airiti

WTO's Multi-layered Control on Trade Retaliation

Liu Xiaomong
Ph. D. Student
WTO and International Law Program
Institute for International Law
Wuhan University

Key words: WTO, Dispute Settlement Body, Appellate Body, authorized retaliation mechanism

Abstract

For the multilateral dispute settlement system of World Trade Organization (WTO), implementation is the last part of the multilateral dispute settlement and is an essential element to settling disputes in the multilateral trading system. Without the implementation of the ruling, such a system would thus turn to be futile. In regard to the challenges relating to ruling's implementation, perhaps the most controversial problem is the authorized retaliation mechanism.

This article attempts to analyze in depth the challenges faced in the WTO's authorized retaliation mechanism, particularly its institutional defects. The article starts with proposals made by developing nations to reform the authorized retaliation mechanism. Finally, this paper puts forth several new proposals for more favorable as well as efficient approaches towards the authorization of the retaliation mechanism in the WTO.

airiti

WTO 對貿易報復的多邊控制
——法律、實踐與挑戰

劉筱萌*
國際法與世界貿易組織法博士研究生
國際法研究所
武漢大學

關鍵字：世界貿易組織、WTO 執行機制、DSU 改革、授權報復

摘要

對於世界貿易組織（WTO）所建立的多邊爭端解決機制而言，執行是爭端解決的最後環節，同時也是爭端解決的關鍵環節，任何性質或形式的爭端解決方式，一旦不能執行到位，將使一切變得毫無意義。在整個 WTO 裁決執行的問題中，又尤以授權報復機制所受到的質疑和挑戰最多。本文試圖從目前 WTO 多邊體制下授權報復制度所面臨的問題入手，對其制度性缺陷進行深入分析，進而以關於授權報復改革的發展中國家提案為切入點，對 WTO 授權報復制度提出一些新的分析和思考，以期對 WTO 新授權報復制度的構建有所裨益。

*2011 年德國馬克思普朗克比較公法與國際法研究所高級訪問學者。

airiti

一、WTO 報復機制

（一）WTO 授權報復[1]法律體系

在世界貿易組織（World Trade Organization，簡寫為 WTO）爭端解決的運行體系之中，爭端解決案件專家組（或 Appellate Body 中文譯為上訴機構）裁決在爭端解決機構（Dispute Settlement Body, DSB）獲得通過之後，下一步的主要任務就是如何恰當執行，使敗訴方違反 WTO 義務的措施或政策回到 WTO 的正常軌道上來。[2] 執行是爭端解決的最後環節，同時也是爭端解決的關鍵環節，任何性質或形式的爭端解決方式，一旦不能執行到位，將使一切變得毫無意義。然而，相較於 WTO 快速、公正而有效的專家組

---

1 嚴格說來，在 WTO 的所有法律條文用語中並沒有關於"報復"（retaliation）的規定，"報復"一詞是媒體報導和學術討論時常用的一個形象說法，其他說法還有"制裁"、"反措施"等。"報復"在 WTO 中準確的法律用語是"中止減讓或其他義務"（suspension of concessions or other obligations）或"適當的反措施"（appropriate countermeasures）。*See* Article 22, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*; Article 4.10, *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*. 但本文為了行文的方便，並且為統一相關概念的使用，以下如無特別說明，"報復"、"中止減讓"以及"反措施"都將表示同一含義。即在 DSU 3.7 條中所明確的"最後的救濟手段"——"中止關稅減讓或協定項下其他義務的適用"（suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements）。

2 *See* William J. Davey, *The WTO Dispute Settlement System*, 3 J. INT'L ECON. L. 15 (2000); *See also*, Joost Pauwelyn, *Enforcement And Countermeasures in The WTO: Rules are Rules-Toward A More Collective Approach*, 94 AM. J. INT'L L. 336 (2000).

airiti

裁決而言，這些裁決並不能總是得到有效執行，[3]因此，探討 WTO 專家組及上訴機構裁決的執行（enforcement）或者遵從（compliance）問題也就成為理論與實務領域諸多研究所關注的重點問題。[4]而在整個 WTO 裁決執行的問題中，又尤以授權報復機制所受到的質疑和挑戰最多。相較於早期」關稅暨貿易總協定（General Agreement on Tariffs and Trade, GATT）的報復機制而言，[5] WTO 在成立之時對授權報復做出了更完備的規定，對貿易報復的原則、程式和爭議的解決等問題均做出具體的規定，使得授權報復正式成

---

3 在 WTO 爭端解決機構目前受理的 411 件貿易爭端中共有 73 件案件的被告方已向 DSB 通報執行專家組的建議，16 起案件已向 DSB 通報雙方達成共同的解決方案；但仍有 5 起案件請求 DSB 的授權報復，還有 4 起案件已實際獲得 DSB 的報復授權。參見 WTO 網站統計， http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm ，搜尋日期：2011 年 10 月 15 日。

4 *See* Peter van den Bossche, *The Doha Development Round Negotiations on the Dispute Settlement Understanding*, Conference Paper of WTO Conference: New Agendas in the 21st Century, Taipei, November 2003; William J.Davey, *The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years*, Paper presented in the WTI World Trade Forum, Berne, June 2004; Mateo Diego-Fernandez and Roberto Rios Herran, *The Reform of the WTO Dispute Settlement Understanding: A Closer Look at the Mexican Proposal*, 1 MANCHESTER J. INT'L ECON. L. 5 2004.

5 根據 GATT 1947 第 23 條的規定，如締約方全體認為情況足夠嚴重而有理由採取行動，則可授權一個或多個締約方中止實施在本協定項下承擔的、在這種情況下他們認為適當的減讓或其他義務。這表明 GATT 建立的是種多邊報復體制。但該多邊報復體制在約束單邊報復方面存在著明顯的不足：GATT 在取消單邊報復方面態度含糊；它未能規定具體明確的多邊報復規則和程式，使 GATT 的報復制度缺乏可操作性。因此，利用報復制度威懾力作用的初衷並未實現。參見向雅萍：《WTO 報復制度的缺陷與完善研究》，《理論月刊》2008 年第 4 期。

airiti

為一個完整的貿易救濟體系的一部分。[6]

（1）WTO 協定中關於授權報復的規定

1）啟動 WTO 貿易爭端報復機制的先決條件。根據 DSU 第 22.2 條的規定，如果在合理期限結束後 20 日內雙方無法達成相互滿意的補償協議，申訴成員可以要求 DSB 授權中止對被訴成員減讓或其它義務。此外，如果在相關協議明確規定其項下不允許中止減讓或者其他義務，則 DSB 也不能授權啟動貿易報復機制。因此實施貿易報復的前提條件有三：第一，被訴成員未履行 DSB 的建議或裁決，且爭端當事各方無法達成相互滿意的補償協定；第二，必須經 DSB 授權才能採取貿易報復；第三，貿易報復的範圍限於不為 WTO 協定所禁止的中止減讓或其它義務。[7]

---

6 DSU 第 3 條第 7 款規定："各成員在投訴前應對這些程式下的行動是否有效做出判斷。爭端解決機制的目的是確保對爭端的積極解決。一項可為爭端各方相互接受且符合適用協定的解決辦法顯然是優先謀求的目標。在沒有相互同意的解決辦法時，如有關措施被確認為違反任何適用協定，爭端解決機制的首要目標通常是確保撤銷這些措施。只有在不可能立即撤銷該項措施，而且在撤銷違反適用協定的措施之前，補償作為一種臨時辦法，才能被援用。本諒解向援用爭端解決程式的成員所提供的最後手段是，經爭端解決機構批准，在差別待遇基礎上，該成員可以中止對另一成員承諾的關稅減讓或適用協定項下的其他義務。"

7 禁止實施報復的協議主要有以下的幾項：《農業協定》（第 7 部分，第 13 條（a）款（l11）項及（b）款（111）項）、《服務貿易總協定》（第 22 條、23 條規定，在某些重複交稅案件中對訴諸爭端解決機制實行限制）、《TRIPs 協議》（第 64 條規定，GATT 1994 第 23 條第 1 款（b）項和（c）項，自 WTO 協定生效起 5 年內，不得適用智慧財產權下之爭端）以及《保障協議》（第 8 條）以及 DSU 本身。

airiti

2）WTO 授權報復機制的啟動方式。與 GATT 徹底的協商一致不同，WTO 時期的貿易報復授權可能性比 GATT 時期更高，這主要是因為在 GATT 時期授權貿易報復要以協商一致（consensus）的方式決定；而根據 DSU 的規定，貿易報復授權只需反向協商一致（reverse consensus），除非 DSB 協商一致反對申訴成員的要求，否則 DSB 在合理期限期滿後 30 日內，應授權該成員實施貿易報復。

3）貿易報復的方式。貿易報復實施的方式在 GATT 時期較為單一，這是因為 GATT 1947 所涵蓋的範圍僅限於貨物貿易，所以中止的減讓或義務也僅限於貨物貿易部門，締約方全體無權授權締約國就貨物貿易以外的貿易事項實施報復。而在 WTO 體制下，由於 WTO 涵蓋貿易部門更多，因此在授權報復的領域也較為全面，包括貨物貿易（含 GATT 1994 與其它相關協定）、服務貿易（GATS）和與貿易有關的智慧財產權措施（TRIPs），因此 DSU 允許在上述不同協議或不同部門下進行報復。根據 DSU 第 22.3 條的規定，申訴成員可以採取三種報復方式：平行報復（parallel retaliation）、跨部門報復（cross-sector retaliation）和跨協議報復（cross-agreement retaliation）。[8] 在具體案件中由申訴成員選定報復方式，並向 DSB 要求授權該成員方實施此種報復。但申訴成員應遵循一定的原則，即首先尋求平行報復、若無法達到目標再尋求跨部門報復，最後尋求跨協

[8] Article 22.3, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, “Same sector”, “Other sector”, “another covered agreement”. *Available at* http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm#22, visited on 5/12/2011.

airiti

議報復。[9]

申訴成員在適用這一原則時，還應考慮專家組或上訴機構認定有違反義務或其他造成利益喪失或減損情形的部門或協定項下的貿易、此類貿易對該方的重要性以及與利益喪失或減損相關的更廣泛的經濟因素及中止減讓或其他義務的更廣泛的經濟後果。若申訴成員要求 DSB 授權實施跨部門報復或跨協定報復，還應說明有關理由。

4）貿易報復機制的目的。從 GATT 時代緣起的 WTO 授權報復機制的目的其中重要的思想即是重新恢復成員方之間貿易減讓承諾的雙邊平衡（re-balancing）。[10] 有學者將其闡述為，[11]受害方成員通過撤銷減讓的承諾，從而使得在先行為造成的一種雙邊不平衡狀態得以恢復；亦有學者認為，報復機制用傳統的 GATT 語言即可描述為"契約救濟"（contractual remedy），[12]一個成員方對 WTO 規則的

---

9 *Ibid.*

10 David Palmeter and Stanimir A. Alexandrov, *"InducingCompliance" in WTO Dispute Settlement*, in Daniel L.M. Kennedy and James D. Southwick eds., THE POLITICAL ECONOMY OF INTERNATIONAL TRADE LAW (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) 646-666; 但也有反對該種重新平衡說的學者，參見 Holger Spamann, *The Myth of "Rebalancing" retaliation in the WTO Dispute Settlement System*, 9 J. INT'L ECONOMIC L. (2006), at 31-79.

11 Steve Charnovitz, *The WTO's Problematic Last resort Against Non-compliance*, 14 August 2003, at 8-16 *available at* http://www.worldtradelaw.net/articles/charnovitzlastresort.pdf [revised version of an article published in Aussenwirtschaft, (12/2002)].

12 Refus Yerxa, *The Power of the WTO Dispute Settlement System*, in Refus Yerxa and BruceWilson eds., KEY ISSUES IN WTO DISPUTE SETTLEMENT: THE FIRST TEN YEARS, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, at 3.

違反，即使得遭受不利後果的一方獲得將其等價承諾撤銷的權利，以使它們之間的權利義務關係重新獲得平衡。平衡的觀念事實上也影響 WTO 爭端解決規則的制定，例如在 DSU 第 22.4 條關於報復程度的規定。[13] 這一條事實上即需要對被訴方對申訴方成員造成損害的程度進行評估，進而允許受害方也對相同或相等利益進行中止減讓，由此來重新恢復雙邊承諾的平衡狀態。[14]儘管這種理念來源於 GATT 第 23 條的規定，但重新平衡的概念也仍然能夠在保障措施協定的第 8 條報復中找到支持。

另一種觀點則認為 DSU 的授權報復，其目的在於“引導”（persuading）成員方將違反 WTO 義務的國內規範拉

---

13 *Compare also* Article 51 of the International Law Commission's Articles on *Responsibility of States for International Wrongful Acts* (ASR) which requires countermeasures to commensurate with the injury suffered. The articles are annexed to UN General Assembly, Resolution on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (A/RES/56/83), 12 December 2001.

14 有學者認為如果認定報復機制的目的在於促進 WTO 義務的遵從，那麼就沒有理由將報復的水準限制在所遭受的損失相同等的程度上，相反，為了更有利促進成員方對 WTO 義務的遵守，則必須允許報復的水準在此程度之上，而且至少已經有兩件基於反補貼協定 4.10 條的仲裁裁決授權了在受損害程度之上“合適的反措施”（appropriate countermeasures）。*See Recourse to Arbitration by the United States under Article 22:6 of the DSU and Article 4:11 of the SCM Agreement - Decision of the Arbitrator, United States - Tax Treatment for Foreign Sales Corporations (US – FSC)*, WT/DS108/ARB, 30 August 2002, para.5.30-5.52; *Recourse to Arbitration by Canada under Article 22:6 of the DSU and Article 4:11 of the SCM Agreement - Decision of the Arbitrator, Canada - Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft (Canada – Export Credits)*, WT/DS222/ARB, 17 February 2003, paras. 3.48, 3.107-3.121.

airiti

回到遵守 WTO 義務的框架之下。"引導遵從"（inducing compliance）論是建立在 WTO 法律體系是一個以規則為導向的系統，各成員方一致同意的規則即是國際貿易穩定和可預測性的關鍵保證。既然 WTO 義務需要各成員方的誠實遵守，並且 DSU 的第一要務就是保證遵守，那麼就可以說報復機制的存在，也是為了保證或者引導成員方遵守 WTO 義務的工具。這一點目前所有的 22.6 條仲裁裁決均支持這一觀點，[15]且也均認為 DSU 第 22 條的授權報復即是為了促使

[15] *See Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22:6 of the DSU - Decision by the Arbitrators, European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC - Bananas II)*, WT/DS27/ARB, 9 April 1999, para.6.3（在本案中，仲裁員裁定報復措施的臨時性意味著"報復機制的目的在於促進成員方的遵守。但這個目的並不表明 DSB 應當對超越"利益減損或喪失"程度的報復予以積極授權）；Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22:6 of the DSU - Decision of the Arbitrator, European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (EC - Hormones), WT/DS26/ARB, 12 July 1999, at para.40（提出贊同仲裁員在歐共體香蕉案中的立場，認定報復機制的目的在於引導遵從）；EC -Bananas III (Article 22.6 – Ecuador), at para.76（強調"解釋可實施性欲有效性的標準應與第 22 條的目標相符，即促進成員方遵守義務。"），Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement – Decision by the Arbitrator, Brazil - Export Financing Program for Aircraft (Brazil – Aircraft), WT/DS46/ARB, 28 August 2000, para.3.44（在本案中仲裁員認定，如果一項報復措施能夠有效促進成員方的遵守，那麼就是反補貼協定意義上的"適當（appropriate）"）；US – FSC (Article 22:6),（仲裁員在本案中認定，"報復措施是針對違反 WTO 義務行為而實施的，因此在 DSB 中授權報復也就意味著目的在於糾正違反義務的行為，促進和保障 DSB 的裁決得以遵守。"）；Canada-Export Credits (Article 22:6),（認定"為了保障和促進成員方遵守義務，一項更高程度的報復措施不僅是必要的，而且是適當的"。）。

airiti

成員方遵守義務。而目前也有相當多的學者支持這一觀點。[16]

總之，WTO 多邊法律體制中止減讓制度的目的是個有爭議的問題，中止義務到底是要強制實施 DSB 建議和裁定，從而引導成員方遵從 WTO 各協定的義務，還是僅僅恢復對等貿易利益的平衡。從 WTO 報復機制的客觀現實效果而言，作為成員方違反 WTO 法律規定而造成的貿易失衡的補救機制，中止減讓確實具有恢復貿易利益平衡的效果；另一方面，中止減讓正是通過“消極對等互惠”（negative reciprocity）方式來逼迫違法成員履行 WTO 協定項下的具體義務，恢復對等貿易利益的平衡只是手段，強制履行義務才是目的。DSU 明確規定中止減讓僅僅是臨時的，且只要存在未執行情況，DSB 就必須對該情勢進行監督。根據申訴的勝訴成員請求，該問題一直保留在 DSB 議程之中直到得到解決。一旦有關成員完全履行了 DSB 的建議與裁定，

---

16 *See e.g.*, Joost Pauwelyn, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules - Toward a More Collective Approach*, **94 AM. J. INT'L L. 335-347** (2000), at 343; Robert Hudec, *The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies*, in Bernhard Hoekman, Aaditya Mattoo, Philip English eds., **DEVELOPMENT, TRADE AND THE WTO - A HANDBOOK** (Washington DC: The World Bank,2002), 89; Won-Mog Choi, *To Comply or Not to Comply? Non-Implementation Problems in the WTO Dispute Settlement System*, **41 JWT 1043-71** (2007), at 1043; Ngangjoh H. Yenkong, *World Trade Organization Dispute Settlement Retaliatory Regime at the Tenth Anniversary of the Organization: Reshaping the "Last Resort" against Non-Compliance*, **40 JWT 365-384** (2006), at 365; Marco Bronckers and Naboth van den Broek, *Financial Compensation in the WTO*, **8 J. INT'L ECONOMIC L. 101-126** (2006), at 102; *Compare also* Jide Nzelibe, *The Case Against Reforming the WTO's Enforcement Mechanism*, Northwestern University School of Law Public Law and Legal Theory Series No.07-12 (April 2007), at 14, 19, 29.

airiti

中止減讓就必須停止。

同時，WTO 的授權報復機制還考慮到第三世界國家的具體情況。WTO 各成員方在考量實施貿易報復的可能性時應當考慮"與利益喪失或減損相關的更廣泛的經濟因素及中止減讓或其他義務的更廣泛的經濟後果"，[17] 從而對發展中國家以及最不發達國家的利益進行一定程度的保護。

（2）服務貿易領域的中止減讓

與在貨物貿易領域的中止減讓或其他義務不同，在服務貿易領域的中止減讓並不能產生足夠的平衡以達到促使成員方遵守相關協定的效果，除非報復措施所指向的是具有高度政治敏感性和脆弱性的服務貿易領域。這在發展中成員方和發達成員方的相互關係之中尤為明顯，而這也許是因為多數發展中國家成員方在 GATS 項下並沒有給予強有力的承諾，並且許多發展中成員方也並未沒有在服務貿易領域開展較多的活動（甚至並不開放服務貿易領域），因此也就無法在 GATS 項下適用報復機制而獲得期望的法律效果。

此外，中止服務貿易協定項下的義務（在服務貿易協定項下啟動報復機制）還可能造成對發展中成員方不合比例（disproportionately）的損害，具體而言，即與發達成員方的報復關係之中，發展中成員方公民的就業機會更容易受到衝擊，其境內消費者和國內企業也更容易成為報復的犧牲

[17] Art. 22.3 (d), DSU.

airiti

品。尤其是在服務領域的報復大大加重那些依賴於國外技術服務提供者（skilled foreign service provider）的國內企業的損失，以及那些受雇於外國服務提供者的個人損失，甚至是尋求境外服務提供的國內消費者的損失。服務領域的報復甚至還會對海外直接投資（FDI）環境產生威脅。而毫無疑問地發展中成員方對這些風險都極其敏感（susceptible）。同時，GATS 項下的報復還可能帶來在國內法上的一些問題（甚至是憲法上的問題），包括對私權的處分問題（treatment of private rights）以及在各種不同雙邊或者區域貿易投資協定項下所規定的義務問題。在某些服務貿易領域或者供應模式之中（modes of supply），也會產生嚴重的問題，即對 GATS 項下減讓或者其他義務的中止是否可以管理到與 DSU 22.4 條所要求的平等相一致（conformity with the equivalence requirement），而該條所規定的平等，確保報復與交叉報復所帶來的貿易效應不會超過因非法貿易措施所帶來的利益減損或喪失的相應程度。

儘管 GATS 項下的報復存在著這種種不利的因素，但對於成員方而言，也並不意味著完全喪失進行服務貿易領域報復的手段或途徑。GATS 第三部分項下的“中止減讓”或者“具體承諾”（specific commitments）就是最明顯的能為投訴方所採用的有效中止減讓的手段。可以中止實施的具體承諾（例如市場准入），在 GATS 具體承諾表中（scheduled specific commitments）已經列明，其中顯然模式三商業存在和模式四自然人流動對授權報復機制而言更加容易，並且也更容易採取強制性的措施。發達國家更傾向於將更多的精力和關注放在海外直接投資（FDI）之上，包括為其服務提供者例如銀行以及保險公司在海外設立商業存在以及為其技術人員和專業服務人士提供臨時性海外機構（例如醫療服務

airiti

機構、會計師事務所、律師事務所等等）。而違約方也更傾向於對模式三和模式四的各種限制作出反應，尤其是在金融服務領域，因為通常外國金融服務提供者具有相當的政治影響力，能左右其政府的貿易政策決策。

中止 GATS 項下的"其他義務"，是服務貿易領域另一項可為報復機制所採用的手段。在 US - Gambling 一案的仲裁之中，仲裁員即認定 DSU 22 條允許申訴方中止其未在 GATS 最惠國待遇承諾的領域內的義務。[18] 這樣的中止減讓能使得申訴方從其依據最惠國待遇條款所設定的義務中釋放出來。[19]

停止最惠國待遇使得申訴方能夠對於違反義務方的服務提供者施加關稅或更高的稅費以及特別對待的國內規制，而違反義務方也將面臨經濟上或者法律上的歧視。而以中止最惠國待遇為形式的交叉報復應根據 DSU 22.6 條的仲裁員在 US Gambling 一案所確立的規則實施。對於外國金融服務提供者而言，其更容易受到最惠國待遇報復的傷害，因為他們通常更容易遭受課稅以及國內規章歧視性的限制。而且他們通常也可能會涉及影響該外國政府貿易政策的情況。如果來自違約方的服務提供者受到更高的稅率以及國內規章的限制，那麼國內服務提供者（包括發展中成員方的提供者）以

---

18 *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrator, WT/DS285/ARB, 21 December 2007.

19 GATS 最惠國待遇條款中規定，"對於任何其他成員的服務和服務提供者，應立即和無條件地給予不低於其給予任何其他國家同類服務和服務提供者的待遇。"

airiti

及來自於其他成員方的服務提供者都能從這種報復性的歧視中受益。

當實施其他形式的中止減讓之時，包括最惠國待遇的報復形式，申訴方必須保證報復所帶來的對貿易影響不得超過因違法行為造成利益喪失或減損的程度。DSU 22.4 條平等原則的要求為違約方限制報復或者交叉報復提供一種有效途徑。

（3）智慧財產權（TRIPs）項下的中止減讓

對 TRIPs 項下的義務進行中止減讓，對於那些與發達成員方經濟貿易實力相差懸殊的 WTO 中小成員方來說，無疑被普遍認為是個較為有效的手段。[20]尤其是在棉花案，[21]

---

[20] *See* in particular Arvind Subramanian and Jayashree Watal, *Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?*, **3 J. INT'L ECONOMIC L.** (2000), at 403-416; the idea was more recently picked up by Maristela Bassoand Edson Beas, *Cross-retaliation through TRIPS in the Cotton Dispute?*, **9 (5) BRIDGES MONTHLY REVIEW** (2005), at 19-20, *available at* http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES9-5.pdf (visited 15 July 2010).

[21] *See* Recourse to Article 7.9 SCM and Article 22.2 DSU by Brazil, United States - Subsidies on Upland Cotton (US - Cotton), WT/DS267/26, 2005 年 10 月 7 日，對於巴西所主張的中止減讓程度，美國提出反對，且表示巴西對於 DSU 22.6 條的規定並沒有遵守，於是提起申請 22.6 條項下的仲裁程式。*See* WT/DS267/27. 但 2005 年 12 月 7 日，在基於 DSU 21.5 條的專家組確定美國在棉花案中是否依據 DSB 的建議實施相應的改正措施之前，仲裁員中止該項仲裁程式。*See* WT/DS267/29 and WT/DS267/30&32. 直到 2007 年 12 月 18 日，專家組裁定美國的措施仍然與 WTO 法律規定不符（WT/DS267/RW），美國就此提出上訴，由此按照 DSU 的規定，

airiti

以及賭博案之後，[22]在 TRIPs 項下的報復手段逐漸受到越來越多的關注。在 TRIPs 項下的報復手段逐漸受到越來越多的關注。2007 年 12 月美國賭博案的仲裁員作出裁決，授予安提瓜在 TRIPs 項下進行每年 2100 萬美元的交叉報復的權利。[23]基於經濟大危機的影響和目前杜哈回合的僵局以及其所帶來的關於農業補貼問題的"訴訟浪潮"，[24]關於 TRIPs 的交叉報復是否能夠作為將來 WTO 貿易領域的另一個替代性執行保護尚有待觀察？

啟動 TRIPs 項下的報復程式與一般貨物貿易不同，除非一成員方對 WTO 義務的初始違反與 TRIPs 協定有關，否則對智慧財產權的報復一般應當滿足 DSU 22.3（c）與（d）項的具體條件，即"認為對同一協定項下的其他部門中止減讓或其他義務不可行或無效，且情況堪稱嚴重"。迄今為止已有三項仲裁裁決涉及到 TRIPs 協定項下交叉報復的授權問題。總之，根據 WTO 現有規則和不斷發展的成員方

22.6 條的仲裁（如果巴西申請的話）則只能在 WTO 上訴機構判決巴西敗訴的情況下予以恢復。

22 *See Recourse by Antigua and Barbuda to Article 22:2 DSU, United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/22,22 June 2007.

23 Recourse to Arbitration by the United States under Article 22:6 of the DSU - Decision of the Arbitrator, United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US - Gambling), WT/DS285/ARB, 21 December 2007, para 6.1.

24 *See* Bridges Weekly Trade News Digest, With Negotiations Frozen, Potential WTO Disputes Looming, Vol.10 No.28 (2 August 2006) - *available at* http://www.ictsd.org/weekly/06-08-02/wtoinbrief.htm#1, visited 15 July 2010), *compare also* Forbes.com, Trade Disputes will Mark 2008, 29 January 2008 - *available at* http://www.forbes.com/opinions/2008/01/28/doha-trade-talks-oped-cx_ccp_0129doha.html, visited 29 July 2010.

實踐，WTO 體系之下的交叉報復並沒有在法律上（de jure）嚴重限制成員方尤其是發展中成員方在 TRIPs 項下進行終止減讓的能力。甚至在 EC - Bananas III 仲裁案之中也表明，即使報復措施在相同部門或者協定之下有效並且可行，成員方也可以基於上述報復程度並不足以（insufficient）平衡損害為由，[25]將報復措施擴展至 TRIPs 領域。但上述仲裁裁決也指出，成員方主張跨部門進行 TRIPs 項下的交叉報復，必須承擔相應的舉證責任，即主張交叉報復的成員方應當對所有部門和協定項下的中止減讓的可行性和有效性進行評估。[26]這對發展中成員方來說仍是項不小的負擔，而通常中小成員方很有可能無力或者很難進行這樣大型和高成本的評估。如果在上述評估中發現相同部門或者協定項下報復的可行性與有效性，那麼跨協定進行 TRIPs 項下的交叉報復就只能在一種情況下實現，即能證明上述相同部門或者協定下的報復不足以達到其利益受到減損或喪失的程度。

（二）關於授權報復一般國際法規則的適用

儘管是個“自成一體”（Self-Contained Regime）組

---

25 *EC - Bananas III (Article 22:6 – Ecuador), Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22:6 of the DSU -Decision of the Arbitrator, European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC - Bananas III)*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 March 2000, at para.173–74.

26 *EC - Bananas III (Article 22:6 – Ecuador), Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22:6 of the DSU - Decision of the Arbitrator, European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC - Bananas III)*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 March 2000, at para.173–74.

airiti

織，[27] WTO 作為普遍性的國際組織，也仍然要受到一般國際法規則的限制。此外，WTO 裁判機關的相關實踐也表明仲裁員在有關執行爭端中同樣也會適用國家責任的國際法規則以及反措施的習慣國際法，來解釋 DSU 的相關條款。已適用的包括歸責條款（provisions on attribution）以及特別法規則（*lex specialis*）。[28] 而在適用反措施的規則之時，仲裁員則選擇國際法委員會編纂《國家責任草案》之中關於反措施的定義，[29]以及合比例性原則（proportionality of countermeasures）的相關條款。[30] 此外，劍橋大學的 Bartels 教授還指出，在實踐中存在一些非常複雜的案件

---

27 關於 WTO 的"自成一體"與一般國際法關係的爭論，請參見 McRae, D.M., *The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law*, RCADI, v.260, 1996, at p. 117; M. Trebilcock and R. Howse, The Regulation of International Trade, 2nd edition, London-New York, Routledge, 1999.

28 關於習慣國際法規則中的規則條款的適用問題，參見 Canada – Measures Affecting the Importation of Milk, 27 October 1997, WT/DS103/R, WT/DS113/R, para.7.77 and 427；Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, 19 November 1999, WT/DS34/R, para. 9.33；關於適用 WTO 作為國際法"特別法"規範的問題，參見 Appellate Body Report, Regime for the Importation of Bananas, adopted 25 September 1997, WT/DS27/AB/R, DSR 1997: II, p. 591 para. 204; Panel Report, EC – Sardines, adopted 23 October 2002, WT/DS231/R, as modified by the Appellate Body, WT/DS231/AB/R, para 7.15-719.

29 Decision by the Arbitrators, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, WT/DS27/ARB, 9 April 1999, DSR 1999: II, p. 774, para.6.16.

30 Decision by the Arbitrators, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, WT/DS27/ARB, 9 April 1999, DSR 1999: II, p. 725, para.6.16.

airiti

（hard cases）（這些案件通常也涉及到反措施的適用）不能僅在 WTO 相關協定的範圍內得到妥善解決，而有必要使用國際法的相關定義和原則。[31] 由此，反措施習慣國際法規則所發揮的補充性功能在 WTO 爭端解決機制中的適用，能夠使得 DSB 獲得案件更公平的解決方案，同時也“為多邊貿易機制提供安全和可預測性”。

二、WTO 報復機制的實踐

WTO 爭端解決機制試圖建立一種“遵守—補償—報復模式”（a Compliance-Compensation-Retaliation Model），[32] 在這種運作模式之下，WTO 可以授權其成員採取相應的報復措施（“中止減讓”，suspension of concessions）以強制糾正其他成員違背 WTO 義務或承諾的貿易行為。正如《哈瓦那憲章》起草者之一的 Clair Wilcox 所說：“我們要求世界各國賦予某個國際組織限制這些國家使用報復的權利。我們試圖馴服報復，規範報復，通過把報復置於國際控制之下，控制報復的蔓延和氾濫，把這一貿易戰的武器轉化為維護國際秩序的工具。”[33] 這樣的執行模式也就意味著一

---

31 Lorand Bartels, *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*, Journal of World Trade, vol.35, n.3, 2001, pp. 499-519, at p.513.

32 儘管如此，但是在實踐中只在一個案件（美國版權案 *US-copyright case*)中給予過現金補償，因此，WTO 爭端解決機制按照“遵守-報復模式”（a compliance-retaliation model）運作。參見余敏友：《WTO 爭端解決機制 12 年的成就與問題及其對我國的啟示》，載孫琬鐘、余敏友主編：《WTO 法與中國論叢》（2008 年卷），智慧財產權出版社 2008 年版。

33 參見傅星國：《WTO 爭端解決機制中的報復問題》，載《國際經濟合作》2009 年第 5 期。

airiti

旦某個成員採取了違背 WTO 義務的行為，就必須承擔受到影響的成員所可能採取針對性的報復措施（或者反措施，countermeasures）的風險。15 年實踐表明，WTO 成員執行記錄較好，幾乎在裁定 WTO 成員違反 WTO 協定義務的每一個案件中，敗訴方都表明了執行專家組和上訴機構裁定和建議的意願，並且絕大多數案件的裁定和建議已經得到了執行。[34] 迄今為止，WTO 成員基本上比較滿意爭端解決機制的運作。

從 1948 年至 1994 年的 48 年間，GATT 歷史上只發生過一起獲得授權的報復案。1952 年的荷蘭乳製品（Netherlands - Diary Product）案，荷蘭作為勝訴方要求締約方全體授權對美國進行報復。在美國、荷蘭均棄權的情況下，締約方全體協商一致認定美國限制進口荷蘭乳製品違反 GATT 第 11 條，情況堪稱嚴重，授權荷蘭對美國進行報復。該項報復授權須每年更新一次。荷蘭雖獲授權，但並未實施報復。1960 年隨著美國放鬆對荷蘭乳製品的進口限制，GATT 亦不再更新此項授權。[35] 由於 WTO 採取反向協商一致（reverse consensus），專家組和上訴機構報告通過的機率增大，DSB 根據 DSU 第 22.7 條和補貼協定第 4.10 條所作出的中止關稅減讓的授權決定有 16 項，提出報復申請並得到授權的只涉及 7 個案件，其中 5 個案件實際採

---

34 參見余敏友：《WTO 爭端解決機制 12 年的成就與問題及其對我國的啟示》，載孫琬鐘、余敏友主編：《WTO 法與中國論叢》（2008 年卷），智慧財產權出版社 2008 年版。

35 參見傅星國：《WTO 爭端解決機制中的報復問題》，載《國際經濟合作》2009 年第 5 期。

airiti

取報復措施。[36]

（一）美國賭博案（US - Gambling）[37]

2003 年 3 月 13 日安提瓜及巴布達向 WTO 起訴美國，指責美國聯邦法律禁止跨國網上賭博違反 WTO 規則。2004 年 11 月 10 日專家組發佈報告裁定美國敗訴。2005 年 4 月 7 日，上訴機構做出裁決，認為美國《州際賽馬法》對國內與國外業者採取雙重標準違反 WTO 的規定。在合理期限到期後，美未能執行裁決。2007 年 6 月 21 日安提瓜要求爭端

---

36 這六個案件分別是：1、歐共體香蕉案（EC-Bananas, DS27）中授權美國和厄瓜多爾對歐共體進行報復（授權時間為美國 1999 年 4 月 19 日，厄瓜多爾 2000 年 5 月 18 日），但只有美國採取報復措施，且後來撤銷對歐共體的報復；2、歐共體牛肉案（EC-Hormones, DS26, DS48），授權美國和加拿大對歐共體進行報復（授權時間為美國 1999 年 7 月 26 日，加拿大為 2000 年 12 月 12 日），二者都對歐共體採取報復措施且仍在繼續對歐共體維持報復，但該案仍未解決還處於訴訟中；3、巴西支線飛機補貼案（Brazil-Aircraft, DS46），授權加拿大對巴西進行報復（授權時間 2000 年 3 月 24 日），但沒有具體實施；4、加拿大支線飛機補貼案（Canada-Regional Aircraft, DS222），授權巴西對加拿大進行報復（授權時間 2003 年 2 月 17 日），但也沒有具體實施；5、美國外銷公司稅收待遇案（US-Foreign Sales Corporations, DS108），授權歐共體對美國進行報復（授權時間 2002 年 8 月 30 日），歐共體採取報復措施而後在美國撤銷違法措施後就終止報復；6、美國 2000 年持續傾銷與補貼抵消法案（伯德修正案）（US-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, DS217, DS234），授權 8 個成員對美國進行報復（授權時間 2004 年 8 月 31 日），只有歐共體、加拿大、日本和墨西哥採取報復措施。

37 United States - Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/4, 30 January 2004.

airiti

解決機構授權進行價值 34.43 億美元的交叉報復。7 月 23 日美國對安提瓜提出的報復水準提出異議，認為最多只能報復 50 萬美元，要求仲裁予以裁定。同年 12 月 21 日，WTO 仲裁員裁定安提瓜可對美國採取每年 2100 萬美元的貿易報復，同意安提瓜在"服務貿易總協定"和"與貿易有關的智慧財產權協定"方面進行交叉報復。

（二）巴西起訴美國棉花補貼案（US － Upland Cotton）[38]

美國與巴西的棉花爭端始於 2002 年 9 月，當時巴西指控美國於 1999 年 8 月至 2003 年 7 月間藉由若干補貼措施向其棉花農民提供約 125 億美元的巨額補貼，[39]違反 WTO 協定，在雙方磋商未果的情況下，訴諸 WTO 爭端解決機制。WTO 專家小組與上訴機構分別於 2004 年 9 月和 2005 年 3 月作出裁決，皆認定美國確實對國內棉農提供非法補貼，並要求美國調整其政策使之符合 WTO 規則。雖然美國按照 WTO 裁決結果對其棉花補貼政策作了一定調整，但巴西認為美國的調整不足以改變其非法補貼的性質，並於

---

38 United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Decision by the Arbitrator, WTO Doc. WT/DS267/ARB/1 (Aug. 31, 2009).

39 美國於 2002 年頒佈《2002 年農場安全與農業投資法案（The Farm Security and Rural Investment Act 2002，簡稱 2002 Farm Bill）》，該法案決定增加對農業部門的援助與補貼，其中對高地棉（Upland Cotton）生產者、出口商及消費者所為之補貼包括使用者行銷給付（User Marketing Step 2，以下簡稱 Step2 補貼計畫）、出口信貸保證措施（Export Credit Guarantees, ECGs）、對棉花交易融資（Marketing Loans）及反迴圈給付（Counter-cyclical Payments）等。

airiti

2006 年再次向 WTO 提出訴訟。之後，WTO 專家小組于 2007 年 10 月再次作出裁決，認為美國的調整措施不夠充分，沒能完全取消其違規棉花補貼做法。但美國不服裁決，再度向 WTO 上訴機構提出上訴，後於 2008 年 6 月上訴機構維持小組裁決，認定美國仍未取消違反 WTO 規範之棉花補貼做法，再次宣告巴西勝訴，並授權巴西可對美國實施每年總額達 8.29 億美元的貿易報復，並允許巴西在超過門檻之後進行 GATS 和 TRIPs 跨協定的報復。

關於 Step 2 補貼計畫，美國已於巴西請求成立履行審查小組前撤銷，因此仲裁小組認為，固然 WTO 可授權會員對於成員方未于履行期間內遵守爭端解決機構裁決時進行貿易報復，但美國已撤銷 Step 2 補貼計畫，所以仲裁小組未授權巴西實施貿易報復。[40] 關於 GSM 102 計畫此禁止性補貼，仲裁小組進一步修正了巴西主張的計算方法，以利率補貼及額外出口銷售額分別對巴西生產者及出口商造成的貿易干擾效果來計算貿易報復金額，但此金額需限於巴西市場內以及巴西 GSM 102 計畫下之產品於美國市場以外全球棉花市場所占份額。仲裁小組最後裁定巴西可依據上述經修正計算方法，以當年資料計算每年的貿易報復金額，以 2006 年為例，巴西報復金額為 1.47 億美元，[41]於此，仲裁小組授權巴西對 GSM 102 計畫、交易融資及反迴圈給付等三項補貼總報復金額為 2.97 億美元。[42]

---

40 US – Subsidies on Upland Cotton, Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM, paras.3.9, 3.22, 3.30-32, 3.37, 3.50, 3.52-62, 3.64.

41 http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm ，訪問日期 2010 年 10 月 20 日。

42 US – Subsidies on Upland Cotton, Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM, para.5.129.

airiti

巴西於 2010 年 3 月宣佈將對美國進行貿易制裁，包括對 102 項商品課征報復性關稅，價值高達 5.91 億美元，涵蓋汽車、藥品、醫療設備、電子產品、紡織品和小麥等產品以及針對美國 21 種智慧財產權產品進行報復，總價值到 2.38 億美元。

為了化解長達 9 年的棉花爭端，美國與巴西於 2010 年 4 月 6 日發佈公告，表示雙方已再度展開磋商並已達成初步協議，巴西同意暫緩執行對美貿易制裁計畫。根據該協定，美國做出三項承諾，包括將修改其出口信貸方案，建立一臨時性基金（1.473 億美元／年）以對巴西棉花產業提供資助，為巴西棉花生產者提供技術幫助和技能培訓。該基金作為臨時措施，將一直延續至美國國會通過新的農業法案，或美巴就解決棉花爭端達成一攬子解決方案。此外，美國同意與巴西談判修改有關農業補貼專案，並將與巴西協商解決其輸美肉類產品的衛生檢疫問題。並於 4 月 16 日宣佈恢復巴西豬肉進口，且將進一步評估是否恢復來自巴西的牛肉進口。

2010 年 4 月 30 日巴西正式致函爭端解決機構主席，推遲實施其報復措施。至 2010 年 8 月 25 日，巴西與美國正式通知 DSB 雙方已達成共同框架協議（Framework for a Mutually Agreed Solution to the Cotton Dispute in the World Trade Organization），在框架協議有效的期間內，巴西不會對美國採取報復措施。

（三）貿易報復的實踐問題

從目前 WTO 僅有的授權報復案例可以看出，一些

airiti

WTO 規則的運行往往會與其設計者和談判者的初衷背道而馳。作為 WTO 成員方貿易受損的最後救濟方式，如前所述，無疑 WTO 授權報復機制本應是起到調節杠杆的作用，但在實踐中我們卻看到，獲得授權的發展中國家均未實施報復。引用報復，尤其是交叉報復後很難付諸實施，歐、美的違法措施並未因授權報復而迅速取消。厄瓜多爾、安提瓜以及巴西雖然在法律上取得了勝利，但無法解決現實中遭受歐、美違法措施導致的經濟損失。[43]

1、授權報復中規則與實踐的脫節。在傳統的貨物貿易領域，一旦違反 WTO 義務的成員方促成執行 DSB 的裁決，雙方表面貿易恢復平衡，那麼違反 WTO 義務所造成的成員方利益喪失或者減損就會即行停止。但是 WTO 規則的制定者卻沒有考慮到，尤其是在跨部門交叉報復的情況下，智慧財產權領域一旦某項智慧財產權洩露，對版權的侵害已展開並擴散，那麼其所遭受的負面影響則將是長期的，並進而導致報復水準遠遠超出損害水準。

2、授權報復在成員方之間的實施問題。2010 年美國國內生產總值高達 14.624 兆美元（2010 年，世界國家和地區第 1 名），人均 GDP 為 47,132 美元（世界國家和地區第 9 名），[44] 而安提瓜的國內生產總值為 10.89 億美元，人均國

---

43 傅星國：《WTO 爭端解決中“交叉報復”的案例分析》，《國際經濟合作》2009 年第 7 期。

44 http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2009/02/weodata/weorept.aspx?sy=2006&ey=2009&scsm=1&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&c=111&s=NGDPD%2CNGDPDPC%2CPPPGDP%2CPPPPC%2CLP&grp=0&a=&pr.x=64&pr.y=8, 訪問日期 2010 年 12 月 20 日；另見 UN 年度人類發展指數各國排名，http://www.sinovision.net/news.php?act=details&news_id=35335, 訪問日期 2010 年 12 月 20 日。

airiti

內生產總值為 13092 美元，從經濟總量上而言，美國超出安提瓜一萬餘倍，面臨的困境是，即使安提瓜獲得報復美國的權利，但實際上在所有領域進行報復都是不現實的，也是無法操作的。[45]

3、重要實踐的缺失意味著報復機制現實可能性的減弱。如前所述，本意上而言，WTO 授權報復機制本身代表著對貿易損害的強制性救濟，這些問題觸及 WTO 法律體制的核心，從 WTO 鼓勵磋商和成員方在 WTO 中的遵從實踐來看，如果不是用盡所有可能的其他救濟手段，成員方是不大傾向訴諸兩敗俱傷的授權報復機制的。但從迄今的實踐看，獲得授權的報復卻罕有施行，且迄今並無任何交叉報復案例付諸實施，使得我們不得不反思，一項無法在實踐中獲得良好施行的規則是否是項完善的規則；授權報復機制的現實困難是否意味著 WTO 強制執行機制的新改革動力？

勿庸置疑，與其他國際組織相比，WTO 在救濟力度上是強大的。但並不意味著強大的救濟力度等同於強大的執行力。WTO 授權報復機制與 WTO 的執行條款緊密相關，而執行條款又與 WTO 爭端解決機制的成敗休戚相關。WTO 授權報復規則本應當作為 WTO 執行最後的保障在現實實踐中發揮重大的作用，然而實踐卻與人們對 WTO 的期待大相徑庭，因此，DSU 有關執行和報復條款的規則需要進一步澄清，方能有效發揮作用。

---

45 關於這一問題將在後文詳述。

airiti

三、WTO 報復制度的挑戰

（一）授權報復機制的缺陷

1、授權報復機制的程式要求

（1）關於授權報復機制的啟動。

DSU 第 21.5 條規定，“如在為執行建議和裁決所採取的各項措施是否存在或者是否符合某項適用協定的問題上發生爭端，應通過這些爭端解決程式（包括只要可能就提交原專家組）解決”。[46] 但 DSU 卻並沒有對這一條文有進一步解釋，那麼，從程式的完整性上而言，該條款所謂的“通過這些爭端解決程式”（through recourse to these dispute settlement procedures），應與《諒解協議》中所規定的所有爭端解決程式（專家組程式、上訴程式以及仲裁程式）結合起來。但是《諒解協定》中的專家組程式的期限為 6 至 9 個月，上訴程式的期限為 2 至 3 個月。這樣的時間安排顯然與第 21.5 條所規定的 90 天要求原專家組散發報告的期限不符。[47]

---

46 “*Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel…*”*See* Article 21.5, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement Of Disputes.

47 翁傑：《WTO 體制下的報復權在實施中的若干問題》，載《西安政治學院學報》2001 年第 5 期。

airiti

該條文的規定也沒有澄清重要的"順序"（sequencing）問題，即允許一方向 DSB 請求授權對沒有執行 DSB 建議或裁決的另一方採取報復行動上是否先要適用 DSU 第 21.5 條的問題。[48] 在歐共體香蕉案之中，歐共體認為第 21.5 條意味著重新發動新一輪的爭端解決程式，即從起訴方正式提出磋商請求開始到專家組、上訴機構、仲裁執行等所有階段，而第 22 條則隱含著只有在用盡 DSU 第 21.5 條規定的程式之後才能請求 DSB 授權採取報復行動，在通過 DSU 第 21.5 條所規定的專家組所提出的確認有關措施不符合 WTO 規則的報告之前，DSB 不能授予根據 DSU 第 22 條中止關稅減讓的權力；但在香蕉案件中另一方則往往不贊同歐共體的觀點，而認為第 21.5 條的規定是針對一種快捷程式而不是新的爭端，美國甚至主張在不經過第 21.5 條程式的情況下也可以根據第 22 條請求 DSB 授權採取報復行動。[49]

（2）**關於先決裁定**（preliminary rulings）

儘管 DSU 第 22 條並沒有作出關於先決裁定的規定，WTO 目前也沒有關於在 22.6 條項下仲裁的先決裁定實踐，[50] 但在美國伯德修正案案件中美國確實提出了仲裁員作出先決裁定的請求，然而由於 DSU 並沒有條文規定而且也沒有

---

48 參見紀文華：《WTO 爭端解決執行中的"順序"問題法律解讀》，載《世界貿易組織動態與研究》2005 年第 12 期。

49 參見余敏友：《論歐共體對 WTO 爭端解決機制的政策與實踐》，載曾令良、黃德明主編：《歐洲聯盟法治 50 年：回顧與展望》，湖北人民出版社 2009 年版，第 294 頁。

50 US – Byrd Amendment (EC) (Article 22.6 – EC), para 2.4.

airiti

WTO 相關實踐，在該案中仲裁員沒有做出先決裁定，但是這並不妨礙仲裁員在審查案件的實體問題之前就案件的程式性問題先行作出裁決。[51]

（3）關於舉證責任（burden of proof）

自歐共體牛肉案（EC-Hormones）之後，[52] 22.6 條項下仲裁裁決多採取由被訴方進行舉證的策略，即由被訴一方負責證明起訴一方的報復措施超出其損害程度（the level of the nullification or impairment）。[53] 但另一方面，起訴一方也需要承擔其報復措施適當的舉證責任。[54] 這一點非常重要，因為部分重要證據可能僅掌握在起訴方手中，[55]因此在仲裁中提出這些證據不僅對起訴方且對被訴方而言都非常重要。[56] 在巴西飛機案中（Brazil-Aircraft），仲裁員甚至認為舉證責任問題應與當事雙方分別或共同向仲裁庭提出證據的

---

51 *See id.*, paras 2.2-2.10.

52 *See* EC Hormones (US) (Article 22.6 – EC), paras 8-12.

53 *See id.*, para 9; *EC – Bananas III* (Ecuador) (Article 22.6), paras 37-41 (in particular para 38) and also paras 59, 78. *See also Brazil – Aircraft* (Article 22.6 – Brazil), para 2.8; *Canada – Aircraft Credits and Guarantees* (Article 22.6 – Canada), paras 2.7-2.8; *US – FSC* (Article 22.6 – US), paras 2.8-2.11; *US – 1916 Act* (EC) (Article 22.6 – US), paras 3.1-3.6; *US – Byrd Amendment* (EC) (Article 22.6), paras 2.23-2.27.

54 *See EC – Bananas III* (Ecuador) (Article 22.6), paras 37-38. *See also Brazil – Aircraft* (Article 22.6– Brazil), para 2.9; *Canada – Aircraft Credits and Guarantees* (Article 22.6 – Canada), paras 2.6-2.7.

55 *See EC – Bananas III* (Ecuador) (Article 22.6), para 38. *See also EC Hormones* (US) (Article 22.6 – EC), para 11.

56 *See EC – Bananas III* (Ecuador) (Article 22.6), para 40.

airiti

責任問題相區分，這是兩個不同層面的問題，[57]而這些在 DSU 的條文規定當中也並沒有相應的體現。

（4）關於協力廠商權利問題

DSU 第 22 條同樣也沒有提供關於在 22.6 條項下仲裁之中協力廠商地位問題的規定。然而歐共體牛肉案的仲裁員在實踐中採取允許所有原告方（包括美國和加拿大）參加對方的聽證的策略，仲裁員認為在決定"相同"（equivalence）問題上，這個案件應當採取相同或者相似的方法。[58] 這個裁定也帶來本案中的特殊結果，即美國和加拿大均請求了對歐共體同樣措施的授權報復。但在隨後的仲裁裁決之中卻並沒有遵循歐共體牛肉案的先例，香蕉案 III 之中仲裁員即否決了厄瓜多爾以協力廠商身份參與的請求，而認為在本案中厄瓜多爾的權利並沒有受到影響。[59] 同樣的裁定也出現在巴西飛機案之中，澳大利亞也沒有獲准以協力廠商的身份參與。[60] 然而在美國伯德修正案案件卻又回到歐共體牛肉案的軌道，所有請求方都獲准參加了關於實質性問題的聯合聽證，且能在雙方同意的基礎之上由仲裁員批准，就特定具體問題召開特別討論會議。[61]

---

57 *See Brazil – Aircraft* (Article 22.6 – Brazil), paras 2.8-2.9.

58 *See EC – Hormones* (Canada) (Article 22.6 – EC), para 7; *EC – Hormones* (US) (Article 22.6 – EC), para 7.

59 *See EC – Bananas III* (US) (Article 22.6 – EC), para 2.8.

60 The arbitrator's view is based on the fact that Australia never initiated dispute settlement proceedings against Brazil with respect to the export financing programme at issue, and did not draw the attention of the arbitrator to any benefits accruing to it or any WTO rights that might be affected by the arbitration. *See Brazil – Aircraft* (Article 22.6 – Brazil), paras 2.4-2.6.

61 *See US – Byrd Amendment* (Article 22.6 – US), paras 1.15-1.16.

airiti

（5）使用交叉報復的標準不明確

DSU 第 22.3 條（b）項和（c）項規定，尋求交叉報復的條件是“如果起訴方認為對相同部門或同一協定項下的其他部門中止減讓或其他義務不可行或無效”，[62] 這就是說，是否尋求交叉報復完全取決於起訴方的主觀意志，是否“不可行”或“無效”也取決於起訴方的主觀臆斷。

根據第 22 條第 6 款規定，仲裁人有權決定第 22 條第 3 款的原則和程式是否得到遵守，也就是說，在決定尋求何種報復時還是具有客觀的評價標準的。但即便有客觀評價標準，由於條文中諸如“不可行”、“無效”以及“足夠嚴重”（serious enough）之類的用詞意義太廣，所以起訴方還是有相當大的自主權。[63]

（6）報復中止的程式不夠完善

根據 DSU 第 22.8 條規定，報復只應維持到以下三種情況：（1）被認定與適用協定不一致的措施已取消，或（2）必須執行建議或裁決的成員對利益喪失或減損已提供

---

62 *“If that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations…” “If that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations with respect to other sectors under the same agreement, and that the circumstances are serious enough…”* (emphasis added) *See* Article 22.3 (b), (c), Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement Of Disputes.

63 向淩：《WTO 爭端解決機制中報復措施的缺陷及革新路徑探析》，載《時代法學》2005 年第 6 期。

airiti

解決辦法，或（3）已達成雙方滿意的解決辦法。[64] 顯然，該條文的用語仍然缺乏足夠的精確，對於前兩項中要判斷是否"提供了解決辦法"（provides a solution）或"措施已被取消"（has been removed）完全基於主觀判斷，而對於這種主觀判斷可能引起的分歧 DSU 卻並沒有規定解決程式。此外，還存在一種情況，即 DSB 授權起訴方中止減讓後起訴方由於各種原因並未實施報復，那麼從理論上說，敗訴方由於起訴方未實施報復或報復對其影響不大，則可繼續不執行建議或裁決。[65] 報復作為 DSU 提供的最後救濟手段，如果仍然出現違反 WTO 義務的一方繼續不執行建議或裁決的情形，那麼無疑會損害 WTO 所精心設計宣導的多邊爭端解決機制的發展，進而影響國際貿易的正常開展，同時貿易爭端在成員之間的久拖不決還可能會導致貿易爭端的升級和擴大化，威脅到世界的和平與穩定。

2、授權報復機制的實體性功能缺陷

（1）授權報復與損害的相等問題

DSU 第 22.4 條規定："爭端解決機構（DSB）授權的授權報復或其他義務的程度應與利益喪失或減損的程度相

---

64 "*The suspension of concessions or other obligations shall be temporary and shall only be applied until such time as the measure found to be inconsistent with a covered agreement has been removed, or the Member that must implement recommendations or rulings provides a solution to the nullification or impairment of benefits, or a mutually satisfactory solution is reached.*" *See* Article 22.8, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement Of Disputes.

65 參見向淩：《WTO 爭端解決機制之中報復措施的缺陷及革新路徑探析》，載《時代法學》2005 年第 6 期。

airiti

等。” DSU 第 22.6 條則規定，在決定是否給予報復授權的仲裁中，仲裁員的職權之一就是“確定此類中止的程度是否等於利益喪失或減損的程度”。上述條款中的“相等”包含兩方面的含義：[66]

第一，對於勝訴方而言，授權報復機制是“補償性”的，這是“恢復貿易平衡”思想的體現。雖然勝訴方無法從報復措施中獲得直接好處，但是其可以通過報復措施，恢復因敗訴方違法行為所引起的雙邊貿易失衡。

第二，對於敗訴方而言，報復措施意味著其將喪失由違法行為中所獲的不當利益。同樣基於“恢復貿易平衡”思想，勝訴方授權報復的數額應相當於敗訴方由違法行為中所獲的不當利益，繼而等於勝訴方的“利益喪失或減損的程度”。

需要注意的是，很顯然依據 DSU 第 22 條決定利益喪失或者減損，與依據 DSU 第 3.8 條確立利益喪失或者減損是否存在是兩個完全獨立的法律過程。[67] 一方面對 WTO 協定義務的違反與另一方面這種違反所帶來的利益喪失或者減損之間，並不存在同化或者吸收的關係。[68] 一項對 WTO 協定義務的違反產生了 3.8 條的前提，但並不是利益喪失或者減損本身。[69]

---

66 參見毛驍驍：《論 WTO 框架下的授權報復程度問題》，載《河北法學》2008 年第 6 期。

67 *See US – Byrd Amendment* (EC) (Article 22.6 – EC), paras 3.20-3.30, 3.53.

68 *See US – Byrd Amendment* (EC) (Article 22.6 – EC), paras 3.20-3.30, 3.53.

69 *See id., para 3.54.*

airiti

如前所述，仲裁員的職權之一就是"確定此類中止的程度是否等於利益喪失或減損的程度"，而通常仲裁員會依據超出合理期限之時的利益喪失或者減損作為標準，[70] 通常是基於其時的相關措施和市場條件而定。例如在香蕉案 III 中仲裁員考慮的是歐共體對涉案措施進行修正之時的利益喪失或者減損，而在歐共體牛肉案中仲裁員則考慮的是與正常市場相比在實施歐共體衛生措施之時牛肉產品的市場份額縮水的情況。[71]

通常仲裁員在考慮利益喪失或減損之時採用"反事實"（counter-factual）的考察方法，即將既有事實情況與超出合理期限之後如果採取執行措施會出現的情況進行對比，從而判斷利益的喪失情況。例如，在歐共體牛肉案之中仲裁員就做出如下的判斷：在到達合理期限之時，如果歐共體撤銷禁令，那麼對在這種情況之下美國每年進口到歐共體市場的牛肉價值進行計算，並與現在美國每年依據歐共體法令進口的牛肉價值進行比較，就能夠得出歐共體不執行 WTO 裁決美國可能遭受的利益喪失或者減損。[72]

在決定利益喪失或者減損之後，如前所述，授權報復機制的運行還必須決定"相等"的報復額度或中止減讓的額

---

70 *See id., para 3.22.*

71 *See EC – Bananas III* (US) (Article 22.6 – EC), para 4.9; *EC – Hormones* (Canada) (Article 22.6 – EC), para 37; *EC – Hormones* (US) (Article 22.6 – EC), para 38.

72 *See EC – Hormones* (US) (Article 22.6 – EC), para 78; *EC – Hormones* (Canada) (Article 22.6 – EC), para 68. For another example of the "counter-factual" approach, *see EC – Bananas III* (Ecuador) (Article 22.6 – EC), paras 166-170.

airiti

度。在香蕉案 III 的裁決之中仲裁員最終決定報復額度（即每年 1.91 億美元）採取參照特定時間段歐共體出口美國的平均額度。[73] 初看之下這樣決定的“相等”額度非常公平，但是在實踐中卻出現遠遠比這複雜的情況。香蕉案之後的許多案件的裁決也同樣給出精確的報復額度，[74] 甚至在起訴方沒有指定損失現金額度的情況下，仲裁裁決也都確定了相應的額度。如何保證這樣確定的現金報復額度一定與起訴方利益喪失或者減損額度“相等”？在美國 1916 修正法案案件中（US – 1916 Act），歐共體提出新的報復方式，即“鏡像規則”（mirror regulation）或者“相等立法”的方法，提出建立與美國 1916 反傾銷法案相似的法律規定以對抗美國。[75] 儘管這一請求被仲裁員以與 DSU 第 22.7 條規定相悖為由拒絕，但這本身就代表計算“相等”額度時所面臨的複雜情況。[76]

儘管“相等”概念在授權報復機制中被反復強調，但是其存在的不確定性卻遭到許多學者的質疑，事實上在勝訴方實施了與其利益喪失程度等額的報復措施之後，敗訴方所承受的損失與勝訴方因違法行為所遭受的“利益喪失或減損的

---

73 *See EC – Bananas III* (US) (Article 22.6), para 7.8.

74 *See EC – Hormones* (US) (Article 22.6 – EC), paras 83-84 (116.8 million USD per year); *EC – Hormones* (Canada) (Article 22.6 – EC), paras 72-73 (11.3 million CDND per year); *EC – Banana III* (Ecuador) (Article 22.6 – EC), para 173 (201.6 million USD per year); *Brazil – Aircraft* (Article 22.6 – Brazil), para 4.1 (344.2 million CDND per year; *US – FSC* (Article 22.6 – US), paras 6.2, 8.1 (an amount based on the amount expended by the US in granting subsidy, i.e. 4,043 million USD); *Canada - Aircraft Credits and Guarantees* (Article 22.6 – Canada), para 4.1 (247,797,000 USD).

75 *See US – 1916 Act* (EC) (Article 22.6 – US), para 2.1.

76 *See id.*, paras 5.40-5.44.

airiti

程度”並不一定相等，[77] 即便是仲裁員也承認“在這兩種額度之中如果任何一項存在無法清晰定義的情況，那麼保證它們完全相同是不可能的事情”。[78]即使勝訴方獲得與其利益喪失或減損程度相等的授權報復數額，並且加以實施，但是該報復措施對敗訴方經濟所產生的影響，仍充滿不確定性。[79] 可能會出現的情況之一就是：報復對敗訴方所造成的損失遠小於其從違法措施所獲得的利益，這意味著敗訴方仍能從違反 WTO 規則的行為中獲得好處。如此一來，敗訴方就有充分的激勵來違反 WTO 規則，這將從根本上動搖授權報復機制乃至整個 WTO 體系的基礎。[80]

---

77 Kym Anderson, *Peculiarities of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, World Trade Review, vol.1, 2002, p.123.

78 The arbitrator in EC – Bananas III (US), having found that "*it is impossible to ensure correspondence or identity between two levels if one of the two is not clearly defined*".

79 在“美國外國公司銷售法”一案中，仲裁員即對“相等”問題提出不同的看法，仲裁員認為，“報復措施的作用是促進或保證 DSB 建議得到履行”，而“成員間權利義務的平衡，只是在 DSB 建議得到充分履行之後才加以適當考慮”的問題，因此得出結論：授權報復的額度不一定必須等於美國出口補貼對歐共體所造成的影響。“*We saw nothing in the plain language of this text which, on its face, dictates that the term 'appropriate countermeasures' must be limited in its meaning to 'equivalence' or correspondence (or some synonym) with the 'trade impact' on the complaining Member.*" (emphasis original). 這顯然與必須“相等”的傳統看法不一致，而在這一點上也得到美國的承認。*See* United States - Tax Treatment for Foreign Sales Corporations - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement - Decision of the Arbitrator, WT/DS108/ARB, 2002/8/30, para.5.30.

80 毛驍驍：《論 WTO 框架下的授權報復程度問題》，載《河北法學》2008 年第 6 期。

airiti

（2）交叉報復的實體問題。根據 DSU 現有的規定，成員可以在跨部門甚至跨協定的領域中止減讓，同時，22.3 條的條文規定使用“if the party considers”這樣的語句，也就意味著成員在進行交叉報復之時具有裁量權，但 DSU 隨後規定“申訴方必須遵循下列原則和程式”，也就意味著這樣的裁量必須經過仲裁員的審查。[81] 此外，第 22.3 條（e）項還規定成員必須提供交叉報復的理由，這也賦予仲裁員對交叉報復訴請進行審慎考慮的權利。在歐共體香蕉案 III 之中，厄瓜多爾提出要中止其 GATS 和 TRIPs 項下的減讓義務，[82]並且還要求保留中止其在 GATT 1994 相關義務的減讓的權利，“以保證（WTO 裁定）能夠有效實施”。[83] 但仲裁員認為其在 GATT 1994 項下中止減讓義務並沒有足夠的理由，[84] 此外，仲裁員還認為厄瓜多爾同時在相同部門和不同部門之下同時提出中止減讓“存在一定程度的不一致”。[85]

（2）授權報復的成員實力平衡問題

如前所述，被納入多邊機制的爭端解決運行順暢的一個重要保證即是各成員均能遵守 DSB 的建議和裁決，而 WTO 救濟機制的設計則使得所有成員的遵守通過“國際法

---

81 *See EC – Bananas III* (US) (Article 22.6 – EC), para 3.7.

82 *See* Section I.A.1.c (iii) above.

83 *See* EC – Bananas III (US) (Article 22.6 – EC), para 3.7.

84 *See id.*, para 3.7.

85 *See* Recourse by Ecuador to Article 22.2 of the DSU, *European Communities – Regime for the Importation, Sales and Distribution of Bananas*, WT/DS27/52, 9 November 1999, p. 3. *See also EC– Bananas III* (Ecuador) (Article 22.6) para 5.

airiti

律層面的強制”得到加強。[86] 然而 WTO 的報復制度這種依賴於一成員單獨力量對抗另一成員的“以牙還牙”方式在設計之初卻並沒有考慮到在國際社會之中的現實情況，其實效性存在著一個隱含的前提，即成員之間的貿易實力必須相當，只有實力均衡的情況下互相的報復行動才能夠對違背 WTO 義務的一方造成足夠的經濟威脅，從而迫使其改變國內措施，遵循 WTO 的義務要求。[87] 也就是說，WTO 報復措施的對抗效果，實際上取決於成員之間的實力對比。經濟實力的不對等，使得發展中國家難以用報復措施對抗發達國家，對發展中國家不公平，導致國際利益失衡。[88]

發達國家由於具有強大的經濟實力，參與國際貿易範圍廣，當需要採取報復措施時，並可憑藉其在國際貿易各領域都廣泛參與，而相對自由地選用平行報復或交叉報復等措施，並且由於其經濟總量大，報復對其國民經濟產生的影響較小。而發展中國家，由於普遍綜合國力弱，參與國際貿易範圍窄，當需要採取報復措施時，難以對發達國家施加足夠的影響，也沒有多少可供選擇的報復手段，同時由於受其經濟的對外依賴性的限制，其所進行的報復不但難以達到令人

---

86 RAJ BHALA, INTERNATIONAL TRADE LAW: THEORY AND PRACTICE, 2nd edition, Lexis Publishing, 2001, at p.242.

87 *See* Renê Guilherme S. Medrado, *Renegotiating Remedies in the WTO: A Multilateral Approach*, 22 WIS. INT'L L.J. 323 2004. 此外在 WTO 中印度以及其他九個發展中成員也表達了相似的觀點，參見 Permanent Mission of India on behalf of Cuba, Honduras, India, Indonesia, Malaysia, Pakistan, Sri Lanka, Tanzania, Zimbabwe, Communication, *Negotiations on The Dispute Settlement Understanding*, TN/DS/W/19 (Oct.9, 2002), at 1.

88 馬強：《WTO 爭端解決機制中報復措施問題研究》，載《知識經濟》2008 年第 2 期。

airiti

滿意的效果，反過來可能會給其本身經濟的發展帶來很大的負面影響，如報復引起進口商品價格上升，損害消費者的利益，還要考慮到可能由此帶來的大國反報復造成的影響。可見，在現有的體制下發達國家可利用報復措施得到滿意的效果，而發展中國家很難真正獲得報復的好處。[89] "WTO 救濟制度的結構僵化以及對弱小成員發展中成員可用訴訟制度的缺失，已導致發展中成員和最不發達成員極少甚至無法參與 WTO 爭端解決機制" 。[90]

時至今日，擁有 153 個成員的世界貿易組織已包含世界上大多數經濟實體，貿易實力更是參差不齊，而在這樣一個要求單獨力量的體制中，相對弱小以及發展中成員即使在爭端解決機制中贏得勝利被授權採取報復措施，面對巨大的經濟實力以及各方面的實力差距，弱小成員對違背 WTO 義務的另一發達成員也根本無法有效行使其報復權利。[91] 從此意義上來講，有學者認為其負面影響甚至超過積極的影響。[92]此外，現有的授權報復機制允許發達成員對不發達成員實

---

89 同上註。

90 Permanent Mission of Zambia on behalf of the LDC Group, Communication, TN/DS/W/17 (Oct.9, 2002). "*[T]he question of little or no utilization of the WTO DS by developing and least-developed country Members has been linked to the inadequacies and structural rigidities of the remedies available to poor countries that successfully litigate a dispute before the DS.*"

91 *See* Kyle Bagwell, Petros C. Mavroidis and Robert W. Staiger, *The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO*, NBER Working Paper No. 9920, JEL No.F1, August 2003, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, United States.

92 Steve Charnovitz, *Rethinking WTO Trade Sanctions*, 95 AM. J. INT'L L. 809 (2001).

airiti

施不對稱的貿易限制，無疑會損害 WTO 爭取更公平自由貿易的原則，這種矛盾的安排在世界各種國際組織條約中相當少見。[93] 同時，現有的報復機制的漏洞會造成貿易歧視。例如，美國在"歐共體荷爾蒙案"中實施報復時，並不是針對歐共體的所有國家實施報復，而是選擇不同國家的不同領域進行報復，人為地在歐共體成員國內部造成歧視，[94] 而這也是與 WTO 最重要的非歧視原則相抵觸的。

（二）DSU 報復機制的改革

1、DSU 的改革之路

根據 1994 年馬拉喀什部長會議的決定，在 WTO 成立後 4 年內，即 1999 年 1 月 1 日前，應該完成對爭端解決規則和程式的全面審議，在完成審議後應就是否繼續、修改或中止該爭端解決的規則與程式作出決定。從 1997 年開始，

---

93 國際金融協會諮詢委員會（Meltzer Committee）曾指出，"報復有悖於 WTO 的宗旨，制裁將增加貿易限制，將產生和擴大專注於維持貿易限制的集團勢力，而國內對誰將受益於此種保護的爭論將削弱對開放的貿易安排的支持。"*See* Allan H. Meltzer, *International Financial Institution Advisory Committee Report*, March, 2000, *available at* http://www.house.gov/jec/imf/meltzer.htm, visited 8/12/2009.

94 *See* Office of the United States Trade Representative, *Implementation of WTO Recommendations Concerning EC—Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Docket No. 301-62a, 1999. 厄瓜多爾在"歐共體香蕉案"中對歐共體實施報復時也用了同樣的方法，其未對荷蘭和丹麥請求實施報復。參見向淩：《WTO 爭端解決機制之中報復措施的缺陷及革新路徑探析》，載《時代法學》2005 年第 6 期。

airiti

DSB 進行一系列的磋商但進展緩慢，在審議期間延長後仍未達成一致，修改工作最終擱淺。2001 年的 WTO 杜哈部長級會議發起的新回合談判，包含對 WTO 爭端解決的規則和程式進行“改革和澄清”的談判。該工作由 DSB 召開特別會議負責處理，顯示成員對爭端解決機制的重視。特別的是，該談判並不屬於本次談判單一承諾（Single undertaking）的範圍，即無須與其它議題的談判結果一併接受。相對於其它議題間的相互牽扯，DSU 是較為獨立的談判議題。

根據部長宣言，從 2002 年初 80 多個 WTO 成員陸續遞交了有關的 DSU 改革的提案，截至目前為止（2006 年 10 月 30 日），總數為 68 份。由於對 DSU 改革的內容與範圍並無特定限制，提案涉及所有 DSU 條文，覆蓋爭端解決體制的所有階段。經過 1 年的努力，DSB 特別會議主席在 2003 年 4 月 4 日公佈框架性檔。檔將各成員的提案匯總整理後，根據各成員共識程度高低作出區分。在同年的 5 月 16 日公佈主席文本的檔，包含共識程度高的建議，並在 5 月 28 日加以更新。根據部長宣言的授權時間要求，談判應於 2003 年 5 月底前結束。但 WTO 成員在有關問題上不能達成一致，未能在授權期限內就有關修改問題取得最終成果，因此總理事會不得不給予新的談判授權，將期限一再延長至 2004 年 5 月 31 日。到期依然無果，在 2004 年 8 月的總理事會關於杜哈議程工作計畫“七月套案”（“July Package”）文本中，總理事會同意進一步延長期限並不再設定新的期限。2005 年香港部長級會議宣言指示以現有的談判成果為基礎，繼續談判。

airiti

成員在 DSU 改革方面提案廣泛，尤其是面對 WTO 日益凸顯的報復機制缺陷，許多發展中 WTO 成員均表達與發達成員談判時其減讓承諾有效性的不滿。許多 WTO 成員國就貿易報復措施的修改和完善提出各自的建議。尚比亞代表最不發達國家集團提議增加"集體報復"，[95]在最不發達成員或發展中國家對發達國家成員提起案件時，根據要求 DSB 應當授權所有的成員可以中止減讓或其它義務；而墨西哥政府則就此問題向 WTO 提交一份關於爭端解決機制改革引人矚目的提案，[96] 在其中首次指出 WTO 的爭端解決機制中的報復權利應當"可以轉讓或交易"（"tradeable"）。中止減讓或其它義務的權利可以轉讓給一個或多個成員，DSB 將根據反向一致自動批准此種轉讓；墨西哥與印度的提案還涉及到中止減讓的範圍問題，認為受到損失的成員有

---

95 *Negotiations on the Dispute Settlement Understanding Proposed by the LDC Group*, TN/DS/W/17, October 2002.

96 事實上，世界貿易組織的爭端解決機制通常被學界視為是世界各個經濟實體互相妥協的產物，因此，早在 WTO 成立之初，各締約方即約定在馬拉喀什協定生效後四年之內對爭端解決機制進行全面的審查（full review），但在 1999 年部長級會議上，各個成員並沒有就修改或者終止 WTO 現行爭端解決機制問題達成任何一致，直到杜哈部長宣言指出各成員將繼續談判以在 2003 年 5 月之前就改進和澄清問題達成一致，並進而採取行動保證談判成果儘快生效。"*[T]o agree on improvements and clarifications no later than May 2003, at which time [the Members] will take steps to ensure that the results enter into force as soon as possible thereafter*." *See* Ministerial Declaration. WT/MIN (01)/DEC/W1 of 14 November, 2001. P.30. *See also*, Mateo Diego-Fernandez and Roberto Rios Herran, *The Reform of the WTO Dispute Settlement Understanding: A Closer Look at the Mexican Proposal*, 1 MANCHESTER J. INT'L ECON. L. 5 2004; Robert Maclean, *The Urgent Need to Reform the WTO's Dispute Settlement Process*, 5 INT'L TRADE L. REV. 137 2002.

airiti

權中止任何部門的減讓，只要中止減讓的水準與利益喪失或減損的水準一致即可。

（三）集體報復體制

事實上早在 1965 年，就有發展中國家向 GATT 提出過集體報復的設想。[97]因為 GATT 第 23 條並未限制實施報復的國家只能是受損害的國家，所以從理論上說，報復可以由許多國家（即便不是全部）來實施以形成一種有效的衝擊力。[98] 而這在弱小國家向大國實施報復時顯得尤其重要，因此也得到包括尚比亞在內的最不發達國家成員的支持。在學者中也有人建議引入“團結措施”（solidarity measures），[99]把聯合國國際法委員會《國家責任條款草案》和《維也納條約法公約》第 61 條所規定的集體反措施與 WTO 爭端解決機制相結合，[100] 把現行單獨報復改為集體報復，[101] 以便向集體救濟制度轉變。[102] 甚至有人認為集

---

97 John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic, West Publishing Company, May 1995, pp.369-371.

98 Ibid.

99 參見余敏友：《論歐共體對 WTO 爭端解決機制的政策與實踐》，載曾令良、黃德明主編：《歐洲聯盟法治 50 年：回顧與展望》，湖北人民出版社 2009 年版，第 298 頁。

100 Yenkong Ngangjoh H., *Collective Countermeasures and the WTO Dispute Settlement: Solidarity Measures Revised*, Nordic Journal of Commercial Law, issue 2, 2004.

101 Dani Rodrik, *The Global Governance of Trade as if Development Really Mattered*, paper prepared for the UNDP, July 2001, p.33. Available at http://system2.net/ukpgh/wp-content/uploads/rodrikgovernance.PDF, visited on 8/12/2009.

102 Joost Pauwelyn, *Enforcement And Countermeasures in The WTO: Rules are Rules-Toward A More Collective Approach*, **94 AM. J. INT'L L.**

airiti

體制裁在現行體制下本來就是可行的。[103] 我國也有學者認為集體報復意味著當被訴成員拒不執行 DSB 建議或裁決時，由所有其他成員對該成員進行制裁。這種集體報復將徹底解決弱國小國無力報復因而無法有效利用報復手段的問題，因為報復方式已由"自力救濟"轉化為集體救濟，為實施報復而付出的代價由集體分擔。從這個意義上講，對成員來說，集體報復也意味著對整個多邊貿易體制的維護而不僅僅著眼於對自身利益的維護。[104]

然而，就集體行動（也包含集體報復機制）這項制度設計而言，在國際實踐中卻早已不是新事物，自國際聯盟開始嘗試的集體行動制度發展到聯合國以及其他國際組織時代，已經具備了較為完備的國際法規範，但無論是在聯合國還是其他多邊合作體制中，集體行動的國際實踐卻很少，而且面臨執行難的問題，尤其是如何防止集體報復或制裁被濫用並對無辜受害者進行補償，是聯合國集體安全體制 60 多年來一直沒有解決的重大難題。因此，儘管在 WTO 體系之下引入集體報復機制確實能夠針對弱小國家的報復不力的情況進行糾正，但是在具體實施時卻面臨許多重大的困難，例如，集體報復是只針對違反義務的發達國家進行還是可針對任何國家進行？又如何在集體報復方的成員之間分配中止減讓的

---

336 (2000); *See also*, Edwini Kessie, *Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO*, Journal of World Trade, vol. 34, no.6, 2000, p.16.

103 B. Hoekman and P. C. Mavroidis, *Enforcing Multilateral Commitments: Dispute Settlement and Developing Countries*, The WTO/World Bank Conference on Developing Countries in a New Millennium, Geneva: WTO Secretariat, 1999, p.10.

104 張軍旗：《論 WTO 爭端解決機制中的報復制度》，載《上海財經大學學報》2002 年第 1 期。另見向淩：《WTO 爭端解決機制之中報復措施的缺陷及革新路徑探析》，載《時代法學》2005 年第 6 期。

程度？同時可以預見，集體報復的機制必然會在實踐中遇到巨大的阻力，尤其是貿易大國的利己主義，使尚未遭到違反 WTO 規範行為的直接損害的成員以及報復該違法行為對自身沒有直接利益的成員，對集體報復可能不感興趣而採取某種消極的態度，其可能並不願意在眼下作出現實的犧牲以積極參加統一行動。況且，即便集體報復成功被確定為一種合法救濟手段，也必須面對改變有關授予報復權的現行 WTO 決策程式的阻力，而使得獲得報復權變得更加困難。[105]

（四）報復權轉讓的提案

墨西哥的觀點認為如果一個成員與另一發達成員的貿易爭端在 WTO 爭端解決程式中取得勝利繼而獲得 WTO 的報復授權（或“反措施授權”），而該成員自己不能或者不願意（unable or unwilling）行使報復權，則可以將該權利移轉至另一能夠有效行使報復的成員。在墨西哥看來，“……這個概念能夠有助於某些成員解決所面臨的不能夠有效中止減讓的特殊困難”。[106] 報復作為 WTO 制度設計中關於執

---

105 參見余敏友：《論歐共體對 WTO 爭端解決機制的政策與實踐》，載曾令良、黃德明主編：《歐洲聯盟法治 50 年：回顧與展望》，湖北人民出版社 2009 年版，第 298 頁。

106 *See* Proposal by Mexico, *Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, Dispute Settlement Body Special Session, TN/DS/W/23, 4 November 2002, at p.6. “*[T]his concept might help address the specific problem facing Members that are unable to suspend concessions effectively*.” *See also*, Kyle Bagwell, *Remedies in The WTO: AN Economic Perspective*, Columbia University Discussion Paper No.: 0607-09, January 2007; Kyle Bagwell, Petros C. Mavroidis and Robert W. Staiger, *The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO*, NBER Working Paper No. 9920 (unpublished manuscript), JEL No.F1, August 2003, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, United States, *available at* http://www.columbia.edu/~kwb8/auctionation080904.pdf ; Kenneth

airiti

行的一項核心保障機制，是否是一項能夠從成員個體分離的權利一直沒有明確的規定。

1、提案的主要內容

按照墨西哥提案，其關於改革 WTO 爭端解決機制的提議可以歸為四類：1）儘早的決定以及適用"利益的損害或喪失"的規定；2）決定和適用"利益的損害或喪失"規定具有溯及力；3）預防性措施；4）靈活談判的救濟措施。[107] 其中關於靈活談判的救濟措施，墨西哥的觀點認為應當在救濟問題上，尤其是報復權利的問題上允許成員"談判"（negotiate），使其中止減讓的權利能夠與其他成員提供的具體的利益相交換。然而在現有 WTO 體制之內，報復的權利通常不被認為是完全的權利，也即是說成員在獲得 DSB 授權之後只可選擇實行或者拋棄報復的權利，而不可選擇對這項權利進行其他處分。因此，墨西哥的這項改革提案一經提出就引起各成員的廣泛關注和討論，並獲得許多中小成員的支持。[108]

W. Abbott, *GATT as a Public Institution: the Uruguay Round and Beyond*, **18 BROOK. J. INT'L L. 31, 65** (1992); Jide Nzelibe, *The Case Against Reforming the WTO Enforcement Mechanism*, **2008 U. ILL. L. REV. 321 2008**.

107 1) Early determination and application of nullification or impairment; 2) Retroactive determination and application of nullification or impairment; 3) Preventive measures; 4) Negotiable remedies. *See* Mateo Diego-Fernandez and Roberto Rios Herran, *The Reform of the WTO Dispute Settlement Understanding: A Closer Look at the Mexican Proposal*, **1 MANCHESTER J. INT'L ECON. L. 14** 2004.

108 *See* Renê Guilherme S. Medrado, *Renegotiating Remedies in the WTO: A Multilateral Approach*, **22 WIS. INT'L L.J. 323** 2004.

airiti

具體而言，這個改革方案的核心在於在 DSU 第 22 條中止減讓之下創造一個新的可轉讓的權利條款，但同時為保障這個轉讓權利條款能夠順利運作，還需要修改 DSU 第 3.7 條關於爭端解決各項執行措施的一般規定以及 22.7 條、22.8 條關於具體執行中止減讓的規定，同時，墨西哥提案還認為需要考慮刪去第 22.3 條中關於中止減讓中需要考慮的原則問題的規定。[109]

2、方案現實不可能性分析

（1）提升弱小成員報復權重的合理性

與 DSU 現有的報復機制相比較，墨西哥所提出的允許成員將 DSB 中止減讓的授權進行轉讓或交易的方案一大特點在於這種報復機制的設計大大加強了 WTO 中小成員在促使實力強大的成員履行義務的上的話語權，提高了弱小的發展中成員在 WTO 執行機制中的權重。

在墨西哥看來，報復權利可轉讓的可能性能夠使得其在 WTO 體制之下更加有力，對各個成員來說也更具有吸引力。當成員 A 面對一個不願與其談判達成補償的成員 B 時，受到 B 違背 WTO 義務的措施影響的 A 則可以選擇將其授權中止減讓的權利或者其他利益移轉給其他成員。因為

---

109 Proposal by Mexico, *Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, Dispute Settlement Body Special Session, TN/DS/W/23, 4 November 2002, at p.5. *See also*, Mateo Diego-Fernandez and Roberto Rios Herran, *The Reform of the WTO Dispute Settlement Understanding: A Closer Look at the Mexican Proposal*, **1 MANCHESTER J. INT'L ECON. L. 18** 2004.

airiti

"中止減讓的權利在實踐中行使可能是會出現困難的。該成員可能無法找到合適的貿易部門行使該項權利既能夠迫使對方重新遵守 WTO 義務，而又不會同時損害自身的貿易利益。"[110]

而此時，可能會有存在"另一成員，能夠對不遵守 WTO 義務的成員實施有效中止減讓的報復措施，那麼就應當允許成員之間'談判'處分其中止減讓的權利或其他對另一成員的義務。也就是說，如果違反義務的一方沒有與受影響的一方達成一致的補償協議，那麼受影響的一方可以與一個第三成員達成協議，將中止減讓的權利轉讓，以交換談判商定的利益（例如，A 成員可能同意 B 成員將中止減讓的權利或其它義務轉讓給 C 成員以換取一些共同同意的利益，甚至可採取金錢的形式）。這種'談判的權利'是一個經濟概念，且應當是可轉讓的。此外，許多國家的國內立法都承認為起訴方提供有效的救濟措施的需要，而允許將其權利與協力廠商進行'談判'交換。墨西哥認為這一概念能夠解決成員面臨的不能有效行使中止減讓權利的特殊困難。"[111]

---

110 "*The suspension of concessions phase poses a practical problem for the Member seeking to apply such suspension. That Member may not able to find a trade sector or agreement in respect of which the suspension of concessions would bring about compliance without affecting its own interests.*" *See* Proposal by Mexico, *Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, Dispute Settlement Body Special Session, TN/DS/W/23, 4 November 2002, at p.5. 而這樣的情況對發展中成員或者最不發達成員來說尤為嚴重，通常這些成員國內工業非常少也極不發達，通常貨物依賴於進口，其可選擇的貿易部門幾乎沒有。

111 Proposal by Mexico, *Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, Dispute Settlement Body Special Session, TN/DS/W/23, 4 November 2002, at p.5.

airiti

需要注意的是，從通常意義看，很容易將 DSU 中的授權報復理解為一種敗訴方可能直接承擔的最終責任，但這種理解並不準確。雖然 WTO 的爭端解決機制具有公認的准司法性（quasi-judicial），但其中的報復措施與一般司法程式概念下的法律後果則在性質上完全不同。[112] 報復措施是敗訴方在經過合理期限仍不履行專家組或上訴機構裁決的情況下，由勝訴方向 DSB 申請而獲得的一種反措施授權，究其本質而言仍屬於成員自力救濟的範疇，而與一般意義上施加於敗訴方必須直接承擔的法律後果（例如停止侵害、損害賠償等）並不等同，“它並不彌補已遭受的損失，而只是重新平衡將來的競爭環境。”[113] 因此，授權報復措施是種促使敗訴方儘快執行 DSB 裁決的反措施（counter-measures），是執行措施而並不是責任承擔的形式，其“根本目標不是為受害方提供救濟措施本身（remedy *per se*），而是促進裁決的執行”，[114] 那麼，考慮到墨西哥提案中的轉讓報復權能夠擴大成員國履行裁決的激勵，同時加強了中小國家在貿易領域對抗經濟實力雄厚的發達的國家的能力，因此允許轉讓報復的權利應當是合理的。

（2）報復權利轉讓的現實不可能

---

112 具體請參見楊鴻：《從集體報復措施的設想看 WTO 裁決的執行促進手段——結合相關修改提案進行的合理性與可行性分析》，載《世界貿易組織動態與研究》2007 年第 4 期，第 38 頁。

113 *See* Christopher F. Corr, *Trade Protection in the New Millennium: The Ascendancy of Antidumping Measures*, **18 NW. J. INT'L L. & BUS. 49** (1997-1998).

114 M. Rafiqul Islam, *Recent EU Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporation Revisited*, Journal of World Trade, vol.38, no.3, 2004, p.80.

airiti

墨西哥提案對報復權利改革的建議指出現有報復措施中存在的制度性缺陷，且具有一定的合理性，但在 WTO 這樣一個利益關係複雜的組織中，這樣一種激進的設想要得到普遍認可的可能性十分微小。首先，該設想鮮明地代表了不發達成員的觀點，卻並非發達成員真正關心的議題，因為現有報復措施在他們手中已經可以具有相當的威懾力。而且，在 WTO 中的設想若要被正式納人 WTO 規則體系需要經過各方參與的談判並達成普遍的共識。但在 WTO 中各方談判的立場、關注的問題各不相同，因而墨西哥提案的改革作為一個代表不發達成員利益的設想，在短期內尚難以達到具備可行性的階段。[115]

墨西哥提案忽略了現實國際社會中各個成員事實上更加優先關注自己國內的事務而不是國際事務的事實，沒有理由認為一個與貿易爭端沒有直接聯繫的協力廠商會有動機採取報復措施，以使違反 WTO 義務的成員遵守義務。[116]事實上，這種被轉讓權利而帶入貿易爭端的協力廠商只會將其國內利益最大化帶入到國際平臺，反而會提升國際層面的貿易保護水準而遠遠超過成員遵守 WTO 義務所帶來的利益。[117]而相反在現有的 WTO 報復機制之下，由於受害成員國內出口集團的壓力，反而能夠通過最大化的報復措施以迫使不遵

---

115 參見楊鴻：《從集體報復措施的設想看 WTO 裁決的執行促進手段——結合相關修改提案進行的合理性與可行性分析》，載《世界貿易組織動態與研究》2007 年第 4 期。

116 Jide Nzelibe, *The Case Against Reforming the WTO Enforcement Mechanism*, **2008 U. ILL. L. REV. 322 2008**.

117 Jide Nzelibe, *The Case Against Reforming the WTO Enforcement Mechanism*, **2008 U. ILL. L. REV. 335 2008**.

airiti

守義務的一方回歸正軌，但對於受轉讓的協力廠商來說則這樣的壓力就不存在了。[118]

在 WTO 雙邊為基礎的報復機制中，受影響的成員對於報復措施更注重的是矯正另一成員的違反義務的措施而使其國內的產業或出口集團的利益不受損害，但對於墨西哥提案所建議的協力廠商報復而言，由於其對於該貿易爭端並沒有任何直接關聯，因此，就該協力廠商而言，能通過受讓報復權而受益的並不是出口集團或者國內產業，而只有貿易保護集團，通過受讓報復權，國內貿易保護集團的利益得以最大化，而這顯然不是 WTO 和其他成員希望看到的，這樣不僅無助于促進成員遵守 WTO 義務，而且會進一步提高國際貿易保護的程度。[119] 的確，在雙邊報復機制中同樣存在可能獲益的國內貿易保護集團，但實際上在真正實施報復之前，貿易保護集團獲益的概率更大，而不是簡單的依賴於報復措施，何況還需要考慮到在 WTO 提起訴訟與其他貿易保護手段的成本比較，以及最後的訴訟成功可能反而會使其他集團受益的風險問題。[120]

---

118 Jide Nzelibe, *The Credibility Imperative: The Political Dynamics of Retaliation in the World Trade Organizations Dispute Resolution Mechanism*, **6 THEORETICAL INQUIRIES LAW 215, 217** (2005).

119 *See* Warren F. Schwartz and Alan O. Sykes, *The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization*, **31 LEGAL STUD. 184** (2002).

120 舉例而言，就一個成員國內的貿易保護集團而言，在決定是否需要在 WTO 提起訴訟以獲得報復的利益之時，所面臨的一個重要的前提問題即是：按照現有 DSU 21.3 條的制度設計，如果要取得報復帶來的利益必須首先在 WTO 爭端解決機制的專家組階段或者上訴機構階段取得勝利，其次，違反義務的 WTO 成員必須在合理期間內（RPT）仍然拒絕執行專家組或者上訴機構裁決。因此，即使該成員敗訴，其也有足夠的時間改變國內措施以和 WTO 義務相一致。如果該項措施仍然沒有改變或者撤銷，那麼爭端雙方仍然可能在這一問題上達成補償協議。因此，在現有 WTO 體制內，啟動爭端解決程式到最後實施報復仍然有相當的一段距離。即使所有條件全部滿足，最後受損害的成員政府仍有可能會選擇保護出口集團或

airiti

因此，在報復權拍賣或者轉讓的機制之中，受讓權利的協力廠商只可能是由於貿易保護的驅動。而且也沒有任何理由能認為這一做法會有利於推動違背 WTO 義務的一方積極遵守義務。[121]

同時，由於與爭端無關的成員可以行使報復權利，使得原本爭端雙方的貿易糾紛，變成更多成員參與的貿易戰，必然會導致貿易爭端的擴大化，對整個 WTO 多邊體制內成員之間的貿易自由化產生不利的影響；而且受讓的協力廠商與違反義務的成員之間原本的減讓義務對等性也會因為實施報復而遭到破壞，不利於 WTO 體制的發展，同時也會帶來不可預估的政治問題。[122] 此外，報復的可轉讓也會帶來一個潛在危險，即在 WTO 體制之外產生一個轉讓或者拍賣報復權利的地下市場，這不僅會對 WTO 所試圖建立的多邊貿易規制體系相左，同時也是對世界貿易秩序的嚴重破壞。[123]

（五）其他改進提案

者國內產業的方案而不是考慮貿易保護集團，這樣的風險對於貿易保護集團來說，獲得的利益根本無法補償成本，可說微乎其微。

121 Jide Nzelibe, *The Case Against Reforming the WTO Enforcement Mechanism*, **2008 U. ILL. L. REV. 336 2008**.

122 參見馬強：《WTO 爭端解決機制中報復措施問題研究》，《知識經濟》2008 年第 2 期；向雅萍：《WTO 報復制度的缺陷與完善研究》，載《理論月刊》2008 年第 4 期；胡北平、李美紅《發展中國家對 WTO 爭端解決機制的改革要求及改革前景》，載《社會科學輯刊》2005 年第 5 期。

123 *See* Mateo Diego-Fernandez and Roberto Rios Herran, *The Reform of the WTO Dispute Settlement Understanding: A Closer Look at the Mexican Proposal*, **1 MANCHESTER J. INT'L ECON. L. 23** 2004.

airiti

1、建立啟動報復機制的清晰程式。歐共體、厄瓜多爾以及日本認為應當對 DSU 第 22.2 條進行修正，使得授權報復僅在下述情況下啟動：首先，有關成員並沒有依據 DSU 第 21.3 條通知 DSB 其將要實施 DSB 專家組或者上訴機構裁決，或者該有關成員也並沒有告知 DSB 其已經實施遵守 DSB 的裁決或者上訴機構依據 21.6 條之二認為有關成員並沒有遵守執行。[124] 歐共體還提出了第四種可能啟動授權報復的情況，即有關成員依據 21 條之二並沒有執行爭端成員之間依據 3.6 條所達成的共同解決方案。[125]

2、關於交叉報復的提案。在對待交叉報復的問題上成員之間的意見並不統一，有成員認為應當取消交叉報復機制，而另一些成員如印度則認為應當改革交叉報復制度使其能夠被發展中國家更容易使用，用以對抗違反 WTO 義務的發達國家。

就交叉報復這項制度本身而言，由於其提供了強大的保證力量，因此筆者認為，其可以也應當成為保證 WTO 有效救濟的工具。然而如前所述，在歐共體香蕉案 III 中仲裁員的裁決卻使得交叉報復的啟動更加困難，仲裁員認為厄瓜多爾所要求的保留其在 GATT 1994 項下同一協定同一部門進行中止減讓的權利就已經足夠，而進行跨部門的報復則沒有必要。筆者認為在墨西哥的提案在現有 WTO 體系之下很難予以實現的情況下，有必要使得交叉報復對於中小國家來說更容易使用，以對抗經濟貿易大國的威脅。

---

124 *See* EC, TN/DS/W/1, p. 17 at para 25; Japan, TN/DS/W/32, p. 7 at para 6; Ecuador, TN/DS/W/33, p. 4.

125 *See* EC, TN/DS/W/1, p. 17 at para 25.

airiti

四、結語

WTO 的貿易爭端救濟制度，是一個層次連貫和遞進式的機制，從強調敗訴方應迅速採取充分而有力的手段撤銷違法措施，到在不能立即撤銷違法措施時給予合理的寬限期，再從合理寬限期到期後的自願補償到中止減讓或其他義務，都是為了在爭端當事方無法達成相互滿意的解決辦法的情況下促使敗訴方中止違法行為。[126] 從自願到強制，從勸導到制裁，從寬鬆到嚴厲，通過逐步升級的壓力促使敗訴方來執行 DSB 的建議或裁定。[127]

誠然，WTO 成員的報復威脅具有一定的威懾力，實際報復也具有一定的強制力。但是，報復有違最惠國待遇原則和開放市場，不僅無助於自由貿易，且對爭端當事各方和 WTO 都有一定程度的消極影響。可見，二者都是無奈之舉，相對於撤銷違法措施，都是種次優選擇。因此，WTO 爭端解決機制中的救濟安排是種壓力逐步升級的剛柔相濟的預期性救濟制度，其糾正性（corrective）目的不是補償受害者，而是引導違法者遵守 WTO 法，是利用貿易制裁的可能性來促進對 WTO 協定義務的遵守。[128] 在國際社會的無政府結構決定下，即便集統一性、強制性、排他性於一體的

---

126 余敏友：《論世貿組織法律救濟的特性》，載《現代法學》2006 年第 6 期。

127 同上註。

128 余敏友：《論世貿組織法律救濟的特性》，載《現代法學》2006 年第 6 期；另見 Chi Carmody, *Remedies and Conformity Under the WTO Agreement*, **5 J. INT'L ECON. L. 309** 2002; Steve Charnovitz, *Rethinking WTO Trade Sanctions*, **95 AM. J. INT'L L. 831** (2001).

airiti

WTO 爭端解決機制，在執行爭端解決機構的決定方面，也未能建立統一而集中的強有力執行制度，而只能繼續依賴貿易報復這種傳統非集權的自力救濟手段，儘管 WTO 在 GATT 數十年經驗的基礎之上根據貿易全球化的新情況更新和改進了貿易報復權的獲得與行使規則，但並沒有實現國際貿易關係從權力政治向法治的質變，還只是新的量變。任何改革方案都不能忽視國際社會的無政府結構的限制作用，但也不能因此就不繼續推進國際貿易關係法治化。[129]

DSU 以及 WTO 所建立和維護的多邊貿易體系的改革，無論各成員所期待的方向如何，也無論成員所爭議的提案為何，其目的必然是有助於提高這個多邊系統的平等與正義，必然是有助於保護這個龐大機構成員，無論實力強弱絕大多數成員的切實權益，才能夠推動 WTO 這個運轉了 15 年的馬車繼續順利向前，促進世界貿易走向更多的法治，更良性的迴圈。

---

[129] 參見余敏友：《論歐共體對 WTO 爭端解決機制的政策與實踐》，載曾令良、黃德明主編：《歐洲聯盟法治 50 年：回顧與展望》，湖北人民出版社 2009 年版，第 299 頁。