

上海 WTO 事务咨询中心系列丛书

主编 王新奎

WTO 争端解决机制论 ——以 TRIPS 协定为例

张乃根○著

On WTO Dispute Settlement Mechanism

——TRIPS Agreement As Example

 上海人民出版社

WTO 争端解决机制论 ——以 TRIPS 协定为例

张乃根○著

On WTO Dispute Settlement Mechanism

——TRIPS Agreement As Example

 上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

WTO 争端解决机制论: 以 TRIPS 协定为例/张乃根著.
上海: 上海人民出版社, 2008
(上海 WTO 事务咨询中心系列丛书/王战, 王新奎主编)
ISBN 978-7-208-07912-0

I. W... II. 张... III. ①世界贸易组织-国际贸易-国际争端-研究②世界贸易组织-知识产权-贸易协定-研究 IV. F743

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 077161 号

责任编辑 周 峥
封面装帧 陈 楠

• 上海 WTO 事务咨询中心系列丛书 •

WTO 争端解决机制论

——以 TRIPS 协定为例

张乃根 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟新骅印刷厂印刷

开本 635×965 1/16 印张 36 插页 2 字数 509,000

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-07912-0/D·1393

定价 55.00 元

序

11年前,我在美国密歇根大学法学院从事富布莱特基金研究项目《国际贸易的知识产权法》,选修当时在该院任教的著名 WTO 专家约翰·杰克逊(John H. Jackson)教授开设的“WTO 争端解决研讨班”(Seminar on WTO Dispute Settlement)时,对 WTO 争端解决机制开始有所了解,并对世界贸易体制中这一核心机制以及对《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS 协定)实施的影响产生了浓厚的研究兴趣。1997 年 9 月初,在我结束为期一年的访问研究回国前夕,有关 TRIPS 协定的第一起争端解决方案——印度专利案专家组报告公布,我便将对 WTO 争端解决机制的研究重点放在 TRIPS 协定上。回国后不久,我在《复旦学报》(社会科学版)1998 年第 5 期发表了《世贸组织的知识产权争端解决机制》一文。此后一发而不可收,近 10 年来,我在为复旦大学法学院国际法专业博士生、硕士生开设有关课程的同时,一直跟踪研究 WTO 争端解决机制,尤其是与 TRIPS 协定有关的争端解决问题,在国内外学术刊物上发表了近 20 篇论文,并组织编译了上海 WTO 事务咨询中心的《WTO 经典案例丛书》、出版了《TRIPS 协定:理论与实践》等书。2006 年 10 月至 2007 年 8 月,我有机会到杰克逊教授目前任教的美国乔治城大学法学院再次关于从事 WTO 与知识产权的富布莱特基金研究,并参加他主持的有关 WTO 争端解决机制的各种学术活动,受益匪浅。

本书作为教育部人文社会科学研究“十一五”规划项目的最终成果,反映了自己在该领域的最新研究进展。由肇始于半个多世纪前的

GATT 争端解决实践演变而来的 WTO 争端解决机制,是一个内容极其丰富和复杂的国际贸易争端解决机制,也是近代国际法形成以来的 400 多年从未有过的和平解决国际争端的独特机制。因此,无论是各国或地区的政府、从事国际贸易的厂商,还是国际法,尤其是国际经济法学界的学者,均十分关注 WTO 争端解决机制的运行及其各种重大影响。考虑到我国正式加入 WTO 后该机制必然逐渐地对我国外贸及整个国内经济、法律等发生作用,我在 2001 年底申请了教育部有关研究课题,并准备在 2004 年底完成。但是,该机制的发展之快超出了我的预料。为了更好地完成该项目研究,我不得不适当推迟结项期限,是想利用再次应杰克逊教授邀请赴美访问研究的机会,充分吸取目前国内外在该领域的研究成果,以期充实自己的研究。

本书由三章构成。第一章概述 WTO 争端解决机制,包括该机制的由来、发展和现状,该机制解决成员间贸易争端的基本程序,对该机制的评价,我国利用该机制的若干对策建议。由于国内外对整个 WTO 争端解决机制的研究已非常全面、深入,尤其是富有实践经验者的研究,更是自己望尘莫及,因此,本书仅依据 WTO 官方公布的所有争端解决案件与有关文件以及前人已有的研究成果,对该机制作一扼要论述。同时,我根据 WTO 争端解决秘书处 2006 年底编写的已通过的 115 份专家组与上诉机构报告摘要加以编译,作为本书的附录一,以便读者了解该机制运行的基本情况。第二章从国际公法角度较全面地论述了该机制涉及的若干理论问题。这可能是我用心最多,试图将国际法基本理论,包括和平解决国际争端法、国际法与国内法的关系、国际法的效力、国际法的执行、条约解释与主权理论等运用于 WTO 争端解决机制研究,有所创新之处。第三章则以 TRIPS 协定为例,具体研究 WTO 争端解决机制。由于该机制的研究必须结合具体案例,而 WTO 争端解决案例日益增多,使我原先考虑涉足 WTO 各主要协定

的若干典型案例的计划难以实现,因此只得将案例研究全部集中于 TRIPS 协定争端解决。同时,我也认识到,这可能是研究、利用该机制的专业化需要。我的博士生、硕士生在选修有关课程时,合作翻译了已决的 6 起 TRIPS 协定争端解决案,包括印度专利案专家组报告(2003 级硕士李蕾)与上诉机构报告(2003 级硕士华晶)、加拿大药品专利案专家组报告和加拿大专利期限案专家组报告及附件(2005 级硕士生尚静)、美国版权法案专家组报告和欧共体地理标志案专家组报告(2003 级硕士钟鸣秋)、美国综合拨款法案专家组报告和上诉机构报告(2006 级博士生杨建锋),字数近 80 万。他们的辛勤和出色工作,对于本项目研究的完成不可或缺。附录二 TRIPS 协定争端解决典型案例纳入了其中的印度专利案和美国版权法案,供读者参阅。

本书写作过程中除了深深地受到杰克逊教授的讲课和诸多研究的学术影响,还得益于与国内专家学者的讨论,包括商务部条法司前司长张玉卿先生、条法司 WTO 处前处长杨国华先生、中国驻 WTO 使团负责争端解决官员纪文华先生、中国社会科学院法学所已故赵维田研究员、武汉大学曾令良教授与余敏友教授、华东政法大学朱榄叶教授、香港城市大学王贵国教授、复旦大学董世忠教授和龚柏华教授等。本人学识有限,拙作难免有误,请读者指正。

张乃根

2007 年 8 月 25 日

目 录

CONTENTS

序.....	001
第一章 WTO 争端解决机制概述	001
第一节 WTO 争端解决机制的由来	003
一、GATT 争端解决机制的演变	003
二、WTO 争端解决机制的建立	011
第二节 WTO 争端解决的基本程序	014
一、争端解决必经的磋商阶段	015
二、争端解决任何阶段均可进行的斡旋、调解和调停	020
三、专家组程序	021
四、上诉复审程序	033
五、执行及授权中止关税减让程序	039
第三节 对 WTO 争端解决机制的评价	041
一、WTO 争端解决机制的积极作用与存在问题	041
二、改进争端解决机制的多哈发展议程	044
第四节 中国利用 WTO 争端解决机制的对策	048
一、中国介入的争端解决案件	048
二、中国应对争端解决的对策	056
三、中国介入 WTO 争端解决的对策机制	063
第二章 WTO 争端解决机制的若干国际法理论问题	066
第一节 和平解决国际争端法的重大发展	066
一、和平解决国际争端法的产生与发展:国际政治与经济	066
二、WTO 争端解决的准司法方法:和平解决国际贸易争端的	

有效机制	069
第二节 国际法与国内法的关系	073
一、作为国际公法的 WTO 法	073
二、WTO 法优先于成员国(域)内法	075
三、WTO 法与中国“一国四域”域内法的关系	076
第三节 WTO 争端解决的国际法效力	079
一、国际法效力的概念	079
二、WTO 争端解决的国际法拘束力之条约依据	081
三、WTO 争端解决的国际法拘束力之实践考察	085
四、WTO 争端解决的国际法拘束力之问题分析	095
五、WTO 争端解决对于国际法发展的意义	099
第四节 WTO 争端解决的执行机制	102
一、WTO 争端解决执行机制的内容及程序	102
二、WTO 争端解决执行机制的效果及评估	105
三、WTO 争端解决执行机制的比较及意义	115
第五节 WTO 争端解决的条约解释	116
一、WTO 争端解决中条约解释的重要性	116
二、WTO 争端解决的条约解释通则	119
三、WTO 争端解决中条约解释的特别规则	123
四、WTO 与 ICJ 的条约解释比较	124
第六节 与 WTO 争端解决有关的主权理论	128
一、WTO 框架下的主权问题及其限制	128
二、WTO 争端解决的准司法性及其相关主权问题	129
三、WTO 争端解决的审查标准及其主权问题	133
第三章 TRIPS 协定及其争端解决研究	137
第一节 TRIPS 协定的国际法义务	138
一、TRIPS 协定的义务性质	138
二、TRIPS 协定的义务内容	139
三、TRIPS 协定争端解决案件印证的国际法义务	146
四、《中国“入世”议定书》载明的特别义务	154

第二节 TRIPS 协定争端解决的条约解释	157
一、《维也纳条约法公约》的解释规则在 TRIPS 协定争端解 决中的适用	157
二、通过 TRIPS 协定争端解决对已有知识产权公约的解释	160
三、对 TRIPS 协定关键条款的解释问题	164
第三节 TRIPS 协定的例外条款及其争端解决	169
一、TRIPS 协定的例外条款:渊源及实质	169
二、TRIPS 协定的争端解决:例外条款的条约解释	173
三、TRIPS 协定例外条款对我国履行该协定义务的意义	179
第四节 《关于 TRIPS 协定与公共健康宣言》与争端解决	181
一、《关于 TRIPS 协定与公共健康宣言》与印度专利案	181
二、《关于 TRIPS 协定与公共健康宣言》对 TRIPS 协定的解 释规定及其性质	187
三、《关于 TRIPS 协定与公共健康宣言》与“连接”问题	192
第五节 与公共健康有关的专利强制许可及其争端解决	194
一、TRIPS 协定框架的发展	194
二、TRIPS 协定第 31 条修正案的内容及评析	199
三、我国的药品专利强制许可制度及其问题	203
第六节 中美知识产权争端解决案	206
一、该争端解决案的由来与影响	207
二、该争端解决案的焦点与实质	210
三、该争端解决案所涉条约解释	212
四、该争端解决案所涉程序问题	216
附录一:WTO 争端解决机构通过的专家组报告和上诉机构报告 概述(1996 年 5 月 20 日至 2006 年 12 月 11 日)	219
附录二:TRIPS 协定争端解决典型案例	345
案例一:印度专利案	345
案例二:美国版权法案	465
跋	562

第一章

WTO 争端解决机制概述

世界贸易组织(WTO)的争端解决机制已被公认为是“WTO 最独特的贡献”。^① WTO 成立以来的实践已充分地证明,该争端解决机制是整个 WTO 体系中具有核心地位的机制,因为没有这一机制, WTO 成员之间的贸易争端就无法解决,势必使任何实体法规范成为一纸空文, WTO 就会失去存在的意义。因此,争端解决机制对于 WTO 的重要性无论如何评价,都不会过分。^②事实上, WTO 成立至今,其两大主

① 这是 WTO 首任总干事鲁杰罗(Renato Ruggiero)的评价。引自 Statement of Director-General Ruggiero (17 April 1997), <http://www.wto.org/about/disputel.htm> (1997年7月20日访问)。

② 有关 WTO 争端解决机制的研究,见 John H. Jackson, *Legal Problems of International Economic Relations*, 4th, West Group, 2002;其中第7章“争端解决”对 WTO 争端解决机制的目标与方法,从 GATT 到 WTO 的争端解决机制的演变, WTO 争端解决的程序,到关 GATT 第 23 条的法律问题,逐一作了详细的研究。又见 John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd MIT Press, 1997;中文版[美]约翰·H.杰克逊著,张乃根译:《世界贸易体制:国际经济关系的法律与政策》,复旦大学出版社 2001 年;其中第 4 章“规则履行与争端解决”,对国际法的有效性、GATT 作为争端解决程序的开端、GATT 与 WTO 的法律程序与贸易争端、WTO 争端解决程序、公民启动国际经济争端的国内程序、展望争端解决与 WTO 的规则适用等问题作了重点分析。又见 John H. Jackson, *The World Trade Organization*, London: The Royal Institute of International Affairs, 1998;该书第 4 章“争端解决与 WTO”,几乎以全书的一半篇幅论述了下列问题:1. 争端解决程序的政策,2. GATT 争端解决程序及其演变,3. DSU 及其程序概要,4. WTO/GATT 争端解决报告的法律效果与意义,5. 争端解决机构的作用:区别、司法积极主义、创造性,6. 履行与补偿,7. 结论与新争端解决程序中的规则导向问题。这是杰克逊教授对 WTO 争端解决机制更全面的研究。又见 John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, 2006;这是杰克逊教授从国际公法角度研究 WTO,尤其是争端解决机制的晚近论著。作为美国最负盛名的 GATT/ WTO 专家,杰克逊教授在 1995 年以后非常重视对 WTO 争端解决机制的研究,(转下页)

要职能——提供多边贸易谈判和争端解决,前者几经曲折,成果未然^③;后者涉案数百,成绩卓然。也许可以说,没有争端解决机制,恐怕 WTO 早已淡出国际舞台。相比先前作为准国际经济组织运行的关税与贸易总协定(GATT)时期的争端解决机制,如今 WTO 争端解决机制得到更频繁、更有效的利用。本章首先概述 WTO 争端解决机制的由来及其基本程序,然后评析该机制存在的问题以及“多哈回合”谈判中提出的改进建议。

(接上页)在密歇根大学法学院任教时专设“争端解决机制”讨论班,1998 年任教乔治城大学法学院后继续举办类似讨论班(我先后于 1996—1997 年、2006—2007 年两度参加杰克逊教授主持的该讨论班),并主办《国际经济法杂志》(JIEL),先后以两期专刊及大量论文对争端解决机制进行讨论。有关该杂志文献概述,见 Michelle T. Grando, “JIEL Articles and Notes Related to WTO Dispute Settlement Volumes 1—9 (1998—2006)”, Posted February 2007, http://www.law.georgetown.edu/jiel/current/dsureview/documents/ListofJIELDSArticleswithABSTRACT_000.pdf (2007 年 6 月 30 日访问,下文访问网站的时间如无特别注明,均同,出处略)。这从一个侧面反映了美国政府对 WTO 争端解决机制的重视。此外,还可参见 E-U. Petersmann(ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1997; 以及 E-U. Petersmann, From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration Law: The WTO Dispute Settlement System. *The Journal of International Economic Law*, Vol. 1 No. 2 June 1998. 彼得曼先生现任日内瓦大学与国际问题研究院教授,是欧洲著名的 GATT/WTO 专家。上述两位学者的研究值得关注。近年来,关于 DSB 的研究成果首推 Jeff. Waincymer, *WTO Litigation: Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, Cameron May, 2002。该书以争端解决机制的实践为基础,全面地论述了该机制的各个方面,堪称 WTO 争端解决机制的小百科全书。此外,David Palmerter and Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, 2nd edition, 2004, 以两位作者参与 GATT/WTO 争端解决的丰富经验为基础,颇具参考价值。

国内的有关研究,见余敏友:《世界贸易组织争端解决机制法律与实践》,武汉大学出版社 1998 年版;曹建明、贺小勇:《世界贸易组织》,法律出版社 1999 年版,第 361—398 页;张乃根、官万炎等:《论 WTO 争端解决机制的若干问题》,载于《国际经济法论丛》第 3 期,法律出版社 2000 年版;张乃根执行主编:《WTO 经典案例丛书》,上海人民出版社 2003 年版;杨国华:《WTO 争端解决程序详解》,中国方正出版社 2004 年版;纪文华、姜丽勇:《WTO 争端解决规则与中国的实践》,北京大学出版社 2005 年版,等等。此外,国内学者对 WTO 的争端解决案例也作了大量系统评述,在此不赘。

③ 截至 2007 年 6 月底,2001 年 11 月 WTO 第四次部长级会议决定发起的、该组织成立后第一次多边贸易谈判——“多哈议程”(Doha Agenda),也称“多哈回合”(Doha Round),仍未取得实质进展。见 WTO 新闻:Statement from DG Lamy concerning Postdam outcome(WTO 2007 News Items, 21 June 2007), http://www.wto.org/english/news_e/news07_e/stat_dg_potsdam_june07_e.htm。

第一节 WTO 争端解决机制的由来

一、GATT 争端解决机制的演变

WTO 争端解决机制的前身是 GATT 争端解决机制。WTO《争端解决的规则和程序谅解》(DSU)第 3 条第 1 款指出:“成员们重申他们信守基于 1947 年 GATT 第 22 条和第 23 条所适用的争端处理诸原则,以及对此作了进一步阐述与修改的各项规则和程序”。^④因而,要了解 WTO 争端解决机制的由来,首先应研究 GATT 第 22 条、第 23 条这两条规范整个争端解决机制的“宪法性”(即基础性)条款。

1. GATT 争端解决实践的起源及其“宪法性”条款

GATT 第 22 条、第 23 条(特别是第 23 条)曾经是 GATT 争端解决机制,现在仍是 WTO 争端解决机制的主要规则 and 最重要的法律基础。此外,GATT 其他一些条款也包含了争端解决机制的因素,如第 19 条(保障条款)、第 28 条(减让表的修改)、第 25 条第 5 款(免除义务条款)等。GATT 为什么包括了关于争端解决的第 22 条、第 23 条?根据杰克逊教授对有关历史文献的研究,^⑤在起草 GATT 时,人们对它的作用认识不一。有的认为,作为处理关税与贸易问题的协定,GATT 只是一个“谈判场所”,主要是为了“维持关税减让与义务之间的平衡”,因而协定本身无需争端解决的程序条款。但是,代表美国参加 1946 年在伦敦举行的联合国贸易与就业会议筹备委员会的霍金斯(Harry Hawkins),就国际贸易组织(ITO)宪章草案发表意见时指出:GATT“应该要确切具体地处理这些主题,以便各成员政府承担的义务

④ 本章所引 DSU 及其附件的条款,均译自英文本:Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes,并参考了《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》(法律出版社 2000 年版)包括的《争端解决规则与程序的谅解》中译本,以下引用该文本,出处略。

⑤ Jackson, *The World Trading System* p. 113.

清晰无误。这些主题中的大多数本身都具有可处理性。有关这些主题的规约一旦达成,是可以自己执行的,并且能够由各政府适用,而无须进一步阐明或采取国际行动。”^⑥这表明,当时美国希望达成一项本身足以实施的关贸总协定,而不必经过谈判方可实施,因此,GATT 需要某些就实施问题进行磋商乃至由全体缔约方处理某些重大利益损害问题的规约。但是,美国代表也没有明确提出将争端解决程序条款列入 GATT,因为根据始初的设计,GATT 由 ITO 负责实施,ITO 宪章将包括争端解决有关规定。

1947 年 11 月在古巴哈瓦那召开的联合国贸易与就业会议上通过了 ITO 宪章。该宪章规定了严格的争端解决程序,主要是采用仲裁方式,并允许在一定条件下向联合国国际法院提起诉讼。美国参加哈瓦那会议的代表团副团长威尔科克斯(Claire Wilcox)指出:根据这种程序有可能暂时中止关税减让,“这是恢复利益与义务之间平衡的方法,因为这种平衡会由于各种原因而被搅乱。这可以看做是对违反其义务的成员施加的惩罚,或者是确保他们履行义务的制裁。但是,即便如此,这在事实上还不是惩罚或制裁。”^⑦这可以说是对 GATT 第 23 条的“脚注”。

由于面临 ITO 宪章“夭折”的前景,因此 GATT 的始初缔约方出于不得已,在明知没有一个国际组织负责实施 GATT 的情况下决定 GATT 临时生效。这在很大程度上归功于 GATT 具有“本身足以实施”和“恢复平衡”的功能。这种功能主要来源于含有争端解决的条款,即第 22 条和第 23 条,尽管这两条实际上并没有规定争端解决的具体程序。

根据对 GATT 时期最初的争端解决实践的研究,第一次争端发生于 1948 年夏天。^⑧当时荷兰提起一项针对古巴的贸易争端,涉及 GATT 第 1 条的最惠国待遇(MFN)义务是否适用于领事的纳税。该

^{⑥⑦} Jackson, *The World Trading System* p. 113.

^⑧ Palmetier and Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, p. 7.

事项被提交给 GATT 的全体缔约方会议主席,由其裁决是否“适用”。从最初由全体缔约方会议主席裁决,而后逐步由申诉方、应诉方及有利益关系的任何其他缔约方代表参加的一个“工作小组”(Working Parties)来裁决,最后演变为由 3 至 5 名非争端当事方的专家,组成中立的“合议庭”,即通常所称的“专家组”审理解决。^⑨

自 1948 年 1 月 1 日 GATT 临时生效以后,第 22 条和第 23 条修订过一次。1955 年在对 GATT 条款作较大调整时,为了满足发展中国家缔约方希望获得 GATT 全体缔约方协助的特殊要求,第 22 条增加了第 2 款:“全体缔约方应某一缔约方的要求,可以就任何根据前款进行磋商而不可能达成满意解决的问题与任何一个或数个缔约方进行磋商。”第 23 条的修订只是以“减让或其他义务”代替原先的“义务或减让”这一表述,以“全体缔约方的执行秘书长”代替原先的“联合国秘书长”这一规定。1969 年在对 GATT 条款作最后一次修订时,“执行秘书长”又改为“总干事”,但是,第 23 条第 2 款中的“执行秘书长”一词保留。根据 1965 年 3 月 23 日 GATT 全体缔约方会议的决定,赋予总协定秘书长的职权“将由担任总干事职位的人行使,就这一目的,该人又担任执行秘书长”^⑩。可见,第 23 条第 2 款中“执行秘书长”就是总干事。^⑪

1994 年 4 月 15 日签署的乌拉圭回合最后文件包括了 1994 年 GATT。1994 年 GATT 第 1 条(a)款规定:1994 年 GATT 包括“在

⑨ 根据美国已故著名的 GATT/WTO 争端解决问题专家胡德克(Robert E. Hudec)教授的研究,“合议庭”(panel)一词来自于“专家合议庭”(panel of experts)。见 Palmerter and Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, p. 7。尽管英文“panel”的原意为“合议庭”(我曾在自己有关论著中也采用过,如张乃根编著:《美国——精炼与常规汽油标准案》,上海人民出版社 2004 年版),但是由于在 GATT/WTO 的争端解决实践中,强调由非争端当事方的专家对案件作出客观的评估与解决,因此,将该词的中文翻译为“专家组”也是合适的。

⑩ GATT, BISD Vol. IV(March, 1969), 转引自 John H. Jackson, *1995 Documents Supplement to Legal Problems of International Economic Relation*, 3rd, p. 15。

⑪ 根据 1994 年 GATT 的解释性注释(a),GATT 第 23 条中的“执行秘书长”即“总干事”。

WTO 协定生效之前,根据已生效的法律文件改正、补充、修订作为联合国贸易与就业会议筹备委员会第二次会议采纳的最后文件附件的 1947 年 10 月 30 日的 GATT 规定(不包括临时适用协定书)”。这就是说,经修改的第 22 条、第 23 条作为 1994 年 GATT 的组成部分,是现行 WTO 法律制度的最重要规定之一。从 WTO 生效以来的争端解决来看,有关的专家组或上诉机构的报告往往要引证解释这两项条款,作为最基本的根据之一。

GATT 第 22 条“磋商”规定:

“1. 每一缔约方,在另一缔约方就影响本协定实施的任何问题向其提出请求时,应予同情地考虑,并给予足够的机会进行磋商。

2. 全体缔约方应某一缔约方的要求,可以就任何根据前款进行磋商而不可能达成满意解决的问题,与任何一个或数个缔约方进行磋商。”

根据第 22 条,在 GATT(如今在 WTO)内的任何贸易争端在交由全体缔约方(如今是 WTO 争端解决机构)解决之前,必须经过磋商,且磋商未成。这种磋商与国际经贸关系中其他双边或多边磋商似乎没有什么区别,但是全体缔约方可以参与磋商,使之逐步地成为更加倾向于多边性的争端解决手段,为目前 WTO 争端解决程序中的必经阶段——多边框架内的磋商奠定了基础。

GATT 第 23 条“[利益的]丧失或损害”规定:

“1. 如果任何一个缔约方认为根据本协定直接或间接获得的任何利益因为以下结果而正在丧失或损害,或者本协定的任何目的之实现正在受到妨碍:

(a) 另一缔约方未根据本协定履行其义务,或
(b) 另一缔约方所实施的任何措施,不论是否与本协定的规定相抵触,或

(c) 任何其他情况的存在,

该缔约方应向另一个或数个有关缔约方提交关于满意地解决问题的书面陈述或建议。任何有关缔约方应同情地考虑该陈述或建议。

2. 如果在合理的时间内,缔约方之间未能达成满意的解决,或者

由于上述(c)项所说情况的困难,问题将由全体缔约方解决。全体缔约方应适当地调查该问题,并向有关缔约方提出建议,或作出适当的决定。全体缔约方亦可以就它认为有必要磋商的情况,与有关缔约方、联合国经济与社会理事会和其他有关政府间组织进行磋商。如果全体缔约方认为情况严重,需要采取行动,可以授权某一或数个缔约方根据情况决定停止对另一或数个缔约方履行本协定的减让关税或其他义务。如果对任何缔约方的任何减让或其他义务事实上暂停,该缔约方在此项行动采取后的 60 天内,应自由决定书面通知全体缔约方执行秘书长(即总干事)其退出本协定的意愿,该退出应在秘书长收到通知书之日后的第 60 天正式生效。”

第 23 条是整个 GATT 争端解决机制的核心条款。杰克逊教授认为,第 23 条的起草者可能抱有三个目标:其一,将第 22 条与第 23 条构筑为争端解决程序的一个框架,强调各缔约方承担对任何涉及 GATT 的问题进行磋商的一般义务;其二,第 23 条在促使各缔约方履行 GATT 义务方面应起重要作用;其三,设置一种手段,以保障在情势变化时仍维持“相互的与平衡的关税减让”。^⑫

任何一个缔约方(如今为 WTO 成员)在援引第 23 条解决争端时,首先必须证明两种损害的情况之一:(1)根据本协定所享受的利益正在丧失或遭受损害;或者(2)本协定目的之实现正受到阻碍。于是,GATT/WTO 在受理争端解决时,将了解所称“利益的丧失或损害”是否属实。通常,这种“利益的丧失或损害”是比较具体的事实,可以举证说明。但是,究竟什么是“GATT 目的之实现正在受到妨碍”?这是比较模糊的概念,难以实证。

尽管第 22 条、第 23 条并没有明确的程序规定,但是其中包含的原则经过 GATT 历史上的争端解决实践,逐步发展为一套比较完善的程序。

2. GATT 争端解决机制的形成与完善

如上所述,GATT 起初是一个临时生效的多边关税与贸易协定,

^⑫ Jackson, *Legal Problems of International Economic Relations*, 4th, pp. 271—272.

缺乏完整的争端解决程序。在没有相关国际贸易组织负责实施的情况下,GATT 全体缔约方不得不根据国际贸易关系发展的需要不断地修订和补充它的争端解决机制。在第 22 条、第 23 条基础上产生的一系列后续规则,先以惯例的方式,而后通过 GATT 全体缔约方的正式决定形成和发展起来了。这一发展过程大致分为两个阶段:第一个阶段是从 GATT 临时生效到东京回合之前,约 30 年时间。这个阶段主要围绕着如何完善第 22 条和第 23 条的程序规则以及确立解决争端的具体方式,全体缔约方进行了长期的探索与实践。第二个阶段是东京回合之后至 1989 年达成改进争端解决规则及程序的决定。在这个阶段中,GATT 全体缔约方侧重于总结以往的实践,力图建立一个比较完整的争端解决机制。具体而言,有关 GATT 争端解决规则与程序的后续法律文件主要包括:

(一) 第 22 条和第 23 条的解释文件

(1) 1958 年 11 月 10 日全体缔约方《关于第 22 条中影响若干缔约方利益的程序》;

(2) 1966 年 5 月 4 日全体缔约方《第 23 条程序》(亦称《解决发展中缔约方和工业化缔约方之间争端的特别争端解决程序》);

(3) 1979 年 11 月 18 日全体缔约方《关于通知、磋商、争端解决和监督的谅解书》(简称《1979 年谅解书》),及附件《关于 GATT 争端解决方面(第 23 条第 2 款)习惯做法的公认叙述》;

(4) 1982 年 11 月 29 日《部长会议宣言》中的关于“争端解决程序”部分;

(5) 1984 年 11 月 30 日第 40 届全体缔约方《就争端解决程序采取行动的决议》;

(6) 1989 年 4 月 12 日全体缔约方《GATT 争端解决规则及程序的改进措施决定》(简称《1989 年改进措施》);

(7) 1994 年 2 月 22 日全体缔约方关于延长 1989 年 4 月 12 日全体缔约方《1989 年改进措施》。

(二) 1979 年东京回合规定了各自专门的争端解决程序的数边协定

(1) 1979 年《贸易的技术壁垒协定》第 14 条、附件 2 和附件 3;