

“海峡两岸 WTO 法律论坛” 论文集

孙琬钟 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

“海峡两岸 WTO 法律论坛”论文集/孙琬钟主编. —北京 :北京
大学出版社 2007.5

ISBN 978 - 7 - 301 - 12016 - 3

I . 海... II . 孙... III . 世界贸易组织 - 法律 - 文集
IV . D996.1 - 53 F743 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 046483 号

书 名 : “海峡两岸 WTO 法律论坛”论文集

著作责任者 : 孙琬钟 主编

责任编辑 : 明 辉 郭瑞洁

标准书号 : ISBN 978 - 7 - 301 - 12016 - 3 / D · 1724

出版发行 : 北京大学出版社

地 址 : 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 : <http://www.pup.cn>

电 话 : 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱 : law@pup.pku.edu.cn

印刷者 :

经 销 者 : 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 13.25 印张 360 千字

2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷

定 价 : 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话 010 - 62752024 电子邮箱 fd@pup.pku.edu.cn

目 录

原全国政协副主席、原最高人民法院院长、中国法学会 世界贸易组织法研究会名誉会长任建新 在“海峡两岸 WTO 法律论坛”上的致辞	(1)
历史的际遇 ——中华国际法学会理事长、台湾理律律师事务所主持 律师陈长文在“海峡两岸 WTO 法律论坛”上的致辞	(3)
中国法学会副会长孙在雍在“海峡两岸 WTO 法律 论坛”上的致辞	(7)
中国法学会世界贸易组织法研究会会长孙琬钟在 “海峡两岸 WTO 法律论坛”上的致辞	(9)
北京大学法学院副院长李鸣在“海峡两岸 WTO 法律 论坛”上的致辞	(12)

WTO 与两岸经贸关系

关于海峡两岸建立更紧密的经贸关系的探讨	王正明	(1)
两岸四地建立经济整合协定的法律问题	高树超	(6)
论两岸经贸合作机制与区域贸易 一体化的法律问题	朱兆敏	(32)
入世后两岸经贸交往中若干法律问题的 思考	彭 莉	(50)

无法超越的“共识”

- 海峡两岸海关合作的法律前题 成卉青 (63)
- 关于海峡两岸建立自由贸易安排之思考 高永富 (70)
- 共同努力推动海峡两岸的金融合作 吴志攀 (93)

WTO 与两岸经贸仲裁与争端解决

两岸四地民商事判决承认与执行

- 的若干法律问题 王传丽 张 薇 (99)
- 试论两岸贸易争端的解决之道 翁国民 王海薇 (128)
- 两岸贸易法律冲突之研究

——由台湾地区与大陆地区关系

- 条例之规定观之 徐慧怡 (141)

WTO 争端解决裁决于国内法院的效力

- 兼评以欧盟经验对台湾的借鉴 何曜琛 (161)

世界贸易组织制度中集体性与个体性

- 的冲突与协调 韩立余 (173)

WTO 与两岸投资保险

- 浅议台商大陆投资保险可行途径 陈 安 (189)
- 论海峡两岸投资中的问题及法律
- 对策 卢炯星 霍一峰 (210)
- 两岸保险交流法律问题探讨 符启林 姚 飞 (225)
- 关于台商大陆投资法律环境建设的思考 陶晓林 (232)

WTO 与两岸知识产权保护

知识产权的运用对贸易产生的限制效果：

- WTO 相关规范的分析 宿文堂 (240)

WTO 规则下海峡两岸专利法新近

修正之比较	屈广清	陈小云	(252)
台海两岸贸易中的知识产权问题		李顺德	(258)

WTO 与两岸市场开放

我国 QFII 制度的研究与思考	郭寿康	张雨泽	(266)
再论人民币区域化的法律推进		杨 松	(277)
在华外资银行的注册地分布及其 经营特点分析		黄金老	(290)
WTO 贸易协议与烟草控制框架公约之关系		高玉泉	(318)
服务贸易 v. s. 公共健康 :论 GATS 架构下 限制烟品广告之法律定位		林彩瑜	(336)
“ 纺织品特殊保障措施条款 ” 中 “ 市场扰乱 ” 的判断标准		白巴根	(356)

其 他

WTO 法在国际法上之地位		陈纯一	(384)
两岸经贸与两岸关系的有效预期		李义虎	(392)
“ 海峡两岸 WTO 法律论坛 ” 综述	王云川	廖志敏	(403)

原全国政协副主席、原最高人民法院 院长、中国法学会世界贸易组织法 研究会名誉会长任建新在“海峡两岸 WTO 法律论坛”上的致辞

女士们、先生们、朋友们：

今天，海峡两岸的专家学者会聚未名湖畔——北京大学，共同研讨海峡两岸加入 WTO 后的有关法律问题。这是一件很有意义的事情。首先，请允许我代表中国法学会世界贸易组织法研究会向以陈长文先生为团长的台湾法学界同仁以及所有与会的法学界专家学者表示热烈的欢迎。

近年来，两岸人员交往不断增加，两岸经贸关系不断加强。2001 年 12 月，大陆和台湾地区先后加入了 WTO。入世后的 4 年来，海峡两岸的经贸关系又有了新的发展。1978 年到 2004 年两岸的贸易总额达到四千多亿美元。两岸合作规模不断扩大，至 2004 年底台商在大陆投资项目 64626 项，台资金额近 800 亿美元。两岸金融往来逐步发展，岛内多个银行证券和保险公司在大陆设立代表处。祖国大陆资本市场的开放，服务业门槛不断降低，为台商参与银行、证券、保险等行业提供了新的商机。大陆对台湾部分农产品实行零关税，也有利于海峡两岸的交流。

在两岸经贸关系不断发展的形势下，如何面对两岸贸易关系中的法律问题；如何止纷息争，更好地维护海峡两岸经贸双方的合法权益，达到合作双赢的目的，这是摆在两岸法学家面前的一个重

要问题。

为了维护台湾同胞在祖国大陆的合法权益,大陆先后制定了《台湾同胞投资权益保护法》和实施条例。最近,国务院台办设立了投资协调局,协调处理台商投资中涉及权益保护的问题和相关案件的督办。各地司法机关加强了对涉台案件的审理。

台湾和大陆都是中国的一部分。两岸的经济合作是不可阻挡的趋势。加强交流,扩大共识,深化合作,在合作中相互尊重,互惠互利,取长补短,实现共赢,这是两岸人民的共同心愿。

在今天经济全球化的趋势下,由于科技资讯、通信与交流的不断进步,国与国、区域与区域之间的经济界限早已打破。欧盟的急速扩大,北美自由贸易区的成立,东盟与中国要在 2010 年前成立自由贸易区,内地与香港、澳门的更紧密贸易关系的安排,这些区域化经济的发展,也必然会进一步促进海峡两岸经贸关系的发展。实践证明,两岸和则两利,合则共赢。

我相信,这次会议对于加强两岸法学界的交流与沟通,增进了解,致力于发展两岸关系,是会起到积极作用的。

最后,预祝这次会议取得圆满成功,预祝台湾法学界同仁在北京过得愉快,预祝到会同仁身体健康!

谢谢大家!

历史的际遇

——中华国际法学会理事长、台湾理律法律 事务所主持律师陈长文在“海峡两岸 WTO 法律论坛”上的致辞

尊敬的任名誉会长建新先生、吴副校长志攀先生及各位贵宾：

大家好！

捷克大文豪米兰·昆德拉(Milan Kundera)在其 1967 年的名著《玩笑》(The Joke)里曾写过一句话：“际遇就像一幅字谜画让你去猜。”我想用这句话，作为我今天致辞的开端。

如果我问，为什么会有今天这样的一个聚会，让两岸最顶尖的法律学者齐聚一堂？大家会给什么样的答案呢？如果问我的话，我的答案就是米兰·昆德拉所说的“谜一般的际遇”。而这际遇，它大约经历了三个历史阶段：鸦片战争、两岸分隔与其后的制度竞争以及加入 WTO。

第一个历史阶段是鸦片战争。

公元 1840 年，林则徐在广东严禁鸦片影响英国利益，英国遂决定动武，英军绕过广东，陷厦门、占定海、攻宁波、入渤海，直抵大沽口。这就是历史上著名的鸦片战争。这场战争，揭开了中国百年屈辱的沧桑历史。在鸦片战争之后的 100 年中，中国是西方帝国主义砧板上的鱼肉。腐败的清廷与列强签订了一连串丧权辱国的不平等条约。然而，在屈辱之外，为了废除不平等条约，特别是领事裁判权的规定，中国在西方列强要求下，开始进行了一连串的法律制度的建置，很显然的，历史在这里对中国开了一个很大的“玩笑”，它一方面让中国经历了百年的苦难，另一方面却吊诡地留

下了一个礼物,那就是“法制”。

第二个历史阶段是两岸分隔与之后的制度竞争。

可惜的是,这个法制种籽,在很长的时间里,并没有得到妥善的浇灌。一方面是因为西方的法制建置,是在历史的进程中,其慢慢地由内而外,从社会需求引发哲学思辨,然后形成理论学说,再化身为实证的法律架构。而中国却是反其道而行,直接从西方移植了其终端产品——法律的制度架构,然后才由外而内,去填充、理解架构内的法律精神。这当然会出现许多文化面上的不适应。另一方面,虽然中国对日战争胜利后,外患的进逼稍缓,但内战的烽火却更炽,国共的内战乃至两岸的分隔,大大压抑了法制种籽的萌发。

两岸分隔后,台湾与大陆作出了不同的制度选择,刚开始,双方都是强人领导的军事政权。但 20 世纪 70 年代台湾在蒋经国先生的领导下,开始进行一系列民主化、自由化以及法制化的改革工程,台湾透过近三十年的发展,在法律制度的建置上,取得相当亮眼的成绩。大陆在法制建设面的起步虽然较慢,然而,从 20 世纪 80 年代宣示改革开放迄今,二十年间,亦有令人刮目相看的进展。

我特别记得,1991 年 4 月 28 日我以台湾海峡交流基金会首任秘书长的身份率团首次造访大陆时,在飞机上,我看到《人民日报》上刊登了一篇文章:“法制:中国人新观念”。虽然,我后来发现,那篇文章只有刊在《人民日报》海外版,在大陆内地发行的报章上看不到,但已令我印象极为深刻。当时,我就有一种很欣慰的感触,我知道中国大陆的法制种籽,已经萌芽,终有走向欣欣绽放、成熟完备的一天。我在上海大街上看到了一个大型的看板,上头写着:“认真学习宪法。”我很感动。我回想 13 年前,那原只停留在飞机上海外版上的法制种籽,已经扎实地落根在这上海的热闹大街上了。

第三个历史阶段,两岸加入世界贸易组织(WTO)

虽然,政治上,两岸之间仍有纷扰,但很欣慰的,大陆与台湾在 4 年前,几乎同时地加入了有经济联合国之称的 WTO。这又是促

进两岸法制的的一个重大的契机。对台湾而言,加入 WTO 主要的挑战着陆在经济层面,因为大体上,基础的法律制度当时的台湾均已具备;但对大陆而言,加入 WTO 所面临的挑战则更为复杂。其挑战不仅是经济的,也是制度的。例如,WTO 要求会员国(包括中国)建立独立的司法审查(judicial review)制度,大陆要配合时,就是一个相当重大也重要的工程。而加入 WTO 对大陆来说,也是一个很重要的外部力量,这个外部力量将牵引着大陆加速其内部的法制建置与改革。

为什么我们会在这里聚会,为什么今天的两岸很幸运地培养了在座的法律鸿儒,可以凭着深厚的专业学识,为国家、为社会、为人民擘划一个井然的制度体系、法律体系?

这中间不是涉及了许许多多的“历史的际遇”吗?这些际遇就像字谜画一般,在刚开始出现的时候,我们未必知道所牵动的历史意义是什么。但它就这么一步一步地牵带着中国人走到了今天的法制社会,牵带着在场的你我走进了这个研讨会的会场。

最后,我很荣幸来参加今天的研讨会。我也代表所有来自台湾的学者朋友们,感谢大陆主办单位的细心安排与热忱招待,方能使此一学术会议顺利召开。

作为台湾地区历史最悠久,也是最具规模的国际法学组织,我们一向关心国际法议题的最新发展与影响,对国际贸易法的研究更是不遗余力。在本会常务理事兼国际贸易法委员会召集人,同时也是台湾大学法学院院长的罗昌发教授带领下,WTO 法的研究不但受到重视,成果也令人鼓舞。另一方面,两岸加入 WTO 迄今已近四年,四年来,不论是 WTO 本身的法律规范,或是两岸之间的经贸关系都有了很大的改变,这其中有蓬勃发展的进步,也有窒息难行的踌躇。值此时刻,在北京大学吴副校长与本会常务理事杨桢教授的力促下,两岸学者在北京大学举行此次会议,大家共聚一室研讨相关议题,相信不但有助于两岸在 WTO 法的研究,也有助于促进彼此的认识与了解。

这次会议的主题很重要。由学者所提供的论文可以得知

WTO 法涵盖的层面相当广泛,包括 WTO 法与国际法及国内法的关系、WTO 架构下两岸金融、商务纠纷、与贸易法律冲突解决之道、政府采购制度与知识产权运用之效果分析,以及对于烟品的贸易规范与广告管理等相关议题。这些题目正足以说明了 WTO 法议题广泛且复杂,不但要讨论基础法学理论,也要面对日常生活实务问题的挑战,实在有赖于学者专家深入研究讨论。

本学会很高兴能有机会和中国大陆的学术重镇以及知名学府——中国法学会 WTO 法研究会、北京大学法学院、北京大学金融法研究中心共同举办此次研讨会,这虽然是第一次的合作,但一定是一次成功的合作。我相信经由这次成功的交流,展望未来,双方一定都会愿意竭力推动有利于两岸学术交流合作的事宜,继续延续这次美好的经验。

谢谢大家,祝福这次会议成功,也祝福在场各位。

中国法学会副会长孙在雍在“海峡两岸 WTO 法律论坛”上的致辞

尊敬的各位领导,尊敬的陈长文理事长,尊敬的各位台湾来宾,各位专家学者:

大家好!

今天,“海峡两岸 WTO 法律论坛”在北京大学召开,这是海峡两岸从事世贸组织法律研究工作者的一次十分重要的会议。有机会与海峡两岸如此众多的学者见面,非常的高兴。在此我代表中国法学会对论坛的顺利举办表示祝贺!并借此机会对来自海峡两岸的学者表示诚挚的问候!

中国自加入世贸组织以来,经济建设和对外贸易持续发展,去年的《世界贸易组织 2004 年世界贸易发展与 2005 年展望》报告显示,中国已是世界第三大货物贸易出口国和进口国,是世界第九大商务服务贸易出口国和第八大进口国,这表明中国已经融入了世界经济的发展进程,并发挥了积极的作用。今年以来,对两岸经贸关系发展至关重要的政治环境的改善,正推动两岸经贸关系深入发展。两岸的农业合作与旅游合作已经呈现出两岸经贸往来的新热点。2001 年 12 月,海峡两岸(大陆和台湾地区)先后成为世界贸易组织的成员,入世之后对两岸经贸关系的发展起了积极的推动作用。现在两岸经贸往来由投资单向向双向发展,旅游经贸互补促进产业的分工合作,贸易规模进一步扩大,经贸交流日趋广泛和深入。但随着经济贸易的发展,在金融、保险、证券、投资等领域的法律问题也日益凸显,需两岸的法律工作者去面对,去研究。没有正常有效的法律机制作保障,矛盾、摩擦、纠纷等问题就难以及

时有效地得到解决,也就必将制约两岸经贸关系的健康发展。这些新情况、新问题需要两岸世贸组织法律领域的专家学者共同面对,共同进行探讨和交流。

中国法学会是全国最大的、最具综合性的法学学术团体,它的主要任务和职责是繁荣法学研究,推进依法治国。学会每年都以经济、社会发展中的重点、难点、热点法律问题组织开展专题研究,为推进和完善国家的法制建设积极建言献策。各省、区、市法学会的法学研究活动也日趋活跃,它们从各自的地域特点出发,陆续建立起了带有区域特点的法律论坛,例如以上海、江苏、浙江三省市为主组成的“长三角法制论坛”,以广东、广西、湖南、江西等省区为主组成的“泛珠三角法律论坛”,以天津、北京、河北、山东、辽宁等省市为主组建的“环渤海法制论坛”,等等。这些论坛已经成为区域法制论坛的主干,这些地区覆盖了大陆的东北部、东部和南部。上述地区均有数量众多的台资企业。我们欢迎海峡两岸的法学工作者、法律工作者积极参加地区法制论坛的活动,以法学研究的成果促进经贸法制建设的进一步完善,促进两岸经贸的健康发展。今年5月胡锦涛总书记在会见台湾亲民党主席宋楚瑜先生时曾经说过,要坚持与时俱进,勇于放弃不符合时代发展的陈旧观念,摒弃不符合两岸同胞根本利益的一己私念,真正从两岸同胞和中华民族的现实和未来出发想问题、看问题、谈问题。希望两岸学者在法律研讨中能够本着这样一种精神,针对经贸、科技、文化、法律等领域的实际广泛交流,深入研讨,多出成果,多出精品。

最后,祝“海峡两岸 WTO 法律论坛”圆满成功!谢谢大家!

中国法学会世界贸易组织法 研究会会长孙琬钟在“海峡两岸 WTO 法律论坛”上的致辞

尊敬的各位学者、各位来宾：

今天，在台湾光复 50 周年以及大陆和台湾地区加入世贸组织 4 周年之际，来自两岸三地的 WTO 法律专家会聚在北京大学，共同研讨两岸经贸往来中面临的众多法律问题。这是两岸三地法学界开展合作与交流的一大盛事，也必将对两岸经贸关系的发展起到积极的促进作用。在此，我谨向各位学者特别是以陈长文先生为团长的台湾学界同仁的到来表示最热烈的欢迎！同时，我也要向为本次“海峡两岸 WTO 法律论坛”的顺利举办付出了大量心血的北京大学法学院、金融法研究中心、WTO 法律研究中心和台湾“中华国际法学会”表示最诚挚的谢意！

众所周知，自 1979 年两岸逐步恢复经贸关系以来，两岸的贸易额增长非常迅速。2002 年，祖国大陆就超越美国成为台湾第一大出口市场，2003 年两岸贸易额首次突破 500 亿美元，2004 年更突破了 700 亿美元。目前，祖国大陆已经是台湾第一大贸易伙伴、第一大出口市场和最大的贸易顺差来源地。据有关方面 2003 年的统计，台湾对祖国大陆的出口依存度和贸易依存度分别达 34.3% 和 21.5%。另据 2004 年台湾方面的统计数据，2003 年祖国大陆进口对台湾经济增长的贡献率已经超过 70%。

两岸经贸关系的发展，符合两岸中国人的根本利益。虽然，自从 2001 年 12 月大陆和台湾地区加入 WTO 以来，两岸贸易严重不平衡的现象引起了广泛关注，但是，祖国大陆并没有采取对

应措施,而是以台湾人民的根本民生福祉为重,继续推进两岸的经贸关系的不断前进。尽管“三通”至今未能实现,两岸贸易仍处于“单向、间接”的状态,发展中还存在不少障碍,但是,进一步发展两岸经贸关系已是大势所趋、民心所向,也是大陆的坚定不移的政策。

中国加入 WTO 之后,在世界贸易格局中地位的不断提升,这也将对两岸贸易发展起到巨大的推动作用。2004 年,中国全年对外贸易总额将超过 11000 亿美元,进入全球三甲。联合国贸易与发展大会发布的《2004 年贸易与发展报告》称:中国在全球经济增长进程中发挥着核心作用。甚至可以说,2003 年和 2004 年初期,中国是全球经济增长的主要动力。

2004 年第十五届中美商贸联委会会议、中国商务部和欧盟委员会贸易总司举办的中欧投资贸易研讨暨洽谈会的举行,标志着中国和世界两大经济体之间的经贸联系正在登上全新的台阶。此外,2004 年 9 月 20 日,中国—东盟博览会组委会第二次会议也拉开了“中国—东盟自由贸易区”建设的序幕。中国对外贸易的发展影响了整个世界,当然会更加惠及与祖国大陆唇齿相依的台湾地区。不少台商纷纷提出,两岸要建立类似港澳地区 CEPA 的区域贸易安排。

目前,两岸在经贸往来中,尤其是在 WTO 框架下,已经涉及到了大量的法律问题,而且随着两岸经贸关系的进一步发展,加强相关法律问题的研究显得更加紧迫和重要。本次论坛将集中两岸三地法学家的智慧,对相关的法律问题包括“一国四席”情况下的法律问题和法律合作问题进行深入研讨,以期加强交流,扩大共识,深化合作,在合作中为促进两岸关系的和平稳定发展作出贡献。为两岸的双赢互利作出努力。

目前,大陆正在积极建设法治国家,我们也深刻地认识到,市场经济是法治经济,我们必须严格按照法律的程序处理经贸问题。在 WTO 法律研究领域,我们愿意学习和借鉴台湾和香港法学界的研究成果,希望这一次的研讨,也成为我们进一步加强交流与合

作的新起点。

最后,预祝论坛圆满成功!祝愿我们两岸三地 WTO 法律学者的友谊长青!

北京大学法学院副院长李鸣 在“海峡两岸 WTO 法律论坛”上的致辞

尊敬的任会长、尊敬的各位领导、专家、教授，各位同学，女士们，先生们：

上午好！

我很高兴，也很荣幸参加这次论坛。这次论坛是海峡两岸的几家机构联合举办的，我们北京大学法学院也是主办方之一，因此，首先我想代表北大法学院、代表我们的全体老师和同学对论坛的举行表示热烈的祝贺，对专家教授们的到来，特别是对远道而来的台湾、香港朋友表示真诚的欢迎！

本次论坛是以“海峡两岸 WTO 法律”为主题的，这个主题很有现实意义。我们知道两岸都是 WTO 的成员，加入这个贸易组织也有了四年左右的历史，应该说在这四年中，两岸都积累了不少有关 WTO 的经验。例如，如何在多边贸易中讨价还价，捍卫自己的利益；如何利用争端解决机制处理贸易纠纷；如何在尽可能地保护自己利益的前提下使内部的法律与 WTO 义务相吻合，等等。现在恐怕是到了总结这些经验的时候了。本次论坛为两岸总结，特别是交流这些经验提供了一个很好的平台。这样的总结和交流，将非常有利于两岸在 WTO 框架下开创新的双赢局面。

我注意到，本次论坛收到了不少论文，还将从双边的角度讨论两岸之间的经贸合作及其法律问题。还有一些论文将探讨多边贸易体制与区域或双边安排的关系，以及这种关系下两岸之间的法律问题和解决方案。这样的视角将大大丰富本次论坛的内容，使本次论坛更加富有现实的意义。在我看来，双边的贸易体制对于

促进两岸的双赢固然非常重要,但两岸关系的发展最终取决于两岸的共识、善意和各种实际安排,包括法律上的安排。

我还想对在座的同学说两句,这次论坛的演讲者都是有关领域的知名专家和学者,他们的到来不仅使本次论坛蓬荜生辉,而且为大家研习有关的法律问题提供了一个非常好的机会,希望同学们珍惜这次机会,互相转告,不错过每一次精彩的演讲。

女士们,先生们,出席论坛的领导——任会长、两位孙会长长期以来对北大法学院一直是关爱有加,在座的许多专家学者也都是北大法学院的挚友,我也想借此机会对各位长期支持、关照北大法学院的情谊表示衷心的感谢。最后预祝论坛圆满成功。祝大家健康、幸福!谢谢大家!

关于海峡两岸建立更紧密的经贸关系的探讨

王正明^{* 1}

今天很高兴出席“海峡两岸 WTO 法律论坛”。这是一个很好的学习和交流的机会。我想就海峡两岸建立更紧密的经贸关系问题,谈一点粗浅的看法,与出席论坛的专家、学者们共同探讨。

一、在经济全球化和新科技革命浪潮推动下,加强同一地区成员的互利合作,实现区域经济一体化是大势所趋

在当今全球激烈竞争中,没有哪个国家或地区能单独抗衡日益增长的区域性经济组织的影响。只有加强区域一体化建设,增强在经济全球化中的竞争力,才能在全球激烈竞争中立于不败之地。《1947 年关税与贸易总协定》第 24 条对关税同盟、自由贸易区等区域经济一体化类型作了规定。自由贸易区被定义为“两个或两个以上的一组关税领土中,对成员领土之间实质上所有有关产自此类领土产品的贸易取消关税和其他限制性贸易法律(如必要,按照第 11、12、13、14、15 和 20 条允许的关税和其他限制性贸易

^{*} WTO 及中国东盟自由贸易区法律、贸易研究会(深圳)会长、中国法学会世界贸易组织法研究会副会长、深圳市政协第二、三届副主席。

易法规除外)”,并明确自由贸易区的目的应是便利成员领土之间的贸易,而非增加其他缔约方与此类领土之间的贸易壁垒。WTO《关于解释1994年关税与贸易总协定第24条的谅解》,对关税同盟自由贸易区等区域经济一体化类型的合法存在及其对世界贸易扩大所作出的贡献继续加以肯定,并作了有关规定。目前世界上区域经济一体化组织蓬勃兴起和发展。近一些年各国各地区在研究适用世贸组织法时,侧重在自由贸易区等区域经济组织方面进行了一些实践研究和考察,例如,由发达国家牵头组成的欧盟、北美自由贸易区等,由发展中国家组成的东盟、南美的南锥共同体、安第斯条约组织等,都是有影响的区域经济组织,对区域内经济的发展都发挥了一定的积极作用。2002年11月,我国与东盟签署了《中国—东盟全面经济合作框架协议》,正式提出在2010年建立中国—东盟自由贸易区,并于2003年7月1日开始运作。2004年11月,我国与东盟又签署了《中国—东盟全面经济合作框架协议货物贸易协定》和《中国—东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协定》,并于2005年1月1日正式生效。2005年7月20日,中国—东盟自由贸易区降低关税计划正式启动,7000多种产品调低了关税。当前,我国和东盟正在抓紧商谈、签订《中国—东盟全面经济合作框架协议服务贸易协定》和《中国—东盟全面经济合作框架协议投资协定》。2003年,中国—东盟自由贸易区正式启动后,我国与东盟的贸易比上年增长42.8%,达到782亿美元;2004年,我国与东盟贸易进一步增长,突破1000亿美元,达到1059亿美元,东盟成为我国第四大贸易伙伴,也是我国在发展中国家中最大的贸易伙伴。到2010年中国—东盟自由贸易区建成时,我国与东盟贸易额预计将达2000亿美元,中国—东盟自由贸易区将成为世界上完全由发展中国家组成的最大的自由贸易区。

二、中国内地与香港特别行政区、澳门特别行政区“关于建立更紧密经贸关系的安排”(CEPA)的签订和实施,走出了一个国家内几个独立关税区之间自由贸易、共同发展的新路

国际上都在纷纷建立自由贸易区及其他区域经济一体化组织,中国大陆、台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区虽然是四个独立关税区,但同属于一个中国。在一个中国的前提下,按照WTO规则,本着“互利双赢、优势互补”的精神,完全应该,也有条件建立更紧密的经贸合作关系,实现经济一体化,增强在全球激烈竞争中的竞争力,使自己立于不败之地。

中国内地与香港特别行政区、澳门特别行政区签订和实施“关于建立更紧密经贸关系的安排”以来,取得了互利双赢、优势互补、共同发展的良好效果。以香港为例,2003年9月29日签署“关于建立更紧密经贸关系的安排”,2004年1月1日实施,第一批即有379种原产香港货物进口大陆零关税,内地对香港开放18个服务行业市场准入。2004年8月27日——2005年1月1日,第二批又有729种原产香港货物实施进口大陆零关税,内地对香港再开放8个服务行业市场准入。短短两年间,有1108种原产香港货物进口内地零关税,内地并向香港开放了26个服务行业市场准入。据有关部门估计,CEPA为香港创造了2.9万个新职位,增加了就业机会。港人来内地工作的约有28万多人,在内地定居的有10多万人。CEPA也促进了内地企业去香港投资,仅2004年9月——2005年8月,就有250家内地企业在香港投资,投资总额超过80亿港元。目前CEPA实施进入新阶段,将有更多原产香港货物进口内地享受零关税优惠,内地将向香港开放更多服务行业市场准入。

CEPA的实施,走出了一个国家内几个独立关税区之间建立更紧密经贸关系、加强经济一体化的新路,也为海峡两岸建立更紧密经贸关系提供了范例。

三、在一个中国前提下,按照 WTO 规则,借鉴 CEPA 的成功经验,积极推进海峡两岸建立更紧密的经贸关系,实现共同发展

海峡两岸,同属一个中国,都是炎黄子孙。两岸的经贸关系冲破种种阻力不断加强。2004 年两岸贸易突破 700 亿美元,祖国大陆已成为台湾第一大贸易伙伴、第一大出口市场和贸易顺差来源地。台商在大陆的投资,截止 2004 年底累计已达 800 多亿美元。台湾同胞来大陆投资、工作、居住的已达近百万人。拿深圳市来讲,目前就有台资企业 4000 余家,台商协议投资 63 亿多美元,实际投资 51 亿多美元。全市台资企业员工超过 70 万人,在深圳居住的台湾投资者和台籍技术、管理人员及其家属超过 5 万人。海峡两岸日益发展和密切的经贸关系,是顺应潮流、合乎民心、不可阻挡的历史潮流。

中国经济的快速增长和蓬勃发展,成为全球经济、东亚区域经济增长的强大动力。2004 年,中国对外贸易总额超过 1 万亿美元(达到 1.1 万亿美元),居世界第三位。中国—东盟的贸易总额突破 1000 亿美元(达到 1059 亿美元),东盟成为中国第四大贸易伙伴。同样,祖国大陆和台湾之间的贸易也迅速增长,两岸贸易额继 2003 年首次突破 500 亿美元后,2004 年达到 780 亿美元,创历史新高。而且,台商到大陆投资规模、水平不断提高。以深圳为例,每年平均有 200 家左右台资企业落户深圳,而且投资规模不断扩大,目前在深圳的台资企业中投资规模超过 1000 万美元的有 88 家,在台湾排名前 100 名的大企业有 11 家投资深圳。深圳的台资企业出口贸易也不断扩大,目前年出口总额超过 1000 万美元的有 70 家,超过 1 亿美元的有 8 家。其中台资富士康集团在深圳实际投资已超过 10 亿美元,2004 年产品出口总额突破 100 亿美元。事实证明,祖国大陆已成为广大台商投资、发展的首选之地。上述两岸经贸关系的快速发展,还是在两岸“三通”尚未实现,两岸经贸仍处于“单向、间接”状态,仍存在不少障碍的情况下实现的。这是祖国的日益强大和积极推进有利于两岸经贸关系发展的政

策、措施的结果,也是海峡两岸人民在一个中国前提下建立两岸更紧密的经贸关系的意愿的反映。

在一个中国的前提下,不同社会制度的几个独立关税区建立更紧密的经贸关系,中国内地与香港特别行政区、澳门特别行政区成功地签署并实施 CEPA 已树立了样板。建议海峡两岸应借鉴这一经验,结合两岸的实际情况,在一个中国的前提下,按照 WTO 规则和互利双赢的目的,制定类似 CEPA 的“海峡两岸更紧密经贸关系的安排”,作为处理两岸经贸关系基本法律文件。然后,在这种安排下,进一步协商制定海峡两岸货物贸易、服务贸易、投资、争端解决等具体规则和办法,并通过分步实施,逐步达到两岸原产地货物进口互免关税,并消除各种非关税贸易壁垒,逐步开放服务行业市场准入,允许符合条件的从业人员在海峡两岸自由择业,对两岸人民的有关学历、执业资格相互承认;各方对另一方来的投资都依法予以优惠与保护;建立两岸贸易、投资争端解决机制,制定争端解决协定,通过协商、调处和仲裁等方法解决经贸争端。我相信,在座的各位专家、学者,海峡两岸各界有识之士,都一定愿意在坚持一个中国原则下,为海峡两岸建立更紧密的经贸关系建言献策,做一名积极的促进者!

两岸四地建立经济整合 协定的法律问题

高树超^{* 1}

2004年1月1日,中国大陆分别同香港和澳门特别行政区签订的“关于建立更紧密经贸关系的安排”(Closer Economic Partnership Arrangement,简称CEPA)开始实施,标志着内地同两个特别行政区之间在货物贸易和服务贸易上进一步整合。在分析CEPA对三地经济的影响时,论者往往从货物贸易着手,但笔者以为,CEPA之下服务贸易的开放影响更为深远。原因如下:其一,从总体上来看,理论界虽然对于货物贸易的优惠性安排是否可以带来更多的经济利益尚存疑问,但一般都是承认以优惠性安排的方式开放服务贸易是有利无害的。正如Mattoo和Fink所指出的,之所以如此,是由于服务贸易的壁垒多是禁止性的,因此开放有关服务市场并不会减少国家税收,也不会导致贸易转移(trade diversion)的问题。^①其二,具体到两岸四地的实际情况来说,又有这么几个原因:

第一,由于港澳的制造业并不发达,因此,同港澳在内地的直

* 英国伦敦大学法学硕士,美国范德比尔特大学法学博士。曾任WTO秘书处上诉机构实习律师及服务贸易司顾问。现任香港大学法学院助理教授,香港大学东亚国际经济法和政策研究中心副主任,WTO亚太地区贸易政策培训课程教务长。本文的写作得益于香港大学基础科研启动基金的支持。

^① 参见Aaditya Mattoo and Carsten Fink, Regional Agreements and Trade in Services: Policy Issues, World Bank Policy Research Working Paper 2852, June 2002。

接投资(FDI)数额相比,货物贸易总额几乎可以忽略不计。即以香港而论,港商在内地2003年直接投资总额达1400亿港元,而对内地货物出口额则仅为367亿港元。同时,按照CEPA零关税的规定,港商在2004年将节省的关税只为3.3亿港元,还不到FDI的3个百分点。^①而FDI又同服务贸易,特别是以商业存在模式提供的服务贸易渊源颇深。

第二,从西方各国的经济发展史来看,一个国家的制造业的发展,往往同时带动对于服务业的需求,从而使服务贸易在国民经济中所占的比重逐渐提升。但是服务业的一个特点是,其生产者即服务员提供者所需要的培训时间,往往要大大长于制造业的生产者即工人所需的培训时间。因此,如果单靠本国服务行业的自行发展,这个过程将是十分缓慢的。在这种背景下,港澳的服务提

① 香港贸易发展局在CEPA初签署后,于2003年10月高调宣传,声称CEPA提供的零关税可令60%输入大陆的货品享有免关税优惠,预计港商可从CEPA自2004年1月1日起先期实施零关税的第一批货物节省7.5亿元港币的关税。但是后来的实际情况证明这一估计被大大夸大了。香港《明报》于2004年7月2日刊发《7.5亿零关税优惠计错数》一文指出,在整个2004年上半年,只有价值4.7亿元港币的香港产品可享受零关税。而中国对这些产品的关税最低为3%,最高仅为35%。因此,即使假设所有这些零关税产品都原本适用35%的关税的话,全年可省下的关税也只有3.3亿港元。之所以出现这种“计错数”的情况,有以下几个原因。其一,据香港工商及科技局长曾俊华向《明报》书面答复解释,在CEPA所涵盖的产品中,有70%并非是供国内市场消费,而只是送到国内进行外发加工后再出口到第三国。即使在CEPA签订之前,按照中国的现行关税制度,这些产品本来就无须缴付关税,因此也谈不上节省关税。其二,按照CEPA规定,港产品如欲申请免关税,需先行准备原产地证书,而该证书所费不菲。虽然该证书本身只收费324元港币,但是为准备申请该证书的材料,有关厂商需花费大量时间和金钱请律师、会计师等审核有关材料。《明报》引述香港表厂商会首席顾问刘展灏称,在CEPA零关税下,一批价值10万元港币的手表可以省下1万元港币的关税,但是为准备申请原产地证书的材料,仅会计师就可收费高达1至2万元港币。因此,许多厂商权衡利弊,索性不申请零关税。其三,尽管CEPA为众多港商提供了13亿人口的庞大市场,但在内地推广高增值的品牌产品,要花一大笔广告费,这对于许多中小企业而言,是一个沉重的负担。因此,据《明报》引述香港中小企业商会会长陈国威称,其300多家会员公司中,尚未有会员申请零关税。其四,许多企业可能尚需假以时日,方能熟悉CEPA的条文和运作情况,并决定如何利用CEPA零关税提供的机遇。详细分析参见拙著,《The Closer Economic Partnership Arrangement (CEPA) between Mainland China and Hong Kong—Legal and Economic Analyses, Trading Arrangements in the Pacific Rim: ASEAN and APEC》, Oceana Publications, September 2004.

供者,特别是在诸如法律、金融等专业服务领域的高级人才将可以解决内地对于服务业的大量需求,同时也可以帮助培育内地的高级服务人才。

第三,服务不同于货物的一大特点在于,服务的生产往往需要服务提供者和服务消费者的共同参与。^①而且服务的技术含量越高,往往就越需要服务提供者从客户的实际需要出发,量体裁衣。因此,服务的顺利提供,往往是建立在服务提供者和消费者的交流和互动的基础上的。而港澳和内地同文同种,因此,相对于其他国家和地区的服务提供者,更具有优势。这也大大促进了港澳和内地的服务贸易。

台湾的状况同内地和港澳都有所不同。总的来说,台湾在制造业方面也颇为发达,但由于其地域、人口都远远小于内地,因此在制造业份额上也低于大陆。但台湾制造业的一个特点是以知识、技术密集型产品为主,同内地以资源、劳动力密集型的产品结构不同。因此,台湾出产的产品,往往有较多的服务投入(例如设计、管理等)作为其成本的一部分。而就服务业来说,台湾的服务业虽然要比内地发达,但是在大部分服务,特别是高级专业服务上,则要低于港澳的水平。因此,台湾在制造业和服务业上同内地和港澳都有互补性。为了促进两岸四地经济的发展,也有必要将台湾纳入将来服务业区域性整合的范围内。

由于两岸四地都是 WTO 成员,因此在就服务贸易进行区域性整合时,应该符合 WTO 有关规定,特别是服务贸易协定中的要求。此外,当今各国对于服务贸易进行区域性整合时,采取了不同的立法模式。从法律上来讲,这也是两岸四地将来进行服务贸易整合时所要面临的主要问题。本文就此加以分析,并针对两岸四

^① 参见 T. Levitt, *The Globalization of Markets*, Harvard Business Review, May—June 1983, 92—102; J. Bhagwati, *Splintering and Disembodiment of Services and Developing Nations*, *The World Economy*, 1984, pp. 133—44, 转引自 B. M. Hoekman & M. M. Kostechi, *The Political Economy of the World Trading System*, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, p. 239.

地建立经济整合协定的若干问题提出一些建议以供参考。

一、服务贸易总协定对于经济整合协定的规定^①

最惠国待遇是关贸总协定和 WTO 的基本原则之一。这一点既适用于货物贸易,也适用于服务贸易。但是关贸总协定的起草者们也意识到,在某些情况下,允许某些国家和地区展开区域性贸易合作是有利于整个多边贸易体制的长远利益的。因此,关贸总协定在其第 24 条中允许 WTO 成员在满足一定条件下签订包括自由贸易区和关税同盟两种形式的区域性贸易协定。在乌拉圭回合谈判时,缔约方们决定将多边贸易体制的范围由货物贸易扩大到服务贸易。欧盟从自身利益出发,提出在服务贸易协定中加进有关服务贸易的优惠协定的规定,并得到澳大利亚和新西兰的支持。在具体起草该条文时,出现了不同意见:有些成员认为应以关贸总协定第 24 条为依据,只审查那些可被纳入第 24 条的并包含服务贸易内容的区域性协定;而另一些成员则主张另起炉灶,不管有关协定是否涉及货物贸易,只单独审查那些与服务贸易有关的内容。这两种观点都有一定道理:前一种观点旨在保持多边贸易体制对于区域性贸易协定的法律规制的一致性,而后一种观点则着眼于服务贸易同货物贸易的不同特性。后来双方达成妥协,最终文本如下:

服务贸易总协定

第 5 条 经济整合

1. 本协定不得阻止任何成员参加或达成在参加方之间实现服务贸易自由化的协定,只要此类协定:

(a) 涵盖众多服务部门(原注 1),并且

(b) 规定在该协定生效时或在一合理时限的基础上,对于

^① 本节分析参考了 Sherry M. Stephenson, Regional Agreements on Services in Multilateral Disciplines: Interpreting and Applying GATS Article V, in Stephenson ed., Services Trade in the Western Hemisphere, OAS, Brookings, Washington, D. C., 2000, pp. 86—104.

(a) 项所涵盖的部门,在参加方之间通过以下方式不实行或取消第 17 条意义上的实质上所有歧视:

- (i) 取消现有歧视性措施 和/或
- (ii) 禁止新的或更多的歧视性措施,

但第 11 条、第 12 条、第 14 条以及第 14 条之一下允许的措施除外。

2. 在评估第 1 款(b)项下的条件是否得到满足时,可考虑该协定与有关国家之间更广泛的经济一体化或贸易自由化进程的关系。

3. (a) 如发展中国家为第 1 款所指类型协定的参加方,则应依照有关国家总体和各服务部门及分部门的发展水平,在第 1 款所列条件方面,特别是其中(b)项所列条件方面给予灵活性。

(b) 尽管有第 6 款的规定,但是在第 1 款所指类型协定只涉及发展中国家的情况下,对此类协定参加方的自然人所拥有或控制的法人仍可给予更优惠的待遇。

4. 第 1 款所指的任何协定应旨在便利协定参加方之间的贸易,并且与订立该协定之前的适用水平相比,对于该协定外的任何成员,不得提高相应服务部门或分部门内的服务贸易壁垒的总体水平。

5. 如因第 1 款下的任何协定的订立、扩大或任何重大修改,一成员有意修改或撤销一具体承诺,因而与其减让表中所列条款和条件不一致,则该成员应至少提前 90 天通知该项修改或撤销,并应适用第 21 条第 2 款、第 3 款和第 4 款中所列程序。

6. 任何其他成员的服务提供者,如属根据第 1 款所指协定参加方的法律所设立的法人,则有权享受该协定项下给予的待遇,只要该服务提供者在该协定的参加方领土内从事实质性商业经营。

7. (a) 属第 1 款所指任何协定参加方的成员应迅速将任何此类协定及其任何扩大或重大修改通知服务贸易理事会。它们还应使理事会可获得其所要求的有关信息。理事会可设立工作组,以审查此类协定及其扩大或修改,并就其与本条规定的一致性问

题向理事会提出报告。

(b) 属第 1 款所指的在一时限基础上实施的任何协定参加方的成员应定期就协定的实施情况向服务贸易理事会提出报告。理事会如认为必要,可设立工作组,以审查此类报告。

(c) 依据(a)项和(b)项所指的工作组的报告,理事会可向参加方提出其认为适当的建议。

8. 属第 1 款所指的任何协定参加方的成员,不可对任何其他成员从此类协定中可能获得的贸易利益寻求补偿。

原注 1 此条件应根据部门数量、受影响的贸易量和提供方式进行理解。为满足此条件,协定不应规定预先排除任何服务提供方式。

从最终文本来看,是综合了两种意见的结果。首先,该条与关贸总协定第 24 条有许多共同点,这包括:

a. 从总体结构上看,仿照关贸总协定第 24 条,将法律规制分为两部分,即在实体上的规制和在程序上的规制(包括迅速通知、定期报告以及接受审查等义务)。由于程序上的规制比较简单,本文将仅就实体要件加以探讨。

b. 就实体要件来看,主要包括三个部分,即涵盖众多服务部门,取消实质上所有歧视和不得提高对于第三方的服务贸易壁垒的总体水平。而这些都同第 24 条中的规定似曾相识。

c. 依第 2 款的规定,在衡量有关协定是否取消实质上所有歧视时,可考虑“该协定与有关国家之间更广泛的经济一体化或贸易自由化进程的关系”。在这里,并没有对所谓“更广泛的经济一体化或贸易自由化进程”作出界定。但从 WTO 整个多边贸易体制的框架来考虑,这似乎应该是指关贸总协定中所提到的自由贸易区和关税同盟。

另一方面,该条又同关贸总协定第 24 条有着重要区别:

a. 该条只统一规定了一种服务贸易整合协定,而不是像关贸总协定第 24 条那样又将区域性贸易协定分为自由贸易区和关税同盟。事实上,这很好理解,因为在服务贸易领域,各国大多以国

内规章进行规制,而并不存在关税这类措施,因而也并不存在是否需要采取统一关税政策的问题。

b. 从传统上来说,关贸总协定第 24 条着眼于“区域性”的协定。而服务贸易总协定第 5 条则不局限于区域性协定。这是因为服务贸易的四种提供模式早已超出了区域的限制,因而在服务贸易上来往较多的国家往往不一定处于同一区域。

c. 从实质要件来说,依第 1 款和第 4 款的规定,对于服务贸易经济整合协定的审查,似仅以所涉及的服务贸易为准,而不牵涉货物贸易。

如前所述,总协定第 5 条规定的实体要件主要包括三个部分,即第 1 款 a 项的“涵盖众多服务部门(substantial sector coverage)”、b 项的“取消实质上所有歧视(elimination of substantially all discrimination)”和第 4 款的“不得提高对于第三方的服务贸易壁垒的总体水平(shall not in respect of any Member outside the agreement raise the overall level of barriers to trade in services)”。下面让我们对这三个要件详加分析。

A. 涵盖众多服务部门

第 1 款 a 项要求经济整合协定“涵盖众多服务部门”。WTO 依照服务部门分类表将服务分为 12 个部门,其中又各自分为许多分部门。此外,同一种服务又依四种不同提供模式而各有区别。因此,该条又附有脚注,称“此条件应根据部门数量、受影响的贸易量和提供方式进行理解。为满足此条件,协定不应规定预先排除任何服务提供方式”。这个注解似乎为“涵盖众多服务部门”提供了一些指引,但还是存在许多模糊之处:

就部门数量而言,同 GATT 第 24 条中“实质上所有贸易(substantially all the trade)”的规定相比,此处没有提到“所有(all)”一词,因此似乎要求应比 GATT 为低。也就是说,不必包括所有服务部门。那么,如果某个经济整合协定包括所有服务部门,但是不包括其中一些分部门,是否合乎此处要求呢?如果答案是肯定的话,那么再进一步来说,该协定将一个或多个服务部门完全排除,是否

还能符合此处要求呢？从另一方面来说，经济整合协定是为了在小范围内先期实现比总协定更高层次的自由化，因此，其开放程度理应比总协定要高。那么，是否只要该协定超出了在总协定之下的开放程度就可以了呢？如果答案是肯定的话，那么这里的最低标准，应该是仅限于该协定内部各成员在总协定之下的承诺呢，还是包括所有 WTO 成员在总协定之下的承诺？而同时在总协定框架下，各成员的承诺又各有不同，有些几乎开放了所有服务部门，而有些却只开放了很少的服务部门。那么是应当以开放程度最高的承诺为准呢，还是以开放程度最低的承诺为准，又或是以各成员平均开放程度为准？此外，还有人提出，一些基本服务，比如像运输业、通讯业等基础设施，不应被排除在开放的服务部门之外。但问题是如何界定基本服务？举个例子来说，世界上大多数经济整合协定中都将空运业排除在外，这是否也属于基本服务呢？

除了部门数量之外，受影响的贸易量也可以作为一个标准。但是这也有一些问题。首先是如何衡量协定所涵盖的服务贸易量的问题。^① 由于服务贸易具有无形性、即时性等诸多不同于货物贸易的特点，历来难以进行准确统计。此外，现存数据往往只是整个部门的整体数据，而各协定当中包括的可能只是其中的几个分部门。当前对于服务贸易最详尽的统计数据来源于国际货币基金组织于 1993 年出版的收支平衡手册 (balance of payments manual)。但是该手册只包括了不到 30 种服务贸易。此外，该手册的数据是全世界性的，而不是衡量经济整合协定所需要的该协定各成员国间的服务贸易的数据。因此，这些数据似乎只有通过各国的统计数字来获得。但是由于各国对于服务的分类标准往往不同，因此其有关数据可能不相匹配而无法加比较。其次，如果要全面衡量有关协定的影响，除了协定所涵盖的服务贸易量之外，协定

① 参见 Obie G. Whichard, Measurement, Classification, and Reporting of Services Activities: An International Perspective, available at http://siteresources.worldbank.org/INTRANET/TRADE/Resources/Topics/Whichard_servicesactivities.pdf.

所排除的服务贸易量也应该考虑在内。但是如前所述,衡量已有的范围贸易量都这么困难重重,那么要去估算可能产生的贸易量就更难了。比较而言,货物贸易较直接,因此估算因他国贸易壁垒而导致的货物贸易损失比较简单;而服务贸易就要复杂得多,因此估算损失时也无从下手。有人主张以协定成员各自 GDP 中该项服务所占的比重来衡量,但笔者认为这种方法还是失之于简单。

从提供方式而言,注解中所言“不应规定预先排除任何服务提供方式”指的是从整个协定来讲,不应该预先排除任何提供方式(例如自然人移动),还是就其中涵盖的每个部门而言,都不得预先排除任何提供方式?举例来说,如果该协定规定,除了专业服务之外,其余任何服务不得以自然人移动的方式提供,那么这是否符合注解的要求?从实践中来看,关税同盟协定中大多开放与服务有关的劳动力流动,但在自由贸易协定中多没有这种规定。但是总协定并没有对两种不同的整合协定作出区分,因此不清楚总协定在此问题上究竟是采取何种态度。

在提供模式上另一个更有意思的问题是第三种提供模式,即商业存在。作为一种重要的服务提供模式,商业存在也是一种主要的外国直接投资(FDI)模式。但是,在一些经济整合协定中,往往规定,在某些行业中,只有服务提供者先行在东道国设立机构后才可以提供服务。这实际上是等于预先排除了第一种模式——即跨境提供这些服务的可能。那么,这是不是对于总协定第5条的违反呢?此外,在许多协定中,往往将投资单列一章处理,或者干脆单独签订投资协定。^①在这两种情况下都要注意保持关于服务的规则和关于投资的规则的一致性,不然两者将可能互相冲突,并将会使投资者无所适从。

^① 关于服务和投资,参见 Aaditya Mattoo & Pierre Sauve, Regionalism and Trade in Services in the Western Hemisphere: A Policy Agenda, paper presented at Inter-American Development Bank / Harvard University Forum. FTAA and Beyond: Prospects for Integration in the Americas, December 15—16, 2002, Hotel Conrad Resort, Punta del Este, Uruguay.

B. 取消实质上所有歧视

非歧视原则是 WTO 的基本原则之一。歧视有两种,即相对于本国产品/服务而言,歧视外国产品/服务;或相对于某些外国产品/服务而言,歧视另一些外国产品/服务。总协定第 5 条 1 款 b 项特别指出,它指的是总协定第 17 条所述之国民待遇之歧视,即前者。这一条也有几个问题:

一是此处的歧视指的是哪些服务部门的歧视。按照该项本文,该义务的适用范围是所有 a 项中涵盖的服务部门。但是联系到前面有关论述,如果某些涵盖部门中的分部门没有取消歧视,是否符合此处规定?或者,如果对于某些服务部门的某种提供方式(如自然人移动)没有取消歧视,是否符合此处规定?这些都没有明确答案。

另一个问题是该文中的歧视是否包括所有歧视性措施?b 项规定,根据总协定某些条款而采取的歧视性措施可予保留。这些条款包括总协定第 11 条有关国际支付和转账的规定、第 12 条有关收支平衡的规定、第 14 条有关一般例外的规定和第 14 条之二有关安全例外的规定。但是该处并没有包括第 7 条关于承认的规定、第 10 条关于紧急保障措施的规定、第 13 条关于政府采购的规定和第 15 条关于补贴的规定。那么,这是否意味着经济整合协定一定要取消其成员间在专业服务提供者的许可,对于国内服务业的补贴,以及政府在服务上的采购等方面的互相歧视呢?是否意味着在其成员间不可采用紧急保障措施呢?从实践中来看,现有的经济整合协定并没有在这些领域完全取消歧视。此外,抛开总协定中的歧视性措施不论,这些整合协定是否也要消除那些总协定没有提到的歧视性措施呢?举例来说,东道国立法规定,所有在东道国境内提供服务的外国服务提供者,必须以东道国本国语言提供。而对于本国服务提供者却没有这种要求,即它们既可以东道国本国语言提供,也可以外语提供。这是否违反了第 5 条的要求呢?

第三个问题是如何取消歧视性措施。依 b 项之规定,这可以

通过两种方式来实现,即“(i) 取消现有歧视性措施,和/或(ii) 禁止新的或更多的歧视性措施”。此处的连词用的是“和/或”,意即可以只采取其中一种方式。但是,如果只采取一种方式,根本无法达到消除歧视性措施的目的。因此,笔者认为此处应改为“和”字更佳。此外,服务贸易的歧视性措施同货物贸易的歧视性措施大不相同。货物贸易的歧视性措施多采取关税、配额等定量的方式,比较易于发现。而服务贸易的歧视性措施多隐藏于数不胜数的法律法规等国内规范中,因而难于发现。因此,服务贸易的歧视性措施可以通过多种方式消除,比如国内立法,签订互相承认服务提供者资格的协定,以及统一各成员间法规等。那么各种不同的方法在采用起来是否应有先后之分呢?

第四个问题是,如果某协定中并未消除所有歧视,那么如何衡量那些尚存歧视的经济影响?如前所述,对此尚无良策。此外,由于许多服务业除了自身作为经济部门的价值之外,还可以促进其他行业的发展。因此,在衡量比如教育、电讯业的歧视性措施的经济影响时,是否应将这些行业对于其他行业的经济影响包括在内?

第五个问题是对 b 项中要求在“合理期限”内取消歧视应该如何理解。在 GATT 第 24 条 5 款 c 项中也提到“合理期限”的问题。依照在乌拉圭回合时达成的对于该条的谅解,此处的“合理期限”指的是不超过 10 年。那么对于经济整合协定而言,是不是也应以 10 年为期?或者由于服务的复杂性,需要一个更长的时间?

C. 不得提高对于第三方的服务贸易壁垒的总体水平

这一要求也是从 GATT 第 24 条的规定照搬而来的,用在服务贸易中却不大妥当。主要有以下问题:

一是如何确定服务贸易壁垒的问题。^①如前所述,服务贸易

^① 参见 Hoekman & Kostecki, *The Political Economy of The World Trading System*, 2nd ed., Oxford, 2001, pp. 242—246 以及 Trebilcock & Howse, *The Regulation of International Trade*, 2nd ed., Routledge, London & New York, 1999, pp. 273—275.

的壁垒,也就是对于本国服务提供者和外国服务提供者间的歧视,多是由国内法规加以规制。这使得服务贸易壁垒很难被发现;有时即使发现某些不利于外国服务提供者的法规,也不能确定它们究竟是贸易壁垒还是另有合法原因。

第二个问题是,即使确认了服务贸易壁垒的存在,又如何计算它们的经济影响?一些学者曾经尝试将服务贸易壁垒量化,转成所谓“关税相当值”^①或其他可度量的数据。^②但这些方法都不太准确,充其量只是一种“半猜半估(guesstimates)”^③。既然如此,又怎么能准确计算出经济整合协定建立前后对于第三方的“服务贸易壁垒的总体水平”?有鉴于此,有WTO成员提出可以将该条要求细化,规定经济整合协定不得减少任何服务部门的贸易量,或者不得降低任何服务部门的贸易量的增长。这种方法将对于服务贸易壁垒经济影响的度量转化成对于服务贸易量的变化的度量,似乎是一个比较可行的方案。

尽管在理论上对于GATS第5条规定的三个实质要件仍存在着许多模糊之处,但是就CEPA而言,应该是符合第5条的实质要

① 参见Hoekman, Bernard and Carlos A. Primo Braga 1997. “Protection and Trade in Services A Survey”, World Bank Policy Research Working Paper 1747 以及 Aaditya Mattoo, MFN and the GATS, Paper presented at the World Trade Forum Conference on “Most-Favoured Nation (MFN): Past and Present”, at Neuchatel, Switzerland, 28—29 August, 1998. 该论文由笔者私人收藏。

② 参见 Christopher Findlay & Tony Warren eds., *Impediments to Trade in Services*, Routledge, London, New York, 2000.

③ 参见 Brown, Drusilla K., Alan V. Deardorff, Alan Fox and Robert M. Stern, *The Liberalization of Services Trade: Potential Impacts of the Aftermath of the Uruguay Round*, in Will Martin and L. Alan Winters eds., *The Uruguay Round and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996; Hoekman, Bernard, *Tentative First Steps: An Assessment of the Uruguay Round Agreement on Services*, Centre for Economic Policy Research, Working Paper, 1995, 转引自 Rajesh Chadha, *GATS and Developing Countries: A Case Study of India*, in Robert M. Stern ed., *Services in the International Economy*, University of Michigan Press, 2001, pp. 245—265.

件的。^① 首先,CEPA 涵盖了众多的服务部门,并且没有预先排除任何提供模式。在 WTO 服务部门分类表所列出的 12 个部门中,CEPA 对 5 个部门(房地产及建筑服务、分销服务、金融服务、旅游服务、运输服务)实行完全开放,对 2 个部门(商业服务、通讯服务)实行部分开放。总的来说,这些部门都是香港公司享有比较优势的部门,而且也包括在中国在 GATS 之下开放的承诺之中。当然,对于另一些部门(如教育服务和环境服务)和分部门(如计算机及相关服务),尽管香港公司也享有比较优势,但 CEPA 并没有在中国的入世承诺之外,另行予以开放。虽然如此,但如果将 CEPA 中所作的承诺同两地在各自 WTO 减让表中所作的承诺合在一起的话,还是很可观的。此外,CEPA 的第 1 条和 11 条也明确指出要逐步加深开放程度。更重要的是,即使仅就其现有涵盖范围而言,CEPA 之下服务贸易开放的深度和广度也要超出许多仅限于金融服务、电讯服务和专业服务的现有经济整合协定。而既然这些经济整合协定大都被认为满足了 GATS 第 5 条的要求,那么 CEPA 应该也是满足第 5 条的要求的。其次,就“取消实质上所有歧视”而言,自 2004 年 1 月 1 日起,内地承诺“对另一方的服务及服务提供者逐步减少或取消实行的限制性措施”,而香港虽然没有承诺减少或取消限制性措施,但承诺在 CEPA 所涵盖的服务领域内,对内地服务及服务提供者不增加任何限制性措施。这似乎距第 5 条的要求尚有距离,但是联系到前述 CEPA“涵盖众多服务部门”的论述,以及服务贸易中限制性措施的复杂性,如果 CEPA 能在一个合理期间内取消这些限制性措施,应该还是符合第 5 条的要求的。最后,对于“不得提高对于第三方的服务贸易壁垒的总体水平”这一要求,由于前述度量上的复杂性,笔者在此暂时不予探讨。

^① 此处分析参见拙著,《The Closer Economic Partnership Arrangement (CEPA) between Mainland China and Hong Kong—Legal and Economic Analyses, Trading Arrangements in the Pacific Rim: ASEAN and APEC》,Oceana Publications, September 2004.

除了实体要件之外,第5条还规定了一系列的程序要求。第一个是通报的要求。按照第5条7款的规定,“协定参加方的成员应迅速将任何此类协定及其任何扩大或重大修改通报服务贸易理事会。它们还应使理事会可获得其所要求的有关信息。”但是该条并没有为该义务明确一个具体时间期限。从实践中来看,许多现行有效的区域性贸易协定(特别是那些在发展中国家之间签订的)并没有被通报给WTO。此外,此处也没有明确指明通报所应采取的格式和应包含的具体内容。对照有关货物方面区域性贸易协定的实践来看,该通报一般应该指明该协定的签署各方,适用范围,并在通报后随附一份协定的文本。第二个是审查的要求。按照第5条7款的规定,在服务贸易理事会收到通报后,可设立工作组,以审查此类协定及其扩大或修改,并就其是否与第5条规定相一致的问题向理事会提出报告。理事会可依此工作组报告,向参加方提出其认为适当的建议。第三个是定期报告和审查的要求。对于那些分阶段实施的协定,其各成员应定期就协定的实施情况向服务贸易理事会提出报告。至于那些“一步到位”而无须分阶段实施的协定,则不必进行定期报告和审查。

为了推动对于区域贸易协定和经济整合协定的通报和审查,WTO总理事会于1996年2月设立了区域贸易协定委员会(Committee on Regional Trade Agreements,简称CRTA)。该委员会的职司所在,包括对于区域贸易协定和经济整合协定进行审查,对于对这些协定运作进行定期通报的要求提供建议,简化和改善有关审查程序,以及研究这些协定对整个多边贸易体制的全局性影响和二者之间的关系等。该委员会的成立对于成员的通报义务并没有任何影响。同过去一样,所有的通报应分别呈交给有关委员会,即货物贸易委员会、服务贸易委员会或者专门审查由发展中国家组成的区域贸易协定的贸易与发展委员会。只有在其中某个委员会将有关协定转交给区域贸易协定委员会时,区域贸易协定委员会才会对其进行审查。

从实践中来看,现行的通报和审查程序一般包括如下这些

步骤：

a. 某一协定在通报后,由服务贸易理事会(如依 GATS 第 5 条通报)或贸易与发展委员会(如果该协定的成员都是发展中成员并依授权条款通报)分别受理。如须对其进行审查,有关理事会在确定有关审查的职权范围后,再交由区域贸易协定委员会审查。

b. 该协定各成员应邀依标准格式递交该协定的初步材料,并作为正式文件公布。这就是所谓“事实”审查的初步阶段。

c. 区域贸易协定委员会召开一或两次常务会议。在会上协定各成员可同 WTO 其他成员进行口头问答,也可作出一般性陈述。区域贸易协定委员会对每次会议都会作出详细会议记录,并作为正式文件公布。

d. 在这些会议的间歇,一般还会有一轮书面问答。这些书面问答也会作为正式文件公布。

e. 如区域贸易协定委员会认为对于有关协定的事实审查已经完成,则会要求秘书处起草一份审查报告,并以此为基础在区域贸易协定委员会开放式的非正式会议上进行讨论。

f. 在各成员就此报告取得共识后,区域贸易协定委员会即将该报告呈给 WTO 有关机构,以供其通过成为正式文件。

按照 WTO 的规定,在这些程序中,凡由各成员呈交的材料,以及各成员之间所交换的书面问答材料,都作为 WTO 的官方保密文件散发给 WTO 各成员。在 WTO 规定的保密期之后,它们才会被解密。同样,各成员在正式审查时的辩论中的记名发言也作同样处理。区域贸易协定委员会的会议向所有 WTO 成员和观察员开放,而对审查报告草案进行讨论的非正式会议则仅对 WTO 成员开放。

为了审查的方便,区域贸易协定委员会制订出一份标准格式,以供各成员通报有关协定时使用。该格式并非必须,而只是供各成员作为参考。按照该格式的要求,有关成员应提供如下信息：

a. 有关该协定的背景材料

- i. 成员名称、签署日期、批准日期以及生效日期。
- ii. 协定种类：即其究竟是关税同盟、自由贸易区、发展中国家之间的优惠协定，还是临时协定。此外还包括协定之实施计划。
- iii. 涵盖范围：即该协定包括和不包括哪些产品，以及有关涵盖贸易量的数据。此外也应列明哪些产品会在以后包括。
- iv. 贸易数据。
- v. 依主要产品和主要贸易伙伴分类，列出在有统计数据的最近一段时间内，该协定各成员之间的贸易量（intra-trade）以及它们同非该协定国家的贸易量。如有可能的话，还要提供对于新增贸易（trade-creating）和贸易转移（trade-diverting）情况的估计。

b. 贸易条款

i. 进口限制：现行的该协定各成员之间的贸易限制以及受影响的贸易量，该协定中取消这些限制的预计时间，以及该协定完全实施后仍将保留的内部贸易限制。

1) 关税和其他费用：对于关税、关税配额、相当于关税的收费，以及对于该协定涵盖产品的税负，都要列明它们现有的限制、受影响的贸易、取消日期和保留的限制。

2) 数量限制：对于适用于该协定涵盖产品的数量限制以及相当于数量限制的有关措施，应列明它们现有的限制、受影响的贸易、取消日期和保留的限制。

3) 共同对外关税（Common External Tariff，简称 CET）：建立共同对外关税的方案、实施步骤，以及按第 24 条 6 款进行的谈判的有关信息。

ii. 出口限制：现行的该协定各成员之间的贸易限制以及受影响的贸易量，该协定中取消这些限制的预计时间，以及该协定完全实施后仍将保留的内部贸易限制。

1) 关税和其他费用：对于关税、关税配额、相当于关税的收费，以及对于该协定涵盖产品的税负，都要列明它们现有的限制、受影响的贸易、取消日期和保留的限制。

2) 数量限制 :对于适用于该协定涵盖产品的数量限制以及相当于数量限制的有关措施 ,应列明它们现有的限制、受影响的贸易、取消日期和保留的限制。

iii. 原产地规则 (Rules of Origin) :对于决定该协定所涵盖的产品的原产地所适用的一般性标准 ,特别是对于决定实质性改变 (substantial transformation) 的标准 :比如说 ,到底是适用关税分类改变、价值百分比还是制作或加工程序等。该原产地规则中的成分是否可以累计。对于特定产业部门或产品是否适用特殊规则。

iv. 标准 :适用于该协定各成员之间的贸易标准的主要内容 ,特别是是否适用某些共同标准或者互相承认的有关证书。对于关税同盟和建立关税同盟的临时协定 ,还要说明各成员是否会对来自于第三方的进口产品适用共同标准。

1) 技术性贸易壁垒

2) 动植物检疫措施

v. 保障措施 :列明那些适用于该协定各成员之间的内部贸易 ,并且不同于在最惠国基础上适用的保障措施和紧急措施。对于关税同盟和建立关税同盟的临时协定 ,还要说明各成员是否会对来自于第三方的进口产品适用共同的保障措施制度。说明对于适用于来自于第三方的进口产品的保障措施 ,是否会对该协定成员予以豁免。

vi. 反倾销和反补贴措施 :列明那些适用于该协定各成员之间的内部贸易 ,并且不同于在最惠国基础上适用的反倾销和反补贴措施。对于关税同盟和建立关税同盟的临时协定 ,还要说明各成员是否会对来自于第三方的进口产品适用共同的反倾销和反补贴措施制度。

vii. 补贴和政府补助 :该协定中有关补贴和政府补助的条款 ,以及为避免这些措施对于该协定各成员之间的内部贸易产生不利影响所可以采取的救济措施。

viii. 对于某些部门的特别条款 :这包括该协定各成员之间对于诸如农业、渔业、服装和纺织业、汽车业等个别部门的内部贸易

的特别条款。对于关税同盟和建立关税同盟的临时协定,还要说明各成员是否会对来自于第三方的进口产品共同适用这些特别条款。

ix. 其他条款:列明那些不同于在最惠国基础上适用的其他措施,如海关管理合作、进口许可证以及海关估价等。此外,还要说明对于从该协定之成员所参加的其他自由贸易区内进口的产品是否作为该协定各成员之间的内部贸易同等对待。

c. 该协定的一般条款

i. 例外和保留:该协定中所规定的一般例外和安全例外。该协定任何成员所做出的保留。

ii. 加入:关于非该协定成员的国家和地区如何加入的条款。

iii. 争端解决:解决该协定各成员之间争端的机制,以及该局直通各成员在其他双边、诸边和多边协定下所适用的政府间争端解决机制的关系。

iv. 同其他贸易协定的关系:说明该协定是否同其他双边、诸边和多边协定有任何特殊关系。

v. 机构设置:说明为执行该协定所建立的政府间或超国家机构的设置和职能,以及各成员内执行该协定的有关政府机构的职责。

d. 其他条款:为满足透明度的要求,其他任何同该协定条款有关的材料。

二、经济整合协定的立法模式^①

从传统上来说,经济整合协定有两种立法模式,即以服务贸易总协定为代表的 GATS 模式和以北美自由贸易协定为代表的

^① 本节内容参考了 Francisco J. Prieto, *The GATS, Subregional Agreements, and the FTAA: How Much is Left to Be Done?* in Stephenson ed., *Services Trade in the Western Hemisphere*, OAS, Brookings, Washington, D. C., 2000 以及 Stephenson, Sherry M., "Approaches to Liberalizing Services" (May 1999). World Bank Policy Research Working Paper No. 2107. <http://ssrn.com/abstract=604916>.

NAFTA 模式。最近又在对这两种模式各取所长、略加改动的基础上,出现了两种新的模式,既 ANDEAN 模式和 MERCOSUR 模式。下面分别加以介绍。

A. NAFTA 模式

NAFTA 由美国、加拿大、墨西哥三国签订,于 1994 年 1 月生效。其第五部分包括对于投资和服务问题的规制。同其他三种模式相比,该模式最受欢迎。据统计,在西半球所有服务贸易中,有 85% 以上受到 NAFTA 模式协定的规制。那么,是什么使这种模式最受青睐呢?

第一个也是最重要的原因是,在 NAFTA 下,成员的承诺是以消极列表(negative list)的方式列出的。这种方式又称为“从上到下(top-down)”或者叫“不列入即开放(list it or lose it)”的模式,即除非成员就某项涉及服务贸易的措施作出特别保留外,所有服务部门都应开放。这有几项好处,一个是成员所允许保留的歧视性措施仅限于现行措施,并不得提高其中所列明之歧视水平,从而保证了将来的服务贸易壁垒不会比现行水平要高。再者,任何歧视性措施均须列明,所以只要没有列明就没有歧视性措施,从而大大提高了政府对于服务管制措施的透明度,服务提供者再也不用苦苦寻找限制服务贸易的法规了。

该模式的第二个特点是,它规定了一系列新原则,因此不论是在开放的深度和广度上,都要远胜 GATS。除了最惠国待遇和国民待遇原则之外,NAFTA 还就数量限制和专业服务提供者资格的相互承认等问题作了规定。此外,如果东道国本身法规不健全,NAFTA 还要求其建立质量标准,以保证服务质量,保护消费者利益。

第三个特点是所谓“棘轮(ratcheting)”条款。依照该条款之规定,如果东道国自行撤销或降低对于某一服务部门的规制,那么它也将该服务部门依新标准向其他成员开放。这一规定防止了贸易自由化程度的倒退,对服务贸易的开放是一个有力促进。

第四个特点是,NAFTA 将重点放在不同国家间服务贸易的开

放上,因此,在 NAFTA 中所提到的服务仅包括跨境提供、境外消费以及自然人移动等三种提供模式。至于商业存在这种提供模式,则单立“投资”一章加以处理。同时,该章的规则同样适用于货物和服务。此外,NAFTA 还规定各国不得以在本地建立商业存在作为提供服务的先决条件。凡此种种,都杜绝了 GATS 下许多国家只允许他国服务提供者以商业存在之方式提供服务的流弊。

除了这些有利服务贸易自由化的特点之外,NAFTA 也存在一些不足之处。这包括:

a. 允许成员将某些服务部门列入“对将来措施保留的附件 (Annex on Reservations on Future Measures)”,从而使它们游离于 NAFTA 规范之外;

b. 成员对于许多措施,特别是那些在州或省一级的措施,往往不能充分执行与透明度有关的义务。

c. 没有规定最终期限,以取消那些不符合 NAFTA 规定的措施。

d. 对于那些协定没有包括的服务部门,也没有要求成员作出承诺,以在将来将它们包括在内。

B. GATS 模式

GATS 模式的最大的特点就是,成员的开放承诺是以所谓“积极列表(positive list)”或者叫“从下到上(bottom-up)”的模式列出的。即只有当某成员在其减让表中列出外国服务提供者所可以享受的市场准入机会和国民待遇时,外国服务提供者才可循此规定,进入该国市场。但是对于那些现存的歧视性措施,东道国却没有义务一一列出,也更没有义务向他国开放市场或给予国民待遇。相比之下,似乎消极列表比积极列表更能促进服务贸易的开放。因此许多学者(如 Pierre Sauve, Richard Snape 等)倾向于消极列表。但是,如果消极列表也允许其成员将某些服务部门排除在外或者列出某些限制性措施的话,那么两者之间实际上是没有多少区别的。因此,问题的重点应该在于如何消除那些歧视性措施和将被排除的服务部门纳入协定的规范体系,而不在于采取哪种自

由化模式。^①

除此之外, GATS 还有其他许多不足之处。兹列如下:

一是服务的分类和各个服务部门的涵盖范围。由于服务的复杂性和当代科技的飞速发展,使得人们很难对于服务作出准确分类。而如果分类不准,那么也就无法确定和解释各成员的减让表,从而使它们的承诺失去意义。GATS 中对于服务的分类是建立在联合国中央产品分类系统(Central Product Classification)和 GATT 秘书处所起草的服务部门分类表(Service Sectoral Classification List)的基础上的,而这两种分类都不够精确。因此对于许多服务往往无法确定它的分类。比如,在近期美国针对中国半导体增值税退税政策在 WTO 提起的磋商中,就涉及到这个问题。^②在该案中,对照中国服务贸易特别承诺减让表中的内容,并没有哪一个服务部门或分部门具体提到集成电路设计。而服务部门分类表和中央产品分类都没有明确提到集成电路设计。如果对照减让表中有明确规定的部门和分部门,那么集成电路设计似乎可以归入专业服务(professional services)项下的工程服务(engineering services)或综合工程服务(integrated engineering services),又或是计算机与相关服务(computer and related services)。这对于确定各国承诺的具体范围带来了极大困难。对于这一点,论者都有共识,就连 WTO 秘书处也是承认的。但由于各国服务分类各自不同,因此很难达成一致意见。就目前服务的发展趋势来看,许多服务往往不能自行提供,而要同一些配套服务共同提供。因此,有人提议将服务分为由一个核心服务和数个配套服务组成的一套服务

① 参见 Patrick Low and Aaditya Mattoo, Is There a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization Under the GATS 以及 Geza Feketekuty, Assessing and Improving the Architecture of GATS, in Pierre Sauve & Robert Stern eds., GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Center for Business and Government, Brookings Institution, 2000, pp. 85—111。

② 有关该案的分析参见拙著, Aggressive Legalism: The East Asian Experience and Lessons for China, in Henry Gao & Donald Lewis eds., China's Participation in the WTO, Cameron May, London, 2005, p. 333。

(clusters of interconnected services),并以成套服务为单位来进行谈判。这种分类方法抓住了服务发展的特点,应该还是比较可行的。此外,即使在现行的分类框架下,也有诸如空运服务等一些服务没有纳入 GATS 的规制范围之内。因此不论将来对于服务如何分类,起码也应该将这些被排除在外的服务先纳入进来。

第二个问题是提供模式的问题。GATS 将服务分为四种提供模式,而这又可以再分别概括为跨境交易(包括第一、二和四种模式)和商业存在两种。这种分类法带来诸多问题:

首先,在很多情况下,服务都难于通过一种模式提供。而各成员在 GATS 中的承诺却是以四种不同模式来分类的,因此究竟该服务受不受规制,以及受该成员在何种提供模式下的承诺的规制等问题,都存在疑问。

其次,有时候两种模式之间的区分太过繁琐,有吹毛求疵之嫌。即以第一种和第二种模式而论。假设 A 为学生,属甲国公民, B 为学校,属乙国之机构。B 向 A 跨境提供远程教育服务。如果 A 先致函 B 之招生办,询问就学事宜,那么就甲国而言,该服务应归为第二种提供模式,即境外消费。相反,如果 B 先向 A 寄送招生简章,那么就甲国而言,该服务应归为第一种提供模式,即跨境提供。如果甲国对于教育服务的第一和第二种提供模式的承诺相同倒也罢了,但如果其两种提供模式的承诺不相同,那就会出现仅因消费者或提供者先行联系另一方而导致完全不同结果的怪事。这种结果,显然并非 GATS 的起草者们所愿意看到的。

第三,即使在同一提供模式内部,同一服务也可以由不同的技术手段提供。从促进贸易自由化的角度来看,对于以任何技术手段提供的服务都应一视同仁。但事实上问题并非这么简单,因为这里涉及什么是服务贸易中的“同类产品(like products)”这一核心法律问题。举例来说,同是提供电讯服务,以传统有线方式(座机)和新兴无线方式(手机)提供的是否是同类产品?对于这一问题,GATS 并没有明确答案。

第四,将商业存在作为一种提供模式为许多 WTO 成员逃避

在 GATS 中作出真正有意义的承诺大开方便之门。据统计 ,WTO 成员在 GATS 之下的承诺大多以第三种模式为主 ,而且各成员在其他模式下的承诺也往往是为实现其在第三种模式下的承诺而作的补充。这样就大大冲淡了跨境服务贸易的价值。

第五 ,商业存在既是一种服务提供模式 ,也是一种投资方式。那么 ,为什么要用不同的规则来规制货物和服务领域的投资 ? WTO 是否应该效仿 NAFTA 建立一套同样适用于货物和服务领域投资的规则体系 ?

第六 ,由于现代交通手段的发展 ,自然人移动作为一种提供模式的前景相当可观。但是 ,由于发达国家的阻挠 ,GATS 一直无法就自然人移动问题获得实质性的进展。

第三个问题是透明度。由于服务多种多样 ,因此只有在服务提供者对有关法规比较了解的前提下 ,服务贸易才能更好地发展。但 GATS 第 3 条中规定的透明度义务相当有限 ,亟须改进。

第四个问题是最惠国待遇的豁免。尽管最惠国待遇是 GATS 的基本原则之一 ,但 GATS 同时又允许各成员对此作出豁免。最惠国待遇豁免附件声称 ,这些豁免原则上不应超过 10 年 ,但实际上许多成员的豁免都没有时间限制。这也使得 GATS 的作用进一步弱化。

第五个问题是服务提供者的资格标准。为了保护消费者 ,服务提供者应具备一定水准。GATS 在第 6 条对此作了规定 ,但是其中现有条文很容易被成员作为歧视外国服务提供者的幌子。此外 ,第 16 条(市场准入)和第 17 条(国民待遇)的规定也不适用于第 6 条所列的标准。因此 ,即使某一成员在市场准入和国民待遇两栏列入“无限制” ,也完全可能因该成员采取的国内规章而徒成具文。

C. MERCOSUR 模式

MERCOSUR(南部共同市场)理事会于 1997 年 12 月 15 日通过《关于服务贸易的蒙德维的罗议定书》(Protocol of Montevideo on Trade in Services) ,以促进阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭四国间的

服务贸易自由化。相比以上两种模式,它更近似于 GATS 模式,但是它同 GATS 也有一些显著不同:

第一,它的目标要比 GATS 宏伟得多。GATS 的目的仅是在透明化和逐步自由化的基础上扩大服务贸易,而 MERCOSUR 的目标则为其成员间的完全自由贸易。

第二,对于最惠国待遇原则,MERCOSUR 不容许任何豁免。唯一的例外是允许其成员在同其相邻国家间在边境区内进行有限的仅供当地生产和消费的服务。这不论是对于 GATS 还是 NAFTA 都是一个极大改进。

第三,同 GATS 不同的是,MERCOSUR 将市场准入和国民待遇作为一般性原则。从这点来看,MERCOSUR 同 NAFTA 颇有相似之处。此外,尽管 MERCOSUR 仿效 GATS,以积极列表的方式开放市场,并附有 10 年过渡期,但其最终目的是将市场准入和国民待遇无条件的适用于所有服务。

第四,在透明度问题上,MERCOSUR 也超过了 GATS。GATS 仅要求成员向 WTO 通报那些对于其特别承诺中列明的服务有严重影响的新法规,而 MERCOSUR 则除此之外,还要求成员也通报那些严重影响未列入特别承诺中的服务的新法规。

第五,MERCOSUR 在对于限制性商业行为、政府采购和补贴等方面,都作出了比 GATS 更切实的规定。

D. ANDEAN 模式

1998 年 6 月 11 日,安第斯国家共同体(ANDEAN)委员会通过第 439 号决议,即《贸易自由化原则与规则大纲》(General Framework of Principles and Rules for the Liberalization of Trade in Services),以在 2005 年之前,在其成员间实现服务贸易自由化。从结构来说,该决议只是 ANDEAN 与服务贸易有关的 23 个决议之一。其他的 22 个决议是辅助性的,分别涵盖旅游业、交通运输业、海运业、空运和陆运、电讯、卫星系统以及其他问题。同以上三种模式相比,ANDEAN 模式有如下特点:

首先,它的目的不仅在于实现服务贸易的自由流动,而且要逐

渐建立一个服务贸易的共同市场。这就要求其成员在取消歧视性措施之外,更需协调其各自规范服务贸易的法规,执行统一的对外服务贸易政策。从这一点上来看,ANDEAN 开放的程度之深,只有欧盟才能和它相提并论。

其次,该决议中关于现行措施(status quo)的条款也引人注目。根据该决议第 10 条规定,自该决议生效时起,其成员不得采取任何与该决定不符的新措施。该义务涵盖成员所有影响服务贸易的措施,不管这些措施是由中央政府、地区政府、地方政府还是由它们所授权的机构采取的。此外,该条本身也不允许将任何服务部门排除在该条的义务之外。

最后,在透明度问题上,该决议第 14 条要求 ANDEAN 委员会于 1999 年 12 月 31 前,就各国违反市场准入和国民待遇原则的所有措施列出清单。这一条对于实现自由化的目的大有裨益。

三、对于两岸四地经济整合协定的思考

两岸四地既分别是 WTO 独立的成员,其成立经济整合协定,自当遵守 WTO 的要求。但是正如前述分析,WTO 的要求语焉不详。因此,一时似乎难以摸到头绪。不过,对照本文第二部分所属四种服务贸易的开放模式,得出的结论是,开放程度越高的应该是越符合 WTO 的要求。综合而言,两岸四地的经济整合协定应该包括以下考虑因素:

a. GATS 所采取的服务贸易开放模式,并不一定是最佳模式,因此两岸四地的经济整合协定,完全可以采取不同于 GATS 的模式。

b. 就具体承诺的列表方式来说,积极列表和消极列表两种模式本身并无优劣之分。问题的重点在于,尽量减少那些歧视性措施,同时将协定所没有涵盖的服务部门数量减至最低。

c. 为达到这一目的,协定在规则性问题上应该尽量严格。由于两岸四地同属一国,因此最惠国待遇、市场准入和国民待遇都应该成为普遍性原则,并不允许有任何豁免。

d. 另一个普遍性原则是透明度原则。对那些影响服务的法规和措施加以明确,不但有助于促进各成员间的服务贸易,而且有助于为本地服务提供者创造良好环境,培育当地服务业的发展。因此,可以借鉴 ANDEAN 的做法,起草一份当前影响服务的法规和措施的清单。

e. 就服务提供者的资格承认来看,两岸四地由于历史原因,各有不同的传统。即以法律服务而论,香港属于英美法系,其律师分为事务律师和出庭律师,同其他三地的制度截然不同。此外,香港律师在学历要求、培训制度上也同其他三地有重要区别。至于其他三地,虽然同属大陆法系,但是大陆又偏向于社会主义法系。因此,在服务提供者的资格承认,特别是某些专业服务提供者的资格承认问题上,似有必要专门规定一些例外而不必急于达到一致。

f. 从该协定的最终发展方向来看,应该是实现服务在两岸四地的自由流动。除此之外,要不要再进一步,建立两岸四地的服务共同市场?这种想法似乎不可行。要建立服务共同市场,就要求两岸四地统一服务的对外政策。但目前两岸四地的社会制度截然不同,预计将来很长一段时间内还会保持这种不同性。在这种情况下,保持两岸四地各自服务政策的独立性,似乎更有助于保持香港作为国际金融中心和专业服务中心的地位,从而更能促进两岸四地经济的发展。

g. 由于服务贸易主要靠国内法规规制,因此一旦开放,国内法作出相应修改,那么,即使那些不属经济整合协定的成员,也往往可以坐收渔利而长驱而入各成员的国内市场。对付这个问题,如以国籍作限制,将有可能违反国民待遇原则。但两岸四地有一个天然的武器,即利用两岸四地同文同种的优势,在服务的开放中加入该服务须以中文提供这一要求,当可达到既将外国服务提供者排除在外,又不违反 WTO 要求的目的。

论两岸经贸合作机制与区域贸易一体化的法律问题

朱兆敏^{* 1}

中国大陆与台湾地区于 2001 年参加世界贸易组织以后,作为世界贸易组织的缔约方,需要履行最惠国待遇、国民待遇的义务,这将与大陆给予台湾地区和香港、澳门的特别优惠政策产生冲突。为此,内地与香港和澳门之间已经签订更紧密经贸合作安排的协议,在世界贸易组织的框架下运用自由贸易区例外的规则,解决了以上难题。但是,大陆给予台湾投资者的鼓励和优惠政策与世界贸易组织体制之间的冲突问题,仍然没有得到解决。在世界经济一体化的同时,区域贸易一体化蓬勃发展,中国大陆已经签订了与东盟、智利自由贸易区协定,并且与澳大利亚、韩国之间自由贸易区谈判也正在进行,台湾地区参加自由贸易区谈判与两岸合作机制的法律关系问题,也关系到两岸参加区域贸易一体化顺利进行及其进程的政治与法律问题。本文力图在以上国际法领域进行学术探讨,望各位前辈、专家、教授、学术先进斧正,不吝赐教。

一、海峡两岸经贸合作机制的选择

在中国大陆与台湾地区加入世界贸易组织以前,两岸经贸关系处在单边调整方式下运行。台湾地区在 1992 年颁布了《台湾地

* 上海外国语大学教授。

区与大陆地区人民关系条例》^①,结束了戡乱时期非正常法律状态。中央政府积极推动与台湾经贸关系,鼓励台湾投资者到大陆地区投资,在1988年7月3日颁布了《关于鼓励台湾同胞投资的规定》^②,给予来大陆的台湾投资者更多的优惠待遇。商务部2005年7月28日宣布8月1日正式对原产台湾地区的菠萝、番荔枝、木瓜、杨桃、芒果、番石榴、莲雾、槟榔、柚、枣、椰子、枇杷、梅、桃、柿子15种水果实施进口零关税措施。^③5月初,在中国国民党主席连战访问大陆和亲民党主席宋楚瑜即将来访之际,中共中央台办、国务院台办主任陈云林受权宣布,大陆将台湾水果检验检疫准入品种由12种扩大到18种,并将对其中15种水果实施进口零关税措施。^④

由于大家知道的原因,现在两岸之间还没有实现“三通”和经济贸易正常化,两岸经贸关系不能通过双边合作机制调整,而只能通过各自单边机制调整。

从1988年以来,台湾投资者根据《关于鼓励台湾同胞投资的规定》,享受了很多高于外国投资者的待遇,得到了很多的实惠。在中国大陆与台湾地区都加入世界贸易组织以后,以上的格局发生了重大变化。大陆地区与台湾地区之间经贸关系由单边调整的机制,必须符合WTO规则,不可能游离于WTO体制之外^⑤,即台湾地区必须对大陆的产品和服务开放市场,而中央政府给予台湾同胞的更加优惠待遇却不能按照我国法律单方面予以维持;也就是说,在世界贸易组织的多边最惠国待遇体制下,任何给予台湾同胞的优惠待遇,在一般情况下必须给予其他缔约方的国民、企业,单独给予台湾同胞的优惠待遇将无法继续维持下去。

① <http://www.a.com.cn/cn/hygl/ggfg/dffg/001208tyfg.htm>.

② <http://www.southcn.com/news/hktywma/zhongyang/jingmao/200109260088.htm>.

③ <http://tw.people.com.cn/GB/14810/3584923.html>.

④ <http://www.china.org.cn/chinese/2005/May/856709.htm>.

⑤ 增华群:《两岸四地建立更紧密经贸关系的法律思考》,载《国际经济法论丛》2003年第7卷,第38页。

二、两岸经贸合作机制模式的选择

2001 年 12 月 10 日中国大陆与台湾地区成为世界贸易组织缔约方以后^①,中国大陆、香港、澳门、台湾是一个主权国家在世界贸易组织拥有四个席位。如果要保持更加紧密的经贸关系,就需要在世界贸易组织的框架内寻找一个途径,找到法律上的依据,即在履行世界贸易组织义务的前提下,保持中国各单独关税区间更加紧密的经贸关系。

世界贸易组织体制对于两岸间形成和保持更加紧密的经贸关系加以约束的是多边最惠国待遇。

《关税与贸易总协定》第 1 条第 1 款规定了缔约方的普遍的最惠国待遇的义务,缔约方“在对进出口或有关进出口而征收的、或者为进出口产品的国际支付转移而征收的关税及任何税费方面,在征收此类税费的方法方面,在与进出口有关的所有规则与手续方面,以及在第 3 条第 2 款与第 4 款所指所有问题方面(国内税费征收以及国内法律规章的适用),任何缔约方给予原产于或运往任何国家(或地区)的产品的任何好处、优惠、豁免,应当立即无条件地给予原产于或运往所有缔约方境内的相同产品”。^②《服务贸易总协定》也规定了相同的原则,该协定第 2 条第 1 款规定:“关于本协议的任何措施,每一缔约方给予任何缔约方的服务或服务提供者的待遇,应立即无条件地以不低于前述待遇给予其他任何缔约方相同的服务或服务提供者”^③,除非该缔约国作了符合该条第 2 款的保留。

《关税与贸易总协定》与《服务贸易总协定》的多边最惠国待

^① http://www.wto-ministerial.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/min01_11nov_e.htm.

^② 参见赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林大学出版社 2000 年版,第 521、523—524 页。

^③ 参见汪尧田:《乌拉圭回合多边贸易谈判成果》,复旦大学出版社 1995 年版,第 199 页。

遇制度应当适用于全体缔约方。如果我国两岸四地间在货物贸易、服务贸易、投资方面相互给予比其他缔约方更加优惠的待遇,那么按照《关税与贸易总协定》的规定,其他缔约方可以援引多边最惠国条款,要求无歧视地享有此项待遇。否则,就应当寻求关税与贸易总协定例外的规定,排除最惠国条款的适用。而《关税与贸易总协定》与《服务贸易总协定》确实留出了在世界贸易组织体制以外区域贸易一体化的空间。

《关税与贸易总协定》第24条第3款规定,协定的各项规定不妨碍“任何缔约方为方便边境贸易而给予邻国的好处”,该条第5款规定:“本协定的规定不妨碍缔约各方领土之间成立关税同盟或自由贸易区,或为成立关税同盟或自由贸易区的需要采用的某种临时协定。”《服务贸易总协定》第5条第1款规定:“本协定不应阻止任何缔约方成为双边或多边服务贸易自由化协议的成员或参与该项协议。”

《关税与贸易总协定》规定了最惠国待遇的三种例外形式:边境贸易、关税同盟、自由贸易区,而《服务贸易总协定》则作了高度的概括:“经济一体化”,即区域贸易一体化,其概念较关税于贸易总协定有更广泛的含义,将共同体、货币经济联盟都包括在内;不过关税同盟仅仅将参加各成员形成单一进出口关税的统一关税区,而共同体、经济联盟、货币联盟则是三关税同盟的基础上,统一成员间的货币、投资、服务、社会政策和制度,是关税同盟的高级形态,但是在模式上属于同一形态。

两岸四地间更紧密经贸关系可以,也必须从以上三种可以游离于世界贸易组织一般贸易体制的区域贸易一体化的模式中进行选择。

第一,两岸间更紧密经贸关系不能选择边境贸易。一般来说,两个关税区间的边境贸易需要有共同的边境,并且边境贸易只能涉及两个相邻关税区接壤的有限的地区,并且一般局限于小额贸易。大陆和台湾地区有台湾海峡的天堑,关税区之间并不接壤,并且台湾地区 and 大陆之间贸易涉及纵深的广泛区域,大大超出了边

境贸易的范围;再者大陆与台湾地区间的贸易额已经超过 250 亿美元,如此大的贸易额不是边境贸易所能容纳的。因此,两岸间特别优惠的区域贸易体制不可能选择边境贸易。

第二,两岸四地间更紧密经贸合作关系也不能选择关税同盟、经济贸易联盟的模式。关税同盟通常在成员国之间实行统一贸易政策、统一关税体制,比如欧盟实行统一的海关制度和统一的布鲁塞尔海关关税税则,在成员国之间实行货物流通、资本流通、服务流动、人员流动四大自由,由一个单一关税领土取代两个或者两个以上关税领土。按照两岸四地的现实情况,在政治上,现在中国大陆与台湾、香港、澳门分为四个单独关税区,实行一国两制,中国大陆实行社会主义制度,台湾、香港、澳门实行资本主义制度,50 年不变;在经济上,香港和澳门实行自由港的制度,台湾和中国大陆经纪商的差异程度较大,在一个时期还不适合采纳统一的海关制度,统一的海关税则,统一的经济货币制度。因此,两岸更紧密合作体制选择关税同盟、经济货币同盟的方式在一个时期是不可能的。

第三,我国加入世界贸易组织以后,在两岸四地间更紧密经贸合作的适当方式只能是自由贸易区。自由贸易区是区域贸易一体化的特别优惠的体制,它采取十分宽容的体制,首先,它也在成员国之间实行贸易和关税优惠政策和制度,减让关税、非关税壁垒,鼓励服务、资本自由流动;其次,自由贸易区的成员间并不要求统一各成员的海关制度和关税税则,对于非成员国不存在统一的贸易政策和关税制度,各成员国保留各自原有的贸易政策和关税制度。对于一国两制的中国的四个单独关税区,实行更加紧密的经贸合作机制,自由贸易区的模式是最合适的模式和方案。

三、两岸自由贸易区的基本法律框架

我国入世以后,为了应对国际经济一体化与区域贸易一体化互动的新形势,已经与东盟和智利签订了自由贸易区的协定。但是,海峡两岸却缺乏更加紧密的合作机制,对于整合两岸资源,使其更加优化配置,促进两岸经济繁荣而言,这已经成为亟待解决的

问题。因此,作为在世界贸易组织框架下唯一可行的自由贸易区方案应当尽快上马。

(一) 自由贸易区协定的主要内容

笔者认为,两岸经贸合作机制可以称为两岸自由贸易区。它可以借鉴北美自由贸易区、欧洲自由贸易区的模式,结合中国各单独关税区的实际情况,在世界贸易组织体制能够容纳的前提下,通过大陆与台湾签订协定,成立两岸自由贸易区,给予两岸产品和服务、服务提供者更加优惠的待遇。两岸自由贸易区可以包括以下主要内容:产品的市场准入、服务和投资的市场准入、政府采购、保护和保障措施、商务人员入境和资格承认、争端解决。

1. 产品的市场准入

大陆和台湾加入世界贸易组织以后,工业产品的关税将进一步下降,信息技术产品关税将在3年内降为零,其他产品的关税也将大幅度下降,并且贸易壁垒方面也大幅度减让,服务贸易进一步开放市场。根据大陆、台湾地区的制造业和服务业以及世贸组织新一轮谈判的实际情况,在为期10年的时间内,分别对区内工业产品、农产品的关税和非关税壁垒进行大幅度减让或免税。根据台湾地区的实际情况,大陆可以同意台湾地区在农产品、能源、原材料等领域有适当的过渡期。

2. 服务和投资的市场准入

服务贸易方面的市场准入是自由贸易区构架的主要内容。大陆在入世时,以发达的发展中国家的地位对于电信、银行、保险、商业批发和零售等服务贸易行业的开放进行了具体承诺。而台湾地区则是以发达的单独关税区的身份加入的。两岸自由贸易区建立,理应在服务贸易领域给予对方比世界贸易组织其他缔约方更加优惠的待遇。在内地与香港、澳门更加紧密经贸关系安排体系中,内地在承诺向世界贸易组织缔约方在3至5年内开放的服务贸易领域,提前向香港和澳门开放,并且在开放的领域稍微扩大和在开放条件方面更加优惠,比如在外国银行准入门槛需要具有200亿美元资产,而香港或澳门银行只需要60亿美元资产,香港、

澳门律师可以在内地开展特定的服务,等等。台湾地区在入世时,也在服务贸易方面作了承诺。两岸可以比照入世承诺,比照内地与香港、澳门更加紧密经贸关系安排的方式,在外贸、电信、银行、保险、证券、期货、航运、商业批发、零售业、律师、会计师、建筑师、设计师等方面给予对方比世界贸易组织缔约方开放更早、条件更优惠,同时制定服务贸易开放的时间表。与此同时,相互开放直接投资市场。

3. 政府采购

两岸自由贸易区可以将政府采购纳入其中。在世界贸易组织体制的框架内,台湾地区参加了《政府采购协定》,承诺政府采购货物和劳务门槛金额为 582 万新台币,采购工程服务的门槛金额为 2.24 亿新台币。大陆在入世承诺中没有包括此项内容。两岸自由贸易协定中可以将政府采购纳入其中,可以按照台湾地区入世承诺的内容确定门槛金额。

4. 例外及保障措施

鉴于两岸实行不同的社会制度,有必要在自由贸易区框架内实行类似于北美自由贸易区的保障措施机制,在来自其他三地的产品或服务对该地区造成严重损害时,可以在过渡期内采取保护措施,过渡期以后采取保护措施,应当由两岸联合委员会认可后,方可实施。对于涉及社会安全、人民、动植物生命健康、保护环境、文物、外汇管制等情况下,双方有权采取例外措施。但是,保障和例外措施应当在合理的限度内实施,通过争端解决机制加以约束。

5. 商务人员入境及其资格认定

自由贸易区货物、服务的自由流动,必然伴随着商务人员的流动,既不涉及入籍、定居,也不涉及一般劳务输出的人员的入境、一定时期的居留。可以借鉴北美自由贸易区的规定,各单独关税区应当对于专业服务人员、商务管理人员、技术人员的入境、居留提供必要的方便,在区内可以自由流动。

商务人员的学历、执业资格是实现服务自由化的前提,两岸应

当实行学历和执业资格的相互承认,扫清服务贸易自由化的障碍。

6. 反倾销、反补贴

两岸自由贸易区应当采取内地与香港、澳门更紧密经贸关系安排的方案,对于倾销或补贴行为,不采取反倾销、反补贴措施。

7. 争端解决

两岸自由贸易区出现了争端,不能通过单边的方式解决。由于两岸还没有实行三通,政治上还存在一定障碍。根据这一现实,按照内地与香港、澳门更紧密经贸关系安排的方式,通过双方协商解决争议比较困难,还是采取建立类似北美自由贸易协定和世界贸易组织的争端解决机制比较现实和有效率。通过建立解决贸易争端的专家组或仲裁方式,双方提出一份专家名单或者仲裁员名单,在这份名单中要求香港和澳门特别行政区政府推荐适当的人选,以保证专家组案件审理听证、仲裁审理以及作出决定的公正、无私。通过自由贸易区机制,两岸贸易争端可以排除适用世贸组织争端解决机制,实现区内争端解决模式。

8. 贸易代表协商机制

自由贸易区不仅仅在其过渡期中需要进行协商,并且等自由贸易区体制完全建立起来以后,市场进一步开放、规则完善和修订、政策调整需要定期协商。建立常设贸易代表协商机制和机构十分重要。笔者认为,考虑到中国的现状,两岸间贸易代表常设机构设在香港比较合适。

(二) 建立区内特惠制身份认定制度

两岸自由贸易区对区内实行特别优惠制度,区内的产品和服务可以享受自由贸易区协定规定的市场准入以及其他方面的优惠待遇,而区外产品、服务不能享有自由贸易区的优惠待遇。区分产品和服务的身份对于实施优惠待遇十分重要。确定产品身份的法律规则为原产地规则,而确定服务身份的法律规则为服务提供者

身份的规则。原产地规则可以成为自由贸易区的一种防卫武器。^①

1. 货物的原产地标准

原产地在国际贸易中对于实施最惠国待遇——一般贸易待遇的依据,也是实施特别优惠待遇的依据。由于各国经济发展的不平衡,由于各种政治、社会、历史的原因,货物贸易中还存在着区别或歧视待遇,在实施最惠国待遇义务时,选择以原产地作为依据,用以判定某一产品是否有资格享受最惠国待遇。由于经济利益的需要或者政治上的需要,各国或者各个地区会对另一国家或者地区实行贸易的特别优惠的待遇,或者组成关税同盟、自由贸易区、经济一体化组织,各成员间实行优惠待遇,原产地也会成为缔约方判定是否某一产品有资格享有优惠待遇的标准。原产地规则起着以上两种作用。《关税与贸易总协定》和世界贸易组织制定了区别是否有资格享有最惠国待遇的原产地标准,而对区分是否有资格享有优惠待遇或者特惠制待遇的原产地标准只规定了原则,而没有提出具体规则。鉴于香港和澳门是自由港,内地与香港、澳门更紧密经贸关系安排对于原产于香港、澳门的产品采取了香港和澳门在一般贸易项下的原产地标准。为了防止区外产品搭免税班车,两岸自由贸易区不宜采取香港、澳门模式。笔者认为,两岸自由贸易区的原产地规则可以借鉴北美自由贸易协定和欧洲联盟的模式,制定符合两岸实际情况的原产地标准和规则。

自由贸易区内实行比一般世界贸易组织缔约方更加优惠的待遇,其他缔约方以及非缔约方有可能会在两岸投资设立拧螺丝企业,进口零部件,进行组装产品,以获得区内产品的资格,规避自由贸易区协定的规定。由于全球经济贸易一体化不断加深,国际技术转让和产品零部件采购日益国际化,以至于判定一个产品的原产地变得十分困难。因此,自由贸易区的原产地规则除了要把全

^① 王贵国、梁美芬:《香港与内地自由贸易区构想评析》,载《国际经济法论丛》第7卷,第81页。

部应用一国或者一个地区的原材料、零部件在该国或者该地区生产的产品定义为原产于该国、该地区的产品,还应当区分部分采用一国或者一个地区的原材料、零部件在该国或者该地区生产产品的原产地。欧洲联盟和北美自由贸易协定采取了增值百分比以及税目改变的标准。

为了防止其他国家不适当地运用拧螺丝工厂方法而获得原产于区内产品的资格,自由贸易区应当制定严格的原产地标准。

第一,区内的原产地规则应当规定本地产品增值的比例。在一般情况下,笔者认为,原产于区内产品是指在本地增值比例大于50%的产品,而在本地增值的幅度低于50%的产品,则不属于原产于本地的产品。在特殊产品方面则可以规定更高的增值幅度,比如汽车及其零部件,北美自由贸易协定将履行轿车和轻型卡车及其发动机的北美成分规定为62%,而其他车辆及其零部件的比例规定为60%。自由贸易区可以如法炮制,将汽车及其发动机的中国成分规定为62%,其他零部件规定为60%。^①其他产品,比如化工产品、电子、电器产品、纺织品等,都可以规定高于50%的中国成分比例。

第二,区内的原产地标准可以规定税目改变标准。海关税目改变标准是一个简便易行的标准。一个产品作为零部件或者原材料,比如布匹,当加工成为服装时,其海关税目就改变了。海关税目改变,在一般情况下是产品性质、特征、增值比例本质上的改变,海关税目改变可以作为原产地的判定标准。自由贸易区可以采用北美自由贸易协定、欧洲联盟、关税与贸易总协定和世界贸易组织的税目改变标准,作为区内原产地标准。

第三,区内的原产地标准还可以采用规定特定成分的标准。为了确定某些敏感产业较高的原产地标准,自由贸易区可以参照北美自由贸易区的做法,将特定产品的原材料或者零部件的采用

^① 参见陆航、许树新编:《北美自由贸易协定业务手册》,中国经济出版社1993年版,第38—39页。

作为原产地的标准。比如,北美自由贸易协定将采用北美纺的纱在北美生产的纺织品,认为是原产于北美的产品;又如,采用北美生产的主机板的计算机,认为是原产于北美的产品,而计算机主机板的80%是台湾地区生产的,因此绝大部分的计算机都不能算是北美的产品。我国可以将原产于区内的汽车认定为发动机是区内生产的,将纺织品规定为原料是区内生产的,将化工产品规定为原材料是区内生产的,将计算机规定为主机板是区内生产的。我们可以将一些敏感产品规定特殊的原材料、零部件标准。

以上三种标准可以单一适用,也可以合并适用。

适用于特惠制或优惠关税或贸易待遇的原产地标准,在国际上还没有制定国际标准,不存在条约义务,也不存在国际惯例,两岸可以根据本地区具体情况制定。

2. 服务原产地标准

服务的“原产地”是区内服务市场准入的依据。确定服务的“原产地”现在国际上还不存在明确的、可借鉴的规则。内地与香港、澳门更紧密经贸关系安排所规定的服务提供者身份过于宽松。除了律师业以外,对外国服务提供者利用香港、澳门作跳板,只有3至5年的时间限制,这样的规定只能适用于将服务贸易提前开放的优惠,而不利于在区内给予对方的服务和服务提供者更多的优惠和便利。

笔者认为,服务的“原产地”可以借鉴欧洲联盟以及北美自由贸易协定的有关规则,通过服务提供者的身份认定来确认服务的原产地。而服务提供者的身份认定可以依据以下的标准:

第一,注册地标准。判定企业和商事组织身份的法律规则,在国际上普遍实行的标准是注册地原则。这项规则在认定服务提供者身份时,也是适用的。凡是在区内注册的服务贸易企业或者服务贸易提供者,具有营业或执业资格,即符合区内注册地标准。区内的一般服务企业,需具有本地注册的工商营业执照;其他服务企业则应当取得本地行政管理部门颁发的特种行业执业许可证;区内专业服务机构或个人,如医疗机构、注册会计师事务所、律师事

务所,应当持有本地执业许可证。

第二,资本控制标准。注册地标准在认定服务提供者身份时,存在明显的缺陷,它不能防止区外的服务提供者来区内注册,特别是在我国加入世界贸易组织以后,不能防止区外服务者利用香港、澳门、台湾作为跳板,取得区内服务贸易市场准入的优惠待遇。因此,有必要通过资本控制标准来加以限制。资本控制标准,在国际上是判定企业或商事组织的辅助标准,但在服务贸易领域中起着重要作用。我们认为,可以借鉴美国认定其海外投资者的规则,提出以下规则:

(1) 凡是本地居民持有 50% 以上股权的服务贸易企业,符合区内服务提供者标准;

(2) 凡是本地居民提供服务的个体服务提供者,符合区内服务提供者标准;

(3) 凡是本地居民持有 95% 以上股权的区外服务贸易企业,符合服务提供者标准。

第三,管理控制标准。管理控制标准实际上是“管理中心说”的变形。其内容为区内服务企业不仅仅需要本地居民占有大多数股权,并且其管理及其业务操作控制在本地居民手里,本地居民在企业管理层中占据多数,董事长、总经理一般由本地人担任。

第四,业务执行本地化标准。在专业服务中,服务的本地化是十分重要的。如果一个在本地注册的律师事务所,只提供离岸律师服务,不能提供本地律师服务,没有持有本地执业许可的占执业人数 50% 以上的本地律师加盟,不能算是本地律师事务所。作为提供律师、医师、设计师、会计师、评估师服务的专业服务机构,只有其业务执业人员 50% 以上实现了本地化,并且得到本地业务营业许可以后,才能被认定为是区内的专业服务机构。

区内服务贸易机构的认定需要具有较高的标准,前三个标准一般应当全部具备,而在 95% 的股权为本地居民持有的情况下,本地注册的标准可以豁免。而第四个标准则是专业服务提供者的特殊标准,专业服务提供者一般应当符合以上四项标准。

四、两岸经贸合作机制与区域贸易一体化的关系

(一) 两岸经贸合作关系是台湾参与区域贸易一体化的前提

目前中国大陆已经与东盟签订了自由贸易协定,并且第一阶段已经正式启动^①,中国与智利^②也签订了自由贸易区的协定。另外中国大陆还正在与澳大利亚^③、韩国^④就自由贸易协定问题进行谈判,中国大陆倡导上海合作组织不仅在反恐问题上进行合作,还可以在区域经贸合作方面大有作为。香港和澳门特别行政区也可以参加以上的区域合作体制。

台湾地区也曾设想与美国、日本、新加坡、澳大利亚等国谈判建立自由贸易区。台湾地区是否可以在世界贸易组织以外,在与大陆建立更加紧密的经贸合作机制以前,单独地与以上国家签订自由贸易协定。笔者认为,这可能出现政治问题,但是这不仅仅是政治问题,它主要还是一个基本的法律问题:即(1)台湾地区是否得到世界贸易组织授权,可以享有与缔约国签订自由贸易协定的权利?(2)台湾地区在世界贸易组织以外是否可以单独决定参加任何区域贸易一体化机制?笔者的答案是否定的。

1. 世界贸易组织没有授权台湾签署自由贸易协定的权利

有些学者认为,台湾地区加入了世界贸易组织,那么与其他国家或地区签订自由贸易协定就是自然的事情。从法律上讲,这个命题建立在两个基础之上,其一是世界贸易组织的协定、规则授权台湾地区,使得它有权与其他国家或地区谈判自由贸易协定,其二是加入世界贸易组织说明台湾具有参加国际经贸关系的权利能力和行为能力。笔者认为,这两个基础是不成立的。

首先,根据《关税与贸易总协定》第24条第1款的规定,台湾地区以台澎金马单独关税区的名义按照该协定第33条的规定加

① <http://jidian.qx100.com.cn/html/20050630/2005886224.html>.

② <http://www.beelink.com.cn/20051120/1977823.shtml>.

③ <http://www.hebei.com.cn/node2/node13/node1059/userobject1ai329223.html>.

④ <http://www.chinanews.com.cn/n/2003-10-13/26/356112.html>.

入世界贸易组织,“但本款规定不得解释为:一缔约国按照第 26 条接受本协定或按照第 33 条或《临时适用议定书》实施本协定,即因此在两个或者两个以上的关税领土之间产生任何权利或义务。”《关税与贸易总协定》在其第 24 条第 1 款中明确指出,缔约方签订该协定以后,该协定的规定应当适用于其全部关税领土,缔约方之间权利义务仅限于该协定的范围内,在该协定以外,《关税与贸易总协定》不会为缔约方创设任何权利和义务。根据以上条款可以看出,《关税与贸易总协定》是一个契约性条约,而不是一个造法性条约。因此,台湾地区加入世界贸易组织,不可能为其创设在世界贸易组织以外的任何权利,不可能从世界贸易组织得到任何签订自由贸易协定的授权。

其次,台湾地区参加世界贸易组织本身,并不能证明台湾地区本身具有参加国际经济贸易关系的资格和能力。1991 年中国政府向世界贸易组织正式提出,台湾地区加入世界贸易组织只能以单独关税区的名义。经与世界贸易组织各主要缔约方磋商,由台湾地区加入世界贸易组织工作组主席发表声明:依据 1971 年 10 月 25 日联合国第 1758 号决议文,所有缔约方认知只有一个中国,认为台湾地区作为个别关税领域,不应在中华人民共和国入会前加入世界贸易组织,中国大陆和台湾地区一同参加世界贸易组织,中国大陆在前,台湾地区加入在后。台湾地区加入世界贸易组织,是在中国政府同意和首肯的情况下,才具备参加国际经济组织的资格。中国政府同意和认可台湾地区参加世界贸易组织,并没有认可其可以在世界贸易组织以外,自由地与其他国家谈判和签署自由贸易协定。退一万步讲,即使台湾地区参加世界贸易组织的事实,也不能说其具有了国际法上的主体资格。世界贸易组织和关税与贸易总协定不是全部由主权国家政府参加的国际组织,它可以由主权国家参加,也可以由非主权国家的单独关税区政府参加。因此,参加了世界贸易组织并不表示所有参加该组织的缔约方都具有了国际法主体资格。

2. 台湾地区在世界贸易组织以外没有单独缔结自由贸易协

定的权利

如果台湾地区参加世界贸易组织的事实不会证明其享有国际法主体资格,如果世界贸易组织又不会授权台湾具有以上资格,如果台湾地区原先就不具备国际法主体资格,那么在其加入世界贸易组织以后,其世界贸易组织以外的国际经贸关系中的法律地位,就不会发生任何变化。

国际法学界的一般观点^①认为,条约主体是国际法主体,它可以是主权国家,也可以是国际组织,在特定情况下,作为非完全主权国家的联邦成员国、被保护国、事实上已经独立的殖民地、罗马教廷、交战团体和反政府武装团体,也可以一定范围内缔结条约。条约的主体应当是国际法主体,在大多数情况下缔结条约的是主权国家。国际组织是主权国家通过协议成立的,其权利能力和行为能力是主权国家赋予的,国际组织具有缔约资格是不容置疑的。而关于其他非主权国家的实体,如联邦成员国、被保护国、罗马教廷、交战团体和反政府武装团体等,均为有限的国际法主体,在一定范围有缔约权。

自由贸易协定是由两个或者两个以上国家签订的条约,其主体是主权国家。非主权国家的联邦成员国、单独关税区政府,其本身受宪法的制约,一般没有缔约权,但是根据法律的规定,如宪法或基本法的规定,以及中央政府的授权,联邦成员国以及单独关税区就可以取得缔约权。如根据《香港特别行政区基本法》第 150 条的规定,以及《澳门特别行政区基本法》第 136 条规定,香港特别行政区政府和澳门特别行政区政府,享有与外国缔约经济贸易条约的权利。因此,一般国际法关于国际法主体或条约主体的理论或规则,明确指出,台湾地区谈判或参加自由贸易协定必须得到中国中央政府的同意或认可。否则,不仅会在与台湾地区谈判自由贸易协定的国家间发生严重的政治问题,还会发生重大的法律问题,即有关国家将承担侵犯中华人民共和国主权的不法行为的

^① 参见李浩培:《条约法》,法律出版社 1987 年版,第 2—10 页。

国际责任。

（二）两岸经贸合作机制与参与区域贸易一体化的互动

1. 两岸经贸合作机制是台湾地区参加区域经济一体化体系的平台

为了提升和拓展中国各单独关税区参加区域经济一体化的深度和广度,内地与香港、澳门首先签订了更紧密经贸关系安排的协定,通过2年的过渡,现在内地已经给予全部原产于香港的产品免税待遇,原产于澳门的产品在不久也将获得相同的待遇。同时按照以上的安排,具有香港和澳门的身份服务和服务提供者,在内地获得了优惠的待遇。在经济全球化和区域一体化相互影响、相互推动发展的今天,台湾地区只参加世界贸易组织的经济全球化体系是不够的,亚洲或亚太国家区域经济一体化会使世界贸易组织自由贸易带来的好处与效率大打折扣。为避免被区域经济一体化趋势边缘化,台湾地区与大陆应当通过自由贸易协定的途径,建立两岸更紧密经贸合作机制,并通过以上合作机制的平台,达成共识,协调关系,从而为参加广泛的区域性经济一体化机制铺平道路。

两岸更紧密经贸合作机制的建立,是台湾地区在“一国两制”前提下取得大陆同意和认可,参加其他区域经济一体化体系的前提和基础。“一国两制”是大陆对台政策的底线,绕过一个中国和中央政府,台湾地区与其他国家谈判缔结自由贸易协定,大陆将其视为“两国论”或“一中一台”具体实践步骤,因此是绝对不会予以同意的。一旦有关国家与台湾地区谈判签订自由贸易协定,将影响到中国与该国的外交关系的存在与维持的问题。因此,台湾地区在谋求参加区域经济一体化体系之前,应当充分地加以斟酌。

依笔者看来,台湾地区参加两岸更紧密经贸合作机制是一个明智之举。一是参加经贸合作机制可以使台商在大陆取得优惠投资政策以及台湾农产品免税进入大陆优惠地位继续保留,在世界贸易组织框架内取得合法地位;二是通过两岸自由贸易协定,台湾产品和台湾服务或服务提供者能够取得如香港、澳门产品和服务

或服务提供者相同的优惠待遇 ;三是通过两岸经贸合作机制 ,建立两岸相互信任和协调与协作的平台 ,台湾地区将会取得参加区域经济一体化体系的渠道。

2. 两岸经贸合作机制与内地与香港、澳门更紧密经贸合作安排的融合

如上所述 ,台湾地区与香港、澳门的情况和地位不同 ,香港和澳门是自由港 ,其服务业发达 ,制造业和农业薄弱 ,而台湾地区有较强竞争力的制造业、农业也富有特色 ,并且还存在复杂的政治问题。因此 ,两岸货物贸易自由化的安排将比与香港和澳门的安排更加复杂 ,而且在服务贸易自由化方面也将比较复杂 ,所以需要在两岸经贸合作安排的进程方面不同于香港和澳门。

现在中国四个单独关税区 ,已经形成了内地与香港更紧密经贸关系安排和内地与澳门更紧密经贸关系安排的协定。以后台湾地区与大陆还会签订两岸经贸合作机制的协定。在以上三个协定的基础上 ,两岸四地的单独关税区把三个协定合并为一个协定 ,签署两岸四地间更紧密经贸合作的协定 ,进一步提高货物贸易和服务贸易自由化的程度 ,限制和减少游离于贸易自由化之外的例外机制和保障措施机制 ,强化争端解决机制中的司法或准司法体制。

3. 台湾地区在两岸合作机制的基础上参加区域经济一体化体系的自由度

“一国两制”是中国和平统一的正确途径。台湾地区参加两岸经贸合作机制 ,确立和奠定了其参加其他区域经济一体化机制的前提和基础。台湾地区解决参加区域经济一体化的主体资格 ,可以通过两种方式 :其一是比照香港和澳门在基本法中加以规定的方式 ;其二是通过两岸经贸合作机制协定或其他协定直接加以规定。

《香港特别行政区基本法》第 150 条规定 :“ 香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以 ‘ 中国香港 ’ 的名义 ,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持

和发展关系,签订和履行有关协议。”^①《澳门特别行政区基本法》第136条规定:“香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等适当领域以‘中国澳门’的名义,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议。”^②台湾地区参加区域经济一体化体制可以选择以上的模式,通过制定基本法,拥有与香港和澳门相类似的权利。

台湾地区也可以选择与大陆签订协定的方式,直接规定在经济贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等适当领域以“中国台湾”的名义,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议,包括自由贸易协定。在“一国两制”的框架下,台湾地区可以与大陆、香港、澳门协调参加与其他国家或地区的自由贸易协定,也可以单独与其他国家或地区谈判缔结自由贸易协定。

① 李昌道:《香港政治体制研究》,上海人民出版社1999年版,第265页。

② http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=483.

入世后两岸经贸交往中若干法律问题的思考

彭 莉^{* 1}

大陆与台湾地区互涉性经贸规范均包括两方面的内容,其一是一般性的涉外经贸法律、法规,如大陆的三资企业法、台湾地区的《贸易法》;其二是专门性的涉台或涉大陆立法,如大陆的《对台湾地区贸易管理办法》、台湾地区的《台湾地区与大陆地区贸易许可办法》、《在大陆地区从事投资及技术合作许可办法》。因此,要探讨入世后两岸经贸交往中的立法问题,相应地也必须包含以上两层面的内容。本文拟以后者为研究对象,并着重就“非歧视待遇”原则的适用、“双向投资”及建立“海峡两岸次级自由贸易区”中的法律问题进行探讨。

一、入世后两岸互涉性经贸立法的调整与“非歧视待遇”原则的适用

非歧视待遇是指缔约成员一方对另一方不得采用对任何其他缔约方所不适用的限制或禁止,如果缔约一方对另一方根据条约规定的某种理由进行限制或禁止,那么这种限制或禁止同样适用于其他所有缔约方,而不仅仅针对某特定的缔约方设限。非歧视待遇是世界贸易组织的基石,主要通过“最惠国待遇原则”和“国

* 厦门大学台湾研究院两岸关系研究所研究人员。

民待遇原则”予以体现。

非歧视待遇作为世界贸易组织法律体系的首要原则,对大陆涉台经贸立法可能产生的最大冲击当属台商在大陆投资所享受的待遇问题。由于《台湾同胞投资保护法》(下称“台胞投资保护法”)及《台湾同胞投资保护法实施细则》(下称“实施细则”)反复重申,台湾同胞投资适用其规定,有未规定者,比照适用国家有关涉外经贸法律、行政法规;“台湾同胞投资保护法”第13条更进一步规定:台湾同胞投资企业依照国务院关于鼓励台湾同胞投资的有关规定,享受优惠待遇,而国务院1988年出台的《关于鼓励台湾同胞投资的规定》第5条又明确指出:除适用本规定外,参照执行国家有关涉外经济法律、法规的规定,享受相应的外商投资企业待遇。因此,就大陆涉台投资立法而言,台商在祖国大陆投资所享受的待遇和所拥有的保障并不低于外商投资企业,在许多问题上,台湾投资者还享有“最优惠待遇”。此类规定在大陆全面调整“三资企业法”前主要包括两方面内容,其一为法律及行政法规,如“实施细则”第16条规定:台湾同胞投资者个人及其随行家属和台湾同胞投资企业中的台湾同胞职工及其随行家属,可以依照国家有关法律、行政法规的规定,向公安机关申请办理一定期限多次出入境手续和相应期限的暂住手续;同法第19条规定:台湾同胞投资企业在购买机器设备、原材料以及获得水、电、热、货物运输、劳务、公告、通信等服务方面,享有与祖国大陆其他同类企业同等的待遇。台湾同胞投资者个人和台湾同胞投资企业中的台湾同胞职工在交通、通信、旅游住宿等方面,享有与祖国大陆同胞同等的待遇;其二为地方法规,如《厦门市台湾同胞投资权益保障条例》第16条规定,鼓励台湾同胞投资者投资的项目,除享受法律、法规规定的待遇外,并享受下列优惠:(1)优先提供所需的土地、水、电、运输条件和通讯设施;(2)投资总额在1000万美元以上的,经批准可降低注册资本占投资总额的比例;(3)在生产和经营过程中所需的周转资金及其他必要的借贷资金,在同等条件下享受银行优先贷款;(4)企业用地从投产之日起5年内免交土地使用费;

(5) 免缴地方所得税。对于上述高于一般外国投资者的特殊优惠是否违背 WTO 规则,一直存在着两种观点:一种观点认为不违反非歧视待遇原则,另一种观点则相反。^①

从近年来大陆涉台立法实践来看,非歧视待遇原则并未完全适用于两岸经贸关系。具体而言,虽然“台胞投资保护法”及“实施细则”等法律、行政法规赋予台商的“最优惠待遇”随着“三资企业法”的修订一定程度上自动淡化,但地方性立法赋予台商的“最优惠待遇”没有太大改变,大陆始终未就专门性涉台立法作任何调整,并明确表示入世后将继续落实“台胞投资保护法”及“实施细则”,仍会针对台商特点予以照顾。^② 上述情况表明,在对台经贸问题上,大陆贯彻入世“遵守规则、履行承诺、以我为主、为我所用”十二字应对方针时更强调的是“以我为主、为我所用”,充分利用“一国四席”的特殊情形。在两岸建立起一种符合 WTO 规则的经济合作机制之前,大陆涉台经贸立法单方面只给予台商某些待遇,而没有同时给予其他成员的情况将继续存在,这种优惠今后将主要通过政策体现出来。

在 2001 年 8 月台湾“经发会”将实施多年的“戒急用忍”两岸经贸政策调整为“积极开放,有效管理”的基础上,2001 年 12 月台湾“陆委会”又公布了开放两岸直接贸易等入世后两岸经贸政策调整的七大范围。上述政策调整事项,大多涉及法令规章的修订。

① 持不违反非歧视待遇原则观点的理由是:第一,基于“一个中国”的原则,两岸属于同一国家,因此大陆对台湾投资者的待遇可以也应该有别于外国投资者,这种差异不属于最惠国待遇原则的适用范围;第二,最惠国待遇和国民待遇主要是指贸易和投资方面的优惠,而出入境签证、购房和医疗等属于国家边境管理和本国公民消费范畴,不受非歧视原则统辖。持相反意见的理由是:第一,WTO 的成员包括主权国家和不享有主权的单独关税区,在 WTO 框架内,大陆与台湾的关系同大陆与其他成员的关系并无区别,其他成员完全有理由援引最惠国待遇原则而要求享有大陆给予台湾的各种优惠。第二,出入境签证、购房和医疗等固然不是投资和贸易直接包含的内容,但从上述立法的意旨和实践情况看,这些待遇毫无疑问与贸易和投资密切相关,其客观效果是使得台商在贸易和投资方面比一般外商处于更为有利的地位。参见廖凡:《从非歧视原则看两岸经贸关系立法的现状及前景》,http://www.iolaw.org.cn。

② 《台商投资祖国大陆待遇不变》,http://www.moftec.gov.cn。

为此,近年来,台湾当局除 2002 年 4 月、2003 年 10 月两度修订《台湾地区与大陆地区人民关系条例》(下称“两岸关系条例”),一定程度上放宽了两岸投资、贸易、金融交流等领域的限制外,还全面调整了“两岸关系条例”的配套子法,以缩小其与 WTO 规范间的差距,改变两岸经贸互动方式。从“两岸关系条例”及其子法大幅的、频繁的变动来看,民进党执政后的两岸经贸政策法规虽然有一定的松动,但由于陈水扁当局根深蒂固的“台独”意识与自信的不足^①,其大陆经贸政策立法实质上并没有太大的变化,台湾方面在修改两岸经贸关系法规时始终坚持“开放与管制”并存原则。首先,台湾当局一方面开放了两岸直接贸易、台商对大陆直接投资,放宽了两岸金融交往和人员往来限制,另一方面也设置了一般性防御条款、平衡税及反倾销税条款、农产品特别防卫措施、大陆物品特别防卫机制等限制两岸贸易往来的措施,建立了所谓“动态调查机制”和“专案审查机制”等限制台商大陆投资的制度,这些新规定随时可能对台商大陆投资形成新的壁垒。在“三通”方面,虽然新“两岸关系条例”中 18 个月内必须拟定两岸通航许可办法的“三通条款”被认为对民进党当局企图拖延两岸“三通”具有一定的制约作用,但该条款本身便具有拖延的意味。上述限制性措施显示出台湾方面虽然在政策上宣示松绑“戒急用忍”,但实际上并没有完全放弃“戒急用忍”;其次,“两岸关系条例”仍然存在大量“授权条款”。大量的“授权条款”是“两岸关系条例”的一贯特色,新修订后的条例依然如此。台湾当局广泛“授权立法”的目的除了便于依照两岸经贸关系不断变化及配合整体大陆经贸政策调整需要随时修法,而不必动辄变动“母法”的考量外,还在于便于以子法来达到实质上限制两岸经贸关系的目的。

从台湾地区入世后的大陆经贸立法实践来看,台湾地区的大陆经贸立法亦未完全遵循 WTO 基本原则,将两岸经贸关系视

^① 邓利娟:《陈水扁当局在经济发展中的角色及其影响评析》,载《台湾研究集刊》2004 年第 2 期。

为 WTO 架构下两个“单独关税区”的经贸关系。实际上,在两岸经贸问题上,台湾当局一直是以政治而非以经济为优先考量,对 WTO 规则更是有选择的适用,即在某些议题上力争按 WTO 规则行事,在另一些议题上则将 WTO 规则置之一旁。台湾当局在两岸经贸交往中实行的种种“歧视性待遇”短期内难以彻底改变。

二、“双向投资”中的立法问题

近二十多年来,海峡两岸的经贸关系有了长足的发展,但台湾方面的大陆经贸政策法规始终没有真正全面突破“间接、单向”的限制。在这种政策法规的规制下,长期以来,两岸间的经贸交往并没有体现 WTO 自由、平等与公正的原则。在投资关系方面,基本上是台湾方面的人、物、资金等生产要素单向流入祖国大陆,而大陆厂商则不能入岛投资设厂。在贸易关系方面,尽管实现了一定程度的双向交流,却长期存在着严重的不平衡。^①两岸加入 WTO 后,台湾方面虽然没有从根本上改变原有陆资对台的法律限制,但进行了一定的调整,主要表现为以下方面:第一,2002 年 4 月,台湾“立法院”小幅调整了“两岸关系条例”,其中有关开放陆资投资台湾土地及不动产一项,新条例第 69 条将原来的“完全禁止”,修正为“大陆地区人民、法人、团体或其他机构,或其于第三地区投资之公司,非经主管机构许可不得在台湾地区取得、设定或移转不动产物权”。以该条文为依据,台湾地区“内政部”于 2002 年 8 月出台了《大陆地区人民在台湾地区取得设定或移转不动产物权许可办法》(下称“不动产物权许可办法”),就大陆地区人民、机构或于第三地区投资的公司,申请取得或设定不动产物权的资格、许可条件及用途,以及申请程序、申报事项、应备文件、审核方式、违规使用的处理等事项作了具体规定。第二,2003 年 10 月 9 日,台湾

^① 邓利娟:《WTO 框架下两岸经贸关系走势分析》,载《台湾研究》2001 年第 1 期。

地区“立法院”对“两岸关系条例”进行了再次修订。“两岸关系条例”的此番修订被台湾媒体称为是近十年来最大的一次变动,核心内容之一即参照侨外投资核准制度,适度开放大陆人民、法人、团体、其他机构或其于第三地投资的公司,经许可在台湾从事投资行为。

经过以上调整,台湾方面一定程度上突破了原有“单向”性的两岸投资关系立法模式,开始有条件允许大陆地区法人、团体、其他机构或陆资公司对台投资,但从总体上看,现阶段台湾地区对大陆资金进入台湾地区仍然存在较多限制。与“侨外投资条例”相关条款相比,这种限制更为明显,主要表现为以下方面:第一,陆资的投向限制。侨外资本在台的投資范围随着侨外资立法的不断调整而历经了一个由窄至宽的发展过程,从现行“侨外投资条例”及相关法令来看,台湾地区对侨外资进入领域的限制已较为宽松。然而,台湾当局在陆资投向方面的限制却与此有较大不同。在加入WTO以前,按照“两岸关系条例”第69、73条之规定,大陆地区人民不得在台湾地区取得或设定不动产物权,陆资不得对台投资,其他对台投资的外资公司所持大陆资本的比例不得超过20%。2001年8月,台湾当局主持召开了“经发会”,就开放陆资赴台投资问题达成了一系列共识,但上述共识迄今仍未得到真正落实。2002年4月台湾地区修订了“两岸关系条例”第69条,允许陆资对台投资土地与不动产;同年8月又出台了配套子法“不动产物权许可办法”,据此,目前陆资依法进入台湾地区的土地和不动产的范围包括了“业务需要”的不动产、有助于台湾整体经济之投资、农牧经营之投资等三大类。至于陆资进入台湾其他产业有哪些项目为禁止类,哪些为准许类,由于“两岸关系条例”第73条的配套子法没有正式出台,至今无法确定。2004年6月台湾地区“陆委会”确立了陆资赴台投资的“三不原则”^①。“三不原则”的

^① “三不原则”的具体内容为:一、不得超过侨外来台投资范围;二、不得投资禁止台商赴大陆投资的项目;三、不得投资台湾当局目前正在推动发展的新兴产业。

出台表明,台湾地区开放陆资来台投资,宣示性意义大于实质性意义。第二,陆资进入的审批限制。与投向问题一样,经过多次调整,台湾侨外资条例及其相关法令对侨外资金进入台湾的审批程序已大幅简化。侨外资入台不仅手续简便,而且时间快捷。比较而言,陆资进入台湾不动产业却列管重重,手续冗长。按照“不动产物权许可办法”之规定,陆资入台投资不动产开发或经营,应先检具相关文件向“中央目的事业”主管机关申请,经审核同意后,再以同样文件及同意书,向该管地方政府申请审核,经该地方政府审核后,再报请“内政部”许可。如此再三申请,不仅手续繁琐,而且延长审批时间耽误商机。^①此外,台湾地区“内政部”并未比照侨、外投资者之投资案,为陆资设立单一作用窗口,因此,陆资入台的审批程序显然较侨外资复杂。最后,“不动产物权许可办法”对陆资申请案的审批时间没有做任何限制,这就有可能造成相关主管机关无限期拖延审批时间。第三,投资营运环节限制。投资经营壁垒主要是指资本输入方在人、才、物、产、供、销等各个方面与各个环节,对外来企业实施限制性的监督与管理,使其正常经营受到影响和障碍。基本上,台湾地区已不对侨外资实施与 TRIMs 协议不符的当地成分、贸易平衡、进口用汇、当地销售等措施,目前陆资仅允许进入台湾不动产,似亦不存在此类限制性措施。“不动产物权许可办法”对陆资企业经营影响较大的限制主要体现在人员往来方面。该办法规定,大陆地区人民已获台湾地区“内政部”许可,或已取得不动产物权,得申请入境;入境停留时间每次不得超过 10 日,必要时得申请延期一次;每年总停留时间不得超过 1 个月。按照该条款,大陆人民在台湾地区未取得不动产前难以入台寻觅商机,取得不动产后最多亦只能在台停留一个月,限制极为严苛。虽然 2002 年 11 月台湾当局开放了有意及有能力购买不动产的大陆人士接受邀请可赴台考察,2003 年 3 月又订定了《大陆地区土地及营建专业人士(乙类)来台从事不动产相关活动审

^① 台湾地区《经济日报》第 2 版 2002 年 8 月 15 日。

查作业要点》,允许大陆地区土地及营建人士在台停留期限依《大陆地区专业人士来台从事专业活动许可办法》规定,自入境翌日起不得超过2个月,届满得申请延长,总停留期间每年不得超过4个月,但与外国投资人之投资居留期限相比仍存在一定距离,外国投资人投资20万美金者即可申请长期居留。^①“不动产物权许可办法”及其他相关法令有关两岸人员往来方面的严格限制,如不尽早松绑,对今后陆资企业在台的经营活动将构成较大障碍。

不同于台湾“单向、间接”的立法导向,在两岸经贸交流问题上,大陆始终坚持“直接、双向”的原则。然而,值得注意的是,当前大陆对陆资赴台投资并没有完整的政策说明,更没有出台任何法律规范。若两岸之间的双向投资一旦真正实现,欲赴台湾投资的大陆厂商找不到明确可循的政策依据和法律依据。从大陆涉台经贸立法的一贯精神推论,这些厂商虽然能够适用《境外投资企业的审批程序和管理办法》、《境外投资外汇管理办法》、《加强海外投资管理的意见》等普遍适用于海外投资行为的法律规范,但也容易使大陆在这一问题上失去针对性与主动性。基于政治因素的考量,台湾当局的陆资入台政策在短期内虽然不可能有实质性的开放,具有限制性作用的“安全条款”有可能成为台湾当局限制大陆对台投资的工具,但从长远来看,开放大陆资本入台是台湾当局无法阻挡的潮流,因此,大陆方面应尽快拿出符合自身经济发展及两岸经贸交流需要的对策来。

三、构建海峡两岸次级自由贸易区的法律问题

随着海峡两岸相继加入WTO,变革与创新两岸经济体之间的交往与合作方式,成为两岸进一步参与全球化进程和实现经济再发展的必然要求。事实上,当前两岸经济体都面临着如何在WTO约束下进一步加强经济交流、增强国际竞争力、有效应对全球化的不确定性的问题,为此在两者间实行某种程度及形式的制度性一

^① 台湾地区《经济日报》第2版,2002年8月15日。

体化安排显得极为重要。正是在这种背景之下,2005 年 4 月至 5 月间连、宋大陆行时,两岸正式提出了“两岸共同市场”及“两岸自由贸易区”的议题。但是,两岸经济交往与合作方式向来受制于两岸政治关系的约束,在当前的政治关系状态下,两岸全面的制度性经济一体化更是长期的艰巨工作,因此当前迫切需要寻求一个切入点,建立两岸次级自由贸易区被认为是迈向两岸全面的制度性经济一体化现实可行的切入点之一。

海峡两岸自由贸易区是自由贸易区的特殊形式之一。就国际经贸规则而言,在现阶段,建立两岸自由贸易区或两岸三地自由贸易区的法律依据不仅充分而且成熟。《GATT1947》第 26 条、第 32 条、第 33 条规定,主权国家并不是 GATT 唯一的主体,任何实体不论是否为主权国家,只要构成一个独立关税区,即可按一定程序成为 GATT 的缔约方,这一条款既是中国在 WTO 内创造性地实现“一国四席”的法律基础,也是建立两岸自由贸易区的法律前提。正如“一国四席”是 WTO 体制内的创举,两岸间设立自由贸易区亦是一新鲜事物,因为国际上现行的自由贸易区一般都是国家之间建立的,但这并不对两岸自由贸易区构成妨碍。因为无论是一般国际法,还是 WTO 法律,并没有规定自由贸易区只能在主权国家之间建立。^①

与构建两岸或两岸三地自由贸易区没有太多法律障碍不同,学术界在构建两岸或两岸三地次级自由贸易区的合法性问题上存在明显的分歧。

一种意见认为“次级双边自由贸易区”不符合 WTO 规则,理由是:第一,GATT 第 24 条第 1 款指明“本协议的规定适用于缔约方本土的关税领土”,第 2 款对“关税领土”进行了解释:“一关税领土应理解为一与其他领土之间贸易实质部分保留单独关税或其他贸易法规的任何领土。”上述规定表明自由贸易区参与主体

^① 参见曾令良:《论 WTO 体制下区域贸易安排的法律地位与发展趋势》,载孙琬钟主编:《中国经贸法律的热点问题》,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 216 页。

必须是独立关税区的全部领土。自由贸易区的建立是经济体主体的行为,在中国主权范围内存在4个独立关税区,即中国内地、台湾、香港和澳门,内地国境之内的任何省市地区不可以凭自身名义单独与外部建立自由贸易区;第二,中国所加入的WTO“议定书”第2条中关于WTO的“贸易制度实施”除在上述(B)款中针对“特殊经济区”作了若干规定外,还在(A)款中针对“统一实施”问题作了具体规定^①,从“议定书”第2条(A)、(B)两款的规定,可以得出这样一个结论:入世后的中国已经没有法律的立场,将一部分区域划作一个新的特区,用来作为与港、澳、台结成一个南中国自由贸易区。^②另一种意见则认为“次级双边自由贸易区”并不违背WTO规则,理由是:第一,WTO规则没有禁止成员部分关税领土与其他成员部分或全部关税领土建立自由贸易区,我国在入世承诺法律中也没有承诺禁止,因而次级双边自由贸易区在法律上是可行的。第二,一个关税领土与其他关税领土上的部分领土或一个关税领土上的部分领土与其他关税领土上的部分领土之间建立自由贸易区,在区内实行更加优惠的贸易政策,与WTO倡导的自由贸易并不矛盾,应当予以准许;第三,中国在入世“议定书”第2条(B)款针对“特殊经济区”所作的三项承诺中的第二项所针对的是经济特区对我国境内非特区之间的关系,而不是经济特区对境

① 中国入世“议定书”第2条(A)款针对“统一实施”(Uniform Administration)问题作了如下界定:(1)《WTO协定》和本议定书的规定应适用于中国的全部关税领域,包括边境贸易地区、民族自治地方、经济特区、沿海开放城市、经济技术开发区以及其他在关税、国内税和法规方面已建立特殊制度的地区(统称为“特殊经济区”);(2)中国应以统一、公正和合理的方式适用和实施中央政府有关或影响货物贸易、服务贸易、与贸易有关知识产权(TRIPS)或外汇管制的所有法律、法规和其他措施以及地方政府发布或适用的地方法规、规章及其他措施(统称为“法律、法规及其他措施”);(3)中国地方各级政府的地方性法规、规章及其他措施应符合在《WTO协定》和本议定书中所承担的义务;(4)中国应建立一种机制,使个人和企业可据以提请国家主管机关注意贸易制度未统一适用的情况。

② 傅岷成:《评两岸加入WTO后建立“南中国自由贸易区”的构想》,王贵国主编:《区域安排法律问题研究》,北京大学出版社2004年版,第132页。傅氏原文为:“入世后的中国已经没有法律的立场,将闽、粤、琼东南三省划作一个新的特区,用来作为与港、澳、台结成一个南中国自由贸易区。”

外的关系。第四,国际上已有此类实践,如新加坡与马来西亚的柔佛洲、印度尼西亚的廖内群岛组成的增长三角的自由贸易安排。^①

个人认为,如果严格按照 WTO 第 24 条等条款的规定,构建海峡两岸次级双边自由贸易区似乎缺乏法律基础,但这并不意味着完全不可行。因为 WTO 虽然有四、五十部协议,并构成了一个完整的法律框架,但在具体运行时主要靠各国自觉遵守。从世界各国及地区实践 WTO 规则的方式来看,主动执行的国家较少,被动执行的占大多数,有些成员经过对自身利益总体、均衡的考虑后,甚至宁可受到对等报复,也不放弃某些既有利益。^②一些对其他成员并无特殊利益影响的行为,可能不会受到过多关注与报复。近年来呼声较高的“厦金自由贸易区”、“厦高自由贸易区”等探讨中的两岸次级自由贸易区,由于其贸易量不大,影响力较小,因而遭遇其他 WTO 成员起诉的可能性不大。况且,不同于“内地与香港、澳门更紧密经济关系安排”,在两岸制度性经济一体化还存在种种政治因素干扰的情况下,海峡两岸次级自由贸易区的构建有其特殊的必要性,它不仅有利于突破长期以来无法解决的两岸经贸交流中的一些法律症结,也有助于台商在大陆所享有的较外商优惠的现有经贸待遇和竞争利益不致丧失。

四、海峡两岸次级自由贸易区的法律性质

由于建立两岸次级自由贸易区的合法性问题还存在较大的争议,且无成熟的前例可援,因此,有必要对其及构成其基础的“海峡两岸次级自由贸易区协议”之法律性质作深入探讨与分析。个人认为,探讨中的海峡两岸次级自由贸易区具有如下法律性质:

1. 双向性与局部性

作为 WTO 成员的祖国大陆部分关税领土与台湾单独关税区

^① 周新成:《关于我国加入 WTO 后经济特区存在和发展的法律思考》,载《法商研究》2003 年第 2 期。

^② 周林彬:《WTO 规则与中国经济法理论创新——一种法律经济学的观点》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 191 页。

部分或全部关税领土所组成的自由贸易区,首先,具有双向性。海峡两岸次级自由贸易区系由两个独立关税领土间相互取消关税或其他贸易限制而结成的利益集团,它与单边自由贸易区即非 WTO 架构下的自由贸易区有本质的不同。后者是由一国或一地区政府单独决定设立,划在所在国或地区的海关管辖区的关卡以外,以贸易为主的多功能经济性特区,只解决进口商品的关税豁免问题,不解决出口到其他国家或地区的商品享有同等的进口关税问题,具有明显的单向性。其次,具有局部性。海峡两岸次级自由贸易区是 WTO 一成员(大陆)的部分关税领土而非全部领土与另一成员(台湾)的部分关税领土所组成的经济体,局部性是两岸次级自由贸易区与两岸自由贸易区的本质区别。

2. 特殊性

海峡两岸次级自由贸易区的特殊性主要表现在规范该经济体行为准则的自由贸易协议上,即构成两岸次级自由贸易区法律基础的“海峡两岸次级自由贸易区协议”是一项相对独立的特别法。目前,海峡两岸都有一套民商法规和冲突法规,直接或间接适用于对岸人民。它们可大致分三类:第一,一般的涉外经济立法;第二,专门的涉台或涉大陆立法;第三,一般的法律冲突法。拟议中的“协议”应是在 WTO 相关基本原则与具体规则的基础上,针对两岸特定区域的现状及特点,本着“求同存异”的精神协商制定。因此,该“协议”一旦签订并生效,相较于上述诸类普通法而言,即成为具有相对独立性的特别法,成为该特定区域之间的经贸活动和法律行为优先适用的游戏规则。^①

3. 限时性

海峡两岸次级自由贸易区是一个限时性的经济一体化组织,“海峡两岸次级自由贸易区协定”是一个限时性的双向规范。一旦台海两岸局势更加缓和,两岸双方认为具备了成立全方位的“海峡两岸自由贸易区”和“海峡两岸更紧密经济关系安排”的前

^① 陈安、彭莉:《“台商大陆投资保障协议”初剖》,载《台湾研究》1995年第1期。

提条件,两岸次级自由贸易区将随着“海峡两岸自由贸易区”的构建而完成历史使命,“海峡两岸次级自由贸易协议”也将随着“海峡两岸自由贸易区协议”的签订和实施而失去法律效力。因此,两岸次级自由贸易在内容设置上以解决一定时期内大陆与台湾特定区域经贸往来法律问题为主要内容,具有明显的限时性特征。

4. 示范性

一切经过实验,从实验中总结、提高、推广。人类发展史上这条重要的行事准则和行动路线,自然也适用于调整和规范两岸人民的频繁往来,适用于与此有关的一切立法实践。建立两岸更紧密的经贸关系,规范两岸经贸往来的立法,目前既然难以从总体求同,则不妨暂时存异,改从局部求同。这里所说的“局部”主要指“地域”,即从两岸经济联系最具区位优势的部分地域进行试点和实验,总结提高后逐步推广到其他地域。可见,海峡两岸次级自由贸易区的建立具有现实意义,也具有历史意义,它不但有助于促进两岸经济关系最紧密的部分地区经贸互利互补活动的新的长足发展,而且可以成为日后构建全面的“海峡两岸自由贸易区”或“海峡两岸更紧密经济关系安排”的试点和示范。^①

^① 陈安、彭莉:《“台商大陆投资保障协议”初剖》,载《台湾研究》1995年第1期。

无法超越的“共识” ——海峡两岸海关合作的法律前提

成丹青*¹

海关是各国监督管理货物进出关境的机关。世界经济贸易的空前发展,带来国际间物流规模、速度(包括负速度、障碍)的加大,也带来了海关的日加繁忙。在全球经济一体化的当今,海关在国际经济贸易中的地位日见突出。

乌拉圭回合谈判结束,世界贸易组织成立,并没有给国际贸易带来人们预期的自由和便利。随着关税和其他传统方式的贸易壁垒的大幅度削减,货物跨境流动手续的复杂和所要求的单证的繁多,越来越成为国际贸易关注的重点。贸易界普遍认为,繁琐的跨境手续和单证要求使乌拉圭回合谈判促成的关税全面降低的效果几被抵消,海关管理的低效能成为对贸易伙伴的事实上的非关税壁垒。为使海关高效管理的国家能充分获得管理低效国家市场开放的利益,WTO新一轮谈判将海关管理的现代化、便利化列入主要议程。2004年8月1日,WTO总理事会决议通过多哈回合谈判一揽子框架协议,其中包括以该协议附件D中所述谈判模式为基础启动贸易便利议题谈判,随即受到WTO各成员方以及各国际组织、区域组织的重视与积极反应,其中WCO(世界海关组织)尤为重视。WCO要求各成员海关积极推进实施有关贸易便利化和安全的法规和技术措施,尽一切努力确保WCO法规措施符合

* 海关总署工作人员。

WTO 货物便利化谈判的要求。在亚太地区,2004 年 11 月世界银行、博鳌亚洲论坛和欧盟先后和 APEC 在上海、曼谷主办或共同主办“WTO 贸易便利化研讨会”。无论贸易界还是各国政府,都认识到,贸易便利化首先是海关手续的简化和便利化。

以大幅度降低关税和取消或减少贸易壁垒为标志,乌拉圭回合谈判结束,世界贸易组织成立,国际贸易自由化时代似乎真正到来,但 WTO 成立几年来的国际贸易现状表明,真正实现贸易自由远没有人们想象的那么容易。一方面,以美国为首的发达国家以“贸易自由化”为由,要求发展中国家降低关税、取消贸易壁垒的努力,既收获了倾销优势产品、输出资本的胜利之果,也尝到了其弱势产业无法面对外界竞争的苦涩,于是乎,在时不时祭起“反倾销”的大旗的同时,各种反贸易自由的措施纷纷出台,诸如以环保、卫生、安全为由对货物进口设置重重障碍,或者干脆延迟或拒绝通关,采取阻滞货物进口的多种无理措施;另一方面,发展中国家以大幅度降低关税和减少贸易许可为代价取得 WTO 成员资格,在不甘心忍受外国商品的大举入侵的同时还要面对发达国家对其出口设置的障碍。发展中国家同样也利用 WTO 规则,对进口货物采取反倾销措施,或同样以环保、卫生、安全等为理由采取贸易保护措施。近年来,这种非关税壁垒在国际贸易中已呈明显强化的趋势。无论反倾销措施,还是技术、环保、卫生、安全进口保护措施,都需要海关实施。

贸易管理和贸易违法是共生共存的。大幅度降低关税,减少进出口许可证种类,以及保持打击走私的持续高压态势,只能遏制并不能消灭进出口环节的违法犯罪行为。各部门综合治理、各环节联合打击走私的结果,绕过海关走私或闯关走私行为少了,但海关征税必须根据 WTO 估价协议,以实际成交价格为基础,这又给走私分子找到新的突破口:内外勾结,以虚假单证为基础低报进出口货物价格,或者与生产商、销售商勾结,改造产品规格、型号、包装或附加一些其他功能,在说明书中故意“喧宾夺主”,把高税号商品申报为低税号商品,给海关商品归类、估价、征税工作带来越

来越多的难题。

假冒名优商品获得高额利润的诱惑是长期的、高效的, WTO知识产权保护协议的真正落实远比政府的庄严承诺要难, 海关在采取进出境知识产权保护方面, 正面临越来越大的国际(针对中国出口侵权产品)、国内(针对国内出口或国外进口侵权产品)压力。

原产地指国际贸易中货物的生产地。确定货物的原产地是一国实行差别关税和采取贸易限制措施以及反倾销措施和进口配额限制的基础。当今国际上, 通用的原产地规则有两大类。一类称为非优惠原产地规则, 普遍地、无差别地适用于所有原产地为最惠国的进口货物, 包括实行最惠国待遇、反倾销、反补贴保障措施、歧视性进口数量限制、关税配额、贸易统计等所采用的原产地认定、管理规则; 另一类称为优惠原产地规则, 由一国为对另一国或部分他国、地区实施产品进口优惠政策而制定, 优惠范围是以原产地为受惠国的进口产品。优惠国往往依据受惠国的情况和确定的优惠范围制定一些特殊的原产地识别认定标准和认定程序; 为防止此类优惠被滥用、冒用, 一般还要求出口国指定本国专门机构按进口国优惠原产地规则的规定签发优惠原产地证书。原产地认定标准本就十分严格、复杂和难以掌握。而科技的进步, 现代生产技术、现代信息技术的发展, 商品生产的流程模式更加复杂化、生产国际化。商品贸易的成交、运输方式也更加全球化, 多个国家或地区合作制造、生产一种产品的现象已经十分普遍, 这更进一步加大了原产地认定的难度。

WTO 坎昆会议以来, 经济贸易呈现一体化、便利化进展举步维艰, 一些发达国家一方面挥舞贸易自由的大棒进行高附加值产品的倾销和剩余资本的扩张, 另一方面利用非关税贸易壁垒和反倾销的武器抵制发展中国家高密度劳动力、低价值产品的进口。与此同时, 一些发达国家之间还利用 WTO 对区域贸易一体化实行差别优惠的默认, 在它们的区域一体化范围内尽最大可能地便利相互间的贸易。区域经济一体化优势也逐渐为发展中国家或者

说越来越多的欧洲、南北美以外的国家所认识和看重。这些年来,区域经济合作方兴未艾。在我国,开展区域经济合作势头正猛。目前,除与香港特别行政区、澳门特别行政区签署的 CEPA 外,已与东盟十国、《曼谷协定》五国、巴基斯坦、越、老、柬三国和非洲最不发达二十五国分别签署程度不同的自由贸易优惠协议。2002 年,又开始与新西兰、智利、海湾合作委员会六个国家和地区开始自由贸易区谈判,与澳大利亚、南部非洲关税同盟五国、印度的自由贸易区谈判也在启动。上述自由贸易区谈判中,除了海关部门参与的关税减让谈判外,更重要的就是由海关承担的原产地规则以及原产地证书签证程序的对外谈判。协议一经作出,原产地规则的实施和管理,包括每一票从上述各国家、地区进口的货物都要由海关接受报关申报,进行原产地识别、认定,进行货物查验、关税征收和减免,对各优惠国原产地进口货物进行统计、分析。可以看到,每一项区域自由贸易协定的谈判都意味着海关承担繁琐、严格具体的特别的原产地规则和管理程序的制定任务;每一项区域自由贸易协定的实施,都意味着海关进行原产地规则管理工作量的加重。

不断进步的社会生产和不断扩大的国际贸易规模加上风云变幻的国际经济、政治形势,给海关工作增加的压力当然远不止以上几个方面。但上述几个方面已足以表明,在现代物流如江河奔泄、如波涛汹涌的冲击下,在各国贸易发展与贸易保护的双重压力下,作为物流进出监控之闸的海关,其地位将更加重要,其业务将更加繁忙。

海峡两岸在国际贸易中都扮演重要角色。20 世纪中后期,台湾地区抓住机遇,创造经济奇迹,以亚洲“五小龙”之一为世界所瞩目。改革开放以来的中国大陆,以平均每年增长超过 9% 的前所未有的持续发展更是引起全世界的惊奇。令人遗憾的是近些年来,在大陆经济贸易持续发展的同时,台湾地区经济发展却不尽如人意。对此,台湾地区在野党、国际经济专家从各个方面进行过抨击、论证或评论,但对台湾海关不能充分发挥作用,未能有效开展

与世界海关组织、各国海关,特别是与大陆海关间的合作方面的原因,还没人给予注意。

世界海关组织(WCO)多年来致力于贸易便利化,以《京都公约》(全称为《关于简化和协调海关制度的公约》)为标志,对促进和便利国际贸易产生举足轻重的影响。由于世界海关组织是各国政府间组织,台湾地区海关无缘参加该组织以及该组织的一系列公约,也不能与世界大多数国家和地区(世界海关组织成员)的海关开展正式合作。如前所述,贸易便利化是当今国际贸易最急迫的要求,而海关管理则是实现贸易便利化主要的和关键的环节。台湾地区无法和世界海关组织以及世界大多数国家海关合作,外国货物、资金流入台湾,台湾货物和资金流往各国,都难以实现便利化。

台湾地区虽然与大陆几乎同时成为WTO正式成员,但由于台湾当局不承认一个中国原则,大陆与台湾没有正式、直接的贸易关系,台湾地区货物输往大陆、大陆产品销往台湾,都只能采取间接方式并绕道第三地进行,海峡两岸经济贸易往来,本来可以以一国内部不同关区(如大陆和香港、澳门特别行政区之间)间直接、简便的方式进行,却由于台湾当局的原因,不得不面临比国际间直接贸易还繁琐、复杂几倍的通关手续和舍近取远的运输方式,如何不对贸易产生极大的阻碍、损害作用?

国际间公认,世界21世纪的希望在于亚太。21世纪是亚洲及环太平洋经济大发展的世纪。在APEC(亚太经济合作组织)项下,台湾地区可以以独立经济实体参与亚太地区经济合作,但由于不是正式成员,无法参加领导人高峰会议,连部长级会议也无缘,各委员会活动、特别是在推动贸易便利化方面发挥重要作用的“海关手续分委会”的活动,也由于身份问题难以参加。

与WTO贸易自由化、贸易便利化新一轮谈判受阻相反,近年来,区域经济一体化方兴未艾。仅在亚洲,中国—东盟自由贸易区谈判、湄公河流域经济合作取得实质性进展,《曼谷协定》使中国和南亚次大陆许多国家间贸易得到实实在在的好处;东北亚自由

贸易区也不仅仅是专家学者们的设想。区域经济合作的内容,包括关税减让、非关税贸易壁垒的减少,都离不开海关对进出境货物原产地的认定和管理。更何况,区域合作更需要解决物流速度问题,其中最主要的就是各成员海关的合作和海关手续的简便。台湾当局不承认“一个中国”原则,等于把自己自闭于区域经济一体化合作的大门之外,显然直接影响自己对外经济贸易的发展和提升。

更需要指出的是,由于历史的、政治的、经济的原因,一个国家内部可以形成几个独立的关境。比如,我国内地、香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区就都是单独关税地区。由于这些单独关税地区本属一个国家,无论 WTO 规则还是国际贸易管理,都允许这些地区之间实行比 WTO 成员之间,甚至比区域贸易一体化的成员之间都优惠(包括互惠或单方优惠)的贸易政策。近年来,内地与香港、内地与澳门更密切经济关系的安排(CEPA)已给香港、澳门经济发展注入强劲动力。海峡两岸经济互补性很强,加上血浓于水的历史、文化、地理渊源,两岸近年来,尽管贸易渠道十分不畅,两岸贸易额仍一直在顽强地上升。可以设想,如果间接贸易变为直接贸易,如果变为两岸直航,如果两岸大幅度降低关税和减少贸易许可限制,如果两岸海关密切合作作好上述事宜,并且携手致力于简化海关手续,那么两岸间经济贸易量上发生巨大增长、质上发生根本变化绝不是困难的事。

综上所述,海峡两岸、特别是台湾地区经济贸易的大发展,有赖于两岸贸易关系的正常化和直接化。贸易关系的正常化首先是海关间保持直接的、正常的、密切的海关合作。

海关是一国或地区依法设立和依法履行职务的政府机关。两地海关合作必须依法进行。两地海关合作的法律基础是两地间的贸易关系正常化协定和一个国家前提下两个单独关税地区的特别安排,以及两岸同为成员的世界贸易组织法,两地都参加的区域贸易一体化组织或协议。以一个中国为前提允许台湾地区成为世界海关组织成员,则世界海关组织一系列公约也成为两岸海关合作

的法律基础。显而易见,台湾当局承认“九二共识”,即承认“一个中国”原则,是两岸海关合作的法律前提。

我们有理由相信,只要台湾当局承认“九二共识”,在一个中国前提下(可以搁置争论,允许对一个中国概念的各自表述),以两岸中国人的智慧,贸易正常化甚至更密切关系安排决非难事,两岸直接贸易、直接运输,两岸海关密切合作,简化通关手续、减少贸易壁垒、加快货物流通,携手打击走私违法活动,两岸贸易规模将发生突飞猛进的发展;

我们也有理由相信,只要台湾当局承认一个中国原则,大陆会帮助台湾地区获得更大的国际政治、经济活动空间,特别是参与区域贸易一体化的空间和国际、地区间海关合作的空间和在世界贸易组织的活动空间,从而全面促进台湾地区经济贸易发展。

笔者衷心希望,台湾当局放弃“台独”幻想,以两岸人民特别是台湾地区人民福祉为重,同大陆携手,两岸共同努力,营造海峡两岸海关合作的法律基础,实现两岸海关的密切合作。

关于海峡两岸建立自由 贸易安排之思考

高永富^{* 1}

与以 WTO 为代表的多边体制发展迟缓的状况相比,区域性贸易安排正日益受到全世界的关注与青睐。尽管在理论上,就区域主义对多边主义而言是利是弊的争议仍未有定论,但在实践中,显然世界各国都已将区域贸易战略作为了自己贸易政策的中心。当前,全球的国家 and 地区,特别是西半球和亚太地区,都在致力于建立与扩大各自洲际范围内的区域性贸易安排,甚至将区域贸易协定的发展目标扩展到区域之外,一些跨区域和交叉性区域贸易协定正逐步增加。面对各国纷纷谈判并签署区域贸易协定的热潮,为增强我国在世界贸易中的竞争力,避免因众多区域贸易协定而被边缘化,我国有必要加入到这一浪潮中去。中国事实上也顺应了此区域主义的潮流。自加入 WTO 后,在重视多边贸易体制的同时,已将贸易政策的重心逐渐转向了区域,在亚太以及更远地区,逐步与多个国家和地区达成了或正寻求达成优惠性贸易安排。尤其是,中国内地与香港和澳门在 2003 年分别达成了《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》和《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》(以下合称“CEPA”),并于 2004 年 1 月 1 日正式生效实施。CEPA 的到来不仅引发了人们在经济上的憧憬

^{*} 上海外贸学院法学院教授,上海外贸学院 WTO 研究所所长。作者的两位研究生戴正清和刘琨为本文的完成作了许多基础性工作。

和在法律上的争议,也引起了众多学者和政治家们对建立包括台湾地区在内的两岸四地“大中华自由贸易圈”的构想。对于中国内地而言,与台湾地区达成相关的自由贸易安排,无论在经济上还是在政治上,都是一个上佳选择,大陆领导人也在很多场合表达了愿意与台湾地区实现“三通”并加深贸易往来的愿望。但是,当前致力于推行渐进式“台独”分裂政策的台湾当局似乎并未就此表现出合作的态度。因而,尽管在国际区域主义大为盛行的大趋势下,以及在两岸地理、经济和文化等有利因素的大力驱动下,海峡两岸建立类似 CEPA 的自由贸易安排本应为顺理成章的事,但由于政治上和法律上的分歧造成了诸多困难和不确定性。

一、区域性贸易协定(Regional Trade Agreements, RTAS)的发展与现状

RTAS 是当今多边贸易体系中的一个重要特征。作为 GATT/WTO 最惠国原则的最大例外^①,区域性安排与多边组织平行存在,其成员的重叠性已成为经济全球化渐次提高的一种现象。在 GATT 时期,缔约方向 GATT 秘书处通知成立的 RTAS 的总数达到一百多个,其中很多发生在从 20 世纪 70 年代开始的 GATT 时期。^② WTO 成立后,区域性安排非但没有减少,反倒有大幅增加的趋势。与过去几十年相比,RTAS 在过去的十年间正在以前所未有的速度增长。自 1995 年 1 月以来,向 WTO 通知的新 RTAS 达 195 个(其中生效的有 132 个),平均每年有 11 个,而在 GATT 时期的 45 年中每年的通知数量还不到 3 个。^③ 同时,多哈回合中多

① 赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 82 页。

② [英]伯纳德·霍克曼、迈克尔·考斯泰基:《世界贸易体制的政治经济学》,刘平、洪晓东、许明德等译,法律出版社 1999 年版,第 217 页。

③ 目前,向 GATT/WTO 通知的生效 RTAS 总数为 170 个,其中 132 个是 WTO 时期新通知的,另外 38 个是 GATT 时期所通知生效的 134 个 RTAS 中至今留存的。这在大多数情况下反映了协议本身的发展,因为它们被由相同的签署国签订的新协议所继承(往往达到更高程度的一体化),或者被合并入更广范围的协议中去。

边贸易谈判的进展缓慢也进一步加速了 RTAS 的快速发展。仅仅在 2004 年 1 月至 2005 年 2 月期间,向 WTO 通知的 RTAS 数量就达到 43 个,此已成为历史上 RTAS 诞生最多的一个时期。^①

除了数量上的持续增长外,当今 RTAS 在一体化程度上也不断深化。关税同盟和自由贸易协定(FTA)^②涵盖范围全面,特别是最近的协议通常都超出了 WTO 规则的框架,条款涉及投资、竞争、知识产权、环境和劳工等诸多领域。^③

在众多已达成的或尚处谈判阶段的 RTAS 中,扩张与合并已然成为最引人瞩目的总特征。一方面,以洲际为范围的自由贸易集团正在形成。在欧洲,以欧盟(EU)为代表^④;在美洲,以北美自由贸易区(NAFTA)^⑤和南方共同市场(MERCOSUR)为代表^⑥;在

① 参见 Jo-Ann Crawford & Roberto V. Fiorentino, *The Changing Landscape of Regional Trade Agreements*, www.wto.org.

② 通常而言,依 RTAS 的类型不同,其一体化的程度和范围也有差异;局部自由贸易协定(Partial scope agreement)一般仅约定有限产品范围内的优惠关税,而关税同盟和自由贸易协定则涵盖范围极其全面,还包含了广泛的贸易规则机制。

③ 值得注意的是,根据世界银行最近的研究,特别是发达国家和发展中国家签订的 RTAS 引入了这些条款,这可能反映了发达国家在这些问题上给予的关注。参见 *The World Bank's Annual Report-Global Economic Prospects 2005: Trade, Regionalism and Development 2005*, The World Bank, 2005.

④ 2004 年 5 月 1 日,10 个新成员国加入欧盟,这使得欧洲一体化市场扩大到了 28 个国家(包括 25 个欧盟成员国和 3 个欧洲自由贸易联盟(EFTA)成员国)。欧盟的扩大使得新加入成员国(塞浦路斯、捷克、爱沙尼亚、匈牙利、拉脱维亚、立陶宛、马耳他、波兰、斯洛伐克和斯洛文尼亚)之间以及它们与欧盟之间的原双边协议得以终止,同时也使得这些新加入成员国与第三国之间的协议被欧盟的对外协议所替代。因此,这次欧盟的扩大,共有 65 个已通知 RTAS 被废除,从而达到 RTAS 合并的效果。而且,在未来几年中,将有更多的国家被列于加入欧盟的候选名单中(2004 年 6 月,克罗地亚、保加利亚、罗马尼亚和土耳其已经列入候选名单中)。

⑤ NAFTA 是一个跨越北美洲的自由贸易区,其前身是《美国—加拿大自由贸易协定》。1992 年,墨西哥加入该协定,形成《北美自由贸易协定》,并于 1994 年 1 月 1 日生效。

⑥ MERCOSUR 成员国致力于建成一个关税同盟,玻利维亚、智利和秘鲁已成为 MERCOSUR 的准成员国,墨西哥也已提出其申请准成员资格的意愿。并且, MERCOSUR 已与安第斯条约组织(Andean Community)的三个成员国达成了框架协议,目标是在拉丁美洲地区建立自由贸易区。

亚洲,以东盟(ASEAN)为代表。^①另一方面,RTAS的发展还呈现出跨区域和交叉性之态势。尽管区域性安排本身具有“地区性”的特质,但是各国都在向更远的地区发展自己的RTAS伙伴,越来越多的RTAS正在跨区域间形成,例如欧盟正与海湾合作委员会(GCC)、南方共同市场进行自由贸易区谈判;美国则与新加坡、智利、约旦、澳大利亚和摩洛哥等国家先后达成了双边协议。此外,RTAS也不再仅是国家/地区与国家/地区之间达成的协定,而更多的情况是在RTAS与RTAS之间或者RTAS与另一个国家之间达成新的RTAS,交叉性RTAS的产生使得国际贸易关系正变得日益复杂。

同时,发展中国家正越来越成为RTAS的重要参与者。至2005年2月,在已通知的货物贸易RTAS中,由发达国家与发展中国家签订的占到29%,由发展中国家与发展中国家签订的占到21%。^②特别值得注意的是,由于发达国家—发展中国家间的RTAS不适用GATT的“授权条款”^③,因而这类RTAS必须建立在互相优惠的基础之上,不得采用类似于普惠制(GSP)的非互惠制度。这使得发展中国家不得不面临一个挑战,即必须经历从非互惠的优惠贸易向互惠基础上的自由贸易转变的过程。^④

从RTAS在全球范围内遍地开花的趋势可以看出,区域性安

① 位于亚洲的东南亚国家联盟(ASEAN)于1967年8月1日成立,当时仅有5个成员国,包括印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡和泰国。20世纪90年代以后,东盟加速区域一体化,相继吸收5个新成员,包括文莱、越南、缅甸、老挝和柬埔寨。近年来,东盟还与亚洲其他国家就建立区域性贸易安排展开合作。东盟已分别与中国和印度签署了相关区域性自由贸易框架协议,与日本以及韩国的自由贸易区谈判也正在计划与进行中。

② 参见Jo-Ann Crawford & Roberto V. Fiorentino: The Changing Landscape of Regional Trade Agreements, www.wto.org.

③ 1979年的《关于给予发展中国家差别和更优惠待遇的决定》(即“授权条款”)仅适用于发展中国家之间达成的RTAS,允许发展中国家建立不符合GATT第24条条件的自由贸易区。发达国家—发展中国家间的RTAS不具有适用授权条款的条件,因而须完全符合GATT第24条的规定。

④ 目前,欧盟和非洲、加勒比海与太平洋组织(ACP)正在谈判中的经济伙伴协议(EPAs),即将取代既存的非互惠性科托努协议(Cotonou Agreement)。

排已成为当今世界各国贸易政策的中心。对一些国家而言,RTAS 处于和多边贸易目标相同的地位;然而,对许多其他国家而言,RTAS 已经成为它们的首选。顺应此历史潮流,中国也正在规划着自己的区域性自由贸易战略。

二、中国对于 RTAS 的基本立场和态度

中国的贸易政策,从“多边战略”到“区域战略”,经历了一个转变过程。自从 20 世纪 60 年代共产主义阵营破裂以来,中国无论在政治上还是在外交事务上,都奉行不结盟政策。在不结盟政策指导下,中国在过去几十年里重视“全球贸易战略”,而忽视“区域贸易战略”。

这一理念的转变发生在 20 世纪 90 年代初,1991 年中国加入亚太经济合作组织(APEC)并开始参与其经济事务,90 年代中期,则开始参与亚欧会议事务。然而,直至加入 WTO 后,中国才开始真正意识到区域贸易一体化的重要性,参与区域贸易安排的步伐也显著加快。2001 年中国正式加入曼谷协定,这是中国加入的第一个具有实质性优惠贸易安排的区域贸易组织。^① 2001 年上海合作组织(SCC)成立,达成了《关于区域经济合作的基本目标和方向及启动贸易和投资便利化进程的备忘录》。^② 2002 年,中国与东盟签署《东盟—中国经济合作框架协议》,拟到 2010 年逐步建成中国—东盟自由贸易区,相关的“早期收获计划”当前已在实行中。2003 年,中国与东盟、韩国和日本签署《关于推进成立东亚自由贸

① 1975 年签订的曼谷协定是在联合国亚太经社理事会的主持下,在发展中国家之间达成的优惠贸易安排,宗旨是通过相互降低部分产品的关税,增加成员国之间的贸易交往,实现共同发展和繁荣。目前成员国包括印度、尼泊尔、不丹、孟加拉国、斯里兰卡和中国。

② 上海合作组织成立时旨在加强成员国之间的相互信任和睦邻友好,以及维护地区和平、安全和稳定,属于政治性的区域组织,但目前经贸合作方面发展步伐加快。2003 年上海合作组织政府首脑(总理)会议达成《上海合作组织成员国多边经贸合作纲要》,就鼓励成员国间经贸合作,发展互利经济联系,制定了短期、中期和长期的基本目标和任务,到 2020 年前,上海合作组织成员国将逐步实现货物、资本、服务和技术的自由流动。

易区联合宣言》,就计划建立东亚自由贸易区达成共识。2005年4月5日,中国与巴基斯坦两国政府签署了《关于自由贸易协定早期收获计划的协议》。据悉,中国目前已先后启动了与南部非洲关税同盟(South Africa)、海湾合作委员会、智利、新西兰以及澳大利亚的自由贸易区谈判。此外,中国与南方共同市场、印度、泰国、冰岛的自由贸易区谈判也正在准备与计划中。^①

在积极地与其他国家达成区域性贸易安排的同时,由于历史原因,中国就一国之内“两岸四地”的状况,也正在努力构建中国国内的区域性贸易安排——即“大中华自由贸易区”。中国内地与香港、澳门分别达成的CEPA已于2004年1月1日生效,CEPA的生效正是构建“大中华自由贸易区”的一个良好开端。

三、构建“大中华自由贸易区”的设想

(一) 构建“大中华自由贸易区”的可行性

“大中华自由贸易区”(暂定名)即指中国大陆、中国香港、中国澳门和中国台北,两岸四地间的区域性自由贸易区。随着香港、澳门^②的回归,以及中国内地、中国台北^③的相继入世,中国在WTO中便拥有了四个席位,出现了“一国四席”的特殊局面。^④一方面,大陆和台湾能公平地参与到世界贸易的竞争中去;另一方面,大陆、港、澳、台四个经济体都承担着对世贸组织其他成员给予最惠国待遇

① 参见《中国与周边自贸区建设步伐加快 开拓双边贸易新天地》<http://www.hebei.com.cn/node2/node13/node1059/userobject1ai325049.html> 2005年6月4日访问。

② 本文中,“香港”、“澳门”和“中国香港”、“中国澳门”含义相同,均指单独关税区。

③ “中国台北(Chinese Taipei)”即“台湾、澎湖、金门、马祖单独关税区”的简称,台湾地区就是以此单独关税区的名义加入WTO的。凡本文中出现的“台湾”、“台湾地区”、“中国台北”均具有此相同含义。

④ 2001年12月11日和2002年1月1日,中国和中国台北先后成为WTO的正式成员,连同于1995年1月1日分别成为WTO创始成员的中国香港和中国澳门,在WTO体制中出现了前所未有的“一国四席”局面。参见曾华群:《略论WTO体制的“一国四席”》,载《厦门大学学报》(哲社版)2002年第5期。在这四个WTO成员中,仅中国是以“国家”身份入世的,其他三个成员在WTO中都仅是“单独关税区”,而不具有“国家”身份。参见傅岷成:《从南中国的区域经济一体化走向大中华经济圈》,载王贵国主编:《区域安排法律问题研究》,北京大学出版社2004年版,第118页。

的义务。因此根据现有的世贸组织规则,四地相互间不能给予特殊的优惠待遇。而台湾方面对于来自于大陆的贸易和投资一直采取“间接”、“单向”、“民间”、“限制进入”的政策,显然是违反世贸组织的最惠国待遇的精神的。事实上,中国(内地)、香港、澳门和台湾所具有的双重身份,使得四者一方面均是 WTO 的正式成员,而另一方面又都是一国国内的关税区。由于同属一个主权国家,两岸四地相互之间的 WTO 成员关系应不同于其他一般的 WTO 成员关系,即前者应能相互给予对方完全的国民待遇,而对其他 WTO 成员则尚不可能给予同等待遇。为避免其他 WTO 成员引以为例,要求根据最惠国待遇原则享有同等待遇,唯有利用 WTO 的例外规定,在两岸四地之间建成区域性贸易安排,从而达到在两岸四地之内施行更优惠贸易政策的目的。^①

除了国际法规则层面上的必要性外,由于地理上的毗邻、经济上的互补和文化上的同根,经济整合同时也顺应了两岸间经贸合作和文化交流的内在需求。此外,在政治上也能更加明确两岸四地在 WTO 体制中的法律地位,防止“台独”分裂主义将台湾地区“入世”政治化,从而可以有助于中国在“一国两制”制度下早日实现祖国统一。

在 GATT 第 24 条中,关于区域性贸易安排规定了两种类型,即关税同盟和自由贸易区。^②考虑到中国实行“一国两制”,两岸

① 在学者界,就如何避免其他 WTO 成员提出最惠国待遇要求,提出了两个解决途径:一是修改 WTO 规则,规定“一国多席”情况下适用非歧视原则的例外;二是根据 GATT 第 24 条建立两岸四地自由贸易区。鉴于修改 WTO 规则尚需时日,而两岸四地之间建立经贸合作体制已刻不容缓,因此第二种途径已成为两岸四地之间建立经贸合作体制的现实选择。参见曾华群:《CEPA 两岸四地经合模式之展望》,载王贵国主编:《区域安排法律问题研究》,北京大学出版社 2004 年版,第 110 页。

② 与关税同盟相比,FTA 的优势在于它们可以更快达成,而且仅需要成员间较低的政策协调程度(由于 FTA 中的各成员方可以保留各自对第三方的贸易政策)。而另一方面,关税同盟需要建立共同对外关税,并需要协调对外贸易政策,这就意味着各成员将失去更多的贸易政策自主权,也意味着将经历一段更长、更复杂的谈判和履行期。目前,最普遍的 RTAS 类型是 FTA,占到所有生效 RTAS 的 84%。参见 Jo-Ann Crawford & Roberto V. Fiorentino, The Changing Landscape of Regional Trade Agreements, www. wto. org.

四地之间政治、经济和法律制度的不同以及经济发展的不平衡,选择自由贸易区模式更适合中国国情。^①

根据世贸组织的规则,要使两岸经济关系问题进入世界贸易组织,有三条可能的途径:一是作为多边贸易谈判的一般议题提出来。对特定的区域经济体特别进行规定,存在着印度和巴基斯坦的先例。但是,一方面,固然我国并不愿意把与台湾方面的关系提升到国际层面解决;另一方面,即使要如此解决,也首先需要在两岸达成共识。二是通过争端解决机制进入世界贸易组织程序,但世界贸易组织争端解决机制是针对具体产品、具体行业或某一具体法律,需要争议方认可的具体损害证据,在进入争端解决机制之前,必须先有双方协商,等等,实际上也需要双方先坐下来谈。第三个可能的途径是,任何第三成员方,如果认为两岸之间的贸易安排对它的贸易利益产生严重影响,它可能会提出磋商要求,但首先要分清对第三方造成影响的是祖国大陆方还是台湾方,再分别磋商。但这时候,问题的关键在于对第三方造成的影响,而不是台湾对大陆的不公平贸易做法,因而也不能解决两岸的问题。两岸间的经济争端产生的根源是政治问题,这远远超过了世界贸易组织规范的范围。而且,我国认为与台湾地区之间的问题属于一个国家的内部事务,不应上升到国际层面解决。两岸要建立“自由贸易区”,首先必须通过双方协商实现经贸关系的正常化。

两岸四地同为 WTO 成员方的局面,一方面因最惠国待遇限制了大陆港澳三地进一步经济一体化的步伐,并不能提供实质地解决台湾对大陆实施不公平的贸易做法这一问题的新途径;另一方面,为四地的经贸关系进一步紧密化提供世贸组织这一新的平台,使得港、澳、台三地以独立关税区与祖国大陆实现更紧密经贸合作的设想成为可能。四地可以通过在 WTO 框架内寻求对最惠国待遇的例外,加强经贸关系,进一步实现贸易一体化。

^① 参见朱兆敏:《论“入世”后中国各单独关税区间建立紧密经贸合作关系的法律基础和框架》,载《国际经济法论丛》(第7卷),法律出版社2003年版,第26—28页。

基于以上考虑,本文赞同在中国内地、中国香港、中国澳门和中国台北之间建立“大中华自由贸易区”。^①

2004 年 1 月 1 日,内地与香港、澳门达成的 CEPA 生效,这是构建整个大中华自由贸易区的第一步有益实践。从 CEPA 的性质来看,原则上应当属于 GATT 第 24 条所规定的“旨在建成自由贸易区的临时协定”。^②最终能否建成大中华自由贸易区,关键在于两岸四地签署 CEPA 的可行性,而这在很大程度上取决于内地与台湾的关系。

(二) 两岸经贸关系的现状与特点

1. 两岸经贸发展迅速 据中国商务部统计,1979 年两岸贸易总额为 0.76 亿美元,2001 年增加到 323 亿美元,增长了 425 倍,发展速度迅猛。根据国家商务部的统计,2004 年两岸贸易总额为 783.2 亿美元,较上年同期增加 34.2%,台湾成了大陆第七大贸易伙伴。两岸如此紧密的经济联系是在很大的政治障碍下实现的,换句话说,如无此政治障碍,两岸的经贸关系将发展到更高的层次。两岸这种功能性的经贸关系是绕过政治障碍“自然”形成的,一旦政治壁垒拆除,两岸经贸的发展将会更为迅速、更加紧密。

2. 两岸经贸互补性较强。受两岸经济发展水平的影响,两岸经济结构、产业结构及生产技术水平存在着一定差别。继 20 世纪 80 年代台湾产业结构顺利实现由劳动密集型向资金及技术密集型转型后,90 年代中期台湾又基本完成向高科技产业的转型,形

① 有国内学者认为大陆与港、澳、台达成的区域性安排,不宜称为“自由贸易区”,以避免在政治上引起误解。在大陆与香港签订双边法律文件时就有意采用了“安排”(arrangement)一词。若大陆与台湾签订双边法律文件,有学者建议使用富于政治含义的“南中国经济兄弟区”。笔者以为,法律文件的名称并不能决定其性质,事实上 WTO 规则也并没有规定自由贸易区只能在主权国家之间建立。为简明起见,本文所指的两岸四地间的区域性贸易安排即为 WTO 所定义的自由贸易协定(FTA)。

② 需要指出的是,实践中的 CEPA 是否符合 GATT 第 24 条和 GATS 第 6 条关于“临时协定”的要求,尚无定论。尽管有大量 RTAS 被提交 GATT 工作组审议,但是由于 GATT 和 GATS 条款规则本身的漏洞以及效力的缺乏,事实上只有极少的 RTAS 获得批准。参见赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 87—88 页。

成了以服务业和高科技产业为主导的经济结构,进而进入了新经济发展时期。台湾产业结构的调整是在台资大规模地向海外转移,尤其是向大陆转移的过程中实现的。台湾地区传统产业及部分高科技产业移至大陆生产,使两岸逐渐形成垂直分工与水平分工并存的产业分工合作格局。在两岸产业分工与合作中,台湾地区基本处于大部分产业链的中上游环节,其比较优势侧重于产品与技术研发、中高端产品制造及上游原料与零组件生产。而由于大陆承接了台湾地区及其他发达国家和地区转移来的传统产业、高科技产业中的低端生产环节,在国际分工体系中,大陆已成为劳动密集型产品的重要生产基地。正是两岸产业分工与合作格局的形成与发展,带动了两岸贸易强劲增长,也加强了两岸经贸的互补性。

3. 海峡两岸贸易不平衡,台湾地区对大陆贸易持续顺差。1989年以前由于台湾当局禁止输入大陆商品,所以两岸贸易表现为单向贸易;1989年以后,台湾当局开放大陆商品间接入台,但是在两岸贸易中奉行“宽出严进”的政策,使得大陆对台出口受限。除个别年份外,其余年份都表现为对台贸易的逆差。据中国商务部统计,2001年大陆向台湾出口50亿美元,台湾向大陆出口273亿美元,台湾对大陆贸易顺差达223亿美元,占两岸当年贸易总额的82%。大陆是台湾第二大出口市场和最大的贸易顺差来源地。据台湾“经济部”的“两岸贸易情势分析”报告显示,台湾对大陆贸易总额2004年估计为505亿美元,较上年同期增长36.6%,占同期对外贸易总额18%。而对大陆出口金额为371.97亿美元,较上年同期增长31%;台湾自大陆输入金额为133.4亿美元,较上年同期增长逾54%,占进口总额9.7%;贸易顺差238亿多美元,较上年同期增长20%。^①

4. 两岸贸易依存度越来越大。1988年,大陆对台湾的贸易依存度为2.65%,2001年上升至6.0%,而同期台湾对大陆贸易的

^① <http://www.china-taiwan-hotline.com/news/050101.htm>, 2005年7月18日访问。但此数据中,有些与国家商务部发布的资料有差别。

依存度则由 2.74% 上升至 11.3%。从单项指标看,大陆对台湾的进口依存度大,由同期的 4.16% 上升至 12%;而台湾对大陆的出口依存度大些,由 3.7% 上升至 19.3%。截至 2002 年 9 月份,台湾从大陆输入额占进口总额 6.8%,较上年同期增长 1.5 个百分点;台湾对大陆输出额占出口总额 24.7%,较上年同期增长 5.6 个百分点,两岸之间相互依赖程度有增无减。

5. 大陆经济稳定增长,大陆台资企业快速发展。21 世纪以来,尤其是“9.11”恐怖袭击事件爆发、美国网络经济泡沫破灭、世界经济增长逐渐放缓等,使 2001 年世界经济增长率仅为 1.5%,远低于 2000 年 4.7% 的水平。我国受扩大内需的推动,增长率为 7.3%,经济增长稳定。2004 年,大陆 GDP 达 136515 亿元,增长率为 9.5%。^① 加入 WTO 后,逐步取消贸易壁垒,国际市场对两岸产品,特别是大陆产品的限制减少,2004 年,大陆进出口总额达到 11548 亿美元,在世界贸易中排名上升到第三位。同时,大陆台资企业不断发展,带动台资企业出口贸易的扩张,促进台资企业的发展。

6. 台商对两岸经贸促进作用加强,大陆无疑是台商最好的投资场所。台商在大陆投资已经给台湾企业带来重大利益,如台湾电缆业华新企业的大陆子公司的营业利润为 22.9 亿元,比台湾母公司利润 2.5 亿元的 8 倍还多;台湾远东纺织企业每年亏损,而其上海公司却盈利超过 8 亿元。最近,以电子资讯为代表的技术密集型产业成为台商投资的主流。如台湾电子资讯厂商巨头中芯国际、宏力半导体等加速向上海、苏州、南京、宁波、杭州一带转移,使得长江三角洲逐渐成为以 IT 行业为主的世界高新技术产业制造中心。2004 年,就产业而言,电子、水泥、塑化、钢铁等行业增长最为明显,投资大陆收益金额排名中,前五位全部为台湾电子股,分别为鸿海、建兴电、华映、广达和华胜。而台湾岛内的神达、仁宝等

^① <http://www.qh168.com.cn/local/yyb/shyyb/news/2005022105.htm>, 2005 年 7 月 21 日访问。

知名科技企业纷纷在祖国大陆筹设研发中心、IC 设计中心及软件开发基地,台商极大地促进了两岸经贸关系的发展。

(三) CEPA 对进一步发展两岸经贸关系的几点启示

一是两岸经贸合作由民间自发、市场推动的合作,走向官方的制度性合作是一种必然的趋势,内地和港澳 CEPA 的签署证明了这种趋势。CEPA 签署以前,两岸四地的运作方式是非政府的、由民间推动的、以企业为主角的、根据比较优势进行产业配置的方式,CEPA 签署以后,原来的那套运作方式不完全适用了,政府在整个运作中间开始起着重要的作用。港、澳和台湾都是 WTO 成员,在 WTO 的规范下都可以和内地签署自由贸易协议。香港由商界首先向特区政府和中央政府提出建立自由贸易区的方法,台湾是可以仿效的。

二是祖国大陆应主动提出和台湾签署 CEPA,即使台湾当局不正面响应,我们也赢得了民心。事实上,大陆不仅提出此一主张,而且已采取了一些单方面的实际行动,如台湾水果免关税进入大陆,已受到岛内民众好评。因为与台湾签署 CEPA,受益最大的是已来大陆投资和计划来大陆投资的台商,而且能在一定程度上缓解台湾的经济困境,解决失业的问题,阻止台湾经济的边缘化。因此即便我们主动提出后,不会有什么实质性进展,仅仅作为一个概念存在,但这也是一个战略概念,是一个信号、一种姿态。因为对于台湾问题我们不能看得太近,而要看得长远。所谓长远就是在政治上坚持一个中国的原则,在经济上实施一体化策略,在一个中国的前提下,什么问题都可以谈。在“入世”这个问题上,台湾已经作为一个单独关税区加入了 WTO,从 WTO 规则上看,两个单独关税区之间签署协议是没有什么问题的。

三是即使两岸三通问题没有解决,祖国大陆也能以更灵活的方式与台湾谈 CEPA。也许有人说,在三通没有解决的情况下,如何谈 CEPA?实际上,CEPA 的前提一定是三通,但 CEPA 的内容和范围比三通更多,含金量更大。虽然三通在一定层面上影响了两岸的经济,但毕竟还可以绕路三通,而 CEPA 对台商的吸引力更

大。因此,如果受目前条件的限制,困难和障碍太多,不能一步到位与台湾签署 CEPA,则可借鉴内地与港澳谈判 CEPA 的做法,采用先易后难、循序渐进的步骤开展次区域合作,先考虑与台湾开展次区域经济合作,即不一定要整个中国大陆同台湾签署 CEPA,而是先进行次区域合作,或次次区域合作。具体说,就是由中国大陆的福建省或广东省以一个经贸合作的主体同台湾建立经济合作体,台湾方面可以由金门、澎湖等地区出面同大陆临近的城市和地区,如厦门、泉州等建立经济合作体,签署类似 CEPA 的东西。在次区域经济合作中,先把一些在整体上实现起来比较困难但在次区域条件下却很可行的问题解决了,进而再解决较大的问题,是比较符合目前两岸的现实情况的。或者也可采取香港先和台湾签署自由贸易协议的做法。虽然最近几年港台之间的贸易额增长有所放缓,但台湾到大陆的投资依然相当依赖香港的,特别是金融、中转贸易各方面的服务。香港贸易发展局曾经作过一个调查,就是八成以上到大陆投资的台商都在使用香港的金融、会计、法律等方面的服务。在香港和台湾之间签署这样一个区域贸易协议之后,再逐步将之扩大到加入内地如南中国部分的省区,或者扩大到内地全部省区。在目前情况下,通过这种循序渐进的方法进行次区域合作的可行性也是比较高的。事实上,参照北美自由贸易区,也是这样一步步发展起来的,先是美国与加拿大,之后是美国与墨西哥,再扩大到全北美洲。但上述次区域合作只是为两岸签署 CEPA 提供一个试验点,其最终目标还是在于两岸四地的整体合作。

(四) 台湾和大陆对构建“大中华自由贸易区”的不同态度

从中国内地方面而言,大陆一贯奉行“一国两制”方针,积极拓展与台湾的经贸往来,致力于实现两岸“三通”。在政治上,大陆始终坚持“一个国家”原则。在 2001 年 11 月 12 日台湾以台、澎、金、马独立关税区名义获准加入 WTO 之后,国台办与原外经贸部立刻发表了“两岸先后加入世贸组织之后,两岸经贸关系仍属于中国主体与其单独关税区之间的经贸关系,两岸经贸只有在

一个中国框架内才能得到发展”的谈话。另一方面,在经贸和文化交流上,大陆积极推行实现两岸“三通”政策。^①早在1979年,大陆方面就明确提出随时准备和台湾就两岸“通邮、通航、通商”问题进行协商,并将为两岸“三通”提供一切方便。之后,大陆方面采取了具体措施,通过间接的方式开展与台湾的电报、电话与平信业务。并且,先后颁布了《关于鼓励台湾同胞投资的规定》、《关于对台湾地区小额贸易的管理办法》和《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》等法律法规,来鼓励两岸间的通商。在航运方面,海峡两岸已逐步通过香港、澳门等第三地开通了间接货运和客运业务。2005年,大陆开始推行“春节包机”政策,并积极鼓励两岸客运包机“节日化”、“常态化”,其意图就是希望早日实现两岸直接“通航”。

在中国和台湾地区相继加入WTO之后,大陆欲与台湾建立区域性自由贸易安排的愿望日益强烈。大陆曾在与香港、澳门签署CEPA后,向台湾提出建立CEPA的愿望,却被台湾当局拒绝。^②2005年,台湾国、亲两党主席连、宋访问大陆时,中共总书记胡锦涛在与他们的会谈公报中也都分别提到,在两岸恢复协商后,将就建立两岸共同市场/两岸共同贸易区等长期、稳定的相关机制问题进行磋商和讨论。^③

以上足见,大陆欲与台湾地区增进经贸往来,达成类似CEPA的区域性贸易安排的强烈愿望,而与此相反的却是台湾当局的态度和立场。

① 1995年,江泽民主席发表《为促进祖国统一大业的完成而继续奋斗》的重要讲话并指出,“早日实现两岸直接‘三通’,不仅是广大台胞、特别是台湾工商业者的强烈呼声,而且成为台湾未来经济发展的实际需要”,“两岸直接通邮、通航、通商,是两岸经济发展和各方面交往的客观需要,也是两岸同胞利益之所在,完全应当采取实际步骤加速实现直接‘三通’”。

② 参见朱磊:《怎样“经济合作”对台湾最有利》,http://business.sohu.com/20050503/n225431204.shtml 2005年6月14日访问。

③ 详见《中国共产党总书记胡锦涛与国民党主席连战会议公报》和《中国共产党总书记胡锦涛与亲民党主席宋楚瑜会议公报》,均据新华社北京2005年4月29日和2005年5月12日电。

现台湾当局对内一向热衷于搞“台独”,对外则利用“经援外交”扩展其“国际生存空间”^①,并且不惜牺牲岛内的经济利益。台湾当局早在 1979 年对于大陆提出的实现“三通”报以“不妥协、不接触、不谈判”的回应,之后台湾当局始终坚持“三不政策”,致使全面、直接和双向的“三通”迟迟无法实现。

在规划其区域性贸易安排方面,早在 1986 年,台湾就提出与美国签约,后又推动与中美洲国家和马其顿签约,均未成功。加入 WTO 后,台湾当局重点锁定美国、日本、新加坡和新西兰等国。但由于美台之间政治贸易关系复杂^②,日本、新加坡和新西兰对与台湾签署自由贸易协定都持谨慎态度,致使该计划受阻。此后台湾将工作重心转移至与其有“邦交”的中美洲国家,先申请成为“中美洲统合体”的“域外会员”,之后又与受其“经援外交”影响较大的中美洲国家巴拿马开启 FTA 谈判,终于在 2003 年与巴拿马签署了台湾目前唯一的一个自由贸易协定。^③事实上,台湾与巴拿马之间贸易量占不到台湾外贸总额的千分之一,巴拿马的关税优惠对台商而言受益甚微,应当说台巴签署自由贸易协定的政治意

① 台湾地区目前共有 27 个“邦交国”,大部分分布在经济、社会发展相对落后的地区,其中拉美 14 国、非洲 8 国、大洋洲 4 国、欧洲 1 国。

② 陈水扁当局经建会主委胡胜正 2004 年曾指出,目前与他国签订双边贸易协议的最关键的国家是美国。如果美国能和台湾签订双边贸易协议,必能快速扩展至其他国家。然而,美国也了解台湾的需求,因此在谈判时,台湾的代表必须忍受美国提出的苛刻条件,甚至要忍受以高价购买美国物品的痛苦,但若是台美贸易协议签署之后,台湾对外贸易就能摆脱中国大陆的威胁,未来将有更多的国家敢和台湾签订双边贸易协议(参见林良哲:载《台湾地区》自由时报,2004 年 6 月 27 日)。然而,事实上,美国对于台湾当局的热切期望并未作出相应回应,它在亚洲地区选择了新加坡、印度,而对于台湾则至今未表示出结盟意愿。

③ 按照该协定,就整体而言台湾对巴拿马 71% 的产品立即免税,而巴拿马对台湾只同意 48.49% 的产品实行零关税。在农业方面,台湾向巴方开放 670 项农产品,其中约 44% (包括被列入敏感项目的牛肉在内)立即降税。在工业方面,台湾对巴方 77% 的工业品降至零关税,巴方则对台湾 50% 的工业品免税。从这些数字可以看出,双方是极不对等的。参见刘文宗:《台当局加紧“外交”活动意欲为何》,http://www.china.org.cn/chinese/TCC/haixia/422337.htm 2005 年 6 月 14 日访问。

义远远大于经济意义。^①

事实上,台湾的主要贸易伙伴在亚洲,尤其是在中国大陆。^②台湾当局放弃与其主要贸易伙伴建立 FTA,反而舍近求远、舍本逐末向美国和中美洲国家发出要约。这是由于台湾当局一直坚持“台独”分裂主义,在国际交往上“拼经济”为虚,“拼政治”为实,拒绝与中国大陆建立 FTA。另一方面,其他国家(尤其在亚洲)因迫于中国政府对“台独”的“打压”不愿与台湾签约,这使得台湾很难在亚洲太平洋地区与其主要贸易伙伴展开 FTA 谈判。

(五) 必须克服的几个困难问题

海峡两岸欲达成 FTA,最主要的困难无非在于台湾当局对大陆的态度,此外,在法律层面上亦存在技术上的难题,在今后具体操作中亟待澄清与解决。

1. 海峡两岸达成的 FTA 的性质为何,是不是“国际条约”?这一问题在签署 CEPA 时就已经引起国内法学界的激烈争论,如今面对内地与台湾间的 FTA,这一问题就更凸显其敏感性。关于 CEPA 的性质,国内目前的普遍观点认为 CEPA 不是严格意义上的国际条约,其实质是一国国内的特殊法律安排^③,也有学者称之为一个主权国家内统辖不同单独关税领土的政府间的区际协议^④,但是另一方面,CEPA 同时也具有国际法上的约束力,因为各缔约方均是 WTO 成员,CEPA 也受到 GATT 第 24 条和 GATS 第 5 条的约束。

台湾与港、澳相比,其与大陆的关系更加微妙,因而澄清此点

^① 参见朱磊:《怎样“经济合作”对台湾最有利》,http://business.sohu.com/20050503/n225431204.shtml 2005年6月14日访问。目前,台湾当局与中美洲的危地马拉和尼加拉瓜的区域贸易谈判也正处于提议阶段。参见 Jo-Ann Crawford & Roberto V. Fiorentino: The Changing Landscape of Regional Trade Agreements, www.wto.org.

^② 有关数据详见下文。

^③ 参见曾华群:《CEPA:两岸四地经合模式之展望》,载王贵国主编:《区域安排法律问题研究》,北京大学出版社2004年版,第108页。

^④ 参见韦经建、王小林:《论 CEPA 的性质、效力及其争议解决模式》,载《当代法学》2004年第5期。

更具有政治上的重要意义。事实上,港、澳、台作为单独关税区,并不是完全的国际法主体,其本身不具有缔结以主权国家为主体的国际条约的能力。^① 香港特别行政区与其他国家在经济、文化领域缔结条约的能力与资格事实上是来源于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》,即《基本法》授权香港可以在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以“中国香港”的名义,与国际社会发展官方关系,并签订有关协议。^② 澳门亦同。然而台湾的情况与港、澳不同,目前在中国政府与台湾地区之间尚没有《基本法》或类似的法律规范,因而台湾地区与其他国家签订的官方条约在未得到中国政府事先授权或事后承认的情况下应认定为无效。^③ 因此,一国之内的大陆与台湾地区若缔结 FTA,无论如何不应被认为是一般(或通常)意义上的国际条约,至多是带有一定条约色彩的区域协议,其实质是一国国内的区际协议。

2. 两岸间的 FTA 应如何处理好两者的经贸争端解决?入世后,国内学者普遍对台湾将借助 WTO 争端解决机制将经贸问题“政治化”表示忧虑。事实上,自入世以来,中国台北便急于寻求经贸争端,以图利用 WTO 争端解决机制,建立起两岸在政治上的对等地位。^④

事实上,同样的问题在内地与港澳的经贸关系中也有出现。

① 原则上,只有主权国家有完全的缔约权。部分的国际法主体,如联邦国的成员国、附属国、交战团体、国际组织,只是在国际习惯法、条约法、国家宪法、国际组织的组织条约赋予缔约权的范围内,有缔约能力。这些部分国际法主体越权缔结的条约是无效的。参见李浩培:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 201 页。

② 参见马进保:《论“一国两制”下香港的法律地位》,载《政法学刊》1996 年第 3 期。

③ 特别需要指出的是,关于台湾加入 WTO 的资格,也是基于中国政府正式授权声明的基础之上。考虑到台湾地区的特殊情况,中国政府曾正式表示,在我国恢复成为 GATT 缔约方后,台湾亦可以单独关税区加入 GATT 作为缔约方。参见赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 43 页。

④ 例如,中国台北 2002 年 11 月 15 日在 WTO《保障措施协议》第 12.3 条下提出了就钢铁保障措施税寻求与祖国大陆进行 WTO 会谈的要求。一位贸易官员还表示,若中国内地继续拒绝其提出的磋商要求,则不排除将通过其他 WTO 机制来解决争议的可能性。参见 <http://www.gdwt.org.cn/index.html> 广东省 WTO 事务咨询服务中心。

国内学者提出,对于经贸关系中不受WTO规则调整的方面,产生的贸易争端属于国内管辖事项,当然不是WTO争端解决机制的管辖范围;对于经贸关系中受WTO调整的方面,同为WTO成员的内地、香港和澳门当然可以诉诸WTO争端解决机构解决,但因此类争端同时也属于特殊的国内经贸争端,宜通过国内解决方式,更多地采用协商、谈判和磋商等双边解决方式。^①为避免内地与香港或澳门的争端诉诸WTO,在CEPA的条款中,规定了“联合指导委员会”,由其扮演协商解决争议的“政治角色”。很显然,按照CEPA的争议解决的模式,双方如在CEPA的解释或执行中发生争议,应当在联合指导委员会的体制内通过双边协商一致的方式解决,除此之外再无其他机制,故可称其为双边协商机制。有学者认为,CEPA仅设立双边协商机制的政治模式而没有争议解决的法律模式,是“争议解决制度的缺位”,是CEPA立法上的失误。^②

笔者亦认为,CEPA中“双边协商机制”是典型的政治解决方式,因其过于原则性和缺乏约束力并不适合于海峡两岸的FTA。正如有学者提出的,除非两岸之间成立一个内部的争端解决机制,譬如一个“两岸经贸纠纷仲裁委员会”,甚至一个“大中华经贸纠纷仲裁委员会”,否则很难摆脱被一方(原则上应该是“中国台北”这一方)送入WTO的争端解决机制去请求解释的局面。^③考虑到“仲裁委员会”的名词会引起政治上的误会^④,笔者以为仍然可以

① 参见曾华群:《略论WTO体制的“一国四席”》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2002年第5期。

② 在2003年10月于兰州召开的国际经济法学会的学术研讨会上,一些学者在分组讨论和大会发言中均指出CEPA存在的主要问题就是“争议解决制度缺位”,并认为这是CEPA制度设计中的“失误”。参见韦经建、王小林:《论CEPA的性质、效力及其争议解决模式》,载《当代法学》2004年第5期。

③ 参见傅岷成:《从南中国的区域经济一体化走向大中华经济圈》,载王贵国主编:《区域安排法律问题研究》,北京大学出版社2004年版,第122页。

④ 若中央政府放弃其作为主权国家代表之管辖优越地位,与地方政府以平等的身份参与本应由平等的国际法主体参加的解决争议的法律程序,这种做法在政治上既不符合“一国两制”的基本国策,在国际法上也有偏离“一国是两制的前提”的主权原则之嫌。

沿用“联合指导委员会”或创设“两岸经贸争端解决委员会”,但在规则中可借鉴“仲裁委员会”模式,在发生争议时由联合指导委员会或两岸经贸争端解决委员会设立工作组,并应具体规定工作组设立的程序、成员的资格、适用的法律、解决争议的程序、作出决定的效力。唯有如此,联合指导委员会或两岸经贸争端解决委员会对于争端解决才能起到一定约束作用。从更开放的观点来看,两岸经贸纠纷也并不排斥最终 WTO 争端解决机制的适用。有人担心,适用 WTO 争端解决机制解决两岸经贸争端,会造成台湾政治上“国家化”的假象。我认为,这种担心是没有必要的,也是不能成立的。即使将来或在两岸 FTA 协议中规定可适用 WTO 争端解决机制,也是 WTO 两个不同独立关税区成员间的经贸纠纷,而不必然是 WTO 两个不同主权国家之间的经贸纠纷。事实上,我们也已建议国家商务部,在两岸发生经贸争端时,当台湾诉诸 WTO 争端解决机构时,我们应该不排斥适用 WTO 规则解决两岸的经贸争端。

3. 两岸建立 FTA 在国内法上的最大障碍莫过于台湾针对大陆所制定的两岸经贸政策。台湾当局根据《国家统一纲领》和《两岸人民关系条例》对大陆制定歧视性政策法规,包括《台湾地区与大陆地区贸易许可办法》、《项目核准大陆物品之输入条件》、《大陆地区电影片录像节目及广播电视节目之管理》、《贸易法实施细则》、《在大陆地区从事投资或技术合作许可办法》、《大陆地区产业技术引进许可办法》、《保税区厂商得经由境外航运中心输入或进储大陆物品之规定》、《大陆地区出版品录像节目进入台湾地区许可数额》、《贸易法》等。这些法律规定在两岸的资金互流、贸易往来、人员出入以及纠纷处理等方面都存在限制性规定,这显然与 WTO 体制中最惠国待遇原则相悖。^①

入世后的台湾亟待废除与修改这些歧视性法律法规,若要与

^① 按照 WTO 的非歧视原则和最惠国待遇原则,台湾适用于其他 WTO 成员的贸易投资待遇应同样适用于祖国大陆。

大陆建立 FTA ,有关贸易与投资方面的法律规定不但需废除歧视 ,更需进一步开放。然而 ,修改法律的进度显然在很大程度上取决于台湾当局对大陆的基本立场 ,若能放弃“台独”、推进直接“三通” ,则修改这些法律法规乃水到渠成之必然。

事实上 ,台湾当局面对两岸交流的日益密切、两岸经贸依存度的逐步提升 ,已不得不开始修改那些不合时宜的法律法规。2003 年 10 月 9 日 ,台湾“立法院”终于三读通过备受关注的《两岸人民关系条例》修正案 ,在“两岸谈判机制”、“两岸人员往来”、“允许人民币入台”、“两岸直航”等方面作出了较大放开。^① 尽管这次修正后的条例仍然保留了诸多限制性规定 ,离满足 WTO 的最惠国待遇要求还有一定距离 ,但毕竟这是该条例制定 11 年来的第一次最大幅度的修正 ,相信随着两岸经贸关系的发展、在岛内民众呼吁和 WTO 规则制约之下 ,我们对今后台湾当局进一步放开限制表示乐观。事实上 ,这也是台湾岛内经济贸易持续发展的必由之路。

4. 建立海峡两岸 FTA 的途径选择。两岸的入世在客观上增加了建立两岸 FTA 的可能性 ,但是目前政治上和法律上的分歧决定了两岸经济整合的进程是渐进式的。有学者提出 ,先在内地、香港和澳门之间建立 FTA ,相互实行比对中国台北更优惠的待遇 ,以此作为示范效应 ,吸引台湾与大陆签订 FTA ,从而加入两岸四地的区域性贸易安排。这一做法在法律上和技术上都具有可行性 ,但在政治上却因台湾岛内“台独”势力而变得难以实现。也有学者提出 ,可以先设法推动地理位置接近、人文社会条件相仿的闽、粤、琼、港、澳、台(中国华南六地) ,建立一个南中国的经济一体化集团 ,由这些地方机构在有限的立法权限内 ,订立一致性的贸易、交流行政管理法令、法规。这一做法尽管从政治角度而言有一定可

^① 根据《两岸人民关系条例》新修正案 ,台湾当局将在一定程度上开放两岸经贸、陆资赴台 ,金融保险证券期货可直接往来 ,大陆物品、劳务可在台湾作促销广告 ,往来两岸的民众将可合法携带小额人民币出入台。但是 ,在两岸直航方面仍然维持着许可制。参见《透视台湾“两岸人民关系条例”修正案》, <http://www.cctv.com/program/mnhj/20031017/101831.shtml> ,2005 年 6 月 16 日访问。

行性,但却与 WTO 规则不尽相符。^①

无论如何,欲在两岸间建立 FTA,法律上和政治上的因素都应当予以考虑,缺一即不能实现。笔者以为,不妨在港、澳与台湾三地之间先建立 CEPA,这样可以降低政治敏感度,同时三者又同为 WTO 成员从而符合 WTO 规则。事实上,由于大陆与港、澳间 CEPA 的存在,若台湾与港、澳再达成 CEPA,则台湾已经间接地向大陆开放。间接开放就意味着两岸经贸关系会更加紧密,之后,大陆可以进一步与台湾就两岸间的 FTA 展开谈判。

四、对构建“大中华自由贸易区”的展望

当前构建两岸四地“大中华自由贸易区”最大的困难在于台湾,若能在海峡两岸达成类似 CEPA 的“旨在建成自由贸易区的临时协定”,那么最终实现“大中华自由贸易区”的构想就指日可待了。

从两岸经贸发展角度来看,大陆对台湾具有强烈的“磁吸效应”,在台湾当局步步为营限制资金、产品和服务来往大陆的情况下,台湾对大陆的贸易额和投资额却年年创新高。2000 年两岸贸易额首次突破 300 亿美元,大陆成为台湾第二大出口市场^②。2004 年台湾对大陆贸易总额估计达 616 亿美元,出口依存度为 25.8%,创历史新高。^③在投资方面,至 2004 年 10 月底,大陆实际使用台资 393 亿美元,如果加上经第三地转来的台资,实际使用台资超过 600 亿美元。台湾已成为大陆的第二大投资伙伴,台湾一半以上的岛外

① WTO 规则要求成员方在其全部关税领土内实施统一的关税、国内税和法规等方面的制度。若南华六地与台湾组成区域贸易集团,势必造成南华六地内的政策与大陆其他地区的政策不同,从而违反了 WTO。参见傅岷成:《从南中国的区域经济一体化走向大中华经济圈》,载王贵国主编:《区域安排法律问题研究》,北京大学出版社 2004 年版,第 141 页。

② 参见《中国大陆与台湾经贸关系》, http://news.xinhuanet.com/newmedia/2003-07/24/content_992102_1.htm 2005 年 6 月 15 日访问。

③ 参见《统计显示:台湾对大陆贸易依存度创历史新高》, <http://news.tom.com/1988/20050319-1963437.html> 2005 年 6 月 15 日访问。

投资都集中在大陆。^①两岸经贸往来的日益密切,经济依存度的日益提高将是促成两岸达成区域贸易协定的内在动力。

从区域一体化发展角度来看,在当今区域经济统合的大势之下,欧洲、美洲和亚洲都在积极推进区域一体化的步伐,尤其值得我们关注的是东亚一体化进程。东盟已于2002年和中国签订区域性框架协议,和韩国、日本的自由贸易谈判正在进行中。中国内地和香港、澳门已签订CEPA。中国、东盟、日本和韩国间组建东亚自由贸易区的方案也已被提出。其中,特别要指出的是中国和东盟的联合,若“10+1”框架协定成功,可以预见的是将在东亚形成一个足以和欧洲、北美相抗衡的经济新区块。然而,与此同时,台湾却被排斥在东亚经济统合的进程之外。因台湾坚持“台独”政策,而其他国家出于自身利益的考虑和中国政府的态度,都不愿意与台湾签约。可事实上,台湾的主要经贸活动又恰恰集中在东亚,其与中国、东盟十国、日本和韩国的贸易额占到其总体贸易额的2/3。^②可以说,随着东亚经济一体化的不断推进,所造成的贸易转移对于被排除在外的台湾经济而言,影响将是巨大的。若为台湾将来的经济发展考虑,台湾当局选择尽快加入以祖国大陆为中心的区域经济集团无疑是一个明智的抉择。^③

最后,从台湾岛内政治局势角度来看,“台独”与反“台独”势力正斗争激烈。一方面,扁政府当局始终不改“台独”主张,致力

① 参见傅崐成:《这是一个经济求统的时代》,载台湾《中国通财经月刊》2003年11月号。

② 参见《台湾从大陆获得2.2万亿元贸易顺差》,http://www.cctv.com/program/hxla/20041222/102125.shtml,2005年6月15日访问。

③ 需要指出的是,我们不能忽视台湾与美国签订双边协议的可能性。美台自由贸易协议目前推动的层面是在美国的国会,还没有进入美国行政部门的框架,所以关键看未来美国怎么样权衡台湾的战略地位。美国如果要在与中国关系方面采取最大动作的话,就是美台之间的自由贸易协议了。目前为止还只是有一些在底下运作。如果说“9.11”之后反恐怖这个局势延续下去,可能在中期还看不到有重大的动作,但是如果反过来,整个国际形势比较有利,或者中国和美国关系出现一些波折,就会成了一个新问题。参见《CEPA与两岸四地自由贸易区研讨会》,2003年9月,http://www.cdi.com.cn/conference/index.asp?conf=6,2005年6月16日访问。

于通过“宪改”实现“台湾法理独立”的图谋,还不断妄图以“台湾”名义加入联合国,继续在国际社会进行分裂活动。另一方面,泛蓝阵营^①的强力制衡。连、宋访问大陆后,强烈要求民进党当局采取措施,尽快推动落实国、亲两党访问大陆的成果,不久前,感受到主流民意变化的国、亲两党再次联手,在“立法院”关闭了与民进党之间协商的大门。^②台湾岛内泛蓝和泛绿两大阵营相互斗争,令台海政局变得莫测。正如胡锦涛总书记对当前台湾局势和两岸关系形势作出的重要判断所言:“当前,两岸关系中出现了一些有利于遏制‘台独’分裂活动的新的积极因素,台海紧张局势出现了某些缓和的迹象,但反对‘台独’分裂势力及其活动的斗争仍然是严峻的、复杂的。”^③

综上,从一切客观方面而言,无论是经济发展趋势还是国际社会局势,都对推进海峡两岸的经贸往来和经济整合起着积极作用。此次连宋相继访问大陆后,两岸和解更呈现出一个新的前景。博鳌亚洲论坛秘书长龙永图就此评论认为,两岸的经贸合作在 WTO 框架下可以出现一个完全新的格局,签订自由贸易协议现在确实是一个历史机遇。^④但是,我们也应该看到,大陆与台湾建立自由贸易区并非一朝一夕之事。岛内“台独”势力仍然强盛,台湾对大陆的态度左右摇摆不定,这使得两岸今后的经贸关系发展充满变数。在目前台湾岛内歧视性立法尚未完全废除,两岸“三通”仍未真正实现的情况下,建立两岸四地“大中华自由贸易区”确实存在很大的困难,需要我们长期不断的努力。“对这一点,我们不仅要有信心,而且要有耐心,有恒心。”

① 国民党以及从国民党分裂出去的新党、亲民党等泛国民党势力被外界称统称为“泛蓝军”。而在党纲中明确主张追求“台湾独立”、拒绝一个中国原则的民进党、台联党以及其他“独派”政治团体被外界统称为“泛绿军”。

② 参见《陈水扁当局的困境》,《人民日报海外版》2005年6月16日,http://www.chinataiwan.org/web/webportal/W2001366/A96093.html 2005年6月16日访问。

③ 参见《对台局势的重要判断》,中国台湾网 2005年4月26日,http://www.chinataiwan.org/web/webportal/W4409458/A82837.html 2005年6月16日访问。

④ 《龙永图:两岸签 FTA 机会来临须承认九二共识》,http://www.vos.com.cn/2005/05/16_50230.htm 2005年6月14日访问。

共同努力推动海峡两岸的金融合作

吴志攀^{* 1}

一、大陆和台湾的金融服务业都在进步

大约是在十一、二年前,一位台大的教授来北京参加学术会议,会后我陪他去琉璃厂看字画。他看中了一幅画,问店主:能用信用卡付款吗?卖画人瞪了他一眼,说不能,只能用人民币或美元现金。

十年前北京的琉璃厂,尽管已经有很多外国人和港台客人光顾,但是,这里的店家大多还是只相信现金,而非那张小小的“塑料卡片”。

我们身上都没有带这么多的现金,台大教授空手而归,我也不知道怎么安慰他。这样的遗憾已经是第二次了。在更早的1988年,我曾陪另一位来访问北大的外宾去琉璃厂。外宾是一位会说汉语的英国人,他对英文版的旧书感兴趣。那天我们还真的遇到一本英文版的旧书,他捧着书,爱不释手。据他说,小的时候就听家里人说过这本书,后来在好些图书馆里找过,没有遇见,可做梦也不会想到在北京琉璃厂竟然找到了!

旧书的开价,对当时的我来说,可以说是天价。即使对这位外宾来说,也是没有思想准备和现金准备的。卖书者只收人民币或外汇券——当时还有外汇券这个东西,用这种券可以在外汇商店

* 北京大学法学院教授,北京大学金融法研究中心主任,中国经济法研究会会长。

买进口产品,价格比一般商店便宜,更重要的是,许多进口商品在一般商店根本就找不到,外汇券还可以从中国银行兑换美元或英镑。

外宾告诉我,他们一般不可能随身携带大量现金,除非是黑社会贩毒和走私的人。因为携带大量现金太不方便了,也很危险。

这位英国学者,只能带着遗憾和不解回国了。

可是今天,当我随大学代表团到台大参加在台北举行的学术会议时,发现中国银行以及其他中国商业银行发行的信用卡都可以在台北使用,只要信用卡上带有“维萨(VISA)”或“马士达(MASTER)”的标记。同样,台湾地区各家商业银行的信用卡,只要带有上述标记,也可以在北京消费了。

在电子信息技术高度发达的今天,信用卡或其他各种各样的磁卡正在替代纸币,而且在结算速度和效率以及便利程度上,都大大超过纸币。

当海峡两岸的中国人所发行的两种货币还不能自由兑换时,信用卡已经畅通无阻。

还有一种工具可以在海峡两岸自由使用,这就是移动电话。中国移动的手机到了台湾,仍然可以信号畅通。这种可以24小时不间断服务的通讯工具,确实为我们带来许多方便。而且我想,将来,当手机可以作为“电子钱包”时,海峡两岸的手机也许会发挥信用卡的部分功能。手机真有可能会成为另一种新颖便利的结算工具。

科技的发展、信息的畅通、贸易的繁荣,使海峡两岸金融服务业的交流越来越频繁。我们都在进步,当然,大陆的进步速度也许更快,尽管我们还有许多需要向对岸的同行们学习的地方。

二、加强两岸金融业的合作是大势所趋

现在,由于两岸信用卡的结算要通过第三地结算机构的服务才能完成,因此,每笔信用卡结算都要多花服务成本和时间成本。如果信用卡结算可以直接在两岸银行之间完成,那么成本将大大

节省。千万不要小看这个问题,这将是一笔巨大的财富。

2006年,两岸的贸易额已经超过1000亿美元,“其中大陆对台出口169.6亿美元,增长27.1%。大陆从台湾进口710亿美元,增长18.9%,大陆对台贸易逆差为541.1亿美元,增长16.6%,这些项目去年的增长率分别为22.1%、15.3%和13.47%。两岸贸易增长率在去年下降后,又有明显恢复,可见两岸产品互补性强,贸易关系日趋密切。”^①特别是当大陆对台湾地区的部分水果和蔬菜等商品实行“零关税”进口以来,更加促进了台湾地区向大陆出口贸易的增长。如此大规模的贸易,其结算的服务成本当然是一个相当可观的数字。

在两岸贸易增长的带动下,两岸贸易依存度也进一步提高。据台湾“经建会”公布的数据,“2006年上半年台湾地区对大陆和香港的出口依存度达到39.4%,较去年38.1%提高1.3个百分点;同时,台湾地区自大陆和香港的进口依存度也达到12.6%。也就是说,台湾地区近四成的产品出口到大陆和香港,同时一成三的产品或原物料来自大陆及香港。”如此大的贸易依存度也说明对贸易结算服务的依存度,这是一项贸易运营离不开的,又没有风险的中间服务。为什么海峡两岸的银行不积极行动起来呢?

2006年,“台湾企业家在大陆投资建立的台湾企业累计超过71027个,实际利用台资434.6亿美元,如果加上经第三地的转投资,利用台资高达600多亿美元,占大陆使用外资的9.62%,处于第二位。”如此巨大的投资必然有利润回报,这笔巨额的汇兑业务,两岸的银行如果自己不能做,也是遗憾和损失。

尽管现实的经济发展有如此巨大的需要,或者说,台湾地区的金融服务业面临着前所未有的巨大机遇,可是,由于台湾当局的错误政策,海峡两岸的“三通”及台湾金融业投资大陆依然受阻,这严重影响台湾企业和台湾经济的竞争力。

^① 《2006年两岸经济关系的四大特征》, <http://www.cluntan.com/bbs/redirect.php?tid=799&goto=lastpost> 2007年3月25日,10:24。

其实,就我所知道的,台湾金融业的精英们,早就在思考积极布局大陆;“但至今只能处于代表处阶段,而其他国家和地区的银行已经布局大陆市场。目前台湾地区 7 家银行、14 家证券公司和 11 家保险公司在大陆设立办事处,仅有台湾国泰人寿与大陆东方航空公司开创成立合资公司”。如果台湾当局能够改变错误的做法,开放岛内金融机构进入大陆市场,直接为台商以及两岸贸易提供服务,这一定是巨大的利好消息。可现在,台湾同行还只能望洋兴叹。

三、台湾金融服务业的优势在祖国大陆更容易发挥

台商是台湾的骄傲,也是我们全体中国人共同的骄傲。台湾在祖国大陆,取得了了不起的成就,这也充分表明了台湾金融服务业的成熟程度与巨大优势。

“台商在大陆发展二十多年来,可以说是经营业绩辉煌。例如,大陆台商的产值达到兆元人民币,占台湾地区 GDP 的比例超过 35%,在大陆 GDP 的 5.5% 以上。根据 2006 年台湾地区《工商时报》的调查,1000 大台商营业额达 9 992 亿元人民币,如果包含不愿意接受调查和一些规模较小的台商,相信这一数字还将增加,占台湾地区和大陆 GDP 的比例也不止 35% 和 5.5%,肯定比这一粗略估计的数据更大得多。这足以说明两岸经济的依存度和融合度。”

再如,台商在大陆的许多行业处于领军地位,“在传统产业具有较高的品牌知名度。在 IT 产业,台湾鸿海集团、达丰、英业达、冠捷等处于大陆外资企业的首 10 名,鸿海集团、达丰集团的投资公司更是处于领先的前一、二名。康师傅、统一、旺旺等在大陆食品界执牛耳的地位早已是妇孺皆知,近年来在大陆广大的农村地区展开角逐,进一步扩大其领先地位。”台湾企业在内部管理、国际化程度以及人才方面,都具有相当优势,而且这种优势在祖国大陆更容易发挥出来。

在科技研发方面,据统计大约“有半数台商已在大陆设立研

发中心,并进行品牌建设,但是仍处初级阶段。面对市场竞争的压力,已有越来越多的台商在大陆设立研发中心,据清华大学台湾研究所2006年所作的调查,有57.4%的台资企业在大陆设立研发中心,但是从其研发层次上看,仅处于技术转移和为当地生产单位服务的初级阶段,与台湾母公司的前瞻技术的研发仍存在差距”。

根据台湾的报道,“除传统产业注重在大陆的品牌建设外,以往已代工为主的电子制造业也开始着手品牌设置,同样来自清华大学台湾研究所的调查,在大陆已有知名品牌或有计划进行品牌建设的台商高达64%,接近2/3。比如,昆山的伦飞电脑公司推出的Stylebook 12D品牌电脑,就是代工企业走向自创品牌的一个代表。”^①

由于祖国大陆人才队伍实力雄厚,教育普及,而且成本比台湾和香港低,所以,在大陆设立研发中心的前景被台湾企业看好。

台湾企业在祖国大陆的研发工作将为开拓更广阔的市场提供原动力,也为银行业务提供更多的潜在市场。两岸的银行家们,你们作好准备了吗?

四、两岸携手,放眼未来

科技走到了政策的前头,市场需求也走到了政策的前头,从上面列举的这些数据中,我们可以看出,海峡两岸金融合作的前景是多么广阔,台湾当局限制岛内金融机构到大陆来开展业务是多么令人遗憾,而将两岸快速增长的结算和汇兑业务拱手让人是多么可惜!

我们不做,有人会做。我们今天不做,有人今天已经在做。市场总不会停下来的,科技发展也不会停下来。太阳是大家的,谁出门早,谁就可以早晒到太阳。

^① 《2006年两岸经济关系的四大特征》,本节引号内的资料均来源以下网站 <http://www.cluntan.com/bbs/redirect.php?tid=799&goto=lastpost>, 2007年3月25日, 10 26。

中国人是勤劳的人,我们自己为什么不能早出门呢?早一点出来晒太阳呢?中国人还讲“肥水不流外人田”,今天两岸金融业务的“肥水”常年流入外人田,而自己家里的天地却还“缺水”而“干旱”。

过去的事情,我们可以不再多谈。今天,我们应该放眼未来。我们可以暂时先不问为什么,我们只要想办法,只要动手做。在政治问题还不能马上解决之前,我们希望能想出好办法,先来解决海峡两岸金融合作的问题。

能否让两岸的商业银行互设分行直接办理结算和汇兑业务呢?能否实现海峡两岸访客的人民币与台币直接兑换呢?或者是一定限额的,不经过第三种货币的直接兑换呢?能否实现两岸的证券、保险、投资银行业务的相互合作呢?例如,让祖国大陆的企业到台湾证券交易所上市,就像到香港上市那样?或者台湾地区的银行分支机构到大陆开设分行,就像香港本地的银行到大陆开设分支机构那样?

许多办法都是可以想的,许多政策都是可以试验的,我们中国人的大脑这么聪明,我们应该开动脑筋,总是能想出许多办法来。这是对海峡两岸的人民造福,也是为我们的子孙万代造福。

我永远不会忘记连战先生到北京大学演讲时讲的一句话:

两岸的中国人为什么不能联合起来,去赚全世界的钱?

我盼望着台湾当局的觉悟,也盼望大家共同来努力促进这些事情。我想,今天来参加论坛的海峡两岸的法律学人和经济学人,就好像飞翔在海峡上空的子规鸟,我们不知疲倦地飞翔着,不知劳累地鸣叫着:“子规夜半犹啼血,不信春风唤不回!”

WTO 与两岸经贸仲裁与争端解决

两岸四地民商事判决承认与执行的若干法律问题

王传丽^{* 1} 张 薇^{** 2}

一、两岸四地民商事判决承认与执行的现状及其存在问题

(一) 现有制度及司法实践的考察

1. 内地

我国内地对外国法院判决的承认与执行有两个依据:1991 年的《中华人民共和国民事诉讼法》以及与其他国家签署的双边司法协助协定。1991 年《民事诉讼法》第 267 条、第 268 条对外国法院判决的承认和执行作出了原则性规定:(1) 承认与执行的前提必须是请求国与我国之间存在相关方面共同缔结或参加的国际条约或存在互惠关系;(2) 由当事人或请求国法院提出请求;(3) 该判决必须是已经发生法律效力; (4) 该判决不违反我国法律的基本原则、国家主权、安全、社会公共利益。对于符合上述条件的,发出执行令,无需进行实体审查。在我国与其他国家签订的双边司法协助协定中,有 19 项协定在不同程度上涉及民商事判决

* 中国政法大学教授,博士生导师,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

** 中国政法大学国际法专业硕士研究生。

的承认与执行问题。^① 这些协定,补充了承认与执行外国法院判决需满足的以下条件:(1)依据一定判定标准,请求国法院具有管辖权^②;(2)该判决的作出严格依据请求国的程序规则且败诉方已得到充分的应诉机会;(3)我国未对相同当事人就同一诉讼标的案件作出裁决或正在进行审理,也未承认第三国对该案所作的判决。在司法实践中,内地对于涉港澳台案件一直是比照“涉外案件处理”的^③,因而以上规定构成了内地承认及执行涉港澳台判决的基本法律依据。

对于香港法院作出的判决,在香港回归之前,中英两国并未共同参加或缔结涉及判决和承认执行方面的国际公约或者双边司法协助协定,因而只能是以互惠为基础的承认和执行。香港回归后,这种局面仍然维持。在我国司法实践中,由于互惠仅指事实互惠^④,即两地存在相互承认与执行对方法院的先例。从内地看来,基于互惠承认与执行香港判决的前提便是内地相类似的判决得到香港的承认与执行。而实践中,此种先例是否存在,先例与后例是否相似,难以把握和判断,因而不确定的。因此,实际上极少有香港判决能够得到内地法院直接承认与执行。^⑤ 一般而言,内地

^① 参见司法部司法协助局编:《中外司法协助条约规则概览》,法律出版社1998年版。

^② 这些判定标准可归为以下三类:以本国法院具有专属管辖权为由判决排除外国法院的管辖权,如中国政府与俄罗斯、白俄罗斯、哈萨克斯坦、乌克兰、希腊、塞浦路斯、吉尔吉斯斯坦以及塔吉克斯坦等国家签订的双边司法协助协定;仅简单规定根据被请求国法律,在作出判决的法院享有管辖权时才能承认或执行该法院的判决,如中国政府与法国、波兰、蒙古、罗马尼亚、古巴、保加利亚、土耳其、摩洛哥及匈牙利政府签订的双边司法协助协定;在双边协定中详细列名外国法院具有管辖权的各种情形,如作出判决一方法院的管辖权依据不符合列举情况,则该判决得不到被请求国法院的执行,如中国政府与意大利、西班牙、埃及签订的双边司法协助协定。

^③ 这一做法在2001年12月25日最高人民法院审判委员会第1203次会议通过并于2002年3月1日实行的《关于涉外商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第5条中正式被确定下来。

^④ 参见李旺:《外国法院判决承认与执行中的互惠原则》,载《政法论坛》1999年第2期。

^⑤ 参见黄进主编:《区际司法协助的理论与实务》,武汉大学出版社1994年版,第188—189页。

法院大多要求请求承认与执行人就同一争议在内地法院重新提起诉讼,而把原来的香港判决作为事实证据在案件中加以援引,由内地法院重新作出判决而加以执行。例如上海市第二中级人民法院实践中的做法是:“如当事人获得港澳地区的判决,需要在内地执行,当事人首先还是要提起诉讼。在其审理的原告交通银行香港分行诉被告(香港)挺昌有限公司、中化上海进出口公司借款合同纠纷一案中,挺昌公司向原告借款逾期未全部归还,原告乃向香港高等法院提起诉讼,但胜诉后仅得到部分清偿,原告遂又向我院起诉,要求挺昌公司支付余款并要求中化公司承担担保责任,我院予以受理并作出支持原告的判决。”^①广东省的法院也受理过大量的类似案件。在这些案件中,当事人除了提交证明案件事实的证据外,往往还将港澳法院的已生效之判决作为证据提交。而法官在审理此类案件时,也因缺乏相互承认与执行判决的机制,往往绕过承认与执行的程序,而将港澳法院已生效之判决作为一个证据,待查证之后,一般将所作出之判决作为案件事实予以认定,最后往往又作出与港澳法院所作出的判决相似的判决。此类“一事两诉”的案件并非当事人故意制造之,而是当事人不得已而作出的选择。^②

较之香港判决,由于存在立法依据,台湾判决在内地获得承认与执行是比较容易的。1998年最高人民法院通过了《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》(以下简称《认可规定》)。《认可规定》列举了对台湾判决不予认可的6种情形,并对判决认可和执行的程序作出详尽规定,具有很强的操作性。该规定的重要意义在于:第一,对管辖问题作出了较为宽松的规定,只对专属管辖作出限制,即只要案件不是属于内地专属管辖范围的,均可以得到承认和执行;第二,对“一事两诉”作出了合

① 参见《涉港澳商事审判若干程序问题研究》, <http://www.shezf.gov.cn/Discuss/detail.asp?id=203>。

② 参见刘建红:《论内地与港澳地区商事判决的相互承认与执行》, <http://www.fszf.gov.cn/shownews.asp?newsid=4163>。

理规定。只有在案件是内地人民法院已作出判决,或者外国、境外地区法院作出判决或境外仲裁机构作出仲裁裁决已为人民法院所承认的情况下,才可以拒绝承认和执行。第三,明确了认可申请的优先原则和对不予认可的救济问题。《认可规定》确立了以下优先原则,即如果申请人的认可申请受理后,当事人就同一案件事实向人民法院提起诉讼的,人民法院对这一诉讼不予受理;人民法院在受理民事案件后,如果申请人就同一案件要求认可台湾地区有关法院在先作出的民事判决,只要人民法院还没有作出民事判决,就应当中止诉讼,并对申请人的申请进行审查。经审查,对符合认可条件的申请,予以认可,并终结诉讼;对不符合认可条件的,则恢复诉讼。在救济问题上,对于人民法院不予认可的民事判决,虽然不能再提出任何申请,但却可以就同一案件事实向人民法院提起诉讼。显然,这一规定对于减少当事人的讼累,并为维护当事人的合法权益开辟了不同的渠道。^①

此外,最高人民法院在《关于当事人持台湾地区有关法院民事调解书或者有关机构出具或确认的调解协议书向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》以及《关于当事人持台湾地区有关法院支付命令向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》中,也确立了申请人就法院民事调解书、法院支付命令及其确定证明书申请其认可的,可以比照最高人民法院《关于认可台湾地区法院民事判决的规定》予以受理的原则,从而扩大了认可的范围。

内地法院在裁定认可台湾民事判决方面已有了成功范例。《认可规定》实施之后,1998年6月9日浙江省台州市人民法院认可了台湾南投地方法院作出的一份民事裁定,成为第一家认可台湾法院民事判决法律效力的内地法院。同年6月10日,台湾居民许玲雯向上海市第一中级人民法院提出申请,要求认可台湾高雄地方法院于1997年4月26日作出的一个判决的效力。上海一中

^① 参见宋锡祥:《我国区际民商事司法协助的方法和途径》,载《政治与法律》2001年第2期。

院由审判员组成合议庭进行审查后,按《认可规定》与中国《民事诉讼法》的规定,对台湾地区高雄地方法院 1997 年重诉字第 178 号民事判决的效力作出认可的裁定,并根据申请人的申请,于 1999 年作出民事执行裁定书(沪一中民执字第 393 号)。更有意义的是,湖南省长沙市中级人民法院曾参照此规定受理并裁定承认香港高等法院作出的 No. A5459 号判决书。该规定至少可以作为下一步拟定内地与香港之间有关安排的较为理想的参照。^①内地人民法院在有条件地认可和执行台湾法院的民商事判决方面创造的先例为今后类似问题的解决及海峡两岸司法协助关系的建立提供了范例。

2. 香港

香港现有承认和执行外国法院民商事判决的制度承袭于英国的冲突法,包括成文法制度和普通法制度。成文法制度是指香港依据《外地判决(交互强制执行)条例》,内容源于英国《1933 年外国判决(相互执行)法》对原英联邦国家和其他给予互惠待遇的国家的判决予以承认和执行所采取的一种登记制度。判决一旦登记,就具有与登记法院的判决相同的效力。普通法制度是指对于不能适用成文法制度的外国判决,依普通法规则对外国判决进行审查。内地判决由于不属于成文法制度规定的判决范围,故只能依据普通法规则承认和执行。普通法执行与成文法执行的区别主要存在于程序方面,而非实体方面。依据成文法否定或拒绝外国判决的登记的理由与依据普通法否定外国判决的理由基本相同。根据香港现有法律规定,外国判决能够得到承认和执行的条件有:(1)该判决对诉讼各方而言是最终且不可推翻的判决;(2)该判决须包含支付款项,且不得是税款、罚款或类似性质的款项;(3)原审法院依照香港法律对该案具有司法管辖权。管辖权的判断依据是香港法律,而非受理案件的法院地法律。按照香港法,

^① 参见程炜:《关于内地与香港民商事判决的承认与执行问题的几点思考》,引自中国商事审判网。

被告在法院地拥有财产、被告具有法院地国国籍、住所或诉讼原因发生时,被告在外国出现或法院地与香港存在互惠关系并不是外国法院具有管辖权的充分依据。可能拒绝承认的条件有:(1)被告获得参加诉讼的通知后未获得充分时间为自己辩护和未得到法院听讯;(2)该判决是以欺诈手段获得的;(3)强制执行该判决违背香港的公共政策。由于香港和内地拥有不同的法律制度,对于许多相同的概念有不同的理解,加之没有一部有效的专门调整两地判决承认与执行的法律,内地判决在香港要得以承认和执行面临实质性障碍。香港法院按普通法确定承认和执行外地判决的条件,多以内地法院判决并非确定的终局判决、不具备管辖权等为由,拒绝承认和执行。^①

香港在处理与澳门、台湾判决承认与执行的问题上,没有制定专门具有针对性的规则,基本上也是依据其普通法规则进行审查。

3. 台湾

台湾地区承认与执行内地人民法院判决的条件较为宽松,其法律依据是2001年2月20日开始实行的《台湾地区与大陆地区人民关系条例》,根据该条例规定,台湾地区是否承认和执行内地人民法院判决的条件实际上只有一个,即内地法院判决不违背台湾当地的公共秩序,只要满足该条件,台湾地区法院将以裁定方式予以承认并交付执行。

在司法实践中,1999年10月15日,台湾板桥地方法院民事二庭法官陈世杰先生在1999年度申字第68号民事裁定书中的裁

^① 例如,香港高等法院在受理(1)集友银行诉陈天君案([1996]2 HKLR 395)(宣判日期为1996年7月12日)、(2)湖北省武汉中硯虹房地产开发有限公司诉香港广生行国际有限公司案(高院民事诉讼1998年第14325号)(宣判日期为2000年6月12日)、(3)Tan Tay Cuan 诉 Ng Chi Hung 案(高院民事诉讼2000年第5477号)(宣判日期为2001年2月5日)、(4)林哲民日昌电业公司诉张顺连案(民事上诉案件2001年第1046号)(宣判日期为2002年7月12日)中均以判决缺乏终局性为由而撤销了原判决。

上述案例名称引自黄继儿:《香港特区法院执行外地和内地法院民商事判决的简介》,http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?slId=818。

定,认可了内地地方法院海南省海口市中级人民法院于1995年10月26日所作的(1995)海中法经初字第54号民事确定判决。内地判决被认可后,台湾哲彦机械股份有限公司先后于1999年11月2日和2000年8月11日向台湾高等法院提出抗告。2000年9月7日,台湾高等法院民事四庭以2000年度抗字第3034号民事裁定书作出裁定,驳回抗告人台湾哲彦机械股份有限公司对相对人海南省工业开发总公司的抗告。这是涉及财产给付的内地人民法院的民事判决、向台湾地方法院申请强制执行并得到台湾地方法院认可的第一件民事判决,从而启动了内地人民法院的生效民事判决在台湾申请执行的程序。

相比较,台湾地区在承认和执行香港、澳门判决的审查条件上较为严格。其法律依据是1998年6月17日修订的《香港澳门关系条例》第42条的规定,即台湾地区法院在承认和执行香港、澳门法院判决时的审查事项同审查外国法院判决一样,准用台湾地区《民事诉讼法》第402条及《强制执行法》第4条之一的规定,依管辖权(确立香港、澳门法院管辖权的依据是台湾地区法律)、诉讼程序公正、公共秩序、互惠关系等要素进行。^①根据这一规定,在台湾与香港、澳门无相互承认对方判决的协议时,不予承认和执行。事实上,香港、澳门与台湾之间至今没有签订这样的协议,在一定程度上为港澳判决在台湾的执行制造了障碍。按照台湾《民事诉讼法》第402条的第4项要件,实质上是要求香港在互惠的原则下才承认其判决。澳门关于判决承认与执行的规定主要在澳门特别行政区《民事诉讼法》第5卷第14编,条件基本与内地民事诉讼法的条件相同,从管辖权(专属管辖的执行排除)、诉讼程序公正、公共秩序等要素方面作出规定。

4. 澳门

在民商事的法院裁判执行方面,澳门特别行政区与内地或香港特别行政区之间尚不存在司法协助协议。尽管如此,外地法院

^① 台湾地区《民事诉讼法》第402条(2003年6月25日修订)。

的司法裁判,可以通过澳门特别行政区《民事诉讼法》规定的审查程序获得确认,从而可以在澳门通过执行程序得到司法执行。^①在没有其他优先的法律规定的情况下^②,外地法院的裁决可以普通执行程序处理,也即按澳门特别行政区《民事诉讼法》第24条规定由初级法院执行(但是由中级法院受理)。有关承认与执行的规定主要体现在澳门特别行政区《民事诉讼法》第1200条。^③该法基本上也是从肯定、否定的两方面明确订定了澳门法院的审查标准。在审查程序中除少部分是实体审查外,和国际通行做法一样,进行的大部分是形式上的审查。

近年来,中级法院受理的审查外地裁判的案件数量在逐年增加,在2000年只有6宗,到2003年已增至19宗,全部都是针对外地法院作出的裁判或决定。来自内地和香港法院的占绝大多数,其他的分别来自台湾地区、日本、菲律宾、葡萄牙、加拿大和美国。这些外地裁判绝大部分是离婚判决,其次是关于继承和收养的,也有涉及商业合同纠纷的。绝大部分的审查请求都获得批准,只有

① 朱健:《澳门承认和执行外地裁判与涉外管辖权的现况》,http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?sId=627。

② 比如澳门特别行政区民法典第1条第3款规定:适用于澳门的国际协议优于普通法律。

③ 对判决给予确认所必需满足的条件包括(第1200条):对载有待确认裁判或裁决的文件的真实性不存在疑问,且决定的内容是能够被理解的;根据裁判或裁决作出地的法律,该裁判或裁决属确定性判决;作出待确认裁判的法院的管辖权并非因规避法律而被确定的,且不涉及澳门法院专属管辖权的范围(即有条件承认外地法院的管辖权);如果澳门法院受理了相同的案件,必须是同时具有管辖权的外地法院先于澳门法院行使审判权;根据作出裁判或裁决地的法律,被告获依法传唤,且在有关的诉讼程序中已遵守了辩论原则和当事人对等原则;待确认裁判或裁决的内容没有明显违反澳门的公共秩序。除此之外,当被申请人当事人在其答辩状提出时,法院还需要查明是否存在下列否定性条件:经已确定的裁判裁定,作出待确认裁判的法官或组成合议庭的任一法官是在渎职、违法收取利益或受贿的情况下作出该裁判;提交当事人不知悉或在有关诉讼程序中未能利用的文件,而单是该文件已足以令裁判变成对败诉方较有利;待确认裁判与另一较早确定的、对双方当事人有约束力的裁判相抵触;如果待确认裁判是针对澳门居民作出的,而根据澳门的冲突规范应适用澳门的实体法律,且在适用澳门法律的情况下,裁判的结果将对其更有利。

个别案件因为程序上的原因而没有被受理。^①

（二）两岸四地现有制度对判决承认与执行的既存障碍

1. 缺乏统一的判决承认与执行立法及执法机制

目前两岸四地的判决承认与执行基本上仍然停留在各地依靠各自立法加以规范的阶段。内地即便是有专门针对台湾判决在内地执行的司法解释,台湾即便是有分别针对大陆和港澳的不同规定,澳门即便是可以依据其《民事诉讼法》规定进行审查,却都属于单方的规定。其局限性在于,在判断是否给予承认与执行问题上,缺乏统一的标准和统一的协调机制。由于各地执行对方的判决只依据其内地法,因此法律的解释带有随意性,特别是在管辖权问题上,各地奉行各地的管辖权标准,没有约束各方的统一规则,其结果很容易产生冲突,导致判决被拒绝承认与执行。加上目前香港、澳门各自法律中没有专门针对区际判决的承认与执行作出规定,而是参照国际上判决承认与执行的规则,即只在存在互惠的前提下才有义务去执行外法域判决,而目前,内地与香港之间并无互惠关系。据报道,关于相互承认和执行法院判决的谈判正在进行。^②迄今为止,两地的判决承认和执行的渠道基本上是堵塞的。内地与澳门之间虽在实践中有成功的案例,但在法律层面上也同样是不顺畅的。

为了有效解决两岸四地判决承认与执行问题,实现判决的自由流通,首要问题便是要克服当前各自立法、各自规范的局面,建立起一种有效的统一机制来约束各方,使各方承担起承认与执行对方判决的义务。

2. 判定管辖权冲突依据的不统一阻碍判决的承认与执行

（1）两岸四地的管辖权规则及其冲突是判决承认与执行的

^① 朱健:《澳门承认和执行外地裁判与涉外管辖权的现况》, <http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?sId=627>。

^② 据报道,最高人民法院与香港特别行政区即将签署《关于内地与香港特别行政区法院相互承认和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》,内地与澳门相互承认和执行法院判决的安排正在谈判之中。参见《法制日报》2005年11月16日。

障碍

在国际私法和区际私法上,承认与执行外法域判决的首要条件就是原判决法院应具有合格的管辖权。^①由于两岸四地都将外地法院对案件管辖权之有无作为判断其所作判决可否在本地被承认和执行的重要条件,且判断依据是本地法而非外域法,因此,管辖权的冲突导致的一个最严重的后果就是外地判决在本地得不到承认和执行。冲突范围越大,得不到承认和执行的判决就越多。从审理一项案件所追求的结果看,判决得不到承认和执行,就意味着纠纷未能解决,法律的适用效力和司法行为的功用都化为乌有,法律关系得不到稳定和顺畅^②,作为法律目标的正义无法实现。

内地的涉外民事管辖权的规定主要体现在《民事诉讼法》第2章、第25章以及最高人民法院的若干司法解释之中。主要包括:以被告所在地为原则的一般管辖、涉及《民事诉讼法》第23、26—33、243条的特别地域管辖、《民事诉讼法》第34、246条规定的专属管辖以及第244、245条分别规定的协议管辖和推定管辖。香港关于涉外民事管辖权的规定散见于香港特别行政区的《民事诉讼法》、《地方法院规程》之中,实行的是英国的管辖权制度,将民事案件分为对人诉讼和对物诉讼两大类,从“有效原则”出发确定管辖权,以被告身在受诉法院所在地境内并经送达传票为依据来确定域外民事案件的管辖权,同时还包括单边性色彩浓厚的协议管辖和专属管辖。新的澳门特别行政区《民事诉讼法》以专章的形式系统地规定了民事案件的司法管辖权制度,与澳门特别行政区的《组织章程》、《司法组织纲要法》以及《司法组织新规则》等法令、法规相配套,构成了澳门现行民事司法管辖权制度的完整体系,包括范围扩大及当事人所在地以外的诉因事实发生地的普通地域管辖、内容较为繁复的特殊地域管辖、涉及不动产和法人破产或

^① 参见葛承书、刘建红:《内地与香港民商事判决相互承认与执行若干问题的探讨》,引自 <http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?sId=820>。

^② 参见沈涓:《存异以求同 他石可攻玉——评海牙 民商事管辖权和外国判决公约(草案)》,载于《中国国际私法与比较法年刊》2001年第4卷。

无偿还能诉讼的专属管辖以及当事人之间的协议管辖。台湾地区的管辖可见于台湾地区《民事诉讼法》,基本上也是确立了“原告就被告”的普通管辖原则,同时规定了丰富的特别管辖,包括不动产案件、和解和破产宣告以及人事诉讼在内的专属管辖,以及协议管辖。^①

从内地与港澳台的管辖权规定来看,虽然管辖权的种类基本上是相类似的,但在具体制度上存在着较大的不同。

第一,一般地域管辖原则与有效控制原则的冲突

内地、澳门特别行政区、台湾地区与香港特别行政区采用的管辖基本原则存在着根本的差异。内地、澳门特别行政区、台湾地区的民事诉讼法均采用了为世界上大部分国家所实行的以地域尤其是以被告的住所地和惯常居所地为管辖根据的普通管辖制度。香港特别行政区实行的是英国的管辖权制度,将民事案件分为对人诉讼和对物诉讼两大类,并分别实行不同原则。但无论是对人诉讼还是对物诉讼,确定管辖权的依据是“有效原则”,即当原告向香港法院起诉时,如被告身在香港(physically present in Hong Kong),且法院能有效地将传票送达给被告,香港法院即对案件具有管辖权。而对于被告在香港是否有住所或惯常居住地,或者有无其他联系,都不影响法院管辖权的行使。

虽然是基于两种不同的管辖理论,四地的管辖制度都体现了管辖权扩大化倾向,注重本法域的“有效管辖”。如澳门特别行政区《民事诉讼法》第17条中的被告无常居地、被告身份不确定或下落不明而原告在澳门有住所或居所的诉讼,澳门法院具有管辖权。此规定对被告确定性的要求如此之低,比香港的“有效控制”原则还要宽泛;此外,如澳门特别行政区《民事诉讼法》第15条第(2)项^②的规定和内地《关于适用中华人民共和国民事诉讼法

^① 参见台湾地区《民事诉讼法》第1—19条、25—27条。

^② 该条规定:“当出现下列任一情况时,澳门法院具管辖权:(b)被告非为澳门居民而原告为澳门居民,只要该被告在其居住地之法院提起相同诉讼时,该原告得在当地被起诉。”

若干问题的意见》第 306 条有关对抗诉讼的规定所奉行的对等原则,使得区际管辖权积极冲突发生的几率因此增多。

“地域原则”与“有效控制原则”的冲突代表着大陆法系和英美法系国家管辖权理论的基本冲突,理论上的根本差异给区际管辖权冲突协调带来了很大的难度。^①

第二 具体管辖规则上的冲突

这种冲突首先体现在特殊管辖权层面。例如,对于涉外经济合同纠纷的管辖,内地法律与香港地区的法律规定不完全相同。^②对于涉外经济合同,除合同订立地与履行地为双方共同的管辖根据外,其他有关的管辖权规定都很少有相同之处。即使合同订立地、履行地在香港,如果被告本人不在香港,并且也无法及时地将开庭通知及有关诉讼文件送达在香港以外地区的被告,香港法院仍然不行使对这类案件的管辖权。^③类似这样的特殊管辖权冲突在两岸四地法律中还有很多。

协议管辖层面的冲突主要表现在:一是在明示协议选择上,香港判例法规定,双方当事人的协议必须注明送达被告的程序或方法,而内地法律规定,双方的选择必须与争议有实际联系且不得违背级别管辖及专属管辖的规定;二是在默示承认上,香港判例法规定,只要被告认可并接受香港法院对其本人或其代理人的送达,香港法院就有管辖权,而内地和台湾立法上均规定,被告对本地法院的管辖不提出异议,并应诉答辩的,本地法院就享有管辖权^④;三是在选择协议的效力上,香港将协议分为排他性管辖权和非排他性管辖权协议,并赋予该两类协议在确认法院管辖权上的不同法

^① 参见陈治艳:《内地与港澳地区区际民商事管辖权积极冲突的协调——从司法实践的角度》,引自 <http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?sId=801>。

^② 参见董立坤:《中国内地与香港地区法律的冲突与协调》,法律出版社 2004 年版,第 453 页。

^③ 同上书,第 454 页。

^④ 参见陈浩辉、易健:《论涉港民商事案件管辖权的冲突与协调》,引自 <http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?sId=820>。

律效力,其他三地的规定无此种限制。

在专属管辖方面,内地规定了较为宽泛的管辖权规则,包括(1)因位于中国境内的不动产纠纷提起的诉讼;(2)因中国港口作业纠纷提起的诉讼;(3)被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地位于中国时,因遗产继承纠纷提起的诉讼;(4)因在中国订立、在中国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同纠纷提起的诉讼均纳入内地法院专属管辖的范围。而澳门、台湾和香港地区专属管辖方面的规定主要集中在不动产案件、法人破产案件和人事诉讼案件。在专属管辖情况下,凡拥有管辖权法域的法院不承认任何外法域法院的管辖权。如果不同法域就同一类案件均规定为专属管辖,且设置了不同的管辖标志,则专属管辖权冲突不可避免,实践中最复杂、最难于处理的是这类冲突。

第三,即使两地法律对管辖权的规定完全相同,规定了行使管辖权的相同的连结因素,也会因为同一法律关系有两个或两个以上与连结节点相符的事实或者双方对连结因素的界定不同而发生冲突。例如,香港和内地都承认被告住所地为行使管辖权的连结因素,但如果当事人在内地与香港都有住所,并且两地都承认当事人的住所为合法的住所,从而两地对案件都有管辖权。又如,两地法律都确认合同履行地法院可行使对案件的管辖权,但对何为合同订立地和履行地,两地法律有不同的界定,也可能导致管辖权的冲突。^①

以上仅仅列举了两岸四地中可能发生管辖权冲突的三种情况,而实际发生管辖权的冲突可能远比我们列举的情况要复杂得多。

(1) 管辖权的有无是判决承认与执行阶段的一个重要条件。在两岸四地的法律当中,关于管辖权的依据,澳门法律和内地《认可规定》均规定:只要管辖权没有违背被请求地专属管辖规定即可执

^① 董立坤:《论涉及我国内地与香港地区民商事案件司法管辖权的冲突与协调》,载《上海社会科学院学术季刊》1998年第2期。

行,香港法律、台湾地区《香港澳门关系条例》均规定,需以被请求地的法律来判定管辖权是否有效。这种做法的不合理和不适当之处是显而易见的。它激化了被请求地与请求地法律在管辖权问题上已经既存的冲突,也使得大部分判决因此而被拒绝承认和执行。

(2) 因管辖权冲突产生的平行诉讼使得判决的承认与执行问题更加复杂化

管辖权冲突的另外一个结果便是平行诉讼的大量存在。所谓“平行诉讼”,主要包括两种类型:第一,重复诉讼,又称为相同原告诉讼,指当事人一方始终作为原告就同一争议在两个以上国家法院针对同一被告起诉。第二,对抗诉讼,又称为相反当事人诉讼,指一方作为原告于一国起诉,而被起诉的被告又以原告身份于另一个国家法院就相同争议起诉。^①所以,判断平行诉讼的标准一般是以当事人同一和诉因同一为依据。平行诉讼现象目前在两岸四地的立法和司法实践中现实地存在着,并且和判决的承认与执行相结合,使得本来困难的判决执行难问题更加复杂化。

关于平行诉讼问题,一般认为,虽然在现行两岸四地的法律规定中具有合法性,但对两岸四地民商事交往的进一步发展无疑会成为一种障碍。

首先,从诉讼经济的角度讲,平行诉讼必然导致当事人诉讼费用的双重支出,给当事人以沉重的经济负担,而且易导致司法资源的浪费。内地法院耗时耗力对案件进行审理并最终作出了判决,但如果这个判决需要到香港去执行,而香港本身对该案件已经受理或已作出裁判,便可当然对该内地判决拒绝承认与执行,这样内地法院的审判便无任何意义。

其次,容易产生判决的不一致性。由于两地的法律分属不同的法系,对当事人的同一诉因可能得出不同的结论,甚至作出相反的判决,在一个主权国家内部,判决的不一致性无疑有损国家法制

^① 笔者认为,通常情况下,原告于一法域起诉获得判决后,到另一法域要求承认与执行,而此时被告则向该法域又就该案提起一个诉讼,也可以视为对抗诉讼。

的权威性。

最后,平行诉讼易导致诉权的滥用。当事人在一地提起诉讼后,可能会因为对判决的结果不满意而寻求另外的对其更有利的法院进行诉讼,这从公平的角度来讲是难以接受的。

对上述观点,笔者有不同的看法:首先,诉权是每个当事人当然享有的法定权利,既然法律赋予了当事人这样的权利,选择对自己最有利的诉讼地和相应的法律,并进而获取对自己有利的判决便是理所当然的事情。其次,平行诉讼对于解决管辖权的消极冲突是有积极意义的,它可以避免因当事人只能选择某一地法院起诉,而该法院无管辖权时所造成的诉讼无门的情况,赋予当事人诉权,获得相应判决。最后,也是最重要的一点,国际平行诉讼与国内平行诉讼相比一个显著的特点就在于国际平行诉讼与外国判决的承认和执行的高度关联性。由于目前两岸四地对于外国判决的承认和执行缺乏统一的规则,各国规定的条件各不相同且自我保护色彩浓厚,一国判决不一定能得到他国法院的承认,此时原告对于在多国有财产的被告在多国法院取得胜诉判决会对以后的执行有利。另外,从现行的法律制度看,一国法院的诉讼保全措施在他国并不能得到执行。如果不允许原告进行平行诉讼,被告很可能在第一诉讼后将其在他国的财产转移,此外也可能出现被告宣告破产等对原告不利的情况。可见,在外国判决的承认与执行无法顺畅进行的情况下,国际平行诉讼仍具有相当的合理性。否则失去了再诉可能的当事人面对无法得到承认与执行的判决只能是欲哭而无泪。换句话说,在判决的承认与执行问题解决之前,内地与港澳的平行诉讼仍具有相当程度的合理性。^①

^① 香港、澳门回归祖国虽然已有8年,但相当于近半个世纪的隔膜,毕竟相互的了解有限。重复诉讼、诉讼对抗,不过反映了诉讼双方由于缺乏对于对方司法机制的了解从而产生互不信任或至少是因对诉讼结果无法预期而产生茫然,故而宁可再次诉诸本地法院以求安心。这种互不信任可能来自对于对方法律的无知、不了解,或来自对于对方司法机制、司法制度、法官的品质、法官办案质量、办案效率,甚至人情世故等的通达程度的认知,等等。

但另一方面,因管辖权冲突所导致的平行诉讼确实使得本来就困难的判决的承认和执行问题更加复杂化。首先,被请求地法院在面临一份外法域请求执行的生效判决时,另一方当事人向其提出一个新的诉讼,到底应当承认判决还是受理新的诉讼则是法官面临的难题,特别当新诉讼的提起发生于判决被请求执行之前。其次,如果一方当事人在 A、B 两地同时提起了诉讼,该两地分别作出了两份结果完全相异的判决,却均需要到同一被请求地 C 请求承认与执行,法官应当如何作出裁定、应当承认和执行何种判决?可见,平行诉讼的存在虽然具有其合理性,但却时时与判决的执行问题相交织,并长期困扰着两岸四地的司法实践,使得原本困难的判决执行问题更加复杂化,因而对平行诉讼问题进行相应的规范调整对于促进判决的顺利承认与执行是非常必要的。

3. 公共秩序

在国际私法上,公共秩序是指一国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则。在国家间法院判决承认与执行中,公共秩序具有重要地位,绝大多数国家的法律和国际公约均将不得违背承认与执行国的公共秩序作为承认与执行外国法院判决的条件。在两岸四地关于判决承认与执行的相关法律中也有关于公共秩序的规定。这是由两岸四地之间的法律冲突错综复杂样态所造成的。此种法律冲突既来自社会制度不同的法域之间的法律冲突,同时也产生于不同法系的法域之间的冲突。此外,由于两岸四地之间的生活方式、文化价值的差异也会产生一些法律冲突。面对这种情况,我国还缺乏相应的有效机制来弱化这些法律冲突,公共秩序条款可以起到调和两地法律冲突的作用。因此,为保证“一国两制”下两地利益不受损害,维护法域间法律制度的独立性,调和不同法域之间的法律冲突,在内地与港澳台相互承认与执行判决的条件中应当保留公共秩序审查条款。

问题在于,四地的法律均未就公共秩序的判定规定明确的标准,以至于各地在判决的承认与执行阶段公共秩序范围的界定上无统一的规则可循,在具体操作上带有任意性。

二、解决两岸四地民商事判决承认与执行的设想

(一) 模式选择

在一个主权国家内部不同法域之间,相互承认与执行判决的主要模式有以下几种:(1)一国宪法或宪法性文件直接规定,如瑞士《宪法》第16条规定的“有关各州法院在民事案件中所作出的判决可以相互执行”,美国《宪法》第4条所规定的“诚实信用”条款和补充法令也保证任何一个州法院的有效判决能够得到其他州的承认与执行。(2)通过凌驾于各法域之上的中央法律作出规定。以澳大利亚、英国为代表,以具有全国性质的、由最高立法机关制定的法律统一调整国家之内各法域的法院判决承认与执行问题。1901年澳大利亚联邦《送达与执行程序法》第4编对澳大利亚联邦内作出的判决承认与执行作了规定。1992年修订后的《送达与执行程序法》规定,自1993年4月10日生效后作出的任何澳大利亚境内的判决都必须按该法第6编予以执行,统一了各州承认与执行外州法院判决的条件和程序,同时各州法院也保留了一定的审查权。英国亦采用了统一立法的形式,1868年通过的《判决延伸法》,规定英格兰、苏格兰和北爱尔兰三个法域间以登记方式相互承认与执行各法域高级法院所作的判决,登记不附条件,从登记之日起,判决书在执行方面获得与登记地法院判决同等的效力。1882年又颁布了《初级法院判决延伸法》,将登记程序适用于初级法院。1982年联合王国颁布《民事管辖与判决法》以取代前述两个判决延伸法,将可登记的判决扩展于非金钱判决。^①(3)不同法域之间签订司法互助协议。如内地与香港已经签署的《关于两地相互承认与执行仲裁裁决的协议安排》。(4)各法域分别制定各自的法律就判决的相互承认与执行作出规定。在这种情况下,承认和执行对方的判决多取决于两地之间是否存在互

^① 参见黄进主编:《中国的区际法律问题研究》,法律出版社2001年版,第248页。

惠关系。

根据港澳基本法的规定,全国人大常委会只能够制定有关国防、外交和其他按基本法规定不属于港澳特别行政区自治范围的法律,而台湾目前尚未和大陆实现统一。因此,目前不可能以上述(1)、(2)宪法或中央法律的方式解决中国的区际法律问题。第四种模式当前我国正在采用,其弊端已经如前所述,分别立法带有很强的单边性、片面性和政策的不确定性,加之涉及司法协助的范围宽窄不一,限制条件较多,又没有一套多边或双边的机制来约束判决承认与执行的各方,因而不能有效地发挥作用。

上述第(3)种安排的模式,既符合我国现行立法和实际国情,又能够推动不同法域之间的司法协助,而且,我国已经有这方面的成功经验和先例作为参考^①,因此,在建立两岸四地判决承认执行新机制的模式选择上,以安排的形式为最佳。具体而言,以内地为中心,分别与港澳台进行商讨,制定一个四地共同的安排是理想的选择。如果在短期内无法进行这种统一安排,则可以考虑分别制定内地与台湾、澳门、香港之间的安排^②,将一些共同的判决承认与执行原则结合各地实际情况写入安排,先求得局部的统一,待时机成熟时,再制定四地统一的安排。

(二) 借鉴国际条约在判决承认与执行方面的合理规定

内地与港、澳、台地区,虽不能在国际层面讨论两地的司法协助问题,但相关的国际公约及其他国家间的有关条约和司法实践对于解决两地判决的承认与执行问题仍有借鉴作用。如两地已经

^① 目前内地与澳门特别行政区已经缔结的《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》和内地与香港特别行政区已经缔结的《内地与香港特别行政区互相执行仲裁裁决的安排》均在司法实践中起到了良好的规范作用。

^② 据报道,最高人民法院与香港特别行政区即将签署《关于内地与香港特别行政区法院相互承认和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》,该《安排》仅适用于当事人协议管辖的民商事案件的承认和执行,范围较狭窄,但毕竟是“一国两制”下不同法域进行司法协助的一个创举,能够进一步促进两地之间司法方面的联系与协助。内地与澳门特别行政区关于相互承认和执行民商事案件判决的谈判正在进行。参见《法制日报》2005年11月16日。

签署的《关于两地相互承认与执行仲裁裁决的协议安排》,主要的参考依据是 1958 年《纽约公约》,虽然该公约在香港回归后已不能直接适用,但两地的实践与该公约的原则和制度是一致的。因此,借鉴内容较为科学、合理而又具有可行性的国际公约作为制定协议的基础,是一种比较务实、可行的方法。迄今为止,还没有一个由世界大多数国家共同签署的并具有普遍效力的承认与执行外国判决的公约。1968 年《布鲁塞尔公约》^①、1971 年《关于承认与执行外国民事和商事裁判的公约》在如何有效解决管辖权冲突以及诉讼竞合问题上有着较为合理的规定;另外,海牙国际私法会议从 1993 年 5 月开始起草《关于民商事案件管辖权与外国判决执行公约》(草案),该草案协调了大陆法系与普通法系的一些冲突,目前已基本定稿,但尚未正式签署。此外,1965 年海牙《法院选择协议公约》(草案)就当事人的排他性法院选择协议、非排他性法院选择协议及其在承认与执行中的相关问题作出了比较详尽的规定,该公约对于当事人法院选择协议的认可,可以有效的避免管辖权的冲突从而有利于判决的承认与执行,是一部反映新时期特点的科学、合理的草案。

(三) 具体制度构想

1. 管辖权的冲突及解决办法

两岸四地在其法律中既存的管辖权冲突及其判定管辖权依据上的差异是阻碍当前顺利相互承认和执行判决的主要原因。要实现判决的自由流通,本文设想在未来的安排中列出管辖权清单、缩小各地专属管辖的范围、鼓励和提倡协议管辖。

(1) 借鉴海牙《关于民商事案件管辖权与外国判决执行公约》(草案),在未来的安排中规定管辖权清单

海牙公约草案的目的是在民商事诉讼的管辖和判决承认与执

^① 1968 年欧共体《民商事司法管辖权和判决执行公约》(简称《布鲁塞尔公约》)是在欧共体成员国之间制定的关于民商事案件管辖权和判决执行的公约,在欧盟成员国之间发挥着有效的调整作用。

行方面制定全球性的统一规则,为此,该公约在结构上采取了“混合公约”的构架^①,具有较为科学的参考价值。公约在管辖权规则中具体列举了三类管辖权基础:即公约允许的管辖权基础(白色清单)^②、禁止的管辖权基础(黑色清单)^③、国内法管辖权基础(灰色区域)。^④不同的管辖权基础在判决的承认与执行方面效力各不相同。缔约国法院依白色清单作出的判决在其他缔约国依本公约应得到承认与执行,以黑色清单为基础作出的判决在其他缔约国依本公约不能得到承认与执行,而灰色区域的判决在其他缔约国是否得以承认与执行由该缔约国根据本国法自行决定。

拉清单的好处在于公约在消除法律冲突同时,也消除了各国在管辖权判定依据上以内国法审查外国管辖权的现象。除了公约规定的可在一定条件下根据国内法行使管辖权外,各缔约国须依据上述公约统一规定的管辖权标准审查其他缔约国的管辖权。这样,以一国法律审查另一国管辖权的做法所引起的种种问题,如:应维护内国司法主权还是外国司法主权之争;因判决在内国执行与判决在外国执行须受制于不同法律而导致的不公正;一国所作判决在另一国被承认和被执行的困难;审案法院和当事人对判决

① 海牙《关于民商事案件管辖权与外国判决执行公约》(草案)将管辖权问题和判决的承认与执行问题有机地统一于同一个公约当中。

② 白色清单主要包括基础管辖权(根据被告住所地原则)、特殊管辖权、保护性管辖权、专属管辖权和协议管辖权。

③ 公约草案第 18 条第 1 款:“当被告惯常居住在某一缔约国时,如果该国与争议没有实质联系,则禁止适用该缔约国国内法中的管辖权规则。”第 18 条第 2 款规定:“特别地,缔约国法院不应仅以下列一项或多项为依据行使管辖权:a. 被告在该国有财产或被告财产在该国被扣押,除非争议与该财产直接相关;b. 原告的国籍;c. 被告的国籍;d. 原告住所、惯常居所或临时居所所在该国,或原告在该国出现;e. 被告在该国从事商业或其他活动,除非争议与该活动直接相关;f. 在该国向被告送达传票;g. 原告单方面指定法院;h. 在该国进行宣布判决可执行、登记判决或执行判决的诉讼,除非争议与这种诉讼直接相关;i. 被告在该国临时居住或出现;j. 引起争议的合同在该国签订。”

④ 公约草案第 17 条规定:“在不违反第 4 条选择法院、第 5 条被告出庭、第 7 条消费合同、第 8 条雇佣合同、第 12 条专属管辖和第 13 条临时措施和保护措施情况下,公约不妨碍缔约国适用其国内法中的管辖权规则,但第 18 条禁止的除外。”

能否在另一国被承认和执行不可预见等,都可迎刃而解。^①

在两岸四地未来的判决承认与执行的安排中可以借鉴公约的做法,对管辖权的标准进行统一的规定,对一些不适当的管辖权标准坚决列入黑色清单,禁止承认与执行依据这种管辖权作出的判决。对于没有违反黑色清单的判决,实行区际法院判决承认与执行中宽松审查管辖权的原则,根据原判决作出地的法律审查原判决法院是否具有合格的管辖权,最终决定是否承认与执行。这可能是目前解决两地判决承认与执行中管辖权审查问题的比较现实和可行的办法。但这种方式仍然没有真正消除管辖权冲突给判决承认与执行带来的阻碍。因此,制定诸如海牙公约草案项下的白色清单,统一两岸四地管辖权制度,消除管辖权冲突,仍然是努力的方向。这种模式的好处在于:可以在一定程度上避免管辖权的冲突,防止过分管辖权的存在。两岸四地既然通过协商一致达成安排,则均有义务将这种安排的内容纳入其法律体系当中,修正既存法律与安排冲突的地方;其次,安排模式下统一的管辖权判断标准可以避免因依靠被请求地法律来判断管辖权的有无导致激化被请求地与请求地法律在管辖权问题上既存的冲突。

(2) 缩小专属管辖范围

专属管辖属排他性管辖,专属管辖冲突通常会产生恶性结果,它不仅给法院审理案件带来很大的压力,也给当事人诉讼造成极大的不便。因此,要协调中国区际司法管辖权冲突,主要在于通过区际安排的形式,协调专属管辖的标志,促使各方放弃不合理的过分的专属管辖标志。

所谓协调,包括协调相同标志和协调唯一标志两方面。协调相同标志是指不同法域对相同的专属管辖案件规定相同的管辖标志。例如,各法域均以不动产所在地作为不动产案件的管辖标志。协调唯一标志是指不同法域对相同的专属管辖案件规定唯一的管

^① 参见沈涓:《存异以求同 他石可攻玉——评海牙 民商事管辖权和外国判决公约(草案)》,载《中国国际私法与比较法年刊》2001年第4卷。

籍标志。例如,各法域均以某一唯一的标志,如主要遗产所在地,作为继承案件的管辖标志;而不要出现以两个以上标志作为相同专属管辖案件的管辖标志。^①

其次,统一专属管辖权各方为尽快达成统一安排必须以放弃不合理的过分的专属管辖为前提。例如,内地民诉法第34条及有关司法解释中规定,港口作业、继承遗产纠纷和中外合资、中外合作以及在中国境内履行的勘探开采自然资源的合同纠纷都由内地法院专属管辖。这种专属管辖范围过宽,难以得到国际社会的一般承认。再如,内地法律规定对遗产纠纷,被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地在中国境内的,由内地法院专属管辖。假如被继承人的遗产在香港,而被继承人在内地死亡,故内地法院享有专属管辖权。此时内地法院因专属管辖权所作出的判决就存在在香港难以执行的问题。在确立专属管辖权的范围时,应充分考虑行使专属管辖的有效及便利原则,特别要考虑依专属管辖所作的判决能否得到承认与执行。

此外,内地法律中关于港口作业纠纷由港口所在地法院专属管辖的规定,内地法院对在中国履行的中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同有专属管辖权的规定,在实践中完全是不必要的。因为几乎所有这类合同都有一项仲裁条款,规定将当事人之间已产生或将来可能产生的争议交付仲裁,根据1992年最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》,这种仲裁条款是有效的。即使没有仲裁条款,中方也可依合同履行地或被告住所地或惯常居所地原则在中国法院起诉或应诉。

(3) 建立统一的协议选择法院规则

协议管辖是意思自治在管辖规则中的体现,该原则在四法域的法律中均有所反映。由于协议管辖原则是两岸四地共同遵循的原则,且当事人协议选择的法院具有唯一性,因此协议管辖有利于

^① 参见刘宁元:《中国区际私法若干规则研究》,中国国际私法学会年会,2004年。

减少管辖权的冲突,并有利于法院判决的承认与执行。但实践中,由于各法域对法院选择协议的有效要件规定不同,使得不同的法院对同一法院选择协议的有效性作出不同的裁决,从而使协议选择法院的作用受到减弱。具体而言,在适用范围方面,香港最为宽泛,除专属管辖外,任何域外民事纠纷都可以协议选择管辖法院,但法官又常运用自由裁量权排除当事人对外法域法院的选择并主要承认选择由香港法院管辖的协议;澳门与台湾则要求涉讼法律关系与法院地有一定的关系;内地最为严格,要求有实质性联系。在协议形式上也有所不同,香港极为灵活,书面协议与口头协议均可,这是与英美法系承认口头协议的传统密切相关的,而其他三地则要求书面形式。另外,四地均要求协议管辖权不得与专属管辖权相抵触。^①

本文认为,在未来区际安排中,应当尽量将各法域的做法折中和统一。具体可在区区间作如下安排:第一,适当扩大协议管辖原则的适用范围,明确列举排除适用的争议。例如,有关人的身份或能力争议、有关家庭法律问题争议、继承争议、有关破产争议和有关不动产权利争议,未被排除事项均可由当事人协议管辖。第二,适当弱化实际联系的要求或者对实际联系作广泛的解释。从本质上说,四法域的法院均为中国法院,与某一法域法院有联系的争议通常应当理解为与其他法域法院也有联系。因此,应尽量避免以实际联系要求为由,否定协议选择另一法域法院管辖。第三,为避免管辖权选择协议本身的纠纷,应当明确要求协议的书面形式。

此外,对于如何认定当事人的约定是否违反域内级别管辖的问题,可以参考海牙《法院选择协议公约》(草案)的相关规定。^②笔者认为,级别管辖,包括内地现阶段对涉港澳商事案件实行的集

^① 参见罗剑雯:《论欧盟民商事管辖权体系对协调我国区际民商事管辖权冲突的启示》,载《法学评论》2004年第3期。

^② “本公约的任何规定不影响诉讼标的管辖权或者缔约国国内法院管辖权的划分。”这一规定反映了各方的共识,即当事人协议所指定的法院只要具有诉讼标的管辖权即可,至于具体的审理法院问题可由该国国内根据管辖权划分规则自行决定。

中管辖,属立法对域内法院的受案分工,域外当事人在诉讼前协定管辖法院时对此并不一定熟悉,当事人对协议法院如果没有准确无误的表述,也是可以理解的。因此,不应直接认定不符合级别管辖规定的管辖协议无效,而应当给予当事人正确的引导与建议,促使其达成新的合意。

关于竞合管辖条款^①的效力问题,内地的司法解释对域内合同性质案件的竞合管辖约定是以约定不明确为由而持否定态度的,对涉域外案件的竞合管辖则没有明确的规定。澳门特别行政区《民事诉讼法》第29条则明确规定了此类约定的合法性,值得内地立法以及区际司法协助立法借鉴。此外1965年海牙《法院选择协议公约》(草案)也承认这种条款的效力。^②竞合管辖虽然未能彻底避免平行诉讼的出现,但是当事人的合意已将可受理法院的范围予以特定化,具有可执行性,减少了平行诉讼发生的可能,且对双方纠纷的解决并不产生负面影响,因此,应当认可竞合管辖条款的效力。

关于“非排他性管辖”条款^③的效力问题。《法院选择协议公约》(草案)明确认可非排他性法院选择协议的效力,并主张,依据此种协议行使管辖权的法院作出的判决,只要不违背公约规定的条件,^④应当得到承认与执行。在将来的安排中,可以考虑借鉴该草案的规定,纳入非排他性法院选择协议,以给予当事人更大的选

① 竞合管辖条款是指当事人在其管辖权选择协议中约定两个或两个以上法院管辖的条款。

② 该公约第3条(a)项规定“exclusive choice of court agreement” means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph c) and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts.

③ 非排他性选择协议提供了一个管辖权的连结点,但并不排除其他国家的管辖权。

④ 根据非排他性法院选择协议作出的判决的承认和执行原则上与排他性法院选择协议一样,但增加了一项条件,即:在依据非排他性法院选择协议提起诉讼之前,须不存在任何其他法院的判决,也不存在另一法院正在处理相同当事人之间具有相同诉讼标的诉讼的情形。

择权。

2. 平行诉讼问题

平行诉讼是不同法域管辖权冲突下的必然产物,只要存在管辖权的冲突,平行诉讼必然存在。国际平行诉讼不可能完全被禁止,也不应一味地禁止,但应考虑到其与判决承认和执行的关联性而加以规范。可考虑在未来安排中作出以下规定:

在起诉阶段,可以借鉴和参考1968年《布鲁塞尔公约》、1971年《关于承认与执行外国民事和商事裁判的公约》在有效解决诉讼竞合问题上的规定。^①两公约确立了“有限的先受诉法院”原则。原则上由先受理的法院行使管辖权,但后受理的法院并非当然地放弃了自己的管辖权,只是暂时中止诉讼,在一定条件下可以继续行使其管辖权。这些条件通常由各国结合自己的国内法来设定:各国通常会从判决在外国被承认与执行的可能性、不方便法院原则、消极管辖权冲突产生的可能性等方面来判断先受理的法院享有管辖权的合理性。以上几个条件之一均有可能导致已经中止诉讼的法院恢复管辖权。

笔者认为,在将来两岸四地关于判决承认与执行的安排当中,有必要借鉴以上两公约的规定,确立有条件的先受诉法院原则,并

^① 该公约第21条规定:“相同当事人间就同一诉因在不同缔约国法院起诉时,首先受诉法院以外的其他法院应当主动放弃管辖权,让首先受诉法院受理。”第23条规定:“即使属于几个国家都有专属管辖权的诉讼,首先受诉法院以外的法院应当放弃管辖权,让首先受诉法院审理。”由于考虑到首先受理诉讼的法院可能裁定自己没有管辖权,从而拒绝对该案件行使管辖权,这就可能使案件处于无人管辖的状态。1988年《洛加诺公约》和1989年《圣塞瓦斯蒂安公约》签订时,对1968年《布鲁塞尔公约》的有关条款作出了修订,根据新规定,“首先受理诉讼法院以外的其他法院应当主动中止诉讼直到另一法院的管辖权的确定。在首先受理诉讼的法院的管辖权确定之前,其他法院不放弃管辖权。”1971年制定的《国际民商事事件外国判决的承认和执行公约》第4章第20条规定:“当两个国家受根据第21条规定的补充协约约束时,如果在另一个国家法院有相同的当事人之间,就同样事实以及同一标的的诉讼待决,而这一诉讼的判决依照公约规定应当为第一个国家当局承认时,其中一国的司法当局应放弃或中止其诉讼。但是,他们中的每一个当局都可以采取必要的保全措施,不管其他国家法院是否审理了案件的实体。”

与判决的承认与执行、不方便法院^①等原则相联系,即后受诉法院并不是裁定驳回当事人的起诉,而是裁定中止诉讼。若有充分的理由能够预期先受诉法院所作出的判决无法在相关法域得到承认和执行,或者先受诉法院以不方便法院为由拒绝行使管辖权的,则后受诉法院可裁定恢复案件的审理。在中止后,如另一地法院已经审理判决,则应适时终止诉讼或进入承认判决程序,确保判决的区际一致性。

根据英美国家的司法实践,在运用不方便法院原则时,不方便因素一般分为两类:私人利益因素和公共利益因素。可供考虑的私人利益因素包括:获得相关证据的难易程度、被告出庭的方便程度、获得证据和原被告出庭的成本、查验房产、建筑等的可能性,以及与诉讼的简易、迅速、花费相关的其他实践因素。可供考虑的公共利益因素包括:对法院地实施司法构成的负担、争议的地方化以及由此产生的地方利益、法律冲突的程度或者外国法的适用、诉讼给法院地居民造成的额外负担等。^②从各国实践来看,不方便法院原则更适合运用于协调主权国家内部的管辖权冲突。

上述做法只能解决起诉阶段的平行诉讼,即当事人同时向不同法域的法院就同一诉讼标的提起诉讼的情形,而对于一方请求法院执行判决,另外一方向被请求地法院提起诉讼的问题无法规制。因而,有必要就执行阶段平行诉讼的解决进行探讨。笔者认为,可以借鉴现有 1998 年最高人民法院通过的《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》。具体而言,可以规定认可申请的优先原则和对不予认可的救济问题。首先,如果申请人的认可申请受理后,当事人就同一案件事实向人民法院提起诉讼的,人民法院对这一诉讼不予受理;人民法院在受理民事案件后,如果申请人就同一案件要求认可台湾地区有关法院

^① 不方便法院原则是在英美管辖规则体系中成长起来的管辖规则,意指当管辖法院依被告申请认为由自己管辖不方便时可拒绝管辖的制度。

^② Stephen C. Yeazell, *Civil Procedure*, Aspen Law & Business, 2000, pp. 205—207.

在先作出的民事判决,只要人民法院还没有作出民事判决,就应当中止诉讼,并对申请人的申请进行审查。经审查,对符合认可条件的申请,予以认可,并终结诉讼;对不符合认可条件的,则恢复诉讼。其次,在救济问题上,对于人民法院不予认可的民事判决,虽然不能再提出任何申请,但却可以就同一案件事实向人民法院提起诉讼。

3. 公共秩序的界定

关于公共秩序保留问题,目前两岸四地均规定对判决的承认与执行不能违背被请求地的公共秩序,但对于其范围并没有明确的界定。

内地的《民事诉讼法》规定,判决不违反我国法律的基本原则、国家主权、安全、社会公共利益。那么,什么是法律的基本原则?什么是社会公共利益?例如,中国内地民商事案件的赔偿标准与香港有很大的差异。如果一个赔偿数额极高的针对内地某一国有企业的香港判决申请在内地执行,执行的结果如导致企业破产,大量工人失业,严重影响当地的生活秩序等,内地法院是否可以“社会公共利益”受到影响而拒绝承认该判决?^①

考察相关的国际公约,1968年《布鲁塞尔公约》第27条第1项、1988年卢加诺《民商事司法管辖权和判决执行公约》第27条、1971年海牙公约及正在谈判中的海牙新《民商事管辖权和外国判决承认与执行公约》均规定了与被请求国公共政策相抵触的外国判决,被请求国可以拒绝承认与执行。此外,各国关于管辖权与判决承认与执行的双边条约几乎均包括了公共政策保留条款。然而,几乎没有一个条约和国内法能够对公共政策做出明确界定,学术界也莫衷一是。正如莫里斯所指出的:“法律冲突法案件中的公共秩序保留是必要的,但试图给这种保留一个明确的界限并没

^① 参见程炜:《关于内地与香港民商事判决的承认与执行问题的几点思考》,引自中国商事审判网。

有成功。”^①

笔者认为,在两岸四地的民商事判决承认与执行中,未来的安排应当继续保留公共政策制度。至于公共政策的内涵,可以充分利用判例的指导作用,通过一系列权威判例确立公共政策在具体领域内的具体判断标准。^②例如,当依据德国法,外国判决的诉因是严重不道德或不公正的,德国法院会拒绝承认和执行。^③在有关一般侵权或产品责任的判决中,如德国被告被判以高于德国法规定的赔偿金额,也有可能被德国法院拒绝承认和执行。又如,在法国,凡是适用了未规定对所有者给予补偿的外国国有化法律的外国判决,或仅以未举行宗教仪式为由而解除在法国成立的民事婚约的外国判决,或不是为了子女的利益,而是按照诸如“保护夫权”一类的原则性标准,将子女判由他人完全收养或判由父亲抚养的外国判决,都被认为与法国的公共政策相冲突而不得予以承认和执行。^④通过确立一系列对各方具有拘束力的判例,逐步对公共政策的内涵进行界定。与此相配套的是,在内地司法中还应当明确给予法官一定程度的自由裁量权,使其能够结合具体案例来确立公共政策的具体判断标准。应当强调的是,公共政策条款在区际司法协助中的适用应比在国际司法协助中受到更为严格的限制,法官在决定具体判决是否需要以公共秩序为由予以排除时,应慎用其自由裁量权,不能想当然地作出主观判断。具体而言,应当将是否违背公共政策的判断标准在宏观上理解为:对某一案件判决的适用结果以及判决本身是否符合自然公正、符合基本道德的要求。

① 参见莫里斯:《法律冲突法》,1980年英文版,第43页。

② 值得欣慰的是,2005年10月26日内地最高人民法院发布了《人民法院第二个五年改革纲要》,其中明确指出要规范和完善案例指导制度,建立指导性案例的选编标准、编选程序、发布方式、指导规则。由此确立起案例在内地司法中的指导作用。

③ 参见董立坤:《中国内地与香港地区法律的冲突与协调》,法律出版社2004年版,第453页。

④ 同上书,第453—454页。

4. 建立判决承认与执行的协调机制

为保证安排出台后能够有效地得到执行,建立跨法域的司法协调机构或司法协调机制是十分必要的。当不同法域的法院对于安排存在不同的理解在而作出相互冲突的判决时,可通过这一司法协调机构或司法协调机制得到解决。内地与港、澳、台之间的此种机构可由两地或四地的资深法官组成,或在两地或四地的最高审判机关之间建立适当的协调机制,从而真正保证两岸四地相互的判决能够顺畅地被承认与执行。

试论两岸贸易争端的解决之道

翁国民*¹ 王海薇**²

引子

海峡两岸在政治、经济、文化等诸多方面的同根性,决定了两岸的经贸合作有着很大程度的共生性。积极开展两岸经贸合作,促进两岸经济发展,不仅能够创造两岸外部规模经济效益,实现双方的经济利益,也能够促进两岸政治、文化等更广阔领域的共赢,具有深远的意义。两岸经贸关系在这样的背景下,一直在曲折中发展,经贸领域的争端和摩擦时有呈现,在一定程度上羁绊了两岸经贸的进一步向前发展。

一、大陆与台湾经贸关系发展概况:历史、现实与展望

在2005年9月16日举行的首届两岸民间菁英论坛闭幕式上,中共中央台办副主任李炳才讲到:两岸经济交流与合作经过20多年的历程,成果丰硕、基础深厚,具有深化和扩大的内在需求和巨大潜力。^①自20世纪80年代两岸建立双向贸易关系以来,在祖国大陆对台经贸政策的推动下,在两岸经济发展的影响下,尤其是祖国大陆经济快速增长的带动下,两岸贸易保持了持续增长

* 浙江大学法学院教授。

** 浙江大学法学院2005级国际法硕士研究生。

① 新华社:《首届两岸民间菁英论坛落幕,力争促成明年全面双向通航》,载《青年时报》2005年9月17日。

的态势。总体上看,两岸贸易依存度不断提高。据台湾地区方面统计,台湾对大陆的贸易依存度从1990年的4.23%升至2000年的10.84%。其中,出口贸易依存度由同期的6.54%增加到16.87%,进口依存度由同期的1.40%升至4.44%。^①当然,这种依存度的上升不是单方面的。据大陆海关统计,大陆对台湾的贸易依存度也在不断提高。1990年大陆对台湾的贸易依存度为2.2%,2000年则上升为6.44%。其中,大陆对台湾出口贸易依存度由同期的0.52%增长到2.02%,进口贸易依存度由4.2%增至11.32%。^②伴随着CEPA的签订,港澳在两岸交往中的中介作用更显重要。未来两岸经贸发展的趋势,就是更大范围内的分工、合作和整合。作为重要伙伴,台湾与大陆、港澳之间在投资、货物贸易、服务贸易等方面已经形成紧密往来关系,形成事实上的经贸整合。^③

两岸经贸合作既是海峡两岸形成外部规模经济效应的基础,也是进行合理分工、共同提高福利水平的先决条件。实际上,从过去包括台湾在内的华南经济圈的“次区域合作”,到近几年呼之欲出的两岸“三通”,都在积极创造两岸的外部规模经济效应。这种效应只能加强,不能削弱。因为外部规模经济效应不仅为海峡两岸社会福利水平的提高带来长远的利益,而且,可以产生共同的竞争优势和现实的经济利益。^④从目前的实际情况来看,两岸经贸关系仍处于一个非正常化的状态,因此,我们要积极改变目前两岸经济交往单向、间接状态,促进实现两岸直接、双向的投资、贸易与旅游观光,推动两岸关系正常化。

① 以上数据引自《贸易桥梁——海峡两岸经贸关系互动研究》,载《国际贸易》2002年第1期。

② 数据来源同注释2。

③ 张传国:《2000年以来两岸投资关系的新发展及其效应》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2004年第4期。

④ 叶剑、赵应宗:《试析海峡两岸经贸新格局下的合作与争端问题》,载《国际贸易问题》2003年第11期。

二、两岸贸易摩擦与贸易争端

入世前,两岸经贸纠纷主要是微观层面的问题(涉及的往往是单独的一个企业),很少涉及两岸宏观层面的交涉。纠纷处理主要通过当事人协商、两岸仲裁机构仲裁与法院诉讼等方式处理。入世后,两岸经贸纠纷出现新的变化,除企业层次的一般经贸纠纷外,宏观层面的经贸纠纷、贸易争端与知识产权的保护等变得日益突出。^①

(一) 微观层面的贸易争端

大陆和台湾各自作为单独关税区,在制度和法律上有许多差别之处,两岸企业经贸往来中出现的贸易纠纷主要分为两类:一种为契约性的争端,产生于当事人缔结、履行合同的过程中;另一种为非契约性争端,比较典型的如因侵权产生的纠纷。^②此外,大陆商务部针对台湾产品提出的反倾销调查案,因为涉及的是企业或者行业,也可视为企业层面的贸易争端。

入世后,原本存在的两岸经贸纠纷问题逐渐浮上台面,反倾销与建立产业保障机制成为两岸经贸发展面临的新问题。2002年3月23日,大陆外经贸部公告对俄罗斯、韩国与台湾地区等冷轧钢产品及扁轧品进行反倾销调查;接着3月30日,大陆又对台湾地区等聚氯乙烯(PVC)产品提出反倾销调查;5月24日,宣布对从台湾地区等地进口的部分钢产品实施临时性保障措施。这是大陆入世后第一次对台湾地区产品向大陆倾销展开调查与实施临时性保护措施,格外引人注目。大陆入世以来,已经展开了15起反倾销调查案,其中5起与台湾地区产品有关。例如外经贸部发布的2002年第35号公告,决定自2002年8月1日起对原产于日本、韩国、美国和台湾地区的进口苯酚产品正式展开反倾销立案调查。

^① 《入世后的两岸经贸争端处理机制》, <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/s/200402/20040200179644.html>。

^② 参见翁国民主编:《国际经济法学》,高等教育出版社2005年版,第470页。

(二) 宏观层面的贸易争端——以知识产权保护为例

台湾是中国不可分割的一个组成部分,大陆与台湾之间的经贸关系是一个主权国家之内,不同关税区之间的经贸关系。但不可否认,随着两岸相继加入世贸组织,两岸经贸往来中不可避免出现了一些宏观层面的问题,超越了过去一个企业、一个行业的范围,这类问题在某种程度上需要政府出面解决,例如知识产权问题、两岸贸易整合问题,等等。

前文已提到,尽管有政治因素的掣肘,两岸的经贸往来仍然保持高速增长,但是,如果想保持并增大这种增长速度,必然涉及到双方贸易的深层次问题,即知识产权的保护问题。因此,两岸要加强经贸往来,推动经济和社会的发展进步,就必须及时促进两岸知识产权保护的一体化,加快两岸知识产权法律制度的协调统一。受世界经济结构调整和全球经济格局变化发展的影响,知识产权保护的地域性与知识产品的可传播性的矛盾越来越突出。^①如一位台商在台湾地区提出专利申请后,有意向大陆专利局寻求专利优先权的保障,但因台湾并非“巴黎公约”缔约者以及两岸未签署专利优先权互惠协议,加上目前两岸官方无法接触,这一问题未能得到解决。这是否违背《TRIPS 协议》的规定及双方如何处理专利优先权的争议,可能成为两岸之间新的贸易争端。

随着两岸经贸往来的发展与政策上的开放,两岸之间的专利与商标等知识产权相互申请案件也相应增加。20 世纪 80 年代末,大陆就向台湾地区开放申请专利等知识产权。1988 年,台商及岛内民众或企业开始申请大陆专利,申请案件增长十分迅速,由 1991 年的 1300 件增至 2001 年的 11276 件,到 2001 年底,台湾地区向大陆申请专利为 72995 件,其中授权 51468 件。目前,台湾地区已超过美国成为境外申请大陆专利最多的地区。到 1999 年底,台湾地区向大陆申请注册商标合计为 32187 件,大陆批准 23924

^① 陈宗波、陈祖权:《中国—东盟知识产权合作的现实基础与法律进路》,载《广西师范大学学报》(哲学社会科学版)2005 年 4 月。

件,批准率为 74.3%。^① 20 世纪 90 年代初期以来,两岸知识产权界的交流逐步增多,但实质性的合作有限。

此外,两岸在知识产权的保护上还采取了其他一些措施。台湾地区公布的《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第 78 条明文规定保障大陆人民的著作权,大陆也有相关法规。1987 年,国家版权局公布的《关于出版台湾同胞作品版权问题的暂行规定》,正式保护台湾人民的著作权。过去两岸知识产权纠纷以著作权受侵犯最为普遍,一般通过两岸民间法律机构处理,但已远远不能满足与适应两岸经贸形势与知识产权保护的需要。为保护两岸知识产权,维护两岸人民的利益,两岸有关部门应该设立专门机构,处理知识产权纠纷问题。民间也可先设立基金会或相关组织。由于两岸在加入 WTO 时,均未引用 WTO 协议的第 13 条“排除条款”,即两岸在入世后,应适用《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS 协议)与《争端解决的规则与程序谅解》(DSU)。入世后,两岸知识产权方面的保护与争议越来越多,如何解决,成为一个突出的问题。是双边磋商还是置于 WTO—DSU 多边争端解决模式,或结合两者处理,是值得研究与关注的重要问题。^② 因为知识产权的问题涉及面广,影响重大,已经远远超过一个企业、行业的范畴,所以在寻求解决之道时,必定离不开政府相关部门的介入,如何在现有的政治环境下,实现双向的交流合作,是我们需要深入思考的问题。

(三) 两岸贸易争端产生的原因分析

首先,两岸贸易投资与贸易总体上还处在一个间接、单向的非正常状态。中国社会科学院台湾研究所所长助理、研究员张冠华认为,虽然目前两岸投资贸易达到了相当大的规模,互为主要贸易伙伴,但是却仍未实现最基本的正常化,两岸投资与贸易关系仍处于间接状态,两岸投资处于单向格局,大陆对台出口产品受到严重

^① 《两岸科技交流与合作》, http://www.chinaaiiss.org/china/taiwan/taiwan_q05.htm 2005 年 11 月 1 日访问。

^② 王建民、刘玉春:《入世后的两岸经贸争端及处理机制》,载《国际经济合作》第 11 期。

歧视、与投资贸易相关的制度化架构尚未建立。这种间接、单向的不正常状态,对两岸经济关系发展带来一系列不利影响,表现为:第一,影响了两岸产业分工关系的形成与深化;第二,不利于两岸经济关系的健康稳定发展。今后,随着台商大陆投资的当地化趋势及产品内销比重的不断增加,两岸贸易失衡的不利后果将越来越多地由大陆承受,将不可避免地会使两岸民间贸易摩擦增多,不利于两岸贸易的持续稳定发展。第三,两岸尚未建立正常的经济交流机制,已对两岸投资贸易的深化发展形成严重阻碍。^①

其次,两岸经贸关系发展极为不平衡。两岸贸易自1979年发展至今,最显著的特点是两岸贸易严重不平衡。按照大陆方面的统计,截至2004年2月底,大陆累计逆差已达2304亿美元,这在与其他国家地区的贸易关系中是从没出现过的。两岸贸易中大陆方面的巨额逆差的产生及不断扩大的原因是多方面的,但台湾当局实施限制大陆的经贸政策是导致大陆对台贸易形成巨额逆差的根本原因。多年来,台湾方面在两岸贸易中一直采取“宽出严进”的不合理政策,严格限制大陆产品进口,对进口大陆商品单方设限,对祖国大陆绝大部分的商品品种采取限制进口措施,特别是不允许大陆生产的台湾进口额较大的农工原料性商品、机电船舶和家电用品等一些大宗商品和高附加值的产品进入岛内,直接影响了我对台出口。当然,由于台湾当局一直未开放两岸直接通商,使两岸贸易环境长期得不到改善,给两岸贸易特别是大陆对台出口造成不便和成本的增加,也是一个重要原因。^②此外,台商在大陆投资所带动的相关设备与原辅件对大陆出口的急剧增长以及两岸贸易商品构成不尽合理,大陆企业对台湾市场开拓不够也都是造成两岸贸易不平衡的重要因素。

^① 《应加快实现两岸贸易投资的直接双向格局》, <http://news.sina.com.cn/o/2005-09-16/18316963380s.shtml>, 2005年9月2日访问。

^② 《海峡两岸贸易不平衡的现状、成因与可能的发展趋势》, <http://www.xjqsi.gov.cn/StandSite/WTO/828.asp>, 2005年10月20日访问。

三、两岸贸易争端和贸易摩擦的解决之道

(一) 对解决两岸贸易争端途径的探索

海峡两岸加入世界贸易组织后,两岸的经贸关系在一定程度上会受到世贸组织规则的指导和约束,使得经贸合作步伐加快,但同时台湾当局假借所谓“贸易外交”扩展其政治空间,给海峡两岸经贸合作造成错综复杂的变因。海峡两岸贸易争端是一个中国内部的两个关税区之间的经贸问题,不可能利用世贸组织的平台来解决,必须从经贸发展的新格局中寻找解决问题的机制。^①

目前,我们在处理台商与祖国大陆间经贸交往方面的纠纷与争端时,主要的法律依据是《台湾同胞投资保护法》以及各级政府的保护性法规。^② 2005年9月结束的首届两岸民间菁英论坛通过了一份《第一届两岸民间菁英论坛共同建议》,其中第一部分内容为“鼓励台商在大陆投资及保障其正当权益”,建议中具体提到如下几点:

1. 中共中央台湾工作办公室与亲民党中央党部各自指定专责机构,联系、处理台商投资中涉及权益保护的问题。继续努力促成两岸协商恢复后,依互惠互利之原则,商谈保障台商投资权益的问题;

2. 积极推动两岸仲裁机构的交流与合作,建立务实有效机制。大陆方面在现有基础上,增加聘请台湾公正专业人士担任大陆仲裁机构的仲裁员,举办业务交流和培训,以提高双方对两岸经贸现状和相关规定的了解;

^① 叶剑、赵应宗:《试析海峡两岸经贸新格局下的合作与争端问题》,载《国际经贸问题》2003年第11期。

^② 各省市为吸引台商投资,出台了各种地方性法规和政策保障台商的合法权益。例如2004年10月,海南省台湾事务办公室与海南省高级人民法院等有关单位召开涉台司法工作协商会,海南省高院院长田忠木在会上表示,要进一步加强涉台司法工作的透明度。今后凡涉及台商的诉讼案件,各级法院在审理时,都要通知省台办或各市、县台办派人旁听,并要把判决书送交同级台办,对于涉及台商的重要诉讼案件,法院在审理时应邀请海南省台办人士作人民陪审员。

3. 加强两岸知识产权(智慧财产权)保护的的合作,取缔仿冒、剽窃、盗录等各种侵犯知识产权(智慧财产权)之违法行为。^①

由此可见,两岸之间政治交往的加强,会促进两岸高层之间专门机构的建立,以应对日益复杂的两岸经贸摩擦问题。

(二) 对两岸贸易争端解决方式的具体构想

对于微观层次的问题,可以根据《台湾同胞投资保护法》第14条的规定,以协商、调解、仲裁和诉讼等方式进行解决。

1. 发挥行业协会的协商调解作用

协商,是当事人之间的协商,即双方本着互谅互让、友好合作的精神,协商解决所发生的争议。实际上,台湾同胞在大陆的投资或生意上遇到了麻烦,大多数都通过这种方式与大陆的企业或公司予以及时妥善地解决。

调解,是当事人自愿将争议提交给一个第三者,在查清事实的基础上分清是非、分清责任,对所发生的争议予以调解解决。对于调解,可以由当事人指定调解人,也可以提请调解机构指定调解员进行。调解机构一般都制定有调解程序规则,调解成功,则由双方签订和解协议或调解协议,履行了和解协议也就解决了争议。在大陆,商事争议的调解,有民间机构的调解、人民法院的调解,还有通过行政主管机构协调,实际上也是调解。处理台湾同胞在大陆投资或生意方面所发生的争议的民间调解机构,主要有中国贸促会系统在北京及各省市的调解机构,比如北京调解中心、福建调解中心、天津调解中心、山东调解中心,等等。贸促会系统的调解机构都规定有详尽的调解规则,各地方调解机构都有不同的调解员名单。调解员都是具有国际经济贸易、法律或其他方面专业知识并具有实践经验的专业人士。此外,海峡两岸经贸协调会秘书处也可以受理调解案件。

在上述机构之外,广大行业协会或工会在两岸经贸争端解决方面,正在成为越来越重要的调解力量。在解决国际贸易争端方

^① 《第一届两岸民间菁英论坛共同建议(节选)》,载《青年时报》2005年9月17日。

面,我国已经初步建立了商务部、地方商务主管部门、中介组织及企业协调工作的四体联动机制。作为四体联动机制的重要组成部分,行业协会起着联系政府和企业、规范企业行为、组织企业进行应诉和申诉的重要职能。^① 面对面广量大的常规性贸易纠纷,政府不应该也不可能全部介入,而行业协会作为企业的自律机构,为企业说话,为企业代言,名正言顺、天经地义,也有助于树立我国市场化的对外形象。^② 相对单个企业来说,行业协会具有信息优势和人才优势,可以从宏观上对一个行业所面临的问题寻求解决之道。一些行业的公会已经在两岸经贸争端的解决中发挥了重要的作用,例如,在2002年3月23日,大陆外经贸部公告对俄罗斯、韩国与台湾地区等冷轧钢品及扁轧品进行反倾销调查,为了避免将两岸贸易争端复杂化,两岸民间行业公会积极协商,希望妥善解决这一争端,台湾地区钢铁工业协会与中国大陆钢铁工业协会随后在台北就两岸钢铁贸易纠纷达成了四项共识。6月初,台湾地区钢铁工业协会来京,与大陆钢铁工业协会展开协商,就大陆实施临时性保障措施达成一系列协议,并建议台湾当局不要引用政府间的谈判机制,让民间出面解决。为解决两岸贸易纠纷,大陆从大局出发,在年底前正式表示两岸驻日内瓦的代表可以针对特定议题进行磋商。11月25日,外经贸部长石广生在接受英国《金融时报》采访时表示,“目前两岸确实没有一个正常的经贸交往关系,但两岸都是WTO成员,两岸驻日内瓦的代表就特定议题进行磋商,应是可行的。”12月12日,海峡两岸依WTO有关规定,在日内瓦就大陆采取的“部分进口钢品保障措施”举行磋商,尽管未达成结论,但却标志着入世后两岸贸易发展及两岸商务接触进入一个新的阶段。^③

① 《行业协会应积极参与解决国际贸易争端》, <http://www.bm.cei.gov.cn/all-file/04/2005040815325504008.asp>。

② 顾风:《中国行业协会:贸易战中显身手》,载《苏南科技开发》2003年第2期。

③ 王建民:《2002年海峡两岸贸易发展回顾与分析》, <http://www.china.org.cn/chinese/2002/Dec/253915.htm> 2005年9月21日访问。

但是,目前存在的一个问题是,我国的行业协会可以说是先天不足,存在着诸如行政色彩过浓、总体发育不足^①、自身建设滞后、专业人才不足等问题。行业协会的发展,任重而道远。

2. 发展两岸仲裁机构的合作

1992年8月,台湾地区仲裁协会与中国国际经济贸易仲裁委员会在深圳签署备忘录,提出两会应加强交流,每年共同举办“海峡两岸经贸仲裁研讨会”。但因两岸关系的复杂性,未能如愿。2001年4月,台湾商业总会率团访问大陆,达成于10月在上海共同举办“经贸仲裁研讨会”与召开“两岸仲裁机构会议”的共识。同年10月,台湾地区仲裁协会与中国国际经济贸易仲裁委员会在上海召开第一次经贸仲裁研讨会及机构会议,对两岸仲裁制度、通航后的海事纠纷仲裁及两岸仲裁裁决的认可、执行问题进行了讨论,达成如下共识:一是研究制度化的仲裁条款,供两岸厂商纳入合同中;二是两会相互吸收仲裁人士;三是通过台商联谊会组织宣传;四是两岸互供稿件,互开专栏;五是设立网站;六是未来在两地召开仲裁询问庭,两会全力提供相关协助。2002年4月,两岸法学与仲裁界在台北举行第二届海峡两岸经贸仲裁研讨会,探讨加入WTO后的两岸经贸纠纷问题。^②两岸仲裁领域的学术合作与交流日渐频繁。

2004年,依据《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》,厦门中级人民法院对台湾地区仲裁机构作出的一起债权债务纠纷裁决的效力予以审查,裁定对该仲裁机构裁决的内容予以认可。这起案件是祖国大陆首例认可台湾地

^① 我国目前大多数行业协会其成员企业一般不超过全行业企业总数的40%。有一项统计资料表明,在全国性行业协会中,非国有企业会员不超过50%的占79%,其中只有50%的行业协会的行业覆盖面达到80%。高科技和现代服务业的行业协会尚处于萌芽阶段,而加入世贸组织后一批受冲击较大的汽车、芯片以及房地产、出版、医疗等行业还没有建立起相关的行业协会。参见叶剑、赵应宗:《试析海峡两岸经贸新格局下的合作与争端问题》,载《国际贸易问题》2003年第11期。

^② 王建民、刘玉春:《入世后的两岸经贸争端及处理机制》,载《国际经济合作》第11期。

区仲裁机构裁决案。^①此案标志着两岸的仲裁交流与合作突破瓶颈,发展到了一个新的阶段。

尽管如此,现实中真正向仲裁机构提交纠纷的台商却仍然不多。据国台办的相关调查,台商在大陆无论生活小事还是经济纠纷,绝大多数都愿意向台办寻求帮助,而不愿意走进法院或仲裁机构解决纠纷。调查报告显示,1995—2004年期间,大陆各级台办每年受理的台胞投资纠纷达1500—1800件,其中,国台办受理的较大影响案件,每年可达160—200件。这些案件数量几乎与大陆仲裁机构每年受理的涉外仲裁案件数量相等。以深圳台商为例,2004年到2005年1月,深圳台办以及台商协会一共受理400多起申诉案,其中经济纠纷占70多起。不过,有高达97%的经济纠纷都是通过行政协调,仅有2起依靠法律解决,占不到3%。^②出现这种现象的原因并不难分析,一是广大台商对两岸仲裁合作的情况不甚了解,对大陆仲裁机构的公正性仍然存在怀疑;二是我们目前仲裁处理案件中还没有涉及到台湾民商法律的问题。在执行的执行上,现在还没有涉及到要到台湾去执行的情况。这些问题不解决,两岸仲裁合作的发展就会受到严重制约。

3. 运用 WTO 框架进行对话咨商

对于宏观层面的经贸纠纷、贸易争端与知识产权的保护问题,两岸可在WTO框架下正式咨商。入世后,两岸在是否利用WTO的争端解决机制方面有不同主张。大陆在这一点上观点鲜明:海峡两岸贸易争端是一个中国内部的两个关税区之间的经贸问题,不可能利用世贸组织的平台来解决。大陆主张遵照WTO的原则,两岸之间进行协商与沟通解决贸易争端。而台湾方面则主张以WTO作为平台进行协商解决。尽管如此,为解决两岸贸易往来中出现的贸易争端,大陆采取了较为灵活的政策。原外经贸

^① 参见《祖国大陆首次对台湾地区仲裁机构的裁决予以认可》, <http://www.huaxia.com/zt/sw/2004-117/2005/00279518.html>。

^② 《发生纠纷,大陆台商为何偏爱找台办》, <http://www.huaxia.com/zt/sw/2004-117/2005/00279522.html>。

部官员在接受记者采访时表示,大陆愿意遵守WTO的规范,会知会台北任何影响两岸贸易的行动,两岸驻日内瓦的代表可以针对“特定议题进行磋商”。2002年12月12日,海峡两岸依WTO的有关规定,在日内瓦就大陆采取的“部分进口钢品保障措施”举行磋商,尽管未达成结论,但却标志着两岸贸易发展及两岸商务接触进入一个新的阶段。

4. 借鉴与引入CEPA机制

为促进内地和香港特别行政区经济的共同繁荣与发展,加强双方与其他国家和地区的经贸联系,内地与香港特别行政区代表经过多轮磋商,商讨经贸安排,正式将自由贸易区易名为“更紧密经贸关系安排”(简称CEPA),并于2003年6月29日正式签署《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(以下简称《安排》)。它所创造的结构模式,开创了香港与内地,特别是香港与深圳、与珠江三角洲区域经济一体化的新型关系。CEPA“是中央政府根据港澳经济长远发展需要,在一国框架下,度身订造的产物。因此它的内容既不同于现时北美自由贸易区,也有别于西欧经济同盟。总体上看,CEPA涉及的市场整合内容已超过了现时北美或拉丁美洲自由贸易区,但不如欧盟”^①。

在CEPA框架下,内地和港澳之间在宏观经济政策上将加强沟通与协调,这一点对于两岸经贸关系的发展具有很大的借鉴意义。例如,香港特区政府与中央政府、广东省政府以及临近的深圳市政府多层面的协调与沟通正在大大加强,如内地已将主管港澳事务的领导提升至国家副主席的级别,粤港亦把“粤港合作联席会议”的层次升格为双方政府的最高首脑会议,沪港之间则建立了正式的官方沟通渠道,并达成8项合作协定框架。预计京港之间,香港与内地其他省市之间亦会有类似的合作计划出台。从长远看,两地的经济政策即使不会趋向一致,也将变得更加协调与默契。

^① 谢国梁:《从国际经验看CEPA框架下香港与内地经济整合的发展趋势》, <http://www.gdfao.gd.gov.cn/gdwsqk/yjzl/200501100008.htm> 2005年11月2日访问。

从目前来看,大陆和台湾地区之间建立 CEPA 这样的更紧密经贸安排的条件尚不成熟,但是两岸可以借鉴上述 CEPA 框架,各自设立级别对等的专门机构,以联席会议等形式,建立正式的官方沟通渠道,就两岸经贸争端解决以及经贸发展中的其他问题进行磋商。在未来条件成熟的时候,可以如中国政法大学王传丽教授所言,在一国四地间建立起一个与 WTO 争端解决机制相接轨的独立、自治、公正、高效、灵活的争端解决机制。独立是指该机制独立于四地各自的司法管辖体制,也独立于 WTO 的争端解决机制;灵活、高效是指专家组和上诉机构的设立和组成方式灵活,专家小组的组成可因争议当事方的不同而不同,常设性质的上诉机构的成员可由四方选派的法官和专家组成,处理不服专家小组裁决的上诉案件。用一国四方争端机制的救济将是四地争议提交 WTO 争端解决机制的前提,以此保证公正保障争议各方当事人的合法权益。^①

总之,随着两岸经贸关系的日益加深,根据客观实际的需要,只要两岸秉承有益于两岸人民,有益于两岸经济发展,有益于争端解决的宗旨,通过两岸有关方面的真诚对话与交流,以实现和解与和谐为目标,就一定可以找到合适的争端解决之道。为此,不仅需要学界尽早在理论上进行探索,也需要民间的积极推动,更需要领导人的政治智慧。敢问路在何方?路在脚下!

^① 王传丽:《WTO:一个自给自足的法律体系——兼论一国四地经贸法律新发展》,载《国际经济法学刊》2004年第11卷。

两岸贸易法律冲突之研究 ——由台湾地区与大陆地区 关系条例之规定观之

徐慧怡^{* 1}

一、前言

有谓过去两岸间之贸易,在两边各自相关法令之限制下,纵使无直接的贸易关系,事实上,两岸经贸关系从未间断过。^①大陆地区自1978年十一届三中全会后,结束经济封闭,将对外开放作为长期“基本国策”,即多方设法招揽侨外商人。台湾地区则自1987年11月2日,基于人道主义,开放大陆探亲时起,正式开启两岸交流之管道。此后,复陆续许可大陆地区人民来台探病、奔丧或作一定期间之停留^②,海峡两岸人民接触频繁下,因贸易及其他经济或非经济活动所生问题,与日俱增,影响所及,如何调整并建立两岸人民关系之法律秩序,遂成为两岸各界迫切之需求。

解决国内经贸纠纷,一般而言,约有四种途径:一为当事人自行和解,二为声请法院或其他机关进行调解,三为交付仲裁,最后

* 中国台湾地区台北大学司法学系教授。

① 著者谓50年代或更早,台湾地区便一直透过香港从大陆进口中药材,且至50年代台湾工业化后,更开始将商品销售到大陆。林清祥:《海峡两岸贸易之民事问题研究》,《“司法院”研究年报》1991年,第1277页。

② 《大陆地区人民进入台湾地区许可办法》(1993年2月8日台湾地区“内政部”发布);《大陆地区人民在台湾地区依亲居留长期居留或定居许可办法》(1993年2月8日台湾地区“内政部”发布)。

则为提起诉讼。两岸之间,由于历史与政治原因,法律制度与诉讼程序均不相同,也因欠缺具有公信力之调处机构,达成协议之机会较弱^①,调解之效力亦有争议,是以仲裁与诉讼成为解决两岸贸易纠纷之最后机制。

为因应两岸人民接触所衍生之法律问题,“台湾地区政府”经过多年研议,于1992年5月由“立法院”三读通过《台湾地区与大陆地区人民关系条例》(以下简称《两岸关系条例》),并于7月31日公布施行,为规范两岸人民往来及解决所衍生各种法律事件之主要法规。其中,有关民事事件之部分,更是本于“一国两地区”之理念,适度纳入区际法律冲突之理论,以解决实际问题,且对于大陆地区人民之民事上权利与义务,亦基于事实需要,予以有条件的承认。^②随后,“行政院”制定《台湾地区与大陆地区人民关系条例施行细则》(以下简称《两岸关系条例施行细则》),于1992年9月18日开始施行,盼以务实的态度,处理台湾地区与大陆地区在各项法制上之冲突,以明文立法的机制,解决两岸人民的争端。

本文拟探讨《两岸关系条例》中有关贸易之法律冲突规定,并检视大陆判决在台湾地区之承认与执行问题。又,经过十多年开放与交流,台湾地区法院亦累积相当的判决,重新检视《两岸关系条例》,辅以实务上之判决,当可进一步了解两岸贸易案件之救济结果,期能解除大陆有关文章中对于在台涉讼所生之疑虑与误解。

二、涉及两岸贸易事件之定义

(一) 台湾地区人民与大陆地区人民

《两岸关系条例》之性质,因非为国与国间的法律冲突,其非

^① 根据海基会之研究,当事人双方如均在台湾地区,或纠纷恰可于现场处理的状况,则有可能进行面对面的调处。因能面对面的交换意见,所以达成协议的机会也较大。例如大陆“敏连鱼”(九四〇九四六号)与宜兰“瑞吉祥”号发生绞网纠纷,大陆船员押人取偿在台侦察期间,海基会邀集双方当事人并请主管机关、同乡会、渔会协助调处,终能达成协议,同意各自处理损害。参阅海基会信箱,两岸民事纠纷之调处。

^② 台湾地区“行政院”向“立法院”提出之《台湾地区与大陆地区人民关系条例》草案立法总说明。

属国际私法之范畴,固无疑意^①;是否属于区际法律冲突的范畴,深入研究,亦非完全一致。^②然因其与国际私法及区际冲突法之性质相当类似,故在民事关系的立法例上,仍援用法律冲突法之理论,是以在探讨与解释《两岸关系条例》时,援用国际私法的理论,成为必要的方法。

依《两岸关系条例》第2条之规定,区别人民属于台湾地区或大陆地区,乃依“户籍”而定。详言之,在台湾地区设有户籍者,为台湾地区人民;在大陆地区设有户籍者,则为大陆地区人民。依何地之户籍法确定户籍,条例虽未规定,援引国际私法国籍或住所确定之原则观之,则应依国籍或住所所在地之法律定之。故有无台湾之户籍,应依台湾地区之法律定之,有无大陆地区之户籍则应依大陆地区之规定定之。

《两岸关系条例施行细则》第4条至第7条则更进一步就台湾地区与大陆地区人民之范畴加以补充说明。依第4条之规定,台湾地区人民约可归类为三种:一为积极在台湾设有户籍者,包括大陆地区人民经许可进入台湾地区定居,并设有户籍(第2项),与曾在台湾设有户籍,但在2000年2月19日以前转换身份为大陆地区人民,依法回复台湾地区人民身份者(第1项第1款)。第二类,在台湾虽未积极设籍,然亦消极未在大陆设籍或经注销或放弃者,即指大陆地区出生,其父母均为台湾地区人民,未在大陆地区设有户籍或领用大陆地区护照者(第1项第3款);或违反本条例禁止在大陆地区设有户籍或领用大陆地区护照之规定,致丧失

① 国际私法乃是指对于涉及外国人或外国地,或涉及外国人及外国地之民事事件,应如何适用法律之法则。

② 区际法律冲突指一个国家内部有不同之法律制度之不同地区间之法律冲突,其特色在于区际法律冲突乃在一个主权国家领土范围之内发生法律冲突。大陆学者黄进认为,其形成原因有国家之联合与合并(如美国、瑞士)、国家之复活(如波兰)、国家之兼并(如意大利之兼并他国)、国家领土之割让(如法国之割让阿尔萨斯)、国家领土之回归(如香港、澳门)、分裂国家之统一(台湾与大陆将来之“统一”)。台湾学者认为,相对于区际法律冲突国家之美国,除各州之外,尚有所谓联邦政府存在;而台湾地区与大陆地区之“政府”外,并无另一地位高于两个地区“政府”之“政府”存在。李后政:《两岸民事关系条例与审判实务》,1994年版,第81—83页。

台湾地区人民身份者,嗣后注销大陆地区户籍或放弃领用护照,经“内政部”许可回复台湾地区人民身份,并返回台湾地区定居者(第1项第4款)。至于第三类,条文并未规定其需在台湾地区为实质上之设籍,只要在台湾地区出生,其父母均为台湾地区人民,或一方为台湾地区人民,一方为大陆地区人民者(第1项第2款),即认为符合设籍之要求。

至于大陆地区人民之定义,依《两岸关系条例施行细则》第5条,则包括:(1)大陆地区出生并继续居住之人民,其父母双方或一方为大陆地区人民者;(2)在台湾地区出生,其父母均为大陆地区人民者;(3)在台湾地区设有户籍,2000年2月19日以前转换身份为大陆地区人民,未依规定回复台湾地区人民身份者;(4)在大陆地区设有户籍或领用大陆地区护照,而丧失台湾地区人民身份者。此外,依同细则第7条之规定,大陆地区人民尚包括在国外出生,但仍领用大陆地区护照者,但旅居国外4年以上,并取得当地国籍者,或取得当地永久居留权并领有我国有效护照者则不在此限。^①

上述有关法律规定,无论为条例本身或施行细则,自1992年公布施行自今,均各自经历9次与6次之修订。其中,有关人民定义之规定,最重要者为2000年12月20日《两岸关系条例》第2条之修订,删除将大陆地区人民之定义涵盖台湾地区人民前往大陆地区继续居住逾4年之人民之规定。^②盖该条文在制订之初,实为两岸缺乏了解与互信之产物,且施行结果除可能产生双重身份之结果外,亦剥夺台湾地区人民之基本权益^③,故经历8年之交流与讨论,援将该规定删除。

① 《两岸关系条例施行细则》第5条、第7条。

② 依《台湾地区与大陆地区人民关系条例(旧)》第2条第4款、同条例施行细则第5条第2项大陆地区人民,系指在大陆地区设有户籍或台湾地区人民前往大陆地区继续居住逾4年之人民,所称在大陆地区继续居住逾4年,系指自进入大陆地区之翌日起,4年间未曾返回台湾地区或曾前往第三地区每次未逾30日而言。

③ “最高法院”1998年台上字第21号判决,“台湾高等法院”1998年抗国字第14号裁定,“台湾高等法院”1998年家抗字第14号裁定, <http://nwjirs.judicial.gov.tw>。

（二）涉及两岸贸易事件之范畴

1. 涉外民事事件

欲讨论涉及两岸之间贸易事件之范畴,因其包括在涉及两岸民事事件之范畴中,故讨论涉及两岸民事事件之范畴,即可获知涉及两岸之贸易事件,欲讨论涉及两岸民事事件之范畴,则应从涉外民事事件之定义观之。

涉外民事事件与单纯内国民事事件,最基本的差别,在于前者含有涉外成分,换言之,涉外民事事件,乃指牵涉外国人或外国地,或既牵涉外国人又牵涉外国地之民事案件。分析其之类型,则可分为四种:(1)内国人民间之民事事件,标的物所在地、事实发生地或行为地在外国;(2)外国人民间之民事事件,标的物所在地、事实发生地或行为地在法院地国;(3)内国人与外国人间之民事事件,标的物所在地、事实发生地或行为地在外国,或四、内国人与外国人民间之民事事件,标的物所在地、事实发生地或行为地在法院地国。依此理论推之,两岸之间民事事件之范畴,应指牵涉两岸地区之地域,或牵涉两地区之人民,或既牵涉两岸地区又涉及两岸人民之民事事件。唯此定义究竟为何?包括何种类型?是否均为《两岸关系条例》第3章“民事”中所规范之涉及两岸间之民事事件?有待进一步之分析。

2. 类型分析

依前述之定义,若将台湾地区人民、大陆地区人民、外国人、台湾地区、大陆地区与外国地为各种因素,加以组合,分析其情形,此类事件之可能性有18种:

(1)台湾地区人民间之民事事件,标的物所在地、事实发生地或行为地在台湾地区;

(2)台湾地区人民间之民事事件,标的物所在地、事实发生地或行为地在大陆地区;

(3)台湾地区与大陆地区人民间之民事事件,标的物所在地、事实发生地或行为地在台湾地区;

(4)台湾地区与大陆地区人民间之民事事件,标的物所在地、

事实发生地或行为地在大陆地区；

(5) 大陆地区人民之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在台湾地区；

(6) 大陆地区人民之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在大陆地区；

(7) 台湾地区人民与外国人间之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在台湾地区；

(8) 台湾地区人民与外国人间之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在大陆地区；

(9) 大陆地区人民与外国人间之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在台湾地区；

(10) 大陆地区人民与外国人间之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在大陆地区；

(11) 外国人间之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在台湾地区；

(12) 外国人间之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在大陆地区；

(13) 台湾地区人民之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在外国地；

(14) 大陆地区人民之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在外国地；

(15) 台湾地区与大陆地区人民之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在外国地；

(16) 大陆地区人民与外国人间之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在外国地；

(17) 台湾地区人民与外国人间之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在外国地；

(18) 外国人间之民事事件，标的物所在地、事实发生地或行为地在外国地。

上述 18 种类型之民事事件中，第 1 类型为单纯之内国民事事

件,适用台湾地区之民事法律;第7类、第11类、第13类与第17类型,为台湾地区典型之涉外民事事件,适用涉外民事法律适用法之规定;第6类、第10类、第12类、第14类与第16类型,则因未有涉及台湾地区之任何成分,均非涉及两岸地区之民事事件^①;至于最后一类型,单纯外国人间之民事事件,则是单纯外国事件,与两岸之法律均无关联,其余类型则属于本节欲探讨之两岸民事事件。

3. 《两岸关系条例》之规定

根据《两岸关系条例》第41条第1项之规定“台湾地区人民与大陆地区人民之民事事件,除台湾地区与大陆地区人民关系条例另有规定外,适用台湾地区之法律。大陆地区人民相互间及其与外国人间之民事事件,除《台湾地区与大陆地区人民关系条例》另有规定外,适用大陆地区之规定”。即将两岸地区之民事事件,区分为三类:一为台湾地区人民与大陆地区人民间之民事事件,二为大陆地区人民相互间之民事事件,三为大陆地区人民与外国人间之民事事件。根据同条第2项之规定“本章所称行为地、订约地、发生地、履行地、所在地、诉讼地或仲裁地,指在台湾地区或大陆地区”。解释上《两岸关系条例》将两岸之民事事件之范畴,除将人民之间限制在前述三类型之间外,并将地域限制在台湾与大陆二地区。据此限制,则涉及两岸间之民事事件,乃包括前述第三、四、五与第九类型之民事事件而已,即台湾地区人民与大陆地区人民间,牵涉台湾地区或大陆地区之民事事件;大陆地区人民间,牵涉台湾地区之民事事件;或大陆地区人民与外国人间,牵涉台湾地区之民事事件者。

由上述之条文分析观之,虽可认识立法者在立法之时,企图解决两岸间法律冲突之用心,唯依前述之分析,仍有些许问题未能解决:

^① 此类案件,依据《两岸关系条例》第41条第2项之规定,直接适用大陆地区之规定。

(1) 前述第二类与第八类型之民事事件,即台湾地区人民间之民事事件,或台湾地区人民与外国人间之民事事件,其标的物所在地、事实发生地或行为地在大陆地区者,非条例中两岸民事事件之范畴。此类案件,前者其是否直接适用台湾地区之民事法律,后者是否适用涉外民事法律适用法,均有疑义。按台湾地区人民间,尤其债之订约地或履行地在大陆地区,或当事人合意以大陆地区之规定为准据法,或标的物为不动产,且在大陆地区者,或依国际私法“场所支配行为论”(locus regit actum)^①,或依“当事人意思自主原则”^②之法理,应分别适用行为地法、物之所在地法或合意之准据法。是以此时若不类推适用大陆地区之规定,则显与法理不合。^③然台湾地区实务上对于台湾地区人民间之贸易事件,虽然订约地在大陆地区,然因双方当事人均为台湾地区人民,乃直接适用台湾之民事法律。^④

(2) 台湾地区与大陆人民间之民事事件,其行为地、订约地、发生地、履行地、所在地,均不在台湾地区或大陆地区,然诉讼地选择在台湾地区,即在台湾提起诉讼时,《两岸关系条例》既不包含

① 13 世纪初“法则区别说”时期,若干国际私法上之原则,似已获建立。其中,实体法与程序法之分最为显著。即凡程序法上之问题,盖依法院地法,而实体法问题,则依行为地法。此后来发展成“场所支配行为”之原则。而“行为地”之适用对象,则包括契约与侵权行为。马汉宝:《国际私法总论》,1990 年版,第 247 页。

② 当事人意思自主之观念,并见于实体法。实体法上,当事人意思自主指契约当事人得以双方合意之事项,代替法律之任意规定。在国际私法上,则藉以决定契约案件所应适用之法律,包括强行规定与任意规定在内。此时,如当事人的意思指向某外国法,则契约之准据法即为该外国法。马汉宝,前掲书,第 122 页。

③ 学者李后政亦采同样之见解,李后政,前掲书,第 121—122 页。

④ 桃园 2002 年诉字第 471 号判决,按《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第 41 条、第 48 条规定,台湾地区人民与大陆地区人民间之民事事件,除本条例另有规定外,适用台湾地区之法律;债之契约,依订约地之规定,但当事人另有约定者,从其约定。查本件讼争签呈虽系在大陆地区签立,为两造所不争执,然如非涉及台湾地区人民及大陆地区人民争执,纵缔约地在大陆地区,按之首揭法条规定,仍无大陆地区法律之适用。本件原告起诉乃以被告所签立签呈对原告为之,故由原告对被告追索为据,则依原告主张,其所主张契约关系乃直接存在两造之间,本件被告既系台湾地区人民,原告则为台湾地区之法人,均非属于大陆地区之人民或法人,故本件争执仍应适用“台湾地区法律”。

此类事件在内,适用涉外民事法律适用法又显不适当,是其法律适用问题,如何解决,不无疑义。^①

综上所述,《两岸关系条例》第41条之规定,虽亟欲规范涉及两岸之民事事件之范畴,然因其在台湾地区与大陆地区之案件上采保守之定义方式,导致对于台湾地区人民间或与外国人间,涉及大陆地区之事件,无法适用该条例,结果可能产生不公平,不符合法理或判决无法执行之问题,如何修法,应为下一研究之课题。

三、涉及两岸贸易有关之法律

当案件属于前述涉及两岸之民事事件,而台湾地区法院确认其有管辖权后,“法院”即需依职权加以“定性”^②,以决定究竟应依《两岸关系条例》中何法条以决定准据法。如《两岸关系条例》未有合适相当之规定时,依条例第41条之规定,则分别适用台湾地区或大陆地区之规定。

《两岸关系条例》中,涉及两岸贸易相关之规定颇多,在准据法部分,本文主要集中在贸易契约所生债权与法律行为之方式等规定上,在所谓“通则”之部分,则包括公序良俗适用之限制与反致、一国数法等规定。

(一) 法律行为所生债权之准据法

契约为两岸贸易交流中最重要之一环,法律行为所生之债,通常即指契约。^③《两岸关系条例》中第48条规定“债之契约依订约

① 李后政,前掲书,第123页。

② 涉外案件依其事实,究应归属于内国国际私法上何一概念或范畴,以及国际私法上之连系因素,究应如何解释,内国法官需先予以确定,否则,即无由决定案件应适用之法律。对此类先决问题,学者所用之名称不一,如欧洲学者多用 Qualification;英美学者则用 Characterization 或 Classification,台湾地区学者则多用“定性”,马汉宝,前掲书,第225页;刘铁铮、陈荣传:《国际私法论》,2004年修订版,第518页;此外,亦有学者采不同之名称,如苏远成称“法律关系之性质决定”,参阅苏远成:《国际私法》,1993年版,第40页;“法律命意之冲突”,曾陈明汝:《国际私法原理》,1993年修订版,第221页。

③ 法律行为,可分为一方行为与双方行为两种,前者如捐助、遗嘱,后者即指契约。一般而言,法律行为所生之债,通常多为契约,因为一方行为而生债之关系,实属少数。

地之规定。但当事人另有约定者,从其约定。前项订约地不明而当事人又无约定者,依履行地之规定,履行地不明者,依诉讼地或仲裁地之规定”。依此规定,债之契约适用之范围,包括契约之成立要件、契约之效力、契约之解释与消灭。其范围广泛,牵涉问题繁多,如契约成立要件中包括要约、承诺、撤回、意思表示之效力,与标的之适法、可能、确定等问题,而契约之效力则包括债权人、债务人之权利义务关系,给付不能、给付拒绝、不完全给付或给付迟延,同时履行抗辩权、危险负担、或损害赔偿等。两岸贸易之争议是否属于本条之契约问题,则由台湾地区之法院依“定性”之法理加以决定。实务上,两岸有关贸易之诉讼,多为给付买卖价金^①,或返还价金之诉。^②

国际私法上决定准据之连系因素^③,虽以单数为常,但亦不乏复数,尤其在契约之要件或方式上。根据《两岸关系条例》之规定,决定两岸贸易契约之准据法,有多数的连系因素,包括当事人之约定、缔约地、履行地、诉讼地与仲裁地等。其中,有关“当事人之约定”部分,乃采“当事人意思自主原则”,即契约的当事人得合意选定以台湾地区之法律,或大陆地区之法律为契约之准据法。一旦有此合意,则无论该有关贸易契约在何处缔约、何处履行,诉讼或仲裁地在何处,其实质内容之成立与效力,均依合意之法律加以决定。^④其次,当事人若无合意,则依“场所支配行为”之原则,

① “最高法院”1997年台上字第2716号判决,“最高法院”2004年台上字第951号判决,“最高法院”2004年台上字第477号判决,“最高法院”2000年台上字第1391号判决等是。

② “最高法院”1996年台上字第1880号判决,“最高法院”1997年台上字第2644号判决,“最高法院”1999年台上字第3402号判决,“最高法院”2000年台上字第1606号判决等是。

③ 国际法上一宗涉外案件所以与某一国家的实体法发生连系者,端系因案件之事实中,某一种事实或几种事实之存在使该案件与该国实体法之间,关系最为密切之故,此等事实,学者称其为“连系因素”。马汉宝,前掲书,第58页。

④ “最高法院”台上字第951号判决,原告为卖方,为大陆设立登记之公司,请求台湾地区人民之买方被告,给付买卖价金。其中,两造陈明同意适用台湾法律为准据法。

采缔约地、履行地之法律,若再无法律可以适用,则以法院地之法律——即诉讼地或仲裁地之法律定之。此种缔约地、履行地、诉讼地或仲裁地之次序性适用方式,即所谓之“阶段适用”原则。更进一步,若缔约地非在一处,如要约地在台湾地区,而承诺地在大陆地区时,究竟何处为缔约地,即产生连系因素之定性问题。《两岸关系条例》预见此情形,故在第45条规定:“民事法律关系之行为地或事实地跨连台湾地区与大陆地区者,以台湾地区为行为地或事实发生地。”即以台湾地区为缔约地,适用台湾之法律,以避免对连系因素定性产生之不确定性,有害交易之安全。

论者有谓条文中之缔约地、履行地与诉讼地等,依《两岸关系条例》第41条第3项之规定视之,两岸经贸交流,非在大陆地区,即在台湾地区,应不存在缔约地或履行地不明之情形,不若涉外契约乃发生于世界各地,故上开规定并不实际。^① 管见以为上述不明之情形,出现几率固然微乎其微,然在当事人意思不明时,予以硬性一般原则之决定,有时甚或发生不合理之情事。目前国际私法之发展愈益趋向“关系最切”之理论,由法院依据案情个别决定其应适用之法律,并在比较相关地区之利益与关系后,以其中关系最切之法律为准据法,得兼顾当事人之主观期待与具体客观情况之需求。《两岸关系条例》既因循国际私法之理论,关系最切之理论应为修法时参考之方向,此时缔约地、履行地或诉讼地、仲裁地之法律均将同时列入考量,而以与当事人关系最切之地之法律为准据法。

(二) 法律行为方式之准据法

法律行为之方式,指法律行为成立或其效力发生,应遵守之方式,即法律行为之形式要件。《两岸关系条例》第47条第1项规定“法律行为之方式,依该行为所应适用之规定。但依行为地之规定所定之方式者,亦为有效”。依此规定,所谓法律行为之方式,主要指债权行为及其他未设明文规定之法律关系,如契约成立

^① 林清祥,前掲书,第1513页。

之方式需以书面或口头为之,是否需要证人或公证机关之认许等是。盖《条例》中对某些特定之法律行为均有明文规定,如身份行为之成立要件,解释上应适用于其方式问题,如结婚或离婚之方式及其他要件,规定于第 52 条,而物权行为之方式,规定于同条第 2 项,票据行为则明订于同条第 3 项等。

决定两岸贸易契约方式之准据法,亦有多数之连系因素,包括契约所适用之准据法与行为地所定之方式。前者指前述第 48 条适用之准据法,后者则依“场所支配行为”理论之行为地法。解释上契约之方式若不符合前述契约之准据法,契约固不能有效成立,然仍得适用行为地法律,以决定其效力。换言之,此二准据法间其实无先后次序,法律行为之方式只要符合任一法律规定,即均为有效。此种规定,乃在藉以避免契约因方式之欠缺,而使法律行为陷于无效或具有得撤销之事由,此即所谓之“选择适用”原则。准此。原则上契约之方式,若当事人决定以大陆地区之规定为契约之准据法,而大陆地区就该契约之方式与台湾地区不同时,若签约地在台湾地区,或依前述要约地在台湾地区时,则契约之方式依台湾地区法律之规定,亦无妨其成立与生效。

(三) 公序良俗适用之限制与其他

依照国际私法之理论,当法院确定应适用某一国家之法律时,并非当然即适用该国之实体法,此时仍存在“反致”、“一国数法”与“外国法适用之限制”等问题,必确认无上述之情形或上述情形均获得合理之处理后,始得适用应适用之实体法以解决争端。《两岸关系条例》系依法律冲突法理论之立法型式,尤其是遵循台湾地区涉外民事法律适用法之架构而来,是以条文中亦有反致、一国数法与公序良俗之规定,在适用大陆地区之规定前,即必须就此加以讨论。

反致

国际私法上所谓的“反致”(Renvoi),指依甲国国际私法规定某一涉外案件应准据乙国法,而乙国国际私法又认为应准据甲国

法,因此甲国法院即据以适用甲国法而言。^①反致之发生,大抵系因各国现行国际私法就属人法之原则,有采本国法主义,有采住所地法主义者。台湾地区之《涉外民事法律适用法》第29条采反致理论,包括直接反致、间接反致与转据反致在内。^②《两岸关系条例》对此亦有类似之规定,依第43条“依本条例规定应适用大陆地区之规定时,如大陆地区就该法律关系无明文规定或依其规定应适用台湾地区之法律者,适用台湾地区之法律”。其中,除“无明文规定”之部分外,即是关于反致之规定,且采直接反致之规定。

上述规定,就大陆法律无明文规定之法律消极冲突部分,直接适用台湾地区之规定,应是取其法律明确、便利,无须揣测或寻找不确定之习惯或法理^③。然是否应依该法律关系之习惯或法理,而非直接适用台湾地区之法律,则有讨论之余地。就直接反致之部分,因目前大陆地区法院处理两岸之诉讼,并未采取法律冲突之原则,且其立法上亦尚未有反致之制度^④,是以适用上并无反致之问题,应属于超前立法之规定。

一国数法

国际私法上所谓“一国数法”之问题,指在适用当事人本国法时,虽明知其有国籍,唯其本国法律系因地方而异,究应以何种法律为其本国法是。^⑤换言之,当“国籍”不足以定应适用之本国法

① 马汉宝,前掲书,第215页。

② 《涉外民事法律适用法》第29条:“依本法适用当事人本国法时,如依其本国法就该法律关系须依其他法律而定者,应适用该其他法律。依该其他法律更应适用其他法律者,亦同。但依该其他法律应适用台湾地区法律者,适用台湾地区法律。”

③ 立法时,“立法院”司法、内政、法制三委员会联席会议之审查报告,均未详细说明理由。学者有认其或认为台湾地区之法律优于大陆地区之规定。李后政,前掲书,第336—337页。

④ 徐平:《台湾当局有关两岸民事关系法律适用规定之评析》,载《台湾研究集刊》,1994年第3期;杨贤坤:《试论海峡两岸民事、经济交往适用法律的原则——兼论“台湾地区与大陆地区人民关系条例”民事部分适用法律的规定》,载《中山大学学报》,1993年2月。

⑤ 马汉宝,前掲书,第87页。

时,即必须另立法则以为辅助。台湾地区之《涉外民事法律适用法》第 28 条对于一国数法之问题,原则上当事人有住所于本国内时,依其内国之住所地法,例外当事人之住所在本国以外时,则依其首都所在地法。^① 同样,《两岸关系条例》对此亦有类似之规定,如第 42 条规定“依本条例规定应适用大陆地区之规定时,如该地区内各地方有不同规定者,依当事人户籍地之规定”。即认大陆属于复数法域之国家,而以户籍代替住所。

更进一步言,本条主张大陆为复数法域国家,应是将 1997 年与 1999 年香港、澳门分别回归后,仍保留其原法律制度,成为独立法域而言。然截至目前为止,除香港与澳门外,大陆其他地区并未存在不同法律制度之法域,台湾地区对于香港、澳门所生之贸易纠纷,亦不适用《两岸关系条例》。换言之,《两岸关系条例》中明文规定大陆地区之范畴,并未涵盖香港与澳门;再者,台湾地区于 1997 年 4 月经“立法院”通过《香港、澳门关系条例》,虽立法之型式同样仿效《两岸关系条例》,然其第 1 条即开宗明义说明乃“为规范及促进与香港及澳门之经贸、文化及其他关系”,且“本条例未规定者,适用其他有关法令之规定。但《台湾地区与大陆地区人民关系条例》除本条例有明文规定者外,不适用之”。而且就民事事件而言,其第 38 条亦规定“民事事件,涉及香港或澳门者,类推适用涉外民事法律适用法,涉外民事法律适用法未规定者,适用与民事法律关系最重大牵连关系地法律”。是以当有涉及台湾地区与澳门间,或台湾地区与香港间之贸易事件时,台湾地区之法院将直接适用《香港、澳门关系条例》,类推适用涉外民事法律适用法之规定处理,从而目前《两岸关系条例》第 42 条之规定尚无适用之余地。

公序良俗之问题

公序良俗之问题,即国际私法上外国法适用之限制问题。盖内国立法者允许适用外国法,原在维护国际交往之安全与公平。

^① 《涉外民事法律适用法》第 28 条:“依本法适用当事人本国法时,如其国内各地方之法律不同者,依其国内住所地法。国内住所不明者,依其首都所在地法。”

倘外国法之内容有害内国之公安或公益时,即不予适用。台湾之《涉外民事法律适用法》第25条即明文规定,外国法有背于公共秩序或善良风俗时,均排除其适用,以示限制。^①《两岸关系条例》第44条亦有类似之规定,根据第44条之规定“依本条例规定应适用大陆地区之规定时,如其规定有悖于台湾地区之公共秩序或善良风俗者,适用台湾地区之法律”。即以公序良俗之规定排除大陆法律之适用。

唯公序良俗之定义为何?实体法上并未有明文加以解释,多仅在强调违反时之效果。学者、历来判例则大抵上认为公共秩序者,系国家社会之一般的要求或利益;善良风俗者,乃社会一般道德观念。公共秩序与善良风俗二者间,一自外部之社会秩序言,一自内部之道德观念视之,范围固然有别,然因“公共秩序”与“善良风俗”二者间未有明确之界线,是以兼备二者的情形不少,且有相依相成之作用,适用时,毋庸勉强区别某种事项属于何者。^②

尽管如此,此种不确定之抽象法律概念,其具体内容常随时代背景有所差异,何种法律适用之结果,将有背于台湾地区之公序良俗,仍难依前述标准一一断定,仅能就个别事件适用大陆地区之法律而产生之效果,加以审查。两岸贸易事件应适用大陆地区之规定时,衡诸目前台湾地区法院之判决,尚难发现“台湾地区法院”有适用本条规定而拒绝大陆法律适用之情形。仅1996年台湾地区高等法院曾就桃园地区法院认可厦门市人民法院之判决,而当事人提出抗告中,有些微公序良俗之讨论。唯该案件为侵权行为之案件,且抗告人虽主张“大陆撤资政策不合理,订立之撤资条款严苛”使“资金投入,无法回收”,据以主张“大陆地区之判决有违台湾地区之公共秩序”,不应认可该判决。“台湾地区高等法院”则认为“大陆判决并未引用大陆关于台商或外商撤资之法令,无

^① 《涉外民事法律适用法》第25条规定:“依本法应适用外国法时,如其规定有悖于台湾地区之公序良俗者,不适用之。”

^② 洪逊欣:《中国民法总则》,1980年版,第337页;史尚宽:《民法总则》,1970年版,第300—301页。

由依抗告人所主张就大陆关于台商撤资之政策、法令,有无违反台湾地区公共秩序为审查”^①。是以本案并未对大陆撤资之政策加以实体之审查,从而无从得知实务上,该政策有否违反台湾地区之公共秩序。

四、大陆地区贸易判决之认可与执行

涉及两岸贸易之争议,若在台湾提起诉讼,根据前述之规定,台湾地区之法院并非仅适用台湾地区之法律,而是依《两岸关系条例》之相关法条,适用台湾地区或大陆地区之规定。反之,大陆地区法院处理涉及两岸之民事事件时,并未采取法律冲突之原则,而系以大陆地区之现行法律作为裁判之依据。大陆地区之判决是否得在台湾地区取得许可,尤其是两岸贸易契约之给付之诉,得否进一步取得执行名义,在台湾地区强制执行,事关司法管辖权之问题。

台湾地区对于外国或地区法院之判决,基于比较实际之理由,包括:(1)避免对于争论已决之事件,重加审理;(2)防止原告只图在可执行判决之法院起诉,并保障被告,免受原告继续藉选择法院施以损害;(3)保障胜诉一造,免受败诉一造推脱逃避等伎俩之困扰,与(4)就某几类案件,作成判决之法院与比承认判决之法院妥当,例如作成判决之法院比后者为更便利或关系最切之法院等^②,在一定的条件下,乃承认并执行外国或地区法院之判决。此一定之条件,大致上与世界各国相似,即根据台湾地区《民事诉讼法》第402条之规定,外国或地区判决需为确定判决、系具有管辖权之法院所为、需符合程序正义、未违背台湾之公序良俗,与有国

^① “台湾地区高等法院”1996年抗字第514号裁定。

^② 国际私法传统上对外国判决之承认与执行,素有不同之理由,有主张礼让说(Comity)者,有主张义务说(Obligation)者,更有主张既得权(Acquired rights)说者。马汉宝,前揭书,第180—181页。

际之相互承认等要件。^①

为避免诉讼浪费,判决歧异,并兼顾当事人之权益,《两岸关系条例》第74条亦明文规定大陆地区之判决在台湾地区认可与执行之条件。观其规定,较诸台湾地区对于外国法院判决之部分简单许多,大陆地区法院之裁判或仲裁,除违反台湾地区之公共秩序或善良风俗,与欠缺两地区之相互承认外,原则上台湾地区均予以承认,并加以执行。详言之,大陆地区之判决欲在台湾地区取得认可,作成执行名义,必须符合下之要件:

(一) 大陆地区之判决需为确定判决,而保全程序中所为之假处分或假扣押,则非判决。大陆人民法院制作的民事调解书,亦不在认可之范围。^②

(二) 大陆地区之判决须经“台湾地区法院”之许可;以给付为内容者,经裁定认可,得为执行名义,可请求强制执行。^③

(三) 需不违反台湾地区之公共秩序善良风俗,此与前述适用准据法时,限制适用大陆地区法律之适用者,同其旨趣。

(四) 以在台湾地区作成之民事确定裁判、民事仲裁判断,得声请大陆地区法院裁定认可或为执行名义者始适用之,即所谓的

① 台湾地区《民事诉讼法》第402条规定:外国法院之确定判决,有左列各款情形之一者,不认其效力。

(一) 依台湾地区之法律,外国法院无管辖权者。

(二) 败诉之一造,为台湾地区人而未应诉者。但开始诉讼所需之通知或命令已在该国送达本人,或依台湾地区法律上协助送达者,不在此限。

(三) 外国法院之判决,有悖公共秩序或善良风俗者。

(四) 无国际相互之承认者。

② 大陆地区之调解有许多种情形,一为民间调解,二为仲裁机构之调解,三为法院之调解,此处指法院之调解;林雪玉:《论大陆地区之中外合资企业——间论台商赴大陆投资之相对因应》,载《中兴法学》1998年第44期。

③ 《强制执行法》第4条第1项规定:“强制执行,依左列名义为之:

(一) 确定之终局判决。

(二) 假扣押、假处分、假执行之裁判及其他依民事诉讼法得为强制执行之裁判。

(三) 依民事诉讼法成立之和解或调解。

(四) 依公证法规定得为强制执行之公证书。

(五) 抵押权人或质权人,为拍卖抵押物或质物之声请,经法院为许可强制执行之裁定者。

(六) 其他依法律之规定,得为强制执行名义者。”

“互惠原则”。

按台湾地区在对外国或地区判决之承认与执行中,对互惠原则之解释一向相当宽容,除有以国际条约、该国或地区之成文法规外,仅以习惯法或实际上之惯例承认,均包括在内。学者有谓对外国或地区法院判决之相互承认,不限于该外国或地区法院已有具体承认台湾地区判决之事实存在,如该外国或地区尚无不承认台湾地区法院判决之例,只要客观尚可期待其将来承认台湾地区之判决,即可认为符合互惠之要件。^①

事实上,两岸条例制订之初,并无互惠条款之规定,且至 1997 年 4 月修法增加互惠条款前,台湾地区法院亦无违法拒绝认可大陆地区判决之情形,此可从“司法院”网址中,查询有关 1996 年被裁定认可之大陆地区判决之事项。^②唯大陆学者有误认台湾地区 1997 年之修正案,乃是因为台湾地区拒绝大陆地区之判决,从而大陆亦不认可台湾地区之判决所致。^③过去,在《两岸关系条例》公布后,大陆地区确有不认可台湾地区判决之先例,如 1995 年厦门市中级人民法院对当事人申请执行台湾板桥地方法院之支付命令一案,经福建省高级人民法院请示最高人民法院,最高法院民事庭之答复即认为“人民法院不宜直接认可和执行台湾有关法院发出的‘支付命令’”^④,拒绝认可和执行台湾地区法院之判决。1997 年 4 月,台湾地区修正《两岸关系条例》第 74 条,增定第 3 项即“互惠原则”之规定,希望大陆亦能秉持互惠、对等原则,正视两岸司法互助问题,能以诚意解决,以维护两岸法律制度,并兼顾当事人权

① 为就该外国或地区法院之是否承认台湾地区法院之判决而言,并非仅以形式上具有相互成认知可能性,即为已足,其承认之实质条件,亦并需包括彼此就重要之原则大致相当。刘铁铮、陈荣传,前掲书,第 636 页。

② “台湾地区高等法院”1996 年抗字第 514 号裁定,“台湾地区高等法院”1996 年声字第 31 号裁定,“台湾地区高等法院”1996 年家抗字第 91 号裁定等,均为 1998 年前认可大陆地区判决之裁定。

③ 欧亦宁:《两岸民事判决互相承认》,载《大陆台商简讯》2000 年 8 月号。

④ 王建源:《论两岸民事司法中判决的认可与执行问题》,载《台湾研究集刊》2004 年第 4 期。

益。^① 随即大陆地区于 1998 年 1 月 15 日最高法院通过《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》,以司法解释发布认可台湾地区法院民事判决之规定。^② 至此,两岸贸易之确定判决,无论法庭地为台湾地区或大陆地区,在符合一定之条件下,均可至对岸请求认可,并加以执行。

关于认可大陆地区之判决时,是否需审查其判决所适用之大陆法律等程序问题,《条例》中并未说明。观诸实务上运作,发现早期请求认可大陆地区之判决,程序上多以声请指定管辖之方式为之^③,法院除认为其声请无理由外,并在裁定理由中,说明认可之性质与程序。其认为“大陆地区作成之民事确定裁判,其性质为非讼事件,其裁定程序固应适用非讼事件法相关规定,唯该《条例》及非讼事件法对于此事件之管辖均未设规定,自应类推适用民事诉讼法相关规定,以定其管辖法院”^④。至于是否就适用之法律重新审查,实务上亦认为“因认可判决程序属非讼事件之裁定程序,不得就当事人间之法律关系重为判断;当事人间之实体法律关系,法院亦无调查、审理权限”。

五、结语

两岸交流的大门一开,两岸贸易热潮即有增无减,且在持续激增中。台湾地区本于务实之态度,公布施行《两岸关系条例》,复陆续发布各种相关之法规,如于 1993 年 3 月发布《在大陆地区从事投资或技术合作许可办法》,2004 年 3 月公布在《大陆地区从事投资或技术合作审查原则》等,以为许可或规范台湾地区人民、法人、团体或其他机构在大陆地区从事投资或技术合作之法令依据。虽然台

① 财团法人海峡交流基金会:《两岸投资法规汇编》,1994 年版,第 1560 页。

② 大陆地区最高法院之《规定》,对当事人申请认可台湾地区法院民事判决案件之管辖、提出申请、受理、审查、裁定、管辖权冲突之协调等均有详细规定。王建源,前揭文,第 41—45 页。

③ 如“台湾地区最高法院”1997 年台声字第 543 号裁定,“台湾地区最高法院”1998 年台声字第 347 号裁定,与“台湾地区最高法院”1998 年台声字第 454 号裁定等。

④ 同前注。

湾地区对于两岸资金直接来往之部分,仍持相当保守之态度,且有限度的规范大陆地区人民来台从事之商务活动^①,然越来越多台资、技术登陆仍是不争的事实。

《两岸关系条例》中有关民事之规定,援区际法律冲突之理论,就两岸人民之定义、事件之定义、契约有关法律之冲突,乃至是否需反致、一地区数法与公序良俗之限制等,均有明确之规定,并对大陆地区法院之判决给予相当之尊重。施行至今,《两岸关系条例》经历多次之修正,法条容或仍有修正之空间,然期待解决两岸间贸易争端之诚意与努力,则是有目共睹的。

大陆地区目前就两岸贸易之争端,对于系属于大陆地区法院之两岸贸易事件,尚未有类似《两岸关系条例》之选法理论之法律,仍直接适用大陆地区之法律,其结果,则可能出现当事人选择法院之情形。对于台湾地区之判决,则于1998年经司法解释,得经人民高等法院认可台湾地区之判决与仲裁。至于大陆地区之强制执行,则普遍存在“执行难”的声音^②,虽然已有台胞持台湾法院判决申请大陆法院之认可,唯实际强制执行之结果如何,则不甚明确。

① 参阅《大陆地区人民来台从事商务活动许可办法》(1994年2月1日)第4条,本办法所称商务活动以下列各款为限:(1)商务访问。(2)商务考察。(3)商务会议。(4)演讲。(5)商务研习(含受训)。(6)为邀请单位提供验货、售后服务、技术指导等履约服务活动。(7)参加商展。(8)参观商展。

② 吴光陆:《两岸民事债权债务之处理》,载《月旦法学杂志》2001年总第72期。

WTO 争端解决裁决于国内法院的效力 ——兼评以欧盟经验对台湾的借鉴

何曜琛^{* 1}

一、绪论

以乌拉圭回合谈判(Uruguay Round)为分界,在此之前,欧盟法院(Court of Justice of the European Communities)于1972年,在International Fruit Company一案^①中宣示,1947年旧《关税与贸易总协议》(以下简称GATT)对于内国之法院不具有直接效力,在乌拉圭回合后,世界贸易组织(以下简称WTO)的体系与GATT相较已有重大的改变,旧GATT时代之争端解决机构,在本质上其司法性较弱,反之,WTO争端解决机制最大之特色,为其放弃“实用主义”(pragmatism)而改采“法律主义”(legalism)——即将争端解决机制予以法制化。^②

WTO设立协议第16条第4项规定:“各会员应确保其国内法律、规章及行政程序与WTO附件协议所规定之义务一致。”WTO要求会员国在内国执行某些救济程序,例如反倾销(antidumping)、

* 美国南美以美大学法学博士,台湾中国文化大学法学院专任教授,台湾东吴大学法学院兼任教授。

① Cases 21—24/72, International Fruit Company v. Produktschap voor Groenten en Fruit, [1972] ECR 1219.

② 李贵英:《WTO争端解决报告于欧洲联盟法律体系中之地位与效力》,贸易救济与行政救济研讨会,“经济部贸易调查委员会”、东吴大学法律学系主办,2004年7月2日,第7—8页。

平衡税(countervailing duty)等,在处理这些案件的控诉时,内国法院和 WTO 小组及上诉机构间之关系为何?可否拘束所有的内国机构,包括内国法院在内?国际法庭及内国法院应否适用相同的审查标准?欧盟对于 WTO 是否对于其会员国之内国法院有直接拘束力等议题,实证之经验更可作为借鉴,实值得探究。

二、争端解决规则与程序了解书

在国际贸易上,关于《争端解决规则与程序了解书》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute,以下简称 DSU),已久为人所耳熟能详,一般认为其系乌拉圭回合谈判中最重要的贡献^①,明定为属于强制及排他性的准司法裁决制度(quasi-judicial system of adjudication)。DSU 第 1 条第 1 项明定其适用范围:“本了解书之规则及程序,适用于依本了解书附件一所示之协议(以下简称“内括协议”)有关磋商及争端解决之规定所提起之争端。本了解书之规则与程序,亦应适用于 WTO 之会员就其于 WTO 协议所享之权利义务所生争端之磋商与处理,及本了解书单独或其他内括协议有关之争端之磋商与处理。”第 3 条第 11 项及第 12 项分别规定:“本了解书仅适用于自 WTO 协议生效后,依内括协议磋商条款所提出之磋商请求。至 WTO 协议生效前依 GATT 1947 或其他内括协议之先前协议所提之争端磋商请求,仍持续适用 WTO 协议生效前仍属有效之相关争端解决规则及程序。”“除前揭第 3 条第 11 项规定外,如依任一内括协议而提起之指控,系由开发中国家会员控诉已开发国家会员,指控国得依本了解书第 4、5、6 及 12 条之规定,引用 1966 年 4 月 5 日决议之相关规定(BISD 14 S/18),唯若小组认前述决议第 7 项有关期限之规定,将不及提出磋商报告且获指控国之同意,得延展期限。如本了解书第 4、5、6 及 12 条之规则与程序及前揭决议

^① 彭心仪:《多边架构下之争端解决——论 WTO 争端解决机制及其对台湾之影响》,载《台湾在 WTO 规范下之经贸新页》,台湾元照出版社 2001 年版,第 44 页。

之相关规定及程序相异时,应优先适用后者。”

DSU 几乎已经成为一个普遍被各国和地区所接受的国际协议,这个制度的特色在于其具有自发性(automatic)及强制性的本质。虽然 DSU 系从 GATT 的运作规则及经验衍生而来,但 WTO 的这一套新争端解决机制根本上已与旧的制度不同——新的制度加强在外交上寻求国际间之共识,且已从外交政治导向转变至法律规则导向。^① 新的 DSU 的确可以说仍然包含非司法的要件在内(例如,须由正式的采用争端解决机构(Dispute Settlement Body, DSB)所发布的小组(panel)及上诉机构(Appellate Body)报告之必要性),但这些非司法要件已不如过去重要,且重要性丝毫无法与司法制度的要件相比。就 GATT 之运作经验,最常为人所批评之问题之一,即为其采取“共识决”方式之问题,使得任一缔约国得反对或拒绝小组之组成、裁判员之选任及裁判报告之采用等,即使理事会通过小组之报告,该缔约国亦得拒绝其履行,GATT 并无适当之方法加以惩罚。^② WTO 对争端解决小组的成立、职权范围、报告认定虽采“共识决”方式,但 WTO 就此系采“负面之共识决”(negative consensus)方式,即除非 DSB 会员全体反对,否则有关的报告或决议视为通过,其目的在于避免个别之会员国对小组报告之通过予以杯葛^③,而使 WTO 争端解决程序成为较具法律色彩之司法程序及强制性。^④ 对于上诉报告(appellate review)而言尤其如此。DSU 本身强调争端解决制度对于 WTO 极为重要。DSU 第 3 条第 2 项规定:“WTO 之争端解决制度系提供多边贸易体系安

① 李贵英:《WTO 争端解决程序》,“贸易救济争端解决案之研究”成果发表会,“经济部贸易调查委员会”主办 2001 年 12 月 14 日,第 11 页。

② 陈春山:《国际经济法—台湾与世贸组织》,台湾五南图书 1995 年版,第 237 页。

③ 罗昌发:《国际贸易法》,台湾月旦出版社 1996 年版,第 843、868—869 页。

④ 洪德钦:《GATT/WTO 争端解决体系——兼论其对“我国”加入 WTO 之意义与影响》,“行政院”国家科学委员会专题研究计划成果报告,1998 年 10 月 31 日,第 85、105—106 页。另参见洪德钦:《WTO 法律与政策专题研究》,台湾学林文化 2005 年版,第 293—378 页。

全性及可预测性之重要因素。会员咸认此制度旨在维护其于内括协议下之权利义务,并依国际公法之解释惯例,厘清内括协议之规定。DSB 之建议及裁决,不得增减内括协议所规定之权利义务。”可预测性及安全性对于任何法律制度而言,均极重要。尤其在 WTO 架构下,这些要件显得更为重要,因为国际贸易通常都是由“私”的经济个体参与,而非国家,而私的经济个体极需要其所进行之贸易行为具有安定性及可预测性。^①

对于愿意签署协议之会员国而言,这些承诺具有两层的意义。第一,会员国必须修改其内国法,使其符合协议的要件,因此,无论其内国法的规定是付之阙如或仅是未完全符合协议的要求,都必须透过立法或修法来解决。第二,会员国必须确保这些经修改的法规,可以顺利的依照协议的规定来运作及运用。^②

DSU 的制度设计,强化了执行之机制,采取立即履行的原则,在 DSU 的架构下,如果会员国在“合理期间”^③经过后未遵守最终的裁决,胜诉国可以采取报复措施,依下列原则暂停对于违反国的贸易减让承诺,直至违反国确实遵守 WTO 的决定为止,例如修改法律。第一,指控国应先就小组或上诉机构已发现有抵触或其他剥夺或损害情事之同一产业,要求暂停减让或其他义务;第二,如指控国认为对同一产业暂停减让或其他义务不切实际或无效,则

① 参见 Claus-Dieter Ehlermann & Lothar Ehring, WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views from the Perspective of the Appellate Body's Experience, 26 FORDHAM INT'L L. J. 1505, 1511—1512 (2003).

② Id., at 1510—1511.

③ 合理期间为:(1) 相关会员自行提出之期间,并经 DSB 批准者,尚无 DSB 之批准;(2) 争端当事国在通过该建议及裁定之日后 45 日内互相同意之期间,尚无此合意;(3) 于通过该建议及裁决之日后 90 日内,由具有拘束力之仲裁所决定之期间(案件提交仲裁后 10 日内,如当事未能同意仲裁人人选,则秘书长与当事国咨商后,应于 10 日内指定之)。在仲裁时,执行小组或上诉机构建议之合理期间,自通过小组或上诉机构报告之日起不得超过 15 个月为仲裁人之准则。唯期间之长短得视特殊情形而定(DSU 第 21 条第 3 项)。仲裁人大多认为只有在出现令人信服的案件时,相关会员才得免于立即履行 DSB 的建议或裁决。参见林彩瑜:《WTO 争端裁决执行争议之处理——以 DSU 第 21.5 条法律分析为中心》,第四届国际经贸法学发展学术研讨会,《贸易调查专刊》2004 年第 11 期。

得在同一协议下对其他产业要求暂停减让或其他义务;第三,若指控国认为在同一协议下对其他产业寻求暂停减让或其他义务不切实际或无效且其情况相当严重时,则得对其他内括协议要求暂停减让或其他义务(DSU 第 22 条第 3 项)。有论者批评,报复措施的效果太弱且不具可预测性,尤其是当争议是发生在强国及弱国之间时,其主张应该再强化 DSU 的执行机制,例如,允许对违反国采取联合报复手段(collective retaliation)或赋予 WTO 对内国法院有直接效力。^①

三、欧盟对于直接效力原则之立场:以乌拉圭回合谈判为界

(一) 乌拉圭回合谈判之前

欧盟法院在 1/91 号意见中表示,依据欧盟加入之国际协议所设立之法院,只要该国际协议构成欧盟内部法律体系之一部分时,该等法院所作成之裁定,对欧盟之法院即可发生拘束力。^②虽然欧盟法院在 1/91 号意见中作出如上之宣示,但在旧 GATT 时代,依其争端解决机制成立之争端解决小组,究其本质,并不具有司法性质,较类似和解机构,因此欧盟法院 1/91 号意见可能无法适用。^③

(二) 乌拉圭回合谈判之后

欧盟法院在 Atlanta 一案^④中指出,根据欧盟法院之判例,若是针对“个人利益保护”之措施,欧盟有义务遵守并维护,但欧盟法院认为,当 WTO 会员国之内国立法并未被裁定为违反 WTO 相关规则时,上诉机构则并未课予会员国有立即修法之义务,且 DSU 第 21 条第 3 项规定,WTO 会员国得于合理期间内执行上诉机构之裁定及调整其立法以符合 WTO 之规定。DSU 第 22 条亦规定,

① 参见 Mark L. Movsesian, *Enforcement of WTO Rulings: An Interest Group Analysis*, 32 HOFSTRA L. REV. 1, 2—3 (2003).

② *European Economic Area*, Opinion 1/91, (1991) ECR I-6079, at paragraph 39.

③ 参见 M. Monta ? à I Mora, *A GATT with Teeth: Law Wins Over Politics in the Resolution of International Trade Disputes*, 31 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 103, 179 (1993).

④ *Case C-104/97, Atlanta AG and others v. Commission of the European Communities and Council of the European Union*, [1999] ECR I-6983.

若争端当事国之间达成适当之补偿协议,则败诉国虽在合理期间经过后,仍可继续维持其违反 WTO 规则之措施。故在 Atlanta 案中,欧盟否认直接效力原则之适用。

在 Portugal v. Council 案^①中,欧盟法院认为 WTO 争端解决规则并未建立一套司法体系,而是为了争端解决建立协商性之机制,由于 DSB 本质上有政治性,仅有通过争端解决小组或上诉机构报告之功能,如果成立一司法机关,允许其有权解释、适用 WTO 及撤销欧盟之法规与决定,有违欧盟法律秩序,更违反欧盟条约第 220 条规定。简言之,欧盟法院认为承认 WTO 协议之直接效力,将剥夺共同体之立法或行政机关在与共同体贸易伙伴进行交涉时之运作空间。

在 Briet 案^②中,欧盟法院则表示,国际条约在欧盟法律体系内之效力,取决于该条约本身的性质与目的;根据判例,WTO 各项协议原则上不能作为欧盟法院依据欧盟条约第 230 条规定检视欧盟措施合法性的标准,因此个人不得向法院主张。唯有在欧盟立法明文规定须依照 WTO 之特定条款或为履行在 WTO 架下之特定义务的前提下,WTO 始得直接适用于欧盟之内国法院。易言之,WTO 之规定若包含清楚、明确且无条件之义务时,即可具有直接效力。

四、采取直接效力原则之优劣分析

(一) 采取直接效力原则之优点

1. 加强内国直接遵守之义务

在欧盟确保自由贸易及不歧视原则的手段,主要是靠着国家本身的努力,来执行 WTO 的规定,WTO 的争端解决机制应该只能视为第二选项(a second-best option)。

^① Case C-149/96, Portuguese Republic v. Council of the European Union, [1999] ECR I-8395.

^② Case T-174/00, Briet International SA v. Council of the European Union, [2002] ECR II-0017.

在欧盟之内,早已承认——举凡欧盟所签署或同意的国际协议,就视为是欧盟本身的法律规定——这样一个原则。这些国际协议在欧盟的组织内,其法律效力高于欧盟本身的法律规定。欧盟组织内之 15 个会员国(现为 25 个会员国)全部同时由国会签署欧盟盟约及 WTO 的协议。欧盟盟约及 WTO 协议均禁止欧盟组织违反国际法。依据欧盟法院之意见,欧盟组织依法仅拥有“有限的权力”。此外,所有的欧盟组织基本上均有遵守欧盟盟约以及对欧盟有拘束力之国际法之义务。^①

2. 促进遵守及加速获得救济

“直接效力”在目前的制度下,有两个主要的优点。第一,透过国内法院的参与,更能有效地促进 WTO 规定的遵守,特别是对于强国而言——强国较有可能漠视争端解决机构的规定,例如,有论者指出当发展中国家要对于发达国家采取“报复性救济措施 (retaliation remedy)”之控诉时,其可产生之效益极有限,因为报复所获得的利益仅限于控诉国之损失,故其救济或补偿额不会令控诉国有动机去执行报复性措施——即便控诉国采取报复性措施,与已开发国家本身的强大经济实力相比,对其所能产生之影响力相当有限。在“直接效力”的架构下,国家无权选择是否违反 WTO 之规定,再者,已开发国家反而更将极力的推崇及遵守 WTO 的规定。第二,由于一些原因,“直接效力”制度可使企业可能更快的获得救济——WTO 制度最重要的优点。以未采取“直接效力”制度的情形为例,由于考量现有的架构所产生的困境,进口国的国家因而会采取保护措施。即使争端解决机构规定,上述保护措施为无效,企业只能等到控诉国所采取的报复手段,确实的迫使政府真正的废除该措施,这个过程得经历相当的一段时间,在这段时期内,进口的限制措施将持续地造成企业的损失。在“直接效力”架

^① 参见 Ernst-Ulrich Petersmann, Prevention and Settlement of International Trade Dispute Between the European Union and the United States, 8 TULANE J. INT'L & COMP. L. 233, 242 (2000).

构下,相反地,企业可以立即在内国的法院提起诉讼,请求法院立刻作出禁止处分,停止保护措施的实施。^①

(二) 采取直接效力原则之缺点

目前,WTO 会员国仍拒绝采用“直接效力”之制度。这个“拒绝”的声浪,一部分系肇因于会员国对于 WTO 所作的政治承诺本身所有限制性——尤其是发达国家。虽然会员国正式的承诺来促进争端解决机制的履行,但它们仍然对于赋予 WTO 太多的权限这件事,存在着相当的戒心。如此,会员国会反对赋予争端解决机构规定有“直接效力”,并不令人意外。

但比起只是武断地将其解释为“不愿意”去接受“直接效力”的机制而言,不如进一步地说,会员国拒绝接受“直接效力”制度是正确无误的。“直接效力”制度是采用了报复机制的优点及将制度进行调整,如间接的采取报复手段,可使出口国产生激励诱因,而不会明显的侵及一国家内部机关的权限。“直接效力”制度将使内国的法院被争端解决机构所控制,且变相的成为其附属机关。“直接效力”制度除了无法减低保护主义国家的影响力外,更将加强其以爱国主义为借口而实行保护主义。^②

1. 导致无法有效监控 WTO 有无过度规范之现象

会员国选择违反(option to breach),将对未开发国家及发展中国家造成伤害,因为会选择违反的国家,常常是发达国家或经济实力较强的国家。除此之外,如为降低选择违反 WTO 的几率,而采用“直接效力”制度,亦即排除选择违反。则“直接效力”制度之采行可能会导致失衡,以致长期以来对于 WTO 的规范,藉由选择违反之运作加以监控 WTO 是否有过度规范的情形,其功能将受到减损。^③

^① 参见 Mark L. Movsesian, Enforcement of WTO Rulings: An Interest Group Analysis, 32 HOFSTRA L. REV. 1, 17—18 (2003).

^② Id., at 18.

^③ Id., at 19.

2. 对于代议制民主制度(representative democracy)的威胁

赋予 WTO 更多对于一国之内国规范的实质主导权,会对代议制民主制度产生威胁。立法政策需要在不同的因素之下,取得一个微妙的平衡。以环境保护法规之立法为例,常常必须考虑到当地的种族生活条件、工业化的程度、经济现实及社会普遍价值等因素。劳动法规的制定则必须考虑工作性质的传统文化习俗及期待等因素。代议制民主制度的运作,该国人民是希望作出立法决策的这群人,本身是对公众负有政治责任的一群人。由这个角度来看,立法决策本身须具有正当性,法律正式施行之后才有可能获得公众的尊重。因此,采取“直接效力”的制度,由一群相对来说无须负担政治责任的贸易官员所作的决策,而其效力却可优先于一群须负担政治责任的国内机构所制定的政策,这个现象最终会对代议制的民主制度产生威胁。^①

五、直接效力原则对台湾的启示

按台湾地区“司法院”大法官会议释字第 329 号解释:“‘宪法’所称之条约系指台湾地区与他国家或国际组织所缔结之国际书面协议,包括用条约或公约之名称,或用协议等名称而其内容直接涉及地区重要事项或人民之权利义务且具有法律上效力者而言。其中名称为条约或公约或用协议等名称而附有批准条款者,当然应送‘立法院’审议,其余国际书面协议,除经法律授权或事先经‘立法院’同意签订,或其内容与国内法律相同者外,亦应送‘立法院’审议。”是与他国签订之条约、公约或国际书面协议,除经法律授权或事先经“立法院”同意签订,或其内容与国内法律相同者外,于送“立法院”审议,即可具有法律效力。^②

关于世界贸易组织协议及其各项附属协议,在台湾地区是否

^① 参见 Mark L. Movsesian, *Enforcement of WTO Rulings: An Interest Group Analysis*, 32 HOFSTRA L. REV. 1, 20—21 (2003).

^② “法务部”1996 年 1 月 18 日(85)法律决字第 01504 号函。

具有直接适用之效力^①,依照“法务部”之函释,并无确切的结论。共有以下两种见解,并列于函释之中:

1. 甲说:贸易协议内容不得直接适用

“贸易法”第7条第4项规定:“协议或协议之内容涉及现行法律之修改或应另以法律定之者,需经完成立法程序,始生效力。”业已明确表达对该事项采立法保留之意旨,台湾地区加入世界贸易组织所签署且经“立法院”通过之各项协议,依上述规定,其规范内容涉及现行法律之修改或另以法律定之者,在未成完立法程序前,不生国内法之效力。本于法治原则,法律规定之内容应具体明确,且须践行一定之立法程序,于人民权益之保护方称周延,如贸易协议仅系原则性之揭示,与法律案之审议程序有异,是以协议(公约)内容宜经立法程序的转换,始生国内法之效力。世界各国之立法例,多数国家均认条约须经国内立法程序转换始生国内法效力。

2. 乙说:贸易协议内容得直接适用

“宪法”第141条规定:“台湾地区之外交,应本独立自主之精神,平等互惠之原则,敦睦邦交,尊重条约……”,复依“宪法”第58条及第63条之规定,关于缔结条约的议案,都和法律案并列,提请“行政院”院会议决,再送经“立法院”审议通过,不论就“宪法”尊重条约之精神,或就条约之审议程序而言,条约应具有法律之效力,可作国内法院裁判之依据。“司法院”释字第329号解释略以:“名称为条约或公约或用协议等名称而附有批准条款者,当然应送‘立法院’审议,其余国际书面协议,除经法律授权或事先经‘立法院’同意签订,或其内容与国内法律相同者外,亦应送‘立法院’审议。”是以经法律授权或事前“立法院”同意签订之协议,纵其中之一部与现行法律规定不符,仍可径行适用。

由台湾地区的角度来讨论 WTO 争端解决裁决于内国有无直接效力这个问题时,可能只是一种假设性的预先研拟对策而已。

^① “法务部”2002年3月20日法律字第0910005828号函。

在台湾地区,要讨论这一个问题,必须是已开始实行 DSU。在 2003 年 WTO 的年报中^①,台湾地区之参与仅为第三方(Third Participant),故这个制度在台湾地区的效力究竟如何,迄今还无法确知。

六、结论

随着 WTO 的发展,已渐朝向加强机构功能以强化国际贸易法规的遵守——故有向“直接效力”制度靠拢的趋势。除了 WTO 已特别以明文的方式规定保护会员国内公民之权利及强化内国司法审查程序外,大多数的国家更要求法官在解释法律时,必须遵守国际法的规定。因为对个人提供司法保障不仅是为了履行 WTO 的基本原则——开放市场及不歧视原则,更是为了履行联合国宪章对于国际和平、国际合作及国家间及其公民间之公平之保证。欧盟(甚至美国)的司法机关本身却有作出拒绝直接适用 WTO 规定的判决,仅有在 WTO 之规定包含清楚、明确且无条件之义务时,才可例外的具有“直接效力”,对于国内制造者的利益而言(非消费者),应是不当的判决。

原本对于小组报告及上诉机构报告,若执行对当事国不利时,当事国可能选择拒不履行,但当引进直接效力的原则时,当事国即便想要违反小组报告及上诉机构报告,依其内国法恐怕也不允许,因而有助于国际法践行。是否要引进“直接效力”的原则,基本上多系站在发达国家的立场来讨论此一问题原则。然若就低度开发或发展中国家言,尤其是经济力较弱的,多数应不会选择将“直接效力”原则引入国内,此一未来发展有赖持续予以关注。

台湾地区与 WTO 的绝大多数会员国并无外交关系,于解决

^① On May 7, 2004, the WTO Appellate Body has issued its first Annual Report, i. e., Appellate Body Annual Report for 2003 (May 2004) that contains, but not limited to, information appeals filed, Reports circulated and other developments that took place last year. Report e-file available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/wt_ab1_e.doc (visited November 5, 2005).

贸易争端时,系处于较为弱势的地位,稍有不慎,有可能单方面受到他国片面的制裁或报复。台湾地区加入 WTO 的主要目的之一,不能不说是为了其多边架构的设计,来保障台湾地区在与他国进行贸易时之公平地位。既为海岛型经济,台湾地区于世界贸易上所处之地位,可能还是偏向以出口导向为主,进口之多寡则视国民对于他国商品之需求而定,倘台湾地区在岛内架起贸易保护壁垒,影响所及,若进口国反过来对台湾地区采取报复措施,亦在其国内对台湾地区出口之货物实施贸易障碍,对于台湾地区而言,损失将更为剧烈,绝非吾人所乐见。由于台湾地区经济是仰赖出口为主,故应是较不适宜对他国采取不当的贸易保护措施。基于此一立场来看,倘台湾地区能引进“直接效力”的制度,赋予他国之进口商更直接的救济途径,其实并不违反台湾地区的利益,甚至可能因此可以“互惠原则”向台湾地区之主要出口国请求亦导入“直接效力”原则,以保障台湾地区之出口商。至于采取何种方式来承认“直接效力”原则为当,“法务部”发布了两种看似不同的主张,但实质上均不反对可以引用国际协议作为国内判决的依据,只是一者认为必须在立法后才可以适用,一者认为可以直接适用而已。若台湾地区愿意向国际社会宣示认同 WTO 规定之立场,则不妨以立法明文加以承认,更为妥当,且又符合台湾地区的法律体制。

世界贸易组织制度中集体性与个体性的冲突与协调

韩立余^{* 1}

由多边条约发展起来的世界贸易组织,具备了国际法上的独立法律人格,拥有了与其他国际组织平等交往的能力,但在组织内部却缺乏传统意义上独立组织对其成员进行强制规范乃至制裁的权力。世界贸易组织的组织性是由成员的集体性和个体性体现出来的。世界贸易组织的意志,有时是集体成员的意志,有时是个别成员的意志。这使得世界贸易组织的制度与运作具有明显的特征,与其他国际经济组织相比,其纪律仍然是薄弱的。本文主要针对决策机制、组织与成员的关系以及成员之间的关系三个方面,来分析世界贸易组织机制的特点,把握世界贸易组织制度的本质。

一、世界贸易组织的建立经过及职责

众所周知,世界贸易组织是建立在关税与贸易总协定基础之上的。关税与贸易总协定本身不是一个组织性协定,其组织制度部分规定在《国际贸易组织宪章(哈瓦那宪章)》中。关税与贸易总协定缺乏组织性制度的这一不足,阻碍了全球经济决策一致性的实现,也影响到关税与贸易总协定规则的实施。正因为如此,在乌拉圭回合谈判中,加强关税与贸易总协定的组织性,成为这次谈

* 中国人民大学法学院副教授,法学博士。

判的内容之一。

邓克儿文本中的多边贸易组织,具有下述作用:阐明关税与贸易总协定内部的法律空白,并为合作与谈判提供了机制性结构,作为一个伞形协定发挥作用,将服务协议、争端解决程序、贸易政策审查机制和知识产权协议包括进来,与关税与贸易总协定成为一揽子协议的组成部分。^①

但对于如何加强关税与贸易总协定的组织性,参加谈判的国家态度不一。在乌拉圭回合谈判的前期,制度议题谈判组关注的是与其他国际经济组织的合作问题。直到谈判中期,是否建立一个独立的多边贸易组织也没有一个明确的结论。即使主张建立多边贸易组织的国家,对建立一个什么样的组织、如何决策,也无统一意见。更有甚者,1992年12月,在邓克儿文本发布后,美国仍然对多边贸易组织的合理性、必要性明确表示了保留。美国高级贸易官员提出这样的可能性:乌拉圭回合可以在包括统一的争端解决制度而不包括多边贸易组织议定的单一承诺的基础上完成。美国试图以由部长组成的贸易委员会领导的更为松散的组织结构代替拟议中的多边贸易组织。该委员会每两年举行1次会议,负责管理贸易协定的实施,包括未来协议的谈判。每一缔约方的政府代表组成总理事会,作为部长委员会的补充。美国担心关税与贸易总协定中的决策根据一国一票制会被较小的国家支配,并且反对提议中的多边贸易组织的用语包括下述内容:(1)允许多数成员解释协议的具体条款;(2)部长会议或总理事会2/3多数通过的修订对所有各方都有约束力。美国建议缔约方“确认关税与贸易总协定现有的通过共识决策的做法”,取代拟议中的多边贸易组织有关投票和修订的规定。美国认为,如果对某一规则的修订表示反对的缔约方被迫接受这一修订,是难以接受的。根据现

^① Terence P. Stewart ed., *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986—1992)*, Volume II, Kluwer Law and Taxation Publishers, Dordrecht & Boston, pp. 1948—1949.

有的关税与贸易总协定程序,国家只受其明示同意的修订的约束。

由于上述分歧,最终形成的世界贸易组织,在组织性方面根本不同于1990年邓克儿文本中记录的组织。美国提出的通过共识决策的建议被接受了。

根据《世界贸易组织协定》的规定,世界贸易组织具有国际法上的法律人格,享有各成员赋予的为履行其职责所需要的特权或豁免。其职责有五:相关规则的管理、实施和运作;为成员提供谈判场所;负责解决贸易争端;审查成员贸易政策;与其他国际组织合作。世界贸易组织的最高决策机构是部长会议,部长会议履行世界贸易组织的职责,并为此采取必要的措施。部长会议有权对多边贸易协议中的任何事项作出决定。部长会议由各成员代表组成。部长会议至少每两年召开1次。部长会议休会期间,由总理事会行使部长会议的职能。总理事会由所有成员代表组成。世界贸易组织遵循GATT1947奉行的协商一致的决策惯例。在就有关事项作出决议时,如在场成员未正式提出异议,视为协商一致作出决议。如不能协商一致作出决议,则投票决定。每一成员均拥有一票投票权。

与GATT1947相比,除了《世界贸易组织协定》明文规定了上述事项外,世界贸易组织的职责与关税与贸易总协定事实上的职责没有本质上的区别。在决策问题上,《世界贸易组织协定》还进一步确认了关税与贸易总协定下的做法。从某种意义上说,《世界贸易组织协定》是关税与贸易总协定做法的成文化。这一特点决定了世界贸易组织不过是关税与贸易总协定的延续。

二、世界贸易组织成员的平等决策权

世界贸易组织、国际货币基金组织和世界贸易组织,是世界上三大经济支柱。这一格局是20世纪中叶许多国家的一种期望,世界贸易组织的成立终于使这一期望在50年后变成事实。

但世界贸易组织不是当时期望成立的国际贸易组织(ITO)。国际贸易组织存在一个由少数成员组成的权力机构,组成这一机

构的成员由占世界贸易额前列的成员和经由大家选举的成员共同组成。该机构可以对特定成员作出处理决定。乌拉圭回合谈判中曾有国家提议建立类似的贸易组织,但没有成功。这使世界贸易组织不同于与国际贸易组织同时成立的国际货币基金组织和世界银行。

国际货币基金组织的主要组织机构是理事会和执行董事会。理事会是最高权力机构,由各成员国委派理事和副理事各 1 人组成。理事会每年举行 1 次例会。执行董事会是国际货币基金组织处理日常业务的机构,行使理事会授予的一切权力。国际货币基金组织的所有权力(除特别保留于理事会的权力外),实际上已经由理事会授予执行董事会执行。执行董事会现由 24 名执行董事组成。执行董事由成员国任命或由成员国集团选举产生。执行董事的名额按持有基金的份额多少实行分配制。在国际货币基金组织中持有份额最多的美国、日本、德国、法国和英国各指派一名执行董事。其他成员国划分为 19 个选区,每个选区各选出 1 名执行董事。沙特、中国和俄罗斯各为独立选区,指派 1 名执行董事。国际货币基金组织的投票权按成员国对基金组织缴纳的份额相联系。每个成员国的投票权由基本投票权和份额投票权两部分组成。在执行董事会中,各国单独指派的执行董事的投票权以该国投票权计算,各选区选出的执行董事的投票权按该选区成员国在理事会的投票权之和。理事会和执行董事会决定一般事项时,以简单多数表决,决定重要事项时,按不同的比例要求表决。这种与份额相联系的表决制度,从组织上保证了发达国家在国际货币基金组织中的优势地位。事实上,美国拥有对国际货币基金组织重大决议的否决权,10 个发达国家形成的“十国集团”集中投票,可以垄断一切。^①

世界银行的组织机构与国际货币基金组织类似。主要组织机构有理事会和执行董事会。执行董事会由 24 人组成,成员组成方

^① 陈安主编:《国际经济法概论》,北京大学出版社 2005 年版,第 634—635 页。

式同国际货币基金组织。《世界银行手册》这样描述世界银行:世界银行的管理就像是一个合作社,成员国就像是股东。每个国家拥有的股份基本上取决于其经济实力。美国是最大的单一股东国,拥有 16.41% 的投票权,日本第二,德国第三,英国和法国并列第四(5 国总计 37.39%) ,其他股份分散在其他各成员国。^①

反观建立在多边协定基础上的世界贸易组织,所有成员代表组成的部长会议和所有成员代表组成的总理事会,决策时遵循协商一致作出决定的惯例。如无法协商一致作出决定,则通过投票决定待决事项。每一成员拥有一票投票权。部长会议和总理事会的决定应以所投票数的简单多数作出。^② 这种决策机制决定了世界贸易组织与其他组织的根本不同点:“世界贸易组织是由其所有成员政府管理的。所有主要决定是其所有成员政府通过协商一致作出的”,“在世界贸易组织中,决策权没有委托给董事会或组织首脑。”^③

在世界贸易组织内部,所有成员,无论大小强弱,都是平等的。在国际贸易组织中被赋予特殊地位的贸易额,在国际货币基金组织和世界银行中决定权力大小的认缴份额,在联合国中拥有否决权的常任理事国地位,在世界贸易组织中都消失了。法律上的完全平等,贸易利益引发的事实上的不平等,与协商一致的决策原则结合起来,造成了一个无政府状态。这种状态进一步造成了最高决策机构运行机制的不畅。西雅图会议和坎昆会议的失败,或许被视为发展中国家的力量显示,但它彰显了世界贸易组织决策机制的问题。一个最高决策机构不能有效决策的组织,其结果是可知的。美国 1992 年年底担心的问题,以不同的形式发生了。

另一方面,现有的部长会议,成为一个相关成员轮流主办、各成员贸易部长定期聚会的场所。部长会议的议程、部长会议的程

① 《世界银行集团手册》(中文本),第 6 页。

② 《世界贸易组织协定》第 4 条第 1 款和第 2 款,第 9 条第 1 款。

③ WTO, Understanding the WTO, 2005, p. 104.

序,基本上是由主办国决定的,迄今为止不存在一个由世界贸易组织制定的统一规则。这样,部长会议的成果太多地依赖于主办国政府或部长的意愿、能力。而作为常设权力机构的总理事会,尽管被要求“制定自己的议事规则”,但它却不能违背上述有关决策的根本性规定。

世界贸易组织不讳言其可能存在的问题。它承认,在将近 150 个成员中通过协商一致作出决策,可能是困难的。不时听到设立一个类似董事会这样的范围较小的行政管理机构的建议。^①更有评论指出,世界贸易组织可能会因其缓慢、拖沓的决策和管理而受到损害,拥有超过 120 个以上的成员的组织不可能由全体成员组成的委员会管理。群众式管理完全不能导致组织的有效运作或对问题的严肃讨论。国际货币基金组织和世界贸易组织都有一个执行董事会指示行政官员,包括主要工业国的永久参与和加权投票。世界贸易组织需要一个类似的结构来有效运作,尽管较小成员的政治意向表示强烈反对。^②

我们看到,在国际社会还没有建立起一个所有国家平等参与的国际法治时,世界贸易组织提前进入了一个由所有成员平等管理的全民民主时代。在一个以强权维持的、寡头统治为基础的国际社会,弱小国家的平等权利主张与行使必然遇到强权国家的实际上的压制。当实力国家成员发现现有机制不能为其提供方便时,便会调头他顾,寻求其他的实现其政策的方法。现阶段区域贸易协定的盛行,不能不说是多边制度外另一种实现贸易政策的有效方法。

三、世界贸易组织对成员的权力

国际货币基金组织的成员可以自愿退出该组织。如果成员国

① WTO, Understanding the WTO, 2005, p. 104.

② Jeffrey J. Schott, Institute for International Economics, Coated from Understanding the WTO, WTO, 2005, p. 104.

不履行国际货币基金组织项下的义务,国际货币基金组织可以 70% 的总投票数,宣告该成员丧失使用普通资金的资格。如果该成员仍不履行义务,国际货币基金组织可以 85% 的总投票数,要求该成员退出该组织。这表明,在成员国不履行国际货币基金组织义务的情况下,国际货币基金组织可以强制开除该成员。

中国是国际货币基金组织的创始成员国之一。1980 年之前,中国的代表席位长期由台湾当局非法占有。1980 年 4 月 1 日,中国外交部致函国际货币基金组织,要求恢复中国的合法席位。同年 4 月 17 日,国际货币基金组织执行董事会通过决议,恢复了中国的合法席位。^①

国际复兴开发银行成员如不履行其对该行承担的义务,经持有总投票权半数以上的多数理事表决通过,可暂停其成员资格。如在 1 年内其资格未获得恢复,其成员资格自动终止。在暂停成员资格期间,该成员不再享有任何权利,但仍应对全部债务负责。另外,任何成员国失去国际货币基金组织成员资格 3 个月后,自动丧失国际复兴开发银行的成员资格。

与在国际货币基金组织中的情况一样,中国是国际复兴开发银行创始成员国之一,但其席位长期为台湾当局占有。1980 年 4 月 14 日,中国外交部致函世界银行集团,要求恢复中国在世界银行集团的合法地位。同年 5 月 5 日,世界贸易组织集团执行董事会通过决议,承认并恢复了中国在世界银行集团的合法席位。

关税与贸易总协定临时适用时,中国亦是关税与贸易总协定的创始缔约方。与在国际货币基金组织和世界银行集团中的地位不同,在新中国成立后,台湾当局主动退出了关税与贸易总协定。1986 年当中国要求关税与贸易总协定恢复其原始缔约方地位时,中国开始了与关税与贸易总协定的漫长谈判。直到关税与贸易总协定被世界贸易组织替代时,中国仍然未能成为其中一员,其谈判更加艰苦。在中国作出了重大承诺后,才于 2001 年底加入世界贸

^① 陈安主编:《国际经济法概论》,北京大学出版社 2005 年版,第 633 页。

易组织。

中国成为上述组织成员的不同方式说明了中国与上述组织的关系的不同。中国与国际货币基金组织及世界银行的关系,是成员对组织的纵向直线关系。以国际货币基金组织为例,成员承担的汇率安排义务、汇兑安排义务、贷款义务,都是成员与国际货币基金组织进行的。如果成员违反义务,国际货币基金组织可以暂停其资格甚至终止其资格。中国与世界贸易组织的关系,是中国与其他成员间的关系,中国对世界贸易组织本身没有义务,中国在世界贸易组织框架存在的仅是对各个成员的义务。例如,构成世界贸易组织基础的最惠国待遇义务,是对其他成员的不歧视义务;国民待遇义务是对进口到本国境内的出口产品成员的义务;约束关税是对出口成员的义务。所有这些义务都是对相关成员承担的,世界贸易组织本身并不能从这种义务中享有权利。这里,成员的义务与世界贸易组织的权利是不对应的,对应的是相关成员的权利和义务。正因为如此,中国不能像在世界银行和国际货币基金组织中恢复席位一样,恢复在关税与贸易总协定的缔约方的地位。

即使是 GATT1947 的缔约方,在成为世界贸易组织成员时,除接受世界贸易组织协定和多边贸易协定外,还需作出减让和承诺,将减让表和承诺表附在 GATT1994、将具体承诺减让表附在 GATS 之后,方能成为世界贸易组织的原始成员。而在世界贸易组织成立后寻求加入的国家或单独关税区,只有在其与世界贸易组织议定的条件的基础上,方可成为世界贸易组织的一员。而与世界贸易组织议定入世条件,就是与申请加入时世界贸易组织的现有成员进行双边谈判,在与相关成员完成入世谈判后,方完成了与世界贸易组织的议定条件。在议定的条件中,世界贸易组织本身并不享有权利或承担义务。

也正因为如此,在成员违反了相关规则规定的义务或其作出的具体承诺后,世界贸易组织本身并没有利益的丧失或损害,其权利并没有受到损害。世界贸易组织协定没有规定世界贸易组织可以因成员不履行义务而暂停其资格,或终止其成员资格。换句话

说,世界贸易组织本身对成员是没有制裁力的。

四、成员相互之间履行义务

由于世界贸易组织本身缺乏约束成员履行义务的制裁机制,约束成员履行义务的是其他成员。成员履行义务是建立在双边基础之上的,该成员是一种成员间的横向义务,而非对世界贸易组织本身的纵向义务。该义务来源于成员的谈判。这或许可以解释为什么美国反对 2/3 多数通过的修改对全体成员有约束力。

“世界贸易组织对成员政策进行规范的规则,是成员的谈判结果。”^①“世界贸易组织协定实质上是一系列合同,约束成员政府将其贸易政策规范在协定的界限范围之内。”^②合同的权利和义务自有其相对性。尽管最惠国待遇义务将这种双方的相对性扩大到多边的相对性,但其相对性的本质没有改变,成员的义务是相对于成员存在的。有些义务可能是对少数成员承担的甚至是个别成员承担的,有些义务可能是对多数成员承担的。违反义务的结果可能影响少数成员,也可能影响多数成员,视义务涉及的货物、服务或知识产权而定,视相关成员的相关产品、经济结构而定。

成员在世界贸易组织框架下的义务体现在成员间的横向义务另一重要表现是特定成员可以相互不适用相关协议(不承担相关协议下的义务)。这一规定原规定在 GATT1947 第 35 条中。如两缔约方之间没有关税减让谈判,且其中任何一方在一方成为缔约方时不同意在双方之间适用《关税与贸易总协定》或该协定的第 2 条(减让表)则《关税与贸易总协定》或其第 2 条在该两成员间不适用。这一规定经过一定修改再现于《世界贸易组织协定》第 13 条。与 GATT1947 的规定不同的是,没有进行关税减让不再是成员之间相互不适用有关协议的条件。任何成员之间相互不适用有关协定,完全取决于成员的意愿:“任何成员,如在自己成为成员

① WTO, Understanding the WTO, 2005, p. 104.

② WTO, Understanding the WTO, 2005, p. 9.

时或在另一成员成为成员时,不同意在彼此之间适用世界贸易组织协定及附件 1 和附件 2 所列多边贸易协定,则这些协定在该成员之间不适用。”^①在关税与贸易总协定的历史上,就曾经发生过许多缔约方对日本不适用相关条款的情况。

根据 GATT1994 第 23 条的规定,如果某一成员认为,另一成员没有履行相关协议下的义务,或者另一成员实施的任何措施(无论该措施是否与相关协议的规定不符),致使该成员据相关协议项下直接或间接获得的利益丧失或受损,或相关协议任何目标的实现受到阻碍,则该成员可向相关成员提出交涉或建议,以便使该事项得到满意的解决。这一规定,构成了世界贸易组织争端解决机制的基础和根本。它表明,是成员自己根据其相关利益受损与否,与有关成员交涉,在没有外力或第三方干预的情况下,寻求自力救济。如相关成员方在合理期限内未达成满意的解决办法,则可提交世界贸易组织专家组。“在提出一案件前,成员应就根据这些程序采取的措施是否有效作出判断。”^②根据上诉机构的解释,成员提起专家组程序,除了磋商这一前置程序外,没有任何条件的限制。

根据 DSU 规定的争端解决程序,世界贸易组织成员发起专家组程序,决定是否上诉,在就被裁定违反相关规则的被诉方是否执行争端解决机构的裁决或建议时,申诉方提起确定程序,在被诉方拒不执行裁决或建议时,申诉方决定是否报复。“成员自己根据他们谈判已经达成的程序执行这些规则,包括可能实施的贸易制裁。但这些制裁是由成员实施的,由作为整体的成员授权的。这完全不同于其他机构,其行政机构可以通过威胁不提供信用而影响成员的政策。”^③

① 《世界贸易组织协定》第 13 条第 1 款。

② DSU 第 3 条第 7 款。

③ WTO, Understanding the WTO, 2005, p. 104.

五、世界贸易组织集体与个体的角色转换

世界贸易组织中集体与个体的问题,根源于关税与贸易总协定。GAT1947 第 25 条名为“缔约方的联合行动”。“凡本协定提及采取联合行动的各缔约方(contracting parties)时,它们均被称为缔约方全体(CONTRACTING PARTIES)。”而各缔约方的联合行动,是通过缔约方代表的会议实现的。“各缔约方的代表应经常召开会议,以便实施本协定涉及联合行动的规定,使得其运作、促进其目标的实现。”这一规定突出表现出了成员角色转换的特征,突出了成员的个体与集体性。到了世界贸易组织时代,这一缔约方全体或集体性被世界贸易组织所取代了。但它仍然保留了个体角色与集体角色的转换。

世界贸易组织中集体与个体角色转换,主要表现在下述几个方面。

1. 新成员加入方式

如前所述,按照世界贸易组织协定,申请加入世界贸易组织的国家或单独关税区,按其与世界贸易组织议定的条件加入。这种议定条件,是申诉加入方与世界贸易组织现有成员的双边议定。在申请方向世界贸易组织提出申请后,世界贸易组织成立申请工作组,任何成员只要愿意,都可以成为该工作组的成员。由于各工作组成员的贸易利益不同,申请方需与工作组的每一成员单独议定加入的条件。如果申请方与任一工作组成员不能就加入条件达成协议,或者说,如果某一工作组成员不满意申请方提出的承诺,则该申请方即不能加入世界贸易组织。在这里,未从申请方取得满意承诺的成员个体,就变成了阻碍该申请方加入世界贸易组织的集体。尽管《世界贸易组织协定》规定,“有关加入的决定应由部长会议作出。部长会议应以世界贸易组织成员的 2/3 多数批准关于加入条件的协议”^①,但这 2/3 多数是建立在没有任何工作组

^① 《世界贸易组织协定》第 12 条第 2 款。

成员反对的基础上的。这种加入方式完全不同于一般条约的开放性签署,或有关机构直接以多数票通过。

2. 决策的集体性:协商一致

世界贸易组织遵循了关税与贸易总协定框架下协商一致作出决策的惯例。“在作出决定时,出席会议的成员均未正式反对拟议的决定,则有关机构应被视为经协商一致对提交其审议的事项作出了决定。”^①这一规定表明,世界贸易组织的通常决策做法,不需要所有成员表示同意的比例数或投票数;另一方面,参加会议的任何成员只要正式提出反对,世界贸易组织有关机构即不能作出拟议的决定,至于提出反对的理由是否有据、合理在所不问。这一机制是最完全的集体决策机制,在全体成员没有达成一致的情况下,没有任何决定产生。这就使对拟议决定不满的任何个体成员,或通过阻碍作出拟议决定来寻求其他利益的个体成员,成为世界贸易组织集体的代表,代表世界贸易组织不作出决定。一国反对,集体反对,所谓一国否决制。

当然,《世界贸易组织协定》还规定了第二种可能的决策程序,这就是投票表决程序。但将有关事项付诸表决的决定是否需要协商一致作出呢?世界贸易组织第二任总干事和第三任总干事的选择,似乎说明投票表决决定本身也是协商一致的结果。

3. 争端解决机构通过报告的集体性

在《关税与贸易总协定》框架下,缔约方之间贸易争端的处理最初由各缔约方组织的工作组处理,工作组成员包括了申诉方和被诉方。就其处理结果来看,工作组的任务主要是为了解决产生争议的缔约方之间的争端,而不是严格按照关税与贸易总协定的条文进行法律上的解释、作出法律上的裁决。在贸易争端由专家组处理后,由于专家组以独立身份提出自己的解决争端的建议,就产生了将专家组的建议或裁决转变为关税与贸易总协定缔约方全体决定的必要性。缔约方全体是通过全体协商一致通过专家组报

^① 《世界贸易组织协定》第9条脚注1。

告来实现这一转变的。

在世界贸易组织争端解决机制中,专家断案、依法判案的特征更为明显。除了由独立的富有经验的专家组成员审理案件外,还成立了由7名专家组成的上诉机构,对专家组报告中的法律问题或法律解释进行上诉审查。专家组的权限及职能,是在对争议事项、法律适用等客观评估的基础上,提出调查结果协助争端解决机构提出建议或作出裁决,协助争端解决机构履行DSU和相关适用协定项下的职责。^①由于上诉机构的权限仅限于维持、修改或撤销专家组的法律调查结果和结论,其职能应理解为同样是协助争端解决机构履行DSU和相关适用协定项下的职责。换句话说,专家组和上诉机构的报告,仍然需要争端解决机构以某种方式予以认可,赋予其正式的法律效力。“上诉机构报告应由争端解决机构通过,争端各方应无条件接受……”^②

《世界贸易组织协定》第9条在规定投票时,部长会议和总理事会的决定应以所投票数的简单多数作出,除非该协定或有关多边贸易协定另有规定。这一规定的脚注明确,对于作为争端解决机构召集的总理事会的决定,应仅依照DSU第2条第4款的规定作出。DSU第2条第4款则规定,如该谅解的规则和程序规定由争端解决机构作出决定,争端解决机构应通过协商一致方式作出决定,并且其脚注以与《世界贸易组织协定》第9条脚注相同的用语,对协商一致作出了界定。^③只要个体成员反对,争端解决机构集体即不能作出与反对相反的决定。个体意见就是集体意见。

但与上述规定不同的是,争端解决机构在通过专家组、上诉机构的报告时,DSU采取了相反的通过方式:“在专家组报告散发各成员之日起60天内,该报告应在争端解决机构会议上通过,除非一争端方正式通知争端解决机构其上诉决定,或争端解决机构经

① 《争端解决规则与程序谅解》第7条第1款,第11条。

② 《争端解决规则与程序谅解》第17条第14款。

③ 参见《争端解决规则与程序谅解》第2条第4款及脚注1。

协商一致不通过该报告”，“上诉报告应则争端解决机构通过，争端各方应无条件接受，除非在报告散发各成员后 30 天内，争端解决机构经协商一致决定不通过该报告。”^①这一机制，则是纯粹的个体决策机构，在所有成员没有达成一致意见的情况下，争端解决机构的决定产生了，争端解决报告获得通过了！

这一规定，与《关税与贸易总协定》框架下需要缔约方全体协商一致通过争端解决报告相比，发挥集体力量的个体成员的身份发生了变化，以前是反对通过争端解决报告的缔约方个体（通常是被诉方）的意见，就是缔约方全体的意见，如今赞成通过争端解决报告的成员个体（通常是申诉方）的意见，代表了争端解决机构的意见。结果不同，运作机构相似。

上述争端解决机构协商一致不采取决定的决策方式，同样适用于设立专家组的申请。就被诉方是否履行争端解决机构建议或裁决的确定程序、报复程度的确定程序，尽管 DSU 没有明确规定，实践中都遵循了同样的决策方式。这就是世界贸易组织争端解决机构程序具有了准自动程序的特点。这一特点，就是成员个体（申诉方）决定争端解决程序的进程。

4. 权利义务的集体性与具体性、相对性

多边的、无条件的最惠国待遇义务是世界贸易组织及其前身关税与贸易总协定的基石。如果没有最惠国待遇制度，无论是关税与贸易总协定还是世界贸易组织，都将成为无本之木。多边的、无条件的最惠国待遇制度，就像一个放大镜或自然数乘数，将每一个成员的权利或义务放大了。正是由于这一制度，才使双边性质的协定、权利与义务，转变成了多边性的协定、权利与义务，也使传统的最惠国待遇制度本身实现了升华。

最惠国待遇义务将原对某一成员的特定义务，转变成了对整个集体的义务。尽管世界贸易组织不具有类似世界银行或国际货币基金组织存在的强烈的组织性，没有代表成员利益的独立机构，

^① 《争端解决规则与程序谅解》第 16 条第 4 款，第 17 条第 14 款。

但成员仍然存在对集体的义务(从某种程度上可理解为对组织的义务。这一义务的来源是多边最惠国待遇制度。双边谈判中,某一成员对某一特定成员作出的每一减让,都是向除它之外的其他所有成员作出的,其承担的义务是对所有其他成员的义务。相对于作出减让的成员来说,其他成员就是集体,就是组织。反过来说,不仅是减让成员对其作出减让的成员,其他成员中的某一成员个体,在此也都变成了集体的代表。

但义务确实来源于个体的双边谈判,来源于特定个体的要求。以《中国入世议定书》中的特保条款为例。这一条款是在中国与美国双边谈判中达成的。是美国的压力和主张使中国接受了这一条款。接受这一条款,是中国结束与美国进行的中国入世谈判的条件之一。这是义务的双边性与特定性。

5. 监督的集体性与报复的个体性

减让成员违反了减让承诺,其他成员中的任何成员,都可以对其提出磋商要求乃至发起专家组程序。这是集体组织对违约成员的监控与制约。这种集体监控与制约是通过个个体成员的行动启动的。

在报复时,实施报复的完全是申诉方个体。在经过了以争端解决机构为载体的集体授权程序后,真正出面战斗的是申诉方自己。争端解决机构的授权,充其量不过其他成员的摇旗呐喊,弥补不了申诉方本身的可能软弱。在强权欺凌之下,弱小成员可能发出不能抑制的怒吼,甚至可能给予愤怒的一击,但这些都未必改变强权违约成员的行径。与世界银行、国际货币基金组织对违约成员暂停其资格、在违约成员不予纠正而终止其资格的双重递进措施相比,与联合国安理会对某一成员实施长时间的经济和政治制裁相比,世界贸易组织体制内个体成员的报复实属无力。而且,除报复成员的权利义务外,被报复的成员与其他成员的权利义务关系,与世界贸易组织的关系,并不受影响。在此,违约与违约制裁又演变成了双边的成员个体之间的关系。

正因为如此,在《争端解决规则与程序谅解》完善过程中,墨西哥提出了报复权转让的建议。世界银行的研究工作报告专门探

讨了这一建议的可行性。^① 中国政府有关部门酝酿专家组程序的第三方可以享有申诉方权利的想法。这些想法或建议,都是针对目前实质意义上的成员个体追究违约成员、执行世界贸易组织纪律的一种反动。

结论 集体形式与个体内容的对立统一

世界贸易组织内部个体性与集体性的对立与统一,是集体形式与个体内容的对立统一。个体性与集体性不等同于单边主义和多边主义。世界贸易组织项下的权利和义务,本质上是成员间双边的权利和义务。同时这种权利和义务又与成员的特定贸易利益甚至政治利益联系在一起。如果不是成员贸易利益所需,某一成员的违约可能不会受到追究。如果说世界贸易组织规则与一般国际法规则有所不同,缺乏根本性价值规则必将是其中之一。正如世界贸易组织在旨在帮助他人了解自己的出版物中所说,世界贸易组织是鸟,是飞机,它首先是一个解决贸易问题的谈判场所,也是一套规范贸易政策的契约性规则,还帮助解决争端。^② 如此而已。非神,无须供奉;非魔,无须恐惧。套用古人的话说,“斯是陋室,惟吾德馨”。

^① The World Bank, Development Research Group, Trade, The Case for Tradable Remedies in WTO Dispute Settlement, Policy Research Working Paper 3314, May 2004.

^② WTO, Understanding the WTO, 2005, p. 9.

浅议台商大陆投资保险可行途径^{* 1}

陈 安^{** 2}

近年来,台资西涌,源源流入祖国大陆。据不完全统计,截至2005年10月底,大陆累计批准台资项目6.7万个,实际使用台资413.3亿美元。^①涌入祖国大陆的台资在同一时期台湾地区境外投资总额中,所占比重也迅速上升。据台湾地区“经济部投资审议委员会”统计,自1991年至2005年4月底止,台商对大陆投资总核准件数为33563件,总核准金额达427.18亿美元,占台湾核准对外投资总额的50.02%,位居第一。其中,仅2005年1—4月,台湾地区核准对外投资总数共计618件,金额为20.85亿美元,其中核准赴大陆投资金额为14.69亿美元,占台湾地区同期核准对外投资总额70.46%,不但位居第一,而且“增速”和“增比”

* 本文原题为《台商大陆投资保险可行途径初探》,载《中国法学》1995年第5期。文中所援引的法律、法规均以1995年当时现行有效者为准。阅读时请注意查对1995年以来有关法律、法规的发展情况。现应海峡两岸学术交流需要,对文章题目和有关信息作了修订和更新,提供各位同行先进和专家学者指正。修订过程中,承蒙厦门大学台湾研究院彭莉教授和台湾学者练卜鸣先生提供重要资料,谨致谢忱。

** 厦门大学法学院教授,中国国际经济法学会会长,中国法学会世界贸易组织法研究会副会长。

① 参见中华人民共和国商务部:《2005年1—10月两岸贸易、投资情况》, <http://tga.mofcom.gov.cn/aarticle/d/200511/20051100764707.html>。

均较以往急剧大幅提高^①,这标志着两岸经贸的互动、互利关系,迭上层楼,其总趋势确是“适于世界之潮流,合乎人群之需要”(孙中山先生语)。

在上述潮流衍生的诸项法律问题中,台商在大陆投资的保险问题是其“热点”之一。众所周知,两岸曾经互相隔绝 40 年,迄今仍然存在着两种相异的社会经济制度和政治制度,以致向大陆投资的某些台商有所顾虑,担心自己投入大陆的资金和资产也许会遇上各种“政治风险”(或“非商业性风险”)。他们考虑能否采取法律措施加以预防,力争避免受到损失;一旦遇“险”受损,如何获得补偿。本文拟针对上述台商投资“政治风险”的保险问题,简述管见。

一、选用大陆现行的投资保险机制

中国人民保险公司于 1984 年制定和实施了《投资保险(政治风险)条款》(以下简称《政治风险条款》),其中规定:该公司可为各种投资项目承保以下三类政治风险,即:(1)战争、类似战争行为、叛乱、罢工及暴动;(2)政府有关部门征用或没收;(3)政府有关部门限制汇兑,致使投保人(被保险人)不能将按投资合同规定应属投保人所有的款项(外汇)汇出境外。一旦发生承保范围内的各类政治风险事故,保险公司应视事故类别,在事故发生 3 个月或 6 个月后,负责赔偿投保人因此遭受的损失。赔偿金额不得超过各份保险单所载明的投保金额。

但是,承保人对于投保人投资的下列五种损失不负赔偿之责,即:(1)投保人的投资项目受损以后造成投保人的一切商业性损失(即非政治风险损失);(2)投保人或其代表违背或不履行投资合同,或有故意违法行为,致使政府有关部门对已经投保的资产加以征用或没收所造成的损失;(3)政府有关部门规定了汇款出境的期限,投保人未按规定期限汇款出境所造成的损失;(4)原子

^① 参见(台湾)大陆台商经贸网:《提要报告:两岸经济交流重要指针》,台商赴大陆投资概况, <http://www.chinabiz.org.tw/chang/Eco/150-2005-04/150-1.doc>。

弹、氢弹等核武器造成的损失；(5) 投资合同范围以外的任何其他财产的征用、没收造成的损失。

以上述条款为基础,中国出口信用保险公司(下称“中国信保”)开办了一项专为来华投资服务的政策性保险,其宗旨在于保障来大陆投资者的合法权益,进而鼓励外商来华投资。目前,来华投资保险产品包括股权保险和贷款保险两大类。^①

作为中国政府财政部拥有的企业,中国出口信用保险公司在降低和规避外商面临的地方政府风险方面显然享有独到的优势。

然而,上述《政治风险条款》中并无承保人理赔后“代位求偿”(subrogation,又译“代位索赔”)的规定,这显然是不够严密的。

1988年11月,中国人民保险公司发布了《企业财产保险条款》。其中第20条规定:“保险财产发生保险责任范围内的损失,应当由第三方负责赔偿的,被保险人应当向第三方索赔。如果被保险人向本公司提出赔偿请求,本公司可以按照本条款的有关规定,先予赔偿,但被保险人必须将向第三方追偿的权利转让给本公司,并协助本公司向第三方追偿。”在这以前,该公司发布的有关家庭财产、国内货物运输、国内船舶、机动车辆等各种保险条款中,也都含有大体相同的“代位求偿”规定。诚然,以上这些保险条款所承保的都是“非政治性风险”,但是,其中关于“代位求偿”的规定,乃是处理一切保险与被保险法律关系的基本法理原则,当然也

① 该公司是中國大陸唯一承辦出口信用保險業務的政策性保險公司,於2001年12月18日正式揭牌運營。其承保的風險為征收、匯兌限制、戰爭以及政府違約。(1) 征收,指投資所在國政府採取、批准、授權或同意的對投資實行的強行征用、沒收、國有化、扣押等行為。這些行為需持續一段時間,且使投資者無法建立或經營項目企業,或者剝奪、妨礙投資者的權益。(2) 戰爭,指投資所在國發生的戰爭、內戰、恐怖行為以及其他類似戰爭的行為。戰爭項下的保障包括戰爭造成的項目企業有形財產的損失和因戰爭行為導致項目企業不能正常經營所造成的損失。(3) 匯兌限制,指投資所在國政府實施的阻礙、限制投資者把當地貨幣兌換為可自由兌換貨幣并/或匯出投資所在國的措施,或者使投資者必須以遠高於市場匯率的价格才能將當地貨幣兌換為可自由兌換貨幣并/或匯出投資所在國的措施。(4) 政府違約,指投資所在國政府非法地或者不合理地取消、違反、不履行或者拒絕承認其出具、簽訂的與投資相關的特定擔保、保證或特許權協議等。<http://www.sinosure.com.cn/product/product>.

应适用于调整政治风险的投保人与承保人相互之间的权利义务关系。这也是当代各国有关政治风险保险立法的通行做法。

据此,中国人民保险公司在对政治风险的投保人依约理赔之后,为保障该公司本身的合法权益,当然有权向应对风险事故承担责任的第三方代位索赔。在投保人是中国的公民或法人而责任第三方是外国政府有关部门的场合,中国出口信用保险公司在代位求偿或索赔方面必会尽力而为,应无疑义。但是,在投保人是外商或台商而责任第三方是中国政府有关部门的场合,中国出口信用保险公司将会如何操作?某些投保人对此难免有所疑虑,诸如:第一,该保险公司是中国的国有公司,它对中国政府有关部门采取的征收、没收、限汇等措施引起的“政治风险”事故及其造成的损失,是否能公正地予以核实和认定,完全摆脱本国政府法令的约束、政策的影响和国内舆论的压力?第二,它在按照保险合同向投保人理赔之后,转向中国政府有关部门“代位求偿”时,是否会有所“顾忌”、有所“退缩”,因而在依约理赔之前就有所犹豫,从而影响到理赔的额度、力度和速度?第三,投保人与该公司(即承保人)之间如因风险事故索赔、理赔等发生争议,而又无法协商解决,因而需要提交仲裁或提起诉讼,则按前述《政治风险条款》第5条的规定,其仲裁或诉讼地点应在“被告方”所在地。一般而论,在保险合同纠纷中的“被告方”,通常都是承保人,即保险公司,这就意味着外商或台商投保人与该保险公司之间的争端必须由中国的仲裁机构或法院受理和裁判。届时,受理机构是否能绝对秉公处断,毫不偏袒?等等。

众所周知,中国国有保险公司在其数十年的业务实践中,历来是信守合同、严格履约的,因而赢得国内外广大投保客户的信赖,并在国际上享有很高的商誉。尽管如此,大陆现行的投资保险(政治风险)规定本身,却暂时还不能使外商、台商全然消除上述疑虑。其中有关解决保险合同争端的规定,则显然已经落后于形

势发展,且与现有法律规定未能衔接。^①因此,应当根据中共中央十四届三中全会《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》的精神^②,针对上述诸项问题,就有关外商、台商投资政治风险的保险体制,进行缜密的立法,以适应形势发展的需要。

二、选用台湾地区现行的海外投资保险机制

我国台湾地区于1979年成立了“中国输出入银行”(以下简称“输银”),开办输出保险业务。它是一家专营的专业银行,也是台湾岛内办理输出保险业务的唯一机构。其经营宗旨标明“不以营利为目的”,而旨在保障台湾地区的出口厂商和海外投资家的权益,使他们在商品输入地或投资所在地发生政治风险事故因而遭受损失时,能够获得赔偿。相应地,“输银”的保险业务就分为出口贸易保险和海外投资保险两大类。^③

就海外投资保险(专保各种政治风险)而言,其承保对象(即适格投保人)必须同时具备三项要件,即:(1)必须是在台湾地区注册登记的台湾公司;(2)其海外投资项目必须已经获得主管机关台湾地区“经济部投资审议委员会”(以下简称“投审会”)核准或核备;(3)该投资项目已经取得被投资国(以下简称“东道国”)的许可。保险的标的是被保险人作为投资之股份或持份或股息、红利。承保的范围有三,即:(1)“没收危险”,包含东道国政府或其相当机构对台商资产采取没收、征用、国有化等行为;(2)“战争危险”,包含战争、革命、内乱、暴动或民众骚扰造成台商投资企业受到损害,还包括这些企业的物权、矿业权、商标专用权、专利权、渔业权等特别重要的权利或利益被东道国政府侵害因而遭受

① 《中华人民共和国合同法》第128条规定:涉外合同当事人间发生合同争议时,如不能通过协商或调解解决,可以根据仲裁协议,向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》第14条也有同类规定。显然可以看出,受理此类仲裁申请的机构,其所在地并不限于中国大陆。

② 该决定的第9部分强调:要抓紧制定关于规范市场经济、促进对外开放等方面的法律。要适时修改和废止与建立社会主义市场经济体制不相适应的法律和法规。

③ 参见台湾地区“中国输出入银行”:《海外投资保险》(业务简本),单行本。

重大损失;(3)“汇款危险”,包含东道国政府限制或禁止外汇交易、东道国发生战乱造成外汇交易中止,致使台商无法将投资本利汇回台湾,逾2个月以上。

承保期间一般不超过7年,必要时,可以10年为期,期满可以续保。保险(承保)金额应占保险价额(投资总额)85%以下,实际百分比高低由投保人(被保险人)自由决定。承保范围内的政治风险事故发生并造成投保人损失后,承保人支付的赔偿金额,以实际损失金额,按保险金额与保险价额之比例计算赔偿金额。这种规定,要求实行海外投资的台商分担15%的风险损失,促使其在东道国内尽力而为,避免政治风险事故之产生,或在风险产生之后尽可能依法据理力争,做到“用尽当地救济”(exhaustion of local remedies),以挽回损失或减轻损失。这种做法显然是吸收了当代各国海外投资保险立法的先进经验。

台湾“输银”办理的海外投资保险,其保险年费率高低不一,按投资地区分为A、B、C、D四个等级,年费率自0.65%至0.95%,逐级递增,这显然也是吸收国际经验,视东道国或投资地区政治风险产生可能性之大小而定,使保险收费率之高低与风险产生可能性之大小形成正比。但1990年11月间台湾地区当局修订了《鼓励民间业者赴中南美国家考察与投资补助要点》,“基于外交考虑”和“认为具经济效益”,特别鼓励投资总额在7500万新台币(或等值美元)以下的向中南美国家的投资项目,其保险费可按上述比率减免一半,而前述保险金额比例和赔偿金额比例则均提高至“十成”,即不但按100%的投资总额予以十足的承保,而且按风险事故实际损失的100%予以十足的赔偿。在此之前,对投资于东南亚地区的台商投保人也按原订保险费率减0.15%收取。凡此,都明显地体现了台湾地区当局对台商海外投资活动的政治导向,体现了“输银”是紧密配合台湾地区当局的对外政策并为之服务的。

1994年7月,台湾“外交部”颁行《鼓励民间业者赴有邦交国家投资补助办法》,并经多次修订,其中规定“经核准或核备赴‘有邦交国家’地区投资,台湾当局基于‘外交’考虑并认为具经济效

益之台湾厂商,凡合乎要求之投资项目,其保险费由台湾“外交部”及厂商各负担半数。前项由“外交部”负担之投资保险费,每年可高达新台币 50 万元,补助期限以五年为限。

综观台湾“输银”有关“海外投资保险”的上述这些规定,看来是比较缜密的,且已行之有年,在保护台商海外投资权益方面发挥了一定的作用。

现在的问题是,这些保险规定是否也适用于台商在大陆的投资?

根据 1994 年间的报刊信息,台湾地区有关主管部门在这个问题上,似乎打算放宽原有限制,但又迄未拿定主意,而且部门之间的意见也很不一致。例如,1994 年 2 月 21 日台湾地区“经建会高级官员”表示:“海外投资保险制度不保障大陆投资。政府不鼓励大陆投资,大陆投资将排除于海外投资保险制度的保险范围[之外]。”^①但同年同月翌日,台湾地区“财政部高级官员”则向记者透露:“财政部已拟妥输出保险法草案,将大陆地区纳入海外投资保险范围,并由国库补助输出保险基金的亏损。”据报道,此项《输出保险法草案》的重点之一,就是“将大陆地区纳入海外投资保险(属输出保险的一种)范围内,以因应赴大陆投资台商需求”。^②

事隔月余,当时的“经建会主委”萧万长先生又表示:“政府不考虑对大陆投资实施海外投资保险”,“原因是中国大陆不承认台商权益须经签署投资保障协议,中国大陆自行订定的《台商投资保护法》(注:原文如此)宣称可保护台商,政府并不满意,仍希望能与大陆签订投资保障协议”。^③ 这些信息表明:当时由于岛内各主管部门对于将台商向大陆的投资纳入“输银”海外投资保险范

① 《经建会:海外投资险不保大陆投资》,载台湾《联合报》1994 年 2 月 22 日,并参见《海外投资险不含大陆地区》,载台湾《两岸经贸通讯》(海基会刊物),1994 年 3 月号。

② 《财政部拟定大陆将纳入海外投资保险范围》,载台湾《经济日报》1994 年 2 月 23 日。

③ 《海外投资保险排除大陆,两岸未签投保协定是主因》,载台湾《经济日报》1994 年 4 月 1 日。

围,看法不一,后来此议终于搁浅。

流光似水,弹指之间,11年过去了。迄今为止,此议不但未如两岸人民所愿,朝着顺向发展,反而逆向恶化。据来自台湾的最新信息,当地热心学者曾反复多次向台湾“输银”负责执行“海外投资保险”业务的人员请教和求证有关问题,据答:这和台湾的大陆政策息息相关。2004年,台湾联电因与中国半导体业者和舰半导体的关系,遭检调单位大肆搜索;2005年,又发生台湾瑞智精密公司(台湾岛内最大冷气压缩机制造商)因违反台湾地区《两岸人民关系条例》第86条:台商赴大陆投资不得超过母公司净值的40%,而遭检调单位大举搜索、股票暂停交易,此大动作几乎毁了一家世界级大厂。目前,虽然两岸文教经贸等交流持续热络,但从前述迹象观察,显示台湾当局的大陆经贸政策短期内不太可能松动,因此,“输银”在近期内不可能承做在大陆投资台商的海外投资保险。^①

三、选用两岸协作举办台商大陆投资保险的机制

迄今为止,既然两岸各自现存的海外投资保险体制均尚不能满足台商大陆投资保险的现实需要,各界有心人就转而探讨通过两岸协议的某种模式,合作举办台商大陆投资的保险业务。

两岸协作的具体模式,已见诸报端政界言论或在学术界已露端倪者,约有以下数种:

(一)“两府模式”

由台湾地区当局与国务院签订有关台商大陆投资的协议,其中包含台资保险的基本原则。此议显然行不通。因为它涉及一系列政治敏感问题,短期内显然无法解决,诸如:台湾方面至今坚持

^① 见台湾学者练卜鸣先生致厦门大学台湾研究院彭莉教授函件(2005年11月17日)。练先生评论说:“观察台湾的‘海外投资保险’须与台湾的外交政策、邦交国一起看待,如李登辉主政时强调‘南向政策’、阿扁的‘中南美洲’走向,外交重心摆哪儿,‘海外投资保险’就摆哪儿,且须观察台湾地区‘行政院’开发基金及财团法人国际合作发展基金会的预算编列情形才能如实地了解‘海外投资保险’的全貌。”

其“台独”分裂走向,祖国大陆方面坚持一个中国、台湾与大陆同属一个中国,等等,均属政治前提,双方近期内无法达成共识,“两府模式”也就无从谈起。1993年时任台湾地区“陆委会”的高孔廉先生曾经断言:“对于惯用于国与国之间的投保协议(指“投资保障协议”),中共方面势必排斥。”^①这种判断当然是正确的。

(二)“两会模式”

由台湾地区海基会与海协会签订《台商大陆投资权益保障协议》,其中包含台资保险的基本原则。此议在1993年4月汪辜会谈前夕即已由台湾地区海基会当时的副董事长兼秘书长邱进益先生提出。他向台湾地区媒体披露台方起草的该《协议》15项要点^②,其中第2项要点即是“征收补偿条款”,涉及台资保险问题的核心。经过双方磋商,当时的大陆海协会常务副会长唐树备先生明确强调:“现阶段大陆不可能与台湾签订‘台商投资保障协议’。”据报道,当时“磋商会场出现了较激烈的争论场面,邱唐两人各自据理力争,同时相互辩驳对方的观点”。^③看来,其主要症结在于当时台方在两岸经贸(包括投资)关系上始终坚持“间接”的交流原则,致使绝大多数台胞均以第三地区“外商”或“港商”的法定身份进入大陆投资,因而难以从法律上“名正言顺”地适用两岸两会签署的此类协议。

直到1994年年底,两岸各有关方面仍然各自坚持原有立场,并无“松动”迹象。前述台湾地区“经委会主委”萧万长先生于1994年3月底的明确表态,即是仍然坚持以两岸签订上述协议作为台方举办大陆台资保险的前提;1994年11月17日台湾地区“陆委会主委”黄昆辉先生也依然强调两岸两会应早日签订上述协议。^④当时国务院主管投资事宜的外经贸部部长吴仪则强调

① 《辜汪签订投资保障协定可能性极低》,载台湾《联合报》1993年3月20日。

② 《海基会拟妥十五项台商权益保险清单》,载台湾《工商时报》1993年4月22日。并参见陈安、彭莉:《台商大陆投资权益保障协议 初剖》,载《台湾研究》(中国社会科学院台湾研究所刊物)1993年第4期,第58—68页。

③ 《唐树备:目前两岸不可能订台商保护协议》,载台湾《中国时报》1993年4月24日。

④ 《黄昆辉促两岸签署投资保障协议》,载台湾《中央日报》1994年11月18日。

《台胞投资保护法》能“为台商回大陆投资提供最高水平和最充分的法律保护”,同时,台胞来大陆投资属于特殊的国内投资,因此对台胞投资权益的保护只能由国内法来解决。她的论断是:“就当前两岸关系现状而论,两岸签署的任何协议文件均无法取代《台胞投资保护法》的法律地位。”^①当时担任海协会常务副会长的唐树备先生在1994年8月首次访台期间接受记者专访时,对签订上述协议问题“始终不肯松口,依然坚持去年(指1993年)在新加坡会谈期间的政策底线”,他再次解释说:台湾方面不愿开放让台商直接到大陆投资,当时在大陆的台商都是用其他国家或地区(包括美国、新加坡、香港、澳门等地)公司的名义到大陆去投资的,“在这种情况下,如果大陆和台湾签署两岸投资保险协议的话,是不是就有干涉这些国家内政的嫌疑?这样签署这个协议的话,会有‘名不正言不顺’的问题”^②。

1995年1月30日,此事出现了“突破性”的重大进展:当时的中共中央总书记、国家主席江泽民先生在新春茶话会上发表了重要讲话,提出八点看法,主张推进祖国和平统一。其中第五点强调:“我们将继续长期执行鼓励台商投资的政策,贯彻《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》。不论在什么情况下,我们都将切实维护台商的一切正当权益。”与此同时,也明确表示:“我们赞成在互利互惠的基础上,商谈并且签订保护台商投资权益的民间性协议。”^③

江泽民先生的这段话,显然是再一次强调对台商投资的保护,必须主要通过继续认真贯彻现有的有关政策以及相应的专门法律,才能切实有效地发挥作用,达到预期目的;同时,又指明:两岸之间可以开始商谈并进一步签订的有关保护台资权益的协议,纯属民间性质,迥异于前述“两府模式”。

笔者认为:即使假以若干时日,两岸两会终于签署了上述协

① 《吴仪谈 台胞投资保护法》,载《人民日报》(海外版)1994年1月29日。

② 《唐树备 签署投保协议 名不正言不顺》,载台湾《工商时报》1994年8月7日。

③ 江泽民:《为促进祖国统一大业的完成而继续奋斗》(1995年1月30日),载《人民日报》(海外版)1995年1月31日。

议,则其在法律上的名分和地位,也仅限于两岸民间组织(尽管实质上是半官方)之间的一种协议,它本身并非任何法律、法规,并不具备超越一般民事合同的法律效力。在两岸关系良性互动的新形势下,两岸两会之间签署上述协议一事如能争取尽早实现,自是一大好事,它有利于增添两岸间互信的祥和气氛,加强台商投资大陆的信心。但是,纵使一时难以迅速谈妥和签订,也无碍大局。因为,从法律上说,此种民间性协议似乎并没有“必不可少”或“非签不可”的绝对必要性。

(三)“两省模式”或“两市模式”

由台湾省政府(按:当时台湾尚未“废省”)与大陆某省(或省级市)政府签订上述协议,其中包含台资保险的基本原则。早在1989年4月间,台湾地区的沈世雄先生即曾在“立法院”提出由闽台两省率先签订省际“自由贸易协议”的构想和建议。^①这不失为两岸求同存异、促进经贸交往的法律途径之一。当时,笔者曾有专文就此加以论述^②,认为:在两岸各自坚持原有的总体政治理念,一时难以达成共识的情况下,如果采纳沈先生的建议,也许有利于规避和暂时搁置在总体理念上相当敏感的政治难题,求同存异,以台湾省与大陆某省的名义,面对各自地域内两岸间的投资实务,实行共同的省级地方立法。然后按此模式由点及面,逐省展开去,务实地达到逐步解决问题的目的。看来,人们不难从沈先生这一富有前瞻性和开拓性的立法建议中得到启迪。当前台商大陆投资的保险问题不妨先从局部着手,可以在台商台资较为集中的大陆省(市)与台湾省(市)之间,率先按“两省模式”或“两市模式”签订直接具有法律效力的协议或协议,即实行省际或市际共同立法,

① 参见沈世雄先生的“质询案”,载台湾“立法院公报”第78卷第31期,第149—150页。

② 参见陈安、彭莉:《两种两岸人民关系法之对立与统一——浅谈闽台自由贸易协定之可行》,载《台湾研究集刊》1990年第2、3期合刊,转载于台湾地区出版的《从大陆看台湾》(1991)、《两岸法律适用之理论与实务》(1992)两书;另参见《就闽台两省结拜“姐妹”一事,厦门大学法学教授发表看法》,载《人民日报》(海外版)1989年5月8日。

予以妥善解决。

(四) “两司模式”

由台湾地区的“输银”或其他民营保险公司与中国“信保”联合举办大陆台资的保险业务。在这方面,当年有三条报道信息特别值得注意:第一,时任台湾地区“陆委会经济处处长”的陈明璋先生于1994年2月间曾经透露:“陆委会正在审查财政部草拟的《两岸保险业务往来许可办法草案》,将先适度开放两岸保险业务往来范围,提供台商保障”。第二,“财政部高级官员”透露:前述《输出保险法草案》的另一重点是“开放民营保险公司参与承保,以分担风险,并适度解决当前受制于对外政治关系的难题”。第三,台湾地区“输银”副总经理孔繁曦先生透露:当时“输银”所经营的海外投资保险业务,资金明显不足。台湾地区当局只拨给新台币两亿元,作为基金,而输出保险基金的承保能力是按基金金额的20倍计算,两亿元基金只能承保40亿元的额度,但当时“输银”所承保的海外保险额度已达60亿元到80亿元,早已超过安全限度。由于基金不充实,“输银”也不敢大手笔地承接海外投资保险。

看来,上述“两司模式”颇有“呼之欲出”之势。因为它既可排除或绕过一些政治因素的障碍和困扰,又可解决“输银”保险基金经费不足的现实困难。两岸“志士仁人”,特别是台湾地区的主管人士和商界人士,似宜大力着鞭,力促“两司模式”早日实现。

(五) 第三地“合营模式”

由台湾地区“输银”与中国“信保”在海峡两岸以外的第三地组建合营公司,共同承接大陆台资保险业务。上述“两司模式”,虽较现实可行,但它仍难以完全解决本文第一部分提到的存在于部分台湾投资商中的若干疑虑,即:大陆的保险业操作人员能否摆脱政府法令的约束和政策的影响而严格履约和公平理赔,等等。为了使台商投保者更彻底地消除此类疑虑,充分“放心”地前往投保,不妨考虑组建一种“新型”的两岸合营公司。该公司具有以下几个主要特点:

第一,它由两岸的“输银”、“信保”以及两岸资金雄厚的民营保险公司,以“合资企业”或“合作企业”的形式,共同组建一家专业保险公司,专为向大陆投资的台商承保各类政治风险。

第二,它设立在两岸以外的第三地,成为具有当地“国籍”的一家完全独立的公司,具有当地独立法人的资格,而对于海峡两岸说来,它却是一家“外国公司”。

第三,依照当地公司法和国际惯例,它应当接受该第三地所属国家法律的管辖,而不接受海峡两岸法律的管辖,因而可以摆脱两岸当局和两岸法令的直接影响。

第四,该合资企业(或合作企业)内部各股东(或合作者)之间的权利义务关系,约定应较为缜密。特别是约定,在承保的风险事故及其招致的损失经该专业保险公司认定和依保险合理理赔后,如果无法向中国政府行使“代位求偿”权,则该专业保险公司的大陆方股东(或合作者)应当承担大部分或全部经济责任。

第五,该专业保险公司的上述“代位求偿”权,已纳入该公司国籍国政府与中国政府签订的《双边投资保护协议》的有关条款,从而具有国际法上的保障。

具有以上主要特点的两岸合营公司,也许可以在当前条件下基本满足台商中向大陆投资者的需要。

四、选用第三地国家现行的海外投资保险机制

当代海外投资保险体制源于美国。1948年,作为“马歇尔计划”的一部分,美国国会通过了《经济合作法案》。根据这个法案,美国率先创立了海外投资保险制度,专门承保美国私人海外投资的政治风险,并由美国政府的对外经济合作机构直接承办有关的保险业务。此后,二十年间,根据形势发展和海外投资家的需要,多次修订法案,使这一专业保险体制不断改善。至1969年,美国国会修订了《对外援助法案》,将原先由政府行政部门直接承办的海外投资保险业务转交给新设立的“海外私人投资公司”(Overseas Private Investment Corporation, OPIC)全权经营。这样“改制”

的目的,在于使跨国投资争端(包括承保风险事故发生后的理赔和跨国代位索赔等)发生之后,由该公司出面行使“代位求偿权”,从而使跨国投资纠纷“非政治化”,避免资本输出国(美国)与资本输入国两国政府之间的直接“碰撞”对抗。但是,根据 1969 年的前述修订法案,这家官办的专业保险公司实际上仍处在美国政府的直接领导和严密控制之下,成为贯彻美国对外政策的得力工具。^①

鉴于此制“行之有实效”,其他资本输出国纷纷仿效,结合各自本国的国情,建立了与美国上述做法大体相同或相类似的海外投资保险体制。这种体制的基本特点是:第一,以国家为后盾,以国内立法为依据,由政府专门机构或政府指定的专业公司为本国的海外投资者提供政治风险的保险;第二,以本国(资本输出国)与资本输入国缔结的双边投资协议为先行,明确规定后者承认前者的专业保险公司或专门机构享有“代位求偿”权;第三,通过这种双边国际协议,使得国内私法关系(国内保险合同)上的代位求偿权具有国际公法上的约束力,从而使本国海外投资者的权益和本国保险公司的权益获得更加强有力的法律保护。

当代各资本输出国建立此种保险机制,或先或后,互相借鉴,行之有年,逐渐形成了一套比较成熟的规定和措施。它对于承保机构、承保的政治风险险别、适格的投资者(投保人)、适格的投资项目(投保项目)、适格的东道国(资本输入国)、保险额和保险期限、保险费、赔偿和救济等,都有比较严密的规定。^②

鉴于当前台商向大陆投资者相当多以两岸以外第三地公司的名义或身份出现,一般地说,自可利用该第三地所属国家的海外投资保险机制,以保障自身的合法权益。台湾地区当局为坚持和配合其原有的对大陆投资只准“间接”进行的政策,也一向要求有关

^① 参见陈安:《从海外私人投资公司的由来看美国对海外投资的法律保护》,载《中国国际法年刊》,第 97—114 页;或参见陈安:《美国对海外投资的法律保护及典型案例分析》,鹭江出版社 1985 年版,第 16—34 页。

^② 参见陈安:《国际经济法学》,北京大学出版社 2004 年版,第 322—328 页。

台商“假道”第三地国家的上述保险机制,以避免或减少风险损失。其见于报端的当年信息之一是:台湾地区“经济部表示:……政府基于保护台商的立场,希望台商能经由第三国,再转赴大陆投资,透过双重(双边)投资保证协议,来保障台商的权益”。^①

但是,实际上此“道”要受到许多限制,“路障”甚多。其中常见的障碍是:各国官办的投资保险机构既受本国政策的控制,又受本国法律的约束,还要受当局现实政治需要的影响。试以美国为例,其官办的“海外私人投资公司”要求前来投保的海外投资者必须是企业资产51%以上为美国人所有的美国公司,或企业资产95%以上为美国人所有的外国公司。据此,一家台商公司纵使已在美国设立了子公司,使该子公司取得了法定的美国国籍,但如果该子公司中全然没有美资成分,或纵有美资成分但其比重达不到51%,它便不具备向美国OPIC投保的法定资格,即投保人不适格。更有甚者,如前所述,美国OPIC是由美国政府严密控制的,是美国贯彻其对外政策的得力工具,因此,其承保与否,端视美国自己对外政策的需要,或晴或阴,或风或雨,悉由美国当权者念咒呼唤,并无定数。1989年春夏之交的“天安门”风波发生之后,基于美国“对华经济制裁”政策的需要,OPIC随即中止(禁止)对进入中国大陆的新美资提供政治风险保险,迄今已十六年,尚未正式解禁。^②在此种情况下,举凡台商美籍子公司,纵使含有51%以上的美资成分,也仍然无法利用美国现行的OPIC保险机制,以保障自己的权益。

目前向大陆投资的台商采取在美国设立子公司的“间接”投资途径者,为数不少。但在美国OPIC现行机制、美国现行对华政

^① 《台商安全亮红灯,经部认经第三国投资可减低风险》,载台湾《中央日报》1994年11月18日。

^② 参见《吴仪和布朗举行会谈认为:发展中美商贸关系符合两国共同利益》,载《人民日报》(海外版)1994年8月30日;并参见陈仲洵:《多边投资担保机构与美国在华投资》,载《中国社会科学》1992年第6期。按:直到2005年11月,迄本文撰写之际,OPIC对在华美资不予承保的“禁令”仍未解除。

策以及台湾地区当局现行大陆投资政策的“围堵”下,事实上已经出现这样的局面:各家台商美籍子公司,既无权利用美国 OPIC 现行的海外投资保险机制,又无法利用台湾地区“输银”现行的海外投资保险机制(如本文第二部分所述),处在“绕树三匝,无枝可依”的窘境!对于它们来说,这种局面显然是很不公平的。看来,“假道”第三地国家的保险机制,终非良策。为长远计,最好还是立足于“中国人的问题,中国人自己解决”的基本原则,用心寻求最佳的“出口”(exit)和出路。

五、选用“多边投资担保机构”的保险机制

根据 1985 年的《MIGA 公约》(亦称《汉城公约》),“多边投资担保机构”(Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA)正式成立 于 1988 年 4 月,随即于 1989 年 6 月开始正式营业。它是世界银行主持组建的、旨在促进国际投资跨国流动的一个世界性组织。它的主要业务就是通过直接承保多种政治风险,为各国海外投资者的权益提供经济上和法律上的保障。

截至 2005 年 10 月 27 日,《MIGA 公约》的正式成员国已增至 167 个。迄今为止,MIGA 机构已经同包括中国在内的一系列发展中国家(资本输入国)成员国分别签订了有关担保外来投资权益和待遇的双边协议,从而为 MIGA 在这些国家开展保险业务提供了国际法上的保障。

MIGA 机制具有以下几个突出的特点,从一定意义上说,这些特点也是它的优点^①:

(一) MIGA 体制源于 OPIC 体制,又远高于 OPIC 体制。MIGA 在设置宗旨、主要功能、承保险别、投保条件、运作程序、理赔前提、代位求偿等方面,显然都借鉴和吸收了美国 OPIC 体制的有益经验。但是,MIGA 体制绝非 OPIC 体制的简单翻版或单纯的多国化。MIGA 在服务对象、承保范围、保险能力、兼容并蓄、运用灵

^① 参见陈安:《国际经济法学刍言》,北京大学出版社 2005 年版,第 535—631 页。

活等方面,具有明显的优越性,远非 OPIC 等单国的体制所能企及,其发展潜力也远非后者所能匹敌。

(二) MIGA 是当今世界南、北两大类国家之间经济上互相依存、冲突、妥协和合作的产物。在跨国投资问题上,南、北矛盾和冲突植根于两大类国家之间不同的经济利益,但两大类国家之间很强的经济互补性又促使它们互相依存和取长补短。因此,冲突和矛盾的结果必然导致互相妥协和互相合作,共同谋求改善发展中国家的投资环境。如果没有两大类国家之间的相互妥协和合作,也就不会有 MIGA 的出现。

(三) 这种妥协的结果之一,就是作为东道国的发展中国家在一定程度上自我限制本国在外国投资担保问题上的主权。这种自我限制明显体现在以下几个方面:(1) 承认 MIGA 与外国投资者之间签订的政治风险担保合同在一定条件下对东道国具有法律拘束力;(2) 承认 MIGA 对东道国的代位求偿权;(3) 承认 MIGA 与东道国之间的争端解决方式为国际仲裁,而不是东道国法院的判决;(4) 承认在采用仲裁程序时,一并适用 MIGA 公约、可适用的国际法规则以及东道国的国内法规则,而不仅仅限于适用东道国的国内法规则;(5) 承认国际仲裁裁决对当事人和当事国具有最终效力和法律拘束力,犹如在《MIGA 公约》各成员国法院作出终审判决那样。^①

(四) 妥协的另一方面结果是,《MIGA 公约》成员国中的发达国家同意敦促本国投资者更加尊重东道国——发展中国家的政治主权和经济主权。在一定程度上,务必恪守东道国的国内立法。这些要求尤其明显地表现为:(1) 除非事先获得东道国政府的同意,MIGA 不得签订任何承保政治风险的保险合同;(2) MIGA 不对不符合东道国法律和法规的投资提供保险;(3) MIGA 只承保有利于东道国经济发展的投资;(4) 对于因投保人认可或负有责

^① 参见《MIGA 公约》第 11 条(a)款及第 13 条(a)款,第 18 条(a)、(b)款,第 57 条及公约附件 II 第 4 条(g)、(h)、(j)款。

任的东道国政府的任何作为或不作为所造成的损失,MIGA 不予担保;(5)从法律上禁止 MIGA 伙同任何成员国从事反对其他成员国(特别是发展中国家)的政治活动。^①

基于以上两个方面的妥协和合作,加入 MIGA 既有利于发展中国家,也有利于发达国家,前者可以借此改善投资环境,吸收更多的外资以加速本国经济的发展,后者可以借此在相对安全的条件下增加更多的赢利机会。

(五) MIGA 机制不同于任何国家官办保险机制的突出特点,在于它对吸收外资的每一个发展中国家会员国,同时赋以“双重身份”:一方面,它是外资所在的东道国,另一方面,它又是 MIGA 的股东,从而部分地承担了外资风险承保人的责任。这种“双重身份”的法律后果是:一旦在东道国境内发生 MIGA 承保的风险事故,使有关外资遭受损失,则作为“侵权行为人”的东道国,不但在 MIGA 行使代位求偿权之后,间接地向外国投资者提供了赔偿,而且作为 MIGA 的股东,它又必须在 MIGA 行使代位求偿权之前,即在 MIGA 对投保人理赔之际,就直接向投资者部分地提供赔偿。此外,它作为“侵权行为人”,还要面临 MIGA 其他成员国股东们国际性的责备和集体性的压力。可见,MIGA 机制在实践中加强了对东道国的约束力,对外资在东道国所可能遇到的各种政治风险起了多重的预防作用。

鉴于 MIGA 体制具有以上优点,中国对这一体制的形成和发展,一向采取积极参与和大力支持的态度。据世界银行资深副总裁兼总顾问易布拉欣·希哈塔(Ibrahim F. I. Shihata)先生自称,他早在 1985 年 1 月间,就曾代表世界银行前来北京就有关组建 MIGA 的问题与中国政府进行磋商,并与中国政府的高级官员们讨

^① 参见《MIGA 公约》第 15 条,第 12 条(d)(i)、(ii)、(iii)项,第 11 条(c)款(i)项,第 34 条。

论了《MIGA 公约》的草案。^① 1988 年 4 月 28 日,中国正式签署《汉城公约》,两天后即交存了批准书,并按规定认购了 MIGA 的股份,从而成为本公约的正式成员国。中国认购了 MIGA 股份 3138 股,相当于 3138 万特别提款权(SDR),约折合 4000 万美元。这个认股数字,在 MIGA 全体成员国中居第 6 位^②,领先于许多发达国家,甚至超过由全球最发达国家组成的“七国集团”中的加拿大和意大利。当时中国综合国力不强,特别是财力有限,却认购了 MIGA 的大量股份,它对这个全球性多边投资担保机构的重视和支持,由此可见一斑。

根据来自 MIGA 总部的信息,自 1989 年 6 月开始正式营业至 2005 年 6 月 30 日为止,MIGA 所承保的注入发展中国家跨国投资已经达到 147 亿美元,其中单单 2005 财政年度即达 12 亿美元^③,近年来其所承保的跨国投资项目遍布全球许多发展中国家。中国自 1988 年 4 月加入《MIGA 公约》以来,与 MIGA 之间的协作关系日益紧密,已有数十项重大外资项目由 MIGA 直接承保。

根据以上有利条件,向中国大陆投资的台商不妨认真考虑可否利用 MIGA 的保险机制以保障自己在大陆的权益。

按《MIGA 公约》第 13 条(a)款规定:有权向 MIGA 机构投保的“适格投资者”(即适格投保人),原则上限于非东道国即外国的自然人或法人。但同条(c)款作了灵活性的规定:根据投资者和东道国的联合申请,经 MIGA 董事会特别多数^④通过,可以将有权

① 参见“世银”副总裁兼总顾问希哈塔(F. I. Shihata)先生致陈安教授函(1994 年 11 月 21 日)及为陈安主编《MIGA 与中国》一书撰写的序言(1994 年 11 月 16 日);并参见希哈塔:《MIGA 与外国投资》,1988 年英文版,第 75 页。

② 参见《MIGA 1993 年度报告书》,英文版,第 38—40 页。MIGA 中认购股份最多的 9 个国家依次为:美国(20 519 股),日本(5 095 股),德国(5 071 股),法国(4 860 股),英国(4 860 股),中国(3 138 股),俄国(3 137 股),加拿大(2 965 股),意大利(2 820 股)。

③ 参见 MIGA 2005 Annual Report, http://www.miga.org/miga_documents/a05arhighlights.pdf。

④ “特别多数票”指代表 MIGA 认缴股份 55% 以上,不少于总投票权 2/3 的赞成票。参见《MIGA 公约》第 3 条(d)款。

投保的“合格投资者”扩大到东道国的自然人或法人。其唯一条件是所投资产必须是由东道国境外流入。此项灵活规定的主旨显然在于促进发展中国家的私人在境外的资金回流到本国,加速其本国的开发与建设。

此外,按《MIGA 公约》第 24 条以及“附件一”第 1 条至第 3 条的规定:任何成员国均可单独地或联合地筹集“赞助信托基金”(sponsorship trust fund),单独列账,自负盈亏,在 MIGA 机制的范围内,举办“赞助投资担保”业务(guarantees of sponsored investments),为任何国籍的投资者承保政治风险。

笔者认为:按照 MIGA 机构的上述体制、规章以及中国的现行法规,台商在大陆的投资,不论在两岸达成台商投资权益保障协议之前或之后,似均可根据台商自身的不同身份和意愿作如下两种选择,以达到避免“非商业性风险”事故损失的目的:第一,如果台商具有外国自然人或外国法人身份,或者通过外国法人对大陆进行“间接投资”,而该外国又是 MIGA 公约的成员国,他就可以该国国民或该国法人的名义,直接向 MIGA 机构申请投保。第二,如果台商不具有外国自然人或外国法人身份,而径以台湾自然人或台湾法人名义对大陆进行“直接投资”,他就可以中国国民或中国法人身份,与中国有关主管部门一起向 MIGA 机构提出“联合申请”,办理投保手续,或者由中国政府筹集“赞助信托基金”,在 MIGA 机制内,为大陆台商承办“赞助投资担保”。

六、选用中国人民保险公司承保或“两岸协作”承保与 MIGA “再保险”相结合的机制

《MIGA 公约》第 19—21 条规定:MIGA 应与本公约成员国承办非商业性风险保险业务的全国性机构、区域性机构或私营机构进行合作,以“再保险”(reinsurance)和“共同保险”(coinsurance)的方式,作出适当的安排。对于成员国一国的全国性投资担保机构、若干成员国共同举办的区域性投资担保机构或私营的投资担保机构已经承保的特定投资,MIGA 机构可以实行再保险。在 MI-

GA 与上述投资担保机构分别签订的每一份再保险合同中,双方的权利义务应按 MIGA 董事会制定的规章制度作出明确规定,特别是有关再保险范围、再保险费、被再保险机构(reinsured agency)的必要承诺、用尽当地救济手段、索赔、代位求偿、国际仲裁等事项,更应一一明确约定。

由于“再保险”合同必须按照 MIGA 董事会制定的规章制度来订立,因此它实质上就是 MIGA 保险机制的扩大与延伸,归根结底,这也使得有关的资本输入国(吸收外资的东道国)在自愿的基础上接受了更多一层的国际法上的约束,在依法、依约保护外来投资方面,多承担了一份义务。

显然,这种“再保险”机制如能充分加以利用,使其与中国人民保险公司举办的政治风险承保结合起来,或与两岸协作举办的政治风险承保结合起来,就能使向大陆投资的台商获得更放心、更满意的权益保障。

论海峡两岸投资中的问题 及法律对策

卢炯星^{* 1} 霍一峰^{** 2}

一、台商对大陆投资的现状

自 1988 年国务院颁布《关于鼓励台湾同胞投资的规定》后,台商开始大规模地向大陆投资。经过了十七个年头的发展,台商在大陆的投资金额已从最初 1988 年的 6 亿美元上涨到 2004 年的 69 亿美元。在这十多年的时间里,台湾对大陆投资总额已超过 400 亿美元。^① 根据台湾投审会统计显示,2000 年至 2004 年这 5 年内,台商对大陆投资占其整体对外投资比重也迅速攀升。2000 年台商对大陆投资占海外投资比重为 33.93%,2001 年增为 38.8%;2002 年首度突破五成,达到 53.38%;2003 年上升到 53.66%。2004 年对大陆投资金额 6940000000 美元,占台湾对外投资额的 67.24%。大陆不但高居台湾对外投资的首位,而且比重已超过 2/3。^②

* 厦门大学经济法研究中心副主任、教授。

** 厦门大学法学院 2004 级经济法研究生。

① 资料来源:台湾“经济部”投资审议委员会:Table 11, Taiwan Approved Investment in Mainland China by Area, http://210.34.17.189/strait_trade/2004trade/145-2004-09/145-11.xls。

② 《台商对大陆投资快速增长》, <http://www.huaxia.com/sw/tzdl/2005/00300852.html> 2005 年 3 月 23 日访问。

在投资规模不断扩大的同时,台商来大陆投资的企业质量也逐渐提高,产业与区域分布也日益多元化。目前台湾地区的台塑、裕隆、台积电、联电、康师傅等知名企业纷纷把投资重点放在了大陆。据台《天下杂志》公布最新调查,岛内排名前一千家企业中有五成已经赴大陆投资,甚至近三成的企业考虑全家移居大陆。^①台商企业在大陆的投资最初只是零星地分布在制衣、制鞋、箱包、餐饮等劳动密集型产业,如今已经深入到电子、基本金属、塑料制造等产业之中。目前台商对大陆信息技术产品、生物科技等高技术制造业的投资正在迅速增长,在大陆零售、物流、医疗、教育、房地产与基础设施等服务业领域的投资也有显著增长。在投资的地域范围上,台商对大陆的投资起初集中于福建省,随后,珠江三角洲成为台资最集中的地区。接着,以上海、苏州、昆山为代表的长江三角洲成为台商投资的热点地区。目前,台商在大陆投资的最热门地区正在从长江三角洲北部向南部的萧山移动。随着西部大开发、振兴东北等战略相继实施与深化,可以想见,台商将在西部、东北、华北与环渤海地区加大投资力度。随着台商投资的地域范围和产业范围的不断扩大,台商对大陆的投资已成为促进两岸经济发展的重要因素。

但是,在这些快速增长的统计数字背后,却掩藏着一些可能影响台商对大陆投资的新问题。这些问题是随着两岸经济的不断发展、大陆开放程度的日益加深逐渐凸显出来的。这些问题与那些我们曾熟悉的大陆方投资环境不稳定、对台商权利保护不足等问题,已迥然不同。这些新问题的解决是值得我们探讨的。

二、两岸投资限制焦点的转移:从大陆到台湾

1988年《关于鼓励台湾同胞投资的规定》颁布,1994年《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》颁布,1999年《中华人民共和国

^① 《台湾千家大企业五成赴大陆投资》, <http://home.jsinfo.net/kexie/2003/0428/126.htm> 2003年4月28日访问。

台湾同胞投资保护法实施细则》颁布。一项项强有力的法律措施,充分体现了政府积极鼓励和保护台湾同胞来祖国大陆投资的一贯立场。1996 年国务院台办负责组建全国性的台商投诉协调机构,印发《台商投诉协调办法》,各地方也相继成立台商投诉协调处,形成了保护台商投资的投诉受理网络。各省市自治区结合当地实际先后制定了地方性法规或政府规章。福建、四川、江西、湖北、海南、广西、黑龙江、天津、北京、厦门、福州、南京、深圳、宁波等三十多个地方出台了实施《保护法》的具体办法。同时还针对台商反映的集中热点问题制定单项规范性文件。对台商投资保护的法律体系已经逐步建立。同时随着我国加入 WTO,我国的外资法中取消了外汇收支平衡、尽先在中国采购、产品出口义务等限制性要求,并且逐步开放如金融、电信业等原先不予开放的投资领域。台湾作为 WTO 的成员方,当然地享有以上开放带来的实质利益。

在对台商投资者利益保护的立法逐渐完善的同时,大陆方面已经更进一步地开始了对台商企业 A 股上市和台商子女入学问题的考虑。2001 年 11 月 5 日,为贯彻国务院关于“允许符合条件的外商投资企业申请发行 A 股或 B 股”精神的决定,原外经贸部和中国证监会共同下发《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》。2002 年 3 月,中国证监会对外资企业上市发布《外商投资股份有限公司招股说明书内容与格式特别规定》的通知,针对外资企业、台资企业具有关联交易和同业竞争的共同特点,对其上市在信息披露方面给予了详细、明确的规定。上述规定的出台表明台资企业发行 A 股并上市已没有政策障碍。2003 年年底,浙江国祥制冷股份有限公司作为首家台资企业已在上海证券交易所正式挂牌上市,深圳成霖洁具在深交所的中小板块上市。此外,还有不少优良的台资企业已完成发行上市的准备工作,并向证监会递交了发行上市的申请。目前,排队挂牌 A 股的企业已有上百家。台资企业在大陆上市之后,台商不但可以在大陆投资,而且可以在大陆融资。在大陆募集资金,为台资企业在大陆的发展提供

广泛的融资渠道,解决了企业资金不足的问题,更促进了台商对大陆的投资。

大陆对台商投资的保护不但体现在经济、法律方面,甚至细致到台商子女入学这样的后勤问题。由于越来越多的台商把子女带来大陆,解决台商子女入学问题也成了营造良好投资环境的重要一环。一些地市的台办与教育局联手制定台商子女本地就学的通知或办法^①,有的直接建立台商子女学校,解决入学问题。^②纵观大陆方面这十几年来对台商在大陆投资的诸多措施,真可谓周到全面。然而,随着大陆方面保护措施的逐步完善,限制的逐步放开,制约台商投资的另一方面,也逐渐明显地暴露出来。那就是台湾地区对台商向大陆投资的种种限制问题。

三、台湾当局对台商大陆投资的限制

台湾当局对台商到大陆的投资的指导思想,从李登辉时代的“戒急用忍”就存在对两岸经贸交往的限制。陈水扁执政后,台湾当局标榜以“积极开放、有效管理”取代了“戒急用忍”,但只是在“有效管理”上下足了功夫,并不见有什么“积极开放”。它不仅要以“两岸经贸安全预警系统”布建“长期安全网”、以“动态调节机制”和“专案审查机制”进行大陆投资的总量控制,而且动用情治系统力量大搞“经济侦防”。这不是“积极开放”,而是和大陆打“经济战”。当然,为从大陆市场获取利益,在岛内经济及工商界压力下,台当局也不得不作出一些开放举措,但每次开放都是进一步退两步。据台湾《商业周刊》今年4月对岛内363家上市、上柜公司的调查,67.8%的企业认为“积极开放、有效管理”只是新版的“戒急用忍”政策。^③

① 如北京、福建、汕头、青岛等地的教委分别制定了台商子女本地入学的办法。

② 如东莞、昆山两地的台商投资建立台商子女学校,接收全国台商的子女入学。

③ 许世铨:《一份顽固坚持“台独”立场的辩解书——评台湾“陆委会”8月7日“说帖”》, http://www.snweb.com/gb/people_daily/2002/08/20/h0820001.htm, 2002年8月20日访问。

台湾方面于 1993 年 3 月 1 日由经济部(投审会)发布的《在大陆地区从事投资或技术合作许可办法》规定:台湾地区人民、法人、团体或其他机构在大陆地区从事投资或技术合作必须以间接方式为之,间接方式又可分为两种:

(一)赴大陆地区投资金额超过一百万美元者,须经由第三地区为之,且须在第三地区设立公司或事业,同一申请人在许可后两年内再申请赴大陆地区投资,其总投资金额累计达一百万美元以上者亦同。

(二)赴大陆地区投资金额未逾一百万美元者,得经由第三地区为之,不需在第三地区设立公司或事业,若愿设立亦为法之所许。

台湾地区还设置了许多禁止台商在大陆投资的项目,主要涉及有利于增强大陆经济竞争力的资本产品、高技术产品等。在台湾“经济部”发布的《大陆投资负面表列——农业、制造业及服务业等》中,禁止对大陆投资的农产品有 236 项,制成品有 102 项,服务业有邮政、电信、金融及其辅助业、证券及期货、集成电路设计,基础设施有公路、水利、铁路、港湾、自来水、下水道、机场、地铁(台湾称为“捷运”)、焚化炉、发电、输电、配电、工业区开发。不仅高科技产业和石化上游等资金密集型产业赴大陆投资受到了严厉的限制,就连在大陆投资繁育纯种禽畜也在禁止行列。其次,运用经济手段提高台商赴大陆投资的成本,限制台商赴大陆投资。台湾当局规定,台商若赴大陆设厂,必须在岛内按一定比例投资。^①

这些限制措施增加了台商对大陆投资的成本,甚至直接阻止了台商对大陆投资的机会。同时台湾方面对大陆企业去台湾投资也设立了种种限制。这些限制,既有损台商的经济利益,又不利于海峡两岸的经济发展。

^① 梅新育:《不对称开放——两岸经贸关系的基本格局》,载《世界知识》2005 年第 12 期。

近年来,随着两岸人民经贸交往的不断深入和发展,台湾当局对大陆投资的限制有放宽的趋势。台湾当局于2002年4月、2003年10月两次修订《台湾地区与大陆地区人民关系条例》(简称《两岸关系条例》)。在一定程度上放宽了两岸投资等领域的限制,还调整了《两岸关系条例》的配套子法,以缩小其与WTO规范间的差距。2004年4月,台湾“立法院”调整了有关开放陆资投资台湾土地及不动产一项,《两岸关系条例》第69条将原来的“完全禁止”修改为“大陆地区人民、法人、团体、其他机构,或其于第三地区投资之公司,非经主管机构许可不得在台湾地区取得、设定或转移不动产物权”。台湾“内政部”2002年8月出台了《大陆地区人民在台湾地区取得设定或转移不动产物权许可办法》,就大陆地区人民、机构或于第三地区投资的公司,申请取得或设定不动产物权的资格许可条件及用途,以及申请程序、申报事项、应备文件、审核方式、违规使用的处理等事项作了规定。2003年10月9日,台湾修改《两岸关系条例》,参照侨外投资核准制度,适度开放大陆人民、法人、团体、其他机构或其余第三地投资的公司,经许可在台湾从事投资行为。但台湾对大陆资金进入台湾仍然存在较多限制。

按照《不动产物权许可办法》之规定,陆资入台投资不动产开发或经营,因先检具相关文件,向“中央目的事业”主管机关申请,经审核同意后,再以同样文件及同意书,向该管地方政府申请审核,经该地方政府审核后,再报请“内政部”许可。如此再三申请,不仅手续繁琐,而且延长审批时间,耽误商机。^①2004年6月,台湾“陆委会”确立了陆资赴台投资的“三不原则”,即不得超过侨外来台投资范围;不得投资禁止台商赴大陆投资的项目;不得投资台湾当局目前正在推动发展的新兴产业。目前大陆赴台投资虽有松动,却限制重重,这与WTO有关投资的规则也不符。与大陆对香港、澳门开放和优惠相比,相差更远。

^① 台湾地区《经济日报》2002年8月15日。

四、CEPA 对台商投资的影响

2004 年 1 月 1 日《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》和《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》(简称《安排》或“CEPA”)正式开始实施。这标志着内地与香港、澳门两个特别行政区之间,正式建立起了自由贸易关系,标志着内地与港、澳的经贸交流与合作进入了一个新的历史阶段。这样港澳两地凭借着 CEPA 中关于贸易投资的便利安排,在对大陆的投资中占得了先机。“CEPA”中贸易投资便利化部分主要涉及贸易投资促进、通关便利化、电子商务、法律法规透明度、中小企业合作、金融合作及旅游合作等领域。^①

《安排》中关于投资的便利安排使得港澳两地的“服务提供者”^②在大陆投资,较其他外企降低了注册资本要求,提高了最高持股比例,放宽了企业设立审批条件,从而在对大陆的投资中占得了先机。《安排》中贸易投资便利化主要涉及对服务业中房地产、建筑、分销、物流、金融、电信等方面的投资优惠以及为促进贸易投资而进行的合作。^③

(一) 有关投资的便利安排内容及实施

1. 房地产及建筑业方面

香港投资者可以以独资的形式在内地提供涉及自有或租赁资产的高标准房地产项目服务,并允许香港投资者以独资形式在内地提供以收费或合同为基础的房地产服务。香港投资者在内地设立建筑企业时,其在香港和内地的业绩可共同作为在内地设立建筑企业资质的依据。香港在内地投资的建筑业企业可不受建设项

^① 参见《CEPA 知识读本——贸易投资便利化的重要内容》, <http://www.china.org.cn/chinese/zhuanti/2004CEPA/495439.htm> 2004 年 2 月 1 日访问。

^② 《安排》中“服务提供者”的概念可参见《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》之附件 5《关于“服务提供者”定义及相关规定》。因本文只讨论其在大陆投资的问题,以下为表述连贯,皆称为“投资者”。

^③ 详细内容可参见《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》之附件 4《关于开放服务贸易领域的具体承诺》表 1。

目的中外方投资比例限制承揽中外合营建筑项目。凡取得内地建筑企业资质的港资企业可在全国范围内参加工程投标,同时可以全资收购内地的建筑企业。

2. 分销服务方面

香港投资者在内地提供佣金代理和批发服务不受地域限制,在内地设立零售企业(不包括烟草)的地域范围扩大到地级市,在广东省扩大到县级市。香港企业在内地提供佣金代理和批发或零售服务可以设立独资外贸公司。香港分销服务提供者如果申请设立外贸公司、批发商业企业以及零售商业企业,在年均对内地的贸易额、年均销售额以及注册资本的最低限额上,较其他外商投资者有明显的降低。香港永久性居民中的中国公民依照中国内地有关法律、行政法规,在广东省境内设立个体工商户,无须经过外资审批,其营业范围为商业零售业,但特许经营的除外,其营业面积不超过 300 平方米。

3. 物流方面

允许香港投资者以独资形式在内地提供货运、仓储服务,其最低注册资本要求比照内地企业实行。香港投资者可以在内地设立独资企业经营道路货运,经营香港至内地各省之间的货运“直通车”业务,并可在内地的西部地区设立独资客运企业,经营道路客运业务。香港投资者以独资形式在内地设立企业,经营国际船舶管理、国际海运货物仓储、国际海运集装箱站和堆场业务以及无船承运人业务。允许香港航运公司在内地设立独资船务公司,为其拥有或经营的船舶提供揽货、签发提单、结算运费、签订服务合同等日常业务服务。

4. 金融方面

在银行业中,降低香港银行和财务公司进入内地市场的资产规模要求,将设立分行和设立法人机构的资产规模要求降至总资产不低于 60 亿美元。银行可选择设立分行或法人机构,财务公司只可设立法人机构。香港银行在内地设立中外合资银行或中外合资财务公司,或香港财务公司在内地设立中外合资财务公司无须

先设立代表机构。在申请经营人民币业务的资格审批上,将须在内地开业 3 年以上的要求降为开业 2 年以上,在审查有关盈利性资格时,改内地单家分行考核为多家分行整体考核,实质上降低香港银行内地分行的审批标准。

在保险业中,香港保险公司经过整合或战略合并组成的集团,可以按照市场准入的申请条件(集团总资产 50 亿美元以上,其中任何一家香港保险公司的经营历史 30 年以上以及任何一家香港保险公司设立代表处 2 年以上)批准其进入内地保险市场。香港保险公司参股内地保险公司的最高股比限制提高到不超过 24.9%。

5. 电信方面

自 2003 年 10 月 1 日起,允许香港投资者在内地设立合资企业,提供下列因特网数据中心、存储转发、呼叫中心、因特网接入以及信息服务,五项增值电信服务。香港投资者在合资经营增值电信服务业务的企业中拥有股权不得超过 50%,而且合资经营增值电信业务的企业无地域限制。

除上述诸项对港澳企业的特殊优惠规定外,《安排》的附件 6《关于贸易投资便利化》还建立了旨在促进内地与港澳地区贸易投资活动健康增长与便利进行的双方合作机制。通过 CEPA 的联合指导委员会具体指导和协调彼此间贸易投资促进方面的合作。双方将就投资、贸易及其他经贸领域法律法规规章的颁布、修改情况交换信息资料,通过报刊、网站等多种媒体发布政策、法规信息,对双方通关制度的差异及存在的问题进行研究和交流,解决通关便利化与法律法规透明度等方面的问题。举办多种形式的经贸政策法规说明会、研讨会,完善法律法规和经贸政策的咨询机制,提高咨询的质量和效率。

(二)“CEPA”对香港经济的促进

CEPA 签署后,有关贸易投资便利化的内容即开始生效,内地与香港、澳门的对口部门将通过业已建立的机制,在联合指导委员会的指导和协调下,履行在 CEPA 中就合作的领域和内容达成的

共识,具体开展形式多样的交流合作活动。同时,内地与港澳将根据经济发展和双方经贸合作的需要不断拓展新的合作领域,增加新的合作内容,丰富和扩大双方在贸易投资便利化领域的合作。

自2005年1月1日起,内地在《安排》附件4《关于开放服务贸易领域的具体承诺》的基础上,在法律、会计、医疗、视听、建筑、分销、银行、证券、运输、货运代理等领域对香港服务及服务提供者进一步放宽市场准入的条件,扩大香港永久性居民中的中国公民在内地设立个体工商户的地域和营业范围;内地在专利代理、商标代理、机场服务、文化娱乐、信息技术、职业介绍、人才中介和专业资格考试等领域对香港服务及服务提供者开放和放宽市场准入的条件。^①

截至2006年2月,香港因《安排》的签订与落实,新增职位估计达到29000个。在服务贸易方面,“安排”也大大开放了内地的服务业市场。目前香港共有27个行业受惠,香港也已发出超过920份香港服务业提供者证明书。^②同时,内地与港澳将根据经济发展和双方经贸合作的需要不断拓展新的合作领域,增加新的合作内容,丰富和扩大双方在贸易投资便利化领域的合作。

(三) 台湾地区拒绝“CEPA”的不利影响

在港、澳两地凭借CEPA在大陆投资中迅速发展,内地与港、澳之间的经贸联系日益紧密的同时,台湾地区却在2003年出于政治原因拒绝了商务部关于大陆和台湾之间签署类似“更紧密经贸关系安排(CEPA)”的提议。^③而这样很明显使台商在对大陆投资中在与港澳的竞争中落后。而随着我国加入WTO的承诺逐渐兑现,台商在对大陆投资的优惠方面原有的优势也将有所削弱。

以金融业为例,在2002年3月,央行批准了7家台资银行登

^① 2004年10月27日在香港签署的《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》补充协议。

^② 《过去两年香港因实施“安排”新增29000个职位》, <http://www.china.org.cn/Chinese/TCC/1131864.htm> 2006年2月22日访问。

^③ 尹临:《台湾拒绝CEPA无法弥补的损失》, <http://tw.people.com.cn/GB/14811/14870/2192995.html> 2003年11月17日访问。

陆中国。这几家台资银行设立的代表处相继在昆山、上海、北京等地挂牌。尽管明知台商有融资需求,但由于台资银行在内地仍处于办事处阶段,不能与台商有实质业务往来。例如,彰化银行将办事处设在台商集中的昆山,便是将未来重点放在当地数千家台商的企业金融业务。彰银昆山办事处首席代表表示,目前的任务是对大陆相关法律规定进行了解,并进行市场调查和金融咨询等间接性服务。至于台商急迫的融资问题,办事处爱莫能助,只能等升格为分行。但是按照有关规定,外资银行代表处设立2年以上才有资格递交开办分行的申请。彰化银行和世华银行是最早在内地设立代表处的台资银行,代表处先后在2002年4月、5月开业,目前正努力晋升为分行。^①而外资分行要从事人民币业务还要求分行开业3年以上。而根据入世协议,中国银行业将在2006年对外资开放。届时,台资银行将面临来自外资和中资银行的双重夹击。

根据CEPA的规定,香港银行进入内地市场的资产规模要求降低,设立分行的资产规模要求从200亿美元降至60亿美元。CEPA还降低了香港银行内地分行申请经营人民币业务的资格条件,将须在内地开业3年以上的要求降为开业2年以上,在审查有关盈利性资格时,改内地单家分行考核为多家分行整体考核。这样宽松的条件,台资银行本可以根据内地与台湾之间的CEPA而同样享有,但由于台湾当局的拒绝,台资银行在大陆的发展很明显不如港资银行有利。

五、海峡两岸投资问题的法律解决

如上所述,台商投资目前遇到的种种问题,多数都根源于台湾当局的政治问题。然而要从根本上解决这个政治问题却非笔者所能把握的。在此笔者只把台商投资作为一个经济问题,并在法律层面上探讨这些经济问题的解决方法。而且笔者相信,这些经济问题的解决反过来也能够促进海峡两岸政治问题的解决。虽然两

^① 林华:《台资银行试水中国》,载《经济前沿》2005年第5期。

岸有着不同的法律体系,大陆对台湾也暂无司法管辖权,但随着经济全球化和国际经济一体化的发展,要通过法律解决两岸经济问题还是不乏有效平台的。笔者认为 CEPA 和 WTO 正是其中的合意之选。

(一) 取道香港借助 CEPA

虽然台湾拒绝了大陆的 CEPA 提议,但是由于台湾对台商的大陆投资一贯采取第三地的间接投资限制,所以原本就有不少台商通过在香港设立公司,而进入内地。在 CEPA 实施之后,更多的台资,尤其是第三产业的台资,收购香港企业以获得进入内地的优惠待遇。这是解决台湾当局对大陆投资限制的一个途径。

台资银行最早借力 CEPA 的案例,来自台湾最大金融机构之一的富邦金融控股公司。2004 年 9 月,富邦金控以 200 亿港元收购香港港基国际银行 55% 股权。这项收购案不仅是台湾第一宗金融控股收购境外银行案,也是台湾金融业首次收购香港的银行。富邦金控执行长蔡明兴表示,富邦金控的着眼点,非只限于港基股权的获得,更重要的是内地的布局。^①

台商在香港注册企业,取得香港注册地企业的资格。通过香港企业到大陆投资,可以享有 CEPA 优惠待遇。符合台湾当局须经由第三地区为之,且须在第三地区设立公司或事业的要求。但这样做仍然会使台商的投资成本增加。为了广大台商的利益,台湾方面应放宽台商对大陆的投资的限制,消除对台商直接到大陆投资的限制,允许台商直接到大陆投资。

(二) 利用 WTO 机制解决海峡两岸投资的限制等问题

台湾当局对台商到大陆投资方面在立法上设有诸多限制,而这种种限制又源于台湾地区的法律,大陆目前尚无法改变。而且由于诸多复杂的政治问题,要直接在两岸之间解决这些经济问题是有难度的。但随着两岸先后成为 WTO 成员方,利用 WTO 机制,便成了解决海峡两岸投资限制问题的一个平台。

^① 林华:《台资银行试水中国》,载《经济前沿》2005 年第 5 期。

WTO 是世界上最大的多边贸易组织,是具有法人地位的国际组织,与其前身关贸总协定相比,WTO 在调解成员间争端方面具有更高的权威性和有效性。虽然主要是解决国际贸易纠纷的国际组织,但其中《与贸易有关的投资措施协议》(The Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMS),针对的却是与贸易有关的投资措施。

对于与贸易有关的投资措施,世界贸易组织和联合国贸发会议下属的国际贸易中心定义为:“国家政府通常按其国内经济发展的优先次序,对国外投资商设定条件,以鼓励外资的流入。对外国投资商设定的条件及相关政策法规给贸易带来不利影响时,这类条件和政策就是所谓的与贸易有关的投资措施。”^①

《TRIMS 协议》的宗旨在于避免投资措施给贸易带来的限制和扭曲从而促进世界贸易的扩展和逐步自由化,并促进跨国投资。《TRIMS 协议》作为《世界贸易组织协定》附录中所列的重要文件,成为《世界贸易组织协定》不可分割的一部分,这就使《TRIMS 协议》具有与《世界贸易组织协定》一样的世界性和广泛的法律约束力。

《TRIMS 协议》协议包括 9 个条款和 1 个附件。该协议仅适用于与贸易有关的投资措施,协议采取概括式与列举式相结合的办法来对应予禁止的 TRIMs 作出规定。该协议第 2 条规定的“国民待遇和数量限制”,包含两层含义:一是概括性规定,即“在不损害《GATT 1994》项下的其他权利和义务的前提下,任一成员方不得实施任何与《GATT 1994》第 3 条或第 11 条的规定不相符的任何 TRIM”;二是列举性的规定,即在 TRIMs 协议的附件中特别列举禁止性的规定。

《TRIMS 协议》列举性的规定:“与《GATT 1994》第 3 条第 4 款所规定的国民待遇义务不相符的 TRIMs,包括那些国内法或行

^① 参见对外贸易经济合作部国际经贸关系司、海关总署关税司编译:《乌拉圭回合协议商用指南》,法律出版社 1996 年版,第 10 页。

政命令项下的义务性或强制执行性措施,或为取得优势地位所必需的措施,以及要求达到下列事项的措施,该措施包括:

(a) 企业购买或使用本国用品或来源于国内渠道的产品,不论这种具体要求是规定特定产品、产品的数量或价值,或规定购买与使用当地产品价值或数量的比重;(b) 限制企业购买或使用进口产品的数量,并把这一数量与该企业出口当地产品的数量或价值相联系。”^①以上列举性规定涉及国民待遇的与贸易有关的投资措施,实际上是指东道国政府当地成分要求、进口限制和出口要求等。因此,缔约国如果有以上投资措施,都视为与国民待遇义务不符的投资措施。

《TRIMS 协议》援用的《GATT 1994》规定是指数量限制的一般取消。即:“任何缔约国除征收关税和其他税费外,不得设立或维持配额、进出口许可证或其他措施以限制或禁止其他缔约国领土的产品的输入,或向其他缔约国领土输出或销售出口产品。”^②该条所禁止的数量限制措施适用于进出口产品,也包括政府的直接行为和间接行为。

《TRIMS 协议》列举性的规定:“与 GATT 1994 第 11 条第 1 款规定的普遍取消数量限制义务不相符的 TRIMs,包括那些国内法或行政命令项下的强制性或可予强制执行的措施,或为取得优惠所必须的措施,以及下列限制,包括:

(a) 企业进口产品用于当地生产或与当地生产相关的产品,一般以其出口当地产品的一定数量或价值进行限制;(b) 企业进口用于当地生产或与当地生产相关的产品,这就把企业获得外汇与其外汇流入联系起来进行限制;(c) 企业出口或出口销售产品,这种限制是规定特定产品、产品数量或价值,或是规定其在当地生产的数量或价值的比重。”^③以上规定的禁止数量限制的投资措施

① WTO 文件《TRIMS 协议》第 2 条第 2 款及附录解释性的表第 1 条(a)(b)款。

② WTO 文件《TRIMS 协议》第 11 条第 1 款规定。

③ WTO 文件《TRIMS 协议》第 2 条第 2 款及附录解释性的表第 2 条(a)(b)(c)款。

主要涉及东道国的进口产品与生产出口产品要求、贸易平衡(外汇管制)要求、出口及出口销售限制等。

中国加入 WTO 后,对与《TRIMS 协议》不符的法律、法规进行修改。其中《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》等,对属于当地成分要求的投资措施、进口限制及国内销售要求的投资措施、出口实绩要求的投资措施、外汇平衡要求的投资措施等进行修改。地方性的法规涉及与《TRIMS 协议》规定不符的投资措施的也进行修改。基本符合《TRIMS 协议》的要求。

但是,台湾方面目前在对大陆企业投资方面的种种限制,不让大陆企业去台湾投资,明显不符合《TRIMS 协议》中对应予禁止的投资措施作出规定等要求。台湾地区也是 WTO 的成员,享有 WTO 成员的权利,也要承担 WTO 成员的义务。建议海峡两岸在 WTO 框架下,通过 WTO 平台,以 WTO 成员的身份进行磋商、谈判,签订有关经贸和技术协议,特别是两岸投资方面的协议,协商两岸投资的准入条件和程序,放宽对大陆投资的限制,开放大陆企业直接到台湾投资和台湾企业直接到大陆投资的范围和领域,给予两岸投资相互的优惠,解决两岸投资纠纷的途径和方法等。加快两岸的经济贸易和技术交流,促进两岸投资进一步发展。

随着海峡两岸经贸、投资等经济交往和合作的不断深入发展,台湾当局对两岸经贸关系发展的事实采取禁止、限制、默许、放宽、规范与调整的政策,表现为由严而松、由松趋紧的反复变化过程,但总地应向宽松方向发展。海峡两岸以 WTO 成员的身份,签订有关经济合作技术交流和各方面的协议,包括投资方面的协议,促进两岸三通,开放大陆到台湾旅游和直接投资,加快经济合作和技术交流,加强优势互补,发展双方的经贸关系和相互投资,应该是可行的。在经济全球化的背景下,两岸经贸和投资优势互补,可以提高海峡两岸企业在国际上的竞争力,取得双赢的效果。

两岸保险交流法律问题探讨

符启林^{* 1} 姚 飞^{** 2}

大陆保险业自 20 世纪 80 年代恢复以来,得益于经济的快速增长和庞大的人口基数,长期保持了近 30% 的高速发展速度,已成为排在印度和巴西之前、国际上最大的保险新兴市场。2004 年,大陆保险深度和密度分别为 3.4% 和 332 元(人民币,下同),远低于台湾地区的 13.9% 和 15630 元,大陆 10% 的投保率也远远低于台湾地区的 166.3%。这些指标既说明了台湾地区保险市场已处于较为饱和的状态,也充分揭示了大陆保险业务发展的巨大潜力。

海峡两岸保险业交流作为两岸经济金融交流的一个重要组成部分,在 2000 年以来获得了较快发展。目前,已有来自台湾地区的 9 家保险公司在大陆设立了 11 家代表处。从发展前景看,虽然两岸同种、同文化,有着交流发展的共同基础,但法律制度存在的差异,在一定程度上限制了双方保险业、尤其是台湾地区保险业在祖国大陆的进一步发展。

一、目前台湾地区保险业在祖国大陆发展的基本情况

1992 年 9 月,台湾地区保险业组团访问祖国大陆,拉开了海

* 符启林,中国政法大学博士生导师,中国经济法研究会副会长,暨南大学法学院院长。

** 姚飞,中国政法大学经济法博士生,中国保险监督管理委员会发展改革部处长。

海峡两岸保险业进行交流的序幕。两岸保险业从 1994 年开始,每年轮流举办“海峡两岸保险学术研讨会”,两岸的保险业协会、保险公司和教学科研机构以民间方式,以学术交流为突破口推进两岸保险业的交流与合作。这些侧重于保险产品开发、保险行销和人员培训等非业务的交流活动,为日后两岸保险业交流与合作取得实质性的发展奠定了良好的基础。

2000 年是台湾地区保险业在祖国大陆取得阶段性发展的重要转折点。台湾地区的保险公司先后获准前往大陆申请筹建代表处,中国保监会批准了国泰人寿、富邦产险和明台产险等三家台湾地区保险公司在大陆设立代表处。2003 年,台湾地区保险主管机构放宽限制,允许保险公司在大陆设立营业性的分公司或子公司,或参股大陆本土保险公司。2004 年,台湾地区保险主管机构修订了《台湾地区与大陆地区保险业务往来许可办法》,规定投资大陆保险公司持股上限为 25%,且每年以 20 亿元新台币作为总量管制,总投资不得超过参股公司实收资本的 10%。就在 2003 年,中国保监会批准了台湾国泰人寿与中国东方航空集团公司在上海设立合资人寿保险公司,双方各持股 50%,成为台湾地区保险业在大陆设立的第一个经营性保险机构,也标志着两岸保险业交流与合作取得了实质性的进展,进入了一个新的阶段。

二、适用于台湾地区保险公司在大陆拓展业务的大陆保险法律法规

由于祖国大陆和台湾地区的保险业处在不同的发展阶段,大陆保险公司对于在台湾地区设立保险机构和开展保险业务的需求相对来说不是很突出,而且台湾地区保险主管机构对大陆保险公司到台湾地区设立机构的限制仍未松动,在台湾地区保险监管机构已基本放开本地区保险公司赴大陆投资和开展业务的情况下,目前海峡两岸保险业的交流与合作的问题主要集中在台湾地区保险公司通过满足大陆保险法律法规要求在大陆设立保险机构和拓展业务上。

从大陆保险业监管法律法规的发展变化上看,20世纪90年代初,大陆保险业逐步对外开放,一些外资保险公司如美国国际集团的美亚和友邦公司,率先在上海设立了营业机构,在监管法律法规上适用的是1992年中国人民银行颁布的《上海外资保险机构暂行管理办法》。经过9年的业务发展和监管经验积累,尤其是适应2001年加入WTO后保险业开放的承诺,国务院颁布了从2002年2月1日起实施的《中华人民共和国外资保险管理条例》(以下简称“条例”),中国保监会也颁布了在2004年6月15日起实施的《中华人民共和国外资保险管理条例实施细则》(以下简称“细则”),这两个《条例》和《细则》共同构成了外资保险公司在大陆适用的主要法律法规。

《条例》第39条明确规定,香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的保险公司在内地设立和营业的保险公司,比照适用本条例。所以,台湾地区的保险公司在进入大陆开拓保险业前必须满足《条例》和《细则》的相关要求。

三、台湾地区保险公司在大陆拓展业务的主要法律问题

经过十多年的共同努力,台湾地区的保险业在祖国大陆保险市场的开拓取得了积极的成效,但是要获得进一步的发展,还必须解决好适应大陆保险法律法规规定要求的问题。从实践看,台湾地区的保险公司需要应对的保险法律法规主要集中在以下几个方面。

(一)市场准入的门槛问题。《条例》第8条规定,申请设立外资保险公司的外国保险公司,应当具备七个条件,但最具实质性的条件只有两个,即:(一)经营保险业务30年以上,(三)提出申请前1年年末总资产不少于50亿美元,这两个条件是包括台湾地区在内的外资保险公司在进入大陆市场时所必须满足的门槛。

《条例》设立了较高的市场准入门槛,其当初的立法意图在于确保进入大陆的保险经营机构都应是国际一流的大保险公司,这

种以市场换技术的策略,目的在于满足大陆保险市场高起点、高水平的发展,以尽快缩短中资保险公司与外资保险公司在经营管理和产品开发等方面存在的差距。30 年经营保险业的历史和具有 50 亿美元的资产规模,对于欧美发达国家的保险公司来说不存在太大困难,但是对于台湾地区的大多数保险公司来说却是一道难以迈过的门槛。

(二) 公司设立的组织形式和持股比例问题。《条例》第 6 条规定,设立经营人身保险业务的外资保险公司和经营财产保险业务的外资保险公司,其设立形式、外资比例由中国保监会按照有关规定确定。依据《条例》第 6 条的规定,《细则》第 3 条进一步明确规定,外国保险公司与中国的公司、企业合资在中国境内设立经营人身保险业务的合资公司,其中外资比例不得超过公司总股本的 50%。外国保险公司直接或者间接持有的合资寿险公司股份,不得超过前款规定的比例限制。

在保险公司,尤其是寿险公司设立的组织形式上和持股比例上进行强制性的规范和限制,主要是对长期负债经营和现金流大的寿险业务实施保护,同时,规定合资和限制外方持股上限,也可在客观上起到通过合资方式带动中资保险业发展的效果。就法律层面规定的意义看,合资和持股比例限制,无论对于欧美的保险公司,还是对于台湾地区的保险公司,都是一样的。但是,从实践看,由于保险合资方需要具备确保长期经营的理念和资本实力等条件,不是什么样的大陆本地公司、企业都具备与外资保险公司合资的条件。欧美保险公司由于进入大陆保险市场早,已同国内为数不多的外向型大型集团公司组建了合资保险公司,而具备市场进入门槛的台湾地区保险公司则在寻找大陆合资伙伴方面面临着不少的困难。

(三) 以参股方式拓展大陆保险市场问题。在外资保险公司以设立寿险合资公司方式或者是以分公司、子公司形式直接进入市场、经营保险业务方面,大陆保险法律法规规定了较高的市场进入标准,但与此同时,对包括台湾地区在内的外资保险公司,在它

们无法满足直接市场进入的标准时,大陆保险法律法规也额外开通了进入的渠道,允许它们以参股现有中资保险公司的方式,或者作为新成立的中资保险公司的发起人之一投资入股,进而实现拓展大陆保险市场和分享大陆保险市场高速发展的目的。

从中国保监会的相关法规的规定看,虽然外资参股方从外资保险公司扩大到境外企业、境内外商独资企业或合资企业,但允许参股的规定在诸多方面也存在较大的限制。首先,在资格审查上,对提出参股的外资保险公司要依据相关法律法规进行严格的资格审查,拟吸收外资参股的中资保险公司也要提出申请并经过审批;其次,在参股金额和比例上,单个外资股东股份不得超过保险公司总股本的15%,全部外资股东股份不得超过保险公司总股本的25%,超过25%的比例,中资保险公司将在性质上变成合资企业,适用外资保险公司管理的有关规定。25%的上限在实践中已成为中资保险公司接受外资参股的底线;第三,在参股的中资保险公司数量上,规定已获准在中国保险市场开业的外国保险集团或公司原则上不得再投资参股中资保险公司,而且参股的外资股东应为具有法人资格的外国金融机构,其中保险机构不得少于两家。同时,要求参股的外资股东,自参股协议签订之日起或参股资金到位之日起3年内不得转让或置换。

(四) 公司经营的法律问题。少数符合条件的台湾地区保险公司获准直接进入大陆保险市场的许可,并不意味着以后的经营就通行无阻了,与国际上其他国家的监管法律法规一样,大陆保险监管法律法规是贯穿了从申请许可、正式经营到公司解散或清算等保险业务的全过程。

总体来看,外资保险公司在进入市场后经营业务中遇到的法律问题主要有:

在资本方面的要求,《条例》规定合资保险公司和独资保险公司的注册资本最低限额为2亿元人民币或者等值的可自由兑换货币,并且必须为实缴货币资本,外资保险分公司应当有其总公司无偿拨付给不少于2亿元人民币或者等值可自由兑换货币的营运资

金。这 2 亿元的资本金或营运资金的要求,只是对仅在公司注册地所在行政辖区范围内经营业务的公司而言,如果要跨省区设立分支机构、经营全国范围内保险业务,资本额还必须相应提高到 5 亿元人民币。

在设立分支机构方面的要求,《细则》明确规定,以分公司形式进入中国市场的外资保险公司,只能在其所在省、自治区或直辖市的行政区内开展业务;合资、独资保险公司在其住所地以外的省、自治区或直辖市开展业务必须设立分公司,以最低注册资本 2 亿元人民币设立的,在住所地以外的每一省、自治区或直辖市首次申请设立分公司开展业务,应当增加不少于人民币 2 千万元的注册资本。在申请设立分公司时,合资、独资保险公司注册资本达到 5 亿元人民币额度的,可以不再增加相应的注册资本。合资保险公司、独资保险公司注册资本达到人民币 5 亿元,在偿付能力充足的情况下,设立分公司不需要增加注册资本。

在财产保险和人身保险业务方面,《条例》规定,经中国保监会核定,外资保险公司可以经营全部或部分财产保险或人身保险业务,可以在核定的范围内经营大型商业风险和统括保单保险业务,同时,同一外资保险公司不得兼营财产保险业务和人身保险业务。目前,一部分中资保险公司以集团公司下设子公司的形式,分别进入了财产保险、人身保险、养老金保险和资产管理等业务领域。对于包括台湾地区在内的外资保险公司如何在保险业务领域内进行综合经营,现有的保险法律法规还有待突破。

四、两岸保险交流与发展的展望

从目前的发展状况看,台湾地区的保险市场已进入了成熟期,岛内市场增长空间有限,竞争日趋激烈,向岛外尤其是向祖国大陆发展已成为岛内保险业的共识,而大陆保险业则正处在快速发展的新兴阶段,市场有着极大的发展潜力,两地保险市场有着良好的互补性。主要体现在以下几个方面。

产品种类方面,台湾寿险产品发展已较为全面和均衡,储蓄型

和保障型兼顾,而大陆产品主要以传统的储蓄型为主,具有保障性质的医疗险、伤害险发展得还远远不够;销售渠道方面,台湾银行保险、电话行销、DM行销、网络行销均较为发展,而大陆销售渠道仍以传统的代理行销为主;资金运用方面,台湾保险业已实现了多元化,放款、项目运用、公共投资和海外投资都有了发展,大陆保险业资金运用也实现了多方面的突破,但在资金运用风险控制和投资管理方面缺乏经验。

从今后的发展前景看,大陆保险市场进一步深化改革和快速发展,监管制度和法规建设进一步国际化,为两岸保险业在更广范围和更深层次的交流与合作提供了可能与广阔的空间。从较长时期来看,台湾地区保险业在大陆保险市场缩短与欧美国家已取得的市场份额的差距也是可能的,它取决于两岸关系解决的进展,取决于两岸保险业双向交流与发展的法律问题的解决,比如在有关条件成熟时,台湾地区在金融保险业方面与祖国大陆达成一个类似于香港特别行政区经贸特别安排的前景,对于促进两岸保险业的交流与合作,尤其是实现台湾地区保险业在祖国大陆保险市场发展的突破是必不可少的。

关于台商大陆投资法律 环境建设的思考

陶晓林^{* 1}

目前,大陆已取代美国成为台湾地区最大的出口市场和最高出口依赖度地区。台商在大陆已成为主要的投资者之一。但在两岸关系日益密切的同时,台商在大陆也遇到了一系列法律难题。台商投资大陆的法律环境有待完善。本文针对一些法律难题,提出了若干应对之策。

一、台商在大陆的投资状况

在两岸同胞的共同努力下,两岸经济交流和合作保持着良好的发展势头。1978年到2004年两岸的贸易总额达到4045.75亿美元。其中2002年、2003年、2004年的增长率分别达到38.1%、30.7%、34.2%。两岸合作规模不断扩大,至2004年底台商在大陆投资项目64626项,全国台资金额近800亿美元。台胞来大陆投资规模不断扩大,投资领域不断拓宽,投资区域由东南沿海地区向东北和中西部地区延伸,合作形式向多样化发展。现在台资已经成为福建继港资之后的第二大境外资金来源。闽台经贸关系正在经历从“量的扩张”到“质的提高”的巨大变化。这个变化主要表现在五个方面:第一,投资规模日趋扩大。投资的主体已由中小

* 中国法学会办公室副主任。

企业扩展到大企业、大财团,同时出现由大企业带动的集团性、群众性投资的情况。第二,投资结构趋于合理。投资方向逐步向生产性和技术与资金密集方向转移,日益同福建省的支柱产业和重点产业要求相吻合。第三,台商投资区发展前景看好。国务院批准建立的海沧、杏林、集美、马尾四个国家级台商投资区全部集中在福建,已经成为台商及外商投资的热点地区。第四,农业成为闽台经济合作的重要领域。据统计,现在福建已有台资农业企业近千家,实际利用台资近十亿美元,许多产品已在福建落户。第五,在闽台资企业经济效益普遍较好。一些在台湾发展艰难的企业,到福建后得以蓬勃发展,相当企业取得效益后陆续增加投资。

台商对大陆的投资促进了两岸贸易的共同发展,最直接受益的可以说是包括福建在内的东南沿海。我国东南沿海经济的迅速发展,对我国经济发展水平的提高,无疑起了很好的示范和带动作用。但从另一个角度讲,我国长期以来地区之间经济发展均衡的局面被打破了,沿海与内地尤其是西部之间出现经济水平失衡现象。如何改变这种失衡现象,如何提升大陆内地经济水平?在这里,台商又要扮演重要的角色。美、日等外商都倾向于以我国东南沿海为投资目标,而不太会考虑投资中国内地。例如日商对外投资,很少单枪匹马进入投资地区,而是习惯集体进入投资区,他们喜欢选择有日本俱乐部、日本学校、日本料理店等的地区投资。而台商因为和大陆同胞一脉相传,有深厚的乡土感情作基础,所以会单枪匹马地进入内地投资,有的投资甚至纯粹以回报家乡为目的,这种实例不胜枚举。台商在国际市场上有很好的声誉,是美、日等外商所信赖的生意伙伴,所以台商在西部的投资,会吸引外商也参与进来,可以说台商对西部投资不仅能给西部带来大量的资金、先进的生产技术和科学的管理,而且也是吸引世界各国投资的有效途径。

两岸关系出现如此可喜的局面,究其原因,主要是因为两岸有地缘、血缘及同宗同文的渊源,有血浓于水的深厚感情,更有不同的优势,如大陆有良好的科技基础和研发能力,有辽阔的土地、丰

富的资源、廉价而充沛的劳动力,全球最多的人口和最大的消费群,最具发展潜力的最大营运市场,工厂用地租金低廉且容易取得,有较完备的法制环境和法律设施,很好的优惠政策,投资成本低回报高,尤其是享有欧美等国最优惠及普遍关税待遇等诸多优势,再加上改革开放和产业结构调整优化升级的优势等,都是两岸往来逐渐扩大,关系日益密切,“磁吸”台商西进的原因所在。随着祖国大陆经济体制改革的深入、法制环境的日益完善,台商的投资心理预期趋于乐观,普遍看好在祖国大陆的投资前景;由于前景看好,台商在祖国大陆的投资规模愈来愈大,技术含量愈来愈高,投资区域的分布愈来愈趋于集中,产业区域化倾向愈来愈明显,台商的投资效率愈来愈好,投资的回报率也愈来愈高。在我们看到台商在祖国大陆投资所呈现的良好势头和可喜局面的同时,更应看到由于法律的统一有待加强,法制环境有待进一步完善,尤其祖国大陆加入 WTO 后出现的一些新变化,也给台商在祖国大陆投资设厂带来一些颇值得关注的问题。就总的方面讲,随着台商在祖国大陆的投资规模愈来愈大,投资企业愈来愈多,台商更加希望用法律、法规规范市场秩序,加强对台商的投资保护,期盼一个更加公开、平等、完备的市场法制环境。

二、台商投资大陆面临的困难

目前台商在对大陆投资特别是对西部投资中主要存在以下几种顾虑:

一是担心政策的连续性和稳定性。大部分台商对现行政策是很满意的,特别是邓小平南巡谈话后,改革开放的大政方针增强了台商在大陆投资的信心,但仍有的台商认为:政策是好,就怕不能长久。

二是交通运输、通讯不便。东南沿海在开放之初,交通运输困难、通讯设施落后,给企业的建设带来了许多不便,台商在经历了许多困难后,终于使企业走上正轨,考虑去投资更加落后的西部,难免有所顾虑。

三是内销市场比例卡的过死。许多台商投资就是为了占领大陆市场,而一旦大陆对其产品限制了内销,其投资欲望便锐减甚至消失。可以说,限制了内销,也就限制了某些台资企业的投资规模,不少项目也因此而告吹。

四是台商在大陆融资困难。中国金融部门业务较保守,贷款的运作不畅通,台资企业要贷款十分不易。本来我国为了鼓励台商投资在贷款方面曾许诺给台商种种优惠,但在实际操作中却很难落实,融资困难的情况,也影响到台资企业的经营发展。

五是行政效率不高。据台商反映有的地方行政部门办事拖拉,兴办一家企业,办手续一般要盖几十个公章,没事也要拖上两、三个月。对于职责范围内的事情拖着不办,不该政府管的却乱干预。

六是害怕乱收费。有些地方随意规定征收费用,且名目繁多,加大了台商投资企业的经营成本。

七是害怕夸大不实的宣传。有些新闻单位,在不征得台商本人和台办同意的情形下,就对台商和台资企业进行报道,甚至捕风捉影,夸张渲染,给台商造成一定的心理压力。

八是企业工人不好管理。许多台商反映,许多工人文化程度低,素质差,难以管理。如要严格管理,则易发生争执和矛盾。

三、对台商投资大陆法律保护的思考

保护台商的合法权益,改革开放初期侧重于政策的保护,随着我国社会主义法制建设的发展和政府职能的转变,对台商的保护,最终要落实为法律的保护。就总的方面讲,须使台商了解祖国大陆到2010年将建成较为完善的社会主义市场经济体制,在此过程中将会对两岸的经贸关系产生相当重要的影响,如将变原由政府主导,有相当非经济、非市场因素作用其间的两岸经贸关系为市场主导,按祖国大陆有关经济法律、法规和国际惯例进行经济交往的经济关系,将变原来对台商给予扶持、优惠为台商在公开、公平、公正的条件下与祖国大陆市场主体进行公开、公平、公正的竞争;同

时还将原对外企、包括台商的一些优惠政策,改变为统一内外资企业政策,实行国民待遇。而就祖国大陆方面讲,也须从总的方面把握好在发展两岸经贸的同时,认真修订、完善已有的有关台商投资的法律、法规,加强台商投资保护,使台商在祖国大陆投资有一个更加公开、公平、完备的市场法制环境,用法律、法规规范市场秩序,更好地争取台湾的民心,以形成双赢的局面。

一是要完善保护台商投资配套法律法规。国务院台办设立的投资协调局应对《国务院关于鼓励台湾同胞投资的规定》、《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》和《中华人民共和国台湾同胞投资保护法实施细则》等法律、法规,进行深入研究,统一有关精神、原则和一些具体的规定,消除相互矛盾,乃至相互冲突的地方,并尽快制订出(或修订)一部适应两岸加入 WTO 后的全新的鼓励、保障台湾同胞的投资保护法。

二是要通过法律规定,设立台商投资区。允许在投资区内设立台资企业办事机构,同时在台资企业集中的地区,可以依法成立台湾同胞投资企业协会。台资企业办事机构和台湾同胞投资企业协会的合法权益及合法活动,受法律保护,在目前两岸不能直接“三通”情况下,这一举措一定程度上可以消除台商顾虑,促进两岸沟通,并能及时有效地解决台商在大陆投资中出现的问题,是对台商立法的一个有力补充。此外,要通过行政立法,明确作为东道主的当地台办和有关行政部门的职责,约束他们的行为,在出现借故揩台商油和故意拖延等情况时,通过国家赔偿等手段,约束自我,给台商以信心。

三是寻求通过机制构建帮助解决台资企业的资金紧张问题。可以通过以下几种途径予以解决:(1)在小范围内允许建立台资银行,台资企业符合贷款原则的,可以按照国家有关规定给予必要的信贷支持。(2)允许台商用可自由兑换货币、机器设备或者其他实物、工业产权、非专利技术作为投资,并可用投资获得收益进行再投资。投资于大陆中西部地区的台胞投资项目,可以按照国家有关规定给予鼓励或者适当放宽限制。

四是用法律手段保障台商的合法财产权益。(1) 台商投资的财产、工业产权、投资收益和其他合法权益,可以依法转让和继承;(2) 台商依法获得的投资收益、其他合法收入和清算后的资金,可以依法汇回台湾地区或者汇往境外。台胞投资企业中的台胞职工的合法收入,可以依法汇回台湾或者汇往境外。(3) 国家对台商的投资不实行国有化和征收,在特殊情况下,根据社会公共利益的需要,对台商的投资可以依照法律程序实行征收,并给予相应的补偿。补偿相当于该投资在征收决定前一刻的价值,包括从征收之日起至支付之日止按合理利率计算的利息,并可以依法兑换外汇、汇回台湾或者汇往境外。

五是通过法律,为台商及其随行家属出入境、子女受教育问题提供便利。(1) 台商个人及其随行家属和台资企业中的台胞职工及其随行家属,可以依照国家有关法律、行政法规的规定,向公安机关申请办理一定期限多次出入境手续和相应期限的暂住手续。目前台资企业人员出入境问题已经得到妥善的解决,两岸为此都作了许多努力。(2) 台商个人的子女和台资企业中的台胞职工的子女,可以按照国家有关规定进入大陆的小学、中学和高等学校接受教育。这一举措解决了台商的后顾之忧,有利于两岸经贸活动的进一步开展。

六是通过司法手段,严惩个别台商的欺骗行为和违法经营行为。大多数台商的投资动机是高尚的,但也有个别台商,以投资为名,进行欺诈行为。而且随着现代科技的发展,高科技犯罪、高智能犯罪呈上升趋势,犯罪手段层出不穷,这就增加了办理此类案件的难度,再加上台商犯罪属于涉外案件,涉及司法协助的问题,则难上加难。如果我国的立法不完善、司法手段落后,就很容易让一些不法分子钻了空子,无形中助长了经济犯罪。因此,完善我国立法、提高司法手段,是保障我国经济健康发展和保护台商合法权益的关键一步。

七是制定、修订地方性保护台商投资法规。各省市自治区及计划单列市等亦须依据国家新出台的鼓励、保障台湾同胞投资保

护法,统一由省市人大常委会制定具体的实施保障(保护)条例,并规定统一的解释部门,以地方法规形式确保《台湾同胞投资保护法》的实施。与此同时,各省市自治区还须对不符合市场经济要求和 WTO 规则的行政法规进行清理,积极推进政府自身改革,使政府切实向经济调节、市场监管、社会管理和公共服务方面转变,加强政府行政行为的监管,坚持依法行政,营造一个适合包括台商在内的所有市场主体公开、公平竞争的环境。

八是加强宣传祖国大陆的有关法律、法规以及有关政策。国家可设立一个由国台办牵头的专门服务于台湾同胞在祖国大陆进行投资设厂的法律、政策咨询中心,省市自治区乃至计划单列市或台商集中的地区,也可仿照上述中心,设立省或市乃至地区的咨询中心。该有关中心在宣传祖国大陆有关法律、法规、政策的同时,接受台湾同胞的有关咨询,以减少台商在祖国大陆投资设厂可能遇到的政策风险和法律风险。认真贯彻《台湾同胞投资企业协会管理暂行办法》,充分发挥台资企业协会的作用,如:为会员提供国家有关法律、法规和经济信息,沟通会员与当地政府及有关部门的联系,促进当地与台湾地区之间的经济交流与合作。并可举办社会公益活动,帮助会员解决工作和生活中的困难等。注重从法律上保护台资企业协会及其会员的合法权益,改变有些省市对台资企业协会的成立重视不够、会员活动积极性不够高的局面。

九是及时关注台商在祖国大陆投资过程中出现的新问题,为其排忧解难。如认真解决好台商担心的因当地政府领导更换会否出现政策的变更问题;认真解决好台商较集中的县市权限与经济活动总量水平的问题;认真解决好一些台商较集中的县市与相邻省市的经济依赖和区域协调问题。同时,作为当地政府亦须转变观念,必须明白“全民招商”已不适合中国加入 WTO 后的经济形势,转变政府职能,加快城市发展,提高劳动者综合素质,创造良好的投资环境,方是吸引外来投资的关键。

总之,台商在祖国大陆投资所面临的法律问题,究其原因,既

有国际的 ,也有国内的 ,既有经济方面的 ,也有政治乃至文化上的 ,既有新困惑 ,也有老问题。但只要我们本着对国家、民族高度负责的精神 ,以发展的眼光、宽阔的胸怀 ,树立公平、公正、公开的法治理念 ,定能解决好台商在祖国大陆投资所遇到的任何法律问题。

知识产权的运用对贸易产生的限制效果： WTO 相关规范的分析

宿文堂^{* 1}

知识产权的特性,在于利用法律上的排他权利(exclusive rights)给予知识的创造者一定范围及程度的独占^①,使知识的创造活动有了诱因,以达到鼓励发明创作、增进经济福利的目的。知识产权的排他性对于市场的交易活动或是竞争行为同时会发生两种影响:对于直接被排除的第三人而言,知识产权会发生限制交易活动发生的效果;对于整体社会的利益而言,知识产权所提供的诱因可以增加知识的创造,社会大众也得以享受因此产生的福利。

由于知识产权的创设和保护对贸易有直接的影响,在贸易行为跨越领域界限的时候更会产生制度上的差别待遇,在国际上很早就有要求订定共同标准的提议与立法行动。^② 世界贸易组织

* 理律法律事务所合伙律师。本文表示的意见,不必然代表事务所或其当事人的见解。

① 排他权利所赋予的独占因为有权利范围的限制,在市场上未必有独占的力量,与竞争法或是经济意义上的独占(monopoly)是不同的。

② 在 TRIPs 之前有关知识产权最重要的多边国际公约是《巴黎公约》(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)与《伯恩公约》(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)。《巴黎公约》(专利与商标权)与《伯尔尼公约》(著作权)都采取国民待遇(National Treatment)的原则,辅以最低保护标准的要求。

(WTO) 的“与贸易相关的知识产权协议”(TRIPS)^①是目前范围最广、影响也最深远的知识产权协议。TRIPS 不仅在程序方面要求会员就知识产权问题进行协调,以确立有效的保护机制,更在实体方面就知识产权的最低标准直接加以规范。TRIPS 的宗旨是要减少知识产权法制的歧异对贸易造成的扭曲或妨碍、推动对知识产权的有效及适当保护,并且要确定知识产权执行的方法或程序不会成为贸易的障碍。^②

TRIPS 在保护知识产权的基调下,也容纳了关于限制知识产权运用的原则。依 TRIPS 第 8 条的规定,会员在不违背 TRIPS 规定的前提下,有权采取适当的措施来保护公众健康,或推动对会员经济、社会或科技发展有特殊重要性产业的公共利益;只要不违反 TRIPS 的规定,会员也有实施适当措施的权利,以防止知识产权所有人滥用知识产权或不合理限制贸易或国际技术移转。

TRIPS 中有关知识产权“滥用”(abuse)或防止“不合理限制”(unreasonable restraint)的规定,在制度上容许会员对知识产权所有人“利用”其知识产权的行为加以管制。知识产权的利用行为有很多形态,除了典型的、就他人利用的行为予以“排除”(exclude)之外,也包括以合约同意不排除他人的“授权”(license)行为。^③ TRIPS 承认知识产权人,有以授权的方式利用知识产权的权利。依 TRIPS 第 28(2)条规定,专利权人有权转让其专利权或缔

① GATT Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights(简称 TRIPs)。TRIPs 的条文是在 1994 年 4 月 15 日确定的。TRIPS 采纳了《巴黎公约》(1967 年版本)及《伯尔尼公约》(1971 年版本)的主要内容。这两个公约的内容对 TRIPS 的会员因此也有拘束力。

② 有关 TRIPS 内容的一般性介绍可以参阅 Carlos Correa and Abdulqawi Yusuf eds., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, 1998。

③ 知识产权的授权,指的是一种同意不行使法定排除权的法律行为,可以不要求对价,以相对人的授权为对价或以金钱为对价。与授权类似的法律行为包括不诉讼承诺(covenant not to sue)及转让(assignment)等。有关专利授权的基本概念可以参考 Brunsvold & O'Reilly, *Drafting Patent License Agreements*(2002)。

结授权合约。^①

由于产业结构的变迁、国际间分工态势的形成,知识产权的授权行为在未来全球知识经济的发展与竞争中,势必成为利用知识产权的主要方式之一,而知识产权所有人与实际利用人之间对于利用行为可能发生的争议,也势必增加。就知识产权的授权问题,TRIPS 第 40 条承认有些授权的行为会对贸易活动或技术移转造成不利的影响,也允许会员以国内法规定在特定情况下,授权条件会构成对竞争有不利影响的知识产权滥用行为。^②

本文的目的,是要探讨知识产权与技术移转的观念变迁,说明 TRIPS 对知识产权利用行为的规范内容,研究相关规范对两岸未来产业及法制发展的意义,并且对相关规范的具体适用提出建议。

一、知识产权与技术移转

知识产权以无形的信息为内容,往往涉及具有实用性的知识,很自然地就会和所谓的科技或经济发展产生连结。早期的发展中国家由于在科技或经济上必须依赖相对而言比较先进的国家,顾虑知识产权的保护可能增加产业发展的成本,成为引进技术的阻碍,因而对于知识产权的保护采取一种比较保守的态度。有些国家对特定的产业或技术只给予有限的知识产权,甚至根本不给知识产权。国际间关于知识产权的对话,也以知识产权保护的种类

① Patent owners shall also have the right to assign, or transfer by succession, the patent and to conclude licensing contracts.

② TRIPS 第 40 条第 1、2 项规定:

Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology.

Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistent with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in light of the relevant laws and regulations of that Member.

及范围为重点。

虽然过去二十年中,发展中国家和发达国家之间对知识产权曾经有过完全对立的见解,随着科技与经济的进步,以及贸易全球化的发展,国际间对于知识产权保护的必要,已经逐渐形成基本的共识。知识产权的功能在于鼓励发明创作及知识流通,增加经济福利,已成为后 TRIPS 时代的基本原则。^①

在国际间就知识产权的保护进行论战的同时,知识产权的意义与利用方式也发生了重大的变革。传统上只重视如何取得知识产权的思考方式,逐渐被一种强调知识产权“管理”或“运用”的潮流所取代。^②所谓知识产权的管理,其目的在于发挥知识产权最大的商业价值,把“发明”或“创作”转化为“创新”(innovation)^③,以各种方式取得知识产权的金钱价值。^④在这种思考模式下,权利人不需要自己利用或实施知识产权的内容,而是通过授权、转让等知识产权的交易活动,权利人可以结合他人的资源,获取最大的商业利益。^⑤

知识产权不仅有商业化的趋势,也不再和技术移转有必然的关联性。知识产权的交易行为是针对知识产权的本身为对象。就授权而言,授权人只是以合约承诺不行使法定的排除权,不必然承诺移转任何技术,接受授权的人支付对价取得授权的原因,只是要避免争议或诉讼,不必然要取得任何技术。从实务的趋势可以发

① 参阅 Roffe, *Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licences under the TRIPs Agreement*, Carlos Correa and Abdulqawi Yusuf eds., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, 1998.

② 这种看法的代表可以参阅 Rivette & Kline, *Rembrandts in the Attic—Unlocking the Hidden Value of Patents*, 1999.

③ 所谓创新,是指将新的服务或产品市场化,销售给最终使用者的整个过程。创新与单纯的发明不同,还包括商品化的过程。发明如果没有市场价值,就不能称之为创新。

④ 促成这种思潮的法律发展,是法院对于知识产权的保护,采取比较积极的态度,对于侵权的案件给予严厉的法律制裁。这种现象在美国最显著,特别是在联邦巡回上诉法院成立之后。

⑤ 有关以知识产权作为策略联盟的工具,可以参考 Smith & Parr, *Intellectual Property, Licensing and Joint Venture Profit Strategies*, 1998.

现,被授权人虽然在法律上是接受授权的人,实际上技术能力不见得比授权人差,甚至超过授权人者比比皆是。知识产权的交易不再与技术移转是同义词,知识产权交易成为单纯的法律权利交易。

知识产权的交易行为与技术移转脱钩,在技术移转的法制上也造成很大的影响。早期对于知识产权交易的管制,是把它纳入规范外国人投资的法律架构之下,重点在于对技术内容以及对价是否公平的实质审查,以确保外国的知识产权所有人不会通过知识产权的交易来剥削本国厂商或进行国际的移转定价行为。^①随着知识产权利用方式的转变,知识产权的交易行为不再一定代表任何技术的移转,而知识产权交易管制的重点,也从对合约内容公平性的实质审查,转变为评估合约执行后对市场竞争可能发生的不利影响。

知识产权利用方式的转变,在国际上也形成了与传统争议性质不同的新争议型态。由于各地区工资、技术及成本的差异,产业的分工与合作成为一种跨领域的交易模式。^②有的国家或区域的制造成本低、技术能力优良,成为生产或制造的主要基地;有的国家则因为研发环境较佳、商业资源丰富,具有创新或营销的优势。从知识产权的观点而言,这种跨领域分工的态势使得授权成为不可或缺的规范工具,利用知识产权的企业与拥有知识产权的企业分离,区域之间有知识产权供给者与需求者的区别,因此产生了新形态的争议。这些争议与技术移转不见得有直接的关系,性质上属于知识产权的侵权或市场竞争的问题。

二、知识产权利用行为的法律规范

知识产权对于其范围所及的物品交易,会发生一定的限制效

^① 例如,台湾地区之前(已废止)的《技术合作条例》,就是赋予行政机关审核合约实质内容的权力,以确保技术合作的条件公平合理。

^② 这就是所谓产业水平化(horizontalization)的发展。将创新阶段垂直整合的厂商愈来愈少,使得分工成为必要的现象。

果。^① 这种限制提供了权利人独占的利益,也构成从事创作发明的诱因。但是除了这种知识产权在本质上具有的排除力之外,权利人在利用知识产权的时候,特别是在授权的场合,为了各种策略上的理由,往往在单纯授权之外会加诸被授权人其他的交易活动限制,而被授权人为了要取得授权,往往也会同意这些在知识产权本质以外的其他限制。^② 这些限制如果范围太广或缺乏正当性,就可能对贸易活动或市场竞争产生不当的影响。^③

知识产权授权的方法,可能对贸易或竞争产生不当的限制,在实务上授权方法的形态很多。在 TRIPS 之前,国际间就已经有建立知识产权利用基本原则的努力,不过没有形成普遍的共识。^④ 从 1976 年开始,联合国贸易及发展委员会(UNCTAD)曾经推动关于国际技术移转的“行为规范”(Code of Conduct),草案中的第 4 章列举了 14 种进行国际技术移转时应该避免的行为。这个草案由于各国之间对规范国际技术移转的基本原则有不同的见解,经过了长期的谈判还是不能达成协议。当时发展中国家采取一种“发展说”(development test)的看法,认为国际技术移转的规范目的,在于以合理的实施条件促进技术接受国的发展。发达国家则强调政府不应该过度干预国际技术移转、妨碍国际技术移转的进行,国际技术移转的规范,应该以是否有不当限制市场竞争为标准,也就是所谓“竞争说”(competition test)的见解。

就知识产权的授权问题,TRIPs 第 40 条承认有些授权的行为会对贸易活动或技术移转造成不利的影响,也允许会员以国内法

① 知识产权的排除权能,有特定的范围。以专利权为例,其权利的内容是排除他人制造、使用、贩卖或进口其发明,权利范围以申请专利的范围(claims)为限。

② 有关知识产权授权的各种策略性考量及法律问题,可以参考 Schlicher, *Licensing Intellectual Property—Legal, Business and Market Dynamics*, 1996。

③ 关于知识产权利用时产生的竞争法问题,可以参阅 Hovenkamp, Janis and Lemley, *IP and Antitrust*, 2003。

④ 参阅 Roffe, 前揭注文。这些努力包括 1948 年 Havana Charter 的部分条文; The United Nations Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices 建议的原则; 1970 年的 Decision 24 of the Andean Group; 1993 年的 NAFTA 等。

规定在特定情况下,授权条件会构成对竞争有不利影响的知识产权滥用行为。^① TRIPS 原则上采取了“竞争说”的原则,并且在第 40 条列举了排他的回馈要求(exclusive grantback conditions)、禁止挑战知识产权的有效性(conditions preventing challenges to validity)以及强迫的包裹授权(coercive package licensing)等三个“可能”构成知识产权滥用的例子。这三个例子并不代表可能构成知识产权滥用的所有形态,依竞争法的观点也不必然违法。以下简述之:

(一) 排他的回馈要求

所谓回馈要求(grantback),是指知识产权的授权人要求被授权人在对授权标的有所改良的时候,必须将改良的成果以转让或授权的方式回馈给授权人利用。

被授权人由于是知识产权的实际利用者,对授权标的进行改良的机会很多,就其改良的部分极有可能取得新的知识产权。回馈在合理的程度内是有必要的,因为如果改良的结果是原来的授权人反而因为改良使得其知识产权价值减损甚至消灭,授权人可能根本不愿意授权。

回馈要求既然有一定程度的正当性,是否会构成不合理的贸易限制,便取决于其范围与程度。TRIPS 第 40 条所举可能构成知识产权滥用的例子是“排他”(exclusive)的回馈要求,亦即授权人要求被授权人在因为改良而取得新的知识产权时,必须转让给原来的授权人或对原来的授权人作“排他”的回授权,不但只能由原来的授权人实施新取得的知识产权,连取得新知识产权的改良者(被授权人)都不能实施。这种要求因为严重损害被授权人从事改良的诱因,被 TRIPS 作为可能构成授权行为不合理限制贸易的例示之一。

(二) 禁止挑战知识产权的有效性

知识产权的存在与效力,以其合乎法定要件为前提。如果知识产权不符合法定要件,第三人可以通过法定的诉讼程序去使知

^① 参前揭注。

知识产权形式上的效力消灭。在授权の場合,虽然被授权人在接受授权的时候已经承认知识产权的存在,但是如果因此就以合约禁止被授权人在签约后挑战知识产权的效力,会影响除去不合法知识产权的机会,间接也对公众使用公共所有信息的权利产生不利的影响。因此这种禁止被授权人挑战知识产权合法性的做法,可能对贸易产生不利的结果,是 TRIPS 例示可能构成授权行为不当限制贸易形态、滥用知识产权的行为之一。

(三) 强制的包裹授权

包裹授权(package licensing)是以一个合约授权数个知识产权。“强制”的包裹授权如果违反了被授权人的意愿,把授权范围扩大及被授权人在经济上无意取得的知识产权,造成其他知识产权人授权机会的丧失,或是不当地延长授权的期间或权利金支付的义务,对竞争可能产生不利的影响,也可能构成知识产权的滥用。

三、TRIPS 对知识产权授权行为的规范方式

依 TRIPS 第 40 条,会员可以用国内法来规定在“特定的案件”中,授权的方法或条件可能构成对相关市场的竞争发生不利影响的知识产权滥用行为。TRIPS 也允许会员采取适当的措施,来防止或控制这种滥用行为。至于构成滥用知识产权的具体行为为何,条文中除了提到三个例子之外,并没有直接的规定。

TRIPS 这种规范方式有以下几个特点:

(一) 以市场竞争作为规范的重点

决定知识产权是否构成滥用的基本考虑,基本上采竞争说的见解,不在于对技术的移转内容是否公平合理作实体审查,重点是对于相关市场的竞争是否会有不利的影响。竞争政策的重点不在于直接保护交易的相对人,而在于研究具体案件对市场竞争有没有不合理的限制。

(二) 以个案审核的方式作为规范的基本结构

依 TRIPS 第 40 条规定,知识产权滥用行为的认定,不应该用一种概括式的条款认定某种授权方式当然违法(illegal per se),而

应以一种个案审查其产生的具体效果的方式,来确定具体的事实会不会构成知识产权的滥用。^①

(三) 允许会员以国内法的方式规范知识产权的滥用行为,但不得违反 TRIPS 的明文规定

TRIPS 第 40 条虽然就滥用行为作了例示,不过原则上还是允许会员以其国内法的方式进行具体的规范。在进行具体规范的同时,必须注意任何的规范行为都不能违背 TRIPS 的明文规定(例如第 3 条的国民待遇原则或第 4 条的最惠国原则等)。TRIPS 第 40 条也规定了会员间的咨商义务。

四、规范适用的具体标准

虽然 TRIPS 对于知识产权滥用行为的具体内容并没有直接的规定,但是这并不表示这种规范缺乏实体的一般原则。由于竞争法制的发展有全球化的倾向,从各国竞争法的具体内容来看,决定知识产权的利用方式会不会不合理限制竞争,应该尊重下列原则:

(一) 知识产权本质上的排除力是促进科技发展所必须付出的代价,原则上不应构成不合理限制竞争

如前所述,知识产权虽然具有法定的排除权,会对贸易造成一定程度的限制,但是这种有范围的贸易限制是为了维护创作诱因所必须付出的成本,不应该认为是对贸易的不合理限制。

(二) 在知识产权法定内容以外所约定的贸易限制是否构成不合理限制竞争,应该评估其限制的理由及范围是否正当

如果授权的限制超越了知识产权法定权利的范围,判断其限制是否不合理,应该检视加诸该项限制的理由,评估这种限制的主要理由是不是为了限制竞争而缺乏正当性,以及其限制的范围是否过广而超越了行为人所主张的正当目的。

^① 在美国竞争法下有所谓当然违法(illegal per se)的概念,对于特定类型的协议,由于限制竞争的可能性极大,不再研究其个案的合理性,一律认定为违法。有关美国《反托拉斯法》,可以参考 Gavil, Kovacic & Baker, Antitrust Law in Perspectives: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy, 2003。

(三) 兼顾国际标准 ,避免过度干预具体交易行为的内容

为了避免规范限制竞争行为的法制有过大的差异性 ,导致产业在全球性的商业规划中无法遵循彼此冲突的不同法制 ,在制定相关规范的时候 ,会员应该考虑其他领域的法律原则 ,致力于形成共通的标准。既然保护的对象是市场竞争而非特定的企业 ,在制定相关规范时应该避免对个别交易行为作过度的干预 ,影响知识产权的利用与创新的活动的。

五、TRIPS 相关规范对两岸产业及法制发展的影响

TRIPS 对于知识产权的利用采取一种肯定的基本原则 ,但是也允许会员在符合 TRIPS 规定的前提下规范知识产权的滥用行为。对于海峡两岸而言 ,后 TRIPS 时代知识产权规范的重点已经不再是关于知识产权的保护必要或范围的问题 ,而是如何在肯定知识产权对经济发展正面意义的前提下 ,尊重国际标准 ,采取适当的措施 ,发挥知识产权利用的正面价值 ,避免因知识产权滥用对市场竞争产生的不利影响。^①

具体而言 ,以下几个趋势值得注意 :

(一) 以制造为主的产业结构多半是知识产权的进口国 ,支付利用知识产权的代价高

就两岸目前的经济与科技发展而言 ,产业的结构都是以制造业为主力。制造的行为是知识产权的实施或实际利用行为 ,与知识产权的创造关系比较薄弱。由于市场全球化、产品规格标准化的结果 ,制造行为如果涉及他人的知识产权 ,授权是必要的。^② 以

^① 有关 TRIPS 对中国法律理论的影响可以参阅郑成思 :《知识经济、WTO 与智能财产权保护中值得研究的几个问题》,载刘江彬、陈美章主编 :《两岸智能财产权保护与运用》2002 年 ,第 63 页。

^② 高新科技产品特别是信息产业的特性 ,是具有所谓的网络效果 (network effect)。如果产品无法与其他使用者的产品兼容 ,就不容易占有市场 ,因此产品规格的标准化就成为必然的趋势。如果产品标准涉及知识产权 ,取得授权是不能避免的。有关网络效果可以参阅 Shapiro & Varian , Information Rules-A Strategic Guide to the Network Economy ,1998。

目前知识产权的产出量来看,授权的需求大,权利金的负担也大。如果产品寿命短、竞争大的话,售价降低的速度快,权利金的成本很大,不但构成产业发展的负担,也会造成与知识产权所有人的纠纷。

(二) 以 TRIPS 公认的知识产权原则而言,从事研发的企业容易取得知识产权,而以制造为主的产业则不易取得强大的知识产权

TRIPS 对国际间知识产权的保护订立最低的共同标准。由于知识产权的实质要件重视知识上的创造度^①,对于创新过程中从事前端研发的企业是有利的。相对而言,从事较后端的制造或销售能取得的知识产权有限,范围也较小。如果两岸在产业发展上不能集中资源将产业结构向知识产权创造的方向发展,在知识经济时代中只能成为支付代价的知识产权利用者,而无法成为知识产权的创造者与管理者。

(三) 竞争法制的重要性

TRIPS 原则上容许会员以国内法规范滥用知识产权的妨碍竞争行为,因此两岸都必须尽速建立完善的竞争法制,以免因为外国企业滥用知识产权的行为,使竞争力受到影响。健全的法制不仅是立法,还包括政府对于法令的解释和执行。为了符合国际的标准,避免纠纷,在执法的时候,不应该有任何偏颇或保护主义的动机,以免遭受别人的质疑甚至挑战。

(四) 维护发明创造的诱因是管制知识产权滥用行为的重要原则

知识产权滥用或是不合理授权限制的形式很多,在法律上也有不同的规范方式与标准。为了维护市场竞争的基本动力,任何对于发明或创造诱因产生不利影响的行为(例如排他的回馈授

^① 就保护技术的主要方式专利权而言,法律要求发明除了新颖性(novelty)之外,还必须具备所谓的进步性(inventive step)或非显而易见性(non-obviousness),因此从事创新前端的研发工作比较容易得到专利权。

权)都应该受到严格的检验。如果知识产权的利用不至于影响创造或研发的诱因,原则上应该采取比较开放的规范方式,只有在严重影响竞争的个案中,才加以干预,以免遭受过度管制或保护主义的批评。

六、结语

知识产权是知识经济时代产业竞争力的重要指标,也是两岸未来发展的重大挑战。为了符合 TRIPS 的标准,两岸都应该在立法和执法上参考国际的标准,审慎规范构成知识产权滥用的具体行为,在维护市场竞争并尊重知识产权的基础上,提升产业的结构,利用知识产权的价值链,掌握创新的策略,才能取得长远的竞争优势。

WTO 规则下海峡两岸专利法 新近修正之比较

屈广清^{* 1} 陈小云^{** 2}

WTO 有关知识产权的最重要规则是《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议),其旨在减少国际贸易扭曲与障碍,给予知识产权有效和适当的保护。为了与《TRIPS 协议》相协调,加速自身产业发展,提升专利审查品质,海峡两岸(为比较起见,以下有时分别称为大陆与台湾地区)分别于 2000 年 8 月和 2003 年 1 月对其专利法各自进行了大幅度的修改和完善。鉴于海峡两岸经贸往来和科技合作日益频繁,实有必要在《TRIPS 协议》下对两岸新近专利立法加以研究分析。

一、专利申请

(一)形式和内容。在《TRIPS 协议》下,两岸立法在专利申请方面共同之处甚多,特别是,台湾地区参考大陆和其他国家专利法的规定,在申请书必备文件中删除了有关宣誓书的规定,在专利申请中删除了有关申请追加专利和再发明的内容,并删除了将缴纳规费作为取得申请日要件的规定,更使得两岸相关规定趋于一致。

随着电子技术的迅猛发展,台湾地区此次增加规定专利申请可采用电子方式,以提高信息处理效率,切实保护专利申请人合法

* 大连海事大学法学院院长,教授。

** 大连海事大学法学院博士研究生。

利益。大陆并未对电子申请作出规定,但是,随着大陆电子技术应用的日益广泛,有必要在日后专利法修正时增加有关电子申请的规定。

(二) 审批。根据《TRIPS 协议》,合理的程序设计是对实体权利的最合理保障。因此,两岸均对有关程序作了不同程度的修正,以使程序设计更为合理。

1. 发明。大陆采用早期公开迟延审查制度,删除了关于撤销程序的规定,提高了专利申请的审批效率。台湾地区采用实质审查制度,程序较为简单,但对专利审查人员的素质要求较高,易造成专利申请案的积压,延长专利申请的审批时间。因此,台湾地区有必要对该制度加以修正,可借鉴大陆专利法的相关规定。此外,台湾地区整合提起异议与举发事由,废除异议制度,民众以单一举发制度提出行政救济,较为简单、经济。

2. 实用新型和外观设计。大陆采用形式审查制度。为大幅缩短专利审批时间,台湾地区参考大陆及其他主要国家新型专利制度,对新型专利申请改采形式审查制度,为防止专利权人权利滥用,台湾地区参照日本《实用新案法》第 12、13 条以及相关国际立法,引进了具有公众审查功能的新型专利技术报告制度(第 103—105、107 条等),台湾地区对新式样申请仍采用实质审查制度,随着专利申请案的日益增多,大大延长了专利申请的审批时间,因此,台湾地区有必要借鉴大陆的相关规定对此加以修正。

3. 关于驳回申请的救济。大陆确立了对专利的确权实行司法终审(第 41 条),使得当事人有获得司法审判的机会。台湾地区将申请再审查的日期,由 30 日放宽至 60 日(第 46 条),使民众有更充足的时间决定是否寻求再审查这一救济途径。需要注意的是,由于新型专利改采形式审查,因此,修正条文关于发明再审查的规定,不在新型专利准用之列。

二、专利权授予

(一) 条件。TRIPS 协议规定授予发明专利的条件是新颖性、

创造性和实用性。大陆规定 :授予发明和实用新型专利的条件是新颖性、创造性和实用性 ,授予外观设计专利的条件只包括新颖性。台湾地区则非常强调可供产业上利用 ,其不仅规定授予发明和新型专利的条件是新颖性、进步性和可供产业上利用 ,而且规定授予新式样专利的条件是新颖性和可供产业上利用 (第 22、94、110 条) ,其所规定的可供产业上利用和进步性分别与大陆规定的实用性和创造性基本相同 ,但是 ,两岸关于新颖性的规定不尽一致 :大陆规定的是相对新颖性 (第 22 条) ,而台湾地区规定的则是绝对新颖性。关于不丧失新颖性的情形 ,台湾地区《专利法》修正后已与大陆《专利法》的相关规定基本一致。

(二) 限制。《TRIPS 协议》规定 ,为保护公共秩序或公德 ,各成员均可排除某些发明不授予专利。大陆《专利法》第 5、25 条共规定了六项不授予专利权的限制。台湾地区此次参照《TRIPS 协议》第 27.3(b)条、欧盟 98/44 指令以及《欧洲专利公约》(EPC) 第 53(b)条的有关内容 ,只对三项专利授予作出排除规定 (第 24 条) ,扩大了专利法保护范围 ,体现了较高的专利保护水平 ,符合国际发展趋势 ,非常值得大陆借鉴。

虽然两岸专利法新近修正之后都符合《TRIPS 协议》的基本要求 ,但是 ,笔者认为 ,两岸专利法还需进一步扩大保护范围 ,应将植物新品种纳入专利法保护范围 ,同时采用品种权保护和专利保护。随着基因工程技术的发展以及专利制度本身的健全与完善 ,专利法保护植物新品种的可行性已大大增加 ,目前国际社会对植物新品种保护的发展趋势为各种方式并举。我国是农业大国 ,仅仅依据《植物新品种保护条例》对植物新品种进行保护 ,难以满足实践需要 ;采用该品种权和专利并行保护制度 ,为培育植物新品种的权利人提供了选择保护方式的空间 ,更有利于对其权利的保护 ,亦符合我国的科技、经济发展水平。

三、专利实施强制许可

依据《TRIPS 协议》 ,两岸专利法的新近修正都放宽了关于专

利实施强制许可(台湾地区称“特许实施”)的规定,并都充分考虑了中国作为发展中国家的利益,在专利权人利益与社会利益之间力求平衡,从而较大程度地协调了专利权人权益保护与技术推广之间的冲突,有利于社会进步(台湾地区《专利法》第76、78条,大陆《专利法》第48—50、52条)。

此外,台湾地区的修正条文将其《公平交易法》规定的“限制竞争之情形”纳入,并为配合其《行政程序法》第123条规定作文字修正——以“废止”取代“终止”,不仅有助于遏止不公平竞争行为,而且还体现了其部门法之间协调、一致的严谨性和先进性,这种科学的立法技巧颇值得大陆借鉴。

四、专利权保护

(一) 期限。对于发明,《TRIPS 协议》规定为自提交申请之日起20年以上,大陆和台湾地区根据各自经济和科技发展的实际情势,均规定为自申请日起20年,但是,大陆没有关于发明专利权期限延长的规定,而台湾地区则有相关规定(第52条),虽略显繁复,但体现了较高的专利保护水平,有利于医药和农药产业的发展。对于实用新型,大陆和台湾地区都规定为自申请日起10年。对于外观设计,《TRIPS 协议》规定不少于10年,大陆规定为自申请日起10年,台湾地区则规定为自申请日起12年。造成此种法律规定差异的主要原因在于:大陆对外观设计专利采用形式审查制度,耗时较短,申请人可快速取得专利权,而台湾地区对外观设计专利仍采用实质审查制度,耗时较长,平均约需2年。

(二) 专利侵权的排除。根据《TRIPS 协议》第45条,大陆对善意使用原则作出了限制(第62条),并将“许诺销售”纳入侵权范围(第11条),在专利侵权的排除规定中亦增加许诺销售(第63条)。台湾地区也规定了发明专利权的效力排除(第57条),应当指出的是,其已将“为贩卖之要约”(许诺销售)增列入专利权的效力范围(第56、106、123条),但在排除规定中并未提及,应为其立法之疏漏。

(三) 专利侵权的诉讼时效。大陆规定为 2 年,自专利权人或者利害关系人得知或者应当得知侵权行为之日起计算(第 62 条)。而台湾地区规定,该请求权的期限自请求权人知有行为及赔偿义务人时起 2 年,自行为时起逾 10 年亦不得主张(第 84 条)。

(四) 专利侵权的赔偿。在许多情况下,侵权人因侵权所获得的不法利益或被侵权人的实际损失是很难计算的,不便于专利审判机关的操作,因此,《TRIPS 协议》多次提及法定赔偿额问题。大陆吸纳了该法定赔偿制度,明确规定了侵犯专利权的赔偿额(第 60 条)。台湾地区删除了关于法院嘱托专利专责机关或专家代为估计赔偿数额的规定,建立了完全的法定赔偿制度(第 85 条),其规定较大陆更为具体明确。

(五) 专利侵权的临时保护。大陆 2000 年《专利法》引入了《TRIPS 协议》的即发侵权理论,扩大了对专利权人的保护范围,完善了临时保护措施,使得侵权行为能够得到及时、有效地制止(第 61 条),而台湾地区《专利法》修正条文并无此明确规定。

(六) 专利侵权的责任。根据《TRIPS 协议》第 61 条规定,关于专利侵害是否予以刑事制裁,由各成员自行决定。由于已采用惩罚性损害赔偿(第 85 条第 3 项),所以,台湾地区使专利侵权完全回归民事机制,兼顾其立法价值的一致性,并避免将来专利权人动辄发动刑事程序影响企业的发展。而大陆虽然在侵权赔偿方面带有一定的“惩罚”性质(第 60 条),但并非真正意义上的惩罚性损害赔偿,因此,为了有效遏止专利侵权,加强对专利权人的保护,大陆采用了民事、刑事和行政责任并举的多元化责任机制(第 58、59、65 条)。

由以上比较可以看出,海峡两岸专利的新近立法尽管都有一些有待完善之处,但是都大大提高了专利保护水平,符合了《TRIPS 协议》的基本要求。而且,在《TRIPS 协议》下,两岸立法还出现了趋同化倾向,具有更多的共同之处,主要表现为:(1) 国际化:两岸在修正立法时,均参照了国际公约、国际惯例以及国外先进立法例;(2) 特色化:两岸在修正立法时,均充分考虑了各自的

实际情况,修正后的条文与其经济、科技发展水平相适应,并力求鼓励发明创造,促进经济和科技的发展;(3)强调实质正义:两岸在修正立法时,不仅仅局限于形式正义,更为强调责、权、利的实质公平,寻求个体与社会、国家与国际之间的利益平衡;(4)采用权利本位:两岸均十分重视专利权人的权利,大大加强了对专利权人的权利保护,并赋予专利权人更多的选择空间,尊重专利权人的意思表示。随着国际专利制度的迅速发展以及两岸经贸往来、科技合作的日趋紧密,两岸专利立法的趋同化走势将逐步增强。当然,由于两岸政治、经济制度不同,而且科技发展和经济实力也不相同,一脉相承的两岸专利制度还存在诸多差异和冲突,阻碍了两岸间的科技合作与经贸往来。因此,两岸在积极进行各自立法完善时,应努力寻求两岸专利立法的共同点,以加强两岸科技交流与经贸合作。此外,两岸亦可在坚持“一个中国”的前提下,参照国际惯例,通过订立协议或制定区际间的统一冲突规范解决两岸专利法之间存在的法律冲突。

台海两岸贸易中的知识产权问题

李顺德^{* 1}

一、台海两岸贸易中的知识产权问题不容忽视

当前,特别是WTO成立以后,知识产权问题已经成为国际贸易中一个非常重要的问题,作为WTO来讲,它的三大支柱是货物贸易、服务贸易和与贸易有关的知识产权问题。根据本人多年来研究知识产权问题的体会,我感觉知识产权贸易正在成为一种主要的贸易形式。也就是说,将来很有可能是货物贸易、服务贸易和知识产权贸易相提并论。那么现在是不是不存在知识产权贸易呢?不是。知识产权贸易现在被覆盖在货物贸易和服务贸易当中,没有把它单独提出来进行统计和计算,实际上并不是不存在。这个观点是我在20世纪末的1998年提出的。

(一) 知识产权贸易

我认为知识产权贸易有狭义和广义之分。狭义的知识产权贸易,是指以知识产权为标的的贸易,它包括知识产权许可、知识产权转让等内容。平常我们讲的技术贸易、专利许可、专利转让、商标许可、商标转让、版权许可、版权转让、商业秘密的许可等,实际上都属于这里所讲的狭义的知识产权贸易。知识产权贸易的标的物就是知识产权本身。广义的知识产权贸易除了包括狭义的知识产权贸易以外,还包括知识产权产品贸易。什么是知识产权产品?

* 中国社会科学院知识产权中心副主任、研究员、博士生导师。

实际上在国外已经早有结论,一般指的是版权产品。因为如果讲专利产品就是知识产权产品,这个覆盖面太宽了,别人不能接受。说用商标的产品就是知识产权产品,那就把所有的商品几乎都给包圆了,大家更不能接受。但是作为版权产品,是被大家所接受的。我们讲的知识产权产品通常就是指的版权产品。

版权产品的特点是:它的价值本身主要是由其中所包含的版权的价值所决定的。或者说这个产品当中,版权的价值占了相当大的比重。典型的版权产品,比如说计算机软件、电影作品、音像制品、还有出版物等,一般都把它们定义为是版权产品,因为它们的价值主要是由包含在其中的版权的价值所决定的。在知识经济时代,在版权产品的生产、销售、提供利用的基础上,形成了版权产业。版权产业首先是在发达国家形成和发展起来的。

美国已经把版权产业作为国民经济中一个单独的产业来看待。美国所说的版权产业包括四类,第一类是核心类的版权产业,其特征是创造有版权的作品或者受版权保护的物质产品,主要对享有版权的再创作、复制、生产和传播。这样讲比较抽象,具体谈起来有计算机软件业、录音制品制作业、影视节目制作业、报刊和书籍出版业、电台和电视台广播业、戏剧创作演出、广告业,还有数据处理等产业。第二类,属于部分的版权产业,就是说产品中的一部分是享有版权的,如纺织业、玩具业和建筑业。第三类,发行类版权产业,是指有版权的作品进行批发和零售。第四类,与版权有关联的产业,指其产品主要是与版权产品配套使用的,如计算机产业、收音机、电视机、录音音响设备等产业。

2001年,全部版权产业为美国经济创造了7912亿美元产值,占整个国民经济总产值的7.75%。1977年到2001年,全部版权产业的净产值在国内生产总值中的年平均增长率为6.39%,是同期美国经济总增长率(3.2%)的2倍。

从出口看,1991年核心版权产业的出口额是361.9亿美元;2001年为889.7亿美元。在核心版权产业中,计算机软件业发展最快,出口额从1991年的196.5亿美元增加到2001年的607.4

亿美元,增长率为 309.1%;电影业的出口额从 1991 年的 70.2 亿美元增加到 2001 年的 146.9 亿美元,增长率为 209.2%。这样看来,美国版权产业特别是核心版权产业成为了美国国民经济中发展最快、出口最多的产业。^①

现在知识产权贸易正在成为一种主要的贸易形式,在国际贸易中,我们所界定的知识产权贸易占的比重越来越大。有很多的数据可以充分证明这一结论。近年来,以知识产权转让、许可为主要形式的无形商品贸易有了很大的发展。以专利许可、商标许可、商号(也就是我们平常讲的厂商名称)许可、商业秘密许可、版权许可等形式为主要内容的知识产权贸易也有了飞速的发展,并且已成为知识经济条件下,实现企业发展虚拟化的主要方式。

20 世纪 80 年代以来,知识密集型产品和服务在国际贸易中所占的比重逐年上升,涉及的知识产权问题越来越多。以美国为例,出口产品中知识产权的含量,1983—1987 年的四年中增加了 76%,占美国全部出口产品的 44%。1985 年美国在技术贸易方面的纯收入已达 85 亿美元以上。英国 1985 年的技术贸易出口盈余也达 2 亿美元。^② 仅美国的 TI(得克萨斯)公司 1986 年—1989 年的专利许可使用费收入就高达 8 亿美元。1991 年,美国出口的知识产权含量高的产品的销售额分别为:专利药品 220 亿美元,计算机软件 250 亿美元,影片 80 亿美元,录音制品 40 亿美元,书籍 20 亿美元。^③

另外,我们需要看到的一点是,以知识产权贸易作为自己的经

① 有关数据来自《美国国际知识产权联盟(IIPA)1998 年、1999 年、2000 年、2002 年度报告》,参见《著作权》2000 年第 4 期:“美国经济中的版权业:1999 年综合经营报告”刘跃伟/译,许超/校,高思编译:《2000 年美国经济中的版权业概述》,载《中国版权》2002 年第 1 期;宁慧献:《版权产业 2001:从美国到中国》,载《中国版权》2002 年第 4 期。

② 赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 396 页。

③ 杨启善主编:《关贸总协定与复关对策研究》,中国标准出版社 1993 年版,第 308 页。

营方式在很多国家,特别是发达国家的很多跨国公司中现在已越来越明显。比如我们举一个最简单的例子:IBM公司在我们平常印象当中主要是生产计算机及硬件设备的,实际上,IBM的计算机软件也是很发达的。但是我们在这里讲的是它每年以自己的知识产权,比如说以它的专利技术的许可获得的收入,也是相当可观的。1995年IBM公司专利许可转让费为6.50亿美元^①,2000年IBM公司申请注册专利2886项,年度总利润81亿美元,其中专利许可转让费占17亿美元,专利许可转让费的年增长率约为25%。^②这些跨国公司在它的经营当中,知识产权本身的这种贸易形式给它带来的收入已经相当可观,占了相当大的比重,很多跨国公司把知识产权贸易作为它经营的主要方式之一。甚至我们看到美国的高通公司专门就是进行知识产权的贸易。所以在IT领域、通信领域,高通公司把很多别的公司的专利买过来,然后它统一地进行向外的许可贸易。这是业内人士都知道的。正因为如此,我们才认为现在知识产权贸易已经成为了一种很重要的贸易方式。

(二) 知识产权成为重要的投资资本

除了这点以外,我们说知识产权贸易本身也成为了一种重要的投资手段。比如说,我们讲,现在中国的经济在很大程度上是搞“三来一补”——来料加工、来样加工、来件装配、补偿贸易,或者叫“定牌加工”,又叫贴牌加工,或称OEM(Original Equipment Manufacture)(原厂装配产品)是“三来一补”的重要形式之一。我认为这些经营方式究其实质来讲,是一些公司以知识产权投资经营的一种重要方式。就是说,对我们自己来讲叫“三来一补”,叫“定牌加工”,对许可方、委托方来讲,实质上是以知识产权作为经营资本进行投资的经营方式。所以现在在中国,很多跨国公司就

^① 转引自张平、马晓:《标准化与知识产权战略》,知识产权出版社2002年版,第180页。

^② 张瑜:《IBM怎么赚取17亿美元专利费》,《经济日报》2003年4月1日。

是以它的知识产权,比如说以它的品牌、以它的商誉、以它的技术在中国进行投资,它的投资方式就是我们讲的“三来一补”及“定牌加工”。这是一种很重要的知识产权的投资方式。

根据中国官方的统计数字,中国大陆 2004 年,出口额达 5934 亿美元,居世界第三位。出口产品中,加工贸易占 50% 以上,主要使用外方品牌,剩下的 45% 的一般贸易出口中,仍以订单贸易为主,大部分使用贴牌方式出口。这就是中国大陆现在经济的一个基本特点和现状。从中我们可以看出刚才介绍的这种经营方式在中国大陆确实占据了很重要的地位。抽样调查显示,中国大陆出口产品采用自主品牌的不足 10%,拥有自主品牌的进出口企业不到 20%。2003 年,世界品牌实验室评出的世界最有影响力的 100 个品牌中,中国大陆只有“海尔”一个入选。中国的品牌在进出口贸易中占的比重非常小。在国际上来讲,真正能够叫得响的品牌就更少。

通过以上介绍,我只是想说明,在海峡两岸的贸易当中,应该看到由于中国大陆的经济现状是这样的,在中国大陆和台湾地区之间的贸易当中,我认为台湾地区对中国大陆取得的贸易顺差应该说主要的是来自知识产权贸易,而不是向中国大陆出口了多少具体的商品。当然,台商在中国大陆的投资也占了很大的比重。

二、海峡两岸贸易中的知识产权问题应该尽快协调

(一) 海峡两岸贸易中的知识产权问题现状

1. 知识产权贸易在海峡两岸贸易中占有相当的比重。
2. 知识产权投资具有相当规模。这些投资主要是台湾地区向大陆的投资,其中,以知识产权为内容的投资占了相当的比重,或者说具有相当的规模。
3. 由于海峡两岸贸易中知识产权问题占了很大的比重,所以有关知识产权的纠纷也时有发生。涉及台商的、涉及两地的知识产权纠纷已经出现了不少。

（二）台海两岸贸易中存在的知识产权主要问题

1. TRIPS 直接涉及的 4 个国际公约的适用

WTO 的与贸易有关的知识产权协议 TRIPS 当中,直接明确有 4 个国际公约对所有的 WTO 成员应该是基本适用的,当然是有条件限制的。这四个公约是:《保护工业产权的巴黎公约》、《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》、《保护著作权的邻接权的罗马公约》和《保护集成电路布图设计的华盛顿公约》。对这四个公约来讲,TRIPS 协议给予充分肯定,而且要求所有的 WTO 成员要按照 TRIPS 协议所限定的范围内履行相关的义务,享有相关的权利。这对于台海两岸都不存在什么问题,应该原则上适用。对于中国大陆来讲,已经加入了这 4 个公约中的 3 个,只有《罗马公约》没有加入,但是《罗马公约》的保护水平并不高,现有的大陆的《著作权法》已经基本上达到了《罗马公约》的要求。所以这条规定对大陆影响并不大,就是说大陆即使不加入 WTO,也不会对大陆的知识产权保护产生太大的影响。但是对台湾地区的影响比较大,因为台湾地区按照世界知识产权组织限定的条件是不能直接加入这 4 个公约的。而加入 WTO 以后,可以间接地在 WTO 成员当中享有相关的权利,并尽到相应的义务。所以,这一点对台湾地区影响是很大的。

2. 其他知识产权国际公约的适用

中国大陆还加入了很多相关的知识产权国际公约,这些国际公约也得到了 TRIPS 协议的充分肯定,但是它不同于前 4 个公约。对于这些知识产权国际公约的规定是,已经加入这些公约的 WTO 成员可以继续享有公约的权利和履行自己的义务,没有加入这些公约的 WTO 的成员则无法享有这些公约的权利,也不必履行相关的义务。对于中国大陆来讲,这个问题仍然不突出,因为已经加入了相关的很多国际公约,还可以继续加入需要加入的其他相关国际公约。而对于台湾地区而言,即使加入了 WTO,仍然不能享有这些公约赋予的权利。

3. 几个具体问题

由于上述这两种国际公约适用的不同,给海峡两岸贸易带来了一系列的问题:

第一个问题,比如说巴黎公约所规定的优先权的问题,现在按照 TRIPS 协议的规定,根据国民待遇和最惠国待遇等原则,台海两岸应该在专利和商标的申请当中互相承认优先权,但是到现在为止,这个问题并没有解决,从入世前就开始关注这个问题,到现在在双方入世已经很多年了,这个问题仍没有解决。

在先权的问题,比如说对两岸在先使用的商号权、商标权、专利技术使用权等在先权是否给予承认和保护的问题,现在也没有解决。

再有就是产生纠纷以后的管辖权问题,没有妥善或者更明确的解决。

还有就是对于两岸的司法承认和执行的问题。

总而言之,就是由于虽然我们双方都加入了 WTO,成为 WTO 成员,按照 WTO 的规则或者按照 TRIPS 协议明确的原则,有些问题本来是应该解决的,但是现在没有解决,它直接影响到了两岸贸易的进一步发展,不能不看到这一点。尽管说影响不是特别大,还可以通过其他方式适当地加以解决,但是还是存在不利影响。

再有就是,对于中国大陆已经加入的这些其他国际公约,如果没有妥善的方式来解决的话,那么作为台湾地区也无法适用。但如果这个问题妥善解决了的话,台湾地区可以通过这样一个途径更多地享有这些公约的权利,这对台湾地区经济的发展应该说至关重要,也是非常有利的。很简单的一个例子,比如 PCT 国际专利的申请,《马德里条约》和《马德里议定书》国际商标的多国注册,这些途径都是很便利的,但是只有加入了这些条约,才能享有这些权利。所以,如果这些问题我们能够早日妥善解决的话,对于海峡两岸双边经济的发展是非常有利的,而且在 WTO 的框架下,应该说为解决这些问题创造了很好的条件。

三、对协调台海两岸贸易中的知识产权问题的建议

(一) 充分利用 WTO 的机制 加强两岸的沟通

我们力求在 WTO 的框架下把上述问题妥善解决还是很有希望的。

(二) 加强两岸的学术交流 增加共识

特别是在知识产权保护方面通过学术交流的加强多加沟通。

(三) 早日启动两岸知识产权行政部门和司法部门的协商机制

这样能够实打实地针对刚才提到的问题有所推动,这对于发展两岸的经济和两岸的贸易是非常有利的。

我国 QFII 制度的研究与思考

郭寿康^{* 1} 张雨泽^{** 2}

QFII 制度的全称是合格的境外机构投资者 (Qualified Foreign Institutional Investor) 制度,是指允许合格的境外机构投资者,在一定规定和限制下汇入一定额度的外汇资金,并转换为当地货币,通过严格监管的专门账户投资当地证券市场,其资本利得、股息等经过批准后可转换为外汇汇出的一种市场开放模式。作为一种引进外资、开放资本市场的过渡性安排,QFII 的根本目的在于吸引国外的资金进入本国资本市场,允许外资直接投资国内证券。尤其是在我国资本项目没有完全开放、货币没有实现完全可自由兑换的情况下,允许一些具有较高资质和实力、无不良记录的外国机构投资者进入我国资本市场,无疑有助于建立价值投资和理性投资的市场氛围,为我国资本市场走向最终完全开放并取得良好经验创造条件。

一、境外 QFII 的成功经验及对我们的借鉴

(一) QFII 在境外的成功

在一些国家和地区,特别是新兴国家和地区,由于货币没有实

* 中国人民大学法学院教授,博士生导师。

** 中国人民大学法学院博士研究生。

现完全可自由兑换,资本项目尚未完全开放,货币体系比较脆弱,金融市场发展也不成熟,外资介入对其证券市场可能造成较大的冲击,因此,它们选择 QFII 制度作为一种过渡性措施逐步开放证券市场,控制外来资本对本国经济独立性的影响,抑制投机性外资对本国经济的冲击,推动资本市场国际化,使其健康发展。例如韩国、印度、巴西和我国台湾地区均在 20 世纪 90 年代初利用 QFII 制度成功推动了其证券市场发展。^①以我国台湾地区为例,台湾作为 QFII 制度的发源地,在利用这一制度发展岛内金融、促进经济的快速发展方面积累了一定的经验。实行 QFII 制度之前的台湾,股市低迷,证券市场投资主体结构不合理,投机活动盛行,与内地今日的证券市场很相似,通过引入 QFII 制度,建立了证券市场上“价值投资”的理念,调整了证券市场主体结构,有效地重建了台湾的证券市场。客观地讲,台湾股市能避过 1997 年的亚洲金融风暴,QFII 制度功不可没,正是其国外机构投资者的长期、理性投资对中小散户的影响才使其对持有的证券保有信心,没有盲目地去买涨杀跌,才保持了股市的基本稳定,从而力挺岛内经济不至于有东南亚诸国的遭遇。

(二) QFII 对内地证券市场建设的意义

2002 年 11 月 8 日中国证监会和中国人民银行联合下发《合格境外机构投资者境内证券投资管理暂行办法》(以下简称《办法》)标志着 QFII 制度在我国内地的确立和实施。在此前提下研究台湾实行该制度的得失成败对我们的证券市场建设不无裨益。就我国的现状而言,资本项目尚未开放,国内证券市场尚不完善,资本市场的完全开放尚不现实。根据我国国情,援引 GATS 中的特定义务逐步市场化,分批吸收境外资质良好的投资机构进入我国证券市场是我国开放全部资本市场的一条必由之路。证券市场上特别是股票市场行情低迷,股民结构畸形,以中小散户构成股民

^① 李艳军:《QFII 制度:中国证券市场的必然选择》,载《金融观察》2003 年 4 月号。

的主体,而机构投资者比例过低,股票的盈利率偏高且股价易受政策影响,同时投资风险较大。这些都反映出我国股票市场的成熟、不健全。这样的股票市场如果突然全面放开,外国游资大量涌入的话,就像一座排水泻洪系统不健全的水库突然被洪峰涌入一样,结果可能是全面崩溃。但我国已经加入 WTO,按照其逐步开放金融市场的规定,我们是迟早要迎接国外资本尤其是国际游资的冲击的。当务之急就是在这洪水未来之前,先把自己的吞吐资本的能力和抵御风险的能力提高。而要达到这一目的,仅仅靠自身的慢慢调整和积累是不行的。因为时不我待,国际资本已经在国门外摩拳擦掌,跃跃欲试了。在这种紧迫的形势下,采用 QFII 制度,先引进少数资本雄厚、经营历史久远、操作经验丰富、富有理性投资战略的外资机构进入我国的证券市场,对我们是大有裨益的。

(三) QFII 所带来的积极作用

第一,可以激发投资者的信心,稳定证券市场的局势。以台湾地区为例,除了在 1997 年亚洲金融危机时期,QFII 对台股都是买超。由于他们被认为是经验丰富且富于理性的投资者,其购买的股票往往受到其他投资者特别是中小投资者的追捧和青睐,从而激励了岛内外对持有台股的信心。即使在 1997—1998 年的金融危机中,由于大部分 QFII 投资者坚持长期投资的理性观念,在危机中没有太大的买卖动作,才使台湾股市大体上保持了稳定,躲过了席卷东南亚的金融风暴。QFII 力挺台湾股市,功不可没。在 2000 年以后,尽管台湾股市熊市绵绵,股指点数屡创历史新低记录,QFII 的资金流出也很少,而且还是持续买进,对市场起到了持续稳定的作用。^①

第二,引入 QFII 利于调整我国证券市场的投资主体结构。我国内地证券市场上的投资者目前仍以中小散户为主体。大部分中

^① 张亚军、郑斌:《QFII 制度:台湾经验及对祖国大陆的启示》,载《国际经济合作》2003 年第 3 期。

小散户在买卖证券时的特点是缺乏理性分析,爱跟风起哄,投机心理极为严重,很少长期投资,大都抱着赚一把就走的心理。之所以产生这些特点,是因为散户的资金投入很小,要想迅速获利最好的办法莫如做短线投机。同时,散户缺乏对市场的有效分析能力,对买入的证券潜力到底有多大没有准确的认知,所以只能去跟风,去买涨杀跌。散户占主体的证券市场必定是一个稳定性差、极易波动起伏的市场,而这样的市场对整个经济是没有好处的。而实力雄厚的机构投资者全然没有散户的弱点,他们拥有雄厚的资本,经得起证券价格升降的折腾,拥有专业的证券分析家,能从长计议作出最优的选择。台湾证券市场在引入 QFII 制度前与内地相仿,散户交易额占 97%,机构投资者只有 3%,引入 QFII 制度后,机构投资者交易额在 10 年间提高到 15.6%,提高了 4 倍多。^① 这些实力雄厚的机构投资者就成了台湾证券市场的中流砥柱,也成了广大散户的风向标。可以想见,QFII 制度在我国内地证券市场也会带来同样的效应,QFII 机构投资者和国内机构投资者也会理性指引散户的投资方向,形成较为稳定的市场,而不是大起大落后熊市绵绵的市场。

第三,可以建立“价值投资”理念,活跃市场交易。股票价格说到底还是上市公司价值的反映,价值规律决定了价格不可能长期偏离价值。股票价格一涨千里和一落千里都是一种不正常的、病态的现象。作为一个新兴市场,我国内地证券市场长期以来,一直呈现“双高”的特征,即高市盈率,高换手率,市场投机气氛浓厚,炒作之风盛行。QFII 实施之后,内地资本市场的“双高”症状将逐步降温,内地证券市场将逐步趋于理性。从周边情况来看,台湾在实施 QFII 后,股票市盈率和国际逐渐接轨,从 1991 年的 32.05 倍的市盈率(几乎是当时纽约和伦敦市场的 2 倍)降到 2001 年 10 月与纽约和伦敦的市盈率十分接近的水平,而换手率也在 1991 年

^① 张亚军、郑斌:《QFII 制度:台湾经验及对大陆的启示》,载《湖南商学院学报》2003 年 5 月第 10 卷第 3 期。

实施 QFII 制度后,迅速降低下来。此外,随着上市公司市盈率的降低,国内市场的整体投资价值将会更凸现,市场长期向好的格局将逐步确立。从韩国、中国台湾、印度在实施 QFII 制度后的情况看,证券市场对此制度均显现出积极反应,三地市场在实施 QFII 制度 16 周后股价显著推高。而韩国股市在引入 QFII 制度 5 年内暴涨了 5 倍之多。^①

第四,引入 QFII 制度能够提高我国证券市场与国际证券市场的关联度,有效推动我国证券市场的国际化。就我国目前的证券市场而言,与国际证券市场的关联度并不高。我国证券市场尚不能够成为反映国际经济的晴雨表。这与我国经济日益融入世界的大形势是不相匹配的。有鉴于此,笔者认为将在国际证券市场上纵横驰骋多年、实力雄厚且操作经验丰富的 QFII 引入我国证券市场,使其在此作长期投资,利于我们熟悉国际资本运作的游戏规则,利于我们积累应对各种风险的经验。笔者认为,与国际资本相比,我们最缺少的是对规则的熟稔和经验、理念的积累,尤其是经验和投资理念,非得在实际操作中不能真实地领悟和积累。引入 QFII,等于找到教学经验丰富的优秀教师,在与其交流中可迅速地发展自己的操作技巧和经验理念。等到资本市场全面放开,国外资本群涌而入之日,我们可从容应对,游刃有余。台湾地区在引入 QFII 的初期,即 1991—1995 期间,台湾证券市场与纽约、伦敦证券市场关联度还是较低的,到了第二阶段,即 1996—1999 年,关联度有所提高,而使用 2001 年的各月指标计算,台湾与纽约市场的关联系数达到 0.682,与伦敦市场达到 0.785。^② 这表明台湾市场越来越多地受到纽约和伦敦市场的影响,市场有一定程度的联动,其证券市场的国际化程度加深。

由是而观,QFII 制度可谓一剂良药,理论上其各种特点能有

^① 方芳、李季明:《中国 QFII 的制度安排及对资本市场的影响》,载《浙江金融》2004 年第 4 期。

^② 同上。

效地克服我国证券市场目前的各种缺陷。但无论如何,QFII 制度现在仍然是一个新生事物,总是有这样那样的缺点,仍然需要在实际运作中改进、丰富和发展;并且除了它的正面效应外,还要看到它的负面影响并及早预防,要正确地对待 QFII。笔者拟就此谈几点自己的拙见,以抛砖引玉。

二、正确对待 QFII 并预防其消极影响

(一) 对 QFII 要逐步、适当地放宽限制

内地和台湾对 QFII 的准入准出门槛标准是不一样的。内地的准入要远较台湾为高。甚至可以用苛刻来形容。例如《办法》中要求所有类型的境外机构投资者管理证券资产的规模均不小于 100 亿美元,台湾的限制是 3~5 亿美元;机构的经营历史要求除基金管理机构和台湾标准相同,都是 5 年外,保险和证券公司都要求有 30 年以上的经营历史,而台湾仅仅要求保险公司要有 10 年以上经营保险业务的历史。在投资额度上,《办法》规定的单个 QFII 机构投资额下限是 5000 万美元,上限是 8 亿美元,台湾规定单个 QFII 机构投资的上下限是 500 万美元和 5000 万美元,只有内地的相应额度的 1/10 和 1/16。不仅进入内地 QFII 的标准较台湾严格,QFII 本金汇出标准也较台湾为严格。《办法》规定封闭式基金本金汇入满 3 年方准汇出,其他 QFII 要满 1 年方可汇出;而台湾只要求汇入 3 个月即可汇出。采用 QFII 制度只是我们在全面打开资本市场的大门之前的过渡的权宜之计,先引入少数极为优秀的境外机构作为研究、实验的试验田,俟各方面成熟后,就可以对外全面开放。但国际社会能给我们缓冲的时间是有限的,我们已经加入 WTO,当承诺履行有关义务的时间到了之后,就要履行资本自由化的相关国际义务。我们要在有限的时间内达到国际资本运营的水平来和国际资本角逐,可谓时间短,任务重。笔者的意见是,在现今 QFII 制度引入数年的前提下,我们也应该对引入的 QFII 机构较大幅度地放宽限制,与台湾地区相比较,我们的限制更严格;同样,我们对 QFII 机构“松绑”幅度也应该更大些。毕

竟,一个十三亿人口的中国内地与台湾在吞吐资金量和抵御金融风险上的能力是不可同日而语的,我们对资金的需求和抵御金融风险的能力都远远高于台湾,理应引入更多的 QFII。放宽限制应具体体现在降低境外机构的准入资格上,允许境外规模适中,但业绩良好、信誉卓著的机构尤其是亚洲各国的中小机构投资者进入我国内地资本市场,同时对他们的投资品种、本金和利得的汇出时间、批准手续较大幅度放宽和免除。对资质良好、愿意长期理性投资我国的 QFII 要给予国民待遇。

(二) 理性、正确地监管 QFII

放宽了对 QFII 的限制必然会吸引更多的外资进入中国内地的证券市场,在看到它们能带来的利益、经验、技巧和投资理念的同时,还要对它们可能带来的负面影响有充分的考虑。毕竟,外资来中国证券市场是来运作获利的,我们把“门缝”开大了,进来的外资成分也复杂了,难免鱼龙混杂,有愿意长期理性投资的机构,但也有意图来浑水摸鱼者。例如把大笔美元兑成人民币后不是投资而是放在银行账号上睡觉,就等着人民币升值好大捞一把。^①如何对这些 QFII 规范监管,使其投资符合我们的利益意图,使其为我国经济服务而不是把我国当成它们的自动提款机就成为摆在面前的任务。

要使外国金融资本为我所用,使其发展、运作符合我国利益目标,笔者认为应首先从监管入手。对 QFII 的外部监管要规范、严格,应该从其进入市场、中间的运作程序、信息的公开披露、盈利的报告、本金和利得的汇出、资本的追加、投资的种类和行业等诸方面立法进行管理。目前我国的证券立法中对 QFII 尚无确切立法管理,虽有少数此方面规范(例如《办法》)规定 QFII 要遵守我国法律,从而将其置于我国法律监管之下,但一来立法层次太低,二来立法规范中的监管部分不够全面,在监管中不尽如人意。笔者认为,从现实的角度来看,对现存的《证券法》没必要作大手术修

^① 张宏:《QFII 的中国算盘》,载《中国企业家》2005 年第 15 期。

改,可采取附加条款的方式填补缺乏对外资的相应规定而导致的漏洞,例如对大规模恶意撤资的 QFII 要严惩,对进入中国内地后一定时间内不作投资的 QFII 要征收高额赋税,对长期不投资的 QFII 可取消其额度并劝退以防止其投机汇率,对劝而不退者可采取严格有效的经济制裁措施直至采取行政没收措施等。另一方面,要对这几年的 QFII 机构监管经验进行总结,尽快的搞出切合我国实际,并富有前瞻性的法规来。除了在过渡期间监管 QFII 外,还要着眼于将来全面开放资本市场后的监管工作。眼下对 QFII 的监管难点在于实施 QFII 制度后,海外证券市场上的投资者可以通过 QFII 在中国境内进行投资,这使 QFII 在海外市场的投资行为和投资结果可能影响其在国内的投资行为,其在海外市场的失败很可能会传导到国内市场上来。因为 QFII 们乐于投资中国内地除了想获利外,还在于将在内地市场的投资与其他海外证券市场相组合来降低投资风险。所以,随着中国 QFII 制度的逐步放宽,如何加强对在海内外多个市场进行投资的 QFII 的监管,如何把握 QFII 的财务能力,只让好的 QFII 进入中国内地证券市场就成为监管当局的一个难题。而就 QFII 制度本身而言,当前比较突出的问题有两个:一是如何实施对 QFII 背后的客户的监管。在当前的 QFII 制度下,监管者只能监管 QFII 的操作,而其背后的客户之间,以及客户和其他客户的交易就无从而知了。二是 QFII 的信息披露问题。目前只有监管层才能通过托管银行看到 QFII 投资的具体信息,一般投资者只能通过上市公司间接看到 QFII 的不完整投资信息。^① 笔者认为,在今后的金融立法中对于 QFII 建立相应的信息披露制度还是很必要的。

(三) 健全我国证券市场的内部化解风险能力

要利用外资还要加强自身建设。俗语云“苍蝇不叮无缝的蛋”,发展中国家在开放资本市场的过程中大都受过损失,交过“学费”,尤其以 1997—1998 年的亚洲金融危机的“学费”最为高

^① 赵锡军:《QFII 2004 年的实践》,载《中国金融观察》总第 104—105 期。

昂。究其原因,笔者认为,根本在于这些国家证券市场内部建设不完备,又急于开放资本市场,想在国际资本市场上分一杯羹,在自身的抗风险能力和化解风险能力尚不能与国际资本的冲击相抗衡之际就急于引入国际资本这只“金鸡”,期待着收获“金蛋”,实现超常规发展,结果被国际游资盯上,利用其内部防范化解风险能力的低下轻而易举地掠走了其多年积累的财富,并导致社会动荡。“鸡飞蛋打”的结局使得这些国家悲愤异常而又徒叹奈何。这次金融危机与我国内地擦肩而过,台湾虽受到袭击但顶住了游资冲击。我们在庆幸之余应看到,如果不加强自己的证券市场建设,不提高防险化险能力,类似的金融厄运就很可能降临到我们身上。回观内地的证券市场,问题可谓层出不穷,上市公司不规范运作情况已是司空见惯,市场操纵行为广泛存在,公司薄利、负利且赢利能力逐年下降的趋势明显,市场信息披露机制形同虚设,这样的证券市场对境外投资机构能有多大的吸引力是可想而知的,势必导致 QFII 要在这样的市场上生存发展也只能搞投机,从而达到我们不愿意去想的“双输”局面。毕竟 QFII 来中国是赚钱来的,逐利是其本性,而选择何种股票买卖只是手段,在巨大的短期投机利益面前要求它们理性投资是不现实的,而能否为国人树立起理性投资的风气更非他们的义务。^①在化解金融风险方面,笔者认为建立投资品种齐全的金融市场是十分必要的。台湾地区在拓宽投资渠道、创建金融避险工具方面的经验是值得我们借鉴的。台湾地区早在 1973 制定《国库券条例》,同年发行“国库券”;1976 年 5 月,台湾地区几家银行和“中央投资公司”合股成立首家票券公司——中兴票券金融公司,同年又有两家票券公司成立。1991 年,允许银行创造开发各种新型金融商品,包括外币保证金交易、利率互换、买卖期权等。1997 年 6 月,台湾证交所允许 31 家上市公司发行认股权证。1998 年,台湾期货交易所成立,推出台股指

^① 周庆行、鲁燕、江小华:《关于完善我国 QFII 制度的几点思考》,载《经济师》2005 年第 7 期。

数期货。由于投资渠道不断拓宽,各种金融避险工具不断被创造出来,使得台湾在推出 QFII 制度并逐渐解除对 QFII 的限制上显得从容不迫,将潜在的风险一一化解。^①内地证券市场与台湾地区当初情况很相似,随着 QFII 的不断引入,金融风险也会逐渐积累,如果没有健全的金融避险工具体系,QFII 们就有可能将其在国际证券市场上的风险转移到我们的证券市场中来;同时,QFII 们在中国的运作中产生的风险也会逐渐积累,由于他们的明星效应,其一举手一投足都可以获得大批资金追随,即使投资方向错误,仍可以利用其对国际金融避险工具的谙熟将投资转移而把风险留在中国内地。QFII 与国内机构投资者相比最大的优势在于其全球运作的视野,尽可以将风险转移。而国内投资者却无此转嫁风险能力。其结果是 QFII 们收获利润和平安,留给我们损失和风险。

三、结语

我国内地 QFII 制度的特点是采取一步到位、有限制的直接投资制度。由于中国内地证券市场和外汇储备规模较大,辅之以政府强大的监管力量,不必像台湾一样采用“海外基金”形式,而是直接引入 QFII。因此外资投资证券市场速度要远快于当时的中国台湾、韩国等。同时,台湾地区在 QFII 制度初期只允许境外基金管理机构、保险公司和银行进入,而不允许证券公司和其他资产管理机构进入。而《办法》规定的投资主体几乎包括了所有类型的境外投资者,兼之中国经济的高速发展是世界经济的亮点,为广大外国机构投资者看好。据报道,2005 年 9 月,外管局正式宣布 QFII 投资总额从 40 亿美元扩容到 100 亿美元^②,可以预见我国内地实行 QFII 制度的前景是美好的。但是,QFII 制度的成功实施不

^① 韩德宗、葛西城:《中国台湾地区的 QFII 制度及其启示》,载《国际金融研究》2002 年第 10 期。

^② 参见《QFII“扩容”开始加速》,载《深圳商报》2005 年 11 月 12 日。

可能一蹴而就,需要不断探索,不断总结经验,不断改进相关的制度环境和监管环境,循序渐进,兴利除弊,以充分发挥 QFII 制度的应有的积极作用。毕竟我们的 QFII 制度还处于初创期,QFII 们也还处于试水期。从台湾地区的经验来看,QFII 作为资本市场开放过程中一种有效的过渡性制度安排,一般长达十年以上,无论资格条件、机构种类还是投资种类、持股比例、投资额度都有一个循序渐进的动态演进过程,具有明显的持久性。再者,QFII 们资金的涌入也必然导致对我国股市、汇率稳定和国际收支平衡的冲击。对此须慎重对待。正如周小川在深交所举办的 QFII 研讨会上指出的,中国是一个大国,要对十三亿人负责,所以启动 QFII 制度的第一步要慎重一点,实践一段时间后再寻求更平衡的做法,尽量减少和控制发展中的风险以及改革中可能伴随的问题。实施 QFII 可能只是中国证券市场国际化过程中的一小步,却是中国证券市场对外开放的一大步。可以预见,在现阶段成功的基础上,通过健全法制,总结经验,我国证券市场对外开放将会迈出更大的步伐,对外开放的程度将不断提高。

再论人民币区域化的法律推进

杨 松^{* 1}

20 世纪 80 年代以来,随着金融全球化和金融自由化的发展,私人资本流动的规模和速度进一步加快,由此引发的货币金融危机不断冲击现有国际货币体系,促使许多国家和地区寻求各种有效治理模式。WTO 的建立及其在东亚地区成员国数量的增加,使东亚地区越来越多成员国根据 WTO 规则关注开放金融市场,包括资本市场的问题。1994 年,欧元启动,向全球,包括东亚地区展示了欧洲货币联盟创造区域货币一体化的成功范例,同时也反映了全球货币体系的变化。在这种背景下,有关亚洲特别是东亚货币合作机制的建立问题,就成为深化区域经济一体化、增强地区的国际竞争力和经济安全必须要考虑的问题。我国作为东亚地区和平崛起的经济大国,对区域政治、经济发展有着重要影响,在东亚区域货币合作中地位和作用将日益提高,人民币的地位将发生新的变化,并将对东亚区域货币合作的深化发展产生巨大的影响。本文试图对人民币区域化发展所需要的制度安排及其运作效率进行阐释并进而指出制度障碍及制度改进与完善之法。

一、人民币区域化的可行性:一个必要的交代

所谓人民币的区域化,也可称为人民币的亚洲化,它是指人民币通过参与东亚区域货币金融领域的制度性合作,争取成为区域

* 法学博士,辽宁大学法学院教授。e-mail: songsongyang@hotmail.com。

内关键货币 (Key Currency) 或驻锚货币 (Anchor) 的过程,它是人民币国际化进程中不可缺少的一个关键阶段。^①

自 1999 年东亚经济从金融危机的打击中逐渐恢复以来,各国、各地区开始积极探索开放经济背景下的风险规避和成本控制问题,并尝试开展多种初级形式的区域货币合作,尤其是 2000 年 5 月“清迈倡议”提出后,东亚区域货币合作取得了一系列比较明显的进展:旨在对私人资本流动加强信息沟通与监测的工作建立;10 余份双边货币互换协议签订 (BSA, Bilateral Swaps Arrangement);10 亿美元亚洲债券基金 (Asian Bond Fund, ABF) 启动;亚洲 18 国外长发表的关于亚洲债券市场发展的《清迈宣言》,等等。这些都显示了现阶段东亚区域货币合作的发展。东亚区域货币合作面临的一个困境是各国货币政策协调中缺乏合适的区域“驻锚”,因为在一个区域中推进各种政策协调尤其是货币政策协调,必须有一个核心的货币政策目标,以便在各国制订货币政策时作为基本参照系,也就是驻锚 (anchor)。1997 年金融危机前后,东亚基本上均通过钉住美元的汇率制度引入美国货币政策,由于美国同东亚的经济周期存在巨大差异,不能适应东亚经济体的要求,而日本由于长期陷入经济萧条,其货币政策显然难以承担起“核心驻锚”的作用。在这样的背景下,人民币的未来地位和走势普遍受到关注。目前国际社会存在着两种倾向:一些学者在考察东亚区域货币合作或区域性汇率安排时,没有给予人民币应有的重视,不是将美元置于核心地位^②,就是主张钉住美元和日元构成的货币篮子^③,或是钉住包括美元、日元和欧元在内的货币篮子^④;还

① 丁一兵、李晓:《关于东亚区域货币合作的研究:文献综述》,www. cass. net. cn/yataisuo/Bak/ddyt/0406-2. htm。

② Mck innon YR, Exchange Rate Coordination for Surmounting the East Asian Currency Crises, Asian Economic Journal, Dec. 1998, 12(4), pp. 317—329.

③ [日]伊藤隆敏、小川英治、佐佐木百合:《东亚区域性货币体系》,载杨栋梁主编:《国际货币金融体系与东亚》,天津人民出版社 2001 年版。

④ Kawai & Takagi S., Proposed Strategy for a Regional Exchange Rate Arrangement in Post-Crisis East Asia, World Bank working paper, No. 2503 2000.

有一些学者坚持,日、美、欧官方和产业界最近对人民币实施联合打压,指责中国“向世界输出通货紧缩”,要求人民币升值。这两种看似矛盾的观点反映了东亚地区在汇率制度选择和区域货币合作方面的矛盾或困境。

在现阶段东亚区域货币合作取得初步进展的同时面临着一些障碍的情况下,中国的积极参与具有十分重要的意义。作为东亚地区经济增长与货币政策的稳定器,以及东亚地区巨大的市场提供者和政策协调的推动者,中国可以提供支持货币合作所需的部分经济资源。近些年来,中国经济实力不断增强,与其他东亚经济体的经贸往来日益密切,产业关联度不断提高,应该说中国已经逐渐被纳入到东亚地区的产业分工格局中,成为东亚区域产业循环的重要一环。为了保持区域贸易和产业关系的稳定,也需要中国经济的积极参与。特别是自1997年亚洲金融危机之后中国稳健的货币政策和利率水平,充分体现出管理货币的能力,这为人民币成为区域货币政策的“驻锚”创造条件。

从国际货币体系的发展来看,人民币的区域化也是其未来国际化的重要阶段。现行的国际货币体系仍然是以美元为国际主导货币。根据蒙代尔的研究,在银行之外流通的美元总量达到了将近4000亿,其中大部分是在美国境外作为国际货币而存在的,只有10%~15%的美元在美国境内流通,这不仅使美国有能力承受巨额的经常收支赤字,也使美国得以影响乃至左右了其他国家的货币金融政策。^①所以,一国试图通过货币“直接的国际化”而不借助于区域货币金融合作的支撑来挑战国际霸权货币,是不大可能成功的。欧元的诞生与日元国际化的失败就是这方面的两个经典案例。

中国可以通过参与东亚货币合作,提升人民币的地位,加快人民币的国际化进程。目前人民币的区际法律地位与中国在业界和

^① Yu, Yong Ding, On East Asian Monetary Cooperation, Working Paper Series, No. 02, Research Center for International Finance, Chinese Academy of Social Sciences, 2001.

地区经济中的地位是不相称的。当然,这与中国对资本市场进行管制,尚未开放资本账户有关。但随着中国加入 WTO,对外开放的程度会逐步加深,人民币也将随着中国经济实力的不断增强和自身价值的稳定性而日益为其他国家,特别是周边国家广泛接受。由于人民币汇率自 20 世纪 90 年代中期以来一直保持高度稳定,再加上出口产品在周边国家深受欢迎,人民币已经自发地发展成周边贸易结算货币。

因此,人民币区域化只是一个时间问题。如果中国能够积极参与东亚货币合作,在其中发挥重大作用,有助于加快人民币成为重要地区货币的进程。中国有比较充足的外汇储备,但如果能协助东亚建立一个有效的货币合作机制,就可以利用东亚集体的抗风险冲击能力,来扩大和补充自身的能力。

总之,人民币区域化,既是晚近以来中国经济平稳健康发展的必然趋势,也是在当前以美元主导的国际货币体系框架内,争取人民币国际化的必然选择。

二、人民币区域化的制度要求

从前面的分析中,我们可以看出,中国具备了参与领导东亚货币合作的能力。随着中国经济实力的迅速增长,在更大范围内和更深程度上参与经济全球化进程,把人民币建设成为具有区域功能的、具有广泛流通市场的货币是可能的。影响人民币区域化的因素有很多^①,其中直接动力因素中,制度,特别是相关领域的法制建设起到关键性作用。人民币的流通及影响区域有其特殊性,通常情况下,货币首先是在发行国主权范围内发挥作用,随着发行国经济实力的提升、经济开放度及对外依存度的增强,货币越出一

^① 经济学家 Poirson 曾以 1990—1998 年间 93 个国家为样本,选取了 16 个影响变量作为检测标准,研究表明,货币国际化及汇率制度变迁的主导影响因素有:通货膨胀率、外汇储备水平、货币政策、生产和产品多样化、贸易开放度、贸易冲击脆弱性、政治性稳定、经济规模、经济发展水平、GDP 增长率、贸易地理集中度、失业率、资本流动、外币定值债务等。

国范围,在一定区域内影响其他主权国家。但人民币首先在中国大陆流通,然后其影响波及中国香港、澳门、台湾地区,并形成事实上的自由贸易区,在此基础上,才能形成对东亚地区的影响。所以,考虑人民币区域化的制度要求时,要依循国内制度要求、两岸内地要求及区域化要求这样几个层次。

国内制度要求(国内市场化的配套法规)

应该说,直接推动人民币区域化的制度首先是我国的外汇管理体制。对中国而言,现行的人民币汇率是以市场供求为基础的单一的有管理的浮动汇率制,但由于企业结售汇制度和银行外汇结算头寸的限额,使人民币汇率成为一种事实上由中央银行通过在外汇市场上最终买卖来维持的固定汇率制度。我国虽在1996年实现了人民币经常项目的可兑换,至今却仍维持对资本项目的汇兑管制。根据克鲁格曼的“三元”定理,当资本账户不开放时,无论政府名义上宣布采取何种汇率制度,事实上都将收敛于固定汇率制度。我们发现,通过限制资本流动来维持汇率稳定的固定汇率虽然有利于人民币币值的稳定和我国对外经贸往来,但从制度经济学的观点看,人民币汇率的超稳定态势实际是一种制度分割,具有一定弊端。因为它以制度安排方式把市场分割成两个不同的市场,一个是外汇指定银行与企业之间的结售汇市场,另一个是外汇指定银行和人民银行共同参与的中国外汇交易中心。这种制度安排一方面不能使市场汇率反映供求关系决定的汇率水平,从而造成了社会资源的低效和无效配置,导致了外生交易费用的增加;另一方面,这种强制性的结售汇制度使得外汇成为一种稀缺的“公共资源”,诱发寻租行为的产生。同时,在官方市场存在进入限制时,公众不被满足的外汇需求必然会在官方外汇市场以外寻求出清,形成外汇黑市。寻租空间和外汇黑市的存在不但增加了市场交易主体的内生性交易费用,而且也迫使管理当局为了监控和管理付出昂贵的外生性交易费用。

由于一个国家在安排汇率制度、管理资本市场和实施货币政策时会面临“三难选择”,我国汇率制度改革的路径安排与人民币

自由兑换的进程必将紧密相关。加入 WTO 的 5 年后,基于国民待遇和监管成本方面的考虑,人民币资本账户必将逐步开放。中国作为一个大国,又绝对不能丧失货币政策的独立性。

从人民币的自由兑换上看,1996 年底以后,人民币经常项目可兑换,为人民币在东亚地区的流通创造了条件。但人民币能否得到东亚各国、各地区民间和官方的真正认可,有赖于人民币资本项目的开放程度,它决定着各国投、融资者用人民币进行交易的规模和水平,进而决定着居民和非居民对持有人民币的信心。按照 IMF 对资本交易的划分标准(共划分为 43 项),目前在中国,可兑换的有 8 项,占资本项目交易项数的 18.6%,主要包括居民和非居民之间的商业信贷、非居民对内直接投资、直接投资清算等;有较少限制的有 11 项,占 25.6%,主要包括居民在境外投资或发行货币市场工具、居民和非居民之间的担保活动、居民对外直接投资、非居民在境内购买和出售不动产等;有较多限制的有 18 项,占 41.9%;严格限制的有 6 项,占 13.9%。事实上,人民币已经在资本项目下实现了部分可兑换。^①中国加入 WTO 后,人民币开放资本账户的步伐将进一步加快,资本账户的开放具有不可逆性。^②

应加强和完善以商业银行为中心的信用制度,加大在国外推行人民币兑换业务。因为人民币区域化和国际化属于货币经营范围,它包括国内经营和国际经营两个部分,两者都需要通过建立良好的信用制度来协调运行。目前,在世界各国经济交往中,要为人民币可兑换创造条件,如在旅游业相互开放的国家中,尤其是在东亚国家推行定额人民币兑换该国货币。现在,在泰国、越南、缅甸、朝鲜、蒙古、俄罗斯、香港和澳门等国家和地区,人民币可以全境或局部通用(缅甸等已规定中国游客可自由携带 6000 元人民币入境并用此付费),但在整个东南亚地区流通的人民币不过 300 亿元,

① 郭树清:《中国的外汇政策和外汇管理体制变革》,载《财经》2003 年第 7 期。

② 需要明确的两点是:开放资本账户只是人民币实现区域化并最终实现国际化的手段,并不是目的,开放资本账户必须尽量与人民币区域化保持同步,放开的速率必须与逐步稀释人民币自由化的风险相协调。

而我国人民币总发行量为 16000 亿元,只占不到 2%,人民币在一定程度上的区域化也只是国际化的始点。同时,要大力推行在发达国家推行人民币兑换该国货币的措施,为提高人民币区域化和国际化提供良好的软环境。

一个合理的利率市场化机制对于推进人民币区域化,也是必不可少的。从世界金融发展历史来看,利率市场化有两种模式,一种是完全自由的利率市场化,它以发达健全的金融市场体系为基础。从有关国际利率市场化改革的实践看,如果金融市场体系不健全,一旦利率放开,完全由市场决定,利率波动就比较剧烈,就会带来巨大的金融风险,1997 年东南亚金融危机就是深刻教训。因此,这种利率市场化模式不适合发展中国家的改革目标。另一种是非对称利率市场化模式,它以较健全的金融市场体系为基础,以中央银行利用经济手段进行适度干预为前提。因为对发展中国家来说,由于资本的相对稀缺,若通过市场对资源进行配置就无法满足资金的要求,因此只能通过政府对利率的干预来增加资本积累。可以这么说,非对称利率市场化在一定条件下对发展中国家的金融和经济发展起着其他因素所无法替代的积极作用。

两岸四地人民币流通的要求(推进两岸四地一体化的立法)

人民币的区域化必须经历人民币在港、澳、台发挥作用这么一个阶段,这一阶段不能逾越,这一过程也是“大中华经济圈”货币合作乃至货币统一的过程。随着港、澳在 20 世纪末期的回归,她们与内地的经济交往日益密切。虽然目前台湾地区的回归尚有阻力,但贸易、投资、人员流动已大大加强。2001 年 11 月 13 日,随着中国大陆和台湾地区加入 WTO,按照 WTO 规则,两岸须在期限内逐步开放各类市场包括金融市场。并且,根据 WTO 非歧视和贸易便利化原则,台湾当局有义务开放两岸,实现直接三通,取消对两岸经贸交流一切不合理限制。随着大陆和台湾地区正式加入 WTO,香港和澳门早已是高度开放的小型经济区,可以预测在不久的将来,在“一国两制”框架下,大陆和港澳台经济金融一体化必将取得长足的发展。在“一国两制”框架下海峡两岸实现直接

三通,一个融合大陆和港澳台经济金融一体的自由贸易区便正式形成。实践中,经济一体化的发展必然导致市场一体化,而市场一体化内在地需求经济金融、货币一体化,因此,出于节约外汇交易成本和规避汇率风险,必将推进自由贸易区内经济金融高度一体化。这样,在“一国两制”下,大陆和港澳台自由贸易区建立一个共同货币区应比当初欧洲经济共同体建立欧元区更加必要和可行。

从世界金融发展史来看,无论是美元还是英镑,几乎每一种国际货币的形成都少不了离岸货币市场的支持。因此,建立人民币离岸市场将有助于推动人民币的区域化。香港具备建立人民币离岸中心的客观条件和市场需求。就制度条件而言,内地金融市场的各种制度与香港金融市场的势差较大,短期内不可能消失,这就为香港投资人民币离岸金融中心提供较大的获利空间;同时,香港具备优越的软硬件条件,如人员、环境等。其次,香港市场有大量的人民币存量,人民币在香港事实上已成为仅次于港币的第二大交易货币;再次,香港已存人民币兑换市场,并通过人员携带、地下钱庄等形式实现资金在两地之间的流动和人民币与自由贸易的兑换。但人民币目前在港的流通基本上处于银行体系之外,它没有解决人民币流出并安全回流内地的关键问题,形成了大规模人民币体外循环。根据 CEPA(内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排)在金融方面的四大调整,将允许香港银行在香港试行办理个人人民币业务,包括存款、汇款、兑换及信用卡业务。2003 年 11 月 19 日,中国人民银行和香港金融管理局签署合作备忘录,正式完成香港银行有限度经营人民币业务的制度化程序,香港媒体称之为“人民币一小步,金融中心一大步”。接着中国人民银行于 2003 年 12 月 24 日发布公告,授权中银(香港)作为香港银行个人人民币业务清算行。这为人民币流回大陆提供了正常的渠道。

区域化要求(人民币亚洲化的国际法)

人民币的区域化,不但需要中国国内相关制度提供良好的机遇,同时,一定要有国际金融市场的需求及其周边国家的主权认

同。1997年,始发于泰国,最终波及几乎所有东亚主要国家和地区,货币危机使东亚各国以及世界深感震撼。于是,各国努力找出症结,以防后患。1999年,东盟十国与中、日、韩峰会通过了《东亚合作的共同声明》,声称进一步加强金融、货币和财政政策的对话、协调与合作。2000年5月,地区金融合作出现了新的突破,10+3财长会议达成了《清迈协议》,决定设立货币互换和回购双边条约群。8月,10+3各国中央银行进一步将货币互换额由最初的两亿多美元提高到十亿多美元。另外,10+3财政部长们还委托东盟秘书处,在货币互换协议之外,继续探索一种适当的地区自我融资机制,以便加强本地区集体对付未来金融危机的能力。

迄今为止,日本已经同韩国、泰国、菲律宾、马来西亚缔结了货币互换协定。2002年3月28日,中国人民银行行长戴相龙和日本银行总裁速水优在东京签订了必要时向对方提出最高约合三十亿美元的货币互换协议。自2000年5月签署《清迈协议》以来,中国已经先后在该协议框架下同泰国、日本、韩国签署了双边货币互换协议,并于2002年10月9日同马来西亚签署了单方面的互换协议。由中国人民银行作为提供互换行,参与美元对马来西亚林吉特的互换业务,2003年又同日本、韩国、泰国等国家创建了“亚洲债券基金”。这些都显示了旨在稳定亚洲地区货币的合作已经取得了令人瞩目的成就。《清迈协议》是亚洲金融危机之后东亚国家总结教训取得的成果,它标志着这一地区新的货币区域主义的兴起。

随着人民币区域化进程的发展,东亚各主权国家应考虑让渡部分经济主权,来换取东亚地区的合作与稳定,而《清迈协议》的签订初步解决了地区内强势货币域外流通与适用的制度障碍。

三、人民币区域化的制度建设与完善

第一,就国内制度而言,完善人民币币值稳定的立法以及人民币可自由兑换的法律建设非常必要。这就需要建立符合市场经济规律的央行管理和外汇管理体制,加强资本项目开放的立法,加

强汇率立法,加强国内外汇市场建设,加强人民币境外流通的保护。而深层制度要求,则是以成熟的产权制度和完善的现代企业制度为基础。因为人民币的区域化,将国外与国内两个市场体系融为一体,社会资源会在更广范围内进行优化配置。在这种情况下,国际市场价格波动将直接影响到国内市场价格波动,影响本国经济安全。为此,更应按照市场经济体制的要求,深化产权制度改革,建立和完善现代企业制度,切实转变企业经营机制,使企业真正成为依法自主经营、自负盈亏、自我发展和自我约束的法人实体和市场主体。从工业来看,只有产权改革才能创造出真正的股份公司,并在此基础上形成真正规范且具有长期投资价值的资本市场。从农业来看,只有进行农村土地产权的改革,才能实现农村生产要素的合理组合和有效利用,增加对土地长期投资,降低农产品生产成本,提高我国农产品的竞争能力,培育现代化农业企业和具有规模效益的家庭农场。这些都是人民币区域化的基础性工作。

第二,整合“一国四币”,即中国大陆与港澳台地区货币的高度合作。考虑到巨大的政治分歧是货币一体化不可逾越的障碍,这个整合过程现在很难包括台湾地区。可以加强港澳作为人民币离岸金融市场的制度建设。

(1) 政策体制的建立。离岸金融市场必须要有与之相适应的金融上层建筑,即高度市场化的金融体制,尤其是灵活的汇率制度和货币可自由兑换。一般说来,离岸货币市场的形成是一国经济和金融高度市场化、全面开放的一个重要标志,故而中国目前的汇率制度安排和资本项目的管制,会成为人民币离岸市场形成与发展的最大制度障碍,并阻碍大陆与香港之间加强经贸联系与资本往来渠道。所以,中国要适时地扩大汇率波动区间,在此基础上适当地放开资本项目管理,建立自由资本流动新体制。

(2) 在允许香港试办人民币业务的初期,应建立安全及有效的渠道,让各种形式的人民币资金在内地政策允许的范围内实现在香港和内地的流通。其目的就是通过银行的人民币业务,将现在处于灰色状态的香港的人民币纳入受监管和有一定透明度的银

行体系,以利央行掌握其流量及流向。而允许人民币在香港的流通和香港的金融机构吸收人民币存款实为人民币离岸市场发展的一个里程碑。

(3) 在香港创造出对人民币的需求。比如允许有些企业不在大陆而在香港筹集人民币资金。即在境外筹集的资金合法回流并在大陆使用,内地的机构投资者可以香港银行为渠道投资于香港的资本市场及实业,或通过内地信托证券将人民币资金合理引入香港。在市场建立初期,中国内地的监管当局也可以禁止或者限制香港市场上的人民币同业拆借,也可以禁止或者限制离岸人民币存款在同一金融机构。在香港和内地分支机构之间调拨使用,以减少其可能带来的冲击。

(4) 内地与香港的金融监管当局需要沟通和密切配合。内地的金融监管当局要解决人民币与港币的汇率确定问题。虽然港币同人民币目前都同美元挂钩,但港币是自由兑换货币,而人民币同美元的汇率则有较严的外汇管制,而建设人民币离岸中心的一大内容就是要实现港币同人民币之间的自由兑换,这需要内地金融监管者对人民币与港币的汇率形成机制、浮动范围制定较明确的制度安排,而香港金融监管当局则应加强对相关金融机构吸收人民币业务活动的监管,以维护人民币汇率及其离岸市场的平稳,进而逐渐推进人民币的国际化进程。

第三,我国政府应加强与周边国家和地区政府协商,通过缔结人民币境外流通双边协议的形式,使人民币在这些国家和地区流通使用成为一种合法、正常的行为,得到法律的认可和保护。在此基础上,以边境贸易和旅游服务为突破口,逐步放宽人民币流通和使用的范围。鉴于人民币被周边和地区的认可和接受程度的不同,在签订多边协议时,可分层次、分阶段进行。笔者认为,可分为三个层次:第一层,可以包括缅甸、越南、泰国、朝鲜、蒙古、澳门特别行政区、香港特别行政区等,在近期完成;第二层次包括台湾地区、孟加拉、新加坡、韩国、马来西亚、菲律宾、印度尼西亚,在2~3年内完成;第三层次包括周边的其他国家和地区。实际上,我国在

推进周边国家和地区人民币自由兑换的同时,人民币在世界其他国家和地区的影响也逐步加大,在条件成熟的情况下也可适时建立双边货币流通协议,以加快人民币走向世界的步伐。

第四,充分利用 WTO 有关成员国金融服务的国际化要求,推进人民币区域化进程。

第五,借鉴国际经验,改进人民币出入境管理办法。国际上关于货币出入境的管理大约有五种类型:(1)本币携出入境均无限制,如德国、英国、比利时、委内瑞拉、卢森堡、荷兰、香港地区等。(2)本币禁止出入境,如朝鲜、缅甸、印度、老挝、蒙古、越南、前苏联等。(3)本币携出或携入有一定限制,如法国本币携入无限制,携出以 5000 法郎现钞为限;意大利本币携入以 20 万里拉为限,面额 5 万里拉以上的大额钞票禁止携出;美国本币携出入超过 5000 美元时,须向海关申报;日本本币携入无限制,本币携出以 500 万日元为限。(4)外币携出入无限制,如德国、卢森堡、英国、日本、香港地区等。(5)外币携出入有一定限制,如委内瑞拉,外币可自由携入,但货币法禁止商业性进口外国铸币,荷兰外币携入无限制,携出时原则上以携入数为限,但汇出赡家汇款数额不限;法国外币携出原则上居民以 5000 法郎等值外币为限,非居民以申报数为限,美国携出入超过 5000 美元等值外币时须向海关申报。我国关于人民币出入境的管理属第三种类型,即本币携出入均有一定限制,这适合现阶段我国的国情,而且在相当长一段时期内不会改变,但对于其中的相关内容可以进行改进和调整,以适应经济金融发展的需要。为了扩大人民币在周边国家和地区的流通使用,建议对于居民和非居民携带人民币出入境的数额限制提高至 1 万元人民币,超限额的只要用途正当也可允许出入境,但须申报。同时,畅通人民币回流的通道,对于非居民持有的人民币暂不允许兑换成自由兑换货币,可以考虑允许其以人民币进行直接投资和投资资本市场,但其投资收益只能以人民币的形式汇出或进行再投资,这样既不会对外汇储备造成冲击,也是利用外资的一种新形式。

第六,在周边国家和地区银行间的业务往来和信息交流,积极促进双边银行建立相互代理关系,为各政府、企业和居民所持有的人民币提供一个存放和结算的渠道。由于人民币现钞交易费用高、风险大、携带不方便,容易造成假币泛滥,因而应在双方开设银行。开设海外分支行不仅是人民币区域化的需要,也是推动我国海外贸易和海外投资发展的需要。具体做法是:(1)两国银行可在对方国银行开设对方本币可自由兑换货币账户,双方的客商可以在对方国银行存本币存款,并享受该国的存款利率。(2)两国的客商可通过双方银行按国际惯例进行两国货币的自由兑换和结算业务,但不能透支使用结算账户。(3)积极开展人民币与外币的银行兑换业务,以适应两国经济往来的需要。

第七,建立对人民币出入境的监测、预警和调节机制。加强对人民币出入境的统计监测,防范国际投机力量的攻击,是实现人民币区域化的重要保证。可建立人民币出入境监测网,实施有效监控。为了积累经验,初期可通过海关和银行两条渠道对人民币出入境进行统计监测,银行主要负责对汇入人民币款项的监测,并由中办民银行负责按季对人民币流出入情况进行分析,对异常变化及时作出相应的政策调整,以避免国际投资力量的冲击。同时,为了减少假票在国际上的流通,必须尽快提高人民币印钞和防伪技术,此外,应加强与国际社会的合作与交流,加大反洗钱的力度,维护正常的国际金融运行秩序。

在华外资银行的注册地分布及其 经营特点分析

黄金老^{* 1}

一、在华外资银行的注册地分布及其增长趋势

加入 WTO 四年来,外资银行迅速增加。截至 2005 年 10 月末,共有 20 个国家和地区的 71 家外国银行在中国设立了 238 家营业性机构。外资银行在华资产总额为 845 亿美元,占中国银行业金融机构资产总额 2% 左右,外资银行在华外汇贷款总额占中国金融机构外汇贷款总额 20% 左右。在华经营的外资银行机构中,已有 138 家获准经营人民币业务,15 家获准开办网上银行业务,41 家获准从事衍生产品交易业务,5 家外国银行分行获准开办 QFII 托管业务。除营业性机构外,另有 40 个国家和地区的 173 家银行在中国 23 个城市开设了 238 家代表处。同时,外资银行对中国银行业还进行了股权投资,截至 2005 年 10 月末,已有 22 家境外投资者入股 17 家中资银行,外资投资金额已超过 165 亿美元,占国内银行总资本的 15% 左右。

(一) 港资、日资、美资、韩资银行构成在华外资银行主体,密切相关于双边贸易投资规模

中国香港、日本、美国、韩国、法国、新加坡、英国、德国等发达经济体是在华外资银行的主要来源地(见表 1)。

* 中国银行国际金融研究所研究室主任。

表1 外资银行的注册地分布(2005年9月)

来源地	分行机构	支行机构	营业机构 总数	代表处	机构总数
中国香港	48	16	64	25	89
日本	22	0	22	53	75
美国	14	7	21	19	40
韩国	17	4	21	1	22
法国	14	0	14	8	22
新加坡	12	2	14	4	18
英国	10	1	11	10	21
德国	9	0	9	14	23
荷兰	5	2	7	5	12
泰国	5	0	5	4	9
比利时	5	0	5	1	6
加拿大	4	0	4	6	10
意大利	3	0	3	14	17
瑞士	2	0	2	8	10
澳大利亚	2	0	2	4	6
瑞典	1	0	1	4	5
葡萄牙	1	0	1	2	3
菲律宾	1	0	1	2	3
马来西亚	1	0	1	1	2
奥地利	1	0	1	0	1
总计	174	32	206		

资料来源：《在华外资银行名录》(2005年)。

这些经济体的银行来华设立分支机构较多,原因在于:一是这些经济体与中国有着深厚的经济贸易联系。对华贸易、来华投资和人员往来日益增加,激励这些经济体的银行来华发展业务。数据表明,在中国设立分行最多的外资银行所属的经济体,正是中国最大的贸易伙伴和在中国直接投资最大的经济体(见表2)。中国台湾地区尽管与中国内地的贸易和投资活跃,但由于台湾地区当局的阻挠,在内地没有营业性外资银行机构。二是这些经济体的银行业本身很发达,以全球发展为目标国际银行自然要进入经

济金融日益繁荣、开放的中国。

表 2 外资银行在华营业机构数与其注册地对华贸易及对华 FDI 相关性

金额单位:亿美元

来源地	营业机构 总数	2004 年 进出口总额	到 2004 年底累计 对华 FDI 额
中国香港	64	1126.7	2832.03
日本	22	1678.86	468.46
美国	21	1696.26	480.29
韩国	21	900.68	259.37
法国	14	175.85	68.04
新加坡	14	266.8	255.39
英国	11	197.29	122.31
德国	9	541.24	99.09
荷兰	7	214.89	58.74
泰国	5	173.4	27.28
比利时	5	93.80	7.53
加拿大	4	79.32	45.36
意大利	3	156.76	28.27
瑞士	2	51.3	—
澳大利亚	2	233.33	—
瑞典	1	51.99	10.51
葡萄牙	1	8.69	0.73
马来西亚	1	262.61	30.86
奥地利	1	22.91	4.43

注:在进出口总额方面,加拿大为 2002 年数字,澳大利亚为 2003 年数字,葡萄牙、马来西亚和奥地利为 2003 年数字。

(二) 韩资、美资银行增长最快,港资银行更进一步,欧资银行平稳增加,日资银行退缩

加入 WTO 之前,来自日本的外资银行最多。但最近四年,来自中国香港的外资银行大量开设分支机构,已远远超过日本。在中国银行业市场即将全面开放之机,美资银行加快了进军中国市场的进度,超过法国,变成第三位,并且即将超越日本。韩中经济

贸易的迅速发展,促使韩资银行迅速提升到第四位。法国、新加坡、英国、德国、荷兰紧随其后。

表3 加入WTO以来各注册地外资银行
在华营业机构数的增长情况(2005年9月)

来源地	入世前 机构数	入世后 机构数	新增 机构数
中国香港	49	64	15
日本	27	22	- 5
美国	13	21	8
韩国	10	21	11
法国	17	14	- 3
新加坡	12	14	2
英国	10	11	1
德国	9	9	0
荷兰	8	7	- 1
泰国	5	5	0
比利时	5	5	0
加拿大	4	4	0
意大利	2	3	1
瑞士	2	2	0
澳大利亚	2	2	0
瑞典	1	1	0
葡萄牙	1	1	0
菲律宾	1	1	0
马来西亚	1	1	0
奥地利	1	1	0
总计	174	206	

资料来源:《在华外资银行名录》(2002年);《在华外资银行名录》(2005年)

根据《外资金融机构管理条例》(2002年2月1日起施行)及其《细则》的规定,代表处设立两年以上方可申请升格为分行。2002年之前已设的代表处若想升格为分行早就升了,没有升的,很可能没有升格的意愿。由于外资银行代表处的主要职能是从事

咨询、联络和市场调查等非经营性活动,新设的代表处一般都是冲着设立分行而来。因此,2002年以来新设的代表处,升为分行的可能最大。按此推算,未来三年,新设十多家分行是完全可能的。并且这些新设分行将集中于成都等地以及苏州、东莞等发达的二级城市。支行将成为外资银行新设营业机构的主流。根据《外资金融机构管理条例》规定,外资银行一年在一座城市只能新设一家支行,目前外资银行一方面正积极地游说监管当局放开此限,另一方面则在多个城市采取同步设立支行的方式来缓解此限。

随着外资银行分支机构的设立,外资银行代表处的数量只会减少,但仍会保持二百家左右。主要原因是因为外资银行代表处虽不能直接办理业务,但可以营销客户。实际上,只要代表处不签订合同,多数“经营性业务”的前期工作又是可以做的。特别是贸易融资结算类业务。举凡市场调查、联系客户、风险分析和撮合成交等,代表处都可以做。如美国运通驻北京代表处,就协助总行与各地分行,做外地同业的汇款、信用证、贸易融资及联合贷款业务。但这些都是间接进行的,不能签约。还有可能“触电”犯规。2003年美一银行代表处“触电”犯规被中国银监会罚款100万元,是因为它做得太过火了,如帮助其总行和其他海外分行追债、分享佣金,结果被其债务人举报,证据确凿。从外资银行代表处在中国的地域分布也可看出此种奥妙。日本、美国等与中国有着密切经济贸易的国家的银行的代表处多设于上海,显然是因长三角地区是贸易投资的中心地带。而泰国、俄罗斯等国的银行代表处则集中在北京,因为这些国家与中国经济贸易联系不很突出,代表处的目的就是单纯的收集信息、处理公共关系。可以这样认为,设于经济中心的代表处,多具有营销客户的职能。

二、各注册地外资银行在华发展现况及其经营特点分析

(一) 香港银行业

中国香港一直是内地的最大 FDI 来源地。1979—2004 年,香港累计对内地的 FDI 为 2832 亿美元,占内地累计吸收的全部实际

FDI 的 51.21%。香港同时也是内地的主要贸易伙伴,2004 年内地与香港的贸易额为 1126.7 亿美元,占内地当年外贸比例为 9.76%(按 2004 年全国对外贸易额 11547 亿美元计)。密切的投资贸易联系,以及香港本身的城邦经济特点,决定了香港所有符合条件的银行都已在内地设立分行(见表 4)。

在内地的港资银行具有如下特性:

(1) 数量最多,加入 WTO 后增量最多。目前有分行 12 家,支行 10 家,代表处 7 家。未来三年内还有望增设 7 家分行,支行则会更多。渣打银行虽注册于伦敦,实际上也是港资银行。

(2) 地域上以南中国为主,如广东就有 16 家,福建有 5 家。目前,长三角成为港资大银行扩张重点。CEPA 协议实施后,深圳成为香港银行业北上的第一个据点,港资银行成为深圳外资银行的主力军。目前,深圳有 19 家港资营业性银行机构,是内地港资银行最多的城市。截至 2004 年 11 月底,深圳港资银行资产总额 45.05 亿美元,负债总额 39.15 亿美元,存款余额 8.86 亿美元,贷款余额 27.8 亿美元。1 至 11 月份实现盈利 2033.96 万美元,占深圳外资银行盈利总额的一半。香港企业的入驻为港资银行提供了发展空间。目前在深圳的港资企业有 1 万多家,占全市外商投资企业总数的 70%。不仅如此,港人来深消费、工作甚至居住者逐年增多,深圳及周边地区的销港楼盘因此旺盛,楼宇按揭业务也是逐年飙升。如永亨银行深圳分行,楼宇按揭业务已占到该行贷款业务的一半。部分港资银行还将数据处理中心、档案管理中心、单证业务、电话业务中心等业务部门移至深圳。

(3) 分行多于代表处。由于港资银行拟深度介入内地市场,代表处一到期便转正为分行。香港对内地经济金融、人脉至为熟悉,不需要通过代表处来收集内地经济金融信息,拓展人际关系。目前仅美银亚洲在内地只设代表处而无分行,而美银亚洲 2004 年才成立,三年期满后必然会转为分行。

(4) 深度介入内地市场。港资银行对内地经营极为看重,6 家全面服务型外资银行中,港资银行就有 4 家(汇款、东亚、恒生

表4 中国香港主要银行在华发展情况

行名	汇丰 银行	东亚 银行	恒生 银行	南洋 商业	中银 香港	永亨 银行	集友 银行	星展 香港	廖创 兴	永隆 银行	亚洲 商业	上海 商业	中信 嘉华	大新 银行	其他
代表处	1	7	2	0	0	2	0	4	2	2	2	1	1	0	1
	上海	青岛 福州 武汉 重庆 天津 东莞 苏州	厦门 东莞	0		北京 广州		天津 福州 杭州 东莞	上海 广州	上海 广州	上海 沈阳	上海	北京	0	深圳
分支机构	12+6	10+3	6+4	5+1	4+2	2	2	1	1	1	1	1	1	1	0
	上海 深圳 北京 大连 广州 青岛 天津 武汉 厦门 成都 重庆 苏州	上海 深圳 北京 大连 广州 福州 厦门 珠海 成都 西安 杭州	上海 深圳 北京 广州 福州 南京	上海 深圳 北京 大连 海口	上海 深圳 青岛 汕头	上海 深圳	厦门 福州	深圳	汕头	深圳	深圳	深圳	上海	深圳	0
机构总数	19	20	12	6	6	4	2	5	3	3	2	3	2	1	1

以及“渣打”)。港资银行甚有移师内地之气概,广设分行,批发零售兼营,大客户与中小客户兼收。

以汇丰银行最为强劲。汇丰银行现在在内地有 12 家分行、6 家支行,一直是在内地营业网点最多的外资银行。汇丰银行表示,希望在 2007 年中国金融市场全面开放之际,争取在华分支机构突破 20 家。到 2005 年底,汇丰的内地员工已超过 2000 人,仅 2005 年就新增 800 名。随着支行的增加,汇丰的内地员工达到 3000 人指日可待,如 2005 年 4 月,汇丰银行北京国贸新支行开业,其在北京的工作人员已由之前的 30 多人增加到近 200 人。汇丰控股还通过旗下机构,累计投资 50 亿美元于内地金融业(上海银行、交通银行 144.61 亿元人民币和 19.9%、平安保险 9.91%),是目前在内地投资规模最大的外资金融机构。汇丰还与山西信托公司合资组建晋信基金管理公司。汇丰多年被《金融亚洲》、《欧洲货币》评为“中国最佳外资银行”。

汇丰控股的恒生银行也在内地设有 6 家分行、4 家支行。恒生银行计划再投资 10 亿元在国内开设分行。恒生银行同样对内地金融机构大量参股,投资金额超过人民币 31 亿元。其中,以人民币 16.26 亿港元购入兴业银行 15.98% 股权。恒生银行来自兴业银行的半年税前盈利贡献达 1.9 亿港元。委任恒生银行副总经理兼财务主管陈国威出任兴业银行董事,1.9 亿港元的收益使半年回报率达 11.7%。恒生银行希望增持,但现时仍未有机会。兴业银行另有两名股东,分别为新加坡政府产业投资有限公司(GIC)和国际金融公司——IFC,持股比例为 5% 及 4%,外资持股比例总计已达 24.98%。

东亚银行 1920 年便在上海开立了第一家内地分行,现在内地设有 10 家分行、3 家支行,营业机构数量仅次于汇丰银行。东亚银行同样具有增设分支机构潜力,目前在内地尚有 7 家代表处,汇丰、恒生代表处已不足 2 家。2006 年上半年,预计将在杭州和重庆增设两间分行并在大连和西安市设立两家支行。截至 2005 年 6 月底,东亚银行的中国内地客户贷款总额折合达 152.54 亿港

元,较上年同期增加 109%,其中逾期三个月以上的客户贷款额为 1.2 亿港元,问题贷款率为 0.79%,略高于全部贷款总额的问题贷款率——0.58%。2005 年上半年,内地分支行为东亚银行贡献了 1.58 亿港元盈利,较上年同期增加 59%,占其盈利总额的 11.3%。东亚银行预计未来三年内地业务盈利比例将占 25%。东亚银行正与民生银行商谈参资入股事宜。

渣打银行 1858 年就在中国内地开设分行,现在内地设有 9 家分行、1 家支行。渣打银行宣布,将在 2006 年年底前把在中国内地的分支行数量从 11 家增至 20 家。2006 年初,渣打银行成都分行以及上海、北京和深圳的三家支行将成立。到 2005 年底,渣打的内地员工已达到 1300 人。渣打银行投资 1.23 亿美元于渤海银行,占股比例为 19.9%。2005 年,渣打银行把其香港业务分公司注册成子公司——渣打银行(香港)有限公司,以助于加速在中国的业务发展列入其中。

(5) CEPA 便利香港银行业进入内地市场。2003 年 6 月 29 日,中国内地与香港签署了《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA),其中有关银行业安排的具体内容为:

4. 降低香港银行和财务公司进入内地市场的资产规模要求,将设立分行和设立法人机构的资产规模要求同时降至 60 亿美元。银行可选择设立分行或法人机构,财务公司只可设立法人机构;

5. 香港银行在内地设立中外合资银行或中外合资财务公司,或香港财务公司在内地设立中外合资财务公司无需先设立代表机构;

6. 降低香港银行内地分行申请经营人民币业务的资格条件:一是将须在内地开业 3 年以上的要求降为开业 2 年以上;二是在审查有关盈利性资格时,改内地单家分行考核为多家分行整体考核。

7. 内地支持国有独资商业银行和部分股份制商业银行将其国际资金外汇交易中心移至香港;

8. 支持内地银行在香港以收购方式发展网络和业务活动；

港资银行多属中小银行,难以满足 200 亿资产的准入条件。降至 60 亿美元后,香港 12 家中小型银行便有了赴内地开业的机会。2004 年 2 月,永隆银行深圳分行成立,成为第一家按 CEPA 优惠政策进入内地金融市场的港资银行。到 2005 年 1 月,中国银监会已批准 5 家香港银行根据 CEPA 规定的优惠条件在内地设立分行,90% 以上的总资产达到 CEPA 规定的香港银行已获准进入内地。

CEPA 协议不仅加快了港资银行进入内地市场的步伐,也拓展了这些银行在内地的业务范围,尤其是人民币业务和住房按揭业务。在 CEPA 协议未签署之前,外资银行(含港资)的内地分行要开展人民币业务至少需要 5 年,包括组建分行之前必须在当地成立代表处,在代表处成立 2 年以后才能升格为分行,而且分行还必须开业 3 年以后,才能经营人民币业务。同时,以往申请人民币业务还要符合“经营 3 年以上,连续 2 年盈利”的条件。而由于金融行业的特殊性,港资银行内地分行开设初期盈利较为困难。因此,港资银行内地分支机构经营人民币业务始终未获较大进展。CEPA 加速了港资银行经营人民币业务的步伐。其条款规定:香港银行内地分行申请经营人民币业务时,在内地的最低开业年限要求由 3 年降至 2 年,有关盈利性资格的审查,也由内地单家分行考核改为多家分行整体考核。这种较为宽容的政策使港资银行有了新的希望。目前,中国银监会按照 CEPA 规定的优惠条件批准了 26 家香港银行内地分行经营人民币业务的申请。在内地经营的 58 家香港银行机构中,38 家机构已获准经营人民币业务,约占经营人民币业务外资银行机构总数的三分之一;在 13 家获准开办网上银行业务的外资银行中,6 家是香港银行。

除人民币业务外,港资银行正加紧拓展内地的住房按揭市场,目前港资银行已成为内地外销楼盘按揭的主要办理银行。在杭州、上海、北京等地,包括汇丰银行、东亚银行、永亨银行等在内的

多家港资银行正在加大培育当地个人按揭贷款市场的力度,仅永亨银行在中国内地就已为四十多个楼盘提供优惠的美元、港元按揭贷款服务。

由于 CEPA 降低了香港注册银行准入内地的门槛,并许以更早的开放空间,促使部分非香港银行到香港注册,以港资银行身份进入内地发展。美洲银行集团在港注册的美银亚洲即是首例。2004 年 7 月,渣打银行将在港业务公司改在香港,成立渣打银行(香港)有限公司。花旗银行也采取了类似的行动。2005 年 10 月,花旗银行亦完成了其在香港注册的工作。汇丰银行也表示将重新在香港注册。中国台湾地区的银行也希望借港登陆内地(见专栏 1)。2003 年,台湾地区富邦银行购买香港港基银行 55% 的股份,目的之一就是假道进入内地。建华、台新以及信托银行,亦有此想法。

专栏 1

台资银行进入内地营业的困境与出路

台湾地区与祖国大陆的经贸往来十分密切。2004 年,台湾地区与中国内地的贸易额为 783 亿美元,1979—2004 年台湾地区对中国内地的 FDI 为 396.05 亿美元,占内地累计吸收的全部实际 FDI 的 7.05%。台湾企业大举进入中国内地,台湾银行业当然希望跟进。目前在内地营业的 200 余家外资银行中,仅 1997 年 1 月成立于上海的华一银行具有台资背景,该行不属于任何一家台湾银行系统,而是台商的私人投资。并且其规模很小,只有两家支行、两家代表处,目前该行正计划将台资的股份稀释到低于 25%、中资的股份加大,以完成从合资银行变身为中资银行。2002 年中国内地允许台资银行设立代表处之后,当年台湾地区就在中国内地设立了 7 家代表处(分别为国泰世华商业银行、彰化商业银行、合作金库银行、华南商业银行、中国信托商业银行、台湾土地银行、第一商业银行),显

其急欲进入中国内地之心。但长期以来,台湾当局借口两岸未签订金融监理协议备忘录(MOU)而拒绝两地银行互设机构。所以,现在尽管7家台资银行已符合设立代表处2年、可升格为分行的规定,却无法升格为分行。

随着2006年底内地银行业的全方位开放以及在华外资银行实力的增强,台资企业客户正落入在华外资银行手中。2004年底,花旗、渣打银行的内地分行陆续成立 Taiwan Desk(台商柜台),聘请台湾的银行职员吸引台资客户。汇丰银行中国区的台湾团队早在2003年初就已经开始运作,现有的25名职员分布于汇丰银行在中国大陆的12家分行,负责两岸三地台商客户的开发与协调。中资银行业在股改和治理机制完善之后,竞争力也大大加强。2005年10月,国家开发银行准备5年内给台商提供300亿元的融资贷款。

恰如台湾中国信托金融控股股份有限公司主席辜濂松先生所说,由于政治上的原因,台湾地区的金融机构不得在大陆设立分支机构,因此在未来几年内,这里将被外资银行所垄断,一旦在大陆地区的台商与外资银行建立起稳固的关系,台湾的银行将很难再争取到他们的生意。所以,台湾地区现在立即着手开放台资银行到大陆地区设分行,趁台资企业还没有转往外资银行之前,台湾地区的银行业还有机会留住客户。

在这一背景之下,台湾当局也开始松动银行政策。2005年1月,据台湾《经济日报》报道,台湾“金管会”拟定了两岸金融业务往来许可办法修正案,希望借此台湾的银行可以通过参股方式,投资内地的商业银行,并将银行业从禁止投资类项目改列为准许投资类。其步骤为:第一阶段先开放银行及金融控股公司以直接或透过海外子银行参股投资内地的商业银行。根据“金管会”统计,台湾地区银行目前在海外设有子银行的,在美国有建华银行的“远东国民银行”、中国信托的“美国中信

银”、第一银行的“美国第一银行”；在越南，则有国泰世华银行的“世越银行”。在香港地区，有富邦金控控股港基银行后而得的类子公司。对于投资金额，采取“总量管制”，标准为：投资金额不得超过投资时银行实收资本额扣除累计亏损的 40%；单一或多家金融业者参股大陆银行比率不得超过 20% 和 25%；自有资本总额扣除投资金额后的资本充足率不低于 8%；金融控股公司资本总额扣除投资金额后的集团资本充足率不得低于 100%。按此标准，有 11 家台资银行符合，分别是台湾银行、土地银行、合作金库银行、中国信托商业银行、中国商银、台北银行、交通银行（台湾）、台新银行、建华银行、上海商业储蓄银行与台北国际商业银行。“金管会”的这一两岸金融业务往来许可办法修正案因牵涉到“两岸政策”，还需“行政院”及“陆委会”等相关主管机关来作决定。同时，台湾银行界也认为，参股大陆银行更像是一句口号，因为以台湾银行的资金实力，根本谈不上参股。

（二）日本银行业

1979—2004 年，日本企业在中国之累计直接投资达 468.5 亿美元，占中国吸收的全部实际 FDI 的 8.47%；而 2004 年双边贸易额为 1678.9 亿美元，占中国当年外贸比例为 14.54%。且自 1979—2000 年，中国利用的日元贷款，累积为 26 461 亿日元，占外国对中国承诺贷款额之 50%。1981 年至 2000 年，日本给予中国无偿援助 1 121 亿日元，占外国无偿援助之 25%。如此密切的贸易投资联系以及日本银行体系的特点，促使日本主要银行皆在中国设立分行（见表 5）。

在华日资银行具有如下特性：

（1）日资银行数量虽多，但加入 WTO 后不增反减。日资银行多为 20 世纪 90 年代前半期设立，2002 年以来，仅有两家分行新设。未来三年内，有望再设 2 家分行。日资银行的数量多，主因之

一是日本银行与企业相互持股,实行主办银行制度,一家企业对应一家银行,这样该企业来华投资,其主办银行也就跟进。近年少有新设,主因在于日资银行迫于不良资产处置和资本金补充压力,自顾不暇,但到2004年日本银行业已基本复原,所以2004年和2005年各在中国设立了1家分行。未来三年之内日资银行会有较多的进入。

(2) 地域上最重上海,次为环渤海地区。日资银行在上海设有5家分行,邻近的苏杭设有2家,环渤海地区(含北京)则有11家,特别是日资银行竟在上海设有30家代表处,而北京仅4家。原因在于日本对中国相当了解,其代表处的业务职能很重。主办银行制度下,一家企业对应一家银行,当其业务量很少时,设一家代表处就足够了。通过代表处,将业务转介到母行或香港分行承做。

(3) 营运资本偏低。这是日本企业境外直接投资的习惯做法。即注册资本或营运资本较低,主要依靠股东借款或贸易融资(应付账款)来借入资金维持营业。其原因有二:一是日资银行资本紧拙,母银行都为资本不足发愁;二是万一海外公司营运发生不利变化,依清偿时“债权优于股权”的精神,母银行要撤出投资地,所受的损失较少。

(4) 基本上只与日资企业往来,为典型的“紧随客户跟进”型式。以天津为例,截至2004年11月末,一日资银行天津分行已经将其31.26%的贷款资产,投向了其股东在天津的合资企业及其配套企业。日资企业也其对往来银行非常忠诚。其历史根源在于日本银行与企业相互持股制度。由此也决定了在华日资银行目前还只做批发业务。当其业务量很少时,便设一家代表处就足够了。通过代表处,将业务转介到母行或香港分行承做。

(5) 喜做贷款业务。日资银行主打普通贷款产品。以天津为例,经过8年的发展,截至2003年11月末,天津日资银行的普通贷款资产已占全部资产的41.83%。2004年前11个月天津日资银行总资产较上年同期收缩了12.77%,但普通贷款资产仍扩大了3.07%,占全部资产的比重也上升至49.42%。2004年前11个

月,天津日资银行的各项贷款利息收入增长 26.05%,使得天津日资银行总收入以 31.18% 的增速飙升。不过,天津日资银行的贷款资产收益水平低于天津外资银行贷款资产平均收益水平 1.263 个百分点。

(6) 政府转贷业务很大。日本政府对华贷款较多,这些业务多交由日资银行或中国银行转贷。随着援华贷款的大量减少以至 2008 年完全停止,这部分业务即将走入历史。

(三) 美国银行业

美国是中国最大贸易伙伴,2004 年中国与美国的贸易额为 1696.3 亿美元,占中国外贸的比例为 14.69% (按 2004 年全国对外贸易额 11547 亿美元计)。同时美国也一直是中国主要的 FDI 来源地。1979—2004 年,美国累计对中国的实际 FDI 为 480.3 亿美元,占中国吸收的全部 FDI 的 4.42%、8.69% (前一个数为占合同外资百分比,后一个为占实际利用外资百分比)。尽管有如此密切的贸易投资联系且美国银行体系的强大,但美国银行业对来中国发展并不积极(见表 6)。

表 6 美国银行业在华发展情况

行名	花旗 银行	摩根 大通	美国 银行	纽约 银行	美联 银行	美国 建东	美国 运通	加州 联合	其他
代表 处	3	0	0	1	2	0	2	2	9
	上海 厦门 成都	0	0	北京	北京 广州	0	北京 上海	北京 上海	北京 5 上海 3 深圳 1
分支 机构	5+6	3	3+1	1	1	1	0	0	0
	上海 深圳 北京 广州 天津	上海 北京 天津	上海 北京 广州	上海	上海	厦门	0	0	0
机构 总数	14	3	4	2	3	1	2	2	9

在华的美资银行具有如下特性：

(1) 分行增长不快,支行增长迅速。现有 14 家分行、7 家支行。中国加入 WTO 以来,美资银行新增 2 家分行,但增加了 6 家支行。未来,美资银行仍不准备扩张分行,分行增长潜力 2 家,分别为纽约银行北京分行和花旗银行成都分行。

(2) 高度集中于中国超级经济中心地区。上海一地就设有 9 家美资银行营业,北京 4 家,广东 6 家,天津 2 家。未来,将有更多的支行设于中国超级经济中心地区。

(3) 特别注重表外业务,对于融资业务十分谨慎。这反映了美资银行对于中国经济成长有别样的看法。

(4) 整体上对中国市场重视不够。美国虽有全球竞争力最强的商业银行体系,与中国也有非常密切的贸易投资联系,但美资银行在中国并不强大,加入 WTO 前美资银行仅在中国设有 12 家分行,远低于日本、香港、法国。相反,美国的投资银行则在中国大行其道,美林、高盛、摩根斯坦利、雷曼兄弟则都在中国呼风唤雨。投资银行赚取的是无风险的中间业务利润,而贷款业务的风险很高。

美资银行中,唯独花旗银行深度介入中国市场。花旗银行现在中国设有 5 家分行、6 家支行。花旗在中国的员工队伍近 2000 人。第 6 家分行——成都分行即将开业。并参股浦发银行。2005 年,花旗银行增设中国区行政总裁一职。

美洲银行也有望在中国深入发展。花旗银行现在中国设有 3 家分行、1 家支行。2005 年 1 月,注册于香港的美国银行(亚洲)有限公司在广州开设办事处。美银亚洲将是美国银行集团在中国主攻个人和商业银行市场的据点。

(四) 韩国银行业

韩国是中国新兴的经济贸易联系国。2004 年韩国对华贸易额达到 900 亿美元,成为中国的第四大贸易国,占中国外贸比例为 7.79% (按 2004 年全国对外贸易额 11547 亿美元计)。1979—2004 年,韩国累计对中国的实际 FDI 为 259 亿美元,超过新加坡位居第四。占中国吸收的全部实际 FDI 的 4.68%。密切的投资

联系,以及韩国银企关系特点,促使韩国主要银行均在中国设有分行(见表7)。

表7 韩国银行业在华发展现况

行名	韩国 外换	韩国 友利	中小 企业	韩国 产业	韩亚 银行	新韩 银行	朝兴 银行	输出 入	国民 银行
代表 处	0	0	0	1	0	0	0	2	1
				北京				北京 上海	广州
分 支 机 构	4	3+1	3	2	2	2	1	0	0
	上海 北京 天津 大连	上海 深圳 北京	天津 青岛 沈阳	上海 广州	上海 沈阳	上海 青岛	天津		
机构 总数	4	4	4	3	2	2	1	2	1

在华的韩资银行具有如下特性：

(1) 增长最快。在华韩资银行现有分行 17 家、支行 1 家。其中有 9 家分行和 1 家支行是中国加入 WTO 后新设的。韩国银行之所以纷纷加大对中国投资的力度,与近年韩国企业加大对中国的投资以及中国刻意与韩国发展紧密的经贸关系有关。目前韩资银行在华还有 4 家代表处,有 2 家有可能设为分行。由于韩资银行本身的实力有限,未来中国的发展不会再快。但其计划仍较庞大。韩国外换银行目前在中国设有 4 家分行,2006 年计划在北京或上海设中国事业本部,并有意在深圳设立分行。韩亚银行计划至 2009 年,将现有的 2 家分行扩大到 15 家,并准备在北京或青岛设中国事业本部,计划将在中国的资产规模,由现有的 1% 增至占整个银行资产的 5%。

(2) 营业地点集中于环渤海区域。共有 10 家,其中天津 3 家,北京、青岛和沈阳各 2 家,大连 1 家。这些地区都是韩资企业的集结地。如 2002 年,山东省的韩资企业就已达 5724 家,其中,

大约有 2900 家在青岛。

(3) 主要服务于韩资企业。这类似于日资银行。韩国曾经也盛行主办银行制,导致这一结构。韩国的大企业,如 LG、三星,在中国已本土化,且韩国的银行规模偏小,难以对这样的跨国企业提供全面金融服务,这些大型在华韩资跨国企业多移师中国的国有银行,因此,现在在华的韩资银行事实上主要服务于中小韩资企业。

(五) 东南亚银行业

东南亚与中国的经济利益关系密切,外商直接投资(FDI)和贸易往来都成规模。2002 年,中国与东盟国家进出口总额为 547.67 亿美元,是中国的第 5 大贸易伙伴,占当年全国进出口总额的 8.8%。新加坡、泰国、马来西亚、菲律宾和印尼对中国的实际 FDI 为 32 亿美元,占当年全国实际 FDI 总额的 6.07%。目前,新加坡、泰国、菲律宾和马来西亚的银行在中国均已设立分行(见表 8)。

表 8 东南亚银行业在华发展情况

	新加坡			泰国			菲律宾		马来西亚
行名	大华 银行	华侨 银行	星展 银行	盘谷 银行	泰华 农民 银行	泰京 银行	首都 银行	国家 银行	马来亚 银行
代表 处	1	3	0	1	3	0	1	1	1
	成都	上海 北京 青岛		北京	北京 上海 昆明		北京	深圳	北京
分支 机构	5+1	4+1	3	3	1	1	1	0	1
	上海 深圳 北京 广州 厦门	上海 厦门 天津 成都	上海 北京 广州	上海 厦门 汕头	深圳	昆明	上海	0	上海
机构 总数	7	8	3	4	4	1	2	1	2

在华的东南亚银行具有如下特性：

(1) 新增分行较少。东南亚银行业在中国设有 19 家分行、2 家支行。其中,中国加入 WTO 后仅新增 1 家分行和 1 家支行。中国致力于发展与东盟国家的关系,随着中国—东盟自由贸易区的逐步建立,东南亚银行业在华将有长足发展,未来三年内将会有 2~4 家分行新设。

(2) 营业地点集中于南中国,包括西南。共有 10 家,其中,广东 5 家,厦门 3 家,昆明和成都各有 1 家。特别是西南地区少有外资银行进驻。华南地区、西南地区与东盟国家毗邻,是中国—东盟自由贸易区建设的中心。2002 年广东对东盟出口 60 亿美元,进口 137 亿美元,占全国与之贸易额的 50%。2001 年,云南对东盟进出口额 7.09 亿美元,占云南进出口总额的 35.57%。东南亚 10 国中,有新加坡、泰国等 8 国在云南投资,2001 年底,东盟国家累计在云南投资 331 项,协议外资金额 3.63 亿美元,实际投入外资 1.51 亿美元。云南也对东南亚国家也有投资。到 1997 年,云南累计向泰国、新加坡、老挝、马来西亚等 4 个东南亚国家投资 18 个项目,合同总金额 2604.37 万美元。

(3) 来自东南亚的外资银行中,以新加坡为主,泰国也有发展潜力。新加坡的经济结构类似于香港地区,地域狭小,贸易金融发达,银行业也都欲图境外发展,又是华人经济圈。新加坡也是中国主要的 FDI 来源地。1979—2004 年,新加坡累计对中国的 FDI 为 255.4 亿美元,占中国吸收的全部 FDI 的 2.35%、4.62% (前一个数为占合同外资百分比,后一个为占实际利用外资百分比)。密切的投资联系,以及新加坡本身的经济特点,决定了新加坡所有符合条件的银行都已在中国设立分行。在华的新加坡银行的特性多同于港资银行,如皆属中小银行、分行多于代表处、深度介入中国市场。若不是其银行规模实力有限,新加坡的银行是有希望成为全面服务型外资银行的。泰国的银行业也力图在中国有所作为。泰国的经济规模较大,金融业相对发达,华侨人数较多,中国与东盟的经贸自由化又以泰国为先导,决定了泰国的银行业在中国的

发展前景看好。

(六) 德国、法国、意大利银行业

德国、法国、意大利是欧洲大陆的三个大国,与中国经贸往来密切。2004 年德国与中国的贸易额为 541.2 亿美元,1979—2004 年对中国的 FDI 累计为 99 亿美元;法国与中国的贸易额为 175.9 亿美元,1979—2004 年对中国的 FDI 累计为 68 亿美元;意大利与中国的贸易额为 156.8 亿美元,1979—2004 年对中国的 FDI 累计为 28.3 亿美元。与华密切的贸易投资联系,以及德国、法国银行业本身的强大,决定了德国、法国银行业均已进入中国(见表 9)。

在华的德国、法国、意大利银行业具有如下特性:

(1) 德国、法国的银行,在中国设有较多的分行。德国银行业在中国设有 9 家分行,法国银行业在中国设有 14 家分行,意大利银行业在中国设有 3 家分行。其中,中国加入 WTO 后德国新设 2 家分行,法国和意大利各新设 1 家分行,意大利则新设了 5 家代表处。未来三年内,德资、法资银行设立分行的可能性不大,意大利则有多设分行的潜力。

(2) 营业地点集中于中国的超级经济中心地区。9 家德资银行中就有 6 家在上海,2 家在北京,1 家在广州。14 家法资银行中,上海、广州和天津各有 3 家,北京 2 家。3 家意大利银行全在上海。其原因,这三国与中国的贸易投资往来多是大企业所为,对象地都在中国的超级经济中心城市。

(3) 欧陆银行业长于做与本国贸易、投资有关的信贷业务,如贸易融资、项目融资。现在已有若干欧陆银行准备深度介入中国市场,如法国巴黎银行欲成为中国的全面服务型外资银行。

(4) 兼营投资银行业务。德国银行业属于全能银行,在中国也是“全能”型的。

1872 年即在中国开设分行的德意志银行在中国的投资银行业务已成规模,包含了财务顾问、股票和债券承销、不良资产处置和 QFII 等领域。德意志银行担任了 2003 年中国人寿 34.8 亿美元 IPO 的主承销商、2003 年中芯国际 IPO 的联席账簿管理人,并

表9 法国、德国、意大利银行业在华发展现况

	德国									
行名	德意志	德累斯顿	巴伐利亚州	德国商业	德国西德	北德意志	巴登州	德国裕宝联合	德国中央合作	其他
代表处	0	1	1	1	1	1	2	2	2	3
		广州	北京	北京	北京	北京	北京上海	北京上海	北京上海	北京2上海1
分支机构	3	2	1	1	1	1	0	0	0	0
	上海 北京 广州	上海 北京	上海	上海	上海	上海	0	0	0	0
机构总数	3	3	2	2	2	2	2	2	2	3

(续表)

	法国						意大利						
行名	东方 汇理	法国 巴黎	法国 兴业	法国 外贸	法国 工商	其他	联合 银行	罗马 银行	圣保罗	西耶那	国民 劳动	联合 信贷	其他
代表 处	1	1	1	2	2	2	1	1	1	3	2	3	2
	深圳	成都	北京	北京 上海	北京 上海	北京 上海	北京	北京	北京	北京 上海 广州	北京 上海	北京 上海 广州	上海
分支 机构	5	4	4	0	0	0	1	1	1	0	0	0	0
	上海 北京 广州 厦门 天津	上海 北京 广州 天津	上海 广州 天津 武汉	0	0	0	上海	上海	上海	0	0	0	0
机构总数	6	5	5	2	2	2	2	2	2	3	2	3	2

且获得了民生银行 H 股上市的主承销商资格。为了角逐建行海外上市的大单,2003 年底,德国总理施罗德亲自给中国国家领导人写信,希望德意志银行能够获得建行海外上市的主承销商资格。德意志银行也是中国债券市场的主要参与者,在 2001 年 5 月、2003 年 10 月、2004 年 10 月的三次中国政府欧元债券的发行中担任了主承销商的资格,并在 2004 年参与了 7.5 亿美元的中国进出口银行 10 年期债券和 10 亿美元/欧元的国家开发银行 10 年期债券等的交易工作。继担任中石油的独家财务顾问,帮助管理投资 140 多亿美元的“西气东输”管道项目后,德意志银行又相继担任米尔塔钢铁公司以 3.14 亿美元收购华菱管线近 37% 股份的独家财务顾问和华能国际收购深能集团 25% 股份的财务顾问。在不良资产处置领域。2003 年 1 月,德意志银行与信达资产管理公司签署资产证券化和分包一揽子协议,涉及债权余额 25.52 亿元,这是中国第一个资产证券化项目。2004 年 5 月 30 日,在建行无底价拍卖 42 亿抵债资产的角逐中,德意志银行与摩根斯坦利一道成为获胜者。2003 年 8 月,德意志银行获得了 QFII 资格,目前已经持有 3 亿美元境内股票投资额度的 QFII 资格,并正在申请更多配额。

(七) 英国、加拿大、澳大利亚银行业

英国、加拿大、澳大利亚同属英联邦国家,与中国经贸往来有限。2004 年英国与中国的贸易额为 197.3 亿美元,1979—2004 年对中国的 FDI 累计为 122.3 亿美元,2002 年加拿大与中国的贸易额为 79.3 亿美元,1979—2004 年对中国的 FDI 累计为 45.4 亿美元,2003 年澳大利亚与中国的贸易额为 233.3 亿美元。受贸易投资往来所限,加拿大、澳大利亚银行业在华并没有形成较大的发展规模(见表 10)。由于英国的主要银行——汇丰银行已在中国形成成熟网络,其他英资银行便无意深度介入中国市场。渣打银行在中国设有很多分行,但它实际上是港资银行。虽然中国近年与澳大利亚的贸易额增长很快,但由于贸易品多为铁矿石、天然气等原料以及大宗农产品,无复杂银行服务之需要。

表 10 英、加、澳银行业在华发展现况

	英国			澳大利亚			加拿大			
	渣打 银行	苏格兰 皇家	其他	澳新银 行集团	澳洲 联邦	其他	蒙特 利尔	丰业 银行	帝国 商业	皇家 银行
代 表 处	6	1	3	0	2	2	1	2	2	1
	上海 大连 青岛 杭州 宁波 成都	北京	北京 2 上海 1		北京 上海	北京 上海	上海	北京 上海	北京 上海	北京
分 支 机 构	9 + 1	1	0	2	0	0	2	2	0	0
	上海 深圳 北京 广州 厦门 珠海 天津 南京 苏州	上海	0	上海 北京			北京 广州	广州 重庆		
机 构 总 数	16	1	3	2	2	2	3	4	2	1

在华的英国、加拿大、澳大利亚银行业具有如下特性：

(1) 略有增长。英国银行业在中国设有 10 家分行、1 家支行。但若扣除渣打银行的 10 家分支机构,实际上真正的英资银行只有 1 家——苏格兰皇家,系中国加入 WTO 后新设的。加拿大银行业在中国设有 4 家分行,澳大利亚银行业在中国设有 2 家分行,中国加入 WTO 后未有新设。加拿大银行新设了 2 家代表处。就增长潜力而言,英国有望增加 1 家分行和若干支行,加拿大有望增设 3 家分行。

(2) 营业地点集中于中国的超级经济中心地区。除 10 家渣

打银行外,英国、加拿大、澳大利亚的7家在华银行机构中,设于上海、北京和广州的各2家,另1家设于重庆。三国银行业中,唯独加拿大丰业银行在中国较为进取,设有2家分行、2家代表处,还大比例参股了中资银行——西安市商业银行。

(八) 荷兰、瑞士、比利时及其他欧洲银行业

荷兰、瑞士银行业发达,因其是小国,国内市场狭小,银行业依靠境外发展方能壮大。比利时的银行业虽远没有达到荷兰、瑞士那样的世界顶尖级别,也还比较强大。2004年,荷兰与中国的贸易额为214.9亿美元,属中国第10大贸易国,1979—2004年对中国的FDI累计为58.7亿美元;2004年瑞士与中国的贸易额为51.3亿美元,未统计到有对华FDI;2004年比利时与中国的贸易额为93.8亿美元,1979—2004年对中国的FDI累计为7.5亿美元。瑞典、葡萄牙和奥地利三国2004年与中国的贸易额分别为52亿美元、8.7亿美元和22.9亿美元,1979—2003年对中国的FDI累计为10.5亿美元、0.7亿美元、4.4亿美元。荷兰、瑞士、比利时等的银行业发展及其国民经济特点、与中国有一定程度的贸易投资关系,决定了这些国家的银行业也在中国的外资银行体系中占有一席之地(见表11)

表11 荷兰、瑞士及其他欧洲银行业在华发展现况

行名	荷兰			瑞士				比利时	
	荷兰 银行	荷兰 合作	荷兰 商业	瑞士 银行	瑞士 信贷 一波	瑞士 信贷	其他	联合	富通
代表 处	3	1	1	2	0	3	2	0	1
	广州 天津 武汉	北京	北京	上海 广州	0	上海 北京 广州	上海 北京	0	北京

(续表)

	荷兰			瑞士				比利时	
行名	荷兰 银行	荷兰 合作	荷兰 商业	瑞士 银行	瑞士 信贷 一波	瑞士 信贷	其他	联合	富通
分支 机构	3+2	1	1	1	1	0	0	3	2
	上海 深圳 北京	上海	上海	北京	上海	0	0	上海 深圳 南京	上海 广州
机构 总数	8	2	2	3	1	3	2	3	3

	瑞典		葡萄牙		奥地利		西班牙			俄罗斯
行名	瑞典 商业	其他	储蓄 信贷	其他	中央 合作	奥地利	对外 银行	瓦德尔	其他	联邦 外贸等
代表 处	1	3	0	2	0	1	2	2	3	4
	北京	北京 2 上海 1	0	上海 广州	0	北京	北京 上海	北京 上海	北京 上海 2	北京 4
分支 机构	1	0	1	0	1	0	0	0	0	0
	上海	0	珠海	0	北京	0	0	0	0	0
机构 总数	2	3	1	2	1	1	2	2	3	4

(1) 营业机构增长较快。荷兰银行业在中国设有 5 家分行、2 家支行,其中各有 1 家分行和 1 家支行是新设的。瑞士银行业在中国只设有 2 家分行,其中 1 家是新设的,并新设了 5 家代表处。比利时银行业在中国设有 5 家分行,中国 WTO 后未有新设。此外,瑞典新设 1 家分行,西班牙新设了 3 家代表处。未来三年内,荷兰有新设支行的潜力,瑞士则可能设立多达 6 家分行,西班牙也有可能新设 2 家分行,比利时、瑞典、葡萄牙、俄罗斯等增设分行的可能性不大。瑞士同样有着发达的银行体系,过去却没有较多卷入中国市场,原因可能在于瑞士传统上不是一个对外经济扩张的国家,同时其银行的经营优势在于资产管理,而这一市场还没有发

展起来。随着中国财富管理业务的兴起,瑞士银行业加速进军中国是必然的。

(2) 营业地点集中于中国的超级经济中心地区。5家荷兰银行分行中,3家设于上海,另2家为北京和深圳所分享。2家瑞士银行分行分别设于上海和北京。5家比利时银行中,2家位于上海,深圳、广州和南京各1家。葡萄牙的银行设分行于珠海,显然与澳门曾为其殖民地有关。

(3) 以贸易融资业务为主,兼有投资银行业务。荷兰银行和瑞士银行是其中的佼佼者。荷兰银行参股北京银行,还与荷银成立合资基金公司。瑞士银行则入股北京证券20%股份,成为十年来参股中国证券机构的最高比例。

WTO 贸易协议与烟草控制 框架公约之关系

高玉泉^{* 1}

一、前言

在全球化的时代,愈来愈令世人关注的问题是贸易与其他议题如环保、公共健康、文化及社会发展等之间的关系。这其中,又以 2005 年 2 月 27 日生效,为追求公共健康而制定的烟草控制框架公约(Framework Convention on Tobacco Control, FCTC)与标榜自由贸易的世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)各项协议之间的适用关系属较新的议题。

此二者的关系在 FCTC 多达六次的协商过程中一直是烟草输出国(主要为欧美国家)及烟草输入国(主要为开发中国家)争执的焦点。其中甚至有国家扬言宁愿退出协商亦不让步,以示其坚决立场者。由此可见此议题的高度争议性。本文以下尝试从几个层面分析两者的关系。

首先,本文将略述 WTO 的发展、其成就及各方的评价。基本上,本文认为, WTO 各项协议与 FCTC 之关系这个议题之所以会发生,除了法理上的适用关系有厘清之必要外,多少也因为各方,尤其是开发中国家、国际环保及人权团体、乃至反全球化运动者长期以来对 GATT/WTO 运作所衍生的高度不满及反感所致。

* 中国台湾地区中兴大学财经法律学系教授。

其次,本文将介绍 FCTC 的产生背景及重要内容,并尝试就其可能与 WTO 各项协议发生冲突的规定作一初探。

最后,本文拟分三个阶段探讨二者关系,即 FCTC 草约协商前 WTO 与世界卫生组织(World Health Organization, WHO)共同进行研究所提出之报告^①,FCTC 草约协商过程中各方之立场及最后定案之内容,FCTC 生效后之发展。

本文结论认为,尽管在 FCTC 草约协商过程中就此议题曾引发相当的争执,但由于 FCTC 获得全球大部分国家的支持,且许多国家亦已依据 FCTC 制定严格的烟草管制国内法,因此,在实际运作层面,应该不至于发生有国家挑战 FCTC 违反 WTO 各项协议的情形发生。换言之,FCTC 应优先于 WTO 各项协议的适用。但 WTO 的不歧视原则及非保护主义之要求仍为所有 FCTC 缔约国制定烟草管制措施的基本底线。此项发展,不应视为 WTO 的挫败,而应认为系国际社会针对国际事务分工的表现。

二、WTO 的成就与评价

(一) WTO 之原则与功能

WTO 成立于 1995 年,系维系全球多边贸易体系(multilateral trading system)、促进贸易自由化及公平竞争的国际组织。其各项协议乃 1947 年关税与贸易总协议经过多次多边回合谈判所获致之结果。尤其是 1986 年展开的乌拉圭回合贸易谈判,更通过各项协议将规范扩及于其他领域,包括与贸易有关的知识产权(Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)、与贸易有关的投资措施(Trade Related Aspects of Investment Measures, TRIMS)、服务贸易(Trade in Services, GATS)及农产品贸易;等等。同时,为有效解决各国间之贸易纠纷,一个永久性的争端解决

^① 世界贸易组织之各项协议与公共卫生:世界卫生组织与世界贸易组织秘书处之共同研究,2002;以下简称共同报告。

机制亦在 WTO 的组织架构下成立。^①

GATT/WTO 最重要的成就就在于其建构了世界贸易的几项基本原则：即（1）最惠国待遇原则（the Most-Favored Nation Treatment, MFN）；（2）国民待遇原则（National Treatment）；（3）废除数量管制（General Elimination of Quantitative Restriction）；（4）关税减让（Tariff Concession）及（5）减少非关税障碍（Reduction of Non-Tariff Barriers）等。^② 缔约国应本此开放市场，以尽量达到商品及服务自由流通的理想。另一方面，针对特殊情势及发展中缔约国的发展程度，GATT/WTO 也设置了一些例外条款，包括 GATT 第 19 条的为避免特定产业受损的逃避条款（escape clause），GATT 第 20 条为维护公共道德、生命、健康及天然资源之一般例外条款；GATT 第 21 条之国防安全之例外条款；发展中国家之缓适用或不适用例外。^③ 上述例外，有部分亦已融入 TRIPS、TRIMS 及 GATS 之中。

至于 WTO 的主要功能则为：管理及执行 WTO 各项多边及复边协议，作为多边贸易协商的平台；解决贸易纷争；检视各国贸易政策；就全球经济决策之制定与其他国际组织合作。^④ 就烟草及烟草制品之贸易而言，一直以来，都是受 GATT/WTO 相关协议的规范。过去甚至曾经发生纷争而提交 GATT 审查小组之案例（即泰国烟品案，下详述）。

（二）WTO 之两极评价

从三项事实可以窥知 GATT/WTO 对全球贸易的重要性及贡献：施行期间已超过 50 年，为国际社会所仅见；参与成员众多，全球总计有 148 个国家及独立关税领域为正式成员，且数目仍在增

① 有关 WTO 及 GATT 之介绍分析，参 Franklin Root, *International Trade and Investment*, South-western, 1990, pp. 194—196；罗昌发：《国际贸易法》，台湾月旦出版社 1996 年版；钟立国：《中国：WTO 法律制度的适用》，吉林出版社 2002 年版。

② 丘宏达：《现代国际法》，台湾三民出版社 1995 年版，第 938—939 页。

③ 同上注引书，第 943—944 页。

④ Thomas Van Dervort, *An Introduction to International Law and Organization*, Sage, 1998, p. 144.

加中,规范领域不断扩大,从早期的商品关税减让拓展到现在的知识产权、投资、农产品及服务业等等。

吾人若从文献上作一回顾,可以发现 GATT/WTO 所建构的多边贸易体系,不但为西方主流学界奉为圭臬,甚至可以说已经成为一种信仰。20 世纪 70 年代著名的经济及法律学者哈耶克(F. A. Hayek)就曾撰文表示第二次世界大战后 20 年的自由经济伟大盛世(the Great Prosperity)部分应归功于 GATT 的消除国际贸易障碍。^①

尔后,欧洲国际经济法学者如 Jan Tumlir、Ernst-Ulrich Petersmann 等继续延伸 Hayek 的理念,以 GATT 的法理为基础,批评西方国家(尤其是美国)的保护主义立法,并直言背离 GATT 多边贸易法律架构不但导致 20 世纪 70 年代以后的全球经济大萧条,保护主义的国内立法更有违反民主宪政之虞。^② 在美国,亦有学者如 Jagdish Bhawati 教授以批判性的论述质疑美国贸易法(如著名的 301 条款)违反了 GATT 所建构的公平、自由及法制化的多边贸易体系,以具报复性的单边主义(unilateralism)保护国内夕阳产业,充满保护主义的色彩,罪不可恕。^③ 他们异口同声地呼吁西方国家,尤其是美国,应该忠实地回归自己当初所建构的多边贸易体系。

尽管如此,对那些长期身为 GATT/WTO 成员,却无法享受到经济发展果实的众多开发中国家而言,GATT/WTO 的整体评价似乎是负面大于正面的。论者对于 GATT/WTO 的批判相当多且尖锐。有认为 WTO 的经济官僚特性使其容易受制于以创造利润为最高目标的纯经济思维,沦为为跨国企业利益服务的工具。且早

① F. A. Hayek, *Economic Freedom and Representative Government*, 4th Wincott Memorial Lecture, 1993, p. 7.

② 参见 Jan Tumlir, *Protectionism: Trade Policy in Democratic Societies*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1985; Meinhard Hilf & Ernst-Ulrich Petersmann (ed.), *National Constitutions & International Economic Law*, Kluwer, 1993.

③ Jagdish Bhawati & Hugh Patrick (ed.), *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Michigan University Press, 1990.

在 WTO 成立伊始,其内部决策系统即被批评为欠缺透明度、不民主及倾向于接受财团之游说。^①但最大的指责却是来自于西方环保人士对 GATT/WTO 的漠视环境、公共健康及劳工等权利。此等案例,比比皆是。^②

也就是因为过去 GATT/WTO 有着太多令环保人士失望的“不良纪录”,导致他们对 GATT/WTO 的反感及高度不信赖。当这种情绪与同情弱势的发展中国家学者结合,并在反全球化(anti-globalization)的意识形态推波助澜下,国际社会终于出现一股逢 WTO 必反的势力。于是,当 2000 年 FCTC 草约开始协商时,这股力量再次找到冲撞点。从这个角度观察,有关 WTO 贸易协议与 FCTC 之间关系的争议,不完全只是一个法律问题。

三、FCTC :公共健康权的觉醒

(一) 公约制定背景

烟草危害人类健康早经医学证实。根据 WHO 的统计,人类每年因为烟害而丧失的生命达 490 万之谱,亦即约每 8 秒钟即有一人因吸食烟草而丧命。^③此项惊人事实告诉世人,值此世纪更迭之今日,烟害俨然成为全球性之议题。甚至可以这么说,烟害已

① Leslie Sklair, *Globalization : Capitalism & Its Alternatives*, 2002, p. 291.

② 西方环保人士对 GATT/WTO 漠视环保最“津津乐道”的案例有下列:1991 年 GATT 审议小组认定美国的海洋哺乳类保护法(Marine Mammal Protection Act)禁止以袋型渔网(purse seines)捕捞鲔鱼,以免连累无辜海豚,造成其大量死亡的立法不构成 GATT 第 20 条之例外规定,从而违反 GATT 之贸易规范(DS 291R);在 1998 年,美国的濒临绝种生物法要求渔船捕虾时,应装置让海龟逃生的特殊渔网,否则其产品不得进口美国。此项立法亦被 WTO 认定为违反 GATT/WTO 的贸易规则,并命美国政府应重新拟定保护海龟的政策(WT/DS58)。WTO 裁决认为,WTO 成员应在与 WTO 义务相符的情形下执行其环保政策,不得违反 WTO 协议的目的及宗旨。参见:Lori Wallach & Michelle Sforza, *Whose Trade Organization : Corporate Globalization and the Erosion of Democracy*, 1999, pp. 25—27.

③ 有关烟草使用对人体健康的影响,可参见许多实证报告,例如:江永盛:《烟草对人类健康之危害》,载《公共卫生》1980 年第 7 期;林荣第等:《吸烟与健康》,载《当代医学》1992 年第 230 期;赖志冠等:《台湾地区吸烟流行概况》,载《临床医学》1994 年第 197 期;曾庆孝:《综论吸烟与戒烟对糖尿病患者发生心脏血管疾病的影响》,载《中华公共卫生杂志》1999 年第 18 卷第 4 期。

成为全球化(globalization)之重要议题。然此议题在地球上不同角落却有不同之发展与演变:一方面先进国家自20世纪80年代起,已逐渐强化其烟害管制法规及教育宣导,人们对烟草所带来的危害已有普遍的认知,而吸烟人口亦因此呈现下降趋势;另一方面,反观第三世界,烟品消费则快速增加,造成国家及人民重大之医疗负担。跨国烟商如菲利普摩里斯(Philip Morris)、英美烟草(British American)及日本烟草(Japanese Tobacco)等更以自由贸易之名,要求各国开放烟品市场。跨国烟商通过其强力之广告促销及低价策略,使第三世界国家之烟草吸食人口不断增加,且年龄有逐渐下降之趋势。长此以往,势将拖垮落后国家之未来,而全球之经济发展,亦将更陷于不均衡的地步。^①有鉴于此,WHO希望在新的世纪能控制烟草的扩散以避免对人类健康造成更大的危害。根据世界卫生大会(World Health Assemble, WHA)第四十九届WHA49.17号决议与第五十二届WHA52.18号决议的结果,WHO决定依照WHO《组织法》第19条(Article 19 of the Constitution of WHO)制定FCTC,以维护人类健康为宗旨,分别对烟草的贸易、广告促销与赞助、包装与标示、走私、对未成年人之销售、烟价与烟税、烟草制品成分限制、教育训练与大众传播以及有关烟草商的责任与赔偿等议题予以规范,借此有效达到控制烟草继续扩大伤害人类的目标。FCTC协商依WHA 1999年5月的决议,共分六阶段。第一阶段于2000年10月16日至21日展开。其后约每半年举行次一阶段,最后一次的第六阶段会议于2003年2月17日至3月1日召开,并通过所有条文。FCTC协商会议于3月1日早上4时10分由主席宣告结束。

① 有关烟草在全球不同角落所引发之问题,参见WHO, Women and the Tobacco Epidemic: Challenges for the 21st Century, 2001; WHO, Tobacco & Health in the Developing World, A Background Paper for the High Level Round Table on Tobacco Control and Development Policy, Brussels, 3—4 Feb., 2003; WHO, Coveting Iran: The Infliction and Exploitation of Iran by Global Cigarette Companies, Sep., 2001。

(二) 重要条文概述

FCTC 总计 38 条条文,包括实体条文及程序性条文。就实体内容而言,FCTC 最重要的规范,也是最主要的成就有下列:

1. 烟价及烟税

烟价及烟税为影响烟草消费的最重要因素。尤其是前者,更决定年轻人会于何时开始吸食烟品。根据研究显示,烟税与烟品消费呈现反比的关系(inverse relationship)。亦即每增加 10% 的烟税,即可平均减少 4% 的烟品消费。因此,年轻人及低收入吸食者于烟价上涨时,会有较高意愿戒烟。^①

基此,FCTC 第 6 条在大原则上首先肯定烟价及烟税为减少烟品消费之有效措施。此外,比较特别的是,公约还规定各国基于主权,得实施烟税及烟价政策,并禁止或限制向国际旅客贩售或由其携带入境免税烟品。

2. 烟品包装及标示

烟品的包装及标示乃成为 FCTC 协商的重点之一。事实上,FCTC 协商结果最令各国卫生机关满意的即为第 11 条关于包装及标示之规定。

FCTC 第 11 条要求各国于三年内就烟品之包装及标示采取下列措施:(1)不得以不实、误导或欺诈之方式就烟品之特性、危害、描述、商标等为促销之行为。例如“低焦油”(low tar)、“淡烟”(light)、“超淡”(ultra-light)或“温和”(mild)等字眼,即不得再使用。(2)在警语方面,应为巨大、明显醒目和清晰且得以照片或图画为之。其应占主要可见部分的 50% 或以上,但不得少于 30%。

3. 烟品广告、促销及赞助活动之限制

烟品广告、宣传及赞助活动之限制为 FCTC 协商过程中最具争议之议题。亦是几令协商破裂的主因。在大量的研究文献支持下,全面禁止广告、宣传及赞助已被公认为减少烟品消费最有效的

^① Judith Mackay & Michael Eriksen, The Tobacco Atlas, printed by WHO, 2002, p. 78. (hereinafter cited as Mackay & Eriksen.)

手段之一。^① 基于此,大部分国家皆认为有必要于 FCTC 中明文规定。

最具争议性的第 13 条草案终于出炉。条文共计 8 项,充满妥协色彩。条文采双轨制,一方面认为各国应全面禁止广告、宣传及赞助活动(第 2 项);但另一方面又规定,如基于宪法或宪法原则无法全面禁止时,则应予以限制(第 3 项)。同时又规定了所谓最低标准,包括禁止以虚假、误导或欺骗方式推销烟品;广告应同时附有健康警句;不得采行直接或间接奖励手段;对境外广告(cross-border advertising)之禁止或限制;五年内禁止或限制于平面、电子媒体及网络上作烟品广告等。

4. 烟品之非法贸易

烟品为全球最普遍及广泛的走私商品。根据统计,仅 1995 年,全球即有 3000 亿至 4000 亿支私烟,约占合法进口烟品的三分之一。烟品走私对各国均造成无法衡量的伤害。在发展中国家,低收入者及年轻人因此得以吸食名牌烟。违法私烟不但可规避法律的限制,更对政府造成税收上的损失。^② 基此,各国通过 FCTC 共同打击走私,乃形成强而有力的共识。

依 FCTC 第 15 条的规定,缔约国的具体义务有下列:

- (1) 烟品包装上应载明来源地及销售地,以便政府监督及控管;
- (2) 建立追踪机制以确保经销系统及协助侦查非法贸易;
- (3) 强化对非法贸易,包括私伪烟交易之处罚及救济;
- (4) 相互交换信息,进行国际合作,共同打击非法贸易;及
- (5) 致力于建立证照制度,以管制或规范烟品之生产及经销。

^① 参见 World Bank, *Curbing the Epidemic: Governments and the Economics of Tobacco Control*, pp. 48—51, 1999; Pan American Health Organization, *Developing Legislation for Tobacco Control*, May, 2002, pp. 23—26; Hammond R., *Tobacco Advertising and Promotion: The Need for a Coordinate Global Response*, Paper prepared for the WHO International Conference on Global Tobacco Control Law: Towards a WHO Framework Convention on Tobacco Control, New Delhi, 7—9 January, 2000.

^② Mackay & Eriksen, *The Tobacco Atlas*, printed by WTO, 2002, 54.

上述防止非法贸易之机制,其重点在于通过建立烟草上、中、下游之监督及控制制度,以便利最终之刑事追诉。

5. 对未成年人之规范

烟草的上瘾本质(addictive nature),使烟商极欲争取年轻的吸食者,因为年轻人一旦上瘾,等于在未来数十年都将成为烟商的长期客户。因此,如何减少年轻人接触烟品的机会,乃成为 FCTC 所关注的问题。

依公约第 16 条,所谓未成年人,系指 18 岁以下或各国法律所定之年龄以下的人。^① 公约明文要求各国禁售烟品予未成年人,以保障其健康。具体措施包括:

(1) 烟品贩售者应于其贩售点内为禁售未成年人烟品之明显标示,及要求提出法定年龄之证明字语等;

(2) 禁止将糖果、点心、玩具或其他物品包装成烟品模样以吸引未成年人;

(3) 保证烟品贩售机不得由未成年人使用;

(4) 不得于公众场所对未成年人散发烟品;

(5) 不得将烟品以小包装或拆散方式销售,因如此可增加未成年人之购买力;

(6) 不得利用未成年人贩售烟品。

(三) FCTC 的“反贸易”倾向

FCTC 的目的在于控制烟草市场、降低消费以维护人类健康。这与 WTO 扩大全球贸易、开放市场的宗旨是相悖的。例如, FCTC 为减少烟草消费,容许各国增加烟税及烟价、限制烟品贩售对象及方式等即与 WTO 要求各国降低税赋及解除市场管制的精神不符。事实上,前述 FCTC 的重要规定与 WTO 各项协议在某种程度上皆具有潜在的冲突关系。《共同报告》在 FCTC 草约协商完成前

^① 依 1989 年联合国儿童权利公约(U. N. Convention on the Rights of the Child)第 1 条之规定,18 岁以下之自然人称为儿童(Child),FCTC 称为未成年人(Minor)。用语虽不同,但意思相同。

即指出 WTO 各项协议未来可能与 FCTC 产生适用上问题的规定有:(1) 烟品包装标示之规定与《贸易技术障碍协议》(Technical Barriers to Trade ;TBT) ;(2) 与政府支持烟草生产的农业协议 ;(3) 与烟品广告促销及赞助有关的《服务贸易总协议》(GATS) ;及(4) 与商标保护及不公开资料有关的《与贸易有关之知识产权协议》(TRIPS)。诚如《共同报告》所言,这些问题虽尚未发生,但却是潜在冲突之所在。例如,FCTC 要求烟草制造商及进口商提供烟品成分及其他排放物信息,即有可能被认为系侵害烟商之营业秘密。虽然 TRIPS 第 8 条亦有保障公共健康的规定,但毕竟属例外条款,要受到极严格的检验。

要之,FCTC 管制烟草的措施确实具有限制贸易的作用,而这也正是环保及人权组织反对将 FCTC 置于 WTO 架构下受检验的最重要原因。他们担心的是,就算 FCTC 不被 WTO 全盘否决,亦极有可能通过 WTO 相关规定的解释,稀释 FCTC 的内容。

四、WTO 各项协议与 FCTC 之关系辨证

(一) WTO 与 WHO 共同报告之立场

FCTC 通过前的《共同报告》基本上认为 WTO 各项协议与 FCTC 之间并不当然会发生适用上的冲突,甚至认为二者政策间是可以互补的。《共同报告》首先肯定烟草管制的必要性,并认为 WTO 各项协议,如降低关税及技术性障碍等主要目标,“并不能阻止各国政府为保护该国的公共卫生,而实施无差别性的内部课税及其他特定措施”^①。

《共同报告》认为,FCTC 与 WTO 各项协议的运作只要符合下列三项条件,则二者应不至于发生龃龉:

- (1) 提出充分的证据及科学的分析证明管制烟草的必要性;
- (2) 烟草管制措施应一体适用于内外国烟品,无差别待遇;及
- (3) WHO 与 WTO 二者间应成立机关间烟害管制工作小组以

^① 《共同报告》,第 72 页。

促进合作。

此项见解与 WTO 多哈回合 (Doha Round) 谈判之宣言遥相呼应。^①

《共同报告》更以 GATT 在 20 世纪 80 年代处理过的泰国烟品案例说明 GATT 争议审查小组其实能够做出一国的贸易及卫生官员同表欣慰的裁决。

该案中泰国政府依其 1966 年的《烟草法》,限制烟草及烟品设备进口,但核准本国烟品的贩售,同时征收货物税、营业税、内政税及禁止烟品广告。美国于 1989 年向 GATT 申诉,指控泰国的措施违反 GATT 第 11 条的规定,且泰国不得以第 20(b)条之为维护人类的生命或健康而采取必要的措施为抗辩。GATT 争议审查小组将提案送交 WHO,请其确认发达国家制造的烟品,与如泰国等发展中国家制造的烟品有无差异。WHO 回复未发现任何科学证据显示何种烟品会对人体造成更大的伤害。审查小组最后认定泰国的限制措施系属非必要措施,不符合第 20(b)条必要措施的条件,而必须解除进口禁令,并调降关税,但泰国可持续进行广告的禁令,因其适用于所有烟品而无差别待遇。

《共同报告》似乎有意认为该案足以作为将 FCTC 置于 WTO 架构下运作亦不生困扰的例证。但可能是为表示对各国正在协商 FCTC 的尊重,共同报告并未明示其立场,而仅语带模糊地作出结论:“……是以日后烟草控制公约草案与世界贸易组织的关系,须视烟草控制公约日后协商的方向及各国引用该草约的规定的而定。”

① 2001 年 11 月 14 日通过的《多哈宣言》第 6 段:“... We recognize that under WTO rules no country should be prevented from taking measures for the protection of human, animal or plant life or health, or of the environment at the levels it considers appropriate, subject to the requirement that they are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, and are otherwise in accordance with the provisions of the WTO Agreements. . . ”

(二) FCTC 之协商过程及成果

1. 协商过程

自 FCTC 第一次协商伊始,各国就其与 WTO 贸易规范之关系即发生相当争执。在立场上,烟草输入国与烟草输出国各持不同见解。兹分述如下:

(1) FCTC 优先说

大部分的烟草输入国(主要为发展中国家)及非政府组织(Non-governmental Organizations, NGO)主张 FCTC 应有条文明确规定 FCTC 之效力应优先于其他国际协议,也就是 WTO 各项协议,俾使各国卫生主管机关能够不受 WTO 之约束,放手执行烟害防治措施。其等所提出之理由为:(1) FCTC 系针对特定商品制定的公约,与针对一般商品而规范的 WTO 各项协议相比,应属特别法,依特别法优于普通法的法理, FCTC 应优先适用,即使未来 WTO 相关协议经修正时,亦同。(2) 将 FCTC 置于 WTO 架构下运作,等于将公共健康问题交到一群充满经济思维的技术官僚手中,其命运如何,思过半矣。(3) WTO 相关协议虽有所谓例外规定,如 GATT 第 20(b)条、TRIPS 第 8 条^①及 GATS 第 14 条^②等,但要符合这些例外规定,依过去案例,主张者应证明具备下列三项要件:必要性的存在;无其他较少限制措施可采行;其动机非基于贸易保护主义。由于要件过于严格,故一直以来,成功适用的几率不高,跨国烟商过去曾利用不同的贸易法阻碍发展中国家进行烟草

① TRIPS 第 8 条第 1 项:“会员于订定或修改其国内法律及规则时,为保护公共卫生及营养,并促进对社会经济及技术发展特别重要产业之公共利益,得采行符合本协议规定之必要措施。”

② GATS 第 14 条:“本协议不得禁止会员为下列目的之所需,而采取或执行之措施,惟此等措施之适用方式,不得对一般条件类似的国家间形成专断或不合理的歧视,或对服务贸易构成隐藏性之限制:(b) 为保护人类、动物或植物之生命或健康所需者;……”

管制。20 世纪 80 年代的泰国及其他亚洲国家即为著例。^①

(2) 相辅相成说

此说为美、日、德等烟草输出国所主张,认为 WTO 规范与未来的 FCTC 是一种相辅相成 (mutually supportive) 的关系。美国、日本及德国等认为烟品既为合法之贸易商品,理应受 WTO 规范之约束,事实上,从 GATT 成立以来,即是如此。况 WTO 中已有基于公共健康为例外之规定。FCTC 既已制定,似无理由认为 WTO 成员会以 WTO 之规范来否定 FCTC 的规定。因此,未来如有任何相关争议,亦不妨以 WTO 的争端解决机制处理。

从 FCTC 的六次协商过程观察,第一次到第五次的协商,以优先说占优势。甚至到 2003 年第六次协商初期的草案还出现这样一条规定:

第 2 条第 3 项:“依据本公约及其附带议定书所载之烟草管制措施,于检验其与其他国际协议之兼容性时,应具有优先性。”^②

第六次协商的第二周,情势出现逆转。以美国为首的代表表示无法接受草案第 2 条第 3 项的规定,并威胁宁可退出协商亦不接受 FCTC 优于 WTO 各项协议的主张。2003 年 2 月 28 日,协商进入最后一天,僵局仍无法化解。整个 FCTC 的协商很可能因为这一个争议而破裂。此时,以观察员身份参加协商的 NGO,在会场外持续呼吁发展中国家坚守立场,并高呼“健康高于利润”(health over profits)、“健康高于贸易”(health over trade)。部分 NGO 干脆要求美国退出协商,以免碍事。^③ 情势的演变,令当初承诺要给双方一个交代的大会主席 Luiz Felipe de Seixas 大使,非常

① Commonwealth Medical Association, An Introduction to International Trade Agreements and their Impact on Public Measures to Reduce Tobacco Case, 2002; Prioritize Public Health Over Trade, Statement by Infact and the Network for Accountability of Tobacco Transnationals, Oct., 2002.

② 英文原文为: Priority should be given to measure taken to protect public health when tobacco control measures contained in this Convention and its protocols are examined for compatibility with other international agreements.

③ U. S. Told to Leave, Alliance Bulletin, 26 Feb., 2003, p. 1.

为难。

2. 协商结果

公约的协商各国最不愿意见到的恐怕是协商破裂,一事无成。诚然,烟草输入国系烟草的最大受害国,而这些发展中国家有许多却未因为加入 WTO 而受惠,他们会对 WTO 抱持一定的怀疑,乃理所当然。因此,他们会主张优先说,一点也不意外。但另一方面,如果 FCTC 的协商少了美国这个全世界最大的烟草输出国,则其正当性将大大减损,未来即使公约生效,要具体落实,恐怕仍有变量。折中方案于是出炉。

2003 年 2 月 28 日晚,大会宣布此项争议获得解决。草案第 2 条第 3 项之优先适用规定被删除,但开发中国家对于公共健康的关怀仍将形诸文字。FCTC 前言(Preamble)第 1 段:“本公约缔约方,决心优先考虑其保护公共健康的权利。”^①

从法律面而言,将原先 FCTC 优于其他公约的文字从条文中移至前言,在法律上之意义为何?效力为何?值得深思。这些问题,或可从两个层面加以分析。首先,条约前言的地位为何?有无拘束缔约国的效力?就此,条约前言与条约条文最大的区分在于前者为缔约国缔约的共识、目标及基础,故多为论述性文字;后者则是通过构成要件,针对特定情形,具体规范并明定其法律效果的抽象文字。因此,条约前言的地位当然不能和条文比拟。1980 年生效的《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties)第 31 条第 1 项、第 2 项规定:“一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。二、就解释条约而言,上下文除指连同前言及附件在内之约文外,并应包括:(甲)全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协议;(乙)一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。”依此规定,条约前言仅是解释条约

^① 英文原文为:“The Parties to this Convention determined to give priority to their right to protect public health.”

时必须参照的上下文(context)中的一种。解释条约时,应就前言同时参照条约之目的及宗旨,善意解释之。学者称其为“内在材料”(intrinsic material)。^①

其次,是否仅凭前言之内容“本公约缔约方,决心优先考虑其保护公共健康的权利”一语,即足认定 FCTC 缔约国有意将 FCTC 之效力置于其他公约之上,亦有疑问。所谓优先保护公共健康权固然可以理解为为保护公共健康,一国政府得限制贸易。但必须承认从该句文义无法推论出应在何种规范架构下(如 WTO)保护公共健康权。前已言及,GATT、TRIPS 及 GATS 等均有保护人类健康的规定。如是,解释上,当然亦不排除可在 WTO 的架构下保护所谓的公共健康权。换言之,该前言创造了一个模糊的、供烟草输出国及烟草输入国各自解读的空间。因此,问题仍不算解决。

(三) FCTC 生效后之发展

FCTC 第 36 条第 1 项规定:“本公约应自第四十份批准、接受、正式确认或加入的文书存于保存人之日的第九十天生效后。”FCTC 开放签署首日(即 2003 年 6 月 16 日)即有 28 个国家及一个经济共同体签署。2005 年 2 月 27 日,WHO 宣布 FCTC 已符合第 36 条之规定,正式生效。至 2005 年 11 月 19 日止,全球已有 168 个国家签署,112 个国家批准,远远超过公约所要求的 40 个批准国。尚未批准的国家之中,比较令人瞩目的是美国。美国于 2004 年 5 月 10 日签署 FCTC,但迄今年余,尚未经其国会批准。美国究竟会否批准 FCTC,目前仍无法得知。但因美国是国际社会最强而有力的烟草输出国,故其对 FCTC 的态度,始终受各国关注。

前已言及,由于 FCTC 最后通过的条文并未明确处理其与其他公约的关系,故有关与 WTO 各项协议的适用关系,乃不得不依国际公法既有的法则解决。就此,有明确规定者为《维也纳条约法公约》。查《维也纳条约法公约》第 30 条关于同一事项先后所

^① Louis Henkin, Richard Crawford Pugh & Oscar Schachter, *International Law: Cases and Materials*, 1980, p. 628.

订条约之适用问题规定如下：“一、以不违反《联合国宪章》第 103 条为限，就同一事项先后所订条约当事国之权利与义务应依下列各项确定之。二、遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时，该先订或后订条约之规定应居优先。三、遇先订条约全体当事国亦为后订条约当事国但不依第 59 条终止或停止施行先订条约时，先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。四、后订条约之当事国不包括先订条约之全体当事国时：（甲）在同为两条约之当事国间，适用第 3 项之同一规则；（乙）在为两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国间彼此之权利与义务依两国均为当事国之条约定之。五、第 4 项不妨碍第 41 条，或依第 60 条终止或停止施行条约之任何问题，或一国因缔结或适用一条约而其规定与该国依另一条约对另一国之义务不合所生之任何责任问题。”本条规定之处理原则若能普遍为各国所接受为习惯法之成文化，则不失为解决问题的良方。为求明了起见，兹举例说明之。现假设某国指控另一国之烟草管制政策时，适用本条的结果，笔者浅见认为就目前 WTO 及 FCTC 缔约的情形观之^①，可能有下列六种情形：

① 两国皆为 WTO 及 FCTC 之缔约国，此种情形应适用 FCTC 第 27 条解决^②，不适用 WTO 之规定及程序；

② 一国为 WTO 缔约国，另一国为 WTO 及 FCTC 缔约国，此种情形应依 WTO 之规定及程序解决；

③ 一国为 FCTC 缔约国，另一国为 WTO 及 FCTC 缔约国，此

^① 参见附件。

^② FCTC 第 27 条：“1. 如两个或两个以上缔约国之间就本公约的解释或适用发生争端，有关缔约国应通过外交途径寻求通过谈判，或纷争的缔约国选择其他和平之方式，包括斡旋、调停或和解解决该争端。未能通过斡旋、调停或和解达成一致免除争端各当事国继续寻求解决该争端之责任。2. 当批准、接受、核准、正式确认或加入本公约时，在其任何时候一个国家或区域经济整合组织可书面向保存人声明，对未能按照本条第 1 项解决之争端，其所接受按照缔约国会议协商一致方式通过的程序进行特别仲裁以作为强制性手段。3. 除有关议定书另有规定外，本条规定应适用于议定书各缔约国之间的任何议定书。”

种情形应依 FCTC 第 27 条解决；

④ 两国皆为 FCTC 缔约国 ,非 WTO 缔约国 ,此种情形非《维也纳条约法公约》第 30 条所定之情形 ,应依 FCTC 第 27 条解决；

⑤ 两国皆为 WTO 缔约国 ,非 FCTC 缔约国 ,此种情形非《维也纳条约法公约》第 30 条所定之情形 ,应依 WTO 规定及程序解决；

⑥ 一国为 WTO 缔约国 ,另一国为 FCTC 缔约国 ,此种情形非《维也纳条约法公约》第 30 条所定之情形 ,应另寻外交途径解决。

兹将以上情形以下表说明：

	争议当事国之地位	争议当事国之地位	解决途径
1	WTO/FCTC	WTO/FCTC	FCTC
2	WTO	WTO/FCTC	WTO
3	FCTC	WTO/FCTC	FCTC
4	FCTC	FCTC	FCTC
5	WTO	WTO	WTO
6	WTO	FCTC	另寻外交管道

前已言及 ,观乎目前 WTO 及 FCTC 的缔结状况 ,上述六种情形皆有可能发生。但第二至第五种的情形 ,发生的几率应该不高。另外 ,依《维也纳条约法公约》第 30 条第 3 项后段：“先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。”固然为后法优于前法之规定 ,但同时亦有前法补充后法之意。故 WTO 之协议与 FCTC 之规定不相抵触时 WTO 之协议仍有适用余地。基此 ,WTO 之基本原则如不歧视原则及非保护主义立法之要求因其无违反 FCTC 各项规定之虞 ,故仍有适用余地。换言之 ,同为 WTO 及 FCTC 缔约国之政府依 FCTC 制定烟草管制国内法时 ,不得对不同国家有差别性待遇 ,亦不得以烟草管制为名 ,限制进口 ,独厚国内烟草产业。除此之外 ,其他烟草管制措施可能与 WTO 发生冲突者应该不多。

五、结语

就 WTO 各项协议与 FCTC 的关系,在 FCTC 草约协商过程中确实发生过相当的争执。以 FCTC 最后定案的约文亦可看见其中折中妥协的痕迹。然而,自 FCTC 于 2005 年 2 月 27 日生效至今,已有超过一百个国家批准,而且数目仍在持续增加中。这个现象,反映出 FCTC 及 WHO 的空前成功。法律上,由于大多数的 FCTC 批准国同时亦为 WTO 的成员,且这些国家有许多已依 FCTC 制定严格的烟草管制国内法,因此,只要这些国内立法不违反不歧视原则且非保护主义立法,殊难想象二者会有冲突。这使得问题已非如协商过程中所想象的严重及重要。即使有 FCTC 的成员国对其他国家的烟草管制措施有所质疑,亦可依 FCTC 的争端解决机制处理,不必诉诸 WTO。尤其,如果美国亦能在未来批准 FCTC,则几乎可以肯定 FCTC 在实际运作上系优先于 WTO 的各项协议。对 WTO 而言,也未尝不是一个好的发展趋势,因为毕竟公共健康(及环保、文化、人权,等等)的问题,始终不是 WTO 的核心议题。因此,与其在多哈回合的谈判宣言中增列对公共健康关怀的文字,不如将这些议题交给专责的机构,制定特别的公约加以规范。这其实也符合主流经济学所讲求的专业分工,不是吗?

服务贸易 v. s. 公共健康 :论 GATS 架构下限制烟品广告之法律定位

林彩瑜*¹

一、前言

吸烟一般被认为系烟草主要的使用方式,亦为全世界可预防性疾病导致死亡之重要原因之一。烟品使用与肺癌、心脏血管疾病、慢性支气管炎和肺气肿有密切的关系。^① 依据“世界卫生组织”(World Health Organization, WHO)之估计,每年几近有五百万人死于与烟害相关之疾病,若现有趋势持续,则至 2030 年时,此数字可能趋近于 1000 万,占开发中国家死亡原因的 70%。^② 鉴于此,为处理烟品广泛使用所造成的健康、社会、经济与环境的全球卫生问题,WHO 自 1999 年起,历经长达四年的谈判后,终于在 2003 年 5 月首度通过了有关公众卫生之国际公约:即“烟草控制框架公约”(WHO Framework Convention on Tobacco Control, FCTC)。该公约于 2005 年 2 月 27 日正式生效,目前计有 124 个

* 中国台湾地区东吴大学国际贸易学系教授 政治大学法学博士。

① 关于烟害防治所带来的威胁,自从 1950 年以来,已有超过 7 万件科学研究证实吸烟造成疾病、失能以及死亡。大约每两位长期吸烟者之中,即有一位死于该习惯。吸烟系造成心脏血管疾病的主要原因之一,且 90% 之肺癌与 70% 之慢性支气管炎和肺气肿系由吸烟所引起。http://omih.mc.ntu.edu.tw/WTO%20and%20PH/smoke.htm.

② FCA, FCTC Fact Sheet, http://www.fctc.org/tobtopics/topics.php?num=20.
http://www.fctc.org/tobtopics/topics.php?num=9

国家批准。^①

在减少烟品消费的措施上, FCTC 鼓励会员禁止或限制烟品广告与促销。换言之, 任何形式的商业性宣传、推荐或活动, 其目的、效果或可能的效果在于直接或间接推销烟草制品或促进烟草使用者, 皆为禁止或限制之列。^② 据估计, 全球烟草公司每年约投入数十亿美金于烟品广告^③, 烟品广告被认为系增加烟品消费的重要方式, 特别是对青少年族群吸烟习惯的养成有深远的影响。若干国家目前已制订全面禁止烟品广告之严格立法, 例如芬兰、法国、印度、意大利、纽西兰、葡萄牙、新加坡及泰国等。^④ 在 FCTC 倡议各国从严限制烟品广告的立法趋势下, 烟草公司转而主张禁烟广告将对广告商、媒体及经济整体产生严重之经济冲击并有违“世界贸易组织”(World Trade Organization, WTO)的相关规范。^⑤

从国际贸易法律角度观察, “烟品”本质上属于一般合法的可贸易财物, 原受到 WTO 货品贸易规范之拘束。各国实施市场开放贸易自由化的结果, 扩大了烟品进口与消费的增加, 尤其对亚洲或开发中国家的烟品消费产生相当的冲击。一般认为, 与烟品相

① 共有 168 个 WHO 会员签署 FCTC, 法律上须有 40 个国家批准始生效力。有关 FCTC 的签署过程, 参阅 WHO, *The WHO Framework Convention on Tobacco Control: Four Years in the Making*, <http://www.who.int/features/2003/08/en>. *The Framework Convention on Tobacco Control, A Primer*, <http://www.fctc.org/tobtopics/topics.php?num=9>.

② Article 1 of FCTC: “tobacco advertising and promotion” means any form of commercial communication, recommendation or action with the aim, effect or likely effect of promoting a tobacco product or tobacco use wither directly or indirectly. 此处所谓的“间接广告”包括赞助运动队伍、项目及娱乐活动, 例如摇滚演唱会, 将烟草标志于 T-shirts、帽子等消费产品上促销, 分享及品牌延展, 例如 Marlboro classic clothing、Salem Power Station music stores、赠送样品等。FCA, *Tobacco Advertising & Promotion*, www.fctc.org/tobtopics/topics.php?num=9.

③ 以美国 2002 年为例, 该国之吸烟人口虽低于全球吸烟人口的 5%, 但烟草产业仍投入 124.7 亿美金促销烟品。FCA, *ibid*.

④ WHO, *The Tobacco Atlas*, (2002), <http://www.who.int/tobacco/en/atlas31.pdf>.

⑤ 烟草公司亦经常主张其应有言论自由, 认为任何合法或销售之产品应有权加以广告。有关禁烟广告之合宪性, 参见翁晓玲:《禁限烟品广告规范之合宪性》, 载《东海大学法学研究》第 19 期。

关的贸易自由化措施与控制烟品消费使用的公共卫生措施目的并不一致, WTO 规范可能对 FCTC 措施的实施造成不利影响, 甚或存有潜在冲突。^① 而与烟品营销关系密切的“广告”措施, 本质上除具有货品性格外, 亦属于“服务贸易总协议”(General Agreement on Trade in Services, GATS)下的服务部门。论者即有主张禁止或限制烟品广告可能违反 GATS 规范者。

限制烟品广告在 GATS 下之性质为何, 并不明确。广告服务部门常需配合当地国政府特别之规范及其市场情况而有不同的因应策略。部分会员将该国对烟酒广告之限制, 直接记载于特定承诺表中, 其似认为此属于 GATS 第 XVI 条市场开放之限制。然亦有会员认为不需记载于特定承诺表中亦可维持该类限制, 盖此系属于第 VI 条国内规章或第 XIV 条公共卫生例外之问题。^② 限制烟品广告在政策工具之分类上究属于第 XVI 条市场开放限制或第 VI 条国内规章范围, 对其在 GATS 适法性的判断, 有重要的法律含意。在已为特定承诺之服务部门中, 第 XVI 条下的市场开放限制原则上系被禁止者, 除非记载于特定承诺表或符合第 XIV 条等例外规定, 然在影响服务供给之国内规章方面, 原则上系被“容许”者, 第 VI 条下会员享有较广泛的规范主权。前者主要系对外国服务或服务供给者之数量上限制; 后者则与服务质量及其供给者要件相关。

① 参阅 WHO/WTO, WTO AGREEMENTS AND PUBLIC HEALTH, 2002; Robert Weissman, “International Trade Agreements and Tobacco Control: Threats to Public Health and the Case for Excluding Tobacco From Trade Agreements,” Nov. 2003, at <http://www.essentialaction.org/tobacco>; Canada Center for Policy Alternative, “Trade Agreements and Tobacco Control: How WTO Agreements may stand in the way of reducing tobacco use” Briefing Paper Series: Trade and Investment Volume 2, Number 7. John Bloom, Public Health, International Trade and the Framework Convention on Tobacco Control, March 2001. at <http://tobaccofreekids.org/campaign/global/framework/docs/Policy.pdf>. ASEAN 国家亦曾就烟草贸易与健康问题建议将烟品排除于未来 ASEAN 其他贸易协议之规范。ASEAN Consultation On the Impact of AFTA on Tobacco Trade and Health, Penang, Malaysia, 23—24 August 2004. 在可能的冲突规范上, 例如 TBT 协议及 TRIPS 协议。Weissman, *ibid*.

② WTO, S/C/W/47, 9 July 1998, para. 21.

限制烟品广告为 FCTC 下限制烟品消费之重要手段,台湾《烟害防制法》修正草案亦已依据 FCTC 原则大幅修正限制烟品广告规范,并于 2005 年 11 月经“立法院”初审通过。FCTC 下限制烟品广告是否属于 GATS 第 XVI 条或第 VI 条的问题、是否有违 GATS 规范,值得探讨,亦为本文论述的核心。

二、限制烟品广告与 GATS 市场开放之关系

(一) FCTC 相关规定

FCTC 第 13 条第 2 项规定,每一缔约成员应依据其宪法或宪法原则广泛“禁止”“所有”之烟品广告(... a comprehensive ban of all tobacco advertising...),包括广泛禁止源自其领土之跨国界广告。同条第 3 项规定,若缔约成员因其宪法或宪法原则而无法采取广泛禁止措施者,则应对“所有”烟品广告加以“限制”(.. apply restrictions on all tobacco advertising...),包括限制或广泛禁止(restrictions or a comprehensive ban on advertising)源自其领土并具有跨国界效果之广告。第 4 项第 e 款亦规定,广泛禁止或限制包括通过“因特网”之方式进行之烟品广告。第 6 项规定,各缔约成员应合作发展技术及以其他必要之方式促进消除跨国界广告。第 7 项则规定,已实施禁止某些形式烟品广告之缔约成员,有权依其国内法禁止进入其领土之此类跨国界烟品广告(... ban those of cross-border tobacco advertising... entering their territory),并实施与源自其领土之国内广告所适用之相同处罚。由上述规定可知, FCTC 在尊重各国宪法原则下,鼓励缔约成员以全面禁止或限制烟品广告之方式来抑制烟品之消费。此种所谓“禁止”或“限制”烟品广告之措施,在“概念上”似乎与 GATS 服务贸易“数量限制”的概念相近,而禁止或限制“跨国界”或“因特网”方式进行烟品广告,似乎亦与 GATS 服务贸易“模式一”跨国服务之供给问题相关,其适法性如何,值得探讨。

(二) GATS 广告服务市场开放承诺之意含

在 GATS 架构下,“广告服务”(Advertising Service)为 GATS

“服务类别表”^①所列“其他商业服务”(Other Business Services)项下之次部门。^②按该部门所对应之 CPC 871 群组^③分类,广告服务尚包括以下三大项次类别:

1. 广告所需空间或时间之销售或租赁(在报纸、其他期刊及电视上加以广告之空间或时间服务)^④;

2. 广告之计划、筹备及布置服务(透过广告媒体表现广告之计划、筹备及布置服务)^⑤;

3. 其他广告服务(其他未分类的广告服务,包括户外及空中广告服务、样品及其他广告物品之递送服务)^⑥。

在 GATS 架构下,一旦会员同意对广告服务作出“完全承诺”(full commitment),则不得以 GATS 第 XVI 条所规定之数量限制措施,对广告服务部门之服务及服务供给者加以限制。而此完全承诺亦适用于 CPC 871 群组项下的所有广告服务行为。换言之,会员对广告服务之完全承诺亦对 CPC 871 项下之服务措施类型有所影响。按 GATS 第 XVI 条第 2 项规定,除非承诺表另有列明,会员对已承诺市场开放之服务项目,不得于部分地区或全国境内维持或实行数量限制措施,包括:

a. 以限额数量、独占、排他性服务供给者或经济需求检测^⑦之

① MTN. GNC/W/120.

② 多数广告活动系商业服务之辅助工具。广告为促进个别货品或服务需求之刺激要素。

③ 会员填载特定承诺时,多参考《联合国重要产物暂行分类表》(UN Provisional Central Product Classification, CPC)中所详列服务类别涉及之服务行为。多数会员在广告服务之承诺多依据 CPC 871。

④ “Sale or leasing services of advertising space or time (services provided in soliciting advertising space or time for newspaper, other periodicals, and television stations).”

⑤ “Planning, creating and placement services of advertising (planning, creating and placement services of advertisements to be displayed through the advertising media).”

⑥ “Other advertising services (other advertising services not elsewhere classified, including outdoor and aerial advertising services and delivery services of sample and other advertising material).”

⑦ “经济需求标准要件”系指以一国之经济需求作为限制外国服务业者在地主国提供服务之标准。例如,一国以在当年度之市场条件及市场容量为标准限制外国银行业者进入地主国市场之数目。

要求等形式 ,限制服务供给者之数量 ;

b. 以限额数量或经济需求检测之要求等形式 ,限制服务交易或资产之总值 ;

c. 以限额数量或经济需求检测之要求等形式 ,借指定之数量单位 ,限制服务营运之总数或服务之总生产数量。^①

目前计有 51 个会员已对广告服务作出承诺 ,似仅有 Liechtenstein 明文将烟酒广告之限制 ,排除于广告服务承诺中。然 Grieshaber Otto/Noel Schacter 则认为 ,禁止或限制(酒类)广告可能违反 GATS 市场开放及国民待遇之承诺。例如 ,瑞典、挪威及芬兰在广告上作出特定承诺 ,并未排除(酒类)广告出其承诺范围。然却在经销服务部门上 ,排除酒类之特定承诺。^② 总体而言 ,在提出广告服务承诺的会员中 ,仅有少数会员在市场开放承诺中载明“烟酒产品除外”之承诺。

(三) 对烟品广告设有数量上限之措施

若会员已对广告服务提出市场开放之完全承诺 ,但未明文排除“烟品”之适用 ,其依据 FCTC 之建议而以“限制数量”之形式限制烟品广告 ,例如台湾地区现行《烟害防制法》第 9 条规定 ,制造、输入或贩卖烟品者以杂志促销烟品或为烟品广告 ,“以每年刊登不超过 120 则为限”之规定 ,是否符合 GATS 第 XVI 条 ,值得进一步探究。

依本文之见 ,与烟品广告总量限制较有相关者 ,系第 XVI 2 条第 b 款及第 c 款 ,盖该等规定涉及服务交易及产出之总值或总量。在第 XVI 条意义下之“完全承诺”系指 ,会员在有关于“广告服务次部门范围下所涵盖之服务”方面(即 CPC 871 广告次服务部门) ,承诺“不实行”第 XVI 2 条所刊载之任何措施类型。就限

① (d) 以限额数量或经济需求检测要求 ,限制特定服务部门得雇用之自然人总数 ,或限制某一服务供给者得雇用与特定服务之供给直接相关且必要之自然人总数 ;(e) 以限制或要求服务业者 ,以特定之法人形式或合资方式始得提供服务 ;(f) 以设定外国人最高持股比例之方式 ,或以对外国之个别投资人或全体投资外人之投资总额设限之方式 ,限制外国资本之参与。

② The GATS : Impacts of the International "service" treaty on health-based alcohol regulation , <http://www.stakes.fi/nat/nat01/nr.3/english/gats.htm>.

制“烟品广告”之数量而言,从表面观之,其外观似有“数量限制”之“形式”(form),但此限制似不属于对“CPC 871 广告服务次部门”及 GATS 四个服务供给模式整体所设之限制。依据第 XVI 2 条第 b 款之规定,GATS 所限制者系以限额数量之形式,限制服务交易或资产之“总值”。此处之“总”值(total value of service transactions or assets),解释上似指广告服务部门“整体”(the entire sector)之交易或资产“总”值^①,而非“烟品”广告之交易或资产总值。而对烟品广告每年可刊载之“数量”设有上限,似亦与交易或资产总值无关。若从第 XVI 2 条第 c 款观之,其系规定以限额数量之形式,借指定之数量单位,限制服务营运之总数或服务之总生产数。此处“服务产出”之总数量,解释上似亦指“广告服务部门整体”之总数量,而非“烟品”广告服务之总数量。在“烟品”广告之总数量受到限制的情形下,广告服务业者所能承揽之“烟品”广告业务固然受到限制,然此似不必然表示个别广告服务提供者或广告服务提供者“整体”所能承揽之“广告服务”“总量”受到限制,或广告收入必定减少。盖“烟品”广告仅系广告服务提供者承作广告“内容”之一部分^②，“烟品”以外之标的,例如不动产、手机等广告,可能仍为多数广告服务业者代理广告之所得来源。另一方面,GATS 所关注的“广告服务”定义,如上所述,主要系由 CPC 871 及四种供给模式所架构,而“限制烟品广告”其性质仅系限制广告之内容,而非对“广告服务”构成限制。因此,本文认为,以“每年刊登不得超过×则为限”形式所为之限制烟品广告措施,并不属于第 XVI 2 条之规范范围。会员对广告服务为完全承诺者,纵使对烟品广告采取“以每年刊登不得超过×则为限”之规定,似仍无

① Markus Krajewski, National Regulation and Trade Liberalization in Services, The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, Kluwer Law International, 2003, p. 91.

② 香港自 1990 年起禁止烟品之电视及广播广告。据估计,至 1996 年时,主要的电视台广告收入仍增加超过 500%。泰国于 1992 年全面禁止烟品广告,但在 1993 至 1995 年间,广告支出仍增加 42%。FCA, supra note 384.

违反其市场开放承诺之虞。

(四) 禁止网络烟品广告之措施

FCTC 所建议之限制烟品广告措施,包括禁止或限制跨国界及因特网之烟品广告,就外观而言,此等广告可能涉及 GATS 架构下服务本身跨越国界之“模式一”问题。在 WTO“安地瓜—美国影响跨境赌博及下注服务措施案”(US-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services,以下简称 US-Gambling 案)^①中,美国容许该国境内之赌博活动,却“全面禁止”(total prohibition)“因特网”赌博服务,在第 XVI 2 条第 c 款的解释上,上诉机构认为,对作出完全承诺之“服务供给”所为之限制,构成了对“该服务供给之数量限制”(a prohibition on the supply of services in respect of which a full market access commitment has been undertaken is a quantitative limitation on the supply of such services)。在该案中,系争措施对完全承诺之“服务供给”之限制,构成了对该服务部门服务营运或产出之“零配额”(zero quota),因而属于第 XVI 条 2 条第 c 款之适用范围。^② 上诉机构于此争点维持了争端解决小组原先之裁决:对已为特定承诺服务部门之若干服务供给所为的禁止措施,属于第 XVI 2 条第 c 款意义下之限制(a measure prohibiting the supply of certain services where specific commitments have been undertaken is a limitation... within the meaning of Article XVI 2(c)),盖其“完全禁止”了服务营运及/或服务产出通过模式一所含括之一种、数种或全部之传送方式(because it totally prevents the services operations and /or service output through one or more or all means of delivery that are included in mode 1),且

① Appellate Body Report, US-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, adopted Apr. 20 2005. 有关本案之探讨,参阅彭心仪:《由美国禁止网络赌博争端案论服务贸易市场开放及国民待遇之规范解释与体系建构》,载《WTO 服务贸易与通讯科技法律》,元照出版公司 2005 年版,第 275—338 页。

② Appellate Body Report, US-Gambling, *ibid.*, at para. 250—251.

造成了“模式一”所含括之一种、数种或全部之传送方式”之“零配额”效果([and] results in a “zero quota” on one or more or all means of delivery include in mode 1)。①

在 US-Gambling 案中,上诉机构主要关注者为美国禁止因特网在线赌博服务之措施,违反了美国于赌博服务“模式一”之市场开放承诺。该等禁止措施使“外国供给者”无法借由电话或网络提供跨国之赌博服务,而使“模式一”下之传送方式(means of delivery)②受到限制。换言之,就本案主要争点而论,上诉机构似着重于会员禁止“服务供给”“方式”(模式一)与市场开放承诺二者间之关系问题。唯从上诉机构维持争端解决小组之裁决观察,所谓“禁止”特定服务下“若干”“服务供给”之措施构成了“零配额”“数量限制”之观点,确有可能模糊了第 XVI 条与第 VI 条之适用界线,对一国规范服务贸易之主权范围有所影响。有论者即主张,上诉机构于该案之见解将使判断服务贸易措施系属“质”或“量”之性质更加困难。一旦会员对已开放之服务供给方式加以限制,无论其立法理由为何,皆或可能因此落入第 XVI 2 条项第 c 款之范畴,而成为所谓“零配额”措施。此举不但与第 XVI 2 条第 c 款之文义相左,且有干扰会员规范服务贸易主权之虞。③

有趣的是,美国于该案上诉意见书中曾以“广告服务”为例指出,会员对广告服务设有众多规范,包括禁止若干之广告形式。若一国实行禁止垃圾邮件之措施,而垃圾邮件带有大量有关货品及服务直接广告之电子讯息,该等广告之递送即系广告物品之递送(delivery of such advertising is delivery of advertising material)④,属

① WTO Panel Report, US-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R. para 6.355; AB report, para 252.

② 有学者认为 GATS 下并无所谓“传送方式”之用语,故其意义不明。Joel P. Trachtman, Current developments-Decisions of the Appellate Body of the World Trade Organization, <http://www.ejil.org/journal/curdevs/AB.html#TopOfPage>.

③ Joost Pauwelyn, Rein ne Va Plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS, 4(2) World Trade Review (2005), pp. 161—168.

④ 依据 CPC 871,“广告物品之递送”亦属于承诺之定义范围。

于许多会员广告服务承诺范围。目前至少有一会员已禁止以电传或电子邮件方式主动提供(unsolicited)之直接广告,然该会员已作出广告服务跨国界供给之完全承诺。另一方面,亦有会员对广告服务提出商业据点呈现之承诺,然其亦禁止于公路旁设置户外广告招牌。依美国之见解,会员有权采取上述对广告服务之中立限制措施,只要该等措施并未采取数量配额之形式或第 XVI 2 条所禁止之其他形式。一国选择对其所开放服务部门“若干活动”(selected activities)加以禁止之权限,不得被剥夺。^①

就本文讨论的“烟品广告”观之,禁止或限制烟品广告以网络或电话方式进行,固然使承揽烟品广告之广告服务业者(广告代理商)受到不利之影响,至少在使其如何选择烟品广告之媒介方式上受到限制。然一国禁止以网络或电话方式提供烟品广告之立法,其性质并非全面禁止“广告服务”以“网络或电话”之方式加以提供。广告服务业者仍得以电话或网络方式提供与烟品无关之其他广告服务。因此,会员依据 FCTC 禁止广告服务业者以电话或网络方式提供烟品广告,似不至于构成广告服务之限制,亦不涉及模式一及零配额效果问题。此从 US-Gambling 案中其被限制者为“赌博服务”本身可得以验证。另一方面,依据 CPC 871 之定义,广告服务包括“广告物品之递送”,纵使要求与烟品有关之广告传单不得以网络或电子邮件传递,仍不构成广告服务“若干服务”供给之限制。盖 GATS 所处理之服务系“广告服务”,而非“烟品广告服务”。“广告物品递送”之服务于此亦未受到数量限制。因此,WTO 会员依据 FCTC 禁止或限制网络烟品广告,应无违反 GATS 第 XVI 2 条之虞。

(五) 全面禁止烟品广告之措施

全面禁止烟品广告之措施,从表面观察,似乎亦与“完全禁止”特定广告服务类型有关。然如前所述,禁止或限制烟品广告,

^① Appellant Submission of the United States of “US- Gambling”, January 14, 2005, paras. 128—129.

性质上并非对广告服务之禁止。广告服务业者所受到的限制,仅限于不得承接有关烟品之广告。在烟品广告限制下,广告服务业者仍得利用网络或其他供给模式承揽烟品以外之广告。因此,对烟品广告之全面禁止,与对广告服务之全面禁止并不相同。WTO 会员若依据 FCTC 采取全面禁止烟品广告之措施,亦无违反 GATS 第 XVI 2 条之虞。

三、限制烟品广告与 GATS 国内规章之关系

(一) FCTC 相关规定

就本文之目的,依据 FCTC 第 13 条第 4 项之规定,缔约成员依据其宪法或宪法原则,至少(as a minimum)应:

1. 禁止实行任何虚伪、误导、欺骗或可能对烟品特性、健康效果或释放物产生错误印象之任何方式(any means)促销烟品之所有形式之烟品广告(all forms of tobacco advertising);
2. 所有烟品广告应附有健康或其他适当之警告与或信息;
3. 限制使用鼓励大众购买烟品之直接或间接奖励手段;
4. 禁止或限制在广播、电视、印刷媒介,及适当时在其他媒体,例如网际网络上之烟品广告。

由上述规定可知,在尊重各国宪法原则的前提下,FCTC 要求缔约成员在禁止或限制烟品广告之方式上至少应采取部分之行动。第 13 条第 4 项之规定涉及众多影响烟品广告之措施,举凡对烟品特性、健康效果或释放物之引入错误广告,标示健康或其他适当警告信息,促销烟品之直接或间接奖励手段,于广播、电视、印刷等媒介刊登广告等,皆在限制之列。按 FCTC 第 1 条将“烟品广告及促销”定义为“任何形式的商业性宣传、推荐或活动,其目的、效果或可能的效果在于直接或间接推销烟草制品或促进烟草使用者”,其规范范围甚广,而第 13 条第 4 项一定程度地具体化了其内涵。此处所谓的“间接广告”,一般认为系包括赞助运动队伍、项目及娱乐活动,例如摇滚演唱会,将烟草标示于 T-shirts、帽子等消费产品上促销;分享及品牌延展,例如 Marlboro Classic clothing;

Salem Power Station music stores ;赠送样品等。^① 台湾《烟害防制法》修正草案第 9 条亦反映出 FCTC 之规定 ,依其规定 ,促销烟品或为烟品广告 ,不得以“广播、电视、电影片、录影、电子讯号、计算机网络、报纸、杂志、广告牌、海报、单张、通知、通告、说明书、样品、招贴、展示或其他文字、图画、物品或电磁记录物为宣传” ;“利用与烟品品牌名称或商标相同或近似之商品为宣传” ;“以茶会、餐会、说明会、品尝会、演唱会、演讲会、体育或公益等活动 ,或其他类似方式为宣传” ;“以采访、报道介绍烟品或假借他人名义之方式为宣传”及“以烟品作为销售物品、活动之赠品或奖品”等。该等限制烟品广告措施从外观观察 ,似与数量限制较无直接相关 ,而系与 GATS 第 VI 条国内规章之概念较为接近 ,其适法性如何 ,值得探讨。

(二) GATS 第 VI 条对限制烟品广告之意含

GATS 前言第 4 段提及 ,GATS 承认各会员为符合其国家政策目标 ,得对于其境内提供服务的行为进行管制 ,或引进新管制的权利。第 VI 条亦对“国内规章”(domestic regulation)设有一般规定。依第 VI 1 条之规定 ,对已提出特定承诺之服务部门 ,各会员应确保其影响服务贸易之所有一般性适用措施系以“合理”(reasonable)、“客观”(objective)且“公平”(impartial)之方式实施。第 VI : 4 条规定 ,为确保有关“资格要件及程序”、“技术标准”及“核照要件”之措施不致构成服务贸易之不必要障碍 ,WTO 服务贸易理事会应经由设立之适当机构制订必要规范。^② 该规范应符合下列要件 : (1) 客观、透明^③ ; (2) 不至于超过确保服务质量所必要之严苛程度(not more burdensome than necessary to ensure the quality of the service) ; (3) 在核照程序之情形下 ,该程序本身不得构成对服务供给之限制。在此规范生效前 ,依据第 VI 5 条之规定 ,各会员

^① FCA , supra note 384.

^② “国内规章工作小组”亦在第 VI 4 条之授权下展开相关规范之谈判。此项议题系 WTO 多哈回合(Doha Round)GATS 服务贸易规则谈判的重要议题之一 ,唯目前尚未达成具体共识。

^③ 例如 ,以服务提供之适格与能力作为标准。

对已提出特定承诺之服务部门,就核照、资格要件及技术标准之适用,不得以(1)不符合第 IV 项规定之标准及(2)会员提出该等服务部门之特定承诺时所无法预期之方式,剥夺或减损(nullify or impair)其特定承诺。简言之,GATS 第 VI 4 条主要系在赋予会员一定程度的义务,要求会员于执行正当的管制目的时,例如订定服务提供者之资格与执照等国内规章时,尚宜注意该等国内措施不应造成贸易上的不必要障碍。

限制烟品广告与 GATS 第 VI 条的关系为何,值得思考。若其属于第 VI 1 条下影响服务贸易之所有一般适用措施,则其可能有应以合理、客观且公平之方式实施之要求。若其属于第 VI 4 条所列“资格要件及程序”、“技术标准”及“核照要件”的措施之一,则可能必须进一步满足所谓“不构成服务贸易之不必要障碍(unnecessary barriers to trade in services)”要件。

就第 VI 1 条规定观察,依其文义,各会员对已提出特定承诺之服务部门,应确保影响服务贸易之所有一般适用措施(all measures of general application affecting trade in services),以合理、客观且公平之方式实施。依据第 I 1 条之规定,GATS 协议所欲处理者,系影响“服务贸易”之措施,而非影响“服务”之措施。^①而“服务贸易”之意含,依据第 I 2 条之规定,系指四种服务供给之模式,包括跨国提供服务、国外消费、商业据点设立及自然人移动。^②“限制烟品广告”在效果上固然影响了广告服务业者承揽广告内容之业务,然如本文所述,该等措施之性质仅属于对广告内容之限制,而非“广告服务”之限制。因此,其亦应不属于“影响”“广告服务”之措施。因此,本文认为限制烟品广告并不适用第 VI 1 条之规定。

在第 VI 4 条方面,依据秘书处 1996 所提相关定义观察,所谓“资格要件”,系指专业服务提供者取得认证或执照所需符合

① Article 1.1 of the GATS provides that “This Agreement applies to measures by members affecting trade in services.”

② 参照黄立、李贵英、林彩瑜:《WTO 国际贸易法论》,元照出版公司 2002 年版,第 219—220 页。

之实质要件。“资格程序”系指关于执行资格要求之行政或程序规则。“核照要件”系指除资格要求以外,为提供服务所需,取得正式许可所须符合之实质要求。“核照程序”系指关于提出与处理申请证照之行政程序。“技术标准”系指“服务本身之定义或特征”(the characteristics or definition of the service itself)以及“服务之执行方式”(the manner in which it is perform)。例如,针对审计服务之内容所规范之技术标准,即近于该服务之定义,针对审计服务提供者所应遵循之伦理(ethics)或行为(conduct)规则,则可视作为服务执行方式之技术标准。服务本身的技术特征,例如会计师财务报告的格式,提供服务的作业标准,则例如会计师进行查核的方式。^① 限制烟品广告之相关立法系借由禁止或限制广告商承接与烟品有关的广告,减少烟品消费,以达公共卫生的目的。因此,该等措施在本质上即与服务提供者相关的资格与核照要件、程序无关。在概念上较可能混淆的,可能为技术标准。以台湾地区《烟害防制法》为例,其规定了“广告商”如何处理与“烟品”相关之广告,例如可否于杂志、报纸或媒体等媒介中加以呈现,违反者,则课以罚鍰等。^② 就秘书处对技术标准的说明观之,在广告服务上,所谓服务执行方式,应系指广告商服务客户的方式,此处应遵循的规范虽不若专业服务多,但仍不脱应诚信对待客户,具备履行服务的一定技能。而定义广告服务时,亦不需描述广告“内容”。限制烟品广告,其性质系对广告内容之限制,一方面与广告服务定义无关,一方面亦未涉及广告服务之方式,故非属广告服务之技术

① WTO Doc. S/WPPS/W/9, (Sep. 11, 1996). Technical standards : these are requirements which may apply both to the characteristics or definition of the service itself and to the manner in which it is performed. For example, a standard may stipulate the content of an audit, which is akin to definition of the service ; another standard may lay down rules of ethics or conduct to be observed by the auditor. “ The Relevance of the Disciplines of the Agreements on Technical Barriers to Trade (TBT) and on Import Licensing Procedures to Article VI. 4 of the General Agreement on Trade in Services , ” Note by the Secretariat , S/WPPS/W/9 , pp. 5 , 6.

② 台湾地区《烟害防制法》第 22 条规定,广告业者违反第 9 条第 1 款规定,制作烟品广告者,处新台币 5 万元以上 15 万元以下之罚鍰,并得按次处罚。

标准。

值得注意者,第 VI 4 条、第 VI 5 条虽对资格要件及程序、技术标准及核照要件之类的国内规章有特别的义务规定,但非谓此三类之外的国内规章即不得合法存在。事实上,从 GATS 前言即可探知,各会员仍有规范服务的主权。因此,就此角度,一国应有权依其国内公共卫生政策之考虑采取限制烟品广告,第 VI 条之规范并不妨碍该等措施之合法性。

(三) 限制烟品广告之内容或仅适用于部分媒介之措施

在各项限制烟品广告措施中,若干国家可能仅禁止部分媒介刊登烟品广告,然却同时容许于其他媒介类型中刊登,例如:禁止在电视、杂志中刊登烟品广告,却容许在电影片或报纸中刊登者;或禁止烟品广告刊登于以未满十八岁之青少年为主要读者之杂志中等。^①如上所述,在 FCTC 下,会员被要求至少禁止“任何虚伪、误导、欺骗或可能对烟品特性、健康效果或释放物产生错误印象之任何方式促销烟品之所有形式”之烟品广告,或限制使用鼓励大众购买烟品之直接或间接奖励手段等。有论者谓,烟草公司得以 GATS 挑战各国限制或禁止烟品广告之措施,尤其是仅对若干烟品广告形式设限,却容许部分不设限之情形。而专门为烟草公司制作电视广告的外国广告商可能主张此将不公平歧视该外商,尤其是在该广告商对电视广告市场占有极高的占有率时。^②亦有论者主张,(酒品)广告牌广告属于“户外及空中广告承诺”,属于完全承诺之范围。若加以禁止,则构成“广告服务供给者数目之限制”及“广告交易总价值之限制”等。^③然本文无法赞成上述论者之看法。

如本文所述,限制烟品广告仅系对广告呈现内容之限制,并未涉及服务贸易之限制,本质上并不属于 GATS 第 XVI 条市场开放及第 VI 条国内规章之范围。有关广告所用之媒介,例如广播、电

① 例如台湾地区《烟害防制法》第 9 条第 2 项。

② Weissman, *supra* note 388, at 16.

③ Ellen Gould, Trade Treaties and Alcohol Advertising Policy, *Journal of Public Health Policy* 26 (2005), pp. 366—367.

视、电影片、广告牌等,或要求广告不得有虚伪、误导、欺骗之情事之标准或方式等,皆与实体物有关,而非“服务”,故亦不属于 GATS 范畴。会员基于内国规范主权本自得加以限制或要求。

四、限制烟品广告与 GATS 国民待遇之关系

(一) GATS 第 XVII 条与 GATT 第 III 条之适用

限制烟品广告与 GATS 国民待遇关系为何,亦值得关注。国民待遇在 GATS 架构下亦属于特定承诺,依据第 XVII 1 条规定,对承诺表所载服务部门,及依照该表所列条件及限制,每一会员就“所有影响服务供给之措施”(all measures affecting the supply of services),应赋予任一其他会员服务或服务供给者,不得低于其给予本国同类服务或服务供给者之待遇。^① 国民待遇之限制包括了“实质上”^②及“法律上”之歧视情形,故纵使实施相同的措施,若导致本国同类服务或服务供给者享有较有利的竞争条件,仍系违反该条规定。若会员对广告服务之国民待遇设有限制或条件,则未必需对外国广告服务提供者给予国民待遇。本文认为,如上所述,限制烟品广告并不属于 CPC 871 的承诺范围,其亦非第 I 1 条下之影响服务贸易措施,与广告服务的生产、分配、营销、销售及交付等服务供给^③亦无涉,故应无国民待遇之问题。

然另一方面,限制烟品广告之目的系在限制烟草公司对“烟品”之促销,以减少烟品消费。就货品贸易角度观之,该措施属于“影响”“烟品”之销售、购买、要约、营销之内国法规,故亦有 GATT 第 III 条国民待遇之适用。在 Canada-Certain Measures Concerning

① “In the sectors inscribed in its Schedule, an subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favorable than that it accords to its own like services and service suppliers.”

② 包括提高其营运成本、减少其竞争力等。

③ 参照 GATS 第 XXVIII b 条之规定。

Periodicals 案^①中,加拿大主张,广告属于 GATS 所涵盖之服务,由于该国并未对广告政策承诺赋予国民待遇,故其得对广告课税,以支持国内杂志之出版商。然上诉机构表示,杂志广告虽含有“服务之属性”(services attributes),然其结合了编辑之内容,故形成了实体之产品(to form a physical product),故亦受到 GATT 之规范。上诉机构并肯定会员于 GATT 与 GATS 下之义务得“同时存在”,且任何一方之效力并不优于他方(can coexist and that one does not override the other)。依此项裁决,由于所有的广告规范,皆可能“影响”进口烟品于进口国市场之竞争条件,故任何形式之广告皆可能有第 III 条之适用。在 Thailand-Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes 案(以下简称 Thailand-Cigarettes 案)中^②,依据 WHO“禁止”广告可抑制香烟需求的见解,争端解决小组即认为,若对国产及外国烟品同时采取“禁止广告”的措施,通常系符合第 III 条规定。^③

综上,会员实行限制烟品广告时,由于适用 GATT 的结果,其应符合 GATT 国民待遇之要求。

(二) 全面禁止烟品广告与国民待遇

FCTC 鼓励缔约成员全面禁止烟品广告。在前述 Thailand-Cigarettes 案中,争端解决小组表示,或有论者谓对“所有”烟品广告采取一般之禁止规定(a general ban on all cigarette advertising),在既存烟品供货商与新加入之外国供货商之间造成不公平之竞争机会,故有违第 III 条。争端解决小组认为,纵使该主张可被接受,此“不一致性”(inconsistency)乃属“无法避免”(unavoidable),

① Report of Appellate Body, Canada-Certain Measures Concerning Periodicals, WT/DS31/AB/R, 30 June 1997.

② Report of the Panel adopted on 7 November 1990(DS10/R-37S/200).

③ “The Panel first examined how Thailand might reduce the demand for cigarettes in a manner consistent with the General Agreement. The Panel noted the view expressed by the WHO that the demand for cigarettes, in particular the initial demand for cigarettes by the young, was influenced by cigarette advertisements and that bans on advertisement could therefore curb such demand.” *ibid.*, para. 78.

故属于 GATT 第 XX b 条下之“必要”含意,盖另外赋予“广告权”(advertising right),将产生增加烟品需求之风险。本案被控诉国泰国亦已实行若干非歧视的控制需求措施,包括“禁止直接及间接之广告”等。^①就此裁决,争端解决小组已明示全面禁止烟品广告在 GATT 国民待遇下的合法地位。

本文认为,尽管禁止烟品广告并未对进口烟品或国产烟品构成歧视,然全面禁止烟品广告,包括直接或间接广告,或可能对外国新开发烟品上市造成较大的冲击,盖国内烟品较容易为本国消费者所知悉。未来若有外国烟草公司主张此将构成“实质之歧视”,WTO 如何回应,似亦值得观察。从国际贸易角度观之,烟品固可能造成对民众健康之危害,但其在 GATT 下毕竟属于可合法贸易的财物。若全面禁止包括国内既有及新开发烟品直接与间接的所有广告、宣传、营销空间,进而造成外国新开发烟品实质上的歧视效果,则或有必要探讨全面禁烟广告是否为控制烟品消费的“必要措施”。有学者认为,禁止“部分”烟品广告之方式在减少烟品消费上不具效率。^②WHO 及世界银行亦鼓励各国禁止所有形式的烟品广告与促销。据估计,若实行此措施,全球将减少 7% 的烟品需求。若政府仅禁止于一种或多种媒介上刊登烟品广告,则

① “A ban on the advertisement of cigarettes of both domestic and foreign origin would normally meet the requirements of Article III 4. It might be argued that such a general ban on all cigarette advertising would create unequal competitive opportunities between the existing Thai supplier of cigarettes and new, foreign suppliers and was therefore contrary to Article III : 4. Even if this argument were accepted, such an inconsistency would have to be regarded as unavoidable and therefore necessary within the meaning of Article XX(b) because additional advertising rights would risk stimulating demand for cigarettes. The Panel noted that Thailand had already implemented some non-discriminatory controls on demand, including information programmes, bans on direct and indirect advertising, warnings on cigarette packs, and bans on smoking in certain public places.” *ibid.*

② 参阅 Christine P. Bump, *Close but no Cigar: the Who Framework Convention on Tobacco Control's Futile Ban on Tobacco Advertising*, *Emory International Law Review* (Fall 2003).

烟品产业可将广告支出予以转移,此将对消费整体无效果。^①另一方面,争端解决小组于 Thailand-Cigarettes 案中亦已表示,禁烟广告纵使构成外国新加入供货商竞争上的不利益,亦属于 GATT 第 XX b 条下的必要措施。此种见解似与 WHO 向来的主张一致,就此个案上也适度平衡了贸易与公共卫生议题之两难。

至于若烟草公司提诉,会员得否以为符合 FCTC 之要求为抗辩,由于 WTO 争端解决程序仅处理 WTO 包括协议所生之争议,本身并无权限处理系争措施是否符合 FCTC 之问题。目前争端解决小组与上诉机构对国际公法之适用,似呈现相当保守及谨慎之态度。多数案件中系以《维也纳条约法公约》第 31 条及第 32 条为国际习惯法作为解释之方式。争端解决小组或上诉机构对争端当事国另外签署之双边协议或参与之多边协议,亦仅在与 WTO 包括协议相关之规定内,有所考虑。故会员欲以其所签署之 FCTC 为抗辩,恐为不易。

五、结论

FCTC 下有关烟品广告的禁止或限制规定形式不一,包括:全面禁止,禁止于广播、电视、报纸或网络各种媒介中作烟品广告,禁止以任何虚伪、误导、欺骗之任何方式促销烟品,限制使用鼓励大众购买烟品之直接或间接奖励手段等。由本文论述可知,限制烟品广告系限制广告之内容,而非限制广告服务。该等措施一方面不属于广告服务措施,一方面亦不涉及执行广告服务之方式,故与 GATS 规范并不冲突。WTO 会员本其规范主权,自可依其公共卫生政策考虑采取限制烟品广告措施。此项结论亦与 Thailand-Cigarettes 案争端解决小组肯定禁烟广告于 GATT 的合法地位一致。

贸易与公共卫生间之互动关系近年来受到各界的相当关注。实践全球公共卫生措施若涉及贸易事项者,仍不免受到 WTO 一

^① 依据 2000 年对 102 个国家进行之研究,在广泛禁止烟品广告的国家中,每人烟品消费量减少 8%,然在部分禁止烟品广告的国家,则仅减少 1%。FCA, *supra* note 384。

定程度之制约。WTO 各项协议虽在一定程度上得对公共健康议题有所响应 ,然其基本模式仍系在既有贸易法律架构下以有限的条文寻求贸易自由化与卫生主权之平衡点。若烟品经科学证实确对人类健康造成难以弥补的伤害 ,或许人们应更积极思考的是 :在多边贸易谈判下高举贸易自由化的同时 ,何以人类的生命健康保护价值不能 ,或不必然高于经济贸易价值 ? 政府何以一方面大开烟品市场之门 ,一方面又劝导人民远离烟害 ,而国库却同时受益于人民缴纳的烟品税捐 ?

“纺织品特殊保障措施条款”中 “市场扰乱”的判断标准

白巴根^{* 1}

一、序言

作为加入 WTO 的条件,中国接受了允许 WTO 成员专门针对中国出口产品采取保障措施的条款。一是《中华人民共和国加入议定书》第 16 条(特定产品过渡性保障机制),以及《中国加入工作组报告书》D(影响货物贸易的国内措施)第 13 节(过渡性保障措施)第 245 段至 250 段^①(以下简称“特殊保障措施条款”),这些条款规定的是专门适用于所有中国出口产品的“过渡性保障措施”^②;二是《中国加入工作组报告书》D(影响货物贸易的国内措

* 华南理工大学法学院副教授。

① 《中华人民共和国加入议定书》第 1 条第 2 款第 2 句规定:“本议定书,包括工作组报告书第 342 段所指的承诺,应成为《WTO 协定》的组成部分。”《中国加入工作组报告书》第 342 段所列承诺中不包括第 245—250 段,但这些条款是对《中华人民共和国加入议定书》第 16 条的补充和细化,其法律约束力不应该受到质疑。

② “过渡性保障措施”(transitional safeguard measures),或称“过渡性保障机制”(transitional safeguard mechanism),是不同于一般保障措施的概念,这里所使用的“过渡性”一词的含义是指此类保障措施不具有永久性的法律效力,其适用期限是有限的。《中华人民共和国加入议定书》第 16 条第 9 款明确规定:“本条的适用应在加入之后 12 年终止。”《中国加入工作组报告书》第 242 段也明确规定:“中国代表同意下列规定将适用于纺织品和服装产品贸易,直至 2008 年 12 月 31 日,并成为中国加入条款和条件的一部分。”实际上“过渡性”一词并不能体现“过渡性保障措施”的本质,因为与一般保障措施相比较,“过渡性保障措施”的特点在于其“歧视性”或“可选择性”,外国学者就直接称其为“歧视性保障措施”(discriminatory safeguards),或“选择性保障措施”

施)第11节(纺织品)第242段(以下简称“纺织品特殊保障措施条款”或“第242段”)^①,该条款就专门适用于中国出口的纺织品与服装产品(以下简称纺织品)的“过渡性保障措施”作出了规定。^②

就中国纺织品出口贸易所处的法律环境而言,自中国加入WTO的2001年12月11日起,至2005年1月1日《纺织品与服装协定》失效为止,在保障措施方面的法律规定主要是WTO《纺织品与服装协定》和第242段。^③但自《纺织品与服装协定》失效后,一直到2008年12月31日为止,决定中国纺织品出口贸易法律环境的将主要是第242段。《纺织品与服装协定》失效后,针对中国纺织品的出口,欧美向中国提出的一系列磋商和已经采取的保障措施基本上是以第242段为根据的,也说明了这一点。^④

(selective safeguards)。例如,参见 Fabio Spady, Discriminatory Safeguards in the Light of the Admission of the People's Republic of China to the World Trade Organization, Journal of International Economic Law(2002), pp. 421—433。国内学者则一般将“过渡性保障措施”称为“特殊保障措施”。

① 《中国加入工作组报告书》第241段也是关于纺织品的规定,但与纺织品特殊保障措施的实施条件没有直接联系。

② 关于《中华人民共和国加入议定书》和《中国加入工作组报告书》是《WTO协定》的必不可少的组成部分这一问题,作为法律根据,有学者在援引《维也纳条约法公约》第31条第2款关于条约概念的解释。实际上《中华人民共和国加入议定书》和《中国加入工作组报告书》本身已经明确地解决了这一问题。例如,《中华人民共和国加入议定书》第1部分(总则)第1条(总体情况)第2款第2句规定:“本议定书,包括工作组报告书第342段所指的承诺,应成为《WTO协定》的组成部分。”笔者认为,既然有如此明确的规定,就没有必要绕个大弯去援引《维也纳条约法公约》了。

③ 当然,WTO《保障措施协定》和“特殊保障措施条款”也构成中国纺织品出口贸易的法律环境。但是对欧美等贸易伙伴来讲,限制中国纺织品进口时更方便的是《纺织品与服装协定》所允许的配额和对已经取消配额(完成一体化)的纺织品根据第242段采取的特殊保障措施。

④ 2005年1月1日,持续半个世纪的纺织品配额制度终结后,面对中国纺织品出口的强劲竞争优势,欧美立即拿起了事先准备好的第242段这一防御工具,接二连三地向中国政府提出磋商请求并对中国出口纺织品发动保障措施。面临纺织品贸易摩擦,不仅商务部官员昼夜谈判、紧张应对,甚至中央高层也关注这一问题。但是我国WTO研究专家们却显得格外冷静。笔者查遍2005年的法学核心期刊,专门论述纺织品特殊保障措施问题的论文,可以说寥寥无几。2005年10月13日至14日,在长沙举行的2005年国际经济法年会上,共提交近一百四十篇会议论文,其中只有两篇是关于纺织品特殊保障措施的文章。一篇是莫世健:《纺织品特保条款“市场扰乱”概念解析》(以下简称莫世健论文),另一篇是杨国华:《纺织品特殊保障措施:风雨五十年》(以下简称杨国华论文)。

第 242 段规定的专门针对中国纺织品采取特殊保障措施的法定条件,作为中国加入 WTO 谈判的重要一环,是中美谈判中最棘手的一个问题,也是中国加入 WTO 时所承诺的最为苛刻的条件之一。正因如此,此条款势必引起关注和争议,故对其有更深入研究的必要。^① 本文结合对这一问题的最新研究,对“纺织品特殊保障措施条款”或“第 242 段”的若干法律问题作一些尝试性的澄清和探讨。

二、国内学者争论的焦点

就目前情况来看,针对“纺织品特殊保障措施条款”或第 242 段的研究,国内学者的意见分歧主要集中在对第 242 段中出现的“市场扰乱”(market disruption)概念的解释上。^② 一种观点认为,

① 自 2005 年 1 月到现在为止,在我国法学核心期刊上正式发表的有关纺织品保障措施的论文只有一篇。陈玉祥:《WTO 项下适用于中国纺织出口的保障条款之比较》,载《河北法学》2005 年第 3 期(以下简称陈玉祥论文)。严格来讲,这篇论文也不是专门论述中国纺织品特殊保障措施问题的文章。此外,关于保障措施有以下若干研究论文应予以关注。高永富:《美国对中国“特殊保障措施”立法与案例研究》,载《国际经济法学刊》2005 年第 2 期。陈卫东:《美国对中国“特殊保障措施”立法与实践初探》,载《国际经济法学刊》。邹立刚:《保障措施制度研究》,载《国际经济法学刊》。曾令良:《中国特定产品过渡性保障机制的有效性和合理性问题》,载《法学评论》2005 年第 5 期。关于《中国加入工作组报告书》第 242 段,上述论文均未作出详细的分析。孔庆江:《中国纺织品贸易的法律环境》(中国人民大学出版社 2005 年版),是专门论述中国纺织品贸易法律问题的著作,但本书只字未提第 242 段,不仅如此,该书作者甚至将《中国加入工作组报告》第 242 段规定的“纺织品特殊保障措施条款”与《中华人民共和国加入议定书》第 16 条规定的“特殊保障措施条款”混淆在一起。例如,该书有如下一段论述:“《加入议定书》允许世界贸易组织成员在‘纺织品服装进口激增而导致其纺织品服装业受损害’的情况下,采取特殊保障措施,其期限到 2008 年 12 月 31 日为止。”在此需要澄清的是,《中华人民共和国加入议定书》第 16 条规定的特殊保障措施的有效期限是自中国加入 WTO 之日起 12 年的时间,即到 2013 年 12 月 11 日为止。有关纺织品特殊保障措施期限的规定属于《中国加入工作组报告书》的内容,在论述时不能混淆两者。因为至少从形式上看,《中华人民共和国加入议定书》和《中国加入工作组报告书》毕竟是两个不同的法律文件,尽管在实质内容上后者(尤其是第 324 段所指承诺)可能属于前者,但在引用时不能不加以区别。可以说,“纺织品特殊保障措施条款”这一迫在眉睫的研究课题并没有引起国内学者的足够重视。

② 实际上,中国加入世界贸易组织后所遇到的最严重的贸易壁垒是外国对中国出口产品所发起的反倾销措施,其中最频繁登场的概念是“非市场经济”一词。随着纺织品贸易自由化(一般地取消数量限制)的实现,与纺织品贸易摩擦形影不离的是“市场扰乱”概念,最近该用语被频繁使用,其频率甚至超过了“非市场经济”一词。

在判断中国出口纺织品是否给进口国造成“市场扰乱”时,应该以进口国国内产业是否蒙受了“实质损害”为判断标准^①;另一种观点则认为,判断中国出口纺织品是否给进口国造成“市场扰乱”,应该以进口国国内产业是否蒙受“严重损害”为标准。^②笔者将前者定义为“实质损害论”,将后者称为“严重损害论”。本文将逐一研讨“实质损害论”和“严重损害论”各自所提出的理据,最后提出笔者的观点供大家讨论。在此,首先需要理清的是,为什么争论的焦点会集中在“市场扰乱”概念的解释上。下面引述第 242 段的中译文^③:

11. 纺织品(省略第 241 段)

242. 中国代表同意下列规定将适用于纺织品和服装产品贸易,直至 2008 年 12 月 31 日,并成为中国加入条款和条件的一部分:

(a) 如一 WTO 成员认为《纺织品与服装协定》所涵盖的原产于中国的纺织品和服装自《WTO 协定》生效之日起^④,由于市场扰乱,威胁阻碍这些产品贸易的有序发展,则该成员可请求与中国进行磋商,以期减轻或避免市场扰乱。请求进行磋商的成员在提出请求时,应向中国提供关于磋商请求的原因和理由的详细事实声明,并附提出磋商请求成员认为能够证明下列内容的现行数据:(1) 市场扰乱的存在或威胁;(2)

① 参见陈玉祥论文。

② 参见莫世健论文、杨国华论文。

③ 对外贸易经济合作部世界贸易组织司译:《中国加入世界贸易组织法律文件》,法律出版社 2002 年版。

④ 这一段中译文“如一 WTO 成员认为《纺织品与服装协定》所涵盖的原产于中国的纺织品和服装自《WTO 协定》生效之日起”,是对英文“in the event that a WTO Member believed that imports of Chinese origin of textiles and apparel products covered by the ATC as of the date the WTO Agreement entered into force”的误译。正确的翻译应该是“如一 WTO 成员认为那些自《WTO 协定》生效之日起为《纺织品与服装协定》所涵盖的原产于中国的纺织品和服装”请参见莫世健论文第 2 页。因为中国是于 2001 年 12 月 11 日加入 WTO 的,所以不存在中国纺织品自 WTO 生效之日(1995 年 1 月 1 日)起如何的问题。

在市场扰乱中原产于中国产品的作用。

(b) 磋商将在受到磋商请求后 30 天内进行。双方将在收到此种请求后 90 天内,尽一切努力就双方满意的解决办法达成协议,除非双方同意延长该期限。

(c) 在收到磋商请求后,中国同意将对这些磋商所涉及的提出磋商请求成员的一个或多个类别的纺织品或纺织制成品的装运货物控制在不超过提出磋商请求的当月前的最近 14 个月中前 12 个月进入该成员数量的 7.5% (羊毛产品类别为 6%) 的水平。

(d) 如在 90 天磋商期内,未能达成双方满意的解决办法,则磋商将继续进行,提出磋商请求的成员可继续根据(c)项对磋商所涉及的一个或多个类别的纺织品或纺织制成品实行限制。

(e) 根据(d)项设立的任何限制的条件将自磋商请求提出之日起至磋商请求当年的 12 月 30 日止的期限有效,或如果提出请求时该年只余 3 个月或更少的时间,则在提出磋商请求后 12 个月结束的期限有效。

(f) 根据本规定采取的有效期限不得超过一年,且不得重新实施,除非有关成员与中国之间另有议定。

(g) 不得根据本规定和议定书(草案)第 16 条的规定对同一产品同时适用措施。

通过分析第 242 段(“纺织品特殊保障措施条款”)的内容可以看出,(a)款规定了对中国出口纺织品实施保障措施的核心实体要件,即“市场扰乱”的存在。可以说,对欲对中国出口纺织品采取保障措施(数量限制)的 WTO 成员来讲,能否有说服力地证明由于中国纺织品的进口造成了“市场扰乱”是决定性的因素。当然,对中国来讲,能否有力地反驳对方提出的证据,拿出自己的理据论证中国出口纺织品未给进口国造成“市场扰乱”,也是维护合法权益的关键所在。根据(a)款的规定,启动程序要件的决定性因素仍然是“市场扰乱”的存在,WTO 成员未经与中国的磋商

不能直接对中国出口的纺织品实施特殊保障措施。而磋商的核心问题必然是关于中国出口纺织品是否造成“市场扰乱”以及如何救济等问题。但问题在于,第 242 段没有对“市场扰乱”作出具体规定,这是引发“实质损害论”和“严重损害论”争议的根本原因。实质损害的证明(通常在反倾销措施和反补贴措施的实施过程中由进口国主管机关负责证明的产业损害情况)要比严重损害的证明容易得多。毫无疑问,在解释第 242 条的“市场扰乱”概念时,如果接受“实质损害论”,WTO 成员针对中国纺织品发动特殊保障措施的可能性就会增大;相反,坚持“严重损害论”则可能有利于中国反驳对方提出的有关“市场扰乱”存在的证据(相反加重进口国的举证负担),有利于维护中国纺织品的出口增长以及该部门的就业。但是,我们所面对的是国际法文件,无论采取“有理有据”或“有理有节”的哪一个方法来研究“市场扰乱”问题,都必须以国际法规定的解释规则为准则来讨论问题。

三、“严重损害论”的主要根据

那么,在第 242 段本身对“市场扰乱”这一核心概念没有任何规定的情况下,欲对中国纺织品采取特殊保障措施的 WTO 成员到底以什么为根据来判断和论证“市场扰乱”的存在或发生,或者说从哪里找到约束 WTO 成员认定“市场扰乱”的法律规定呢?“严重损害论”提出了如下观点。

首先看看杨国华论文所提出的根据。

该论文考察了 GATT 成立后签订的有关纺织品特殊保障措施的各项重要法律文件(以下简称为“以前协定”),对“市场扰乱”概念的起源和历史发展进行整理和分析,得出了如下结论:《GATT 工作组决定》、《短期纤维安排》、《长期纤维安排》、《多种纤维安排》、《纺织品与服装协定》中所规定的“纺织品特殊保障措施”的

条件越来越严格。^①在总结出这一规律或趋势的基础上,该论文进一步指出,第 242 段虽然没有对“市场扰乱”作出具体规定,“但根据条约解释的一般原则,以前若干纺织品协定中的‘市场扰乱’定义^②显然应当是重要参考。毫无疑问,根据以前协定中所列客观因素,国内产业应当受到了严重损害(笔者注:意即判断 242 段规定的“市场扰乱”是否存在的产业损害的情况或程度应该是严重损害)”^③。该论文进一步主张,“与以前的各项协定比,第 242 段虽然简单,但无疑保留了特殊保障措施的核心条件,并提出了更高的要求。至于一些具体的标准和概念,以前的协定毫无疑问地为我们提供了指南。用了几十年的词,发展了几十年的标准,在处理相同问题时,总不至于弃而不用,另起炉灶吧”^④。

杨国华论文主张“严重损害论”的意图非常明确,即因为历史上关于纺织品贸易达成的各项协定中关于纺织品特殊保障措施的条款一律规定,判断“市场扰乱”是否存在的产业损害情况或程度

① 杨国华论文第 980 页。这些以前协定规定的判断市场扰乱是否存在的一个重要因素都是严重损害。

② 杨国华论文对以前协定规定的“市场扰乱”的定义整理如下:

GATT 工作组《避免市场扰乱决定》规定同时出现下列四个因素则认定“市场扰乱”存在:①来自特定来源的特定产品进口,出现剧烈和实质性增长或潜在的增长;②在进口国市场上,这些产品的价格实质性低于具有可比质量的相似货物的主要价格;③对国内生产商造成了严重伤害或严重伤害的威胁;④上述价格差异并非来自政府对定价和价格形成过程的干预,也非来自倾销行为。

《短期纤维协定》规定的特殊保障措施必须满足的条件如下:①只能针对未受限制的产品;②进口必须有剧烈和实质性的增长和潜在的增长;③这种进口必须仍在进行;④国内出现了市场扰乱(严重损害或严重损害威胁以及因果关系的存在)。

关于《长期纤维协定》是如何定义市场扰乱的问题,该论文未作评论,只是对特殊保障措施的程序要件进行了梳理。

《多种纤维协定》规定的判断“市场扰乱”是否存在的条件:①某个来源的特定产品有“剧烈和实质性和迫近增长”;②在进口国市场上,这些进口产品的价格实质性低于同等质量的类似产品。③国内生产商严重伤害或其实际威胁的存在。

《纺织品与服装协定》(未出现市场扰乱概念)规定的特殊保障措施的核心要件:①某个产品正在以增加的数量进口,以至于对生产同类产品或相似产品的国内产业造成了严重伤害或实际威胁;②确定严重伤害或其实际威胁时应考虑的经济指标;③确定因果关系时必须考虑的因素。

③ 杨国华论文第 987 页。

④ 杨国华论文第 988 页。

都以严重损害为标准,所以,第242条款也理应秉承或沿袭历史上形成的规定而采用严重损害标准。

但令人遗憾的是,仔细分析杨国华论文关于“严重损害论”的论据,对于究竟为什么要以以前协定为根据解释现在的第242段的相关概念,尤其是“市场扰乱”概念这一要害问题,该论文始终没有提出任何可靠的国际法上的论据。杨国华论文主张,“虽然此处(笔者注:是指第242段)没有对市场扰乱作出界定,但根据条约解释的一般原则,以前若干纺织品协定中的‘市场扰乱’定义显然应当是重要参考”。^①那么,这里所指的“条约解释的一般原则”是什么?所谓的“条约解释的一般原则”为什么能成为按照以前关于纺织品的各项协定的规定来解释现在的第242段规定的“市场扰乱”概念的“重要参考”?对于这一核心问题,杨国华论文几乎只字未提,只是反复强调纺织品贸易自由化的大趋势和纺织品特殊保障措施的纪律越来越严格这一倾向性事实,并以此为根据来主张242段的“市场扰乱”概念也应该选择严格的解释,即采用“严重损害”标准,这样的论述方法过于简单,很难令人信服。^②

关于条约解释的基本国际法规则,莫世健论文则进行了详细的整理。^③这里需要澄清的是,如果杨国华论文中所指的“条约解释的一般原则”是指《维也纳条约法公约》第31条和第32条规定的关于条约解释的国际法规则的话,我们可以根据这些规定分析一下类似《多种纤维安排》等以前的协定在解释现行第242段的

① 杨国华论文第987页。

② 纵观GATT/WTO促进贸易自由化的历史过程,与纪律的严格化这一总体趋势相违背的事实比比皆是。就拿一般保障措施的纪律发展来讲,将WTO《保障措施协定》与《关税与贸易总协定》第19条的规定相比较,从整体上可以说,其对保障措施的纪律毫无疑问有了大幅度的严格和加强,例如,明确规定禁止自愿出口限制措施等“灰色措施”,以及程序规则的严密化等。回过头来再看《中华人民共和国加入议定书》第16条规定的“特殊保障措施条款”,则明确规定判断“市场扰乱”的一个重要根据是以“实质损害”是否发生为准,这与一般保障措施要求的“严重损害”相比,明显是在放宽纪律,而且给作为出口方的中国提供的得到补偿的权利也非常有限。根据杨国华论文的逻辑,不知应该怎样解释此类现象。

③ 参见莫世健论文第3—4页。

重要用语“市场扰乱”时所具有的国际法意义。我们先将《维也纳条约法公约》规定的解释规则的中译文引述如下^①：

第三节 条约之解释

第 31 条 解释之通则

一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。

二、就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：

（甲）全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；

（乙）一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。

三、应与上下文一并考虑者尚有：

（甲）当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；

（乙）嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例；

（丙）适用于当事国间关系之任何有关法律。

四、倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义。

第 32 条 解释之补充资料

为证实由于适用第 31 条所得之意见起见，或遇依第 31 条作解释而：

（甲）意义仍属不明或难解，或

（乙）所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用之补充资料，包括条约之准备工作及缔约情况

^① 曾令良审定：《高校教学与司法考试必读法规系列 国际法》，中国方正出版社 2003 年版。

在内。

在解释第 242 段中规定的“市场扰乱”这一关键用语时,根据上述条约解释规则,对过去曾经签订但现在已经彻底失效的各项纺织品协定(以前协定)能否成为可参照的依据的问题,有必要逐一对照上述条款进行分析。

第一,以前协定能否成为解释第 242 段及“市场扰乱”用语的上下文。这里所说的“用语”的通常意义的解释受条约上下文及其目的和宗旨的限制和约束,即不能直接援引辞典的含义。在此暂且不谈条约的目的和宗旨,关于上下文指的是什么?第 31 条第 2 款作出了三个方面的规定。

首先,约文当然是上下文。很简单,《GATT 工作组决定》、《短期纤维安排》、《长期纤维安排》、《多种纤维安排》等以前协定不属于《WTO 协定》,当然也就不属于约文。《纺织品与服装协定》曾经是《WTO 协定》的组成部分,而且第 242 段也是《WTO 协定》的组成部分,从这一角度来看,《纺织品与服装协定》则成为解释第 242 段的作为上下文的约文。但是该协定中没有出现“市场扰乱”概念,而且该协定于 1995 年 1 月 1 日失效(笔者认为《维也纳条约法公约》第 31 条第 2 款所规定的约文是指有效的法律文件),即使《纺织品与服装协定》不失效也罢,第 242 段是规定更加具体问题(专门针对中国加入 WTO 之后的纺织品出口问题)的方法,不能将《纺织品与服装协定》所能发挥的作用予以绝对化,笔者认为,在解释第 242 段时其所能发挥的参考作用是微乎其微的。

其次,上下文还包括全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定,以前协定当然不属于这一范畴。

最后,上下文还要包括一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。毋庸置疑,以前协定不属于此类上下文。

第二,以前协定是否属于“应与上下文一并考虑的因素”。因为第 31 条第 3 款规定除“上下文”之外的“应与上下文一并考虑的因素”,即使以前协定和《维也纳条约法公约》第 31 条规定的解

释第 242 段时必须参考的上下文无丝毫关联,也不能就此断定以前协定没有参考价值。所以必须考察以前协定是否属于此类“应与上下文一并考虑的因素”。

首先,当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定。一目了然,以前协定不属于此类考虑因素。

其次,嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。很显然以前协定仍然不属于此类考虑因素。因为《多种纤维安排》等是“以前协定”,当然不会成为“嗣后”的法律文件或惯例。

最后,适用于当事国间关系之任何有关法律。这里所指的“有关法律”肯定是指除属于上下文范围的法律文件之外的法律,而且是指适用于当事国间关系的法律。以前协定完全失效,现在就连《纺织品与服装协定》也因为失效而不再适用于中国和 WTO 成员之间的纺织品贸易关系,很显然,以前协定不属于此类法律,“实质损害论”也没有提出有此类法律存在。笔者认为,2005 年 6 月中国与欧盟之间达成的关于中国出口纺织品贸易问题的双边协定,以及最近中美之间达成的有关中国出口纺织品贸易问题的双边协定等有可能属于此类法律文件,故此类协定应该研究。

《维也纳条约法公约》第 32 条所要解决的问题是,在以下三种情况下,使用“解释之补充资料”(包括条约准备工作及缔约之情况在内)以确定意见分歧:第一,为证实由适用第 31 条所得之意见起见;第二,依第 31 条作解释而意见仍属不明或难解;第三,依第 31 条作解释而所获结果显属荒谬或不合理。分析该条款我们可以得出如下结论,即在不存在适用第 31 条的情况下,没有必要讨论根据第 32 条澄清由于某种解释引起的意见分歧的问题。如上所述,“严重损害论”所提出的以前协定,在没有一个能成为第 31 条规定的解释“市场扰乱”概念时应该参考的“上下文”或“与上下文一并考虑者”等参考因素的情况下,笔者认为从一开始就不存在《维也纳条约法公约》第 32 条所要解决的利用“解释之补充资料”来澄清或解决的问题。例如,参考以前协定来解释第

242 段是否荒谬或不合理的问题。

“严重损害论”可以不援引以前协定,或直接主张参考除以前协定以外的其他可参考的因素(例如,《中华人民共和国加入议定书》和《中国加入工作组报告书》的相关规定)来解释 242 段,在此种情况下有可能出现上述《维也纳条约法公约》第 32 条所要解决的问题,从而引起使用“解释之补充资料”来论证“242 段”的含义的必要,但除以前协定之外,杨国华论文未提出其他可参考的因素。

杨国华论文反复强调的另一个根据就是,历史上形成的关于纺织品特殊保障措施的各项法律文件迎合了纺织品贸易自由化的大趋势,对纺织品特殊保障措施的纪律越来越严格,因此,第 242 条款也必须按照这一趋势进行解释,具体到“市场扰乱”概念就应该使用比“实质损害”更加严格的“严重损害”标准。严格来讲,类似议论不属于严格意义上的国际法问题。^①

那么,退一步讲,以前协定规定的纺织品特殊保障措施的纪律是否真的越来越严格了,仍然存在一些疑点。例如,《长期纤维协定》规定:“如果参加国认为其利益受到了保障措施的严重负面影响,则可以与采取保障措施国家进行磋商,以期对这种情况提供补救,而如果该国在一定时间内没有采取适当的补救行动,受到影响的国家就可以将该事项提交纺织品贸易委员会,委员会应立即讨论,并作出适当的评论”。^②对于这一规定,杨国华论文评论认为,这里规定的“进行提供补救的磋商”,暗示受限制的国家可以要求

^① 按照杨国华论文的逻辑,在自由贸易和各项纪律趋于严格化的趋势下就不应该出现与此大趋势相违背的现象。今后还有更多的发展中国家加入 WTO,它们在某些领域里(例如纺织品这种劳动集约型产业)其竞争力很有可能大大超过中国(例如中国纺织品不可能永远占据有利地位)。在此情况下,在与欲加入 WTO 的国家进行双边谈判时,难道中国就只考虑自由贸易和纪律越来越严格的大趋势,放弃要求对方作出有利于中国利益的让步(这样做有可能不符合纪律严格化的大趋势)吗?笔者担心这一情况的出现。

^② 参见杨国华论文第 984 页。笔者没有直接研究过以前协定,在本论文中引述的以前协定的内容均参考杨国华论文的引述。

补偿”。^①

实际上,要求采取保障措施的国家承担对出口国提供补偿的义务,这对纺织品特殊保障来讲是个重要的纪律。在 20 世纪 50 年代,欧美面对棉纺织品的急剧进口,利用一般保障措施不能解决问题的一个很重要的原因,就在于《关税与贸易总协定》第 19 条规定(一般保障措施)要求进口国对来自所有出口国的进口产品一律采取限制措施(用杨国华论文的话说就是“打击一大片,引起很多国家的反对和报复”),并服从提供补偿(也应该对所有出口国提供补偿)的纪律,这一规定造成进口国对保障措施采取敬而远之的政策,进而导致“自愿出口限制”等灰色措施的泛滥。所以,从严格或加强保障措施的纪律这一角度来讲,要求进口国对出口国提供补偿是个重要的规定。但是仔细观察《纺织品与服装协定》第 6 条的有关纺织品过渡性保障措施的内容,并没有明确规定进口国向出口国提供补偿的义务,这样的规定比起以前协定的《长期纤维协定》相比,很明显在放宽对进口国的约束,这是其一。

再看以前协定之一的《多种纤维协定》。该协定规定的有关判断产业损害是否发生的一个重要因素是,“在进口国市场上,这些产品的价格实质性低于同等质量的类似产品”^②。根据这一规定,进口产品价格不低于进口国内同类产品价格的情况将是抗辩严重损害发生的一个重要理据,这一规定在进口产品价格不低于(或高于)国内同类产品价格的情况下,增加了反驳损害发生的可靠性,很明显是有利于出口国而不利于进口国的规定。但是,在《纺织品服装协定》规定的判断严重损害是否发生的有关经济指标中,未对进口价格提出此类要求,在确定严重损害归因于一个或

^① 杨国华论文第 984 页。根据该论文的整理,《多种纤维协定》中也有类似规定,参见第 985 页。

^② 杨国华论文第 985 页。

多个进口国时,进口价格无非是诸多考虑因素中的一个而已。^①《纺织品与服装协定》第6条在没有对进口价格提出任何要求的情况下,纺织品以高于进口国国内价格的价格进口的情况下,仍然成为判断是否造成损害的一个因素,这样的规定明显增加了进口国发动保障措施的可能性,很难说这也是强化纪律的规定。

再将以前协定与第242段的规定相比较,不难发现后者的纪律比前者更加宽松的情况。根据《多种纤维协定》的规定,进口国在证明产业损害是否发生时,应该审查对产业有影响的以下因素:“流通量、市场份额、利润、出口业绩、就业、扰乱性进口和其他进口的数量、产量、生产能力使用率等”。根据杨国华论文的理解,这些因素“使得判断是否存在市场扰乱有了比较客观的标准,减少了进口国采取限制措施的任意性”。但是,反过来看第242段,只是抽象地规定了“关于磋商请求的原因和理由的详细事实声明”或“现行数据”,很难说这样的规定比以前的《多种纤维协定》的规定更加严格,相反如此抽象的规定大大增加了进口国提出磋商请求的灵活性。如果第242段是接受或秉承了以前协定规定的“市场扰乱”概念的话,不应该就产业损害是否存在这样的要害问题重新作出冲淡或缓和原有纪律的规定。

综上所述,就纺织品特殊保障措施的法律要件的历史发展而言,笔者不否认纪律在总体上变得越来越严格的大趋势的存在,但同时也存在本文所指出的“逆反”现象。只是以这一大趋势为根

^① 《纺织品与服装协定》第6条4款规定的,确定严重损害(或实际威胁)是否归因于一个成员时考虑的因素是,进口的急剧和实质性增加、与其他来源的进口相比的进口水平、市场份额、在商业交易的可比阶段的进口价格和国内价格。需要请读者注意的是,对外贸易经济合作部国际经贸关系司译:《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》(法律出版社2000年版)对《纺织品与服装协定》第6条4款的翻译存在严重的错误。该书将“与其他来源的进口相比的进口水平,市场份额以及在商业交易的可比阶段的进口和国内价格”误译成“与其他来源的进口、市场份额以及在商业交易的可比阶段的进口和国内价格相比的进口水平”,这样翻译会导致被作为单独考虑因素的“进口价格”和“国内价格”失去意义。在此引述英文原文,予以证实:... on the basis of the level of imports as compared with imports from other sources, market share, and import and domestic prices at a comparable stage of commercial transaction.

据来解释第 242 段的重要概念,作为法律问题的探讨,缺乏严谨。所以杨国华论文的“严重损害论”很难令人信服,有诸多漏洞和可商榷之处。

接下来考察一下莫世健论文提出的“严重损害论”。

莫世健教授明确主张,“第 242 条(或段)的市场扰乱概念必须依据通用国际法解释规则定义和理解”,以及“尽管规则(笔者注:指解释条约的国际法规则)本身存有局限性,但国际上仍然存在着一套较为广泛接受的国际条约解释规则(笔者注:指《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条)”。^①关于这一问题,根据《关于争端解决规则与程序的谅解》第 3 条 2 款的规定,WTO 争端解决机构设立的专家组和上诉机构在众多判例中已予以确认,几乎不存有争议。

与上述杨国华论文所采取的方法相同,莫世健论文也对“市场扰乱”概念的历史过程进行了一番考察。该论文专门对 GATT 工作组《避免市场扰乱决定》、《棉织品贸易短期安排》、《多种纤维安排》所规定的判断“市场扰乱”是否存在的法律要件进行了分析和整理,但对《棉纺织品贸易长期安排》和《纺织品与服装协定》未作详细考察。^②关于历史上形成的判断“市场扰乱”是否存在的核心要件,该论文得出的基本结论如下:①从特定来源进口产品的进口激增;②低价进口和价格差的存在(实际上是指进口价格低于国内同类产品价格);③给国内产业造成严重损害和实际损害威胁的存在。

通过考察《棉纺织品短期安排》规定的“市场扰乱”概念,莫世健论文明确提出,“按照前文所讨论的国际法解释原则,除非第 242 条和第 16 条(笔者注:指《中华人民共和国加入议定书》第 16 条)的“市场扰乱”概念本身已经有明确说明或不同规定,此‘市场扰乱’概念的历史含义必须成为我们今天解释这两个条款中‘市

① 莫世健论文第 2 页、第 3 页。

② 莫世健论文第 7—12 页。

场扰乱’概念的参考因素之一”^①。

莫世健论文在考察《多种纤维协定》中出现的“市场扰乱”概念之后,进一步提出如下结论:“由于《多种纤维协定》是《纺织品与服装协定》的前身,且其定义专门为纺织品与服装所造成的市场扰乱而制定,该协定中的市场扰乱应当成为解释第242条中‘市场扰乱、概念的基础,也应当成为第16条‘市场扰乱’概念的解釋基础。由于《多种纤维协定》的‘市场扰乱’是以对国内产业有严重损害或有实际威胁存在为根据的,所以,第242条和第16条的市场扰乱概念也必须与《多种纤维协定》的定义一致。因此,‘严重损害’或‘严重损害威胁’都成为衡量市场扰乱的客观标准,且确定这些标准的具体因素或者指标,例如同类或直接竞争产品之间的价格差、营业额、市场份额、利润、出口实绩、就业、扰乱的进口量及其他进口量、生产量、生产限额、生产能力及投资利用情况等都是援用市场扰乱的WTO成员所必须考虑的因素。”^②

通过上文的分析不难看出,莫世健论文的观点与杨国华论文是完全一致的,即主张沿袭或秉承以前协定中规定的“市场扰乱”概念,将第242段要求的产业损害的标准解释为“严重损害”。接下来让我们考察一下该论文的论证过程。^③

仔细阅读莫世健论文,笔者认为作者在从以下两个方面论证“市场扰乱”的含义(尽管两个问题的论述有时存在交叉和混合的

① 莫世健论文第9页。莫教授的类似见解还表现在该论文的其他地方。例如,“由于1961年棉纺织品的《安排》与第242条措辞的相似之处,《安排》关于“市场扰乱”的具体规定必须成为解释第242条的“市场扰乱”概念的重要参考。参见该论文第10页。

② 莫世健论文第12页。

③ 与杨国华论文的论证方法有所不同的时,莫世健论文并未提出纺织品特殊保障措施的发展趋势是纪律越来越严格,所以第242段也应该秉承严格的纪律,将产业损害(认定市场扰乱的一个核心因素)的认定标准解释为严重损害,而不是“实质损害”。

情况)。^①

第一,莫教授主张应该根据以前协定中形成的“市场扰乱”为根据解释第 242 段规定的“市场扰乱”。莫教授关于这方面的论述主要如下:

① 按照第 242 条上下文表述内容,笔者认为该条款没有对“市场扰乱”概念明确定义的事实意味着该概念必须参考其在《多边纤维协定》中的定义解释。第 242 条对“市场扰乱”概念解释的从略(笔者认为这是指 242 段没有对用语作出具体定义)能够反映当时存在的、按照“市场扰乱”通用国际标准解释此概念的立法意图。^②

② 概言之,第 242 条的“市场扰乱”概念不同于第 16 条的“市场扰乱”概念(莫教授在脚注中提出,他不同意陈玉祥论文所主张的第 16 条和第 242 条中的“市场扰乱”概念是一致的结论)。因为,第 242 条本身对于“市场扰乱”未作明确定义(笔者注:莫教授在该论文中一共四次提到第 242 段对“市场扰乱”概念未作明确定义),依据《维也纳(条约法)公约》第 31 条和第 32 条原则,“市场扰乱”的文义、语境含义,以及其他国际条约中的习惯用法成为解释第 242 条所必须考虑的因素,也成为合理解释该条款所必须依据的原则。^③援用这些解释方法的必然结果是认定第 242 条“市场扰乱”与《多种纤维协定》的“市场扰乱”的相似性。因而,认定标准必须是严重损害或威胁,而非是指损害或威胁。^④

③ 第 242 条的“市场扰乱”概念则不同,该条款对此概念

① 但无论从哪一方面论证“市场扰乱”的含义,莫教授的方法均以语境解释和文义解释方法为主。例如,莫教授论述道,“与第 16 条不同,第 242 条对“市场扰乱”未作明确定义,因而为中国按照国际法解释规则合理、合法地解释此概念使用留下了余地。笔者认为第 242 条“市场扰乱”概念首先应当按照语境解释和文义解释方法以条款本身为基础解释”。参见莫世健论文第 20 页。

② 莫世健论文第 20—21 页。

③ 莫世健论文第 21—22 页。

④ 莫世健论文第 22 页。

未作明确规定。《中国加入工作组报告书》其他条款对此也未作说明。因此,依据国际法解释原则的必然结果是第 242 条的“市场扰乱”概念解释不可避免地将与《多种纤维协定》的“市场扰乱”解释一致。中国也有权依据此解释要求美国和欧盟等 WTO 成员在证明“市场扰乱”时援用严重损害标准,而不是实质损害标准。^①

从上述莫教授的论述中能够看出,导致根据《维也纳条约法公约》规定的条约解释原则(莫教授侧重文义、语境含义解释)来解释第 242 段的“市场扰乱”概念这一情况的最大理由和原因(或空间和余地)就是,教授反复强调的第 242 段本身没有对“市场扰乱”这一用语予以明确定义。其实这是很自然的事情,条约的用语或概念有了明确定义时,大家也许就不争论了。

但是,在条约对一个用语没有作出明确规定的情况下,对于为什么一定要遵循其他国际条约中的习惯用法(莫教授也称其为通用国际标准)这一问题,莫教授没有作出令人信服的论证和回答。条约就一个用语和概念没有明确作出规定这一事实,不能成为直接遵循和秉承“其他国际条约中”的习惯用语的充足的理由。只有按照莫教授的主张,根据文义、语境含义解释的方法或原则进行一番论证之后,才能得出“其他国际条约中”的习惯用语(例如,《多种纤维协定》中的“市场扰乱”一词)能否成为解释 242 段“市场扰乱”概念的可参考的因素这一结论。很显然,这一论证过程被莫教授忽略了(前述杨国华论文的最大问题也在于此)。在笔者看来,再三强调第 242 段没有对“市场扰乱”作出明确规定这一停留在表面上的理由,是不能说明问题的。笔者认为《维也纳条约法公约》规定的解释条约的国际法规则是不允许这样做的。因此,莫教授在主张“严重损害论”时必须提供或论证为什么要沿袭或秉承“其他国际条约中”的习惯用语的理由和根据。

根据《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条规定的条约解

^① 莫世健论文第 22—23 页。

释原则,以前协定能否成为解释现在第 242 段的“市场扰乱”概念的可参考的因素,或能否直接沿袭以前协定的“市场扰乱”概念,将第 242 段的“市场扰乱”所要求的产业损害情况或程度解释成“严重损害”,关于这一问题,笔者在前文中考察杨国华论文的观点时已作过较详细的论述,在此不再赘述。简言之,仔细对照《维也纳条约法公约》第 31 条规定的,解释条约用语通常意义时应该参考的“上下文”和除上下文以外的“应与上下文一并考虑者”等应该参考的因素,在对以前协定进行详细考察之后,笔者得出了如下结论,即以前协定均不能成为可参考的因素。

退一步讲,即使以前协定(或其他国际条约中的习惯用语)能够成为解释第 242 段“市场扰乱”概念的可参考的因素,根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 4 款的规定,“倘经确定当事国有此原意,条约用语应使其具有特殊意义”。可见,处理相同问题时所使用的同样的用语,根据当事国的原意(双方同意)可以被赋予特殊意义,条约用语的含义不能绝对化(当然也不能朝令夕改),用语含义的稳定性也是相对的。那么,“市场扰乱”这一使用了几十年的用语在处理中国和 WTO 成员之间的纺织品贸易问题时是否被赋予了特殊含义,在这一问题没有得到解决之前,就像杨国华论文那样作出断定,即“至于一些具体的标准和概念,以前的协定毫无疑问地为我们提供了指南。用了几十年的词,发展了几十年的标准,在处理相同问题时,总不至于弃而不用,另起炉灶吧”,笔者认为,这样下结论未免太简单了。因为根据解释条约的国际法准则,用语(不管它的使用年限有多长)被赋予特殊意义的情况是可能的。遗憾的是,主张“严重损害论”的杨博士和莫教授均未拿出可靠的论据来论证,第 242 段的“市场扰乱”概念没有被赋予特殊意义,仍然沿袭了原来的含义这一问题。只是反复强调以前如何如何现在也应该如何如何,这样的论述是没有说服力的。

第二,莫教授通过论证“市场扰乱”和“威胁阻碍产品贸易有

序发展”的上下文关系来考察“市场扰乱”的含义。^①莫教授关于这方面的论述如下：

① 莫教授首先引述了第 242 段关于市场扰乱的描述部分^②，进而对其语境进行分析后指出，“市场扰乱”与“产品贸易有序发展”密切相关，“市场扰乱”是一个独立概念，但“威胁阻碍产品贸易有序发展”则成为判断“市场扰乱”是否存在的一个标准之一。^③

② “我们进一步分析‘市场扰乱’与‘阻碍产品贸易有序发展’两者关系时会发现，第 242 条中‘威胁阻碍产品贸易有序发展’仅仅是第 242 条‘市场扰乱’存在的一个特定要素，即在某些情况下‘市场扰乱’存在可导致‘威胁阻碍产品贸易有序发展’的结果。反之，‘威胁阻碍产品贸易有序发展’的存在即可证明‘市场扰乱’的存在。因此第 242 条的特定表达方式证明在适用该条款的‘市场扰乱’概念时应当根据具体情况考虑中国纺织品是否会‘威胁阻碍产品贸易有序发展’。因此，‘威胁阻碍产品贸易有序发展’成为‘市场扰乱’的补充认定标准。”^④

③ “242 条的语境下，纺织品有序发展也是被保护对象之一，但同时威胁阻碍纺织品有序发展的可能性也构成判断市场扰乱是否存在的一个标准之一。”^⑤

根据莫教授的分析，“威胁阻碍产品贸易有序发展”是认定“市场扰乱”存在的一个标准之一。意即这是一个除以前协定规

① 严重损害论的核心目标在于论证市场扰乱概念的含义，尤其是在判断“市场扰乱”是否存在时以严重损害为产业损害的程度或标准，在此莫教授讨论“市场扰乱”与“威胁阻碍产品贸易有序发展”的关系，并将后者作为判断前者是否存在的一个标准之一来研究，这样做对严重损害论的主要论证目标（沿袭以前协定的习惯用语来解释现在的第 242 段的“市场扰乱”概念）到底具有什么样的意义，令人无法理解。

② 请参见本书 359 页中对译文的引述。

③ 莫世健论文第 20 页。

④ 莫世健论文第 21 页。

⑤ 同上。

定的判断“市场扰乱”是否存在的三个因素(进口的急剧增加、纺织品进口价格与国内同类产品价格之间的实质差异、国内产业所蒙受的严重损害)以外的概念或事实,不然不会成为判断“市场扰乱”是否存在的一个补充标准。

关于“产品贸易有序发展”(the orderly development of trade in these products)是一个什么样的情况或事实,第 242 段未作出明确规定。根据严重损害论的一贯主张,在以前协定中关于“市场扰乱”是否存在已经有了明确判断标准(进口急剧增加、进口产品与国内同类产品之间的价格差异、国内产业蒙受严重损害)的情况下,欲对中国纺织品采取保障措施的 WTO 成员为什么还要援引一个第 242 段未作定义的概念或事实来证明“市场扰乱”的存在呢?这样的论述对主张严重损害到底具有什么样的意义?莫教授上述论述的真实意图模糊不清。

当然,如果将“威胁阻碍产品贸易有序发展”作为与判断“市场扰乱”的含义无关的一个独立的实体要件来看待的话(即作为一项要求被证明的事实或情况),将会增加进口国的证明责任,这样来解释则与杨国华论文主张的纺织品特殊保障措施的纪律变得越来越严格的大趋势相吻合。^①

就目前情况看,以上就是“严重损害论”所提出的对第 242 段的主要解释意见和观点。其核心在于主张第 242 段的“市场扰乱”概念应该沿袭或秉承以前协定(或其他国际协定)所规定的相同用语的固有含义,对其构成要素之一的产业损害进行解释时采用“严重损害”标准。如本文所述,杨国华论文根据纺织品特殊保障措施纪律发展趋势对第 242 段“市场扰乱”概念的解释,以及莫

^① 那么,“威胁阻碍产品贸易有序发展”是不是一个独立的实体要件呢?笔者认为,在解释“阻碍产品贸易有序发展”这一情况时应该注重其中的一个用语,即“有序”一词。“有序”是指没有受到扰乱的情况,即扰乱的反义词,在“市场扰乱”已经得到证明存在的情况下,很少有人怀疑市场扰乱会威胁阻碍“产品贸易有序发展”的可能性。因此,笔者认为,“威胁阻碍产品贸易有序发展”不是一个独立的实体要件,它和“市场扰乱”形成一枚硬币的两个面,严重损害论的解释有些过火。

世健论文根据《维也纳条约法公约》规定的解释规则对第 242 段的“市场扰乱”概念所进行的解释,均未获得成功,很难令人信服。

下面结合考察“实质损害论”的议论,并陈述笔者对第 242 段的解释所持的观点,供大家讨论。

四、“实质损害论”的主要根据

就目前的情况来看,“严重损害论”和“实质损害论”还没有正面交锋并展开过争论,“实质损害论”对其基本观点也未进行过详细的论证。例如,为什么判断第 242 段中的“市场扰乱”是否存在要以实质损害为一个标准,前述陈玉祥论文几乎没有作出任何论证。更令人感到奇怪的是,关于“市场扰乱”的定义,一方面该论文明明主张判断第 242 段规定的“市场扰乱”是否存在的一个标准是实质损害^①,另一方面却引用了 1960 年 GATT 工作组《避免市场扰乱决定》中所规定的严重损害标准。例如,陈玉祥论文中有如下一段论述内容:“何谓‘市场扰乱’?按照 1960 年 11 月召开的 GATT 缔约国大会的有关决议^②,‘市场扰乱’应具备以下四个特征:(1)来自特定渠道的特定产品进口急剧而大量增加或存在这种可能性;(2)这些产品在进口国市场上的销售价格比同类同质量产品的现行价格要低得多;(3)进口国国内生产者受到了严重损害或威胁;(4)上述低价不是由于倾销,也不是由于政府行为造成的。”^③紧接着该论文又引述了《1974 年美国贸易法》第 141 节(c)(1)关于市场扰乱的解释(该法规定判断市场扰乱是否存在产业损害标准是实质损害)。^④如此前后矛盾的议论,混乱不堪,很难令人掌握作者到底要论证什么问题。

① 陈玉祥论文第 71 页。

② 实际上不是 GATT 缔约国大会的有关决议,而是 GATT 成立的工作组通过的一项决定,关于这一问题应以杨国华论文的描述为准,因为该论文直接引述了 GATT 原始文件(BISD 09S/26—28, February 1961)的内容。

③ 陈玉祥论文第 69 页。

④ 同上。

另外,关于第 242 段规定的“市场扰乱”所适用的产业损害标准,陈玉祥论文简单地论述道:“从字面上看,该条(笔者注:指《中华人民共和国加入议定书》第 16 条)与第 242 款规定的认定市场扰乱的适用标准是一致的”。^①对此段论述笔者不得不提出如下质疑:第一,这里所说的“从字面上看”到底指的是什么?如果是指《维也纳条约法公约》第 31 条规定的条约解释规则中的“条约的用语”,那就应该根据条约解释规则进行详细的论述,只是简单地说“从字面上看”是不能说明任何问题的。因为只是从“字面”来观察的话,以前协定和现在的第 242 段规定的“市场扰乱”概念是完全相同的,而且在第 16 条已经对“市场扰乱”作出明确规定的情况下,需要论证的是第 242 段规定的“市场扰乱”应该遵循字面上相同的哪一个概念的含义。第二,在第 242 段对“市场扰乱”未作出明确规定的情况下,对“市场扰乱”作出明确规定的第 16 条怎么会与第 242 段相一致呢?严格来讲,从陈玉祥论文的本意(实质损害是认定“市场扰乱”是否存在的标准之一)出发,应该说第 242 段的市场扰乱概念与前者相一致,因为前者明确规定了实质损害标准。

总而言之,陈玉祥论文虽然提出了判断第 242 段是否存在的标准之一是实质损害这一观点,但未对这一问题给予详细而严密的论述,这可能和该论文的论述目标有关,因为该论文不是专门研究第 242 段的文章。

那么,“实质损害论”的观点或结论究竟能不能站得住脚,笔者提出以下论据供大家参考。

关于如何解释第 242 段规定的“市场扰乱”这一用语,尤其是在解释“市场扰乱”是否存在的判断标准之一的产业损害情况或程度时,我们还是要回到《维也纳条约法公约》的解释原则上来。无论是“严重损害论”还是“实质损害论”的哪一方,都不能随意脱离解释条约的最基本的国际法准则。在此再次引述条约的相关

^① 陈玉祥论文第 70 页。

内容：

《维也纳条约法公约》第31条第1款规定：“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之”。

笔者认为，解释条约的最大任务就是澄清和确定条约用语的真实含义，即缔约国所同意的或达成一致意见的含义。解释条约用语必须遵循用语的通常意义，但通常意义不是指用语在辞典上被描述的意义。这里所指的“用语”的“通常意义”的解释要受到两方面的限制，一是条约的上下文(context)，二是条约的目的及宗旨。条约的“上下文”应该是解释条约“用语”时考虑的第一因素，因为条约的目的和宗旨带有主观性和随意性^①，而且有的条约不明确规定其目的或宗旨。条约的解释一开始就从带有主观色彩的因素出发显然是不合理的。

那么，条约的“上下文”指的是什么呢？《维也纳条约法公约》第31条第1款规定：“就解释条约而言，上下文除指连同前言及附件在内之约文外，应包括……”

分析上述规定可以得知，很显然，约文(包括前言及附件)是第一个应该考虑的“上下文”。那么，我们在解释第242段中出现的“市场扰乱”(未作明确定义)这一“用语”时，应该遵循的作为“约文”的“上下文”是什么呢？笔者认为，首先必须考察直接包括第242段在内的法律文件，即《中国加入工作组报告书》本身。《中国加入工作组报告书》第13节(过渡性保障措施)第245—249段中至少出现了10次“市场扰乱”的概念，但均未对该用语作出明确定义。因此，我们在解释第242段的“市场扰乱”这一用语的含义时，必须考察能够成为上下文的其他约文。

纵观可能成为约文(从广义上讲整个《WTO协定》都属于约文)的法律文件，最引人注目的当是《中华人民共和国加入议定

^① 莫教授也同意这一看法，参见莫世健论文第4页。

书》第 1 部分(总则)第 1 条(总体情况)第 2 款的规定。^① 该款第 2 句明确规定:“本议定书,包括工作组报告书第 342 段所指的承诺,应成为《WTO 协定》的组成部分。”英文原文为:This Protocol, which shall include the commitments referred to in paragraph 324 of the Working Party Report, shall be an integral part of the WTO Agreement.

分析这一条款,我们应该得出的基本结论就是,《中国加入工作组报告书》第 242 段是属于《中华人民共和国加入议定书》的组成部分,当然是《WTO 协定》的必不可少的内容。从本质上来讲,这两份法律文件(从形式上看是两个不同的文件^②)属于一个文件,退一步讲,最起码《中国加入工作组报告书》第 342 段所指的承诺是属于《中华人民共和国加入议定书》的内容,其中正好包括第 242 段。这样一来,第 242 段中出现的“市场扰乱”概念的原意应该或必须从《中华人民共和国加入议定书》中来寻找,因此我们无法回避第 16 条(特定产品过渡性保障措施)的规定。

《中华人民共和国加入议定书》第 16 条第 4 款作出了如下规定:“市场扰乱应在下列情况下存在:一项产品的进口快速增长,无论是绝对增长还是相对增长,从而构成对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业造成实质损害或实质损害威胁的一个重要原因。”这一规定应该是解释第 242 段的“市场扰乱”概念时应该参考的作为“上下文”的“约文”。^③ 既然在《中华人民共和国加入议

① 笔者认为,条约的总则(General Provisions)和总体情况(General)规定的是一般规则,对条约全文应该具有驾驭和指导作用。

② 关于这两个文件的关系,莫世健论文称是“姊妹文件”,笔者认为这是对文件形式的认识和表述,不能反映两者关系的本质。因为,被称为“姊妹”者,虽然有密切的联系,但毕竟属于两个不同的事物,即一个姊和一个妹,不然就没有必要称为“姊妹”了。

③ 第 242 段属于《中国加入工作组报告书》的必不可少的内容,《中华人民共和国加入议定书》第 16 条在解释第 242 段时具有约文的地位,这一点不容置疑。那么,根据《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条的规定,除作为上限文的约文以外的其他因素是否有必要进一步考察呢?笔者认为没有必要,因为,作为上下文的约文不能同时扮演其他因素的角色。

定书》第16条中有关“市场扰乱”的判断标准有了明文规定,那么还有必要在同一法律文件中对同一用语再次给予定义吗?笔者认为没有必要了。例如,《SCM协定》第1条中对补贴作出定义之后,就没有必要在其后的约文中重新进行定义,道理是一样的。

那么,笔者的上述结论是否就是天衣无缝,没有质疑的余地呢?

可以预料,有人会根据《维也纳条约法公约》第4款规定(倘经确定当事国有此原意,条约用语应使其具有特殊意义)提出如下疑问,即在第242段的谈判过程中各方也许同意赋予“市场扰乱”不同于《中华人民共和国加入议定书》第16条所规定的意义(例如,严重损害论主张的“严重损害”)。从理论上讲,这样的可能性是完全存在的。但是,如果谈判各方同意给一个“用语”赋予特殊意义的话,为什么不从文字上对第242段的“市场扰乱”概念所具有的特殊意义给予明确的界定呢?当然,对条约用语未作明确界定不等于没有赋予新的特殊意义,即谈判各方就对赋予条约用语特殊意义达成了协议,但也许对明确界定或表述未达成一致意见。所以,第242段的“市场扰乱”概念是否被赋予了特殊意义(严重损害)这一问题当然需要由“严重损害论”者来负责解释或证明。笔者认为,第242段中的“市场扰乱”这一用语没有被赋予除《中华人民共和国加入议定书》第16条所规定之含义以外的特殊意义,至少在产业损害问题上是如此。

还有一种可能性也在预料之中。即,不同意笔者观点的人(例如,提倡“严重损害论”的专家)可以不主张第242段的“市场扰乱”概念具有特殊意义,针对笔者的解释结果,直接援引《维也纳条约法公约》第32条而提出“市场扰乱”概念的意义“仍属不明或难解”或所获结果(笔者解释的实质损害标准)显属“荒谬”或“不合理”。在此情况下,为确定“市场扰乱”一词的意义起见(判断其存在的根据之一的产业损害情况到底是“严重损害”还是“实质损害”),不得不使用包括条约之准备工作及缔约情况在内的“解释之补充资料”了。

关于这一问题,莫教授称,“由于,中国与其他 WTO 成员就第 242 条所举行的前期谈判内容(笔者注:应该包括条约之准备工作及缔约情况)属于保密性质,笔者无法从立法意志角度解释第 242 段‘市场扰乱’概念。因而,文义、语境和习惯用法成为解释该概念的唯一合理方法”。^①笔者也承认,至今还未有机会阅读谈判过程的资料(因为是保密未得到公开),所以从理论上不敢轻易断定或绝对保证第 242 段的“市场扰乱”概念压根儿就没被赋予特殊意义(诸如“严重损害”),以及自己的观点不存在任何被质疑的余地。因为,笔者毕竟没有完完全全地阅读解释条约的所有“解释之补充资料”。

但是,针对莫教授的上述意见有两点质疑之处不得不提出。第一,在确认“立法意志和意图”时,没有必要把“前期谈判内容的保密性质”的作用予以绝对化。因为,即使在对前期谈判内容(可能会影响对立法意志的确认)无法确认的情况下,也完全有可能从其他方面(例如,约文内容等)确认立法意志,不能因为“前期谈判内容属于保密性质”,就直接得出“无法”从立法意志角度解释第 242 段的结论。第二,既然“前期谈判资料属于保密”(即莫教授没有接触过这些资料),而在“文义、语境和习惯用法成为解释该概念的唯一合理方法”的情况下,根据该方法所得到的解释为什么会成为“必然的”和“毫无义务”结果呢?试问,一旦属于保密性质(只是现在)的“前期谈判资料”今后哪一天得到公开后,根据这些被公开的资料对第 242 段进行重新解释,所得出的结论和莫教授现在所主张的利用“文义、语境和习惯用法”的结果相矛盾的情况发生时,不知该怎么解决这一问题。^②因此,笔者得出的“实质损害论”的结论是严格依据《维也纳条约法公约》第 31 条规定的条约解释规则进行解释之后得出的结论。在此,笔者对自己的

^① 参见莫世健论文第 22 页。

^② 杨国华论文也使用“毫无疑问”这样的词汇,表示了对其所得出之结论的信心,笔者不以为然。

解释结论,从条约的“目的和宗旨”以及“善意解释”等方面出发,不再进行自问自答式的论证了,因为在根据作为“上下文”的核心“约文”进行解释,在已经得出明确结论的情况下,笔者认为没有必要这样做了。针对笔者的解释,也许有人提出质疑,说这样做会违反“善意解释原则”,或违背《WTO 协定》(包括加入议定书和工作组报告书)的目的及宗旨。在此笔者期望得到同行专家的批评和指点。

WTO 法在国际法上之地位

陈纯一^{* 1}

一、前言

近年来对 WTO 法^①的研究,主要是集中在阐明相关协议的原则与规章制度之适用与解释,而较少说明 WTO 法与整个国际法体系之关系。这样的发展充分反映了实务的需要,但对 WTO 法的性质了解难免有欠缺,故本文拟讨论 WTO 法在国际法上的地位,并希望阐明两个问题:第一,WTO 法律体系到底是一个独立发展自求完整的体系,还是传统国际法的一部分?第二,如果 WTO 法是国际法的一部分,则当其与条约或是国际习惯法冲突时,何者优先适用?

本文首先介绍国际法的性质与渊源,希望借由国际法的性质来解释为何 WTO 法是国际法的一支;其次则说明 WTO 法与相关国际法规范冲突时当如何解决,最后则是作结。

* 中国台湾地区政治大学外交学系专任教授,台北大学司法学系兼任教授。

① 本文所指 WTO 法应采广义解释,指的是在世界贸易组织架构下所有相关的规范与协议。重要的文件在英文部分可参考 ILM, Vol. 33, No. 1 (January 1994), pp. 1—152。中文译文及附件见《乌拉圭回合多边贸易谈判协议:中英文对照本》,台北经济部国际贸易局编印,1995 年版。

二、WTO 法是国际法的一部分

本文以为,观察 WTO 是否为国际法的一部分,宜从两个层面分析。第一是国际法是什么;第二则是讨论 WTO 法和国际法的关系。

(一) 国际法的特性与各种渊源的适用顺序

什么是国际法?现代国际法学者大致都同意,国际法是“国家在其相互交往中有法律上拘束力的规则总体”^①,而其适用的主体,除了国家以外,在某种程度内,国际组织和个人也可以由国际法授予权利与课加义务。^②至于国际法为何有效力,“公共同意说”是目前的通说。依“公共同意说”,国际法的习惯规则是由国家行为而形成。换句话说,这是一种默示同意,而条约规则则是由于国家明示同意而建立。^③

国际法的渊源有哪些呢?《国际法院规约》第 38 条一般被认为是国际法渊源的最佳说明,该条规定如下:

一 法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判时应适用:

(子) 不论普通或特别国际协约,确立诉讼当事国明白承认之条规者。

(丑) 国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。

(寅) 一般法律原则为文明各国所承认者。

(卯) 在第五十九条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。

二 前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。

① Jennings, Robert and Arthur Watts, eds., *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, 9th ed., Introduction and Part 1, Harlow, Essex, England: Longmans Group UK Limited, 1992, p. 4.

② Id..

③ 丘宏达:《现代国际法》,台北三民书局 1995 年版,第 35 页。

所以,条约、国际习惯和一般法律原则是国际法的主要渊源,而判例与学说则是辅助渊源,至于“公允及善良”原则则是在当事国授权同意下,也可以作为国际法的渊源。

前述国际法的定义与特点之简短说明有助于我们分析 WTO 法为何是国际公法之一部分。

(二) WTO 法和国际法的关系

如同海洋法和国际人权法被认为是国际法的一部分,到目前为止,很少人否认 WTO 法是国际法的一部分,虽然有学者主张它是一个自我完整的体系(Self-contained Regime)^①,但这并不意味着它是一个孤立封闭而自我发展的法律体系。事实上,它依旧是国际法的一部分,而且在经贸领域内居于特别法的地位。

WTO 法为什么是国际法的一部分,对照前述有关国际法的简短说明,可以观察到下列几项的特点:第一,WTO 法规范的对象是全球贸易问题。“世界贸易组织”的组织架构、货物贸易、服务贸易、争端解决机制、相关知识产权的保护是关心的重点。而 WTO 法内的每一个协议,都是由会员国同意后,以书面形式完成,所以 WTO 法效力的产生源自于会员国的自愿同意,符合国际法上的“公共同意说”。第二,有别于国内法体系以“人”为重心的体制,具备 WTO 会员资格的是主权国家和“个别关税领域”。第三,WTO 法的内容以条约法为主,但也适用国际习惯,故其渊源和《国际法院规约》第 38 条相符合。例如,作为 WTO 法核心的《设立世界贸易组织协议》,《1947 年关税及贸易总协议》,关税及贸易总协议时代经由谈判而达成的各项协议,《服务贸易总协议》(简称 GATS),《与贸易有关之知识产权协议》(简称 TRIPS),论其性质都是条约。而在国际习惯的适用方面,《关于争端解决规则与程序了解书》第 3 条第 2 项明确提到解释 WTO 体系下的协议时,应依据解释国际公法的习惯规则。第四,WTO 法不但新创规则,许

^① See Pieter Jan Kuijper, The Law of GATT as a Special Field of International Law, Nether land Yearbook of International Law, 1994, p. 227.

多方面它也确认采纳既有的国际法规范,例如前述《关于争端解决规则与程序了解书》对国际习惯的采纳是一例,《1947 年关税贸易总协议》的继续适用,以及《与贸易有关之知识产权协议》包含了部分世界知识产权公约也都是著名的例子。第五,争端解决《了解书》第 3 条第 2 项关于适用“国际习惯”以解释 WTO 协议的规定是否符合《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条的规定值得讨论。^① 在理论上,该了解书其实不必特别提及国际习惯,因为国际习惯本来就是全体国际社会必须一致接受遵守的国际法规则,可是提到以国际习惯来解释 WTO 协议,实际上也就是肯定了 WTO 协议是国际法。最后,虽然 WTO 法是以贸易问题为核心,但是贸易问题之解决不可能不和国际法的其他领域互相影响。这些领域包括条约法、争端解决机制、国家责任、环保和人权等。其中,在人权和环保两议题方面,WTO 法往往必须面对涉及如何兼顾调和贸易发展之利益与永续发展和人权维护等问题。而对条约法、争端解决方式和国家责任三方面而言,WTO 法都提供了新的发展方向。例如在条约方面,乌拉圭回合所达成的各项协议,除了

① 《维也纳条约法公约》第 31 条与 32 条条文如下：

第 31 条 解释之通则

一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。

二、就解释条约而言,上下文除指连同弁言及附件在内之约文外,并应包括：

(甲) 全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协议；

(乙) 一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。

三、应与上下文一并考虑者尚有：

(甲) 当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协议；

(乙) 嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协议之任何惯例；

(丙) 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

四、倘经确定当事国有此原意,条约用语应使其具有特殊意义。

第 32 条 解释之补充资料

为证实由适用第 31 条所得之意义起见,或遇依第 31 条作解释而：

(甲) 意义仍属不明或难解,或

(乙) 所获结果显属荒谬或不合理时,为确定其意义起见,得使用解释之补充资料,包括条约之准备工作及缔约之情况在内。

四项复边协议外,均采取“一篮子交易”作法,会员必须全部予以接受而不能自由选择是否加入,而在国家责任方面,WTO 有关“利益丧失或减损”(nullification or impairment)的标准和以往传统国家责任的标准大有差距;至于 WTO 争端解决机制的独特性更为人所周知。

上述的特点应都可以说明 WTO 法是国际法的一部分。

三、WTO 法与其他国际法规范冲突之解决

解决 WTO 法和其他国际法规范冲突的最佳方法应当是由 WTO 相关协议提供,但很可惜的,WTO 法本身不像《海洋法公约》第 311 条,有完整条文专门说明《海洋法公约》和其他公约及国际协议的关系。因此,如何解决 WTO 法和其他国际法规范之间的冲突,有必要借重传统国际法的原则解决。

国际法各种渊源间适用的优先次序一般被认定如下:首先,《国际法院规约》第 38 条所指为主要渊源效力应大于辅助渊源应毫无疑问。但在主要渊源之间,由于一般法律原则被认为是国际法院在找不到条约和习惯下,可以自世界各主要法律体系内寻求类似的法律原则适用之,所以条约和习惯显然优先于一般法律原则,但条约和习惯彼此之间呢?

虽然理论上关于条约和国际习惯的优先适用顺序颇有争议,但实际上观察国际法的发展,真实的情况可能如下:第一,除了国际法上的强制规律^①(*jus cogens*,或译作绝对法)外,条约和国际习惯效力的优先级无法一概而定。第二,主张条约效力优于国际习惯者的重要理由是认为条约通常是对具体事务规范,故依“特别法优于普通法”(Lex specialis derogate generali)原则,条约应优先。但有时国际习惯适用的情形较为具体,有时少数国家之间有效的

^① 国际法强制规律指的是“国家及国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规始得更改之规律”,见《维也纳条约法公约》第 53 条。

国际习惯会和多数国家适用的条约发生抵触,依“特别法优于普通法”原则,国际习惯也有可能优先适用^①。第三,如果没有特别法优于普通法的情形,那么条约和国际习惯应当是居于相同地位,适用的问题应依“后法优于前法”(Lex posterior derogate priori)原则解决。^②第四,在条约的方面,由于欠缺类似国内法的中央立法机制,所以只要确定是源于“国家的公共同意”,不论主持缔结的组织是联合国还是世界贸易组织,理论上条约效力都是一样的,但应注意缔约国是否特别明示排除相关国际法规则或是明示规定与其他条约冲突时的解决方式。

经由上述观察,我们似仍可以在下列事项上找出适用的标准:

1. 如果 WTO 法明示适用国际法中的特定规则,并不能就因此推论出它排除其他未明示规范之适用。换句话说,只有经明示不予以适用者方被排除在外。^③

2. 《1947 年关税贸易总协议》和相关文件,如未被采纳成为《1994 关税贸易总协议》的一部分,应可以推论已终止效力。^④

3. 《联合国宪章》有关维持国际和平与安全事项之义务应高于 WTO 法。^⑤

4. 在知识产权的领域内,《巴黎公约》、《伯恩公约》、《罗马公约》和《集成电路知识产权公约》的效力不低于“与智能财产权有关之协议”。^⑥

5. 在食品卫生检验和动植物检疫措施方面,允许可以利用其他国际组织的争端解决办法。^⑦

① 参考丘宏达:《现代国际法》,台北三民书局 1995 年版,第 61 页。

② 同上。

③ 参考 Chorzow Factory (Germany v. Poland), Merits, PICJ, Serieo A, No. 17, p. 2900.

④ European Communities-Measures Affecting Importation of Certain Poultry Products, WTO Doc. WT/DS69/AB/R, para. 81 (July 23, 1998), para. 81.

⑤ GATT 第 21 条第 3 项。

⑥ TRIPS 协议第 2 条。

⑦ Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, 第 11 条。

6. 依 GATT 1994 年规定,区域贸易安排应优先适用。^①

7. 关于和国际货币基金会的关系,WTO 和《国际货币基金会宣言》说明除非另有规定,否则 GATT 1994 之规定优先适用。^②

8. 其他,在 WTO 法中没有明示规定下,如果 WTO 相关协议与其他条约协议就同一事项冲突,恐怕必须参考《条约法公约》第 30 条^③,以解决就同一事项先后所订条约的效力问题。如果还是无法确定缔约方的真意,不论 WTO 法是与条约冲突,还是与国际习惯法冲突,都可以参考前述传统国际公法解决习惯与条约冲突的解决方式的说明,采用“特别法优于普通法”或是“后法优于前法”的规定办理。

四、结论

经由前述的研究,可以得出下列几点结论:

(一) WTO 法并不是一个孤立封闭的体系,它是国际公法的一部分,并且对条约、争端解决、国家责任等领域之发展有重大影响。

(二) 除非 WTO 相关规范明文排除,否则一般国际法原则在 WTO 体系内依旧有适用之余地。

① GATT 第 24 条、GATS 第 5 条。

② 参考 Declaration on the Relationship of the WTO with the IMF.

③ 第 30 条 关于同一事项先后所订条约之适用。

一、以不违反联合国宪章第一百零三条为限,就同一事项先后所订条约当事国之权利与义务应依下列各项确定之。

二、遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时,该先订或后订条约之规定应居优先。

三、遇先订条约全体当事国亦为后订条约当事国但不依第五十九条终止或停止施行先订条约时,先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。

四、遇后订条约之当事国不包括先订条约之全体当事国时:

(甲) 在同为两条约之当事国间,适用第三项之同一规则;

(乙) 在为两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国间彼此之权利与义务依两国均为当事国之条约定之。

五、第四项不妨碍第四十一条或依第六十条终止或停止施行条约之任何问题,或一国因缔结或适用一条约而其规定与该国依另一条约对另一国之义务不合所生之任何责任问题。

(三) 在 WTO 法和其他国际法规则冲突时,解决之道首在寻求 WTO 法自身是否有明确之规定,如果答案是否定的,则应依情形分别适用“特别法优于普通法”原则和“后法优于前法”原则,尤其是必须特别注意《维也纳条约法公约》第 30 条之规定。

两岸经贸与两岸关系的有效预期

李义虎^{* 1}

—

两岸关系的特殊性在于它是一种很难塑造有效预期的关系。例如,大陆方面呼吁举行两岸间的对话和谈判已经有二十多年,台湾地区有识之士亦多寄希望以此来解决双方的问题,但是何时举行又以何种方式举行,仍在未定之天。又例如,最能说明这方面情况的例子是战与和的问题。前些年,由于岛内台独势力不断冲撞一个中国原则的底线,两岸间接连爆发几场政治危机,战与和的问题随之而变得越来越突出;人们议论纷纷,甚至提出了“时间表”。然而,战与和的前景到底如何,似乎谁也说不清楚。^①其实,两岸经济关系中的三通问题本身也可以说明这个问题。多年来,三通已经成为双方之间一个亟待解决的现实性很强的问题,台湾岛内工商界和民众亦多次急切呼吁,而且在大陆与台湾相继加入WTO之后三通问题的解决呼之欲出,但是人们仍然难以有效预期其何时可以最后实现或取得突破。^②

* 北京大学台港澳与世界事务研究所所长、教授。

① 李义虎:《两岸避免战与平困境的必要途径》,载香港《中国评论》2000年3月号。

② 关于中国大陆政府有关两岸政治谈判和三通的政策,参见中共中央台湾工作办公室、中国国务院台湾事务办公室编:《中国台湾问题》,九州图书出版社1998年版,第66—67页。

与塑造有效预期的困难相伴随的,是两岸间信息沟通渠道的不畅和沟通方式的匮乏,连起码的政策交流都难以进行。因此,在两岸的政界和新闻界一直有一个特殊的词汇,叫“解读”。在对方进行政策宣示或领导人发表讲话之后,另一方总是要“解读”一番,也就是要在隔岸对峙而又很难进行直接接触的情况下,只能以单方面的揣测来理解和解释对方政策背后所可能包含的真实含义。这也就造成了两岸关系中的一个特殊表现,即隔岸“解读”阻隔双方越过海峡进行直接的政治对话。

塑造有效预期的困难,意味着两岸关系没有太多有效的游戏规则。因此,两岸间的游戏所依据的常常是单方面的设定。这与人们常见的例子不太相同。在中国历史上,国共两党尽管存在着十分尖锐的矛盾,但无论是战争还是和谈,都是有一定的游戏规则的。换言之,战争和和谈都是塑造有效预期的强有力手段。在近年来的中美关系中,尽管双方有时矛盾有时合作,在起伏不定的关系中甚至出现过危机,不确定性因素也常常显著增加,但是双方的关系一直是遵循着某种特定的游戏规则,也可以按照一定的有效预期来进行。因而,上述关系都是存在游戏规则的关系,人们可以用有效预期进行判断。可是,两岸关系却违反了这种常规,出现了某种奇怪的悖论,即两岸政治关系处于僵局状态,但经贸关系却还能照样发展,甚至还可以有大的发展。这种现象超出了一般的常规逻辑,因为按照一般的常规逻辑,政治关系如果不好,肯定会影响到经济关系,至少会阻滞经贸关系的发展。但是,两岸在政治关系不断发生危机甚至战与和问题十分突出的情况下,仍然能够进行正常的贸易往来。这种情况如果反过来看就更加奇怪。因为尽管两岸经贸关系十分好,并且前景也更加看好,但是它并不见得就能直接带动双方的政治关系的进展,不见得有助于打破两岸的政治僵局,也不见得使经贸关系的密切发展产生引向政治谈判的逻辑,甚至很难塑造先经济后政治的有效预期。因此,这种现象也超出了一般的常规逻辑。从这中间的矛盾现象,我们确实可以看到两岸关系是一种没有稳定的有效预期的关系,也是一种没有什么

游戏规则的关系。其结果是,意外事件和戏剧性的因素常常成为造成两岸关系动荡的诱因。

两岸关系中缺乏稳定的有效预期,也缺乏固定的、双方都能接受的游戏规则,一个更严重的后果是在双方之间无法形成制度化的安排。1992 年大陆海协和台湾海基会达成“九二共识”,1993 年“汪辜会谈”达成四项协议,应该说是两岸关系制度化安排的良性启动,当时这些成果曾经分别被两岸领导人称为“历史性的一步”或“两岸关系发展中的里程碑”。但是,自 1995 年 6 月李登辉访美事件引起台海局势危机后,两岸关系再也无法形成制度化的安排,不仅如此,两岸之间仅有的某些制度化安排也被破坏(“九二共识”)。因此,两岸关系不仅是很难塑造有效预期的关系类型,不仅是缺乏游戏规则的关系类型,而且也是难于产生制度化安排的关系类型。

二

两岸政治关系严重对峙,很难塑造和凝聚有效预期,这显然是受到双方政治分歧、统独之争和岛内族群问题等的负面影响,也显然是受到台湾当局领导人不按常理出牌做法的负面影响。但是,尽管如此,两岸经贸关系却能够冲破阻力获得发展,在某种意义上说,这是目前两岸关系中最积极的因素,它能够在所谓“维持现状”中积累和聚集更多的稳定因素,并从中推动有效预期的形成。

两岸经贸关系之所以在一定程度上可以发挥这种作用,主要是因为:

第一,两岸经贸关系的发展不是人为因素,包括政治性干扰所能限制和阻碍的,它已经使两岸间产生了相互依赖的结构性关系;而这种关系必然要求双方不断促成有效预期。

从 1979 年到现在,两岸经贸关系超越政治障碍获得了非常迅速的发展。如果从年度经贸额来看,1979 年仅为 0.77 亿美元,但到 2004 年底已经达到 780 亿美元,增长近 1013 倍。截至 2004 年

底,两岸经贸总额已经达到 3448.65 亿美元,截至 2005 年 6 月底,两岸贸易总额为 4456 亿美元。两岸经贸关系如此迅速和规模巨大的发展,已经使双方形成了相互依赖的结构性关系。综合台湾与大陆双方的相关统计,2004 年台湾对大陆和香港的出口已占其总出口的 36.7%,台湾对大陆经贸依存度为 18%、出口依存度为 25.9%,即其向外买的 100 元东西中有 25.9 元卖到大陆去了。现在,大陆已经超过美国成为台湾的第一大贸易伙伴,是台湾最大的出口市场和顺差来源。以截至 2004 年底的情况看,在 3448.65 亿美元的经贸总额中,大陆出口为 562.95 亿美元,进口 2885.7 亿美元,台湾累计所得顺差 2322.75 亿美元(以截至 2005 年 6 月的情况看,台湾顺差近 3000 亿美元)。台湾对大陆的出口(含香港)贡献于其生产总值的比率高达 20.2%。当然,伴随着两岸经贸关系的迅速发展,台湾也已成为大陆的第二大进口市场。^①

与此同时,还有一个值得注意的事实,即两岸经贸关系的迅速发展带动了台商在大陆的投资额不断攀升。截至 2004 年底,大陆累计合同台资金额达到 841 亿美元,实际利用台资 500 多亿美元。大陆批准台资项目累计 6.6 万多个。据台湾有关方面统计,大陆已经成为台湾对外投资的首选地区,而且是台商所有岛外投资中唯一增长的地区。近十年来,有 74% 的台商对外投资地是大陆,大陆已是台湾累计对外投资最多的地区。此外,台湾方面已经在大陆设立了数十家航运公司、4 家海运公司的办事处,2 家银行、5 家保险公司、10 家证券公司、5 家保险公司的代表处。台商来大陆投资之所以能够在目前两岸政治关系低迷的情况下获得增长,其主要原因在于大陆市场前景诱人,拥有确实值得开发的广大人力和丰沛的资源;当然,大陆方面所采取的吸引台资的积极政策也是重要原因。现在,台湾经济(包括台湾股市)中已经出现了不可忽视的大陆因素。

以上的事实和数字说明,两岸经贸关系不仅已经带有相互依

^① 台湾《两岸贸易》2005 年 9 月号。

赖的性质,而且已经出现相互依赖的后果。因为作为一种结构性的关系,相互依赖会在给双方关系提供一种自然生成的有效预期,甚至包括某些游戏规则和制度安排。它们在生成和凝聚过程中是不受人为因素限制的,也会大大超越政策性的阻滞(如“戒急用忍”或所谓“有效管理”)。实际上,在两岸经贸关系中,人们已经看到依据经济规律和市场规律所凝聚的有效预期,如理性的收益预期(到大陆发展能赚钱)和理性的利益驱动(稳定的经贸关系会使双方获得双赢)等,也已经看到一些游戏规则和制度安排,如在台湾企业与大陆方面之间所形成的法律性契约关系等。

第二,两岸经贸的超大规模,已经产生出凝聚更大有效预期的要求。

如上所说,2004年底两岸贸易额已经达到780亿美元的水平,这是一个什么样的概念非常值得注意;因此,这里专门把它抽取出来加以说明。其一,它已经接近1000亿美元,如果两岸经贸按照现有的趋势往前发展,那么在2006年完全有可能达到或至少接近1000亿美元的程度。实际上,这样的数字只有在中国大陆与欧盟、美国、日本和韩国等那些发展得最好的双边经贸关系中才能看到。近几年,中国大陆与这些经济体的经贸总额都已经超过1000亿美元,由此它们之间形成了相互依赖程度极深的经贸关系,并对它们之间的政治关系产生了重要影响。可以预计,如果两岸经贸关系能够稳定地处在这个水平,那么任何其他力量或因素,如政治干扰都很难阻碍或限制它的发展。相反,两岸经贸关系的超大规模及其所促成的相互依赖关系,会不断地推动着在两岸关系中塑造和凝聚有效预期,从而对其他方面的关系产生重要而积极的影响。其二,当然,也应注意到,这样大的经贸额竟然还是通过间接贸易而非直接贸易而带来的。究其原因,是因为三通,尤其是两岸直航还没有实现。在某种意义上,受限于三通的未能实现,两岸经贸关系的水平虽然有了很大的提升,但它仍停留在“民间、单向、间接”的框架内,缺乏制度化的协商机制,严重阻碍两岸经贸交往向更深层次的发展。正是在这种形势下,2005年“胡连会”

和“胡宋会”相继提出建立“两岸经济合作机制”、“两岸共同市场”和“两岸自由贸易区”等新概念,其意在促使两岸经贸关系出现由间接方式到直接方式的转变,并通过解决三通问题促使两岸实现互补互动和合作双赢。因此,目前的状况一方面说明,实现直接、双向的三通,是建立两岸经济合作机制的前提和促进两岸合作与发展的必要保障,也是进一步推动有效预期形成的基本条件。另一方面说明,推动三通问题的解决以为两岸关系塑造和凝聚有效预期仍然需要付出很大的努力,只有推动三通实现,才能使两岸经济合作机制(包括“共同市场”和“自由贸易区”)成为现实;也才能使两岸关系进一步获得有效预期。但无论如何,780亿美元的超大经贸水平事实上已经使两岸经贸面临着从间接转变到直接的临界点,它给人们带来的预期是很强的。

第三,三通问题的解决会进一步增加两岸之间的社会性交往,从而会为两岸间有效预期提供社会性的环境。

20世纪70年代末、80年代初以来,两岸人员往来有了较大的发展。在这方面,大陆所实行的积极的交流交往政策和蒋经国先生的“开放探亲”政策都作出了重要贡献。正是由于这些政策的推行,两岸间的交流交往不断发展,在有些方面取得了重要突破。例如,1991年以来台湾同胞来大陆探亲、旅游和经商基本上保持在100万人次以上,近年来更保持在200~300万人次的水平。截至2004年底,台湾来大陆累计2676.9万人次,大陆居民赴台98万人次。特别是,台湾居民大规模跨海西迁,近百万人定居大陆。其中有投资的商人、求学的青年和求职的无业者。同时,目前两岸人民的婚姻已经超过12万对。^①因此,尽管三通尚未实现,但自1987年后两岸交流从探亲开始逐渐渗透到社会生活的各个领域,以至于达到两岸密不可分的地步。换言之,双方之间已经形成了某种社会性交往的局面。所谓社会性交往局面,是指那种不受政治性因素限制的、主要以民间社会互动为动力的交往局面,在形式

^① 《台湾民情》2005年第3期。

上大致有五小通,即旅游与贸易、在大陆投资、人口流动及会议与团队。

应该说,三通是两岸关系发展的重要步骤,不仅能够进一步促进两岸经贸关系的发展和给双方的人员往来提供更大的便利,而且能够使双方获得更好的沟通方式。但是,自两岸相继加入 WTO 后,尽管三通问题应该被纳入解决的日程,但由于人所皆知的政治原因,即台湾方面坚持认为其在 WTO 中的地位并未确定,且在两岸经贸关系中希望以对等的 WTO 成员身份处理相互关系,因此这个问题直到现在也没有获得应有的解决。与台湾当局的消极政策相比,大陆方面对三通问题的解决一直抱有积极的态度。2002 年时任国务院副总理的钱其琛曾经明确表示,三通并不像某些人说的那样危言耸听,也不复杂,只要从两岸同胞的根本利益出发,把三通看作是一个国家内部的事务,就可以通过民间对民间、行业对行业、公司对公司进行协商的办法,尽快通起来。^① 2003 年 12 月,国务院台办还就三通问题专门发表《以民为本为民谋利积极务实推进两岸“三通”》白皮书,在三通问题解决方面提出了非常系统的和具有操作性的主张。^② 2004 年 6 月,针对台湾当局“陆委会”负责人提出如果大陆回到“钱其琛立场”,两岸即可就三通问题展开谈判的说法,国务院台办表示,三通是两岸人员往来和经贸交流的客观需要,尽快实现三通符合两岸同胞的切身利益,有利于两岸经济的共同发展。多年来,我们一直本着“一个中国、直接双向、互惠互利”的原则,为两岸三通的早日实现进行了不懈努力。我们的政策是:一是以民为本、为民谋利,是解决三通问题的立足点和出发点;二是三通是两岸间的事,是两岸中国人内部的事务,两岸空中、海上通航即是两岸航线,但决不能把两岸三通说成是“国与国”之间的三通;三是两岸三通是两岸间的经济事务,在三通业务性、技术性商谈中可以不涉及“一个中国”的政治含义;四

① 《半月谈》2002 年第 8 期。

② 《人民日报》2003 年 12 月 18 日。

是三通协商方式可以尽量灵活,解决办法应当简单易行,力求使技术问题单纯化、解决方式便捷化,并主张由两岸民间行业组织协商三通。^①应该说,大陆方面在三通问题上所提出的政策是非常务实和进取的,有助于推动这个问题的顺利解决,而在事实上它提供了两岸解决三通问题的有效预期。

按照 WTO 的有关规则,两岸实现三通的时间表并不应该是遥遥无期的,按照政治与经济分离的原则,经贸归经贸,政治归政治,三通问题应该按照经济规律和市场规律去解决,而不应该以人为的政治因素加以阻碍。实际上,尽管台湾当局在三通问题的解决上采取了消极政策,但三通仍然在按照新功能主义的“外溢”模式,通过逐步累积、不断升级的途径,以分步骤、分阶段的办法得以推动,为两岸关系塑造和凝聚着一定的有效预期。例如,1997年,福州、厦门和高雄间的海上试点直航开始运行,两岸资本的船公司使用方便旗(或称权宜轮)经高雄港转运两岸外贸中转货物。1998年,两岸试点直航再次取得重要的进展。一是大陆主要外贸港口与台湾各港口之间开通了运送两岸贸易货物的集装箱班轮航线,两岸贸易货物虽然仍需绕第三地,但不需要换船;二是两岸国际集装箱干线班轮可以挂靠两岸港口,改变了两岸航运企业的经营环境,有利于实现运输网络的合理布局。到2001年,考虑到金门、马祖民众的需求,大陆方面为金、马与福建沿海地区的海上通航提供协助。双方使用两岸资本并在两岸注册的船舶,采用只挂公司旗的方式,开通了两地海上客运和货运航线。与此同时,两岸直接三通的技术性和业务性问题在事实上均已经获得解决。由此可以看到,小三通和定点直航对于解决大三通具有明显的推进作用,也为大三通的解决提供了一定程度上的有效预期。换言之,从小三通开始到大三通的演变,三通问题解决的有效预期是处于一个不断累积和强化的过程之中。

在推动三通的过程中,大陆方面和台湾在野党及民间组织都

^① 《人民日报》2004年7月1日。

起到了重要的作用,使这个问题的解决在近来取得了可喜的进展。2003年,在国民党的推动下,春节包机获得成功,虽然当年采取了单向载客的形式,但对解决三通问题仍然具有凝聚有效预期的意义。尤其是,在大陆方面和国民党及台湾民间业界的推动下,2005年春节包机由过去的“单向、间接、单向载客”发展为“双向、对飞、不经停第三地和双向载客”,比以往更便捷、安全、合理。这样,春节包机的再次成功,不仅突破了台湾当局所设置的限制,而且给三通问题的真正解决营造了更强的有效预期环境。可以说,按照新功能主义原则来衡量,三通问题的解决已经进入一种逐步推进的过程,其“外溢”作用和效应不断发酵和扩大。只要有好的先例,就可能在其他很多方面产生良好的示范作用,进而推动其他很多问题的解决。同时,在三通问题上所取得的这些进展,已经为两岸经贸关系的进一步发展和双方人员往来方面的扩大营造了重要条件。可以预期,三通问题解决后,台湾同胞来往大陆更加方便和更加频繁,也可以使更多的大陆旅游客到台湾。这实际意味着,两岸间会就此形成一种蓬勃发展的社会性交往局面,双方各自对对方都会有更加深入和真实的了解。毋宁说,虽然有台湾当局在政治上的限制和阻挠,但由于具有两岸经贸关系的发展和人员往来的内在动力,在三通问题上已经形成了“合则两利,通则双赢,早通比晚通好”的预期。

总之,两岸经贸关系的发展,包括三通问题的解决,是大势所趋,人为因素难以阻挡,客观规律将发挥越来越大的作用。正如台湾地区《中国时报》社论所尖锐指出的:两岸经贸发展和三通的关键,“在于对台湾有利益、有经济需要、有客观社会基础,且已形成超越党派、超越南北差异、超越意识形态的共同政见,因而政府是无法抵挡的”。^①正是基于目前每年300万人次的交流和超过700亿美元的贸易额,两岸之间实际上已经形成很难分离的状态,特别是台湾难以摆脱对大陆的依赖。由此,两岸关系中求和平、求稳定

^① 台湾《中国时报》2002年6月27日。

和求发展的有效预期会越来越强。这些对两岸关系的发展,包括对政治关系的改善,都会产生积极的效应。

三

一般而言,成熟和正常的关系应该有稳定的有效预期,有效预期是衡量这种关系性质和进行程度的重要前提和方法。可是,长期以来两岸关系至少在政治层面缺乏稳定的有效预期,使得人们很难判断它的好坏。在某种意义上说,两岸关系既算不上是好的关系,因为好的关系肯定存在着稳定的有效预期,但又算不上是最坏的关系,因为最坏的关系也可以有稳定的有效预期。两岸关系总的来讲是一种不正常的关系,是一种政治领域缺乏有效预期、而经济领域存在有效预期的特殊关系。正如台湾地区学者指出的,近年来,两岸关系基本上处于政治僵局和经贸关系快速发展的交织状态。政治僵局纠结于国家主权问题,而呈现出政治疏离、经济热络的矛盾现象。因此,两岸关系实际上呈现出两条主线,一条是政治发展线索,两岸双方在一个中国原则和统独问题上存在着很大的矛盾,也很难塑造有效预期;另一条是经贸关系发展线索,这一条线索有可能起到对两岸政治僵局往回拉的作用,也可以在一定程度上塑造有效预期,因而是维持现状中的积极因素。这种特殊情况意味着,在今后两岸关系发展中如何进一步塑造有效预期,是一个十分重要的课题。所谓有效预期(rational expectation),是人们利用目前所可能利用的信息,对未来作出合乎理性和未来客观事实的无偏预期,以从理性选择的角度对利益得失和代价多少进行合理的盘算,从而避免在行为中发生系统的错误。它既包括对对方行为和自己所处环境的判断,又包括对相互间关系所可能产生的效果的估量。^①

塑造和凝聚有效预期,可以增加双方行为的透明度和相互间

^① 杨春学主编:《新经济学辞典》,吉林人民出版社2001年版,第209页。

的理解信任程度,从而增加人们对关系发展的心理认同和导致行为模式的合理化。对于两岸关系而言,塑造和凝聚有效预期的好处是多方面的,至少可以有以下几个方面的益处^①:第一,使两岸关系转入理性选择模式,减少非理性和盲目的作为,从而使两岸关系进入良性互动的状态。第二,使双方的信息传递渠道畅通和稳定,逐步提高信息的数量和质量,便于相互间进行有效的沟通,不再因对个别言论或措辞的不理解而导致关系的危机。第三,减少两岸关系和交往的交易成本,不再因磨合、摩擦和危机而付出额外的成本。第四,利于形成两岸之间的制度化安排,使两岸关系变成一种有固定的游戏规则的关系,防止和减少意外事件发生的频率及它们对两岸关系的干扰,并且即使在双方出现问题时,也可以找到解决问题的方法和途径。第五,使两岸关系保持必要的连续性和可预见性,也可以使这种关系保持持续博弈而不是一次博弈的特点,以增加双方的相互理解和相互信任,减少相互关系中的不确定性、相互猜疑和不正当期望。第七,使双方都可以充分使用足以塑造和凝聚有效预期的多种手段,使它们被纳入两岸关系发展的实际内容之中,而不是长期被排除在两岸关系发展的实际内容之外。第八,使双方增加对积极发展两岸关系的责任感和使命感。

总之,只有使两岸经贸关系的发展与政治关系的发展有效地结合起来,并达到以上诸种事实上的效果,才可以促使打破目前的两岸政治僵局,使两岸关系变成一种正常的关系,而不是非正常的关系。

^① 参见王杰主编:《国际机制论》,新华出版社2002年版,第215—216页。

“海峡两岸 WTO 法律论坛”综述

王云川^{* 1} 廖志敏^{** 2}

首届“海峡两岸 WTO 法律论坛”于 2005 年 12 月 2 日至 3 日在北京大学举行。本次论坛由北京大学法学院、北京大学金融法研究中心、北京大学 WTO 法律研究中心、中国法学会世界贸易组织法研究会和台湾地区“中华国际法学会”联合举办,来自祖国大陆、台湾地区和香港地区的众多资深专家和学者汇聚一堂,研讨内容涉及 WTO 与区域性贸易安排、两岸货物与服务贸易、银行、货币、保险、证券市场、交通运输、投资、知识产权保护等诸多领域的法律问题。原最高人民法院院长、中国法学会名誉会长任建新,中国法学会副会长孙在雍,中国法学会 WTO 法研究会会长孙琬钟,台湾中华国际法学会理事长陈长文,北京大学党委常务副书记、北京大学金融法研究中心主任吴志攀等出席了论坛。

近年来,海峡两岸的经贸关系迅速发展,台商在大陆的投资不断增长。但是,目前两岸的经贸关系仍面临着一些障碍,亟须研究解决,否则将影响到两岸经贸未来的进一步发展。与会学者就当前一些主要的法律和制度障碍进行了探讨:

中国大陆对台商投资向来鼓励有加,并给予了許多一般外来投资所没有的优惠待遇。但是,大陆和台湾地区相继加入 WTO 后,大陆方面对台商的各种法律及政策优惠并没有取消,有关部门

* 北京大学法学院 2005 级博士生。

** 北京大学法学院 2005 级博士生。

并曾表示,入世后将继续对台商予以照顾。那么,这些特殊的优惠政策是否与 WTO 的非歧视待遇原则相悖?与会学者认为,从理论上对该问题加以研究和澄清,并在实践上建立某种适当的制度或机制,来巩固和发展大陆与台湾的密切贸易关系,是两岸所面临的一个共同任务。

与大陆的积极姿态相反,台湾方面对于来自大陆的投资却设置了诸多法律障碍,严重阻碍了大陆投资在台湾的发展。与会学者对这些制度障碍进行了详细的分析:比如,一般防御性条款、平衡税及反倾销税条款、农产品特别防卫措施、大陆物品特别防卫机制等措施的设立,阻碍了两岸贸易;再如,根据所谓的“三不原则”(2004年6月,台“陆委会”所宣布),大陆投资不得超过侨外来台投资范围,不得投资禁止台商赴大陆投资的项目,不得投资台湾当局正在推动发展的新兴产业等;再如,根据2002年8月颁布的《不动产物权许可办法》,大陆资金进入台湾不动产要经过繁冗的、不确定的审批程序,即使经过了审批,其运营过程中还要受到各种严格的监管。此外,大陆居民在台停留时间限制得过于苛刻,使得大陆人在台湾很难从容寻觅商机。不但如此,台湾当局对台商赴大陆投资也有不少限制,比如建立了所谓“动态调查机制”和“专案审查机制”等制度。针对上述情况,学者们认为,必须建立有效的贸易谈判机制,通过谈判和协商,逐步消除各种有碍两岸经贸发展的制度性障碍。

再一个问题,是由于缺乏统一的法律体系,目前两岸经贸纠纷的解决成本较高。目前,大陆与台湾的立法和司法相互分立,实践中产生了诸如管辖冲突、法律冲突、司法裁决的承认和执行等问题,这些问题影响了两岸商贸纠纷及时妥善的解决,妨碍了两岸经济的进一步交融。如何利用 WTO 的有关纠纷解决机制,加强两岸司法系统的协调配合,提高两岸商贸纠纷解决的效率,也是需认真研究的问题。

就如何解决上述问题,大家集思广益,提出了不少有益的意见和设想:

关于如何在不违反 WTO 法律框架的前提下进一步巩固和加强两岸经贸关系的问题,专家们认为,尽管“区域主义”的利弊问题在理论上还存在争议,但实践中许多国家都在致力于扩展区域性贸易安排,区域性贸易协定(RTAs)已成为 WTO 最惠国原则的一个普遍性例外。因此,专家们建议,大陆和台湾应尽快在“一个中国”原则下、在世贸组织的框架内,借鉴“中国—东盟自由贸易区”以及其他区域自由贸易区的经验,建立两岸之间的次级自由贸易区。还有专家提出,可以借鉴既有的经验,在大陆和台湾之间建立与港澳类似的 CEPA(更紧密经贸关系协议)。更长远的理想,是将大陆、港、澳、台之间的 CEPA 进一步整合,构建一个涵盖两岸四地的“大中华自由贸易区”。与会专家就“大中华自由贸易区”的可行性、基本内容、法律框架、可能的障碍等问题进行了深入研讨。此外,为规避 WTO 非歧视待遇原则、强化两岸四地之间的经济联系,有专家建议利用两岸“同文同种”的优势来加强两岸服务业的整合。专家们预期,建立制度化的区域性贸易框架,有利于加强海峡两岸的谈判、协商和合作,逐步消除有碍两岸经贸发展的制度障碍。

关于两岸商贸争端的解决机制问题,与会专家提出的建议包括借鉴欧盟经验,引入 WTO 争端裁决对国内法院的直接效力原则来解决冲突,运用 WTO 框架进行对话磋商,借鉴“中国—东盟自由贸易区”机制或者 CEPA 机制,发挥行业协会的协商调解作用、发展两岸仲裁机构的合作,等等。但专家同时强调,即使借鉴 WTO 的 DSU 机制,而该机制的效力基础仍然是争端双方的协商一致,因此,两岸争端的解决仍然应主要依赖于双方的谅解和协商,而非一味地提交 DSU。

关于两岸的法律管辖冲突、司法判决的承认与执行等问题,有专家提出了列举管辖权清单、缩小专属管辖权范围、鼓励和提倡协议管辖等建议,有的建议通过借鉴国际公约来减少平行诉讼,建立判决承认与执行的协调机制,同时,两岸应加强对准据法的确定、反致、一国数法以及公序良俗等问题的谅解与协商。还有的学者

指出,除了行政和司法途径外,可以考虑建立两岸联合仲裁机制,独立地对两岸经贸纠纷进行仲裁。

此外,专家们还就如何进一步改善台商在大陆投资的法律环境、台商大陆投资的保险可行途径、两岸保险交流、知识产权保护、服务贸易与公共健康、两岸金融的互动和发展、QFII 制度、人民币区域化以及贸易壁垒、纺织品特殊保障措施等问题进行了研讨,并达成了一定的共识。

此次“海峡两岸 WTO 法律论坛”是两岸法学界之间在有关问题上的首次高水平对话。本次论坛中,港台方面的代表包括来自台湾的“中华国际法学会”、台湾大学、东吴大学、台北大学、中国文化大学、政治大学、中兴大学等高校的著名法学教授,代表了台湾法学界的最高水平,大陆方面则包括了北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、中国社科院、西南政法大学、厦门大学、浙江大学等国内一流的法学院和科研院所的著名学者,基本代表了国内法学界的最高水平。与会学者在“一个中国”的原则下,就两岸如何克服法律障碍、拓展合作途径、加强经贸往来、造福两岸人民进行了坦诚交流。正如吴志攀教授在闭幕式致词中所言,进一步发展两岸经贸关系已是大势所趋,民心所向,关系到两岸的根本民生与福祉。时不我待,两岸的法律学人必须行动起来,为促进两岸经贸发展作出自己的贡献。