

欧盟贸易壁垒调查立法流变及启示

陈咏梅*

摘要：2020年7月欧盟首次任命首席贸易执法官负责监督欧盟贸易政策的执行。欧盟首席贸易执法官的职责之一是管理根据《贸易壁垒条例》(TBR)发起的调查。实际上，欧盟贸易壁垒调查立法包括两个层面，一为欧盟基本法层面的相关立法(以下简称“欧盟条约”第113/133/207条)，二为欧盟二级立法层面的TBR。一方面，随着“欧盟条约”第113/133条演变为《里斯本条约》第207条，欧盟实施共同商业政策的范围扩大了，相应地，欧盟委员会进行贸易壁垒调查的范围也扩大了。另一方面，TBR规定了专门的贸易壁垒调查程序，为欧盟企业直接向欧盟委员会提出针对欧盟外第三国贸易壁垒的调查申请提供了便利。欧盟两类贸易壁垒调查立法对欧盟企业的影响表明，依据“欧盟条约”或TBR申请贸易壁垒调查各有利弊。中国在“一带一路”倡议的创新性建设过程中，应当从欧盟贸易壁垒调查立法中取长补短，完善中国对外贸易壁垒调查的信息披露，建立便利的内部网络联系机制，制定让申请人有确信时间依赖的更为规范的行政立法，从法治层面切实保护中国企业的海外利益，为“一带一路”建设营造可预见的法律环境。

关键词：建立欧洲共同体条约 尼斯条约 里斯本条约 欧盟条约 TBR

一 问题的提出

贸易壁垒调查通常是指当外国(地区)政府采取或者支持的措施或者做法被内国政府视为贸易壁垒时，内国政府根据内国法律/法规对外国(地区)政府的贸易措施或者做法进行的调查。^①2020年7月，欧盟委员会任命丹尼斯·雷登内特(Denis Redonnet)担任欧盟首席贸易执法官(Chief Trade Enforcement Officer, CTEO)，负责监督欧盟贸易政策的执行，并向欧洲议会和欧盟理事会作定期通报。^②欧盟设立首席贸易执法官旨在加强欧盟贸易规则以及欧盟与其他国家和地区签订的贸易协定的实施和执行，包括确保与欧盟签订贸易协定的国家履行其在协定项下的承诺，以及管理根据《贸易壁垒条例》(Trade Barrier Regulation, 以下简称TBR)发起的调查等。2020年11月16日，欧盟委员会启动了新的贸易壁垒投诉系统，用于欧盟企业和相关组织报告国

* 西南政法大学国际法学院教授，博士生导师。本文系国家社科基金重大招标课题(课题号：20&ZD162)阶段性研究成果。本文所引用的网络资料均为官方网站资料，最后访问时间均为2021年12月5日。

① 笔者根据商务部颁布的《对外贸易壁垒调查规则》第3条对“贸易壁垒”的界定得出。

② European Commission, “European Commission appoints its first Chief Trade Enforcement Officer”, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2173&title=European-Commission-appoints-its-first-Chief-Trade-Enforcement-Officer>.

外的市场准入壁垒。^① 但该投诉系统不受理贸易救济方面的投诉，因为欧盟委员会专门建立了贸易救济电子信息平台，对于国外发起的贸易救济调查，相关企业可以直接向欧盟委员会贸易救济投诉办公室投诉。换言之，对于国外贸易壁垒，欧盟建立了两套投诉系统，一是针对贸易救济，二是针对贸易救济之外的其他贸易壁垒。

一般而言，一国的对外贸易法则可以分为防御性法则和进攻性法则。前者注重保护自身的市场，后者注重扩展对外的市场准入。近年来，学界对欧盟防御性的市场准入法则有了不少讨论，^② 遗憾的是，对欧盟进攻性市场准入法则，如上文提及的管理贸易壁垒调查的法律适用法 TBR，研究甚少。TBR 是针对欧盟外第三国贸易壁垒展开调查的条例，目的是保护欧盟企业的海外利益。2019 年 10 月 31 日，中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议提出“构建海外利益保护和风险预警防范体系”，^③ “一带一路”法治建设也需要构建对中国企业海外利益保护的法律法规体系，欧盟成熟的对外市场准入法则对中国企业海外利益保护立法建设具有借鉴作用。正因如此，本文旨在通过研究欧盟贸易壁垒调查立法流变，洞悉欧盟的贸易壁垒调查立法。具言之，欧盟贸易壁垒调查立法的演进体现为该项立法建设随着欧盟一体化进程而不断发生变化。一方面，从欧盟基本法层面上的《建立欧洲共同体条约》（以下简称《欧共体条约》）第 113 条演变为《尼斯条约》第 133 条，进而演变为《里斯本条约》第 207 条。^④ 上述条款即本文简称的“欧盟条约”第 113/133/207 条。另一方面，从欧盟二级立法^⑤层面上的 1994 年《贸易壁垒条例》（以下简称 TBR1994）^⑥ 逐渐演变为现行的 2015 年《贸易壁垒条例》^⑦（以下简称 TBR2015），且此欧盟二级立法又与前述欧盟基本法相互关联。依据这两个层面的欧盟法，欧盟贸易壁垒调查路径有二：一是根据“欧盟条约”第 113/133/207 条由欧盟成员国向欧盟委员会发起提议，再由欧

① Europe Commission, Commission launches new complaints system to fight trade barriers and violations of sustainable trade commitments, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2213>.

② 如针对中国《入世议定书》第 15 条到期后欧盟修改的反倾销条例进行分析，指出其存在与 WTO 贸易救济规则不符的嫌疑（参见李彦彦：《欧委会反倾销法新提案与 WTO 规则的一致性分析》，载《国际经济法学刊》2018 年第 1 期）；另外，有些成果尤其关注欧盟贸易救济立法中引入的“市场严重扭曲”概念，建议中国通过 WTO 争端解决机制解决该问题（参见蒋璇芳：《欧盟贸易救济立法修改述评》，载《武大国际法评论》2019 年第 2 期；胡建国：《欧盟新修订反倾销条例中的“市场扭曲”条款：向纯粹市场和欧美发达国家看齐？》，载《欧洲法律评论》（第三卷），中国社会科学出版社 2018 年版）。笔者认为，这些分析对了解欧盟防御性的贸易救济立法非常有益，但都不是针对欧盟进攻性贸易立法的分析。

③ 参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》第十三（三）部分。

④ 《里斯本条约》为“欧盟条约”的最新版本。“欧盟条约”最早指 1957 年《建立欧洲共同体条约》（Treaty establishing the European Economic Community，也称为《罗马条约》，Treaty of Rome）。该条约后经 1965 年《布鲁塞尔条约》（Treaty of Brussels）、1984 年《格陵兰条约》（Treaty of Greenland）、1986 年《单一欧洲法》（Single European Act）、1992 年《马斯特里赫特条约》（Maastricht Treaty）、1997 年《阿姆斯特丹条约》（Treaty of Amsterdam）、2001 年《尼斯条约》（Treaty of Nice）、2007 年《里斯本条约》（Treaty of Lisbon）修订。根据 1992 年的《马斯特里赫特条约》，欧洲共同体更名为欧盟，该组织条约从“欧共体条约”演变为“欧盟条约”。本文称该组织为欧共体/欧盟，并将该组织条约称为“欧共体条约”/“欧盟条约”。上述不同名称的条约代表“欧共体条约”/“欧盟条约”的不同版本。

⑤ 欧盟二级立法（secondary legislation）是与作为建立欧盟的组织立法（institutional law）的“欧盟条约”相对而言的欧盟法。欧盟组织立法也被称为欧盟基本法（primary legislation）。在欧盟基本法之下，欧盟二级立法以条例（regulation）、指令（directives）等形式出现。See Julien Chaisse, “Adapting the European Community Legal Structure to the International Trade”, (2006) 17 (6) *European Business Law Review* 1615, pp. 1615 – 1617.

⑥ See Council Regulation (EC) No 3286/94, 22 December 1994.

⑦ See Regulation (EU) 2015/1843 of the European Parliament and of the Council, 6 October 2015.

盟委员会根据提议发起调查，且该调查遵循“欧盟条约”的程序性规定，更多地体现了欧盟各成员国在政治上的诉求；二是根据 TBR 由欧盟企业、欧盟产业或欧盟成员国申请发起，并增设专门的程序性安排，有效地消除了欧盟企业通过其政府提出申请的障碍。本文拟回答的问题是：作为欧盟基本法的“欧盟条约”第 113/133/207 条和作为欧盟二级立法的 TBR 如何从两个层面为欧盟企业提供对外市场准入法则；这两类法则是如何演变的，原因为何，分别为欧盟企业带来哪些影响；欧盟企业在选用这两类法则时有何种考量；中国贸易壁垒调查立法可以从中得到哪些启示。

二 欧盟贸易壁垒调查基本法： 从《欧共同体条约》第 113 条到《里斯本条约》第 207 条

前述“欧盟条约”第 113/133/207 条是欧盟贸易壁垒调查的传统法律渊源。需要厘清的是，“欧盟条约”第 113/133/207 条并非关于贸易壁垒调查的直接规定，而是关于在欧盟委员会的建议下欧盟统一实施的对外共同商业政策。欧盟对外共同商业政策范围不断演进，这一方面体现了欧盟机构与欧盟各成员国之间权力分配的演进，另一方面则体现了欧盟内部各机构之间权力分配的演进。传统上，欧盟贸易壁垒调查依据“欧盟条约”第 113/133/207 条进行，其方式是，由欧盟委员会发起并进行贸易壁垒调查，调查完成后由欧盟理事会作出决策，决定欧盟是否采取进一步的行动，抑或与欧盟外第三国进行谈判而达成协议，抑或提交 WTO 争端解决程序以解决欧盟与该第三国间的贸易壁垒争端。在传统的贸易壁垒调查中，企业不能直接向欧盟委员会提出申请，只能通过其政府代表在与欧盟委员会举行的定期会议中提出相关议题，即调查建议，然后由欧盟委员会向欧盟理事会提出发起调查的建议。^① 由于“欧盟条约”并未直接针对贸易壁垒调查作出规定，故欧盟成员国依据该条约相关条款启动贸易壁垒调查程序需要按照“欧盟条约”规定的相关议事程序进行。从历史上看，欧盟成员提请欧盟委员会进行贸易壁垒调查所依据的“欧盟条约”条款分别是《欧共同体条约》第 113 条、《尼斯条约》第 133 条和《里斯本条约》第 207 条。

（一）《欧共同体条约》第 113 条

《欧共同体条约》第 113 条列于该条约第三章（商业政策）项下，共计 4 款，^② 是欧盟统一管理对外商业政策的原始法律依据。作为欧盟对外商业政策措施的一部分，贸易壁垒调查相关法律依据涵盖在该条内。从《欧共同体条约》第 113 条的规定中可以清楚推论的是，欧盟享有统一的贸

^① See Gregory C. Shaffer, *Defending Interests: Public-Private Partnership in WTO Litigation* (Brookings Institution Press, 2003), pp. 75–84.

^② 《建立欧洲共同体条约》第 113 条规定：“1. 过渡期之后，共同商业政策将根据统一的原则实施，尤其是在关税修订、关税或贸易协定的缔结、自由化措施的缔结、出口政策和包括倾销或补贴案件中采取的保护性商业措施方面。2. 由欧盟委员会向欧盟理事会提交实施共同商业政策的建议。3. 当需要与第三国谈判协定时，由欧盟委员会向欧盟理事会提出建议，欧盟理事会授权欧盟委员会开启谈判。欧盟委员会应当与欧盟理事会任命的特别委员会进行磋商，以便在欧盟理事会指定的框架内完成谈判任务。4. 欧盟理事会在行使本条权力时，采取特别多数投票方式。”原文参见 Article 113, Treaty Establishing the European Economic Community, 1957。

易壁垒调查权，这项权力由欧盟委员会行使，并由欧盟理事会以特别多数票^①方式进行决策。需要注意的是，在欧盟委员会行使权力的过程中，《欧共同体条约》第113条没有规定欧盟议会的介入。^②未明确的是，欧盟统一进行贸易壁垒调查的范围究竟有多广。换言之，欧盟进行的贸易壁垒调查除包括对货物贸易壁垒的调查外，是否同时包括对服务贸易壁垒的调查？是否还包括与贸易有关的知识产权等领域壁垒的调查？欧盟内部长期存在着对《欧共同体条约》第113条适用范围的争议，这一争议源自对欧盟对外共同商业政策范围的争议。由于《欧共同体条约》第113条对此未予明确，故无法从条约的规定中直接得到答案。根据欧盟判例，可以纳入《欧共同体条约》第113条管辖范围的是货物贸易、跨境服务贸易以及对假冒伪劣商品侵权行为采取的海关措施。^③

（二）《尼斯条约》第133条

随着欧盟一体化进程的发展，“欧盟条约”不断变迁，《欧共同体条约》第113条演变为2001年的《尼斯条约》第133条。《尼斯条约》第133条全面保留了《欧共同体条约》第113条的4款规定，并增设3款（共计7款），对《欧共同体条约》第113条进行了补充。补充的主要内容包括两个方面。一方面，明确了欧盟委员会在服务贸易和知识产权的商业层面（commercial aspects of intellectual property）具有谈判和缔结国际协议的权力。^④反映在贸易壁垒调查上，体现为欧盟委员会可以对服务贸易和知识产权商业层面的壁垒进行调查，调查之后，若欧盟委员会决定与接受调查的第三国达成和解协议，则其无需获取欧盟各成员国的进一步授权。另一方面，在扩大欧盟委员会行使的权力至服务贸易和知识产权部分领域的同时，《尼斯条约》第133条规定了特定情形下欧盟成员国的一致通过表决制度。此特定情形有3个方面。第一，在涉及服务贸易和知识产权商业层面的问题时，如果根据欧盟与第三国达成协议时协议条款的要求，或当欧盟内部规则未授权欧盟委员会行使服务贸易或知识产权的商业层面中某一领域的权力时，需要欧盟全体成员国一致通过对欧盟委员会的授权。^⑤第二，当谈判和签署有关文化和视听服务、教育服务、社会和健康服务领域协议时，需要获得欧盟成员国一致同意的授权，并且，由此产生的协议由欧盟和欧盟成员国共同缔结。^⑥即这些领域的服务贸易谈判及协议的达成由欧盟与欧盟各成员国共享权力。第三，对于商业领域范围外的知识产权问题，可以在欧盟全体成员国一致同意并在与欧盟议会协商的情况下，接受欧盟委员会的建议。^⑦上述对特定情形下要求欧盟各成员国一致同意的规

① 根据欧盟理事会2014年11月1日开始适用的程序规则，特别多数是指同时符合下列两项条件的多数票。第一，获得欧盟成员国55%以上国家的赞成票，即获得27个成员中15个成员的赞成票；第二，获得代表欧盟人口总数中至少65%以上人口的成员国支持。参见欧盟理事会官方网站，<http://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/voting-system/qualified-majority/>。

② 传统上，欧盟议会不介入有关贸易协定的相关程序，其与美国国会的作用不同。See Julien Chaisse, “Adapting the European Community Legal Structure to the International Trade”, p. 1629 and note 44.

③ See Candido Tomas Garcia Molyneux, *Domestic Structure and International Trade* (Hart Publishing, 2001), pp. 189–190. Also see Opinion 1/94 of 15 November 1994, [1994] ECR I–5267, Competence of the Community to Conclude International Agreements concerning Services and the Protection of Intellectual Property, paras. 54–71.

④ 参见《尼斯条约》第133.5条。《尼斯条约》未对知识产权的商业层面进行解释，我们可以将其理解为等同于WTO中与贸易有关的知识产权。See Julien Chaisse, “Adapting the European Community Legal Structure to the International Trade”, p. 1621.

⑤ 参见《尼斯条约》第133.5条第2段。

⑥ 参见《尼斯条约》第133.6条第2段。

⑦ 参见《尼斯条约》第133.7条。

定,反映了欧盟在《里斯本条约》生效前,在服务贸易和知识产权的商业层面的事务,持续遵循全体成员国达成一致意见的传统要求。

(三)《里斯本条约》第207条

2009年12月生效的《里斯本条约》第207条对《尼斯条约》第133条进行了更新,共计6款,其变化主要体现在第1款。该款明确将与货物和服务有关的贸易、知识产权的商业层面以及对外直接投资纳入欧盟对外共同商业政策范畴,即欧盟委员会的贸易壁垒调查可扩展至直接投资领域。实践中的例证如:欧盟法院应欧盟委员会请求,就欧盟与各成员国有关《欧盟—新加坡自由贸易协定》的缔约权限范围问题发表法律意见。欧盟法院2017年第2/15号意见认为,欧盟不具有为履行共同商业政策而直接对外缔结直接投资以外领域的条约的权力。^①即《里斯本条约》第207.1条仅赋予欧盟在外国直接投资方面的管辖权,而证券投资等间接投资仍应由欧盟及其成员国共享管辖权。因此可以认为,欧盟委员会的贸易壁垒调查权限也仅扩展适用至直接投资领域而非所有投资领域。同时,《里斯本条约》第207条还规定了在服务、知识产权的商业层面以及对外直接投资领域,当欧盟内部规则要求各成员国全体一致同意时,欧盟与第三国达成协议需要遵循一致同意的要求。^②在此基础上,《里斯本条约》第207条还规定了两种特定情形,需要欧盟理事会全体一致同意。第一为文化和视听服务领域,因为这些领域涉及欧盟文化和语言多样化可能面临的风险。第二为社会服务、教育服务和公民健康服务领域,因为这些领域涉及到欧盟成员内部各国对其公民所承担的责任。^③但是,不同于《尼斯条约》第133条,《里斯本条约》第207条没有提及对商业领域外知识产权问题的处理方式。另外,《里斯本条约》第207条增设了欧盟议会参与的两种情形。第一是由欧盟议会和欧盟理事会根据“欧盟条约”规定的特别多数程序,共同决定是否采纳欧盟委员会提议的对外商业政策实施方案。^④第二是规定了欧盟委员会定期向由各成员国代表组成的特别委员会和欧盟议会报告其与第三国谈判的进展。上述由欧盟议会参与决策和向议会通报的要求在原《欧共同体条约》第113条和《尼斯条约》第133条中均无规定。^⑤增设欧盟议会参与《里斯本条约》第207条有关欧盟对外商业政策决策的规定似乎表明,一方面,“欧盟条约”扩大了欧盟委员会包括贸易壁垒调查范围在内的对外商业政策管理权限,另一方面,欧盟议会的介入也在一定程度上约束了欧盟理事会及欧盟委员会的对外商业政策管理权。

综上,欧盟委员会依据欧盟基本法,在遵循《里斯本条约》第207条规定的相关表决要求前提下,除了在货物贸易领域外,还可在多数服务贸易领域、知识产权的商业层面、直接投资领域进行贸易壁垒调查。

① See ECJ, Opinion 2/15 of the Court, 16 May, 2017, para. 13.

② 参见《里斯本条约》第207.4条第2段。

③ 参见《里斯本条约》第207.4条第3段。

④ 参见《里斯本条约》第207.2条。

⑤ 《尼斯条约》第133条虽然规定了欧盟委员会向欧盟理事会任命的特别委员会定期报告的义务,但未规定向欧盟议会报告的义务。仅在涉及该条第7款规定的商业领域外知识产权谈判时,欧盟委员会才需要与欧盟议会协商。参见《尼斯条约》第133.3条第2段和第133.7条。

三 欧盟贸易壁垒调查二级立法：《贸易壁垒条例》

欧盟于1984年开始制定关于贸易壁垒调查的二级立法。1984年，欧盟创设了新商业政策工具（New Commercial Policy Instrument），参照美国贸易法“301条款”^①建立了欧盟企业对国外非公平贸易措施提起欧盟内部调查申请的程序，立法依据为1984年欧盟第2641号条例。^②该条例是TBR1994的原型。随着1995年1月WTO的成立，欧盟于1996年2月宣布“市场准入战略”（Market Access Strategy），将欧盟贸易政策重心放在积极为欧盟企业开拓欧盟外市场，改防御为攻防兼备。^③TBR1994是欧盟“市场准入战略”的措施之一，^④旨在为欧盟产业协会发出更明确的信号，即将由欧盟委员会直接代表欧盟产业和/或欧盟企业，利用WTO法律武器，或启用WTO法律武器的威慑力量，保障欧盟企业在欧盟外的市场准入机会和利益。TBR1994已历经5次修订，^⑤而第5次修订的TBR即为目前新任欧盟首席贸易执法官管理贸易壁垒调查所依据的TBR，即TBR2015，其要旨如下。

（一）对国际贸易规则的遵从

TBR建立在遵从国际贸易规则的前提下。欧盟通过对外共同商业政策措施捍卫其在国际贸易规则项下的权利，尤其是在WTO规则项下的权利。^⑥如果欧盟需要根据其对外商业政策采取中止或撤销贸易减让的措施，或提高现行关税，或采取数量限制，或采取其他任何措施，用以调整欧盟和第三国之间的进出口贸易条件，根据欧盟TBR2015的规定，欧盟都应当确保其采用的措施符合现行国际贸易规则和程序，并在采取报复措施之前，用尽磋商和争端解决的国际程序。并且，当欧盟根据国际贸易争端解决机构授权实施报复措施之时，也应遵循国际争端解决机构的

① 美国贸易法“301条款”包括美国《1988年综合贸易与竞争法》第1301—1310节的全部内容，其主要功能是保障美国在国际贸易中的利益。关于美国贸易法“301”条款的介绍和分析，参见杨国华：《美国贸易法“301条款”研究》，法律出版社1998年版。

② See Council Regulation (EEC) No 2641/84. 需要说明的是，虽然新商业政策工具模仿美国贸易法“301条款”建立，但二者之间存在明显区别。首先，欧盟的新商业政策工具没有反映欧盟从内向型保护措施到外向型进攻措施的转变，而美国“301条款”则反映了美国的进攻性措施。欧盟第2641/84号条例主要寻求通过应对非公平贸易措施保护欧盟共同市场，为欧盟产业寻求出口市场是该条例的次要目标。其次，新商业政策工具措施程序的起草者更注重欧盟内部决策制度的协调，而非侧重有利于企业申诉的立场。See Marco C. E. J. Bronckers, “Private Response to Foreign Unfair Trade Practices - United States and EEC Complaint Procedures”, (1984) 6 *Northwestern Journal of International Law & Business* 651, pp. 715 - 716.

③ See Commission Communication, The Global Challenge of International Trade: A Market Access Strategy for the European Union, COM (96) 53 final, Brussels, Feb. 14, 1996.

④ 由于TBR1994是WTO成立时欧盟为行使其在WTO项下权利而制定的条例，故学界讨论的欧盟贸易壁垒条例一般指TBR1994。参见余敏友：《欧共体贸易壁垒条例（TBR）评述》，载《环球法律评论》2000年第1期，第68—80页；蔡从燕：《中欧贸易壁垒立法比较研究》，载《中国法学》2003年第6期，第158—167页。

⑤ TBR1994历次修订的法律文件依次如下：Council Regulation (EC) No 3286/94 (OJ F 349, 31.12.1994), Council Regulation (EC) No 356/95 (OJ L 41, 23.2.1995), Council Regulation (EC) No 125/2008 (OJ L 40, 14.2.2008), Regulation (EU) No 37/2014 of the European Parliament and of the Council (OJ L 18, 21.1.2014), Regulation (EU) No 654/2014 of the European Parliament and of the Council (OJ L 189, 27.6.2014), Regulation (EU) 2015/1843 of the European Parliament and of the Council (OJ L 272, 16.10.2015)。

⑥ 参见TBR2015第1条。

建议。^①由此可见,虽然欧盟已将TBR打造为具有进攻性功能的贸易措施,但遵守国际贸易规则的要求使其不似美国贸易法“301条款”那样咄咄逼人。

(二) 贸易壁垒调查的申请路径

TBR规定了贸易壁垒调查分别由欧盟产业、欧盟企业和欧盟成员国提出申请的3条路径。第一条路径是由代表欧盟产业的申请人向欧盟委员会提出申请,条件是有足够证据证明第三国贸易扭曲行为给欧盟市场带来了影响,从而导致申请人所代表的产业受到损害。^②该条路径的特点是贸易壁垒必须对欧盟内部市场产生影响。从理论上讲,这一影响既包括对欧盟出口市场的影响,也包括对欧盟进口市场的影响,其实质体现了欧盟TBR所具有的防御性功能。虽然TBR作为欧盟新市场准入战略的主要功能是消除欧盟企业占有欧盟外市场的贸易壁垒,具有进攻性,但不可否认的是,TBR规定的调查申请的第一条路径体现了对欧盟内部市场的保护。

第二条路径是由在第三国市场受到“负面影响”(adverse effects)的欧盟企业直接向欧盟委员会提出申请,欧盟委员会对此有义务回应。^③欧盟公共企业和私人企业均可提出申请。根据TBR2015的规定,欧盟企业是指根据欧盟成员国法律在欧盟境内注册成立,管理中心或主要营业机构在欧盟的企业。^④欧盟委员会也接受欧盟境外公司在其境内的子公司的调查申请。因此,大型跨国公司可以通过其设立在欧盟的子公司而向欧盟委员会提出对第三国的调查申请。据此,欧盟境外公司在欧盟的子公司可以以其享有的此项权利而对第三国政府施压。再者,欧盟委员会对“欧盟企业”往往进行宽泛解释,如接受并不生产货物而仅在欧盟从事对外货物贸易的企业的申请。^⑤这体现了欧盟TBR的进攻性功能。欧盟企业只需提供表面证据证明贸易壁垒对其在第三国的贸易活动的负面影响,以及对欧盟经济的实质性影响,就可以提出申请。^⑥“负面影响”的概念界定似乎也比较宽松,包括实际上的负面影响,也包括负面影响的威胁。例如,“负面影响”可以包括对欧盟产品出口的阻碍、欧盟产品在第三国市场份额的丧失、未能按照正常情况下的预期在第三国增加市场份额、由于丧失出口市场份额而加剧了其在欧盟市场的竞争、增加了其在欧盟市场的耗能等。欧盟委员会甚至还将“负面影响”解释为影响欧盟企业的形象。^⑦当然,为防止诉累,申请人需要证明第三国壁垒对欧盟经济具有实质性影响。

第三条路径是由欧盟成员国提出申请。欧盟成员国既可因第三国壁垒对欧盟内部市场带来影响,也可因第三国壁垒对欧盟海外市场带来影响而提出申请。^⑧尽管如此,欧盟各成员国一直忧虑于欧盟委员会在欧盟对外商业事务中权力逐渐扩大的事实,似乎更倾向于启用前述“欧盟条约”

① 参见TBR2015第13.2条、第13.3条。

② 参见TBR2015第3.1条。欧盟TBR中“欧盟产业”和“损害”的含义与欧盟反倾销和反补贴条例中的定义基本相同。

③ TBR2015第4条。

④ TBR2015第2.1.(f)条。

⑤ Candido Tomas Garcia Molyneux, *Domestic Structure and International Trade*, p. 245.

⑥ TBR2015第2.1.(d)条。

⑦ See *Rules of Origin for Textiles in the United States*, O. J. 4. 3. 97 L 62/43. 该案中,由于美国原产地规则的变化导致传统上被视为意大利生产的产品不再被视为意大利产品,欧盟委员会据此认为这有损欧盟企业形象。

⑧ 参见TBR2015第6条。

而非 TBR 提出贸易壁垒调查。^① TBR 的最大特色在于其赋予了欧盟企业和产业界直接向欧盟委员会提出申诉的权利。

（三）贸易壁垒调查的程序及时间限制

TBR 规定了 4 个阶段的程序，即审查调查申请、内部调查、发起国际争端解决程序、对报复进行评估和审查。4 个阶段的进程有时间限制的约束。时间的约束是欧盟委员会对欧盟企业通过 TBR 提起调查申请的重要程序保障。具体而言，在第一阶段，欧盟委员会将重点考虑申请人是否提供了足够的证据，以决定是否进行随后的调查。如果在得到肯定答案的同时，欧盟委员会认为调查对于欧盟利益而言是必要的，那么委员会将启动正式的调查程序。通常，是否接受调查申请会在不超过申请提出后的 45 天之内得到答复。^② 在第二阶段，欧盟委员会将从各出口商、生产商、贸易协会和欧盟各成员国等处收集信息，开展对第三国的调查、举行听证会等。调查完成之后，欧盟委员会将制作报告，提交 TBR 委员会，^③ 并将报告的非保密信息公布于欧盟委员会官方网站。这一程序需要的时间为 5 个月至 7 个月。^④ 第二阶段程序结束之后，欧盟委员会将从欧盟利益视角进行全面考虑，决定是否提起有关争端解决的国际程序。如果决定不采取行动，后续程序将终止。另外，如果欧盟与第三国磋商之后，双方达成令人满意的解决方案，后续程序也随即中止。^⑤ 否则，则进入第三个程序，即发起国际争端解决程序（如 WTO 争端解决程序）。一旦进入第三个程序，时间安排转由按照国际争端解决程序进行。例如，根据 WTO 争端解决程序，在正常情况下，包括专家组审理和上诉机构审理在内总共不超过 18 个月，执行不超过 15 个月。^⑥ 如果欧盟在国际争端解决（如 WTO）裁决中胜诉，且败诉方未执行专家组/上诉机构建议，则进入第四个阶段，即对经 WTO 专家组/上诉机构授权的报复措施进行评估和审查。在这一阶段，实施报复措施的建议由欧盟委员会提出，欧盟理事会将根据《里斯本条约》第 207 条或其他可适用的规则进行审查。^⑦

（四）对“欧盟利益”的考量

TBR 还规定了欧盟委员会有权基于“欧盟利益”而提议终止调查。^⑧ 如果欧盟委员会对于国际贸易规则的理解有别于申请人，如申请人认为第三国措施违反了 WTO 规则而欧盟委员会持有不同意见，因而拒绝启动调查程序，那么，根据欧盟理事会条例的规定，申请人有权寻求司法救

① Candido Tomas Garcia Molyneux, *Domestic Structure and International Trade*, p. 248.

② 参见 TBR2015 第 5.4 条。

③ 欧盟各成员国代表组成各种特别委员会，TBR 的特别委员会被称为 TBR 委员会。参见 TBR2015 第 7 条。

④ 参见 TBR2015 第 9.8 条。

⑤ 例如，2018 年 2 月 15 日，欧盟纸业根据 TBR2015 申请对土耳其的贸易壁垒措施进行调查。欧盟委员会于 2018 年 3 月 5 日作出报告认为，土耳其的措施与 WTO 规则和欧盟—土耳其关税同盟规则均不相符，但鉴于土耳其已取消其相关措施，故欧盟不再予以追究，但将密切监督该事项。See Trade Barrier Investigations, Report to the Trade barriers committee on the removal by Turkey of measures concerning imports of a particular variety of paper, http://trade.ec.europa.eu/doclib/cfm/doclib_section.cfm?sec=205.

⑥ See Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WTO. 目前 WTO 争端解决上诉机制陷入的僵局不纳入本文讨论的范围。

⑦ 参见 TBR2015 第 14.2 条。

⑧ 参见 TBR2015 第 12.1 条。

济,将欧盟委员会的行政决定提请欧盟初审法院(the Court of First Instance)裁决。^①但是,如果欧盟委员会基于“欧盟利益”考虑而拒绝启动TBR调查,欧盟法院在进行司法审查时可能会更多地实行自我克制。^②欧盟法院对该问题的传统审查要点包括相关程序规则是否得到遵循、欧盟委员会对作出决策所依据的事实是否准确了解、欧盟委员会在行使权力的过程中是否存在重大过失以及是否存在权力滥用等。^③

随着TBR调查的展开,欧盟委员会和欧盟理事会的作用更加凸显。在欧盟机构采取行动的每一个阶段,都要首先考虑“欧盟利益”。例如,在考虑是否发起WTO争端解决程序,或是否申请WTO授权采取报复措施时,欧盟各机构都将权衡“欧盟利益”。至于欧盟机构如何平衡欧盟内部不同利益群体之间的利益,如是否考量采取的报复措施对欧盟企业在第三国的市场地位可能产生的影响,以及是否考量报复措施对欧盟消费者可能产生的影响等,我们无法知晓,因为TBR规则本身没有对如何权衡“欧盟利益”作出任何提示。

另外,由于受TBR调查影响的利益具有分散性,因此并非所有潜在利益受影响的当事人都有充足的理由向欧盟法院提起申诉,以申请撤销欧盟行政机构基于“欧盟利益”而作出的决定。例如,如果欧盟行政机构在发起TBR调查并历经WTO程序后决定对第三国实施报复措施,而受该决定的潜在影响,欧盟某出口商受到该第三国政府威胁,将可能被该第三国政府排除于正在招标的该国政府采购合同竞标候选人之列,那么,这一出口商是否可以基于自身利益而向欧盟法院提起申诉,要求撤销欧盟行政机构基于“欧盟利益”而决定采取的报复措施?从已有的案例来看,答案是否定的。^④由此可见,欧盟行政机构在涉及“欧盟利益”的决策方面,具有相当大的自由裁量权。

(五) 贸易壁垒调查申请的法律依据

从前述对申请贸易壁垒调查的路径分析中可知,在欧盟提起贸易壁垒调查申请的路径有3条。一是通过欧盟产业代表,二是通过欧盟企业代表,三是通过欧盟成员国。TBR2015释明了3条路径提起贸易壁垒调查申请的法律依据,即“国际贸易规则”,并清楚界定了“国际贸易规则”既包括WTO规则及其附件规则,也包括欧盟为一缔约方的任何其他协定中的贸易规则。^⑤这意味着,对于凡是涉嫌违反TBR界定的“国际贸易规则”的贸易壁垒,申请人都可直接向欧盟委员会提出调查申请。

需要说明的是,根据TBR2015之前的TBR1994,如果通过上述第二条路径提出申请,TBR1994要求的法律依据仅为多边贸易协定或诸边贸易协定。尽管多边和诸边贸易协定并非仅限于WTO协定,但双边协定和其他非贸易协定均被排除在外。^⑥显然,这有损欧盟企业享有的救济权利,而这一限制在很大程度上源于欧盟的政治考量。因为与欧盟签订双边协定的缔约方多为

① See Council Decision 93/350, OJEC 1993 1144/21, 8 June 1993. 提起司法审查的先例如 ECJ, *Joined cases C-300/98 Parfume Christian Dior SA v Tuk Consultancy BV et al.*, Judgment of the Court of 14 December 2000; ECJ, *Case C-149/96 Portugal v Council* [1999] ECR I-8395.

② Marco Bronckers and Natalie McNelis, “The EU Barriers Regulation Comes of Age”, (2001) 35 (4) *Journal of World Trade* 427, p. 450.

③ See case C-174/87, *Ricoh v Council*, [1992] ECR I-1335, para. 68.

④ Marco Bronckers and Natalie McNelis, “The EU Barriers Regulation Comes of Age”, p. 451.

⑤ 参见TBR2015序言第4段。

⑥ 参见TBR1994序言第9段和TBR1994第3条。

欧盟的“盟友”，如中东欧国家，欧盟希望通过双边协定规定的争端解决方式解决其与这些缔约方之间的贸易争端。在欧盟的双边贸易协定中，争端的解决没有企业的参与，因为企业的参与可能会影响欧盟与其盟友的良好政治关系。^①当然，不可避免的是，这同时限制了欧盟企业依据欧盟与欧洲地域外其他国家的双边贸易协定提起调查申请的权利。TBR2015 对此进行了矫正，删除了欧盟企业仅能依据多边或诸边贸易协定提起 TBR 申请的规定。这一变化扩大了欧盟企业提起 TBR 调查请求的法律依据范围，既有利于规则适用的统一，又有利于弥补欧盟与其他国家双边贸易协定争端解决机制可能存在的不足。

（六）贸易壁垒的调查领域

TBR 规定了其目的旨在应对欧盟市场或欧盟企业在第三国市场面临的贸易壁垒。从上文论述中可知，欧盟各成员国与欧盟机构之间对于欧盟对外共同商业政策权力分配的不断平衡，长期影响着 TBR 调查范围和欧盟委员会的权力范围，故 TBR 的调查领域范围也是一个需要厘清的问题。例如，TBR 调查的贸易壁垒除了包括货物贸易外，是否包括服务贸易以及与贸易有关的知识产权、投资等领域。从 TBR 的修订历程可知，依据 TBR 进行调查的领域并非自始就是广泛的，而是经修正后不断得到延伸和扩展。例如，根据 TBR1994 第 2.8 条，TBR 所指的服务贸易仅限于符合《欧共同体条约》第 113 条规定的部分服务贸易，而非所有服务贸易，亦即欧盟委员会只能就跨境服务贸易展开调查。^②如前所述，《欧共同体条约》第 113 条经《尼斯条约》第 133 条修订后适用范围得到扩大，将欧盟委员会的谈判权力扩展至服务贸易领域。相应地，我们似乎可以将《尼斯条约》第 133 条涉及服务贸易的第 5 款^③理解为，欧盟委员会根据 TBR 进行贸易壁垒调查的范围也可以扩展至服务贸易。但在欧盟内部，对《尼斯条约》第 133 条第 5 款的解读有两种，一种是广义的，即认为该款规定已将所有服务贸易纳入第 133 条项下，相应地，欧盟委员会可以调查所有服务贸易壁垒；另一种是狭义的解读，即认为该款规定只是指，在临时需要的情况下将原《欧共同体条约》第 113 条所指的跨境服务贸易扩展至其他服务贸易，相应地，欧盟委员会根据 TBR 的调查可以扩展至对其他服务贸易壁垒的调查，但需要满足一定的条件。^④TBR2015 则明确规定了其所指的服务贸易是依据《里斯本条约》第 207 条签订的国际协定中的服务贸易，^⑤而《里斯本条约》第 207 条第 1 款明确规定了欧盟对有关货物贸易、服务贸易、知识产权的商业层面以及对外直接投资都将实行统一管理，并未对其中的“服务贸易”设置更多的限制。由此可见，根据 TBR 对贸易壁垒的调查涵盖了国际协定中所涵盖的服务贸易，从而在立法上明确了可以根据 TBR 进行调查的服务贸易壁垒的范围。

在知识产权领域，虽然实践显示，欧盟委员会通过巧妙地获取授权，已将贸易壁垒调查多次

① Marco Bronckers and Natalie McNelis, “The EU Barriers Regulation Comes of Age”, p. 435.

② 实践中，有几个涉及服务贸易的案件，由于案件所涉领域未在“欧盟条约”第 113 条范围项下，该类案件被欧盟委员会拒绝受理。See Candido Tomas Garcia Molyneux, *Domestic Structure and International Trade*, p. 259, note 213.

③ 参见《尼斯条约》第 133 条第 5 款。该款规定：“上述第 1 款至第 4 款的规定可以适用于服务贸易和知识产权商业层面协定的谈判和签订，只要所谈判和签订的协定未被本条第 6 款所涵盖，且不与本条第 6 款相抵触……。”原文参见 Article 133.5, Treaty of Nice, amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related Acts, Nice, 26 February 2001.

④ Candido Tomas Garcia Molyneux, *Domestic Structure and International Trade*, p. 260.

⑤ 参见 TBR2015 第 2.1. (g) 条。

运用于保护欧盟企业的知识产权,^① 但TBR 规则本身并未明确提及欧盟委员会对知识产权壁垒的调查权。将欧盟委员会权力扩展适用于知识产权虽然可能有利于欧盟对外共同商业政策的实施,但这种认识不能因此影响我们根据欧盟条例的规定而对 TBR 适用范围的法律分析。因为,从国际法视角看,虽然欧盟有权保护 WTO 框架下 TRIPS 协定所保护的知识产权,但这并非能够自动地推论认为,欧盟在 TRIPS 项下权利的行使是通过 TBR。由于 TBR 没有任何地方提及对知识产权壁垒的调查问题,故 TBR 是否可以适用于知识产权领域以及可以适用于哪些知识产权领域尚有待考察。另外,即便申请人根据作为 TBR 法律基础的《里斯本条约》第 207 条对知识产权壁垒提出调查申请,其范围也被限制在商业领域。^② 目前,在法律上尚未突破将贸易壁垒调查适用于商业领域外的知识产权壁垒。另外,TBR 未提及与贸易有关的投资壁垒调查的适用问题。

(七) 欧盟委员会在 TBR 决策程序中的权力

根据 TBR2015 第 14.1 条,通过上述 3 条路径提起的 TBR 调查,是否需要国际磋商以及是否提起 WTO 争端解决程序,由欧盟委员会自行决策。^③ 当然,当欧盟委员会作出决策后,需要告知欧盟各成员国。^④ 相较之前的规定,在决定是否与第三国磋商以及是否提起 WTO 申诉的决策上,TBR 扩大了欧盟委员会的权力。^⑤ 但需要注意的是,TBR 对欧盟委员会权力的扩大体现在从启动 TBR 调查至欧盟委员会发起与第三国磋商或提起 WTO 争端解决程序时止,并不涉及欧盟与第三国磋商后或 WTO 争端解决后续程序中欧盟如何采取措施的阶段。具言之,在欧盟委员会与被控实施贸易壁垒的第三国磋商后,如果第三国提出了令欧盟委员会满意的解决方案,欧盟下一步如何采取行动以及在第三国未按承诺实施相关改进措施之后,欧盟进而又将采取何种行动,对这些事项进行决策的程序,并非由欧盟委员会决定,而是遵循欧盟议会和欧盟理事会于 2011 年 2 月 6 日联合颁布的第 182/2011 号条例规定的程序。^⑥ 另外,在与第三国进入 WTO 争端解决程序后,以及在 WTO 裁决作出之后,欧盟最终是否中止或撤销其原来承诺的减让,是否对该第三国的进口产品提高关税或增加其他收费,是否采取数量限制或其他措施等,对这些事项的决策亦非由欧盟委员会决定,而是根据《里斯本条约》第 207 条规定的程序决定,或根据欧盟议会和欧盟理事会 2014 年第 654 号条例及其他可适用的程序决定。^⑦

① 案例如 *Brazil-Cognac*, see Notice of initiation of 2 April 1997, O. J. C 103/3; *United States-Section 110 (5) Copyright Act (IMRO)*, see Notice of initiation of 11 June 1997, O. J. C 177/5, 等。

② 参见《里斯本条约》第 207.1 条。

③ 参见 TBR2015 第 14.1 条第 1 段。

④ 参见 TBR2015 第 14.1 条第 2 段。

⑤ 根据 TBR1994 第 13 条,无论是依据前述 3 条路径中的哪一条路径对贸易壁垒进行调查,在欧盟委员会完成调查之后,是否需要与实施贸易壁垒的第三国进行磋商,是否提起 WTO 争端解决程序以解决争端,以及这些程序的发起、进行及终止,均需依据 TBR1994 第 14 条规定的程序进行,而非由欧盟委员会自行决定。

⑥ 参见 TBR2015 第 12 条。欧盟 2011 年 2 月 6 日条例是指 Regulation (EU) No 182/2011 of the European Parliament and of the Council, 16 February 2011. 该条例规定了欧盟各成员国对欧盟委员会实施共同商业政策权力进行限制的规则和主要原则。

⑦ 参见 TBR2015 第 14.2 条。需要说明的是,欧盟第 654 号条例是欧盟 2014 年对 TBR1994 进行的修订。See Regulation (EU) No 654/2014 of the European Parliament and of the Council, 15 May 2014.

（八）对欧盟委员会行使权力的监督

TBR 在扩大欧盟委员会决策权力的同时，加强了对欧盟委员会的监督，主要体现在 3 个方面。一是 TBR2015 第 7 条“委员会程序”（Committee procedure），二是 TBR2015 第 8 条“向欧盟议会和欧盟理事会提供信息”（Information to the European Parliament and to the Council），三是 TBR2015 第 15 条“报告”（Report）。一方面，根据 TBR2015 第 7 条，设立贸易壁垒委员会（即前述 TBR 委员会），欧盟委员会将按照欧盟第 182/2011 号条例规定的程序接受 TBR 委员会的监督，TBR 对欧盟委员会如何接受 TBR 委员会的监督也进行了程序上的规范，强化了欧盟委员会与欧盟各成员国之间的沟通。^① 另一方面，TBR2015 第 8 条和第 15 条是两个新设条款。根据 TBR2015 第 8 条，欧盟委员会在 TBR 程序中所获取的信息，需要告知欧盟议会和欧盟理事会，以便这两个机构从更全面的共同商业政策层面考虑欧盟委员会面临和处理的相关问题。^② 而 TBR2015 第 15 条则进一步规定，欧盟委员会应当在年度报告中将其实施 TBR 措施的情况向欧盟议会和欧盟理事会汇报。^③ 上述 TBR2015 第 7 条、第 8 条和第 15 条的规定，在扩大欧盟委员会贸易壁垒调查决策权的同时，在程序上对欧盟委员会提出了新的要求，以便欧盟各成员国充分知晓欧盟委员会的贸易壁垒调查，并在必要时根据欧盟宏观商业政策的需要采取措施，对欧盟委员会进行适当的干预和约束。

四 两类贸易壁垒调查立法对欧盟企业的影响

如前所述，申请人要么依据“欧盟条约”申请贸易壁垒调查，要么依据 TBR 申请贸易壁垒调查。那么，接下来我们分析的问题是，申请人尤其是欧盟企业/产业协会如何在这两条路径之间进行选择，也就是说，欧盟基本法和欧盟二级立法对欧盟企业的影响如何。实践中，欧盟贸易总司往往会帮助申请人选择适用其中一条路径，同时还会指导申请人如何适用这两条路径中的程序。^④ 尽管 TBR 赋予了企业/产业协会直接申请贸易壁垒调查的权利并设置了专项性的调查程序，从而获得了更广泛的认同，但克罗威尔和莫林（Crowell & Moring）律师事务所曾为欧盟委员会提供的报告显示，在欧盟受理调查的 65 个 WTO 申诉案件中，TBR 调查占据 10 个，依据“欧盟条约”发起的调查占据 55 个。^⑤ 很多企业，尤其是大型企业，似乎更愿意通过“欧盟条约”申请调查。笔者认为，原因可能有二。第一，“欧盟条约”程序可以避免 TBR 程序的延误。因为在 TBR 程序中，欧盟委员会向 WTO 提出申诉之前至少需要花费 5 个月至 7 个月的时间进行调查，而启动“欧盟条约”程序可以更快。例如，在“波音—空客”案中，当美国就空客公司接受补

① 参见 TBR2015 第 7.2—7.3 条；also see Article 4 and Article 5 of Regulation (EU) No 182/2011 of the European Parliament and of the Council.

② 参见 TBR2015 第 8 条。

③ 参见 TBR2015 第 15 条。

④ Gregory Shaffer, “What’s new in EU trade dispute settlement? Judicialization, public-private networks and the WTO legal order”, (2006) 13 (6) *Journal of European Public Policy* 832, p. 843.

⑤ See Crowell & Moring, *Interim Evaluation of the European Union’s Trade Barrier Regulation (TBR)*, European Commission DG-Trade, Final Report, June 2005, Annex E.

贴对欧盟提起WTO申诉后，欧盟委员会立即启动《欧共同体条约》第133条程序，就美国对波音公司的补贴迅速提起WTO申诉，以此回应美国对欧盟的申诉。^①第二，依据“欧盟条约”采取的贸易壁垒调查是由欧盟委员会主动发起而非基于企业/产业协会的申请而发起，故欧盟企业可以较少地出现在争端解决第一线。而在一个TBR申诉中，企业需要公开要求欧盟当局对第三国的壁垒措施展开调查。尽管当产业协会提起TBR申诉时，单一企业的名字可以不出现，但是单一企业仍较容易被第三国识别出来，这些企业担心由自己出面挑战目标国可能会招致目标国的报复，因而往往不愿冲锋前阵。

尽管如此，TBR立法的益处也是明显的。第一，TBR对受调查的目标国更具威慑力。因为，TBR建立了一项专门针对贸易壁垒的调查程序，TBR调查将获得完整的事实记录和适用法的记录。当欧盟将这些事实和法律依据展示给目标国政府时，目标国政府贸易壁垒的违规性就被揭示了出来，这有助于双方达成和解协议。如果双方未能达成和解协议，欧盟极有可能向WTO申诉，这将对目标国带来紧迫的、真实的威胁。正因如此，在有记录的欧盟委员会发起的24个TBR调查中，有12个是通过双边谈判达成谅解，解决了关于被调查壁垒的争端，避免了诉诸WTO。通过TBR提起的调查涉及音乐、纺织品和饮料等多领域，被调查国包括巴西、加拿大、日本、土耳其等。^②还有一些争端在欧盟申请WTO磋商之后即和解结案。因此，TBR调查建立起来的事实记录和法律记录为欧盟与第三国就贸易壁垒争端开展的磋商提供了谈判的筹码。另外，实践中，欧盟在以TBR为基础而进行的WTO诉讼中具有较高比例的胜诉率，^③这进一步增强了欧盟TBR调查的威慑力。因此，欧盟TBR程序被视为“问题解决工具”。^④当然，对于欧盟委员会和TBR的申请人而言，提起WTO申诉是最后的救济。

第二，TBR更有利于企业申诉。在TBR程序中，欧盟委员会可以起主导作用，可以避免“欧盟条约”在程序方面很大程度上受制于欧盟各成员国的弊端，例如，可以避免通常需要理事会特别多数票通过的表决方式的制约。所以，当欧盟企业预测到欧盟某些成员国将阻碍依据“欧共同体条约”/“欧盟条约”第113/133/207条进行调查时，他们可能会选择TBR申诉。例如，德国汉萨航空公司(Dornier Luftfahrt)欲对巴西的补贴措施提出贸易壁垒调查，考虑到欧盟部分成员国从巴西的补贴措施中受益因而可能阻止依据“欧盟条约”进行的调查，该公司随即选择了TBR调查。^⑤类似地，TBR因允许欧盟烈酒产业提起贸易壁垒调查而使其挑战印度的税收政

① See WT/DS316和WT/DS317。这两个案件都是政府对大型飞机公司的补贴争端，DS316是美国诉欧盟，DS317是欧盟诉美国。欧盟和美国双方的磋商请求同时发起于2004年10月6日。See *European Communities and Certain Member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Request for Consultations by the US; US - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Request for Consultations by the European Communities*, WT/DS317/1。对双方相互申诉的争端案件的审理历经数年，2020年10月13日，WTO发布了美国挑战欧盟中止减让数额的仲裁报告，参见WT/DS353/ARB。2021年6月15日，美国和欧盟共同宣布双方对该争端达成合作框架协议，至此，该争端以和解方式落下帷幕。See USTR Announces Joint U. S. - E. U. Cooperative Framework for Large Civil Aircraft, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/june/ustr-announces-joint-us-eu-cooperative-framework-large-civil-aircraft>。

② See European Commission, Trade barrier investigations, http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/trade-barrier-investigations/index_en.htm。

③ See Crowell & Moring, Interim Evaluation of the European Union's Trade Barrier Regulation (TBR), European Commission DG-Trade, Final Report, June 2005, pp. 54-55。

④ Marco Bronchers and Natalie McNelis, "The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age", (2001) 35 (4) *Journal of World Trade* 427, p. 453。

⑤ Marco Bronchers and Natalie McNelis, "The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age", p. 457。

策成为可能，尽管印度当时在 WTO 多哈回合谈判中发挥了关键作用，欧盟委员会和部分欧盟成员国对该调查并非情愿。^①

第三，TBR 为中小企业或与欧盟政治关联度较弱的企业提供了特别的保障。例如，皮革工坊、丝绸制造商和帕尔马火腿（Parma ham）生产商对欧盟的政治决策影响有限，但 TBR 对企业申请的授权增强了欧盟委员会为他们解决问题的可能性。又如，意大利丝绸生产商没有获得欧盟纺织品服装产业联合会（EURATEX）的支援，因为该协会中一些成员能够从更加严格的美国原产地规则中受益，但该丝绸生产商成功启用了 TBR 调查。类似地，TBR 调查之后，欧盟通过 WTO 对美国版权法有关条款提出了挑战，成功保护了爱尔兰音乐版权组织（Irish Music Rights Organization，简称 IMRO）的利益，尽管该案涉及的只是来自欧盟较小成员国的产业协会所面临的数额较小的版税问题。^② 另外，欧盟委员会的争端解决部门也更偏好 TBR，因为 TBR 程序从一开始就更能展现企业与委员会的合作，更有助于 WTO 申诉案件材料的充分准备。总之，欧盟应对贸易壁垒的措施可以被认为是成功的。例如，根据欧盟委员会 2020 年 11 月的统计，欧盟委员会因在 2014—2018 年间消除贸易壁垒而带来 2019 年欧盟出口增加至少 8 亿欧元。^③

五 启示

中国现行贸易壁垒调查的法律依据是商务部 2005 年制定的《对外贸易壁垒调查规则》（以下简称《2005 年规则》），该规则至今未予更新。实践中，中国采用了另外一种有效机制以帮助中国企业保护其海外贸易利益，这一机制被称之为“四位联动”机制，即由商务部、地方经贸委、产业协会和企业联合行动的机制。^④ 适用该机制的最新一个案例发生于 2020 年 9 月。泰国启动针对中国铝箔产品的保障措施调查，中国有色金属工业协会对此迅速采取行动，在商务部贸易救济局的指导和地方商务主管部门的支持下，中国有色金属工业协会、骨干企业以及泰国客户形成合力，针对保障措施调查的核心问题，进行了大量抗辩，通过一年多的努力，成功坚守住了泰国市场。^⑤ “四位联动”机制的主要法律依据是商务部 2006 年 8 月颁布的《出口产品反倾销案件应诉规定》。此外，部分省市还制定了相应的地方性法规，如 2014 年 11 月 11 日施行的《浙江省出口产品反倾销应对办法》。“四位联动”机制主要适用于针对中国出口产品反倾销等贸易救济案件的应诉，是中国公私合作应对对外贸易壁垒的新型机制，但不是本文论及的完整意义上的贸易壁垒调查。因为，尽管目前中国对外贸易壁垒主要呈现为被进口国采取反倾销、反补贴或保障措施，但这并不能就此认为贸易壁垒就等同于反倾销、反补贴和保障措施，贸易壁垒的外延广于上述 3 类措施，故贸易壁垒调查的外延也广于对反倾销等贸易救济措施的调查。如前所述，欧盟

① Gregory Shaffer, “What’s new in EU trade dispute settlement? Judicialization, public-private networks and the WTO legal order”, pp. 845 – 846.

② Bernard O’Connor and Margareta Djordjevic, “Practical Aspects of Monetary Compensation: The US-Copyrights Case”, (2005) 8 (1) *Journal of International Economic Law* 127, p. 129.

③ European Commission, Commission launches new complaints system to fight trade barriers and violations of sustainable trade commitments, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2213>.

④ 参见商务部研究院：《中国对外贸易 30 年》，中国对外经济贸易出版社 2008 年版，第 248 页。

⑤ 参见商务部中国贸易救济信息网：《四体联动，中方成功坚守泰铝箔市场》，<http://www.cacs.mofcom.gov.cn/cacsems/article/ysdt?articleId=170593&type=>。

在2020年7月任命首席贸易法官后,启动了新的针对贸易救济之外的其他贸易壁垒的投诉系统,加强了其进攻性市场准入贸易执法措施,而这恰好是中国目前存在不足的地方。中国的涉外法治在强化防御性贸易规则的同时,还需加强其进攻性贸易规则的构建,因为先进的贸易规则应当同时具备防御性和进攻性的要素。

据统计,上述《2005年规则》仅在两个案件中被适用,一是2004年对日本紫菜出口配额案件的调查,另一个是2012年对美国新能源补贴案件的调查。^①由此可见,该规则并没有被中国企业有效利用。笔者认为,《2005年规则》的利用率不高,并非因其立法层级不高。该规则能否被有效利用取决于在利用该规则的企业看来,该规则是否方便被利用,是否能切实为企业消解其面临的海外贸易壁垒,是否能较为有效地保护其海外经贸利益。因为一般而言,企业往往能够较为敏锐地作出务实的选择,如果企业对该规则的启用无方便的渠道及向好的预期,自然无启用该规则的动力。如前所述,2020年欧盟首席贸易法官的设立是欧盟加强贸易执法的体现,欧盟贸易壁垒调查是欧盟贸易执法的重要内容,而欧盟贸易壁垒调查立法则是欧盟贸易壁垒调查的法治保障。在习近平总书记提出“加快涉外法治工作战略布局”的新时代,在“一带一路”建设所需的体系化国际法治保障有待构建的背景下,涉外法治的推进显得尤为重要。因此,是否需要以及如何改进中国现行贸易壁垒调查立法进而加强中国贸易执法是我们考察欧盟贸易壁垒调查立法流变时必须思考的问题。于中国而言,前述欧盟内部存在的贸易壁垒调查范围纷争在中国体制下并不是难以解决的问题,而如何保障企业的调查申请是我们从欧盟立法中可以获取的更大启示。《2005年规则》至少存在对贸易壁垒调查的信息不够透明、调查的申请不够方便、调查的进程不够明晰等问题,^②我们对此提出完善涉外法治的一些建议。

(一) 调查信息的透明

上文第三部分论及TBR规定了贸易壁垒调查的4个程序。在这4个程序中,欧盟委员会将及时向公众公布发起调查的通知,调查完成后将公布调查报告等。也即,欧盟在贸易壁垒调查程序中的信息披露十分透明。欧盟建立了欧盟委员会市场准入数据库(European Commission's Market Access Database, MADB)。如前所述,2020年11月16日,欧盟将该数据库更新为新的贸易壁垒投诉系统,以方便申请人就第三国贸易壁垒提起调查,建立起欧盟委员会与欧盟企业之间的联系工具。相比而言,在中国,商务部于2018年8月上线新版中国贸易救济信息网。^③这一已经取得的信息公开成绩值得肯定和称道,但目前仍然存在一些问题。第一,中国贸易救济信息网提供了对“进口调查”的查询,为中国企业应对国外出口商的不公平贸易行为(如倾销)提供了有效的交流平台,但此为针对国外出口商进入中国市场实施不公平贸易行为而发起的调查通告,而非解决中国企业“走出去”所遇市场准入障碍的保护性措施;尽管该网站也设置了“出口应诉”栏目,披露了国外政府发起的反倾销、反补贴和保障措施案件,^④但其主要是为涉

① Henry Gao, “Public-Private Partnership: The Chinese Dilemma”, (2014) 48 (5) *Journal of World Trade* 984, p. 985.

② 笔者在此无意对中国贸易壁垒调查规则进行全面分析,有关《2005年规则》的研究可参见史晓丽:《我国对外贸易壁垒调查制度实体规则研究》,载《法学杂志》2011年第7期,第24—28页。

③ 商务部中国贸易救济信息网, <http://www.cacs.mofcom.gov.cn/>。

④ 根据《中国入世议定书》第19.9条,特定产品过渡性保障机制(即通常所说的“特保措施”)已于中国加入WTO之日后12年终止,故在2013年12月11日之后WTO成员的措施不再涉及特保措施。

案中国企业的被动应诉提供相关信息，而不是针对中国政府应中国企业申请主动发起对外贸易壁垒调查而进行的信息披露，以及就此等调查而与中国企业进行的信息交流。第二，中国贸易救济信息网可以查询全球贸易救济案件、中国进口调查贸易救济案件和国外涉华贸易救济案件，^①是信息较为全面的数据库建设资源，但目前的数据库并非针对《2005年规则》设计，数据库的上线并非《2005年规则》所指的“贸易壁垒调查”信息的公开，例如，国外贸易壁垒包括但不限于中国贸易救济信息网公示的国外涉华贸易救济案件。即已有数据库是对上述3类案件的查询渠道而非对中国政府主动或经企业申请调查国外贸易壁垒的信息公开渠道。据此，建议中国借鉴欧盟做法，建立能够涵盖所有贸易壁垒（已查明的和主动调查的）的贸易壁垒调查数据库资源，方便商务部披露贸易壁垒调查信息，方便企业追踪调查信息，以便有效适用《2005年规则》。至于是否需要对中国企业遭遇的贸易救济措施壁垒和其他非贸易救济措施壁垒进行分类管理，则是一个如何细化规范的问题。

（二）调查申请的便利

为了方便欧盟企业/产业协会适用贸易壁垒调查立法，欧盟委员会的电子信息便利化建设不断向有利于申请人申诉的方向发展。例如，欧盟申请者除了可以在欧盟委员会市场准入数据库直接报告企业遭遇的出口贸易壁垒外，还可以在欧盟委员会官方网站市场准入的争端解决栏目下查看贸易壁垒调查子栏目，该子栏目与WTO争端解决案件栏目、双边争端案件栏目和投资争端案件栏目并列。^②在该子栏目中，有对TBR进行宣传介绍的详细的电子手册《TBR手册：打开欧盟出口市场的大门》（TBR Brochure: Opening Markets for European Exporters），介绍的内容包括“谁可以使用TBR，如何使用，如何准备调查申请，申请调查可以取得什么收获，TBR案例研究，TBR调查与WTO争端解决程序的关系”等，将TBR的法律规定转化为便于普通企业可以明白、方便适用的法律武器。并且，欧盟委员会还为潜在的申请人提供了在提出申请之前可以联系的专业人员邮箱地址，^③以方便欧盟企业对相关问题的咨询。据笔者所知，在中国，目前企业反映贸易壁垒情况的渠道主要是直接联系商务部贸易救济调查局、各省市商务委员会、各大商协会、驻外经商处等，尚未建立有效的贸易壁垒调查申请的网络服务平台。尽管企业经目前已有渠道反映贸易壁垒的情况是积极的，但目前仍缺乏政府与企业之间通过数字网络建立起来的互动联系机制，故建议为企业提供更便捷的网络服务平台，为企业提供更便利的申诉服务指南和渠道。

（三）调查程序的规范

如前文所述，TBR对欧盟委员会的贸易壁垒调查规定了时间。例如，在欧盟产业、企业或其联合提起调查申请之后45天之内，欧盟委员会应该对是否启动调查作出决定。在决定发起调查之后，一般情况下5个月、复杂情况下7个月之后，欧盟委员会应当向TBR委员会提交调查报告。相比而言，中国《2005年规则》第10条规定了商务部应当自收到申请人提交的申请书及有关证据材料之日起60天内，对申请材料进行审查，作出立案或者不予立案的决定。《2005年规

① 参见商务部中国贸易救济信息网，<http://www.cacsc.mofcom.gov.cn/cacscms/view/statistics/ckajj>。

② 参见欧盟委员会网站，http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/trade-barrier-investigations/index_en.htm。

③ 欧盟委员会提供的邮件联系地址为 trade-TBR@ec.europa.eu。

定》第32条规定了贸易壁垒调查应当自立案决定公告之日起6个月内结束；特殊情况下可以延长，但延长期不得超过3个月。这些规定类似于欧盟TBR中的时间要求。在规定时间内就是否正式启动调查作出的任何决定，都有利于实现规范行政的目的。如果不遵守规定时限的行政行为时有发生，这将有损包括贸易壁垒调查在内的任何行政措施的有效运行。然而，欧盟TBR的程序性安排也并非完善。例如，在欧盟委员会提交调查报告之后，TBR并未规定下一步就解决调查案件而采取行动的时间，即对何时决定是否启动以及何时启动WTO争端解决程序或双边贸易协定中的争端解决程序，TBR未予明确。相比而言，中国《2005年规则》第33条规定，如果被调查的措施或者做法被认定构成该规则第3条所称的贸易壁垒，商务部应当视情况采取以下措施：1. 进行双边磋商；2. 启动多边争端解决机制；3. 采取其他适当的措施。同样，该条对于何时采取上述措施也无进一步的规定。笔者认为，从法律视角上讲，对于一项调查而言，调查结束后即进入无时间限制的等待，这样的处理非为人所愿。如果能在贸易壁垒调查结束之后增加“何时公布采取何种措施”的规定，将有利于申诉企业和行政部门对各自权利、义务的法律确信，即便商务部作出不采取措施的决定，仍然建议中国能够超越欧盟TBR的局限，对采取《2005年规则》第33条规定措施的时限作出规定。中国对于欧盟立法已有的经验可以借鉴，对于欧盟立法存在的不足可否创新，是否只能跟随欧美步伐，还是可以在此领域尝试规则引领，上述问题还需要进一步论证，也许这更多地取决于行政部门的意愿而非能力。如果可行，至于具体设计多长的时间要求，则可根据中国政府的实际行政能力来确定。

六 结语

欧盟贸易壁垒调查要么依据欧盟基本法“欧盟条约”第113/133/207条，要么依据欧盟二级立法TBR，因此，对欧盟贸易壁垒调查立法的考察需要从“欧盟条约”第113/133/207条和TBR两个视角同时展开。在“欧盟条约”适时修订和发展的过程中，以欧盟委员会为代表的欧盟机构在统一实施欧盟对外共同商业政策方面的权力得到渐进性扩大，在贸易壁垒调查中则体现为欧盟委员会的调查范围从《共同体条约》第113条的货物贸易扩展至《里斯本条约》第207条的货物贸易、服务贸易、知识产权的商业层面和对外直接投资。而TBR在遵从欧盟签订国际规则的同时，明确了提出贸易壁垒调查申请的法律依据、在服务贸易领域扩大了服务贸易壁垒调查的范围，并在扩大欧盟委员会决策权的同时引入欧盟议会的参与，以加强对欧盟委员会的监督。纵观欧盟贸易壁垒调查立法，中国应当在对外贸易壁垒调查信息披露、建立便利的内部网络联系机制方面借鉴欧盟经验，并尝试突破TBR在欧盟委员会调查报告出具后决策时限不明的不足，制定让申请人有确信时间依赖的更为规范的行政立法。

在“一带一路”倡议的时代背景下，中国已经迈出了坚实的“走出去”的步伐，而“一带一路”的有力推动离不开法治保障，中国企业海外利益的保护也离不开法治保障。我们深知，“一带一路”沿线国家的贸易环境并不令人乐观，中国在“一带一路”沿线国家可能遇到的贸易壁垒除了与在欧、美等国遇到的贸易救济措施相同外，还极有可能在货物贸易、服务贸易、与贸易有关的知识产权以及投资等领域遇到其他各种壁垒。中国现有的贸易壁垒调查立法尚不足以应对在“一带一路”沿线国可能遇到的各种贸易壁垒风险。因此，如何在国际法层面和国内法层

面实现法治的良性互动,从而推动“一带一路”建设行稳致远,是中国法律人需要解决的重大问题。在当前国内法治建设进入新阶段以及国际经贸关系格局发生重大历史性变化的今天,构建“一带一路”法治化体系应当成为法治中国建设以及改革全球治理体制的重要使命。^①我们需要在“一带一路”的创新性建设中,思考中国贸易壁垒调查立法的完善,并在研究欧盟相关立法的基础上,进一步思考突破欧盟立法局限的可行性及路径。

Evolution of Trade Barrier Legislation in EU and Its Enlightenment

Chen Yongmei

Abstract: In July 2020, EU appointed its first Chief Trade Enforcement Officer (CTEO) to supervise the enforcement of EU trade policy. One of the functions of the CTEO is to manage investigation based on *Trade Barrier Regulation* (TBR). There are two approaches to legislations concerning the trade barrier investigation in EU. One is article 113/133 of Treaty of EU as primary legislation, while the other is TBR as secondary legislation. On the one hand, since article 113/133 of Treaty of EU has been evolved into article 207 of *Treaty of Lisbon*, which extends the scope of EU common commercial policy, accordingly, extends the scope of trade barrier investigation. On the other hand, the TBR has set strict procedure to investigate trade barriers, which facilitates EU enterprises to apply for investigation to barriers set by third countries outside EU. The impact on EU enterprises by the two level legislations concerning trade barrier investigation in EU shows that the two approaches have advantages and disadvantages respectively. While China tries hard to find ways to the creative construction of the One Belt One Road, China should learn from EU's strong points and at the same time close its loophole, developing transparency in trade barrier investigation, establishing online service for potential applicants and working out more normative and reliable regulations to protect the oversea rights of Chinese enterprises and providing a foreseeable legal environment for them.

Keywords: *Treaty Establishing the EEC*, *Treaty of Nice*, *Treaty of Lisbon*, Treaty of EU, TBR

(责任编辑:谭观福)

^① 刘敬东《“一带一路”法治化体系构建研究》,载《政法论坛》2017年第5期,第126页。