

## 论入世议定书的法律效力\*

——以《中国入世议定书》为中心

韩秀丽

**内容提要:**随着加入 WTO 实践的充分展开,尤其是 WTO 争端解决机构处理涉及《中国入世议定书》争端的深入发展,入世议定书的法律效力问题日益凸显。从条约法理论出发进行分析,入世议定书具有并入及修改《WTO 协定》的法律效力,这对理解入世议定书与《WTO 协定》的关系提供了一种思路,有助于 WTO 争端解决机构正确解释和适用入世议定书。在日益受到 WTO 成员根据《中国入世议定书》发起的挑战的情况下,中国应当在正确理解入世议定书法律效力的前提下,从 WTO 的立法和司法层面积极寻找对策。

**关键词:**条约法 WTO 入世议定书 法律效力

韩秀丽,厦门大学法学院教授。

在《关税与贸易总协定》(GATT)和世界贸易组织(WTO)体制下,加入(accession)是指申请加入方根据加入议定书中议定的条件成为 GATT 和 WTO 的成员。对于 GATT 和 WTO 体制而言,加入是一种重要而独特的制度,它使得 GATT 缔约方由最初的 23 个扩大到 WTO 成立时的 128 个,再到现在的 159 个。目前尚有 24 个国家正在申请加入 WTO,而既未加入也未申请加入的国家仅为少数边缘性国家或偏僻小国。可以说,正是加入制度使得 WTO 成为一个普遍性国际组织。

自 WTO 成立至 2013 年 9 月 5 日,共有 31 个国家和单独关税区完成了加入,占到 WTO 现有 159 个成员的五分之一。这 31 个加入成员皆系依其入世议定书中议定的条件加入 WTO。在中国入世之初,由于相关的 WTO 司法实践尚未展开,因此入世议定书的法律效力问题没有得到深入思考。迄今为止,虽然在涉及中国的大部分 WTO 争端中当事方都援引了《中国入世议定书》中的条款,但真正使得入世议定书的法律效力成为讨论话

\* 本文为教育部 2011 年度“新世纪优秀人才支持计划”(项目编号:NCET-11-0292)的阶段性研究成果。

题的争端还是“中国-原材料案”和“中国-稀土案”。<sup>[1]</sup> 这两个案件不仅提出了 GATT 第 20 条的可适用性问题,更重要的是凸显了《中国入世议定书》乃至所有入世议定书与《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》(以下简称《WTO 协定》)之关系这一系统性问题,<sup>[2]</sup> 或者进一步说,入世议定书的法律效力问题。这一问题涉及中国与 WTO 创始成员之间的 WTO 法律关系,以及中国与先于其加入 WTO 的加入成员和后于其加入 WTO 的加入成员之间的 WTO 法律关系。实际上,其它加入成员将来也可能面临同样的困惑。因此,研究入世议定书与《WTO 协定》的关系以及入世议定书的法律效力问题,在中国入世十余年后仍具有重要的理论和现实意义。需要指出的是,由于《WTO 协定》是设立 WTO 的基本法律文件,因此本文谈到“加入 WTO”和“加入《WTO 协定》”时不作刻意区分。

## 一 “加入”在传统条约法及条约实践中的法律效力

尽管传统条约法对于加入问题主要关注其程序方面,<sup>[3]</sup> 但这并不意味着完全不涉及实体问题。在赫希·劳特派特(Hersch Lauterpacht)1953 年为国际法委员会准备的《条约法报告》(*Report on the Law of Treaties*)中,对于加入的规定可概括为三点:第一,一国或国际组织可以加入其没有签署或批准的条约,加入方式是通过书面法律文件正式宣布该条约对其具有约束力;第二,只有符合条约的规定,加入才是可接受的;第三,除非条约另有规定,加入可以在条约文本确立后的任何时间进行。<sup>[4]</sup> 可见,劳特派特认为,条约加入的主体是国家或国际组织,加入条约除了书面形式要件外,还要受制于条约所规定的时间和条件。但他并未指明这种条件是程序性条件还是实体性条件。联系第一点中提到的“正式宣布该条约对其具有约束力”,这里的条件似乎主要应当是指条约自身规定的程序性条件。但在对该条的评论中,劳特派特注意到了刚刚生效不久的 GATT1947 的加入问题。根据 GATT1947 第 33 条,非缔约方按其其与缔约方全体议定的条件加入 GATT1947,缔约方全体对于加入的决定应以三分之二多数做出。他因此进一步阐述道,一般来说,尽管条约

[1] China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/, WT/DS395/, WT/DS398/, 原告方提出磋商请求的日期分别为 2009 年 6 月 23 日、2009 年 6 月 23 日和 2009 年 8 月 21 日。China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS431/, WT/DS432/, WT/DS433/, 原告方均于 2012 年 3 月 13 日提出磋商请求。

[2] 需要指出的是,《WTO 协定》并不是固化的,而是会被 WTO 成立后所达成的有关协定、谅解及部长级会议决议等所修改。根据入世议定书中的标准条款,对于任何一个加入方来说,其所加入的《WTO 协定》应为业已被在加入之日前生效的法律文件所更正、修正或修改的《WTO 协定》。参见赵维田编著:《中国入世议定书条款解读》,湖南科学技术出版社 2005 年版,第 2 页;《中国加入世界贸易组织法律文件解读》编写组编著:《中国加入世界贸易组织法律文件解读》,对外经贸大学出版社 2002 年版,第 12 页。

[3] 例如,参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 106-109 页;万鄂湘等著:《国际条约法》,武汉大学出版社 1998 年版,第 63-68 页;[英]安托尼·奥斯特著:《现代条约法与实践》,江国青译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 87-89 页;Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (9th edition), Addison Wesley Longman, 1996, pp. 1236-1237; Alina Kaczorowska, *Public International Law* (4th edition), Routledge Taylor & Francis Group, 2010, p. 98; Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 820.

[4] Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, DOCUMENT A/CN.4/63, March 24, 1953, p. 91. [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_63.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_63.pdf), 最后访问时间:2014 年 2 月 18 日。

自身有明确的加入条款,但偶尔也会将加入问题留待某些后续的行为或条件来处理,例如 GATT1947。<sup>[5]</sup>但由于实践方面的有限性,劳特派特对于此类加入的评论只是点到即止。

根据 1969 年《维也纳条约法公约》第 11 条,加入是表示同意承受条约拘束的方式之一,其它方式还包括“签署、交换构成条约之文书、批准、接受、赞同,或任何其他同意之方式”。而根据该公约第 15 条,以加入表示承受条约拘束之同意有三种情况:(1)条约规定该国得以加入方式表示此种同意;(2)另经确定谈判国协议该国得以加入方式表示此种同意;(3)全体当事国嗣后协议该国得以加入方式表示此种同意。不难看出,这些规定只是指出了可以加入条约的几种情形,属于程序上的规定,对于“留待某些后续的行为或条件来处理”的这类加入则并未涉及。因此,从传统条约法的角度似乎缺少分析入世议定书法律效力的工具。

回顾主要的开放性多边条约的实践,其往往通过加入条款即条约中关于加入的规定来处理加入问题,一般没有额外条件的限制。例如,《维也纳条约法公约》第 83 条规定,“本公约应听由属于第 81 条所称各类之一之国家加入”,亦即“联合国或任何专门机关或国际原子能总署之全体会员国或国际法院规约当事国、及经联合国大会邀请成为本公约当事国之任何其他国家”。而除了对许可加入的主体及邀请加入的规定之外,对于这些许可加入的国家并无任何关于加入条件的限制。又如,尚未生效的《国家及其财产豁免公约》第 29.2 条规定,“本公约持续开放给任何国家加入”,且未附加任何关于加入条件的限制。<sup>[6]</sup>

可见,一般来说,开放性多边条约的加入条款并不能通过加入议定书起到修改条约的作用或者产生修改条约的法律效力。条约本身一般都会有专门的修改(revision)条款。《维也纳条约法公约》第 40 条和第 41 条将修改分为修正(amendment)和修订(modification)两种情况。其中,修正是在全体缔约国间对条约的修改,适用关于条约缔约和生效的规定;修订则是若干缔约方间通过协议,仅在其彼此之间修改条约。

此外,根据条约中的保留条款做出保留也能起到修改条约的作用。保留意在排除或更改条约中的某些规定对于保留国适用时的法律效果。“这样的保留,实质上就等于是对条约的一种修正,多少是影响条约效果的。”<sup>[7]</sup>进而言之,“允许缔约方提出保留,实际上是允许缔约方不履行条约中某个或某些条款的规定,直接影响到多边条约所确立的权利义务关系”<sup>[8]</sup>根据《维也纳条约法公约》第 21 条,保留的法律效力是在保留国与接受保留国之间,在保留的范围内修改了条约的规定;而如果有国家反对保留,但没有反对条约在其本国与保留国间生效,则条约的其它条款在两国间仍然适用。

具体到入世议定书,可能会有人主张其是对《WTO 协定》的保留。但《WTO 协定》第 16.5 条明确规定“不得对本协定的任何条款提出保留,对多边贸易协定任何条款的保留

[5] Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, DOCUMENT A/CN.4/63, March 24, 1953, p. 91. [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_63.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_63.pdf), 最后访问时间:2014 年 2 月 18 日。

[6] United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, See General Assembly Resolution 59/38, annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49(A/59/49), 2004.

[7] 周鲢生著:《国际法》(下册),武汉大学出版社 2007 年版,第 544-545 页。

[8] 曹建明等主编:《国际公法学》,法律出版社 1998 年版,第 204 页。

应仅以这些协定规定的程度为限,对一诸边贸易协定条款的保留应按该协定的规定执行”。再者,根据《维也纳条约法公约》第2条,保留是指“一国于签署、批准、接受、赞同或加入条约时所做之片面声明,不论措辞或名称如何,其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果”。入世议定书并非单方声明,而是申请加入国与WTO现有成员国谈判的结果,因此很难将其理解为保留。

## 二 入世议定书的“并入”法律效力

WTO的加入是指根据申请加入方与WTO议定的条件,申请加入方同意《WTO协定》,成为WTO成员。《WTO协定》第12条关于加入的规定如下:

1. 任何国家或在处理其对外贸易关系及本协定和多边贸易协定规定的其他事项方面拥有完全自主权的单独关税区,可按其与WTO议定的条件加入本协定。此加入适用于本协定及所附多边贸易协定。
2. 有关加入的决定应由部长级会议做出。部长级会议应以WTO成员的三分之二多数批准关于加入条件的协议。<sup>[9]</sup>

据此,申请加入方与WTO议定的条件体现为入世议定书中的规定。为配合《WTO协定》第12条,入世议定书中的标准条款为:“X所加入的《WTO协定》应为经在加入之日前已生效的法律文件所更正、修正或修改的《WTO协定》。本议定书,包括工作组报告书第Y段所指的承诺,应成为《WTO协定》的组成部分。”例如,《中国入世议定书》第1.2条规定:“中国所加入的《WTO协定》应为经在加入之日前已生效的法律文件所更正、修正或修改的《WTO协定》。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。”据此,入世议定书直接并入了《WTO协定》,而工作组报告中的指定段落也通过并入入世议定书,间接成为《WTO协定》的组成部分。

入世议定书中的此类条款可称为“一体化条款”,使得议定书成为《WTO协定》的组成部分。虽然有学者对于议定书能否通过自身的一个“链接条款”而成为《WTO协定》的组成部分提出质疑,<sup>[10]</sup>但实践中,无论是WTO成员还是WTO争端解决机构本身,均未对此提出过质疑,WTO成员也未对WTO争端解决机构对于援引入世议定书之诉求的管辖权提出过异议。

“中国—汽车零部件案”是援引入世议定书具体条款的首个WTO争端。在该案中,专家组和上诉机构均认定,通过当事方的协议,专家组和上诉机构获得了对争端的管辖权,或者说由于争端方均未质疑入世议定书的可裁决性,因此专家组和上诉机构获得了对

[9] 需要指出的是,虽然GATT1994第33条仍然包括加入条款,但其已不再发挥作用,因为《WTO协定》要求“一揽子加入”,不可能单独加入GATT1994而不加入WTO。

[10] Mitali Tyagi, *Flesh on a Legal Fiction: Early Practice in the WTO on Accession Protocols*, 15 *Journal of International Economic Law* 391, 401 (2012).

争端的管辖权。<sup>[11]</sup> 在“中国—原材料案”中,专家组在《中国入世议定书》第 1.2 条的基础上认为,在该争端中,如同在以前涉及《中国入世议定书》的争端中一样,所有当事方均同意《中国入世议定书》是《WTO 协定》的组成部分。而且,所有当事方均同意,WTO 成员可以以违反《中国入世议定书》为由发起 WTO 争端解决程序。相应地,入世议定书中的各种承诺,包括并入入世议定书中的工作组报告的相关段落中的各种承诺,均为可强制执行的承诺。<sup>[12]</sup> 事实上,凡是涉及中国违反入世议定书具体条款的争端,WTO 争端解决机构均当然行使了管辖权。因此,虽有学者反对 WTO 对涉及入世议定书条款的争端行使管辖权,<sup>[13]</sup>但在涉及中国的 WTO 争端中,管辖权问题并未成为争议对象。

实践中,WTO 争端的原告亦通过自己的援引,接受入世议定书为《WTO 协定》的组成部分,从而承认 WTO 争端解决机构的管辖权。例如,在“中国—汽车零部件案”中,原告欧共体指控中国的相关措施除违反 GATT1994、《补贴和反补贴措施协定》及《与贸易有关的投资措施协定》的相关规定外,还违反了《中国入世议定书》第 1.2 条、第 7.2 条和第 7.3 条。<sup>[14]</sup> 在“欧盟—鞋类案”中,原告中国认为欧共体 2006 年 10 月 5 日的 1472/2006 号理事会条例与 GATT1994 和《反倾销协定》的相关条款不符,且与《中国入世议定书》第 15 条不符。<sup>[15]</sup> 迄今为止,在中国涉诉的 42 个 WTO 案件中,有 27 个援引了《中国入世议定书》。其中,在中国起诉的 11 个案件中有 5 个做出援引,在中国被诉的 31 个案件中有 22 个做出援引。这些案件涉及的《中国入世议定书》的条款相当广泛:除普遍援引第 1.2 条外,还涉及第 7.2 条、7.3 条、15 条、16.1 条、16.3 条、16.4 条、16.6 条等。详见图表一。

图表一:中国起诉和应诉的 WTO 案件中援引《中国入世议定书》的总体情况

序号	案件缩写名	案号	援引的《中国入世议定书》条款
1	美国 - 反倾销和反补贴案(中国)	WTO/DS379	第 15 条
2	欧共体 - 紧固件案(中国)	WTO/DS397	第 15 条
3	美国 - 轮胎案(中国)	WTO/DS399	第 16.1 条、16.3 条、16.4 条、16.6 条
4	欧盟 - 鞋类案(中国)	WTO/DS405	第 15(a)(ii)条、《中国入世工作组报告》第 151(e)(f)段
5	美国 - 反补贴措施案(中国)	WTO/DS437	第 15 条

[11] Reports of the Panel, China-Autos, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R, 18 July 2008, paras: 7.740 - 7.741; Reports of the Appellate Body, China-Measures Affecting Imports of Automobile Parts (China-Autos), WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R WT/DS342/AB/R, 15 December 2008, para. 214.

[12] Reports of the Panel, China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 July 2011, para. 7.114, 7.621.

[13] Steve Charnovitz & Bernard Hoekman, US-Tyres: Upholding a WTO Accession Contract-Imposing Pain for Little Gain, 12 *World Trade Review* 273, 286 (2013).

[14] China-Measures Affecting Imports of Automobile Parts, Request for Consultations by the United States, WT/DS340/1, 3 April 2006.

[15] European Union-Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China, Request for Consultation from China, WT/DS405/1, 8 February 2010.

序号	案件缩写名	案号	援引的《中国入世议定书》条款
6	中国 - 集成电路增值税案(美国)	WTO/DS309	笼统提及《中国入世议定书》
7	中国 - 汽车零部件案(欧共体)	WTO/DS339	第 1.2 条、7.2 条、7.3 条
8	中国 - 汽车零部件案(美国)	WTO/DS340	第 1.2 条、7.2 条、7.3 条
9	中国 - 汽车零部件案(加拿大)	WTO/DS342	第 1.2 条、7.2 条、7.3 条
10	中国 - 税案(美国)	WTO/DS358	第 1.2 条、7.2 条、7.3 条、10.3 条
11	中国 - 税案(墨西哥)	WTO/DS359	第 1.2 条、7.2 条、7.3 条、10.3 条
12	中国 - 出版物及视听产品案(美国)	WTO/DS363	第 1.2 条、5.1 条、5.2 条
13	中国 - 金融信息服务案(欧共体)	WTO/DS372	《中国入世工作组报告》第 309 段、中国《服务贸易总协定》承诺表中关于商业存在的市场准入限制的水平承诺
14	中国 - 金融信息服务案(美国)	WTO/DS373	第 1.2 条
15	中国 - 金融信息服务案(加拿大)	WTO/DS378	第 1.2 条
16	中国 - 赠款、贷款和其他激励措施案(美国)	WTO/DS387	第 1.2 条、12.1 条
17	中国 - 赠款、贷款和其他激励措施案(墨西哥)	WTO/DS388	第 1.2 条、12.1 条
18	中国 - 赠款、贷款和其他激励措施案(危地马拉)	WTO/DS390	第 1.2 条、12.1 条
19	中国 - 原材料案(美国)	WTO/DS394	第 1.2 条、5.1 条、5.2 条、8.2 条、11.3 条
20	中国 - 原材料案(欧共体)	WTO/DS395	第 1.2 条、5.1 条、5.2 条、8.2 条、11.3 条
21	中国 - 原材料案(墨西哥)	WTO/DS398	第 1.2 条、5.1 条、5.2 条、8.2 条、11.3 条
22	中国 - 风电设备案(美国)	WTO/DS419	第 1.2 条
23	中国 - 稀土案(美国)	WTO/DS431	第 1.2 条、5.1 条、5.2 条、7.2 条、8.2 条、11.3 条
24	中国 - 稀土案(欧盟)	WTO/DS432	第 1.2 条、5.1 条、5.2 条、7.2 条、8.2 条、11.3 条
25	中国 - 稀土案(日本)	WTO/DS433	第 1.2 条、5.1 条、5.2 条、7.2 条、8.2 条、11.3 条
26	中国 - 汽车与汽车零部件产业案(美国)	WTO/DS450	第 1.2 条
27	中国 - 服装和纺织品案(墨西哥)	WTO/DS451	第 1.2 条

需要指出的是,入世议定书的“并入”法律效力并不是简单的加法,根据《WTO 协定》的加入条款,申请加入方要按它与 WTO 议定的条件加入《WTO 协定》。由于《WTO 协定》第 12 条并未对何为“议定的条件”做出规定,因此议定的条件不同程度地“偏离”

《WTO 协定》是必然的。换言之,申请加入方加入的《WTO 协定》是经过其入世议定书挑选和修改的《WTO 协定》。“它与 WTO 议定的条件”这一宽泛的用语最为关键,表明这种条件到底为何取决于申请加入方与 WTO 的谈判。这无疑改变了《WTO 协定》“一揽子交易”的特性。综观各申请加入方的入世议定书,由于其各不相同的入世议定书“并入”了《WTO 协定》,也在一定程度上导致了《WTO 协定》的碎片化。

还需进一步指出的是,《中国入世议定书》第二部分(减让表)第 1 条规定:“本议定书所附减让表应成为与中国有关的、GATT1994 所附减让表及 GATS 所附具体承诺表。”实际上,所有入世议定书均共同包含这一规定。<sup>[16]</sup> 由此可以推论,《入世议定书》中的减让表(无论是进口还是出口方面)和承诺表相应地并入 GATT1994 和 GATS 的附件,从而 GATT1994 第 20 条和 GATS 第 14 条的一般例外规定也就不存在不能适用于这些减让和承诺的问题。这也是本文的核心观点之一。

“中国—原材料案”的专家组指出,《中国入世议定书》第 11.3 条并未明确提及“符合 GATT1994”或“符合《WTO 协定》”,而《中国入世议定书》第 11.1 条和第 11.2 条却提及了两者,且《中国入世议定书》第 5.1 条也包含一个序言,即“不损害中国以与符合《WTO 协定》的方式管理贸易的权利”。<sup>[17]</sup> 专家组因此断定,虽然在涉及第 5.1 条的“中国—出版物及视听产品案”中,中国可以援引 GATT1994 第 20 条为其贸易权措施抗辩,但在涉及第 11.3 条的“中国—原材料案”中,中国却不能援引该条款为其出口税措施抗辩。这一裁决令众多中国学者愕然,并从条约解释的角度,穷尽各种条约解释方法对专家组和上诉机构裁决进行了批判。<sup>[18]</sup> 但直至“中国—稀土案”,专家组的态度仍未改变。<sup>[19]</sup>

笔者认为,《中国入世议定书》第二部分(减让表)第 1 条明确阐明了中国入世减让表并入 GATT1994 附件的效力,因此,将中国的相关出口税措施解释为不能援引 GATT1994 第 20 条进行抗辩是错误的。至少,对于中国在《中国入世议定书》附件 6 中承诺的产品,中国可以援引 GATT1994 第 20 条。这完全符合《维也纳条约法公约》中的首要解释原则,即条约应就其用语按照上下文并参照其目的和宗旨所具有的通常意义,善意地予以解释,而上下文包括该条约的序言和附件在内。而根据同类解释原则,<sup>[20]</sup> 也可以认为《中国入世议定书》附件 6 所列 84 种产品之外的所有出口产品的免征出口税承诺具有相同性质,只不过承诺税率为零而已,因此同样可以援引 GATT1994 第 20 条。

[16] WT/ACC/10, Technical Note on the Accession Process, Note by the Secretariat, 21 December 2001, p. 40.

[17] Reports of the Panel, China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 July 2011, 7.138, 7.119, 7.124.

[18] 例如,参见刘敬东:《GATT1994 第 20 条的权利性质分析——对 WTO 上诉机构相关裁决的思考》,《北方法学》2013 年第 1 期;张新娟、张秀文:《论 GATT1994 第 20 条一般例外是否适用于〈入世议定书〉第 11.3 段》,《中国青年政治学院学报》2013 年第 6 期;Bin Gu, Applicability of GATT Article XX In China-Raw Materials: A Clash with the WTO Agreement, 15 *Journal of International Economic Law* 1007, 1007-1031 (2012).

[19] Reports of the Panel, China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R.

[20] Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2007, pp. 303-310.

### 三 入世议定书的“修改”法律效力<sup>[21]</sup>

一般来说,入世议定书是根据一个简单模板制订的两页纸的法律文件,包含关税减让表和服务贸易承诺表两个附件。<sup>[22]</sup>但《中国入世议定书》却长达12页,此外还包含13个附件。《中国入世议定书》所并入的《中国入世工作组报告书》中的条款之多也异乎寻常。有学者将《中国入世议定书》中繁杂的义务分为三种,即《WTO协定》现有规则承诺义务、超WTO(WTO-plus)义务和次WTO(WTO-minus)义务。<sup>[23]</sup>也有学者将《中国入世议定书》中的义务与《WTO协定》中的义务相比,分为更宽松义务和更严苛义务两类,具体又分为对申请加入方更严苛的义务、对申请加入方更宽松的义务、对现有成员更严苛的义务和对现有成员更宽松的义务。<sup>[24]</sup>为避免理解上的混乱,本文仅从申请加入方的角度,将《中国入世议定书》中的条款分为承担WTO现有权利义务的条款、超WTO义务条款、次WTO义务条款、超WTO权利条款和次WTO权利条款五种。其中,除第一种条款外,其它条款都对《WTO协定》具有修改的法律效力。但超WTO权利条款只是一种理论状态,事实上《中国入世议定书》中并无超WTO权利条款。

其一,超WTO义务条款。《中国入世议定书》第11.3条规定:“中国应取消适用于出口产品的全部税费,除非本议定书附件6中有明确规定或按照GATT1994第8条的规定适用。”由于《WTO协定》并未对创始成员施加限制出口税的任何具体义务,因此上述规定显然属于超WTO义务。对于非市场经济地位问题,如以第三国市场价格作为倾销幅度计算的依据,以及特定产品过渡性保障机制和纺织品过渡性保障机制,由于《WTO协定》本身以市场经济为前提,因此有学者认为中国承担的这些相关义务并不属于超WTO义务。<sup>[25]</sup>但笔者认为,既然《WTO协定》中并无相关规定,那么这些义务就仍属超WTO义务,而且这些义务已经给中国带来极大困扰。例如,《中国入世议定书》第15条中允许其他成员在反倾销调查中运用非市场经济方法,即属对《反倾销协定》之修改,不仅为中国施加了额外义务,还因其适用具有不可预测性和不准确而易遭滥用。此外,在海关估价、农业补贴、工业补贴、透明度、司法审查、贸易权、投资措施和过渡性审议机制等方面,中国也都承担了超WTO义务。

其二,次WTO义务条款。中国承担的次WTO义务是相当稀少的。在取消非关税措施以及对酒类、烟类、化学和医药类产品实施国民待遇方面的渐进性可以理解为次WTO

[21] 《WTO协定》第10条并未如《维也纳条约法公约》那样对修改作进一步划分,而是统一使用了“修正”(amendment)一词。为避免同上文混淆,在此统一表述为“修改”。

[22] WTO Standard Accession Protocol reported in Technical Note on the Accession Process, Note by the Secretariat—Addendum, WT/ACC/10/Rev.4/Add.1, 25 May 2010, p. 4.

[23] Julia Ya Qin, “WTO-Plus” Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System—An Appraisal of the China Accession Protocol, 37 *Journal of World Trade* 483, 483 (2003).

[24] Tokio Yamaoka, Analysis of China’s Accession Commitments in the WTO: New Taxonomy of More and Less Stringent Commitments, and the Struggle for Mitigation by China, 47 *Journal of World Trade* 105, 118 (2013).

[25] Tokio Yamaoka, Analysis of China’s Accession Commitments in the WTO: New Taxonomy of More and Less Stringent Commitments, and the Struggle for Mitigation by China, 47 *Journal of World Trade* 105, 118 (2013).

义务,但优惠空间相当有限。在《服务贸易总协定》的最惠国待遇义务方面,《中国入世议定书》第 1.4 条规定,中国可维持与最惠国待遇义务不一致的措施,只要此措施已记录在该议定书所附之《第 2 条豁免清单》中,且符合《服务贸易总协定》之《关于第 2 条豁免的附件》中规定的条件。但《中国入世议定书》的《第 2 条豁免清单》范围十分有限,仅包括海运、国际运输以及货物和旅客三个部门,加之要符合《关于第 2 条豁免的附件》中规定的条件,所以实际优惠空间相当有限。

其三,次 WTO 权利条款。发展中国家和最不发达国家所享有的履行义务的过渡期,由于《中国入世议定书》第 1.3 条及《WTO 协定》所附多边贸易协定关于过渡期的规定,中国基本上无法享受。因此,在过渡期方面,中国享受的是次 WTO 权利。此外,欧盟、匈牙利、墨西哥等 WTO 成员对中国所作的保留,使得中国享有的一些权利成为次 WTO 权利。例如,自中国入世起 6 年内,墨西哥在采取反倾销措施时可以不适用 WTO《反倾销协定》的相关规定。尤为特别要提的是,“中国—原材料案”的专家组和上诉机构在解释《中国入世议定书》第 11.3 条时,均认为中国放弃了援引 GATT1994 第 20 条进行任何抗辩的权利,从而使其成为次 WTO 权利条款。

《中国入世议定书》各条款,除承担 WTO 现有权利义务的条款外,均对《WTO 协定》构成了修改。若再放眼所有 WTO 加入成员,在货物关税承诺方面,所有加入成员均被要求对其所有关税进行约束。相比之下,WTO 创始成员有 26% 的关税细目不受约束。同样的,在服务承诺方面,新加入成员被迫做出比乌拉圭回合中的各方更多的承诺。不管其经济发展水平如何,加入成员往往不得不对 100 多个服务部门做出承诺,而创始成员做出承诺的部门则较少,通常只是随着其收入水平提高才会增加。对于敏感的服务部门的承诺,加入成员也远高于创始成员。<sup>[26]</sup> 因此总体而言,加入成员承担的主要是超 WTO 义务。在这个意义上,入世议定书对《WTO 协定》的修改与其说是默示的,<sup>[27]</sup> 不如说是明示的。

总之,入世议定书包含超 WTO 义务和次 WTO 义务、超 WTO 权利和次 WTO 权利,构成《WTO 协定》的组成部分,从而使《WTO 协定》成为一个不断扩张和变化的国际条约群,并导致《WTO 协定》的碎片化。加入成员不再如创始成员那样以一揽子“单一承诺”的形式接受《WTO 协定》,加入成员所加入的是经过其入世议定书修改的《WTO 协定》,加入成员与其它 WTO 成员之间的权利义务关系以此为准。这种关系详见图表二。

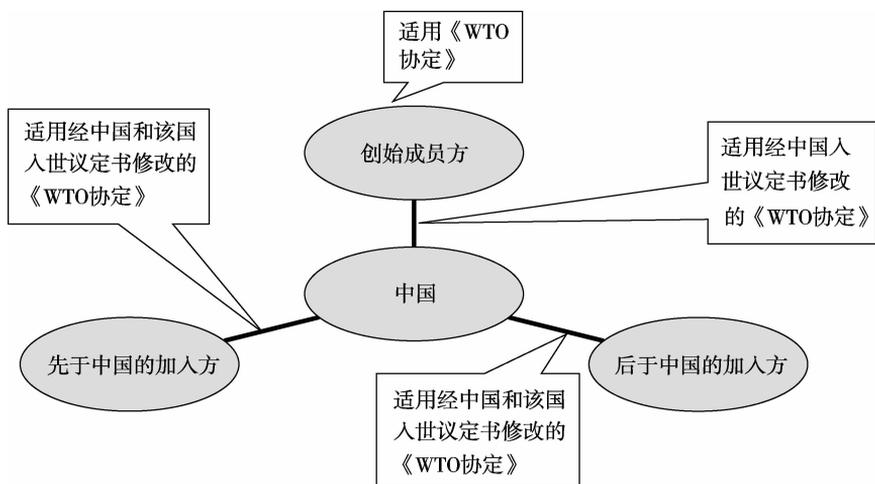
可见,入世议定书不但在加入成员与创始成员之间修改了《WTO 协定》,而且在加入成员之间也修改了《WTO 协定》。虽然这种修改并不构成根本性的修改,<sup>[28]</sup> 但其可能已

[26] Craig Van Grassek, *The History and Future of the World Trade Organization*, World Trade Organization, 2013, pp. 130 - 131.

[27] Steve Charnovitz, *Mapping The Law of WTO Accession*, The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper, No. 237, pp. 44 - 45, 2007; Merit E. Janow, Victoria Donaldson & Alan Yanovich, *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, Juris Publishing, Inc. 2008, p. 893.

[28] Claus-Dieter Ehlermann & Lothar Ehring, *Decision-Making in the World Trade Organization: Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules on International Trade?* 8 *Journal of International Economic Law* 51, 57 (2005); Steve Charnovitz, *Mapping the Law of WTO Accession*, *The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 237*, pp. 44 - 45, 2007. 尽管前者使用“amend”一词,后者使用“modify”一词,但都证明了笔者的观点。

经有违《WTO 协定》的目的和宗旨(如使成员遵守统一的游戏规则)以及 WTO 的基本原则(如非歧视原则),并且扰乱了《WTO 协定》的内部和谐。



图表二:WTO 创始成员及加入成员间的 WTO 法律关系(以中国为例)

加入之所以产生严苛的义务,其原因可以从主体和程序两个方面来说明。

从议定条件的双方主体来看,一方是 WTO 的重要成员或全体成员,另一方则是申请加入方,加入磋商作为一种实力较量往往受大国操控。由于入世谈判代价高昂、程序冗长,汤加和瓦努阿图这样的小国在 2006 年和 2001 年曾一度中止入世谈判。WTO 的现有成员均试图从加入成员的加入中受益。<sup>[29]</sup> 尽管一些成员曾在总理理事会或部长级会议上主张新加入成员不应在其入世议定书中承担比经济发展水平相似的 WTO 创始成员更严苛的义务,但其它成员却以《WTO 协定》第 12 条对议定条件未施加任何限制为由来回这一主张。<sup>[30]</sup>

从程序来看,虽然《WTO 协定》第 12 条规定“有关加入的决定应由部长级会议做出,部长级会议应以 WTO 成员的三分之二多数批准关于加入条件的协议”,但在实践中,WTO 加入是由部长级会议或总理理事会采取正向协商一致的决策机制,因此每个现有成员都有能力反对加入申请而使其无法通过。每个现有成员都能够实质性地阻止申请加入方的加入,这实际上增加了每个现有成员的谈判筹码。

总之,加入成员必须在双边层面上与单个 WTO 成员磋商市场准入条件,即货物贸易的关税减让和服务贸易的特定承诺,进而在多边层面上转换双边磋商的结果,即通过 WTO 的最惠国待遇原则使双边谈判的成果扩及所有 WTO 成员。而且,申请加入方要在多边层面上就为符合 WTO 义务所必需的立法和制度改革进行磋商,亦即就有关货物、服

[29] 例如,澳大利亚就曾明确表示自己如何从申请加入方为使其贸易和产业政策符合 WTO 规则而进行的立法和行政程序改革以及申请加入方提供的市场准入中获益。参见 Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, WTO accessions and how Australia stands to benefit, <http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/accession/>, 最后访问时间:2014 年 2 月 18 日。

[30] General Council WTO document, WT/GC/M/40/Add.3.

务和知识产权的一般规则进行多边谈判。<sup>[31]</sup> 此外,在复边层面,申请加入方还要就农业支持和出口补贴等问题与感兴趣的成员进行谈判。在谈判内容方面,虽然加入磋商是以双边或多边的形式进行,但却只有申请加入方单边承担做出减让或承诺以及修改或调整其法律和制度的义务。因此,不同于加入其它条约或国际组织,加入 WTO 需要付出更多代价,亦即所谓“入门费”。事实上,早在 2000 年即有一些成员指出,对于某些申请加入方,加入程序要价太高且过于冗长。<sup>[32]</sup> 近年来,这一问题有加剧的趋势,不但由于棘轮效应而导致要价越来越高,而且由于要价越来越高而导致耗时越来越长。换言之,越晚加入的成员,议定的条件可能对其越不利。例如,俄罗斯加入 WTO 耗时 19 年零两个月;阿尔及利亚的加入磋商已经超过 25 年,仍未完成加入程序。在 24 个仍在申请过程中的国家里,有 16 个已经申请了至少 12 年。<sup>[33]</sup>

在“中国—原材料案”中,专家组认为 WTO 现有成员与申请加入方的谈判协议导致了权利与义务的精巧平衡,这种平衡反映在这些法律文件中每个承诺的具体措词上。<sup>[34]</sup> 但是,本文的以上分析表明这种平衡只是理论上的,而不是实践上的。各种超 WTO 义务使得申请加入方享有和承担的 WTO 权利与义务严重失衡,构成对《WTO 协定》的修改。在加入成员与创始成员之间以及各加入成员相互之间,《WTO 协定》似乎从造法性条约转变为经入世议定书修改后的契约性条约。行文至此,入世议定书与 WTO 普遍规则的关系已经非常清楚。

#### 四 中国面临的挑战及对策

随着涉及入世议定书的 WTO 争端的增加,《中国入世议定书》中的超 WTO 义务及次 WTO 权利条款使得中国面临越来越多的挑战。特别是那些深入中国经济和法律体系核心的体系性义务承诺,由于深入主权国家的国内政策领域,因此具有更大的挑战性。<sup>[35]</sup> 通过入世议定书对《WTO 协定》进行修改,从而改变加入成员与创始成员之间以及先加入成员与后加入成员之间的权利和义务关系,这是 WTO 的独特实践。入世议定书往往是申请加入方与其它成员之间经过艰苦谈判的结果,某些问题既然在谈判阶段经过申请加入方的努力争取也未获解决,那么此后要想通过修改入世议定书来改变不利承诺只会更加困难。而且,由于入世议定书本身并不包含修改条款,因此入世议定书应当如何修改也属未知。而若试图通过部长级会议或总理事会的解释或豁免决定来减轻或免除不利承诺的义务,那么从 WTO 第 9 条规定的决策机制来看,要么需要正向协商一致,要么需要四

[31] WTO Glossary Term, accession, [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/glossary\\_e/glossary\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/glossary_e.htm), 最后访问时间:2014 年 2 月 18 日。

[32] WTO Secretariat, Technical Note on the Accession Process, WT/ACC/7/Rev.2, 1 November 2000, p. 6.

[33] WTO, Accessions, [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/acc\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/acc_e.htm), 最后访问时间:2014 年 2 月 18 日。

[34] Reports of the Panel, China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, July 5, 2011, para. 7.112.

[35] Julia Ya Qin, The Challenge of Interpreting “WTO-Plus” Provisions, Wayne State University Law School Research Paper, No. 09-18, 2009, p. 2.

分之三多数赞成,同样困难重重。

入世议定书是《WTO 协定》的组成部分,但各加入方的入世议定书却使得作为一揽子协定的《WTO 协定》碎片化,导致专家组和上诉机构面对的法律关系和法律适用更加复杂。这种状况必须加以改变。笔者认为,可以借鉴 GATT 时期的做法,在回合谈判中通过达成“一揽子协议”,使 WTO 成员的权利和义务最终归于统一,亦即重建具有统一性和普遍性的多边贸易体系。

加入 GATT 与加入 WTO 只是程度上的区别,而不是性质上的区别,<sup>[36]</sup>但 GATT 体制下的入世议定书却并未产生问题,原因何在?原因就在于大多数申请加入方的谈判是与回合谈判同时进行,因此最终并不存在过多的超 GATT 义务。换言之,加入对申请加入方而言并未产生太多额外的义务,加入方和其它成员的义务最终相差不大。但在 WTO 体制下,情况却截然相反。因此,将加入谈判纳入回合谈判这种做法很有借鉴意义。例如,对于一些超 WTO 义务,例如出口税措施,中国应积极主张不仅 WTO 的某些加入成员需承担约束出口税的义务,创始成员和其他加入成员也应通过回合谈判,逐步降低和取消出口税,并且除例外情况外,出口税措施只能在约束范围内适用。

而就目前而言,较为现实的办法则是在 WTO 争端解决机构提出对中国有利的解释和抗辩。以出口税措施为例,由于 GATT 第 20 条规定“本协定的任何规定不得解释为阻止缔约国采用或实施以下措施”,因此中国虽然承诺除例外情况外不采取出口税措施,但应通过各种条约解释方法进行抗辩,主张有权援引 GATT 第 20 条。加入方承担过多义务而享有较少权利,本身即已有损于 WTO 非歧视原则,若在案件审理中再加以从严解释,将当事方并未明确表示放弃的权利视为放弃,将会进一步损害 WTO 的根基。因此,应该提醒专家组和上诉机构认真对待加入方的权利。

诚然,申请加入方付出一定代价在所难免,因为《WTO 协定》本身是各成员通过谈判各自让步的结果,互利互惠也是 WTO 的重要原则。但若所付代价严重超出《WTO 协定》的要求,则难言合理。如前所述,申请加入方在谈判中处于劣势地位:对于多边问题,需要与全体成员集体进行谈判;对于具体的市场准入问题,虽然每个谈判是双边的,但由于申请加入方理论上需要同每个成员进行谈判,因此实际上是在与多个主要贸易大国同时进行谈判,而且还是单方面承诺更多义务。因此,在解释方法上,除了中国学者们已经提出的各种解释方法外,还应该主张“有利于弱者”的原则。<sup>[37]</sup>该原则符合保护弱者、实现实质正义的政策取向。

[36] Craig Van Grassek, *The History and Future of the World Trade Organization*, 2013, p. 122.

[37] 《维也纳条约法公约》并没有穷尽所有的条约解释方法,在该公约之外还有很多补充解释方法。例如,不利解释原则(*contra proferentem*)要求在解释条约时,应该按照不利于约文起草人和提出人的原则对含糊字句进行解释。参见 Ulf Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer 2007, pp. 284 - 286; Luigi Sholci, *Supplementary means of Interpretation*, in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 161 - 162。不利解释原则也可以视为有利于弱者这一解释原则的一个方面。除了在谈判中处于弱势地位外,在具体的条款设计方面,加入者也可能是被动的。例如,《中国入世议定书》第 11.3 条之所以没有提及 GATT1994 第 20 条或是符合《WTO 协定》的措辞,是因为该条回应的是《中国入世工作组报告》第 155 段,即“一些工作组成员对仅针对出口产品适用的税费表示关注。他们认为,此类税费应予取消,除非其实施符合 GATT 第 8 条或列在议定书(草案)附件 6 中”。该段根本就没有提及 GATT1994 第 20 条或是符合《WTO 协定》。

## 五 结 语

根据《WTO 协定》的加入条款和入世议定书中的并入条款,入世议定书并入了《WTO 协定》,并成为 WTO 争端解决管辖权的来源,对此问题已无异议。因此,违反入世议定书的条款可以成为诉讼理由,因入世议定书引起的争端也在 WTO 争端解决机构的管辖范围之内。理论上,入世议定书和《WTO 协定》共同在申请加入方与现有成员之间达成微妙平衡,但从程序上和内容上看,尤其是谈判双方的实力对比来看,这种平衡在实践中很难达成。其结果是,入世议定书商定的条件往往是对 WTO 的现有成员有利,而对申请加入方不利。入世议定书商定的条件多为超 WTO 义务和次 WTO 权利,起到了对《WTO 协定》的修改作用,但这种修改并不具有根本性,不能改变或违反《WTO 协定》的基本原则和宗旨。并入与修改的法律效力需要联系起来加以理解;并入的法律效力证明了 WTO 争端解决机构对援引入世议定书之争端行使管辖权的正当性,而修改的法律效力则是建立在并入的法律效力基础之上。因此,不能认为入世议定书是在《WTO 协定》之外新设的针对特定成员的规则,否则 WTO 争端解决机构的相关管辖权就成了无本之木,无源之水。归根结底,入世议定书所造成的各成员之间权利义务的碎片化和复杂化,及其对加入成员的歧视,违反了《WTO 协定》“一揽子承诺”的初衷。长远而言,随着各加入成员的法律和政策越来越接近《WTO 协定》,应当考虑通过回合谈判来解决这一问题。在目前阶段,中国应当认真应对 WTO 案件,尽量争取让专家组和上诉机构对《中国入世议定书》中的相关条款做出有利于中国的解释。

---

---

[Abstract] With the unfolding of the practice of accession to the WTO, especially the development by WTO dispute resolution organs of the practice of handling disputes over the Protocol on China's Accession to the WTO, the issue of legal effect of protocols on the accession to the WTO becomes increasingly prominent. An analysis from the treaty law point of view shows that protocols on accession to the WTO have the legal effect of being incorporated into and revising the WTO Agreement. This provides us a new way to understand the relationship between protocols on accession to the WTO and the WTO Agreement, and is conducive to the correct interpretation and application of such protocols by WTO dispute resolution organs. Faced with more and more challenges raised by other WTO members on the basis of the Protocol on China's Accession to the WTO, China should, under the precondition of correctly understanding the legal effect of the Protocol, actively explore countermeasures to such challenges at both legislative and judicial levels.

---

---

(责任编辑:廖 凡)