

GATT国民待遇原则框架下案涉措施对市场的实际影响(Actual Effect/Practical Impact)问题研究

郎佳霖

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年11月16日; 录用日期: 2024年1月4日; 发布日期: 2024年1月12日

摘要

WTO争端解决机构在裁决国际货物贸易法上案涉措施是否违反GATT 1994规定的国民待遇原则时,往往并不详细考察其实际影响(actual effect/practical impact)。本文意图探究此种做法由何而来、是否合理。本文通过对WTO争端解决机构裁决的案例实证研究和与国际投资法上类似案例的比较研究,认为在GATT框架下不考察案涉措施实际影响的做法并非不合理,但特定情况下需注意考察其他方面的内容。

关键词

WTO, GATT 1994, 国民待遇原则, 实际影响

On the Actual Effect/Practical Impact in the Market of the Measures in Dispute under the GATT Principle of National Treatment

Jialin Lang

International Law School of East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 16th, 2023; accepted: Jan. 4th, 2024; published: Jan. 12th, 2024

Abstract

The WTO Dispute Settlement Body (DSB) often does not examine the actual effect/practical impact

文章引用: 郎佳霖. GATT 国民待遇原则框架下案涉措施对市场的实际影响(Actual Effect/Practical Impact)问题研究[J]. 争议解决, 2024, 10(1): 387-392. DOI: 10.12677/ds.2024.101052

when deciding whether a measure in dispute violates the principle of national treatment under GATT 1994. This paper intends to explore the origins of this practice and whether it is legally reasonable. Through empirical research on cases decided by the DSB and comparative study on similar cases in international investment law, this paper argues that the practice of not examining the actual effect/practical impact under GATT is not unreasonable, but should be taken into consideration under certain situations.

Keywords

WTO, GATT 1994, National Treatment, Actual Effect/Practical Impact

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

虽然无论是在 GATT 1994 第 III 条第 2 款及第 4 款, 还是在其他领域对国民待遇原则有论述的国际条约或文本中(例如北美自由贸易协定 NAFTA 第 1102 条关于国际投资中的国民待遇原则的规定, 以及服务贸易总协定 GATS 第 XVII 条关于服务贸易中的国民待遇原则的规定)都没明确提及违反国民待遇原则的具体措施是否应有实际上对市场的影响(effect/affecting)¹, WTO 争端解决机构在裁决时仍需考虑此类问题[1]。在印度诉美国清洁能源行业案 *US-Renewable Energy Sector (India)* 中, 专家组援引加拿大汽车案 *Canada-Autos* 的专家组报告意见(应当考察“一项措施是否通过单独授予国内相似产品以优势条件影响市场竞争条件”纵使“实际影响(actual effect/actual trade effect)在具体境况下可能很小”)以及菲律宾诉泰国香烟案 *Thailand-Cigarettes (Philippines)* 的上诉机构报告意见(“无需考察相关措施所产生实际影响的实证证据”虽然“专家组当然可以把这些证据纳入考察”)认为, 在考察被诉国家采取的相关国内措施的影响时, 相关措施的实际影响大小并不是重点²。专家组据此驳回了被诉方美国“涉诉其中几项相关措施并未产生实际影响”的辩称。

专家组的裁决表明, 至少在 GATT 框架下, 在考察案涉措施是否违反国民待遇原则时, 案涉措施的实际影响并不是考察的重点, 甚至无关紧要。本文旨在考察这一做法的起源及其合理性。

2. 国际投资法比较视野下问题的提出

在上述的几个案例中, WTO 的争端解决机构都倾向于考察相关措施文本本身是否提供了一种不公平的待遇。但值得注意的是, 在以上案件中, 被申诉方(respondent)无一例外都提出了“相关措施实际影响有限”的抗辩。例如, 在印度诉美国清洁能源行业案中, 作为被申诉方的美国曾提出一项广泛的抗辩, 认为申诉方印度并未初步证明案涉美国各州政府的相关措施造成了任何财政或经济上的影响。但此类抗辩均被专家组以前述理由驳回。

应当认为, 申诉方的此类抗辩并非完全空穴来风。以 Myers 诉加拿大案 *S.D. Myers Inc. vs. Canada* 为例³, 仲裁庭在法律分析时认为, NAFTA 第 1102 条对跨国投资的国民待遇原则的规定中, 采用了

¹具体来说, 例如 GATT 1994 Article III: 4 “The products...of any contracting party imported shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use.”文本虽然描述的相关影响应涉及销售运输等方面, 但并未就影响的范围、程序、性质作出进一步的界定。

²Panel Report, *US-Renewable Energy (India)*, para. 7.160; 7.161; 7.169.

“treatment” (待遇) 的名词而非动词的“-ing”形式措辞, 表明违反 NAFTA 第 1102 条要求案涉措施确实产生了实际影响(practical impact), 而非仅仅是一种在纸面上存在(existence)的动机或意图⁴。

考虑到仲裁庭所称的 NAFTA 与 GATT 文本的具体差异以及国际贸易法和国际投资法在法律实践中的差异, 此类不同的认定标准实际上是合理的。在一项具体的国际投资法的裁决中, 仲裁庭某种程度上需考虑东道国违反承诺的歧视待遇具体给投资者造成了何种程度上的损失, 并可以据此确定投资者依据投资协议或两国之间的投资协定享有的损害赔偿救济的具体金额^[2]。但在 WTO 框架下, 申诉方更关心被申诉方停止或更改歧视性措施。申诉方无权亦无相应依据寻得金钱救济, 争端解决机构既没有必须详细厘定实际影响大小的必要, 也实际上难以确定实际影响的具体金额。

然而本文认为仍有继续追问的必要。被申诉方在主张涉诉案件实际影响有限的抗辩在国际贸易法框架下究竟有无根据? 难以厘定实际影响大小是否就意味着为将其列为非必要考量因素是合理的?

3. 实际影响问题的起因与复杂性

在进一步厘清实际影响这一概念的来源与合理性时, 必须考虑到一组在 WTO 判例法中被提及的近似概念: 法律上(de jure)的歧视与事实上(de facto)的歧视。本文认为, 一旦可以认定法律上歧视存在, 即无必要考察措施的实际影响。而事实上的歧视/影响则与本文欲探讨的“实际影响”概念并不相同。这一术语的使用实际上表明了 WTO 争端解决机构在试图回避“实际影响”的合理性问题——这也侧面印证了不考虑案涉措施实际影响的合理性。

3.1. 法律上的(explicit, de jure)歧视

鉴于其明显故意的性质, 法律上的歧视往往招致其他国家更大程度上的反对^[3]。在印度诉美国清洁能源行业案中, 案涉美国各州政府的措施中都明文提到给予本地产品以非本地产品没有的税收优惠。WTO 争端解决机构将此类措施称为“法律上的歧视”(de jure discrimination)。欧盟法上称为“明显适用的歧视”(distinctly applicable)^[4]。而美国国内法上限制各州际贸易立法的“潜伏贸易条款”(Dormant Commerce Clause)领域内亦有判例认定法律上的歧视“本身就是违宪的”(per se unconstitutional)⁵。

GATT 框架下最早涉及法律上歧视的案件也许是 1958 年的意大利歧视进口农业机械案 *Italian—Agricultural Machinery*。在本案中, 意大利代表也许是第一次在 GATT 法下提出了涉案措施实际影响很小的抗辩, 并甚至举出了具体的数据以表明意大利国内的农业机械生产量并未明显上升; 此外, 意大利代表同样举出数据说明, 大量选择购买国内优惠机械的小农民在同样价位上甚至找不到任何进口替代品⁶。当年的调解专家组(the Panel for Conciliation)进行了详细的说理以驳回意大利代表的抗辩: 专家组认可意大利代表的部分观点, 认为相关农业机械进口量的减少的确并不一定单一由案涉措施导致; 但无论如何, 措施的确造成了一定的影响, 且若一开始意大利政府实施此类措施就不是为了对国内农业机械产业竞争条件造成影响, 即为了保护国内产业, 那么应申诉方的要求修改相关措施以避免任何微小或潜在的歧视也无伤大雅。虽然在本案中尚未将案涉措施定义为“明显”或“法律上”的歧视, 专家组已然得出结论认定案涉措施违反了国民待遇原则。

然而大多数情况下, 在 GATT 1994 的框架下, WTO 争端解决机构面临的是更为棘手的问题。在法

³虽然国际贸易法和国际投资法是不同的部门法, 但具体到国民待遇原则问题上, 都涉及国家作为公主体, 对另一国家的国民的经济利益在本国法律体系中如何被对待的承诺。因此虽然存在争议, 许多学者认为两个部门法之间存在可以互相借鉴的关系, 例如, 见 Alford R. (2013) *The Convergence of International Trade and Investment Arbitration*. *Santa Clara Journal of International Law*, 12, 35; Echandi R. and Newson M. (2014) *Influence of International Investment Patterns in International Economic Law Rulemaking: A Preliminary Sketch*. *Journal of International Economic Law*, 17, 847.

⁴myers-18.pdf, Partial Award, S.D. Myers Inc. vs. Canada, para. 254.

⁵https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/data/can/s.d_myers_inc.html, last visited 02/08/2022.

⁶*City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617 (1978).

⁶*Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery*, Report adopted on 23 October 1958, para 9, 21.

律上歧视明显违反国民待遇原则的情况下，许多国家开始采取表面来源中立(origin-neutral)但事实上对非国民货物或服务有不利影响的措施。这也就是为什么 WTO 争端解决机构做出了法律上(de jure)和事实上(de facto)歧视的概念区分。

3.2. 实际影响的合理性及其与事实上(de facto)影响的区别——以 1987 年日本酒类税案为例

表面来源中立的措施亦有可能对非国民贸易产生歧视性影响，WTO 争端解决机构称之为“事实上(de facto)的影响”。然而，事实上的影响是否就是措施对市场的实际影响？如果不是，何种程度上的影响足以达到事实上影响的程度？其中又是否需要考虑措施在市场上产生的实际(actual)影响呢？

本文认为，两个概念需要得到区分。其次，事实上的影响与实际影响无关。

WTO 案例中最早提到 de facto 概念的，据本文所查是在 1987 年的日本酒类税案 *Japan-Alcoholic Beverages I* 中：作为申诉方的欧共体认为日本的酒类税收制度虽然表面上来源中立，但通过对酒精稀释程度不同的酒类产品分别征税的制度设计，达成了国内产品大都享有优惠税收政策而进口产品属于高税收类别的实际效果，进而构成了一种事实上(de facto)的歧视。欧共体和日本就措施的“经济后果”(economic consequences)分别作了陈述。欧共体认为，税收政策的实施并未遵循日本政府所称的“根据(目标消费群体的)税收承担能力制定税收政策”宗旨。相反，例如，占市场份额最大的啤酒产品，每升酒承担着所有酒类中第二高的税收；1985 年，占纯酒(pure alcohol)市场份额 20.4%的日本烧酒/烧酌(shochu)税收上涨了 2.4%，而占纯酒市场份额 7.5%的特级威士忌(special grade whisky)的税收却上涨了 20.4%；实际不同的酒类产品每升税收从 2036 日元到 53,133 日元不等。

日本对此的抗辩是：啤酒和日本清酒(sake)占据了日本酒类市场的 83%，而这两项实际上都不是申诉方欧共体所主要关注的。欧共体真正关心的进口威士忌和葡萄酒历来占日本酒类市场份额极小。实际上，随着日本进一步开放进口市场，特级威士忌和葡萄酒市场中，进口产品的占比正在迅速增长。此外日本认为，进口威士忌和葡萄酒在消费终端的价格上涨的原因并不是税收，而是外国出口商和国内分销商在利用日本国内消费者“进口威士忌是高质量奢侈品”的传统观念，刻意维持和扩大利润空间。日本举例，进口特级威士忌在日本的分销过程中有 60%到 70%的利润空间，而日本国产特级威士忌却只有 30%⁷。

专家组最后还是认定日本违反了国民待遇原则。专家组主要运用的是一种，时任 WTO 上诉机构秘书 Ehring (2002)称为“不对称影响测试”(asymmetric impact test)的方法：案件的主要争议点是烧酒/烧酌与威士忌或白兰地等蒸馏酒之间的税收差异。专家组认为烧酒/烧酌构成“西式”蒸馏酒的“同类产品”(like products)，而鉴于在税收政策的实行过程中，大部分进口蒸馏酒相较于日本国内蒸馏酒承担着更高的税收，因此专家组最终得出案涉税收政策违反国民待遇原则的结论。

有趣的是，虽然欧共体和日本都在陈述中详细论述了政策的经济(社会)影响，而本案中，日本的税收政策也已实行，毫无疑问已经对经济社会产生了实际影响(虽然我们无法确切厘定影响的程度、范围等诸多因素)，专家组并未，也认为没有必要去考察这种“量化的贸易影响”(quantitative trade effects)，而是援引美国汽油标准案 *US-Taxes on Petroleum*，如同本文前述所提到的其他案例中一样，认为“最小的”(de minimis)的实际影响也构成对国民待遇原则的违反——只要案涉措施造成了“扭曲贸易的影响”(trade-distorting effects)⁸就足够了。

专家组刻意避开申诉方欧共体“事实上影响”的措辞，而采用了“扭曲贸易的影响”这一用语。但本文认为，毫无疑问是，后者无非是“法律上歧视”案件中 WTO 争端解决机构所称“一项措施是否通过单独授予国内相似产品以优势条件影响市场竞争条件”的另一种措辞。日本在抗辩中暗示了案涉措施

⁷Japan-Customs Duties, Taxes and Labeling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages, Nov. 10, 1987, para. 3.5-3.10.

⁸Japan-Customs Duties, *ibid.*, para. 5.11.

并未对进口酒贸易产业造成任何负面影响，并认为案涉措施和价格上涨(我们或许可以认为价格上涨是进口产品遭受的不公平待遇的一种)之间的因果关系并不成立。但专家组并未理会这类抗辩。

本文由此认为，“事实上的影响”的概念在 GATT 框架下有否必要存在实值商榷。如前文所述，这一概念的出现源于 WTO 争端解决机构需要将其与明显的、文本上的歧视相区分——但在探讨何种影响构成事实上影响时，1987 年的日本酒类税案已经充分说明了，专家组最后抓住的标准仍然是“扭曲贸易的影响”、“是否提供了不公平的竞争条件”而不是案涉措施对市场的真正影响。在这里，“事实上的影响”这个概念与 WTO 争端解决机构的所运用的标准相重合；而本文的主题，即市场如何反应、反应的具体程度以及案涉措施和市场反应之间真正的、事实上的因果关系则被忽视了。

实际上，在同年(1987 年)稍早时候公布的美国超级基金案 *US-Superfund* 的专家组报告中已经提到，“GATT 1994 第 III 条第 2 款规制的是进口和国内产品之间的竞争关系。违反规制的对竞争关系的改变本身足以被视为对协议项下所保护的利益的损害……【实际】影响很小或不存在(no or insignificant effects)不会被专家组视为理由充分的……论证。”⁹

在前两个小结中，我们确认了 WTO 争端解决机构在对国民待遇原则进行法律分析时不考虑实际影响的案例源头，也找到了被申诉方抗辩的缘由。但我们仍有问题需要解决：不考虑实际影响是否有其不合理性？

4. 实际影响问题的解决方案

4.1. 争端解决需要考虑案涉措施的实际影响

在 1999 年的智利酒类税案 *Chile-Alcoholic Beverages* 中，智利举出具体数据作出抗辩称，实际上在被归为高税收类别的酒类产品中，大多数都是国内产品而非进口产品。尽管专家组和上诉机构也认可了这一事实。但仍继续运用了 Ehring 所说的“不对称影响测试”[5]。75%的高度数蒸馏酒类产品都被归为低税收类别，而有 95%的直接竞争或替代进口产品则被归为了高税收类别。专家组及上诉机构由此确认案涉措施违反了国民待遇原则。

学者 Horn 和 Mavroidis (2004)批评了 WTO 争端解决机构的这一做法，称智利酒类税案的裁决“难以令人满意”(unsatisfactory)。Horn 和 Mavroidis 认为，无差别地采用“不对称影响测试”来决定案涉措施是否达到“事实上影响”¹⁰的程度是不合理的，“上诉机构并没有说明其提到‘95%的进口产品’在所有高度数蒸馏酒类产品消费总量中的占比……这是否意味着，只要有一种进口产品被归为高税收类别(甚至，根据在美国超级基金案中确立的原则，只要有这种潜在的不公平竞争的可能性)，智利就违反了国民待遇原则？”[6]

本文认为，这一疑问表面上是对“不对称影响测试”的反对，其实某种意义上是在质疑 WTO 争端解决机构缺少对案涉措施实际影响的考察。这一质疑并无不合理之处——在法律上歧视相当明显的情况下，忽视实际影响仍有一定的道理：因为即使措施尚未实施或影响有限，其文本存在本身无疑就是对国民待遇原则的违反——但在表面中立的措施中，我们无法从文本本出发得到被申诉方歧视进口产品的结论。那么在这种情况下，如果案涉措施对进口产品的具体量化的实际影响甚至比国内产品还小，仅凭市场构成的比例(market composition/configuration)来认定措施违反国民待遇原则，的确可能存在不合理之处。不过，需要承认的是，反对意见仍然存在。有观点认为 GATT1994 同样保护潜在的未来进口，因此不能仅凭当前进出口贸易流量来判断案涉措施是否违反国民待遇原则[5]。

4.2. 可能的解决方案

如前文所述，“实际影响”的起因、影响都十分复杂。但本文认为，市场比例的变化在特定情况下

⁹United States-Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, Report of the Panel adopted on 17 June 1987, para 5.1.9.

¹⁰虽然上诉机构并没有采用“事实上影响”的措辞，但智利案中专家组已经开始采用欧共体最初提出的这个用词了。见 *Chile—Taxes on Alcoholic Beverages*, Report of the Panel adopted on 13 December 1999, para 4.524, 7.155.

应当被认为是一种“实际影响”。评估“实际影响”至少应涉及不同时间点(案涉措施实施前后)贸易总量或总流量的比较。但就算如此,一旦我们开始试图比较实际贸易流量的变化时,就会发现一系列问题:在 WTO 争端解决机构本身收集数据的能力有限的情况下,具体数据的证明责任如何分配?正如智利酒类税案中体现的一样,各方会拿出有利于己方的数据进行说理。此时,争端解决机构不仅较难凭借自身验证数据的真实性,也极难判定贸易流量的变化和案涉措施之间究竟是否存在因果关系。

不过无论如何,案涉措施实施前后的贸易流量变化,仍不失为判定其是否违反国民待遇原则时可以考虑的因素之一,尤其是在实际进口数据绝对值较小、单凭市场比例数据说理较为不足的情况下。虽然目前普遍认为 WTO 争端解决机构已经拒绝采用“目的与效果分析法” [7],但在具体说理中,我们仍能就相应的因素进行一定的参考。实际上,在 1997 年的加拿大期刊 *Canada-Periodicals* 案中,专家组和上诉机构就考虑到了案涉措施的实际影响:案涉税收政策迄今为止已经导致了一家名为 Sports Illustrated 的杂志社将其供加拿大市场的印刷制造地从加拿大搬回了美国。另一家名为 Harrowsmith Country Life 的杂志也停止了其美国版本的刊印¹¹。这些例子虽然不是作为决定性因素举出的,但依然为上诉机构最后结论的得出找到了一定的现实依据。

不过仍需注意的是,在加拿大期刊案中,“实际影响”的评估是被当作不利于被申诉方,即为认定其违反国民待遇原则而作出的。若要通过“案涉措施未产生实际影响”而得出有利于被申诉方的结论,目前恐怕难以在 GATT 1994 框架下实现。

5. 结论

本文通过对 WTO 和相关国际投资法案例的实证研究,发现 WTO 争端解决机构在裁决涉及国民待遇原则的案件时,较少考虑案涉措施的实际市场影响(案涉措施实施前后实际进出口贸易流量的变化)。这一做法源于 20 世纪 50 年代的意大利农业机械案,并在 80 年代的日本酒类税案和美国超级基金案中确定下来。较少考虑、比较实际进出口贸易流量变化的做法有一定的理论基础,亦是限于现实条件作出的选择。然而,在特定的案件中,将实际影响纳入考量并作为裁决的理由之一亦未尝不可,在一定情况下可以加强裁判说理的合理性。

参考文献

- [1] Kometani, K. (1995) Trade and Environment: How Should WTO Panels Review Environmental Regulations under GATT Articles III and XX. *Northwestern Journal of International Law and Business*, **16**, 445.
- [2] Garcia, F.J., Ciko, L., Gaurav, A., et al. (2015) Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law. *Journal of International Economic Law*, **18**, 861-892. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgv042>
- [3] Farrell, M. (2007) From EU Model to External Policy? Promoting Regional Integration in the Rest of the World. *Making History: European Integration and Institutional Change at Fifty*, **8**, 299-315. <https://doi.org/10.1093/oso/9780199218677.003.0017>
- [4] Słok-Wódkowska, M. (2014) National Treatment Rules in EU Regional Trade Agreements. *Polish Yearbook of International Law*, **34**, 225-248.
- [5] Ehring, L. (2002) De Facto Discrimination in World Trade Law National and Most-Favoured-Nation Treatment—or Equal Treatment? *Journal of World Trade*, **36**, 921-977. <https://doi.org/10.54648/5107794>
- [6] Horn, H. and Mavroidis, P.C. (2004) 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*, **15**, 39-69. <https://doi.org/10.1093/ejil/15.1.39>
- [7] Hudec, R.E. (1998) GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an Aim and Effects Test. *The International Lawyer*, **32**, 619.

¹¹Appellate Body Report, Canada—Certain Measures Concerning Periodicals, WT/DS31/AB/R, adopted 30 July 1997, section VI.B.3.