



刘筱萌-WTO争端解决机制报复权利转让问题初探



来源方式：原创

发布时间：2012-05-22

WTO争端解决机制报复权利的转让问题初探*

刘筱萌**

内容摘要：关贸总协定（GATT）留给WTO最大的遗产之一，是把报复纳入多边主义的集体控制之下，任何缔约方未经授权不得采取贸易报复。然而对于报复来说，这种依赖于一成员方单独力量对抗另一成员方的“以牙还牙”方式在设计之初却并没有考虑到其实效性存在着一个隐含的前提，即只有实力均衡的情况下互相的报复行动才能够对违背WTO义务的一方造成足够的经济威胁，从而迫使其改变国内措施，遵循WTO的义务要求。因此，许多发展中成员都对报复制度提出批评和建议，而在其中墨西哥1994年改革提案尤为引人注目，提出应将报复权利纳入到可转让或者拍卖的范畴中来，以使得中小成员得以对抗发达成员方。本文试图对WTO多边体制下的报复制度进行考察，进而分析墨西哥提案的报复转让权利的法律问题和经济问题，尽管高效率地解决了成员的困难，但可能会带来潜在更大的政治和经济问题。

关键词：WTO报复制度 墨西哥提案 终止减让 转让

一、WTO的报复制度

自乌拉圭回合最后文件成立世界贸易组织以来，其在国际组织中独树一帜的争端解决机制就一直各成员国政府、各国学者研究关注的焦点。世贸组织争端解决机制不仅被世贸组织法定为向多边贸易体制提供安全及预见性的一种核心要素，而且被视为“世贸组织的最独特贡献”，还被普遍视为迄今为止多边贸易谈判史上的一项最大成就和实施与执行世贸组织协议的一种最有力的法律保障手段。因此，世贸组织争端解决机制被形象地称为“世贸组织皇冠上的明珠”。

自1995年初到2009年初，WTO争端解决机构共受理投诉395件，散发了共计126份专家组报告，涉及国际贸易的各个领域，在数量上，WTO争端解决机制成绩斐然，与关贸总协定比较，关贸总协定48年共受理了300件投诉；与联合国国际法院比较，联合国国际法院从1947年5月22日受理第一个诉讼案件开始到2009年7月24日60多年共受理143件案件，到7月24日为止，共做出93件判决书和26份咨询意见；与解决国际投资争端中心（ICSID）比较，解决国际投资争端中心自1965年成立到2009年7月共受理投资纠纷22件，到2009年7月18日已决案件（concluded cases）165件，未决案件（pending cases）128件；而WTO争端解决机制建立的第一个十年就受理了324件投诉，通过了115份专家组报告、73份上诉机构报告，做出了42份仲裁决定。

由此可见，作为一个极高效率的争端解决机制，乌拉圭回合最后成果在解决争端问题上试图建立的是一个强力的纠正模式，即“遵守—补偿—报复模式”（a Compliance-Compensation-Retaliatioin Model），在这种运作模式之下，WTO可以授权其成员方采取相应的报复措施（“终止减让”，suspension of concessions）以强制纠正其他成员方违背WTO减让承诺的贸易行为。如《哈瓦那宪章》起草者之一的Clair Wilcox所说：“我们要求世界各国赋予某个国际组织限制这些国家使用报复的权利。我试图驯服报复，规范报复，通过把报复置于国际控制之下，控制报复的蔓延和泛滥，把这一贸易战的武器，转变为维护国际和

的工具。” 这样的执行模式也就意味着一旦某个成员方采取了违背WTO义务的行为，就必须承担受到影响的成员方所可能采取的报复措施（或者反措施，countermeasures）的风险，因此，总的来说，对于不利的专家组/上诉机构报告（adverse panel/AB reports），WTO成员执行记录一直较好。几乎在裁定WTO成员违反WTO协定义务每一个案件中，败诉方都表明了执行专家组/上诉机构裁定和建议的意愿，并且绝大多数案件的裁定和建议已经得到了执行。因此，总体来说，WTO各成员方都对这样高的争端解决机制表示了基本满意。

但是，这种依赖于成员方单独力量对抗另一成员方的“以牙还牙”方式在设计之初却并没有考虑到在国际社会之中的现实情况，其实效性存在着一个隐含的前提，即成员方之间的贸易实力必须相当，只有实力均衡的情况下互相的报复行动才能够对违约方造成足够的经济威胁，从而迫使其改变国内措施，遵循WTO的义务要求。然而时至今日拥有153个成员方的世界贸易组织已经包含了世界上大多数经济实体，贸易实力更是参差不齐，而在这样一个要求单独力量的体制中，相对弱小以及发展成员方即使在争端解决机制中赢得胜利被授权采取报复措施，面对巨大的经济实力以及各方面的实力差距，弱小成员方对违背义务的另一发达成员方也根本无法有效行使其报复权利。

面对这样的倾斜的报复机制，许多发展中WTO成员方均表达了与发达成员方谈判时其减让承诺有效性的不满。2002年，墨西哥就此问题向WTO提交了一份关于争端解决机制改革引人注目的提案，在其中首次指出WTO的争端解决机制中的报复权利应当成为“可交易的”（“tradeable”）。墨西哥的观点认为，如果一个成员方与另一发达成员方的贸易争端在WTO争端解决程序中取得了胜利继而获得了WTO的报复授权（或“反措施授权”），而该成员自己不能或者不愿意（unable or unwilling）行使报复权利则可以将该权利移转至另一能够有效行使报复的成员方。在墨西哥看来，“……这个概念能够有助于某些成员方解决所面临的能够有效终止减让的特殊困难”。报复作为WTO制度设计中关于执行的一项核心保障机制，是否是一项能够从成员方个体分离权利一直没有明确的规定。为此，本文将对墨西哥的该项提议入手，针对报复权的是否具备可转让性质以及其会带来的后果，从WTO理论法律的角度进行初步分析，并对贸易报复权利的转让或者拍卖在WTO框架下的可行性进行探讨，从而对WTO争端解决机制改革提案提供一种新的思考。

二、WTO现有报复机制的难题

从1948年至1994年的48年间，GATT历史上只发生过一起获得授权的报复案。1952年，在荷兰乳制品（Netherlands - Dairy Product）案中，荷兰作为胜诉方要求缔约方全体授权对美国进行报复。在美国、荷兰均弃权的情况下，缔约方全体通过协商一致，决定美国限制进口荷兰乳制品违反了GATT第11条，情况足够严重，决定授权荷兰对美国进行报复。该项报复授权须每年更新一次，荷兰虽然获得授权，但现实中并没有实施报复。1960年，随着美国放松对荷兰乳制品的进口限制，GATT亦不再更新此项授权。而到了WTO时代，由于反向协商一致（reverse consensus）的引入，专家组和上诉机构报告通过的几率大大增大，因此，在WTO多边体制之下尽管DSB根据DSU第22.7条和补贴协定第4.10条所作出的中止关税减让的授权决定有15项，但是提出报复申请并获授权的只涉及6个案件，实际上采取报复措施的只涉及其中4个案件，而目前仍然在实行报复措施的案件仅加拿大和美国对欧共体牛肉案以及欧共体、加拿大、日本和墨西哥对美国2000年持续倾销与补贴抵消法案（伯德修正案）两件。

如前所述，被纳入多边机制的争端解决运行顺畅的一个重要保证即是各成员方均能够遵守DSB的建议和裁决，而WTO救济机制的设计则使得所有成员方的遵守通过“国际法律层面的强制”得到了加强。然而如前所述，报复措施的对抗效果，实际上取决于成员方之间的实力对比。经济实力的不对等，使得发展中国家难以用报复措施对抗发达国家，对发展中国家不公平，导致国际失衡。发达国家由于具有强大的经济实力，参与国际贸易范围广，当需要采取报复措施时，并可凭借其在国际贸易各领域广泛参与，而相对自由地选用平行报复或交叉报复等措施，并且由于其经济总量大，报复对其国民经济产生的影响较小。而发展中国家，由于普遍综合国力弱，参与国际贸易范围窄，当需要采取报复措施时，难以对发达国家施加足够的影响，也没有多少可选择的报复手段，同时由于受其经济的对外依赖性的限制，其所进行的报复不但难以达到令人满意的效果，反过来可能会给其自身经济的发展带来很大的负面影响，如报复引起进口商品价格上升，损害消费者的利益，还要考虑到可能由此带来的大国反排造成的影响。可见，在现有的体制下，发达国家可以利用报复措施得到满意的效果，而发展中国家很难真正获得报复的好处。

“WTO救济制度的结构僵化，以及对弱小成员方的发展中成员可用诉讼制度的缺失，已经导致发展中成员和最不发达成员极少无法参与WTO争端解决机制”。

三、墨西哥改革方案

按照墨西哥提案，其关于改革WTO争端解决机制的提议可以归为四类：1）尽早的决定以及适用“利益的损害或丧失”的规定；2）决定和适用“利益的损害或丧失”规定具有溯及力；3）预防性措施；4）灵活谈判的救济措施。其中关于灵活谈判的救济措施，墨西哥的观点认为，应当在救济问题上，尤其是报复权利的问题上允许成员方“谈判”（negotiate），使其终止减让的

能够与其他成员方提供的具体的利益相交换。然而在现有WTO体制之内，报复的权利通常不认为是一个完全的权利，也即是说，成员方在获得DSB授权之后只能选择实行或者放弃报复的权利，而不能选择对这项权利进行其他处分。因此，墨西哥的这项提案一经提出就引起了各成员方的广泛关注和讨论，并获得了许多中小成员方的支持。

在墨西哥的观点看来，报复权利可转让的可能性能够使得其在WTO体制之下更加有力，对各个成员方来说也更具有吸引力。当成员方A面对一个不愿与其谈判达成让利的另一成员方B之时，受到B违背WTO义务的措施影响的A则可以选择将其授权终止减让权利或者其他利益移转给其他成员方。因为“终止减让的权利在实践中行使可能是会出现困难的。该成员可能无法找到合适的贸易部门行使该项权利既能够迫使对方重新遵守WTO义务，而又不会同时损害自身的贸易利益。”而此时，可能会有存在“另一方”，能够对不遵守WTO义务的成员方实施有效终止减让的报复措施，那么就应当允许成员方之间‘谈判’处分其终止减让的权利或其他对另一成员方的义务。也就是说，如果违反义务的一方没有与受影响的一方达成一致的补偿协议，那么受影响的一方可以一个第三成员方达成协议，将终止减让的权利转让，以交换谈判商定的利益（例如，A成员可能同意B成员将终止减让的权利或它义务转让给C成员以换取一些共同同意的利益，甚至可以采取金钱的形式）。这种‘谈判的权利’是一个经济概念，并且是可以转让的。除此之外，许多国家的国内立法都承认对起诉方提供有效的救济措施的需要，而允许将其权利与第三方进行‘谈判’交换。墨西哥认为，这一概念能够解决成员方面临的不能有效行使终止减让权利的特殊困难。”

具体而言，这个改革方案的核心在于在DSU第22条终止减让之下创造一个新的可转让的权利条款，但同时为保障这个转让权利能够顺利运作，还需要修改DSU第3.7条关于争端解决各项执行措施的一般规定，以及22.7条、22.8条关于具体执行终止减让的规定，同时，墨西哥提案还认为需要考虑删去第22.3条中关于终止减让中需要考虑的原则问题的规定。

表格 1 WTO现有机制与墨西哥方案对比

WTO现有制度 墨西哥改革提案

成员方B不遵守WTO义务导致另一成员方A损失，A诉诸DSB获胜并进而取得采取终止减让措施的措施 根据墨西哥的提案，在同样情况下，A从成员方C中获得约定的利益，同时将报复权利转让给C实施

*

- 1、并非重归平衡的措施
 - 2、对成员方来说采取措施的激励不够
- *本图仅作示意，未按比例表示
- 1、为成员方执行措施提供了激励
 - 2、A获得了比单独执行更大的利益

经济学家认为，由上表可以看出，墨西哥所提出的WTO争端解决改革方案能够为现有的WTO争端解决的激励机制带来改变，一方面，受到损害的一方（尤其是中小成员方）在可以转让报复权利的情况下获得了比单独实施报复权更大的利益，另一方面，违反WTO义务的一方可能会遭受到非常严重的报复，因此，其违反义务的成本大大增加了，反过来又能够推动各成员方积极遵守WTO义务。

墨西哥方案的支持者认为，这种允许成员方将报复权利转让的方案至少会给现有的WTO争端解决机制带来以下三个方面的提升：且对于受到违反WTO义务行为影响的成员方来说，即使这项报复权利没有成功转让，也不会比现有机制带来更坏的结果。

首先，如上表所述，可转让的报复权利为各成员方积极遵守WTO义务提供了更大的动力。面对可能切实被第三方终止减让的可能性，使得发达成员方对待中小成员方更有遵守义务的压力，而不再倾向于无视从小成员方的利益诉求。

其次，转让或者拍卖终止减让的权利同时也有利于加强补偿制度的执行。由于受影响的成员方能够获得切实的交换利益，转让仅与第三方能够便利地进行谈判。同时也制造了一个违反义务一方所并不愿意看到的情势，即可能会有第三方能够在其最关切敏感贸易部门实行报复措施，因此，违反义务的一方必然会尽力避免此种情势的出现，从而在事实上促进了补偿以及其他争端解决手段的利用。

第三，这种终止减让措施的转让能够规制潜在的违法措施。现有WTO终止减让措施制度的设计所遇到的一个违法困境在于，一旦得报复授权的成员，特别是发展中成员方A可能行使报复权利，但同时其也必须承担报复措施给国内带来的损失；而与此同时，成员方C可能正在面临国内压力要针对其他成员方B采取违背WTO义务的措施以满足国内利益；在这种情况下事实上就存在了两种违法措施，而这两种违法措施可能是针对的同一个成员方B。如果在此情况下允许成员方转让或者拍卖其报复的权利，那时C原本即将采取的违反WTO义务的措施就被转化为具有DSB授权的报复措施，从而减少了潜在的违法措施。

四、报复权转让评述

然而墨西哥提案的反对者则认为，墨西哥提案忽略了现实国际社会中各个成员方事实上更加优先关注自己国内的事务而不是国际事务的事实，没有理由认为一个与贸易争端没有直接联系的第三方会有动机采取报复措施，以使违反WTO义务的成员遵守义务。事实上，这种被转让权利而带入贸易争端的第三方只会将其国内利益最大化带入到国际平台，反而会提升国际层面的贸易保护

平而远远超过成员方遵守WTO义务所带来的利益。而相反在现有的WTO报复机制之下，由于受害成员国内出口集团的压力，反能够通过最大化的报复措施以迫使不遵守义务的一方回归正轨，但对于受转让的第三方来说则这样的压力就不存在了。

在WTO双边为基础的报复机制中，受到影响的成员方对于报复措施更注重的是矫正另一成员方的违反义务的措施进行使其国内工业或出口集团的利益不受损害，但是对于墨西哥提案所建议的第三方报复而言，由于其对于该贸易争端并没有任何直接关联，此，就该第三方其国内而言，能够通过受让报复权而受益的并不是出口集团或者国内产业，而只有贸易保护集团，通过受让报复权，国内贸易保护集团的利益得以最大化，而这显然不是WTO和其他成员方希望看到的，这样不仅无助于促进成员方遵守WTO义务，而且会进一步提高国际贸易保护的程度。的确，在双边报复机制中同样存在可能获益的国内贸易保护集团，但实际上在真正实施报复之前，贸易保护集团获益的概率更大，而不是简单的依赖于报复措施，何况还需要考虑到在WTO提起诉讼与其他贸易保护手段的成本比较，以及最后的诉讼成功可能反而会使其其他集团受益的风险问题。

而如果我们考察引入第三方的报复机制之时，就能够发现，第三方成员实施受让的报复权的性质则是完全不同的。首先，第三方获得报复权利只是在原起诉方获得争端解决的胜利之后，因此，第三方根本无需考虑在WTO诉讼的成本和风险问题；其次，由于没有受到贸易争端的直接影响，第三方国内的企业或者出口集团会对这样的报复措施没有动力。事实上墨西哥提案拍卖或者转让报复权利的所有逻辑前提在于第三方国内的贸易保护集团会为了提高贸易壁垒而获得的利益接受转让或者拍卖的报复权，尤其金融危机尚未结束的现在，发达成员方更有可能利用中小成员方这样的转让权利，达到最终贸易保护的目的。当然，也不排除于有些并没有太多贸易保护集团利益的国家而言，可以通过受让报复权利迫使另一成员方给出更多的减让，但这一机制在实践几乎不能完成，因为基于最惠国待遇原则，这一好处会自动对其他成员方生效。

因此，在报复权拍卖或者转让的机制之中，受让权利的第三方只可能是由于贸易保护的驱动。而且也没有任何理由能认为这一法会有利于推动违背WTO义务的一方积极遵守义务。

与此同时，由于与争端无关的成员方可以行使报复权利，使得原本争端双方的贸易纠纷，变成了更多成员方参与的贸易战，必会导致贸易争端的扩大化，对整个WTO多边体制内成员方之间的贸易自由化产生不利的影响；而且受让的第三方与违反义务的一方之间原本的减让义务对等性也会因为实施报复而遭到破坏，不利于WTO体制的发展，同时也会带来不可预估的政治问题。除此之外，报复的可以转让，也会带来一个潜在危险，即在WTO体制之外产生一个转让或者拍卖报复权利的地下市场，这不仅会对所试图建立的多边贸易规制体系相左，同时也是对世界贸易秩序的严重破坏。