

论WTO协定为不完全契约

韩逸畴

(清华大学法学院, 北京 100084)

摘要: 传统国际贸易理论通常把贸易协定视为完全的, 或作为规定所有相关的政策工具和覆盖所有可能偶发事件的契约。但是, 在现实中, 大多数契约相当简单和倾向于不完全。当契约没有规定全部当事方在所有未来可能的状态下权利和义务时, 它们被认为是不完全的。交易成本、有限理性和战略模糊是契约具有不完全性之成因。WTO协定通常被描述为成员方之间为互惠交换利益的契约。近来, 该契约在很多重要方面不完全已被WTO学者所广泛接受。WTO起草者意识到契约漏洞存在的严重性和经济环境中不可避免的不确定性。为给成员方留下一些必要的“呼吸空间”, WTO协定规定某些可证明暂时或永久、部分或全部不履行为正当的贸易政策灵活性工具。

关键词: WTO协定; 不完全契约; 交易成本; 有限理性; 战略模糊

中图分类号: D996.1/F746.18 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2014)04-0055-15

国际条约所规定的义务通常要求国家对现有行为做出广泛的改变, 这些要求往往会左右国家批准和遵守条约的意愿。条约中的灵活性机制允许缔约方控制加入条约的风险, 这将增加条约的吸引力, 促进国家的加入与批准, 最终推动国际合作的发展。例如, 在基于条约的预期合作收益被证明是华而不实时, 灵活性机制允许缔约方修改、重新调整甚至退出承诺, 为他们提供避免损失的措施。因此, 灵活性机制对于国家在条约遵守方面的计算有影响。如果条约中包含灵活性机制, 国家就可以调整其承诺, 因而避免大规模的违约现象。^①本文通过明确WTO协定为不完全契约, 将有利于研究WTO贸易政策灵活性机制内契约(intra-contractual)^②灵活性机制、契约的执行与成员守约的意愿等问题之间的复杂关系, 将有利于理解国家制定贸易政策的动因和遵守多边贸易规则的趋势。以美国为例, 其国内利益集团经常游说政府, 影响在区域贸易协定中的贸易政策和在双边谈判中的减让; 主张提高适用关税或就特定产品提供关税豁免; 对美国贸易代表处(USTR)施加压力以增加对特定伙伴的执法力度;

① Laurence R. Helfer, Flexibility in International Agreements (January 3, 2013). In Jeffrey Dunoff & Mark A. Pollack, eds., *International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012:175-76.

② 一个最理想的契约将能够规定所需的灵活性。它将在内契约的行为和外契约的行为之间有所区分。前者如由外部冲击(不曾预料到的意外事件)所引起的在契约上允许的行为, 后者如可归因于机会主义行为的不被允许的行为。Anne Van Aaken, "International Investment Law Between Commitment and Flexibility: a Contract Theory Analysis", *Journal of International Economic Law*, 2009, 12(2):513.

甚至推动行政当局实施或不实施WTO专家组和上诉机构的特定裁决,等等。

一、不完全契约理论概述

古典和新古典的世界是一个不存在不确定性的世界,所有市场参与者都被假定具有完备的知识,即便存在某种不确定性,也可通过概率计算将其转化为纯粹的“风险”。^①新古典契约理论的假设是,“契约是在有秩序、不混乱、没有外来干扰的情况下顺利进行并完成的。这主要表现在:契约条款在事前都能明确地写出,在事后都能完全地执行;当事人还能准确地预测在执行契约过程中所发生的不测事件,并能对这些事件作出双方同意的处理;当事人一旦达成契约,就必须自愿遵守其契约条款,若发生纠纷,第三者能强制执行契约条款。”^②

但在现实中,制定一个完全契约,不仅不切实际,也不可行,因为缔约方不能完全预见未来。^③未来必定存在不确定性,只有未出现不可预见的情形,^④并且承诺所固有的相互性没有遭到破坏时,履行诺言才具有合理性。当然,当市场条件变化对缔约者不利时,这种不确定性也会给机会主义行为留下可乘之机,其可能以契约前提的改变为由而不履行原先的承诺。

契约往往具有不完全性,其原因主要在于:外在环境的复杂性、不确定性;信息的不对称和不完全性;个人的有限理性(bounded rationality)等,这都导致当事人无法达成内容完备、设计周详的契约条款,或契约仲裁者不能证实或观察一切;契约之签订和执行需要一定成本等等。各种因素表明,契约将不可避免是不完全的。^⑤“所有复杂的契约都不可避免地是不完全的。这就是交易经济学的简史。”^⑥本文认为,交易成本、有限理性和战略模糊是契约具有不完全性之成因。

(一) 交易成本

Horn、Maggi 和 Staiger假定政府在设计贸易协定时会遇到两个基本挑战:首先

① 参见[美]富兰克·H·奈特.风险、不确定性和利润[M].王宇,王文玉,译.北京:中国人民大学出版社,2005:4.

② [美]科斯,哈特,斯蒂格利茨等.契约经济学[M].李凤圣,译.北京:经济科学出版社,1999:12.

③ Steven Shavell, “Damage Measures for Breach of Contract”, *Bell Journal of Economics*, 1980, 11(2):466-490.

④ 契约不完全表现为两种迥异的形式。第一,契约未能明确缔约方对特定的未来不测事件所承担的责任。例如,加盖一所房子第三层的缔约没有约定整栋房屋在建筑完工之前烧毁时缔约方各自的权利与责任。如果没有底下两层,也就无所谓加盖第三层,因此契约没有约定房屋烧毁的不测事件。第二种形式更微妙。如果不受将来的相关不测事件影响,缔约方的责任完全明确,但这些责任并非依将来的相关事件来确定,契约是不完全的。例如,就一方在房子附近建造车库的例子。契约规定一方有义务建造该车库,无论附近房屋在车库建造完毕之前是否烧毁。从另一个意义上讲,这一契约是不完全的。因为建造车库的义务没有充分考虑到将来的不测事件。如果房屋烧毁,缔约方可能需要调整契约条款。这属于不充分考虑不测事件的契约。法院承认第一种形式的不完全,也知道他们必须决定如何填补空白。参见[美]尹恩·艾尔斯,罗伯特·格特纳填补不完全合同的空白:默认规则的一个经济学理论[J].李清池,译.北大法律评论,2005(2):37-74.本文主要讨论不完全契约第一种形式。

⑤ Alan Schwartz & Robert E. Scott, “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, *Yale Law Journal*, 2003, 113(3): 594-595. 经验证据表明,人实际上只能表现出有限的理性、有限的意志力和有限的自我利益。因此,应当对法律进行更复杂、更精确的经济分析。See Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, “A behavioral approach to law and economics”, *Stanford Law Review*, 1998, 50(5):1471-1550.

⑥ Oliver E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford: Oxford University Press, 1996:37.

是存在边境措施和国内措施等大量政策手段。这个特征表明该协定在其政策覆盖面上应具有广泛性。其次是在该协定期限内存在诸多不确定的情形。这个特征表明该协定应当高度状态依存。如果契约没有成本,这些特征不会造成麻烦。但在现实中谈判和草拟一项贸易协定都有巨额成本。协定越具体,这些成本可能越高,这包括该协定力图限制的政策和规定的偶发事件。^①

研究表明,契约不完全性的关键原因,很可能是来自于交易成本。同缔约相联系的不同交易成本可分为:第一,在订立契约的过程中确定所有可能的偶发事件的成本。第二,在草拟正式契约和完成契约时涉及到的成本。例如,用语言描述所有状态和反应。第三,同契约谈判相关时间成本,可称为“等待成本”。更具体地说,形成契约的过程就像轮流提案谈判的情形。商定契约所需时间越长,所付出的成本也就越大。第四,即便草拟契约的成本不是过分得高,认真阅读契约以保证其不包含有利于一方的陷阱,这也是件错综复杂和代价很高的事情。第五,推断最终的结果也可能代价昂贵。^②换句话说,书写契约的成本(即墨水成本)、阅读契约时所付出的成本(即阅读成本)、信息搜寻成本、谈判成本、监督履约情况的成本和可能发生的处理违约行为的成本都是交易成本的构成部分。

交易成本理论是由科斯首先提出,并由Williamson、Klein和张五常等人发展而来。根据科斯的定义,交易成本是指“为了完成一项市场交易,必须弄清楚谁是某人与之交易者,必须告知人们,某人愿意出售某物,以及愿意在何种条件下进行导致协议的谈判、签订合同并实施为保证合同条款得到遵守所必要的检查,如此等等。”^③换言之,交易成本又称交易费用,是指为达成一笔交易所要花费的成本,也指买卖过程中所花费的全部时间和货币成本。这意味着人们交往、彼此合作达成交易以及缔约过程都要付出一定的代价。当缔约方写下偶发事件的成本超过利润,其将会理性地承受由此带来的不确定性。

同样,由于缔约时不能完全预见涵盖于契约之中的所有交易事项及其未来可能产生之争议,不能考虑到外部环境和当事人行为的变化,WTO协定也是一个高度不完全的契约。契约条款的刚性因不能适应这种变化而引发刚性成本,如果对一个偶发事件清楚地说明与允许或禁止的行为反应会产生自由裁量成本。当一项协定的刚性很强时,其“自由裁量成本”就会很高。^④相比于一般国际合作,WTO谈判过程更加复杂,交易成本也相应增加,因此设计灵活性较大的制度就成为该多边贸易体制的必然选择。

① Henrik Horn, Giovanni Maggi and Robert W. Staiger, “Trade Agreements as Endogenously Incomplete Contracts”, *American Economic Review*, 2010, 100(1):395.

② World Trade Report 2009, pp.41-42. Available at: http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm.

③ R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 1960, 3:15.

④ Henrik Horn, Giovanni Maggi & Robert W. Staiger, The GATT/WTO as an Incomplete Contract. [2013-04-01]. http://www.crei.cat/conferences/The_Economic_Effects_of_Globalization/activities/sc_conferences/29/papers/maggi.pdf.

（二）有限理性

传统经济学总是在理性和自利的关键前提下，研究一切可能或最优的方法或机制。但是，考虑到人们可能会发生认知错误等局限，而且自利动机的假设也不能完全反映现实经济行为的所有动机。与此同时，也不能断定非理性和利他行为没有对经济活动产生的影响。因此，无论是现实世界中，甚至实验上，人们都未必完全理性，并据此做出最优的选择。

交易成本经济学据以运作的认知假设和自利性假设分别是有限理性和机会主义。

“第一种假定认为，代理人主观上是想理性行事的，只不过要在有限的范围内才这样作。这一点是千真万确的，并且会对人们构思合同主题的方式起着巨大的影响。第二个假定认为，不能指望代理人会自觉信守承诺，因为他们在追求自己的目标时，会甩开协议的文字（规定），背离协议的精神。这种对人性的略带忧郁的看法在警告合同双方（以及研究履约实践的学者），要当心各种危险。当然，人们可能、偶尔也的确是疑心太重，谨慎过分。”^①

有限理性被定义为是“在意图上是理性的，但仅在有限程度上如此”的行为；机会主义则被定义为用诡计来追求自我利益。由于有限理性之故，所有复杂的合约都不可避免地是不完全的理性的代理人将试图有效竞争。这明显符合“理性精神”传统。但是，也得承认他们的局限性。因此，应把到目前为止被忽视的事后治理研究摆上研究日程的中心位置。有限理性对于经济组织的研究尤为重要。首先，“正是由于个体的人在知识、远见、技能和时间上都是有限的，组织才成为实现人类目的的有用工具”。要不是因为有限理性，所有的组织问题都将被瓦解，而有利于阿罗·德布鲁式的完全缔约或者机制设计性质的完全缔约。其次，头脑现在变成一种稀缺资源。这就意味着要把组织当做节约脑力这种稀缺资源的一种手段来研究。^②

传统经济学的“理性人”假设是对亚当·斯密“经济人”假设的延续。但是，基于行为人稀缺的心理资源和系统固有的不确定性而产生的“有限理性”正逐步取代“经济理性”成为经济学研究的理性假设。^③“人类学，尤其是现代精神分析学已经告诉我们，人类理性乃是人这种动物长久的历史性建构，人的精神根须还伸展下去达到其原始的土壤。然而，对非理性事物的发现却在理性本身的活动范围之外，它们是在我们生活中运用理性的顽强障碍，也是坚定的理性主义者依旧希望通过更加明智地运用理性这种工具本身得以绕过的障碍。而更加决定性的局限，乃是那些在理性运用范围之内、在物理学和数学这些较为精密的科学中已经显露出来的局限。”^④

① [美]奥利弗·E.威廉姆森.资本主义经济制度——论企业签约与市场签约[M].段毅才,王伟,译.上海:商务印书馆,2002:540.

② Oliver E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford: Oxford University Press, 1996:6,42-43, 36-37.

③ 参见袁艺,茅宁.从经济理性到有限理性:经济学研究理性假设的演变[J].经济学家,2007(2):21-26.

④ [美]威廉·巴雷特.非理性的人——存在主义哲学研究[M].段德智,译.上海:上海译文出版社,1992:38.

有限理性并不意味着非理性,而是人的愿望合理,但只能有限地做到。其假设观点的核心是简单意识到人类缔约错误。这表现在三个方面:首先,缔约方经常不能预期未来某种情形的存在,他们缺乏思考世界可能状态的想象力,无论是环境情形或者人类行动。因此,他们错误地把百分之零的概率指定为正面可能性的偶发事件。其次,缔约方把错误的可能性指定为可能的偶发事件,或者错误地说明其影响或大小。交易者通常省略重要的细节或者忽视其契约规定的动态影响。第三,缔约方经常写下相互矛盾的条款和就相反解释的措辞达成一致意见。有限理性可能导致对契约不完全性的疏忽。^①现实的环境中存在着大量的不确定性和信息的不完整性,决策者不会花费无限的时间和精力去收集和处理信息,并且又囿于认知能力本身的局限,其理性认知能力受到心理和生理上的客观限制。^②

基于有限理性的假设,国家在缔结条约时也不能完全预测到可能的外部突发事件,也没有能力估计其所带来的后果。如果当事方预见到所有相关的偶发事件,即可将其并入契约之中,从而为规避风险提供保护。但常识和法院判例表明这样的预见并不合理。无论当事人如何有经验并小心地设计其契约,由于“未能预见之偶发事件”(unforeseen contingencies),其永远都要面对风险。^③例如,语言方面的限制意味着国家的代理人可能无法通过语言、数字或图表清楚地表达其知识或感觉,并以某种方式让其他人理解。此外,一方当事人出于机会主义考虑,可能不会披露其单独占用的信息,排除某些特定问题的谈判。例如,一方当事人可能隐瞒从契约中将会增加的总收益,以便增加自己在这些收益中的份额。在缔约过程中,由于当事人有限的知识不可能预见所有未来可能出现的偶发事件,如果对契约义务在所有相关的偶发事件进行列举和谈判,所耗费的成本将不可估量。因此,当事人有时可能放弃对低概率和不重要的偶发事件条款的谈判。博弈论对默认规则(default rule)的分析就是以所有契约具有不完全性的假设开始。当争端出现时,法院使用默认规则填补这些契约漏洞。^④

在国际贸易领域,同样存在着诸多不确定性和信息的不对称。例如,根据一项贸易协议,富国同意逐渐减少对来自穷国农业的进口障碍,穷国反过来同意在知识产权保护方面进行投资以造益于富国出口商。如果富国预期其农业生产者能转而生产不必面对进口竞争的农作物,或者在其他方面使其资产获利,就会达成该协议。如果国内农业结构重整的成本超过可能来自协议中的任何共同收益,可能是出于生产中不可预料的技术改变、储存或运输方法,富国可能想要调整其义务以减少这些成本的灵

① Simon A.B. Schropp, Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO –Reform Agenda Towards an Efficient “Breach” Contract, Dissertation of the University of St. Gallen, 2008:62–63.

② John Conlisk, “Why Bounded Rationality?” *Journal of Economic Literature*, 1996, 34(2):669–700.

③ L. Anderlini, L. Felli & A. Postlewaite, “Courts of Law and Unforeseen Contingencies”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 2006, 23(3):662–684.

④ Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman, “Economic Analysis of International Law”, *Yale Journal of International Law*, 1999, 24: 34.

活性,但他们保留灵活性就会减少穷国达成协议和投资于其中的动机。^①在WTO法学界,有学者认为不确定性的关键是国内参与者偏好的不明确,^②或者不知道未来的时间里决策者的政治压力。^③

国际贸易协定具有不完全性主要是由于交易成本及行为人有限理性的存在。这种不完全性分为两大类:首先是疏忽型不完全性,它是因未预见到的或然事件造成的,或由于协定用语的不准确和语意不清晰导致。缔约方认为他们已经明确一个问题,例如以全面和明确的语言加以规定。但所选择的语言事实上存在相反解释的可能性,或者疏忽地留下可被一方当事人恶意滥用的漏洞。还可能出现的情况是所出现的偶发事件根本没有被预期会发生。其次为预见型不完全性,这又可包括四种情形:因为未来或然事件发生概率的不确定性造成的必然型不完全性;因信息不对称或不完全造成的战略型不完全性;因详细订立某一条款的成本太高而造成的效率型不完全性;因信息不对称与成本收益考虑造成的必要型不完全性(战略型和效率型不完全性之结合)。疏忽型和可预见型不完全性之区别在于,在前者的情况下当事方只能假定不完全性迫在眉睫,而后者当事方知道这一事实并相应地行动。^④

(三) 战略模糊

Battigalli 和 Maggi认为,要描述相关的偶发事件成本过高,这就产生契约不完全性的两种可能形式:刚性和灵活性。前者意味着当事方的义务对外部状态并不是充分地偶然发生;后者意味着契约并不规定当事方行为的充分细节。^⑤Maggi和Staiger使用简单形式的模糊逻辑,提出有一种本质上模糊不清的契约语言。这指的是第三种契约不完全性——模糊性。本文主要是研究拥有信息优势的缔约方,战略性地利用信息不对称获利,从而造成契约不完全的情形。

条约法的本质是不精确和不完全性。^⑥条款精确性和模糊性的最优组合也是契约设计中的重大挑战。^⑦不完全契约和模糊的法令一样,都为相关的行为者留下剩余的灵活性。最优的契约可能是不完全的。^⑧首先,同模糊的法令一样,模糊性的价值在

① Robert E. Scott, Paul B. Stephan, *the Limits of Leviathan, Contract Theory and the Enforcement of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006:61-62.

② H. V. Milner & P. B. Rosendorff, "Democratic Politics and International Trade Negotiations: Elections and Divided Government as Constraints on Trade Liberalization", *Journal of Conflict Resolution*, 1997, 41(1):117-146.

③ B. P. Rosendorff, "Stability and Rigidity: Politics and Design of the WTO's Dispute Settlement Procedures", *American Political Science Review*, 2005, 99(3):389-400.

④ Simon A. Schropp, *Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO: A Law and Economics Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009: 61-77.

⑤ Pierpaolo Battigalli and Giovanni Maggi, "Rigidity, Discretion, and the Costs of Writing Contracts", *American Economic Review*, 2002, 92(4):798-817.

⑥ S é bastien Jodoin, "Engagement and Escape: International Legal Institutions and Public Political Contestation", *Journal of International Law & International Relations*, 2010, 6(1):4.

⑦ Albert Choi & George Triantis, "Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions", *Yale Law Journal*, 2010, 119(5):924.

⑧ 例如,《联合国海洋法公约》在扩大沿海国的管辖权和缩小公海自由的调整过程中留下空间和余地,这就是海洋法中的剩余权利问题。参见周忠海.论海洋法中的剩余权利[J].政法论坛.2004(5):174-186.

于降低成本。这种模糊性可在管理机构和法院准立法性的程序中得到填补。政府经常有意使协定不精确或不完全,留待随后的国家实践澄清或加强。^①其次,在获取私人信息方面处于有利地位的缔约方不希望契约具有完全性。契约中的不完全性和法令中的模糊性一样,可能源于行为者战略性的行为。契约具有不完全性,可能是因为缔约方在谈判的过程中不想披露私人信息;立法者制定模糊的法令,可能是想避免引起公众愤怒的责任后果,而把解决模糊词语的不利结果交给管理机构或法院解决。^②换句话说,缔约一方出于策略考虑,可能会保留增进缔约总体收益(“饼的尺寸”)的信息,以增进他在缔约收益中的个人份额(“饼的份额”)。在国际贸易过程中,关于可靠性或缺乏可靠性的大量有关信息在实质上均属私人信息,即不能与他人分享和交流的信息。这就可能产生机会主义的行动,亦即造成战略性质的不确定性。契约不完全性源自于战略模糊,即当事方以从中获利的方式隐瞒契约中的信息以影响对手的行为。^③当一方当事人比其他当事人拥有更多信息时,其可能会有意让契约不完全,以控制对方的行为。^④例如,两国签订贸易协定,一方可能希望契约中能包含某些情形下允许违约的条款,为避免给贸易伙伴造成不可靠的印象并减少达不成这项协定的可能性,其最终可能放弃提出这样的建议。此外,在复杂的交易中,也不可能同时解决所有的问题。因此,当事方可能会故意地让契约不完全,而希望能在往后的交易过程中逐渐达成共识。

契约不完全通常是设计巧妙的契约之重要特征。如果契约包含明显的漏洞,就能为当事人提供很大的自由裁量权。^⑤“因此,契约的不完全并不意味着缺乏远见。相反,当事人会初步设计出各种替代的缔约方案,并比较它们的后果。”^⑥如果因为不可能提高规则明确化的程度,或这样做的成本过高,政府在制定一项不够精确的协定之后,可能愿意授权给独立的机构来填补协定中的漏洞。从某种意义上说,这种授权是彻底的,留给政府的灵活性很少。但是,精确性并非都是可取的,低水平的精确性可能是有意的选择。尤其是在未来不确定时,政府可能宁可让一项国际协定不精确,避免在面对不可预见的发展时陷入不利的最初让步之中。只要出现解释的问题,政府将走到一起进行再谈判。^⑦可见,使契约不完全可能更符合当事人的利益。特别是,如果一方当事人在完全契约中违背其承诺,另一方只能付诸耗费成本和时间法律手

① Laurence R. Helfer, “Constitutional Analogies in the International Legal System”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2003, 37(2):196; See also Joel P. Trachtman, “The Domain of WTO Dispute Resolution”, *Harvard International Law Journal*, 1999, 40(2):346.

② Gillian K. Hadfield, “Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law”, *California Law Review*, 1994, 82(3):547-550.

③ I. Ayres & R. Gertner, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: an Economic Theory of Default Rules”, *Yale Law Journal*, 1989, 99(1):87-130.

④ E. Rasmusen, “Explaining Incomplete Contracts as the Result of Contract-Reading Costs”, *Journal of Economic Analysis and Policy*, 2001, 1(1):1-30.

⑤ D. Bernheim & M. Whinston, “Incomplete Contracts and Strategic Ambiguity”, *American Economic Review*, 1998, 88(4):902-932.

⑥ Oliver E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford: Oxford University Press, 1996:45.

⑦ Alexander Roitinger, *The Institutional Design of Trade Policy Flexibility in the World Trading Order: Analysis and New Direction for Reform*, Dissertation at Universität St. Gallen, 2004:28.

段。相反,如果契约是不完全的,其就可能以较小的成本对违约方进行报复。这种报复的威胁可为双方长期维持更好的结果提供帮助。^①此外,由于审阅契约的成本与草拟契约的成本一样重要,即便复杂的条款确实能够造益于双方当事人也会被彻底否定。^②

此外,条约起草过程中的缺陷也是造成契约不完全之原因。这与谈判时可预见的情形或不可预期的情形有关。前者是外交实践和多边条约谈判不可避免地产生有缺陷的条约。例如,条约语言中的不一致、空白或矛盾可能是由于疲倦的谈判者或漫不经心的起草者粗心草拟所致。在谈判的过程中,如果律师受到邀请,通常也是在最后阶段才参与的。虽然律师参与并对草拟约文起指导作用,但妥协的代价是约文的模棱两可。条约各方面无非是一种认同分歧的协议。据说,在乌拉圭回合谈判晚期,谈判者并不愿意让律师解决条约语言中的不一致和所谓漏洞。内置的保障措施(built-in safeguards),例如起草或审议小组,有利于减少但不可能完全规避条约起草造成缺陷的风险。^③后者指当事方在缔约时并未想到具体情形。这是因为人们客观上难以在事前完全列举一项交易所有可能的状态。

Ian Macneil曾提到,法律体系“没有作出守信的彻底承诺”。契约补救一般都是法律体系所能提供的最弱的措施。即使这样,也有许多条款和技巧限制着这些补救措施:不可能性、挫折、错误、操纵性解释、补偿、非法性、强迫、不正当影响、昧良心、能力、实体表现条款、可分割性、欺诈行为等。几乎任何契约条款都能够而且确实使法律体系对守信的承诺不完全。^④

二、WTO协定的契约本质

政治经济学是把“方法论的个人主义”和“理性选择理论”的经济学概念适用于政治决策领域。政治过程被理解为获得优势互补的方式。^⑤在传统的经济学理论中,对人的行动持理性(经济人)的假设占据主导地位。新古典经济学家继承和发展古典经济学家理性人的假定。理性选择理论对人的行为的假定包括以下内容:个体的行动决定是合乎理性的;个体可以获得足够充分的有关周围环境的信息;以及个体根据所获得的各方面信息进行计算和分析,从而按最有利于自身利益的目标选择决策方案,以获得最大利润或效用(利润或效用最大化假定)。方法论的个人主义又称个人主义方法论,是将社会的发展看作是许多个人的聚集,并以此视角来解读和研究。其

① World Trade Report 2009, p.42. Available at http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm.

② E. Rasmusen, "Explaining Incomplete Contracts as the Result of Contract-Reading Costs", *Journal of Economic Analysis and Policy*, 2001, 1(1):1-30.

③ Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford: Oxford University Press, 2009:141-42.

④ Ian R. Macneil, "The Many Futures of Contracts", *Southern California Law Review*, 1974, 47(3):730.

⑤ Simon A. B. Schropp, *Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO: a Law and Economics Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009:135.

核心思想是：社会理论的研究必须建立在对个人意向和行为研究的基础之上，分析研究对象的基本单元是有理性的个人，并由此假定集体行为是其中个人选择的结果。^①

从某种意义上说，条约是国际层面的契约。^②国际贸易协定可被视为一种商业契约，而不是一套行为规范。^③国际法是国家之间的契约，有时是一个明确的契约（条约），有时是一个默示的契约（国际习惯法）。正如私人缔约方通常从相互履行他们的义务中获益，国家通常从履行国际法的义务中获益。^④同契约一样，条约也规定当事人之间的权利和义务。从本质上说，国际协定就是国家之间允诺的交换。无论它们是成熟的条约或者仅仅是意图的声明；无论它们要求对国内实践的完全改变或者只是反映目前的行为；也无论它们是否包含执行条款。国际关系中的一项国际协定，简直就是常见的私人契约的类似物，只不过其当事方是国家或政府而非私人个体、企业或协会而已。一项国际协定可广范地定义为有条件承诺的交换，每个国家借此宣称只要其他国家的行动与承诺相一致，其也将以某种方式行动。^⑤法院时常重复条约是国家之间契约的格言。契约理论可为法官解释条约提供一种新的语言和一套新的工具，为法院解决条约中的歧义条款提供一致和基础牢固的框架。^⑥当然，国家与私人个体交换的允诺之间也存在很重要的区别。然而，与契约相类比很有意义，因其能为研究国际协定提供很好的起点。例如，科斯定理就是来自契约理论的最基本的想法。在没有交易成本的情况下，当事人商议一个有效的契约，即可产生最大可能共同盈利的契约。契约条款会为该盈利提供某些分配。从本质上讲，WTO一揽子协定是国际条约。^⑦因此，WTO是一个国际公法契约，^⑧也是一个福利最大化的契约。^⑨传统政治经济学派认为，WTO是利己主义政治官员之间相互受益的政治契约。^⑩在日本酒税案中，上诉机构报告也认为WTO多边贸易协定是国际层面的契约。^⑪

其次，国际条约被类比为契约，其有效性也是来自当事人的协议。^⑫WTO成员资

① 参见张弛.国际法学的“量子力学革命”——评法经济学在国际法研究中的应用[J].东南学术, 2012(2):96-101.

② “合同”(Contracts)和“契约”(covenants)指的是理解国际协定的两个不同然而并非不相容的概念。国家缔结“合同”以增进利益，缔结“契约”以体现规范性承诺。在国际法学界，以利益和规则导向的协定在本质上是可互换的。See Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, 2000, 54(3): 424.

③ Michael Finger, “A Diplomat’s Economics: Reciprocity in the Uruguay Negotiations”, *World Trade Review*, 2005, 4(1):28-29. 契约理论不仅适用于国际贸易法，这种方法论也可用以分析投资法中的承诺与灵活性机制。See Anne Van Aaken, “International Investment Law between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis”, *Journal of International Economic Law*, 2009, 12(2):507-538.

④ Eric A. Posner & Alan O. Sykes, Efficient Breach of International Law: Optimal Remedies, “Legalized Noncompliance,” and Related Issues (March 7, 2011), *U of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 546; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 409, p.9. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1780463>.

⑤ Richard B. Bilder, *Managing the Risks of International Agreement*, Madison: University of Wisconsin Press, 1981: 5.

⑥ Curtis J. Mahoney, “Treaties as Contracts Textualism, Contract Theory, and the Interpretation of Treaties”, *The Yale Law Journal*, 2007, 116(4):824-857.

⑦ 顾婷. WTO法的国际公法属性[J]. 东方法学, 2009(3):111-119.

⑧ Andrew T. Guzman, The Design of International Agreements, *European Journal of International Law*, 2005, 16(4): 585.

⑨ 在这个契约中，所有不同的制度选择被简化为个体偏好和经济福利考虑。See Gregory Shaffer & Joel Trachtman, Interpretation and Institutional Choice at the WTO, *Virginia Journal of International Law*, 2011(52):105-107.

⑩ PC Mavroidis, “Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place”, *European Journal of International Law*, 2000, 11(4):790.

⑪ *Japan – Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (adopted 1 November 1996), p.15.

⑫ Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman, “Economic Analysis of International Law”, *Yale Journal of International Law*, 1999, 24:30.

格就是通过国家愿意为该体制规则所约束的契约（以条约为基础）同意获得的。正如所有契约一样，最大化来自贸易中的收益符合缔约方的利益。^①在WTO中成员资格等同於契约的观点甚至也被上诉机构自身所认可。^②当两个国家双边协商的贸易关系受挫而发生争端时，WTO成员之间的关系进一步被类比为契约，这并不是由于多边规则被违反。同国内法相比，WTO反制措施近似于因另一方当事人违约而中止或不履行一项契约义务。^③从英美契约法的视角考虑WTO救济也许恰如其分，该制度为DSU救济机制缺乏弹性的问题提供了有见地的解决方案，因此WTO义务也可被视为贸易伙伴之间的契约。^④国际社会与私人市场的相似之处在于，国际社会也是个体或团体行为者为主体聚集、合作或交易的场所。^⑤其中，所交易的内容不仅涉及货物贸易、服务贸易，还有国家权力之分配。从这种意义上说，WTO就是个体为相互之间利益最大化，就特定议题相互交换国家权力之合作平台。

第三，条约如同契约一样，不能处理所有未来的偶发事件，即都具有不完全性。在契约理论中，一个众所周知的难题是如何处理不确定性。贸易法和投资法的一个普遍特征是在经济和金融方面经常出现不断发展变化的情况。过于严格和不灵活的契约可能会损害缔约方的共同盈余，因此在事前承诺和事后灵活性之间应当有所权衡。^⑥在国内法中，为达成一项共同福利最大化的契约，当事人会缔结具有法律约束力的契约。该契约会反映有效率的交易；当事人之间的争端通常由国内法院，或可能是某种形式的强制性私人仲裁来解决；在额外监控的边际收益超过边际成本时也将会提供监控。^⑦但是，国际协定似乎与上述描述不一致，因为其比国内契约具有更大的不完全性。因此，国家之间的协定通常不使用常见和容易使用的机制来增加承诺的可靠性。国家经常缔结软法协定而非条约，通常无法提供任何争端解决程序、很少或不要求对履行的监控或核实。对于所有国家预见和计划的不可能性，条约设计者必须寻找允许国家调整其义务以适应不断发展情况的方式，同时维护协定的合法性。^⑧当然，上述区别或许正好表明国内契约的主体与国际条约的主体都被假定为理性主体，根据自身利益需要设计规则。^⑨

① Warren F. Schwartz & Alan O. Sykes, "The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization", *The Journal of Legal Studies*, 2002, 31(1):180.

② *Japan - Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted on 1 November 1996, p.15.

③ Joost Pauwelyn, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules - Toward a More Collective Approach", *American Journal of International Law*, 2000, 94:340.《条约法公约》第60条也规定，“条约因违约而终止或停止施行”。

④ David Collins, "Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO", *Journal of World Trade*, 2009, 43(2): 225-244.

⑤ Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman, "Economic Analysis of International Law", *Yale Journal of International Law*, 1999, 24:13.

⑥ Anne Van Aaken, "International Investment Law between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis", *Journal of International Economic Law*, 2009, 12(2): 507-538.

⑦ Andrew T. Guzman, "The Design of International Agreements", *European Journal of International Law*, 2005, 16(4):587.

⑧ Krzysztof J. Pelc, Johannes Urpelainen, *On the Use of Efficient Breach in International Agreements*, p.4. [2013-04-12]. <http://peio.vweb10-test.gwdg.de/files2011/papers/Pelc,%20Urpelainen%2007.12.2010.pdf>.

⑨ 使用促进可靠性手段（credibility-enhancing devices）产生两种主要的效果：一是增加给当事人产生利益的遵守；二是当一项义务被违反时，使用导致当事人损失结果的制裁。因此，在决定是否使用促进可靠性手段时，国家必须考虑到增加遵守的收益与声誉制裁成本之间的基本权衡。See Andrew T. Guzman, "The Design of International Agreements", *European Journal of International Law*, 2005, 16(4):599.

当然,理性主义范式也有理论盲点。如果WTO被视为成员之间一个功能性的工具(契约),那么就假定其条款被预先规定,只有很小的余地进行制度变迁。伴随着《维也纳条约法公约》对文本通常含义解释的痴迷,理性主义对无效率或过度授权给司法机构具有忧虑。这种墨守原文决定论被描述为一种预编程序式的制度选择,假定在很大程度上忽视WTO规范可通过行动者在WTO内的社会互动和正式讨论而自发地形成。由于WTO成员之间权力和资源的非对称分布,任何国际政治过程都易于受到各种偏差的影响。在谈判和诉讼时,来自发达国家强大和足智多谋的官僚和利益群体往往胜过发展中国家。^①

三、WTO协定为不完全契约

在国际贸易领域,国家独自理性制定的贸易政策能够改善本国的贸易条件,但这有可能恶化其他国家的贸易条件而产生外部性。根据贸易条件理论,政府可利用贸易协定摆脱由贸易条件驱动的“囚徒困境”。^②即便如此,国际贸易协定也不能覆盖所有可能的政策领域和未来的偶发事件,其原因在于:首先,协定不得不过分限制国内决策而在政治上难以实现。其次,权衡性政策在某些政策领域不可避免。第三,即便可以想象有一个完全贸易协定可管制影响贸易流动的所有决策领域,但这样的协定成本也太高。^③正如克莱因所说,契约的不完全性有两个原因:一是不确定性意味着存在大量可能的偶然性,且要预先了解和明确针对这些所有可能的反应,其费用相当高;二是履约的度量费用也是很高。关于不完全契约存在的原因,仍是契约理论研究的前沿领域。第三方能否验证、能否成为契约不完全的原因是最近争论的焦点。^④

由于WTO管辖权的制度创新、条约规范增补和事实上的优先,现有多边贸易体制正变得日益制度化、法律化和规范化。法律化正是国家增加其承诺可靠性的主要方法之一。但是,对于规则的聚焦造成WTO是一个完全契约的错觉。WTO协定日益迈向“司法化”给人造成其包含所有可能冲突问题的答案,以及争端解决就是适用正确法律文本的印象。但是,这种“司法化”方法可能适得其反。首先,这导致解决不可预料情况的灵活性的丧失和不满意的当事方可能远离该体制和诉诸外部的解决方法。其次,过度服从于程序、法规和尊重法律的细节可能会使争论者感到灰心和导致重要的问题得不到解决。第三,这可能招致好战的成员启动形式上正确,但违反协定精神的争端。批评者认为,过于依赖条约的文本会失去GATT最初的精神和共享的合作意

① Sungjoon Cho, "Beyond Rationality: A Sociological Construction of the World Trade Organization", *Virginia Journal of International Law*, 2012, 52(2):325-326.

② Kyle Bagwell, Robert W. Staiger, "What Do Trade Negotiators Negotiate About? Empirical Evidence from the World Trade Organization", *The American Economic Review*, 2011, 101(4): 1238-1273.

③ World Trade Report 2009, p.28. Available at http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr09_e.htm.

④ [美]科斯,哈特,斯蒂格利茨.契约经济学[M].李凤圣,译.北京:经济科学出版社,1999:15.

识。^①Joost Pauwelyn指出, WTO不能信奉更多的法律化,而是要维持一定水平的灵活性或退出机制。特别是,必须抛弃一揽子的正统观念和允许差别化。此外,该体制应继续提供内容广泛的实体性例外、有意义的保障机制、豁免、关税和其他再谈判,在发生不遵守的情况下暂时性地补偿或中止,以及在第三方权利保持不变时对WTO规则的偏离等。必须澄清和坚持的是,这些灵活性和退出机制,包括在国际法更大的环境里适用WTO法,并不是需要通过逐步法律化来治愈的天生缺陷。^②

由于在加入WTO协定之前,没有任何成员方能对未来事件的影响,或其贸易伙伴可能采取的贸易政策有全面的知晓,他们也无法预知是否会出现什么紧急情况,将导致其成为加害方或者受害方。在谈判开始时,每个贸易协定的可能成员都面对这样的困境:在未来不确定性面前,对事后调整机制都有一种偏好;与此同时,每个成员都希望避免成为投机性背叛的牺牲品,因而倾向于支持契约的严厉性。在这种情况下,签约方最可行的应对方法是评估条约体制中的灵活性和执行的效率、可行性和可靠性。但是,由于涉及领域众多,WTO协定是在面对未来巨大的不确定性下谈判而来的,即使将GATT第19条、第20条、第21条和第28条设定为内置的灵活性机制,谈判者也不可能预期偏离协定的所有情形是否达到共同最优的结果。除实体性不完全之外,WTO还具有程序或司法上的不完全。一般法律完善契约的作用表明,没有制度是一座孤岛,每个制度都处在更广阔的制度环境中。但是,WTO通常将其与大部分的国际公法制度环境相隔离,其并不支持直接适用体制外的规则。专家组和上诉机构只限于适用实体WTO法,而无权适用一般实体国际法或其他常规国际法。^③

将WTO协定视为一种不完全契约,是因其不能为预见未来所有的意外事件或制定条件反应。情况改变和政治现实都要求适时调整,国内政策出于各种原因要求对某些承诺进行修改。^④Horn、Maggi和Staiger认为,GATT/WTO如同所有贸易协定一样,明显是高度不完全的契约。从不完全契约的视角,有助于理解GATT/WTO的三个核心的特征:首先,除根据国民待遇条款,国内的政策必须具有非歧视性,以及对国内补贴有所管制两个例外之外,该协定只约束贸易手段的水平。相比之下,国内手段主要留给政府自由裁量;其次,约束大体上为刚性,也有允许暂时性保护的例外条款;第三,只约束关税的上限,而低于界限部分留给政府自由裁量。^⑤即使当政府认识到不断变化的情况,并表示出修改和重新设计其合作性安排的意愿,贸易协定在某种意义上也总是不完全的。协定不能预见所有的不测事件。因此,虽然制度和契约条款能减少与契约不完全性相关的不确定性,也无法完全消除这些不确定性。这就带来两个启示:一是争端为契约不完全性的自然结果;二是不完全性的解决需要在灵活性

① World Trade Report 2007, pp.280-281. Available at http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr07_e.htm.

② Joost Pauwelyn, "The Transformation of World Trade", *Michigan Law Review*, 2005, 104(1):8.

③ Joel P. Trachtman, "The Domain of WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal*, 1999, 40(2):344-349.

④ Michael Finger, "A Diplomat's Economics: Reciprocity in the Uruguay Negotiations", *World Trade Review*, 2005, 4(1):31.

⑤ Henrik Horn, Giovanni Maggi and Robert W. Staiger, "Trade Agreements as Endogenously Incomplete Contracts", *American Economic Review*, 2010, 100(1):394.

和适应性与保持可预见性和稳定性之间达成微妙的平衡。^①

在学术界,很多学者从不完全契约的路径研究WTO。例如,美国哥伦比亚大学Mavroidis教授认为WTO协定是不完全契约。^②WTO至少在为其成员提供谈判的场所和设定稳定单边的关税方面有所贡献。WTO还建立支持贸易自由化的法律框架,以解决来自单边界定贸易政策所引起的消极外部性。如果没有由WTO促进的互惠关税减让,就可能出现螺旋式报复性关税的风险。如果没有WTO,任何国家都不会产生提供这种好处的动机。虽然这种好处延伸到成员方,以及成员方和非成员方之间的优惠贸易协定,但非成员方被排除在全球公共物品之外。鉴于大量的未决问题,WTO独特的争端解决功能自身也是一种全球公共物品,因为WTO就是这样使最初不完全的契约完全化。^③Mavroidis和Henrik Horn从GATT是不完全契约的概念出发,认为这种不完全性招致以邻为壑类型的行为,而国民待遇义务对此并不能提供完美的救济。GATS和GATT同样是一个在义务上不完全的契约,国民待遇在单边政策偏离共同议定的目标时作为惩罚而存在。^④GATS寻求在自由化目的与尊重公共政策目的间保持平衡。为此,其必须迎合WTO成员不同的文化、政治和社会传统。成员方可界定何种服务在政府行使权力的范围之列。根据GATS第1.3(b)条,成员方拥有界定何种服务属于政府行使权力范围之列的自由。该条款就是一个不完全契约,原则上需要在该条款规定的总体指导下通过WTO成员层面的管理自治加以完善。^⑤TRIPS协定要求WTO成员方之间的知识产权权利有某种程度上的调和,并因此为不同类型的知识产权权利设定最低的标准。但是,TRIPS协定和其他(不完全的)法律的联系并不十分明确。因此,TRIPS协定在允许TRIPS权利被国家自由裁量的审查权所回避、减损或丧失方面具有不完全性。GATT是刚性和灵活性的结合,一方面,契约义务对于经济和政治环境的变化基本上不敏感,另一方面国家在设定政策方面拥有很大的余地,例如可采用边境措施或者国内措施来操控贸易条件。知识产权保护就是一种“国内的”措施。^⑥鉴于商业规模的标准因情境而定,无论某种水平的非法复制是被视为

① World Trade Report 2007, p.361. Available at: http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr07_e.htm.

② Petros C. Mavroidis, "Trade in Goods, Reviewed by Maria J. Pereyra and Christopher Clinton", *International Trade Law & Regulation*, 2008, 14(3):75.

③ Fabrizio Cafaggi & David D. Caron, "Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders: A Symposium", *Journal of International Economic Law*, 2012, 23(3):647-648; Ernst-Ulrich Petersmann, "Mini-Symposium on Multilevel Governance of Interdependent Public Goods Introduction and Overview: A Research Agenda for Making 'Global Public Goods Theory' More Policy Relevant", *Journal of International Economic Law*, 2012, 15(3):709-719; Daniel Bodansky, "What's in a Concept? Global Public Goods, International Law, and Legitimacy", *European Journal of International Law*, 2012, 23(3):651-668.

④ Henrik Horn & Petros C. Mavroidis, "Still Hazy after all These Years: The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Case-law on Tax Discrimination", *European Journal of International Law*, 2004, 5(1):39-69; See also Petros C. Mavroidis, "Highway XVI Re-visited: the Road from Non-discrimination to Market Access in GATS", *World Trade Review*, 2007, 6(1):22.

⑤ Juan A. Marchetti & Petros C. Mavroidis, "What Are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk about Revolution", *European Business Organization Law Review*, 2004, 5(3):528.

⑥ Kamal Saggi & Joel P. Trachtman, "Incomplete Harmonization Contracts in International Economic Law: Report of the Panel, *China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R, adopted 20 March 2009", *World Trade Review*, 2011, 10(1):81-82; Kamal Saggi & Joel P. Trachtman, "Incomplete Harmonization Contracts in International Economic Law: Report of the Panel, *China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R, adopted 20 March 2009", In *The WTO Case Law of 2009: Legal and Economic Analysis*, Edited by Henrik Horn & Petros C. Mavroidis, Cambridge: Cambridge University Press, 2011:63-86.

以一种商业规模出现,还是有关适当标准的裁决只能以手头现有作品必不可少的市场数据作出。因此,就没有包含“商业规模”的明确定义而言,TRIPS协定是不完全的。^①《反倾销协定》也是一个不完全契约。其中各种不一致和漏洞由专家组和上诉机构来填补。^②Kamal Saggi和Joel P. Trachtman还运用不完全契约理论分析WTO的具体案例。^③

四、结论

人们出于研究方便将WTO协定类比于契约,如同将其简单比喻成为共同盈利之故而组建的公司协会,但其在事实上的复杂程度甚至可与礼俗社会相提并论。当然,由于提前规定缔约方应当如何在每一个未来场景行动的具体事项将是不可能或过于复杂和费用高昂的,从这个意义上说国际贸易协定确实同私人契约一样都是不完全的。^④

WTO协定不完全性体现在:其一是刚性,即其规则不能随着外部环境的变化而变化;其二是灵活性,即各国政府在执行贸易政策时有很大的酌情处理权,可自由地选择某些贸易保护主义政策。三是模棱两可性,即契约条款具有多种语义。这是各国为化解未来国内政治压力的有意选择,尤其是在意见出现分歧时达成共识的一种方式。简言之,WTO协定的不完全性体现在其为刚性的承诺和缔约方在权衡性政策领域部分或者根本不受到限制的未来决策之结合。前者表明协定不能随着外部环境的变化而变化;后者意味着国家许多政策工具不受贸易协定的约束。WTO协定对成员方的贸易政策进行约束,但在国内政策方面留给国家很大的自由裁量权,只受到国民待遇原则和国内补贴方面的限制。国家可能希望对其认为“太重要”而不能受制于贸易规则的问题如“国家安全”保留政策空间。^⑤

正因为WTO协定本质上是不完全契约。政府认识到未来某个时间可能出现偏离义务的需要,也知道维护一项协定长期稳定性的意义重大,因而赋予国际贸易协定允许暂时性的偏离而不必对其终止的机制。具体而言,源于自由贸易的收益被广为认可,但开放性使得经济更容易受到外来不利的贸易冲击之伤害也为众所周知。GATT建立者觉察到受到损害的竞争集团可能运用这样的冲击作为违背GATT协定的借口,

① Kamal Saggi & Joel P. Trachtman, “Incomplete Harmonization Contracts in International Economic Law: Report of the Panel, *China—Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R, adopted 20 March 2009”, In *The WTO Case Law of 2009: Legal and Economic Analysis*, Edited by Henrik Horn & Petros C. Mavroidis, Cambridge:Cambridge University Press, 2011:79.

② Petros C. Mavroidis, Patrick A. Messerlin, Jasper M. Wauters, *The Law and Economics of Contingent Protection in the WTO*, Reviewed by Maria J. Pereyra, *International Trade Law & Regulation*, 2009,15(1): 32.

③ Kamal Saggi & Joel P. Trachtman, “Incomplete Harmonization Contracts in International Economic Law: Report of the Panel, *China—Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R, adopted 20 March 2009”, *World Trade Review*, 2011,10(1):63–86.

④ Claus D. Zimmermann, “Toleration of Temporary Non-Compliance: The Systemic Safety Valve of WTO Dispute Settlement Revisited”, *Trade, Law and Development*, 2011, 3(2):384.

⑤ World Trade Report 2012, p.72. Available at: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report12_e.pdf.

这就是GATT体制内提供关税义务例外的原因。这些例外允许政府保护受损害产业的同时,并不放弃其他行业获得的关税自由化。^①同样,WTO设计者也意识到经济环境的不确定性和契约漏洞存在的严重性,通过设计WTO贸易政策灵活性手段而允许成员方在其贸易承诺范围内拥有某种程度的灵活性和能够采取用以处理贸易承诺在做出时无法预知情形的措施。这也可称为贸易应急措施、安全阀或者例外条款,但上述措辞尚不足以涵盖其所有内容。^②这些条款被写入协定中以增加灵活性,因为其贸易伙伴容许他们在这些领域暂时不履行义务,国家并不担心出现上述情形时遭到报复。^③在暂停施行期间,WTO协定及其规定的义务仍然有效并处于“冬眠状态”,成员方履行WTO协定的义务被暂时解除,但一旦该特定情形消失应自动恢复施行。^④

【作者简介】韩逸畴:清华大学法学院博士后。研究方向:WTO法。

On WTO Agreements as Incomplete Contracts

HAN Yi-chou

(Tsinghua Law School, Beijing 100084, China)

Abstract: The traditional theory of international trade typically views trade agreements as complete, or as contracts that specify all the relevant policy instruments and cover all possible contingencies. In reality, however, most contracts are surprisingly simple and tend to be incomplete. Contracts are considered incomplete when they do not specify all parties' rights and duties in all possible future states of the world. Transaction costs, bounded rationality and strategic ambiguity are reasons that lead to contractual incompleteness. The WTO Agreements are frequently depicted as contracts between members for the reciprocal exchange of benefits. Those contracts are incomplete in many important aspects have recently gained acceptance among WTO scholars. WTO framers were aware of the acute presence of contractual gaps and the inevitable uncertainty in the economic environment. In order to leave members with some necessary "breathing space", the WTO Agreements provide for certain trade policy flexibility instruments that would justify temporary or permanent, partial or total ex post non-performance.

Keywords: WTO agreements; incomplete contracts; transaction costs; bounded rationality; strategic ambiguity

(责任编辑:黄志瑾)

① Ronald D. Fischer & Thomas J. Prusa, "WTO Exceptions as Insurance", *Review of International Economics*, 2003, 11(3):745.

② Kornel Mahlstein, Simon A.B. Schropp, The Optimal Design of Trade Policy Flexibility in the WTO, HEI Working Paper No: 27/2007, p.1.根据Schropp的分类,法律上正式的贸易政策灵活性机制包括GATT第12条、第28条、第19条、第20条和第21条等;事实上非正式的灵活性手段包括自愿出口限制(Voluntary export restraints)、有序销售协定(ordered marketing agreements)、反倾销、反补贴措施和WTO成员方经常使用的违反协定。Simon A. B. Schropp, *Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO: a Law and Economics Analysis*, Cambridge University Press, 2009:4-5.

③ John Gerard Ruggie认为,二战后谈判达成的所有国际经济协定或机制都体现出“内嵌的自由主义”(embedded liberalism)。这意味着将多边主义和国内稳定的要求结合起来。国内保障允许国家保护其经济,尤其是在贸易和货币领域的重要规则。如果没有这样的保障,国家将不会签订贸易和货币领域的协定。Hoekman和Kostecki声称,政治现实经常要求在进口竞争过于激烈时允许重新实行暂时保护的机制。保障机制很可能是影响深远的自由化在政治上可行的前提。或者正如Alan Sykes所表明。当自利的政治官员必须决定关于在不确定的情况下是否做出贸易减让的政治后果时,认识到这些减让事实上是“可免责的”(escapable)将有利于促进最初的贸易减让。See B.Peter Rosendorff and Helen V. Milner, "The Optimal Design of International Trade Institutions Uncertainty and Escape", *International Organization*, 2001, 55(4):850.

④ 陈卫东.WTO例外条款解读[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2002:3.