

WTO 争端解决中的法律解释

王 毅*

内容提要：在长达六十余年的 GATT/WTO 争端解决实践中，大量的案例报告书对多边贸易协定进行了内容丰富的法律解释，其中的专家组/上诉机构的法律解释具有准司法解释的性质，解释的宗旨是维持成员方之间在协议基础上的权利义务平衡。这些法律解释形成了自己的适用规则和特点，如解释的方法从追溯查证缔约原始文件，发展到采用国际公法解释惯例规则；以总则条款制约细则条款，对协议条文进行整体一致的解
释；对例外条款从严解释；援引先前案例的解释不构成案例法意义上的判例而应属于条约解释的嗣后惯例；通过解释和推理，填补有关协议规定的空白或缺漏，使协议规定更加明确和具体化；等等。了解这些规则和特点对于中国参与 WTO 争端解决具有重要的实际意义。

关键词：WTO 争端解决 法律解释 惯例规则 国际法

一、概述法律解释的性质

从关税与贸易总协定（以下简称“关贸总协定”、“总协定”或 GATT）到世界贸易组织（以下简称“世贸组织”或 WTO），多边贸易体系历来被认为是一个非常复杂的贸易条约体系，要从法律角度进行解释尤其困难。关贸总协定的第二任总干事奥利弗·朗格博士曾说过，“关贸总协定法律的复杂性，程序的特殊性和谈判在其运作中的重要作用，都使那些不具备关贸总协定活动方式知识的人，感到很难去认识其中奥秘。”〔1〕

在经过八个回合的多边贸易谈判、特别是乌拉圭回合谈判之后，这个条约体系变得更为庞大和复杂。它不仅继承了《关贸总协定》的修订文本，有关协议、决定、谅解和议定书等法律文件，而且扩大到了《服务贸易总协定》（GATS）和《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）；在货物贸易、服务贸易和知识产权三大领域达成的相关协议、谅解和决定共约六十多项，而且还有长达两万多页的全体成员方的关税减让表和服务贸易承诺表，这些也构成 WTO 不可分割的组

* 山西大学法学院教授，曾作为中国代表团成员参加了乌拉圭回合多边贸易谈判。

〔1〕 Olivier Long, *Law and Limitations in the GATT Multilateral Trade System*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. IX.

成部分。此外，各国加入议定书和减让议定书，以及部长级会议、各级理事会和委员会所通过的决议和决定，连同已经通过的专家组和上诉机构的争端解决报告书等等，所有这些构成了一整套多边贸易规则体系。因此，GATT/WTO 也被称为是“以规则为基础”的多边贸易法律体系。它的复杂性还表现在：第一，各项协议及法律文件不仅规范国际贸易，而且涉及投资、知识产权、金融、环境等诸多领域，彼此之间相互关联，相互作用，甚至可以跨协议进行贸易报复。有的协定（如 TRIPS）还与 WTO 体系之外的国际公约相互联系。第二，WTO 成员方之间已经不是传统的双边权利义务关系，而是在多边最惠国待遇基础上实现了权利义务关系的多边化。一项贸易措施的实施，往往对多个成员方在 WTO 项下的权益产生连锁反应。

分析 WTO 的条约解释，就不能不首先了解 WTO 协议的谈判缔约背景。

在乌拉圭回合以及此前的多边贸易谈判中乃至目前的多哈回合谈判中，缔约方始终坚持达成协议必须采用协商一致（by consensus）的方式。^{〔2〕}这种协商一致往往是由具有经济实力的贸易大国和经济体主导的，主要贸易大国之间在一些关键问题上往往长时期对峙。为打破僵局达成妥协，协议条文不得不采用一些模棱两可、能够为各方接受的含糊性的措辞语言。不同发展水平的参加国之间的利益冲突等因素也难免导致协议条文语言模糊和不一致。而对于许多中小参加国而言，有些协议条款并非自己的代表在谈判中字斟句酌的结果，而是在必须达成“协商一致”时随大流（join the consensus）的产物。同意“加入协商一致”并不意味着缔约各方在这种条文表述的背后具有相同的立场、相同的利益、相同的理解，乃至相同的解释。随大流的协商一致，往往埋下了歧义解释和争端的伏笔。

由于 WTO 协议谈判的这种特点，在许多协议中都存在所谓“推定式模糊”，因此在履行协议时就有了澄清的必要。《关于争端解决规则与程序的谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes，简称 DSU）第 3 条 2 款明确规定，WTO 协定的现行规定可按照国际公法解释的习惯规则加以澄清。^{〔3〕}众所周知，DSU 的措词文字都是字斟句酌、十分严谨，不会使用不准确的术语。这里使用了“澄清”（clarify），就反证了 WTO 协议中确实存在着模糊和歧义。有的情况下，文字歧义是谈判方为了在有关协定中达成一致性的条款，不得不采用积极性的歧义条文，而这种歧义性条文恰恰反映了谈判各方对某些症结尚未达成一致的意见，只是为了行文上方便才在文字表述上达成了一致，实际上这些条文隐含着多种解释。这种积极性的歧义条款，为谈判方将来在履行时作出对己方有利的解释留下了法律空隙，也为进一步的谈判留下了空间。诚如英国条约法专家安托尼·奥斯特所说，“条约是谈判导致妥协以调解经常是广泛的分歧的产物。就多边条约而言，谈判国的数目越多，满足各方冲突利益的富于想象力的灵活起草的需要就越大。这一过程不可避免地产生了许多不清楚或模棱两可的用词。尽管在起草时非常小心并积累了很多经验，没有任何条约是不可能产生一些解释问题的，大多数提交国际司法的争端都涉及某种条约解释的问题。”^{〔4〕}实践表明，解释条约是适用条约和履行条约的一部分，在 WTO 争端解决过程中是一项十分重要而又颇为敏感的工作。

在世贸组织内，法律上具有效力的对 WTO 协议的解释有两种方式：一种是 WTO 全体成员的“权威性解释”（authoritative interpretation），另一种是由 WTO 全体成员授权给争端解决机

〔2〕 Article IX:1 of Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 原文见 *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations: the Legal Texts*, published by the GATT Secretariat, Geneva, 1994, p. 11.

〔3〕 Article 3:2 of DSU. 参见上引书，第 405 页。

〔4〕 [英] 安托尼·奥斯特：《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 179 页。

构 (Dispute Settlement Body, 简称 DSB) 及其设立的专家组和上诉机构对 WTO 协议的现行规定进行的解释, 这种解释属于“司法性解释” (judicial interpretation), 或者更准确地说是“准司法解释” (quasi-judicial interpretation)。

所谓“权威性解释”, 是 WTO 全体成员方通过决定方式, 寻求对 WTO 项下协议的有关规定做出的解释。^{〔5〕} 权威性解释起源于罗马法的概念, “谁有权制定法律谁就有权解释法律” (*ejus est interpretari legem cujus est condere*)。这项条约解释的权力的法律依据在于, WTO 协议是由作为国际法缔约主体的 WTO 成员方谈判达成的, 缔约各方自然有权力对根据自己意志达成的协议共同做出权威性解释。但是, 依赖 WTO 现行体制下的协商一致规则作出这种权威性解释, 在现实中十分困难, 实际运作的可能性甚小。根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》及 DSU 的规定, WTO 成员只有通过部长级会议和总理事会方可以对 WTO 协定的条文行使立法解释权, 并且必须获得全体成员四分之三的多数通过才能取得法律效力, 成为权威性解释。^{〔6〕} 通常情况下, 对于协议条文的解释各成员观点不一, 特别是涉及到国家利益时往往争执不下, 很难取得法定的四分之三多数通过。迄今, 在世贸组织中利用这种权威性解释方式的先例不多。在 WTO 这样一个以契约为基础拥有一百五十多个成员的国际组织中, 其长期采用的立法协商一致规则, 使得全体成员行使立法解释权勉为其难, 通常需要经过较大规模的多边谈判, 在大多数情况下只能比较现实地通过 DSB 设立的专家组和上诉机构对有关协议的规定进行准司法性解释。

根据 DSU 第 3 条 2 款规定, WTO 争端解决机构可按照国际公法解释的习惯规则澄清 WTO 协定的现有规定。^{〔7〕} 依此规定, DSB 设立的专家组和上诉机构被赋予对 WTO 协议按照规则加以解释的解释权, 而专家组和上诉机构的解释在报告书被 DSB 通过之后, 即应生效和履行。该条款同时规定, DSB 的建议和裁决 (其中当然包括对条约的法律解释) 不能增加或减少所涉相关协定所规定的权利和义务。^{〔8〕}

围绕 DSB 专家组和上诉机构的解释权限, 理论界大致形成了两种观点:

一种主张司法能动主义。这种观点认为关贸总协定项下的协议, 属于“不完全契约”, 专家组和上诉机构有权利也有必要在争端解决过程中解释有关协议中模糊或模棱两可的条款, 并可填补其中一些空白。这种主张由来已久, 并且已在 GATT 时期就已在事实上付诸实行。

另一种观点则反对专家组和上诉机构通过解释有关协议来澄清其中的模糊之处, 坚持认为专家组和上诉机构不得填补 WTO 协议中的空白和缺漏, 认为这会形成“司法造法”, 损害成员方在 WTO 项下的权利义务平衡, 甚至会造成“实质性重写” WTO 的相关协议。^{〔9〕}

后一种观点显然是不利于 WTO 争端解决机制功能的正常发挥, 不利于 WTO 协议的公平履行。因为如果在 WTO 条约解释中不发挥专家组和上诉机构的能动性, 就会产生两种后果: 其一, WTO 成员的争端不能得到解决。因为“理不辩不明”, 对模糊的条款不作解释和推理, 就无法判定当事方的是非曲直, 这就像一杆准星模糊的秤无法保证公平交易一样。其二, WTO 协议

〔5〕 Article IX:2 of Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. 参见前引〔2〕, 乌拉圭回合法律文本, 第 11 页。

〔6〕 See Article IX:2 of Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization and Article 3:9 of DSU.

〔7〕 Article 3:2 of DSU.

〔8〕 Article 3:2 of DSU.

〔9〕 参见程红星:《WTO 专家组、上诉机构“司法解释”合理性研究》, 载《国际经济法学刊》第 12 卷, 北京大学出版社 2005 年版, 第 331 页以下。

将会成为无法适用的僵化的条文。所谓“协议的适用”，就是要在案例特定的环境中，对协议规定的权利义务各项要件加以确认和澄清，其中必然或多或少地需要对规定这些权利义务各项要件的条文作出解释，才能使协议中规定的权利义务在实际案情中得到确认和履行。

按照司法能动论，最初的 GATT1947 乃至 WTO 协议都属于条约法中的“不完全契约”。该契约的完善，可以通过缔约方的重新谈判加以修改或作出具体的附加决议，也可以通过 DSB 在解决争端案例的过程中作出准司法解释加以弥补。如上所述，WTO 全体成员通过部长级会议或总理事会以四分之三多数作出“权威性解释”的概率甚微，因此大量的解释是 DSB 设立的专家组和上诉机构作出的“准司法解释”。

所谓“准司法解释”是由于 DSB 与海牙国际法院不同。DSB 是一个由全体 WTO 成员组成的处理国际贸易争端的机构 (Body)，而不是由职业法官组成的法院 (Court) 或法庭 (Tribunal)。组成 DSB 的全体成员代表在处理贸易争端时，除了考虑法律因素外，还掺杂了经贸利益、政治因素和外交关系等等。因此 DSB 是一个解决 WTO 成员之间贸易争端的准司法机构，而 DSB 所设立的专家组 (Panel) 和上诉机构 (Appellate Body)，虽然是由国际贸易法律专家组成，但是他们只能就案件作出包含事实认定 (fact-finding) 的建议 (recommendation) 和裁定 (ruling) 的报告书。这些报告书并非法院判决书，只有在 DSB 通过报告书之后，才对当事方产生法律效力。也就是说，发生效力的报告书是法律专家的司法裁决与 DSB 成员的经济政治考量取得平衡的产物，特别是在尚未实行反向一致程序规则的 GATT 时期更是如此。此外，处理每个个案的专家组的组成人员并不是固定的，而是当事方临机选择或由总干事指定的；上诉机构虽属于常设机构，但具体个案的上诉庭是通过抽签选出三名成员组成的。因此专家组和上诉机构成员也被称为是“临时法官” (*ad-hoc judge*)，故专家组和上诉机构所作的解释应作为“准司法解释”或直接称为“法律解释”。

WTO 争端解决中的法律解释应该属于国际法的条约解释范畴，是在多边贸易体制特定条件下的条约解释。它既有国际条约解释的共性，又有多边贸易体制灵活务实的个性。这种带有多边贸易体制烙印的条约解释可以概括为两方面内涵：

一是澄清有关协议的模糊规定。这些“模糊规定” (ambiguity) 产生的背景原因多种多样，有的是多边贸易谈判中谈判者故意预留的伏笔，以便于在履行时对己方有利；有的是谈判中迫于政治经济压力，为使协议尽快达成而含糊其辞等等，不一而足。对于此类模糊规定，专家组和上诉机构应在协议的权利和义务范围内加以澄清。

二是对有关协议规定中的“空白” (blank) 加以填补，这种空白并非文字上的空白，而大多是逻辑推定的空白。形成这些空白的原由亦多种多样，如谈判各方对空白中的内涵有巨大分歧，而协议起草中只能略过不提 (GATT/WTO 秘书处在处理此类空白时，往往是驾轻就熟)；或者是谈判中未能做到在协议规定中将各种情况罗列无遗，从而造成“立法缺漏” (*non liquet*)。对于此类规定空白，专家组和上诉机构可以在没有条文直接规定的情况下，针对案情加以解释和推定，但须符合成员的缔约原意、立法背景，并与协议的上下文相一致。

如何界定 WTO 专家组和上诉机构对有关协议进行解释的权限和规则，尤其是涉及一些敏感的模糊和空白之处，往往直接关系到成员之间权利和义务平衡。我们虽然赞同司法能动的观点，但也应充分认识到对 WTO 协议规定进行法律解释的风险。这种风险就在于，任何试图解释 WTO 协议条文中构筑的微妙平衡和预留的推定式模糊及空白，都有可能影响乃至破坏成员之间的权利义务平衡以及利益的平衡。要做到这一点，必须有对协议缔约宗旨的把握和对于协议条文

字里行间蕴含的成员之间利益关系的透彻理解,以及运用国际公法解释习惯规则的高超技能。DSB设立的专家组和上诉机构不得通过澄清模糊和填补空白为成员方创设或增加新的义务或减少原有的义务,这应当成为WTO争端解决中法律解释的一条不可触犯的“红线”,因为这样做显然违反了DSU第3条2款的原则性规定,即DSB的建议和裁决不得增加或减少相关协议所规定的权利和义务。从这个意义上来说,DSB在争端解决中的法律解释不应视为“司法立法”(judicial law-making),而应称为“司法适用”(judicial law-applying),或者是“司法促使法律实施”(judicial law-enabling)。

回顾六十余年的GATT/WTO争端解决历史经验,特别是自乌拉圭回合对争端解决机制做出重大改革(例如,采用反向一致规则和增设上诉机构等)以来的实践,我们可以看到,GATT/WTO在争端解决的条约解释方面形成了一系列法律规则和特点,本文以下将分别论述。

二、从注重追溯查证缔约原始文件,到采用国际公法的解释惯例

1947年《关贸总协定》是在《临时适用议定书》(PPA)基础上“临时适用”的,协议本身并没有关于条文解释规则的正式规定,因而在GATT最初的争端解决程序中,如何解释协议条文的规则并不十分明确。缔约方全体最初设立工作组(working party)来解决贸易争端,以后改由贸易法律专家组成专家组(panel)进行一案一审。专家组在遇到案例中需要解释有关条款或措词时,通常是按照传统的解释方法——“求助于准备资料”,“在实际适用该条约中所依循的惯例”,“斟酌该条约的目的”等。^[10]其中最主要的是追溯原始的联合国贸易与就业大会当时会议的原始文件、协议草案和会议的记录文件,^[11]从中寻找相关条文、措词或术语的初始本意和确切涵义,以及相关条款的缔约意愿和宗旨,依此加以解释和推论。这些原始材料的价值取决于若干因素,最重要的是真实性、完整性和可获性。^[12]

尽管联合国国际法委员会在1969年召开维也纳外交会议,通过了《维也纳条约法公约》,并且该公约于1980年1月27日正式生效,但直到关贸总协定的东京回合期间,争端解决专家组仍然基本上沿袭了在解释协议条文时追溯查证缔约原始文件、协议草案和谈判记录文件的习惯做法,而根据《维也纳条约法公约》第32条,这些只是条约解释的补充规则。^[13]这种倚重原始缔约文件的条文解释方式曾被有的学者视为法律知识相对欠缺,但是这种方式毕竟是简单直接、行之有效的,在GATT初期的争端解决中起了积极有效的作用。

在GATT后期,在1987年“日本—进口酒类关税案”专家组报告书中,首次提出了1969年《维也纳条约法公约》第31条和第32条是条约解释的惯例规则,并援引其中规则对协议条文进行了解释。^[14]该案报告书表明,专家组在实践中开始逐渐注意到条约解释的《维也纳条

[10] 《国际法学会年刊》,1956年法文版,第364页;转引自李浩培:《条约法概论》,法律出版社1987年版,第420页。

[11] 这些文件主要包括1946年11月的“伦敦草案”,1947年2月的“纽约草案”,1947年8月的“日内瓦草案”,1947年10月签署“临时适用”的关贸总协定,1948年3月通过但未生效的《ITO宪章》(《哈瓦那宪章》)。See *GATT Analytical Index: Guide to GATT law and Practice*, by World Trade Organization and Bernan Press, 1995, 6th ed., pp. 3-20.

[12] 前引[4],奥斯特书,第192页。

[13] See Ernst-Ulrich Petersmann: *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International Ltd., 1997, p. 112.

[14] GATT BISD 34S/83, 112-115.

约法公约》习惯规则，逐步采用了文义、系统、功能解释和上下文一致、参照嗣后惯例等解释方法。

长达八年的乌拉圭回合多边贸易谈判的突出贡献之一，就是各参加方实质性地改进了争端解决机制，将 GATT 五十年争端解决的经验与程序加以总结和提高，集中体现在 DSU 上。DSU 第 3 条 2 款规定，争端解决机制是用于“维护各成员在协议项下的权利和义务，并依照国际公法的解释惯例澄清那些协定的现行规定。”^{〔15〕} DSU 首先明确了 WTO 争端解决在解释条约时应“依照国际公法的解释惯例”（customary rules of interpretation of public international law）。这无疑是在解释条约方面向法律规范化迈进了一大步。它实际上是对 GATT 后期专家组援引《维也纳条约法公约》来解释关贸总协定的实践的一项法律确认。

在国际法领域有众多学理解释观点和条约解释学派，也存在关于条约解释的公约和一些法律文件，但构成“国际公法的解释惯例”的内涵究竟是什么，这个问题本身需要解释。^{〔16〕} 颇具意味的是，迈出第二步的任务，依然是通过 WTO 成立初期的专家组和上诉机构的解释而完成的。

在著名的 WTO 首个争端解决案例——“美国—精炼与常规汽油标准案”中，专家组和上诉机构均援引了《维也纳条约法公约》。上诉机构报告作了明确的认定：“条约解释的基本规则在《维也纳条约法公约》中得到了最权威和简洁的表述，其中第 31 条‘解释的通常规则’第 1 款规定‘条约应依其用语按照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’。该‘解释的通常规则’已为本争端的所有当事方和第三方采用。这个‘解释的通常规则’已经取得了传统或习惯国际公法规则的地位。因此，其应是 DSU 第 3 条第 2 款中所指示的‘国际公法解释惯例’之一部分，可以用来澄清《建立世界贸易组织的马拉喀什宣言》及附件中的诸多适用协定中的规定。”^{〔17〕}

在此后的案例中，例如 1996 年“日本—酒类饮料税案”等，对《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条已经取得传统或习惯国际公法规则的地位这一论断，均得到了专家组和上诉机构的确认，并为 DSB 所通过。^{〔18〕}

《维也纳条约法公约》第 31 条 1 款规定了条约解释的一般规则的三项要素——即约文用语的通常涵义、约文的上下文、条约目的与宗旨。这三项要素应综合互补，相辅相成。善意解释是条约解释的基本原则。“既然条约必须善意履行，当然亦须善意予以解释。”^{〔19〕} 所谓善意解释，就是从诚实信用的立场进行解释，望文生义、强词夺理，牵强附会，以偏概全或故意歪曲都不符合善意解释。

应该注意的是，DSB 通过专家组和上诉机构的报告书已确认了《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条具有“习惯国际公法规则的地位”，但这两条款并不是“国际公法的解释规则”的全部内涵，而正如“美国汽油案”的上诉机构报告书所说，“其应是 DSU 第 3 条 2 款中所指示的‘国际公法解释惯例’之一部分”。^{〔20〕} 这里表述的是“一部分”而不是“全部”。

由 GATT 演变而产生的 WTO 在国际组织机构中具有独特性，这反映在其争端解决机制和

〔15〕 Article 3:2 of DSU.

〔16〕 有关学派及其观点，可参见前引〔10〕，李浩培书，第 406 页以下。

〔17〕 WT/DS2/AB/R, p. 17.

〔18〕 See the panel report of WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, para. 6. 2, p. 105, and the Appellate Body report of WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 10.

〔19〕 前引〔10〕，李浩培书，第 431 页。

〔20〕 WT/DS2/AB/R, p. 17.

条约解释规则方面。虽然《维也纳条约法公约》第31条和第32条已被确认具有“习惯国际公法规则的地位”，但它们只是国际公法的解释惯例的一部分，或者可以说是主体部分，而它们地位的确认并不能排除、也不应该否认GATT/WTO在长期实践中一些行之有效的解释协议的习惯规则和习惯做法的存在和继续适用。例如，实效解释原则和发展解释原则等。

1969年《维也纳条约法公约》第31条和第32条，在某种程度上是脱胎于1956年国际法学会格拉纳达会议上通过的关于条约解释的决议。该决议也包含了第一条和第二条两个关于条约解释的条文。^{〔21〕}二者主要区别之一，就是在国际法学会决议中“求助于准备资料”被列为正当的解释方法之一，而在《维也纳条约法公约》第32条中，“条约的准备资料及其缔结的情况”则被归为在约文解释不明或显然荒谬不合理时所采用的“补充解释资料”。这样，就在第31条主要的解释通则与第32条规定的“补充解释资料”之间，人为地设置了一个“等级上的区别”（hierarchical distinction）。

对此，我国在条约法领域有深厚造诣的李浩培教授认为，《维也纳条约法公约》的“这两个规定把约文解释的地位提得过高，准备资料的地位压得过低。该公约对这两种解释的规定失去平衡，其结果必然有损于对缔约各方共同意思的探求。”^{〔22〕}“在这点上，国际法学会1956年的决议是比较合理的，因为它虽然规定了约文解释原则，但同时也规定受诉的国际司法机关应判断是否需要，以及在什么范围内需要利用其他解释方法，而且求助于准备资料被列为正当解释方法之一。这样的规定显然使受诉的国际司法机关在利用准备资料方面有自由裁量的余地，从而有助于作出正确的解释。而条约法公约第三十二条规定的精神却大不相同。在约文所使用的词语被认为具有明白的通常意义的情况下，它把准备资料的使用限于证实（confirm）依约文解释所得到的意义，而不能用以检定（verify）依约文解释所得到的意义是否符合缔约各方的共同意思。然而国际司法机关认为一个词语所具有的明白的通常意义并非必然符合缔约各方真正的共同意思。该规定由于排除了使用准备资料以检定依约文解释所得到的意义是否符合缔约各方的共同意思的可能性，就妨碍了对这种共同意思的探求。当然，该规定有维持条约稳定性的优点，然而这个优点在不少场合是在牺牲对缔约各方共同意思的探求下取得的，所以不能认为已臻妥善。”^{〔23〕}

应该说，李浩培先生的看法较为全面而分析颇有见地。注重探求缔约国在缔约时的共同意思的解释规则可以追溯到罗马法的名言——“在约定中，应当注意的是当事人的意思而不是语言”（*semper in fide quid senseris, non quid dixeris cogitant*）。它实际上是把民法上解释契约的规则延伸到条约解释中。条约以缔约各方的意思一致为成立的要件之一，反过来，解释条约也应以当事方的真实意思为基础。尤其在多边贸易协议的法律解释中，在必要的情况下，应对缔约原始文件、协议草案和谈判会议纪要进行追溯查证，毕竟具有契约性质的GATT/WTO协议的缔约原意，应该在争端解决的法律解释中首先得到尊重。过分地依赖《布莱克法律大词典》一类“本本”，对协议的字句进行学究式的咬文嚼字加以解释并不足取。公约第31条所说“通常含义”（ordinary meaning），并不应简单理解为“字典含义”（dictionary meaning）。如果条约起草者是针对一个特定的目标受众群体（如从事国际贸易行业）而写的，那么，“通常含义”就往往是该

〔21〕 前引〔10〕，李浩培书，第419页。

〔22〕 在维也纳条约法会议上，曾有代表建议，将“准备资料”和“条约缔结情况”这两项从原来补充解释资料的地位转为与原列的主要解释规则置于同等的地位，但是该意见未被采纳。参见前引〔10〕，李浩培书，第433页。

〔23〕 前引〔10〕，李浩培书，第432页。

行业的“专业含义”(technical meaning)。^[24]

过于注重文字而不注重于当事方的意图,或只注重当事方会有什么样的意图而不注重条约文字,或只注重理解目的及宗旨以便使条约更加有效,而不顾当事国的缔约意图,均不可能产生令人满意之效果。^[25]“在就一个具体案件达到妥善的解释中,全部因素是或可能是重要的,负有解释条约任务的人不应忽视任何一个因素。”^[26]即使在运用《维也纳条约法公约》第31条和第32条规则的过程中,WTO专家组和上诉机构的解释也会带有多边贸易体制的许多特色和独特性,并非简单地像套用公式那样套用第31条和第32条就能解决一切问题。“机械地适用的结果,反而作出不妥当的解释。”^[27]事实上,对《维也纳条约法公约》第31条和第32条本身涵义的理解也各有差异,适用它们来解释WTO协议时难免产生偏差,反映在专家组/上诉机构报告中,人们发现对同样条文或术语会有不同理解和不同解释的现象。

“美国—虾产品案”是一个明显的例证,上诉机构在该案中解释“可用竭自然资源”的含义时,运用了条约解释的实效原则。^[28]上诉机构指出,总协定第20条(g)款是五十多年前起草的,条约解释者应当根据国际社会当前对环境保护的关注来阐释这一条款的用语;尽管乌拉圭回合没有修改第20条,但《建立世界贸易组织协定》的前言表明,缔约方都意识到保护环境的重要性和合法性,并把环境保护作为国家和国际政策的目标,而且《建立世界贸易组织协定》的前言明确承认了保护环境和可持续发展的目标。^[29]

显然,上诉机构没有拘泥在“可用竭自然资源”的字面含义和传统理解上,而是与时俱进地提出:“根据条约解释中的实效原则,保护可用竭自然资源的措施,无论是生物资源还是非生物资源,都属于第20条(g)款的范围。”^[30]为了解释“可用竭自然资源”的新内涵,上诉机构还援引国际法院的咨询意见和判例以及著名国际公法学家的著作,以此来论证第20条(g)款中的“自然资源”在内涵和范围上都不是静止不变的,其定义是渐进发展的。^[31]此外,上诉机构还援引了若干WTO多边贸易体系之外的国际公约和法律文件,例如《海洋法公约》、《生物多样性公约》、《保护野生迁徙动物物种公约》及《21世纪议程》等,以此来说明现代国际公约和宣言(即“其他国际法原则”)在提到自然资源时都涵盖了生物和非生物资源。因此,在这种情况下,“将第20条(g)款仅仅解释为保护可用竭矿物或其它非生物自然资源,显然是落伍了。”^[32]

回过头来看,DSU对争端解决的解释规则仅粗线条地规定了“国际公法的解释惯例”,似乎

[24] See Donald McCrea, *Treaty Interpretation and the Development of International Trade Law by the WTO Appellate Body*, in Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich, and Jan Bohanes (eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2006, p. 364.

[25] See D. O'Connell, *A Cause célèbre in the History of Treaty-Making*, BYIL (1967) p. 253.

[26] 前引[10],李浩培书,第420页。

[27] 同上书,第439页。

[28] 法学家菲茨摩里斯认为,实效原则是主要的解释规则之一:“实效原则(与其使事物无效不如使它发生较大效力的原则):条约应参照其公开宣告的或明显的目的或宗旨来解释;并且对于一些个别的规定的解释,应使其具有与词语的通常意义和约文的其他部分相一致的最完全的力量和效果,并能使约文的每一部分具有理由和意义。”See Fitzmaurice, *Law and Procedures of International Court of Justice: Treaty Interpretation and Other Issues*, BYIL (1951), pp. 1-28; BYIL (1957), pp. 203-293.

[29] WT/DS58/AB/R, para. 129.

[30] WT/DS58/AB/R, para. 131.

[31] WT/DS58/AB/R, para. 130.

[32] WT/DS58/AB/R, para. 131.

并非是缔约各方疏忽遗漏未做具体规定和详细说明,而应还有其他原因。其中,除了美国尚未批准《维也纳条约法公约》等因素之外,还应该有更深的含意。DSU采用“国际公法的解释惯例”的广义概念,而不是列举式地具体写明《维也纳条约法公约》第31条和第32条,表明WTO成员方认为有必要在条约解释规则方面留有空间,保持足够的灵活性和务实精神,以避免做出硬性的规定,造成机械的适用结果,反而导致不妥当的法律解释。

GATT/WTO历久而不衰的原因之一,就在于多边贸易体制解决任何问题时都保持了务实的本质。理论是灰色的,而生活之树是常青的。对WTO协议条文也应该因时因地因个案而采取务实的方式,依照“国际公法的解释惯例”加以解释。

三、总则条款制约细则条款,对协议条文进行整体协调一致的解释

早期的关贸总协定中,有许多条文是由总则条款(或称主旨条款)和细则条款构成的;其后在WTO条约体系中仍然保留了经过修改的1994GATT并增加了许多具有类似结构的新的贸易协定。这些WTO贸易协议中也大多载有缔约宗旨的导言或总则条款。专家组和上诉机构在对相关协议进行条文解释时,通常是紧紧把握缔约宗旨,用主旨条款的解释和阐述来制约细则条款,使条文的解释在整体上协调一致。

著名的GATT第3条——国民待遇条款可以称为一个典型例证。GATT第3条经过六十余年的国际贸易实践已经成为一项“经典性”的国民待遇条款,其中被GATT缔约方/WTO成员方频繁援引并涉及争议的有:第3条的第1款、第2款、第4款和第5款。

当案例涉及第3条的某项细则条款时,专家组和上诉机构通常都要把案情与第3条第1款相对照,加以解释和适用。原因在于:第1款是对国民待遇的一般原则性规定,包含了本条国民待遇立法的基本精神,其中规定了一个约束全体GATT缔约方/WTO成员的重要义务,即不得利用国内税费和国内规章及数量性规定“对国内生产提供保护”。^[33]就是说,不仅不允许对进口产品采取“歧视性”措施,也不允许利用国内税费和国内规章对国内生产采取“保护性”措施。^[34]这一立法精神贯穿于整个国民待遇条款,具有指导作用。每当各国就第3条其他款项条文措词发生争议有不同解释时,专家组和上诉机构总是取其与第1款精神相符合或最接近的解释。这一点反映在GATT/WTO专家组对许多与GATT第3条相关案例的裁决报告中。特别是在WTO成立之后,上诉机构对1996年“日本—酒类饮料税案”的复议裁决再次确认:第3条第1款“这项总的原则贯通于第3条的其余部分”。^[35]

类似的条款还有GATT第20条,即与关贸总协定基本原则不符的“一般例外”条款。第20条从实质内容而言,由两个部分组成。第一部分是带有指导性的导言,通称“帽子”。正如帽子可以从上面遮盖全身一样,导言也涵盖了下面所有具体条款。条文第二部分则是构成例外的十项具体措施清单。成员方如果要求在其中某一项措施上免除GATT基本义务,只有同时满足第20条的上述两部分要求才能成立,取得合法性。

第20条导言规定,成员国有权利采取或实施具体清单中的措施,“但实施的措施不得在情况相同的各国间构成武断的或不正当的歧视,或构成对国际贸易的变相限制。”^[36]总协定创始缔约

[33] Article III:1 of GATT.

[34] See GATT BISD 34S/83, 115, para. 5.5 and WT/DS8/AB/R, pp. 23-28.

[35] WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 18.

[36] Article XX of GATT.

各方的出发点即在于利用导言达到限制和防止滥用例外条款之目的。

在 GATT/WTO 的实践中,专家组审议某项措施是否属于 GATT 基本原则的例外时,有时先审议有关措施是否符合导言部分的要求。如果不符合其指导规则,按照“司法节俭”(judicial economy)原则^[37],则没有必要再审议第二部分的具体措施是否相符。有的案例则相反,先审议有关措施是否属于第二部分的例外措施,如果不符,则没有必要反过来继续审议导言部分。如果相符,属于第二部分具体例外清单的措施还需要用导言部分的规定来进一步加以验证,而援引该例外的当事方还应证明其主张不构成导言部分例外的滥用。也就是说,二者只要有一项不成立,要求例外的主张即不成立。^[38] GATT/WTO 专家组在对笼统的导言措词行使解释权时,往往从严解释,因此欲证明有争议的措施符合导言规定的三项条件,从而免除 GATT 基本义务,比证明该措施属于例外清单中的项目更为困难。

值得注意的是,无独有偶,在《服务贸易总协定》第 14 条“一般例外”条款中,也有类似的导言部分,其中规定,例外措施的实施不得“在情况相同的国家间构成武断的、或不公正的歧视,或构成对服务贸易的变相限制”。^[39] 因此,对于 WTO 新协议中的类似条款,专家组和上诉机构在解释时,也将会依照惯例采用总则条款制约细则条款的方式。

四、对例外条款从严解释,促使例外措施向自由贸易的基本原则回归

WTO 专家组和上诉机构在案例中遇到例外条款以及类似性质条款^[40]的解释和适用时,一般均采用“从严解释”的方法,使当事方寻求例外的有争议的措施能够向开放市场和自由贸易的基本原则逐步回归。

例如,对于 GATT 第 20 条“一般例外”的导言规定,专家组的解释认为,导言对成员方行使必要的例外措施的权利,规定了三项前提条件:即在情况相同的国家之间,(1)不得构成武断的歧视;(2)不得构成不正当的歧视;(3)不得构成对国际贸易的变相限制。^[41] 这三项条件是并列的,只要构成其中一项,例外即不能成立。

导言这些规定的目的,是防止滥用第 20 条的一般例外。成员方拥有援引一般例外的法律权利,但行使这些法律权利时,往往会影响到有利害关系的其他成员国在 WTO 协议下应享有的权

[37] “司法节俭”是指司法机构为有效利用司法资源,没有必要对争端当事方提出的所有问题进行审理,而只对解决争端有必要有效果的问题进行审议。如果前一程序未能通过或已经能得出判断,后一程序则免于审议。Judicial economy 一词,国内有学者译为“司法经济”。笔者认为,译为“司法节俭”更符合英文原意,也更符合汉语表达习惯。

[38] 在审议导言与具体例外条款的先后顺序方面,有的案例中,专家组和上诉机构有不同观点和作法。例如,在“美国虾产品案”中,专家组对导言给予了充分重视,认为导言中的条件适用于第 20 条中的任何一项规定,因此首先依据导言审查。上诉机构则推翻了专家组的这一推理顺序,认为“先条款,后导言”的顺序“是第 20 条的基本结构和逻辑使然”。See WT/DS58/R and WT/DS58/AB/R.

[39] Introductory provision of Article XIV of GATS. 参见前引 [2], 乌拉圭回合法律文本,第 339 页。

[40] 这些例外条款主要有:《关税与贸易总协定》第 13 条“非歧视原则的例外”,第 20 条“一般例外”,第 21 条“安全例外”,《贸易技术壁垒协议》的序言及第 2 条 2 款,《补贴和反补贴协议》第 8 条 2 款 (c) 项,《卫生及动植物检验检疫措施协议》的序言及第 2 条 1 款,《服务贸易总协定》第 14 条“一般例外”和“安全例外”,《与贸易有关的知识产权协定》第 73 条“安全例外”等。具有类似性质的条款还有:《临时适用议定书》及加入议定书中的“祖父条款”(已被取消),《关税与贸易总协定》第 17 条“为保障国际收支而实施的限制”,第 19 条“保障条款”,第 24 条关税同盟和自由贸易区,第 25 条 5 款“豁免条款”以及相关的豁免决议,《1994 年关税与贸易总协定关于国际收支条款的谅解》,《1994 年关税与贸易总协定关于解释第 24 条的谅解》,《1994 年关税与贸易总协定关于豁免义务的谅解》,《服务贸易总协定》第 5 条“经济一体化”,第 10 条“紧急保障措施”条款,第 12 条“保障收支平衡的限制”条款等等。

[41] For example, the Appellate Body report on the “US—gasoline case” (WT/DS2/AB/R, p. 23).

利和利益。因此,援引例外条款的成员方在行使权利的同时,也有义务尽量不损害或在“必需”的限度内尽量少损害其他成员方的利益。给予一个WTO成员的例外,要考虑到援引例外当事方和其他利害关系成员方的权利义务关系及其在WTO协议下的利益平衡,防止例外被滥用或误用。换言之,属于具体例外清单的措施必须是合理的、在必要限度内予以实施。

“不得在情况相同的各国间构成武断的或不公正的歧视”的另一层涵义是,在实施例外措施时,仍应遵守非歧视原则。正如杰克逊教授所说,“序言中的条件可视为‘较软的’最惠国待遇与国民待遇义务。在实现第20条所列目标的范围内,如果偏离对于追求这些明列目标是必不可少的,它们允许偏离总协定第1条(最惠国待遇)和第3条(国民待遇),但偏离程度不能造成非最惠国的歧视或对国内生产的保护。”〔42〕

在1998年“美国—禁止进口虾类产品案”中,WTO专家组就第20条导言适用于该案的规则和成员国援引例外的条件和限制做了充分解释:第20条允许旨在保护环境的范围内采取的措施,但同时,通过接受WTO协定,成员国也承担了将其权利限于某些措施的某种义务。为了证明某一特定措施属于第20条的正当例外,该措施不仅要属于第20条(a)款至(j)款的具体例外,同时也必须满足第20条导言部分规定的要求。根据导言,可认定为例外的措施可以是歧视的,但不得采用武断的或不正当的方式。“不正当”一词从来没有被精确地解释过。其通常含义有广狭两种。当其通常含义确认第20条适用于某些领域时,却并没有明确解决这样的问题:第20条是否应解释为,限制成员国使用以出口成员必须采用某种保护政策作为市场准入条件的措施。因此有必要根据其上下文和其目的、宗旨来解释“不正当”一词。

第20条导言的上下文不能脱离整个第20条。由于WTO协定是包括GATT1994的整体,专家组认为,第20条导言和第20条的上下文不仅包括GATT1994的其他相关条款,而且包括WTO协定。目标和宗旨不仅包括GATT1994,也包括总的WTO协定的目标和宗旨。成员国根据第20条享有的权利必须受到尊重,同时对第20条的范围也存在限制和条件。专家组认为,在援引第20条时,成员国援用了偏离GATT1994的具体实体规定的权利,但这样做的前提是不得滥用该例外,使得总协定和WTO协定的宗旨和目标或其在总协定实体条款下的义务落空。WTO协定导言确认了对环境的考虑,这对解释WTO协定是重要的,但同时WTO的核心是通过贸易促进经济的发展。GATT1994的规定实质上是在非歧视的基础上促进市场准入的自由化。据此,专家组认为,第20条导言仅允许成员国在不削弱多边贸易制度的前提下偏离总协定的规定。〔43〕

另一个著名的例子,是对必需一词的解释。

GATT第20条所列举的例外措施清单中,一些细则条文中均使用了“必需的”(necessary)措词。如何判定有争议的措施是否属于“必需的”,对于必需一词的解释就成为关键。

1996年委内瑞拉和巴西诉美国的“精炼和常规汽油标准案”是WTO成立之后首个完整的历经全部争端解决程序(磋商—专家组程序—上诉机构程序)的案例。该案由两个发展中成员向DSB申诉美国违反GATT第3条国民待遇义务。美国则援引第20条作为例外。当事方争议焦点之一是,美国有关措施是否属于“必需的”措施。“必需性”成为该项例外主张能否合法成立的前提条件。该案专家组报告书对于“必需的”措词做出了具有说服力的解释。

专家组认为,判断一项措施是否属于“必需的”,关键要看是否还有其他可供当事成员国合

〔42〕 John H. Jackson, *The World Trading System—Law and Policy of International Economic Relations*, London: The MIT Press, 1997, p. 234.

〔43〕 WT/DS58/R, pp. 286—288, paras. 7. 31—7. 35.

理选择的替代措施来实现其“保障人类、动植物的生命或健康”的政策目标。如果在可以合理预期的范围内，还有与总协定相符或比较相符的措施可供当事成员美国选择采用，那么就不能认为该项与总协定不符的有争议措施是“必需的”。专家组分析认为，清洁空气的措施可以采用与总协定相符或比较相符的方法加以实施。美国对进口和国产汽油二者均使用稍微严格的全面要求，就可以取得它期望的空气清洁水准，而无需单单对进口汽油加以歧视；即使无法做到对所有炼油厂商实施单一的基准设定方法，也可以允许进口商采用外国炼油厂的 1990 年单个基准作为汽油的检验基准。最后专家组裁定，美国有可能采用其他与总协定相符或抵触程度较小的措施，因此美国并未能证明其汽油法规违反第 3 条 4 款是“必需的。”^[44]

事实上，历史已有类似案例。例如，1990 年“泰国一卷烟案”。专家组认为，“只有当与总协定相符或比较相符、泰国有理由预期采用实现其卫生政策目标的可供选择的措施不存在的情况下，泰国所施行的进口限制方可被认为是第 20 条 (b) 款意义上所必需的。”^[45]

再向上追溯，“泰国卷烟案”专家组又是参照了 1989 年“美国—1930 年关税法第 337 节案”中的专家组报告书。该报告书对适用第 20 条 (d) 款应当符合“必需的”条件的解释是：“如果存在不违背 GATT 其他条款，且缔约方可以合理采用的替代措施，涉案措施将不会被认定为是必需的。同样道理，如果不存在上述不相抵触的措施，缔约方只能使用与总协定条款抵触最小的措施。”^[46]“泰国卷烟案”专家组认为对 (b) 项中“必需”的解释应与 (d) 项相同，即可以直接援引专家组关于 (d) 项“必需”的解释，因为“这一条件在 (b) 和 (d) 两项中用词是一致的，而且追求的目标也是一致的。”^[47]

这一系列专家组的法律解释已经逐渐形成了对第 20 条“必需的”解释惯例——即应理解为，在当事方用尽所有合理可用的与总协定相符的措施后，方可采用“与总协定抵触程度最小的措施”。

在 1991 年“金枪鱼 I”案件中，专家组仍然对“必需的”作了“与总协定抵触最小”的严格解释，并要求援引该例外条款的美国方面证明其“已经用尽了所有合理可用的与总协定相符合的措施选择，例如国际合作安排，以追求其保护海豚之目标。”^[48]专家组认为，即使第 20 条 (b) 款解释为允许生命和健康的域外保护，美国的规定也未能满足该款规定的“必要性”的要求。美国并没有按照第 20 条例外所要求的那样，证明其穷尽了现有的与总协定相一致的所有选择，尤其是没有通过国际合作安排的谈判这种更具有期望性的方法来解决。

在 1994 年“金枪鱼 II”案件中，专家组主要论证了有关措施的必要性。在对“必需”一词的解释上，美国认为是“需要”的意思，欧共体主张是“必不可少的”或“不可避免的”意思，只有在没有一致或比较一致的措施时，不一致的措施才可认为是必要的。专家组指出，“必需”的通常含义是没有选择。美国采取的措施不能认为是该款意义上的“必需的”措施。^[49]

纵观 GATT/WTO 有关第 20 条例外的诸案例，各个专家组对构成例外措施的“必需性”形成了含有如下逻辑层次的解释内涵：

——为了达到“必需的”要求，成员国首先必须用尽所有合理可用的与总协定相符的 (consistent with) 措施；

[44] WT/DS2/R, pp. 40-42, paras. 6.24-6.28.

[45] GATT BISD 37S/200, 223, para. 75.

[46] Panel Report on “United States—Section 337 of the Tariff Act of 1930”, BISD 36S/345, para. 5.26.

[47] GATT BISD 37S/200, 223, para. 73.

[48] Panel report on “United States—Restrictions on Imports of Tuna”, 3 September 1991, DS21/R, para. 5.28.

[49] Panel report on United States Restrictions on Imports of Tuna, 33, ILM., p. 839(1994).

——如果做不到，则退而求其次，选择与总协定抵触最小的（the least degree of inconsistency with）措施；

——如果还不行，再求其次，选择与总协定不符程度比较小的（less inconsistent with）措施；

——最后，在上述几种选择确实不可能实现的情况下，方可证明与总协定第3条国民待遇规定不符的（inconsistent with）措施是“必需的”，例外方可成立。

仅从总协定原文中一个人们司空见惯的抽象措词“必需”中，专家组就解释和推论出如此丰富的法律推理，其中环环相扣、逻辑严密，并且与GATT/WTO基本原则和缔约原意保持一致，不能不说是多边贸易争端解决中条约解释的一篇杰作。^{〔50〕}

对例外条款作严格解释，似乎已成为条约解释中的普遍习惯做法。GATT/WTO专家组通过对第20条的严格解释，来达到尽量缩小例外的适用范围和程度，尽量符合总协定贸易自由化的目标。对于专家组的这种解释，不免会引起一些质疑：例外条款也属于约文，对约文进行严格解释并非条约解释的基本规则。对约文的解释，包括例外条款的解释，应严格按照本意解释的原则，不能因为是例外条款，就从严解释。^{〔51〕}

“必需的”这一措词本身就是一个抽象概念，难于界定，它被认为是个“表示程度的形容词”，“其具体含义须结合其所限定的标的加以确定。”^{〔52〕}因此，专家组结合有争议的标的（即措施）来解释是否属于“必需的”，应属于专家组和上诉机构的斟酌裁量权。

在有关的案例中，专家组和上诉机构阐述了从严解释的理由：第20条例外是“一项有限制和有条件的例外”（a limited and conditional exception），“因此专家组的实际做法是对第20条从严解释。”在多个案例中对此均持有相同的解释。^{〔53〕}

尽管专家组/上诉机构从逻辑上为“必需的”措施推论出上述一系列符合总协定或与总协定抵触最小的依此类推的方法，但DSB要解决的是特定当事方之间的实际争议问题。毕竟各国的国情和政策千差万别，措施是否“合理可用”要由实践检验决定，要按照各国经济和行政情况来选择。因此，在“欧共体—石棉案”中，专家组在解释第20条“必需的”措词时，除了坚持缔约方只能在用尽所有合理可用的符合总协定或与其抵触最小的措施的情况下，才能被认定为是为保护人类、动植物生命或健康所必需，同时专家组也强调了其中的“合理可用”对判断是否“必需”的重要性，并对之进行了解释。专家组认为，是否存在合理可用的其他措施，应该根据涉案成员方的经济和行政现实来确定，同时还要考虑该缔约方执行其政策的方式方法。^{〔54〕}上诉机构在该案报告中进一步对“必需”的认定标准进行了具体解释。上诉机构指出，在决定一项措施是否为合理可用的替代措施时，除了考虑执行该措施的难度以外，还需考虑其他一些因素，即经济和行政现实的因素。上诉机构援引其在韩国牛肉案中关于总协定第20条（d）项中对“必需”的

〔50〕 当然，任何观点都会有对立面的存在。对第20条例外条款的严格解释受到了一些国际环保组织和学者的批评。See Thomas J. Schoenbaum, *International Trade and Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation*, 91 Am. J. Int'l L. (1997).

〔51〕 事实上，当1982年“美加金枪鱼案”专家组对第20条“变相限制”一词做出宽泛解释时，也同样受到一些质疑。

〔52〕 Black's Law Dictionary (8th ed. 2004).

〔53〕 Panel report on the “Shrimp case”, WT/DA58/R, p. 288, para. 7. 36. See also the “Section 337 case” (BISD 36S/345, para. 5. 9), the “Tuna I case” (DS21/R, para. 5. 22), the “Wool Shirts case” (WT/DS33/AB/R, p. 16), the “Foreign Investment Review Act case” (BISD 30S/140, para. 5. 20), etc.

〔54〕 Panel report on “European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products”, WT/DS135/R, para. 8. 207.

解释,指出衡量一项措施是否为“合理可用的替代措施”的一个标准是,该替代措施对实现所追求目标的贡献程度,即该措施能在多大程度上实现所追求的目标。^[55]

从“泰国一卷烟案”中的“最低限制贸易”到“金枪鱼 I 案”中的“用尽所有合理可得的可替代措施”再到如今的“结合被诉方的经济和行政现实确定措施的合理可用性”,对措词“必需”解释的这一演变表明,专家组和上诉机构在对第 21 条“必需的”法律解释中,不仅从逻辑上推论了“与总协定抵触最小”的选择方法,而且从现实出发,更多地考虑了涉案成员方的经济状况和行政现实来确定措施的合理可用性,对当事成员方的经济发展和政策选择给予了更多的关注和尊重。

与例外条款相类似的还有“祖父条款”。虽然 GATT“临时适用”的这一条款已经在乌拉圭回合谈判后的 WTO 协议中被取消,^[56]但是回顾一下历史上对它的解释却是不无裨益。

“祖父条款”是 GATT《临时适用议定书》中的一项保留条款。为了解决早期缔约方国内立法与总协定部分规定相冲突的问题,它允许缔约方在与加入议定书日期的现行立法不相抵触的最大限度内临时适用总协定第二部分。^[57]从 1948 年 GATT 临时生效以来,一系列案例的工作组和专家组对该条款作了严格的法律解释,逐步确立和发展了有关“祖父条款”的规则,使其向总协定贸易自由化的宗旨不断靠拢。

缔约方全体通过的工作组和专家组报告书中解释“祖父条款”方面阐述的主要规则包括:

(1) 依据《临时适用议定书》的缔约原意和对“最大限度”(to the fullest extent)的条文解释,缔约方所采取的贸易措施,如果要取得总协定“祖父条款”的允许,条件是“它所依据的立法,无论从措词还是从表达意图上看,均须具有‘强制性’(mandatory character),即该立法要求行政当局不得采取任何行政手段加以改变。”^[58]换言之,如果一项国内现行立法规定本国行政当局在执行该法律时有斟酌处置权,使它可以依照总协定第二部分规定而行为,也可不依照该规定而行为,它就应选择前者,尽其职权范围按照该规定而行为;如果一项国内立法具有强制性,行政当局没有任何斟酌处置权,它便可以援引“祖父条款”。

(2) 允许缔约各国修改“祖父法规”,但这种修改应当采取“单行道”规则,即修改的结果应该与总协定原则相一致或者向其靠拢,而不得向相反方向倒退。在 1984 年“美国—制造条款案”中,专家组曾经考虑在修改现行立法时,是“开通一条‘单行道’,只允许从 1947 年 10 月 30 日的地位向总协定第二部分所要求的地位变化发展,还是开通一条‘双行道’,也允许向 1947 年的地位作倒退行为。”专家组认为,“如果缔约各国可以任意从《临时适用议定书》所允许的现行立法向总协定趋于一致化的步骤上倒退,将与总协定目标不相符合。”从而否定了“双行道”,而采取“单行道”规则。^[59]“单行道”规则是专家组根据“最大限度”这一强制性措词和总协定的自由贸易宗旨而作出的解释和推理,实质上就是要求缔约方在修改其立法时,只能缩小而不能

[55] Report of the Appellate Body in “European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos — containing Products”, WT/DS135/AB/R, para. 170.

[56] 虽然 PPA 及其“祖父条款”在整体上被取消了,但 GATT1994 仍保留了一条“小尾巴。”WTO 成员国在沿海航运和专属经济区内禁止使用、销售或租赁外国商船方面的立法,仍保留了类似“祖父条款”的规定。参见《关税与贸易总协定 1994》第 3 条 (a) 款。

[57] GATT BISD, Vol. IV, 1969, p. 77. 有关“祖父条款”的分析参见 John H. Jackson, *World Trade and Law of GATT*, Virginia: The Michie Company, 1969, p. 108; 王毅:《关税与贸易总协定的祖父条款问题》,《国际贸易问题》1986 年第 6 期。

[58] GATT BISD, Vol. II, p. 62.

[59] GATT BISD 31S/ 74, 90, paras. 38—39.

扩大它与总协定第二部分规定义务相抵触的程度。

(3) 一缔约方朝着符合总协定原则的方向修改其现行立法是该国单方面的修改行为,属于其应尽义务,其他缔约方无需给予互惠的补偿。在上述“美国—制造条款案”中,各方都同意:原则上一个缔约方不负担有任何减让义务作为另一个缔约方取消与总协定不一致的立法的回报。^[60]相反,如果修改立法在原有基础上对其他缔约方的经济利益造成新的损害或加重受损害的程度,则受损害的缔约方可以诉诸第23条,要求该国修改其立法以符合于根据总协定所承担的义务或给予补偿。^[61]

综上所述,从关贸总协定建立伊始到WTO时期,无论是对例外条款还是“祖父条款”,或是其他类似性质的条款,基本上采取了从严解释,以促使其向多边贸易体制的宗旨回归。^[62]

五、参照先前案例的解释不构成判例,而属于条约解释的“嗣后惯例”

在GATT/WTO争端解决的历史上,GATT缔约方全体或WTO争端解决机构始终坚持多边贸易法律制度不属于英美法系或大陆法系,而是一套独立的GATT/WTO法。因此,先前通过的报告书对后继案件并不构成案例法意义上的“判例”(precedent)。就是说,先前案例对后继案件并无判例的约束力。但是,在现实中却存在一种有趣的现象——专家组、上诉机构、乃至争端当事方却是大量地、频繁地引用先前案例报告书的对相同条文或术语的解释,并在审理的案例中参照先前的法律解释和推理。这种不承认判例的约束力,但却频繁参照先前案例报告书中的解释和推理,已经累积形成了一种持续性的“嗣后惯例”,并且成为GATT/WTO争端解决中对协议条文解释的一项法律特点。^[63]

体现这一特点最典型的例子,是对“同类产品”术语的解释。

“同类产品”(like product)^[64]在GATT/WTO的法律关系中是一个重要的法律概念。WTO成员只能按自身在协议中所承诺的主题事项范围内承担义务。换言之,进口产品的原产国为其产品所要求的待遇,只能是不低于进口国和任何第三国“同类产品”的待遇,而不能要求超出此范围以外的利益。WTO成员有义务为进口产品提供与国内“同类产品”平等的竞争条件,而竞争通常发生于同类产品之间。来自WTO成员方的进口产品如欲享有最惠国待遇和国民待遇,其前提条件是进口产品与国内产品及直接竞争或替代产品必须属于“同类产品”。

但是,作为一个重要的法律概念,GATT缔约方和以后的WTO成员却从来没有形成关于第3条中“同类产品”一词的专门定义。过去的解释都是在个案基础上考虑了具体案情中一系列相关因

[60] GATT BISD 31S/ 74, 83.

[61] GATT BISD 31S/ 74, 81.

[62] 但是,也有相反情况。在1982年“美加金枪鱼案”和1983年“美国—汽车弹簧进口案”中,专家组在判断是否构成“对国际贸易的变相限制”时,解释成为一项对国际贸易构成限制的保护措施是否具有透明度和公开化。如果已经公开化,则不属于“变相限制”。专家组对“变相限制”的这一从宽解释曾招致广泛的异议,因为第20条导言的这一条件其作用不仅在于确保透明度,还在于对“武断的或不合理的歧视”进行补充,防止其他形式的变相限制。See E. U. Petersmann, *International and European Trade and Environmental Law after Uruguay Round*, Kluwer Law International, 1995, p. 30.

[63] Article 31:3;(b) of Vienna Convention on the Law of Treaties.

[64] Like product, 国内许多中文本译为“相同产品”或“相似产品”。本文取联合国国际法委员会的中译文“同类产品”。因为“同类”较准确地反映了英文 like 的原意,而“相同”一词更接近于英文 same 之意。从GATT/WTO诸案例对 like product 的解释看,like 并非“相同”之意,而“同类”更能表达出原文的本意。英谚“like father, like son”等语言用法中,也说明 like 具有同种同类之意。

素做出的。^[65] GATT1947 的起草历史说明, 该术语在不同的上下文中有不同的特指含义。^[66]

“同类产品”的范畴大于“完全相同”(identical)或“等同”(equal)产品的概念, 还包括“相似”(similar)品质的产品。^[67] 而把“同类产品”理解成为“大致相同”(more or less)产品, 则是一种不准确的狭义解释。^[68] 从以往专家组审理有关案例的作法来看, 通常是在个案基础上检验许多相关要素再对“同类产品”做出解释。

自从 1970 年 GATT 缔约方全体通过“关于边境税调节案”的工作组报告后, 人们确认了一系列与“同类产品”相关的要件和标准, 其中包括: 产品在特定市场中的最终用途、各国的不同消费者的趣味和习惯、产品特征、性质和质量。^[69] 以后的类似案例中都参照了这些相关标准并由专家组结合实际案情做出判断。“在关于边境税调节案之后, 几乎所有已通过的专家组报告中都遵循了这个方式。”^[70] 在实践中, 人们也曾参照过海关合作理事会的统一关税分类表(CCCN)来确定是否属于“同类产品”。^[71] 但是, 采用各国关税减让表中关税约束分类被认为不适宜, 因为“用其衡量产品的同类性太过于宽泛。”^[72]

在以往的案例中, 专家组在审议产品的同类性时, 不仅考虑到客观标准(如产品的制造工序和成分), 还考虑到消费者的主观偏好(如消费者的使用和消费习惯)。既往的关贸总协定实践已经确立的第 3 条 2 款的“同类产品”并不限于完全相同的产品, 而且还包括其他产品。例如, 在实质上最终用途完全相同的产品, 在品味、颜色和其他特征上有细微差别并不妨碍其成为“同类产品”。^[73]

“没有一种判断方法能适合于所有案件。”1996 年 WTO 上诉机构关于“日本—酒类饮料税案”的裁决报告中对“同类产品”的适用做了一段精彩比喻:“边境税调节案的标准应当用于检验, 但是并不存在一项关于‘同类’的明确和绝对的定义。‘同类’的概念只是相对的, 类似一架手风琴。当适用 WTO 协议的不同规定时, ‘同类’这架手风琴就在不同的地方拉开与合拢。手风琴在其中某个地方演奏时, 其宽幅必须取决于‘同类’这个措词所处的特别规定以及其上下文和该项规定所适用案例中的特定环境。”^[74]

这段论述一语中的, 揭示了从 GATT 到 WTO 一直不承认先前案例具有“判例”约束力的真实原因。GATT/WTO 的习惯做法表明, 各国宁愿将“同类产品”这一措词置于一种较为灵活的地位, 以适应复杂多变的国际贸易现实状况加以解释, 也不愿做出一个判例的刻板定义来束缚自己。^[75] 在通常情况下, 专家组和上诉机构会引述和参照先前案例对相同条文的解释, 来保持裁决的一致性和稳定性以及合法预期; 在发生变化的情况下, 又可以象拉手风琴一样做出不同程

[65] 涉及“同类产品”解释的案例有很多, 例如 GATT: BIDS II/188; BIDS 1S/53; BIDS 25S/49, 63; BIDS 28S/102, 112; BIDS 34S/83, 113—114; WTO: WT/DS2/R, p. 34; WT/DS8/AB/R, pp. 19—22; WT/DS31/R, pp. 72—73.

[66] UN Doc. EPCT/C. II/65. p. 2(1946).

[67] GATT BIDS 34S/83, 113, para. 5.5 and also WTO: WT/DS2/R, p. 34, para. 6.8.

[68] GATT BIDS 34S/83, 114.

[69] GATT BIDS 18S/97, 101—102, para. 18.

[70] WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 20.

[71] GATT BIDS 34S/83, 115, para. 5.6.

[72] WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 22.

[73] GATT BIDS 34S/83, 114—115, para. 5.5.

[74] WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 21.

[75] 例如, GATT 缔约方也意识到 1979 年反倾销守则第 2 条 2 款中曾对“同类产品”作出一个具体定义, 但他们并不认为出于反倾销诉讼目的所作的狭窄定义能够照搬适用于 GATT 第 3 条的不同目的。See GATT BIDS, 34S/83, 115, para. 5.6.

度的调整,以适应案例中的特定情势。后续的案例在不认同先前案例报告书的解释时,仍然可根据具体情况作出不同解释,行使自己的裁量权。^[76]从这个意义上可以说,“条约的解释在某种程度上是一种艺术,而不是一门严格的科学。”^[77]

在争端解决中,类似“同类产品”这种参照先前案例的条文解释的情况还有很多,已经形成一种习惯做法。专家组和上诉机构经常引述和参照先前案例报告书对相同条文或术语的解释的习惯做法,使GATT缔约方/WTO成员对于这种“解释条文的习惯做法”形成了一种“合法的预期”(legitimate expectation)。^[78]尽管这种合法预期与判例在性质上是不同的,但是,它在一定程度上能够保证DSB及其设立的专家组和上诉机构在处理同类案件和解释同样条文时保持一致性、稳定性和可预测性。

随之而来的问题是,专家组和上诉机构反复引述和参照先前案例报告书对相同条文的解释属于什么性质?是否属于《维也纳条约法公约》第31条3款(b)项所表述的“嗣后惯例”(subsequent practice)?^[79]

“嗣后惯例”是国际公法解释规则之一。它属于一种默示的有权解释,即指条约各当事国在条约生效后,可以默示地表明对该条约的某一约文或用语有相同理解的在该条约适用上一致同意的习惯做法。这种解释主要根据条约当事国的一致惯例,而没有明文协定,所以称为“惯例解释”或“准有权解释”。这种解释方法起源于罗马法的“通常解释”(interpretatio usualis)。在国际司法机关的判决和仲裁机关的裁决中,这种解释得到了肯定。^[80]例如,菲茨摩里斯将“嗣后惯例”作为条约的主要解释规则之一,认为“在解释约文时,可以求助于缔约各方的关于该条约的嗣后惯例,并且这样做可能是值得的,因为嗣后惯例提供了关于该条约正确解释的最好和最可靠的证据,而这种证据是从该条约在实践上怎样被解释而得来的。”^[81]

事实上,“嗣后惯例”在GATT时期就已逐步形成。早在1987年“日本—进口酒类关税案”中,专家组在报告书中已经使用了“GATT嗣后惯例”(subsequent GATT practice)这一概念。^[82]

在WTO成立之后,“美国—汽油标准案”的专家组在解释“同类产品”这一术语时,“嗣后惯例”得到了进一步的论证:“专家组进而考虑缔约方全体在1947年关贸总协定项下的习惯做

[76] 例如,1988年“加拿大—鲑鱼和鲑鱼案”中,专家组首次将GATT第20条(G)款的措辞“与……相关”(relating to)解释为“首要目的在于……”(primarily aimed at)(BISD 36S/98, para. 4.6),并为嗣后的类似案例所引述。在“美国—汽油标准案”中,专家组也采纳了这一解释,但受到上诉机构的质疑,认为“首要目的在于这一条件并非条约自身的语言,不应被设计成为简单测试被诉措施是否属于第20条(G)款范围内的标准。”该案在解释“与……相关”时,开始使用了“直接联系”的概念。(WT/DS2/AB/R, p. 18)在随后的“美国—虾产品案”中,上诉机构对“与……相关”阐述了与“加拿大—鲑鱼和鲑鱼案”有所不同的新的解释,即限制进口虾产品的609条款措施与保护海龟的政策目标之间存在着一种手段与目的之间的联系,而且是“密切真实的联系”,因此该措施被认定是“与保护可用竭自然资源相关”的措施(WT/DS58/AB/R, para. 136)。这意味着“首要目的在于”的解释已被扬弃,而代之以“密切真实的联系”的解释;或者说,“与……相关”这一措词将存在两种解释可供选择参照。

[77] Report of the International Law Commission on Its Eighteenth Session, 4 May to 19 July, 1966 (A/6309/Rev. 1).

[78] WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 14.

[79] Subsequent practice一词,过去曾被国内有的学者译为“嗣后实践”。笔者认为,“实践”主要是哲学范畴的术语;在国际法领域,practice应译为“惯例”或“习惯做法”。subsequent practice应译为“嗣后惯例”。Practice作为“惯例”,与通常所说的“惯例”(或习惯规则),即customary rules有所区别。Customary rules侧重指习惯形成的规则;practice则侧重指多次累积行为形成的习惯做法。李浩培先生在其著作《条约法概论》中也将subsequent practice译为“嗣后惯例”(该书第713页)。

[80] 前引[10],李浩培书,第423页。

[81] 前引[28],Fitzmaurice文。

[82] GATT BISD 34S/83, 114—115.

法。这些习惯做法是有关系的，因为《维也纳公约》第 31 条指出‘在条约适用中能确认为各缔约方一致同意有关其解释的嗣后惯例也应当予以考虑。’专家组注意到依据 GATT1947 第 3 条决定同类产品的各种标准已为先前的专家组采用，这些（标准）概括在 1970 年边境税调整案工作组报告中。……专家组认为报告书对于这些标准对于根据第 3 条 4 款审查同类产品也是适用的。”^{〔83〕}从这段论述可以看出，专家组认为已被通过的争端解决报告书属于《维也纳条约法公约》第 31 条所指的“嗣后惯例”。

在“日本—酒类饮料税案”中，这个问题得到进一步的阐述。专家组报告在肯定了《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条的国际公法解释惯例地位后，接着指出“专家组注意到其他 GATT 和 WTO 专家组已解释过 GATT 第 3 条，并且注意到由 GATT 缔约方全体和 WTO 争端解决机构通过的专家组报告书。对报告书通过的决定构成了在具体案件中的‘嗣后惯例’。……鉴于前述，专家组认为缔约方全体通过的书构成了在具体案件中的‘嗣后惯例’，并且后续的专家组在解释相同或相似问题时应当予以考虑。但专家组亦注意到并非必须去遵循这些报告书（法律）推理或结论。”^{〔84〕}

对于专家组的如此认定，上诉机构却持不同观点：“总的来讲，解释条约的‘嗣后惯例’在国际法中的本质是，已经被认为是足以确立缔约方关于条约解释一致同意的一系列协调的（concordant）、通行的（common）和连贯的（consistent）行为或宣示。一个孤立的行为一般不构成‘嗣后惯例’。‘嗣后惯例’应当是建立在有关当事方之间一致同意的一系列行为。”由此最终认为“由 GATT 缔约方全体和 WTO 争端解决机构通过的专家组报告书，在具体案件中不构成《维也纳公约》第 31 条用语所指的‘嗣后惯例’。”^{〔85〕}此种观点值得商榷。

对此问题，著名的 GATT/WTO 法律专家约翰·杰克逊教授认为，“尽管报告中的法律解释对后续案件的效力尚待明确，但程序表明，按《维也纳公约》的用语，它们构成‘在条约适用中能确认为各缔约方一致同意有关其解释的嗣后惯例’。这一点对 WTO 同样具有指导意义。”^{〔86〕}德国的 WTO 法学家彼德斯曼教授认为，“缔约方全体对争端解决报告的通过在 GATT 实践中被认为是裁决和既存 GATT 权利义务的权威决定。这些裁决构成《维也纳公约》第 31 条所指‘在条约适用中能确认为各缔约方一致同意有关其解释的嗣后惯例’，在解释协定时应予以考虑。这是由于 GATT 争端解决实践经常引用以前专家组报告中的解释的事实。”^{〔87〕}由于报告被通过后就成为裁决本身，因此他认为争端解决报告构成“嗣后惯例”，在条约解释时应予以考虑。对此问题，我国的一些专家学者也持有相似的看法。^{〔88〕}英国条约法专家安东尼·奥斯特在分析《维也纳条约法公约》第 31 条 3 款（b）项的“嗣后惯例”时认为，“没有必要证明每一当事方都参与了一项惯例，而只需要所有当事方都接受这一惯例，即使是默示地接受。”^{〔89〕}显然，GATT 缔约方全体/WTO 争端解决机构以协商一致通过专家组和上诉机构的报告书，表明他们明示或默示接受了有关解释，是符合这种“各缔约方一致同意有关解释的嗣后惯例”的。

综合分析上述各种观点，“日本—酒类饮料税案”的专家组和几位法学家的观点较为符合

〔83〕 WT/DS2/R, p. 34, para. 6. 8.

〔84〕 WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, para. 6. 5, p. 108.

〔85〕 WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 12—14.

〔86〕 前引〔42〕, John H. Jackson 书, 第 123 页。

〔87〕 前引〔13〕, Ernst-Ulrich Petersmann 书, 第 75 页。

〔88〕 参见赵维田等：《WTO 的司法机制》，上海人民出版社 2004 年版，第 82 页以下；又见纪文华、姜丽勇：《WTO 争端解决规则与中国的实践》，北京大学出版社 2005 年版，第 140 页。

〔89〕 前引〔4〕, 奥斯特书, 第 189 页。

GATT/WTO 的实际情况。理由在于, DSB 成员全体对争端解决报告书的通过, 既是对最终结论的认可, 也是对事实认定、法律裁决和条文解释的认可, 表明 DSB 成员对报告书(包括其中的条文解释)达成了一致同意。人们注意到, 专家组/上诉机构的报告书一旦被 DSB 通过, 也就构成了“一致同意”, 对当事方产生约束力。虽然多边贸易法律体制中, 先前案例对后续案例无约束力, 但按照“法官对同类案件的处理意见应当类同”的法理, 专家组和上诉机构完全可以引述和参照先前案例对相同条文的解释, 利用先前案例解释的价值。人们看到, 在一些关键条文和术语方面, 通常会有连续一系列报告书多次引用先前的解释。虽然相互引用的案例当事方不同, 专家组和上诉庭的组成人员不同, 但是, 如果我们把 WTO 成员方全体视为整体上的当事方, 把 DSB 作为一个处理争端的主体, 把专家组和上诉机构作为一种机构实体来看, 那么含有相同条文解释的一系列报告书被缔约方全体/DSB 连续通过, 足以形成“有关当事方一致同意的一系列行为”, 已经构成“确认各缔约方一致同意有关解释的嗣后惯例”。事实上, 专家组和上诉机构在大多数案例的法律解释中也确实把这种“嗣后惯例”与上下文等要件一并予以考量。

六、通过解释填补协议的空白或缺漏, 使其更加明确和具体化

在 GATT/WTO 争端解决过程中, 专家组和上诉机构所做的一个贡献, 就在于通过解释和推理, 填补有关协议规定的空白或缺漏, 从而在客观上丰富了 GATT/WTO 法律规则的内涵, 使协议规定更加明确化和具体化, 更加具有可操作性。

所谓填补空白或缺漏, 并不是专家组和上诉机构主观上要为原有规则锦上添花或画蛇添足, 而是在案情推理过程中在法律逻辑上的一种必然延伸。缺少这种解释或推理, 就会使有关协议条文无所适用和履行, 案情的是非曲直就无从判定。简言之, 没有对法律条文的解释, 即不足以使争端得到解决。

GATT/WTO 协议的许多详细规则就是通过专家组和上诉机构这种解释和推理而产生的, 以下试举几例:

例一, GATT 国民待遇的义务与受影响的贸易量大小无关。

在一项贸易措施对国内生产保护的贸易量影响十分微小、甚至可以忽略不计的情况下, 是否遵守国民待遇义务呢? GATT 本身并无规定。一些缔约方以本国实施的歧视进口产品的政策措施对贸易量影响极小, 对进口产品产生的不利作用可以忽略不计为理由而背离国民待遇。在关贸总协定的历史上, 在审理此类争端时, 专家组一致认为政策措施实际的贸易影响并不重要, 关键是进口产品与国内产品的竞争条件是否受到不利因素的限制。如果某项政策措施影响了进口产品与国内产品之间平等的竞争环境, 即使数量上的作用可忽略不计, 或者国内产品并未获得任何有效的实惠, 该项政策措施仍被视为有悖于 GATT 第 3 条国民待遇原则。在 1987 年“美国—石油和某些进口物质税收案”中, 专家组发现美国对进口该类产品的国内消费税高于本国产品。美国代表申辩认为每桶 3.5 美分的税差是微不足道的, 不致于完全剥夺或损害其他成员出口自然增长的利益。但专家组认为进口量反映出来的进口产品和国内同类产品间的税收差别的贸易效果不明显或根本不存在, 都没有关系。国民待遇义务的目的在于保护进口产品和国内同类产品之间平等竞争的环境, 而与贸易效果无关。^[90]

[90] GATT BISD 34S/136, 158-159, para. 5.1.9.

在 WTO 的实践案例中，这一规则再次得到确认。1996 年 WTO 上诉机构对“日本—酒类饮料税案”的复议裁决再次确认：“第 3 条 2 款禁止歧视性征税并不以贸易效果检验为条件，也不因达到微量标准而得以成立。”^[91]

例二，对进口产品不得征收歧视性国内税，而不论该产品是否列入进口国的关税减让表。

根据专家组在有关案例报告书上的解释和推论，进口产品的概念包括所有的进口产品，而非只是受到关税约束的产品。履行国内税费方面的国民待遇义务，并不考虑某项产品是否列入减让表受到关税约束的事实。任何成员不能以某项产品未受关税约束而该成员又可对该产品提高关税为理由，对该项产品征收比国内同类产品更高的国内税或其他国内费用。在 1949 年“巴西—国内税案”的工作组报告书^[92]中和 1990 年“欧共体—对进口零部件规章案”的专家组报告书^[93]中，分别确认，对进口产品的歧视性国内税应被禁止，而不论该进口产品在进口国是否属于列入关税减让表的受约束税目（bound item）。

例三，不得以一项较优惠待遇为理由而实施另一项较差待遇。

GATT 第 3 条 4 款规定的“不低于”国内同类产品的优惠待遇，能否理解为在一种情况下给予进口产品较差的待遇，而作为交换，用另一种情况下给予较优惠待遇来抵销或平衡呢？

在 1989 年“美国—1930 年关税法第 337 节案”中，专家组认定，“第 3 条 4 款的‘不低于待遇’的要求应该理解为适用于每一个进口产品的单个案例。专家组拒绝任何将某些进口产品较优惠的待遇与其他进口产品较低待遇相平衡的想法。假如这种观点被接受的话，意味着一个缔约方得以借口在某些情况下或对缔约方已经给予更优惠待遇为理由，而在其他情况下或对另一缔约方背离‘不得给予低于待遇’的义务。这样的解释将导致进口与国内产品之间竞争条件的极大不确定性，从而破坏了第 3 条的目的。”^[94]

上述规则在 WTO 的案例中也得到确认。1996 年“美国—精炼和常规汽油标准案”专家组裁定，“根据第 3 条 4 款，在一些情况下对特定进口产品的较低待遇不能因在其他情况下对其他进口产品的更优惠待遇而平衡。专家组据此驳回了美国的主张。”^[95]

另一个典型例证是贸易与环境的关系。近年来随着全球环境问题日益突出，成员国之间出现许多贸易与环境的争端案例，而专家组和上诉机构的报告书中对此问题的解释极大地丰富了 WTO 法律体系中贸易与环境关系部分的内涵，^[96]推动了环境保护与自由贸易在多边贸易体制内逐步趋向协调一致。

著名的 WTO 第一案——“美国—汽油标准案”在澄清贸易与环境保护的法律关系方面具有重大的意义。在该案中，美国援引第 20 条（b）款和（g）款均被裁定不能成立，是不是意味着各成员国的环保政策不能再坚持或增强呢？答案是否定的。对此，专家组报告明确指出：“WTO 成员有权自主设定自己的环境目标。但是，它们有义务采用与总协定规定、特别是有关进口产品与国内产品待遇的规定相符合的措施来实现这些目标。”^[97]

上诉机构的裁决报告也进一步指出，“总协定第 20 条的目的就是使包括保护人类健康和保护

[91] WTO: WT/DS8/AB/R, p. 23.

[92] GATT/CP. 3/42, BISD II/181, 182, para. 4.

[93] GATT BISD 37S/132, 192, para. 5. 4.

[94] GATT BISD 36S/345, 387, para. 5. 14.

[95] WT/DS/R, p. 36, para. 6. 14.

[96] 其中影响较大的 WTO 案例有：“美国—精炼和常规汽油标准案”，“美国—虾和虾产品进口限制案”，“欧共体—石棉及含石棉制品有关措施案”等。

[97] WT/DS2/R, p. 46, para. 7. 1

自然资源在内的重大国家利益得以昭示,得到保障。乌拉圭回合谈判后,第20条的这一目的并未改变。事实上,成立世界贸易组织协议的序言和关于贸易与环境的决定都承认贸易与环境协调的重要性。世贸组织成员有很大限度的自主权来决定其环境政策(包括与贸易的关系)、环境目标和相应的环境立法。只是就世贸组织而言,该项自主权仅仅需要遵守总协定和其他相关协议规定要求的约束。”^[98] 该案以及其他相关案例(如美国虾产品案、欧共体石棉案等)的审议结论和法律解释将有助于各国逐步达成共识,制定有关贸易与环境相互关系的规则。

从专家组和上诉机构对相关案例的法律解释中,我们至少可以得出以下几条重要的启示:第一,各国在制定贸易法规的同时,有权根据本国的情况制定相应的环境保护标准和要求。第二,WTO协定的各项规定不应阻碍成员国制定各国国内的环保政策和措施,但这一切必须建立在WTO的基本原则,特别是非歧视原则(其中主要是最惠国待遇和国民待遇)的基础之上。各国的环境保护标准和措施,不得对进口产品造成低于本国同类产品有关待遇的歧视。第三,如果确认是为“保护人类、动植物的生命或健康所必需的措施”,则应按照“与总协定抵触最小”的原则,依次类推,选择“合理可用”的替代措施。第四,成员国有权为有效保护可用竭自然资源而采取与国内限制生产与消费的措施相配合的措施;“可用竭自然资源”不仅限于矿物或非生物自然资源,也包括生物资源(如海生鱼类)以及清洁空气等性质上属于可再生的资源。第五,为环境保护而采取的必要措施在实施中对情况相同的各国不得构成武断的或不合理的差别待遇,或构成对国际贸易的变相限制。第六,WTO对发展中国家的“特殊和差别待遇”原则(S&D)与气候环境领域的“共同但有区别的责任”原则,二者具有共通之处,应当在立法和适用过程中加以协调。根据国家发展水平的不同,在贸易过程中的承担环保义务方面应体现“共同但有区别的责任”原则。

诸如此类的例子不胜枚举,就连解释规则本身——“国际公法的解释惯例”的具体内涵是指什么,也是通过专家组和上诉机构的解释而加以明确的。应该注意到,DSU在“专家组展开的法律解释”(legal interpretation developed by the panel)时,^[99]使用的是“developed by”而不是“made by”,这意味着专家组的法律解释是一个由浅入深、由此及彼、由表及里的连续展开推论的过程。DSU明确规定专家组可以展开法律解释,并且可以在当事方要求下由上诉机构对其法律解释加以复议。这些法律解释经DSB通过后,经过一系列前后一致和连贯的行为形成“嗣后惯例”,在某种意义上已经构成了协议现行规定的补充规则。但是,这种法律解释又没有、也不允许增加或减少协议所规定的权利义务,并不构成新的“立法”,而是在现行协议范围内的补充和完善。一些本身高度概括、抽象及含糊的协议条文,其内涵和适用范围、适用条件经过一系列的专家组和上诉机构的法律解释而逐渐得以澄清并具有可适用性。可以说,正是由于近年来专家组和上诉机构不断对多边贸易协议的解释和推论,才使得多边贸易规则不断丰富和完善。它们像层出不穷的新芽绿叶,使GATT/WTO法律之树保持常青。

七、法律解释的宗旨是维持成员方在协议基础上的权利义务平衡

GATT/WTO争端解决的目的是维持成员方之间在协议基础上的权利义务平衡。这一宗旨,在多边贸易法律体制中几十年来一以贯之。

[98] WTO: WT/DS2/AB/R, p. 30.

[99] Article 17:6 of DSU.

早在 1947 年最初创始缔约国代表起草 GATT 第 23 条时,就明确提出争端解决机制是为了保障“缔约各方利益精心构建的平衡”(a careful balance of interests of contracting parties),“这种利益平衡一旦建立,就应予以维护。”^[100]此后,缔约方全体有关争端解决的法律文件中均有类似规定。^[101]

1995 年 DSU 的总则强调:“在一成员认为其依据有关协议直接或间接获得的利益正在因另一成员采取的措施而减损的情况下,迅速解决此类情况对 WTO 有效运作及维护各成员权利和义务的适当平衡是必要的。”^[102]

第 3 条 4 款又规定,“DSB 所提建议或所作裁决目的应在于依照本谅解和有关协定项下的权利和义务,实现问题的圆满解决。”^[103]

总则还指出,争端解决机制是为了“维护各成员在适用协定项下的权利和义务。”^[104]为了确保这一目的实现,总则还再次强调,争端解决的结果“不得使任何成员根据这些协定获得的利益丧失或减损。”^[105]

在短短一项总则条款中,四次从不同角度强调权利义务平衡和利益平衡问题,不能不说是 WTO 对权利义务平衡的高度重视。在争端解决中,如何解释并体现出各成员之间的权利义务平衡则是大有文章可做。

强调维护成员国在“协议项下的权利义务”是 WTO 协定的特点所决定的。WTO 项下的协议是契约性质的多边贸易协议。在《关税与贸易总协定》和《服务贸易总协定》文本后面都分别附有成员国的关税减让表和服务贸易承诺表。长达两万多页的关税减让表和服务贸易承诺表,成为 GATT1994 和 GATS 不可分割的重要组成部分和权利义务实质内容。每个 WTO 成员方将本国在谈判中所做的关税减让和服务贸易开放承诺分别列入标有本国编号的两项减让表中,在法律上加以约束,不得任意改变,并且在多边最惠国基础上适用于全体成员。特别是关税减让表已历经八个回合多边贸易谈判,反复开价还价,综合了各方利益加以平衡,十分微妙复杂。在多边贸易体制内,成员方之间的权利义务关系已经多边化,即一个成员给予任何第三方的贸易优惠,必须立即无条件地给予其他一百多个 WTO 成员;反之,任何其他成员的贸易优惠,该成员也都有权利享受。

在多边化的权利义务关系中,争端解决要维持各成员之间权利义务平衡点尤其困难,而且这种平衡点的确定并非一成不变,而是因贸易环境、具体措施、拥有最初谈判权的成员以及相关第三方的不同而不断变化。一项贸易措施的出台,往往会牵一发而动全身,以致出现一个案件中几个成员同时申诉并有多个第三方参与的情况。要判断一项贸易措施对于某项“同类产品”或某项“同类服务和提供者”产生的经济影响和商业利益,就有必要详细解读当事方成员的关税减让表或服务贸易承诺表。评价一项贸易措施是否使任何其他成员(特别是拥有最初谈判权的成员或主要供应方成员)根据这些协定获得的利益丧失或减损,不仅应对有关协定条文加以解释,而且必须结合有关成员在关税减让表或服务贸易承诺表中具体的减让和承诺以及附加的限制条件

[100] UN doc. EPCT/A/PV. 6, p. 5 (1947).

[101] 这些法律文件主要有: Procedures of 1958(GATT BISD 7S/24), Procedures of 1966(GATT BISD 14S/18), Understanding of 1979(GATT BISD 26S/210), Ministerial Declaration of 1982(GATT BISD 29S/13), Action of 1984(GATT BISD 31S/9) and Improvements of 1989(GATT doc. L/6489).

[102] Article 3:3 of DSU. 参见前引〔2〕,乌拉圭回合法律文本,第 406 页。

[103] Article 3:4 of DSU. 参见上引书,第 406 页。

[104] Article 3:2 of DSU. 参见上引书,第 405 页。

[105] Article 3:5 of DSU. 参见上引书,第 406 页。

来判断和衡量。虽然条约解释是侧重在协议条文,但它不是孤立的。就WTO争端解决而言,考虑当事方在有关减让表或承诺表基础上的权利义务平衡是解释条文中不可忽视的。

条约解释应当“维护成员方之间在协议基础上的权利义务平衡”,还需考虑对发展中国家的“特殊和差别待遇”(S&D)的有关协议规定。有关发展中国家的“特殊和差别待遇”的规定,分散地体现在WTO协议的不同法律文件中。从最早的1947GATT第18条,到1964GATT第四部分,再到1979年11月28日通过的“关于发展中国家更加优惠的差别待遇、互惠和更充分参与的谅解”(即著名的“授权条款”)^[106],直到乌拉圭回合谈判中达成的许多新协定的相关条款,如GATS第4条,TRIPS协定第65条和第66条等等。这些法律文件有的属于建立WTO协定生效之前就实施的法律文件核准修正和修订的文本,有的属于关贸总协定缔约方全体作出的决定,有的属于新的WTO贸易协定。在WTO争端解决中,“国际公法解释惯例”的三个主要因素之一“上下文”应包含上述有关发展中国家的特殊和差别待遇的有关协议规定或决定,它们都应被视为条约解释中“上下文”的一部分。在解释权利义务平衡时,如果涉及到发展中国家当事方,应当考虑到对发展中国家更加优惠的差别待遇。例如,在关税减让和削减非关税壁垒方面,不能“企望从发展中成员得到互惠”^[107];在服务贸易方面,应当对发展中国家“有出口利益的产业及提供方式上实现市场准入的自由化”。^[108]这种权利义务平衡是与发展中成员“各自目前和将来的发展、财政和贸易方面的需要”^[109]相符合的一种“适当的平衡”(a proper balance),是一种重实质而不重形式的平衡。

总之,从WTO成员方的权利义务角度看,争端解决的过程,就是维持、调整或恢复有关成员之间在协议基础上的权利义务平衡的过程,达到当事方满意的结果。条约解释的目的就是使争端当事方达到协议基础上的权利义务平衡,维护成员方在WTO项下应享有之利益,这是WTO争端解决中条约解释的精髓所在。

八、结 语

本文对六十余年来GATT/WTO争端解决中法律解释的性质、规则、特点、作用和宗旨目的等问题,做了一些探索性的分析和研究。GATT/WTO多年累积的大量案例报告书卷帙浩繁,内容丰富,本文所论述的仅仅是沧海拾贝,这方面还有许多领域和课题值得深入探讨和钻研。

随着中国加入世贸组织,先是中国作为被诉方的争端案例开始出现并逐渐增多,继而中国也开始作为申诉方主动向DSB提出争端解决;无论是作为被诉方、申诉方还是第三方,涉及中国的争端案例日益增多。因此,如何有效地参与WTO争端解决,正当地维护中国在多边贸易体制中的权益,已经迫切地提上日程。在争端解决过程中,对有关协议的法律解释往往起着四两拨千斤的关键作用。了解法律解释的性质和作用,掌握其中的规则和特点,利用先前案例的经验和“嗣后惯例”,对于我国参与WTO争端解决,有效地准备案件的申诉或抗辩,已显得尤为重要。

例如,在国民待遇方面,对于GATT第3条第1款的解释和对于“同类产品”等术语的解释;在例外条款方面,对于GATT第20条导言的解释和对于“必需”的解释,都已经过诸多案例形成“嗣后惯例”,对类似案例具有普遍意义。而在与我国有关的案例中,已经遇到或者将会

[106] GATT BISD 26S/210.

[107] Article XXXVI:8 of GATT 1994. 参见前引〔2〕,乌拉圭回合法律文本,第534页。

[108] Article IV:1:(c) of GATS. 参见上引书,第330页。

[109] Article XXXVII:4 of GATT 1994. 参见上引书,第536页。

遇到这些条文的法律解释问题，对此加以研究十分必要。

总之，凡事预则立，不预则废。熟练掌握和恰当运用 WTO 争端解决法律解释的规则和特点，可以使我国在参与争端解决时作到有理有据，游刃有余，趋利避害，从容应对，可以获得对争端解决结果的“合法预期”，从而争取法律上的主动性和可预见性。

Abstract: Legal interpretation developed by the penal and Appellate Body of GATT/WTO has played an important role in dispute settlement under the multilateral trading system. The author in this article attempts to make a pilot research on the characters, customary rules, features, functioning and object of legal interpretation contained and embodied in the numerous case reports adopted by the former GATT CONTRACTING PARTIES since 1948 and the DSB of WTO since 1995 until nowadays.

Legal interpretation in GATT/WTO dispute settlement has the common characters of treaty interpretation under international law, but it also has unique features of multilateral trading system, such as its quasi-judicial interpretation character, because the legal interpretation is developed by the penal and reviewed or revised by the Appellate Body, and it is not effective until the report is finally adopted by the DSB which usually takes into account not only legal arguments, but also economic, political and diplomatic elements. Another feature is that the interpretative rule has gradually changed from tracing original drafting documents to adopting the customary rules of interpretation of public international law, particularly § § 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The most unique and significant feature is that the penal and Appellate Body's practice of consistent invocation of the interpretation in previous reports has constituted a "subsequent practice" in treaty law. In addition, some interpretative approaches have been applied by the penal and Appellate Body, such as the restrict interpretation on exception articles so as to bring the exceptive measure in dispute backwards to the general principle of multilateral trading system, and also making concordant and consistent interpretation between general provisions and other supplementary clauses. Finally, legal interpretation developed by the penal and Appellate Body has made the ambiguity clarified and developed certain supplementary rules so as to bring the agreements more precise and applicable.

A sound grasp of these rules and features will be beneficial and necessary for China to take an active part in WTO dispute settlement for maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members.

Key Words: WTO dispute settlement, legal interpretation, customary rules, international law
