

WTO 争端解决机制非违反之诉的适用分析

钟 立 国

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 钟立国(1964-), 男, 湖北仙桃人, 武汉大学国际法研究所博士生, 广东商学院法治与经济发展研究所教授, 主要从事国际经济法研究。

[摘 要] 非违反之诉作为世贸组织争端解决机制中的一种特殊制度, 它是由其前身关贸总协定经过几十年的争端解决实践逐步发展而来的, 虽然相关案例不多, 但该制度为维护多边贸易纪律仍发挥了重要作用。非违反之诉被设计用来维持世贸组织成员在多边贸易谈判中达成的权利义务平衡, 其存在的法理基础是在条约法领域得到普遍认同的善意原则, 其适用受到严格的条件限制。非违反之诉是世贸组织争端解决机制中不可或缺的一项制度, 但适用中的一些问题仍有待世贸组织解决。

[关键词] 世贸组织; 争端解决机制; 非违反之诉

[中图分类号] DF96 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)02-0230-05

世贸组织的争端解决机制实行结果管辖, 只要一成员采取的措施使其他成员依据相关协议享有的利益被抵消或遭损害, 无论该措施是否与世贸组织多边贸易纪律相违背, 其他成员即可请求与该成员进行磋商, 世贸组织也可作出建议、裁决, 甚至授权一成员中止、减让或其他义务。根据诉因的不同, 世贸组织的争端解决可分为三种: 违反之诉; 非违反之诉; 情势之诉。非违反之诉就是世贸组织争端解决机制中的一种特殊制度。

一、非违反之诉在货物贸易领域的适用

根据 GATT1994 第 23 条第 1 款(b)项、1979 年《关于通报、协商、争端解决和监督的谅解》和 DSU 第 26 条第 1 款的规定, 在货物贸易领域, 非违反之诉的成立应满足以下三个条件:

(一) 被申诉方实施了一项措施

非违反之诉的申诉方必须证明, 成员实施的“任何措施”使其根据有关协议直接或间接地获得的利益被抵消或遭损害。《关贸总协定》第 23 条第 1 款(b)项、DSU 第 26 条第 1 款所言“措施”, 通常是指政府的政策或行为而不包括私方的行为, 采取措施的主体是世贸组织的成员。但在日本半导体案中, 专家组认为, 私方所采取的行为或措施并不一定没有可能被认定为政府的行为或措施。由非政府机构作出的, 但某种程度上有政府参与或支持的措施也同样可能认为是 GATT 第 23 条第 1 款(b)项意义上的措施。在日本富士胶卷案中, 专家组也认为, 一项由私方采取的措施, 如果政府充分地涉入其中, 也可能被认为是政府措施。专家组得出结论认为, 在此方面要确定明确的判断标准是非常困难的, 只能在个案基础上审查。

至于措施的形式、性质,非违反之诉中所指措施通常包括政府制定的法律或法规这类具有强制执行力的措施,但也不仅限于此。在富士胶卷案中,专家组认为,对措施一词应作更广义的理解,包括不具有法律强制执行力的政府行为。在判断一项措施是否属于总协定第23条第1款(b)项所指措施时,不能以该项措施是否具有强制执行力为惟一标准。尽管不具有强制执行力,但如果实施该措施所产生的激励或抑制效果对一成员的市场准入竞争条件产生不利影响,从而事实上破坏了成员之间的利益平衡,该措施就构成了总协定第23条第1款(b)项意义上的措施。

非违反之诉意义上的措施,还必须是一项正在实施的措施。从总协定第23条第1款(b)项上下文来看,有关表述使用的是现在进行时,所指的措施应仅限于当前正在实施的措施。在有关的案例中,专家组对已过期的或已废止或撤销的措施是不予裁决的,只有在少数极特殊的情况下,专家组的审理涉及已过期或不再实施的措施,但通常这些措施在近期内刚刚停止实施^[1](第32-36页)。

(二)申诉方依WTO相关协议享有的贸易利益被抵消或受到损害

依总协定第23条第1款的规定,欲证明非违反之诉成立,申诉方必须表明其依世贸组织的相关协议享有利益。对关贸总协定第23条第1款而言,非违反之诉所保护的依关贸总协定而享有的利益,是基于关税减让的达成或有关协议的签订而在进口产品与国内相同产品之间确立的一种改善了的市场竞争关系,这种竞争关系不应受到与关贸总协定并不违背的措施的影响。确定享有某项利益后,申诉方还需证明他对该项利益具有“合理预期”,如前所述,这一概念是在GATT的实践中总结发展起来的。

(三)措施的实施与利益的抵消或损害之间存在因果关系

在非违反之诉中,申诉方应证明其依WTO相关协议所获得的利益,因一成员所采取的措施而被抵消或受到损害。在日本富士胶卷案中,专家组对此问题作了精确的概括。

专家组认为,因果关系的讨论一般涉及四个方面的问题:一是因果关系的程度问题,专家组认为,只需考虑该措施是否导致了抵消或损害,即该措施是利益遭抵消或损害的原因之一即可;二是措施来源的中性与因果关系的相关性,专家组认为,某项措施即使在法律上没有歧视性,也可能构成事实上的歧视,但在此种情形下,申诉方应详细说明来源中性的措施是如何对进口产品造成不合比例的影响的;三是政府实施某项措施的动机,专家组认为,关贸总协定第23条第1款(b)项并不要求证明政府采取措施的意图,重要的是因果关系的效果,即是否破坏了竞争关系。当然,意图也并非毫不相干。如果表面中性的措施实际上却旨在限制进口,专家组更倾向于裁定因果关系的存在;四是对多项措施的影响综合考虑并由此来确定因果关系的问题,一项措施在独立分析时可能对竞争关系仅有有限的效果,但大量的措施集体分析时却可能有重大的影响^[2](第320-321页)。

二、非违反之诉在知识产权、服务贸易领域的适用

依与贸易有关的知识产权协议第64条第1款,在知识产权领域全盘照搬了GATT1994中规定的、并在DSU中被细化的非违反之诉的有关规则,但考虑到知识产权与货物贸易、服务贸易之间存在的巨大差异,以及出于对适用非违反之诉可能会形成比知识产权协议本身更高的保护标准的担忧,该协议对非违反之诉的适用作了限制,规定了冻结期。该条第2款规定,自马拉喀什协议生效之日起5年内,非违反之诉不得适用于该协议项下的争端解决。同时,该条第3款还规定,在上述5年时间内,知识产权理事会应审查根据该协议提出的、属于非违反之诉的起诉范围和模式,提出建议供部长会议讨论,由部长会议经协商一致作出关于批准此类建议或延长第2款中关于时限的有关规定。

然而协议规定的5年时间早已过去,有些国家如加拿大希望延长冻结期,认为允许提出非违反之诉将会增加不确定性,并阻碍世贸组织的成员采取新的、却非常重要的有关社会、经济发展、健康、环境和文化方面的措施;而美国等国家则主张应允许提起非违反之诉。这种讨论还在继续,知识产权理事会也未向部长会议提交第64条所指的任何建议。由此,一部分成员认为,既然知识产权理事会未向部长会

议提交相关建议,暂停实施的状况并未结束,所以非违反之诉尚不能在知识产权保护领域适用;一部分成员则认为,第 64 条第 2 款规定的 5 年冻结期已届满,是否向会议提交相关建议并不影响冻结期的结束,所以非违反之诉制度已在知识产权保护领域适用。

根据 GATT1994 第 23 条、关于争端解决规则与程序的谅解第 26 条第 1 款及服务贸易总协定第 23 条第 3 款的规定,服务贸易领域与货物贸易领域非违反之诉的制度存在以下 4 个方面的不同:

第一,在诉因方面,服务贸易总协定规定,一成员采取的与服务贸易总协定并不抵触的措施,只有在抵消或损害了另一成员在该协定第三部分下的具体承诺可合理预期获得的利益时,该成员才能据此援引世贸组织的争端解决机制。而关贸总协定除规定此一诉因外,还规定有关措施如损害了关贸总协定任何目标的实现时,也可据此提起非违反之诉。依后一诉因提起的非违反之诉,类似于国内法的公益诉讼,不仅仅在于维护个别成员的贸易利益,还在于维护全体成员的利益。如果说在前一种诉因中只有被损害的一方有权提起非违反之诉的话,那么在后一种诉因中,任何非实施相关措施的成员均可提起非违反之诉。毫无疑问,关贸总协定的这一规定更有利于促使成员善意履行关贸总协定所赋予的义务,更有利于维护多边贸易谈判所体现的贸易利益。在服务贸易总协定中,“利益”仅限于依该协定第三部分“具体承诺”可合理预期获得的利益,对依该协定其他部分所获得利益的抵消或损害不得提起非违反之诉;而依关贸总协定的规定,“利益”包括依整个关贸总协定可合理预期获得的所有利益。

第二,在举证责任方面,关于争端解决规则与程序的谅解第 26 条第 1 款(a)项在总结关贸总协定争端解决实践经验的基础上明确规定,在非违反之诉中,申诉方承担举证责任,应提供“详细的正当理由”,以支持其所主张的非违反之诉。极重的举证负担,使非违反之诉的胜诉率维持在较低的水平,有效地限制了对非违反之诉的滥用。事实上,在一些非违反之诉中,争端解决机构就是以证据不足裁定非违反之诉不成立。而服务贸易总协定对举证责任问题没有作任何规定。服务贸易领域非违反之诉中举证责任由谁承担,举证责任的程度如何,还有待于世贸组织争端解决实践予以明确。

第三,在救济措施方面,关贸总协定的规定与服务贸易总协定的规定则存在重大差别。关贸总协定第 23 条第 2 款规定,如果双方未能在合理时间内就争议问题达成满意的调整,则申诉方可要求缔约方全体授权中止减让或其他义务;关于争端解决规则与程序的谅解第 26 条第 1 款(b)项规定,无论如何,被诉方无义务撤销相关措施。而服务贸易总协定则更明确地规定,申诉方可要求被申诉方作出令双方满意的调整,包括修改、甚至是撤销该有关措施。服务贸易总协定的此种规定无疑更有利于申诉方维护其贸易利益。

三、对非违反之诉制度的评价

由关贸总协定第 23 条第 1 款确立的非违反之诉,虽经过关贸总协定和世贸组织争端解决实践的努力,相关制度已有了极大的改善,对维护国际贸易秩序发挥了重要作用,但从总体来看,这一制度仍存在一些重大问题等待解决。

(一) 不可或缺的制度

有些学者对非违反之诉制度存在的合理性持否定态度^[3](第 311 页)如托马斯即认为,随着国际贸易法扩展适用于非关税领域,世贸组织不再需要在 19 世纪 20 年代发展起来的非违反之诉,关于条约适用、解释的一般原则,加上现代法理学理论,就足以阻止成员对世贸组织目标的伤害,因而是时候对非违反之诉重新进行评估并采取相应行为了。

笔者认为,非违反之诉作为违反之诉的补充,虽然自关贸总协定运作以来受理的案件不多,申诉方胜诉的更少,但在关贸总协定所确立的贸易制度存在漏洞的情况下,非违反之诉对维护多边贸易纪律及关税减让的平衡,警醒缔约各方忠实履行关贸总协定义务方面,仍发挥了重要作用。虽然随着国际贸易法的不断完善,非违反之诉存在的必要性在逐步被削弱,但在近一段历史时期内,此一制度仍有其存在

的理论基础和必要性。

从非违反之诉的演化历史来看,该制度的适用范围呈不断扩展的趋势。从关税减让领域扩展适用于非关税领域,从货物贸易领域扩展适用于服务贸易、知识产权保护领域,这是对非违反之诉在维护正常国际贸易秩序方面所发挥作用的肯定,也表明了缔约方/成员对该制度的信心。

从设计非违反之诉制度的目的来看,该制度仍有其存在的必要性。制定非违反之诉的初衷,是考虑到关贸总协定的货物贸易制度并不完善,缔约方可能采取关贸总协定并未明文禁止的贸易措施,打破各方通过关税减让谈判所建立的权利义务平衡,从而损害他方的贸易利益,将非违反之诉作为一种“补丁工具”以弥补制度性缺陷。虽然经过半个多世纪的发展,多边贸易纪律不断得到了完善,但仍存在一些问题,特别是在新规范的领域。如服务贸易总协定,由于该协定只是一个框架性协议,贸易规则极不完善,且服务贸易远复杂于货物贸易,因而亟须非违反之诉这种“补丁工具”弥补其存在的制度性缺陷。

从当代条约法的实践来看,世贸组织这项来源于双边贸易协定的制度。在“美洲自由贸易区协定(草案第三稿)”第23章“争端解决”中,就规定有非违反之诉,且第3条明确规定,在决定“抵消或损害”的因素时,专家组可考虑借用1994年关贸总协定第23条第1款(b)项所体现的原则。这在一定程度上反映了非违反之诉的生命力,体现了世贸组织非违反之诉相关规则的合理性。

(二)与生俱来的模糊性

作为外交解决贸易争端体制的一个遗迹,非违反之诉天生即具有模糊性。无论是关贸总协定第23条第1款,还是服务贸易总协定第23条第3款,对非违反之诉的相关规定都非常概括、原则。一些重要的基本概念在关贸总协定及服务贸易总协定中未得到任何澄清,何谓“利益”、“措施”,何谓“抵消”、“损害”,法律条文均未作任何解释;争端解决机构在处理违反之诉和非违反之诉时,是否应遵循相同的原则、程序,法律条文也未作任何规定。虽然经过半个多世纪的争端解决实践,上述缺陷得到了极大的完善,澄清了非违反之诉在实体规则与程序规则方面存在的一些问题,但通过此种方法完善非违反之诉的法律制度仍存在不足。依世贸组织的规定,争端解决机构处理的案件不具有判例的效力,对其后类似案件的处理不具有法律上的约束力,而且专家组对有关非违反之诉案件的裁决并不总是一致和合理。

解决规则模糊性最直接的办法,是将在争端解决实践中成熟的做法立法化。乌拉圭回合在此方面作过一些努力,但效果并不明显,只明确了申诉方的举证责任,其他一些重要规则,如“合理预期”等,则未被立法化,使非违反之诉在规则上仍存在不确定性。

有学者主张,将非违反之诉“违反化”,即将非违反之诉转化为违反之诉,适用违反之诉的有关规则,从而从根本上摆脱非违反之诉规则模糊性这一缺陷^[3](第311页)。做法之一就是签订新的多边贸易协议,将原先不直接受WTO贸易规则调整的事项纳入其规范范围之内,如制定竞争协议,将原由国内法调整的竞争政策纳入WTO调控范围之内,就可使此领域内非违反之诉转化为违反之诉。

(三)存在被滥用的危险

依关于争端解决规则与程序的谅解第26条第1款的规定,关贸总协定第23条第1款(b)项所规定的非违反之诉除在举证责任、救济手段方面应满足第26条第1款(a)、(b)、(c)、(d)所作的特殊规定外,其他方面均适用世贸组织的争端解决机制。服务贸易总协定第23条第3款也明确规定,在服务贸易领域发生的非违反之诉直接适用世贸组织的争端解决机制。与关贸总协定的争端解决机制相比,世贸组织争端解决机制最突出的特点就是实行“反向协商一致”原则,从专家组的设立到上诉机构报告的采纳,均实行“自动”通过。在关贸总协定时期,任一缔约方,包括败诉方自己,都可以阻止专家组报告的通过。而在世贸组织的争端解决机制中,要阻止专家组和上诉机构报告的通过几乎是不可能的。因此,一旦某一非违反之诉被专家组、上诉机构所受理,则无论如何不合理、不公正,该裁决几乎将被自动采纳。在世贸组织争端解决机制下,非违反之诉的申诉方仅凭一己之力,即可推动整个程序的进行,这无疑会极大地鼓励世贸组织成员发起非违反之诉的争端解决程序。

非违反之诉有关规则的模糊性,可能导致世贸组织争端解决机构享有过分广泛的管辖权,某些案件

的模糊性会产生可变通性(versatility)。如果一缔约方在技术上并未违背任何世贸组织体制下的义务,但仍被认为应对此种情形负责时,任何成员都会自然而然地依非违反之诉中抵消或损害的规则向争端解决机构提起申诉。因为,在此种情形下,非违反之诉的规定是申诉方希望的源泉^[4](第 95-110 页)。

(四)适用范围的扩张:消化不良

乌拉圭回合将非违反之诉的适用范围从货物贸易领域扩展至服务贸易和知识产权保护两大领域,但该制度在此两大领域能否良好运作,目前尚不明确。

在服务贸易领域,依赖关贸总协定的此种争端解决机制会加重非违反之诉在关贸总协定中业已存在的模糊性。在服务贸易谈判中,不存在“约束关税”的概念,取而代之的是部门对部门的、包括市场准入和国民待遇条件的特别承诺表,这样在以互惠原则为基础的关税谈判时期存在的“合理预期”,在服务贸易领域就难以适用。另外,服务贸易的特殊性也将使争端解决机构更难以确定是否存在“抵消或损害”及确定“抵消或损害”的程度。而知识产权与货物贸易、服务贸易更是存在本质上的差异,如何适用非违反之诉,迄今为止未见任何一致意见。事实上,对应否在知识产权领域适用非违反之诉,在乌拉圭回合谈判期间便引起了争议。一些成员担心,包含非违反之诉的知识产权协议会在事实上形成比谈判中的协议更高的保护标准;而另一些成员则担心,缺少非违反之诉,现存的义务将被合法的、却是对已达成一致的的保护标准的限制性解释所侵蚀。

[参 考 文 献]

- [1] 尹 立. 浅析 WTO 争议解决机制中的非违反(协议)之诉[J]. 政法论丛, 2003, (3).
- [2] 韩立余. WTO 案例及评析[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001.
- [3] Cho, Sungjoon. GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process[J]. Harvard International Law Journal, 1998, 39(2).
- [4] Bogdandy, Armin Von. The Non-Violation Procedure of Article XXIII: 2, GATT-Its Operational Rationale[J]. Journal of World Trade, 1992, 26(4).

(责任编辑 车 英)

WTO Non-Violation Issues: Jurisprudence and Application

ZHONG Liguó

(Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: ZHONG Liguó (1964-), male, Doctoral candidate, Institute of International Law, Wuhan University, majoring in international economic law.

Abstract: Non-Violation Complaints is a special system of the dispute settlement in WTO, it is very important for keeping the balance of rights and obligations between WTO members. The rationale of this system is the principle of good faith. This system is applicable after certain requirements are satisfied. The article thinks that the system of Non-Violation Complaints is necessary for WTO, but it must make great efforts to get this system more practicable.

Key words: WTO; DSM; non-violation