

# 条约缔结程序与入世议定书法律性质辨析

刘 勇

**内容提要:**基于“条约契约论”的基本法理和《维也纳条约法公约》的规定,条约是缔约各方在“自由同意”基础上的意思表示一致的结果。《维也纳条约法公约》对于“自由同意”给予了非常严格的保护,但对于“意思表示一致”如何达成的规定却非常宽松。从条约缔结程序来看,入世议定书是新成员与 WTO 既有成员之间达成的一份“商业合同”,并构成了对《WTO 协定》事实上的“修正”;入世议定书与 WTO 多边贸易协定之间的关系应以“统一”为原则、以“冲突”为例外;约文谈判过程的记录对于澄清入世议定书项下权利义务之通常含义具有重要价值。

**关键词:**维也纳条约法公约 自由同意 意思表示一致 入世议定书 超 WTO 义务

刘勇,浙江财经大学法学院副教授。

## 一 问题的提出

自“中国原材料出口限制措施案”(以下简称“中国原材料案”)后,《中国入世议定书》以及其他新成员的入世议定书在整个世界贸易组织(WTO)法律体制内的特殊地位与角色引发了广泛的关注和争议。<sup>[1]</sup> 争议的核心在于:

一方面,所有新成员的入世议定书均明文规定其属于《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》(以下简称《WTO 协定》)的不可分割的组成部分,<sup>[2]</sup> 并在 WTO 争端解决实践中得到了确认。<sup>[3]</sup> 因此,至少在形式上,新成员入世议定书与《WTO 协定》项下各多边贸易

[1] 截止 2014 年 1 月底, WTO 共有 159 个正式成员(2013 年 12 月 4 日部长级会议通过了也门的加入文件,但也门尚未完成国内批准程序)。在 159 个成员中, 128 个为 WTO 于 1995 年成立时的创始成员, 31 个为 1995 年后按其入世议定书条款新加入 WTO 的成员。本文将这 31 个成员统称为“新加入成员”或“新成员”。新加入成员的名单及其入世议定书均可在 WTO 官方网站查询, 网址为 [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/acc\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/acc_e.htm), 最后访问时间:2014 年 1 月 31 日。

[2] 例如, 参见《中国入世议定书》第 1 条第 2 款。

[3] Panel Report on China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, adopted on 22 February 2012, paras. 7.113 - 114.

协定(如《关税与贸易总协定》)之间具有内在的统一性。

另一方面,中国、越南、俄罗斯等 WTO 成员在其入世议定书中作出了不少超越或排除 WTO 一般纪律的承诺(即所谓“超 WTO 义务”),如取消或削减出口税、普遍开放贸易权、允许其他成员在反倾销与反补贴调查中给予非市场经济待遇等。<sup>[4]</sup> 由此,尽管新成员入世议定书与 WTO 多边贸易协定均属于《WTO 协定》的组成部分,但两者之间在内容与适用范围上却存在很大差别。“中国原材料案”的终审裁决甚至使得这种差别进一步演变为相互割裂,亦即按照该案专家组和上诉机构的意见,《中国入世议定书》第 11 条第 3 款<sup>[5]</sup>项下之义务不得援引 1994 年《关税与贸易总协定》(GATT1994)第 20 条项下之一般例外条款。<sup>[6]</sup> 总之,新成员入世议定书中的特殊规则与《WTO 协定》项下的一般纪律之间出现了既统一又割裂的尴尬局面。

笔者注意到,《WTO 协定》文本通篇均未提及“入世议定书”(Protocol of Accession)这一字眼,自然也就不可能就其法律属性作出规定。声称议定书属于《WTO 协定》之组成部分的,是新成员的入世议定书本身,而不是《WTO 协定》。进而言之,《WTO 协定》并没有为我们辨明入世议定书的法律属性提供任何直接和明确的指引。WTO 相关的争端解决实践没有也不可能系统地澄清入世议定书在整个 WTO 法律体系中的地位及其与多边贸易协定之间的关系。

WTO 法属于国际法律秩序的重要组成部分,它与国际公法之间不能“临床隔离”。基于此,本文将从国际条约法的角度,以条约缔结程序和 WTO 加入谈判程序为切入点,并以《中国入世议定书》为例,澄清入世议定书在整个 WTO 法律体系中的地位及其与 WTO 多边贸易协定之间的关系,并就其施行和解释提出建议。

## 二 条约法中的缔约程序及其重要启示

### (一) 条约缔结的核心要素:自由同意与意思表示的一致<sup>[7]</sup>

国际条约法的理论建构很大程度上源自国内法中的契约理论,后者所蕴含的意思自

[4] 秦娅是最早系统阐述和论证“超 WTO 义务”(WTO-Plus Obligations)的学者。她将《中国入世议定书》中的特殊承诺分为“超 WTO 义务”和“次 WTO 权利”(WTO-Minus Rights)。前者是指中国承担了比 WTO 多边贸易协定更为繁重、苛刻的义务(如取消出口税),后者则是指中国获得了受到减损的 WTO 权利(如反倾销与反补贴中的非市场经济待遇)。参见 Julia Ya Qin, “WTO-Plus” Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System, *Journal of World Trade*, 2003, No. 3, pp. 490 - 491。笔者认为,基于权利义务相对等、相并存的一般法理,“次 WTO 权利”的法律后果等同于中国承担了放弃部分 WTO 权利的义务,因此实质上也是一种“超 WTO 义务”。

[5] 该款规定:“中国应取消适用于出口产品的所有税费,除非本议定书附件 6 中有明确规定或按照 GATT1994 第 8 条的规定适用。”

[6] 关于这一问题的详细探讨,可参见刘勇著:《论 GATT1994 第 20 条对中国议定书的可适用性——由“中国原材料出口限制措施案”引发的思考》,《环球法律评论》2012 年第 1 期。

[7] “意思表示”本是大陆法系私法上的概念和术语,指旨在获得一定法律后果的意思的外部表达。“意思表示”可分为主观要件(意思本身或主观意图)和客观要件(意思的外在表达形式)两部分。“意思表示”是绝大多数私法关系特别是合同关系的逻辑起点(参见米健著:《论意思表示》,《法学研究》2004 年第 1 期)。国内私法上的理念、术语和方法论对于国际法特别是国际条约的重要影响已经同时得到国际法学者和民法学者的肯定(参见张文彬著:《论私法对国际法的重要影响》,法律出版社 2001 年版;张美希:《论私法理念对国际法的影响》,《深圳大学学报(人文社会科学版)》2008 年第 2 期)。李浩培先生在其国际法著作中也多次使用了“意思表示一致”这一私法上的术语(参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版)。

治、意思表示一致、权利义务关系等法律要素被引入条约的缔结、施行和解释等环节,因此条约往往被视为国家之间或国际法主体之间的契约或合意。“条约契约论”符合国家主权平等的基本原则,也反映了国际社会“平权结构”的基本特质。“在主权平等的国际社会里,国家之间的关系犹如市民社会私人之间的关系,地位平等与意思自由是两者共同的要求。条约理论对私法契约原理的借鉴不可避免。”<sup>[8]</sup>

“条约契约论”在1969年《维也纳条约法公约》中得到了比较充分的体现。该公约的前言即明确强调,“自由同意”(free consent)原则已经得到普遍承认。第2条则将“条约”界定为国家之间以国际法为依据而订立的国际书面协议。此外,从公约第9条(约文之议定)、第34条(关于第三国之通则)、第39条(关于修订条约之通则)、第48条(错误)、第49条(欺诈)、第51条(对一国代表之强迫)等条款中,很容易就能发现意思表示一致、合同相对性、可撤销合同、无效合同等契约法中的基本范畴所带来的直接影响。

“条约契约论”也得到了国际法学者的广泛认可。例如,权威著作《奥本海国际法》认为:“条约既然是一个契约,就必须有各方的相互同意。”<sup>[9]</sup>也有论者认为:“条约是至少两个国际法主体意在原则上按照国际法产生、改变或废止相互间权利义务的意思表示的一致。”他还特别强调,一个条约由于各缔约国表示了它们同意受其拘束的确定意思而缔结,条约的实质是缔约各方意思表示的一致。<sup>[10]</sup>还有论者主张,国际法效力的根据在法律上是各国意志的协调一致,而在事实上是国家之间往来关系的需要。他还援引了常设国际法院在1928年“荷花号案”中的判决意见:“对各国具有拘束的法律规则是来自各国的自由意志,表现于公约或一般接受为表示法律原则的惯例”<sup>[11]</sup>

因此,在当代条约法的视野下,国际法主体间通过自由谈判达成意思表示一致是条约成立的核心要素。鉴于国际社会的“平权”特质和“无政府”状态,国际法上不存在一个超越于各国之上的“立法机构”。国家在国际法上既是造法者,亦是受法律约束者。国家创制条约的过程就是个体意志之间不断进行平等的协商和调整,最终达成一致意见的过程。因此可以说,条约缔结程序的基本内涵就是建立在自由同意基础上的各方意思表示的一致。

对于“意思自治”或“自由同意”原则,《维也纳条约法公约》多有严格保护,例如“条约未经第三国同意,不得为该国创设义务或权利”(第34条)、“一国同意承受条约拘束之表示乃以行为或威胁对其代表所施之强迫而取得者,应无法律效果”(第51条)等。但对于条约缔结程序中“意思表示一致”如何达成,《维也纳条约法公约》则采取了非常宽松的态度。第9条关于“条约约文之通过”的内容十分简单,只有两个款项,即“一、除依第二项规定外,通过条约约文应以所有参加起草约文国家之同意为之;二、国际会议通过条约之约文应以出席及参加表决国家三分之二多数同意为之,但此等国家以同样多数决定适

[8] 梁开银:《对现代条约本质的再认识》,《法学》2012年第5期。

[9] [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第1卷第2分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1998年版,第639页。

[10] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第3、16、57页。

[11] 参见王铁崖著:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第35-36页。

用另一规则者不在此限。”鉴于第9条的上述内容和嗣后的国际实践,我们可作如下三点简单的思考。

第一,如果说第一项中的“一致同意”充分体现了“意思表示一致”,那么第二项中的意思表示多数决方式则显然是对“条约契约论”的背离,并不严格符合条约作为国家间契约的基本要求。从《维也纳条约法公约》的缔约历史来看,当时负责起草公约文本的联合国国际法委员会中的部分委员即担心,该项规定可能会损害持少数意见的国家的利益。不过,彼时国际社会在通过多边条约时已经选择摒弃过于严格的“一致同意”原则,而逐步采用三分之二多数决方式。因此,第二项规定可视为现实环境中的一项“政治妥协”。<sup>[12]</sup>

换个角度来看,国际条约中的“意思表示一致”亦可视为通过条约保留制度而获得了保障。换言之,即使一项未能取得全体一致意见的条约依多数同意原则获得了通过,持不同意见的少数缔约方也可以在条约保留这个环节体现自己的“意思自治”,同时经保留后的条约也实现了全体缔约方的“意思表示一致”。按《维也纳条约法公约》第19条至21条的规定,除少数情形外,任何缔约方均可单方面就条约的特定条款提出保留,并且一般情况下,保留无须获得其他缔约方的同意即可生效。保留生效后,保留方与其他缔约方之间的权利义务关系由经保留修改后的条约规定来调整。保留的目的是排除或更改条约适用于条约保留者时的法律效力,客观上可以维护少数持不同意见的缔约方的利益和立场,故可看作对意思表示多数决的一种有益补充。总之,条约保留的效果是“从条约当事国之间的关系被认为建立在同意的基础之上而来”。<sup>[13]</sup>

第二,有学者批评说,上述第9条是一项重约文“通过”而轻“谈判”过程的规定,这不符合“条约是国家间意思互动结果”的要求。约文谈判之合理安排直接影响到条约是否为“好的条约”以及缔约程序中公平正义价值是否得以实现;否则,“约文议定”就可能演变为强国推行个体意志的过程,无法保障缔约方之间达成真正的一致意思。<sup>[14]</sup> 以上观点有一定道理。约文的谈判与商议程序确实对条约最终文本的内容与质量有重大影响。如下文所述,WTO加入谈判程序所存在的瑕疵就在很大程度上导致了入世议定书的先天不足。但国际条约的谈判过程纷繁复杂、难以穷尽,各种正式与非正式的磋商充斥其中,有些约文的谈判过程甚至因过于草率、随意而不足为外人道,<sup>[15]</sup>因此很难期望缔约方在《维也纳条约法公约》中写入一个统一的有关约文谈判过程的指导性标准,只能留待缔结条约的国际组织或国际会议自行决定。

第三,第9条第1项中的“同意”既包括正式投票表决,也包括“协商一致”。<sup>[16]</sup> “协

[12] Oliver Dorr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, p. 140.

[13] 参见[英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第1卷第2分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1998年版,第651页。

[14] 参见梁开银:《对现代条约本质的再认识》,《法学》2012年第5期。

[15] 关于国际条约谈判中的种种不严谨以及疏忽之处,参见[英]安托尼·奥斯特著:《现代条约法与实践》,江国青译,中国人民大学出版社2005年版,第192-193页。

[16] Oliver Dorr, Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, p. 140.

商一致”是指在通过拟订的约文时,若没有任何一个缔约方表示正式反对,该约文即视为获得通过。换言之,如果有一个或一个以上的缔约方在国际会议上表示正式反对,那么,约文就不能获得通过。协商一致也是全体缔约方意思表示一致的一种方式,其优点是尊重国家主权平等,不使少数勉强服从多数,每个缔约方都有“一票否决权”。此外,协商一致也极大地降低了通过投票来寻求多数乃至全体同意的难度,一定程度上提高了缔约效率。尽管《维也纳条约法公约》并未明确提及协商一致,但该原则已在嗣后的国际条约实践中得到了普遍运用。第一次采取该原则的国际会议是 1974 年在布加勒斯特举行的世界人口会议,而同年举行的联合国第三次海洋法会议则进一步使之制度化,将之列为正式的会议程序性规则。<sup>[17]</sup>之后,国际会议或国际组织普遍将协商一致作为通过条约文本的首选程序,同时将三分之二多数同意作为协商一致无法达成时的备选方案。在 WTO 决策程序中,协商一致也是各成员的首要选择。<sup>[18]</sup>

## (二) 条约缔结程序的重要启示

### 1. 条约约文的议定程序由缔约方自行决定

《维也纳条约法公约》对于条约的约文如何谈判和拟订(即各方如何达成意思表示的一致)没有作出明文规定,实际上是留待缔约方自行决定。笔者注意到,《维也纳条约法公约》并没有规定“显失公平”的条约在法律效力上存在瑕疵,这与国内契约法的一般做法有所不同。<sup>[19]</sup>这也说明国际条约法注重缔约方之间在形式上达成意思表示的一致,而不太关注缔约方在谈判过程中的实力角逐与较量。当然,条约约文的谈判过程在《维也纳条约法公约》项下也并非毫无意义可言,它至少具有两个法律上的价值:第一,缔约方可举证证明谈判过程存在错误、欺诈或胁迫,从而主张条约全部或部分对其无效;第二,可作为条约解释的补充资料。

### 2. 条约约文应被推定为缔约方真实意思表示一致的结果

“缔约自由”或“自由同意”是《维也纳条约法公约》的基本原则之一,同时意思表示的一致也是建立在缔约自由的基础之上。该公约已经为违反“自由同意”原则的条约的缔约方提供了法律救济,如缔约方可举证证明其因错误、欺诈或胁迫而缔约,并主张条约全部或部分对其无效。有鉴于此,条约约文原则上应当推定为全体缔约方真实意思表示的结果,每一缔约方均应按约文内容来履行其条约义务。换言之,只要条约约文外在表现为缔约各方意思表示的一致,例如条约约文在缔约方全体会议上获得通过,且全权代表在条约上签字或立法机关通过了批准程序,就推定认为该意思表示是真实的,该条约原则上就已有效成立。

### 3. 条约约文的通常含义被推定为缔约方的真实意思表示

关于国际法的解释通则,《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款规定,条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。一般认为,作为调

[17] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 101 页。

[18] 参见《WTO 协定》第 9 条第 1 款。

[19] 在国内契约法上,“显失公平”的合同与基于错误、欺诈或胁迫而订立的合同一样,属于可撤销合同。参见中国《合同法》第 54 条。

整条约解释的核心条款,第31条主要采纳了约文解释学派的理论观点,给予约文解释以优先地位,同时也部分接受了目的解释学派的观点。<sup>[20]</sup>按照国际法委员会的释义,第31条的精神是“约文必须被推定为各条约当事国的意思的权威性的表示,从而解释的出发点是阐明约文的意义,而不是从头调查各当事国的意思”。<sup>[21]</sup>换言之,条约解释者之所以应当把约文的通常含义作为解释的出发点,而不是一开始就探究缔约国的意图,是因为约文本本身被视为与缔约各方真正的共同意思相等同。

#### 4. 同一条约的约文之间应被推定为不存在冲突

尽管《维也纳条约法公约》没有明文规定,但同一条约的约文之间应被推定为不存在冲突,除非有相反的明示证据推翻这一点。道理很简单:既然条约被视为缔约各方真实意思表示的一致,那么缔约方就不可能在主观上试图在同一条约中纳入相互冲突的条款。这也是“国际法之间推定无冲突”的要旨所在。

### 三 WTO 加入谈判程序之解读:意思表示一致的“迷雾”

#### (一) 由谁达成“意思表示一致”

《WTO 协定》第12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,可按其与WTO议定的条件加入本协定。”自WTO成立以来,所有新加入的国家或单独关税区均按此条款要求并藉由入世议定书的方式获得了WTO的成员方资格。

“按其与WTO议定的条件”这一措辞表明,新成员的入世议定书应是新成员与WTO之间达成的一种契约安排。无论是 terms 还是 agreed,均是非常典型的契约法上的表达范式。循此思路,入世议定书与《WTO 协定》及其下属各多边贸易协定在法律属性上应有本质区别。因为前者是新成员(国家或单独关税区)与WTO之间经“意思表示一致”而达成的“双边”协议,而后者是WTO各成员之间经“意思表示一致”而达成的“多边”协议。问题在于,照此观点,我们无法理解WTO与一国或一单独关税区缔结的条约何以构成了《WTO 协定》的“不可分割的组成部分”,并在新成员与WTO既有成员<sup>[22]</sup>之间创设权利义务关系,因为这显然有违“条约对第三方无损益”的基本原则——毕竟WTO及其成员均拥有独立法律人格,同时也无法在逻辑上实现其与《WTO 协定》项下多边贸易协定之间的合理衔接。

笔者认为,条约的本质是缔约方意思表示的一致,这是我们探究条约法律属性的逻辑起点。尽管入世议定书外在表现为新成员与WTO之间的“双边”协议,但当我们进一步深究WTO加入谈判程序中的“意思表示一致”时,会发现情况并非如此简单。

[20] 参见 Michael Lennard, Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements, *Journal of International Economic Law*, 2002, No. 1, p. 18; [英]安托尼·奥斯特著:《现代条约法与实践》,江国青译,中国人民大学出版社2005年版,第183页;李浩培著:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第351页。

[21] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第351页。

[22] WTO“既有成员”是指与申请方开展加入谈判的WTO正式成员。因此,“既有成员”的数量是不断增长的。

以《WTO 协定》第 12 条为基础, WTO 秘书处自 1995 年起发布了多个有关加入谈判的技术性解释。这些解释或文件是对 GATT 以及 WTO 成立后有关加入问题的习惯性做法的编纂和汇总,其目的是为 WTO 的既有成员和申请加入的国家或单独关税区提供技术上的指导,并适当统一加入文件的用语和格式。这些文件均未经过 WTO 部长级会议或总理事会的正式批准,因此不具有普遍的法律拘束力,也无损各成员在 WTO 项下的地位以及权利义务。<sup>[23]</sup> 依照这些文件以及现有的加入谈判实践,可以将加入谈判程序大致分为四个阶段。

### 1. 提交申请及设立工作组

有意加入 WTO 的申请方向 WTO 总干事提交一份加入申请,该申请将被散发给所有成员。WTO 总理事会将审议该申请,且在通常情况下随即同意成立一个向所有成员开放的特设工作组。工作组的职责是审查申请方的对外贸易体制,拟订并向部长级会议或总理事会提交申请方的加入文件。

### 2. 谈判

工作组将要求申请方提交一份有关其对外贸易体制的备忘录,并在审议备忘录的基础上提出若干问题,要求申请方予以澄清或修正。在此基础上,工作组开始与申请方磋商加入条件。磋商主题集中于货物贸易、服务贸易与知识产权三个领域,且在性质上属于工作组全体成员与申请方之间的多边谈判。与此同时,工作组中任何认为自己与申请方有利害关系的成员均可要求与申请方之间就货物贸易和服务贸易的市场准入问题展开双边谈判。双边谈判的结果将依据最惠待遇原则适用于所有既有成员与申请方之间的贸易关系。

### 3. WTO 批准

一旦上述多边及双边谈判均达成协议,工作组将起草有关加入的一揽子文件,包括对申请方的加入决定、工作组报告、入世议定书等,并提交给部长级会议或总理事会。部长级会议或总理事会一般采用协商一致的方式批准这些文件。<sup>[24]</sup>

### 4. 申请方同意

部长级会议或总理事会的批准仅意味着 WTO 提出了申请方的加入条件,并不等于后者立即成为 WTO 的正式成员。<sup>[25]</sup> 申请方授权代表的签字或国内立法机构的批准(如

[23] WTO Secretariat, *Accession to World Trade Organization, Procedure for Negotiation under Article XII*, WT/ACC/1, 24 March 1995, p. 1; WTO Secretariat, *Technical Note on the Accession Process*, WT/ACC/10/Rev. 4, 11 January 2010, p. 1; WTO Secretariat, *Technical Note on the Accession Process*, WT/ACC/11/Rev. 10, 28 February 2012, p. 1.

[24] 总理事会于 1995 年 11 月 15 日通过一项有法律拘束力的“主席声明”。该声明指出,对于《WTO 协定》第 12 条项下的加入程序,总理事会首先采用“协商一致”的方式来通过加入文件;若协商一致无法达成,则将采用正式投票方式(三分之二多数同意)。当然,WTO 任何成员均可提出正式投票的要求。WTO General Council, *Decision-making Procedure under Article IX and XII of the WTO Agreement, Statement of Chairman, As Agreed by the General Council on 15 November 1995*, WT/L/93. 该文件在嗣后 WTO 关于每一个新成员的加入决定中均得到了重申。迄今为止,除厄瓜多尔外(总理事会于 1995 年 8 月 16 日以三分之二以上多数通过其加入决定),所有新成员的加入文件均以协商一致方式在部长级会议或总理事会上获得通过。

[25] 可资佐证的是,《关于中国加入的决定》(WT/L/432)指出,“中国可(may)根据本决定所附议定书中所列条款和条件加入《WTO 协定》”。因此,从理论上讲,嗣后中国仍可拒绝按议定书所附条件和条款加入 WTO。

果其国内法有此要求的话)才表明其同意接受有关加入的一揽子文件。申请方向 WTO 通知其同意 30 天后,方才正式成为 WTO 的一名成员。

综上,申请方与 WTO 之间的加入谈判等同于契约缔结过程中的“要约与承诺”,加入文件也代表了两者之间的“意思表示一致”,从而与“条约契约论”的核心理念完全吻合。不过,就加入文件的议定过程来看,尽管部长级会议或总理事会的批准代表了 WTO 的意志,但加入文件的内容实质上是所有 WTO 既有成员——以特设工作组为载体——与申请方通过复杂的谈判而形成的。易言之,加入文件只是具有双边条约的表征,实质上仍然是多边谈判的结果。由于所有成员均可加入工作组并可要求与申请方展开双边谈判,且双边谈判的结果藉由最惠国待遇原则而获得多边效力,因此新成员的加入文件实质上反映了全体员工的共同意志,是全体员工“意思自治”的结果,在性质上仍然等同于多边条约。在此,部长级会议或总理事会对于加入文件的批准仅具有形式上的价值。

从这个意义上讲,《WTO 协定》第 12 条的措辞并不十分严谨和准确,因为它没有反映新成员加入谈判的实质内涵和客观事实。更加严谨的表述应为:“一国或一单独关税区可按其与‘WTO 成员’议定的条件加入本协定。”WTO 官方的态度也印证了笔者的观点。例如,2013 年 12 月于印尼巴厘召开的部长级会议通过了也门加入 WTO 的一揽子文件,这些文件被副总干事戴维·沙克(David Shark)称为“构成了也门与 WTO 成员之间通过坚韧而成功的谈判所达成的加入条件与条款”。<sup>[26]</sup>“中国原材料案”专家组也指出,“加入谈判是通过与其他 WTO 成员的谈判完成的;按照《WTO 协定》第 12 条,加入是按照加入方与 WTO 既有成员之间所达成的条件来实现的。”<sup>[27]</sup>将加入文件视为申请方与 WTO 既有成员之间达成的协议,其在法律上就能在新成员与 WTO 既有成员之间创设权利义务关系,并与《WTO 协定》及其下属多边贸易协定之间实现相互协调。

我们注意到,申请方与 WTO 既有成员之间就加入条件达成“意思表示一致”的过程中,并不需要遵循任何实质性的指导原则或规则,如申请方入世承诺的范围为何、关税减让应按何种原则来实施等。《WTO 协定》第 12 条没有规定加入条件应如何议定,秘书处的技术性解释也刻意回避了这一敏感问题。中国政府曾经就加入 WTO 提出三项原则,即必须以发展中国家的身份加入、权利与义务平衡、绝不接受超出中国承受能力和经济发展水平的过高要价。<sup>[28]</sup>但笔者迄今未见其他 WTO 成员对此表态的正式回应。换言之,至少在中国加入 WTO 时,谈判各方并未就《中国入世议定书》实质内容的拟订确立一个基本准则。现实世界中的双边谈判超越了其应有宗旨,从“市场准入谈判”异化为“规则交易”,<sup>[29]</sup>这是“超 WTO 义务”得以产生的一个重要原因。

## (二)“意思表示一致”如何达成

所有新成员的入世议定书的内容均可大致划分为规则与市场准入两部分。从 WTO

[26] WTO, Ministerial Conference Approves Yemen's WTO Membership, [http://www.wto.org/english/news\\_e/news13\\_e/acc\\_yem\\_03dec13\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news13_e/acc_yem_03dec13_e.htm), 最后访问时间:2014 年 2 月 17 日。

[27] Panel Report on China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, adopted on 22 February 2012, para. 7.112.

[28] 参见石广生著:《中国加入世界贸易组织谈判历程》,人民出版社 2011 年版,第 545 页。

[29] Julia Ya Qin, "WTO-Plus" Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System, p. 515.



秘书处的技术性解释和申请方的加入实践来看,该两个部分的条款是通过如下两个不同层面的谈判来达成“意思表示一致”的:

### 1. 加入工作组全体成员与申请方之间的多边谈判

这部分谈判的目的是确保申请方的对外贸易管理体制在加入时符合 WTO 的要求,如有必要的话,还可为其在加入后通过法律修订或机构改革来履行 WTO 义务设定过渡期。在此阶段,工作组会经常要求申请方修正其相关的法律、法规和政策体系,甚至要求后者进行相应的管理机构改革。

### 2. 加入工作组的利害关系方与申请方之间的双边谈判

任一成员若认为其贸易利益将受到申请方加入的影响,均可提出双边谈判的要求。这部分谈判的目的是确保申请方作出适当的市场开放承诺,包括货物贸易领域的关税削减与非关税措施的减少、服务贸易领域的具体承诺等。所有双边谈判的结果将被统一纳入一揽子加入文件之中,构成新成员入世承诺的组成部分。

从理论上讲,上述多边谈判与双边谈判的宗旨存在本质上的不同:前者的目的是审查并保证申请方的相关法律、法规、政府规章、机构设置等符合 WTO 规则的精神和要求,亦即不符合要求就不能加入 WTO;按此逻辑,WTO 所有的正式成员(无论是创始成员还是新加入成员)原则上均应接受统一的 WTO 规则。后者则是要求申请方为获得 WTO 框架下的各种贸易利益,须削减自己的贸易壁垒,为外国竞争者提供对等的市场准入机会,相当于申请方须支付的“入门费”。

但是,事实上多边谈判与双边谈判或者说规则谈判与市场准入谈判之间的区别并非如此泾渭分明,不少双边谈判也涉及申请方规则承诺部分的磋商。例如,中美双边协议的不少内容(如普遍放开贸易权、特定产品过渡期保障措施、反倾销与反补贴程序中的非市场经济待遇等)就构成了《中国入世议定书》中规则承诺的核心部分。<sup>[30]</sup> 参与谈判的中国代表也指出,“中美双边谈判的核心内容一是市场准入,二是多边规则”。<sup>[31]</sup> 可以肯定的是,WTO 加入程序中多边谈判与双边谈判是同时交织、穿插进行的,只有当工作组的所有成员均对申请方的入世承诺感到满意时,亦即以上多边和双边谈判均告结束后,工作组才会起草和提交有关加入的一揽子文件。

由于《WTO 协定》以及 WTO 秘书处发布的技术性解释均未就如何议定加入条件的实质性内容提供明确指引,例如限定谈判议题和加入承诺的范围,因此加入谈判的结果通常受制于“一对一的个案谈判与较量”,<sup>[32]</sup> 塑造了只针对特定成员的权利义务模式,不可预见性也随之产生。以出口税为例,WTO 多边纪律并未实质性地约束出口税的采用(例如设定出口税的税率和适用范围),但据笔者统计,截止 2014 年 1 月底,在 31 个新加入成员方中,已经有蒙古(1997)、拉托维亚(1999)、克罗地亚(2000)、中国(2001)、沙特

[30] 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, No. 1, p. 109.

[31] 石广生著:《中国加入世界贸易组织谈判历程》,人民出版社 2011 年版,第 280 页。

[32] Nhan Nguyen, WTO Accession at any Cost? Examining the Use of WTO-Plus and WTO-Minus Obligations for Least-Developed Country Applicants, *Temple International and Comparative Law Journal*, Spring 2008, p. 244.

(2005)、越南(2007)、乌克兰(2008)、黑山(2012)、俄罗斯(2012)、老挝(2013)、塔吉克斯坦(2013)等 11 个国家在其入世议定书中作出了约束或取消自然资源出口税的承诺。我们无法理解,在与这些国家进行加入谈判时,WTO 既有成员为何要求对方约束或取消出口税,或者说该要求的法律依据何在。

## 四 基于条约缔结程序与 WTO 加入谈判的若干思考

### (一)入世议定书的“商业合同”性质及其对《WTO 协定》的“修正”

依据“条约契约论”的基本理念,入世议定书应被视为新成员与 WTO 既有成员之间真实意思表示一致的结果。首先,入世议定书符合“缔约自由”原则,因为任何国家或单独关税区均不会被强迫加入 WTO;其次,尽管加入谈判程序有诸多可质疑之处,但入世议定书的缔结采用了“要约与承诺”的基本模式,因此体现了各方意思表示的一致。

《中国入世议定书》的缔结过程也可大致证明它是各方真实意思表示一致的结果。中国加入 WTO 的重要考虑之一就是在对外贸易关系特别是中美双边贸易关系中获得稳定的非歧视待遇。在 WTO 正式启动中国加入谈判后不久,时任美国贸易代表坎特即表示将援引《WTO 协定》第 13 条在其与中国的双边关系中不适用多边贸易协定。对此,中国政府表示坚决反对,并强调中美之间互不适用多边贸易协定将使中国入世变得毫无意义。双方谈判的结果是,美国通过国内立法给予中国永久性正常贸易待遇,并承诺不援引互不适用条款;作为交换,中国同意美国在特定期限内继续对中国产品采取歧视性做法(如非市场经济待遇在中国入世后 15 年内有效)。<sup>[33]</sup> 因此,尽管《中国入世议定书》中的“超 WTO 义务”确有显失公平之处,但这是中国自愿接受的结果。

WTO 的互惠性和契约性特质在当代国际组织中可谓独树一帜,因为它代表了一种“经济利益至上,互惠交换为途”的特殊的国际法律安排。WTO 的根本目的是创造国际贸易中的市场准入机会,为货物、服务、知识产权等生产要素的自由流转清除障碍。而国际贸易本质上就是一种建立在互惠基础上的利益交换,需要借助特定的契约安排来加以实现。因此,WTO 项下所有条约可视为一个国际贸易契约或国际商业合同,是各成员在互惠的基础上进行利益交换、博弈和平衡的结果。<sup>[34]</sup> 基于此,每一个新成员的加入都意味着它与 WTO 既有成员之间达成了一份新的“商业合同”,为相互之间的利益交换设定了法律框架。入世议定书与 WTO 多边贸易协定均为该“商业合同”的组成部分,基本上每一个条款都蕴含着重要的经济价值,且它们的出发点都是规范、调整贸易利益与贸易机会的交换过程。

进而言之,尽管加入谈判的参与方均声明其没有“修正”《WTO 协定》的意图,<sup>[35]</sup> 但加入文件确实在 WTO 既有规则的基础上创设了适用于新成员与既有成员之间的特殊规

[33] 参见石广生著:《中国加入世界贸易组织谈判历程》,人民出版社 2011 年版,第 187-210 页。

[34] 参见韩立余著:《既往不咎——WTO 争端解决机制研究》,北京大学出版社 2007 年版,第 27-28 页。

[35] 例如,《中国入世工作组报告》第 9 条特别指出:“成员们重申中国在加入过程中作出的所有承诺仅为中国的承诺,不会损害 WTO 成员在《WTO 协定》项下的现有权利和义务。”

范,其法律后果等同于对 WTO 法进行了事实上的“修正”。我们可以将入世议定书理解为新成员与既有成员一致同意按“修正”后的 WTO 法来调整其相互之间的贸易关系。最明显的证据就是每一份入世议定书所附的关税减让与服务贸易承诺表都是不同的,甚且不少入世议定书还包含了有别于一般纪律的“超 WTO 义务”。但此种“修正”既未获得《WTO 协定》第 12 条的法律授权,也不符合《WTO 协定》第 10 条关于法律上的“修正”的要求,只能理解为 WTO 加入谈判程序的固有特质所必然导致的结果。总之,入世议定书并不是严格规则主义的产物,而是缔约方基于现实考虑与经济利益的选择。

## (二)入世议定书与 WTO 多边贸易协定之间的关系:“统一”为原则及“冲突”为例外

每一份新成员入世议定书与 WTO 各多边贸易协定均属于《WTO 协定》的组成部分,且“两者的不同条款在调整对象相同时实现了相互统一”。<sup>[36]</sup> 考虑到条约是各方意思表示的一致以及“同一条约约文之间推定无冲突”这一基本假设,在《WTO 协定》这个单一的法律文件下,新成员入世议定书与各多边贸易协定之间首先应推定为无冲突,除非有相反且明示的证据能反驳这一推定。

就《中国入世议定书》而言,其与 WTO 多边贸易协定均隶属于《WTO 协定》这个“上位法”,二者在效力层级上是并行的,且二者项下的权利与义务存在对等性和依存性。具言之,只有在《中国入世议定书》与 WTO 多边贸易协定明确存在冲突的范围内,中国才可行使其特殊权利或被要求履行其特殊义务;除非《中国入世议定书》明确放弃了特定的 WTO 权利,否则中国在多边贸易协定项下的普遍性权利就不应受到减损或贬抑。

《中国入世议定书》第 1 条第 3 款规定:“除本议定书另有规定外,中国应履行《WTO 协定》所附各多边贸易协定中的、应在自该协定生效之日起开始的一段时间内履行的义务,如同中国在该协定生效之日已接受该协定。”“除本议定书另有规定外”的原文为 Except as otherwise provided for in this Protocol。“Except as otherwise provided”可解释为“除非另有相反规定”或“除非另有不同规定”,这是条约或合同中经常用到的措辞之一,目的在于确保条约或合同条款之间的内在统一性,避免发生内部冲突。此处“provided”应理解为限于明示规定,不包括默示规定。

基于此,《中国入世议定书》第 1 条第 3 款应解读为:如果《中国入世议定书》明确作出了不同与《WTO 协定》所附各多边贸易协定的规定,那么中国应遵守《中国入世议定书》的条款,否则就应遵守各多边贸易协定的条款。从这个意义上讲,第 1 条第 3 款是一个冲突条款,目的在于厘清《中国入世议定书》与 WTO 多边贸易协定之间在法律适用上的先后次序。

此外,尽管《中国入世议定书》第 1 条第 3 款没有明文规定,但“中国应履行《WTO 协定》所附各多边贸易协定中的义务”这一表述还应理解为“中国同时还享有与《WTO 协定》所附各多边贸易协定中的义务相对应的权利”,这是基于权利、义务相对应与相依存

[36] Matthew Kennedy, The Integration of Accession Protocols into the WTO Agreement, *Journal of World Trade*, 2013, No. 1, p. 66.

的一般法律原则所必然推演得出的“默示条款”，同时也是《WTO 协定》前言中列明的互惠原则和非歧视原则的必然要求。

例如，就取消与约束出口税的承诺而言，《中国入世议定书》第 11 条第 3 款明确作出了与多边贸易协定不同的规定，因为除了 GATT1994 第 1 条（最惠国待遇）与第 10 条（透明度要求），后者对各成员的出口税并未施加任何义务，包括没有限定出口税的适用范围与最高税率。中国固然应当遵守《中国入世议定书》项下的特殊义务，但关于中国在履行取消与约束出口税的承诺时能否援引 GATT1994 第 20 条的问题，《中国入世议定书》并未明确作出肯定或者否定的回答。

笔者认为，GATT1994 第 20 条授予缔约方为保护非贸易利益而背离其条约义务的基本权利，该权利只有在中国明确放弃的情况下才应被减损，否则“《中国入世议定书》与 GATT1994 之间推定无冲突”这一基本前提就无法保障。在此，中国在 GATT1994 项下的普遍性权利理应得到尊重，《中国入世议定书》第 11 条第 3 款项下义务自可通过援引 GATT1994 第 20 条而获得豁免。“中国原材料案”专家组和上诉机构以《中国入世议定书》第 11 条第 3 款的约文解释为由，武断地剥夺了中国援引 GATT1994 第 20 条的权利，主张“沉默即等于放弃”，这一荒唐结论严重损害了《中国入世议定书》与 GATT1994 之间的统一性以及中国作为缔约方的合法预期。

### （三）约文谈判过程的记录的重要价值

在解释条约时，解释者的基本法则是在参考条约的上下文、目的与宗旨的前提下探究条约约文的通常含义，因为约文通常被视为缔约各方真实的意思表示。“条约约文通常是各当事国的意思的唯一权威和最新表现，因而，解释可以认为主要是一个约文问题。”<sup>[37]</sup>但是，由于种种原因，约文文本本身可能无法完美地呈现各方的共同意愿或意思表示一致。如前所述，入世议定书的谈判与缔结过程具有明显的不确定性和特殊性。

首先，该谈判没有任何足够清晰的规则可循，很大程度上取决于申请方与 WTO 主要成员之间存在极大不确定性的双边博弈。

其次，不确定的双边谈判的结果被纳入多边性质的一揽子法律文件中，亦即加入谈判客观上具有造法功能，对 WTO 法的调整范围有重大影响。

最后，这一谈判往往旷日持久、久拖不决，<sup>[38]</sup>谈判的参与者也常有变化。

特殊的谈判程序导致入世议定书在文本上的瑕疵难以完全避免，或者说我们很难单纯依赖文本理解缔约者的意思表示。尽管原则上推定最终达成的条约文本反映了缔约方真实的意思表示，但条约文本上的瑕疵确实会影响到约文解释的结果以及对相关权利义务的理解。此时，追溯条约缔结的过程，包括审查各种会议记录和谈判记录等材料，将有助于条约解释者更加准确地把握缔约各方的真实意图。

[37] [英]詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》（第 1 卷第 2 分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 663 页。

[38] WTO 加入程序没有任何时间限制。据统计，每一个新成员加入 WTO 所花费的时间平均长达 10 年之久，而 GATT 时期缔约方的加入谈判时间一般只有 18 个月。参见 Hardeep Basra, Increased Legalization or Politicalization? A Comparison of Accession under the GATT and WTO, *Journal of World Trade*, 2012, No. 4, p. 950。

基于《维也纳条约法公约》第 32 条的规定,当约文解释的结果明显荒谬或不合理时,“准备资料,即缔结条约前的谈判记录、通过条约的国际会议的全体大会和委员会的议事记录、条约的历次草案等,是可以利用的”。<sup>[39]</sup>“中国原材料案”专家组和上诉机构对《中国入世议定书》第 11 条第 3 款的约文解释明显存在荒谬和不合理之处,但它们都没有考虑该条款的缔约过程材料或谈判记录。新成员的入世工作组报告一定程度上可视为缔约的背景材料或谈判记录,但其内容显然过于简单——例如既没有详细的会议记录,也没有提及历次谈判的约文草案——对于探究缔约者的真实意图无法提供足够的帮助。迄今为止,WTO 官方没有公布任何有关某一新成员加入谈判的正式记录。从这个意义上讲,《中国入世议定书》缔约过程记录的缺乏是“中国原材料案”专家组和上诉机构作出“沉默即等于放弃”这一荒谬推定的重要原因之一。

WTO 加入谈判主要取决于新成员与欧美等贸易大国之间的双边博弈,很多谈判事实上并不在日内瓦进行,故不受 WTO 的任何监控。该谈判受到了国内政治、经济、法律等各种敏感因素甚至某些突发事件的制约,各方的谈判代表以及最高决策层之间的各种正式与非正式磋商也从不同程度上影响到了最终加入文件的条款,谈判的复杂性和敏感性绝非一般条约可比拟。因此,缔约各方很可能不愿意提交双边谈判的记录或材料,而这些材料又恰恰是理解入世议定书项下之权利与义务的关键所在。在此,WTO 不公开缔约过程记录当属意料中事,因为这很可能本就是“无米之炊”。

但是,考虑到入世议定书在 WTO 法上的特殊性及其给多边贸易体制带来的深远影响,WTO 仍可就《WTO 协定》第 12 条通过一项解释性决议,要求各缔约方在必要和可行的范围内提交相关双边谈判的记录,例如历次谈判的约文草案以及各方的主要立场等,并以“备忘录”的形式附加在每一份入世议定书之后,在官方网站上予以公布,从而为澄清缔约方的真实意图提供重要参考。

## 五 结 语

基于“条约契约论”的基本原理,条约是缔约各方真实的意思表示一致的结果,且条约缔结程序对于澄清条约的法律属性、适用范围、所蕴含的权利义务关系等具有重要价值。WTO 加入程序采用了契约法上“要约与承诺”的基本模式,有关加入的一揽子文件在性质上等同于新成员与 WTO 既有成员之间的契约或合意。该合意的特殊性在于,WTO 并没有制定足够清晰的规则来指引和规范加入谈判过程,一揽子加入文件的实质性内容也往往取决于申请方与 WTO 主要成员之间的双边博弈。该合意的另一特殊性在于,入世议定书构成了对 WTO 法事实上的“修正”。

尽管《中国入世议定书》给中国施加了不少特殊且苛刻的“超 WTO 义务”,但这是中国基于各种利益权衡而自愿接受的结果,且该议定书与多边贸易协定之间仍具有内在的

[39] [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第 1 卷第 2 分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 665 页。

统一性。中国可在贸易争端中明确主张,只有在《中国入世议定书》与多边贸易协定存在明确冲突的情况下,《中国入世议定书》项下特殊的权利与义务才应得到施行;除非《中国入世议定书》明确放弃了某一特定的 WTO 权利,否则中国在多边贸易协定项下的普遍性权利不应受到减损或贬抑。此外,中国还可强调缔约过程材料对于澄清《中国入世议定书》项下权利义务具有重要价值,并在适当的范围内主动向 WTO 专家组和上诉机构呈交相关谈判记录。

---

---

[ **Abstract** ] According to the “treaties as contract” theory and relevant provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties, treaties are the result of consensus reached on the basis of “free consent”. The Vienna Convention provides for very strict protection of “free consent”, but contains very loose provisions on how “consensus” should be reached. From the point of view of the procedure of conclusion of treaties, a protocol on the accession to the WTO is a “commercial contract” concluded between a new WTO member and existing WTO members and constitutes a de facto “amendment” to the WTO Agreement. The relationship between protocols on the accession to the WTO and WTO multilateral trade agreements should be based on the principle of “unity” and take “conflicts” as exception. Keeping a record of the process of negotiation of a protocol on the access to the WTO is of great importance to the clarification of the ordinary meanings of rights and interests under the protocol.

---

---

(责任编辑:廖 凡)