

论 GATT 1994 第 20 条对中国加入议定书的可适用性^{*}

——由“中国原材料出口限制措施案”引发的思考

刘 勇

内容提要: GATT 1994 能否适用于成员方加入议定书是 WTO 当前面临的一个制度性问题。“中国原材料出口限制措施案”的专家组报告拒绝了将 GATT 1994 第 20 条适用于中国加入 WTO 议定书第 11 条第 3 款的主张。专家组报告的结论存在若干可以商榷之处:采用了过于僵化、机械的文本解释规则,而忽视了其他解释规则和方法;对出口配额与出口税的区别对待损害了 WTO 法的统一性,也违背了 WTO 及其成员的基本立场;没有客观看待《议定书》与 GATT 1994 及 WTO 其他协定之间的关系,错误地割裂了 WTO 各协定之间的逻辑联系。中国应在提出上诉的同时要求 WTO 部长会议或总理事会就 GATT 1994 与成员方加入议定书的关系问题作出权威解释。

关键词: WTO GATT1994 WTO 议定书 专家组报告 WTO 解释

刘勇:浙江财经学院法学院副教授,法学博士。

一 问题的提出

备受关注的“美国、欧盟和墨西哥诉中国原材料若干出口措施案”(以下简称“中国原材料出口限制措施案”)的审理近期取得重要进展,世界贸易组织(以下简称 WTO)于 2011 年 7 月 5 日公布了专家组报告。^[1]从报告内容来看,专家组支持了申诉方的主要指控,判决中国对铝、焦炭、镁、锰等 9 种工业原材料采取的出口税、出口配额及其他出口限制措施违反了 WTO 义务,包括中国在《加入 WTO 议定书》(以下简称《议定书》)中所作出的特殊承诺。

* 本文系作者主持的 2010 年浙江省社科规划项目《WTO 框架下中国资源类产品出口管制政策研究》(10JDCZ01YB)的阶段性成果。

[1] Panel Report on China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 July 2011.

该案引人关注的一个重要问题是,中国对铝、焦炭等原材料采取的出口税措施固然违反了《议定书》第 11 条第 3 款的承诺(而非 GATT 1994 的任何条款),但中国可否援引 1994 年《关税与贸易总协定》(以下简称 GATT 1994)第 20 条(一般例外条款)来进行抗辩?换言之,GATT 1994 第 20 条能否统一地适用于《议定书》并作为违反后者之措施的免责理由?该案专家组驳回了中国有关 GATT 1994 第 20 条可适用于《议定书》第 11 条第 3 款的主张,即前者不构成违反后者的免责事由。这是中国在出口税问题上一审败诉的重要原因之一。中国已经于 2011 年 8 月 31 日正式就该项裁决提起上诉。

在之前已经结案的“美国诉中国实施影响某些出版物和音像娱乐产品的贸易权和分销服务案”(以下简称“中美出版物及音像制品案”)中,GATT 1994 第 20 条对《议定书》的可适用性也是争议焦点之一。鉴于《议定书》规定了许多超越一般 WTO 义务的特殊承诺(即 WTO 没有加以规定的所谓“超 WTO 义务”),而越来越多的申诉方都以《议定书》为法律依据来指控中国的贸易措施,因此通过 GATT 1994 第 20 条来获得豁免已经而且必将继续成为中国重要的抗辩理由。基于此,探讨 GATT 1994 第 20 条对《议定书》的可适用性具有非常重要的理论价值和现实意义。

二 关于 GATT 1994 第 20 条对《议定书》 可适用性的初步思考

从性质上讲,WTO 新成员的加入议定书(包括议定书下属各法律文件)是该成员与 WTO 之间达成的特殊双边协定,是特定的新成员加入 WTO 时所付出的特定的“对价”,仅适用于该成员与其他每一个 WTO 成员之间的双边贸易关系。而《建立 WTO 的马拉喀什协定》(以下简称《建立 WTO 协定》)及其附件^[2]是所有 WTO 成员通过谈判所达成的多边协定,这些协定应统一适用于各成员相互之间的多边贸易关系。因此,两者之间有着本质区别。但另一方面,新成员的加入议定书均属于《建立 WTO 协定》不可分割的组成部分。这不仅在新成员加入 WTO 的议定书中加以明文规定,还得到了 WTO 司法判决的确认。因此,依照一揽子承诺的谈判模式,应当将加入议定书与《建立 WTO 协定》及其附件视为单一法律文件,或者视为各成员通过艰苦谈判所达成的一个权利义务相平衡的综合体。换言之,成员国加入议定书与《建立 WTO 协定》之间不能相互割裂。

成员国加入议定书的双重属性引发了一些 WTO 亟待解决的问题:加入议定书与《建立 WTO 协定》及其附件之间如何实现统一的衔接?其法律关系如何合理界定?特别是对某些在加入议定书中作出了特殊承诺的国家来说,它们在加入议定书项下所承担的义务与其在 WTO 各多边贸易协定项下所享有的权利如何实现有效的融合?作为统领 WTO 条约群的核心文件,《建立 WTO 协定》本应对此作出明确界定,或者由 WTO 部长级会议或总理事会通过解释性决议来解决这个问题。但迄今为止,WTO 并未作出此类规定或决议。

中国在加入议定书中作出了许多超出了 WTO 一般义务的特殊承诺,如非市场经济待遇、特殊保障措施、过渡期贸易政策审查、贸易制度的统一实施、贸易权和出口税等。因此,中国也就承担了超出 WTO 多边贸易协定(如 GATT 1994)的特殊义务。无论如何,基于权

[2] 本文所称的 WTO 各协定不包括具有特殊性的诸边协定。

利义务相对应、相依存的一般法理,中国在承担此类义务时应有援引例外条款的权利。然而,《议定书》本身并无例外条款,而起到统领作用的《建立 WTO 协定》也没有规定例外条款。那么,中国能否援引 WTO 多边贸易协定项下的例外条款(如 GATT 1994 第 20 条)来为自己违反《议定书》承诺的行为进行抗辩呢?

有学者认为,按照“后法优于前法”、“特别法优于一般法”的原则,成员方加入 WTO 议定书所载的特殊义务似乎应优于 WTO 法上的一般义务。如此一来,一个新成员要援引 GATT 1994 第 20 条和《服务贸易总协定》(以下简称 GATS)第 14 条等例外条款来作为背离其加入议定书中所规定的特殊义务的依据,就面临很大障碍。但是,如果成员方完全排除 GATT 1994 第 20 条等例外条款对此类特殊义务的适用,在法理上似乎也是难以成立的。^[3] WTO 争端解决实践已经就这一难题作出了初步回答,那就是不存在一般性的解决方法,而是要依据争议措施所涉成员方加入议定书的特定条款的用语,来判断被诉方是否有权援引 WTO 其他协定的例外条款。在已经结案的“中国文化产品市场准入案”和已经发布专家组报告的“中国原材料出口限制措施案”中,该问题都是各方关注的焦点之一。

WTO 上诉机构已经在“中美出版物与音像制品案”中提及 GATT 1994 第 20 条对于《议定书》的可适用性。中国曾以 GATT 1994 第 20 条为由,为违反《议定书》第 5 条第 1 款(贸易权)的限制进口外国文化产品的措施进行辩护。上诉机构指出,《议定书》第 5 条第 1 款规定,“在不损害中国以符合《建立 WTO 协定》的方式管理对外贸易之权力的情况下,中国应逐步开放贸易权的可获得性和范围”。上诉机构认为,“《建立 WTO 协定》”应理解为该协定本身及其附件(如 GATT 1994);“符合《建立 WTO 协定》”应解释为:第一,相关措施不违反任何 WTO 义务;第二,即使违反某一 WTO 义务,该措施仍可依据某一例外条款而获得正当性。通过上述规定的交叉援引,第 20 条所规定的正当理由被有效纳入《议定书》,构成第 5 条第 1 款承诺的组成部分。因此,中国可以援引 GATT 1994 第 20 条来为其违反第 5 条第 1 款的行为抗辩。^[4] 可见,上诉机构在“中美出版物与音像制品案”中之所以同意中国援引 GATT 1994 第 20 条作为违反《议定书》第 5 条第 1 款的抗辩,根本原因在于第 5 条第 1 款本身的规定。

有学者高度评价上诉机构的上述裁决,认为这是 WTO 法历史上的一个重大发展,因为上诉机构第一次将一个 WTO 协定中的一般例外条款适用于针对另一个 WTO 协定的申诉。按此推理,GATT 1994 中的例外条款可适用于其他未规定有例外条款的 WTO 协定,如《反倾销协定》和《补贴与反补贴措施协定》,也可适用于《议定书》的其他条款,从而为 WTO 以一个整体和按照条约之间相互协调的基本思想来解释 WTO 框架下的各协定铺平了道路。^[5] 但笔者不敢如此乐观,因为该案上诉机构的基本思路仍然是坚持个案分析而非一劳永逸地解决问题:“在申诉方没有指控中国违反 GATT 1994 的情况下,中国是否有权依据 GATT 1994 第 20 条来证明其争议措施的正当性,必须在每一个案件中取决于被认定为违反中国贸易权承诺的措施与中国对货物贸易的管理之间的联系。”^[6] 况且,上诉机构的评判主要还

[3] 参见黄志雄:《从“市场准入”到“资源获取”——由中国原材料出口限制措施案引发的思考》,《法商研究》2010 年第 3 期。

[4] 参见 Appellate Body Report on China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, adopted on 19 January 2010, paras. 222 - 230。

[5] 参见 Julia Ya Qin, *Pushing the Limits of Global Governance: Trading Rights Censorship and WTO Jurisprudence—A Commentary on the China-Publication Case*, Chinese Journal of International Law, 2011, No. 2, paras. 59 - 62。

[6] WT/DS363/AB/R, para. 229。

是依赖于《议定书》第 5 条第 1 款的措辞。如果《议定书》的其他条款没有包括如第 5 条第 1 款这样的措辞,那么中国能否援引 GATT 1994 第 20 条就很难说了。

在“中国原材料出口限制措施案”中,中方再次援引 GATT 1994 第 20 条为征收出口税的行为进行辩护。《议定书》第 11 条第 3 款规定,中国应取消适用于出口产品的全部税费,除非《议定书》附件 6 中有明确规定或按照 GATT 1994 第 8 条的规定适用。^[7] 该案专家组首先审查了《议定书》第 11 条第 3 款的用词,认为《议定书》第 11 条第 3 款并未规定类似于第 5 条第 1 款的内容,即第 11 条第 3 款的任何用词均未提及 WTO 协定。专家组因此认为,第 11 条第 3 款本身的用词已经表明 WTO 成员与中国并未打算将 GATT 1994 第 20 条所规定的抗辩理由纳入到《议定书》第 11 条第 3 款中。

专家组还注意到第 11 条第 3 款的上下文,即《议定书》第 11 条第 1 款与第 11 条第 2 款的内容。依照这两个条款的规定,中国应确保国家主管机关或地方各级主管机关实施或管理的海关规费或费用以及国内税费(包括增值税)“与 GATT 1994 保持一致”。但第 11 条第 3 款并未出现“与 GATT 1994 保持一致”这一表述。三个条款的用词之间的差别只能被理解为中国在加入 WTO 时与其他成员达成了妥协,那就是中国有关出口税的承诺在 WTO 中具有特殊性,第 20 条不适用于此承诺。换言之,如果 WTO 成员和中国同意将第 20 条作为违反出口税承诺的行为的抗辩理由,它们本来可以在《议定书》第 11 条第 3 款或其他条款中作出此类表述,但其并未这样做。专家组的最终结论是,《议定书》第 11 条第 3 款的用词及其上下文排除了中国援引 GATT 1994 第 20 条的权利。^[8] 值得一提的是,专家组在假定 GATT 1994 第 20 条可适用于《议定书》第 11 条第 3 款的前提下仍然认定中国不能依据第 20 条(b)、(g)项获得免责。^[9]

三 对“中国原材料出口限制措施案” 专家组报告的若干质疑

笔者认为,尽管《议定书》第 11 条第 3 款并未直接或间接指向《建立 WTO 协定》、GATT 1994 或其他 WTO 附件协定,但这并不意味着中国在出口税问题上没有援引第 20 条例外规则的权利。在这方面,“中国原材料出口限制措施案”专家组报告存在许多值得商榷之处:

(一) 专家组过于僵化、机械的约文(文本)解释规则忽视了其他解释规则和方法

按照《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称 DSU)的规定,WTO 专家组和上诉机构应按照解释国际公法的通常规则(即《维也纳条约法公约》第 31 至 33 条)来澄清(解释)WTO 各协定。《维也纳条约法公约》第 31 条是条约解释的核心规则,其规定“条约应就其用语按照上下文并参照其目的与宗旨所具有的通常含义,善意地予以解释”。按此规定,条约解释首先应考虑约文(文本)的通常含义、上下文以及条约的目的与宗旨这三个基本要素,用语的“通常含义”应放在条约的“上下文”及条约的“目的与宗旨”的背景中善意地加

[7] 而申诉方指控中国的理由是,某些征收出口税的涉案产品不在第 11.3 条所指附件 6 的范围之内或者超出了中国承诺的出口税税率,同时也不属于 GATT1994 第 8 条所规定的情况。

[8] WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R. paras. 7. 116 - 7. 159.

[9] WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R. paras. 7. 468, 7. 591, 7. 614, 7. 616.

以理解。按照联合国国际法委员会的释义,第 31 条并不为其中包含的条约解释规则规定法律上的上下等级关系,而只是按照逻辑把一些解释因素进行适当排列。^[10] 条约解释者应善意地运用解释规则,“以使条约发生依其目的应有的合理效果”。^[11]

在 WTO 早期发生的“美国虾与海龟案”中,上诉机构已经明确指出:“这些规则要求联系上下文,并据条约的目的与宗旨,检查用语的通常含义。当用语本身赋予的含义含糊或不明确,或者需要确认用语本身理解的正确性时,可以从条约的目的与宗旨中得到有用的指导。”^[12] 尽管条约解释的根本目的在于探究用语的通常含义,但上下文和条约的目的与宗旨对于考察或验证用语的通常含义却是必不可少的,因为“条约的通常意义不是抽象决定的,而是按上下文并参照条约的目的和宗旨予以决定的”。^[13] 在解释实践中,WTO 专家组和上诉机构通常会先后考察这三项要素。

尽管 WTO 实践往往以约文解释为主,以上下文解释和目的解释为辅,但不能因此忽视目的解释的重要地位。目的解释符合国际条约解释的普遍趋势,因为“从众多国际司法机构解决国际争端的实践来看,在对条约解释的问题上,采取纯粹文本解释规则的实践是相当有限的,更多的则是目的解释规则”。^[14] 目的解释规则曾在某些 WTO 案件中发挥了决定性作用,其重要性甚至超过约文解释规则。其中最著名的莫过于上述“美国虾与海龟案”。上诉机构在该案中以《建立 WTO 协定》序言中的“可持续发展”这一目标为依据,强调环境保护在国际法律秩序中的重要性和合法性,并由此作出所谓“发展性解释”,将 GATT 1994 第 20 条(g)款中的“可用竭自然资源”解释为既包括非生物资源,也包括生物资源(如该案中的海龟)。

“中国原材料出口限制措施案”专家组解释的着眼点是《议定书》第 11 条第 3 款的通常含义及其上下文,而对于《议定书》的目的与宗旨却基本没有提及。专家组一再强调,《议定书》第 11 条第 3 款的用词以及上下文排除了中国援引 GATT 1994 第 20 条的权利。这种过度重视文本解释的方法可能会造成以下不利后果:“过于拘泥于文字的字面含义,因而对条约进行解释时不免对其予以限制解释,从而牺牲了条约的目的与宗旨,也无视条约谈判的现实性。甚至有时候,单纯地通过条约文字字面含义的解释,还可能会将缔约国所没有的意图也强加在缔约国头上。”^[15]

笔者认为,在解释《议定书》第 11 条第 3 款时,对《议定书》本身的目的与宗旨进行考察是必需的。鉴于《议定书》没有明文规定其目的与宗旨,其又属于《建立 WTO 协定》的组成部分,因此应以《建立 WTO 协定》的前言为依据来理解《议定书》的目的与宗旨,并进一步解释《议定书》第 11 条第 3 款的通常含义。我们可以看到,《建立 WTO 协定》前言明确指出,WTO“应按照可持续发展的目标促进资源的最佳使用,并且保护和保护环境”,这一目的与宗旨统领着 WTO 项下的所有法律文件。换言之,后者任何条款的解释都必须符合上述目

[10] 参见李浩培:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 351 页。

[11] 同上注,第 361 页。

[12] *Appellate Body Report on United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, para. 114, 转引自韩立余:《既往不咎——WTO 争端解决机制研究》,北京大学出版社 2009 年版,第 221 页。

[13] [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第一卷第二分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 664 页。

[14] 宋杰:《诉讼策略、诉讼技巧与条约解释——以 DS362、DS363 号案件为标本的观察与反思》,载张乃根主编:《WTO 争端解决的“中国年(2009)》,上海人民出版社 2010 年版,第 42 页。

[15] 宋杰:《国际法院司法实践中的解释问题研究》,武汉大学出版社 2008 年版,第 8 页。

的,任何与“保护环境、资源和可持续发展目标”相违背的解释都是不合法、不恰当的。因此,尽管《议定书》第 11 条第 3 款没有明确规定中国可基于上述目的而维持出口税,但按照目的解释规则,对第 11 条第 3 款应作此理解。此时,如何解释“保护环境、资源和可持续发展目标”就成为关键点。而 GATT 1994 第 20 条(b)、(g)两款可以作为《建立 WTO 协定》的前言的上下文来解释“保护环境、资源和可持续发展目标”的通常含义。基于此,我们可以“间接地”将 GATT 1994 第 20 条所授予的例外权利纳入到《议定书》第 11 条第 3 款。

进而言之,中国在《议定书》中所作出的承诺已经超出其他发展中成员所承担的义务,甚至很多承诺在 GATT/WTO 历史上并无先例。面对这样一种特殊情况,WTO 必须充分尊重中国在加入时的真实意图,并且创造性地运用解释规则与方法来阐释中国的超 WTO 义务,否则必将极大地影响这些特殊义务的履行,给中国带来不合理的负担。有学者明确指出,在解释中国的超 WTO 义务时,WTO 专家组和上诉机构应避免机械、狭隘地使用文本解释,而应权衡各种因素,包括关注《议定书》缔约者中国的意图;对中国超 WTO 义务的解释不得与 WTO 项下的一般法律规则(如 GATT 1994)相割裂,而应在遵从 WTO 法的整体性与统一性的基础上,并考虑《建立 WTO 协定》前言所主张的互惠与非歧视原则,采用更加整体和全面的解释方法。^[16] 这些主张无疑具有合理意义。在此基础上,笔者认为,在解释中国超 WTO 义务时应当遵循以下原则、方法和理论:

首先,条约解释应遵从合理原则。应当假定,各缔约国所追求的是合理的东西。因此,如果一项规定的意义含糊不清,那么应在合理与不合理的两种意义中选择合理的意义。^[17] 不允许中国在承担出口税义务时援引 GATT 1994 第 20 条显然是不合理的解释结果。

其次,“遇有疑义从轻解释”原则。按照该方法,如果一个词语含义不明确,那么应优先采取对承担责任一方赋予较轻责任的含义,或优先采取对一方内政和个人权利限制较少的含义,或优先采取对当事人各方一般性限制较少的含义。WTO 在实践中曾经采用该方法。^[18] 从轻解释方法的基本法理是,条约是在各国同意的基础上达成的,为避免不合理地扩张这种同意,应对条约进行从轻解释。既然 WTO 没有明文规定 GATT 1994 与成员方加入议定书之间的关系,那么在解释《议定书》时就应采用从轻解释方法,允许中国援引例外条款。

最后,“隐含权力”理论。^[19] 尽管实践中隐含权力理论主要适用于对国际组织的权力能力的解读,但对本文主题仍有一定参考价值。隐含权力理论直接来源于“没有禁止即为允许”的解释格言,实质上是目的解释规则的派生结果,即如果解释者确定了条约的某一目的,那么就应承认所有为了实现该目的所必需且未经条约明文规定的方法。据此,尽管《建立 WTO 协定》没有明文规定,但为了实现 WTO 多边贸易自由化与各成员公共政策目标(如

[16] 参见 Xiaohui Wu, Case Note: China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products(WT/DS363/AB/R), *Chinese Journal of International Law*, 2010, No. 2, paras. 16-17.; Xiaohui Wu, No Longer Outside, Not Yet Equal: Rethinking the China's Membership in World Trade Organization, *Chinese Journal of International Law*, 2011, No. 2, paras. 58-72.

[17] 参见杨泽伟:《国际法析论》(第二版),中国人民大学出版社 2007 年版,第 78 页。

[18] 参见韩立余:《既往不咎——WTO 争端解决机制研究》,第 227 页。

[19] 该理论由常设国际法院和国际法院在解释实践中逐步形成。国际法院在“关于为联合国服务而受损害的赔偿问题的咨询意见”案中首次提出了“隐含权力”概念,认为联合国的求偿权虽然在宪章中没有明文规定,但由于其对于联合国履行义务至关重要,可以认为其必要地隐含于宪章中。该理论得到了国际法学者的肯定。参见宋杰:《国际法院司法实践中的解释问题研究》,第 18-21 页。

环境保护)之间相互协调这一目的,各成员在承担贸易自由化义务时都拥有援引例外条款的权利。这种权利隐含在《建立 WTO 协定》之中,可以视为该协定为实现其宗旨而赋予成员方的权利。

(二) 专家组对出口配额与出口税的区别对待既损害 WTO 法的统一性也违背 WTO 及其成员的基本立场

按本案专家组的推理方法,中国的出口配额与出口税措施在法律属性上有很大差别:前者有机会获得例外条款所授予的豁免,而后者却无法享受这样的待遇(唯一的免责机会是申请 WTO 项下的义务豁免)。这种结论是十分荒谬的。尽管 GATT 1994 第 11 条(禁止数量限制)要求成员方不得采用出口配额,但采用该措施的被诉方即使被判令违反第 11 条,也可援引同一协定的例外条款即 GATT 1994 第 20 条来加以抗辩,并因此有可能获得胜诉;而 GATT 1994 并未涉及出口税问题,只在某些成员方的加入议定书中有所规定,专家组因此就简单地剥夺了被诉方援引 GATT 1994 第 20 条并据此获得免责的权利。从 WTO 旨在构建统一、完整的多边贸易体制这一角度来看,出口配额与出口税在性质上同属出口限制措施,原则上都应予以限制或禁止,同时一般例外条款也应统一适用于出口配额和出口税。专家组的解释显然损害了 WTO 法的统一性和完整性。已经有学者指出,如果在出口配额和许可证问题上成员方可以援引 GATT 第 20 条作为抗辩理由,那么不允许成员方在出口税问题上援引 GATT 1994 第 20 条作为抗辩理由的依据又何在呢?毕竟,出口税不仅是出口限制的一种形式,而且相比数量限制措施而言,征收出口关税透明度更高。^[20]

事实上,从 WTO 争端解决实践来看,相比出口数量限制,成员方更愿接受出口税。在两个涉及自然资源的争端案中,原被告都同意将出口禁令与数量限制转变为出口税。在“欧盟诉巴基斯坦禁止动物皮毛出口案”中,巴基斯坦将出口禁令改为出口税(WT/DS107);在“欧盟诉印度限制动物皮毛出口案”中,印度同样将出口配额改为出口税(WT/DS120)。^[21]这充分说明,相比出口数量限制(出口配额),WTO 及其成员方对出口税的认可度和容忍度更高。因此,不允许 WTO 成员为其出口税措施援引例外条款显然难以服人,与 WTO 及其成员的基本立场也是相违背的。^[22]

可资佐证的是,本案申诉方之一欧盟也承认在某些情况下成员方可以合法地使用出口税。在多哈回合谈判中,欧盟曾主张 WTO 应建立关于出口税的多边纪律,即将现有的 GATT 1994 规则适用于出口税和费用,特别是第 1、7、8 和第 17 条,同时将出口税承诺列入各国减让表中。欧盟并没有主张禁止成员依据 WTO 条款合法地使用出口税,而是认为“在某些合法的情况下,成员方可使用出口税,例如金融危机、幼稚产业、保护环境和本国供应不足”。欧盟的基本立场是,“相关的方法不是全面禁止出口税,而是在 WTO 目标、概念和原则的基础上建立具有透明度和可预见性的规则,同时包含 GATT 规则的例外”。^[23]

[20] 参见 Julia Ya Qin, *The Challenge of Interpreting “WTO-Plus” Provisions*, *Journal of World Trade*, 2010, p. 168。

[21] 参见 Jeonghoi Kim, *Recent Trends in Export Restrictions (2010)*, OECD Trade Policy Working Paper No. 101, 资料来源: http://www.oecd-ilibrary.org/trade/recent-trends-in-export-restrictions_5kmbjx63sl27-en;jsessionid=6ub4mzyoo72w-epsilon, 2011 年 7 月 29 日访问。

[22] 这一点可以从 GATT1994 第 11 条第 1 款得到印证。根据该条款的规定,关税是可允许的管理对外贸易的方式,而数量限制则是明确禁止的。

[23] 参见 WTO, *Fourth Revision of Draft Modalities for Non-Agricultural Products Market Access*, TN/MA/W/103/Rev. 3, 6 December 2008, pp. 45 - 47.

(三) 专家组报告既没有客观看待《议定书》与 GATT 1994 及 WTO 其他协定之间的关系也错误地割裂了 WTO 各协定之间的逻辑联系

除了《议定书》第 11 条第 3 款本身的用词外,专家组拒绝中国援引 GATT 1994 的另一个理由是:一般情况下,从第 20 条序言中“Nothing in this Agreement……”这一表述来看,该条所规定的一般例外仅应适用于 GATT 1994。专家组还特别指出,在某些情况下,WTO 成员决定将 GATT 1994 第 20 条纳入到其他多边协定中,如《与贸易有关的投资措施协定》;而某些协定则规定了自己的例外,如 GATS 和《与贸易有关的知识产权协定》等。^[24] 总之,在本案专家组看来,WTO 框架下所有没有明示例外的协定都未授予成员方例外权利。国内也有学者提出了类似观点。其通过考察 GATT 1994 第 20 条的通常含义、目的与宗旨以及缔约历史,并结合《议定书》相关条款的约文,主张 GATT 1994 第 20 条只能适用于中国加入议定书中明确规定或者通过其他协定间接援引可以适用该条款的部分以及对 GATT 1994 相关内容加以重申的部分,对于其他部分则无适用空间。^[25] 照此标准,GATT 1994 第 20 条显然不能适用于《议定书》第 11 条第 3 款。

笔者对此不敢苟同,因为以上观点片面地将 GATT 1994 而非 WTO 条约群作为论证的出发点,没有从整体上考察 WTO 各协定之间的关系,忽视了 WTO 条约群的特殊性。

WTO 法律体系是由若干缔结于不同历史时期的协定所组成的条约群:第一部分是乌拉圭回合前关贸总协定历史上达成的协定,典型代表就是 GATT 1994(其内容实质上是 GATT 1947 与若干谅解、决定、议定书等法律文件的综合);第二部分是乌拉圭回合达成的协定,如《建立 WTO 协定》、《反倾销协定》、《保障措施协定》、GATS、《关于争端解决的规则与程序的谅解》等;第三部分是 WTO 成立后所达成的协定,如新成员的加入议定书。而基于一揽子承诺的谈判模式,以上缔结于不同历史阶段的协定构成了一个单一的协定,即《建立 WTO 协定》,其他所有法律文件均属《建立 WTO 协定》不可分割的组成部分。WTO 各协定之间既有独立性——产生于不同历史时期,又有整体性和共同性——相互联系构成一个单一的法律文件。鉴于 WTO 条约群的以上特点,我们可以得出以下结论:

第一,基于历史的原因,GATT 1947(以及 GATT 1994)的缔约方不可能预见到各国今后将要达成哪些协定以及 GATT 1947 与可能达成的协定之间的关系,因此在第 20 条的序言中通过明确规定“Nothing in this Agreement……”而将例外权利的适用仅限于“本协定”是合理的,也客观地体现了当时缔约者的意图。但是,能否将 GATT 1994 第 20 条适用于《议定书》,并非取决于 GATT 1994 缔约者的意图,而是取决于《议定书》的缔约者(即中国与 WTO 其他成员)的意图。事实上,即便两个不是 WTO 成员的国家也可在其双边协定中适用 GATT 1994 第 20 条。^[26] 因此,本案的关键是探究《议定书》的缔约者的意图,专家组犯了一个逻辑上的错误。

第二,在这样一个订立时间不同、内容十分庞杂却浑然一体的单一法律文件内,我们对成员方权利义务的理解不能局限于某一个或数个条约,而应当从《建立 WTO 协定》所统领的条约群这个整体来加以审视。WTO 项下所有条约是一个国际贸易契约或国际商业合同,

[24] WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R. paras. 7. 151 - 7. 153.

[25] 参见郭文利:《论 GATT 1994 第 20 条对我国入世议定书的适用》,《国际经贸探索》2010 年第 11 期。

[26] 参见 Julia Ya Qin, *Pushing the Limits of Global Governance: Trading Rights Censorship and WTO Jurisprudence—A Commentary on the China-Publication Case*, para. 64.

是各成员在互惠的基础上进行利益交换、博弈、平衡的结果。^[27] WTO 项下所有条约都是这个“合同”的组成部分。简言之,各成员的权利义务平衡可通过不同条约来实现,某一条约内的权利可与另一条约内的义务相连(只要两者之间有必然、客观的联系),反之亦然。WTO 争端解决中的跨部门与跨协定贸易报复(统称为交叉贸易报复)制度正是体现了这样一种基本思想。

从新成员加入程序来看,每一成员方在加入 WTO 时都要仔细斟酌自己的成本与收益,而要取得两者之间的平衡绝非易事,纠缠于某一条约所带来的得失并不明智,有时需要跨部门甚至跨协定的精心计算与巧妙谈判。^[28] 任何新成员在加入 WTO 时,都是以利益平衡——基于自身的成本收益观——为前提而在加入议定书中作出特定承诺的。对新成员来说,加入议定书与既有的 WTO 各协定一起构成了利益平衡体或权利义务的平衡体。因此,尽管目前尚无关于《议定书》第 11 条第 3 款的缔约历史资料可供参考,但鉴于权利义务平衡是指导整个中国加入 WTO 谈判工作的基本原则,^[29] 中国在第 11 条第 3 款项下义务的承担应当通过相关权利的享有来实现平衡。我们无法想象,中国代表在明确得知 GATT 1994 第 20 条的例外权利不能适用于出口税承诺后还愿意接受《议定书》第 11 条第 3 款的内容。可资佐证的是,在“中国原材料出口限制措施案”发生前,中国政府已经多次声明,对某些重要的工业用原材料的出口限制正是基于 GATT 1994 第 20 条所规定的保护环境、资源、人类健康等目的而采取的。

第三,WTO 以加入议定书的方式来接受新成员,与其他国际组织接受新成员的方式有着重大差别。这种方式充分体现了 WTO“利益至上、互惠为先”的基本理念,因为每一份加入议定书都是新成员加入 WTO 所要付出的代价。这种独特的加入方式带来一个亟待解决的问题:如何界定加入议定书与既有的 WTO 各协定之间的关系?在 WTO 尚未对此作出明文规定的情况下,我们可先从逻辑上加以简单的梳理。

从订立时间看,加入议定书与既有的 WTO 各贸易协定之间是一个不断叠加的关系,而要达到相互融合的目的,就必须在两者之间找到共同点,否则就不可能构成一个内部统一的整体。我们看到,WTO 以其管辖的三大贸易领域——货物贸易、服务贸易和与贸易相关的知识产权——为标准,将《建立 WTO 协定》项下的附件 1 划分为 A、B、C 三个部分。但是,每一个新成员的加入议定书都有可能同时包括这三个方面的承诺,不可能将之单独归入货物贸易协定或服务贸易协定或知识产权协定。那么,合理的解决方案就是将加入议定书中有关货物贸易的部分(如出口税)归入货物贸易协定,有关服务贸易的部分归入服务贸易协定,有关知识产权的部分归入知识产权协定。基于此,GATT 1994 与《议定书》第 11 条第 3 款同属 WTO 项下货物贸易协定的组成部分。无论是否有明示或默示的指向,GATT 1994 第 20 条都可适用于《议定书》第 11 条第 3 款以及其他调整货物贸易的条款(如第 5 条第 1 款)。同理,GATT 1994 第 20 条也可适用于其他没有规定一般例外条款的货物贸易协定,如《反倾销协定》、《补贴与反补贴措施协定》和《技术性贸易壁垒协定》。

[27] 参见韩立余:《既往不咎——WTO 争端解决机制研究》,第 26-27 页。

[28] 例如,通常认为,乌拉圭回合达成的 TRIPS 和 GATS 两大条约更多地向发展中国家施加了义务,但发展中国家却又在《农业协定》和《纺织品与服装协定》中获得了相应收益。因此,发展中国家通过跨协定(货物贸易、服务贸易、知识产权)的方式取得了权利与义务的平衡。

[29] 参见王毅:《世纪谈判:在复关/入世谈判的日子里》,中共中央党校出版社 2007 年版,第 190 页。

四 结 论

“中国原材料出口限制措施案”专家组报告的发布,使得 GATT 1994 对新成员加入议定书的可适用性问题更加凸显。该报告在条约解释规则与方法、对出口税与出口配额的法律属性的理解以及对 WTO 条约群内部关系的解读等方面均存在不少可以商榷之处。中国也已经就 GATT 1994 第 20 条对《议定书》第 11 条第 3 款的可适用性问题提起上诉。^[30]

GATT 1994 与新成员加入议定书均为《建立 WTO 协定》的下属法律文件,它们应被视为《建立 WTO 协定》这个国际贸易契约的不可分割的重要组成部分。成员方在《建立 WTO 协定》(包括作为其附属文件的 GATT 1994 与新成员加入议定书)项下的权利与义务紧密相关、不可割裂,这些相互联系的权利与义务构成了一个精巧的平衡体。因此,基于成员方权利义务相平衡的基本原则,加入议定书项下的义务可通过援引 GATT 1994 项下的例外权利而获得免除,GATT 1994 可适用于包括中国在内的任何新成员的加入议定书。鉴于专家组和上诉机构在个案中对 GATT 1994 与新成员加入议定书的关系问题所作的任何裁决都不具有普遍约束力,笔者建议中国在适当时候要求 WTO 部长级会议或总理事会就这一体制性难题作出权威解释。该解释必将对中国适当履行《议定书》项下的“超 WTO 义务”以及合理行使 WTO 项下的各种例外权利产生深远影响。

[Abstract] Whether Article XX of GATT 1994 is applicable to its Member's Accession Protocol is an institutional problem confronted by WTO today. The Panel report of *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials* rejected China's argument that Article XX of GATT 1994 could be applied to Article 11.3 of China's Accession Protocol. The conclusion reached by the Panel report is open to question; the excessively rigid and inflexible rule of textual interpretation has been applied without considering other interpretative rules and approaches; the distinction between export quota and export tariffs has been detrimental to the consistency of WTO law as well as run counter to the basic position of WTO and its Members; and the relationship between China's Accession Protocol and GATT 1994 and other WTO agreements has been subjectively treated, thus incorrectly isolating the logic relationship among WTO's various agreements. When lodging an appeal, China should request the Ministerial Conference or General Council to give an authoritative interpretation on the relationship between GATT 1994 and its Member's Accession Protocol.

(责任编辑:廖 凡)

[30] 当然,即使上诉机构裁定 GATT 1994 第 20 条可适用于《议定书》第 11 条第 3 款,中国也有可能因争议措施未能依据第 20 条(b)、(g)两项获得正当性而败诉。然而,GATT 1994 第 20 条可适用于《议定书》与中国不符合 GATT 1994 第 20 条(b)、(g)两项的援引条件毕竟是两个相互独立的法律问题。一旦上诉机构作出肯定性裁定,仍将对中国履行《议定书》项下的义务产生积极影响。