

WTO争端方以双边协议解决多边程序问题 ——以DSU“适用顺序”为视角*

甘翠平

(华东政法大学, 上海 201620)

摘要:《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)对第21.5条和第22条在程序适用上孰先孰后缺乏明确规定,且两条款项下的程序时限还存在冲突。WTO首例涉及“适用顺序”问题的案件通过将第21.5条程序并入第22条程序的“妥协”模式解决这一多边问题,但此案之后,包括中国在内的40多起案件的争端方,则在争端解决过程中通过达成适用于个案的双边协议模式解决,本文通过梳理总结已有的WTO争端解决实践对如何从根本上解决DSU适用顺序问题提出建议。

关键词: WTO争端解决; 适用顺序问题; 欧共体香蕉案; 双边程序协议

中图分类号: DF96 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7184(2014)03-16-11

一、DSU“适用顺序”问题概述

《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)是乌拉圭回合取得的最大成就之一,而关于专家组和上诉机构报告通过与执行的规定则是DSU最重要的组成部分。^①争端解决机构(DSB)通过专家组或上诉机构裁决和建议后,被诉方应告知其执行意向,如果无法立即遵守DSB裁决和建议,则应允许其有一段合理的执行期限,^②若在合理期限届满之时,被诉方未能将其违反WTO涵盖协定的措施与DSB建议和裁决相符,申诉方可采取DSU项下的“补偿”和“中止减让或其他义务”两种临时救济措施。^③DSU第21.5条是审查被诉方执行措施是否存在及其相符性的程序规定:“如果对于是否为遵守建议和裁决而采取了措施、或对于此类措施是否与适用协定相符存在分歧,则此争端也应通过援引这些争端解决程序加以决定。只要有可能,上述争端应提交原专家组解决,专家组应当在此事项向其提交后的90天内散发报告。如果专家组认为在此时限内不能出具报告,则应书面通知DSB造成延迟的原因以及预计提交报告的期限。”

对于被诉方没有采取执行措施或者执行措施仍与WTO涵盖协定不符的情形,

* 本文系上海市085教师公派出国访学进修项目、华东政法大学校级科学研究项目(2012-2014年)和上海地方高校研究生学术新人培育项目阶段性成果。

① [美]戴维·帕尔米特,[希]佩特罗斯·C·马弗鲁第斯. WTO中的争端解决:实践与程序(第二版)[M]. 罗培新,李春林,译. 北京:北京大学出版社, 2005.

② The Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), Art. 21.3.

③ DSU, Art. 22.1.

DSU第22条规定了贸易救济程序。^①第22.2条规定,如果有关成员未能使被认定与适用协定不一致的措施符合该协定,在合理期限届满后20天内,争端双方无法就补偿达成一致,申诉方可以向DSB请求授权中止减让。第22.6条进一步规定:“如发生第2款所述情形,应申诉方请求,DSB应在合理期限届满的30天内,授权中止减让或其他义务,除非DSB经协商一致拒绝该请求。”第22.2条要求合理期限届满后的30天中,前20天用于双方就补偿问题进行谈判,因此,根据DSU现有条款,申诉方仅有10天的时间,即从合理期限届满之日起的第20天至第30天,请求DSB授权中止减让。

从逻辑上说,似乎DSU第21.5条相符性审查程序应先于第22条救济程序进行,^②因为第22.6条仅仅适用于第22.2条描述的情形存在之情况,即有关成员“未能将其不符措施与适用协定相符。”^③但是,对于第21.5条和第22条之间的关系,DSU没有任何明确规定。申诉方寻求DSB授权报复之前,是否必须先由相符性专家组裁定败诉方执行措施不存在或不符合涵盖协定,这是DSU“适用顺序”问题的一方面,“适用顺序”问题的另一面体现在,完成第21.5条程序所需的时间与第22.6条规定的请求DSB授权中止减让的时限相冲突。根据第22.6条,DSB授权报复必须在合理期限届满的30天内做出,DSU没有任何条款可以确保第21.5条程序能够在合理期限届满后的30天内完成。实际上,从事项提交专家组起算至最后裁决报告散发的平均时间是212.77天,远远长于DSU第21.5条规定的90天期限。^④

二、WTO首例涉及“适用顺序”问题的案件及其解决模式

DSU第21.5条和第22条之间的“适用顺序”问题,第一次出现于“欧共体香蕉进口、销售及分销体制案”^⑤(亦称“欧共体第三香蕉案”,以下简称“香蕉案”)^⑥。

(一)“香蕉案”争端解决程序

专家组及上诉机构裁定,欧共体违反GATT1994等协定项下的义务,DSB于1997年9月25日通过裁决,1998年1月7日根据DSU第21.3条进行仲裁的仲裁人作出裁定,欧共体执行裁决的合理期限至1999年1月1日届满。1998年7月20日和10月28日,欧共体先后颁布第1637/98号、第2362/98号条例,确立新的香蕉进口体制,欧共体认为,这两项条例的通过,表明它已经完全执行了DSB的裁决。^⑦美国和厄瓜多尔等申诉方

① 朱榄叶. DSU第21.5条与第22条程序冲突及其解决[J]. 国际经济法学刊, 2011, 18(1): 1.

② Kim Van der Borgh, “The Reform of the Dispute Settlement of the World Trade Organization: Improving Fairness or Inducing Fear?” *Manchester Journal of International Economic Law*, 2007, 4(2): 28.

③ Tsai-Yu Lin, “Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform”, *The International Lawyer*, 2005, 39(4): 931.

④ 根据WTO官方网站上公布的数据统计,资料截止时间为2012年底。

⑤ *European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC- Bananas III)*, WT/DS27.

⑥ Sylvia A. Rhodes, “The Article 21.5/22 Problem: Clarification Through Bilateral Agreements?” *Journal of International Economic Law*, 2000, 3(3): 555.

⑦ *EC- Bananas III*, WT/DS27/17/Add.3 (1998年11月13日公布的欧共体关于执行DSB裁决的现状报告)。

对此表示异议,并在合理期限届满前于1998年9月8日向DSB提出,请求依据DSU第21.5条程序建立专家组以裁定欧共体新的香蕉进口条例是否符合WTO涵盖协定。^①这是WTO历史上首次请求成立第21.5条专家组以裁断败诉方执行措施与WTO适用协定的相符性。^②美国等成员方的请求遭到欧共体反对,欧共体认为,第21.5条程序必须等到欧共体合理期限届满方可启动。执行期限临近届满之时,因考虑到美国已经正式宣布会“单边决定”欧共体执行措施未能执行DSB裁决,1998年12月14日,欧共体向DSB主席提出建立第21.5条专家组请求,1998年12月18日,厄瓜多尔也请求成立第21.5条专家组。^③应欧共体和厄瓜多尔请求,DSB于1999年1月12日批准成立两个专家组。^④两天后,即1999年1月14日,也就是欧共体执行DSB裁决合理期限结束(1999年1月1日)后的第13天,美国向DSB提出中止减让的授权请求。^⑤欧共体对美国提出的减让金额表示反对,根据第22.6条提请仲裁。1月29日,DSB决定将事项提交第22.6条仲裁人。^⑥

对于DSU第21.5条相符性审查专家组程序和第22条贸易救济程序之间的先后顺序,欧共体认为,既然美国认为欧共体执行措施不符合WTO规则,根据DSU第21.5条,必需诉诸原专家组,由多边体制裁决而不是美国单方面决定,DSB裁定通过之前,美国不能申请授权中止减让。美国则辩称,第22条并不以第21.5条作为前提条件,如果不能在合理期限结束后的30天内提出授权请求,根据第22.6条,美国可能丧失获得DSB中止减让授权的权利,因为,第21.5条专家组不可能在合理期限结束后的30天内做出裁决。^⑦美国和欧共体指责对方企图破坏多边贸易体制,DSU第21.5条和第22条之间的内在矛盾以及争端双方争论升级,使得DSB运转几乎陷入危机。^⑧

本案中应被诉方欧共体请求成立的第21.5条专家组、应申诉方厄瓜多尔请求成立的第21.5条专家组以及应美国和欧共体共同请求以裁定中止减让水平的第22.6条仲裁人,同时展开工作,他们“在与争端方磋商后找到一种合乎逻辑的解决方案”,^⑨关于被诉方执行措施的相符性问题既可以由第21.5条专家组裁决,也可以由第22.6条仲裁人裁决,第22.6条不妨碍仲裁人审查执行措施的相符性,并将中止减让水平裁定为零。“香蕉案”的仲裁人就是本着这样的立场开展并完成了第22.6条仲裁程序,^⑩因

① EC- Bananas III, WT/DS27/21.

② Benjamin L. Brimley, “Bananas, Beef, and Compliance in the World Trade Organization: The Inability of the WTO Dispute Settlement Process to Achieve Compliance from Superpower Nations”, *Minnesota Journal of Global Trade*, 2001, 10(1):150.

③ EC- Bananas III, WT/DS27/41.

④ EC- Bananas III, WT/DS27/RW/EEC, I: para.1.4; WT/DS27/RW/ECU, I: para.1.3.

⑤ EC- Bananas III, WT/DS27/43.

⑥ EC- Bananas III, WT/DS27/ARB, para.1.1.

⑦ Kim Van der Borgh, “The Reform of the Dispute Settlement of the World Trade Organization: Improving Fairness or Inducing Fear?”, *Manchester Journal of International Economic Law*, 2007, 4(2):29.

⑧ 朱榄叶. DSU第21.5条与第22条程序冲突及其解决[J].国际经济法学刊,2011,18(1):11.

⑨ DSB主席于1999年1月29日举行的DSB会议上就“香蕉案”所做的声明; WT/DS27/ARB, para.4.9.

⑩ Sylvia A. Rhodes, “The Article 21.5/22 Problem: Clarification Through Bilateral Agreements?” *Journal of International Economic Law*, 2000, 3(3):555.

不能对第22.6条项下的仲裁裁决提起上诉,因此它也就具有了终局性。

(二) “香蕉案”裁决模式的影响及法律效果

“香蕉案”第22.6条仲裁裁决被此后的专家组^①援引,该案专家组认为,根据DSU第22条提起的仲裁程序可以履行第21.5条程序项下的职能,“有权对执行措施是否损害任何利益”以及“对利益造成损害的水平”进行评估。^②欧共体提出上诉。上诉机构否定了专家组的看法,上诉机构指出,DSU第21.5条和第22.6条之间的关系涉及重要的体制性问题,修改DSU或作出WTO协定第9.2条意义上的解释,不是专家组或上诉机构的职责,专家组错误地声称,第22.6条仲裁人能够裁定有关成员为遵守DSB裁决所采取的措施与WTO适用协定的相符性,上诉机构裁定,“专家组在此问题上的表述没有法律效果”。^③

(三) “香蕉案”解决“适用顺序”问题的模式分析

第21.5条相符性审查程序与第22.6条仲裁程序同时进行,且将欧共体执行措施是否符合WTO涵盖协定的审查并入第22.6条裁定美国提议的贸易报复水平是否适当的仲裁程序之中,^④仲裁人在没有参照相符性审查结论的情况下,分析了欧共体新的香蕉体制,并裁定其与WTO义务不符,并进一步裁定与不符措施造成的减损相等的中止减让水平。^⑤这种模式虽然化解了DSB险些陷入的程序危机,也解决了美国和欧共体之间的个案争端,但存在两大问题,第一,它模糊了第21.5条和第22条两种不同程序之间的界限,而根据DSU,这两者本应发挥着不同功能,而在“欧共体香蕉体制”案模式下,两个重大的裁决功能却被压缩在一个有限的时间表里。^⑥根据DSU第21.5条成立的专家组必须在90天内散发报告,而根据DSU第22.6条成立的仲裁庭则须在60天内作出仲裁裁决。将DSU第21.5条专家组裁决被诉方履行措施相符性的功能也由第22.6条仲裁庭来完成,则仲裁庭必须在60天内完成两项裁决,这无疑大大增加仲裁庭的负担。第二,它使得DSU第21.5条几乎失去意义。如果第21.5条专家组裁决功能可以由第22.6条仲裁庭一并完成,争端方或许会越过第21.5条程序,要求直接成立第22.6条仲裁庭来审查被诉方履行措施的存在性与相符性,因为仲裁程序更为快捷,且仲裁裁决具有终局性。^⑦两大程序合二为一的做法既不符合世界贸易组织的立法精

① *United States - Import Measures on Certain Products From the European Communities*, WT/DS165. 该案是继“香蕉案”后,因美国根据DSB授权,对来自欧共体的有关产品中中止关税减让,欧共体针对美国这些报复制裁措施而提起的争端。

② *United States-Import Measures on Certain Products From the European Communities*, WT/DS165/R, paras. 6.121-6.126.

③ *United States-Import Measures on Certain Products from the European Communities*, WT/DS165/AB/R, para. 37.

④ 朱榄叶,贺小勇.WTO争端解决机制研究[M].上海:上海人民出版社,2007.

⑤ [美]戴维·帕尔米特,[希]佩特罗斯·C·马弗鲁第斯.WTO中的争端解决:实践与程序(第二版)[M].罗培新,李春林,译.北京:北京大学出版社,2005.

⑥ Cherise M. Valles, Brendan P. McGivern, “The Right to Retaliate under the WTO Agreement: The ‘Sequencing’ Problem”, *Journal of World Trade*, 2000,34(2): 83-84.

⑦ 肖威.WTO争端胜诉方“申请授权报复”的程序问题研究[J].河北法学,2008,26(1):150-151.

神, 在履行DSU规定的程序时限方面也存在实际困难。

三、争端方以双边协议解决“适用顺序”问题

WTO成员方在总结“香蕉案”教训和经验基础上, 为促进争端解决, 通过达成双边程序协议的方式以克服DSU的程序漏洞和冲突。

(一) 不同协议模式概述

截止到2013年4月, WTO争端方在40多起案件(见表1)解决过程中, 签订适用于个案的程序协议, 试图解决短期内从根本上无法解决的DSU多边程序问题。双边程序协议又可以分成两种主要模式, 一种是双方协议同时或先后提及第21.5条及第22条程序, 但尽快请求第22.6条仲裁人中止工作, 直至第21.5条专家组或上诉机构作出裁定; 另外一种胜诉方先行提起第21.5条相符性审查专家组程序, 直至第21.5条程序结束后, 才能提起第22条项下中止减让授权程序。其中值得一提的是, 有5起案件涉及《补贴与反补贴措施协定》(SCM协定)规制的禁止性补贴措施, 他们与其他案件的不同之处在于, SCM协定有关条款^①明确赋予争端方在争端解决过程中的灵活性, 双方可协议延长本应适用的DSU项下的时限。这种模式下的协议也分为上述两类: 一类是先行提起第21.5条相符性审查程序, 基于该程序结果, 再决定是否提起第22条项下程序, 如“澳大利亚汽车皮革补贴”案、“巴西飞机出口补贴”案及“加拿大飞机补贴”案; 另外一类就是同时或先后提起第21.5条和第22条程序, 然后双方请求中止第22条程序, 直至第21.5条专家组或上诉程序结束, 如“美国外国销售公司”案以及“美国高地棉补贴”案。

表1 以双边协议解决DSU“适用顺序”问题的案件一览表^②

案件名称(编号)	协议达成时间	争端方	双边协议
1.澳大利亚影响鲑鱼进口措施(DS18)	1999年下半年 ^③	加拿大、澳大利亚	[DS/18/RW] ^④
2.澳大利亚车用皮革补贴(DS126)	1999/10/4	美国、澳大利亚	DS126/8
3.巴西飞机出口补贴(DS46)	1999/11/23	加拿大、巴西	DS46/13
4.加拿大飞机出口补贴(DS70)	1999/11/23	巴西、加拿大	DS70/9
5.美国虾及虾产品进口限制(DS58)	1999/12/22	马来西亚、美国	DS58/16
6.美国外国销售公司(DS108)	2000/10/2	欧共体、美国	DS108/12

(转下表)

① WTO, SCM Agreement, Art. 4 Footnot 6, Art. 4.10, Art.4.11 and Art. 4.12.

② 本表按照争端方达成程序协议的时间先后顺序排列。

③ 因为没有找到本案争端方达成的书面协议, 但根据专家组报告可确定双方达成一致的时间为1999年下半年。参阅: *Australia-Measures Affecting Importation of Salmon, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada*, WT/DS18/RW, para.1.3, para.1.7.

④ *Australia-Measures Affecting Importation of Salmon, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada*, WT/DS18/RW, para.1.3.

(接上表)

案件名称(编号)	协议达成时间	争端方	双边协议
7.加拿大影响牛奶进口及奶制品出口措施(DS103、DS113)	2000/12/21 2001/12/18	美国、新西兰、 加拿大	DS103/14 DS113/14 DS103/24 DS113/24
8.土耳其纺织品(DS34)	2001/3/8	印度、土耳其	DS34/13
9.欧共体对印度床单征收反倾销税案(DS141)	2001/9/13	印度、欧共体	DS141/11
10.泰国钢铁案(DS122)	2001/12/18	波兰、泰国	DS122/10
11.阿根廷皮革品(DS155)	2002/2/25	欧共体、阿根廷	DS155/12
12.美国对印度钢板反倾销反补贴措施(DS206)	2003/2/14	印度、美国	DS206/9
13.智利农产品保障措施(DS207)	2003/12/24	阿根廷、智利	DS207/16
14.日本影响苹果进口措施(DS245)	2004/6/30	美国、日本	DS245/10
15.美国《2000持续倾销和补贴补偿法》(DS217)	2004/12/23 2005/1/7 2005/1/11	澳大利亚、泰国、 印尼、美国	DS217/44 DS217/45 DS217/46
16.美国对加拿大某些软木最终反补贴税裁定(DS257)	2005/1/14	加拿大、美国	DS257/18
17.美国国际贸易委员会对加拿大软木进行反倾销反补贴调查(DS277)	2005/2/23	加拿大、美国	DS277/11
18.美国对加拿大软木做出最终反倾销裁定(DS264)	2005/5/27	加拿大、美国	DS264/18
19.美国《1998综合拨款法》(DS176)	2005/6/30	欧共体、美国	DS176/16
20.美国高地棉补贴(DS267)	2005/7/5	巴西、美国	DS267/22
21.美国热轧钢产品反倾销措施(DS184)	2005/7/7	日本、美国	DS184/19
22.美国对来自阿根廷的进口油管反倾销案复审(DS268)	2006/1/5	阿根廷、美国	DS268/14
23.美国影响赌博和博彩服务跨境提供措施(DS285)	2006/5/23	安提瓜巴布达、 美国	DS285/16
24.欧共体食糖出口补贴(DS265、DS266、DS283)	2006/6/8	澳大利亚、巴西、 泰国、欧共体	DS265/36 DS266/36 DS283/17
25.美国对墨西哥石油管产品反倾销措施(DS282)	2006/7/11	墨西哥、美国	DS282/12
26.欧共体无骨冷冻鸡块关税分类案(DS286、DS269)	2006/7/14 2006/7/26	泰国、巴西、 欧共体	DS286/18 DS269/16
27.墨西哥牛肉和大米反倾销措施(DS295)	2007/1/16	美国、墨西哥	DS295/15

(转下表)

(接上表)

案件名称(编号)	协议达成时间	争端方	双边协议
28.美国计算倾销幅度(归零法)法律、法规及方法(DS294)	2007/5/4	欧共体、美国	DS294/21
29.欧共体影响生物科技产品审批和销售的措施(DS291)	2008/1/14	美国、欧共体	DS291/38
30.美国对日本归零及落复审措施(DS322)	2008/3/10	日本、美国	DS322/26
31.土耳其影响大米进口措施(DS334)	2008/5/7	美国、土耳其	DS334/13
32.日本对韩国DRAMS产品征收反补贴税(DS336)	2008/9/9	韩国、日本	DS336/18
33.美国对墨西哥不锈钢最终反倾销措施(DS344)	2009/5/18	墨西哥、美国	DS344/18
34.美国持续归零法(DS350)	2009/12/19	欧盟 ^① 、美国	DS350/19
35.哥伦比亚入境港价格指导和限制(DS366)	2010/2/23	巴拿马、哥伦比亚	DS366/14
36.中国影响知识产权保护和实施的措施(DS362)	2010/4/8	美国、中国	DS362/15
37.中国影响出版物和音像制品贸易权和分销服务措施(DS363)	2011/4/8	美国、中国	DS363/18
38.欧共体及其成员国信息技术产品关税待遇(DS375、DS376)	2011/7/6	美国、日本、中国 台北、欧盟	DS375/17 DS376/17 DS377/15
39.澳大利亚影响新西兰苹果进口措施(DS367)	2011/9/13	新西兰、澳大利亚	DS367/21
40.欧共体影响大型民用飞机贸易的措施(DS316)	2012/1/12	美国、欧盟	DS316/21
41.美国影响大型民用飞机贸易的措施(DS353)	2012/1/12	欧盟、美国	DS353/14
42.美国对巴西进口橙汁反倾销行政复审和其他措施(DS382)	2012/4/3	巴西、美国	DS382/11
43.美国对中国产品反倾销反补贴措施(DS379)	2012/5/11	中国、美国	DS379/14
44.泰国对菲律宾香烟海关及财税措施(DS371)	2012/6/1	菲律宾、泰国	DS371/16
45.欧共体对中国紧固件的反倾销措施(DS397)	2012/10/25	中国、欧盟	DS397/16
46.欧盟对中国皮鞋反倾销措施(DS405)	2012/10/25	中国、欧盟	DS405/8
47.中国涉及各种原材料出口的措施(DS394、395、398)	2013/1/17	美国、欧盟、 墨西哥、中国	DS394/20 DS395/19 DS398/18

① 2009年12月1日,《里斯本条约》生效,自此欧盟取代欧共体。

（二）第21.5条和第22条程序并行的模式及相关案件

“香蕉案”过后的几个月，“澳大利亚影响鲑鱼进口措施”的争端方加拿大和澳大利亚同样碰到了“适用顺序”问题，WTO争端方首次通过双边程序协议对“适用顺序”做出更可取的安排。^①

此种模式下协议内容主要包括：（1）被诉方执行DSB建议和裁决的合理期限结束后，若申诉方认为DSU第21.5条描述的情形存在，将请求与被诉方进行磋商，并在请求提出的较短时间内（如10天内）举行磋商。若任何一方认为磋商未能解决问题，申诉方将有权根据DSU第21.5条请求成立相符性审查专家组，而被诉方则接受专家组的成立。（2）争端双方将尽力合作以使第21.5条专家组在建立或组成后的若干天（如90天）内散发报告。若针对专家组报告提出上诉，双方将配合以使上诉机构能在DSB收到上诉通知的若干天（如90天）内散发报告。（3）申诉方可以在请求成立第21.5条专家组的同时或之后，根据DSU第22.2条请求DSB授权其对被诉方中止减让或其他义务，被诉方则可根据DSU第22.6条就申诉方提出的中止减让或其他义务水平提起仲裁。（4）争端双方尽早请求第22.6条仲裁人中止仲裁，直至第21.5条专家组报告通过或直至上诉机构报告通过。（5）如果DSB裁定，被诉方未能遵守DSB的建议和裁决，或被诉方为遵守DSB建议和裁决所采取的措施不符合相关适用协定，仲裁人将自动（或应争端方请求）继续工作，争端双方尽力合作以使仲裁人在继续工作后的若干天（如60天）内散发仲裁裁决。（6）如果DSB裁定，被诉方履行了DSB裁决和建议且为遵守DSB裁决和建议而采取的措施符合有关适用协定，申诉方将撤销依据第22.2条提出的中止减让授权请求，而被诉方则相应地撤销第22.6条项下的仲裁请求。

此种模式下的案件共计14起，包括“澳大利亚影响鲑鱼进口措施”、“美国外国销售公司”、“加拿大影响牛奶进口及奶制品出口措施”、“日本影响苹果进口措施”、“美国对加拿大某些软木最终反补贴税裁定”、“美国国际贸易委员会对加拿大软木进行反倾销反补贴调查”、“美国对加拿大软木做出最终反倾销裁定”、“美国高地棉补贴”、“美国对墨西哥石油管产品反倾销措施”、“墨西哥牛肉和大米反倾销措施”、“欧共体影响生物科技产品审批和销售的措施”、“美国对日本归零及日落复审措施”、“土耳其影响大米进口措施”以及“欧共体影响大型民用飞机贸易的措施”。^②

申诉方一方面寻求保留它在DSU项下的所有权利，包括在第22.6条规定的时限内基于反向一致取得DSB授权报复的权利，但与此同时，争端双方希望以一种加强WTO争端解决多边性质的安排，也就是首先请专家组就被诉方执行措施与WTO是否

^① Cherise M. Valles, Brendan P. McGivern, “The Right to Retaliate under the WTO Agreement: The ‘Sequencing’ Problem”, *Journal of World Trade*, 2000, 34(2):80.

^② 案件具体信息见表1。

相符做出裁决,再寻求DSB的授权中止减让。申诉方在DSU第22.2条和第22.6条规定的时限内提出中止减让的请求,但注意到,DSU第22.7条并未规定提出授权请求的争端方在仲裁后需要何时重回DSB寻求中止减让,这就赋予争端双方在解决“适用顺序”问题上进行谈判的灵活性,双方可以协议,中止仲裁程序直至第21.5条相符性专家组程序完成。^①

DSU中关于专家组中止工作是有规定的,即第12.12条,“应申诉方任何时候提出请求,专家组可以中止工作,但不得超过12个月。”但DSU中没有关于仲裁中止的规定,根据DSU第22.6条提起的仲裁基于什么法律依据而中止并不明确。如果第22.6条仲裁人拒绝承认争端方关于中止仲裁达成的协议,实际上就意味着第21.5条和第22条之间的适用顺序问题仍没有得到解决。^②当然,在目前的争端解决实践中,还没有出现过第22.6条仲裁人拒绝中止仲裁程序的情况。

(三) 完成第21.5条程序后再提起第22条程序的模式及相关案件

此种模式下的协议主要包括如下内容:(1)申诉方如果决定请求建立第21.5条相符性审查专家组,会提前通知被诉方并与其进行磋商,并协议磋商期限,一般为半个月左右;(2)在相符性专家组报告和/或上诉机构报告通过之前,申诉方不会根据第22.2条向DSB提出授权中止减让或其他义务的请求;(3)如果基于第21.5条程序的裁决结果,申诉方决定提起第22条项下的程序,被诉方不得主张,因申诉方的请求超过第22.6条第一句规定的30天的期限而阻挠其获取DSB的授权,这也不妨碍被诉方有权根据第22.6条就中止减让水平事项提请仲裁。

表1中所列的47起以双边协议解决适用顺序问题的案件,除了上文列举的14起案件外,其余33起案件均采取这一模式,占70%以上,而且自2009以来,争端方之间达成的程序协议基本上都是采取此种模式。

(四) 签订双边程序协议的主要争端方

从表2可以看出,最频繁利用WTO争端解决机制的美国和欧共体/欧盟,也是签订适用顺序最多的成员方,美国共计32次,而欧共体/欧盟则为15次,虽然远低于美国,但是也大大超过其他WTO成员方。签订第一份适用顺序协议的争端一方加拿大,它签订的适用顺序协议都是在2005年之前,目前共计7次。而在WTO争端解决机制中,比较活跃的发展中国家中国、巴西、墨西哥和印度,在签订适用顺序方面也相对比较多。中国从2010年开始签订第一份适用顺序协议,到目前为止(2013年4月),作为申诉方和被诉方共签订了6份此类协议。而中国所签订的所有适用顺序协

^① Cherise M. Valles, Brendan P. McGivern, “The Right to Retaliate under the WTO Agreement: The ‘Sequencing’ Problem”, *Journal of World Trade*. 2000,34(2):79.

^② 朱榄叶. DSU第21.5条与第22条程序冲突及其解决[J]. 国际经济法学刊,2011,18(1):15.

议都涉及了美国或欧盟。中国作为争端一方签订的适用顺序协议无一例外都规定，在完成第21.5条相符性审查程序之后才提起第22条中止减让的程序。^①

表2 签订双边程序协议的主要成员方

成员方	申诉方（次数）	被诉方（次数）	合计（次数）
美国	11	21	32
欧共体/欧盟	7	8	15
加拿大	5	2	7
澳大利亚	2	3	5
日本	3	2	5
中国	2	3	5
巴西	5	1	6
墨西哥	2	2	4
印度	3	0	3

四、从根本上解决DSU适用顺序问题的建议

在目前的WTO争端解决实践中，“适用顺序”已然不是一个问题，实际上，“适用顺序”问题只在“香蕉案”中造成困扰甚至危机。在此后所有相关案件中，争端方都通过临时签署程序协议的方式来解决问题。就“适用顺序”问题达成双边协议必须基于争端双方自愿，且仅仅适用于个案争端解决程序，不对任何一方关于DSU的解释构成偏见，^②这可避免个案争端解决程序的不确定性以及由此产生的任何不必要的风险，例如避免申诉方因超过DSU第22.6条规定的时限而影响其权利行使等。然而，不难想象，在有些案件中争端方可能对于如何开展这些程序持有不同的观点和立场，且申诉方应该依赖于清楚明确的规则来行使它的权利，而不是依赖于与被诉方达成临时性安排来行使它的权利。

根据DSU第3.2条，WTO争端解决机制的根本目标是“为多边贸易体制提供稳定性和可预见性”。“香蕉案”之后，尽管争端方通过达成双边程序协议的方式，协议如何实际有效地继续争端解决程序，但是模糊性和不确定性仍然存在。解决DSU“适用顺序”问题的唯一稳定且持久的方式是修改DSU，一种比较切实可行的解决方法就是梳理已有的WTO争端解决实践，对DSU第21.5条和第22条的先后顺序加以明确规定，并修改两者存在冲突的时限，以期实现法律上的确定性。第21.5条可做如下修改：“申诉方诉诸第21.5条专家组程序无需经过磋商，但如果申诉方提出磋商请求，则应在磋商请求提出后的10天内进行磋商，若任何一方认为磋商未能解决争议，则申

^① 案件名称等具体信息参阅表1。

^② *United States-Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins*, WT/DS294/21.

诉方可以立即请求建立第21.5条专家组,且被诉方应在DSB首次讨论该请求的会议上同意专家组的建立。专家组应在事项提交后的90天内散发报告,如就第21.5条专家组报告提出上诉,则上诉机构应在DSB收到上诉通知后的60天内散发上诉机构报告。”为明确第21.5条程序先于第22.6条程序进行,第22.6条可修改为:“完成第21.5条程序之后,如第2款所述情况存在,则申诉方可以向DSB提出中止减让或其他义务的水平,如果被诉方反对申诉方提议的中止水平,则可提出第22.6条仲裁请求,仲裁人应在DSB将此争端提交仲裁之日起60天内完成裁决。DSB应在申诉方基于第22.6条裁决提出授权请求后的15天内,同意中止减让或其他义务的授权,除非DSB经协商一致决定拒绝该请求。”

【作者简介】甘翠平: 华东政法大学外语学院讲师、华东政法大学博士研究生、荷兰马斯特里赫特大学法学院访问学者(2012~2013年)。研究方向:世界贸易组织法、法商应用文体翻译。

WTO Members in Disputes Solving Multilateral Procedural Problems by Reaching Bilateral Agreement: From the Perspective of the DSU Sequencing Issue

GAN Cui-ping

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: The sequencing issue arising between Article 21.5 and 22 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes first occurred in “European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas” and was solved by consolidating Article 21.5 proceeding into Article 22.6 arbitration process. Thereafter, WTO parties in disputes including China in over 40 cases reached ad hoc bilateral sequencing agreement applicable to individual disputes to facilitate their dispute settlement. Proposal to solution of the multilateral procedural problem is offered based on the dispute settlement practices.

Keywords: WTO dispute settlement; sequencing issue; EC-bananas III; bilateral sequencing agreement

(责任编辑:黄志瑾)