

电子支付案中GATS减让表的条约解释

张乃根

(复旦大学, 上海 200348)

摘要: 电子支付案是WTO历史上两起专门涉及GATS减让表本身的条约解释案件之一。本文通过评析该案的条约解释, 比较其他涉及GATS减让表条约解释的争端解决案件, 揭示包括中国涉案在内的GATS减让表条约解释的复杂性、与其他WTO争端解决条约解释相比较的相同性与特殊性。本文基于比较国内外学界对GATS减让表条约解释的不同看法, 对电子支付案专家组的条约解释提出了反思性的批评, 并建议中国向WTO决策机构提议行使立法解释权, 以寻求解决GATS减让表条约解释这一具有体制性意义的问题。

关键词: 电子支付; GATS; 减让表; 条约解释; 比较

中图分类号: D996.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7184(2014)01-0012-16

服务贸易法与货物贸易法、贸易相关的知识产权法是世界贸易组织(WTO)法的三大支柱。中国加入WTO之后, 随着服务贸易市场的逐步开放,^①与美国等WTO成员的贸易争端日益增多。“美国诉中国影响电子支付服务的某些措施案”^②(“电子支付案”)就是其中突出的一例。WTO争端解决机构(DSB)已通过的涉及《服务贸易总协定》(GATS)的案件裁决报告中, 专门涉及GATS的案件, 除电子支付案, 先前只有2起, 即“美国诉墨西哥影响电信服务措施案”^③(“电信案”)和“安提瓜诉美国影响跨境提供赌博和博彩服务措施案”^④(“博彩案”)。博彩案是第一起对GATS减让表本身进行条约解释的案件, 对于GATS减让表的解释具有指导意义,^⑤值得比较研究。“美国诉中国影响贸易权与某些出版物和视听娱乐产品的分销服务案”^⑥(“文化产品案”)部分涉及对GATS减让表本身的解释, 与本文分析密切相关。^⑦

① 2012年中国服务进出口总额4700亿美元, 跃居世界第三位[EB/OL]. 中国服务贸易指南网[2012-08-01]. <http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/c/2013-04-18/220157.shtml>. 有关中国服务贸易市场开放研究, 参见: Additya Mattoo, “China’s Accession to the WTO: the Services Dimension”, *Journal of International Economic Law*, 2006,6(2):299-340.

② China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services, WT/DS413/R. 有关该案研究, 参见: 杨国华, “中国电子支付服务案”详解[J]. 世界贸易组织动态与研究, 2013(2).

③ Mexico-Measures Affecting Telecommunications Services, WT/DS204/R.

④ United States- Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285 /AB/R.

⑤ Federico Ortino, “Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A Critique”, *Journal of International Economic Law*, 2006,9(1): 117-148.

⑥ China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R.

⑦ 关于对GATS服务贸易减让表的条约解释, 参见王衡. WTO服务贸易减让表之条约解释问题研究——以“中美出版物和视听产品案”为例[J]. 法商研究, 2010(4); 此外, 也可参见韩立余. WTO减让表解释原则探析[J]. 法商研究, 2006(3).

本文围绕电子支付案中有关GATS减让表的条约解释问题,首先着重评析本案专家组报告的有关条约解释,然后依次比较电信案、博彩案和文化产品案的相关条约解释,探讨电子支付案中GATS减让表的条约解释是否存在有别于其他案件的特殊情况,并结合WTO争端解决中条约解释的一般实践,比较考察GATS减让表的条约解释,得出若干结论,最后从反思的角度比较国内外学者对GATS减让表条约解释的研究,尤其是通过同时期国际法院与WTO争端解决的条约解释略比,提出自己的初步看法。

一、电子支付案中GATS减让表的条约解释之评析

(一) GATS减让表的解释规则

GATS是乌拉圭回合达成的新协定。与《关税与贸易总协定》(GATT)的关税减让表一样,^①根据GATS第20条第3款,经过谈判达成的每一成员的“具体承诺减让表应附在本协定之后,并应成为本协定的组成部分”,^②具有条约的约束力,均将依据最惠国待遇适用于WTO各成员。关税减让表包括关税序列号(HS)、产品描述(description)和约束税率(bound rate),所引起的争端通常是对系争关税分类的解释。WTO上诉机构在“欧共同体—某些计算机设备的海关分类案”中指出,认定成员的关税减让表中的减让应根据《维也纳条约法公约》(VCLT)第31条和第32条的规定解释。^③GATS减让表包括部门(sector or sub-sector)、提供方式(mode of supply)、市场准入限制(limitations on market access)、国民待遇限制(limitations on national treatment)和附加承诺(additional commitments)五方面内容,文字表述的内容多于关税减让表,所引起的争端主要是对所涉部门含义的解释。同样,上诉机构在赌博案中明确:GATS减让表的意义“必须根据维也纳公约第31条,并在适当范围内根据该公约第32条编纂的诸规则,予以确定”。^④可见,如同关税减让表的解释,GATS减让表的解释也适用《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)第3条第2款所指的条约解释的国际惯例,即VCLT第31条和第32条编纂的条约解释规则。

(二) 本案条约解释的关键

本案的条约解释关键在于专家组通过全面适用条约解释的规则,解释了中国

① 《关税与贸易总协定》第2条第7款规定:“本协定所附减让表特此成为本协定第一部分的组成部分”。因此,关税减让表具有条约约束力。

② 《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][M].北京:法律出版社,2000:301.

③ *European Community - Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, paras. 84-87.

④ *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, para. 160.

GATS减让表第7.B(d)节关于“银行和其他金融服务”项下“所有支付和汇划服务，包括信用卡、收费和借计卡、旅行支票和银行支票和银行汇票（包括进出口结算）”的含义，^①认定支付卡的电子支付系统（EPS）属于该第7.B(d)节所承诺的“所有支付和汇划服务”。尽管专家组驳回了美国的观点，即，中国减让表包括了承诺第7.B(d)节所允许外国EPS供应商在中国提供跨境（模式1）的市场进入。然而，专家组认定中国减让表包括允许外国EPS供应商通过在中国的商业存在（模式3）而提供这种服务的承诺，只要供应商能够满足与本地人民币业务有关的一定资质要求。此外，专家组还认定中国减让表包括了对跨境（模式1）提供EPS的国民待遇承诺，以及根据模式3的国民待遇，这种模式也受制于本地人民币业务相关资质要求。

比较WTO争端解决机构近年来审结案件，包括中国涉案中的条约解释，^②本案专家组对中国GATS减让表第7.B(d)节的条约解释，属于适用VCLT第31条解释惯例的典型案件之一。

专家组将条约解释作为本案的两个“基本问题”（general issues）之一。^③根据《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）第3条第2款，专家组强调应“依照国际公法解释惯例”澄清本案所适用的协定，包括中国GATS减让表第7.B(d)节。^④VCLT第31条、第32条所编纂的诸规则就是此类“惯例”。^⑤

在对本案系争的“服务”这一术语进行辨析（这不属于条约解释）之后，专家组认为“系争的服务包括两种情况：由单一服务供应商作为单一服务而提供的这些服务之情况；由不同服务供应商提供的美国所说‘系统’中的不同要素之情况。”^⑥尽管这一辨析是本案条约解释的前提，而且专家组明显倾向于接受美国的诉称，但是由于这本身不属于条约解释，因此本文存而不论。

① 第7.B(d)节的官方英文本如下：

Modes of supply:(1) Cross-board supply (2) Consumption abroad (3) Commercial presence (4) Presence of natural persons

Sector or sub-sector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments
7. Financial Services B. Banking and Other Financial Services (excluding insurance and securities) d. All payment and money transmission services, including credit, charge and debit cards, travellers cheques and bankers drafts (including import and export settlement);

参见WT/ACC/CHN/49/Add.2 (1 October 2001)。

② 张乃根.中国涉案WTO争端解决的条约解释及其比较[J].世界贸易组织动态与研究,2012(3).

③ *China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R, paras.7.8-7.10; 另一基本问题是“举证责任”（burden of proof）， paras.7.5-7.7.

④ 根据GATS第20条第3款，WTO各成员“具体承诺减让表应附在本协定之后，并成为本协定的组成部分”。WTO争端解决上诉机构在赌博案中重申：“确定GATS减让表承诺的含义，如同解释其他任何条约文本，涉及确定所有成员的共同意愿。我们认为美国的GATS减让表必须根据维也纳公约第31条，并在适当范围内根据该公约第32条编纂的诸规则，予以确定”。WT/DS285/AB/R, para.160.

⑤ 前引WT/DS413/R, para.7.8.

⑥ 前引WT/DS413/R, para.7.62.

（三）本案条约解释的步骤

本案专家组对中国GATS减让表第7.B(d)节“服务”的条约解释，首先针对双方争议的实质，即，该服务究竟是属于美国诉称的，与“信用卡、收费和借计卡”有关而提供的电子支付服务，还是中国辩称的，这不包括GATS关于金融服务的附件第5条（a）款（xiv）项“金融资产的结算和清算服务，包括证券、衍生产品和其他可转让票据”，指出：为了认定中国究竟是否具体承诺了美国诉称的服务市场开放，“有必要解释中国减让表及GATS相关规定”。^①

然后，作为解释的首要问题，专家组认为应从中国GATS减让表第7.B(d)节，而非GATS关于金融服务的附件第5条（a）款（xiv）项着手进行相关的条约解释。

接着，作为本案条约解释的重点，专家组适用VCLT第31条解释惯例，分别从第7.B(d)节的“通常意义”、“上下文”和“目的及宗旨”展开解释，并认为必要时将运用VCLT第32条的“解释之补充资料”。

1. 关于第7.B(d)节的“通常意义”

专家组逐一解释了“支付”（payment）、“汇”（money）、“划”（transmission）、“所有”（all）和“服务”（services）。如此细致、具体和全面地解释系争条约规定的每一个用语，在包括中国涉案的WTO争端解决的历史上，并不多见。在解释这些条约用语时，尤其是“支付”、“汇”和“划”时，专家组首先依据《牛津简明英语词典》等权威英语词典，^②，然后结合专业术语词典，进行释义，认为：“这些术语结合使用时，指的是以一般可接受的方法，从一个人或一处向另一人或另一处的转移”。^③专家组还采用美国诉称的“行业资料”（industry sources），进一步澄清第7.B(d)节的“通常意义”。尽管中国对专家组这一没有任何先例的做法表示异议，专家组仍“我行我素”，并认为：“我们看不出任何理由为何专家组在查寻任何术语的通常含义时总是限于常规的词典。”^④显然，该案专家组在解释第7.B(d)节的“通常意义”时，千方百计地进行有利于美国诉称的解释，乃至大胆地创造先例。虽然中国对此表示强烈不满，但因未上诉而使得这一做法得以成立。

2. 关于第7.B(d)节的“上下文”

专家组认为至少包括第7.B(d)节的其他规定、第7.B节的标题、该节承诺的市场准入和国民待遇等、GATS的结构、GATS的金融服务附件和其他WTO成员的GATS减让表。这种宽泛的“上下文”为专家组的解释提供了足够的自由裁量余地。专家组这一“上下文”解释的关键在于排除中国关于本案系争服务仅仅属于GATS关于金

^① 前引WT/DS413/R, para. 7.66.

^② 关于WTO争端解决的条约解释所依据的词典，参见孙益武. 论WTO条约解释中的通常意义与词典释义[J]. 世界贸易组织动态与研究, 2012(5).

^③ 前引WT/DS413/R, para. 7.85.

^④ 前引WT/DS413/R, para. 7.89.

融服务的附件第5条(a)款(xiv)项下“结算和清算服务”的辩称。专家组认为,虽然第7.B(d)节的其他规定——括号中的“包括进出口结算”涉及的信用证交易可能属于第7.B(d)节的服务,但是,第7.B(d)节没有明列信用证,因此,该节括号的“结算”(settlement)至少不限于信用证,而包括信用卡等电子支付手段。从第7.B节的标题“银行和其他金融业务”来看,该节项下的服务除了银行业务,还有邮政局、金融公司、外汇机构等的金融业务,因而也可包括与银行有关的信用卡等电子支付的清、结算业务。事实上,EPS供应商与银行有着紧密的历史关系。至于附件第5条(a)款(xiv)项的解释,专家组不仅从“通常意义”,而且结合该条款的目的及宗旨,指出该项下的服务是非穷尽的列举,“金融资产的结算和清算服务”是“银行和其他金融服务(保险除外)”的一种,而且限于(xiv)项的金融资产都是“可转让的”(negotiable),具有产权及可获金融收益的特征。因此,这些金融资产的结、清算服务不同于第7.B(d)节的信用卡等电子支付有关的EPS供应商的结、清算服务。总之,“我们对GATS金融服务附件的上下文分析与我们对中国减让表第7.B(d)节的认定并行不悖,即,该减让表包括实质上为进行和完成支付卡交易而提供的服务。”^①专家组关于GATS的结构和其他WTO成员的GATS减让表的“上下文”解释,进一步支持其上述结论,不赘。

3. 关于第7.B(d)节的“目的及宗旨”

专家组强调GATS的序言明确各成员的服务贸易减让表应准确、清晰,以便其他成员容易理解;逐步自由化的原则本身并不用于解释具体的减让表。“我们对中国GATS减让表第7.B(d)节的承诺范围解释与透明的宗旨一致,因为这将单一节下的分类结合起来形成了一个新的特殊服务、统一的服务。该统一的服务本身如此提供和被消费。进而通过将EPS的分类与这些服务的商业实际结合。我们的解释加强了GATS承诺的可预见性、保障性和清晰性。基于这些理由,我们的解释也与GATS序言的渐进自由化的宗旨一致。”^②

根据上述对中国GATS减让表第7.B(d)节的“通常意义”、“上下文”与“目的及宗旨”三方面看起来“环环相扣”的条约解释,专家组对美国的诉称表示完全支持,即,该节包括本案系争的服务。至于中国辩称适用VCLT第32条有关条约解释之补充资料的规则,专家组认为,上述解释没有留下任何歧义,因此没有必要专门根据解释之补充资料的规则进行任何进一步的解释。

二、GATS减让表的条约解释之比较

(一) 与电信案的条约解释比较

^① 前引WT/DS413/R,para.7.170.

^② 前引WT/DS413/R,para.7.198.

该案是WTO争端解决的“专门关于服务贸易的第一个案例”。^①涉及许多关于GATS及墨西哥电信服务承诺的条约解释。其中,专家组对有关系争服务的电信《参考文件》(the reference paper)第2节的解释,对于认定墨西哥是否确保其电信服务商对美国电信服务商收取的互连费合理及以成本导向,至关重要。这也是美国的首要诉称。

如同电子支付案,该案的条约解释始于专家组对系争服务的辨析。然后,专家组解释墨西哥电信服务减让表第2.C节“电信服务”含义。虽然,专家组没有像在电子支付案中那样,严格地按照“通常意义”、“上下文”和“目的及宗旨”三个步骤逐一解释,但是,其解释也大致遵循VCLT第31条的条约解释惯例。譬如,关于《参考文件》第2节中的“互连”(interconnection)一词解释,专家组先后从“通常意义”(从通用词典的词义入手)、“上下文”(第2节本身上下文、其他上下文因素)、“目的及宗旨”三方面解释。^②专家组还进一步适用VCLT第32条补充解释规则,对GATS起草时的《谅解书》(Understanding)等准备性文件做了解释,得出结论:“墨西哥《参考文件》第2节适用于跨境供应商的互连”。^③

与电信案相比,电子支付案的条约解释步骤没有因中国涉案而显特别之处,只是专家组显得更加小心翼翼,按部就班,条约解释的三个步骤,似乎“滴水不漏”。

(二) 与博彩案的条约解释比较

与电信案的焦点是对涉及墨西哥电信服务承诺的《参考文件》之解释有所不同,博彩案是对美国GATS减让表的具体承诺本身进行条约解释。在这个意义上,该案是第一个有关GATS减让表的条约解释案。该案专家组对美国GATS减让表第10.D节“其他娱乐服务(体育运动除外)”的承诺所做条约解释是否符合VCLT第31条的问题是该案上诉的首要问题,^④堪称此案“重中之重”。^⑤

美国认为专家组对第10.D节“其他娱乐服务(体育运动除外)”中的“体育运动”(sporting)解释,即,该用词不应包括“赌博”(gambling and betting)的含义,不符合条约解释惯例所要求的“通常意义”。美国还认为专家组将谈判减让表的“准备工作”之《文件W/120》和《1993年减让表指南》错误地提升为解释第10.D节的“上下文”。上诉机构认为,对第10.D节的解释关键在于美国的有关承诺是否包括“赌博”,尽管该减让表上没有出现这一用语。

上诉机构在复审专家组对“体育运动”的条约解释时,指出:“为了确定通常意义,专家组可从待解释术语的词典定义入手。但是,仅靠词典并不一定能解决复杂的

① 石静霞,陈卫东. WTO国际服务贸易成案研究(1996-2005) [M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 113. 该案没有被上诉。

② *Mexico-Measures affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, paras. 7.102-7.121.

③ 前引WT/DS204/R, para. 7.143.

④ WT/DS285/AB, Interpretation of the Specific Commitments Made by the United States in its GATS Schedule.

⑤ 石静霞,陈卫东. WTO国际服务贸易成案研究(1996-2005) [M]. 北京: 北京大学出版社. 2005: 39.

解释问题，因为词典之特定目的在于罗列词语的所有意义，包括常用的或罕见的、一般的或特殊的。”^①这就是说，除了词典，其他有助于确定条约用语的“通常意义”的工具也可采用。上诉机构纠正了专家组仅依靠各种辞典（包括英文、法文和西班牙文辞典）这种“过于机械的做法”，^②而且，美国的GATS减让表仅以英文本为准。上诉机构认为，单从“体育运动”的用语本身可能的意义来看，包括该案双方主张的通常意义；专家组应解释究竟何者应属于美国GATS减让表用语的意义。上诉机构认为，即便专家组在解释“体育运动”时过于依赖辞典意义的做法有误，但是，专家组结合第10.D节“其他娱乐服务”的解释，得出初步结论，即，无法仅从通常意义来确定该承诺中的“体育运动”之条约含义，然后转向“上下文”的解释。这样做并无不当。可见，条约解释的第一步，即，“通常意义”可能得以初步确定，也可能不确定。无论如何，都应在“上下文”中继续加以进一步确定或予以确定。

专家组援引的《文件W/120》和《1993年减让表指南》是否属于VCLT第31条第2款所称“就解释条约而言”的“上下文”呢？上诉机构通过分析这两份文件的由来及其作用，认为专家组未提出“直接支持”其肯定性结论的“任何证据”。^③

在继续复审专家组援引的其他诸如美国GATS减让表的“整体”（as a whole）、GATS本身的结构、其他成员的GATS减让表此类“上下文”，上诉机构认为仍然无法解释清楚美国的GATS减让表是否包括赌博服务的特定承诺。接着，上诉机构又从GATS的“目标及宗旨”角度试图解释这一特定承诺，以澄清美国应承担的相关条约义务，未果。最后，上诉机构再依VCLT第31条第3款“应与上下文一并考虑者”，考察了2001年《2001年减让表指南》、《美国能源服务归类》等“嗣后实践”，得出“与专家组相反的”结论：即，适用VCLT第31条的解释惯例之后，第10.D节“其他娱乐服务（体育除外）”仍“意义不明”，因此应适用VCLT第32条，做进一步的条约解释。^④

上诉机构在援引《文件W/120》和《1993年减让表指南》作为《维也纳条约法公约》第32条的“解释之补充资料”时指出，否定该案专家组将这两份文件作为VCLT第31条解释惯例中的“上下文”这一结论，不等于支持美国否认这两份文件作为“解释之补充资料”的主张。^⑤上诉机构通过对作为“解释之补充资料”的这两份文件的详细解释，得出了与专家组“异曲同工”的结论：美国减让表中“其他娱乐服务（体育运动除外）”实体范围必须解释为包括“赌博服务”。^⑥

① 前引WT/DS285/AB/R, para.164.

② 前引WT/DS285/AB/R, para.166.

③ 前引WT/DS285/AB/R, para.177.

④ 前引WT/DS285/AB/R, para.195.

⑤ 前引WT/DS285/AB/R, para.197.

⑥ 前引WT/DS285/AB/R, para.212.

如上所述，电子支付案没有适用VCLT第32条。相比之下，博彩案的上诉报告不仅对VCLT第31条第2款和第3款的“上下文”做了比专家组报告更加详尽的条约解释，而且适用了VCLT第32条“解释之补充资料”，至少在适用VCLT第32条这一点上，博彩案的条约解释更为全面。该案上诉机构认为可以采用包括词典等各种有助于确定条约用语的“通常意义”的工具。这正是电子支付案专家组在解释“通常意义”时不限于常规词典而追加采用“行业资料”的依据。由此可见，相比博彩案这一更加全面的GATS减让表的条约解释案，电子支付案的有关条约解释没有因中国涉案而有所特别不同。

（三）与文化产品案的条约解释比较

文化产品案是第一个部分涉及对中国GATS减让表的条约解释案。该案系争的中国GATS减让表第2.D节“视听服务”项下“录音制品的分销服务”是否“扩展到以无形方式，尤其是通过电子手段的录音制品分销”。该案专家组先后适用VCLT第31条、第32条，从“录音制品的分销服务”的通常意义、上下文和目的及宗旨三方面加以解释，并采用解释之补充资料进一步予以确认。上诉机构维持了专家组的条约解释及其结论。针对中国提出专家组未采用“整体性方式”（holistic approach）来解释“录音制品的分销服务”这一上诉理由，上诉机构重申：“根据VCLT第31条惯例的解释最终是一种整体性的做法，而不应是机械地分割为僵硬的组成部分。”^① 上诉机构并不认为专家组未采用这一方式。基于这一维持立场，上诉机构针对中国提出专家组未根据2001年中国入世时所作有关承诺的情况，而以本案争端发生时的情况来解释“录音制品的分销服务”的含义，着重指出：“我们已经考虑过GATS在1995年生效时，其第28（b）条就兼顾到了分销服务是可以无形的。这可以支持将‘分销’的含义解释为适用于有形的和无形的产品，并且，这对于在2001年和在本专家组解释中国GATS减让表的‘录音制品的分销服务’准入时，是同等的。”^② 上诉机构强调，包括中国GATS减让表在内的条约义务是由缔约方在缔约时确定的。其一，“更一般地而言，我们认为中国GATS减让表使用的术语（‘录音制品’和‘分销’）是充分一般性的，以致在适用时可能会随时间而变化。在这方面，我们注意到GATS减让表与GATS本身以及所有WTO协定构成对WTO成员在非限定时期内持续有效的义务之多边条约，不论其为创始成员，还是1995年后加入的成员。”^③ 其二，“我们进一步注意到，如果对GATS具体承诺的术语解释基于这一观念，即这些术语的含义只能是做出该承诺之时的含义，这意味着非常近似或相同措辞的承诺可能有不同的含义、内容

① *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, para.348.

② 前引WT/DS363/AB/R, para.395.

③ *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, para.396.

与范围，完全取决于其通过之日或某成员加入该条约之日。这种解释将削弱GATS具体承诺的可预见性、安全性和清晰性，而这种承诺是通过连续的多轮谈判达成的，并且必须按照国际公法解释惯例加以解释。”^①

与电子支付案相比，文化产品案对中国GATS减让表的条约解释除了经过上诉复审这一不同之处，还有两个显著特点：第一，该案专家组在适用VCLT第31条解释惯例，得出“录音制品的分销服务”包括“通过电子手段的录音制品分销”这一结论之后，还进一步适用VCLT第32条解释之补充资料加以确认，而在电子支付案中则认为一旦适用VCLT第31条，澄清了系争GATS减让表的含义，就没有必要再适用VCLT第32条。第二，上诉机构在该案中强调适用VCLT第31条解释惯例的过程是一个“整体性做法”（integrated operation），并认可了该案专家组的这一做法，而电子支付案专家组过于机械的“三部曲”（通常意义、上下文、目的及宗旨）的做法，因没有上诉复审而只得“听之任之”。

（四）WTO争端解决实践中的GATS减让表条约解释：若干结论

GATS减让表的条约解释是WTO争端解决中条约解释实践的一部分。如从电信案算起，最早涉及GATS减让表的条约解释的专家组报告已是2004年6月，而之前近十年WTO争端解决已有80多起案件审结报告涉及条约解释。^②对WTO争端解决条约解释实践的一般考察，可以得出结论：WTO争端解决中适用VCLT所编纂的条约解释规则之基本路径是以条约文本为基础，充分结合相关的上下文以及条约目的及宗旨，加以善意解释，并在条约解释非常复杂时特别注意整合、贯通条约解释的各个方面，避免机械地适用VCLT第31条的解释惯例；如无必要，不作各种补充（VCLT第32条）或不同文本（VCLT第33条）的解释；亦可不援引VCLT，径直解释；条约解释不能增加或不减少文本中的用语，最终达到澄清适用协定的含义，既不增加也不减少有关权利与义务这一目的。上述比较研究充分表明，GATS减让表的条约解释也不例外。

电子支付案是中国涉案WTO争端解决中含有条约解释的晚近审结案件之一。通过比较中国涉案争端解决的条约解释（包括2起GATS减让表的争端案件）与同时期WTO其他争端解决（没有GATS减让表的争端案件）的条约解释，也不难发现：几乎没有哪个案件报告像一些中国涉案那样碰到十分复杂的条约解释问题，为了避免中国涉案的较多条约解释各部分被机械化，上诉机构强调“整体性方法”的重要性，即将VCLT第31条解释惯例的各要素有机地结合起来，融会贯通。因此，也许可以说，如果中国涉案具有特殊性，那么这是指条约解释，比较而言更加复杂。^③

通过上述电子支付案与先前的电信案、博彩案、文化产品案等涉及GATS减让表

① 前引WT/DS363/AB/R, para.397.

② 张乃根.论WTO争端解决的条约解释[J].时代法学,2005:(6);张东平.WTO司法解释论[M].厦门:厦门大学出版社,2005;陈欣.WTO争端解决中的法律解释[M].北京:北京大学出版社,2010.

③ 张乃根.中国涉案WTO争端解决的条约解释及其比较[J].世界贸易组织动态与研究,2012(3).

的条约解释案件的比较,可以清楚地看到,包括中国涉案在内的GATS减让表的条约解释均十分复杂,至少具有如下相同点和区别:

1. GATS减让表作为GATS不可缺少的组成部分,其解释与其他条约解释一样,应适用VCLT第31条解释惯例和必要时适用第32条解释之补充资料。

2. GATS减让表不同于通常的条约,其结构不是句式条款,而是WTO各成员对其服务贸易市场开放的具体承诺,包含许多看似非常简单,却很难确定其具体意义的一般性用语(如博彩案中的“体育运动”,文化产品案中的“录音制品”和“分销”)或专门术语(如电信案中的“互连”,电子支付案中的“支付”、“汇”和“划”等)。如何解释、澄清其确切含义,难度很大。

3. GATS减让表的条约解释无一例外地适用VCLT第31条,并从“通常意义”、“上下文”和“目的及宗旨”三方面逐一解释。与电信案和博彩案相比较,电子支付案的“三步曲”更为详尽。然而,比较文化产品案的上诉机构报告,电子支付案专家组报告只字未提条约解释的“整体性方式”。该专家组对有关中国GATS减让表的条约解释步骤不仅过于机械,而且断言其解释未留有任何歧义,因此不同于电信案、博彩案和文化产品案,也未适用VCLT第32条。

三、GATS减让表的条约解释之反思

(一) 国内外学者对GATS减让表条约解释的不同看法: 比较与评价

对于电信案,国外有学者认为:“作为一个技术性问题,墨西哥电信案的裁决结果取决于对相关的各国谈判结果、GATS及其电信服务附件和《参考文件》的含义解释。”^①根据GATS第29条,《关于电信服务的附件》“为该协定的组成部分”。GATS第19条规定在该协定生效之日起5年开始通过双边、诸边或多边谈判,WTO成员可选择具体的服务部门承诺开放及其范围,经谈判形成各自具体的GATS减让表。在乌拉圭回合“一揽子协议”正式签署之时,就有国外学者预言:与货物贸易的争端解决不同,“GATS的争端解决比较少地依赖于基本原则或概念。相反,各国减让表的解释将成为专家组程序的主要部分。”^②墨西哥是1997年签署GATS电信服务附件及《参考文件》的69个WTO成员之一。该《参考文件》本身不具有条约约束力,但是,与各成员的GATS减让表结合起来具有约束力。因此,电信案专家组将之作为条约性文件加以解释,形成了该案的显著特点之一。

^① Eleanor M. Fox, “The WTO’s First Antitrust Case-Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition”, *Journal of International Economic Law*, 2006,9(2): 272.

^② Darnard Horkman, “the General Agreement on Trade in Service”, (paper for OECD Workshop, April 25-26,1994), from John H. Jackson, etc, *Legal Problems of International Economic Relations*, 5th ed. Thomson, 2008:948.

值得注意的是,电信案专家组不仅通过对《参考文件》第2节中的“互连”的条约解释,得出“墨西哥《参考文件》第2节适用于跨境供应商的互连”的结论,^①而且解释了《参考文件》第1节的所谓“反托拉斯条款”(the antitrust clause),认定墨西哥未能维持适当措施以防止限制竞争行为,因而违反了其《参考文件》第1节。^②国内有学者认为,这“使《参考文件》具有了‘国际’竞争法的特色”。^③但是,“该专家组报告从其公布起就受到了尖锐的批评,”其中包括未对“反托拉斯条款”做出更加有利于美国等发达国家电信运营商进入墨西哥电信市场的条约解释。“该案有没有撬开了通向在WTO或其他地方建立普遍性竞争体制的大门呢?不。没有。”这种看法在国外学界有一定代表性。^④与此相似,电子支付案专家组裁决驳回了美国关于涉案措施使中国银联成为唯一服务提供者的指控,认定涉案措施没有禁止外国服务提供商进入中国市场,也就是说,中国银联未构成垄断地位。相比这两起案件的专家组对GATS减让表的服务贸易市场开放承诺本身的较宽泛解释,对涉及垄断问题的解释则显得谨慎多了,原因在于GATS第9条允许每一成员对其具体承诺所涵盖的服务提供垄断权,只要符合最惠国待遇,并以与具体承诺下的义务相一致的方式行事。

对于博彩案,国外有学者认为:“虽然上诉机构似乎努力从严格的文本方法中解放出来,但是,却还不能将整体的方法融入条约解释”。^⑤其理由是:其一,上诉机构适用条约解释规则的方法,尤其是在评价不同的文本要素和审查“目的及宗旨”时,依然显得过分的形式化和机械化。“解释一项实际上具有单方性质的文件(如该案系争的美国GATS减让表)不同于解释一项多边性质的文件(如GATS条款)。”^⑥而且,与货物贸易的关税减让谈判通常以一定的公式为基础不同,乌拉圭回合中的GATS谈判以各成员自己选择的市場开放部门为基础。这一理由强调的是GATS减让表虽作为GATS的一部分而具有条约性质,但毕竟具有特殊性,因此应采取至少有不同于关税减让表的条约解释方法,不拘泥于文本,而更侧重于“目的及宗旨”。其二,虽然上诉机构推翻专家组关于《文件W/120》和《1993年减让表指南》作为VCLT第31条第2款的“上下文”这一结论,而将之作为VCLT第32条的“解释之补充资料”,但是,结论相同。这“说明了不同寻常地忽略了在‘不明或难解的术语’情况下援引VCLT第32条补充解释方法时的某些政策考虑”。^⑦同样,“条约解释的

① 前引WT/DS204/R, para.7.143.

② 前引WT/DS204/R, paras.7.265-266.

③ 石静霞,陈卫东. WTO国际服务贸易成案研究(1996-2005)[M].北京:北京大学出版社,2005:147.

④ 参见前引“The WTO’s First Antitrust Case-Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition”, *Journal of International Economic Law*, 2006,9(2).

⑤ 前引Federico Ortino, “Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A Critique”, *Journal of International Economic Law*, 2006,9(1):117.

⑥ 前引Federico Ortino, “Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A Critique”, *Journal of International Economic Law*, 2006,9(1):124.

⑦ 前引Federico Ortino, “Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A Critique”, *Journal of International Economic Law*, 2006,9(1):129.

整体性方式要求审查所有相关要素而不是依次审查，才对系争术语的通常意义做出结论。”^①这提出了一个问题：究竟什么是“整体性方式”？

或许是为了回应对博彩案的这一批评，上诉机构在文化产品案中指出：“[条约]解释过程旨在缩小待解释的条约用语之可能含义的范围，而不是延伸出多种含义，或肯定条约义务的含糊与排斥性。更多的是要求条约解释者结合上下文和目的宗旨，以阐明用语或术语的相关含义。这一逻辑过程提供了适当的解释分析之框架，并牢记条约解释是一个整体运作，其中必须将解释的诸规则与原则作为整体操作中相互联系、互为加强的组成部分，加以理解和适用。”^②尽管该案的条约解释结果总体上对中国不利，但是，上诉机构对条约解释的“整体性方法”之阐述对于WTO争端解决还是具有一定的积极意义的。令人费解的是，国内有学者在评论文化产品案的条约解释时却忽略了这一点。^③

（二）对电子支付案中条约解释的反思

事实上，电子支付案的专家组似乎也全然忽略了上诉机构所强调的条约解释“整体性方法”。如上所述，该案专家组对中国GATS减让表第7.B(d)节的“通常意义”、“上下文”与“目的及宗旨”三方面看起来“环环相扣”的条约解释，可谓“滴水不漏”。可是，通贯该案专家组的条约解释，不难发现，它看起来严格遵循条约解释的惯例及上诉机构有关指导意见，实质上过于机械地将VCLT第31条解释惯例的三方面割裂开来，缺乏“整体性做法”。甚至专家组对上诉机构在先前的文化产品案中明确强调的这一做法，也置若罔闻。好像这根本没有什么指导意义，不值一提。

条约解释是否需要采用整体性方式或做法？或者说，这是否属于条约解释不可或缺的做法？^④无论今后上诉机构对此可能会有什么说法，电子支付案确实表明：经过近17年来的WTO争端解决实践，如何运用VCLT第31条解释惯例，依然是值得深入探讨和反思的问题。

毋庸置疑，VCLT第31条、第32条编纂了国际公法上的条约解释惯例。国际法院在1994年“领土争端案”中，根据《国际法院规约》第38条第1款，第一次明确认为VCLT第31条援引为“可适用的国际习惯法”。^⑤随后，DSB在其通过的最初两起上诉报告中，先后明确VCLT第31条“条约解释的基本规则已经取得相当于习惯或基本

^① 前引Federico Ortino, “Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US-Gambling: A Critique”, *Journal of International Economic Law*, 2006,9(1):131.

^② 前引WT/DS363/AB/R, para.399.

^③ 王衡. WTO服务贸易减让表之条约解释问题研究——以“中美出版物和视听产品案”为例。该文批评“DSB一味地采用当下解释，极可能影响WTO成员的公共政策考量与未来的服务贸易谈判”。然而，该文却一点也没有提及上诉机构在该案中所强调的条约解释“整体性方式”。包括该文和国内其他学者所理解的上诉机构所谓“当下解释”或“时际解释”，实际上是一种误解。参见：张乃根. 中国涉案WTO争端解决的条约解释及其比较[J]. 世界贸易组织动态与研究, 2012(3).

^④ 电子支付案之后的中国涉案上诉报告“China –Countervailing and Anti-Dumping Duties on Grain Oriented Flat-rolled Electronic Steel from the United States (WT/DS414/AB/R)”也涉及《反倾销协定》第3.2条和《反补贴协定》第15.2条的条约解释，上诉机构适用了VCLT第31条解释惯例，未提及“整体性方式”。

^⑤ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, ICJ Reports 1994, p.19, para.41.

国际法的地位”^①、第32条“起到解释之补充资料的作用，也具有同样地位”^②。此后至今，WTO争端解决实践一直恪守这些条约解释惯例。但是，包括上述国内外学者在内，对WTO争端解决的专家组或上诉机构往往过于机械地适用这些惯例，也提出了许多批评。国外有学者认为：VCLT“关于条约解释的适用及其充分性，仍然还有一些重新思考的空间”^③。我认为，就本文研究的重点而言，至少有两个有关GATS减让表的条约解释问题值得反思。

1. GATS减让表条约解释的特殊性问题

自GATT问世后，关税减让表就是该协定的组成部分。但是，在WTO成立之前，涉及关税减让表的争端集中于“相同产品”的认定。譬如，“加拿大诉日本关于云杉松规格木材进口案”^④和“巴西诉西班牙关于未烘咖啡的关税待遇案”^⑤。当时的专家组并没有对系争关税减让表进行条约解释，而是参照《协调制度》（HS）的税则分类，根据双方举证，分析进口国的关税减让表对系争进口产品的分类是否超过正常的分类目的，是否构成滥用进口国制定本国关税细则的权利，设置歧视性的关税壁垒。如上所述，WTO成立后，上诉机构在涉及GATT减让表的争端案中均明确表示同样适用VCLT的条约解释惯例。然而，在这些案件中，无论专家组，还是上诉机构的条约解释，不无令人困惑之处。^⑥

相比GATT，GATS更是一个全新的协定。虽然，根据GATS的明文规定，各成员在乌拉圭回合谈判中承诺开放，或是在WTO成立后的新成员在加入谈判中承诺开放的GATS减让表均构成该协定的组成部分，但是，GATS减让表包含大量诸如“体育运动”、“录音制品”、“分销”和“支付”此类“通用性”（generic）术语。这些术语不仅通常是某成员承诺时自己提出的，而且也没有条约通常以句子表达的文字形式。难怪在博彩案中，上诉机构在解释“体育运动”这一术语时，穷尽了VCLT第31条第1款解释惯例和第2款的所有上下文之解释规则，最后依然“不知所云”，不得不适用VCLT第32条的解释之补充资料，总算澄清了减让表的承诺范围。不过，美国至今未实际执行该案裁决。^⑦电子支付案专家组适用VCLT第31条解释惯例，认为已完全澄清了中国GATS减让表第7.B(d)节的含义，但是，中国对此表示保留，只是未上诉而已。^⑧

① *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, WT/DS4/AB/R.

② *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages* (WT/DS8/AB/R). D. Treaty Interpretation. 这也是WTO争端解决报告第一次专节标题是“条约解释”。

③ [美]约翰.H.杰克逊.国家主权与WTO:变化中的国际法基础[M].赵云龙等译.北京:中国社会科学出版社,2009:215.

④ *Canada/Japan: Tariff on imports of spruce, pine, fir (SPF) dimension lumber*, BISD 36S/167.

⑤ *Spain – Tariff treatment of unroasted coffee*, SISD 28S/102.

⑥ 韩立余. WTO减让表解释原则探析[J].法商研究,2006(3).

⑦ 2007年5月22日，WTO争端解决机构通过博彩案原审专家组报告，裁定美国未执行；同年12月21日经仲裁，安提瓜对美国实施的贸易报复为每年2100万美元，直至美国完全执行裁决。2013年1月28日，WTO争端解决机构正式授权安提瓜对美国实施的贸易报复（中止对美国的减让及知识产权保护义务）。

⑧ 中国对该案有关服务归类的裁决持保留意见，认为应在今后的案件中进一步澄清这一体制性问题。参见前引商务部条约法律司负责人对电子支付案裁决发表谈话。

GATS减让表条约解释具有特殊性,而且,上述有关案件的条约解释存在不少瑕疵,是一个不争的事实,值得反思。我认为,应回到WTO争端解决中条约解释援引VCLT第31条和第32条的唯一依据,即,DSU第3条第2款这一起点上来思考这个问题。该条款规定:“WTO争端解决体制在为多边贸易体制提供可靠性和可预测性方面是一个重要因素。各成员认识到该体制适于保护各成员在适用协定项下的权利和义务,及依照国际公法的解释惯例澄清这些协定的现有规定。DSB的建议和裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务。”^①上诉机构在最初援引这一条款时,主要参照了国际法院在“领土争端案”中对VCLT第31条的法律地位定性,认为“国际公法的解释惯例”就是VCLT所编纂的条约解释诸规则,并且针对的首先是GATT,然后是GATS和《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)等协定本身的条约解释。自“领土争端案”之后,国际法院涉及条约解释的案件无论是否明确援引VCLT的条约解释惯例,均是解释涉案的双边或多边条约的某一条款含义;在2005年4月20日DSB通过第一个有关GATS减让表本身的条约解释案——博彩案之前,WTO争端解决中的条约解释实践不仅早已确认了VCLT第31条和第32条的解释惯例地位,并形成了适用VCLT所编纂的条约解释规则之基本路径,而且在解释GATT减让表的争端解决中也有了适用VCLT解释惯例的先例,因此,将VCLT解释惯例适用于GATS减让表似乎是“天经地义”的事。我认为,这样做实际上忽略了GATS减让表的特殊性。

博彩案、文化产品案和电子支付案引发值得深思的一个共同问题是:WTO争端解决体制在多边贸易体制中如何提供可靠性和可预测性?DSB的建议和裁决如何不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务?条约解释是手段,而非目的。最终目的是既不增加、也不减少适用协定(包括减让表)所规定的权利和义务。在这3个案件之后,不仅美国、中国政府作为当事方对专家组或上诉机构的条约解释持保留意见,认为这种司法性解释增加了GATS减让表项下的义务,而且学界也对此颇有异议。当GATS减让表的条约解释究竟是否具有特殊性这一问题在专家组或上诉机构看来不必小题大做时,条约解释之最终目的也被淡化了。这些案件的条约解释过于机械化、形式化,看似无懈可击的解释过程实际上对单方面选择性作出承诺的一方所含实质意图缺乏足够的尊重。

我认为,基于GATS减让表的特殊性,很有必要建议WTO部长级会议和总理事会根据《建立WTO协定》第9条第2款作出立法性解释,确立一定的特殊规则,至少可以参照1947GATT,制定有关GATS减让表的一般性注释和补充规定,从而指导专家组和上诉机构的条约解释,避免过于机械和趋于广义的解释。

2. 条约解释的“整体性方式”问题

^① 参照前引《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》,但是,该中文本“解释国际公法的惯例”应该为“国际公法的解释惯例”(customary rules of interpretation of public international law)。

自从在2010年1月19日DSB通过的上诉机构关于文化产品案的报告针对中国批评专家组未采用条约解释的“整体性方式”而对之加以阐述以来,近三年内DSB通过的上诉机构报告,中国涉案占多数。从这些中国涉案报告对于“整体性方式”的采用情况来看,似乎上诉机构尚未将之作为条约解释中不可或缺的做法,专家组运用这一做法的条约解释也不一定得到上诉机构的肯定。

譬如,中国诉美国双反案专家组报告在“条约解释诸规则”项下罗列了VCLT有关条约解释的所有规则,并且,在对SCM协定第1.1(a)(1)条的“公共机构”(public body)解释时也强调:“根据VCLT第31条的解释过程是一个整体,也就是说,条约术语的通常含义只能在其上下文中及依条约目的和宗旨加以确定,仅仅是词典含义并不必然能解决复杂的解释问题。”^①然而,专家组适用“整体性方式”的解释规则,却得出了一个非常宽泛的结论,即“任何公共机构”是指“任何政府控制的实体”。^②专家组的解释成为中国上诉的焦点(上诉的四个问题之首,其他三个也是条约解释问题)。

又譬如,中国诉美国轮胎特保案专家组在其裁定的一般问题之四“条约解释”项下罗列了VCLT有关条约解释的全部条款,并表示:“我们将在本案适用这些原则。”^③可是,整个裁定部分并未对任何所涉条约做“整体性”或全面的解释,而是针对中美双方的解释,提出其“评价”(evaluation)。中国不同意专家组有关条约解释的结论,将之作为上诉的首要问题(其他两个分别是“因果关系”和“客观评估”问题)。上诉机构就此展开了篇幅较长的条约解释,并维持了专家组的相同解释,也未进一步考虑涉案条约解释的更多上下文,乃至条约的目的和宗旨,加以“整体性”的条约解释。

再譬如,美国等诉中国原材料出口限制案涉及大量条约解释问题,包括《中国入世协定书》第11.3条、GAAT第8.1(a)条、第10.3(a)条、第11.1条、第11.2(a)条、第11.3条、第20(b)款、第20(g)款。其中,《中国入世协定书》第11.3条的解释最为关键。专家组解释:第11.3条“根本没有明确提示GATT第20条,或一般地提及GATT规定。而且,第11.3条也没有像[议定书]第5.1条一般地提及‘在不损害中国以符合WTO协定的方式管理贸易’的导言性款项。如上诉机构在‘中国出版物与音响制品案’中解释的,该导言性款项是指通过纳入方式,可援引GATT第20条作为违反《中国入世议定书》第5.1条的抗辩。”^④按照专家组的严格解释,除了第11.3条规定的附件6或GATT第8条,其他包括GATT第20条或《中国入世工作组报告》第170段等相关条款均不得用于抗辩。中国将此作为主要的上诉问题。上诉机

① 前引WT/DS 379/R, para. 8.56.

② 前引WT/DS 379/R, para. 8.83.

③ 前引WT/DS399/R, para. 7.24.

④ 前引WT/DS398/R, para. 7.124.

构首先明确：根据《中国入世议定书》第1.2条，该议定书是WTO协定的组成部分，应适用条约解释惯例澄清该议定书第11.3条。但是，上诉机构认为，第11.3条的文本严格限定了两种“除外”。其一是议定书附件6具体规定的84种产品以及在此范围“出现例外情况”可与相关WTO成员事先磋商；其二是GATT第8条“进出口规费和手续”（关税除外）。上诉机构强调：“根据DSU第3.2条，以整体性方式适用VCLT编纂的国际公法解释惯例分析中国是否可以援引GATT第20条将抵触《中国入世议定书》第11.3条的出口关税论证为正当的问题。我们认为对《中国入世议定书》第11.3条的适当解释并不能支持中国援引GATT第20条项下例外的主张。”^①中国在该案这一关键问题上的诉求，全部被上诉机构驳回。

如此看来，上诉机构还没有形成有关“整体性方式”的较详细论述，上文所归纳的WTO争端解决中适用VCLT所编纂的条约解释规则之基本路径依然主导着上诉机构对于包括GATS减让表在内的所有涉案WTO条约的解释实践。我认为，仅依靠上诉机构，不能解决类似电子支付案此类具有特殊性的GATS减让表的条约解释问题。中国可以提议应由WTO部长会议或总理事会行使立法性解释权限以寻求解决这一具有体制性意义的问题。这就是本文反思的初步看法。

【作者简介】张乃根：法学博士、复旦大学特聘教授、博士生导师、法学院国际法研究中心主任、WTO争端解决指示名单专家。研究方向：国际法理论、WTO、知识产权法等。

Treaty Interpretation of GATS Schedule in the Case of Electronic Payment

ZHANG Nai-gen

(Fudan University, Shanghai 200348, China)

Abstract: The case of electronic payment is one of the only two special cases related to the interpretation of GATS schedules in WTO history so far. This article wants to analyze the issues of treaty interpretation in this case and to compare other cases related to GATS schedules in order to understand the complexities of treaty interpretation as such, the similarities and differences in comparison with other cases. Based on further comparison with different perspectives in China and abroad regarding treaty interpretation of GATS schedules, this article criticizes the panel's interpretation of treaty with some reflections, and suggests that China would submit a proposal to WTO decision-making bodies to adopt interpretative notes in respect of interpretation of GATS schedules for dispute settlement, which has institutional significance for WTO.

Keywords: electronic payment; GATS; schedule; treaty interpretation; comparison

(责任编辑：山草)

^① 前引WT/DS398/AB/R, para.307.