

中国疑难法律问题研究

主 编 / 漆 丹
副主编 / 丁茂中

ZHONGGUO
YINANFALVWENTI
YANJIU

● 吉林人民出版社



中国疑难法律问题研究

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国疑难法律问题研究/漆丹主编.— 长春:吉林人民出版社,2006.7
ISBN 7-206-04933-8

I.中… II.漆… III.法律—研究—中国
IV.D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 088918 号

中国疑难法律问题研究

主 编:漆 丹 责任校对:陆 雨

责任编辑:李相梅 封面设计:张娜

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:长春永恒印业有限公司

开 本:889mm×1194mm 1/16

印 张:33.25 字数:510 千字

标准书号:ISBN 7-206-04933-8

版 次:2006 年 8 月第 1 版 印 次:2006 年 8 月第 1 次印刷

印 数:1-2 000 册 定 价:55.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

主 编 漆 丹

副主编 丁茂中

编 委

许玉森 季林云 陈 旭

目 录

卷首专栏

税法视野下反倾销税性质微探·····	许玉森(3)
股权转让疑难问题研究·····	丁茂中(9)
同意程序存在瑕疵时股权转让协议效力的认定·····	陈旭(38)

民法专题研究

格式条款的法律探讨·····	胡文玉(45)
股东虚假出资诉讼问题研究·····	谢晓斌(49)
格式条款引发的法律思考·····	张占江 周国国 王保国(53)
浅论合同落空理论与我国民事立法·····	刘 鹏(56)
环境污染侵权诉讼探析·····	王宁寒(60)
民法中的意思表示解释·····	朱春叶(64)
浅论美国合同法中的口头证据规则·····	喻 禹(68)
浅论专利间接侵权的构成要件·····	张婷婷(72)
浅析不动产买卖中的风险承担原则·····	李 庆(76)
违约与精神损害赔偿·····	李 辉(80)
试论物权公示公信原则·····	周中庆(84)
意思表示法律概念浅析·····	吴竞爽(88)
反低价倾销行为制度·····	朱 静(92)
主合同无效导致保证合同无效情况下保证人责任研究·····	陈晓兰(96)
论劳动合同的解除·····	丁茂中(99)
不动产预告登记制度研究·····	王正辉(107)
试论肖像权与著作权的冲突及其协调·····	贺科杰(110)
试论缔约过失责任的法律特征·····	陈会师(114)

德国物权法体系中的预告登记的效力分析及制度借鉴·····	李 军(118)
域名纠纷中“恶意”标准之研究·····	赵 璐(122)

经济法专题研究

刍议我国反垄断法的立法体制·····	李 颖(129)
P2P 技术发展与版权保护的平衡——解读 Grokster 案·····	张诗怡(133)
超高定价的法经济学分析与规制·····	丁茂中(136)
证券公司经营资源的垄断·····	吕 柯(143)
对跨国公司利用资本弱化方式进行避税的法律规制·····	邱冬梅(146)
反垄断法刑事责任制度比较研究·····	荣中华(150)
反垄断法监管与行业监管之间差异性分析·····	汪本前(153)
反垄断视野下的特许经营·····	王 琳(157)
韩国竞争法律制度略考·····	潘新法(160)
浅谈跨国并购的反垄断法规制的必要性·····	张春燕(165)
论“傍名牌”现象及其法律适用·····	施巧巧(169)
纳税人权利保护问题研究·····	董雅芸(172)
商业贿赂行为的认定·····	李鸿龙(175)
析劳动关系与雇佣关系·····	王国强(179)
论经济法是对社会经济的第二次调整·····	王晓晔(183)
现代反垄断法规制对象澄清·····	黄 卉(187)
自然垄断、自然垄断行业、公用企业三者关系的重新认识·····	伍松林(190)
经济法产生的必然性分析·····	许玉森(194)
关于完善我国劳动争议处理机制的思考·····	成素琳(198)
对认定知名商品的思考·····	丁茂中 王晓然(202)
试论税法视野下的税收概念及特征·····	王 勇(206)
论商业秘密的法律保护·····	王 衍(210)
反不正当竞争法一般条款·····	黄卓昊 陆文奕(214)

商法专题研究

利益返还请求权之探讨·····	刘翼洲(219)
论我国国有商业银行改制中独立董事制度的建设与完善·····	熊欣慰(223)
从票据对价的角度再析《票据法》第 10 条·····	吕 超(226)
REITs - 中国房地产资本市场的新生力军·····	白哲静(230)
知识产权规制的法律适用·····	安 伟(234)

公司机会准则研究	吴凯敬 黄旭添(237)
论新公司法的股东代表诉讼制度	蒋 涛(241)
从商业标识权利冲突看商标权的保护	张 伟(245)
招投标体制下建设工程施工合同管理的若干问题研究	顾如铁(250)
我国一人公司的法律规制	黄泽雁(256)
关于股份有限公司治理机制的纠正问题	陈乾俊 方亚彤(260)
公司人格独立与股东权利滥用	尚世浩(265)
浅议经济型酒店分割出租中的法律关系	叶印洲(269)
浅谈电子商务与法律	鲁晓娜(273)
抗辩切断制度的初探	段 慧(277)
现代市场竞争文化的法律分析	丁茂中(280)
论基金的投票权	应钟铨(298)
论股东知情权的有效行使	邢婉莹(302)
新公司法视角下的公司设立条件	李诗鸿(306)
论我国强制缔约制度的缺陷及完善	赵 炯(311)
股权与公司股权诉讼	江 云(316)

刑法专题研究

辩诉交易制度若干研究	谢明智(323)
并案侦查中的同一认定	缪晓琛(327)
浅析量刑建议权的设立及应用	薛文革(331)
合同诈骗罪若干问题研究	钱 雯 郑晓红(334)
家庭成员和近亲属间盗窃的认定	陈颖楠(340)
交通事故责任认定与工伤认定的关系	高文进 江 云(344)
情绪型犯罪从宽处罚之合理性分析	刘志龙 李培红(348)
试论受贿罪中的为他人谋利益	熊芳远(352)
刑事简易程序若干问题探讨	林 军(356)
商业秘密保护应当刑民有别	徐 虹(360)
不作为犯罪中的未遂问题	徐文成(364)

国际法专题研究

自然垄断行业规制法律制度	房 刚(369)
从美国冲突法革命看法院地法在实践中的优先适用	徐 兵(372)
国际航空货运代理人的法律地位与性质的探讨	夏 振(376)

论“长臂管辖”	黄冠颖(379)
试论国家环境主权和不损害他国环境原则	黄 靖(383)
跨国金融争议仲裁的比较优势	周 悦(386)
论国际环境保护与人权保障的关系	罗小莹 柯航锋(390)
股权派生诉讼国际立法比较研究	丁茂中(394)
论解决域名争议的行政仲裁机制	王玲童(403)
美国外国投资委员会制度研究——从联想案和中海油案谈起	陈佃楼(407)
国际刑事管辖权冲突及优先管辖原则	潘淑淑(412)
涉外所得税优惠与国际投资的关系	马文杰(415)
欧盟对中国铸件产品反倾销案之分析	李耿瑾(419)

法治建设专题研究

房地产合同中格式条款分析	杨 琴(425)
劳动合同竞业禁止条款探析	陈建杰(429)
社会主义法治国家行政程序法治研究	徐 丹(434)
法治国家和行政程序	张贤孟(438)
案件流程管理中存在的问题与对策	卢庆前(442)
法院执行具体行政行为中的合法性审查初探 ——关于合法性审查的法理基础之思考	梁 凯(446)
基层法院执行现状调研	郑 策(451)
我国刑事优先原则存在的根基	白 江(457)
浅谈外资银行监管合作的法律问题	黄 蓓(461)
合同解除权行使的比较法上的分析	宋 骅(465)
浅论我国行政信息公开制度的价值选择	胡公听(470)
建立社会诚信体系 适应市场经济要求	张 磊(474)
虚假广告法律规制研究	周婉宜 李云妹(477)
议我国立法听证中的立法民主问题	潘小青(481)
票据变造若干问题解析	高 璐(484)
关于国有企业定位的思考	刘 菲(489)
受教育权法律研究	于海洋(493)
浅谈在公共财政框架中的社会主义法治	王 荣(497)
美国宪政的成长之路	于雪梅(500)
试论共同遗嘱	张宏琴(504)
“自由心证”中的法律方法——从合同争议条款探讨法律解释方法	尉柳明(508)
日本看护保险制度考察	丁茂中(512)

卷首专栏

税法视野下反倾销税性质微探

许玉森

【内容摘要】作为一种反倾销措施，反倾销税虽然附加于关税，但其与关税功能存在很大的区别，本质上属于救济手段。反倾销税具有临时性特征，寓于税法基本原则要义。反倾销税的征收具有可以追溯性，但它不同于法的例外溯及力，有着严格的适用条件与期限。

【关键词】关税 反倾销税 救济手段

反倾销税作为一种反倾销措施，它是指进口国反倾销调查当局对以低于正常价值的价格在进口国进行销售并对进口国生产相似产品的产业造成法定损害的外国产品，在正常的海关税和费用之外的一种关税或附加关税。在传统竞争法的视角下，反倾销税的性质比较简单，一般定格在维护对外贸易秩序和公平竞争的一种手段或者措施上。但是如果从税法视角来研究反倾销税，其性质变得相对复杂化。全面认识反倾销税，不仅有利于我国税法制度的完善，对我国的反倾销工作也将大有裨益。

一、反倾销税性质分析

（一）传统观点阐述

关于反倾销税的性质，我国理论界存在两种不同的观点。一种观点认为：反倾销税为“非关税壁垒”，其属于非关税的贸易保护主义措施之一。^①另一种观点认为反倾销税是“由进口国在正常关税和费用以外征收的一种特殊关税或附加税”，其理由主要有四点：第一，反倾销税是针对进口产品的；第二，反倾销税是特别的附加税；第三，反倾销税的征收机关是海关；第四，反倾销税的发展历史确立了反倾销税为进口关税的地位。^②从我国目前相关理论著作所表达的观点倾向来看，大部分学者持第二种观点。^③

（二）经济调节理论之深化——反倾销税的救济本质属性

经济调节理论是税收重要依据之一，其基本要义是：市场经济的自动调节是不完善的，单纯依靠市场无法实现社会资源的有效配置，政府应该合理地介入经济活动，运用税收等工具来完善市场机制，调节国民收入与财富的分配，促进社会总供求和产业结构的合理化，实现社会资源有

① 余劲松：《国际经济法概论》，武汉大学出版社1999年版，第266页。

② 胡晓红著：《中国反倾销法理论与实践》，中国社会科学出版社2001年12月版，第161—162页。

③ 例如陈少英主编的《税法教程》、曹建明主编的《国际经济法》、沈达明的《国际贸易法新论》等。

效利用。因此,调节经济是税收的重要职能。

关税是一个很古老的税种,它一开始是以最方便的财政收入手段出现的。但伴随着社会生产力的迅速提高和国际贸易的日益频繁化,关税逐步衍生出一种新的功能,即保护功能。所以现代税法理论一般以课征的目的为标准将关税分为财政关税和保护关税。^①所谓保护关税是着眼于保护本国工农业生产和本国经济发展而征收的关税,它是税法经济调控职能的重要表现之一,具有事前的庇护性质,即通过对外国的商品普遍征收关税的办法来抵消外来商品的相对竞争优势,实现对本国相关行业的保护。关税保护功能理论滥觞于整个重商主义时代。英国重商主义的先驱托马斯·孟在《美国得自对外贸易的财富》一书中极力主张:为了保护国内工商业的发展,对输入本国的外国产品应课征高额关税。^②法国重商主义代表柯尔培尔在担任财政大臣期间,极力推行保护关税,实行奖出限入政策。从这些内容我们可以看出,关税本质上属于一种不公平竞争的手段。也正是因为如此,当一个国家的关税过高或者已经实质上建立了关税贸易壁垒,那么它往往受到利害关系国的关税报复。^③

反倾销税虽然附加于关税,在广义上也具有保护功能,但这种保护功能与关税的保护功能存在很大的差别,本质上属于事后救济性手段。这可以从三个方面得到合理的解释:第一,前提的合法性与合理性。反倾销是先前的《关贸总协定》和现在的“世界贸易组织”所承认的用以抵制不公平国际贸易行为的一种措施,具有合法性。作为反倾销的措施之一,反倾销税当然具有正义性。第二,只有在法定程序对倾销和损害作出肯定性的初裁或者终裁后,一个国家才可以对进口产品征收反倾销税。虽然我国有关反倾销法律体系出台较晚,但其基本原则与WTO的相关规则相一致。特别是在征收反倾销税方面,作为反倾销措施之一,在采用临时反倾销措施以后,反倾销调查将继续在规定的时限内调查主管机关完成全部的调查并对倾销、损害和因果关系的认定有了充分的证据后才对有关进口产品征收反倾销税。第三,反倾销税税额不超过终裁决定确定的倾销幅度。虽然西方经济学理论和实践,对反倾销税税率主张采用“禁止性关税”,但“禁止性关税”也不是主观想多高就多高,否则就成了滥用和歧视。1994年反倾销协定要求,反倾销税的税额应小于或等于倾销幅度或倾销差额,即出口价格低于正常价值的额度。为了保证反倾销税救济的本质属性,大多数国家建立了反倾销退税制度。反倾销退税制度是反倾销程序中主管机关对超过倾销幅度征收的反倾销税予以退还的一项制度。WTO成员在征收反倾销税的实践中有两种不同的方法:一种是美国采取的“追溯征税”做法;另一种是欧盟采取的“预期征税”做法。当反倾销税在预期基础上课征时,反倾销税以反倾销立案调查前一段时间(即调查期)内涉案国的倾销幅度为基础确定,并预期地向将来一段时间内来自涉案国的进口商品征收。由于预期征税制度存在主客观认定偏差的可能性缺陷以及社会实际情况的变化,这就可能导致反倾销税的征收水平超出了倾销和损害程度。反倾销作为贸易救济措施,其目的在于增加进口商品的价格,使之达到足以消除倾销或消除损害的水平。超过倾销幅度对进口商征收反倾销税对于相关当事人是很不公平的。为了解决这个问题,WTO“反倾销协议”中专门就反倾销退税制度作了规定。该规定是指导WTO各成员方制定相应国内立法的基本准则,各成员方以此为基础,制定了

① 刘隆亨著:《流转税法》,北京大学出版社2002年2月版,第235页。

② 许建国、蒋晓惠编著:《西方税收思想》,中国财政经济出版社1996年版,第7—8页。

③ 漆多俊主编:《宏观调控法研究》,中国方正出版社2002年1月版,第227页。

本国的立法。我国自2002年1月1日起施行的《反倾销条例》第46条对反倾销退税的申请条件和调查程序作了规定。2002年3月13日,外经贸部依据《反倾销条例》,发布了《反倾销退税暂行规则》,对我国反倾销退税作了详细、具体的规定,是规范反倾销退税申请与调查程序的行为准则。

权利救济往往伴随法律的惩罚。反倾销税在履行产业救济功能时也在对倾销者进行合理的惩罚。“加重关税,或称歧视性关税,是指一国为达到某种特定目的,增加关税的保护作用,在征收一般进口关税之外又加征的一种临时进口附加税。主要包括反倾销税、反补贴税和报复关税。”^①但这种惩罚的传导机制却相对比较特殊,即形式上对内,实质上对外。反倾销税虽然是由倾销进口产品的本国进口经营者缴纳,形式上似乎是对本国的进口经营者进行法律惩罚,但是由于“进口经营者对加征的反倾销税可以作出两种选择,要么酌减进口或者停止进口,要么在出口商保证代为支付其所缴税款的前提下继续进口该产品。两种后果都可以达到减轻和消除倾销产品对国内产业损害的目的。”^②因此,反倾销税实质上是针对倾销产品的外国出口商。

(三) 讨论反倾销税性质的现实意义

正确认识反倾销税的性质,无论是对我国还是WTO其他成员国在处理反倾销事务方面都具有十分重要的现实指导意义。反倾销税的本质救济性要求WTO成员国在采取反倾销税时,其征收额度功效应限于救济范畴,而不得变相进行不公平竞争,否则必然引发报复事件的发生。如“美国虾反倾销税惹众怒 泰国协会联合开展报复行动”。^③对于WTO来讲,反倾销税的救济性要求其在处理成员国之间争端时,应该合理兼顾各方利益,不得侵害成员国基本的救济权利,否则有关处理决定将可能在实质上落空。日本与欧共体的一个纠纷案件就是最好的证明。1988年10月6日,日本在其L/6410文件中通知缔约方全体,要求GATT理事会根据《GATT》第23条成立一个专家小组对欧共体依据欧盟《1761/87号规则》对在其境内与日本公司有关联的公司组装或者生产的一些产品所采取的措施进行审查。日本认为,欧共体对其征收的反规避税措施是违背了《GATT》的有关规定,理由主要为:如果将反规避税视为特殊关税,则违背《GATT》第1条第1款,构成差别待遇;如果将反规避税视为国内费用,则违背了《GATT》第3条第4款。欧共体则认为反规避税为关税,而非国内费用,它符合GATT的基本原则。此案的专家组最终认定反规避税属于一种国内税。虽然此案裁决令人遗憾,但是正如外界评论的那样“尽管日本赢得了这场战斗,因为被采取的专家小组的报告成为GATT判例法的一部分,但他没有赢得整个战争。”^④探究此案判决与实际效果之间差异的原因,我们不难发现反倾销税的本质属性在其中的作用。反规避税作为反倾销机构对依法构成规避的产品延长征收的反倾销税^⑤,本质上属于一种自我的必要救济手段。因此,当设定的义务否定了这种必要救济手段时,其将得不到履行与遵守。这也就是为什么日本的胜诉并未迫使欧共体取消其“改锥条款”的根本原因。

① 刘隆亨著:《流转税法》,北京大学出版社2002年2月版,第236页。

② 张晓东:《中国反倾销立法比较研究》,第176页。

③ 参见松际农网, <http://www.99sj.com/News/55373.htm>。

④ [美] 伯纳德·霍克曼著、刘平等译:《世界贸易体制的政治经济学》,第183页。

⑤ 胡晓红著:《中国反倾销法理论与实践》,中国社会科学出版社2001年12月版,第161页。

二、反倾销税临时性特征与税法基本原则

(一) 反倾销税的临时性特征

反倾销税的临时性是指反倾销税的征收由于受到多种因素的影响而呈现出阶段性和短期性的特征,它是与一般国内税收的连续性与稳定性相比较而言的。

依据课税依据是否具有依附性,税收可以分为独立税和附加税。独立税是不需要依附其他税种而仅仅依自己的课税依据独立课征的税;附加税是需要附加其他税种之上课征的税。虽然反倾销税是反倾销措施之一,但是反倾销税不是一种独立的税种,它依附于关税,“关税的税目税率是在进出口税则中予以公布,通过法律程序制定的,具有相对稳定性。但有时由于各种原因,在税则公布的征收基础上,需要另征附加税,这种附加税通常是临时性、暂时性或者有针对性地征收,例如反倾销税。”^①

反倾销税临时性集中表现在两个方面,即临时征收与短期时限。第一,临时征收。根据《反倾销条例》第28条规定,当初裁决确定倾销成立并由此对国内产业造成损害时,反倾销当局可以对倾销产品采取征收临时反倾销税措施。第二,短期时限。由于反倾销税征收的目的在于消除倾销行为带来的工业损害,因此反倾销税的征收应该有期限的限制,这个期限一般以清除倾销产生损害所必要的程度为准。这就是《关于执行GATT1994第6条的协议》中规定的所谓落日条款主要内容。我国的《反倾销条例》对此也作了规定。对于肯定性初裁下决定征收的临时反倾销税,其实施的期限为自临时反倾销措施决定公告规定实施之日起,不超过4个月;在特殊情形下,可以延长至9个月。对于肯定性终裁下,反倾销税实施的期限一般不超过5年;但是,经复审确定终止征收反倾销税有可能导致倾销和损害的继续或者再度发生的,反倾销税的征收期限可以适当延长。

(二) 反倾销税的临时性与税法基本原则

税法基本原则是一国调整税收关系的法律规范的高度抽象地概括,它贯穿于税收的立法、执法与司法等整个过程,对一国的税收法制建设具有普遍的指导意义。根据一般税法理论,税法基本原则有3个,即税收法定原则、税收公平原则和税收诚信原则。^②

反倾销税的临时性特征在表象上对税收法定原则带来了巨大的冲击。那么反倾销税的临时性究竟是否违背了税收法定这一基本原则呢?答案是否定的。从实质上来看,其仍然寓于税收法定原则之中。税收法定原则的要义主要有3点,即税收要素法定、税收要素明确和税收合法。^③反倾销税无论是纳税人还是征税条件或者税率以及征税程序都是由法律明确规定的。反倾销税的纳税人是倾销产品的进口商,《反倾销条例》第40条对此作了明确规定。反倾销税征收的条件是存在倾销与损害事实并且二者之间具有因果关系。反倾销税的税率一般以不同出口经营者的倾销幅度为依据来分别确定,例如,我国政府在2003年9月23日决定对原产于俄罗斯、韩国、乌克兰、哈萨克斯坦等四国和我国台湾地区的进口冷轧钢产品征收从3%到55%不等反倾销关税。对未包括在审查范围内的出口经营者的倾销进口产品,需要征收反倾销税的,应当按照合理的方式

①②陈少英主编:《税法教程》,北京大学出版社2005年3月版,第214页。

③ 刘剑文主编:《财税法学》,高等教育出版社2004年2月版,第331—332页。

确定对其适用的反倾销税，通常是实行单一的针对进口来源地的税率，但是反倾销税税额不超过终裁决定确定的倾销幅度。对于反倾销税的征收程序，我国《反倾销条例》第37到52条也作了相对完善的规定，一般首先由外经贸部提出建议，经过国务院关税税则委员会根据外经贸部的建议作出决定，再由外经贸部予以公告，最后由海关执行。通过这些分析，我们可以看出，虽然反倾销税具有很大的临时性特征，但是其本质上并未脱离税收法定原则。

反倾销税的临时性不仅内化了税收法定主义之精神，而且还在某种程度上进一步深化了税收公平原则。由于国际倾销一般具有阶段性和倾销幅度往往因参与主体的不同而呈现的差异性，这决定了对倾销产品征收的反倾销税不具有建续性与适用税率的统一性。如果无视国际倾销这一特点而盲目地持续征收或者适用统一的反倾销税率，则必然造成实质上的税负不公，这与税收公平原则是背道而驰的。其结果不仅可能导致诸多的国际税收纠纷，更可能引发国家之间的恶性关税报复事件。这无论是对发展中国家还是发达国家都是极为不利的。

值得指出的是，虽然反倾销税具有临时性，但是这并不表明一个主权国家可以随意征收反倾销税。税收诚信原则要求反倾销当局应当在依法调查后并能够充分证明客观存在倾销和关联损害的事实基础之上方可以进行合理地征收反倾销税。

三、反倾销税的追溯征收制度

反倾销税追溯征收制度是指在特殊情况下，对反倾销调查程序开始前一定期间的倾销产品予以征收反倾销税的制度。

(一) 反倾销税的追溯制度

我国不少文章和著作在阐述反倾销税的追溯征收制度时往往会作以下类似表述：“从法律的时间效力上讲，根据‘无法溯及既往原则’，反倾销税的征收对反倾销调查程序开始前的一段时间内的倾销产品不应该征收反倾销税，但基于特殊情形，各国反倾销法则要求追溯征收反倾销税。”^①这种论述是值得商榷的。笔者认为：反倾销税的追溯征收制度并不是法溯及既往的例外情形。

法的溯及力是指新法颁布后对它生效前所发生的事件和行为可以加以适用的效力。由于法的指引内容需要事先确定，法一般不具有溯及既往的效力。但是“立法者鉴于维护某种利益的目的，往往也针对具体情况在法中作出有溯及力或者有一定溯及力的规定。”^②反倾销税虽然具有可追溯征收特性，但是这种可追溯性与法的例外溯及力情形不同。首先，我国的反倾销法本身并未规定其具有溯及力。无论1997年3月25日由国务院发布的《中华人民共和国反倾销和反补贴条例》还是自2002年1月1日起施行的《反倾销条例》，它们都没规定对各自颁布以前的反倾销具有法律约束力。其次，反倾销税的追溯征收是依法对反倾销法生效期间的倾销商品进行的，而不是对反倾销法实施以前的倾销商品征收的。因此，反倾销税的追溯征收制度与法的例外溯及力存在本质上的区别。

虽然WTO成员在征收反倾销税的实践中有两种不同的方法，即美国的“追溯征税”和欧盟

① 胡晓红著：《中国反倾销法理论与实践》，中国社会科学出版社2001年12月版，第149页。

② 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社1999年10月版，第67页。

的“预期征税”，但是反倾销税追溯制度是二者共有的制度之一。究其原因，最合理的解释就是文章前面提到的反倾销税救济本质属性。征收反倾销税的目的在于增加进口商品的价格，使之达到足以消除国外出口面倾销行为给国内相关产业带来的负面影响。在通常情况下，依法对相关倾销商品从反倾销调查得出肯定性裁决后征收相应的反倾销税是基本可以达到其本身的目的。但在一些特殊情况下，如国外出口商故意抢在进口方当局采取措施之前大量出口倾销产品并已经给进口国的相关产业造成严重的实质性损害，如果不对反倾销调查程序开始前一定期间的倾销产品予以征收反倾销税，那么其本身的产业救济功能就无法实现。

因此，WTO《反倾销守则》第10条明确规定了反倾销税的追溯制度。

（二）反倾销税的追溯制度与税收追缴制度比较

税收追缴制度是指纳税人在规定期限内不缴或者少缴应纳税款，经税务机关责令限期缴纳但逾期仍未缴纳，税务机关依照税收征管法的规定采取强制执行措施追缴其不缴或者少缴的税款，它与反倾销税的追溯制度存在很大的区别。首先，反倾销税的追溯性只是反倾销当局对肯定性裁决以前的一段期间倾销商品决定征收税收做法。在作出追溯征收决定之前，倾销产品的进口商本身并无此纳税的法定义务；而税收追缴则不同，它是针对应纳税人不缴纳或者少缴情形而产生的一种税收强制措施，此时的对象本身负有法定的应纳税事项。其次，反倾销税追溯征收的惩罚性是指向倾销行为，其惩罚内容就是加重征收反倾销关税，而且其必须遵守“反倾销税税额不超过终裁决定确定的倾销幅度”原则规定；税收追缴的惩罚性则指向逾期仍然拒不缴纳应纳税款行为，其惩罚内容包括“可以处不缴或者少缴税款50%以上5倍以下的罚款”的行政责任和“处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处欠缴税款1倍以上5倍以下罚金或者处3年以上7年以下有期徒刑，并处欠缴税款1倍以上5倍以下罚金”的刑事责任。

值得指出的是，反倾销税的追溯制度与税收的追缴制度二者之间存在阶梯的层次性。当反倾销当局决定对调查程序以前的一段期间的进口倾销商品追溯征收反倾销税，而倾销产品的相关进口经营者采取各种手段少交或者不交应纳税收时，税收追缴制度便得以启动。

（三）追溯征收的条件与期间

我国《反倾销条例》对反倾销税的追溯征收作了两种情形的规定。一种是对已实施临时反倾销措施的期间的追溯。第43条规定，终裁决定确定存在实质损害，并在此前已经采取临时反倾销措施的，反倾销税可以对已经实施临时反倾销措施的期间追溯征收；终裁决定确定存在实质损害威胁，在先前不采取临时反倾销措施将会导致后来作出实质损害裁定的情况下已经采取临时反倾销措施的，反倾销税可以对已经实施临时反倾销措施的期间追溯征收。另一种是临时反倾销措施之间的期间追溯。第44条规定，下列两种情形并存的，可以对实施临时反倾销措施之日前90天内进口的产品追溯征收反倾销税，但立案调查前进口的产品除外：倾销进口产品有对国内产业造成损害的倾销历史，或者该产品的进口经营者知道或者应当知道出口经营者实施倾销并且倾销对国内产业将造成损害的；倾销进口产品在短期内大量进口，并且可能会严重破坏即将实施的反倾销税的补救效果的。

（作者系上海现未来律师事务所助理研究员，一级律师，曾获理学士学位、经济法硕士学位）

股权转让疑难问题研究

丁茂中

【内容摘要】在我国目前股权转让过程中会出现一些问题,如对目标公司资产状态和质量承诺的法律效力、公司章程对股权转让的影响、股份转让侵权纠纷、股权权能部分转让、股权转让方违反诚信原则的法律责任等。这些问题都需要我们进行深入地研究与思考。

【关键词】股权 股权转让 股权转让协议 目标公司

一、对目标公司资产状态和质量承诺的法律效力与责任研究

(一) 股权转让协议中对目标公司资产状态和质量承诺条款产生的原因分析

在企业股权转让过程中,如何确定股权转让价款,在实务中常常引起争议。目前,我国《公司法》及相关法律除了对国有股权的转让价格作了硬性规定外,对于其他的普通股权转让价格尚未作出明确的规定。实务中,对于普通股权转让的价格确定有三种方式:第一种方式,股东在转让股权时,其股权转让价款按公司工商注册登记的出资额确定,可称为“出资额法”。第二种方式,股东在转让股权时,其股权转让价款按照公司资产评估后价格确定,可称为“评估价法”。第三种方式,股东在转让股权时,其股权转让价款由转让方与受让方协商确定,可称为“协商价法”。对于股权转让价款的“协商价法”在实务中极其常见。原因在于“协商价法”的相对科学性,因为无论“出资额法”,还是“评估价法”,均反映企业资产的原值和现有资产价格,而股权的价值不仅体现企业资产的历史和现状,主要还应体现企业的未来收益,因此股权转让价格的确定应考虑企业的动态盈利能力。^①

在采取“协商价法”来确定股权转让价格的协议中,通常会出现转让方对目标公司资产状况和质量作出一定保证的条款,例如“出让方保证关键性生产设备、设施和资产的完好性和产品质量”。出现这一现象的根源在于股权转让价格与目标公司资产的关联性。股权作为股东向公司出资所取得的权利统称,其价值并不是固定不变的,而是伴随着公司的经营业绩、生产设备与技术以及发展前景等因素的变化而处于上升与下跌的交替状态。因此,当双方当事人达成股权转让意向后,根据公司现行资产状况来决定股权转让价格便成为最重要的事情。在协商确定股权转让价格过程中,股权转让方通常会向受让方提供大量有利于其自身的数据以争取较高的转让价格。股权受让方虽然也可通过会计审查等方法来基本确定目标公司资产状况,但是由于信息的不对称,受让方在股权转让价格的基础了解以及具体确定上总是处于相对劣势地位。为了改变这种

^① 徐长胜:“房地产企业股权转让实务中的法律问题”,载 <http://www.dllawyers.com.cn>。