

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

WTO 例外条款解读/陈卫东著. —北京:对外经济贸易大学出版社, 2002

(对外经济贸易大学博士文库)

ISBN 7-81078-200-2

I. W... II. 陈... III. 世界贸易组织—规则—研究  
IV. F743

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 079885 号

© 2002 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

## WTO 例外条款解读

陈卫东 著

责任编辑:王 晶

---

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码:100029

网址: <http://www.uibep.com>

---

北京顺义振华印刷厂印装 新华书店北京发行所发行

开本 850×1168 1/32 14 印张 363 千字

2002 年 11 月北京第 1 版 2002 年 11 月第 1 次印刷

---

ISBN 7-81078-200-2/D·011

印数 0001—5000 册

定价 25.00 元

对外经济贸易大学博士文库

# WTO 例外条款解读

陈卫东 著

对外经济贸易大学出版社

## 对外经济贸易大学博士文库总序

在新世纪来临之际,我们欣喜地看到,中国经济成功地实现了从闭关自守到建立开放型经济的历史性跨越。国内外越来越多的专家学者和企业界人士、政界人士高度关注中国的对外经济贸易事业,研究中国的对外经济贸易问题,涌现出了大批优秀的学术成果。

同时,我们也注意到,由于中国对外开放的时间尚短,同世界各国的经济贸易交流才刚刚开始,中国企业参与国际分工与协作的深度和广度还不够,产品和服务在国际市场的占有率还不高,对国际资源的利用尚留有较大空间,许多国际经贸方面的通行规则还需要学习,对外经济贸易向纵深发展中存在的一些矛盾亟待解决。展望新世纪,世界经济将发生许多深刻变化,经济全球化的加速发展以及知识经济时代的到来,无疑会对国际经贸格局产生深远影响。在经济全球化过程中,关税总水平进一步降低,贸易和投资自由化力度加大,信息电子化成为潮流,各国经济联系日益密切,为各国利用外国资源和国际市场提供了更广阔的前景,国际资本流动加快,投机性冲击力增大,经济基础薄弱、结构不合理、政策存在偏差的国家和地区容易发生金融危机,跨国公司力量不断壮大,主导着全球经济技术发展,发达国家在资金、技术、人才、管理、贸易、投资、金融等方面占有优势,并成为经济全球化的最大受益者,发展中国家要求分享全球化的利益,获得更好的发展机会,与发达国家之间的矛盾会以新的形式表现出来。而知识经济时代的到来,将使贸易方式发生重大变革,电子商务作为低成本、高效率的贸易方式,能够有效缩短各国间的时空距离,也使世界产业结构调整的步伐加快,一般低技术素质的劳动力资源与传统劳动密集

型产业的优势将被削弱,经济技术基础薄弱、知识和技术创新能力低的国家和地区的发展差距会进一步显现。此外,中国加入世界贸易组织,全面融入世界经济主流,将使中国的经济、社会面貌发生深刻变化。这一切,无疑都会为致力于谋求提高对外开放水平的中国提供难得的机遇,也提出巨大的挑战,中国在新世纪的国际经贸舞台上必将扮演更重要的角色。同时,这也为中国学者研究国际经济贸易问题提供了前所未有的良好条件。

为了鼓励青年学者探索国际经贸理论,研究国际经贸发展趋势,分析中国对外经贸运行走向,评判国际经贸热点问题,交流国际经贸学术观点,培植国际经贸理论与实务研究队伍,《对外经济贸易大学博士文库》每年选择一批优秀博士论文编辑出版。

《对外经济贸易大学博士文库》倡导学术创新。文库将以马克思主义为指导原则,提倡追求科学、坚持真理、求实创新的学风,鼓励严肃认真的研究、踏踏实实的工作。我们既重视研究成果的实用价值,希望能给对外经济贸易活动提供具体的、可操作性的建议;更重视研究成果的长久价值,希望文库中的许多著作经受得起实践的长期检验,并成为人类科学知识积累中的一个重要组成部分。既然是科学探索,就难免出现这样那样的缺陷和不足,特别是青年学者学术观点在形成过程中,存在不完善之处也属正常情况。但是,只要是严肃的探索,即使存在缺陷人们也能够包容。

希望文库能为中国和世界的经济发展奉献出丰硕的果实。

对外经济贸易大学校长





## 序

18年前,我在美国密西根大学法学院攻读 LL.M. 学位期间, J.H. 杰克逊(Jackson)教授在讲授“关贸总协定与美国贸易法”课程时,曾经形象而又生动地将 GATT 比喻为“一座例外条款的迷宫”。如今的 WTO,不仅继续保留了这座“迷宫”的原貌,而且还进一步扩大了其内涵和外延。WTO 例外条款,其数量和种类之多,为其他国际条约所罕见。从理论上揭开这座“迷宫”的奥秘,一直是中外国际法学界试图探究的学术之梦。在实践中成功地利用这座“迷宫”来保护国内产业,甚至以“合法的外衣”实行贸易保护主义,一直是 GATT/WTO 成员的追求。如何在一个成员引用 WTO 例外的权利和该成员尊重其他成员权利的义务之间达成一种合理的平衡,一直是多边贸易体制力求解决的课题,甚至是困扰多边贸易机制的难题。而中国加入 WTO 以后,势必较多地需要利用 WTO 例外条款保护特定的国内公共政策目标和维护国家的经济安全。因此,对 WTO 例外条款进行全面、系统和及时的研究,具有十分重要的理论和现实意义。

作者是我国法学界全面揭开这座“迷宫”神秘面纱的第一位学者。本书是作者在其博士学位论文的基础上修改而成的专著,是作者多年来对 WTO 例外条款这一课题进行深入、系统研究的成果总汇。该书以例外条款的协调作用为主线,从国际法的视角就 WTO 例外条款的概念和目的、法律规定、援用条件、中国对策等若干具有重要理论和实践意义的问题作了深入的分析和探讨,资料翔实,论证严密,分析中肯,见解独到。尤其值得赞赏的是,作者综合运用条文分析、案例分析和历史分析等方法,既“鸟瞰”了各项例外条款的宏观全貌,又“深挖”了其具体条款的精确含义。这种

在国外通行的综合性研究方法,在我国现有的 WTO 法研究中还不多见,值得推广。本书的出版,无疑有助于进一步促进我国关于 WTO 例外条款的理论研究,同时对我国涉外经贸政府部门和涉外企业也具有重要的参考价值。

本书作者陈卫东博士,从大学本科到攻读博士学位,从研究生毕业到大学任教,一直以 WTO 法为重点,学习和研究现代国际法。可以说,陈博士是一位长期研究 WTO 法律问题的“专业户”。他专业基础扎实,具有很强的学术悟性和研究能力,勤于笔耕,先后在 WTO 法研究方面发表了一系列有较大影响的学术论文,并和我一起完成了多项有关 WTO 法律问题的课题和咨询报告。在作者攻读国际法专业博士学位期间,我曾有幸担任其博士生导师,故在该书付梓之际,受其邀请,谨志片语,是为序。

曾令良

2002 年 10 月于武汉大学国际法研究所

## 引 言

“无论是关贸总协定,还是各项乌拉圭回合协议,一个显著的特点是:每个法律文件均含有大量的例外条款,其数量和种类之多,是其他国际条约所罕见的。”<sup>①</sup>有的学者认为“多边贸易体制被各种例外打得布满窟窿”,有的则将多边贸易体制比喻为“例外的迷宫”,还有人断言在多边贸易体制中“一个律师可以驾驭一辆四套马车通过任何一方所承担的义务”<sup>②</sup>。由于 GATT/WTO 例外条款如此之多,甚至有人戏称 GATT/WTO 的例外是一个原则,即“例外性原则”。其实,例外条款在任何部门国际法中都是存在的,只不过在 GATT/WTO 多边贸易体制中显得更为突出。它恰恰表明:如同国际法律秩序中的其他条约一样,多边贸易体制的各项协议是在各成员妥协的基础上形成的,并在妥协的基础上发挥作用。在这座妥协的天平上,一端是 GATT/WTO 所要追求的多边贸易自由化的目标,另一端是各个主权国家要竭力维护的特定国内公共政策目标。经过研究发现,在多边贸易自由化目标和特定国内公共政策目标之间的关系中,例外条款起着一种重要的作用。关键在于:WTO 如何运用其职权把握住自由贸易原则与各种例外之间的平衡,以致其成员的例外实践不致脱离合法的轨道。

在这一平衡努力中,一个最关键也是最棘手的问题是如何区分例外的“合法使用”和“非法使用”。解决好这个问题,不仅有利于多边贸易体制的健康有序的发展,有利于维护多边贸易体制的可预见性和安全性,也有利于指导发展中国家在履行 WTO 义务

① 曾令良《世界贸易组织法》,武汉大学出版社 1996 年版,第 15 页。

② 参见 J. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, 1969, pp. 533~534.

时,合法地利用 WTO 例外条款来获得更大的履行义务的空间。

因此,从国际法的角度对 WTO 的例外条款进行宏观研究和微观分析,是具有理论和实践意义的。从理论意义上说,WTO 例外条款是“条约的暂停施行”在多边贸易条约中的具体体现,通过对其研究,相信有助于对条约基本理论问题的研究,同时,也有助于洞察和总结冷战后国际条约法、国际组织法等领域的新发展和展望其未来发展趋势。从实践意义上说,既可以为发展中国家特别是中国合法地利用 WTO 的例外条款规定来保护自己的国家利益提供宏观建议,也可以为中国相关国内立法的制定和完善和实务部门在涉及 WTO 例外条款的起诉和应诉提供具体的法律建议。

随着我国正式加入 WTO,我国国内对 WTO 法的研究也出现了星火燎原、蓬勃发展的大好局面。作为发展中国家和转型经济国家,我国政府在保证遵守 WTO 义务的同时,也十分重视合理利用 WTO 的有关规则维护国家利益。然而,由于我国长期游离于多边贸易体制之外,国内对 WTO 例外条款的专门性的系统研究还是一个空白。可以预见,中国加入 WTO 以后,将较多地需要利用 WTO 例外条款保护特定的国内公共政策目标,而国内的研究现状显然不能适应这一需要。所以,本书试图对 WTO 例外条款进行研究。

WTO 例外条款需要研究的问题很多,研究的视角和方法也有多种,本书研究的视角主要是法律视角,所要研究的内容也是从法律视角看最重要的几个问题:第一,WTO 例外条款是什么?其具体规定又是什么?第二,它服务于什么样的目的?第三,怎样援用它们?第四,这些规则的现实与未来如何?第五,中国应对此采取什么对策?本书试图综合运用条文分析、案例分析和历史分析等方法围绕这些问题对 WTO 例外条款进行分析和研究,力求既“鸟瞰”各项例外条款的宏观全貌,又“深挖”其具体条款的精确含义。

然而,WTO例外条款是一个庞大而复杂的规则体系,要对其进行实证分析和理论探讨,要求有精深的国际法,特别是条约法的基础理论知识,而我的理论基础有限,在试图对例外条款进行全面深入的分析时,我往往感到心有余而力不足。再加上国内外对WTO例外条款的基础理论问题还缺乏宏观性的总体研究,没有很多的权威著作可以互相参照和印证,所以在本书中得出的结论难免有只是一家之言的嫌疑。尽管如此,在本书近一年的写作过程中,作者也深刻认识到了WTO例外条款对于维护我国国家利益的重要性。因此,作者鼓足勇气将这一研究完成,希望本书能对我国理论和实务部门提供切实的帮助。

作者  
2002 年

## 目 录

第一章 导论 :WTO 例外条款的法律特征.....	( 1 )
第一节 WTO 例外条款的概念和法理基础 .....	( 1 )
第二节 WTO 例外条款所蕴涵的法律要求 .....	( 10 )
第二章 多边贸易自由化与国际收支	
——WTO 国际收支例外条款解读.....	( 17 )
第一节 国际收支例外条款的概念与目的 .....	( 17 )
第二节 GATT 时期国际收支例外条款的法律规定 及其适用 .....	( 21 )
第三节 WTO 国际收支例外条款的法律规定 及其适用 .....	( 46 )
第四节 WTO 国际收支委员会的审查与成功援用 国际收支例外条款的条件 .....	( 61 )
第五节 WTO 争端解决机制中成功援用国际收支 例外条款的条件 .....	( 66 )
第六节 中国对 WTO 国际收支例外条款的 应有对策 .....	( 71 )
第三章 多边贸易自由化与产业严重损害	
——WTO 保障措施条款解读.....	( 78 )
第一节 保障措施条款的概念与目的 .....	( 78 )
第二节 GATT 时期保障措施条款的法律规定 及其适用 .....	( 81 )
第三节 WTO 保障措施条款的规定及其适用 .....	( 88 )
第四节 成功援用 WTO 保障措施条款的条件 .....	( 99 )

第五节	《农产品协议》中的特别保障条款.....	( 118 )
第六节	《纺织品与服装协议》中的过渡性 保障措施条款.....	( 127 )
第七节	《服务贸易总协定》中的紧急保障措施 条款.....	( 144 )
第八节	WTO 保障措施条款尚需改进和澄清 的问题.....	( 153 )
第九节	中国对 WTO 保障措施条款的应有对策 .....	( 160 )
 第四章 多边贸易自由化与公共健康		
	——WTO 一般例外条款解读(一) .....	( 195 )
第一节	WTO 一般例外条款概述 .....	( 195 )
第二节	公共健康例外条款的概念与目的.....	( 208 )
第三节	GATT 时期对公共健康例外条款的适用 及存在的问题.....	( 212 )
第四节	WTO 时期公共健康例外条款的 法律规定.....	( 218 )
第五节	WTO 争端解决机制对公共健康例外条款 的法律发展.....	( 230 )
第六节	成功援用 GATT 第 20 条“为保护人类的 生命或健康”条款的条件 .....	( 238 )
第七节	成功援用《实施卫生与植物卫生措施协议》 的条件.....	( 257 )
第八节	中国对 WTO 公共健康例外条款的 应有对策.....	( 287 )
 第五章 多边贸易自由化与环境保护		
	——WTO 一般例外条款解读(二) .....	( 297 )
第一节	环境保护例外条款的概念与目的.....	( 297 )

第二节	GATT 时期环境保护例外条款的适用及存在的问题.....	( 302 )
第三节	WTO 时期环境保护例外条款的法律发展及遗留问题.....	( 317 )
第四节	成功援用 WTO 环境保护例外条款的条件.....	( 336 )
第五节	中国对 WTO 环境保护例外条款的应有对策.....	( 343 )
第六章	多边贸易自由化与国家安全	
	——WTO 安全例外条款解读 .....	( 353 )
第一节	安全例外条款的概念与目的.....	( 353 )
第二节	从有关案例看安全例外条款适用中的问题.....	( 362 )
第三节	成功援用 WTO 安全例外条款的条件 .....	( 373 )
第四节	WTO 安全例外条款需要改进和澄清的问题.....	( 386 )
第五节	中国对 WTO 安全例外条款的应有对策 .....	( 390 )
结束语	对 WTO 例外条款的回顾与展望 .....	( 401 )
附 表	.....	( 408 )
附表一	WTO 时期涉及保障措施的案件 .....	( 408 )
附表二	WTO 时期涉及保障措施的重要案件一览表.....	( 411 )
附表三	《中华人民共和国保障措施条例》与 WTO《保障措施协议》对照表 .....	( 413 )
附表四	中国在保障措施实施中的相关职能机关及其职权.....	( 416 )



附表五	GATT 时期涉及 1947 年 GATT 第 20 条的 重要案件一览表.....	( 417 )
附表六	WTO 时期涉及 1994 年 GATT 第 20 条的 重要案件一览表.....	( 420 )
主要参考文献.....		( 422 )
一、中文资料 .....		( 422 )
二、英文资料 .....		( 424 )
后    记.....		( 431 )

# 第一章 导论 :WTO 例外条款 的法律特征

## 第一节 WTO 例外条款的概念 和法理基础

### 一、WTO 例外条款的概念

所谓“例外条款”(exceptions),也称“逃避条款”或“免责条款”(escape clauses)。严格地说,“例外条款”不是一个国际法上的概念。但是,在各种国际条约中,以“例外”为标题或类似于例外规定的条款却比比皆是。

就 WTO 例外条款的概念而言<sup>①</sup>,在研究中存在着广义和狭义两种。广义的 WTO 例外条款的概念是指:在 WTO 协议中准许各成员政府在特定情况下撤销或者停止履行其协议规定的正常义

---

① 有必要说明的是:“WTO 例外条款”中的“WTO”理论和实践上有双重含义,即既可以指根据乌拉圭回合《建立 WTO 协定》建立的国际组织,也可以指《建立 WTO 协定》及该协定所附的各项协议和其他规范性文件所构成的条约体系。因此,将“WTO 例外条款”称为“WTO 体制下的例外条款”或“WTO 协议中的例外条款”更为科学,但为了论述方便,本书采用了“WTO 例外条款”这一称谓。

务,以保护(保障)某种更重要的利益<sup>①</sup>。在广义的 WTO 例外条款中,包括了与反倾销、反补贴、国际收支例外、建立幼稚工业、保障措施、豁免、一般例外、安全例外以及区域经济一体化等有关的例外条款<sup>②</sup>。

笔者以为,广义的 WTO 例外条款的概念固然有其合理的地方,但是,也遗留了一些疑问。首先,在 WTO 法律框架中,贸易自由目标是一个最基本的目标,在这一最基本目标面前,有什么利益比之更重要呢?无论是从 GATT/WTO 协议的有关例外条款的条文来说,还是从涉及这些条款的案例的裁定来说,GATT/WTO 并没有在这些条款中包涵的目标或利益与自由贸易目标之间作明确的等级划分。如果非要做一个等级划分的话,这两个目标或利益之间也应该是同等重要的关系。采用广义的例外条款概念的学者没有对范围广泛的例外条款进行逐个甄别就笼统地将这些例外条款下的目标或利益归为“某种更重要的利益”,不仅在理论上缺乏严谨性,而且在实践中也容易将其泛泛化,难以对之进行客观评判。其次,“特定情况”是一种“情势”还是一种“身份”?在广义上的例外条款中,有的例外是基于条约规定的特定情势,有的是基于条约中没有规定的笼统的“其他情势”,还有的是基于“区域贸易集团”或“特定发展中国家”的特殊身份,对此应加以鉴别。第三,“撤销或者停止履行协议的正常义务”包括了条约的终止吗?从条约

---

① Bernard M. Hoekman and Michel M. Kostecki, *The Political Economy of the World Trade System-From GATT to WTO*, Oxford University Press, 1995. 亦见本书中文译本,伯纳德·霍克曼、迈克尔·考斯泰基著,刘平等译《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》,法律出版社 1999 年版,第 159 页。该书译者将例外条款称为“保障措施”。

② 对于反倾销条款、反补贴条款、幼稚工业保护例外条款、区域经济一体化条款和豁免条款的规定和适用,参见前引伯纳德·霍克曼、迈克尔·考斯泰基著,刘平等译书,第 159~237 页。亦见曾令良《世界贸易组织法》,武汉大学出版社 1996 年版,第 149~158 页、第 279~319 页;张向晨《发展中国家与 WTO 的政治经济关系》,法律出版社 2000 年版,第 50~52 页。

法角度来说,条约的暂停施行和终止有着不同的原因和法律后果<sup>①</sup>。显然,过多地允许条约的终止是不利于长期维护 WTO 法的可预见性和安全性的。对上述广义意义的例外条款的研究表明,它的大部分条款也并非同时允许条约的终止或暂停施行,而仅是允许条约的暂停施行。

当然,本书并非主张广义上的 WTO 例外条款的概念或范围不合理或不科学,而只是基于上述疑问,提出一个修正的例外条款的概念,即狭义意义上的 WTO 例外条款的概念。它是指在 WTO 协议中的若干规定,在这些规定中,允许各成员政府在条约的正常实施中,当条约规定的特定情形出现时暂时停止施行其根据 WTO 协议所承担的条约义务。在暂停施行期间,各成员履行 WTO 协议的特定义务被暂时解除,但 WTO 协议在此期间仍然有效并处于“冬眠状态”。一旦特定情形消失或暂停施行期间届满,WTO 协议便自动恢复施行。

本书的研究对象,将以狭义上的 WTO 例外条款为重点。本书对 WTO 例外条款的研究的范围将界定于国际收支例外条款、保障措施条款、一般例外条款和安全例外条款<sup>②</sup>。

---

① 关于“条约的终止”和“条约的暂停施行”的原因和后果的区别,参见万鄂湘等《国际条约法》,武汉大学出版社 1998 年版,第 346~408 页。

② 对于反倾销和反补贴条款(前者主要有 GATT 第 6 条和乌拉圭回合《关于实施 1994 年 GATT 第 6 条的协议》等;后者主要有 GATT 第 16 条和乌拉圭回合《补贴和反补贴措施协议》等),一般而言,反倾销和反补贴所针对的倾销和补贴行为本身是违背自由贸易目标的,而采取反倾销和反补贴措施是基于对方的不公平贸易实践,也即基于“对方违约”的非正常实施条约的情况下而暂停条约施行。对于幼稚工业保护条款和区域经济一体化条款(前者主要是 GATT 第 18 条“政府对经济发展的援助”第一、第三、第四部分。后者主要有 GATT 第 24 条和乌拉圭回合《关于解释 1994 年 GATT 第 24 条的谅解》以及 GATS 第 5 条等),援用这两项条款的原因主要是基于“特定的身份”,即“经济只能维持低生活水平并处在发展初级阶段”的发展中国家的身份或“区域贸易集团”的身份,而不是基于特定的“情势”。对于豁免条款(主要有 GATT 第 25 条第 5 款和《建立 WTO 协定》第 9 条第 3 款、第 4 款、第 5 款等),它针对的是“WTO 协议其他部分未作规定的特殊情况”,而不是条约中明确规定的特定情况。所以,对于这些条款,本书不作研究。

## 二、WTO 例外条款的结构

本书研究的 WTO 例外条款包括国际收支例外条款、保障措施条款、一般例外条款和安全例外条款。这些条款又包括了诸多的协议或条款,从而构成了一个例外条款的体系。

在货物贸易领域的国际收支例外条款有普遍适用的 GATT 第 12 条及其注释、第 14 条及其注释、第 15 条;仅适用于特定发展中国家的第 18 条第二部分及其注释;1970 年和 1972 年两个程序细则;1979 年东京宣言和乌拉圭回合达成的《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》;在服务贸易领域的国际收支例外条款有《服务贸易总协定》(GATS)第 12 条等。上述规定既有实体法,又有程序法和组织法<sup>①</sup>。

在货物贸易领域的保障措施条款主要表现为 GATT 第 19 条和乌拉圭回合《保障措施协议》下的一般性保障措施条款;适用于特定农产品的《农产品协议》第 5 条特别保障条款;适用于特定纺织品与服装产品的《纺织品与服装协议》第 6 条过渡性保障措施条款;在服务贸易领域的保障措施条款有 GATS 第 10 条紧急保障措施条款等。其中,货物贸易领域的保障措施规则比较具体和完善,而服务贸易领域的保障措施的多边规则有待进一步谈判<sup>②</sup>。

在货物贸易领域的一般例外条款主要是 GATT 第 20 条,适用于服务贸易领域的一般例外条款主要是 GATS 第 14 条。与 GATT 第 20 条密切相关的还有《建立 WTO 协定》、《实施卫生和植物卫生措施协议》、《技术性贸易壁垒协议》、《服务贸易总协定》、《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS 协定)中的有关条款以及 WTO 多哈部长会议所达成的《TRIPS 协定与公共健康宣言》等<sup>③</sup>。

安全例外条款主要有适用于货物贸易领域的 GATT 第 21 条

① 详见本书第二章。

② 详见本书第三章。

③ 详见本书第四章和第五章。

以及《技术性贸易壁垒协议》中的相关规定 ,适用于服务贸易领域的 GATS 第 14 条之二 ,适用于知识产权贸易领域的 TRIPS 协定第 73 条等<sup>①</sup>。

### 三、WTO 例外条款的法理基础

#### (一) 法律漏洞说

有学者认为 ,例外条款是多边贸易体制的法律漏洞。他们认为 ,由于例外条款的存在 ,使多边贸易体制条约义务的整体性受到了侵蚀。而且 ,由于例外条款的规定往往抽象而不具体 ,其措词往往含混而不明确 ,从而导致了例外条款在适用和解释中往往被宽松适用或解释 ,进而使其变成多边贸易体制的法律漏洞 ,影响甚至破坏多边贸易体制的可预见性和安全性<sup>②</sup>。

法律漏洞说看到了例外条款下的有关措施违背了 WTO 实质性义务的一面 ,但是它忽视了 WTO 例外条款也有存在的合理性和必要性的另一面。如果没有这些例外条款 ,各主权国家可能就会担心 ,在正常履行多边贸易体制下的义务的过程中出现一定的国内公共政策目标受损而不能得到及时有效的救济的情况 ,从而可能就不愿签署多边贸易自由化协议 ,进而反过来阻碍多边贸易自由化的扩大和深化。因此 ,例外条款不单纯是法律空子 ,而是有其存在的合理性和必要性。况且 ,在实践中 ,GATT/WTO 一直在努力根据现实中出现的问题制定或形成例外条款的规则或标准。GATT/WTO 的有关机构 ,特别是争端解决机制在对例外条款的适用和解释中 ,也一般采用的是严格解释而不是宽松解释的方法。这些做法在很大的程度上保障了自由贸易原则与各种例外之间的

① 详见本书第六章。

② Anne O. Krueger (ed. ), *The WTO as an International Organization* , The University of Chicago Press , 1998 , pp. 214 ~ 215.

平衡,使其成员的例外实践不致脱离合法的轨道。

## (二)安全阀说

有的学者认为,例外条款对贸易自由化协议的存在和运作往往至关重要,它们为各成员政府提供了在必要时违背特定自由化承诺的途径,但又规定了一定条件的限制(安全阀)<sup>①</sup>。

安全阀说主要是从政治经济学的角度来考察例外条款。与法律漏洞说相比,安全阀说的合理性在于:首先,它肯定了例外条款无论是对各成员来说,还是对于多边贸易体制来说,都有其存在的必要性,从而比较合理地认识了例外条款的目的和功能。其次,它认识到例外条款一方面是承认各成员在必要时违背特定自由化承诺的权利,但另一方面有一定的条件。安全阀说的不足之处在于对例外条款所包涵的具体权利义务关系解释得不够清楚和具体,它既没有说明各成员实施例外措施的权利的性质,也没有澄清实施例外措施的条件法律性质,更没有理顺实施例外措施的权利和实施例外措施的条件之间的法律关系。

此外,在条约法研究中,往往把“情势根本变更”而暂停施行条约也称为“安全阀”<sup>②</sup>。可否把“情势根本变更”作为 WTO 例外条款的法理基础呢?我们认为,“情势根本变更”作为 WTO 某些例外条款,如保障措施等的法理基础是合理的<sup>③</sup>。但是,“情势根本变更”要求情势变更必须是根本性的和基本性的,而且是各当事国在缔约时未预见的<sup>④</sup>,对于 WTO 的大多数例外条款,很难说符合

① 伯纳德·霍克曼、迈克尔·考斯泰基著,刘平等译《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》,法律出版社 1999 年版,第 159 页。

② 参见李浩培《条约法概论》,法律出版社 1987 年版,第 547 页。万鄂湘等《国际条约法》,武汉大学出版社 1998 年版,第 382 页。

③ 参见曾令良《世界贸易组织法》,武汉大学出版社 1996 年版,第 228~229 页。

④ 参见 1969 年《维也纳条约法公约》第 62 条。亦见万鄂湘等《国际条约法》,武汉大学出版社 1998 年版,第 379 页。

“情势根本变更”的条件。所以,条约法意义上的“安全阀说”用来说明 WTO 例外条款有其内在的合理性,但也存在一定的局限性。

### (三)协调说

笔者认为,WTO 例外条款的法理基础是“协调说”,即例外条款体现了对各成员在特定情形下实施例外措施的权利的“事先的协调同意”,也同时体现了承认各成员实施例外措施的权利与要求及尊重其他成员在 WTO 实体性规则下的权利之间的协调与平衡。具体来说:

首先,从条约条文来说,对各成员在特定情形下实施例外措施的权利是在制定条约时就明确规定的,这为各成员在例外条款规定的情形下暂停施行其 WTO 协议下的特定义务提供了事由。

其次,从条约条文的上下文来说,例外条款既规定了各成员实施例外措施的权利,也规定了若干的条件,在这一“权利和条件”的背后,是对各成员的特定国内公共政策目标和多边贸易自由化目标之间的协调。这种协调不强调例外条款下的特定目标的“重要性”,而是强调特定目标的“合法性”。这一目标的合法性来自于 WTO 协议的明文规定,也即来自于体现在该条款中的“WTO 成员的事先的协调同意”。这种协调不强调在自由贸易目标和例外条款下的特定目标之间作等级划分,而是主张自由贸易目标与例外条款下的特定目标之间的冲突与协调。正因为两者之间没有等级划分,所以才会有难以直接解决的冲突。正因为两者之间没有等级划分,所以不能简单地将解决这一冲突的办法界定为孰先孰后,而是应该根据具体情况在两种目标之间实现平衡,使两个目标之间不会互相损害,使两种利益不会彼此使对方多余或无效。

第三,从法律后果来说,采取有关例外措施是各成员的主权权利,无需 WTO 有关机构的事先批准或同意。另一方面,在行使这一权利时,必须善意行使。对此,下文将作详细论述。

从更积极的意义上说,WTO 例外条款在多边贸易体制和国



内公共政策目标之间、在多边贸易自由化目标和若干人类共同利益之间、在 WTO 与其他重要的国际组织之间架起了沟通的桥梁,正是这些例外的存在,使多边贸易自由化的目标兼顾到甚至让位于国际收支、产业严重损害和国家安全这样的纯国内性质的公共政策目标,也使多边贸易体制吸纳并强化了环境保护和公共健康这样的既有国内性质又有共同利益性质的公共政策目标,还使多边贸易体制与联合国、国际货币基金组织等政府间组织以及众多的非政府间组织在目标与功能方面实现了协调与合作。

#### 四、WTO 例外条款的内涵:权利与善意行使权利

WTO 例外条款是 WTO 其他条款所包含的实体法义务的有限度的和有条件的例外。这表明 WTO 例外条款的制定和适用需要在下列两种权利义务间保持协调和平衡:一方面是 WTO 成员为特定公共政策目标暂时停止施行条约义务的权利,另一方面是 WTO 赋予其他成员的实体性权利。一方面,WTO 本身承认相关的国内政策和利益的合法性,就不能将引用某一例外的权利变成虚设的权利。另一方面,一个成员应善意行使其引用例外的权利,因为若其加以滥用,就会损害或取消其他成员的 WTO 法中的实体权利。允许一个成员滥用或错误使用其引用例外的权利,实际上就是允许该成员克减它自己的条约义务和贬低其他成员的条约权利。若滥用很严重和很广泛,则该成员实际上把条约义务降低为任择性,从而“自动解除”了义务的强制性,也完全否定了其他成员的条约权利。WTO 例外条款的制定和适用,就是努力寻求在一个成员引用 WTO 例外的权利和该成员尊重其他成员权利的义务之间达成一种合理的平衡。

从国际法的角度来说,WTO 例外条款中规定的各项条件,实

实际上是“善意履行条约”的一种表述方式<sup>①</sup>。我们认为“善意履行条约”不仅包括善意履行条约义务,也包括善意行使条约权利。“善意履行条约”是国际法的普遍原则,它制约着国家对条约权利的行使。这一原则的实施方式,即禁止滥用权利(*abus de droit*)。凡一国所主张的权利“侵犯了条约所包含的义务范围时,责成它必须善意行使,也即合理地行使”<sup>②</sup>。如果一个成员滥用它自己的条约权利引起对其他成员条约权利的破坏,也违反了该成员的条约义务。解释和适用 WTO 例外条款中的“条件条款”的任务,实际上是在一个成员引用 WTO 例外的权利和其他成员在 WTO 法所规定的实体性权利之间划出一条平衡线。当然,这条平衡线的位置,并非一成不变的,它会随着有关措施的种类和形态的不同而变动,会随着特定条件和情形的不同而变动,乃至会随着国际社会的发展阶段和关注事项的不同而变动。

总之,本书不赞成将 WTO 例外条款看作“法律漏洞”的观点,而是部分地接受“安全阀说”,并在其基础上提出“协调说”。我们主张,WTO 例外条款在多边贸易自由化目标与国内公共政策目标的冲突中发挥了重要的协调作用:它的制定为 WTO 成员行使例外措施的权利和善意行使这一权利提供了立法基础,它的适用

---

① “善意履行条约”的通常表述是我们耳熟能详的“约定必须遵守”。对于“善意履行条约”,参见王铁崖《国际法引论》,北京大学出版社 1998 年版,第 219 页;梁西主编《国际法(修订第二版)》,武汉大学出版社 2000 年版,第 68~69 页,第 420~421 页;万鄂湘等《国际条约法》,武汉大学出版社 1998 年版,第 169~177 页。

② “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告原注 156/157,郑斌《国际法院或法庭所使用的一般法律原则》(1953 年)第四章,第 125 页:“在为权利目的(即为了得到权利想保护的利益)在合适又必要的情况下,要合理地善意行使权利。同时还要在各当事方之间做到公平、公正,而不是算计着为某方获得对比所承担的义务来说是不公平的好处。应当把合理行使权利视为与义务一致。而以伤害其他缔约国据条约获得利益的办法来行使权利,是与善意履行条约义务相冲突的,是对条约义务的一种违犯。”转引自赵维田《WTO 案例研究:1998 年海龟案》,载《环球法律评论》2001 年夏季号,第 154 页。

和解释确保了行使权利和善意行使权利之间的协调和平衡。实践表明,随着多边贸易体制的不断强化,这种协调和平衡作用也在不断增强。

## 第二节 WTO 例外条款所蕴涵的法律要求

### 一、特定目标的合法性

WTO 例外条款所蕴涵的法律要求首先强调特定目标的“合法性”<sup>①</sup>。这一目标的合法性来自于 WTO 协议的明文规定,也来自于体现在例外条款中的“WTO 成员的事先的协调同意”。

WTO 例外条款中对各成员特定公共政策目标“合法性”的承认体现在对“特定情形”的规定中。在这些特定情形出现时,各成员的特定公共政策目标将受损。在国际收支例外条款下,特定情形表现为“货币储备严重下降或严重下降的迫切威胁或货币储备很低”<sup>②</sup>;在保障措施例外条款下,特定情形表现为“进口增加对国内产业造成严重损害或严重损害的威胁”;在一般例外条款下,特定情形表现为“对公共健康保护构成损害或威胁”、“对环境保护构成损害或威胁”等;在安全例外条款下,特定情形表现为“对特定国家安全利益构成损害或威胁”。

WTO 成员有权根据上述例外条款确定自己所要保护的特定公共政策目标,并为避免这类目标受损而采取贸易措施,WTO 对

---

① 在国际收支例外条款下,特定公共政策目标体现为“保障国家的对外金融地位和国际收支平衡”;在保障措施例外条款下,特定目标体现为“缓冲进口增加对国内产业的严重损害或严重损害的威胁”;在一般例外条款下,特定目标体现为“保护公共健康”、“保护环境”和“确保国内法律规章的遵守”等;在安全例外条款下,特定目标体现为“保护特定国家安全利益”。

② 对发展中国家则是“货币储备严重下降或货币储备严重下降的威胁或货币储备不充足”。

这种权利予以承认。在争端解决实践中,只需要例外条款的援用方提出初步证据表明其措施要实现的保护目标是例外条款所明文规定的即可。争端解决机制的审查重点也不是有关措施的目标的“合法性”。

## 二、目标与手段的一致性

WTO 成员有权根据例外条款确定自己所要保护的特定公共政策目标,并为避免这类目标受损而采取贸易措施。然而,“自行确定目标”并不意味着为实现这一目标的手段也是“完全”由各成员自行确定的。WTO 例外条款要求在目标与手段之间应当存在一致性,即该贸易措施应该与要实现的保护目标之间存在一致性,偶然性的或无意中发生的关系不构成目的与手段的一致性,将有关措施用于贸易保护的非法目的更是违反了目的与手段的一致性的要求。

根据例外条款的具体措词的不同,这种目标与手段的一致性又具体表现为三种关系,即“必要关系”、“合理关系”和“平行关系”。其中,“必要关系”和“合理关系”是根据例外条款的具体措词分别适用于不同例外条款的要求,而“平行关系”则是适用于除安全例外条款之外的其他例外条款的要求。

第一种关系要求是“必要关系”<sup>①</sup>,即要求 WTO 成员采取为保护例外条款下的合法目标所必要的贸易措施。这种必要关系要求主要体现在国际收支例外条款、保障措施条款、一般例外部分条款

---

① 也有学者将这一关系称为“因果关系”。参见 Axel Desmedt, *Proportionality in the WTO*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 4 (2001), No. 4, pp. 441 ~ 480.

和安全例外条款中<sup>①</sup>。在例外条款下的“必要关系”要求可以根据所要保护的目標的重要性不同而有所变化。WTO 制定和适用例外条款的实践表明,“国际收支平衡”、“国内产业利益”等经济利益的重要性弱于公共健康、环境保护、特定国家安全利益等非经济利益的重要性,从而导致前者的必要关系要求要比后者的严格。

第二种关系要求是“合理关系”,即要求 WTO 成员采取为保护例外条款下的合法目标“有关”的贸易措施。这种合理关系要求主要体现在一般例外部分条款中<sup>②</sup>。WTO 争端解决的实践表明,“合理关系”比“必要关系”的要求更低,允许比后者更加宽松的解释。

第三种关系要求是“平行关系”,即要求 WTO 成员应在所有的造成特定目标受损的贸易与有关限制措施之间保持“平行”或“一致”。换句话说,应对所有的造成特定目标受损的贸易采取非选择性的限制措施。这种平行关系主要体现为在国际收支例外条款中要求为国际收支目的采取的限制措施只能适用于控制进口的

---

① 在国际收支例外条款中,目的与手段的必要关系体现在 GATT 第 12 条第 2 款第 1 项、GATT 第 18 条第 9 款第 1 项和第 2 项、《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》第 4 段第一句、GATS 第 12 条第 1 款等。在保障措施条款中,体现在 GATT 第 19 条第 1 款第 2 项、《保障措施协议》第 5 条第 1 款、第 7 条第 1 款等。在部分一般例外条款中,体现为 GATT 第 20 条第 1 款、第 20 条第 2 款、第 20 条第 4 款、第 20 条第 9 款、SPS 协议序言第一段和第 2 条第 1 款、TBT 协议第 2 条第 2 款;GATS 第 14 条第 1 款、第 2 款、第 3 款等。在安全例外条款中,体现为 GATT 第 21 条第 2 款、GATS 第 12 条之二第 1 款第 2 项、TRIPS 协定第 73 条第 2 款等。当然,在安全例外条款中,“必要关系”的措词存在于“国家认为必要”的上下文中,所以在其适用和解释时带有一定的主观判断性。

② 在部分一般例外条款中,目的与手段的合理关系体现在 GATT 第 20 条第 7 款“关于”条款和 SPS 协议中的“基于”风险评估和科学证据条款等。在“汽油标准案”和“第一龙虾—海龟案”中,上诉机构将“关于”解释为“实质性关系”或“在目的和手段之间的紧密的和真正的关系”或“合理联系着”。在“荷尔蒙牛肉案”中上诉机构认为,SPS 措施必须基于风险评估的要求是一个在有关措施与风险评估之间存在“合理关系”的实质性要求。

总体水平,避免针对具体部门<sup>①</sup>,在保障措施条款中要求非歧视的实施保障措施<sup>②</sup>,即在保障措施调查中的“进口产品”的范围与该措施实施中的“进口产品”的范围应该“平行”或“一致”<sup>③</sup>。在一般例外条款中要求有关措施不构成在相同条件下的国家间任意的或无端的歧视,并且不构成对国际贸易的伪装起来的限制<sup>④</sup>,即要求有关措施不仅同等适用于外国产品之间,而且同等适用于外国产品与国内产品之间。当然,“平行要求”不影响在有关措施中给予发展中国家的特殊和差别待遇。

尽管如此,WTO 成员在援用例外条款下的措施时,应当对所保护的特定目标与手段的一致性进行客观事实评估<sup>⑤</sup>。在争端解决实践中,应当提交初步证据,证明其措施与特定目标之间的

---

① 参见《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》第 4 段。虽然 GATT 第 14 条允许“歧视性地实施国际收支数量限制”,但是在实践中适用得很少。而且,对于现行 WTO 成员应优先采用的“价格机制措施”,似乎不在“歧视性地实施国际收支数量限制”允许之列。在 GATS 第 12 条第 2 款中,更是明文规定了在服务贸易领域的国际收支限制措施“不应在各成员之间造成歧视”。

② 参见《保障措施协议》第 2 条第 2 款。值得注意的是,在保障措施的“非歧视性适用”中,存在着一些法律漏洞,如农产品领域的特别保障条款和纺织品与服装领域的过渡性保障措施条款以及在所谓的“非市场经济国家”加入 WTO 议定书中的“选择性保障措施条款”。

③ 参见“麦麸保障措施案”上诉机构报告第 94~101 段;“碳钢管保障措施案”上诉机构报告第九部分。

④ 参见 GATT 第 20 条前言、GATS 第 14 条前言、SPS 协议序言第一段和第 2 条第 3 款、第 5 条第 5 款、TBT 协议序言第六段等。

⑤ WTO 现已对国际收支例外措施、保障措施和 SPS 措施制定了比较具体和完善的协议。在这些协议中,更多的表现为对有关例外措施的援用方的义务。所以,在援用国际收支限制措施、保障措施和 SPS 措施时,各成员应对目标与手段的一致性进行客观事实评估。这是一项“积极义务”。然而,由于 GATT 第 20 条和安全例外条款等尚无具体的规则,这些条款更多的表现为在争端解决中的“抗辩事由”。所以,在援用除 SPS 措施之外的一般例外措施和安全例外措施时,目前还没有明确的对目标与手段的一致性进行客观事实评估的积极义务要求。但是,从 WTO 制定与例外条款有关的协议和对其的适用解释的实践看,要求各成员对目标与手段的一致性进行客观事实评估是一个普遍趋势。

“必要关系”或“合理关系”以及“平行关系”。在 WTO 例外条款的适用和解释中,为了确立有关措施与特定目标之间的“必要关系”或“合理关系”,往往参考具体技术领域的专家意见、有关国际组织的意见乃至非政府组织的意见<sup>①</sup>。WTO 专家组可以根据有关事实证据对有关措施与特定目标之间的“必要关系”或“合理关系”以及“平行关系”进行客观评估<sup>②</sup>。有关争端解决的实践表明,有关措施与目标之间的“必要关系”或“合理关系”以及“平行关系”越紧密,该措施的“合法性”越强。WTO 通过对“必要关系”或“合理关系”以及“平行关系”的审查,确保了有关例外措施与特定目标之间的一致性,并在一定程度上防范和制止了将例外措施用于贸易保护主义的目的。

### 三、目标与手段的相称性

在国际法中,相称性原则(The principle of proportionality)首先在战争法中得到承认。它现在已经延伸到国际法的许多部门法中。在欧盟法中,经常运用这一原则来判断欧盟成员国和欧盟机构行为的合法性<sup>③</sup>。我们认为,WTO 例外条款的措词及其具体适

① 在 GATT/WTO 有关机构(国际收支委员会和总理事会,争端解决机制)审查各成员是否存在国际收支困难的问题时,接受或参考国际货币基金组织提交的意见。在 GATT/WTO 争端解决机制审查各成员的一般例外措施时,参考了世界卫生组织等国际组织的意见以及非政府组织的意见。目前,GATT/WTO 争端解决机制很少有对安全例外条款的实际适用进行审查的实践,但我们认为,在确定有关措施与保护特定国家安全利益目标的一致性时,可以参考联合国的有关决议。在保障措施条款的适用中,没有这样的专家意见或者国际机构的意见,然而,保障措施的实施手段也不是完全由援引方自行确定的,它要受制于与受影响的其他成员事前协商补偿和报复。

② 对于 WTO 专家组的“客观评估”职能,参见《WTO 争端解决规则与程序谅解》(DSU)第 11 条“专家组的职能”。

③ Axel Desmedt, *Proportionality in the WTO*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 4 (2001), No. 4, pp. 441~480. 对于欧盟法中的“相称性原则”,亦见王世洲主编《欧洲共同体法律的制定与执行》,法律出版社 2000 年版,第 220~222 页。该书作者将“相称性原则”称为“相适应原则”。

用也在一定程度上包涵了这一要求。即在实施例外措施时,在采取的実施手段和所要实现的特定目标之间,除了要符合“一致性”这一“性质”要求外,还应符合“相称性”这一“程度”要求。要求在采取的實施手段和所要实现的特定目标之间具有“相称性”,是为了将因有关措施的具体实施而产生的贸易限制效果限定在尽可能小的范围内,从而尽最大可能地确保 WTO 的自由贸易目标与例外条款下的特定目标之间的合理平衡。

根据 WTO 例外条款的具体条文的不同,“相称性”又表现为下列几类标准。首先,更少贸易限制性要求,即对为保护特定目标而实施的贸易限制的“程度性”要求。在大部分例外条款中,都要求优先选择“对贸易的限制降低到最小程度”的实施方式<sup>①</sup>。其次,暂时性要求,即对为保护特定目标而实施的贸易限制的“时间性”要求。在国际收支例外条款和保障措施条款中,都明确规定了有关措施应仅在适当的期限内实施。第三,逐步取消要求,即对为保护特定目标而实施的贸易限制的“随情势而变更”要求。在国际收支例外条款、保障措施条款和部分一般例外条款中,都不同程度地要求援用方承担在特定情形改善或者消失时逐步取消贸易限制的义务<sup>②</sup>。虽然在部分一般例外条款和安全例外条款中没有关于

① “更少贸易限制要求”在国际收支例外条款中主要体现在 GATT 第 12 条第 3 款第 1 项和第 3 项、第 18 条第 10 款、《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》第 2 条等。在保障措施条款中主要表现为《保障措施协议》第 5 条第 1 款。在一般例外条款中主要体现在 GATT 第 20 条第 2 款(在 GATT/WTO 争端解决实践中,将该条款下的“所必需的”解释为“与 GATT 相一致或更少的不一致”)以及 SPS 协议第 5 条第 4 款和第 5 条第 6 款等。安全例外条款下的“所必需的”也应该包括“更少贸易限制要求”。值得注意的是,GATT 第 20 条第 7 款不包括“更少贸易限制要求”。

② “时限要求”和“逐步取消要求”在国际收支例外条款中主要体现于 GATT 第 12 条第 2 款第 2 项、第 18 条第 11 款、《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》第 1 条等。在保障措施中主要体现于 GATT 第 19 条第 1 款、《保障措施协议》第 5 条第 1 款、第 6 条、第 7 条第 1 款、第 7 条第 3 款和第 4 款等。在部分一般例外条款中主要体现于 SPS 协议第 2 条第 2 款、TBT 协议第 2 条第 3 款等。



时限要求和逐步取消要求的明文规定,但是,在有关一般例外条款和安全例外条款下的特定情形改善或者消失时,有关措施应当进行调整或取消。从这一意义上讲,后两种例外条款也包涵了暂时性要求和逐步取消要求。第四,协商与谈判要求,即为确保有关措施满足了上述要求的一种“机制”要求<sup>①</sup>。在争端解决实践中,要求例外措施的援用方提交初步证据证明其满足了以上要求。专家组有权根据事实证据对上述事项进行客观评估。

总之,在 WTO 例外条款中,不强调在例外条款下允许的特定目标与自由贸易目标之间的等级效力,而是努力在两种目标之间实现合理平衡。在争端解决中,争端解决机制考察的重点不是所选择的特定目标,而是目标与手段之间是否具有一致性和相称性。换句话说,对例外条款下的措施的考察主要限于对为实现一个事先确定的特定目标而所选择的方式的审查。

---

① “协商和谈判要求”在国际收支例外条款中主要体现为 GATT 第 12 条第 4 款、第 18 条第 12 款、《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》第 5 条至第 8 条等。在保障措施条款中主要体现为《保障措施协议》第 8 条第 1 款、第 12 条第 3 款和第 4 款等。在一般例外条款中“不构成相同条件下国家间无端的歧视”被专家组和上诉机构解释为“就特定事项进行谈判”的要求。

## 第二章 多边贸易自由化与国际收支 ——WTO 国际收支例外条款解读

### 第一节 国际收支例外条款 的概念与目的

#### 一、国际收支例外条款的概念

##### (一) 国际收支的含义

考察国际收支例外条款,首先需要了解什么叫“国际收支”。所谓国际收支(The balance of payment),有狭义和广义两种概念。狭义的国际收支是指一个国家在一定的时期内(通常为一年)必须与其他国家结清的各种到期支付的差额<sup>①</sup>。而广义的国际收支是指国际货币基金组织所采用的定义,即“国际收支是一种一定时期的统计表述。它表明(甲)一个经济实体和世界其他经济实体之间的商品、劳务和收益的交易(乙)该经济实体的货币黄金、特别提款权的所有权以及与世界其他经济实体之间的债权债务的变更和其他变动和(丙)无偿转移和从会计意义上说,为平衡前述不能冲抵的交易和变动所必需的对应分录”<sup>②</sup>。

① 李崇淮等主编《西方货币银行学》(增订本),中国金融出版社 1998 年版,第 463 页。

② 国际货币基金组织网上资料,网址 [www.IMF.org](http://www.IMF.org)。

一国的国际收支状况从数量上看,一般都是不平衡的,平衡只是一个相对的概念。因此,各国及有关机构总是不遗余力地研究并实施有效的对策,使得国际收支能够维持或在失衡时逐步恢复到适当的水平,减少因国际收支失衡尤其是逆差给国内经济带来的不利影响和由此引起的社会动荡。目前,世界各国普遍采用的调节国际收支失衡的政策主要有外汇缓冲政策、财政货币政策、汇率政策、外汇管制和贸易限制等。各种方法各有利弊,视不同情况,可采用其中一种或综合使用几种政策<sup>①</sup>。

## (二) 国际收支例外条款的概念

多边贸易体制的宗旨和目的是为了促进贸易自由化,为此它给其成员施加了遵守关税约束原则和禁止数量限制原则的义务。但与此同时,它也允许各成员在国际收支困难的例外情况下,暂时停止施行这些义务。所谓国际收支例外,也就是“为国际收支目的采取的贸易限制”,是指一国政府为恢复或维持本国的国际收支平衡,对该国货物和服务等进出口的数量、价格、来源地、销售对象等进行的直接的行政管理。目前,各国为国际收支原因实施的贸易限制措施的形式有数量限制(如许可证和配额制度)和各种价格机制措施(如进口附加税和进口押金制)等。而“国际收支例外条款”,是指在 GATT/WTO 的法律框架中允许各成员在国际收支困难的例外情况下,暂时停止施行关税约束义务和禁止数量限制义务的法律规定。在货物贸易领域的国际收支例外条款有 GATT 第 12 条及其注释、第 14 条及其注释、第 15 条、第 18 条第二部分及其注释、1970 年和 1972 年两个程序细则、1979 年东京宣言和乌拉圭回合达成的《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》;在服务贸易领域的国际收支例外条款有 GATS 第 12 条。这些规定

<sup>①</sup> 师玉兴主编《国际收支理论与实践》,对外经济贸易大学出版社 1999 版,第 21~26 页。

既包括实体法,又包括程序法和组织法。

## 二、国际收支例外条款的双重目的

国际收支例外条款有着双重目的:一方面,允许各成员在国际收支困难的例外情况下,暂时停止施行 WTO 特定义务。另一方面,确保援用方善意行使其权利并尊重其他成员在 WTO 下的实体性权利。

国际收支例外条款允许各成员在国际收支困难的例外情况下,暂时停止施行 WTO 特定义务。然而,国际社会是国际法存在和发展的社会基础,国际法规范的制定、演变和消亡都与国际社会的情势有着密切的关系。多边贸易体制对国际收支例外条款所允许的“合法目标”的态度同样印证着这一规律。在 20 世纪 30 年代爆发的世界性的经济危机中,各国竞相用货币贬值来促进本国产品出口并限制外国产品进口,这导致资本主义世界各经济集团间的一场恶性竞争并愈演愈烈,进而成为第二次世界大战爆发的一个诱因。为了防止历史的重演,战后国际经济秩序的设计者们一致认为,应把各国货币的可兑换性和汇率稳定性置于优先地位,为达到这一目的,宁可在某种程度上牺牲自由贸易。这种想法也得到了经济学界权威们的支持。著名经济学家凯恩斯在国际清算联盟的建议稿中认为:“对那些你负担不起的进口货,必须有办法关紧大门。在各种可供选择的办法中,数量限制是最有效、与现代社会最和谐的一种办法”<sup>①</sup>。在这种背景下,GATT 中就制订了第 12 条“为保障国际收支而实施的限制”,允许各缔约方在遭遇国际收支困难时,能暂时停止施行“禁止数量限制”和“非歧视数量限制”

---

① Frieder Roessler, *The Relationship between the World Trade Order and the International Monetary System*, in Frieder Roessler, *The Legal Structure, Functions & Limits of the World Trade Order—A Collections of Essays*, Cameron May Ltd. London, 2000, pp. 166~167.

的义务,从而实施数量限制来维持或恢复国际收支平衡。但是,随着战后欧洲各资本主义发达国家逐渐恢复经济元气从而不再需要援用国际收支例外措施,随着国际经济和金融的发展导致布雷顿森林体系的两大支柱——美元本位制和固定汇率制先后崩溃从而使浮动汇率制在世界货币金融政策中占据主导地位,发达国家和经济学界开始否定用贸易限制方式来处理国际收支问题的做法。它们认为,进口限制不是最有效的处理国际收支困难的方式。它们甚至认为,国际收支条款例外的目的已经不是维持和恢复国际收支平衡,而是变相的贸易保护主义<sup>①</sup>。诚然,当代国际货币金融秩序主要由浮动汇率制度来调节,在经济学界对为国际收支目的实施贸易措施的合理性也存在争议,发达国家也大多没有援用国际收支限制措施的必要,但是并不能因此就武断地认为国际收支例外条款已经失去了意义。当今世界远远不是清一色的浮动汇率体系<sup>②</sup>,即便在乌拉圭回合后,货币变量和金融变量与贸易问题的联系与相互影响仍然是一个至关重要的问题。对 WTO 成员来说,尤其是对发展中国家和转型经济国家来说,需要运用包括运用贸易限制措施在内的综合手段来抵消国际收支困难<sup>③</sup>。

应当提请注意的是,在国际收支例外条款规定了允许 WTO

---

① Michael J. Trebicock and Robert Howse, *The Regulation of International Trade* (second edition), Rontledge, London and New York, 1999, p. 99.

② 布雷顿森林体系后的国际汇率制度呈现出多样性的特点。虽然浮动汇率制已成为国际上主要的汇率制度,但也有很多国家采取钉住汇率制。浮动汇率制又有独立浮动、联合浮动、蠕动浮动或对某一种货币浮动。钉住汇率制也有钉住单一货币、钉住一组综合货币、钉住特别提款权等多种形式。同时,布雷顿森林体系后的国际储备资产也呈现出多样性的特点。参见李仁真主编《国际金融法专论》,湖北人民出版社 1995 年版,第 6 页。

③ J. H. Jackson, *Managing the Trading System: The World Trade Organization and the Post-Uruguay Round GATT Agenda*, in Kenen (ed.), *Managing the World Economy: Fifty Years after Bretton Woods*, Institute for International Economics, Washington, 1994. Alejandro Nadal Egea, *Balance-of-Payments Provisions in the GATT and NAFTA*, *Journal of World Trade*, Vol. 30 (1996), No. 4, pp. 5~24.

成员在国际收支困难时采取贸易限制的权力的同时,也规定了一系列的条件,以确保援用方成员善意行使其权利和尊重其他成员在 WTO 下的实体权利,避免滥用和错误使用。

总之,国际收支例外条款仍然有存在的现实必要。现在 WTO 需要做的,不是废止国际收支条款,而是如何确保各成员在适用这些条款时做到目的和手段的一致性和相称性,即确保其实施的贸易限制的确是用于维持和恢复国际收支平衡而不是用于其他目的,并确保贸易限制是为了维持和恢复国际收支平衡所必要的限度内,而不是滥用和错误使用。

## 第二节 GATT 时期国际收支例外条款的法律规定及其适用

WTO 各种规则和制度,是在继承和发展 GATT 规则和制度的基础上形成的。因此,要深刻理解 WTO 的规则和制度,就必须了解 GATT 时期相应规则和制度的规定及其演变过程。对于 WTO 例外条款来说同样如此。

与其他例外条款相比,1947 年 GATT 国际收支例外条款的条文可谓是繁多而复杂,这一方面反映了在起草 GATT 时各缔约方(无论是发达国家还是发展中国家)对国际收支问题的重视,另一方面也反映了国际收支问题的特殊性和复杂性。简单地说,1947 年 GATT 国际收支例外条款包括四个部分的规定:第 12 条(为保障国际收支而实施的限制)及其注释、第 14 条(非歧视原则的例外)及其注释、第 15 条(外汇安排)、第 18 条(政府对经济发展的援助)第二部分及其注释。这四个部分的规定在条款排序上并非紧密相连,但在措词含义和机制安排上却前后呼应并密切相关。其中,第 12 条和第 18 条第二部分是核心规定,内容涉及国际收支限制措施的前提条件、适用方式和审查监督等,第 14 条是关于国际收支措施可以歧视性地使用的补充规定,第 15 条是与国际货币基

金组织合作的规定,内容涉及国际货币基金组织如何在国际收支措施的审查监督中发挥作用。

### 一、1947 年 GATT 第 12 条:普遍适用的国际收支例外条款

二战结束后,相当多的国家包括很多发达国家都面临外汇短缺甚至枯竭的困境。由于贸易限制对于维持一个国家的国际收支有一定作用,早在美国关于《国际贸易组织宪章》的提案中,就提到了为国际收支原因而实施贸易限制的问题,在其 1946 年的草案中更包括了这一例外的详尽的内容。在《国际贸易组织宪章》起草阶段的伦敦会议上系统地提出了关于国际收支例外的设想。会议认为这类条款的“基本目标在于一国当货币储备变动时,维护其对外的金融地位”。也正是在这次会议上,1947 年 GATT 第 12 条“为保障国际收支而实施的限制”初步形成。为了强化 1947 年 GATT 的纪律,关贸总协定 1955 年审议会对第 12 条进行了补充修改。1947 年 GATT 第 12 条的条文最终形成<sup>①</sup>。

第 12 条主要包括 5 个条款,第 1 款相当于总则,规定了其目的和合法性。第 2 款规定了实施国际收支限制的实质条件,第 3 款规定了实施国际收支限制的适用方式,而第 4 款和第 5 款则规定了实施国际收支限制的程序性条件,主要是磋商程序,目的在于帮助判断第 1 至第 3 款中所规定的一些标准、目的和原则。具体来说:

#### 1. 目的

在第 12 条下实施的国际收支限制的目的是“为了保障缔约方的对外金融地位和国际收支”。

#### 2. 实质条件

(1) 在第 12 条下实施的国际收支限制必须是有限度的,即为

<sup>①</sup> GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 331.

防止货币储备严重下降的迫切威胁或制止货币储备严重下降所必需的限度 ;或(2)货币储备很低的缔约方 ,为使储备合理增长所必需的限度<sup>①</sup>。这是多边贸易体制的成员能否合法地采取国际收支限制措施的最重要的先决条件。至于何谓“货币储备严重下降”、何谓“货币储备严重下降的迫切威胁”和“货币储备很低”,GATT 本身并未作明确界定 ,而是由国际货币基金组织对于该缔约方的国际收支情况进行评估。

### 3. 适用方式

由于国际收支例外条款可能被用作贸易保护的工具 ,所以为国际收支原因实施数量限制时必须遵循以下原则 :

- (1) 在国际收支情况得到改善时 ,应逐步放宽国际收支限制 ;
- (2) 限制措施要避免生产资源的不经济使用 ;
- (3) 尽快采取扩大而不是缩小国际贸易的措施 ;
- (4) 避免对任何其他缔约方的贸易或经济利益造成不必要的损害 ,尤其应努力避免对一缔约方经济主要依赖的出口商品造成严重损害 ;
- (5) 不实施不合理地阻碍任何种类货物的最低商业数量进口的限制 ,如无此种进口即会损害正常贸易渠道 ;
- (6) 避免阻碍专利权、商标、版权或类似程序的遵守<sup>②</sup>。

另一方面 ,实施国际收支限制的国家可以对不同进口产品或不同的进口产品类别确定不同程序的限制 ,使比较必需的产品能够优先进口<sup>③</sup>。

1950 年 ,缔约方全体还曾具体阐述过如何在国内经济管理中 ,减少国际收支限制措施所产生的贸易保护效果的方法。这些

① 参见 GATT 第 12 条第 2 款第 1 项第 1 段。

② 分别参见 GATT 第 12 条第 2 款第 2 项、第 3 款第 1 项、第 3 款第 3 项第 1 句及其注释、第 3 款第 3 项第 2 句和第 3 款第 3 项第 3 句。

③ 参见 GATT 第 12 条第 3 款第 2 项。



方法是：

(1) 政府应向因国际收支限制的实施而受益的国内企业说明：国际收支困难期过后，这些限制将不能再维持，使受保护企业认识到这种限制所提供的保护的永久性特点；

(2) 当国际收支限制合法维持的期限结束后，如果某国内企业没有国际收支限制就不能生存时，政府应不再鼓励对该企业进行投资；

(3) 即使在国际收支限制期间内，仍可允许一定数量的外国产品进口，让其与国内生产相同产品的生产商进行竞争，从而使国内生产商经常意识到任何时刻都有外来竞争的威胁；

(4) 在实施国际收支限制时，应避免配额在供应国之间按无数量限制的一般许可证方式进行分配，对未分配的配额应尽可能地在更多的国家中非歧视地实施<sup>①</sup>。

#### 4. 对国际收支限制措施的监督

第 12 条第 4 款规定了三种对国际收支限制措施进行监督的程序：第一种是协商与定期审议程序，第二种是审议与建议程序，第三种是类似于国家间控诉的“反向协商”程序。

(1) 协商和定期审议程序，主要规定于第 12 条第 4 款第 1 项和第 2 项中。它又包括两种：协商和定期协商。协商是指一适用新的限制的缔约方或实质性强化现存限制的缔约方有义务在采取行动后即刻或在事前协商可行时在采取行动前与缔约方全体进行协商。定期协商是指维持国际收支限制的缔约方有义务每年进行一次协商，它实际上相当于定期审议。

(2) 审议与建议程序，主要规定于第 12 条第 4 款第 3 项中。它又包括：①修改建议：缔约方全体如认为国际收支限制与第 12 条和第 13 条规定不一致，应指出不一致的性质，并可以建议对有

① 参见 GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 339.

关限制进行适当修改。②限期遵守:如缔约方全体认为国际收支限制与第 12 条和第 13 条的规定严重不一致,且对其他缔约方造成损害或威胁造成损害,缔约方全体应建议国际收支限制的援用方在一指定期限内符合第 12 条和第 13 条的规定。③授权报复:如上述国际收支限制的援用方在指定期限内未能遵守这些建议,则缔约方全体可解除(Release)贸易受到该限制不利影响的任何缔约方对援用方在 GATT 下承担的义务。

(3)类似于国家间控诉的“反向协商”程序,主要规定于第 12 条第 4 款第 4 项中。这一程序基于一缔约方的申诉而启动,条件是该成员受到其他缔约方维持的国际收支限制的不利影响,而该限制违反了相关条款规定。“反向协商”同样包括限期遵守和授权报复程序。

另外,第 12 条第 4 款第 6 项还规定了协商期间,即在第 12 条第 4 款下的确定应迅速作出,如可能,应在发起协商后 60 天内作出。

## 二、1947 年 GATT 第 18 条第二部分 适用于发展中国家的国际收支例外条款

20 世纪 50 年代后,随着越来越多的发展中国家加入关贸总协定,它们感到原有的 GATT 规则,包括第 12 条所规定的条件过于严格或者没有切实反映发展中国家的需要。在这种呼声下,1955 年修订 GATT 时增加了第四部分,用于规定发展中国家的特殊待遇。该部分中的第 18 条第二部分(从第 8 款到第 12 款)具体规定了发展中国家援用国际收支限制的特别待遇。第 18 条第二部分立法基础是第 12 条,因此,两条的规定非常相似。但是,由于第 18 条是针对发展中国家的,所以又有一些不同于第 12 条之处。

具体来说,GATT 第 12 条和第 18 条第二部分的相同点在于:

### 1. 援用目的基本相同

援用第 12 条的目的是“确保各缔约方的对外金融状况和其国

际收支”；而第 18 条第二部分的目的是“为了确保其对外金融地位，并确保有足够的储备水平以满足实施经济发展计划的需要”。也有必要提请注意，对发展中国家来说，可援用国际收支例外条款的目的更加广泛，包括了“满足实施经济发展计划的需要”。在实践中，曾有发展中国家对这一条款作了扩大适用。

## 2. 在适用方式上，这两条的规定基本相似

如都提及了“在持久健全基础上恢复平衡的必要性”。而且，第 12 条提及了“避免非经济地使用生产资源”；而第 18 条第二部分规定“确保经济的使用生产资源”。此外，这两个条款都要求缔约方在国际收支条件改善后放宽贸易限制，并在条件不再证明这一维持正当时放宽限制等。

## 3. 在程序性规定上基本相同

为了确保各缔约方遵守国际收支限制的有关纪律，第 12 条和第 18 条第二部分施加了几乎相同的协商义务，如关于协商和定期协商、修改建议、限期遵守、授权报复、反向协商和协商期间等，这两条的规定几乎一致。

两者的不同点在于：

### 1. 援用国家不同

所有的国家都可以援用第 12 条，而第 18 条第二部分只能被发展中国家所援用<sup>①</sup>。在 GATT 时期的实践中，也一般是发达国家更多地援引第 12 条，而发展中国家经常地使用第 18 条第二部分。

### 2. 援用条件宽松性不同

援用第 18 条第二部分的前提条件、逐步放松或取消限制要求和审查程序等都比援用第 12 条宽松。在援用的前提条件方面，第 12 条规定，进口限制不得超过为了防止货币储备严重下降的迫近

---

① 这里的“发展中国家”的定义规定在第 18 条第 4 款第 1 项，即“经济只能维持低生活水平且经济处在发展初期阶段的缔约方”。

威胁或制止货币储备严重下降所必需的程度 ;或对货币储备水平很低的缔约方而言 ,为了使储备合理增长所必需的程度。而第 18 条第二部分第 9 款对以上第一个条件 ,删去了“ 迫近 (imminent) ”这一措词 ;对第二个条件 ,使用了“ 不充足的储备水平 ”,而不是“ 很低的储备水平 ”<sup>①</sup>。在逐步放松或取消限制要求方面 ,第 18 条第 11 款的大部分规定与第 12 条第 2 款第 2 项和第 3 款第 1 项相同 ,但是 ,第 18 条第 11 款多了一个“ 但书 ”:不得以一缔约方发展政策的变更而使正在实施的国际收支限制成为不必要为由 ,要求该缔约方撤销或修改此类限制措施。GATT 还在附件一“ 注释 ”中对这一规定作了进一步解释 :第 11 款第二句不应解释为要求一缔约方放松或取消限制 ,如此种放松或限制会即刻(thereupon)形成证明加强或设立根据第 18 条第 9 款采取的措施正当的条件。在审查程序方面 ,第 12 条规定的在实施国际收支限制后的定期协商的周期是一年一次 ,而第 18 条第二部分规定的定期协商周期是每两年一次。另外 ,发展中国家如认为经缔约方全体授权的其他缔约方的贸易报复对其经济发展计划造成不利影响 ,则其有权退出关贸总协定。

### 三、1947 年 GATT 第 14 条 :允许歧视性国际收支数量限制

1947 年 GATT 第 13 条规定了“ 非歧视的实施数量限制 ”的义务 ,但紧接着在第 14 条中 ,又规定了对第 13 条的例外。考察第 14 条例外的规定后可以发现 ,第 14 条适用于而且仅适用于国际收支限制措施。第 14 条的规定表明 ,无论其依据是第 12 条还是第 18 条第二部分(参见表 2—1) ,以国际收支原因实施的数量限制都可以偏离第 13 条“ 非歧视地实施数量限制 ”的义务。换句话说 ,在一定条件下 ,以国际收支原因采用的数量限制 ,可以只针对某一个或某几个缔约方实施。另外 ,缔约方全体还可以同意某一

<sup>①</sup> 在这里“ 充足 ”的定义是“ 为其经济发展计划的实施是充足的 ”。

缔约方对它的一小部分对外贸易暂时偏离第 13 条,条件是此种做法对某一个或某几个缔约方产生的利益大大超过对其他缔约方造成的损害<sup>①</sup>。之所以规定以国际收支原因实施的数量限制都可以偏离第 13 条“非歧视地实施数量限制”的义务,主要是基于下列考虑:某一缔约方在实施一定时期的国际收支限制措施后,实现了国际收支平衡,但是由于其对某一贸易伙伴(假设为甲国)存在着严重的贸易逆差,所以必须对甲国继续采取歧视性数量限制,否则就不能维持国际收支平衡,而这种平衡又是逐步取消数量限制的条件。由于这种做法给大多数缔约方带来的利益大大超过了对甲国造成的损害,因而允许为国际收支目的采取歧视性的数量限制<sup>②</sup>。然而,由于在实践中上述情况很少出现,所以,很少有缔约方因为国际收支目的而采取歧视性的数量限制。特别是 1961 年后,没有任何一个缔约方援用过第 14 条采取歧视性的国际收支数量限制<sup>③</sup>。

表 2—1 GATT 第 12 条与第 18 条第二部分的条文规定比较表

	第 12 条	第 18 条第二部分	差 异
对发展中国家的特殊规定		第 2 款第 2 项和第 8 款	第 12 条无此规定

① 参见 GATT 第 14 条第 1 款和第 2 款。实际上,第 14 条共包括 5 个条款,其中第 3 款涉及“国际货币基金组织中有共同配额的某些领土”的特殊规定,第 4 款涉及了为增加可使用的外汇收入而引导出口的规定,但第 3 款和第 4 款下的措施都必须遵守第 13 条“非歧视地实施数量限制”的义务。另外,第 14 条第 5 款第 1 项允许实施与《国际货币基金协定》第 7 条第三节第 2 款(基金持有的某种货币的稀少)所允许实施的外汇限制有相同作用的数量限制,而第 5 款第 2 项相当于“祖父条款”。

② GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), pp. 384~385.

③ GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 385.

(续上表)

使用国际收支限制的总体规定	第 1 款	第 9 款	基本上无差异
适用国际收支的前提条件	第 2 款第 1 项	第 9 款	第 12 条中规定的条件是“迫近的威胁”和“非常低的货币储备”,而第 18 条第二部分规定的是“威胁”和“不充足的货币储备”
国际收支限制的放松和取消	第 2 款第 2 项	第 11 款第二句	第 18 条第 11 款的但书和注释是专门对发展中国家规定的,在第 12 条中没有这一规定
选择限制的货物的权利	第 3 款第 2 项	第 10 款第一句	基本上无差异
适用方式要求	第 3 款第 3 项	第 10 款第二句	基本上无差异
国内政策考虑	第 3 款第 1 项和第 3 款第 4 项	第 11 款第一句和但书	不同的条款安排反映了不同的着重点
审查和协商程序	第 4 款第 1 项到第 4 项	第 12 款第 1 项到第 4 项	第 12 条的定期协商期间是一年一次,而第 18 条第二部分是两年一次。亦见第 18 条第 12 款第 2 项的注释
协商中考虑的特殊因素	第 4 款第 5 项	第 12 款第 6 项第一句	在第 12 条中要考虑“外在因素”(见第 12 条第 4 款第 5 项的注释),而在第 18 条中要考虑在 18 条第 2 款中规定的因素
协商程序后作出决定的期间	第 4 款第 6 项	第 12 款第 6 项第二句	基本上无差异
对授权报复不满,可以退出关贸总协定		第 12 款第 5 项	第 12 条无此规定

(续上表)

非歧视使用	第 13 条		
非歧视使用的例外	第 14 条		

参见 GATT, Analytical Index: *Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 346.

#### 四、1947 年 GATT 第 15 条 : 与国际货币基金组织的合作

在关贸总协定有关机构对缔约方实施的国际收支限制措施进行监督时,主要是依据第 12 条第 2 款和第 18 条第 9 款,这是判断缔约方能否合法地采取国际收支限制措施的最重要的先决条件。但是,如何判断某一缔约方的国际收支状况是否满足这些条件了呢?由谁来判断呢?众所周知,GATT 不是一个国际金融组织,它既无权力也无能力对缔约方的国际收支状况作出准确合理的判断。所以,GATT 采取了与全球最重要的国际金融组织之一,即国际货币基金组织(IMF)进行“合作与协调”的方法。这一合作的重要法律基础就是 GATT 第 15 条。该条规定,缔约方全体应寻求与 IMF 进行合作,以便缔约方全体和 IMF 在各自管辖的问题上进行协调<sup>①</sup>。在缔约方全体被提请审议或处理有关货币储备、国际收支或外汇安排问题的所有情况下,它们应与 IMF 进行充分协商。在此类协商中,缔约方全体应接受 IMF 提供的关于外汇、货币储备或国际收支的所有统计或其他事实的调查结果。最重要的是,缔约方全体在针对一缔约方的国际收支限制措施进行的协商中,在依据涉及前述第 12 条第 2 款第 1 项或第 18 条第 9 款所列的标准形成最终决定时,应接受 IMF 在相关事项上的决定。IMF 在该决定中确定的要素包括:某缔约方的货币储备是否严重下降、货币储备水平是否很低、货币储备合理增长的速度以及对协商中

<sup>①</sup> 参见 GATT 第 15 条第 1 款。

涉及的其他事项的财政方面等<sup>①</sup>。当然,还应考虑在 GATT 第 12 条第 2 款第 1 项第二段中列举的因素<sup>②</sup>。因此,IMF 在 GATT 缔约方全体在针对一缔约方的国际收支限制措施进行的协商中,发挥着事实认定的作用<sup>③</sup>。

## 五、GATT 时期有关 1947 年 GATT 国际收支例外条款的后续实践

### (一) GATT 时期国际收支例外条款的援用概况

首先,在援用的总体趋势方面,与保障措施等其他例外措施相比,缔约方援用国际收支例外措施的数量很少,且呈逐渐下降趋势。在 20 世纪 60 年代以前,援用国际收支限制措施的大多为欧洲发达国家的缔约方。从 1960 年到 1979 年,发达国家援用国际收支限制措施的次数下降,发展中国家援用的次数逐渐增加。1979 年后发达国家再没有援用过国际收支限制措施,这段时期援用国际收支限制措施基本上是发展中国家,它们是:孟加拉、印度、斯里兰卡、巴基斯坦、菲律宾、土耳其、尼日利亚、埃及、南非、突尼

① 参见 GATT 第 15 条第 2 款。

② 第 12 条第 2 款第 1 项第 2 段规定,“应适当考虑正在影响该缔约方储备或对储备的需要的任何特殊因素,包括在其可获得特殊国际信用或其他资金来源的情况下,规定适当使用此类信用或资金来源的需要。在 GATT 起草过程中曾有国家建议将“特殊因素”解释为包括“现款的特殊非经常性移动(special non-recurrent movements)……或对其资金来源的无期抵押或可能的资金外流。同时还要考虑到在相同条件下,某一缔约方主要出口数量较小的产品可能需要更多的储备;以及某一缔约方积极主张经济发展,为维持经济发展从而提高生产水平和对外贸易水平可能需要更多的储备”。但这一建议未被采纳。参见 GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition(1995), p. 337.

③ Articles XII, XIV, XV and XVIII, Background Paper by the Secretariat, GATT Doc. No. MTN. GNG/ G7/W/14, Aug. 11, 1987, p. 14. 转引自 Terence P. Stewart (ed.), *The GATT Uruguay Round—A Negotiating History*(1986~1992), Vol. II, Kluwer Law and Taxation Publisher, Dordrecht Boston, 1993, p. 1864.



斯、以色列、波兰(根据第 12 条)前南斯拉夫等<sup>①</sup>。

其次,在援用条款方面,发达国家一般援用第 12 条,而发展中国家在 1957 年以前,援用第 12 条,在 1957 年后虽然也有发展中国家援用第 12 条,但大多数发展中国家都援用第 18 条第二部分。在 GATT 时期,共有 21 个国家援用过第 18 条第二部分<sup>②</sup>。

第三,在国际收支限制措施的形式方面,一开始国际收支限制措施只有数量限制一种形式,后来一些发达国家开始使用进口附加税和进口押金制等,在 1979 年之前,进口附加税和进口押金制等措施没有合法地位,但在 1979 年之后,它们取得了合法地位。但无论在 1979 年之前还是 1979 年之后,发展中国家的国际收支限制措施的形式大多是数量限制。

## (二)涉及国际收支例外条款的案例

在 GATT 时期,发生过涉及国际收支限制措施的争端,但这类争端并不多。主要有 1952 年美国诉比利时美元进口限制案、1957 年美国诉德国进口限制案和 1987 年美国诉印度进口限制案等<sup>③</sup>。但是,这些争端最终都由当事方通过双边协商解决了,而并未进入专家组阶段或者专家组未作出报告。在 GATT 时期涉及国际收支例外的贸易争端中,进入专家组阶段并作出专家组报告的只有一起案件,即美国、澳大利亚和新西兰诉韩国“牛肉进口限

---

① 参见 GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition(1995), p. 361.

② 值得注意的是,由于对“发展中国家”的身份没有明确的界定,像希腊和以色列也援用过 GATT 第 18 条第二部分。

③ See GATT/CP. 6/50, GATT/IC/7, GATT/IC/SR. 3 and SR. 7/11 and See L/6197, C/M/215, p. 5~7, C/154 and C/154/Add. 1.

制案(以下简称“韩国牛肉限制案”)<sup>①</sup>。

“韩国牛肉限制案”的案情是,自 1967 起,韩国一直对牛肉进口实施限制。1987 年 12 月 10 日,国际收支委员会审查了这些措施,其结论是:“在委员会中占优势的观点是,韩国当前的国际收支状况表明,它不能再援用第 18 条第二部分,所以,委员会强调,韩国应制定尽快地有步骤地取消其国际收支限制措施的时间表”<sup>②</sup>。但是,由于韩国的阻挠,理事会未能通过委员会的报告。1988 年,美国、澳大利亚和新西兰针对韩国的牛肉进口限制向关贸总协定起诉,诉由是其违反了 GATT 第 11 条第 1 款。1989 年 5 月,专家组成立。在专家组阶段韩国提出了下列抗辩:第一,第 18 条第二部分可以证明其进口限制正当;第二,第 18 条第 12 款第 2 项和第 4 项本身规定了具体的审查程序,所以不能使用在第 23 条下的争端解决程序;第三,韩国的国际收支限制从来未被国际收支委员会反对过。

对于韩国的第二个抗辩理由,专家组在考察了有关条款的条文及其起草历史后认为,尽管在第 18 条第二部分规定了特别的审查程序,但在本案中,也可以诉诸第 23 条。理由是:GATT 第 23 条规定了适用于 GATT 的所有相关条款的争端解决程序,因此,对于涉及 GATT 第 18 条第二部分的争端,缔约方可以诉诸第 23 条程序。当然,专家组注意到,在 GATT 的实践中,在第 23 条程序和第 18 条第二部分程序之间存在差别。前者规定了由独立专家构成的专家组对单个措施进行细节性审查,而后者规定了由各

① 这件争端实际上涉及 3 件相互独立的起诉,但其专家组报告的内容几乎相同。See Panel Report on Republic of Korea-Restrictions on Imports of Beef, Complaint by the United States, adopted on 7 November 1989, BISD 36S/268. See also Panel Reports adopted on 7 November 1989, Republic of Korea-Restrictions on Imports of Beef, Complaint by Australia, BISD36S/202 and Complaint by New Zealand, BISD 36S/234.

② BOP/R/171 p. 7.

国政府代表组成的国际收支委员会对一国的国际收支状况进行总体审查。所以,这两个程序,即第 18 条第 12 款第 2 项或第 23 条,都可以被本争端的当事方援用,但就专家组而言,当事方选择了第 23 条下的程序<sup>①</sup>。专家组的结论是,一个涉及国际收支事项的争端应该根据第 18 条还是根据第 23 条来处理,是由当事方进行选择,在本案中,由于双方当事方同意了专家组的建立和第 23 条程序的使用,因此,专家组有权对该案进行审查和作出结论。

对于韩国的第三个抗辩理由,专家组注意到“在国际收支委员会占优势的观点是,当前韩国的国际收支状况表明,不能再根据第 18 条第二部分证明其进口限制正当”,IMF 提供的资料也支持了这一结论。所以,韩国主张其国际收支限制从来未被国际收支委员会反对过的理由站不住脚。

对于韩国的第一个抗辩理由,专家组在考察和参照了 IMF 提供的资料后得出结论,韩国对逐渐消除其对牛肉的国际收支限制,应该迅速地确立一个时间表,但韩国没有这样做,因此,韩国不能援用第 18 条第二部分来证明其限制措施正当。

一开始,韩国阻扰专家组报告通过,6 个月后,即 1989 年 11 月 7 日,专家组报告通过。

“韩国牛肉限制案”表明,对于涉及国际收支限制的案件,可以援用 GATT 第 23 条争端解决程序解决。而且,在本案中,国际收支委员会的观点和 IMF 的观点一致,即韩国的国际收支状况表明,不能再根据第 18 条第二部分证明其进口限制正当,因此,本案中的专家组并不难于作出韩国不能援用第 18 条第二部分来证明其限制措施正当的结论。

## 六、GATT 时期有关国际收支例外条款的现实与法律的互动

大体上,可以把 GATT 时期关于 1947 年 GATT 第 12 条和第

<sup>①</sup> 美国诉韩国“牛肉进口限制案”专家组报告第 119 段。

18 条第二部分的后继立法分为两个阶段。第一阶段是从 1948 年到 1979 年东京宣言。在这一阶段,首先,在组织法上,在实践中设立了国际收支委员会,协助缔约方全体对国际收支限制措施进行审查;其次,在程序法上,确立了协商程序的两套实施细则;第三,20 世纪 60 年代后,由于国际金融形势的变化,固定汇率制受到冲击,20 世纪 70 年代后,国际社会普遍接受了浮动汇率制。在这一背景下,发达国家和经济学界开始质疑为国际收支目的而实施贸易限制措施的合理性。与此同时,发达国家开始运用进口附加税、进口押金制等在 GATT 第 12 条等条款中根本没有规定的形式实施国际收支限制措施,而这两种措施的合法性同样受到质疑。第二个阶段是从 1979 年到 WTO 成立。第一个阶段和第二个阶段的“分水岭”是 1979 年东京宣言,在这一宣言中,第一次以法律的形式对国际收支限制措施的合理性提出了质疑,并要求发达国家不再援用国际收支限制措施;同时,首次在法律上肯定了进口附加税和进口押金制等贸易措施的合法性。在第二阶段,发达国家几乎再没有援用过国际收支限制措施,而发展中国家在援用国际收支限制措施中出现了滥用和错误适用的情况,这招致以美加为代表的发达国家的不满,它们强烈要求修改和强化 GATT 国际收支例外条款的规定。因此,修正 GATT 国际收支例外条款的规定成为乌拉圭回合的一个重要议程。经过谈判各方的艰苦谈判,达成了《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》。该谅解作为乌拉圭回合谈判最后文件的一部分,对国际收支例外条款第一阶段和第二阶段的实践进行了总结,针对出现的问题进行了改进。这些“改进”基本上体现了发达国家的要求,但也适当考虑了发展中国家的利益。以 WTO 的成立和谅解的生效为标志,国际收支例外条款进入一个新的阶段。

## (一) 1947 年 GATT 国际收支例外条款后续立法的第一阶段及出现的问题

### 1. 国际收支限制委员会的成立及其实践

在 1947 年 GATT 生效适用后,关贸总协定的组织机构也不断地健全和完善。为了更好地对缔约方援用第 12 条或第 18 条第二部分的实践进行多边监督,关贸总协定设立了一系列的工作组,协助缔约方全体完成国际收支限制措施的审查工作。1958 年 11 月,又专门成立了国际收支限制委员会(The Committee on Balance-of-Payments Restrictions, BOP Committee,以下简称国际收支委员会),隶属于关贸总协定理事会<sup>①</sup>。它是一个负责协助理事会和缔约方全体处理关于缔约方的国际收支限制的协商与审议的专门性的常设机构,其成员资格向所有缔约方开放<sup>②</sup>,决策方式实行协商一致。所以,关贸总协定对 GATT 第 12 条和第 18 条第二部分的适用进行监督的机构,不仅包括在 GATT 条文中明文规定的“缔约方全体”,还包括理事会和国际收支委员会。在 GATT 时期,就缔约方实施的国际收支限制,进行了很多的协商。这些协商一般在国际收支委员会内进行,由国际收支委员会以协商一致方式形成报告,并随后由理事会通过。

在协商中,IMF 提交对援用国际收支限制措施的缔约方的晚近经济发展的评估报告,内容包括国际收支的统计资料以及向委员会所作的正式陈述和结论。在简易程序中,IMF 提供有关统计资料文件,但不向委员会作正式陈述。

另外,关贸总协定秘书处对完全协商和简易协商程序都可以

---

① 参见 GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition(1995), pp. 347~348.

② 1979 年东京宣言规定:国际收支委员会的成员资格向所有表明愿意为之服务的缔约方开放。应努力确保委员会的构成尽可能地反映缔约方在地理位置、国际金融地位和经济发展阶段方面的特征。参见 GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition(1995), pp. 347~348.

提供背景文件<sup>①</sup>,该文件主要涵盖下列两个领域(1)协商国为缓和  
和国际收支的恶化而采取的贸易和外汇政策(2)协商国的经济形  
势。就发展中国家而言,秘书处的文件应包括有关背景和对外贸  
易环境对该成员的国际收支现状和前景产生影响的分析材料。关  
于贸易与外汇政策的部分通常具体陈述所采取的直接影响国际收  
支的措施,这一部分的目的在于努力对该措施的经济影响作出评  
估。秘书处应尽可能将协商国为国际收支目的采取的措施放在协  
商国的贸易政策的总体框架下考虑。通过陈述为恢复国际收支所  
采取的其他措施,背景文件也提供了一个机会评估协商国的国内  
政策。在背景文件中的‘经济发展’部分旨在涵盖自上一次完全协  
商以来的所有相关经济和贸易发展,包括贸易与支付的发展;国内  
生产、消费、出口和进口的发展;外汇率政策和其对贸易流向的影  
响;对当前贸易、账面平衡和储备的评估。为确保背景文件的准确  
性,在传阅前,秘书处应与协商国和 IMF 一起对背景文件进行审  
查。

## 2. 有关协商程序的工作细则

1970 年 4 月 28 日,通过了关于具体的国际收支限制协商程  
序的决定,即所谓的‘完全协商程序’(full consultation procedure),  
该程序主要适用于发达国家的缔约方<sup>②</sup>。GATT 第 15 条要求在  
GATT 考虑或处理货币储备、国际收支或外汇交易安排的问题时,  
应与国际货币基金组织(IMF)进行完全的协商。在这样的协商  
中,GATT 应接受 IMF 有关外汇交易、货币储备和国际收支等问  
题而提交的所有的统计性和其他事实性的结论。相应地,IMF 参

---

① 在 1970 年形成的协商程序中规定‘背景文件’既可以由秘书处提供,也可由协商国  
提供,但在实践中,总是由协商国提供背景文件。1979 年宣言对这一做法作了改  
进,它规定由 GATT 秘书处准备和提交有关国际收支限制的背景文件。从此,由  
秘书处提交背景文件的做法制度化。

② BISD(Basic Instruments and Selected Documents),GATT 出版《基本文件资料选  
编》,第 18 册第 48~53 页。

与国际收支委员会的协商,提供法律文件并作正式陈述。

为了减轻发展中国家的定期协商的负担,也为了对欠发达国家适用一种更简化的程序,1972年12月19日,又通过了关于适用于欠发达国家的国际收支限制措施的协商程序的决定<sup>①</sup>,即所谓的“简易协商程序”(simplified consultation procedure)。这种协商程序的适用范围有限:首先,它主要适用于欠发达国家,也有条件地适用于发展中国家。其次,它只适用于GATT第18条第12款第2项下的定期协商,而第18条第12款第1项下的协商仍然要依照完全协商程序。而且,协商国需要先向所有缔约方传阅一份声明并由国际收支委员会决定是采用完全协商还是简易协商。一旦采用了简易协商程序,那么与完全协商相比,简易协商程序就比较宽松了。在简易协商程序中,IMF对国际收支委员会不作任何正式陈述。一般情况下,援用第18条第二部分的发展中国家在通知国际收支委员会后,委员会就可以作出该国际收支限制措施符合第18条第二部分要求的结论和建议<sup>②</sup>。

### 3. 在第一阶段中出现的问题

#### (1) 国际收支例外条款的必要性问题

如前所述,国际收支例外条款的制定,是与布雷顿森林体系的固定汇率制相配套的。在GATT初期,欧洲很多发达国家为恢复经济,实现本国货币储备的充足和币值的稳定,曾广泛援用GATT第12条实施国际收支限制措施。20世纪50年代后,随着这些国家的经济复苏,并在GATT的监督下,这些国家都陆续取消了其国际收支限制措施。到了20世纪60年代,美元危机爆发,尽管西方各国采取了各种措施,但无助于扭转美元汇率下降、黄金市价上涨和国际金融市场混乱的局面。美国侵越战争的爆发,更是加剧

① BISD,第20册第47~49页。

② GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), pp. 350~360.

了这种混乱。其后,又发生多起美元危机,美国政府被迫两次宣布美元贬值,其他国家也纷纷取消了本国货币与美元的固定比价,而实行浮动汇率制<sup>①</sup>。IMF 面对这种形势,不得不于 1978 年 3 月 31 日正式宣布,从 1978 年 4 月 1 日起,有关肯定浮动汇率制和取消黄金条款的决议正式生效。在浮动汇率制下,各国就可以根据具体情况,通过灵活调节本国的汇率等办法来调整国际收支平衡。在这种背景下,发达国家和经济学界开始质疑是否还有必要实施贸易限制来调整国际收支。

有学者总结了经济学上对国际收支限制的质疑的有关观点:首先,一国的服务和消耗(expenditures)超过了本国的产出时,就会出现赤字。对于这种赤字,可以用降低货币储备或向国外借贷的方法加以暂时性的弥补,但是,要根本性地矫正这一问题,还要靠减少国内消耗和增加国内生产。在正常情况下,生产在短期内不可能迅速增加,因此,在一定时期内,减少国内消耗是唯一可行的措施。政府采取紧缩性财政与货币政策,能够降低消费和投资的消耗。而如果采取进口限制,进口限制对消费和投资的水平的影响效果是不确定的。比如,一国限制进口汽车的数量,这会使消费者消费于买汽车的钱减少,但他们的总支出不会因这种限制而减少,他们会把原准备买汽车的钱,消费在其他进口货物上,或者花在原本要出口的货物和用进口原料生产的本国产品上。总之,除个别情况外,为国际收支目的采取贸易限制措施,并不能达到维持或恢复国际收支平衡的预期目的<sup>②</sup>。

其次,在浮动汇率下,各国可以采取灵活的汇率调节政策。在出现贸易赤字的时候,可以通过货币贬值来有效实现维持或恢复

① 李仁真主编《国际金融法专论》,湖北人民出版社 1995 年版,第 6 页。

② Frieder Roessler, *The Relationship between the World Trade Order and the International Monetary System*, in Frieder Roessler, *The Legal Structure, Functions & Limits of the World Trade Order—A Collections of Essays*, Cameron May Ltd. London, 2000, pp. 167~168.



国际收支平衡的目的,而不需要贸易限制。具体来说,货币贬值将使进口货物的价格更昂贵从而使其失去在国内市场的竞争力,使出口价格更便宜从而使其增强在国外市场的竞争力。所以,实施货币贬值政策,国内产业将同时从更多的国内需求和更多的国外需求中获益。而如果对所有产品的进口限制,只能给国内产业带来更多的国内需求,但不可能使国内出口产业从更多的国外需求中获益。更关键的是,国内政府通常不是对所有产品适用进口限制,而是有选择性的只对某些产品实施。这样,进口限制可以给国内产业带来更多的国内需求的效果将大打折扣。同时,选择产品的进口限制也将对国内价格体系造成误导,从而错误地影响国内生产资源的配置,使国内资源不能得到有效利用。这将进一步增加国内生产和消费之间的差距,并使国际收支状况进一步恶化<sup>①</sup>。既然在浮动汇率下,已经存在比贸易限制更有效的维持或恢复国际收支的方法,所以,没有必要为国际收支目的援用贸易限制。

## (2) 进口附加税和进口押金制的合法性问题

如前所述,在 1947 年 GATT 的原文中,第 12 条和第 18 条第二部分是对第 11 条“普遍禁止数量限制”的例外,从 GATT 的原意的角度说,国际收支限制措施应该采用数量限制的形式。然而,伴随着浮动汇率制的出现,发达国家在实践中也开始为国际收支目的而实施进口附加税和进口押金制等形式的贸易限制。简单地说,进口附加税就是对进口在原来的约束关税率上再额外征收一定的关税。而进口押金制就是在货物进口时,要求进口商向政府提交一定的“押金”,它实际上相当于对进口在原来的约束费用上再额外征收一定的费用。众所周知,GATT 的一个基本原则就是关税约束原则。根据 GATT 第 2 条,当缔约方就一项产品达成关税减让的关税率和费用后,各缔约方就不能在这一约束税费之外额外征收税费,除非根据 GATT 第 25 条要求“授权免责”。显然,

<sup>①</sup> 前引 Frieder Roessler 文。

进口附加税和进口押金制违反了关税约束原则,所以,当这种形式的贸易限制一出现,其合法性就遭到了有关缔约方的质疑<sup>①</sup>。但是,对这种在 GATT 原文中找不到依据,且违反关税约束原则的措施,发达国家却情有独钟。它们认为,在为国际收支目的采用的各种贸易限制中,进口附加税和进口押金制比数量限制更具透明度,对国际贸易的损害更小,而且,由于它可以间接地促进减少总体消耗,因而比数量限制更能实现维持和恢复国际收支平衡的目的。所以,即使要为国际收支目的采用贸易限制措施,也应该优先使用进口附加税和进口押金制等<sup>②</sup>。

## (二) 1947 年 GATT 国际收支例外条款后续立法的第二阶段及出现的问题

### 1. 1979 年宣言

在东京回合中,发达国家和发展中国家围绕国际收支限制措施的必要性和进口附加税等措施的合法性问题,展开了激烈的争论。发达国家认为,由于国际金融体系的变化,没有必要再为国际收支目的采用贸易限制措施,发展中国家则反对这种观点,它们从自身的利益出发,认为仍然有援用国际收支限制措施的必要。发达国家认为,即使要为国际收支目的采用贸易限制措施,也应该优先使用进口附加税和进口押金制等措施,而发展中国家对上述措施的合法性提出质疑。发达国家要求强化国际收支例外条款的规则,而发展中国家担心过于严格的国际收支例外条款将会减损自己应有的权利。讨论的结果是发达国家的意见占了上风,但也适当考虑了发展中国家的利益。1979 年 11 月 28 日,达成了《1979 年关于为国际收支目的采取的贸易措施的宣言》(以下简称 1979

① GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), pp. 333~336.

② 前引 Frieder Roessler 文。

年宣言)<sup>①</sup>。该宣言的法律意义在于：

首先,宣言宣称“贸易限制措施原则上不是保持或恢复国际收支平衡的有效手段”,并要求“发达国家应尽最大可能避免为国际收支目的而实施贸易限制措施”。这是在国际收支例外条款适用 20 余年后,第一次以法律的形式对其合理性提出质疑。但是,“应尽最大可能避免为国际收支目的而实施贸易限制措施”的义务只适用于发达国家,发展中国家仍然可以依据有关条款行使自己的合法权利。

其次,宣言将国际收支例外条款规范的范围延伸到所有的为国际收支原因实施的贸易措施,而不仅仅是数量限制。通过这一规定,第一次将为国际收支原因而采取的进口附加税、进口押金制等纳入到国际收支例外条款规范的范围内。

第三,宣言强调,所有的为国际收支目的采取的贸易措施都应当遵守通知和协商的义务。而且,不应为保护国内特定产业或部门而采取国际收支限制措施。

最后,宣言对适用国际收支限制措施增设了三个新条件(1)在遵守 GATT 规定的同时,应优先采取对贸易具有破坏作用最小的那种措施(2)应避免为国际收支目的同时实施一种以上的贸易措施(3)在实际可行的任何时候,缔约方应公布取消措施的时间表。另外,宣言第 13 段还规定,如果国际收支委员会认为一缔约方的国际收支限制与有关条款不符,它可以向关贸总协定理事会提交报告,以便理事会作出适当的建议,以促进第 12 条和第 18 条第二部分的实施。

## 2. 第二阶段存在的问题

自发达国家国际收支状况根本性好转后,援用国际收支例外条款似乎就成了发展中国家专有的行为<sup>②</sup>。在 1979 年宣言出台

① BISD 第 26 册第 205~209 页。

② 张向晨《发展中国家与 WTO 的政治经济关系》,法律出版社 2000 年版,第 80 页。

后,发达国家几乎没有援用过国际收支限制措施,采取或维持国际收支限制措施的主要是发展中国家的缔约方。但是,发展中国家在援用国际收支例外条款的实践中,出现了一些问题,并因而招致了发达国家的不满。具体来说:

首先,适用期间任意延长。由于在 1947 年 GATT 第 12 条和第 18 条第二部分中没有关于适用期间的明确规定,在其后续立法中也未澄清这一问题,所以,在某些缔约方援用第 12 条或第 18 条第二部分采取国际收支限制后,往往没有一个确切的逐渐放宽或取消的时间表,而是对国际收支限制的实施期间任意延长,比如,有的国家的国际收支限制措施动辄十年甚至数十年。这种做法严重偏离了例外条款的“暂时性”特征,违背了“逐渐放宽或取消”的义务。

其次,“逐步放宽或取消”义务往往无法得到切实履行。对于“逐步放宽或取消”义务,没有明确的监督和实施的规范和机制,所以无法保障国际收支限制被逐步放宽或取消义务的落实。

第三,常常被用作贸易保护的工具有。在 GATT 时期,某些缔约方援用国际收支例外条款实施贸易限制时往往只适用于个别产品领域,而这些产业往往是国内需要进行贸易保护的产业,所以国际收支限制措施就成为了援用方的一种贸易保护的工具有。

第四,透明度不高。根据 GATT 第 12 条第 4 款第 1 项或第 18 条第 12 款第 1 项,为国际收支目的采取的措施开始于通知。但是,对于通知的时间、通知与协商之间的关系、通知的具体内容等,并无明确的规定。这导致在实践中,某些缔约方在采取国际收支限制措施后不及时通知 GATT 有关机构和有利害关系的其他国家,从而使后者无法及时了解有关情况和提出协商要求,也使国际收支限制措施的透明度大大降低。

第五,被用作间接实现“保护幼稚工业”的目的。如前所述,对发展中国家来说,援用国际收支例外条款的目的更加广泛,包括了“满足实施经济发展计划的需要”。这就为发展中国家采取贸易限

制措施提供了更宽松的标准。与第 18 条第三部分<sup>①</sup> 等规定相比,第 18 条第二部分能够间接实现“保护幼稚工业发展”的目的,程序却比前者更简单。因此,在实践中,很多想保护本国幼稚工业而限制某些产品进口的发展中国家,并不援用第 18 条第三部分,却转而援用第 18 条第二部分<sup>②</sup>。这种在“经济发展”的旗号下“移花接木”,把国际收支措施用作促使幼稚工业建立的做法,引起了发达国家的不满。

另外,对国际收支限制的国际监督不力,也遭到了发达国家的批评。实践表明,在 IMF 的协助下,关贸总协定有关机构较好地履行了职权。国际收支委员会和总理事会通过了很多允许缔约方采取国际收支限制措施或要求适当修改的决定。但是,当需要国际收支委员会和总理事会对各缔约方取消或逐步放宽贸易限制施加压力时,其权威有限。具体来说,由于国际收支委员会和理事会都采取协商一致的决策方式,所以,当要作出一些带有一定强制性的建议时,如根据第 12 条第 4 款第 2 项和第 18 条第 4 款第 2 项作出要求缔约方限期取消与 GATT 规定严重不一致的建议时,往往由于当事方的阻挠而无法达成协商一致,从而导致国际收支委

① GATT 第 18 条第二部分规定了“为保证执行经济发展计划有足够的货币储备水平”而实施贸易限制的国际收支例外条款,而第三部分和第四部分则规定了“为促进某项工业建立以提高其人民总的生活水平”而实施贸易限制的保护幼稚产业条款。保护幼稚产业条款规定了允许缔约方背离其 GATT 下的义务以帮助其“幼稚产业”的建立和发展。这些条款适用于新建立的产业、在既存产业中的新的生产部门等。其适用的程序比较严格。按照第 18 条第三部分的规定,申请限制的缔约方要把保护某幼稚工业而“拟采取的将影响进口的具体措施”通知缔约方全体。若缔约方全体决定要进行协商时,可以设立工作组。但是,缔约方若未能就该措施取得“一致同意”,受该措施不利影响的其他缔约方可以要求补偿,甚至采取报复。

② 参见赵维田《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 181~182 页。亦见 Frieder Roessler, *The Relationship between the World Trade Order and the International Monetary System*, in Frieder Roessler, *The Legal Structure, Functions & Limits of the World Trade Order——A Collections of Essays*, Cameron May Ltd. London, 2000, pp. 172~173.

员会和理事会的审议审而无果,也使这些国际收支限制措施的合法性成为一个悬而未决的问题<sup>①</sup>。而且,尽管有少量的争端解决的实践,但争端解决机制能否对国际收支限制措施实施审查仍然是一个比较含糊的问题。另外,在 GATT 时期,也没有任何一个缔约方援用过“反向协商程序”<sup>②</sup>。

### (三) 乌拉圭回合关于 GATT 国际收支例外条款的谈判

如前所述,在 1979 年宣言中,就已经反映出了发达国家对国际收支原因采取的贸易限制措施的否定态度。在东京回合后发展中国家在适用国际收支例外条款所出现的种种问题更是引起了发达国家的不满。在乌拉圭回合中,围绕着 1947 年 GATT 的国际收支例外条款,发展中国家和发达国家展开了激烈的争论。

在乌拉圭回合开始后不久,即 1987 年 5 月,美国就要求改变发展中国家“滥用”国际收支例外条款的状况。美国认为,在 GATT23 年的历史中,有 19 个发展中国家援用了国际收支例外条款,但只有 4 个国家遵守“逐步放松或取消”的义务,取消了国际收支限制。尤其使美国不满的是,违背“逐步放松或取消义务”的发展中国家包括了关贸总协定中几个经济实力较强的国家,如巴西、埃及、印度、韩国和巴基斯坦等;此外,一些发展中国家以国际收支为名行保护国内“幼稚工业”之实也让美国认为,发展中国家利用国际收支例外条款逃避了 GATT 义务,使 GATT 的法纪以及其他

---

① *Consultations held in the Committee on Balance-of-Payments Restrictions under Articles XII and XVIII :B since 1975*, Note by the Secretariat, MTN.GNG/NG7/W/46, 24 June 1988, para. 66.

② 杰克逊教授认为,第 12 条和第 18 条第二部分中的“反向协商”程序类似于第 23 条下的争端解决程序。但是,援用国际收支例外条款中的“反向协商程序”的条件比援用第 23 条的条件复杂和困难得多,所以,在实践中,受损方往往援用第 23 条,而从未援用过 GATT 第 12 条第 4 款第 4 项和第 18 条第 12 款第 4 项。参见 John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (1969), p. 706.

缔约方的利益均受到了损害。

为此,1989年11月16日,美国和加拿大联合提出了第一份具体改革建议。这份建议从根本上否定国际收支例外条款的合理性。其要点包括(1)增加援用国际收支例外条款的条件,如应存在“严重的”国际收支困难,援用方应采取为恢复平衡负责的措施等。(2)强化第18条第二部分的义务,如要求发展中国家的国际收支限制措施应是“暂时的和逐步取消的”,限制不应用来保护具体产业,应适用于所有进口等。(3)强化国际收支委员会的作用,如援用须经委员会事先或实施后4个月内批准等。

美加的这一建议遭到了以秘鲁为代表的发展中国家的强烈反对。它们认为,由于不公平的国际经济秩序,发展中国家的国际收支问题不是减轻了,而是恶化了,所以发展中国家仍有必要援用国际收支例外条款来维持和恢复国际收支平衡。而且,修改现有条款的任何行动将使发展中国家的权利受到损害。经过艰苦曲折的谈判,最后,在双方妥协的基础上,达成了《关于1994年GATT国际收支条款的谅解》<sup>①</sup>。同时,在乌拉圭回合制定的《服务贸易总协定》中,也规定了国际收支例外条款。

### 第三节 WTO 国际收支例外条款的 法律规定及其适用

#### 一、1994年GATT第12条和第18条第二部分

在形式上,乌拉圭回合并未对1947年GATT的条文,包括第12条和第18条第二部分作出修改,而是把它与GATT时期所达成的各种法律文件放在一起,成为1994年GATT。所以,1947年

<sup>①</sup> Terence P. Stewart( ed. ), *The GATT Uruguay Round—A Negotiating History* (1986~1992), Vol. II, Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer Boston, 1993, pp. 1865~1875.

GATT 第 12 条和第 18 条第二部分就成为现在的 1994 年 GATT 第 12 条和第 18 条第二部分。虽然从纯粹的条文意义上说,并没有作出修改,但是,1994 年 GATT 第 12 条和第 18 条第二部分实际上已经与 1947 年 GATT 的对应条款有所不同。比如,在 1947 年 GATT 中,对国际收支限制措施由“缔约方全体”进行监督,但是根据 1979 年宣言和《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》等法律文件,实际上已经由国际收支委员会行使对国际收支限制措施的监督职能,而总理事会根据国际收支委员会的建议作出决定。所以,在适用和解释 GATT 第 12 条和第 18 条第二部分时,应将其条文与 GATT 第 14 条和第 15 条<sup>①</sup>、1979 年宣言、《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》以及两个程序细则联系起来理解。

## 二、乌拉圭回合《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》

在乌拉圭回合中,达成了《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》(以下简称《谅解》)。从法律上说,该谅解是 1994 年 GATT 的一部分,该谅解总结和归纳了 1947 年 GATT 第 12 条、第 18 条第二部分和 1979 年宣言的规定,并作了若干澄清与法律发展。尽管从表面上看,该谅解更多的是程序上的修改<sup>②</sup>,但对于发展中国家而言,这些修改仍然对其权利进行了实质性的限制。具体来说:

### (一) 将价格机制措施置于数量限制之上

有关理论和实践表明,价格机制措施(price-based measure)对

---

① 实际上,乌拉圭回合对 1947 年 GATT 第 14 条和第 15 条也没有进行修改,所以这两条就成为了 1994 年 GATT 第 14 条和第 15 条。

② 《谅解》脚注 1 规定:本谅解的任何规定无意修改各成员在 1994 年 GATT 第 12 条和第 18 条第二部分下的任何权利和义务。



贸易的破坏作用最小。所以《谅解》强调了“优先使用对贸易的干扰作用最小的措施”义务,即各成员应优先使用价格机制措施,这类措施包括进口附加税(surcharge)、进口押金制或对进口产品的价格有同等作用的其他措施。同时《谅解》也明确规定,一成员为国际收支目的采取的价格机制措施可超过该成员减让表中所列关税<sup>①</sup>。如果选择进口数量限制,该成员应证明其价格机制措施不足以达到恢复国际收支的目的;应避免为国际收支目的实施新的数量限制,同时,对同一产品不适用超过一种以上的贸易限制措施<sup>②</sup>。

## (二)为适用国际收支限制的“必要性”规定了若干标准

作为 WTO 的例外措施,国际收支限制措施应该符合“必要性”的要求,即不能超过应付国际收支状况所必要的程度。在 1947 年 GATT 第 12 条第 2 款第 1 项和第 2 项、第 18 条第 9 款和第 11 款中,均规定了“必要性”的措词,但是,并没有进一步规定如何判定有关措施是否符合“必要性”要求的具体标准。《谅解》对此进行了改进:

首先,强调了国际收支限制的“暂时性”义务。援用方应尽可能快地公布其取消以国际收支为目的采取的进口限制措施的时间表,如果无法这样做,应说明原因<sup>③</sup>。

其次,谅解也重申了“不针对具体部门”义务,为国际收支目的采取的限制措施只能适用于控制进口的总体水平,避免针对具体部门。当然,GATT 第 12 条第 3 款第 2 项允许各成员对不同的产品实施不同的进口限制,特别是对更为必需品(more essential)优先。第 18 条第二部分第 10 款也包括了同样的授权。但是,对于

① 参见《谅解》第 2 条。

② 参见《谅解》第 3 条。

③ 参见《谅解》第 1 条。

什么是“更为必需品”,在实践中存在争论。对此,谅解具体解释了“更为必需品”的概念:即为满足基本消费需要或有助于该成员改善其国际收支状况的产品,如资本货物或生产所需货物。

### (三)加强了透明度义务

《谅解》强调,为将任何附带的贸易保护效果降低到最低限度,一成员应以透明的方式管理其贸易限制。同时《谅解》还强调了国际收支限制措施的援用方的通知义务和提交基本书件义务。

#### 1. 通知义务

根据 GATT 第 12 条第 4 款第 1 项或第 18 条第 12 款第 1 项,一般是采取国际收支限制措施的缔约方向总理事会通知,但是,根据 1979 年宣言和谅解第 10 条,限制措施的实施对象也可以作出所谓的“反向通知”(reverse notification)。《谅解》强化了成员的通知义务。各成员应在公布后不迟于 30 天将为国际收支目的采取的进口限制措施和该措施的任何变化以及逐步取消该措施的时间表的任何变化通知总理事会。协商有望在通知后四个月进行。另外,根据《谅解》第 9 段,除了上述的一系列“事后通知”外,采取国际收支限制措施的 WTO 成员还有义务提交一种年度性的综合通知。

#### 2. 提交基本书件的义务

根据《谅解》第 11 段,协商国为完全协商应准备一“基本书件”,该文件应涵盖以下内容:

(1) 国际收支现状和前景的概况,包括对国际收支现状有影响的国内外因素,以及为在可靠持久基础上恢复平衡而采取的各项国内政策措施。

(2) 对下列 3 个事项的全面阐述:为国际收支目的而采取的限制措施;限制的法律基础;为减少可能会随限制而附带产生的贸易保护效果而采取的行动。

(3) 自上一次协商后根据委员会的决定放宽进口限制以来所

采取的措施。

#### (4) 取消和逐步放松剩余的限制措施的计划。

在简易程序中,协商国应提交一份书面陈述,该陈述应包含了与基本书件涵盖的要素一样的必要信息。

### (四) 强化了审查监督程序

1.《谅解》对 1970 年全面协商程序和 1972 年简易协商程序以及国际收支委员会的职责、协商程序、通知和文件、作出结论等进行了重申<sup>①</sup>。这是 GATT/WTO 成立以来,首次在组织法方面对国际收支的多边监督程序作出的比较全面系统的规定。

2.《谅解》规定了协商的启动时间并限制了简易协商程序的适用范围。它要求协商必须在采取或增加国际收支限制后 4 个月内进行<sup>②</sup>。《谅解》保留了全面协商和简易协商程序的区别。但是,《谅解》第 8 款的有关规定表明,一般只有最不发达国家才能使用简易协商程序。按照以前协商程序中提交委员会的时间表进行自由化努力的发展中国家,或 WTO 贸易政策审查机制将在同一年份审议其贸易政策的发展中国家,也可以适用简易协商程序,但是,与最不发达国家不同,这种适用并不是自动的,而是必须经过一个“先决程序”,即由国际收支委员会审查该发展中国家能否使用简易程序。而且,这类发展中国家不得连续两次使用简易协商程序<sup>③</sup>。

3.《谅解》还在脚注 1 中规定了国际收支措施与 WTO 争端解决机制的关系:对于因国际收支目的采取的进口限制措施的适用而产生的任何事项均可援引由 DSU 详述和适用的 1994 年 GATT 第 22 条和第 23 条。但是,由于《谅解》使用的有关措词是“国际收

① 参见《谅解》第 5~13 段。

② 参见《谅解》第 6 段。

③ 参见《谅解》第 8 段。

支限制措施的适用所引起的争端”,而不是“国际收支限制措施所引起的任何争端”,而且,它没有明确规定争端解决程序 and 在国际收支委员会下的磋商程序之间的关系,所以,在争端解决实践中就引起了争议,即 WTO 争端解决机制能不能审查 WTO 成员采用的国际收支限制措施的“正当性”的问题<sup>①</sup>。

### 三、适用于服务贸易领域的国际收支例外条款

《服务贸易总协定》(GATS)是乌拉圭回合的一个重要法律成果,是多边贸易体制中规定服务贸易的一个基本条约。在这一条约中,对服务贸易领域的贸易自由化作出了一般性的规定。同时,像 GATT 一样,GATS 也规定了很多例外条款,其中就有《服务贸易总协定》第 12 条所规定的国际收支例外条款。该条的标题与 GATT 第 12 条的标题相同,都称为“为保障国际收支而实施的限制”。在条文规定上,GATS 第 12 条与 GATT 第 12 条和第 18 条第二部分相似,但也有一些不同。具体来说:

1. 在适用领域方面,显而易见,在货物贸易领域援用国际收支限制,适用 GATT 第 12 条或第 18 条第二部分,而在服务贸易领域适用国际收支限制,则适用 GATS 第 12 条。但是,由于服务贸易的模式、部门以及 WTO 成员在 GATS 下的法律义务都比货

---

① 所谓的国际收支措施的“正当性”问题,是指 WTO 成员能不能援用国际收支例外条款,为自己的违反 WTO 义务的贸易限制免责的问题。在 1997 年“印度数量限制案”中,争端双方围绕这一问题展开了激烈的争论,专家组和上诉机构也对此问题作出了详细的论证分析。

物贸易复杂<sup>①</sup>,而根据不同的服务贸易形式,不同的服务贸易部门和 WTO 成员的具体承诺,采取国际收支限制时的具体法律问题是有所差异的。所以,有必要在未来制定更具体的对服务贸易实施国际收支限制的规则。

2. 在对发展中国家的特殊和差别待遇方面,在 GATT 中,把关于发展中国家,特别是最不发达国家采取国际收支限制措施的规定另外规定为一条,但 GATS 没有这样规定,而是把关于发展中国家的特别规定和普遍适用于所有成员的一般规定合并为一条。同时,在 GATS 国际收支例外条款中,还第一次专门规定了“处于经济转型中的”成员为保证维持实施其经济转型计划所需要的适当财政储备水平可以采取国际收支限制措施<sup>②</sup>。对此,我们认为,由于 GATT 中第 12 条的规定和第 18 条第二部分的规定基本相似,只是在援用的前提条件方面有所不同,而这些不同之处在 GATS 第 12 条第 1 款中也有反映。同时,20 世纪 90 年代以来的实践表明,转型经济国家因国际收支原因常常采取贸易限制措施。所以,GATS 这样规定似乎比较科学。

3. 在为国际收支目的实施贸易限制的条件方面,GATS 的规

---

① 首先,服务贸易的模式并不仅限货物贸易领域的跨境交易。GATS 第 1 条界定了以下服务贸易:服务的提供(1)从一个成员的领土进入任何其他成员的领土(与货物贸易相似的跨边境服务交易,模式 1)(2)在一个成员的领土内向任何其他成员的服务消费者(消费者的流动,模式 2)(3)一个成员的服务提供者,通过在该领土的商业存在(资金的流动,模式 3)(4)一个成员的服务提供者,通过在任何其他成员的领土内的一成员的自然人的存在(自然人的流动,模式 4)”。其次,服务贸易的部门有 100 多种。最后,在服务贸易中,GATS 对各成员的承诺规定了相当大的灵活性。与 GATT 相比,GATS 仅要求各成员在其时间表中具体承诺的领域允许市场准入(第 16 条),各成员可以将一定的部门和模式从其承诺中排除。同时,GATS 允许最惠国待遇原则的例外(第 2 条),国民待遇原则也受制于列出的条件和资格(Qualification)(第 17 条)。另外,第 21 条允许各成员对时间表承诺重新进行谈判。从以上规定可以看出,GATS 给各成员在事前形成其承诺和在事后修改其承诺提供了极大的余地。

② 参见 GATS 第 12 条第 1 款。

定与 GATT 相比,出现了少量修改。比如,在服务贸易领域实施国际收支限制,不得在各成员之间造成歧视。而在货物贸易领域,根据 GATT 第 14 条,是允许歧视性地实施数量限制的。除此之外,GATS 第 12 条在大部分有关适用条件的规定方面,与 GATT 的规定相似,但内容更加简明扼要。根据 GATS 第 12 条的规定,在服务贸易领域实施国际收支限制应符合下列条件(1)不得在各成员之间造成歧视(2)应与《国际货币基金组织协定》相一致(3)应避免对任何其他成员的商业、经济和财政利益造成不必要的损害(4)不得超过所必需的限度(5)应是暂时的,并应随情况的改善而逐步取消(6)不得为保护一特定服务部门而采取或维持限制(7)在采取、维持或变更时,应迅速通知总理事会并受制于相应的协商和审查程序。

迄今为止,还没有出现援用 GATS 第 12 条在服务贸易领域实施国际收支限制的实例。

#### 四、WTO 成员对国际收支例外条款的适用

在 WTO 成立后,各成员对国际收支例外条款的适用呈现下列特点:

##### 1. 在援用的总体趋势上,比 GATT 时期又有所下降

究其原因,主要是因为各国逐步认识到在浮动汇率制下,实行货币贬值和紧缩财政等宏观调控政策,比贸易限制更合理和更有效的方法。而且,在乌拉圭回合后,援用 WTO 国际收支例外条款的条件更加严格,尤其是强调优先使用价格机制措施,限制对数量限制的使用,以及不能用于保护具体产业等规定,使大多数国家失去了援用国际收支例外条款的动力。即使在 1997 年爆发、并持续数年对全球经济造成严重影响的亚洲金融危机中,也没有任何一个国家援用 WTO 国际收支例外条款实施贸易限制措施。

##### 2. 在援用国家方面,发达国家基本上没有援用过 WTO 国际收支例外条款

援用国际收支例外条款的国家主要集中于两类国家：欠发达国家 and 东欧的转型经济国家。

### 3. 经过强化的实施机制加强了对国际收支限制措施的多边监督

比如 1995 年巴西对汽车实施新的数量限制，国际收支委员会经过审查认为其与 WTO 规则不符。1995 年，南非、埃及和以色列在维持国际收支措施多年之后，终止援用第 18 条第二部分并同意完全取消所有的国际收支限制措施。同一年，匈牙利实施了进口附加税，并被要求提交减少和取消进口附加税的具体的时间表。1997 年，该附加税被逐渐取消。1996 年，波兰、斯洛伐克、菲律宾、土耳其和南非取消了所有的国际收支限制。1997 年，突尼斯和保加利亚承诺取消国际收支限制措施。1998 年和 1999 年，斯洛伐克、斯里兰卡、保加利亚和尼日利亚取消了所有的国际收支措施。迄今为止，在国际收支委员会的监督下，各成员的正在实施或维持的国际收支限制措施都较好地遵守了优先采用价格机制措施、透明度、暂时性和逐步取消等义务。在争端解决机制方面，在“印度数量限制案”中，WTO 争端解决机构裁定印度败诉，要求其在一定期限内取消其维持了数十年的为国际收支实施目的的数量限制措施（参见表 2—2、表 2—3）<sup>①</sup>。

表 2—2 近年来根据 GATT 第 12 条在国际收支委员会中的协商

国家	实施措施年份	最近一次协商	措施的范围和形式	现 状
保加利亚	1996 年	1999 年 1 月	对全部进口的进口附加税	已于 1999 年 1 月按照时间表取消进口附加税

① 根据 WTO 国际收支委员会 1998 年、1999 年、2000 年和 2001 年年度报告整理而成。

(续上表)

罗马尼亚	1998 年	2000 年 9 月	对 62% 的进口的进口附加税	1998 年 10 月开始实施。在 1999 年 2 月的协商中, 国际收支委员会认为罗马尼亚符合其第 12 条下的义务。罗马尼亚实施的进口附加税税率逐步降低, 2000 年底已完全取消
斯洛伐克	1999 年	2000 年 9 月	对全部进口的进口附加税	1999 年 6 月开始实施。在 1999 年 9 月举行的协商中, 委员会认为斯洛伐克符合其第 12 条下的义务。斯洛伐克实施的进口附加税税率逐步降低, 2001 年已完全取消

表 2—3 近年来根据 GATT 第 18 条第二部分  
在国际收支委员会中的协商

国家	实施措施年份	最近一次协商	措施的范围和形式	现 状
孟加拉	1962 年	2000 年 12 月	对农产品的进口限制	孟加拉承诺从 2002 年 1 月 1 日到 2005 年 1 月 1 日逐步取消其国际收支限制措施
埃及	1963 年	1995 年 6 月	对纺织品、服装和家禽的进口限制	埃及承诺不再援用第 18 条第二部分, 并于 1998 年取消纺织品限制, 2002 年 1 月取消其他限制
突尼斯	1967 年	1997 年 6 月	对汽车的进口限制	2001 年 5 月突尼斯通知国际收支委员会其国际收支限制已完全取消



(续上表)

尼日利亚	1984 年	1999 年	对谷物、菜油、小麦面粉、塑料制品和矿产品的进口限制	在 1998 年的协商中,尼日利亚计划 2005 年取消进口限制,但发达国家要求立即取消限制。国际收支委员会一致认为尼日利亚的措施与第 18 条第二部分不符。1999 年尼日利亚承诺在 2000 年 1 月取消限制
巴基斯坦	2000 年	1997 年	对纺织品的进口限制	2001 年 12 月,巴基斯坦通知国际收支委员会它已完全取消了国际收支限制措施

## 五、典型案例评述：“印度数量限制案”及其法律意义

由于 WTO 成员援用国际收支例外条款实施贸易限制的并不多, WTO 也有专门的对国际收支限制措施进行协商和审查的机制,所以,迄今为止,产生贸易争端并提交到 WTO 争端解决机制进行解决的案例只有 1 件,即 1997 年美国诉印度“对农产品、纺织品和工业品的进口的数量限制案”(案号 WT/DS90,以下简称“印度数量限制案”)。虽然“印度数量限制案”涉案国家不多(只有美国和印度两国),涉及国际收支条款的范围也不宽(争端双方主要围绕 GATT 第 18 条第 11 款及其注释展开控辩),但是,该案在 WTO 的案例史上,具有重要的意义。

### (一) 印度数量限制案”的案情

1950 年以来,印度根据 GATT 的国际收支例外条款(最初是依据 GATT 第 12 条,1957 年后是依据 GATT 第 18 条第二部分),一直维持着数量限制。在 GATT 时期,印度这些国际收支限制措施在 GATT 国际收支委员会的协商程序的监督之下,所以,在 WTO 成立后,这些措施又归于 WTO 国际收支委员会(以下简称 BOP 委员会)监督。1995 年,这些限制涵盖农产品、纺织品和

工业产品,共 2 714 种关税税种,占印度关税税种的 1/4。在 BOP 委员会的协商程序中,IMF 提交的报告认为印度应该在两年内逐步取消其限制措施。在 1997 年 1 月 BOP 委员会再次举行的协商中,IMF 再次否定了印度的国际收支限制的合法性,即印度当前的货币储备不是“不充足”,在印度的货币储备也没有严重下降的威胁。1997 年 6 月,BOP 委员会举行了两次针对印度国际收支限制的协商,印度提出在 9 年内逐步取消国际收支限制的时间表,后又把这一时间期限改为 7 年,但是,大多数成员认为这一期限过长,要求印度将逐步取消国际收支的时间表缩短。以美国为首的某些成员甚至要求印度立即取消其国际收支限制。由于各成员之间存在着较大的分歧,BOP 委员会无法达成一致,所以最终未能通过要求印度在具体期间内取消国际收支限制的建议<sup>①</sup>。1997 年 7 月 15 日,美国要求与印度协商,日本、澳大利亚、加拿大、欧共体、新西兰和瑞士也要求协商,印度与后几个国家达成了相互满意的解决,但与美国没有达成协议。美国根据 GATT 第 11 条、第 18 条第 11 款和《农产品协议》第 4 条第 2 款和《进口许可证协议》要求成立专家组。1999 年 4 月 6 日,专家组作出报告,其结论是(1)印度实施的相关措施违反了 GATT 第 11 条第 1 款和第 18 条第 11 款,且不能用第 18 条第二部分证明正当。(2)有关措施违反了《农产品协议》第 4 条第 2 款。(3)有关措施损害了美国在 1994 年 GATT 和《农产品协议》下的利益<sup>②</sup>。1999 年 6 月,印度提出上诉。1999 年 8 月,上诉机构提交报告。上诉机构全面支持了专家组报告中的所有结论<sup>③</sup>。1999 年 9 月 22 日,争端解决机构(DSB)通过专家组和上诉机构报告。1999 年 12 月 28 日,美国和印度根据 DSU 第 21 条第 3 款第 2 项对印度实施 DSB 的裁定

① “印度数量限制案”专家组报告第 2.2~2.7 段。

② “印度数量限制案”专家组报告第 6.1~6.2 段。

③ “印度数量限制案”上诉机构报告第 153~154 段。

和建议的“合理期间”达成协议。对一部分产品,实施的最后期限是 2000 年 4 月 1 日,对其他产品,实施的最后期限是 2001 年 4 月 1 日。2000 年 7 月 14 日,印度根据 DSU 第 21 条第 3 款,向 DSB 主席提交执行的第一份报告。报告称 2000 年 3 月 31 日,印度已向美国通知 715 种产品印度维持数量限制并在 2001 年 4 月 1 日执行期满的产品。对于其他在 2000 年 4 月 1 日期满的产品,印度已经在 2000 年 4 月 1 日实施了 DSB 的建议和裁定。2001 年 3 月 26 日,印度提交了最后一份执行报告,它承诺将遵守其 WTO 义务,到 2001 年 4 月 1 日,取消所有的限制措施。

## (二) 印度数量限制案”的法律意义

### 1. 这一案件为 WTO 争端解决机制确立了广泛的管辖权范围

这一范围之广,甚至包括了传统上被认为只能由 WTO 的“政治性机构”,如国际收支委员会管辖的事项。在本案中,印度主张对其国际收支数量限制措施的审查权专属于 WTO 国际收支委员会和总理事会,而不属于争端解决机制。专家组和上诉机构均否定了这一主张<sup>①</sup>。这一裁定表明,除非 DSU 附件二注明任何特别

① 在该案中,印度先后以以下几个理由来否定 WTO 争端解决机制对国际收支限制措施的审查权(1)对于《谅解》脚注 1“对于为国际收支目的实施的进口限制措施的适用所产生的任何事项,可援引由 DSU 详述和适用的 1994 年 GATT 第 22 条和第 23 条的规定”,印度主张对这一条款进行狭义解释,即只有“国际收支限制措施的适用”才能援引争端解决机制,而国际收支限制措施的“正当性”不在援引争端解决机制范围内(2)《谅解》脚注 1 的谈判历史(3)WTO 中的“机构性平衡”原则;(4)如果争端解决机制介入,会与国际收支委员会和总理事会的职权冲突。专家组和上诉机构在经过详尽的论证后均否定了印度的主张。上诉机构认为,首先,无论是从 1994 年 GATT 第 23 条和 DSU 的有关规定来考察,还是从《谅解》脚注 1 的(按其上下文并参照其宗旨和目的的)通常含义、后续实践、谈判历史等来考察,都不应将国际收支限制措施的“正当性问题”排除在援引争端解决机制范围之外;其次,印度主张的“机构性平衡原则”在 WTO 协议中没有法律基础;最后,争端解决机制的管辖与国际收支委员会和总理事会的职权不会产生冲突。见“印度数量限制案”专家组报告第 5.21~5.114 段,上诉机构报告第 80~109 段。

的或另外的争端解决规则和程序,否则 WTO 争端解决机制可适用于 DSU 附件一所列协议(“适用协议”)的任何条款所引起的各项争端<sup>①</sup>。这对于如何界定 WTO 争端解决机制的职权有着重要的意义,它所产生的影响也将十分深远。

2. 它显示了 WTO 争端解决机制能够作为最后救济,有效地解决涉及国际收支限制措施的争端

在本案中,印度自 1957 年以来,一直根据第 18 条第二部分维持数量限制。虽然 IMF 在 1997 年 1 月提交的意见表明,印度当前的货币储备不是不充足,而且,不存在印度的货币储备严重下降的威胁。但是,由于国际收支委员会程序上的局限性,一直不能就要求印度取消其限制措施的时间表达成协商一致,这使得印度一直“未加禁止”地维持其国际收支限制措施。这种与 WTO 自由贸易目标格格不入的做法引发了美国等成员的起诉。最后,专家组和上诉机构裁定印度实施的大量的数量限制违反了 WTO 协议,并且不能根据第 18 条第二部分证明正当,因而要求印度在一定合理期间内取消其限制措施。这样,印度适用了 40 多年的国际收支限制措施,终于走到了尽头。国际收支委员会未能有效实现的多边监督任务,由争端解决程序圆满地完成了。

3. 肯定了 IMF 报告在 WTO 争端解决机制中的“事实证据”的地位

在该案中,美国主张 GATT 第 15 条第 2 款中的“WTO”(笔者注:原文是缔约方全体)包括 WTO 争端解决机制。根据 GATT 第 15 条第 2 款,专家组应该“接受”IMF 的决定。而印度提出截然相反的观点,它认为 GATT 第 15 条第 2 款中的“WTO”只包括 WTO 总理事会和国际收支委员会,而不包括专家组。这就引发了专家组能否接受和在何种程度上接受 IMF 关于有关成员的国际收支状况的结论的问题。对此,专家组认为,无论对 GATT 第 15 条第

<sup>①</sup> “印度数量限制案”上诉机构报告第 85~86 段。

2 款作何解释,按照 DSU 第 13 条第 1 款,专家组都有权与 IMF 进行协商以获得与印度的货币储备和收支状况有关的、能帮助专家组评估有关诉求的信息,因此,专家组有权就有关问题向 IMF 咨询。至于在何种程度上接受 IMF 的观点,专家组认为,无论 GATT 第 15 条第 2 款适用于专家组与否,专家组都有责任根据 DSU 第 11 条对案件的事实和援用方措施与 1994 年 GATT 的相符性作出客观评估<sup>①</sup>。上诉机构对专家组这一观点表示赞同<sup>②</sup>。所以,在 WTO 争端解决机制中,IMF 的关于有关成员的国际收支状况的结论虽然不是被完全不加审查地接受,但也能够发挥重要的事实证据的作用。

#### 4. 否定了国际收支限制措施的错误使用

在本案中,印度认为,如果国际收支委员会和总理事会没有作出印度的措施与 1994 年 GATT 相关条款不符的结论,印度就可以继续维持该国际收支限制措施。而且,根据 GATT 第 18 条第 12 款第 3 项,即使印度的措施被确认与 1994 年 GATT 相关条款不符,印度也有权“逐步取消”,而不需要立即取消。专家组否定了这一观点,它认为当援用方的国际收支限制措施不再满足第 18 条第 9 款的标准且不被第 18 条第 11 款涵盖时,就应该取消这一措施。“国际收支委员会和总理事会没有作出不符结论,援用方就可以继续维持该国际收支限制措施”的观点违反了“条约必须信守”的原则,因而不支持<sup>③</sup>。

#### 5. 澄清了 GATT 第 18 条第二部分中的若干重要条款

如第 18 条第 11 款中“逐步取消”条款、第 11 款但书、第 11 款注释的含义,并明确了有关条款的举证责任的划分<sup>④</sup>。相信这些

① “印度数量限制案”专家组报告第 5.11~5.13 段。

② “印度数量限制案”上诉机构报告第 149 段。

③ “印度数量限制案”专家组报告第 5.223~5.227 段。

④ 参见下文关于“成功援用国际收支例外条款的条件”的有关论述。

解释将有助于说明在 GATT 第 12 条、《谅解》和 GATS 第 12 条中相对应的条款。

最后,尽管裁定的结果是印度败诉,但专家组承认和支持在国际收支问题上发展中国家享有的特殊和差别待遇<sup>①</sup>。为此,在裁定印度的国际收支限制措施没有满足第 18 条第二部分有关条款的条件时,专家组在执行 DSB 裁定的“合理期间”问题上,建议基于“对发展中国家特殊和差别待遇”等考虑,应当给予印度更长的期间<sup>②</sup>。印度最终在部分产品领域被给予了 6 个月的执行期间,在其他产品领域被给予了 18 个月零 8 天的执行期间。不难想象,如果按照美国的要求,印度不得不“立即取消”国际收支限制措施,这将给印度贸易和经济带来的巨大冲击,而在执行期间上的特殊待遇使印度免除了这种风险。

## 第四节 WTO 国际收支委员会的审查与 成功援用国际收支例外 条款的条件

一方面,WTO 成员在特定情况下采取国际收支限制措施,是该成员的主权权利,无须 WTO 相关机构的事先批准或同意。而且,采取国际收支限制措施,无须向受影响的其他成员作出补偿。另一方面,根据 WTO 国际收支例外条款的规定,成功援用国际收支例外条款,要符合一定的条件,这些条件包括前提条件、适用要求和程序要求等。为了论述的方便,我们把在国际收支委员会和总理事会下审查时成功援用的条件和在 WTO 争端解决机制中成

① “印度数量限制案”专家组报告第 5.154~5.156 段。争端当事方均没有对专家组的这一观点提出上诉。

② “印度数量限制案”专家组报告第 7.1~7.7 段。按照 DSU 第 21 条第 3 款第 3 项的规定,执行专家组或上诉机构建议的合理期间不超过自专家组或上诉机构报告通过之日起 15 个月。

功援用的条件分开论述。

### 一、前提条件

一般情况下,各成员以 GATT 第 12 条为依据援用国际收支措施。根据第 12 条,援用国际收支限制措施的前提条件是(1)该成员在特定时期内出现了下列三种情况中的一种:货币储备严重下降,或出现了货币储备严重下降的迫切(imminent)威胁,或货币储备很低(2)该贸易限制是为了制止货币储备严重下降,或为了防止货币储备严重下降的迫切威胁,或为了使储备合理增长(3)该贸易限制是为实现上述三个目的“所必需的”。

根据第 18 条第二部分援用国际收支限制措施的前提条件是:(1)该成员的经济只能维持低生活水平且经济处于发展初期阶段;(2)该成员在特定时期内出现了下列三种情况中的一种:货币储备严重下降,或出现了货币储备严重下降的威胁,或货币储备不足(inadequate)(3)该贸易限制是为了制止货币储备严重下降,或为了防止货币储备严重下降的威胁,或为了使储备合理增长(4)该贸易限制是为实现上述三个目的“所必需的”。

虽然 WTO 国际收支委员会是对各成员的国际收支限制措施进行多边监督的专门机构,但是在 WTO 现行法律框架下,对各成员是否满足了上述援用国际收支限制措施的前提条件的问题,国际收支委员会没有事实认定权。这一职权是由国际货币基金组织来行使的。在国际收支委员会中进行的协商和审查中,IMF 提交对协商国晚近经济发展的评估报告。内容包括国际收支的统计资料以及向委员会所作的正式陈述,并对某缔约方的货币储备是否严重下降、货币储备水平是否很低、货币储备合理增长的速度以及对协商中涉及的其他事项的财政方面等作出事实评定。国际收支委员会应接受 IMF 提供的关于外汇、货币储备或国际收支的所有统计或其他事实的调查结果和决定。所以,IMF 的调查结果和决定对 WTO 成员能否成功援用国际收支例外条款具有决定性的作

用。如果一个成员不是最不发达国家,也不符合援用简易协商程序的条件,那么,该成员要成功援用国际收支限制措施,就应当尽最大的努力用事实说服 IMF,该成员的确存在着货币储备严重下降等国际收支困难。当然,在简易协商程序中,IMF 提供有关统计资料,但不向委员会提交其决定。在后一种情况下,国际收支委员会一般都会最后认定有关措施符合 WTO 国际收支例外条款的规定。

## 二、适用要求

在 WTO 成员采取或维持国际收支限制措施的过程中,应当符合下列要求:

1. 应优先使用价格机制措施,只有这些措施不能扭转其国际收支状况的迅速恶化时,它才能采取数量限制措施。价格机制措施包括进口附加税、进口押金制或对进口产品的价格有同等作用的其他措施。为国际收支目的采取的价格机制措施可超过该成员减让表中所列关税。如果选择数量限制形式,则该成员有义务证明其价格机制措施不足以达到恢复国际收支的目的;应避免为国际收支目的实施新的数量限制;同时,对同一产品不适用超过一种以上的贸易限制措施。

2. 国际收支限制应具有暂时性,援用方应尽快公布其取消为国际收支目的采取的进口限制措施的时间表,如果无法这样做,应说明原因;

3. 国际收支限制应与国际收支状况相称,随着国际收支状况的改善,应逐步放松限制,在已经不存在国际收支困难时,应取消国际收支限制。当然,对于发展中国家来说,如果放松或取消限制不久后将造成货币储备严重下降,或货币储备严重下降的(迫切)威胁,或货币储备不足(很少)的情况,发展中国家可以重新援用国际收支限制措施。

4. 为国际收支目的采取的限制措施只能适用于控制进口的



总体水平,应避免针对具体部门。当然,可以对不同的进口产品采取有差别的限制措施,即优先进口对该成员实施其经济发展政策更为关键的产品,但是应避免对任何其他成员的商业利益或经济利益造成不必要的损害,或是不合理地阻碍最低数量的商业性进口。

### 三、程序要求

实施国际收支限制措施的 WTO 成员应以透明的方式管理其有关措施。同时,它还需承担通知义务和提交基本书件义务。

#### 1. 通知义务

对于下列事项:为国际收支目的采取的进口限制措施、该措施的任何变化以及逐步取消该措施的时间表的任何变化,实施国际收支限制措施的 WTO 成员应在公布后不迟于 30 天将其通知总理事会,协商有望在通知后 4 个月进行。另外,该成员还有义务提交年度性的综合通知。

#### 2. 提交基本书件的义务

实施国际收支限制措施的 WTO 成员为完全协商应准备一“基本书件”,该文件应涵盖以下内容:(1)国际收支现状和前景的概况,包括对国际收支现状有影响的国内外因素,以及为在可靠持久基础上恢复平衡而采取的各项国内政策措施。(2)对下列三个事项的全面阐述:以国际收支目的而采取的限制措施,限制的法律基础;为减少可能会随限制而附带产生的贸易保护效果而采取的行动。(3)自上一次协商后根据国际收支委员会的决定放宽进口限制以来所采取的措施。(4)取消和逐步放松剩余的限制措施的计划。在简易程序中,实施国际收支限制措施的 WTO 成员应提交一份书面陈述,该陈述应包含了与基本书件涵盖的要素一样的必要信息。

一般只有最不发达国家才能使用简易协商程序。符合特定条件的发展中国家,也可以适用简易协商程序,但是,要先由国际收

支委员会审查该发展中国家能否使用简易程序。而且,这类发展中国家不得连续两次使用简易协商程序。

#### 四、审查流程

国际收支委员会对 WTO 成员的国际收支限制措施进行审查的程序一般分为三个阶段:多边协商、讨论替代措施和作出决定。

##### 1. 多边协商

协商旨在为自由交换观点提供一个机会,促进各方更好地理解援用国际收支限制措施的 WTO 成员面临的问题,它为应付这些问题所采取的措施,以及更自由的多边化贸易的可能性。一般而言,先是由援用国际收支限制措施的 WTO 成员作陈述,接着由 IMF 作陈述,而后国际收支委员会成员进行讨论并交流观点。讨论的内容应包括(1)援用国际收支限制措施的 WTO 成员的国际收支的现状和前景(2)恢复平衡的替代性措施(3)贸易限制的体制和措施(4)贸易限制的影响。在实践中,国际收支委员会通常先讨论前两个问题,然后在进一步的讨论中再讨论后两个问题。

##### 2. 讨论替代性措施

WTO 国际收支例外条款强调进口限制是一项暂时性救济,而不是恢复国际收支的最佳形式。这要求援用国际收支限制措施的 WTO 成员应适当地考虑在良性持久的基础上维持或恢复国际收支,以及避免对生产资源的不经济使用。因此,当讨论替代性措施时,国际收支委员会往往会讨论援用国际收支限制措施的 WTO 成员的适当的财政和货币政策问题,以及其旨在结构性改革的其他措施,包括贸易与投资体制的自由化和正确定价的汇率等问题。

##### 3. 作出结论

如果国际收支委员会认为援用国际收支限制措施的 WTO 成员的国际收支状况允许其实施贸易限制措施,该措施的适用与国际收支例外条款相符,委员会将以协商一致方式形成结论。如果

国际收支委员会确认该措施的适用与国际收支例外条款不一致,它将要求援用国际收支限制措施的 WTO 成员作出必要的调整,如将数量限制改为价格机制措施,或不援用国际收支例外条款。如果委员会不能达成一致,如有的委员确认该措施与国际收支例外条款不符,但援用方又不能撤销其贸易限制措施,或使其贸易限制措施与国际收支例外条款相符,审查将被迫在没有一致的结论的情况下而终止。在讨论结束后,国际收支委员会的主席将起草一份报告,内容包括讨论的主要观点和委员会作出的建议。委员会批准这一报告后,将提交下一次总理事会会议通过。当然,有关成员如果认为援用国际收支限制措施的 WTO 成员适用的措施与其国际收支例外条款下的义务不符,它们可以援用 1994 年 GATT 第 22 条、第 23 条和《关于争端解决规则与程序的谅解》解决争端。

## 第五节 WTO 争端解决机制中成功援用 国际收支例外条款的条件

如果一项国际收支限制措施引起贸易争端并发展到提交 WTO 争端解决机制解决,这样的措施一般是比较重大复杂的、对国际贸易影响较为明显的国际收支限制措施,而且,一般都是处于“维持”阶段的措施。要在争端解决机制中成功援用国际收支例外条款,除了要符合在国际收支委员会和总理事会审查中成功援用的各项核心要素外,还有一些在 WTO 争端解决机制中援用国际收支例外条款的特有问题。具体来说:

### 一、举证责任

无论是在世界各国的国内法中,还是在国际法的各个部门法中,一般情况下都通行“谁主张谁举证”的举证责任。在 WTO 争端解决机制中也不例外。1996 年印度诉美国“影响针织羊毛衬衣和上衣进口的措施案”中上诉机构明确指出:“谁主张谁举证”的举

证责任是指举证责任置于声称一个具体的诉求或抗辩的肯定性的当事方,无论它是起诉方还是抗辩方。换句话说,举证责任在主张一项诉求或提出一项抗辩的一方。如果该当事方提出充分的证据从而使专家组推定该诉求是真实的,举证责任将转移给另一方。除非后者举出充分的证据推翻上述推定,否则将败诉<sup>①</sup>。在 1996 年美国与澳大利亚诉欧共体“影响肉类和肉类制品的措施案”(“荷尔蒙牛肉案”)中,上诉机构认为,WTO 争端解决程序的一般规则是,在抗辩方承担证明有关措施与 WTO 协议条款相符之前,要求申诉方确立一个控辩方措施与有关条款不符的有初步证据的案件(establish a prima facie case)。申诉方不能仅仅声称该条款是一项例外条款就可以免除这一责任<sup>②</sup>。在上述案例所形成的举证责任规则的基础上,“印度数量限制案”专家组认为,对于 GATT 第 18 条第 11 款,起诉方承担确立被诉方(一般是国际收支限制措施的援用方)的措施与第 18 条第 11 款不符的有初步证据的案件的举证责任。在起诉方确立了有初步证据的案件后,被诉方将承担推翻该主张的责任,否则将面临败诉<sup>③</sup>。对于第 18 条第 11 款注释,也应当由起诉方承担举证责任<sup>④</sup>。对于第 18 条第 11 款但书,由于它是一项肯定性抗辩,所以应由国际收支限制措施的援用方承担举证责任<sup>⑤</sup>。上诉机构支持了专家组的上述观点<sup>⑥</sup>。相信这些

① 1996 年印度诉美国“影响针织羊毛衬衣和上衣进口的措施案”(案号 WT/DS33)上诉机构报告第 16 页。

② “荷尔蒙牛肉案”(WT/DS26 号案和 WT/DS48 号案合并审理)上诉机构报告第 104 段。

③ “印度数量限制案”专家组报告第 5.118 段。

④ “印度数量限制案”专家组报告第 5.204 段。专家组没有明确提出这一观点,而是隐含地指出:“在分析美国是否已经提供充分的证据确立印度的措施没有满足第 18 条第 11 款注释规定的条件时,我们根据印度的抗辩来考察美国的立场”,而上诉机构明确提出了这一观点。见该案上诉机构报告第 138 段。

⑤ “印度数量限制案”专家组报告第 5.218 段。

⑥ “印度数量限制案”上诉机构报告第 136~138 段。

观点对于其他 WTO 国际收支例外条款的举证责任的划分具有指导意义。

## 二、维持国际收支限制措施的条件

无论是要采取国际收支限制措施,还是要维持国际收支限制措施,都必须满足在 GATT 第 12 条第 2 款或第 18 条第 9 款下的前提条件。当国际收支状况改善时,应当逐步放宽有关限制。当不再满足这些条件时,应当取消有关措施。但是,基于给予发展中国家特殊和差别待遇的考虑,第 18 条第 11 款但书和注释为发展中国家维持国际收支限制措施留下了较大的空间,但这在实践中也引起了争议。一种观点认为如果援用方的国际收支限制措施不再满足 GATT 第 18 条第 9 款和第 11 款的条件,应当立即予以取消<sup>①</sup>。而另一种观点认为,在总理事会根据国际收支委员会的建议作出该措施与有关条款不符的决定之前,援用方可以继续维持国际收支限制措施。即使援用方没有经历第 18 条第 9 款下的国际收支困难,根据第 18 条第 11 款但书,它也无须放宽或取消该限制<sup>②</sup>。

对此,根据“印度数量限制案”专家组的意见,一个发展中国家要维持国际收支限制措施,首先要符合 GATT 第 18 条第 9 款下的条件,即“为货币储备严重下降或严重下降的威胁或货币储备不足而使其储备合理增长所必需的”。应当注意的是,一个国家的国际收支状况是不断变化的,因此专家组所要考察的援用方的国际收支状况是特定时点的收支状况,即在专家组成立时的国际收支状况<sup>③</sup>。在这一问题上的事实证据,专家组主要是考察 IMF 提交的咨询意见,以及这个援用方自身的政府和银行所公布的文件或

① 美国在“印度数量限制案”中采用这种观点。见该案专家组报告第 5.145 段。

② 印度在“印度数量限制案”中主张这种观点。见该案专家组报告第 5.145 段。

③ “印度数量限制案”专家组报告第 5.162 段。

声明。如果专家组经过对上述事实证据的审查后认为该措施符合第 18 条第 9 款的条件,专家组将裁定援用方可以维持有关措施。但是,如果专家组认为该措施不符合第 18 条第 9 款下的条件,专家组要接着审查有关措施是否满足第 18 条第 11 款但书和注释的条件。如果专家组得出肯定的结论,援用方就可以维持该措施。如果专家组得出否定的结论,且上诉机构同意专家组的意见,援用方就不能再继续维持其国际收支限制措施,而必须在一定时限内取消该措施<sup>①</sup>。在“印度数量限制案”中,专家组首先根据 IMF 提交的意见和印度政府以及其国家银行公布的文件确认,印度在专家组成立时的国际收支状况表明没有满足第 18 条第 9 款下的条件。接着考察印度是否满足第 18 条第 11 款注释和但书。对于第 18 条第 11 款注释,专家组认为印度没有满足其条件。对于第 18 条第 11 款但书,专家组认为印度本应承担举证责任,但印度没有提供令人信服的证据证明其在第 18 条第 11 款但书下的主张,所以专家组对该主张不予支持<sup>②</sup>。专家组的这些观点和结论得到了上诉机构的全面支持。

### 三、GATT 第 18 条第 11 款注释的条件

一般而言,当援用方的国际收支状况改善时,应与改善情况相称地放宽其国际收支限制措施。当援用方的国际收支状况不再满足第 18 条第 9 款的条件时,应当取消其限制措施。不过,GATT 第 18 条第 11 款注释允许发展中国家在其国际收支状况不再满足第 18 条第 9 款的条件但仍然受到威胁的情况下,继续维持该限制措施,但必须满足注释中规定的条件<sup>③</sup>。

GATT 第 18 条第 11 款注释包含了三个条件(1)证明加强或

① 参见“印度数量限制案”专家组报告第 5.149 段。

② “印度数量限制案”专家组报告第 5.218 段。

③ “印度数量限制案”专家组报告第 5.188~5.191 段。

设立根据第 18 条第 9 款采取的限制是正当的条件发生 (2) 放宽或取消国际收支限制措施(以下简称“放宽或取消”)将造成(Produce)上述条件发生 (3) 放宽或取消将即刻造成这些条件发生。上述三个条件必须是显而易见的,并由起诉方证明这些要求没有被满足<sup>①</sup>。

“印度数量限制案”专家组认为,很清楚,第一个条件是指“货币储备严重下降或严重下降的威胁”或“货币储备不足”的情势发生<sup>②</sup>。而第二个条件是指“放宽或取消”与条件发生之间存在因果关系。它要求一项“前景评估”(a prospective assessment):如果该措施被放松或取消,这一“放松或取消”将导致第 18 条第 9 款下的条件重新发生(如果该条件不是当前就存在的话)。上诉机构同意专家组关于“造成”的解释,并进一步认为:“造成”要求在取消国际收支限制和第 18 条第 9 款规定的条件之一的发生之间存在一定的直接的因果联系<sup>③</sup>。

对于第三个条件“放宽或取消将即刻(thereupon)造成这些条件发生”中的“thereupon”的含义,存在着争议<sup>④</sup>。在“印度数量限制案”中,美国认为:“thereupon”是指“即刻、马上”(immediately)。而印度主张:“thereupon”是指“因此”(in consequence of)。显然,前一种主张将使第 18 条第 11 款注释的条件更加严格。专家组认

① “印度数量限制案”专家组报告第 5.193 段和上诉机构报告第 114 段。

② “印度数量限制案”专家组报告第 5.194 段。

③ “印度数量限制案”专家组报告第 5.194 段和上诉机构报告第 114 段。

④ 在英语中:“thereupon”有“在之后”、“因此”、“即刻”等多种含义。参见 *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), p. 3275; *Webster's New Encyclopedic Dictionary* (1993), p. 1075.

为“thereupon”是指“即刻”<sup>①</sup>。而上诉机构进一步认为“thereupon”是指“不久后”(soon after),它不是具体指“几天或几周后”,而是指放宽或限制造成有关条件的发生不是“远期可能性”(distant possibility)<sup>②</sup>。

## 第六节 中国对 WTO 国际收支例外条款的应有对策

### 一、我国在加入 WTO 谈判中就“国际收支措施”问题所作的承诺

在中国加入 WTO 谈判过程中,WTO 成员对中国援用“国际收支限制措施”的问题给予很大的关注。一些成员强调中国援用“国际收支措施”应遵守在《关于 1994 年 GATT 国际收支条款的谅解》下的义务,而另一些成员认为中国应享受 GATT 第 18 条第二部分和《谅解》所规定的给予其他发展中国家成员的相同权利<sup>③</sup>。但是,各方并未就中国援用国际收支限制措施是援用 GATT 第 12 条还是 GATT 第 18 条第二部分的问题达成一致意见。对此,中国代表表示,中国应有权充分使用 WTO 的国际收支条款,在必要的情况下,保护中国的国际收支状况。中国代表确

① 专家组的理由是:首先,从 GATT 的不同文本使用的措词来考察“thereupon”在 GATT 的西班牙文本中对应的措词是“inmediatamente”,在法文本中对应的措词是“immédiatement”,因此,将英文本中的“thereupon”理解为“immediately”比较恰当;其次,从第 18 条第 11 款注释的上下文来考察“produce”已经表明了“放松或取消”与条件发生之间的因果关系,如果将“thereupon”解释为“因此”,那么“thereupon”似乎是多余的,这违反了条约解释的“有效解释原则”;第三,将“thereupon”解释为“即刻”,既不会对 GATT 第 18 条第 9 款产生额外的条件,也不会与第 18 条第二部分的宗旨和目的不符。见“印度数量限制案”专家组报告第 5.195~5.198 段。

② “印度数量限制案”上诉机构报告第 119 段。

③ 《中国加入工作组报告书》(中文译文)第二部分(经济政策)第 4 条(国际收支措施),载石广生主编《中国加入世界贸易组织知识读本(三):中国加入世界贸易组织法律文件导读》,人民出版社 2002 年版,第 883~885 页。



认,中国将全面遵守 1994 年 GATT 和《谅解》的规定。首先,为了进一步遵守,中国将优先援用《谅解》所列的价格机制措施。如中国援用的措施不属价格机制措施,则中国会尽快将这些措施转为价格机制措施。其次,所采取的任何措施将严格依照 1994 年 GATT 和《谅解》而维持,并不超过处理特定国际收支状况所必需的程度。最后,因国际收支原因而采取的措施只为控制进口的总体水平而实施,而不适用于保护特定部门、产业或产品<sup>①</sup>。

## 二、我国有关立法的完善

多年来,我国政府一直实行着良好的宏观经济政策和稳健的货币金融政策,国民经济持续增长,外汇储备稳步增加。同时,我国一贯坚持改革开放的基本方向,从没有为国际收支原因而实施进口限制。在近年来多次区域性或全球性的金融危机中,虽然我国受到一定的冲击,但我们既没有宣布货币贬值,也没有为国际收支目的实施贸易限制,获得了世界各国和有关国际组织的广泛赞誉<sup>②</sup>。加入 WTO 以后,我国拥有相当丰足的外汇盈余,能够满足国民经济和社会发展的需要<sup>③</sup>。我国也很难会出现国际收支发生

---

① 对外贸易经济合作部世界贸易组织司译《中国加入世界贸易组织法律文件(中英文对照)》,法律出版社 2002 年版,第 769 页。

② 同时,由于中国贯彻改革开放的基本国策,形成了良好的投资环境,吸引了大量的外国在华直接投资,这也是中国保持良好的国际收支状况的一个重要原因。1998 年在亚洲金融危机的持续影响下,我国资本性项目收支曾出现 63.2 亿美元的逆差,但 1999 年就迅速扭亏为盈,到 2001 年上半年,我国的资本性项目顺差增长为 189.75 亿美元。

③ 根据 2002 年 2 月 28 日国家统计局发布的《2001 年国民经济与社会发展统计公报》,2001 年,我国进出口保持增长,国际收支状况良好。全年对外贸易顺差 225 亿美元,比上年减少 16 亿美元。实际使用外商直接投资 468 亿美元,比上年增长 14.9%。2001 年末国家外汇储备达到 2 122 亿美元,比上年末增加 466 亿美元。人民币汇率保持稳定,年末汇率 1 美元兑 8.2766 元人民币,人民币比上年末升值 15 个基点。参见人民网 2002 年 2 月 28 日下载资料,网址:www.people.com.cn。

严重失衡或者受到严重失衡威胁,或为维持与实施经济发展计划相适应的外汇储备水平不足的情况。所以,我国援用国际收支限制措施的必要性并不突出。即便如此,我国政府基于居安思危、未雨绸缪的考虑,同时,也为了与 WTO 法中赋予各成员的这一权利条款相衔接,在 1994 年《对外贸易法》等法律法规中对国际收支限制措施作了规定。

由第八届全国人大常委会第七次会议通过,1994 年 7 月 1 日开始施行的《中华人民共和国对外贸易法》(以下简称《对外贸易法》)是我国对外贸易的基本法,也是我国首次较为系统地将 WTO 例外条款“转化”为国内法的部门法。《对外贸易法》第三章(货物进出口与技术进出口)第 16 条第 6 款规定“属于下列情形之一的货物、技术,国家可以限制进口或者出口:(六)为保障国家国际金融地位和国际收支平衡,需要限制进口的”<sup>①</sup>。第四章(国际服务贸易)第 24 条第 4 款规定“国家基于下列原因之一,可以限制国际服务贸易:(四)为保障国家外汇收支平衡”。我国加入 WTO 前夕颁布的并于 2002 年 1 月 1 日正式施行的《货物进出口管理条例》第二章(货物进口管理)第 10 条规定“有对外贸易法第 16 条第(一)(四)(五)(六)(七)款规定情形之一的货物,限制进口”。在第五章(进出口监测和临时措施)第 54 条中规定“国家为维护国际收支平衡,包括国际收支发生严重失衡或者受到严重失衡威胁时,或者为维持与实施经济发展计划相适应的外汇储备水平,可以对进口货物的价值或者数量采取临时限制措施”。

根据以上规定,我国可以在国际收支困难时,在货物贸易和服务贸易领域实施进口限制。这些规定也与 WTO 国际收支例外条

---

① 国际收支限制与知识产权贸易无太大关系,TRIPS 协定也没有规定国际收支例外条款,所以,也是于加入 WTO 前夕颁布,并于 2002 年 1 月 1 日正式施行的《技术进出口管理条例》第二章(技术进口管理)第八条的“有对外贸易法第 16 条、第 17 条规定情形之一的技术,禁止或者限制进口”之规定与国际收支限制措施无关。

款的规定基本一致。但是,这些规定似乎存在着下列值得改进和澄清的问题:

首先《对外贸易法》第 16 条第 6 款规定“为保障国家国际金融地位和国际收支平衡需要限制进口的”,第 24 条第 4 款规定“为保障国家外汇收支平衡”,前者适用于货物贸易领域,后者适用于服务贸易领域。但是,同样是为国际收支目的,前者的措词是保障“国家国际金融地位和国际收支平衡”,后者的措词是保障“国家外汇收支平衡”,尽管这两个概念在一定程度上可以互换,但也容易引起误解。为确保法律措词的严谨性和前后一致性,建议参照《货物进出口管理条例》第 54 条对这两个条款进行修改。

其次,从《对外贸易法》第 16 条第 6 款和第 24 条第 4 款的规定看,我国国内立法参照的依据是 GATT 第 12 条和 GATS 第 12 条。但从《货物进出口管理条例》第 54 条的规定看,我国似乎又采用了 GATT 第 18 条第二部分的标准。我们已经知道,GATT 第 12 条适用于所有 WTO 成员,而第 18 条第二部分只适用于特定的发展中国家成员,且 GATT 第 12 条和第 18 条第二部分下的权利义务是有所差别的。在我国加入 WTO 的谈判中,我国的“发展中国家身份”问题就曾经是一个引起广泛争论的问题,最后的解决方法是以在各个具体领域的具体规定来体现我们作为发展中国家应当享有的权利。但在中国加入 WTO 谈判中,各方并未就中国援用国际收支限制措施是援用 GATT 第 12 条还是 GATT 第 18 条第二部分的问题达成一致意见<sup>①</sup>。也就是说,如果将来我国援用国际收支限制措施,可能会有其他成员对我国是否具备援用 GATT 第 18 条第二部分的资格提出质疑,届时我国最终能否以 GATT 第 18 条第 4 款第 1 项下的“发展中国家”的身份援用第 18 条第二部分来实施国际收支限制措施,可能还需要由 WTO 和

<sup>①</sup> 参见上文关于中国在加入 WTO 谈判中就“国际收支措施”问题所作的承诺的相关论述。

IMF 进行审查并决定。如果 WTO 和 IMF 作出肯定的结论,那么我国就可以援用 GATT 第 18 条第二部分和国内法中的规定,如《货物进出口管理条例》第 54 条“为维持与实施经济发展计划相适应的外汇储备水平”来实施国际收支限制措施。如果 WTO 和 IMF 作出否定的结论,那么我国就应该援用 GATT 第 12 条来实施国际收支限制措施了,而在 GATT 第 12 条下,似乎并不允许“为维持与实施经济发展计划相适应的外汇储备水平”来实施国际收支限制措施。

此外,如果能在上述国内法规定中也纳入“所必需的”、“优先采用价格机制措施”、“暂时性”、“逐步放宽或取消限制”、“避免针对具体产业”等要求,相信将有助于对我国的外贸政策决策机构和执行机构形成明确的行动指南。

### 三、我国援用国际收支例外条款应注意的事项

如果我国在特定的情况下需要为国际收支目的采用进口限制措施,无需 WTO 或其他国际组织的事先批准。但是,为了在运用 WTO 法赋予的权利的同时善意遵守条约义务,合理合法的实现加入 WTO 的权益,我们建议:

首先,我国应先在国际货币基金组织中尽最大的努力用事实说服 IMF,我国的确存在着货币储备严重下降或严重下降的威胁或货币储备不足等国际收支困难。如果 IMF 作出了肯定性的结论,我国在国际收支委员会审查中的成功几率将大大增强。

其次,应注意及时向国际收支委员会作出通知并提交有关基本书件。其中,一份适当的逐步取消进口限制的时间表是非常关键的,它将在很大程度上决定我国的国际收支限制措施能否得到其他成员的认同并最终得到国际收支委员会和总理事会的同意。

第三,应综合运用调整财政政策、产业政策、货币金融政策和贸易政策等方法来处理国际收支问题。在进口限制措施的选用上,应优先使用进口附加税、进口押金制等价格机制措施,只有这

些措施不能扭转我国的国际收支状况的迅速恶化时,才能采取数量限制措施。如采取的措施不属价格机制措施,则应尽快将这些措施转为价格机制措施。

第四,应避免为国际收支目的实施新的数量限制;同时,对同一产品不适用一种以上的贸易限制措施。

第五,为国际收支目的采取的限制措施只能适用于控制进口的总体水平,应避免针对具体产业。

第六,所采取的措施不超过处理特定国际收支状况所必需的程度,应尽快公布取消国际收支限制措施的时间表,并随着国际收支状况的改善,应逐步放松限制。在已经不存在国际收支困难时,应取消国际收支限制措施。

#### 四、应对其他成员对我国实施国际收支限制措施的对策

尽管我国援用 WTO 国际收支例外条款的必要性并不突出,但是,我国面临着其他成员以维持或恢复国际收支为由对我国实施的国际收支限制措施,尤其是歧视性的限制措施的问题。为了及时应对这类措施,我们建议:

首先,我国应力争尽早成为国际收支委员会的委员,在国际收支委员会对其他成员的国际收支限制措施的审查中发挥作用。同时,注意维护发展中国家的合法权利,反击发达国家否定国际收支例外条款的合理性的种种做法。

其次,在其他成员对我国实施国际收支限制措施时,我国应积极要求与其进行协商,并要求国际收支委员会进行审查。如果 IMF 提交的结论表明该成员的确存在国际收支困难,我们可以要求该成员提交明确而具体的逐步放宽和取消限制措施的时间表。如果该时间表对我国向该成员出口造成不利影响仍然过多过长,我们可以再次要求协商,以期达成双方满意的结果。

最后,有关案例表明,如果国际收支委员会由于决策方式的限制,对要求有关成员放松或取消国际收支限制措施不能形成一致

意见,从而形成审而无果的僵局时,可以通过诉诸 WTO 争端解决机制的方式得到比较满意的结果。因此,如果其他成员对我国采取或维持的国际收支限制措施严重违反了 WTO 有关义务,比如其国际收支状况好转,但仍然不放宽或取消限制,或只针对来自我国的某一产品实施数量限制而不说明理由,而国际收支委员会在短期内不能就要求该成员放松或取消限制措施形成一致意见时,我国应尽快向 WTO 争端解决机制起诉,通过争端解决机制裁定对方在合理期间内取消其国际收支限制措施,维护我国的合法权益。

当然,如果援用国际收支限制措施的成员是最不发达国家,我们应基于给予这些国家特殊和差别待遇的原则,对这些国家的限制措施表示宽容和理解,同时以切实的行动帮助这些国家度过国际收支危机,帮助它们早日回到自由贸易的正常轨道。

## 第三章 多边贸易自由化与产业 严重损害

### ——WTO 保障措施条款解读

#### 第一节 保障措施条款的概念与目的

##### 一、保障措施条款的概念

对于“保障措施条款”，有广义和狭义两种概念。广义的“保障措施条款”是指在条约中所规定的具有保障(safeguard)性质的条款，它允许缔约国在特定情况下“免于”适用该条约义务。在这里，“免于”适用该条约义务也可以指改变或修改一项承诺。从这个意义上看，WTO中具有保障性质的条款很多，国际收支例外、一般例外、安全例外和豁免条款等都可以归于广义的“保障措施条款”的范畴<sup>①</sup>。而狭义意义上的保障措施条款仅指贸易条约允许缔约国在特定的情势下为缓解因履行条约中的承诺和义务所引起的暂

---

① Hoekman B. And M. Kosteckeï, *The Political Economy of the World Trading System: From GATT to WTO*, Oxford University Press, 1995, pp. 191 ~ 195. Gilles Gauthier, Erin O'Brien and Susan Spencer, *Déjà Vu, or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade*, in RierrSauvé, Robert M. Stern (eds.), *GATS 2000 New Directions in Services Trade Liberalization*, The Brookings Institution, 2000, p. 166. 国内也有学者对“广义意义”和“狭义意义”的保障措施作出了区分，见李居迁《WTO保障条款的源流及法律特征》，载《比较法研究》1997年第2期。

时的困难或压力而暂时背离其承诺或义务的规定。在通常情况下,这种困难和压力表现为因贸易自由化引起的进口增加给国内同类产品或直接竞争产品的生产商带来严重损害或带来严重损害的威胁。无论是在 GATT/WTO 及其成员的实践中,还是在学术界,通常采用狭义意义上的保障措施条款的概念。在 WTO 法中,狭义意义上的保障措施条款主要表现为 GATT 第 19 条、《保障措施协议》、《农产品协议》第 5 条、《纺织品与服装协议》第 6 条以及 GATS 第 10 条等。本书所研究的 WTO 保障措施条款,专指狭义意义上的保障措施条款。本书的分析和论述,也将围绕 GATT 第 19 条、《保障措施协议》、《农产品协议》第 5 条、《纺织品与服装协议》第 6 条以及 GATS 第 10 条来展开。

## 二、保障措施条款的双重目的

保障措施条款也有着双重目的:一方面,允许各成员在进口大量增加造成对国内产业严重损害或其威胁的例外情况下,暂时停止施行 WTO 特定义务。另一方面,确保援用方善意行使其权利并同时尊重其他成员在 WTO 下的权利。

保障措施条款允许各成员在进口大量增加造成对国内产业严重损害或其威胁的例外情况下,暂时停止施行 WTO 特定义务。尽管有人认为,在国际贸易中使用保障措施不合理,因为政府不应干预并非由于“市场失败”而是由于公平竞争产生的进口增加。甚至有的学者持比较偏激的观点,认为保障措施“不是别的,就是通常的保护主义”<sup>①</sup>。但是,国际社会对保障措施在国际贸易中的保障作用一般都没有异议。从条约法角度看,一方面,保障措施制度作为多边贸易自由化的一项例外,是条约法上的“情势变迁原则”

---

① Finger, J. M., *Legalized Backsliding: Safeguard Provisions in the GATT*, in W. Martin and L. A. Winters (eds.), *The Uruguay Round and Developing Countries*, Cambridge University Press, 1993, p. 334.



在国际贸易关系的具体运用,是各国进行贸易保护的“安全阀”。它的立法主旨是,对进口国而言,多边贸易体制下的贸易自由化经常导致进口的增加,这可能使整个国家经济受益,但也会给国内同类产业造成冲击,而让少数生产人来承受贸易自由化所带来的全部负担是不公平的。基于这一考虑,在某一进口产品的大量增加给本国产业造成严重损害或构成严重损害威胁时,一国政府通过暂时限制进口产品的竞争,可为国内产业获得时间以利其进行调整,提高生产效率,在将来具备与外国产品竞争的實力,进而实现某一产业竞争的平衡。另一方面,保障措施条款对 WTO 法律体系也有着重要的意义:任何国际法律体系如果不作出一些在某种情况下可以放宽约束的规定,就无法使不变的法律规则达到调整千变万化的社会生活的目的,也难以得到主权国家的接受。保障措施条款作为自由贸易的“安全阀”,有助于保持 WTO 法律体系的有效性和普遍性,进而保证其宗旨的实现。

保障措施条款也确保援用方善意行使其权利和尊重其他成员在 WTO 下的权利。与反倾销和反补贴措施不同,保障措施是针对公平竞争实施的。所以,保障措施仅要求“恢复原状”。它造成的实际后果,不能超过造成损失的程度。当防止或弥补了严重损害或严重损害威胁时,保障措施即应终止。所以,保障措施应该符合下列特征(1)针对具体产品或产业(2)在非歧视基础上实施;(3)有一定的实施期间(4)逐步放宽限制(5)在一定情况下要对受影响的其他成员提供补偿。通过这些规定,确保保障措施目的与手段的一致性和相称性,即确保其实施的贸易限制的确是為了救济产业损害而不是用于其他目的,并确保贸易限制是在为了救济产业损害所必要的限度内,从而防止滥用和错误使用。

保障措施作为救济产业损害,平衡贸易利益的重要的贸易政策手段,其作用已受到 WTO 成员的日益重视。根据 WTO 保障措施委员会的统计,自 1995 年 WTO 成立起至今, WTO 成员发起保障措施调查的数量总体上呈持续上升趋势。而且,与 GATT 时

期不同的是,WTO时期保障措施的主要援用方已不是发达国家,而是发展中国家。可以说,保障措施已经成为发展中国家经常采用的一种贸易政策手段。

伴随着多边贸易体制的发展,GATT/WTO的保障措施规则也经历了从无到有,从少到多,从含糊、抽象到清楚、具体的长期发展过程,最终形成了现有的以1994年GATT第19条和《保障措施协议》为核心的保障措施条款体系。WTO争端解决机构在审理有关案件的过程中,通过解释相关条款,澄清了保障措施适用条件的许多含混的规定,形成了若干新的标准。这些规则和标准的作用相当于一把“双刃剑”。一方面,它们强化了保障措施适用的纪律,重新树立了WTO对其成员适用保障措施的多边控制;另一方面,它们也使WTO成员成功援用保障措施的难度加大。那么,保障措施条款是什么?它服务于什么样的目的?怎样援用它们?它们的现状和未来如何?中国应对此采取什么对策?本章将围绕这些问题对WTO保障措施条款进行分析和研究。

## 第二节 GATT时期保障措施条款的 法律规定及其适用

### 一、1947年GATT第19条的制定及其内容

在1947年GATT中仅有一个条款即第19条是关于保障措施的。在GATT近半个世纪的实践中,它是GATT的缔约方实施保障措施的唯一的多边规范,关贸总协定也是仅凭这一条款来监督各缔约方的保障措施实践的。

据考证,保障措施条款最初起源于1942年的美国与墨西哥之间的双边贸易协议。在起草1947年GATT时,美国代表极力主张将上述协议中的保障措施模式移植进1947年GATT中,理由是“这可以使各国在执行国际贸易组织宪章第四章时有更多的灵活性,使各国在遇有紧急情况时可跳出国际协议束缚的桎梏,可以

使各国在特殊情况下,临时修改其所承担的义务”。这一主张得到了大多数国家的赞同,最终形成了 1947 年 GATT 第 19 条“对某种产品的进口的紧急措施”<sup>①</sup>。该条款主旨是,因为未预见的发展和因履行 GATT 义务(包括关税减让在内),使得某一产品进口到一缔约方领域内的数量大为增加,该缔约方可以在防止或纠正这种损害所必要的程序和时间内,对该产品全部或部分地暂停实施其所承担的义务,或者撤销或修改承担的关税减让。援用保障措施的缔约方在采取保障措施前,应尽可能提前通知缔约方全体,以便缔约方全体及与该产品的出口具有实质利害关系的缔约方,有机会与援用方进行协商。情况紧急时,援用方可以直接采取行动,其后立即进行协商,受影响的缔约方可以对援用方采取大体对等的报复措施。该条款被通称为“保护国内特定工业部门的保障措施条款”。此后,国际协议中经常出现保障措施条款,在各国的立法中也有了繁简不同的规定<sup>②</sup>。

## 二、GATT 时期缔约方适用保障措施的情况

保障措施条款的立法宗旨正如关贸总协定第三任秘书长奥利弗·隆所指出的:“保障措施代表了两种相反目标之间的交互作用,一个目标是各国政府对放松贸易限制承诺的尊重;另一个目标是各国政府希望保持国内市场”。为了在国际贸易中最大限度地实现本国经济利益,作为“安全阀”的 1947 年 GATT 第 19 条在很多场合为缔约方所援用:从 1950 年到 1994 年 12 月,缔约方共向 GATT 秘书处通知了 151 项保障措施<sup>③</sup>。从有关统计数据来看,

---

① GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 478.

② 规定得比较完备的有美国《1974 年对外贸易法》第 201 节、欧共体理事会的一系列保障措施条例和韩国的《对外贸易法》第 32 条和《对外贸易法施行令》的相关规定。

③ GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), pp. 500~510.

GATT 时期缔约方实施保障措施表现为以下特点：

1. 就援用措施的国家而言 , 主要集中于北美、西欧、南欧和大洋洲的发达国家 , 而发展中国家很少实施保障措施

在 GATT 时期实施的保障措施中 , 大部分是发达国家采用的。其中 , 澳大利亚、美国、加拿大和欧共体是实施保障措施最多的四个缔约方 , 它们实施的保障措施分别为 39 件、27 件、23 件、21 件<sup>①</sup>。发展中国家在关贸总协定成立后 30 年间 , 除秘鲁和罗得西亚在 20 世纪 60 年代早期实施过两起保障措施外 , 几乎没有实施过保障措施。这种状况一直到 1980 年后才有所改观 , 从 1980 年到 1989 年 , 南非和智利实施了 7 次保障措施 ; 从 1990 年到 1994 年 , 匈牙利和捷克斯洛伐克分别实施了 3 件和 1 件保障措施。这说明 , 在 GATT 时期 , 保障措施的援用方主要是发达国家 , 而发展中国家由于缺乏对保障措施价值的科学认识 , 同时也缺乏实施保障措施所需的实力后盾 , 因而未能充分利用保障措施的价值。

2. 就保障措施适用的产品领域来看 , 主要集中于农产品、纺织品、矿产品、化工产品、钢铁、电器、鞋类、汽车等领域

其中 , 各缔约方实施保障措施的领域往往是自身没有比较优势的领域 , 如在农产品领域实施保障措施的主要是欧共体和加拿大 , 在纺织品领域实施保障措施的主要是澳大利亚和美国 , 而发展中国家实施保障措施的领域比较复杂 , 但仍然符合“在没有比较优势的领域采用保障措施”的规律。

3. 就保障措施的形式看 , 主要是关税措施和非关税措施

---

① 众所周知 , 欧共体不是 GATT 的严格法律意义上的缔约方 , 而是后者的“事实上的缔约方”。由于欧洲共同体在 GATT 之后成立 , 同时 , 欧共体成员国经历了于 1973 年、1981 年、1986 年和 1995 年四次逐步扩大的过程。所以 , 在这里统计的有关“欧共体实施的保障措施”的数据 , 是 1973 年后欧洲经济共同体以其名义向 GATT 通知的保障措施的数量。对在 1973 年以前欧共体成员国实施的保障措施 , 和 1973 年至 1994 年间各个时期并未成为欧共体成员国的国家所实施的保障措施 , 没有作为“欧共体实施的保障措施”来统计 , 而是单独计算。

在 20 世纪 50 年代,各缔约方主要采用关税措施,到了 20 世纪 70 年代,转而采用非关税措施,进入 20 世纪 80 年代后,两种措施基本持平,在有的情况下两种措施结合使用。

4. 就适用保障措施的总体趋势看,呈现出“ $\Lambda$ ”型发展的趋势

即从 20 世纪 50 年代到 20 世纪 70 年代后期,实施保障措施的数量总体上是逐渐上升,到 1975 年到 1979 年达到最高峰,达 35 件,平均一年 7 件,但在这之后逐年下降,到 1990 年到 1994 年期间只适用了 12 件保障措施,平均每年 2 件。之所以出现这种现象,主要有两个原因:其一,与保障措施相比,反倾销、反补贴等措施实施条件更容易,对国内产业的保护效果也更直接,所以,各国更倾向于采用反倾销、反补贴等措施。其二,各缔约方在 20 世纪 80 年代后,大量采用具有选择性的“灰色区措施”,而避免通过正常渠道实施保障措施<sup>①</sup>。

### 三、1947 年 GATT 第 19 条适用中出现的問題

在关贸总协定几十年的实践中,由于第 19 条本身的漏洞,关于它的争议日益增多。其含糊而灵活的援用标准、违反其本意的选择性和规避其法律要求的“灰色区措施”,都给其实施带来了很多问题,并进而使它成为困扰关贸总协定的一大难题。具体来说,在 1947 年 GATT 第 19 条的适用中,出现了下列问题:

1. 缺乏援用保障措施的实质性条件中的关键要素的具体界定

对于确定是否适用保障措施的前提条件的若干重要要素,如“未预见的发展”、“国内产业”、“严重损害”以及“严重损害威胁”等措词的具体含义,第 19 条并没有条文规定和解释,实践中所形成

<sup>①</sup> 参见下文关于保障措施的适用问题的论述。

的参考标准也是乏善可陈<sup>①</sup>。由于缺乏明确的标准,缔约方在实施保障措施时,就往往仅凭自己的国内法的标准来进行判断,这无疑增加了保障措施被滥用的可能性。

## 2. 对实施保障措施的期限和程度的规定比较含糊

第 19 条规定缔约方实施保障措施应限于为防止或补救所受损害所必需的限度和时间内,但是,什么是“必需的限度”,多长时间才符合“必需的时间”?第 19 条对此并无规定。这样,有的缔约方一旦采用了保障措施,就维持数年的时间<sup>②</sup>,而且,第 19 条缺乏“逐步放宽或取消限制措施”的具体规定,所以在适用保障措施中,其限制性可随意加大,这就严重偏离了保障措施的“暂时性”和“逐步放宽”的要求。

## 3. 没有限定保障措施的形式

第 19 条仅规定援用保障措施的缔约方有权对进口产品全部或部分中止义务或撤销或修改减让。在实践中,缔约方不仅采取了提高关税等形式的关税措施,还采用了禁止进口、进口配额、进口批准等非关税措施,对 GATT 的“普遍禁止数量限制”和“透明度”的基本义务造成了严重冲击。

## 4. 没有对“非歧视性适用”作出明确规定,导致在实践中“选择性保障措施”和“灰色区措施”的滋生和蔓延

从立法原意上说,保障措施应该是针对特定的进口产品而不是针对特定的出口国家而实施的,但是保障措施的实施方往往只是基于对来自某缔约方的进口大量增加的不满,若一视同仁地对出口该产品的所有缔约方采用保障措施,要承担对众多贸易伙伴

---

① 如 1950 年捷克斯洛伐克诉美国“皮帽进口限制案”中,工作组认为时装的变化也属“未预见的发展”。按照这一逻辑,有很多情况都可以归入“未预见的发展”,这可能导致对保障措施的滥用。

② 据截止 1987 年的统计表明,保障措施的实施期间不到一年的占 23%,期限在 1~2 年的占 29%,3~5 年的占 30%,5 年以上的占 21%。参见王磊《关税及贸易总协定保障条款与中国恢复缔约国地位问题》,载《中外法学》1990 年第 1 期,第 29 页。

予以补偿或被报复的相对更昂贵的代价。所以,某些发达国家从本国利益出发,在理论上不断抨击歧视性,为选择性保障措施编造理由,在实践中实施所谓的“选择性保障措施”或“灰色区措施”。前者是指保障措施不仅可以针对特定的进口产品实施,而且可以针对特定的出口国(主要是发展中国家和社会主义国家)实施。这种做法是对 GATT 的“最惠国待遇”和“非歧视实施数量限制”基本义务的背离,对发展中国家和社会主义国家的合法权益造成了损害。而“灰色区措施”是指有关国家或产业间限制进口的非正式协议,一般是在进口国的政治、经济压力下由出口国政府或其生产行业采取的“有秩序的销售安排”或“自愿限制协议”等。在 GATT 时期,“灰色区域措施”由于其适用的简单、迅捷而被频繁使用<sup>①</sup>。但是,“灰色区措施”不仅削弱了 GATT 保障条款的意义,更威胁到整个多边贸易法律机制的有效运行,成为贸易自由化的严重障碍。而且,“灰色区措施”对进口国及整个世界经济来说,代价是非常昂贵的<sup>②</sup>。

### 5. 保障措施的实施缺乏透明度

第 19 条要求采用保障措施的缔约方书面通知缔约方全体及有利害关系的缔约方,但第 19 条没有具体规定通知的时间和通知

---

① 比如,从数量上来说,“灰色区措施”超过了缔约方根据第 19 条采取的措施。1991 年初,仅有 23 件保障措施正在实施,而同期有 284 件“灰色区措施”正在实施,这些措施中有 209 件是从 1980 年起开始生效的,且大部分没有明确的终止期限。参见 Terence P. Stewart(ed.), *The GATT Uruguay Round—A Negotiating History* (1986 ~ 1992), Vol. II, Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer Boston, 1993, p. 1729.

② 对进口国而言,“灰色区措施”协议虽然是出口国出口数量受到限制,但这类协议的“价格承诺”中,却常含有提高该产品价格的约定,可使出口国获得“紧俏品利润”,而真正受损的,是进口国的消费者及进口国政府本身。对世界经济而言,“灰色区措施”是以对其他国家高效益的有竞争力的产业的抑制为代价来保护本国低效益的无竞争力的产业,是对国际间公平贸易体制的腐蚀和破坏。因此,“灰色区措施”会使进口国消费者和政府受损,也起不到真正打击出口国的作用。

的内容。在实践中,援用保障措施缔约方往往不重视及时通知,而是有意无意地拖延通知。而且,这些通知的内容往往很简略。这些情况导致受影响的其他缔约方无法及时知晓也无从知道遭到保障措施的情况和原因,更难以采取相应的对策来维护自身的合法权益。

此外,在 GATT 时期,发展中国家在保障措施适用中处于被动地位。第 19 条缺乏对发展中国家的利益的保护的规定,虽然 1947 年 GATT 第四部分规定了给予发展中国家的特殊待遇,但是如何在保障措施实践中充分考虑发展中国家的利益,仍是一个不确定的问题。

#### 四、东京回合和乌拉圭回合关于 1947 年 GATT 第 19 条的谈判

由于上述保障措施适用中存在的问题,1970 年后,要求澄清和完善保障措施条款的呼声越来越强。于是,1973 年发起的东京回合谈判把对保障措施条款的改进与完善纳入了谈判议程,但是由于各方分歧过大,到东京回合结束时,关于保障措施的谈判仍然处于停滞状态。最后,东京回合未能就保障措施达成任何协议<sup>①</sup>。

在乌拉圭回合谈判中,改革与加强保障措施条款问题再次成为重点议题,谈判各方认为“就保障问题达成一项综合性协议,对加强总协定体制和这轮多边贸易谈判的进度有特别重要的作用”。围绕着保障措施的条件的具体标准、选择性、“灰色区措施”、补偿与报复、产业调整支持、对发展中国家的特殊规定和透明度等问题,各方展开了激烈的争论。经过艰苦曲折的谈判,乌拉圭回合最终就保障措施达成协议,即 WTO 体制中构成“货物贸易多边协

---

<sup>①</sup> Terence P. Stewart( ed. ), *The GATT Uruguay Round—A Negotiating History* (1986 ~ 1992 ), Vol. II, Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer Boston, 1993, pp. 1745 ~ 1752.



议”一部分的《保障措施协议》(以下简称《协议》)<sup>①</sup>。此外,在乌拉圭回合中,还在其他 3 个领域达成了特殊的保障措施条款,如《纺织品与服装协议》第 6 条(过渡性保障措施)、《农产品协议》第 5 条(特别保障条款)以及《服务贸易总协定》(GATS)第 10 条(紧急保障措施,但具体规定还有待进一步谈判)等。

### 第三节 WTO 保障措施条款的规定及其适用

#### 一、WTO《保障措施协议》及其对 GATT 第 19 条的改进与澄清

除了在农产品、纺织品和服务贸易等特殊领域外,WTO 成员采取保障措施的多边规范主要是 1994 年 GATT 第 19 条和 WTO《保障措施协议》(以下简称《协议》),它们是 WTO 保障措施条款中适用最多、规范最完善也是最重要的规定。

与国际收支例外条款的情况相似,就第 19 条的规定而言,在乌拉圭回合中并没有对其进行修改,更没有将其废止。因此,在 WTO 成立后,GATT 第 19 条仍然是一个有效的规范,而且,纯粹从条文规定上说,1994 年 GATT 第 19 条与 1947 年 GATT 第 19 条并无差别。但是,由于《协议》的达成,在适用和解释 1994 年 GATT 第 19 条时,就必须将它与《协议》的规定联系起来进行适用和解释。

《协议》以 GATT 第 19 条为基础,并对具体适用保障措施的条件和程序作了比较明确的规定,同时对选择性适用、“灰色区措施”问题进行了适当规制,是各缔约方采用保障措施的依据和指

---

① Terence P. Stewart( ed. ), *The GATT Uruguay Round—A Negotiating History* (1986 ~ 1992 ), Vol. II, Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer Boston, 1993, pp. 1761 ~ 1798.

南。《协议》共有序言与 14 个条款,一个附件。在结构上它可简单地分为四个部分(1)总则(第 1~2 条)(2)规范 WTO 成员在《建立 WTO 协定》生效后适用的新保障措施规则(第 3~9 条)(3)规范 WTO 成员在《建立 WTO 协定》生效前已存在的保障措施的规则(第 10~11 条)(4)适用保障措施的多边义务与机构(第 12~14 条)。正如《协议》序言所声明的那样,该协议在澄清和加强 GATT 的纪律(尤其第 19 条下的纪律),恢复对保障措施的多边控制,消除“灰色区措施”等方面,均取得了重大进展。与 1947 年 GATT 第 19 条相比《协议》作出了以下改进和澄清:

#### (一)明确了援用保障措施的实质条件中的重要概念

根据《协议》第 2 条和第 4 条,一成员援用保障措施必须有下列实质条件的存在:

1. 有关产品的进口大量增加;
2. 增加的进口造成对国内产业的严重损害或严重损害的威胁;
3. 经调查表明有关产品的进口增加与严重损害或严重损害的威胁之间存在因果关系。

《协议》对“进口增加”、“国内产业”、“严重损害”和“严重损害的威胁”等重要概念作出了比较具体的规定。

#### (二)明确了援用保障措施的程序规则

根据《协议》第 3 条和第 12 条的规定,一成员援用保障措施必须遵守的主要程序是:

##### 1. 公开调查

调查应当包括向所有利益相关方作出合理的公告、公开举行听证会等陈述证据的方式。主管当局应当公布调查结果,并作出合理的结论。

##### 2. 通知

进口方在采取下列措施时应当立即向 WTO 保障措施委员会发出通知 :发起关于严重损害或严重损害之威胁的调查程序及其理由 ;做出构成严重损害或严重损害之威胁的决定 ;决定采取或延长实施一项保障措施。

### 3. 协商

拟采取保障措施的成员应与作为该有关产品的出口方从而有实质利害关系的 WTO 成员事先协商。

## (三)明确了适用保障措施‘必要性’要求的若干标准

### 1. “非歧视性”标准

《协议》重申非歧视地适用保障措施的原则 ,具体表现在《协议》第 2 条明确否定了选择性保障措施 ,要求采取保障措施应对出口该产品的所有成员一视同仁 ,不能有选择地只针对其中一两个成员 ,而应“只问产品 ,不问来源” ,换句话说 ,要求保障措施应不分来源地适用于有关产品的一切进口。这一规定将 GATT 第 19 条的规定明确化 ,使其符合 GATT 的最惠国待遇原则<sup>①</sup>。

### 2. “数量”标准

《协议》规定保障措施的限制水平不应超过阻止或纠正损害并有助于结构调整所必要的程度 ,并具体规定了体现此等限制程度的实施细则 :如实行数量限制 ,不得将进口数量减少到有统计数据的有代表性的最近三年的平均进口水平之下 ;如采取国别配额形

---

<sup>①</sup> 然而《协议》也未能彻底禁止选择性 ,其中第 5 条第 2 款第 2 项规定 ,如从某一成员的进口在有代表性的时期内占到有关产品进口增长的不相称的百分比时 ,进口方可违背(1)项非歧视性分配配额的要求 ,即可对该成员重点进行限制。这作为非歧视原则的例外 ,实质上体现了一定程度的选择性。另外 ,按照《协议》第 11 条第 1 款第 3 项 ,乌拉圭回合达成的《纺织品与服装协议》中包含的选择性保障措施机制 ,将游离于《协议》的规范之外。而原针对社会主义国家的选择性的特别保障措施条款仍可写入今后加入 WTO 的议定书中。在这方面 ,已经有蒙古作为实例。而且成为了中国、俄罗斯等转型经济国家在加入 WTO 的谈判中一个尖锐敏感的议题。因此 ,选择性问题的还没有彻底解决。

式的保障措施,应与在供货中有利害关系的所有成员就配额的分配达成协议,否则按最近一段时间内有关国家在进口国之进口总量中所占份额进行分配。

### 3.“暂时性”标准

《协议》要求保障措施的实施期限不得超过防止或纠正损害并促进结构调整所必要的期限,一般不超过4年;在需要延期时,最长也不得超过8年。

### 4.“逐步放松限制”标准

《协议》还要求,一项保障措施实施一年后,实施限制的成员应逐步放松限制;实施3年后,限制方应对有关形势进行审查,如情况允许,应撤销限制或加快自由化的步伐。

## (四)明确规定取消“灰色区措施”

《协议》在法律上明确了今后禁止WTO成员为逃避多边控制而使用“灰色区措施”的原则,强化了适用对象的非歧视性。为此,《协议》第11条明确规定禁止任何成员采用或维持“灰色区措施”,并限制成员鼓励或支持公共机构或私人企业使用此种措施。

## (五)明确了对发展中国家利益的倾斜性

随着发展中国家在国际贸易中地位的加强,保障措施条款也必然较多地体现发展中国家的利益。《协议》对发展中国家的特殊和差别待遇体现在:首先,《协议》第9条规定,如果所有进口份额不超过3%的发展中国家成员的总额不超过该相关产品进口的9%,不能对这些发展中国家成员使用保障措施;其次,发展中国家成员可以在最长期限(即8年)基础上再延长2年使用期;对于再次适用问题,若其不适用期最少还有2年,一发展中国家成员有权对世贸组织协议生效后,在某一期限的一半时间内已适用过某一措施的产品进口再次适用该保障措施。这些规定都表明《协议》对发展中国家利益保护问题予以特殊考虑,体现了对发展中国家成

员利益的特殊保护,是《协议》取得的重大进步。

### (六)限制了被援用方的报复权

对出口该产品的成员而言,保障措施会影响其贸易利益,因此,在采取保障措施前,援用保障措施的成员应与受影响的成员协商,约定对其因保障措施而受到的损失提供补偿。如协商不成,受保障措施影响的成员有权进行报复。然而,提供补偿和承担被报复的风险,是要以雄厚的经济实力为后盾的。补偿与报复因而成为实施正当保障措施的一大障碍。关贸总协定的实践表明,保障措施的实施国大多是贸易大国,而最需要保护本国产业的发展中国家却囿于顾虑而放弃适用保障措施。《协议》为排除这一障碍作了巨大努力,尤其对报复权进行了限制。具体来说:

#### 1. 报复的启动时间有限制

报复不得立即实施,而是在保障措施实施后 90 天和货物贸易理事会收到报复的书面通知 30 天期满后才能实施,这就减弱了被援用保障措施的一方报复的强度。

#### 2. 报复受制于 WTO 有关机构的“默示授权”

即报复应向货物贸易理事会事先作出通知,而货物贸易理事会对该报复“不反对”。

#### 3. 报复的水平有限制

报复的水平应与受到的损失“实质相等”,而不应超过这一限度,最重要的是,针对进口绝对增长的保障措施,在最初的有效的 3 年内不得报复<sup>①</sup>。

《协议》的这些规定,降低了各成员对被贸易报复的顾虑。

---

① 《协议》第 8 条第 2 款和第 3 款。当然,这一规定似乎也意味着对于由于进口的“相对增加”而采取的保障措施,被援用方可以不受“3 年内不得报复”的限制,而可以在保障措施实施后 90 天和货物贸易理事会收到拟采取报复的书面通知后 30 天期满后,就实施贸易报复。

### (七)明确规定了与争端解决机制的关系

《协议》第 14 条明文规定,由 DSU 详述和适用的 1994 年 GATT 第 22 条和第 23 条的争端解决程序适用于该协议下产生的争端。

### (八)加强了组织建设

为了更好地实施《保障措施协议》,加强对各成员实施保障措施的多边监督,WTO 专门设立了一个隶属于货物贸易理事会的保障措施委员会。根据《协议》第 13 条,该委员会主要有三类职责:

#### 1. 总体监督《协议》实施

包括监督《协议》的实施,就其实施情况向货物贸易理事会报告,并对《协议》的修改作出建议;同时,审查在 WTO 成立以前存在的保障措施和灰色区措施的逐步取消,并酌情向货物贸易理事会报告<sup>①</sup>。

#### 2. 在保障措施的程序性事项方面发挥调查、管理和技术协助作用

这些作用包括根据受保障措施影响的成员的要求,调查该保障措施是否符合《协议》规定的程序条件,并向货物贸易理事会报告调查结果;应成员的要求,协助有关成员进行《协议》规定的协商,接收并审议《协议》第 12 条下规定的所有通知等<sup>②</sup>。

#### 3. 对报复的水平进行审查

根据援用保障措施的成员的请求,审议中止减让和其他义务的提议是否“实质相等”,并酌情向货物贸易理事会报告<sup>③</sup>。

与国际收支委员会相比,保障措施委员会的职能更为有限。

① 《协议》第 13 条第 1 款和第 4 款。

② 《协议》第 13 条第 2 款、第 3 款和第 6 款。

③ 《协议》第 13 条第 5 款。

它进行监督的事项主要限于程序性事项。而且,它的监督不能自行发起,而是要受制于有关成员的要求。对于各成员的保障措施是否符合 WTO 有关实体性规则的问题,无论是保障措施委员会也好,还是货物贸易理事会也好,均没有职权进行审查并作出结论或建议。如果 WTO 成员认为其他成员采用或维持的保障措施的实体性标准与 WTO 有关规则不符从而产生争议时,只能通过诉诸争端解决机制的方式来解决。

## 二、WTO 成员援用保障措施的情况

根据 WTO 的统计数据,从 1995 年 1 月到 2001 年 1 月这 6 年间,共有 20 个 WTO 成员发起 59 起保障措施调查<sup>①</sup>,平均每年的保障措施调查数量近 10 起。与 GATT 时期相比,WTO 时期各成员援用保障措施的特征发生了很大的变化,具体来说:

### 1. 从援用保障措施的总体数量上看

由于《保障措施协议》对“灰色区措施”的禁止和对报复权的限制,促使 WTO 成员援用保障措施的积极性大大增强,援用保障措施的数量和频率也大大增加。在 GATT 时期近 47 年的时间,各缔约方仅援用了 151 次保障措施,平均每年的保障措施调查数量才 3 起左右。而与之形成鲜明对照的是,WTO 成立后才 6 年的时间,各成员就已发动了 59 起保障措施,平均每年近 10 起。

### 2. 从援用保障措施的总体趋势上看

WTO 成员实施保障措施各年的数量基本上呈上升趋势,特别是从 1998 年起,援用保障措施的数量大幅增长,采取保障措施的频率也越来越高。1995 年为 2 起,1996 年为 5 起,1997 年为

---

① 这中间有向 WTO 保障措施委员会通知的一般性保障措施,针对在其减让表中未标明“SSG”的农产品所援用的保障措施和针对部分已“纳入”1994 年 GATT 的纺织品和服装所援用的保障措施,而不包括向农产品委员会通知的特别保障措施和向纺织品监督委员会通知的过渡性保障措施。

3 起,1998 年为 10 起,1999 年为 15 起,2000 年到 2001 年 1 月为 24 起。

### 3. 从援用保障措施的国家来看

与 GATT 时期相比发生了很大的变化。如前所述,GATT 时期保障措施主要是澳大利亚、美国、加拿大和欧共体这四个经济实体采取,但在 WTO 时期,原来这 4 家援用保障措施的“大户”只有美国援用了 9 起保障措施,澳大利亚援用了 1 起保障措施。而欧共体和加拿大都没有援用过保障措施。相反,在 GATT 时期甚少援用保障措施的发展中国家以及转型经济国家,却成为了保障措施的主要援用方。在 59 起保障措施中,只有 11 起是发达国家援用的,占总数的 18.6%<sup>①</sup>;而发展中国家和转型经济国家共有 17 个国家援用过保障措施,援用的保障措施达 48 件,占总数的 81.4%。而且,这些国家在地域上分布很广,涵盖了亚洲、南美洲、非洲的发展中国家和中东欧的转型经济国家<sup>②</sup>。其中,印度以援用次数 11 起成为援用保障措施最多的 WTO 成员。

### 4. 从援用保障措施的领域方面来看

主要集中于农产品、化工产品、钢铁及其制品、鞋类等轻工业制品等领域。其中,各成员实施保障措施的领域往往是乌拉圭回合前国内贸易保护程度较高,而乌拉圭回合后多边贸易自由化程度提高从而对其国内产业冲击较大的部门,如印度的保障措施几乎都是针对化工产品,美国的保障措施主要集中于农畜产品、钢铁制品,韩国的保障措施主要集中于农产品,南美国家的保障措施主要集中在轻工业制品,非洲国家的保障措施主要集中于农产品和轻工业制品,中东欧转型经济国家的保障措施集中于农畜产品领

① 美国的 9 起、澳大利亚的 1 起和日本的 1 起。

② 援用保障措施的发展中国家及其援用次数分别是(亚洲)印度 11 起、韩国 4 起、约旦 1 起、(南美洲)智利 5 起、阿根廷 4 起、厄瓜多尔 2 起、委内瑞拉 2 起、巴西 1 起、哥伦比亚 1 起、(非洲)埃及 3 起、摩洛哥 2 起、(中东欧)斯洛维尼亚 4 起、捷克 3 起、斯洛伐克 2 起、拉脱维亚 1 起、波兰 1 起、保加利亚 1 起。



域等。

### 三、对援用保障措施的规律的总结：“Λ”现象

尽管存在着上述不同,我们仍可以发现在 GATT 时期和 WTO 时期的保障措施援用中的一些共同规律:在 GATT 时期,保障措施的主要援用方是发达国家,保障措施的频繁实施在 1950 年到 1975 年这段时期,保障措施的领域往往是国内产业中那些各缔约方本不具有比较优势或者贸易保护主义严重,在多边贸易自由化后受冲击较大的部门。而在 WTO 时期,同样符合这一规律。这 6 年来采用保障措施呈上升趋势,往往集中在乌拉圭回合前各成员不具有比较优势或者国内贸易保护程度较高,而乌拉圭回合后开放市场从而对其国内产业冲击较大的部门。只不过,在乌拉圭回合前,发达国家的关税水平和非关税壁垒已经降到了相当的程度,乌拉圭回合谈判后多边贸易自由化大幅度提高对其国内产业冲击不大,所以发达国家援用保障措施的次数下降或持平。而在乌拉圭回合前,发展中国家和转型经济国家的关税水平和非关税壁垒较高,乌拉圭回合谈判后多边贸易自由化大幅度提高的要求对其国内产业冲击较大,所以发展中国家和转型经济国家援用保障措施的次数大幅度上升。我们由此将援用保障措施的规律总结为:原国内产业的比较优势越差或国内贸易保护主义越强,在多边贸易自由化后所受影响越强,援用保障措施的几率越大。可以预见,乌拉圭回合对发展中国家成员和转型经济国家成员国内产业的影响仍将持续一段时间,所以发展中国家和转型经济国家援用保障措施的次数仍将持续增加。而且,由于 WTO 中发展中国家的数目越来越多,所以 WTO 成员援用保障措施的总数量也将持续增加。但是,在到达一定的阶段后,即发展中国家顺利渡过多边贸易自由化大幅度提高对其国内产业造成较大冲击的“适应期”后,保障措施的援用将持续下降。这就是多边贸易自由化之后,援用保障措施的实践中所出现的先上升、后下降的“Λ 现象”。

参见图 3—1 所示。

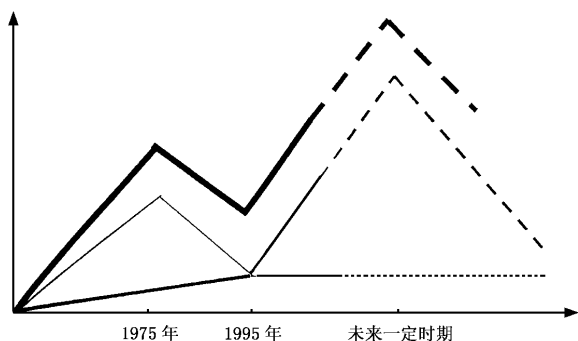


图 3—1 GATT 时期和 WTO 时期援用保障措施的趋势图

说明：—— 代表援用保障措施的总趋势，虚线代表未来发展的预期趋势  
 —— 代表发展中国家援用保障措施的总趋势，虚线代表未来发展的预期趋势  
 —— 代表发达国家援用保障措施的总趋势，虚线代表未来发展的预期趋势

#### 四、WTO 时期涉及保障措施的案例简介

与 GATT 时期相比，WTO 保障措施制度已取得了相当大的改善。然而，它也包含了一些含糊的规定，在实践中引起了争议和纠纷，从而需要 WTO 争端解决机制加以解释和澄清。截止到 2002 年 5 月 9 日，共有 25 件涉及《保障措施协议》下的一般性保障措施适用的争端提交 WTO 解决<sup>①</sup>。与各成员援用保障措施次数和频率逐年增加的趋势相对应，提交 WTO 解决的涉及保障措

① 这一数据不包括涉及《纺织品与服装协议》中的过渡性保障措施和《农产品协议》中的特别保障措施的争端。

施的争端的数量和频率也是逐年上升的<sup>①</sup>。(详见附表一)。其中,有6件争端进入了法律阶段并由DSB通过了专家组报告(经上诉机构修改)和上诉机构报告。它们是:

1. 欧共体诉韩国——“针对一定牛奶产品进口的最终保障措施案”(案号 WT/DS98,以下简称“韩国保障措施案”);

2. 欧共体诉阿根廷——“针对鞋类产品进口的保障措施案”(案号 WT/DS121,以下简称“阿根廷保障措施案”);

3. 欧共体诉美国——“针对来自欧共体的麦麸进口的最终保障措施案”(案号 WT/DS166,以下简称“麦麸保障措施案”);

4. 澳大利亚和新西兰诉美国——“针对新鲜或冷冻羊肉进口的保障措施案”(是 WT/DS177 号案和 WT/DS178 号案的合并审理,以下简称“羊肉保障措施案”);

5. 韩国诉美国——“对来自韩国的圆形焊接碳钢管进口的最终保障措施案”(案号 WT/DS202,以下简称“碳钢管保障措施案”);

6. 阿根廷诉智利——“特定农产品的价格约束机制和保障措施案”(案号 WT/DS207)(详见附表二)。

这几起案件,涉及了《协议》和 GATT 第 19 条关于保障措施适用条件的许多重要问题。在这里,我们对这些案件的案情不作介绍,而是结合下面第四节的论述介绍这些案件的专家组和上诉机构报告的有关内容。

---

① 其中,1995 年和 1996 年涉及保障措施的案件数为零。1997 年为 2 件,占当年提交 WTO 解决的贸易争端总数的 4.3%;1998 年为 2 件,占当年提交 WTO 解决的贸易争端总数的 4.5%;1999 年为 6 件,占当年提交 WTO 解决的贸易争端总数的 19.3%;2000 年为 3 件,占当年提交 WTO 解决的贸易争端总数的 10%;2001 年为 6 件,占当年提交 WTO 解决的贸易争端总数的 22.2%;截止到 2002 年 9 月 4 日,2002 年为 9 件。

## 第四节 成功援用 WTO 保障措施 条款的条件

保障措施本身是例外性措施,是 WTO 成员对条约义务的一种特殊的逃避。因此,保障措施的适用条件必须是严格的,否则频繁而无限制地援用保障措施,必然造成对条约义务的根本破坏,从而将例外性扭变为普遍性。所以,在适用保障措施时,要注意符合保障措施适用条件的严格性、适用对象的非歧视性和效能上的利益平衡性这三项基本要求。具体来说,首先,从实体规则上看,对适用保障措施的前提条件规定得很严格,若 WTO 成员要援用保障措施,必须证明符合“进口增加”、“对国内产业的严重损害”或“严重损害之威胁”、“因果关系”等条件,而且实施的期限也有限制;另一方面,从程序规则上看,《协议》对援用保障措施的程序要求也很严格,包括调查、通知、协商三步。特别值得注意的是,WTO 争端解决机制在审理有关案件的过程中,对这些条件作了进一步的严格解释。这使得 WTO 成员成功援用保障措施的难度加大。下面,我们将结合对上述案件的专家组报告和上诉机构报告的有关阐述,分析成功援用保障措施的条件。

### 一、未预见的发展:一个有争议的条件

#### (一) 未预见的发展”是不是援用保障措施的条件

GATT 第 19 条第 1 款第 1 项规定:“作为未预见的发展(unforeseen developments)和一成员履行本协议义务(包括关税减让)的结果,如果进口入任何成员境内的任何产品,其数量之增加及所依条件已对该成员境内的相同产品或直接竞争产品的国内各生产商造成严重损害或严重损害威胁,该成员可自行决定,在制止或补救该损害所需的范围和时间内,对该产品停止履行全部或部分义

务 ,或者撤回或修改减让 ”。

经比较可发现《协议》并不包括“未预见的发展”这一条款<sup>①</sup>。这是否意味着在《协议》与 GATT 第 19 条的条文发生冲突时《协议》中规则的效力优先于与之相冲突的 GATT 第 19 条的规则呢<sup>②</sup>? 如果回答是肯定的 ,援用保障措施 WTO 成员就无须证明进口增加是“未预见的发展”的结果 ,从而减轻了举证责任。在“韩国保障措施案”和“阿根廷保障措施案”中 ,援用保障措施方韩国和阿根廷都主张在《协议》和 GATT 第 19 条间存在冲突 ,《协议》是 WTO 保障措施规则的唯一有效的法律规范。而欧共体在两案中 都否定存在这样的冲突 ,并认为《协议》和 GATT 第 19 条都适用于保障措施 ,援用保障措施的 WTO 成员有义务表明进口增加是“未预见的发展”的结果<sup>③</sup>。

上述两案的专家组认为 ,GATT 第 19 条第 1 款和《协议》间不存在冲突。但它们将“未预见的发展”定性为仅是“为什么需要第 19 条措施的一个理由” ,而不是援用保障措施的一个条件。在《建立 WTO 协定》生效后进行的保障措施调查和实施的保障措施 ,凡符合《协议》的要求 ,也就满足了 GATT 第 19 条的要求<sup>④</sup>。按照专家组的这一结论 ,援用保障措施的 WTO 成员没有义务承担“未预见的发展”的举证责任。然而 ,两案的上诉机构都推翻了专家组的

---

① 《协议》第 2 条第 2 款规定 :“一成员只有在下列情况下才能对某一产品实施保障措施 ,即该成员依据下述规定确认 :输入其境内的该产品 ,就国内生产而言绝对或相对地大量增长 ,并对国内生产同类或直接竞争产品的产业造成严重损害或严重损害威胁”。

② 《建立 WTO 协定》关于附件 1A 的一般解释性注释指出 :“当 1994 年 GATT 某一规定与《建立 WTO 协定》附件 1A 中另一协定的某一规定发生冲突时…… ,该另一协定之规定应在冲突的范围内优先” 。而《协议》正包括在附件 1A 中。

③ “韩国保障措施案”专家组报告第 4.142~4.146 段和第 4.149~168 段 ;“阿根廷保障措施案”专家组报告第 5 部分 A。

④ “韩国保障措施案”专家组报告第 7.39 段和第 7.42 段 ;“阿根廷保障措施案”专家组报告第 8.69 段。

结论。尽管它们也认为 GATT 第 19 条第 1 款和《协议》间不存在冲突,但对“未预见的发展”条款的性质有不同的看法。它们认为:“尽管第 19 条第 1 款第 1 项除在该项第二部分条文中确立的条件外,并未确立其他独立的实施保障措施的条件。但是,第一部分条文(即‘作为未预见的发展和履行本协议义务的结果’)具体规定了 WTO 成员援用保障措施的特定情势。一保障措施的适用要与 1994 年 GATT 第 19 条相符,该特定情势须作为一事实而被证明”<sup>①</sup>。虽然上诉机构声称“未预见的发展”的条款不是一个独立的条件,但其结论实际上相当于将其视为一个条件:如果一 WTO 成员拟采用保障措施,它必须将该“未预见的发展”作为一个事实事项加以证明。但是,这也带来了一系列的问题,对此下文将作详细论述。

## (二)应该在什么时候以及怎样证明“未预见的发展”

尽管上诉机构在“韩国保障措施案”和“阿根廷保障措施案”中认为,根据 1994 年 GATT 第 19 条第 1 款第 1 项“未预见的发展”必须作为一事实而被证明,然而,它并没有审查应该在什么时候以及怎样进行证明。这一问题在“羊肉保障措施案”上诉机构报告中得到了澄清。

在“羊肉保障措施案”中,专家组认为美国因“在其保障措施调查报告中未能将未预见的发展作为一项事实而加以证明”,违反了 1994 年 GATT 第 19 条第 1 款第 1 项<sup>②</sup>。美国对此提出上诉。它认为:“能从调查当局的事实记录中推断未预见的发展的存在,以及在 WTO 争端解决中证明未预见的发展的存在,就满足了 1994 年 GATT 第 19 条第 1 款第 1 项的要求。不能将 1994 年 GATT 第 19 条理解为《协议》第 3 条第 1 款有关‘主管当局应……公布报

① “韩国保障措施案”上诉机构报告第 77 段和第 85 段。

② “羊肉保障措施案”专家组报告第 7.44 段和第 7.45 段。

告'的要求"<sup>①</sup>。

上诉机构认为,1994年GATT的第19条的条文未对该问题提供明确的指导,然而,由于“存在未预见的发展”是必须被证明的先决条件,因此,必须在适用保障措施之前作出证明。否则,该措施的法律基础将是有瑕疵的。上诉机构注意到,第19条第1款第1项的第一句包含了“未预见的发展”这一“具体情势”,第二句规定了适用保障措施的三个条件。根据《协议》第3条第1款,必须公告主管当局的调查报告。显然,是否满足了这些条件是该报告要予以证明的核心要素。而1994年GATT第19条第1款第1项第二句规定的“条件”和第一句规定的“情势”之间存在逻辑联系,因此,在国内主管当局的同一份报告必须也特别(feature)证明“未预见的发展”的存在<sup>②</sup>。同时《协议》第3条第1款要求国内主管当局在其公布的报告中,对“所有的相关事实与法律问题”作出事实裁决和合理结论。而“未预见的发展”就属于“相关事实与法律问题”,这进一步说明,在国内主管当局公布的报告中,必须包括“未预见的发展”的一项事实裁决或合理结论<sup>③</sup>。

### (三)什么是“未预见的发展”

所谓“未预见的发展”的含义,在1947年GATT、1994年GATT和《协议》中均无具体的规定和解释。GATT期间在这方面的著名案例是1956年捷克诉美国限制皮帽进口案<sup>④</sup>。在WTO时期的上述四起案件中,专家组和上诉机构均回避对该措词的含义进行解释。换句话说,对于什么样的情势可以构成“未预见的发展”,WTO争端解决机制并未形成具体的标准。所引发的问

① “羊肉保障措施案”上诉机构报告第17~18段。

② “羊肉保障措施案”上诉机构报告第72段。

③ “羊肉保障措施案”上诉机构报告第76段。

④ GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 479.

是,该情势是“正常情况下不可能预见的情况”,还是“没有实际预见的情况”?该情势是指“进口大量增加”,或是“严重损害或严重损害的威胁”,还是整个“进口大量增加导致严重损害”的情势?有学者认为;“未预见的发展”,是有关成员在承担 GATT 有关义务后所发生的,且是不曾预见的情况<sup>①</sup>。也有学者认为,预见可分为两种:一种是概括预见,即对某种情况变化的一种总体性、方向性把握;另一种是具体预见,即对某种情况的发展变化的具体形式等方面量化的预见。如果以具体预见为标准,所有情况都可以归入未预见的情况,随时都可以援用保障措施,这显然不符合其例外性的本质,因此,“未预见的发展”只能以概括预见为标准<sup>②</sup>。当然,这都只是学理上的解释。“未预见的发展”只能由 WTO 争端解决机制在个案中根据具体情况作出判断。这既留给了 WTO 的专家组和上诉机构较大的自由裁量权,也亟需它们尽快澄清有关确定标准。

## 二、进口增加

GATT 第 19 条、《协议》第 2 条第 1 款和第 4 条第 2 款第 1 项<sup>③</sup>表明,“进口增加”是援用保障措施的一个前提条件,判断进口增加应以整体进口趋势为基础来考察。在“阿根廷保障措施案”中,阿根廷通过将保障措施调查初期与调查末期的进口数量进行比较的方法证明存在进口增加<sup>④</sup>,专家组否定了这一方法。专家组认为,阿根廷的这种比较方法并不合理,因为起点和终点的选择将直接影响比较结果,有时甚至会因起始点选择的不同而得出完

① 曾令良《世界贸易组织法》,武汉大学出版社 1996 年版,第 232 页。

② 李居迁《WTO 保障条款的源流及法律特征》,载《比较法研究》1997 年第 2 期。

③ 《协议》第 4 条第 2 款第 1 项包括了作为国内主管当局应该评估的损害因素之一的“有关产品的进口绝对增加和相对增加的比例和数量”。

④ 有学者将阿根廷的这种比较方法称为“两端比较法”,参见张玉卿、李成钢《WTO 与保障措施争端》,上海人民出版社 2001 年版,第 214 页。



全不同的结论。所以,在审查进口变化情况时,应分析保障措施调查期内,特别是晚近的进口发展变化的趋势。只有当整体趋势是增长的,而且该增加必须带来了严重损害或严重损害的威胁时,才能得出进口增加的结论。上诉机构肯定了专家组的这一观点,并进一步认为“进口增加必须在数量上和质量上足够迫近(而不是远期的可能性——笔者注),足够突然、足够剧烈、足够显著地带来了严重损害或严重损害的威胁”<sup>①</sup>。这表明,WTO 成员不能仅仅依据进口在援用方选用的某个时间段的增加就断定存在进口增加,而是必须分析保障措施调查期间的整体趋势,只有在整体进口趋势是增长的,且这种增加是足够迫近的、足够急剧的和增幅足够大的情况下,才能得出进口增加的结论<sup>②</sup>。

### 三、严重损害或严重损害威胁的确定

GATT 第 19 条和《协议》第 2 条规定,WTO 成员只有在确定进口对国内产业造成严重损害或严重损害的威胁时,才能实施保障措施。与 GATT 第 19 条不同,《协议》具体规定了在确定严重损害时应考虑的因素,还特别列举了 8 个因素<sup>③</sup>。

#### (一)调查中和实施中的“进口产品”

在“麦麸保障措施案”中,美国在确定外国麦麸进口增加正在造成严重损害时,包括了所有来源的进口,而在实施保障措施时将

---

① “阿根廷保障措施案”上诉机构报告第 131 段。

② Yong-Shik Lee, *Critical Issues in the Application of WTO Rules on Safeguards*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 2, pp. 131~147.

③ 《协议》第 4 条第 2 款第 1 项规定:根据本协议,在确定进口的增长是否对其一国内产业业已或正在造成严重损害或严重损害威胁的调查中,主管机构当局须评估与该产业状况相联系的客观的以及可以量化的所有因素,特别是有关产品进口绝对增长和相对增长的比例和数量、增长的进口产品在国内所占市场份额、销售水平的变化、总产量、生产率、能耗、损益和就业”。

来自加拿大的麦麸进口排除在措施适用范围外。该案的上诉机构认为《协议》第2条第1款确立了实施保障措施的条件,第2条第2款确立了实施保障措施的规则。两个条款都包含了“正在被进口的产品”这一措词,且它们的含义是相同的。因此,在通常情况下,在保障措施调查中的“进口产品”的范围与该措施实施中的“进口产品的范围应该一致。如果在调查中包括了带来自某一成员的进口,那么在实施中就不应将来自该成员的进口排除在外<sup>①</sup>。

## (二)国内产业

《协议》第4条第1款第3项规定:“国内产业”是指在一成员境内经营同类或直接竞争产品的作为一个整体的生产者,或那些其同类或直接竞争产品的产量占这些产品的整个国内生产的重要比例的生产者。在“羊肉保障措施案”中,美国主张,活羊的饲养者也属“同类或直接竞争产品的生产者”。其理由是活羊的生产者与羊肉的生产者具有生产的连续性和经济利益的实质一致性。该案的专家组和上诉机构均否定了这种主张。上诉机构认为:“国内产业”的定义涉及两个要素:首先,该产业由“生产者”所构成;其次,该产业只延展到“同类或直接竞争产品的生产者”。因此,不是“同类或直接竞争产品”的生产者,不构成“国内产业”。同时《协议》

---

<sup>①</sup> “麦麸保障措施案”上诉机构报告第94~101段。有学者将“在保障措施调查中的进口产品的范围与该措施实施中的进口产品的范围应该一致”这一要求称为“平行原则”。参见张玉卿、李成钢《WTO与保障措施争端》,上海人民出版社2001年版,第215页。在韩国诉美国——“对来自韩国的圆形焊接碳钢管进口的最终保障措施案”中,上诉机构确认了“平行原则”这一称谓。见该案上诉机构报告第九部分。

第2条第1款的规定中反映出的逻辑关系表明<sup>①</sup>：“国内产业”是“与进口产品同类或直接竞争产品”的生产者。上诉机构还认为，《协议》第4条第1款第3项中“作为一个整体”这一措词，只不过是一保障措施必须涵盖的生产者的比例的一个数量指标，它并非指与进口产品不同类或不直接竞争的其他产品也能被包括在“国内产业”的范围内。总之，对“国内产业”的审查应集中于对“产品”（进口产品和国内产品）和其“同类或直接竞争关系”的识别，而不是集中于“生产这些产品的过程”<sup>②</sup>。

“羊肉保障措施案”上诉机构还认为：“国内产业”的范围至少是“占有关产品的整个国内生产的主要比例”的生产者。《协议》要求国内主管当局评估相关因素对国内产业的“影响”，也要求其随后作出涉及“该产业的全面状况”的决定。这意味着主管当局必须有一足够客观的事实为基础，使它们对“国内产业”的状况作出合理的、适当的结论。这反过来意味着被审查的涉及相关因素的资料，必须是“国内产业”的代表所提供的资料。当然，这不是要求主管当局必须在每一件案件中，实际拥有关于所有的其生产合计占国内生产的主要比例的国内生产者的资料。然而，主管当局资料必须具有足够的代表性，这样才能真实地反映“国内产业”的状况。在具体案件中，什么是“足够的代表性”，将取决于相关“国内产业”的具体情况<sup>③</sup>。

① 《协议》第12条第1款规定：一成员只有在下列情况下才能对某一产品实施保障措施，即该成员依据下述规定确认，输入其境内的该产品，就国内生产而言绝对或相对地大量增加，并在此条件下对国内生产同类或直接竞争产品的产业造成严重损害或严重损害的威胁。在逻辑上，“某一产品”与“该产品”是“进口产品”，如果将其定为A类产品，那么“同类或直接竞争产品”必须与A类产品能形成相似或直接竞争关系。

② “羊肉保障措施案”上诉机构报告第77～96段。

③ “羊肉保障措施案”上诉机构报告第131～132段。

### (三) 严重损害

《协议》第4条第1款第1项规定：“严重损害”是指对某一国内产业的显著的全面的损害。

“阿根廷保障措施案”的上诉机构认为，保障措施的适用不是取决于“不公平贸易行为”，它实施的损害标准应比反倾销和反补贴措施的损害标准高，这也符合《协议》的宗旨和目的<sup>①</sup>。“麦麸保障措施案”和“羊肉保障措施案”的上诉机构均认为，保障措施所要求的损害标准是“苛刻的”(exacting)，“严重”(serious)这一措词强调了国内产业必须正在遭受或即将遭受的显著全面损害的范围和程度。与《反倾销协议》、《补贴与反补贴措施协议》和1994年GATT第6条中规定的“实质损害”(material injury)的标准相比，“严重”这一措词所包含的损害标准要高得多<sup>②</sup>。

### (四) 严重损害之威胁

《协议》第4条第1款第2项规定：“严重损害之威胁”，是指明显迫近的严重损害。对存在某种严重损害威胁的确定须基于事实，而非仅凭指控、推测或远期的可能性而作出。

“羊肉保障措施案”的上诉机构认为：“严重损害的威胁”是指尚未发生的“严重损害”，也是一项其是否会变为现实还不能确定的未来事件。“迫近的”意指“威胁”可能变为现实的时间，即假想的“严重损害”必须是即将发生的(on the verge of)。同时，“明显的”意指假想的严重损害在非常近的未来变为现实具有高度的可能性。“国内产业即将(on the brink of)遭受严重损害”必须作为

① “阿根廷保障措施案”上诉机构报告第94段。

② “麦麸保障措施案”上诉机构报告第149段；“羊肉保障措施案”上诉机构报告第124段。

一个事实事项加以证明<sup>①</sup>。另外，“严重损害的威胁”与“严重损害”一样，隐含着非常高的损害标准。

上述机构还认为《协议》未规定用以确定严重损害或严重损害的威胁的具体方法。然而，无论国内主管当局选用何种方法，与最晚近的过去（most recent past）有关的资料是必不可少，且通常是最可依赖的基础。当然，主管当局也不应将最晚近过去的资料与整个调查期间的资料孤立起来考虑。否则，对“国内产业的状况”的结论将是错误的。例如，尽管最晚近资料可能表明国内产业的下降，但该下降可能只是生产经营的正常周期的一部分，而不是严重损害明显迫近的先兆。再如，经济业绩的晚近下降可能只是表明在不正常的繁荣时期后，国内产业正回归正常状况，而不是表明该产业即将遭受严重损害。因此，在根据第4条第2款第1项进行评估时，主管当局不能排他地依赖于晚近过去的资料，而必须以整个调查期间的资料为背景来评估“严重损害是明显迫近的”<sup>②</sup>。

### （五）所有相关因素”

如上所述，与GATT第19条不同，《协议》第4条第2款第1项具体规定了确定严重损害或严重损害的威胁时应考虑的因素，还特别列举了8个因素。

#### 1. “所有相关因素”的地位

① 从《协议》第4条第1款第2项的条文来看，要求对“威胁”的确定基于“事实”而不是“推测”。由于“事实”就其性质而言是关于过去与现在，它不能决定性地证明未来事件的发生。因此，一方面，未来取向的“威胁”分析最终要求对未来事件的可能性做一定程度的“推测”，另一方面又要求确定要基于事实，这两方面似乎难以协调。然而，这种冲突可以通过下列方式加以解决：即运用过去和现在的事实证明关于未来的结论（即“严重损害是明显迫近的”）。因此，根据第4条第2款第1项，基于事实的评估必须为“存在非常近的未来对国内产业的严重损害的高度可能性”提供基础。参见“羊肉保障措施案”上诉机构报告第136段。

② “羊肉保障措施案”上诉机构报告第135～138段。

“羊肉保障措施案”的上诉机构认为,保障措施的援用方符合《协议》第4条第2款的义务的条件是:首先,作为一形式事项,国内主管当局已评估了“所有的相关因素”;其次,作为一实质事项,该主管当局已对这些事实如何支持其决定做出了合理的和充分的解释<sup>①</sup>。因此,“评估了所有相关因素”是国内调查报告应具备的一个形式要件。

## 2. “8个因素”

“韩国保障措施案”和“阿根廷保障措施案”的专家组认为:“特别是”这一措词表明,在WTO成员国内调查机构“应当评估的所有相关因素”中,对列举出的8个因素的考虑总是“相关的”,因而也是必须的。WTO成员在确定损害因素的“相关性”之前,应先考虑在第4条第2款第1项中列举的每一个因素。而且,在国内主管机构考虑每一项损害因素时,应进行充分论证和使用有代表性的资料<sup>②</sup>。

“阿根廷保障措施案”的上诉机构认为,《协议》第4条第2款第1项要求国内主管当局最少评估了该条款的每一个因素以及与相关行业的状况有关的所有其他因素<sup>③</sup>。

## 3. “所有相关因素”的范围(8个因素之外的“其他因素”)

在“麦麸保障措施案”中,专家组特别强调,进口方在分析因果关系时,必须审查“所有相关因素”,且不能将进口增加以外的其他因素造成的损害归咎于进口增加,至于什么是“所有相关因素”,专家组提出了一种判断标准,即保障措施的利害关系方在国内调查

① “羊肉保障措施案”上诉机构报告第141段。

② “韩国保障措施案”专家组报告第7.55段;“阿根廷保障措施案”专家组报告第8.206段。

③ “阿根廷保障措施案”上诉机构报告第136段。

中明确提出的“其他因素”<sup>①</sup>。欧共体对此提出上诉,它主张,主管当局应调查所有的可获得的相关事实,在这方面,它承担的义务是无穷的和无限制的<sup>②</sup>。上诉机构被要求进一步论述国内主管当局在《协议》第4条第2款第1项下评估“所有相关因素”的义务。上诉机构有条件地肯定了专家组提出的判断标准。上诉机构认为,“all”这一措词有“广泛”的含义,如果单独理解,意味着主管当局评估“相关因素”的义务的范围是没有限制或没有例外的。然而,该措词显然不能被孤立地理解。第4条第2款第1项本身对评估“所有因素”的义务施加了条件,即主管当局只需要评估同时符合下列条件的因素:客观的和可量化的,对该产业的状况有影响的。在考虑“评估相关因素”的义务时,必须也考虑主管当局根据《协议》进行调查的义务。主管当局必须将其对一项因素的相关性评估建立在“客观的和可量化的”证据的基础上。原则上,主管当局在根据第3条第1款对国内产业的状况进行调查时,将获得这一证据。因此,评估“所有相关因素”的义务的范围与主管当局进行调查的义务的范围相关。上诉机构转而考虑《协议》第3条第1款。该款规定,一成员只有在该成员的主管当局进行调查后才能实施保障措施,也规定了主管当局为了寻求有关资料应该包括的“调查步骤”。考察这些调查步骤后会发现,其重点在于“利害关系方”<sup>③</sup>。因此,《协议》的意图是利害关系方在调查中发挥核心作

① “麦麸保障措施案”,专家组报告第8.69段。有学者认为,该案专家组的标准比较务实,也具有很强的操作性。因为导致产业损害的因素不仅在不同的案件中会有差异,而且要想穷尽所有“相关因素”的难度也过大,也是不可能的。以利害关系方的关注为切入点归纳出这样的标准,是各利害关系方可以接受的,与“谁主张谁举证”原则也是相符的。参见张玉卿、李成钢《WTO与保障措施争端》,上海人民出版社2001年版,第260页。从上诉机构的裁定看,上诉机构有条件地肯定了专家组的这一观点。

② “麦麸保障措施案”上诉机构报告第48段。

③ 进行调查时必须通知利害关系方,必须给予它们提交“证据”及其“观点”的机会。利害关系方也应被给予对其他相关方的陈述作出回答的机会。

用,它们将是国内主管当局首要的信息来源。

然而,“所有相关因素”不只是利害关系方提出的因素。国内主管当局必须在每一件案件中进行完全的调查以使它们对《协议》第4条第2款第1项中明文提及的所有相关因素进行适当的评估。同时,如果存在第8项因素以外的“其他因素”,该条款要求主管当局——而不是利害关系方——完全评估该“其他因素”的相关性。如果主管当局认为一具体的“其他因素”可能与国内产业的状况有关,而利害关系方提交的证据和意见中又未论及该“其他因素”,那么,它必须全面调查该“其他因素”。为调查该“其他因素”,它可以采取附加的调查措施<sup>①</sup>,以履行其评估所有相关因素的义务<sup>②</sup>。

#### 四、进口增加和严重损害或严重损害威胁间的因果关系

GATT 第19条和《协议》第4条第2款第2项表明,“进口增加”和“严重损害或严重损害威胁间存在因果关系”<sup>③</sup>。但是,如何确定“进口增加”的“因”和“严重损害或严重损害威胁”的“果”之间的关系,却存在争议。“阿根廷保障措施案”的专家组和上诉机构认为<sup>④</sup>,在确认因果关系时存在三方面的检验:首先,进口的突然增长趋势和受损害因素的突然下降趋势是否同时发生。如果不是,

① 也就是说《协议》第3条第1款列举的调查步骤不是穷尽性的。

② “麦麸保障措施案”上诉机构报告第52~56段。

③ 《协议》第4条第2款第2项规定,除非在客观证据的基础上,该项保障调查显示有关产品的进口增加与严重损害或其威胁之间存在因果关系,否则不得作出第1项所述的确定。若在同一时期国内产业所受损害系由进口增加以外的各类因素所致,此类损害不得归咎于进口增加。

④ “韩国保障措施案”的专家组和上诉机构未讨论因果关系问题,因为它已经确认了韩国未充分证明严重损害的存在。



那么必须对为什么仍存在因果关系作出合理的解释<sup>①</sup> ;其次 ,国内市场中已进口产品与国内产品间存在竞争 ;再次 ,是否已分析了进口增加以外的其他因素 ,并已确认损害不是由该诸“其他因素”造成的<sup>②</sup>。这表明 ,在进口增加和对国内产业的严重损害间仅具有“联系”(例如同时发生)是不能作为援用保障措施的依据的。援用保障措施的 WTO 成员必须确认在进口产品和国内产品之间存在竞争 ,而且它还必须对造成损害的所有可能起因进行完全的彻底的审查。

在“因果关系”的内在含义问题上 ,曾出现过两种观点。一种是在“麦麸保障措施案”和“羊肉保障措施案”中的专家组认为《协议》第 4 条第 2 款第 1 项和第 2 项要求进口增加单独或本身能够造成 ,或威胁造成“严重损害”<sup>③</sup> ,进口增加必须“足以”造成严重损害<sup>④</sup>。另一种是在“羊肉保障措施案”中 ,美国认为它适用了其国内法中的法定标准 ,即进口增加是造成严重损害或严重损害威胁

---

① 有学者将进口增加与国内产业状况的恶化的同时发生称为“偶合性问题” ,并认为 ,如果进口增加与产业状况恶化同时发生 ,将更有利于证明因果关系的存在。而且 ,这一要求符合逻辑。如果在进口增加之前就已出现了产业损害的情况 ,则意味着另有导致损害的因素的存在 ,进口增加则只是起到了加重损害的作用。根据《协议》的规定 ,在这种情况下 ,进口方有义务不将进口增加以外的因素导致的损害归咎于进口增加。同时 ,在这种情况下 ,要证明进口增加与严重损害之间的因果关系难度会大一些 ,尤其是在扣除其他因素造成的损害的情况下仍要证明进口增加导致了严重损害 ,难度会更大。因此 ,从一定意义上讲 ,进口增加与损害状况在时间上的偶合性可以构成因果关系的一个初步证据。参见张玉卿、李成钢《WTO 与保障措施争端》,上海人民出版社 2001 年版 ,第 215 页。结合 WTO 上诉机构有关裁定 ,我们基本同意这一观点 ,即进口增加与国内产业状况的恶化的同时发生应该是判断因果关系的一个重要标准 ,但也必须注意“同时发生”不是判断因果关系的充分性标准。

② “阿根廷保障措施案”专家组报告第 8.229 段。

③ “麦麸保障措施案”专家组报告第 8.138 段、第 8.139 段和第 8.143 段 ;“羊肉保障措施案”专家组报告第 7.241 段。

④ “麦麸保障措施案”专家组报告第 8.138 段 ;“羊肉保障措施案”专家组报告第 7.238 段和第 7.241 段。

的实质原因,即“进口增加是严重损害威胁的一个重要原因,且是其重要性不亚于其他任何原因的原因”<sup>①</sup>。

两案的上诉机构对两种观点都不赞同。对第一种观点,上诉机构认为这会导致将进口增加视为造成严重损害的唯一因素,或排除其他因素所造成的影响,从而可能对进口增加与严重损害是否存在真正的、实质性的因果关系产生错误结论。对于第二种观点,上诉机构认为其降低了“真正的、实质性的因果关系”的标准。上诉机构强调(1)国内主管当局为了符合《协议》第4条第2款的义务,必须对于调查事实如何支持其结论已作出了合理和充分的解释(2)《协议》第4条第2款第2项中“不归咎于”的措词表明,应当将造成“损害”的不同因素所造成的影响加以分离或区别;(3)应当审查在进口增加和严重损害或严重损害的威胁之间确立了“真正的、实质性的因果关系”<sup>②</sup>。为此,上诉机构认为,在国内主管当局审查第4条第2款中的“因果关系”时,应遵循以下步骤:第一步,将进口增加对国内产业造成的损害影响与其他因素造成的损害影响区别开来<sup>③</sup>。第二步,确保实际上是由进口增加以外的因素造成的对国内产业的任何损害不归咎于进口增加,即不被当作进口增加所造成的损害。第三步,决定进口增加和严重损害是否存在“因果关系”,而且这一联系是否属于《协议》所要求的“真正的、实质性的原因与结果的关系”<sup>④</sup>。

① USITC Report, p. 2~26.

② “麦麸保障措施案”上诉机构报告第61~80段;“羊肉保障措施案”上诉机构报告第162~181段。

③ 即当若干因素同时造成损害时,只有在由所有不同的原因因素造成的损害影响被区别和被分开后,才能对进口增加造成的损害影响作出最终决定。

④ “麦麸保障措施案”上诉机构报告第70段;“羊肉保障措施案”上诉机构报告第177段。

## 五、援用保障措施的程序性要求——通知与协商

在 GATT 时期,缔约方援用保障措施时,往往不及时通知关贸总协定。这种“先斩后奏”的适用方式使关贸总协定对保障措施的多边控制流于形式。为了弥补这一缺陷,《协议》第 12 条具体规定了通知与协商要求<sup>①</sup>。

### (一) 通知的内容

援用保障措施的 WTO 成员是否有必要在其通知中包括《协议》第 12 条第 2 款中列举的所有资料<sup>②</sup>,是否应该证明“进口增加”和“严重损害或严重损害的威胁”间的因果关系?对此问题“韩国保障措施案”的专家组作了否定的结论<sup>③</sup>。然而,上诉机构推翻了这一结论,它裁定:援用保障措施的 WTO 成员必须在其通知中,最低限度地阐述在《协议》第 12 条第 2 款中具体列明的构成“所有相关资料”的事项,以及在《协议》第 4 条第 2 款中列明的要求在保障措施调查中进行评估的因素<sup>④</sup>。

### (二) 通知的时间

《协议》第 12 条第 1 款规定:“在下列时候成员应立即向保障措施委员会作出通知(1)对严重损害或严重损害威胁及其原因发起调查(2)对进口增加引起的严重损害或严重损害的威胁作出决定(3)对采取或延长保障措施作出决定。”

“麦麸保障措施案”的专家组认为,“即刻”通知的义务不允许一成员“不适当地耽搁”向 WTO 通知第 12 条第 1 款第 1 项到第 3

① 见《协议》第 12 条第 1 款、第 2 款、第 3 款。

② 根据《协议》第 12 条第 2 款,该资料包括进口增加对成员造成严重损害或威胁的证据、有关产品及措施的确切情况、采取措施的日期以及逐步自由化的期限与时间表等。

③ “韩国保障措施案”专家组报告第 7.130~137 段和第 7.145 段。

④ “韩国保障措施案”上诉机构报告第 107 段。

项规定的决定或结论。而美国认为,只要通知后保障措施委员会有充足的时间审查该措施,或另一成员有充足的时间决定是否要求协商,就不违反“即刻”义务。

上诉机构认为,第12条第1款3个子条款确定了在不同情势下通知WTO保障措施委员会的三项独立的义务。而第12条第1款的前言规定了通知必须在该情况发生时“即刻”作出。一成员是否符合“即刻”义务不取决于保障措施委员会和WTO单个成员实际上有充足的时间作出反应,否则,将降低“即刻”义务的标准<sup>①</sup>。

另外《协议》第12条第2款规定:“在作出第1款第2项和第3项所规定的通知时,拟议采取或延长保障措施的措施成员应……”。“麦麸保障措施案”的专家组认为,“拟议”这一措词表明,有关保障措施尚未实施。因此,应当在保障措施实施前,通知第12条第1款第3项下的“对采取或延长保障措施作出决定”。上诉机构推翻了这一结论。它认为,第12条第1款第3项和第12条第2款施加的是两个独立的义务<sup>②</sup>;“即刻”就是即刻,不包括“之前”要求<sup>③</sup>。

上诉机构还认为,“即刻”的通常含义暗含了一定的紧迫性。如何决定紧迫或立刻的程度要根据具体情况进行个案分析。在这方面的相关因素可包括在准备通知中的行政困难、所提交资料的性质、通知的复杂性和将通知翻译成WTO官员语言所需要的时间等。但无论如何,用于准备通知的时间量必须最小化<sup>④</sup>。然而,对“即刻通知”尚未形成可量化的标准,在这方面只能从有关案例

① “麦麸保障措施案”上诉机构报告第103~110段。

② 上诉机构认为《协议》第12条第2款与第12条第1款有联系,并补充第12条第1款。第12条第1款规定了在调查期间必须在什么时候作出通知,第12条第2款澄清了根据第12条第1款第2项和第3项作出的通知中必须包括什么具体资料。然而,不能将第12条第2款的内容要求看作规定了第12条第1款第3项下的通知必须在什么时候发生。

③ “麦麸保障措施案”上诉机构报告第126段。

④ “麦麸保障措施案”上诉机构报告第106段。

中得到启示<sup>①</sup>。

### (三) 协商

《协议》第 12 条第 3 款规定：“拟议采取或延长保障措施的人员，应该给作为有关产品的出口方面具有实质利益关系的成员提供足够的协商的机会，尤其是审议上述第 2 款提供的资料，以及就为实现上述第 8 条第 1 款所提出的目标而采取的措施，交换看法，并达成谅解。”“羊肉保障措施案”的上诉机构认为，第 12 条第 3 款要求一拟议采取保障措施的成员向那些作为相关产品的出口方面具有实质利益的成员提供“足够的事先协商的机会”。第 12 条第 3 款规定的协商的“足够机会”是指被给予下列机会：审查根据第 12 条第 2 款提供的资料，交换看法；与出口成员就减让的相等水平达成谅解。根据这些目标，上诉机构认为第 12 条第 3 款要求拟采取措施的成员应向出口成员提供充分的信息和时间，以便通过协商对特定问题交换看法。上诉机构认为，从第 12 条第 3 款的

---

① “韩国保障措施案”的专家组认为韩国在通知下列事项上的耽误违反了“即刻通知”要求：在启动保障措施的公布（1996 年 5 月 28 日）和根据《协议》第 12 条第 1 款第 1 项进行通知（1996 年 6 月 11 日）之间相差 14 天；在损害结论的国内公布（1996 年 10 月 23 日）和根据第 12 条第 1 款第 2 项进行通知（1996 年 12 月 2 日）之间相差 40 天；在作出采取保障措施决定（1996 年 12 月 6 日）和根据第 12 条第 1 款第 3 项作出通知（1997 年 1 月 27 日）之间相差 46 天；在最终作出以配额作为保障措施的决定（1997 年 3 月 1 日）和根据第 12 条第 1 款第 3 项作出通知（1997 年 3 月 24 日）之间相差 23 天。参见“韩国保障措施案”专家组报告第 7.130～7.15 段。而“麦麸保障措施案”的专家组认为美国在通知下列事项上的耽误违反了“即刻通知”要求：在启动保障措施的公布（1997 年 10 月 1 日）和根据《协议》第 12 条第 1 款第 1 项进行通知（1997 年 10 月 17 日）之间相差 16 天；在损害结论的国内公布（1998 年 1 月 15 日）和根据第 12 条第 1 款第 2 项进行通知（1998 年 2 月 11 日）之间相差 26 天；在作出采取保障措施的决定（1998 年 5 月 30 日）和根据第 12 条第 1 款第 3 项作出通知（1998 年 6 月 4 日）之间相差 5 天。但上诉机构认为，在美国根据第 12 条第 1 款第 3 项作出通知时 5 天的耽搁符合“即刻通知”义务。参见“麦麸保障措施案”上诉机构报告第 108～132 段。

条文本可推出有关协议的措施的资料必须在协商之前提供,以便通过协商能对该措施进行充分的讨论。同时,第12条第3款中提及“根据第12条第2款提供的资料”,在第12条第2款中规定了一些“强制性的信息”,如拟议保障措施的精确定义,以及其拟议采取的日期。因此,除非在协商前,拟议采取保障措施的成员已向出口方成员提供了拟议保障措施的精确定义,包括拟议措施的形式、救济的性质以及采取日期等足够细节化的资料,否则就不符合第12条第3款的义务<sup>①</sup>。同时,考虑到《协议》第8条第1款和第12条第3款的明示联系,一成员除非已首先就拟议措施提供了足够的事先协商的机会,否则不可能“努力维持”减让的足够的平衡<sup>②</sup>。

## 六、保障措施的适当性

《协议》第5条涉及保障措施适用的水平<sup>③</sup>。产生的争议是:援用保障措施的WTO成员是否有义务证明其所采取措施的适当性?在“韩国保障措施案”中,韩国认为第5条第1款的第一句(“一成员应仅在防止或补救严重损害并促进调整的必要限度内实施保障措施”)并不对实施保障措施的WTO成员施加义务,它仅是一个原则或目标,而欧共体主张该条款对WTO成员施加了义务。对此,该案专家组认为,即便该成员采用数量限制,且该数量限制不低于前三个代表性年份的平均进口水平,援用保障措施的

① “麦麸保障措施案”上诉机构报告第137~138段。

② “麦麸保障措施案”上诉机构报告第47段。

③ 《协议》第5条第1款规定:“一成员应仅在防止或补救严重损害并促进调整的必要限度内实施保障措施,若使用数量限制,则该措施不得把进口量降到最近的一段时期的进口水平以下,即统计数据表明有代表性的前3年的平均进口水平,除非有明确的正当理由表明某一不同水平对防止和补救严重损害是必要的。为达到这些目标各成员应选择最合适的措施。”

WTO 成员也有义务证明其相关措施的适当性<sup>①</sup>。然而,上诉机构一方面赞成《协议》第 5 条第 1 款第一句对 WTO 成员施加义务的观点,另一方面却推翻了专家组的解释,上诉机构认为,应当尊重进口方对保障措施适当性的判断,如果数量限制措施的水平低于最近前三个代表性年份的平均进口水平,则进口产业应论证确定这一水平的必要性和合理性,但如果 WTO 成员采用数量限制作为保障措施,且该数量限制不低于前三个代表性年份的平均进口水平,那么该成员没有义务证明所采取措施的适当性<sup>②</sup>。有学者认为,由于 WTO 各成员产业发展状况不同,同一进口水平对不同成员产业造成的损害或损害威胁的大小也会各不相同,相应地,限制进口以保护国内产业的措施的力度也要因各成员产业的具体情况分别确定,并不存在一个普遍适用的统一标准。所以,上诉机构的上述结论可以使保障措施的援用方从繁重的举证责任中解脱出来,而仅将举证责任集中于对贸易扭曲作用最大的数量限制措施,而且必须是其水平低于协议规定的水平的数量限制。考虑到发展中国家由于人力、物力资源的稀缺,很难顺利完成复杂的举证工作,对于发展中国家来说,上诉机构的这一结论是有利的<sup>③</sup>。

## 第五节 《农产品协议》中的 特别保障条款

### 一、特别保障条款的制定

在 1947 年 GATT 第 19 条中,并无对农产品的特殊规定。在乌拉圭回合之前,农产品贸易要么被给予了特殊待遇(如 GATT

① “韩国保障措施案”专家组报告第 7.101 段。

② “韩国保障措施案”上诉机构报告第 96 段和第 99 段。

③ Yong-Shik Lee, *Critical Issues in the Application of WTO Rules on Safeguards*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 2, p. 143.

第 6 条第 2 款项下的措施、第 16 条项下的出口补贴),要么在 GATT 中没有规定而长期游离于 GATT 的规范监督之外,各缔约方对国内农业进行贸易保护的空間很大,所以也没有制定农产品领域的保障措施条款的必要。乌拉圭回合后,这种局面发生了变化。随着《农产品协议》的制定和签署,WTO 对农产品领域的规范和监督有所改进,上述法律漏洞有所弥补。一个最重要的变化是,几乎所有以非关税形式出现的进口限制都应转换为关税(这一变化被称为“关税化”)。这是农产品领域贸易自由化的一个重大突破<sup>①</sup>。

在发达国家同意对农产品进一步自由化的同时,它们也提出了在农产品领域引入保障措施的建議。例如,在乌拉圭回合中,欧共体就首先提出了在农产品领域建立特别保障机制的建議,意在阻止农产品贸易自由化改革对欧共体农产品生产者带来的冲击。美国随即也提出了与欧共体的建議相似的建議。不过,欧共体建議在农产品领域采取特别保障措施应基于价格的变动,而美国建議采取特别保障措施应基于进口量的变动。作为乌拉圭回合谈判的结果,《农产品协议》第 5 条专门规定了特别保障条款。按照该条的规定,有三个问题应该提请注意:

1. 援用特别保障措施的条件与援用一般性保障措施的条件有所不同。

2. 特别保障措施只能适用于符合下列条件的特定农产品:

(1)该产品必须是按照《农产品协议》第 4 条第 2 款的要求“关税化”的产品;

(2)该产品已在各成员的减让表中用“SSG”符号标明;

(3)该产品的进口数量或价格达到一定的启动水平。

3. 特别保障措施条款的适用期有限,按照《农产品协议》第 5

<sup>①</sup> 张向晨《发展中国家与 WTO 的政治经济关系》,法律出版社 2000 年版,第 117 页。



条第 9 款规定,特别保障措施条款仅在《农产品协议》第 20 条确定的“改革进程期间”保持有效。这意味着,在“改革进程期间”结束之后,特别保障措施条款将结束其历史使命,届时对所有的农产品采取保障措施都应该遵守 1994 年 GATT 第 19 条和《保障措施协议》的规则。

## 二、援用特别保障条款的条件与援用一般性保障措施的条件之比较

《农产品协议》中的特别保障条款与《保障措施协议》中的一般性保障措施相比,有着很大的不同。尽管在适用方式的某些方面,特别保障措施要比一般性保障措施严格,但在援用条件等核心要件上,特别保障措施要比一般性保障措施宽松。

1. 最突出也是最重要的一个区别是:援用一般性保障措施要求相关产品的进口数量大量增加对国内产业造成严重损害或严重损害的威胁且在进口大量增加和严重损害或严重损害威胁之间存在因果关系。而从《农产品协议》第 5 条第 1 款的规定来看,进口方无需证明对国内产业的严重损害或严重损害威胁,也无需证明进口增加或价格下降与严重损害之间的因果关系,只要在任何年份(而不要求代表性年份)的相关产品的进口量超出了一定的启动水平或进口价格降到一定的启动水平时,就能援用特别保障措施。而且,进口量的增加或进口价格的下降不要求同时发生。

2. 在措施形式方面,《保障措施协议》下的一般性保障措施允许适用关税措施和数量限制措施,而农产品领域的特别保障措施只能采取附加关税,而不能采取数量限制形式。

3. 在机构监督和通知义务方面,《保障措施协议》下的一般性保障措施的专门管理机构是保障措施委员会,而特别保障措施的管理机构是农业委员会。实施特别保障措施的任何成员必须以书面形式通知农业委员会,基于数量增加的特别保障措施应尽可能

提前通知,在任何情况下通知应在该行动实施后 10 天内送达<sup>①</sup>。

4. 在临时保障措施方面《保障措施协议》第 6 条和第 7 条第 4 款允许临时性保障措施并要求中期审议,而《农产品协议》中的保障措施条款没有规定临时性保障措施,但是这似乎也不等于不允许在农产品领域采取临时保障措施。

### 三、援用特别保障条款的核心要素:启动水平标准

对于基于数量增加的特别保障措施,援用特别保障条款的启动水平(trigger levels)根据下列标准来确定:

1. 当前三年期间一产品的市场准入机会少于或等于 10% 时,基础启动水平为 125%。
2. 当前三年期间一产品的市场准入机会大于 10% ,但小于或等于 30% 时,基础启动水平等于 110%。
3. 当前三年期间一产品的市场准入机会高于 30% 时,基础启动水平等于 105%<sup>②</sup>。

任何基于数量增加的特别保障条款实施的附加关税可以维持到其被实施的那一年的年终,也可以每一年援用特别保障措施。附加关税不能超过普通关税水平的 1/3。

对于基于价格下降的特别保障措施,援用特别保障条款的启动水平根据下列标准来确定:

1. 如果进口价格和启动价格(等于 1986~1988 年相关产品参考价格的平均值)之间的差异少于或等于启动价格的 10% 时,不能实施附加关税。
2. 如果进口价格和启动价格之间的差异大于启动价格的 10% ,但少于或等于启动价格的 40% 时,附加关税等于差异超过 10% 的那一部分的 30%。比如,WTO 某一成员 1986~1988 年大

① 《农产品协议》第 5 条第 7 款。

② 《农产品协议》第 5 条第 4 款。

米的参考价格的平均值是每吨 100 美元,1998 年进口来自另一成员的大米,进口量为 10 000 吨,进口价格是每吨 70 美元,这时进口价格和启动价格之间的差异就是启动价格的 30%,那么该进口方成员就可以援用特别保障措施,差异超过 10% 的那一部分是 200 000 ( $20 \times 10\,000$ ) 美元,对该大米进口可以实施价值为 60 000 ( $200\,000 \times 30\%$ ) 美元的附加关税。

3. 如果进口价格和启动价格之间的差异大于启动价格的 75% 时,附加关税相当于差异超过 75% 的那一部分的 90%,还要加上进口价格和启动价格间的差异的更低比例下允许的附加关税。比如,WTO 某一成员 1986~1988 年大米的参考价格的平均值是每吨 100 美元,1998 年进口来自另一成员的大米,进口量为 10 000 吨,进口价格是每吨 20 美元,这时进口价格和启动价格之间的差异就超过了启动价格的 75%,那么该进口方成员就可以援用特别保障措施,差异超过 75% 的那一部分是 800 000 ( $80 \times 10\,000$ ) 美元,对该产品进口可以实施价值为 720 000 ( $800\,000 \times 90\%$ ) 美元的附加关税,再加上进口价格和启动价格间的差异的更低比例下允许的附加关税<sup>①</sup>。从这一规定可以看出,进口价格与启动价格之间的差异越大,附加关税额越高。这一规定还意味着,即使进口数量发生了极小的变化,也可能实施基于价格的特别保障措施。

#### 四、WTO 时期特别保障条款的适用情况

在乌拉圭回合结束的时候,大约有 38 个成员(欧共体作为一个成员)在其时间表中标明了特别保障措施产品,这意味着,这些国家可以对其标明了的农产品实施特别保障措施。其中,9 个发达国家成员声称援用特别保障措施的关税线是 29%,而 29 个发

<sup>①</sup> 《农产品协议》第 5 条第 5 款。

展中国家成员声称援用特别保障措施关税线是 16%<sup>①</sup>。

尽管有成员建议,应该在即将开始的关于农产品领域的多边贸易谈判中,终止特别保障措施条款的效力。但由于各成员并未对“改革进程期间”或其时间表达成协议,所以,特别保障措施条款的有效期尚不确定。在“改革进程期间”,特别保障措施条款仍将继续有效。而且,有必要注意的是,WTO 成立后,在农产品贸易中占有重要地位的一些成员非常积极地使用特别保障措施。例如,1996 年,美国对 49 种产品援用基于价格下降的特别保障措施,1997 年又对 74 种产品援用基于价格下降的特别保障措施。欧共体在 1996 年~1997 年财政年度对大约 20 种产品援用基于价格下降的特别保障措施,对 65 种产品援用基于数量增加的特别保障措施。韩国在 1998 年援用了 7 次基于价格下降的特别保障措施和 2 次基于数量增加的特别保障措施。波兰在 1998 年援用了 3 次基于价格下降的特别保障措施和 1 次基于数量增加的特别保障措施。日本和斯洛伐克也在 1997 年采取了一些基于数量增加的特别保障措施<sup>②</sup>。

迄今为止,在 WTO 争端解决机制中尚未出现涉及特殊保障条款的争端。可以预见,在未来发生这样的争端时,WTO 专家组和上诉机构的论证将有助于特殊保障条款的规定的澄清。

### 五、特别保障条款需要改进和澄清的问题

一般认为,现行的《农产品协议》特别保障条款存在下列一系列问题:

1. 与《保障措施协议》的关系不够明确。如前所述,1994 年 GATT 第 19 条和《保障措施协议》规定了一般性的保障措施,其适

① Jai S. Mah, *Reflections on the Special Safeguard Provision in the Agreement on Agriculture of the WTO*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 5, p. 200.

② 前引 Jai S. Mah 文。

用的实质条件是 相关产品的进口数量大量增加对国内产业造成严重损害或严重损害的威胁 ,且在进口大量增加和严重损害或严重损害威胁之间存在因果关系。而从《农产品协议》第 5 条第 1 款的规定来看 ,援用特别保障措施无需证明对国内产业的严重损害或严重损害威胁 ,也无需证明进口增加或价格下降与严重损害之间的因果关系。它允许进口方成员在进口数量增加到比事先具体规定的启动水平更高时 ,或进口价格下降到比事先具体规定的启动水平更低时实施附加关税。与此同时 ,《农产品协议》第 5 条第 8 款规定 ,如采取的行动符合以上第 1 款至第 7 款的规定 ,则各成员承诺不针对此类行动援用 1994 年 GATT 第 19 条第 1 款第 1 项和第 3 款的规定或《保障措施协议》第 8 条第 2 款的规定。这个规定表面上看很清楚 ,但实际上却隐含着很多的不确定性 ,在实践中也产生了争论。有一种观点认为 :这一规定意味着《农产品协议》特别保障条款与 1994 年 GATT 第 19 条和《保障措施协议》的关系是特别法与一般法的关系 ,在特别法与一般法发生冲突时 ,特别法优先。那么 ,特别保障措施的适用就可以只考虑《农产品协议》第 5 条的规定 ,而不用去考虑 GATT 第 19 条和《保障措施协议》中的规定。另一种观点认为 ,按照《农产品协议》第 5 条第 8 款的条文 ,首先 ,只是“各成员承诺不援用 1994 年 GATT 和《保障措施协议》” ,而不是规定 WTO 机构 ,尤其是争端解决机制和农业委员会在审查特别保障措施时不能适用 1994 年 GATT 和《保障措施协议》。其次 ,《农产品协议》第 5 条第 8 款只规定了不援用 1994 年 GATT 第 19 条第 1 款第 1 项和第 3 款或《保障措施协议》第 8 条第 2 款 ,这意味着可以援用 1994 年 GATT 第 19 条第 1 款第 2 项和第 2 款的规定 ,和《保障措施协议》除第 8 条第 2 款以外的其他规定。

我们认为 ,第一种观点对特别保障措施的援用方更有利 ,而第二种观点对特别保障措施的被援用方更有利。同时 ,第一种观点可能更符合《农产品协议》特别保障条款的起草原意 ,也与《农产品

协议》第 5 条第 1 款能够达到上下文的一致,但是这种观点会导致农产品领域的特别保障措施适用条件过于宽松,也与 WTO 对保障措施的条件的严格解释的趋势背道而驰。第二种观点能够在特别保障措施的适用条件中引入一般性保障措施的适用标准,有利于规范特别保障措施,但是这种观点和第 5 条第 1 款相冲突,会导致法律适用的不确定性,同时,也不符合条约解释中的“与其无效,毋宁有效”的原则,而且,这种观点无疑会遭到欧共体、日本等成员的反。我们只能期待 WTO 有关机构,尤其是 WTO 的专家组和上诉机构在具体适用和解释时,对这一规定作出澄清。

2. 按照《农产品协议》第 5 条第 9 款的规定,特别保障措施条款仅在《农产品协议》第 20 条确定的“改革进程期间”保持有效。第 20 条规定了“各成员同意将在实施期结束的前一年开始继续此进程的谈判”和应当考虑的因素,而并未对“改革进程期间”或其时间表作出明确的规定。虽然在农业委员会中各成员一直在就此问题进行谈判,但至今尚未达成协议。因此,特别保障措施条款的有效期尚不确定。

3. 援用特别保障措施条款的启动水平存在问题。例如,如果市场准入机会是 4%,即使进口产品的市场份额只增加了 1%,也能援用特别保障措施,因为基础启动水平等于 125%。如果其大于 10%但小于或等于 30%时,由于基础启动水平等于 110%,尽管其也只增加了 1%,也能援用,因为市场准入机会是 10%。同样,当这样的机会大于 30%时,即使进口产品的市场份额有 1.5%的增加,也可以援用,因为基础启动水平等于 105%。总之,即使进口产品的市场份额只增加了一点点,也能自动援用特别保障措施。

对此,有学者建议有必要对援用基于数量的特别保障措施的条件作出修改,例如(1)当一项产品的市场准入机会少于或等于 10%时,基础启动水平应等于 140%(2)当一项产品的市场准入机会大于 10%但少于或等于 30%时,基础启动水平应等于

120% (3) 当一项产品的市场准入机会大于 30% 时,基础启动水平应等于 107% (4) 如果进口产品的市场份额的增长少于 2% 时,不能援用特别保障条款<sup>①</sup>。

4.《农产品协议》特别保障条款规定,基于数量增加的附加关税的实施水平不能超过一般关税的 1/3,但是,如果实施特别保障措施的成员对该产品的关税率是零关税呢?如果严格按照条文的规定来计算,零关税的 1/3 也是零关税,这就根本达不到“附加”关税的效果。因此,有学者建议,应当规定当原有的约束关税率少于 6% 时,基于数量增加的特别保障措施的附加关税率是 2%<sup>②</sup>。

5. 存在着这样一种情况:即使相关产品的进口量减少,进口价格也能下降到可以采取基于价格下降的特别保障措施的水平。因此《农产品协议》第 5 条第 7 款规定,WTO 成员应尽可能地不在相关产品的进口数量减少时,采用基于价格下降的特别保障措施。然而,有学者认为,这一规定还不够,因为即使进口价格下降,但如果与此同时,国内收入增加,那么,对国内生产的相关产品的需求就不会减少,从而根本不会对国内生产者造成任何损害。因此,有必要将第 5 条第 7 款修改为:当相关产品的进口价格下降时,如果国内生产的相关产品的消费并没有减少,各成员不应诉诸第 5 条第 1 款第 2 项(关于基于价格下降的特别保障措施)<sup>③</sup>。

6.《农产品协议》第 5 条第 4 款规定,基于数量增加的特别保障措施能够被维持到实施年的年底,但是,这一期间并不适用于基于价格下降的特别保障措施。基于价格下降的特别保障措施有没有期限?期限是多长?有必要对此作出界定。

7.《农产品协议》第 5 条第 6 款规定了对易腐烂产品和季节性

---

① Jai S. Mah, *Reflections on the Special Safeguard Provision in the Agreement on Agriculture of the WTO*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 5, p. 201.

② 引前 Jai S. Mah 文。

③ 引前 Jai S. Mah 文。

产品的特别待遇:“上述条件在适用时应考虑到这些产品的具体特征”。由于“少于3年的过去的期间能够被作为基于数量增加特别保障措施的参考期间”,且“对不同期间有不同的参考价值”,可以在基于价格下降的特别保障措施行动时使用,这会导致进口成员援用特别保障措施时实际上可不限于易腐烂产品和季节性产品。因此,有必要制定一个统一的目录,界定易腐烂产品和季节性产品,并对参考价格和参考期间补充具体的标准。

8. 在《农产品协议》特别保障条款中,没有对发展中国家的特殊和差别性待遇的规定。众所周知,农产品贸易对发展中国家有着重要的意义。因此,有必要考虑建立不同的标准或基础期间以使发展中国家能适应其各自的情况。

9. 尽管《农产品协议》第5条第7款规定了WTO在实施特别保障措施时应履行通知义务,但是,它并未规定通知的具体内容,在实践中,各成员的做法也各不相同。有学者认为,应对WTO成员的通知内容作出规定:即包括产品的描述、关税额、启动水平、进入领土内的进口数量、特别保障措施适用的期间、前三年的进口和消费等<sup>①</sup>。

## 第六节 《纺织品与服装协议》中的 过渡性保障措施条款

### 一、过渡性保障措施条款的制定

#### (一) 纺织品与服装领域多边贸易安排的发展概述

与农产品贸易的情况相似,纺织品与服装领域长期以来也严重游离于关贸总协定原则和规则之外。在GATT的主持下,对纺织品与服装领域的自由化进行了一系列的谈判,并达成了一系列

<sup>①</sup> 引自 Jai S. Mah 文。



成果<sup>①</sup>。但是,这些成果的普遍性和有效性都很有限,并不足以保障在纺织品与服装领域具有比较优势的发展中国家的利益。

1986年9月,乌拉圭回合多边贸易谈判开始。在确定本次多边贸易谈判的议程时,美国等缔约方极力主张把服务贸易自由化和与贸易有关的知识产权贸易问题纳入乌拉圭回合谈判的范围,这一主张遭到了广大发展中国家的反对。为了换取发展中国家对《服务贸易总协定》和《与贸易有关的知识产权协定》的支持,发达国家同意将长期游离于多边贸易规则的纺织品与服装领域纳入多边规范和监督的轨道。所以,在乌拉圭回合中,反映了发展中国家立场的《纺织品与服装协议》得以制定,并成为《建立WTO协定》附件一A的一部分<sup>②</sup>。《纺织品与服装协议》的宗旨是促进“将纺织品与服装领域逐步纳入1994年GATT”。这一纳入分为四个阶段,《协议》规定,到2005年1月1日,将纺织品与服装贸易完全纳入1994年GATT<sup>③</sup>。

---

① 有关谈判成果包括:1961年,达成了关于棉纺织品的国际贸易的短期安排(STA),1962年又达成了对棉纺织品的国际贸易的长期安排(LTA)。LTA施加了在5年的期间内每年对棉纺织品增加5%的进口的义务,并将GATT的原则开始引入纺织品与服装领域。1967年和1970年,LTA两次被修订。1974年达成了有关服装国际贸易的安排或称为多边纤维安排(MFA)。MFA与原来的多边安排相比,出现了若干的变化:首先,其规范领域不再仅限于棉纺织品,而是包括了涵盖棉类、羊毛类和人工纤维类的纺织品与服装。其次,按照MFA,纺织品与服装进口每年要增加6%。第三,成立了一个隶属于GATT的纺织品委员会,由它来负责监督MFA的实施。1977年、1981年、1986年和1991年,MFA四次被修订,1991年MFA的有效期是到1994年。

② 参见伯纳德·霍克曼等著,刘平等译《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》,法律出版社1999年版,第211页。

③ 参见《纺织品与服装协议》第2条第6款、第2条第8款第1项、第2项和第3项;第2条第13款和第14款第1项和第2项。

表 3—1 《纺织品与服装协议》纳入 1994 年 GATT 的四个阶段<sup>①</sup>

阶段	日期	纳入 1994 年 GATT 的产品比例	剩余配额的增长率
第一阶段	1995 年 1 月 1 日 ~ 1997 年 12 月 31 日	一成员附件所列产品 1990 年总 进口量的 16 %	16 %
第二阶段	1998 年 1 月 1 日 ~ 2001 年 12 月 31 日	一成员附件所列产品 1990 年总 进口量的 17 %	25 %
第三阶段	2002 年 1 月 1 日 ~ 2004 年 12 月 31 日	一成员附件所列产品 1990 年总 进口量的 18 %	27 %
第四阶段	2005 年 1 月 1 日后	全部纳入	全部纳入

## （二）《纺织品与服装协议》纳入进程存在的问题

除纳入时间表外《纺织品与服装协议》还在附件中对不同的产品种类规定了不同的纳入时间承诺。必须注意的是,首先,纳入是以数量为标准的而不是以产品的价值为标准的。其次,纳入产品的范围只限于下列四类产品:毛条和纱线;织物;人工纺织品;服装。第三,第一阶段和第二阶段的纳入承诺主要限于低附加值产品,而服装所占比例很小。例如,在第一和第二阶段,美国、挪威、加拿大、欧共体对服装产品的纳入承诺在总纳入产品承诺中所占的比例分别是 12.4%、10.6%、7.9% 和 7.2%。第四,在乌拉圭回合谈判中,进口方成员将附件范围延伸到了原来的 MTA 没有涵盖的许多产品。所以,第一阶段实际上只涵盖了一种原来受制于数量限制的产品,即向加拿大出口的工用手套。而第二阶段包括了更多的原来受限制的产品,但对发展中国家而言,由于附件范围延伸了,所以其从第二阶段的自由化得到的利益也在一定程度上被抵销掉了<sup>②</sup>。

可以看出《纺织品与服装协议》所实施的对纺织品和服装的

① 参见 WTO 官方网站 2002 年 1 月 15 日下载资料,网址 [www.wto.org](http://www.wto.org)。

② WTO 官方网站下载资料 纺织品监督机构 1997 年 11 月报告,文件号 G/L/179。

逐步自由化安排存在着“头轻脚重”的问题,具体地说,在第一、第二阶段仅涉及范围非常有限的产品,且前三个阶段的自由化的数量的总和也只有 51%,另外 49% 的自由化要等到第四阶段,也就是 2005 年 1 月 1 日才能实现。同时,在第一到第三阶段对哪些产品实现自由化是由进口国自行决定的,可以肯定地说,进口方成员,主要是发达国家,会将国内贸易保护主义势力最强的、因而最难实现自由化的产品推迟到第四阶段的 49% 中。换句话说,对发展中国家成员而言,在纺织品与服装贸易中最难克服的障碍,往往要等到 2005 年 1 月 1 日才能消除。根据 WTO 货物贸易理事会的一项报告,到 1998 年《纺织品与服装协议》实施中的“拖延自由化”的问题依然存在<sup>①</sup>。

### (三) 过渡性保障措施条款的制定及其含义

与农产品领域的情况一样,在《纺织品与服装协议》的谈判过程中,保障措施条款也是一个引起各方关注的议题。很多国家认为,既然已经有了 GATT 第 19 条和《保障措施协议》,就不应该再在纺织品与服装领域创设另一套保障措施规则。然而,美国、欧共体等发达国家极力主张在《纺织品与服装协定》中专门设立特殊的保障措施条款。经过艰苦的谈判,最终由《纺织品与服装协议》第 6 条规定了适用于纺织品与服装贸易的“过渡性保障措施”。

纺织品与服装领域的保障措施之所以命名为“过渡性”保障措施,是与《纺织品与服装协议》的纳入机制的特点密切相关的。与纳入机制的进程相对应,在一个成员将某一纺织品与服装产品纳入 1994 年 GATT 后,它如果要对这一产品的进口实施保障措施,就要以 1994 年 GATT 第 19 条和《保障措施协议》为标准;如果它尚未将这一产品纳入 1994 年 GATT,那么,它要对该产品的进口

<sup>①</sup> WTO 官方网站下载资料:货物贸易理事会《纺织品与服装协议纳入进程第一阶段概览》,1998 年 2 月报告,文件号 G/L/224。

实施保障措施,就可以以《纺织品与服装协议》第6条过渡性保障条款为依据<sup>①</sup>。从1995年1月1日开始,就不断地有产品不再适用《纺织品与服装协议》第6条过渡性保障条款,转而适用1994年GATT第19条和《保障措施协议》。到2005年1月1日,纺织品和服装领域的所有的产品将不再适用《纺织品与服装协议》第6条,转而适用1994年GATT第19条和《保障措施协议》。因此,《纺织品与服装协议》将第6条所规定的保障措施命名为“过渡性保障措施”(Transitional Safeguards)。

但是,“纳入机制”也给过渡性保障措施的实施带来了一系列问题,最突出的问题是过于复杂。由于各成员的纳入承诺的时间表和适用产品的范围各不相同,因此,一项产品可能在进口增加发生时尚未纳入1994年GATT,但在进行保障措施调查和采取保障措施时纳入了1994年GATT;而与此同时,一项产品可能对于一成员来说是纳入1994年GATT的产品,在采用保障措施时适用1994年GATT第19条和《保障措施协议》的规定,而对于另一成员来说却是没有纳入1994年GATT的产品,在采用保障措施时适用《纺织品与服装协议》过渡性保障条款。这是一种分散地适用两套规则而不是统一地适用一套规则的做法。其结果就是在纺织品与服装领域发生涉及保障措施的贸易纠纷或WTO有关机构对各成员的纺织品与服装保障措施进行审查时,不得不根据具体情况进行具体考察。只有确定了相关的产品法律地位后<sup>②</sup>,才能确定对该产品实施保障措施时所适用的法律,即是适用1994年GATT第19条和《保障措施协议》的一般性规定,还是适用《纺织品与服装协议》第6条过渡性保障条款。

① 《纺织品与服装协议》第6条第1款规定,任何成员均可对附件所涵盖产品实施过渡性保障措施,根据第2条的规定已纳入1994年GATT的产品除外。

② 即是纳入1994年GATT还是没有纳入1994年GATT?而且,根据国际法上的时际法的原则,应当适用在权力产生时的法律,那么应该以决定对该产品采取保障措施的时候为准,来考察该产品是否属于纳入1994年GATT的产品。

另外,有必要提请注意,《纺织品与服装协议》附件第 3 条规定,从 1995 年 1 月 1 日开始,过渡性保障措施就不能适用于下列三类产品:发展中国家成员家庭手工业制作的手工织物或纺织品和服装产品;1982 年以前在国际贸易中大量交易的传统贸易纺织品、纯丝产品。对这三类产品采用保障措施,应适用 1994 年 GATT 第 19 条和《保障措施协议》的规定。

## 二、援用过渡性保障措施的条件与援用一般性保障措施的条件之相同点

援用过渡性保障措施的条件在实质性条件等方面与一般性保障措施相似,具体来说:

首先,在援用过渡性保障措施的总原则方面,《纺织品与服装协议》第 6 条第 1 款规定:过渡性保障措施应尽可能谨慎地使用,应与《纺织品与服装协议》下的纳入进程的有效实施相一致。这与一般性保障措施相似。

其次,在援用过渡性保障措施的实质性条件方面,《纺织品与服装协议》第 6 条第 2 款规定:如根据一成员作出的确定,表明一特定产品进口至其领土内的数量增加对生产同类和/或直接竞争产品的国内产业造成严重损害或严重损害的实际威胁时,可以根据本条采取保障措施。应证明严重损害或严重损害的实际威胁是由于该产品进口量的增加造成的,而不是由于其他因素造成的。因此,过渡性保障措施的适用的实质条件与 1994 年 GATT 第 19 条和《保障措施协议》所规定的一般性保障措施的适用的实质条件相似。即过渡性保障措施适用的实质条件是(1)进口数量的大量增加(2)造成对国内同类或直接竞争产品的严重损害或严重损害的实际威胁(3)在进口增加与严重损害或严重损害威胁之间存在因果关系。与援用一般性保障措施的实质条件的不同之处在于,过渡性保障措施不要求因未预见的发展和履行 1994 年 GATT 或《纺织品与服装协议》的义务。但是,这不是过渡性保障措施与一

般性保障措施的核心性差别。

第三,在给予发展中国家特殊和差别待遇方面,过渡性保障措施条款也规定了对发展中国家的特殊和差别待遇,在适用过渡性保障措施时,要对下列国家的利益给以特殊考虑:最不发达国家;纺织品和服装出口量很小的国家;羊毛出口国家;出口加工再进口(reimportation)<sup>①</sup>。这也与一般性保障措施的相关规定类似。

### 三、两者的核心差异:有条件的歧视性适用

#### (一)允许过渡性保障措施的有条件的歧视性适用

过渡性保障措施与一般性保障措施的核心差异在于:一般性保障措施要求在保障措施调查中的“进口产品”的范围与该措施实施中的“进口产品”的范围应该一致。如果在调查中包括了来自某一成员的进口,那么在实施中就不应将来自该成员的进口排除在外<sup>②</sup>。也就是说,在GATT第19条和《保障措施协议》下的保障措施进行调查和确定进口增加对国内产业造成严重损害或严重损害的威胁时所涉及的进口产品,在实施保障措施时应该对这些产品不分来源地进行适用,即所谓的“非歧视适用”原则。而在过渡性保障措施中,在进行保障措施调查和确定进口增加对国内产业造成严重损害或严重损害的威胁时包括的是不分来源的“特定产品”<sup>③</sup>,但在实施过渡性保障措施时是在“成员对成员”(Member-by-Member)的基础上实施<sup>④</sup>。也就是说,在来自多个成员的产品的进口增加对国内成员造成严重损害或严重损害的威胁的情况下,却可以在实施过渡性保障措施时,只针对来自某个成员的进口

① 分别见《纺织品与服装协议》第6条第6款第1项、第2项、第3项和第4项。

② 参见“麦麸保障措施案”上诉机构报告。

③ 见《纺织品与服装协议》第6条第2款。

④ 见《纺织品与服装协议》第6条第4款第一句。

实施保障措施。这是一种与一般性保障措施的“非歧视适用”原则相反的、允许“歧视性适用”的适用方式。当然《纺织品与服装协议》也对这种“歧视性适用”规定了一定的限制：首先，要对一个或几个出口方成员歧视性适用过渡性保障措施，那么来自这个/些国家的进口必须存在显著突增或明显将突增的事实；其次，要比较这个/些成员与其他成员的进口情况及市场占有率，以及该进口产品与国内产品在同一销售阶段的售价，比如，在甲国市场内，来自 A 国的某一纺织品与 B 国的纺织品相比，进口量和市场占有率都不及 B 国，或者来自 A 国的纺织品在零售阶段的售价明显高于甲国国产纺织品，却只对来自 A 国的该产品实施保障措施，就是违反过渡性保障措施的适用规则的；第三，不能对已经被采用过过渡性保障措施和《协议》下的其他限制措施的国家实施保障措施<sup>①</sup>。基于以上分析，我们把过渡性保障措施的这一适用方式称为“有条件的歧视性适用”，这是它与一般性保障措施的一个关键的区别。

## （二）其他差异

### 1. 要求更短的适用期间

根据《纺织品与服装协议》第 6 条第 12 款的规定，对没有纳入 1994 年 GATT 的产品采取过渡性保障措施，其适用期间最长不得

---

① 《纺织品与服装协议》第 6 条第 4 款第二句规定：第 2 款和第 3 款所指的严重损害或严重损害的实际威胁是否归因于一个成员或多个成员，应在以下基础上确定：自该成员或多个成员中的每一个成员的进口急剧和实质性（substantial）的增加，无论是实际的还是迫近的（此种迫近的增加应是可衡量的。不应根据指控、猜测或仅仅是由于出口成员拥有生产能力而产生的可能性确定），以及与其他来源的进口、市场份额以及在商业交易的可比阶段进口和国内价格相比的进口水平。该保障措施不得对特定产品的出口已根据本协议受限的任何成员的出口实施。在 2001 年巴基斯坦诉美国“对来自巴基斯坦的精梳棉纱线的过渡性保障措施案”中，专家组将“急剧”解释为进口增加的速度，而将“实质性”解释为进口增加的数量。见该案专家组报告第 7.130 段。

超过 3 年。这一期间比一般性保障措施期间更短<sup>①</sup>。

## 2. 对进口水平逐年增加没有中期审议义务

《纺织品与服装协议》第 6 条第 13 款规定,如限制措施的实施时间超过 1 年,则随后各年的进口水平应在第一年确定的进口水平上每年至少增长 6%。这与《保障措施协议》第 7 条第 4 款“逐步放宽限制”的规定相似,但不同的是,《保障措施协议》还规定了如保障措施实施期间超过 3 年,则实施保障措施的成员有对这种“逐步放宽”进行中期审议的义务,而《纺织品与服装协议》过渡性保障条款没有中期审议的规定。

## 四、纺织品监督机构对过渡性保障措施的多边监督及其局限性

### (一) 过渡性保障措施的通知与协商要求

《纺织品与服装协议》第 6 条第 7 款规定了协商程序,一个拟议采取过渡性保障措施的成员应通知纺织品监督机构(Textiles Monitoring Body,以下简称 TMB)。作出通知后,协商程序启动。协商阶段的期间是 60 天。如果协商达成了相互谅解(第 6 条第 8 款),应从该谅解达成之日起 60 天内向 TMB 通知已达成谅解的限制措施的具体内容(第 6 条第 9 款)。同时,TMB 应在审查和建议程序中决定该谅解是否符合第 6 条的规定。如果协商程序不能达成相互满意的谅解,可以采取单边限制措施(第 6 条第 10 款)。该单边限制措施应在 30 天内通知 TMB,而 TMB 应在 30 天内对该措施进行审查并作出建议。从一定意义上说,过渡性保障措施的协商程序与 WTO 争端解决程序中的协商程序比较相似。

<sup>①</sup> 1994 年 GATT 第 19 条和《保障措施协议》下的一般性保障措施的适用最长期限是 4 年,且可以有最长为 4 年的延长期。



## (二) 临时性过渡保障措施的通知与协商要求

《纺织品与服装协议》第 6 条第 11 款规定,在迟延会造成难以弥补的损害的极不寻常和紧急的情况下,可采取临时的单边限制措施,条件是在采取措施后 5 个工作日内应提出磋商要求并通知 TMB。如磋商达成相互满意的谅解,应不迟于采取措施的 90 天内将该限制措施通知 TMB;如果磋商没有达成相互满意的谅解,应不迟于采取措施后 60 天内通知 TMB。在这种情况下,TMB 应对此进行审查并在 30 天内作出建议<sup>①</sup>。

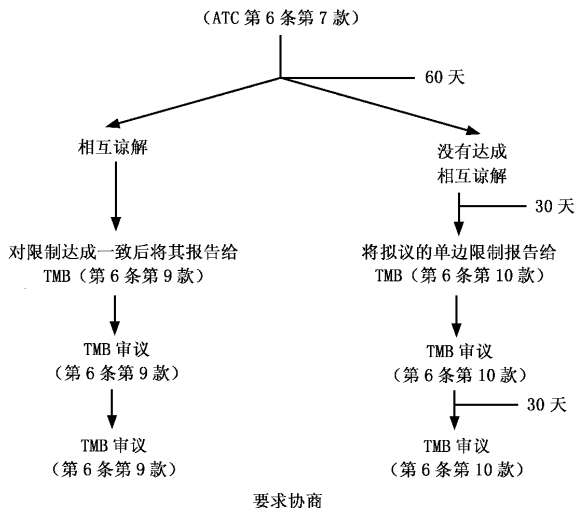


图 3—2 过渡性保障措施协商程序流程图

<sup>①</sup> 《纺织品与服装协议》第 6 条第 10 款和第 11 款规定的 TMB 的审查与建议的期间都是 30 天,这也与《纺织品与服装协议》第 8 条第 8 款相一致。第 8 条第 8 款规定:只要 TMB 被要求提出建议或调查结果,则该机构即应提出建议或调查结果,并最好在 30 天内,除非本协议有不同规定。

### (三) 纺织品监督机构对过渡性保障措施的多边监督及其限制

从以上规定可以看出,TMB 在过渡性保障措施的多边监督中发挥着重要的作用。《纺织品与服装协议》第 8 条第 1 款规定:TMB 应由 1 位主席和 10 位委员组成。其委员应具有平衡性和广泛的代表性,并应于适当的时间进行轮换<sup>①</sup>。TMB 委员以个人身份行使职权。从 1995 年 3 月到 7 月召开的第一次会议上,确立了 TMB 的工作程序规则,这一规则再次强调了委员的个人身份<sup>②</sup>。

同时《纺织品与服装协议》协议第 8 条第 2 款规定:TMB 内的协商一致不要求其审议的未决问题所涉及的成员任命的委员的同意或赞成。也就是说,TMB 的表决程序是一种“排除当事方的协商一致”。这是一个独特的表决程序,它不同于 WTO 争端解决程序中的“否定协商一致”,也不同于在其他政治性的机构如国际收支委员会中的“不排除当事方的协商一致”。从强化 WTO 过渡性保障措施的多边监督的角度看,这种表决方式有利于防止来自当事方的委员运用“否决权”阻挠 TMB 的建议的通过。但是,由于它仍然是一种“协商一致”,所以,即使来自当事方的委员没有了“否决权”,有关成员仍然可以运用其影响力使来自其他成员的委员提出不同意见,从而使 TMB 无法达成协商一致,并使 TMB 的审议审而无果。WTO 成立以来的数件案例表明,这种可能性是

① 1995 年 1 月,WTO 总理事会会对 TMB 的委员资格的地区分配作出了决定(并列国为一个选区)东盟国家;加拿大和瑞士;巴基斯坦和中国;欧共体;中国香港和韩国;印度和埃及/摩洛哥/突尼斯;日本;拉丁美洲和加勒比地区;美国;挪威、土耳其、捷克/匈牙利/波兰/罗马尼亚、斯洛伐克。另外,在上述十个委员之外,还允许有两个观察员,分别来自非洲和亚洲。到了 2001 年,WTO 对 TMB 的委员资格重新作了分配(括号内为轮换国)加拿大(挪威);哥伦比亚(乌拉圭、阿根廷);欧共体;埃及(印度);中国香港(韩国、孟加拉);日本;巴基斯坦(中国澳门);泰国(菲律宾);土耳其(捷克、瑞士);美国。参见 WTO2001 年度报告第 56 页。

② 该工作程序规则规定:TMB 的委员不服从、不接受其政府的指令或按其政府的指令行事,也不受任何其他组织或外来因素的影响,如果对 TMB 委员的以个人身份行事的能力有严重的怀疑,应向主席报告。见 TMB 报告 G/TMB/R/1。

现实存在的。如在 1995 年和 1999 年 TMB 对美国对哥斯达黎加和巴基斯坦实施的相关过渡性保障措施的审议中,由于 TMB 无法达成一致,最后受到过渡性保障措施影响的这两个国家只好提交 WTO 争端解决机制解决。当然,如果被援用方对 TMB 的结论不服,可以直接诉诸 WTO 争端解决机制解决。如在 1995 年印度对 TMB 就美国对印度实施的过渡性保障措施的审议的结论不服,就向 WTO 争端解决机制起诉,而专家组和上诉机构的相关裁定实际上否定了 TMB 的结论。

### 五、过渡性保障措施的特殊争端解决程序

WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)第 1 条第 2 款规定:本谅解的规则与程序的适用,因按照本谅解附件二所指明的载入各适用协议的争端解决特殊或附加规则和程序。在本谅解规则与程序与附件二的特殊或附加规则及程序发生冲突时,后者应优先。在 DSU 附件二中,明确列举了《纺织品与服装协议》第 6 条第 9 款至第 11 款。因此,过渡性保障措施适用特殊争端解决程序。《纺织品与服装协议》第 6 条第 9 款至第 11 款的内容上文已作论述。

关于过渡性保障措施的争端解决,除适用《纺织品与服装协议》第 6 条有关协商程序的规定外,还可以适用下列 3 种程序:首先,根据《纺织品与服装协议》第 8 条第 5 款规定,如该协议规定的双边磋商未能达成双方同意的解决办法,则 TMB 在当事双方中任何一方的请求下,应向有关成员提出建议。其次,第 8 条第 6 款规定,在任何成员的请求下,TMB 应迅速审议该成员认为损害其在本协议项下的、且其与有关成员的磋商未能达成双方满意的解决办法的任何具体事项。最后,第 8 条第 10 款规定,如一成员认为自己不能遵守 TMB 的建议,则应在收到该建议后不迟于 1 个月向 TMB 提供理由。在对提供的理由进行全面的审议后,TMB 应立即提出其认为适当的进一步建议。如在提出该进一步建议后

问题仍未能解决,则当事双方中的任何一方均可将此事项提交争端解决机制,并援引 1994 年 GATT 第 23 条和 DSU 的有关规定,也就是说,可以不经 GATT 第 22 条下的协商程序,就直接请求建立专家组。

所以,关于过渡性保障措施的贸易争端,首先可以由双方进行双边谈判和协商;如协商不能成功,可以由 TMB 进行和解;如果和解不成,可以直接进入 WTO 争端解决程序法律阶段进行解决。

## 六、过渡性保障措施的适用情况

根据 WTO 官方网站公布的资料,截止到 2000 年 1 月, WTO 成员中一共实施了 61 件过渡性保障措施,但这 61 件过渡性保障措施的援用方只集中于 4 个成员。其中,美国采取得最多,共 28 件,其他的 33 件是由阿根廷、巴西和哥伦比亚 3 个拉美国家所援用<sup>①</sup>。参见表 3—2。

表 3—2 援用过渡性保障措施情况表

	1995	1996	1997	1998	1999	总数目
总数目	24	8	2	10	17	61
美国	24	1	2	1	0	28
巴西	0	7	0	0	0	7
阿根廷	0	0	0	0	17	17
哥伦比亚	0	0	0	9	0	9

由于美国在 1995 年大量地援用过渡性保障措施,引起了巴基斯坦等发展中国家的不满。它们认为,在美国援用的大多数过渡性保障措施中,美国没有遵守《纺织品与服装协议》第 6 条下的义

① 值得注意的是,这 3 个拉美国家采用的 33 件过渡性保障措施除哥伦比亚在 1998 年采取的 5 件是针对美洲国家和阿根廷在 1999 年采取的 5 件是针对巴西之外,其余 23 件都是针对亚洲国家的。

务。在 1996 年 11 月举行的 WTO 新加坡部长会议上,它们要求 WTO 对此采取行动,强化过渡性保障措施的纪律,保障纺织品与服装出口方的合法权利。发展中国家的这一呼吁得到了大多数成员的赞同。在《新加坡部长会议宣言》中,要求“应该尽可能谨慎地适用过渡性保障措施”,同时宣言也敦促 TMB 加强透明度:“考虑到 TMB 的准司法性质,它应该在对其调查结果和建议提供论证来加强其透明度。而且,TMB 只要被要求,就应该作出调查结果和建议”<sup>①</sup>。

### 七、涉及过渡性保障措施的案例及简要评述

自 1996 年以来,已经对 3 件关于过渡性保障措施的贸易争端在 WTO 争端解决机制得以解决。它们是 1996 年哥斯达黎加诉美国“对来自哥斯达黎加的内衣的数量限制案”(案号 WT/DS24)、1996 年印度诉美国“影响针织羊毛衬衣和上衣进口的措施案”(案号 WT/DS33)和 2000 年巴基斯坦诉美国“对来自巴基斯坦的精梳棉纱线的过渡性保障措施案”(案号 WT/DS192)<sup>②</sup>。WTO 的专家组和上诉机构在其报告中对过渡性保障措施条款作出了若干重要的澄清和解释。

1996 年哥斯达黎加诉美国“对来自哥斯达黎加的内衣的数量限制案”(以下简称“内衣案”)的案情是:1995 年 3 月 25 日,美国对来自哥斯达黎加的棉质和化纤内衣进口实施过渡性保障措施调查。双方在协商程序中未达成一致。1995 年 6 月 23 日,美国宣

---

① WTO, *Singapore Ministerial Declaration*, December 1996, WT/MIN(96)DEC, 转引自 Kenneth A. Reinert, *Give Us Virtue, But Not Yet: Safeguard Actions Under the Agreement on Textiles and Clothing*, *The World Economy*, Vol. 23(2000), No. 1, p. 35.

② 此外,2000 年巴西诉阿根廷“对原产于巴西的特定棉织纤维和棉混纺织物的过渡性保障措施案”(案号 WT/DS190)尚在进行中。

布从3月27日起实施为期12个月的过渡性保障措施<sup>①</sup>。同时,美国将争端提交给TMB。TMB认为美国未能证明其国内产业受到进口产品的严重损害,但是在是否受到严重损害的威胁的问题上,TMB未能达成一致。因此TMB建议双方继续进行谈判。在这之后,双方多次谈判未果。1996年2月,哥斯达黎加请求专家组,1996年3月,专家组成立,1996年11月8日,专家组作出报告。1996年11月11日,哥方提出上诉。1997年2月10日,上诉机构裁定美国败诉。1997年2月25日,DSB通过了上诉机构报告和经过修改的专家组报告。

1996年印度诉美国“影响针织羊毛衬衣和上衣进口的措施案”(以下简称“衬衣案”)的案情是:1995年,美国对来自印度的羊毛衬衣和上衣实施过渡性保障措施调查。双方进行了协商但未达成协议,于是提交TMB。TMB审查后认为“美国证明了印度出口的羊毛衬衣和上衣造成了美国产业的严重损害威胁”。印度对此不服,要求TMB复审。TMB复审后认为,除了已经得出的结论,不需要提出任何建议。1996年3月,印度请求成立专家组。1996年4月,专家组成立。1997年1月,专家组报告作出。1997年2月,印度提出上诉。1997年4月25日,上诉机构裁定美国败诉。1997年5月23日,DSB通过了上诉机构报告和经过修改的专家组报告。

2000年巴基斯坦诉美国“对来自巴基斯坦的精梳棉纱线的过渡性保障措施案”(以下简称“棉纱案”)的案情是:1998年末,美国对来自巴基斯坦的精梳棉纱线进口发起保障措施调查。12月24日,美国根据《纺织品与服装协议》(以下简称ATC)第6条第7款要求与巴进行协商。根据ATC第6条第7款,也向TMB主席通

---

① 美国在1995年6月宣布从3月开始实施有关措施的行为实际上涉及“追溯适用保障措施”的问题,上诉机构认为《纺织品与服装协议》第6条不允许追溯适用保障措施。

知了协商要求。1999 年 2 月 10 日~11 日,美巴进行协商,但未达成相互谅解。1999 年 3 月 5 日,根据 ATC 第 6 条第 10 款,美国表明将实施保障措施,期限是 1 年,形式是数量限制。1999 年 3 月 17 日,美国开始实施保障措施,并通知了 TMB<sup>①</sup>。1999 年 4 月, TMB 审查并三次听取双方陈述,建议美国撤销其限制措施。1999 年 5 月 28 日,美国根据 ATC 第 8 条第 10 款通知 TMB 它不能遵守 TMB 的建议。1999 年 6 月 23 日~24 日,根据 ATC 第 8 条第 10 款, TMB 审查了美国不遵守建议的理由。TMB 再次建议美国重新考虑其立场,并撤销措施。1999 年 8 月 6 日,美国通知 TMB,它认为 ATC 第 6 条可证明其行动正当,它将继续实施保障措施。1999 年 11 月 15 日~16 日,美巴又协商一次,但未达成相互同意的谅解。2000 年 3 月 17 日,美国根据 ATC 第 6 条第 12 款,将保障措施又延长了一年。2000 年 4 月 3 日,根据 ATC 第 8 条第 10 款、1994 年 GATT 第 23 条和 DSU 第 6 条,巴基斯坦要求建立专家组。2000 年 6 月 19 日,专家组建立。欧共体和印度作为第三方。2001 年 5 月 31 日,专家组报告作出并传阅。专家组认为,美国实施的过渡性保障措施与 ATC 第 6 条不符。具体说:(1)与美国在第 6 条第 2 款下的义务不符,因为美国没有证明有关进口造成了对国内产业的严重损害的实际威胁;(2)与美国在第 6 条第 4 款下的义务不符,因为美国没有审查来自墨西哥的进口的影响。专家组建议 DSB 要求美国使其保障措施与 ATC 下的义务相符,并建议,这最好通过保障措施的迅速取消来完成。2001 年 7 月 19 日,美国提出上诉。2001 年 10 月 8 日,上诉机构作出报告,支持专家组的结论。2001 年 11 月 7 日,DSB 通过上诉机构报告和经过修改的专家组报告。

从上述涉及过渡性保障措施的案例来看,首先,起诉方都是发

---

① 2000 年 3 月 17 日和 2001 年 3 月 17 日,美国又将过渡性保障措施两次延长,每次各延长一年。

展中国家,被诉方都是作为超级大国的美国,案件结果都是美国败诉。美国败诉后,按照 DSB 的裁定调整或取消了过渡性保障措施。发展中国家在双边协商和 TMB 内和解中没有实现的合法权利,在 WTO 争端解决机制中得到了维护。

其次,WTO 专家组和上诉机构在这些案例中,对援用过渡性保障措施的条件中的一些重要问题,如“举证责任的分配”、“严重损害或严重损害的归因性”、“国内产业”、“对出口加工再进口的优惠待遇”、“临时过渡性保障措施可否追溯适用”等,进行了缜密的解释,这对于澄清过渡性保障措施条款的含义,促进各成员对它的理解具有重要意义。

第三,可以诉诸 WTO 争端解决程序,极大地加强了对过渡性保障措施的审查与监督。诚然,TMB 在对过渡性保障措施的监督中,发挥了不可替代的重要作用。但是,由于机制方面的弱点,在实践中 TMB 存在着“审而无果”、“审而不公”等问题,而 WTO 争端解决机制从一定程度上改善了这种状况。如在前述“内衣案”和“棉纱案”中,由于 TMB 无法就相关过渡性保障措施达成协商一致,受到过渡性保障措施影响的两个国家只好提交 WTO 争端解决机制解决。最后 DSB 裁定美国败诉,要求其撤销或修改其过渡性保障措施。又如在“衬衣案”中,印度对 TMB 的结论不服,转而向 WTO 争端解决机制起诉,而专家组和上诉机构的相关裁定实际上否定了 TMB 的结论。这表明,发展中国家在遭受发达国家的不公正的过渡性保障措施而相关的协商和 TMB 内的和解又不能解决问题时,可以通过诉诸 WTO 争端解决机制的方式来维护自己的合法权利。同时,由于 WTO 争端解决机制的参与,WTO 对过渡性保障措施的多边监督也大大加强。如前引数据表明,在“内衣案”和“衬衣案”的 DSB 裁定作出后,美国援用过渡性保障措施的次数就大幅度地下降了。

从 2002 年 1 月 1 日起,《纺织品与服装协议》纳入 1994 年 GATT 的进程进入第三阶段。将来的几年是纺织品与服装领域的



贸易自由化力度最大,也是难度最大的一段时期。可以预见,发达国家将援引过渡性保障措施条款,以缓冲来自发展中国家的纺织品与服装的进口增加对其国内产业的巨大冲击。届时,将会出现更多的过渡性保障措施和更复杂的法律问题,我们期待着 WTO 有关机构公正合理地处理这些问题,以维护发展中国家在经济全球化进程中的应有权利。

## 第七节 《服务贸易总协定》中的 紧急保障措施条款

### 一、紧急保障措施条款谈而无果的现状

从理论上说,保障措施不仅可以适用于货物贸易领域,也可以适用于服务贸易领域。然而,从严格法律意义上说,对于服务贸易领域的保障措施,WTO 尚未形成明确而具体的法律规范。通观《服务贸易总协定》(GATS),仅在其第 10 条对适用于服务贸易领域的“紧急保障措施”(Emergency Safeguard Measures,ESM)提出了继续谈判的要求,而并未规定具体规则<sup>①</sup>。WTO 成立后,各成员在“GATS 规则工作组”中对“紧急保障措施”的具体规则继续进行谈判<sup>②</sup>。但是到 1998 年,第 10 条中规定的 3 年的时间限制已经过去,各成员仍然未能对服务贸易中的“紧急保障措施”达成一项协议,对“紧急保障措施”的具体规则的谈判不得不继续进行。1999 年 6 月,GATS 规则工作组向 GATS 理事会请求将关于“紧急保障措施条款”的谈判的最后期限延长到 2000 年 12 月 15 日。

---

① GATS 第 10 条规定:“应就在非歧视原则基础上的紧急保障措施问题进行多边谈判。此类谈判的结果应在不迟于《建立 WTO 协定》生效之日起 3 年的一日期生效。”

② GATS 工作组(The Working Party on GATS Rules)的主要职能是对紧急保障措施(GATS 第 5 条)、政府采购(GATS 第 13 条)和补贴(GATS 第 15 条)的具体规则进行谈判。

2000 年 12 月 ,GATS 规则工作组再次向 GATS 理事会请求将关于“ 紧急保障措施条款 ”的谈判的最后期限延长到 2002 年 3 月 15 日。GATS 理事会批准了这一请求<sup>①</sup>。不过 ,到 2002 年 3 月 15 日 ,WTO 仍然没有公布这一谈判的结果。

“ 紧急保障措施 ”的具体规则之所以迟迟未能出台 ,主要是因为 WTO 成员对于在服务贸易领域制定保障措施多边规则的“ 必要性 ”以及应采用何种规则等关键问题上仍存在着较大的分歧。以美国为代表的在服务贸易领域具有比较优势的发达国家认为 ,在服务贸易领域没有必要采取保障措施 ,也没有必要为此制定多边规则。而大部分发展中国家对此持反对观点。它们认为有必要在特定的情况下在服务贸易领域采取保障措施 ,并有必要为此制定多边规则。此外 ,各成员还在“ 紧急保障措施 ”适用条件的一些关键性的问题 ,如“ 进口 ”、“ 国内产业 ”、“ 同类或直接竞争的服务 ”等问题上无法达成一致。这导致了“ 紧急保障措施条款 ”的谈判屡谈屡败 ,却又屡败屡谈的局面。由于 GATS 规则工作组尚未对“ 紧急保障措施 ”的具体规则达成协议并加以公布 ;而且在 WTO 成立 6 年中 ,也没有成员援用 GATS 第 10 条的实践。所以 ,要对“ 紧急保障措施 ”进行条文分析和实证分析 ,尚待时日。本书对 GATS“ 紧急保障措施条款 ”的论述仅限于理论上的分析。

## 二、发达国家和发展中国家围绕紧急保障措施条款相关问题的争论

### (一) 紧急保障措施条款的必要性

发达国家和发展中国家在紧急保障措施的必要性问题上存在着较大的分歧 ,这也是关于紧急保障措施具体规则的谈判中的一个焦点问题。“ 紧急保障措施条款的必要性 ”主要涉及两个方面 :

<sup>①</sup> 见 GATS 工作组 1999 年年度报告和 WTO2001 年年度报告。

其一是 WTO 成员在服务贸易领域是否有在特定情形下采用保障措施的必要性,其二是在 GATS 中的现有的“灵活性”条款是否能够发挥保障措施的作用从而替代保障措施。

以美国、欧共体、加拿大和日本为代表的发达国家对在服务贸易领域采取保障措施并为此制定多边规则的必要性提出质疑<sup>①</sup>。其理由是:首先,GATS 已经生效 6 年多了,在这期间,各成员从未援用过紧急保障措施。相反,很多成员继续开放其市场并扩大其承诺范围。这表明,对于各成员在服务贸易领域的现有承诺,没有必要适用保障措施。对现有承诺适用保障措施是一种倒退,甚至会阻碍 GATS 的宗旨和目的的实现。其次,在 GATS 中已经对各成员规定了相当大的灵活性。如 GATS 允许最惠国待遇原则的例外(第 2 条第 2 款和第 3 款),国民待遇原则也受制于列出的条件和资格(第 17 条)。在市场准入方面,只是要求各成员在其时间表中具体承诺的领域允许市场准入(第 16 条)。换句话说,各成员可以将一定的部门和模式从其承诺中排除。另外,GATS 第 21 条允许各成员对时间表承诺重新进行谈判。GATS 的这种灵活性为各成员在事前承诺和事后修改其承诺方面提供了极大的余地。有了这些“灵活性”条款,就没有必要再采用保障措施,也没有必要再制定或细化紧急保障措施条款。即使有必要制定紧急保障措施的具体规则,该规则也应该只适用于各成员在服务贸易领域的未来的承诺(即在紧急保障措施具体规则生效后各成员作出的新承诺),而不应适用于既有承诺。

---

① WTO, *Working Party on GATS Rules, Communication from U. S. -Desirability of a Safeguard Mechanism for Services: Promoting Liberalization of Trade in Services*, S/WPGR/W/37, 2 October 2001. *Services Week: Time Running Out For Safeguard Measures*, BRIDGES Weekly, Volume. 5, Number. 40, 8 November 2001. Gilles Gauthier, *World Trade Organization Negotiation on Trade in Services: Discussion Paper on Emergency Safeguard Mechanism*, June 2001. 2002 年 3 月 21 日因特网下载资料,网址 [www. fin. gc. ca/activty/fininst/esm](http://www.fin.gc.ca/activty/fininst/esm)。

上述观点遭到了发展中国家的反驳<sup>①</sup>。有学者将发展中国家的观点总结如下:首先,对于一个有长期潜在竞争力的国内服务产业,如果由于外国服务的大量增加而出现暂时的困难,是有必要由政府提供短期的救济的。如果没有紧急保障措施的具体规则提供这样的救济,当在服务贸易领域进行具体承诺并制定时间表时,各成员尤其是发展中国家很可能因顾忌紧急情况而对服务贸易的自由化持保守观望态度,最终影响服务贸易自由化发展的进程。紧急保障措施具体规则的制定,将为各成员针对在当前未预见到的服务贸易自由化给国内产业所带来的风险提供救济,并因此劝诱它们在服务贸易自由化中作出更高的承诺。在这个意义上,紧急保障措施的具体规则对于服务贸易领域自由化是非常重要的。其次,所谓的 GATS 中的“灵活性”条款不是,也不能用于保护相关的国内产业,使其免于服务进口大量增加对其造成损害的目的。例如,第 21 条第 1 款第 1 项规定“一成员可以在该承诺已生效之日起 3 年后的任何时间,修改或撤回在其时间表内的任何承诺”。那么,对承诺的任何修改,必须在该承诺生效 3 年之后。第 21 条还要求修改其承诺的成员与受到影响的其他成员协商,以达成可接受的补偿,但在实践中,协商也很有可能被拖延,使各成员难于及时对服务进口大量增加对国内产业造成严重或严重损害的威胁的紧急情况作出反应。况且,紧急情况所带来的问题往往是暂时的,所以保障措施也应该具有暂时性,而第 21 条规定的具体承诺的修改并不是一个暂时性措施。另外,第 21 条修改程序比较严格

---

① 也有少数发展中国家如印度、墨西哥对为紧急保障措施制定具体规则持反对态度。它们担心,如果允许在服务贸易领域特别是对自然人流动模式采取保障措施,将对这些国家的劳务输出造成不利影响。参见 *Services Week: Time Running Out For Safeguard Measures*, BRIDGES Weekly, Volume. 5, No. 40, 8 November 2001.

且耗费时间,它不能使各成员在紧急情况下获得及时的救济<sup>①</sup>。

## (二) 制定紧急保障措施条款具体规则所借鉴的立法模式

如前所述,WTO 在货物贸易领域现有三种涉及保障措施的多边规则:第一种是 1994 年 GATT 第 19 条和《保障措施协议》;第二种是《农产品协议》第 5 条“特别保障措施条款”,第三种是《纺织品与服装协议》第 6 条“过渡性保障措施条款”。那么,这些既有规则能不能借鉴或“移植”到适用于服务贸易领域的“紧急保障措施”的多边规则呢?如果能,能够借鉴或移植的程度是多大?如果不能,原因是什么?有没有解决的办法?

美国认为,即使要在服务贸易领域制定保障措施条款,那也应该借鉴《农产品协议》第 5 条“特别保障措施”的模式<sup>②</sup>。特别保障措施条款规定了由于特定的农产品进口数量增加和进口价格下降,各成员可以援用特别保障措施。启动特别保障措施,不要求严重损害或严重损害的威胁,也不要求进口增加与严重损害或严重损害的威胁之间的因果关系。但是,援用特别保障措施要求在进口数量、进口价格以及国内消费等方面具有精确的信息资料,而在服务贸易领域,由于其服务性质的无形性、服务形式的多样性和服务部门的复杂性,要在进口数量、进口价格以及国内消费等方面获得精确的统计资料是非常困难的。即使可以获得这样的资料,由于服务交易的复杂性,只基于一个简单的标准,如进口增加或进口价格减少,就决定适用紧急保障措施也是不合理的。所以,“特别保障措施模式”很难借鉴适用于紧急保障措施。

① Yong-Shik Lee, *Emergency Safeguard Measures under Article X in GATS—Applicability of the Concepts in the WTO Agreement on the Safeguards*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 4, p. 49.

② WTO, *Working Party on GATS Rules, Communication from U. S.—Desirability of a Safeguard Mechanism for Services: Promoting Liberalization of Trade in Services*, S/WPGR/W/37, 2 October 2001.

对于《纺织品与服装协议》第 6 条“过渡性保障措施”,尽管其适用条件与《保障措施协议》的适用条件相似,但是过渡性保障措施可以选择性地适用于一个或几个出口成员,这与 GATS 第 10 条本身所明确要求的“在非歧视原则基础上的紧急保障措施”的规定相矛盾。因此,“过渡性保障措施模式”似乎也不能适用于紧急保障措施。

有学者极力主张将 1994 年 GATT 第 19 条和《协议》中的一般保障措施多边规则借鉴适用于紧急保障措施。他不仅主张将紧急保障措施定义为“作为未预见的发展和一成员履行 GATS 下的义务的结果,服务的进口数量大量增加以致对国内同类或直接竞争服务造成严重损害或严重损害的威胁,可以针对该进口采用临时性措施”,而且认为,紧急保障措施的具体规则,如与国内服务相比数量增加、同类或直接竞争服务、调查、严重损害或严重损害的威胁的确定、临时性保障措施、保障措施的期间、保障措施的复审、减让水平以及给予发展中国家优惠待遇、通知与协商、多边监督和争端解决等,都可以借鉴一般性保障措施多边规则来加以制定<sup>①</sup>。但是,另有学者对这一观点提出了质疑。

### (三)紧急保障措施条款应采用统一机制还是单个部门机制

在制定紧急保障措施的具体规则的谈判中,各方对紧急保障措施规则应该统一适用于所有的服务产业,还是应该在单个模式或部门中制定独立的保障措施规则的问题也展开了激烈争论。

发达国家成员赞成单个部门方式,即在各成员的承诺时间表上,对具体的产业规定不同的紧急保障措施条款。其理由是单个部门方式能够满足单个服务部门的独特要求。而大多数发展中国

<sup>①</sup> Yong-Shik Lee, *Emergency Safeguard Measures under Article X in GATS—Applicability of the Concepts in the WTO Agreement on the Safeguards*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 4, pp. 47~59.

家成员主张,单个部门方式将会导致灵活性过大,从而将导致紧急保障措施体制的“复杂化”和“碎片化”。同时,单个部门方式只会有利于具有强大谈判实力的大国,而中小国家既不能切实参与谈判,也不能确保谈判结果反映它们的利益<sup>①</sup>。与对不同的服务部门适用不同的保障措施机制相比,对服务贸易统一适用保障措施的做法可以通过对损害的充分评估,更好地适应每一个服务模式或部门的不同特征。因此,紧急保障措施机制应适用于所有服务部门<sup>②</sup>。

### 三、一般性保障措施多边规则借鉴适用于紧急保障措施所遭遇的难题

如前所述,有学者认为,一般性保障措施多边规则可以借鉴适用于紧急保障措施的具体规则,然而,另有学者认为,由于服务贸易的特殊性,一般性保障措施多边规则借鉴适用于紧急保障措施将遇到诸多的难题<sup>③</sup>。具体来说,这些难题有:

#### (一) 进口”的界定

一般性保障措施的适用条件首先是进口的大量增加。然而,在服务贸易中,如何确定“进口”将遇到不同程度的困难。GATS第1条规定了服务贸易的四种模式:跨境交易、消费者的流动、商业存在和自然人流动。对于第一种模式(跨境交易),确定进口没

① Yong-Shik Lee, *Emergency Safeguard Measures under Article X in GATS—Applicability of the Concepts in the WTO Agreement on the Safeguards*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 4, p. 50.

② WTO, Working Party on GATS Rules, S/WPGR/M/19, 21 January 1999 and S/WPGR/M/20, 17 March 1999.

③ Gilles Gauthier, Erin O'Brien and Susan Spencer, *Déjà Vu, or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade*, in Rierrs Sauvé, Robert M. Stern (eds.), *GATS 2000 New Directions in Services Trade Liberalization*, The Brookings Institution, 2000, pp. 165~183.

有很大的难度,因为它属于传统意义上的“进口”,且对这一模式的服务贸易的限制可以通过限制外国服务提供者在进口国的销售的方式实施。而对于第二种模式(消费者的流动),由于它不是服务或服务提供者的“进口”或“进入”,而是消费者出境消费国外服务,服务交易的发生地是在出口国。所以,对这一模式的“进口”将很难确定。对于第三种模式(商业存在),这种模式下的“进口”将涉及两种情况:建立新的商业存在;以及已经建立商业存在的外国服务提供者的销售。如果说前一种情况可将其归于“进口”的话,那么由于已经建立了商业存在的外国服务提供者在法律上往往是国内法人,对这类产业提供的服务就很难将其归于“进口”之列。对于第四种模式(自然人流动)，“进口”的概念似乎就更加难于适用了。

## (二) 国内产业”的界定

在一般性保障措施中,“国内产业”应受到严重损害或严重损害的威胁,且保障措施的启动往往开始于“国内产业”的申请。但是,在服务贸易中,“国内产业”可能包括国内服务提供者和已经在该国建立了商业存在的外国服务提供者。引发的问题是:“国内产业”是应该包括位于一国领土范围内的所有服务提供者呢?还是应该将在当地建立商业存在的外国服务提供者排除?如果排除了在当地建立商业存在的外国服务提供者,又会引出一系列的问题:是否将这类服务归于“进口”?换句话说,在保障措施调查确定“进口增加”时是否将已经在当地建立商业存在的外国服务提供者提供的服务计为“进口”?在实施保障措施时是否也适用于这类服务提供者?另外,将在当地建立商业存在的外国服务提供者排除在“国内产业”之外会不会引起“国民待遇”方面的问题?除了上述这些法律上存在的问题外,发达国家还担心,允许对已经在当地建立商业存在的外国服务提供者提供的服务适用保障措施,将使其海外投资的风险增加,而发展中国家担心,对已经在当地建立商业存



在的外国服务提供者提供的服务实施保障措施,将使投资者存有顾虑,从而阻碍发展中国家吸引外资。所以,在保障措施是否适用于已经在当地建立商业存在的外国服务提供者提供的服务的问题上,发达国家和发展中国家的意见比较一致,即应该谨慎适用或避免适用<sup>①</sup>。

### (三) 适用紧急保障措施的条件

一般性保障措施适用的前提是进口产品的大量增加对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业造成严重损害或严重损害的威胁。但将这一条件借鉴适用于服务贸易领域会遇到下列问题:

首先,很难确定“同类或直接竞争的服务”。因为服务通常是为消费者“量身定做”的,由于消费对象的不同,服务之间的差异很难加以比较。同时,服务往往又是无形的,很难在一外国服务和国内服务之间就其“同类性”或“直接竞争性”进行比较。

其次,由于服务贸易的多样性、无形性,在服务贸易领域很难及时获得精确的统计资料,这使得各成员难以及时掌握充分的关于“进口是否大量增加”、“是否构成严重损害”的信息,从而无法确定进口增加和严重损害或严重损害的威胁,因果关系的确定更是无从谈起。

总之,发达国家和发展中国家在服务贸易自由化中所获利益不同,它们对紧急保障措施的态度也各异,这使得紧急保障措施的具体规则迟迟未能形成。但是,无论将来的紧急保障措施具体规则将采用什么样的模式,都应该遵循下列原则:非歧视适用;事先或及时通知;暂时性适用;逐步取消;明确规定措施的形式;在WTO争端解决机制下解决争端;适当考虑已经建立商业存在的

---

<sup>①</sup> WTO, Working Party on GATS Rules, *Communication from U. S. -Desirability of a Safeguard Mechanism for Services: Promoting Liberalization of Trade in Services*, S/WPGR/W/37, 2 October 2001.

外国服务提供者的“既有权利”等<sup>①</sup>。只有这样,才能既确保保障措施的统一性,又反映服务贸易的特殊性,既保障发展中国家的利益,又反映发达国家的要求,既保障并推动服务贸易自由化进程,又使紧急保障措施不被滥用或错误使用。我们期待着在 WTO 新一轮回合谈判中,能够就紧急保障措施具体规则取得突破性的进展。

## 第八节 WTO 保障措施条款尚需改进和澄清的问题

### 一、“非歧视性适用”所留下的法律漏洞

如前所述《保障措施协议》明文规定“实施保障措施须针对某一进口产品而不管其来源”,并明确废止“灰色区措施”。尽管如此,保障措施的“非歧视性适用”的要求仍留下了若干的法律漏洞。首先《协议》对“灰色区措施”的废止仅是对政府间“灰色区措施”协议的废止,对于私人企业间在政府支持下达成的“灰色区措施”协议《协议》规定“不得鼓励和支持”,这实际上难于消除个别成员通过私人企业间的方式订立“灰色区措施”来达到规避《协议》法纪的目的。其次,按照《协议》第 5 条第 2 款第 2 项的规定,对采取数量限制形式的保障措施(它是目前各成员适用保障措施的一种普遍形式),如从某一成员的进口在有代表性的时期内占到有关产品进口增长的不相称的百分比时,进口方可违背(1)项非歧视性分配配额的要求,即可以专门针对该成员进行限制。这作为非歧视原则的例外,实质上体现了一定程度的选择性。虽然《协议》竭力构

---

① Gilles Gauthier, Erin O'Brien and Susan Spencer, *Déjà Vu, or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade*, in Riems Sauvé, Robert M. Stern (eds.), *GATS 2000 New Directions in Services Trade Liberalization*, The Brookings Institution, 2000, pp. 165~183.

筑了严格的条件<sup>①</sup>,但其关键措施非常含糊,例如:“不相称的百分比”是多少?如何衡量是否“公平”?都无一个确定的标准,这将为任意解释留下了缺口。有关问题尚待 WTO 有关机构作出澄清和解释。第三,按照《协议》第 11 条第 1 款第 3 项,目前《协议》的适用范围有限,它不适用于其他协议中仍然有效的特殊保障措施条款,如《纺织品与服装协议》第 6 条过渡性保障措施和《农产品协议》第 5 条特别保障措施。我们从前面的论述已知,过渡性保障措施的适用是允许歧视性的,而特别保障措施由于其独特的启动标准,在其实际适用中也常常会带有歧视性。有必要提请注意的是,在蒙古、中国等国家加入 WTO 的议定书中,规定了 WTO 其他成员对来自这些国家的产品可以选择性地适用保障措施。尽管这些选择性保障措施条款有一定的期限,尽管这些议定书与《协议》的法律效力等级并不明确<sup>②</sup>,但是,它毕竟使这些国家在公平地适用保障措施多边规则方面的权利受到了损害。而且,一旦选择性保障措施被滥用,还将严重破坏《协议》的宗旨和目的。我们期待着有关国家谨慎地适用选择性保障措施,也期望 WTO 对选择性保障措施能进行力所能及的规范和监督。

## 二、“未预见的发展”的法律地位问题

如前所述,在 GATT 第 19 条中包括了“未预见的发展”这一措词,而在《协议》中没有这一要求。在“韩国保障措施案”中,上诉机构从条约有效解释的角度出发,声称在援用保障措施时,“未预

① 其实质要件有 (1) 在有代表性的时间内,从某一成员的进口在有关产品进口的总增加中占到不相称的比例 (2) 理由正当 (3) 对该产品的所有供应者公平 (4) 只能针对“严重损害”,而不能适用于“严重损害的威胁” (5) 措施形式只能是数量限制; (6) 措施期限不得超过 4 年。其程序要件有 (1) 在保障措施委员会主持下进行了第 12 条第 3 款项下的磋商 (2) 向委员会提供了严重损害的全部有关证据。

② 参见下文关于《中国加入 WTO 议定书》第 16 条“特定产品过渡性保障机制”的论述。

见的发展”不是一个独立的条件,但是如果一个 WTO 成员拟采用保障措施,它应当作为一个事实事项,证明该“未预见的发展”。为了论证自己的这一观点,上诉机构强调了在 GATT 第 19 条第 1 款第 1 项第一句所规定的情势和第二句条文中所确立的条件法律联系,以及要求“未预见的发展”的现实存在的紧急性<sup>①</sup>。从实践的角度看,上诉机构的结论实际上也相当于将“未预见的发展”作为一个条件。有学者认为,上诉机构要求 WTO 成员证明“未预见的发展”给援用保障措施的条件带来了一定的模糊性和不确定性。其理由是:

首先,在考察“未预见的发展”时,是应该考察该情势发展的“不可预见性”呢,还是考察援用方“是否预见到”该情势?显然,这两个概念有着本质的不同,前者是指该情势本身不可预见,而后者是指该情势可以预见但该援用方未能预见。但无论采用哪一种概念,都带有很大的主观性,很难对之作出客观判断,在实践中很难操作和加以证明。

其次,上诉机构认为,在 1994 年 GATT 第 19 条中包括了“未预见的发展”措词,而在《协议》中没有这一措词,如果乌拉圭回合的谈判各方有意将“未预见的发展”忽略,在《协议》中应该明确规定,但它们没有这样做。因而,在援用保障措施时仍应将“未预见的发展”作为一个事实加以证明。上诉机构的这一解释似乎在逻辑上的漏洞,因为也可以反过来这样理解:如果乌拉圭回合谈判各方想要保留“未预见的发展”这一条件,它们完全可以将其保留在《协议》中,而没有必要“遗忘”它。从这个角度解释,谈判各方是有意将“未预见的发展”从《协议》中删掉的。

最后,大多数 WTO 成员国内的保障措施立法中,都没有“未

---

① 上诉机构认为,保障措施这样的紧急行动只有在下列情形下才能被援用:作为履行 GATT 义务的结果,一成员发现它自己面临在它承担义务时“未曾预见”或“未曾期望”的发展。

预见的发展”措词,也并未要求对“未预见的发展”加以证明。学术界的普遍观点也认为,“未预见的发展”不是援用保障措施的前提条件<sup>①</sup>。

总之,为了实现《协议》的宗旨和目的,援用保障措施的条件应该是清楚的、客观的、可操作性强的判断标准。上诉机构要求 WTO 成员证明“未预见的发展”,即使不能说是一种倒退,至少也是给各成员适用保障措施带来了一定的模糊性和不确定性<sup>②</sup>。我们期待着 WTO 争端解决机制在将来的案件中对这一问题作出更合理的解释。

### 三、产业结构调整的有关问题

在东京回合和乌拉圭回合谈判中,就有很多谈判方提出,援用保障措施的国家有义务在实施保障措施的同时,采取产业调整措施,从而使其保障措施真正实现保障和促进国内弱势产业调整的目的,而不是成为贸易保护主义的工具。但某些国家,特别是发达国家反对将保障措施与产业结构调整措施相联系,因为这样会制约其援用保障措施。对于政府促进产业结构调整的形式,一些国家如巴西建议,可以采用财政支持、政府补贴等措施来促进产业调整。而美国和日本等国反对这一主张。对于政府在产业调整中的应有作用,很多发展中国家谈判方赞成由政府制定和实施综合性的产业结构调整结构规划。而美日等国认为,应该由企业本身来进行

---

① M. Trebilcock and R. Howse, *The Regulation of International Trade* (2nd edition), Routledge London, 1999, p. 228; and M. Ronckers, *Voluntary Export Restraints and the GATT 1994 Agreement on Safeguards*, in J. H. J. Bourgeois, F. Berrod and E. Fournier (eds.) *The Uruguay Round: A European Lawyers' Prospective*, European University Press, 1995, p. 275.

② Yong-Shik Lee, *Critical Issues in the Application of WTO Rules on Safeguards*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 2, pp. 135~136.

结构调整,政府过多地介入产业结构调整并没有任何好处<sup>①</sup>。由于谈判各方分歧较大,《协议》未就产业调整有关问题加以明确,只是在序言和第5条第1款、第7条第1款和第2款、第12条第2款中作出了零星规定。其中,最重要的规定是要求WTO成员在延长保障措施时,向WTO保障措施委员会提供有关产业正在进行调整的证据<sup>②</sup>。然而,由此引出的问题是,WTO成员在实施保障措施的初始期间(理论上这一期间可以达到4年)是否有作出产业结构调整的义务?如果有关成员只实施保障措施而不切实采取产业结构调整措施,WTO如何确保保障措施不会成为贸易保护主义的工具?这些产业结构调整是由政府促进还是由产业本身进行?产业结构调整可采用什么方式?可以采用财政支持或政府补贴的方式吗?这类产业调整措施是否可以享受WTO有关“不可诉补贴”的待遇?在保障措施延长时,如何判断延长保障措施的成员“正在进行产业调整”,换句话说,它所提供的表明“正在进行产业调整”的证据应具备什么要素或可作出客观评判的要件?这些问题有待WTO有关机构在实践中作出明确规定。

#### 四、保障措施的补偿与报复问题

《保障措施协议》关于补偿与报复的规定与1994年GATT有着很大的不同,《协议》第8条第2款和第3款规定,如根据第12条第3款进行的协商未能在30天内达成协议,则受影响的出口成员有权在不迟于该保障措施实施后90天,并在货物贸易理事会收到其拟采取报复措施的书面通知之日起30天期满后,对实施保障措施的成员实施贸易报复,只要货物贸易理事会对此不持异议。

---

① Terence P. Stewart (ed.), *The GATT Uruguay Round——A Negotiating History* (1986~1992), Vol. II, Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer Boston, 1993, p. 1749/1784/1797.

② 《协议》第7条第2款和第12条第2款。

但是,如果该保障措施是由于进口的绝对增加而采取的,且该措施符合《协议》的规定,那么,被实施保障措施的成员在保障措施生效后第一个三年内不得进行报复。

在 WTO 成立以来处理的涉及保障措施的争端中,没有涉及补偿与报复问题,但该条款已在各成员国内主管机构适用中引起了一些问题。这些问题如何解决对保障措施的适用将产生重要的影响<sup>①</sup>。有学者归纳了其中最突出的几个问题<sup>②</sup>:

首先,被援用保障措施的出口方成员是否可以对其保障措施被确认与《协议》不符或不能确认进口绝对增长的进口方成员进行贸易报复?

如果保障措施是由于进口的绝对增加而采取的,且该措施符合《协议》的规定,那么,被援用保障措施的成员在保障措施生效后第一个三年内不得进行报复。但是如果该保障措施被 WTO 有关机构确认为与《协议》不符,或者该措施被确认不是由于进口的绝对增加而是由相对增加而采取的,这时,被援用方是否可以对援用方进行贸易报复呢?

答案似乎来自于《协议》第 8 条第 2 款中的程序性要求。该款要求保障措施援用方和被援用方对补偿进行协商,只有在根据《协议》第 12 条第 3 款进行协商后 30 天内未达成协议,而且 WTO 货物贸易理事会不反对时,被援用方才能采取报复措施。而且, WTO 成员在一保障措施实施后 90 天内,不能进行报复。该程序要求表明 (1) 进口方成员除非事先根据第 12 条就补偿进行了协商,否则不能进行报复 (2) 双方的协商在 30 天内不能达成协议,并且 (3) 无论是有关该措施与《协议》的不符,还是缺乏进口绝对增

---

① 值得注意的是,在 2001 年韩国诉美国“影响来自韩国的圆形焊接碳钢管进口的措施案”中,专家组报告正式论及了这个问题。

② Yong-Shik Lee, *Critical Issues in the Application of WTO Rules on Safeguards*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 2, p. 145.

加,在当事方之间均无争议。如果对这些条件存在争端,出口方就不能进行单边贸易报复。

其次,被援用方是否在第4年自动获得报复权?

还有一个问题,如果被援用保障措施的成员根据《协议》第8条第3款在第一个三年内被禁止报复,但该保障措施在三年后依然有效,该被援用方成员是否自动获得在第四年进行报复的权利?在乌拉圭回合谈判中,新西兰建议:允许对超过三年的保障措施实施报复措施<sup>①</sup>。但从现有的第8条看,似乎未采纳这一建议。根据第8条第2款,报复措施不应在“该保障措施实施后90天内”适用。它不应解释为在该保障措施采取三年后允许实施报复。根据目前的条文,被援用方成员似乎应该仅在根据《协议》第12条第3款的协商后30天不能就补偿达成协议时,才能对延期的保障措施进行报复。

第三,被援用方可以采取何种程度的报复水平?

如前所述,被援用方成员只能对延期的保障措施进行报复。那么,补偿或报复是否应涵盖自从该保障措施开始实施以来的被援用方成员的损失,还是应当排除第一个三年(或四年)的保障措施适用期间的损失(由于《协议》第8条第3款禁止第一个三年期间的报复,或因为出口方成员不能对保障措施的第一个四年实施报复)?

《协议》第8条第1款规定,拟适用或延长某项保障措施的成员,应努力维持其根据1994年GATT与可能受保障措施影响的各出口成员之间的现存水平实质相等的减让和其他义务的水平。根据这一条款,三年内禁止报复对保障措施的援用方具有“鼓励”作用:一方面,让保障措施的援用方打消其顾虑,因为三年内不用担心被对方报复;另一方面,也是为了鼓励成员适用期间更短的保障措施的时间,因为在三年后就面临被报复的可能。因此,对于超

<sup>①</sup> GATT, *New Zealand Submission on Safeguards*, 26 September 1990.



出三年的保障措施,这一“鼓励”作用似乎就消失了,应该允许被援用方采取与自保障措施实施以来所受损失相当的水平的报复措施。否则,就难于恢复双方的利益平衡,也难以对保障措施被任意延长的情况进行约束<sup>①</sup>。

当然,上述讨论仅是理论上的分析,对于有关问题,还需要 WTO 有关机构的适用与解释才能最终澄清。

## 第九节 中国对 WTO 保障措施条款的应有对策

### 一、我国保障措施立法的完善——兼评《保障措施条例》

#### (一)《保障措施条例》的制定及其内容

曾有学者提出,“加入 WTO 以后,中国将进入一个全面开放的新阶段。在新的形势下,国内竞争力强的产业将迎来新的发展机遇和更为广阔的发展空间,而竞争力相对较弱的产业则不可避免地要面对进口产品更为强大的竞争压力。特别是随着我国进口关税水平的不断降低和非关税壁垒的持续削减,某些具有竞争优势的进口产品在数量上大量增加将是一个不可回避的事实。在这种情况下,我国国内相关产业能否及时作出调整,尽快培养或恢复竞争力,积极参与新形势下的市场竞争,将是我国政府和产业必须认真考虑的问题。根据 WTO 有关保障措施的规则,给国内产业提供合理的、及时的保护,既是我们平稳地渡过加入 WTO 后适应期的需要,也是我们真正全面履行开放承诺的需要。从这个角度说,为今后可能实施的保障措施提供国内法依据及相关的机制

---

<sup>①</sup> Yong-Shik Lee, *Critical Issues in the Application of WTO Rules on Safeguards*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 2, p. 146.

保障,是一个迫切而现实的任务。”<sup>①</sup> 笔者对这一观点深表赞同。

在加入 WTO 之前,我国关于保障措施的法律规定只有 1994 年《对外贸易法》第 29 条<sup>②</sup>,这一条款只说明了保障措施的定义,缺乏可操作性。在实践中,既不清楚如何进行保障措施的调查和确定,也不清楚由哪一个具体机构进行保障措施的调查和确定。从 1994 年到现在,我们还没有一起对外国产品实施保障措施的实际例。2001 年 12 月,即中国成为 WTO 正式成员的前夕,国务院颁布了《保障措施条例》(以下简称《条例》)。《条例》已于 2002 年 1 月 1 日正式施行。这是我国国内在保障措施方面的第一部专门性行政法规。今后,我们就可以以《条例》为法律依据实施保障措施,缓和国外进口增加对国内弱势产业的冲击,促进国内弱势产业进行产业调整。当然,在以国内法为依据实施保障措施的过程中,也要兼顾到遵守 WTO 的保障措施规则。2002 年 2 月 10 日,外经贸部又发布了《保障措施调查立案暂行规则》和《保障措施调查听证会暂行规则》,并于 2002 年 3 月 13 日起施行<sup>③</sup>。《保障措施调查立案暂行规则》(以下简称《立案规则》)和《保障措施调查听证会暂行规则》(以下简称《听证会规则》)对保障措施的申请、立案和听证会程序进行了较为详尽具体的规定,相信保障措施其他阶段的具体的程序性规则也将由外经贸部、经贸委等有关机构制定出台。

《条例》分为五章,共 35 条。第一章“总则”(第 1 条至第 2 条),主要规定了《条例》的宗旨和保障措施的概念;第二章“调查”(第 3 条至第 16 条),就适用保障措施的条件及若干重要概念、保

① 张玉卿、李成钢《WTO 与保障措施争端》,上海人民出版社 2001 年版,第 285 页。

② 《对外贸易法》第 29 条规定:因进口产品数量增加,使国内相同产品或者与其直接竞争的产品的生产者受到严重损害或者严重损害的威胁时,国家可以采取必要的保障措施,消除或减轻这种损害或者损害的威胁。

③ 《保障措施调查立案暂行规则》外经贸部 2002 年第 9 号令,《保障措施调查听证会暂行规则》,外经贸部 2002 年第 11 号令。2002 年 2 月 10 日部务会议通过并发布,自 2002 年 3 月 13 日起施行。

障措施的启动、保障措施调查、调查期间的职权分配、确定严重损害和严重损害威胁应考虑的因素和初步裁定及其职权分配等问题进行了规定。第三章“保障措施”(第 17 条至第 26 条),主要就临时保障措施及职权分配、终局决定及职权分配、非歧视地适用保障措施、保障措施适用的水平、保障措施的形式等作了规定。第四章“保障措施的期限与复审”(第 27 条至第 31 条),主要规定保障措施的期限、保障措施的“逐步放宽”、保障措施复审和对同一进口产品再次实施保障措施的条件等。第五章“附则”(第 32 条至第 35 条)就对其他成员的歧视性保障措施的报复、进一步制定实施细则以及施行日期等作了规定。此外,《条例》还在不同的条款中就对外协商和向 WTO 通知进行了规定。

## (二)《保障措施条例》的适用范围

《条例》第 2 条规定“进口产品数量增加,并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁的,依照本条例的规定进行调查,采取保障措施。”这一规定表明,《条例》适用于货物贸易领域的所有产品,而不适用于服务贸易领域。

首先,虽然《条例》的全称不是“货物贸易保障措施条例”,但是,其第 2 条中的“产品”显然不包括“服务”。所以《条例》不应适用于服务贸易领域的保障措施。

其次,《条例》对“产品”没有作出特殊的说明,所以,其范围应该是包括所有的货物产品。有人也许会产生疑问:既然根据 WTO 的有关协议,在农产品、纺织品与服装两个领域实施保障措施各自有其特殊的多边规则。那么,我国是否应该在国内法中也作出相应的规定呢?我们认为,答案是否定的。理由是:

1. 过渡性保障措施与一般性保障措施相比,在实质性条件方面基本一致,只是在适用时可以歧视性地适用。对我国而言,允许对其他成员的歧视性适用的意义并不大。况且,到 2005 年 1 月 1

日,WTO 过渡性保障条款将不再适用,对 WTO 成员针对纺织品与服装产品所实施的保障措施,将依据 1994 年 GATT 第 19 条和《保障措施协议》来进行多边监督。另外,我国在纺织品领域主要是出口,对纺织品进口实施保障措施的预期必要性没有其他工业品那么大。当然,由于纺织品与服装的后两个阶段主要集中于高级面料和高级时装,而目前我国在这些产品领域的竞争力不一定高于其他成员,尤其是发达国家成员的竞争力。所以,在加入 WTO 后仍有可能面临这些产品进口大量增加对我国产业造成不利影响的局面。但是,从 2002 年到 2005 年毕竟只有 3 年的时间,在这 3 年的时间里,即使我们需要对纺织品与服装领域实施保障措施,也可以直接参照 WTO《纺织品与服装协议》第 6 条“过渡性保障措施”的规定<sup>①</sup>。所以,没有必要制定专门的适用于纺织品与服装领域的保障措施的国内法。

2. 对于农产品,我国长期以来对农产品的进口没有实行数量限制等《农产品协议》第 4 条第 2 款下的限制措施,所以在加入 WTO 谈判中,我们不需要“将这些措施转化为普通关税”<sup>②</sup>。由于我国对农产品贸易的限制不需要“关税化”,也就没有了“关税化”了的农产品,因而在法律上,我国就不能援用《农产品协议》第 5 条实施特别保障措施。在《中国加入议定书》和《中国加入工作组报告》中,均未提及我国是否可以在加入 WTO 后援用《农产品协议》第 5 条实施特别保障措施的问题,而且,在我国的关税减让表中,没有对任何一种农产品标明“SSG”,这意味着我国放弃了对农产

---

① 据人民网和新华网等报道 2002 年 1 月 22 日,外经贸部代表中国向 WTO 纺织品监督机构发出通知,中国将保留使用《纺织品与服装协议》规定的“过渡性保障措施”的权利。根据这项规定,在 2005 年 1 月 1 日《纺织品与服装协议》终止以前,如果 WTO 其他成员的特定纺织品向中国大量出口,对中国国内产业造成严重损害或严重损害威胁,中国政府将有权使用“过渡性保障措施”,以保障国内生产者的利益。

② 加入 WTO 后我国对农产品进口主要用关税配额进行管理。

品援用《农产品协议》第 5 条下的特别保障措施的权利。由于我国不会采取《农产品协议》第 5 条下的特别保障措施,所以,没有必要在《条例》中排除对特定农产品的适用,也没有必要制定专门的适用于农产品领域的保障措施的国内法。

简言之,《条例》不排除农产品和纺织品与服装产品,而是统一地适用于货物贸易领域中的所有产品,这种做法是合理的。

### (三)我国适用保障措施的条件和程序——基于《条例》条文的分析

#### 1. 适用保障措施的实质性条件

根据《条例》第 2 条,援用保障措施应具备下列实质性条件:(1)进口产品数量增加(2)对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁(3)进口增加与严重损害或严重损害的威胁之间存在因果关系。这一规定与《协议》第 2 条第 1 款基本相符,但不包括 1994 年 GATT 第 19 条中的“未预见的发展和履行总协定义务”的条件。同时《条例》分别在第 7 条中和第 10 条中规定了“进口产品数量增加”和“国内产业”的含义,与《协议》第 2 条第 1 款第一句和《协议》第 4 条第 1 款第 3 项的规定一致。但是《条例》没有对“严重损害”和“严重损害的威胁”的概念进行界定<sup>①</sup>。

《条例》第 8 条规定了确定进口增加造成严重损害或严重损害威胁时应审查的因素(1)进口产品的绝对和相对增长率与增长量(2)增加的进口产品在国内市场中所占的份额(3)进口产品对国内产业的影响,包括对国内产业在产量、销售水平、市场份额、生

---

① 此外《条例》第 2 条中将“严重损害和严重损害的威胁”统称“损害”似乎也不妥。首先,“严重损害和严重损害的威胁”已成为保障措施法律制度中一个约定俗成的用语,在 WTO 协议和各国立法中都不厌其烦地这样使用;其次,统称“损害”容易与“严重损害”混淆,而忽略了“严重损害威胁”。

产率、设备利用率、利润与亏损、就业等方面的影响(4)造成国内产业损害的其他因素。对严重损害威胁的确定,应当依据事实,不能仅依据指控、推测或者极小的可能性。在确定进口产品数量增加对国内产业造成的严重损害或严重损害威胁时,不得将进口增加以外的因素对国内产业造成的损害归因于进口增加。这些规定分别与《协议》第4条第2款第1项第二句、《协议》第1款第2项第二句和《协议》第4条第2款第2项第二句的规定相一致。

## 2. 保障措施的程序

按照《条例》的规定,实施保障措施要经过调查启动、调查、初步裁定和终局裁定四个阶段。在特定条件下可以采取临时保障措施。

### (1) 调查的启动

根据《条例》第3条和第4条,启动保障措施的调查程序有两种方法:一种是国内产业有关的自然人、法人或者其他组织(申请人)向外经贸部提出申请而启动<sup>①</sup>;另一种是外经贸部主动立案调查<sup>②</sup>。

### (2) 保障措施调查及职权分配

在外经贸部经申请人申请或主动决定立案后,保障措施调查程序开始启动。外经贸部通常应在正式收到要求采取保障措施的书面申请后60日内做出是否立案的决定,情况特别复杂的,可以适当延长审查期限<sup>③</sup>。立案调查的决定,由外经贸部予以公告<sup>④</sup>。在调查期间,外经贸部应当及时公布对案情的详细分析和审查的相关因素等。外经贸部、国家经贸委应当根据客观的事实和证据,确定进口产品数量增加与国内产业的损害之间是否存在因果关

① 《立案规则》第二章(申请)第4条至25条对申请书的内容,申请人应提供的资料和证据材料、形式、送交方式等进行了规定。

② 《立案规则》第四章(自行立案)第33条至34条对外经贸部自行立案进行了规定。

③ 《立案规则》第27条。

④ 《立案规则》第30条对立案公告的内容作出了规定。

系。外经贸部、国家经贸委应当为进口经营者、出口经营者和其他利害关系方提供陈述意见和论据的机会。调查可以采用调查问卷的方式,也可以采用听证会或者其他方式<sup>①</sup>。外经贸部公平贸易局应当在收到利害关系方的听证会书面申请后 15 天内决定是否举行听证会,并应及时通知有关利害关系方。公平贸易局应当在决定举行听证会的通知所确定的登记截止之日起 20 天内对听证会举行的时间、地点、议程等作出决定,并通知已登记的利害关系方<sup>②</sup>。调查中获得有关资料,资料提供方认为需要保密的,外经贸部、国家经贸委可以按保密资料处理。保密申请有理由的,应当对资料提供方提供的资料按保密资料处理,同时要求资料提供方提供一份非保密的该资料概要。按保密资料处理的资料,未经资料提供方同意,不得泄露。进口产品数量增加、损害的调查结果及其理由的说明,由外经贸部予以公布<sup>③</sup>。这些规定分别与《协议》第 4 条第 2 款第 3 项(对照《条例》第 9 条,但把“迅速公布”改成了“及时公布”)、《协议》第 4 条第 2 款第 2 项第一句(对照第 11 条)、《协议》第 3 条第 1 款第二句(对照第 12 条)、《协议》第 3 条第 2 款(对照第 13 条)、《协议》第 3 条第 1 款第一句和第三句(对照第 14 条)的规定相一致。

对于调查期间的职权分配,根据《条例》第 6 条和第 11 条,保障措施的立案、进口增加的调查与确定由外经贸部负责<sup>④</sup>;严重损害或严重损害威胁的调查与确定由经贸委负责(如涉及农产品,调查时加上农业部);而对进口增加与国内产业的严重损害和严重损

---

① 为保证保障措施调查的公平、公正,《听证会规则》对外经贸部在保障措施调查中为确定进口增加和因果关系而举行的听证会程序作了详尽规定,相信国家经贸委不久将发布确定产业损害的听证会程序规则。

② 《听证会规则》第 9 条和第 12 条。

③ 见《条例》第 5 条、第 9 条、第 11 条、第 12 条、第 13 条和第 14 条。

④ 根据《立案规则》第 2 条和《听证会规则》第 3 条,立案调查和组织听证会具体由外经贸部进出口公平贸易局负责。

害威胁之间的因果关系的确定由外经贸部和经贸委共同负责。

### (3) 初步裁定及其职权分配

按照各国的通行做法,在保障措施调查中的决定分为初步裁定和终裁决定两种。根据《条例》第15条和第16条,外经贸部、国家经贸委根据调查结果,对是否存在进口增加、严重损害或严重损害威胁以及因果关系作出初裁决定,由外经贸部予以公告。初裁决定确定进口产品数量增加和损害成立并且二者之间有因果关系的,外经贸部、国家经贸委应当继续进行调查,根据调查结果作出终裁决定,由外经贸部予以公告。

### (4) 临时保障措施及职权分配

根据《条例》第17条、第18条和第26条,有明确证据表明进口产品数量增加,在不采取临时保障措施将对国内产业造成难以补救的损害的紧急情况下,可以作出初裁决定,并采取临时保障措施。采取临时保障措施,外经贸部负责建议,国务院关税税则委员会负责决定,海关负责执行。终裁决定确定不采取保障措施的,已征收的临时关税应当予以退还。这与《协议》第6条第一句和第6条第三句的规定基本一致。

### (5) 终局决定及职权分配

根据《条例》第20条和第21条,终裁决定确定进口产品数量增加,并由此对国内产业造成损害的,可以采取保障措施。保障措施采取提高关税形式的,外经贸部负责建议和公告,国务院关税税则委员会负责决定;采取数量限制形式的,由外经贸部作出决定并予以公告。海关自公告规定实施之日起执行。这与《协议》第5条规定基本一致。

## 3. 保障措施的适用要求

### (1) 非歧视地适用保障措施

《条例》第23条规定,保障措施应当针对正在进口的产品实施,不区分产品来源国(地区)。这与《协议》第2条第2款的规定一致。



## (2) 保障措施适用的水平

《条例》第 24 条和第 22 条规定,采取保障措施应当限于在防止、补救严重损害并便利调整国内产业所必要的范围内。采取数量限制措施的,限制后的进口量不得低于最近 3 个有代表性年度的平均进口量;但是,有正当理由表明为防止或者补救严重损害而有必要采取不同水平的数量限制措施的除外。采取数量限制措施,需要在有关出口国(地区)或者原产国(地区)之间进行数量分配的,外经贸部可以与有关出口国(地区)或者原产国(地区)就数量的分配进行磋商。这分别与《协议》第 5 条第 1 款第一句(对照《条例》第 24 条)、第 5 条第 1 款第二句(对照第 22 条第一段)和第 2 条第 2 款第 1 项(对照第 22 条第二段)的规定相一致。

## (3) 保障措施的形式

根据《条例》第 20 条第二段和第 17 条第二段的规定,保障措施可以采取提高关税、数量限制等形式。临时保障措施采取提高关税的形式。这分别与《协议》第 5 条和第 6 条第三句的规定一致。

## (4) 保障措施的期限

根据《条例》第 27 条和第 19 条,保障措施的实施期限不超过 4 年。临时保障措施的实施期限,自临时保障措施决定公告规定实施之日起,不超过 200 天。符合下列条件的,保障措施的实施期限可以适当延长:①按照本条例规定的程序确定保障措施对于防止或者补救严重损害仍然有必要;②有证据表明相关国内产业正在进行调整;③已经履行有关对外通知、磋商的义务;④延长后的措施不严于延长前的措施。一项保障措施的实施期限及其延长期限,最长不超过 8 年。这分别与《协议》第 7 条第 1 款第二句(对照《条例》第 27 条第一段);第 6 条第三句(对照第 19 条第二段);第 7 条第 2 款、第 12 条第 3 款和第 8 条(对照第 27 条第二段);第 7 条第 3 款(对照第 27 条第三段)的规定一致。

## (5) 保障措施的‘逐步放宽’要求与保障措施复审

《条例》第 28 条、第 29 条、第 30 条规定,保障措施实施期限超过 1 年的,应当在实施期间内按固定时间间隔逐步放宽。保障措施实施期限超过 3 年的,外经贸部、国家经贸委应当在实施期间内对该项措施进行中期复审。复审的内容包括保障措施对国内产业的影响、国内产业的调整情况等。保障措施属于提高关税的,外经贸部应当根据复审结果,依照本条例的规定,提出保留、取消或者加快放宽提高关税措施的建议,国务院关税税则委员会根据外经贸部的建议作出决定,由外经贸部予以公告;保障措施属于数量限制或者其他形式的,外经贸部应当根据复审结果,依照本条例的规定,作出保留、取消或者加快放宽数量限制措施的决定并予以公告。这与《协议》第 7 条第 4 款的规定相衔接。

#### (6) 对同一进口产品再次实施保障措施的条件

《条例》第 31 条规定,对同一进口产品再次采取保障措施的,与前次采取保障措施的时间间隔应当不短于前次采取保障措施的实施期限,并且至少为两年。但是,如果自对该进口产品实施保障措施之日起,已经超过 1 年(且)自实施该保障措施之日起 5 年内,未对同一产品实施两次以上保障措施,那么对一产品实施的期限为 180 天或者少于 180 天的保障措施,不受前款限制。这与《协议》第 7 条第 5 款和第 7 条第 6 款的规定一致。

#### 4. 保障措施的协商与通知及其职权分配

根据《条例》第 25 条和第 27 条第二段(保障措施的延长)第 3 项,在采取和延长保障措施前,外经贸部应当为与有关产品的出口经营者有实质利益的国家(地区)政府提供磋商的充分机会。这与《协议》第 12 条第 3 款的规定一致。

《条例》在不同的条款中,规定了在保障措施的不同阶段,即在决定立案调查时、作出调查结论时、采取临时保障措施前、采取保

障措施时和延长保障措施时,应向 WTO 保障措施委员会作出通知<sup>①</sup>。这些规定与《协议》第 12 条第 1 款第 1 项(对照《条例》第 5 条第二段)、《协议》第 12 条第 1 款第 2 项(对照第 14 条第二段)、《协议》第 6 条第二句中关于“满足第 12 条的有关要求”的规定(对照第 18 条第二段)、《协议》第 12 条第 1 款第 3 项(对照第 21 条第二段、第 27 条第二段“保障措施的延长”第 3 项)的规定相一致。

根据《条例》第 33 条规定,与保障措施有关的对外磋商、通知和争端解决事宜由外经贸部负责。

### 5. 对其他成员的歧视性保障措施的报复

《条例》第 32 条规定,任何国家(地区)对我国的出口产品采取歧视性保障措施的,我国可以根据实际情况对该国家(地区)采取相应的措施。

## (四)对进一步完善《条例》和相关规则的建议

综上所述,《条例》是一部结合中国的国情,将 WTO 保障措施条款中的核心要素“转化”为国内法的行政法规。《条例》的大部分规定与 WTO 保障措施条款的规定,特别是《保障措施协议》的规定相衔接,并清楚明确地规定了有关职权分配和各阶段的实施程序等问题。从总体上看,《条例》是保障措施领域的一部比较完备的国内立法。不过,它 also 存在着一些亟待完善之处。

### 1. 进一步明确保障措施有关阶段的办案期间及加强透明度

我们认为,为了确保保障措施的公平、公正和有效,除了应严格执行现有的立案调查和听证会的期间和透明度规定外,还需要对保障措施的其他阶段,尤其是调查结果的公布和作出决定这两个阶段的办案期间及加强其透明度问题做进一步具体规定。

#### (1) 调查结果的公布

<sup>①</sup> 分别见《条例》第 5 条第二段、第 14 条第二段、第 18 条第二段、第 21 条第二段、第 27 条第二段(保障措施的延长)第 3 项。

调查机构应及时(如在调查发起后 4~9 个月内)公布其调查结论。在特殊情况下,这一时间限制最多可再延长 2 个月。应及时在政府公报上公布延长的期限,并简要说明理由。如果结论认为不必要采取保障措施,应在 1 个月内结束调查。终止调查的决定,应在政府公报上公布。

### (2) 调查报告的内容

在调查报告中,调查机构应运用有代表性的资料,审查下列因素:进口规模(对国内生产和消费而言进口存在显著的绝对或相对增加);进口价格(与国内同类产品或直接竞争产品的价格相比,存在显著的价格降低);生产量;能耗;库存;销售;市场份额;收益;就业;生产周期;出口国向本国出口的增长率;出口国在现时和将来的出口能力;其他相关因素。将进口增加造成的损害和其他因素造成的损害分开,并确定严重损害或严重损害的威胁不是进口增加以外的其他因素所造成的。充分论证进口增加和严重损害或严重损害的威胁之间存在真正的、实质性的因果关系。

### (3) 保障措施的决定

作出保障措施的决定的职能机关应在调查机构提交报告后 2 个月内作出是否采取保障措施的决定。

#### 2. 增加有关产业结构调整的内容

《条例》第 24 条规定:“采取保障措施应当限于防止、补救严重损害并便利调整国内产业所必要的范围内。”第 27 条规定:“保障措施的实施期限不超过 4 年。符合下列条件的,保障措施的实施期限可以适当延长:有证据表明相关国内产业正在进行调整。”第 29 条规定:“保障措施实施期限超过 3 年的,外经贸部、国家经贸委应当在实施期间内对该项措施进行中期复审。复审的内容包括保障措施对国内产业的影响、国内产业的调整情况等。”如前所述,《保障措施协议》并未对 WTO 成员明确施加必须进行产业调整的义务,只是其在序言中明确宣称“认识到结构调整的重要性”,并在第 5 条第 1 款、第 7 条第 1 款和第 2 款、第 12 条第 2 款中作出了

相应规定。《条例》上述规定显然是为了与《协议》的规定相衔接。但是,作为明确规定政府职能以及政府与企业间的关系的国内法,《条例》不应仅仅停留在“符合条约条文规定”的层面。作为一个新成员,尤其是作为拥有数量众多的国有大中型企业的转型经济国家,“促进产业结构调整,增加而不是限制国际竞争”对中国的改革开放进程以及 WTO 法纪的重要性不言而喻。这就引发了一系列现实问题:如何确定“便利调整国内产业所必要的范围”的标准?如何证明“相关国内产业正在进行调整”?如何准确地判断“国内产业的调整状况”,即产业调整是已经圆满结束还是正在运行中,其效果是有效还是无效?中国应该和能够采取哪些措施便利国内产业的调整?等等。

为此,我们认为,本着“促进国内产业调整而不是永远翼护”的宗旨,我国实施保障措施的目的应该是为了促进国内产业积极进行产业调整,切实提高其竞争实力,而不应该变成一种贸易保护手段。况且,WTO 的多边监督也不会放任各成员利用保障措施大行贸易保护之道。《立案规则》第 6 条规定了申请人在申请外经贸部启动保障措施的申请书中应包括的内容<sup>①</sup>,但是,该条款并未对产业的积极调整作出要求。我们建议,应要求申请人在其申请书中作出积极进行产业调整、切实提高产品竞争力的承诺。在社会主义市场经济中,产业是自身情况的最佳的判断者和责任人。通过产业主动和事先的“调整承诺”,不仅有利于主管机关确定“便利调整国内产业所必要的”程度,有利于确定相关国内产业是否正在进行调整和准确地判断国内产业的调整状况,而且,也有利于界定政府与企业间的合理关系。同时,我国还应考察借鉴发达国家和

① 《立案规则》第 6 条规定,申请人的申请中应当包括下列内容:申请人情况的说明;申请调查进口产品、国内同类产品或直接竞争产品的说明;已知的申请调查进口产品出口国、出口商、生产商以及进口商的情况;国内产业情况的说明;申请调查进口产品数量增长情况的说明;损害情况的说明;进口增长与损害之间因果关系的说明;请求;其他事项。

有代表性的发展中国家为便利和促进产业调整的与 WTO 现行法律不相抵触的合理做法,如“产业调整补贴”、“调整援助”等,更快地帮助和促进在加入 WTO 后受到不利影响的产业度过“适应期”。

### 3. 筹备服务贸易领域保障措施立法

按照 WTO 规则,保障措施不仅仅局限于货物贸易领域,它也适用于服务贸易领域。与发达国家相比,我国服务贸易发展水平较低,加入 WTO 后服务贸易领域受到的冲击必然会比货物贸易领域更多更大。因此,研究服务贸易领域的保障措施,建立相应的国内法规范保障措施是十分必要的。为此,我国不妨跟踪研究 GATS 规则工作组正在进行的有关 GATS 第 10 条“紧急保障措施”条款的具体规则的立法工作,并在适当的时候参照工作组的相关立法草案出台《服务贸易保障措施暂行条例》,待时机成熟时,比如 GATS 第 10 条“紧急保障措施”条款的具体规则的正式文本已经达成时,再制定相关国内立法。

## 二、我国在实施一般性保障措施过程中应注意的事项

首先,在启动保障措施调查和决定援用保障措施前,我们应事先考虑是否达到 WTO 有关规则的要求。而且,应将 WTO 保障措施适用条件作为一个不可分割的整体加以审查论证。例如,我们不能简单地依据进口增加就发动保障措施,除非该进口增加的程度和方式达到 WTO 争端解决机构已确定的标准。而且,应论证进口增加和严重损害或严重损害的威胁间存在特定的因果关系。

其次,在确定进口增加构成严重损害或严重损害的威胁的最终调查报告中,应运用有代表性的资料,充分论证在《协议》第 4 条第 2 款第 1 项中列举的每一个因素和其他相关因素,将进口增加造成的损害和其他因素造成的损害分开,并确定严重损害或其威胁不是进口增加以外的其他因素所造成的。应以整个调查期间的

资料为基础,充分论证进口增加和严重损害或其威胁之间存在真正的、实质性的因果关系,要避免“以偏概全”或“张冠李戴”。

第三,发动保障措施调查,确定严重损害和决定采取保障措施后,应及时通知 WTO,避免不必要的耽误。在通知中应充分阐述《协议》第 4 条第 2 款和第 12 条第 2 款中列明的因素和资料。

第四,在适用保障措施时,应注意保障措施的非选择性和适当水平,要注意将保障措施调查范围和保障措施适用范围遵守“平行原则”。比如,在调查中确定严重损害时包括了来自港澳台的进口,在适用保障措施时就不能把这些进口排除在外。

第五,加强对国内产业调整承诺的监督并切实实施中期审查程序,积极促进国内产业的结构调整。

第六,对于如何确定“未预见的发展”,WTO 争端解决机构并未形成具体的标准。就中国而言,如何证明进口增加是“未预见的发展”的结果,是中国成功援用保障措施所潜在的最大的障碍。中国在加入 WTO 的双边和多边贸易谈判中,做出了相当大的关税减让和市场准入承诺。更加开放的国内市场势必引起外国产品进口增加,从而造成对国内相关产业的严重冲击。我们可以援用保障措施,我们也可以证明“进口增加对国内产业造成严重损害”是“履行 GATT 义务”的结果。然而,一旦在 WTO 争端解决机制中被诉,我国却难于证明进口增加是“未预见的发展”的结果。因为起诉方可能主张进口增加是中国加入 WTO 时可以预见的结果。鉴于 WTO 争端解决机构对保障措施一贯持严格限制的做法,我们能充分满足该项要求的可能性不大。所以,一旦我国因援用保障措施在 WTO 争端解决机制被诉,我们一方面要积极说服 WTO 专家组和上诉机构:对于该进口增加,其他 WTO 成员可能预见,但中国的确未能预见;另一方面可联合有利害关系的其他 WTO 成员,要求争端解决机构澄清“未预见的发展”的确定标准,或者裁定《协议》是保障措施适用的唯一法律规范,从而免除援用方证明“未预见的发展”的义务。

### 三、《中国加入 WTO 议定书》“特定产品过渡性保障机制”条款述评

早在 1999 年 11 月 15 日中美两国达成的《中美关于中国加入 WTO 的双边协议书》中,美方为了防止从中国进口到美国的产品出现数量激增,就在协议书中规定了一条“特别保障条款”,此条款规定在中国加入 WTO 后 12 年内为保证美国国内企业和工人在进口激增时得到有力保护,双方同意建立一个特别的机制,该机制独立于 WTO 的保障机制。2001 年下半年所达成的《中国加入世贸组织议定书》(以下简称《加入议定书》)第 16 条中,又规定了“特定产品过渡性保障机制”<sup>①</sup>(Transitional Product-Specific Safeguard Mechanism)条款。在《中国加入工作组报告书》(以下简称《工作组报告书》)中,其第四部分 D 节(影响货物贸易的国内政策)第 13 部分又就“过渡性保障机制”作出了说明<sup>②</sup>。根据《加入议定书》第 16 条和《工作组报告书》的有关规定,WTO 其他成员对中国产品实施的保障措施所依据的规则与 WTO 一般性保障措施的多边规则不同。具体来说:

#### (一)援用“过渡性保障机制”的实质性条件

根据《加入议定书》第 16 条和《工作组报告书》的有关规定,WTO 其他成员对中国产品实施保障措施的实质性条件有两种情况:

1. 原产于中国的产品(以下简称中国产品)在进口至任何 WTO 成员领土时,其增长的数量和所依据的条件对生产同类产

---

① 《中华人民共和国加入议定书》(中文译文),载石广生主编《中国加入世界贸易组织知识读本(三):中国加入世界贸易组织法律文件导读》,人民出版社 2002 年版,第 17~19 页。

② 《中国加入工作组报告书》(中文译文),载石广生主编《中国加入世界贸易组织知识读本(三):中国加入世界贸易组织法律文件导读》,人民出版社 2002 年版,第 943~945 页。



品或直接竞争产品的国内生产者造成或威胁造成市场扰乱<sup>①</sup> (market disruption) 或

2. 一 WTO 成员认为其他成员根据《加入议定书》第 16 条第 2 款、第 3 款或第 7 款对中国产品采取的保障措施行动造成或威胁造成中国产品进入其市场的重大贸易转移<sup>②</sup> (significant diversions of trade)。

“市场扰乱”是指一项中国产品的进口快速增长,无论是绝对增长还是相对增长,从而构成对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业造成实质损害或实质损害威胁的一个重要原因(a significant cause of material injury, or threat of material injury to the domestic industry)。在认定是否存在市场扰乱时,受影响的 WTO 成员应考虑客观因素,包括进口量、进口产品对同类产品或直接竞争产品价格的影响以及此类进口产品对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业的影响<sup>③</sup>。

“重大贸易转移”指由于中国或其他 WTO 成员根据《加入议定书》第 16 条第 2 款、第 3 款或第 7 款采取行动而使来自中国的一产品进入一 WTO 成员的数量增加。任何贸易转移应是重大的,且为处理市场扰乱而采取的行动造成或威胁造成此种转移。在确定为防止或补救市场扰乱的行动是造成或威胁造成重大贸易转移时应适用客观标准。需审查的因素包括:进口至 WTO 进口成员的中国产品市场份额的实际或迫近增长;中国或其他 WTO 成员拟议采取行动的性質或程度;由于采取或拟议中的行动造成的来自中国的进口产品的实际或迫近增长;有关产品在该 WTO 进口成员市场中的供求关系;以及来自中国的产品对于根据议定书第 16 条第 2 款、第 3 款、或第 7 款实施一措施的一个或多个

① 《加入议定书》第 16 条第 1 款。

② 《加入议定书》第 16 条第 8 款。

③ 《加入议定书》第 16 条第 4 款。

WTO 成员和对于 WTO 进口成员的出口程度<sup>①</sup>。

值得注意的是,在迟延会造成难以补救的损害的紧急情况下,受影响的 WTO 成员可根据一项有关进口产品已经造成或威胁造成市场扰乱的初步裁定,采取临时性“过渡性保障机制”措施<sup>②</sup>。

我们知道,在 WTO《保障措施协议》和 GATT 第 19 条下的一般性保障措施中,援用保障措施的实质性条件是 (1)有关产品的进口大量增加 (2)增加的进口造成对国内产业的严重损害或严重损害的威胁 (3)经调查表明有关产品的进口增长与严重损害或严重损害的威胁之间存在因果关系。在这里“严重损害”或“严重损害的威胁”是进口增加的一个结果,也是可援用保障措施的唯一的原因。而根据《加入议定书》第 16 条,对中国产品援用保障措施的原因不再是一个,而是两个;不再是“严重损害或其威胁”,而是“市场扰乱或其威胁”或“重大贸易转移或其威胁”;不再是“有关产品的进口大量增加与严重损害或严重损害的威胁之间存在因果关系”,而是“一项中国产品的进口快速增长构成对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业造成实质损害或实质损害威胁的一个重要原因”或“为处理市场扰乱而采取的行动造成或威胁造成重大贸易转移”。

“过渡性保障机制”条款与美国国内贸易法中针对非市场经济国家的保障措施的有关规定十分相似。美国的保障措施国内立法因适用对象的不同又分为两种。一种是针对市场经济国家,另一种是针对非市场经济国家。对市场经济国家援用保障措施的根据是美国 1974 年贸易法第 201 节,其损害要求是“进口增加是严重损害或严重损害威胁的实质原因 (substantial cause),而不要求是主要因素。实质原因被定义为重要性不亚于其他因素的原因<sup>③</sup>。

① 《工作组报告书》第 247~248 段。

② 《加入议定书》第 16 条第 7 款。

③ 参见韩立余《美国外贸法》,法律出版社 1999 年版,第 298 页。

但是,在“羊肉保障措施案”中,上诉机构否定了美国这种“实质原因”的做法,因为其降低了“真正的、实质性的因果关系”的标准<sup>①</sup>。而对非市场经济国家的保障措施根据是美国 1974 年贸易法第 406 节,其损害要求是“非市场经济国家产品的进口对美国国内产业生产的产品造成了市场扰乱 (market disruption)。”“市场扰乱”是指“当与国内产业生产的产品同类或直接竞争的产品的进口绝对或相对地迅速增长,成为对该国内产业造成实质损害 (material injury) 或实质损害威胁的一个重要原因<sup>②</sup> (significant cause)”。

对于市场扰乱中的“实质损害”要求,美国参议院财政委员会指出,该措词旨在表示比第 201 节的“严重损害”程度更低的损害。而“重要原因”是指重要地促成了 (contributes significantly to) 对国内产业的实质损害,但不必等于或大于其他任何原因。美国参议院财政委员会对“重要原因”的解释是“比第 201 节中的实质原因更容易满足”<sup>③</sup>。总之,第 406 节针对非市场经济国家的“市场扰乱”所采取的保障措施对美国产业的损害标准要求更低,更便于使用<sup>④</sup>。

显然,按照《加入议定书》“过渡性保障机制”条款,对中国产品援用保障措施的条件比适用于 WTO 其他成员之间一般性保障措施的援用条件大为降低,其他 WTO 成员对中国产品援用保障措施更加容易。

---

① “羊肉保障措施案”上诉机构报告第 162~181 段。亦见上文第四节关于“因果关系”问题的论述。

② 19USCA, § 2436(a)(1)(1998) and § 2436(e)(2)(A)(1998), 参见韩立余《美国外贸法》,法律出版社 1999 年版,第 309 页。原著把“market disruption”译为“市场破坏”。

③ 参见前引韩立余书,第 311~312 页。

④ 参见前引韩立余书,第 308 页。

## （二）过渡性保障机制’的选择性

按照《加入议定书》第 16 条的规定“过渡性保障机制”措施可以只针对中国产品实施,措施的形式有撤销减让或限制进口等<sup>①</sup>。

WTO《保障措施协议》和 GATT 第 19 条下的一般性保障措施是“不分来源,只认产品”的,即非歧视地适用于所有产地来源的产品。而“过渡性保障机制”可以仅对中国产品适用,即可以选择性地适用。

这一规定似乎起源于 GATT 时期计划经济国家加入 GATT 时的“选择性保障条款”。早在 GATT 时期,在波兰、匈牙利和罗马尼亚等计划经济国家加入 GATT 时,就大多接受了西方国家提出的“选择性保障条款”。西方国家提出“选择性保障条款”的依据是,计划经济国家的外贸体制与以市场经济为基础的多边贸易体制不相吻合,计划经济国家参加 GATT 将使其他市场经济国家缔约方遭受市场扰乱。借助于选择性保障措施,受影响的国家便可以缩小打击面,将矛头直指特定的计划经济国家,避免因打击面过大招致多国报复。同时,在谈判撤销限制或补偿问题时,这些被援用保障措施的计划经济国家就不得不单独与援用方谈判,从而难以联合其他国家形成“统一战线”进行有分量的谈判或报复。在中国的“复关”谈判中,西方国家又一致要求我国接受选择性保障条款<sup>②</sup>。从《加入议定书》第 16 条来看,我国加入 WTO 最终还是接受了选择性保障条款。

## （三）过渡性保障机制’的程序规则

对于因市场扰乱而采取的“过渡性保障机制”措施,应遵循下列程序:第一步,受中国产品的“市场扰乱”影响的 WTO 成员请求与中国磋商,以期寻求双方满意的解决办法。第二步,如在这些双

① 《加入议定书》第 16 条第 3 款和第 8 款。

② 参见王天习《对关贸总协定“保障条款”的反思》,载《法学与实践》1993 年第 3 期。

边磋商过程中,双方同意原产于中国的进口产品是造成此种情况的原因并有必要采取行动时,中国则应采取行动以防止或补救此种市场扰乱。第三步,如磋商未能使中国与有关 WTO 成员在收到磋商请求后 60 天内达成协议,则受影响的 WTO 成员有权在防止或补救此种市场扰乱所必需的限度内,对此类产品撤销减让或限制进口。上述三步行动都应立即通知 WTO 保障措施委员会<sup>①</sup>。

对于因重大贸易转移而采取的“过渡性保障机制”措施,应遵循下列程序:第一步,有关成员请求与中国和/或有关 WTO 成员进行磋商。此类磋商应在向保障措施委员会作出通知后 30 天内举行。第二步,如此类磋商未能在作出通知后 60 天内使中国与一个或多个有关 WTO 成员达成协议,则请求进行磋商的 WTO 成员在防止或补救此类贸易转移所必需的限度内,有权针对该产品撤销减让或限制自中国的进口。此种行动应立即通知 WTO 保障措施委员会<sup>②</sup>。

如果采取临时性“过渡性保障机制”措施,应在采取措施后立即向保障措施委员会作出有关所采取措施的通知,并提出进行双边磋商的请求<sup>③</sup>。

#### (四)中国在“过渡性保障机制”中的权利保障

1. “过渡性保障机制”适用范围有限,仅限于“特定产品”。

2. 在因市场扰乱采取“过渡性保障机制”措施之前,采取此项行动的 WTO 成员应向所有利害关系方提供合理的公告,并应向进口商、出口商及其他利害关系方提供充分机会,供其就拟议措施的适当性及是否符合公共利益提供意见和证据。该 WTO 成员应提供关于采取措施的决定的书面通知,包括采取该措施的理由及

① 《加入议定书》第 16 条第 1 款、第 2 款和第 3 款。

② 《加入议定书》第 16 条第 8 款。

③ 《加入议定书》第 16 条第 7 款。

其范围和期限<sup>①</sup>。具体来说,处理市场扰乱的行动只有在该 WTO 进口成员主管机关根据以往确定的且公共可获得的程序进行调查后方可采取,该进口成员主管机关将公布关于根据议定书特定产品保障条款开始进行任何调查的通知,并将在此后合理的时间内,举行公开听证会或提供其他适当方法,以允许利害关系方提供证据和他们关于采取措施是否适当的观点,以及对其他各方的陈述作出答复;在确定是否存在市场扰乱时,包括是否存在快速增长的进口产品,无论是绝对增长还是相对增长,与对国内产业的任何实质损害或实质损害威胁之间的因果关系时,有关机关将考虑客观因素,包括(1)属调查对象的产品的进口量(2)该产品进口对该 WTO 进口成员市场中同类或直接竞争产品价格的影响(3)该产品的进口对生产同类或直接竞争产品的国内产业的影响;有关主管机关将公布任何拟议采取的措施,并且,如提出请求,将提供包括公开听证会在内的机会或提供适当方法,以供进出口商或其他利害关系方提交他们关于拟议措施适当性以及该措施是否符合公众利益的看法和证据;主管机关应迅速公布关于实施措施决定的通知,包括关于该决定依据的说明及该措施的范围和期限,该措施的适用期可以延长,只要该 WTO 进口成员主管机关确定仍有必要采取行动以防止或补救市场扰乱。该 WTO 进口成员主管机关将公布关于开始审议是否延长行动期限的任何程序的通知,并将在此后合理时间内,举行公开听证会或提供适当方法,以允许利害关系方提供证据和看法,以及对其他各方的陈述作出答复,除有正当理由外,不得根据议定书第 16 条在上一调查结束后少于一年的时间内对同一主题事项进行调查等<sup>②</sup>。

3. 对因重大贸易转移的“过渡性保障机制”措施,WTO 成员需要适用客观的标准,以确定中国或另一 WTO 成员根据特定产

① 《加入议定书》第 16 条第 5 款。

② 《工作组报告书》第 246 段(a)到(g)项。

品保障措施、为防止或补救市场扰乱而采取的行动是否造成或威胁造成重大贸易转移。此类标准应包括中国产品的市场份额或进口额的实际或迫近的增加,中国或该另一 WTO 成员所采取行动的性质或程度以及其他类似标准。此外,WTO 成员应向进口商和所有利害关系方提供可提交他们关于该事项看法的机会<sup>①</sup>。为处理重大贸易转移而采取的措施将在所涉一个或多个 WTO 成员针对中国产品采取的措施终止后不迟于 30 日内终止。如果采取行动以处理市场扰乱的一个或多个 WTO 成员向 WTO 保障措施委员会通知一项行动的任何修改,则处理贸易转移的 WTO 成员主管机关将确定重大贸易转移是否仍然存在,并决定是否修改、撤销或维持所采取的行动<sup>②</sup>。

4. 一 WTO 成员只能在防止和补救市场扰乱或重大贸易转移所必需的时限内采取“过渡性保障机制”措施<sup>③</sup>。

5. 如一“过渡性保障机制”措施是由于进口水平的相对增长而采取的,而且如该措施持续有效的期限超过 2 年,则中国有权针对实施该措施的 WTO 成员的贸易暂停实施 1994 年 GATT 项下实质相当的减让和义务。但是,如一措施是由于进口绝对增长而采取的,而且如该措施持续有效的期限超过 3 年,则中国有权针对实施该措施的 WTO 成员的贸易暂停实施 1994 年 GATT 项下实质相当的减让和义务,中国采取的任何此种行动应立即通知保障措施委员会<sup>④</sup>。

6. 临时措施的期限不得超过 200 天,在此期间,应符合《加入议定书》第 16 条第 1 款、第 2 款和第 5 款的有关要求。任何临时措施的期限均应计入第 16 条第 6 款下规定的期限<sup>⑤</sup>。

① 《工作组报告书》第 245 段。

② 《工作组报告书》第 249~250 段。

③ 《加入议定书》第 16 条第 6 款和第 8 款和《工作组报告书》第 246 段(h)项。

④ 《加入议定书》第 16 条第 6 款。

⑤ 《加入议定书》第 16 条第 7 款。

最后《中国加入议定书》第 16 条是“过渡性”(transitional)的,并规定了这一条款的适用期是中国加入 WTO 后 12 年<sup>①</sup>,即有效期为自 2001 年 12 月 11 日起至 2013 年 12 月 10 日止。在这一期限届满后,对中国产品的保障措施就应该与其他成员的产品一样,适用《保障措施协议》和 WTO 其他保障措施条款的规定。

### (五) WTO 其他成员对“特定产品过渡性保障机制”的后续行动

值得注意的是,部分 WTO 成员根据《加入议定书》第 16 条已经制定了或正准备制定专门针对中国产品的保障措施国内立法。比如,韩国为防止中国加入 WTO 以后中国产品冲击其国内市场,便根据 2001 年底中国加入 WTO 后允许其他成员国采取“特定产品过渡性保障机制”的承诺,于 2002 年 4 月由韩国财经部同法制处协商,拟将“启动对华进口保障措施时,可通过提高关税进行产业损害救济”等上述措施相关内容写入关税法。目前,在韩国提高关税的依据是关税法,而启动保障措施的依据是对外贸易法,同时,由于“特定产品的保障措施”的启动条件是出现“实际损害”,较一般保障措施的“严重损害”更为宽松,因此,这一立法修改将为韩国更方便地对中国产品启动保障措施提供法律依据。据此,韩国可在中国产品进口增加导致市场扰乱时,或在第三国对中国产品采取保障措施而导致贸易转移时启动保障措施,启动条件较为宽松,起诉申请也更加简单。目前,日本等其他 WTO 成员也正在推进将“特定产品过渡性保障机制”条款转化为国内法<sup>②</sup>。

① 《加入议定书》第 16 条第 9 款。

② 参见中国驻韩国大使馆经商处 2002 年 4 月 4 日报道《韩国拟将对华进口保障措施法制化》,中华人民共和国对外经济贸易合作部网站 2002 年 4 月 9 日下载资料,网址: [www.moftec.org.cn](http://www.moftec.org.cn)。



## (六)对“特定产品过渡性保障机制”条款的简要评述

综上所述,在加入 WTO 谈判中,就保障措施的问题,WTO 现有成员出于仍然把我国看作“非市场经济国家”的固有观念,更出于对社会主义中国经济贸易地位不断上升的“担忧”,而针对我国制定了与 WTO 一般规则不同的“过渡性保障机制”条款。由于其适用条件较低,且可以选择性地针对中国产品,所以,“过渡性保障机制”在我国加入 WTO 后会对我国在 WTO 协议下享有的合法权利带来较长时间的不利影响。尽管如此,我国政府最终接受“过渡性保障机制”条款仍然是合理的。理由是:

1.“过渡性保障措施条款”已经不是一个纯粹的法律问题,而是渗入了诸多政治因素和经济因素的综合性问题

对“过渡性保障机制条款”,只有从更宏观、更长远的角度来考察,才能得出更客观、更科学的结论。加入 WTO 对中国经济的总体性的和长远性的积极意义与接受“过渡性保障机制”的局部性的和短期性的负面影响相比,前者的“利”显然大于后者的“弊”,个别条款的不利因素不应成为我国加入 WTO 的障碍。

2.“过渡性保障机制”条款与适用于原计划经济国家的“选择性保障条款”相比,有很大的不同

中国在“过渡性保障机制”条款谈判中争取到了很多原计划经济国家所没有的权利<sup>①</sup>。

3.从现实性角度出发,保障措施毕竟是对国内社会具有广泛影响的一种贸易措施,各国在采取时都会相当慎重

各成员国援用《加入议定书》第 16 条对中国产品援用保障措施的可能性虽然存在,但不会很多,其对中国产品出口所造成影响将会比较有限。从历史的角度看,GATT 缔约方也从未对计划经济国家援用过“选择性保障措施”<sup>②</sup>。同时,中国具有比较优势的

① 参见上文关于“中国在过渡性保障机制中的权利保障”的论述。

② 参见王天习《对关贸总协定“保障条款”的反思》,载《法学与实践》1993 年第 3 期。

产品现主要是部分纺织品和农产品,在这一领域遭受其他成员的保障措施的可能性最大。而这些领域的保障措施的 WTO 相关规则本来就对出口方不利。《加入议定书》第 16 条与这些规则相比,并没有过分地加大对中国的不利影响。

4.《加入议定书》第 16 条并非完全排除《保障措施协议》的适用。对中国产品的保障措施如果涉及《加入议定书》第 16 条“特定产品”之外的产品,或者涉及第 16 条没有明文规定的问题,就应该以《协议》为依据。比如,如果《加入议定书》第 16 条的“特定产品”没有钢铁产品,那么对中国钢铁产品的保障措施就应该适用《协议》的规定。再如,《加入议定书》没有关于对中国产品的保障措施的最长期限的规定,也没有关于就向中国“补偿”和中国进行磋商的规定,在这些问题上,以及《加入议定书》没有明文规定的其他问题上,应该适用《协议》的规定。中国在《加入议定书》第 16 条没有涉及的产品和没有规定的问题上,应当与 WTO 其他成员一样享有《保障措施协议》下的同等权利<sup>①</sup>。

### (七) 特定产品过渡性保障机制”条款遗留的法律问题

正如中国代表在加入 WTO 谈判中所说:“WTO 成员在实施议定书第 16 条的规定时缺乏丰富的经验”<sup>②</sup>。因此,无论是“过渡性保障机制”的制定,还是它的未来实施,都将面临诸多法律问题。例如,对“特定产品”的范围,有没有具体产品清单?该清单是否可以“逐步取消”?认定“重大贸易转移”的可操作的标准是什么?“重要原因”和“实质损害”的标准又是什么?如何更好地保证“过渡性保障机制”措施的可预见性和透明度?这些问题都需要各成员在适用过程中予以澄清。在这里,我们要着重讨论两个似乎更具学理性的问题。

① 当然,这一论点也存在疑问,参见下文的论述。

② 《中国加入工作组报告书》第 245 段。

## 1.《加入议定书》第 16 条与《保障措施协议》的相关规定之间的关系问题

首先,在《加入议定书》第 16 条与 WTO《保障措施协议》的规定不相抵触时,或者,对《加入议定书》没有明文规定的问题,对中国产品的保障措施是否就应该以《协议》为依据?《加入议定书》和《协议》对这类问题并没有作出规定。我们认为,无论是把《协议》和《加入议定书》看成“一般法和特别法”的关系还是看成“前法和后法”的关系,由于《加入议定书》没有规定,所以,适用《协议》的规定,都不会引起条约冲突的问题,所以,在对中国产品适用保障措施时对于《加入议定书》第 16 条中没有规定的问题,应当可以适用《协议》的相关规定。

其次,在《加入议定书》第 16 条与《协议》的规定相抵触时,应该适用《加入议定书》的规定还是《协议》的规定?对此问题《加入议定书》和《协议》都没有直接作出规定。1969 年《维也纳条约法公约》第 30 条(条约的冲突)有“后法优于前法”的规定<sup>①</sup>。引起的问题是《协议》与《加入议定书》相比,具有什么样的法律效力?是上下级法律的关系?还是一般法与特别法的关系?如果是上下级法律的关系,那么,当《协议》与《加入议定书》冲突,又无法进行协调解释时,《协议》规定优于《加入议定书》的规定。如果是一般法与特别法的关系,或者前法与后法的关系,按照“特别法优于一般法”或“后法优于前法”的原则,以及 1969 年《条约法公约》第 30 条的规定,《加入议定书》的规定优于 WTO 协议。《建立 WTO 协定》第 16 条第 3 款规定:“当本协定的某一规定与任何多边贸易协

---

<sup>①</sup> 1969 年《条约法公约》第 30 条规定:1、如果联合国会员国相互之间订立的条约,无论在《联合国宪章》之前还是《宪章》之后,与《宪章》的规定冲突的,《宪章》的规定优先;2、如果条约明文规定,该条约不得违反先订或后订条约,或不得视为与先订或与后订的条约不符,则该先订或后订条约优先;3、如果先订条约的全体当事国同时也是后订条约的全体当事国,而先订条约依法并未终止或停止施行,适用后订条约的规定。

定的某一规定发生冲突时,本协定的规定应在冲突的范围内优先。”在附件一 A(货物贸易多边协定)的总体解释性注释中指出:当 1994 年 GATT 的条款与《建立 WTO 协定》附加一 A 中的另一协议的某一规定产生冲突时,该另一协议的规定在冲突的范围内优先。但是,这两条规定都没有涉及“加入议定书”与 WTO 协议(包括《保障措施协议》)在产生冲突时孰为优先的问题。还有一个法律依据似乎是《协议》第 11 条第 1 款第 3 项。该条款规定:本协议不适用于一成员根据除第 19 条外的 1994 年 GATT 其他条款和除本协议外的附件一 A 所列其他多边贸易协议,或根据在 1994 年 GATT 范围内订立的议定书、协议或安排所寻求、采取或维持的措施。《纺织品与服装协议》和《农产品协议》显然属于“附件一 A 所列其他多边协议”,但是,这一条款是在“某些措施的禁止和取消”的标题之下,本条的其他条款主要是规定在《建立 WTO 协定》生效前的“灰色区措施”的废止,在这样一个上下文中,就引发了一个疑问:《协议》第 11 条第 1 款第 3 项适用于《建立 WTO 协定》生效后订立的选择性的保障措施或“灰色区措施”并为其提供法律依据吗?换句话说,在 WTO 成立后的新成员的加入议定书中“歧视性或选择性保障措施条款”属于“根据在 1994 年 GATT 范围内订立的议定书、协议或安排所寻求、采取或维持的措施”吗?

按照“后法优于前法”,同时按照“缔约者的原意”,《加入议定书》的规定应该优先。否则,订立它就没有意义。但是,在 WTO 的法律框架中有没有支持这一观点的法律依据呢?有没有一个 WTO 的条约条款,或者一个条约解释的惯例(如“与其无效,毋宁有效”原则、“特别法优于一般法”或“后法优于前法”),或者有关机构的决定,或专家组和上诉机构的裁定作为依据呢?

## 2.《加入议定书》第 16 条可否“对等适用”的问题

有一种观点认为,根据 WTO 的“权利与义务互惠原则”,中国在《加入议定书》第 16 条下承担的这一义务也可以对其他 WTO 成员对等适用。我们对此观点持怀疑态度。理由是:首先,《加入

议定书》的性质是“入门费谈判”的一部分,是中国对 WTO 现有成员关于关税减让和市场准入的承诺。换句话说,应该是中国对其他现有成员的一种单项性义务,而不是一种互惠的双向性义务;其次,WTO 协议也好,还是《加入议定书》也好,是一系列权利义务的综合平衡。在保障措施规定方面中国义务过重,但在其他领域中国获益。不能认为在保障措施方面中国承担更重的义务,就可以要求其他成员承担与中国同等的义务,最重要的是,如果允许中国对其他成员也采取选择性的、条件宽松的保障措施,WTO 的保障措施规则体系将支离破碎,受到巨大的破坏,而这是 WTO 及其成员都不能接受的。

#### 四、对来自中国的纺织品和服装的保障措施

除上述《加入议定书》第 16 条和《工作组报告书》有关规定外,还有一个条款,即《中国加入工作组报告书》第四部分 D 节(影响货物贸易的国内政策)第 11 部分与保障措施相关<sup>①</sup>。虽然第 11 部分的标题是“纺织品”,而不是“纺织品保障措施”,条文中也没有出现过“保障措施”的措词,但是,从该部分条文的含义看,实际上是有关 WTO 其他成员对来自中国的纺织品和服装产品采取的保障措施的规定。因此,我们不妨将其称为“纺织品保障措施条款”。该条款将适用于来自中国的纺织品和服装产品贸易,直至 2008 年 12 月 31 日,并成为中国加入条款和条件的一部分<sup>②</sup>。

#### (一)对中国纺织品和服装的保障措施的实质性条件

对来自中国的纺织品和服装的保障措施的实质性条件是:由

① 《中国加入工作组报告书》(中文译文),载石广生主编《中国加入世界贸易组织知识读本(三):中国加入世界贸易组织法律文件导读》,人民出版社 2002 年版,第 941~942 页。

② 《工作组报告》第 242 段前言。

于《纺织品与服装协议》所涵盖的来自中国的纺织品和服装产品(以下简称中国纺织品和服装)对WTO成员的出口激增所造成“市场扰乱”,威胁阻碍该成员有关产品贸易的有序发展<sup>①</sup>(threatening to impede the orderly development of trade in these products)。与《纺织品与服装协议》第6条所要求的“数量增加造成严重损害或严重损害的威胁”相比,“纺织品保障措施条款”的适用条件显然要低得多。这样,WTO其他成员就可以更轻易地对中国纺织品和服装实施保障措施。值得注意的是,《纺织品与服装协议》第6条在2005年1月1日终止效力,此后,WTO其他成员间在纺织品和服装领域的保障措施适用《保障措施协议》的规定,而“纺织品保障措施条款”要适用到2008年12月31日。这样,在其他成员已经将纺织品和服装纳入1994年GATT之后,在WTO其他成员之间对纺织品与服装采用保障措施时适用更加严格的《保障措施协议》的规定后,在WTO其他成员对纺织品与服装产品只能非歧视地适用保障措施后,中国的纺织品与服装所享受的权利仍将“游离于”1994年GATT和《保障措施协议》之外长达4年。在此期间,WTO其他成员能够较轻易地启动对中国纺织品与纺织品制成品的保障措施,这将对具有比较优势的纺织品和服装出口造成不利影响,使我国纺织品与服装产业在加入WTO后预期享有的利益面临严峻的考验。

## (二)对中国纺织品和服装的保障措施的程序性规则

第一步,该成员请求与中国进行磋商,以期减轻或避免此市场扰乱。磋商将在收到磋商请求后30天内进行(“初次磋商”);第二步,双方将在收到此种请求后90天内,尽一切努力就双方满意的解决办法达成协议,除非双方同意延长该期限;第三步,如在90天

<sup>①</sup> 《工作组报告》第242段(a)项。

磋商期间,未能达成双方满意的解决办法,则磋商将继续进行<sup>①</sup> (“再次磋商” )。

### (三) 对中国纺织品和服装的保障措施的实施

在收到“初次磋商”请求后,中国将对这些磋商所涉及的提出磋商请求成员的一个或多个类别的纺织品或纺织品制成品的装运货物,控制在不超过高于提出磋商请求的当月前的最近 14 个月中前 12 个月进入该成员数量的 7.5%(羊毛产品类别为 6%)的水平<sup>②</sup>。这实际上相当于中国的“自愿限制承诺”。“再次磋商”时,提出磋商请求的 WTO 成员可继续根据(c)项对磋商涉及的一个或多个类别的纺织品或纺织品制成品实施限制<sup>③</sup>。这相当于对中国纺织品或纺织品制成品的保障措施。

### (四) 中国的权利保障

1. 请求进行磋商的成员在提出“初次磋商”请求时,应向中国提供关于磋商请求的原因和理由的详细的事实说明,并附提出磋商请求成员认为能够证明下列内容的现行数据:(1)市场扰乱的存在或威胁;(2)在该市场扰乱中原产于中国产品的作用。

2. 对中国纺织品和纺织品制成品的保障措施的期间限于自提出磋商请求之日起至提出磋商请求当年的 12 月 31 日止的期限有效,或如果提出请求时该年只余 3 个月或更少的时间,则在提出磋商请求后 12 个月结束的期限内有效,该保障措施最长不超过一年<sup>④</sup>。

① 《工作组报告》第 242 段(a)项、(b)项和(d)项。

② 《工作组报告》第 242 段(c)项。

③ 《工作组报告》第 242 段(d)项。

④ 《工作组报告》第 242 段(e)项和(f)项。在这一条款中遗留了一个疑问:“磋商请求”是指“初次磋商请求”还是“再次磋商请求”?这一问题的答案决定了对中国纺织品和纺织品制成品的保障措施的有效期限的起算时点,因而具有重要的意义。我们期望 WTO 有关机构能尽快对该问题加以澄清。

3. 对中国纺织品和纺织品制成品的保障措施不得重新实施 , 除非有关成员与中国另有议定<sup>①</sup>。

4. 不得同时根据以上规定和议定书第 16 条的规定 , 对同一产品适用措施<sup>②</sup>。

### 五、对其他国家的歧视性保障措施的对等报复问题

我国《保障措施条例》第 32 条规定 , 任何国家(地区)对我国的出口产品采取歧视性保障措施的 , 我国可以根据实际情况对该国家(地区)采取相应的措施。毋庸置疑 , 这一规定体现了我国的主权权利。但是 , 在具体适用这一条款时 , 应注意下列问题 :

1. 《保障措施协议》第 8 条第 2 款和第 3 款对保障措施的“被援用方的报复权”进行了限制

首先 , 报复的启动时间有限制 ; 其次 , 报复受制于 WTO 有关机构的“默示授权” ; 第三 , 报复的水平有限制 ; 第四 , 对针对进口绝对增长的保障措施 , 在最初的有效 3 年内不得报复。当然 , 对于由于进口的“相对增加”而采取的保障措施 , 被援用方似乎可以不受“3 年内不得报复”的限制 , 而可以在保障措施实施后 90 天和货物贸易理事会收到拟采取报复的书面通知后 30 天期满后 , 就实施贸易报复。

在我国加入 WTO 之前 , 我国可以针对其他国家的保障措施 , 实施单边的(无需任何国际组织授权的)、即刻的、水平不受限制的报复。比如 , 近年来我国曾对韩国针对中国大蒜的临时性保障措施和日本针对中国三种农产品的保障措施迅速作出反击 , 实施了贸易报复 , 虽然产生了一些贸易争端 , 但在我国贸易报复的压力

① 《工作组报告》第 242 段(f)项。

② 《工作组报告》第 242 段(g)项。



下,有关国家最终均取消了针对我国的保障措施<sup>①</sup>。然而,在我国加入 WTO 后,我国在针对他国的保障措施实施贸易报复时,就应注意遵守《协议》第 8 条第 2 款和第 3 款的规定,不能再“迅速地”单方面实施报复,报复水平也不能任意扩张。同时,还要区分对方的保障措施是因进口绝对增加还是因进口相对增加,对于前一种情况,前 3 年内我国都不能加以报复。

2. 不能因为保障措施是“歧视性的保障措施”,就对之进行报复,因为有的“歧视性保障措施”在 WTO 现行法律框架下是允许的

比如《纺织品和服装协议》第 6 条“过渡性保障措施”就允许“歧视性的保障措施”。再如《加入议定书》第 16 条“过渡性保障机制”和《加入工作组报告》“纺织品保障措施条款”也允许针对中国产品的歧视性保障措施。

3.《加入议定书》第 16 条第 6 段有关中国有权报复的规定也遗留了一些疑问

按照该条款,如一措施是由于进口水平的相对增长而采取的,而且如该措施持续有效的期限超过 2 年,则中国有权针对实施该措施的 WTO 成员的贸易暂停实施 1994 年 GATT 项下实质相

---

① 如“中日农产品贸易争端”:2000 年 12 月 22 日,日本宣布对大葱、鲜香菇、蔺草席等三种从中国进口的农产品进行为期 1 年的保障措施调查。2001 年 4 月 23 日,日本对上述三种农产品实施临时保障措施,期限为 200 天。6 月 22 日,中国开始对日本汽车、手机和空调实施 100% 的惩罚性关税的贸易报复。2001 年 7 月、11 月,中日举行多次磋商,但均未能达成协议。11 月 8 日,日方 200 天临时保障措施期满,但在 12 月 21 日前仍可启动正式保障措施。中方表示,在日方正式宣布取消对中国农产品的进口限制之前,中方不会取消特别关税报复措施。12 月 11 日,中国成为 WTO 正式成员。12 月 21 日,在日本保障措施调查期满前一天,中日两国在北京举行正部级磋商并最终达成协议,日方决定不启动对从中国进口三种农产品的正式保障措施,中方决定撤销对日本三种商品的特别关税报复措施。参见吕传忠《新闻背景:中日两国农产品贸易争端大事记》,人民网 2001 年 12 月 21 日下载资料,网址:www.people.com.cn。

当的减让和义务。但是,如一措施是由于进口绝对增长而采取的,而且如该措施持续有效的期限超过3年,则中国有权针对实施该措施的WTO成员的贸易暂停实施1994年GATT项下实质相当的减让和义务,中国采取的任何此种行动应立即通知保障措施委员会。《保障措施协议》第8条第2款和第3款的规定似乎表明,对于由于进口相对增加采取的所有保障措施,可以实施报复,而现在《加入议定书》又增加了一个限制,即“而且该措施持续有效期限超过2年”,这是不是意味着,我们没有权利对持续时间少于2年的由于进口相对增加采取的保障措施实施报复?另外,无论是对由于进口相对增加采取的保障措施,还是对由于进口绝对增加采取的保障措施,可以即刻采取报复措施吗?按照《协议》的规定,要受制于“在保障措施实施后90天和货物贸易理事会收到拟采取报复的书面通知后30天期满后”,而且,对于由于进口的“相对增加”而采取的保障措施,被援用方“3年内不得报复”。这样,进一步的问题就出现了:无论是对由于进口相对增加采取的保障措施,还是对由于进口绝对增加采取的保障措施,只要符合《加入议定书》的规定,就可以即刻采取报复措施吗?还是也要同时符合《协议》的相关规定?如果是还要同时符合《协议》第8条第2款和第3款,那么,对于持续时间少于2年的由于进口相对增加采取的保障措施我国无权实施报复;对于持续时间超过2年的由于进口相对增加采取的保障措施,应当在保障措施实施后90天和货物贸易理事会收到拟采取报复的书面通知后30天期满后,实施贸易报复;而对于由于进口绝对增长而采取的保障措施,是可以即刻采取还是依照《协议》的规定的差异之大就更明显。如果是依照《协议》的规定,那么我们只能等到该措施“持续有效3年后”才有权实施贸易报复。这样的话,中国与WTO其他成员的权利义务平衡又从何处体现呢?

尽管在保障措施方面,我们需要解决和澄清所面临着的或即将面临着的诸多问题,但是,当前我们最迫切的任务是:在已经制

定《保障措施条例》后,我国政府应尽快制定具体、详细的实施细则,从而使实务部门在适用保障措施时有可操作、实用性的规则,并将之作为法律依据和行为指南。同时,应尽快着手建立实施保障措施的组织机构,组织实施培养一大批谙熟世贸组织规则的经贸法律专才,特别是保障措施相关知识的人才,根据 WTO 保障措施的规则和我国国内法的相关规定,在其他成员针对我国产品实施保障措施时积极应对<sup>①</sup>。只有这样,我们才能既在不违反 WTO 有关规则的前提下,合理援用保障措施,保护我国民族工业的健康稳定的发展,又在对其他成员对我国实施保障措施时确保我国的合法权利,从而最大限度地实现我国加入 WTO 的利益。

---

① 2002 年 3 月初,美国对来自中国、欧共体、日本、韩国、挪威、瑞士、新西兰和巴西等 WTO 成员的特定钢铁产品实施最终保障措施。2002 年 3 月,中国与美国举行了双边磋商,但未能达成协议。2002 年 3 月 26 日,中国正式援用 DSU 第 4 条、1994 年 GATT 第 22 条第 1 款和《保障措施协议》第 14 条,要求与美国举行 WTO 争端解决机制下的协商。这是中国加入 WTO 后首件诉诸争端解决机制的贸易争端(WT/DS252),也是继欧共体、日本和韩国之后,针对美国对钢铁产品的最终保障措施的 4 一起诉诸争端解决机制的贸易争端。目前,这些案件正在进行中。中国和其他成员能否通过 WTO 争端解决机制维护自己在 WTO 协议下的权利?让我们拭目以待。

## 第四章 多边贸易自由化与公共健康 ——WTO 一般例外条款解读(一)

### 第一节 WTO 一般例外条款概述

#### 一、一般例外条款的概念

前面两章研究了 WTO 国际收支例外和保障措施的规则,现在我们将转入例外条款的另一个全新领域——一般例外条款。从严格法律意义上说,WTO 一般例外条款的范围限于冠以“一般例外”(General Exceptions)标题的条款,在这一意义上,WTO 一般例外条款仅包括 1994 年 GATT 第 20 条和 GATS 第 14 条。从广义历史意义上说,在 GATT 和 WTO 时期,基于 1947 年 GATT 第 20 条,多边贸易体制发展形成了若干的协定、协议或条款,如《实施卫生和植物卫生措施协议》《技术性贸易壁垒协议》序言、第 2 条第 1 款、第 2 条第 2 款、第 2 条第 4 款、第 2 条第 10 款《服务贸易总协定》第 14 条和《与贸易有关的知识产权协定》第 8 条、第 27 条第 2 款、第 3 款等。在学理上,这些规则也可以纳入一般例外条款的研究范畴。

严格意义的一般例外条款看似简单,只有寥寥两条,但其内涵十分丰富,包括了公共健康、环境保护、确保与 GATT 不相抵触的国内法律规章的遵守、公共道德、劳工标准和知识产权等领域,广义意义的一般例外条款更是包括了诸多的内容庞大、结构复杂的协议或条款规定。为了论述的深入,本书集中阐释与一般例外条款关系最密切、法律制度发展得也较为成熟的公共健康与环境保

护两个领域。对 GATT 第 20 条的其他条款,如近年来在西方国家讨论得比较热烈的第 1 款(公共道德)、第 5 款(监狱产品)等,由于在 GATT/WTO 实践中既没有后续立法,也没有援用的实例,所以本书暂不作研究<sup>①</sup>。而对第 20 条第 4 款,尽管在实践中有为数不少的案例,但本书对它以及该条款所衍生的《与贸易有关的知识产权协定》有关规定,也暂不作深入研究<sup>②</sup>。同时,对于 TBT 协

① 在第 20 条第 1 款和第 20 条第 5 款方面,近年来代表性的文章有 Liane M. Jarvis, *Woman's Rights and the Public Morals Exception of GATT Article 20*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23 (Fall 2000), pp. 219~238; Yasmin Moorman, *Integration of ILO Core Rights Labor Standards into the WTO*, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39 (2001), No. 2, pp. 555~583; Friedl Weiss, *Internationally Recognized Labour Standards and Trade*, in Friel Weiss, Enk Deters and Paul de Waart (eds.), *International Economic Law with a Human Face*, Kluwer Law International, 1998, pp. 79~107; Paul Waer, *Social Clauses in International Trade*, *The Debate in the European Union*, *Journal of World Trade*, Vol. 30 (1996), No. 4, pp. 25~42; Michael J. Trebicock and Robert Howse, *Trade and Labor Rights*, in *The Regulation of International Trade* (second edition), Routledge, London and New York, 1999, pp. 441~463; Jim Rollo and L. Alan Winters, *Subsidiarity and Governance Challenges for the WTO: Environmental and Labour Standards*, *The World Economy*, Vol. 23 (2000), No. 4, pp. 561~576.

② 在 GATT 和 WTO 时期,涉及一般例外条款的案例主要集中在三个条款,一是第 2 款(保护人类、动植物生命或健康的措施),二是第 7 款(保护可穷竭的自然资源的措施);三是第 4 款(保证国内法执行而采取的限制措施)。在 GATT 时期有 7 件涉及第 20 条第 4 款的案例:1983 年加拿大诉美国“汽车弹簧部件案”(案号 30S/107);1984 年美国诉加拿大“加拿大外国投资审查法案”(案号 30S/140);1988 年美国诉日本“日本限制某些农产品案”(案号 35S/163);1989 年欧共体诉美国“美国 1930 年关税法 337 条款案”(案号 36S/345);1990 年日本诉欧共体“欧共体部件构件进口条例案”(案号 37S/132);1992 年加拿大诉美国“美国影响酒精类饮料和啤酒措施案”(案号 WT/39S/206);1994 年欧共体诉美国“汽车税案”(案号 DS31)。在 WTO 时期,迄今有 2 件涉及第 20 条第 4 款的案件:1999 年欧共体诉阿根廷“对牛皮的出口和已加工皮革的进口的措施案”(案号 DS155,专家组 2000 年 12 月 19 日作出报告,认为阿根廷的有关措施满足第 20 条第 4 款的条件,但没有满足第 20 条前言的要求,双方均未上诉,2001 年 2 月 26 日,DSB 通过专家组报告);1999 年美国和澳大利亚诉韩国“影响进口新鲜、冷藏和冷冻牛肉的措施案”(合并审理案件,案号 WT/DS161/DS169,专家组 2000 年 7 月 31 日作出报告,认为韩国的有关措施不能满足第 20 条第 4 款的条件;上诉机构 2000 年 12 月 11 日作出报告,支持专家组的结论,2001 年 1 月 22 日,DSB 通过上诉机构报告和经修改的专家组报告)。所以,第 20 条第 4 款也值得深入研究。

议中的一般例外条款和服务贸易领域的一般例外条款,即 GATS 第 14 条,由于迄今为止在 WTO 争端解决实践中其援用实例相当有限,本书对之仅作条文比较研究<sup>①</sup>。同时,为了论证更加清晰,本书把公共健康和环境保护一分为二,分章进行论述。本书将以 GATT 第 20 条第 2 款和第 7 款,以及与第 20 条第 2 款密切相关的《实施卫生和植物卫生措施协议》有关规定为论述重点。

## 二、一般例外条款的法律规定和双重目的

### (一)一般例外条款的法律规定及其发展

一般例外条款的立法渊源是 GATT 第 20 条。GATT 第 20 条在结构上可分为两个部分:第一部分是前言<sup>②</sup>,主要规定了各单项例外措施的适用方式的要求。其规定是“如果下列措施的实施在相同条件下国家间不会构成任意的或无端的歧视,或者不会形成对国际贸易的伪装起来的限制,不得将本协定说成是妨碍任何缔约方采取或实行这些措施”。第二部分是各单项例外,主要规定了一般例外条款下的各单项例外措施。这些措施有(1)为维护公共道德所必需的措施(2)为保护人类及动植物的生命或健康所必需的措施(3)与黄金、白银进出口有关的措施(4)为保证遵守与 GATT 条款不相抵触的法律或规章所必需的措施(5)与监狱产品有关的措施(6)为保护本国有艺术、历史或考古价值的国宝所采

① 值得注意的是,2001 年,秘鲁对根据 TBT 协议第 2 条等的规定对欧共体的第 2136/89 号条例中有关保鲜沙丁鱼的贸易标识的规定和相关贸易措施起诉,即“沙丁鱼贸易标识案”(案号 WT/DS231)。DBS 有望在 2002 年年底通过该案上诉机构报告和专家组报告。这是 WTO 成立以来,争端解决机制首次以 TBT 协议的条款为依据解决贸易争端。

② 第 20 条开头有一段文字:“凡下列措施……不得将本协定说成是妨碍……如下措施”。对这段文字,有关专家组报告或上诉机构报告通常称之为“按语”(Chapeau),也有的称之为“序言”(Preamble),或“引言”(Introductory Clause),我们将其中文称谓定为“前言”。

取的措施(7)与养护可穷竭的自然资源有关的措施(8)为实施与关贸总协定无抵触的商品协定的措施(9)在国内原料价格低于国际价格时,为保证国内加工工业的需求所必需的措施(10)在供应不足时,为获得特定产品所必需的措施。

可以看出,GATT第20条一般例外条款与国际收支条款和保障措施有所不同。首先,一般例外条款中各单项例外的目的均不是直接与经济相关的,因而也有学者把一般例外条款和下文将要论述的安全例外条款称为“为非经济目的实施的例外条款”<sup>①</sup>。其次,与国际收支条款和保障措施条款不同,GATT第20条既没有规定通知和协商要求,也没有相关的补偿和审查机制。这意味着迄今多边贸易体制对它的监督只限于争端解决机制的监督。

20世纪80年代以来,GATT缔约方(主要是发达国家)对第20条,特别是第2款、第4款和第7款的多次援用,推动了GATT体系中两个重大法律成果的形成:首先,在诸多涉及第20条的案件中,专家组对第20条,特别是第2、第4、第7三款的适用与解释进行了澄清;创设了许多“标准”,虽然其中有不尽人意之处,但是专家组毕竟对措词宽泛、模糊的第20条的条文赋予了更为确定的、操作性更强的含义。而且,专家组在适用与解释第20条时,经常参照甚至引用以前专家组对该条文的观点,这种“事实上的判例法”方式有助于一脉相承地形成一套关于适用与解释第20条的规则。其次,GATT缔约方(主要是发达国家)对第20条,特别是第2、第4、第7款的援用,迫使各缔约方在GATT第20条规则之外,制定新的“规则”和“标准”,来规范或调整这些“新贸易保护主义”措施。在乌拉圭回合最后文件中,出现了很多与GATT第20条

---

① Aaditya Mattoo and Petros C. Mavroidis, *Trade, Environment and the WTO: The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of GATT*, in Ernst-Ulrich Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International 1997, pp. 327~343.

相关或相似的协议或条款,如《建立世界贸易组织的马拉喀什协议》序言(“为可持续发展之目的扩大对世界资源的充分利用,保护和维持环境”)《实施卫生和植物卫生措施协议》(SPS 协议)《技术性贸易壁垒协议》(TBT 协议)《服务贸易总协定》(GATS)第 14 条《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS 协定)第 3 条第 2 款和第 27 条第 2 款等。

我们认为,上述协议或条款是随着多边贸易体制管辖范围的扩大,以处理货物贸易领域的 GATT 第 20 条为基础形成的一系列法律成果。其中,建立 WTO 协定将“可持续发展”、“保护环境”作为与“贸易自由化”平行的宗旨和目标确定下来;GATS 第 14 条是 GATT 第 20 条在服务贸易领域的“衍生物”;而 SPS 协议、TBT 协议和 TRIPS 协定是将 GATT 第 20 条第 2 款和第 4 款所含内容更加具体化、“标准化”的法律创新与发展。

## (二)一般例外条款的双重目的

与国际收支例外条款和保障措施条款相似,一般例外条款的目的也分为正反两个方面:一方面是寻求为违反 WTO 其他条款的特定的国内措施“免责”。另一方面,确保援引方善意行使其权利和尊重其他成员在 WTO 下的实体性权利。

我们以 GATT 第 20 条为例说明。“第一龙虾—海龟案”上诉机构曾精辟地指出,第 20 条第 1 款到第 10 款,都是 1994 年 GATT 其他条款所包含的实体法义务的有限度的和有条件的例外<sup>①</sup>。这一论断有两层含义:首先,第 20 条不是一条确立义务的积极性规则,而是例外,是一系列对 1994 年 GATT 其他条款所包

<sup>①</sup> “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 157 段。“第一龙虾—海龟案”是指 1996 年印度、巴基斯坦、马来西亚和泰国诉美国“影响龙虾和龙虾制品的措施案”,1998 年,DSB 通过上诉机构和经修改的专家组报告。马来西亚对美国执行 DSB 裁定的情况不满,便依据 DSU 第 21 条第 5 款针对美国对 DSB 裁定的执行措施起诉,由此而引发“第二龙虾—海龟案”。详见第五章的有关论述。



含的实体法义务的“一般例外”。它的设置,是肯定 WTO 成员的特定贸易限制措施的“合法性”,为 WTO 成员在特定情形下(在 10 项单项例外下的情势)违反 GATT 其他条款的国内措施“免责”。在实践中,如果一 WTO 成员实施一项贸易限制措施,而其他成员认为该措施与 GATT 条款不一致,后者可以向 WTO 争端解决机制起诉,而前者则可援引第 20 条为其措施辩护,以证明其措施正当。这时,对第 20 条的援用才正式启动<sup>①</sup>。其他成员(起诉方)不能从起诉时就主张对方不能以第 20 条为依据。起诉方和 WTO 争端解决机制都无权阻止被诉方对第 20 条的援用。更特殊的是,只有在确认被诉方有关措施与 GATT 其他条款不一致后,才审查被诉方以第 20 条证明其措施正当性的主张。因此,更贴切地说,它是“一块合法的辩护盾牌”。

其次,第 20 条例外是有限度的和有条件的。这种“限度和条件”就是要尽可能地善意遵守援用方在 GATT 下的义务和尊重其他成员在 GATT 下的实体性权利,应避免滥用或错误使用。“限度和条件”又由两个层次的条件构成:第一层是第 20 条各单项例外所包含的条件,第二层是第 20 条前言要求援用方成员的措施“不构成相同条件下国家间任意的或无端的歧视手段,或不会形成对国际贸易的伪装起来的限制”。由此引申出两个重要的法律后果:其一,像所有其他例外条款一样,第 20 条必然被狭义解释;其二,在援用第 20 条时,举证责任由援用方承担。

### 三、GATT 时期对一般例外条款的适用及其存在的问题

#### (一) GATT 时期适用 GATT 第 20 条的特点

GATT 时期适用 GATT 第 20 条呈现下列特点:

---

<sup>①</sup> 与缔约方/成员宣布实施保障措施、反倾销措施等不同,似乎没有缔约方/成员宣称实施所谓“第 20 条措施”。

首先,从援用的总体趋势来看,对第 20 条的援用经历了“甚少援用”到“积极使用”两个阶段。在 GATT 存续前期,极少发生过涉及第 20 条的争端。一直到了 20 世纪 80 年代后,才开始陆续出现涉及第 20 条的争端。这种现象与国际经贸关系的形势变化密不可分。经过 GATT 时期前五个“回合”的多边贸易谈判,各缔约方的关税水平得已大幅度削减<sup>①</sup>。从这时起,各缔约方,特别是发达国家缔约方,开始将贸易保护措施的重心从关税壁垒转向非关税壁垒。一些构成贸易限制的,但可以从第 20 条中找到“合法根据”的措施开始凸现出来<sup>②</sup>。当一缔约方采用这类措施损害了其他缔约方的既有贸易利益时,后者往往以该措施违反了 GATT 既有条款为由诉诸争端解决机制,被诉缔约方则以第 20 条,特别是其中第 2、第 4、第 7 三款为由进行辩解,要求“免责”。由此引起涉及第 20 条的诉案。

其次,从涉及的国家来看,在 GATT 争端解决中,援用第 20 条例外的基本上是发达国家缔约方,尤其是美国、欧共体、加拿大、日本四强。其中,美国援用最多。发展中国家中只有泰国援用过一次。对涉及第 20 条事项的措施进行起诉的也基本上是上述四强,发展中国家只有墨西哥起诉过一次<sup>③</sup>。

第三,虽然 GATT 第 20 条范围广泛、措词宽松,但由于第 20 条的“例外身份”,更由于在 GATT 时期固守“贸易自由化优先”的

---

① 比如,在 GATT 建立时高达 35% 的加权平均关税到 20 世纪 60 年代狄龙回合时降至 15%。参见伯纳德·霍克曼等《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》,刘平等译,法律出版社 1999 年版,第 13 页。

② 这些措施主要有(1)为“保护人类、动植物的生命或健康”的技术标准(尤其是针对有损国民健康的或会向本国动植物传播疫情的外国农产品的卫生检疫措施以及保护国民健康的禁烟、禁酒、禁大气污染措施)(2)为“养护可穷竭的自然资源”(如“纯净的空气”、濒临灭绝的海洋生物)而采取的贸易限制措施(3)为实施本国知识产权保护、投资审查措施、国家对特定产品的垄断等。其中,保护公共健康、保护环境和保护知识产权而实施的贸易措施最为突出。

③ 参见附表五。

目标,专家组在解释和适用该条款时总是尽最大可能对第 20 条施加严格条件,使得援用方的有关措施难以通过这些条件的重重检验。除极少数案例外,在 GATT 争端解决机制中援用第 20 条均“无功而返”,即很少有缔约方能援用第 20 条证明其贸易限制措施正当。

## (二) GATT 时期适用 GATT 第 20 条的实践中存在的问题

在 GATT 时期,几乎没有成功援用第 20 条的实践。这种情况招致了有关国家的不满。它们认为,多边贸易体制过于强调贸易自由化目标,而忽视第 20 条下的合法目标。这从争端解决机制对第 20 条前言和各单个例外的审查次序的态度就可窥见一斑。在 GATT 时期,有关案例的专家组在审查涉及第 20 条的案件时,并没有注意第 20 条前言和各单项例外的审查次序问题。比如,在 1982 年加拿大诉美国“禁止进口来自加拿大的金枪鱼和金枪鱼产品案”中,专家组就首先审查了美国的措施是否与第 20 条的前言相符,然后才审查其是否与第 20 条第 7 款相符。在其他案例中,也没有统一的程序。专家组对这样一个重要的程序问题的“忽视”,反映了在 GATT 时期的多边贸易体制,尤其是争端解决机制中存在着根深蒂固的“贸易自由化优先”的观念。在这种观念的支配下,不必关心有关措施所体现的国内政策是否有合法性,只要它不能满足第 20 条规定的条件,就可以加以全盘否定。而且,专家组也反对进口缔约方规定进入其国内市场,要以出口缔约方遵守或采取其单方面制定的某种政策为条件的做法<sup>①</sup>。此外,第 20 条可利用的具体标准太少、第 20 条第 2 款和第 7 款的适用范围界定不清、专家组对第 20 条的条件解释过于严格、在解释中排斥外来法律以及漠视非政府组织的作用等也受到了发达国家的批评。它们强烈呼吁争端解决机制对第 20 条的解释方法进行改革,对有关

<sup>①</sup> 1991 年墨西哥诉美国“限制金枪鱼进口案”(“第一金枪鱼案”)专家组报告。

国家为第 20 条下的合法目标而采取的贸易措施进行合理的评价<sup>①</sup>。

与此同时,由于在 GATT 时期,争端解决机制采用“不排除争端当事方的协商一致”的决策方式,因此,忽视了第 20 条下的合法目标的专家组报告往往得不到通过,对有关措施的多边监督形同虚设。具体来说,如果专家组报告作出不利于有关被诉方的结论(即有关被诉方的措施违反了 GATT 条款,且不能以第 20 条证明其措施正当),被诉方往往在缔约方全体讨论通过专家组报告时,行使“否定权”从而阻挠报告的通过。在 GATT 后期的三件涉及第 20 条的案例中,均发生了类似情况<sup>②</sup>。在这种情况下,争端解决机制既没有肯定援用方有关措施在第 20 条下的合法性,也没有能够切实保护其他缔约方的权利。

#### 四、WTO 时期对一般例外条款的适用及相关法律发展

##### (一) WTO 时期适用一般例外条款的特点

WTO 成立后,各成员主要是发达国家仍积极援用 GATT 第 20 条等一般例外条款<sup>③</sup>。七年多来,各成员援用一般例外条款的政策与实践出现了一些新的特点:

首先,从援用 GATT 第 20 条等一般例外条款的总趋势上看,各成员以公共健康、环境保护等目标采取贸易措施的数量和范围呈不断上升趋势,因这类措施而引发的国际贸易争端也日益引起国际社会的广泛关注。

---

① Ernst-Ulrich Petersmann, *International Trade Law and International Environmental Law*, *Journal of World Trade*, Vol. 30 (1996), No. 2, pp. 43~81.

② 它们是:1991 年墨西哥诉美国“限制金枪鱼进口案”;1994 年欧共体诉美国“限制金枪鱼进口案”;1994 年欧共体诉美国“汽车税案”。

③ 迄今还尚未出现 WTO 成员直接援用 GATS 第 14 条以及 TRIPS 协定第 3 条第 2 款和第 27 条第 2 款证明其违反 WTO 协议的措施正当的案例。

其次,从涉及的国家看,在 WTO 争端解决机制中,GATT 第 20 条等一般例外条款的援用方和被诉方仍主要是发达国家,但发展中国家也逐渐认识到 GATT 第 20 条等一般例外条款的价值,在实践中开始加以利用<sup>①</sup>。

第三,WTO 争端解决机制的裁定结果出现了有利于一般例外条款援用方的变化。在“汽油标准案”和“第一龙虾—海龟案”中,上诉机构推翻了专家组的结论,肯定了美国有关措施在第 20 条单项例外下的合法性,使第 20 条的援用方第一次获得了“局部性的胜诉”<sup>②</sup>;在“荷尔蒙牛肉案”中,上诉机构第一次确认了 WTO 成员为公共健康等目标可以高于国际标准,采取的临时措施可以基于科学非主流意见和社会关注的权利;在 2001 年进入法律阶段的“石棉案”和“第二龙虾—海龟案”中,专家组和上诉机构更是开历史之先河,不仅肯定被诉方有关措施在第 20 条单项例外下的合法性,而且确认其符合第 20 条前言的条件,从而可以用 GATT 第 20 条证明其措施正当。在长达 20 余年的“屡诉屡败”后,第 20 条的援用方终于在具体案件中取得了“全面胜诉”。

第四,在争端解决机制中援用 SPS 协议和 TBT 协议增多<sup>③</sup>。SPS 协议和 TBT 协议及其相关条款与 GATT 第 20 条相比,有三大特点(1)由起诉方主动援用,诉由是被诉方的有关措施与 SPS 协议或 TBT 协议不符。并由起诉方承担确立被诉方有关措施与 SPS 协议或 TBT 协议不符的有初步证据的案件(a prima facie case),一旦有初步证据的案件确立,被诉方必须证明自己的措施与 SPS 协议或 TBT 协议相符,否则将面临败诉(2)在争端的事实认定方面,往往由一个专门的“技术专家咨询小组”或“技术专家

① 参见附表六。

② 在 1999 年“阿根廷皮革案”中,专家组也认为阿根廷的有关措施满足第 20 条第 4 款的条件,双方均未上诉。

③ SPS 协议和 TBT 协议都有自己独特的磋商程序,大多数的涉及 SPS 协议和 TBT 协议的争端是通过这类磋商程序解决的。

小组”发挥重要作用(3)权利义务规定得更加具体和精确,更具有可操作性,更有利于在各自的领域处理更为复杂的、往往涉及精深专业知识的争端。从诉讼的角度说,其“可诉性”更强。因此,各成员更倾向于援用 SPS 协议和 TBT 协议相关条款起诉其他成员<sup>①</sup>。

## (二) WTO 争端解决机制对一般例外条款的法律发展

首先, WTO 争端解决机制对一般例外条款有了合理的认识。它认识到 GATT 第 20 条等一般例外条款一方面是允许为特定的国内目标实施贸易限制的权利;另一方面,确保援用方善意行使其权利和尊重其他成员在 WTO 下的实体性权利。

我们仍以争端解决机制对第 20 条前言和各单项例外的审查次序问题的看法为例。“汽油标准案”上诉机构认为,审查一项贸易措施是否符合第 20 条的分析要分为两步:第一步,分析该措施的特性是否符合第 20 条的各单项例外条款;第二步,按第 20 条前言的要求,对该措施的适用方式作进一步的审查<sup>②</sup>。在“第一龙虾—海龟”案中,专家组曾主张,应当先审查有关措施“是否符合第 20 条前言”,再审查其是否符合第 20 条下的各项例外。上诉机构不赞同这种论证方法<sup>③</sup>。上诉机构认为,专家组所采用的先审查前言的做法,不论在第 20 条前言还是在各单项例外中都找不到依据。在该措施中,专家组还认为,应否定美国的限制措施,因为它规定进入美国国内龙虾市场要以出口国采取美国制定的某种养护

① 值得注意的是,迄今进入法律阶段的三个涉及 SPS 协议的案件,均以起诉方胜诉告终。而在 2002 年 WTO 争端解决机制审查的秘鲁诉欧共体“沙丁鱼贸易标识案”中,专家组和上诉机构的意见均有利于起诉方,即欧共体的有关措施违反了 TBT 协议第 2 条第 4 款等规定,建议 DSB 要求欧共体使其有关措施与 WTO 协议的有关规定相符。

② “汽油标准案”上诉机构报告第 22 页。

③ “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 112~122 段。

政策为条件。但上诉机构认为,在某种程度上,规定进入一个进口成员的国内市场,要以出口成员遵守或采取进口成员单方面制定的某种政策为条件,是第 20 条第 1 款到第 10 款各项例外措施的共同特征。第 20 条第 1 款到第 10 款所包括的措施被公认为 1994 年 GATT 所规定的实体法义务的例外,因为这些措施所要实现的国内政策已被承认为是重要的和合法的。不能一概认为,如果进口国的限制措施要求出口国遵守或采取进口国规定的某项政策(该政策一般在各单项例外中能找到依据),就先验地使该措施不能再引用第 20 条证明正当。这种解释在绝大多数情况下(若不是全然的话)会使第 20 条的各项例外成为多余,这违背了条约解释中的“有效解释”原则。所以,专家组的裁定,在法律上是错误的,应予推翻。

在“第一龙虾—海龟案”之后涉及第 20 条的案例中,如在 1999 年欧共体诉阿根廷“对牛皮的出口和已加工皮革的进口的措施案”、1999 年美国和澳大利亚诉韩国“影响进口新鲜、冷藏和冷冻牛肉的措施案”、2000 年“石棉案”以及 2000 年“第二龙虾—海龟案”中,专家组均遵从了这一审查次序规则,即先审查第 20 条援用方的有关措施是否符合单项例外,如果符合,再审查其是否符合第 20 条前言。

“第一龙虾—海龟案”上诉机构对第 20 条各项例外和前言审查次序的强调,不是一个简单的审判程序或法律技术问题,它反映了 WTO 对第 20 条的法律意义的看法有了根本性的变化。(1) GATT 时期的专家组认为一个国家对市场准入附加要求出口方事先接受一定的国内政策是违反 GATT 义务的。但是现在上诉机构明确认为,这些政策可以被第 20 条下的各项例外证明正当。(2) GATT 时期的专家组“忽视”一个国家的政策目标的“合法性”问题,而只关注其“适当性”问题。这种做法即便不会否定一个国家所追求的公共健康或环境保护目标的合法性,至少也使其合法性地位处于悬而未决的状态。同时,这种做法实际上使各缔约方

在第 20 条各项例外下的权利成为一种不可实现的权利,从而引起了援用国的普遍不满。而现在,WTO 争端解决机制首先关注的是“合法性”问题,并在大多数情况下对这种国内目标的合法性予以肯定。换句话说,WTO 允许先审查各成员的有关措施是否与第 20 条下的各项例外相符,并在越来越多的案例中,肯定有关措施与第 20 条下的各项例外相符。这意味着 WTO 对各成员为公共健康或环境保护等目的所实施的限制措施的包容和鼓励,第 20 条各项例外下的权利成为了可实现的权利。换句话说,只要满足了第 20 条及其前言的各项条件,WTO 成员可以自由地追求它们自己的规定在第 20 条各项例外中的目标。

其次,WTO 争端解决机制对其作用也有了合理的定位。WTO 争端解决机制认识到,在涉及一般例外条款的争端中,它既不能放任援用方打着“公共健康优先”或“环境保护优先”的旗号滥用贸易保护主义措施,也不能继续顽固地捍卫“自由贸易优先”而漠视一般例外条款下的合法目标。它的作用应当是努力在允许各成员善意行使一般例外条款下的权利和尊重其他成员的权利之间寻求“平衡线”。具体的方法是:立足于案情,将有关贸易措施的具体实施情况与一般例外条款的要求逐个进行对照和详尽论述,最后得出令人信服的结论。

第三,尽管一般例外条款的援用方在具体案件中胜诉,“新贸易保护主义措施”也受到了 WTO 争端解决机制的有效的“准司法”监督和制约。与 GATT 时期相比,WTO 争端解决机制的法律性质大为增强。其中,决策上的“否定协商一致”方式、DSB 裁定的执行机制和上诉机构的建立,对解决涉及第 20 条的争端意义重大。在 WTO 争端解决机制中,无论是决定专家小组和上诉机构的设立,还是决定它们的报告的通过,均采用“不排除当事方的否定协商一致”方式。这样,专家小组和上诉机构程序的启动和其报告的通过,都是“准自动的”,当事方难以阻挠。而且,如果被诉成员的贸易措施被确认违反了 GATT 条款且不能以第 20 条为其



“免责”,它应优先考虑在合理期间内撤销或调整该项措施<sup>①</sup>。WTO 争端解决机构的这些改革,将有效地规制各成员,特别是发达国家采取“新贸易保护主义措施”。

此外,WTO 争端解决机制在涉及一般例外条款的争端中,充分援引国际法一般规则来解释有关问题,并开始重视非政府组织的作用,这些做法也得到了国际社会的普遍赞同。

## 第二节 公共健康例外条款 的概念与目的

### 一、公共健康例外条款的概念

本书所研究的“公共健康例外条款”,是指在 GATT 第 20 条中包含的“为保护人类生命或健康”以及其他 WTO 协议中的“为保护人类生命或健康”而采取贸易限制措施的例外性规定。从严格条文意义上讲,在这些规定中,没有出现“公共健康”或“公共健康例外条款”这样的措词。但是,由于“为保护人类生命或健康”条款就是为了公共健康目的,在国外 WTO 法研究中已经约定俗成地把涉及“为保护人类生命或健康”称为“公共健康目标”或“公共健康政策”。他们所研究的 WTO 法中“公共健康”问题,也主要以 GATT 第 20 条中包含的“为保护人类生命或健康”以及其他 WTO

---

① 当然,败诉方可以有如下选择:(1)应优先考虑在合理期间内撤销或调整该项措施。(2)不采取执行措施,而是向对方作出补偿,双方在合理期间期满再加 20 天之内就补偿达成协议。(3)既不采取执行措施,也不提供补偿,等待胜诉方经 DSB 授权的贸易报复。(4)在达不成补偿协议后,胜诉方向 DSB 申请授权报复。败诉方对报复水平提出异议,申请进行仲裁,在仲裁确定的水平上接受对方经 DSB 授权的报复。在“荷尔蒙牛肉案”中,欧共体败诉后,就采取了“拖延”执行 DSB 裁定并最终接受授权报复的战术。

协议中的“为保护人类生命或健康”的规定为基础<sup>①</sup>。更为重要的是,GATT/WTO 争端解决机制有关案例的专家组报告或上诉机构报告中,也多次使用“公共健康”作为 GATT 第 20 条中包含的“为保护人类生命或健康”以及其他 WTO 协议中的“为保护人类生命或健康”的目标的称谓<sup>②</sup>。在近年来 WTO 的法律文件中,更是频频使用“公共健康”的措词<sup>③</sup>。所以,对于 GATT 第 20 条中包含的“为保护人类生命或健康”以及其他 WTO 中协议中的“为保护人类生命或健康”而采取限制措施的一系列规定,我们使用了“公共健康例外条款”这一称谓。

伴随着多边贸易体制的发展,GATT/WTO 的公共健康例外条款的规则也经历了从无到有,从少到多,从含糊、抽象到清楚、具体的长期发展过程,最终形成了现有的以 1994 年 GATT 第 20 条第 2 款“为保护人类生命或健康”和 SPS 协议、TBT 协议、TRIPS 协定和 GTAS 相关条款为核心的公共健康例外条款体系。本章的研究,也将以 GATT 第 20 条中包含的“为保护人类生命或健康”以及其他 WTO 中协议中的“为保护人类生命或健康”的例外性规定为重点。

## 二、公共健康例外条款的双重目的

公共健康例外条款服务于两种对立统一的目的:一方面,允许各成员为保护人民的生命或健康,可以暂时停止施行 WTO 义务;

---

① 这方面的代表性著作有 Sara Pardo Quintilian, *Free Trade, Public Health Protection and Consumer Information in the European and WTO Context*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 6, pp. 147~197; Carlos M. Correa, *Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 5, pp. 89~121.

② 如 1990 年“泰国—香烟案”专家组报告,1998 年“石棉案”上诉机构报告等。

③ 如 SPS 委员会的很多文件和报告以及 2001 年多哈部长会议所达成的《TRIPS 协定与公共健康宣言》等。

另一方面,确保援用方善意行使其权利,并尊重其他成员在 WTO 下的权利。

公共健康例外条款允许各成员为保护人民的生命或健康,可以暂时停止施行 WTO 义务。随着人类社会科学技术的不断普及和提高,可供人类消费的工业产品、农产品和服务的数量越来越大,种类也越来越丰富。但是,如果在农产品的种植、养殖和加工过程中,发生了由于意外病变或技术不当而引起的食品污染,将给人类的生命或健康直接构成严重威胁<sup>①</sup>。在工业品方面,建筑材料对人体呼吸系统的影响,通讯产品对人体的辐射作用等也倍受国际社会关注。同时,转基因食品等高科技产品的安全性问题在各国引起了广泛而激烈的争论。一系列问题的出现,向各国政府和人民提出了一个警示:在开放市场、增加贸易的同时,外来商品和服务可能给本国国民的公共健康带来风险。如何防范这类风险以保护公共健康,就成为各国政府和人民所关注的一个问题。所以,作为预防或停止外国传入的健康风险的重要的贸易政策手段,为公共健康原因实施限制措施的作用已受到 WTO 成员的日益重视。公共健康例外条款正反映了多边贸易体制对各成员保护公共健康的合法目标的承认与支持。

公共健康例外条款也旨在确保援用方善意行使其权利和尊重其他成员在 WTO 下的权利。近三十年来,以公共健康为口号频频发起的贸易限制措施成为国际社会瞩目的一种“新型贸易壁垒”。这种壁垒虽然有的表现为法律形式,但更多的表现为各种灵活多变的行政措施,而且,由于各国相关标准的制定与实施千差万别,从而使其难以识别,也难以对其进行有效的监督。实践表明,以保护公共健康为名实施贸易限制已日趋成为一种“新的贸易保

<sup>①</sup> 近年来的欧洲“疯牛病事件”、日本“牛奶污染事件”、美国“沙门氏菌鸡蛋事件”、新西兰“果蝇疫事件”、非洲“猪瘟事件”等,就是典型的食品安全事件。

护主义”<sup>①</sup>。所以,在公共健康例外条款中,强调有关措施是为保护公共健康“所必需的”,并为此形成了若干的规则和标准。通过这些规定,确保为公共健康原因而实施的贸易限制的确是为了保护公共健康而不是用于其他目的,并确保贸易限制是在为了保护公共健康所必要的限度内,从而防止其被滥用和错误使用。

多边贸易体制多年来的实践表明,以公共健康为由实施限制措施已经不是一个简单的贸易问题,而是一个综合性的问题。在其中,掺杂着社会价值标准、政府威信等社会问题和政治问题,也包含着促进国内同类产业的竞争力等经济问题。在这一系列问题中,又有两类问题尤为突出:

首先,对于一项产品和服务是否对人类健康构成威胁和构成何种程度的威胁,科学界的意见不一定一致。同样,科学界和公众的意见也不一定吻合。在科学界对一项产品或服务对人类健康是否构成风险的问题存在争议时,WTO成员是采纳多数意见还是少数意见?或者,即使确定的科学意见认为有关产品和服务不构成健康风险,但消费者强烈地反对该产品和服务时,WTO成员是服从科学意见还是消费者的关注?

其次,随着国家的不同、文化的不同或经济发展阶段的不同,消费者对于一项产品和服务的健康关注往往存在差异,他们对可接受的风险水平的态度也会迥然不同<sup>②</sup>。在这种情况下,WTO成员是否被允许确立它们自己的公共健康保护水平?这一水平是否可以高于国际标准?在公共健康受到威胁时,它是否能够采取预防

① Sara Pardo Quintilian, *Free Trade, Public Health Protection and Consumer Information in the European and WTO Context*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 6, pp. 147~197.

② 不难想象,在食不裹腹、衣不蔽体的最不发达国家,它们的政府和人民关注的是有没有吃和有没有穿的问题,吃饱穿暖是最重要的公共健康目标,相关产品是否会对公共健康构成危害往往被忽视,而在物质文明高度发达的发达国家,它们的政府和人民关注的是“是否安全”的问题,防止和杜绝相关产品对公共健康构成危害是它们最关心的事项。

性方法?有关措施如何与公共健康风险成比例?换句话说,怎样才能确保国内的消费者被提供(他们所认为的)安全的产品和服务,又同时确保严格的公共健康标准不被用作贸易保护主义的工具?

从 WTO 法的角度,我们可以把上述一系列问题简单归纳为一个问题:当 WTO 成员在 WTO 争端解决机制中被起诉时,它能否和能够在多大程度上援用公共健康例外条款来为其健康保护水平进行辩护?从 GATT/WTO 的规则和有关案例可以看出,多边贸易体制对这一问题的态度经历了一个演变的过程。我们将围绕着上面提出的问题,对 GATT/WTO 的公共健康例外条款的这一演进历程进行分析。

### 第三节 GATT 时期对公共健康例外条款的适用及存在的问题

#### 一、GATT 时期对公共健康例外条款的适用

##### (一) “泰国—香烟案”

在 GATT 时期,涉及 1947 年 GATT 第 20 条第 2 款“为保护人类的生命或健康”条款的案例不多,其中影响最大的是 1990 年美国诉泰国“对外国香烟的进口限制和国内税收案”<sup>①</sup>(案号 37S/200,以下简称“泰国—香烟案” )。

该案的案情是:1989 年,美国针对泰国对外国香烟的进口限制<sup>②</sup>和国内税收向 GATT 争端解决机制提出起诉,诉由是泰国的措施违反了 GATT 第 3 条和第 11 条。而泰国认为,根据第 20 条

① “泰国—香烟案”案专家组报告,文件号 DS10/R。

② 在本案发生的前 10 年,泰国拒绝对外国香烟发放进口许可证。对于泰国对外国香烟的国内税收高于国内香烟的做法,专家组认为,由于这种措施已被取消,所以不再审查。同时,对于泰国国内相关立法,专家组认为,这种立法是给予行政机构违反 GATT 第 3 条第 2 款的可能性,但这一立法本身并不构成对第 3 条第 2 款的违反。参见专家组报告第 84 段。

第2款中的“为保护人类的生命或健康”的规定,可证明该限制是正当的。其理由是:只有禁止香烟进口,才能使泰国政府采用的控制吸烟的措施发生效果,并且,在美国香烟中的添加物可能使其比泰国香烟更有害。1990年11月,专家组报告作出并被通过。专家组首先确认泰国的进口限制措施与GATT第11条第1款不符并且不能被第11条第2款第3项证明正当。接着,专家组审查了泰国的措施能否根据第20条第2款证明正当。为此,专家组还听取了来自世界卫生组织(WHO)的专家的意见。

首先,专家组界定了第20条第2款引起的问题。与争端当事方和WHO的专家一样,专家组接受下列观点:吸烟构成对人类健康的严重威胁,因此,被制定来减少香烟消费的措施符合第20条第2款。专家组注意到该条款明确地允许缔约方给予人类健康优于贸易自由化的地位<sup>①</sup>;然而,作为第20条第2款下的措施,它应当符合“必需的”这一条件。

其次,对于第20条第2款中的“所必需的”的含义,专家组注意到先前的专家组曾经讨论过在第20条第4款中“所必需的”这一术语的含义。1989年“337条款”案的专家组认为:“如果存在一项能够被合理地期望去采取,且不违反GATT的其他条款的可替代措施,那么,缔约方所采取的与其他GATT条款不符的措施就不能满足第20条第4款中的“所必需的”的要求。即使没有一项能够被合理地期望去采取,且不违反GATT的其他条款的可替代措施,那么,缔约方也有义务在可合理获得的措施中,使用那种与GATT其他条款不符程度最低的措施。”专家组认为,尽管第4款适用于“确保与GATT相符的国内法律和规章的实施”,而第2款适用于“与健康有关的政策”,但在两个条款中,使用同样的术语,即都是“所必需的”,并含有同样的目的,即允许缔约方为追求公共政策目标,使用与GATT基本义务不符的贸易限制措施。因此,

① “泰国—香烟案”专家组报告,第73段。

第 20 条中的第 4 款的“所必需的”应该与第 2 款中的“所必需的”的含义相同。所以,专家组认为,泰国实施的进口限制,只有在下列情形下才被视为是第 20 条第 2 款下“所必需的”:即不存在泰国可被合理地期望去采取的既能实现其健康政策目标,又与 GATT 基本义务相一致的替代措施,或不存在对 GATT 基本义务的违反程度更低的措施<sup>①</sup>。

美国主张,泰国可以通过与 GATT 第 3 条第 4 款相符的国内措施,实现其公共健康目标。因此,泰国的措施与第 11 条第 1 款不符,且不是第 20 条第 2 款意义上的“所必需的”。专家组注意到,缔约方可以根据 GATT 第 3 条第 4 款实施影响进口产品的国内销售、提供销售、购买、运输、分销或使用的法律、规章和要求,只要它们不会因此给予进口产品的优惠待遇少于给予来自国内的类似产品。

专家组先考查泰国对其国内消费的香烟质量的关注是否达到了“与 GATT 一致,或更少的不一致的”要求。它注意到,其他国家已采用严格的、非歧视的标签或成分披露制度,这种做法使得政府可以控制香烟的成分,公众也可以被告知香烟的成分。一项基于根据 GATT 第 3 条第 4 款(国民待遇)而实施的,非歧视地要求完全披露香烟成分,辅以禁止有损健康的物质的规章的做法,将是与总协定相符的替代措施。专家组认为:泰国能被合理地期望采取这些措施以实现其与香烟质量相关的政策目标,但它现在却通过禁止进口所有外国香烟而不管其成分来追求这一目标<sup>②</sup>。

专家组接着考查了泰国对其国内消费的香烟数量的关注是否达到了“它合理地获得”的要求和“与 GATT 一致或更少地不一致”的要求。专家组先考虑了泰国如何用与总协定一致的方式减少对香烟的“需求”的问题。为此,专家组咨询了世界卫生组织

① “泰国—香烟案”专家组报告,第 75 段。

② “泰国—香烟案”专家组报告,第 77 段。

(WHO)专家的意见,WHO 专家认为,为健康目的采取的措施应是非歧视地关注所有的香烟,而不只是进口香烟。同时,香烟广告影响人们,尤其是青少年对香烟的初始需求。因此,广告上的禁令可减少这种需求。专家组注意到,泰国在不允许外国香烟进口的同时,却允许国内香烟的生产和出售。专家组同时注意到,泰国已经实施了一些非歧视的对需求的控制,包括告知计划、禁止直接或间接广告、在香烟包装上的警告、以及在公共场所禁止吸烟等。所以,专家组认为,泰国在不允许外国香烟进口的同时,却允许国内香烟的生产和出售的做法,很难说是“为了实现保护人民健康的目的”。而且,禁止对来自国内和外国的香烟作广告将符合 GATT 基本义务,又能实现泰国限制对香烟消费的目的。

最后,专家组认为:有很多与 GATT 基本义务相一致的措施可为泰国所合理获得以控制其消费的香烟的质量和数量,并且,可同时通过限制与第 11 条第 1 款不符的香烟进口来实现泰国政府所追求的健康政策目标。因此,专家组认为,泰国在不允许外国香烟进口的同时,却允许国内香烟的生产和出售的做法不符合总协定第 20 条第 2 款“所必需的”的要求<sup>①</sup>。所以,专家组的结论是,泰国的措施违反了 GATT 第 11 条第 1 款,且不能以第 20 条第 2 款为依据证明正当<sup>②</sup>。

---

① “泰国—香烟案”专家组报告,第 81 段。

② 在本案中,专家组并未讨论第 20 条的前言,然而,在 1990 年总理事会通过该专家组报告的讨论中,泰国代表认为:从专家组报告看,很明显,泰国的香烟机制基于公共健康政策考虑。泰国政府的意图是采取一切必要的措施阻止香烟消费的任何增加,如果可能,消除它。泰国从专家组报告可知,可以采取一系列与 GATT 相符的措施来控制香烟的供应和需求,只要他们在国民待遇基础上,既对国内香烟又对进口香烟适用。作为缔约方,泰国愿意遵守 GATT 义务。它已取消了其进口禁止,而且,它现有的法律和规章与国民待遇原则相一致。另一方面,泰国需要确信它不会被强迫接受超出 GATT 义务之外的义务。



## (二) 有关 GATT 第 20 条第 2 款项下的措施的公布、通知和协商

第 20 条及其第 2 款中未明文规定“通知”、“公布”等透明度义务。然而,1989 年 10 月,GATT 部长理事会同意了主席作出的一项倡议,规定在一项“有损贸易行动”(a trade damaging act)中适用下列指导原则(1)一进口缔约方采取的措施不应比第 20 条第 2 款中规定的“为保护人类、动植物生命或健康所必需的”更严厉或保持效力更长(2)该进口缔约方应尽快通知总干事;进口缔约方在电话通知后,应迅即提交书面通知,该通知将向各缔约方传阅;(3)该进口缔约方被期望同意,在一项“有损贸易行动”一发生时,就带着对问题的范围和有效处理问题的最佳途径达成共识的愿望,与主要的相关缔约方举行迅捷有效的非正式协商<sup>①</sup>。随后,很多国家按照这一原则进行了通知和协商<sup>②</sup>。

## 二、GATT 时期公共健康例外条款适用中存在的问题:不利于保护公共健康

在 GATT 时期,为公共健康目标采取贸易限制措施与贸易自由化目标之间的冲突与协调问题并不是很复杂。比如,在“泰国—香烟案”中,并不存在科学界的意见不一致的情况,也不存在援用方采纳的公共健康保护水平明显高于国际标准的情况。同时,也没有涉及外来法律以及非政府组织的地位问题。在该案中,WHO 提供了“吸烟危害健康”的权威性意见,而争端双方对此都不存在

① See GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 572.

② 例如,1989 年 12 月,奥地利通知缔约方全体,由于过分的噪音和大气污染严重威胁周围居民的健康,奥地利禁止重型卡车在某些公路通行;1991 年,秘鲁发生流行性霍乱,欧共体和奥地利通知了对来自秘鲁的食品、鱼制品的进口禁止;1993 年,奥地利为了阻止猪疫病和口蹄疫进入本国,禁止进口来自特定国家的特定活动物和动物制品。见 L/7302, L/7303(1993); L/7503, L/7544(1994)。

异议。专家组甚至还承认了“第 20 条第 2 款明确地允许缔约方给予人类健康优于贸易自由化的地位”。但是, GATT 争端解决机制对涉及公共健康例外条款的案件的解释仍存在下列问题:

### (一) 对公共健康例外条款的解释过于严格

这主要表现为对第 20 条第 2 款“所必需的”的解释。在解释“所必需的”的含义时, 专家组采用了一种以贸易自由化为考察起点的“反推方法”, 即“不存在援用方可被合理地期望去采取的既能实现其健康政策目标, 又与 GATT 基本义务相一致的替代措施, 或不存在对 GATT 基本义务的违反程度更低的措施”, 援用方的有关措施才能符合“所必需的”要求。在大多数情形下, 专家组都能设想出一种既与 GATT 相符或“不一致程度更少”的、又能达到相关目标的替代措施, 而援用方要提出令人信服的证据, 推翻专家组的上述推论是具有相当大的难度的。因此, 几乎没有什么措施能通过“必要性审查”。

### (二) 若干问题仍然悬而未决

最突出的问题是, 对于“所必需的”要求, 什么是“合理获得的”, 什么是“一致的”? 什么是“更少的不一致”? 从与贸易自由化的目标的相符程度入手来考察有关措施恰不恰当? 这会不会忽视公共健康目标从而使其变成不可实现的权利? 此外, 在“泰国—香烟案”中, 泰国政府没有采取一种完全消除健康风险(“零风险”)的健康保护水平, 而是采取了“控制健康风险”的健康保护水平。但是, 如果一个国家采用了明显高于其他国家的健康保护水平, 那么, 它的这一特定目标能被合法追求的程度是多大? 专家组会承认这一合法目标并从有关措施实现该目标的“可行性”与“有效性”入手来审查“必要性”要求吗? 对于不同程度的健康目标, “必要性”标准会相应地发生变化吗?

(三) 将 GATT 第 20 条各单项例外要求与第 20 条前言的要求相混淆

在“泰国—香烟案”中,泰国一方面禁止进口外国香烟,另一方面却允许国内的香烟生产。这一做法是泰国败诉的一个重要原因。泰国的这一做法涉及措施的适用方式,本应该依据第 20 条前言“不构成相同条件下国家间任意的或无端的歧视”要求来审查。但是,专家组在审查泰国的这一做法时,是把它放在第 20 条第 2 款“所必需的”项下进行考察的。这意味着“所必需的”还要求“对国内产品和进口产品同等适用”,从而进一步加重了“所必需的”要求所包含的义务。

(四) 可利用的具体的标准太少

主要表现为 GATT 第 20 条第 2 款和前言的规定比较简单和抽象,在实践中比较难以把握。比如,在确定公共健康保护水平时,科学证据应当发挥什么作用?援用方应当在健康风险评估方面履行什么义务?在科学证据尚不明确时,能否适用预防性措施?如何界定“相同条件下的国家”的含义?如何考察“任意或无端的歧视”或“对国际贸易的伪装起来的限制”?在制定和实施公共健康措施时,如何考虑发展中国家,特别是最不发达国家的特殊情况?此外,1989 年理事会指导原则对 GATT 第 20 条第 2 款项下的措施的公布、通知和协商作出了原则性的规定,但对于公布、通知和协商的时间、内容和后续程序等也没有明确的规定等等。上述问题成为亟待多边贸易体制予以澄清的问题。

## 第四节 WTO 时期公共健康例外条款 的法律规定

在乌拉圭回合后,GATT 第 20 条第 2 款“为保护人类生命或健康”条款衍生到若干协议中,从而形成了现有的以 1994 年

GATT 第 20 条第 2 款“为保护人类生命或健康”和 SPS 协议、TBT 协议、TRIPS 协定和 GATS 相关条款为核心的公共健康例外条款体系。

### 一、1994 年 GATT 第 20 条第 2 款“为保护人类的生命或健康”

在乌拉圭回合谈判中,并未对 1947 年 GATT 第 20 条进行修改,也未形成关于解释第 20 条的协议,而是将第 20 条只字未改地保留了下来<sup>①</sup>,成为 1994 年 GATT 第 20 条。因此,1947 年 GATT 第 20 条第 2 款就成为现在的 1994 年 GATT 第 20 条第 2 款。当然,在理解第 20 条第 2 款“为人类的生命或健康所必需的”条款时,必须同时考虑第 20 条前言的规定,以及 GATT/WTO 争端解决机制在有关案例中,尤其是“泰国—香烟案”和“石棉案”中对“为保护人类的生命或健康”条款的解释。

## 二、《技术性贸易壁垒协议》中的公共健康例外条款

### (一)《技术性贸易壁垒协议》概述

自 1948 年 GATT“临时适用”以来,经过多轮回合的关税减让谈判,各国的关税已降至一定水平,各缔约方纷纷将贸易措施的重心由关税壁垒转向非关税壁垒。其中,通过苛刻的卫生、安全和技术标准及严格检验程序等间接控制进口产品的做法既有“技术性”的特征,又有“贸易限制性”的特征,故被称为“技术性贸易壁垒”(Technical Barrier to Trade)。由于技术性贸易壁垒的特殊性、隐蔽性和复杂性,从它产生伊始就成为国际贸易中引起广泛关注的一个焦点问题。经过各方的谈判,东京回合曾达成一项《技术性贸易壁垒协议》(通称 1979 年《技术性贸易壁垒协议》),从而首次将

<sup>①</sup> 在 1954 年~1955 年的关于 1947 年 GATT 的评审会议上,对第 20 条第 8 款等进行过修改,这些修改于 1957 年 10 月 7 日生效。

技术性贸易壁垒纳入多边贸易体制的规范范围<sup>①</sup>。在乌拉圭回合中,又在 1979 年《技术性贸易壁垒协议》的基础上,达成了新的《技术性贸易壁垒协议》(Agreement on Technical Barriers to Trade,以下简称 TBT 协议)。与 1979 年《技术性贸易壁垒协议》相比,TBT 协议的改进和澄清之处在于:

首先,由于东京回合各项协议的接受具有任择性,先后接受 1979 年《技术性贸易壁垒协议》的缔约方还不足 40 个,因此其适用空间和效力范围相当有限。而乌拉圭回合达成的新的 TBT 协议,属于一揽子接受的多边协议的范畴,这就保证了 WTO 的技术壁垒规则的效力适用于所有成员,从而具有真正的普遍性。

其次,扩大了适用范围。1979 年协议只涉及影响产品本身的法规和标准,而 TBT 协议还涉及了适用于相关工艺和生产方法的法规和标准;1979 年协议的合格评定程序的适用范围有限,而 TBT 协议合格评定程序的适用范围更广泛,包括了地方政府机构和非政府机构的活动,以及自愿标准的制定和实施。

第三,明确了一系列义务。如适用最惠国待遇和国民待遇的义务(第 2 条第 1 款);使用国际标准的义务不构成贸易的不必要的障碍(第 2 条第 2 款);使用国际标准的义务(第 2 条第 4 款);要求国家参与国际标准化行动、与国际标准相符的国内产品标准应被(可推翻的)推定为不是产生一个对贸易的不必要的障碍(第 2 条第 5 款和第 2 条第 6 款)以及透明度义务等。

第四,1979 年协议并没有区别卫生和植物卫生措施,而乌拉圭回合谈判中,各方认识到卫生和植物卫生措施的重要性和特殊性,因此达成了新的单独的关于卫生和植物卫生措施的协议。根据 TBT 协议第 1 条,所有产品包括工业产品和农产品,均应受该协议各项规定的约束,但该协议的规定不适用于卫生与植物卫生措施。

第五,TBT 协议体现了照顾发展中国家在体制安排、资金和

① 有关技术性贸易壁垒的背景知识,参见曾令良《世界贸易组织法》,武汉大学出版社 1996 年版,第 264~265 页。

贸易方面的特殊需要,对发展中国家成员给予差别待遇和更优惠的待遇。

最后,1979年协议规定对因技术性贸易壁垒所引发的贸易争端应由技术性贸易壁垒委员会主持,按照自身的程序进行磋商和解决,而TBT协议对此作了修订,因技术性贸易壁垒所引发的贸易争端应在统一的争端解决机构(DSB)主持下,按DSU开展工作。应该强调指出的是,在专家组程序中,专家组可自行或应一争端方的请求,设立“技术专家小组”,由技术专家详细研究技术性问题,从而提供协助。

## (二)《技术性贸易壁垒协议》中的公共健康例外条款

TBT协议不是详述和具体规定GATT第20条的协议,更不是专门规范为公共健康目标而采取的贸易措施的协议<sup>①</sup>,但是,它

① SPS协议序言开宗明义地指出:“期望因此对如何实施1994年GATT中与卫生和植物卫生措施有关的条款,特别是第20条第2款(包括该条款前言)的实施制定具体规则……”,与SPS协议不同,TBT协议在序言中只规定“期望推进1994年GATT目标的实施……”。因此,严格从立法原意上说,TBT协议不是详述和具体规定GATT第20条一般例外条款的协议。有学者认为,TBT协议是详述和具体规定GATT第3条的协议,换句话说,TBT协议不是一项肯定性抗辩,而是具体规定了一成员实施技术要求或标准时必须遵守的特定的国民待遇义务。而且,由于TBT协议的范围太广泛、分歧太多,对于它涵盖的所有措施,很难形成强有力的、客观的纪律,所以,TBT协议几乎没有包含任何实质性义务,也没有对GATT的规定有任何实质性的发展。例如,其第2条第1款实际上仅仅是对GATT第3条国民待遇义务的重复。就连TBT协议中最重要的条款(第2条第2款,要求各成员确保技术法规“不会比为实现合法目标所必要的更具贸易限制性”)中包含的义务也相当宽泛,难以适用。只有在最显著的案件中,它才会有用。然而,这样的案件也通常可以依据GATT第2条(减让表)、第3条(国内税和国内法规的国民待遇)或第11条(普遍取消数量限制)来起诉。所以,TBT协议中最有用的条款是有关程序性要求的条款,该协议对多边贸易体制的主要(不是不重要)贡献在于促进透明度和信息互换。参见Graig Thorn and Marinn Carlson, *The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and the Agreement on Technical Barriers to Trade, Law & Policy in International Business*, Vol. 31 (2000), No. 5, pp. 841~859.

与为公共健康目标采取的贸易措施有着密切的联系。在 TBT 协议的序言中规定：“不应阻止各成员在其认为适当的程度内采取必要措施，以保护……人类的的生命或健康……，但这些措施的实施方式不得构成相同条件下的国家间任意或无端的歧视，或构成对国际贸易的伪装起来的限制，并应与本协议的规定相一致。”在第 2 条第 2 款进一步规定：“各成员应保证技术法规的制定、采用或实施在目的和效果上均不对国际贸易造成不必要的障碍。为此目的，技术法规对贸易的限制不得超过为实现合法目标所必需的程度，同时考虑合法目标未能实现可能造成的风险。此类合法目标特别包括：……保护人类健康或安全……。在评估此类风险时，应考虑相关因素特别包括：可获得的科学和技术信息、有关的加工技术或产品的预期最终用途。”

目前，涉及 TBT 协议的公共健康例外条款的争端不多，在少数几个涉及 TBT 协议公共健康例外条款的争端中，如在“石棉案”中，专家组也以各种原因，如“司法经济”等为由没有对当事方在 TBT 协议下的诉求进行审查和论述。看来，TBT 协议的公共健康例外条款诸多规定，尚待 WTO 在将来的相关案例中加以澄清。

### 三、《实施卫生和植物卫生措施协议》中的公共健康例外条款

#### （一）卫生与植物卫生措施的概念

所谓卫生与植物卫生措施(Sanitary and Phytosanitary Measures,以下简称 SPS 措施)是指一个国家为了保护人类或动植物的生命或健康免于来自动物的风险或免于来自病虫害的风险而采取或维持的直接或间接影响国际贸易的措施<sup>①</sup>。从这一定义可以

---

<sup>①</sup> Joost Pauwelyn, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 2 (1999), No. 4, pp. 641~664.

看出,一项贸易措施要成为所谓的 SPS 措施,必须满足以下三个条件:

首先,该措施的目的是为了**保护人类或动植物的生命或健康**。这一要素是决定性的要素,也是一个带有主观判断性的要素。一般而言,在 WTO 的争端解决程序中,被诉方都主张健康保护是有关措施的目的。但是,考察这些案件以及 WTO 成员的 SPS 措施的有关实践,还存在着一系列问题。如果被诉方主张健康保护只是贸易措施的目的之一,而所谓的“消费者的关注”或“道德标准”才是该措施的真正的基础时,怎么办?换句话说,在贸易措施所要达到的若干目标中,只有 10% 是为了健康保护,这是否足以使该措施构成一项 SPS 措施?还是为了健康保护必须达到 50% 以上,该措施才是 SPS 措施?专家组能否对这一主观性事项进行审查,并作出肯定性的或否定性的结论?

其次,该措施必须是为**保护免于下列风险**:对于人类或动物生命或健康而言,风险可能是所谓的“来自食品的风险”,而对于动物或植物的生命或健康而言,风险可能是所谓的“病虫害风险”。这两种风险的性质和危害程度有所区别,对它们进行的风险评估的方法也相应地会有所不同。在 WTO 成员的 SPS 措施实践中,也是把这两种风险分开的。

最后,该措施直接或间接影响国际贸易。

## (二)《实施卫生和植物卫生措施协议》的结构与内容

SPS 协议包括序言、14 个条款和 3 个附件。内容包括卫生和植物卫生措施有关概念的定义(附件一第 1 条第 1 部分);卫生与检疫措施的范围(附件一第 1 条第二部分);WTO 成员作为总则的基本权利和义务(第 2 条);与国际标准的协调一致(第 3 条和附件一第 2 条);同等待遇原则(第 4 条);风险评估和卫生检疫措施的适当水平的确认(第 5 条);区域条件的采用,包括病虫害非疫区和病虫害低度流行区(第 6 条);确保透明度(第 7 条);控制、检测



和批准程序(第 8 条);对发展中国家的特殊和差别待遇(第 9 条和第 10 条);磋商和争端解决(第 11 条);管理和执行(第 12 条和第 13 条)等。

(三)《实施卫生和植物卫生措施协议》对 GATT 第 20 条“保护人类生命或健康”条款的改进和澄清

1. 明确承认了 WTO 成员采取为保护人类生命或健康所必需的卫生与植物卫生措施的权利,并有条件地允许各成员可采用或维持自己认为“适当的”即可以比其他国家更高的公共健康保护水平<sup>①</sup>。

2. 在重申 GATT 第 20 条第 2 款及其前言的适用条件的基础上<sup>②</sup>,确保 WTO 成员的国内卫生和植物卫生措施是为保护公共健康“所必需的”,并考虑到 SPS 措施的具体特点,协议对各成员实施或维持 SPS 措施创设了若干新的义务。这些义务包括基于充分的科学证据、基于风险评估、优先考虑国际标准以及透明度要求等<sup>③</sup>。

3. 明确了给予发展中国家特殊和差别待遇。GATT 第 20 条没有明确规定发展中国家的特殊和差别待遇。而 SPS 协议规定,应在特定情形下,给予发展中国家成员有利害关系产品更长的期限以符合该措施,从而维持出口机会。同时,卫生和植物卫生委员会有权给予发展中国家特定的和有时限的例外<sup>④</sup>。

4. 加强了对 SPS 措施的多边监督。多边贸易体制对于

① 参见 SPS 协议序言、第 2 条第 1 款和第 3 条第 3 款。

② 参见 SPS 协议序言、第 2 条第 2 款、第 2 条第 3 款、第 5 条第 5 款和第 5 条第 6 款等。

③ 参见本章第七节有关论述。

④ 参见 SPS 协议第 10 条第 2 款和第 3 款。此外 2001 年 11 月《WTO 多哈部长会议宣言》第 3.1 段规定,SPS 协议第 10 条第 2 款中“更长的时限”是指不少于 6 个月的时间。见 DOHA WTO MINISTERIAL 2001, Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, Adopted on 14 November 2001。

GATT 第 20 条,除了争端解决机制之外,不存在其他的监督机制。而 SPS 协议特设了卫生与植物卫生措施委员会(以下简称 SPS 委员会),为 WTO 成员提供经常性的磋商场所。委员会应履行为 SPS 协议规定并促使其目标实现所必需的职能,特别是关于协调的目标必须协商一致作出决定。委员会应鼓励和便利各成员就特定的卫生与植物卫生问题进行不定期的磋商和谈判<sup>①</sup>。实践表明,SPS 委员会下的磋商机制成为 WTO 成员为谈判重大的 SPS 议题和解决各成员间的 SPS 争端的一个重要场所<sup>②</sup>。

#### (四)《实施卫生和植物卫生措施协议》与《技术性贸易壁垒协议》的差异

如前所述,SPS 协议是在乌拉圭回合中从 TBT 协议中独立出来的,所以,两个协议在法律规定上,有着千丝万缕的联系<sup>③</sup>。在三个重要的方面,SPS 协议与 TBT 协议存在明显的差异:

1. TBT 协议要求规定产品标准的法规应在最惠国待遇基础上适用,但 SPS 协议允许这类措施在歧视基础上适用,条件是它们在“相同条件下的国家间不构成任意的或无端的歧视”。SPS 协议这一规定的原因似乎是:由于气候、病虫害和食物安全条件的差

---

① 为推动 SPS 协议的实施,SPS 委员会每年定期于日内瓦 WTO 总部召开三次会议(必要时加开特别会议),以讨论委员会的运作、SPS 协议的执行、各成员所关注的事项、透明度条款的运作、SPS 协议与发展中国家、技术援助与合作、使用国际标准的监督及相关重要事宜。

② 截止到 2001 年 3 月,在 SPS 委员会举行的 20 次例行会议中,各成员共对其他成员的 SPS 措施提出 80 项磋商议题。而其中,仅有 3 件争端(即“荷尔蒙牛肉案”、“鲑鱼案”和“水果检疫措施案”)因无法通过 SPS 委员会下的磋商机制解决而诉诸争端解决机制。参见 SPS 委员会 2001 年报告。

③ 比如,SPS 协议也要求各成员将其 SPS 措施基于“国际标准”并为了形成和发展这样的国际标准,参与有关国际组织,如食品法典委员会(Codex Alimentarius Commissions)、国际兽疫机构(International Office of Epizootics)《SPS 协议第 9 条和第 12 条》;同样,SPS 协议也规定符合国际标准的 SPS 措施应被推定为与协议的规定相符。

异,对来自不同国家的食物、动植物产品适用同样的动植物卫生检疫要求是不合适的。

2. 与 TBT 协议相比,SPS 协议给予各成员偏离国际标准更多的灵活性。根据 TBT 协议第 2 条第 4 款,一个国家可以偏离国际标准,如果这些国际标准或其中相关部分对达到其追求的合法目标无效或不适当,例如由于基本气候因素或地理因素或基本技术问题。这一条款表明与国际标准不同的(无论是高了还是低了)标准都要在科学或技术的基础上证明正当<sup>①</sup>。而在 SPS 协议中,一成员可以采用或维持比国际标准更高的标准,只要有科学证据,且该成员认为更高的标准是适当的。为了确保规定上述措施在客观的基础上采用,协议规定了一定的纪律,如在确定适当地保护水平时,国家应该考虑科学证据和经济因素,使消极贸易影响最小化的目标等。

3. TBT 协议中没有所谓的“预防性措施”,而 SPS 协议允许各成员在“相关科学证据不充分”的情况下,可根据可获得的有关信息,包括来自其他国家和有关国际组织的信息在临时的基础上采用 SPS 措施。

有必要注意的是,SPS 协议的调整范围只涉及卫生和植物卫

---

① 一些环境组织认为,TBT 协议要求各成员必须使用国际标准,并只有在气候、地理和技术或科学原因能证明正当的情况下才能偏离国际标准,这不适当地限制了各成员采取措施保护公共健康和环境的权利。在它们看来,产品标准的国际协调,往往导致最低水平的标准,而且要考虑那些更低的公共健康和环保标准,尤其是在发展中国家使用的标准。所以,它们认为,要求各成员在通过为公共健康和环保目的的法規时使用国际标准将导致各国,特别是发达国家降低其保护人类健康和环境的既有标准。所以,它们建议修改 TBT 协议的规则,允许各成员采用比国际标准更高的标准(即使它不能证明这样的更高的标准的适用是基于气候或地理差异)。而且,应当像 SPS 协议一样,在必要的时候,应允许预防性措施,允许在科学证据不充分时偏离国际标准。参见 Vinod Rege, *GATT Law and Environment-Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries*, *Journal of World Trade*, Vol. 30 (1996), No. 2, pp. 95~169.

生措施,对于其他产品领域的产品标准和有关措施,仍要依据 TBT 协议或 GATT 第 20 条一般例外条款进行审查<sup>①</sup>。

#### 四、《服务贸易总协定》中的公共健康例外条款

《服务贸易总协定》(GATS)第 14 条第 2 款和 GATT 第 20 条第 2 款的规定雷同,该条款规定:“在此类措施的实施不在相同条件的国家间构成任意的或无端的歧视或对服务贸易的伪装起来的限制的前提下,本协定的任何规定不得解释为阻止任何成员采取或实施下列措施(2)为保护人类的……生命或健康所必需的措施。”<sup>②</sup>

#### 五、《与贸易有关的知识产权协定》中的公共健康例外条款

TRIPS 协定第 8 条(原则)规定:“在制定或修改其法律和法规时,各成员可采用对保护公共健康和营养……所必需的措施,只要该规定与本协定的规定相一致。”<sup>③</sup> 第 5 节(专利)第 27 条第 2 款规定:“各成员可拒绝对某些发明授予专利权,如在其领土内阻止对这些发明的商业利用是维护公共秩序或道德,包括保护人类的生命或健康所必需的……,只要此种拒绝授予并非仅因为此种利用为其法律所禁止。”第 27 条第 3 款还进一步规定:“各成员可拒绝对下列内容授予专利权(1)人类或动物的诊断、治疗和外科手术方法……”。

---

① Frank Biermann, *The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North-South Conflict*, *Journal of World Trade*, Vol. 35 (2001), No. 3, pp. 421~448.

② 值得注意的是, GATS 第 14 条中并未出现类似于 GATT 第 20 条第 7 款“保护可穷竭的自然资源”的条款。

③ 这一规定与 GATT 第 20 条第 2 款相似,都包括了“必要性”标准,但是,前者也多了一项要求:“与本协定的规定相一致”,这一附加的“相符性”要求会不会使公共健康例外的目标无法实现呢?

## 六、多哈会议《TRIPS 协定与公共健康宣言》

尽管在 TRIPS 协定中存在着上述公共健康例外条款,但是,这些例外条款没有明文规定药品的专利权例外。在实践中,一方面就医药产业来说,研制新药不仅耗时甚长,而且成本也往往以百万计,如不保护专利权,保证研究成本收回并获得丰足的利润,则医药生产就很难取得进步。但另一方面,专利保护期内药价往往过于昂贵,发展中国家的病人对这些他们最需要的新药根本支付不起,而有能力生产这些药品的国家又往往以 TRIPS 协定为依据竭力维护其药品的专利权,反对其他国家对这些药品的仿制和对仿制品进行贸易。对药品专利权保护的过分强调与发展中国家的公共健康目标之间发生了剧烈的冲突<sup>①</sup>。发展中国家强烈呼吁为了公共健康目的,对药品专利保护也应允许例外。与此同时,近年来,发达国家也认识到,在紧急事件发生时,为保护公共健康,它们也有必要暂时违反知识产权保护的规则<sup>②</sup>。

TRIPS 协定下的知识产权保护与各成员的公共健康目标,特别是最不发达国家的公共健康利益之间发生的这一系列冲突,给 WTO 提出了对药品专利权保护多边规则进行调整的要求。2001

---

① 最突出的例子是治疗艾滋病的药品。艾滋病在非洲肆虐多年,因艾滋病而死亡或感染艾滋病病毒的人成千上万,但掌握着治疗艾滋病药物专利的美国医药公司不仅不降价,而且还动用法律手段起诉南非政府从印度采购仿制品,美国政府也倾全力支持其医药公司保护其专利权。在国际社会(特别是有关非政府组织)的压力下,美国医药公司最后收回了对南非政府的控告。参见前引 Carlos M. Correa 文。

② 例如,在 2001 年“9.11 事件”发生后,美国国内又相继发现用邮件方式等传播炭疽病毒病毒的恐怖主义事件,并导致多人死亡。美国 and 邻国加拿大对相应药品的需求陡然上升。在美国市场上,唯一的被批准用来治疗炭疽病的药物是德国拜耳公司生产的治疗炭疽病的特效药“西普罗”。该药是拜耳的发明,其在美国的专利权有效期至 2003 年。但是,在炭疽病事件发生后,美国政界和加拿大政府以“紧急状态”为由,提出要取消对拜耳的专利权保护,采购其他公司的仿制品,并不支付任何赔偿。为保市场,拜耳忍痛让步,被迫与美国政府和加拿大政府达成协议,大幅度降低“西普罗”的价格。参见江建国《拜耳贱卖炭疽病药》,载《环球时报》2001 年 11 月 2 日第 19 版。

年 11 月 9 日~14 日在多哈举行的 WTO 第四届部长级会议上,发展中国家和发达国家最终达成协议并发表了《TRIPS 协定与公共健康宣言》<sup>①</sup>(以下简称《宣言》)。《宣言》规定:

1.“我们承认影响许多发展中国家和最不发达国家的公共健康问题的严重性,特别是由艾滋病、结核病、疟疾和其他传染病所引起的公共健康问题的严重性。

2. 我们强调 WTO 的 TRIPS 协定必须是解决这些问题的更广泛的国家和国际行动的一部分。

3. 我们承认知识产权保护对于新药品的开发是重要的,但我们也认识到知识产权保护对药品价格所产生的影响。

4. 我们同意 TRIPS 协定不能够也不应该妨碍各成员采取措施以保护公共健康。因此,在重申对 TRIPS 协定承诺的同时,我们确认该协议能够也应该在解释和执行方面支持 WTO 成员保护公共健康的权利,特别是促进获得药品的权利。

由此,宣言再次确认 WTO 成员充分使用 TRIPS 协定中为公共健康目的提供灵活性的条款的权利。

5. 根据上述第 4 项,在维持我们在 TRIPS 协定下的承诺的同时,我们承认这些灵活性包括:

(1)在适用国际公法的解释的习惯规则中,TRIPS 协定中的每一个条款应该根据该协议的宗旨和目的,特别是在其目标和原则中所表述的宗旨和目的来解释。

(2)每个成员有权颁布强制许可,也有权自由决定颁布强制许可的理由。

(3)每个成员有权决定什么可以构成国家紧急情势或其他极端紧急情势,公共健康危机,包括艾滋病、结核病、疟疾和其他传染病,能够表明国家紧急情势或其他极端紧急情势。

① DOHA WTO MINISTERIAL 2001: *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, Adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2.

(4) TRIPS 协定中与“知识产权权利利用尽”有关的条款的效力允许每一个成员自由地确立自己的权利利用尽制度,但应以第 3 条和第 4 条的最惠国待遇和国民待遇条款为条件。

6. 我们承认在医药产业生产能力不足或无生产能力的 WTO 成员在有效使用 TRIPS 下的强制许可时可能面临困难。我们要求 TRIPS 理事会探求该问题的解决办法,并在 2002 年底之前向总理事会报告。

7. 我们重申在第 66 条第 2 款下发达国家成员应激励其企业和机构,促进和鼓励向最不发达国家的转让技术的承诺。我们也同意,在 2016 年 1 月 1 日之前,最不发达成员在医药产品方面没有义务履行或适用 TRIPS 协定的第二部分第 5 节(专利)和第 7 节(未披露信息的保护),也没有义务维护这些条款下的权利。这一规定不损及最不发达国家根据 TRIPS 协定第 66 条第 1 款的规定寻求再延长过渡期间。我们要求 TRIPS 理事会为此根据第 66 条第 1 款采取必要的行动。”

## 第五节 WTO 争端解决机制对公共健康 例外条款的法律发展

乌拉圭回合后,制定了若干新的公共健康例外条款。然而,这些规定仍有不够清楚明确的地方,需要 WTO 争端解决机制进行解释和澄清。同时,在 WTO 时期,为公共健康目标采取贸易限制措施与 WTO 贸易自由化目标之间的冲突与协调问题日趋复杂。一方面,国际社会对公共健康问题的关注程度日益增强;另一方面,以公共健康为旗号营造贸易壁垒的事例日趋增多。一方面,SPS 协议等为规范公共健康措施,创设了科学依据、国际标准等多边纪律;另一方面,在很多涉及公共健康例外措施的贸易争端中,存在科学界的意见不一致的情况,或援用方采纳的公共健康保护水平明显高于国际标准的情况。一方面,WTO 是一个政府间国

际组织,在 WTO 中的行为者应限于政府实体;另一方面,随着非政府组织的兴起,它们纷纷要求在 WTO 处理涉及公共健康措施的事项时发挥作用。这些问题的出现,愈发凸现出 GATT 争端解决机制对公共健康例外的解释方法的过时与不足,也向 WTO 争端解决机制提出了对之进行变革的要求。在 WTO 成立以来,出现了两件为公共健康措施而起的重大贸易争端:“荷尔蒙牛肉案”和“石棉案”。WTO 利用审理有关案例的契机,对公共健康例外条款进行了若干的法律发展。在“荷尔蒙牛肉案”中,虽然裁定结果是公共健康例外措施的援用方欧共体败诉,但上诉机构首次明确确认了 WTO 成员采用比国际标准更高的公共健康保护水平的权利,并对诉讼中的举证责任作出了有利于公共健康例外措施援用方的划分;而在“石棉案”中,专家组和上诉机构更是开历史之先河,裁定法国对加拿大石棉的进口禁止可以用 GATT 第 20 条第 2 款证明正当。它是 GATT/WTO 历史上首次成功援用 GATT 第 20 条一般例外条款的案例,也是 GATT/WTO 第一次全面确认其成员为公共健康目标而实施贸易限制的合法性的案例,其意义广泛而深远。

### 一、“荷尔蒙牛肉案”案情

1996 年美国与澳大利亚诉欧共体——影响肉类和肉类制品的措施案(以下简称“荷尔蒙牛肉案”,是 WT/DS26 号案和 WT/DS48 号案的合并审理)的案情是:早在 1989 年,欧共体就禁止由美国和加拿大进口以六种荷尔蒙促进生长的牛肉,理由是残留在牛肉中的荷尔蒙可能具有致癌性,会危及欧共体消费者的健康,但美国和加拿大认为其牛肉中荷尔蒙含量极低,不会造成健康危害,并认为欧共体的该项措施不符合科学原则,要求当时的 GATT 争端解决机制解决,但是经过多年的缠诉仍未能解决。1996 年,美国和加拿大以欧共体违反 SPS 协议为由,要求 WTO 成立专家组。

1997 年 8 月,专家组提交报告。专家组认为欧共体违反了



SPS 协议下列几项条款 (1)第 3 条第 1 款,因为进口禁令并不是基于既存的国际标准且未予科学证明就加以实施。(2)第 5 条第 1 款,因为该禁令不是基于一项“风险评估”,即不是基于对牛肉中存在一定荷尔蒙引发的对人类健康的负面影响的潜在性的一项评估。(3)第 5 条第 5 款。欧共体在不同的情况下对检疫保护的水平采用了任意的或无端的区别,专家组认为,该区别导致歧视或一项对国际贸易的伪装起来的限制。

欧共体不服专家组报告,提出上诉。1998 年 1 月,上诉机构提交报告,支持专家组的大部分论点及结论,认为欧共体的进口禁止措施违反了 SPS 协议第 3 条第 3 款和第 5 条第 1 款<sup>①</sup>,但推翻了专家组所作的关于举证责任、欧共体违反 SPS 协议第 3 条第 1 款和第 5 条第 5 款的观点<sup>②</sup>。1998 年 2 月,DSB 通过了上诉机构报告和经过修改的专家组报告。

- 
- ① 上诉机构支持专家组的下列结论:欧共体的进口限制与 SPS 协议第 5 条第 1 款不符,因为它不是基于一项风险评估。上诉机构认为,一项 SPS 措施(要被确认)是第 5 条第 1 款意义的“基于一项风险评估”,在该措施和风险评估间存在“理性的”或“客观的”关系。上诉机构进一步将“风险”(在根据第 5 条第 1 款进行的一项“风险评估”中的“风险”)解释为不仅在科学实验室中在严格控制条件下操作而可探知的,而且是在人类社会中确实存在的。因此,荷尔蒙滥用和难于控制荷尔蒙的使用所导致的风险也与根据第 5 条第 1 款一项风险评估有关。
- ② 对于举证责任,专家组认为,SPS 协议将“举证责任”置于援引 SPS 措施的成员承担。上诉机构认为,起诉方有责任确立一项 SPS 措施与 SPS 协议不符的表面上证据确凿的案件(*prima facie case*) (即起诉方承担举证责任);对于 SPS 协议第 3 条第 3 款,专家组认为欧共体未由 SPS 协议第 3 条第 3 款证明正当,保持非基于既存国际标准的 SPS 措施,因而违反了 SPS 协议第 3 条第 1 款。上诉机构反对专家组关于 SPS 协议第 3 条第 1 款和第 3 款之间的关系属“一般规则例外”(general rule exception)的观点。上诉机构坚持认为,根据第 3 条第 3 款,在涉及人类健康时,在有科学证明的情况下,WTO 成员有下列自动产生的权利:确立一项与既存的国际标准还要高的保护水平;对于第 5 条第 5 款,专家组认为欧共体的所有的进口禁止与 SPS 协议第 5 条第 5 款不符。上诉机构认为在所有情形中,有一种情形下,保护水平的差异不是任意的或无端的。在该种情形下,保护水平的差异不会导致歧视或对国际贸易的伪装起来的限制。

然而,欧共体败诉后,以含有荷尔蒙的牛肉对消费者食物安全构成风险为由,继续维持有关措施。美国和加拿大要求授权报复。经过 WTO 仲裁机构的仲裁,授权美国对欧共体进行金额为 1.168 亿美元的贸易报复,授权加拿大对欧共体进行金额为 1.130 亿美元的报复。尽管如此,美国和加拿大牛肉仍然被排斥在欧共体市场之外,所涉及的诸多问题也没有得到最终解决。

## 二、“石棉案”案情

加拿大诉欧共体——影响石棉和含有石棉的产品的措施案(以下简称“石棉案”)的案情是,石棉曾经作为绝缘材料被广泛用于房屋建筑,然而在过去的几十年来的科学研究表明,人的肺部等器官长期接触石棉纤维易患石棉癌及其他疾病。1996 年,法国把石棉和含有石棉的产品当作危害人类的物品进行查禁。此前,加拿大每年向法国出口 3 万吨石棉。法国从 1997 年 1 月 1 日起开始施行第 96-1133 号法令(以下简称“法令”)。该法令第 1 条和第 2 条规定了对石棉和含有石棉纤维的产品的禁止,而其他几条规定了一定的有限制的和暂时的例外。1998 年 5 月,加拿大要求与欧共体进行协商,但双方未达成一致。1998 年 10 月 8 日,加拿大要求 DSB 建立专家组,诉由是法国的“法令”违反了 TBT 协议第 2 条、1994 年 GATT 第 3 条和第 11 条,以及第 23 条第 1 款第 2 项非违法之诉。欧共体主张,法令属于第 20 条规定的例外,是根据第 20 条第 2 款下的为达到法国政府的公共健康目标所必要的,并且,没有以第 20 条前言意义上的构成相同条件下国家间任意的或无端的歧视或国际贸易中伪装起来的限制的方式来适用。1998 年 11 月 25 日,专家组建立。美国、巴西、津巴布韦作为第三方参加。1999 年 9 月 27 日,专家组通知 DSB 它不能在 DSU 第 12 条第 8 款所要求的“在专家组成立后 6 个月内”提交报告,要求将提交报告的时限延长。2000 年 7 月 25 日,专家组提交了长达 471 页的报告。2000 年 9 月 18 日,专家组报告传阅,专家组的结论

是法国“法令”下的相关措施违反了 1994 年 GATT 第 3 条第 4 款,但是,它不仅符合 GATT 第 20 条第 2 款,而且满足第 20 条前言的条件,所以能够用第 20 条证明正当<sup>①</sup>。2000 年 11 月 16 日,加拿大正式上诉。2000 年 12 月 20 日,由于上诉机构工作负担过重,经争端双方同意,上诉机构请求 DSB 延长提交报告的时限。2001 年 3 月 12 日,上诉机构提交报告,全面支持了专家组的结论,即法国影响石棉和含有石棉的产品的措施能够根据 GATT 第 20 条第 2 款“为保护人类生命或健康”证明正当<sup>②</sup>,从而确认了法国禁止进口加拿大石棉的合法性。2001 年 4 月 11 日,DSB 通过了上诉机构报告和专家组报告。

### 三、WTO 争端解决机制对公共健康例外条款的法律发展:有利于保护公共健康

专家组和上诉机构在“荷尔蒙牛肉案”和“石棉案”中对公共健康例外条款所作的解释形成了若干法律发展,总体而言,这些法律发展是有利于保护公共健康的。具体来说:

#### (一) 确认 WTO 成员有权自行确立公共健康保护水平

“荷尔蒙牛肉案”和“石棉案”的上诉机构认为,WTO 成员有权决定它们认为在特定情形下适当的健康保护水平。没有“风险的最小值”的统一标准,一个 WTO 成员可以自己决定其可以接受的风险水平是多高,也许有的成员允许某一最小程度的风险水平,而有的成员只接受没有任何风险或所谓的“零风险”的风险水平<sup>③</sup>。“荷尔蒙牛肉案”上诉机构甚至提出,SPS 协议承认 WTO 成员拥有确立比基于国际标准的措施要达到的保护水平还要高的保

① “石棉案”专家组报告,文件号 WT/DS135/R,第 9.1 段。

② “石棉案”上诉机构报告,文件号 WT/DS135/AB/R,第 191 段。

③ “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 186 段;“石棉案”上诉机构报告第 167 段。

护水平的权利,这一权利是一项自动权利,而不是一项例外<sup>①</sup>。而且,WTO规则也不要求“量化”对人类生命或健康的风险。一项对风险的评估既可以是对风险进行量化的评估,也可以是对风险的性质进行评估<sup>②</sup>。尤其值得注意的是,对于WTO成员确立自己的公共健康保护水平的权利,现有的WTO各项协议仅在卫生和植物卫生措施方面有条文依据<sup>③</sup>。当涉及工业产品或当未涉及卫生和植物卫生措施时,一个成员能否自行确立自己的公共健康水平并无明确的条款规定<sup>④</sup>。所以,“石棉案”专家组报告和上诉机构报告实际上确认了WTO成员在工业产品等SPS措施以外的领域也能自行确立公共健康保护水平的权利。这切实反映出WTO争端解决机制对各成员寻求的公共健康目标的承认与支持,是对公共健康例外条款的适用的一个重要发展。

## (二)肯定公共健康例外措施可以基于非主流科学意见

在“荷尔蒙牛肉案”中,上诉机构确认WTO成员没有义务在每一个案件中将其SPS措施基于主流科学意见<sup>⑤</sup>。在“石棉案”中,上诉机构就参照了这一观点并进一步认为,在根据第20条第2款证明一项措施正当的过程中,一成员也可以诚信地基于在当时是非主流的科学意见,一个成员没有义务在制定健康政策时遵循主流科学意见<sup>⑥</sup>。

---

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第104段。

② “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第184段和第186段;“石棉案”上诉机构报告第168段。

③ SPS协议第3条第3款。

④ TBT协议要求各成员必须使用国际标准,并只有在气候、地理和技术或科学原因能证明正当的情况下才能偏离国际标准。

⑤ “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第194段。

⑥ “石棉案”上诉机构报告第177段。

(三)降低了成功援用 GATT 第 20 条“为保护人类的生命或健康”条款的难度

这主要表现在,对公共健康例外条款“所必需的”要求的考察起点从“贸易自由化”转向“寻求实现的公共健康目标”。在“石棉案”中,专家组和上诉机构同样也考察“与 GATT 相一致”或“更少的不一致”标准,但同时它们认为,“控制使用”不能使法国获得它选择的健康保护水平,“控制使用”因而不是能达到法国追求的目标的替代措施。因此,法国对石棉的禁止进口是第 20 条第 2 款意义上的“保护人类的生命或健康所必需的”<sup>①</sup>。我们知道,GATT 时期在解释“所必需的”的含义时,专家组采用了一种专属地以贸易自由化为考察起点的“反推方法”,这导致几乎没有什么措施能通过“必要性审查”。而到了 WTO 时期,由于有关协议和争端解决机制的裁定确认了 WTO 成员有权确立自己的公共健康水平,因此,WTO 争端解决机制对 GATT 第 20 条第 2 款“所必需的”要求的考察起点,不再是从专属地考察有关措施与 WTO 的相符性,而是要根据个案进行复杂的“权衡”,在这一权衡过程中,争端解决机制首要地考察援用方自行决定的公共健康目标的重要性以及有关措施实现这一目标的有效性和可行性,并兼顾考察有关措施对国际贸易的限制作用。换句话说,专家组和上诉机构不再是仅以贸易自由化为考察起点,而是同时也以要实现的公共健康目标为考察起点;不再是仅从与贸易自由化目标的相符程度入手来考察有关措施恰不恰当,而是同时从有关措施实现公共健康目标的“可行性”与“有效性”入手来审查“必要性”要求,相应的,不再是忽视公共健康目标从而使其变成不可实现的权利,而是重视公共健康目标从而使其变成可实现的权利。而且,对于不同程度的健康目标,“必要性”标准会相应地发生变化。这是公共健康例外措施的“必要性”标准的一个重大变化。这一变化进一步表明了 WTO 争

<sup>①</sup> “石棉案”上诉机构报告第 172~174 段。

端解决机制对各成员公共健康目标的承认与支持,并反映出争端解决机制对第 20 条前言和第 20 条第 2 款之间的关系有了更加合理的认识。也就是说,第 20 条第 2 款赋予各成员为公共健康目标采取贸易限制的权利,而前言是确保援用方善意行使这一权利和尊重其他成员在 WTO 下的实体权利。因此,在考察第 20 条第 2 款“所必需的”要求时,应该以有关措施可实现援用方确立的公共健康水平为考察起点,而对其他成员利益的尊重和尽量减少对贸易的限制作用的考察则主要是以前言为依据。

#### (四)有条件允许非政府组织发挥作用

WTO 争端解决机制有条件地承认了在 WTO 处理公共健康事项时非政府组织和个人的作用。在“石棉案”中,专家组收到了几个非政府组织提交的书面意见。专家组最终决定考虑其中的两个报告<sup>①</sup>。在上诉阶段,上诉机构同样收到了非政府组织的书面意见。为了处理这些书面意见,上诉机构在咨询了争端当事方和第三方的意见后,于 2000 年 11 月 7 日通过了仅对本案适用的“附加程序”(the Additional Procedure)<sup>②</sup>。该程序是根据《上诉审查工作程序规则》第 16 条第 1 款制定的<sup>③</sup>,而不是 DSU 第 17 条第 9 款下的“新的工作程序”<sup>④</sup>。“附加程序”允许任何自然人和法人在遵

① “石棉案”专家组报告第 6.1~6.4 段和第 8.12~8.14 段。

② See Communication of the Appellate Body in Asbestos case, WT/DS135/9, 8 November 2000.

③ 1996 年 2 月 15 日通过的《WTO 常设上诉机构上诉审查工作程序规则》第 16 条第 1 款规定:“为了一项上诉案件的审理的公平性和有序程序,如出现了本工作程序所未涉及的某项程序问题,任何上诉庭可以只为该项上诉案之目的通过任一适当程序。”转引自余敏友《世界贸易组织争端解决机制法律与实践》,武汉大学出版社 1998 年版,第 357 页。

④ DSU 第 17 条第 9 款规定:“上诉审查程序工作程序应由上诉机构与争端解决机构主席和总干事协商拟订。”转引自余敏友《世界贸易组织争端解决机制法律与实践》,武汉大学出版社 1998 年版,第 306 页。

循特定程序下,提交书面意见。上诉机构将审查和考虑这些意见,但这并不意味着上诉机构将在其报告中论述这些意见。经过审查,上诉机构接收了 11 份来自不同的非政府组织或个人提交的书面意见<sup>①</sup>。

## 第六节 成功援用 GATT 第 20 条“为保护人类的生命或健康”条款的条件

要成功援用公共健康例外条款,特别是要成功援用 GATT 第 20 条第 2 款“为保护人类生命或健康所必需的”证明有关措施正当,必须同时符合下列条件:第一,有关措施是为了保护人类的生命或健康;第二,该措施是为了实现上述政策目标所必需的;第三,同时符合前两个条件后,还要满足前言的要求<sup>②</sup>。我们着重分析下列几个问题:

### 一、“为保护人类生命或健康”

在争端解决实践中,公共健康例外条款的援用方应对有关的健康风险的存在提出初步证据,如果被援用方并未反驳这一初步证据,同时,有关科学专家的意见也确认该健康风险,那么争端解决机制一般都认定该措施是“为了保护人类的生命或健康”。值得注意的是,在认定有关产品是否构成对人类生命或健康的风险时,

---

① 这些非政府组织或个人有:英国“职业病与环境病联合会”;美国“公共健康联合会”;美国 Robert Lloyd Howse 教授;韩国“石棉联合会”;澳大利亚“澳大利亚国立大学环境法中心”;瑞士“国际环境法中心”;荷兰“绿色和平国际”等。参见“石棉案”上诉机构报告脚注 32。

② 按照 WTO 有关案例的上诉机构的裁定,在审查一成员的贸易限制措施是否能够依据 GATT 第 20 条证明正当时,应先审查该措施是否符合第 20 条下的各项例外,如果符合,再审查它是否符合第 20 条前言。

专家组和上诉机构一般会听取来自专门性的国际组织或非政府组织的意见并在作出决定时采纳它们的观点。如在“泰国—香烟案”中,专家组采信了世界卫生组织(WHO)关于“吸烟构成公共健康的威胁”的结论,并进而肯定泰国的相关措施是为了“保护人类生命或健康”。在“石棉案”中,专家组和上诉机构采信了癌症研究国际机构和世界卫生组织均关于“石棉产品构成对人类生命或健康的风险”的结论,并确认欧共体的进口禁止是为了实现“保护人类生命或健康”的合法目标<sup>①</sup>。

晚近在涉及第20条第2款的争端解决实践中出现的另一个趋势是,专家组或上诉机构在解释第20条第2款时,开始参照SPS协议有关条款的含义。如在石棉案中,上诉机构就参照了“荷尔蒙牛肉案”中上诉机构的“在特定的时候,负责任的和代表性的政府可以诚信地基于来自有资格的受尊重的来源的非主流的科学意见而行为”的观点<sup>②</sup>,在此基础上,它认为,在根据第20条第2款证明一项措施正当的过程中,一成员也可以诚信地基于在当时是非主流的但是有资格的和受尊敬的科学来源的意见。一个成员没有义务在制定健康政策时,在特定的时间,自动地遵循主流科学意见<sup>③</sup>。

## 二、“所必需的”

1990年“泰国—香烟案”专家组认为,有关进口限制,只有在下列情形下才被视为是第20条第2款下所“必需的”:即不存在可合理地期望援用方去采取的既能实现其健康政策目标,又与GATT基本义务相一致的替代措施,或不存在对GATT基本义务

① “石棉案”专家组报告 8.188 段和上诉机构报告第 162 段。

② “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 194 段。

③ “石棉案”上诉机构报告第 177 段。



的违反程度更低的措施<sup>①</sup>。GATT 时期的争端解决实践表明,在绝大多数情况下,专家组都能设想出一种既与 GATT 相符、又能达到被诉方相关目标的替代措施。因此,几乎没有什么措施能通过“必要性审查”。

在 1996 年“汽油标准案”专家组报告中认为,要满足第 20 条第 2 款的条件:首先,有关措施是为了保护人类生命或健康的政策;其次,有关措施是为实现上述政策所必需的。在论及第 20 条第 2 款时,专家组认为,要审查的不是政策目标的必要性,而是为实现该第 20 条中列举的目标的措施的必要性。对被诉方美国而言,如果存在可合理获得的与 GATT 相一致的或更少的不一致的措施,就不能满足“必要性”要求<sup>②</sup>。专家组的这一结论没有被上诉,因此在“汽油标准案”中,上诉机构没有论述这一问题。

对于第 20 条第 2 款下的“所必需的”要求,在“石棉案”中,上诉机构援引了 2000 年“韩国牛肉零售体制案”中上诉机构关于第 20 条第 4 款下的“所必需的”的含义的论述<sup>③</sup>。在“韩国牛肉零售体制案”中上诉机构认为,该案专家组遵循了专家组在“美国 1930 年关税法第 337 章案”中确定的“所必需的”的标准<sup>④</sup>。上诉机构认为,从文字意义上说,“所必需的”所指的“必要性”在语意上有一

① “泰国—香烟案”专家组报告,第 75 段。

② “汽油标准案”专家组报告第 6.20~6.22 段。

③ “石棉案”上诉机构报告第 170~171 段。与之相似的是,“泰国—香烟案”专家组同样也是通过援引过去的专家组关于第 20 条第 4 款下“所必需的”的论述的办法来解释第 20 条第 2 款下“所必需的”的含义。该案专家组经过论证后认为,第 20 条中的第 4 款的“所必需的”应该与第 2 款中的“所必需的”的含义相同。但在“石棉案”中,上诉机构没有作出类似的说明。

④ 该案专家组认为,很显然,如果存在一项可以被合理期望去采用且并无违反其他条款的,且对采用的缔约方是可获得的替代措施,那么一缔约方不能证明其与其他 GATT 条款不符者属第 20 条第 4 款下“所必需的”的合理性。同样,在不能合理获得与 GATT 其他条款相符的措施的情形下,缔约方有义务,在它所有可合理获得的措施中,选择与其他 GATT 条款不符程度最小的那种。参见“美国 1930 年关税法第 337 章案”专家组报告第 5.26 段。

定的范围,在这一范围中,一端是“不可缺少”,另一端是“有助于”。而第20条中的“所必需的”显然更偏向于“不可缺少”的一端。在考察“所必需的”时,要考虑第20条第4款中的“法律和规章”旨在保护的“共同利益或共同价值”的重要性程度。共同利益或价值越重要,有关措施越容易被接受为“所必需的”,同时,还要考察该措施有助于所追求的目标实现的程度。有助于实现的程度越高,越容易被接受为“所必需的”;最后,还要考察有关措施对国际商业产生的限制作用,即该措施对进口产品的限制作用。有关措施对进口产品产生的限制作用越低,越容易被接受为“所必需的”。确定一项措施是不是“所必需的”,需要在具体案件中对上述一系列因素进行审查和权衡<sup>①</sup>。参照这一解释,上诉机构在“石棉案”中认为,法国禁止石棉进口的措施追求的目标是通过消灭石棉的健康风险来保护人类生命或健康,这一目标的价值显然非常重要。接下来的问题是,是否存在一个可以获得同样的目标而又比进口禁止对贸易的限制作用更少的替代措施<sup>②</sup>。加拿大认为,“控制性使用”是可以实现同样目标的“可合理获得的措施”,因此,问题就是法国是否能被合理地期望使用“控制性使用”来达到其选择的健康保护水平——停止与石棉有关的健康风险的蔓延。上诉机构认为,如果该替代措施将会导致法国禁止法令要寻求“停止”的风险的继续存在时,就不能说可以“合理的期望”法国使用这样的替代措施,因为这样的替代措施将阻止法国达到其选择的健康保护标准。有关事实表明,“控制使用”不能使法国获得它选择的“零风险”健康保护水平,“控制使用”因而不是能达到法国追求的目标的替代措施。因此,上诉机构同意专家组报告的结论,认为法国对石棉的进口禁止法令是第20条第2款意义上的“保护人类的生命或

① “韩国牛肉零售体制案”上诉机构报告第161~164段。

② “石棉案”上诉机构报告第171段。

健康所必需的”<sup>①</sup>。

我们认为,从“石棉案”专家组和上诉机构的裁定可以作出下列推论:在考察第 20 条第 2 款“所必需的”要求时,要考虑“与 WTO 一致或更少的不一致”标准,而这一标准又包含了三个要素:首先,有关替代措施与 WTO 规则相符或不一致程度更低;其次,是援用方“可合理获得的”;第三,能够实现援用方期望的公共健康保护水平。进一步说,“与 WTO 一致或更少的不一致”标准只是一般性的、总体性的考虑,要考察一项与 WTO 相符的有关成员被合理地期望去采取的替代措施是否是可获得的,或者与 WTO 更少不一致的替代措施是可合理获得的,需要根据个案的具体情况,进行复杂的“权衡”。具体来说,要考虑旨在保护的“公共健康目标”的重要性程度。有关公共健康目标越重要,有关措施越容易被接受为“所必需的”;同时,还要考察该措施有助于所追求的目标实现的程度。有助于实现的程度越高,越容易被接受为“所必需的”;最后,还要考察有关措施对国际贸易产生的限制作用,即该措施对进口产品的限制作用。有关措施对进口产品产生的限制作用越低,越容易被接受为“所必需的”。这一权衡过程实际上反映出 WTO 争端解决机制对 GATT 第 20 条第 2 款“所必需的”要求的考察起点已经从专属地考察有关措施“是否与 WTO 的相符”,转变为“有关措施可实现援用方确立的公共健康水平”。

三、第 20 条前言条件之一:不构成“相同条件下国家间任意的歧视”

### (一)第 20 条前言的目的

1999 年欧共体诉阿根廷“对牛皮的出口和已加工皮革的进口的措施案”(以下简称“阿根廷皮革案”)专家组认为,第 20 条前言

<sup>①</sup> “石棉案”上诉机构报告第 172~174 段。

的目的是为了避免第 20 条下的各项例外的滥用和错误使用<sup>①</sup>。

1996 年“汽油标准案”中,上诉机构认为前言并不是阐述有争议的措施或其具体的内容,而是该措施实施的方式<sup>②</sup>。前言的目的和宗旨是阻止第 20 条例外的滥用。第 20 条的制定历史表明,制定前言是为了实施下列原则:尽管第 20 条诸项例外作为一项法律权利可以被援用,这些例外不应破坏该权利持有方根据 GATT 的实体规则所承担的法律义务。换句话说,既要关注援用例外一方的法律权利,又要关注其他相关成员的法律权利。一项被第 20 条的单个例外条款证明正当的措施,还要经得起前言的检验。

“第一龙虾—海龟案”的上诉机构认为,第 20 条前言表明 WTO 成员承认需要在下列两种权利义务间保持平衡:一方面是 WTO 成员引用第 20 条第 1 款至第 10 款单项例外的权利,另一方面是 1994 年 GATT 赋予其他成员的实体性权利。而在一个成员引用第 20 条某个例外的权利,和该成员尊重其他成员权利的义务之间必须达成平衡。允许一个成员滥用或错误使用其引用例外的权利,实际上就是允许该成员克减(degrade)它自己的条约义务和贬低其他成员的条约权利。若滥用很严重和很广泛,则该成员实际上把条约义务降低为任择性的了(即选择可接受该条约义务,也可选择不接受该条约义务),从而“自动解除”(dissolve)了义务的强制性,也完全否定了其他成员的条约权利。把前言放在第 20 条各项例外的前面,目的就是为了防止这种影响深远的后果<sup>③</sup>。

“第一龙虾—海龟案”的上诉机构还进一步指出:解释和适用第 20 条前言的任务,实际上是在一个成员引用第 20 条各项例外的权利和其他成员在 1994 年 GATT 各实体法规定的权利之间划出一条平衡线。这条平衡线的位置,并非一成不变的,它随着有关

① “阿根廷皮革案”专家组报告,第 11.312 段。

② 在 1983 年“美国——特定汽车弹簧部件进口案”专家组报告中已提及这一观点。

③ “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 156 段。

措施的种类和形态的不同而变动,因特定条件的事实不同而变动<sup>①</sup>。

总之,第 20 条各项例外规定的是基于合法目标的措施,是援用方的权利,而前言规定的该措施的适用方式,是援用方在行使其权利时应当遵守的义务。有关措施是否符合第 20 条前言,要根据个案具体情况进行考察。在 WTO 已经明确承认各成员在第 20 条各单项例外的权利后,特别是承认各成员可以自行确定公共健康的保护水平或自行确定环境保护目标的权利后,如何确保其他成员的实体性权利并防止有关措施不构成滥用或错误使用的任务就交给了第 20 条前言来承担。

## (二)第 20 条前言包含的三个义务

第 20 条前言实际上包含了援用方在适用有关措施时的三个义务(1)不构成相同条件下国家间“任意的歧视”(2)不构成相同条件下国家间“无端的歧视”(3)不构成“对国际贸易的伪装起来的限制”<sup>②</sup>。三个义务相互独立,同时又相互支持和相互补充<sup>③</sup>。有关措施只要违反了这三个条件中的任何一个,都将被认定与第 20 条前言不符,从而最终被 WTO 争端解决机制裁定不能用第 20

① “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 159 段。

② “汽油标准案”上诉机构报告第 21~22 页;“第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 150 段;“阿根廷皮革案”专家组报告第 11.313 段和脚注 567;“第二龙虾—海龟案”上诉机构报告第 118 段。

③ “汽油标准案”中上诉机构认为:“任意的歧视”、“无端的歧视”和“对国际贸易的伪装起来的限制”可以互相支持地加以理解,即它们相互赋予意义。显然,“伪装起来的限制”包括国际贸易中伪装起来的“歧视”,同样清楚的是,在国际贸易中的“隐蔽的”或“未宣布的”的限制或歧视并未穷尽“伪装起来的限制”的内涵。可以将“伪装起来的限制”适当地理解为包含着下列限制:以在第 20 条中列举的一项例外条款为伪装而采取的相当于在国际贸易中的任意的或无端的歧视。在决定一项特定措施的适用是否是“任意的或无端的歧视”时合适的、切题的观点也可在决定对国际贸易的“伪装起来的限制”是否存在时予以考虑。

条证明正当。但是,什么是“任意”(arbitrary)?什么是“无端”(unjustifiable)?什么是“相同条件下”(where the same conditions prevail)?不构成相同条件下国家间“任意的歧视”、不构成相同条件下国家间“无端的歧视”、不构成“对国际贸易的伪装起来的限制”,这三个标准所适用的领域是否相同?换句话说:“相同条件下国家间”是指“进口国和出口国的条件”,还是只指“出口国的条件”或“进口国的条件”?

对于这些问题,第20条都没有进行具体规定,GATT时期的专家组也未进行更为精确、具体的界定,而是根据个案的具体情况来自由裁量。WTO有关案例的裁定也表明,有关措施是否符合第20条前言,要根据个案具体情况进行考察。不过,从有关案例中,我们还是可以归纳出一些可操作的标准。

### (三)不构成“相同条件下国家间任意的歧视”

这一项条件又包含着两层要求:首先,有关措施如果不构成相同条件下国家间的歧视,那么就不构成“相同条件下国家间任意的歧视”;其次,如果有关措施构成了相同条件下国家间的歧视,那么还要考察这一歧视是不是“任意的”。

在“石棉案”中,专家组认为<sup>①</sup>,在审查有关措施是否满足第20条前言时,首先应该审查该措施在其适用中是否是“歧视的”。只有在该措施的适用被确认是“歧视的”,才有必要进一步审查它是否是在相同条件国家间任意或无端的歧视<sup>②</sup>。

对于“歧视”的含义,在“汽油标准案”中,上诉机构认为在第20条前言中的“歧视”既包括了来自不同的出口国的产品间的歧

---

① 在“石棉案”中,专家组对争端当事方在GATT第20条第2款和第20条前言下的诉求和抗辩进行了全面的审查,但当事双方都没有对专家组有关第20条前言的结论提出上诉,所以,“石棉案”上诉机构报告没有论述第20条前言。

② “石棉案”专家组报告第8.226段。

视,也包括国内产品和进口产品之间的歧视。而且,不能因为有关措施违反了 WTO 其他的实体规则(如 GATT 第 3 条国民待遇)就确认构成了第 20 条前言意义上的“歧视”<sup>①</sup>。“第一龙虾—海龟案”上诉机构认为,同等条件下国家间的“歧视”的范围广泛,不仅包括出口成员之间的歧视,而且包括进口成员与出口成员之间的歧视<sup>②</sup>。“阿根廷皮革案”专家组认为,相同条件下国家间“歧视”还包括在上述国家领土内的产品间的歧视<sup>③</sup>。

在“石棉案”中,欧共体主张,法国对石棉的禁止法令适用于相同条件下所有国家,换句话说,既包括所有的外国产品,也包括法国的产品。专家组经审查后肯定了这一主张。然而,专家组提出,必须注意第 20 条的前言所关注的是“措施的适用”。因此,应考察在法国政府对例外性的在特定情况下允许使用石棉的政府管理中,是否对来自其他国家的石棉进口或法国石棉的待遇比来自加拿大的石棉的待遇更加优惠。然而,专家组注意到,加拿大没有提出这一主张。加拿大仅仅重申了它已经证明了存在 GATT 第 3 条第 4 款下的“歧视”。专家组认为,这一证明与第 20 条引言无关。在本案中,对于法国对石棉的进口禁止法令的适用不构成任意或无端的歧视的问题,欧共体已经确立了一个有初步证据的案件,而加拿大没有反驳欧共体作出的有初步证据的案件所确立的“法令的适用没有歧视”的推定。专家组认为,既然不能确认法国的相关措施存在“歧视”,就没有必要再考虑其是否“任意的或无端的歧视”的问题<sup>④</sup>。

在“第一龙虾—海龟案”中,上诉机构认为,美国在实施有关措施时,对龙虾出口国强加了一种单一的、严格的而僵化的要求(a

① “汽油标准案”上诉机构报告第 22 页。

② “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 150 段。

③ “阿根廷皮革案”专家组报告第 11.314 段。

④ “石棉案”专家组报告第 8.227~8.229 段。

single, rigid and unbending requirement),即要求出口国采取与美国本国办法完全一样的(essentially the same as)综合管理办法,而根本不管该办法是不是符合出口国的实际情况。同时,美国国内主管部门在决定发放进口许可证明时,很少有或根本就没有一点灵活性。这种过分的严格和缺乏灵活性构成了第20条前言意义上的“任意的歧视”。另一方面,上诉机构的相关论述也暗示,虽然不要求出口国为保护海龟而采取的有关措施与美国办法相同,但是,出口国采取的有关措施应该与美国的办法“在有效性方面具有可比性”(comparable in effectiveness)<sup>①</sup>。

而在“第二龙虾—海龟案”中,专家组进一步认为,在考察一项贸易措施是否构成“任意的或无端的歧视”并导致其不能满足第20条前言的要求时,审查“援用方是否要求出口国采取与援用方本国所采办法完全一样的管理办法”是一种有用的办法,但是,它不是一种充分的(sufficient)办法。如果援用方仅仅要求出口国采取的有关措施与援用方自己的措施“在有效性方面具有可比性”时,这样的要求不构成“任意的歧视”,而是符合第20条前言的。在“第二龙虾—海龟案”中,美国根据DSB的裁定,对国内的有关禁止龙虾进口的法律进行了修改。无论是该新的法律还是其适用,都比原来的措施更加灵活。它没有要求出口国采取与美国本国办法完全一样的综合管理办法,而只是要求出口国的措施与美国的措施“在有效性方面具有可比性”。因此,不构成任意的歧视<sup>②</sup>。马来西亚对专家组的这一观点提出上诉。对此,上诉机构认为,在允许有关产品进口时,要求出口国采取与援用方本国办法完全一样的管理办法与只是要求出口国的措施与援用方的措施“在有效性方面具有可比性”是不同的。后者给予了出口国充分的灵活性来达到进口国的有关要求。因此,它不构成第20条前言意

① “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告(文件号 WT/DS58/AB/R)第177段。

② “第二龙虾—海龟案”专家组报告第5.92~5.93段。



义上的“任意的歧视”<sup>①</sup>。

因此,要不构成第 20 条前言意义上的“任意的歧视”,有关措施最好不构成歧视。如果已经构成了歧视,那么第 20 条的援用方为了能证明其措施不构成第 20 条前言意义上的“任意的歧视”,最重要的是要提出初步证据,证明其针对出口国的具体情况保持了灵活性。如果第 20 条的援用方在实施有关措施时,对出口国强行要求其采取与进口国(第 20 条的援用方)本国办法完全一样的办法,而根本不管该办法是不是符合出口国的实际情况,这种过分的严格和缺乏灵活性就构成了第 20 条前言意义上的“任意的歧视”。但是“任意的歧视”也暗示着对进口国留下了一定的决策空间<sup>②</sup>,即虽然不能要求出口国采取的有关措施与进口国的办法相同,但是,出口国采取的有关措施应该与进口国的办法“在有效性方面具有可比性”。如果进口国仅仅要求出口国采取的有关措施与进口国自己的措施“在有效性方面具有可比性”时,这样的要求不构成“任意的歧视”,而是符合第 20 条前言的。

由此看来,WTO 争端解决机制对为保护公共健康或环境的国内措施的“任意的歧视”审查出现了松动,这也进一步表明了 WTO 争端解决机制努力在援用方“保护公共健康或环境的权利”和进口国“在 WTO 下的实体性权利”之间寻求合理的平衡。

#### 四、第 20 条前言条件之二:不构成“相同条件下国家间无端的歧视”

这一项条件也包含着两层要求:首先,有关措施如果不构成相同条件下国家间的歧视,那么就不构成“相同条件下国家间任意的

① “第二龙虾—海龟案”上诉机构报告(文件号 WT/DS58/AB/RW)第 144 段。

② 在这里,我们避免采用“暗示着对进口国赋予了一种权利”或“暗示着对出口国施加了一种义务”的提法,因为按照条约解释的规则,条约的解释者不能采用“为缔约国增加权利或增加义务”的解释。

歧视”；其次，如果有关措施构成了相同条件下国家间的歧视，那么还要考察这一歧视是不是“无端的”。

有关案例的上诉机构认为，相同条件下国家间“无端的歧视”标准在性质上和特征上不同于 GATT 第 3 条第 2 款第一句所包含的“歧视”标准<sup>①</sup>。在适用第 20 条各项例外下的措施时禁止无端的歧视，意味着允许“合理的歧视”，同时，它还意味着有的歧视并不总是合理的。任何歧视是合理的还是无端的，要根据个案的具体情况具体分析<sup>②</sup>。

在“第一龙虾—海龟案”中，上诉机构认为，美国的有关措施之所以构成了无端的歧视是因为：首先，该措施的实施不允许质疑该管理办法是否符合这些不同出口国存在的情况<sup>③</sup>。其次，美国在对其他成员出口的龙虾下令禁止进口之前，为达成缔结保护与养护海龟目的的双边或多边协议，曾认真地与几个对美出口龙虾的国家谈判过，但没有对其他成员（包括本案的起诉方）进行过认真的和全面的协商<sup>④</sup>。因此，构成第 20 条前言意义上的“无端的歧视”。

在“第二龙虾—海龟案”中，专家组肯定了第 20 条的援用方要成功地证明其措施不构成“无端的歧视”，援用方的有关措施应考虑出口国的具体情况，给以灵活性。而且，应在实施单边行动之前，以诚信认真的态度为谈判作出努力。具体来说，要不构成“无端的歧视”，必须符合下列四个条件（1）在美国已经与其他龙虾捕捞国举行谈判后，美国有义务发起与马来西亚的谈判（take the initiative of negotiation with the appellees）（2）谈判应与所有利害关

① “汽油标准案”上诉机构报告第 23 页；“第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 150 段。

② “阿根廷皮革案”专家组报告第 11.315 段。

③ “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 165 段。

④ “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 172 段。

系方进行,并旨在确立双方同意的保护和养护海龟的方式<sup>①</sup>(3)美国必须为谈判作出诚信认真的努力(make serious efforts in good faith to negotiate)(4)诚信认真的努力应在单边进口禁止措施实施前<sup>②</sup>。专家组经审查后认为,美国与有关国家,包括本案的起诉方马来西亚举行了符合上述条件的谈判,所以,确认美国的措施不构成无端的歧视。马来西亚对此提出上诉,它认为,只有谈判达成了协议,有关措施才不是无端的歧视。对此,上诉机构认为,在“第一龙虾—海龟案”上诉机构报告中,上诉机构的确要求应向所有的有利害关系的出口国提供同等的协商机会(尽管不是相同的协商机会)以达成国际协议(similar opportunities to negotiate an international agreement)。但是,对于协商的结果,上诉机构只是提出了“应尽可能基于国际协商一致”,而没有要求协商一定要达成协议或缔结条约。所以,并不是只有谈判协商达成了协议或缔结了条约,有关措施才不是无端的歧视。同时,向所有出口国提供“同等的协商机会”是指:为谈判作出了与其他出口国享受到的谈判努力“具有可比性的努力”,具体来说,包括投入谈判的资源具有可比性、致力于达成协议的努力具有可比性等(comparable resources are invested, and comparable energies are devoted to securing an international agreement)。如果作出了这样的具有可比性的努力,即使进口方与一部分出口国达成协议,而与其他成员未达成协议,也可以避免构成“任意或无端的歧视”<sup>③</sup>。经上诉机构考察,

① 在这里,专家组提出谈判“应旨在确立保护海龟的方式”,但专家组的这一观点也留下一个疑问:“应旨在确立环保方式”背后的含义是不是“不应旨在进一步限制贸易”呢?还是有其他的含义?在其他 WTO 例外条款,如保障措施条款中,有谈判和协商的规定,但保障措施的协商“旨在进行补偿”,第 20 条下的措施的援引方是不是可以只用于“旨在确立有关目标的保护方式”,而不用对其他事项,如对被援引国,特别是发展中国家进行经济补偿呢?

② “第二龙虾—海龟案”专家组报告第 5.66 段。

③ “第二龙虾—海龟案”上诉机构报告第 122~124 段。

美国向马来西亚提供了与其他出口国同等的协商机会。所以,美国的措施不构成“任意的歧视”。

因此,要不构成第 20 条前言意义上的“无端的歧视”,有关措施最好不构成歧视。如果已经构成了歧视,那么第 20 条的援用方为了证明其措施不构成第 20 条前言意义上的“无端的歧视”,除了要证明其针对出口国的具体情况保持了灵活性之外,最重要的是要提出初步证据证明其遵守了“谈判义务”。“谈判义务”的具体条件包括(1)援用方有义务发起谈判,而不用由出口国要求(2)谈判应旨在确立双方同意的达到 GATT 第 20 条下的相关目标的方式(3)谈判必须是付出了诚信的和认真的努力(4)谈判要在采取单边措施前(5)谈判应与该产品所有的出口国分别进行。当然,谈判不一定要达成协议,所付出的谈判努力也不一定要在所有的国家间完全相同,具有可比性即可。

GATT 第 20 条并没有明文规定事前谈判和协商的义务。而上述案例表明,援用第 20 条下的措施的 WTO 成员应与所有的利害关系方进行谈判。这实际上是给援用第 20 条下的措施的国家提出了就特定事项进行谈判的要求。更重要的是,WTO 争端解决机制对 GATT 第 20 条前言“无端的歧视”的这种解释,向世界各国发出了一个信号:为保护公共健康或环境,各国可以采取单边行动。但是,这一单边行动要受制于通过政治方法和平解决国际争端的努力,这种努力应是诚信、认真的,且在所有国家间具有可比性的。这种解释也有利于在为保护公共健康或环境的“多边主义”和“单边主义”之间实现合理的平衡。

五、第 20 条前言条件之三:不构成“对国际贸易的伪装起来的限制”

对于第三个义务,即“不构成……对国际贸易伪装起来的限制”的含义,在 GATT 时期的两个案例中,专家组主要将其考虑为

下列限制 (1) 没有以贸易措施的形式限制<sup>①</sup> (2) 没有事先宣布或公布的限制 (3) 没有成为一项调查的对象<sup>②</sup>。但是, 这些结论遭到了很多缔约方和法律专家的批评。在 WTO 时期涉及 GATT 第 20 条的大多数案例中, 也没有详尽解释过这一术语<sup>③</sup>。

在“石棉案”中, 欧共体认为, 首先, 法国对石棉及石棉产品的进口禁令“没有以构成一任意或无端的歧视的方式适用”的事实已足以证明它不会“以将构成对国际贸易的伪装起来的限制的方式适用”; 其次, 法国对石棉及石棉产品的进口禁令被公布; 第三, 其他的 WTO 成员也对这些产品适用限制; 第四, 这些限制以国际标准为基础。因此, 法国对石棉及石棉产品的进口禁令不构成“对国际贸易的伪装起来的限制”。加拿大反对欧共体的主张, 它认为, 有关措施已被公布的事实不能说明其一定不会成为一项“对国际贸易的伪装起来的限制”。而且, 法国对石棉及石棉产品的进口禁令是在公共健康的外衣下, 保护法国国内生产石棉的替代产品的国内产业<sup>④</sup>。专家组注意到, 在 GATT 时期“对国际贸易的伪装起来的限制”的实际范围尚未进行清楚的界定。在 WTO“汽油标准案”中, 上诉机构认为: “在国际贸易中隐藏起来或没有公布的限制没有穷尽伪装起来的限制的含义”。这似乎意味着一项没有公布的措施不会满足第 20 条前言的第二个部分的要求。专家组注意到, 法国对石棉及石棉产品的进口禁令在法国 1996 年 12 月 26 日的官方公报上公布, 并于 1997 年 1 月 1 日生效。专家组也注意

① 1982 年加拿大诉美国“禁止进口来自加拿大的金枪鱼及其制品案”专家组报告第 4.8 段。

② 1983 年加拿大诉美国“汽车弹簧部件案”专家组报告第 56 段。引自“石棉案”专家组报告第 8.233 段。

③ 在争端解决机制的有关裁定中, 往往先认定了有关措施没有满足“不构成相同条件下国家间无端或任意的歧视”的义务, 然后基于“司法经济原则”, 不再讨论有关措施是否符合“不构成对国际贸易的伪装起来的限制”的义务。如“第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 184 段。

④ “石棉案”专家组报告第 8.231~8.232 段。

到,这一法令显而易见的适用于国际贸易,因为进口和出口石棉都被禁止。在这一意义上,满足了在1982年“美国—金枪鱼案”和1983年“汽车弹簧部件案”中形成的标准<sup>①</sup>。然而,上诉机构在“汽油标准案”的观点也暗示着“对国际贸易的伪装起来的限制”也包括了其他的要求。上诉机构认为:“伪装起来的限制”包括对国际贸易的伪装起来的歧视。按照这一逻辑。既然法国对石棉及石棉产品的进口禁令不构成第20条前言意义上的“歧视”,那么,就很难说该法令构成一个伪装起来的限制。在“汽油标准案”中,上诉机构还认为:在决定一项措施的适用是否是“任意或无端的”中肯的结论,也可以在决定对是否构成“对国际贸易的伪装起来的限制”时考虑<sup>②</sup>。同时,在逻辑上,第20条的前言的条款所包含的标准与确定违反一项实质性规则的标准并不相同。专家组认为,实际上,在GATT第20条下的所有措施都是对国际贸易的限制,因此,在理解“对国际贸易的伪装起来的限制”的含义时,关键不是“限制”,而是“伪装起来的”。根据1969年《维也纳条约法公约》第31条的解释方法,“伪装”这一动词暗含着一个意向。“伪装”的通常含义是指“在欺骗的外表下隐藏、欺骗”、“变化以欺骗”、“不正确的描述”或“以言语或行动掩饰”。因此,考察“对国际贸易的伪装起来的限制”关键是考察该措施是否实际上旨在掩盖“限制贸易”的非法目的。对此,尽管“日本酒精饮料案”上诉机构承认“一项措施的目的不容易被评估”,然而,上诉机构暗示一项贸易措施“是否适用于贸易保护主义目的”通常能够从其“设计、建构和表现出的结构”(design, architecture and revealing structure)方面辨别出

① “石棉案”专家组报告第8.234段。

② “石棉案”专家组报告第8.235段。

③ “日本酒精饮料案”上诉机构报告(文件号WT/DS8/10/11/AB/R,1996年11月11日由DSB通过)第29页。尽管在“日本酒精饮料案”中,上诉机构这一方法适用于对1994年GATT第3条第4款的考虑,但是,为考察一项措施的适用是否出于贸易保护目的,这一方法可以适用于其他条款。“石棉案”专家组报告脚注199。

来<sup>③</sup>。基于上述观点,专家组认为,法国对石棉及石棉产品的进口禁令不构成第 20 条前言意义上的“歧视”,所以,没有必要决定其是否有可能构成一项“对国际贸易的伪装起来的限制”<sup>①</sup>。就法令的设计、建构和结构而言,专家组认为,争端双方提供的证据没有什么可以让它得出法令“有贸易保护性”的结论<sup>②</sup>。应当承认,有关措施总是有可能产生有利于国内替代产品生产商的效果,但这是禁止一项产品而产生的自然结果,其本身不能证明该措施具有贸易保护主义目的,只要该措施符合一定的条件。事实上,专家组获得的信息不表明法国对石棉的进口禁止会使法国替代纤维产业受益到构成“对国际贸易的伪装起来的限制”的程度<sup>③</sup>。所以,法国对石棉及石棉产品的进口禁令不构成第 20 条前言意义上的“对国际贸易的伪装起来的限制”。

在“第二龙虾—海龟案”中,专家组也论述了这一问题<sup>④</sup>。专家组认为,虽然在“第一龙虾—海龟案”中上诉机构没有对美国原来的措施是否构成“对国际贸易的伪装起来的限制”作出结论,但并不意味着美国为执行 DSB 裁定的而采取的新措施也不会构成“对国际贸易的伪装起来的限制”。而且,虽然美国已修改其国内相关法律以实现“善意”(bona fide)养护海龟的计划,但这一修改并不意味着其适用时不会构成“对国际贸易的伪装起来的限

① “石棉案”专家组报告第 8.237 段。

② “石棉案”专家组报告第 8.238 段。

③ “石棉案”专家组报告第 8.239 段。在这里,专家组也给我们留下一个疑问:有关措施要使国内产业受益到多大程度才构成“对国际贸易的伪装起来的限制”?

④ 在“第二龙虾—海龟案”中,专家组对争端当事方在 GATT 第 20 条第 7 款和第 20 条前言下的诉求和抗辩进行了全面的审查,但马来西亚仅对专家组关于 GATT 第 20 条前言“任意或无端的歧视”的结论提出上诉,当事双方都没有对专家组有关第 20 条第 7 款和第 20 条前言“对国际贸易的伪装起来的限制”的结论提出上诉,所以,“第二龙虾—海龟案”上诉机构报告没有论述第 20 条前言“对国际贸易的伪装起来的限制”。

⑤ “第二龙虾—海龟案”专家组报告第 5.138~5.140 段。

制”<sup>⑤</sup>。专家组引用了前述“石棉案”专家组关于“对国际贸易的伪装起来的限制”的观点和“日本酒精饮料案”中关于如何识别一项措施是否出于贸易保护目的的观点<sup>①</sup>。经过专家组对美国的执行 DSB 裁定的措施及其他现有措施的“设计、建构和表现出来的结构”的审查,专家组确认其不构成“对国际贸易的伪装起来的限制”。而且,美国的渔民也受制于与对出口国渔民施加的限制“具有可比性”(comparable)的限制。尽管美国为执行 DSB 裁定的新措施可能会对美国国内渔民有利,但美国渔民获得很少的商业利益。同时,由于美国允许出口国实施“强制使用海龟排除装置”之外的计划,并向第三国发展海龟排除装置的使用提供技术援助,所以美国的执行措施不构成“对国际贸易的伪装起来的限制”<sup>②</sup>。

因此,若不构成第 20 条前言意义上的“对国际贸易的伪装起来的限制”,有关措施最好不构成歧视。当然,从条文意义上说,一项措施如果不是对贸易的限制,它也谈不上是“对国际贸易的伪装起来的限制”。如果一项贸易限制已经构成了歧视,那么第 20 条的援用方为了证明其措施不构成第 20 条前言意义上的“对国际贸易的伪装起来的限制”,除了要证明其有关措施针对出口国的具体情况保持灵活性以及有关法律法令及适用措施应及时公布之外,最重要的是要提出初步证据证明其措施“并非旨在掩盖限制贸易的非法目的”。WTO 争端解决机制在考察该措施是否“并非旨在掩盖限制贸易的非法目的”时,是从其“设计、建构和表现出的结构”来判断。在这种自由裁量中,可参照的因素是有关措施是否对国内替代产品的生产商产生了巨大的足以构成“对国际贸易的伪装起来的限制”的商业利益。如果有关措施没有给国内替代产品生产商带来商业利益,或者这种商业利益很少,那么,不能说明其具有贸易保护主义目的,从而不构成“对国际贸易的伪装起来的限制”。

① “第二龙虾—海龟案”专家组报告第 5.141~5.142 段。

② “第二龙虾—海龟案”专家组报告第 5.143~5.144 段。



可以看出,WTO 争端解决机制对 GATT 第 20 条前言“对国际贸易的伪装起来的限制”的考察,是一种更加基于具体事实,即有关措施是否在主观意向和客观效果方面都为国内产业提供不合理的商业利益的事实的考察。因此,WTO 争端解决机制对 GATT 第 20 条前言“对国际贸易的伪装起来的限制”的解释是一种令人信服的解释。这种解释也有利于在“实现保护公共健康或环境”和“防止贸易保护主义”之间实现合理的平衡。

## 六、援用 GATT 第 20 条的举证责任

在 GATT 时期,有几个案例的专家组报告对 GATT 第 20 条的举证责任作了论述<sup>①</sup>。WTO 时期对于 GATT 第 20 条下的举证责任有了更加明确的划分。“石棉案”专家组认为,一当事方援用 GATT 第 20 条并不意味着它不需要提供为支持其主张(allegation)所必要的证据。同样,起诉方也必须提供充分的陈述和证据反驳抗辩方(援用第 20 条的一方)的主张。同时,专家组认为,除非起诉方用充分的证据证明了其反驳,否则援用第 20 条的当事方无须证明起诉方在反驳中提出的主张是不正确的。所以,在该案中,应由欧共体对其措施可以被 GATT 第 20 条证明正当确立“有初步证据的案件”(a prima facie case)。一旦建立,将转而由加拿大来反驳这一有初步证据的案件<sup>②</sup>。

“第二龙虾—海龟案”专家组进一步认为,即使是在因执行

① 1984 年“加拿大外国投资审查法案”专家组认为:“既然第 20 条第 4 款是总协定的一项例外,加拿大是援引这项例外的当事方,那么应由它来证明正在进行的采购是确保遵守外国投资审查法所必需的”。1989 年“美国 1930 年关税法 337 条款案”专家组认为“应由试图证明其措施符合 20 条第 4 款的缔约方证明其措施是在第 20 条第 4 款内‘所必需的’”。“第一金枪鱼案”专家组认为:“专家组的实践一贯是狭义地解释第 20 条,将举证责任置于援用方”。参见 GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition(1995), p. 563.

② “石棉案”专家组报告第 8.177~8.178 段。争端当事双方均没有对专家组的这一结论提出上诉。

DSB 裁定而产生的争端中,即使可以推定诚信遵守条约义务,但是,由于 GATT 第 20 条是一项肯定性抗辩(affirmative defence),所以,作为第 20 条的援用方,美国仍有义务对其执行措施可根据第 20 条证明正当的主张,建立有初步证据的案件如果美国建立了有初步证据的案件,举证责任将转移给对方。如果双方对一项具体的诉求或抗辩提供的证据互不具有优势(remain in equipoise),承担原始举证责任的一方将被认定没有为支持其诉求提供充分的证据<sup>①</sup>。而且,作为援用第 20 条的当事方,美国承担其执行措施是否满足了第 20 条前言的所有相关要求的举证责任。这意味着美国对其执行措施不构成“对国际贸易的伪装起来的限制”承担建立有初步证据的案件的举证责任<sup>②</sup>。

## 第七节 成功援用《实施卫生与植物卫生措施协议》的条件

### 一、WTO 时期涉及《实施卫生与植物卫生措施协议》的重要案例

自 WTO 成立以来,迄今共有三起涉及 SPS 协议的案件进入 WTO 争端解决机制的法律阶段。它们是“荷尔蒙牛肉案”、“鲑鱼案”和“水果检疫措施案”。需要说明的是,虽然“鲑鱼案”和“水果检疫措施案”并不是直接涉及“为了保护人类的生命或健康”的贸易措施,而是分别涉及为了“保护动物的生命或健康”和“保护植物的生命或健康”的贸易措施,但是,考虑到这两个案件的专家组报告和上诉机构报告对于 SPS 协议若干条款作出了重要的澄清,而 WTO 争端解决机制在解释有关条款时,常常引用原来的案例报

① “第二龙虾—海龟案”专家组报告第 5.19 段。争端当事双方均没有对专家组的这一结论提出上诉。

② “第二龙虾—海龟案”专家组报告第 5.138 段。

告的观点,所以,有必要同时介绍这两个案件及其专家组和上诉机构的报告的相关内容。

### (一) 鲑鱼案”

1995 年加拿大诉澳大利亚——禁止进口来自加拿大的鲑鱼案(案号 WT/DS18,以下简称“鲑鱼案”)的案情是:1975 年起,澳大利亚对来自北半球的新鲜、冷藏和冷冻鲑鱼实施禁止进口措施,以防止外来鱼病的传入。由于该措施影响到加拿大出口鲑鱼的贸易利益,加拿大要求与澳大利亚协商,但未能达成一致。1997 年 4 月,加拿大要求成立专家组,1998 年 6 月,专家组提交报告,认为澳大利亚的有关措施未依据风险评估程序,即并未就鱼病传入、疾病扩散的可能性及这些疾病可能引发的潜在后果进行评估,从而违反了 SPS 协议第 2 条第 2 款、第 2 条第 3 款、第 5 条第 1 款、第 5 条第 5 款及第 5 条第 6 款的规定。澳大利亚随即提出上诉。1998 年 10 月上诉机构提交报告,支持了专家组的大部分结论(是否违反第 5 条第 6 款因证据不足未作结论),并要求澳大利亚解除进口禁止。1998 年 11 月,DSB 通过了上诉机构报告和经过修改的专家组报告。但澳大利亚并未切实实施 DSB 的裁定。加拿大于 2000 年初向 WTO 要求授权报复,澳大利亚在此压力下同意自 2000 年 5 月起取消对来自加拿大的鲑鱼的进口禁止。

### (二) 水果检疫措施案”

1997 年美国诉日本——影响农产品的措施案(案号 WT/DS76,以下简称“水果检疫措施案”)的案情是:自 1950 年代起,为防止水果虫蛾的传入,日本就对外国进口的同类水果随品种类别而采取“分类检疫措施”(varietal testing for fruits)。由于该措施规定新品种水果只有经过严格的、时间冗长的检疫测试后才能进口,使其他国家的新品种水果因无法在短期内出口到日本而蒙受市场损失。美国认为,日本这些措施是不必要的,不仅缺乏科学根据,

也增加了美国水果出口商的出口成本,因而要求与日本进行协商,但未能达成协议。1997年10月,美国要求DSB成立专家组。1998年10月,专家组提交报告,认为日本的分类检疫措施缺乏科学证据(违反SPS协议第2条第2款),且构成了不必要的贸易限制(违反第5条第6款),同时这些措施也不具透明度(违反第7条和附件二,因日本未公布该措施)。日本于1998年11月提出上诉,1999年2月,上诉机构作出报告,支持专家组关于日本对苹果、樱桃、油桃和胡桃实施的分类检疫措施违反了SPS协议规定的结论。1999年3月,DSB通过上诉机构报告和专家组报告。1999年底,日本取消了其实施了近50年的水果品种分类检疫措施。

## 二、《实施卫生与植物卫生措施协议》的若干总则性问题

### (一)《实施卫生与植物卫生措施协议》和1994年GATT的关系

在“荷尔蒙牛肉案”中,专家组认为<sup>①</sup>,SPS协议独立于1994年GATT,并适用于所有的影响国际贸易的SPS措施。在GATT时期,也就是在SPS协议生效以前,对于一项为保护公共健康的措施,只有在GATT争端解决机制确认该措施违反了1947年GATT的非歧视条款(第1条或第3条)后,才可能启用第20条第2款(允许“为保护人类、动植物的生命或健康所必需的”措施)。而根据SPS协议,一项被起诉的措施,即使WTO争端解决机制没有事先确认其违反了GATT其他条款的规定,也能适用SPS协议的所有规定<sup>②</sup>。但是,必须注意的是,SPS协议的调整范围只涉及

---

① 争端当事方未对专家组关于SPS协议与GATT的关系的结论上诉,因此上诉机构报告并未涉及这一问题。

② 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第8.36段,加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第8.39段。

卫生和植物卫生措施,对于其他产品领域的产品标准,仍要依据 GATT 第 20 条一般例外条款或 TBT 协议相关规定进行审查。

## (二)《实施卫生与植物卫生措施协议》在时间上的适用范围

在“荷尔蒙牛肉案”中,专家组和上诉机构认为,SPS 协议不仅适用于在 SPS 协议生效后(即 1995 年 1 月 1 日后)采取的 SPS 措施,也适用于在 SPS 协议生效前采取但在 SPS 协议生效后仍在实施的 SPS 措施<sup>①</sup>。

## (三)涉及《实施卫生与植物卫生措施协议》的争端中的举证责任

在涉及 SPS 措施的争端中,相关的 SPS 措施往往没有国际标准,或者不具备科学确定性的证据,所以,应由哪一当事方承担举证责任的问题就成为有关 SPS 措施的争端中一个非常突出的问题。实际上,这一问题也有着非常重大的现实意义。对这一问题,存在两种主张,一种主张认为,应该由实施 SPS 措施的成员来证明存在风险,或由其提出支持该 SPS 措施的充分的科学证据;第二种主张认为,应该由起诉方证明不存在风险,或没有充分的科学证据。

对此问题,“荷尔蒙牛肉案”的上诉机构认为:应由起诉方承担确立有初步证据的案件的举证责任<sup>②</sup>。具体来说,起诉方必须确立被诉方,即援用 SPS 措施的当事方违反了 SPS 协议的某一具体

① 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.24~8.28 段,加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.27~8.31 段和上诉机构报告第 128~130 段。见 Joost Pauwelyn, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 2 (1999), No. 4, pp. 641~664.

② “有初步证据的案件”也被称为“表明证据确凿的案件”。“鲑鱼案”和“水果检疫措施案”上诉机构对“有初步证据的案件”的定义是:如果被诉方不能作出有效的反驳,专家组将作为一个法律事项,作出有利于提出有初步证据的案件的起诉方的判决。

条款的有初步证据的案件。一旦形成了有初步证据的案件,举证责任就转移给了被诉方,它必须对起诉方的主张提出抗辩或反驳<sup>①</sup>。此外,上诉机构在“水果检疫措施案”中也论述了应当如何适当分配举证责任的问题。它认为,不仅是在与第3条有关的案件中,而且在所有的案件中,起诉方承担确立被诉方某一措施与SPS协议的相关条款不符的有初步证据的案件的举证责任,这是一项一般规则。除非协议另有规定,举证责任不会发生转移。一旦起诉方确立了有初步证据的案件,被诉方就需要反驳起诉方的主张,否则,在WTO争端解决机制作出结论时,就会作出对起诉方有利的裁定。

在涉及SPS措施的争端解决中,当事方有责任对下列事项予以证明(1)事实(fact),如存在相关国际标准(2)诉求(claim),如主张其他成员维持的SPS措施没有充分的科学证据(3)抗辩(defence),如被诉的措施是根据SPS协议第5条第7款而采取的临时性措施<sup>②</sup>。然而,要该事实、诉求或抗辩被专家组接受,该当事方并不需要必须提供严谨的或完全的证明。一旦专家组认为能够确立一项事实、一项诉求或一项抗辩是有初步证据的案件,将由另一方提出证据和/或主张来推翻该有初步证据的案件。在很多情况下,上诉机构认为,专家组对证据的考虑和权衡,包括专家组对是否确立一有初步证据的案件的决定,都在上诉机构审查的范围

---

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第98段。在论证这一问题时,上诉机构引用了1996年印度诉美国“影响针织羊毛衬衣和上衣进口的措施案”(以下简称“衬衣案”)上诉机构报告中关于举证责任的观点。“衬衣案”上诉机构认为,声称一项事实的当事方,无论是起诉方还是被诉方,有责任对此提供证据。同时,无论是大陆法系国家,还是英美法系国家,以及世界上的大部分国家,都普遍接受下列证据规则:举证责任置于声称一特定要求或抗辩的肯定性的当事方,无论它是起诉方还是被诉方。见“衬衣案”上诉机构报告(文件号WT/DS33/AB/R)第14段。

② “水果检疫措施案”上诉机构认为,第5条第7款由被诉方援用,举证责任因而也应由被诉方承担。

之外<sup>①</sup>。

### 三、成功援用《实施卫生与植物卫生措施协议》的条件

按照 SPS 协议的规定和 WTO 争端解决机制的相关解释,要成功援用 SPS 措施,要符合下列条件:

#### (一) 基于充分的科学证据

##### 1. “充分的科学证据”的含义

根据 SPS 协议第 2 条第 2 款规定,没有充分的科学证据,不得实施 SPS 措施。在“水果检疫措施案”中,上诉机构第一次也是迄今唯一的一次论述了“充分的科学证据”的含义。上诉机构认为:“充分”的通常含义是“其数量、程度和范围表明足以实现一定的目的或目标”。因此,“充分”是一个关系词,它要求在 SPS 措施和科学证据之间存在足够或充分的关系。专家组认为,这种关系是一种合理的(rational)或客观的关系。上诉机构同意专家组的这一意见。在 SPS 措施和科学证据之间是否存在合理关系将根据个案决定,也就是说,将决定于该案的具体情况,包括有关措施的特性和科学证据的数量和质量。在“水果检疫措施案”中,日本对不同种类的水果进口分别要求不同的检验批准程序(日本称之为“分类检验要求”),专家组和上诉机构均认为这一要求不是基于充分的科学证据之上的<sup>②</sup>。

##### 2. “科学证据”可以是非主流的科学意见

在上诉机构的结论中引起争议最多的是它对待非主流的科学意见的态度。在“荷尔蒙牛肉案”中,上诉机构确认 WTO 成员没有义务在每一个案件中将其 SPS 措施基于主流科学意见。它认为:

① “鲑鱼案”上诉机构报告第 261 段;“水果检疫措施案”上诉机构报告第 98 段和第 136 段。

② “水果检疫措施案”专家组报告第 8.4 段,上诉机构报告第 73 段、第 84~85 段。

“在大多数案件中,各国政府趋向于将其立法和行政措施基于‘主流’科学意见。但在部分案件中,一些成员的政府可能诚信地将其措施基于当时非主流的科学意见,只要该意见是来自于有资格的和受尊敬的来源。这本身并不必然表明在 SPS 措施与风险评估之间缺乏合理可信的关系,尤其是当涉及的风险具有生命威胁性和被认为对公共健康和安全构成明显的和迫近的威胁时。”<sup>①</sup>

曾有学者认为,由于 WTO 的成员几乎总是能找到支持其立场的科学家,它们能很容易地“创造出”支持其措施的风险评估,所以,上诉机构的上述结论是对 SPS 协议第 2 条第 2 款和第 5 条第 1 款所规定的纪律的显著弱化<sup>②</sup>。这种担心和批评不无道理。然而,专家组和上诉机构也清楚地表明,根据 SPS 协议和 DSU,它们可以对案件的事实做出客观评估,在客观评估中,它们可以判断该科学证据支持该措施是否充分。在上述三个案件中,它们都这样做了。因此,将一项措施基于非主流意见的“权利”不是无须证实的或无条件的,各成员必须能在争端解决中对其加以证明。

所以,WTO 成员的 SPS 措施必须有充分的科学证据,但这一证据不一定必须基于主流科学意见,它可以基于非主流的科学意见。如果相关 SPS 措施的科学证据基于非主流的科学意见,则必须由 WTO 争端解决程序对案件的事实做出客观评估。

## (二)基于风险评估

### 1. 风险评估的概念

根据 SPS 协议第 5 条第 1 款和第 2 款的规定,SPS 措施必须基于风险评估。所以,风险评估是采取 SPS 措施的重要依据。在

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 194 段。

② Joost Pauwelyn, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 2 (1999), No. 4, p. 649.



上述三件 SPS 争端案例中,均将“风险评估”义务作为争讼的重点。

根据 SPS 协议附件一(定义)第 4 段;“风险评估”的概念分为两种:对于来自于食品的风险,风险评估的定义是:评价食品、饮料或饲料中存在添加剂、污染物、毒素或致病有机体对人类或动物的健康产生潜在的不利影响。对于病虫害,风险评估的定义是:根据可能实施的卫生和植物卫生措施来评估虫害或病害在进口成员境内传入、定居或传播的可能性(likelihood),以及相关的潜在的生物性和经济性的后果。

可以看出,对为保护人类或动物免于来自于食品的风险而实施的 SPS 措施所要求的风险评估和对为保护免于病虫害风险而实施的 SPS 措施所要求的风险评估是不同的,有学者认为,前者的要求更低<sup>①</sup>。

在 WTO 的争端解决实践中,对这两种评估形成了以下原则:首先,符合 SPS 协议的风险评估并不一定必须是“量化的”,即一项风险评估既可以是对风险进行量化的评估,也可以是对风险的性质进行评估<sup>②</sup>。

其次,风险评估没有“风险的最小值”的统一标准,一个 WTO 成员可以自己决定其可以接受的风险水平是多高,也许有的成员允许某一最小程度的风险水平,而有的成员只接受没有任何风险或所谓的“零风险”的风险水平<sup>③</sup>。但是,风险评估所评估的风险必须是“可确定的风险”。同时,对某种风险在理论上存在不确定

---

① Joost Pauwelyn, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 2 (1999), No. 4, p. 646.

② “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 184 段和第 186 段;“鲑鱼案”上诉机构报告第 124 段。

③ “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 186 段;“鲑鱼案”上诉机构报告第 124~125 段。

性不能作为免除风险评估要求的理由<sup>①</sup>。所以,风险评估必须以“可确定的风险”(ascertainable risks)为基础来进行,而以理论性风险(theoretical risk)为基础所作的风险评估将因过多的理论性假设而使其无法采信。

再次,一项风险评估需要足够具体。例如,不能对一组物质进行总体性的评估,而是要对每一项物质进行一项独立的评估<sup>②</sup>。

最后,并不要求实施 SPS 措施的 WTO 成员本身进行了风险评估,它可以使用其他成员或国际组织进行的评估<sup>③</sup>。

但是,对“来自食品的风险”的评估和对病虫害的风险评估之间存在重要的区别:前者只要求对“possibility”的评估,而后者要求对“likelihood”(probability)的评估<sup>④</sup>。具体来说,对来自食品的风险的评估只要求对人类或动物健康的潜在负面影响进行评估,而对病虫害的评估要求则要高得多,它要求对疾病的进入、定居或传播的可能性(likelihood)以及相应的潜在地生物和经济后果进行评估。

WTO 争端解决机制对上述两种风险评估作出了重要的区别,这必将对 WTO 在将来对各成员的 SPS 措施的审查活动产生深远影响。

如前所述,风险评估必须以“可确定的风险”为基础来进行,而以理论性风险为基础所作的风险评估将因过多的理论性假设而使其无法采信。在“荷尔蒙牛肉案”中,“风险评估”问题就成为双方

---

① 除了 SPS 协议第 5 条第 7 款下允许的例外。“荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 186 段;“鲑鱼案”上诉机构报告第 125 段和 130 段。

② “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 201 段;“鲑鱼案”专家组报告第 8.58 段。

③ “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 190 段;“鲑鱼案”上诉机构报告脚注 68。转引自 Joost Pauwelyn, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 2 (1999), No. 4, pp. 641~664.

④ 在英语中,likelihood 和 possibility 的含义有所区别,前者的确定性要大于后者。

争论的焦点。在案件发生当时,科学界已经有很多实验表明使用荷尔蒙来促进牛肉生产是安全的,但这些证据是在假设生产商适当使用荷尔蒙的前提下取得的。欧共体因此提出,如果有部分美国农场滥用荷尔蒙来增加牛肉生产,则欧共体消费者即可能面临健康危害风险。上诉机构在其报告中没有接受欧共体的这一主张<sup>①</sup>。其看法并不在于滥用荷尔蒙所生产的牛肉不会造成人体健康危害,而是欧共体并未提供美国生产者可能滥用荷尔蒙的风险评估报告。

在“鲑鱼案”和“水果检疫措施案”中,上诉机构认为,实施 SPS 措施的 WTO 成员在对病虫害进行风险评估时,必须同时满足下列三个要求:第一,已经识别了传入、定居和传播的病虫害;第二,已经对这种病虫害的负面影响的可能性及其生物和经济后果进行了评估;第三,已经根据可能采取的 SPS 措施,对病虫害进行了评估<sup>②</sup>。

在“鲑鱼案”中,上诉机构认为,澳大利亚没有满足第二个和第三个要求。而且,澳大利亚所作的风险评估并不适当,因为其中涉及了过多的未知且不确定的因素<sup>③</sup> (unknown and uncertain elements)。在“水果检疫措施案”中,上诉机构认为,至少对于一部分水果,如杏、梨、李子、梅子等,日本没有满足第三个要求<sup>④</sup>。最后,两个案件的上诉机构都确认,实施 SPS 措施的一方违反了 SPS 协议第 5 条第 1 款。

另外,在“鲑鱼案”中,专家组和上诉机构都认为,如果 WTO 争端解决机制确认一成员的 SPS 措施不是基于风险评估,就可以进一步推定该措施既不是基于科学原理,也没有充分的科学证据

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 208 段。

② “鲑鱼案”上诉机构报告第 121 段,“水果检疫措施案”上诉机构报告第 112 段。

③ “鲑鱼案”上诉机构报告第 129 段和第 134 段。

④ “水果检疫措施案”上诉机构报告第 113~114 段。

而维持<sup>①</sup>。也就是说,确认了一项 SPS 措施违反了 SPS 协议第 5 条第 1 款,就可以推定该措施也违反了第 2 条第 2 款。

## 2. 在 WTO 成员进行风险评估时可以考察的因素

SPS 协议第 5 条第 2 款列举了 WTO 成员在风险评估中应当考虑的具体因素<sup>②</sup>。在实践中,引起的问题主要是:在 SPS 协议中没有明确提及的因素,即所谓的“科学以外”的因素,如消费者关注、文化或道德偏好以及社会价值判断等,能否在 WTO 成员确定一项风险是否存在时予以考虑?

在“荷尔蒙牛肉案”中,专家组认为,一项风险评估,至少对于人类生命或健康的风险的评估来说,是对资料和事实研究的科学审查,它不是一项涉及由政治机构作出的社会价值判断的政策实践<sup>③</sup>。专家组的结论是:科学以外的因素不应在风险评估中予以考虑,而是应该在风险管理中予以考虑<sup>④</sup>(即对风险的可接受的水平和选择满足该水平的 SPS 措施而作出的决定)。但是,上诉机构推翻了专家组的这一结论,上诉机构认为:在 SPS 协议第 5 条第 2 款中列举了 WTO 成员在进行风险评估时应当予以考虑的因素,但是这一列举不是一个“穷尽的”列举。在 WTO 成员进行一项风险评估时,可以考虑第 5 条第 2 款中没有列举的因素。有必要提请注意的是,在第 5 条第 1 款所规定的风险评估中要评估的风险不仅是一个可以在科学实验室里在严格控制的条件下可以探知的风险,也是在人类社会中实际存在的风险,换句话说,在人

① “鲑鱼案”上诉机构报告第 137~138 段,专家组报告第 8.52 段和第 8.99 段。

② SPS 协议第 2 条第 3 款规定,在进行风险评估时,各成员应考虑可获得的科学证据:有关工序和生产方法,有关检查、抽样和检验方法,特定病害或虫害的流行,病虫害非疫区的存在,有关生态和环境条件,以及检疫或其他处理方法。

③ 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.94 段,加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.97 段。

④ 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.146 段,加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.149 段。

类生活、工作和死亡的现实世界里,这些风险对人类健康构成不利影响存在着实际的可能性<sup>①</sup>。

就第 5 条第 2 款的条文来说,只规定了“应当”在风险评估中予以考虑的因素,而没有明确规定是否也能考虑其他因素,从“荷尔蒙牛肉案”上诉机构的这一结论可以看出,上诉机构对 SPS 协议第 5 条第 2 款作了扩大解释,即可以考虑其他的诸如消费者关注、社会价值判断等因素。但是,SPS 协议之所以规定了风险评估制度,就是要以科学检验、科学证据等来制约 SPS 措施的滥用或错误使用,而一个国家的所谓消费者关注、社会价值判断等,虽然也是以“危害公共健康”为外衣,但有可能是由于媒体舆论对消费者的误导,也有可能是一国的政府为了保护国内的相关产业,这些“关注”或“判断”也许并没有科学依据,那么,上诉机构的这一结论会不会冲击风险评估的科学性要求?会不会导致 WTO 成员尤其是发达国家对 SPS 措施的滥用?会不会进而损及 SPS 协议的规范性和可预见性?这些问题值得发展中国家注意,也值得 WTO 反思。

### 3.“基于”的含义

SPS 协议要求 WTO 成员不仅要进行风险评估(或参照其他成员或国际组织进行的风险评估),而且 WTO 成员必须将其最终采取的 SPS 措施基于(*be based on*)该风险评估。对“基于”这一要件的审查纯粹是客观的和实质性的,不涉及对国内立法者的立法程序的主观性审查,也不涉及程序性的审查。在“荷尔蒙牛肉案”中,上诉机构将“基于”定义为:一项 SPS 措施“基于”一项风险评估的要求是一个实质性要求,它要求在该措施与风险评估之间存在合理关系(*rational relationship*)。上诉机构还认为,即使是科学界的非主流意见也能够提供这样的“合理关系”<sup>②</sup>。

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 187 段。

② “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 193~194 段。

所以,在审查被诉方所提供的风险评估报告后,WTO 争端解决机制将进一步审查该措施是否基于风险评估而采取。上诉机构对此的解释是“风险评估必须充分且合理地保证和支持该 SPS 措施,而 SPS 措施与风险管理之间应有合理及客观的关联”。在“荷尔蒙牛肉案”中,上诉机构和专家组均未评论欧共体所作的风险评估不当,但认定该风险评估报告内容并不能合理支持欧共体对美国 and 加拿大牛肉所采取的禁止进口措施<sup>①</sup>。

此外,对于 WTO 成员在作出采取 SPS 措施的决定时没有考虑的证据能否在 WTO 争端解决程序中提出的问题,“荷尔蒙牛肉案”专家组认为:“基于”对 WTO 的成员施加了一种程序性要求:实施 SPS 措施的成员为使该措施被认为是基于一项风险评估,它应提交证据表明,在它实施或维持其 SPS 措施时,它至少实际上考虑了一项风险评估<sup>②</sup>。这样的“程序性要求”意味着在实施 SPS 措施的成员在 WTO 争端解决机制中证明其措施的正当性时,它提出的证据只能是在该措施首次实施或以后重新审查或维持时已经获得的证据,它不能拿一个事后证据(ex post facts)来证明其 SPS 措施。但是,上诉机构推翻了专家组的这一结论。上诉机构认为:“基于”没有所谓的程序性要求。上诉机构的这一结论实际上意味着只要在 WTO 争端解决程序中的专家组阶段提出的证据,都可以被采信,无论有关成员在决定实施 SPS 措施时是否真正地考虑过这些证据。也有学者担心,这会为 SPS 措施的事后证明大开方便之门<sup>③</sup>。

① 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.156 段,加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.159 段;“荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 208 段。

② 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.113 段,加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.116 段。

③ Graig Thorn and Marinn Carlson, *The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and the Agreement on Technical Barriers to Trade*, *Law & Policy in International Business*, Vol. 31(2000), No. 5, pp. 841~859.

#### 4.“充分科学证据”和“风险评估”之间的关系

第 2 条第 2 款(充分的科学证据)和第 5 条第 1 款(风险评估)这两个条款是 SPS 协议的核心条款,是 WTO 争端解决机制裁决的重要依据。然而,这两个条款及它们各自规定的义务之间是什么关系呢?

在“荷尔蒙牛肉案”中,上诉机构确认第 2 条第 2 款是基本义务(没有充分的科学证据就不得实施 SPS 措施),而第 5 条第 1 款是具体适用。第 5 条第 1 款是实质性的,而不是程序性的。在 WTO 争端解决程序中,一成员不仅应引用与其采用的 SPS 措施有关的风险评估,而且必须表明该风险评估“充分支持了或合理地证明了”该措施。专家组应当确认该成员达到了此要求。

另外,对于第 2 条第 2 款与第 5 条第 1 款的关系,还存在一个问题,即对第 5 条第 1 款的审查是否可以取代对第 2 条第 2 款的审查?在这个问题上,专家组和上诉机构的态度经历了三个阶段:第一阶段主要表现为在“荷尔蒙牛肉案”中,尽管起诉方要求专家组和上诉机构根据第 2 条第 2 款做出结论,专家组和上诉机构都避免对第 2 条第 2 款作出裁定,认为对第 5 条第 1 款的违反“能够被推定为对更宽泛的第 2 条第 2 款的违反”。第二阶段主要表现为在“鲑鱼案”中,上诉机构运用了这一观点确定了对第 2 条第 2 款的违反。这实际上是用“是否符合第 5 条第 1 款”的审查来取代了“是否符合第 2 条第 2 款的审查”。第三个阶段是在“水果检验检疫措施案”中,上诉机构没有遵循这一程序,而是根据第 2 条第 2 款专门做出了结论,即对两个条款都进行了独立的审查和结论<sup>①</sup>。

#### (三)为适当的保护水平所必需的

SPS 协议第 2 条第 2 款规定,各成员应保证任何卫生与植物卫生措施仅在为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的限

<sup>①</sup> 前引 Graig Thorn 文。

度内实施。第 5 条第 6 款规定,各成员应保证此类措施对贸易的限制不超过为达到适当的卫生与植物卫生保护水平所要求的限度。SPS 协议脚注 3 规定,就第 5 条第 6 款而言,一措施对贸易的限制不超过所要求的程度,除非:存在从技术和经济可行性考虑可合理获得的另一措施,可实现适当的卫生与植物卫生保护水平,且对贸易的限制显著减少。可以看出,SPS 协议的这一系列的规定来源于 1994 年 GATT 第 20 条第 2 款的条文及 GATT 争端解决机制的相关解释。这三个条款形成了实施 SPS 措施的一个条件,即 SPS 措施必须是为适当的卫生和植物卫生保护水平所必需的。

### 1. 适当的卫生和植物卫生保护水平

一旦进行了适当的风险评估和识别了“可识别的风险”,有关 WTO 成员必须对它是是否能够接受这一风险作出“社会价值判断”<sup>①</sup>(societal value judgement)。这一判断将基于该成员自己确定的“适当的保护水平”或“风险的可接受水平”而作出<sup>②</sup>。如果该成员能够接受这一风险,它将不采取任何 SPS 措施;但如果它不能接受这样的风险,该成员将有权选择适当的 SPS 措施使风险减少到它能接受的风险水平。在决定一项 SPS 措施是否与 WTO 规则相符时,“适当的保护水平”扮演着一个特殊的角色。其特殊性在于:一方面,即使一项 SPS 措施通过了“充分的科学证据”和“风险评估”这两个条件的检验,还要符合第三个条件,即“为适当的卫生与植物卫生保护水平所必需的”。另一方面,什么是“适当的保护水平”是由 WTO 成员自行决定的。在“鲑鱼案”中,上诉机构认为根据 SPS 协议附件一第 5 段对“适当的保护水平”所作的定义,如何确定“一采取 SPS 措施的成员认为的适当的保护水平”是

① 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.160 段和加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.163 段。

② SPS 协议附件一第 5 段规定“适当的卫生与植物卫生保护水平”是指制定卫生与植物卫生措施以保护其领土内的人类、动物或植物的生命或健康的成员所认为适当的保护水平。另注:很多成员也称此概念为“可接受的风险水平”。



相关成员的权力而不是专家组或上诉机构的权力<sup>①</sup>。上诉机构还暗示,一成员可接受的风险水平甚至可以是“零风险”<sup>②</sup>。而“荷尔蒙牛肉案”的专家组认为,确定和适用可接受的风险水平的过程是“风险管理”的一部分,在“风险管理”中,社会价值判断(如消费者对风险的理解力和容忍度,社会对某种风险的可接受程度等)是至关重要的<sup>③</sup>。

## 2. 所必需的

一旦被评估的风险根据一成员自己的“适当的保护水平”被认为是“不能接受的”,为了将该风险减少到能被接受的水平,就可以实施 SPS 措施了。但是,对于具体选择什么样的 SPS 措施,SPS 协议在第 2 条第 2 款、第 5 条第 6 款和脚注 3 中作出了一系列的规定,其核心就在于要求有关 SPS 措施是“所必需的”。有必要注意的是,这三项条款是互相联系、互相印证和互相补充的:第 2 条第 2 款是一项总的义务和原则,而第 5 条第 6 款具体解释了“所必需的”是指“对贸易的限制不会超过适当的保护水平所要求的限度”,最后脚注 3 规定,如果存在符合一定条件的替代措施,有关 SPS 措施就不是“所必需的”。

在 WTO 的争端解决实践中,专家组和上诉机构倾向于通过对脚注 3 的考察,来审查被诉 SPS 措施是否是“所必需的”。其具体方法是,在审查一 SPS 措施时,如果存在符合下列条件的替代性 SPS 措施,该 SPS 措施对贸易的限制就超过了所要求的限度。首先,从技术和经济可行性角度考虑,替代措施是可合理获得的;其次,替代措施可实现有关成员的适当的卫生与植物卫生保护水

① “鲑鱼案”上诉机构报告第 199 段。

② “鲑鱼案”上诉机构报告第 125 段。

③ 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.95 段和第 8.160 段,加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.98 段和第 8.163 段。但是,该案的上诉机构否定“风险管理”的概念,其理由是在 SPS 协议中没有条文基础。见“荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 181 段。

平,最后,与被诉的 SPS 措施相比,替代措施对贸易的限制显著减少。这三个条件互相联系,缺一不可<sup>①</sup>。这三个条件中,最关键的是第二个条件,它要求替代 SPS 措施可实现有关成员的适当的卫生与植物卫生保护水平,换句话说,所建议的替代的 SPS 措施也能将风险减少到被诉方(实施 SPS 措施的一方)可接受的水平。但是,如前所述,“适当的保护水平”或“风险的可接受的水平”是由 WTO 各成员自行决定的。各国政府往往认为,制定和实施它认为足以保护其人民、动植物所适当的公共健康法律法规,是其不可侵犯的主权事项。如果 WTO 要对这一问题进行司法判断,就势必会触及甚至侵蚀各成员的主权。在“荷尔蒙牛肉案”中,专家组和上诉机构没有论及这个问题,但由于其结论是欧共体的限制牛肉进口的措施违反了 SPS 协议,所以,在 WTO 争端解决机构的裁决作出后,西方社会曾围绕着 WTO 能否干预一成员保护自己国内人民的公共健康这一主权事项的问题,爆发了一场大辩论。到了“鲑鱼案”和“农产品检疫措施案”时,虽然专家组作出了有关 SPS 措施不符合第 5 条第 6 款的结论,但两案的专家组的结论都被上诉机构推翻,上诉机构在详尽的论证和考察后认为,不存在满足了 SPS 协议脚注 3 中的三个条件,特别是第二个条件的替代措施,所以,不能确认被诉 SPS 措施违反了协议第 5 条第 6 款<sup>②</sup>。因此,迄今为止, WTO 争端解决机制在审查被诉的 SPS 措施是否存在可替代措施时,都作出了否定的结论。

我们知道,在 GATT 时期, GATT 争端解决机制在对第 20 条第 2 款和第 4 款中的“所必需的”进行审查时,也是审查是否存在符合一定条件的可替代措施,而专家组总是能找到这样的可替代措施,于是,有关被诉措施总是不能通过“所必需的”的检验,从而

① “鲑鱼案”上诉机构报告第 194 段和“农产品检疫措施案”上诉机构报告第 123 段。

② “鲑鱼案”上诉机构报告第 191 段、第 212 段和“农产品检疫措施案”上诉机构报告第 131 段。

不能成功援用第 20 条为其免责。而到了 WTO 时期, WTO 争端解决机制在对第 20 条第 2 款和第 4 款中的“所必需的”进行审查时, 同样是审查是否存在符合一定条件的可替代措施, 但是其审查的起点发生了变化, 即从专属的考察与贸易自由化目标的一致性变为考察实现有关公共健康目标的有效性和可行性。最后, 被诉措施总是能通过“所必需的”的检验, 从而满足了第 20 条单项例外的要求<sup>①</sup>。由此可以看出, 在多边贸易自由化和国内公共健康目标之间, WTO 已经从偏重前者转变为兼顾甚至偏重后者。

#### (四) 不构成歧视或对国际贸易的伪装起来的限制

SPS 协议第 2 条第 3 款规定: 各成员应保证其卫生与植物卫生措施不在情形相同或相似的成员之间, 包括在成员自己的领土和其他成员的领土之间构成任意或无端的歧视。卫生与植物卫生措施不得以构成对国际贸易的伪装起来的限制的方式实施。第 5 条第 5 款规定: 每一成员应避免其认为适当的保护水平在不同的情况下存在任意的或无端的差异( difference ), 如果此类差异造成歧视或对国际贸易的伪装起来的限制<sup>②</sup>。这两个条款的规定与 1994 年 GATT 第 20 条前言很相似, 但也有所不同。同时, 这两个条款之间有着紧密的联系, 第 2 条第 3 款是原则性的规定, 而第 5 条第 5 款是具体性的规定。违反了第 5 条第 5 款, 就可以被推定为也违反了第 2 条第 3 款, 但是, 违反了第 2 条第 3 款却不一定违

① 参见本章第四节的有关论述。

② SPS 协议第 5 条第 5 款第二句还规定, SPS 委员会应制定指南, “以推动本规定的实际实施”。目前, 该指南正在制定过程中。毕竟, SPS 协议本身就隐含地承认, 该协议的条文规定是不充分的, 作为这种不充分性的补充, 要求 SPS 委员会就该条款的实际实施形成指导原则。一致性问题是一个复杂的问题, 一些成员认为它们本来拥有如何确定适当的公共健康保护水平的权利, 但一致性要求却对这一权利施加限制, 它们认为, 这种限制是不能接受的。参见 SPS 委员会 1999 年、2000 年报告。

反了第 5 条第 5 款<sup>①</sup>。

### 1. SPS 协议第 2 条第 3 款

对于 SPS 协议第 2 条第 3 款而言,它基本上沿袭了 GATT 第 20 条前言的规定。只不过在措词上有细微的区别。首先,在 GATT 第 20 条前言中,不歧视的对象只包括在情形相同(same)的成员之间,而 SPS 协议第 2 条第 3 款包括了情形相同或相似(identical or similar)的成员之间。其次,GATT 第 20 条前言把不构成任意或无端的歧视和对国际贸易的伪装起来的限制放在一起,作为有关措施适用的方式的一个要求。这里的“歧视”是一个名词,而 SPS 协议第 2 条第 3 款把任意或无端的歧视与对国际贸易的伪装起来的限制分开,这里的“歧视”是一个动词。第三,GATT 第 20 条前言只规定了在情形相同的成员之间,并没有直接与 GATT 的非歧视的义务(第 1 条最惠国待遇和第 3 条国民待遇,且针对的是“产品”)挂钩,在 GATT/WTO 的争端解决实践中,各方都容易接受将“情形相同的缔约方/成员”理解为最惠国待遇义务,但对这一条款是否包含国民待遇义务一直存在争议,而 SPS 第 2 条第 3 款直接列举了“一成员领土与其他成员领土之间”,这显然可以理解为国民待遇义务。尽管如此,SPS 协议第 2 条第 3 款与 GATT 第 20 条前言的规定并没有实质性的区别。SPS 协议第 2 条第 3 款的立法主旨和作用还是在于禁止因产品的来源地的不同而实施不同的待遇,禁止在外国成员产品之间以及国内产品和外国产品之间出现不同待遇。

### 2. SPS 协议第 5 条第 5 款

SPS 协议第 5 条第 5 款和 GATT 第 20 条前言的差异比较大。第 5 条第 5 款义务与不同情况下一成员能接受的风险水平的应一致的目标(特别是代表着同一或相似风险的不同产品)有关。让我

<sup>①</sup> “鲑鱼案”专家组报告第 8.109 段和第 8.160 段,以及上诉机构报告第 178 段和第 240 段。

我们来假设一下 :— WTO 成员在实施 SPS 措施时没有明显地基于来源地作出区别 ,这时它并未违反 SPS 协议第 2 条第 3 款 ,但是 ,对于两种同等风险的情况 ,该成员对一种情况或一种产品实施严厉的 SPS 措施 ,而对其他情况或产品却非常宽松 ,这也会导致歧视或伪装起来的限制。SPS 协议第 5 条第 5 款的目的是为了 避免上述情况的发生。按照这一条款的规定 ,即使 WTO 成员所选择的 SPS 措施同等地适用于进口产品和国内产品 ,也可能违反 SPS 协议。

如果一项 SPS 措施具备了下列三个要素 ,就违反了第 5 条第 5 款 :第一 ,有关成员在若干“不同的情况下”采取了不同的“适当的保护水平” ;第二 ,这些保护水平存在“任意的或无端的差异” ;第三 ,这些差异造成了歧视或对国际贸易的伪装起来的限制<sup>①</sup>。在这三个要素中 ,最重要也是引起争议最多的是第一个和第三个要素。

对于第一个要素 ,即“不同情况下采取不同的保护水平” ,关键在于哪些“不同情况”可以被比较 ,如果可以作比较的“不同情况”范围很窄 ,就很难证明实施 SPS 措施的成员在不同情况下采取了不同的保护水平 ,从而很难确认其违反了第 5 条第 5 款<sup>②</sup> ;如果可以作比较的“不同情况”的范围很宽 ,就很容易证明实施 SPS 措施的成员在不同的情况下采取了不同的保护水平。但是 ,SPS 协议本身没有对“不同情况”的范围作出明确的规定。在“荷尔蒙牛肉案”中 ,上诉机构对可以作比较的“不同情况”作了扩大解释 :只要这些情况表明足以使它们具有可比性的共同要素 ,就可以算“不同

① “鲑鱼案”专家组报告第 8.108 段 ,上诉机构报告第 140 段。

② 与之相对照的是 ,在 GATT 中有若干条款如第 3 条第 2 款、第 3 条第 4 款、第 19 条等 ,包含了“同类产品”、“直接竞争产品”或“可替代产品”的概念。在这些条款的适用中 ,只有确认了有关产品间的“同类性”或“直接竞争性或可替代性”后 ,才引起不歧视的义务。

情况”<sup>①</sup>。有必要注意的是,WTO 争端解决机制在比较“不同情况”时,往往审查实施 SPS 措施的成员的相关国内立法。在“荷尔蒙牛肉案”中,所比较的“不同情况”是欧共体有关对牛使用促进生长的人工荷尔蒙的立法、欧共体有关自然产生的荷尔蒙的使用的立法以及欧共体有关在生猪饲养中使用非荷尔蒙的抗菌类生长促进素的立法<sup>②</sup>。在“鲑鱼案”中,所比较的“不同情况”是澳大利亚有关为人类消费的新鲜、冷冻和冷藏的鲑鱼的进口的立法和有关观赏热带鱼和作为诱饵的鲑鱼的进口的立法<sup>③</sup>。

对于第三个要素,即“差异导致歧视或对国际贸易的伪装起来的限制”,“荷尔蒙牛肉案”上诉机构和“鲑鱼案”上诉机构形成了两种不同的解释。在“荷尔蒙牛肉案”中,专家组认为,欧共体的措施不是真正的为保护其人民免于癌症的风险,而是为了将美国和加拿大的用荷尔蒙饲养的牛肉挤出欧共体市场从而保护欧共体国内的牛肉生产者。因此,欧共体违反了 SPS 协议第 5 条第 5 款<sup>④</sup>。但上诉机构推翻了专家组的这一结论。上诉机构强调,要满足违反的第 5 条第 5 款的第三个要素,在导致一项贸易限制的情况或产品之间的任意或无端的歧视(甚至不是“差别”)是不够的,即使这一产品歧视是显而易见的。除此之外,还需要证明在有关

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 217 段。在“荷尔蒙牛肉案”中,专家组认为可以被比较的“不同情况”是“涉及同样的物质的情况或涉及同样的对健康的不利影响的情况”。参见美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.176 段和加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.179 段。在“鲑鱼案”中,上诉机构确认,下列情况有 SPS 协议第 5 条第 5 款下的足以使其具有可比性的某些共同要素,从而是可以比较的不同情况“涉及‘同样的或相似的疾病的风险’的情况以及涉及‘同样的或相似的相联系的潜在的生物和经济后果’的风险的情况”。参见“鲑鱼案”上诉机构报告第 146 段。

② 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.185 段,加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.188 段;“荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 218 段。

③ “鲑鱼案”上诉机构报告第 154 段。

④ 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第 8.203 段、第 8.216 段和第 8.241 段,加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”第 8.206 段、第 8.219 段和第 8.244 段。

WTO 成员之间存在歧视或者被诉方对国内生产的贸易保护意图。上诉机构虽然确认欧共体在处理在饲养牛的过程中使用人工荷尔蒙和在饲养生猪过程中使用抗菌催生素的方式上存在“任意的或无端的区别”,但由于不存在歧视,也不存在对欧共体国内生产的贸易保护意图,所以,没有满足违反 SPS 协议第 5 条第 5 款的第三个要素,从而不能确认欧共体违反了第 5 条第 5 款<sup>①</sup>。也有学者对上诉机构的这一论证提出了批评,因为上诉机构不是去考察在第 5 条第 5 款条文中规定的“歧视”或伪装起来的限制这些要素,却去审查有关成员的有无“贸易保护意图”,以及去考察是否存在 WTO 成员之间存在歧视,这是不符合条约解释原则的<sup>②</sup>。

在“鲑鱼案”中,专家组认为澳大利亚违反了 SPS 协议第 5 条第 5 款,这一次上诉机构却确认了专家组的结论。上诉机构认为,澳大利亚一方面禁止进口鲑鱼,另一方面却允许进口观赏热带鱼和作为诱饵的鲱鱼,而后者有着即使不是更高也是相似的带来疾病的风险,这与第 5 条第 5 款不符<sup>③</sup>。上诉机构还认为,一项 SPS 措施如果不是基于风险评估(没有风险评估或不充分的风险评估)就表明该措施不是为了人类、动植物的生命或健康,而是以 SPS 措施为伪装的贸易限制措施,即“对国际贸易的伪装起来的限制”<sup>④</sup>。

可以看出,上诉机构在上述两个案件中对违反 SPS 协议第 5 条第 5 款的第三个要素的解释是不同的:一个是认为在不同情况和产品间的歧视还不够,还必须有 WTO 成员间的歧视或被诉成员的贸易保护意图的存在,而另一个以是否基于风险评估为标准。

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 240 到 245 段。

② Joost Pauwelyn, *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 2 (1999), No. 4, pp. 641~664.

③ “鲑鱼案”上诉机构报告第 178 段和第 240 段。

④ “鲑鱼案”上诉机构报告第 166 段。

那么,在将来的 WTO 的涉及 SPS 措施的贸易争端中,应该适用哪一种标准呢?这需要 WTO 争端解决机制作出进一步澄清和解释。

### (五)国际标准的重要性

SPS 协议第 3 条(协调)有 5 个条款,其核心条款是第 1 款、第 2 款和第 3 款。这三个条款又围绕着一个中心——“国际标准”。根据这三个条款,意欲实施 SPS 措施的 WTO 成员有三种选择,采取“符合”、“基于”或“偏离”国际标准的 SPS 措施,而这三种措施所获得的合法性资格也各不相同。一般而言,一项 SPS 措施越与国际标准相符,其合法性越强,成功援用的可能性也就越大<sup>①</sup>。

#### 1. 三种选择及其合法性资格

第一种选择,WTO 成员能实施一项“符合”(conform to)国际标准的 SPS 措施<sup>②</sup>,如食品法典委员会采用的标准。其法律基础是 SPS 协议第 3 条第 3 款。根据该条款,这种 SPS 措施应被看作为保护人类、动植物的生命或健康所必需的措施,并被推定为与 SPS 协议和 1994 年 GATT 的有关规定相一致。在这里,“符合”是指“完全包含”或“转化为多边标准”。如果一项 SPS 措施完全包含了一项国际标准,就可以得出下列推定:所选择的 SPS 措施满足了所有的 SPS 协议规定的要求,包括“充分的科学证据”和“风险评估”等要求。当然,该推定可以被推翻<sup>③</sup>。显然,如果一成员选择实施符合国际标准的 SPS 措施,它就享有一种“自动符合 SPS 义务”的利益,从而无需费时费力地证明其 SPS 措施的合法性。虽然这种利益并不是绝对的,如可能在争端解决过程中被其他成员提出质疑并甚至被推翻,但对于 WTO 成员来说,实施符合

① 前引 Joost Pauwelyn 文。

② “国际标准”的定义见 SPS 协议附件一第 3 段。

③ “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 170 段。



国际标准的 SPS 措施,无疑是最省事又最能兼顾可预见性和安全性的选择。

第二种选择,WTO 成员可以选择只将其 SPS 措施“基于”(base on)国际标准。其法律基础是 SPS 协议第 3 条第 1 款。“基于”的含义是“建立在”或“由……支持”,即该措施采用了一些国际标准,但不是全部采用了国际标准。“基于”国际标准的 SPS 措施不能像“符合”国际标准的 SPS 措施那样被推定为与 SPS 协议和 1994 年 GATT 有关规定相一致,换句话说,“基于”国际标准的 SPS 措施仍将接受是否符合所有的 SPS 协议规则的全面审查,尤其是该措施是否基于充分的科学证据和风险评估的审查<sup>①</sup>。显然,WTO 成员在实施 SPS 措施时,“符合”和“基于”国际标准将享有不同的合法性资格。

第三种选择,WTO 成员可以偏离国际标准,而确立不同于国际标准的保护水平。其法律基础是 SPS 协议第 3 条第 3 款及脚注 2。在这种情况下,WTO 成员需要一“科学理由”<sup>②</sup>,特别是要满足将其选择的 SPS 措施基于一风险评估的义务<sup>③</sup>。

## 2. 三种选择之间的关系

无论是从 SPS 协议第 3 条的条文看,还是从 WTO 争端解决机制在有关案例中给予有关选择的不同的合法性资格看,对各成员采取“符合”国际标准的 SPS 措施,WTO 显然是予以鼓励;对各成员采取“基于”国际标准的 SPS 措施,WTO 将其作为基本义务。但是,对于“偏离”国际标准的 SPS 措施,情况则比较复杂。一方面,它涉及到各成员自行决定自己的公共健康保护水平的主权权利,另一方面,它又很容易被某些成员作为贸易保护的外衣。因

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 171 段。

② “水果检疫措施案”上诉机构认为,如果在相关 SPS 措施和可获得的科学信息之间存在合理关系,就是第 3 条第 3 款意义上的科学理由。参见该案上诉机构报告第 79 段。

③ “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 172~176 段。

此,WTO对于“偏离”国际标准的SPS措施的态度也比较复杂:既不是鼓励,也不是绝对的禁止。但是,在“基于”国际标准是基本义务的前提下,“偏离”国际标准是权利还是一项例外?如果是权利,那么采用“偏离”国际标准的SPS措施的一方就无需承担证明其符合第3条第3款的举证责任,而应该由对方来举证。但如果是例外,那么采用“偏离”国际标准的SPS措施的一方就需要承担证明其符合第3条第3款的举证责任。因此,在WTO争端解决实践中,围绕这一问题,各方展开了激烈的争论,WTO专家组和上诉机构也作出了各自的解释,但是这些解释出现了相互矛盾的情况。具体来说,这一问题又涉及三个层次的问题:首先,第3条第1款“基于”国际标准)和第3款(“偏离”国际标准)是什么关系?其次,第3条第3款的举证责任由哪一当事方承担?最后,如果一项SPS措施不能满足第3条第3款的条件,能否推定该措施也违反了第3条第1款?

在“荷尔蒙牛肉案”中对第3条的前三款进行解释时,专家组认为:第3条第1款对所有成员施加了一个义务:使其SPS措施基于国际标准,除非协议另有规定,特别是第3条第3款的规定。在这个意义上,第3条第1款规定了一般义务,第3条第3款是该一般义务的例外,而第3条第2款则是将第3条第1款义务具体化。当被诉方的一项SPS措施是基于国际标准时,被推定为符合SPS协议。起诉方要推翻这一推定,须承担举证责任。反过来,如果被诉方(该案的被诉方即欧共体)的一项SPS措施不是基于国际标准,它又要以第3条第3款提供的例外为由证明其措施正当,那么,由被诉方承担举证责任<sup>①</sup>。

但是,上诉机构推翻了专家组的这一结论。上诉机构认为,首先,SPS协议承认WTO成员拥有确立比基于国际标准的措施要

<sup>①</sup> 美国诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第8.87段和加拿大诉欧共体“荷尔蒙牛肉案”专家组报告第8.90段。

达到的保护水平还要高的保护水平的权利,这一权利是一项自动权利,而不是一项例外。其次,第3条第3款的举证责任的确由其SPS措施被起诉的成员承担,但这不是因为第3条第3款是第3条第1款的一项例外,而是因为它是一个肯定性的抗辩理由。最后,即使一项SPS措施不能满足第3条第3款的条件,也不能推定该措施也违反第3条第1款<sup>①</sup>。

上诉机构还利用这次机会澄清了第3条第3款的最后一句话(偏离保护的国际标准的任何SPS措施不应该违反本协议的任何其他条款),即这一条款要求所有的SPS措施符合第5条。具体说,除了第5条第7款所规定的例外,SPS措施必须基于根据第5条第1款和第5条第2款的风险评估<sup>②</sup>。

显然,专家组和上诉机构对于第3条第3款的举证责任的解释存在根本性的分歧。按照专家组的分析,应由被诉方欧共体承担第3条第3款项下的举证责任。上诉机构却认为,在举证责任转向被诉方之前,起诉方须承担确立有初步证据的案件的责任。但也有学者认为,实际上,在正常情况下,这些分歧并不具有很大的意义。因为,确立有初步证据的案件是很容易的,起诉方通常都能达到这一要求,不管原始举证责任由哪一方承担。因此,第3条第3款的主要举证责任还是援用第3条第3款进行抗辩的一方<sup>③</sup>。

另外,考察第2条第2款(充分科学证据义务)和第3条第1款(基于国际标准)的条文将发现,这两个条款都包含了“除……另有规定之外”(except as provided for in X)的措词,在第2条第2款

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第104段。

② 有学者认为,上诉机构的这一结论显然与第3条第3款的措词(允许存在一类“科学证明的”、无须基于风险评估的措施)相冲突。参见 Graig Thorn and Marinn Carlson, *The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and the Agreement on Technical Barriers to Trade, Law & Policy in International Business*, Vol. 31 (2000), No. 5, pp. 841~859。

③ 参见前引 Graig Thorn and Marinn Carlson 文。

中是“除第5条第7款另有规定之外”,而在第3条第1款中是“除第3条第3款另有规定之外”。如前所述,“荷尔蒙牛肉案”的上诉机构认为第3条第3款不是第3条第1款的例外,而是一项自动权利。但是,在“水果检疫措施案”中,上诉机构认为,第5条第7款下的临时性SPS措施是第2条第2款的“有条件的例外”<sup>①</sup>(qualified exemption)。显然,上诉机构在这两个案件中,对同一个措词“除……另有规定除外”有不同的理解,这似乎与条约解释的原则不符。看来,这一问题需要WTO争端解决机制在未来作出进一步澄清。

#### (六)透明度要求

SPS协议第7条和附件二规定了透明度要求。根据第7条和附件二第1段,WTO各成员应保证迅速公布所有的已采用的卫生与植物卫生立法,包括普遍适用的法律、法令或命令,以便有利害关系的成员知晓<sup>②</sup>。在“水果检疫措施案”中,上诉机构认为,透明度要求适用的范围不仅包括法律、法令和命令,而且包括普遍适用的且在性质上与上述明示提及的法律文件相似的其他法律文件<sup>③</sup>。该案的专家组认为,如果为从政府获得一定的优惠,有必要遵守一项非强制性的政府措施,那么该非强制措施也是SPS协议意义上的“卫生与植物卫生立法”<sup>④</sup>。因此,在这一案件中,虽然

① “水果检疫措施案”上诉机构报告第80段。

② SPS协议附件二第2段还规定,除紧急情况外,各成员应在卫生与植物卫生法规的公布和生效之间留出合理时间间隔,使出口成员、特别是发展中国家成员的生产者有时间使其产品和生产方法适应进口成员的要求。2001年11月WTO《多哈部长会议宣言》第3.2段规定,正常情况下,SPS协议附件二第2段所指的“合理时间间隔”不得少于6个月。参见DOHA WTO MINISTERIAL 2001, *Ministerial Declaration*, WT/MIN(01)/DEC/1, Adopted on 14 November 2001。

③ “水果检疫措施案”上诉机构报告第105段。

④ “水果检疫措施案”专家组报告第8.111段。

日本的分类检验要求是非强制性的,但也被确认违反了 SPS 协议<sup>①</sup>。

#### 四、成功援用临时性 SPS 措施的条件

根据 SPS 协议第 5 条第 7 款,WTO 成员可以采取一项临时性 SPS 措施,条件是该措施(1)在“相关科学信息不充分”的情况下实施(2)基于“可获得的有关信息”采取(3)为了维持该临时性 SPS 措施,该成员应寻求更客观的风险评估所必要的附加信息以及(4)在合理的期间内审查相关措施<sup>②</sup>。

“水果检疫措施案”是迄今为止唯一一个被诉方声称其 SPS 措施是临时性 SPS 措施的争端。在该案中,被诉方日本认为,它临时禁止每一种水果的进口,因为“涉及每一种类的必要的以烟熏消毒的待遇的相关的科学证据如缺乏分类检验是不充分的”。日本还认为,由于它已满足了 SPS 协议第 2 条第 2 款的“充分的科学证据”的标准,因此能援用第 5 条第 7 款。专家组和上诉机构首先确认,日本的 SPS 措施的维持并无充分的科学证据,从而违反了第 2 条第 2 款。但是,日本能否援用第 5 条第 7 款来证明其 SPS 措施正当呢?对此问题,上诉机构进行了论证。上诉机构先分析了上述第 5 条第 7 款的规定中包括的四个条件,然后认为,这四条件互相联系,缺一不可。即只要四个条件中有一个未被满足,就会确认该 SPS 措施与 SPS 协议的规定不符。有趣的是,专家组和上诉机构不是对第 5 条第 7 款的实体方面进行审查(即确定在什么程度上可获取的科学信息是“不充分的”),而是从程序的角度来考虑这一条款,认为由于日本没有寻求获得对于评估生物变异的风险所必要的其他的信息,而且没有在合理的期间内审查临时性 SPS 措施,因而违反了第 5 条第 7 款的程序性要求。

① “水果检疫措施案”专家组报告第 8.116 段和上诉机构报告第 108 段。

② “水果检疫措施案”上诉机构报告第 89 段。

对于上述第三项要求( 应予寻求的附加信息 ), 上诉机构认为 , 关于应收集的附加信息或具体的收集程序 , 无论是第 5 条第 7 款还是 SPS 协议的其他条款都未规定明确的条件 , 同时 , 第 5 条第 7 款并未规定必须获得什么样的实际结果 , 才能满足“ 寻求获得附加信息 ”的义务。然而 , 第 5 条第 7 款规定 , 为了使各成员进行“ 更为客观的风险评估 ”, 应寻求附加信息。因此 , 寻求的信息必须是为进行这样的风险评估所适当的和切题的( *germane* )。在对日本的临时性 SPS 措施进行审查后 , 上诉机构同意专家组的意见 , 即日本并未寻求获得为进行一更为客观的风险评估所必要的附加信息<sup>①</sup>。

对于上述第四项要求( 在合理的期间内审查相关措施 ), 上诉机构认为 , 什么是“ 合理的期间 ”, 必须以个案为基础 , 并由每个案件的具体情况决定 , 包括获得为审查所必要的附加信息的困难程度以及临时性 SPS 措施的特性。日本没有在合理的期间内审查其临时性 SPS 措施( 分类检验要求 ), 所以没有满足第 5 条第 7 款的第四个条件<sup>②</sup>。即使日本采取的临时性 SPS 措施满足了第 5 条第 7 款的第一个和第二个条件 , 它也没有满足第 5 条第 7 款的第三个和第四个条件 , 因而违反了 SPS 协议<sup>③</sup>。

### 五、遗留问题 预防原则在 WTO 法中的法律地位

此外 , 在“ 荷尔蒙牛肉案 ”中 , 还涉及了“ 预防原则 ”( *precautionary principle* )在 WTO 法中的法律地位问题。在该案中 , 欧共体并未主张其对来自美国和加拿大的牛肉的进口禁令是临时性 SPS 措施 , 而是援用了“ 预防原则 ”支持其主张 : 其荷尔蒙牛肉禁令是基于风险评估 , 并主张预防原则是一项国际法的习惯规则。而

① “ 水果检疫措施案 ”上诉机构报告第 92 段。

② “ 水果检疫措施案 ”上诉机构报告第 93 段。

③ “ 水果检疫措施案 ”上诉机构报告第 94 段。

美国、加拿大则认为,预防措施现在还只是一种方式(precautionary approach),还不能作为国际公法的一个原则而自动适用。专家组和上诉机构认为:在 SPS 协议有关条款中,如第 5 条第 7 款、第 3 条第 3 款中可以找到预防原则的要素。然而,第 5 条第 1 款明确规定一项 SPS 措施必须基于一项风险评估,欧共体不能援用预防原则逃脱这一义务<sup>①</sup>。同时,上诉机构认为,虽然一些人认为,预防原则已经成为国际环境习惯法的一项一般性原则,但还不清楚它已经被 WTO 成员普遍地接受为国际法的一般原则或国际习惯法。预防原则的法律地位,至少在国际环境法领域之外,仍要等待相关有权机构的立法<sup>②</sup>(authoritative formulation)。“鲑鱼案”和“水果检疫措施案”都没有审查 SPS 协议中的“预防原则”的问题。预防原则是否可作为 SPS 协议乃至 WTO 法项下的抗辩理由呢?这需要专家组和上诉机构在未来的案例中作出明确的回答<sup>③</sup>。

① “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 125 段。

② “荷尔蒙牛肉案”上诉机构报告第 123 段。

③ 1992 年《里约热内卢环境与发展宣言》第 15 项原则规定:“为了保护环境,各国应根据其能力广泛地适用预防原则。当存在严重的或无法弥补的损害的威胁时,不能以缺乏足够的科学确定性为由推迟为阻止环境恶化的有效措施”。在这之后,很多环境公约均明文或隐含地规定了这一原则。现在很多发达国家和很多西方学者主张将“预防原则”引入 WTO 法,使 WTO 成员在公共健康和环境保护领域可以援用“预防原则”来实施贸易措施,以实现公共健康和环境保护的目的。但是,这一主张遭到了大多数发展中国家的反对。参见 Frank Biermann, *The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North-South Conflict*, *Journal of World Trade*, Vol. 35 (2001), No. 3, pp. 421 ~ 448.

## 第八节 中国对 WTO 公共健康例外条款的应有对策

### 一、我国法律中有关公共健康贸易措施的规定

随着我国改革开放的不断深化,我国与各国间的人员和货物流动更加频繁,数量也越来越大,在我国加入 WTO 后,这种趋势有望延续并继续加强。如何防范可能危害公共健康的产品进入我国,已成为我国政府在贸易管理上予以加强的一个重点<sup>①</sup>。初步研究表明,我国现有的有关公共健康贸易措施的法律规定是与 WTO 的有关规定基本一致的。在加入 WTO 后,中国可以依据这些国内法规定为公共健康目的实施贸易限制措施,以保护人民的生命和健康。

我国 1994 年《对外贸易法》与 WTO 公共健康例外条款相关的条款主要有第三章(货物进出口与技术进出口)中的第 17 条第 2 款:“属于下列情形之一的货物、技术,国家禁止进口或者出口:(二)为保护人的生命或者健康,必须禁止进口或者出口的”<sup>②</sup>。从这一规定看,是与 GATT 第 20 条第 2 款“为保护人类的生命或健康所必需的”条款相一致的。

我国专利法第 25 条第 3 款规定:“对下列各项,不授予专利

---

① 近年来我国多次为保护公共健康采取贸易措施。如 2000 年 9 月以来,宁夏、云南地区相继发生日本三菱帕杰罗(PAJERO)V31、V33 越野车在正常行驶中制动突然失效的安全质量事故。经出入境检验检疫机构检验认定,上述两种车型系统设计不当,固定在后车轴上的制动油管和固定在车身上的制动感载阀在行驶中碰撞和磨擦,从而导致制动油管磨损穿孔、制动液外漏造成制动失效。为确保人身安全,2001 年 2 月 12 日,国家出入境检验检疫局发布公告,禁止进口日产三菱帕杰罗两款越野车。又如 2001 年和 2002 年,我国禁止进口来自欧盟的含有“二恶英”的鸡肉和来自流行疯牛病国家的羊胎素化妆品。

② 此外,2002 年 1 月 1 日起正式施行的《货物进出口管理条例》第 8 条和第 33 条也规定对有《对外贸易法》第 17 条下的情形的货物禁止进出口。



权(三)疾病的诊断和治疗方法”。第49条规定:“在国家出现紧急状态或者非常情况时,或者为了公共利益的目的,国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。”<sup>①</sup>从这些规定看,与TRIPS协定第27条第3款和第31条第2款的规定基本一致。不过,我国专利法没有制定与TRIPS协定第27条第2款相衔接的规定<sup>②</sup>。而且,根据WTO多哈部长会议通过的《TRIPS协定与公共健康宣言》,我国有权为公共健康目的颁布强制许可,也有权决定公共健康危机,包括艾滋病、结核病、疟疾和其他传染病,能够表明国家紧急情势或其他极端紧急情势。

在为保护公共健康的贸易措施的具体实施上,还有几个重要的法律法规《进出口商品检验法》及其《实施条例》和《进出境动植物检疫法》及其《实施条例》<sup>③</sup>。在加入WTO谈判中,对于技术性贸易壁垒和卫生和植物卫生措施,我国承诺根据TBT协议和SPS协议的规定,对相关立法和执法机制进行修改和调整,以符合TBT协议和SPS协议的要求<sup>④</sup>。目前,相关执法机制已经建立或

① 我国专利法于1984年3月12日六届全国人大常委会第四次会议通过,根据1992年9月4日七届全国人大常委会第二十七次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第一次修正,根据2000年8月25日九届全国人大常委会第十七次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第二次修正。

② TRIPS协定第27条第2款规定,为保护人类的生命或健康,各成员可拒绝对某些发明授予专利。

③ 《进出口商品检验法》于1989年2月21日由七届人大常委会第六次会议通过,1989年8月1日起施行;《进出口商品检验法实施条例》于1992年10月7日由国务院批准,1992年10月23日国家商检局发布并施行;《进出境动植物检疫法》于1991年10月30日由七届全国人大常委会第二十二次会议通过,1992年4月1日起施行;《进出境动植物检疫法实施条例》于1996年12月2日国务院令206号发布,自1997年1月1日起施行。

④ 《中国加入议定书》第13条和第14条以及《中国加入工作组报告书》第四部分第177~202段。参见石广生主编《中国加入世界贸易组织知识读本(三):中国加入世界贸易组织法律文件导读》,人民出版社2002年版,第14~16页和第925页~932页。

正在建立<sup>①</sup> ,相关法律也已修订或正在修订中<sup>②</sup>。

## 二、防范产生涉及公共健康贸易措施的争端的对策

在依据国内法规范确立我国自己的公共健康保护水平并为公共健康目的实施贸易措施时 ,我国也应充分重视 WTO 公共健康例外条款适用的条件 ,尽量使有关措施事前符合 WTO 法的相关规定 ,切勿滥用和错误使用。同时 ,我们应及时识别其他 WTO 成员滥用公共健康例外条款对我国实施的贸易限制<sup>③</sup> ,并倚重 WTO 争端解决机制等相关机制要求其修正或撤销该措施。对此 ,我们建议 :

### 1. 我们当前最迫切的任务是 :提高政府部门对 SPS 协议和

- 
- ① 比如 ,为履行 TBT 协议和 SPS 协议下的透明度义务 ,中国已经分别建立了 TBT/SPS 通知机构和 TBT/SPS 咨询点。又如 ,在加入 WTO 谈判中 ,有的成员指出中国对进口产品和国内产品的合格评定活动不是由同一个政府机构实施的 ,且这种情况可能造成对进口产品的歧视待遇。对此 ,中国已将原国家出入境检验检疫局和原国家质量技术监督局合并为中华人民共和国质量监督检验检疫总局 ,负责中国所有与合格评定有关的政策和程序。
- ② 《进出口商品检验法修正案》已于 2002 年 4 月 28 日由九届全国人大常委会第二十七次会议审议通过 ,并将于 2002 年 10 月 1 日起正式施行。这是我国加入 WTO 后 ,为了履行我国对外有关承诺而由全国人大常委会审议通过的第一部法律修正案。参见《法制日报》2002 年 4 月 30 日第 2 版。
- ③ 近年来 ,其他 WTO 成员频频以保护公共健康为由对我国产品实施贸易限制。比如 ,2000 年 7 月起欧盟国家对进口茶叶实行了新的农药最高允许残留量标准 ,禁止使用的农药从原来的 29 种增至 62 种 ,部分农药残留标准则比原有标准压低了 100~200 倍。而且 ,欧盟今后还将立法要求对入境港口的茶叶进行就地抽样检查 ,凡药残超标茶叶就地封存销毁或退回原产地国。享誉海内外的安徽茶在欧盟市场因此而全面受阻。占安徽茶叶出口份额 80% 的安徽省茶叶进出口公司 ,去年上半年对欧盟茶叶出口仅有 94 万美元 ,比前年同期下降 35%。和茶叶遭遇类似的还有水果、蔬菜、家电、纺织、服装等。2001 年中国南方一家企业因德国提出其产品原材料处理所用化工原料存不利于人体的微量元素 ,故不予接受 ,结果造成了不小的经济损失。江苏一家企业出口欧盟的服装 ,仅因为拉链含铅量过高而被退回 ,造成百万元损失。参见刘符刚《直面“绿色壁垒”》,载《科学时报》2001 年 10 月 8 日第 4 版。

## TBT 协议的了解

SPS 协议和 TBT 协议不仅是一项技术性协议,更是关于 WTO 成员权利义务的多边规则。在涉及为保护公共健康的贸易措施的磋商和争端解决中,依据的也主要是 SPS 协议和 TBT 协议的法律条文。因此,我国除了加强在技术层面的工作外,应强调对 SPS 协议和 TBT 协议法律层面的了解。在这方面的促进方式包括(1)加强 SPS 协议和 TBT 协议的培训教育,提高技术部门和官员对这两个协议条款的了解(2)建立法律专家咨询制度,聘请相关国际法和国际贸易专家学者并切实采纳专家意见。

### 2. 应加强对涉及公共健康例外条款的案例的研究

虽然双边协商是 WTO 成员解决涉及为保护公共健康的贸易措施的主要机制,但这并不意味着没有必要对相关案例进行研究。实践表明,相关的 SPS 争端的案例涉及的问题往往是 WTO 成员密切关注的重大问题,并往往经历了完整的争端解决程序。在这中间,WTO 争端解决机制利用了数次机会来澄清和解释公共健康例外条款并进行了重要的法律发展,从而确立了公共健康例外条款的“事实上的判例法”<sup>①</sup>。通过这些研究,可以使我们充分了解 WTO 成员为合法的采取或维持为保护公共健康的贸易措施必须符合的条件,如必须掌握的科学证据、应依据的法律条文以及应采取的实施流程。相信这些研究将极大地促进我国的立法和执法部门对公共健康例外条款的了解,从而正确地实施相关措施,使我国能更好地援用公共健康例外条款。

### 3. 在为保护公共健康采取贸易措施时,我国应优先选择符合国际标准的措施

根据 SPS 协议的规定,意欲实施 SPS 措施的 WTO 成员有三种选择,采取“符合”、“基于”或“偏离”国际标准的 SPS 措施,而一

<sup>①</sup> 这些机会包括专家组阶段对科学事实的确认和法律解释;上诉机构对 SPS 协议的法律解释;DSB 对专家组报告和上诉机构报告的整体认可等。

项 SPS 措施越与国际标准相符,其合法性越强,成功援用的可能性也就越大。有关案例也证明了这一规律。如果我国选择实施符合国际标准的公共健康贸易措施,将增加成功证明其合法性的几率。虽然这种利益并不是绝对的,如可能在争端解决过程中被其他成员提出质疑甚至被推翻,但对于我国来说,实施符合国际标准的公共健康贸易措施,无疑是最佳的选择。

4. 我国当然也有权自行决定我国可接受的公共健康保护水平,这一保护水平可以不同于甚至高于国际标准

在采取为实现我国自行确定的公共健康保护水平的贸易措施时,我们应优先选择与 WTO 条文不抵触的措施,退而选择与 WTO 条文抵触程度最低的措施。更重要的是,我们要注意采取的措施应符合 GATT 第 20 条前言的规定。有关禁止措施应该不仅在外国产品间同等适用,而且也对我国的同类产品同等适用。特别要提请注意的是,如果在禁止某一产品的同时又允许特定例外,那么,对例外性使用的管理应同等适用于外国产品和国内产品。所以,我国为保护公共健康而采取的贸易措施最好不构成歧视。如果为保护特定的公共健康水平,不得已构成了歧视,那么我国在外贸决策与管理中也应注意下列原则:

1. 针对出口国的具体情况保持灵活性。我国应避免要求出口国采取的有关措施与我国自己的为保护公共健康的措施完全相同,但可以要求出口国采取的有关措施与我国自己的措施“在有效性方面具有可比性”。

2. 在采取为保护公共健康的贸易措施前,对所有的与所涉产品有利害关系的出口国发起旨在确立双方同意的达到公共健康目标的方式的谈判,并为谈判付出诚信、认真的、具有可比性的努力。

3. 有关保护公共健康而采取贸易措施的法律法令及其适用措施应及时公布,而且应避免为保护公共健康的有关措施给国内替代产品生产商带来商业利益,即使有,这种商业利益也应控制在尽量少的限度内。

## 5. 在为保护公共健康采取 SPS 措施时 ,我国应注意基于科学证据并加强完善风险评估机制

根据 SPS 协议的规定 ,SPS 措施必须基于充分的科学证据和风险评估。而且 ,强调科学证据和重视风险评估 ,已成为 WTO 成员采取 SPS 措施的趋势<sup>①</sup>。我国目前采取或维持的 SPS 措施 ,多已参照有关国际标准订立 ,但为避免贸易争端 ,我国应在为公共健康目的采取 SPS 措施时 ,注意基于科学证据并加强完善风险评估机制。此外 ,在“ 荷尔蒙牛肉案 ”中 ,WTO 专家组和上诉机构认为 ,SPS 协议不仅适用于在 SPS 协议生效后( 即 1995 年 1 月 1 日后 )采取的 SPS 措施 ,也适用于在 SPS 协议生效前采取但在 SPS 协议生效后仍在实施的 SPS 措施。这一裁定对我们的启示是 ,我们有必要对现存的 SPS 措施进行重新审查 ,无论这些措施是在 1995 年 1 月 1 日前采取的还是 1995 年 1 月 1 日后采取的。特别是要审查该措施是否符合“ 基于一项风险评估 ”的义务。否则 ,一旦这些措施被其他成员在 WTO 争端解决机构中起诉 ,我们不仅不能以“ 法不溯及既往 ”为由来抗辩 ,还面临着败诉的可能性。

## 三、在涉及公共健康贸易措施的争端中起诉和应诉的对策

在与其他成员发生涉及公共健康贸易措施的争端时 ,我们首先应重视与其他 WTO 成员的双边协商。WTO 争端解决机制并不是唯一的协调各成员间有关公共健康例外措施的机制。根据 GATT 第 22 条和 DSU 的有关规定 ,WTO 成员应先就所关注的贸易纠纷进行双边协商 ,共同寻求合理且双方接受的解决方案。只有在争端双方无法达成协议的情况下 ,才诉诸争端解决机制。在

---

<sup>①</sup> 值得注意的是 ,美国虽然近年来采取或维持多项限制其他 WTO 成员的农产品的措施 ,但迄今很少有 WTO 成员将美国列为 SPS 争端的起诉对象。这中间的一个重要原因固然是美国是 SPS 协议的主要起草国 ,因而现行的 SPS 协议对美国有利。但是应当承认 ,美国有着严密科学的风险评估机制 ,这也是它的 SPS 措施免于被起诉的原因。

WTO 中,也存在着这样的磋商机制,如 SPS 委员会下的磋商机制。实践表明,WTO 大多数的涉及 SPS 措施的争端仍主要依靠双边协商解决。因此,在未来我国面临涉及公共健康例外措施的争端,特别是 SPS 措施的争端时,应首先着重于双边协商机制。

其次,重视在 WTO 争端解决机制中提交初步证据。一旦其他成员在 WTO 争端解决机制中针对我国的为保护公共健康的贸易措施起诉,我们可以援用 GATT 第 20 条第 2 款证明我国有关措施正当,但应注意提出充分的初步证据。另一方面,一旦我国在 WTO 争端解决机制中针对其他成员的为保护公共健康的贸易措施起诉,如果对方成员援用 GATT 第 20 条第 2 款证明其措施正当,我们应注意及时地针对对方提出的初步证据提出有理有力的反驳。

然而,如果我国在 WTO 争端解决机制中直接援用 SPS 协议条款对其他成员的公共健康例外措施进行起诉,就应由我国承担确立有初步证据的案件的举证责任。因为根据上诉机构在“荷尔蒙牛肉案”中的举证责任划分的观点,SPS 争端最初的举证责任归于起诉方,起诉方必须建立有初步证据的案件来证明被诉方的某项措施违反了 SPS 协议何项规定。当此有初步证据的案件确立后,举证责任将转移给被诉方。被诉方必须就起诉方的主张进行反驳,否则将面临败诉的可能。因此,我国在援用 SPS 协议条款起诉其他成员时,必须先行举证(初步证据)以证明我诉求有理。这些证据可以是实体法或程序法证据(如被诉方的国内措施对不同成员采取差别待遇或没有基于风险评估),也可以是科学证据(如科学实验证实有关措施不是基于科学证据)。如提不出证据,我们就可能无法依据有关规则维护自身权利。因此,如果我国要对其他成员违反 SPS 协议的措施进行起诉,就先就各项诉求提供充分的相关证据以确立“有初步证据的案件”。同样,当其他成员依据 SPS 协议在争端解决机制中对我国的公共健康例外措施进行起诉时,我国应迅速有力地针对对方提出的初步证据提出

反驳。

第三,在其他成员针对我国为保护公共健康采取的贸易措施起诉时,如果我国措施已经构成了歧视,那么为了援用 GATT 第 20 条证明我有关措施正当,要提出初步证据,证明下列事项:

1. 有关措施是为了保护公共健康。

2. 没有其他可替代措施,或被诉方提出的可替代措施不能实现我国选择的公共健康保护水平,或证明在实施其他措施时所存在的经济上、行政上的困难,因而是“不可合理获得”的,从而证明其是第 20 条第 2 款意义上的“所必需的”。

3. 我国为保护公共健康的措施对国外产品和国内产品同等适用,不构成 GATT 第 20 条前言意义上的“歧视”。

4. 我国针对出口国的具体情况保持了灵活性。即证明我国在实施有关措施时,对出口国并没有强行要求其采取与我国办法完全一样的办法,而只是要求其采取的有关措施与我国措施“在有效性方面具有可比性”。

5. 我国在采取有关措施之前,对所有的与该产品有利害关系的出口国发起了旨在确立双方同意的达到公共健康目标的方式的谈判,并为谈判付出了诚信、认真的、具有可比性的努力。

6. 我国有关保护公共健康而采取贸易措施的法律法令及其适用措施已及时公布,并且从主观上讲,我国为保护公共健康的有关措施“并非旨在掩盖限制贸易的非法目的”,从客观上讲,我国为保护公共健康的有关措施并没有给国内替代产品生产商带来商业利益,即使有,这种商业利益也很少。

第四,相应的,如果我国针对其他成员的为保护公共健康采取的贸易措施起诉而对方提出 GATT 第 20 条第 2 款证明其措施正当时,我国要针对其初步证据提出下列反驳:

1. 有关措施不是为了保护公共健康。

2. 存在其他的可合理获得的又能实现对方国家的公共健康保护水平的替代措施,因而不是第 20 条第 2 款意义上的“所必

需的”。

3. 对方的措施没有针对出口国的具体情况保持灵活性,如在实施有关措施时对出口国强行要求其采取与其本国办法完全一样的办法。

4. 对方没有遵守“谈判义务”。具体来说,对方没有主动对我国发起谈判,或对方对我国发起的谈判并非旨在确立双方同意的达到保护公共健康目标的方式,或与其他出口国享受到的谈判努力相比,对方没有为我国提供“具有可比性的”诚信的和认真的努力,或对方没有在采取单边措施前付出了诚信的和认真的努力。

5. 对方有关公共健康而采取的贸易措施的法律法令及适用措施未及时公布,并且从其设计、建构和表现出的结构来说,该措施旨在掩盖限制贸易的非法目的。最有力的证据是提交对方国家的官方文件,或议会议员和政府官员的声明,证明对方为保护公共健康的而采取的贸易措施在其国内立法程序中通过时或在适用中,就受到其国内生产替代产品的企业的不合理的影响,而且其有关措施的确对国内替代产品的生产商产生了巨大的足以构成“对国际贸易的伪装起来的限制”的商业利益。

最后,WTO争端解决机制有严格的时间表,而且,有关为保护公共健康的贸易措施的案件在法律上和事实上也日趋复杂。比如,SPS措施就可能涉及复杂的技术性科学调查和鉴定。更为重要的是,专家组和上诉机构首先依靠的是当事方就法律和事实问题提交的陈述。迅捷提供的、简明扼要的、有说服力的法律陈述和根据适当的法律标准展示的事实是成功起诉和应诉的前提。这就要求我们在外经贸部、各相关部委(如国家质量监督检验检疫总局、卫生部、农业部或动植物检疫部门等)、国内相关产业间进行紧密合作,发扬“团队精神”,及时准确地提供相关信息并形成决策。同时,应建立起诉和应诉机制,由精通WTO法和商品检验检疫或动植物检疫等专业知识的人才组成。另外,还应积极进行争端预防,尽量避免被诉的可能性,从而省出人力物力来积极起诉。



总之,我们应在加入 WTO 后实施和执行 WTO 各适用协定的实践中,以遵守 WTO 义务为前提,充分利用 WTO 争端解决机制,合法、有效地运用 WTO 公共健康例外条款,以保护我国人民的生命和健康。

## 第五章 多边贸易自由化与环境保护 ——WTO 一般例外条款解读(二)

### 第一节 环境保护例外条款的概念与目的

#### 一、环境保护例外条款的概念

WTO“环境保护例外条款”的范围有广义和狭义两种。在国外,很多学者采用广义的 WTO“环境保护例外条款”,其研究范围不仅包括“为养护可穷竭的自然资源”和“为保护动植物的生命或健康”

的条款,而且包括“为人类生命或健康”的条款<sup>①</sup>。而本书所研究的是狭义意义上的“环境保护例外条款”,即仅指在 GATT 第 20 条中包含的“为养护可穷竭的自然资源”和“为保护动植物的生命或健康”而采取的贸易限制措施的例外性规定以及其他 WTO 协议中的类似规定。对于 WTO 中“为人类生命或健康”而采取的贸易措施的例外性规定,本书将其归入“公共健康例外条款”的研究范畴。

从严格条文意义上讲,在 WTO“环境保护例外条款”中,大多并没有出现“环境保护”或“环境保护例外条款”这样的措词。迄今为止,多边贸易体制也避免把环境保护纳入其直接调整的范围<sup>②</sup>。但是,由于上述条款可以用于环境保护的目的,多年来,在 GATT/

---

① 采用广义意义的“环境保护例外条款”的代表性文章有 Vinod Rege, *GATT Law and Environment-Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries*, *Journal of World Trade*, Vol. 30 (1996), No. 2, pp. 95~169; Ernst-Ulrich Petersmann, *International Trade Law and International Environmental Law*, *Journal of World Trade*, Vol. 30 (1996), No. 2, pp. 43~81; Gabrielle Marceau, *A Call for Coherence in International Law: Praises for Prohibition Against Clinical Isolation in WTO Dispute Settlement*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 5, pp. 87~152; Héctor Rogelio Torres, *The Trade and Environment Interaction in the WTO: How Can a “New Round” Contribute?*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 5, pp. 153~167; Matthew A. Cole, *Examining the Environmental Case against Free Trade*, *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 5, pp. 183~196; Duncan French, *The Changing Nature of “Environmental Protection”: Recent Developments Regarding Trade and The Environment in the European Union and the World Trade Organization*, *Netherlands International Law Review*, Vol. XLVII (2000), No. 1, pp. 1~26; Petros C. Mavroidis, *Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 1, pp. 73~88; Laurence Boisson de Chazournes, *Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues*, *European Journal of International Law*, Vol. 11 (2000), No. 2, pp. 315~338.

② 比如,在乌拉圭回合谈判中,奥地利曾建议将 GATT 第 20 条第 2 款修改为:“为保护环境,人类、动植物生命或健康所必需的”,但该建议未被采纳。见 WTO, *High Level Symposium on Trade and Environment*, Geneva, 15~16 March 1999, p. 21.

WTO 争端解决机制有关案例的专家组报告或上诉机构报告中,已经频频使用“环境保护”作为 GATT 第 20 条中包含的以及其他 WTO 协议中的“为养护可穷竭的自然资源”和“为保护动植物的生命或健康”的目标的称谓<sup>①</sup>。在 WTO 晚近的法律文件中,也开始使用“环境”或“环境保护”的措词<sup>②</sup>。如何在倡导自由贸易的同时协调贸易与环保的关系,已经成为了 WTO 的一个新议题。所以,对于 GATT 第 20 条中包含的“为养护可穷竭的自然资源”和“为保护动植物的生命或健康”以及其他 WTO 协议中的“为养护可穷竭的自然资源”和“为保护动植物的生命或健康”而采取限制措施的一系列规定,我们使用了“环境保护例外条款”这一称谓。

需要进一步说明的是,贸易与环境问题是一个涉及国际社会的多个层面和多个领域的复杂而重大的问题。对它的研究,也可以有若干的视角和方法。本书对这一问题的探讨仅限于从 WTO 法的角度论述。同时,虽然乌拉圭回合后在 WTO 的若干协定和协议中规定了环境问题,但由于这些条款中大部分在实践中适用有限,所以本书不对其进行详尽论述。本书对 WTO 环境保护条款的研究,将以 GATT 第 20 条中包含的“为养护可穷竭的自然资源”和“为保护动植物的生命或健康”条款为重点。

## 二、环境保护例外条款的双重目的

环境保护例外条款服务于两种对立统一的目的:一方面,允许各成员为保护环境,可以暂时停止施行 WTO 义务;另一方面,确保援用方善意行使其权利,并尊重其他成员在 WTO 下的权利。

环境保护例外条款允许各成员为保护环境,可以暂时停止施行 WTO 义务。从 20 世纪 60 年代以来,环境污染和人类生态环

① 如“第一龙虾—海龟案”和“第二龙虾—海龟案”专家组报告和上诉机构报告等。

② 如乌拉圭回合所达成的《建立 WTO 协定》序言;TBT 协议序言、第 2 条第 2 款、第 2 条第 10 款和第 5 条第 4 款;TRIPS 协定第 27 条第 2 款等。

境恶化的挑战开始困扰着世界各国<sup>①</sup>。如果一味强调贸易自由化而对其不加限制的话,将会导致环境污染和环境破坏的问题在国际社会间的蔓延,尤其是污染产业和危险废弃物从发达国家向发展中国家转移,以及发展中国家过度开发资源密集型产品等危害环境的问题将日益严重。而良好的生态环境能为贸易自由化和各国经济增长提供更大的发展空间,从而促进全球经济的可持续发展。环境保护例外条款正是反映了多边贸易体制对各成员保护环境的合法目标的承认与支持。

环境保护例外条款也旨在确保援用方善意行使其权利和尊重其他成员在 WTO 下的权利。过去各国的环境保护措施并没有对贸易构成明显的障碍,而近年来,随着经济全球化的发展,环境的问题日益突出,各国政府,特别是发达国家开始在国际贸易中采取限制措施以期达到保护环境的目的。但是由于各国及各地区之间的环境标准和环境管理水平参差不齐,“以环境保护为目的”成为了贸易保护主义的一种“合法的借口”,以“环境保护”为借口对国际贸易进行控制的行为也逐渐成为非关税壁垒的一种重要形式。通过环境保护例外条款,可以确保 WTO 成员为环境保护原因而实施的贸易限制的确是为了保护环境而不是用于其他目的,从而防止其被滥用和错误使用。

近年来,贸易与环境的冲突与协调问题在国际关系中日益突出。表现的最明显的是在 GATT/WTO 中的一系列贸易争端<sup>②</sup>。在贸易与环境的冲突与协调问题中,始终贯穿着三条主线:首先是进口国以环境为依据实施进口限制或禁止措施的权利与出口国在 GATT 和 WTO 其他协议下的权利,如非歧视待遇之间的冲突与

① 使人类生存面临挑战的环境问题有(1)森林面积锐减(2)土地严重沙化(3)自然灾害频发;(4)淡水资源危机(5)温室效应造成全球气候严重失常(6)防止紫外线辐射的臭氧层遭到破坏(7)酸雨频繁危害,使土壤酸化,建筑物、材料以及设备腐蚀(8)化学废物排放量剧增,尤其是有害化学物质和放射性废物等。

② 如两次“金枪鱼案”、“汽油标准案”和两次“龙虾—海龟案”等。

协调 ;其次是以国内法为依据采取的国家单边行动与以国际法(特别是 WTO 法 )为依据的多边主义之间的冲突与协调 ;第三是发达国家与发展中国家的利益的冲突与协调<sup>①</sup>。与贸易有关的环境问题也因此成为影响国际贸易可持续发展的重要因素从而受到 WTO 的高度关注。在这一背景下 ,有人提出 ,作为全球最大的多边贸易组织 ,WTO 在管理环境和贸易问题上所做的努力也是最具影响力的 ,它对于遏制环境的进一步恶化、促进贸易的可持续发展将会起到不可替代的作用。所以 ,为了促进环境保护的目的 ,WTO 应当把环境保护问题纳入其管辖范围<sup>②</sup>。

对此 ,WTO 形成了一系列的原则。首先 ,WTO 不是一个环境保护机构。即虽然 WTO 在《建立 WTO 协定》序言中 ,提出了“可持续发展”、“保护和养护环境”等宗旨 ,但 WTO 现在不是 ,将来也不是一个环境保护机构。它在贸易与环境之间进行政策协调的职权仅限于贸易政策。而对环保政策 ,它只管辖那些与贸易有关的、对贸易有着显著影响的环保政策。其次 ,虽然 WTO 本身不能解决环保问题 ,但在当代世界中 ,环保与贸易之间存在千丝万缕的联系 ,两者之间也是互相补充的。经济的持续增长需要对自然资源进行养护 ,而自由贸易又能促进经济增长 ,从而为环境保护提供资金和科技支持。所以 ,WTO 的主要职责仍然是促进贸易自由化 ,确保单边环保政策不会成为贸易的障碍(这主要是通过第 20

① 发达国家认为应该在多边贸易体制中考虑环境问题 ,而发展中国家担心在多边贸易体制中解决环保问题将会以牺牲自由贸易为代价 ,它们尤其担心发达国家打着环境保护的旗号 ,设立过高的产品标准 ,使发展中国家的产品在进入发达国家市场时遇到“绿色壁垒”的重重阻碍。发达国家主张在 WTO 新的千年回合的谈判中 ,将贸易与环境问题包括进来。而发展中国家对此持反对态度。参见 Frank Biermann , *The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law : Options for Reconciling the Emerging North-South Conflict* , *Journal of World Trade* , Vol. 35( 2001 ) , No. 3 , pp. 421 ~ 448.

② WTO , *High Level Symposium on Trade and Environment* , Geneva , 15 ~ 16 March 1999 , p. 21.

条前言来实现)。同时,WTO也不会阻碍各成员国内的正当的环境保护政策。WTO的现有规则,特别是GATT第20条各例外为各成员实施正当的环境保护政策提供了足够的依据。这些规则实施的唯一的要求是非歧视待遇。即只要各成员的贸易措施符合最惠国待遇和国民待遇的要求,那么,就可以自由地实施国内环保政策。第三,发展中国家为了保护环境,需要市场准入。在发展中国家中,贫困是阻碍其进行环境保护的最大的障碍。很多发展中国家的经济严重依赖于自然资源的出口,所以,世界市场的开放对于发展中国家是必不可少的,一个透明的、开放的世界市场也有助于它们更好和更有效地利用其资源,增加其生产和出口工业品的能力。最后,解决跨境环保问题的最佳办法是多边国际环境条约。对于某些国家以单边方式解决环保问题的做法,WTO认为,单边方式通常隐含歧视,并常常涉及一个国家国内环境政策“域外适用于”其领土外的其他国家内的环境事项。1992年里约热内卢宣言和其他国际环境条约均明确规定,应该以协商和多边合作的方式解决全球环保问题<sup>①</sup>。协商和多边合作方式有利于减少任意或无端的歧视和伪装起来的贸易保护主义,并进一步保障多边贸易体制的可预见性和安全性<sup>②</sup>。

## 第二节 GATT时期环境保护例外条款 的适用及存在的问题

与其他国际争端解决机制相比,GATT/WTO争端解决机制是最经常的处理国际环境争端并对相关规则进行澄清和发展的国

① 1992年联合国环境与发展会议(里约热内卢会议,也被称为“地球峰会”)通过了《里约热内卢宣言》,该宣言第2章规定:避免在进口国的领土外处理环保事项的单边措施,处理跨境或全球环保问题的环保措施应尽可能基于国际协商。

② WTO, *Environment: Parameters of the Discussion in the WTO*, WTO网站2002年2月25日下载资料。网址: [www.WTO.org](http://www.WTO.org)。

际争端解决机制之一<sup>①</sup>。在 GATT 时期,专家组曾审查了数起援用第 20 条第 7 款或第 2 款“保护动植物生命或健康”条款来证明其贸易限制措施正当的案件。在这些案件中,专家组对缔约方为保护环境采取的贸易措施多持否定态度,并因而引起了国际社会的广泛不满。

## 一、GATT 时期涉及环境保护例外条款的重要案例

### (一) 美国—金枪鱼案<sup>②</sup>

1982 年加拿大诉美国“禁止进口来自加拿大的金枪鱼和金枪鱼产品案”(以下简称“美国—金枪鱼案”)的案情是:1979 年,美国根据其国内 1976 年渔业养护与管理法第 205 章禁止进口来自加拿大的金枪鱼及其制品。加拿大为此向 GATT 争端解决机制起诉。诉由是美国的贸易措施违反了 GATT 第 1 条、第 11 条和第 13 条。美国以 GATT 第 20 条第 7 款为依据提出抗辩。1982 年 2 月,专家组作出报告并被通过。专家组确认相关进口禁令不符合第 11 条第 1 款,且不能为第 11 条第 2 款第 3 项证明正当<sup>③</sup>,然后

① 其他的比较经常的处理国际环境争端的国际争端解决机制还有国际法院和欧共体法院。参见 Ernst-Ulrich Petersmann, *International Trade Law and International Environmental Law*, *Journal of World Trade*, Vol. 30 (1996), No. 2, pp. 43~81.

② 该案可以说是 GATT 历史上第一个在争端解决机制中援用 GATT 第 20 条证明有关措施正当的案件,该案也是第一个涉及金枪鱼保护的案件。但是,由于与后来发生的两起涉及金枪鱼保护的案件相比,该案的影响力不大,所以在 GATT 案例法研究中,没有将其称为“第一金枪鱼案”,而将其称为“美国—金枪鱼案”。

③ GATT 第 11 条第 2 款是关于在农产品领域的“普遍禁止数量限制”的例外,在本案中,专家组注意到美国已对金枪鱼的一些种类的捕捞实施限制(如太平洋和大西洋黄鳍和大西洋蓝鳍和大眼金枪鱼),在禁止进口来自加拿大的金枪鱼及其制品期间已被实施。然而,专家组确认,即使一项进口限制,至少部分地,可以用于限制捕捞特定金枪鱼鱼种的措施的实施是必需的,美国从 1979 年 8 月 31 日到 1980 年 9 月 4 日实施的对来自加拿大的所有金枪鱼及制品的进口禁止不会充分满足第 11 条第 2 款的要求,首先因为这一措施适用在美国国内尚未限制捕捞的鱼种,其次因为当不再保持捕捞限制时,该禁运措施继续保留(如 1980 年的太平洋黄鳍金枪鱼)。



审查了美国的第 20 条第 7 款证明其措施正当的主张。

首先,对于第 20 条的前言,由于美国对来自其他国家的进口为同样的原因采取了相似的措施,所以美国的措施不构成任意的和无端的歧视<sup>①</sup>。同时,由于美国禁止来自加拿大的金枪鱼及其制品的进口是以贸易措施的形式采用的,并已被公布,所以不构成对国际贸易的伪装起来的限制。因此,美国的措施符合前言的规定。其次,对于“可穷竭的自然资源”,专家组认为,争端双方都认为金枪鱼鱼类是需要养护管理的可穷竭的自然资源,而且,双方都参与了旨在更好地养护该种鱼类的国际公约。所以,该鱼类属于“可穷竭的自然资源”<sup>②</sup>。

尽管美国的措施符合了前两个条件,但专家组认为如果要以第 20 条第 7 款证明与养护有关的措施正当,该措施必须“与国内生产或消费的限制一道实施”。专家组注意到,美国采取的措施适用于来自加拿大的所有金枪鱼及金枪鱼制品的进口,然而,对国内生产(捕捞)的限制却只适用于太平洋黄鳍金枪鱼和大西洋黄鳍、蓝鳍和大眼金枪鱼,而对其他金枪鱼鱼类的捕捞未实施任何限制。专家组也注意到美国代表未提交任何证据表明在美国国内限制对金枪鱼和金枪鱼制品的消费。因此,专家组认为美国对来自加拿大的所有金枪鱼和金枪鱼制品的进口禁止,不是与美国对所有金枪鱼及其制品的国内生产和消费的限制一道实施的<sup>③</sup>。最后专家组的结论是,美国的进口禁止与 GATT 第 11 条第 1 款不符,且不能根据第 20 条第 7 款证明正当。

## (二) 鲱鱼和鲑鱼案”

1988 年美国诉加拿大“影响未加工的鲱鱼和鲑鱼出口的措施

① 在本案中,专家组显然将考察“在相同条件下的国家间不构成任意和无端的歧视”的重点放在了“最惠国待遇”上,而忽略了“国民待遇”。

② 见“美国—金枪鱼案”(案号 29S/91)专家组报告第 4.9 段。

③ 见“美国—金枪鱼案”专家组报告第 4.13 段。

案(以下简称“鲱鱼和鲑鱼案”)的案情是:1986年,加拿大根据其1970年渔业法对未加工的鲱鱼和鲑鱼实施出口限制。美国为此向GATT争端解决机制起诉。诉由是该措施违反了GATT第11条第1款。加拿大以GATT第20条第2款和第7款为依据提出抗辩。1988年3月,专家组报告作出并被通过。专家组首先认为,加拿大的措施违反了GATT第11条第1款,并且不能根据第11条第2款第3项证明正当<sup>①</sup>。

接着,专家组审查了加拿大的措施能否根据第20条第7款证明正当,专家组注意到,争端双方都认为加拿大为养护鲱鱼和鲑鱼实行了各种措施并且对有关的捕捞活动施加了许多限制。专家组同意鲱鱼和鲑鱼是可穷竭的自然资源,而且捕捞限制是第20条第7款意义上的“对国内生产的限制”<sup>②</sup>。得出这个结论后,专家组审查了限制某些未加工的鲱鱼和鲑鱼的出口是否与养护鲱鱼和鲑鱼“有关”。

第20条第7款并未明确规定贸易措施如何才与养护有关,以及它们如何才可以与生产限制挂钩。因此,这就出现了一个问题:是否只要与养护存在任何形式的关系,以及任何形式的“一道实施”就足以使一项贸易措施属于第20条第7款的范围,或是否此处需要存在某种特定的关系与“一道实施”?专家组注意到1982

---

① 该案专家组认为,由于加拿大禁止未加工的鲱鱼和鲑鱼出口,即使这些鱼符合了加拿大的质量标准。所以,不能认为这些出口限制是第11条第2款第2项意义上的“为标准的实施所必要的”。同时,这些出口限制也不能根据第11条第2款第2项意义上的“为实施(出口鲱鱼和鲑鱼)的国际贸易的销售法规”证明正当,因为对“销售法规”的过宽解释将导致保护一国内产业和使其在国外销售的任何出口和进口限制逃脱于总协定禁止进口和出口限制的义务。参见“鲱鱼和鲑鱼案”(案号35S/98)专家组报告第4.3段。

② 专家组注意到双方同意加拿大保持了许多养护鲱鱼和鲑鱼和措施且对鲱鱼和鲑鱼的捕捞作业实施限制。所以专家组同意双方的主张……捕捞作业限制(是)第20条第7款意义上的“对国内生产的限制”。参见“鲱鱼和鲑鱼案”专家组报告第4.4段。

年加拿大诉美国“禁止从加拿大进口金枪鱼案”涉及了第 20 条第 7 款的。但是在该案中,专家组发现,援引第 20 条第 7 款的加拿大并未对金枪鱼的国内生产与消费实施限制,所以也就未被要求对“关于”和“一道实施”等用语加以解释。于是,专家组决定,需要根据第 20 条第 7 款在总协定中的上下文含义以及该条款本身的目的对其加以解释。

专家组注意到,根据第 20 条的某些条款的规定,所实施的措施必须是对实现该款所陈述之目标“所必需的”或“至关重要的”(如第 1 款、第 2 款、第 3 款和第 10 款),而第 7 款仅仅提到与养护可穷竭的自然资源“关于”而已。这表明第 20 条第 7 款不仅包括对养护可穷竭的自然资源必需或至关重要的措施,它还包括了更广范围的有关措施。另一方面,正如第 20 条前言所规定的,将第 20 条第 7 款纳入总协定的目的不是要去拓宽为贸易政策服务的措施的范围,而仅仅是为了保证总协定下的各项义务不会阻碍实行旨在养护可穷竭的自然资源的政策。所以,专家组认为,虽然一项贸易措施并不要求对养护可穷竭的自然资源是必需的或至关重要的,但它的首要目的应该是旨在养护可穷竭的自然资源。这便是第 20 条第 7 款中的“关于养护”的意义。同样,专家组认为第 20 条第 7 款中的“一道实施”的解释必须保证在该条款下可能采取的行为的范围与总协定的目的相适应。因此,在专家组看来,如果一项贸易措施的首要目的在于使生产限制有效果,那么它就可被视为是与生产限制“一道实施者”<sup>①</sup>。专家组接着审查加拿大禁止出口未加工的鲱鱼和鲑鱼是否首要目的旨在养护鲱鱼和鲑鱼资源以及是否在其国内对鲱鱼和鲑鱼的大规模捕捞实施限制。专家组注意到,加拿大的出口限制措施并未从总体上限制鲱鱼和鲑鱼的供应,而仅仅限制了某种特定的未加工的鲱鱼和鲑鱼的供应。同时,加拿大仅仅限制外国加工商与消费者购买未加工的鲱鱼和

<sup>①</sup> “鲱鱼和鲑鱼案”专家组报告第 4.6 段。

鲑鱼,却未限制其国内加工商与消费者的购买。根据这些事实,专家组认定加拿大限制措施不是首要目的旨在养护鲱鱼和鲑鱼,也并非实施对捕捞这些鱼类的限制<sup>①</sup>。因此,专家组的结论是,加拿大的出口禁止并不能被第20条第7款证明正当。

### (三) 第一金枪鱼案”

1991年墨西哥诉美国“金枪鱼进口限制案”(以下简称“第一金枪鱼案”)的案情是:1991年美国根据其海洋哺乳生物保护法案(MMPA)的某些条款(这些条款规定禁止一定黄鳍金枪鱼及其制品的进口)和根据这些条款实施的进口禁令,禁止进口墨西哥的金枪鱼及其制品<sup>②</sup>。墨西哥为此向GATT争端解决机制起诉,诉由是美国的贸易限制措施违反了GATT第11条和第13条<sup>③</sup>。美国以第20条第2款和第7款为依据进行抗辩。1991年9月专家组

① “鲱鱼和鲑鱼案”专家组报告第4.7段。

② “第一金枪鱼案”起因于用现代拖网技术,在太平洋捕金枪鱼时,很容易把习性与金枪鱼群结伴而游的海豚也捕杀掉。按照美国“保护海生哺乳动物法”(MMPA),海豚是需要保护的濒危物种。该法还规定,捕鱼时意外捕杀的海豚须控制在一定数目内,否则要予以制裁。1991年美国以该法为依据禁止进口墨西哥的金枪鱼及其制品,由此引发本案。参见赵维田《WTO案例研究:1998年海龟案》,《环球法律评论》2001年夏季号,第144页~157页。

③ 墨西哥认为美国在下列事项上违反了GATT义务:(1)禁止进口墨西哥在回归线附近的东太平洋用可能造成海豚的意外死亡超出了美国标准的拖网技术捕捞的金枪鱼及其制品;(2)禁止进口来自任何“中介国家”(intermediary nation)的金枪鱼及其制品;(3)这些进口禁止可能延伸到来自墨西哥和“中介国家”的任何鱼类产品;(4)在美国《海豚保护消费者信息法》中的标签条款适用于来自墨西哥的金枪鱼及其制品。参见Ernst-Ulrich Petersmann, *International Trade Law and International Environmental Law*, *Journal of World Trade*, Vol. 30(1996), No. 2, pp. 43~81.

报告作出,但未被通过<sup>①</sup>。尽管专家组报告未被通过,但仍有必要讨论该报告中的一些重要观点。在该案中,专家组首先确认美国的措施违反了第 11 条第 1 款,接着分析美国的措施能否根据第 20 条第 2 款和第 7 款证明正当。

美国认为其有关措施可以被第 20 条第 2 款证明正当。因为它们仅服务于保护海豚的生命或健康的目的,且在该条款的意义上是必要的。理由是:在其司法管辖权范围之外保护海豚的生命或健康,美国没有其他可获得的合理的替代措施来获得这一目标。墨西哥认为,第 20 条第 2 款不可适用于在采取措施的缔约方管辖权范围外保护动物的生命或健康,且美国的进口限制是不必要的,因为美国可获得与总协定一致的保护海豚的生命或健康的替代措施,比如,在有关国家间的国际合作。这样,就第 20 条第 2 款而言,该案就涉及了两个问题:域外管辖权问题和“所必需的”的含义。

首先,对于域外管辖权问题,专家组认为,第 20 条第 2 款未明白地将该保护限制于有关国家管辖权范围内,而是一般地涉及生命或健康保护,所以它并未明确回答由这些主张引起的基本问题,即第 20 条第 2 款是否涵盖缔约方在其管辖权范围之外采取为保护人类、动植物生命或健康所必需的措施。因此,专家组决定根据第 20 条第 2 款的起草历史、该条款的宗旨和由缔约方主张的解释对作为整体的总协定的运作所产生的后果,来分析这一问题。

---

① 在 GATT 总理事会的讨论中,除了当事双方之外,几乎所有的缔约方都同意专家组报告,但是,由于美国和墨西哥担心如果通过专家组报告,将引起美国国内环保主义者的强烈反对,以至于引起他们反对北美自由贸易区的建立。所以,美国和墨西哥不同意通过专家组报告。由于 GATT 时期,专家组报告在总理事会的通过采取的是“不排除当事方的协商一致”方式,所以,尽管专家组作出了报告,但未在总理事会通过。参见 Ernst-Ulrich Petersmann, *International Trade Law and International Environmental Law*, *Journal of World Trade*, Vol. 30 (1996), No. 2, pp. 43 ~ 81.

对于第 20 条第 2 款的起草历史,专家组注意到,第 20 条第 2 款起源于由美国倡议的 ITO 宪章最初草案,并表现于 ITO 宪章最初草案第 32 条:“在本宪章第四章(关于商业政策)中没有任何条款应被解释为阻止成员采取或实施下列措施(2)对保护人类、动植物的生命或健康所必需的”。在 ITO 宪章纽约草案中,前言已被修改为与现在的条款相同的条款,而第 2 款则被修改为:“为保护人类、动植物生命或健康的目的,如果在相似条件下,相应的国内保障措施在进口国存在”。这一增补的条款反映了对进口国滥用卫生规章的关注。然而,在日内瓦的第二次筹备会议上 A 委员会认为这一增补不必要因而又略去了这一条款。所以,起草记录表明,第 20 条第 2 款的起草者的关注集中于在进口国主权范围内为保障人类、动植物的生命或健康的卫生措施的使用<sup>①</sup>。专家组进一步认为,第 20 条第 2 款允许每一个缔约方确立其人类、动植物的生命或健康标准。第 20 条第 2 款要求采取的措施必须是“必需的”且“不构成任意的或无端的歧视或对国际贸易的伪装起来的限制”,要求根据第 20 条第 2 款证明正当的是贸易措施,而不是缔约方所选择的生命或健康标准。专家组引用 1990 年“泰国—香烟案”的结论:即第 20 条条文意在允许缔约方实施与总协定不相符的贸易限制措施以追求公共政策目标,如果这样的不一致是不可避免的。专家组认为,如果接受美国所作的对第 20 条第 2 款的广义解释,每一个缔约方可单方地确定其生命或健康保护政策,而其他缔约方为不使其在总协定中权利受损,不能不遵守该政策,那么,总协定将不再构成一个在所有缔约方间贸易的多边框架,而只能为有限的有同样的国内法规的缔约方间的贸易提供法律安全<sup>②</sup>。所以,专家组认为,不允许“域外保护”。

对于“所必需的”的含义,专家组认为,即使第 20 条第 2 款被

① “第一金枪鱼案”专家组报告(文件号 DS21/R)第 5.26 段。

② “第一金枪鱼案”专家组报告第 5.27 段。

解释为允许域外保护,美国的措施也不能满足该条中的“所必需的”要求。美国未向专家组表明——这是对援引第 20 条例外的当事方的要求——它已用尽了它可合理获得的一切选择,通过与总协定相符的手段,尤其是通过建立国际合作安排的谈判来追求保护海豚的目的。考虑到海豚浮游在许多国家的领水和公海的事实,这一点值得注意。即使进口禁止是美国所能采取的唯一合理措施,专家组认为,美国所选择的特定措施也不是第 20 条第 2 款意义上的“所必需的”。如果墨西哥在特定时期要出口金枪鱼到美国,必须符合所谓的最大限度的意外海豚捕捞率,而美国将该捕捞率与美国渔民在同一时期实际捕捞率记录相联系。结果是,墨西哥政府在某一确定时期不可能知晓其政策是否符合美国的海豚保护标准。专家组认为,基于不可预见的条件对贸易的限制不能被看作为保护海豚的生命或健康所必需的<sup>①</sup>。

基于以上考虑,专家组认为,美国的有关措施不能被第 20 条第 2 款证明正当。专家组接着考察美国能否依据第 20 条第 7 款证明正当。

美国在援引第 20 条第 7 款时,声称根据其 MMPA 采取的措施,首要目的旨在保护海豚,而且这些措施首要目的旨在对海豚的国内生产或消费实施限制。而墨西哥声称美国的措施不能由第 20 条第 7 款证明正当,因为这一条款不能用于保护援引方“域外的”自然资源。

专家组注意到,第 20 条第 7 款要求关于养护可穷竭的自然资源的措施应与限制国内生产与消费的措施一道实施。1988 年美国诉加拿大“影响未加工的鲑鱼和鲑鱼出口的措施案”专家组报告认为,只有一项限制措施的首要目的旨在实施生产限制时,它才可被视为与生产限制一道实施。一国只有在一种可穷竭的自然资源处于其管辖权范围内时,才能有效地控制该可穷竭自然资源的生

<sup>①</sup> “第一金枪鱼案”专家组报告第 5.28 段。

产和消费。这说明第 20 条第 7 款意图在于允许成员方在其管辖权范围内采取首要目的为实施对生产与消费的限制的贸易措施。

专家组进而指出,第 20 条第 7 款允许每一成员方采取其各自的养护政策。在第 20 条第 7 款中列出的限制援用该例外的条件,即措施的实施必须与养护可穷竭的自然资源有关,而第 20 条前言中的“它们不能构成任意的或无端的歧视……或对国际贸易的伪装起来的限制”是指需要用第 20 条第 7 款证明正当的贸易措施,而不是指各缔约方采取的养护政策,专家组认为如果美国建议的第 20 条第 7 款的域外管辖权解释被采纳,那么每一缔约方都可单方面地制定养护政策,其他缔约方均不能违反这一保护政策,一旦违反,就会使这些缔约方在总协定下的合法权利陷入危险。这一考虑使专家组认为,就像第 20 条第 2 款不能域外适用一样,第 20 条第 7 款也不能域外适用<sup>①</sup>。

专家组还进一步认为,即使第 20 条第 7 款能够域外适用,专家组也不认为美国的措施符合该条款中确立的条件。“鲱鱼和鲑鱼案”专家组认为:只有在其首要目的旨在这样的养护时,一项措施才能被认为是在第 20 条第 7 款意义上的“关于养护可穷竭的自然资源”。专家组注意到,美国将墨西哥为了在特定时期能向美国出口金枪鱼而必须达到的最大限度的意外捕捞海豚率与在同一时期美国实际上统计的捕捞率相联系。这种做法导致墨西哥政府不能够在特定时间知道它们的养护政策是否符合美国的养护标准。专家组认为,基于这样的不可预见条件的贸易限制,不能被看作为是首要目的旨在海豚养护。所以,专家组认为美国不能依据第 20 条第 7 款证明其有关措施正当。

#### (四) 第二金枪鱼案”

如前所述,美国禁止金枪鱼及其制品的进口涉及“中介国”金

<sup>①</sup> “第一金枪鱼案”专家组报告第 5.32 段。



枪鱼制品的对美出口,1992年,欧共体和荷兰对此提出起诉。由此引发1994年欧共体等诉美国“限制金枪鱼进口”案(以下简称“第二金枪鱼案”)。专家组于1994年作出报告,但同样未获通过。

“第二金枪鱼案”专家组报告首先审查了“域外管辖权”问题,专家组认为,根据第20条的其他条款(如第5款(监狱劳工产品)),可以在援用措施的国家的领土管辖权外采取贸易限制措施。因此,不能说GATT绝对禁止(*proscribed in an absolute manner*)援用方领土外的事项与行为有关的措施。在论证的时候,专家组针对本案的具体情况,把“域外管辖权”(extrajurisdictionality)和“域外性”(extraterritoriality)区别开来。并认为,根据一般国际法,国家是可以对处于领土外的个人和船舶行使属人管辖权的,因而第20条第7款并不是只能适用于与养护位于援用这一条款的缔约方的领土内的可穷竭的自然资源有关的政策<sup>①</sup>。其次,在本案中,美国要求援用1973年《濒危野生动植物物种国际贸易公约》(CITES)及其他一些双边或诸边国际环境条约解释GATT第20条第7款“关于养护可穷竭的自然资源”的规定,但专家组否定了这一主张。专家组认为,在GATT体制外制定的其他条约,只有其与GATT有着足够密切的联系时,才能用以解释GATT的规定。美国提出的国际环境条约,并没有得到所有GATT缔约方的接受,所以这些国际环境条约不属于缔约方解释GATT或其条款的适用的“后续协议”(subsequent agreement),因此不能用来解释GATT的规定<sup>②</sup>。最后,专家组指出:本案所涉及的问题,不是美国保护和养护海豚的环境目标的合法性问题,而是在追求其环境目标时,美国能否采取禁止进口的贸易措施,以使其他缔约方在其主权管辖范围内改变政策。在本案中,美国主张,它保护其领土之外的、回归线附近的东太平洋领域的海豚的政策,是基于对美国人

① “第二金枪鱼案”专家组报告(文件号DS29/R)第5.16、第5.17、第5.20段。

② “第二金枪鱼案”专家组报告第5.19段。

和美国船舶的属人管辖权,从而属于第 20 条第 7 款所规定的范围。与“第一金枪鱼案”相同,“第二金枪鱼案”专家组报告的结论同样是美国不能援用第 20 条第 7 款证明其措施正当。其理由是美国禁止进口来自原产国和中介国的金枪鱼及其制品,是强迫这些国家改变它们主权管辖下的政策,所以这种措施的首要目的并不是“养护可穷竭的自然资源”<sup>①</sup>。可以看出,该案与“第一金枪鱼案”的诉由基本相同,也同样涉及了第 20 条第 2 款和第 7 款,专家组的报告的结论都是美国败诉,但是,专家组对一些关键性的问题,如“域外适用”问题等的看法,和“第一金枪鱼案”专家组“绝对禁止域外适用”的观点有所不同。

## 二、GATT 时期环境保护例外条款适用中存在的问题:不利于环境保护

如前所述,GATT 时期的争端解决机制固守着“贸易自由化优先”的观点。在这种观念的影响下,GATT 对第 20 条第 7 款和第 2 款“为保护动植物的生命或健康”条款采取了限制解释的方法。这种解释方法虽然确保了自由贸易的目标,但却忽视了第 20 条下所允许的“养护可穷竭的自然资源”或“保护动植物的生命或健康”的合法目标;虽然保护了被援用方在 GATT 下的实体性权利,但却事实上剥夺了援用方在第 20 条下的合法权利;虽然为有关条件形成了一定的标准,但这些标准的形成在解释方法上存在问题,在适用结果上更是有悖法理。具体来说,GATT 时期专家组对环境保护例外条款的解释存在下列问题:

1. 对第 20 条第 7 款和第 2 款“为保护动植物的生命或健康”条款与第 20 条前言的关系理解不清

比如,在前述 1982 年加拿大诉美国“禁止进口来自加拿大的金枪鱼和金枪鱼产品案”中,专家组首先审查了美国的措施是否与

<sup>①</sup> “第二金枪鱼案”专家组报告第 5.26~5.27 段。

第 20 条的前言相符,然后才审查其是否与第 20 条第 7 款相符。这说明,该案专家组没有正确地理解第 20 条下各单项例外条款和第 20 条前言的结构中所包涵的权利义务关系。我们知道,第 20 条下的各条款是对缔约方实施有关措施的权利的承认,而第 20 条前言是确保援用方善意行使这种权利。而按照该案的专家组的审查方式,我们可以得出这一推论:一方面,美国的措施与第 20 条相符,所以美国善意行使了其第 20 条第 7 款下的权利并尊重了加拿大在 GATT 下的实体性权利。另一方面,专家组又否定了美国的有关措施符合第 20 条第 7 款,所以,美国在第 20 条第 7 款下的权利被否决。这就出现了一个荒唐的场面:美国善意行使的“权利”并不存在。显然,这是一种条约解释上所忌讳的解释方法。因此,这种审查程序显然是不对的。同时,在考察美国的有关措施是否符合第 20 条前言要求时,该案专家组显然将考察重点放在了“对外国产品之间”的考察上,而忽略了对“外国产品与本国产品之间”的考察。在其他案件中,专家组虽然没有犯同样的错误,但是,由于他们对第 20 条第 7 款或第 2 款“保护动植物生命或健康”条款采取过于严格的解释,也减损了援用方在第 20 条单项例外下的权利,从而破坏了第 20 各单项例外条款与第 20 条前言的结构中所包涵的权利义务平衡。

2. 将第 20 条第 7 款下的“关于”要求解释为“首要目的旨在”加重了援用方成功证明的难度

在 1988 年美国诉加拿大“影响未加工的鲑鱼和鲑鱼出口的措施案”中,专家组为第 20 条第 7 款“关于养护可穷竭的自然资源”中的关键要素“关于”创设了“首要目的旨在”这一标准。这一标准固然有利于确保援用第 20 条的一方的有关措施的目的与措施的一致性,也有利于防止有关措施被滥用或错误使用,但是,这种标准背后仍然隐含着“贸易自由化优先”的观念,对第 20 条第 7 款的援用方施加了过于严格的限制。虽然该案专家组发展出这一标准时,遵循了“考察上下文、目的和宗旨”的方法,但是,它却忽略了对

“关于”措词本身的通常含义的考察。从条文措词来看，“关于”可以被理解为“为了”或“旨在”，却很难被理解为“首要目的旨在”。专家组的这一解释，似乎为“关于”增加了“首要目的”这一要件，从而增加了援用方达到“关于”要求的难度。这是不是一种违反了“关于”措词的“通常含义”的理解呢？在“第一金枪鱼案”中，专家组对有关事实和法律问题的考察让我们加深了这种疑问。在“第一金枪鱼案”中，专家组依据美国的有关措施是“基于不可预见的条件对贸易的限制”从而得出该措施不能被看作第 20 条第 2 款“为保护动物的生命或健康所必需的”的结论。而在得出有关措施不能被看作是第 20 条第 7 款“首要目的旨在养护海豚”的结论时，专家组同样依据的是美国的有关措施是“基于这样的不可预见条件的贸易限制”。我们可以得出一个推论：“首要目的旨在”与“所必需的”实际上没有区别，因而“关于”与“所必需的”也没有区别。这一推论结果显然与专家组自己所承认的“第 20 条的某些条款要求‘必需的’或‘至关重要的’，而第 7 款仅仅提到与养护可穷竭的自然资源有关”而已，这表明第 20 条第 7 款不仅包括对养护可穷竭的自然资源必需或至关重要的措施，它还包括了更广范围的有关措施”的观点自相矛盾。因此，将“关于”理解为“首要目的旨在”在实践中会导致将第 20 条第 7 款下的“关于”要求与第 20 条第 2 款下的“所必需的”要求等同，从而增加了援用方成功证明的难度，进而实际上加重了其义务。

3. 专家组对第 20 条第 7 款和第 20 条第 2 款“保护动植物生命或健康”条款可否“域外适用”的观点前后矛盾

在审查“可穷竭的自然资源”和“动植物生命或健康”要素时，还往往涉及一个争议很大的问题，即一个国家能否用贸易限制的方式来保护在这个国家主权管辖外的环境事项？如前所述，在 1947 年 GATT 起草的时候，环境政策不是国家所关注的目标，也未产生国家间冲突，所以，对于第 20 条第 7 款能否被域外适用，以及它是否涵盖外国加工和生产方式的问题，在第 20 条第 7 款的条

文措词中得不到答案。这也为 GATT/WTO 成员之间的潜在的冲突埋下了伏笔。在“第一金枪鱼案”中,专家组从考察条约历史的方法出发,得出了第 20 条第 2 款和第 20 条第 7 款下的措施“不能域外适用”的结论。但在“第二金枪鱼案”中,专家组从考察第 20 条的上下文的方法出发,肯定了第 20 条第 2 款和第 20 条第 7 款在特定情况下可以“域外适用”。从条约解释的方法论来看,“第二金枪鱼案”专家组的考察方法似乎更为合理。因为条约解释首先应依条约的用语按其上下文并参照条约的目的及宗旨所具有的通常意义善意加以解释,其次应考虑整个条约及其附件,只有在上述方法所作结论仍意义不同时,才可使用解释的补充资料如条约的历次草案、讨论条约的会议记录等<sup>①</sup>。因此,“第一金枪鱼案”专家组在没有先考察第 20 条第 2 款和第 7 款的通常含义以及整个 GATT 时,就直接考察补充资料显然是违背条约解释规则的。当然,除了解释方法上的分歧,在上述两个案例的专家组的有关观点之间的分歧更重要的是体现了一种对环境保护的认识分歧。众所周知,在保护海洋动物方面,以及在保护其他全球性的环境事项方面,只局限于一国领土内的环保措施往往不可能实现有效保护环境的目的。因此,绝对禁止第 20 条第 2 款和第 7 款下的措施的“域外适用”,其背后的动机仍然是“保护自由贸易”,而如果允许特定条件下的“域外适用”,其背后的理念却是“保护全球环境”。显然,是选择禁止“域外适用”还是选择“有条件的域外适用”,折射出多边贸易体制在“贸易自由化优先”和“兼顾保护环境”之间的取舍。

#### 4. 专家组在解释第 20 条第 7 款和第 2 款时,排除外来法律

在“第二金枪鱼案”中,专家组认为,美国提出的国际环境条约,并没有得到所有 GATT 缔约方的接受,所以这些国际环境条约不属于缔约方解释 GATT 或其条款的适用的“后续协议”,因此

<sup>①</sup> 梁西主编《国际法(修订第二版)》,武汉大学出版社 2000 年版,第 427 页。

不能用来解释 GATT 的规定。专家组排除将 GATT 体制外的国际环境条约作为解释第 20 条的解释渊源,这一做法招致很多学者的批评,他们认为这会导致 GATT 成为一个“自我封闭”(self-contained)的体制,也背离了条约法解释的一般规则和国际法发展的总体趋势<sup>①</sup>。

最后,由于专家组的上述解释忽视了第 20 条第 7 款和第 2 款下的环境保护目标,专家组报告往往得不到通过,对有关措施的多边监督也形同虚设<sup>②</sup>。

### 第三节 WTO 时期环境保护例外条款的法律发展及遗留问题

#### 一、乌拉圭回合对贸易与环境问题所作的有限的法律发展

虽然关贸总协定早在 1971 年就设立了“环境措施与国际贸易小组”,但该组织的工作一直处于停滞状态。1986 年标志着乌拉圭回合开始的《埃斯特角部长会议宣言》也未将环境问题列入乌拉圭回合的谈判议题。但自 1990 年代以来,随着 GATT 缔约方之间有关环境问题的贸易争端日渐增多,以及在国际社会中一系列国际环保会议的召开,GATT 也不得不对环境问题加以必要的关注。1994 年 4 月,在马拉喀什签署乌拉圭回合最后文本前夕,GATT 各缔约方基于内外形势的要求,达成了《关于贸易与环境的决定》<sup>③</sup>。并决定成立“贸易与环境委员会”(CTE),以进一步在更广的范围内对贸易与环境进行讨论。自成立以来,CTE 已经为贸易与环境问题作了很多工作。目前,CTE 开展的讨论分 10 个议

① 参见赵维田《WTO 案例研究:1998 年海龟案》,《环球法律评论》2001 年夏季号,第 157 页。

② 参见本书第四章第一节相关论述。

③ 此外,在 1993 年 12 月贸易谈判委员会还通过了《关于服务贸易与环境的决定》。

题来进行,主要涉及的内容包括:贸易规则与国际环境条约间的关系、环境保护与贸易体制、出于环境目的的收费、环境标签、环境与贸易自由化的关系、国内禁止货物贸易问题、环境与 TRIPS 协定以及和 GATS 的关系、WTO 与其他国际组织的关系等。

WTO 中有多个协议对贸易与环境的问题作了规定。除了 GATT 时期已经存在的 GATT 第 20 条第 7 款和第 2 款“为保护动植物生命或健康”外,《建立 WTO 协定》的序言中声明“世界贸易组织将在多边贸易体制的框架内寻求保护环境、促进可持续发展的目标的实现”。《技术性贸易壁垒协议》、《补贴与反补贴措施协议》、《农产品协议》和 GATS 等也从不同的角度对国际贸易中的环境问题作了规定<sup>①</sup>。

尽管有着上述规定,乌拉圭回合对环境例外条款的法律发展仍然是有限的。

## 二、WTO 时期涉及环境保护例外条款的重要案例

### (一) 汽油标准案

1995 年委内瑞拉和巴西诉美国——精炼汽油和常规汽油标准案(以下简称“汽油标准案”)的案情是:依据 1990 年修订的《净化空气法》,美国环保署制定了实施该法并监控汽油燃烧所造成的大气污染的“汽油规则”。该规则规定,自 1995 年 1 月 1 日起,只有符合特定清洁标准的汽油(精炼汽油)才能在空气污染最严重的几个地区销售,在其他地区可销售常规汽油。该规则适用于汽油的生产商和进口商。规则要求他们生产和销售的汽油必须符合特定的化学成份标准。这些标准中,有些标准是固定的,有些标准是根据所谓的“不再恶化原则”制定的。按照“不再恶化原则”,美国

<sup>①</sup> WTO, *High Level Symposium on Trade and Environment*, Geneva, 15~16 March 1999.

国内汽油生产商生产的汽油在化学成份标准上不得低于其在 1990 年达到的年均标准即“单个汽油标准基准”,简称“单个基准”(individual baseline)。为确定“单个基准”,每一生产商必须提供其 1990 年生产销售汽油成分的有关证据(方法 1);如果证据不完整,他必须使用 1990 年美国平均标准所提供的数据(方法 2);如果依上述方法仍无法提供完整的证据,他必须使用 1990 年后的美国平均标准所提供的数据(方法 3)。对于附属外国汽油生产商的进口商,法令也要求他们确定自己的“单个基准”,但只能根据方法 1,而不允许根据方法 2、方法 3 确定。不能根据方法 1 确定“单个基准”的进口商必须使用法令规定的“法定标准”。这个“法定标准”是根据 1990 年美国全年消费汽油的化学成份平均标准制定的。一些在 1990 年尚未生产或仅是部分生产的美国国内生产商也被要求使用“法定标准”。另外,进口商如在 1990 年进口了其所属外国生产商生产汽油的 75% 或以上,在确定 1990 年均标准时,该进口商可被视为国内生产商。1995 年 3 月,委内瑞拉和巴西为此向 WTO 起诉,认为附属外国汽油生产商的进口商根本不可能达到方法 1 对证据的要求,所以事实上他们只能使用“法定标准”,因此,美国的汽油法令确定“单个基准”的规定违反了 1994 年 GATT 第 3 条第 1 款、第 4 款有关国民待遇的规定以及第 1 条有关最惠国待遇的规定,并违反了 TBT 协议第 2 条。委内瑞拉还诉称,汽油法令确定“单个基准”的规定违反了 1994 年 GATT 第 23 条第 1 款第 2 项有关规定。美国反驳了上述指控,辩称确定“单个基准”的规定符合 1994 年 GATT 第 20 条第 2 款、第 4 款和第 7 款有关例外的规定。美国还辩称,确定“单个基准”的规定不属于 TBT 协议第 2 条所管辖的范围。1996 年 1 月 29 日,专家组作出报告。报告认为,“汽油规则”不符合 1994 年 GATT 第 3 条,且不能被 GATT 1994 第 20 条第 2 款、第 4 款和第 7 款证明正当。专家组认为,不必要考虑是否违反 TBT 协议。1996 年 2 月 21 日,美国向上诉机构上诉,称专家组在第 20 条第 7 款和第 20 条的总体适用



和解释上有误。1996 年 4 月 29 日,上诉机构提交报告。上诉机构仅对美国上诉中所提出的问题进行审议。上诉机构认为,美国的措施符合第 20 条第 7 款,但不符合第 20 条前言,因此仍不能构成第 20 条第 7 款的例外。5 月 20 日,DSB 通过了上诉机构报告和经修改的专家组报告。

“汽油标准案”是 WTO 争端解决机制审理的第一个案件。尽管美国在该案中败诉,但是,上诉机构毕竟肯定了美国的相关措施在第 20 条第 7 款下的合法性。这是在 GATT 时期从未发生过的。以“汽油标准案”为标志,在贸易与环境的关系的问题上,WTO 争端解决机制的态度开始发生变化。

## （二）第一龙虾—海龟案”

1998 年印度等诉美国——禁止进口特定龙虾和龙虾制品案(以下简称“第一龙虾—海龟案”)的案情是:目前,全球公认存在着七种海龟,它们绝大多数分布于全球的亚热带和热带地区。它们生活在海洋中,寻食、筑窝、迁徙。海龟已受到人类行为的负面影响,既有直接的(利用它们的肉、壳和蛋),也有间接的(在捕鱼中的无意捕捞(incidental capture)、毁坏居所、海洋污染)。美国 1973 年的危险物种法案(ESA)将美国领水中的五种海龟列为处于危险和受威胁的物种,并禁止在美国领海和公海上捕捞这些海龟。根据 ESA,美国要求美国龙虾拖网捕捞船在海龟经常出没的海域捕鱼时,要在其捕鱼网上使用“海龟排除装置”(“turtle excluder devices”, TEDs,是一个安装在拖网内的格式活门,它可以使海龟到达网的后部,引导海龟和其他无意中捕捞到的大物体到网外)。美国 1989 年生效的公共法 101—102 第 609 章规定美国不能进口用可能伤害特定海龟的方式大规模捕捞的龙虾,除非捕捞国被证实有一项与美国保护海龟的法律相类似的相关法规,和与美国国内捕捞相当的无意捕捞率,或捕捞国的特殊渔业环境不会构成对海龟的威胁。实践中,如果某国想得到证书出口龙虾到美国,那么在

其主权范围内有五种海龟中任何一种的和以商业方法捕捞龙虾的国家必须对其渔民施加要求,这一要求要与美国捕虾人所承担的责任相当,基本上(是)无论何时都使用 TEDs。印度、马来西亚、巴基斯坦和泰国向 WTO 争端解决机构起诉,诉由是美国实施的特定龙虾和龙虾制品的进口禁止与 GATT 第 1 条、第 3 条、第 11 条不符。1998 年 5 月 15 日,专家组作出报告。专家组认为美国的有关措施与 GATT 第 11 条(数量限制的普遍取消)不符且 GATT 第 20 条不能证明其正当,因为它构成了“相同条件的国家间无端的歧视”。1998 年 10 月 2 日,上诉机构作出报告。上诉机构认为,相关措施符合第 20 条第 7 款,但不能满足第 20 条前言的要求,因此, GATT 第 20 条不能证明其正当。11 月 3 日,DSB 通过了上诉机构报告和经修改的专家组报告。

虽然在本案中,第 20 条的援用方美国仍然没有摆脱败诉的“宿命”,但是它获得了一个很重要的胜利:上诉机构裁定其有关措施是“关于养护可穷竭的自然资源”,而且,上诉机构在对第 20 条的前言中,作出了有利于第 20 条第 7 款援用方的灵活解释。美国按照上诉机构这些解释采取了调整措施,为其在“第二龙虾—海龟案”中的全面胜诉打下了良好的基础。更为重要的是,“第一龙虾—海龟案”的上诉机构在其裁决中,熟练地运用条约解释的规则对第 20 条第 7 款及第 20 条前言的规定进行了详尽的法律推理,并得出了与 GATT 时期专家组的相关观点相比,更符合条约的通常含义因而更令人信服的结论。同时,上诉机构对第 20 条第 7 款作了有利于环境保护目标的灵活解释。在 WTO 现行立法对贸易与环境问题作用有限的情况下,“第一龙虾—海龟案”创造了一个用

司法方式解决贸易与环境的冲突与协调问题的成功的先例<sup>①</sup>。

### （三）第二龙虾—海龟案”

马来西亚依据 DSU 第 21 条第 5 款诉美国——禁止进口特定龙虾和龙虾制品案(以下简称“第二龙虾—海龟案”)的案情是, 1998 年 11 月 6 日, DSB 通过了前述“第一龙虾—海龟案”的上诉机构报告和经修改的专家组报告。随后当事双方就实施 DSB 裁定的“合理期间”达成协议, 即 DSB 裁定作出后的第 13 个月。在实施期间, 美国并未取消有关国内措施, 而是采取调整国内措施的办法来实施 DSB 的裁定。美国没有修改其 1989 年公共法 101~102 第 609 章, 而且继续实施对特定龙虾及龙虾制品的进口禁止。但是, 美国国务院在 1999 年 7 月 8 日公布了一个修改指南( the “Revised Guidelines”) , 对第 609 章适用于龙虾进口的规定进行了部分修改。1999 年 12 月 6 日, 实施 DSB 的裁定的“合理期间”期满。2000 年 10 月 12 日, 马来西亚通知 DSB, 它对美国实施 DSB 在“第一龙虾—海龟案”中的建议和裁定的情况不满意, 并要求根据 DSU 第 21 条第 5 款建立专家组<sup>②</sup>。2000 年 10 月 23 日, 专家

① 尽管“第一龙虾—海龟案”已成往事, 但由于该案上诉机构在其报告中的精彩论述, 使其成为国内外国际法学界经久不衰的一个话题。对“第一龙虾—海龟案”的评论文章有 Petros C. Mavroidis, *Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 1, pp. 73~88; 赵维田:《WTO 案例研究:1998 年海龟案》,《环球法律评论》2001 年夏季号, 第 144~157 页; 张若思《世贸组织关于环境措施的争端解决实践》, 载《国际贸易问题》2000 年第 9 期; 朱揽叶《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》, 法律出版社 2000 年版, 第 186~192 页。

② DSU 第 21 条第 5 款规定:如是否存在为遵守建议和裁定所采取的措施或此类措施是否与适用协定相一致的问题存在分歧, 则此争端也应通过援用这些争端解决程序加以决定, 包括只要可能即诉诸于原专家组。专家组应在此事项提交其后 90 天内传阅其报告, 如专家组认为在此时限内不能提交其报告, 则应书面通知 DSB 迟延的原因和提交报告的估计期限。

组建立<sup>①</sup>。美国对其禁止进口措施违反 GATT 第 11 条第 1 款(禁止数量限制)没有提出异议,但援用第 20 条第 7 款证明该措施正当。2001 年 2 月 15 日,专家组通知 DSB 它无法在 DSU 第 21 条第 5 款所要求的“提交事项后的 90 天内”提交报告,请求将提交报告的时限延长。2001 年 5 月 16 日,专家组提交报告。2001 年 6 月 15 日,专家组报告传阅。报告认为美国的对特定龙虾及龙虾制品的进口禁止措施违反了 GATT 第 11 条第 1 款,但是经修改后的对特定龙虾及龙虾制品的进口禁止措施不仅符合第 20 条第 7 款,而且符合第 20 条前言的条件,所以能够用第 20 条第 7 款证明正当<sup>②</sup>。2001 年 8 月 2 日,马来西亚正式提出上诉。2001 年 10 月 22 日,上诉机构提交报告,全面支持了专家组的结论,即肯定美国经修改后的进口限制措施能够用第 20 条第 7 款证明正当<sup>③</sup>。2001 年 11 月 26 日,DSB 通过了上诉机构报告和专家组报告。它是继“石棉案”之后第二次成功援用 GATT 第 20 条的案例,而且是首次以第 20 条第 7 款“养护可穷竭的自然资源”为依据全面胜诉的案件,因而同样具有重要的意义。

### 三、WTO 争端解决机制对环境保护例外条款的法律发展:有利于环境保护

与 GATT 专家组相比,WTO 争端解决机制立足国际社会的现实需要,用更加符合条约解释一般规则的方法,对 GATT 第 20

---

① “第一龙虾—海龟案”中的其他起诉方印度、巴基斯坦和泰国在“第二龙虾—海龟案”中作为第三方参加。作为第三方参加的还有澳大利亚、加拿大、欧共体、日本、厄瓜多尔、墨西哥和中国香港。

② “第二龙虾—海龟案”专家组报告,文件号 WT/DS58/RW,第 6.1 段。

③ “第二龙虾—海龟案”上诉机构报告,文件号 WT/DS58/AB/RW,第 153~154 段。

条第 7 款进行了澄清与解释,并作出了若干重要的法律发展<sup>①</sup>。

### (一) 对第 20 条第 7 款的法律意义有了合理认识

在有关案例中,WTO 争端解决机制正确地认识了援用方在第 20 条第 7 款下的保护特定环境事项的权利与其他成员在 GATT 其他条款下的实体性权利的关系。“汽油标准案”上诉机构认为:“关于养护可穷竭的自然资源”不可被扩张地理解为破坏 GATT 第 3 条第 4 款的宗旨和目的,同样,第 3 条第 4 款也不可被扩张地理解为弱化第 20 条第 7 款及其所包含的政策与利益。对于第 1 条、第 3 条和第 11 条中的肯定性义务与在第 20 条中列举的“一般例外”中包含的政策与利益的关系,条约的解释者(暗指 WTO 争端解决机制)只能在个案基础上,通过仔细地考察该争端的事实和法律具体情况来作出解释。在“第一龙虾—海龟案”中,上诉机构进一步明确提出,第 20 条第 1 款到第 10 款所包括的措施被公认为 1994 年 GATT 所规定的实体法义务的例外,因为这些措施所要实现的国内政策已被承认为是重要的和合法的。通过考察具体案情,上诉机构肯定了美国有关措施的目标在第 20 条第 7 款下的合法性。也是通过考察具体案情,上诉机构否定了美国有关措施在适用方式上的适当性。我们认为,这是一种“在个案基础上的平衡解释方法”,它反映了与 GATT 排他考虑“贸易自由化”相比,WTO 争端解决机制在解释第 20 条第 7 款的认识论和方法论方面都有了长足的进步。可以预见,未来的专家组和上诉机构将遵循对第 20 条第 7 款的合理认识和解释方法,通过考察具体案情,努力在允许各成员善意行使第 20 条第 7 款下保护特定环境

<sup>①</sup> 除对 GATT 第 20 条第 7 款的法律发展外,“汽油标准案”、“第一龙虾—海龟案”和“第二龙虾—海龟案”对第 20 条的前言也作了若干令人瞩目的发展。这些发展对于 WTO 成员更好地利用环境保护例外条款保护全球环境具有广泛而深远的意义。有关第 20 条前言的法律发展参见本书第四章的有关论述。

事项的权利和尊重其他成员的权利之间寻求“平衡线”。

## (二) 将可再生的自然资源接受为“可穷竭的自然资源”

在“汽油标准案”中,上诉机构肯定了美国的主张,即“净化的空气”也是一种“可穷竭的自然资源”。在“第一龙虾—海龟案”中,“可穷竭的自然资源”的含义引起了当事双方的激烈争论<sup>①</sup>。上诉机构认为像海龟这样的“可再生的自然资源”也是“可穷竭的自然资源”。其理由是:

1. 从条约条文的通常含义说,“可穷竭的自然资源”不限于“矿产品”或“没有生命的”天然资源,“可穷竭的自然资源”与“可再生的自然资源”不是相互排斥的。现代生物学表明,虽然有生命的物种在理论上是“可以再生的”,但由于人类的活动,在某种情况下,这些物种也是可以耗尽、穷竭或消亡的。所以,有生命的资源与石油、矿石等非生命资源一样,也是“有限的”<sup>②</sup>。

2. 上诉机构认为,在对 WTO 协议规定,特别是“可穷竭的自然资源”措词进行解释时,应遵循“同时代发展”(contemporary development)的原则。第 20 条第 7 款中的“可穷竭的自然资源”的确是 50 多年前制定的,但条约的解释者(如 WTO 专家组和上诉机构)必须参照当代国际社会的社会关注即环境保护来解释这一措词。乌拉圭回合虽然没有修改第 20 条,但《建立 WTO 协定》序言明确提出了“可持续发展”的目标以及“保护和维护环境的方式

① 被诉方美国认为,海龟是“可穷竭的自然资源”,而起诉方印度、巴基斯坦和泰国认为,“可穷竭的自然资源”不是生物的或可再生的资源,而是矿产品等有限的资源,因为这些有限资源供给有限,是可以被逐渐消耗殆尽的。同时,如果把所有的天然资源都当作可穷竭的自然资源,就根本不需要加上“可穷竭的”这一措词,换句话说,“可穷竭的”就成为多余的措词。第 20 条的立法历史也证明了这一观点。马来西亚则认为,第 20 条第 7 款中的“可穷竭的自然资源”是“没有生命的自然资源”,而海龟是一种活的动物,所以美国应当援用第 20 条第 2 款而不是第 20 条第 7 款来证明其措施正当。参见“第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 127 段。

② “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 128 段。

促进生产和贸易”<sup>①</sup>。“可穷竭的自然资源”的含义不是禁止不变的,而是变化着的。所以,如果仍把 GATT 第 20 条第 7 款中的“可穷竭的自然资源”理解为“矿产或无生命的自然资源”,就未免太过时了<sup>②</sup>(outdated)。

3. 从条约的后续实践来说,GATT 时期通过的 1982 年“美国—禁止从加拿大进口金枪鱼及其制品案”和 1991 年“加拿大—影响未加工的鲱鱼和鲑鱼出口的措施案”专家组报告都认为,有关鱼类(作为有生命的自然资源)属于“可穷竭的自然资源”<sup>③</sup>。

4. 从条约的起草历史来说,1947 年 GATT 的起草历史表明,起草者并未将“有生命的自然资源”排除在第 20 条第 7 款的适用范围之外。

5. 关于本案所涉海龟是否“可穷竭的自然资源”的问题,上诉机构认为,由于本案的当事方和第三方都承认其可穷竭性,而且,这些海龟都已列入《濒危野生动植物物种国际贸易公约》(CITES),所以,海龟的“可穷竭性”是无可争议的<sup>④</sup>。

可以看出,在“第一龙虾—海龟案”中,上诉机构通过考察条约条文的通常含义、WTO 的整体协议框架、条约的后续实践、条约的起草历史以及“同时代发展”(contemporary development)的原则,对“可穷竭的自然资源”的进行了宽松解释。目前,“环境保护”尚未明文作为多边贸易体制的例外,这种对第 20 条第 7 款“可穷竭的自然资源”的扩大解释在最大程度上为在多边贸易体制中实

① “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 129 段。

② “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 130 段。

③ “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 131 段。

④ “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 132 段。

现环境保护目标提供了可能<sup>①</sup>。

### (三) 允许在特定情形下保护“域外的”可穷竭自然资源

对第 20 条第 7 款的“域外适用”问题, GATT 时期专家组的態度基本上是不允许, 但 1994 年“第二金枪鱼案”专家组的看法发生了转变。该案专家组认为, 不能说 GATT 绝对禁止在援用方领土外的事项与行为有关的措施, 第 20 条第 7 款并不是只能适用于位于援用这一条款的缔约方的领土内的可穷竭的自然资源, 而是可以基于属人管辖权, 为养护可穷竭的自然资源对“域外”生产的产品进行贸易限制。也就是说, 第 20 条第 7 款是允许特定情形下的“域外适用”的。但由于该案专家组报告没有被通过, 使其在“域外适用”问题上所作的法律发展比较难以具有“后续实践”的效力。

进入 WTO 时期后, 对于各成员能否为保护“域外”环境事项而采取贸易措施的问题, WTO 沿袭了“第二金枪鱼案”专家组报告的部分观点。“第一龙虾—海龟案”上诉机构认为, 首先, 涉及外国的生产和加工产品方式的贸易措施也在第 20 条第 7 款的范围内<sup>②</sup>。在该案中, 第 20 条的援用方美国不是直接在来自印度等 WTO 成员的龙虾和来自北美的龙虾间实行差别待遇, 而是针对不同的捕虾方式实行不同待遇。换句话说, 美国禁止进口的龙虾是那些用与美国环保标准不符的方式(造成过高的海豚意外死亡

① 当然, 这也并不意味着可以直接以“保护环境”为由援用 GATT 第 20 条第 7 款。因为: 首先, 在现行法中, GATT 第 20 条并未明文规定环境, 所以“保护环境”没有条文基础; 其次, 环境问题涵盖范围广泛, 而 GATT 第 20 条第 7 款只提及“自然资源”, 且是“可穷竭的”, 援用方要对这两个要素建立有初步证据的案件, 而不能仅仅声称有关措施是“为了保护环境”。

② 把产品的生产过程和产品本身相区别的观点, 是 WTO 在处理贸易和环境法律问题时所采用的一个重要观点。其主要立论依据是: 造成环境污染或生态破坏的往往不是产品本身, 而是生产或加工方式 (processes and production methods, PPM) 参见 Ernst-Ulrich Petersmann, *International Trade Law and International Environmental Law*, *Journal of World Trade*, Vol. 30(1996), No. 2, pp. 43~81.



率)捕捞的龙虾。美国的贸易限制措施针对的是印度等国的捕捞龙虾的方式。其次,上诉机构认为,海龟是迁徙性很强的动物,它们所出没的海域,既有在各沿海国管辖下的海域,也有公海。虽然并不是说在任何时候,所有这些物种都游过或穿过美国有管辖权的海域,但本案涉及的海龟物种,都在美国所管辖的海域发现过。所以,至少在海龟按其自然习性游动的时候,争端的当事双方,都不能主张对海龟的专属管辖权。上诉机构没有论述第20条第7款是否暗示了管辖权的限制,也没有论述该限制的性质和程度。上诉机构仅注意到,在本案所审理的特定情况中,为第20条第7款的目的,在所涉及的这些游动的受威胁的海洋物种与美国之间有着充分的联系<sup>①</sup>(sufficient nexus)。

虽然“第一龙虾—海龟案”的上诉机构没有明文裁定允许第20条第7款的“域外适用”,但上诉机构用南亚海龟与美国之间有着“充分的联系”这一标准,裁定本案所涉“域外”海龟是第20条第7款意义上的“可穷竭的自然资源”。尽管“有着充分的联系”也是一个相对比较模糊的标准<sup>②</sup>,但是从“龙虾—海龟案”上诉机构的这一裁定可以得出下列推论:如果出口国的生产或加工行为所威胁的环境事项与进口国有着“充分的联系”时,进口国就可以根据GATT第20条第7款为保护域外的环境事项对相关国家实施贸易限制措施。应当提请注意的是,由于“充分的联系”的含义并不确定,这一标准有可能被扩大解释。比如,由于全球气候对世界各国都切实相关,对于以阻止全球气候恶化为目标的贸易措施,就可

① “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第133段。

② 这一标准的模糊性在于:首先,“联系”(nexus)的含义是什么?它和“关系”(relationship)等有什么不同?其次,要达到什么样的程度联系才是“充分的”(sufficient)?某种(some)联系是否构成充分联系?再次,在判断是否构成“充分联系”时,是由援引方进行主观判断,还是由WTO争端解决机制进行判断?是以援引国的国内法为依据进行判断,还是以争端当事方都是缔约方的某一项国际环境条约为依据进行判断?

以通过确定援用国与全球气候之间有着“充分的联系”从而能够以 GATT 第 20 条第 7 款证明正当。

#### (四) 降低了成功援用第 20 条第 7 款的难度

对于第 20 条第 7 款“关于……养护”要求的理解,经过了一个“从严到宽”的发展演变的过程,这也反映了多边贸易体制对环境保护目标的“从忽视到重视”、“从自由贸易优先到兼顾环境保护”态度的演变。在 GATT 时期,专家组一方面将“可穷竭的自然资源”的范围作扩大解释,另一方面却担心第 20 条第 7 款下的“关于养护”的标准太宽松,会导致第 20 条第 7 款的滥用。所以,在相关案例中,尽管专家组认识到第 20 条第 7 款与第 20 条第 2 款的措词和要求不同,但是仍将“关于养护”严格解释为“首要目的旨在”。有学者批评这种解释,理由是“首要目的旨在”要求实际上给援用方施加了与第 20 条第 2 款下的“所必需的”要求相同的义务<sup>①</sup>。

进入 WTO 时期后,在相关案例中,争端解决机制虽然并没有排斥使用“首要目的旨在”的措词,但是,与 GATT 专家组不同,WTO 争端解决机制强调用“养护目的与措施之间的密切而真实的关系”来考察有关措施是否满足了“关于……养护”要求。“汽油标准案”和“第一龙虾—海龟案”上诉机构报告明确指出,“关于”不是“所必需的”,也就是说,要证明“关于”,无须证明“没有其他替代措施”,而只需证明有关措施“在大体上合理地联系着”保护特定环境事项的目标即可。显然,与证明“首要目的旨在”相比,证明“大体上合理联系着”的难度更低。它意味着,一项国内措施即使其首要目的不是为了保护可穷竭的自然资源,只要能够证明它和所追求的环保目标之间有“合理联系”,也可以证明该措施在第 20 条第 7 款下的正当性。从环境保护的角度看,从“首要目的旨在”转到

<sup>①</sup> Petros C. Mavroidis, *Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 1, p. 84.

“合理联系着”,是 WTO 关注全球环境问题的一个可喜的变化。从条约解释的角度来说,它也是一种合理的解释。与“首要目的旨在”的解释相比,把“关于”解释为“大体上合理联系着”更加符合“关于”措词的通常含义。同时,它也有利于维持各成员在第 20 条第 7 款下保护特定环境事项的权利和其他成员在 WTO 下的实体性权利之间的平衡。有学者担心,将“关于”的解释标准降低,将会导致发达国家可以通过“贸易保护和环境保护参半”的措施来限制来自其他成员,特别是发展中国家成员的产品,而又能依据第 20 条第 7 款证明正当<sup>①</sup>。我们认为,不排除这种担心变成现实的可能性。但是,也不应夸大降低第 20 条第 7 款的条件的负面作用。因为按照第 20 条各单项例外和第 20 条前言的结构和功能分工,第 20 条第 7 款是对各成员为保护特定的环境事项采取贸易措施的权利,如果对第 20 条第 7 款下的条件施加过于严格的解释,将使各成员的这一权利成为不可实现的权利,进而导致第 20 条第 7 款的多余或无效。同时,在承认各成员在第 20 条第 7 款下的权利后,可以通过第 20 条前言来规范其适用方式,确保援用方善意行使其权利,防止滥用或错误使用。

此外,将“关于”解释为“合理的联系着”,还可能会产生另一个法律结果。我们知道,第 20 条第 2 款规定“为保护人类、动植物的生命或健康所必需的”,而第 20 条第 7 款规定“关于养护可穷竭的自然资源”。在 GATT 时期,为证明其保护特定的环境事项,特别是为了保护海洋生物的措施的正当性,有关国家既援用第 20 条第 7 款“关于养护可穷竭的自然资源”,也援用第 20 条第 2 款“为保护动物的生命或健康所必需的”。而现在,既然第 20 条第 7 款“关于养护可穷竭的自然资源”下“关于”要求明显低于第 20 条第 2 款下的“所必需的”要求,所以,在争端解决实践中,其环保贸易措施

<sup>①</sup> Petros C. Mavroidis, *Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation*, *Journal of World Trade*, Vol. 34 (2000), No. 1, p. 84.

被诉的成员将倾向于援用第 20 条第 7 款而不愿再援用“为保护动植物的生命或健康”的第 20 条第 2 款。这样,第 20 条第 2 款将更多地用于保护公共健康,而第 20 条第 7 款更多地用于环境保护,从而使第 20 条第 7 款和第 20 条第 2 款在实践中出现了“功能上的分工”。

#### (五) 将 WTO 之外的国际环境法规范作为解释依据

GATT 时期专家组在解释第 20 条第 7 款和第 2 款时,排除 GATT 之外的国际法规范作为解释依据。有学者因而批评 GATT 是一个“自我封闭的”法律体系。在 WTO“第一龙虾—海龟案”中,上诉机构在考察海龟是否是“自然资源”的问题时,引用了 WTO 框架外的国际环境条约,如 1982 年《联合国海洋法公约》第 36 条、第 61 条和第 62 条、《生物多样性公约》、《21 世纪议程》和《养护野生动物的游动种群公约》等作为其“自然资源常常既包括无生命的自然资源,又包括有生命的自然资源”结论的重要论据。而在考察海龟是否是“可穷竭的”的这一“技术性的”问题上,上诉机构除了依据当事方和第三方的同意外,还引入了《濒危野生动植物物种国际贸易公约》等 WTO 之外的条约作为其解释依据。在论证“同时代发展”原则时,引用了国际法院在“纳米比亚咨询案”和“爱琴海大陆架案”中的意见乃至《奥本海国际法》等国际法权威学说作为解释依据。当然,国际环境条约在 WTO 法中的法律地位还是一个不确定的问题。

#### (六) 有条件地允许非政府组织发挥作用

在“第一龙虾—海龟案”中,专家组拒绝采信并驳回由世界野生动植物基金等环境保护非政府组织提交的书面报告,而只考虑了专家组自行选定的技术专家所作出的咨询意见。这种做法引发了国际社会,特别是支持国际环境保护的各国政府和非政府组织的强烈批评。上诉机构在其审查中,推翻了专家组的上述意见。

它认为,接受非政府组织提交的非经要求的(non-requested)书面报告并不违反 DSU 的规定。在“第二龙虾—海龟案”中,专家组就接受了多个非政府组织提交的书面报告。多边贸易体制对非政府组织久闭的大门终于敞开。这表明 WTO 开始重视非政府组织在贸易与环境的国际协调中的应有地位,也为非政府组织在 WTO 涉及贸易与环境的争端中发挥适当作用提供了可能。

#### 四、遗留问题:国际环境条约在 WTO 法中的地位

##### (一)国际环境条约与 WTO 法的共存与相互支持

根据 WTO 统计的资料,在 200 个国际环境条约中大约有 20 个条约规定了用贸易来实现环境保护目标的体制<sup>①</sup>,而在近年来,这种带有贸易影响作用的多边环境立法趋势仍在继续<sup>②</sup>。一方面,对于在国际环境条约中规定贸易限制措施这种做法的普遍看法是,虽然这不是解决环境问题的唯一的办法,也不是最有效的办法,但是在一定的情况下,这种方法的确能发挥重要作用。另一方面,从表面上看,这些国际环境条约的相关限制贸易的规定与 GATT/WTO 的基本义务不符<sup>③</sup>。这就引发了一个问题:即多边贸易体制的规则和国际环境条约中的贸易限制措施的规则,以及这些条约中规定的争端解决机制之间的关系应如何界定?WTO 强

① 比如,1973 年通过并于 1975 年生效的《濒危野生动植物物种国际贸易公约》,1989 年通过并于 1992 年生效的《控制危险废弃物的跨境流动及其倾倒的巴塞尔公约》,1987 年通过并于 1989 年生效的《关于破坏臭氧层的物质的蒙特利尔议定书》,参见 WTO 官方网站网上资料。

② 如 1998 年《为在国际贸易中的特定的危险化学品和杀虫剂的先期提及的同意程序的鹿特丹公约》以及 2000 年《关于 1992 年生物多样性公约的生物安全性议定书》。这两个条约尚未生效。参见 Frank Biermann, *The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North-South Conflict*, *Journal of World Trade*, Vol. 35(2001), No. 3, pp. 421~448.

③ 如 GATT 第 1 条、第 3 条和第 11 条等。

调贸易自由化,会不会像很多发达国家的政府和环境主义者所担心的那样,将削弱国际环境条约的有效性?从 GATT/WTO 的实践看,这种担心是多余的。迄今为止,这些条约与 WTO 协议在 WTO 中,特别是在 WTO 争端解决机制中,都实现了“和平共存”<sup>①</sup>。我们认为,在大多数情况下,WTO 规则与国际环境条约之间不是相互排斥与冲突的关系,而是相互支持与协调的关系。因为:

首先,在 WTO 方面来说,其序言表明,“贸易与环境”已经成为其并行不悖的两个宗旨,WTO 争端解决机制的若干案例表明,WTO 不再把贸易自由化作为优先于环境保护的目标,而是希望在两者之间实现兼顾和平衡。

其次,从条约法的角度来说,WTO 的成员也大多是有关国际环境条约的缔约国<sup>②</sup>,WTO 既然不是一个“自我封闭”的条约体系,那么在有关争端当事方都是某一国际环境条约的缔约国而对 WTO 规则进行解释和适用的时候,就不能不考虑该国际环境条

---

① 之所以出现了这一法律现象,一个客观原因是因为在 GATT/WTO 争端解决机制中,还没有一个争端直接针对一个国际环境条约进行起诉。在“第一龙虾—海龟案”中,专家组沿袭多边贸易体制的一贯的观点,鼓励 WTO 成员缔结处理国际环境条约,然而,专家组并没有明确地论述当有关国际环境条约的缔约国只包括一部分 WTO 成员时,WTO 争端解决机制能不能和在何种程度上将这些条约作为解释的渊源的问题。

② 如《濒危野生动植物物种国际贸易公约》已经被 90% 的 WTO 成员批准;《联合国气候变化公约》已经被 97% 的 WTO 成员批准;1987 年《蒙特利尔议定书》已经被 96% 的 WTO 成员批准;《蒙特利尔议定书 1990 年修正议定书》已经被 84% 的 WTO 成员批准;《巴塞尔公约》已经被 81% 的 WTO 成员批准;《蒙特利尔议定书 1992 年修正议定书》已经被 69% 的 WTO 成员批准。参见 Frank Biermann, *The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North-South Conflict*, *Journal of World Trade*, Vol. 35(2001), No. 3, pp. 421~448.

约中的规定<sup>①</sup>。从 GATT 一般例外条款的措词看,留下了广阔的解释的空间,而从争端解决的实践看,它的确往往被广义地解释。在法律上,只要有关贸易限制的援用方能够符合一般例外条款的前言,那么它就能够以一般例外为依据,运用贸易方法来实现环境目标。另外,在 WTO 的有关案例中,还把多项国际环境条约的规定作为第 20 条的一种解释依据。通过这种方法,WTO 规则与国际环境条约就能实现相互支持与协调。

## (二)有关 WTO 成员不是其缔约国的环境条约与 WTO 法的关系问题

但是,也必须同时注意到另一种情况,即有关国际环境条约的缔约国有限的情况。在这种情况下,只有有关贸易措施的援用方是该环境条约的缔约国,而受到贸易措施不利影响的 WTO 成员并不是该环境条约的缔约国。甚至有的多边国际环境条约就要求缔约国限制或禁止与非缔约国进行有关产品的贸易,如蒙特利尔议定书、巴塞尔公约和 CITES 等<sup>②</sup>。这些国际环境条约条款引出了两个问题,首先,从经济学的观点看,要求缔约国禁止和限制与非缔约国的贸易真正是必要的和值得的吗?其次,当这些条款歧视性地适用于来自非缔约国的出口或进口时,是与援用国在普遍国际法或 WTO 法下的义务相一致吗?所以,对于有关 WTO 成员并不是其成员的国际环境条约是否可以作为 GATT 第 20 条的解释渊源和在何种程度上用于解释第 20 条的问题,其答案尚不确定。在未来发生这样的争端时,需要由 WTO 争端解决机制根据具体个案的情况来审查该国际环境条约是否属于一般例外条款的

① 有一种观点认为,在这种情况下,甚至可以把这类国际环境条约看作为“特别法”,根据“特别法优于一般法”的原则,使这类国际环境条约优于 WTO 的规则。参见 WTO 网站网上资料。

② Vinod Rege, *GATT Law and Environment-Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries*, *Journal of World Trade*, Vol. 30(1996), No. 2, p. 122.

范围。有的学者还认为,这样的贸易措施往往被认为是单边措施,在产生争端时,应优先考虑用谈判和协商的方式解决<sup>①</sup>。也有的学者赞成由 WTO 有关机构用集体解释的方式来解决这一问题<sup>②</sup>。

如果将贸易与环境比喻为一座天平的两端,那么,从上诉机构在“第一龙虾—海龟案”中的裁决可以看出,在这一天平上,已经悄悄地向环境一方倾斜。在“可持续发展”已经成为世界政治与经济中的一个重要主题的背景下,这一倾斜本来无可厚非。但是,必须提请注意的是,同样是以环保为目的贸易限制措施,国际环境条约中的以环保为目的的贸易限制措施与个别国家单边实施的以环保为目的的贸易限制措施是不同的。而上诉机构的裁决并未在这两者之间作出区别。所以,这一倾斜在一定程度上将为某些国家采取单边环境政策打开方便之门。我们不难预想:只要 WTO 成员的贸易限制措施与第 20 条前言相符,它就可以依据第 20 条第 7 款,要求其他成员遵守特定的以环保为目标的加工和生产方式。这就导致一个不公平的结果:出口国虽然没有参与进口国的生产方式标准,却不得不遵守进口国单边实施的生产方式标准。因为只有这样,才能确保其出口市场。这反过来会增加中小国家,尤其是发展中国家的生产成本,从而使其失去比较优势,进而损害其利

---

① Frank Biermann, *The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North-South Conflict*, *Journal of World Trade*, Vol. 35(2001), No. 3, pp. 421~448.

② 这位学者认为,用集体解释的方式来解决“国际环境条约与 WTO 法的关系”问题是最佳的方式,它有省时有效、(WTO 法和国际环境条约之间)互不干涉和容易被接受等几个优点。参见 Petros C. Mavroidis, *Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation*, *Journal of World Trade*, Vol. 34(2000), No. 1, pp. 77~78.



益<sup>①</sup>。而如果以一种能够体现发展中国家利益的国际环境条约为标准,将最大限度地避免上述情况的发生。

2001 年 11 月 WTO 多哈部长会议上,各成员同意就现行 WTO 条款与国际环境条约中有关条款的关系举行谈判<sup>②</sup>。我们期待着新一轮回合的多边贸易谈判能够就贸易与环境,特别是 WTO 规则与国际环境条约的关系达成相关协议。

## 第四节 成功援用 WTO 环境保护 例外条款的条件

一、GATT 第 20 条第 2 款“保护动植物生命或健康所必需的”  
要成功援用第 20 条第 2 款“保护动植物生命或健康所必需的”,必须同时符合下列条件:第一,有关措施是为了保护动植物的生命或健康;第二,该措施是为了实现上述政策目标所必需的;第三,同时符合前两个条件后,还要满足前言的要求。对于第二个条件和第三个条件,可以参照第四章第五节的论述。在这里只讨论一个问题,即是否允许“保护域外动植物的生命或健康”的问题。

在“第一金枪鱼案”中,专家组认为,第 20 条第 2 款对保护域

---

① 对此,狄纳·图斯(Diana Tussie)认为,发达国家对发展中国家的环境政策的结果是环境问题地位的提升将导致有利于北方(发达国家)的国际市场。参见 D. Tussie, *The Environment and International Trade Negotiations: Open Loops in the Developing World*, *The World Economy*, Vol. 22(1999), pp. 535~545. 经合组织也认为,“出口方所依赖的、有广大市场的大国,与国内市场更小的小国相比,将更容易影响其他国家的加工和生产方式。因此,美国和欧盟将更能影响在其他国家的环境政策。而小国不能成功的对大国实施贸易限制”。参见 OECD, *Process and Production Methods (PPMs): Conceptual Framework and Considerations on Use of PPM-based Trade Measures* 转引自 Frank Biermann, *The Rising Tide of Green Unilateralism in World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North-South Conflict*, *Journal of World Trade*, Vol. 35(2001), No. 3, pp. 421~448.

② 参见本章第五节有关论述。

外动物的生命或健康问题并没有明确规定。它通过考察 GATT 的立法历史,得出第 20 条第 2 款“保护动植物的生命或健康”并不允许“域外保护”的结论。

迄今为止,WTO 争端解决机制尚未处理过涉及第 20 条第 2 款“保护动植物生命或健康”的案例,这就留下了一系列悬而未决的问题:WTO 现在对为保护动植物生命或健康的“所必需的”的含义的看法是什么?与 GATT 相比,有什么变化?是不是可以象“第一龙虾—海龟案”上诉机构对第 20 条第 7 款的解释那样,允许在特定情况下的“域外适用”?是否可以将其与“石棉案”专家组和上诉机构的关于保护人类生命或健康“所必需的”的解释联系起来理解?如果是,既然“所必需的”将根据目标的重要性来决定,那么,为保护“动植物生命或健康”和“人类生命或健康”这两个目标的重要性有无差异?差异的程度如何?这种差异导致它们各自的“所必需的”的决定标准有什么差异<sup>①</sup>?或者是否可参照“韩国牛肉零售体制案”和“阿根廷皮革案”中专家组和上诉机构关于第 20 条第 4 款下的“所必需的”含义的解释进行理解?是否可以将其与 SPS 协议下的有关论述联系起来理解?这些问题有待 WTO 争端解决机制在未来的案例中作出澄清。

## 二、GATT 第 20 条第 7 款条件之一:“可穷竭的自然资源”

要成功援用 GATT 第 20 条第 7 款,必须同时符合以下四个条件:第一,该措施是为了养护“可穷竭的自然资源”;第二,该措施是“关于”养护可穷竭的自然资源;第三,该措施与对国内的生产或消费一道实施;第四,实施该措施的方式要符合第 20 条前言的要

---

① 在 SPS 协议中,就在一定程度上进行了这种区别。对于人类或动物生命或健康而言,危险可能是所谓的“来自食品的危险”;而对于人类、动物或植物的生命或健康而言,危险可能是所谓的“病虫害危险”。这两种危险的性质和危害程度有所区别,对它们进行的危险评估的义务也相应地会有所不同。

求。对于第四个条件,本书第四章已作论述。

援用第 20 条第 7 款实施的贸易措施所要保护的事项应是“可穷竭的自然资源”。它既应是“自然资源”,还应是“可穷竭的”。从 GATT/WTO 争端解决机制的相关案例看,GATT/WTO 争端解决机制对“可穷竭的自然资源”的含义采取了扩大解释的方法。首先,“自然资源”不仅包括石油、矿产品等矿藏自然资源,也包括纯净的空气等大气自然资源;不仅包括无生命的自然资源,也包括海豚、海龟等有生命的自然资源。其次,在考察所涉自然资源是否符合“可穷竭”和“自然资源”这两个要素时,采用比较宽松的、当然也带有一定客观性的标准,即考察争端当事方是否对有关资源是“可穷竭的自然资源”达成共识,或考察在有关国际环境条约中是否规定了保护有关资源。

“美国金枪鱼案”专家组认为,争端双方都认为金枪鱼鱼类是需要养护管理的可穷竭的自然资源,而且,双方都参与了旨在更好地养护该种鱼类的国际公约。所以,金枪鱼鱼类属于“可穷竭的自然资源”<sup>①</sup>。“鲱鱼和鲑鱼案”专家组同意鲱鱼和鲑鱼是可穷竭的自然资源。“汽油标准案”当事方同意“净化的空气”是可穷竭的自然资源。专家组和上诉机构也同意这一观点<sup>②</sup>。“第一龙虾—海龟案”经过详尽的论证,确认可再生的动物也属于“可穷竭的自然资源”。

### 三、GATT 第 20 条第 7 款条件之二:“关于养护”

在 GATT 时期,尽管专家组认识到第 20 条第 7 款与第 20 条第 2 款的措词和要求不同,但是仍将“关于养护”严格解释为“首要目的旨在”。有学者批评这种解释,理由是“首要目的旨在”要求实际上给援用方施加了与第 20 条第 2 款下的“所必需的”要求相同

① 1994 年“第二金枪鱼案”专家组也认为金枪鱼是可穷竭的自然资源。

② 1994 年“汽车税案”专家组也认为净化的空气是可穷竭的自然资源。

的义务。

在“汽油标准”案中,对于“首要目标旨在”的含义,上诉机构首先明确指出:第20条第7款不含有“所必需的”要求。上诉机构认为,专家组似乎将“所必需的”要求不仅适用于美国有关措施是否符合第20条第2款的过程中,也适用于审查其是否符合第20条第7款的过程,专家组未“依条约用语的原意并按上下文参照其宗旨和目的,善意予以解释”的习惯国际法规则,来解释第20条第7款的规定<sup>①</sup>。上诉机构经过论证后指出,第20条第7款是与第2款、第4款不同的,并不包含“所必需的”要求。其次,上诉机构进一步提出:“关于……养护”是指“(措施与养护清洁空气之间的)实质性关系(substantial relationship)也即“目的与手段之间的紧密而真实的关系”<sup>②</sup>(a close and genuine relationship of ends and means)。

在“第一龙虾—海龟案”中,上诉机构引用了上述“汽油标准案”中形成的观点。为此,它考察了美国的有关措施与其养护目标之间的关系。在考察方法上,它将考察的重点放在了对美国有关

① 上诉机构指出《WTO争端解决规则及程序的谅解》(DSU)第3条第2款规定:“……按照国际公法解释的习惯规则澄清这些协定的现行规定”。而1969年《维也纳条约法公约》第31条“解释的一般规则”规定“条约应依其用语按其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”。这一规定,完全符合“解释习惯规则”的条件。DSU的这项规定“反映了不能把GATT与国际公法隔离开来理解”。该上诉机构认为,专家组报告对第20条各款所用的文字差异,未予充分重视。第20条列举了WTO各成员的多种政府行为、法律或规章,它们属于贸易自由化领域之外,又可为不同的合法国家利益或政策而颁布或实施。在处理它们与所审查的“措施”之间的关系时,使用了各种不同的词,如“所必需的”(necessary)(第1款、第2款、第4款)、“关于”(relating to)(第3款、第5款和第7款)、“为履行”(in pursuance of)(第6款)、“涉及”(involving)(第9款)。专家组的论证会导致下列观点,即认为WTO成员意在要求在被审查的措施和被寻求促进或实现的各种国家利益或政策的联系或关系有同样的种类和程度。因此,这一观点是不合理的。

② “汽油标准案”上诉机构报告第19页。

措施的总体结构和设计( general structure and design )的考察上。在这方面,上诉机构认为,美国的有关措施的总体设计和结构是相当集中的( fairly narrowly focused )。虽然美国的禁止措施有两个例外,但这两个例外都明显而直接地关系到( relate clearly and directly to )养护海龟的政策目标。所以,美国的措施在关于养护海龟的政策目标时,并没有适用于不相称的过宽的范围( not disproportionately wide in its scope and reach )。上诉机构因而确认,美国的有关措施“在大体上合理地联系着( in principle reasonably related )海龟保护与养护的目的<sup>①</sup>,因而符合“关于……养护”要求<sup>②</sup>。

在“第二龙虾—海龟案”中,美国提出初步证据,证明其有关执行措施是符合第 20 条第 7 款要求的。对此,马来西亚没有提出反驳或提出第 20 条第 7 款项下的任何诉求或主张。专家组认为,尽管美国在“第一龙虾—海龟案”中的有关措施在第 20 条第 7 款下的正当性是“暂时的( provisionally justified ),但是,经专家组初步认定,就第 20 条第 7 款而言,截止到专家组建立时,美国的执行措施是与“第一龙虾—海龟案”上诉机构所审查的措施是相同的( identical )。既然在“第一龙虾—海龟案”中,上诉机构确认美国的有关措施符合第 20 条第 7 款“关于”和“与国内生产或消费一道实施”的要求,那么,在本案中,美国的执行措施也符合第 20 条第 7 款下“关于”和“与国内生产或消费一道实施”的要求。当然,这一

① 在这里,上诉机构使用了“in principle”这一措词。从这一措词的通常含义看,有两种含义:一种是“原则上( as far as basic principle are concerned );另一种是“大体上”( in general but not in detail )〔英 霍恩比著,李北达编译《牛津高阶英汉双解词典(第四版)》,商务印书馆、牛津大学出版社 1997 年版,第 1172 页〕。我们认为,对“in principle”应采取后一种理解。因为上诉机构在这里使用这一措词背后所隐含的动机是:有关保护特定环保事项的措施在第 20 条第 7 款下是合法的,但如果其具体适用中的某些细节没有满足第 20 条前言的要求,就有可能被确定为不合法。

② “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 141 段。

符合同样是“暂时符合”<sup>①</sup> (provisionally justified)。

因此,在 WTO 争端解决机制中援用第 20 条第 7 款时,要提出初步证据,证明有关措施满足 GATT 第 20 条第 7 款“关于……养护”要求。它不要求证明“不存在其他替代措施”,只需证明有关措施“在大体上合理地联系着”保护特定环境事项的目标即可。具体说来,应当证明有关措施在总体设计和结构上,与环保目标之间存在“实质性关系”,也即“目的与手段之间的紧密而真实的关系”。换句话说,有关保护特定环境事项的贸易措施的总体设计和结构没有过宽,而是明确而直接地关系到保护特定环境事项的目标。

此外,有必要注意的是,在考察“关于”要求时,WTO 争端解决机制将考察的重点放在了对援用方的有关措施的“总体结构和设计”的考察上。在前一章中我们提到“石棉案”和“第二龙虾—海龟案”的专家组在考察有关措施是否满足第 20 条前言意义上的“不构成对国际贸易的伪装起来的限制”时,也是从考察有关措施的“设计、建构和表现出来的结构”来判断该措施是否“并非旨在掩盖限制贸易的非法目的”<sup>②</sup>。我们认为,将“关于”要求的考察重点放在“总体设计和结构”上,暗示着 WTO 争端解决机制试图使“关于”要求成为防止“限制贸易的非法目的”的一个检验标准。当然,对第 20 条第 7 款下的“关于”采取考察“总体结构和设计”的方法,服务于确保“有关措施合理地联系着环保目的”,而对第 20 条前言的“不构成对国际贸易的伪装起来的限制”采取考察“设计、建构和表现出来的结构”服务于确保“有关措施不是为了掩盖限制贸易的非法目的”,两者不会也不应该形成功能上的重叠。

① “第二龙虾—海龟案”专家组报告第 5.33~5.42 段。当事双方对专家组的这一结论都未提出上诉。

② 参见本书第四章第六节有关论述。

#### 四、GATT 第 20 条第 7 款条件之三：“与国内生产或消费一道实施”

在“鲑鱼和鲑鱼案”中，专家组认为第 20 条第 7 款中的“一道实施”的解释必须保证在该条款下可能采取的行为的范围与总协定的目的相适应。因此，在专家组看来，如果一项贸易措施的首要目的旨在使国内的生产限制有效果，那么它就可被视为是与生产限制“一道实施者”。

在“汽油标准案”中，上诉机构认为：“made effective”可被解释为“生效（operative, in force or come into effect），而“in conjunction with”可被理解为“一起（together with or jointly with）。总之，第 20 条第 7 款这一规定的含义是：像基准确定规则那样的政府措施应与对自然资源的国内生产或消费的限制共同颁布或生效。所以，“与国内生产或消费一道实施”应被解释为要求该限制措施不仅是对进口汽油的也是对本国汽油的。在实施以养护为由的限制时，对可穷竭的自然资源的生产或消费的限制应当“不偏不倚”<sup>①</sup>（even handedness）。另外，“或”是一个反义连接词，这表明，在“国内生产限制”和“国内消费限制”中，只要有某一项实施即可<sup>②</sup>。

在“第一龙虾—海龟案”中，上诉机构引用了“汽油标准案”中形成的观点。为此，它审查了美国对进口龙虾所施加的限制是否也施加给了美国捕虾拖网渔船所捕捞的龙虾。上诉机构审查了美国对国内龙虾捕捞施加保护海龟要求的法律法令的制定及其具体施行（如惩罚机制等）的情况，最后得出结论，美国的养护海龟的措施大体上（in principle）是不偏不倚的。因而满足了第 20 条第 7 款“与国内生产或消费一道实施”的要求<sup>③</sup>。

① 在这里遗留了一个疑问：“不偏不倚地适用于国内外的生产或消费”会不会与第 20 条前言“不构成相同条件下国家间任意或无端的歧视”要求出现功能上的重叠呢？

② “汽油标准案”上诉机构报告第 20～21 页。

③ “第一龙虾—海龟案”上诉机构报告第 143～145 段。

因此,要满足第 20 条第 7 款“与国内生产或消费一道实施”的要求,应当提出初步证据,证明对可穷竭的自然资源的生产或消费实施限制时,对国内生产或消费和对国外生产或消费“不偏不倚”。如果所有的限制只施于进口产品,而对国内生产的类似产品根本没有施加任何限制,则该措施显然难以符合“与国内生产或消费一道实施”的要求。

## 第五节 中国对 WTO 环境保护 例外条款的应有对策

一、中国在 WTO 新一轮回合“贸易与环境”问题谈判中的应有立场

由于 WTO 一直回避将环境问题纳入其直接调整范围,而且在其成立以来处理的几件重大的环境贸易争端中作出了不利于环保措施的实施方的裁定。这使它被误解为“环境保护的巨大障碍”。1999 年 11 月召开的 WTO 西雅图部长会议未能发动新一轮多边贸易谈判,其中的部分原因就是由于来自环境保护的非政府组织等方面的强烈反对。面对环境问题已渗透到国际贸易的各个层面的事实,WTO 在新一轮多边贸易谈判中已很难再将贸易与环境的问题排除在外。2001 年 11 月 9 日~14 日在多哈举行的 WTO 第四届部长会议上,经过 6 天艰苦、激烈的谈判,通过了《部长会议宣言》等文件。与会的 142 个成员一致同意启动新的多边贸易谈判。关于贸易与环境问题,各成员同意就现行 WTO 条款与国际环境条约中有关条款的关系举行谈判,并削减或消除环境产品和服务的关税与非关税壁垒。根据《部长会议宣言》,所有谈判应当在 2005 年 1 月 1 日前结束。经总理事会授权,谈判将由世贸组织贸易谈判委员会负责监督。该委员会在 2002 年 1 月 31 日



前举行首次会议,建立相应的谈判机制,并监督谈判的进展情况<sup>①</sup>。作为世界上最大的发展中国家,中国应在 WTO 新一轮多边贸易谈判中有关贸易与环境的议题上采取什么立场呢?对此,我们初步提出下列原则性的建议:

1. WTO 成员采取为环境保护目标的贸易措施时应遵守 GATT 第 20 条和 GATS 第 14 条的义务,特别是其前言的义务

即为环境目的所实施的措施不应构成任意的和无端的歧视,或对国际贸易的伪装起来的限制。这一要求也与《里约热内卢环境与发展宣言》第 12 项原则的规定相一致。

2. WTO 成员,特别是进口国应避免对本国主权管辖之外的环保事项采取单边行动

为跨国境的或全球性的环保问题所采取的贸易限制措施应基于国际条约或国际习惯法。对此,WTO 有关机构,如部长会议或总理事会,应制定一份国际环境条约的清单,WTO 成员可以根据这份清单中所列举的国际环境条约中规定的贸易限制条款,援用 GATT 第 20 条和 GATS 第 14 条,实施涉及跨境的全球性的环保问题的贸易限制措施,包括针对域外加工和生产方式的贸易限制措施。

3. 在 WTO 贸易与环境问题的法律框架中,应当考虑经济发展水平的不同从而充分照顾发展中国家的利益

基于 WTO 对发展中国家的特殊和差别待遇原则和国际环境法中的“共同但有区别”的责任原则,在谈判制定 WTO 贸易与环境问题的多边协议时,应充分保证发展中国家享有特殊和差别待遇,发达国家不应该要求发展中国家接受过分高的环境标准。同时,发达国家还应向发展中国家提供技术和资金的援助,以帮助发展中国家提高其环境保护的能力。

---

<sup>①</sup> DOHA WTO MINISTERIAL 2001, *Ministerial Declaration*, WT/MIN(01)/DEC/1, Adopted on 14 November 2001.

## 二、防范产生涉及环保贸易措施的争端的对策

初步研究表明,我国现有的有关环境保护例外的国内法规定是与WTO的有关规定基本一致的<sup>①</sup>。在加入WTO后,中国可以依据这些国内法规定为保护环境实施贸易限制措施。在依据国内法规范为环境保护目的实施贸易措施时,我国也应充分重视WTO环境保护例外条款适用的条件,尽量使有关措施事前符合WTO法的相关规定,切勿滥用和错误使用。同时,我们应及时识别其他WTO成员滥用环境保护例外条款对我国实施的贸易限制,并倚重WTO争端解决机制等相关机制要求其修正或撤销该措施。对此,我们建议:

1. 在政府管理层面上,应加强对WTO环境保护例外条款的培训教育,提高技术部门和官员对有关条款的了解

---

① 我国1994年《对外贸易法》与WTO环境保护例外条款相关的条款主要有第16条:“属于下列情形之一的货物、技术,国家可以限制进口或者出口:(二)国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的国内资源,需要限制出口的;……(七)根据中华人民共和国所缔结或者参加的国际条约、协定的规定,需要限制进口或者出口的。”第17条:“属于下列情形之一的货物、技术,国家禁止进口或者出口:(三)破坏生态环境的;(四)根据中华人民共和国所缔结或者参加的国际条约、协定的规定,需要禁止进口或者出口的。”(这里的“国际条约、协定”应当包括国际环境条约)第21条:“对文物、野生动植物及其产品货物、物品,其他法律、行政法规有禁止进出口或限制进出口规定的,依照有关法律、行政法规的规定办理。”第24条:“国家基于下列原因之一,可以限制国际服务贸易:(二)为保护生态环境。”2002年1月1日起正式施行的《货物进出口管理条例》第8条和第33条也规定对有《对外贸易法》第17条下的情形的货物禁止进出口,第10条规定有《对外贸易法》第16条(七)项下的货物限制进口,第35条规定有《对外贸易法》第16条(二)(七)项下的货物限制出口。在为保护环境的贸易措施的具体实施上,还有《进出口商品检验法》及其《实施条例》等几个重要的法律法规。参见第四章第八节有关论述。《对外贸易法》第16条和第17条分别用“可以限制进出口”和“禁止进出口”的措词,似乎体现了立法者对这些条款所列目标的不同的重视程度。“限制”和“禁止”固然对实现某一公共政策目标的效果不同,但是其要实现的目标有层次上的差别吗?比如:“为有效保护可能用竭的国内资源,需要限制出口的”与“破坏生态环境”有什么联系?又有什么区别?

在此同时,应深入研究 WTO 其他成员的环境立法和贸易政策。具体建议是(1)组织专门的人力、物力研究其他国家的环境立法以及环境贸易壁垒体系,并认真总结国内外各种突破此类壁垒的经验和教训,从而使本国的出口商品符合其他国家的环境标准(2)建立一个“环境壁垒”数据库,其中包括世界各主要国家的环境法规和技术标准、商品合格评定的程序以及各类商品现有的各类区域环境标准和国际环境标准等数据。这样可以使我国企业知己知彼,在利用标准争夺市场、抢占市场时不至于处于被动地位,从而打破其他国家的贸易壁垒,积极发展我国出口贸易。

## 2. 建立健全环境标志制度<sup>①</sup>

在强制性的环境标志方面,我国于 1993 年公布了环境标志图形<sup>②</sup>,1994 年 5 月 17 日在北京正式成立了中国环境标志认证委员会,该委员会代表国家对环境标志产品实施认证。为了使环境标志的管理规范化、制度化,维护企业和消费者的权益,确保环境标志的真实性、可靠性和权威性,把我国有利于环保的产品推向国际市场,我国应尽快制定环境标准管理条例,对环境标志的申请条件、审查标准和程序、申请要求和期限、管理机构、法律责任等作出规定,并由有关管理部门制定具体实施办法<sup>③</sup>。应注意中央和地方强制性的环境标志制度“有法可依”和执行上的最惠国待遇和国

---

① 环境标志,又称生态标志、绿色标志、环境标签等,它是由政府环境管理部门依据有关的法规、标准向一些商品颁发的一种张贴在产品上的图形,用以标识该产品从生产到使用以及回收的整个过程都符合规定的环境保护要求,对生态环境无害或危害极小,并易于资源的回收和再生利用。环境标志产品的范围主要是那些对人类和环境有危害、但采取适当措施后就可以减小或消除危害的产品。实施环境标志可以使公众清楚地看出产品在环境保护方面的差异,提高公众的环境保护意识,还可以增强企业在市场上的竞争能力。

② 我国环境标志图形的中心由青山、绿水和太阳组成,表示人类赖以生存的环境,外围是 10 个紧扣的“环”,表示公众参与,共同保护环境。

③ 王曦、秦天宝《加入 WTO 对我国环境保护的影响及其法律对策》,武汉市法学会 2000 年《中国加入 WTO 法律问题研讨会论文集》,第 349 页。

民待遇以及透明度原则。同时,我国应大力鼓励和协助各有关行业协会制定或形成非强制性的环境标志,这尚且是 WTO 法的“真空区域”<sup>①</sup>。我们可以通过在这一领域实施非强制性的环境标志的方法,加强我国产品在国内市场的竞争力,确保我国相关产业的利益。

### 3. 应加强对涉及环境保护例外条款的案例的研究<sup>②</sup>

实践表明,相关环保贸易措施争端的案例涉及的问题往往是 WTO 成员密切关注的重大问题,并往往经历了完整的争端解决程序。通过对这些案例的研究,可以使我们充分了解 WTO 成员为合法地采取或维持为保护环境的贸易措施必须符合的条件,如必须掌握的证据、应依据的法律条文以及应采取的实施流程。相信这些研究将极大地促进我国的立法和执法部门对环境保护例外条款的了解,从而正确地实施相关措施,防止产生涉及环保贸易措施的争端。

### 4. 在为保护特定环境事项制定和实施有关措施时,应尽量保持措施与目的一致

有关保护特定环境事项的贸易措施的总体设计和结构不应过于宽泛,而是直接服务于保护特定环境事项的目标。如果在实施贸易限制或禁止措施中允许特定的例外,这一例外应直接与保护

---

① 在 WTO 现行法律框架中,TBT 协议是和环境标志的关系最密切的一个多边协议。但是,对于具有强制性的“技术法规”和具有自愿性的“标准”,TBT 协议对各成员施加了不同的义务。即在 TBT 协议下,WTO 成员对于自愿性的不具有强制性的标准承担的义务要低于技术法规方面承担的义务。另外,对于产品的生产和加工方法而言,TBT 协议只规范各国对与产品特性有关的生产和加工方法的管理。而对与产品特性无关的生产和加工方法的管理,TBT 协议没有明文规定。而环境标志制度中就涉及与产品特性无关的生产和加工方法的管理。在这一意义上,它属于一个“真空区域”。参见 Seung Wha Chang, *GATTing a Green Trade Barrier——Eco-labelling and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade*, *Journal of World Trade*, Vol. 31 (1997), No. 1, pp. 137~159.

② 这方面的案例包括“汽油标准案”、“第一龙虾—海龟案”和“第二龙虾—海龟案”等。

特定环境事项相关。而且,对国内生产或消费和对国外生产或消费应当“不偏不倚”,而不应该将限制只施于进口产品而对国内生产的类似产品不施加任何限制。

5. 在采取为保护环境的贸易措施时,注意符合 GATT 第 20 条前言的规定

有关为保护环境的措施应该不仅应在外国产品间同等适用,而且也应对我国的同类产品同等适用。特别要提请注意的是,如果在禁止某一产品的同时又允许特定例外,那么,对例外性使用的管理应同等适用于外国产品和国内产品。总之,我国为保护环境而采取的贸易措施最好不构成歧视。如果为保护环境,不得已构成了歧视,那么我国在外贸决策与管理中也应注意下列原则(1)针对出口国的具体情况保持灵活性。我国应避免要求出口国采取的有关措施与我国采取的环境保护措施完全相同,但可以要求出口国采取的有关措施与我国自己的措施“在有效性方面具有可比性”。(2)在采取为保护环境的贸易措施前,对所有的与所涉产品有利害关系的出口国发起旨在确立双方同意的达到环境保护目标的方式的谈判,并为谈判付出诚信的、认真的、具有可比性的努力。(3)有关保护环境而采取贸易措施的法律法令及其适用措施应及时公布,并应避免有关措施给国内替代产品生产带来商业利益,即使有,这种商业利益也应控制在尽量少的限度内。

### 三、在涉及环保贸易措施的争端中起诉和应诉的对策

1. 在与其他成员发生涉及环境保护贸易措施的争端时,我们首先应重视在 WTO 争端解决机制中提交初步证据。一旦其他成员在 WTO 争端解决机制中针对我国为保护环境所实施的贸易措施起诉,我们可以援用 GATT 第 20 条第 7 款“关于养护可穷竭的自然资源”或第 2 款“为保护动植物的生命或健康所必需的”证明我国有关措施正当,但应注意提出充分的初步证据。在法律依据方面,可优先采用 GATT 第 20 条第 7 款“关于养护可穷竭的自然

资源”,因为其无须证明“所必需的”<sup>①</sup>。另一方面,一旦我国在WTO争端解决机制中针对其他成员的为保护环境的贸易措施起诉,如果对方成员援用GATT第20条第7款或第2款“为保护动植物的生命或健康”证明其措施正当,我们应注意及时地针对对方提出的初步证据提出有理有力的反驳。

2. 在其他成员针对我国为保护环境采取的贸易措施起诉时,如果我国援用GATT第20条第7款证明我有关措施正当,要提出初步证据证明下列事项(1)我国要保护的是“可穷竭的自然资源”。(2)我国的有关措施“在大体上合理地联系着”养护可穷竭的自然资源。具体说来,应当证明有关措施在总体设计和结构上,与环保目标之间存在“实质性关系”,也即“目的与手段之间的紧密而真实的关系”。换句话说,有关保护特定环境事项的贸易措施的总体设计和结构没有过宽,而是明确而直接地关系到保护可穷竭的自然资源的目标,从而符合GATT第20条第7款“关于”要求;(3)在对可穷竭的自然资源的生产或消费实施限制时,我国对国内生产或消费和国外生产或消费实现了“不偏不倚”。(4)相关措施对国内产品和国外产品同等适用,因而不构成GATT第20条前言意义上的“歧视”。(5)我国针对出口国的具体情况保持了灵活性。即证明我国在实施为保护和养护可穷竭的自然资源的措施时,对出口国并没有强行要求其采取与我国办法完全一样的保护方法,而只是要求其采取的有关措施与我国措施“在有效性方面具有可比性”,从而不构成GATT第20条前言意义上的“任意的歧视”。(6)我国在采取有关措施之前,对所有的与所涉产品有利害关系的出口国发起了旨在确立双方同意的达到养护该可穷竭的自

---

① 第20条第2款同样可以用于环境目标,但是,首先,第20条第2款下的环保事项比第20条第7款更窄,前者只涉及“动植物”,而后者涵盖“可穷竭的自然资源”;其次,与第20条第2款“所必需的”要求相比,第20条第7款“关于”要求比较容易满足。

然资源目标的方式的谈判,并为谈判付出了诚信的、认真的、具有可比性的努力,从而不构成 GATT 第 20 条前言意义上的“无端的歧视”。(7)我国有关养护和保护可穷竭的自然资源而采取贸易措施的法律法令及其适用措施已及时公布,而且,从主观上讲,我国为保护可穷竭的自然资源的有关措施“并非旨在掩盖限制贸易的非法目的”,从客观上讲,我国为保护可穷竭的自然资源的有关措施并没有给国内替代产品生产商带来商业利益,即使有,这种商业利益也很少。从而不构成 GATT 第 20 条前言意义上的“对国际贸易的伪装起来的限制”。

3. 在其他成员针对我国为保护环境采取的贸易措施起诉时,如果我国援用 GATT 第 20 条第 2 款“为保护动植物生命或健康”证明我有关措施正当,要提出初步证据,证明下列事项(1)有关措施是为了保护动植物的生命或健康(2)没有其他可替代措施,或被诉方提出的可替代措施不能实现我国选择的保护动植物的生命或健康的保护水平,或证明在实施其他措施时所存在的经济上、行政上的困难,因而是“不可合理获得”的从而证明其是第 20 条第 2 款意义上的“所必需的”(3)有关保护动植物的生命或健康的措施符合 GATT 第 20 条前言的要求。

4. 如果我国针对其他成员的为保护环境采取的贸易措施起诉而对方提出 GATT 第 20 条第 7 款证明其措施正当时,我国要针对其初步证据提出下列反驳(1)所涉的环保事项不是“可穷竭的自然资源”。(2)有关措施并非“在大体上合理地联系着”养护可穷竭的自然资源。具体说来,应当证明有关措施在总体设计和结构上,与环保目标之间不存在“实质性关系”,也即“目的与手段之间的紧密而真实的关系”,因而不符合 GATT 第 20 条第 7 款的条件。(3)对方的有关措施在对可穷竭的自然资源的生产或消费实施限制时,对国内生产或消费和对国外生产或消费并未做到“不偏不倚”。(4)对方的措施没有针对出口国的具体情况保持灵活性,如在实施有关养护可穷竭的自然资源的措施时,对出口国强行要

求其采取与其本国办法完全一样的办法,因而构成 GATT 第 20 条前言意义上的“任意的歧视”。(5)对方没有遵守了“谈判义务”。具体来说,对方没有主动对我国发起谈判;或对方对我国发起的谈判并非旨在确立双方同意的达到养护可穷竭的自然资源的相关目标的方式,而是为了旨在进一步限制贸易;或与其他出口国享受到的谈判努力相比,对方没有为我国提供“具有可比性的”诚信的和认真的努力;或对方没有采取单边措施前付出了诚信的和认真的努力,因而构成 GATT 第 20 条前言意义上的“无端的歧视”。(6)对方有关养护可穷竭的自然资源而采取的贸易措施的法律法令及适用措施未及时公布,并且从其设计、建构和表现出的结构来说,该措施旨在掩盖限制贸易的非法目的。最有力的证据是提交对方国家的官方文件,或议会议员和政府官员的声明,证明对方为养护可穷竭的自然资源的而采取的贸易措施在其国内立法程序中通过时或在适用中,就受到其国内生产替代产品的企业的不合理的影响,而且其有关措施的确对国内替代产品的生产商产生了巨大的足以构成“对国际贸易的伪装起来的限制”的商业利益,因而构成 GATT 第 20 条前言意义上的“对国际贸易的伪装起来的限制”。

5. 如果我国针对其他成员的为保护环境采取的贸易措施起诉而对方提出 GATT 第 20 条第 2 款“保护动植物的生命或健康”证明其措施正当时,我国要针对其初步证据提出下列反驳(1)有关措施不是为了保护动植物的生命或健康。(2)存在其他的可合理获得的又能实现对方国家的保护动植物的生命或健康水平的替代措施,因而不是第 20 条第 2 款意义上的“所必需的”。(3)对方为保护动植物的生命或健康实施的措施没有满足 GATT 第 20 条前言的要求。

总之,中国加入 WTO 后应主动地促进自然资源的可持续利用,使对外贸易和环境保护相辅相成、相互促进。一方面,充分利



用 WTO 争端解决机制 ,逐步摆脱国外环境壁垒的消极影响 ;另一方面 ,合法、有效地运用 WTO 环境保护例外条款 ,以保护我国环境资源和全球环境 ,实现可持续发展的目标。

## 第六章 多边贸易自由化与国家安全 ——WTO 安全例外条款解读

### 第一节 安全例外条款的概念与目的

#### 一、安全例外条款的概念

从严格法律意义上说,WTO 安全例外条款的范围限于冠以“安全例外”(Security Exceptions)标题的条款,在这一意义上,WTO 安全例外条款仅包括 1994 年 GATT 第 21 条、GATS 第 14 条之二以及 TRIPS 协定第 73 条。此外,安全例外条款还包括在乌拉圭回合一些协议的序言中出现的安全例外规定,如《技术性贸易壁垒协议》序言和第 2 条第 2 款下“允许各成员采取为保护其基本安全利益所必需的措施”的规定。从功能意义上来说,GATT 第 35 条和《建立 WTO 协定》第 13 条下的“互不适用条款”也可以直接或间接地实现保护国家安全的目的。因此,也有学者将“互不适用条款”归入安全例外条款的范畴。本书所研究的是严格法律意义上的安全例外条款,而不涉及“互不适用条款”。

需要进一步说明的是,本书的论述将以 GATT 第 21 条为重点。对于其他安全例外条款,由于迄今为止其援用实例和影响范围都相当有限,本书对之仅作条文比较研究。同时,其他安全例外条款基本上与 GATT 第 21 条雷同,对 GATT 第 21 条的分析也可以参照适用于其他安全例外条款。

## 二、安全例外条款的法律规定

### (一) GATT 第 21 条

#### 1. GATT 第 21 条的法律规定

安全例外条款的立法渊源是 GATT 第 21 条。在 1947 年 GATT 起草时,原本是把第 20 条一般例外和第 21 条安全例外的规定放在一个条款中的,后来考虑到特定的国家安全问题对主权国家的极端重要性,在制定 GATT 的正式文本时,便把一般例外和安全例外分作两个条款进行规定<sup>①</sup>。GATT 第 21 条的规定是:

“本协定的任何规定不得解释为:

(1) 要求任何缔约方提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息;或

(2) 阻止任何缔约方采取其认为对保护其基本国家安全利益所必需的任何行动:

(i) 与裂变和聚变物质或衍生这些物质的物质有关的行动;

(ii) 与武器、弹药和作战物资的贸易有关的行动,及与此类贸易所运输的直接或间接供应军事机关的其他货物或物资有关的行动;

(iii) 在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动;或

(3) 阻止任何缔约方为履行其在《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的任何行动。”

#### 2. 安全例外条款与一般例外条款的联系与差异

可以看出,GATT 第 21 条安全例外条款与一般例外条款有相似之处,但差异更为明显。

具体来说,两个条款的相似之处在于:首先,安全例外条款中

---

<sup>①</sup> GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 554.

的目的也不是直接与经济相关的,因此它也属于“为非经济目的实施的例外条款”。其次,与一般例外条款一样,GATT第21条既没有规定通知和协商要求,也没有相关的补偿和审查机制。这意味着迄今多边贸易体制对它的监督只限于争端解决机制。

两个条款的不同点在于:首先,在GATT中,一般例外条款与安全例外条款这两个条款是分开进行规定的,这导致了一个重要的法律后果,即第20条一般例外条款的前言不适用于第21条安全例外条款<sup>①</sup>。也就是说,援用安全例外条款,没有“不构成相同条件下国家间任意的或无端的歧视”,以及“不构成对国际贸易的伪装起来的限制”等条件,从而使其援用条件更加宽松。其次,尽管第20条的措词比较宽泛,但所包含的各项要求仍属客观标准,而第21条中却多次使用了“国家认为”(it considers)这一措词,这使得安全例外条款成为一项带有更多的援用方主观判断色彩的规定<sup>②</sup>。第三,在GATT/WTO争端解决机制对涉及第20条的争端进行审查时,有关各方都未提出异议,GATT/WTO争端解决机制在审查实践中也对一般例外条款中各项要素的含义发展出比较具体的标准。而对于第21条,由于“国家认为”的这一措词,援用安全例外条款的国家都主张安全例外条款的诸多要素是由援用方自行决定的,GATT/WTO争端解决机制不能进行审查。由于援用方的阻挠,GATT/WTO争端解决机制几乎不能对涉及安全例外条款的争端进行审查,从而不可能对安全例外条款的条件形成事实上的判例法。

## (二)乌拉圭回合各协议中的安全例外条款

20世纪80年代,美国对尼加拉瓜实施禁运,并以安全例外条

① 对第20条前言的详细论述,参见本书第四章。

② 比如,GATT第21条第1款使用了“国家认为违背了”(it considers contrary to)的措词,第2款前言使用了“国家认为...所必需的”(it considers necessary for)的措词。

款为由阻挠 GATT 成立专家组对美国的措施进行审查 ;欧共体、澳大利亚等也曾以安全例外条款为由对阿根廷实施贸易限制<sup>①</sup>。在乌拉圭回合谈判期间 ,尼加拉瓜和阿根廷提议对 GATT 第 21 条的规定进行改进和澄清<sup>②</sup>。但是 ,由于谈判各方对该问题分歧很大 ,最终并未就 GATT 第 21 条达成任何具体协议。相反 ,随着 WTO 的管辖范围从 GATT 时期的货物贸易领域延伸到服务贸易、与贸易有关的知识产权等领域 ,安全例外条款还扩大衍生到了相关协定中。这种衍生主要表现为三类 :

第一类衍生表现为完全的复制 ,如《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS 协定)第 73 条。该条款与 GATT 第 21 条相比 ,除了将“ 缔约方 ”改为“ 成员 ”外 ,其他所有的内容完全相同。

第二类衍生并不是简单的复制 ,即在大部分内容相同或相似的同时 ,也悄悄地发生了一些变化。比如《服务贸易总协定》

① 参见下文关于“ GATT 时期对安全例外条款的适用 ”的论述。

② 尼加拉瓜认为 ,第 21 条下的行动本质上是政治性的行动 ,应当遵照联合国安理会决议下的国际义务实施 ,同时 ,受影响的缔约方应有权保留其 GATT 第 23 条第 2 款下的权利。尼加拉瓜建议谈判组考虑下列问题 (1) GATT 和联合国有关政治性事务的职权 (2) 第 21 条第 2 款第 3 项适用的条件 (3) 受第 21 条行动影响的缔约方在 GATT 下的权利 (4) 第 21 条的援引方必需首先通过双边谈判保护其利益 ,并通知联合国有关机构 (5) 如果没有事先谈判或有关行动不是“ 在战时或国际关系中的其他紧张局势下或违反国际法的情况下采取的行动 ” ,受第 21 条行动影响的发展中国家应获得补偿。阿根廷建议 (1) 应起草关于 GATT 和联合国的关系的解释性注释 (2) 第 21 条第 2 款第 3 项下的行动只能用于“ 基本安全利益 ” ,并只能“ 在战时或国际关系中的其他紧张局势下 ”采取。参见 Terence P. Stewart (ed. ), *The GATT Uruguay Round—— A Negotiating History* (1986~1992 ), Vol. II , Kluwer Law and Taxation Publisher , Deventer Boston , 1993 , pp. 1877~1878.

(GATS)第14条之二<sup>①</sup>,与GATT第21条相比,该条款出现了三个变化。一是“缔约方”变成了“成员”;二是“货物”变成了“服务”;第三个变化也是最关键的一个变化是GATS第14条之二规定了通知的义务<sup>②</sup>。当然,应当承认,这一规定相当笼统,对于通知的时间和内容等并没有详细的规定,尚待WTO有关机构在未来对其加以细化。

第三类衍生表现为在一些协议中出现的安全例外规定,如《技术性贸易壁垒协议》序言宣称“各成员认识到不应阻止任何国家采取为保护其基本安全利益所必需的措施”<sup>③</sup>。在第2条第2款进一步规定:“各成员应保证技术法规的制定、采用或实施在目的和效果上均不对国际贸易造成不必要的障碍。为此目的,技术法规对贸易的限制不得超过为实现合法目标所必需的限度,同时考虑合法目标未能实现可能造成的风险。此类合法目标特别包括:……国家安全要求……。在评估此类风险时,应考虑相关因素特别包括:可获得的科学和技术信息、有关的加工技术或产品的预期最终用途。”

这些条款表明,在上述协定或协议涉及的领域,可以援用安全例外免责。也就是说,与GATT时期相比,WTO时期安全例外条

① GATS第14条之二“安全例外”规定:1. 本协议的任何规定不得解释为:(1)要求任何成员提供其认为如披露则会违背其基本安全利益的任何信息;或(2)阻止任何成员采取其认为对保护其基本安全利益所必需的任何行动(i)与为军事机关提供供给的目的而进行的服务的提供(笔者注:the supply of service,是“服务贸易”这一概念的核心用语)有关的行动(ii)与裂变和聚变物质或衍生此类物质的物质有关的行动(iii)在战时或国际关系中的其他紧急情况下采取的行动;或(3)阻止任何成员为履行其在《联合国宪章》项下的维持国际和平与安全的义务而采取的任何行动。2. 根据第1款第2项和第3项采取的措施及其终止,应尽可能充分地通知服务贸易理事会。

② 参见GATS第14条之二第2款。

③ 值得注意的是,TBT协议中的这一规定同样与“为保护人类、动植物生命或健康及保护环境或防止欺诈行为”等一般例外条款分开。

款不仅没有得到改进和澄清,其适用范围反而有所扩大。

### 三、安全例外条款的双重目的

GATT 第 21 条的起草历史表明,从一开始,第 21 条的目的就是引起关注最多、争议也最大的一个问题。一位起草者认为:“这一例外有可能成为一个过于宽泛的例外,允许阳光下的任何事情,但这一例外对于保护真正的安全利益又是必要的……我们不能使其过于严格,因为我们不能禁止纯粹为安全原因所需要的措施;另一方面,我们不能使它太宽泛,以至于在安全的外衣下,国家可以实施实际上具有商业目的的措施。”<sup>①</sup>与其他 WTO 例外条款相似,安全例外条款的目的也是双重的:一方面,允许各成员在特定安全利益受到威胁的例外情况下,暂时停止施行 WTO 特定义务。另一方面,确保援用方善意行使其权利和尊重其他成员在 WTO 下的实体性权利。

安全例外条款承认各成员为特定国家安全原因实施贸易限制的权利。如果没有这样的免责机制或安全阀,如果 GATT/WTO 的成员不能确保它们拥有保护其国家安全免于外来威胁的权利,它们就不会同意接受和实施多边贸易规则,多边贸易体制也无从得以存在和发展。安全例外条款正是体现了多边贸易体制对主权国家至关重要的特定安全利益的承认和支持。

安全例外条款也旨在确保援用方善意行使其权利和尊重其他成员在 WTO 下的实体性权利。首先,尽管安全例外条款允许为“安全原因”实施贸易措施,但是它只涉及了特定的安全问题,而不是所有的安全问题。从性质上讲,安全例外条款下的“安全”不是涵盖了诸如经济安全、食品安全、环境安全或社会安全等广义意义

<sup>①</sup> GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 554.

上的安全,而是特指国防安全和国际和平与安全。其次,尽管安全例外条款是多边贸易体制不可或缺的安全阀,但这并不意味着“基本安全利益”是绝对的和不能被界定的,也并不意味着它没有任何客观性标准。具体来说,GATT第21条列举了三种WTO成员为国防安全原因和国际和平与安全原因而采取的行动:第一种是为保护其认为具有安全敏感性的信息采取的行动(第1款);第二种是采取任何它们认为为保护其基本安全利益所必需的行动(第2款);第三种是根据联合国宪章义务采取的行动(第3款)。在第2款下的子条款中还规定了一些附加条件。第1项规定“与核物质有关”,第2项规定“与武器、弹药和作战物资的贸易有关”,而第3项不像第1项和第2项那样规定一商品的种类,而是规定一定类型的情势(战时或国际关系中其他紧张局势)。在这些条款中,有很多的要素可以进行客观判断。更重要的是,它通过“基本”、“所必需的”等要求,在一定程度上确保安全例外措施目的与手段的一致性和相称性,即确保实施的贸易限制的确是为了特定国家安全利益而不是用于其他目的,并确保贸易限制是在为了特定国家安全利益所必要的限度内,从而防止滥用和错误使用。

#### 四、安全例外条款的实际使用中令人忧虑的问题

尽管在GATT/WTO的历史中,其成员少有明文援用GATT第21条的实践,然而,有关措施往往是以“国家安全”为由从而导致了安全例外条款的“事实上的适用”。尽管安全例外条款有一定的客观标准,从而不能被滥用或错误适用。然而,在安全例外条款的实际适用中,仍存在着下列令人忧虑的现象:

1. 在“基本安全利益的保护”和“一项特定政策的推行”之间的界限常常很模糊,从而导致安全例外条款经常被滥用或错误使用

虽然制定安全例外条款的本意不是创设一项“政治例外”或



“外交例外”，也不是为某些国家将其社会、政治或经济理念强加给其他的国家提供依据，但在实践中，它却经常被滥用或错误使用<sup>①</sup>。更引人注目的是，近 20 年来，安全例外条款越来越多地被用作非经济原因而单边使用贸易限制措施的借口。这些措施往往没有可识别的标准，也缺乏有效的救济，从而给多边贸易体制的安全性和可预见性蒙上了一层阴影。

2. 由于援用方的反对和阻挠，多边贸易体制一直未能对安全例外措施形成有效的规范和监督

大部分安全例外措施的援用方（主要是发达国家）认为：“安全例外”是自行决定的。所以，一项为安全原因采取的贸易措施的适当性只能由援用方来确定。换句话说，安全例外措施的援用方拥有自行界定其自己的国家安全利益的主权利。同时，它们主张，由于 GATT/WTO 是一“贸易”条约或“贸易”组织，因此，涉及国家安全、对外政策和其他政治性争端的事项不应属于 GATT/WTO 管辖权范围内。如果允许一个贸易组织对这些事项进行干预，将重新界定多边贸易体制的性质（使其“政治化”），而这是多边贸易体制的绝大多数成员所不能接受的。由于援用方的反对和阻挠，安全例外措施一直游离在多边贸易体制的规范与监督之外。

3. 安全例外措施往往是由发达国家对发展中国家实施，这使得安全例外条款无形中成为激化“南北矛盾”的一个着火点

在实践中，由于对安全例外缺乏有效的规范和监督，发达国家为了将其政治理念强加给其他的国家，常常对缺乏报复能力的发展中国家实施单边经济制裁。另外，冷战后国际政治格局的变化

---

① 在实践中，“安全”或“基本安全利益”往往被进行宽泛解释。例如，1975 年瑞典对鞋类进口实施数量限制，其理由是国内鞋类生产的下降是对国家安全的威胁。又如在英阿马岛之战中，作为非交战国的加拿大和澳大利亚也以安全例外为由对阿根廷实施贸易限制。

也增加了某些国家以安全例外为借口对所谓的“无赖国家”或“危险国家”进行经济压制的动机和能力。无论这些援用安全例外而实施的贸易限制的最初动机是什么,一个勿庸置疑的事实是,这些措施都对有关发展中国家的发展造成了不同程度的不利影响;而且,发展中国家由于国力的限制,也无力对发达国家采取报复措施。于是,就出现了这样一个怪圈:一方面,某些发达国家在国内一些政治势力的推动下,由于不担心被报复,对发展中国家动辄采取安全例外措施,另一方面,这些措施对发展中国家的经济和社会生活造成了严重的影响;一方面,安全例外被某些国家滥用,严重威胁着 WTO 的安全性和可预见性;另一方面,遭受安全例外措施的发展中国家由于长期的经济封锁日趋贫困,与 WTO 所追求的促进全球福利的宗旨背道而驰。

由于安全例外条款存在着诸多的问题,很多国家担心安全例外措施被用作保护国内产业或政治压迫的工具。有的发展中国家甚至还认为安全例外条款成为了“发达国家对发展中国家干涉的工具、经济侵略的机制和殖民主义的一个新变种”<sup>①</sup>。它们对安全例外条款的“自行决定”的性质产生了严重的质疑,并强烈呼吁应根据普遍国际法对安全例外条款进行改进和澄清。显然,国际政治权力在国际经济领域中使用已经成为国际社会的一个既成事实。在这一背景下,如果多边贸易体制不能依据客观的标准对安全例外措施进行有效的审查和监督,就会导致其实践中的滥用,从而破坏 WTO 的可预见性和安全性的目标,同时也与 WTO“规则取向”的价值观念背道而驰。所以,在一个势力均衡被打破、经济

---

① Wesley A. Cann, *Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 26 (2001), No. 4, pp. 413~485.

差异不断扩大的“后冷战时代”的世界中,WTO 应在安全例外条款的适用中发挥什么样的作用,就成为了一个越来越迫切需要解决的问题。

## 第二节 从有关案例看安全例外条款适用中的问题

### 一、GATT 时期对安全例外条款的实际适用及其存在的问题

在 GATT 时期,各缔约方对安全例外条款援用得不多。其原因似乎是,主权国家不愿把涉及国家安全的问题提交给一个“贸易”组织来审查。涉及安全例外条款的典型案件主要有 1949 年捷克斯洛伐克诉美国案,1984 年尼加拉瓜诉美国案(第一尼加拉瓜案),1985~1986 年尼加拉瓜诉美国案(第二尼加拉瓜案),1991~1992 年南斯拉夫诉欧共体案等。此外,在后续立法方面,1982 年缔约方全体通过了《关于第 21 条的决定》。限于篇幅,对其他一些涉及安全例外的案件不再介绍<sup>①</sup>。

#### (一)捷克斯洛伐克诉美国案

1949 年,美国通过出口许可证制度,禁止一定的产品向捷克斯洛伐克出口,捷克斯洛伐克为此诉诸 GATT 争端解决程序,而美国援用第 21 条为其免责。在当时,GATT 的缔约方主要是美国为首的西方国家,或是在政治上或经济上从属于西方国家的中小国家,代表着美国利益的势力在 GATT 中明显占有优势。也正是这一时期,东西方冷战的局面在欧洲刚刚结束,美国拉起了西方盟

<sup>①</sup> 其他案件有 1961 年加纳援用安全例外对葡萄牙实施贸易限制和 1982 年欧共体、加拿大和澳大利亚援用安全例外对阿根廷实施贸易限制等,这些案件没有进入争端解决程序。参见 GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), pp. 554~557.

友组成了所谓的“巴黎统筹委员会体系”,管制向社会主义国家转让技术和产品。在这样的国际背景下,该案的裁定结果不难想象——缔约方全体否定了捷方的起诉。

从条约解释的角度说,对于捷克斯洛伐克诉美国案有下列几点评论:

首先,在这一案件发生时,距 GATT 成立不到两年的时间。这时候的 GATT,存在着没有坚实的条约基础、没有完善的组织机制、成员缺乏普遍性等先天不足;这时的 GATT,还没有能力独立于占有优势的西方国家的意志,也没有能力根据条约的条文进行适用和解释并形成令人信服的结论。而与此同时,无论是 GATT 本身,还是各个缔约方,对安全例外条款的含义仅限于一般性的、总体性的理解,对其解释的方法也只能采用扩大解释而不是参照条文进行严格解释的方法<sup>①</sup>。而从当代国际法的观点来看,超出条约条文意义又不作严密论证的随意扩大解释很难说是一种合法的解释。

其次,国际法要受到国际政治的或隐或现的制约,条约解释的方法也需要反映国际社会的现实。在该案发生时,冷战刚刚开始,东西方的对抗日益凸现,如果对该案件作出不利于美国的结论,将导致美国及其盟友国家的不满,并进而导致 GATT 出现信任危机。为了保证 GATT 的继续存在和发展,只能采取务实的方法。

第三,虽然在这个案例中,当时的 GATT 的争端解决机制——缔约方全体在实体问题上作出了对美国有利的判决,但是,对涉及第 21 条的案件,它毕竟适用了第 23 条争端解决程序。当事双方围绕第 21 条,特别是第 21 条第 2 款第 2 项(美国的禁止出口体制包括的产品是否是第 21 条第 2 款第 2 项意义上的“战争物

<sup>①</sup> 比如,将所谓的“安全利益”的概念进行宽泛的解释。又如,同意美国的出口禁止体制包括的 3 000 余种产品是“具有安全敏感性的”,从而将其视为战争物资。

资”)展开了辩论。这说明,对于涉及 GATT 第 21 条的贸易争端,并不是不存在由多边贸易体制的争端解决机制进行审查的“后续实践”。

## (二)1982 年《关于 GATT 第 21 条的决定》

1982 年,英国和阿根廷爆发了马岛战争,欧共体、澳大利亚和加拿大对阿根廷进行贸易限制,其依据是第 21 条所反映的固有权利。这次援用不是依据第 21 条,而是抽象的所谓的“固有权利”,这表明了欧共体等缔约方不愿将为非经济原因采取的贸易措施的合法性问题提交 GATT 审查。欧共体等缔约方的这一立场在缔约方全体中引起了激烈的讨论,很多缔约方没有接受欧共体的立场。以巴西为代表的很多缔约方尽管也同意基本安全利益的定义由援用方决定,但它们认为以第 21 条为理由采取的贸易措施应该提交 GATT 审查。由于各方之间存在很大的分歧,未能成立专家组对这一案件进行审查。但是,这场大讨论却导致了《关于总协定第 21 条的决定》(以下简称 1982 年决定)的出台。该决定规定:

“考虑到在缔约方考虑涉及安全的原因时,总协定第 21 条规定的例外构成保障缔约方的权利的一个重要的要素;

注意到诉诸第 21 条将在特定情况下构成对国际贸易的破坏和不确定性的一个要素,并将影响缔约方在总协定下的权利;

认识到在采取总协定第 21 条下的例外行动时,缔约方应考虑受影响的第三方的利益;

直到缔约方全体决定对第 21 条作出一个正式解释时,才适合于确立适用第 21 条的程序性规则;

缔约方全体决定:

除第 21 条第 1 款下的例外之外,缔约方应尽可能地通知第 21 条下的贸易措施。

当采取第 21 条下的行动时,所有的受到该行动影响的缔约方

保留其总协定下的全部权利。

理事会可以被要求在适当时进一步考虑这一事项。”<sup>①</sup>

正如有学者所指出的,与 GATT 第 21 条相比,1982 年决定仍然是含混不清的。尽管它没有为缔约方的自由裁量权创造新的空间,但也未能对第 21 条的规范和监督提供任何实质性的指导<sup>②</sup>。它声称“直到缔约方全体决定对第 21 条作出一个正式解释时,才适合于确立适用第 21 条的程序性规则”以及“适当时进一步考虑”等,实际上让第 21 条的澄清与解释仍然成为一个悬而未决的问题。同时,“尽可能”的宽泛要求也使通知义务不可能得到切实履行。最严重的是,“所有受影响的缔约方保留其总协定下全部权利”并未明确是否包括诉诸争端解决机制的权利,从而并未解决安全例外措施的多边监督问题。

### (三)第一尼加拉瓜案

1983 年,出于执行当时的里根政府的中美洲政策的需要,美国大幅度削减了分配给尼加拉瓜的糖的进口配额。尼加拉瓜因此要求 GATT 成立专家组。但是这一次,美国既不援用 GATT 中的任何例外,也拒绝为其行动辩护。美国声称其行动虽然影响了贸易,但却是为非贸易政策的原因采取的,“该行动在其采取的背景下是完全正当的”<sup>③</sup>。在该案中,美国通过明确声明不援用安全例外条款,阻止了专家组对美国是否符合安全例外的条件进行审查。

① GATT Doc. L/5426 (1982), in GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 559.

② Hannes L. Sdhloemann and Stefan Ohlhoff, “Constitutionalization” and Dispute Settlement in The WTO: National Security as an Issue of Competence, *The American Journal of International Law*, Vol. 93 (1999), No. 2, p. 438.

③ United States-Imports of Sugar from Nicaragua, Mar. 13, 1984, GATT B. I. S. D. (31st Supp.) at 67/72, para. 3.10 (1985)

结果,专家组确认美国的行动违反了 GATT 第 13 条第 2 款,但没有审查美国的行动根据第 21 条是否能被证明正当。最后,虽然美国没有阻挠专家组的建立和专家组报告的通过,但对专家组要求其对于尼加拉瓜重新分配适当的配额的建议,美国不予执行。

#### (四) 第二尼加拉瓜案

1985 年,尼加拉瓜圣蒂尼斯塔政府上台,美国对尼加拉瓜实施了出口和进口的完全禁运,尼加拉瓜因此要求 GATT 建立专家组<sup>①</sup>。这一次,美国改变了策略,它同意缔约方全体成立专家组,但条件是缔约方全体要对专家组的职权范围作出限制,即专家组不能审查美国援用第 21 条第 2 款第 2 项的有效性和动机<sup>②</sup>。换句话说,安全例外条款被排除在专家组的职权范围之外。对此,专家组的解释是:由于它没有被授权审查美国援用 GATT 下的相关例外措施的正当性,所以它既不能确认美国遵守了其 GATT 下的义务,也不能确认美国没有履行其 GATT 下的义务<sup>③</sup>。对于其职权的限制,专家组认为:“如果承认第 21 条的解释权完全由援用的缔约方保留,缔约方全体怎能确保 GATT 下的所有义务的例外不被过分地援用或为了该条款规定之外的目的援用呢?如果缔约方全体给专家组审查一个涉及第 21 条的案件的任务,却又没有授权专家组审查援用第 21 条的正当性时,这会不会限制了受到限制措施的不利影响的缔约方根据第 23 条第 2 款使其起诉被调查的权利?”<sup>④</sup>

① 由于尼加拉瓜的反对,专家组报告没有通过。在 1990 年圣蒂尼斯塔政府下台后,美国才取消了对尼加拉瓜的禁运。

② GATT Doc. C/M/196, at 7 (1986), in GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 557..

③ “第二尼加拉瓜案”专家组报告第 5.2~5.3 段。

④ “第二尼加拉瓜案”专家组报告第 5.17 段。

从上述专家组的观点看,它是在些许无奈中暗示地表达了对美国的不满。一方面,它不能推翻缔约方全体的决定,也不能超越后者对其职权的限制。因此,不能对美国援用第 21 条的正当性进行审查。另一方面,它运用国际法中对条约解释的一个基本原则,即条约条款应按其上下文善意加以解释的原则,论证了如果按照美国的主张,即专家组不能对安全例外进行审查,将使安全例外被滥用或错误使用,也将损害其他缔约方在第 23 条下的权利,从而对美国的主张提出了批评。同时,尽管在该案件中,专家组事实上并没有审查第 21 条,但为自己对第 21 条的审查权留下一个空间:即专家组之所以在本案中不审查第 21 条,不是因为专家组本身缺乏对第 21 条进行审查的权力,也不是因为第 21 条不具有可司法性,而是因为其特殊的职权<sup>①</sup>。按照专家组的这一逻辑,再参照现行的 WTO《关于争端解决规则 and 程序的谅解》(DSU)的有关规定<sup>②</sup>,那么,似乎可以得出这样的结论:只要争端当事方在争端解决程序中援用了第 21 条,WTO 的专家组就有权对其进行审查。

### (五)前南斯拉夫诉欧共同体案

前南斯拉夫社会主义共和国是 GATT 的缔约方。1991 年,前南斯拉夫社会主义共和国爆发内战。欧共体决定对前南斯拉夫实施贸易限制,其理由是第 21 条。前南斯拉夫为此要求 GATT 建立专家组,其理由是欧共体的贸易限制措施不能满足第 21 条第 2 款或第 3 款的要求。GATT 理事会同意成立专家组,欧共体也没

① Hannes L. Sdhloemann and Stefan Ohlhoff, "Constitutionalization" and Dispute Settlement in The WTO: National Security as an Issue of Competence, *The American Journal of International Law*, Vol. 93 (1999), No. 2, pp. 424~451.

② 如 DSU 第 6 条第 1 款规定:对是否建立专家组的表决实行倒协商一致,不要求被诉方的同意;DSU 第 7 条第 2 款规定,专家组应处理争端各方引用的任何适用协定的有关规定。



有声明专家组不能审查其第 21 条下的主张。但是,由于内战后前南斯拉夫分裂为几个国家,其中塞尔维亚和黑山组成一个新国家,国名为南斯拉夫联邦共和国。虽然该共和国要求继承前南斯拉夫在各国际组织中的权利和义务,但 GATT 认为不能确定作为一个新的国际法主体的新南斯拉夫,是否可以继承前南斯拉夫在 GATT 中的权利和义务。所以,1993 年 6 月,理事会作出一个决定,中止了这一案件的专家组程序<sup>①</sup>。

## 二、WTO 时期对安全例外条款的实际适用中出现的两种不良趋势

WTO 成立后,各成员援用安全例外条款的事例并不多,但有两种与安全例外条款有关的做法值得注意。

首先是某些国家任意扩大 WTO 安全例外条款的内涵,将安全例外条款用于在和平时期对其他国家进行经济制裁的目的。在这方面,WTO 争端解决机制中出现了两个案例。一个是欧共体诉美国“赫伯法案”,另一个是欧共体和日本诉美国“马萨诸塞州政府采购法案”<sup>②</sup>。但最后这两起贸易争端都是在 WTO 争端解决机制外解决的。

“赫伯法案”的案情是:1959 年古巴社会主义革命胜利后,美国就对古巴实行了长期的经济封锁和政治颠覆的政策。1996 年 3 月,由美国支持的古巴反政府势力的两架轻型飞机在企图进入古巴领空时被古巴政府的战斗机击落。对此,美国克林顿总统签署了《古巴自由与民主团结法》,也称为“赫尔姆斯—伯顿法”,简称赫

① GATT, *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Updated 6th Edition (1995), p. 558.

② “赫伯法案”案号 WT/DS38,其案名全称是“古巴自由与民主团结法案”;“马萨诸塞州政府采购法案”,案号 WT/DS88(欧共体诉美国)和 WT/DS95(日本诉美国),其案名全称是“影响政府采购的措施案”。

伯法<sup>①</sup>。其核心是对与古巴进行贸易的第三国公司进行制裁<sup>②</sup>。这一法案在国际社会和国际法学界引起了激烈的争论,也引起了欧共体、加拿大和墨西哥等 WTO 成员的不满。1996 年 12 月 20 日,欧共体要求 WTO 成立专家组,审查美国赫伯法与 WTO 法是否相符。欧共体认为,美国赫伯法违反了 1994 年 GATT 第 1 条、第 3 条、第 5 条、第 11 条和第 13 条以及 GATS 第 2 条、第 3 条、第 6 条、第 16 条和第 17 条。1997 年 4 月 21 日,欧共体请求专家组中止审查程序,以便与美国达成协议。在 1998 年 5 月 18 日举行的八国峰会上,美国与欧共体达成协议,赫伯法不适用于欧共体,欧共体不再要求专家组审查美国的有关措施。1998 年 4 月 22 日,根据 DSU 第 12 条第 12 款,专家组职权终止<sup>③</sup>。

“马萨诸塞州政府采购法案”的案情是:出于对缅甸“军事专制政府”的不满,1996 年 6 月,美国马萨诸塞州和其他大约 20 个城市通过法律,禁止政府与在缅甸从事商业活动的公司订立政府采购合同。1997 年 6 月和 7 月,欧共体和日本分别在 WTO 起诉,诉

---

① 该法案的提议人是参议员杰森·赫尔姆斯和众议员丹·伯顿,所以该法案也以他们的名字命名为赫尔姆斯—伯顿法。除“赫伯法”外,1996 年美国还以“反对恐怖主义行动”为由,通过了“伊朗、利比亚制裁法”(通称“达马托法”),对伊朗和利比亚实施单边经济制裁。

② 赫伯法规定了一揽子措施,但其最重要,也是引起争议最大的一部分是第 3 条,该条款允许美国公民在美国联邦法院对任何与古巴政府从现在是美国公民的人没收的财产进行交易的任何人进行民事索赔,并进行相关制裁,从而损害了欧共体等成员的利益。

③ 尽管 WTO 争端解决机制未能对赫伯法进行审查,也尽管美国仍然将其作为有效的国内法规范,但迫于强大的国际压力,美国克林顿政府每 6 个月就会宣布一次推迟执行该法案。布什上台后,为了缓解同欧洲盟友的关系,于 2001 年 7 月 16 日宣布将赫伯法执行日期再向后推迟 6 个月。据中新网 2002 年 1 月 18 日消息:美国白宫 2002 年 1 月 17 日表示,布什总统决定将对与古巴进行贸易的第三国或第三方的制裁再延期 6 个月。所以,迄今为止,赫伯法从未被实际执行过。中国新闻网网址: [www.new.cn.tom.com](http://www.new.cn.tom.com)。

由是美国的这一做法构成了对与缅甸做生意的第三国公司的不公正的歧视,从而违反了《政府采购协议》。1998年10月,DSB决定成立专家组。与此同时,在欧共体和日本的支持下,美国国内相关企业在国内法院对上述马萨诸塞州政府采购法进行起诉。1999年2月,美国联邦巡回法院作出判决,宣判马萨诸塞州政府采购法违反美国宪法,应予撤销。因此,1999年2月10日,欧共体和日本要求专家组中止工作,并在这之后一年没有再要求专家组恢复工作。2000年2月11日,根据DSU第12条第12款,专家组职权终止。2000年6月,美国联邦最高法院维持了联邦巡回法院的判决。

显而易见,美国上述法律实际上是一种“国内法的域外适用”的恶劣实践,严重违反了普遍国际法。从WTO的实体性规则的角度说,美国的有关措施也明显违反了WTO有关协议的规定。对此,有很多学者,包括西方的学者对美国的上述做法提出尖锐的批评,他们认为赫伯法等不仅与WTO多边贸易体制的原则相冲突和违反了美国在WTO下的具体承诺,而且为其他国家将来作出类似的行为开创了一个恶劣的先例,也破坏了对美国在国际经济关系中的领导地位的尊重与支持<sup>①</sup>。

尽管上述两起争端最终都在WTO框架之外解决,WTO争端解决机制因而没有能够对美国的有关措施进行审查,但我们可以假想,如果真的在WTO争端解决机制中审查赫伯法和马萨诸塞

---

① 在这方面的代表性文章有:John H. Jackson, *Helms-Burton, the U. S., and the WTO*, *ASIL Insights*, March 1997; Ernest Preeg, *The Helms-Burton Law: A Detriment to U. S. Interests in the WTO*, Excerpted from Dr. Preeg's statement before the House Committee on International Relations, Subcommittee on International Economic Policy and Trade, 105th Congress, first session, March 19, 1997; Kees Jan Kuilwijk, *Castro's Cuba and the U. S. Helms-Burton Act—An Interpretation of the GATT Security Exemption*, *Journal of World Trade*, Vol. 31 (1997), No. 4, pp. 49~61.

州政府采购法,美国在实体性问题上败诉的可能性是极大的。届时,美国将以 GATT 第 21 条特别是第 21 条第 2 款第 3 项为依据进行抗辩。那么,美国首先必须证明美国与相关国家的关系是“战时或国际关系中的其他紧张局势”;然后,它应论证涉及什么样的安全利益(如其公民的财产权、相关国家的民主与人权问题、相关对美国的安全威胁等),以及这些利益为什么是“基本的安全利益”;最后,美国应当证明为什么所采取的贸易限制措施对保护这些利益是“必要的”,即在有关措施的实施上,是符合相称性原则的。如果美国对相关国家的行动没有满足上述条件,就不能援用第 21 条证明其行为正当。如果 WTO 争端解决机制对安全例外条款进行严格解释,美国全面败诉的可能性也很大。更让美国难以接受的是,美国一旦败诉,它将面临两难:执行 DSB 的裁定,对国内的反对古巴的政治势力无法交待;不执行 DSB 的裁定,将对美国长期以来精心营造的并体现了其利益的 WTO 及其争端解决机制的权威造成巨大破坏,为其他国家作出类似的行为开创一个恶劣的先例。也许是对成功援用安全例外条款的几率没有把握,也许是担心自己的行为将得不偿失,美国没有采用在争端解决机制中援用安全例外条款为自己的行为辩护的策略,而是与欧共体在 WTO 框架之外达成了私下协议进行妥协。

第二种值得注意的做法是,某些 WTO 成员利用安全例外条款,对国内相关产业提供 WTO 所禁止的“专向性补贴”。比如,原来加拿大政府采取“技术伙伴计划”(Technology Partnership Program)等一系列措施,对国内飞机制造业如重要的飞机制造公司 Bombardier 公司等提供补贴,巴西为此起诉加拿大。WTO 专家组和上诉机构裁定加拿大为国产飞机工业提供的特定补贴违反了

WTO《补贴与反补贴措施协议》有关规定<sup>①</sup>。在败诉后,加拿大很快就重新修订了其技术伙伴计划,其国防部宣布每年将向军用生产企业提供 3 000 万美元的补贴,由于很多飞机制造公司既生产民用飞机,也生产军用飞机,所以这些补贴实际上仍给予了 Bombarrier 公司等飞机制造公司<sup>②</sup>。

目前,WTO 的几个重要成员都有着庞大军用工业和军事需求<sup>③</sup>。如果这些国家的政府通过给军用企业提供补贴的办法来实现促进就业,促进新兴产业和高新技术开发等经济目的,由于这些企业的生产范围往往具有“半军半民”的性质,那么,将实际上为这些企业制造不公平的竞争优势,从而扭曲了国际竞争。然而,一旦这些补贴行为躲在了安全例外条款的外壳下,WTO 现行体制就无法对之进行有效规范和监督。换句话说,在安全例外条款之下,这种补贴措施将成为 WTO 规范和监督的“灰色领域”。如果上述假想变成了现实,那么,无论是从善意遵守 WTO 法律义务的角度来说,还是从削减军备、维持世界和平的角度来说,滥用安全例外条款对国内相关产业提供补贴的行为都是有害无益的<sup>④</sup>。

① 巴西诉加拿大“影响民用飞机出口的措施案”(案号 WT/DS70),1999 年 4 月 14 日专家组提交报告,1999 年 8 月 2 日上诉机构提交报告,1999 年 8 月 20 日,DSB 通过了上诉机构报告和专家组报告。该案详细案情见朱榄叶《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》,法律出版社 2000 年版,第 318~346 页。

② Steven Staples and Miriam Pemberton, *Security Exceptions & Arms Trade*, in FPIF Policy Report, April 24, 2000, www.fpif.org

③ 据国际战略研究机构的一份统计表明,1997 年,美国用于军事目的的开支达 2 729 亿美元,占世界军费总开支的 34%;除美国外的北约国家用于军事目的的开支达 1 811 亿美元,占世界军费总开支的 22%;日本用于军事目的的开支达 409 亿美元,占世界军费总开支的 5%。参见 International Institute for Strategic Studies, *The Military Balance*, 1998/1999。

④ 有的人甚至批评说,对于各国增加军事开支和军火贸易,WTO 正在助纣为虐,破坏世界和平。参见 *The World Trade Organization and War: Making the Connection*, An account of the Sunday November 28, 1999 Forum in Seattle。

### 第三节 成功援用 WTO 安全例外条款的条件

迄今为止 GATT/WTO 对安全例外条款的适用和解释都相当有限,其争端解决机制对安全例外条款的审查也不够充分。因此,本书对援用安全例外条款的条件分析将主要从“应然性”的角度进行论述。当然,即使是“应然性”分析,也应严格基于条约解释的一般规则<sup>①</sup>。下面我们将运用条文解释、后续实践解释和历史分析等条约解释的方法对安全例外条款的应有之义进行逐一论述。

#### 一、先决性问题:WTO 争端解决机制的审查权能

在 GATT/WTO 多边贸易体制中,能否由争端解决机制来审查涉及 GATT 第 21 条的案件,是安全例外条款适用中的一个基本性的和前提性的问题。在 GATT 时期,几乎所有的为“安全原因”实施贸易限制的援用方都运用各种办法,阻止 GATT 争端解决机制对其援用进行审查。在 WTO 时期的赫伯法案中,美国也一如既往的主张 WTO 不是处理国家安全问题的适当场所。但是,在国际法学界占主流的意见是,WTO 争端解决机制有权审查涉及 GATT 第 21 条的案件<sup>②</sup>。GATT 时期的有关专家组也隐含

① 有关对 WTO 例外条款进行解释的条约解释的一般规则,参见结语。

② 主张这一观点的代表性著作有:Kees Jan Kuilwijk, *Castro's Cuba and the U. S. Helms-Burton Act—An Interpretation of the GATT Security Exemption*, *Journal of World Trade*, Vol. 31 (1997), No. 4, pp. 49~61; Hannes L. Sdhloemann and Stefan Ohlhooff, “Constitutionalization” and Dispute Settlement in The WTO: National Security as an Issue of Competence, *The American Journal of International Law*, Vol. 93 (1999), No. 2, pp. 424~451; Wesley A. Cann, *Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 26 (2001), No. 4, pp. 413~485.

地表达了这一观点<sup>①</sup>。我们认为,这种观点比较合理。下面我们从三个方面来论述这一观点:

### (一) 条文解释

对 WTO 协议条款的解释首先应该依条约之用语按其上下文并参照其宗旨和目的所具有的通常含义,善意地加以解释。从这一解释方法出发:

第一,在 GATT 第 21 条的条文中,并没有出现将安全例外条款从争端解决程序中排除或为安全例外制定特别的争端解决程序的规定。

第二,从上下文的角度说,GATT 第 21 条位于第 1 条到第 20 条(最惠国待遇、一般例外等条款)和第 22 条和第 23 条(争端解决)之间,既然争端解决程序可以适用于涉及第 1 条到第 20 条所有条款的争端,就没有理由不适用于涉及第 21 条的争端。

第三,WTO《关于争端解决规则及程序的谅解》(DSU)第 1 条(范围和适用)规定:DSU 的规则和程序应适用于其附件一所列各项协议,除非在附件二列举了适用协定中所含的特别或另外的规则和程序。在 DSU 附件一中,明确列举了 1994 年 GATT 以及 GATS 和 TRIPS 协定。所以,DSU 应适用于成员间的所有争端,除非在附件二中有明确的排除。而在附件二中,列举了《实施卫生与植物卫生协议》、《技术性贸易壁垒协议》、《纺织品与服装协议》和 GATS 等,但并未提及 GATT 第 21 条,也未提及各协议中的安全例外条款。如果 DSU 不能适用于涉及安全例外条款的争端,将使 DSU 第 1 条多余或无效,从而违背了条约解释的“有效解释”原则。所以,DSU 应适用于安全例外条款。

第四,从 WTO 的宗旨和目的来说,WTO 的基本理念是促进全球贸易自由化。从安全例外条款的标题和条文的措词都可以看

<sup>①</sup> 参见前述“第二尼加拉瓜案”专家组报告。

出,它只是 WTO 实体性规则的一个有限的和有条件的例外,而不是绝对的、无条件的例外。WTO 的一个基础是互惠,因此,在基于合法的政策目标援用安全例外的成员的权利和其他成员在 WTO 下的实体性权利之间,应该确立一种平衡。如果 WTO 争端解决机制不能对涉及第 21 条的案件进行审查的话,就无法保障实现这种平衡。同时,在乌拉圭回合后,对 WTO 的争端解决程序进行了改善和强化,如果仅仅通过援用各协定中的安全例外条款就能规避 DSU 的适用,也违背了强化争端解决机制的目标。

最后,不允许 WTO 争端解决程序审查涉及安全例外的案件,将使安全例外由一个实体性的免责事由变成一个程序性的例外排除条款,这将是对该条文的一种错误解释,也与 WTO 强化争端解决机制的目标背道而驰。

## (二) 后续性实践

在条约适用中的任何后续实践也可以表明当事方关于解释的共识。在后续性实践方面,首先,在 GATT 时期,就出现过涉及安全例外条款的争端提交专家组审查,并由专家组作出了报告的案例<sup>①</sup>。其次,在 WTO 争端解决机制审查“印度数量限制案”中,印度主张对其国际收支数量限制措施的审查权专属于 WTO 国际收支委员会和总理事会,争端解决机制没有审查国际收支限制措施的正当性的权力。对此,专家组和上诉机构提出,除非 DSU 附件二注明任何特别的或另外的争端解决规则和程序,否则 WTO 争端解决机制可适用于 DSU 附件一所列协议(“适用协议”)的任何条款所引起的各项争端<sup>②</sup>。既然 DSU 附件二没有注明安全例外条款的特别或另外的争端解决规则和程序,WTO 争端解决机制就可以对涉及安全例外条款的争端进行审查。

① 如前述 1949 年“捷克斯洛伐克诉美国案”。

② 参见本书第二章有关论述。



### (三) 历史解释

当上述方法不足以确定在审查下的法律条文的正确意义时,应考察条约的准备资料和条约缔约时的背景。第 21 条的起草历史表明,很多国家考虑了这一条款被滥用的可能性,并主张安全例外的适用应从属于多边贸易体制的审查,这是避免安全例外被滥用的唯一可能的方法。比如美国代表就认为“(《国际贸易组织宪章》)第 94 条不要求各成员在采取或拒绝采取这些例外下的行动时获得国际贸易组织的批准,但是,考虑到这些例外可能被滥用,应进行第 89 条下的协商以及在协商不能达成满意的解决时应由组织作出决定”<sup>①</sup>。在 GATT 的准备和起草过程中,以及在现行的 WTO 协议的准备和起草过程中,对安全例外条款适用争端解决程序从未被明确质疑。所以,从起草历史的角度考虑,对安全例外条款的争端也应该可以适用争端解决程序。

### 二、“认为”的含义

与其他 WTO 例外条款不同,在 GATT 第 21 条中,除第 3 款之外,其第 1 款和第 2 款都使用了“认为”(consider)这一措词。有一种观点主张,“认为”这一措词表明,援用安全例外,特别是其第 2 款(“基本安全利益”条款)的具体条件不是客观性的,而是带有主观判断性的。这种主观判断性允许各成员在适用有关措施时自行进行考察和界定。简言之,解释“适用第 21 条的条件”的权力专属于 WTO 成员。这种观点进一步认为,即使第 21 条本身不能排除 WTO 争端解决机制的审查,但是由于只有国家才有权力解释

---

<sup>①</sup> See United States Tariff Commission, Analysis: Geneva Draft of the Charter for an International Trade Organization, 1947, p. 96. 转引自 Kees Jan Kuilwijk, *Castro's Cuba and the U. S. Helms-Burton Act—An Interpretation of the GATT Security Exemption*, *Journal of World Trade*, Vol. 31 (1997), No. 4, footnote 34, at p. 59. 另注《国际贸易组织宪章》日内瓦草案第 94 条、第 89 条和 90 条各自相对应于现在的 GATT 第 21 条、第 22 条和第 23 条。

第 21 条,所以第 21 条不具有可司法性<sup>①</sup>(justiciable)。我们不同意这种观点。我们认为“认为”措词并不阻碍安全例外条款具有客观标准。理由是:

1. 如果缔约方认为国家有解释安全例外条款的专属性特权,在起草过程中应作出相应的表述。但是,在第 21 条的条文中,找不到这样的规定。在 GATT 时期的争端解决报告和其他相关的法律文件中,以及乌拉圭回合最后文件中,也没有这样的规定。

2. 在援用方行使“认为”一项利益受到威胁和保护这样利益应采取什么样的措施的权利时<sup>②</sup>,该“认为”行为在性质上是技术性的。一旦该利益具体化(如一政治性的或军事性的利益),接下来就是如何确定保护这一利益的适当方式,也就是正确的评估危险及其可能性。可以认为“认为”这一措词对国家对其方式的选择上给予了一定的自由裁量的空间。这反映了保护相关利益的“审慎的权利”,但是,这种权利有一定的客观限制。当所列举的国家安全利益不存在,或有关国家的行动对保护这一利益没有作用时,不能根据第 21 条证明相关国家行为正当。所以,当对危害国家安全的危险的评估明显存在着错误的时候,不能以“认为”为这一错误的借口,而是可由 WTO 争端解决机制进行审查<sup>③</sup>。

3. 在第 21 条第 1 款和第 2 款中都使用了“认为”这一措词,其含义应当一致。有必要注意的是,第 1 款除了“违背其基本安全

---

① Richard Sutherland Whitt, *The Politics of Procedure: An Examination of the GATT Dispute Settlement Panel and the Article XXI Defense in the Context of the U. S. Embargo of Nicaragua*, *Law & Policy of International Business*, Vol. 19 (1987), pp. 604~616. 转引自 Hannes L. Sdhloemann and Stefan Ohlhoff, “Constitutionalization” and Dispute Settlement in The WTO: National Security as an Issue of Competence, *The American Journal of International Law*, Vol. 93 (1999), No. 2, pp. 424~451.

② 在这里,对“认为”的宾语或者说可以允许主观判断的对象是“利益”还是“所必需”也存在着疑问。

③ 前引 Hannes L. Sdhloemann and Stefan Ohlhoff 文。

利益”之外,没有规定其他的进一步的条件,而第2款规定了进一步的条件。如果“认为”意味着绝对的自由裁量的话,根本不需要加上附加的条件。然而事实恰恰相反,第2款的3个子条款都明白地列举了有关的条件。而且,这些子条款不同程度地包含了客观的标准,这些标准可以由WTO争端解决机制审查,而不是只能由各成员进行自行判断。因此,如果“认为”意味着绝对的自由裁量权,将使第2款下的各个子条款多余或无效,从而违背了条约的“有效解释原则”<sup>①</sup>。

4. 如果第21条没有任何客观的标准,而是可以像有的国家主张的那样,可以任意作扩大解释的话,它实际上就变成了这样的规定:“本协定的任何规定不得解释为阻止任何缔约方采取它认为为了保护其安全利益所必需的措施”。而其他措词和子条款都将成为多余的条款。这显然是一个荒谬的推论,也严重违反了国际法中条约解释的原则。所以,尽管有“国家认为”的措词,尽管这些标准的客观性和可司法性在不同的子条款中会有所不同,都不能因此否认第21条包含了客观性的标准。

### 三、“基本安全利益”的含义

GATT第21条第1款和第2款都规定了“基本安全利益”的威胁。有观点认为,“基本安全利益”在总体上是带有主观判断性的,应由国家自行解释。在实践中,“基本安全利益”具有广泛的范

---

① 比如第1款的客观标准性最弱,而第2款和第3款的客观标准性比较强。而且,第2款和第3款中的很多要素是客观的,如“核物质”、“武器”、“战争”、“紧张局势”以及在对“基本安全利益”进行判断时遵循了“所必需”要求,即是否善意和诚信,是否遵循了相称性原则等。这些都可以由WTO争端解决机制进行审查。

围,甚至有被任意扩大的危险<sup>①</sup>。而我们认为“基本安全利益”也应该具有一定的客观限制。因为:

1. 为保护国家的经济安全,可以援用 WTO 的其他例外条款,如保障措施条款等。所以“基本安全利益”不应包括保护经济性安全利益。这一限制是客观性的,因此,对于一项贸易措施“是不是用于经济目的”的问题,适合于 WTO 争端解决机制进行审查。

2. 援用安全例外条款的成员在界定什么样的“安全利益”才是“基本安全利益”时,应遵守善意和诚信的原则。显然,不是所有的政治的或军事的目标都能满足“基本性”的要求。结合第 2 款中的“所必需的”的要求,受到威胁的单个安全利益和所采取的措施对多边贸易体制的共同利益的影响间应具有最低程度的相称性。在判断“基本安全利益”时,应当采取比“普通安全利益”更高的标准。同样,这一限制是客观性的,也适合于 WTO 争端解决机制进行审查。

3. 在第 1 款和第 2 款中的基本安全利益由于具有不同的上下文,所以应作具体的考察。在第 1 款中,条件之一是该安全是关于信息,条件之二是有关成员认为该信息的披露将威胁其基本安全利益。这一措施留给援用方成员很大的自由裁量的空间。但是,有关成员应该善意诚信的判断基本安全利益。当然,应当承认,在实践中,尤其是当该信息只有有关成员知晓时,几乎不可能审查该成员是否进行了善意诚信的判断。所以,在第 21 条 3 个条款中,第 1 款的客观标准性和可司法性最弱。然而在第 2 款第 1 项和第 2 项中“裂变和聚变物质”和“武器、弹药和作战物资”以及“其他物质”等是客观性的规定,显然是可以由 WTO 争端解决机

<sup>①</sup> 比如,在对第 21 条的援用中“基本安全利益”的范围被扩大到包括对这些利益的“潜在性的威胁”(如瑞典对鞋类的进口禁止);对其他国家的安全利益的现实和潜在的威胁(如加拿大和澳大利亚对阿根廷的进口限制);对区域政治稳定的威胁(如欧共体对前南斯拉夫的禁运);以及对外交政策或基本理念的威胁甚至对重要的国内产业的威胁等。

制来判断的<sup>①</sup>。

#### 四、“国际关系中的紧张局势”的含义

GATT 第 21 条第 2 款第 3 项规定“在战时或国际关系中的其他紧张局势下采取的行动”。虽然“战争”这一概念,特别是对如何判断是否存在战争,谁有权判断等问题存在一些争议。但是,在国际法上,对战争有着长期形成的法律制度,所以,对是否满足“在战时采取的行动”比较容易进行判断。然而,对于“紧张局势”的概念,在国际法中几乎没有明确的界定。在 GATT 第 21 条的适用中,这一条款被滥用和被错误使用得最多。

然而,通过“其他”这个定语可以看出,“国际关系中的(其他)紧张局势”与“战争”应有着紧密的联系。它在严重性上,应与战争有着同等严重的性质。在第 21 条第 3 款第 2 项的上下文中,“国际关系中的其他紧张局势”的通常意义应该是国家之间的某种极端的和现实存在的冲突,即“清楚的和现实的对国家安全的危险”,而不是一种远期的可能性。换句话说,它应该只涵盖国家间的某种敌对状态,这一敌对状态最明显的表现是战争,如果不是战争,它应该涉及,或至少是很可能会涉及武力的使用<sup>②</sup>。所以,“国际关系中的其他紧张局势”不应被理解为国家间普通的紧张“政治关系”或“外交关系”,更不应成为某些国家在和平时期对其他国家进行单边制裁的借口。

一种观点认为,与第 21 条第 2 款前言中的“基本安全利益”一样,是否存在“紧张局势”应由援用安全例外的各成员自行决定。我们不赞成这种观点。如果将“紧张局势”理解为国家认为的对其基本安全利益的任何威胁,那么,根本就不需要规定这一条款。换

① 前引 Hannes L. Sdhloemann and Stefan Ohlhoff 文。

② M. J. Hahn, *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12 (1991), p. 589.

句话说,这种理解会使第2款第3项成为多余。对照上下文进行理解,第3项应具有与第1项和第2项同样的功能。它们是为第21条第2款下的权利的实施规定清楚的、客观的和附加的前提。简言之;“紧张局势”与“战争”、“裂变和聚变物质”、“武器”等一样,确立了一个成员援用第21条应该满足的标准,这一标准显然不能由援用国自己单边地确定。

另一种观点认为;“国际关系中的紧张局势”的含义应交给联合国处理,或参照联合国的决议进行判断<sup>①</sup>。根据《联合国宪章》第24条第1款,联合国安理会是联合国唯一的有权采取执行行动维持国际和平与安全的机构。联合国的会员国授权安理会确定对和平的威胁的存在,或侵略行动的存在,识别侵略者并决定军事、外交或经济制裁的适用<sup>②</sup>。在大多数情况下,安理会决定采取的是宪章第41条下的经济制裁<sup>③</sup>。1991年欧共体对前南斯拉夫采取贸易限制措施,在1991年12月的GATT的会议讨论中,印度代表认为;“印度不赞成成为非经济原因使用贸易措施。这样的措施应该在联合国安理会的决议的框架下采取。如果没有这样的决

① Kees Jan Kuilwijk, *Castro's Cuba and the U. S. Helms-Burton Act——An Interpretation of the GATT Security Exemption*, *Journal of World Trade*, Vol. 31 (1997), No. 4, pp. 49~61.

② 《联合国宪章》第39条规定,安理会在维持和平与制止侵略方面,行使某些排他性的重要职能,它应断定任何对和平的威胁、破坏和平的行为或侵略行为是否存在。但该条并未规定何谓对和平的威胁、破坏和平行为或侵略行为,也未规定作出断定的标准。可见安理会有对此有广泛的自由裁量权。参见梁西《国际组织法》,武汉大学出版社1993年版,第107页。

③ 《联合国宪章》第41条规定,安理会可以建议或决定采取不涉及使用武力的措施(可包括经济制裁、停止交通电信和断绝外交关系等),并促请会员国执行此等措施。安理会决定实施的经济制裁有1966年根据第232号决议对Rhodesia的经济制裁,1977年根据第418号决议对南非的经济制裁,1990年对根据661号决议对伊拉克的经济制裁,1992年根据第748号决议对利比亚的经济制裁,1992年根据第757号决议对蒙的内哥罗的经济制裁,1993年根据第841号决议对海地的经济制裁。

议,这样的措施就有可能成为单边措施或被任意使用,并将破坏多边贸易体制”。有的学者支持印度的这一观点,并因此主张,如果没有联合国宪章下的义务,缔约方不应被允许为国家安全原因采取贸易限制措施,只有在联合国安理会通过了一项确认情势的严重性的决议后,才构成“国际关系中的紧张局势”<sup>①</sup>。

乍看起来,这一观点似乎很有道理,也似乎会使安全例外的援用的标准简单明朗。但是,这一观点也存在着理论和实践上的不足。首先,第 21 条第 3 款直接规定了 WTO 成员在《联合国宪章》下的义务,如果把第 21 条第 2 款第 3 项也理解为《联合国宪章》下的义务,会不会导致两个条款中的一个成为多余从而违反了“有效解释”原则呢?其次,对“国际关系中的紧张局势”的过窄解释势必引起各主权国家的不满。更何况,联合国安理会的决议的通过要受制于安理会常任理事国的否决权。在 GATT/WTO 的长期运作中,安理会的两个常任理事国中国和俄罗斯曾经长期不是多边贸易体制的成员。安理会在没有作出制裁的决议的情况下,有关国家就绝对没有权力采取第 21 条第 2 款第 3 项下的行动了吗?这似乎又有点矫之过枉。所以,我们认为,前述两种观点都不妥。

我们认为,参照其他 WTO 例外条款的适用,在判断“国际关系中的紧张局势”的问题上,可以把安理会的决议作为可被推翻的初步证据。具体来说,如果存在安理会的决议对有关国家间的敌对状态进行了确认,可以作为确认构成“国际关系中的紧张局势”的初步证据。而如果没有安理会的决议,则可以作为没有满足“国际关系中的紧张局势”的客观前提的初步证据。在 WTO 争端解决机制中,上述两种推定都可以被推翻并转而由提出反对意见的

---

① Wesley A. Cann, *Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 26 (2001), No. 4, pp. 413~485.

一方承担举证责任。比如,在赫伯法案中,安理会没有通过一个针对古巴的决议,倒是联合国大会通过了有关反对美国对古巴的经济禁运的决议<sup>①</sup>。因此,有理由认为,在赫伯法案中,美国和古巴不是第 21 条第 2 款第 3 项意义上的“国际关系中的紧张局势”。如果美国在 WTO 争端解决机制中反对这一主张,美国应提供有说服力的证据证明存在“国际关系中的紧张局势”。

总之,不是所有的外交冲突都能采取为国家安全原因的贸易限制措施,也不能仅由援用安全例外的国家单方面的来确定“国际关系中的紧张局势”的范围,而是可以通过考察联合国机构的有关决议来确立初步证据。这样,既不会使 WTO“取代”联合国的职权,避免因 WTO 过分的触及具有高度敏感性的政治性事项而使各成员产生反感,又可以使安全例外条款具有客观的标准,防止其被滥用和错误使用。

### 五、“所必需”的含义

GATT 第 21 条第 2 款的前言要求,有关的安全例外措施应该是“缔约方认为为保护其基本安全利益所必需的”,这就引发了一个问题:“国家认为”的对象是“所必需的”还是“基本安全利益”,即可以由援用方主观判断的是“所必需的”还是“基本安全利益”,还是两个都是?有一种观点认为,从第 21 条第 2 款前言的原文看,紧跟在“国家认为”之后的是“所必需的”,然后才是“基本安全利益”<sup>②</sup>。所以,从条文的通常意义说,“国家认为”的对象是“所必需的”。即“所必需的”是由援用方自行决定的。WTO 的机构,包括

① 1992 年联大第 47/19 号决议。

② GATT 第 21 条第 2 款前言的英文原文是“to prevent any contracting party from taking any action which **it considers necessary** for the protection of **its essential security interests**”。法文文本也采用了同样的语句结构:“ou comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures **qu'elle estimera nécessaires** à la protection des **intérêts essentiels de sa sécurité**”。(黑体为作者加)



争端解决机制,不能对援用方的“必要性”判断进行审查,更不能推翻援用方的“必要性”判断。

我们认为,从条约条文的通常意义出发,上述观点有其合理性。在未来 WTO 涉及安全例外的争端解决中,这种观点也会有其一席之地。但我们更赞成下列观点,即尽管在“所必需的”要求之前,有“国家认为的”这一措词,使“基本利益”和“所必需的”带有了某种程度的援用方主观判断的色彩,但是,既然规定了“所必需的”这一措词,它就有其自身特有的含义。在其他 WTO 例外条款中,多次出现“所必需的”这个措词<sup>①</sup>,安全例外条款中的“所必需的”虽然有“国家认为”这个上下文,决定了它可以有援用方选择的因素,但它并不应该是完全由援用方主观判断的,更不能由援用方作任意的或无端的解释。在解释和适用安全例外措施时,援用方应有义务对其措施满足了“必要性”要求作出说明,它参照的标准应该与其他例外中的“所必需的”的含义协调一致。我们注意到,在第 20 条第 2 款和第 4 款中,就规定了“所必需的”的这一要素,GATT/WTO 争端解决机制在有关争端的解决中,对这一措词进行了详尽的解释,创设了一系列的法律标准<sup>②</sup>。援用方对安全例外条款的“所必需的”可以参照这些标准进行解释说明。比如,安全例外的援用方有权确定自己的保护国家安全的目标,它也有权自行确定其保护国家安全目标适当的水平。参照“石棉案”专家组的相关观点<sup>③</sup>,WTO 争端解决机制不会将审查的重点放在对援用

① 参见本书第一章第二节有关内容。

② 参见本书第四章第五节有关内容。

③ “石棉案”专家组认为,当根据 GATT 第 20 条第 2 款审查一措施的正当性时,应考虑三个基本要素(1)对人类健康的危险(2)有关成员希望达到的保护水平(3)是否存在其他与 1994 年 GATT 一致或更少的不一致并且能够达到同样的保护人类健康的目标的措施。专家组认为,它对科学资料的审查必须排他的关注于第 1 个和第 3 个问题,因为,很早以来就已经确立各成员可以自由地确定其公共健康保护水平。参见“石棉案”专家组报告第 8.179 段。

方自行确定的“安全利益”及这一安全利益的水平的审查上<sup>①</sup>。但是,安全例外条款的援用方应当提出初步证据,证明其有关措施是为了实现这一安全水平“所必需的”。对这一初步证据,对方可以提出反驳,WTO争端解决机构可以对援用方有关措施是否为了实现这一安全水平“所必需的”的问题进行审查。这种做法既不会导致“国家认为”措词的多余和无效,也不会导致“所必需的”措词的多余和无效,可以说是一个能够得到各方接受的合理解释。

参照第20条一般例外条款中的“所必需的”标准,有学者还进一步认为,安全例外条款中的“所必需的”应有以下含义:采取的措施是否是为实现期望目标的对贸易的限制作用最小的方法,即如果可以获得也能实现期望目标的更少贸易限制的措施,则更多贸易限制的措施将是“不必要的”;援用方是否已经使用了所有的谈判和协商的方法,即没有使用穷尽可获得的谈判和协商的方法就实施的单边安全例外措施是“不必要的”;该项措施在实际上是否是“所必需的”,即其对被援用国的损害程度远大于援用国受到威胁的程度的安全例外措施是“不必要的”<sup>②</sup>。

① 如美国主张“绝对安全”或“全球性安全”,对于它确定的这一“安全水平”,将不是WTO争端解决机制审查的重点。

② Wesley A. Cann, *Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 26(2001), No. 4, pp. 413~485. 这位学者认为,对于采用最小贸易限制的措施,可参照GATT/WTO争端解决机制对第20条有关条款的解释,如1994年“第二金枪鱼案”中对“所必需的”措词的解释。对于在适用安全例外措施时应用尽谈判和协商方法的义务,这有《联合国宪章》和WTO本身的规定作为条文基础。《联合国宪章》第33条规定,在可能会危及国际和平与安全的争端中,当事方应首先寻求谈判、调查、调解、和解、仲裁、司法解决或它们自己选择的其他和平方式解决争端。在WTO法律框架中,有GATT第22条,DSU第4条第1款、第2款、第3款、第5款和第5条、第25条以及GATT第37条第3款第3项。对于被援用国的损害程度不能超过减缓援用国受到的威胁所必要的程度,应参照武装冲突法中的“相称性”原则,安全例外的援用国应对各种不同的策略选择的潜在损害作用进行权衡,且最终选择的策略应使损害降低到最低限度。

总之,制定安全例外条款的目的不是为了保护国内重要的产业,更不是为在和平时期实施单边经济制裁提供依据。进一步说,它包含了诸多客观的标准,不允许有关成员无限制地行使实施安全例外措施的权利。同时,它不是完全从属于援用方的自行判断,其所含要素可以由 WTO 争端解决程序来审查。当然,在审查中,应考虑到第 21 条所规定的标准比较宽松,尤其是它的第 1 款和第 2 款给予了各成员一定的自由裁量权<sup>①</sup>。在举证责任方面,应由援用方证明它们的行动是为了保护基本安全利益所必需的并证明其满足了第 1 款到第 3 款中的客观条件。

## 第四节 WTO 安全例外条款需要改进和澄清的问题

对于 WTO 安全例外条款,除了应对其适用条件、可否被 WTO 争端解决机制审查以及举证责任的划分等基本问题亟需澄清和改进之外,还存在下列一些问题有待解决。

### 一、发展中国家的特殊和差别待遇问题

无论是 1947 年 GATT 第 21 条,还是在乌拉圭回合中制定的其他安全例外条款,都没有出现有关给予发展中国家特殊和差别待遇的措词。有一种观点认为,在安全问题方面,在 GATT 中,或者在国际法中,发达国家和发展中国家没有区别<sup>②</sup>。如果仅仅从安全例外条款的措词来说,这种观点似乎有点道理。但我们认为,这种观点存在严重的缺陷:在理论上,它将安全例外条款与 WTO 的其他规定割裂开来,无视 WTO 法律框架中对发展中国家的特

① 如 WTO 成员可以自行确定“安全利益”及“国家安全保护的水平”。

② GATT Council, Minutes of Meeting held on June 29~30, 1982, GATT Doc. C/M/159, at 20 (Aug. 10, 1982).

殊和差别待遇的一般性规定。在实践中,它为一些大国以安全例外条款为外衣对发展中国家进行单边经济制裁提供了借口<sup>①</sup>。我们认为,在安全例外条款适用时,给予发展中国家特殊和差别待遇,是安全例外条款的应有之义。

首先,无论是 GATT 还是 WTO,都通过很多的法律规定给予发展中国家,特别是最不发达国家以特殊和差别待遇,其目的是为了促进发展中国家的的发展,加强它们分享全球福利的能力<sup>②</sup>。虽然这些规定并没有直接提及安全例外条款,但是,作为多边贸易体制法律框架的重要组成部分,这些规定在一定程度上反映了 GATT/WTO 的宗旨和目的,也是多边贸易体制成员的普遍性的权利义务。所以,在适用安全例外时,应当考虑给予发展中国家特殊和差别待遇<sup>③</sup>。

其次,虽然在安全例外条款中没有给予发展中国家特殊和差别待遇的规定,但在其他 WTO 例外条款中,都包含了给予发展中国家特殊和差别待遇的规定<sup>④</sup>。这反映了多边贸易体制的一种普遍的立法倾向。在适用安全例外条款时,适当考虑给予发展中国家特殊和差别待遇,是符合这一立法倾向的。

第三,如前所述,在实践中,绝大多数是发达国家针对发展中

---

① 事实上,GATT 安全例外的适用事例大多数是美国等发达国家对发展中国家采取贸易限制措施。

② 如 GATT 第四部分、给予发展中国家的普惠制以及授权条款等。对于欠发达国家,GATT 第 37 条第 3 款第 3 项还规定:“发达缔约方在考虑实施本协定项下允许的其他措施以解决特殊问题时,应特别注意欠发达缔约方的贸易利益。如果此类措施会影响这些缔约方的基本利益,则应在实施此类措施之前,探索进行建设性补救的所有可能性。”

③ 在实践中,已经有一些发展中国家提出这种主张,如在“第二尼加拉瓜案”中,埃及等缔约方认为,在援引第 21 条时,应当考虑发展中国家在 GATT 第四部分,特别是在第 37 条第 3 款第 3 项下的基本利益。很多发展中国家认为,美国对尼加拉瓜的行动违反了 GATT 第四部分。参见前引 Wesley A. Cann 文。

④ 参见本书第一章第二节。

国家援用安全例外实施贸易限制。这造成了两种结果：一方面，某些发达国家滥用安全例外，严重威胁着 WTO 的安全性和可预见性；另一方面，遭受安全例外措施的发展中国家由于长期的经济封锁日趋贫困，与 WTO 所追求的促进全球福利的宗旨背道而驰。所以，在安全例外适用中，考虑给予发展中国家的特殊和差别待遇，有利于限制发达国家针对发展中国家滥用安全例外措施。

因此，在有关国家援用安全例外的时候，应该充分地考虑到被援用国家的经济发展状况，给予发展中国家特殊和差别待遇。

## 二、期限问题

在 WTO 安全例外条款中，同样没有规定为安全原因采取的措施的期限。有观点认为，期限问题由援用国自行决定。而在实践中，一些国家为安全原因对发展中国家采取贸易限制措施动辄几年甚至数十年。这就出现了一个问题：安全例外措施是永久的还是暂时的？如果是暂时的，期限应该是多长？我们认为，安全例外措施应该是暂时的、有适当期限的和逐步取消的。理由是：

首先，从条约法的角度说，WTO 例外条款中所包含的各种例外措施是条约的停止施行，而不是条约的终止。所以，各种例外措施都具有暂时性<sup>①</sup>。安全例外措施同样也应该是暂时的。

其次，虽然 WTO 对各种例外措施的暂时性的要求宽严不一，但都规定了适当的期限。而且，对各种例外措施规定确定的期限，已经成为 WTO 的一种立法趋势。所以，在适用安全例外措施时，也应该考虑适当的期限。这一期限可以根据具体情况确定，但不应超过保护国家安全免于相关威胁所必要的限度。

第三，要求援用国在援用安全例外措施时考虑适当的期限，能够避免某些大国利用安全例外来对中小国家实施单边贸易限制。而如果这一期限过长，超过了保护国家安全所必要的限度，那么，

<sup>①</sup> 参见本书第一章第二节。

这种长期的贸易限制或经济制裁将对被援用国的经济造成严重影响,且使其被隔离在多边贸易体制之外,不能享受全球贸易自由化所带来的利益,这也将违背 WTO 的宗旨和目的<sup>①</sup>。

最后,在 WTO 的其他各种例外条款中,都不同程度地要求援用方承担逐步取消的义务。同样,在安全例外措施的实施中,援用国也应该定期对“基本安全利益的威胁”和所实施的贸易限制措施进行审查,根据具体情况,逐步放宽或取消安全例外措施。

### 三、歧视性适用问题

在适用安全例外措施时是否允许专向的针对一个或几个国家,即是否允许歧视性适用?相对于安全例外的其他问题而言,这一问题更加复杂。

一方面,我们注意到,在安全例外的适用中,某些国家在为安全原因适用安全例外措施时,采用了双重标准。比如,在前南斯拉夫内战期间,欧共体对前南斯拉夫实施为安全原因的经济制裁。但是,在俄罗斯政府对车臣的民族分裂活动进行军事打击时,欧共体却没有对俄罗斯采取经济制裁。再比如,古巴和越南都是社会主义国家,都是美国国内的某些政治势力眼中的“威胁”,但美国对古巴长期实行经济制裁,与越南却积极地进行贸易交往。当然,我们不是认为西方国家应该对俄罗斯或越南实施经济制裁,而是对西方国家的这种双重标准的合法性提出质疑。

另一方面,对于是否允许歧视的问题,WTO 各种例外条款的规定也不尽一致<sup>②</sup>,从中很难找到 WTO 有关这一问题的立法取向。如果严格从条文上来说,有两个事实不容忽视。第一,一般例

---

① 更严重的是,如果某些大国无期限地利用适用安全例外措施对中小国家实行经济封锁,将造成被援用国的长期贫困,无谓地扩大国家之间乃至人民之间的敌意,长久以往,也不利于世界的和平与安全。

② 参见本书第一章第二节有关内容。

外条款和安全例外条款都是 WTO 的总例外,适用安全例外措施,可以免于最惠国义务、国民待遇义务、禁止数量限制义务和禁止歧视性数量限制的义务。所以,从条文上来说,安全例外似乎是允许专向地针对某一国家的。第二,一般例外的前言规定了一般例外措施的适用方式,即“不构成在相同条件下的国家间的任意的和无端的歧视,且不构成对国际贸易的伪装起来的限制”。尽管在制定国际贸易组织宪章的最初草案中,一般例外和安全例外是合并在一个条款中的,但是,从现行条文上看,安全例外和一般例外毕竟是两个条款,在法律上很难将一般例外条款的前言中的规定也适用于安全例外条款。所以,我们就面临着这样一个两难的问题:一方面,为避免将安全例外措施作为针对弱国的一种方便的、低成本的外交政策工具,需要限制某些国家采用双重标准对中小国家滥用专向的单边经济制裁;另一方面,在安全例外的现有法律规定中,又没有禁止在相同条件下的国家间任意和无端的歧视的义务。在将来可能发生的涉及安全例外的争端中,这一问题必将成为争论的焦点。我们期待着 WTO 争端解决机制对此问题作出公正合理的解释。

## 第五节 中国对 WTO 安全例外条款的应有对策

### 一、我国在 WTO 安全例外条款问题上的应有立场

加入 WTO 后,我国应在 WTO 安全例外条款问题上采取什么立场呢?对此,我们初步提出下列原则性的建议。

1. 从总体上看,以《联合国宪章》为基础的现代国际法仍然是维系当今国际秩序的基础。宪章所确立的原则,如国家主权平等、互不干涉内政、禁止非法使用武力、和平解决国际争端等仍然有效且在 21 世纪仍必须维护和坚持。因此,WTO 安全例外条款不应被滥用或错误使用,不应被用作发达国家基于社会、政治或经济理

念,对其他国家特别是发展中国家实施单边经济制裁的依据。

2. 应参照《联合国宪章》,在多边谈判的基础上为安全例外条款制定具体的、可识别的标准,防止滥用和错误使用安全例外条款,确保多边贸易体制的安全性和可预见性。

3. 加强 WTO 对各成员的安全例外措施的有效规范和监督。尽管安全例外措施的援用方拥有自行界定其自己的国家安全利益及其保护水平的主权权利,但安全例外条款也包涵了诸多的客观标准或要素<sup>①</sup>。对这些客观标准或要素,可以由 WTO 有关机构,特别是争端解决机制参照联合国的有关文件进行审查。WTO 成员的安全例外措施不应继续游离在多边贸易体制的规范与监督之外,涉及特定的国家安全贸易措施的争端应当回归于 WTO 的管辖。简言之, WTO 应在安全例外条款的适用中发挥应有的作用。

## 二、树立“基于主权的国家安全观”

我们认为,合理利用 WTO 安全例外条款,首先应对我国的“国家安全利益”和“国家安全的保护水平”进行合理定位。

在 WTO 安全例外条款之下,各成员有权自行决定自己的“国家安全利益”和国家安全利益的适当水平<sup>②</sup>。这从另一方面说明,在 WTO 安全例外条款之下,“国家安全利益”更直接的表现为一个主观的概念,表现为各成员,特别是各成员政府自身的一种安全认识和感受。不同的国家或政府对“国家安全”的认识有可能是截

---

① 尽管安全例外条款是多边贸易体制不可或缺的安全阀,但这并不意味着“基本安全利益”是绝对的和不能被界定的,也并不意味着它没有任何客观性标准。在这些条款中,有很多的要素可以进行客观判断。更重要的是,它通过“基本”、“所必需”等要求,在一定程度上确保安全例外措施目的与手段的一致性和相称性,即确保实施的贸易限制的确是用于特定国家安全利益而不是用于其他目的,并确保贸易限制是为了特定国家安全利益所必要的限度内,从而防止滥用和错误使用。

② 笔者认为,该国家安全利益是否“基本”,仍应可以由 WTO 争端解决机制进行审查。



然不同的。作为 WTO 成员,我国有权自行决定自己的国家安全利益和国家安全利益的水平。但是,我国不宜将国家安全利益及其水平界定得过宽或过高。理由是:

从国际社会的实践角度说,如果一个国家把自己的“国家安全利益”及其水平定义得过宽或过高,那么它在安全问题上要防范的威胁就会过多。即使经济水平高度发展、政治局势足够稳定,它也会感到“不安全”<sup>①</sup>。将国家安全利益界定得过宽过高,不仅会让我国在切实保护这些利益时力不从心,甚至会让我国忽视对真正重要的领土安全和政治安全的维护。

从 WTO 法的角度说,尽管 WTO 安全例外条款允许为“安全原因”实施贸易措施,但是它只涉及了特定的安全问题,而不是所有的安全问题。从性质上讲,安全例外条款下的“安全”不是涵盖了诸如经济安全、食品安全、环境安全或社会安全等的广义意义上的安全,而是特指国防安全和国际和平与安全。

从国内法的角度来说,《中华人民共和国国家安全法》(以下简称《国家安全法》)也为我们提供了合理界定我国的“国家安全利益”及其水平的重要启示。于 1993 年 2 月 22 日由七届全国人大常委会第三十次会议通过的《国家安全法》第 4 条规定:“任何组织和个人进行危害中华人民共和国国家安全的行为都必须受到法律追究。本法所称危害国家安全的行为,是指境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施的,或者境内组织、个人与境外机构、组织、个人相勾结实施的下列危害中华人民共和国国家安全的行为:阴谋颠覆政府,分裂国家,推翻社会主义制度的;参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的;窃取、刺探、收买、非法提

① 以美国为例,出于政治和外交的战略考虑,美国将其“国家安全利益”界定为“绝对安全”和“全球安全”。世界上发生的任何事情,都有可能被美国列入“威胁国家安全”的名单。但是,美国基于这种过宽的国家安全利益观所实施的种种措施,也激起了世界上大多数国家和人民的反感。在一些极端情况下,甚至会招致不必要的对美国国家安全利益的严重损害。2001 年发生的“9.11 事件”就是一个明证。

供国家秘密的、策动、勾引、收买国家工作人员叛变的、进行危害国家安全的其他破坏活动的”。虽然《国家安全法》所规定的“国家安全”与WTO安全例外条款中所规定的“基本安全利益”在内涵和外延上并非完全重合,制定的目的也不相同,但是可以看出《国家安全法》所涵盖的“国家安全利益”的范围主要界定在“维护国家领土完整和政治制度”等基于“保护国家的对内最高权和对外的独立权”的国家安全利益。这为我们合理界定“基于主权的国家安全观”提供了一条重要的思路。

因此,我们认为,在加入WTO后,为善意行使我国在WTO安全例外条款下的权利,我国应当树立“基于主权的国家安全观”。什么是主权?按照国际法的观点,主权就是一国独立自主地处理对其内外事务的权力,表现为对内的最高权和对外的独立权<sup>①</sup>。因此,“基于主权的国家安全”主要指的是领土安全和政治安全,外来的军事威胁和政治干预是对“基于主权的国家安全”的直接损害因素。而对于经济安全和文化安全,虽然来自外国的不公平经济竞争和不良的意识形态会对我国国内政治经济产生负面影响,但在大多数情况下,不会对我国的对内的最高权和对外的独立权产生直接的损害。只有在其负面影响足够突然、足够剧烈,从而直接损害了我国的独立自主的处理内外事务的权力时,来自经济领域和文化领域的威胁才能归于“国家安全利益”的范畴<sup>②</sup>。

中国是一个爱好和平的国家。长期以来,我国一直坚持以“和

① 梁西主编《国际法(修订第二版)》,武汉大学出版社2000年版,第64页。

② 何况,促进经济发展和维持社会稳定是一个国家保护国家安全免于外来威胁的最重要的手段。如果我国不合理的界定国家安全利益的范围,随意将经济领域和文化领域的外来负面影响归于“对国家安全利益的损害或威胁”,从而滥用有关贸易措施,将很可能招致其他国家的反对乃至贸易报复,进而影响我国的经济发展和社会稳定。对于其他国家的不公平贸易做法或来自其他国家的进口大量增加造成我国产业受损,我国可以根据WTO有关反倾销、反补贴和保障措施的多边规则以及我国在相关领域的国内法来进行及时有效的法律救济。

平共处五项原则”作为处理与其他国家关系的基石,与世界各国建立了平等、互利、合作的友好关系。从总体上看,我国的国家安全形势是比较好的,但在个别地区或个别因素上存在不安全因素。目前,我国所面临的威胁国家领土安全和政治安全的不利因素主要包括台湾尚未统一和与周边国家的领土争端问题<sup>①</sup>。所以,我国在确立“国家安全利益”时,应当将重点放在防范和处理这些不利因素所必要的安全措施方面。在利用 WTO 安全例外条款实施贸易措施时,其范围也应只限于为防范和处理上述威胁国家领土安全和政治安全的不利因素所必要的措施。

### 三、WTO 安全例外条款与两岸经贸关系

在 2001 年底举行的 WTO 多哈部长会议上,中国和台湾都顺利完成加入 WTO 的程序,成为 WTO 的正式成员。令人高兴的是,两岸都没有援用“互不适用条款”,这为两岸在 WTO 框架下加

---

<sup>①</sup> 前者是一个国内安全和国际安全紧密结合的棘手问题。由于台湾当局在各种名义下搞实质的“独立”,不断推进所谓的“国家化”,使得两岸统一需要克服的难题越来越多,越来越大。这种形势的不断发展严重地威胁到中国的领土安全和政治安全。后者是一个纯国际安全的问题。中国与许多周边国家在历史上有着疆界纠葛,有的甚至发生了战争。虽然现在这些国家与我国基本上建立了睦邻友好关系,但是,在南亚,印度一直把中国作为其安全战略中的重点对手。在南沙,许多周边国家不择手段地开采使得南沙地区形势日趋紧张。在东亚,中日钓鱼岛领土争端是影响中国国际安全的又一重大隐患,日本军国主义势力死而不僵更为中日关系的发展蒙上了阴影。这些因素的存在,是对中国的领土安全和政治安全的潜在威胁。参见宋伟《关于国家安全内涵的认定及中国的国家安全形势》,“公民教育网”2002 年 3 月 1 日下载资料,网址: [www.citizenedu.org](http://www.citizenedu.org)。

强经贸交流与合作提供了可能<sup>①</sup>。

随着两岸先后成为 WTO 的正式成员,未来两岸经贸关系如何发展备受关注。人们都希望加入 WTO 后两岸经贸关系会摆脱现状,出现飞跃式的发展<sup>②</sup>。但是,由于台湾当局的阻挠,两岸经贸关系并没有乘两岸加入 WTO 的东风而从此一帆风顺,WTO 提倡的非歧视原则和普遍禁止数量限制等原则也并未真正在台湾对大陆的经贸关系中得到贯彻落实。比如,台湾在加入 WTO 所作的服务业市场开放承诺中没有将海运列入。在两岸政治关系未能进一步缓和之前,台湾当局可以以其 GATS 承诺中不包括海运权为由,继续实施其阻挠两岸“大三通”的政策<sup>③</sup>。同时,台湾当局基于所谓的“间接”、“单边”、“民间”的贸易和投资政策,仍然对大陆

---

① 在两岸加入 WTO 的过程中,两岸是否会援用《建立 WTO 协定》第 13 条和 GATT 第 35 条“互不适用条款”排除对两岸经贸适用 WTO 协议规则曾经是国内外关注的一个焦点问题。对此,我国政府认为,两岸加入 WTO,在总体上有利于加强两岸经贸交流与合作,并进而有利于促进国家统一。因此,我国政府没有在台湾加入 WTO 时,援用“互不适用条款”。而在台湾方面,根据台湾“经济部”对“互不适用条款”的利弊得失分析,援用“互不适用条款”虽然可以继续维持其所谓的“国统纲领”的近程阶段,但缺点是由于《建立 WTO 协定》第 13 条规定,新成员援用“互不适用条款”是在 WTO 部长会议通过接受新成员的议案之前,而台湾后于大陆加入 WTO,所以台湾不可能援用。而就经贸利益来说,对大陆“互不适用”,台湾将无法享受大陆市场开放的好处,使台湾在两岸贸易与投资关系上居于劣势。因此,台湾也没有对大陆援用“互不适用条款”。

② 郭平坦(原中华全国台湾同胞联谊会副会长、全国台湾研究会理事):《台湾加入 WTO 对两岸经贸关系的影响》,中国互联网新闻中心 2001 年 3 月 13 日下载资料,网址: [www.chinanews.org](http://www.chinanews.org)。

③ 2000 年 3 月,台湾“经济部”表示,对于特殊敏感行业,如涉及“国防”安全的电力、攸关民生经济的炼油等,将依“国家安全条例”限制“中资”介入。《镜报》的文章报道,依据 WTO 的规定,只要求通商贸易的自由化,而在通商贸易方面,台湾目前仍禁止大陆四千多种农产品进口,并且所有进口货物不能从大陆直航台湾,而要在第三地靠岸后再来台湾,即所谓只能间接贸易不能直接贸易。参见前引郭平坦文。

的投资和贸易进行限制<sup>①</sup>。更值得一提的是,台湾可能会利用 WTO 安全例外条款,继续维持上述限制。

目前,对于两岸加入 WTO 后如何处理双边贸易争端,特别是利用 WTO 规则打破台湾对大陆实行的违背 WTO 自由贸易原则的投资与贸易限制等问题,我国政府尚未形成完善系统的回应对策。我们在这里提出几点不成熟的建议:

1. 坚持“一个中国”的原则。即坚持两岸经贸问题是国内问题,避开可能的国际介入,警惕台湾当局将两岸经贸问题“国际化”的企图,积极防范和有效制止台湾妄图利用 WTO 向国际社会宣示“台湾是主权独立的国家”的种种做法<sup>②</sup>。

2. 对于台湾违反 WTO 自由贸易规则对大陆实施的贸易和投资限制,我们应首选双边谈判的方式,通过政治性协商的手段来解决两岸经贸切实适用 WTO 规则的问题。当然,两岸谈判的前提必须是台湾当局承认“一个中国”原则。

3. 充分发挥台湾民众的作用。台湾当局所实施的违背 WTO 自由贸易原则的投资与贸易限制损害了台湾各界尤其是工商界的利益,并遭到了台湾民众的强烈反对。如果台湾当局一意孤行,继续阻挠两岸经贸关系的发展,我国可以利用台湾民间力量发挥重要影响,迫使台湾取消或调整有关限制措施<sup>③</sup>。

4. 对于台湾限制大陆在香港和澳门的控股公司在台湾投资建厂的做法,我们可以积极促使香港和澳门在 WTO 争端解决机制起诉台湾,利用 WTO 争端解决机制的审查和裁定迫使台湾取

---

① 据《参考消息》2001 年 11 月 22 日第二版报道:台湾当局担心,大陆会利用在国外控股取得某一 WTO 其他成员的国内法人资格,然后再到台湾投资,进而进入台湾生产和商业领域,并最终达到通过商业活动影响甚至控制岛内政治的目的。基于这一考虑,台湾正在筹划援引安全例外,来阻挠大陆控股的企业在台湾投资。

② 郭平坦《台湾加入 WTO 对两岸经贸关系的影响》,中国互联网新闻中心 2001 年 3 月 13 日下载资料,网址: [www.chinanews.org](http://www.chinanews.org)。

③ 参见前引郭平坦文。

消有关措施。

5. 一旦发生台湾独立的严重事件,我国可以断绝与台湾的经济交往。由于大陆与台湾的关系是我国国内的主权事项,所以,WTO一般会回避进行干预。当然,在发生上述严重事件时,我国应尽量避免对与台湾有经济贸易往来的第三国企业进行制裁。如果出于安全原因,不得已对与台湾有经济贸易往来的第三国企业进行制裁且其他成员代表受制裁企业在WTO起诉我国,我国应优先选择在WTO争端解决机制之外与起诉成员达成双边协议。协议应一方面要求对方成员敦促其国内有关企业不再与台湾进行贸易往来,另一方面我国承诺不对该成员有关企业实施制裁。如果不能达成双边协议,我方不应阻挠WTO专家组程序。如果没有把握满足安全例外条款的标准,建议不要援用WTO安全例外条款。但同时我国应做好充分的应诉准备,反驳其他成员依据WTO实体法规则所提出的主张。在应诉策略方面,我国还可充分利用WTO争端解决机制所允许的各种程序。在这期间,我国可以要求WTO受影响的其他成员不得对我国实施单边贸易报复措施。即使在WTO作出不利于我国的裁定后,我国还仍然可以维持相关制裁措施,只不过我们就不得不面对其他成员经DSB授权的贸易报复。

#### 四、我国处理安全例外贸易措施争端的对策建议

初步研究表明,我国现有的有关安全例外的国内法规定是与

WTO 的有关规定基本一致的<sup>①</sup>。在加入 WTO 后,中国可以依据这些国内法规定为保护国家安全实施贸易限制措施。在依据国内法规范为国家安全目的实施贸易措施时,我国也应充分重视 WTO 安全例外条款适用的条件,尽量使有关措施事前符合 WTO 法的相关规定,切勿滥用和错误使用。同时,我们应及时识别其他 WTO 成员滥用安全例外条款对我国实施的贸易限制,并倚重双

---

① 我国 1994 年《对外贸易法》与 WTO 安全例外条款相关的条款主要有第 16 条:“属于下列情形之一的货物、技术,国家可以限制进口或者出口:(一)为维护国家安全或者社会公共利益,需要限制进口或者出口的;……(七)根据中华人民共和国所缔结或者参加的国际条约、协定的规定,需要限制进口或者出口的。”第 17 条:“属于下列情形之一的货物、技术,国家禁止进口或者出口:(一)危害国家安全或者社会公共利益的;……(四)根据中华人民共和国所缔结或者参加的国际条约、协定的规定,需要禁止进口或者出口的。”第 24 条:“国家基于下列原因之一,可以限制国际服务贸易:(一)为维护国家安全或者社会公共利益。”第 25 条:“属于下列情形之一的国际服务贸易,国家予以禁止:(一)危害国家安全或者社会公共利益的;(二)违反中华人民共和国承担的国际义务的。”(这里的“国际条约”或“国际义务”,应当包括《联合国宪章》)此外《货物进出口管理条例》第 8 条和第 33 条规定有《对外贸易法》第 17 条规定情形之一的货物,禁止进出口。第 10 条和第 35 条规定有《对外贸易法》第 16 条第(一)(七)项规定情形之一的货物,限制进出口。《技术进出口管理条例》第 8 条规定“有对外贸易法第 16 条、第 17 条规定情形之一的技术,禁止或者限制进口。”第 31 条规定“有对外贸易法第 16 条、第 17 条规定情形之一的技术,禁止或者限制出口。”

边磋商、WTO 争端解决机制等相关机制要求其修正或撤销该措施<sup>①</sup>。对此,我们建议:

1. 在 WTO 其他成员以“国家安全”为由对我国国内企业实施出口或进口限制时,我国应首选由外交和外经贸有关部门与该成员政府进行外交交涉,说明我国有关企业作为生产非军用产品的普通民用企业的地位,并要求该成员政府解除或调整出口或进口限制措施。

2. 如果其他成员在 WTO 争端解决机制中针对我国的安全例外贸易措施起诉,我们可以援用 WTO 安全例外条款证明我国有关措施正当,但应注意提出充分的初步证据,证明我国的有关措施符合安全例外条款下的各个客观标准。具体来说:如果该措施是涉及特定信息时,我国要证明(1)我国确立的安全利益及其水平(2)该安全利益构成基本安全利益(3)该信息涉及该基本安全利益(4)如披露该信息会违背我国基本安全利益。

如果该措施涉及特定产品或服务,我国要证明(1)我国确立的安全利益及其水平(2)该安全利益构成基本安全利益(3)该措施涉及核物质或武器、弹药和作战物资或其他军用货物和物资或相关服务(4)该措施是为保护我国确立的安全利益所必需的。

---

① WTO 其他成员以“国家安全”为由对我国实施贸易限制的事例如“日本对我国南化公司实施出口限制事件”。中国石化南京化学工业有限公司(以下简称南化公司)是我国化肥生产的重点企业,在我国农业经济中具有较重要的作用。南化公司生产化肥的基础原料是液体硫磺。目前因国内资源不足,主要从日本进口。2002 年 4 月 2 日,日本有关出口商通知南化公司,日本政府经济产业省从 2002 年 4 月 1 日起修改了出口限制条例,把南化公司列为“有可能生产用于军事目的的武器弹药的企业”,规定需要日本政府批准才能向南化公司出口各种原料。因此,日本出口商已暂停向南化公司供应液体硫磺,并等待日本政府在 4 月 19 日前向南化公司供应液体硫磺是否需要政府批准给出审核结果。由于日方停止向南化公司供应液体硫磺,切断了南化公司正常的原料来源,同时国内资源的寻求和运输设备的制造需要较长的周期,南化公司的原料供应面临严重短缺,如不能保障原料供应,5 月份就将造成多个分厂乃至整个南化公司停产的危机。



如果该措施涉及特定情势,我国要证明(1)我国确立的安全利益及其水平(2)该安全利益构成基本安全利益(3)我国与有关国家处于战争状态或国际关系中的其他紧张局势(4)该措施是为保护我国确立的基本安全利益所必需的。如果该措施涉及联合国安理会的决议的执行,我国要证明该措施是为履行我国在《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的行动。

3. 一旦其他成员对我国采取安全例外措施,而经双边谈判无法达成协议时,我国可以在 WTO 争端解决机制中针对其他成员的安全例外贸易措施提出“违法之诉”。如果对方成员援用 WTO 安全例外条款证明其措施正当,我们应注意及时地对对方提出的初步证据提出有理有力的反驳。而如果对方成员以 WTO 安全例外条款为由阻挠 WTO 争端解决机制对其安全例外措施进行审查时,我国应对其主张进行反驳。如果由于各种考虑 WTO 争端解决机制决定不对该成员的安全例外贸易措施进行审查,那么我国还可以主张对方的措施使我国在 WTO 下的利益“正在丧失或减损”,并依据 GATT 第 23 条第 1 款第 2 项提起“非违法之诉”,要求对方对我国企业所受损失提供相应补偿<sup>①</sup>。

总之,在加入 WTO 后,我们一方面要充分利用 WTO 争端解决机制,防止国外利用安全例外贸易措施对我国经济造成消极影响;另一方面可以合法、有效地运用 WTO 安全例外条款,以保护我国的国家安全。

---

<sup>①</sup> 1994 年 GATT 第 23 条第 1 款第 2 项规定:“如任一缔约方(成员)认为,由于另一缔约方采取的无论是否与本协定抵触的任何措施……使它根据本协定直接或间接享受的利益正在丧失或受到损害,或者使本协定的目标的实现受到阻碍,则该缔约方为了使问题能够得到满意的调整,可以向其认为有关的其他一个或数个缔约方提出书面请求或建议。任何有关缔约方对提出的请求或建议应给予同情的考虑。”参见余敏友《世界贸易组织争端解决机制法律与实践》,武汉大学出版社 1998 年版,第 244 页,第 128~131 页。

## 结束语 对 WTO 例外条款的 回顾与展望

WTO 例外条款为我们提供了一个研究和思考 WTO 的基本理论问题的难得的机会。在本书中主要研究了如下问题:什么是例外条款?它从哪里来?它为什么制定?它如何变化?它和普遍国际法有什么不同?等等。回顾 WTO 例外条款的法律和实践,我们可以初步得出下列结论:

由国家所形成的国际社会对特定国内公共政策目标的关注,是 WTO 例外条款产生和发展的社会基础。多边贸易体制形成和发展的历史表明,贸易自由即使从经济学理论上是完全正确的,也只能作为各国及其人民长远的奋斗目标。而要达到这个目标,还需要妥善处置并兼顾各国的眼前利益,尤其要兼顾对各国来说至关重要的特定利益,允许它们在必要时暂时偏离 WTO 的义务,这样才有可能建立一种现实、稳定而可靠的国际贸易秩序<sup>①</sup>。

多边贸易体制形成之初,正值二战结束后世界经济百废待兴的“复苏时代”。世界各国对营造一个多边贸易组织来促进世界经济的发展抱着美好的希望,但同时却不得不考虑一些现实问题:既然固定汇率下国家不能自由调整汇率,绝对的贸易自由会不会损害一国的国际收支平衡却又缺乏直接有效的保护手段?既然进口

① 参见赵维田《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 166 页。

增加可能给一国国内产业带来巨大冲击,绝对的贸易自由会不会对国内产业造成严重损害并进而影响国内社会稳定却又没有缓冲的办法?既然 GATT 的宗旨是促进货物的自由流动和对世界资源的完全利用,绝对的贸易自由会不会制约一国保护其人民的生命或健康的权利,或者损害其对可穷竭的自然资源特别是矿产资源的永久主权却又缺乏免责通道?既然国防安全构成一国的主权事项,绝对的贸易自由会不会对这一主权事项造成损害却又无从救济?总之,在正常履行多边贸易体制下的义务的过程中,会不会出现一定的国内公共政策目标或利益受损的情况?在这些目标或利益受损时,有没有直接有效的方法使各国“合法地”偏离多边贸易体制的义务?为了在多边贸易目标和特定国内公共政策目标之间实现协调和平衡,1947 年 GATT 初步设计了各项例外条款。一方面,例外条款通过“权利条款”,为各缔约方提供了在必要时为保护特定国内公共利益而偏离多边贸易体制义务的手段;另一方面,例外条款通过“条件条款”,使该缔约方的例外实践不至于偏离多边贸易体制的主航方向太远,并将例外实践对自由贸易目标的负面影响降低到最小的程度。

然而,随着国际社会的发展,最初设计的例外条款逐渐不能适应多边贸易体制的需要。这其中最突出的问题是在援用例外的权利和善意行使这一权利之间的平衡线过于含糊和抽象,导致在具体的适用和解释中,要么对有关条款的解释过于严格,使各成员援用该例外的权利变成虚有的权利<sup>①</sup>;要么对有关权利的善意行使无法加以有效规范和监督,使各成员援用该例外的实践变成了滥用或错误使用<sup>②</sup>。为了适应国际社会发展阶段和关注事项的变化,为了更好地在多边贸易目标和特定国内公共政策目标之间实现协调和平衡,GATT/WTO 针对例外条款适用中出现的具体问

① 这方面主要表现为一般例外条款的适用和解释。

② 这方面主要表现为国际收支例外条款、保障措施条款和安全例外条款相关实践。

题采取了不同的解决办法:对于主要服务于经济目标的国际收支例外条款和保障措施条款,加强对各国的相关例外实践的多边规范和监督,使援用相关例外措施的条件日趋严格;而对于服务于公共健康保护和环境保护等带有人类共同利益性质的目标的一般例外条款,降低解释标准,使援用相关例外措施的条件日趋宽松。这种并非统一的“日趋严格”和“日趋宽松”态度的背后,实际上包含了一个统一的理念:把握住自由贸易原则与各种例外之间的平衡,使例外实践不致脱离合法的轨道<sup>①</sup>。

WTO 例外条款的法律与实践,从一个侧面展示了国际法在 WTO 中适用的广阔前景。由于例外条款措词的模糊性和目标的双重性,在涉及例外条款的争端中,往往很难直接对是非曲直进行判断,而是需要争端解决机制综合运用条约解释的条文解释、系统解释、后续实践解释和历史解释等方法,对当事双方的权利义务进行鉴别和平衡<sup>②</sup>。但是,在 GATT 时期,由于历史的局限性<sup>③</sup>,有关案例的专家组不遵循条约解释的一般规则对例外条款进行解

① 参见曾令良《世界贸易组织法》,武汉大学出版社 1996 年版,第 15~16 页。

② 《关于争端解决的规则与程序的谅解》(DSU)第 3 条第 2 款规定,WTO 争端解决机制的职责是“根据国际公法的解释的习惯规则”澄清适用协议的既有规定。而这一“国际公法的解释的习惯规则”一般被理解为 1969 年《条约法公约》第 31 条“解释的通则”中包含的解释规则。按照这一规则,对条约条款的解释应该先分析其条文,即“条约应依其用语按其上下文并参照条约之宗旨和目的所具有的通常含义善意地加以解释”。在考察上下文时,应当考察条约的整体规定以及条约的后续实践。当这些方法不足以确定在审查下的法律条文的正确意义时,应考察条约的准备资料和条约缔约时的背景。参见 1969 年《条约法公约》第 31 条第 1 款、第 31 条第 2 款和第 32 条。

③ 这一历史局限性表现为:首先,GATT 时期其规则是一种“自我封闭”的规则体系,在适用和解释 GATT 条款时,往往排斥其他国际法的渊源;其次,《维也纳条约法公约》1969 年才得以通过,到 1980 年才得以正式生效,在此之前,专家组很难将《条约法公约》所规定的解释规则作为例外条款的解释规则。第三,GATT 时期的专家组主要由国际贸易专家或各缔约方的外贸官员组成,而这些人往往缺乏国际法的专业知识背景。

释,因而往往得出不合理的结论,进而导致当事双方的权利义务难以保持平衡。到了 WTO 时期,上述“历史局限性”发生了根本性的变化<sup>①</sup>。在涉及例外条款的争端解决实践中,WTO 争端解决机制运用上述条约解释的规则,对措词宽泛、模糊的例外条款进行了解释和澄清,得出了严格遵循法理的、令人信服的结论,从而在各成员为保护特定国内公共政策目标而实施例外措施的权利和其他成员在 WTO 下的实体性权利这两种“相竞争的”权利之间实现了合理的平衡。

在 WTO 争端解决机制对例外条款的解释中,除综合运用条约解释的一般规则外,还存在着一种特殊的法律现象,即经常运用条约的“有效解释原则”对例外条款进行解释。条约的“有效解释原则”(the principle of effectiveness in treaty interpretation),也就是“与其使其无效,毋宁使其有效”的原则(ut res magis valeat quam pereat)。尽管在 1969 年《条约法公约》第 31 条中并未明文规定这一解释原则,但很多国际法的权威著作都将这一原则作为条约解释的一种补充解释方法。《奥本海国际法》主张:应当认为,各当事国是要使一个条约的条款有某些效果,而不是使它成为毫无意义的。格言是“与其使事情无效,勿宁使其有效”。国际法委员会认为,这个格言就其反映真正的一般解释规则而言是包含在 1969 年《条约法公约》第 31 条第 1 款所包含的一般解释规则之中的。因此,一种使一个条款成为毫无意义或毫无效果的解释是不允许的<sup>②</sup>。由于例外条款中包含了两种“效力相等”的目标和权利,所

① 这一转变表现在:首先,DSU 明确把“国际公法的解释的习惯规则”纳入了解释 WTO 条款的规则;其次,1969 年《条约法公约》已生效多年,其关于条约解释规则的规定得到了国际社会的普遍接受;第三,WTO 争端解决机制,特别是上诉机构选入了一批国际法律专家担任其成员,这些人或者是国际法的权威学者,或者是通晓国际法又具有丰富司法经验的国内法官。

② 参见[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 667 页,第 724 页注 285.]

以,在对这些条款的宗旨和目的进行合理解释时“有效解释原则”就成为了一种非常有用的方法。在“汽油标准案”中,上诉机构认为,1969年《条约法公约》的“条约解释的一般规则”可以有下列一个推论:解释必须给一项条约的所有条款赋予意义和效力,解释者不能采用将导致一条约的条款或分段成为多余或无效的那种理解。在这之后,WTO争端解决机制在处理涉及例外条款的案件时,经常运用“有效解释原则”对例外条款的应有含义进行考察。在某些案件中,如果专家组没有遵循这一原则从而得出实际上使例外条款的某个条款或WTO法中与之相关的条款多余或无效的结论时,上诉机构就依照“有效解释原则”推翻专家组的有关结论。通过“有效解释”的解释方法,WTO争端解决机制使WTO例外条款及WTO法中与之相关的条款都具有各自的确定意义和效力,从而成功地使其实现了相互共存和相互协调。

与此同时,WTO通过例外条款的现实与法律的互动,不仅加强了对国际收支、产业严重损害这类传统的与贸易有关的领域的规范和监督,也将其管辖的触角伸向了公共健康、环境保护等这类原属国家主权管辖的事项。通过例外条款的法律要求的贯彻实施,WTO既避免了对主权国家所追求的特定目标的全面审查,又强化了对为实现特定目标而实施的贸易措施进行客观评估的权力。这意味着,尽管各成员并没有向WTO全面转移或让渡立法权或执行权因而国家主权仍然保持完整,但是,这一立法权和执行权受到了来自WTO的严密监督。在这一体制下,任何为特定目标的,但对贸易有影响的合法措施必须善意地限制在与为实现具体的目标相一致和相称的范围内。所以,从主权国家的角度来说,它不再拥有绝对的自行确定有贸易影响的措施的权利。这标志着,WTO通过例外条款的法律与实践,不仅扩大了自己的管辖范围,更加强了自身对国际社会的各种利益的协调能力。随着WTO这一协调能力的进一步加强,必将推动其体制建构的扩大和深化,WTO也将日趋完善和成熟。

总之 ,WTO 例外条款的法律与实践 ,是国际法为多边贸易体制注入法律生机的又一个成功典范 ,也为国际法理论与实践在 WTO 中的适用开辟了广阔的前景。

WTO 例外条款深刻体现了国家主权原则从而将继续保持生命力。随着国际社会的发展 ,WTO 在例外条款下的管辖范围和程度在不断扩展和深化 ,而由主权国家任意决定的事项范围在不断缩小 ,其自行决定的程度也在不断降低。尽管如此 ,上述现象“并不意味着动摇了国家主权构成国际关系的基础和国际法核心这一神圣地位”<sup>①</sup>。WTO 例外条款深刻体现了国家主权原则 ,无论是其设计还是其适用 ,都首先是为所有的成员在多边贸易体制中保留了一定的主权 ,使其在特定情况下为实现某一特定国家利益而免于多边贸易体制的义务。尽管 WTO 对例外条款的规范和监督在日益增强 ,但是这不会根本性地动摇例外条款作为主权国家在必要时保护特定国家利益的重要手段的地位。理由是 :首先 ,对于各成员的特定国内公共目标和相关国内法 ,WTO 是不加审查的 ,WTO 审查的只是各成员为实现特定目标而实施的具体措施。其次 ,对例外条款中“条件条款”的履行和对 DSB 的裁定的执行在很大程度上仍决定于 WTO 成员的自愿。第三 ,WTO 有关机构 ,特别是争端解决机制的职权仍然有限 ,WTO 对国家行使例外条款下的主权权利的审查和监督仍受制于 WTO 协议的明文规定 ,即主权国家的“协调同意” 。因此 ,只要主权国家普遍认为有保护特定国家利益的必要 ,WTO 相关例外条款就将长期具有生命力。

如果将多边贸易自由化比喻为世界经济发展的一条主航道 ,那么多边贸易体制就像是在这条航道中行驶的航船 ,而特定国内公共目标就像是这条航道中水底的礁石。在大多数情况下 ,这些礁石深藏于水底 ,不会对航船的航行安全构成危险 ,而且有的礁石

① 曾令良《论冷战后时代的国家主权》,载《中国法学》1998 年第 1 期。

能为航道中的鱼类提供营养 , 从而对这条航道充满生机不可或缺。但在极少数情况下 , 这些礁石会成为阻碍航船前进的暗礁。这时 , 例外条款就像是航船中一个精心设计并良好运转的舵 , 它控制着航船在必要的时候绕开这些暗礁 , 使其既不偏离主航道 , 又能安全平稳地向前行驶。例外条款的法律与实践表明 , 它很好地完成了其协调和平衡的职能 , 保障了且将继续保障多边贸易体制的航船顺利前进。



## 附 表

附表一 WTO 时期涉及保障措施的案件

1. 1997 年哥伦比亚诉美国——“ 扫帚进口保障措施案 ”  
( WT/DS78 )
2. 1997 年欧共体诉韩国——“ 针对一定牛奶产品进口的最终保障措施案 ” ( WT/DS98 )
3. 1998 年欧共体诉阿根廷——“ 针对鞋类产品进口的保障措施案 ” ( WT/DS121 )
4. 1998 年印度尼西亚诉阿根廷——“ 针对鞋类产品进口的保障措施案 ” ( WT/DS123 )
5. 1999 年捷克诉匈牙利——“ 针对钢铁产品进口的保障措施案 ” ( WT/DS159 )
6. 1999 年美国诉阿根廷——“ 针对鞋类产品进口的措施案 ”  
( WT/DS164 )
7. 1999 年欧共体诉美国——“ 针对来自欧共体的麦麸进口的最终保障措施案 ” ( WT/DS166 )
8. 1999 年新西兰诉美国——“ 针对新鲜或冷冻羊肉进口的保障措施案 ” ( WT/DS177 )
9. 1999 年澳大利亚诉美国——“ 针对新鲜或冷冻羊肉进口的保障措施案 ” ( WT/DS178 )
10. 1999 年泰国诉哥伦比亚——“ 对来自泰国的纯聚酯细丝进口的保障措施案 ” ( WT/DS181 )
11. 2000 年韩国诉美国——“ 对来自韩国的圆形焊接碳钢管进口的最终保障措施案 ” ( WT/DS202 )
12. 2000 年阿根廷诉智利——“ 特定农产品的价格约束机制和保障措施案 ” ( WT/DS207 )

13. 2000 年欧共同体诉美国——“ 针对进口钢杆和圆形焊接碳钢管的最终保障措施案 ( WT/DS214 )
14. 2001 年危地马拉诉智利——“ 特定农产品的价格约束机制和保障措施案 ( WT/DS220 )
15. 2001 年阿根廷诉智利——“ 对调和食用油的临时保障措施案 ( WT/DS226 )
16. 2001 年哥伦比亚诉智利——“ 对糖的保障措施案 ( WT/DS228 )
17. 2001 年哥伦比亚诉智利——“ 有关糖的保障措施和减让表修改案 ( WT/DS230 )
18. 2001 年波兰诉斯洛伐克——“ 对糖进口的保障措施案 ” ( WT/DS235 )
19. 2001 年智利诉阿根廷——“ 对保鲜桃的进口的最终保障措施案 ( WT/DS238 )
20. 2002 年欧共同体诉美国——“ 针对特定钢铁产品的最终保障措施案 ( WT/DS248 )
21. 2002 年日本诉美国——“ 针对特定钢铁产品的最终保障措施案 ( WT/DS249 )
22. 2002 年韩国诉美国——“ 针对特定钢铁产品的最终保障措施案 ( WT/DS251 )
23. 2002 年中国诉美国——“ 针对特定钢铁产品的最终保障措施案 ( WT/DS252 )
24. 2002 年瑞士诉美国——“ 针对特定钢铁产品的最终保障措施案 ( WT/DS253 )
25. 2002 年挪威诉美国——“ 针对特定钢铁产品的最终保障措施案 ( WT/DS254 )
26. 2002 年新西兰诉美国——“ 针对特定钢铁产品的最终保障措施案 ( WT/DS258 )
27. 2002 年巴西诉美国——“ 针对特定钢铁产品的最终保障

措施案（WT/DS259）

28. 2002 年美国诉欧共体——“针对特定钢铁产品的临时保障措施案（WT/DS260）

附表二 WTO 时期涉及保障措施的  
重要案件一览表

案名	案号	争端 当事方	案件进程时间表	所涉条款	裁定 结果
针对一定牛奶产品进口的特定保障措施案(“韩国保障措施”)	WT/DS 98	欧 共 体 诉韩国	1999 年 6 月 21 日专家组报告传阅;1999 年 12 月 14 日,上诉机构作出报告 2000 年 1 月 12 日,DSB 通过上诉机构报告和经过修改的专家组报告。	《保障措施协议》第 2、第 4、第 5 和第 12 条;1994 年 GATT 第 19 条	韩 国 败诉
针对鞋类产品进口的保障措施案(“阿根廷保障措施”)	WT/DS 121	欧 共 体 诉阿 根 廷	1999 年 6 月 4 日,专家组报告传阅;1999 年 12 月 14 日,上诉机构作出报告 2000 年 1 月 12 日,DSB 通过上诉机构报告和经过修改的专家组报告。	《保障措施协议》第 2、第 4、第 5、第 6 和第 12 条;1994 年 GATT 第 19 条	阿 根 廷 败诉
针对来自欧共体的麦麸进口的特定保障措施案(“麦麸保障措施”)	WT/DS 166	欧 共 体 诉美国	2000 年 7 月 31 日,专家组报告传阅,2000 年 12 月 22 日,上诉机构作出报告 2001 年 1 月 25 日,DSB 通过上诉机构报告和经过修改的专家组报告	《保障措施协议》第 2、第 4、第 5、第 8 和第 12 条,1994 年 GATT 第 19 条	美 国 败诉
针对新鲜或冷冻羊肉进口的保障措施案(“羊肉保障措施”)	WT/DS 177 ~ 178	澳 大 利 亚 和 新 西 兰 诉 美 国	2000 年 12 月 21 日,专家组报告传阅,2001 年 5 月 1 日,上诉机构作出报告。2001 年 5 月 23 日,DSB 通过上诉机构报告和经过修改的专家组报告	《保障措施协议》第 2、第 3、第 4、第 5、第 8、第 11 和第 12 条;1994 年 GATT 第 19 条	美 国 败诉

(续上表)

对来自韩国的圆形焊接碳钢管进口的最终保障措施案(“碳钢管保障措施”)	WT/DS 202	韩国诉 美国	2001 年 10 月 29 日, 专家组作出报告, 2002 年 2 月 15 日, 上诉机构作出报告。2002 年 3 月 8 日, DSB 通过上诉机构报告和经过修改的专家组报告	《保障措施协议》第 2、第 3、第 4、第 5、第 9 和第 12 条; 1994 年 GATT 第 19 条	美国 败诉
“特定农产品的价格约束机制和保障措施”	WT/DS 207	阿根廷 诉智利	2002 年 5 月 3 日, 专家组作出报告, 2002 年 9 月 23 日, 上诉机构作出报告。DSB 有望在 2002 年年底通过上诉机构报告和专家组报告	《保障措施协议》第 2、第 3、第 4、第 5、第 6、第 7 和第 12 条; 1994 年 GATT 第 19 条	智利 败诉

附表三 《中华人民共和国保障措施条例》  
与 WTO《保障措施协议》对照表

《条例》规定	说明
第一条 立法宗旨	与《协议》相比有一定的差距
第二条 保障措施的定义	对照《协议》第 2 条第 1 款,而不是 1994 年 GATT 第 19 条(不包括“未预见的发展和履行总协定义务”)
第三条 根据申请人申请启动调查	国内法的具体规定
第四条 外经贸部自行启动调查	国内法的具体规定
第五条 立案调查的决定公告和向 WTO 通知	对照《协议》第 12 条第 1 款第 1 项
第六条 确定是否满足保障措施的各项实质条件的职权分配	国内法的具体规定
第七条 进口产品数量增加的定义	对照《协议》第 2 条第 1 款第一句
第八条 确定进口增加造成损害时应审查的因素	对照《协议》第 4 条第 2 款第 1 项第二句
第八条 如何确定严重损害威胁	对照《协议》第 1 款第 2 项第二句
第八条 不得将进口增加以外的因素对国内产业造成的损害归因于进口增加	对照《协议》第 4 条第 2 款第 2 项第二句
第九条 调查的公布	对照《协议》第 4 条第 2 款第 3 项(把“迅速”改成了“及时”)
第十条 国内产业的定义	对照《协议》第 4 条第 1 款第 3 项
第十一条 因果关系的确定	对照《协议》第 4 条第 2 款第 2 项第一句
第十二条 为进口经营者、出口经营者和其他利害关系方提供陈述意见和论据的机会	对照《协议》第 3 条第 1 款第二句
第十三条 保密资料	对照《协议》第 3 条第 2 款
第十四条 进口产品数量增加、损害的调查结果及其理由的公布	对照《协议》第 3 条第 1 款第一句和第三句
第十四条 调查结果向 WTO 通知	对照《协议》第 12 条第 1 款第 2 项
第十五条 初裁决定的职权分配	国内法的具体规定

(续上表)

第十六条	初裁决定与终裁决定	国内法的具体规定
第十七条	临时保障措施	对照《协议》第 6 条第一句(“ 迟延 ”改成了“ 不采取 ”;在《协议》中,初步决定是与紧急情况并行的采取临时保障措施的一个条件,而在《条例》中,初步裁定是紧急情况的一个结果)
第十七条	临时保障措施的形式	对照《协议》第 6 条第三句
第十八条	采取临时保障措施的职权分配	国内法的具体规定
第十八条	临时保障措施向 WTO 通知	《协议》第 6 条第二句中关于“ 满足第 12 条的有关要求 ”的规定
第十九条	临时保障措施的实施期限	《协议》第 6 条第二句
第二十条	终裁决定	国内法的具体规定
第二十条	保障措施形式	对照《协议》第 5 条
第二十一条	实施保障措施的职权分配	国内法的具体规定
第二十一条	将采取保障措施的决定通知 WTO	对照《协议》12 条第 1 款第 3 项
第二十二条	采取数量限制措施的水平	对照《协议》第 5 条第 1 款第二句
第二十二条	数量限制措施的数量分配及磋商	与《协议》第 5 条第 2 款第 1 项有相似也有不同(协议要求与所有的有实质利益的成员达成协议)
第二十三条	非歧视适用	对照《协议》第 2 条第 2 款
第二十四条	必要性要求	对照《协议》第 5 条第 1 款第一句
第二十五条	磋商	对照《协议》第 12 条第 3 款第一句
第二十六条	临时关税的退还	对照《协议》第 6 条第三句
第二十七条	保障措施的实施期限	对照《协议》第 7 条第 1 款第二句
第二十七条	延长保障措施的条件 (一)(二)	对照《协议》第 7 条第 2 款
第二十七条	延长保障措施的条件 (三)	对照《协议》第 8 条、第 12 条义务

(续上表)

第二十七条 延长保障措施的条件 (四)	对照《协议》第 8 条
第二十七条 保障措施最长期限	对照《协议》第 7 条第 3 款。
第二十八条 逐步放宽要求	对照《协议》第 7 条第 4 款第一句
第二十九条 中期复审	对照《协议》第 7 条第 4 款第二句
第三十条 复审决定	对照《协议》第 7 条第 4 款第二句
第三十一条 对同一进口产品再次 采取保障措施的条件	《协议》第 7 条第 5 款
第三十一条 第二段对前款的但书	《协议》第 7 条第 6 款
第三十二条 对歧视性保障措施的 报复	国内法的具体规定
第三十三条 处理对外磋商、通知和 争端解决的职权部门	国内法的具体规定
第三十四条 制定实施细则	国内法的具体规定
第三十五条 施行日期	国内法的具体规定



附表四 中国在保障措施实施中的相关  
职能机关及其职权

### 1. 保障措施调查期间的职权分配

外经贸部	保障措施的立案、进口增加的调查与确定 ;公告
经贸委	损害的调查与确定( 涉及农产品时加上农业部 )
外经贸部和经贸委	因果关系的确定

### 2. 实施临时保障措施的职权分配

外经贸部	建议 ;公告
国务院关税税则委员会	决定
海关	执行

### 3. 实施保障措施的职权分配

( 采取提高关税形式的 )

外经贸部	建议、公告
国务院关税税则委员会	决定
海关	执行

( 采取数量限制形式的 )

外经贸部	决定并予以公告
海关	执行

### 4. 中期复审的职权分配

外经贸部、国家经贸委	中期复审
------------	------

( 保障措施属于提高关税的 )

外经贸部	建议保留、取消或者加快放宽提高 关税措施
国务院关税税则委员会	决定

( 保障措施属于数量限制或者其他形式的 )

外经贸部	决定并公告
------	-------

### 5. 处理对外磋商、通知和争端解决的职权分配

外经贸部	对外磋商、通知和争端解决
------	--------------

附表五 GATT 时期涉及 1947 年 GATT  
第 20 条的重要案件一览表

案名	案号	争端 当事方	专家组报告 传阅或通过 的时间	所涉第 20 条条款	专家组 报告结果
禁止进口 来自加拿 大的金枪 鱼及其制 品案(“美 国—金枪 鱼案”)	29S/ 91	加拿大 诉美国	1982 年 2 月 22 日通 过专 家 组 报告	①前言中“相同条件下国家间任意或无端的歧视” ②前言中“对国际贸易的伪装起来的限制” ③第 7 款中“可穷竭的自然资源” ④第 7 款中“同限制国内生产或消费一道实施者”	美国不能以第 20 条为依据证明其措施正当
某些汽车 弹簧部件 案	30S/ 107	加拿大 诉美国	1983 年 5 月 26 日通 过专 家 组 报告	①前言中“相同条件下国家间任意或无端的歧视” ②前言中“对国际贸易的伪装起来的限制” ③第 4 款中“所必需的” ④第 4 款中“与本协定条款不相抵触的法律规章” ⑤第 4 款中“保护商标、专利、版权”	美国可以以第 20 条为依据证明其措施正当(但美国同意该案结果不会影响今后其他缔约方对 337 条款提出起诉)
加拿大外 国投资审 查法案	30S/ 140	美国诉 加拿大	1984 年 2 月 7 日通 过专 家 组 报告	①举证责任 ②第 4 款中“所必需的”	加拿大不能以第 20 条为依据证明其措施正当
日本限制 某些农产 品案	35S/ 163	美国诉 日本	1988 年 2 月 2 日通 过专 家 组 报告	①第 4 款中“与本协定条款不相抵触的法律规章” ②第 4 款中“按第 2 条第 4 款和第 17 条实行垄断”	日本不能以第 20 条为依据证明其措施正当

(续上表)

影响未加工的鲱鱼和鲑鱼出口的措施案(“鲱鱼和鲑鱼案”)	35S/98	美国诉加拿大	1988 年 3 月 22 日通过专家组报告	①第 7 款中“与养护有关” ②第 7 款中“可穷竭的自然资源” ③第 7 款中“同限制国内生产和消费一道实施者”	加拿大不能以第 20 条为依据证明其措施正当
美国 1930 年关税法“337 条款”案	36S/345	欧共体诉美国	1989 年 11 月 7 日通过专家组报告	①举证责任 ②第 4 款中“所必需的” ③第 4 款中“保护商标、专利、版权”	美国不能以第 20 条为依据证明其措施正当
欧共体部件、构件条例案(改维案)	37S/132	日本诉欧共体	1990 年 5 月 6 日通过专家组报告	第 4 款中“确保遵守”	欧共体不能以第 20 条为依据证明其措施正当
泰国限制外烟进口案	37S/200	美国诉泰国	1990 年 11 月 7 日通过专家组报告	第 2 款“保护人类生命或健康所必需的”	泰国不能以第 20 条为依据证明其措施正当
限制金枪鱼进口案(“第一金枪鱼案”)	39S/155	墨西哥诉美国	1991 年 9 月 3 日专家组报告传阅	①举证责任 ②第 2 款“保护动物生命或健康所必需的” ③第 4 款“与本协定条款不相抵触的法律规章” ④第 7 款“关于养护”	不利于美国,但专家组报告未获通过
美国影响酒精类饮料和啤酒措施案	39S/206	加拿大诉美国	1992 年 6 月 19 日专家组报告通过	第 4 款“所必需的”	美国不能以第 20 条为依据证明其措施正当
金枪鱼进口限制案(“第二金枪鱼案”)	DS29	欧共体和荷兰诉美国	1994 年 6 月 16 日专家组报告传阅	①第 2 款“保护动物生命或健康所必需的” ②第 7 款“关于养护” ③第 7 款“可穷竭的自然资源”	专家组报告不利于美国,但未获通过

(续上表)

美国汽车 税案	DS31	欧共同体 诉美国	1994 年 10 月 11 日专 家 组 报 告 传 阅	①第 4 款“与本协定条款 不相抵触的法律规章” ②第 7 款“关于养护” ③第 7 款“可穷竭的自然 资源”	专 家 组 报 告 不利于美国， 但未获通过
------------	------	-------------	--	---	------------------------------

**附表六 WTO 时期涉及 1994 年 GATT  
第 20 条的重要案件一览表**

案名	案号	争端当事方	案件法律阶段进程	所涉第 20 条条款	争端解决机构裁定结果
精炼汽油和常规汽油标准案 (“汽油标准案”)	WT/DS2	委内瑞拉和巴西诉美国	1996 年 1 月 29 日,专家组作出报告,1996 年 4 月 29 日,上诉机构作出报告,5 月 20 日 DSB 通过上诉机构报告和经修改的专家组报告	第 7 款,前言	美国的有关措施满足第 20 条第 7 款条件,但没有满足第 20 条前言的要求
禁止进口特定龙虾及龙虾制品案 (“第一龙虾—海龟案”)	WT/DS58	印度、马来西亚、巴基斯坦、泰国诉美国	1998 年 5 月 15 日,专家组作出报告,1998 年 10 月 2 日,上诉机构作出报告,11 月 3 日 DSB 通过上诉机构报告和经修改的专家组报告	第 7 款、前言	美国的有关措施满足第 20 条第 7 款条件,但没有满足第 20 条前言的要求
对牛皮的出口和已加工皮革的进口的措施案 (“阿根廷皮革案”)	WT/DS155	欧共体诉阿根廷	2000 年 12 月 19 日专家组作出报告,双方均未上诉,2001 年 2 月 26 日,DSB 通过专家组报告	第 4 款、前言	阿根廷有关措施满足第 20 条第 4 款条件,但没有满足第 20 条前言的要求
影响进口新鲜、冷藏和冷冻牛肉的措施案 (“韩国牛肉零售体制案”)	WT/DS161/169	美国和澳大利亚诉韩国	2000 年 7 月 31 日专家组作出报告,2000 年 12 月 11 日上诉机构作出报告,2001 年 1 月 22 日,DSB 通过上诉机构报告和经修改的专家组报告	第 4 款	韩国的有关措施不能满足第 20 条第 4 款的条件

(续上表)

影响石棉和含有石棉的产品案的措施 (“石棉案”)	WT/DS135	加拿大诉欧共体	2000 年 7 月 25 日,专家组作出报告,2001 年 3 月 12 日,上诉机构提交报告,2001 年 4 月 11 日,DSB 通过上诉机构报告和专家组报告	第 2 款“为保护人类的生命或健康所必需的”、前言	法国的有关措施不仅符合第 20 条第 2 款,而且符合第 20 条前言
禁止进口特定龙虾及龙虾制品案:依据 DSU 第 21 条第 5 款 (“第二龙虾—海龟案”)	WT/DS58	马来西亚诉美国	2001 年 5 月 16 日,专家组作出报告,2001 年 10 月 22 日,上诉机构提交报告,2001 年 11 月 26 日,DSB 通过上诉机构报告和专家组报告	第 7 款、前言	美国的执行措施不仅符合第 20 条第 7 款,而且符合第 20 条前言

## 主要参考文献

### 一、中文资料

#### (一) 中文工具书类

1. 石广生主编《中国加入世界贸易组织知识读本(三):中国加入世界贸易组织法律文件导读》,人民出版社 2002 年版。
2. 外经贸部国际经贸关系司译《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本(中英文对照)》,法律出版社 2000 年版。
3. 外经贸部世界贸易组织司译《中国加入世界贸易组织法律文件(中英文对照)》,法律出版社 2002 年版。

#### (二) 中文著作类

4. 李浩培著《条约法概论》,法律出版社 1987 年版。
5. 王铁崖著《国际法引论》,北京大学出版社 1998 年版。
6. 梁西主编《国际法(修订第二版)》,武汉大学出版社 2000 年版。
7. 梁西著《国际组织法(修订第四版)》,武汉大学出版社 1998 年版。
8. 赵维田著《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版。
9. 曾令良著《世界贸易组织法》,武汉大学出版社 1996 年版。
10. 万鄂湘等著《国际条约法》,武汉大学出版社 1998 年版。
11. 余敏友著《世界贸易组织争端解决机制法律与实践》,武汉大学出版社 1998 年版。
12. 朱揽叶编著《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》,法律出

版社 2000 年版。

13. 朱榄叶编著《关税与贸易总协定国际贸易纠纷案例汇编》,法律出版社 1995 年版。
14. 张向晨著《发展中国家与 WTO 的政治经济关系》,法律出版社 2000 年版。
15. 张汉林、刘光溪著《经济全球化 世贸组织与中国》,北京大学出版社 1999 年版。
16. 韩立余著《美国外贸法》,法律出版社 1999 年版。
17. 刘星红著《欧共体对外贸易法律制度》,中国法制出版社 1996 年版。
18. 李崇淮等主编《西方货币银行学(增订本)》,中国金融出版社 1998 年版。
19. 师玉兴主编《国际收支理论与实践》,对外经济贸易大学出版社 1999 年版。
20. 张玉卿、李成钢著《WTO 与保障措施争端》,上海人民出版社 2001 年版。

### (三) 中文译著类

21. [英]詹宁斯·瓦茨修订,王铁崖等译:《奥本海国际法(第九版)》第一卷第一分册,中国大百科全书出版社 1995 年版。
22. [英]詹宁斯·瓦茨修订,王铁崖等译:《奥本海国际法(第九版)》第一卷第二分册,中国大百科全书出版社 1998 年版。
23. [韩]柳炳华著,朴国哲等译:《国际法》,中国政法大学出版社 1997 年版。
24. 伯纳德·霍克曼等著,刘平等译:《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》,法律出版社 1999 年版。
25. WTO 秘书处编,索必成等译:《乌拉圭回合协议导读》,法律出版社 2000 年版。

### (四) 中文文章类

26. 李居迁:《WTO 保障条款的源流及法律特征》,载《比较法研



究》1997 年第 2 期。

27. 赵维田 :《WTO 案例研究 :1998 年海龟案》,载《环球法律评论》2001 年夏季号。
28. 张若思《世贸组织关于环境措施的争端解决实践》,载《国际贸易问题》2000 年第 9 期。
29. 徐崇利《世贸组织协定的解释制度评析》,载黄进、肖永平主编《中国国际法学会“展望二十一世纪国际法的发展”武汉研讨会论文集》,湖北人民出版社 2001 年版。
30. 王曦、秦天宝 :《加入 WTO 对我国环境保护的影响及其法律对策》,载《中国加入 WTO 法律问题研讨会论文集》,武汉市法学会 2000 年版。

## 二、英文资料

### (一) 英文著作类

1. GATT , *Analytical Index : Guide to GATT Law and Practice* , Updated 6th Edition , 1995.
2. WTO , *High Level Symposium on Trade and Environment* , Geneva , 15~16 March 1999.
3. Ernst-Ulrich Petersmann ( ed. ) , *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* , Kluwer Law International 1997.
4. John H. Jackson , *The Jurisprudence of GATT and the WTO——Insights on Treaty Law and Economic Relations* , Cambridge University Press 2000.
5. Bernard Budden and Derrick Wyatt Qc ( eds. ) , *Basic Community Laws ( 6th edition )* , Clarendon Press , Oxford 1996.
6. International Trade Centre UNCTAD/WTO and Commonwealth Secretariat , *Business Guide to the Uruguay Round Agreements* ,

1998.

7. Anne O. Krueger ( ed. ), *The WTO as an International Organization* , The University of Chicago Press ,1998.
8. Michael J. Trebicock and Robert Howse , *The Regulation of International Trade* ( second edition ) , Rontledge , London and New York , 1999.
9. Frendl Weiss , Enk Deters and Paul de Waart ( eds. ) , *International Economic Law with a Human Face* , Kluwer Law International , 1998.
10. Terence P. Stewart ( ed. ) , *The GATT Uruguay Round : A Negotiating History* ( 1986 ~ 1992 ) , Vol. II , Kluwer Law and Taxation Publisher , Deventer Boston , 1993.

## (二) 英文文章类

11. Alejandro Nadal Egea , *Balance-of-Payments Provisions in the GATT and NAFTA* , *Journal of World Trade* , Vol. 30 ( 1996 ) , No. 4 , pp. 5 ~ 24.
12. Dukgeun Ahn , *Linkages between International Financial and Trade Institutions——IMF , World Bank and WTO* , *Journal of World Trade* , Vol. 34 ( 2000 ) , No. 4 , pp. 1 ~ 35.
13. Yong-Shik Lee , *Review of the First WTO Panel Case on the Agreement on Safeguards* , *Journal of World Trade* , Vol. 33 ( 1999 ) , No. 6 , pp. 27 ~ 46.
14. Yong-Shik Lee , *Emergency Safeguard Measures under Article X in GATS——Applicability of the Concepts in the WTO Agreement on the Safeguards* , *Journal of World Trade* , Vol. 33 ( 1999 ) , No. 4 , pp. 47 ~ 59.
15. Kenneth A. Reinert , *Give Us Virtue , But Not Yet : Safeguard Actions Under the Agreement on Textiles and Clothing* , *The World Economy* , Vol. 23 ( 2000 ) , No. 1 , pp. 25 ~ 55.

16. Jai S. Mah , *Reflections on the Special Safeguard Provision in the Agreement on Agriculture of the WTO* , *Journal of World Trade* , Vol.33 ( 1999 ) , No. 5 , pp. 197~204.
17. Yong-Shik Lee , *Critical Issues in the Application of WTO Rules on Safeguards* , *Journal of World Trade* , Vol. 34 ( 2000 ) , No. 2 , pp. 131~147.
18. Warren F. Schwartz and Alan O. Sykes , *Toward a Positive Theory of the Most Favored Nation Obligation and Its Exceptions in the WTO/GATT System* , *International Review of Law and Economics* , Vol. 16 ( 1996 ) , No. 1 , pp. 27~51.
19. Vinod Rege , *GATT Law and Environment-Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries* , *Journal of World Trade* , Vol. 30 ( 1996 ) , No. 2 , pp. 95~169.
20. Ernst-Ulrich Petersmann , *International Trade Law and International Environmental Law* , *Journal of World Trade* , Vol. 30 ( 1996 ) , No. 2 , pp. 43~81.
21. Sara Pardo Quintilian , *Free Trade , Public Health Protection and Consumer Information in the European and WTO Context* , *Journal of World Trade* , Vol. 33 ( 1999 ) , No. 6 , pp. 147~197.
22. Carlos M. Correa , *Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements* , *Journal of World Trade* , Vol. 34 ( 2000 ) , No. 5 , pp. 89~121.
23. Reinhard Quick and Andreas Blüthner , *Has the Appellate Body Erred : An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case* , *Journal of International Economic Law* , Vol. 2 ( 1999 ) , No. 4 , pp. 603~639.
24. Yukyun Shin , *An Analysis of the WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and Its Im-*

- plementation in Korea* , *Journal of World Trade* , Vol. 32 ( 1998 ) , No. 1 , pp. 85~119.
25. Vern R. Wallker , *Keeping the WTO form Becoming the “ World Trans-science Organization ” : Scientific Uncertainty , Science Policy , and Factfinding in the Growth Hormones Dispute* , *Cornell International Law Journal* , Vol. 31 ( 1998 ) , No. 2 , pp. 251~320.
26. Graig Thorn and Marinn Carlson , *The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and the Agreement on Technical Barriers to Trade* , *Law & Policy in International Business* , Vol. 31 ( 2000 ) , No. 5 , pp. 841~859.
27. Joost Pauwelyn , *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary ( SPS ) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes* , *Journal of International Economic Law* , Vol. 2 ( 1999 ) , No. 4 , pp. 641~664.
28. Héctor Rogelio Torres , *The Trade and Environment Interaction in the WTO : How Can a “ New Round ” Contribute* , *Journal of World Trade* , Vol. 33 ( 1999 ) , No. 5 , pp. 153~167.
29. Matthew A. Cole , *Examining the Environmental Case against Free Trade* , *Journal of World Trade* , Vol. 33 ( 1999 ) , No. 5 , pp. 183~196.
30. Duncan French , *The Changing Nature of “ Environmental Protection ” : Recent Developments Regarding Trade and The Environment in the European Union and the World Trade Organization* , *Netherlands International Law Review* , Vol. XLVII ( 2000 ) , No. 1 , pp. 1~26.
31. Petros C. Mavroidis , *Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation* , *Journal of World Trade* , Vol. 34

- ( 2000 ), No. 1 , pp. 73~88.
32. Ernst-Ulrich Petersmann , *Human Rights and International Economic Law in the 21st Century : The Need to Clarity Their Interrelationships* , *Journal of International Economic Law* , Vol. 4 ( 2001 ) , No. 1 , pp. 3~39.
33. William J. Davey , *Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded Its Authority* , *Journal of International Economic Law* , Vol. 4 ( 2001 ) , No. 1 , pp. 79~110.
34. Meinhard Hilf , *Power , Rules and Principles-Which Orientation for WTO/GATT Law ?* *Journal of International Economic Law* , Vol. 4 ( 2001 ) , No. 1 , pp. 111~130.
35. Seung Wha Chang , *GATting a Green Trade Barrier : Eco-labelling and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade* , *Journal of World Trade* , Vol. 31 ( 1997 ) , No. 1 , pp. 137~159.
36. Laurence Boisson de Chazournes , *Unilateralism and Environmental Protection : Issues of Perception and Reality of Issues* , *European Journal of International Law* , Vol. 11 ( 2000 ) , No. 2 , pp. 315~338.
37. Philippe Sands , *Unilateralism , Values and International Law* , *European Journal of International Law* , Vol. 11 ( 2000 ) , No. 2 , pp. 291~302.
38. Robert Howse and Donald Regen , *The Product /Process Distinction——An Illusory Basic for Disciplining Unilateralism in Trade Policy* , *European Journal of International Law* , Vol. 11 ( 2000 ) , No. 2 , pp. 249~289.
39. Philippe Sands , *Turtles and Torturers : The Transformation of International Law* , *International Law and Politics* , Vol. 33 ( 2001 ) , No. 4 , pp. 527~559.

40. Kees Jan Kuilwijk , *Castro 's Cuba and the U. S. Helms-Burton Act : An Interpretation of the GATT Security Exemption* , *Journal of World Trade* , Vol. 31 ( 1997 ) , No. 4 , pp. 49~61.
41. John W. Boscardiol , *An Anatomy of A Cuban Pyjama Crisis : Reconsidering Blocking Legislation in Response to Extraterritorial Trade Measures of The United States* , *Law & Policy in International Business* , Vol. 30 ( 1999 ) , No. 3 , pp. 439~499.
42. Hannes L. Sdhloemann and Stefan Ohlhoff , “ *Constitutionalization* ” and *Dispute Settlement in The WTO : National Security as an Issue of Competence* , *The American Journal of International Law* , Vol. 93 ( 1999 ) , No. 2 , pp. 424~451.
43. Wesley A. Cann , *Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception : Reducing the Role of Power-based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism* , *Yale Journal of International Law* , Vol. 26 ( 2001 ) , No. 4 , pp. 413~485.
44. Joel P. Trachtman , *The Domain of WTO Dispute Resolution* , *Harvard International Journal* , Vol. 40 ( 1999 ) , No. 1 , pp. 333~337.
45. Gabrielle Marceau , *A Call for Coherence in International Law : Praises for Prohibition Against “ Clinical Isolation ” in WTO Dispute Settlement* , *Journal of World Trade* , Vol. 33 ( 1999 ) , No. 5 , pp. 87~152.
46. David Palmerter and Petros C. Mavroidis , *The WTO Legal System : Sources of Law* , *The American Journal of International Law* , Vol. 92 ( 1998 ) , No. 3 , pp. 398~413.
47. Axel Desmedt , *Proportionality in the WTO* , *Journal of International Economic Law* , Vol. 4 ( 2001 ) , No. 4 , pp. 441~480.
48. Deborah Z. Cass , *The “ Constitutionalization ” of International*

*al Trade Law : Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade , European Journal of International Law , Vol. 12 ( 2001 ) , No. 1 , pp. 39 ~75.*

49. WTO 有关案例的专家组报告和上诉机构报告的英文资料。

## 后 记

从 1999 年攻读博士学位开始 ,我就在导师曾令良教授的指导下 ,展开了对 WTO 例外条款的资料收集和研究工作。三年来 ,我一直对关于 WTO 例外条款的案例、国内外的学术研究、中国加入 WTO 谈判中的立场以及中国的国内立法等问题进行较为全面系统的跟踪研究 ,并陆续形成了一些想法。现在放在大家面前的这本书 ,就是我这三年来对 WTO 例外条款进行研究的一点心得。

在本书的写作过程中 ,发生了一件举世瞩目的大事——2001 年 12 月 11 日 ,我国成为 WTO 正式成员。而在中国加入 WTO 后 ,中国将进入一个全面开放的新阶段 ,国内竞争力强的产业将迎来更为广阔的发展空间 ,而竞争力弱的产业将不可避免地要面对进口产品更为强大的竞争压力。在这一形势下 ,如何根据 WTO 例外条款 ,给国内产业提供合理的、及时的保护 ,同时对其他国家的贸易限制措施进行有效的反击 ,将是我国政府、企业和学术界共同面临的重大课题。本书是作者有关 WTO 例外条款系列研究成果中的第一部著作 ,如果本书能够对有相关需要的人士提供些许帮助的话 ,将是我衷心期望且感到莫大荣幸之事 ,同时也是本书出版的最大目的。

本书的出版得益于多方的支持和帮助。在武汉大学法学院求学的十年里 ,我有幸得到了武汉大学国际法研究所梁西教授、曾令良教授、万鄂湘教授、余敏友教授和邵沙平教授等著名国际法学者的悉心指导。其间 ,从 1999 年开始 ,我师从于曾令良教授攻读博士学位。曾老师在我的博士论文的写作过程中 ,提出了很多宝贵的建议 ,促成了很多重要论点的最终成型。本书的出版 ,也凝聚了曾老师的无数心血 ,我将在今后的工作中以加倍的努力报答他的知遇之恩。在论文答辩过程中 ,我还得到了对外经贸大学法学院沈四宝教授、中国社科院法学研究所陶正华教授和中南财经政法



大学王献枢教授所提出的诸多中肯的意见,使我受益匪浅。在此,向各位恩师的帮助一并予以感谢!

同时,我还要感谢对外经贸大学法学院 WTO 法律研究中心的资助,以及对外经贸大学法学院党委书记王淑霞老师、副院长王军教授、焦津洪教授的大力支持。感谢对外经贸大学出版社为本书提供了出版机会。

WTO 法研究在我国刚刚起步。在这一新兴而富有生命力的研究领域,很多学者已做出了卓越贡献。作为一名国际法青年学子,我愿意为该学科的发展尽一份绵薄之力。但由于本人学识有限,本书中的不当之处在所难免,敬请读者批评指正。

陈卫东

2002 年 5 月初稿于武汉大学国际法研究所

2002 年 10 月修改于对外经济贸易大学 WTO 法律研究中心

## 阅读此文的还阅读了:

- [1. WTO中的公共道德例外条款分析](#)
- [2. WTO公共健康例外条款与我国的对策分析](#)
- [3. WTO《政府采购协议》例外条款解读](#)
- [4. 人权保障视角下的WTO公共道德例外条款研究](#)
- [5. WTO安全例外条款与我国国防经济安全](#)
- [6. 论WTO一般例外条款\(GATT第20条\)与我国应有的对策](#)
- [7. WTO环境保护例外条款的适用实践及其对我国的启示](#)
- [8. WTO环保例外条款解读](#)
- [9. WTO框架下公共道德例外条款研究](#)
- [10. WTO公共道德例外条款探析](#)
- [11. 利用WTO框架下的例外条款保护我国汽车工业](#)
- [12. WTO安全例外条款分析](#)
- [13. WTO例外条款浅议](#)
- [14. WTO一般例外条款适用研究](#)
- [15. 论TRIPS协议的例外条款](#)
- [16. GATT/WTO下的环保例外条款适用](#)
- [17. WTO安全例外条款的适用](#)
- [18. 论WTO基本原则例外条款与我国的市场对策](#)
- [19. WTO安全例外条款研究](#)
- [20. WTO环境保护例外条款的解读](#)
- [21. WTO环境保护例外条款研究](#)
- [22. GATT/WTO环保例外条款研究](#)
- [23. WTO环境保护例外条款的法律适用研究](#)
- [24. WTO环保例外条款解读](#)

- [32. 从WTO的例外条款看绿色贸易壁垒的法律问题](#)
- [33. WTO安全例外条款的适用困境及解决办法](#)
- [34. WTO一般例外条款的适用规则研究](#)
- [35. 浅析WTO例外条款](#)
- [36. WTO“公共道德例外”条款研究](#)
- [37. GATT/WTO规则的一般例外条款及对中国入世的启示](#)
- [38. 从GATT/WTO争端解决实践论WTO环保例外条款](#)
- [39. WTO争端解决机制之环保例外条款研究](#)
- [40. WTO体制下公共道德例外条款研究](#)
- [41. WTO框架下的自然资源保护例外条款研究](#)
- [42. WTO解释和适用“政府采购例外条款”第一案](#)
- [43. 充分利用WTO的例外条款和豁免条款](#)
- [44. WTO“公共道德”例外条款研究](#)
- [45. WTO例外条款之工具性价值研究](#)
- [46. 论WTO一般例外条款审查标准](#)
- [47. WTO框架下公共道德例外条款的泛化解读及其体系性影响](#)
- [48. WTO一般例外条款研究](#)
- [49. WTO根本安全例外条款的理论与实践](#)
- [50. 论WTO“公共道德例外”条款下之“域外管辖”](#)