

WTO 框架下中国电信市场的外资准入限制分析

温 寒

(西南政法大学 国际法学院,重庆 400031)

摘 要:电信服务业是其他服务贸易得以开展的基础,中国的入世对于外国电信服务营运商来说意味着一个拥有巨大潜力的市场。本文将从当前中国电信市场存在的对外国营运商的准入限制着手,指出当前中国电信政策与 WTO 相关规定不符合的地方。同时结合我国《加入议定书》中的义务来分析当前电信市场准入制度的不足。

关键词:世贸组织;电信服务;市场准入;外资限制

中图分类号:D996

文献标识码:A

文章编号:1673—0429(2012)06—0113—06

自 2001 年 12 月我国正式成为世界贸易组织(以下简称 WTO)成员国以来,已经 10 年有余。在过去的 10 年里,中国作为当事方应对了 31 起 WTO 争端解决案件。^[1]这些贸易争端实际上反映了我国作为一个世界上经济发展最为迅速的国家已经与整个国际贸易体系密不可分。从近年来中国在 WTO 的被诉遭遇来看,在今后较长一段时期内,我们面临的贸易争端将会更加频密,涉及的范围也会越来越大,这类贸易摩擦将会从较为普通的货物贸易升级到以金融、电信为代表的服务贸易领域。

电信业对于一个国家的经济发展十分重要,可以说电信业是其他许多行业得以发展的重要基础。我国作为一个拥有 13 亿人口的大国,电信业拥有巨大的发展空间及利润潜力。但是由于我国电信运营商的产权结构单一,在电信立法上特别是关于电信竞争方面的立法严重滞后,导致了我国电信竞争的无序性,营运商之间相互恶性竞争、滥用职场支配地位、行政机构滥用行政权力干涉市场等事件时有发生,入世 10 年来我们几乎没有看到任何的外资电信企业参与了中国电信市场的发展。作为一个 WTO 成员国,中国应该在透明度、独立管制及保障竞争上遵守相应的义务。

本文将基于对服务贸易总协定(下简称 GATS)条文的解读,同时结合《中华人民共和国加入议定书》(下简称《加入议定书》)中中国承诺的义务,系统性地分析现存中国电信市场对外资准入的各种问题,如透明度问题、监管机构独立性与保障竞争义务等。

一、当前中国电信市场监管体制对外资的准入障碍

1. 透明度问题

GATS 框架下的“透明度义务”是指要求成员国及时公布所有有关影响 GATS 执行的相关措施(紧急情况除外)以及成员国签署的影响 GATS 的国际协议。我们知道,在市场竞争中信息是关键因素,要使市场有一个良性的竞争环境,就要解决竞争中的信息对称问题。为了实现 GATS 的目标,GATS 从三个方面规定了成员国的基本义务:(1)立即公布相关措施;(2)每年向理事会报告新的或更改的措施;

收稿日期:2012-10-09

作者简介:温寒(1984—),男,重庆市人,西南政法大学国际法学院博士生。

(3) 设立咨询点。

事实上,在透明度问题上我国做出了相当的努力,为此 WTO 秘书长专门称赞了中国在及时披露其关于贸易政策及法律法规上所作出的工作。^[2] 在我国的人世工作组报告中关于透明度问题上我们承诺:“中国将是 WTO 成员获得已成一种或多种 WTO 正式语言的所有有关影响货物贸易、服务贸易、TRIPS 或外汇管制的法律……无论如何不迟于实施后 90 天内使成员国获得这些法律法规。”^{[3](334段)} 但是,总的来说,我国在“透明度义务”的遵守上仍然离 WTO 要求有很大差距。相当一部分的成员国质疑中国在政策法规的披露上没有完全遵守其工作组报告 334 段的相关承诺。在商务部、工业和信息化部(下简称工信部)的网站上对法律法规的更新非常缓慢,使得外国投资者能获得的政策信息十分有限,对于其他成员国来说,很难及时获得用英文、法文等 WTO 官方语言写成的有关电信政策的内容。

2. 电信法的缺失

我国一直没有一部成文的电信法是造成我国在电信服务领域信息披露不够透明的重要原因。很长时间以来,我国一直在为颁布正式的电信法做准备工作,草案持续了十年左右的时间,但一直不能达成共识,形成正式的文件。电信法始终不能颁布,包含很多复杂的原因,包括国家不同部委之间的利益取舍不一致,对市场经济与宏观调控之间的平衡度还需进一步商讨等等。因此,在没有正式的电信法的情况下,我国的电信业被各种分散的法律法规所管制,造成相互冲突或者出现法律空白等情况。但是,现阶段我国没有正式颁布电信法,笔者认为并不违反“透明度”义务。原因很简单,中国承诺及时披露已公布的法律、法规及其他措施,并不包括正在制定中的法律。由于当前电信法正处于制定中,并没有违反 GATS 以及《加入议定书》的相关规定。在这一点上,我国与墨西哥的电信案有本质上的区别,专家组认为墨西哥已颁布的电信法存在与其服务贸易减让表中所做出的承诺的不符。^[4]

二、监管机构的独立性对市场准入的影响

1. 监管机构的独立性义务

作为我国电信业标准及政策的制定机构——工信部,时常受到人们对其制定政策的独立性的质疑。总的来说,我国在增值电信服务和基础电信服务上基本遵循了《参考文件》^[5] 和我们的服务贸易具体承诺减让表的相关内容,但在一些具体问题上我们做了一定的限制。对于监管的独立性问题,在《参考文件》的第 5 节有专门的规定:“监管机构应当独立于任何电信服务营运商……监管机关所做出的决定和行为应当只是对市场的考量”;在中国入世工作组报告中同样也有相同的条款。^{[3](309段)} 该类条款只是较为简单的着眼于监管机构应与营运商独立开来,但是从一个更宏观的角度来看,监管机构需要独立于任何企业团体、消费者等利益相关方,这个监管机构应该从组织结构和财务上都处于独立状态。

2. 监管机构与营运商的关系

从形式上来看,中国现在的电信监管机构与营运商之间是相互独立的,基本遵循了《参考文件》的要求。但是由于我国主要的电信营运商都是国有企业,几大电信商与政府之间有较为密切的联系,使得监管机构的独立性受到质疑。同时由于电信业在我国属于重要战略领域,出于国家安全和公众利益的考虑,现阶段电信业在我国必须由国家掌控。任何一个营运商想获得基础电信的经营牌照必须经监管部门严格审批,同时还需要保证国有资本必须保持在 51% 以上。

当前我国的电信市场被国有营运商所把持,它们的出资方或者股权所有者都属于国资委,同时工信部与各家企业也关系密切。2008 年,工信部联合财政部与国家发展改革委对我国的电信市场进行了重组,由原来较为分散的 6 家电信营运商整合为 3 家;整合后 3 大电信商都同时具备了固话、移动以及互联网业务,重组后 3 家营运商的主要领导都来自政府部门。根据政府方面的解释,2008 年电信业大规模重组的原因是为了加强市场竞争,为马上到来的第三代移动通信发放营运牌照做准备;同时也是借重组之机提升中国电信企业的国际竞争力。重组后,按照我国《加入议定书》的要求,工信部联合其他机构对电信服务的价格问题进行听证并给出了指导性意见。一系列的价格调整措施从以前较为单纯的考虑国有企业的发展过渡到更加贴近市场及公共利益。政府对于价格的调整行为有两个重要原因:一是

为了加快移动通信的普及速度,二是防止营运商之间盲目的价格竞争。实际上政府干预价格的调整在许多国家都是常见的事,比如政府会对基本的通话服务特别是本地通话设定一个较低的价格(常常低于成本)以满足普通消费者的需求。但是在价格控制问题上,工信部的做法显得管理范围过于宽泛和深入。对此美国贸易代表办公室称“中国政府对几大主要电信营运商的实际控制导致了对电信监管部门是否独立监管的质疑,也进一步质疑了中国在其入世文件中所作承诺。”^[6]

3. 保障竞争义务

关于竞争保障的概念在《参考文件》的第一条中有明确的说明:“需要采取适当的措施以保证一个或多个主要服务供应商单独或共同从事或继续从事反竞争的行为。”在第 1.1 款解释了反竞争行为包含的内容:“从事交叉补贴的反竞争行为或者从竞争对手处获取信息以从事反竞争的行为……等等”经合组织(OECD)在多年以前就发表了对中国电信业的观点,他们认为:“中国主要的电信营运商实际上被其监管部门所控制,这种做法降低了市场的竞争性同时也大大增加了外资准入的难度。”^[7]

在“墨西哥电信案”中,专家组的报告结合墨西哥的具体减让表进一步解释了《参考文件》第 1.1 项中规定的反竞争行为:“该行为能够导致市场的竞争状况降低。”^[4]通过本案,我们可以看出 GATS 框架下的电信服务不允许其成员国拥有垄断或滥用支配地位。而中国现存的电信市场情况便是被三家大型的国有企业所垄断,外资与民营资本在事实上无法进入电信领域。

但是,与墨西哥案最大的区别在于,中国的监管措施并没有违反《参考文件》的第 1.1 项,因为中国的监管机构所进行的价格控制并没有强制性要求营运商必须实行而只是给出了一些指导性意见,并且我国政府认为这些措施目的是更加有利于市场的竞争而非降低竞争性。然而,如果政府继续容忍反竞争的行为,如默认营运商之间对瓜分电信市场达成垄断协议,无疑将违反《参考文件》的第 1.1 项。

目前,我国政府提出了由“电信大国”向“电信强国”转变的“走出去”战略。要提升我国电信业在国际市场上的竞争力,首先应规范本国电信市场的准入制度。因为 WTO 的目标是建立一个自由的、充满竞争的国际市场。如果我们的市场对外资或民营资本奉行在事实上违反 WTO 精神的市场准入制度,如何要求我们的电信企业在国外市场获得平等待遇呢?所以,要打造国际化营运的跨国电信企业,首先需要自身的市场对外国营运商有良好的开放程度,否则,当我国电信企业需要“走出去”的时候,其他成员国也可能实行类似的贸易壁垒来阻挡我国企业的进入。日前,澳大利亚政府便以国家安全为由否决了我国华为集团在澳大利亚全国光纤网络建设中的投标权利。

三、中国电信市场的外资准入限制状况分析

我们对外资参与电信业有严格的限制。根据我国的 GATS 具体减让表,到 2007 年,我国电信业对外资的参与度最大可以到 50% 并且不作地域限制。正是由于此项规定,一直以来我国的电信业都没有外资竞争对手,使得我国的电信业服务价格偏高,改革的进程也很缓慢。依据 GATS 对服务提供者的定义,在一国以分支机构或代表处的形式提供服务,也可以视为国民待遇。但是就我国存在的情况来说,是否可以适用 GATS 的定义值得商榷,因为这些国外营运商的分支机构或代表并没有以商业存在的形式提供电信服务。正是基于以上原因,笔者认为当前中国这种针对外商投资的电信企业不能取得营运许可及从事盈利性活动的措施,不符合《工作组报告》第 308 项或者第 18 项的相关规定,应予修正。其主要问题如下。

1. 最低注册资本导致外资进入困难

电信业属于重要公共服务领域。一直以来,我国对电信业实行严格的准入限制,对营运商设定了非常高的注册资本要求(2008 年之前一度达到 10 亿人民币)。由于对外资或中资企业都是同一要求,所以从这一点来看,并没有违反国民待遇的相关条款。我国对注册资本进行严格的理由或许有两点:第一是出于保护消费者利益的考虑,认为投资较小的营运商面临退出市场的风险较大,这样就会损害消费者的利益,从而给社会带来一系列问题。但笔者认为这种说法不能完全成立,大量的注册资本要求并不能保证企业经营成功,而一个充满竞争的市场才能激发企业的活力,使消费者的利益得到最大满足。第二

则是体现了我国政府的真实意图,那就是让国有营运商在这种措施的保护下,在一个相对封闭但又充满竞争的市场里快速成长,从而面对国际电信巨头的冲击,同时以高额的注册资本要求限制外资的进入,让国有电信商尽快建立起覆盖全国的网络。

此外,中国认为对出资要求的严格限制是基于现实情况而确定而不是随意为之,这一点也应该受到质疑。首先,电信营运商对全国的客户提供服务需要强大的资金保证,但对于一个成熟的营运商来说,在别的成员国营运都是先在1-2个城市进行,然后根据市场反馈及消费潜力逐步扩大到全国范围。其次,政府认为营运商提供自己的服务都需要建立自己的基础设施及网络;但事实上这一点已经被严重诟病。几大国有电信商一直在进行重复性的建设各种基础电信设施,浪费大量的人力物力。在发达国家基本上都是各个电信商共用部分基础设施,电信服务的提供完全可以基于转售(Resale)的形式,通过租用已经存在的基础设施来提供服务。

所以,中国现有的电信市场对外资营运商来说非常难以进入。如果外商想通过转售的形式租用其他营运商的基础设施,那就需要获得提供基础电信服务的牌照。但要获得营运牌照又需要巨大的注册资金,使得通过转售的形式就失去了意义。这样就对外资营运商造成了一个两难的困境,使得国外的电信商迟迟不能进入国内市场。

2. 是否违反市场准入义务

GATS 第 16 条第一款规定:“每一个成员对任何其他成员的服务和服务提供者给予的待遇,不得低于其在具体承诺减表中同意和列明的条款、限制和条件。”第二款则详细的列明了成员国不得在其一地区或在其全部领土内维持或采取的措施(除非减让表中另有说明)。这些措施包括:“(a) 无论以数量配额、垄断、专营服务提供者的形式,还是以经济需求测试要求的形式,限制服务提供者的数量;(b) 以数量配额或经济需求测试要求的形式限制服务交易或资产总值;……”

从 GATS 对市场准入问题的规定来看,中国对电信市场的准入设定了一个很高的门槛,在实际上限制了营运商的数量。但是从理论上讲中国并没有进行包括数量在内的任何限制,对外资企业和国内企业都是统一标准。所以就是否符合法律规定的情况来说,中国并没有违反 GATS 的市场准入规定。另外根据 2001 年 WTO 秘书处对服务贸易特别减让表的指导准则的说法:“对于最低资本要求等一般性营运资格的获取条件不属于违反 GATS16 条的范围。”^[8]因此基于以上原因,从理论上来说中国并没有违反市场准入条款。

3. 国内合作方的选择限制

我国规定提供基础电信服务的合资营运商(不管是中资或外资)都应保证有至少 51% 的股权是属于国有,也就是说外资方最多只能占到 49% 的股权。这意味着如果一家外资营运商准备在中国经营基础电信业务且投资总额达到法律规定的 49%,那么其在中国的合作方就必须是一个全资的国有企业。即使投资总额没有达到规定上限,在该合资公司的股权结构中,国有股权也必须保持在 51% 以上。很明显,这种规定在实际上大大削减了外资营运商选择国内合作伙伴的余地,所以合资公司的设立决定权在中国一方,因为所有潜在合作伙伴都属于国家。但是我们也需要注意到,在中国基础电信服务提供商必须由国有企业控股,并不意味着服务的提供是政府行为,因为这些服务都是在商业环境下的市场内完成。

在“出版物和视听产品”案(以下简称出版物案)中,专家组认定中国要求出版物进口企业必须是全资国企的措施违反了《加入议定书》和《工作组报告》中的“贸易权”相关条款。(同时也违反了 GATS 关于国民待遇的规定)但是就中国电信业当前的状况,很难证明中国的措施违反了国民待遇,因为现实情况是没有任何一家其他成员国的电信营运商在中国独立经营。而国有企业经营电信服务是在中国加入 WTO 前就已经形成的,在入世谈判做出相关承诺的时候很难预见到这一点在之后产生的影响。尽管如此,我们也应该注意到,在类似情况下,争端解决机构已经给出了不同的观点。回到出版物案中,专家组认为:国有化的要求在进口出版物领域并不是必要的条件以保护中国的公共道德及秩序,因为进口出版物或视听资料的合法性完全可以由政府进行监控。^[9]笔者认为这一点同样也可以适用于电信领域,不管是国有营运商还是外资营运商都可以由政府很好地进行监管。

最后一点值得质疑的是我国的《加入工作组报告书》。在报告书的第 314 项指出:“工作组成员对被允许与外国服务提供者进行合营的中国公司设置条件的现行做法表示关注……这种做法可能构成事实上的配额,因为符合这些条件的舰载合资伙伴的数量是有限的。中国代表确认。外国服务者将能够与自己选择的任何中国实体进行合营……只要该中国合资伙伴是在中国合法设立的。此种合资企业在与国内企业相同的基础上,满足审慎要求和具体部门要求,这些要求必须是公开获得的。”

就 314 项所作规定,笔者认为并不十分清晰。关于如何解释“满足审慎要求和具体部门要求”这一点并没有作出清晰的说明。因此中国可以解释为“国有化”的要求便是 314 项的满足审慎要求和具体部门要求。但是,这样解释很容易被其他成员国认定,中国在电信领域极大的限制了国外营运商选择中方合作伙伴的“选择权”,这与中方的承诺严重不符。

此外,如果之前的分析表明我国现存的电信市场准入措施存在违反 GATS 或者加入议定书的相关义务的情况,那么我们是否可以适用 GATS 的例外条款加以辩护?根据 GATS 第 14 条规定关于安全例外的情形中有关公共道德和国家安全措施,以及在前面提到的注册资金问题,我们是否可以说,我国对电信业注册资金的限制是符合 GATS 关于公共利益的一般例外呢?在笔者看来答案是否定的。

首先,GATS 第 14 条解释得很清楚:“只有在社会的某一根本利益受到真正的和足够严重的威胁时,方可援引公共秩序例外”。因此,现存电信市场准入措施很难适用关于公共利益的例外条款。

其次,出于对国家安全的考虑,我们能否适用 GATS 第 14 条之二关于安全例外的相关规定。在关于安全例外的规定中,(a)项与(c)项分别说到:“要求任何成员提供其认为如披露则会违背其根本安全利益的任何信息;阻止任何成员为履行其在《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。”在(b)项中又指出:“阻止任何成员采取其认为对保护其根本安全利益所必需的任何行动。”可以看到,这些都是基于与国家安全、军事状态相关。所以笔者认为,我国的情形并不符合安全例外所规定的状况,因此笔者认为之前讨论的当前可能违反 WTO 规定的电信措施不能适用于 GATS 14 条中的例外条款。

现在,中国的电信营运商已经进入完全意义上的全业务经营时代,要实现我国提出的“走出去”战略目标,首先需要我们自身对电信市场的准入制度进一步的开放,在事实上允许外国营运商参与电信市场的竞争,才能更好的增强我国国有电信企业的市场竞争力。否则,在国际电信市场上,我们的企业便会遭遇类似的市场准入贸易壁垒。

参 考 文 献

- [1] 李成钢,杨国华,唐文弘. 世贸组织规则博弈[M]. 商务印书馆,2011.
- [2] WTO Trade Policy Review Body, Trade Policy Review: Report by the secretariat - China, WT/TPR/S/199/Rev.1
- [3] 中国加入工作组报告书[R].
- [4] 参见 Panel Report, Mexico - Telecoms WT/DS204/R.
- [5] WTO Negotiating Group on Basic Telecommunications, Reference Paper (24 April 1996). http://www.wto.org/english/news_e/pres97_e/repap-e.htm. 《参考文件》是基础电信谈判小组在谈判中就如何处理诸多纪律性规范制订的管制原则供个成员国参照.《参考文件》的目的是防止电信业的反竞争行为,保证电信网络的互联互通,创造一个公平竞争的市场法律环境.
- [6] 参见 USTR, Results of the 2008 section 1377 review of telecommunications trade agreements(2009) 13 - 14; USTR, Report to Congress on China's WTO compliance (Dec. 2008).
- [7] 参见 OECD, Review of the Development and Reform of the Telecommunications Sector in China, DSTI/ICCP(2002)6/FINAL (13 March 2003).
- [8] WTO Trade in Service, Guidelines for the scheduling of specific commandments under the General Agreement on Trade in Service: Adopted by the Council for Trade in Service on 23 Mar. 2001, S/L/92 para 11.
- [9] 参见 Panel Report - Publications and Audiovisual Products WT/DS363/R;

On the Restrictions of Foreign Access in the Chinese Telecommunication Market in the Framework of WTO

Wen Han

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing400031, China)

Abstract; When China joined the World Trade Organization (WTO) in 2001, it makes extensive commitments to open market to foreign investment on goods and service. The market of telecommunication service in China is huge to the world, however, in practice, foreign involvement in this market is extremely limited. This article exploring the key commercial and legal barriers to foreign entry into China's telecommunication market, with exploring areas of non – compliance with the WTO rules and the obligations contained in China's *Accession Protocol*.

Keywords; World Trade Organization; telecommunication service; market access; foreign restrictions