

「钱湖论法学学术丛系列」 丛书主编 ● 丁寰翔 揭明

国际经济法的 新近发展与中国的实践

张宏乐 等 著

【钱湖论法学术文丛系列】

丛书主编 丁寰翔 揭明

国际经济法的 新近发展与中国的实践

张宏乐 余妙宏 蔡迪 著



中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际经济法的新近发展与中国的实践 / 张宏乐等著.
——北京: 中国民主法制出版社, 2011.11
(“钱湖论法”学术文丛系列 / 丁寰翔, 揭明主编)
ISBN 978-7-80219-967-5

I. ①国… II. ①张… III. ①国际经济法—研究
IV. ①D996

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 221088 号

图书出品人: 肖启明
文案统筹: 刘海涛
特邀编辑: 张金来
责任编辑: 逯卫光 翟琰萍

书 名 / 国际经济法的新近发展与中国的实践
Guoji Jingjifa De Xinjinfazhan Yu Zhongguo De Shijian
作 者 / 张宏乐 等 著

出版·发行 / 中国民主法制出版社
地 址 / 北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)
电 话 / 63055259 (总编室) 63057714 (发行部)
传 真 / 63055259
E-mail: MZFZ@263.net
经 销 / 新华书店
开 本 / 16 开 710 毫米 × 1000 毫米
印 张 / 14.25 字数 / 243 千字
版 本 / 2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷
印 刷 / 河北省永清金鑫印刷有限公司

书 号 / ISBN 978-7-80219-967-5
定 价 / 28.00 元
出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

“钱湖论法”总序

浙江万里学院是在一所省属普通高校基础上进行管理模式改革的省属地方高等学校，位于浙江省宁波市鄞州区东钱湖附近，浙江万里学院法学院作为二级学院，从1999年创办法律系以来走过了整整十一年，锤炼了一定规模的师资队伍，培养了一批法学人才；除了完成正常教学任务之外，加强学科科研，了解法治实践，推进法学研究，提升学术水平。服务社会与反哺教学也是法学教师一项工作与事业，为此，法学院借专业建设之良机，策划以教师为主体的学术探索与研究系列，确属必要。东钱湖古时候称“钱湖”，以其上承钱埭之水而得名，故本学术系列称之为“钱湖论法”，此为缘由之一。东钱湖位于宁波市东侧，距市中心十五公里，是浙江省最大的内陆天然淡水湖。湖四周群山环抱，绿树簇拥，有七十二条溪汇流于湖；湖中碧水清澈，烟波浩渺；湖岸蜿蜒曲折，溪流众多，无论风雨阴晴，四季更替，都能向人们展示出一幅赏心悦目的画面，因而素有“西子风光，太湖气魄”之称，身临其境，令人心旷神怡，宠辱皆忘。法学学术研究需要开阔的胸怀、不同学术观点与成果的景色纷呈、探求真理与思想之精神和勇气，具有东钱湖一样之气质与气场，此为取“钱湖论法”缘由之二。东钱湖地灵人杰，景文相映，有其悠久的历史、绚丽的文化，是个人文荟萃之地。东钱湖早在晋朝之时就有记载，被称为大湖，在以后长久的历史中，久经考验。东钱湖在历朝历代的变化与待遇均有记录和故事，如宋天禧元年（公元1048年）王安石任鄞县县令后，组织民众订建湖界、疏浚水道，“起堤堰、决陂塘、为水陆之利”，把东钱湖治理得清波浩淼，若大镜悬空。东钱湖是宁波重要的水利工程，灌溉周围五十余万顷农田，同时具有航运、渔业和消暑避寒、调节气温的功能。东钱湖湖光山色、人文景观交相辉映，有陶公钩矶、余相书楼、百步耸翠等名胜景点十余处，皆有传统典故；史上时有文人隐居湖山之间，故四周山麓多有名人遗迹。如陶公山（又称陶公半岛），横亘东钱湖湖心，远眺似伏牛饮湖，别称伏牛山，山巅松柏浓郁，洞麓民居云集。民间有越

大夫范蠡功成身退偕西施隐居垂钓于此之说，范蠡自号陶朱公，后人因此将此山改名为陶公山。还比如明朝万历年间（1573—1620年），余有丁在东钱湖北面的月湖山上构筑五柳庄，宋神宗御书“名山洞府”以赠；余搜罗天下园林之胜，择其精要而用，一竹一树皆独具匠心，林园之胜，极一时之盛；余有丁官至礼部尚书，授文渊阁大学士，晚年在此读书自娱，其庄园遂以“余相书楼”传世，后毁于兵火，寺亦无存，而胜地声名依旧。另外，东钱湖东岸黄梅山麓上的南宋石刻群，相当鲜明地再现了当时南宋特定的历史人文景观，体现了包括“中规中矩”等特点的特殊文化。东钱湖迭经沧桑，屡起兴废，终于至今而景象依然。东钱湖所具有历时磨练而形成的积淀、底蕴、自然、客观、静谧、景姿，也是法学研究所应该具有的学术基础所在。没有积淀哪来根基，没有底蕴哪来力量，没有自然哪来思想，没有客观哪来真实，没有静谧哪来严谨，没有景姿哪来异彩纷呈，此乃取“钱湖论法”缘由之三。

浙江万里学院法学院属于法学教学与研究的后起之树，其树之能否至秀，在于其教学与科研成果之量之质之精神，而“钱湖论法”学术文丛系列意在体现和促进本法学院之教学与科研，使之逐步融入法学学科之海洋，吸纳养分，加强合作，探寻科学，揭示法理，宣传法治，弘扬正义，服务社会。希望东钱湖作为国家重要的自然人文景区，能永葆其生态自然的迷人魅力，继续引人入胜；希望“钱湖论法”学术文丛系列在周围大树扶携之下茁壮成长，在经历不是很长的一段时间之后成为法学领域真正的后起之秀。

是为序。

丁寰翔

2011年5月6日

目 录

第一部分 国际贸易法专题	1
第一章 《联合国国际货物销售合同公约》的解释规则辨析	1
第二章 保障措施的功能及其对我国的借鉴	7
第三章 对 WTO 框架下与贸易有关的环境条款的反思	15
第四章 自由贸易区协定中的贸易救济措施研究	22
——以中国的自由贸易协定为视角	22
第二部分 国际投资法专题	29
第一章 国际条约中的最惠国条款和联合国对此问题的研究	29
第一节 最惠国条款的渊源和法理探析	29
第二节 最惠国条款的制度价值	37
第三节 1978 年联合国《关于最惠国条款的条约（草案）》	42
第二章 国际投资条约中最惠国条款的适用对象和范围研究	50
第一节 国际投资条约中最惠国条款的适用对象	50
第二节 国际投资条约中最惠国条款的适用范围	63
第三章 《京都议定书》中清洁发展机制的国际法解读	92
第四章 论我国对外资并购的国家安全审查	
——兼评反垄断法第 31 条之必要性	101

第三部分 海商法专题	109
第一章 海上货物运输公约的新发展——《鹿特丹规则》述评	109
第二章 托运人制度的新发展——单证托运人制度述评	133
第三章 托运人制度在我国的实践与完善——以《鹿特丹规则》为背景	157
第四部分 金融法专题	189
第一章 《2010 年私募基金投资顾问注册法》评析	189
第二章 美国私募证券转售规则的嬗变及其国际化市场的建立	197
附录：The Clean Development Mechanism in Kyoto Protocol and Its Contribution to the Practice of International Law	211

第一部分 国际贸易法专题

第一章 《联合国国际货物销售合同公约》 的解释规则辨析

为了统一国际货物买卖法，国际社会从 20 世纪 30 年代开始就致力于制定能够被国际社会普遍接受的货物买卖公约。罗马国际统一私法协会在 20 世纪 30 年代起草的两个公约由于存在明显的局限性和不足没得到国际社会的认可。1968 年，联合国国际贸易法委员会下的国际货物买卖工作组在对以上两公约修改的基础上制定了《联合国国际货物销售合同公约》（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods，以下简称 CISG）草案。该公约草案于 1980 年 3 月在由 62 个国家代表参加的维也纳外交会议上正式通过，于 1988 年 1 月 1 日正式生效。

CISG 是 1978 年改革开放后第一个广泛参与的统一私法实体公约，是继承先进民法体系的一个新的开端，使中国法制得以与世界接轨。而自中国加入 CISG 的二十多年来，中国法院对适用 CISG 的态度至少发生过三次大的转变：从初期因不熟悉而回避使用，到后来通过学习谨慎适用，再到现在的主动研究适用。21 世纪以来，中国法院适用 CISG 的案件日益增多，对于法院系统应当如何正确适用 CISG 的学习研究也日益丰富。^{〔1〕}不少学者见仁见智，从各个不同的方面对 CISG 进行了阐述和分析，并有不少学者从比较法的角度对 CISG 的有关规定与我国合同法的有关条款进行了比较。但对于条约的解释问题，还存在着诸多问题需要澄清。

一、CISG 的解释主体问题，即谁有权对 CISG 条文进行解释

一般认为，CISG 第 7 条是该公约的解释规则条款。^{〔2〕}但是该公约并没有指

〔1〕 陈晶莹、邓旭等：《CISG 与中国》，载高永富、陈晶莹主编：《国际贸易法论丛》第一卷，北京大学出版社 2006 年版，第 91—92 页。

〔2〕 刘瑛：《〈联合国国际货物销售合同公约〉解释规则解读》，载《江西财经大学学报》2006 年第 3 期，第 94 页。

出哪些主体可以对公约进行解释。^[1]因此,这个问题应该由国际习惯法或者一般的国际法原理来解决。

根据国际法原理,按照“谁有权立法,谁就有权解释法律”的罗马法格言,条约是当事国缔结的,当然应由各当事国来解释,因为只有当事国最清楚缔约的意图及各项条款包含的内容。缔约国的解释通常表现为双方协议的“解释性声明”或“解释性议定书或换文”,或在另一条约中载入“解释条款”等形式。但是,由于缔约国所处的地位不同或利益不同,仍可能发生分歧,有许多国家参加的多边公约尤其如此。^[2]因此,有学者认为只有经过当事国全体同意的解释和经过当事国授权的国际机关的解释才是有权解释。^[3]另外,还可以由国际组织来解释,如国际劳工组织有权解释同国际劳工组织有关的公约,联合国的各个专门机构有权解释与其职责有关的公约。再者就是由国际仲裁机构或国际司法机关来解释。《国际法院规约》第36条第2款规定,条约的解释是国际法院任意强制管辖的法律争端之一,但争端各方都必须就“条约的解释”事项申明接受国际法院的管辖,国际法院方能行使条约的解释权。^[4]

根据上述国际法规则,有权对CISG进行解释的只能是全体缔约方或者由他们授权的国际机关。但是在实践中,情况可能完全不一样。如根据买卖合同双方的选择,或者根据公约的规定而适用公约作为解决他们之间争议的准据法,由于公约某个条款的适用出现争议时,我们不可能期望所有的缔约国都能在这样的个案中有机会或者有可能对某个条款作出解释。此时有机会对公约作出解释的是有管辖权的各个缔约国的国内法院,所以通常是由各国的国内法院担当起了条约解释的主体。当然在这种情况下,如何避免国内法院在解释条约时受到所在国的法律体系和观念的影响就成为非常重要的问题。

在签订条约的谈判中,缔约国认识到了这个问题,在缔约前各缔约国所举行的会议中,各方达成这样的共识:由于各国的销售法规则在方法和概念上均存在明显差异,因此,避免本公约的解释受到法院所在国法律体系观念的影响是至关重要的。正是由于这个原因,CISG第7条第1款规定,解释本公约时“应考虑到本公

[1] CISG第7条规定:1.在解释本公约时,应考虑到本公约的国际性质和促进其适用的统一以及在国际贸易上遵守诚信的需要。2.凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题,应按照本公约所依据的一般原则来解决,在没有一般原则的情况下,则应按照国际私法规定适用的法律来解决。

[2] 邵津主编:《国际法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第343页。

[3] 李浩培:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第334页。

[4] 周建明、周洪钧、王虎华:《国际公法》,法律出版社1998年版,第211页。

约的国际性质和促进其适用的统一”。^[1] 联合国国际贸易法委员会在对 CISG 相关案例汇编的秘书处说明中也谈道:“实际上,一些法院认为,援引本公约的国际性质,意在避免法院依据国内法解释本公约中的概念。因此,法院应当‘不受约束地’解释本公约。”但是,也有法院指出,尽管国内法“本身并不适用”,但通过判例法解释相似的国内法律条文,可以帮助法院了解本公约的相应条款如何与国内法相对应。根据判例法,本公约的立法过程和国际学术著作都是值得参照的。^[2]

从这些材料可以看出,在实践当中,主要是由各国的国内法院对 CISG 加以解释,这应当属于当事国的解释。^[3] 这种解释也得到了各当事国的承认。在这一点上,法院是作为一国的司法机关在行使国家的主权,实际上也是在代表国家行使。这种行为是一种主权行为,只是国家将其交给了其司法机关来行使而已。^[4] 但是,如果当事国就 CISG 的有关条款的解释发生争端,也可以通过特别协议将该争端提交有关的仲裁机构或者国际法院加以解决。

二、《维也纳条约法公约》第 31—33 条是否适用于 CISG 的解释问题

有学者认为,由于 CISG 本身有条约解释条款,所以,《维也纳条约法公约》中的关于条约解释的规则只适用于公约的第四部分,前面三个部分的解释规则应该由第 7 条来解决。笔者不赞同这种观点。

从 CISG 的性质来说,CISG 属于国家间的条约,这一点不证自明。那么,按照《维也纳条约法公约》对条约所下定义^[5],CISG 属于《维也纳条约法公约》中的条约范围。因此,从这一点来说,《维也纳条约法公约》的规定也同样适用于 CISG。虽然《维也纳条约法公约》的签字国并不一定都是 CISG 的签字国,但是,

[1] 见《联合国国际货物销售合同会议正式记录、会议文件及全体会议和主要委员会会议简要记录》,维也纳,1980年3月10日至4月11日,第17页。

[2] 联合国贸易法委员会关于《联合国国际货物销售合同公约》判例法摘要汇编, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/7。http://www.uncitral.org/uncitral/zh/case_law/digests/cisg.html, 2007年3月1日访问。

[3] 虽然在绝大部分情况下,这种解释都没有得到全体当事国的同意。但是,我们从谈判缔约前的这些材料可以看出,缔约国是允许这种解释的,因此,才有了对国内法院解释条约进行限制的条款。

[4] 根据联合国《国家管辖豁免草案》第2条第1款(b)项规定,“国家”是指:(1)国家及其政府的各种机关;(2)联邦国家的组成单位;(3)受权为行使国家主权权利而行为的国际政治区分单位;(4)国家机构或部门和其他实体,只要他们受权为行使国家主权权利而行为;(5)以国家代表身份行为的国家代表。参见王铁崖、田如萱编:《国际法资料选编》(续篇),法律出版社1993年版,第78页。转引自邵津主编:《国际法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第45—46页。

[5] 《维也纳条约法公约》第2条第1款(a)规定,称“条约”者,谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内,亦不论其特定名称如何。

由于《维也纳条约法公约》作为先前各国条约法律实践中的国际习惯法的编撰，本身包含了许多国际社会公认的惯例，如该公约中关于条约的解释规则^[1]，所以，不管是否为《维也纳条约法公约》的当事国，都应该受这些国际习惯法规则的约束。

就条约的解释规则而言，在1969年《维也纳条约法公约》之前，各国学者对此分歧很大。大致可以分为三个学派：主观学派、客观学派和目的学派。^[2]但是《维也纳条约法公约》签订以后，学者们对条约的解释规则不再有争论。^[3]学者普遍认为《维也纳条约法公约》第31—33条是对国际习惯法中条约解释规则的确认。所以，《维也纳条约法公约》中关于条约解释的第31—33条具有国际习惯法的效力，不管CISG公约的当事国是否为《维也纳条约法公约》的当事国，由于其第31—33条具有国际习惯法的效力，所以对CISG公约的当事国来说也有约束力。

那么，剩下下来的一个问题就是，CISG公约第7条和《维也纳条约法公约》第31—33条是否冲突？

我们先来看一下CISG公约第7条的原文：“第7条，（1）在解释本公约时，应考虑到本公约的国际性质和促进其适用的统一以及在国际贸易上遵守诚信的需要。（2）凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题，应按照本公约所依据的一般原则来解决，在没有一般原则的情况下，则应按照国际私法规定适用的法律来解决。”从原文可以看出，在CISG公约第7条中含有两个要素：其一是“国际性质”和“促进公约适用的统一”，其二是“遵守诚信”，这两个要素是贯穿于整个CISG解释的主线。

那么这两个因素又是什么呢？我们看一下公约的序言就会得出这样的结论，不论是“国际性质”还是“促进公约适用的统一”，都是CISG公约的目的和宗旨在第7条当中的体现。^[4]“国际性质”是对CISG作为国际条约这一性质的强调，重点还是在“促进公约适用的统一”。它是解释的目的，而“遵守诚信”是解释者应遵循的基本原则。从这里可以看出，CISG第7条实际上是要求解释者按照CISG的目的和宗旨，进行善意解释。这其实正是《维也纳条约法公约》第31条规定的要求。

《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

[1] 张乃根：《国际法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第183页。

[2] 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1995年版，第430页。

[3] Thomas Buergenthal, Sean D. Murphy, Public International Law, (影印本) 法律出版社2004年版，第116页。

[4] CISG公约序言中写道：“考虑到在平等互利基础上发展国际贸易是促进各国间友好关系的一个重要因素。认为采用照顾到不同的社会、经济和法律制度的国际货物销售合同统一规则，将有助于减少国际贸易的法律障碍，促进国际贸易的发展，兹协议如下：……”

照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。这一条款实际上包含了条约解释的四个原则，即善意原则、整体原则、目的原则和通常意义原则。如果我们比较 CISG 第 7 条和《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款的规定，就不难发现 CISG 第 7 条中的解释原则实际上是和《维也纳条约法公约》第 31 条相一致的。或者说，CISG 第 7 条中所包含的解释原则实际上是《维也纳条约法公约》第 31 条在国际贸易领域的具体化。在 CISG 第 7 条中，“国际性质”和“促进公约适用的统一”，“遵守诚信的需要”等用语，可以理解为公约的宗旨和目的。CISG 专门加入条约解释条款，不是对《维也纳条约法公约》中解释规则的排除，相反，是对这些规则在该国际贸易公约的确认和具体化。

三、条约各种文字约文之间的解释问题

这个问题规定在 CISG 在第四部分最后条款的第 100 条：“……正本 1 份，其阿拉伯文本、中文本、英文本、法文本、俄文本和西班牙文本都具有同等效力。”从上述条款我们可以看出，CISG 公约规定了六种文字文本都具有相同效力。那么，如果这六中文字文本之间意义出现了分歧，该如何进行解释呢？

关于以两种以上文字认证的条约解释规则，《维也纳条约法公约》第 33 条有以下规定：“一、条约约文经以两种以上文字认证作准者，除依条约之规定或当事国之协议遇意义分歧时应以某种约文为根据外，每种文字之约文应同一作准。二、以认证作准文字以外之他种文字作成之条约译本，仅于条约有此规定或当事国有此协议时，始得视为作准约文。三、条约用语推定在各作准约文内意义相同。四、除依第一项应以某种约文为根据之情形外，倘比较作准约文后发现意义有差别而非适用第 31 条及第 32 条所能消除时，应采用顾及条约目的及宗旨之最能调和各约文之意义。”

按照这些规则，各作准约文在条约解释上具有同等权威性，除非缔约各方约定以某一特定的约文作为作准或具有权威性的约文。但是，由于约文虽有几种，条约却只有一个，所以按照该条第 3 项的规定，条约的条款应当推定为在各作准约文中具有同一意义。按照第 4 项的规定，条约解释者应当将几个作准约文予以对照和比较；对照比较的结果发现各约文具有不同的意义时，应当适用《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条两条规定的解释原则予以解释；适用该两条解释原则尚不能消除意义的分歧时，就应该参照条约的目的和宗旨，赋予最能调和各约文的那种意义。^[1]

[1] 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 363 页。

所以,不论是按照 CISG 本身的规定,还是有关的国际法原理,都应该推定不同文字各约文之间的意义是相同的,不存在哪个效力更高、更准确的问题。国内有些学者在研究公约某些条款时比照英文文本的字句来推敲中文文本中字句的含义,笔者认为这种做法是不符合国际法原理的。

四、关于 CISG 第 7 条和第 8 条的关系问题

笔者认为, CISG 第 7 条和第 8 条有着明显的区别。第 7 条是对公约本身条款的解释规则,而第 8 条是对当事人在合同中条款或行为的解释规则,即应当如何解释当事人的行为或意图。我们可以从公约的约文中清楚地看到这一点。^[1] 联合国国际贸易法委员会在对 CISG 案例汇编的说明中也澄清了这一点:“第 7 条规定了对本公约的解释以及未尽事宜的解决……因此,只要需要解释的声明或行为与本公约管辖的事项相关,第 8 条规定的解释标准就应当被用来解释这些声明或行为,而不管有关声明或行为是与第二部分(有关‘合同的订立’)还是第三部分(有关‘双方当事人的权利和义务’)有关。相关的立法过程以及判例法均支持这一观点。法院已经通过运用第 8 条所述的解释标准来解释有关合同订立过程的声明和其他行为,以及与合同的履行及宣告合同无效等有关的声明和其他行为。”^[2] 同时,国际贸易法委员会认为:“在本条款(第 8 条)适用的情况下,排除对国内法解释规则的适用,因为第 8 条详尽地处理了解释的问题。”“尽管第 8 条看起来似乎仅仅适用于解释一方当事人的单方面行为,但依据立法过程以及判例法,在有关文件通过一个单独文件体现的情况下,该条款也同样适用于‘合同’的解释。”^[3]

从上述可以看出,第 8 条主要是针对当事人订立合同的行为,或者说对合同中的条款的解释规则,而不是对公约条款本身的解释规则。

[1] CISG 公约第 8 条条文为:(1) 为本公约的目的,一方当事人所作的声明和其他行为,应依照他的意旨解释,如果另一方当事人已知道或者不可能不知道此意旨。(2) 如果上一款的规定不适用,当事人所作的声明和其他行为,应按照一个与另一方当事人同等资格、通情达理的人处于相同情况中,应有的理解来解释。(3) 在确定一方当事人的意旨或一个通情达理的人应有的理解时,应适当地考虑到与事实有关的一切情况,包括谈判情形、当事人之间确立的任何习惯做法、惯例和当事人其后的任何行为。

[2] 联合国国际贸易法委员会关于《联合国国际货物销售合同公约》判例法摘要汇编,文件号:A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/8, http://www.uncitral.org/uncitral/zh/case_law/digests/cisg.html, 2007 年 3 月 1 日访问。

[3] 联合国国际贸易法委员会关于《联合国国际货物销售合同公约》判例法摘要汇编,文件号:A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/8, http://www.uncitral.org/uncitral/zh/case_law/digests/cisg.html, 2007 年 3 月 1 日访问。

第二章 保障措施的功能及其对我国的借鉴

保障措施作为 WTO 制度中一项重要的例外制度,对国际贸易的发展起着一种举足轻重的作用。在 GATT 的历史中,其是作为一种重要的贸易救济措施而存在的。但在东京回合和乌拉圭回合谈判中,很多谈判方就建议将保障措施作为一种激励产业调整的措施,并最终将有关的精神写进了协议,形成了现在的《保障措施协议》。

保障措施从表面看来,是对国内相关产业受到损害后的一种救济。因此,在很多人看来,保障措施是与反倾销措施和反补贴措施联系在一起的。但它们之间的重要区别也是显而易见的,即反倾销措施和反补贴措施都是针对不公平贸易而言,而保障措施是针对公平贸易而言的。因此,保障措施的功能或作用就成为众多学者研究的对象。

一、GATT1994 第 19 条中的保障措施

在 GATT1994 第 19 条中,对于保障措施的实施,只是把它作为一种救济的手段,允许缔约方在防止或补救此种损害所必需的限度和时间内,对该产品全部或部分中止或撤销或修改减让。因此,很多学者称之为“为保障 GATT 多边贸易体制的稳定运行而设立的‘安全阀’”。^[1]

在 GATT1994 第 19 条第 1 款 (a) 项中,对保障措施规定了下列实施条件:如因不能预见的情况和一缔约方在本协定项下负担包括关税减让在内义务的影响,进口至该缔约方领土的产品数量增加如此之大且情况如此严重,以至对该领土内同类产品或直接竞争产品的国内生产者造成严重损害或严重损害威胁,则该缔约方有权在防止或补救此种损害所必需的限度或时间内,对该产品全部或部分终止义务或撤销或修改减让。

在第 19 条第 1 款 (b) 中,也仅提到对某一优惠减让对象的产品,在面临进口急剧增加以至对国内产业造成损害或损害威胁的时候,“则进口缔约方有权在防止或补救此种损害所必需的限度和时间内,对该产品全部或部分终止义务或撤销或修改减让”。

从上述条文我们可以看出,保障措施在 GATT1994 中只是一种贸易救济措施,是国际贸易的一种“安全阀”。保障措施的存在使得各缔约方可以放心大胆地进行

[1] 赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 208 页。

关税的减让,而在这种减让对国内产业造成损害时,运用保障措施来终止义务或撤销或修改减让。这是我们从条文中可以得到的对条文的理解。尽管有学者认为GATT1994第19条的目的是为了促进产业结构的调整^[1],但我们仅从该条的规定中,还看不出这种明显的趋向。真正把保障措施的促进产业结构调整功能和实施条件作为整体提出来还是在东京回合和乌拉圭回合谈判中。

二、东京回合和乌拉圭回合谈判时起草者们的提议

GATT40年的实践经验证明,GATT中的保障措施条款的存在虽有它的必要性与合理性,但规则本身的缺陷很多,所以1973年的东京回合谈判曾将其列为最优先的谈判课题。^[2]

1973年通过的《东京宣言》正式发起了东京回合的多边贸易谈判。宣言表示,谈判“将包括审议多边保障措施机制”,特别是为推进贸易自由化要审议GATT1947第19条的使用情况。尽管部长会议有此要求,但关于保障措施的谈判进展非常缓慢。产业调整的支持成为各方分歧的焦点之一。在谈判中,发展中国家的成员认为,产业结构调整的地位至关重要。许多代表团认为,发展中成员有义务采取产业调整措施,避免实施保障措施,而且不能以采取保障措施代替产业结构调整。因此,这些成员建议,除非与产业结构调整措施结合使用,真正达到恢复受损害产业竞争力的目的,否则不得采取保障措施。而发达国家成员则不愿确立这种联系,因为这样会制约引用保障措施。^[3]

东京回合中的保障措施谈判最终因为各方分歧太大而未能达成一致的认识。

到了乌拉圭回合期间,参与谈判的各方在此问题上有了较为一致的认识。各方都认为保障措施不能替代产业结构调整措施,政府应该采取措施鼓励国内厂商加快调整,以提高竞争力。谈判中余下的问题是,保障措施协议是否应该就产业结构调整问题作进一步的明确规定。

一些代表团建议,与其实施保障措施,进口方政府还不如提供国内支持(如金融支持)来对产业进行保护。巴西主张,协议应将进口方政府的补贴措施视为保障措施的首要形式。许多成员都有综合性的产业调整规划,以帮助产业重新配置资

[1] [英] 伯纳德·霍克曼、迈克尔·考斯泰基:《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》,刘平等译,法律出版社1999年版,第160页。

[2] [英] 伯纳德·霍克曼、迈克尔·考斯泰基:《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》,刘平等译,法律出版社1999年版,第160页。

[3] 张玉卿、李成钢:《WTO与保障措施争端》,上海人民出版社2001年版,第66页、第67页和第69页。

源,采取一些必要措施以重新恢复竞争力。关于产业结构调整措施问题,欧共同体倾向于在协议中保留一些具有充分灵活性的规定。欧共同体认为,只要产业结构调整措施不损害其他缔约方境内的厂商,则该类措施都应获准。此外,一些代表团(包括印度、环太平洋国家和地区)还建议,在保障措施适用前存在的一些产业结构调整措施可以延长适用期。

其他代表团则认为,因为保障措施是临时性的,因此,即使没有直接的金融支持,产业自己也会有进行结构调整的内在动力。产业自己应对重组负责任。美国和日本尤其反对鼓励政府对国内产业进行资金注入,反对在协议中包括任何有关产业结构调整的规定。他们认为,政府过多地介入产业结构调整并没有任何益处。

在谈判期间,各方提出了各种各样的草案,其中包括保障措施谈判小组主席提出的保障措施协议草案,以及邓克尔提出的保障措施最终一揽子建议等,这些建议都对保障措施与产业调整的关系作了阐述,^[1]并最终促成了《保障措施协议》的达成。

三、《保障措施协议》中对产业调整要求的体现

经过艰苦的谈判,在最终形成的《保障措施协议》中,产业调整的条款并不是一个单独的条款,而是一系列条款,主要表现在规定保障措施的实施的第5.1条,以及规定实施保障措施的期限和审议的第7.1条、第7.2条、第7.4条中。

第5.1条规定:“一成员应仅在防止或补救严重损害并便利调整所必需的限度内实施保障措施。”

第7.1条规定:“一成员应仅在防止或补救严重损害和便利调整所必需的期限内实施保障措施。该期限不得超过4年,除非根据第2款予以延长。”

第7.2条:“第1款所述的期限可以延长,只要进口成员的主管机关以符合第2条、第3条、第4条和第5条所列的程序,已经确定保障措施对于防止或补救严重损害仍然有必要,且有证据表明该产业正在进行调整,且只要第8条和第12条的有关规定得到遵守。”

第7.4条中规定:“在根据第12条第1款的规定作出通知的一保障措施的预计期限超过1年的情况下,为便利调整,实施该措施的成员应在实施期限内按固定时间间隔逐渐放宽该措施。”

[1] 张玉卿、李成钢:《WTO与保障措施争端》,上海人民出版社2001年版,第87—102页。

从协议的这种安排我们可以看出,实施保障措施的前置条件中^[1],并没有要求主管机关对相关产业的产业调整计划作出评价,只要存在第2条规定的相关事实^[2],即可以作出决定发起调查进而实施保障措施。但具体到实施什么样的保障措施、在什么限度内实施保障措施以及实施保障措施的期限,就必须考虑该产业的产业调整计划。而且,在对现有的保障措施进行延长时,产业的调整计划及正在进行调整的证据,则是直接作为一种直接的前置的条件。^[3]

质言之,根据协议规定,有权提出申请的相关利益方向一成员方主管机关提出申请时,根据国内立法的规定,该主管机关有义务对申请方的申请进行审查,并根据国内立法的规定发起保障措施的调查。根据《保障措施协定》的规定,该主管机关在进行保障措施的调查时,只要对协定第2条规定的条件进行调查并符合相关的程序的规定,即可实施保障措施。也就是说,实施或者不实施保障措施,它的条件只有三个,即有进口的增加,有严重损害或者严重损害威胁,以及这两者之间的因果关系。然而,在确定如何实施保障措施时,主管机关则必须考虑该保障措施的方式、限度和期限等是否符合产业调整这个原则,或者说是否符合产业调整的需要(见《保障措施协定》第5.1条)。这与反倾销措施在此问题的做法和法律上的表述是截然不同的。在反倾销的实践中,只是对损害进行救济。说明尽管倾销的存在是一种对市场的扰乱和不公正的贸易行为,但反倾销税的征收还只是一种对损害的救济,或者说是一种补偿。^[4]保障措施的实施目的不是为了补偿国内产业所受到的损害,而是为了激励产业进行调整。如果产业达到了顺利调整的目标,或实现了资源向其他行业的转移,也就达到了实施保障措施的目标。如果只是对产业的损害进行了救济,保障措施期满后国内产业并未实现调整的目标,则失去了实施保障措施的意义,因为,实施保障措施方为此所付出的代价是不菲的,不仅包括对外国政府

[1] 在《保障措施协议》第2条中,协议用了“条件”(conditions)一词作为标题,意即在什么样的条件下,主管机关可以决定发起调查并决定实施保障措施。在张玉卿、李成钢著的《WTO与保障措施争端》一书的第43页中,将实施保障措施的条件分为实施保障措施的实体条件和程序条件。并在叙述《GATT1947》第19条时,将以后规定在《保障措施协议》第2条中的实施条件,即进口的增加、对国内产业的严重损害或严重损害威胁以及两者之间的因果关系,用了实施保障措施的前置条件的说法。笔者赞同这种意见,并以此为基础展开论述。

[2] 即进口的增加,产业损害或损害威胁,以及这两者之间的因果关系。

[3] 在第7.2条的规定中,用排列的方式,将防止或补救损害和有证据表明该产业正在进行调整作为延长保障措施的同等的条件。

[4] 这个原则主要表现在《反倾销协定》第9.1条:“如反倾销税小于倾销幅度即足以消除对国内产业的损害,则征税额最好小于倾销幅度。”但在这一条中,起草者们用了鼓励(It is desirable)字样,表明此条款并具有强制性,进口方可以自由选择。