

论 WTO 争端解决机制的执行程序

郑小敏

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

摘要: 本论文的研究主题为 WTO 争端解决机制的执行程序。DSU 执行程序是指在 DSU 下, 有关成员(执行方)执行争端解决机构(DSB)的建议和裁决的相关程序。DSU 的执行程序主要规定在 DSU 第 21 条“对执行建议和裁决的监督”、第 22 条“补偿和中止减让”中, 主要包括执行的合理期限、执行异议程序、补偿和中止减让、执行监督、对发展中国家的特殊考虑等内容。执行程序具有重大意义, 但是 DSU 的规定存在着含糊性, 实践中引起了一系列的问题, 本文提出了完善的建议。

关键词: 执行程序 争端解决机制 WTO

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

导 论

——DSU 执行程序概述

一、DSU 执行程序及其主要内容

WTO 争端解决机制的执行程序是指在 WTO《关于争端解决规则和程序的谅解》(以下简称 DSU)下, 在争端解决机构(DSB)通过专家组或上诉机构报告以后, 有关成员执行 DSB 建议和裁决的相关程序。^[1] DSU 执行程序主要规定在 DSU 第 21 条“对执行建议和裁决的监督”和第 22 条“补偿和中止减让”中, 包括如下程序内容: 执行的合理期限、执行异议程序、补偿和中止减让、执行监督以及对发展中国家的特殊考虑等。

1、执行的合理期限

专家组或上诉机构的报告具有执行效力。DSU 第 21 条第 1 款明确规定:“为所有成员的利益而有效解决争端, 迅速符合 DSB 的建议和裁决是必要的。”因此, 自 DSB 通过专家组或上诉机构报告起, 有关成员就负有立即执行 DSB 建议和裁决的义务, 有关成员应当立即采取措施, 使其与 WTO 下的义务相一致。“在专家组或上诉机构报告通过后 30 天内召开的 DSB 会议上, 有关成员应通知 DSB 关于其执行 DSB 建议和裁决的意向。”^[2]

但是, 如果立即遵守建议和裁决不可行(impracticable), 有关成员可以在一合理期限(a reasonable period of time)内执行。根据 DSU 第 21 条第 3 款, 合理期限应为:“(a) 有关成员提议的期限, 只要该期限获 DSB 批准; 或在如未获批准则为, (b) 争端各方在通过建议和裁决之日起 45 天内双方同意的期限; 或如未同意则为, (c) 在通过建议和裁决之日起 90 天内通过有约束力的仲裁确定的期限。在该仲裁中仲裁人的指导方针应为执行专家组或上诉机构建议的合理期限不超过自专家组或上诉机构报告通过之日起 15 个月。但是, 此时间可视具体情况(particular circumstances)缩短或延长。”

2、执行异议程序

在确定合理期限以后, 有关成员应当在该期限内采取一定措施, 使其与 DSB 的建议和裁决相一致。但是争端双方往往对“是否存在为遵守建议和裁决所采取的措施或此类措

施是否与适用协定相一致的问题上存在分歧”，此即为执行争议。^[3]执行争议的存在严重地影响了 DSB 建议和裁决的执行。在 DSU 框架下，此争议也应当通过多边程序来解决。

DSU 第 21 条第 5 款提供了解决此争议的程序。该款规定：“如在是否存在为遵守建议和裁决所采取的措施或此类措施是否与适用协定相一致的问题上存在分歧，则此争端也应通过这些争端解决程序加以决定，包括只要可能即求助于原专家组。专家组应在此事项提交其后 90 天内散发其报告。如专家组认为在此时限内不能提交其报告，则应书面通知 DSB 迟延的原因和提交报告的估计期限。”

3、补偿和中止减让

如果有关成员未能使被认定与一适用协定不一致的措施符合该协定，或未能在按照第 21 条第 3 款确定的合理期限内符合 DSB 的建议和裁决，争端双方应当进行谈判，以期形成双方均可接受的补偿。“补偿是自愿的，且如果给予，应与有关适用协定相一致。”^[4]如果双方无法达成补偿协议，起诉方可以请求 DSB 授权中止对有关成员实施适用协定下的减让或其他义务（亦即报复）。DSU 下的补偿和中止减让或其他义务“属于在建议和裁决未在合理期限内执行时可获得的临时措施”。

在进行中止减让时，起诉方应当首先与专家组或上诉机构认定有违反义务或其他造成利益丧失或减损（nullification or impairment）情形的部门相同的部门中止减让或其他义务。如果起诉方认为对相同部门中止减让或其他义务不可行或无效，则可寻求中止对同一协定项下其他部门的减让或其他义务。如果起诉方认为对同一协定项下的其他部门中止减让或其他义务不可行或无效，且情况足够严重，则可寻求中止另一适用协定项下的减让或其他义务。^[5]此即为通常所说的交叉报复。中止减让或其他义务的程度应当等于利益丧失或减损的程度。如果争端双方就报复存在争议，应当通过第 22 条第 6 款的报复异议程序予以解决。

4、执行监督

为了督促有关成员迅速执行 DSB 的建议和裁决，从而“为所有成员的利益而有效解决争端”^[6]，DSU 规定了对有关成员的执行进行监督。在 DSU 下，主要通过三种途径对有关成员的执行进行监督：DSB 的监督、起诉方的监督和全体成员方的监督。

5、执行程序中对发展中国家的特殊考虑

在 DSU 的执行程序中，也注重对发展中国家的特殊考虑。DSU 第 21 条第 2 款规定：“对于需进行争端解决的措施，应特别注意影响发展中国家成员利益的事项。”第 21 条第 7 款规定：“如有关事项是由发展中国家成员提出的，则 DSB 应考虑可能采取何种符合情况的进一步行动。”第 21 条第 8 规定：“如案件是由发展中国家成员提出的，则在考虑可能采取何种适当行动时，DSB 不但要考虑被起诉措施所涉及的贸易范围，还要考虑其对有关发展中国家成员经济的影响。”

二、DSU 执行程序的特点

1、DSU 的执行程序具有多元的价值追求

任何制度的设计都有一定的价值追求，要实现一定的目的。由于考虑到国际经贸关系的复杂性以及争端解决的多边纪律，DSU 设计了丰富、复杂的程序内容，但每一个程序留

有一定的灵活性予以变通；由于考虑到迅速解决争端对全体成员的重大意义，DSU 的执行程序又要求有关成员迅速执行 DSB 的建议和裁决，但执行程序中的每一个程序都有明确的时间框架；由于考虑发展中国家的特殊利益，在执行程序的安排上也适当对发展中国家进行了倾斜。因此，而 DSU 的执行程序反映了一个多元的价值追求。

2、DSU 执行程序始终贯彻了 WTO 争端解决机制的多边纪律

通过多边程序解决争端为 WTO 争端解决机制的基本精神。“当成员方寻求纠正违反义务情形或寻求纠正其他造成适用协定项下利益丧失或减损的情形，或寻求纠正妨碍适用协定任何目标的实现的情形时，它们应当援引并遵守本谅解的规则和程序。”^[7]执行程序中的多边纪律主要表现为：争端双方在确定执行的合理期限时，可以援引第 21 条第 3 款（c）项的仲裁程序，通过有约束力的仲裁予以确定；当争端双方存在执行争议时，应当通过第 21 条第 5 款的执行异议程序予以解决；起诉方采取中止减让或其他报复必须经过 DSB 的授权，由此加强对报复措施的多边管制；当被报复成员就报复程度或者程序存在异议，也应当通过第 22 条第 6 款的报复异议程序予以解决；而 DSU 执行监督规定本身就是为了加强多边纪律。

3、相对于争端解决程序中的其他内容而言，DSU 执行程序所引起的争议最为突出

在 WTO 争端解决机制的实践中，争端双方以及 DSB 对第 21 条、第 22 条的理解上，往往意见不一，从而形成零散的并不统一的做法；而在一些争端中，争端双方各持己见，严重地影响了执行程序的运作。其主要原因在于：DSB 通过专家组报告和上诉机构报告采取了反向协商一致原则，使得争端双方的分歧和争议延续到执行过程中；DSU 却仅仅以两个条文的篇幅规定具有丰富内容的执行程序，很多规定相当原则，措施含糊，有的甚至前后矛盾。因此，在实践中，相对于争端解决程序中的其内内容，DSU 执行程序所引起的争议是最为突出。

三、DSU 执行程序的意义及问题

对于具体的争端而言，DSU 的执行程序为有关成员执行 DSB 的建议和裁决提供了应当遵循的程序规则，体现了 WTO 所追求的规则的可预期性和确定性。为了保证争端的迅速解决以维护全体成员的利益，DSU 首先对有关成员课以立即执行 DSB 建议和裁决的义务；执行的合理期限为有关成员执行 DSB 建议和裁决提供了时间期限；执行异议程序为争端双方解决执行争议提供了一个多边程序；DSU 关于中止减让的具体规定为起诉方针对有关成员的拒绝执行或怠于执行行为提供了程序上的救济途径，将单边报复措施纳入到 WTO 的多边程序之中，使其对国际经济秩序的破坏降低到最低程度；而在具体争端中，针对发展中国家提供了特殊的考虑，体现了一种公平理念。

WTO 争端解决机制为 WTO 的核心机制之一，之所以成为“WTO 最独特的贡献”^[8]，其原因在于 WTO 争端解决机制相对于传统国际法上的其他争端解决方法而言，极具司法性的特点。在笔者看来，除了争端解决的强制管辖权以及专家组和上诉审程序的设置以外，最能体现争端解决机制司法化的特点莫过于 WTO 争端解决机制的执行程序。DSU 执行程序能够保证 DSB 的建议和裁决能够切实得到有关成员的执行，从而坚持 WTO 的多边纪律，维护 WTO 的多边体制。对整个 WTO 争端解决机制而言，执行 DSB 的建议和裁决为争端解决的最后的一个环节，一个争端也只有得到执行才能得以完全解决。因此，DSU 的执行程序也是整个争端解决程序的最后一个程序。WTO 成立 8 年以来，DSU 的执行程序运作良好，大多数争端能够得以执行，保证了“作为多边贸易体制主要支柱”的争端解决机制

顺利运作。可以说，DSU 的执行程序是 WTO 威信的主要源泉，发挥着程序保障作用，保证 DSU 目标和宗旨的实现。

在实践中，DSU 执行程序存在着一系列的问题，严重地影响了 WTO 争端解决机制的运作。主要表现在：

第一，DSU 执行程序的规定措词含糊，对执行中的一些具体程序规定语焉不详，相关程序中还存在不协调甚至相互冲突的规定，使得争端当事方在执行过程中，对规则的理解和适用上分歧相当大，与 WTO 所追求的规则确定性和可预期性原则相去甚远；

第二，一些“别有用心”的争端当事方充分利用执行程序的漏洞和问题，尽可能地拖延执行，违反了为全体成员利益迅速解决争端的原则；一些经济强国在执行过程中无视多边纪律，运用报复威胁等单边措施，严重威胁 WTO 体制下稳定而有序的国际经济秩序；

第三，DSU 的执行程序中同样注重对发展中国家利益的考虑，但是规定过于原则而缺乏操作性，使得广大发展中国家无法有效利用执行程序维护自身利益。

上述问题的存在极大地影响了争端解决机制的良好运用，有的甚至使争端解决机制陷入重大危机。^[9]当然这也从反面说明了执行程序确实具有十分重要的作用。

四、本文的目的

WTO 争端解决机制的执行程序具有十分重要的意义，具有丰富的程序内容，而实践中越来越多的争端为我们理解执行程序的运作提供了素材。目前国内关于 WTO 的著述汗牛充栋，但是缺乏对 DSU 执行程序的系统论述，本文试图弥补这方面的缺憾。

本文的目的在于：结合具体争端案例中关于 DSU 执行程序的实践，系统分析执行程序中各个程序的具体规定，总结归纳执行程序中存在的问题，并提出完善 DSU 执行程序的建议。本文将从执行的合理期限、执行异议程序、补偿和中止减让、执行监督和发展中国家的特殊考虑等五个方面展开论述。

第一章 执行的合理期限

——关于 DSU 第 21 条第 3 款的问题

在 DSB 通过专家组或者上诉机构报告以后，有关成员应当迅速执行 DSB 的建议和裁决；如果迅速执行不可行，则有关成员可以在一合理期限内执行。根据 DSU 第 21 条第 3 款，合理期限可以通过三种途径确定：有关成员提议并获 DSB 批准的合理期限、双方协议确定的期限和通过仲裁程序确定的期限。实践表明，在争端中，几乎所有的有关成员都要求一个执行的合理期限，很少有争端能够通过有关成员的迅速符合 DSB 的建议和裁决而得以立即解决的。因此，如何确定执行的合理期限意义重大。

一、有关成员提议的并获 DSB 批准的期限和双方协议的期限

根据第 21 条第 3 款 (a) 项，执行的合理期限首先可以由有关成员提议，并经 DSB 批准确定。但是这里存在一个问题：根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第九条“决策”中所规定的协商一致原则，如果有关成员提议的期限能够被胜诉方接受，那么该提议一般能够获得 DSB 的批准，但是如果该提议不能为胜诉方接受，那么胜诉方就能够通过阻止 DSB 形成协商一致而拒绝败诉方的提议。因此，本项的规定在很多情况下为一条具文。

根据第 21 条第 3 款 (b) 规定，争端双方可以在报告通过之后 45 天之内，可以进行协商确定有关成员执行的合理期限。这里 DSU 文本并没有明确指出争端双方必须在 45 天之内与败诉方达成关于合理期限的协议。在实践中，双方的磋商时间往往超过 45 天。

在早些通过双方协议确定执行的合理期限的争端中，如美国精炼汽油和传统汽油标准案^[10]、加拿大与期刊有关措施案^[11]、印度对药品和农业化学产品的专利保护案^[12]，都达成了 15 个月的执行期限。在欧共同体与牛肉（荷尔蒙）有关的措施案中仲裁人确立了执行的合理期限为“可能的最短期限”原则之后，这也间接地影响了通过协议确定的合理期限。此后就合理期限所达成的协议一般都约定了比较短的执行期限，其中包括阿根廷对鞋类进口的保障措施案中达成的 242 天（8 个月）执行期限协议^[13]，美国对韩国动态存储器征收反倾销税案中达成 8 个月的执行期限协议^[14]，欧共同体影响家禽制品进口措施案中达成的 8 个月有 8 天的执行期限协议^[15]，日本影响农产品的措施案中达成的 9 个月有 12 天的执行期限协议^[16]，以及美国对虾和虾产进口限制案中达成的 13 个月的执行期限协议^[17]。

二、第 21 条第 3 款 (c) 项：仲裁确定的合理期限

如果有关成员提议的期限未获批准、双方也未能达成协议，则成员方可以援引第 21 条第 3 款 (c) 项下的仲裁程序，通过有约束力的仲裁来确定合理期限。迄今为止，总共有 16 个争端通过援引本款仲裁程序确定了执行的合理期限。关于该仲裁程序，有如下问题需要注意：

（一）仲裁人的权限问题

本款程序下仲裁人的权限（terms of reference）在于确定执行 DSB 建议和裁决的合理期限。仲裁人应当根据有关成员提出其将要采取的执行措施来确定一个合理期限，至于执行措施是否与 WTO 相一致或者关于执行措施是否适当问题，应当留给第 21 条第 5 款程序解决，仲裁人在此不予考虑。仲裁人认为，有关成员采取何种执行措施，是有关成员享有的排他性权利，仲裁人无权干涉。^[18]尽管在仲裁中，有关执行措施的细节信息越充分，

对仲裁人确定一个合理期限的指导意义就越大，就越能平衡起诉方和有关成员之间的合法利益，但是仲裁人仍然必须避免去确定有关成员应当采取适当措施。^[19]

（二）仲裁的时间框架问题：90 天的仲裁期限为软约束

根据第 21 条第 3 款（c）项规定，应当在通过建议和裁决之日起 90 天之内完成仲裁程序。这就要求从申请仲裁、指定仲裁人到仲裁人作出仲裁书都应当在 DSB 通过专家组或上诉机构报告之日起 90 天内完成。但是在实践中，有些当事方申请仲裁时，已经超过了 90 天的时间^[20]，大多数争端当事方在快接近 90 天的期限时才提起仲裁。如果严格遵循 90 天的期限的话，留给仲裁的时间将所剩无几。为了解决这一问题，实践中争端双方往往达成协议，并向仲裁人提出书面保证，表示：争端双方一致同意将第 21 条第 3 款（c）项的仲裁期限推迟到某年某月某日；仲裁人的裁决将被视为是根据第 21 条第 3 款（c）项做出的裁决而具有约束力。^[21]以此种方式推迟了仲裁期限，90 天的仲裁期限已经成为软约束。

（三）在仲裁过程中以及其后，双方还可以达成相关协议

指定的仲裁人开始启动仲裁程序以后，双方还可以达成关于执行的合理期限协议。在美国对从韩国进口的圆形焊接碳管采取确定性保障措施^[22]中，DSB 通过上诉机构报告和专家组报告的时间为 2002 年 3 月 8 日，美国于 4 月 5 日就通知 DSB 要求根据第 21 条第 3 款（c）项规定进行仲裁，韩国也于 4 月 29 日要求仲裁。总干事经与双方磋商后于 5 月 23 日任命了仲裁人。后来美国和韩国先后四次达成协议，推迟仲裁期限。最后双方通知仲裁人已经就合理期限达成一致，仲裁人也就没有作出仲裁裁决。

在仲裁结束以后，双方也可以通过协议安排执行期限。在日本酒类税案^[23]中，在仲裁裁决作出以后，日本仍然拒绝美国提出的在合理期限内（1998 年 2 月以前）完全符合 DSB 裁决的要求。1997 年 12 月 17 日，美国与日本达成了一项解决方案，双方重新安排了执行措施和执行的合理期限。

（四）仲裁的指导方针：从 15 个月到“可能的最短期限”

第 21 条第 3 款（c）项为仲裁人提供了一个确定合理期限的指导方针（guideline）：“合理期限不得超过自专家组和上诉机构报告通过之日起 15 个月，但是此时间可视具体情况缩短或延长。”实践中，这个指导方针经历了从 15 个月的合理期限到“可能的最短期限”（the shortest period possible）的转变过程。

在较早的几个通过裁决确定合理期限的争端中，仲裁人都确立了 15 个月的合理期限，因此曾被广泛地理解为败诉方自动地获得一个 15 个月的执行期限。当时就有学者认为：“迄今为止 WTO 的实践已经表明 15 个月的时间框架实际上已经成为执行的合理期限”。^[24]

在 WTO 成立以后第一个根据第 21 条第 3 款（c）项就合理期限进行仲裁的案件就是日本酒类税案。该案首次确定了 15 个月的合理期限。在此案中，仲裁人拒绝了美国所要求的 5 个月的期限，而是确立了 15 个月的执行期限。但他仅有的解释便是：他并没有被日本和美国所提出的用来证明不适用 15 个月的“指导方针”的“具体情况”所说服。^[25]第二个确定 15 个月执行期限的裁决出现在欧共体香蕉案^[26]中。在此案中，欧共体基于平衡欧共体在 WTO 协定和洛美协定下的义务的难度以及欧共体立法程序的复杂性，要求 15 个月再加一个星期的期限。仲裁人接受了欧共体的请求。仲裁人表示：“起诉方并没有说服我在本案中存在着能够适用少于第 21 条第 3 款（c）项规定的 15 个月的指导方针的具体情况。同时正如欧共体所陈述的，执行程序的复杂性暗示着应当遵守这样的指导方针，因此执行的合理期限在 1999 年 1 月 1 日到期。”^[27]这两个仲裁裁决给人的印象似乎就是：根据仲裁确定的合理期限一般原则为 15 个月，除非当事方能够以充分的“具体情况”来

证明缩短或延长是合理的，并能说服仲裁人。这与第 21 条“迅速符合”的标准完全相反，而且无端地延长了整个争端解决程序，不符合争端的迅速解决原则。

尽管第三个关于合理期限的裁决——欧共体与牛肉（荷尔蒙）有关的措施案^[28]中，仲裁人也确定了 15 个月的合理期限。但是该案为将来确定更短执行期限的裁决提供了分析框架。该案仲裁人认为：第 21 条第 3 款所规定的合理期限，应当为成员方执行 DSB 建议和裁决的可能的最短期限（the shortest period possible）。此期限不能被败诉方用作第二次机会来维持其与 WTO 协定不一致的措施的理由。仲裁人重申了欧共体香蕉案中仲裁人的推理：在确定合理期限时，一个必须予以考虑的重要的“具体情况”，便是成员方执行建议和裁决的行政程序的复杂性。仲裁人确定 15 个月的合理期限。^[29]

第一个作出少于 15 个月的合理期限的裁决为印度尼西亚影响汽车工业的措施案，在该案中，仲裁人根据印度尼西亚的具体情况，运用了“可能的最短期限”指导方针，确立了 12 个月的合理期限。^[30]在澳大利亚影响大马哈鱼进口的措施案中，由于澳大利亚能够通过行政程序取消大马哈鱼进口限制，仲裁人遵循“可能的最短期限”原则，确立了 8 个月的执行期限。^[31]在韩国酒类税案的仲裁中确定了 11 个月有 2 个星期的合理期限。仲裁人重申了可能的最短期限标准为确定执行的合理期限最为重要的因素。^[32]在加拿大的专利期限案中，仲裁人进一步解释了“最短的合理期限”的原因，他认为：“第 21 条第 3 款（c）项的含义也可以从上下文来阐明。第 21 条第 3 款明确规定如立即遵守建议和裁决不可行时才会有执行的合理期限问题。第 21 条第 1 款也强调‘为所有成员的利益而有效解决争端，迅速符合 DSB 的建议和裁决是必要的’。DSU 第 3 条第 3 款也指出：“迅速解决此类情况对 WTO 的有效运转及保持各成员权利义务的适当平衡是必要的。”因此，DSU 明确地强调了“迅速符合”的重要性。因此在确定合理期限时最重要的考虑因素便是在有关成员的法律体系下，执行 DSB 的建议和裁决所需的可能的最短期限。”^[33]

此后的仲裁大都遵循了“可能的最短期限”的指导方针，裁决的合理期限一般都少于 15 个月。^[34]

（五）仲裁人可能考虑的因素：对“具体情况”的理解

第 21 条第 3 款（c）项规定，执行的合理期限可以根据具体情况缩短或延长。在实践中，仲裁人一般都是以争议双方提出的事实和理由为基础，结合案件的具体情况，充分考虑争端的“具体情况”后再确定执行的合理期限。仲裁人对“具体情况”的理解主要有：

1、争议措施对有关成员的重要性

被 DSB 认定与 WTO 不一致的措施（争议措施）对有关成员的重要性是仲裁人确定合理期限的重要因素。在智利联合定价系统和保障措施案^[35]中，仲裁人认为争议措施——联合定价系统为智利农业政策的基础性、不可分割的部分，不仅失去保护的相关利益集团反对撤销或修改联合定价系统，智利立法机关内外也引起激烈争论。根据长期存在的联合定价系统的性质、作为智利主要的农业政策的基础性和不可分割的部分以及其本身的复杂性，仲裁人认为该系统在智利社会中具有的重要作用和影响，在确定合理期限时应当予以考虑。^[36]

如果发展中国家所采取的措施被认定与 WTO 不一致的话，那么仲裁人在确定执行的合理期限时，应当考虑到发展中国家的具体困难以及该争议措施对发展中国家的重要性。关于此问题将在本文的第五章“对发展中国家的特殊考虑”中予以讨论，在此不与赘述。

2、国内相关程序的复杂性与灵活性问题

在仲裁人看来，确定执行合理期限，与有关成员国内的经济社会条件无关、与有关成员国内政治因素无关，而是主要体现为有关成员撤销或修改与 WTO 不一致的措施。仲裁人认为，DSU 所规定的遵守或执行的概念是一个具有具体内容的技术性概念：撤销或修改有关成员违反适用协定的某措施或者该措施的某部分。^[37]而此问题又涉及到有关成员国内相关程序问题，仲裁人应当予以充分考虑。在仲裁人看来，与修改争议措施相比，撤销争议措施并重新制定与 WTO 相一致的措施需要一个更长的执行期限；与采取行政措施撤销或修改争议措施相比，通过立法机关的立法活动来撤销或修改争议措施需要一个更长的执行期限。^[38]

在一些争端中，起诉方提出，有关成员的国内立法程序中往往有一些“紧急程序（urgency procedure）^[39]”、“特别程序（extraordinary procedure）^[40]”等，这些程序为法律的制定或通过提供了一定的灵活性，而无须经过通常情况下的复杂程序，有关成员应当利用上述程序迅速。但是仲裁人却认为：尽管合理期限应当为有关成员法律体系下可能的最短期限，但这并不要求成员方应当利用特别立法程序而不利用通常程序。在美国版权法 110（5）条案和加拿大专利期限案中，仲裁人表达了相同的观点。^[41]这也反映了仲裁人在仲裁人权限问题上的立场，即仲裁人只根据有关成员提出的执行措施来确定执行期限，而不对有关成员采取何种执行措施做出判断。

3、有关成员的经济社会条件一般不予考虑

确定执行的合理期限时，仲裁人一般不会考虑到有关成员国内的经济、社会或其他条件。仲裁人认为：“一国制定或采取与 WTO 不一致的措施，往往是因为潜在的经济、社会或其他条件。但是在 DSU 下，执行 DSB 的建议和裁决却与有关成员的经济、社会或其他条件无关。”^[42]“在有关成员采取与 WTO 不一致措施的产业中进行结构性调整通常被认为与确定执行的合理期限无关”^[43]

4、国内的反对、争论不能成为要求更长的合理期限的理由

仲裁人拒绝了将有关成员国内对被拟议的执行措施的争论作为授予更长执行期限的理由。在加拿大药品专利案中，仲裁人指出，第 21 条第 3 款并没有要求仲裁人在确定执行的合理期限时考虑有关成员国内对为遵守 WTO 裁决而采取的措施的争议（contentiousness）。^[44]在美国的版权法第 110（5）条案中，仲裁人也认为关于执行措施的国内争论与合理期限的确定无关。^[45]在加拿大专利期限案中仲裁人也持同样的观点^[46]。由于国内的政治因素，所有的 WTO 争端都会或多或少地引起一定程度的国内争论，但是仲裁人认为执行 DSB 的建议和裁决与这种政治因素没有关系，在确定执行的合理期限时，不应予以考虑。

5、有关成员在专家组或上诉机构报告通过之后怠于执行，不能获得一个更长的执行期限

在智利联合定价体制和保障措施案中，仲裁人指出：成员方执行 DSB 建议和裁决的义务在专家组或上诉机构的报告被 DSB 通过之时即已产生。虽然第 21 条第 3 款承认了立即遵守建议和裁决不可行的情形，但是，在仲裁人看来，执行程序不能因为有关成员在报告通过之后的前几个月内怠于行动或者采取的行动并不充分而延长。成员方是否能够迅速完成执行取决于成员方能否迅速开始并采取具体措施，否则将加剧其他成员利益的丧失或减损。也正是由于这个原因，第 21 条第 3 款（c）项计算合理期限是从专家组或上诉机构报告通过之日起起算的。^[47]

三、关于执行合理期限的完善

(一) 第 21 条第 3 款 (a) 项、(b) 项的完善

尽管在实践中还没有出现由有关成员提议并经 DSB 批准的合理期限，但是也不能排除这种可能性的存在。因此应当予以保留。

第21条第3款(a)中“在如未获批准则为”的措辞似乎表明了只有在有关成员提起的执行期限未获批准时，争端双方才进行磋商。笔者建议应当明确争端双方可以直接进行协商谈判。因为如果有关成员提议的合理期限过长确实不甚合理的话，起诉方反对该期限，那么该提议要在DSB上获得批准是不可能的，起诉方的反对可以使DSB无法达成一致而无法批准该期限。但是此次DSB会议是在报告通过之日起30天之内召开的，在此会议后，留给争端双方进行磋商的时间已经不多。

第21条第3款(b)项规定争端双方在通过建议和裁决之日起45天内达成协议。但是笔者认为30天的协商期限比较合理，原因主要有：第一，考虑到专家组报告是在报告散发各成员之日20天之后60天之内通过的，上诉机构是在散发各成员30天之内通过。成员方就可以利用这些期限开展一些关于执行的预备性研究。这样在DSB通过报告之日后的30天时间就能够提供给成员方充裕的时间就合理期限和仲裁人达成协议。^[48]第二，如果在报告通过之后30天之内召开的DSB会议前，争端当事方仍未能就双方均能接受的合理期限，争端当事方就可以在那次DSB会议上表达要求仲裁进行的意向。这样会保证在通常的案例中能够在第21条第3款(c)项所规定的90天期限内作出仲裁裁决，也符合第21条第1款所规定的迅速符合的原则。

(二) 第 21 条第 3 款 (c) 项的完善

1、允许争端当事方直接申请仲裁

笔者在上文提到，第 21 条第 3 款 (c) 项下的 90 天的仲裁期限为软约束。造成这种局面的一个很重要的原因便是第 21 条第 3 款 (b) 项和 (c) 项的关系问题没有明确：如果起诉方拒绝进行磋商，它能否直接要求 (c) 项下的仲裁？是否必须要等到 45 天以后才能要求 (c) 项下的仲裁？如果必须要等到 45 天之后才能要求仲裁的话，那么其后争端双方还要共同指定仲裁人，如果无法达成一致的话，需要通知总干事，由总干事来指定仲裁人，这又要花去一定的时间，因此留给仲裁的时间所剩无几。

笔者建议应当对 DSU 的规定进行澄清，应当明确允许争端当事方直接申请仲裁。任一当事方在 DSB 通过建议和裁决之后 30 天之内可以要求仲裁。因为第一，如果争端当事方坚持要求仲裁的话，那么无法通过 (a) 项和 (b) 项方法确定执行期限，完全没有必要在 30 天的磋商期限届满以后才能提起仲裁；第二，如上所述，要求仲裁的当事方可以直接在专家组或上诉机构报告通过之后的 30 天内召开的 DSB 会议上提出要求设立仲裁人的意向；第三，可以给仲裁人留有比较充裕的仲裁期限，保证及时散发仲裁报告。

2、仲裁期限

争端一方提交仲裁以后，双方应当在 10 天之内共同指定仲裁人。如果双方不能就仲裁人达成一致，由总干事在 5 天之内从 DSU 第 8 条下的专家名录中指定仲裁人。仲裁人应当在其任命之后 45 天之内发布裁决。^[49]这样，从提交仲裁到仲裁裁决书作出，共需 60 天的时间。

3、指导方针

关于仲裁人确定合理期限的指导方针，笔者认为应当是：“仲裁人应当根据案件的具体情况，确定一个可能的最短期限，该期限不得超过自专家组或上诉机构报告通过之日起15个月。”因为首先，根据迅速符合原则，有关成员应当立即采取执行措施，尽快执行DSB的建议和裁决；其次，仲裁人在实践中已经确定了“可能的最短期限”的指导方针，可以予以确定。再次，在实践中，除了欧共体香蕉案中，仲裁人确定了15个月零一个星期的合理期限外，其他仲裁确定的期限都没有超过15个月，可以说仲裁人已经形成了共识，那就是执行的合理期限最长不能超过15个月。

第二章 执行异议程序

——关于 DSU 第 21 条第 5 款的问题

一、问题的提出

笔者在导论中指出，如果争端双方在是否存在为遵守建议和裁决所采取的措施或此类措施是否与适用协定相一致的问题上存在分歧（执行争议），则应当通过 DSU 第 21 条第 5 款的执行异议程序予以解决。

第 21 条第 5 款的执行异议程序执行异议程序具有十分重要的意义，在整个 DSU 执行程序中具有核心地位，其基本理念在于贯彻争端解决的多边纪律：执行争议以及利益的丧失和减损程度应当通过多边程序来解决。首先，在争端地解决过程中，执行争议是经常存在的。如果执行争议无法迅速解决的话，将直接影响执行地进行，进而无法“为所有成员的利益而有效地解决争端，迅速符合 DSB 的建议和裁决”。其次，通过多边机制来解决执行争议，反对由起诉方或者有关成员自己单方认定是否存在执行措施或者执行措施与适用协定相一致，这有利于加强多边纪律。再次，执行异议程序对经济小国和发展中国家意义重大。发展中国家或经济小国为执行方的情况下，如果确实已经执行了 DSB 的建议和裁决，而发达国家依靠其经济强制力量，不依不饶，迫使发展中国家修改执行措施或者做出更大让步的情况下，发展中国家和经济小国可以援引执行异议程序，通过多边程序约束发达国家的恣意。

但是，仅仅一个条款的规定无法解决执行争议中的所有问题。首先，本款规定没有明确规定了与 DSU 第 22 条“补偿和中止减让”的相关程序的先后顺序问题，在实践中引起了诸多的争议。其次，由于本款规定在措词上的含糊性，导致了成员方在理解本款规定上意见不一，分歧很大，与 WTO 所追求的规则的确定性和可预见性原则要求相违背。再次，程序上的漏洞更是为一些“别有用心”的成员方所充分利用，为维护自身的利益而不惜伤害整个争端解决机制的稳定性及其运作。可以毫不夸张地说，在 DSU 的实践中，本款引起的争论是最大的。如何完善本款的规定已经成为完善 DSU 最重要的内容之一，众多的成员方已经提出了为数众多的建议。本部分笔者将首先分析本款规定在于第 22 条的顺序问题和解释问题，在结合总结 DSU 关于本款的实践，最后提出了完善本款的若干意见。

二、执行异议程序和第 22 条相关程序的顺序问题

本款规定与第 22 条的相关程序存在着不协调的地方^[50]，主要表现在起诉方在要求第 22 条的补偿或中止减让或其他义务时，是否必须经过执行异议程序。从 DSU 的规定来看是无法得出关于第 21 条第 5 款程序与第 22 条的相关程序的先后顺序的结论。

第一，如果成员方在寻求第 22 条的补偿或报复时，必须先经过第 21 条第 5 款的程序，认定有关成员的执行措施与 DSB 的建议和裁决不一致，那么第 22 条赋予起诉方的报复权利可能就无法实现。因为根据第 22 条第 6 款，如果争端双方未能就补偿达成协议的话，起诉方可以请求 DSB 授权中止减让或其他义务，DSB 应当在合理期限结束后 30 天之内给予此等授权。如果有关成员反对提议的中止程度，或者声称第 22 条第 3 款的程序和原则未被遵循的话，应当提交仲裁。仲裁应在合理期限结束之日起 60 天内完成。如果执行异议程序在合理期限结束之后进行的话^[51]，根据第 21 条第 5 款规定，专家组应当在此事项提交其后 90 天之内散发报告（实践中还没有一个专家组没有未用满这 90 天的期限），而此时不仅已经超出了 30 天的授权报复期限，而且已经超过了 60 天的仲裁期限，显然成员方无法向 DSB 要求报复授权了。

第二，如果起诉方在寻求第 22 条的补偿或报复时，没有必要经过执行异议程序的话，在多数情况下就会使得第 21 条第 5 款的规定毫无疑问，剥夺争端当事方的程序权利。第

22 条第 2 款的第一句话是用了被动语气，当提到“有关成员未能使被认定与一适用协定不一致的措施符合该协定，或未能按照第 21 条第 3 款确定的合理期限内符合建议和裁决”（加重号为笔者所加）。我们的假设前提又是没有必要经过执行异议程序，那么又是由谁来认定呢？如果由当事方自己来认定的话，很显然与争端解决的多边机制的基本原则相违背。

第三，如果允许两个程序可以同时进行的话，两个程序如何协调？如果严格遵循时间框架的话，在第 22 条下，如果有关成员没有提起仲裁，DSB 应该在合理期限结束后 30 天作出授权，而第 21 条第 5 款程序下的专家组是在此事项提交其后 90 天之内散发报告，那么有可能存在着这样的逻辑矛盾问题：在就有关成员的执行措施是否与 DSB 的建议和裁决相一致的问题做出判断之前，DSB 就已经做出了中止减让或其他义务的授权，由此事实上承认了有关成员的执行措施与适用协定不一致。即使是在进行第 22 条第 6 款的仲裁程序下也存在着同样的问题。根据该款规定，仲裁应在合理期限结束之日起 60 天内完成。很显然，如果严格按照 DSU 的时间框架的要求的话，第 22 条的仲裁还是很有可能在执行异议程序专家组作出报告之前作出的。

三、关于第 21 条第 5 款的解释问题

关于本款的解释也存在诸多问题，主要有：

第一，执行异议程序下的专家组成在什么条件下启动？本款规定的专家组程序是在执行的合理期限之内还是在合理期限届满以后进行的？是否必须要等到合理期限届满以后才能进行此程序？本款仅仅简单地提及了专家组“应在此事项提交其后 90 天内散发其报告”，这里并没有提到“合理期限”，也有可能理解为允许在合理期限内进行这个程序。^[52]

第二，本款并没有明确规定原先争端中的哪一个当事方能够援引执行异议程序。一般情况下，是作为胜诉方的起诉方认为有关成员不存在执行措施或者执行措施与适用协定不一致，与有关成员存在分歧，而援引本款的程序。但是，从本款的规定来看，有关成员能否援引执行异议程序并不清楚，并不能简单地认为其不能援引执行异议程序。在欧共体香蕉案中，作为执行方的欧共体也根据第 21 条第 5 款要求设立专家组，其目的在于要求专家组认定其执行措施与适用协定相一致。

第三，“援用这些争端解决程序”的措词也不明确。这里的“这些争端解决程序”是否包括 DSU 下所有的争端解决程序？在通常情况下，专家组程序需要 6 到 9 个月的时间，显然与本款规定的 90 天时间是冲突的；本款的程序是否必须经过磋商？第三方是否有权参与该程序？如果参加的话享受哪些程序权利？第 21 条第 5 款的专家组程序是否应当准备中期审议报告？对第 21 条第 5 款的专家组的报告是否可以上诉？在该专家组程序完成以后，争端双方是否还应当就执行的合理期限进行协商？如果协商不成的话，是否还要经过仲裁程序重新确定一个合理期限？第 21 条第 5 款“援用这些争端解决机制”的表述都无法回答上述所有的问题。

四、关于执行异议程序的具体实践

（一）关于程序顺序问题的实践

1、欧共体香蕉进口、销售和经销体制案^[53]

厄瓜多尔、危地马拉、洪都拉斯、墨西哥与美国等国于 1996 年向 WTO 控诉欧共体 EU/404/93 下的香蕉进口、销售和经销体制违反 GATT 的规定。DSB 于 1996 年 5 月 8 日成立争端解决小组审理。本案专家组与上诉机构均认定欧共体香蕉体制违反了 GATT、许可证协议以及 GATs 的相关规定。其后欧共体对香蕉体制进行了修改。但是，美国等起诉方还是认为欧共体修改后的香蕉体制与 WTO 不一致。在执行过程中，争端双方就第 21

条第 5 款的程序以及与第 22 条的程序的先后顺序观点对立。美国认为可以直接援引 DSU 第 22 条第 2 款的规定，授权中止减让。欧共体则认为，美国应先获得 DSB 作出欧共体修改后的香蕉体制不符合 WTO 的裁决后才能进行报复。在欧共体是否执行了原专家组的建议和裁决尚未明确之前，美国不应立即要求报复。

美国认为第 21 条第 5 款的程序不是第 22 条相关程序的先决条件。美国的推理是：DSU 第 22 条第 2 款允许胜诉方在合理期限期满之日起 20 天之后向 DSB 请求授权报复^[54]，DSU 第 22 条第 6 款则要求 DSB 在合理期限结束后 30 天后给予授权，除非 DSB 协商一致决定拒绝该请求。因此，DSU 第 22 条第 2 款和第 22 条第 6 款给起诉方一个寻求授权报复的 10 天机会期间（windows of opportunity）^[55]。根据第 22 条第 6 款，如果有关成员请求仲裁，那么授权中止减让的请求应推迟至仲裁完成之后提出，该请求也应当遵守仲裁人的相关裁决。然而，仲裁完成之后，DSB 也应当根据反向协商一致原则授权报复。如果给予了起诉方 10 天的机会期间，那么援引第 21 条第 5 款下 90 天期限的专家组程序不应当是发动第 22 条相关程序的先决条件。事实上，如果第 21 条第 5 款的专家组程序在合理期限届满之后应请求而得以建立的话，那么专家组会在 10 天期限完成之后很久才做出裁决，这样就会剥夺了起诉方获得报复授权的权利。

欧共体认为 DSB 授权中止减让的任何裁定都应当经过对执行措施是否与适用协定不一致的多边认定程序，而不是根据起诉方认定的。因为只有第 21 条第 5 款的专家组程序完成之后，DSB 才能知道欧共体的执行措施是否与 DSB 的建议相一致，在此之前 DSB 并不能授权中止减让。欧共体主张请求授权中止减让应当在执行的合理期限届满之日起 30 天之内作出的论点是站不住脚的。^[56]欧共体认为请求授权中止减让的权利是一个有条件的权利（conditional），而不是一个绝对的权利（absolute）。此条件规定在第 22 条第 2 款：有关成员未能使被认定与一适用协定不一致的措施符合该协定，或者未能符合建议和裁决。欧共体进而主张，起诉方——美国单方面认定执行措施与适用协定或者 DSB 的建议和裁决不一致是不符合这一条件的。在没有经过第 21 条第 5 款的多边程序，欧共体认为美国请求 DSB 授权中止减让的先决条件并没有实现，因此 DSB 不应作出相关决定。^[57]

厄瓜多尔也对欧共体修改后的香蕉体制提出异议，申请设立专家组。1999 年 1 月 12 日，DSB 根据第 21 条第 5 款设立 2 个专家组。一个是根据厄瓜多尔的请求，来确定欧共体修改的香蕉体制是否与 WTO 协定相一致。^[58]另外一个是根据欧共体的申请设立的，欧共体要求认定：欧共体的措施应当被认为是与 WTO 相关协定相一致的。^[59]

1999 年 1 月 14 日，美国向 DSB 申请授权其向欧共体及其成员国中止根据 GATT 协定项下高达 5.2 亿美金的关税减让。DSB 原定在 1 月 25 日（在 10 天的机会期间中）审议美国的请求。但是，欧共体极力主张要求授权中止减让的先决条件没有实现，美国的要求不能被 DSB 考虑。双方僵持不下，互不让步。最后，在时任 WTO 总干事鲁杰罗的斡旋下，欧共体作出了妥协。1999 年 1 月 29 日欧共体针对美国的报复请求要求根据第 22 条第 6 款进行仲裁。欧共体的仲裁请求在一定意义上缓解了 WTO 面临的危机。^[60]

这样，到 1999 年 1 月底，有两个同时进行着的程序：第一，第 22 条第 6 款下的仲裁程序，对中止减让的程度以及第 22 条第 3 款的程序和原则是否得到遵守进行仲裁。此仲裁将在合理期限结束之日起 60 天之内完成，也就是在 1999 年 3 月 2 日之前作出。第二，厄瓜多尔和欧共体根据第 21 条第 5 款要求设立的专家组程序，这两个专家组应将在此事项提交其后 90 天之内散发报告，也就是 1999 年 4 月 12 日之前作出裁决。这是产生了一个非常反常的情况：在执行措施是否与 WTO 相一致的裁决作出之前就作出对报复程度做出的裁决。但是 DSB 在这两个程序中任命了相同的专家组成员和仲裁人，均为原香蕉案专家组的成员，因此它们可以安排这两个程序的顺序协调问题，在一定程度上克服了程序上的矛盾，因此，DSB 主席认为在现有条件下不失为一个合理的方法。^[61]

1999 年 3 月 2 日为仲裁的最后期限，仲裁人作出了他们所谓的“初始裁决（initial decision）”，他们解释道：他们在作出最终报告之前需要更充分的信息。这样的“初始判

决”并没有被 DSU 所明文规定（DSU 仅规定了 60 天的仲裁期限）。但是仲裁人认为，“考虑到我们的裁决是不能上诉的，我们认为，为了防止成员方将来的争端，获得最大程度的澄清是非常有必要的”。通过发布这样的一个“初期裁决”，仲裁人就能够将最终的裁决报告往后推迟，避免了上述的反常情况。

仲裁人在 1999 年 4 月 6 日发布了他们的最终报告。此报告确认了他们的“初期裁决”，认为在没有先对欧共体的香蕉体制是否符合 WTO 做出判断之前，他们不能就中止减让的程度和利益的丧失或减损程度是否相等作出评定。因此，他们认为逻辑上要求他们应当在认定美国所要求的中止减让的程度之前，他们的审查主要集中在利益丧失或减损的程度上。仲裁人还驳回了欧共体认为此做法将会剥夺其依第 21 条第 5 款所享有的利益。仲裁人认为，对不希望进行报复的成员方来说，第 21 条第 5 款的专家组程序依然是对执行措施异议的首要方法（the prime vehicle）。第 21 条第 5 款的用词并没有排除在合理期限之前或之后启动这一程序的可能性。但是，如果第 21 条第 5 款的程序是在合理期限届满之前启动的，或者是合理期限届满之后启动的，那么第 21 条第 5 款专家组程序中的 90 天期限就会和第 22 条第 6 款规定的 60 天的期限不协调。仲裁人认定美国所遭受的利益丧失或减损的程度为每年 1.914 亿美元。此后，DSB 授权美国对欧共体每年 1.914 亿美元的中止减让。

1999 年 4 月 12 日，WTO 成员方收到了根据第 21 条第 5 款建立的两个专家组散发的两份报告。在由厄瓜多尔要求设立的专家组程序中，专家组认定修改后欧共体的香蕉体制仍然与欧共体在 GATT 和 GATS 协议下承担的义务不一致。在由欧共体要求设立的专家组程序中，专家组认为：由于在由厄瓜多尔要求设立的专家组程序中，专家组已经认定修改后的欧共体的香蕉体制仍然不符合相关协议，专家组拒绝认定欧共体的主张。在欧共体要求设立的专家组程序中，欧共体要求专家小组对 DSU 第 21 条、第 22 条、第 23 条的关系做出澄清，但是专家组认为此问题应当留给正在进行对 DSU 进行审查所有成员方来解决比较合适，而不是只有一个当事方和几个第三方的专家组程序就能做出澄清的。^[62]

1999 年 11 月，厄瓜多尔则向 DSB 请求授权在 4.5 亿美元的额度内对欧共体进行贸易报复。2001 年 4 月间，欧共体分别与美国、厄瓜多尔达成协议，以化解香蕉配额的僵持情况。欧共体将于 2006 年完全撤除香蕉进口的配额制度，在此之前，其将继续维持国家关税配额制度，并自 2001 年 7 月 1 日开始实施三类配额的分配制度，以兼顾前殖民国家及非殖民国家的贸易利益。

2、澳大利亚影响大马哈鱼进口的措施^[63]

本案中加拿大要求设立的专家组认为澳大利亚对鲜、冷藏、冷冻大马哈鱼的进口限制与澳大利亚在 WTO 协定和“实施卫生与植物卫生措施协定”下承担的义务不符，上诉机构支持了专家组的认定。第 21 条第 3 款（c）下的仲裁人确定澳大利亚执行合理期限为专家组和上诉机构报告被通过之后的 8 个月，即至 1999 年 6 月 6 日。但是，直到 1999 年 6 月 6 日，澳大利亚既没有废止也没有修改它与 WTO 不一致的进口限制措施。6 月 15 日，加拿大通告 DSB 要求根据第 22 条第 2 款授权中止减让。6 月 19 日，澳大利亚宣布其用检疫措施代替了进口限制，遵守了 DSB 的裁决。加拿大不接受澳大利亚制定的措施。澳大利亚认为既然现在对澳大利亚的执行措施是否与 WTO 协定不一致产生了争议，那么在此问题上加拿大采取的正确方法应该首先寻求第 21 条第 5 款的专家组程序。

尽管本案双方也面临着欧共体香蕉案的共同问题：第 21 条第 5 款程序和第 22 条程序的先后顺序问题。但是他们采取了不同的做法：双方都希望通过在 DSB 授权中止减让之前保证专家组对执行措施与 WTO 一致性的裁决来加强 WTO 争端解决机制多边体制的加强。

加拿大和欧共体香蕉案中的美国一样，要求根据第 22 条第 2 款和第 22 条第 6 款所规定的时限获得中止减让的授权，亦即 10 天的“机会期间”，也要求完全保护其根据 DSU

所享有的权利，包括通过反向一致原则获得中止减让的授权的权利。但是与此同时，在加拿大看来，第 22 条第 7 款并没有对起诉方在仲裁之后何时向 DSB 申请授权中止减让规定时间期限，这就给争端双方提供了关于协商有关程序先后顺序安排的灵活性，因此加拿大认为第 22 条第 6 款的仲裁可以延至第 21 条第 5 款的专家组程序结束之后。

于是在 6 月 28 日的 DSB 会议上，加拿大提出：（1）根据第 22 条第 2 款要求中止减让；（2）要求根据第 21 条第 5 款建立专家组；（3）提出了处理先后顺序问题的解决方案：在根据第 22 条第 6 款设立的仲裁人的首次会议上，争端双方要求暂时中止仲裁，直到第 21 条第 5 款的专家组报告散发之后再继续仲裁；如果第 21 条第 5 款的专家组认定澳大利亚的执行措施与 WTO 下的义务不一致，那么仲裁程序立即恢复，而不管双方是否对专家组报告提出上诉；仲裁人在第 21 条第 5 款的专家组报告散发之后 60 天之内提出仲裁裁决；在第 21 条第 5 款的程序结束后，不再有新的合理期限。澳大利亚接受了加拿大的提议。^[64]

这样，本案中争端双方通过达成协议而解决了程序的先后顺序问题。

3、澳大利亚对汽车皮革生产商和出口商提供补贴案^[65]

《补贴与反补贴措施协定》（SCM 协定）第 4 条允许一成员方起诉另一成员方给予或维持的禁止性补贴。SCM 第 4 条第 10 款允许“如在专家组指定的时限内 DSB 的建议未得到遵守，该时限自专家组报告或上诉机构报告获得通过之日起开始，则 DSB 应给予起诉方采取适当反措施的授权，除非 DSB 经协商一致决定拒绝该请求”。第 4 条第 11 款进一步规定，如果进行第 22 条第 6 款仲裁程序，则仲裁人应确定反措施是否适当。但是，第 4 款的脚注 6 规定：“本条提到的任何时限均可经双方同意而予以延长。”

在本案中，澳大利亚声称已经执行了专家组的建议，并撤销了禁止性出口补贴。美国认为澳大利亚的措施并不与 WTO 一致。但是，与欧共体香蕉案的做法不一样，美国并没有直接要求 DSB 授权对澳大利亚采取反补贴措施授权，而是要求设立第 21 条 5 款的专家组。其原因在于美国与澳大利亚所达成了协议，该协议包括如下要点：（1）美国将召集 DSB 会议要求设立第 21 条第 5 款的专家组，澳大利亚不能反对此会议的举行以及专家组的建立；（2）澳大利亚和美国将保证相互合作以使第 21 条第 5 款的专家组能够在 90 天之内散发报告；（3）美国将在第 21 条第 5 款的专家组报告散发以后再要求授权中止减让；（4）澳大利亚和美国将无条件地接受第 21 条第 5 款的专家组报告，也将不上诉；（5）如果专家组认为澳大利亚并没有遵守 DSB 的裁决，任何一方不得拒绝 DSB 对美国根据 DSU 第 22 条第 2 款授权中止减让的请求的考虑，或者对美国根据 SCM 协定第 4 条第 10 款采取反补贴措施的授权；（6）根据 SCM 第 4 条的脚注 6，澳大利亚和美国同意：请求 DSB 授权中止减让的期限为第 21 条第 5 款专家组报告散发之后 60 天，第 22 条第 6 款的仲裁的期限为提交其后 45 天完成。

上述协议能够使争端双方在申请授权中止减让之前就能完成第 21 条第 5 款的专家组程序。本案中，第 21 条第 5 款的专家组程序在 1999 年 10 月 14 日的 DSB 会议上得以成立。在此次会议上，美国代表承认“美国同意先进行第 21 条第 5 款的程序，然后再根据第 22 条或者 SCM 第 4 条第 10 款维护其权利是出乎人的意料。”但是美国仍然强调这并不意味着在程序的先后顺序问题上，美国的立场有了根本性的变化。“本案之所以采取这样的做法，主要是由于 SCM 协定允许争端双方延长他们行使 DSU 第 22 条下权利的期限。”因此，SCM 下的争端呈现出“特别的情形和独特的机会”。^[66]

4、对上述案件的模式简单分析

综上所述，第 21 条第 5 款程序与第 22 条相关程序的先后顺序问题上，已经建立了三种不同的程序：

第一，“香蕉案”模式：援引第 22 条仲裁程序确定中止减让的程度时，由仲裁人确定执行措施与 WTO 协定的一致性。^[67]与此同时，进行第 21 条第 5 款的程序。此种模式有两个主要问题：一是它模糊了第 21 条第 5 款和第 22 条的界限，而 DSU 设置此两种程序是为了发挥不同的功能和作用；二是它将两个同时具有裁决功能的程序压缩成一个单一的、有严格时间限制的程序，从而限制了当事方的程序权利的实现。

第二，“大马哈鱼”模式：争端双方根据协议（主要指 DSU 第 12 条第 1 款）安排程序的先后顺序问题。起诉方加拿大在根据第 22 条申请授权报复的同时，根据第 21 条第 5 款要求设立专家组。加拿大和澳大利亚要求第 22 条的仲裁人先不对中止减让的程度进行审查，直至第 21 条第 5 款的专家组对澳大利亚的执行措施是否与 WTO 相一致作出裁决。

第三，“SCM”模式：在三个涉及到禁止性补贴措施的执行争端中，争端当事方运用了 SCM 协定第 4 条的脚注规定，达成协议，将第 22 条的各种期限延长至第 21 条第 5 款的程序完成以后，由此延长了第 22 条下本应适用的报复期限。

尽管上述三种模式都提供了解决方案，但是，模式的多样性与多边体制的确定性和可预见性原则相违背。而且，“大马哈鱼”模式和“SCM”模式都要求争端双方达成协议，不难想象会有更多案件争端双方无法达成协议。因此，唯一稳定持久地解决方法便是修改 DSU 的规定，来消除条文措施的含糊行所带来的适用程序的先后顺序问题。

（二）关于解释问题的实践

1、关于争端当事方

在普通程序中，根据 DSU 第 3 条第 3 款的规定，起诉方为“认为其根据适用协定下直接或间接获得的利益正在因另一成员采取的措施而减损的情况下”的成员方，起诉方和被诉方进行申诉和抗辩，第三方也广泛地参与专家组程序和上诉程序。但是第 21 条第 5 款并没有明确规定谁有资格能够提起执行异议程序。

在一般情况下，执行异议程序的当事方与普通程序下的当事方一样，起诉方如果认为有关成员没有采取执行措施或与适用协定不一致，可以提起第 21 条第 5 款的程序。而作为败诉方的有关成员一般不会存在直接或间接利益减损的情况，因此有关成员一般不会援引本款的程序。当然，第三方也可以参加执行异议程序，并享有在普通程序下的权利。迄今为止援引执行异议程序共有 11 个争端^[68]，除了在美国对韩国动态随机存储器征收反倾销案中韩国援引的执行异议程序中没有第三方外，都有第三方参与执行异议程序。

在这 11 个争端中，援引方一般为原来原先程序中的起诉方（胜诉方）。但是有一个例外，那就是在欧共体香蕉案。欧共体——原争端的执行方也援引了本款的规定，要求设立专家组认定欧共体已经完全执行了 DSB 的建议和裁决。该程序还有一个特殊之处便是原来专家组程序中的起诉方厄瓜多尔、洪都拉斯、美国、墨西哥、危地马拉都拒绝参加此程序。他们认为欧共体要求设立专家组不是为了审查香蕉体制与 WTO 的一致性，而是为了同意欧共体关于第 21 条第 5 款的立场。在专家组看来，DSU 中并没有条文批准专家组强迫成员方参加专家组程序。因此，专家组并没有权力要求原先的起诉方来参加欧共体提起的执行异议程序。但是专家组认为仍然可以进行本程序。^[69]因此在该专家组程序中只有起诉方和第三方，而没有被诉方。

2、提起执行异议程序的时间

在这 11 个争端中，除了在欧共体香蕉案中，厄瓜多尔和欧共体分别在执行的合理期限结束之前就要求设立执行异议程序之外^[70]，其他的 10 个争端中，援引方都是在合理期限结束之后向 DSB 要求设立专家组，而且一般是在合理期限结束后 1 个月左右的时间内

提出要求。但是也在合理期限届满后比较长的时间后才要求设立的。比如在澳大利亚队汽车皮革生产商和出口商提供补贴案中，合理期限到 1999 年 6 月 16 日届满，但是美国直到 1999 年 10 月 4 日要求设立第 21 条第 5 款下的专家组^[71]，还有美国对韩国存储器征收反倾销税案中，双方协议的合理期限到 1999 年 11 月 19 日届满，但是直到 2000 年 4 月 25 日韩国才要求 DSB 设立专家组，其间已经超过了 5 个月的时间。

3、关于磋商

DSU 对磋商的重视也体现在执行程序中。实践表明，在援引执行异议程序的争端中，磋商依然是必经的一个程序。DSB 还是希望争端双方能够就执行问题达成令双方满意的方案。上述两个在合理期限届满之后 4、5 个月的时间后才提起执行异议程序原因就在于争端双方在合理期限届满以后进行了较长时间的磋商。而在美国对韩国动态随机存储器征收反倾销税案^[72]中，在执行异议程序下的专家组都已经设立的情况下，美国和韩国依然进行磋商，并且最后达成了解决争端的协议，并根据 DSU 第 3 条第 6 款的规定，通知了 DSB。

4、专家组职权范围问题

关于专家组职权范围问题上，有的起诉方主张根据第 21 条第 5 款的规定，专家组的职权范围应限于确认为遵守建议和裁决所采取的措施是否与适用协定相一致，而不应考虑起诉方提出的其他要求。而且还认为，由于第 21 条第 5 款规定了比通常的专家组程序更短的期限，如果允许专家组审查有关成员提出的新要求的话，就会影响有关成员辩护等其他程序上的权利。^[73]

但是，专家组坚持了在普通程序下专家组确定职权范围的做法。执行异议程序下的专家组一般都引用了 DSU 第 7 条第 1 款的规定，认为专家组的职权范围是审查起诉方提交到 DSB 要求设立专家组的文件中列明的事项。而 DSU 第 6 条规定，而设立专家组的请求不仅应当包括争议措施，而且还应当有“足以明确陈述问题的起诉的法律根据概要”。因此，专家组不仅要审查起诉方在请求文件中提出的所有要求，而且还要审查其法律根据。可以说，执行异议程序下的专家组的职权范围是由起诉方的要求决定的，^[74]而不同于仅仅审查争议的执行措施。

5、关于工作程序和时间框架

DSU 第 12 条第 1 款的规定：“专家组应当遵循附录 3 中的工作程序，除非专家组在与争端各方磋商后另有决定。”此规定为执行异议程序提供了很大的灵活性，特别是由于执行异议程序的特殊性，有不少专家组程序非常乐于根据本款的规定，在与争端双方磋商以后，根据争端的具体情况，来安排工作程序和时间框架。也因为这个原因，使之行异议程序的实践中前后出现了不一致的地方。比如关于中期评审制度。在欧共同体香蕉案中，专家组在与双方协商后认为，DSU 第 21 条第 5 款规定了 90 天的期限，撰写专家组报告所必需的时间不允许专家组提交中期审议报告，因此专家组就没有将中期评审包含在时间表中。^[75]其后的其他争端中的争端双方也大都省略了中期评审这个阶段。但是，在巴西飞机出口项目融资案中^[76]、墨西哥对自美国进口的高果糖玉米糖浆案^[77]，执行异议程序的专家组还是做出了中期审议。

6、上诉程序

第 21 条第 5 款没有明确规定专家组报告是否能够上诉，实践中还是允许上诉的。迄

今为止经过执行异议程序的 11 个争端中，对专家组报告提起上诉的争端总共有 7 个。它们是巴西飞机出口融资项目案^[78]、加拿大影响民用飞机出口措施案^[79]、加拿大影响牛奶进口和奶制品出口的措施案^[80]、墨西哥对自美国进口的高果糖玉米糖浆的反倾销调查案^[81]、美国对虾和虾产品的进口限制案^[82]、美国外国销售公司税收待遇案^[83]、欧共体对从印度进口的棉质被单和枕套征收反倾销税案^[84]。因此可以说，对第 21 条第 5 款专家组程序的专家组报告提起上诉已经是一个趋势。

7、能否再次援引

一般而言，经过执行异议程序以后，如果有关成员被 DSB 认定为没有存在为遵守建议和裁决而采取措施或者采取的措施与适用协定不一致，那么起诉方就可以援引第 22 条的规定，要求进行补偿或中止减让。但是补偿和中止减让措施的临时性特征决定了在争端双方达成补偿协议以后或者起诉方中止减让以后，有关成员仍然应当采取执行措施，使其与适用协定相一致。此后，争端双方仍然有可能对有关成员新的执行措施存在着争议，起诉方仍然可以援引本款的规定，要求专家组对新的执行措施是否存在或者与适用协定相一致作出判断。在巴西飞机出口融资项目案中，DSB 于 1999 年 8 月 20 日通过了上诉机构和专家组报告。1999 年 11 月，加拿大要求根据第 21 条第 5 款设立专家组，2000 年 8 月 4 日，DSB 通过了执行异议程序中上诉机构报告和修改后的专家组报告，认为巴西并没有执行 DSB 的建议和裁决。2000 年 12 月 DSB 授权加拿大采取反补贴措施。巴西又通知了 DSB 其所采取的新的执行措施。2001 年 1 月，加拿大通知 DSB 认为巴西并未执行 DSB 在 1999 年 8 月 20 日和 2000 年 8 月 4 日做出的建议，第二次援引第 21 条第 5 款的规定要求设立专家组^[85]。

五、关于第 21 条第 5 款的完善

如上所述，第 21 条第 5 款的规定由于措辞含糊，规定不甚明确，在实践中带来了一系列的问题。为了完善 DSU 的执行程序，妥善解决在执行过程中争端双方就执行产生的争议，有效地发挥补偿和报复的作用，有必要对本款进行修改完善。^[86]笔者认为执行异议程序的完善已经包括如下问题：

（一）任务

完善执行异议程序首要的一个问题便是要确定执行异议程序的任务是什么，这是对执行异议程序的基本定位。只有明确执行异议程序的任务以后，才能厘清与第 22 条程序的先后问题，并且明确专家组和上诉机构的职权范围，合理设计工作程序和时间框架。笔者认为应当充分发挥执行异议程序的作用，执行异议程序首先有两大任务：（1）对执行争议措施的审查（2）对利益的丧失或减损的程度认定。^[87]

1、对执行争议的审查

执行异议程序的首要任务便是要解决“是否存在为遵守建议和裁决所采取的措施或此类措施是否与适用协定相一致”的分歧。如前所述，由于 DSB 通过专家组报告或上诉机构报告采取反向一致原则，因此关于对争端的争议延续到执行过程中。本款通过解决上述争议，为执行的顺利进行从而迅速解决争端创造条件。

2、对利益的丧失或减损程度的认定

在对执行争议审查以后，笔者建议本款的程序下的专家组和上诉机构还应当对利益的丧失或减损的程度做出认定：如果本程序的专家组或者上诉机构认为有关成员没有为遵守建议和裁决而采取措施或者此类措施与适用协定不一致的话，应当同时确定对胜诉方造成的利益的丧失或减损程度。

对利益的丧失和减损程度做出认定完全是出于和第 22 条相关程序相衔接目的的。目前在对 DSU 进行评审并提出建议的国家中，比较一致的看法时应当增设一个程序能够对利益丧失和减损的程度做出认定。关于程序如何设计，有几个比较有代表性的建议：欧共体、日本和澳大利亚提出在第 22 条第 1 款后增加一个单独仲裁程序来确定利益丧失和减损的程度；韩国提出在第 21 条第 5 款中有专家组或上诉机构作出认定；厄瓜多尔则提出在第 21 条第 3 款确定合理期限的仲裁程序中对利益的丧失或减损作出认定。笔者以为放在第 21 条第 5 款的专家组程序下比较合理。理由如下：

第一，如果单独设计一个认定利益丧失或减损程度的仲裁程序或专家组程序，不仅无端的增加了本来已经非常复杂的执行程序，而且还延长了整个争端的执行时间，与迅速执行的基本原则相违背，不利于维护起诉方和其他成员方的利益。按照欧共体等成员方的建议，在第 22 条中新设的关于利益丧失或减损的仲裁程序一般要进行 60 天左右的时间，而且根据第 22 条第 6 款规定，如果有关成员反对中止减让的程度的话，应当提交仲裁，再进行 30 天左右的时间，那么，从认定执行措施与 DSB 建议和裁决不服开始到中止程度的确定又要经过 90 天左右的时间，因此延长了整个争端解决的时间，与迅速解决争端的基本原则不符。

第二，如果有关成员的执行措施被认为与 DSB 的建议和裁决不一致以后，争端双方首先就补偿进行磋商，磋商不成，则请求授权报复。二者都要以利益的丧失或减损的程度为基础进行。因此提前在执行异议程序中对利益的丧失或减损的程度作出认定，非常有利于磋商和请求报复的进行。起诉方寻求报复的情况下，既然利益的丧失或减损的程度已经清楚地认定后，第 22 条第 6 款的程序在很多情况下就变得不必要了。^[88]

第三，这也是 DSU 执行程序中加强多边纪律的表现之一。争端解决机制对磋商的注重也体现在执行程序中，如合理期限、补偿的程度。如果有关成员未能在合理期限内使其措施与适用协定相一致，起诉方可以和有关成员进行磋商，形成双方均能接受的解决方案。但是这只是一种形式上的平等，而忽视在实质上的不平等，因为对经济实力相差悬殊的争端双方来讲，发达国家、经济强国很容易运用其经济强势迫使发展中国家或经济弱国接受一些不利的条件。通过一个多边程序确定利益丧失和损伤程度，无疑会有利保护发展中国家或经济弱国的利益。

第四，将对利益丧失或减损程度的认定放在第 21 条第 3 款 (c) 项下的仲裁程序中^[89]，也是不合理的。因为如果有关成员能够在执行的合理期限内使其有关措施符合 DSB 的建议和裁决，那么对利益丧失或减损程度的认定意义不是特别大，此其一；如果仅仅在确定合理期限时就对利益丧失或减损作出认定后，有关成员在执行的合理期限内并没使其措施其 DSB 建议和裁决相一致的话，那么在执行的合理期限内仍然维持着与 WTO 不一致的措施，或者仅进行简单的修改，很显然这会进一步的造成起诉方利益的丧失或减损，在以后的补偿和报复中不考虑到这些利益丧失或减损的话，对起诉方是不公平的，此其二。如果争端双方就执行存在争议的，通过援引第 21 条第 5 款程序予以确定后，争端双方又对利益的丧失或减损存在分歧，又再一次援引第 21 条第 3 款的仲裁程序来确定，显然这又延长了整个争端的执行期限，与迅速执行的原则相违背。

（二）程序的提起

在明确完执行异议程序的任务以后，应当明确的在何种情况下，当事方可以援引执行

异议程序。笔者认为有三种可能情况可以提起执行异议程序：

第一，如果 DSB 通过专家组或上诉机构的报告以后，有关成员明确表示拒绝执行 DSB 的建议和裁决，那么起诉方应当援引执行异议程序，确定利益丧失或减损程度以后。

第二，如果 DSB 通过专家组或上诉机构的报告以后，有关成员表示其不需要一个执行的合理期间。有关成员的此种表示表明了其愿意迅速执行定。其后如果争端双方存在执行争议的话，便可直接提起执行异议程序。^[90]

第三，在合理期限内，有关成员根据 DSU 第 21 条第 6 款的规定，已经通知 DSB 其已经完全执行了 DSB 的建议和裁决。此时，如果争端双方存在执行争议的话，显然不需要等到合理期限结束以后就可直接提起本款的程序。

第四，在合理期限结束后，争端双方时争端双方就是否存在执行措施或者执行措施是否与适用协定相一致存在分歧的话，应当允许争端成员方提起执行异议程序。

第五，如果争端双方通过磋商达成了相互满意地解决方案，那么其后起诉方和有关成员就后者是否遵守双方同意并已经通知 DSB 的解决办法中确定的期限和条件存在分歧，也应当由执行异议程序予以解决。^[91]

第六，在报复进行期间，争端双方也有可能存在执行争议，或者有关成员要求 DSB 终止授权报复时，起诉方表示反对的，此两种情况都应当通过援引第 21 条第 5 款的执行异议程序予以解决。^[92]

（三）与相关程序的顺序

其实在确定了执行异议程序的任务和在何情形下能够援引本款的程序，已经解决了执行异议程序和相关程序的顺序问题，特别是与第 22 条程序的关系问题。但是为了增强 DSU 规则的确定性和可预见性，鉴于实践中存在着诸多争议，还是有必要在本款规定中明确一下本款与相关程序的顺序问题。

笔者建议在完善本款的规定时，应当明确执行异议程序为第 22 条程序的先行程序和必经程序，除非争端双方就是否存在执行措施或执行措施是否与适用协定相一致的问题上不存在分歧且对利益的丧失或减损的程度不存在分歧。

第一，如果争端双方就执行措施存在争议的话，起诉方在要求双方进行补偿磋商或中止减让之前应当首先援引本款规定，要求 DSB 做出决定。只有在 DSB 通过专家组或上诉机构的报告认为有关成员没有采取相关措施以执行 DSB 建议和裁决或者有关成员的执行措施与适用协定不一致的情况下，并对有关成员造成的利益丧失或减损的程度做出认定以后，起诉方才可以在此基础在要求与有关成员进行谈判，以期形成双方满意的补偿方案，如果双方无法达成协议的话，起诉方可以要求 DSB 做出起诉方对有关成员中止减让或其他义务的授权，而授权中止的程度也应当以执行异议程序下认定的利益的丧失或减损的程度相当。^[93]如果 DSB 认为有关成员的执行措施符合适用协定相一致，那么有关成员就可以拒绝起诉方的磋商请求，而 DSB 也应当拒绝起诉方的报复请求。在由有关成员提起的执行异议程序下结果也是一样的。

第二，如果争端双方就执行措施不存在争议，但是如果争端双方就利益的丧失或减损的程度存在分歧的话，还是应当通过援引执行异议程序来确定。只有在经过本款程度做出认定以后，争端双方再就补偿进行磋商，如果无法达成协议的话。起诉方可以向 DSB 要求中止减让或其他义务的授权，同样，DSB 的授权应当以本款确定的程度为准。

（四）工作程序及其时间框架

一般认为 DSU 第 1 条“范围和适用”，第 2 条“管理”，第 3 条“总则”，第 7 条“专家组的职权范围”，第 8 条“专家组的组成”，第 9 条“多个起诉方的程序”，第 10 条“第

三方”，第 11 条“专家组的职能”，第 12 条“专家组程序”，第 13 条“寻求信息的权利”，第 14 条“机密性”，第 18 条“与专家组或上诉机构的联系”，19 条“专家组和上诉机构的建议”，第 21 条第 1 款、第 21 条第 7 款、第 21 条第 8 款，第 23 条“多边体制的加强”，第 24 条“涉及最不发达国家成员的特殊程序”，第 27 条第 1 款“秘书处的职责”可以适用于本条的程序。

但是需要注意的是：第一，执行异议程序具有特殊性，不能完全按照一般的程序进行。为了迅速执行 DSB 的建议和裁决，防止整个执行阶段拖沓、冗长、低效，防止有些成员利用争端解决机制继续维持与 WTO 不一致的措施，本款上述程序的时间安排要比一般的程序要短。^[94]第二，如果发展中国家参与执行异议程序的话，应当对发展中国家予以“特殊考虑”。^[95]

1、当事方和第三方

笔者认为，不管是起诉方还是有关成员都可以提起执行异议程序。对于有关成员提起执行异议程序的意义在于：执行异议程序需要解决的主要问题是确定“是否存在为遵守建议和裁决所采取的措施或此类措施是否与适用协定相一致”。尽管在一般情况下，是起诉方对有关成员的执行措施存在争议而援引执行异议程序。但是也不能排除有关成员确实已经采取了与适用协定相一致的措施而起诉方仍然不满意的情况，那么允许有关成员援引执行异议程序，通过要求 DSB 对其执行措施作出正面确认，可以有效地解决执行争议。

同样，由于有关成员的执行措施有可能对第三方造成影响，只要“对专家组审议的事项又是治理一切已经将其利益通知 DSB”^[96]，第三方便可参加执行异议程序。当双方进行磋商时，应当给予第三方合适的机会表达其观点。^[97]

2、磋商

磋商对于解决争端具有独特的作用，在整个争端解决机制中意义非凡。我们也应当重视磋商对解决执行争议的重要作用。第一，有关成员方表示其不需要根据第 21 条第 3 款确定的执行的合理期限，其后争端双方就执行措施存在争议，争端当事方可以要求磋商；第二，有关成员根据第 21 条第 6 款提交通知，它已经执行了 DSB 的建议和裁决，争端双方可以要求磋商；第三，在合理期限结束以后，执行异议程序开始之前，争端双方可以要求磋商。如果双方无法达成相互满意的协议的话，任何一方可以援引执行异议程序；第四，在执行异议程序进行过程中，争端双方也可以进行磋商，但是应当通知专家组或者上诉机构，专家组或上诉机构可以暂停程序的进行。磋商要求应当以书面形式提出，并予以散发以便于第三方参与磋商。

3、要求设立专家组和专家组的设立

如果争端一方提出磋商请求而对方并未答复或者拒绝磋商，或者在磋商结束时任何一方认为磋商无法解决争端，可以立即请求设立专家组。DSB 将在设立专家组的请求提出后 10 天内召开会议。在 DSB 会议上，DSB 应当设立专家组，除非经协商一致决定不成立专家组。该专家组由原先的专家组成员组成。如果原先的专家组成员无法请到，则应当由总干事于 5 天之内在第 8 条规定的专家成员名册中任命本专家组成员。

为了程序的顺利进行，双方应当递交相关文件：在请求设立本条的专家组时，起诉方应当确定争议的具体措施，并提供一份简要的起诉理由，清楚地阐述涉案问题。除非争端双方在专家组成立 5 天之内就专家组的特殊职权范围达成协议，DSU 第 7 条专家组标准的职权范围将予以适用。^[98]

4、专家组程序和上诉程序

执行异议程序下的专家组应当在此事项提交其后 90 天内散发其报告。笔者认为尽管执行异议程序相对普通程序而言是一种加速程序，但是由于笔者设计的执行异议程序下专家组还要对利益的丧失或减损程序作出认定，因此 90 天的期限是比较合理的。

在普通程序下，上诉程序肩负着纠正专家组在适用法律上的错误以及“使统一的法律规则得以创制和维持”的两大任务^[99]。为了防止专家组在适用法律上的错误而给争端双方带来不必要的损失并减少执行争议，同时也是从正当程序的基本原则出发，应当允许争端双方就专家组的报告提起上诉。在专家组报告被上诉的情形下，上诉程序应当遵循 DSU 第 17 条的规定，但是上诉机构的报告应当在争端一方正式通知上诉决定之日起 45 天之内予以散发。

5、报告的通过

在专家组报告或者上诉机构报告散发之后，本程序的任何一当事方均可请求 DSB 通过该报告。DSB 应当在此请求提出之后 10 天之内召开会议。在该会议上，报告应当被 DSB 通过，本专家组程序当事方应无条件接受，除非 DSB 经协商一致决定不通过该报告。

（五）裁决或建议

由于 DSB 通过专家组或上诉机构的报告，而成为争端双方都应当遵守的建议和裁决。

（1）如果 DSB 认定有关成员未能使措施与适用协议相一致，或者未能在合理期限内遵循 DSB 的建议和裁决（原先程序下的建议和裁决），建议和裁决应当包括：第一，有关成员不能获得一个新的合理期限；第二，确定由于有关成员的上述措施而给起诉方造成的利益的丧失和减损的程度；第三，在本条程序的专家组或上诉机构报告散发之后，起诉方可以要求进行补偿或中止减让。（2）如果 DSB 认定有关成员的执行措施与适用协定相一致，那么应当予以确认。

第三章 补偿和中止减让

——关于 DSU 第 22 条的问题

一、补偿和中止减让的临时性

DSU 第 22 条第 2 款规定：如果有关成员未能使被认定与一适用协定不一致的措施符合该协定，或未能按照 DSU 第 21 条第 3 款确定的合理期限内符合建议和裁决，则该成员应当与起诉方进行谈判，以期形成双方均可接受的补偿。但是，起诉方与有关成员未能在合理期限结束之日起 20 天内议定令人满意的补偿，则起诉方可以向 DSB 请求授权中止对有关成员实施适用协定下的减让或其他义务。此即为补偿和中止减让^[100]。

DSU 下的补偿和中止减让或其他义务“属于在建议和裁决未在合理期限内执行时可获得的临时措施”，主要表现在：第一，只有在 DSB 的建议和裁决未在合理期限内执行时，起诉方才能要求补偿和中止减让或其他义务；第二，“无论补偿还是中止减让或其他义务均不如完全执行建议以使一措施符合有关适用协定”。^[101]在补偿的情况下，即使是已经作出了补偿，这一争端仍然不能被视为已经解决，除非有关成员将修改其与 WTO 不一致的国内措施。^[102]而中止减让或其他义务同样也是只应维持至被认定与适用协定不一致的措施已取消，或必须执行建议和裁决的成员对利益丧失或减损以提供解决方法，或已达成双方满意的解决方法。

关于补偿和中止减让的临时性问题上，有人认为：如果争端双方达成了相互满意的解决方案或者有关成员自愿接受报复，即可以不用撤销或修改其已被 DSB 认定为与 WTO 不一致的措施。在美国，《美国国际法杂志》编委之一的朱迪斯·贝罗夫人认为：“像它的前身 GATT 规则一样，WTO 规则全然没有传统意义上的约束性（banding）。遵守 WTO（规则）仍然是可以选择的。一个成员方的法律或措施若受到（专家组裁决）反对，它享有三种选择权。第一种，撤销违法措施，或者改正疏漏，遵守裁决。第二种，它可保持违法措施或者不改正疏漏，而用提供利益补偿来恢复被违法措施打乱了已商定的减让平等。第三种，它也可选择为不变更其法律或措施，也不提供补偿，而愿意接受对它的出口的报复。”“因此 WTO 成员得采取违反 WTO 协定的行动，只要它愿补偿受损害的贸易伙伴，或受到抵消性报复就行。”^[103]

无独有偶，在欧共体内部也有不少人持相同的观点。1999 年 5 月 6 日，欧共体法院法律顾问向法院提交了一份法律意见，集中讨论了由 DSB 通过的专家小组报告在欧共体法律体系中的地位。法律顾问认为：WTO 裁决某一成员国内立法违反了 WTO 法，但并未对该成员施加任何的立即修改其立法的义务。因为根据 DSU 第 21 条第 3 款，WTO 成员有“合理期间”来执行 DSB 的建议和裁决并使其立法与 WTO 相符。同时，如果争端双方就适当的补偿达成协议的话，DSU 第 22 条为 WTO 成员在合理期间期满以后维持其有关立法的效力提供了可能性。^[104]

在我国，同样也有学者持此观点：在 WTO 中，DSB 裁决一成员的国内某一措施不符合 WTO 某协定或虽然符合但对其他成员造成了损害以后，该成员不可能再推翻裁决，但可以有下列选择：（1）应优先考虑在合理期间内撤销或调整该项措施。如果对方就该执行措施有异议，双方应诉诸争端解决程序。（2）不采取执行措施，而是向对方作出补偿，双方在合理期间期满再加 20 天之内就补偿达成协议。（3）既不采取执行措施，也不提供补偿，等待胜诉方经 DSB 授权的贸易报复；（4）在达不成补偿协议下，胜诉方向 DSB 申请授权报复，败诉方对报复水平提出异议，申请进行仲裁。在仲裁确定的水平上接受对方经 DSB 授权的报复。^[105]

笔者认为此种观点是对补偿和中止减让措施临时性的一种误解：

第一，DSU 明文规定了补偿和报复措施的临时性特征，并不允许有关成员任意选择。第 22 条第 1 款明确表态：“补偿和中止减让或其他义务属于在建议和裁决未在合理期限内

执行时可获得的临时措施。但是，无论补偿还是中止减让或其他义务均不如完全执行建议以使一措施符合有关适用协定。”第 22 条第 8 款规定：“减让或其他义务的中止应该是临时性的，且只应维持至被认定与适用协定不一致的措施已被取消，或必须执行建议和裁决的成员对利益丧失或减损已经提供解决办法，或已经达成双方满意的办法。”这明确告诉我们：补偿和报复仅仅是临时性的，有关成员最终还是必须取消与适用协定不一致的措施。尽管第 22 条第 8 款里面规定了“已经达成双方满意的办法”，似乎意味着可以通过补偿安排来维持违法措施，但是 DSU 第 22 条第 1 款也明文规定了“补偿是自愿的，且如果给予，应与有关适用协定相一致”，在一个符合 WTO 协定的协议下怎么会有一个违法的补偿措施呢？因此，还是要求修改违法措施。

第二，除了上述直接规定补偿和报复的临时性之外，我们也可以从 DSU 的其他条文中得到支持。DSU 第 3 条第 7 款明确表示：“争端解决机制的目的在于保证使争端得到积极解决。争端各方均可接受且与适用协定相一致的解决办法无疑是首选办法。如不能达成双方同意的解决办法，则争端解决机制的首要目标是通常保证撤销被认为与任何适用协定的规定的不一致的有关措施。”^[106] DSU 第 26 条规定了非违反之诉程序。该条第 1 款 (b) 项规定：“如一措施被认定造成有关适用协定项下的利益丧失或减损，或此种措施妨碍该协定目标的实现，但并未违反该协定，则无义务撤销该措施。但在此种情况下，专家组或上诉机构应建议有关成员作出使双方满意的调整”，借用法律解释的反面解释原则，这也就是意味着在违法之诉中，存在着撤销该措施的履行义务。

第三，WTO 的意义在于保护贸易竞争机会的平等，任何违反 WTO 的措施都构成了对平等的竞争机会的破坏。在整个 WTO 体制内，有关成员对某个成员采取了与 WTO 不一致的措施，不仅造成了该受害方利益的丧失或减损，而且对其他成员来时也同样构成了利益的丧失或减损。如果争端双方达成了相互满意的解决方案而维持与 WTO 不一致的措施，那么此争端双方以外的成员方仍然会由于违法措施的存在而继续遭受利益的丧失或减损，对其他成员来说显然是不公平的，也是一种对多边贸易体制的伤害。DSU 第 21 条第 1 款明确表示：“为所有成员的利益而有效解决争端，迅速符合 DSB 的建议和裁决是必要的。”也正是出于这样的原因，DSU 规定了对执行的监督机制，第 21 条第 6 款规定：“DSB 应监督已通过的建议和裁决的执行。在建议和裁决通过以后，任何成员可随时在 DSB 提出有关执行问题。”

第四，实践证明，补偿和报复措施具有临时性。从 GATT/WTO 的实践来看，补偿报复并不是争端解决的中心。在实践中，目前大多数的 DSB 的建议和裁决均得到了较好的执行，与 WTO 体制不符的有关国内法或者措施也得到了纠正，这当然是对 DSB 报告执行效力的一种肯定。即使是在为数不多的采取最后的报复措施的争端中，有关成员还是要撤回与 WTO 协定不一致的措施。^[107]

二、DSU 下的补偿

(一) DSU 关于补偿的规定和实践

1、补偿的性质

DSU 第 22 条第 2 款规定：如有关成员未能使被认定与一适用协议不一致的措施符合该协定，或未能在按照第 21 条第 3 款确定的合理期限内符合建议和裁决，则该成员如收到请求应在不迟于合理期限届满前，与援引争端解决程序的任何一方进行谈判，以期形成双方均可接受的补偿。

补偿是自愿的。DSU 第 22 条第 1 款规定：“……补偿是自愿的，且如果给予，应与有关适用协定相一致。”也就是说如果起诉方要求有关成员进行补偿谈判，但是有关成员拒

绝进行谈判的话，起诉方不能强迫其进行谈判；如果起诉方和有关成员已经进行谈判，但是双方无法达成协议，起诉方也不能强迫有关成员接受其提出的条件；如果双方就补偿达成协议的话，所给予的补偿应当与有关适用协定相一致。

2、补偿的形式

在 GATT/WTO 下的补偿与普通意义上的补偿不一样，它并不意味着由于一成员与适用协定不一致的行为而给他方造成贸易损失进行赔偿，而且并不表现为金钱赔偿，而主要表现在由被诉方在贸易机会、市场准入等方面给起诉方更多的优惠待遇从而支持自由贸易政策。^[108]补偿实际上一种贸易减让的重新平衡（re-balance）。只要在符合 WTO 相关规定的前提下，争端双方可以自行安排补偿计划。根据 WTO 最惠国待遇原则，如果有关成员给予了起诉方优惠待遇，那么其他成员也可以享有这些待遇。因此，补偿并不是仅向胜诉方作出的，而且是对全体 WTO 成员方作出的。

（二）DSU 下补偿制度的问题及其完善

1、原则性规定

我们应当重视补偿的作用。与客观上造成两败俱伤的报复相比，一个双方均能接受而且还有利于 WTO 全体成员的补偿安排当然更可取。但是由于 DSU 关于补偿规定的不合理性使得补偿的规定流于形式。比如，争端当事方一般会根据利益的丧失或减损的程度来进行补偿，但是根据 DSU 的规则，只有在当事方要求报复并提起了第 22 条第 6 款的仲裁程序时，才会知道利益的丧失和减损的程度。换句话说，只能在要求报复时才能获得这一补偿磋商时最重要的因素。“事实上，DSU 的结构促使着成员方把寻求报复放在首位。”^[109]完善后的第 21 条第 5 款程序对执行争议和利益的丧失或减损程度做出认定以后，将为磋商的进行提供条件。因此，我们应当明确磋商程序是报复程序的必经程序。

补偿磋商的目的是为了达成双方均能接受的协议，因此我们应当强调补偿的自愿性。争端双方可以自行安排补偿的具体数额以及补偿的具体形式，但是应当与适用协定相一致。如果争端双方达成双方同意的补偿协议，应当根据 DSU 第 3 条第 6 款，通知 DSB 及有关理事会和委员会。

2、与相关程序的衔接

在整个 DSU 的执行程序中，补偿磋商程序处于中间程序。在经过第 21 条第 5 款的执行异议程序之后，确定有关成员未存在执行措施或者执行措施与适用协定不一致，并确定了利益丧失或减损的程度后，争端双方应当进行磋商谈判。如果无法达成双方满意的解决方案，起诉方可以要求 DSB 进行报复授权。

如果争端双方在进行补偿磋商时，双方并不存在执行争议，但是就利益的丧失或减损的程度存在着分歧并无法达成一致意见的话，应当援引第 21 条第 5 款的程序，要求 DSB 对利益的丧失或减损程度做出认定，在此基础上，争端双方再安排补偿事宜。

如果争端双方达成补偿协议以后，就有关成员是否遵守第 3 条第 6 款下已经作出通知的双方同意的解决办法中确定的期限和条件从而与适用协定不一致存在分歧的话，应当援引第 21 条第 5 款的执行异议程序予以解决。

3、补偿磋商请求

从 DSU 的文本中，无法明确由谁提出补偿磋商请求。第 22 条第 2 款规定，有关成员“如收到请求”应与起诉方进行谈判以期形成双方均可接受的补偿。这似乎表明：起诉方既可以提出磋商请求，也可以不提出磋商请求直接要求报复授权；有关成员没有义务提出磋商请求。鉴于补偿的重要意义，我们要求补偿磋商为授权报复的必经程序。因此，笔者建议双方都有义务提出补偿磋商请求。

4、补偿磋商的期限

笔者认为 20 天的磋商期限时比较合理的。原因在于：第一，在补偿磋商过程中，争端双方在进行补偿安排时，往往首先确定两个问题，一个便是就有关成员是否存在执行措施或者执行措施是否与适用协定相一致，另外一个便是利益的丧失或减损程度。但是如果第 21 条第 5 款的程序处理执行争议并对利益的丧失或减损问题作出认定以后，争端双方就直接进行补偿安排的磋商即可。第二，在第 21 条第 5 款程序进行过程中，争端双方也已经进行了磋商，而且随着该款程序的进展，事实问题和法律问题日趋明朗，一般也会促进补偿协议的达成。第三，为了保证争端的迅速执行，也不能任由争端双方无休止地进行谈判，无视多边纪律而给其他成员的利益造成更大的损失。

三、中止减让或其他义务

(一) GATT/WTO 规定

1、GATT 下的报复

根据 GATT1947 第 23 条第 2 款后半段的规定，凡缔约方全体认为，情势已经严重到足以有理由采取行动时，得批准一个或几个缔约方对任何一个或几个缔约方中止履行减让或本协定其他义务。这是 GATT 关于报复制度的一般规定，另外，在第 19 条和第 28 条中还有中止减让的特别规定。

GATT1947 第 23 条关于报复的规定是为了限制国家在采取单边报复方面的习惯法权利。上个世纪 30 年代滥用报复、弱肉强食的做法不仅使国际贸易环境严重恶化，而且，将世界引向战争的深渊。因此，对报复施加国际制约，成为总协定的缔造者们的一种共识。将报复置于国际控制之下，被认为是 G A T T 对国际法作出的一项重大贡献。^[110]

在 GATT 下，行使报复权必须符合如下两个条件：第一，利益的丧失或减损的程度足够严重；第二，在用尽所有可能的救济手段之后。“足够严重”的客观标准是：不仅存在利益丧失或减损的情况，而且被建议缔约方在缔约方全体或理事会通过专家小组报告和作出决定后的合理期限内完全没有执行缔约方全体或理事会的有关建议和裁决，致使依照关贸总协定直接或间接享受的任何利益继续蒙受损害或丧失，受害方防止发生严重经济后果或恢复原状的唯一手段就是报复。报复手段原则上不应允许使用，除非用尽所有积极救济手段仍未能解决该争端。尽管受害方有权请求授权报复，“足够严重”的实质要件以及用尽救济手段原则还是限制了缔约方全体授权缔约方采取适当报复措施的可能性。在 GATT 近半个世纪的实践中，经缔约方全体批准的报复只有一次，即 1952 年因美国限制荷兰奶制品进口，允许荷兰采取报复。但荷兰实际上并未真正采取。^[111]

在 GATT 下，授权采取报复必须是适当的，即所采取的报复措施必须与受损害的程度相称。^[112]但是，这里存在一个问题，G A T T 体制着眼于保护竞争条件，而不同竞争条件对贸易出口量的影响往往难以准确估量，那么，又如何来判断报复措施与受损程度的相对称性呢？在缔约方全体授权荷兰对美国的报复中，缔约方全体一方面考虑了荷兰政府所提

出的报复措施的性质，另一方面，还考虑了下列因素：(a)所涉及的贸易价值；(b)荷兰所受损失中的较广泛因素；(c)荷兰政府所提出的措施的主要目标是促使该问题根据总协定的宗旨和精神得到最终解决。^[113]可见，在实践中，缔约方全体要根据多方面的因素来确定报复的水平，并且具有很大的弹性。

2、DSU 关于报复的规定

如果有关成员未能使被认定与一适用协定不一致的措施符合该协定，或未能按照 DSU 第 21 条第 3 款确定的合理期限内符合建议和裁决，则该成员应当与有关成员进行谈判，以期形成双方均可接受的补偿。但是，起诉方与有关成员未能在合理期限结束之日起 20 天内议定令人满意的补偿，则起诉方可以向 DSB 请求授权中止对有关成员实施适用协定下的减让或其他义务，此即为 WTO 下的中止减让或其他义务。WTO 争端解决机制对报复权的授予、行使和适用范围规定了详细而严格的原则和程序，并对报复权的行使设立了明确的监督机制，具体程序包括：

第一，起诉方应当首先与专家组或上诉机构认定有违反义务或其他造成利益丧失或减损情形的部门相同的部门中止减让或其他义务。

第二，如果起诉方认为对相同部门中止减让或其他义务不可行或无效，则可寻求中止对同一协定项下其他部门的减让或其他义务。^[114]如果起诉方认为对同一协定项下的其他部门中止减让或其他义务不可行或无效，且情况足够严重，则可寻求中止另一适用协定项下的减让或其他义务。^[115]此即为通常所说的交叉报复。

第三，起诉方在寻求中止减让或其他义务时，应当考虑：(I) 专家组或上诉机构认定有违反义务或其他造成利益丧失或减损情形的部门或协定项下的贸易，及此类贸易对该方的重要性；(II) 与利益丧失或减损相关的更广泛的经济因素及终止减让或其他义务的更广泛的经济后果。

第四，起诉方决定采取交叉报复时，则应在请求中说明有关理由。在请求送交 DSB 的同时，还应送交有关理事会，在按照第 22 条第 3 款 (b) 项提出请求的情况下，还应转交有关部门性机构。如适用协定禁止此类中止，则 DSB 不得授权中止减让或其他义务。比如《政府采购协议》不允许交叉报复。在政府采购协议下的减让或其他义务不能由于其他协议下义务的违反而中止，与政府采购协议下的争端也不能导致其他协议下的中止减让或其他义务。^[116]

第五，应起诉方的请求，DSB 应当在合理期限结束后 30 天内给予中止减让或其他义务的授权，除非 DSB 经协商一致拒绝该请求。DSB 授权的中止减让或其他义务的程度应当等于利益丧失或减损的程度。如果有关成员反对提议的中止程度或者认为起诉方并未遵守 DSU 关于交叉报复的程序和原则，则应提交仲裁解决。

第六：减让或其他义务的中止应当是临时性的，且只应维持至被认定与适用协定不一致的措施已经取消，或必须执行建议和裁决的成员对利益丧失或减损已经提供了解决办法，或者已经达成了双方满意的措施。

3、DSU 关于报复的实践

到目前为止，援引第 22 条第 6 款要求仲裁并已经作出仲裁裁决的争端总共有 5 个。它们是欧共体与牛肉（荷尔蒙）有关措施案^[117]、欧共体香蕉案^[118]、巴西飞机出口融资项目案^[119]、美国外国销售公司税收待遇案^[120]、加拿大支线飞机出口信贷担保案^[121]。其中后面三个争端均为涉及到《补贴与反补贴协定》第 4 条第 10 款的程序，也就是在仲裁的过程中，对起诉方所采取的反补贴措施的适当性作出认定。

从 1995 年 1 月 1 日到 2001 年 8 月 31 日^[122]，DSB 授权报复的争端总共有 3 个：欧

共同体香蕉案中 DSB 分别根据美国和厄瓜多尔的请求作出的报复授权^[123]，欧共同体与牛肉(荷尔蒙)有关措施案中 DSB 分别根据美国和加拿大的要求作出的报复授权^[124]，巴西飞机出口融资项目案中根据加拿大的要求作出的反补贴措施授权^[125]。

(二) 报复制度的意义

对于 WTO 下的报复制度，学说著述观点不一，就笔者看来，在目前的条件下，作为 DSU 的“last resort”，报复制度还是具有其本身的意义。理由如下：

第一，报复制度是主权国家的一项国际习惯法上的权利。在国际法中是解决争端的传统手段之一。传统国际法理论认为，任何国家在其利益受国际不法行为侵害时，都有权不履行对违法国所承担的国际法律义务，并可自行选择除国际法所禁止的方法以外的任何单方面对抗措施。《维也纳条约法公约》第 60 条（“条约因违约而终止或停止实施”）第 2 款规定：“多边条约当事国之一有重大违约情事时：（甲）其他当事国有权以一致协议：（一）在各该国与违约国之关系上，或（二）在全体当事国之间，将条约全部或局部停止施行或终止该条约。（乙）特别受违约影响之当事国有权援引违约为理由在其本国与违约国之关系上将条约全部或局部停止实行。”

第二，WTO 下的报复制度有利于保障执行的进行。我们现在讨论的报复制度，其前提是在 WTO 的多边框架下来讨论的。DSU 已经规定了一系列“驯服”报复的规则。我们常说，WTO 的争端解决机制表现出极强的司法特点，这不仅体现在争端的解决过程中，也表现在执行程序之中。在笔者看来，一个行之有效的执行程序正是 WTO 争端解决机制司法性质的最主要的表现。^[126]而报复制度是 DSU 执行程序中的一个主要内容，发挥着重要作用，甚至是 DSU 的“last resort”。在多边管制下的报复制度，报复起到的主要作用是威胁：如果被认定违反 WTO 的有关成员拒不执行 DSB 作出的建议和裁决的话，起诉方将采取报复措施。所谓“两害相权取其轻、两利相衡取其重”，为了避免报复而遭受更大损失，有关成员还是会执行 DSB 的建议和裁决。从 WTO 成立以来 DSB 受理的 270 多个争端中，在执行过程中真正运用报复措施的争端也没有几个。这在一定程度上说明了报复措施的威慑作用还是发挥了一定的作用。

我们承认，上个世纪 30 年代，正是由于缺乏多边管制，主权国家滥用报复制度，国际经贸关系带来重大的灾难，甚至在一定程度上引发了第二次世界大战的爆发。我们也承认报复的实行往往是造成报复方和被报复方的两败俱伤，但是我们应当看到，在国际关系中报复制度主要是作为一种威胁存在的，并不经常使用，报复总是在国际关系严重恶化、万不得已时才可能使用，而国家在发展国际关系时总是在努力避免国际关系的严重恶化。报复制度本身的威慑作用，这种威慑作用也促使争端各方以更为温和的方式解决问题。必须承认的是，在没有出现一个超越主权之上的实体并强制“主权国家”执行有关国际组织的决议之前，报复作为威胁手段，仍然不失为是一个奏效的措施。因此，与其在 WTO 之外允许主权国家自行进行报复，还不如将其贸易报复纳入到多边机制下，完善有关规定，使之更好地服务于多边体制。当然，一些经济大国利用自己的经济地位和优势，对其他成员实行单方面报复，是违反 WTO 的法律规则。

第三，WTO 争端解决机制对报复权的授予、行使和适用范围规定了详细而严格的原则和程序，并对报复权的行使设立了明确的监督机制，有效地防止了报复权的滥用行为。WTO 争端解决机制所包含的对报复权的限制性规定，真正做到了把报复权“控制在一定界限之内，并尽力将它置于国际控制之下，防止它的扩散和增加，把这个曾经是经济的武器，转化为维护国际秩序的工具”。^[127]

作为 DSU 的创新之一便是交叉报复的制定。交叉报复保证了报复可以达到与受损利益相乘的水平。从这个意义上说，它是强化报复制度的重要步骤。强化报复制度，无疑会推进国际贸易领域国际法的实施。^[128]

第四，有学者认为报复制度是实力政策的体现。对于不同国家来说，报复与交叉报复是其在国际贸易中的经济实力作为后盾的，经济实力越强，报复能力就越强，这对于经济实力薄弱的广大发展中国家是极为不利的，而经济实力雄厚的大国则可以“依法”利用自己的优势地位，有恃无恐地对经济弱国实施报复甚至交叉报复，这极易导致争端解决机制的畸形发展，进而影响公正公平的国际贸易秩序的形成。^[129]

从经济小国、发展中国家利用报复的有效性角度来看，这种批评无疑是有道理的。但这只能说报复制度还有必要进一步完善，而不能由此否认报复制度。笔者认为，一方面对发展中国家有区别的和更优惠的待遇已经规定在 WTO 的实体性规范中，如《马拉喀什协定》、GATT、GATs、TRIPs 等；另一方面，在 DSU 的执行程序中，也已经对发展中国家和最不发达国家予以适当考虑。

第五，有学者认为由于报复与交叉报复针对的是整个国家和地区，因而受到惩罚的可能是整个境内的无辜产业或企业、公司，而真正施加侵害行为的产业或企业、公司却可能并未受到惩罚，这也是有悖公平原则的。但是，我们也应当承认这样的现实：这可以充分发挥规则作为激励机制的作用，促使“无辜”的国内企业可以对政府施加压力，会引起被报复方政府在国内政治中承受更大的压力，促使政府取消对其他行业集团的违法报复，修改与 WTO 不一致的措施。

（三）DSU 报复制度的问题和完善

在这里我们讨论 DSU 报复制度的问题和完善是建立相关程序的完善基础之上的。也就是说 DSU 报复制度中的某些问题，比如报复程序与第 21 条第 5 款的程序的关系以及报复程序和磋商程序的关系，笔者已经在本文的相关部分已经谈及，笔者在此不再赘述。而关于发展中国家的问题，笔者也将在本文第五章“对发展中国家的特殊考虑”予以阐述。这里，笔者将结合 DSU 关于报复规则本身存在的一些解释问题，谈谈如何完善报复制度。

1、报复措施

在执行异议程序即修改后的第 21 条第 5 款程序对利益的丧失或减损程度作出认定以后，DSB 应当以此为基础授权中止减让或其他义务，使中止减让或其他义务的程度与利益的丧失或减损程度相当。至于起诉方采取何种报复措施，笔者认为只要遵循了第 22 条第 3 款的原则和程序后，起诉方可以自己决定采取何种执行措施，这是起诉方的主权权利。^[130]但是，在遵循第 22 条第 3 款的前提下，如果由于修正技术上的错误、无法预见的情况^[131]，或者是报复方认为采取的报复措施并不奏效的话，报复方也可以修改报复措施。当然，这并不影响 DSB 对起诉方的报复进行监督，有关成员也可以援引第 22 条第 6 款提起报复异议程序。

当然，第 22 条第 3 款的规则还需要进一步澄清。该款允许采用交叉报复，但是应当遵循什么样的标准进行交叉报复？什么时候在相同部门或者是在同一协定项下的其他部门进行中止减让或其他义务是“不可行或无效”？一方面，文本中所采用的“该方认为（that party considers）”似乎又暗示着对“可行或有效”（practical or effective）完全是起诉方的主观衡量问题。另一方面根据第 22 条第 6 款的规定，是由仲裁人认定第 22 条第 3 款所列的原则和程序是否得到遵守，这又表明着应当采用客观标准。而且，即使是后者的解释是正确的，像“可行”、“有效”、“严重”的用语是非常宽泛的。目前还没有形成关于“可行”、“有效”、“严重”认定的具体标准，需要由第 22 条第 6 款的仲裁人在实践中予以进一步澄清。

2、报复的异议程序

第 22 条第 6 款和第 7 款规定了报复的异议程序。DSU 报复异议程序存在的问题首先便是本款程序与第 21 条第 5 款程序以及和第 22 条第 2 款程序在时间框架下的矛盾；^[132]其次，本款现有的规定并没有解决起诉方在进行中止减让或其他义务的过程中争端双方争议的解决问题，因为本款规定的仲裁期限是在合理期限结束后 60 天之内完成。而中止减让或其他义务的期间一般都超出 60 天的时间，那么如果起诉方在进行中止减让或其他义务的过程中有关成员产生异议，按照现有的 DSU 的框架并不能提供一个解决此异议的程序。

在第 21 条第 5 款程序对利益的丧失或减损程度做出认定以后，本款仲裁程序所要解决问题便是在报复的实施过程中有关成员对报复方报复的程度以及是否遵循第 22 条第 3 款程序和原则的异议。在明确了本款仲裁程序的职权范围以后，应当再进一步规定：

第一，如原专家组仍可请到，则此类仲裁应由原专家组作出。总干事应确定原专家组是否仍可请到。如果原专家组无法请到，而且争端双方无法就代替人选达成协议，应任何一当事方的请求，总干事应当在此时向提交仲裁后 5 天之内，与当事方协商后，从第 8 条的专家名册中任命一仲裁人。此仲裁人应解释为一个人或一小组。^[133]

第二，本款仲裁应当在此事项提交仲裁以后 30 天之内，结束仲裁并将仲裁裁决散发给各成员方。为了保证在仲裁期限内顺利进行仲裁，起诉方和有关成员应向仲裁人提供足够的信息和数据。^[134]起诉方不得在仲裁过程中中止减让或其他义务。

第三，应要求，仲裁人应审查起诉方中止的程度是否等于利益丧失或减损的程度或者是否遵循了第 3 款所列原则和程序。各方应将仲裁人的决定视为最终决定予以接受，有关各方不得寻求第二次仲裁。仲裁人的决定应迅速通知 DSB。如果本款程序的仲裁人认定起诉方正在采取的中止减让或其他义务的程度与经过认定的利益丧失或减损程度不相当或者第 22 条第 3 款程序和原则未得到遵守的话，应有关成员的请求，DSB 应当要求起诉方修改其报复措施，除非 DSB 经协商一致拒绝该请求。

3、报复终止程序

第 22 条并没有明确规定了在有关成员其后采取了符合适用协定的措施的情况下中止减让的取消问题。第 8 款仅仅规定中止减让维持至被认定与适用协定不一致的措施已经被取消、有关成员已经提供了解决办法或已达成双方满意地解决办法。达成双方满意地解决方法的情况比较明确，但是如何构成一个“解决办法”或者相关措施“已经被取消”则会有很大的争议。第 22 条也没有明确规定解决这些争议的程序机制。建议第 22 条第 8 款之后应当增加第 9 款，规定报复的终止程序。

第一，DSB 授权中止减让或其他义务后，如果有关成员已经消除了与 DSB 建议和裁决不一致的措施或者经 DSB 建议和裁决确认的利益的丧失或减损，有关成员可以要求 DSB 终止授权。有关成员应当以书面形式通知 DSB，详细说明其已经采取的措施。并请求召开 DSB 会议。^[135]DSB 应当在此请求提出之后 10 天内召开会议。在此会议上，DSB 应当撤回中止减让或其他义务的授权，除非 DSB 经过协商一致决定不撤回该授权，或者起诉方反对该撤回。

第二，如果起诉方反对有关成员要求 DSB 撤回授权，或者如果起诉方和有关成员在报复进行期间是否存在为遵守建议和裁决所采取的措施或此类措施是否与适用协定相一致的问题上存在分歧，此分歧应当通过援用第 21 条第 5 款程序加以解决。

第三，如果第 21 条第 5 款程序的专家组或上诉机构认为有关成员已经采取了与适用协定相一致的执行措施，在 DSB 通过报告的同一次会议上应当撤回授权。在 DSB 撤回授权以后，起诉方不得继续中止减让或其他义务。

第四，如果第 21 条第 5 款程序的专家组或上诉机构认为有关成员所采取的措施被认

定为与一适用协定不一致或者与 DSB 的建议和裁决不一致时，并由于此措施在中止减让或其他义务期间造成的利益丧失或减损的程度做出认定，在 DSB 通过报告的同一次会议上，应当要求有关成员对起诉方进行补偿。补偿的程度相当于在中止减让或其他义务期间造成的利益丧失或减损程度的 2 到 3 倍，除非 DSB 经过协商一致拒绝。同时要求有关成员在一定期间内使其措施与适用协定相一致。

在这里笔者建议的惩罚性赔偿主要原因在于：

(1) 以防止有关成员为了自身利益，无休止地通过援引争端解决程序而变相地维持与 WTO 不一致的措施，而给整个多边机制造成损害。因此还是在此情况下，由 DSB 对有关成员作出惩罚性的强制补偿。

(2) 作出 2—3 倍的赔偿数额，主要是为了考虑赔偿的有效性。在进行报复时，其中止减让或其他义务的程度已经包括了在执行的合理期限造成的利益丧失或减损的程度。因此在这里，就不应当包括在补偿的范围内，应当仅仅就在中止减让或其他义务期间有关成员还未采取与适用协定相一致的措施而造成的利益丧失或减损的程度进行强制补偿。

(3) DSB 不管是终止授权还是要求进行惩罚性赔偿，都是在通过第 21 条第 5 款程序的专家组报告或上诉机构报告通过的同一次会议上作出决定的，有利于节省时间，而且反向一致协商原则的确立有利于赔偿性赔偿原则的有效运作。

第四章 执行监督

一、执行监督概述

“为所有成员的利益而有效解决争端，迅速符合 DSB 的建议和裁决是必要的。”^[136]但是在具体实践中，并不是所有的有关成员都能迅速地符合 DSB 的建议和裁决。作为败诉方的有关成员，往往不愿意采取执行措施。特别是在关涉到争端双方重大利益或者是双方分歧比较大的情形下，有关成员更是想方设法利用 DSU 提供的程序上的可能性，拖延执行甚至怠于采取执行措施，如几乎所有的争端中执行方都要求要有一个执行的合理期限；在不少争端中，有关成员有意地利用磋商程序，拖延执行时间；由于对报复作为临时措施的误解，有不少国家宁愿接受报复也不愿意采取执行措施等等。

因此，DSU 重视对执行的监督。在 DSU 下，主要通过三种途径对有关成员的执行进行监督，保证 DSB 建议和裁决的实施。

第一，狭义的执行监督：来自于 DSB 的监督。DSU 第 21 条第 6 款规定：“DSB 应监督已通过的建议和裁决的执行……。除非 DSB 另有决定，否则执行建议和裁决的问题在按照第 3 款确定合理期限之日起 6 个月后，应列入 DSB 会议的议程，并应保留在 DSB 的议程上，直到该问题解决。在 DSB 每一次会议召开前至少 10 天，有关成员应向 DSB 提交一份关于执行建议和裁决进展的书面情况报告。”在每次的 DSB 会议上，DSB 都要对该有关成员的书面情况报告进行审查。在每年度的“Dispute Settlement Body Annual Report”中，一项重要的内容便是“Surveillance of implementation of recommendations adopted by the DSB”，对有关成员的执行情况进行通报。^[137]

第二，广义的执行监督：来自起诉方的监督。除了 DSB 对有关成员的执行行为进行监督以外，执行监督机制中还包括了起诉方的监督。第 21 条条文本身的标题便是“对执行建议和裁决的监督”。起诉方可以援引第 21 条第 3 款（c）项，要求对执行的合理期限作出仲裁；通过援引第 21 条第 5 款程序要求确认有关成员是否采取了执行措施，以及执行措施是否与适用协定相一致；在有关成员未能在合理期限内采取执行措施与适用协定相一致的情况下，起诉方还可以要求进行补偿磋商；在磋商不成时，起诉方可以要求 DSB 授权对其进行中止减让或其他义务以促使有关成员完成执行。起诉方通过这些机制可以达到监督执行的作用。

第三，最广义的监督：来自其他成员方的监督。DSB 第 6 条规定：“……在建议和裁决通过以后，任何成员可随时在 DSB 提出有关执行的问题。”DSU 第 21 条第 6 款也规定：“……在建议和裁决通过以后，任何成员可随时在 DSB 提出有关执行的问题。”因此，DSU 允许争端双方以外的其他成员方在 DSB 会议上对执行问题提出意见，从而起到一种监督执行的作用。此种机制具有特殊意义：如果有关成员未采取执行措施或者执行措施与适用协定不一致，或者争端双方通过达成“双方满意地解决方案”或补偿安排而继续采取与 WTO 不一致的措施，不仅会对起诉方的利益的丧失或减损，而且在整个多边体制下也会影响到其他成员方的利益。从维护其他成员方的利益以及整个多边机制的目的出发，应当允许其他成员对争端双方的执行进行监督。

二、执行监督的加强

（一）加强在合理期限内的监督

为了迅速符合 DSB 的建议和裁决以保障全体成员的利益，有关成员应当善意地、迅速地采取执行措施，使其国内措施符合 DSB 的建议和裁决。换句话说，有关成员在合理期限内负有执行义务。

根据现有的 DSU 的规定,在有关成员“通知 DSB 关于其执行 DSB 建议和裁决的意向”和成员方合理期限期满之后之间,有关成员几乎没有被课以具体的义务。该成员没有被要求确认其即将撤销的行为或即将实施的措施,也没有被要求将有关的执行日程表具体化。它也不必和起诉方进行磋商。除了最终要求在合理期限完成之时败诉方应完全符合 DSB 的建议和裁决之外,其间有关成员仅有的义务便是在合理期限确定之日起 6 个月之内,败诉方应在每次 DSB 会议前提交书面情况报告。但此书面报告可以非常具体也可以非常含糊,败诉方可以根据需要进行选择。^[138]而且如果败诉方将合理期限作为规避其义务的工具,DSU 的条款也无法阻止这样的结局的发生。

例如,在欧共体香蕉案中,在被要求向 DSB 通知其执行的意向开始,欧共体就拒绝将其执行计划具体化。欧共体仅仅含糊地表示将遵循“国际义务”,而且在谈判合理期限时,也拒绝使用“执行”这个词。而且,欧共体一再显示了其不愿意更正违法措施,在合理期限开始 4 个月之后,在数次拒绝了起诉方要求磋商的请求后,欧共体发布了一个新的香蕉修正案,依然保留了原香蕉体制的歧视体制。之后,尽管起诉方在 DSB 会议上多次重申这一新的修正案不能构成与 DSB 的建议和裁决相一致,欧共体坚持拒绝对该修正案进行实质性修改。1998 年 7 月 20 日,欧共体农业部长理事会正式通过对香蕉体制的修正案。而欧共体提交给 DSB 的书面情况报告中,都轻描淡写地表示执行已经取得“重大进展”(significant progress)。^[139]

为了加强在执行的合理期限内的多边纪律,应当完善 DSU 的有关规定,加强监督力度:

第一,DSB 应当监督已经通过的建议和裁决的执行。在建议和执行通过以后,任何成员可随时在 DSB 提出执行问题。

第二,除非 DSB 另有决定,否则执行建议和裁决问题在按照第 21 条第 3 款确定合理期限经过一半以后或者按照第 3 款确定合理期限之日起 6 个月后,应列入 DSB 会议的议程,并应保留在 DSB 的议程上,直到该问题得到解决。^[140]在每次会议召开前至少 10 天,有关成员应向 DSB 提交一份关于执行建议或者裁决进展的书面情况报告。

第三,有关成员提交的书面报告,应当具体明确。该报告应当包括:(1)有关成员采取执行措施的日程表;(2)在每次 DSB 会议之间已经采取的何种措施;(3)将在下次会议之前完成哪些措施等。起诉方可以在 DSB 会议上就书面报告提出意见。

第四,如果起诉方对执行措施存在争议,并对有关成员提出磋商请求,有关成员应当和起诉方进行磋商,而且不得拒绝。磋商结果应当通知 DSB。如果在合理期限内双方无法达成磋商协议,起诉方应当等到合理期限结束之后援引执行异议程序。

(二) 加强对双方同意的解决方案的监督

我们知道 DSU 在争端解决中十分注重对磋商的运用,几乎可以说在争端解决的每一个过程都允许争端双方通过磋商达成双方满意的解决方案。“各成员确认决心加强和提高各成员适用的磋商程序的有效性。”^[141]但 DSU 第 21 条和第 22 条并没有对磋商结果的执行问题规定任何程序。其原因在于既然磋商达成了争端双方相互满意地解决方案,显然应当由争端双方自行安排执行问题。但是这并不意味着争端双方不会存在执行争议。在双方达成协议以后,仍然有可能存在这样的情况:起诉方和有关成员就后者是否遵守双方同意的解决办法中确定的期限和条件存在分歧。另外,作为外交手段的磋商具有其无法克服的缺点:如果由于争端双方经济实力相差悬殊,谈判的结果往往不利于对经济小国,而 DSU 仅仅规定了“通知 DSB 及有关理事会并在这些机构中任何成员可提出与此有关的任何问题”的监督机制。因此应当通过一个多边程序加强对双方同意的解决方案进行审查监督。

笔者认为第 21 条第 5 款的执行异议程序可以承担此任务。如果起诉方和有关成员就后者是否未遵守第 3 条第 6 款下已经作出通知的双方同意的解决办法中确定的期限和条件

从而与适用协定不一致存在分歧，起诉方可以援引第 21 条第 5 款的执行异议程序予以解决。如果 DSB 认定有关成员未遵守第 3 条第 6 款下已经作出通知的双方同意的解决办法中确定的期限和条件从而与适用协定不一致，起诉方可以根据第 22 条要求补偿或者要求 DSB 授权中止减让或其他义务。

（三）加强对报复的监督

DSU 第 22 条第 8 款规定“DSB 应继续监督已通过的建议和裁决的执行，包括那些已提供补偿或已中止减让或其它义务、而未执行旨在使一措施符合有关适用协定的建议的案件”。但是本款并没有明确规定 DSB 如何监督报复方采取报复措施。为了维护报复措施的多边纪律，应当加强对报复措施的监督，明确监督程序和措施。建议对报复方课以通告义务。报复方应当在 DSB 授权之后 3 个月之内通知 DSB 以及相关委员会，通告其所采取的报复措施。此后，每 3 个月通告一次，直到不再采取报复措施。被报复方可以援引第 22 条第 6 款、第 7 款报复异议程序的方法起到对报复的监督作用：被报复成员方对报复方报复的程度以及是否遵循第 22 条第 3 款程序和原则存有异议，应当通过仲裁解决。

第五章 对发展中国家的特殊考虑

建立 WTO 的一个重要目标在于“进一步认识到需要做出积极努力，以保证发展中国家、特别是其中的最不发达国家，在国际贸易增长中获得与其经济发展需要相当的份额”。^[142]在 WTO 的一系列文本中，规定了对发展中国家和最不发达国家“区别的和更优惠”的待遇。在 DSU 的执行程序中，也注重对发展中国家的特殊考虑。主要体现在 DSU 第 21 条第 2 款、第 7 款和第 8 款的规定之中

一、确定合理期限时的特殊考虑

作为执行方的发展中国家，其国内的具体困难可以成为第 21 条第 3 款 (c) 项中的“具体情况”，仲裁人应当予以考虑。在援引第 21 条第 3 款 (c) 项的仲裁程序中，仲裁人多次提到：第 21 条第 3 款 (c) 项下仲裁人必须充分考虑到在特定的争端中发展中国家执行 DSB 建议和裁决要面临的巨大困难。^[143]但是，应当注意的是：

第一，仅仅指明发展中国家是不够的，还应当具体说明作为发展中国家所面临的具体困难。在智利联合定价系统和保障措施案中，由于智利并没有指明其具体困难，因此在确定执行的合理期限时，仲裁人并不予以考虑。

第二，发展中国家面临的困难应当达到一定的程度。印度尼西亚与汽车有关措施案中，印度尼西亚提出要求，由于亚洲金融危机使印度尼西亚面临着严峻的国内经济形势和金融危机 (in a dire economic and financial situation)，失业人口大量增加，经济正处于崩溃边缘 (near collapse)。^[144]在阿根廷皮革案中，仲裁人也对阿根廷国内严峻的经济和金融问题 (severe economic and financial problems) 予以了考虑。^[145]

第三，争端双方均为发展中国家时，应当兼顾双方的利益。智利联合定价系统和保障措施案中，作为发展中国家的智利要修改长期推行的联合定价系统所要面临的诸多困难，作为发展中国家的阿根廷由于联合定价系统这一违反 WTO 的措施而无法进入智利农业市场。但是在该案中，由于智利并没有指明其所面临的具体困难，而没有得到仲裁人的支持，因此如何平衡双方当事人的利益目前还不得而知，有待于新的实践。

二、确定补偿和中止减让程度时的特殊考虑

迄今为止，由 DSB 授权发展中国家对发达成员进行中止减让或其他义务的争端便是欧共体香蕉案。厄瓜多尔要求 DSB 授权其在 TRIPs、GATs、GATT1994 协议下高达 4 亿 5 千万美金对欧共体进行报复。欧共体援引了第 22 条第 6 款程序反对厄瓜多尔提出的中止程度。在仲裁中，厄瓜多尔根据第 21 条第 8 款，要求仲裁人在确定利益的丧失或减损程度时，应当考虑到欧共体香蕉体制对作为发展中国家的厄瓜多尔经济的影响。但是本案仲裁人在作出仲裁结论时并没有详细论述其是如何考虑发展中国家的特殊利益，仅仅含糊的表示“当争端是由发展中国家提起时，在考虑何种行动为适当时，不仅应当考虑争议措施所覆盖的贸易领域，而且还要考虑到争议措施对发展中国家经济的影响。”^[146]

现在还没有 DSB 授权发达成员对发展中国家进行中止减让的争端。仅有的一个争端便是在巴西飞机出口融资项目案中授权加拿大对巴西采取反补贴措施。但是在该争端中，并没有提到发展中国家的问题。

三、加强对发展中国家的特殊考虑

考虑到发展中国家的利益，在执行程序的安排上应当向发展中国家进行倾斜，特别是

在执行的合理期限、补偿和中止减让上应当对发展中国家规定区别于发达国家、更优惠的程序权利。

（一）关于执行的合理期限的特殊考虑

在确定执行的合理期限时，总的原则便是：如果有关成员为发展中国家时，发展中国家应当有一个较长的执行期限；而发达国家作为执行方时，发达国家应当在一个较短的执行期限，以迅速地符合 DSB 的建议和裁决。

在援引第 21 条第 3 款（c）项的仲裁程序确定执行的合理期限时：第一，如果发展中国家作为执行方时，仲裁人应当适用“15 个月”的指导方针，而不是“可能的最短期限”的指导方针。也就是说，仲裁人应当充分考虑到发展中国家的“具体情况”，包括发展中国家所要采取的措施的复杂程度、国内的经济情况等因素，尽量给予发展中国家一个比较长的合理期限。^[147]一般情况下可以给予 15 个月左右的期限，如果情况比较特殊还可以再延长。当然，如果发展中国家认为不需要这么长的合理期限不在此限。发展中国家应当以具体事实和理由说服仲裁人。第二，如果发达国家为执行方时，仲裁人在确定执行的合理期限时，应当适用“可能的最短期限”的指导方针。在任何情况下，不能给予超过 15 个月的执行期限。

（二）关于执行异议程序的特殊考虑

如果发展中国家参加了第 21 条第 5 款的执行异议程序，也应当对发展中国家予以特殊考虑。

第一，如果发达国家援引执行异议程序起诉发展中国家，专家组或上诉机构应当对发展中国家的具体情况给予全面合理的考虑；为发展中国家提供更多的辩护机会或者解释其中的困难；经过协商以后，专家程序的时间可以从 90 天延长到 120 日；鼓励发达国家对发展中国家予以同情的考虑。

第二，如果发展中国家援引执行异议程序起诉发达国家，第 21 条第 5 款的程序中，90 天的期限必须严格遵守；在确定发达国家对发展中国家造成的利益的丧失或减损程度时，应当全面、客观、合理。

（三）关于补偿的特殊考虑

尽管补偿安排是争端双方相互协商双方接受的结果。但是仍然应当对发展中国家予以特殊的考虑。

第一，如果发展中国家对发达国家作出补偿，首先 DSU 应当鼓励发达国家充分考虑到发展中国家的具体情况，在补偿的形式和数额上，对发展中国家作出适当的减让。其次，应当严格遵循补偿的自愿性原则，禁止发达国家以单边措施强迫发展中国家接受对其不公平的补偿安排。

第二，如果发达国家对发展中国家作出补偿，首先 DSU 应当鼓励发达国家作出比利益的丧失或减损程度更多的补偿；其次，应当禁止发达国家以单边措施强迫发展中国家接受对其不公平的补偿安排。

（四）关于报复的特殊考虑

在 DSU 的执行程序中，最应当对发展中国家予以特殊考虑便是报复阶段。一方面，由于发展中国家往往经济实力比较落后，经济基础比较薄弱，产业结构比较单一，如果发达

国家对其采取报复措施特别是对一些关键性产业进行报复的话，往往会给发展中国家的国内经济带来巨大的压力，有的可能成为致命打击。显然与“提高生活水平、保证充分就业、保证实际收入”和“可持续发展”这些 WTO 的宗旨是相违背的。另一方面，由于发展中国家和发达国家之间经济力量的失衡以及国际贸易流向的失衡极大地限制了发展中国家行使 DSU 第 22 条赋予的权利。中止减让的经济成本对于发展中国家的消极影响远远超出对发达国家的影响，不仅无法起到报复的作用，而且又将进一步深化它们之间已经遭受严重损害的贸易关系。^[148]值得一提的是，交叉报复是由发达国家提议的并已经写入 DSU 中的，其目的主要是针对发展中国家的，希望能够更有效的迫使发展中国家做出让步。^[149]争端解决机制作为多边贸易体制的关键所在，这种对发展中国家的障碍意味着这个体制对发展中国家是不公平的，因此应当予以完善。

第一，发达国家对发展中国家采取中止减让或其他义务时，首先鼓励发达国家考虑到报复措施对争端双方特别是对发展中国家的不利影响；其次，应当严格地遵循 DSU 第 22 条规定的中止减让或其他义务的原则和程序。

第二，发展中国家对发达国家采取中止减让或其他义务时，为了考虑到发展中国家有效地运用报复措施，笔者建议：允许发展中国家直接进行交叉报复，中止减让或其他义务的程度可以是利益丧失或减损程度的 2-3 倍。

首先，应当允许发展中国家在要求对发达国家进行报复授权时，能够直接选择报复的具体部门，而没有必要遵循“相同部门——同一协定下的其他部门——其他协定的部门”这样的先后顺序，不须证明“相同部门中止减让或其他义务不可行或无效”和“对同一协定项下的其他部门中止减让或其他义务不可行或无效，且情况足以严重”，即可进行交叉报复。这一方面避免了发展中国家在举证证明“不可行或无效”和“情况足以严重”上的沉重负担，另一方面，也有利于发展中国家选择报复措施对其影响最小产业进行报复，将采取报复措施带来的危害性降低到最低程度。

其次，中止减让或其他义务的程度可以是利益丧失或减损程度的 2-3 倍。按照 DSU 的规定，中止减让或其他义务的程度应当等于利益的丧失或减损程度。但是，由于发达国家和发展中国家经济实力相差悬殊，如果仅仅将报复程度限定在利益的丧失或减损程度的话，那么可能对发达国家来说无关痛痒，不会产生实质性的影响，降低了报复的效应。因此笔者建议提高报复水平。需要强调的是，这并不是试图改变 WTO 体制维持成员间权利和义务的平衡这一基本精神，而是为了考虑到由于发达国家采取与 WTO 不一致的措施而对本来经济状况就不好的发展中国家带来更大的经济压力，在一定程度上也能保证发展中国家有效运用报复手段的效应。笔者认为将发展中国家中止减让或其他义务的程度限定在利益丧失或减损程度的 2-3 倍是比较合适的。当发展中国家向 DSB 提出要求时，DSB 应当予以批准，除非经过协商一致拒绝此请求。如果发达国家其后对发展中国家采取的报复措施存在争议的话，可以援引第 22 条第 6 款的报复异议程序通过仲裁予以解决。

再次，在 WTO 审议 DSU 中，有不少成员建议发展中国家可以对发达国家采取集体报复措施。集体报复是指当作为发达国家拒不执行 DSB 的建议和裁决时，可以由发展中国家和其他成员对该成员同时进行报复。集体报复措施将“自力救济”转化为集体救济，实施报复而付出的代价由集体分担，因此具有一定的意义。但是笔者以为：

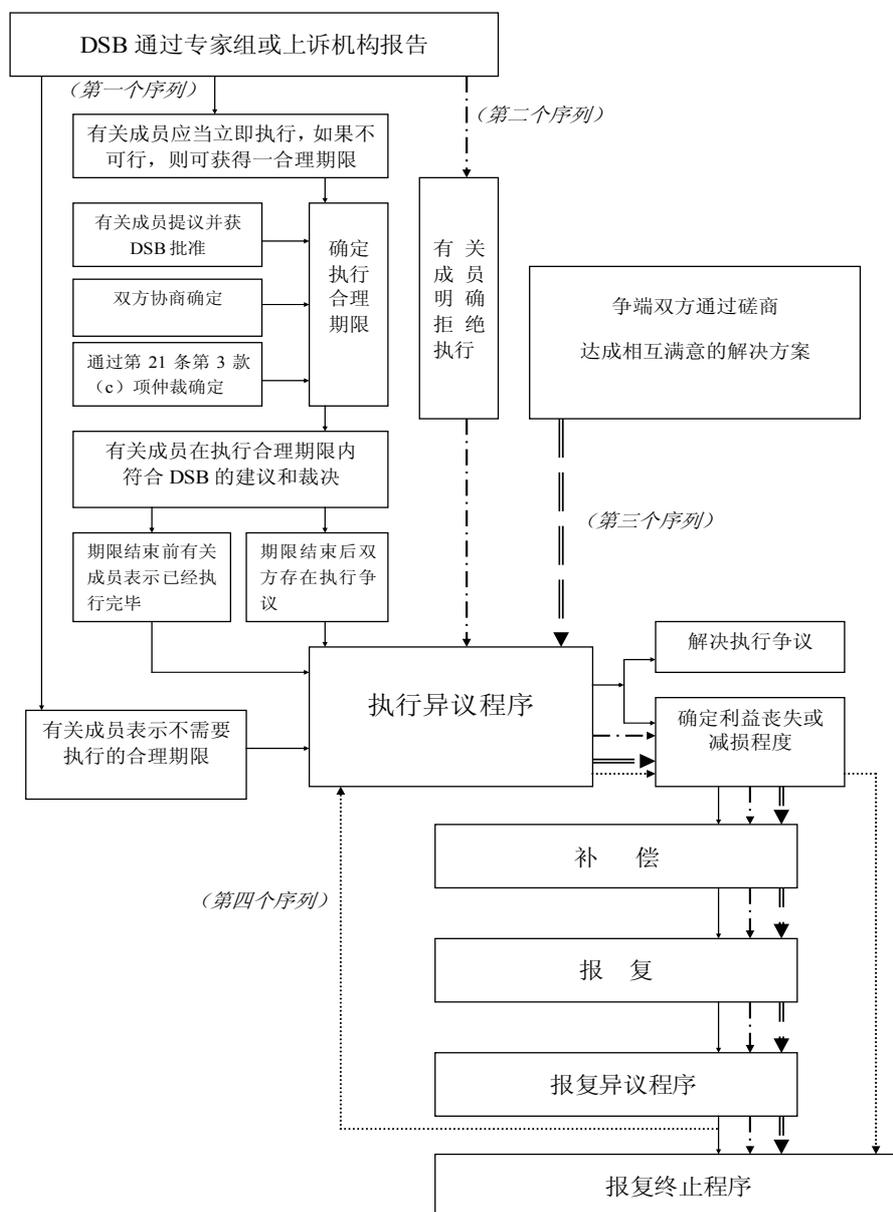
第一，这种集体报复措施并不能彻底地解决发展中国家无力报复而无法有效利用报复手段的问题，因为如果集体报复的对象是像美国、欧共体那样的超强经济实体，集体报复能否奏效，笔者是持怀疑态度的。

第二，更为重要的是，如果允许进行集体报复的话，那么就会与 WTO 规定的确定性和可预见性原则相违背。允许哪些国家参与集体报复、由谁决定参与集体报复的国家、参与集体报复国家的报复程度应当如何确定、如何进行集体报复、是否允许交叉报复等等一系列的问题，缺乏可操作性。

结 语

——DSU 执行程序的梳理与展望

一、 梳理 DSU 的执行程序：DSU 执行程序框架图



在对执行的合理期限、执行异议程序、补偿和中止减让、执行监督和对发展中国家的特殊考虑论述完之后，笔者在此以执行程序框架图对 DSU 的执行程序进行梳理。

1、DSB 通过专家组或上诉机构报告，有关成员愿意执行

图中的“——→”部分。在 DSB 通过专家组或上诉机构报告以后，有关成员没

有明确表示拒绝执行。此时，有两种可能：

第一，有关成员明确表示其不需要执行的合理期限，愿意立即执行 DSB 的建议和裁决。其后，如果争端双方存在执行争议，应当通过援引第 21 条第 5 款的执行异议程序予以解决。如果该款程序的专家组或上诉机构认为有关成员的执行措施与适用协定不一致，则进入第 22 条的“补偿和中止减让”程序。争端双方首先应当就补偿进行谈判。如果争端双方无法达成补偿协议，起诉方可以要求 DSB 授权对有关成员中止减让或其它义务。争端双方可以通过第 22 条第 6 款的报复异议程序解决有关成员对报复方的报复异议，通过报复终止程序终止报复。

第二，有关成员要求执行的合理期限，则应当通过第 21 条第 3 款的三种方法确定执行的合理期限。在执行的合理期限内，有关成员应当采取执行措施执行 DSB 的建议和裁决。如果争端双方存在执行争议^[150]，应当通过援引第 21 条第 5 款的执行异议程序予以解决。如果该款程序的专家组或上诉机构认为有关成员的执行措施与适用协定不一致，则进入第 22 条的“补偿和中止减让”的相关程序。

2、DSB 通过专家组或上诉机构报告，有关成员明确拒绝执行

图中的“- · · · ▶”部分。在 DSB 通过专家组或上诉机构报告以后，有关成员明确表示拒绝执行 DSB 的建议和裁决，那么起诉方可以直接援引第 21 条第 5 款的执行异议程序，由该款程序的专家组或上诉机构对有关成员造成的利益丧失或减损程度做出认定以后，进入到第 22 条的“补偿和中止减让”的相关程序。

3、争端双方通过磋商达成双方满意的解决方案后，争端双方就执行该方案产生执行争议

图中的“= ➡”部分。争端双方通过磋商达成双方满意的解决方案以后，起诉方和有关成员就后者是否遵守双方同意并已经通知 DSB 的解决办法中确定的期限和条件存在分歧，也应当由第 21 条第 5 款的执行异议程序予以解决。如果 DSB 认为有关成员未遵守双方同意的解决方案从而与适用协定不一致，那么就进入到第 22 条的“补偿和中止减让”的相关程序。

4、报复终止程序

图中的“.....▶”部分。如果在报复进行期间争端双方存在执行争议，或者有关成员要求 DSB 终止授权报复时，起诉方表示反对的，此两种情况都应当通过援引第 21 条第 5 款的执行异议程序予以解决。如果该款程序的专家组或上诉机构认为有关成员已经采取了与适用协定相一致的执行措施，DSB 应当撤回报复授权；如果该款程序的专家组或上诉机构认为有关成员的措施与适用协定不一致时，并对由于此措施而给起诉方在报复期间造成的利益丧失或减损程度做出认定以后，由 DSB 要求有关成员对起诉方进行强制性补偿。补偿的程度相当于在报复期间造成的利益丧失或减损程度的 2 到 3 倍。

二、展望

正如本文论述，DSU 执行程序内容丰富，意义更为重大，甚至已经成为影响 WTO 争端解决机制能否真正发挥作用的主要因素。如何完善 DSU 执行程序已经成为 WTO 的焦点议题之一。

根据 1994 年《关于实施与审议〈关于争端解决规则与程序的谅解〉的决定》，WTO 部

长级会议应该在《马拉喀什建立世界贸易组织协定》生效后 4 年内，完成对世界贸易组织下争端解决规则和程序的全面审议，并在完成审议后的第一次会议上就是否继续、修改或终止此类争端解决的规则和程序作出决定。DSB 自从 1997 年底开始此项审议，并根据各成员方提交的修改建议，举行了一系列的非正式会议。许多成员方已经清楚地意识到修改 DSU 的必要性。但是无法就审议结果达成一致。而多哈回合部长宣言要求成员方进行磋商谈判并在 2003 年 5 月份以前达成协议。谈判的基础便是各成员方提交的建议。^[151] 其后，部分成员又相继提交了各自修改 DSU 的建议。从成员方提交的修改建议中来看，大多数集中在澄清和修改 DSU 第 21 条和第 22 条规则上。这也充分说明了 DSU 执行程序已经引起了广泛的关注，修改 DSU 的执行程序已经成为 WTO 成员方的一个共识。

但是令人遗憾的是，磋商谈判进展不是特别顺利，本文写到这里已经是 2003 年 5 月底了，但是 WTO 成员方并没有按照多哈会议拟定的议程，达成关于修改 DSU 的协议。2003 年 5 月 28 日，WTO 的总干事素帕差先生再一次敦促 WTO 成员方以务实（pragmatic）合作的态度进行改进和澄清 DSU 规则的磋商谈判。^[152]

但是，笔者相信，随着 WTO 争端解决机制的良好运作，国际社会将越来越会意识到一个具有完善的执行机制的 WTO 争端解决机制对建立一个稳定、公正的国际经济新秩序所具有的重大意义。笔者也相信 WTO 全体成员的共同努力，一定会设计出一个具有确定性的、可预见性的、运作良好的争端解决机制的执行程序。在此，笔者愿意借用世贸组织的一句名言作为本文的结尾：争端解决机制就像是一块无价土地上一幢简单平房，花多少钱对它加以改建都是值得的。”^[153]

参考文献

[1]在 DSU 文本中，以“有关成员（the Member concerned）”作为执行 DSB 建议和裁决的成员方（执行程序中的执行方），亦即在专家组或上诉机构程序中的被诉方。本文遵循了 DSU 文本中的用法，执行程序中的执行方均用“有关成员”表示，而相对方则用“起诉方”表示。

[2]DSU 第 21 条第 1 款

[3]当然，根据 DSU 的相关规定，争端双方可以根据适用协定进行磋商，就争端达成双方同意的解决办法。（DSU 第 3 条第 6 款）。对这“双方同意的解决方案”在执行过程中也有可能产生争议，但是在目前的 DSU 框架没有提供合适的解决方法，笔者在下文中也建议充分发挥第 21 条第 5 款程序的作用，运用执行异议程序解决此类执行争议问题。

[4] DSU 第 22 条第 1 款

[5]DSU 第 22 条第 3 款

[6] DSU 第 21 条第 1 款

[7] DSU 第 23 条第 1 款

[8]这是 WTO 首任总干事鲁杰罗的评价。

[9]见欧共体香蕉进口、销售和经销体制案。以下简称欧共体香蕉案

[10]United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Status Report by the United States, WT/DS2/10(Jan.10,1997)

[11] Canada—Certain Measures Concerning Periodicals, Status Report by Canada, WT/DS31/9(Mar.13,1998)

[12]India—Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Status Report by India, WT/DS50/10(Nov.12,1998)

[13]Argentina—Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items, Communication from Argentina, WT/DS56/14(July 7, 1998)

[14]United States—Anti-dumping Duty on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) of One Megabit or Above from Korea, WT/DS99/R(Jan. 29,1999)

[15]EC—Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products, Communication from the EC and Brazil, WT/DS69/9(Oct.23,1998)

[16] Japan—Measures Affecting Agricultural Products, Agreement Under 21.3(b) of the DSU, WT/DS76/9(June 15, 1999)

[17]United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Status Report by the United States, WT/DS58/15(July,15 1999)

[18]See Award of the Arbitrator,WT/DS207/14, WT/DS75/17, WT/DS84/15, WT/DS184/13, etc

[19]See Award of the Arbitrator, US – Hot-Rolled Steel, WT/DS184/13, 19 February 2002, para. 30,

[20]See Award of the Arbitrator, US – Hot-Rolled Steel, WT/DS184/13, 19 February 2002

[21]See Award of the Arbitrator, WT/DS54/15、 WT/DS8/15, WT/DS10/15, WT/DS11/13, WT/DS184/8

etc. 一般都表述为: Notwithstanding this extension of the time period, the parties stated that the arbitration award would be deemed to be an award made under Article 21.3(c) of the DSU.

[22] See Award of the Arbitrator United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea, WT/DS202

[23] See Award of the Arbitrator Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8, WT/DS10, WT/DS11

[24] See Peter Lichtenbaum: Procedural Issues in WTO Dispute Resolution, Michigan Journal of International Law, Summer 1998

[25] See Award of the Arbitrator, Japan—Taxes on Alcoholic Beverage, WT/DS8/15, WT/DS10/15, WT/DS11/13

[26] European Communities—Regime for the Importation, Sale, and Distribution of Bananas, WT/DS27

[27] See Award of the Arbitrator, European Communities—Regime for the Importation, Sale, and Distribution of Bananas, WT/DS27/15(Jan. 17, 1998)

[28] See Award of the Arbitrator, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26, 29 May 1998

[29] See Award of the Arbitrator, EC Measures Concerning Meat and Meat Products(Hormones), WT/DS26/15, WT/DS48/13, May 29, 1998

[30] See Award of the Arbitrator, Indonesia—Certain Measures Affecting the Automobile Industry, WT/DS54/15, WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12 (Dec.7, 1998)

[31] See Award of the Arbitrator, Australia—Measures Affecting Importation of Salmon, WT/DS18/9, 23 February 1999

[32] See Award of the Arbitrator, Korea—Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 June 1999

[33] See Award of the Arbitrator, Canada – Term of Patent Protection, para.37, 38, WT/DS170/10, 28 February 2001

[34] 其后只有在 United States – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan 案中, 仲裁人确定了 15 个月的合理期限。

[35] Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products, WT/DS207, 17 March 2003

[36] See Award of the Arbitrator, Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products, para.48, WT/DS207, 17 March 2003

[37] See Award of the Arbitrator, Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather , WT/DS155/10, 31 August 2001, paras.40 and 41.

[38] See Award of the Arbitrator, Canada – Pharmaceutical Patents, para.49, WT/DS114/13, 18 August 2000

[39] 如 Chile—Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products

[40] See Award of the Arbitrator, Korea – Alcoholic Beverage. para.42, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 June 1999. See, also, Award of the Arbitrator, United States – Section 110(5), para.32, WT/DS160/12,15 January 2001

[41] See Award of the Arbitrator, Korea – Alcoholic Beverages, supra, para.42. WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 June 1999.

[42] See Award of the Arbitrator, Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather , WT/DS155/10, 31 August 2001

[43] See Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of the DSU, Indonesia – Automobile Industry, WT/DS54/15, para.23; and Award of the Arbitrator under Article 21.3(c) of the DSU, Canada – Pharmaceutical Patents, para.52, WT/DS114/13, 18 August 2000

[44] See Award of the Arbitrator, Canada – Pharmaceutical Patents, para. 60, WT/DS114/13, 18 August 2000

[45] See Award of the Arbitrator, United States – Section 110(5), para. 42. WT/DS160/12,15 January 2001

[46] See Award of the Arbitrator, Canada – Patent Term, para. 58, WT/DS170/10, 28 February 2001

[47] See Award of the Arbitrator, Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products, para. 43, WT/DS207, 17 March 2003, also See Award of the Arbitrator, US – Section 110(5) Copyright Act. para. 46. WT/DS160/12, 15 January 2001

[48] Contribution of the Republic of Korea to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding of the WTO, Communication from the Republic of Korea. TN/DS/W/11,11 July 2002

[49] Contribution from the EC and its Member States to the Improvement and Clarification of the WTO Dispute Settlement Understanding, Brussels, 20 January 2003, Ref. 009/03 – Rev2

[50] 在本文的第四部分, 笔者还将指出第 22 条存在的问题, 并提出完善的建议, 其中有些制度也是和第 21 条第 5 款紧密联系在一起。

[51] 笔者在文后也要提到, 在援引本款程序的 11 个争端中, 只有欧共体香蕉案是在合理期限内快要结束时要求提起本款程序, 其余均在合理期限结束以后提出。

[52] Cherise M. Valles & Brendan P. McGivern. The Right to Retaliate under the WTO Agreements: the 'Sequencing Problem'[J]. Journal of World Trade, 34(2), 2000.

[53] WT/DS27/R, 22 May 1997, WT/DS27/AB/R, September 1997, adopted on 25 September 1997

[54] 因为根据第 22 条第 2 款的规定, 争端双方应当在合理期限结束后 20 天内达成补偿协议。

- [55] Cherise M. Valles & Brendan P. McGivern. The Right to Retaliate under the WTO Agreements: the 'Sequencing Problem'[J]. Journal of World Trade, 34(2), 2000.
- [56] Bananas Memorandum, posted on the website of the European Commission, 14 December 1998
- [57] Bananas Memorandum, posted on the website of the European Commission, 14 December 1998
- [58] WT/DS27/41, 18 December 1998
- [59] WT/DS27/40, 美国以及其他起诉方则反对欧共体起诉的合法性, 认为欧共体要求设立专家组不是为了审查香蕉体制与 WTO 的一致性, 而是为了同意欧共体关于第 21 条第 5 款的立场。但是根据反向一致原则, 在 1999 年 1 月 12 日的 DSB 会议上, 欧共体和厄瓜多尔根据第 21 条第 5 款要求设立专家组均予以设立。美国均没有参加了这两个程序。
- [60] Cherise M. Valles & Brendan P. McGivern. The Right to Retaliate under the WTO Agreements: the 'Sequencing Problem'[J]. Journal of World Trade, 34(2), 2000.
- [61] Statement by the DSB Chair on Bananas, DSB meeting of 29 January 1999: There remains the problem of how the panel and the arbitrators would coordinate their work, but as they will be the same individuals, the reality is that they will find a logical way forward, in consultation with the parties. In this way, the dispute settlement mechanisms of the DSU can be employed to resolve all of the remaining issues in this dispute, while recognizing the right of both parties and respecting the integrity of the DSU.
- [62] WT/DS27/RW/EEC, 12 April 1999
- [63] WT/DS18/R, 12 June 1998; WT/DS18/AB/R, 20 October 1998; Adopted on 6 November 1998
- [64] 本案第三方欧共体认为: "Canada had proposed a solution which would enable the parties to respect the sequence between Article 21.5 and 22." 美国也对加拿大和澳大利亚找到一个双方均接受的继续前进的办法表示欢迎。
- [65] WT/DS126/R, 25 May 1999; adopted on 16 June 1999
- [66] 在巴西飞机出口融资项目案和加拿大影响民用飞机出口的措施案中, 当加拿大和巴西在这两个关于飞机补贴案的执行产生争端时, 他们也用到了 SCM 协定的脚注来延长本应适用的 DSU 第 22 条的各个期限规定。1999 年 12 月 9 日, DSB 设立了第 21 条第 5 款的专家组来确定在巴西飞机出口融资项目案中巴西的执行措施是否与 WTO 一致, 在同次会议上, DSB 也设立了另外一个专家组, 来确定在加拿大影响民用飞机案中加拿大的执行措施是否与 WTO 一致。两个专家组都附上了加拿大和巴西所达成的将第 22 条的各个期限推迟至第 21 条第 5 款的专家组程序完成之后的两个协议。巴西飞机出口融资项目案: WT/DS46/R, 14 April 1999; WT/DS/AB/R, 2 August 1999; Adopted on 20 August 1999; 加拿大影响民用飞机出口措施案: WT/DS70/R, 14 April 1999; WT/DS70/AB/R, 2 August 1999; Adopted on 20 August 1999
- [67] 此种模式下, 第 22 条第 6 款的程序实际上起到了第 21 条第 5 款专家组程序的作用。
- [68] 参加世界贸易组织网站上的 "compliance panel report", 下文的一些统计数据也是笔者是根据 WTO 网站上面公布的案例及其裁决中统计出来的。参见:
http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm
- [69] WT/DS27/RW/EEC, 12 April 1999
- [70] 本争端执行的合理期限到 1999 年 1 月 1 日届满, 但是欧共体和厄瓜多尔分别于 1998 年 12 月 14 日和 12 月 18 日要求设立专家组。而 DSB 于 1999 年 1 月 12 日同时设立了两个专家组。
- [71] WT/DS126/RW, 21 January 2000
- [72] WT/DS99/RW, 7 November 2000
- [73] WT/DS27/RW/ECU, 12 April 1999
- [74] WT/DS126/RW, 21 January 2000
- [75] WT/DS27/RW/ECU, 12 April 1999, para.6.2
- [76] WT/DS46/RW, 9 May 2000
- [77] WT/DS132/AB/RW, 22 October 2001
- [78] WT/DS46/AB/RW, 21 July 2000
- [79] WT/DS70/AB/RW, 21 July 2000
- [80] WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, 3 December 2001
- [81] WT/DS132/AB/RW, 22 October 2001
- [82] WT/DS58/AB/RW, 22 October 2001
- [83] WT/DS108/AB/RW, 14 JANUARY 2002
- [84] WT/DS141/AB/RW, 8 April 2003
- [85] WT/DS46/RW/2, 26 July 2001
- [86] 事实上, 由加拿大、哥斯达黎加、捷克、厄瓜多尔、欧盟、匈牙利、日本、韩国、新西兰、挪威、秘鲁、斯洛文尼亚、瑞士、泰国和委内瑞拉等国在审议 DSU 的过程中就提出修改意见。
- [87] 笔者也建议应当通过本款程序加强对双方同意的解决方案的监督, 并且在报复终止程序中发挥作用。笔者将在后文中予以论述。
- [88] Contribution of the Republic of Korea to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding

of the WTO, TN/DS/W/11, 11 July 2002

[89]Contribution of Ecuador to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding of the WTO, Communication from Ecuador, TN/DS/W/9, 8 July 2002

[90]Contribution from the EC and its Member States to the Improvement and Clarification of the WTO Dispute Settlement Understanding, Brussels, 20 January 2003, Ref. 009/03 – Rev2

[91]关于此部分内容笔者将在本文第四章“执行监督”予以论述。

[92]本部分内容,笔者将在第三章“补偿和中止减让”中的“报复终止程序”中论述。

[93]这里涉及到与第 22 条第 6 款下的仲裁问题,笔者认为第 22 条第 6 款下的仲裁程序还是应当保留,具体理由将在后面论及。

[94]DSU 第 21 条第 6 款的规定提供了可能性:因为根据第 21 条第 6 款的规定,DSB 应当监督已经通过的提议或裁决的执行。而且除非 DSB 另有决定,否则执行提议或裁决的问题在按照第 3 款确定合理期限之日起 6 个月之后,应列入 DSB 会议的议程,并应保留在 DSB 的议程上,直到该问题解决。在 DSB 每一次会议召开前至少 10 天,有关成员应当向 DSB 提交一份关于执行提议或裁决进展的书面情况报告。因此,就是否存在未遵守建议和裁决所采取的措施或此类措施是否与适用协定相一致的问题上,专家组可以根据执行方历次提交的书面报告上做出一些判断。

[95]笔者将在本文的第六章中予以阐述。

[96]DSU 第 10 条第 2 款

[97]Proposal by Costa Rica—Third Party Rights, Communication from Costa Rica, TN/DS/W/12, 24 July 2002

[98]Contribution from the EC and its Member States to the Improvement and Clarification of the WTO Dispute Settlement Understanding, Brussels, 20 January 2003, Ref. 009/03 – Rev2

[99]司法部法规教育司.WTO 争端解决机制——规则、程序与实践[M].北京:法律出版社.2002, 322.

[100]中止减让或其他义务又称报复

[101]DSU 第 22 条第 1 款

[102]John H. Jakson.Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures: WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects[A].Anne D. Krueguered.the WTO As An International Organization[M].Chicago: the University of Chicago Press, 1998. 169.

[103]Judith H. Bello. the WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More[J].American Journal of International Law, July 1996.

[104]Geert A. Zonnekeyn.the Legal Status of WTO Panel Reports in the EC Legal Order – Some Reflections on the Opinion of Advocate General Mischo in the Atlanta Case[J].Journal of International Economic Law,1999(2):713-722

[105]陈卫东.从国际法角度评欧共体对 WTO 争端解决机制的政策与实践[J]法学论坛, 2000(4)

[106]在杰克逊看来,“仔细分析 DSU,至少有 12 条与其效力问题相关。所有这些条款的规定明显倾向于专家小组和上诉机构报告的法律义务说,即认为补偿只是一个临时性措施或者是退而求其次的措施,成员应使其国内措施与 WTO 规则保持一致,也就是说,对成员课以了实际履行的义务”。参见 John H.

Jakson. Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures: WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects[A]. Anne D. Krueguered. the WTO As An International Organization[M].Chicago: the University of Chicago Press, 1998.169

[107]如欧共体香蕉案。

[108]Joost Pauwelyn.Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-Toward a More Collective Approach[J]. America Journal of International Law, 2000(97):335-337.

[109]Contribution of the European Communities and its Member States to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding, Communication from the European Communities , TN/DS/W/1, 13 March 2002

[110]余敏友.世界贸易组织争端解决机制法律与实践[M].武汉:武汉大学出版社, 1998.285.

[111]赵维田.世贸组织(WTO)的法律制度[M].长春:吉林人民出版社, 2000, 448.

[112]张军旗.论 WTO 争端解决机制中的报复制度[J].上海财经大学学报, 2002(2).

[113]张军旗.论 WTO 争端解决机制中的报复制度[J].上海财经大学学报, 2002(2)

[114]这里的部门,对于货物,指所有货物;对于服务,指用于确认此类部门的现行“服务部门分类清单”中所确认的主要部门;^①对于与贸易有关知识产权,指 TRIPs 第二部分第 1 节、第 2 节、第 3 节、第 4 节、第 5 节、第 6 节或第 7 节所涵盖的知识产权的每一类别,或第三部门或第四部分下的义务。

[115]这里的协定包括了 GATT、GATs、TRIPs 等协定。

[116]《政府采购协定》第 22 条第 7 款:尽管有《争端解决谅解》第 22 条第 2 款的规定,但是在《争端解决谅解》附录 1 所列本协定外的任何协定项下产生的任何争端,均不得造成本协定项下减让或其他义务的中止,且本协定项下产生的任何争端不得造成上述附录 1 所列任何其他协定项下减让或其他义务的中止。

[117]欧共体先后两次援引了第 22 条第 6 款程序,分别针对美国和加拿大提出的报复请求,分别为:

WT/DS26/ARB, 12 July 1999 和 WT/DS48/ARB, 12 July 1999,

[118]欧共体也先后两次援引了第 22 条第 6 款仲裁程序,分别针对美国和厄瓜多尔的报复请求,分别为:

WT/DS27/ARB, 9 April 1999 和 WT/DS27/ARB/ECU, 24 March 2000,

[119]巴西援引, WT/DS46/ARB, 28 August 2000

- [120]美国援引, WT/DS108/ARB, 30 August 2002
- [121]加拿大援引, WT/DS222/ARB, 17 February 2003
- [122]笔者的数据来自 WTO 网站上公布的“Dispute Settlement Body Annual Report: Overview of the State of Play of WTO Dispute (2001)”的统计。一般情况下在每年的 8 月份对上一年度进行 overview, 2002 年的统计结果 WTO 网站没有公布。所以笔者的数据只是截止到 2001 年 8 月份。参见:
http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm
- [123]WT/DSB/M/59, 1999 年 4 月 19 日; WT/DSB/M/79, 2000 年 5 月 18 日
- [124]WT/DSB/M/65, 1999 年 7 月 26 日
- [125]WT/DSB/M/94, 2000 年 12 月 12 日
- [126]笔者甚至认为, 与包括联合国、国际常设法院、国际货币基金组织在内的一系列国际组织都没有像 WTO 这样一个具有明显司法色彩的机制。
- [127]李双元, 蒋新苗.世贸组织(WTO)的法律制度[M].北京: 中国方正出版社, 2001.509.
- [128]张军旗.论 WTO 争端解决机制中的报复制度[J].上海财经大学学报, 2002(2)
- [129]李双元, 蒋新苗.世贸组织(WTO)的法律制度[M].北京: 中国方正出版社, 2001.511. 王传丽.析世界贸易组织争端解决机制——兼评贸易报复[J].政法论坛.1996 年(4)
- [130]就像在合理期限内执行方采取何种执行措施一样, 也是执行方的主权权利。也正是因为采取何种报复措施是起诉方的主权权利, 所以第 22 条第 7 款明确规定:“按照第 6 款行事的仲裁人不得审查拟于中止减让或其他义务的性质”
- [131]Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding, Communication from Australia, TN/DS/W/8, 8 July 2002
- [132]笔者在本文第二章“执行异议程序”已经介绍过, 在此不予赘述。
- [133]Contribution of the European Communities and its Member States to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding, Communication from the European Communities, TN/DS/W/1, 13 March 2002
- [134]Proposal to Review Article 22.7 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute, Communication from the Philippines and Thailand, TN/DS/W/3 21 March 2002
- [135]Contribution of the European Communities and its Member States to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding, Communication from the European Communities, TN/DS/W/1, 13 March 2002
- [136]DSU 第 21 条第 1 款
- [137]See WT/DSB/3, 2 February 1996; WT/DSB/8, 28 October 1996; WT/DSB/10, 28 November 1997; WT/DSB/14, 27 November 1998; WT/DSB/21, 27 November 2000; WT/DSB/26, 12 October 2001; WT/DSB/29, 29 November 2002
- [138]Carolyn B. Gleason, Pamela D. Walther.The WTO Dispute Settlement Implementation Procedures: A System in Need of Reform[J]. Law and Policy in International Business.2000(Spring)
- [139] Status Report by the EC WT/DS27/17。
- [140]Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding,, Proposal by Japan, TN/DS/W/22, 28 October 2002; Negotiation on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding, Proposal by Ecuador, TN/DS/W/33, 23 January 2003
- [141]DSU 第 4 条第 1 款。赵维田先生形象地称 GATT/WTO 的争端解决机制是“外交和司法, 两条腿走路。”这里的外交途径便是磋商。
- [142]《马拉喀什建立世界贸易组织协定》前言
- [143]See Award of the Arbitrator, Chile – Alcoholic Beverages, para.45, WT/DS87/15, WT/DS110/14, 23 May 2000。又可见印度尼西亚有关汽车措施案、智利联合定价和保障措施案等裁决书。
- [144]See Award of the Arbitrator, Indonesia- Certain Measures affecting the Automobile Industry, para.8 & para.9, WT/DS54/15, 7 December 1998
- [145]See Award of the Arbitrator, Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather, para.51, WT/DS155/10, 31 August 2001
- [146]WT/DS27/ARB/ECU, 24 March 2000 para.136
- [147]See Improving the Special and Differential Provisions in the Dispute Settlement Understanding, Communication from China, TN/DS/W/29, 22 January 2003
- [148]See Negotiations on the Dispute Settlement Understanding, Special and Differential Treatment for Developing Countries. Proposals on DSU by Cuba, Honduras, India, Indonesia, Malaysia, Pakistan, Sri Lanka, Tanzania and Zimbabwe
- [149]John Croome.Reshaping the World Trading System: A History of the Uruguay Round[M]
- [150]其中, 争端双方的执行争议有两种情形: (1) 在执行的合理期限结束前, 有关成员已经通知 DSB 已经执行完毕, 其后争端双方存在执行争议, 可以直接援引执行异议程序; (2) 在执行合理期限结束以后, 争端双方存在执行争议。
- [151]参见 WTO 官方网站关于多哈宣言的解释:
http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm#top
- [152]See WTO NEWS, http://www.wto.org/english/news_e/pres03_e/pr343_e.htm

[153]原话是这样的：“关贸总协定就像是一块无价土地上一幢简单平房，花多少钱对它加以改建都是值得的。”参见赵维田.世贸组织（WTO）的法律制度[M].长春：吉林人民出版社，2000.453.

On the Compliance Procedure of dispute settlement mechanism under WTO

ZHENG Xiao-min

(School of Law, Renmin University of China, Beijing, 100872)

Abstract: The Compliance Procedure of the dispute settlement mechanism under WTO is the procedure by which the Member concerned implements the recommendations and rulings of the Dispute Settlement Body (DSB) according to Article 21 “Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings” and Article 22 “Compensation and the Suspension of Concessions” of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU). The Compliance Procedure is composed of five aspects: the reasonable period of time of compliance, the Determination Procedure of Compliance under Article 21.5, Compensation and the Suspension of Concessions, Surveillance of Compliance and the Special Consideration to the developing countries.

Key word: the Compliance Procedure; dispute settlement mechanism; WTO

收稿日期: 2003-5-02

作者简介: 郑小敏（1977—），福建莆田人，中国人民大学法学院国际法专业硕士研究生。