

论条约的整体解释法

——以美日欧诉中国稀土等产品出口措施案为例

马忠法*

内容提要：整体解释法是条约解释中的一个重要方法。稀土案中中国依据该方法主张《中国入世议定书》第 11.3 款是 GATT1994 不可缺少的组成部分，以利用其第 20 条的一般例外条款为稀土等出口采取的限制措施找到合法正当依据。专家组在审理中使用了整体解释一词，但并未予以定义；同时也未能正确运用该法来审理稀土案，最终支持了申诉方的诉求。对此，中国主要针对专家组否定第 11.3 款是 GATT1994 组成部分提起上诉。在上诉过程中，中国应继续坚持运用整体解释法，并重点结合《马拉喀什协议》等确定的可持续发展和环境保护等原则，以促使上诉机构撤销专家组的相关裁定。

关键词：整体解释法；稀土案；GATT1994 第 20 条 《中国入世议定书》

引 言

条约解释是国际法领域经久不息的话题，自从国际争端解决机构出现以来，从国际常设仲裁院、国际常设法院到国际法院、世界贸易组织（WTO）争端解决机构（DSB）解决有关争端时无不依赖条约的解释。^{〔1〕}而且国际条约谈判方越多，该条约的条款之规定可能就会越有弹性，因为它是各方意志的妥协，为了能够达成协调、平衡各方利益的协议，灵活是不可避免的；由此就会使条约中的用词模棱两可。虽然国际社会在条约起草和签订方面经验越来越丰富，但至今尚无任何一个条约没有遇到解释问题。^{〔2〕}联合国授权其国际法委员会对国际法（特别是条约法）进行法典化的原因和主要目的在于增加法律的确定性，而条约的确定性依赖于规则解释的确定性。^{〔3〕}对于庞大的 WTO 协议框架，解释无疑成为了其家常便饭。^{〔4〕}然而，“对国际法律文件的解释，从一定程度上说，是艺术而非准确的科学”^{〔5〕}之语点出了国际条约解释的本质，说明其主观性和不确定性。仁者见仁智者见智，这也是为何在国际争端中，依赖条约解释解决争端后仍留下诸多争议的根本原因。

WTO 框架下相关协议的解释，由于以下四个因素易使中国处于不利位置：整个 WTO 框架是

* 复旦大学法学院教授，法学博士。本文系上海市哲学社会科学规划课题“应对气候变化的技术转让法律制度研究：以促进私人部门积极参与为视角”（2012BFX005）的阶段性成果。

〔1〕Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, pp. 52–53.

〔2〕Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2008, p. 230.

〔3〕R. Ago, Chairman of International Law Commission, 726th Meeting, 19 May 1964, 1 *Yearbook of the ILC* (1964), p. 23.

〔4〕Anthony Aust, *supra* note〔2〕, p. 230.

〔5〕Report of the Int'l Law Comm. on the Work of Its 16th Session, U. N. GAOR, 19th Sess., Supp. at 200, U. N. Doc. A/CN.4/173 (July 11, 1964), available at http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_173.pdf.

在西方主导下完成的，作为 WTO 的后来者、市场经验的缺乏者及规则的跟随者，我们无法在很短的时间（特别是在入世之前）内把握 WTO 协议的核心与关键；WTO 规定的、似乎利于各成员方的基本原则过于抽象，而涉及成员方具体义务的条款则明确、清晰；争端解决程序中英美法系（除了没有陪审团制度外）的烙印较为突出，连有关 WTO 争端解决谅解备忘录中关于 WTO 解释规则⁽⁶⁾的主要依据是国际公法解释的习惯性规则似乎都受到美国国际法学者的影响；英语为 WTO 的官方语言，增加了在争议案件中解释和适用 WTO 相关协议的难度。至目前为止，中国在 WTO 争端机构中作为被申诉方的案件中，败多胜少是一个说明；即使作为申诉方，在已有结论的 8 个案件中，也无绝对胜诉的优势：有 3 个案件（DS379、DS397 与 DS449）中方多数主张没有得到支持，1 个案件（DS405）是一半主张得到支持。⁽⁷⁾ 尽管如此，在不能改变 WTO 现有框架协议的情况下，我们只有依赖条约解释来最大程度地保护自身的正当利益，其中，结合我国加入 WTO 过程中谈判及签订相关协议的实际⁽⁸⁾，对条约整体解释方法的运用至为重要。本文意在结合美、日、欧诉中国稀土、钨、钼相关产品出口措施案（下文简称“稀土案”）来对该方法进行探讨，以为我国在该案上诉及今后类似案例的应对提供参考。

一、稀土案概况及其涉及的条约解释问题

（一）稀土案概况

1. 案情经历

2012 年 3 月 13 日，美国要求与中国就稀土等出口限制措施进行磋商；3 月 22 日、26 日，欧盟、日本和加拿大分别加入磋商。2012 年 6 月 27 日，磋商失败，美国要求成立专家组；7 月 23 日，专家组成立，根据《争端解决谅解备忘录》（DSU）第 9.1 款一道审理美、日、欧诉中国的稀土案。此后巴西、加拿大等 16 个成员方作为第三方参与该案。

经过 1 年 8 个月的审理，2014 年 3 月 26 日，WTO 美、日、欧诉中国稀土案专家组公布初裁报告，认可中国对稀土、钨、钼采取的综合性资源与环境保护措施，驳回欧盟关于申请钼出口配额企业的“出口实绩”要求歧视外国企业的主张，但裁定中国涉案产品的出口税、出口配额以及贸易权利限制不符合 WTO 规则和中国入世议定书中的承诺。⁽⁹⁾

比较有意思的是，美国采取“先下手为强”的方式，于 2014 年 4 月 8 日向上诉机构发出通知，它决定就专家组的裁定报告的特定问题和专家组采用的法律解释提出上诉。而实际上它上诉的要求中并无实质内容，⁽¹⁰⁾ 大意是：如果中国不上诉或虽然上诉但上诉机构没有修改或撤销专家组法律裁定或结论的话，上诉机构无需就其提出的请求进行审查。2014 年 4 月 17 日和 4 月 25 日，中国向 DSB 发出通知决定就专家组的法律部分及专家组相应的法律解释提出上诉。

2. 该案的争论焦点

美、欧、日认为中国限制稀土等出口措施，即稀土等出口税、在规定的时间内对稀土等出口

(6) DSU art. 3.2.

(7) See Disputes by Country/Territory, http://www.wto.int/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm, 2014-05-22.

(8) 我们必须承认，上世纪 90 年代末中国在积极要求、主动加入的情况下，美国等成员方抓住这一心理，施加了一些苛刻要求或是其他成员方所没有的义务于中国（WTO+义务），即其他学者所言承担了“超 WTO 义务”。参见胡加祥《〈中国入世议定书〉法律性质之分析》，《当代法学》2014 年第 2 期。

(9) See Panel Report, *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, paras. 8.1-8.3.3.

(10) 它的两个请求均是程序方面的问题，如所谓的“正当程序”等。See *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum*, Notification of an Appeal by China, WT/DS432/9, WT/DS433/9, 30 April 2014.

进行了配额限制及限制部分企业出口稀土等权利三个方面,违反了1994年《关税与贸易总协定》(GATT1994)的第11.1款、《中国入世议定书》(下文简称《议定书》)的第一部分第1.2款、5.1款和11.3款及《入世议定书工作报告》(下文简称《报告》)第83、84、162和165段中的承诺(稀土等没有列入《议定书》附件可以采取贸易措施的清单中)。⁽¹¹⁾它们要求专家组裁定中国必须使其相关措施符合其WTO义务。⁽¹²⁾

中国认为《议定书》是WTO协议的一个组成部分,其采取限制措施、没有履行《议定书》第11.3款义务的法律依据是GATT1994第20条“一般例外”的规定。具体说是:第2项“成员方基于保护人、动物或植物生命或健康之必要可以采取与WTO规则不一致的措施”为出口税提供了正当理由;第7项“与国内限制生产与消费的措施相配合,为有效保护可能用竭的自然资源的有关措施”是出口配额措施的合法依据;而《议定书》中第5.1款规定的贸易权承诺和《报告》第84-85段没有阻止优先出口和最低注册资本要求作为实施出口配额标准之使用。⁽¹³⁾

专家组基于对相关协议、《议定书》等的规定(特别是GATT1994第20条第2项和第7项及《议定书》第11.3款)及其解释,没有采纳中国的观点,认为《议定书》是《马拉喀什协议》的一部分,但不是其附件多边协议的一部分,具体说不是GATT1994的一部分,所以GATT1994第20条的一般例外条款不应该适用于《议定书》的第11.3款。裁定中国对稀土等采取的出口限制措施违反了WTO规则。

中国对专家组部分意见不服并提起上诉,在上诉决定通知中明确就专家组的相关法律问题及“法律解释”提出诉求。中国上诉的具体事项有三项,其中与本文论述的“整体解释法”相关的主要是第一项,即:要求上诉机构就专家组结合中国入世议定书第1.2款⁽¹⁴⁾的第二句对《马拉喀什协定》第12.1款⁽¹⁵⁾的解释进行审查。因为专家组的解释基于以下四点有错:(1)专家组没有对第12.1款的第二句给出有效的含义,该款实际上不仅规定新加入成员不可以在各被WTO涵盖的协议中进行选择,而且还要必须将WTO法律框架作为一个整体加以接受。(2)专家组未能正确地结合中国入世议定书第1.2款的第二句来解读第12.1款。(3)专家组错误解释了第1.2款第二句中所含术语。(4)专家组的以下判定是不适当的:1.2款第二句中“应当成为WTO协定不可分割的一部分”,导致其得出的结论“中国入世议定书由此应是WTO协定的一部分”,但排除了其附件中所含的多边贸易协定。所以中国要求上诉机构撤销专家组报告中的第7.80、7.89和7.93中意见。

(二) 本案涉及的条约解释问题

本案的关键是中国提出的《议定书》为WTO协议的一部分能否被专家组所认可。中国认为:成员方确实意在使《议定书》的第11.3款和其他不同规定作为GATT1994的一部分;第11.3款与GATT1994有着“内在的本质联系”。⁽¹⁶⁾该点的支持与否直接影响到其他主张能否成立。这一主张在“原材料”案中没有提出。从我国提出的上诉事项和理由中可以看出,上诉主要针对专家组在解释和适用具体协议规定中存在的问题。其中重要一点是,专家组无视WTO框架的整体一致,只抓住某些具体规定(即单个承诺)而割裂它们在WTO框架下与其他条约的关

(11)Supra note [9], para. 3. 1.

(12)Id., para. 3. 3.

(13)Id., para. 3. 2.

(14)其内容是:中国所加入的《WTO协定》应为在加入之日前已生效的法律文件所更正、修正或修改的《WTO协定》。本议定书,包括工作组报告书第342段所指的承诺,应成为《WTO协定》的组成部分。

(15)其内容是:任何国家或在对外商务关系和本协定及多边贸易协议规定的其他事项的处理方面拥有完全主权的独立关税区,可以按照其与WTO议定的条件加入本协定。这种加入应适用于本协定及所附的多边贸易协议。

(16)Supra note [9], para. 7. 75.

系；在这种情况下的解释，显然违背了《维也纳条约法公约》（下文简称《条约法公约》）关于解释的一般规则。

为此，在上诉过程中，如何利用可持续发展、保护环境等国际法基本原则及 GATT 等协议的“例外规则”来证明专家组对于国际协议中的具体规定的适用和解释缺少法理依据，就颇具针对性。其中最为重要的是：如何通过条约整体解释的方法阐明 WTO 框架下国际法的基本原则与具体的国际法律规范（条约或协定的具体条款）之间的融合或统一，以真正体现 WTO 规则在促进贸易自由化直接目标背后的真实价值。

二、条约的整体解释方法及其法律依据

（一）条约的整体解释方法

在专家组报告中 6 次用到“整体解释（holistic interpretation）”或“整体方式（in a holistic manner）”，⁽¹⁷⁾但它没有对何为“整体解释”作出定义。在现有的法律解释学理论中，很少使用“整体解释法”这一术语。因此，它为何意，值得探究。我们先从美国国内有关其宪法整体解释的论述中来分析整体解释的含义。布莱克认为宪法整体解释法是指“从由宪法所有各部分或一些主要部分所创制的结构和关系中得出推论的方法”。⁽¹⁸⁾该论重在强调解释的系统性和完整性。维基认为，一个相互作用的宪法整体解释要周密地考虑到从过去到现在、从现在到过去的逻辑推理，但更多地应考虑到最近的修正案以及 18 世纪形成的文本。不过，当多重修改与早期文本之间的重要价值产生冲突时，最近的修正应当得到更多关注。⁽¹⁹⁾对于整体解释宪法而言，首先，在评估具体解释问题时，要将宪法作为一个整体；其次，注意有助于融合宪法主义和民主的临时矢量，即通过最近修正案的焦点来观视宪法的已有部分以助于理解宪法是如何成为一个整体的。⁽²⁰⁾从中，我们可以推断出，这种解释，既要考虑法律文本本身，也要考虑法律文本的发展及其修正；既要考虑过去，也要考虑现在。对这一观点，我们认为颇为合理。纽黑文法学派在谈到国际法的解释时，认为其解释方法的主要特征是：趋向于允许解释者发现有助于在识别满足双方共享期待的任何事情，并在世界公共秩序框架中设定解释的整个过程。⁽²¹⁾这一观点，实际上与美国学者主张的宪法的整体解释有异曲同工之处。“满足双方共享期待的任何事情”显然可以包括历史与现实的各种情况（主要是与条约相关的各种资料），而且注重全球公共秩序。

因此，本文界定的条约的整体解释意指主要融合了法律解释学方面的系统解释与历史解释两种方法于一体的方法，但以系统解释法为主。在运用该方法解释条约时，既要把某一国际条约的具体法律规范（条约的具体实体义务或权利的条款）同其他相关法律规范联系起来，从该规范在整个条约、与该条约相关的条约群、该条约涉及的特定领域所有条约构成的体系等中的地位、作用、特性来阐明该法律规范的含义，也要考虑该规范制定的特定历史背景、历史发展及与其相关的记录文献，以及与其相关的其他特定规范在特定背景下的含义。

我们以《议定书》第 11.3 款为例来说明。该款规定“中国应取消适用于出口产品的全部税

(17)包括其自用（3 次）和引用中国（3 次），*Id.*，paras. 7. 62, 7. 66, 7. 110, 7. 105, 7. 132, 7. 135.

(18)Charles L. Black, *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Louisiana State University Press, 1969, p. 7.

(19)Vicki C. Jackson, “Holistic Interpretation, Comparative Constitutionalism, and Fiss – ian Freedoms”, 58 *U. Miami L. Rev.* 265 (2003 – 2004) .

(20)See Vicki C. Jackson, “Holistic Interpretation: Fitzpatrick v. Bitzer and Our Bifurcated Constitution”, 53 *STAN. L. REV.* 1259 (2001) .

(21)See Richard K. Gardiner, *supra* note [1], p. 53.

费,除非本议定书附件 6⁽²²⁾ 中有明确规定或按照 GATT1994 第 8 条的规定适用”,它是具体条约中的一个具体规范,对其解释依据整体解释原则,首先应判定其在《议定书》中位置和作用,然后看其与《报告》、GATT1994 等之间的关系及其在它们中所处的位置,再看在整个 WTO 框架协议中的地位和作用,最后再看其在所有贸易法律体系中的作用。此外,我们还需要看该款制定时特定的历史背景及与其相关的其他规范,如《马拉喀什协议》中的有关规定的背景等。这样的解释无疑会让各方能够更为准确地把握相关的权利和义务。

(二) 条约整体解释方法的法律依据

在上述理论探讨之外,条约整体解释方法在国际条约中是可以找到直接法律依据的。《条约法公约》之“解释之通则”明确肯定了条约解释应当遵循的整体性原则。它规定: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。这里“善意”很关键,是首要原则,即基于诚实信用原则的解释;它源自公约第 26 条确定的“有约必守”之规定。但它主要是围绕条约的目的和宗旨而非某一个特定条款展开的,以反映出缔约各方缔约时的真实有效意图而非纯粹的字面意思。它意指“合理”、“限制权力的解释”、“要求条约要素之间的平衡”及其与“效果原则”的关系等。⁽²³⁾ 解释本身也是履约的一部分,故审查相关资料和评估它们的过程必须做到诚实信用。即使条约的用语非常明确,但如果适用它们会带来十分明显的荒诞或不合理的结果,当事方必须寻求其他解释方法。该规定中的“通常含义”的解释不是抽象的,而只能在条约的上下文和从目标与目的的角度去理解。由于目的界定难以捉摸,其在解释中的作用常小于根据上下文来寻求有关语句通常意义的作用;它常被用来确认解释的正确与否。如果一个解释与目标不符,该解释可能就会是错误的。因此,虽然第一段含有文本(或字面)解释与效果(或目的)解释,但通常文本解释优先。⁽²⁴⁾

该规定中的“通常意义”本身也很难界定,因为几乎每一个单词都有两个以上的含义,如“意义(meaning)”一词本身就至少有 16 种意思。⁽²⁵⁾ 然而,对于一个条约条款的通常含义首先是与上下文密切联系起来,然后要与条约的其他相关要素结合起来去理解。⁽²⁶⁾ 该规定中的“目标和宗旨”虽然出现在序言中,但它们体现于整个条约文本中是毫无疑问的;而且该条约在第 18、19、20(2)、31(2)、33(4)、41 和 58 条中对它们均有使用。这种现象在其他条约中对它们的解释也要置于文本框架下。目标和宗旨一般可以从序言和实体规定中发现,但是通常情况下,它们不能用来改变十分明确的实体规定,需遵循效果原则。⁽²⁷⁾

解释第 31 条时,“上下文”除指连同弁言及附件在内之约文外,还应包括:全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定及一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。⁽²⁸⁾ 这里的上下文包括“语法与句法”、“题目、标题和起首/开场白”、“体现结构或框架的背景”、“相关和相对照的规定”、“序言”及“标点符号和句法”等。⁽²⁹⁾ 这些规定是条约法解释中应当遵循的最基本的原则;从中可以看出,它要求的解释最重要的就是要遵循“整体”解释原则。同时它也强调了“国际法规则”(本质是国际法原则)在

(22)内容是可以征收出口关税产品清单,共罗列 84 种产品,其中没有稀土等。See Annex 6 Products Subject to Export Duty to Accession of the People's Republic of China, WT/L/432.

(23)See Richard K. Gardiner, *supra* note (1), pp. 152-160.

(24)See, for example, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, I. C. J. Reports (1999), p. 1045, paras. 43-5.

(25)G Schwarzenberger, “Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties”, 9 *Va J International Law* 1 (1968).

(26)See Richard K. Gardiner, *supra* note (1), p. 162.

(27)*Id.*, pp. 196-201.

(28)See Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31 (1) - (2).

(29)See Richard K. Gardiner, *supra* note (1), pp. 178-188.

解释中的重要性,《条约法公约》应与上下文一并考虑的还有:…适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。⁽³⁰⁾

此外,DSU 规定,WTO 争端解决机制成为在为多边贸易体制提供安全性和可预测性方面的中心要素。各成员认识到该体制适于维护各成员在 WTO 所含协议项下的权利和义务,并按照解释国际公法的习惯性规则明确这些协议的现有规定。但 DSB 的建议及形成的裁决不应增加或减少其涵盖协议所规定的权利和义务。⁽³¹⁾ 从以上内容可以看出,它解释时遵循的原则是“解释国际公法的习惯性规则”,而何为“习惯性规则”?可能最终还是要回到《条约法公约》中,而其中整体解释法是一种较好的选择。

简言之,整体解释法在《条约法公约》中有明确规定,在涉及有关具体条约的条款解释时,应当加以应用。

三、条约整体解释方法在“稀土案”上诉中的运用

(一) 稀土案主要涉及的法律规范

稀土案涉及 GATT1994 的法律规范主要有:第 7 条(海关估价)、第 8 条(费用及进出口手续⁽³²⁾)、第 10.3(a)项(贸易法规实施方面,要求缔约方做到统一、公正和合理⁽³³⁾)、第 11.1 款(关于取消数量的一般限制,它规定任何成员方除征收关税、税收或其他费用以外,不得通过配额、进出口许可或其他措施来禁止或限制其他成员方的产品的输入,或向其他成员方领土输出或销售出口产品)⁽³⁴⁾及第 20 条“一般例外”规定中的第 2 项、第 7 项和第 11 条数量限制措施例外条款等(中国在应诉中抗辩的法律依据)。其中专家组重点适用和解释了第 11.1 款和第 20 条。

稀土案涉及《议定书》的规定主要有第一部分第 1.2、第 5.1、第 5.2、第 7.2、第 8.2 和第 11.3 等款。这些内容分别在《报告》中也有体现。其中和本文相关的主要是第 1.2 款与《报告》的第 342 段(其他规范本文不予讨论),涉及中国在《报告》中做出的承诺与议定书一样对中国具有约束力。该款强调 WTO 规则的整体一致性,即实施 WTO 规则应将其看做一个整体而非局部,这毫无疑问应包括成立 WTO 议定书所包含的任何基本原则。但遗憾的是,本案专家组在解释 WTO 有关规则时并未做到整体一致性,而是根据需要有选择地适用一些具体规定,割裂了 WTO 基本原则与具体规则的协调一致性。

实际上,在专家组报告中《马拉喀什协议》的第 12.1 款后一句(新成员加入应适用于本协议及所附的多边贸易协议)及其序言也是与本案相关的十分重要的法律规定。

(二) 专家组的解释及其错误

专家组认为《议定书》是《马拉喀什协议》的一部分,但不意味着其单个规定也是《马拉喀什协议》各附件中的多边协议的一部分。⁽³⁵⁾ 其理由如下:它认为“本议定书,包括《报告》第 342 段所指的承诺,应成为《WTO 协定》的组成部分”所用词语从“通常意义”上说并不支持如下解释,即该语言使议定书的单个规定成为不同多边贸易协议的组成部分;该规定的“通常含义”是“完整意义上的议定书是马拉喀什协议的一个组成部分”,这一通常含义并不带出下

(30)See Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31 (3) .

(31)DSU art. 3.2.

(32)GATT 1994 art. VIII: 1 (a) .

(33)GATT 1994 art. X: 3 (a) .

(34)GATT 1994 art. XI.

(35)*Supra* note (9) , para. 7.89.

面的内容：议定书的单个条文由此也就成为马拉喀什协议附件中协议的一部分。⁽³⁶⁾ 这一解释有偷换概念之嫌。条约是由一个个条文构成的，而条文构成的整个协议又会成为另一个条约的组成部分，以此类推，若干条约以某一个条约为核心构成某一领域国际法律框架，而其中每一个条款都必然存在内在联系。在国际贸易领域，WTO 协议就是以《马拉喀什协议》为核心的一群协议所构成的有机统一整体，每一个协议既有相对独立性，又有内在的必然联系。过分强调独立性，就会破坏该法律框架的彼此关系。议定书中涉及货物贸易的规定必然是 GATT1994 的一部分。如果仅仅将其视为《马拉喀什协议》的一部分，成员方根本没有必要来按 GATT1994 来履行货物贸易方面的义务。如《议定书》只是中国入世时就自己义务所作承诺的一个框架性陈述，其具体义务必然与《马拉喀什协议》及其附件发生联系，并以它们为主体，否则含有区区 18 条实体内容的《议定书》何以让中国承担那么多义务？中国又根据什么来削减关税、逐渐开放服务领域并履行知识产权保护义务？这种解释曲解了“通常含义”的真实意思。

专家组的第二个理由是：GATT1994 第 1 段规定其应该包括的内容为给出的穷尽的、封闭的列表，且其第 1b (ii) 专门提到“入世议定书”需是《WTO 协定》生效之日前 GATT1947 项下已生效的。这和乌拉圭回合协议不仅仅涉及货物贸易事实相吻合，因此 1994 年之后含有服务和知识产权议题的入世议定书不在 GATT1994 调整范围之内。中国主张的其议定书第 11.3 款是 GATT1994 一部分很难与 GATT1994 的前述规定相协调。⁽³⁷⁾ 如果专家组解释是正确的话，那么在 1995 年 1 月 1 日 WTO 成立之后加入的成员方的入世议定书应当如何定性？如果它们当中涉及货物贸易的规定不是 GATT1994 的一部分，新加入的成员方凭什么要履行关税减免及采取其他非关税措施来促进货物贸易自由化？如果这些入世议定书中涉及货物贸易的规定不被看作是 GATT1994 的一部分，这些成员是否有受歧视之嫌？显然，专家组的理由经不起推敲。另外，根据《条约法公约》关于条约后续资料的规定，1995 年以后的议定书完全可以看做是 WTO 协议的组成部分，其中涉及货物贸易部分无疑是 GATT1994 的一部分。至于专家组所述的 GATT1994 之规定采取穷竭封闭的方式列举，从法律逻辑发展的角度来说，显然不当。

专家组的第三个理由是：先前的专家组和上诉机构并不支持中国的解释，即议定书第 1.2 款中所用到 WTO 协议是指《马拉喀什协议》之外的其他什么协议。虽然本专家组被首次要求对议定书中的 WTO 协议进行解释，但专家组发现在所有涉及中国入世议定书第 1.2 款的解释和适用中，专家组和上诉机构都认为该款有两个作用：使议定书中所规定的义务在 DSU 下得到履行及确保这些义务能够根据 DSU 第 3.2 款的国际公法解释的习惯性规则进行解释。而这两个作用均将 WTO 协议当作《马拉喀什协议》。由于《马拉喀什协议》是 DSU 的一个附件，因此它和其他 DSU 附件一样，必须依据国际公法解释的习惯性规则来解释。中国提出的第 1.2 款的解释显然与这一规定的法律效果的理解有重大偏差，这在先前的专家组和上诉机构的报告中有所体现。⁽³⁸⁾ 这一理由较难成立：首先专家组没有解释涉及中国观点的“国际公法解释的习惯性规则”到底是什么，就武断地给出结论；其次正是因为《马拉喀什协议》是 DSU 的附件，说明 WTO 协议不同于《马拉喀什协议》，它恰恰证明后者是前者的一部分；而且，即使二者是一回事，也不影响议定书 1.2 款提到的议定书是 GATT1994 的一部分。此外，从 DSU 所列附件可以看出，它是将《马拉喀什协议》仅看作设立成立 WTO 事宜方面的规定，因为其后所列的货物贸易、服务贸易等根据广义上的《马拉喀什协议》的规定，应当是其组成部分；⁽³⁹⁾ 而且 DSU 附件只是说它覆盖

(36) *Id.*, para. 7. 82.

(37) *Id.*, para. 7. 83.

(38) *Id.*, para. 7. 85.

(39) See Marrakesh Agreement, art. 2. 2.

的协议，意指涉及到争端，根据 DSU 来进行处理，并未说这些协议是其组成部分。

专家组在解释中违背整体解释方法的错误是明显的。中国在上诉通知中的第一个诉求的背后之意是在表明：涉及具体一个条款内容时，必须放在 WTO 整体框架中加以理解和适用，即解释时要遵循整体解释原则，不能孤立地只看该条款的内容，将内在有机统一的内容割裂开来，这会有悖于条约签订时的真实意图。⁽⁴⁰⁾ 前面提到，专家组认为这是中国答辩中提出的一个新视角。⁽⁴¹⁾ 该点非常关键。如果将《议定书》、GATT1994、《马拉喀什协定》及其附件等作为一个完整的法律框架来分析中国的行为，特别是《马拉喀什协定》中提到的可持续发展、环境保护等，则中国采取的具体措施是正当的，完全符合 WTO 规则。不能割裂理解 WTO 框架的内在统一性和体系性，只见树木、不见森林；抓住单个规定而不与相关的规定联系起来，这是法律实施中最大忌讳。《马拉喀什协议》由成立世界贸易组织的主协议及其附件所构成（多边协议），主文和附件从法律的关联性和逻辑性来说是完整的、不可分割的、相互依赖的统一体。《议定书》与 GATT1994 一样，是主协议的附件，在实施时应当遵循《马拉喀什协议》所确定的规则；由于《议定书》是中国入世义务的总体描述和归纳，其内容不可能将涉及到的 WTO 框架下多边协定规定的权利和义务一一列举，当具体义务涉及有关多边协议中的内容时，无疑也要遵守相关协议的规定。否则《议定书》的规定将会成为一纸空文。专家组这样的解释违背了《条约法公约》规定的整体解释原则。专家组否定中国该方面的主张之意图十分明显：排除 GATT1994 第 20 条的例外条款之适用，但其逻辑推理让人难以信服。另一位持不同意见专家组成员注意区分了《马拉喀什协议》和 WTO 协议所含内容，⁽⁴²⁾ 并认为第 20 条可以适用所有与货物贸易相关的 WTO 义务，除非有明确的相反义务之规定，中国《议定书》中并无这样相反的规定。这些看法颇为合理。

专家组在解释有关规定时，往往只抓一点（如《议定书》第 11.3 款的规定），不及其余，没有结合议定书签订时的背景、没有将该条放在 WTO 整个规则体系下，尤其是没有考虑到《马拉喀什协议》作为 WTO 基本法的规定，进行解释；它依据 DSU 第 3.2 款及《条约法公约》第 31 条“通常含义”等解释⁽⁴³⁾ 条文时，有时过于细节、支离破碎，如就某个词汇，像第 20 条第 7 项中的“可耗竭的自然资源”、“保护”及“相关”等进行繁琐解释，⁽⁴⁴⁾ 而另一方面则忽略整体含义和条约的目的。这违背了整体解释原则，最终做出不利于中国的解释。

（三）中国上诉过程中的应对

该案涉案方较多，除了美日欧三方申诉外，还有 16 个第三方，该案的影响力不容小觑。然而，由于 2012 年年底结束的“原材料案”硝烟尚未远去，而该案与它又十分相似。所以，该案要获得我们预期的效果恐有难度。不过，不论结果如何，我们应紧紧围绕上诉要解决的核心问题——“条约的法律解释”——展开，而且应坚持在应诉中所提出的整体解释方法，并进一步完善，以最大程度地向目标靠近。

1. 坚决主张条约的整体解释方法，否定专家组多数意见中解释的不合理之处

前文已经分析专家组在否定“《议定书》第 11.3 款是 GATT1994 一部分”明显不合理之处，在上诉过程中，可以进一步完善和挖掘该方法的材料和思路。其中之一是，我们应系统地、历史

(40) *Supra* note [9], paras. 7.105, 7.110.

(41) *Id.*, para. 7.75.

(42) 该案中持不同意见的专家组成员将《马拉喀什协议》、WTO 协议进行了区分。他认为前者仅指“成立世界贸易组织”的有关规定，包括协议的第 1-16 条，而后者指包括《马拉喀什协议》及其有关附件（含多边协议、复边协议及服务承诺表等）。*Id.*, para. 7.122.

(43) *Id.*, para. 7.243.

(44) *Id.*, paras. 7.244-292.

地运用所有与第 11.3 款相关的条约和资料。笔者在此仅仅做些尝试。

我们应从 WTO 规则的体系及其历史发展中强调《议定书》、GATT1994、《马拉喀什协议》及 WTO 协议之间的内在逻辑关系,并通过整体解释方法将它们逻辑性地链接起来。上述三者之间的范围是由小到大:《议定书》通过其 1.2 款及《马拉喀什协议》第 12.1 款(加入应适用于本协定及所附的多边贸易协议)与 GATT1994 发生联系,由于其除涉及货物贸易外,还涉及服务贸易和知识产权贸易等相关事宜,所以不能简单地说其范围小于 GATT1994;但在货物贸易领域,它要遵从 GATT1994,且其该方面的内容当然地成为后者的一部分。根据《马拉喀什协议》第 2.2 款之规定,“附件 1、2 和 3 中的各个协议以及与其有联系的法律文件,(以下称“多边贸易协议”)为本协定不可分割的部分,对所有成员方具有约束力”,可以看出《马拉喀什协议》不仅仅指其成立 WTO 文本本身,还包括了 15 个多边协议(其中货物贸易 13 个,服务贸易和知识产权各 1 个)、争端解决机制和贸易政策评审机制。WTO 协议包括《马拉喀什协议》及 4 个复边协议和将来可能形成的其他协议。在解释时可以遵循一定的逻辑将《议定书》的某一条款置于整个框架中进行解释。

我们再回到《条约法公约》,其第 31 条明确解释的一般原则含有三个基本要素:文本本身、文本的背景(即其上下文和与所签条约有关的任何资料;该条的第二、三段一开始就提到“context”意在说明它们与第一段的密切关系;三段之间在效力上没有优劣之分,纯粹是逻辑上的程序或安排,舍此无他:首先自然是文本,接下来是上下文,然后是其他相关资料,特别是随后的资料)和条约的目标和目的。⁽⁴⁵⁾对于《议定书》,我们没有看到有关其目的的陈述,显然是将其看做《马拉喀什协定》的组成部分,涉及其任何条款的解读只能依据《马拉喀什协定》中确立的目标来解释。这是对条约整体性解释的基本需要。第二段的解释:任何一个条约必须被看做一个整体,包括其前言和任何附件;此外与条约有关的一切其他资料,包括声明、宣言及备忘录等不应当被看做是有助于解释的文件,而应被看作是形成条约的有价值的工具。有时为了推动一个条约的通过,有关方面可能对某一点有分歧,或出于政治考虑,为了整体利益和局势的发展,它们可能会举行另外的谈判或由会议主席通过一个单独的文件来说明该问题,以避免政治上的尴尬。⁽⁴⁶⁾

此外,我们还需要关注 WTO 协议下的有关解释规定,如最高权力机构,部长级会议和总理事会对《马拉喀什协议》和多边贸易协议独有的解释权。至于对附件 1 中的多边贸易协议的解释,部长级会议和总理事会应在监督该协议执行情况的理事会建议的基础上行使此项权力。采纳一项解释的决定,应由成员方四分之三的多数通过。本款不应当被用为损坏本协定第 10 条关于修改的各项决定。⁽⁴⁷⁾它们作出的有关解释本身对其他规范的整体解释有着一定的影响。当本协定的某项规定与多边贸易协议的某项规定发生冲突时,在冲突范围内,本协定的规定应具有优先效力。⁽⁴⁸⁾这一规定在解释时可以发挥积极作用。

2. 《马拉喀什协议》中确立的原则在本案整体解释中的作用

《马拉喀什协议》确立了“最佳利用世界资源”及“保护环境和可持续发展”原则,这与 GATT1947 形成了鲜明的对比。GATT1947 指出,其制定宗旨是成员方在处理其贸易和经济事业的关系中,应当以促进世界资源的“充分”(full)利用及扩大商品的生产与交换为目的……而《马拉喀什协议》的宗旨之一是根据可持续发展之目的对世界资源实行“最佳(optimal)”利用,

(45)Anthony Aust, *supra* note [2], p. 234.

(46)*Id.*, p. 237.

(47)See Marrakesh Agreement, art. 9. 2.

(48)See Marrakesh Agreement, art. 16. 3.

以既保护和维护环境，又以符合不同经济发展水平下各自需要的方式，采取并加强有利于该目标实现的各种相应措施。⁽⁴⁹⁾ 显然，两者在实现对资源的利用上有重大差别：前者是“充分利用”，重在突出“效率”，彰显出二战结束之后人们对经济发展和贸易自由的渴望，重点放在通过资源的充分利用促进“物质财富”的增加，而且其本身是目标之一。在当时的历史背景下，这一宗旨有其合理性。而后者表明其实现目标的手段（它不是目标，目标是可持续发展和保护环境）之一是“最佳利用资源”。说明经过近 40 年的发展，人类在技术的作用下，物质财富获得了急剧增长，但同时暴露出更多的问题，尤其是环境污染、气候变化和资源耗竭等给人类长久发展和生存带来巨大隐患。⁽⁵⁰⁾ 在这个过程中，国际贸易的“贡献”不容忽视。由此促使人类自 70 年代起对环境保护、资源的科学利用等进行探索和国际合作，并日渐发展了可持续发展理论，并将其作为国际法的一项基本原则。这些促使人类对资源利用的认识发生质的变化，即进入 90 年代以后，人类对贸易与环境的关系给予了更多关注。《马拉喀什协议》作为整个 WTO 规则的纲领性文件和框架基础，将“可持续发展”及“保护和维护环境”作为 WTO 规则体系的最终宗旨之一，其效力显然要高于作为其附件 GATT1994 及其重要组成部分 GATT1947，也高于《议定书》。因此，上世纪 90 年代以来，人们对自然资源的使用，除了寻求使用新的科学的开采方法外，在观念上也发生了重大转变，变“充分利用”为“最佳利用”。一词之变，意义深远。在 WTO 组织结构和重大议题方面，“环境与贸易”成为其核心内容。当然，何为“最佳利用”？谁来判断？这又是一个有争议的话题。不过，我们认为自然资源所有国最有话语权：资源的储量、资源开采过程中的环境影响及对周边人民生活的影响等，并非贸易相对方所能感知和认识的。

环境保护和可持续发展已成为当代各国在发展过程中的当然诉求。国际环境法律文件重申和巩固了这些原则，要求各国合理利用并给予养护，履行环境保护义务，以维系人类的生存和发展。这表明人类的共同利益日益受到关注，且这种共同利益应当高于单个国家的具体利益，如贸易利益等。其中，可持续发展原则已经成为国际法公认的一个原则，它关注“环境与发展”的平衡。为此，可持续发展原则与一国处理自身所拥有的自然资源的权利行使可以完美地结合在一起：一国不能因为自己对自然资源拥有处理权，就滥用自己的权利，其开采和利用必须符合可持续发展和环境保护等原则；而他国也不能通过所谓的贸易规则影响该国出于可持续发展和环境保护考虑而对国内有关自然资源，特别是不可再生资源，所行使的管理、限制开发和保护等权利。当具体贸易规则与上述两原则发生冲突时，我们认为两原则的遵守不仅涉及一国人民的利益，更涉及全人类的利益，其法律效力应当高于某一个具体的国际贸易规则或协议，更高于条约或协议中某一个具体条文。对此，我们应将这一点结合到整体解释方法中。

此外，2012 年 1 月 30 日，WTO 上诉机构公布的“中国——与多种原材料出口相关的措施案”（“原材料案”⁽⁵¹⁾）最终裁决⁽⁵²⁾，裁定中国对涉案 9 种原材料制定的出口限制措施与 WTO 协议和《议定书》不符。⁽⁵³⁾ 该案同样涉及中国原材料的出口限制措施，争端解决程序基本一致。虽然，WTO 争端解决机构先前审理的案子所得出的裁定一般不作为后来类似案子的先例，但被视为重要的说服性的资料，在实践中专家组和上诉机构常会加以参考、引用。在稀土案中，专家

(49) See Agreement Establishing the World Trade Organization (1994) .

(50) 1947 年至 1994 年间人类史上发生了多起环境污染事件，给人类敲响了警钟。See Aaron Schwabach, *International Environmental Disputes*, ABC-CLIO, INC., 2006, pp. 135-155.

(51) 该案经历的时间概况参见 Reports of the Appellate Body, *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS 394/AB/R, WT/DS 395/AB/R, WT/DS 398/AB/R.

(52) 裁决的实施参见 *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, http://www.wto.int/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds394_e.htm.

(53) *Supra* note (51), paras. 285-290.

组多处引用了“原材料案”的结论和论据。因此,可以推定,上诉机构审理本案一定会借鉴原材料案中上诉机构裁定中的部分推理、论据和论点。我们应从原材料案中汲取有益的参考,以在稀土案中发挥作用。故其上诉机构裁决对稀土案具有借鉴意义。我们可以研究原材料案中上诉机构的一些不足,如上诉机构在针对裁定中国不可以引用 GATT1994 第 20 条作为不履行《议定书》第 11.3 款依据的解释时,⁽⁵⁴⁾ 只提到《条约法公约》31 (1) (a) 项,而对于 31 (1) (c) 没有提及,⁽⁵⁵⁾ 说明解释者有着明显的选择趋向,未能做到整体解释原则。在稀土案中,我们对此需要注意,以免覆辙重演。

结 语

稀土案和原材料案的发生,说明“自然资源永久主权”在国际贸易制度下已经遭受到挑战,它应该受到我们的重视:一方面在国际上,我们要掌握并善于利用国际贸易规则;另一方面,我们还需完善自身的相关制度,以避免资源、财富和环境的多重损害。中国在面临着日趋严峻的资源耗竭、环境污染和气候变化应对等压力背景下,近年来为应对这些压力不断加强并完善对高污染、高耗能、消耗资源性产品的规制,应当为该案的抗辩提供了有利条件。客观上,中国政府对稀土等出口采取限制措施在国际、国内层面均具有一定的正当性:既是中国保护自然资源和环境需要,也是对全球可持续发展所做出的重要努力,它们符合《马拉喀什协议》中确定的可持续发展要求,有利于促进资源、环境和人类协调发展。环境污染及气候变化带来的消极结果是全球性的,世界各国的民众、媒体及非政府环保组织等对中国环境的改善给予很大关注,并在为中国如何进一步改善环境献计献策。但是,在这种主流声音之外,跨国公司等私人主体及服务于这些私人主体、谋取贸易利益的政府则借助于 WTO 贸易的具体规则对中国出于环境保护目的而采取的措施提出申诉。这表明当私人利益与公共利益发生冲突时,不同利益主体截然不同的态度。尽管申诉十分艰难,但我们依然要坚持把条约的具体规范放在整个体系中进行整体解释,以维护中国及全球的正当利益,也为今后类似案件提供参考。

当然,解决类似争端的最好方法是,完善自己的制度,遵循可持续发展和环境保护等原则,加强对自然资源合理适当的开发、生产和贸易的管理。原材料案上诉机构裁定公布后,就有学者提出不宜采用出口税措施限制稀土出口,否则在稀土案中仍会面对败诉的风险。⁽⁵⁶⁾ 稀土案中,专家组承认中国举出的诸多证据证明稀土等开采所带来的环境污染及可持续发展等问题,但它认为:中国没有做到内外一致,也没有证明出口税、数量限制等会有助于环境保护等目标的实现。⁽⁵⁷⁾ 因此,在制定相关稀土管理政策、法规中进一步明确环境保护之目的,并将该目的真正贯彻、落实,并证明采取的限制措施与目标实现之间的关系。这样才可避免类似案件的发生,既保护了资源和环境,又促进了贸易和可持续发展。同时,在国际层面,从民主出发加强 WTO 的合法性,使其更能体现全球化背景下的多元价值与利益需求,并在此过程中,打破西方学者在 WTO 制度完善方面的话语垄断,提出符合中国利益的 WTO 宪政化命题,⁽⁵⁸⁾ 推动制度上取消“超 WTO 义务”的内容并形成真正公平的贸易环境。以上国内国际两个方面的努力,才是减少乃至消除稀土案之类纠纷的根本之道。

责任编辑:姚莹

(54) *Id.*, para. 291.

(55) *Id.*, para. 278.

(56) 刘敬东《打赢稀土案要做三件事》,《经济参考报》2012 年 3 月 28 日。

(57) *Supra* note [9], paras. 7. 157 – 166.

(58) 详见左海聪、范笑迎《WTO 宪政化:从“司法宪法论”到“贸易民主论”》,《当代法学》2013 年第 6 期。