

# 论“加入议定书”在 WTO 法律体系中的定位

刘敬东\*

**摘要：**“加入议定书”是 WTO 法律体系中一类独特的法律文件。随着新成员的不断加入，“加入议定书”的数量逐渐增多。由于 WTO 对“加入议定书”的定位模糊，涉及“加入议定书”条款解释和适用的争端频发。“加入议定书”在 WTO 法律体系中的定位问题，关乎各方重大贸易利益，重要而复杂。WTO 部长会议和总理事会应当履行法定职责，充分尊重多边贸易体制的目标和宗旨，遵循 WTO 法律原则、规则以及国际法基本原则，将“加入议定书”置于 WTO 法律体系的整体框架内，妥善处理“加入议定书”与《建立 WTO 协定》及其附件之间的法律关系，平等保障新成员方应享有的 WTO 普遍性权利。

**关键词：**“加入议定书” WTO 法律体系 法律定位

在 WTO 法律体系中，“加入议定书”是一类比较特殊的法律文件。不同于《1994 年关税与贸易总协定》（GATT 1994）等 WTO 涵盖协定，<sup>①</sup>“加入议定书”是一个国家或单独关税区根据《建立 WTO 协定》第 12 条之规定，为了加入 WTO，就其与 WTO 议定的加入条件同 WTO 谈判达成的国际协定。<sup>②</sup>可以说，“加入议定书”条款就是新成员与 WTO 议定的加入条件，内容包括新成员作出的具体承诺以及专门针对新成员议定的特殊规则。由于“加入议定书”条款涉及新成员与 WTO 其他成员的具体权利、义务，对“加入议定书”条款的解释和适用关乎相关各方重大贸易利益。

据统计，159 名 WTO 成员中有超过 1/6 的成员属于新加入成员，<sup>③</sup>其中，不乏中国、俄罗斯

\* 法学博士，中国社会科学院国际法研究所研究员。

① WTO 涵盖协定是指《马拉喀什建立世界贸易组织协定》（以下简称《建立 WTO 协定》）附件 1、2 和 3 所列协定及相关法律文件。《建立 WTO 协定》第 2 条第 2 款规定：“附件 1、附件 2 和附件 3 所列协定及相关法律文件（下称‘多边贸易协定’）为本协定的组成部分，对所有成员具有拘束力。”参见《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》，对外贸易经济合作部国际经贸关系司译，法律出版社 2000 年版，第 4 页。

② 通常而言，“加入议定书”不仅包括 WTO 部长会议批准的“加入议定书”本身，而且还包括为新成员加入而设置的 WTO 工作组作出的《工作组报告》（Working Party Report）的部分内容，一般以“‘加入议定书’援引（Reference）”的方式与“加入议定书”一道成为《建立 WTO 协定》的组成部分。例如，《中华人民共和国加入议定书》第 1 条第 2 款就规定：“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。”参见《中国加入世界贸易组织法律文件》，对外贸易经济合作部世界贸易组织司译，法律出版社 2002 年版，第 2 页。不只是中国，越南、沙特、俄罗斯等新近加入 WTO 成员方均在“加入议定书”中援引了《工作组报告》中的某些内容，构成了适用于上述成员方的《建立 WTO 协定》的组成部分。

③ 截止 2014 年 3 月，WTO 共有正式成员 159 个，其中 31 个属于新成员。http://www.wto.org/english/thewto\_e/whatis\_e/tif\_e/org6\_e.htm (last visited March 14, 2014).

这样的全球重要贸易体，且申请加入或正谈判加入的新成员仍在增加。这些新成员无一例外均要与WTO签订“加入议定书”。随着WTO新成员的不断增加，“加入议定书”的数量持续增长，在WTO法律体系中的作用日渐凸显。但是，现有WTO规则对“加入议定书”的法律定位过于笼统、原则，特别是对“加入议定书”与WTO涵盖协定之间的关系这一核心问题未予明确，争端解决机构对“中国——原材料案”等具体案件作出的相关裁决又将新成员置于不利地位，这就引发了各方围绕“加入议定书”法律定位的广泛争议。“加入议定书”含有大量“超WTO义务”（WTO-Plus），早就使新成员不堪重负，<sup>①</sup>争端解决机构在涉及“加入议定书”条款问题上对新成员作出的不利裁决，导致许多新成员以及国际法学者对WTO多边贸易体制的公平性、平等性以及“非歧视”原则究竟能否惠及WTO全体成员方提出严重质疑。<sup>②</sup>

为了维护多边贸易体制的完整性、稳定性和可预见性，WTO应当根据公认的国际法原则、WTO法律原则，本着有利于建立多边贸易体制的目标和宗旨，尽快、彻底地解决“加入议定书”在WTO法律体系中的法律定位问题。从目前各成员间的贸易摩擦和争端解决实践来看，解决“加入议定书”法律定位问题的核心或者关键在于，从法律上澄清“加入议定书”与WTO现有涵盖协定之间的关系。

## 一 “入门费”与模糊定位

与GATT时期相比，WTO成立后新成员加入的条件，无论是其内容还是性质均发生了根本性改变。在GATT时期，如果想成为GATT缔约方，尽管也要与GATT缔约方谈判并议定条件，但加入条件主要包含两部分内容，即新缔约方遵守GATT全部条款的承诺以及关税减让的清单。当时，GATT只是对波兰、罗马尼亚和匈牙利等几个实行“非市场经济”的社会主义国家提出了一些更严格的条件，但这些条件并未偏离GATT条款及其规则本身。<sup>③</sup>但到了WTO时代，准入的门槛却大幅提升，新成员加入条件都变得极为苛刻。

### （一）“超WTO义务”——新成员的“入门费”

由于新成员加入需得到全体成员的同意（虽然《建立WTO协定》第12条规定2/3成员同意即可，但实际上WTO还是以协商一致方式作出接受新成员加入的决定），在一对一的谈判中，

① See Julia Ya Qin, “‘WTO-Plus’ Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System: An Appraisal of the China Accession Protocol”, (2003) 37 *Journal of World Trade* 483, p. 483.

② 在2012年的“中国——原材料案”中，专家组认为，由于中国政府在《加入议定书》第11.3条中承诺取消出口税，且该条未能援引GATT 1994，因此，中国无权引用GATT 1994第20条作为因保护环境而限制原材料出口的抗辩依据。上诉机构支持了专家组该裁决。参见 Appellate Body Report, China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China-Raw Materials), WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, adopted 22 February 2012; Panel Reports, China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China-Raw Materials), WT/DS394/R and Corr. 1, WT/DS395/R and Corr. 1, WT/DS398/R and Corr. 1, adopted 22 February 2012 as modified by Appellate Body Report, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R. 上述裁决极具争议，参见 Elisa Baroncini, “The China-Rare Earths WTO Dispute: A Precious Chance to Revise the China-Raw Materials Conclusions on the Applicability of GATT Article XX to China’s WTO Accession Protocol”, (2012) 4 (2) *Cuadernos de Derecho Transnational* 49, pp. 49–51.

③ Yamaoka Tokio, “Analysis of China’s Accession Commitments in the WTO: New Taxonomy of More and Less Stringent Commitments, and the Struggle for Mitigation by China”, (2013) 47 (1) *Journal of World Trade* 105, pp. 113–114.

原始成员方往往迫使新成员作出巨大让步,新成员被迫作出对自身明显不利的承诺,相当一部分超出了WTO原始成员方作出的承诺范围,成为“超WTO义务”,甚至一些为WTO规则所禁止的内容也成为“加入议定书”的正式条款。中国签订的“加入议定书”就是明显例证,其作出的承诺,无论从数量上、范围上还是游离于WTO规则的程度,均可谓史无前例。<sup>①</sup>其他一些新成员如俄罗斯、越南、沙特、约旦等签订的“加入议定书”也不同程度地存在类似情况。目前看来,为了加入WTO,新成员为其他WTO成员所迫,签订含有大量不利于己方的“超WTO义务”的“加入议定书”已成为WTO中的一种普遍现象。很大程度上,新成员“入世”已演变为WTO原始成员方利用自身实力和地位攫取利益(甚至政治利益)的有效工具。<sup>②</sup>人们意识到,新成员必须付出高昂的代价(有人形象地称之为WTO的“入门费”)才能加入WTO,这在全球性国际组织中是绝无仅有的。

“加入议定书”中“超WTO义务”条款以及针对新成员议定的特殊规则的大量涌现,不仅造成新、老成员之间权利、义务的不平衡,而且催生了WTO法律体系内规则适用的“双轨制”甚至“多轨制”,形成了对新成员法律适用上的一种歧视。因“加入议定书”条款导致的WTO规则适用的不统一现象越来越多,长此以往,必将导致WTO法律的“碎片化”,严重破坏WTO法律制度的完整性。随着新成员与其他成员间贸易摩擦和争端的频发,由“加入议定书”引发的这种WTO体制性弊端已经十分明显。<sup>③</sup>

## (二) WTO对“加入议定书”定位不清

除了“加入议定书”含有的大量“超WTO义务”条款以及特殊规则造成WTO规则适用上的不统一外,WTO本身对“加入议定书”定位的模糊,更加剧了WTO规则适用的“碎片化”和混乱局面。

关于“加入议定书”的定位,现有两份WTO法律文件的条款涉及,即《建立WTO协定》第12条和WTO秘书处确认为“加入议定书”普遍性条款中的“标准条款”。《建立WTO协定》第12条规定:“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主权的单独关税区,可按它与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。”根据该条规定,从性质上说“加入议定书”就是该成员在加入WTO时与WTO“议定的条件”。2005年WTO秘书处确认,以下条款为“加入议定书”的“标准条款”(Standard Protocol),新成员签订的“加入议定书”均含这一标准条款:“本议定书,包括工作组报告第XX段所指的承诺,应成为《建立WTO协定》的一部分。”<sup>④</sup>尽管这一“标准条款”并非WTO协定条款,但由于它已成为“加入议定书”中的必备条款,因此,其

① Mitali Tyagi, “Flesh on a legal fiction: Early practice in the WTO accession protocol”, (2012) 15 (2) *Journal of International Economic Law* 395, p. 395.

② 在俄罗斯“入世”谈判过程中,与之有领土纠纷的格鲁吉亚甚至提出了许多政治性条件。参见 Mitali Tyagi, “Flesh on a legal fiction: Early practice in the WTO accession protocol”, p. 395.

③ 原始成员方之间关系适用WTO建立时的涵盖协定条款,原始成员方与新成员之间关系适用“加入议定书”条款。随着更多新成员的加入,已经加入的新成员成为老成员,他们与更新成员之间适用的是更新的“加入议定书”条款。这就是法律适用上的“双轨制”或“多轨制”。

④ 标准条款出现在WTO秘书处编辑的《加入谈判进程技术手册》(Technical Note on the Accession Process)第42页,WT/ACC/10/Rev.3 (28 November 2005)。

法律效力毋庸置疑。根据这一“标准条款”规定，“加入议定书”是《建立WTO协定》的组成部分。

GATT 1994 第2条“减让表”所提及的“减让表所列条款、条件或限制”也是成员方与WTO谈判时达成的。因此，有人认为，GATT 1994 第2条也涉及“加入议定书”的定位问题，因为该条款中所列“条款、条件或限制”属于“加入议定书”中的“加入条件”，故成员方“减让表”应当与GATT 1994 共同解读，即“加入议定书”中的“减让表”属于GATT 1994 的“组成部分”。这一观点的目的，显然是想通过GATT 1994 第2条之规定，将“加入议定书”全部或部分内容纳入GATT 1994 的框架内。但不难发现，GATT 1994 第2条规范的只是进口事项，并且其所列“条款、条件或限制”仅与成员方“减让表”本身有关，并非“加入议定书”全部内容。因此，很难仅从GATT 1994 第2条就对“加入议定书”与GATT 1994 的关系得出总体上的、一般性的结论。俄罗斯在签署“加入议定书”时将出口税承诺列进“减让表”，从而使得它的出口税承诺成为GATT 1994 的一部分，但中国当初却未能将出口税承诺列进“减让表”，从而失去了与GATT 1994 之间的这一“联系”。<sup>①</sup>

从WTO现有协定或规定来看，新成员签订的“加入议定书”是其与WTO“议定的条件”，同时，它属于《建立WTO协定》的一部分。但对于“加入议定书”与WTO涵盖协定（如GATT 1994、《服务贸易总协定》、《反倾销协定》、《补贴与反补贴协定》等）之间的关系这个核心问题，WTO没有明确规定。单从以上两个关于“加入议定书”的原则性规定，也很难推导出有说服力的答案，这就为涉及“加入议定书”条款的争端解决带来巨大麻烦。<sup>②</sup>

由于缺乏明确而具体的定位，在涉及“加入议定书”与WTO涵盖协定条款之间关系的问题上，争端解决机构曾试图以消极态度回避解决此问题。在无法回避的情形下，又被迫选择以条约解释的方式加以解决，期望取得良好效果，但循此路径作出的最终裁决效果却适得其反，不但未能彻底解决这一棘手问题，反而备受各方批评和指责。<sup>③</sup>

大量带有“歧视性”色彩的“超WTO义务”条款和特殊性规则原本就加重了新成员负担，WTO对“加入议定书”的模糊定位又导致争端解决机构裁决明显不利于新成员，这使得新成员方越来越质疑WTO法律体制的权威性。

## 二 “加入议定书”是否构成新的涵盖协定

目前WTO对“加入议定书”的定位是“新成员与WTO议定的加入条件”及“《建立WTO协定》的组成部分”，前者说明了“加入议定书”的内容是什么，后者解决的是“加入议定书”

① *Report of the Working Party on the Accession of the Russian Federation to the World Trade Organization*, para. 638.

② “尽管这种原来设计的体制已转变为一个更加以规则为导向的体制，但对于那些依据《马拉喀什建立WTO协定》第12条申请加入的新成员来说，加入谈判的进程仍然是不那么清晰的，在涉及加入条款方面，也少有指导性的原则。” See Nhan Nguyen, “WTO Accession at Any Cost? Examining the Use of WTO-Plus and WTO-Minus Obligations for Least-Developed Country Applicants”, (2008) 22 *Temple International & Comparative Law Journal* 243, p. 243.

③ 近年来，一些国际法专家曾发表文章质疑WTO争端解决机构对“中国——汽车零部件案”、“中国——原材料案”中有关“加入议定书”与WTO涵盖协定之间关系问题的裁决。例如，Matthew Kennedy, “The Integration of Accession Protocols into the WTO Agreement”, (2013) 47 (1) *Journal of World Trade*, pp. 45 – 75; Mitali Tyagi, “Flesh on A Legal Fiction: Early Practice in the WTO Accession Protocol”, pp. 391 – 441.

在WTO中的法律效力问题（作为《建立WTO协定》的组成部分，“加入议定书”对于新成员与WTO原有成员均具有拘束力）。那么，在WTO体制中，特别是在“加入议定书”与WTO涵盖协定的关系上，“加入议定书”是附属于WTO各涵盖协定的一个附件，还是一个独立于其他涵盖协定的新协定？它对于WTO涵盖协定是否构成新的“修订”，或仅仅是针对每一个新成员的具体情况就WTO涵盖协定中的普遍性规则作出的特殊适用？只有清楚地回答上述问题，才能彻底解决“加入议定书”在WTO法律体系中的定位问题。

### （一）WTO争端解决机构对“加入议定书”的解读

从争端解决机构已决判例中，可以看出该机构对于上述问题的基本观点。迄今，争端解决机构已经在两个涉及中国“加入议定书”条款的案件中作出裁决，分别是“中国——出版物和音像制品案”和“中国——原材料案”。

在“中国——出版物和音像制品案”中，中国曾援引GATT 1994第20条，作为豁免其“加入议定书”第5.1条涉及贸易权的协定义务的依据。由于涉及“加入议定书”与WTO涵盖协定关系这一敏感问题，上诉机构一开始试图回避这个问题，但为了作出裁决，后来选择以条约解释的方式解决问题：

“上诉机构在进行分析时，并未讨论在WTO协定体制内，中国‘加入议定书’与GATT 1994条款之间的体制性关系，上诉机构反而将分析的重点放在了‘加入议定书’相关条款的解释上，包括考察涉及的条款文字含义、上下文以及‘加入议定书’的整体架构等。”<sup>①</sup>

在该案中，中方认为：“‘加入议定书’第5条开宗明义规定‘在不损害中国以符合《建立WTO协定》的方式管理贸易的权利的情况下……’，而且‘加入议定书’第6.1条也存在类似的用语，显然，‘WTO协定’一词指的是包含于《建立WTO协定》中并成为其组成部分的所有协定，只有这种解释才能确保来源于‘加入议定书’的中国与其他WTO成员方之间的权利平衡。”<sup>②</sup>因此，中方主张，作为GATT 1994具体条款的第20条应适用于与“加入议定书”条款相关的争议。对此，美国等申诉方、第三方表示反对，认为GATT 1994第20条与“加入议定书”之间的关系存在着一个广泛的体制性植入（import）的问题，而第20条仅适用于GATT 1994协定本身，由于该条未被“体制性植入”中国的“加入议定书”中，因此，中方无权援引GATT 1994第20条作为因“加入议定书”条款引发争议的抗辩依据。上诉机构运用条约解释的方法作出推理，最终支持了中方观点，理由是“加入议定书”第5条和第6条中的用语表述意味着，GATT 1994第20条抗辩已被包含于“加入议定书”中，议定书通过这种援引的方式，将该条纳入“加入议定书”，构成了中国加入WTO承诺的一部分。因此，中方有权援引GATT 1994第20

<sup>①</sup> Panel Reports, *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China-Raw Materials)*, para. 7. 117.

<sup>②</sup> Reports of the Panel, *China-Measures Affecting Trading rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China-AV)*, WT/DS363/R, adopted 12 August, 2009, paras. 4. 434 - 35, 7. 739, 5. 9 - 5. 10, 5. 27.

条作为抗辩依据。<sup>①</sup>

上诉机构在“中国——出版物和音像制品案”中选择这种回避“加入议定书”与涵盖协定体制性关系问题、以条约解释的方式处理涉“加入议定书”争端的做法，为解决日后发生的“中国——原材料案”争端埋下了法律上的巨大隐患。

在随后发生的“中国——原材料案”中，专家组遵循上诉机构依赖条约解释规则解决“加入议定书”与涵盖协定之间关系的方法，作出了不利于中国这个新成员的裁决，引起轩然大波。该案的专家组指出，与“中国——出版物和音像制品案”涉及到的第5.1条不同，“加入议定书”第11.3条缺乏援引GATT 1994第20条的明确规定，也未包含类似“加入议定书”第5.1条那样的引言。因此，GATT 1994第20条的抗辩并未被植入到第11.3条中，中国无权引用该条作为抗辩依据。<sup>②</sup>

在专家组看来：“第11.3条对用词的精心选择以及该条款缺少对WTO协定或者GATT 1994普遍性适用的用语，这就告诉我们，WTO成员和中国无意将符合GATT 1994第20条规定的抗辩依据引入到第11.3条之中。”<sup>③</sup>专家组进一步指出：“在没有明确规定或授权的情况下，如果允许中国适用这样的例外将改变中国《加入议定书》的内容以及谈判过程中达成的谨慎的平衡（careful balance），这无疑会损害国际贸易体制的可预见性和法律上的稳定性。”<sup>④</sup>对于专家组的这一结论，上诉机构予以支持。对“加入议定书”条款，该案专家组运用了“谨慎的平衡”这一法律词汇，上诉机构也未予推翻。因此，从这一用语，我们可以分析出争端解决机构对“加入议定书”定位认识的基本观点和立场。

从法律理论上讲，“平衡”一词说明“加入议定书”条款是新成员与WTO其他成员方之间达成的新的权利、义务平衡。可见，在专家组、上诉机构看来，“加入议定书”条款是新老成员谈判达成的“平衡”的结果，是一种与WTO现有涵盖协定无关的、新的、成员方之间的权利义务关系。<sup>⑤</sup>这种“新平衡论”观点的实质是将“加入议定书”置于与WTO各涵盖协定完全独立、平等的新协定地位。这无疑意味着，当新成员与原有成员之间发生争端时，争端解决机构适用的应是“新的协定”——“加入议定书”条款，只有“加入议定书”条款明确提到WTO涵盖协定条款时，这些涵盖协定条款才可以适用。简言之，按照这一观点和逻辑，在新成员与WTO其他成员之间的关系上，“加入议定书”条款应优先适用，WTO涵盖协定中的普遍性规则反而成为适用规则的例外。

## （二）WTO 裁决及其相关解读招致严重质疑

“一石激起千层浪”，上述裁决一经公布不仅遭到当事方中国的强烈反对，争端解决机构这种实质上将“加入议定书”置于WTO涵盖协定之外，视其为一个新的独立协定的立场招致国际

① Reports of the Panel, *China-Measures Affecting Trading rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China-AV)*, WT/DS363/R, adopted 12 August, 2009, paras. 4. 434 - 35, 7. 739, 5. 9 - 5. 10, 5. 27.

② Panel Reports, *China-Measures related to the exportation of various raw materials (China-Raw Materials)*, para. 7. 124, 7. 126 - 7. 129.

③ Panel reports, *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China-Raw Materials)*, para. 7. 129.

④ Panel reports, *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China-Raw Materials)*, para. 7. 159.

⑤ Matthew Kennedy, “The Integration of Accession Protocols into the WTO Agreement”, p. 45.

法学界严重质疑。

欧洲学者巴隆西尼 (Elisa Baroncini) 指出, 上诉机构在“中国——原材料案”中作出的解释, 已造成一系列严重后果。他认为, 首先, 按照上诉机构的逻辑, 属于“超 WTO 义务的”取消出口税义务不能通过 GATT 1994 的公共政策例外得以豁免, 而这一政策给予成员方为了保护非贸易利益可采取甚至违反 WTO 支柱原则的最惠国待遇、国民待遇的国内措施, 这显然是不合理的逻辑; 其次, 这一做法给已支付高额“入门费”的中国平添更为沉重的负担, 同时也引发 WTO 司法中严重的体制性问题; 再有, 由于“加入议定书”中许多“超 WTO 义务”很难在未来被修正, 上诉机构的做法无疑使得“超 WTO 义务”这一不对称现象得以恶化。<sup>①</sup>

另一位学者肯尼迪 (Matthew Kennedy) 教授认为, 专家组、上诉机构把“加入议定书”只当成是《建立 WTO 协定》本身的一部分的观点显然是错误的。《建立 WTO 协定》与 WTO 涵盖协定、《关于争端解决规则与程序的谅解》等全部附件是一个整体, 作为《建立 WTO 协定》一部分的“加入议定书”, 毫无疑问是包括全部附件在内的《建立 WTO 协定》的“一部分”。换句话说, 它们完全是一个文件体系, 否则很难解释为什么新成员不必一一加入 WTO 涵盖协定, 而这些协定自其加入时起即对其生效。在他看来, “加入议定书”不是一个单独的协定, 而是 WTO 规则针对每一个新成员的具体化和特殊性规定, 无论“加入议定书”是否援用 GATT 1994 条款, GATT 1994 全部条款均适用于新成员。<sup>②</sup> 至于“加入议定书”有的条款未提及 GATT 1994, 是因为这些条款属于并未包含在现有涵盖协定条款中的新 WTO 义务。即便如此, 这些条款也要与 WTO 涵盖协定一道共同解读, 而不是视其为新的、独立的 WTO 规则。<sup>③</sup>

专家组、上述机构在“中国——原材料案”中提出的“新平衡论”将“加入议定书”视作 WTO 新的涵盖协定, 这一定位不仅不合法理, 而且对新成员极为不公平。不仅如此, 在 WTO 体制中, 争端解决机构是否有权处理“加入议定书”在 WTO 法律体系中的定位这样的重大问题, 本身就有疑问。<sup>④</sup> 从争端解决机构获得的授权来看, “加入议定书”并未明确包含在《关于争端解决规则与程序的谅解》第 1 条规定的争端解决机制“范围和适用”之中。相反, 《建立 WTO 协定》第 9.2 条规定, 对该协定以及多边贸易协定进行解释的权力属于部长会议和总理事会。“加入议定书”属于《建立 WTO 协定》的一部分, 根据第 9.2 条规定, 对其进行解释的权力应不属于争端解决机构, 而属于部长会议和总理事会的职权范围。

争端解决机构解释“加入议定书”不仅缺乏法律依据, 而且有越权之嫌。不仅如此, “加入议定书”关乎新成员在 WTO 中的基本权利和义务, 对于这样重大的问题, 仅凭争端解决机构运用条约解释的方法来解决显然不合适。实际上, 争端解决机构在“中国——原材料案”中对议

① Elisa Baroncini, “The China-Rare Earths WTO Dispute: A Precious Chance to Revise the China-Raw Materials Conclusions on the Applicability of GATT Article XX to China’s WTO Accession Protocol”, pp. 58 – 59.

② Matthew Kennedy, “The Integration of Accession Protocols into the WTO Agreement”, pp. 64 – 66.

③ Matthew Kennedy, “The Integration of Accession Protocols into the WTO Agreement”, p. 75.

④ 米塔里·提亚吉教授 (Mitali Tyagi) 对 WTO 争端解决机构是否有权对该问题作出裁决提出严重质疑。参见 Mitali Tyagi, “Flesh on A Legal Fiction: Early Practice in the WTO Accession Protocol”, p. 398. 查诺维茨 (Steve Charnovitz) 教授也曾指出: “在得出议定书这类文件在 DSU 中是可执行的结论之前, 必须考虑 WTO 部长会议有权与其他国际法主体 (如联合国) 达成协定而且通过共同同意运用 DSB 解决 (因该协定) 引发的争端这一说法造成的后果。在我看来, 对 WTO 司法最为重要的是, 以不产生对 WTO 意想不到的负面后果的方式来判断议定书的可执行性。” Steve Charnovitz, “Mapping the Law of WTO Accession”, *The George Washington University Law School Public Law And Legal Theory Working Paper No. 237*, 2006, *Legal Studies Research Paper No. 237*, p. 79.

定书条款作出裁决已经严重损害了中国作为新成员加入WTO的可预期利益,对中国来说是极不公平的。

### 三 “加入议定书”定位的基本思路

通过分析研究WTO“加入议定书”的历史背景、基本性质以及WTO规则,笔者认为,解决“加入议定书”在WTO法律体系中的定位问题,应确立以下基本思路:充分尊重多边贸易体制的目标和宗旨,遵循WTO法律原则、规则以及国际法基本原则,将“加入议定书”置于WTO法律制度的整体框架内,在此基础上,妥善处理“加入议定书”与《建立WTO协定》及其附件之间的法律关系,平等保障新成员应享有的WTO普遍性权利。

首先,从程序和职权上应当明确,按照《建立WTO协定》有关职权分配条款,在解决“加入议定书”定位这一重大问题上,WTO部长会议和总理事会享有法定权力,负有义不容辞的法定责任,争端解决机构无权对这样一个涉及成员方根本利益的问题作出司法裁决。

事实上,WTO总理事会已经在行使这一权力。在新成员不断申请加入WTO并与成员方开展谈判的过程中,总理事会对“加入议定书”中存在的严重“超WTO义务”的问题早有警觉,并为此于2002年通过了关于最不发达国家加入指南的决议,强调指出,WTO协定中规定的特殊及优惠待遇应适用于最不发达国家,并要求WTO成员在寻求这些国家作出货物和服务贸易减让和承诺时保持克制。<sup>①</sup>尽管这一决议针对的是最不发达国家,但总理事会欲扭转新成员入世谈判中出现的非正常情况的决心可见一斑。不仅如此,WTO秘书处还出台了关于《建立WTO协定》第12条之下的谈判程序的文件及4个技术性文件作为新成员入世谈判的指南,这无疑也是为规范新成员“加入议定书”谈判作出的努力。<sup>②</sup>在当前因“加入议定书”条款引发的争端不断增多的情形下,WTO部长会议和总理事会理应行使《建立WTO协定》第9.2条赋予的权力,通过相关决议,彻底解决“加入议定书”的法律定位问题,为争端解决机构裁决与议定书相关的争端提供充分法律依据。

需要指出的是,尽管“加入议定书”的定位问题须经部长会议和总理事会解决,但这丝毫不影响它应具备的法律效力。定位问题只是在明确“加入议定书”在WTO中对各方均具有拘束力的前提下,解决“加入议定书”适用过程中的具体问题,或称技术性问题。解决这一问题的目的是为了更公平地适用“加入议定书”条款,并非否定它的法律效力。作为一项国际协定以及《建立WTO协定》的组成部分,“加入议定书”条款应得到各方的善意履行。欲以违反公平原则等理由推翻或主张重新修订“加入议定书”条款不仅违反“禁止反言”这一法律原则,而且也是不可能真正实现的。应当强调的是,尽管包含大量严重“歧视性”的“超WTO义务”,

① WTO document, *Accession of Least-Developed Countries*, Decision of 10 December 2002, WT/L/508, Jan 20, 2003.

② Note by the Secretariat, *Accession to the World Trade Organization-Procedures for Negotiations under Art. XII*, WT/ACC/1, Mar 24, 1995. Notes by the Secretariat, *Accession to the World Trade Organization-Information to be Provided on Domestic Support and Export Subsidies in Agriculture*, WT/ACC/4, Mar 18, 1996. *Accession to the World Trade Organization-Information to be Provided on Policy Measures Affecting Trade in Services*, WT/ACC/5, Oct 31, 1996. *Accession to the World Trade Organization-Checklist of Illustrative SPS and TBT Issues for Consideration in Accessions*, WT/ACC/8, Nov 15, 1999. *Accession to the World Trade Organization-Implementation of the WTO Agreement on TRIPS*, WT/ACC/9, Nov. 15, 1999 and corr. 1, Feb 16, 2001.



但“加入议定书”在WTO中的法律效力是不容置疑的。

在这一前提下,笔者认为,在解决“加入议定书”定位问题时,应确立以下几项基本规则:

第一、对全体成员方一视同仁地适用WTO普遍性规则应作为一项基本原则,但“加入议定书”另有规定或新成员明确承诺不适用普遍性规则的情形除外。

主权平等是现代国际法的重要原则,尽管WTO成员除主权国家外还包括单独关税区,但在贸易权方面,WTO成员的地位是平等的,不应有高低、大小之分,也不存在加入国际组织的先后之别,这是处理“加入议定书”与《建立WTO协定》及其附件关系时首先应当明确的。在解决成员方贸易争端时,国际法的主权平等原则无疑具有最高指导意义,WTO普遍性规则应平等地适用于全体成员方,无论是新成员还是老成员,不能以“加入议定书”的特殊性为由人为地在成员方之间制造或扩大不平等。因此,对WTO全体成员平等地适用WTO普遍性规则应成为一项基本原则。

与此同时,还应尊重并适用“加入议定书”中的特殊约定,但这只能作为平等适用WTO普遍性规则的例外情形。条约必须信守是国际法的重要原则,尽管“加入议定书”中的“超WTO义务”条款带有明显的歧视性,但这是主权国家之间达成的国际协定条款,是新成员行使主权、自愿承担的义务,理应尊重并履行,不应以不公平或带有歧视性为由拒不履行。因此,如果“加入议定书”对某些事项另有规定,或新成员明确承诺不适用WTO普遍性规则,就应遵守这些具体规定和承诺。这样做符合“特殊法优于一般法”的法律适用原则,对于保持WTO的稳定性、可预见性同样重要。

此外,对于那些“加入议定书”未明确排除适用WTO普遍性规则或规定模糊不清的情况,应当在尊重WTO宗旨和原则的前提下予以解读和适用。这是国际法主权平等原则、WTO的不歧视原则以及建立统一、完整的多边贸易体制这一宗旨所决定的。《建立WTO协定》在序言部分明确了可持续发展、保证发展中国家在国际贸易增长中获得与其经济发展需要相当的份额、达成互利互惠安排、实质性削减关税和其他贸易壁垒、消除国际贸易关系中的歧视性待遇等目标和宗旨。解读和适用“加入议定书”条款必须遵循以上目标和宗旨。

根据以上WTO的目标和宗旨,争端解决机构在涉及中国“加入议定书”争议时采用的方法、作出的裁决并不成立。例如,如果按照WTO可持续发展的目标和宗旨,考察GATT 1994第20条“一般例外”能否适用于“加入议定书”的问题,就很容易得出与争端解决机构相反的结论。“一般例外”条款的核心是,豁免成员方为保护人类生命健康以及保护可用竭资源等目的而采取违反WTO规则或其所作承诺的贸易限制措施。在WTO体制尚无具体环境规则的情形下,该条款是WTO成员方可资援引以实现环境保护目的的重要协定条款。很难想象,仅凭“加入议定书”某一个具体条款未在文字上援引GATT 1994第20条,就可以置WTO确立的可持续发展这一重要宗旨于不顾,认定签订这种“加入议定书”的新成员丧失了引用GATT 1994第20条的“一般例外”权利。这种观点显然是荒唐的。

应当指出,当“加入议定书”条款未明确排除适用WTO普遍性规则或规定模糊不清的情形出现时,国际法中的平等原则以及WTO的不歧视原则对于解读“加入议定书”条款就具有特别指导意义。

国际法中的主权平等原则与WTO的不歧视原则要求,在解读“加入议定书”未明确排除适用WTO普遍性规则或规定模糊不清时,应适用《建立WTO协定》及其附件的普遍性条款,只

有这样，才能真正体现成员方之间平等和不歧视原则。换句话说，对于这类条款的解读不应局限于条约解释规则，而是应当以主权平等及不歧视原则为出发点和归宿，所得出的结论不能令新成员丧失WTO成员普遍享有的权利，从而形成对新成员的新的“歧视”。优先适用WTO普遍性规则不仅符合国际法的平等原则与WTO的不歧视原则，而且也符合《维也纳条约法公约》第31条“参照条约的目的和宗旨”的解释规则。对“加入议定书”这一特殊法律文件以及暴露出的体制性问题来讲，“参照条约的目的和宗旨”的解释规则显得尤为重要。

遵循以上规则解读“加入议定书”条款，不但不减损新成员作出的具体承诺，而且还会使所有WTO成员应享有的普遍性权利得以保障，从而逐步减少大量“超WTO义务”给多边贸易体制带来的消极影响，避免WTO规则碎片化日益严重的现象，维护WTO规则体系的统一性和完整性。<sup>①</sup>

第二、“加入议定书”的国际法性质要求其必须服从、服务于《建立WTO协定》及其附件，并同其一道解读和适用。

按照权威国际法学家的解释，“加入议定书”常用作一个主条约的辅助文件，以补充、说明、解释或改变主条约的规定。这种辅助文件是广义条约的一种，而且也是主条约的一个组成部分。<sup>②</sup>当然，每一个“加入议定书”产生的具体效果，要依靠该主条约的相关条款规定以及“加入议定书”的内容而确定。

根据WTO“加入议定书”的国际法性质及其内容，可以认为，在WTO法律体系中，“加入议定书”是《建立WTO协定》及其附件的辅助文件，是其中的组成部分，绝非独立于《建立WTO协定》及其附件以外的新协定，其功能只是补充、说明、解释或改变主条约条款，不具有彻底改变甚至推翻主条约的基本原则和基本权利义务的功效。“加入议定书”条款无论是补充、说明、解释还是改变主条约条款，它在WTO体制中都不能自成一体，必须与《建立WTO协定》及其附件一同解读和适用。

那么，具体而言，在WTO语境下，“加入议定书”究竟是对《建立WTO协定》这一主条约的补充、说明、解释还是改变？

有学者从“加入议定书”存在大量“超WTO义务”的角度分析，认为“加入议定书”是对《建立WTO协定》及其附件条款的一种修订（amendment），如埃勒曼（Claus-Dieter Ehlermann）、洛塔尔·艾林（Lothar Ehring）等就断定“加入议定书”“是对《建立WTO协定》的一种修订，这种修订使得该协定可以覆盖更多的国际法议题”。“从法律上讲，通过成为《建立WTO协定》的一部分，标准的议定书修订了该协定”。<sup>③</sup>这个观点与WTO争端解决机构在“中国——原材料”案中的观点（新平衡论）类似。另一些学者则持反对意见，否认“加入议定书”具有修订主条约的功效。如查诺维茨教授就认为，“加入议定书”至多是对《建立WTO协

① “加入议定书”的大量出现已使得WTO规则“碎片化”现象日益严重。See Yamaoka Tokio, “Analysis of China’s Accession Commitments in the WTO: New Taxonomy of More and Less Stringent Commitments, And the Struggle for Mitigation by China”, pp. 113 - 114.

② 李浩培：《条约法概论》，法律出版社1988年版，第27页。

③ Claus-Dieter Ehlermann and Lothar Ehring, “Decision-Making in the World Trade Organization”, (2005) 8 *Journal of International Economic Law* 51, p. 57.

定》及其附件条款的一种“调整”，而并非对该协定条款的“修订”。<sup>①</sup>

从 GATT 时期开始，新缔约方加入文件就运用了“加入议定书”这一名称，由于那时“加入议定书”只是重申对 GATT 义务的承诺和具体减让，并没有“超 GATT 义务”内容，因此，没有人认为“加入议定书”是对 GATT 本身的修订。WTO 时期沿用了 GATT 做法，仍将新成员加入文件称为“加入议定书”，但却增加了大量“超 WTO 义务”条款，甚至有些承诺超出了 WTO 规则范围。这些“超 WTO 义务”和超范围承诺仍然不具有修订《建立 WTO 协定》及其附件条款的效果，原因在于：

首先，签订“加入议定书”的法律依据不同于 WTO 规则修订的法律依据，议定书不可能产生修订的法律效果。《建立 WTO 协定》第 10 条对于条款修订规定了一套极为严格的程序和规则。如 2005 年 WTO 总理事会协商一致通过对《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs) 相关条款修订案，并依据第 10 条规定提交全体成员方通过。而“加入议定书”依据的是《建立 WTO 协定》第 12 条，就其内容来说，仅是新成员与 WTO “议定的加入条件”，不可能产生修订 WTO 规则的法律效果。从“议定的加入条件”这一根本性质来看，它更像是《建立 WTO 协定》及其附件条款的一种“调整”，是针对具体成员、具体事项在 WTO 规则某些领域适用时，对 WTO 相关规则的调整适用。因此，准确地说，“加入议定书”仅是针对每一名新成员的具体情况而对 WTO 普遍性规则作出的特殊性适用。例如，中国“加入议定书”规定了专门针对中国的“特殊保障措施”，与《保障措施协定》不针对某一特定国家的原则相背离，但这只是适用《保障措施协定》规则时的特例和暂时调整，并不产生修订《保障措施协定》条款的法律效果。所谓“非市场经济地位”条款等其他“超 WTO 义务”也是如此。

其次，如果将“加入议定书”视为对 WTO 规则的修订，将严重分裂多边贸易体制，对该体制产生极大破坏性作用。将“加入议定书”视为对《建立 WTO 协定》及其附件条款的修订，意味着原条款不再适用于新成员，这不仅违反了 WTO 的不歧视原则，而且还会对多边贸易体制的完整性、统一性产生破坏，甚至产生毁灭性影响。

1994 年 4 月为建立 WTO 而发表的《马拉喀什宣言》向世界宣示了建立 WTO 的历史意义：“WTO 的建立开创了全球经济合作的新纪元，反映了各国为其人民的利益和幸福而在更加公平和开放的多边贸易体制中运作的普遍愿望。”《建立 WTO 协定》序言更是将 WTO 体制定义为“一个完整的、更可行的和持久的多边贸易体制”。这就要求，WTO 所确立的法律制度必须为这样的目标而服务。

新成员签订“加入议定书”后，就只能依据“加入议定书”处理与其他 WTO 成员的关系，不能享有《建立 WTO 协定》及其附件中的权利，这显然不符合人们对多边贸易体制“更加公平和开放”的普遍愿望。不仅如此，随着“加入议定书”数量的增加，各类不同的“加入议定书”条款不断增多，完全脱离《建立 WTO 协定》及其附件来适用“加入议定书”条款，就会造成 WTO 规则适用的“双轨制”、“多轨制”这样的混乱局面：原始成员之间适用《建立 WTO 协定》及其附件，原始成员与新成员之间适用“加入议定书”，新成员变成“老成员”后与更新的成员之间适用更新的“加入议定书”。长此以往，这种规则的“碎片化”将造成 WTO 成员关系和法律体制的严重分裂，“一个完整的、更可行的和持久的多边贸易体制”将荡然无存。

<sup>①</sup> Steve Chamovitz, “Mapping The Law Of WTO Accession”, pp. 44 - 45.

第三、对于WTO普遍性规则未包含、“加入议定书”确有规定的特殊事项，应当首先从性质上将之归类于WTO具体涵盖协定，并根据归类情况分别适用该涵盖协定中的普遍性规则。

“加入议定书”不具有修订《建立WTO协定》及其附件的功能，它只是《建立WTO协定》及其附件条款的具体化或适用中的个别调整或特殊性的适用。在解决WTO贸易争端时，对新成员适用WTO普遍性规则应成为原则，适用“加入议定书”条款是特殊情况或者例外。但人们注意到，“加入议定书”中时常含有一些WTO涵盖协定所未包括的事项。例如，中国在“加入议定书”第11.3条中作出的“取消出口税”承诺，GATT 1994中并没有相应条款予以规制。那么，对于此类承诺事项，是否就可以完全抛开GATT 1994而独立解读和适用呢？答案应当是否定的。原因在于，尽管此类事项并未包含于WTO涵盖协定规定的普遍性规则中，但其出处或来源仍未脱离WTO涵盖协定所调整的范围，WTO体制中的基本法律原则对其仍适用，这是WTO作为一个国际组织和完整法律体系所要求的。很难想象，“加入议定书”中出现那种完全脱离WTO规则调整范围、与WTO所有涵盖协定均无关的事项。否则，争端解决机构裁决这些事项就将触犯《关于争端解决规则与程序的谅解》规定的“高压线”——第3条第2款：“争端解决机制的建议和裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务。”

合理的做法是，对于那些《建立WTO协定》及其附件没有规定，但“加入议定书”确有规定的事项，应当首先确定该事项的性质，即明确它归属于货物贸易或服务贸易、知识产权还是投资措施等范畴，然后，将“加入议定书”中规定的该事项条款同它归属的WTO事项所涉及的协定条款共同解读。如果出现“加入议定书”条款规定模糊不清的情况，亦同样优先适用其归属的协定条款。

按照以上思路考察争端解决机构在“中国——原材料”案中作出的裁决，就能清楚地看到，上诉机构仅以“加入议定书”第11.3条未明确援引GATT 1994条款就认定中国无权引用该条款这一结论是错误的。一方面，这一做法将“加入议定书”与《建立WTO协定》及其附件完全割裂，使得“加入议定书”成为独立的、新的协定；另一方面，其后果是在WTO普遍性规则适用方面对新成员形成一种歧视。无论其运用条约解释规则的技术多么娴熟和成功，都不应违反WTO目标和宗旨、不歧视原则，不应破坏WTO体制完整性。在“中国——原材料”案中，上诉机构对议定书条款的解读和定位无疑犯了“死抠条文”这样的教条主义错误。

为了维护WTO多边贸易体制的完整性，促进实现WTO确立的目标和宗旨，贯彻国际法中的主权平等原则和WTO的不歧视原则，避免WTO规则“碎片化”对WTO法律体制的严重破坏，在解决“加入议定书”的定位问题上，应当遵循上述三条基本规则，从而使得新成员同WTO其他成员一道享有WTO普遍性权利，共同分享多边贸易体制给世界经济发展带来的巨大利益。当前，WTO应当从全体成员方的整体利益出发，以维护多边贸易体制的完整性为目的和宗旨，遵循国际法原则和WTO原则，尽快就“加入议定书”的定位问题作出科学、合理的结论，以纠正争端解决机构所犯错误，让WTO成为更令人期待和向往的国际法模范体制。

## 结 论

面对“加入议定书”的法律定位这一关乎各方重大贸易利益的重要、复杂的法律问题，

WTO 部长会议和总理事会应当履行法定职责,充分尊重建立多边贸易体制的目标和宗旨,遵循 WTO 法律原则、规则以及国际法基本原则,将“加入议定书”置于 WTO 法律制度的整体框架内,妥善处理“加入议定书”与《建立 WTO 协定》及其附件之间的法律关系。为此,应确立以下三项规则,以指导并解决“加入议定书”在 WTO 法律体系中的定位问题:第一,适用 WTO 普遍性规则应作为一项基本原则,“加入议定书”另有规定或新成员明确承诺不适用普遍性规则的情形作为例外;第二,“加入议定书”的国际法性质要求其必须服从、服务于《建立 WTO 协定》及其附件,并同其一道解读和适用;第三,对于 WTO 普遍性规则未包含、“加入议定书”确有规定的特殊事项,应当首先从性质上将之归类于 WTO 具体涵盖协定,并根据归类情况分别适用该涵盖协定中的普遍性规则。

以上三项规则的目的在于,平等保障新成员应享有的 WTO 普遍性权利,只有根据上述规则解决“加入议定书”在 WTO 法律体系中的定位问题,才能取得各方均可接受的效果,才能维护和促进多边贸易体制的完整性、法律机制的稳定性和可预见性。

## The Legal Status of “Accession Protocols” in the WTO Legal System

*Liu Jingdong*

**Abstract:** “Accession protocols” are unique legal instruments in the WTO legal system. With an increase of new members joining the WTO, the number of “accession protocols” is also increasing. However, due to the blurred status of “accession protocols” in the WTO legal system, the disputes relating to the understanding and application of provisions in “accession protocols” arise frequently. The status of “accession protocols” in the WTO legal system is very important, because it involves the fundamental trade interests of new members. Therefore, WTO Ministerial Conference and General Council should fulfill their statutory duties to mitigate potential challenges posed by the possible legal uncertainty of “accession protocols” through three different ways: to pursue the aims of the multilateral trading system, to adhere to and promote WTO principles and rules as well as the basic principles of international law, and in particularly to situate “accession protocols” within the overall WTO legal framework. This paper proposes that WTO Ministerial Conference and General Council should properly address the relationship between the “accession protocols” and the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization* and its annexes so as to safeguard the legal rights and interests of new WTO members better.

**Keywords:** “Accession Protocols”, the WTO Legal System, Legal Status

(责任编辑:曲相霏)