

WTO 专家组和上诉机构 报告的判例效果

姜治鹏

WTO 是从 GATT 演变而来的, 最成功的地方是它的争端解决司法机制……解决由 GATT 时代的外交导向到 WTO 的规则导向。由于 DSB 通过争端解决报告的准自动性, 争端解决机构的裁定和建议实际上就是专家组和/或上诉机构报告中裁定和建议。因而, 专家组和上诉机构的分析、观点对 WTO 规则具有重要意义。

任何国际经济条约在适用过程中都需要解释, 世贸组织规则也不例外。世贸组织规则本身存在的缺陷。1. 规则本身含义不明确; 2. 世贸组织规则的复杂性; 3. 规则的非独立自足性^①。对于世贸组织规则解释的必要, 专家们提出了他们的理论。“不完整契约”理论。该理论主张, 世贸组织规则属于“契约性”条约, 因种种原因, 契约总是不会完美无缺的, 基于这个常理, 在立法上保持一定应变因素是必然的。世贸组织规则可以分为规则 and 标准两种。规则是“事先”订出来的, 表述行文很具体准确, 不需多作解释; 标准作为法定条款表述上的第二种选择则是因为主客观条件不足, 无法表述得很具体或准确, 或者有意保持规则的灵活幅度而设。

《WTO 协定》第 9 条第 2 款明确规定“部长会议和总理事会拥有解释本协定和多边贸易协定的专有权力……通过关于解释的决定, 应以成员方四分之三多数票做出……”

在实践中, 对世贸组织有关协定适用中的一些重大问题的解释, 本应由部长会议和总理事会做出权威解释, 但是往往专家组和上诉机构阐明自己的解释, 径直做出自己的报告。

因此, 专家组和上诉机构的报告在实践中成了对世贸组织规则最主要的解释。DSU 第 3 条第 3 款强调, 争端解决机制的良好运行对维持成员

间权利和义务的平衡是非常重要的, GATT 通过缔约国对争端解决过程采取政治性的控制来维持平衡, 对于规则导向下的争端解决产生了专家组造法而不是依法裁判的问题。专家组和上诉机构报告的效力如何, 是否能确认其对后案裁决的拘束力, 即是否具有“先例”效果。专家们对此也是仁者见仁, 智者见智。

否认专家组和上诉机构报告判例效果的理由

《关于争端解决规则与程序谅解书》(DSU) 第 3 条第 2 款规定, 世贸组织争端解决机制, “用以保持成员方在各个涵盖协议中的权利与义务, 并按照用来解释国际公法的习惯规则来阐明这些协定中的现有规则。DSB 的各项建议和裁决不得增加或减少各涵盖协定规定的权利和义务。”

DSU 第 3 条第 2 款中所指之解释国际公法之惯例, 实质上是指维也纳条约法公约第 31 条和第 32 条。有的成员国主张维也纳条约法公约不应被施用于其身上, 原因是本身并不是条约的缔约国。实际上维也纳条约法公约第 31、32 条本身便是“解释国际公约之惯例”, 只不过是条文文化了的惯例, 本身具有普遍的约束力。因此, 无论其是否为缔约国, 都具有约束力。第 31 条 (3、b) 规定: “在适用条约中缔约各方后来确立的关于解释条约的任何惯例。嗣后惯例是本项规定中的关键之处, 嗣后惯例必须是一致的普遍的和连续的实践, 任何孤立的单个行为, 均不能成为嗣后惯例。在争端解决中, 即使有多个专家做出相同的裁决, 也不可能成为”嗣后惯例。因为在“消极一致”方式下, 专家组和上诉机构的报告是在“消极协商一致方式”下通过, 因此, 他只是形式上的“一致的”和“普遍的”行为, 往往不可能代表世贸组织

成员方实质上的“一致的”和“普遍的”行为。

在“日本酒类税案”中,上诉机构推翻了专家组报告,指出专家组报告中所援引的先前专家组和上诉机构的报告非 GATT1994 第 1 条 (b) 款 (IV) 项所指的“其他决定”。原来 GATT 专家组报告必须经缔约方全体大会协商一致始得生效,而“其他决定”并非一定如此,有时只需缔约方全体大会 2/3 多数票通过即可。可见就做出决策的程序而言,原关贸总协定专家组报告通过的难度,要大于缔约方全体大会做出的其他决定。而在 WTO 体系中,第 4 条第 1 款认定,世贸组织部长会议和理事会的决定首先应以协商一致的方式做出。如无法达成共识,则付诸表决,一般应以多数票通过为准。而 DSB 专家组报告的通过,采取的是反向一致的方式。因此,以做出决策的难易程度来衡量,世贸组织专家组的报告无法与部长理事会和总理事会的“决定”相提并论。

实践中存在总理事会进行解释的例子。DSU 第 3 条 (9) 规定,本谅解的规定不损害成员通过的《WTO 协定》或诸边贸易协定的适用协议项下的决策方法,寻求对适用协定规定的权威性解释的权利。专家组对 GATT 第 23 条 (1) 款适用表面违约原则,随后的专家组也沿用了表面违约的做法。1979 年,GATT 总理事会通过了《通告、协定、争端解决和监督谅解书》。谅解书附件第 5 款将专家组发展的表面违约原则法典化,现在被包括在 DSU 第 3 条 (8) 中。既然 GATT 理事会运用了自己的解释权力,那么,如果理事会未运用此项权力,专家组的推论则不能被视为具有判例效力。

主权问题,DSB 的建立对一国主权形成了限制,并存在侵害一国主权的可能性,一些国家对此也存有戒心,如美国就此建立的“评议委员会”。如果承认专家组和上诉机构报告的判例效果则有可能使某种错误延续,从而使这种侵害的严重性增大。

依 DSU 第 6 条、第 8 条可知专家组并不是争端解决机构的常设机构,专家组的成员是由争端解决机构所掌握的专家组名单中聘请的,即专家组成员的组成具有不确定性。而每一位专家组成员对世界贸易组织规则的理解带有个人色彩,具有多样性,如果确认专家组报告的先例效果将会

冒很大的风险。

上诉机构是争端解决机构的常设机构,依 DSU 第 17 条第 1、2 款可知上诉机构由 7 人组成,其成员轮流审理案件,审理时由 3 人组成上诉庭。由于从 7 人中选出 3 人组成上诉庭,其成员共同审理案件的机会也就会比较多。此外,在上诉审查程序中规定,负责审理案件的上诉庭,在上诉庭完成最终报告并向 WTO 成员分发报告前,应与上诉机构的其他成员交流。这就在一定程度上促进了上诉机构成员对世界贸易组织规则理解的一致性,从而,3 个成员的报告可以被看成是 7 人的报告。因此,后案报告同前案报告的一致性并不能被认为是后案对前案报告的遵循,而只能认为是上诉机构成员法律观点的延续。

此外,DSB 接受专家组或上诉机构报告的决定并不意味着报告中的法律推理被全体缔约方接受为限定性解释,缔约方可以接受专家组的结论和裁决,但并不是接受裁决背后的法律推理²¹。

支持专家组和上诉机构报告判例效果的理由

1. 嗣后惯例问题。依第 31 条 (3, b) 规定可知缔约方的行为构成嗣后惯例,问题在于,依条约所建立的包括所有成员方的机构的行为能否构成嗣后惯例。劳特派特和 Spender 指出,条约建立的机构的实践构成缔约方的嗣后惯例。就联合国宪章而言,Spender 法官阐明,像联合国大会这样的机构的行为不能等同于成员国的实践,因为在这样的机构中,多数通过规则来决定实践的。但是,即使这种反对是有效的,我们也应看到,WTO 协定以前 GATT 理事会通过的专家组的报告也不适用于此,因为,此前专家组报告的通过都是以协商一致的方式通过的。但是,在 DSB 中,专家组和上诉机构的报告的通过是以反向一致的方式通过的。这就对此新体系下通过的专家组和上诉机构的报告是否适用于嗣后惯例,而有所疑问。在“日本酒类税案”中,在解释条约时,嗣后惯例的本质是一致的、普遍的、连续的一系列行为;一个孤立的行为并不足以确立嗣后惯例,而是一系列的相关行为的确立。从这里可以看出,并没有排除相关的专家组报告成为嗣后惯例。

2. DSU 第 3 条第 2 款规定,WTO 争端解决体制在为多边贸易体制提供可靠性和可预测性方

面是一个重要的因素。可靠性和可预测性对于当事人来说是至关重要的,最大限度地保证前后案判决和裁决的一致性,是所有国内和国际司法机关和仲裁机构追求的价值。只有这样,才能保护当事方对判决和裁决结果的合理期望。而且对同样的争议适用相同的法律规则,是维护当事方的公平所必需的,对国家争端的解决尤为如此。如果专家组或上诉机构的裁决前后不一,就会影响其公信力,为败诉方自动履行的可能性就会降低。

援引以往专家组和上诉机构的既有判决断案,可以节省时间,提高办事效率。而实践中,专家组或上诉机构多对以往的报告持尊重态度,尽管有前案专家组报告不被后案采纳的情况,确立前案专家组报告对后案专家组的说服力无疑是必要的。值得一提的是,那些历史上未被通过的专家组或上诉机构报告并非是一文不值的。虽然他们在 GATT 或 WTO 体制中均无法律地位,然而,专家组从一个以往未被通过的专家组报告中与该案相关的理由部分会发现有用的指导性意见。

虽然部长会议和总理事会有专有的解释权,但由于解释制度存在着程序及结构上的缺陷,使得 DSB 难以将有关解释问题移交部长会议和总理事会处理。即使移交,由于部长会议和总理事会须以 3/4 多数通过,关于解释的决定也不是易事,实质上造成了部长会议和总理事会对专家小组和上诉机构所作的解释缺乏有效的“立法回应”,对专家组和上诉机构的报告采取放任的态度。

WTO 协议第 9 条第 2 款规定了部长会议和总理事会的专有权利,表面上排除了专家组和上诉机构解释协议的可能。但 DSU 第 3 条第 2 款赋予了专家组和上诉机构解释权,但不得增加或减少,应该说,从条文看似阻止了通过案例发展世贸组织规则的可能性。但是,我们应当看到,世贸组织规则不是静态的,而是动态的和演变的。相同协议条文的含义在不同阶段是不同的,实质上是通过解释的方式造法,而以后的专家组或上诉机构往往也会延续这种趋势。权利和义务具体是什么,很难具体的确定。因此,即使增加或减少了权利义务,部长会议和总理事会也未必会感受到,或感受到,而漠视之,这也在客观上加强了报告的效能。

结论

专家组和上诉机构报告在争端解决中起了重大的作用并具有重要的地位,它消除了 WTO 规则的模糊不清,消除和解决了规则中的矛盾等问题,有效地维护了整个多边的世界贸易体系有序的运转。David Palmeter 认为,除了 WTO 协定之外,在 WTO 争端解决中没有同专家组和上诉机构的报告同等重要的法律渊源^③。

笔者认为,WTO 规则复制了国际法院规约对国际法院判决效力的规定。国际法院规约第 38 条第 1 款 D 项规定在第 59 条规定之下,司法判例及各国权威之公法家学说,作为确立法律原则之补助材料者;第 59 条规定,法院之判决对于当事国及本案外,无拘束力^④。实践中法院在审理案件的时候会参考和考虑先前案件的判决,但是判决对他们并没有拘束力。法官 Mohamed shahabuddeen 认为,法官有权背离 (depart) 先前的判决,但是他们不会轻易地行使此项权利。

专家组和上诉机构的报告为今后相关条约的缔结和修订奠定了基础,特别是多边性的条约的缔结和修订。多边性的条约的订立是艰难的,在实践中,我们可以看到,一个多边条约的缔结往往需要历时几年甚至十几年,即使已订立的条约很多也没有生效而且还有很多保留条款,这大大减损了条约的效力。条约是利益的分配与均衡,特别是在经济方面,它涉及具体的权利和义务,订立的难度可想而知。专家组和上诉机构的报告在一定程度上确认或者修改了协定,发展了各成员国的观点,诸多的报告实践的确认,使得其对协定的解释成为一种客观的存在和事实。从而,实践的结果消除了成员国的忧虑,使得相关的条约的订立简单化。可以这样认为,这是条约的先履行,缔约国后造法的模式。此外,报告发现了一些遗漏的问题,提出一些问题,创新了一些实践,其价值也受到成员国的高度赞赏。例如,1982 年“加拿大投资法”(FIRA)案,为以后的 TRIMS 奠定了基础,就是一个典型的例子。

虽然,对于专家组和上诉机构报告的判例效力,不同的学者提出了不同的看法,支持或否定。但往往都是过分地强调了其优点,而弱化其缺点。实际上,笔者认为,目前专家组报(下转第 98 页)

①韩志红、阮大强著《经济公益诉讼的理论与实践》，法律出版社 1997 年版第 27 页。

②钱业桐《提起公益诉讼的必要性分析》，载孙江主编《21 世纪法律热点问题研究》中国检察出版社 2001 年 10 月版第 368 页。

③参见胡锦涛、王丛虎《论行政诉讼原告资格》，载《诉讼法论丛》2000 年第 4 期。

④[美]施瓦茨《行政法》，徐炳译，群众出版社 1996 年版第 27 页。

⑤孟德斯鸠语，转引自《法理学法律哲学与法律方法》，[美]博登海默著，邓正来译 中国政法大学出版社 1999 年版第 55 页。

⑥孟德斯鸠语，转引自《法理学法律哲学与法律方法》，[美]博登海默著，邓正来译 中国政法大学出版社 1999 年版第 55 页。

⑦《行政诉讼研究》薛刚凌著 华文出版社 1999 年 5 月第 1 版。

⑧[美]博登海默《法理学、法律哲学与法律方法》邓正来译 中国政法大学出版社 1999 年版，作者致中文版前言。

⑨武乾《试论行政公诉》载《法学评论》1999 年第 5 期。

⑩郑春燕《论民众诉讼》载《法学》2001 年第 4 期

⑪参见《西方主要国家行政法、行政诉讼法》，曾繁正等编译，红旗出版社 1998 年 10 月版第 398 页。

⑫邢鸿飞、李向阳《行政诉讼中的法律障碍及其对策研究——专论“行政集团诉讼”》，载《南京大学学报（哲学、人文、社会科学）》1994 年第 2 期。

作者 南京大学法学院

邮编 210093

（上接第 90 页）告判例效果的不确定性，并没有像批判者所说的那样糟糕，也没有扭曲其效能。

在组成上诉机构的专家中，美国、日本和欧盟各占一席，这已经成为一种默契，其他组成人员也都受过西方法律文化的熏陶。因此，对先前报告的尊重和重视是无可厚非的。专家组和上诉机构的报告对后来的报告具有很大的说服力。并不是因为要遵循它，而是因为做出的报告遵循了客观的事实和规则，接近真理，所以在相近的案件中，报告具有一定的相似性。

专家组和上诉机构的报告具有指南的性质，它不是条约和协定，而是和国际上的一些条约缔结前的规范性指南具有相似性，如《跨国公司行动指南》。专家组和上诉机构报告现在效力状态是有效的，也是最好的判例效果状态。如果承认其先例效果，则必然涉及更多的主权问题，问题不但不会简单，相反还会更复杂。

笔者认为，确立专家组和上诉机构的报告具有先例功能是不现实的。WTO 的成员方很多，他们属于不同的法系，强调前案的先例效果只是英美法系的做法，但是像法国、德国这样的大陆法系国家他们是不可能允许一个与自己的法律传统不

一致的体系的存在。

专家组和上诉机构的报告是先例（precedent），但他是无约束力的先例（non-binding precedent），因此，不具有先例的功能，但在实践中可以认为具有事实上判例的效果。世贸组织规则是发展的，专家组和上诉机构的报告也是发展的。因此，我们需要对专家组和上诉机构的报告时刻加以注意与研究。

注释：

①韩立余，《世贸组织规则的解释》载于《国际贸易问题》2000 年第 3 期

②The precedential effect of report of panel and appellate body, see journal of world trade 1998

③David Palmeter and petros c Mavroidis, the wto legal system: sources Of law, American Journal of international law vol, 92, 1998

④王铁崖、田如萱：《国际法资料选编》法律出版社 1982 年版 1985

作者 厦门大学法学院硕士研究生

邮编 361005

