

王 静 主编

上外法律评论



张海斌 执行主编

■ (2016年第2卷) ■ **SISU LAW REVIEW**

上海三联书店

王静 主编
张海斌 执行主编

上外法律评论



■ (2016年第2卷) ■ SISU LAW REVIEW

图书在版编目(CIP)数据

上外法律评论. 第2卷/王静主编. —上海:上海三联书店, 2016.6

ISBN 978-7-5426-5597-4

I. ①上… II. ①王… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 114725 号

上外法律评论(第2卷)

主 编 / 王 静

执行主编 / 张海斌

责任编辑 / 王笑红 郑秀艳

装帧设计 / 汪要军

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海叶大印务发展有限公司

版 次 / 2016 年 6 月第 1 版

印 次 / 2016 年 6 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 250 千字

印 张 / 17.25

书 号 / ISBN 978-7-5426-5597-4/D·327

定 价 / 38.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-66019858

《上外法律评论》

2016 年第 2 卷

主 编：王 静

编 委 会：王 静 张海斌 孙宇伟

王海镇 谢晓河 朱兆敏

闫卫军

执行主编：张海斌

责任编辑：王伟臣

目 录

王海镇：稀土案败诉引发的思考	1
闫卫军：论菲律宾诉中国南海争端仲裁案中的管辖权问题	13
朱兆敏：论台湾与世界贸易组织成员签订自由贸易区协定的条件	37
张 琪：WTO 争端解决机制中的磋商程序——与司法手段解决 争端的对比	50
蔡嘉伟：国民待遇规则评析	63
曾凡证、张理：私有不动产中文化价值的保护——以“凤凰古城” 门票事件为视角	89
倪芳磊：我国合适成年人参与制度之完善	99
廖志雄：《消费者权益保护法》保护谁？——对现行“消费者” 法律定义的批判性分析	118
刘海虹：对知识产权客体制度研究的反思	134
毛姗姗：“制作录音制品法定许可”的争论与制度选择	149
华瑀欣：日本地下水权论	166
张海斌：乡村自治、法治及其合法性	185
王伟臣：《大宪章》的影像史诗	212
张 婷：香港民事司法改革简史(1997—2009)	223
李明倩：晚清国际法文本翻译研究——以弗米尔“译者目的” 为视角	247
张守进：欲望与毁灭——小说《觉醒》文本之哲学阐释	257

稀土案败诉引发的思考

王海镇*

摘 要 去年8月,WTO公布了日本、美国、欧盟诉中国稀土、钨等相关产品出口管理措施案的上诉裁决,认定中方有关涉案产品的出口关税、出口配额措施不符合有关世贸规则和中方加入世贸组织的承诺,至此广受各方关注的稀土案终以中方败诉而告一段落。西方媒体将这一裁决奉为WTO近年来最重要裁决之一,因为此前WTO为避免干涉成员国内政的嫌疑,很少对成员国的出口限制进行干预,其关注点更多是在成员国的进口限制方面,但若加上此前中国焦炭出口措施案的话,WTO已连续两次在有关中国的出口限制案中裁定中方败诉,西方媒体强调相关裁决“体现了”WTO为实现自由贸易的宗旨和决心。然而,包括日美欧等本案的提诉方在内的一些西方国家时至今日,仍在借安全保障之名,对包括中国在内的其他一些WTO成员实施歧视性贸易政策,限制特定产品、技术、物资对这些国家的出口,这些同样明显违反自由贸易规则的行为在WTO框架下又该如何定性呢,若中国必须对日本或美国出口稀土等,那日本和美国禁止向中国出口新型碳纤维材料或电脑芯片的理由又在哪里,所谓《瓦森纳协定》的效力真可以凌驾于WTO义务之上吗,本文拟就这些问

* 王海镇,上海外国语大学法学院副教授,研究方向为国际经济法、竞争法。

题做一些探讨,以期为更好地解决此类问题做些铺垫性研究。

关键词 瓦森纳协定;出口管制;安全保障

一、WTO 对出口限制措施的基本立场

GATT 第 11 条规定“成员国(对进口产品)除了征收关税或相关税费以外,不得设立或维持配额,进口许可证或其他限制或禁止其他成员国产品的输入,或向其他成员输出或销售产品”。本条款一直被视为是禁止成员国采取数量限制措施的法律依据,也是消除非关税贸易壁垒的主要手段。从内容来看,该条款不仅适用于对进口产品的数量限制措施,同样也可以被适用于对产品的出口限制措施。但事实上,在 WTO 长期的实务操作过程中,该条款由于种种因素很少被适用于成员国的出口限制措施。

首先,在 WTO 争端解决程序中,一方成员若依据 GATT 第 23 条第 2 款提诉的话,除了必须满足 GATT 第 23 条第 1 款前 3 项要件,即:

a)未曾履行基于协定的义务,

b)或采取了某项措施的结果,

c)国内存在的某种状态。此外,还必须满足结果要件,即由于上述缘由“致使(提诉方)依据本协定的规定直接或间接可获得的利益受到损害或无效化,或导致协定目标的实现受到妨碍”,而这里所说的“直接或间接可获得的利益”来源只能是通过交涉得到的来自其他成员的关税减让的承诺结果,即为本国产品进入对方市场争取到的机会,而出口国对其本国产品的出口是否征税或征多少税一般不会成为其他成员关心的事项,也不会成为两国关税减让交涉的对象,故即使出口国对特定产品的出口实施管制,受该管制影响的一方也很难证明己方对受管制产品的出口拥有“直接或间接获得的利益”^①,但若

① 在 1979 年审议澳大利亚对欧共体的砂糖出口补贴案件的专家组报告中,专家组虽然认定欧共体的相关制度涉嫌违反第 16 条第一款,但澳大利亚并未证明澳大利亚依据协定可获得的什么利益被无效化了,或被侵害,或如何影响了协定目的实现,因而中止了案件的实体审查(BISD 26S/290. Para. V(I))。

出口国在实施出口管制过程中存在歧视性行为,有违反最惠国待遇嫌疑时,则可能构成“妨碍实现 WTO 协定目标”的状况,因而成为被诉对象。

另一方面,对出口实施限制首先受到损害的应该是出口国自身(即意味着白白浪费了通过交涉获得的出口机会),当出口国宁可牺牲出口机会也决定要对本国特定产品的出口实施限制的话,不难推测该决定的背后有难以回避的国内压力,同时由于一般出口限制不至于直接损害其他成员的利益(除非有歧视性行为),为避免有干涉内政的嫌疑,WTO 对出口管制鲜有深入干预的。^① 尽管在中国的焦炭和稀土案中,因为这两个案件都涉及到了《中国入世议定书》中对中国不利的条款^②,WTO 的裁定结果似乎也有其可自圆其说之处,但 WTO 如此深入地介入一成员的出口管制措施,不得不令人感到些许的不自然。

二、日美等国的对中国出口限制

2011 年 11 月下旬,日本神奈川警方对位于东京都品川区的天祥集团日本公司总部实施了突击搜查,该公司被指对中国出口了具有自动控制装置功能的二手半导体设备,涉嫌违反日本《对外贸易及外汇

① 虽然第 11 条的第二、三款也设定了一些例外状况,但这些例外范围依然是很有限的,不一定能满足成员国特定政策的适用,如美国政府依据 1938 年天然气法(Natural Gas Act of 1938, 15 U. S. C. § 717b)的规定,对天然气的出口视对象不同适用不同的标准,即对与美国签订了含有国民待遇条款 FTA 协定的国家无条件并快速予以许可,对与美国无上述协定的国家,则采取个案审批的程序,主要评估标准是对该国的出口是否符合美国的“公共利益”,通常这种审批程序需要二三年的时间,这一做法也不符合第 11 条的例外条件。对此,美国著名智库《彼得森国际经济研究所》的高级研究员 Gary Clyde Hufbauer 在 2013 年 1 月 24 日的一篇文章中说到“美国在限制天然气出口的同时,却无视国内天然气的自由消费,这无疑是一种伪善,是违反 WTO 规则的”,见 LNG Exports: An Opportunity for America; 日本(国际贸易投资研究所)理事长畠山襄也断言:“从欧美诉中国的焦炭出口限制案以及美、欧、日诉中国的稀土出口措施案来看,若有(国家)诉美国天然气出口限制的话,美国也必输无疑”(畠山襄,《残された課題——WTO の輸出国偏重》,国际贸易与投资 Autumn 2013/No. 931),但迄今为止,既无其他成员提诉,WTO 依据附属文件三的审查机制也从未触及这一问题。

② 在《中国入世议定书》第 11 条第三款中约定“中国应取消适用于出口产品的全部税费,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。”

管理法》及《出口管理法令》等。^① 同年 12 月,日本警视厅公安部也启动了对位于东京都中央区的吴宇化工的子公司可瑞芬公司(法人)及原管理部长(个人)的刑事提诉程序,该公司被指向中国出口高级碳纤维,也涉嫌违反日本外汇管理法及出口管理法。^②

稍早前,日本静冈县警方与福冈县警方对位于静冈县境内的雅马哈公司的 20 多处场所实施了联合搜查,该公司被指涉嫌向中国出口喷洒农药的无人农用直升机,日本政府怀疑该直升机可能被中国转为军用。^③

另,就在今月(4 月)9 日,美国商务部发布了一份公告,决定禁止向中国四家国家超级计算机中心出售“至强”(Xeon)芯片。理由是,这四个计算机中心与当今世界运算速度最快的超级计算机天河二号有关,并被疑从事了违反美国国家安全或外交政策利益的活动。^④

如上所述,日美等国在向 WTO 提诉中国限制特定产品出口措施违反 WTO 自由贸易原则的同时,他们自身也在频繁地,甚至是明目张胆地对中国及其他一些 WTO 成员国实施出口限制措施。对此,他们的解释是他们对中国的禁运措施是依据《瓦森纳协定》来的,因《瓦森纳协定》禁运的对象属安全保障领域,不在 WTO 自由贸易范围,故他们对中国的禁运是有合法依据的,即他们可以自行决定不向中国出口什么,但中国必须向他们出口他们想要的什么。那么《瓦森纳协定》果真有如此效力吗? 中国果真只能听之任之吗?

三、《瓦森纳协定》效力的分析

新中国诞生后,中国的经济发展可以说一直是在西方主要国家的多重刁难,多方封锁的情形下一路艰难走过来的,其中尤以所谓的《巴

① 见《日本经济新闻》http://www.nikkei.com/article/DGXNASDG29012_Z21C11A1CC0000/,访问时间:2015 年 7 月 1 日。

② 见《読売新聞》2011 年 12 月 7 日。

③ 见《每日新闻》2006 年 1 月 23 日。

④ 见新华网报道。http://news.xinhuanet.com/finance/2015-04/14/c_127687249.htm,访问时间:2015 年 4 月 14 日。

统协定》及其后续替身《瓦森纳协定》对中国的经济发展的限制影响最为明显,并且,这种不正常状态一直延续至今。

所谓《巴统协定》(CoCom: Coordinating Committee for Multilateral Export Control)是指1949年11月由美国政府牵头设立的一个非正式的国际机构,该机构通过设在美国驻法国巴黎大使馆的“战略物资出口控制委员会”,对当时以苏联为代表的社会主义东方国家阵营实施战略遏制,禁止或限制西方国家的战略物资和先进技术流入东方阵营国家,以免增强对方的军事能力。由各成员国政府负责监管进出口贸易的官员组成的巴统委员会定期在美驻巴黎大使馆举行磋商,交换并确认禁运物资清单,这些清单覆盖军事武器装备、尖端技术产品和战略产品等三大部分。《巴统协定》的正式成员有北约15个成员国(爱尔兰除外)以及1952年加盟的日本,除此之外,还有一些被称为巴统协助国的(自愿与巴统成员采取统一步骤的)成员国家,1952年朝鲜战争爆发后,中国也被纳入了禁运对象范围。从国际法角度看,因为《巴统协定》属绅士协定,没有明确的条约和组织程序,故各成员国对清单上的禁运对象都是通过制定相应的国内法来控制 and 实施《巴统协定》清单的。另一方面,尽管《巴统协定》属绅士协定,该协定对成员国无强制约束力,但由于美国对此协定的实施极为重视,对违反协定的国家和企业不惜处以重罚^①,故该协定一直以来,对国际贸易,特别是东西方贸易有着不可忽视的影响,可说是很“忠诚”地体现了美国冷战时期的遏制战略意图。

20世纪90年代初,随着德国的统一及前苏联解体,冷战宣告结束后,国际社会舆论普遍认为世界安全的主要威胁不再来自军事集团和

① 如著名的东芝公司事件,日本东芝公司的子公司东芝机械公司在1982年到1984年期间,将《巴统协定》清单中禁运的精密加工机床出口前苏联一事被察觉后,迫于美国的压力,日本政府对东芝机械公司及其相关个人提起了诉讼,两名负责人分别被判10个月及一年监禁(缓期一年),罚款两百万,作为母公司的东芝公司总裁及总经理被迫辞职(外国為替及び外国貿易管理法違反被告事件、昭62特(わ)1547),东芝公司也被禁止三年内参加美国的政府采购,东芝机械公司五年内不得介入美国商务。此外,如“上海,北京工展会コム事件”(日本东京地方法院1969年7月8日判决)、1982年西伯利亚输油管事件等(见,小原喜雄:《國際的事業活動と国家管轄権》有斐閣、1993,12,20, p. 296)。

东方社会主义国家,《巴统协定》的宗旨和目的也与现实国际形势不相适应了,《巴统协定》遂于 1994 年 4 月 1 日宣布正式解散,然而,仅过了两年,1996 年 7 月《巴统协定》的替身《瓦森纳协定》便粉墨登场了。^① 此协定全称为《关于常规武器和两用物品及技术出口控制的瓦森纳协定》(The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Good and Technologies),其成员也在原《巴统协定》基础上有了扩大,目前共有包括美国、日本、英国、俄罗斯等前东欧国家共 40^② 个成员国,由于前苏联解体后,中国仍坚持自己的政治及外交立场,故理所当然的不仅被挡在《瓦森纳协定》之外,而且还是《瓦森纳协定》的主要禁运对象。

以美国为主导的《巴统——瓦森纳协定》体制在相当长的时期里,严重影响并阻碍了中国经济和产业的顺利发展,特别是《瓦森纳协定》对军民两用技术的“高科技”比重在明显加重,除了其《巴统协定》遗留的冷战印记外,《瓦森纳协定》已明显被日美等国用来对中国进行技术封锁,遏制甚或延迟中国技术乃至经济及社会发展的工具。这种带有明显冷战思维印记的歧视性行为,事实上已明显违反了 WTO 自由贸易的基本原则。

如前所述,无论《巴统协定》还是《瓦森纳协定》本身对成员国及成员国企业是均无约束力的,它是通过成员国国内法的制定来完成遏制目标的,即成员国的出口限制从国际法上看是依据其国内法而非《巴统协定》或《瓦森纳协定》来完成的。另一方面,在 WTO 诞生前,由于《关贸总协定》本身也不是严格意义上的国际条约,因其未经过大多数

① 由于成员国的禁运是依据国内法实施的,故尽管《巴统协定》宣布解散,成员国的国内法却未曾同步废除,而《瓦森纳协定》的重启,即意味着《巴统——瓦森纳协定》从未中断过,可谓名副其实的换汤不换药。

② 对接纳俄罗斯的加入,目前尚未找到相关第一手资料的说明,笔者以为可能基于以下几点原因:1)俄罗斯当时经济疲惫,已不具备对西方构成威胁的能力,2)西方一度把俄罗斯视为“可教育好”的对象,有明显怀柔色彩,这也是当时接纳俄罗斯进八国集团的原因之一,3)俄罗斯依然拥有先进的军事技术,通过笼住俄罗斯可防止其军事技术流入被视为更具潜在威胁的中国之手。

成员国宪法规定的条约批准程序^①,故其效力也不及国际条约,而是类似一般行政协定,若成员国的国内法与《关贸总协定》相关规定有抵触时,成员国可借口国内法规定或祖父条款^②来主张例外。虽然,在涉及《巴统协定》内容的 WTO 相关案例中,被诉方都援引《关贸总协定》第 21 条的安全保障条款来辩解,但无论是当事方还是争端解决机构实际上都是以《巴统协定》的存在为前提来审议案情的,或干脆就把《关贸总协定》第 21 条与《巴统协定》等同起来看,给成员国造成了凡涉及第 21 条安全保障要素的事例似乎即意味着不应在 WTO 审理范围之内的感觉^③,而具体什么可纳入安全保障内容是由成员国自行决定的事项。

但 WTO 诞生后,情形便完全不同了。因为 WTO 是一个正式的国际条约,所有成员国都履行了国内宪法规定的条约批准程序,且《WTO 协定》第 2 条第二款明确规定,“附件 1、附件 2 和附件 3 所列协定及相关法律文件(下称多边贸易协定)构成协定的组成部分,对所有成员具有约束力”,故在 WTO 框架下,除满足 WTO 协定自身规定的特定例外情形之外,均不得主张例外,包括祖父条款^④,而且根据国际法的一般基本原则,当国内法与本国参加的国际条约规定相抵触

① 由于 1948 年《哈瓦那宪章》未得到美国国会的批准,而《关贸总协定》当时只是通过签署一份临时适用协议而生效的,又因为美国国会最终也再未通过《哈瓦那宪章》,故只有临时身份的《关贸总协定》的身份一直颇多非议,见 1947 Protocol of Provisional Application, 55 UNTS 308; 30 October 1947, 61 Stat. pts. 5, 6 TIAS No. 1700。

② 也称“祖父权”Grandfather rights,在法学领域指当新的立法产生时,对已存在的权益予以尊重和维护的意思。在《关贸总协定》语境中,在成员批准《协定》时,或有新成员加入时,此前各自国内法中亦已存在并与《关贸总协定》第二部分相矛盾的规定依然可以维持的意思。

③ 1982 年英国与阿根廷之间爆发福岛战争时, GATT 理事会就讨论有关对阿根廷的贸易禁运措施时,美国政府就非经济理由的贸易制裁做了如下表态(C/M/157. 159)“GATT 对于为维护本国自身安全保障重大利益时,应采取何种措施最为必要的判断是完全托付于各成员国的, GATT 理事会不具备对此判断提起疑问的权能”。欧共体、加拿大、澳大利亚也大致表达了类似的观点,即第 21 条可涵盖哪些对象,成员可采取哪些禁运措施,是完全交由成员国自行决定, GATT 不能介入, C/M/157, 159。

④ WTO 诞生后的祖父权限,仅限于 1994《关贸总协定》第一条第三款 a 项的内河航运船舶条款。

时,国内法必须为国际条约的义务让路,“所有有效的条约都必须被遵守……当事国不得以国内法作为不履行条约义务为正当化的依据”^①。

在 WTO 框架下,可能被用作《瓦森纳协定》出口禁运对象措施的合法性依据的,只有《关贸总协定》第 21 条所明确列举的具体情形了,但细看该条内容便不难发现,该条规定很难为《瓦森纳协定》大部分禁运对象提供合法性依据,特别是所谓军民两用技术、敏感技术,因为该条款提供保护的范围是:

a) 有关本国自身安全保障重大利益的信息公开;

b) 为维护本国安全保障上的重大利益而采取的下列必要措施:
1) 有关裂变材料或提炼裂变材料的原料的措施, 2) 武器、弹药和军火的贸易或直接和间接供军事机构用的其他物品或原料的贸易措施, 3) 战时或其他国际关系处于紧急状况时采取的措施;

c) 成员国为维护国际和平与安全依据联合国宪章义务而采取的措施。

由此可见, WTO 框架下成员可采取的禁运对象只能是与武器弹药或直接和间接供“军事设施”用的物资或原料,或有安理会决议等,这也符合 WTO 最大限度在全球范围内推行自由贸易的宗旨,即将例外对象严格限制在最小范围之内。因而目前《瓦森纳协定》成员对包括中国在内的其他 WTO 成员国实施的所谓敏感物资,两用技术的禁运都没有国际法上的依据,同时也是违反国际条约义务的行为。

四、中国的可考虑应对方案

(一) 方案一: WTO 提诉

如前所述,在没有出现其他新的法律依据的情况下,《瓦森纳协定》成员对包括中国在内的其他 WTO 成员实施的大部分技术及相关设备,产品的出口限制措施明显涉嫌违反《关贸总协定》(最惠国待遇)(第 1 条)以及(禁止数量限制原则)(第 11 条)的规定,中国完全可以利用 WTO 的争端解决机制对违反条约义务的国家提诉。由于《瓦森

^① 参见《条约法条约》第 26 条、27 条。

纳协定》是通过成员国的国内法来实施的,从 WTO 实务角度看,被诉对象应该是特定国家的国内法以及相关法令和程序,如日本的《对外贸易及外汇管理法》(Foreign Exchange and Foreign Trade Act)第 25、48 条,相关的行政法规有《出口管理法令》(Export Control Order)及其附属(管制货物清单)以及(管制技术清单),此外还有各部门的相关规章、通告等。美国的有《出口管理法》(Export Administration Act,1979 年修改)以及据此制订的《出口管理规则》(Export Administration Regulations (EAR))和相关出口申报,审批程序规定等,欧盟出口管制依据有 European Union Code of Conduct on Arms Exports 和相关程序规定等,只要可能被各国用于限制对中国出口贸易的法律法规、行政程序等都可被纳入提诉范围,这本身也是作为 WTO 成员的一项基本权利。

由于 WTO 协定生效后,《瓦森纳协定》已不能作为限制出口措施的挡箭牌,因而被诉方的辩解空间应该很有限,即中方胜诉的可能性很大。退一步说,即使由于种种难以预测的原因,导致最后审理结果不尽如人意,但提诉本身依然具有很重要的积极意义。

首先,早就有一部分协定成员国已不愿继续维持对中国的禁运措施,因为这样既可能丧失向中国出口的巨大经济利益,同时歧视中国也不符合他们的政治利益,更重要的是他们自己都已不相信中国会成为国际和平的威胁,维持对中国的出口限制只是让他们在这场游戏中扮演了美日等极少数国家遏止中国的帮手,而对他们自身而言则是有弊无利的。此前无奈维持对中国的禁运,是因为有《瓦森纳协定》这一层薄纸罩着,谁也不想去积极捅破它,但现在若有机会从正面揭开《瓦森纳协定》面纱的话,也许也可能正是相关各方放弃这一莫名其妙联盟的合适机会。

其次,考虑到事实上迄今为止 WTO 无论在法律的技术运用层面上,还是对法律传统的解释方面都在很大程度上受到了美国及西方主要国家的操控和影响,因而 WTO 对类似涉及《瓦森纳协定》等的敏感事项采取有利于被诉方的立场也并非不可能,即将此问题硬性纳入安

全保障范围并借机回避正面审理。^① 但即便如此,考虑到 WTO 与 GATT 身份性质的不同,WTO 争端解决机构也有义务明确第 21 条的适用范围和评估标准,这会让 WTO 争端解决机构面临极为棘手的难题,至少通过提诉在此后涉及相关问题的处理方面,可在很大程度上挤压西方国家滥用国际规则的空间。

(二) 方案二: 双边交涉途径

如果 WTO 最后以事涉安全保障为由不予受理中方的相关提诉,则中国还可考虑通过双边交涉途径来解决问题。根据我国《对外贸易法》第 7 条的规定:“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的,中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。”

美日等国对中国的禁运措施明显属于“歧视”行为,在 WTO 置身事外的情形下,从国内法寻求救济也符合国际法“用尽当地救济”的基本原则。

根据《对外贸易壁垒调查规则》第 3 条第一款的规定“外国(地区)政府采取或者支持的措施或者做法,存在下列情形之一的,视为贸易壁垒:

(一)违反该国(地区)与我国共同缔结或者共同参加的经济贸易条约或者协定,或者未能履行与我国共同缔结或者共同参加的经济贸易条约或者协定规定的义务;(二)造成下列负面贸易影响之一:……

对该国(地区)或者第三国(地区)的产品或者服务向我国出口造成或者可能造成阻碍或者限制。”

显然,WTO 框架下对中国的禁运措施,除非禁运对象属第 21 条明确例外的范围,其余应都在 WTO 可诉范围,若 WTO 选择逃避的话,则《对外贸易法》所提供的双边交涉途径应是合适考虑方案。

① 仔细翻阅 GATT 到 WTO 的大部分案例,不难发现几乎所有的条款的运用方法、相关概念的解读或参照都受到西方特别是美国相关专家或理论的影响,这里既有美国方面拥有最为丰富的经验和相关知识乃至资料等因素外,其政治等方面的影响也不应忽视。

（三）方案三：其他选择

反制立法

如果 WTO 争端解决机构以对中国禁运的技术或物资属安全保障范畴,不在自由贸易原则适用范围之内的话,则中国当然可将焦炭、稀土之类产品也可依据《对外贸易法》第 17 条适用范围,放入中国出口管制清单,实行许可制管控,也可有针对性对不同国家进行战略牵制。

其实在此次美国政府公布对中国芯片“限售令”之前,中国计算机学会已向国家相关部门建议制定《反禁运法》,“其他国家对我国禁运的装备、器材、技术及软件等在我国研发成功之后,一定时期不得进口该国的同类产品或对其征收高额关税,以此作为反制措施,保护我国的国家利益、民族产业利益和科技人员的积极性”^①,虽然这一建议主要重点在于通过该法的制定,压缩美国企业在中国市场未来可预见的经济利益来敦促美国政府反思其禁运政策,但这也反映了国内企业已开始考虑运用立法手段来维护自身合法权益的途径了。

当然,通过双边 FTA 协定的交涉和缔结,也可能逐步解决这一问题,但这一途径不仅费时较长,也不能排除对方借口《瓦森纳协定》给 FTA 留下空白之处,因而看来 WTO 提诉应该是优先考虑的方案。

结束语

如前所述,今天的《瓦森纳协定》从多种角度看早已偏离了其维护国际和平的订立初衷,已沦为日美等国遏制甚或拖延其现在或潜在的竞争对手国的技术及经济发展的工具了。并且无论中国是否愿意,事实上中国在很长一段时期内一直是《巴统——瓦森纳协定》的主要适用对象,并且此种状态还可能将持续下去,很有些“匹夫无罪,怀璧其罪”的意味。

考虑到今日的国际局势以及中国所处的地缘政治状况的变化现

^① 见《参考消息》2015 年 4 月 21 第 11 版报道,“天河”团队首回应美限售芯片:不惹事不怕事。

实,中国政府是时候应考虑采取断然措施消除任何针对中国的歧视性措施,至少对一些明显违反国际规范又侵害中国权益的行为,应有所表示,打消一些对中国怀有阴暗心理国家的妄念,给中国企业乃至国民提供一个更为公正,公平的国际环境,至少在提升国民信心,改善中国企业在国际市场的公平境遇方面可做一些有实质性意义的挑战。