



WTO 争端解决机制中透明度问题研究

张湘兰 田 辽

摘 要:透明度问题是当今 WTO 争端解决机制改革中的重要议题。争端解决机制的透明度意味着其规则的公开和透明,以及争端解决过程中公众的介入和参与。透明度对于争端解决机制具有重要的意义。争端解决的不同阶段反映出不同程度的透明度。磋商阶段的透明度略显不足,主要缺陷是文件的公开程度不足和公众的参与权丧失;而专家组阶段和上诉阶段的透明度总体来说值得肯定,其中的“法庭之友”问题,公开审理问题都是由实践发展而来的宝贵财富。

关键词:争端解决机制;透明度;公开;公众参与

在 WTO 的整个体系中,WTO 的争端解决机制一直享有盛誉,被誉为“皇冠中的宝石”。自其成立以来,WTO 的争端解决机制对国际贸易系统的稳定和发展起着及其重要的基础性作用^①。但尽管如此,WTO 争端解决机制也并非完美,却一直受到学者们的批评和审视,其中一个重要的问题就是争端解决机制中的透明度问题。正是在这个背景下,本文对 WTO 争端解决机制中的透明度问题进行系统研究,内容涉及 WTO 争端解决机制中透明度的含义,透明度对于 WTO 争端解决机制的重要性,以及争端解决过程中透明度的体现和评价。

一个较为完整的争端解决过程通常包含三个阶段,分别是磋商阶段、专家组阶段和上诉审查阶段。磋商是 WTO 争端解决程序的启动程序,专家组阶段是争端解决机构对案件的实质审理的阶段,上诉审查类似于国内法上的二审程序,是当事国在不认可专家组报告时的救济手段。虽然 WTO 争端解决机制对于上述三个阶段的规定和实践各不相同,但在这些不同的规定和实践中,都或多或少的体现着争端解决机构愿意把整个过程向公众公开、供公众介入和参与的追求和努力。

一、磋商阶段的透明度

磋商是 WTO 争端解决程序的启动程序,成员国之间的贸易争端必须先进行双方的磋商才有可能进入专家组程序进行审理。争端解决机制的基础性法律文件《关于解决争端的规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes,简称 DSU)第 4 条规定了磋商程序的相关事项,具体包括:磋商请求的提出,磋商的时间限制,磋商的后果,等等。

总的来说,这些规定简单明了,为当事国之间的磋商提供了一个很好的指引。虽然条

^①Gonzalo Villalta Puig, Bader Al-Haddab, “The Transparency Deficit of Dispute Settlement in the World Trade Organization”, *Manchester Journal of International Law*, 2011, 8(1), p. 2.

文中并没有直接提及“透明度”一词,但其中的一些规定还是体现了对外界的公开透明。例如,DUS第4条第4款规定磋商请求应以书面形式提出,说明提出请求的理由,并提出请求的成员应当将此请求通知争端解决机构及其相关理事会和委员会。这一规定至少保证了当事国之外的第三方得知磋商的存在,避免了当事国完全把磋商维持在当事国之间而不为外界知晓的情况。另外,根据《WTO文件散发和公开之程序规则》的要求,磋商程序中的部分文件也会在特定条件下通过WTO的官方网站对外公开。这体现了磋商程序对WTO外部公众的透明公开,使得个人或非政府组织可以关注这些争端。可以说,磋商阶段的上述规定基本符合了透明度的要求。但是,透明的程度还略显不足,磋商程序的透明度还有两处明显的缺陷。

首先,从公开的角度讲,磋商阶段相关文件的公开程度有限。根据DSU第4条第4款的规定,磋商请求应该提交给争端解决机构。在通常情况下,这些请求会在3至4天内公布在WTO的官方网站上。但如果磋商获得效果,双方在争端得以解决后,关于争端的解决办法却可以不通知争端解决机构的有关理事会和委员会。而是否提交,仅仅依赖“双方同意”。对于这种规定,有学者认为有其合理性的一面,因为磋商的首要目的是缓和当事方的紧张气氛,并迅速而有效的解决争议。“透明度在磋商阶段所起到作用比其他阶段来说要小得多,这是因为磋商是协商的过程而不是裁决的过程”^①。但笔者认为,虽然透明度的作用在磋商阶段比起其他阶段要小,但这种依赖于双方同意而决定是否提交争端解决方法的规定并不合理。最终解决方法的公开不仅可以保证争端解决机制内部各成员国之间的知情权,让其他成员国了解争端解决的方法。而且,还可以对其他成员国有借鉴意义,在其他成员国出现类似争端时,可以比照已有的实践灵活选择自己合适的方法。从实践角度看,争端解决机制在实施的早期,的确也有争端国最后不愿意将磋商后的争端解决方法公开与众,但争端机构内部大多认为这种不愿公开争端结果的意愿是恶名昭著的^②,对其持否定和批评态度。由此可见,加强磋商阶段文件的公开是争端解决机制发展的必然。

其次,从公众参与的角度来看,磋商的发起程序缺少公众和非政府组织的参与。根据争端解决机制的相关规定,提出磋商要求的只能是成员国政府,而个人、企业、以及非政府组织都没有提出磋商的权利,也就更不可能引发一个独立的争端解决过程。尽管WTO作为一个政府间组织,其法律仅仅适用于成员国政府的确符合传统国际法理论,但如今越来越多的学者对这点提出了质疑。因为当前只有少数国家在其国内法中规定了其国内企业或个人可以要求其政府向其他国家提出贸易争端磋商^③,而大多数国家的国内法并没有此类规定,或者规定过于笼统,致使是否提出争端磋商的决定权仍旧掌握在政府手中,公众的参与程度十分有限。在一些非民主的国家,当事国政府甚至会为了自己的特殊利益,在没有进行合法程序的前提下强行牺牲其国内某个产业的利益,对某些贸易争端并不申请磋商,这对于真正从事这个行业经济活动的经营者来说,并不公平。个人和企业作为经济活动主要参与者,如果争端解决机制不能保证他们的参与权,这无疑是WTO的缺陷之一。虽然有人认为这些事项从属于一个国家的国内法领域,而争端解决的发起是国际法领域的问题,两者应该有着明确的界限和范围。但笔者认为,争端解决机制还是应该适度增加这方面的透明度,鼓励公众的参与。即使当前不能直接规定个人和企业可以申请争端磋商,也应该督促成员国政府尽快建立明确的法律法规,保证其国内个人和企业的参与权。

二、专家组阶段的透明度

相比磋商阶段,专家组阶段的许多规定和实践更加透明和公开。无论是材料提交过程,还是专家组对案件的审理过程,以及最后专家组报告的形成和公布过程,都有着很好的规定和实践体现了透明度的

①Lawrence D. Roberts. "Beyond Notions of Diplomacy and Legalism: Building a Just Mechanism for WTO Dispute Resolution", *American Business Law Journal*, Spring, 2003, p. 544.

②The Discussions in the Dispute Settlement Body on 24 April 1996 (WT/DSB/M/15, no 4) and The Statement made by the chairman of the DSB on 19 July 1995 (WT/DSB/M/6, no 6).

③例如中国的《反倾销条例》,美国《1974年贸易法案》(Trade Act of 1974),欧盟的1984年《新商业政策条例》(New Commercial Policy Instrument)。

要求。当然,其中的一些缺陷和不足也不可避免,这有待于争端解决机制在今后做出进一步的改变。

(一) 材料提交

关于材料提交过程中的透明度,首先是当事国提交材料的公开问题。

根据DSU第12条的规定,当专家小组的工作进程表确定之后,当事国应按照专家小组规定的书面材料提交时限,把相关材料送达秘书处。另外,DSU第18条第2款的规定,当事国提交的书面材料应当视为机密,除非当事国自己决定向公众发布表明自己立场的声明,否则这些材料并不向外界公众公开。

上述规定表明,虽然当事国会将自己对争端的主张和申诉提交给争端解决机构,但争端解决机构并不会将这些文件向外界公布。换言之,即使当事国自己也不觉得提交的材料涉及商业秘密等问题,WTO的争端解决机构仍旧没有义务公布这些材料。

争端解决机制的这些做法是与透明度的要求背道而驰的,这非常并不利于公众及时知晓争端方自己的主张和理由,是争端解决机制在透明度问题上的重大缺陷之一。首先,正如上文所述,因为透明度对于争端解决机制意义重大,所以,在公开性和秘密性发生冲突之时,应该优先考虑保持材料的公开透明,然后在此基础上,对特定情况进行例外处理,如涉及商业秘密时,可以尊重当事方的意愿不对外公开其相关材料。但是,争端解决机制的上述规定则是本末倒置,把不公开当成常态,而把公开当作了例外,这显然是不符合透明度要求的。其次,上述规定完全移除了WTO争端解决机构对提交材料的公开义务。当事国是否愿意公开其材料,完全变成了与争端解决机构无关的事项,如果当事国自己愿意公开,那么则有当事国自行发表披露其立场的声明。这就致使即使当事国并不反对公开材料,他也很可能为了节省开支而不向公众公开,从而使公众丧失了接触相关材料的机会。最后,虽然在实践中公众还存有接触相关上述书面材料的途径,但这些做法也有着自身的缺陷。在WTO争端解决实践中,公众接触相关材料主要有两种途径:第一,有些国家会通过自己的渠道向外界公开其完整的书面材料。例如,涉及较多争端案件的美国、加拿大、欧盟,在通常情况下,他们会于书面材料提交给秘书处后把这些材料向公众公开^①。第二,公众在争端得以解决后从专家组报告或上诉机构报告中了解当事国最初的书面材料。在专家组报告或上诉机构报告中,当事国当初提交材料的内容会在其中得以提及,甚至会作为附件全文公开。尽管如此,此处的透明度问题依旧不令人满意。因为第一种途径有很大的偶然性,毕竟不是所有的国家都愿意对外公开其向专家组提交的材料;而第二种途径则有很大的滞后性,不利于公众及时跟进争端解决的过程。

材料提交过程中透明度的另一个问题体现为“法庭之友”陈述(Amicus curiae briefs)的提交和接受。事实上,DSU中并没有关于“法庭之友”陈述提交的任何条款,而“法庭之友”陈述如今被争端解决机构所接受,完全是实践发展的结果。

“法庭之友”原本是罗马法上的一个概念,后来被英美的普通法系所吸收^②。他通常是指对法院所受理案件的事实或法律问题有具体专业特长或独特见解的人士和非政府组织。“法庭之友”陈述,是指对法院有疑问的事实或法律上的观点,善意提醒法院注意或向法院提交的书面意见。早期涉及“法庭之友”问题的有美国汽油标准案和欧盟的肉类产品措施案^③。在这两个案子中,专家组拒绝了相关非政府组织的提交文件,但并没有对相关问题进行说明。第一个认真考虑“法庭之友”问题的案子是美国的海虾海龟案^④。在这个案子中,一些非政府组织向专家组提交了自己的陈述,争端的申请国要求专家组拒绝接受非政府组织的陈述,与此同时,美国则要求专家组接受陈述文件并对其内容进行审视。在此基础上,专家组对这一问题进行了回答,认为DSU第13条第1款规定的“每个专家小组应有权从其认为合

①Christiane Ahlborn,James Headen Pfitzer,“Transparency and Public Participation in WTO Dispute Settlement”,<http://www.ciel.org>,p.7.

②Christiane Ahlborn,James Headen Pfitzer,“Transparency and Public Participation in WTO Dispute Settlement”,<http://www.ciel.org>,p.8.

③US-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline,Panel Report,29 January 1996.Doc.WT/DS/R;EC-Measures Concerning Meat and Meat Productions (Hormones),Report of the Panel,18 August 1997,Doc.WT/DS/DS26/R/USA,WT/DS48/R/CAN.

④US-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products,Panel Report,15 May 1998,Doc.WT/DS58/R.

适的个人或机构寻找资料和征求技术性意见”表明,寻求其他个人或机构帮助的主动权在专家组,即:如果专家组没有主动寻找资料和征求意见,那么相关的非政府组织是不能向专家组提交陈述的。专家组认为其他组织要想提交自己对案件的看法,要么通过争端当事国提交,要么被动的等候专家组的召唤。但本案进入上诉程序后,上诉机构认为:专家组对于DSU第13条第1款的理解过于狭窄,其他机构提交陈述并不违反DSU的规定;专家组应该接受其他机构的陈述;至于专家组是否愿意采纳“法庭之友”陈述中的意见,那是另外一个问题;是采纳还是拒绝“法庭之友”陈述中的意见,则取决于专家组的自由裁量。上诉机构在这一观点得到了广大认同,在争端解决机构随后处理的几个案件中,如美国著作权法案争端、美国钢铁案、欧共体石棉瓦案等,专家组和上诉机构都沿袭了相同的做法。

可以说,接受“法庭之友”的陈述是争端解决机构在实践中的重要发展,也是争端解决机制透明度的重要体现。在最初的海虾海龟案中,专家组对DSU第13条第1款的理解非常不利于其它组织和机构对案件的介入和参与,也与“法庭之友”制度的初衷相违背。如果“法庭之友”只在专家组的邀请下才能介入案件,那么,“法庭之友”的作用仅仅是对专家组提出的某些具体问题做出回答,而“法庭之友”自身所关注的其他问题,例如环境保护、劳工保障等问题却不能得到表达。如果“法庭之友”是通过争端当事国介入案件,则很容易会沦为当事国寻求自己利益的工具,其与当事国相冲突的观点是很难被当事国所接受并提交给专家组。而争端解决机制目前的实践很好的符合了透明度的要求,这既充分尊重了“法庭之友”的自主性,同时也保证了争端解决机构对案件的裁决权。

(二) 专家组审理

专家组审理过程中关于透明度最重要的问题是审理过程是否可以公开。对于此问题,DSU并没有直接回答,而根据传统的做法,专家组的审理过程往往是闭门审理,非争端当事国很难参加听证过程,专家组审理的透明度十分欠缺^①。随着实践的发展,审理过程的透明度有了很大的提升。2005年,欧盟、美国、加拿大第一次申请专家组公开其审理过程,而专家组也同意了他们的要求,第一次决定把其处理的欧盟、美国、加拿大三者的争端公开审理^②。虽然专家组审理一直有强调保密性的传统,但在美国、欧盟、加拿大的案子中,专家组对保密性和公开性进行了进一步的解读,明确了审理过程公开的法律依据。专家组认为,DSU第14条规定的保密性是对专家组审议过程的要求,即专家组对案件做出裁决的过程应该保持秘密性。这样做可以使专家组少受外界干扰,是十分必要的;但是,审理过程却并不要求保密。审理过程是一个听证过程,是专家组了解案件事实和争端双方主张、依据的过程,此阶段并不要求秘密进行,相反,DSU第12条第2款还规定了专家小组程序应具有充分的灵活性,所以,公开其审理过程,让公众参与到听证过程中来完全符合DSU的条款。专家小组正是在这个解释下,不顾第三方的反对,第一次决定把过去秘密的听证过程公开化。从此之后,争端案件的审理过程逐渐透明化。

对于争端解决机制在专家组审理方式上的改进,无疑将对争端解决机制产生积极的影响。首先,专家组的案件审理过程可以向公众公开——特别是向那些平时极少参与争端解决的国家公开,将极大的促进这些国家对争端解决机制的信赖,会使WTO的成员国更愿意把发生的争端提交到争端解决机构来,更好的发挥争端解决机制的作用。其次,虽然有学者认为公开审理会导致争端解决机构丧失其自身的独立性,容易出现“媒体审判”的情况^③。但本人认为,对于这点担忧,完全可以通过技术手段得以解决。对于某些敏感的案件,其他成员国可以不出现在听证现场,而是被集中在另外一个房间内,通过实时直播的形式了解案件审理的整个过程。这样就避免了外部环境可能对专家小组的干扰,保证专家组能够独立的完成审理过程。如上述的欧盟、美国、加拿大的案子就是这样,非当事方的代表都是通过实时直播观看审理过程的。另外,对于商业秘密和审理公开之间的矛盾,同样可以通过技术手段在两者之

①Lothar Ehring, "Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization", *Journal of International Economic Law*, 2008, 11(4), p. 1023.

②US and Canada-Continued suspension of obligations, Communication from the Chairman of the Panels of 1 August 2005, WT/DS321/8, 2 August 2005.

③Lothar Ehring, "Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization", *Journal of International Economic Law*, 2008, 11(4), p. 1025.

间达到一个平衡。比如在欧盟和美国的大型民用航空器案中,虽然因为涉及一些商业秘密使得完全公开审理并不合适,但美国和欧盟还是通过其他方法尽力促进审理过程的透明度。比如对审理听证过程进行录像,然后对录制的视频进行处理,在剪去涉及商业秘密的部分后,再把其他部分向公众公开。

(三) 专家组报告

在专家组对案件审理完毕后,他会出具一份既包括陈述性部分又包括专家小组调查情况与结论的报告。对于专家组报告,DSU第14条规定,其应在争端各当事方不在场的情况下,根据其提供的资料及所作的各项陈述起草。报告中有各位专家组成员所表达的意见应该匿名。另外,专家组报告最终也将向公众公开。

总体来讲,专家组报告的透明度还是值得肯定的。首先,专家组审议过程是机密的,而其最终结果又是向公众公开的,这很好的体现了秘密性和公开性的平衡。专家组在审议过程中的秘密性并非是对透明度要求的违背,相反,他有助于专家组摆脱外部干扰,保证其审议的独立性和自主性,促进解决争端目标的实现。其次,专家组报告向外界公众的公开也十分的及时、高效。虽然DSU中并没有规定专家组报告公开的具体时间限制,但争端解决机制一直都极力推进专家组报告的透明化。目前,争端解决机制在专家组报告的公开时间和公开方式上都有了较大的提升。一般来说,专家组报告被各方接受后,会在三四天内向公众公开,除非是因为翻译的问题,才会偶尔出现延迟的情况。专家组的公开方式主要是通过WTO的官方网站。任何人都可以登录WTO的官方网站,并寻求自己所需要的专家组报告。

专家组报告在透明度问题上的不足之处主要在于报告中审议意见的匿名问题。根据DSU的规定,专家组报告的最终意见并没有具体某成员的签名,而是作为专家组的集团决议对外呈现。虽然这样有利于统一思想,保证裁决的权威,但本人仍希望专家组报告能够借鉴国际法院和国际仲裁的流行做法,在报告中详细表述不同专家组成员的各自意见。这样将对理解案情和判决提供更加全面的视角,能够指引学者和公众对其中的争议问题展开更深入的研究和讨论,也会为争端解决机构以后的判决提供指导。

三、上诉审查阶段的透明度

对于专家组做出的报告,任何一个争端方都可以提起上诉,启动上诉审查程序。争端解决机构通过上诉机构报告的制度,与其通过专家组报告的制度是一样的。当争端方当事方决定提前上诉后,首先是涉及材料的提交,其次是上诉机构的审理,最后是裁决的做出和公布,这些程序与专家组阶段的程序并无区别。争端解决机制对于上诉审查阶段的相关规定和具体实践也与专家组阶段类似,所以其中反映出的透明度问题也与专家组阶段类似。

首先,在上诉程序的启动上,DSU规定任何一方都有权启动上诉审查程序。争端方启动上诉审查程序的通知一般会在三、四天内公布在上诉机构的官方网站上。至于争端方的通知的具体格式和内容,最初并没有详细的规定,在美国海虾海龟案中,美国的上诉通知就曾引起第三方的批评,认为其过于“笼统和模糊”(vague and cursory)^①。但是,随着2005年新的上诉机构工作程序开始实施,这些问题也得以解决。当前的规则十分明确,公众可以在第一时间了解到争端方是否上诉,以及其上诉的相关细节信息。上述规定和实践体现了上诉程序启动过程中的透明公开。

其次,在书面材料提交阶段,根据DSU第18条第2款,争端方送交给上诉机构的材料同样被视为机密,但这并不妨碍争端方向公众发表披露其自身立场的声明。这与专家组阶段的规定相同,并不利于公众对相关材料的知晓和了解。上诉机构同样接受“法庭之友”陈述,这也和专家组程序中的实践相一致,也充分体现了公众的参与权。但与专家组阶段略微不同的是,专家组接受“法庭之友”陈述的依据是DSU第13条“每个专家小组应有权从其认为合适的个人或机构寻找资料和征求技术性意见”,而上诉机构接受“法庭之友”陈述的法律依据则来自另外的条款。因为第13条是针对专家组程序的规定,把其作为上诉阶段接受“法庭之友”陈述的法理依据并不妥当。争端解决机构认为上诉机构可以接受“法庭

^①US-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Panel Report, 15 May 1998, Doc. WT/DS58/R, 第92段。

之友”陈述的依据是DSU的17条和上诉机构工作程序的第16条。DSU的第17条第9款规定:“受理上诉审核的程序应由上诉机构与争端解决机构主席及总干事协商制定”,这表明上诉机构有权自己决定是否接受“法庭之友”陈述;上诉机构工作程序第16条的规定也显示上诉机构有权选择合适的工作方法。

在上诉机构审理案件的问题上,DSU规定了上诉机构的活动应该保密,但他同样也提及了上诉机构的灵活性。在实践中,上诉机构对相关条款进行了类似与专家组阶段的解读,支持了公开审理的做法,把听证过程向公众公开。

最后,DUS在上诉机构报告问题上的规定也与专家组报告的规定类似。DSU规定了报告的审议过程应该保密,应在争端方不在场的条件下起草报告。当然,各位成员在报告中的意见也是匿名。至于上诉机构通过的最终报告,按照审查工作程序的相关规定,可以及时在其官方网站上查阅。对于这些规定和做法,本人认为,公开的及时性值得肯定,但报告中意见的匿名问题需要改进。

总之,由于争端解决机制中上诉审查程序和专家组程序几乎相同,所以其中反映的透明度问题也基本相同。除了有几点需要改进外,如争端方所提交材料的公开问题,上诉机构报告中成员意见的匿名问题,上诉阶段的规定和实践较好的满足了争端解决机制透明度的要求,体现了争端解决机制的公开性和公众的参与性。

四、结 论

从上面论述可以看出,争端解决的每一个过程都或多或少的存在和体现着透明度的要求,反映出争端解决机制对透明度问题的重视和努力。总体来讲,争端解决机制的透明度值得肯定。争端解决机制中一些好的规则和实践,如接受“法庭之友”陈述、推动公开听证、利用网络促进文件公开途径的及时和有效,等等,充分体现了自身的公开性和公众的参与性,值得进一步保持并将其固定化,从而使其更好地服务于争端解决机制。而对于争端解决过程中存在一些不足和缺陷,如磋商阶段的透明度还有待提高、争端方提交文件的公开问题、专家组报告和上诉机构报告的匿名问题,等等,需要及时的审视和改进,这也将是争端解决机制下一步的改革方向和目标。

■作者简介:张湘兰,武汉大学法学院教授,法学博士,博士生导师;湖北 武汉 430072。

田 辽,武汉大学法学院博士生。

■基金项目:教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目(09JZD0023)

■责任编辑:车 英

