

GUOJI FUWU
MAOYI JINJI BAOZHANG CUOSHI
FALU ZHIDU YANJIU

国际服务贸易紧急保障措施 法律制度研究

陶林 著



人民出版社

GUOJI FUWU
MAOYI JINJI BAOZHANG CUOSHI
FALU ZHIDU YANJIU

国际服务贸易紧急保障措施 法律制度研究

陶林 著

人民出版社

责任编辑:张 立

封面设计:肖 辉

版式设计:程凤琴

责任校对:徐林香

图书在版编目(CIP)数据

国际服务贸易紧急保障措施法律制度研究/陶 林著.

-北京:人民出版社,2009.6

ISBN 978-7-01-007937-0

I. 国… II. 陶… III. 服务经济-对外贸易:保护贸易-贸易法-研究 IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 071908 号

国际服务贸易紧急保障措施法律制度研究

GUOJI FUWU MAOYI JINJI BAOZHANG CUOSHI FALÜ ZHIDU YANJIU

陶 林 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市文林印务有限公司印刷 新华书店经销

2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:12.125

字数:280 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-007937-0 定价:28.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

前 言

现代经济是服务经济,其迅速发展是 20 世纪经济发展的主要特点之一。自 20 世纪 80 年代以来,服务贸易的发展速度远远超过了货物贸易,日益成为最强大、最广泛和最活跃的经济部门。随着国际服务贸易的快速发展,出现了国际服务贸易的自由化(liberalization of International Trade in Services)趋势。一方面这是由于以美国为首的发达国家的强力推动,另一方面这也符合大多数国家的利益,尽管发达国家与发展中国家所获利益差异巨大。服务贸易的自由化是一柄双刃剑,它在给有关国家带来利益的同时,也可能会给这些国家带来严重灾难,导致这些国家产业受损、人员失业、整个国家陷入严重经济危机或社会危机。正是由于存在着不同国家之间利益差异与冲突、存在着机遇与风险,这就决定了服务贸易的自由化是一个渐进的过程。在这一过程中,既要获得服务贸易自由化所带来的利益,又要规避服务贸易自由化所带来的风险。要达成这样的目标,最根本的途径就是要建立一套保障施机制(Mechanism of Safeguard Measures)。在这一机制下,它既不妨碍贸易自由化进程,又不恶化弱势国家和弱势产业的处境,从而有效缓解上述矛盾。因此,保障措施是抵御贸易自由化负面影响的手段,是规避贸易自由化风险的工具,尽管它在一定程度上会延缓贸易自由化的步伐,但它却能为贸易自由化保驾护航,成为贸

易自由化的安全法阀(Safety Valve)。

保障措施形成于货物贸易领域,经历了一个从国内法规则到国际法规则的演化过程。目前,国际保障措施制度是以GATT1994第19条和WTO《保障措施协议》为核心内容的体系。但这一体系是适用于货物贸易的保障体系。随着国际服务贸易的迅速发展,服务领域的保障措施问题便被提上了议事日程。服务贸易领域有无建立保障措施制度的必要性与可行性?适用于货物贸易的保障措施能否借鉴适用于服务贸易领域?如何针对服务贸易的特点建立紧急保障措施制度?由于服务贸易领域的保障措施制度对包括中国在内的发展中国家意义重大,上述问题引发了作者研究解决这些问题的浓厚兴趣,并开始在这一领域展开研究。

《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services, GATS)作为管制国际服务贸易的第一个全球性多边协议,它为国际服务贸易自由化提供了一个初步的法律框架,并要求成员方通过具体承诺(Specific Commitment)的方式实施市场准入(Market Access)和国民待遇(National Treatment),以实现国际服务贸易逐步自由化的目标。但在国际服务贸易逐渐自由化过程中,不可避免会对一些国家尤其是服务业欠发达的发展中国家服务市场带来较大冲击和消极影响,考虑到服务业对于各国经济的极端重要性和敏感性,GATS允许成员方建立相应的安全保障措施,包括紧急保障措施(Emergency Safeguard Measures, ESM)。GATS第10条规定,成员方应在非歧视原则的基础上就紧急保障措施问题进行多边谈判,以期尽快达成国际多边协议。

在国际服务贸易紧急保障措施制度建构的过程中,按照何种模式设计服务贸易紧急保障措施制度一直是一个重要的问题,也

是发达国家与发展中国家争论激烈的一个问题。本书主张,应当在统一模式即水平模式下将 1994 年 GATT 第 19 条和 WTO《保障措施协议》中适用于货物贸易的保障措施多边规则借鉴适用于服务贸易紧急保障措施。其根据在于:第一,《保障措施协议》是从 WTO 多边货物贸易法制的核心——GATT1994 第 19 条发展而来的,尽管在 WTO 法律体系中,GATS 是独立于 GATT1994 的;但从其主要内容来看,此二者的联系甚为紧密:GATS 中的最惠国待遇条款、国民待遇条款等都源自 GATT1994;而一般例外、安全例外及国际收支平衡例外等条款更是对 GATT1994 中相应规范的直接借鉴。所以,以《保障措施协议》作为服务贸易保障措施规则制定的蓝本有着体系上的融洽性。第二,按照《建立世界贸易组织协定》第 16 条第 1 款的规定,凡 WTO 现行法制的未尽事宜,都应该以原 GATT 体制中所形成的规定、程序和惯例为指导。据此,凡服务贸易领域中 GATS 的未尽事宜,就应参考 GATT 体制中的相关规定。所以,对《保障措施协议》的借鉴存在着逻辑上的必然性。第三,将水平模式下建立的紧急保障措施规则普遍适用于各个服务部门和各种服务提供方式,为所有的服务贸易部门提供了一套兼顾各成员方利益的制度保障,避免了由于不同服务部门之间的利益冲突而造成的制度缺位,同时有利于保证服务贸易和服务贸易法律制度的完整性。

但是,将货物贸易保障措施规则借鉴适用于服务贸易也存在着一定的实际困难,这主要是由于服务贸易和货物贸易在经济禀赋上有着显著的差异。因此,服务贸易保障措施规则的制定,就必须考虑到服务贸易自身的特殊性和复杂性。其中,要核心解决服务进口、国内产业、保障措施的类型及其在不同服务提供模式下的实施等问题。

服务贸易紧急保障措施制度主要应包括如下几个方面的主要内容:首先,是国际服务贸易紧急保障措施制度的宗旨与原则。国际服务贸易紧急保障措施制度应以适度保护、积极调整、增强竞争、推动服务贸易自由化为其宗旨;以非歧视、透明度、适度适用、合理补偿、给予发展中国家特殊与差别待遇为原则。

其次,是关于服务贸易紧急保障措施制度实体规则方面的内容。按照保障措施法的一般原理,启动保障措施通常需要满足“进口增加”、“产业损害”和“因果关系”这样三个实体要件,这三个实体要件不仅适用于货物贸易,而且也适用于服务贸易。适用于货物贸易领域的保障措施的实体要件可根据服务贸易的特点,引入服务贸易领域,即 WTO 某一成员若要在服务贸易中采取紧急保障措施必须满足三个条件:因承担 GATS 义务而出现未预见的发展导致服务进口骤然增加;进口增加造成国内服务产业的严重损害或严重损害威胁;在未预见发展与进口增加、进口增加与国内服务产业的严重损害或严重损害威胁之间存在着因果关系。为了明确这一实体规则,需要具体界定以下核心问题:未预见发展、国内产业、服务进口增加、严重损害与严重损害的威胁、因果关系等。

再次,是关于服务贸易紧急保障措施制度程序规则方面的内容。保障措施作为 WTO 成员方在紧急情况下撤销或者停止履行协定义务的一种例外制度,在适用上有着严格的纪律,否则必将对 WTO 所倡导的自由贸易秩序造成极大的扭曲。无论是在货物贸易还是在服务贸易领域中,程序严格均是保障措施适用的一项重要原则。在程序性问题上,货物贸易保障措施实施的程序要求与服务贸易紧急保障措施并无大的区别,适用于货物贸易保障措施中的程序要件同样适用于服务贸易领域的紧急保障措施,主要包

括调查、通知和磋商等要件。

此外,还包括国际服务贸易紧急保障措施的类型及其实施方面的内容。服务贸易中紧急保障措施的类型区别于货物贸易中保障措施的类型。在货物贸易中,保障措施的类型主要有三种,即关税、数量限制和关税与数量限制的结合,如关税配额。不论是数量限制还是关税限制都属于“市场准入”的限制。对任何种类的进口货物,“市场准入”限制的目的都是阻止其进入国内市场,作用的对象都是货物本身,实施机构一般都是海关。但在服务贸易领域,由于服务贸易的无形性,有形的关税边境对其不能发挥作用,这就决定了服务贸易的保障措施无法采取关税措施,但可以采取数量限制措施。在数量限制措施中包括了市场准入限制和国民待遇限制。在市场准入限制中具体包括许可证、配额、领域限制、地域限制、股权限制、经营范围限制、主体资格限制、企业形式限制、经济需求测试等措施。在国民待遇限制中,具体包括对国内服务提供者进行补贴或政府采购上的倾斜以及对外国服务或服务提供者采取歧视性待遇等措施。这些措施可针对不同服务提供模式的特点,分别适用于跨境提供(Cross-border Supply)、境外消费(Consumption Abroad)、商业存在(Commercial Presence)和自然人流动(Movement of Natural Persons)模式。

当然,国际服务贸易紧急保障措施制度研究的目的主要还是希望能最终服务于本国在服务领域的紧急保障措施制度的建构。由于我国是世界上最大的发展中国家,我国服务贸易发展迅速但也存在着不少问题。尤其是随着我国在2001年加入世界贸易组织(WTO)、对外开放格局全面形成之后,我国必将进一步扩大市场开放,减少政府对进出口的干预,其结果很可能会出现服务进口大量增长以致国内服务产业遭受严重损害的情形。而我国在服务

贸易保障措施的立法方面基本还是一片空白,存在着产业安全的隐患。2004 年我国《对外贸易法》明确规定可以将保障措施适用于服务贸易领域,为建立我国服务贸易保障措施法律制度提供了立法依据。在完善我国服务贸易领域保障措施的立法过程中,应当根据服务贸易的特点,借鉴 1994 年 GATT 第 19 条和 WTO《保障措施协议》的模式,以《对外贸易法》为核心,在进一步完善《对外贸易法》的基础上,出台服务贸易保障措施的行政法规和部门规章,对服务贸易中实施紧急保障措施的实体要件、程序要件作出具体规定。

服务贸易自由化是大势所趋,尽管在这一趋势下发达国家与发展中国家有着不同的利益,并由此导致发达国家与发展中国家在建构国际服务贸易紧急保障措施制度中不同的立场和态度,紧急保障措施制度仍在一定程度上是平衡发达国家与发展中国家利益的工具。在服务贸易紧急保障措施制度的构建中,应坚持适度保护、积极调整、增强竞争、推动服务贸易自由化的宗旨和非歧视、透明度、适度适用、合理补偿、给予发展中国家特殊与差别待遇的原则;充分体现服务贸易不同于货物贸易的特点,合理界定服务进口增加、国内产业、严重损害或严重损害威胁以及因果关系等实体要件;进一步明确调查、通知、磋商、补偿与救济等程序要件,坚持透明度原则,严格程序纪律;针对服务贸易中四种不同的服务提供模式,在紧急情况下合理运用市场准入限制和国民待遇限制等保障措施,既维护国家的产业安全,也积极提升服务业的竞争力,促进国际服务贸易自由化进程。中国作为世界上最大的发展中国家,应在国际服务贸易紧急保障措施制度的构建中坚持发展中国家的立场,维护发展中国家的利益,在 GATS 规则谈判中积极支持 ESM 机制的建立。同时,为了国内服务产业的健康有序发展,保

障国家经济安全,还必须展开服务贸易紧急保障措施的国内立法工作,建立具有中国特色的实体规范、程序严格、实施合理的紧急保障措施制度。

目 录

前 言	(1)
第一章 国际服务贸易及保障措施的基本理论	(1)
第一节 国际服务贸易的概念、特征与分类	(1)
一、国际服务贸易的概念	(1)
二、国际服务贸易的特征	(5)
三、服务贸易的分类	(10)
第二节 国际服务贸易的发展与趋势	(13)
一、国际服务贸易发展的特点与趋势	(13)
二、中国对外服务贸易的发展状况与趋势	(25)
第三节 保障措施的概念与特征	(37)
一、保障措施的概念和种类	(37)
二、保障措施的性质与特征	(39)
第四节 保障措施制度的形成与发展	(43)
一、保障措施制度的形成	(43)
二、保障措施制度的发展	(50)
第二章 国际服务贸易的自由化及其安全保障	(53)
第一节 国际服务贸易的自由化趋势	(53)
一、国际服务贸易自由化的含义	(53)

二、国际服务贸易自由化的原因	(55)
三、国际服务贸易自由化的特点	(61)
四、国际服务贸易自由化的艰难历程与趋势	(67)
第二节 国际服务贸易中发达国家与发展中国家	
不同利益分析	(87)
一、发达国家在国际服务贸易中的利益	(87)
二、发展中国家在国际服务贸易中的利益	(93)
第三节 国际服务贸易的安全保障	(101)
一、贸易自由化是保障措施产生的根源	(103)
二、国际服务贸易的保障措施	(110)
三、围绕紧急保障措施(ESM)的论争	(117)
第三章 国际服务贸易紧急保障措施的制度建构	(121)
第一节 国际服务贸易紧急保障措施制度的模式	
选择	(121)
第二节 国际服务贸易紧急保障措施制度的宗旨	
与原则	(126)
一、国际服务贸易紧急保障措施制度的宗旨	(126)
二、国际服务贸易紧急保障措施制度的原则	(132)
第三节 “既得权”保护与对发展中国家的特殊	
与差别待遇	(140)
一、对发展中国家的特殊与差别待遇	(140)
二、关于“既得权”保护问题	(146)
第四节 国际服务贸易紧急保障措施制度的构成	(147)
一、货物贸易与服务贸易中两种保障措施	
制度的关系	(147)

二、服务贸易紧急保障措施制度的内容	(149)
第四章 国际服务贸易紧急保障措施的实体要件	(152)
第一节 未预见发展	(153)
一、货物贸易保障措施中“未预见发展” 问题引起的争议	(153)
二、“未预见发展”问题的确定	(156)
第二节 服务进口增加	(160)
一、服务进口与国内产业	(160)
二、服务进口增加的确定	(168)
第三节 严重损害与严重损害的威胁	(171)
一、严重损害与严重损害威胁的含义	(172)
二、严重损害与严重损害威胁的确定	(174)
三、严重损害与严重损害威胁适用于服务 贸易的特殊性	(177)
第四节 因果关系	(179)
一、因果关系的含义	(180)
二、因果关系存在的确定	(182)
第五章 国际服务贸易紧急保障措施的程序要件	(185)
第一节 调查程序	(186)
一、调查的发起	(187)
二、立案后的调查	(189)
三、保障措施裁决	(197)
第二节 通知与磋商程序	(199)
一、关于通知	(200)
二、关于磋商	(205)

三、我国法律对通知和磋商义务的规定	(207)
第三节 保障措施的限度与救济	(209)
一、实施保障措施的限度	(209)
二、保障措施的救济	(218)
第六章 国际服务贸易紧急保障措施的类型及其实施	(223)
第一节 国际服务贸易紧急保障措施的类型	(223)
一、市场准入限制	(224)
二、国民待遇限制	(241)
第二节 紧急保障措施在不同服务提供模式下的 实施	(248)
一、紧急保障措施在跨境提供模式下的实施	(248)
二、紧急保障措施在境外消费模式下的实施	(257)
三、紧急保障措施在商业存在模式下的实施	(260)
四、紧急保障措施在自然人流动模式下的 实施	(264)
第七章 建立与完善我国对外服务贸易保障措施制度	(273)
第一节 中国服务贸易保障措施的立法现状及 存在的问题	(273)
一、我国保障措施立法的发展及现行法律、 法规	(273)
二、中国对外服务贸易保障措施制度建构的 不足	(280)
第二节 我国对外服务贸易保障措施制度的建构	(284)
一、建立服务贸易紧急保障措施制度对我国 的意义	(284)

二、建立我国对外服务贸易保障措施制度的

初步构想	(288)
参考文献	(302)
附录一 服务贸易总协定	(319)
附录二 中华人民共和国对外贸易法	(356)

第一章 国际服务贸易及保障 措施的基本理论

第一节 国际服务贸易的概念、特征与分类

一、国际服务贸易的概念

国际服务贸易是属于经济学领域中的一个概念。服务业作为一个传统的产业部门已有非常悠久的历史,在日常生活中,服务早已是司空见惯的现象。但是要想简单地说明服务是什么和服务的本质是什么,并非易事。因为服务始于人,也终于人,涉及人类复杂的行为。要对“服务”、“服务贸易”、“国际服务贸易”等概念进行精准的定义是一件困难的事情。“服务”一词在《辞海》中是这样解释的:“不以实物形式而以提供活劳动的形式满足他人某种需要的活动。”^①在经济学意义上,服务是相对于货物的一个概念,但把服务与商品在经济学含义上等同起来,形成一种独立的社会分工和专业化劳动,则是随着商品生产与交换的发展和社会生活方式的进步才逐渐确立的。古往今来许多经济学家都涉足过服务领域的研究,对服务的概念进行过探讨。被马克思称之为“英国

^① 辞海编辑委员会:《辞海》,上海世纪出版股份有限公司、上海辞书出版社2000年版。

政治经济学之父”的威廉·配第早在17世纪中叶就预见到服务业将迅速发展的趋势。古典学派的代表人物亚当·斯密也意识到服务劳动的存在,在其代表作《国富论》中他曾多次提到律师、医生、演员、家仆等人的劳动。其后,法国经济学家萨伊在他的经济学著作中把人类社会劳动创造的产品分为有形和无形两个部分,提出了无形产品的概念。法国经济学家西尼尔把产品分为服务和商品,还认识到服务的产生是生产与社会分工发展的结果。马克思也曾就服务问题进行过深入研究,提出了富有开拓性的见解。马克思指出:“服务这个名词,一般地说,不过是指这种劳动所提供的特殊使用价值,就象其他一切商品也提供自己的特殊使用价值一样;但是,这种劳动的特殊使用价值在这里取得了‘服务’这个特殊名称,是因为劳动不是作为物,而是作为活动提供服务的”。^①

根据马克思和其他经济学家的有关论述,我们可以对服务这一概念在经济学意义上作出一个基本的界定,即服务是指个人或社会组织以取得报酬为目的,以满足消费者的某种需要为条件,直接地或借助某种工具、设备、设施、媒体等为消费者所做的工作或提供的活动。服务是一种特殊的商品,它和普通的商品一样具有使用价值,只是这种使用价值不是表现为物,而是表现为活动。普通商品的进出口构成了货物贸易,那么服务这种特殊商品的进出口就构成了服务贸易。一国的服务提供者,在境内或境外向另一国的消费者提供服务并获取报酬的过程就是服务的出口。同样,一国的消费者在境内或境外购买另一国提供的服务,就是服务进口。因此我们可以说,服务的消费方就是服务的进口方,服务的提

^① 《马克思恩格斯全集》第26卷(1),人民出版社1972年版,第435页。