

WTO 争端解决机制中的救济体系框架 及改革问题实证研究

王 军 粟 撒*

内容提要: 本文聚焦于 WTO 争端解决机制中的救济体系, 从实证角度出发, 通过对以往案件及 DSB 报告的深入考察, 梳理出 WTO 争端解决机制中的救济体系法律框架。在研究 WTO 成员参与该体系的态度和行为的基础上, 深入分析了 WTO 该如何利用该体系有效促使 DSB 裁决的履行。针对近年来 WTO 争端解决机制中的救济体系暴露出的不足与成员方争议的焦点问题, 对该体系的未来改革趋势提出了思路和建议。

关键词: WTO 争端解决机制; 救济体系; DSB 裁决履行; 补偿; 报复

区别于具有单纯条约性质的 GATT, WTO 建立了一个综合性的组织, “以民主的方式整合分散的利益与多元的价值”⁽¹⁾。除了传统的各国间贸易活动, 它还覆盖了服务业与知识产权。通过乌拉圭谈判回合, 缔约国政府达成共识, 意欲通过新的 WTO 争端解决机制对原有的争端解决程序进行了三个大方面的改进: 第一, 争端解决程序通过《关于争端解决规则与程序的谅解》(*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, 下文简称“DSU”) 演化成为一个独立的法律文本, 它在继承 GATT 原有条款的同时也引进了大量的新内容, 为 WTO 争端解决提供了基本规则与程序, 适用于各成员间所有有关它们在《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(*Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 下文简称“WTO 协定”) 规定和本谅解规定下的权利和义务的磋商和争端解决⁽²⁾。第二, 建立了上诉机构, 而上诉程序使得 WTO 争端解决更具有了“类司法 (judicial-like)” 性质。第三, 由于规定违反 WTO 法的成员方对专家小组或上诉机构裁决的通过以及对于报复的授权不再具有投票权, 即“反向共识”原则, 加之 DSU 对每一项程序都特别制定了严格的时间限制, 原先存在于 GATT 时期的执行拖延和阻碍问题得到了相当程度的解决。通过这些改进, WTO 争端裁决的执行力大大提升, 而 WTO 争端解决机制的救济体系也应运而生。

一、WTO 争端解决机制中的救济体系框架

DSU 第 3.7 条对 WTO 争端解决的四种救济形式给予了较为明晰的定义。最为优选的救济形式, 即是在争议的磋商阶段争议方能够达成双方均可接受的解决办法。然而, 如果没能达成这一

* 王军, 对外经济贸易大学法学院教授, 法学博士, 博士生导师; 粟撒, 对外经济贸易大学法学院国际法专业博士生。本文系商务部 2013 年部级课题“欧美主导的新一代规则 (公平贸易、竞争中立等) 与我贸易摩擦应对”阶段性成果。

(1) 左海聪、范笑迎 《WTO 宪政化: 从“司法宪法论”到“贸易民主论”》, 《当代法学》2013 年第 6 期, 第 148 页。

(2) DSU art. 1.1.

解决办法，WTO 争端解决机制则提供取消不符措施的救济。这一救济通过专家组或上诉机构作出裁决，裁定该措施违反 WTO 规则而实现。⁽³⁾ 在无法立即撤销不符措施的情况下，争议双方可通过谈判达成协议，对有关措施造成的损害进行自愿的、非歧视性的补偿。作为最后的救济手段，胜诉方可以申请争端解决机构（Dispute Settlement Body，下文简称“DSB”）授权其对败诉方进行针对性的、与损害水平相当的报复。其中，补偿和报复都属于撤销不符措施之前的临时性措施。

（一）不符措施的撤销

通常，专家组或上诉机构的裁决会以报告的形式得到通过。如果专家组或上诉机构认定某一措施不符合 WTO 规则，它就会裁定违反义务的成员方修正该措施，与 WTO 协定相一致。阿根廷——牛皮皮革案（DS155）对于裁决的履行（compliance）给出了很好的定义：裁决履行是一个具有特定内容的技术性概念，意味着败诉方要么“完全撤销该措施”，要么“对该措施的违法部分进行修正”。⁽⁴⁾ 专家组或上诉机构有时也会对成员方如何履行该裁决而提出建议，但更多时候，它们还是更愿意将这种自由裁量权留给相关的成员方。⁽⁵⁾ 为了确保全体成员方的利益，DSU 通过第 21.1 条倡导成员方“迅速履行”DSB 的建议或裁决，即专家组或上诉机构报告一经通过，败诉方则应当开始履行其裁决。这一条款实际上包含了三项要求——“履行”、“迅速”以及“全员利益”，立场鲜明地表达了多边主义和集体利益在 WTO 中的重要性。

然而，如果“立即履行裁决或建议不可行”，那么有关成员方可以获得一段“合理的履行期限”⁽⁶⁾。换句话说，合理期限并不是无条件适用的。根据 DSU，合理期限可以通过三种方式加以确定：第一，由败诉方提出合理期限的建议，经 DSB 批准即可；第二，由争议方在 DSB 通过裁决之日起 45 天内商定一个合理期限，一般运用于裁决履行较为简单，无需经历复杂的国内立法程序的情形；第三，如上述两种方法均不可行，则可通过仲裁裁决来确定合理期限。在合理期限内，败诉方无需对该不符措施之前造成的不当影响进行减轻或消除，美国——乌拉圭协议法案第 129 节第 3 条第 1 款案（DS221）的专家组就指出“成员方在合理期限内的义务是应当提出撤销不符合 WTO 协议的措施的预期方案，或者在合理期限届满时修正该措施，使之与 WTO 协议相一致”。⁽⁷⁾

根据 DSU 第 21.5 条，如果在履行裁决措施是否与 WTO 协定相符合的事项上发生争议，争端方可提请 DSB 加以裁定，包括诉诸原专家组。这就是履行复审（compliance review）程序。区别于正常的专家组程序，履行复审程序对时间的要求更为迅速：专家组必须在接到案件 90 天内作出裁定并可以上诉，如果上诉机构认定败诉方没有履行裁决，胜诉方则可要求 DSB 授权其对败诉方进行报复。

（二）补偿

如果合理期限内 DSB 裁决没有得到履行，作为临时性措施，败诉方可以提供补偿。⁽⁸⁾ 补偿

(3) DSU art. 19. 1.

(4) Arbitration under 21.3 (c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, paras. 40 – 41, WT/DS155/10 (Aug. D31, 2001).

(5) 在美国——软木案（*United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/R）的专家组报告中提到“专家组并不一定要（对成员方应当如何修正裁决）做出建议”；在美国——DRAMS 案（*United States – Anti – Dumping Duty on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMS) of One Megabit or above from Korea*, WT/DS99/R）的专家组报告中提到“美国拥有‘相当范围的可行办法’来‘适当地执行’专家组的建议”。

(6) DSU art. 21. 3.

(7) Panel Report, *United States – Section 129 (c) (1) of the Uruguay Round Agreements Act*, para. 3. 93, WT/DS221/R (Jul. 15, 2002).

(8) DSU art. 22. 1.

意在起到缓解或弥补胜诉方在不符措施尚未得到纠正之前受到的不当影响,因而,胜诉方也不能仅仅依据某一措施违反 WTO 协定而要求得到补偿。只有裁决无法得到履行时胜诉方才可主张补偿作为救济。争端方应当在合理期限届满前与援引争端解决程序的任何一方进行谈判,以期形成双方均可接受的补偿。⁽⁹⁾ 通常,补偿的形式以贸易壁垒的主动削弱为主,如败诉方的关税减让,或者进口配额的增加。比较典型的补偿案例有以下三个:在日本——酒精饮料案(DS11)中,日本由于拖延履行非歧视性关税长达 15 个月,而对胜诉方以实施特定产品关税减让的形式进行了补偿。⁽¹⁰⁾ 在土耳其——纺织品进口案(DS34)中,土耳其在合理期限届满后,取消了纺织品进口的数量限制,并对印度进口的特定化工产品进行了关税减让。这样的补偿一直持续到土耳其履行了 DSB 裁决。⁽¹¹⁾ 在美国——管材案(DS202)中,韩国与美国达成一致,如果美国未能在合理期限届满前取消保障措施,则其同意临时增加韩国进口配额数量。⁽¹²⁾

然而在实践中,补偿协议因其自愿性的本质而非常难以达成。尤其是根据最惠国条款的要求,败诉方必须对其全部贸易伙伴都提供有效补偿,这样一来,败诉方就更加不愿提供补偿。虽然 WTO 未曾明确规定是否可以进行金钱补偿,但在美国——版权法第 110 节第 5 条案(DS160)中,金钱补偿作为临时措施得到了适用。美国作为败诉方,其版权法第 110 节第 5 条违反了《与贸易有关的知识产权协定》,专家组裁定其对有关条款进行修改。由于美国未能履行裁决,欧共同体与其达成双方均可接受的临时性解决办法:美国承诺在 3 年时间内每年向欧共同体支付 1,219,900 欧元。⁽¹³⁾

(三) 报复

事实上,在 WTO 所有的法律条文里从来没有出现过“报复 (retaliation)”这一词汇,在 DSU 中这一救济形式准确的法律用语是“中止减让或其他义务 (suspension of concessions or other obligations)”,在《补贴与反补贴协定》中则使用了“适当的反措施” (appropriate countermeasures) 一词。如果合理期限届满后的 20 天内争议双方无法达成满意的补偿协议,胜诉方即可“向 DSB 请求授权中止对有关成员实施适用协定项下的减让或其他义务”⁽¹⁴⁾。一旦收到这样的请求,DSB 则应在合理期限届满后 30 天内予以授权。⁽¹⁵⁾ 当然,胜诉方必得在穷尽其他一切救济形式的前提下才能要求进行报复,换句话说,报复是 WTO 争端解决提供的最终救济形式。

和补偿一样,报复只能作为不符措施未能在合理期限内撤销的临时性解决办法,其手段就是成员方 WTO 义务的中止或减让。报复也无需受辖于最惠国待遇原则,只在争议方内部适用。一旦不符措施被撤销,报复也当即终止。不同于补偿的是,报复通常会引起贸易壁垒的进一步加固或增强。报复涉及的问题很多,下文对交叉报复与报复水平的确定两点进行详细分析:

1. 交叉报复

DSU 首次引进了交叉报复。在中止减让或其他义务时,起诉方必须遵守 DSU 第 22.3 条规定的原则与程序。交叉报复有严格的适用次序。首先,起诉方应首先寻求对于专家组或上诉机构认

(9) DSU art. 22. 2.

(10) See Mutually Acceptable Solutions on Modalities for Implementation, Addendum, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/17/Add. 1, WT/DS10/17/Add. 1 & WT/DS11/15/Add. 1 (Jan. 12, 1998).

(11) See Notification of Mutually Acceptable Solution, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/14 (Jul. 19, 2001).

(12) See Agreement under Article 21.3 (b) of the DSU, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea*, WT/DS202/18 (Jul. 31, 2002).

(13) *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS160/ARB25/1 (Nov. 9, 2001), p. 34.

(14) DSU art. 22. 2.

(15) DSU art. 22. 6.

定有违反义务,或其他造成利益丧失或减损情形的部门相同的部门中止减让或其他义务,也就是通常所说的“平行报复”。在欧共体——香蕉案(DS27)中,仲裁员对这一原则进行了确认,指出在“违反义务的同一部门”进行报复应当是起诉方的“最优选择”⁽¹⁶⁾。其次,如果起诉方认为对相同部门进行报复“不可行或无效”,则可寻求中止对同一协定项下其他部门的减让或其他义务,即“交叉部门报复”。最后,如果起诉方认为对同一协定项下的其他部门中止减让或其他义务不可行或无效,且“情势足够严重”,则可寻求中止另一适用协议项下的减让或其他义务,即“交叉协议报复”。DSU 条文本身并未对“不可行或无效”以及“情势足够严重”这两个关键短语进行解释,因此有必要从个案的仲裁裁决中深入分析:

(1) “不可行或无效”

为了进行同一协议项下或另一协议项下的不同部门间的交叉报复,起诉方必须证明为什么平行报复不可行或无效。美国——博彩案(DS285)的仲裁员指出,当起诉方考量在相同部门进行报复的可行性和有效性时,无需同时满足两个条件。⁽¹⁷⁾换句话说,起诉方只需考量相同部门的报复是否“不可行”或者“无效”,满足其一即可寻求交叉报复。关于“可行”一词的本意,欧共体——香蕉案的仲裁员认为它意味着“实践中有效,同时适合于特定案件”⁽¹⁸⁾。关于“有效”一词的本意,欧共体——香蕉案的仲裁员把它解释为“效力强大”,“产生有力影响”,以及“在实际结果上有效”⁽¹⁹⁾。而这一解释就演化出了这样一个标准,即报复的影响必须足够“有力”,能够起到敦促违反WTO义务的成员方尽快履行DSB裁决,修正不符措施的实际效果才可以。换句话说,如果报复行动不能使得败诉方尽快履行DSB裁决,那么仲裁员就会认为这样的报复既不“在实践中可行”,也不能够“产生强大效果”⁽²⁰⁾。

在美国——博彩案中,由于安提瓜作为一个进口依赖程度相当低的经济体,其受到美国服务业损害部门的进口量非常低,即使进行报复,对于美国服务的提供者的影响也十分微弱,反而安提瓜自身还会因为在同一协议下的其他部门进行报复而受到负面影响,其本土消费者在服务业方面的开销还会增加,福利为之削弱。据此,仲裁员认定安提瓜在同一部门的报复是不可行或无效的。⁽²¹⁾

(2) “情势足够严重”

分析DSU第22.3条不难看出,寻求对同一协定项下其他部门进行报复的起诉方必须证明对相同部门进行报复是“不可行或无效”的,而寻求对另一适用协定项下进行报复的起诉方除此之外还要证明“情势足够严重”。美国——博彩案的仲裁员对“情势”一词给出了这样的解释:“何种情势属于相关情势是随着个案不同而变化的”,⁽²²⁾也就是说“情势”一词本身的含义是建立在特定案件事实的基础上的,并不能给出一个绝对统一的定义。但是,只有“达到特定重要程度或层次的情势”才可能“足够严重”。⁽²³⁾美国——陆地棉案的仲裁员也给出了相同的观点,

(16)Decision of the Arbitrator, *European Communities – Regime for the Importation, Sales and Distribution of Bananas*, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, para. 33, WT/DS27/ARB/ECU (Mar. 24, 2000), 下注称“EC – Bananas (Ecuador) (Article 22.6 – EC)”; Decision of the Arbitrator, *United States – Measures Affecting the Cross – Border Supply of Gambling and Betting Service*, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, para. 4.21, WT/DS285/ARB (Dec. 21, 2007), 下注称“US – Gambling (Article 22.6 – US)”。

(17)US – Gambling (Article 22.6 – US), *supra* note (16), para. 4.29.

(18)EC – Bananas (Ecuador) (Article 22.6 – EC), *supra* note (16), para. 70.

(19)*Id.*, para. 72.

(20)*Id.*, para. 76.

(21)See US – Gambling (Article 22.6 – US), *supra* note (16).

(22)*Id.*, para. 4.108.

(23)*Id.*

指出在评估特定案件的情势时应有一定的灵活度,评估考量的因素也不应固定。⁽²⁴⁾ 总之,具体问题具体分析是评价情势是否足够严重的根本原则。

在美国——博彩案中,仲裁员注意到了安提瓜与美国存在着国家规模、经济状况以及自然资源之间的巨大差异,而且安提瓜高度依赖于旅游业与相关的服务业,这些情况就“大大增加了安提瓜在同一协议项下寻求中止减让或其他义务的方法的难度”。⁽²⁵⁾ 据此,仲裁员认为这样的情势即属于足够严重,可以实施跨协议报复。总结看来,如果争议双方在贸易关系中存在极端的失衡、不对等,且起诉方相当程度的依赖于同一协定项下的部门贸易,就可认定情势足够严重。

另外,待裁决的不符措施是否会带来贸易扭曲的不良影响,也是仲裁员考察情势是否足够严重的标准之一。在美国——陆地棉案中,仲裁员认为美国的相关补贴政策使得美国的生产者拥有了“足以对抗其他所有生产者的、人为和持续的竞争优势”,从而对世界的棉花产业都产生了贸易扭曲后果。⁽²⁶⁾ 那么仅仅在同一部门或同一协议项下进行报复,不仅不会对美国造成促使其履行 DSB 裁决的影响,反而将会对巴西经济产生“不成比例的反作用”⁽²⁷⁾,此时可以认定情势足够严重,授权巴西进行跨协议报复。

2. 报复水平的确定

根据 DSU 第 22.6 条,WTO 授权的中止减让或其他义务的程度应等于利益丧失或减损的程度。这就涉及到两个量:一个是损害水平,一个是报复水平;两者应当相等。“等于”的意思是两者水平的相当,WTO 所使用的“等于”概念比 GATT 中的适当性标准要严格得多:首先要计算出相符措施适用后获得的贸易量与如果该措施符合 WTO 协议应当获得贸易量之差,然后再与实际造成的利益丧失或减损相比较,要求报复水平严格等于损害水平。

报复水平的确定要取决于损害水平的确定。遗憾的是,DSU 并没有对如何计算利益减损或丧失,也就是损害水平进行明确的说明,根据一直以来的案例实践,起诉方间接利益的损失不能做加法加到利益减损或丧失的水平中去,在欧共体——香蕉案中美国提出,如果没有不符措施的情况下本应出口到欧共体的香蕉贸易量,由于不符措施而没能实现,这就导致拉丁美洲国家缩减了香蕉的种植量,进而影响到美国对拉美的化肥出口量;而该案仲裁员裁定这样的间接损失不能构成利益减损⁽²⁸⁾。另外,不符措施造成的利益减损或丧失必须能够以数量计算,在美国——1916 法案案(DS136)中,欧共体主张“1916 法案造成的最为严重的后果就是在已经活跃于或考虑进入美国市场的欧洲企业引发了商业活动的‘激冷效应’”,然而仲裁员却得出结论认定“激冷效应”并不能进行有效量化,因而不能包含在利益减损或丧失的计算之中。⁽²⁹⁾

在计算报复水平时,DSB 始终主张要同时运用定量与定性两种标准。欧共体——荷尔蒙案(DS26)的裁决就直接指出报复水平应等于损害水平,而报复水平应当使用定量方法确定。⁽³⁰⁾

(24)Decision of the Arbitrator, *United States – Subsidies on Upland Cotton*, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, para. 5.84, WT/DS267/ARB/1 (Aug. 31, 2009), 下注称“US – Upland Cotton (Article 22.6 – US)”。

(25)US – Gambling (Article 22.6 – US), *supra* note (16), paras. 4.110 – 4.113.

(26)仲裁员还指出,虽然这些贸易扭曲后果尚不显著,但是会在将来进一步显现。US – Upland Cotton (Article 22.6 – US), *supra* note (24), paras. 5.219 – 5.220.

(27)*Id.*, para. 5.221.

(28)Decision of the Arbitrator, *European Communities – Regime for the Importation, Sales and Distribution of Bananas*, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, paras. 6.8 – 6.12, WT/DS27/ARB (Apr. 9, 1999)。

(29)Decision of the Arbitrator, *United States – Anti – Dumping Act of 1916 Act*, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, para. 5.64, WT/DS136/ARB (Feb. 24, 2004)。

(30)Decision of the Arbitrator, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Recourse to the Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, para. 20, WT/DS26/ARB (Jul. 12, 1999), 下注称“EC – Hormones (US) (Article 22.6 – EC)”。

而在美国——1916 法案案中，欧共体历史上首次提出了“质量上等同”的对报复水平的定性标准要求。仲裁员在对比了前述“数量上等同”的定量标准与这个案件中的定性标准之后得出结论，欧共体的要求与 DSU 第 22 条不存在冲突，还进一步指出完全抽象的确定“质量上等同”是不行的，有必要确定“质量等同”的实际中止减让义务的具体内容和后果。在本案中，仲裁员要求把欧共体由于 1916 法案受到的贸易经济影响以数字或货币的数值计算出来，以保证定性标准确定的报复水平也不得超过损害水平。⁽³¹⁾ 从这个案子可以看出，DSB 对于报复水平的计算是追求具体和公平的，既有定性标准反映出的实质公正，也不能缺少数量化计算的准确性。在迄今为止涉及到报复水平的仲裁案中，虽然各案使用的计算方法不尽相同，仲裁员多数情况下也不对具体的计算过程进行过多解释，但这个原则还是始终得到了贯彻。

二、WTO 争端解决救济体系存在的缺陷

毋庸置疑，救济体系本身极大地增强了各成员方对于 WTO 争端解决程序及规则的信心，每年提交到 DSB 的大量投诉就是最好的证明。其中，报复制度的存在更巩固了 WTO 在国际舞台上的有力地位。作为最终救济手段，报复可以在 DSB 授权后立即实施，其单方执行的性质使得报复无需得到双边的一致认同，受害方的权益也就得到更好、更迅速、更有效的维护。另外，报复最具识别性的特性就是其威胁性，比起报复的实际行为，这种威胁性有时甚至可以更好地促使被诉方尽快履行裁决。在澳大利亚——鲑鱼案中，由于澳大利亚在合理期限内并未将相应措施修改与 WTO 协定一致，加拿大即向 DSB 提出了实施数额达到 450,000,00 加元的报复请求，此时，澳方为避免报复，只得迅速提出了一个双方满意的执行方案解决此事。⁽³²⁾ 这个案件充分展现了报复威胁性质的巨大力量。

尽管 WTO 争端解决救济机制有着其不可取代的各项优势，其现行的规则与程序也不可避免地存在着一些缺陷。区别于法律的其他部门，WTO 争端解决的救济体系并不对于成员不履行裁决而给与实际的损害赔偿，它只在败诉方不在合理期限内修正其不合法措施时给予胜诉方救济。换句话说，只要败诉方在合理期限内履行了裁决，对于其先前造成的损害就不再进行救济。这一原则在 DSU 第 22.1 条中得到了明确规定，即补偿和报复都是暂时性措施，并且并不希望得到完全执行。总结说来，补偿和报复并非一般意义上的损害赔偿，而是根据 WTO 裁决获得的暂时性救济措施。在这一先天约束下，补偿和报复也就存在着各种无法逾越的不足。

(一) 补偿制度存在的缺陷

从经济学的角度看，补偿是优于报复的，因为它本身不会引起贸易壁垒。然而在实践中，补偿却极不常用。以下分析或许可以说明这一现象的两点成因：

第一，补偿自愿性的本质使其难以实现。补偿的最为主要的缺陷就是它的自愿性。根据 DSU 第 22.1 条，只有在争议双方对执行水平达成一致时才能实施补偿。这样自愿性的本质反而使得被诉方在补偿过程中占据了主导地位，作为施动方，可以在自身认为已经履行 DSB 裁决时单方终止补偿。而本来就是受害方的成员国只能被动着期待被诉方是否能够公正、公平地对自己作出评价。这样可怜的“期盼”使得申诉方成员国从一开始就对自己可能陷入的补偿程序产生抵触，从而放弃补偿而寻求报复，那样申诉方至少可以在违反方向 DSB 专家小组证实已履行裁决之前一直持续中止减让或其他义务，从而掌握主动权。这样一来，在实践中补偿运用的少之又

(31)US —1916 Act (EC) (Article 22.6 —US) , *supra* note (29) , paras. 5.17 –5.23.

(32)*Australia—Measures Affecting Importation of Salmon* , http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds18_e.htm , 2014 -01 -21.

少。还有一个重要原因就是被诉方国内也很难找到一个产业或部门自愿承担补偿的后果。的确，仅为保护另外一个在违法措施中受益的部门，而让其他部门承受本部门诸如关税减免所带来的冲击是不公平的。同时对于受害方来说，最终受到补偿的也并非实际受损的部门，补偿所能弥补的不过是对于国家整体贸易数据的平衡。

第二，补偿对于最惠国待遇的遵从使其效果削弱。虽然 DSU 第 22.1 条只是泛泛的规定补偿也要与 WTO 协定相一致，但是因为最惠国待遇是 WTO 协定中不可分割的一部分，自然补偿也要适用最惠国待遇。这样一来，在以关税减让为形式的补偿行为中，除了申诉方以外的所有向违反方出口同类产品的成员国都会享受到补偿的优惠政策，也就是说，第三方可以与申诉方获得同样的市场准入标准。这使得违反方更不愿意向如此广大的范围提供补偿。反过来，申诉方也觉得与其和这么多依据最惠国待遇的成员国“分享”胜利果实而事实上削弱了自己的出口优势，还不如寻求报复，独自享用来之不易的救济成果。

（二）报复制度存在的缺陷

报复制度对于 WTO 来说其实是一个矛盾的存在：WTO 最重要的初衷和目标就是建立以规则本身为基准的经济与法律体系，尽可能的脱离对各成员国单方政治外交力量的依赖，从而最大程度的减少由于成员国国力不均引发的贸易地位不平衡；然而报复却必须通过成员国单方国家力量得以施行。不得不承认，WTO 争端解决机制自身不具备执行裁决的能力，这一根本缺陷会让它在有些时候“自食其言”，否定自己制定出的法律原则。这也引发了这样一场争论：报复制度究竟真的可以促使 DSB 裁决的履行吗？之前出现的案子里有些已经施行了巨额的报复，但是敦促违反方履行裁决的效果似乎也不是那么显著。⁽³³⁾ 以下四点也许可以对这一争论进行一个简单的回答：

第一，报复是对自由贸易的阻碍。正如前文所述，报复一词在 DSU 条文中对应的就是中止减让或其他义务，实际上是对外国进口增设贸易壁垒。这一制度的设置看起来是源于重商主义理论的基本前提，即出口带来的是经济收益，而进口造成的是经济损失。暂且不讨论这一前提是否还成立于当今的贸易活动，但是从这一前提自然会滋生出“市场保护是有益的”的观点，再进一步就会让各成员方得出“违反 WTO 协定并不比报复行为对自由贸易造成的损害大”的结论。这实际是对 WTO 最根本的自由贸易原则的动摇。另外，以贸易限制的手段来保护贸易自由本身就是一个悖论。正如 Steve Charnovitz 所说“世界卫生组织不会允许某一成员方向另一成员方散播病毒，世界知识产权组织也不会用专利海盗行为来抗击专利海盗行为”。⁽³⁴⁾ 可是反观报复的运用，实质上是申诉方正在以贸易保护主义对付贸易保护主义。

第二，报复具有自我伤害性。报复不仅会对违反方造成负面影响，同时还对申诉方自身也有伤害。由于报复提升了贸易壁垒，申诉方国内的消费者不仅不再能享受到以前便宜的进口价格，也许还要为其他的进口替代产品付出更高的代价。所以，从 GATT 以来，最终实施报复的案件还是比例比较小的。⁽³⁵⁾ 在欧共同体——香蕉案中仲裁员就忧心忡忡的指出：“（报复）至少在一定程度上，会对寻求中止减让的申诉方产生反作用”。⁽³⁶⁾

第三，报复“激励”违反方延迟履行裁决。通常，报复水平是在合理期限届满之后确定的。也就是说，报复是不具追溯性的，不能对之前造成的损害进行补偿。这样一来，违反方就会在不

(33) 最为典型的案例就是欧共同体——香蕉案及欧共同体——荷尔蒙案。

(34) Steve Charnovitz, “Should the Teeth be Pulled? An Analysis of WTO Sanctions”, in D. Kennedy & J. Southwick (eds.), *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge University Press, 2002, p. 622.

(35) 申请授权报复的案件有 DS160, DS268, DS291, DS406; 已授权报复的案件有 DS217, DS222, DS234, DS267, DS285。数据来源：http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm, 2014 年 1 月 21 日访问。

(36) EC - Bananas (Ecuador) (Article 22.6 - EC), *supra* note (16), para. 86.

符措施生效到合理期限届满这段时间内享受“顺风车”。报复这一延后性 (prospective nature) 的特征有很明显的缺陷,实际上更加“激励”违反方通过延长合理期限或求助履行审查的手段延迟履行裁决。这和争端解决机制促使违反方尽快履行裁决的初衷背道而驰,也失去了对那些可能违反 WTO 协定的成员方的震慑作用。

第四,各成员方报复力量存在不均衡的现状。报复的实施实质上必须依赖成员方的政治经济实力,相对弱小的国家在实施报复时的力度自然不及那些相对强大的国家。因此,政治经济实力的不均衡就会导致报复力量的不平等。发展中国家就明确表示了自己的担忧“发达国家与我们在贸易关系上的巨大的不平衡使得我们难以行使自己的权利”。⁽³⁷⁾

三、WTO 争端解决救济体系改革的争论与建议

上文通过梳理 WTO 争端解决救济制度框架,分析总结出其现行机制存在的优势与一些不足。各成员方和各国学者也对这些问题提出了改革方案,其中也不乏争论。这些努力无非是为了将这个极具创新性的、年轻的国家间救济体系变得更强大、更有效。必须强调的是,对于上文分析的三种救济手段来说,补偿和报复的最终目的都是促使败诉方尽快履行裁决,保质保量地维护胜诉方的利益。

(一) 引入回溯性报复,与补偿手段结合使用,促进补偿的广泛运用

正如上文所述,报复水平的确定是在合理期限届满之后,报复适用的对象也是这之后的贸易往来,申诉方无法就届满之前实际造成的损害得到赔偿。报复的延后性使得败诉方在合理期限届满之前可以完全无成本的实行不符措施,这就“激励”他们采取诸如申请延长合理期限、故意不符履行裁决以进入履行审查或仲裁程序等手段以尽量拖延履行。⁽³⁸⁾ 为了避免败诉方耍这样的“小聪明”,真正实现报复制度的目的所在,即敦促履行裁决,现行的延后性报复就必须进行改革。为了平衡分配减让义务与权利,墨西哥就对确定报复水平的时间点提出了以下几个改革方案:(1) 实施措施之日;(2) 申请磋商之日;(3) 专家组建立之日。⁽³⁹⁾ 但是也有一部分国家和学者并不赞同回溯性报复的引入。加拿大就明确表示他们对此的保留态度,认为回溯性报复会损害不能立即履行裁决的成员方寻求合理期限的权利。⁽⁴⁰⁾ Won - Mog Choi 则强烈反对将履行义务开始之前的时间段纳入到报复水平的确定中去,他表示这实际上是惩罚性报复的引入,与 DSU 的基本原则严重冲突。⁽⁴¹⁾ 但在笔者看来上述担忧是多虑了,只要保证报复的执行是在合理期限届满之后,那么将合理期限届满前的时间段纳入到报复水平的确定中去并不会损害成员方寻求合理期限的权利。引入回溯性报复的目的只是敦促败诉方尽快,至少是在一段时间内尽快履行裁决,加大报复的威慑作用,这本身并不能剥夺成员方的权利。笔者认为,可以对确定报复水平的时间点进行一个灵活的“上下限”的设置,即最早的时间点可为不符措施开始实行、实际造成损害时起算,最晚的时间点也可到专家组或上诉机构报告生效时起算。的确,每一个可能涉及报复的

(37)Special Session of the Dispute Settlement Body, *Negotiations on the Dispute Settlement Understanding: Special and Differential Treatment for Developing Countries*, Proposals on DSU by Cuba, Honduras, India, Indonesia, Malaysia, Pakistan, Sri Lanka, Tanzania and Zimbabwe, TN/DS/W/19 (Oct. 9, 2002), p. 1.

(38)Won - Mog Choi, "To Comply or Not to Comply? - Non - implementation Problems in the WTO Dispute Settlement System", 41 *Journal of World Trade* 1063 (2007).

(39)Special Session of the Dispute Settlement Body, *Negotiations on Improvement and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, Proposal by Mexico, TN/DS/W/23 (Nov. 4, 2002), p. 4.

(40)Special Session of the Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting*, Held in the Centre William Rappard on 13 - 15 November 2002, para. 38, TN/DS/M/6 (Mar. 31, 2003).

(41)Won - Mog Choi, *supra* note (38), p. 1064.

案件情况都是相当复杂的，单一地要求败诉方在裁决生效后立即执行裁决是武断和不现实的，报复水平从何时开始计算也不能一概而论，最好的办法就是具体案情具体分析。但总的原则是不晚于合理期限开始之时，这样才能真正有效的促使败诉方尽快履行裁决，不能毫不顾忌地进行拖延。不过从眼下 DSU 改革进程看来，回溯性报复的引入“路阻且艰”。

尽管有诸多困难，回溯性报复一旦引入现行的争端解决救济制度，其与补偿的结合使用，将会是克服补偿制度现存局限性的有效手段。

从经济学的角度看，补偿至少在短期内能够对争端双方都提升贸易自由度和经济福利，比起报复应当是优先使用的救济手段。但是实践中因其自愿性和最惠国待遇的适用，补偿极其难以达成。如何解决补偿的自愿性问题？答案也可以很简单：通过修改 DSU 条文，赋予补偿强制性是最为直接的办法。但是这样真的有效吗？笔者对此持保留态度。首先，WTO 没有强制成员方履行裁决的能力，它又何来强制补偿的能力？更为重要的是，补偿一旦具有强制性就不再是补偿，这破坏了补偿的根本属性，也动摇了 WTO 争端解决机制希望争端方最终以严肃认真的谈判手段达成双边满意的解决方案的立法意图。另外，即便补偿强制化，它仍旧无法逾越最惠国待遇的适用，违反方会因此实际偿付比损害水平更高的代价，而适用对象的扩大化也使受害国并没有取得真正的竞争优势。单纯的强制补偿是不现实的。然而，在贸易补偿中通过 DSU 条文让面临对方不执行裁决的胜诉方有权单方选择违反方进行补偿的部门，同时把申诉方选择补偿部门的权利与回溯性报复与最惠国待遇结合使用却是一个颇具实效性的选择。回溯性报复提高了报复水平，而补偿依旧从合理期满起算，这使得违反方“两害相权取其轻”，就会自愿选择报复，这也鼓励争端双方通过谈判达成一致。最惠国待遇的缺点也可以通过争端双方对补偿部门的谈判克服：在补偿阶段，申诉方可以选对自己最有利的产品要求违反方进行关税减让，而无需经过第三方同意，这样一来，申诉方就可以保有自己通过补偿获得的竞争优势，一定程度上绕开了最惠国待遇带来的困境。

这一手段同样适用于金钱补偿。区别于依据 DSU 第 22.6 条的仲裁程序得来的交叉报复中的金钱给付，金钱补偿是争端方谈判达成的结果。而金钱补偿水平的确定方式也可以是争端方根据 DSU 第 5 条走调解程序，也可以根据第 25 条的仲裁程序获得更有约束力的裁定。关于金钱补偿最集中的争论也是最惠国待遇是否适用于此。一部分学者和成员认为上诉机构的谈判历史及其裁决都表明任何形式的补偿都应适用最惠国待遇。但笔者认为，分析 GATT 第 I: 1 条的表述，在“国际支付转移所征收的关税和费用方面”，在“有关进口和出口的全部规章手续方面”，“任何缔约方给予来自或运往任何其他国家任何产品的利益、优惠、特权或豁免应立即无条件地给予来自或运往所有其他缔约方领土的同类产品”⁽⁴²⁾ 可以认定金钱补偿并不满足这些条件。金钱补偿既不是进出口关税，也不是相关规章，尤其是对申诉方的金钱补偿并不会对其他成员方造成贸易扭曲，所以就不适宜适用最惠国待遇。如果能在这个关键点上达成一致，那么和前文所述的贸易补偿一样，回溯性报复的适用可以使得违反方更愿意达成补偿的救济意向。

(二) 有效利用流转式报复名单⁽⁴³⁾，推进运用渐变式报复水平

在谈到流转式报复名单时，不妨先来回顾一下欧共体——荷尔蒙案与欧共体——香蕉案中美国的立场和表现：欧共体——荷尔蒙案中，美国首先提出报复名单应当是流转式的，“中止减让和其他义务的范畴随时可以改变，尤其是（报复）产品的范围”。欧盟当然不甘示弱，义正辞严的反驳美国此做法是完全的单边行为，这样做不仅会影响中止减让或其他义务的范围，DSU 第

(42)GATT art. I: 1.

(43)我国学者也将“Rotating the Retaliation List”译为“轮番报复”，见傅星国《WTO 争端解决裁决的执行机制》，上海人民出版社 2011 年版，第 351 页。

22.4 条项下的报复对等标准也会被破坏。美国则回应称,“DSU 并没有任何不允许中止减让产品名单进行未来改变的条文”。⁽⁴⁴⁾ 虽然仲裁员裁决这一问题无需在报复水平的确定中加以考虑,但由于欧共体在本案和后续的香蕉案中都没有履行 DSB 裁决,美国国会就通过《2000 年贸易与发展法案》,即著名的“传送带”条款,明确地规定了报复名单的流转程序。虽然这一争端旷日持久,但最终并未进行到报复阶段,实际的流转式报复名单也没有出现,然而美国的做法无疑是报复改革程序的一条新思路。报复名单的阶段式流转无疑可以给违反方施加更为强烈的影响,比起仅针对单一、固定产品进行报复,报复对象的扩大化使得更多的利益关联商业主体受到报复的负面效应作用,从而刺激他们向政府施压。违反方越多的出口产业因此受害,其政府的压力也就越大,也就越可能加速履行 DSB 裁决的进程以停止报复。

当然,报复名单如何流转也不能走向随意化的极端,必须符合 DSU 以及 WTO 协定的各项原则。笔者认为,符合以下两点条件其一即可认定流转是合法的:(1) 在 DSB 授权进报复的部门之内进行的产品名单流转;(2) 确保报复水平不超过损害水平、程序合法的 DSB 授权报复范围之外的产品名单流转。前者的合法性无需赘言,欧共体——荷尔蒙案的仲裁员清晰地指出了申请方可以自由“选取名单内——而非名单外的产品,只要总贸易量不超过贸易损害量”。⁽⁴⁵⁾ 对于后者,程序合法与对等原则是必须严格遵循的两个前提,起诉方必须提交详细的报复清单并由仲裁员进行裁定通过方可认定其合法性。

代替全部数额的报复,随着时间采取渐变的报复水平也能够有效促使裁决履行,也就是“递增或部分”报复。其最主要的优势就在于渐变式的报复水平可以尽可能地缩小报复方的进口商及消费者受到的负面效应,同时刺激违反方的出口商更愿意游说政府尽快履行裁决。的确,全部和一次性的大额报复可能会使特定出口商在这个市场内“全军覆没”,重创之下失去了重建该市场的信心和动力,干脆放弃该区域而转投其他战场,也不再关心政府是否会尽快履行 DSB 裁决而尽早免受报复之苦。反而受到部分报复的出口商因为还会认为自己的市场只要尽快取消报复还有翻盘的希望,就会全力向政府施压,敦促其履行裁决。

(三) 策略适用集体报复

前文也已经分析过,由于 WTO 各成员方在报复能力上存在着巨大的差异,现行 WTO 法律救济体系的局限性使得单个发展中成员的报复显得那么无力。仲裁员们也清楚地观察到,当争端双方的贸易总量和经济实力严重不平衡时,弱势成员方的报复就失去了促使违反方尽快履行 DSB 裁决的意义。⁽⁴⁶⁾ 另外,发展中成员方自身履行能力的不足也使得其报复权失去了有效性。于是,联合各成员方力量,维护发展中成员的利益的呼声也日益高涨。相当数量的发展中成员还有学者提出了集体报复这一概念,即将所有 WTO 成员作为一个整体,有权利也有责任强制执行 DSB 的裁决。⁽⁴⁷⁾ 这实际上是要打破现行 WTO 体制的基本原则,使其从一个政治经济法律的国家间协定体系变为一个超越国家之上、具有强制执行力的共同体。

如此激进的变革对于 WTO 来说是有些为难了,至少在短期内就能使其改造为一个类似联合国的“国上之国”是不现实的。但是只要坚持满足报复对等性的原则,在特定情势下使用这一方法在当下是可操作和有效的。举例来说,在某一特定案件中,如果有五个申诉方(如:厄瓜多尔、危地马拉、洪都拉斯、墨西哥和美国),都受到了败诉成员方不符贸易措施的损害而要求报复,那么与其各自实行自己所获授权的报复额度,就不如采取集体报复的方式:先算出五国受

(44) EC - Hormones (US) (Article 22.6 - EC) , *supra* note (30) , para. 22.

(45) *Id.* , para. 21.

(46) EC - Bananas (Ecuador) (Article 22.6 - EC) , *supra* note (16) , paras. 125 - 126.

(47) 前引 (43) , 傅星国书, 第 361 页。

到损害的总额,再根据各自可行的报复能力按比例分配报复总额。这种战略事实上是由美国承担更多的报复任务,凭借其强大的报复能力对违反方造成更大的压力,从而敦促其尽快履行裁决。

(四) 细化争端解决程序

除了对于报复和补偿实体法律的改革,进一步从程序上细化和完善争端解决机制也能够从一定程度上解决裁决不履行的问题。近年来不少成员方提出的在早期就确定损害水平的建议。韩国提出,如果在 DSU 第 21.5 条的履行审查阶段就确定损害水平,就无需再浪费时间运用第 22.6 条的仲裁程序;如果进一步能在合理期限届满之前就能确定损害水平,那就更在事实上加速了裁决履行的速度。⁽⁴⁸⁾ 墨西哥也随即建议如果将第 22.7 条与一般专家组程序“合并”的话,那仲裁程序就可以在中期专家组报告分发之时开始,损害水平也可以依据专家组中期的裁决结论予以确定,上诉机构可以对此进行审查。⁽⁴⁹⁾ 笔者认为,虽然这样的改革是否有些矫枉过正、是否忽略了成员的合理期限权尚待商榷,但通过细化争端程序来解决实体问题的思路是值得重视的。

前文通过 WTO 具有影响力的权威案例分析梳理了争端解决救济体系的法律框架与实践操作。我们必须从中清楚的认识到的,“尽快履行 DSB 裁决”是贯穿 WTO 争端解决救济制度始终的立法初衷与终极目的。笔者看来,WTO 争端解决机制的救济体系正是一个这样温和的谦谦君子,它在历史的演进与文明的发展中扎实和丰厚了自己的法制功底与内涵,在根本上希望通过建立一套严谨的法律框架与程序来鼓励成员方以谈判磋商的形式达成双方满意的成果;当然在有必要时也会“重拳出击”,给申诉方形成具有威胁性的救济手段提供了法律依据。

当然,对这一体系的理论认识必须最终落实到我国在 WTO 争端案件的实践应用中去。弹指一挥间,中国加入 WTO 已经十余年,风风雨雨中我们对于 WTO 争端解决机制的运用从低调跟随到主动倡导,经历了“从对峙到突围”的艰辛与甘苦,历经成长,终见壮大。⁽⁵⁰⁾ 截至完稿之际,中国作为申诉方共有 12 起案件,在胜诉的案件中涉及违反方履行裁决的有 4 起。⁽⁵¹⁾ 如何审视我们在 DSB 申诉后已经取得的成果是否得到实现,如何在今后敦促尚待履行的裁决尽快得到履行,甚至在必要时如何更好地运用补偿和报复手段,笔者衷心希望本文能对此有绵薄的贡献。

责任编辑:姚莹

(48) See Special Session of the Dispute Settlement Body, *Contribution of the Republic of Korea to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding of the WTO*, Communication from the Republic of Korea, TN/DS/W/11 (Jul. 11, 2002).

(49) Special Session of the Dispute Settlement Body, *Negotiations on Improvement and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, Proposal by Mexico, TN/DS/W/23 (Nov. 4, 2002), pp. 2-3.

(50) 龚红柳《对峙与突围——2009-2010 年度涉华 WTO 争端案件述评》,载于王军主编《WTO 争端解决年度报告 2009-2010 年》,法律出版社 2011 年版,第 27 页。

(51) 分别是 DS379、DS397、DS405 以及 DS422。数据来源: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm, 2014 年 1 月 21 日访问。