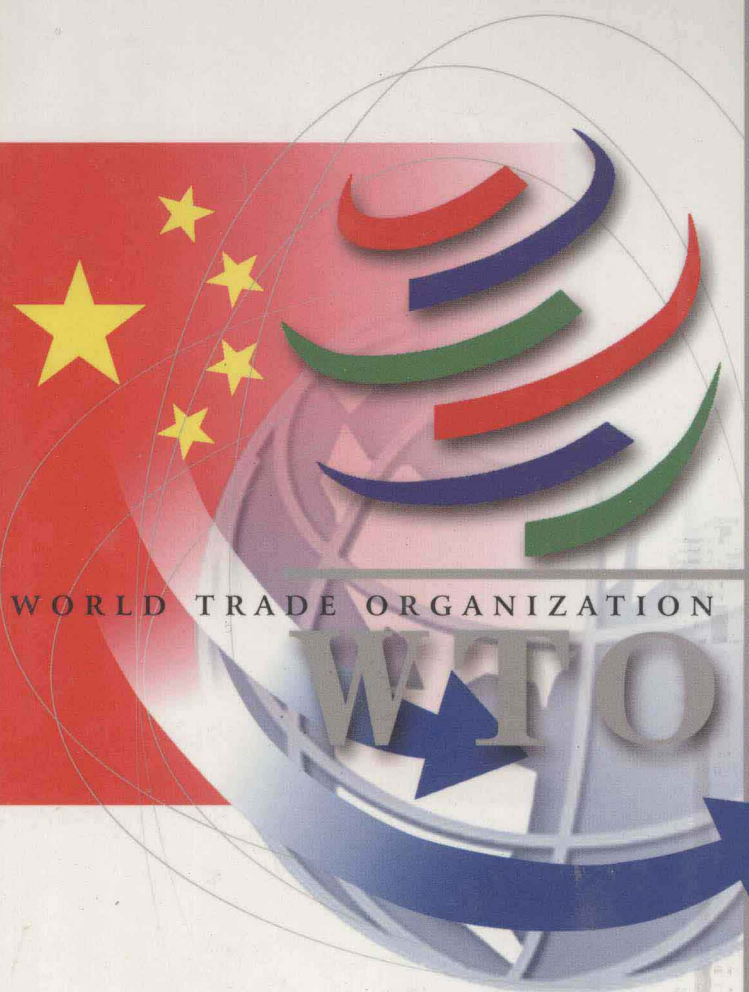


主 编
罗锐韧

中国入世后的对策与操作实务

中国与WTO全书

第二卷



印刷工业出版社

大团结

中国与WTO 全书

主编：罗锐韧

(第二卷)

印刷工业出版社

第七章 “入世”与中国对外商 国民待遇的实施与调整

第一节 世贸组织的国民待遇

一、国民待遇的含义

国民待遇是指在贸易条约或协定中,缔约国之间相互保证给予另一方的自然人(公民)、法人(企业)和商船在本国境内享有与本国自然人、法人和商船同等的待遇。

从历史上看,国民待遇的适用范围是有一定限制的,它一般适用于外国自然人与法人从事商业、外国天然物产和制造品所应缴纳的国内捐税,利用铁路运输和转口过境的条件,船舶在港口的待遇,以及知识产权(如商标权、著作权和发明专利权)等。至于本国人所享有的其他某些权利,如沿海贸易权、领海捕鱼权、沿海和内河航行权、购买土地权、零售贸易权以及充当经纪人等,一般不属于国民待遇的适用范围。根据现行国际条约,如《保护工业产权巴黎公约》、《世界版权公约》的规定和有关国家间的双边条约以及一些国家的国内立法,一般只有船舶遇难施救、商标注册、申请发明专利权、著作权以及民事诉讼权等,才给予外国自然人和法人以国民待遇。例如《保护工业产权巴黎公约》第二条规定:“任何本同盟成员国的国民,在工业产权保护方面,在其他本同盟成员内应享有各该国法律现在或今后给予该国国民的各种便利;本公约所持特别规定的权利不得遭受任何损害。”该公约第三条还规定:“非本同盟成员国国民,在一个本同盟成员国的领土内有永久住所或有真实的、正当的工商营业所的,应享有与本同盟成员国国民同样的待遇。”

从形式上来看,国民待遇条款是互惠的、平等的,即国民待遇必需对等,不得损害对方国家的经济主权,并且限于一定的范围。但由于缔约国双方的经济实力和地位的不同,往往在实质上是片面的和不平等的。

二、1947 年关贸总协定对国民待遇的运用与修正

1. 1947 年关贸总协定中的国民待遇原则主要适用于货物贸易

与双边的国民待遇相比较,关贸总协定的国民待遇条款只适用于从外国进口的商品,而不涉及外国商人的建厂和投资等事宜。

1947 年关贸总协定关于国民待遇的第三条规定:“一缔约国领土的产品输入到另一缔约国领土时,不应对它直接或者间接征收高于对相同的本国产品所直接或间接征收的国内税或其他国内费用。”这条规定的目的是保证缔约方能真正享受关税减让的成果,使外国产品在通过海关进入国内市场后,能在平等的条件下与国内产品进行竞争,禁止缔约国采取对进口产品增收国内税和其他国内费用的办法来对国内生产提供保护主义措施,达到限制其他缔约国商品进口的目的。1947 年关贸总协定第三条还规定进口产品“在关于产品的国内销售、推销、购买、运输、分配或使用的全部法令、条例和规定方面,它所享受的待遇不应低于相同的本国产品所享受的待遇”。这些规定都是为了保障进口产品在经销过程中免遭歧视性待遇。如果一国对进口产品征收高于本国产品的税收或运输费用,就会提高进口产品的销售成本,使其在该国市场降低甚至完全失去竞争力。对进口产品的经销、分配或使用上采取歧视性作法,这无疑是比关税更为严厉的非关税壁垒。因此,关贸总协定明令禁止这些作法。

如上所述,1947 年关贸总协定中的国民待遇原则意味着:外国产品一旦进入一国境内,应享有同该国生产的同类产品在国内税收和法律法令方面的同等待遇。这个规则的适用范围比较窄,它只适用于从外国进口的商品,不涉及外国商人在该进口国的开业、进行投资以及知识产权的保护等。然而,就外国进口商品在进口国的税收费用内容而言,却是比较广泛的。关贸总协定中的国民待遇规则适用于各种税收和其他国内费用,涉及影响到产品在国内市场上的买卖、运输、分销或使用的各项法律、法令及规章。以这种方式给予进口产品以国民待遇,可以防止由于国内行政和立法措施而造成的保护主义。

2. “东京回合”对国民待遇条款的修正

1947 年关贸总协定关于国民待遇的第三条第 8 款使用范围已发生变化。该条款(甲)原规定“不适用于有关政府采购供政府公用、非商业转售或非用以生产、供商业销售的物品的管理法令、条例或规定”。但是“东京回合”多边贸易谈判已就政府采购问题达成了协议。该协议制定了适用于国内产品和供应商与协议参加国的产品和供应商之间的非歧视原则和国民待遇原则。协议的目的是当政府为其本身进行采购时,通过运用商业对价来保证更广泛的国际竞争,进而更有效地使用税收和其他公共基金。从某种意义上来说,该协议把最惠国待遇和国民待遇原则引进了政府的采购领域。另外,该条款(乙)原规定“不妨碍对国内生产者给予特殊的贴补,包括从按本条第 8 款规定征收国内税费所得的收入中以及通过政府购买本国产品的办法,向国内生产者给予贴补”,即国民待遇原则不适用于政府对国内厂方的特殊贴补。由此而产生的问题是,一国政府虽然按照国民待遇的原则对进口产品和本国产品征收同等的间接税,但同时又可以把税收所得的一部分以贴补的形式资助给国内厂方,理由是帮助工厂修建厂房,改善生产环境或鼓励厂商向特定地区投资等等。由于这种做法不是对国产商品直接贴补,因而不能视为违反国民待遇原则。由于关贸总协定的国民待遇条款只适用于缔约成员方的贸易措施,不适用于国内政策,所以在实际运用中常常出现与各国的国内政策发生矛盾的问题。关贸总协定缔约方之间每年都因此而发生一些纠纷,需通过争端解决程序进行调解。

三、世贸组织有关的协定与协议拓宽了国民待遇的适用范围

“乌拉圭回合”中达成了众多协议,国民待遇原则成为这些协议规定的众多原则之一,即“乌拉圭回合”的结果导致国民待遇原则的适用范围的扩大,包括扩大适用到该回合所涉及的三个新议题,即服务贸易、与贸易有关的投资和知识产权。

1. 1994 年关贸总协定中的国民待遇原则

(1) 基本原则

①1994 年关贸总协定第三条“国内税与国内规章的国民待遇”第 2 款规定:“一成员领土的产品输入到另一成员时,不能以任何直接或间接的方式对进口产品征收高于对本国相同产品所征收的国内税或其它费用。”因此,世贸组织成员对本国产品和进口产品均可以征收消费税,但是,该成员不能对进口产品征收高于国内产品的消费税。

②1994 年关贸总协定第三条第 1 款规定:“给予进口产品的有关国内销售、分销、购买、运输、分配或使用的法令、规章和条例等的待遇,不能低于给国内相同产品的待遇。”据此,如果没有对国内产品在上述方面作出任何规定,则不能规定进口产品必须满足某些方面的要求。例如,如果没有规定国内产品必须储藏于某一特定仓库,或由某种特定的交通工具运输,则不能对进口产品作出此类规定。否则视为违背国民待遇原则。

③1994 年关贸总协定第三条第 5 款规定:“任何成员不能以直接或间接方法对产品的混合、加工或使用有特定数量或比例的国内数量限制,或强制规定优先使用国内产品。”例如,某种化学药品的生产中,不能规定某种成分必须使用一定比例的国内原材料或国内成分。如国产化要求、进口替代要求均被视为直接或间接对外国产品构成歧视,违反国民待遇规定。

④1994 年关贸总协定第三条第 1 款规定:“成员不得以国内税、其他国内费用或定量规定等方式,从某种意义上为国内工业提供保护。”这意味着即使对进口产品和相同的国内产品适用同样的税收和费用,但对两者的征收方法不同,也可能构成对国内生产的保护。类似定量的规定也不能以为国内生产提供保护的方式加以运用。此处“国内生产”不仅指该产品的生产,它也与进口产品直接竞争的产品和替代品的生产。

值得指出的是:1994 年关贸总协定第三条第 7 款规定,对产品的混合、加工或使用须符合特定数量或比例要求的国内数量限制条例,在实施时应遵守最惠国待遇原则。

(2) 涉及国民待遇的某些名词、术语的含义

1994 年关贸总协定第三条第 2 款“以直接或间接的方式对进口产品征收高于本国相同产品所缴纳的国内税”。此处“间接”一词所涵盖的内容不仅仅是对产品所征收的税收,还包括对加工过程所征收的税。并且它还暗示不仅要考虑税率的高低,还要考虑到有关征税方式的规定。至于“国内数量规定”这个词意味着该原则不仅指专为混合要求而制定的规则,还包括那些有隐含要求的或在使用过程中有类似效果的规定。

1994 年关贸总协定第三条第 4 款的原则是“影响”产品的销售、分销、运输、分配、购买、使用等的规章、条例等方面,不能给予进口产品比本国产品更差的政策。“影响”这个词出自“意大利对进口农用机械的歧视”专家小组的报告。该专家小组意识到选用这个词暗示该原则不仅涵盖直接控制销售或购买条件的法律、条例;而且还包括在国内市场上可逆向改变国内和进口产品之间竞争条件的法律、条例等。因此,“影响”这个词有着非常广泛的涵义。

(3) 国民待遇原则实施中形成的一些原则

①国民待遇不考虑某一产品是否受到关税约束的事实。任何成员不能以某种产品不受关税约束而本身又可对该产品征收更高税为理由,对其征收更高的国内税。在关于“巴西国内税”、关于“欧共体对进口零部件和成分的规定”的专家小组报告中声明对进口产品的歧视性的国内税是应被禁止的,而不论该进口产品在进口国是否进行关税减让承诺、受关税约束。

②国民待遇必须在每宗进口产品案中都得到履行。不允许在不同的方式之间,不同产品的

不同待遇之间进行选择、权衡。因此不能以某种产品获得了其他方面更优惠的待遇,或该产品出口国的其他出口产品获得了更为优惠的待遇为理由而对该产品实行歧视。

③当某种产品在一国内不同地区享有不同待遇时,其中最优惠的待遇应给予进口相同产品。这一原则是在关于“美国影响酒精和麦芽酒饮料的政策”一案中,专家小组审议对酒精饮料不同的国内消费税的过程中加以声明并予以完善的。

2.《服务贸易总协定》中的国民待遇原则

世贸组织《服务贸易总协定》(下以英文 GATS 出现)中,有关国民待遇的内容并未如最惠国待遇那样纳入普遍义务与原则,而是采取了具体承诺的方式。

GATS 第十七条规定,“在不违反本协定有关规定而与细目表上的条件和要求相一致的条件下,一成员应该在所有影响服务供给的措施方面,给予别国的服务和服务提供者以不低于其所给予的国内服务或服务提供者的待遇。”

由于服务贸易与商品贸易的差异及其自身的复杂性,二者有关国民待遇的要求大有区别。GATS 的一个重要特征,就是不是将市场准入和国民待遇作为普遍义务,而是作为具体承诺与各个部门或分部门的开放联系在一起,这样可以使分歧较小的国家早日达成协议。不能强迫发展中国家开放他们难以开放的市场。否则加重了他们在服务贸易和国际收支中的负担,这是有悖于 GATS 宗旨的。因此,服务贸易中国民待遇是在世贸组织成员间在平等基础上通过谈判方式达成协议,在协议基础上确定的不同服务贸易行业中不同程度地履行的。另外,服务部门国民待遇原则的事实应本着“利益互惠”的原则,但这种利益互惠不应是绝对数量上的“对等优惠”,而是“相互优惠”,以符合水平不同国家的需要。

3.“与贸易有关的知识产权协议”(下以英文 TRIPs 出现)中的国民待遇

乌拉圭回合谈判达成的“与贸易有关的知识产权协议”(TRIPs)第一部分“普遍义务与基本原则”中的第三条规定:“每一成员向其他成员的国民就知识产权的保护提供的待遇不得低于其给予本国国民的待遇。”TRIPs 协议注 2 说明协议涉及的国民待遇要与《巴黎公约》1967 年文本、《伯尔尼公约》1971 年文本规定的国民待遇一致。《巴黎公约》第二、三条中规定在工业产权的保护方面,《巴黎公约》成员国必须把给予本国公民的待遇也同样给予其他成员国国民,不允许存在任何对其他成员国国民的歧视。另外,该原则还意味着成员国之间不得要求对等的保护。如一成员国的专利保护期比另一成员国长,前者无权在其法律中规定后者的国民在该国只享有后一国家法律所规定的保护期。

《巴黎公约》还规定,“任何一成员国不得要求其他成员国的国民必须在本国有永久住所或营业所,才能享有正当的工业产权权利;至于非成员国国民,只要在一个同盟成员国的领土内有永久住所或有真实、正当的工商营业所,就应享有与同盟成员国国民同等的待遇。”

《巴黎公约》第二条第 2 款列出了实行国民待遇原则使各国获准的保留范围。它规定各成员在涉及工业产权的保护领域中,凡有关司法行政程序、司法管辖权问题的法律都可声明保留,不给予外国人以国民待遇,这也符合国际社会的通常做法。

1917 年文本《伯尔尼公约》第五条第 1 款规定:“就享受本公约保护的作品而言,作者在作品起源国以外的本同盟成员国享受各该国法律现在给予或今后可能给予其国民的权利及本公约特别的权利。”至于可享受国民待遇的作品范围,《伯尔尼公约》规定了“作者国籍原则”和“作品国籍原则”的双重标准。

与国际知识产权保护组织的协议不同,世贸组织的 TRIPs 协议将重点放在对产品的国民

待遇,而非对作者的国民待遇。另外《巴黎公约》将“国民”的范围拓展到了在成员国拥有永久住所或真实、正规营业所的非成员国国民,《伯尔尼公约》发展到在成员国定居的非成员国国民。但总的来讲,TRIPs 协议与国际知识产权保护组织的条约都把国民待遇列为适用原则,同时在国民待遇的适用范围、可获得性、维护和执行方面,二者的规定大体相符。

TRIPs 第三条第 1 款规定:“已在《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、《罗马条约》和《关于集成电路的知识产权条约》中规定的情况例外”。第 2 款又规定可援引第 1 款中的例外,但不能与本协议抵触,不能构成对贸易的变相限制。因此总的来讲,二者精神是基本一致的。

4. “与贸易有关的投资措施协议”(下以英文 TRIMs 出现)中的国民待遇

TRIMs 中的第二条即规定:“在不损害《1994 年关贸总协定》的其他权利和义务的情况下,任何成员国不得采取任何与《1994 年关贸总协定》第三条和第十一条不一致的与贸易有关的投资措施。”这虽然点出了国民待遇的总原则,但发展中国家要发展本国社会经济,而发达国家也要保护跨国公司的既得利益,二者不能相互妥协,国民待遇原则不能得以彻底贯彻。纳入乌拉圭回合谈判议题的“与贸易有关的投资措施”的内涵是指对贸易有限制、扭曲作用的投资措施,包括:投资激励措施,如国内税减让、关税减让、补贴、投资转让等,这些都是给予外国投资者的优于本国企业的政策;而经营要求,如当地成分要求、出口要求、外汇管制、许可证要求等,则是单独给予外国投资者的限制性要求。这两类内容,某种程度上都影响了贸易格局,扭曲了投资选择,与《1994 年关贸总协定》的国民待遇原则和其他原则不符,应加以限制或禁止。谈判中基于发展中国家与发达国家的不同立场及其相互妥协,前述措施并未被完全禁止。发展中国家许多违背国民待遇原则的做法可享有免责待遇。

四、关于国民待遇原则的例外规定

《1994 年关贸总协定》第三条第 8 款的(a)、(b)项和第 10 款提出了有关国民待遇这一普遍原则的例外。“补贴和反补贴协议”中也出现了例外。另外还应考虑“与贸易有关的投资措施协议”中的相关条款。

国民待遇义务不适用于有关政府采购的政府法令、规章和条例,但此处的政府采购指的是政府日常费用的商品采购,而不是为了商业再出售,也不能用于商业性再出售商品的生产。

国民待遇义务并不禁止单独支付给国内生产者的补贴。

对电影片新指定的或保持以往的数量限制与关贸总协定第四条内容一致,国民待遇原则并不禁止这种限制。

乌拉圭回合“补贴和反补贴协议”规定从世贸组织协议生效之日起的 5 年之内,允许发展中国家对使用国内产品进行补贴。对于最不发达国家,这一期限可延长至协议生效之日起的 8 年。

当地成份要求和对进口产品使用的限制均被视作违背了世贸组织的“与贸易有关的投资措施协议”中的第三条。但发达成员国可自世贸组织协议生效之日起的两年之内逐步废除这些措施。发展中成员国和最不发达成员国的这一期限分别为 5 年和 7 年。

五、关于国民待遇原则的争端

关贸总协定在运行的 40 多年中,曾出现较多的关于国民待遇的争端,这些争端主要可归纳为三类,下面逐一分析。

1. 关于影响可忽略不计的政策措施是否应被禁止的问题

一些国家对本国进口产品实施歧视性的政策措施时,往往以其对贸易影响小,不会对进口产品产生不利作用,可以忽略不计为理由背离国民待遇。在关贸总协定的历史上,在考虑这一争端时,专家小组一致认为政策措施实际的贸易影响并不很重要,关键是进口产品与国内产品的竞争条件是否受到不利因素的限制。如果某项政策措施影响了国产品与进口品之间平等的竞争环境,即使数量上的作用可忽略不计,或者国内产品并未获得任何有效的实惠,该项政策措施仍被视为有悖于关贸总协定国民待遇原则。在关于“美国对石油和某些进口物质的税收”一案中,专家小组发现在美国对进口该类产品的国内消费税高于本国产品。美国声辩每桶3.5美分的税收是微不足道的,不致于完全剥夺或损害其他成员出口自然增长的利益。但专家小组认为国民待遇义务的目的在于建立平等竞争的环境,而与贸易效果无关。所以,差别税收是有悖于国民待遇义务精神的。

2. 对进口产品的歧视和对国内生产的保护问题

通过国内税和国内费用的差别来实行对进口产品的歧视和对国内生产的保护是显而易见的。造成争端的主要方面是影响国内销售、分销、购买、运输、分配和使用的有关政策法令、规章或条例。在大量的争端中逐渐形成了如下的一些原则:

(1)任何超出义务范围、要求进口产品证明原产地的要求,若不对本国产品适用,则被视为违背国民待遇义务原则。

(2)给予金融工具,如特殊信贷工具或税收退回或减免税等,若仅给予本国产品,将被视为违背国民待遇原则。

(3)如果投资者或进口商必须购买国内产品,进口类似产品在这一特殊市场上没有竞争的机会,则提出此类要求的任何规章条例都被视为有悖于国民待遇原则。

(4)不能对进口产品强加任何特殊的加工要求,如果该要求不同样适用于本国产品的话。

(5)如果只要求进口产品必须经过特殊的批发或零售渠道或特定的交通运输方式,而并不同样要求国内产品,这也是有悖于国民待遇原则的。

(6)要求国内产品和进口产品必须服从某一最低价格标准,即使对进口和国内产品同时适用,也是有悖于国民待遇原则的。

(7)与对本国产品的措施相比,如果对进口商品有更严厉的惩罚措施可供选择,也算违背了国民待遇原则。

3. 相同产品问题

“相同产品”并没有专门定义,具体的涵义都以案例为依据。“相同”产品的范畴大于完全相似或等同产品的概念;它还包括有相近质地的产品。另外,从对《1994年关贸总协定》第三条第2款的注释看,若产品是直接竞争或替代品,则更需引起注意。需要考虑的一些因素是:产品性质、自然属性、质地和最终用途。

近年来出现的一个很重要的问题,是以《1994年关贸总协定》第三条上下文理解的“相同产品”和《1994年关贸总协定》第二十条一般例外中有关产品的限制性区分之间的关系问题。例如,是否应区分低度和高度啤酒的问题。1992年关于“美国影响酒精和麦芽饮料的政策”一案中,专家小组认为,尽管这两种产品有相似的特点,但由于有关的美国法律从人体健康的角度来区分这两种产品,因此它们不是相同产品(具体规定见1994年关贸总协定第二十条第2款)。

第二节 中国实施国民待遇的现状

一、在货物贸易与服务贸易方面的国民待遇

根据《中华人民共和国对外贸易法》第一章“总则”第六条规定,“中华人民共和国在对外贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定,给予其他缔约方、参加方或者根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇、国民待遇。”根据此条规定在货物贸易方面给予或获得国民待遇只能依据两个条件:第一,依据中国所“缔结或参加的国际条约、协定”;第二,根据国家间的“互惠、对等原则”。如果我国加入世贸组织,则按照世贸组织的有关规定,给予世贸组织成员国民待遇。目前,我国尚未加入世贸组织,我国是以双边贸易条约、协定,以及按对等、互惠原则给予其他国家和地区国民待遇的。

值得指出的是,在国际服务贸易方面,根据《中华人民共和国对外贸易法》第二十三条的规定,“中华人民共和国在国际服务贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定中所作的承诺,给予其他缔约方、参加方市场准入和国民待遇。”中国作为乌拉圭回合多边贸易谈判的全面参加方,积极参加服务贸易谈判,提出中国服务业对外开放承诺开价单。由于未能加入世贸组织,目前中国按照《服务贸易总协定》关于国民待遇的规定,在“对等、互惠”基础上,给予有关国家和地区服务消费者、提供者以国民待遇。

中国在货物贸易实施国民待遇方面,与《1994年关贸总协定》的要求是一致的。

(1) 中国对进口货物征收国内税、费方面是符合国民待遇原则的。例如,根据《中华人民共和国增值税暂行条例》第1条规定,“在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理、修配劳务以及进口货物的单位和个人,为增值税的纳税义务人,应当按本条例缴纳增值税。”在增值税税率、有关费用的征收方面,进口货物与国产相同产品均是一致的。如依《增值税暂行条例》第二条规定:“纳税人销售或者进口货物、粮食、食用植物油、自来水、暖气、冷气、热水、煤气、石油液化气、天然气、沼气、居民用煤炭制品等税率为13%,出口货物税率为零,其余税率为17%。”为便于进口货物纳税人缴纳增值税,进口货物的增值税由海关代征,简化了征收手续,极大地方便了纳税人。在增值税免征方面,对进口货物规定了较优惠的待遇。依《增值税暂行条例》第二条第4、5、6、7款规定进口货物免征进口环节增值税。又如,《中华人民共和国消费税暂行条例》第一条规定:“在中华人民共和国境内生产、委托加工和进口本条例规定的消费品的单位和个人,为消费税的纳税义务人,应依本条例缴纳消费税。”该条例第二条规定了“烟、酒及酒精、化妆品、护肤护发品、贵重首饰及珠宝玉石、鞭炮、焰火、汽油、柴油、汽车轮胎、摩托车、小汽车”等消费品,无论其是国产品还是进口品,均需征收彼此一致的消费税。如甲类卷烟,消费税税率均为45%,烟丝均为30%。

(2) 对进口货物在中国国内销售、分销、购买、运输、分配或使用等环节方面,中国工商管理部门、物资流通、交通运输及批发、零售商业、技术监督部门等均无任何特殊政策法规、条例等,不会造成进口货物与国产品之间的不平等竞争。

(3) 目前,中国不存在任何政府法规、条例规定外国投资者必须使用特定数量或特定比例

要求的国内产品,以便为国内产品生产提供保护。我国已取消了《机电产品进口替代清单》,不存在国产化率要求。

总之,在货物贸易方面,中国事实上已经实施了《1994年关贸总协定》国民待遇。现行有关国内税费及有关进口货物国内流通等方面,不存在对进口货物的任何歧视待遇。

二、在知识产权保护方面实施的国民待遇

虽然我国也同许多国家缔结了包含知识产权保护内容在内的双边条约,但现已大都被我国及这些国家所共同参加的知识产权保护的国际公约涵盖。我国民法通则第一百四十二条规定在涉外民事法律关系方面,我国缔结或参加的国际条约同我国原有国内法有不同规定的,应适用国际条约的规定(但我国已声明保留的条款除外)。到目前为止,我国参加并生效的知识产权国际公约主要有:《建立世界知识产权组织公约》、《伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《录音制品公约》、《巴黎公约》、《国际商标注册马德里协定》、《尼斯协定》、《专利合作条约》、《布达佩斯协定》等。在这些国际公约中,《伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《巴黎公约》、《录音制品公约》、《专利合作条约》都规定了国民待遇原则,这些公约涉及了知识产权的各个主要领域。因此,我国事实上已给予上述知识产权国际公约成员国国民待遇。尤其是上述《巴黎公约》、《伯尔尼公约》规定的国民待遇与世贸组织《与贸易有关知识产权协定》要求的国民待遇是基本一致的。至于《录音制品公约》与TRIPs协议管辖下的《保护表演者、录音制品制作者与广播组织罗马条约》的国民待遇原则,两者的实质规定相同,仅在适用范围上不一致,前者仅适用于录音制品,后者则还包括表演者、广播组织等。但如果从TRIPs协议仅涉及“与贸易有关”的限制范围分析,这里的“贸易”主要指有形货物的买卖,而不涉及服务贸易,所以,从知识产权国际公约角度分析,我国知识产权履行国民待遇是比较充分的。

从国内立法角度分析,我国《民法通则》第八条第1款规定:“在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律。”第2款规定:“本法关于公民的规定,适用于中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。”《民事诉讼法》第五条规定:“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他经济组织有同等的诉讼权利义务。”所以,我国国内法保证对外国国民实行国民待遇。具体在知识产权的实体法及程序法方面也规定了国民待遇。

(1)商标法规方面:我国《商标法》第九条规定:“外国人或者外国企业在中国申请商标注册的,应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国际条约办理,或者按对等原则办理。”

(2)专利法规方面:我国《专利法》第十八条规定:“在中国设有经常居所或营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利的,依其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际公约,或者依照互惠原则,根据本法办理。”如《1979年中美贸易协定》第六条规定,双方同意设法保证给对方的自然人或法人以专利保护。在其他情况下,则按国际公约,或依互惠原则给予国民待遇。

(3)著作权方面:关于外国人著作权的国民待遇在我国的《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国著作权法实施条例》、《实施国际著作权条约的规定》、《计算机软件保护条例》中加以规定。如《中华人民共和国著作权法》第二条规定:“外国人的作品首先在中国境内发表的依照本法享有著作权;外国人在中国境外发表的作品,根据其所属国同中国签订的协议或者共

同参加的国际条约享有著作权,受本法保护。”《中华人民共和国著作权法实施条例》第二十五条、四十六条、四十七条均规定了对外国人作品、表演、录音录像制品与中国公民一样享受著作权保护。

《计算机软件保护条例》第六条规定:“外国的软件首先在中国境内发表的,依照本条例享有著作权;外国人在中国境外发表的软件,依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有著作权,受本条例保护。”

三、对外国投资者的国民待遇

世贸组织“与贸易有关的投资措施协议”(TRIMs 协议)没有规定外国投资者的待遇问题,明确声明其管辖的仅仅是“与贸易有关的投资措施”,具体指与货物贸易相关的《1994 年关贸总协定》第三条、第十一条所规定的有关义务。单纯从 TRIMs 协议看,目前我国现行的有关外资立法及其规定基本与 TRIMs 协议义务相一致。目前,对外资的国民待遇主要是通过国内立法和双边条约体现的。

1. 在国内立法方面体现的国民待遇

根据《中华人民共和国宪法》第十八条、第二十三条规定,“中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资,……它们的合法权利和利益,受中华人民共和国法律的保护”。“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利与利益”。《民法通则》第四十一条第 2 款规定“已在中国境内设立的外商投资企业,具备法定条件的,可取得‘中国法人’资格”。目前,中国国内立法中已体现出的国民待遇主要涉及下述三个方面。

(1)司法、行政诉讼救济方面的国民待遇。这方面的国民待遇是比较充分的。如我国《民事诉讼法》、《行政诉讼法》均规定“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,进行行政诉讼,同中华人民共和国公民、组织有同等的诉讼权利和义务。”又如,国务院《关于鼓励外商投资的规定》规定:“外商投资企业凡遇有不合理收费情况,可以拒交或向当地经济委员会直至国家经济委员会申诉。”

(2)投资活动方面在一定范围内实施国民待遇

①外资企业在中国购买物资(包括商品和原材料),在同等条件下,享受与中国企业同等的待遇。②购买用于生产在中国国内销售的产品所需的燃料用煤、车辆用油和除金、银、铂、石油、煤炭、木材 6 种原材料和由中国外贸公司经营的进出口商品以外的其他物资的价格,以及为合营企业提供水、电、气、热、货物运输、劳务、工程设计、咨询服务、广告等收取的费用,与国营企业同等待遇,以人民币支付。③合营企业在中国国内销售的产品,除经物价管理部门批准可以参照国际市场价格定价外,执行国家规定的价格,实行按质论价,收取人民币。

(3)在对外商的投资财产保护方面给以国民待遇

《公司法》第十八条明确规定:“外商投资的有限责任公司适用本法。”明确了外商投资企业与我国国内企业的平等性。《关于外商投资企业和国内企业适用增值税、消费税和营业税暂行条例的规定》,从 1994 年 1 月 1 日起统一内外资企业的上述税赋负担。1994 年我国制定的部分单行法律法规,均适用内外资企业。如《矿山安全法》、《工厂安全卫生规程》、《女职工保护条例》、《劳动法》、《工会法》等。

除上述领域外,《中共中央关于制定国民经济和社会发展“九五”计划和 2010 年远景目标

的建议》指出：我国将“逐步对外商投资企业实行国民待遇”。1995—1996 年我国相继出台的一系列政策措施体现了我国外资政策的这一转变。如 1995 年外经贸部、国家计委、国家经贸委发布的《指导外商投资方向暂行规定》和《外商投资产业指导目录》大幅放宽了允许外商投资的领域，只对关系到国计民生安全或少数规模过大、市场饱和的产业给予禁止与限制；自 1996 年 4 月 1 日起取消了对外资企业进口设备关税、环节税的减免；自 1996 年 7 月 1 日起将外商投资企业外汇买卖纳入国家结售汇体系。此外，“九五”期间我国将依据国际通行的做法和市场经济的要求，按照国民待遇公平竞争的原则，逐步取消各种减免税规定，统一内外资企业和区域间的进口税收政策，以便规范税制，公平税赋，为内外资企业之间和地区之间创造平等竞争的环境。

2. 双边有关投资保护和避免双重征税协议规定的国民待遇

中国与外国签订的 50 多个双边投资保护协定中也事实上承诺了给予外资有关国民待遇的规定。如 1986 年中英签订的《关于促进和相互保护投资协定》第三条第 3 款规定：“中国应尽量根据其法律和法规的规定给予英国的国民或公司以国民待遇。”1988 年中日签订的《关于鼓励和相互保护投资协定》第三条第 2、3 款就“投资、投资活动及有关的司法行政救济方面，相互给予对方国民或公司以国民待遇”。又如中日和中挪《关于对所得和财产进行双重征税和防止偷漏税的协定、协定书》第二十四条和第二十六条规定：“缔约国一方国民在缔约国另一方负担的税收或者有关条件，不应与该缔约国另一方国民在相同情况下，负担或可能负担的税收或者有关条件不同或比其更重。”但是，并不是中国与外国签订的所有投资保护协定中都规定了国民待遇。

第三节 中国实施国民待遇 中的问题与调整

如上所述，在货物贸易方面，中国实施国民待遇与世贸组织有关协议相比不存在任何问题。而服务贸易的国民待遇是选择性的，在谈判基础上实行“对等互惠的国民待遇原则”。但在知识产权和投资方面实施国民待遇仍存在一些问題。

一、在知识产权的国民待遇方面存在的问题与调整

在实施知识产权的国民待遇问题上，我国的现行做法基本上符合国际惯例和国际上通行做法。但在司法和行政程序上，任何人很难要求在另一国取得完全的国民待遇。这是各国传统法律制度决定的，也是《巴黎公约》、《伯尔尼公约》已承认的。我国《专利法》、《商标法》、《著作权法》都有所反映。

在我国现行专利法中，专门规定了“在中国没有经常居所或营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利或办理其他专利事务的，必须委托中华人民共和国国务院指定的专利代理机构办理”。而中国单位、个人在国内申请专利和办理其他专利事务的，可以委托专利代理机构办理。此处“可以”委托代理机构，当然也可以不委托，而由申请人自己办理。同时，这种代理机构也是可以随意选择的。但在中国无居所的外国人，则“必须”委托而且是指定

的机构代理,是强制性的。此外,在我国现行《专利法实施细则》中还规定:“在中国没有居所或营业所的申请人,申请专利或者要求外国优先权的,专利局认为必要时,可以要求其提供下列文件:‘①国籍证明;②申请人是企业或者其他组织时,其营业所或总部所在地的证明文件;③外国人、外国企业、外国其他组织所属国,承认中国公民和单位可以按照该国国民的同等条件,在该国享有优先权、专利权和其他与专利有关的权利的证明文件。’”除了专利申请外,在专利批准后的异议程序中,专利年费的缴纳中等等,也都适用必须委托中国国务院指定的专利代理机构的规定。

我国现行的商标法,则规定一切“外国人或外国企业”如果要在我国申请商标注册或办理其他商标事宜(包括续展注册、更改注册人地址、商标转让登记等等),均必须要委托国家指定的组织代理。而对我国申请人则相对较宽,连“可以”委托代理的规定都没有。

在著作权方面,中国1992年9月颁布实施了《实施国际著作权条约的规定》,该规定大大超过了我国《著作权法》的有关规定:如实用艺术作品,将汉语文字翻译成少数民族文字作品的版权,报刊转载权、复制品的出租权、资料的编辑权等。我国著作权法对我国国民不保护的实用工业品,却对外国作者、中外合资或外资企业的作者享有25年的著作权保护。

应该承认,在知识产权司法及行政程序上的“非国民待遇”是众多国际公约承认的,无可非议的。但为了加强国与国之间的经贸合作关系,目前,我们可以以增加较多的指定代理机构的方式,为外国国民提供专利及商标方面的咨询、代理服务。至于在著作权方面给予外国国民及投资者的优惠待遇也应该积极考虑给予我国国民,以实现公平竞争。

二、在对外国投资者的国民待遇方面存在的问题与调整

改革开放以来,为积极吸引外资,中国对外国投资者给予许多优于国内企业、投资者的待遇。但作为发展中国家,中国对外国投资者进入的行业及股权安排等方面又有一些“非国民待遇”的差别存在。

1. 外国投资者优于我国企业的政策待遇及弊端

第一,在税费方面,就所得税而言,内外资企业所得税率均为33%,但外商投资企业的所得税税率根据设立地区的差别(即在经济特区、经济技术开发区、高新技术产业开发区等),企业性质(如生产性企业)和所属行业(如基础设施、第一、二、三产业)等方面的不同,可以按30%、24%、15%,甚至更低的税率征收。并且它们还可以享有“免二减三”的优惠。就地方税而言,各地区基本上对外资免征地方所得税。土地使用费、场地开发费、城市建设费、教育附加费等各种费用外资企业均可享有优惠待遇。另外,外资企业还享有在再投资退税等方面的税收优惠。

第二,生产经营自主权方面。外资企业享有生产、采购、销售、人事、资金、物资等各方面的经营自主管理权,尤其是外资企业当然拥有进出口经营权,而国内企业目前仍只有少数企业拥有进出口经营权。

第三,在用汇方面,外资企业可以直接向外资银行借贷外汇,而国内企业则受到国家外汇信贷指标的严格限制。

从理论上讲,这些优惠政策并不与国民待遇原则相排斥,但确实带来了许多弊端;首先,优惠政策造成了一般国内企业与享有优惠待遇的外资企业的不公平竞争,拉大二者差距,会对民族工业造成较大压力;其次,为了享受“免二减三”及其他税收优惠,不法商人串通搞假合资、假

扩资,影响了国家税源,使国家财政收入大量损失;第三,有的中小型外资企业利用“免二减三”及其他税收优惠,投资于投入少、见效快的企业,有违我国引进外资的初衷;同时,减免税范围过宽,对高新技术产业投资的优惠并不突出,影响我国引进外资质量和国民经济的持续增长;第四,某些暂时性优惠政策使注重长期回报率的大型跨国公司产生投资抉择时的犹疑态度。如此不良后果,与限制外资的负面影响相比有过之而无不及。第五,地区政策不一,本已受开放政策扶植的东部和南部沿海地区继续实行优惠政策,且外资审批权下放给地方政府,进一步拉大了东西部差距,扭曲了外资流向。第六,法律规范分立,亦有冲突。如《公司法》虽将内外资相提并论,但又适用于其他涉外法规,在发生争议时没有统一的依据可循。而且我国法律规范,尤其是各地方政府的规章制度透明度不高,使外商莫衷一是,对投资抉择不利。

2. 对外国投资者的非国民待遇

(1)外商投资的部门和领域限制。1995年6月,国家计委、国家经贸委和外经贸部联合发布了《指导外商投资方向暂行规定》和《外商投资产业指导目录》。这是我国首次以法规形式对外公布鼓励、允许、限制、禁止外商在华投资的产业领域,指导外商在华投资的产业方向。依据上述两个文件规定,禁止外商投资项目主要有以下几种:“①属于危害国家安全或损害社会公众利益的;②属于对环境造成污染损害、破坏自然资源或损害人体健康的;③属于占用大量耕地、不利于保护、开发土地资源、或者危害军事设施安全和使用效能的;④属于运用我国特有工艺或者技术生产产品的;⑤属于国家法律、行政法规规定禁止的其他项目”。禁止外商投资的具体行业是:新闻业、军用武器生产业、广播影视业、我国具有优势的传统轻工业以及国家保护的野生动植物资源及稀有的优良品种、绿茶、特种茶等。此外,对外商投资服务业有一定限制。

外商投资的准入限制是各国的普遍做法,其中涉及国家安全和社会公共利益的领域将长期对外商投资加以禁止或严格限制或在对等基础上加以开放。

(2)审批手续与服务收费方面,对内外资企业存在歧视。如对外国投资者及其他外籍管理人员在购买机票、车票、各种门票时需支付高于本国国民的费用。

(3)尽管外经贸部已取消了出口实绩要求,但一些地方的外资政策法规中,仍规定在出口产品的产值达到当年全部产品产值一定比例时可享受有一些优惠待遇。

(4)现行涉外经济法规中,尽管没有明文规定“外汇平衡”要求,但有出口为先决条件才可进口的规定。

(5)尽管没有明文的当地成份要求,但却有要求外商投资企业所需的设备、原材料、燃料、配套件等物资,应当(尽先)在中国购买的规定。而在实际工作中,并没有采取相应措施加以监督执行。

3. 在外资领域如何逐步实行国民待遇

逐步在外商投资各方面贯彻国民待遇,发达国家和其他发展中国家都有成功的经验可供借鉴。例如英、美利用“对等互惠”的原则,在与许多国家的双边投资协定中互相给予“国民待遇”,不仅在自己的外资政策中履行了该原则,也使本国的对外投资得到了保护。又如以前限制较多的拉美国家,目前已调整外资法,基本全面贯彻了国民待遇原则,同时实现了平稳过渡,其中有很多宝贵经验值得我国借鉴。

在我国给予外商投资企业国民待遇是一个渐进的过程,不能一蹴而就,尤其在当前我国特定的背景下,最终的目标是实行较彻底的国民待遇,但它有一个逐步调整的过程,调整时应考虑到以下几点。

(1)根据我国实际情况,分步骤有计划地取消限制和优惠措施。在这方面若急于向发达国家靠拢,则不利我国自身工业的发展和引进外资。

(2)根据《国际经济与义务宪章》,各国采取何种外资政策是主权范围之内的事。因此我国应利用这一权利,多与他国在双边投资保护协定中规定国民待遇,以利于我国对外投资获得保护。

(3)调整我国产业政策,加速国内各产业升级换代,以利于与国民待遇的衔接,增强将来与外资企业公平竞争的能力。在实施国民待遇时应采取产业倾斜的方式。

(4)健全法律制度,统一以前分立或互斥的法律法规,加强法律透明度。我国针对中外合资、合营和外商独资三种外资形式均有不同的单行法,应考虑逐步将三者纳入同一法律条文,以利于最后走向内外资企业统一并行的法律制度。另外,我国的单行法互有冲突,且规章制度透明度不高,需要逐步统一并向我国市场主体根本法——《公司法》调整,将现行法规中无约束力的条文删掉。

(5)在地区倾斜政策中,注意向中西部倾斜,使其在优惠政策的扶植下多引进外资和先进技术、管理经验,从而缩小地区差距,为全面贯彻国民待遇原则奠定基础。

(6)在确定限制外商准入的行业时,我国应仔细衡量外资进入的利弊。原则上我国对事关国计民生的重要产业都应予以禁止。但有些部门可以灵活一些,如农业中引进外资发展农用机械、化肥和农田科技,通讯业中引进外资发展广播用器材等,只要管理妥善,一则不会危及国计民生安全,二则还能促进这些产业发展,更好地满足生产生活需要。

(7)积极在特区地区实行国民待遇试点。从1997年1月1日起,我国已在深圳特区全面对外资试行国民待遇,为最终全面实施国民待遇迈出了可喜的一步。

三、对外商投资企业实行国民待遇可采取的具体措施

(1)在近期内取消对外商投资企业的各种高价收费,取消对外籍人员购买飞机、车、船票和公园门票以及享用公共文化设施的两种收费标准,取消外商投资企业上缴财政的食品补贴。世界上已很少有对外籍人员实行两种收费标准的国家。这也是“复关”和“入世”谈判中,主要缔约方攻击我国违背国民待遇的一个口实。

(2)在信贷方面,建议国家今后将外商投资企业的贷款列入国家信贷计划,尤其应优先考虑基础设施等国家鼓励的项目。

(3)在近期内保持对外商投资企业税收优惠的稳定。建议在以后修改外商投资企业和外国企业所得税法时,将从获利年度起计算减免期,改为从投产之日起计算;把国家鼓励的外商投资项目优惠待遇从沿海扩大到内陆地区,同类的内资项目也享受同样的优惠待遇。逐步取消限制性项目(不包括因布点而列为限制类的资金、技术密集型项目)的“免二减三”优惠待遇。

(4)目前应保持外商投资企业关税政策的稳定,今后可结合世界贸易组织的规定,在调整进口关税、增值税时,逐步减少外商投资项目的限制类别(不包括因布点列为限制类的资金、技术密集型项目)和机器设备进口免税的额度,直至最终取消进口关税的优惠待遇。

(5)取消外汇调剂市场。在外商投资企业实行统一的结售汇制度以后,其参加结售汇的自由度、范围、手续、效率及费用,至少应同其在外汇调剂市场进行外汇余缺调剂时的自由度、范围、手续等方面维持同等水平。

(6)为了扶植中西部地区的发展,建议对外商投资企业的优惠政策向中西部地区倾斜,引

导沿海地区相对饱和的劳动密集型加工项目向内陆地区转移;对于一些投资于内陆地区的限制类项目,同样给予比较优惠的税收政策。

第八章 “入与”与中国知识产权的保护

第一节 中国知识产权保护制度的形成与发展

一、中国知识产权保护制度的形成

中国知识产权保护制度的形成经历了一个相当长的过程,从建国初期到现在可以划分为三个阶段。

1. 第一阶段

第一个阶段(1949—1958年),这一时期政府在经济上的主要政策是逐步消灭私有制,作为知识产权所代表的个人私有制并未明令取缔,但也只是名义上的存在,因当时没有制订保护知识产权的相关法律。不过,当时为了鼓励人们从事技术发明,促进科技进步,还是颁布了一些行政措施,如1950年,当时的政务院公布了《保障发明权和专利权暂行条例》及其试行细则;《商标注册暂行条例》及其试行细则;在版权方面,1950年全国第一次出版工作会议作出《关于改进和发展出版工作的决议》,规定“出版业应当尊重著作权,不得有翻版、抄袭、篡改行为”。1953年,当时的出版署公布了《关于任意翻印图书现象的规定》等。

在这一阶段,从政府角度并没有把专利权、商标权、版权作为一项民事权利加以保护,也没有将它们作为一种所有权,只是从道义上以行政管理手段提倡对智力劳动成果予以尊重,对侵权行为也没有采取有力的制止和惩罚措施。因此,保护知识产权只是名义上的。

2. 第二阶段

第二阶段(1958—1979年)是中国知识产权保护的空白时期。这一时期完成了生产资料的社会主义改造,一切财产均为国家和集体所有,个人除了生活所必需的基本生活资料外,对其他生产资料根本不存在个人的所有权,知识产权作为私有财产的一种表现形式自然也不复存在了。如1963年中国政府颁布了《发明奖励条款》、《技术改进条例》,只是规定了对发明人给予物质和精神奖励,彻底废止了带有一定保护因素的《保障发明权和专利权暂行条例》。在商标方面,颁布了《商标管理条例》,使商标注册完全成为计划经济体制下的一种行政管理手段;在版权方面,由于作家成为拿工资的国家干部,作品创作视为职务份内之事,一切权利属于国家,作