

《中国加入议定书》研究的两个十年 ——兼论加入议定书的强制执行性等问题*

任 清

(中伦律师事务所, 北京 100022)

摘 要: 2001年中国入世后, 国内外学者对中国加入议定书及“加入WTO法”进行了比较广泛和深入的研究。在2011年的原材料案裁决之后, 国内外的研究进入了新阶段, 尤其体现为对加入议定书法律地位等根本性问题的反思。中国的加入议定书包含了大量特殊义务, 中国迄今作为当事方的WTO争端有半数以上与议定书条款有关, 因此进一步深化加入议定书研究具有重要的实践价值。本文就议定书研究的方法论提出了建议, 并就加入议定书的“间接适用论”以及2016年后其他成员是否有权在对华反倾销中继续使用特殊的价格比较方法这两个具体问题发表意见。

关键词: 加入议定书; 超WTO义务; 争端解决

中图分类号: D996/F743.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7184(2014)02-0005-19

一、引言

2001年12月11日,《中华人民共和国加入议定书》生效,中国正式成为世界贸易组织成员。此后的10年中,国内外学者对中国加入议定书以及一般意义上的WTO成员加入议定书进行了比较广泛和深入的研究。

2011年7月5日,WTO散发美国、欧盟、墨西哥诉中国原材料出口措施案(以下简称原材料案)的专家组报告,裁决中国的有关出口税措施不符合中国加入议定书中的承诺,且无权援引《1994年关贸总协定》(GATT1994)第20条的“一般例外”进行抗辩,很快在学术界和实务界引起争议。以该案为引子,国内外部分学者开始重新审视加入议定书,有关研究逐渐进入更全面、更深入的第二个十年。

本文分为四个部分:第一部分先对2001~2011年的加入议定书研究成果作一不完全回顾,第二部分力争综述“原材料案”以来的新研究成果,第三部分分析进一步加强加入议定书研究的实践价值,第四部分为笔者个人对于加入议定书研究的浅见。

* 本文的写作受益于与秦娅教授、陈雨松先生等师友的讨论,在此致谢;但文中观点包括任何错误均由作者本人负责。

二、2001~2011: 加入议定书研究的第一个十年

(一) 国内研究成果

2000年10月,法律出版社出版了中英文对照的《乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》,2002年1月,该社出版了中英文对照的《中国加入世界贸易组织法律文件》。相映成趣的是,对WTO法律制度及其运作的研究也先于对加入议定书的研究。入世之初,各界最关心的是WTO有哪些规则,这些规则对我国会造成哪些影响。例如,赵维田先生于2000年1月出版专著《世贸组织(WTO)的法律制度》,韩立余教授于2001年出版《WTO案例及评析(1995-1999)》和《WTO案例及评析(2000)》。

2002年以后,对加入议定书的研究成果陆续涌现。这一阶段研究的主要对象是议定书的若干具体条款。例如,赵维田先生分别对中国加入议定书的第2条“贸易制度的实施”、第3条“非歧视”、第5条“贸易权”、第6条“国营贸易”、第7条“非关税措施”、第8条“进出口许可程序”、第10条“补贴”、第12条“农业”、第16条“特保”等条款逐一进行了研究。^①其他学者则主要对第15条“非市场经济”^②、第16条“特保”^③、工作组报告书第242段“纺织品和服装”^④等条款进行了探讨。此外,有学者对4个“不利条款”(非市场经济、特保、纺织品特保、过渡性审议)进行了梳理,^⑤也有学者根据加入议定书的规定对WTO规则如何在中国国内实施进行了探讨,^⑥有文章对议定书中涉及国内税的条款进行了归纳,^⑦对旅游、石化等特定部门的减让承诺进行了分析。^⑧

中国作为当事方的某些WTO争端案件推动了对于加入议定书的研究。中国作为被诉方的汽车零部件案、出版物案以及中国起诉美国的轮胎特保案、起诉欧盟的紧固件反倾销案等均涉及议定书有关条款的解释和适用。尤其是,在中国诉美

① 赵维田.统一、透明与司法审查——解读《中国入世议定书》第2条[J].国际贸易,2002(2); WTO不歧视规则的新发展[J].政法论坛,2002(8); 约定产生的权利与义务——解读《中国加入世贸组织议定书》第3条[J].国际贸易,2002(5); 国家垄断贸易经营规则——解读《中国入世议定书》第5、6条[J].国际贸易,2002(3); 遵守WTO进出口许可规则——解读《中国加入世贸组织议定书》第7、8条[J].国际贸易,2002(8); 对补贴要履行的三项义务——解读《中国加入世贸组织议定书》第10条[J].国际贸易,2002(9); 定制的农产品贸易规则——解读《中国加入世贸组织议定书》第12条[J].国际贸易,2003(4); 有失公平的保障条款——解读《中国加入世贸组织议定书》第16条[J].国际贸易,2002(4).

② 例如陈立虎.关于《中国入世议定书》中替代国条款的思考[J].法制与社会发展,2002(12); 荣民.《中国加入WTO议定书》第15条与WTO《反倾销协定》之比较[J].WTO经济导刊,2003(6).

③ 例如曹建民.中国入世议定书第16条是对中国的歧视[J].甘肃社会科学,2002(8); 杨永红.风险与代价——《中国加入WTO议定书》中的特殊保障措施条款[J].西南政法大学学报,2005(4).

④ 例如黄东黎.“Legal Interpretation of Para 242 of the RWP on the Accession of China under WTO Legal Framework”, *Journal of World Trade*, 2006,40(1).

⑤ 高永富.中国入世法律文件中若干对华不利条款评析[J].国际经济法学刊,2004(4).

⑥ 韩立余.力求权利义务平衡——浅析《中国加入世贸组织议定书》中的几个问题[J].国际贸易,2002(11).

⑦ 龙英锋.《中国加入议定书》中与国内税相关条款的特殊规定[J].税务研究,2008(6).

⑧ 中国加入世贸组织议定书中旅游承诺减让表[J].WTO经济导刊,2003(5); 中国加入世贸组织协议关于石油石化市场开放的主要承诺[J].中国石化,2003(1).

轮胎特保案前后,有学者对加入议定书第16条进行了更深入的研究。^①

总体上看,这一时期,国内对加入议定书某些条款的研究比较深入,但似乎没有从整体上对加入议定书进行系统研究,也没有出版过关于加入议定书的专著。

(二) 国外研究成果

国外关于加入议定书的研究成果中,最具有吸引力的是对于加入议定书的整体化、系统化的研究方法。

2000年,有专家从关于加入国际组织的国际法规则出发,讨论了谁可以加入WTO、加入WTO的过程、加入条件和加入成员的权利等问题。^②2001年,联合国贸发会议(UNCTAD)发布《加入世贸组织与发展政策》一书,除了分享中国、越南、俄罗斯、柬埔寨等11个国家的入世经验,还专题论述了“入世”的共性问题,包括“入世的程序和有关问题”和“加入WTO的条件”等。^③

2003年,美国韦恩州立大学秦娅教授发表《“超WTO”义务及其对WTO法律制度的影响——中国入世议定书评析》一文。^④该文第一次系统地评析了《中国加入议定书》中这份“独特的法律文件”所制定的适用于中国与其他WTO成员之间的特殊规则。文章将议定书中的特殊条款(包括议定书正文中的17个部分、56段实质性条款,以及纳入到议定书中的143段工作组报告)分为三类:对现有规则的承诺、“超WTO义务”和“负WTO准则”。^⑤随后体系化地梳理了7个方面的“超WTO义务”: (1)透明度; (2)司法审查; (3)统一管理; (4)国民待遇; (5)外国投资; (6)市场经济; (7)过渡性审议。最后分析了“超WTO义务”对WTO体制的影响,尤其是对WTO法治的负面影响。

2007年美国乔治华盛顿大学Steve Charnovitz教授发表了论文《加入WTO法的图景》。^⑥文章不局限于中国的加入议定书,而是试图构建普遍意义上的“加入WTO法”。该文提出了“超WTO义务”或“低WTO义务”的研究范式,包括:判断某个条款“超还是低WTO”的指标是义务(而不含权利),尺度是法

① 陈卫东.中国诉美国轮胎特保措施案的法律分析——以《入世议定书》第16条为重点[J].法学,2010(3);李娟.美国对华轮胎特保案”述评——以WTO相关规则为参照系[J].法商研究,2010(1);沈木珠.中国特保机制的适用实践与反思——以中美轮胎特保案为例[J].法学杂志,2013(5).

② Antonio Parenti, “Accession to the World Trade Organization: A Legal Analysis”, *Legal Issues of Economic Integration* 2000, 27(2): 141-157.

③ *WTO Accessions and Development Policies*, UNCTAD. http://unctad.org/en/Docs/ditctncd11_en.pdf.

④ Julia Ya Qin, “‘WTO-Plus’ Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System”, *Journal of World Trade*, 2003, 37(3):483-522.

⑤ 该文将中国加入议定书第15条和第16条关于特别反倾销、反补贴和保障措施的特殊规定视为“负WTO”准则,即这些条款降低了对于其他WTO成员的规则约束。

⑥ 2007年发表在SSRN网站,2008年被收入Juris Publishing公司的《The WTO: Governance, Dispute Settlement & Developing Countries》一书中出版。

律基线,“超WTO义务”是指比法律基线更为严格或者承担法律基线中没有规定的义务,“低WTO义务”是指比法律基线更为宽松的义务。据此,该文归纳出6类特殊义务:新成员的超WTO义务或低WTO义务,老成员的超WTO义务或低WTO义务,WTO这一国际组织的超WTO义务或低WTO义务。随后,文章重点探讨了“超WTO义务”和“低WTO义务”是否及为什么具有“强制执行性”(enforceability)^①的问题。该文颠覆传统理论,认为WTO协定没有规定议定书条款可以通过争端解决机制来强制执行,议定书自称“议定书是WTO协定的组成部分”(议定书第1.2条)也不能赋予议定书强制执行力,议定书的强制执行力来源于WTO协定第12.1条和《争端解决谅解》(DSU)第1.1条。最后,文章还探讨了解释议定书时所面临的若干挑战,包括:《议定书》与GATT1994等协定时有冲突时应优先适用;在解释议定书时应尽量保持与多边贸易协定的和谐等。

2009年,秦娅教授发表论文《解释“超WTO”规定之挑战》。^②该文首先将中国加入议定书中的“超WTO”规定分为体制性承诺和商业性承诺两类,前者包括实行市场经济义务、国内治理方面的义务和外商投资方面的义务,后者包括取消出口税的义务以及未纳入减让表的市场准入义务。随后分析了《议定书》的双重性质,即既是中国与WTO之间的双边协定,又构成WTO协定这一多边协定的一部分,这种双重性对议定书的修改、强制执行和修改均有重要影响。文章尤其指出,议定书在技术上的不完美性,使其解释面临挑战。为此,专家组和上诉机构应当采用“整体”的和更加灵活的方法来解释议定书,发展出“《议定书》法学”。除《维也纳条约法公约》第31条和第32条外,解释时还应遵循三条工作原则:确定基线条款;区分体制性承诺和商业性承诺,以及充分考虑中国的意图。

三、2011年底至今:老问题的新观察

原材料案的专家组裁决(2011年7月5日)和上诉机构裁决(2012年1月30日)暴露出一个事实,即除了3个或者4个“不利”条款(取决于是否将过渡性审议视为不利条款)之外,中国加入议定书中还有其他重大“陷阱”。该案随即成为国内外学者重新审视加入议定书的导火线。

(一)国内学者的研究

国内学者对于原材料案的评析分为几个不同视角。有学者认为,GATT第20条保护的人权、动植物的生命健康权以及可持续发展权均是主权国家的固有权

^① 与“强制执行性”接近的术语是可诉性或可裁判性(justiciability),相关的还有专家组的管辖权“jurisdiction”。

^② 2009年发表在SSRN网站,后发表在Journal of World Trade 2010年第44卷上。

利,绝不可因WTO成员方明示或暗示、直接或间接、单方或协议的方式而被放弃。WTO上诉机构的结论与国际法的理论和最新实践背道而驰。^①有的认为该案涉及自然资源永久主权问题,在具体的贸易规则与环境保护、可持续发展等与国家主权密切相关的国际法基本原则发生冲突时,贸易规则应让位于国际法基本原则。^②有的则侧重可持续发展的角度,认为应当以该案败诉为契机,通过加强源头管理、强化国内生产和消费环节的控制来完善我国自然资源保护法律和政策。^③

更多学者则探讨GATT1994第20条对于加入议定书的可适用性问题。多数学者对专家组和上诉机构裁决持商榷态度。有学者认为,专家组报告采用过于僵化的文本解释规则而忽视了解释规则和方法,对出口配额与出口税的区别对待损害了WTO法的统一性,错误地割裂了《议定书》与GATT1994及WTO其他协定之间的逻辑联系,并建议中国应在提出上诉的同时要求WTO部长会议或总理事会就GATT1994与加入议定书之间的关系问题作出权威解释。^④有学者认为,字面解释《议定书》的结果是导致贸易限制性更强的进口限制措施比贸易限制性弱的出口限制措施更容易获得豁免,因此上诉机构应灵活运用约文解释和目的解释方法,限制权利减损条款的歧视性运用。^⑤有学者认为,尽管援引GATT第20条例外的成功率非常低,但中国仍应该在上诉中争取澄清《中国加入议定书》第11.3条援引GATT第20条的法理依据。^⑥

也有学者主张应当理性看待该案裁决,认为专家组和上诉机构关于GATT第20条是否适用“议定书”第11.3条的裁决符合《维也纳条约法公约》所规定的条约解释规则,该案裁决对将来涉“议定书”争端的负面影响不大,因为除极个别承诺外,“议定书”中绝大部分条款都通过纳入的方式可以援引GATT第20条。^⑦

有的学者透过本案看到“立法沉默”的解释问题以及《中国加入议定书》条款与GATT1994之间的体制性关系问题,^⑧或者探讨了“超WTO义务”的解释及

① 刘敬东.GATT1994第20条的权利性质分析——对WTO上诉机构相关裁决的思考[J].北方法学,2013(1).

② 马忠法,张啸.论WTO规则下自然资源永久主权面对的困境——以中国被诉原材料出口限制案为视角[J].上海海关学院学报,2012(4).

③ 黄志雄.认真对待可持续发展——中国原材料出口限制争端及其启示[J].当代法学,2013(1).

④ 刘勇.论GATT 1994第20条对中国加入议定书的可适用性——由“中国原材料出口限制措施案”引发的思考[J].环球法律评论,2012(1).

⑤ 王燕.WTO下一般例外条款对中国适用置疑——兼评中国原材料出口限制案专家组的解释[J].现代财经(天津财经大学学报),2012(1).

⑥ 彭德雷,龚柏华.WTO专家组有关中国原材料出口限制措施案中GATT第20条例外援引评析[J].国际商务研究,2012(5).

⑦ 贺小勇.《关税及贸易总协定》第20条与“议定书”的法律关系辨析——理性看待“中国原材料案”裁决[J].法学,2012(6).

⑧ 苟大凯.WTO争端解决机构对“立法沉默”之含义推定——评中国原材料出口限制措施案专家组基于上下文对《中国入世议定书》第11.3段之解释[J].国际贸易,2011(10).

其对WTO争端解决机制的影响等问题。^①还有的学者对议定书中的国企补贴等其他条款进行了研究。^②

值得一提的是,商务部世贸司于2013年1月编辑出版了20卷本的《中国加入世界贸易组织谈判文件资料选编》,公开披露了大量谈判文件,为加入议定书的后续研究提供了有利条件。

(二) 国外学者的研究

国外不少学者也对原材料案的裁决持有不同意见。例如,有学者对上诉机构的严格文本主义做法提出批评,包括:上诉机构在某些案件中并未遵循文本主义方法,文本主义做法在原材料案中造成了不合理也不符合WTO利益的结果,严格的文本主义方法不符合维也纳公约规定的解释原则(如何解释“沉默”,如何看待议定书的性质,如何考虑“上下文”、目的和辅助材料等因素等);^③并对俄罗斯、越南、蒙古、克罗地亚等十几个新加入成员的出口税承诺进行梳理,建议将议定书和工作组报告书中的出口税承诺纳入GATT减让表,以便享受GATT框架下的政策空间。^④其他一些学者也认为,上诉机构的严格解释方法造成了不合逻辑的结果,从中国议定书的第11.3条、议定书其他条款以及WTO协定^⑤的序言等进行解释,GATT“一般例外”应当适用于中国议定书中的出口税承诺。^⑥还有学者提出,应当允许GATT和GATS的例外条款统一适用于议定书中的承诺,如此将提高多边贸易体制的安定性和可预见性,维护WTO规则体系的整体性,并促进争端的解决。^⑦有学者指出,该案裁决的意义不限于出口税承诺问题,也不只影响中国,而是针对GATT第20条对于GATT以外的其他WTO协定条款的适用问题确立了“系统性”方法,即除非这些条款援引GATT第20条,否则第20条将不予适用,这一僵化做法不符合WTO体制保护可用竭自然资源和公共健康的基本价值目标。^⑧

① 范兰宁.论“超WTO义务”对贸易争端解决机制的影响——以“美欧墨诉中国原材料出口限制争端案”为样本[J].太平洋学报,2012(6).

② 余莹.中国入世议定书关于国企补贴的特殊条款及其影响[J].知识经济,2013(1).

③ Julia Ya Qin, “The Predicament of China’s ‘WTO-Plus’ Obligation to Eliminate Export Duties: A Commentary on the China-Raw Materials Case”, *Chinese Journal of International Law*, 2012:237-246.

④ Julia Ya Qin, “Reforming WTO Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources, Economic Development and Environmental Protection”, *Journal of World Trade*, 2012,46.

⑤ 本文中除特别指明外,“WTO协定”均指《建立世界贸易组织马拉喀什协定》。下同。

⑥ Elisa Baroncini, “An Impossible Relationship? Article XX GATT and China’s Accession Protocol in the China – Raw Materials Case”, *ICTSD*, 2012(6). Also see Elisa Baroncini, “The China-Rare Earths WTO Dispute: A Precious Chance to Revise the China-Raw Materials Conclusions on the Applicability of GATT Article XX to China’s WTO Accession Protocol”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012(4): 49-69.

⑦ Thomas H. Au, “Reconciling WTO General Exceptions with China’s Accession Protocol”, *Tsinghua China Law Review*, 2013(5): 95-125.

⑧ Ilaria ESPA, “The Appellate Body Approach to the Applicability of Article XX GATT In the Light of China – Raw Materials: A Missed Opportunity?” *Journal of World Trade*, 2012,46: 1399-1424.

有几位学者则跳出原材料案本身，反思加入议定书的性质、加入议定书与WTO协定的关系，并对中国的入世承诺进行重新梳理。

Mitali Tyagi的文章指出，加入议定书打破了WTO法制的统一性，在WTO成员中创造出大量的“二等公民”，其合法性、权威性和强制执行性存在疑问。文章首先对专家组和上诉机构承认议定书的强制执行性或可诉性提出质疑，包括：DSU的适用范围仅限于适用协定（covered agreement），议定书不能“自我宣称”其构成WTO协定的一部分、更不能自己规定其项下的争端可以诉诸WTO争端解决机制等，成员的所谓“同意”或者“禁反言”也不能导致专家组的管辖权等。^①文章指出，尽管多个争端均涉及议定书在WTO法律体系中的地位或者议定书与WTO协定的关系问题，但专家组和上诉机构迄今一直避免对这一体系性问题作出回答。文章试图对议定书进行法律定性，先分析了传统几种定性（议定书是对WTO协定的修正、议定书是嗣后协定、议定书的效力来自于禁止反言）的缺陷，随后提出，议定书中的特别条款符合国际法上“保留”的构成要件，而且是被WTO协定自身所禁止的保留，这种“不被允许的保留”不具有任何法律效力。

如果说Tyagi从根本上质疑议定书的可诉性和其中特别条款的合法性因而显得“激进”的话，Matthew Kennedy的论文则试图在尊重上诉机构和专家组已经对议定书项下争端行使管辖权的现有实践的前提下，探讨加入议定书在WTO体系中的位置。^②Kennedy认为，上诉机构迄今的实践是将加入议定书视为与GATT1994等多边贸易协定并列的单独适用协定，这一做法在两方面存在不妥：一方面，加入议定书自身并没有列入DSU附录1中的适用协定；将议定书视为单独的适用协定会影响对它的解释，尤其是影响到“一般例外”条款能否适用到加入承诺。另一方面，Kennedy对加入议定书第1.2条中的“构成WTO协定的有机组成部分”进行阐释，提出：（1）“有机组成部分”的含义是指应当将该“部分”与相关协定视为“一个法律文件”；（2）此处的“WTO协定”指的不是狭义的马拉喀什协定（或称“机制协定”），而是包括GATT1994等附件的WTO协定整体。基于这种理解，Kennedy提出：（1）在解释议定书条款时必须确定相关的一个或多个多边贸易协定；（2）多边贸易协定中的决策程序、修改程序、争端解决规则和一般例外等适用于与之相关的议定书条款；（3）在议定书与相关多边贸易协定存在冲突时，并不当然优先，而应根据条约解释规则来解决。

① Mitali Tyagi, “Flesh on a Legal Fiction: Early Practice in the WTO on Accession Protocols”, *Journal of International Economic Law*, 2012, 15: 391-441.

② Matthew Kennedy, “The Integration of Accession Protocols into the WTO Agreement”, *Journal of World Trade*, 2013, 47 (1): 45-76.

提出对中国入世承诺进行重新梳理的是Tokio Yamaoka的论文。^①该文对中国议定书中特有的承诺提出了新的分类法,即与WTO协定相比:(1)加入成员(例如中国)负有更严格的义务;(2)加入成员负有更宽松的义务;(3)老成员负有更严格的义务;(4)老成员负有更宽松的义务。^②中国的更严格义务包括:海关估价(更短的过渡期)、农业补贴(取消出口补贴等)、工业补贴(给国有企业的补贴当然具有专向性等)、透明度、司法审查、取消出口税、放开贸易权、投资措施、过渡性审议等。中国的更宽松义务包括:取消进口配额和进口许可措施的宽限期、对于烟酒等个别产品给予国民待遇的宽限期等。在中国议定书中,老成员没有负担更严格的义务,仅负有以下更宽松的义务:少数成员就进口配额或贸易救济措施等作出保留、特保、纺织品保障措施等。Yamaoka最后还回顾了中国政府为争取相对有利的入世条件所做的努力和成果,包括:成功打掉“普遍保障条款”、就特保适用以及反倾销特殊价格比较方法的适用获得老成员对于某些程序要求的“确认”、获得了某些特殊和差别待遇等。

此外,2011年底和2012年初,围绕中国的市场经济地位问题发生了一场不小的论战。欧盟律师O'Connor认为中国在2016年后仍不能自动获得市场经济地位,仍须依照进口成员的国内法证明是否具备市场经济条件。^③不少研究者对此提出反驳,认为2016年后其他成员不能再使用中国加入议定书中的特殊价格比较方法,而只能统一适用WTO反倾销规则。^④

四、深化加入议定书研究的实践价值

原材料案或许可以被视为学界和实务界重新审视加入议定书的导火线,但深化加入议定书研究的意义决不仅限于这一起案件或者其中反映的GATT“一般例外”能否适用于议定书问题。且不论所谓“加入WTO法”的理论意义,以及超过1/6的WTO成员是加入成员,^⑤仅对于中国自身履行WTO义务和参与WTO争端解决而言,研究加入议定书就具有巨大的实践价值。

(一) 中国在加入议定书中承担了广泛的特殊义务

中国加入议定书中的特殊条款包括了议定书正文中的17个部分、56段实质性

① Bernard O'Connor, *Market-Economy Status for China is not Automatic*. [2011-11-27]. <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/7345>.

② 例如, Christian Tietje and Karsten Nowrot, *Myth or Reality? China's Market Economy Status under WTO Anti-Dumping Law after 2016*, Policy Papers on Transnational Economic Law, 2011.

③ 截至2013年3月, WTO共有159个成员,其中31个是以加入方式成为WTO成员的。

④ Tokio Yamaoka, "Analysis of China's Accession Commitments in the WTO: New Taxonomy of More and Less Stringent Commitments, and the Struggle for Mitigation by China", *Journal of World Trade*, 2013, 47: 105-158.

⑤ Yamaoka认为,由于“市场经济义务”(包括取消价格管制、反倾销的价格比较、反补贴的利益计算调整)在WTO协定中没有对应的条款,因此不属于以上四种之一。

条款以及纳入到议定书中的143段工作组报告。这其中,除了耳熟能详的第15条(非市场经济)、第16条(特保)、第242段(纺织品特保)、第18条(过渡性审议)以及第11.3条(出口税),还有不少相对“陌生”的“超WTO”义务,例如:

1. 透明度方面:中国政府负有在30天内答复“任何个人、企业或WTO成员”的信息咨询的义务(议定书第2(C)条),并且必须在90天内提供法律法规的译文(报告书第334段)。这些看似简单、轻松的义务相对于中国的行政资源而言,有时会成为“不可承受之重”。

2. 国民待遇方面:给予外国个人、企业和外商投资企业国民待遇(议定书第3条);对于所有外国个人和企业,包括未在中国投资或注册的外国个人和企业,在贸易权方面给予不低于中国企业的待遇(议定书第5条);对包括外商投资企业在内的中国企业、在中国的外国企业和个人给予相同待遇(报告书第18段)。这些条款的义务不仅限于与贸易相关的部分,因此超过了GATT、GATS、TRIMs等WTO协定的要求;而且还超出了国际投资协定中关于国民待遇的通常要求(例如,很多双边投资协定都规定,外商投资企业的国民待遇不适用于政府补贴和政府采购)。

3. 投资措施方面:对投资权的批准不以下列内容为条件:此类产品是否存在与之竞争的国内供应者;或任何类型的实绩要求,例如当地含量、补偿、技术转让、出口实绩或在中国进行研究与开发等(议定书第7.3条,报告书第203段)。技术转让和在中国进行研究与开发这两项“超TRIMs”的业绩要求一直是美欧在华企业的重点关注之一。而“补偿”这一实绩要求的含义,似乎未曾有人深究。

4. 实行市场经济方面:除议定书附件4中所列产品和服务以外,“应允许每一部门交易的货物和服务的价格由市场力量决定”(议定书第9条);不对国有企业和国家投资企业施加影响,保证其他WTO成员的企业拥有与这些企业进行竞争的充分机会(报告书第46段)等。这些承诺中涉及的国有企业和竞争中立问题目前已成为美国等成员的重点关注。

对加入议定书中的这些特殊条款进行正确解读,对于中国履行入世承诺、避免发生贸易摩擦或争端是非常必要的。

(二) 中国为当事方的WTO争端案件半数以上与加入议定书相关

迄今,至少有31个WTO争端涉及到加入议定书,除越南起诉美国暖水虾反倾销措施的2个案件(DS404和DS429)和乌克兰诉亚美尼亚的烟酒进口和销售案(DS411)外,其余28个案件均为中国作为被诉方或起诉方的争端案件。

其中,涉及议定书的中国被诉案件累计共有22件,占中国被诉案件(共31

件)的70%;按事项统计为11件,占中国被诉案件的55%。除被人“熟知”的汽车零部件案(DS339、DS340、DS342)、出版物案(DS363)、原材料案(DS394、DS395、DS398)和稀土案(DS431、DS432、DS433)外,还有集成电路增值税案(DS309)、税收和其他补贴案(DS358、DS359)、金融信息服务案(DS372、DS373、DS378)、赠与、贷款和其他鼓励措施案(DS387、DS388)、风电设备案(DS419)、汽车补贴案(DS450),以及纺织品和服装补贴案(DS451)。这些案件分别涉及中国加入议定书和工作组报告书中关于国民待遇、关税减让、出口补贴、贸易权、农产品、出口税、监管、透明度等方面的规定。

另一方面,在中国作为起诉方的12起WTO争端案件中,有6起直接或间接涉及中国加入议定书,占45%。这6起案件包括:诉美双反措施案(DS379)、诉欧紧固件案(DS397)、诉美轮胎案(DS399)、诉欧皮鞋案(DS405)、诉美双反措施(II)案(DS437),以及诉美反倾销方法案(DS471)。这些案件主要涉及议定书第15条和第16条关于反倾销、反补贴和特保措施的规定。

在以上很多案件中,议定书条款的解释和适用对于争端解决结果具有关键性影响。因此,除理解单个条款的含义之外,还应厘清议定书与其他WTO协定的关系、议定书能否适用DSU及如何适用、议定书的解释方法等问题。

五、关于加入议定书研究的一些浅见

下文首先就加入议定书研究的方法论提一些建议,随后对加入议定书的强制执行性和2016年后中国的“市场经济地位”等两个具体问题谈一点个人看法。

(一) 加入议定书研究的方法论

从实践需要出发,同时借鉴现有研究成果,对加入议定书的研究可能需要注意以下几个方面:

1. 统筹兼顾三个研究维度。一是宏观维度,即研究加入议定书的地位、性质、与其他WTO协定的关系,加入议定书是否具有强制执行性,应当采用何种解释方法,能否及如何修改等;二是中观维度,即研究加入议定书中各种特殊条款的类型化,以及议定书的结构、谈判和起草方法等;三是微观维度,即研究每个特殊条款或承诺的含义及与WTO一般规则的关系等。

2. 使用联系和比较的方法。研究加入议定书的地位和性质等问题,应当基于国际公法关于“加入”的规则和理论,对照其他国际组织的加入程序和文件,并考察GATT时代的加入程序。研究议定书每个特殊条款的含义,应当确定其所对应的“相关协定条款”或“基线条款”,在比较中明确中国的义务内涵和边界。

3.避免将中国过度特殊化。加入议定书是1995年以后加入WTO的所有成员都签订的法律文件,尤其是俄罗斯和越南两国的议定书暨工作组报告书也包含了数量众多的特殊条款或者“超WTO”义务和“负WTO”准则条款。将加入议定书问题视为所有新加入成员均不同程度存在的问题,有利于得出全面和理性的研究结论。

(二) 加入议定书的强制执行性

1. 现有观点

在迄今多个案件中,专家组和上诉机构均对涉及加入议定书的争端行使了管辖权。专家组对此的解释是:所有争端方都同意议定书构成WTO协定的有机组成部分,所有争端方都同意WTO成员可以基于关于违反加入议定书的诉请提起WTO争端解决程序,所有争端方都同意被纳入加入议定书中的工作组报告书段落有约束力,并可通过WTO争端解决程序强制执行。^①可见,在专家组看来,管辖权来自两个方面:一是加入议定书第1.2条规定,议定书构成WTO协定的有机组成部分(下称组成部分条款);二是“所有各方都同意”。

Charnovitz是第一个对此提出质疑的学者,他认为加入议定书第1.2条的组成部分条款不能使加入议定书获得强制执行性,主要理由是:(1)WTO的部长会议和总理事会可以与其他国际法主体签署一个议定书,但无权宣称该议定书构成WTO协定的一部分,因为这涉及对WTO协定的修改,而修改应当依照WTO协定第10条的程序进行;(2)DSU的适用协定是封闭的,其修改也应当依照WTO协定第10条进行,WTO的部长会议和总理事会无权在修改程序之外增加DSU的适用协定;(3)组成部分条款规定在议定书中而不在WTO协定中,大大影响其法律地位;(4)台湾地区的加入议定书规定、特殊外汇安排“构成议定书的组成部分”,同时又专门规定DSU将适用于特殊外汇安排项下的争议,这暗示议定书本身可能没有可执行力。尽管如此,Charnovitz还是支持加入议定书具有强制执行性,不过法律基础在于WTO协定第12条和DSU第1.1条的第2句。他认为,根据WTO协定第12条,加入议定书规定了新加入成员与其他成员之间的权利义务;而根据DSU第1.1条第2句,DSU适用于有关成员之间权利义务的争端。^②

Tyagi一方面赞同Charnovitz关于“组成部分条款”不能赋予加入议定书强制执行性的观点,另一方面认为,WTO协定第12条也不能赋予议定书强制执行性,因为第12条也不能增加或者修改WTO协定项下的权利义务(修改须依照第10条进行,而且16条禁止保留)。Tyagi对所谓“所有争端方都同意”的理论也

^① China -Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, paras.7.114-7.115.

^② 前引Charnovitz文。

提出批评,认为管辖权是专家组程序具有合法性的根本先决条件,当事方“无争议”或“同意”对于专家组是否具有管辖权不具有决定性。Tyagi的观点是,议定书中的特别条款是被WTO协定自身所禁止的保留,这种“不被允许的保留”不具有任何法律效力。^①

Kennedy无意质疑加入议定书的强制执行性,但也认为专家组的“组成部分”理论有缺陷,例如《贸易政策审议机制》也是WTO协定的有机组成部分,但其并不适用DSU。^②

2.DSU难以直接适用到加入议定书

笔者认为,DSU难以直接适用到加入议定书,WTO成员不能直接依据议定书的有关条款将其他成员(主要是新加入成员)诉诸WTO争端解决机制。理由如下:

第一,加入议定书不是DSU的适用协定。按照DSU第1.1条,DSU只适用于两种情形:(1)按照附录1所列适用协定的磋商和争端解决规定所提出的争端;(2)各成员间有关它们在《建立世界贸易组织协定》和DSU下的权利和义务的磋商和争端解决。很明显,附录1并没有直接列举加入议定书,但存在争议的是,附录1中所称的《建立世界贸易组织协定》是否包括加入议定书。对此,可以从3个方面证明,附录1中的《建立世界贸易组织协定》是指狭义的WTO协定,而不包括所谓的“有机组成部分”。首先,《贸易政策审议机制》这个“有机组成部分”不适用DSU。其次,如果此处的《建立世界贸易组织协定》包括“有机组成部分”,则《货物贸易多边协定》、《服务贸易总协定》等没有必要列明在附录1中。第三,“《建立世界贸易组织协定》”一语在DSU中只出现过两次,除附录1外,另一次是在DSU第1.1条第2句,而在该句中明显是指狭义的WTO协定。因此,即使加入议定书构成WTO协定的有机组成部分,也不能因此成为DSU的适用协定。

第二,假设DSU附录1中的《建立世界贸易组织协定》有可能包括所有的有机组成部分,但正如Charnovitz和Tyagi所述,加入议定书无权自我规定其构成WTO协定的有机组成部分,“组成部分条款”不能发生其预期的效力。^③按照基本的合同法或条约法原理,A协定可以规定B协定为A的组成部分,因为A的缔约方可以给自身规定义务包括承担B协定中的义务。在WTO法律文件中,狭义

^① 前引Tyagi文。

^② 前引Kennedy文。

^③ 在这个意义上,Kennedy的观点由于完全立足于“组成部分条款”,在理论前提上存在缺陷。

的WTO协定规定,包括在附件1、2、3中的多边贸易协定是本协定的有机组成部分;^①不少多边贸易协定规定,各自的附件构成各自协定的有机组成部分;^②GATT1994也规定,其包括《WTO协定》生效之日前在GATT 1947项下已实施的加入议定书。^③

反过来,一般而言B协定不能规定B为A的组成部分,因为B的缔约方无权修改A协定、无权给A协定的缔约方增加或减少义务。仅在特定的例外情形下,B协定可以规定其构成A的组成部分:一是A协定和B协定的缔约方完全相同,例如《农业协定》第3.1条规定,WTO成员减让表第四部分中的国内支持和出口补贴承诺构成为GATT1994的组成部分;^④二是B协定的这一规定(即B构成A的组成部分)获得A协定所有缔约方的接受,此时相当于A协定的缔约方同意对A协定进行修改。加入议定书的组成部分条款不符合这两种情形。首先,WTO协定的缔约方是全体WTO成员,加入议定书的缔约方是新加入成员和WTO这一国际组织,^⑤二者的缔约方存在显著差别。其次,加入议定书的组成部分条款没有获得WTO协定全体缔约方的接受,表现在:加入议定书是由部长会议批准的,仅需WTO成员的2/3多数同意即可,^⑥因此在理论上即使有数十个WTO成员反对,加入议定书仍可获得通过;而且部长会议关于加入的决定是由外交代表作出的,不能构成缔约方的正式接受。^⑦

第三,任何扩大DSU适用范围的行动均涉及对DSU的修改,应当依照WTO协定第10.8条的程序进行。在签订加入议定书时,新成员和WTO这一国际组织无权约定加入议定书项下的争端适用DSU。在因议定书项下的义务发生争端后,争端各方的所谓“无异议”也不能扩大DSU的适用范围而赋予专家组管辖权。^⑧

第四,加入议定书是否有约束力与加入议定书能否通过DSU得到强制执行是两个不同的问题。按照条约应当遵守的基本国际法原理,新加入成员对于其缔结的加入议定书自应遵守并善意履行其中的义务,但因为加入议定书发生的争端如何处理,则可能有多种形式。由于加入议定书中并没有规定争端解决方式,则理论上只能是在发生争端后由争端各方选择国际法允许的适当解决方式。当事方可

① WTO协定第2.2条。

② GATT1947第34条、GATS第29条、《农业协定》第21条、《实施卫生与植物卫生措施协定》第1.3条、TBT协定第15.5条等。

③ GATT1994解释性条款的第1(b)(ii)段。

④ 此外,GATT1994第2.7条规定:“本协定所附减让表特此成为本协定第一部分的组成部分。”此处的“减让表”包括《农业协定》第3.1条所指的“减让表第四部分”,因此加强了《农业协定》第3.1条的效力。

⑤ WTO协定第12.1条。

⑥ WTO协定第12.2条。

⑦ WTO协定第10条规定,对WTO协定的修改需要WTO成员的接受,接受的成员须向总干事递交接受书。

⑧ 从另一个角度看,假如专家组对于涉及议定书条款的争端的管辖权来源于争端各方的“无异议”,将造成如下结果:在某个争端中,新加入成员“无异议”,专家组享有管辖权;在另一个争端中,另一个新加入成员提出异议,专家组不享有管辖权。这不但在新加入成员之间造成不公平,而且将破坏WTO法律体系的统一性和确定性。

以采取磋商、斡旋、调解、调停等方式解决争端，也不排除选择仲裁、国际法院裁判等方式解决争端的可能性。由于加入议定书是新加入成员与WTO这一国际组织缔结的协定，争端方还可以考虑适用国际常设仲裁院的《国际组织与国家间的任意性仲裁规则》。总之，加入议定书有约束力这一事实并不导致其必须通过DSU来强制执行。

第五，加入议定书能否通过DSU强制执行与如何通过DSU强制执行是两个不同的问题。假设加入议定书的某些条款可以通过DSU强制执行，这并不等于加入议定书本身构成适用协定、可以作为诉请（claim）的法律基础（legal basis）。例如，《乌拉圭回合多边贸易谈判结果最后文件》除WTO协定之外还包含了若干“部长决定和宣言”，包括与《技术性贸易壁垒协定》有关的2个决定、与《反倾销协定》有关的4个决定和宣言、与GATS有关的8个决定等。这些决定和宣言都不属于DSU的适用协定，WTO成员不能单独依据其中的规定提出争端解决请求，但这些决定和宣言无疑在WTO争端解决中扮演着一定角色。例如，在处理涉及金融服务贸易的争端时，有必要考虑《关于金融服务的决定》的规定。又如，在WTO协定生效后，部长会议还不时通过一些决定，这些决定不是DSU的适用协定但在争端解决中也发挥了作用。在美国—丁香案中，上诉机构认为，2001年11月通过的部长会议决定《有关执行的问题和关注》第5.2段关于技术法规从公布到生效的间隔不得少于6个月的规定，构成TBT协定的嗣后协定，解释了后者第2.12条中的“合理时间间隔”；^①由于美国涉案措施允许的间隔仅为3个月，其违反了TBT协定第2.12条。

3.DSU可以通过适用协定间接适用到加入议定书

如前所述，加入议定书中的“组成部分条款”并不能使议定书成为WTO协定的有机组成部分。关于加入议定书与WTO协定的关系，应由WTO协定而不是加入议定书来规定。事实上，WTO协定第12条“加入”正是关于加入议定书法律地位的“宪法性”条款。

第12.1条规定：“任何国家或在处理其对外贸易关系及本协定和多边贸易协定规定的其他事项方面拥有完全自主权的单独关税区，可按它与WTO议定的条件加入本协定。此加入适用于本协定及所附多边贸易协定。”除加入主体资格（国家或单独关税区）外，该条还规定了以下几个方面：

（1）此处的法律行为是“加入”。根据《维也纳条约法公约》第2.1（b）条和第15条，“加入”是指一国表示其同意被某条约约束的被称为“加入”的国

^① United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R, paras.265-268.

际行为。一般而言,意图加入某条约的一国须制作加入书,由国家元首、政府首脑或外交部长签署,并将加入书提交条约的保管人。^①不论是表示同意受条约约束的意思,还是提交加入书,都更像是加入方的单方法律行为,不需要其他缔约方的同意。但是,加入行为是否基于某种条件,则完全取决于该条约的规定。^②换言之,加入本身是一国的单方法律行为,但加入可能要基于特定条件,这个条件有可能是谈判达成的。^③加入WTO的过程就属于这种情形。

(2) 加入的“条件”被规定在加入议定书中。一种说法认为,加入条件包括加入决定、加入议定书和加入工作组报告书。^④但加入决定非常简短,其正文的唯一段落是:“[申请方名称]可按照附于本决定的议定书列明的条件加入《马拉喀什建立世界贸易组织协定》。”^⑤其明确规定加入条件规定在加入议定书中。同时,加入议定书又纳入了所有具有法律义务性质的工作组报告书段落。因此,加入议定书包含了所有的加入条件。

(3) 加入条件是加入成员与WTO这一国际组织“议定”(agree)的,加入议定书的缔约主体也是加入成员和WTO这两方。虽然在加入条件的商议过程中,不论双边谈判还是多边谈判,均是WTO的成员而不是WTO这个组织本身在做决策;但在法律上,加入议定书仍然是双边协定而不是多边协定。^⑥

(4) 加入及加入条件均同时适用于WTO协定及其附属多边贸易协定。按照前引定义,加入某条约的法律效果是加入方受该条约的约束。依据第12.1条第2句的规定,加入WTO协定这一单方法律行为,产生了使加入方受WTO协定及其附属多边贸易协定约束的多边法律效果。又因为加入行为是按“双边”议定的、规定在加入议定书中的加入条件进行和生效的,WTO协定和GATT1994等多边贸易协定对加入方的约束均须依照加入议定书规定的条件。换言之,对于该加入成员而言,加入议定书适用于WTO协定及其附属多边贸易协定。

简言之,加入WTO协定及其附属多边贸易协定的条件规定在加入议定书中,加入议定书规定了WTO协定及其附属多边贸易协定对新加入成员进行约束的条件。因此,新加入成员在履行有关协定项下义务时,或者其他成员指控新加入成员违反有关协定项下义务时,还须结合考虑加入议定书中规定的条件。此处,加入成员所负义务的来源仍然是WTO协定及其附属多边贸易协定,加入议定书本身并未产生独立的新义务,只是不同程度地影响了WTO协定及其附属多边协定项下

① The Treaty Section of the Office of Legal Affairs of United Nations, *Treaty Handbook*, 2001(10).

② *Glossary of terms relating to Treaty actions*. http://treaties.un.org/Pages/Overview.aspx?path=overview/glossary/page1_en.xml.

③ 某种程度上类似民法中的代理:授权代理或委托代理本身是单方法律行为,但其基于的某种基础法律关系是双方法律行为例如委托合同或者劳动合同。

④ *WTO Analytical Index*, third edition, volume 1, p. 53.

⑤ *Technical Note on the Accession Process*, WT/ACC/10/Rev.4/Add.1, 2010(3).

⑥ 由于这种双边性质,加入议定书的解释方法和修改程序应当不同于WTO协定及其附属多边贸易协定。

义务的内容。在WTO争端解决机制中，能够作为诉请法律基础的仍然只能是适用协定中的条款，但这些条款在解释时必须结合加入议定书的相应条款。在此意义上，DSU在直接适用于适用协定的过程中，间接地适用于加入议定书。

实际上，有个别成员在撰写涉及议定书争端的专家组请求时，似乎就采用了这一“间接适用论”。在欧盟起诉中国的汽车零部件案（DS339）中，欧盟在专家组请求中指控：“中国违反了其在《马拉喀什建立世界贸易组织协定》项下的义务，这些义务规定（as set out）在《中华人民共和国加入WTO议定书》中，尤其是……”，“中国使欧盟从GATT1994第23.1（b）条结合（in conjunction with）《中华人民共和国加入WTO议定书》获得的利益受到丧失或减损……”欧盟似乎是将诉请的法律基础限定在WTO协定和GATT1994的条款，中国加入议定书只是被间接适用。^①

4. “间接适用论”的意涵

上述“间接适用论”最明显的含义是：WTO成员只能用适用协定中的条款作为诉请的法律基础，加入议定书不能作为单独的法律基础，也不能作为核心的法律基础，只能是在解释和适用有关适用协定时澄清有关协定如何约束加入成员与其他成员之间的关系。例如，某成员起诉中国违反GATT1994第3条（国民待遇）时，可以援引中国加入议定书第3条、第5条以及工作组报告书第18段、19段、22段、23段等来澄清中国在GATT1994第3条项下具体负有何种义务。

在解释方面，由于DSU直接适用的是有关适用协定，因此专家组和上诉机构的解释对象也是适用协定，但在解释适用协定时可能需要结合加入议定书的规定。此时，加入议定书不是被解释的对象，而是解释所用的“工具”；不是用相关适用协定来解释特定加入议定书条款，而是用相关加入议定书条款来解释特定的适用协定条款。当然，这个“工具”往往也需要解释，正如“上下文”、“嗣后协定”等也需要解释一样。在解释加入议定书时，应依照解释国际公法的习惯规则。专家组在原材料案等案件中，曾依赖“组成部分条款”和DSU第3.2条来论证《维也纳条约法公约》第31~33条适用于加入议定书的解释。^②实际上，加入议定书应依照《维也纳条约法公约》第31~33条所体现的习惯国际法规则来解释，不是因为加入议定书是WTO协定的一部分，也不是因为《维也纳条约法公约》适用于加入议定书（该公约只适用于国家之间缔结的条约），而是因为加入议定书作为国际公法应当依照解释国际公法的习惯规则来解释。而且，这种习惯规则不仅体现在《维也纳条约法公约》第31~33条，也体现在《关于国家和国际

^① Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, *China- Measure Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/8, para.3.

^② *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, paras.7.114-7.115.

组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第31~33条。

在“一般例外”、“安全例外”的适用方面，由于诉请的法律基础是GATT1994、GATS等适用协定中的相关条款而不是加入议定书的条款，起诉方指控的是被诉方违反GATT1994或GATS的某个条款（例如国民待遇、市场准入、数量限制），被诉方自然可以用同一协定中的例外条款来抗辩。

（三）2016年后中国的“市场经济地位”^①

欧盟律师O'Connor认为中国在2016年后仍不能自动获得市场经济地位，仍须依照进口成员的国内法证明是否具备市场经济条件。其主要理由是，中国加入议定书第15条（d）项只规定了第15条（a）（ii）目在入世后15年终止，第15条（a）的序言部分和（i）目将继续有效。

关于该问题，首先应注意的是，议定书第15条（a）和（d）并非关于中国整体经济体制是否为市场经济的规定，^②其涉及的仅是其他成员在对中国产品进行反倾销调查时如何确定正常价值的技术性问题。此处所谓的“市场经济地位（或待遇）”或者“非市场经济地位（待遇）”均是指正常价值的计算方法。因此，该问题的实质，不是2016年后其他成员是否宣布承认中国为市场经济国家，而是届时其他成员是否有权继续采用特殊方法来计算中国产品的正常价值。而回答该问题，须分析第15条（a）项和（d）项内部的结构以及（a）项与（d）项的关系。

中国加入议定书第15条（a）项包括序言部分和两个子目。序言部分规定，在确定价格可比性时，进口成员应当基于下列规则使用两种方法之一：一是“使用接受调查产业的中国价格或成本”（方法1），二是“使用不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法”（方法2）。由于序言中使用的是“应当”一词，表明：（1）在确定价格可比性时只有方法1和方法2，要么采用方法1，要么采用方法2，这两种方法在逻辑上具有A和非A的关系，因此可将方法2视为“非方法1”；（2）何种情形下使用方法1或方法2应当依照两个子目的规定。（i）目规定，如受调查的生产者“能够明确证明”具备市场经济条件（情形1），则应当采用方法1；（ii）目规定，如受调查的生产者“不能明确证明”具备市场经济条件（情形2），可以采用方法2。分析这两目的规定，可以发现：（1）此处情形1和情形2的唯一区别在于“能”或“不能”明确证明具备市场经济条件，在

^① 由于越南加入WTO工作组报告书第255段与中国加入议定书第15条的实体规定相同，本问题对于越南而言就是2018年后的“市场经济地位”问题。

^② 在中国“复关”的外贸政策审议过程中，“复关”工作组的一些成员方曾对中国的经济体制表示关注。1992年，中共十四届三中全会作出决定，将中国经济体制改革的目标确立为社会主义市场经济体制。不久，工作组完成了对中国的外贸政策审议，“复关”进入了市场准入谈判阶段。此后直到2001年中国加入WTO，WTO并未就中国的整个经济体制是否为市场经济作出认定。参见石广生主编《中国加入世界贸易组织谈判历程[M]》，北京：人民出版社，2011：77-99。

逻辑上是A和非A的关系，情形1的反面就是情形2，反之亦然，因此将情形2视为“非情形1”；（2）从“应当”和“可以”的用词可知，方法2只适用于情形2，方法1必须适用于情形1同时还有可能适用于情形2。据此，可以把（a）项的序言部分和两个子目在逻辑上简化为：

应当按照下述规则采用方法1或者“非方法1”：（i）情形1时应当采用方法1；（ii）“非情形1时”可以采用“非方法1”。

中国加入议定书第15条（d）项是关于第15条（a）项如何适用的限制性规定，即在三种情形下应全部或“部分”排除（a）项的适用。第一，中国根据该WTO进口成员的国内法证实其是一个市场经济体，则（a）项的规定即应终止；第二，无论如何，在加入之日后15年（2016年12月11日），（a）项（ii）目的规定应终止；第三，中国根据该WTO进口成员的国内法证实一特定产业或部门具备市场经济条件，则（a）项中的非市场经济条款不得再对该产业或部门适用。从字面上看，三种情形对（a）项适用的排除程度并不相同。对第二种情形的字面理解似乎是，（a）项（ii）目终止，但（a）项的序言部分和（i）目继续有效，第15条（a）项的内在逻辑形式变更为：

应当按照下述规则采用方法1或“非方法1”：情形1时应当采用方法1。

表面上看，采用方法1仍然是有条件的，即必须符合情形1；在不符合情形1时可以不采用方法1。简言之，“非情形1时”可以采用“非方法1”。而这正是已经被(d)项第2句明确终止的原（a）项（ii）目的规定。被(d)项第2句明确规定失效的条款仍然继续有效，意味着第（d）项第2句无效。根据条约解释中的有效解释原则，^①解释的结果不能导致（d）项第2句无效。为确保（d）项第2句的有效性，（a）项(ii)目必须确定失效，因而（a）项剩余的序言部分和（i）目不能被解释为使第（a）项(ii)目在事实上仍然有效。（d）项第2句中的“无论如何”一语更加证明了这一点。因此，届时（a）项剩余规定的逻辑形式只能是：应当采用方法1。相应地，（a）项应被重述为：“在根据GATT1994第6条和《反倾销协定》确定价格可比性时，该WTO进口成员应使用接受调查产业的中国价格或成本。”届时，“使用受调查产业的中国价格或成本”将不再附有条件，即受调查的生产者不再需要“证明”其具备市场经济条件。当然，这里的“中国价格或成本”可能是中国被调查企业的国内销售价格，可能是中国被调查企业出口到第三地市场的价格，也可能是用中国被调查企业的成本和费用等构造出的价格。

从表面上看，这种解释使得(a)项序言部分和（i）目的某些文字不能发生通常的效力，但由于(d)项是对（a）项的限制性规定，当二者可能存在冲突时，(d)

^① WTO争端解决实践明确接受了有效解释原则。例如，*US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, page 23; *US-offset Act*, WT/DS217/AB/R, para. 271.

项包括其第2句的法律效力应优先于(a)项。

综上,2016年12月11日后,其他成员在确定价格可比性时,不能继续使用不依据与中国国内价格或成本进行严格比较的方法,而应当使用受调查产业的中国价格或成本。在此意义上,中国将确定获得“市场经济地位”。

六、结语

2001年中国入世后,国内外学者对中国加入议定书及“加入WTO法”进行了比较广泛和深入的研究。在2011年的原材料案裁决之后,国内外的研究进入了新阶段,尤其体现为对加入议定书法律地位等根本性问题的反思。由于中国加入议定书包含了大量特殊义务,而且中国迄今作为当事方的WTO争端有半数以上与议定书条款有关,进一步深化加入议定书研究对于中国而言具有重要的实践价值。

加入议定书的研究应当兼顾宏观、中观和微观三个维度,使用联系和比较的方法,并避免将中国过度特殊化。在宏观维度,强制执行性是核心问题之一。DSU不能直接适用到加入议定书,只能在适用到有关适用协定的过程中间接适用于相关的议定书条款。在微观维度,2016年后中国是否取得市场经济地位问题曾在近期引起争议。对中国加入议定书第15条(a)项和(d)项的相互关系进行分析可知:2016年12月11日后,其他成员无权继续对中国产品采用特殊的价格比较方法。

【作者简介】任清:法学硕士,中伦律师事务所资深顾问。研究方向:WTO法、国际投资法、反垄断法。

China's Protocol of Accession: Two Decades of Research and a Theory of Indirect Enforceability

REN Qing

(Zhong Lun Law Firm, Beijing 100022, China)

Abstract: Following China's accession to the WTO in 2001, wide-ranging research has been conducted with respect to China's Protocol of Accession as well as the law of WTO Accession in general. And the research in this respect entered into a new stage since the Panel Report of the case China-Raw Materials was issued in 2011. In particular, certain fundamental issues such as the legal status of protocols of accession are reconsidered since then. Notwithstanding, it is of significant practical values to further enhance the research, particularly for China, because China's Protocol of Accession contains a large quantity of WTO-plus obligations, and, meanwhile, more than half of the disputes to which China is a party involve certain provisions of the Protocol. This article gives several pieces of advice regarding the methodology for the further research, and presents views with respect to two specific issues, i.e. (1) the protocols of accession are not directly but just indirectly enforceable under the DSU, (2) the special methodology for price comparison shall not be permitted in anti-dumping proceedings against Chinese products after 11 December 2016.

Keywords: protocols of accession; WTO-plus obligations; dispute settlement

(责任编辑:黄志瑾)