

WTO 法的原理^{*}

[加]凯奥斯·卡莫迪^{**}
沈亚岚^{***} 译

目次

- 一、介绍
- 二、为何需要一套理论？
- 三、WTO 法之理论
 - （一）保护期待利益：义务法
 - （二）便利调节：权利法
 - （三）促进相互协作：特别法机制
- 四、结论

关键词 正义形态 义务法 权利法 特别法

一、介绍

《马拉喀什建立世界贸易组织协定》（下文称为《WTO 协定》）^{〔1〕}是当今国际法的重要基石之一，但生效十余年后仍缺乏一套系统理论来回答此问题——“条约何以成为条约”。

* 本文原文刊登在 2008 年第 3 期的 Journal of International Economic Law。征得作者同意，译者将其翻译成中文。译文将标题中“Theory”译为“原理”，但正文中适时译为“理论”或“原理”，固然有上下文行文的要求，但总体来说是基于译文“原理”与“理论”较为接近的认知。原文诸多脚注列举大量论著或案例，囿于篇幅所限，译文不做一一列举，而采用“等等”予以省略。对于具体论著的标题、作者、出版社、日期等信息，译文不做翻译，以便数据查证。

** 西安大略大学法律系副教授，加拿大-美国法研究院加拿大分部主任。电子邮箱：ccarmody@uwo.ca。
*** 上海交通大学凯原法学院博士研究生。翻译过程中得到上海交通大学凯原法学院胡加祥教授的悉心指导，和台湾清华大学科技法律研究所吴子申同学的核校，在此表示衷心的感谢。

〔1〕 33 I. L. M. 1125 (1994).

运用已被普遍认可的经济学理论进行观察,我们就会发现,《WTO 协定》建立在对贸易减让进行交换的基础上。^{〔2〕}我们也普遍认为,从政治学角度而言,《WTO 协定》建立在康德学派之自由和平的理论基础上。^{〔3〕}尽管如此,仍缺乏一套法律理论来诠释《WTO 协定》何以成为法与正义。^{〔4〕}近来,托马斯·柯蒂尔(Thomas Cottier)、马提亚斯·厄施(Matthias Oesch)、托马斯·费雪(Thomas Ficher)观察到,长久以来国际贸易之法律理论或法传统的缺位,使这些基本问题处于悬而未决的状态。^{〔5〕}

我在其他作品中曾提出,《WTO 协定》的首要目的为保护与贸易有关的政府行为之期待利益,次要目的为增益就特定贸易现实所作的调节。二者相互作用,此消彼长,以便达到第三目的——促进政府机构与经济主体之间的相互依赖。^{〔6〕} 本文将继续解释前述三个目的如何藉由不同方式得以实现。在期待利益项下是集体义务(collective obligations),在现实调节项下是个体权益(individual rights),在相互依赖项下衍变为两者结合体——特别法(lex specialis)。这就使 WTO 法与国内法间呈现出一种角力或辩证的关系。

这一重要认知有助于更直接地理解 WTO 法律原理。上文提及的理论真空的后果之一是, WTO 法律研究或过于纠结具体细节,或流于笼统广泛,而穿梭于两者间的研究却微乎其微。许多论文或探讨某一案件,或探究系列案件所折射出的趋势,或分析特定的 WTO 条款;^{〔7〕}或从经济、政治、国际关系等广泛角度进行观察。^{〔8〕} 尽管见解深刻,但往往未能清晰阐释条约的基础——权利与义务,这一包括国际法在内的任何法律体系的基础。在《WTO 协定》框架下考查两者关系非

〔2〕 Michael J. Trebicock and Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, 3rd ed. (London: Routledge, 2005) 2-3, 37. 就具体经济学方法,可参见 Kyle Bagwell and Robert W. Staiger, “An Economic Theory of GATT”, NBER Working Paper No 6049 (May 1997)。

〔3〕 康德主张并非民主政体间不会发生战争,而是不被允许彼此战争。晚近理论家认为国家间进行贸易过程中也存在同样趋势。参见 Padideh Ala'i et al. (eds.), *Trade as Guarantor of Peace, Liberty and Security? Critical, Historical and Empirical Perspectives* (Washington: American Society of International Law, 2006) vii。

〔4〕 法律被定义为“法律规定、司法判例以及法律原则的集合体”,参见 Bryan Gardner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 8th ed. (St Paul: Thomas/West, 2004) 900。正义被定义为“给予应得的”,同前注,第 881 页。

〔5〕 Thomas Cottier et al., *International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland* (London: Cameron, May 2005) 33, 47. 他们注意到,“尽管现行多边贸易体系的核心法律原则已存在多时,但目前完全限在案例法语境中对其内容和范围进行理论分析,使得这些问题并未得到解决。一套贸易法规之法律原理仅仅是刚开始构建,正面临着基本结构、机构以及调整方法等问题。”其他评论家的工作并未使潜在理论更加清晰。如 John Jackson 认为,《WTO 协定》是“经济和政府政策、政治限制的混合体,除此之外,还包括特别制度安排中诸多规则或法律标准所设定的一套复杂限制机制”。See John Jackson, *The World Trading System*, 2nd ed. (Cambridge: MIT Press, 1998) 339. 近来,他放弃了“大理论”观点,更直接地关注具体问题而非理论。See John Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006) xi. 关于 GATT/WTO 理论的进一步发展,可参见许多著作和论文,如 Ernst-Ulrich Petersmann, “International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order”, in R. St. J. Macdonald and D. M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1983) 227;等等。

〔6〕 Chios Carmody, “WTO Obligations as Collective”, 17 *European Journal of International Law* 419, at 422 (2006)。

〔7〕 有许多例证,如 Kym Anderson and Tim Josling (eds.), *The WTO and Agriculture: Vol. 1* (Cheltenham: Edward Elgar, 2004);等等。

〔8〕 See Robert Howse and Makau Mutua, *Protecting Human Rights in a Global Economy* (Montreal: International Centre for Human Rights and Democratic Development, 2000);等等。

常合适,因为其既能汇聚各层次的讨论,又能进而观察 WTO 法的周期运行模式。^[9]

尽管权利与义务二者频现于 WTO 的法律和法理上,但却几乎未经仔细审视,故对其展开研究将会推动理论的发展。^[10] 权利与义务的相对对应性,以及对国家行为同时进行“限制和驱动”^[11],促使我们深入探究法律如此安排的缘由。我的主要观点为,传统意义上人们认为权利与义务相互对应,即任一权利对应与之抵消的单一义务,而在 WTO 法中做了两处调整。^[12] 首先,最惠国待遇条款使条约项下义务扩大为对 WTO 全体成员之义务,使个体义务转变为集体义务。第二,与贸易有关的行为会动态变化,一些情形下表征为相对关系,其他情况下却成为绝对关系。这些调整表明了 WTO 义务并不完全符合传统的国际法义务,而是以奇特结合体的面貌去超越着传统。^[13]

对《WTO 协定》之权利义务的思考使其他重要观察浮出水面。一项观察认为,WTO 义务的总体特性限制了权利疆界。《WTO 协定》中大多数权利均附有条件,内容也不如通常所期待的權利那样丰富,这就使人注意到 WTO 法存有张力这一特质。^[14] 另一项观察注意到二者引起了实质性分化。WTO 义务具有集体特征,而权利却由个体来行使,这就使得正义呈现出相互竞争的

[9] 许多情况下,人们认为国际法的标志——权利与义务具有相符性。国际法委员会在起草《国家权利与义务宣言》时表示,联合国大会称赞其持续关注联合国成员国的权利与义务,See GA Res 375 (IV) (6 December 1949)。这在诸多提交至国际法院裁决的案例中也有所反映。See *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v Bahrain)* (Jurisdiction and Admissibility) [1994] ICJ Rep 12. 此案探讨了一个事实问题,即成员方之间的文件“并非简单会议记录”,而是“成员方同意做出的承诺,由此在国际法成员方间形成了权利和义务”。但也有案件认为权利义务无需藉国际协定产生,参见 *Anglo-Iranian Oil Co Case (UK v Iran)* [1952] ICJ Rep 93。

[10] See for instance *United States—Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear*, WT/DS24/AB/R, adopted 10 February 1997, p 15. 上诉机构在该案裁决书中指出,WTO《纺织品与服装协议》历经认真协商和斟酌,反映了成员方间权利义务的平衡状态。See also *Brazil—Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/AB/R, adopted 2 August 1999, para 139. 对关键词语下定义存有困难,典型案例为 *Chile—Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS87/AB/R, adopted 13 December 1999, para 87. 上诉机构在该案裁决书中指出,“这些情况下我们认为,评审团并未给任一 WTO 成员方增设权利或义务。而且难以想象,在正确理解、适用法律条款的情形下,评审团去给成员方增设权利或义务。”

[11] See Jutta Brunnée and Stephen Toope, “International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law”, 39 *Columbia Journal of Transnational Law* 19, at 31 (2000)。

[12] 先哲们早就认识到权利与义务存有相关性,但直到 Wesley Hohfeld 才有更为深入的研究。他假定权利涉及请求权、优先权、权力,或豁免权;义务则涉及要求、限制、责任,或不作为。同时指出,权利会跟相应义务相抵消。See Wesley Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions, As Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, (New Haven: Yale University Press, 1919). William A. Edmundson 在 *An Introduction to Rights* 一书中指出,Edmund Burke 对权利义务相关性这一观点做出了贡献。更深的讨论可以参见 Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World* (Oxford: Oxford University Press, 1990) 160ff. 后文简称为“Allott, *Eunomia*”。

[13] 国际法条约义务分类通常遵循 Gerald Fitzmaurice 于 20 世纪 50 年代提出的方案。他认为,条约分为双边条约和多边条约,并根据违约行为后果将多边条约划分为对等条约、互惠条约和整体条约。双边条约只要涉及简单的义务交换,任何一方均可中止或终止其效力,其后与之相悖的条约有效。对等条约因其双边性特征,效力中止或终止情形与此相同。与此相对,互惠条约则要涉及成员方间共同交换利益(包括各自的权利与义务)时,任一成员方才能予以中止或终止,随后与之相悖的条约有效。整体条约因为义务具有单独的、绝对的且内生的力量,故不能被中止或终止,其后与之相悖的条约无效。See Gerald Fitzmaurice, “Third Report on the Law of Treaties”, U. N. Doc. A/CN. 4/115, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, pp 20, 27 and 28 (1958)。

[14] Claus-Dieter Ehlermann, “Six Years on the Bench of the ‘World Trade Court’” in Federico Ortino and Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003* (The Hague: Kluwer International, 2004) 499, 522-23.

面貌。

我曾在他处指出,《WTO 协定》项下正义的主要形态是分配性的(distributive)。一旦违反《WTO 协定》,正义就表现为对集体期待利益进行分配。如《争端解决谅解备忘录》(下文简称为“DSU”)第 19 条第 1 款规定,违约者通常被要求采取措施使其法律与 WTO 法保持一致。^[15] 在大多数情况下,一致意味着采取撤销或修改措施,以便重新促成期待利益的平等分配。

WTO 法中正义的第二种形态是矫正性的(corrective),旨在修复已造成的损害。国家行使个体权利时,可能采取使他国期待利益落空的行动。例如,当进口对一国造成一定程度损害,该国在履行特定程序后,有权实施保障措施或征收反倾销税。由此可见,正义旨在矫正损害特定利益的行为。如对根据 DSU 第 22 条第 2 款认定的违法行为,可协商给予临时补救。^[16]

《WTO 协定》中权利与义务相互作用产生了新法律机制——特别法(lex specialis)。这种结合体之所以称为特别法,是因为许多情况下它并不遵循国家责任的通常结果。此种模式下正义具有转型性,并不完全是分配利益或矫正损害,而是本着发展和增进涉案国家间的关系来解决国家间的利益冲突。^[17] 转型正义在《WTO 协定》履行所产生的结果中表现尤为明显。这些结果表征了对现状的持续不满,如“荷尔蒙案”^[18]。相替代的是,产生了有限一致——“同意池”(pool of consensus),这通常是更为广泛协议的基础,如就肉桂粉中化学残留物一事,斯里兰卡和欧盟正努力推动建立

[15] 参见 DSU 第 19 条第 1 款,当评审团或上诉机构认为某一措施与协定不相符时,可建议相关成员方采取措施以与协定相符。

[16] “如果相关成员方不能修改与条约不相符的措施以与条约相符,该成员方应在合理期限内与争端解决程序启动方进行磋商,旨在确定双方接受的补偿方案。”2008 年 WTO 中 DSU 仅有一案就补偿进行协商,即 *United States—Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, 2000 年 6 月 15 日通过。学界评论可参见 Bernard O'Connor and Margareta Djordjevic, “Practical Aspects of Monetary Compensation: The U. S. Copyright Case”, 8 (1) *Journal of International Economic Law* 127 at 131 (2005)。亦可参见 WTO《补贴协定》第 7 条第 8 款,“授予或坚持此类补贴的成员方应逐步减少负面效应,或撤回此种补贴。”这一条款在 *Australia—Subsidies provided to Producers and Exporters of Automotive Leather* (21.5) 中进行讨论,该案编号为 WT/DS126/RW, 2000 年 1 月 21 日通过。

[17] “参与方出于需要来驱动转型正义。冲突解决决定应建立在一致同意基础上。通过一致同意,全体成员方对协议发展表示认可。不可强行要求一致同意。一致同意亦非中庸立场,其目的在于寻求共同背景,以推动建立共同接受的解决方案。这就是转型正义的力量,在具体冲突中运用此方案可开发新方案、建立新回应。这些不仅能被所有成员方所接受,且能发展并加强其间的关系。”See Law Commission of Canada, *From Restorative Justice to Transformative Justice: Discussion Paper*, Law Commission of Canada Catalogue No JL 2-6/1999 (1999)。Philip Allott 认为国际经济法和规定是社会转型法,参见 Philip Allott, *The Health of Nations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) 36, 99。下文简称为“Allott, *Health*”。一些观点认为 GATT/WTO 在争端解决上具有连续性,需要进一步进行协商。参见 John M. Weekes, “The External Dynamics of the Dispute Settlement Understanding: Its Impact on Trade Relations and Trade Negotiations—An Initial Analysis (2004 on file with author)”;; 等等。

[18] 1996 年美国、加拿大对欧共体禁止进口含荷尔蒙的肉及肉制品提出抗议。欧共体抗辩道,在采取禁令措施前已进行风险评估,但未获支持。评审团和上诉机构支持美国和加拿大观点,1999 年 7 月授权美国、加拿大对禁令采取报复措施。尽管欧共体坚持禁止进口含荷尔蒙的肉类,但声称可通过实施新举措或采取预防方法,以消除不符合 WTO 规定的事实。这就使得美国、加拿大报复措施持续到 2004 年,给欧共体带来了挑战。评审团同意欧共体观点,但平行裁决时却认为,欧共体对于荷尔蒙肉制品的限制违反了 WTO 法律。2008 年 5 月下旬,欧共体就其立法框架和继续禁令进行上诉。See “EU Appeals WTO Hormone Ban Decisions, Seeks Clarity on Retaliation”, *Inside U. S. Trade* (30 May 2008)。

一套新的标准。^[19] 最终结果也许会如《关于 TRIPS 和公共健康的多哈宣言》(下文简称《多哈宣言》)一样,以全体成员一致同意的方式获得通过。^[20]

这些结果的共同之处在于主动或被动的协议一致。协议并非单一、静止的,而是处于不断变化中。在“美国龙虾案”中,WTO 上诉机构间接提及此观点,即“平衡线并非固定不变,而会跟随关键措施的种类和形态变化而移动,进而使各案事实相区别”。^[21] 在权利相互竞争的背景中做此论述,反映出 WTO 法中权利与义务间持续紧张的关系。这标志着对立的法律模式或不同观点背景下,条约呈现出更深层次的分立。^[22] 一方面,以义务为基础的法律具有集体的、宪法的、动态的和可期望的特征,其内在逻辑是演绎,主要价值为平等。另一方面,以权利为基础的法律具有个性的、相对的、静止的和可回顾的特征,其内在逻辑是归纳,主要价值为公平。将前述两个观点相结合,WTO 法最终成为以权利和义务为基础,兼具上述特征的结合体。其支配逻辑为反绎推理,主要价值为相互理解。^[23] 虽然倾向于集体模式,但时常也会根据现实条件做相应调整,展示出以权利为基础的法律特征。最终导致思想转型,恰如菲利普·埃洛特(Philip Allott)所提出的“思想革命”^[24]。(参见表 1)

表 1

正义类型	分配正义	矫正正义	转型正义
描述	《WTO 协定》系通过义务履行保障期待利益	《WTO 协定》系通过权利行使来促成法律变为现实	《WTO 协定》系相互依赖的法律——特别法
司法角度	《WTO 协定》与期待利益相关,旨在保护与贸易相关的政府行为的期待利益分配。故正义关系着期待利益的平等分配,其逻辑为“视正义为平等”	《WTO 协定》与贸易相关,旨在保护成员国间贸易。故正义关系着成员国间公平,其逻辑为“视正义为公平”	《WTO 协定》与相互依赖相关,旨在保护贸易网络的整体性。正义与调和利益相关,其逻辑为“视正义为理解”
临时角度	关注未来:保护政府未来行为的期待利益	关注过去:像预计一样保护现有贸易	关注现在:以保护相互依赖性
动态角度	法律是运动的,描述了彼此关系	法律是静止的,描述了交易	法律是历史的,描述了条件

[19] WTO 发布的新闻表明,尽管欧共体允许其他香料存有一定水平的 SO₂,但仍坚持肉桂粉禁止含有 SO₂ 成分。“问题之所以产生,部分因为 WHO-FAO 食品法典委员会并未规定肉桂粉中 SO₂ 的残留标准。2006 年 7 月通过了新标准……斯里兰卡对于欧盟积极协作并适当运用行政方法找寻解决方案予以赞赏。2006 年 2 月,欧盟帮助斯里兰卡申请通过新标准,以获得欧洲议会和欧盟成员国的支持。”See Sri Lankan cinnamon’s future brightens, SPS Committee told (11-12 October 2006), available at www.wto.org; See also *Sulphur Dioxide in Cinnamon*, G/SPS/GEN/716 (25 July 2006).

[20] 参见 WTO Declaration on TRIPS and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2, adopted on 20 November 2001;等等。孙皓琛曾综合论述此类文件发展历程,参见“The Road to Doha and Beyond: Some Reflections on the TRIPS Agreement and Public Health”, 15 *European Journal of International Law* 123 (February 2004)。

[21] *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 1998 年 10 月 12 日通过,第 159 段。下文简称该案为龙虾案。

[22] 参见前注[17],Allott, *Health*,第 47 页。

[23] 对于不合现行模式的新奇或有趣数据而言,演绎或归纳逻辑能够证明此类模式正确与否,反绎逻辑则能做最佳解释。See Roger Martin, *The Opposable Mind* (Cambridge: Harvard University Press, 2007) 146.

[24] 这项观察与 Philip Allott 观点一致。他坚持国际法律安排能够改变人们的思维方式。“人类社会历史有许多例证,即革命性变化不仅在于社会现实机制,还在于理想的自我建构,即思想革命。”参见前注[17],Allott, *Health*,第 81 页。

(续表)

正义类型	分配正义	矫正正义	转型正义
实体角度	WTO 义务是集体的, 因此期待利益属于全体成员, 并表征为公共财产形式	WTO 义务是双边的, 因此贸易属于具体国家, 并表征为私有财产	WTO 义务是复边的, 因此相互依赖性存在于、发展于成员间, 但并不必然超出
法律角度	《WTO 协定》为宪法	《WTO 协定》为契约	《WTO 协定》为结合体
争端解决	目的在于恢复期待利益的分配, 因此强调采取措施以符合《WTO 协定》规定。补偿是通向一致性的过渡安排	目的在于修复因违约行为造成的贸易损失, 因此强调对抗手段和补偿, 并要求矫正方案	目的在于达成各方接受的解决方案以提升相互依赖度。这并不绝对要求弥补损害以修复关系。救济往往伴随着灵活的广义修复措施

此处概念颇类似于建构主义(constructivism)——将法律视为行为主体和结构间的相互建构的国际关系学派。这就与自由主义、功利主义相区别, 因为前者将国际关系视为各种形式的利己主义, 后者视其为所涉价值的最大化。朗·富勒(Lon Fuller)提出, 建构主义坚持, 国家行为取决于行为主体的身份而非自利, 而身份又是在结构中采取行动以反复形塑而成。^[25] 结构限制了社会行为, 但也能推动行为; 同时也会受到与之相反的社会行为的作用而产生变化。^[26] 在《WTO 协定》框架下, 社会行为问题即为条约框架下的权利义务如何相互作用。

我之所以对权利义务展开研究, 一方面, 因为二者通常为法律分析的中心轴; 另一方面, 考虑到在争端解决及其他情境中, 对于二者的分析最能清晰地阐释一整套观点或理论。

本文分为四大部分。第一部分为介绍。第二部分解决理论性质问题, 并介绍运用 WTO 法律原理所能得出的观点。第三部分提出原理, 强调在 WTO 法律秩序中权利义务并非完全对立, 而是相互补充。这并不是要确立单一关系, 而是揭示其间的潜在关系。第四部分对原理性构思进行总结陈述。

二、为何需要一套理论?

要确定 WTO 法律之理论, 必须明晰理论内容及与其他法律观念的区别。鉴于理论被界定为“一套系统观点”^[27], 本文将全面展开论述, 力求起点时就能拥有理论。

- 何以需要 WTO 理论? 仔细思量, 至少有五点理由:
- 第一是方便描述(descriptive)。尽管条约内容颇丰, 但我们可藉由通常接受的法学理论来解释分类, 并使其融为一体。观察发现, WTO 法不仅是政治和经济优先的产物, 而且是更大的法律传统的组成部分。
 - 第二是便于分析(analytic)。WTO 法律理论有助于系统地鉴别法律的关键要素以及彼此间的作用方式, 且对其协调性和一致性获得新认知, 从而更好地完善法律理论。
 - 第三是具有目的性逻辑(teleologic)。WTO 法律理论使人清晰认识到, 哪些社会现象与法律

[25] Jutta Brunnée and Stephen Toope, “International Law and Constructivism: Elements of an International Theory of International Law”, Columbia Journal of Transnational Law 19 (2000) at 30.

[26] Ibid.

[27] “Theory”, The New Shorter Oxford Dictionary, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 1993) 3274.

相悖,哪些与法律相一致,进而意识到法律的目的所在。这使“对众多法律的研习转变为对某一法律学科的研习”^[28]成为可能。

第四是规范意义(normative)。追溯其短暂的历史,《WTO 协定》曾受到诸多严厉的批评,特别是有人声称其不合乎正义。^[29]在某种意义上,构建一套理论有助于更好地理解什么是法律,法律如何与正义相连,进而设想法律的应然状态。

第五是方便解释(explanatory)。当其他理论不足以阐释现实时,该理论能够提供解释。如 DSU 第 3 条第 8 款对于利益放弃或损害采用了假定方法,其他条款则采用严格证据标准。^[30]如争端解决中有时保护可期待利益,但也允许期待利益落空。^[31]又如可预期性与可回溯性,动态与静止等更具体的法律现象。^[32]其他理论虽未否认此类情形,但却不能释明其中的不同。这呼唤着深层次的概念区别,以便整体理解条约。^[33]

需要说明的是,本文此处表述为“理论”(a theory)而非“特定理论”(the theory),目的在于表明

[28] Ian McLeod, *Legal Theory* (3rd ed.) (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005)2. 同样可参见前注[17], Allott, *Health*, 第 24 页。

[29] 譬如, WTO 被视为更接近于中世纪罗马天主教的机构,而非现代法律机构。裁决很大程度受到少数西方强国的控制,这些国家的非正式谈话对最终结果有较大影响。See Deborah Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community* (Oxford: Oxford University Press 2005) 14. “好的国际规则不仅自动推动人类发展,而且能促成有利于弱者的政策。与此相反,差的规则使此类政策归于无效。最近目录中有着将会被铭记的 WTO 规则。在已不公平的全球贸易体系中,这些规则的存在使发展中国家及世界上最不发达的人们面临着边缘化的威胁。”Oxfam, *Rigged Rules and Double Standards: Trade, Globalization, and the Fights against Poverty* (2002) 207.

[30] DSU 第 3 条第 8 款指出,假定发生违反协定项下所承担义务的情况,行动被视为初步构成利益丧失或减损。此类假定从未被成功反驳。同样其他条款也需要证明,如《保障措施协定》第 6 条(条约保障措施适用于困难环境,且需基于清晰证据再做初步决定)、《补贴协定》第 17 条第 1 款 b 项(适用附条件措施时,需要对存在的补贴和对一国工业的损害做初步认定决定)、《反补贴协定》第 7 条第 1 款第 2 项((适用附条件措施时,要对国内工业的倾销和其他损害做初步认定)。损害威胁也采用同样标准,如 SAF 第 4 条第 2 款 a 项、SCM 第 15 条第 7-8 款、AD 第 3 条第 7 款。*United States—Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia* 案讨论了证明要求程度,该案编号为 WT/DS177, 178/AB/R, 2001 年 5 月 1 日通过。该案第 125 段在阐述“严重损害威胁”时,上诉机构强调要有“明确可能性”,即“近期预期发生严重损害的可能性相当高”。

[31] 一些 WTO 争端解决报告提及保护期待利益,如 *India—Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/R, 1997 年 9 月 5 日通过,第 45 段。作者还列举其他案例,译文不做列举(译者注)。

[32] 下文将会论及,认为法律首先建立在不可预知期待基础上,其角度是面向未来,具有动态、变化的特点。例如, *Korea—Taxes on Alcoholic Beverages* (WT/DS75/AB/R, 1999 年 1 月 18 日通过)案就“直接竞争和可替代性”展开讨论,上诉机构倾向于采取静止观点来做解释。其次,《WTO 协定》还关注秩序,主要是回顾过去并设想过去某时情形,因而具有静止性。参见 *United States—Anti-dumping Measures on Certain Hot-rolled Steel Products from Japan*, WT/DS184/AB/R, 2001 年 7 月 24 日通过。该案上诉机构在 192 段中探讨 ADA 第 3 条第 1 款“肯定证据”之定义,认为证据具有确认性的、客观的且能佐证的特征,当然必须是可信的。

[33] 此处观点对 WTO 法律主流视角构成挑战。《WTO 协定》缔结于 1994 年 4 月,不久后其争端解决系统开始发出裁决。这一系统与法庭功能相似,通过裁判能逐步理解《WTO 协定》实为一套法律机制。结果将大量时间和智慧用到寻求具体个案结果、掌握把握系列案件趋势及证明责任分配等方面。这样巨大的努力是值得的。它使我们能更好地理解条约,有些情况能变为己用。当视法律为一整体时,就会发现,具体个案对待法律的碎片化方式使重要问题趋于模糊化。其中,最重要的问题是:为何法律会是这样? 争端解决和协商中哪些因素起着作用? 两者是如何共同作用的? 换言之,以对正在发生的事宜的精准解释为代价,主流观点倾向于强调条约的对立面和正确方面。

并不排除其他理论的解释。有论者认为,理论具有排他性、有效性的特征,甚至是唯一性,对此作者并不苟同。理论本身也存在一些问题有待阐释,并不能完美预测 WTO 法,但仍有助于补充已知事实。

许多评论家或认为《WTO 协定》是契约,或认为是宪法,这些逐渐成为主流观点。上诉机构在“日本酒精饮料案”中的论述可能是契约论最权威的表述,^[34]“《WTO 协定》是条约,也是国际平等主体缔结的契约。WTO 成员方达成协议,是基于对各自国家利益的追求而行使国家主权。为了享有成员方应得的期待利益,成员国必须一致同意按协定中所做承诺来行使国家主权。”^[35]此论述强调条约固有的约束性。《WTO 协定》是契约,因此成员国必须根据承诺来行使主权。毫不意外,许多成员国认为这一观点富有吸引力,并在很多场合中予以述及。^[36]据此,WTO 义务是双边的并且附有条件。

第二种理论认为《WTO 协定》是宪法。约翰·杰克逊持此观点,盖尔·埃文斯(Gail Evans)进一步假定,“作为贸易宪法,WTO 有能力推动实体法规则的统一化进程”。^[37]据此,义务本质上具有集体性,进而具有一致性、绝对性。

一些评论家对二者进行调和,认为《WTO 协定》是“宪法性契约”,但却未能具体细说对接的连接点。^[38]我认为,应认真考查《WTO 协定》项下的权利与义务,而非仅以如契约或宪法这些简洁的标题来理解。二者作为对缔约方有约束力的承诺,共同构建了条约理论的基础。需要强调的是,仅认为 WTO 法中蕴含权利与义务并不足够。实践中还要观察其如何协作运行以及所产生的影响。此外,法律还有其他构成元素,如通向正义之路的诚实信用等。^[39]只有全部理解了上述观点,方能对 WTO 法是什么这一问题形成初步观念。

由于《WTO 协定》起源于 GATT(1947 年《关税与贸易总协定》),随后修改的 1994 年协定文本被纳入《WTO 协定》范围,故通常认为《WTO 协定》、WTO 法均与贸易相关。但我认为协定主要关注点已远远超出单独的贸易,并从管理视角来拓展研究。条约义务并非直接要求具体贸易数量,而是间接坚持增进贸易的条件。^[40]这改变了视角。只要认为条约与贸易相关,就能立刻接受此观点。因为贸易仅在已发生后方能准确定量,故条约主要目的在于保护当前发生在个体间的交易。^[41]另一方面,人们普遍认可,条约保护与贸易相关行为的预期利益。而期待利益属于抽象概

[34] *Japan—Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过,第 14 页。

[35] 同上。

[36] 参见 WT/DS69/AB/R 案例中巴西的陈述,第 15 段中“认为 WTO 协议为‘放弃相对义务而非绝对义务的国际条约’”。作者原文引注诸多论著,译文不作列举(译者注)。

[37] 如 John Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence* (London: Royal Institute for International Affairs, 1998), 等等。

[38] 此观点为几个 GATT 缔约方所认可。See Xu Yu-Chong and Patrick Weller, *The Governance of World Trade: International Civil Servants and the GATT/WTO* (Cheltenham: Edward Elgar, 2004) 67-68. 这一短语还用于国际环境法中,参见 Catherine Redgwell, “Multilateral Environmental Treaty-Making” in Vera Gowland-Debbas (ed), *Multilateral Treaty Making: The Current Status of Challenges and Reforms Needed in the International Legislative Process* (The Hague: Martinus Nijhoff 2000) 81 at 91。

[39] Edmund Burke 最早提出此观点。他认为,在良好的法律和社会氛围中,权利与义务一定会受到重视,因为二者会良好运行。See William A. Edmundson, *An Introduction to Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004) 43. 也可参见前注[12], Allott, *Eunomica*, 第 158 页。

[40] 在 GATT/WTO 法律秩序中,论述直接效力原则不如间接效力原则便利。参见 *United States—Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, 1999 年 12 月 22 日通过, para 7. 78。

[41] Alexander Keck and Alexander Raubold, “Forecasting Trade”, WTO Working Paper ERSD-2006-05 (May 2006)。

念,且没有时间限制。这就意味着,条约本质上不再仅与贸易相关,而是与贸易以及贸易所依赖的包括自由贸易在内的全部因素相关。^[42]

“美国 301 条款案”中评审团确认此观点。^[43] 该案主要审查美国贸易救济立法是否符合《WTO 协定》之规定。申诉方声称,根据《美国贸易法》第 304 条,美国贸易代表有权决定其他 WTO 成员方是否否定了美国在《WTO 协定》中的权益,遑论争端解决时间。评审团对此不予认可,认为贸易代表需要审慎做出此项决定。对美国是否以与 WTO 不符的方式任意通过法律,并对私人经济主体造成风险这一问题,评审团继续审查;并认为,由于美国官方保证永远不会如是作为,故即便存在此种风险,也不会成为现实。^[44] 裁决强调,安全和可预期是条约目的的重要组成部分,二者共同作用以推动实现《联合国宪章》序言提出的“更大自由之民生”(life in larger freedom)。^[45]

但是,在贸易自由等抽象概念基础上建立法律理论,往往面临着潜在混乱的危险。贸易与自由贸易的概念紧密相连,但在 WTO 正发生的系列事件中将二者混合起来,实在很难确定 WTO 理论。这就需要深入缜密的思考。从这方面而言,本文所提出的观点可视为“超理论”(meta theory)。“超”字来源于希腊语 meta,形容所描述者具有基础性,其成立有待说明和运作。这一理论要求在更广的空间内考虑问题,要既能关注特别问题,又能思考普遍问题,进而综合考量各类因素。毋庸置疑,这具有相当难度。在某种意义上,这会超出实证法范畴。其价值并非是有能力去裁决具体案件,而是基于系统观察去领悟条约的整体框架。^[46]

三、WTO 法之理论

鉴于理论是“思想的系统”,构建前需确定如下主要观点。

(一) 保护期待利益;义务法

第一,要构建理论体系,就必须认识到《WTO 协定》主要目的在于保护期待利益。以美国对纺织品征收关税减让为例,关税并非针对今天的纺织品进口,而是美国政府对未来进口纺织品所做承诺——即使纺织品生产商和出口商位于他国,但只要产品进入美国境内,就保证给其一定可预期的待遇。结果激发投资、生产和出口的热潮^[47],人们或决定投资购买机器,或扩大再生产,或在某些国家建立生产基地。无论最终结果如何,许多决定有赖于美国关税承诺来实现利益。

对期待利益者而言,源自 WTO 关税减让或承诺的期待利益类似于财产,为参与谈判的某国或某些国家享有。最直接地参与谈判的国家最有可能从中获益。但我将指出,这并非《WTO 协定》中预期利益的实现方式。实际上,条约项下承诺会产生错综复杂的效果,此时很难区分哪些是条

[42] 诸多 GATT/WTO 规则的目的,事实上也是 GATT/WTO 的整体目的,就是促成特定市场条件,以使个体活动趋向繁荣。参见 *United States—Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, 1999 年 12 月 22 日通过,第 7.73 段。

[43] 同上。

[44] “我们认为,美国做出的许多陈述清晰表明了官方立场,这可为所有其他成员方所依赖。为了防止在 DSU 程序用尽前做出不一致的决定,需要美国贸易代表承担审慎审查义务。”参见前注[42],第 7.125 段。

[45] 联合国宪章序言中指出,联合国各国人民,……,决定要促进社会进步,改善更大自由之民生。

[46] 知识越多,整体框架就越模糊。See Claude Levi-Strauss, *The Savage Mind* (Chicago: University of Chicago Press 1962) 89.

[47] Warrick Smith and Mary Hallward-Driemeier, “Understanding the Investment Climate”, Finance & Development (March 2005), at 40.

约运行过程中需要保护的期待利益,哪些在违约时应予以补偿。双方协商的义务因此变为多边义务,且需绝对履行。^[48] 如“印度专利保护案”^[49]中,评审团认为,在评价印度法规是否与 TRIPS 协定相一致时,需要考量每一印度贸易合作方的合法期待利益。但上诉机构推翻了这一立场,认为“条约成员国的合法期待利益是由条约语言所反映”。^[50] 在“欧共同体计算机设备案”中,上诉机构进一步认为,评估预期利益时需要结合 WTO 集体成员资格一起考虑。^[51]

最大的集体机制实属最惠国待遇。GATT 第 1 条第 1 款对此规定如下:“就进口、出口以及进出口货物国际转让支付所征收的关税和费用,征收前述关税和费用的方法,与进口、出口相关的任何规则和程序,第 3 条第 2 段、第 4 段中提及的所有事项,任一缔约方对来自或运往其他国家的产品所给予的任何利益、优待、特权或豁免,应立即且无条件地授予所有原产于或运往其他缔约方的相同产品。”这一条款表明,任一成员国向另一国家承担的义务,将会立即且无条件地变为对所有成员国的义务。这种结构产生了一个重要结果,即法律之初往往强调义务。大量法律传统中通常强调义务,最显著的例子是印度达摩法(dharma)。^[52] 同样在 WTO 法律中,条约体系项下成员国的责任意识应是足以信任的。法律不仅被视为权利义务的平衡体,更多时候被视为义务的集合。

第二,义务的普及性影响着正义的实现。在争端解决机制中,成员国若认为他方国内法违反了《WTO 协定》,有权将其争端提交评审团裁决。如评审团或上诉机构支持其诉请,将会做出建议要求被告修改法律以与条约相一致。此时并不存在自动补偿之要求,取而代之的是被告被要求修改法律,如很多情况下采取撤回或调整备受抨击的措施。传统上视此项安排为外交便利。很难去区分备受抨击的措施对哪些国家造成损害,而被告修改法律时可存在一定偏差,只要符合“使法律与《WTO 协定》相一致”的总体方向。^[53]

本文提及的 WTO 法之理论考虑问题视角不同,认为系统主要关注点并不当然与个体期待利益相关,而是与 WTO 成员间集体期待利益的分配相关。最主流模式即是分配正义^[54],即根据最惠国待遇设定的可行分配标尺,运用分配正义重新构建期待利益的安排。如果对分配无异议,则

[48] 大多数关税减让是双边谈判结果,但其影响却扩展至多边层面。参见 *EC—Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products*, WT/DS69/AB/R, 1998 年 7 月 13 日通过,第 94 段。

[49] WT/DS50/R, 1997 年 9 月 5 日通过。

[50] 同上,第 45 段。

[51] *EU—Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, 1998 年 6 月 5 日通过,第 109 段。GATS 中条款适用可参见 *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, 2005 年 4 月 7 日通过,第 159~160 段。

[52] 达摩很难界定,但一直认为更接近于义务观念。在传统印度社会中,个体负有达摩或责任,并要求尽责任以促进社会更好的发展。人的一生充满义务,要向同族、同伴以及整个宇宙尽责。See H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World* (Oxford: Oxford University Press, 2000) 262ff.

[53] 在一个定义为不断变化的国际贸易体系中,很难使保护性、歧视性效果与其他效果相区别。参见 *United States—Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, L/6175, 1987 年 6 月 17 日通过,第 5.1.9 段。See also Robert Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy* 30 (Salem: Butterworths Legal Publisher, 1990). 该文运用外交家的法哲学方法来讨论 GATT 争端解决革命。

[54] 两千年前亚里士多德曾思考过正义的本质,认为存在矫正正义和分配正义两种类型。矫正正义主要运用私有利益,在交易中起着修正作用。所以当某人财产被错误剥夺时,有权要求他人返还财产或要求赔偿。分配正义主要运用于公共利益的分配,如在政治共同体成员间分配声望、金钱或其他事项。其事先假定一些社会普遍认可的分配方式。See Aristotle, *Nicomachean Ethics* (R. Crisp ed) (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 85. See also Nicholas Rescher, *Fairness: The Theory and Practice of Distributive Justice* (New Brunswick: Transaction Publishers, 2002).

系统将会正当运行。^[55] 这一模式下法律运行的有趣之处在于逻辑。传统意义上讲,GATT 和 WTO 法律是对未来发生事宜的假定,故采用“应然逻辑”即演绎逻辑来运行。DSU 第 3 条第 8 款假定,违反 WTO 规则容易导致利益的剥夺或减损。然而,事实上我们很难确定利益受损者。取而代之的是,法律建立在假定损害发生的基础上,而非对实际损害进行认真调查的基础上。

(二) 便利调节:权利法

我曾视 WTO 法律为跟起初描述一样精准的义务法。因为条约项下国家对他国承担义务,而最惠国待遇使成员国义务扩展至对所有其他成员国。

但是,如果仔细审查条约,还可能确定其他正在发生的事宜。根据《WTO 协定》,政府有权针对贸易过程中的现实问题做出回应。作为真实发生的事宜(actually encountered),此处的现实是相对于有希望的预期或感知(prospectively expected or perceived)。此时法律明显表征为权利机制。

在“土耳其纺织品”案中,评审团就土耳其在与欧共体签订关税联盟条约之前,是否有权对纺织品及其服装采取一定进口限制措施这一问题,提出此观点。土耳其声称,因为限制已成为欧共体成员对 WTO 的共同义务,故土耳其接受上述限制时无需与第三国进行协商。评审团注意到,“在某些情况下,权利义务交织的 WTO 体系为成员方适应具体环境提供便利。譬如,《纺织品与服装协定》对特定成员方采取进口限制,被视为最惠国待遇的起源;根据 GATT 第 12 条、19 条、20 条和 21 条的规定,成员方有权在特定情况下采取特别贸易措施。我们认为,即便关税联盟的成立为加入方最大程度地采取类似政策提供契机,但由于法律运行有赖于特定环境,某一加入方行使权利时所需要的特定环境并不必然适用于其他加入方。”^[56]

此处评审团提出了法律中的重要区别,即视 WTO 法为权利,不如视其为义务。由于各国现实不尽相同,^[57]第二种模式下的 WTO 法系由不同情况下明显无关的权利所构成。鉴于复杂多变的现实情况,很难分辨清晰。

WTO 项下权利还会因为所附条件被进一步减损,如仅在针对倾销等行为时,一国方有权采取反倾销或征收对抗关税行动。大多数情况下,争议解决的问题是权利行使的前提条件是否满足,如是否经过详细的调查。这些问题突出反映在“阿根廷鞋类进口保障措施案”中。^[58] 此案争议焦点在于阿根廷对自欧共体进口的鞋类商品实施保障措施,是否满足了先行条件。上诉机构认为,“必须始终意识到,采取保障措施会导致临时性的减让中止或承诺撤回,如 WTO 基本组成部分的 GATT 1994 第 2 条、第 11 条之规定。同样地,只有在明确符合《保障措施协定》和 GATT 1994 第 19 条的条件下,方能采取保障措施。”^[59] 该案上诉机构还阐明了现实基础原则的另一特征——清

[55] DSU 第 3 条第 7 款提出,一种被各方接受的解决方案,……,以及与既定协定相一致。该条还强调,争端解决机制目的在于寻求争端的积极解决方法。文中“积极”涵义不甚清晰,但传统上暗含着肯定的建议,即结果不仅要双赢以使各方接受,且要发展并加强相关成员方的关系。DSU 第 3 条第 5 款指出,争端解决中的各种事项的所有解决方案并不是使任一国家承担利益剥夺或不公平之后果,而是强调解决方案能为全体 WTO 成员方所接受且利于其发展。

[56] *Turkey—Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products*, WT/DS34/R, adopted 31 May 1999, para 9, 184.

[57] 这种伸展是欧共体的核心问题,参见 *EC-Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R, 2004 年 4 月 7 日通过。此处上诉机构就将给予发展中国家这一群体的待遇、给予次级群体的待遇、给予成员个体的待遇区别开来。上诉机构在第 169 段中指出,为了改进发展中国家在国际贸易增长中的份额、贸易和出口收入,可瞄准发展中国家的共同利益、其次级群体的共享利益,对优惠政策进行升级。

[58] *Argentina—Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, adopted 14 December 1999.

[59] *Ibid.*, at para 95.

楚证明(clear showing)。^[60]这与可期待利益法律中对利益剥夺或减损的假设明显区别开来。^[61]这一模式采取了关注实证的归纳逻辑,其基础为经验证据。毫无疑问,权利行使是附条件且可预期的。^[62]对先行证据的要求会随着基本原则和每个案件的特定情况而发生变化。^[63]

此模式下对证据的要求还牵涉到法律的契约性和矫正正义,以便寻求损害补救方案。很容易看到,一国行使权利可能引发他国的补偿诉求,DSU第22条第2款规定了协商补偿救济方法。^[64]此类法律的内在伦理是公平式正义,即系统寻求修复损害以臻于合乎现实,但并不必然等同于已发生的损害。^[65]

权利的另一特征互惠性(mutuality)限制了《WTO协定》项下的权利。根据权利不得滥用原则(abus de droit)^[66],行使WTO项下权利时,不得剥夺他国权利。该观点在“美国龙虾案”中被论

[60] 参见 *Korea—Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS162/AB/R, 2001年1月10日通过,第162~164页。该段指出,判断一项措施是否“不可缺少”时,需要审查其是否符合第20条d款之“必需”的条件。这要对每个案件后的一系列因素进行综合平衡,包括争议法律或法规的执行措施、所保护的共同利益或价值,以及对进口、出口带来的影响。举证义务散见于ADA第3条第4款(要对所有相关经济因素和标志进行影响评估)、第3条第5款(决定建立在对所有证据检查的基础上)、附件二(决定建立在已有事实基础上),等等。法律适用的例证可参见 *United States—Anti-Dumping Duty on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAM) of One Megabit or Above from Korea*, WT/DS99/R, 1999年1月29日通过,第6段第43行;等等。

[61] 参见DSU第3条第8款,在违反协定义务的案件中,采取行动时需要有“初步证据”证明发生了利益减损或损害之事实。

[62] 参见保障措施协定第6款(附条件保障措施需要在困难环境中适用,且需基于清晰证据再做初步决定)、补贴协定第17条第1款b项(适用附条件措施时,需要对存在的补贴和对一国工业的损害做初步认定决定)、反倾销协定第7条第1款第2项(适用附条件措施时,要对国内工业的倾销和其他损害做初步认定)。损害威胁的标准散见于SAR第4条第2款a项、SCM第15条第7款、第8款、AD第3条第7款。案例可参见 *U. S.—Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled and Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia*, WT/DS177、178/AB/R, 2001年5月1日通过,第125段。具体内容为,在解释严重损害威胁时,上诉机构认为是明显即将来临,即近期发生预期严重损害的可能性相当高。

[63] 这就引发了对WTO争端解决中“查找事实能力”的关注。See Claus-Dieter Ehlermann and Lothar Ehring, “WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views from the Perspective of the Appellate Body’s Experience”, 26 *Fordham International Law Journal* 1505 (2003), at 1542. 该段提出,尽管每个评审团有权寻找信息,但普遍认为事实调查是评审程序中的薄弱环节。Petros Mavroidis, “Essay: Dispute Settlement Procedures and Mechanisms”, 16 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 225 (1999), at 258. 文中指出,WTO因为查找事实方面的缺陷而备受批评。

[64] 如果相关成员不能修改与既定条约不符的条款以一致,如被要求,该成员需要在合理的终止期到期前,与提起争端解决程序的任一成员方进行协商,以达成各方接受的补救措施。

[65] GATT和WTO争端解决提供的补救少于已发生损害,这在 *United States—Anti-Dumping Duties on Gray Portland Cement and Cement Clinker from Mexico* 案(ADP/82, 1992年7月9日通过)中有所提及,该案第5段第43行未被接受:评审团认为矫正性补救措施受到计算赔偿时间和难度的限制。WTO授权的其他报复措施案中也暗含此意,补救措施限于已确定的损失,或不能对贸易体制构成侵害。这颇类似于盎格鲁-美国合同法,在将原告视为一整体时,考虑到整个社会成本,原告无权要求全部损失赔偿。See *Peevyhouse v Garland Coal & Mining Co.*, 382 P. 2d 109 (Okla. 1962); *Ruxley Electronics and Construction Limited v Forsyth*, [1996] AC 344 (HL). 结果个案公平标准因情况而变化。

[66] *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS58/AB/R, 1998年10月12日通过)案第152段中提及,该原则为传统民法原则,国际法上讨论过其适用问题,具体参见 Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility—Part 1* 52 (1983)。

及。该案争议问题为美国是否有权援引 GATT 第 20 条 g 款的保护措施进行例外规定。^[67] 因为美国立法明文禁止进口采取不恰当方式捕捉的龙虾,美国认为此项例外旨在防范违反 GATT 第 11 条第 1 款关于禁止数量限制的规定。上诉机构认为美国已符合例外条件规定,但对美国是否符合第 20 条序言规定进行分析。^[68] 就此,上诉机构指出:“诸如第 20 条 g 款规定的一成员方权利行使的例外,一旦被滥用或错用,就会发生第 11 条第 1 款类似情况,对其他成员方的实体条约权利构成侵蚀或归零。同样,鉴于具体政策和利益的合法性,GATT 1994 在第 20 条就规定了例外情形,采取任一例外措施并非不切实际。还可从另一角度阐释此观点,成员方根据第 20 条采取例外措施的权利,需与尊重其他成员方条约权利之间达到平衡。允许成员方滥用或误用权利以致产生例外,将会使其降低条约义务,或弱化对其他成员方权益的尊重。如果滥用或误用相当严重或紧张,成员方会将其义务降低至可选择的地步,瓦解其合法性,以致否定其他成员方的条约权利。第 20 条以总体例外作为标题,列明具体情况,以防止产生难以控制的后果。”^[69]

“美国线管保障案”中可看到类似情形,就美国是否有权对从韩国进口的钢管采取保障措施这一问题,上诉机构认为:“界定保障措施适用的合理合法范围,与确保所采取的额外且临时性减缓措施并未违反公平贸易,两者之间存在天然的紧张关系。WTO 成员方采取保障措施时需要正确说明,之所以采取保障措施的权利需被尊重,旨在维持该国国内对时下自由贸易的推动力。与此相对,受保障措施影响的成员方需要正确阐释,必须对此类措施的应用予以限制,以保持贸易减让的多边一体化进程。成员国协调这一天然紧张关系时,需要打破已有平衡,《保障措施协定》对此有所规定。”^[70]

上诉机构在“美国龙虾案”和“美国线管保障案”中的论述表明,《WTO 协定》项下基于法律权利来采取行动高度取决于所附条件和事实情境,而这存在于更大的权利义务的机体中。

(三) 促进相互协作:特别法机制

将 WTO 法归类为权利和义务颇具吸引力,因为它兼顾了 WTO 机制的合法性和统一性,前者如对权利义务的有序安排,后者如与权利相对的义务网络结构。与此同时,理论的一致性意味着,在各部分交相作用下还会产生其他情况,伴随时间流逝而显现。这就是 WTO 特别法的观点。国际法上对特别法(*lex specialis*)尚无固定涵义。^[71] 从拉丁文词根中发现,与通常适用的法律不同,其具有特别的或例外的意义。具体位移程度取决于特别法。^[72] 将 WTO 义务与国际法中的典型义务进行比较,就会得出这一机制具有特别性的结论。

国际法委员会在《国家责任条款》(下文简称为“ASR”)中提出,在典型的双边关系中,权利与

[67] 同上,US—Shrimp 案。

[68] GATT 第 20 条前言指出,此类措施实施的先行条件是,不得在情形相同的国家间构成任意的或不公正的歧视手段,不得构成对国际贸易的变相限制;本协议不得解释为禁止任一缔约方接受或执行下列此类措施。

[69] 参见 *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 1998 年 10 月 12 日通过,第 156 段(原文加粗)。

[70] 参见 *United States—Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea*, WT/DS202/AB/R, 2002 年 2 月 15 日通过,第 83 段(原文加粗)。

[71] 通常文字上直译为特别法(*special law*),以与大多国家责任的一般惯例相区别。See *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L. 682 34(13 April 2006).

[72] “运用特别规则来判断国家责任通常规则的位移程度。”See James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* 307 (2002). 下文简称为 Crawford。

义务相呼应。ASR第2条第1款指出,一国的不法行为引起该国的国家责任。第42条a款进一步阐明,义务首先要向受害国(由于国际不法行为,该国权益被否认或损害,或行为对该国造成特定影响)履行。^[73]第42条b款进一步指出,义务也许需向国际社会之部分或整体履行。第48条规定,若被违反的义务或指向一国家集团以保护这一群体的集体利益,或指向整个国际社会,纵非受害国,只要该国在其内,就可要求相关他国承担责任。

ASR的主要贡献在于,将国际法义务分为两类,或为双边或为集体,二者不可同时存在。仔细观察《WTO协定》发现,WTO义务具有双重特征。尽管最惠国待遇可推动条约项下所有义务的多边化,但在具体问题中仍保有明显的双边化趋势。譬如,当系争基本利益属于集体时,纯粹的集体安排允许任一成员质疑违约行为,但《WTO协定》并非如此运作。它要求国家单独提出主张,且仅在与被告存在真实贸易时方能允许报复。^[74]同样,一国若要作为第三方参与争议解决,必须证明存有实体利益。^[75]上诉机构采用短语“相关国家”(countries concerned),表明系争条约问题所涉主体可扩展至一些成员国,但并不必然为所有成员国。^[76]如ASR第33条第1款提到,“义务可以指向一个或数个国家,甚至整个国际社会,具体取决于国际义务的特性和内容以及违约情况。”评论进一步阐明,义务范围受到主要规则的性质和违规时情况所限。据此,可认为WTO义务具有双重特性,严格说来既非完全的双边也非完全的集合,而是两者的联合体。

我认为,中庸之道能较好地理解WTO义务,即一些情况下视为双边,大多数情况下视为多边。二元论证明了WTO义务相互依赖,要以其他国家履行条约项下义务为条件。

这种特殊法律机制意味着什么呢?WTO法的首要目的在于促进互相依赖。^[77]这是权利与义务相互作用的结果,突出表现为两个方面:一是政府机构的运行方式,另一是经济主体的思考方式。^[78]如是,条约创造出新形势。作为法律兜底条款,“新形势”形容思维方式的转变。转变发生原因在于,政府机构倾向于考量或关注国际标准,经济主体倾向于寻求能提供最具吸引力条款的贸易伙伴,而无论其国籍。此时,政府机构与经济主体都需要明晰外国政府的权利义务内容,结果造就了更大的相互依赖。

此处采用了假设逻辑。这既不需要任何推测,也不需要任何证据。取而代之的是,法律建立在“将来发生什么”的基础上,而将来又建立在转型结构基础上。著名的改革案例为《关于TRIPS和公共健康的多哈宣言》。这是通过诸多讨论和努力逐步推动的,但最终成型是2001年11月所有

[73] 同上,参见Crawford,第254页。

[74] “某一成员有权要求其他国家与WTO法律相符。这并不意味着,该成员有权根据DSU第22条获得采取中止减让措施的自动授权。”参见EC—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (Recourse to Arbitration under Art. 22.6), WT/DS27/ARB,1999年4月9日通过,第6.10段。

[75] Chi Carmody, “Of Substantial Interest: Third Parties under GATT”, 18 Michigan Journal of International Law 615 (1997).

[76] 参见EC—Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil, WT/DS219/R,2003年3月7日通过,第7.125段。参见United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R,1998年5月15日通过,第7.55段。

[77] Donald McRae曾经写道,“国际贸易高度强调互相依存这一概念。实际上,当我们谈及国际贸易法、国际法时,就会采用谈论涉及的基本方式来处理两套机制或系统。”参见Donald M. McRae, *The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law*, 260 Recueil des cours 99 (1996), at 117.

[78] 国际法上的法律安排能在一定程度上转变人们的思维方式,这个观察与Philip Allott的坚持相一致。“人类社会历史上有许多例证,革命变化不仅发生在真实的社会组织上,而且存在于理想的自我构成上——思维革命(revolutions of the mind)。”参见前注[17],Allot, *Health*,第81页。

WTO 成员达成的同意宣言。从表面上看,《宣言》确认了条约由事件推动且存有理论空隙这一观点,也即 WTO 法起源的大爆炸理论(big bang),但事实并非如此。

在《宣言》起草和接受工作中,孙皓琛跟踪其转型历程并有出色的表现。^[79]以“印度专利保护案”^[80]为例,他解释为何许多国家和非政府组织关注药品专利保护的底线,且努力将强制许可问题重新归入人权保护,并在世界知识产权组织、联合国人权事务高级专员办事处、联合国人权小组委员会、世界卫生组织及其执行委员会、联合国大会等处进行讨论。^[81]讨论达到了预期效果,上述机构广泛接受这一观点,认为为了保护公共健康,一国有权授予强制许可。^[82]孙还详细说明两起被驳回的案例——1998 年知名制药公司在南非提起的诉讼、2001 年 2 月美国在 WTO 内对巴西提起的诉讼,案中认为知名制药公司受利益驱动,无视许多发展中国家的公众,以致其不能充分享有健康权。而 2001 年秋季炭疽脓包恐慌事件的反应,更是使某些发达国家明显自私自利的行动暴露无疑。^[83]

这些事件使强制许可问题受到国际广泛关注,推动知识产权保护在全球共识的基础上形成新的平衡。2001 年 11 月达成的《多哈宣言》承认,知识产权保护有助于发展新药,同时确认《与贸易有关的知识产权协定》(下文简称“TRIPS 协议”)不会也不应阻碍成员国采取措施以保护公共健康。^[84]基于这些原则,宣言认为,鉴于 TRIPS 协议自身的灵活性,任一成员方有权授予强制许可,并自由决定授予此类许可的情形。宣言还指出,任一成员方有权决定哪些构成国家紧急情况或其他极端紧急情况,并具体提及“与艾滋病、肺结核、麻风病以及其他传染病等”相关疾病。

《多哈宣言》建立了一套问题解决机制,较 WTO 争端解决机制更具综合性。它本质上具有更易理解的优势,故并不必然要求立即采取履行行动。但第 6 段提及一仍未解决的问题,即生产能力不足或没有生产能力的成员方在药品领域根据 TRIPS 协议采用强制许可时,会碰到许多困难。因此宣言指明由 TRIPS 理事会寻求问题的快速解决方案,并于 2002 年底前向总理事会报告。这激发了协商动力,有力推动了 2003 年 8 月《关于实施多哈宣言第 6 段的执行决议》(下文简称《决议》)的通过。^[85]通过免除 TRIPS 协议第 31 条 f 款中“成员方在国内市场上授权使用时,必须事先取得授权”^[86]的义务,《决议》解决了强制许可药品出口至无药品生产能力国家的问题。《决议》允许但不要求成员国判断自身是否符合“进口方”条件,并是否能根据决议建立的体系来进口强制许可的药品;同时,判断自身是否符合“出口方”条件,以生产药品并向适格成员方出口。^[87]

[79] See Haochen Sun, “The Road to Doha and Beyond: Some Reflections on the Trips Agreement and Public Health”, 15 European Journal of International Law (2004), at 123. 后文将 Haochen Sun 简称为“Sun”。

[80] *India—Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, adopted 19 December 1997.

[81] 参见前注[79], Sun 文, 第 127~132 页。

[82] 参见前注[79], Sun 文, 第 132~133 页。

[83] 参见前注[79], Sun 文, 第 133~134 页。

[84] *WTO Declaration on TRIPS and Public Health*, WT/MIN(01)/DEC/2, adopted 20 November 2001.

[85] *Decisions on the implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the Trips Agreement and Public Health*, above n [20].

[86] TRIPS 第 31 条 h 款规定,为了保证对某类专利产品的强制许可,应当根据案件具体情况及授权许可的经济价值,向权利持有人支付充足的经济补偿。《决议》对此予以放弃。

[87] 2005 年 12 月对《决议》进行补充,将《决议》的操作性条款永久纳入 TRIPS 协议,并以《修改 TRIPS 协议的议定书》对 TRIPS 第 31 条进行修改。这要求 2/3 的 WTO 成员国(大约 100 个国家)批准修改。起初以 2007 年 12 月为截止日,到期时只有 13 个国家已做修改。2007 年 12 月,将修改截止日推迟到 2009 年 12 月 31 日。参见 WT/L/711(2007 年 12 月 21 日)。

根据上述理论,《宣言》和《决议》俱为权利义务安排的具体文件。进口国有责任通知 TRIPS 理事会所需产品数量,并确认生产能力不足的情形,再着手授予强制许可。出口国同样有责任发布强制许可证,说明产品生产价格,并确保采用独特包装,等等。《决议》所确立的义务及其对应权利基本说明了未来成员国共同努力的方式,这也是转型正义的重要特质。转型正义并不假定错误做法,而是通过探寻更多的选择并构建可接受的响应方案来解决利益冲突。其重要特征为着力发展并强化所涉国家的关系。^{〔88〕}这在《决议》语境下表现更为明显,如首先关注技术和金融合作以防止强制许可产品的再次出口,发展地区专利体系,以及“在药品部分的技术转让和能力建设上合作”^{〔89〕}。

作为 WTO 项下权利与义务相互作用的范例,《决议》本身并非没有问题。回顾上诉机构在“美国龙虾案”中所作论述,“平衡线的位置并非固定不变的”。这意味着,诸如《决议》文本所构建的平衡具有流动性,能否被广泛接受取决于其能否对公众所需予以深层次的道德反映。如,《决议》通过后,强制许可履行问题仍有待讨论,包括成员国执行《决议》的方式以及从进口国获得的小数量通知,等等。^{〔90〕}

四、结论

本文我分析了 WTO 法的基本构成,并努力回答法理学的主要问题——法律是什么,进而提出 WTO 法的原理这一建立在正义基础上的司法理论。WTO 法中集体义务与分配正义、个体权利与矫正正义等概念紧密关联,为这一理论发展提供便利。集中观察可发现,两种观点的结合体正占据较大份额。份额(moiety)来源于法语,英语意为较大部分。^{〔91〕}

这些观点不仅为清晰思考条约整体提供方法,而且可用以解释与 WTO 法相关的现象。粗略看来,几乎没有完全合理的现象,如在争议解决中不要求使法律与 WTO 相一致,第三方相对自由规则,证据假定与证明要求,对《WTO 协定》是宪法还是契约的争论,等等。

要确定义务和权利、理想与真实的具体份额,解决这些条约核心问题离不开重要的研究。但目前我们仍然陷在将条约视为宪法抑或契约的争论中。虽然本文认为这两个概念共同作用,使《WTO 协定》在实践中成为一个混合体。这在各层面广泛存在,如分配正义与矫正正义、平等式正义与公平式正义交互作用,实体上认为 WTO 义务特征是集体的抑或双边的,认为法律是面向未来还是弥补过去,在法律适用过程中认为事物是运动的抑或静止的。准确说来,分配正义、平等基础、面向未来和动态等特征起主要作用,很多情况下与次要地位的矫正正义、公平基础、弥补过去和静态等方面相配,最终促成二者协同作用。

当然,如此思考会使时下一些观点备受质疑。成员方接受 WTO 法的理由已成历史,现实情况取决于国家意愿和争端解决结果,因此法律往往被认为是深思熟虑且具有肯定意义的。^{〔92〕}相应

〔88〕 See Law Commission of Canada, above n [17].

〔89〕 参见前注〔85〕。

〔90〕 2007年7月,卢旺达根据第6段做出第一份通知,即通知WTO希望进口260000盒抗艾滋病药TriAvir,并得到了加拿大的回应通知。参见IP/N/RWA/1(2007年7月19日)。

〔91〕 See Moiety, *The Oxford English Dictionary*, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002) 1809.

〔92〕 参见一些论著,如Robert Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy* (London: Praeger, 1975) and Robert Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System* (Salem: Butterworths, 1993);等等。

地,法律并没有独立设计。对此我不予认可。WTO 法具有一套可观察的潜在理论,即使其既不完美又不成系统。有待克服的障碍是,我们倾向于藉由具体个案来探求其组织机制,结果反丢失了理论连贯性。

本文提出的观点确实不易理解。正如上文所述,理论是由简单化假设合成的复杂有机体。WTO 法的主要目的在于保护期待利益,次要目的为根据现实做调整,二者相互作用,相互依存。简单理论框架会提出许多问题,但“同时讨论所有问题”^[93]很不现实。

即使本文所有观点均被接受,仍然会被问及其意义何在。WTO 法律理论到底有哪些不同,怎样帮助我们在案件中获胜呢?答案是理论有助于更好地理解正在发生的事件,使我们能对问题进行解释、归类,并从安排中来寻求条约不同特征的连接点。尘埃落定时,一切就会变得井然有序。

秩序之所以重要,是因为《WTO 协定》中一些事物非常微小,几乎是超现实主义的。过于依赖期待利益使条约时常成为“皇帝的新装”,这在不遵守法律的情况下尤其严重。事实上至少在短期内,国际贸易会同时产生赢家和输家。所有这些混合在一起,使人感觉被强行要求信仰。^[94]这就有必要再一次考察条约内容,并理清基本安排的意义。真正问题是在不同观点中寻找平衡。

我并不想被认为是完美地勾勒事物。WTO 法将法律主体——国家固定在彼此关系网中。所有国家都是平等的,都在依赖程度稳步提升的网络中受到约束。但从批评角度讲,最惠国待遇掩盖了巨大的不平等,WTO 法所孕育的相互依赖关系也会因国际经济关系固有的结构缺陷,而被指责为大多数国家关注现有地位,而不关心更明朗的未来。很显然,我提出的观点初看起来欠缺体系,不易接受,创造痕迹明显且更具争议性。WTO 法应走向何方,这一规范司法的中心问题将会被重新质疑。^[95]

然而,法律应然状态这一问题较为复杂,本文难以做全部处理。我的目的在于就 WTO 实然状态建立一套理论,以挖掘其具体细节。本着“知识越伟大,整体框架就越模糊”^[96]的认知,本文关注现行观点的不足之处。人们可能怀疑类似综合解释的可能性以及解决现存问题的能力,但如果我所描述的仅是巧合,那么它也毫无疑问是一个伟大的巧合。

(责任编辑:黄 韬)

[93] Robert Skidelsky, *John Maynard Keynes: The Economist as Saviour 1920-1937* (New York: Penguin, 1992) 585.

[94] 思考使我们接近真理的边缘。人类学者做了大量工作来考证神话在社会中的作用,特别是神话推动形成集体意识的方式。See Karen Armstrong, *A short history of myth* (Toronto: Knopf, 2005). 近期有学者从经济学角度看信仰,参见 Duncan K. Foley, *Adam's Fallacy: A Guide to Economic Theology* (Cambridge: Harvard University Press, 2006)。

[95] “你也不能依赖嵌入式平等概念,以逃脱传统对个人的角色要求。如果无人能创造新传统,那就无人能逃脱传统的教育和角色定位,除非能逃离(但却无处可去)。这就提出了一个无人解开的经典问题。一个自治组织如何避免社会角色作用的不平衡、不平等?”H Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World* (Oxford: Oxford University Press, 2000) 67-68.

[96] Claude Lévi-Strauss, *The Savage Mind*, supra note [46] at 89.