

WTO 争端解决制度的特点与完善

张月娇*

关键词 WTO 争端解决机制 特点 经验与不足 完善

同学们好,很荣幸来到交通大学并受聘为凯原法学院的兼职教授,我想利用今天的机会和大家分享一下自己对 WTO 争端解决机制的认识,我将着重讨论 WTO 争端解决的程序问题。WTO 的内容很丰富,有很多的多边贸易协议,这些协议中的每一项条款都是经过关贸总协定前八轮的反复谈判所达成的。目前 WTO 所涉及的面很广,不仅包括货物贸易、服务贸易、与贸易有关的知识产权、与贸易有关的投资措施,还有 GATT 第 20 条的例外条款、卫生与动植物的检疫措施,贸易技术壁垒等等,所以在国际经济领域中涉及面最广的是 WTO。国际经济的三大支柱是在 1947 年美国布雷顿森林会议上形成的:国际投资领域的世界银行(WB),国家金融货币领域的国际货币基金组织(IMF)和国际贸易组织(ITC)创建失败后出现的关税及贸易总协定。《关税及贸易总协定》是通过关税来解决贸易问题,而不能用其他的壁垒措施,关贸总协定针对的是货物的进出口贸易,到 1995 年,经过八轮的多边贸易回合谈判,在乌拉圭回合达成了一揽子协议,WTO 在以规则为基础的国际贸易体制中起到了重要的作用。特别是 WTO 争端解决机制,被称为 WTO 中“皇冠上的明珠”,争端解决最初是由美国和欧盟推动的,他们之所以提出“三驾马车”,把服务贸易、与贸易有关的知识产权,与贸易有关的投资措施都纳入到乌拉圭回合谈判中,是因为欧美认为世界知识产权等组织在解决争端方面没有“牙”,那些国际机构的争端解决机制没有强制力。所以在 WTO 中形成了一揽子协议,使得 WTO 争端解决机制在整个国际争端解决机制系统中发挥很大的作用,得到各国的认可。

我在日内瓦与国际法委员会和国际法院的法官有一些定期交流,其他争端解决机制的法官也都直接或间接地引用 WTO 对国际条约的解释和对贸易争端的裁决结果。大家通过几项数字可以看出 WTO 争端解决机制的活跃:目前向 WTO 争端解决机构提出的争议有 405 个,已经通过专家组报告的有 160 个,通过上诉机构报告的有 102 个。WTO 争端解决机制与其他争端解决机制相

* 世界贸易组织上诉机构成员。本文是作者于 2010 年 12 月 2 日在上海交通大学凯原法学院所作的演讲,由凯原法学院硕士研究生蔡周蒲根据录音编辑整理。

比,首先,和关贸总协定相比,关贸总协定从1947年到1994年,一共有300多个争议案件,而WTO成立至今,向WTO争端解决机构提出的争议数量已经超过关贸总协定过去五十几年的争议数量;其次,和国际法院相比,国际法院在前五十年只公布了61个判决,提出了23个法律意见,当然这在数量上并没有可比性,这只是说明他们的工作量,WTO上诉机构只有7位成员(大法官),国际法院的法官人数却两倍于WTO上诉机构,所以相对来说,各国使用WTO争端解决机制,是其作用得到了成员方的认可。

那么WTO争端解决机制的法律根据是什么呢?根据《关贸总协定》的第22条和第23条,如果一个成员方的利益受到减损,那受到损害的成员方可以就此拿到关贸总协定去解决。根据这一条,在WTO中,我们在处理一个案件时,首先要看我们的管辖范围,任何一个争议的解决首先需要解决争议的性质问题。这里要提醒大家,国际上的争议有哪几种呢?如果按照平等主体来讲,国与国之间的争议可以拿到国际法院去处理;如果是国与国之间,包括单独关税区的争议可拿到WTO解决,因为WTO争端解决机制解决的是成员方的政策是否与WTO协议一致的问题。一个成员方政府的措施,依据WTO协议的条款是否一致是WTO管辖的范围。对于平等主体,如:两个企业之间的争议,如果有国际仲裁条款,他们可以根据仲裁条款提交国际仲裁,仲裁依据是《承认和执行外国仲裁裁决》,仲裁结果具有终局性并可执行。对于不平等主体,值得关注的是政府和投资者之间的争议,这个问题有著名的《华盛顿公约》规定,解决一国投资者与另一国政府之间关于投资的争议,争议一般是政治风险,如:征收国有化,外汇汇出,战争内乱等,这些都应纳入到《华盛顿公约》管辖的解决投资争议中心下。该中心解决的是投资者和政府之间关于投资、非商业风险的争议,目前该中心受理的争议案件正在增加。中国和100多个国家签订了投资保护协定,在每一个投资保护协定里都规定争议可拿到国际机构去解决,大部分争议都是拿到华盛顿解决投资争议中心解决。WTO解决的是WTO成员方之间关于一国政府的措施与WTO协议不相符的争端。那如果企业受到损害,与另一成员方发生争议,该怎么处理?比如在反倾销案件中,企业受到不公平待遇,由于进口国的反倾销措施不符合WTO《反倾销协议》而损害企业利益,那么企业可以通过企业所在地的政府(即:WTO成员,包括国家和单独关税区)向WTO提出争端解决。那么比较起来,从关贸总协定到WTO有哪些改进呢?首先,要看到关贸总协定自1947年诞生以来的先天缺陷,关贸总协定未能成为国际组织,以临时议定书方式存在直到1995年,而且在关贸总协定期间,争议解决更多的是通过外交磋商,因此设立专家组要很长的时间,磋商也要很长时间,这就影响了争议解决的效率。1995年建立的WTO是一个国际组织,并达成了一揽子协议,取消了关贸总协定中的“祖父条款”。“祖父条款”是指成员方可以依据以前国内的做法,不进行改变,不适用新的规定。在WTO中“祖父条款”取消了,每一个成员方都必须执行WTO协议,这就使得WTO具有强制性并更趋法律化,减少了一些外交色彩。而且,WTO的程序规则更加细致和具体,程序相当严格,比如提交文件的时间、提交专家组的时间等都有严格的时间界限。另一项重要的改变是表决方式,过去是“一致通过”,现在是“反向一致”,过去通过专家组的报告需要全体成员一致同意,一个成员就可以阻止专家组成立,而现在的反向一致很难阻止通过。所以现在专家组的设立、专家组和上诉机构的建议和裁决几乎都是全部通过。当然对于发展中国家成员,在程序上有一些优惠考虑,但事实上还是很不够,发展中国家和发达国家在人力资源和财力上都有悬殊的差距。日内瓦是个高消费的城市,很多发展中国家连代表处都没有,日内瓦发生的事情他们很难及时跟踪,如果要派律师,他们都请不起,对于他们的国家来说,律师费也是个天文数字,所以发展

中国家提出,专家组的组成必须有一个成员来自发展中国家,很多方面都要对发展中国家予以考虑。现在,国际贸易和 WTO 争端解决是以规则为基础,过去是以权力、财力为主的,这各有利弊,比如世界银行和国际货币基金组织还是按照出资的多少来决定投票权,出资多,投票权就高。WTO 的成员方在表决时是一国一票,但这是表面的平等,掩盖了事实上的不平等,因为无论是律师的数量,还是专家组构成人员,发达国家人员都占有很高的比例。现在的农业谈判和多哈谈判是否能够顺利完成,很大程度上取决于美欧等一些大国的政治意愿,能否做出让步也取决于他们国内政治的走向。所以,以规则为基础的体系取代以权力为基础的体系还是一个过程,仅仅是迈出了一步,还有很长的路要走。

另外 WTO 争端解决机制增加了上诉机构的审议,建立了常设的上诉机构,这相对于关贸总协定来说是一个很大的发展。之所以要考虑建立上诉机构,是由于表决机制变成了“自动”通过,专家组的报告很容易就能获得通过,那要怎样才能进行监督呢,使得专家组的报告既能顺利通过又能保证质量。因此就增加了一个常设的上诉机构,使各成员方在发现专家组报告的法律错误时有上诉的机会,通过上诉来纠正专家组在法律解释和法律适用方面的问题。WTO 上诉机构法官的名称还是称为上诉机构成员,上诉机构是一个准司法的机构,它不是完全像普通法院有二审、终审,因为上诉机构只审查法律问题,不重新审查事实。上诉机构的裁决有强制执行力,从这个角度看是和法院一样的,上诉机构的法律解释、受理案件、对成员(法官)的要求都是按照法院的要求。

WTO 争端解决机制新的特点是其程序规则更多、更程序化,建立了上诉机构,采用“反向一致”的通过方式,这是 WTO 争端解决机制的现状。WTO 争端解决机制的范围,从现在正常提交的案件看有以下几类:1. 关于争端解决的备忘录及使用备忘录所引发的争议;2. 关贸总协定 1994 条款,学习和研究关贸总协定的学生和研究人员一定要对关贸总协定 1994 条款非常熟悉,第 1 条关于最惠国待遇,第 3 条关于国民待遇,第 6 条关于反倾销、反补贴、公平贸易,第 10 条关于透明度原则,第 17 条关于国营贸易公司,以及对发展中国家的优惠待遇,还有反补贴协议、反倾销协议和农业协议,这些问题都是现在的争议焦点。比如很多案件都涉及的最惠国待遇问题,有棉花案、香蕉案、跨国间博彩案。在反倾销案件中,去年围绕的一个核心问题是美国的“归零条款”。反倾销有三个条件:出口价格低于正常价值,对进口国的同类工业造成了实质性的损害,倾销和损害之间存在因果关系,符合三个条件进口国就可以征收反倾销税,但是在计算这个倾销幅度时,征收的反倾销税不能高于倾销幅度。这意味着征收反倾销税不是惩罚性措施,而是贸易救济措施,所以救济要使进口国恢复到没有受损害的情形。如果要运用“归零条款”,计算的结果就等于零以下的不计算了,倾销幅度被人为地扩大了;零以下的部分说明出口价格不是低于正常价值而是高于正常价值,整批货物的价格并没有构成倾销。所以美国的归零条款使其每一次遇到这样的案件都败诉,美国国会也在激烈辩论,讨论要不要进行修改。反补贴领域目前遇到的重大案件是空中客车公司反补贴案,该案专家组提交的报告有 1052 页,现在正处于上诉阶段,预计上诉机构的报告也不会短。空客反补贴案采取了特殊程序,延长听证会,每一次听证会六天,除了空客反补贴案,还有波音公司反补贴案,该案的专家组报告也公布了。反补贴,指政府或公共机构为某个企业、单位和个人提供金融支持,金融支持包括现金、优惠贷款、减免税和融资扩股的支持等。补贴要具有专向性,对某一个企业或行业,而且这个企业要收到利益,如果说不是对某一企业,而是对全国每个企业都进行补贴,那没有专向性就不构成补贴。补贴对进口国的国内工业造成了实质性损害,增加了出口国的市场份额,挤掉了其他竞争对手。补贴过去分为可诉补贴、不可诉补贴和禁止性补

贴,补贴出口是禁止性的,是红灯补贴。不可诉补贴因为协议到期,就没有延续,不可诉补贴的取消对很多发展中国家造成了不利影响,如对中国的新能源发展、科研发展和对落后地区的补贴等,现在多哈回合谈判正在争取通过不可诉补贴来对发展中国家的发展提供支持。

哪些措施可以拿到 WTO 中处理呢? 首先,该措施须是另一个成员所采取的措施,并不是某一个企业的措施,WTO 并不解决某个企业的争端。措施包括作为和不作为,有各种类型的法律文件、规则和通知等规定,如果知道措施在事实上违反了 WTO 规则,即使没有法律规定,只要能够在事实上证明措施和 WTO 规则是不一致的,另一方也能拿到 WTO 申诉。另外还有一些措施是在 WTO 协定生效之前存在的,还有影响存在,如某些案件中的补贴发生在 1995 年之前,这能否拿到 WTO 去解决呢? 目前提出的说法是由于损害一直影响到 1995 年以后,那就可以拿到 WTO 去解决。整个程序是:1. 磋商;2. 成立专家组;3. 上诉;4. 对裁决或建议是否执行;5. 如果没有执行,就允许向未执行方进行贸易报复,允许进行贸易报复体现了 WTO 的“牙齿”,有强制执行力。磋商作为程序的第一步很重要,争端解决协议里首先规定了磋商是保密的,像 WTO 其他成员、WTO 总干事都不参与磋商,磋商双方不对外公布磋商过程。大家都知道这样的磋商是可替代性争端解决措施,因为目前采取非诉的方式来解决争议是国际争端解决的总趋势。从数据来看,在美国,包括家庭争议在内的很多争议都是通过 ADR(选择性争议解决方式)来解决,中国争议解决的数量就更多了,我们的村委会、居民委员会都能解决涉及婚姻、家庭、财产的争议。另外,在磋商时不能损害另一个成员在今后进入法律程序时的权益,我国也有类似规定,当我们在仲裁的时候,把事实摆清以后,仲裁庭征求当事方的意见,是否可以进行调解或进行再磋商,如果他们经调解或磋商能够达成一致了,争议就到此结束。但是要预防万一调解或磋商不成要走法律程序,不能用磋商所反映的材料或资料损害另一方的利益。继续进行法律程序时,要保证一方权益不受到损害,这是 ADR 在非诉程序中所要注意的。到 2010 年,有 402 个提出磋商的案件。WTO 的《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)规定要正面地来解决争议,要使争议双方都能接受且与 WTO 协议相一致。争端解决的目的在于提出积极的解决办法,双方都能接受又符合 WTO 的规定。目前,402 个提出磋商的案件中已有 95 个达成了协议,有的还撤销了争议,这是进步的一面。但总的来说,WTO 磋商和非诉解决争议的比例还是很小,这有很多原因,其中一个是由于争议一方受到国内的政治压力,需要拿到 WTO 讨个说法,另外是提起争端解决可以缓解国内压力,本来是可以磋商解决的问题,由于国内反对派批评政府太软弱,政府就继续在 WTO 坚持自己的观点,以求得一个说法。当然还有另一个原因,国际上没有形成权威的调解专家队伍,现在主要还是总干事办公室在斡旋,总干事是 WTO 的官员,成员方对其中立性和调解能力还缺乏充分的信任。

WTO 争端解决不需要支付任何费用,成员方只用缴纳成员费,成员方向争端解决机构提出申诉根本就没有成本,因此对于磋商,拖的时间长或短对自己的利益影响不大,成员方宁愿打到底,打出一个说法来。一般的法律诉讼程序中,打的时间越长,费用就越高,所以没有财政激励机制也使现在磋商的结果不是特别令人满意。磋商的时间最长只有 60 天。60 天内磋商不成,就到了专家组阶段,成员方可以提出成立专家组的请求,根据 DSU 第 6、7、10 条成立专家组。专家组的成立根据“反向一致”来进行表决,每月都要召开争端解决成立大会,所有成员方都要参加,在第二次会议上,如果不能阻止专家组的成立,专家组就自动成立了。向专家组提出的请求一定要具体明确,这是律师和专家在处理案件时的技巧,提出诉求是什么,对方采取的是什么措施,哪些措施和 WTO 协议不相符,这些都需要在专家组请求书中提出来。如果没有提出,那就视为专家组无管辖

权。当事方须给专家组一个任务书(terms of reference),如果在争端解决任务书中没有写,专家组可以拒绝当事方的相关请求。类似的案件最近有很多,如苹果案,新西兰称澳大利亚从 1912 年至今一直不允许新西兰苹果进口到澳大利亚,澳大利亚提交风险报告用了八年的时间,超过了正常时限。新西兰称这是不适当的延迟,违背《SPS 协议》,但在争端解决任务书中没有提及,新西兰只写了十六项不符合 WTO 协议的措施,而“不适当延迟”没有写入,那这算不算专家组的管辖范围呢?提醒大家,在争端解决中确定管辖权范围,确定职责范围十分重要,这也是在确定当事方的诉求,若只是口头讲了而没有在书面诉状中记载法院对其争议的管辖权问题,则法院完全可以不予受理。同样在 WTO 也是这样,另外还要包括问题介绍和需纠正的措施。

WTO 争端解决机制中的专家组都是临时组成的,只有一个指示性的专家组名单,每个成员方可向 DSB 和 WTO 提出候选人选。中国刚开始只有 4 名专家进入“WTO 争端解决专家组指示性名单”,后来又增加了几名。另外秘书处也可以从这个名单里推荐专家组成员,当事方可同意,也可由于有充分理由说明某一个人不适合在专家组而反对。所以在成立专家组时,对这些专家要有所了解。专家组成员的要求是政府人员和非政府人员都可以,但是专家组成员不能处理涉及本国的案件,这和上诉机构有所不同,上诉机构只要没有直接或间接的利益冲突就可以,上诉机构才有 7 名成员,如果都回避了,在案件比较多时就没有人来处理了,故没有一律回避处理本国案件的规定。如果对专家组成员组成达不成一致,就由 WTO 总干事来提名,现在 146 个专家组中的 86 个专家组成员是由总干事拉米来推荐的,所以专家组成员的组成争议很大。

有很多案件有多个当事方,如空客案、SPS 案或棉花案,有多个国家提出申诉。有多个申诉方的案件尽量用一个专家组去处理。现在也在改革,如将案件合并审理,不过即使是合并审理当事方也有分别的报告,为使申诉方对本国国内好交代。如果不能进行合并审理,也要求同一个专家组审理,不能同一个案件由不同的专家组去审理。第三方只要有利益在其中,也可请求参加、收到各方提交的文件和参加听证会。拉米作为总干事可以斡旋或调解,但这在 WTO 中并不经常发生,其常常做的工作是选择专家组成员或组长。WTO 争端解决机制实际上是由所有成员方组成的,每月都要召开成员大会,监督争端解决的进展。但是现在大家也感到“反向一致”的表决机制就没有阻止过报告或建议通过,这样的表决机制究竟能起多大作用?大家提出了这项异议,现在 DSB 的主席是各国大使轮流担任,是兼职的。

建立常设的上诉机构以后,一共有七位成员,每三人组成一个庭,由这个庭来处理一个案件,但是所有的案件都要交换意见,所以上诉机构法官要看每一个案件,这样才能发表出正确的意见。至于案件及每个庭的组成怎么分配,有一套很神秘的抽签安排,绝对保密。在这个抽签安排中,须使大家对上诉机构庭审的组成不可预测,上诉机构每位成员都有机会工作且工作量基本均衡,使上诉机构成员之间避免直接或间接的利益冲突。上诉机构成员(法官)的工作任期是四年,可连任一届(四年),连任须经过所有成员的审查。我到 WTO 去时,经过了严格的面试,由有众多专家组成的甄选委员会进行严格挑选。WTO 上诉机构的工作以英文为主,面试是英文的,挑选过程很严格,要保证独立性和公正性,不能有利益冲突。我们在每一次案件提交以前,都要召开很长时间的会议,填一份信息披露表,披露检查自己是否与案件有直接或间接的利益冲突。如果与案件确有利益冲突,那就不能参加到案件的审理过程中。每一位上诉机构成员都是平等的,轮流做主席,现在的成员来自南非、菲律宾、美国、日本、墨西哥、比利时和中国,可以看出挑选成员时是很重视地理分布的。上诉机构的秘书处现在是一个集体秘书处,我们没有个人秘书,秘书处中有处长、律师

和一些实习生。大家以后可以去试试实习,虽然是实习,但是工作也很多。

整个 WTO 争端解决机制,是要把成员政府的不符合 WTO 协议的措施撤销。因为现在有严格的时间限制,如果不执行还有贸易报复,总体来说执行还是好的,香蕉案、荷尔蒙案和博彩案等都在执行中,但是有一些案件的执行并不令人满意,只是部分修改,换汤不换药,没有彻底地解决。目前实施贸易保护的国家和地区还是少数,但贸易保护现在也存在问题,如一方的措施已改变或撤销,那报复措施是否就应该停止? 报复措施没有明确的时间限制,一旦遭到报复后,要撤销很难。争议案件中,主要还是涉及关贸总协定的案件,其次是反倾销和反补贴、农业的案件,现在逐渐增多的就是 SPS 案件,中国日后无论是农产品还是动植物的进出口都会遇到 SPS 的问题。另外知识产权和 TBT 案件也有增加的趋势,现在对中国的反补贴案件也在增加。从使用 WTO 争端解决机制的情况看,发展中国家成员使用 WTO 的案件也在增加,中国过去在多数案件中是做第三方,现在也开始向 WTO 提出针对另一成员违反 WTO 协议的申诉。WTO 成员提起申诉最重要的是要掌握证据,WTO 要求收集证据证明自己的主张。现在我国有些企业在国外利益受损,我们须加大对国外政策等的研究和跟踪。

现在 WTO 的程序进行得非常快,以前提起上诉到提交文件还有七天的时间,现在要求一天内提供,然后总的时间包括听证会和报告等只有九十天。坦率地说,现在因为案件越来越大,法律问题也越来越多,九十天的时间是非常紧的。在上诉程序中,我们主管审查法律问题,在 DSU 第 17 条第 6 款中规定上诉只限于关于专家组报告中的法律问题和所作的法律解释,从专业角度来说这很好,每天接触的都是法律问题。但是审查法律问题涉及的东西很多,比如,管辖权问题、审议标准等,审议标准是要客观审查,要看调查机关所执行的法律程序是否符合 WTO 协议,一方面要了解措施,另一方面要了解 WTO 规则,看是否一致,然后对每一项措施做出法律分析,分析是否一致、协调、统一。

上诉机构最后裁定的结果有维持、修改和推翻专家组报告,但是上诉机构没有退回重审的权力。上诉机构解决的是法律问题和法律解释中的问题,所以每一个问题都要处理。在争议程序中,决定执行的合理期限也是量很大的工作,合理期限议案都是 6 到 15 个月,最近中国关于文化产品的执行用了 14 个月。WTO 争端解决中的仲裁有确定合理期限和确定报复金额,这些才可以用仲裁的方法。第 21 条第 5 款是看成员方是否已执行,要把所有案件的执行情况、专家组和上诉机构的裁决等拿出来重新审查,如果没有执行,就根据 DSU 第 22 条,经 DSB 授权实施贸易报复。另外要通过仲裁确定报复的金额,一旦确定以后就不能再上诉了,目前已经授权报复的案件有:香蕉案、荷尔蒙案和棉花案等等。

(责任编辑:李迎捷)