要的部门，构成服务贸易保障措施制度和其他制度的基础和前提。在制定服务贸易保障措施制度的同时，应当尽快建立起完善的统计配套措施和相应的信息服务系统，最主要是应尽快建立完善的服务贸易统计制度，为服务贸易保障措施制度的实施提供技术上的支持。同时服务贸易原产地规则也是确定“服务数量”的重要依据，必须尽快建立和完善，否则无法制定其他有关法律。

(2) 关于损害的确定。保障措施制度作为贸易自由化的“安全阀”，并不需要在成员国一旦受到损失，就启动保障措施机制。否则就将违背保障措施的初衷，使其蜕变成贸易保护主义的工。尽管如此，我国《对外贸易法》规定当“造成损害或产生损害威胁”时即可启动紧急保障措施。笔者认为这一规定有欠妥当。保障措施适用的前提，是必须出现“严重损害”的结果或威胁。因此，保障措施制度中的“损害结果或威胁”，应当达到“严重损害”的程度，而不是反倾销制度中通常所指的“实质损害或威胁”。这种要求既是苛刻的，又是合理的。

(3) 关于因果联系的确定。在日趋复杂的国际贸易中，国外竞争企业大量进入国内市场，往往并不是造成“严重损害或威胁”的唯一因素。保障措施制度中的因果关系，也不止一种。美国的保障措施制度首先采用了“主要原因”的标准，而后发展为“实质原因”的标准。“主要原因”与“实质原因”的不同之处在于，所谓“主要原因”是指在引起严重损害或严重损害威胁的诸多原因中，进口的增加造成影响大于其他所有原因的总和；而“实质原因”则是指“进口激增”的影响，只需不小于其他原因的影响即可。“实质原因”标准比“主要原因”标准更加宽松。相比之下，我国《保障措施条例》赋予商务部极大的自由裁量权。该条例第11条规定，商务部应当根据客观的事实和证据，确定进口产品数量增加与国内产业的损害之间是否存在因果关系。这种“存在”标准非常模糊，关键是没有解决“因果关系”的程度问题。

在WTO服务贸易保障措施制度尚未形成之际，为更好地对抗他国的贸易保护主义，维护我国服务业的整体利益，适度地采用“实质原因”标准是非常必要的。尽管“实质原因”标准在不同程度上有悖于保障措施制度的初衷，但鉴于WTO成员国很难在此问题上达成共识，因此在我国服务贸易紧急保障措施制度中适用“实质原因”的标准，并不会违反WTO协定下的法定义务。事实上相对明确的“实质原因”标准比简单的“存在”标准更符合GATS第10条所规定的“非歧视原则”，因为后者的范围更大，容易造成对不同国家确定不同程度的因果关系，进而造成歧视。

2、服务贸易紧急保障措施的形式

保障措施制度的实质，是由于成员国履行WTO协定下的减让义务，导致国内产业失去保护而受到严重损害，因此允许成员国暂时中止WTO协定义务的履行，以减少损失的制度。所以保障措施的形式，应当是中止履行WTO协定下的义务。在货物贸易保障措施制度中，这种对WTO协定下义务的中止履行，可表现为提高关税和数量限制等措施。由于服务贸易本身无形化的性质，服务贸易紧急保障措施制度对这些形式的措施都不能简单地移植。比如提高关税，服务贸易无关税可言，这种措施就不适用；再如数量限制，即便对尚未进入国内市场的国外企业进行限制，甚至禁止其进入，但对已经进入的国外企业，即所谓的“商业存在”则无能为力，保障措施一时难见成效。服务贸易中的种种因素决定了服务贸易紧急保障措施的形式应当是极其复杂的，并不是简单地“中止履行义务”就可以达到目的。这也正是服务贸易紧急保障措施制度的独特之处。在我国，服务贸易紧急保障措施的基本形式应是“限制或禁止国际服务贸易”。这一规定需要进一步的细化，而单一的措施又同样会遇到以上的难题。综合运用多种贸易保护措施，或许是服务贸易紧急保障措施的一种有效形式。

(二) 制定较为完善的程序性规则

货物贸易的保障措施制度，其程序性规则一般包括主管机关的授权、调查、损害认定、保障措施的实施、临时保障措施的实施以及保障措施的撤销等方面的程序。其中调查部分的程序是程序性规则的核心。

1、调查的程序规则

(1) 调查的启动。美国保障措施调查的启动，以“当事人主义”为主，“职权主义”为辅。根据美国《1974年贸易法》，美国保障措施的调查，主要由相关当事人提出申请而进行。在美国申请实施保障措施调查的主体，是作为产业代表的贸易协会、企业、合法的工会和工人团体。接受申请的机构为美国国际贸易委员会和相关的政府贸易代表。《1974年贸易法》还授权美国国际贸易委员会主动发起调查。与此同时，总统、美国贸易代表、众议院行动委员会和参议院财政委员会也都可以要求美国国际贸易委员会发起保障措施的调查。

欧盟保障措施调查的启动，以“职权主义”为主，“当事人主义”为辅。欧盟不采取由国内产业代表申请调查的制度，而采用由成员国通知欧委会发起调查或是由欧委会主动发起调查。

我国《保障措施条例》借鉴了美国的做法，赋予“国内产业有关的自然人、法人或者其他组织”作为申请人的权利能力，同时又授权商务部在“有充分证据认为国内产业因进口产品数量增加而受到损害”的情况下，主动发起调查。这种程序规则比欧盟的做法更加有利于保障当事人的利益，是合理的，也是符合我国利益的。因此，服务贸易紧急保障措施制度也应制定同样的调查启动规则。

(2) 调查的过程。美国保障措施的调查过程透明度非常高。根据美国《1974年贸易法》，调查期间必须举行听证会，参加者包括利益方和消费者。欧盟保障措施调查的透明度不及美国，欧盟理事会第3285/94号条例只是“允许”成员国进行磋商，或利益方书面或口头向欧委会陈述主张、提供证据，而且并不征求消费者的意见。我国的《保障措施条例》，在调查过程中只是规定商务部“应当为进口经营者、出口经营者和其他利害关系方提供陈述意见和论据的机会”。“机会”一词接近于俗语，并不适合在法律法规中出现。对“机会”的理解包括各种形式的参与，可以是听证会，也可以是磋商，甚至可以是普通的座谈会。然而各种形式的“机会”所体现的透明度却截然不同。相比之下，美国听证会的程序规则具有准法庭的效果，透明度最高，其赋予利益方和消费者以同等的权利能力，具有相当的先进性。听证会的程序规则，对于商务部独揽保障措施制度大权的权力分配体制，又是一种较好的约束。我国保障措施制度的透明度越高，所得出的结论也将越公正，引起的争议也会越少，这无疑符合我国的根本利益。由此可见，服务贸易紧急保障措施制度的调查过程宜引入美国的听证会制度。

2、中期复审的程序规则

考察货物贸易保障措施制度，保障措施的实施应当是一个逐年递减的过程，对于超过一定期限的保障措施，还要进行中期复审。我国《保障措施条例》规定对期限三年以上的保障措施必须进行中期复审。在反倾销制度中，其“落日复审”制度与保障措施制度的中期复审相类似，目的都在于保证贸易救济措施不能长期使用，更不能在适用情形已经消失的情况下继续实施该措施。服务贸易的特殊性决定了实施紧急保障措施的期限应当比货物贸易更长，因为一般的服务贸易保护措施很难在短期见效，但为了保证贸易救济措施不被滥用，引入中期复审制度就显得尤为关键。

四、结 论

总之，我国服务业的现状决定了，我国迫切需要建立服务贸易紧急保障措施制度；而目前的法律法规仍存在诸多问题，需要进一步的健全和完善。我国服务贸易紧急保障措施制度实体规则和程序规则的设计，既要合理借鉴《保障措施条例》，也应借鉴欧美发达国家的先进经验，还要结合服务贸易的具体实际和特点，有所创新。

我们应当清楚地看到我国服务业面临的巨大挑战，在直面国际竞争的同时积极利用法律武器保护国内产业，为其进一步的健康发展创造良好的外部环境。保护落后不是保障措施制度的目的，保护发展才是保障措施制度的归宿。在加入WTO的背景之下，我国一方面应当在服务贸易新一轮谈判中积极争取有利条件，另一方面应当加快相应的国内立法，设置必要的“安全阀”。唯有如此，我们才能真正将入世的承诺，化为促进国民经济发展的推动力。