

论 GATT/WTO 解决争端机制

赵维田*

由 GATT(关贸总协定)的第 22、23 条规定的解决贸易争端机制,经过近半个世纪实践所积累的经验和所形成的习惯规则,逐渐建立了一整套颇具国际经济法特色的国际司法体制,并具体凝结在《建立世界贸易组织(WTO)协定》(以下简称《WTO 协定》)附件 2《关于解决争端规则与程序的谅解》(以下简称《WTO 谅解》)之中。这套 GATT/WTO 解决争端机制,为 GATT/WTO 多边贸易体制的法律义务或规则得以遵守,条文得以正确解释乃至整个贸易体制得以有效运转,提供了有力的保证。

对这套解决争端机制在 GATT/WTO 中的重要地位,国际社会和国际经济与贸易界一直都有清醒的认知。远在半个世纪前,当草拟哈瓦那宪章(即《国际贸易组织宪章》,GATT 原是其中的一章)时,起草者们就预见到这一点,他们认为,如无一套切实有效的解决争端办法,要起草的宪章或条约就会沦为一纸空文。正因为如此,GATT 实施以来,解决争端条款一直成为各国学者们不断讨论的一个“永恒”主题。书籍论著报刊文章、硕士博士论文以它为题目者,汗牛充栋。1995 年 1 月 1 日 WTO 建立后,《WTO 谅解》中所含新旧规则很快又成了讨论的热点。目前,我国也出现了类似情况,报刊学术文章和硕士博士论文纷纷讨论这一问题。

欧洲著名 GATT/WTO 专家皮特斯曼在一篇专论中,开宗明义的第一句话便说:“所有文明社会有个共同特征,都需要有一套适用与解释规则的、和平解决争端的规范和程序。这是国际、国内法律制度的共同经验。”“历史再次证明,自由贸易规则若无制度上或章程性的保障来辅佐,就不会持续有效。”^[1]一位美国学者在评论北美自由贸易区(NAFTA)时也说过类似的话:“从长远来看,北美自由贸易区的成败,在很大程度上取决于它的解决争端机制的有效性。在国际贸易法这个极富政治敏感性的领域,能解决争端并促进遵守法律义务的体制,在推进北美自由贸易区经济一体化诸重要目标上,是可有作为的,而一个脆弱又不管用的体制足以破坏北美自由贸易区的合法地位,并阻挠本半球一体化的进程。”^[2]这个论断对 WTO 多边贸易

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

[1] Ernst-Ulrich Petersmann: *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of The GATT Dispute Settlement System Since 1948*, 载 *Common Market Law Review* 1994. P. 1157.

[2] David S. Huntington: *Settling Dispute under The North American Free Trade Agreement*, *Harvard International Law Journal*, 1993. 第 2 期, P. 407.

体制同样适用。

《WTO 谅解》本身对此说得也十分真切明白:“WTO 解决争端制度是为这个多边贸易体制提供保障和可预见性的中心环节。各成员方认识到,它可用来保持成员各方在各个涵盖协议(the covered agreements)^{〔3〕}中的权利与义务,并用来按国际公法解释[条约]的习惯规则来阐明这些协议中的现有规则”(第 3 条第 2 款)。

一、外交与司法、两条腿走路

GATT 的解决争端机制,虽在如第 10 条等条款里分别有些规定,但其基本结构是由第 22 条和第 23 条奠定的。而不论从立法意图上还是实际运作中,这两条都有明确分工:第 22 条规定的“协商”,指的是运用外交手段解决分歧。这是国际法传统使用的方式;而第 23 条表述的则是,协商无法解决时,由缔约方全体“调查”,“提出建议”,并于“适宜时作出裁决”。这显然属一般国际组织常具有的“准司法权”。GATT 的司法规范是别具特色的,不论从适用范围与条件上,还是操作模式上,都是自成一类的。作为解决争端的最后手段,第 23 条还规定了报复措施,但需经缔约方全体的批准。这是鉴于本世纪二十—三十年代发生经济混乱的教训而设的。对传统国际法中一国单方面进行报复的权利来说,它是一种合理的限制,也是一项重要贡献,对制约经济霸权行为很有价值。

GATT 在其近半个世纪解决争端实践中,对外交与司法这两种手段兼施并用,互为补充,相辅相成,积累了丰富的经验,在具体规则上亦有重大发展。《WTO 谅解》在肯定并科学总结 GATT 经验基础上,结合世界经济日益一体化和建立稳定国际经济秩序的客观要求,又取得突破性进展。《WTO 谅解》在国际司法制度上的成就,标志着现代国际法发展的新阶段。

这里我们首先要讨论的是以 GATT 第 22 条为主的外交手段,该条规定:

“1. 对于另一个缔约方提出和有影响本协定运作的陈述,每个缔约方都应给予同情的考虑,并提供充分协商的机会。

2. 应一个缔约方的请求,缔约方全体对依第 1 款的协商仍无法找出令人满意的解决办法的问题,得与任何一个或几个缔约方进行协商。”

对这条规则,需作若干解说:

1. 经过谈判或协商来解决分歧,是国际法中传统使用的习惯方式。就国际贸易而言,在第二次世界大战以前,一般认为它属于外交范畴,因此在大批双边贸易协定里都沿习使用这种方式。这种方式是靠自愿来进行的,GATT 第 22 条规则为之增加了一定强制因素,给予“同情考虑”、“充分协商机会”;传达的正是这个信息。

2. 第 22 条第 2 款是 1955 年对 GATT 条款作较大调整时加上去的,它不仅表明了协商可以在缔约方全体主持下多边地进行,而且含有由缔约方全体出面进行调解的意思。后来,据此发展出一套“斡旋、调解、调停”的规则。1979 年东京回合达成的《关于通知、协商、解决争端的谅解》(以下简称《东京回合谅解》),总结并表述了这方面的经验。1994 年的《WTO 谅解》第 5

〔3〕《WTO 谅解》第 1 条说的“各涵盖协议”,指该谅解附件 1 中所列协议,即《WTO 协定》及作为它附件的货物贸易多边协定、服务贸易总协定(GATS)、知识产权协定(Trips)、与贸易有关的投资协议(TRIMs)、关于解决争端的谅解以及“复边协议”(共 4 个)。

条则作了集中表述,其主要内容是:“若争端当事方均同意,斡旋、调解与调停是自愿采用的程序”(第1款)。而这种方式可由争端任何一方,在任何时间提出,在任何时间开始与结束(第3款)。只要争端当事方同意,即使在专家组正审理的进程中,“仍可继续使用斡旋、调解与调停程序”(第5款)。由此可见,这是一种十分灵活的程序。

3. 随着 GATT 解决争端程序不断法制化或司法化,1979 年《东京回合谅解》已规定,请求协商时必须以书面方式并提出理由,到了《WTO 谅解》,则进一步规定说,“所有的协商请求,应由请求协商成员方通知 DSB(解决争端机关)以及有关的理事会与委员会。任何协商请求均应以书面提出,说明请求的理由,包括对有争议措施的核实证明,并说明投诉的法律根据。”

不难看出,要求请求协商一方提供“对有争议措施的核实证明”,“投诉的法律根据”等措辞,是原 GATT 规则中所没有的,而这等措辞表明:协商已纳入法制轨道,而不是单纯外交行为。而且从后面讨论中我们还可看出,这种规定给从协商转入专家组审理的司法轨道,提供了重要衔接条件,或者说它已具有打官司的“诉状”的性质。

4. 鉴于广大发展中国家的经济实力较弱,在与发达国家尤其大国作协商谈判时,常常处于十分不利的境地,经发展中国家强烈要求,1966 年 4 月缔约方全体通过了一项著名决议。^[4]决议强调了 GATT 总干事对此种争端发挥其斡旋与调解的职能。《WTO 谅解》第 5 条第 6 款规定的“总干事得以其职务身分进行斡旋、调解或调停,以帮助成员方解决争端”,即源于这项决议。

5. 第 22 条与第 23 条之间的交叉或瓜葛。整个 GATT 的解决争端程序,是个分两步走的过程。第一步要求首先必须由争端当事方之间进行协商;第二步只有在协商无效或不解决问题时,才得援引第 23 条第 2 款规定的司法程序。

但从具体条文的表面来看,第 23 条第 1 款似乎与第 22 条有些重叠。两者说法不尽相同(当然,第 23 条第 1 款还有其他重要含义,这里暂且不论),但却实际相通。该款说,该缔约方为使问题得到令人满意的调整,得向它认为有关的一个或几个缔约方提出书面陈述或建议(这和请求协商有何不同)。任何被涉及的缔约方应对向它提出的任何陈述或建议,予以同情的考虑(同样措辞“同情的考虑”)。

第 23 条第 2 款第一句话就说,“凡在合理期限内有关缔约方之间作不出令人满意的调整”时,才许进入司法解决程序。

这里就发生了一个问题:按第 22 条进行的协商,仍不能解决分歧,能否满足第 23 条第 2 款“作不出令人满意的调整”这个要求呢?能否直接进入第 23 条第 2 款规定的司法程序呢?远在 1960 年,GATT 缔约方全体在一项决议中就说,“缔约方全体将把按第 22 条第 1 款进行的协商看作满足了第 23 条第 1 款条件”。^[5]从严格法律意义上说,这个决议并非无可非议。第 23 条第 1 款作为引用第 2 款作司法处理或专家组断案程序的前提条件,并不限于“调整”或“协商”,投诉方还必须证明它依 GATT 享有的权益受到“抵销与损害”或者使 GATT 的“目标的实现受到妨碍”。因此,尽管第 22 条与第 23 条第 1 款有其实际相通的部分,但从法律含义上说,两者并不全然相同,不能划等号,更不能用前者替代后者。从这个观念出发,审视一下《WTO 谅解》的有关规定,就更觉得简直有点皂白不分了。该谅解第 4 条“协商”中规定,“凡按

[4] BISD 14S/18. 下文我还会谈到这项决议的另一些内容。

[5] BISD 9S/18

涵盖协议请求协商者”,若未获对方回应或未如期进行协商者,投诉方“得直接要求设立专家组进入司法程序”(第 3 款);“凡接受协商请求,但在 60 天内协商未解决争端者”,“投诉方得要求设立专家组”(第 17 款)“一旦斡旋、调解或调停结束,则投诉方得提出设专家组的要求”(第 5 条第 3 款)。这样,似乎完全用第 22 条第 1、2 款的“协商”(包括斡旋、调解或调停)取代并勾销了第 23 条第 1 款中含义相当复杂的前提条件。这是值得商榷的。

6. 为了防止协商谈判的久拖不决,《WTO 谅解》为这类协商的每个阶段硬性规定了时限。首先,接到另一方要求协商的请求后,应于 10 日内给予答复,并于 30 日内进入协商,以求获得彼此都满意的解决办法(第 4 条第 3 款);从接受协商请求之日起,60 天内完毕协商(第 4 条第 7 款);遇有紧急情况如易腐物品等,于接到请求之日起,10 天内开始协商 20 天内完成;斡旋、调解或调停则必须在接到协商请求之日起,60 天内完成(第 5 条第 4 款)。凡超过上述期限者,投诉方有权要求设立专家组,从而进入司法程序。

7. 就有效解决贸易争端而言,经谈判协商的外交手段和依法办事的司法手段,各有其优点与缺陷,如何视具体情况作出最佳选择,或者如何善于在不同阶段交叉并用这两种手段,做到“运用之妙,存乎一心”,仍是一门“艺术”。相反地,只强调其中一种手段而把另一种说得一无是处,都属片面之见而于事无补。GATT 近半个世纪的历史,用事实雄辩地证明了这一点。

通过双边外交谈判协商,彼此作出必要的让步,最后达成妥协,取得共识,这是人类历史上沿习几千年无数次使用的有效方式。这种办法灵活、简便又可彼此保存面子,不伤和气。但这种方式的最大弱点有二:一是当争端双方各执一词、互不相让时,就会久拖不决,国际社会也奈何不得。二是当争端双方政治与经济实力悬殊时,谈判对弱者十分不利,给霸权与强权提供了可乘之机,极易酿成弱肉强食的恶果,很难建立公平合理的国际秩序。对此,我国人民以及绝大多数发展中国家都有深切体会。我国近代史上诸多不平等条约就是这种恶果的典型表现。1966 年 GATT 缔约方全体专门通过决议,强调 GATT 总干事调解发展中与发达国家之间的争端,正是针对此种情况的。再者,就经济领域而言,仅靠争端当事方协商与谈判,当无法解决分歧时,常常会导致“贸易战”,最后使双方两败俱伤。近现代史上这样的事例也是屡见不鲜的。

正是在提供公平与正义和强有力制度保障的意义上,司法解决方式显示其巨大优势。在总结历史经验教训的基础上,二战后议定的所谓“布列敦体系”的几个条约,包括 GATT 在内,原本是将国际经济关系纳入法制轨道的一次尝试。因此,这些文件都是用规定缔约方(国)的法律义务的形式写成,并设一套保证条约得以贯彻实施的司法机制。从狭义上说,司法手段作为外交的重要补充,恰可弥补谈判协商等方式的缺陷与不足。以 GATT 原来的措辞笼统的准司法条款为根据,逐渐从习惯做法中演化发展出一整套符合国际经济关系特点的司法制度,正是 GATT/WTO 解决争端机制的精髓所在。

GATT 的经验再次证明,外交手段与司法手段既是相互补充的,又是相辅相成的。“在现实生活里,有制约性管辖权的法院存在,常具有提供一种威胁和促使谈判解决争端的推动力。”欧共体法院的设立对此提供了进一步例证,“只凭有这么个法院存在这一点,就有助于其成员国之间几乎所有争执案件,努力通过谈判来解决冲突。只在例外情况下,才将国家之间的争端

提交欧共体法院审理。”^[6]

WTO 成立后的第一例案件也说明了这点。自九十年代以来,美日汽车贸易纠纷愈演愈烈,多年谈判终无解决迹象。在美方口口声声要对日实行经济制裁声中,日本将案件提交 WTO 的 DSB,由专家组作裁决。在对此案理过半,是非曲直已显端倪之际,无理的一方提出撤诉“私了”。最后终于达成妥协,得到解决。国内有位评论者说得好,“不能否认,世贸组织解决争端(的司法裁决)机制的威慑力对双方达成协议起到了促进作用。”^[7]

二、揭开第 23 条的面纱

作为解决争端的主要条款,GATT 第 23 条是个规则内涵丰富而又复杂费解的条款,要把它分解清楚,则非易事。仅看一下这一条的标题 Nullification or Impairment(我将其译作“抵销或损伤”),就会觉得它罩着一层神秘的面纱:为什么不直截了当地写为“争端的解决”呢?

(一) 六种不同的诉由

什么叫“抵销或损伤”?要知底细,还需从解析其第 1 款开始。该款规定说:

“1. 凡任何缔约方认为,它依本协定直接间接享有的利益受到抵销或损伤,或者本协定的任何目的的实现受到妨碍,而这是由于:

- (a) 另一缔约方未履行其在本协定中承担的义务,或
- (b) 另一缔约方实行的任何措施,不论其是否与本协定相冲突,或
- (c) 存在任何其他情况,

该缔约方为使问题获得令人满意的调整,得向它认为有关的一个或几个缔约方提出书面陈述或建议。任何被涉及的缔约方应对向它提出的陈述或建议予以同情的考虑。”

不难看出,这一 GATT 条款与一般国际条约中的解决争端条款有个最重要的不同:它不像一般多边国际条约那样,把违犯条约义务或规则的不法行为当作对象;而是把“抵销或损伤”其条约利益,妨碍条约目的实现,作为出发点。正如一位学者所指出:“GATT 解决争端机制的中心概念,不是从违反总协定或其规定的义务出发,而是从广泛意义上剥夺了来自该协定的利益,或者损伤了该协定总体的或个别条款所追逐的目标为准。”^[8]

若细加分解,这款规定的可以引为投诉的理由或条件,共有 6 种。其中导致投诉方的 GATT 利益被“抵销或损伤”者有 3 种,即(1)违反条约或规则义务的行为,(2)另一方并不违反条约义务或规则的行为,(3)“存在其他情况”而引起的“抵销与损伤”;因对方妨碍本协定任何目标的实现”行为者有 3 种,即(4)违犯条约义务或规则,(5)并不违反条约规则或义务的措施,(6)“存在着其他情况”,而造成的妨碍“本协定任何目标的实现”。

当然,上述分解只是从条文语义或者从理论上作出的,实践中被引用的可能性或机会,并不全相等。据对 GATT 运作四十余年的资料统计,引用第 23 条时实际使用最多的诉由,只有

[6] Meinhard Hilf, *Settlement of Disputes in International Economic Organization: Comparative Analysis and Proposals for Strengthening the GATT Disputes Settlement Procedure*, Ernst - Ulrich Petersmann. M. Hilf edited, *The New Round of Multilateral Trade Negotiations*. (1991) P. 288—289.

[7] 参见《国际贸易问题》杂志,1996年第7期第2页。

[8] P. Precatore, W. J. Davey and A. F. Lowenfeld: *Handbook of GATT Dispute Settlement*. (1992). P. 21

两种:一是违犯条约义务而引起的“抵销或损伤”,占 200 多宗讼案中的 90%,另一是“不违犯条约义务”的“抵销或损伤”,占 200 多案例中的 8%。而据其他诉由投诉者,是很个别的,微不足道。个中原因并不复杂。条款中“本协定的任何目标的实现受到妨碍”,措辞含义十分空泛,难以捕捉和界定。在现实断案中,没有一个案例依此诉由取得胜诉的。应该说它是条文起草时的败笔。另一个款目“(C)存在着任何其他情况”,若不追根溯源从起草历史上去查阅,就更难窥其真正含义了。这个款目的原意,是指国际经济关系中类似三十年代经济危机那样激烈动荡的灾祸。但毕竟因措辞太空泛而很难作出科学的法律解释。六十年代, GATT 缔约方全体曾指定一批专家作专题研究。但众说纷纭,尤其是可否将“限制性商业措施”包括在内更是如此。一种意见认为它纯属“私人行为”,另一种意见认为,由于 GATT 规则中对此缺如而国际卡特尔造成的“抵销或损伤”危害甚大,理应列为“任何其他情况”的一种。

值得告慰的是,起草者们忧心忡忡地写上的“存在任何其他情况”,在后来的历史演进中并没有发生,或者即使有类似情势,但未对经贸关系造成灾祸。不论七十年代因石油价格暴涨 4 倍而引发的国际性能源危机,还是因黄金价格波动带来的金融危机,以及其他种类的国际性经济灾祸,都没有阻挡住国际贸易的持续大幅度增长,相反还促进了世界性贸易自由化的进程,这是人们始料不及的。反应在引用第 23 条的讼案上,也从未出现过据上述(C)项作诉由的案例。从这个意义上说,实际弃置这条诉由不用,倒是件值得欢迎的大好事。

(二) 不违法之诉(Non-Violation Complaints)

第 23 条第 1 款(b)项规定,即使该措施不与本协定相冲突,只要对另一个缔约方依本协定享有的利益造成“抵销与损伤”,亦构成了投诉的根据或条件。这通常以“不违法之诉”这个专门术语来称呼,它是 GATT 解决争端机制最富特色的地方。一般说,与“与本协定相冲突”或“并不违犯 GATT 的规则或义务”的措施有两种表现,一种是符合 GATT 规定的行为,另一种是 GATT 未作规定的行为,因为 GATT 并未把国际贸易的方方面面都容纳进去。

设置(b)项这种“不违犯之诉”的根本目的在于确保千辛万苦获得的关税减让成果,不会被各种非关税措施所抵销(nullified)。因为事情很明显,关税降得再低,若没有一套诸如普遍取消数量限制等把守住非关税措施这个关口的相应规则来保护,低关税带来的好处或利益,极易付诸东流。举个最简单的例子来说,即便进口国把自行车关税降为零,它只要用花色品种纷繁的各种限制措施,只允许每年进口 100 辆,那么零关税还有多大实际意义呢?而非关税措施或壁垒是各式各样防不胜防的,据 GATT 在八十年代的统计,明的暗的,转弯抹角的非关税措施达千种以上。这正是“不违法之诉”的客观根据所在。至于第 23 条以及它使用的标题“抵销或损伤”,均抄自第二次世界大战前美国与许多国家订立的双边贸易协定。

最能说明因抵销或损伤了关税减让好处,而该措施本身并不违犯 GATT 规定的典型案例,当属 1950 年的“澳大利亚化肥补贴案”。^⑨在第二次世界大战期间,澳大利亚政府为平抑物价,对农用化肥实行了“战时消费”补贴制度。该国当时通用的化肥有两种,一种是从智利进口的硝酸钠(通称“智利硝”),另一种是本国产的硫酸胺(即胺肥)。1947 年澳政府在与签订 GATT 同时举行的第 1 回合关税减让谈判中,达成了给智利硝以免除关税的约定税率。战后,澳政府鉴于蔗农爱用胺肥等各种情况,1949 年决定取消对智利硝的补贴,却仍保留对本国胺肥的补贴。这种补贴相当于给本国胺肥以价格上 25% 的优惠,自然对进口智利硝有致命影响。

⑨ GATT/C. P. 4/39

为此,智利政府向 GATT 提出诉讼,说澳政府的新补贴政策违反了最惠国原则,抵销并严重威胁智利从关税减让中享有的利益。处理该案的工作组于 1952 年提出报告认为:在关税表中智利硝与硫酸胺分别为两种产品,因而不是 GATT 最惠国原则所要求的“相同产品”,只能算“直接竞争或替代产品”,不适用最惠国原则。报告又说,“澳政府的行动打乱了硝肥与胺肥的竞争关系,这是智利政府谈判化肥关税减让时所不曾合理预期到的。工作组认为,智利政府在谈判关税减让时,有理由作如下设想:不会单独对硝肥取消补贴。”按 GATT 规定澳政府的行动并不构成违反规则,却“抵销或损伤”了智利政府“依本协定直接间接享有的利益”。在此案中使用的“合理预期”,成了后来对“不违法之诉”广泛引用的标准,它在 GATT 解决争端机制中是个有固定含义的术语。

然而,后来的 1990 年“油菜籽案”^[10] (Oilseeds Case) 的专家组对此作了更周全的理论阐述。该专家组对第 23 条第 1(b) 款解释说,“条约起草者们的设想和缔约方全体的适用,全都是为了保护由关税减让达成的平衡。它的理论基础是,从关税减让中合法预期得到的较好竞争机会会被剥夺,而剥夺掉它的不仅有违反总协定的措施,也有符合总协定的措施。为了鼓励缔约各方作关税减让,当对等减让被任何另一个缔约方的措施所损伤,不论该措施与总协定相冲突与否,都应该给他们以获得补偿的权利。”这种“利益平衡”的指导思想,远在起草哈瓦那宪章时,就有权权威性阐述:“归根结蒂,我们真正要规定的是……利益平衡一经建立,就要保持住它。”^[11] 对这种匡正并不违法却破坏利益平衡的行为,并将之纳入 GATT 司法机制的做法,有的学者比喻说,它很象英国普通法里的“衡平法审理权”(equity law jurisdiction)。^[12]

从以上案例的解说中,我们就比较容易理解使用“nullification”这个词想要表达的从条约中获得的利益受到剥夺的意思。因此,我以为将它汉译为“抵销”似乎更接近原意些。

乌拉圭回合达成的《WTO 谅解》,仍保留了第 23 条第 1(b) 款的规则,并以“不违法之诉”作标题写入第 26 条。此条的基本精神是,肯定它,并规定了与违法之诉适用同一程序,但设了一定限制条件:(1) 原告必须提供详细的理由,以说明所诉措施并不违反有关涵盖协议的规定。(2) 不需像违法之诉那样“纠正(违法)措施使之符合涵盖协议”,因为既不违法,被告就没有纠正的义务,专家组或上诉机关只能“建议有关成员方作出彼此满意的调整”。或许当年起草第 23 条时,特地使用“令人满意调整”这个措辞,正是指这种意思。(3) 也可依该谅解第 21 条使用仲裁方式,或者用“补偿”作最后解决问题的办法。

(三) 抵销或损伤的推定

如上述,引用第 23 条司法机制的前提条件是“依本协定直接间接享有的利益”受到“抵销或损伤”。按一般诉讼程序,这种“抵销或损伤”要原告举证证明。我们用简单逻辑推理就可知道:即使对方违犯 GATT 法规,原告若不能证明自己的利益确实受到损伤,而这种损伤确由被告行为所造成,也不具备投诉条件。而用证据证明这种损伤及其与被告行为的因果关系,常常是件非常麻烦而且不那么容易办到的事。

在 GATT 实践的初期,工作组或专家都试图用“表面证据”(prima facie)作事实推定来解

[10] BISD 37S/86—132。

[11] UN Doc EPCT/A/PV. 6. (1947) P. 6. 转引自 J. Jackson: *The World Trade and The Law of GATT* (1969). P. 170

[12] 见注 [1] 所引书,第 1171 页。

开这个难题。其中最典型的当属 1963 年的“乌拉圭讼案”。在这个案件里,乌拉圭政府在诉状中列举了 15 个发达国家对待从乌拉圭出口产品所采取的各种非关税措施,但诉状既未评论这些措施是否符合 GATT 规定,也未提供对其贸易造成损伤的任何资料。专家组在其第一个裁决中指出:“仅因存在着任何措施,并不引起第 23 条意义上的抵销或损伤;必须展示其对该缔约方依总协定享有的利益受到抵销或损伤的关系。”但是,“专家组认为,由于不能确认这些特定措施符合总协定的规定……必须作出如下推定:坚持下去就会抵销或损伤乌拉圭依总协定享有的利益。”这个后来被广泛引用的推定表明:凡违反 GATT 规则的措施,均可推定为损伤了原告国的利益,因此符合第 23 条规定的投诉条件。

众所周知,依表面证据作事实推定,只起到转移举证责任的效果,即本应由起诉方举证的事实转给被诉方提出反驳的证据。因此,1979 年《东京回合谅解》在表述这项规则时说,“一般都将违犯 GATT 规定者推定为给其他缔约方造成有害影响,在此情况下,要由被诉方来反驳该诉”(该谅解附录第 3 条)。然而,1987 年“美国石油税案”^[3]的专家组对此有不同说法。在此案中美国作为被告提出反驳说,它认为所诉的只是轻微违背总协定,因为它对该进口品征税,与对本国同样产品税之间税差很小,微不足道,对贸易没有什么影响。由此引出一个问题:这类事实推定是否绝对而不可反驳的?“若是可反驳的,只要证明不符合(GATT)第 3 条第 2 款第一句话(对进口产品征的国内税不得超过对相同本国产品)的措施对贸易没有影响或影响不大,是否足以反证”呢?专家组历数并分析了此前所有这类案例,其中有些案例中有被告试图反驳的情况,但是“在 GATT 历史上尚无一个缔约方反驳成功者”。专家组由此得出结论说:“对非法措施造成的抵销或损伤的推定可否反驳(rebutted)这点,缔约方全体并未明示决定,但该推定实际上是按一种无法反证的(irrefutable)推定运作的。”^[4]值得注意的是,对该专家组这种显然背离 1979 年《东京回合谅解》的“可反驳实际上无法反证”的观点,在此后的类似案件中,并无人表示异议。

尽管如此,《WTO 谅解》仍然重申了《东京回合谅解》的规则:“凡属违反一项涵盖协议义务者,该行为即被认为构成了抵销或损伤的表面证据。”这表明,在正常情况下可作如下推定:违反该规则就对该涵盖协议其他成员当事方造成有害影响,在此情况下,要由受讼的成员方来反驳该诉。

在这项事实推定中,一般认为还含有数量限制与国内补贴。GATT 缔约方全体在 1955 年通过的工作组报告^[5]中说,“就国内补贴而言……一个曾依(GATT)第 2 条谈判关税减让的缔约方,得作如下的第 23 条意义上的合理预期设想:其减让价值不得为后来采取的对该产品增加国内补贴所抵销或损伤。”

(四) 三种救济手段

第 23 条第 2 款规定:“凡在合理期限内有关缔约方之间作不出令人满意的调整……得将问题提交缔约方全体。缔约方全体应迅速调查向之提出的任何这类事情,并向它认为有关的缔约方提出适当建议,或者在适宜时作出裁决……凡缔约方全体认为,情势已严重到足以有理由

[3] *U. S. - Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*. BISD 34s/136. 通称“The Superfund Case”。

[4] 这里该专家组耍了个文字游戏。rebut 与 refute 是两个近义词,为加区别,我只好将前者译作“可反驳”而将后者译作“可反证”。

[5] BISD 35/224

采取行动时,得批准一个或几个缔约方对任何另一个或几个缔约方中止履行本协定规定的减让或其他义务,由他们酌情而定。”

条文明示出,经过缔约方全体‘迅速调查’后,有权采取的救济方式或手段有三项:

1. 向有关缔约方提出适当建议;
2. 适宜时,作出裁决;
3. 批准对违犯国中止(暂停)减让或其他义务。

这三种救济手段中的核心环节是裁决(ruling),即就发生争议的问题、措施或行为,是否符合 GATT 规定作出裁判,这就需要对有关 GATT 条款如何适用于具体案情作出必要的司法解释、推理与判断,包括认定争端当事方在该事项上的条约权利与义务,核定违法一方的责任乃至间接义务等。“作出裁决”是一项明白无误的司法职能。问题在于“缔约方全体”这个在法律上既非组织,又无常设机构的“缔约各方联合行动”群体,又如何履行如此重大的权力职能呢?在 GATT 的早期实践中就已创造出由第三方(即排除争端当事方介入的)人士组成的“专家组”(Panel)断案模式,获得了相当大的成功。我们将在下一段(即第四段)中专门进行讨论。

(五)“建议”的内容

在第 23 条第 2 款规定的三项救济手段中,“适当建议”指用何种具体措施来弥合、补救或克服已产生的分歧。一般说,建议(recommendation)是一种并无强制法律约束力的概念。为了使建议作得适当,常要给接受方可以选择的余地。举例来说,对于违反 GATT 第 3 条“国民待遇”第 2 款,对进口产品征收了歧视性国内税的行为,“建议”则允许被告在取消该税的几种方法中自行选择:可以降低该税,可以是增加对国内产品的税,或者废除该税,只要能纠正违反 GATT 规则的措施均可。正如 1979 年《东京回合谅解》中所说,“缔约方全体的首要目标是撤销违反总协定的措施。只有在无法立即撤销该违法措施时,作为未撤销前的临时措施,才诉诸补偿的规定。”

1955 年对 GATT 条款作较大的修订时,曾把使用第 23 条救济的方式归结为三步:首先力求撤销违反规则的措施;暂时无法撤销的,从别的方面作出补偿;最后可诉诸的手段是报复。其中“作出补偿”的问题最为复杂,其后的不少专家组对这个问题作过各种探讨。

补偿是否可采用“实物复原”(restitution in kind)方式?这方面的典型案例是 1992 年的“特隆汉姆案”^[6]。特隆汉姆是挪威的一个海港城市。政府在设计该市公路自动收费系统的工程时,没有经过公开招标就交给一家挪威公司来办理。美国投诉说,挪威政府的做法违反了 1979 年东京回合签订的《政府采购守则》,并要求挪威政府按实物复原的原则废止已签合同,再按该守则规则重新招标。审理此案的专家组认为,“注意到所有的未遵守(守则)行为都是过去发生的事……对那种认为唯一使挪威在特隆汉姆采购中符合守则义务的办法,是废止已签合同重新开始采购的程序的见解,专家组认为不作这样的建议是适当的。这种性质的建议不符合 GATT 解决争端机制的习惯做法,而且政府采购协议的起草者们并未对专家组标准职权作特别规定。再者,对审理的案件来说,这样的建议会浪费资源并有损害第三方利益的可能,这是不合算的事。”据此,专家组只要求挪威政府“采取必要措施以保证该国被列入守则附件^[7]的单位,将能按照以上裁决进行政府采购”。

[6] Trondheim Case. BISD 39s/400.

[7] 按该采购守则第 1 条,该守则仅适用于附件 1 所列政府单位。

评论家们指出,特隆汉姆案专家组的裁决是符合 GATT 解决争端的传统做法的。从理论上说,GATT 规则主要为了保护进口与国内产品之间的竞争关系,一般不可能追溯性地再创设“已失去的竞争机会”。再者,除反倾销等以外,一般也无法计算出并赔偿“已失去的贸易额”。

其次,是否要作“相应赔偿”(reparation by equivalent)的问题。这个问题早在 1966 年的“乌拉圭案”中就已提出来,鉴于发展中国家尤其中小弱国与发达国家经济实力悬殊,在争端解决上地位十分不利。因此乌拉圭与巴西联合提出一项动议,认为:“遇有对发达国家的措施提出诉讼,并确认其对不发达国家的贸易与经济前景产生了有害影响时,专家组得建议:凡无法消除所诉措施影响或者得不到充分补救者,对其所受损失应按双方接受的条件,用赔款来补偿。”这一提案当时受到发达国家几乎一致的反对。其后,好几个案件的专家组对此也持否定态度。如 1989 年的“智利苹果案”^[8]中,智利曾要求被告欧共体用其他贸易好处作补偿。专家组“注意到总协定并无强制缔约方提供补偿的规定”,未予同意。许多专家组用“GATT 规则是保护竞争条件的竞争规则”为理论指导,一般不谈论“贸易损害”以及赔偿一类问题。如“美国石油税案”的专家组说,“要判断所征税与符合第 3 条第 2 款的税之间影响贸易的差额,从逻辑上说是不可可能的,因而要确定不遵守该规则对贸易的影响,也是不可可能的。”在前述“特隆汉姆案”中,美国要求专家组作出如下建议:“与挪威商定一个补偿美国公司丧失该采购机会的彼此满意的办法,或者若找不到这种办法,则由‘政府采购委员会’^[9]授权美国从挪威撤回与给予挪威公司特隆汉姆合同的出价等值的守则权益。”专家组认为,这在该守则中没有法律根据。

在 GATT 的长期实践中已形成一种观念:赔偿是自愿的。《WTO 谅解》第 22 条第 1 款规定说:“……赔偿是自愿的,若给予,亦应符合该涵盖协议”。为了阻止按第 23 条的中止对等减让,可以自愿约定作出补偿。而这个问题只有向理事会提出来,才予讨论。

赔偿问题曾在乌拉圭回合谈判中再度讨论,但未获结果。

(六) 对报复的国际控制

解决争端的最后一项带强制性的手段,就是报复,即“中止减让或其他义务”。第 23 条第 2 款的最后一段话说:“凡缔约方全体认为,情势已严重到足以有理由采取行动时,得批准一个或几个缔约方中止履行本协定规定的减让或其他义务,由他们酌情而定。凡适用于任何缔约方的任何减让或其他义务业已中止者,该缔约方得于该行动采取的 60 天后,自行把退出本协定的意思以书面通知缔约方全体的执行秘书,自执行秘书收到该通知之日起,60 天后退出生效。”

报复,在国际法中是解决争端的传统手段之一。1969 年维也纳《条约法公约》第 60 条“条约因违约而终止或停止实行”的第 2 款,将这条习惯国际法规则表述为:“多边条约的缔约国之一有重大违约情事时,(a) 其他当事国有权经一致同意①在该国与违约国关系上,或者②在全体缔约国之间,全部或部分地停止实行或终止该条约;(b) 受到特别影响的缔约国有权援引违约为理由,在其本国与违约国关系上全部或部分地停止履行条约。”

联合国宪章也有规定,其第 33 条说,“任何争端之当事国,于争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时,应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机构或区域办法之利用,或各该国自行选择之其他和平方法,求得解决。”

[8] BISD 36S/93。

[9] 东京回合各“守则”,皆设有“签约方委员会”,“政府采购委员会”亦属此类,其职责相当于 GATT 的“缔约方全体”或者其理事会。

然而,在制定哈瓦那宪章和 GATT 时,起草者们经仔细而慎重的考虑,对上述习惯国际法规则在国际经贸领域的适用,有意识地作了限制:所有报复行动,均需经过“缔约方全体的批准”始可采取。这样,在 GATT 所覆盖的范围内,将报复置于国际控制之下。应该说这是 GATT 对国际法作出的一项重大贡献。

之所以作出这种立法抉择,是因为在起草者们心中,对第二次世界大战前那段国际经济关系混乱的历史情景记忆犹新。在那些年代,各国为“保护”本国经济利益,竞相采用或者说滥用各种报复手段,在贸易战中相互倾轧,任“弱肉强食规则”(law of the jungle)支配一切。结果,各败俱伤,自食恶果,并为德意日法西斯发动战争提供了机会和条件。因此,这段历史教训促使了设计战后国际经济秩序的决策者们达成如下共识:一定要控制住贸易战和滥施报复这个关口。当时的起草者表述这种共识说:“对于任何违犯《哈瓦那宪章》义务的行为,只有一种制裁办法可用,使用较粗鲁些的话来说,这就是报复。……我们在经济关系中采取了一项新的原则。我们要求世界各国授予一个国际组织以限制他们作报复的权力。我们力图驯服报复,训练报复,把它限制在一定界限之内,尽力将它置于国际控制之下,制止它的扩散和增加,把这个曾经是经济战的武器,转化成维护国际秩序的工具。”^[20]

在 GATT 近半个世纪的实践中,经缔约方全体批准的报复,只有一次,即 1952 年因美国限制荷兰奶制品进口,允许荷兰采取报复。但荷兰实际上并未真正采取。

值得指出的是,现在出现了美国的“挑衅性单边主义”(aggressive unilateralism),动辄用美国一国立法针对贸易措施来“制裁”他国。这不仅表现为“超级 301 条款”,而且变本加利地制定了所谓“制裁”古巴的《赫尔姆斯—伯顿法》,和对付伊朗和利比亚的《达马托法》,把一国法律强加在他国头上,不仅从根本上违反了国际法准则,也是直接和 GATT/WTO 解决争端机制里“控制报复”原则相背离的。若不加有效制止,有可能以新的形式重演本世纪二十一三十年代那段历史悲剧。

三、独创司法模式:专家组断案

第 23 条第 2 款对 GATT 解决争端的司法机制仅有一句原则规定“缔约方全体……在适宜时作出裁决”。但它却道出了整个第 23 条乃至整个 GATT 解决争端体制的精髓。至于缔约方全体如何履行这个司法职责,它并未设计具体办法,这在实践中按国际经济与贸易关系实际状况,发展出合适规则或模式,开辟了广阔前景。

(一) 微型法庭阶段

“缔约方全体”,从严格法律意义上说,只是全体缔约方根据 GATT 第 25 条采取联合行动时的一种称谓。原非组织机构,又如何行使第 23 条第 2 款给它的司法裁决职权呢?这要从 GATT 实际运行中寻找解决办法。最初,GATT 只有 30 几个缔约方,缔约方全体每年只举行几天会,发生的几件讼案是靠会议主席凭个人权威当场拍板裁定的。这并不难理解,那时出席缔约方全体会议的代表,大都参加了哈瓦那宪章和 GATT 的起草工作,因此对每个条款的立法旨意、规则内容都了如指掌。但随着时间推移,缔约方数目增加到 100 多个,争端数目与内容也增加和繁杂起来,全靠缔约方全体每年或每两年一次的几天会议,终非解决问题的长久之

[20] UN Doc EPC/T/A/PV/6(1947), p. 4.

计。于是便把案件委托给专案工作组审议,审议报告在缔约方全体会议上通过。

从 1954 年 5 月的“意大利诉瑞典反倾销案”开始,出现了用第三方组成的“诉讼专家组”(Panel on Complaints)调查审理的方式。该专家组凭职业技能作出的公正客观调查和周密的法律分析,赢得了高度赞扬和评价。由此演化出由非争端当事方的第三方人士以个人身份独立办案的专家组程序模式。著名 GATT 专家杰克森教授评论说,“在处理争端问题上,从工作组迈向专家组似乎是在不知不觉中走过的,但其中非常重要的一点在于,它代表了摆脱国家间政治交易的窠臼,向着更尊重客观国际法律义务迈出的一步。专家组更有点不对特定国家负责的、独立行事的国际性法院的味道。”^{21]}

应当指出,早期专家组的成员,严格限定为国际贸易专家,大都是各国常驻 GATT 总部的代表。从本世纪三十年代国际联盟时期举行的多次“国际经济会议”中不难看出,国际贸易一向被视为外交范围,一向歧视并排斥法律专家的介入。因此,七十年代以前的专家组基本上没有法律专家的身影。令人惊奇的是,这些专家组写出的裁决报告,从对 GATT 条文的解释、分析与推理的方法,几乎和法院判决书如出一辙,只是在结论部分,才多了些外交辞令以掩饰妥协因素罢了。因此说它像个“雏型法庭”并不为过。任何新生事物都有它不断发展、演化与完善的过程。从这个意义上说,《WTO 谅解》表述的已“法院化”(judicialization)的专家组断案模式,不过是把当初含有的法庭因素扩展成为主要特征而已。

(二) 60 年代的反复

在整个 50 年代,依第 23 条成功处理的 36 个案件中,经专家组断的占 11 余,包括有些“工作组”断的案件(如前面已谈到的“澳大利亚化肥补贴案”)在内,不少具有典型性和先例性质,不乏闪光之作,为后人解释与适用 GATT 实体法规则,乃至弥补规则缺陷,留下意义深远的资料财富。

然而,好景不长。从 1959 年起风云突变,其后 10 余年里,包括专家组断案在内的几乎整个第 23 条规定,全被抛置一旁。所有贸易纠纷或争端全靠依第 22 条的“协商”来解决。按照当时占上风的权威观点(包括 GATT 总干事和秘书处),在解决争端上, GATT 只能充当一个“调解员”(conciliator)^{22]}。

为什么会出现这种情况呢?事情还得从 GATT 实体法规则出现混乱说起。众所周知,国际条约中的实体法规则和为保证其实施而设的程序法规则,两者是互相依存的。正如德国的一位学者所指出:“协定规则的执法,要靠有效的解决争端规则;反过来,解决争端规则的有效性要靠协定规则有清楚而明确的规定。在法律规则的质量与其可执法性之间,在逻辑上说,是相互依存的。”^{23]}就 GATT 历史而言,当其中几条重要规则出现混乱而使人无所适从时,潜伏着的原来对解决争端机制的不满,也乘机萌发。

从五十年代逐渐暴露出来的 GATT 规则的混乱,主要有三大板块:(1)农产品贸易,因美国 1953 年引用第 25 条免除义务规定和欧共体相对应的差价税而游离于 GATT 规则之外。(2)欧共体大量缔结“联系协定”式特惠制条约,并不符合 GATT 第 24 条规定,但缔约方全体

^{21]} J. Jackson: *World Trade and the Law of GATT* (1969), P. 174.

^{22]} Kenneth Dam: *The GATT Law and International Economic Organization* (1970)

^{23]} Minhard Hilf: *Settlement of Disputes in International Economic Organization: A Comparative Analysis and Proposals for Strengthening The GATT Dispute Settlement Procedure*. 同前引 [6] 书, P. 285.

又无力纠正,使一大批地域化的“关税联盟与自由贸易区”作为最惠国例外,威胁着 GATT 的基础。(3) 缔约方全体对纺织品贸易作出的“市场破坏”变通,破坏了第 19 条保障的原意,使之具有“选择性”。不仅使纺织品半游离于 GATT 体制,也为“灰色区”开了后门。

从时代背景上说,到 60 年代欧洲和日本已从战争废墟中恢复元气,其经济实力足以与美国相抗衡,国际贸易形成三足鼎立的格局。加之能源与金融危机四起,发达各国的贸易保护主义浪潮冲击着以贸易自由化为宗旨的 GATT 多边贸易体制。

在这种局面下,欧洲传统把国际贸易当作外交活动的主张,在求实主义旗帜下,在 GATT 占据了上风。这派主张认为: GATT 并不是法,而仅是一种合同(contract)而已。GATT 只不过提供了一种原则型松散框架,一切问题要在这个框架下进行谈判,靠达成妥协来解决。由妥协产生的东西与法院可援引为法律的东西,并不要求严格相符。他们强调“法律的局限性”,把坚持将 GATT 规定当作法律规则的观念,斥为 Legalism(死抠条文主义)。用当时任 GATT 总干事的奥里弗·隆的话来说,“这些局限性反映了在有例外条款和保障条款的情况下,试图在一个法律框架内规范处于波动状态的国际贸易问题有何等困难”。^{24]}在他写的书中,不乏对 Legalist(死抠条文者)的驳斥。既然 GATT 规定的并非法律规则,解决争端就没有司法的前提条件,自然应回到“权力型”(power-oriented)外交轨道上来。具体表现在 GATT 条款上,一切通过第 22 条的协商与调解方法来解决争端,其典型论点是“GATT 的解决争端只相当于一个调解委员会”。

这种“求实”观点是有它一套理论作支撑的。他们认为,在一个国际组织中使用法律方法解决争议,并不能保证其成员国之间的合作,反而会损坏合作精神。这最多只能算一条表面理由用来掩盖更深一层的观念:不愿将主权国家贸易政策这样的大事,置于国际司法审查(international judicial review)之下。对此,我将在后面再讨论。第二种理论观点说,在国际经济领域里,解决争端的目的是不是要分清谁是谁非,或者决定一国在其中的责任,而在于保持住成员间业已达成的利益平衡。第三种观点则是国际贸易界传统地对法律工作者的歧视与成见。这种观点,在 1932 年国际联盟“经济会议”制定的《友好解决国家间争论程序》文件^{25]}里,有一段话表述得最为清楚:“并不透辟了解经济生活详情的法官们,他们常常喜欢用纯粹法律标准断案,其中事实与技术考虑占据主导地位。由他们组成的机构似乎并不总能以令人满意的方式工作。再者……(国际)法院自己也觉得司法解决并不一定是解决经济争端的最佳途径。”如前述,早期的 GATT 专家组排斥法律工作者,也正是这种陈腐观念在作祟。

这一套理论观念显然背离了制定哈瓦那宪章和 GATT 的基本指导思想。实际状况也表明:在传统贸易派思潮影响下,整个 60 年代不仅专家组裁决制被搁置,而且 GATT 的实体法规则也随机应变,造成了国际贸易中全盘法纪废弛,陷入自毁条约的恶性循环之中。最后 GATT 体制也风雨飘摇朝不保夕,而主张废弃 GATT 另立章法之议迭起。

值得指出的是,上述这套“求实”派观点,早已被历史抛弃,连它的积极鼓吹手——欧共体也改弦更张。而我国有些人士由于对这段历史了解不够,仍把这类观念当成正确的东西,诸如认为 GATT 是“多边贸易契约(合同)”,GATT 解决争端机制“基本上属于大国论坛”,等等。这是很值得清理和商榷的。

^{24]} Oliver Long: *Law and Its Limitations in the GATT Multilateral Trade System*. (1985)

^{25]} League of Nations Doc. No. C. 379.

(三) 东京回合的转机

在这场传统贸易派与尊法派^[26]的争斗中,本属尊法派的美国却步步退却,并最终被逼到墙角。在广大发展中国家支持下,由美国牵头,才于 1973—1979 年东京回合上奋起反击。原本在五十年代,都是把 GATT 条款当作法律规则来贯彻执行的。正如一位德国学者所说,“从一开始,GATT 的缔约方全体就强调协定规则的法律性质,并以第 22 条第 23 条作主要程序来实行”。^[27]作为第一次以多边形式对贸易问题作国际立法,存在若干漏洞或不切实际的缺陷是难免的。但它毕竟是历史的一大进步,使国际贸易能按法制的稳定轨道进行,避免再出现本世纪二十—三十年代的历史灾难。因此,尊法派的观点十分清楚,正如布什政府特别贸易代表韦尔斯女士的一句名言所说:“总协定像是一块无价土地上的一幢简单平房,花多少钱对它加以改建都是值得的。”

经过激烈交锋,尊法派初战告捷,猖狂一度的“求实”派不得不退却。东京回合在修补 GATT 在约制非关税措施方面的实体法规则,在制定出 9 个“守则”的同时,也达成了《关于通知、协商和解决争端的谅解》(本文一律简称作“东京回合谅解”)。这个谅解专门列有一个附件:

《对总协定解决争端习惯做法的约定表述》,试图对五十年代起专家组断案的习惯规则加以肯定,并用书面形式写成规则。

仔细研究一下这个谅解及其附件就不难看出,这是对六十年代抛弃第 23 条规则的一种历史校正。但无可讳言,这个校正很不彻底,其中含有不少妥协因素。这主要表现为:在肯定五十年代专家组断案作法的同时,在字里行间插进一些劝导性或限制性用语,例如,“缔约方全体的目的是要保证争端得到解决,因此首先应谋求争议双方可以接受的解决办法”,给人以缔约方全体首先是“调解员”的印象。又例如,“专家组要定期与当事各方磋商,并给他们以找出彼此满意的解决办法的充分机会”。处处反映了不到万不得已不作司法裁决的苦心孤诣。正如一位美国教授所指出:“分散在文件多处的,贯穿着一种抑制性因素,把它们加在一起,传达了一个重要信息:“解决争端程序的首要目标是解决争端,不要给人以法律诉讼的印象。”^[28]

国内有的学者认为,“在东京回合,主张通过外交手段解决争议的观点占了上风,从文本措辞来看,专家小组扮演了调解者的角色。”我以为这种看法是不对的。

(四) 不断“法院化”的进程

后来的实践证明,《东京回合谅解》中那些妥协性劝导,并未受到人们的理睬。就连曾一度竭力阻挠专家组断案的欧共体各国,见大势已去,也摇身一变,从被动地被起诉一跃而主动向专家组投诉。因此七十年代专家组裁决案件已升到 72 宗,八十年代猛增至 110 宗。

与此同步发展的因素是专家组的法律素质和程序“法院化”的不断增加。鉴于有些专家组报告因法律上的缺陷而受到非议,在 GATT 理事会上被退回,1982 年缔约方全体决定在 GATT 秘书处专门设立一个“法律部”(Legal Office),它的任务是为专家组提供法律专业知识、法律咨询并负责代为起草“专家组(裁决)报告”文稿。一位加拿大学者评述这件事说:“那时,GATT 诉讼中的法律论点日益详尽,专家组报告也更长了。在处理具体争端与大部头

[26] 这是我对 legalist(原带贬义的词,“死抠条文者”)的汉译,以正其名。

[27] 前引[23],Meinhard Hilf 文。

[28] R. E. Hudec: *GATT Dispute Settlement After The Tokyo Round: An Unfinished Business*, *Cornell International Law Journal* 2(1980)

GATT 法律全书的关系上,报告本身变得更具推理性和证据意识。这也反映了秘书处协助专家组的职能。正如 1982 年缔约方全体部长会议宣言所说,秘书处有责任协助专家组,尤其在所审事项的法律、历史与程序方面。”^{29]}与此同时,越来越多的法律专家卷入专家组,有的担任首席专家。从此,排斥法学家介入国际贸易这块领地的乌云,被吹散得无影无踪了。

东京回合以后,GATT 的解决争端机制继续它不断法规化(Codification)、法院化和非政治化的进程。这是有 1958、1966、1979、1982、1984、1989 等年缔约方全体的决议文件记录的。而 1979 年后,速度加快了。

经 1955 年通过并于 1958 年开始正式施行的决议,曾把第 23 条规则概括为三个步骤:首先寻求撤销违反 GATT 义务的措施;暂时无法撤销时,从别处作出补偿调整;最后可诉诸的手段是进行报复。

1966 年缔约方全体通过了一项著名的决议《关于第 23 条第 2 款的程序》,^{30]}专门为发展中国家投诉发达国家规定了办法。其要点有:

- (1) 允许在投诉时,要求 GATT 总干事出面作调解;
- (2) 投诉两个月后,得要求总干事向理事会作出报告;
- (3) 理事会接到总干事报告后,立即指定并设立专家组;
- (4) 专家组接手案件后,于 60 天内作出裁决与建议,交理事会审议;
- (5) 被告缔约方接到理事会建议后,于 3 个月内报告其履行情况。如发现被告未予履行,应于下届理事会讨论报复措施。^{31]}

1979 年的《东京回合谅解》,特别强调了专家组断案的司法模式,并指出了它与“工作组”的重大区别。比较而言,其区别主要有三:

(1) 工作组受命于缔约方全体或理事会,一般负责处理广泛性管理事项或者政治因素较强的争端,成员人数较多。“对一切对该案有兴趣的缔约方开放,自由参加”。一般由 5—20 人组成,争端国是当然成员,并享有与其他成员同等地位。专家组主要为处理贸易法律争端而设,一般由第三方国家的 3—5 名专家组成。“争端当事方国家的公民,不宜作该争端专家组成员”(《谅解》第 11 条)。

(2) 工作组是一种官方机构,其成员都是以本国政府代表的资格参与其事的,人选自然由该国政府决定,并听命于本国政府的指令。“专家组的成员通常从各国常驻 GATT 的代表团中选任,少数情况也得从经常参与 GATT 活动的各国首都国家行政机关中选出”。但为了使专家组能客观公正地审案,“专家组成员是以个人资格而不是政府或任何组织的代表参与工作的。因此,各缔约方政府不应给予任何指令”;“选择专家组成员时,要确保其独立性,有各方面经验与专业知识”(《谅解》第 14 条)。“专家”最初专指贸易专家,但也不全排除案情所需的经济技术专家如会计师、税务师等。1977 年的美欧互诉 DISC 案里,专家组成员中就有税务专家。《谅解》第 13 条规定,“为了便于组成专家组,总干事应保持一个非正式的花名册,载有政府与非政府的、在贸易关系与经济发展以及适用总协定其他方面够资格并能参加专家组的人士”。

29] Christopher Thomas: *Litigation Process under GATT Dispute Settlement System – Lesson for WTO*, *Journal of World Trade*, 1996, p. 59.

30] BISD 14S/18.

31] 《WTO 谅解》第 3 条第 12 款中专门提到并肯定了这个决议,仅在时间上作了小的调整。

(3) 专家组的职权。“专家组的职权一般是审理有争议的事实和可适用的总协定条款,以得出对争端的客观评价”(《谅解》附件第 3 条)。“专家组应对争端,包括有争议的事实、关贸总协定的适用、争议措施是否符合总协定等,作出客观的评价;专家组还应缔约方全体的要求作出有助于解决其他问题的裁定”(《谅解》第 16 条)。1982 年的《GATT 部长会议宣言》中特别强调了专家组对审理的问题应该提出明确的“裁决与建议”意见,并指出“GATT 秘书处有义务帮助专家组工作,尤其在争端事项的法律、历史与程序方面协助工作”。

1984 年缔约方全体通过的《解决争端程序》,针对专家组组成上久拖不决的状况,硬性规定了适用规则,即由总干事提出人选,“除有充足理由外,各方不应反对所提名的人选”。再者,第一次强调了“专家”资格中“非政府官员专家”的人选,虽非政府雇员只要具备国际贸易和 GATT 方面广博知识即够资格。

1989 年乌拉圭回合中期评审会议宣言,在“解决争端”一段,决定试行已达成协议的规则,强调了可选择仲裁作为速决手段。直到 1994 年 4 月的马拉喀什会议,才以达或 WTO 全套文件,包括《WTO 谅解》在内,达到使争端解决机制完整地法院化和法规化的目标,使这个进程告一段落。

四、GATT 机制的成就与不足

从实践中形成习惯规则,继而以立法形成加以规范,GATT 创造出了处理国际贸易争端的兼具规范合理性与实际可行性的程序规则。这种符合国际经济关系日益一体化实际的争端解决机制必然获得巨大成功,并为 WTO 制定更完备的体制奠定可靠的基础。

GATT 解决争端机制的成就是辉煌的,堪与它的更一伟大成就——关税减让(从平均 40% 的税率降至 4% 左右)相媲美。就现在国际组织已有的司法机制来说,GATT 不仅是独具一格的,也是首屈一指的,不论是设在海牙的国际法院,还是欧共体法院都相形见绌。据说乌拉圭回合主张把知识产权问题纳入 WTO 体制,在很大程度上是看中了 GATT 司法制度能为这类权利提供有力的保障。

据统计,到 1993 年为止缔约各方依第 23 条或与第 23 条相当的东京回合各守则争端条款提出,并经裁决的 230 多宗法律讼案中,大都是经专家组程序裁决的(占 115 宗以上)。专家组断案的平均速度是 10 个月,成功率在 90% 左右,这是很高的。其中不少案例经过历史岁月的检验,至今仍闪烁着真理与正义的光辉。美国著名 GATT 教授休德克评价说,“GATT 的解决争端程序是一个十分成功的国际法律制度。总的成功率为 88%,80 年代为 81%。这表明 5 宗案件中起码有 4 宗审理是成功的。在国际法律制度历史上达到此辉煌巅峰者,若不算独一,至少是罕见的。”^[2] 由此为 GATT 赢得的声誉也是很高的。

从总体上说,GATT 的解决争端机制为其缔约各方在条约中规定的权利与义务提供了保障,使得总协定基本上得以贯彻执行。由专家组断案形成的司法体制,大大抑制了国际贸易全靠“权力型外交”来运作,而引导它进入“规则型法律”轨道,尤其为发展中小弱国提供了较大保障,使这个战后建立起来的第一个多边贸易体制和国际经济秩序,得以保持稳定性与可预见

^[2] Robert. E. Hudec: *Enforcing International Trade Law, the Evolution of the Modern GATT Legal System*(1993). P. 153

性,同时也为这个多边体制进一步向更高层次发展提供了基础和推动力。

当然和一切不断发展中的事物一样, GATT 机制尤其专家组断案模式,也有它的缺陷与不足,其中有些是现阶段国际司法体制均未解决的难题,例如强制管辖权问题。对 GATT 专家组审案来说,主要表现在两个环节上:第一,要不要设立专家组来审理,要经过争端当事双方同意始可;第二,专家组裁决报告要提交 GATT 理事会以共识(Consensus)程序通过,始得成立。这就表明,败诉方具有否决权,可以阻挠通过。从规则的法理合理性上说,这当然是一种根本性的缺陷。不过,就 GATT 90 年代以前的实际运作而言,这个缺陷的影响不像人们想像的那么大。据 1989 年 12 月 GATT 总干事在理事会上的报告中说,“总之,通过专家组报告的状况一直良好。迄今尚无疑因被告方拒绝专家组建议而使专家组报告不被通过或执行的例子”。^{§3]}这其中有些少数专家组报告(如 DISC 案,弹簧装配案等)因法律推理有较大缺陷而受到批评或劝止通过。有 4 个专家组报告并未提交通过,却由争端双方按裁决执行的。那么为什么败诉方未正式使用其否决权从中阻挠呢?个中原因比较复杂。有些是专家组裁决中含有可令败诉方接受的妥协因素。但是,败诉方政府借助于专家组裁决和缔约方全体一致同意来抵挡本国的保护主义倾向,也是一个重要原因。毕竟在是非公理已变得众所周知的情况,受到孤立的败诉方是很难支撑很久的。这就是说,败诉方权衡一下接受还是反对时,往往觉得接受对自己更为有利。可是这种状况到 90 年代就出现变化。有几宗反倾销案就出现了败诉方顶牛,坚持不予接受例子。^{§4]}

值得一说的是,国内有些论著中竭力贬低 GATT 机制成就及其司法效用的说法,例如说,“GATT 机制的目的不是判明谁是谁非”,只求解决争端;“它的原则是解决争端,而不是强制实施 GATT 的法律”。这些看法可能是接受了前述 60 年代欧洲“求实”派观点,竭力贬低 GATT 机制的司法性质。例如,说“提交总协定解决的争端不是诉讼案件,向总协定提出申诉也不是诉讼行为”。^{§5]}这显然否定了 GATT 解决争端机制保障缔约方权益和条约执行这个根本目的。令人难解的是,有的人一方面明确承认 WTO 协议规定的是“法律”,却又莫名其妙地坚决反对其解决争端机制中含有“司法”或“准司法”因素。最近刚出版的一本名叫《世界贸易组织法》^{§6]}的书中说,“它(GATT/WTO)决不是一种司法性的体制或准司法性的体制,而是一种集各种政治方法、法律方法的综合性争端解决体制。”那么试问,这里的“法律方法”指的是什么东西呢?它是否包括有“司法”或“准司法”的方法呢?

对 GATT 程序的司法性质,尤其专家组断案的法律诉讼性质,有必要作以下几点论证。

第一,解释条款规则,实际具有先例或先行的作用。

和一切法院及其他司法机构一样,司法的根本特征是以事实为依据,以法律规则为准绳,对案件的是非曲直作出评判,正是专家组断案的根本目的。为使之适用于特定事实,专家组必然先要对条款规则含义作出自己的解释,并对各种不同的理解或解释作出澄清,拨乱反正。专家组结合具体案情对条文所作解释,虽无法定先例作用,但确属解释或阐明的条约规则的宝贵资料库。有些典型性有说服力的司法解释,实际上会产生一定先例或垂范意义。在 GATT 的

§3] GATT Doc.C/171.C/RM/ov/1, p. 7.

§4] 参见前注 [1]所引 Ernst- Ulrich Petersmann 文,第 1024 页。

§5] 参见《中国国际法年刊》,1989 年,第 230 页。

§6] 武汉大学出版社,1996 年版,第 134 页。

200 多案例中具有垂范意义者,随手就可拾取几例。例如,我们为解说“不违法之诉”而引证“澳大利亚化肥补贴案”中关于“预期利益”的论点,后来被广泛引用。又例如 80 年代由欧共体退休法官皮斯卡托(Pescatore)为首的专家组对“挪威限制苹果进口案”中祖父条款“现行立法”的解释,^[37]其垂范意义远超过 GATT 范围。又如对 GATT 第 20 条中的引言条文以及(a)、(b)、(d)款都有的“所必需者”的解释,澄清了许多模糊不清的说法;1989 年 AKZO 案对美国贸易法第 337 条款歧视性的定性^[38],几乎已成为国际共识。按照 1969 年维也纳《条约法公约》第 31 条第 3 款,对条约解释时参照“条约上下文”并考虑“(b)其后适用条约中能确认为各缔约国同意作为解释的任何做法”,经 GATT 缔约方全体通过的专家组报告,当属此类。

即使有些案件的专家组裁决不足为法,或者后来对此有争论或不同解释,作为先行者,也具有一定参考价值。例如,1990 年“改锥案”^[39](Screwdriver Case)的专家组,把依欧共体 1761/87 号条例对日本将家电零件运入法国,再组装成整体的产品征收反倾销税,裁定为违反倾销规则,曾引起激烈争论。在乌拉圭回合谈判中,欧共体等坚持要写“反规避条款”,迄今仍为悬案。

第二,判例对条约的检验效应

将条文适用到有争议的具体案例过程,也是对条约的最好检验:规定是否切实可行?有何缺陷,应怎样修改?实践提供了直接而可靠的标准。因此专家组判例显然具有拾遗补缺作用。历史上国际联盟时期国际常设法院,现在国际法院以及欧共体法院的判例中不乏这方面的例证。有的判例常常为进一步立法开辟道路。有的国际法学者认为“法院造法是每个社会主持正义的永恒特征”,^[40]这或许是受到普通法系国家判例造法影响而产生的论点。就国际法,尤其 GATT 与 WTO 多边贸易体制来说,是不容许这种观点存在的。《WTO 谅解》第 3 条第 2 款最后一句话说:“DSB 的建议与裁决不得增加或减少各涵盖协议所规定的权利与义务”,据说这正是为禁止 DSB 造法而作的规定。但是专家组判例对后来补充或修改 GATT 条款的启迪作用,是无可否认的,例证也是不少的。

例如 1984 年在“加拿大外国投资检验法”的案例中,专家组对 GATT 第 3 条(国民待遇)第 4、5 款的禁止“由国内来源供给指定数量或比例”的规定所作解释,实际上为乌拉圭回合制定《与贸易有关的投资措施协议》(Trims)开了先河,这是众所周知的。

另一个具有呼唤新规则的一组判例,是对国际贸易中污染环境立法的拾遗补缺。其中对美国限制外国金枪鱼产品进口的三个案件(1982, 1987, 1991)具有一定代表性。在 GATT 规则中只有第 20 条(一般例外)的(b)项“为保护人类及动植物的生命或健康的必需者”和(g)项“有关养护可用竭的天然资源,凡这类措施同限制国内生产与消费一道实施者”;与防止环境污染沾点边。这些案例并未直接评论有关国家的环境政策,诸如环境税、产品保护消费者的标准、生产标准(减少生产过程对环境的污染)等,但判例明确暗示出在国际范围作环境立法的呼声,例如,1991 年的“美国限制金枪鱼进口案”^[41]中,直接涉及到美国 1972 年的“海生哺乳动物保护

[37] 参见赵维田:《论关贸总协定的“祖父条款”》,《国际贸易问题》1993 年第 2 期。

[38] BISD 36S/345。参见赵维田:《最惠国与多边贸易体制》,中国社会科学出版社 1996 年版,第 174 页,第 108 页。

[39] World Trade Materials Vol. 2. (1990)p. 5.

[40] 这是英国著名国际法学者 Lauterpacht 的观点,参见其 *The Development of International Law by ICJ*(1982)·P. 156.

[41] World Trade Materials Vol. 4, NO. 3(1992)

法”。案情涉及现代化拖网捕鱼方法,在东太平洋热带区作业而围捕金枪鱼时,把相当数量的与金枪鱼结伴而行的海豚也给捕杀了。美国 1972 年立法规定,这类商业性捕杀的海豚,每年不得超过 2750 头。据此标准美国法院 1990 年 10 月下令禁止墨西哥的金枪鱼及其制品进口,1991 年接着又下令:凡第三国(日、法、意等国)货物含有墨金枪鱼成份者,均禁止进口。专家组在判定美国败诉的理由中,除指出美国国内立法没有域外效力等外,着重解释说:GATT 第 20 条(b)项“为保护……动植物生命或健康所必需者”中的“必需者”,指的是在别无符合 GATT 规则或最少违犯规则的措施可供选择时;而海豚游弋于海洋,包括许多国家的领海和公海,完全可用通过谈判找出不违反 GATT 的国际合作安排的办法,来使问题得到解决。这就暗示了对国际环境立法的呼唤。

在弥补 GATT 对竞争法的缺陷上,专家组判例也很突出。从前述我们谈到的限制进口类案例中也可看出, GATT 专家组一贯把限制进口解释为“限制或扭曲竞争条件”。1990 年的“油菜籽案”的专家组讲得最为清楚:起草者们对第 23 条第 1 款(b)项的“不违法之诉”的“背后指导思想是……使经关税减让改善的,可合理预期到的竞争机会落空的,不仅有 GATT 禁止的措施,也有符合总协定的措施。”这表明:①关税减让是一种新的竞争条件;②后来采取的不符合 GATT 规定的措施,打乱了约定税率产品与其他直接竞争产品之间的竞争关系;③这些都是在关税减让谈判时能合理预期到的。

还有个案例即 1988 年“日本限制半导体出口案”。^{42]} 专家组认为,日本政府用“政府指导”方式来支持私人企业订立“自愿节制出口协议”(一种所谓“灰色区”措施),是违反 GATT 第 11 条第 1 款的普遍禁止数量限制规则的。这个案例已直接涉足于 GATT 并未作规定的“限制性商业措施”(restrictive business practice)问题。

这就不难理解,为什么乌拉圭回合谈判中要求制定与贸易有关的国际环境法规则和反托拉斯(亦即竞争法)规则的呼声会如此强烈,并实际已安排入乌拉圭回合后作多边谈判的题目。

第三,用司法手段抵制强权

在解决争端机制从“权力型”(power-oriented)外交手段向“规则型”(rule-oriented)法律手段的历史性转变过程中,已出现并会不断出现用专家组断案的司法手段抵制强权的现象。

我们从上段谈到的几宗美国反对金枪鱼产品进口案例中,不难看出美国一贯地靠强权把其国内法规则强加给别国的霸道做法。由于美国是打着“保护物种”的绿色旗帜作掩护的,国际上称之为“绿色保护主义”或“绿色帝国主义”。单方面地将其反托拉斯法强加给别国的情况也有发生。受害国发现向 GATT 投诉是一种相当有效的办法,因为这类案件的专家组一般都会主持公理,以扼制这类强权行为的。

对经济实力比较薄弱的广大发展中国家来说, GATT/WTO 机制尤其专家组断案的司法方式,给保护他们的合法权益提供了有力的保障。这种保障不仅向他们提供了公正讲理的“法院”;而且也向他们提供了向强权作斗争的武器。

“泰国禁止外烟案”^{43]}就是这方面的一个典型例证。泰国曾按其“烟草法”限制外国香烟进口,并对进口烟征重税。1980 年的那次禁令触怒了美国,它三番五次威胁要对泰实行加倍“经济制裁”。在眼看就要吃大亏的紧急情况下,泰国向 GATT 投诉。经过调查和审理,专家组最后

^{42]} BISD 35S/116。

^{43]} World Trade Material. Vol. 3. NO. 1. (1991)。

判定泰国做法违犯 GATT 规则,并建议其修改本国烟草法。官司虽然没有打赢,或许当泰投诉时就没有指望胜诉,但却有力地抑制了美国气势汹汹的制裁威胁,可称“虽败犹荣”。

五、WTO 的继承、发展与突破

GATT 的解决争端机制经过不断法典化和法院化,终于瓜熟蒂落,在乌拉圭回合谈判中结出了硕果。可以说,与乌拉圭回合对国际贸易(包括服务贸易、知识产权与投资)制定的一整套实体法规则(即“各涵盖协议”)相配合,《WTO 谅解》提供了一套相当完备的司法机制,形成了整个 WTO 多边贸易体制振翅飞翔的两翼。

(一) 是继承发展还是“革命”

国内最近一本书中说,“(WTO) 谅解书将大大加强世界贸易组织争端机制的作用,可以说是这一机制的一次革命——从论坛和调解委员会变成法院或仲裁庭的革命。”这是值得探讨和商榷的。这一论断关于 GATT 的机制是否“论坛”和“调解委员会”一节,我们前面已作过回答。现在要讨论的是 WTO 解决争端机制是否对 GATT 体制的“一次革命”? 不论从理论或原则上,还是从实际上,似乎都不是这样。我认为正确的表述应该是“继承与发展,包括某些突破性发展”。

从理论或原则上说,WTO 协定第 16 条第 1 款明文规定:“除本协定或各多边贸易协议另有规定者外,WTO 要接受 1947 年关贸总协定缔约方全体与 1947 年关贸总协定框架内所设各机构所遵循的各决议、程序和习惯做法的指导。”该条款明确表达了从总体上继承 GATT 体制与规则的意思。据统计,所含 GATT 的决议达 200 多个,其中当然包括表述改善 GATT 解决争端程序规则的决议在内,例如 1979 年“东京回合谅解”。而所说“程序与习惯做法”,自然应理解为包括专家组断案在内。而在《WTO 谅解》这个具体规定解决争端规则的文件中,第 3 条第 1 款也明确表述说,“各成员方确认他们恪守 1947 年关贸总协定第 22 条和第 23 条前此处理争端所适用的原则,以及其中经诠释与修改的规则与程序。”

从实际内容上说,“WTO 谅解”也是具体承袭接受了 GATT 机制包括专家组断案在内的几乎全套衣钵。当然,WTO 谅解的规则在 GATT 基础上有不少发展,有些发展是突破性的。这些突破性发展主要表现为:专家组审案的“强制管辖权”、司法独立的尝试以及严格规定了程序各环节的时间限制等。

(二) 强制管辖权

WTO 谅解取得的一项最重大成果,是确立了“解决争端机关”(DSB)对案件的强制审理权(compulsory jurisdiction,通常译作“强制管辖权”)。这是对传统国际法里“不得强迫任何国家违反其本身意志来进行诉讼”⁴⁴⁾规则的重要突破。现在除海洋法庭外,一般国际组织包括联合国国际法院在内,司法诉讼是经争端当事国“自愿同意”;国际法院才有权受理的。

如前述,GATT 专家组断案“法院化”面临的重大关口,就是专家组审理案件需经争端当事方的同意,审理报告要经 GATT 理事会以“共识”通过,即给败诉方以否决权。如果说 GATT 前 40 年专家组竭力征得双方同意,使报告遭否决得以避免的话,那么九十年代在审理反倾销与反补贴类案件中,遭败诉方否决的情况已屡有发生。因此,要求取消否决的呼声日高。

⁴⁴⁾ 参见《奥本海国际法》,劳特派特修订本,王铁虎,陈体强译,第一分册下卷,商务印书馆 1972 年版,第 37 页。

判定泰国做法违犯 GATT 规则,并建议其修改本国烟草法。官司虽然没有打赢,或许当泰投诉时就没有指望胜诉,但却有力地抑制了美国气势汹汹的制裁威胁,可称“虽败犹荣”。

五、WTO 的继承、发展与突破

GATT 的解决争端机制经过不断法典化和法院化,终于瓜熟蒂落,在乌拉圭回合谈判中结出了硕果。可以说,与乌拉圭回合对国际贸易(包括服务贸易、知识产权与投资)制定的一整套实体法规则(即“各涵盖协议”)相配合,《WTO 谅解》提供了一套相当完备的司法机制,形成了整个 WTO 多边贸易体制振翅飞翔的两翼。

(一) 是继承发展还是“革命”

国内最近一本书中说,“(WTO) 谅解书将大大加强世界贸易组织争端机制的作用,可以说是这一机制的一次革命——从论坛和调解委员会变成法院或仲裁庭的革命。”这是值得探讨和商榷的。这一论断关于 GATT 的机制是否“论坛”和“调解委员会”一节,我们前面已作过回答。现在要讨论的是 WTO 解决争端机制是否对 GATT 体制的“一次革命”? 不论从理论或原则上,还是从实际上,似乎都不是这样。我认为正确的表述应该是“继承与发展,包括某些突破性发展”。

从理论或原则上说,WTO 协定第 16 条第 1 款明文规定:“除本协定或各多边贸易协议另有规定者外,WTO 要接受 1947 年关贸总协定缔约方全体与 1947 年关贸总协定框架内所设各机构所遵循的各决议、程序和习惯做法的指导。”该条款明确表达了从总体上继承 GATT 体制与规则的意思。据统计,所含 GATT 的决议达 200 多个,其中当然包括表述改善 GATT 解决争端程序规则的决议在内,例如 1979 年“东京回合谅解”。而所说“程序与习惯做法”,自然应理解为包括专家组断案在内。而在《WTO 谅解》这个具体规定解决争端规则的文件中,第 3 条第 1 款也明确表述说,“各成员方确认他们恪守 1947 年关贸总协定第 22 条和第 23 条前此处理争端所适用的原则,以及其中经诠释与修改的规则与程序。”

从实际内容上说,“WTO 谅解”也是具体承袭接受了 GATT 机制包括专家组断案在内的几乎全套衣钵。当然,WTO 谅解的规则在 GATT 基础上有不少发展,有些发展是突破性的。这些突破性发展主要表现为:专家组审案的“强制管辖权”、司法独立的尝试以及严格规定了程序各环节的时间限制等。

(二) 强制管辖权

WTO 谅解取得的一项最重大成果,是确立了“解决争端机关”(DSB)对案件的强制审理权(compulsory jurisdiction,通常译作“强制管辖权”)。这是对传统国际法里“不得强迫任何国家违反其本身意志来进行诉讼”⁴⁴⁾规则的重要突破。现在除海洋法庭外,一般国际组织包括联合国国际法院在内,司法诉讼是经争端当事国“自愿同意”;国际法院才有权受理的。

如前述,GATT 专家组断案“法院化”面临的重大关口,就是专家组审理案件需经争端当事方的同意,审理报告要经 GATT 理事会以“共识”通过,即给败诉方以否决权。如果说 GATT 前 40 年专家组竭力征得双方同意,使报告遭否决得以避免的话,那么九十年代在审理反倾销与反补贴类案件中,遭败诉方否决的情况已屡有发生。因此,要求取消否决的呼声日高。

⁴⁴⁾ 参见《奥本海国际法》,劳特派特修订本,王铁虎,陈体强译,第一分册下卷,商务印书馆 1972 年版,第 37 页。