

国际经济法论丛

WTO 新议题研究

——中国外贸战略转型的法律思考

WTO Xinyiti Yanjiu



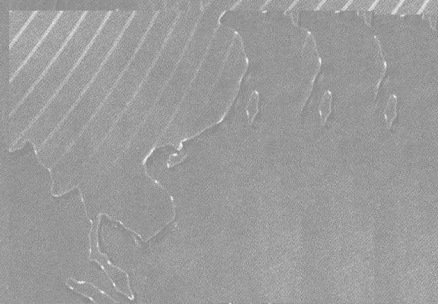
贺小勇 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

WTO 新议题研究

——中国外贸战略转型的法律思考



WTO Xijinhui Yanjiu



贺小勇 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

WTO 新议题研究:中国外贸战略转型的法律思考/贺小勇著. —北京:北京大学出版社,2008.12

ISBN 978-7-301-10256-5

I. W… II. 贺… III. 世界贸易组织-规则-影响-对外贸易法-研究-中国 IV. D922.295.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 141963 号

书 名: WTO 新议题研究——中国外贸战略转型的法律思考

著作责任者:贺小勇 著

责任编辑:丁传斌 王业龙

标准书号:ISBN 978-7-301-10256-5/D·1387

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印刷者:三河市新世纪印务有限公司

经销者:新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 16.5 印张 280 千字

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

定 价:32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

导 言

2001年11月,WTO多哈回合正式启动。就多哈回合谈判议程看,议题主要集中于农产品和非农产品市场准入问题,服务贸易领域则是就扩大开放领域进一步谈判,知识产权领域的谈判主要是关于药品专利与公共健康权例外的修订问题。总体而言,多哈回合是乌拉圭回合谈判框架的延伸,没有超越乌拉圭回合谈判的复杂性和多样性。但是,多哈回合进程却更为艰难,2003年9月墨西哥坎昆第五次部长级会议破裂,2008年7月多哈回合谈判再次遭受挫折。2008年的这次谈判失败居然是由于美国和印度、中国在农产品特殊保障机制议题上的分歧,没有人会料到农产品特殊保障机制这样毫不起眼的问题导致多哈回合搁浅,深层次原因在于发达国家与发展中国家战略利益的冲突。其实,世界经济的发展还没有如当年乌拉圭回合谈判前夕那样迫切需要加强和完善多边贸易体制可能是导致多哈回合破裂的真正的原因。

20世纪80年代末90年代初,国际经济贸易面临重大的转折:全球国际服务贸易以高于货物贸易的速度迅速发展;知识经济呼之欲出;无形商品的贸易重要性开始超过有形商品的贸易;国际贸易争端解决机制匮乏,导致国际贸易争端解决日益政治化。在这种经济形势下,GATT乌拉圭回合应运而生,谈判诞生了WTO涵盖协调服务贸易的协定——GATS、协调贸易与知识产权保护的协定——TRIPS协定以及争端解决机制运作的协定——DSU。这三大国际协定构建了21世纪国际经济贸易的新体制:国际贸易扩展到了服务贸易和知识产权贸易,建立了“规则导向型”的多边贸易争端解决机制。

我国目前国际经济贸易形势与乌拉圭回合谈判前夕世界经济形势类似,即我国经济贸易发展战略的定位处于一个非常关键的阶段,从传统的货物贸易向增强国际服务贸易和培育自主知识产权产品贸易的战略转变。这是因为,2007年我国货物对外贸易额高达两万亿美元,出口规模突破一万亿美元。按照目前这种粗放式的外贸增长模式,我国的外贸出口将面临国内资源匮乏、国外贸易摩擦加剧的双重挤压,增长空间极其有限。我国贸易要持续增长,必须要有新的国际贸易发展战略,即大力发展具有自主知识产

权的商品贸易和国际服务贸易。

当前,在货物贸易持续顺差的情势下,服务贸易连年逆差,因此有必要通过法律手段提升我国服务贸易的整体发展水平。在知识产权领域,我国加入 WTO 以后,涉及我国的国际间知识产权纠纷案件不断上升。从彩电、DVD、无汞电池等专利纠纷案,到丰田诉吉利汽车纠纷案,表面上看是知识产权纠纷,实质上无一不是市场之争。实际上,知识产权已经成为外国对付中国高新技术产品出口的主要非关税壁垒。2007 年 4 月美国将中美知识产权争端提交 WTO 争端解决机制更是标志着中美知识产权由双边争端进入到多边框架。在经济全球化的今天,我们更应该对服务贸易领域和国际知识产权领域的国际规则进行深入研究,未雨绸缪,为我国贸易发展战略转型奠定法律基础。鉴于这种思考,本书选择 WTO 新议题作为研究对象,撇开了 WTO 中有关货物贸易的法律规则,如反倾销、反补贴、保障措施等(这些领域国内有不少研究),而以其新议题作为研究对象:WTO 中关于服务贸易法律规则的理论与实践、WTO 中关于与贸易有关的知识产权法律规则的理论与实践、WTO 有关环境与贸易的法律规则、WTO 争端解决机制运作的理论与实践等;在此研究基础上,分析当前我国外贸存在的问题以及外贸战略转型的思考。

本书共分五章。第一章“WTO 争端解决机制的理论与实践问题”,主要分析 WTO 争端解决机制运作理念、运作程序中的法律问题,WTO 争端解决机制法律适用与法律解释的实践问题等。第二章“WTO 关于国际服务贸易法律制度的理论与实践”,主要研究服务贸易规则中普遍性义务与具体义务适用的法律问题,重点讨论国际服务贸易国内管理的法律问题、国民待遇与市场准入的关系问题、市场准入与国内管理措施的协调问题以及最惠国待遇适用的法律问题等。第三章“WTO 关于国际知识产权保护的理论与实践”,主要研究 TRIPS 协定的法律属性、TRIPS 协定与 WIPO 的法律关系、TRIPS 协定关于知识产权的执法问题、中美知识产权争端的刑事门槛与市场准入等法律问题以及知识产权保护的最新发展等。第四章“WTO 体系下环境贸易措施的法律问题”,主要研究环境贸易措施与多边贸易体制的关系、WTO 有关环境贸易措施争端解决案例评析等。第五章“我国外贸战略转型的法律问题”,在回顾了我国改革开放 30 年外贸战略演变的基础上,分析我国“入世”以来法律变迁与当前国际贸易发展存在的突出问题,提出外贸战略转型的具体思路,强调要妥善利用 WTO 争端解决机制维护国家经济利益。

CONTENTS 目 录

第一章 WTO 争端解决机制的理论与实践问题	1
第一节 “势力导向型”向“规则导向型”转变 ——从 GATT 1947 到 WTO	1
第二节 WTO 争端解决机制的管辖范围与 运作程序	12
第三节 WTO 争端解决机构的法律适用问题	28
第四节 WTO 争端解决的法律解释方法与特征	40
第五节 执行审查程序与贸易报复程序的 冲突问题	54
第六节 WTO 争端解决机制面临的法律挑战	60

第二章 WTO 关于国际服务贸易法律制度的 理论与实践	74
第一节 国际服务贸易法律制度的统一化趋势	74
第二节 国际服务贸易普遍性义务适用的 法律问题	82
第三节 服务贸易承诺表的法律问题	100
第四节 GATS 市场准入的法律问题	111
第五节 GATS 国民待遇的法律问题	117
第六节 GATS 的新发展	123

第三章 WTO 关于国际知识产权保护的理论与 与实践	135
第一节 TRIPS 协定形成的法律背景与 法律属性	135

CONTENTS 目 录

第二节	TRIPS 协定与 WIPO 的法律关系问题	147
第三节	TRIPS 协定关于知识产权的执法问题	161
第四节	DSB 关于知识产权争端解决的 法律问题	166
第五节	WTO 框架下中美知识产权争端的 法律问题	175
第六节	TRIPS 协定的新发展	190
第四章	WTO 体系下环境贸易措施的法律问题	207
第一节	环境贸易措施与多边贸易体制 的关系	207
第二节	GATT/WTO 关于环境贸易措施 争端的法律问题	212
第三节	多哈回合谈判中的环境与贸易问题	219
第五章	我国外贸战略转型的法律问题	225
第一节	我国外贸战略改革理论与实践回顾	225
第二节	我国加入 WTO 后对外贸易法律的 新发展	229
第三节	当前我国对外贸易存在的问题与 转型战略	244

第一章 WTO 争端解决机制的理论与实践问题

随着经济全球化趋势的不断加深,国际贸易争端日益增多,采取何种模式以有效解决贸易争端,成为国际社会共同探索的重要课题。广义上,可以将和平解决国际贸易争端的手段粗略地分为两类:一类可称为“势力导向型”(power oriented),另一类可称为“规则导向型”(rule oriented)。^①前一种方式中,发生争端的各方以谈判的方式解决争端,谈判结果通常与各方政治和经济势力的强弱有关;而后一种方式中,各方以事先制定的规则作为依据,由独立的第三方对争端进行裁决。二战结束后,国际贸易争端解决逐步由“势力导向型”向“规则导向型”过渡,其中 GATT 1947(关贸总协定)争端解决机制的发展乃至最终形成的 WTO(世界贸易组织)争端解决机制的演变历程见证了这样发展趋势,WTO 争端解决机制运作成为人们广泛关注的热点。截至 2008 年 3 月,WTO 争端解决机构(DSB)已受理贸易争端三百七十多起,涉及货物贸易、服务贸易和知识产权贸易等贸易领域,有的甚至涉及环境、消费者保护、卫生与医药、国家安全等更为广泛的领域。对于 DSB 通过的裁决报告,败诉方一般都予以执行。由此可见,WTO 争端解决机制为增强多边贸易体制的可预见性和保障多边贸易体制有效运行发挥了十分重要的作用。本书主要对 DSB 运作程序、法律适用问题、法律解释问题及其面临的挑战与改革问题等进行探讨,以期为我国妥善利用 WTO 争端解决机制维护国家经济利益提供参考。

第一节 “势力导向型”向“规则导向型”转变 ——从 GATT 1947 到 WTO

尽管关贸总协定作为一个事实上的国际经济组织已为世界贸易组织所

^① See John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, Second Edition, US: Massachusetts Institute of Technology, 1997, p. 109.

代替,但其关于争端解决的规定和近半个世纪的实践不仅是后者争端解决机制赖以建立的基础,而且仍是这一机制的重要组成部分。GATT 1947 初始的争端解决机制蕴涵着较大的“势力导向型”成分,经过半个多世纪的实践发展,特别是随着 WTO 的产生,“规则导向型”的争端解决机制成为当前国际贸易争端解决的主导理念。

一、GATT 1947 争端解决机制的法律渊源与实践

(一) GATT 1947 争端解决机制的法律渊源

从法律意义上讲,GATT 1947 并不是一个国际经济组织,而仅是一纸临时适用的贸易协定。但是,由于拟议中的国际贸易组织(International Trade Organization, ITO)的流产,GATT 1947 逐步承担起事实上国际经济组织的作用。因此,一般认为,GATT 1947 并没有统一的争端解决机制,其争端解决机制的法律渊源主要包括:

1. GATT 1947 争端解决的核心程序,即 GATT 1947 第 22 条和第 23 条。
2. 1958 年 11 月 10 日缔约方全体通过的《关于依照第 22 条解决影响某些缔约方利益的问题的程序决定》(Decision on Procedures under Article XXII on Questions Affecting the Interests of a Number of Contracting Parties)。这一决定主要是澄清援引 GATT 1947 第 22 条的方法问题。

3. 1966 年 4 月 5 日缔约方全体通过的《关于补充 GATT 1947 第 23 条的决议》,实际上是关于解决发展中国家缔约方与发达国家缔约方之间争端的专门条款。

4. 1979 年 11 月 28 日,缔约方又通过了《关于通知、磋商、争端解决与监督的谅解》(Understanding regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance,以下简称《东京谅解》)及其附件《各方同意的对争端解决方面的 GATT 1947 习惯做法的说明》。这一谅解是将 GATT 1947 签订后三十余年来解决贸易争端的过程中逐步形成的程序以条文的形式确定下来。

5. 1982 年 11 月 29 日部长级会议宣言中的《关于争端解决程序的部长宣言》(1982 Ministerial Declaration on Dispute Settlement)。

6. 1984 年 11 月 30 日第 40 届缔约方全体大会通过的《就争端解决程序采取行动的决议》。

7. 在乌拉圭回合谈判期间,1989 年 4 月 12 日缔约方全体大会通过的《GATT 争端解决机制规则和程序的改进的决议》(1989 Decision on Improve-

ments to the GATT Disputes Settlement Rule and Procedures)。

(二) GATT 1947 争端解决机制的主要实践

1. GATT 1947 第 22 条的基本含义

GATT 1947 第 22 条规定了解决缔约方间贸易争端的最基本方法——磋商(consultation),该条规定:“(1) 当一缔约方对影响本协定执行的任何事项向另一缔约方提出要求时,另一缔约方应给予同情的考虑,并应给予适当的机会进行磋商。(2) 经一缔约方提出请求,缔约方全体对经本条第 1 款磋商但未达成圆满结论的任何事项,可与另一缔约方或几个缔约方进行磋商。”该条实际上为缔约方规定了两套承上启下的磋商程序,即首先由有关争端当事方进行私下磋商(private consultation);若磋商未果,任何一当事方可将争端交缔约方全体,并由后者组织联合磋商(joint consultation)。第 22 条第 2 款是 1955 年对 GATT 1947 条款作较大调整时加进去的,它不仅表明磋商可以在缔约方全体主持下多边地进行,而且含有由缔约方全体出面调解的意思。后来,据此发展出一套“斡旋、调解、调停”的规则。

2. GATT 1947 第 23 条的实践

作为争端解决的核心条款,GATT 1947 第 23 条是内涵丰富而又复杂的条款。第 23 条分为两款,第 1 款实际上是一个磋商程序,即当某一缔约方认为因三种原因之一产生两种结果之一时,它可以向其认为有关的缔约方提出磋商的书面请求或建议。这两种结果是:第一,该缔约方根据本协定直接或间接享有的利益遭到丧失或损害(nullification or impairment);第二,使本协定任何目标的实现受到阻碍。造成这两种结果的原因必须是:(1) 另一缔约方违反 GATT 1947 义务或规则的行为;(2) 另一缔约方并不违反 GATT 义务或规则的行为;(3) 存在其他任何情况,如一缔约方发生金融危机或大规模失业等情形。

GATT 1947 第 23 条第 2 款规定:“凡在合理期限内有关缔约方之间(经磋商)不能达成令人满意的解决方案……得将问题提交缔约方全体。缔约方全体应迅速调查向其提交的任何事项,并向它认为有关的缔约方提出适当建议,或者酌情就该事项作出裁决……凡缔约方全体认为,情势已严重到足以有理由采取行动时,可以批准一个或几个缔约方对任何另一个或几个缔约方中止履行本协定规定的减让或其他义务……”可见,只有在通过第 1 款磋商程序不能解决缔约方之间的争端时,有关缔约方才可以诉诸第 2 款的程序,即缔约方全体应对提交的案件迅速进行调查,并向有关的缔约方提出适当建议,或在适宜时作出裁决。但是,作为总协定权力机构的“缔约方

全体”,每年只举行几天的年度会议,因而实际上很难有效行使第2款所赋予的调查、建议或裁决的权力。

在 GATT 1947 缔结之初,缔约方数目较少,争端相对较少时,凭着缔约方全体执行主席的个人威望,可当场拍板定案,例如 1948 年的荷兰、比利时和卢森堡与古巴之间的领事税纠纷,巴基斯坦与印度之间的出口退税纠纷。但是,这并非长久之计,后来发展为两步走程序,即先由工作组(working party)进行审议,工作组通常由五至八名成员组成,其中包括争端双方的代表和若干中立国的代表,审议后工作组提出报告,再提请年度缔约方全体会议批准通过。工作组裁决制度初步具备了第三方裁决的雏形,然而,工作组中有关争端方的参与,使得工作组的意见往往难于达成一致。鉴于此,从 1954 年 5 月的“意大利诉瑞典反倾销案”开始,出现了由独立的第三方组成的“诉讼专家组”(panel on complaints)调查审理的方式。专家组的成员由缔约方全体主席从熟悉国际贸易、熟悉总协定的专门人士中指定,不代表其政府,而是以独立的专家身份进行工作,且争端当事方不再是专家组的成员,这样就保证了专家组的独立性和裁决的公正性。著名 GATT 专家约翰·杰克逊(John H. Jackson)教授指出:“在处理争端问题上,从工作组到专家组似乎是在不知不觉中走过的,但其中非常重要的一点在于,它标志着迈出了摆脱国家间政治交易、向着更尊重客观国际法律义务的重要一步。专家组更有点不对特定国家负责的、独立行事的国际法院的味道。”^①专家组审理贸易争端的方式为 1979 年“东京回合”所肯定,并达成共同谅解,以习惯做法的形式正式写入《东京谅解》。

在 1955 年审议修订 GATT 1947 条款的会议上,曾把第 23 条第 2 款的规则概括为分三步走:首先寻求撤销违反义务的措施;在暂时无法撤销时,从别的方面作出补偿性调整;最后可诉诸的手段是报复。这里所指的“报复”概念是指第 2 款所规定的“凡缔约方全体认为,情势已严重到足以有理由采取行动时,可以批准一个或几个缔约方对任何另一个或几个缔约方中止履行本协定规定的减让或其他义务”。应该看到,实施这类报复,虽可产生一定的强制性抑制效力,但其本身却与 GATT 1947 促进贸易自由化的精神相悖。因为报复必然要撤回一缔约方业已承诺的关税减让或采取新的贸易限制,而这恰恰是阻挠贸易自由化的一种倒退行为。因此,关贸总协定在

^① John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, Second Edition, US: Massachusetts Institute of Technology, 1997, p. 112.

条文措辞上对其设置了比较严格的条件限制:第一,“情势已严重到足以有理由采取行动时”,突出了其非常性;第二,报复必须经过全体缔约方的批准;第三,条款虽未明确规定,但根据利益平衡原则暗示出:所采取的报复措施应与所受损害程度相称,不得超过这个界限。GATT 1947 运行半个多世纪,实际上缔约方全体只批准过一次报复行动,即 1955 年荷兰诉美国的奶制品进口限制案,美国败诉,缔约方全体批准荷兰对美国实施贸易报复。^①

二、GATT 1947 争端解决机制的成就与缺陷

GATT 1947 存在的半个多世纪里,既有 20 世纪 50 年代至 70 年代中期贸易自由化运动顺利推进,资本主义经济贸易迅速增长的风和日丽时期,也有 70 年代中期至 80 年代资本主义经济严重衰退,新贸易保护主义猖獗一时的艰难岁月。在半个多世纪中,关贸总协定解决了大大小小数百起争端,在很大程度上推动了贸易自由化的进程。在关贸总协定处理的 278 起案例中,关于“数量限制”的争端名列榜首,达 75 起;其次为关于“关税减让表”的争端,达 53 起。此外,争端较多的还有关于“国民待遇原则”,44 起;关于“利益损害”,44 起;关于“最惠国待遇”,40 起;关于“非歧视地实施数量限制”,27 起;关于东京回合“反倾销守则”,25 起;关于“出口补贴”,15 起。^②

从 1948 年到 1994 年,关贸总协定受理的 278 起诉讼案,经过了专家组裁决程序的共有 110 起,其他争端或在专家组报告作出之前解决,或不了了之。在专家组裁决被诉方采取的措施违反 GATT 1947 及有关规则的 88 起案件中,大部分专家组报告被通过。此外,对于许多没有被通过的报告,双方最后找到了满意的解决方案。美国著名学者赫德克(Hudec)在 1993 年评价说:“GATT 的解决争端程序是一个十分成功的国际法律制度,总成功率为 90% 以上。”^③ 80 年代以后,报告未被通过的比例大幅度增加,这实际上反映了这样一个事实:许多争议案件涉及 GATT 1947 条文不清楚部分或正在乌拉圭回合进行谈判的内容。GATT 争端解决机制在非常容易被阻止的情况下仍取得如此辉煌的成就,原因主要有如下两点:(1) 自我利益保护。败诉方明白,在将来某一时刻,它也可能向 GATT 1947 提交争议;如果它对

① 参见赵维田:《最惠国与多边贸易体制》,中国社会科学出版社 1996 年版,第 222—223 页。

② 参见蒋德恩:《世贸组织中的争端解决》,载《国际商报》1998 年 2 月 7 日。

③ R. Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, New York: Butterworth, 1993, p. 66.

规则很清楚的案件进行阻挠,那么其他缔约方会如法炮制对付自己,特别是这将会削弱自己在未来 GATT 1947 谈判中作出承诺的价值。(2) 经济利益。缔约方普遍认为严格 GATT 1947 纪律对其经济上有益处。在许多案件中,败诉方境内一些产业部门希望政府主动执行争端解决机构的裁决,因为执行裁决有利于保障更有效的经济贸易政策的实施。^①

总的来说,GATT 争端解决机制在促进国际贸易领域的法治,抑制国际贸易靠“势力导向型”运作,并将其引导进入“规则导向型”轨道,尤其为广大发展中弱小国家提供较大的保障以及解释 GATT 1947 条文方面发挥了积极的作用。

虽然关贸总协定几十年来处理了大大小小二百七十多起争端,但在处理过程中总是感到力不从心,有些复杂的贸易争端只好不了了之。这些情况的出现固然与关贸总协定争端解决机制先天不足(即 GATT 1947 本身并不是一个正式组织)、某些贸易大国奉行经济霸权主义对关贸总协定采用实用主义态度有关,但更与关贸总协定争端解决机制本身存在严重的法律缺陷有关,这主要表现在:

(一) 关贸总协定争端解决机制内部缺乏协调性

关贸总协定争端解决机制的一般程序与各单项守则中的特别程序的冲突问题没有解决。^②1979 年的东京回合对关贸总协定争端解决程序作了重大调整,它首次对关贸总协定争端解决的核心程序进行了系统化的编纂,同时也播下了争端解决程序分散化的种子。东京回合在非关税壁垒方面制定了一系列守则,如《贸易技术壁垒协定》、《反倾销协定》、《补贴与反补贴措施协定》、《保障措施协定》等多个单项守则,且每个守则均建立了自己的特别争端解决程序。然而,各个守则关于争端解决程序的规定与 GATT 1947 第 23 条的关系问题并未得到明确的解决。在东京回合一系列非关税壁垒守则中,只有《海关估价协定》、《反倾销协定》和《贸易技术壁垒协定》规定了“用尽救济”(exhaustion of remedy)的要件,即在诉诸 GATT 1947 第 22 条和第 23 条之前应用尽各自协定本身所规定的争端解决程序。^③因此,在某些贸易争端实践中,对是适用各守则特别规定的程序还是适用关贸总协定规定的一般程序就会产生争议。

^① See Bernard M. Hoekman, *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond*, Oxford University Press, 2001, p. 75.

^② 参见曾令良:《世界贸易组织法》,武汉大学出版社 1996 年版,第 108 页。

(二) 关贸总协定争端解决机制缺乏明确的程序期限

在 1979 年的《东京谅解》以及其后作出的决定中都明确应尽快解决贸易争端,并规定了专家组完成工作的基本时间框架。例如,《东京谅解》要求:缔约方全体应在决定设立专家组的 30 天内迅速选出专家组成员,争议双方应在 7 个工作日内对专家组提名作出反应;缔约方全体必须迅速审议专家组报告并在合理期限内采取适当的行动。但是,对缔约方全体在争议方要求设立专家组后多长时间内作出设立专家组的决定没有作出规定(尽管在 1984 年 11 月召开的缔约方全体会议上规定总干事在争端事项提交缔约方全体 30 天后可以从非政府专家名册中指定成立专家组,但实践中总干事很少运用这一权力);至于缔约方全体应“迅速”审议专家组报告并在“合理”期限内采取适当的行动,更是没有明确的时间限制。实践中,有时会导致贸易争端几年内得不到解决。例如,1991 年 4 月,瑞典向关贸总协定申诉,要求解决美国对其不锈钢板征收反倾销税的争端。1992 年 9 月,专家组才成立。1994 年 4 月 27 日,专家组提出报告,认为美国的做法违反了东京回合达成的《反倾销协定》。但是,到 1994 年底,报告还没有通过。再如,1992 年 7 月,日本向关贸总协定申诉,要求解决欧共体对其车用录音带征收反倾销税的问题。1992 年 10 月,关贸总协定决定成立专家组。1993 年 10 月 25 日,专家组才成立。可是到 1994 年底,专家组仍在工作,连报告都未拿出来。^①

(三) 关贸总协定争端解决机制无力解决拖延与阻挠问题

拖延甚至阻挠争端解决进程是总协定争端解决活动中长期存在的问题之一。拖延和阻挠有两种情况:第一,在专家组成立阶段的阻挠或拖延;第二,在报告通过阶段阻挠理事会的报告通过程序。

根据《东京谅解》,缔约方要成立专家组,该专家组须经缔约方全体批准后才能成立。这种协商一致原则为被诉方单方面否决或阻碍专家组成员的任命以拖延争端解决提供了条件。例如,1988 年,美国首次利用特殊 301 条款对巴西出口至美国的产品进行制裁,其理由是巴西没有给予美国公司的药品适当的专利保护。巴西于 1988 年 8 月试图通过 GATT 1947 争端解决机制解决双方争端,但美国在此后半年中一直阻挠专家组的成立。直至 1989 年 9 月,在六十多个国家的压力之下,美国才放弃对专家组成

^① 参见蒋德恩:《原关贸总协定争端解决争端机制的缺陷与世贸组织新机制的特点》,载《国际贸易问题》1996 年第 7 期。

立的阻挠。^①

GATT 1947 争端解决机制及其后来的修改和补充均坚持专家组报告通过需由缔约方协商一致的原则,这等于给予了败诉方阻挠专家组报告通过的权利。1979 年以来,因争端当事方阻挠而未通过专家组报告的著名案例有:1982 年美国诉欧共同体给予某些地中海国家柑橘产品优惠待遇案,欧共同体及其他国家阻挠有利于美国的专家组报告的通过;1983 年美国对欧共同体桃子、梨子、水果开胃品等罐头和葡萄干的生产补贴案,欧共同体阻挠有利于美国立场的专家组报告的通过;1983 年美国诉欧共同体小麦粉出口补贴案,由于专家组作出的判决对美国不利,美国拒绝通过专家组的报告;1983 年美国诉欧共同体对空心粉出口提供补贴案,专家组作出对欧共同体不利的裁决,欧共同体阻挠专家组报告的通过。^②“协商一致原则”是 GATT 1947 争端解决机制在法律上的重大弱点,使得被诉方或败诉方对专家组的设立、专家组报告的通过拥有否决权。在乌拉圭回合谈判期间,各缔约方及有关学者对于如何解决阻挠问题提出了不少建议,其中较著名的有:“采用一致同意减二”或“排除争议当事方和已向专家组作出陈述的第三方的协商一致”规则;理事会主席裁定败诉方阻挠专家组报告的通过无效;美、加、欧共同体等建议设立常设上诉机构等。

(四) 关贸总协定争端解决机制的管辖权有限

关贸总协定管辖内容仅仅局限于国际货物贸易领域,对于某些领域如国际投资、知识产权保护、服务贸易以及某些重要的敏感性商品如农产品和纺织品等无管辖权。例如,1982 年 3 月 26 日,美国向关贸总协定申诉,要求解决加拿大《外国投资审核法》的问题。美国提出申诉后,许多国家对成立专家组发表不同看法,认为关贸总协定对投资问题没有管辖权。为避免这一敏感问题,专家组提出审查的范围只限于发达国家投资法规中与贸易有关的部分,而不涉及发展中国家的投资法规。

(五) 关贸总协定实体法规混乱

关贸总协定实体法规混乱是总协定争端解决活动中最为棘手的问题之一。关贸总协定原本是一个由各种例外和各种规则组成的临时适用的多边

^① See Andreas F. Lowenfield, Remedies along with Right: Institutional Reform in the New GATT, *The American Journal of International Law*, Vol. 88, p. 480.

^② 转引自余敏友:《关贸总协定争端解决活动的主要成就与问题》,载《国际法年刊(1996)》,法律出版社 1997 年版,第 272 页脚注。

贸易协定。在急剧变化的国际贸易关系中,为了维持建立在“条约必须信守”基础上的法律正义与根据实际情况维持各缔约方贸易利益之间的动态平衡,关贸总协定根据各种现实进行了多次调整,成为一个由各种法律文件组成的庞然大物。这个庞然大物既充满了活力和灵活性,又难以在各具体规定之间进行协调,从而使其争端解决机制无法找到可以正式适用的明确实体规范。这种实体法规则的混乱主要表现在:(1)农产品贸易因美国1953年引用GATT 1947第25条豁免义务的规定和欧共体相继实施的差价税而游离于GATT 1947之外;(2)欧共体与其前殖民地国家缔结的大量“联系协定”式特惠制条约,作为最惠国待遇例外,虽不符合GATT 1947第24条有关自由贸易区、关税同盟等最惠国待遇例外的规定,但缔约方全体又无力纠正;(3)缔约方全体对纺织品贸易作出的变通,破坏了GATT 1947第19条保障条款的原意,使之具有“选择性”,不仅使纺织品贸易游离于GATT 1947体制之外,也为“灰色区域措施”打开了方便之门。国际条约中的实体法规范和为保障其实施的程序规则,两者是相互依存的。正如德国的一位学者指出:“协定规则的执法,要靠有效的争端解决机制规则;反过来,争端解决机制规则的有效性要靠协定规则具有清楚而明确的规定,在法律规则的质量与其可执行性之间,从逻辑上说,是相互依存的。”^①

三、乌拉圭回合关于争端解决机制的谈判

进入20世纪80年代,关贸总协定在争端解决方面出现了令人困惑的现象。一方面,由于缔约方在东京回合中签订的《东京谅解》以及1982年、1984年的几个部长级会议决议,许多实践中形成的关于争端解决的习惯做法用成文的形式确定下来,这使得争端解决制度无论是在机构还是程序上,都比以前有了明显的改进。然而,另一方面,争端解决的效率却在这一时期呈明显下降趋势,许多争端得不到解决,人们对争端解决中暴露的各种弊端愈来愈不满。主要问题表现为:专家组的设立拖拉费时;专家组的报告难以通过;缔约方全体对争端解决作出的裁决与建议难以监督执行等。80年代,美国依然是争端解决机制的主要利用者,总计提起了39起诉讼,有一半是针对欧共体的。随着争端数量的增加,利用争端解决机制中阻挠专家组报告的通过、不执行专家组报告的案件数量迅速增多。例如,从1980年到

^① 转引自张若思:《多边贸易体制内争端解决制度的发展——从关贸总协定到世界贸易组织》,载《中国国际法年刊(1996)》,法律出版社1997年版,第300—304页。

1982年,美国起诉欧共体9起案件,专家组共裁决了5个,其中4个支持美国诉讼。但是,由于欧共体的阻挠,这些裁决报告没有一个被缔约方全体通过。此时,欧共体开始改变战略,从以前总是试图阻止争端解决机制进行的被诉方改变为积极利用争端解决机制的申诉方。在80年代,欧共体总共提起了26起诉讼,而此前20年总共才提起了4起诉讼。在经济全球化的趋势下,几乎所有国际经济、金融机构,如世界银行、多边投资担保机构、欧盟、北美自由贸易区等,均有强化其争端解决机制的趋势。在这样的国际经济发展的大趋势下,在多边贸易体制内建立一个什么样的争端解决机制才能适应现实和未来发展的需要,成为乌拉圭回合谈判的重点内容之一。

1986年9月,关贸总协定各缔约方部长级会议宣言确定了关于争端解决机制谈判的目标,即为建立一个能迅速有效解决贸易争端、对全体缔约方都有利的制度,谈判应朝着改善和加强争端解决规则和程序的方向努力;同时,谈判将确保能建立使关贸总协定的规则更为有效、更具有执行力的争端解决机制;谈判应包括订立监督条款,以促进对争端解决裁决的履行。^①

乌拉圭回合关于争端解决机制的谈判大致可以分为两个阶段:

在谈判的第一阶段(1986—1989年),主要围绕以下五个问题进行讨论:(1)争端解决机制的性质;(2)是否授予自动成立专家组的权利;(3)专家组报告作出的时限;(4)专家组报告是否可以自动通过和生效;(5)专家组报告执行的时限以及不执行时贸易报复的权限。谈判中,争端机制的历史分歧依然存在。美国竭力主张加强争端解决机制的司法性,它提出引入具有司法强制力的争端解决机制,无须GATT 1947理事会讨论迅速建立专家组,以“反向共识”方式通过专家组的报告(即除非理事会协商一致反对采纳报告,否则报告自动通过)等。在此期间,美国为加强其谈判地位,在《对外贸易法》中修改增加了著名的301条款。301条款的主要规定为:如果其他国家不能有效保护美国根据国际贸易条约所享有的权利,且GATT 1947不能为美国提供及时有效的救济,则美国可以撤销对侵害国的减让义务或对其采取歧视性的贸易措施。日本则坚持以双边磋商作为争端解决的基础,并主张维持现行主要程序。欧共体国家希望建立一个灵活的、

^① See Ministerial Declaration on the Uruguay Round, 20 Sept. 1986, GATT BISD, 33d Supp., p. 19 (1987).