

公共道德例外的泛化及其规制 ——以“美国关税案”为视角

翟 仲

(中国人民武装警察部队研究院, 北京 100101)

摘 要: DS543 案使得公共道德例外条款的泛化问题再次成为焦点。本案中, 专家组片面解读公共道德与经济目标的联系, 对关税措施是否被设计为保护公共道德采取回避态度, 并拒绝对关税措施是否应局限于违反公共道德的产品发表意见, 模糊了公共道德与经济政策的概念, 强化了公共道德例外的泛化倾向。公共道德例外泛化不仅导致 WTO 在类案中适用条约解释产生差异, 还成为贸易保护主义和道德帝国主义主张行为豁免的依据。WTO 应在价值平衡的基础上重新审视公共道德与经济关切的差异, 并对公共道德目标、有关措施结构与设计的证明和审查标准作明确规定。中国应善用国际法规则抵制泛化公共道德的单边主义行径, 同时吸取美国教训, 利用合法手段维护中国道德权益。

关键词: WTO; 公共道德例外; 301 报告; 中美贸易纠纷; 道德帝国主义

中图分类号: DF961

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2024) 03-0061-12

一、问题的提出

2017 年 8 月, 美国贸易代表办公室 (USTR) 基于《1974 年贸易法》(Trade Act of 1974) 第 301 条 (b) 项对中国发起调查, 并于 2018 年 3 月颁布调查报告 (以下简称“301 报告”), 认定中国的法律、政策和行为明显不公平、不合理, 造成美国的经济损失。^①2018 年 7 月, 美国对涉及 340 亿美元的中国产品加征 25% 的关税。^②2019 年 7 月, 美国进一步对涉及 2,000 亿美元的中国产品加征 10% 的关税, 并于 2019 年 5 月就此 2,000 亿美元的中国产品上调关税幅度至 25%。^③为此, 中国于 2018 年 4 月在世界贸易组织 (WTO) 框架下提起磋商请求, 正式启动 WTO 争端解决程序。^④由于磋商无果, 中国于 2018 年 12 月请求成立专家组审理此案。

作者简介: 翟仲, 中国人民武装警察部队研究院法制研究所助理研究员, 研究方向: 国际法学、军事法学。

① Section 301 Report into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation [EB/OL]. 2018, OFAC. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/march/section-301-report-chinas-acts>. [2018-03-27] (2020-02-01).

② Notice of Product Exclusions and Amendments: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation [EB/OL]. 2020, USTR. https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/%2434_Billion_Exclusions_Granted-October_2019.pdf. [2018-07-06] (2021-02-01).

③ Notice of Modification of Section 301 Action: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation [EB/OL]. 2020, USTR. https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/84_FR_20459.pdf. [2019-05-09] (2021-02-01).

④ 中国就美对华 301 调查项下征税建议正式启动 WTO 争端解决程序 [EB/OL]. 2018, http://www.xinhuanet.com/world/2018-04/04/c_129844418.htm. [2018-04-04] (2020-05-27).

在专家组阶段，美国以1994年《关税与贸易总协定》（GATT）第20条（a）款为其行为辩护，认为加征关税是保护美国公共道德所必需的措施。美国的主张将公共道德与纯经济目标相结合，试图以公共道德例外为如此广泛而高价的产品加税豁免。虽然美国在专家组审理阶段败诉，但专家组并未一概否定美国的主张。特别是专家组对公共道德和经济目标关系的模糊性解释以及对公共道德极为宽松的形式审查使得美国的主张轻易通过了公共道德认定的步骤；在随后判断关税措施是否被“设计”为保护公共道德时，专家组再一次采取消极回避的态度，导致美国的主张得以直接进入最后的“必要性”审查阶段，并使公共道德条款面临被泛化解读的危险。

事实上，公共道德条款的泛化倾向在先前的WTO裁决实践中已初露端倪。WTO在先前裁决中并未对成员界定公共道德的自主权作任何限制，并未对公共道德目标的举证和审查要求制定更具操作性的标准。此外，WTO裁决也未明确限定为保护公共道德必需的措施究竟能够涵盖多大的范围。然而，当美国关税案中美国的辩护主张将公共道德的内涵延展至不公平贸易等与贸易政策本身相关的理念，且主张为一系列不涉及公共道德的产业施加惩罚性关税时，公共道德权益与自由贸易理念的价值平衡面临贸易保护主义的严重冲击，公共道德和经济目标之间若即若离的模糊关系受到了前所未有的挑战。

如果WTO专家组不能就上述问题明确态度，WTO将面临严重的“道德危机”，贸易保护主义成员将不公平贸易理念、劳工与人权、环境标准等形形色色的理念与动机包装为GATT第20条（a）款项下的公共道德，从而使得该条款成为贸易保护主义用以挟持的工具。因此，美国关税案凸显的公共道德例外的泛化问题在当今贸易格局下颇具启发意义，一方面中国应重视对公共道德例外条款的研读，并就条款适用问题明确本国立场，严防公共道德例外条款的滥用风险；另一方面，中国应从美国败诉中吸取教训，制定贸易政策时以合理方式维护本国道德权益。

二、公共道德例外的泛化表现

公共道德例外的泛化是将公共道德例外条款适用于不符合GATT第20条（a）款规定的贸易措施从而扩大其适用范围的现象。公共道德例外条款的适用分为3个步骤：评判成员所主张的政策是否属于“公共道德”的目标；分析有关措施是否“旨在”保护公共道德；检验有关措施是否是保护公共道德所“必需”的。^①据此，公共道德例外的泛化表现为对公共道德目标和有关贸易措施的泛化解读。

（一）公共道德的内涵扩张

GATT第20条（a）款并未对公共道德的内涵做任何界定。《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）第3.2条规定，争端解决机构（DSB）有权依照解释国际法规则的惯例阐述GATT第20条（a）项之中的公共道德内涵的确定方法（刘瑛，2010）。然而，在实践中公共道德标准的判断几乎完全由成员自行决定。在欧盟海

^① Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, para. 7.110.

豹案中，上诉机构认为，必须给予成员国一定的范围，让其根据本国的制度和价值观自行界定和适用公共道德概念，专家组无需确定有关公共道德标准的确切内容。^① 上诉机构避免对公共道德的定性进行判定以保护其裁决的合法性，这是一个政治上明智的选择（Du, 2016）。不过，此举同样有可能混淆公共道德与产业政策、劳工环境等其他关切，导致公共道德内涵不合理扩张。

在美国关税案中，中美两国就 GATT 第 20 条项下的公共道德与经济关切的关系展开辩论。中国认为，将 GATT 第 20 条（a）款中的“公共道德”一词解释为包括“不公平贸易”的经济关切，将使各成员能够规避并破坏各成员就这一特定问题谈判和商定的纪律。^② 美国认为，公共道德可能与经济关切相关。理由包括：其一，并没有任何限制性措辞阐明道德不应包括经济利益的关切；其二，GATT 第 20 条的其他款项否定了经济关切与道德没有联系的观点；其三，常识中，道德可能是与经济有关的。^③ 专家组采纳了美国的观点，认为公共道德目标往往可能有不可分割的经济方面。专家组认为，追求非经济方面的关注往往可能导致采取具有经济效果的措施——例如，限制进口以防止健康风险等，具有明显的经济效果并直接影响贸易。^④

应当指出，美国的这种辩护巧妙地转移了问题的视角，从“公共道德与经济关切的区别”转移至“公共道德与经济关切的联系”，从而诱导专家组认定公共道德与经济关切有关，但并未提及公共道德本身是否可以仅仅包含经济关切。以专家组所举之“限制进口以防止健康风险”为例，只是限制进口的方式导致了经济后果，使得道德目标与经济效果发生了关系，而并非“防止健康风险”作为道德目标本身相当于经济关切。专家组仅在原则上肯定公共道德目标与经济关切的联系，却只字不提二者的区别，让“不公平贸易”等纯经济目标有可能被纳入公共道德的范畴，从而间接地扩大 GATT 第 20 条（a）款中“公共道德”的内涵。

（二）相对薄弱的证明要求

在巴西税收案中，专家组指出，尽管成员有一定空间根据自己的价值体系和尺度各自界定和适用“公共道德”的概念，但这种自由不能免除争端解决中应诉方的证明责任，即根据其价值体系确定的所谓公共政策目标确实是一个公共道德目标。^⑤ 然而，专家组并未就此证明内容和证明标准作更进一步的解释，导致成员总是不难自证其所主张的有效公共道德目标存在。

在欧盟海豹案中，专家组认为，评估一项关切是否属于公共道德，需要回答两点：（1）有关关切是否确实存在于该社会；（2）这种关切是否属于成员在其领土内根据其自身的价值体系和尺度界定和适用的公共道德。^⑥ 然而，纵观目前的相关判例，

① Appellate Body Reports, European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS400/AB/R, para. 5.199.

② Panel Report—Addendum, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R/Add.1, para. 26.

③ Panel Report—Addendum, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R/Add.1, paras. 160~164.

④ Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, para. 7.137.

⑤ Panel Report, Brazil—Certain Measures Concerning Taxation and Charges, WT/DS472/R, para. 7.558.

⑥ Panel Report, European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS400/R, para. 7.383.

很难从一般意义上确定成员是否仅需在原则上提出一项有效的公共道德目标，还是必须同时证明公共道德现实存在于该社会。在美国关税案中，美国仅列举国内刑法中有关反盗窃、反胁迫、反不公平竞争的一些原则和标准，但并未论证这些原则是否属于公共道德以及该道德目标是否现实存在于美国社会。专家组仅认为这些理念“概念上”属于公共道德的范畴后便认可了美国的公共道德目标，并未展示具体的评估和论证过程。

此外，成员还无须证明公共道德即将面临的负面影响，专家组未能就道德风险的存在作明确认定。在欧盟海豹案中，加拿大认为，GATT 第 20 条（a）款中“保护”一词的要求证明措施所要保护的风险。专家组回顾欧共体石棉案中专家组在讨论第 20 条（b）款中“保护”一词时的确认为“保护”意味着存在健康风险，但认为第 20 条（b）款中的风险评估很难用于第 20 条（a）款中保护公共道德的语境下，因为这对确定和评估公共道德没有多大帮助，故而认定 GATT 第 20 条（a）款的“保护”一词并不意味着专家组要确定风险的存在。^①

（三）过于限缩的审查范围

在美国关税案中，专家组指出，必须对措施目标作出客观独立的评估，同时考虑掌握的所有证据。^②然而，在具体面对美国所提出的“是非标准”（包括反对盗窃、挪用和不公平竞争的准则等）时，专家组只是笼统地重复以往判决中对成员自行裁量公共道德权利的尊重，仅凭美国在其国内法中提及这些原则就断定这些原则在概念上属于公共道德的范围，并未详细论证如何凭借现有证据客观独立地认定这些原则属于公共道德并客观存在于美国社会，对公共道德目标的审查显得过于武断。

当中国提出如此宽泛的公共道德概念将导致成员规避 WTO 义务，且欧盟同样表达了对成员界定公共道德的权利过于宽泛的担忧时，专家组解释说，只有对 GATT 第 20 条（a）款的各种要素采取综合办法，才能平衡成员援引 GATT 第 20 条的权利和其他成员根据 GATT 所享有的权利。专家组提示说，现阶段考虑的是公共道德目标，而不是公共道德与加税措施进一步关系的问题。^③这揭示了专家组对审查公共道德目标的基本观点，即将评判关税措施与公共道德的联系和判断公共道德本身有效性分属两个问题，认为当前阶段的审查只涉及公共道德本身的合法性，无须过多考虑平衡公共道德权益和 WTO 权利，并将后者置于整体框架进行评估，从而变相抽离了公共道德目标审查中的一些要素。

（四）不断泛化的例外措施

与公共道德目标不断泛化相类似的是，为保护公共道德所必需的例外措施的标准和范围也在逐步扩大。与公共道德关系甚小，甚至客观上无助于公共道德保护的措施都可能被专家组认定为 GATT 第 20 条（a）款下为保护公共道德所必要的措施。

^① Panel Report, European Communities—Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS400/R, paras. 5.197~198.

^② Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, para. 7.117.

^③ Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, paras. 7.139, 7.140.

在哥伦比亚纺织品案中, 上诉机构认为, 对有关措施被“设计”为保护公共道德的检查是初步的、门槛性的审查, 只需确认该措施“并非不能”保护公共道德。上诉机构发现哥伦比亚的关税措施并非不能打击洗钱, 认定关税措施和公共道德之间存在联系。^①换言之, 只有在措施与公共道德之间没有任何关系的条件下才有可能不符合“设计”审查的标准。在很难认定这种关系的情况下, 上诉机构可能直接跳过此步骤, 推定二者间可能存在某种关系。在前案中, 上诉机构在回顾阿根廷金融服务案的观点时认为专家组对措施“设计”的判断不得致使其过早地中断了分析过程, 以至于无法考虑到随后“必要性”审查的某些方面。^②这种思路能够轻易以“必要性”审查规避“设计”审查, 使得“设计”标准在事实上几近无用。

在美国关税案中, 专家组这种避重就轻的思路再一次将“设计”标准掏空, 使得美国的涉诉措施几乎没有面临“设计”标准的审查。专家组认为, 有时在一般层面适用“设计”标准的审查不一定能提供有用的信息, 因为很难从一般意义上说明施加额外关税总是可以或不能保护公共道德, 只有在进行下一步“必要性”的分析后才能加深对措施的理解, 因此不应致使涉诉措施在“设计”审查阶段就中断调查。^③

除涉诉措施的“设计”标准外, 措施适用的范围也存在扩大的风险。在美国关税案中, 美国认为, 采取公共道德例外的措施不一定要限于涉及违反公共道德的产品, 因为 GATT 第 20 条第 2 款的文意不能得出存在此条限制。中国和欧盟担心, 过于宽泛的措施将使得美国不分青红皂白地对一大类产品征收关税, 导致措施与公共道德之间的关联性不强, 但专家组认为没有必要抽象地就此问题得出结论, 只是希望了解美国对来自中国的特定产品征收额外的关税是如何有助于实现所援引的公共道德目标。^④很明显, 专家组并未直接回应这项争议, 亦未对例外措施的具体范围进行澄清。

三、公共道德例外泛化对 WTO 的危害

多边贸易体系的前提是权利和义务的仔细平衡, WTO 争端解决程序的作用是在成员为合法目的的监管权利之间取得微妙的平衡 (Du, 2016)。如果 WTO 对成员公共道德诉求的审查过于宽松, 不仅有悖于 WTO 既往裁决中对公共道德条款适用的审查和解释标准, 还将导致公共道德权益与 WTO 义务的结构失衡, 诱发成员假借公共道德诉求推行贸易保护主义政策的风险。

(一) 条约解释不一致

前文已述, 在美国关税案中, 专家组对有关措施是否符合 GATT 第 20 条 (a) 款项下的“设计”标准审查时采取了一种回避态度, 认为很难从一般角度认定关税措施和公共道德的联系。此举不仅与前案中对 GATT 第 20 条 (a) 款中“设计”标

① Appellate Body Report, Colombia—Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, WT/DS461/AB/R, paras. 5.67~70.

② Appellate Body Report, Colombia—Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, WT/DS461/AB/R, para. 5.77.

③ Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, paras. 7.150~51.

④ Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, para. 7.179.

准的分析框架相悖，还将从一般意义上扩大 GATT 第 20 条（a）款“设计”标准的解释与该条其他各款中“设计”标准解释的差异。

在前述哥伦比亚纺织品案中，专家组指出，应考虑关税措施的设计、结构和预期的运作，考虑到所有相关事实和情况，从文本分析开始，评估所有可用的证据，作出客观的评估。^①在巴西税案中，专家组重申了哥伦比亚纺织品案中确立的“设计”要求，认为“设计”要求应满足该项措施并非不能保护公共道德的条件。尽管专家组最终因无法认定巴西措施总是不能弥合数字鸿沟并促进社会包容，承认了该项措施符合“设计”标准的要求，但专家组也是通过认真比对措施计划、采取临时措施的解释备忘录、第 4901/2003 号法令等文件的文本，并仔细核对巴西相关市场的供给能力之后得出的结论，专家组依旧全面分析了涉诉措施的设计、结构及预期的运作。

然而，在美国关税案中，专家组并未仔细核查美国关税措施的设计、结构与预期的运作，仅声明当前的“设计”标准无助于小组的分析，并径直开始进行“必要性”的评估。在回应中国的质疑时，专家组认为，如果有设计检验的话，设计检验并不是一项要求不高的任务；而在哥伦比亚纺织品案中，上诉机构认为这项标准并不是特别苛刻。^②可见，专家组就“设计”标准是否应该当然存在以及“设计”标准审查的具体要求的立场本就是模糊不清的。本案中，专家组并未展示一项判断“设计”标准的证明过程，更没有在其中深入分析措施的设计、结构和预期的运作，与前案形成了较大的反差。

此外，即便完全按照专家组审理的逻辑，将“设计”标准确定为较低的“并非不能”标准，此标准与 GATT 第 20 条其他款项有关判决中适用的标准亦有差异。在中国稀土案中，专家组在适用 GATT 第 20 条（g）款时，要求中国证明其出口配额的设计和结构与保护目标有“密切”“真实”“合理”和“实质性”的关系。专家组质疑了中国施行出口配额措施是为了保护稀土资源的观点，认为中国出口配额措施的文本并没有进一步解释出口配额是如何推动或促进这一目标，这些措施反而可能是为了确保足够的稀土数量以供国内消费，因此最终认定这些措施不是保护可耗尽的自然资源有关的措施。诚如有观点认为，如果在中国稀土案中采用上诉机构在哥伦比亚纺织品案中确立的标准，评估中国的稀土措施是否在任何情况下均不可能起到保护环境的目的，那么无疑应当认定中国稀土措施的目的是保护环境（杜明，2017）。

通过对比可知，第 20 条（g）款对“设计”的严格审查似乎相当于第 20 条（a）款中的必要性审查，而根据第 20 条（a）款的分析思路，对“设计”的审查只是进行必要性审查的初步条件。这里专家组并未明确为何第 20 条（a）款的解释中“设计”标准的审查要独立于“必要性”审查，且为何第 20 条（a）款中的用语是“必须”，第 20 条（g）款中的用语仅为“有关”时，第 20 条（a）款中对措施设计的审查标

① Panel Report, Colombia—Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, WT/DS461/R, para. 7.343.

② Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, para. 7.151; Appellate Body Report, Colombia—Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, WT/DS461/AB/R, para. 5. 70.

准仍要低于第 20 条（g）款的审查标准，从而加剧了对第 20 条解释不一致的现象。

（二）贸易保护主义的挑战

从实践层面分析，如此宽泛的公共道德概念和极为限缩的审查范围将导致对成员界定自身公共道德的权利几乎毫无限制，加剧成员通过施加所谓的“道德标准”推行贸易保护，进而干预别国经济政策的风险。公共道德概念上的模糊性使得其与经济关切的界分并不明确。在未明确二者区别时，专家组承认二者的联系只会让人对如何鉴别公共道德与经济目标更加困惑。专家组并未对成员自由裁量公共道德的权利作比较明确的规制，很难符合公共道德条款的立法目的与 GATT 的宗旨和原则。

在美国关税案中，美国征税措施的动机源于对华 301 调查的结论。然而，301 报告的结论是建立在通篇评判中国的外商投资管理体制、境外投资管理制度、知识产权保护和网络信息保护制度等国内法规和政策的基础之上，并无任何只言片语提及“道德”；相反，报告却清晰地表达了对中国培育战略性新兴产业的担忧。因此，与其说美国征税措施的意图是在保护美国的公共道德，不如说是威胁中国改变其产业政策，并确保美国在国际贸易中永远处于强势地位。

此外，美国施加的关税措施本身也带有强烈的贸易平衡意图。在被征收额外关税的产品清单 1 中，发现了大量与 301 报告提及的产业无关的产品（如渔业产品、化妆品和纸张）。欧盟认为，这些措施不分青红皂白地将一大类产品包括在内，不论这些产品是否已被认定为有道德污点，其贸易限制性已经超过了以往案件中根据 GATT 第 20 条（a）款认定为暂时合理的措施。^①更为关键的是，美国还制定了清单 1 中部分产品附加关税的豁免机制，更加淡化了关税措施对于保护公共道德的必要性。^②

相比于 GATT 第 20 条的其他款项以及 WTO 第 21 条的安全例外条款，公共道德条款的范围几乎无限广泛，其适用不存在任何前提或限制，证明难度也相对低，却同样产生规避 WTO 义务的客观效果。因此，不难理解美国为何摒弃适用安全例外或 GATT 第 20 条的其他款项，转而寻求公共道德条款为其关税措施辩护。

正因为经济政策和公共道德的概念过于广泛和模糊，专家组并未过多纠结于公共道德的范围问题，而是将重点落脚于判断涉诉措施和公共道德之间的关系，在判断标准较为明确的“必要性”测试中拒绝了美国过于夸张的请求。这种思路并未引起判决结果的差异，同时可以较小的代价避免过度干预成员的主权，使得裁决的争议性不会十分明显。但是，美国的这种请求已经使得道德权益与 WTO 义务的冲突箭在弦上，避免就国家适用公共道德的权限进行约束的做法势必会在某种程度上混淆公共道德与经济政策的概念，从而为公共道德的范围带来更大的不确定性，诱发公共道德被贸易保护主义挟持的风险。

（三）“道德帝国主义”危机

所谓“道德帝国主义”，是通过不同形式的胁迫，将特定文化、地缘政治区域

^① Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, para. 7.165.

^② Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, para. 7.202.

和国家的道德标准强加给其他文化、区域或国家（Volnei and Claudio, 2008）。一般而言，识别、适用并维护本国社会的道德标准是国家的内政，一国不应将本国的道德标准强加于其他国家。然而，国际贸易通过商品将各国之间的道德标准联系起来，公共道德目标又成为成员拒绝履行贸易义务的豁免理由，使得一国在为保护公共道德标准而拒绝履行贸易义务时，其他国家不可避免地承担不利后果，引发“道德帝国主义”的担忧。

考虑到公共道德是否客观存在的判断有时并不明确，在规制“道德帝国主义”的基础上讨论公共道德的内涵限制就显得更为重要。原因在于，如果仅以“避免道德危机”作为限制公共道德内涵的理由，无法回答当有关公共道德切实存在于一国社会时，国家是否可以不受约束地认为其当然地受到 GATT 第 20 条（a）款的保护。如果确实存在于一国社会的公共道德在原则上都可以被 GATT 第 20 条（a）款所包含，那么鉴于公共道德的模糊性质，无法从根本上杜绝将经济政策包装为客观存在的公共道德以规避 WTO 义务的风险。

防止类似“道德帝国主义”的危机是否意味着成员不能以任何形式对其他国家的道德准则做出影响？目前来看，这可能很难实现，因为国际贸易是一个双向的过程，一国出于保护公共道德的动机而做出的贸易限制措施势必会在其他成员境内产生影响，因此公共道德的相互影响是必然的。换言之，如果公共道德例外条款都不能允许国家充分保护其正当的道德权益，那么该条款就失去了应有的功效。因此，笔者认为，区别“道德帝国主义”与保护公共道德权益的关键是，国家是否将违背 WTO 义务的理念视为公共道德，进而通过公共例外条款的豁免强迫其他国家承担失去 WTO 权利的代价。既然公共道德例外是不履行 WTO 义务的豁免理由，那么这些道德标准就不能是违反 WTO 规则的，否则便为贸易强国推行“道德帝国主义”政策提供理论契机。

四、对公共道德例外泛化的规制路径

为有效规制公共道德例外泛化对国际贸易体系带来的损害，应重新考虑对 GATT 第 20 条（a）款的解释进路，在审查条款的构成要素时全面考虑道德权益与贸易秩序的维护，并强调成员国的证明义务和责任。中国应从国内道德权益的维护和阻止域外国家滥用公共道德例外条款进行贸易保护两方面予以应对。

（一）运用价值平衡界定公共道德的内涵

如前所述，在美国关税案中，专家组将公共道德的判断与界定公共道德和涉诉措施的联系区别开来，认为只有后者才涉及平衡道德权利与 WTO 义务的问题。这种审查思路契合 Marwell（2016）曾提及的一种方法，即应允许各国单方面定义道德，但条件是贸易限制性措施是保护相关利益的最小限制性手段，并以非歧视性的方式实施。这种审查思路的根本问题在于并未考虑到公共道德本身的判断和滥用公共道德的措施之间本质上存在着天然的联系。如果 WTO 专家组既不知道公共道德的实际内容，也不知道所希望的保护水平，它怎么能根据必要性测试对措施进行客观和令

人信服的评估?^①如果专家组不对国家主张的道德目标做任何实质性评估,而该国所提出的道德目标本身却足够抽象化和政治化,以至于所涵盖的产业和产品的广泛性足以影响甚至颠覆贸易秩序,那么对措施和公共道德关系的必要性审查和 GATT 第 20 条一般条款的审查就很可能流于形式。

此外,这种审查思路也没有意识到公共道德目标本身的判断有其独特价值。有学者假设,若阿拉伯国家颁布一项标签要求,任何与驻伊拉克多国部队有联系的公司都必须在其产品上贴上醒目的标签,说明本产品由支持伊拉克占领的公司制造,即便这些措施可能满足非歧视要求和最小限制手段要求,并得到民众有关宗教情感上的一致认可,仍会被美国及其他受制裁国反制(Wu, 2008)。事实上,连 Marwell (2016) 自身也承认,赋予成员过于宽泛的定义公共道德的权利将破坏作为国际经济体系基础的互惠交易的稳定性,并通过抑制原本有益的经济交流来减少净福利。因此,仅在随后的必要性测试和对 GATT 第 20 条首段要求的测试中考虑价值平衡,而单方面否认公共道德判断中的价值衡量缩小了对公共道德目标的审查范围,忽视了公共道德判断对必要性测试和 GATT 第 20 条首段测试的影响,无法解决混淆公共道德与经济目的而带来的贸易保护主义挑战。

适用这种价值平衡审查公共道德目标的关键在于如何区分维护公共道德的措施与公共道德目标本身的法律界限。应明确, GATT 第 20 条中的公共道德本身不应包括任何违反 WTO 义务的内容。例如,虽然猎杀海豹的行为肯定涉及海豹产品出口等贸易问题,但猎杀海豹这项行为本身应仅与公众对动物福利的关切有关,而不能与任何构成歧视或贸易限制等不符合 WTO 义务的行为相关。同理,在美国关税案中,涉诉的公共道德目的应该仅仅涉及国民或社会正确或错误的行为标准,而不能由歧视或贸易限制等违反 WTO 义务的理由所构成。诚如专家组在美国关税案中所指出的,对 GATT 第 20 条(a) 款的正确解释必须根据《世界贸易组织协定》序言部分的案文和所涉协定的精神来进行。如果仅凭声称这些措施是必要的就允许被告采取任何类型或范围的限制性贸易措施,就会侵犯投诉人的 WTO 权利,这既违反《世界贸易组织协定》序言的案文,也违反 WTO 的精神。^②可见,至少贸易壁垒和歧视原则等违背 WTO 宗旨的行为不能被视为公共道德,成员自行决定其公共道德的权利并非没有边界。专家组应阐释公共道德内涵的法律边界,确保公共道德的范围不会破坏 WTO 权利义务的平衡。

(二) 明确公共道德与涉诉措施的证明和审查标准

就公共道德条款的解释而言,一方面,若充分尊重 WTO 成员定义公共道德的自主权,将会致使成员滥用公共道德概念推行贸易保护主义政策;另一方面,如果以

^① Pauwelyn, Joost. The Public Morals Exception after Seals: How to Keep It in Check? [EB/OL]. 2014, <https://ielp.worldtradelaw.net/2014/05/the-public-morals-exception-after-seals-how-to-keep-it-in-check.html>. [2014-05-27] [2021-06-16].

^② Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, para. 7.160.

严格的公共道德标准审查成员的国内政策，极易造成有争议的结论。这样的困境仅凭界定公共道德的内涵不能解决根本问题，WTO 更应当就公共道德目标的证明和审查标准作出更加明确的规定。

首先，应明确成员自证公共道德客观存在于本国社会。就美国关税案而言，仅凭法律文件中规定的原则不能当然地表明这些原则代表社会成员之间普遍存在的是非标准。成员应提供不限于社会调查、咨询报告、历史证据等全面可靠的信息载体证明公共道德的存在。

其次，应明确成员自证公共道德所面临的负面影响。先例表明，专家组无法在 GATT 第 20 条(a)款的分析中完全排除风险的概念。在中国出版物案中，专家组指出，申诉方美国并没有具体质疑，如果中国明令禁止的对象作为实物产品的一部分被进口，这可能对中国的公共道德产生负面影响，并进一步认为公共道德的内容和范围因国家而异，受每个成员普遍的社会、文化、道德和宗教价值观影响。基于此，专家组假设，中国措施中所列的每一种被禁止的内容，如果作为实物产品的一部分被带入中国，就会对中国的公共道德产生 GATT 第 20 条(a)款意义上的负面影响。^①此外，风险的存在的确也是 GATT 第 20 条“保护”一词的应有之义。如果成员的公共道德并未面临困境，涉诉措施保护公共道德的前提便不复存在，更无须以违反 WTO 义务为代价去救济一项并未受到实质损害的权利。更何况，如前所述，GATT 第 20 条其他款项的解释中已明确提及“风险”的认定，如果公共道德的“风险”判断并无实际意义，为何又要基于这种风险的存在判断所涉措施的必要性呢？

最后，应明确所涉措施的“设计”审查要求全面审查该措施的设计、结构和预期运作。所谓的“避免调查中断”不是免除全面审查所涉措施的理由。在哥伦比亚案中，专家组对第 456 号法令文本、价格门槛的确定方式、混合关税的适用方式、关税豁免、措施的有效期，以及是否存在对受影响的进口产品进行跟踪的措施等要素进行全面评估，认为有关产品的进口交易中实际用于洗钱的数量和比例并不明确，且混合关税能够在多大程度上抑制洗钱尚不明确，因此认定哥伦比亚的措施并未“旨在”保护公共道德。虽然上诉机构推翻了这项结论，但上诉机构的结论依然是建立在专家组对该关税措施的设计、结构、预期的运作并考虑相关证据进行全面考虑的基础之上确定的。^②因此，无论是否秉持这种“设计”的标准，哥伦比亚纺织品案都展现了“设计”标准隐含的对涉案措施内在要素进行综合分析的思路。

（三）完善道德权益与贸易权利的维护

规制滥用公共道德例外，应对 WTO 目前过于宽松的审理思路作出改进。不过，就美国关税案而言，WTO 裁决中也有一些成功规制滥用公共道德例外的论述，可作

^① Panel Report, China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/R, para. 7.763.

^② Appellate Body Report, Colombia—Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, WT/DS461/AB/R, para. 6.6.

为中国维护道德权益与贸易权利的经验借鉴。^①

一方面,对于WTO目前无法有效规制的公共道德例外滥用情形,中国可以在WTO案件审理中对上述问题进行梳理,充分利用现有机制以当事方或第三方的身份表达立场。其一,应明确WTO成员自由裁量公共道德的法律边界,结合WTO的宗旨和目的解释公共道德的内涵,注意辨别公共道德与经济目标,运用价值平衡的思路界定公共道德的合理范围。其二,应明确公共道德所涉行为的主体和特征,考察公共道德是否在成员中现实存在以及公共道德是否面临被挑战的风险;针对上述审查,形成明确的判断和证明标准。其三,在判断所涉措施是否旨在维护公共道德目标时,尤其要考察所涉措施的“设计”目的,明确衡量“设计”审查的标准;区分“设计”审查无法适用和不满足“设计”标准的法律后果,避免出现以无法查明为由变相跳过“设计”审查的情形。其四,应就贸易措施的适用范围作出说明。从理论上讲,为维护公共道德所必需的措施不得适用于与所涉道德无关的产品,除非该措施能够彻底地通过“必要性”检验的要求。措施的覆盖范围超越与违反道德有关的产品,可能表明此措施与公共道德的关系过于间接,并对贸易造成了不正当的干扰,不能证明其“必要性”。

另一方面,对于WTO已有效规制的道德例外滥用情形,中国可以在维护本国道德权益时吸收并借鉴美国在本案中的经验教训。在制定政策时,尽量考虑政策与道德因素的相关性,在必要时将道德目标明确作为政策制定的目的,或在政策中明文提及保护公共道德的有关方面,构成政策与公共道德之间联系的初步证据。在阐释政策时,注重说理和解释,注意搜集证据,着重阐明所涉措施和公共道德之间真正的目的与手段关系,特别要注意经济考虑可能会淡化公共道德和所涉措施之间的实质联系。在调整政策时,尽量避免就违反公共道德的产品作不同处理,或将部分违反道德的产品豁免于贸易措施的范围之外,从而弱化该措施与公共道德保护之间的联系。在实施政策时应考虑,即便贸易措施在GATT第20条(a)款的语义下具备临时理由,该措施也很可能构成武断歧视与对贸易的隐蔽干扰,措施应在一般层面对所有涉及违反公共道德的产品进行限制,而不应有意挑选生产这些产品的部分国家。

公共道德例外条款被频繁适用反映了WTO法律制度的滞后性。本案是全球贸易关系紧张、单边主义盛行的时代背景下中美贸易纠纷的必然产物。协调各国贸易政策和贸易理念,共同坚持以WTO为核心的多边贸易体系,推动全球贸易规则的更新和完善是解决问题的治本之策。为此,中国应继续支持WTO改革,深化多边贸易规则,严格限制单边主义的贸易行为,以期共同维护世界贸易秩序的统一、繁荣和稳定。

^① 譬如,在“必要性”分析环节,专家组详细考察了美国对清单1和清单2产品征收关税的行为,认为这些行为所针对的行业与301报告中控诉的行业不完全重合,且针对上述关税行为的豁免措施将导致同样涉嫌违反公共道德的产品得到不同待遇,因此认为美国的加税措施与公共道德之间不构成“真正的目的和手段关系”(genuine relationship of ends and means)。参见:Panel Report, United States—Tariff Measures on Certain Goods from China, WT/DS543/R, paras. 7.182~7.231。

五、结语

公共道德例外条款是 WTO 成员之间为维护本国道德观念就贸易管理权力进行协调的产物，意味着成员实施此类措施应受其他国家行使 WTO 权利的约束。既然任何以规避 WTO 义务为初衷的贸易措施都是不被允许的，那么构成豁免事由的公共道德就不应仅仅包含经济关切的内容。WTO 争议解决机构过于宽泛的解释进路单方面迎合成员自行界定公共道德的权力，却以牺牲其他成员自由贸易的权利和国际贸易秩序的稳定为代价。结果是，如果存在有关经济目的的道德关切，成员可以通过贸易管制迫使其他国家接受其结果，引发“道德帝国主义危机”；如果道德关切并不存在，成员亦可将贸易保护主义政策伪装成道德关切，引发“贸易保护主义危机”。是故，WTO 应准确区分公共道德和经济关切，并对公共道德及所涉措施的审查制定详细标准，以便能准确识别维护道德权益和滥用公共道德例外的情形。

参考文献：

- [1] 杜明 .WTO 框架下公共道德例外条款的泛化解读及其体系性影响 [J]. 清华法学 ,2017,11(6).
- [2] 刘瑛 .GATT 第 20 条 (a) 项公共道德例外条款之研究——以“中美出版物和视听产品案”为视角 [J]. 法商研究 ,2010,27(4).
- [3] Du,M.Permitting Moral Imperialism? The Public Morals Exception to Free Trade at the Bar of the World Trade Organization[J].Journal of World Trade,2016,50(4).
- [4] Marwell,J. C.Trade and Morality:The WTO Public Morals Exception after Gambling[J].New York University Law Review,2006,81(2).
- [5] Wu,M.Free Trade and the Protection of Public Morals:An Analysis of the Newly Emerging Public Morals Clause Doctrine[J].Yale Journal of International Law,2008,33(1).
- [6] Volnei,G.,Claudio,L.Moral Imperialism and Multi-centric Clinical Trials in Peripheral Countries[J].Cadernos de Saúde Pública,2008,24 (10).

The Broadening of Public Morals Exception and Its Limitations: The Case of US—Tariff Measures as a Perspective

ZHAI Zhong

Abstract: DS543 brings the broadening of public morals exception back into focus. The Panel blurs the notion of public morals and economic policies by misinterpreting the relationships between public morals and economic concerns, refusing to decide on whether those tariff measures are designed to protect public morals and whether the subject of those measures should be limited to those closely-related products. This act not only leads to differences in the application of treaty interpretation by the WTO in similar cases, but also serves as a basis for exemptions from acts of trade protectionism and moral imperialism. The WTO should explain the differences between public morals and economic concerns by rebalancing the interest of free trade and public morals, setting forth clear criteria for proving and reviewing public morals objective as well as the structure and design of trade measures. China should resist the acts of unilateralism that contribute to the broadening of public morals exception, drawing on US's failure so as to protect the public morals interests in a lawful manner.

Keywords: WTO; public morals exception; 301 Report; US—China trade dispute; moral imperialism

(责任编辑：金孝柏)