

中美出版物和音响产品 市场准入 WTO 争端案述评

王友根 龚柏华

摘要：美国就“中国影响出版物和视听娱乐产品的贸易权和分销服务措施”提出与中国 WTO 争端解决。本文对专家组裁定及上诉机构裁决做了归纳。最后就本案的核心问题（如对中国入世服务贸易承诺表的解释，GATT 第 20 条例外是否可适用于中国入世议定书）进行了简要评析。

关键词：出版物；贸易权；分销；争端解决

中图分类号：DF961 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2010)01-0041-07

2009 年 12 月 21 日，世界贸易组织（WTO）上诉机构公布了“中国影响出版物和视听娱乐产品的贸易权和分销服务措施案”的裁决报告。^①历时一年八个月的争端解决暂告一个段落。本案中涉及的一些法律问题值得深入研究。同时，本案的裁决对我国出版物和音像产品市场开放将会产生一定的影响。

一、专家组程序及裁定

2007 年 4 月 10 日，美国就“中国影响出版物和视听娱乐产品的贸易权和分销服务措施案”请求与中国磋商。之后，欧盟也提出与中国磋商。

本案中，美国提出磋商的事宜主要是两个方面。

第一方面是贸易权。美国认为，中国在《入世议定书》中承诺，入世后三年内全面开放其贸易。但美国认为，中国仍采取了多种措施为一些政府指定的企业以及国有或国有合作企业保留了进口供影院放映的电影、家庭视听娱乐产品（例如，录像带和 DVD）、录音产品和出版物（例如，书籍、杂志、报纸和电子出版物）的权利。这些有争议的措施不允许所有的中国企业以及外国企业和个人将产品进口至中国境内。美国认为，在贸易权方面，外国企业和个人，包括那些未在中国投资或注册的企业，所享受的待遇要比中国企业

收稿日期：2010-01-06

作者简介：王友根，上海师范大学天华学院；龚柏华，复旦大学法学院教授，上海 WTO 事务咨询中心业务总监。

差。因此,有争议的措施违反了中国入世议定书第5.1段和第5.2段,《中国入世工作组报告书》第83段和第84段项下的义务。有争议的措施对于产品在中国的进口构成了禁止或限制,违反了中国在GATT1994第11.1条项下的义务。

第二方面是分销服务。美国认为,中国在其服务贸易承诺表中对分销服务业和视听服务业的市场准入和国民待遇做出了承诺。尽管有这些承诺,中国仍采取了多种措施,对致力于从事出版物和一些家庭视听娱乐产品分销的外国服务供应商进行市场准入限制或歧视性限制。有争议的措施禁止外国服务供应商(包括外商独资企业或外商合资企业)从事这些措施中所称的出版物的“总发行权”。有争议的措施还禁止外国服务供应商(包括外商独资企业或外商合资企业)从事“电子出版物”的批发。有争议的措施还将这种限制延伸至所有出版物的所有分销服务。虽然有些外国服务供应商已获准开展出版物分销服务某些方面的业务,但在注册资本、运营条件和可分销的出版物种类方面受到歧视性的要求。

因此,在出版物的分销服务方面,有争议的措施给予外国供应商的待遇要低于中国供应商。中国在其承诺表的4A到4E段承诺,给予以商业存在方式在中国经营的其他成员方的服务供应商市场准入和国民待遇,尤其是出版物的分销服务。有争议的措施不符合中国在其承诺表中列明的给予以商业存在的方式在中国从事出版物分销的其他成员方的服务供应商市场准入或国民待遇所需满足的期限、限制、条件或资格。因此,有争议的措施违反了中国在GATS第16条和第17条项下的义务。

有争议的措施禁止外国服务供应商(包括外商独资企业或外商合资企业)从事这些措施中所称的诸如录像带和DVD之类的家庭视听娱乐产品的“总发行权”。而且,虽然外国服务供应商已获准从事这类产品的任何分销服务,但有争议的措施要求通过由中方控制的或中方占主导地位的实体来提供服务,或者对外国资本的注入加以限制。因此,在家庭视听娱乐产品的视听分销服务方面,有争议的措施给予外国供应商的待遇要低于中国供应商,并对外国供应商的市场准入加以限制。中国在其承诺表的第2D段承诺,给予以商业存在方式在中国经营的其他成员方的分销服务供应商市场准入和国民待遇,尤其是家庭视听娱乐产品的分销服务。有争议的措施不符合中国在其承诺表中列明的给予以商业存在的方式在中国从事此类产品分销服务的其他成员方的服务供应商市场准入或国民待遇所需满足的期限、限制、条件或资格。因此,有争议的措施似乎违反了中国在GATS第16条和第17条项下的义务。

2007年6月5日到6日,各方在日内瓦进行磋商,但未果。之后,美国、欧盟分别提出进一步磋商内容。各方再次磋商,但仍未果。

2007年10月10日,美国提出成立专家组。经过中国第一次阻却后,专家组在2007年11月27日自动成立。由于各方对专家组构成成员无法达成一致意见,故请WTO总干事拉米指定专家组成员。^②澳大利亚、欧盟、加拿大、日本、韩国、中国台湾保留作为第三方的权利。

2009年4月20日,专家组做出中期裁定。2009年6月23日,专家组向当事方发布最终报告。

2009年8月12日,WTO争端解决专家组公布了裁定报告,^③尽管中美双方各有输赢点,但专家组总体上是偏向支持美国的立场,认为中国限制外国音响出版物进入中国市场是违反GATS的规定和中国有关贸易权开放的入世承诺。同时,专家组还否定了中国援用GATT第20条(a)“公共道德”作为例外的辩护。

二、上诉程序及上诉机构裁决

2009年9月22日,中国向WTO上诉机构提交了上诉通知书。中国就专家组裁定报告中的某些法律问题以及专家组在报告中采用的某些法律解释问题向上诉机构提起上诉。中方的上诉主要分三大方面。

(一) 专家组在适用GATT1994第20条(a)款“公共道德”例外时有错

专家组报告认为中国的相关措施不适用于GATT1994第20条(a)款。专家组认为中国相关措施皆不是GATT1994第20条(a)款下保护公共道德之“必要”措施。中国认为,在这一点上,专家组在法律适用以及法律解释方面存在错误。具体而言,存在以下4点问题:

(1) 专家组认为《出版物管理条例》第42条中的国家所有权要求对于中国的公共道德保护没有起到实质性作用。中方认为,就这一问题,专家组在法律适用上存在错误,其没有根据DSU第11条对案件事实做出客观评估。

(2) 专家组基于上述对《出版物条例》第42条的推理结果,认为《外商投资产业指导目录》第10.2条和第10.3条、《指导外商投资方向规定》第3条和第4条、《若干意见》第4条以及《音像制品分销规则》第21条中的外资企业除外规定,对于中国的公共道德保护没有起到实质性作用。中方认为,在这一问题上,专家组在法律适用上存在错误。

(3) 专家组认为GATT1994第20条(a)款还要求专家组衡量系争措施对希望获得进口资格、尤其是贸易权的企业可能带来的限制性影响。在这一问题上,专家组在法律解释上存在错误。

(4) 专家组认为美国所提出的若干替代性措施中至少有一项是中国能“合理采取”的措施。在这一问题上,专家组在法律适用以及法律解释上存在错误,没有根据DSU第11条对案件事实做出客观评估。

如果上诉机构推翻了专家组的认定,而认为中国措施是GATT1994第20条(a)款下保护公共道德之“必要”措施,中国则要求上诉机构完成专家组的分析,认定中国的相关措施完全可以把GATT1994第20条(a)款作为根据。

(二) 专家组在解释中国入世议定书服务贸易承诺时其解释方法有错

中国要求上诉机构审查专家组在报告第8段第3-(b)(1)项中所做出的法律结论,即《互联网文化通知》(第2条),《网络音乐意见》(第8条),《若干意见》(第4条),《外商投资产业指导目录》禁止类目录第10.7条以及《指导外商投资方向规定》第3条和第4条不符合GATS第17条。专家组在适用条约解释的习惯规则(编撰于《维也纳条约法公约》(简称《维也纳公约》)第31条和32条中)来解释中国GATS减让表时,在法律适用以及法律解释问题上存在错误。这些错误导致专家组作出一些错误认定,其中包括认为中国在GATS减让表第2.D“录音制品分销服务”下做出了允许以非实体形式电子发行录音制品的具体承诺。中方认为,这一认定违反了DSU第3.2条和19.2条。具体而言,有这样3点问题:

(1) 专家组在按条约上下文并参照条约之目的及宗旨来分析“录音制品分销服务”所具有之通常意义时,存在错误。

(2) 专家组错误地认定, 其根据《维也纳条约法公约》第32条“解释之补充资料”对中国GATS减让表所做出的分析证实了其之前根据《维也纳条约法公约》第31条对中国录音制品分销服务承诺所做出的分析。

(3) 因此, 专家组错误地认定中国的相关措施违反在GATS第17条下的国民待遇义务。

(三) 专家组在解释中国入世承诺中有关贸易权的内容时有错

中国要求上诉机构审查专家组以下结论, 即《电影管理条例》第30条以及《电影企业经营资格准入暂行规定》第16条, 不符合中国在入世议定书中有关贸易权的相关承诺。专家组的结论基于法律适用以及错误的法律解释, 其没能根据DSU第11条对案件事实做出客观评估。这些错误导致专家组做出一些错误认定, 其中包括认为系争措施不符合中国入世议定书中的某些条款。这些认定违反了DSU第3.2条和19.2条。特别是, 尽管系争措施并不约束作为美国争诉对象的硬拷贝电影胶片, 然而, 专家组却错误地认为中国有关贸易权的相关承诺适用于这些措施。

同时, 中国要求上诉机构审议专家组以下结论, 即《音像制品管理条例》第5条和《音像制品进口管理办法》第7条不符合中国在入世议定书下有关贸易权的承诺。专家组就这些措施所做出的决定与其认定《电影条例》第30条和《电影企业规则》第16条是基于同样的理由。

2009年10月5日, 美国也做了相应上诉。

2009年12月21日, 上诉机构公布了中美出版物市场准入争端案的裁决报告。裁决的结论归纳如下:

1. 关于中国对供影院放映的电影和未完成的视听产品所采取的措施, 上诉机构裁决

(1) 裁决专家组以下的裁定没有错误, 即《电影管理条例》第30条和《电影企业规则》第16条应符合中国在《入世议定书》第1.2段、第5.1段和《工作组报告》第83(d)段、第84(a)段、第84(b)段中的贸易权承诺;

(2) 维持专家组以下的结论, 即《电影管理条例》第30条和《电影企业规则》第16条与中国在《入世议定书》第1.2段、第5.1段和《工作组报告》第83(d)段、第84(a)段、第84(b)段中的贸易权承诺不符;

(3) 裁决专家组以下裁定没有错误, 即《2001年音像制品管理条例》第5条和《音像制品进口管理办法》第7条应符合中国在《入世议定书》第1.2段和《工作组报告》第84(b)段中所应承担的以非任意方式授予贸易权利的义务;

(4) 维持专家组以下结论, 即《2001年音像制品管理条例》第5条和《音像制品进口管理办法》第7条与中国在《入世议定书》第1.2段和《工作组报告》第84(b)段中所应承担的以非任意方式授予贸易权利的义务不符。

2. 关于援引《GATT1994》第20(a)条例外, 上诉机构裁决

(1) 根据《入世议定书》第5.1段引言, 中国可以在本争端中援引《GATT1994》第20(a)条对被裁定与《入世议定书》和《工作组报告》下的贸易权承诺不符的条款作出抗辩;

(2) 关于专家组对中国为保护《GATT1994》第20(a)条含义下的公共道德而对出资作出规定的相关措施, 裁决如下: (i) 专家组对《出版管理条例》第42条所规定的国

有出资要求的裁定没有错误；(ii) 专家组对出资条款禁止外商投资企业从事相关产品进口的裁定没有错误；(iii) 专家组错误地裁定《出版管理条例》第42条下的国有计划要求往往对公共道德的保护作出重大贡献，并且，在没有合理可行的替代方法的情况下，其可被视为保护中国境内公共道德之“必需”；

(3) 裁决专家组就相关条款和要求对打算从事进口的主体所产生的限制性影响的考虑没有错误；

(4) 裁决专家组关于美国提出的至少一种替代方法对中国来讲是“合理可行”的裁定没有错误；

(5) 维持专家组以下结论，即在《GATT1994》第20(a)条含义内，中国没能证明相关条款为保护公共道德之“必需”，因此，中国认为相关条款符合第20(a)条的主张不成立。

3. 关于“录音制品分销服务”，上诉机构裁决

(1) 裁决专家组的裁定没有错误，即“录音制品分销服务”在中国GATS减让表第2.D中的载入可以使其延伸至以非实体形式，特别是以电子形式，提供的录音制品分销服务；

(2) 维持专家组关于中国禁止外商投资主体以电子形式从事录音制品分销服务的措施条款与GATS第17条不符的结论。

三、简要评析

本案是中国在WTO中的第一个服务贸易争端案子。本案主要涉及到中国入世承诺中服务贸易开放的相关条目的解释。美国的诉求主要涉及到中国对以“商业存在”形式提供分销服务的外国服务提供者的限制性措施和歧视性待遇。

专家组报告支持了美国提出的很多关键性主张。其中，美国主张中国将音像制品的进口权利限定于一些特别授权的国有企业享有、禁止外国公司从事该类制品的发行事务，这是歧视，违反了WTO规则和中国2001年签订的《入世议定书》。中国则主张这些限制应属于GATT第20条(a)款规定之例外之列，因为涉案措施是出于保护“公共道德”。遗憾的是专家组以不符合“必要性”这一高门槛而驳回了这一主张，上诉机构基本支持专家组的裁定。

本案中两大法律问题值得关注。

第一，对中国入世服务贸易承诺表的解释方法。

本案中涉及中国服务贸易承诺表的解释，其中有较大争议点在于对承诺表的2.D“视听服务”分部门的“录音分销服务”(“sound recording distribution service”)这一具体承诺部门是否涵盖非实体形式录音产品的网络发行。专家组认为包括；中国认为，专家组这一解释有错。

《维也纳条约法公约》第31条规定了“解释之通则”，即“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。”专家组在解释“录音分销服务”时，借助字典对其中的关键词语“recording”和“distribution”分别展开分析。专家组认为“sound recording”的通常含义不限于物质载体所包含的音乐。专家组认为“distribution”可定义为任何有价值的事物(无论有形、无形)在消费者之间的直接交易。在解释“distribution”时又涉及“commodity”一词的形态解释，是否可包括无形物。在

本案中,专家组借助字典解释通常含义时,字典乃至其版本的选择是不容忽视的问题。专家组对市场准入限制中的用语“视听产品”(“audiovisual products”)进行了分析。专家组认为,字典中“产品”一词的定义为“人造的或经改良的供销售的物件或物质(最近也适用于服务)”,^④包含了服务,而联合国核心产品分类(CPC)是关于包含服务和货物在内的各种产品的。因此,市场准入限制中的用语“视听产品”进一步表明了录音制品分销服务不限于有形产品,它包括了无形产品与服务。

中方认为,“产品”的含义包含服务的结论有误。该定义强调“最近也适用于服务”,然而应该考察的是中国作出承诺当时,乃至更早在W/120文件对产品分类使用“视听产品”这一表达的当时该词是否包含服务。而且,即使该词包含服务,也并不等于包含无形产品的电子化分销。在CPC文件的分类中,电子产品分销、视听产品分销的归类问题如今都存在争议,在中国缔约当时更是如此。

遗憾的是,上诉机构并没有更正专家组的裁定,认为专家组尽管没有采用中方提供的字典含义,但已经考虑了中方主张的意见,因此,专家组的解释没有错。

第二,引用GATT第20条例外为“违反”中国入世议定书抗辩。

GATT协定中设计了第20条作为成员方偏离GATT协定纪律的理由。GATT第20条列举了十大理由,从公共道德到供应短缺。但为了防止成员方滥用例外,该条又在前面“序言chapeau”上规定了援引的前提,即不能在成员间歧视性使用;不能作为限制国际贸易的伪装。

在本案中,专家组相当篇幅是涉及中国能否援引GATT第20条(a)的分析。中国认为,根据中国入世议定书第5条的规定,中国开放贸易权有个前提,即“在不损害中国以与符合《WTO协定》的方式管理贸易的权利的情况下”。中国有关措施规定选择一些企业从事出版物(文化产品)的进口,就是基于该考虑。这是GATT第20(a)条所允许的。

专家组对中国拥有这种“管理贸易的权力”不表示异议。但中国是否可引用GATT第20(a)条,则有争议。

本案中涉及GATT第20条适用范围的理论问题,即GATT第20条是否可适用于GATT1994协定之外。这个问题直接关系到中国是否可援引GATT第20条作为违反其入世议定书的豁免理由。

一种观点认为,GATT第20条使用的语言是“本协定的任何规定不得解释为”这一词语,而本“协定”是指GATT1994协定本身,不包括其他协定,如中国入世议定书。澳大利亚作为第三方认为,中国入世议定书是WTO协定的一部分,但不是GATT协定的一部分。GATT第20条只是针对GATT其他条款规定的例外。欧盟作为第三方也发表了同样的看法。

本案中,专家组回避了这一问题。专家组认为,专家组首要解决的是,中国的措施是否达到了引用GATT第20条的标准;如果达到了,才可能去考虑中国是否可用GATT第20条作为其违反入世议定书的辩护理由。因此,专家组是先假定(arguendo)GATT第20条是可适用的。

出人意料的是,上诉机构在上诉分析中,并没有回避这一问题,而直接表明:“就中国入世议定书第5.1条的引言条款而言,中国可以在本案中援引GATT1994第20条(a),作为与其入世议定书和工作组报告记载的贸易权不一致规定的辩护”。这一裁决部

分澄清了对中国来说需要明确的问题。美国、欧盟和墨西哥就中国原材料出口征收出口税已经提出了WTO磋商并进入了专家组程序。该案也涉及中国违反中国入世议定书及工作组报告的承诺。中国可能的辩护理由是这些措施是GATT第20条(g)保护可用尽的自然资源允许的例外。如果中国成功地引用了这一例外,就可能引发GATT第20条是否可以适用于中国入世议定书的问题。当然,本案中上诉机构也留有余地,只是讲“本案中”、“第5.1条”问题上“可以”适用GATT1994第20条(a)。

归纳而言,本案告诉我们,需要审视我们的相关规定,有些规定一方面可能与中国人世承诺不符,另一方面在实践中又实现不了管理者的意图。我们有些不合时宜的条款也确实应该及时修改和完善。^⑤从语言技术角度看,如果谈判工作语言和法律文本语言非中文时,我们对专业词汇的运用,应该注意对方语言的语境,多咨询专业领域的人士,避免被对方在语词上钻空子。正如一句英文格言所言:细节中有魔鬼。

(作者单位:上海师范大学 复旦大学)

注 释:

- ① WT/DS363/AB/R。
- ② 他们是Florentino P. Feliciano先生、Juan Antonio Dorantes先生和Christian Häberli先生。
- ③ China-Measures Affecting Trading rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/5。
- ④ “An article or substance that is manufactured or refined for sale (more recently applied also to services).” See Oxford English Dictionary Online, available at <http://dictionary.oed.com/entrance.dtl>。
- ⑤ 贺小勇,“WTO框架下中美文化作品市场准入争端的法律问题”[J],国际商务研究,2008,(6)。

Comment on the WTO Case: “China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products”

WANG You-gen, GONG Bai-hua

Abstract: The United States brings China before the WTO dispute settlement with the case on “China-Measures Affecting Trading rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products”. This article digested the Panel report and the Appellate Body report. After that, this article commented briefly on the key legal issues in this case.

Key words: publications; right to trade; distribution; dispute settlement