

WTO 争端解决机制中 反措施的相称性问题

牟文富

摘 要：本文结合国家责任法中反措施的相称性原则归纳了 WTO 中仲裁裁决中所反映的反措施实践。在 WTO 法律中，《补贴与反补贴措施协定》(SCM) 第 4.10、第 4.11 条中的反措施、《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU) 第 22.4 条的中止减让措施在 WTO 司法实践中和学理上被视为国家责任法中的反措施。SCM 第 4.10、第 4.11 条对反措施规定了“适当”这样的限制；DSU 第 22.4 条对中止减让措施规定了“等同”限制。此二种限制就是反措施的相称性要求。在 SCM 中，“适当性”要求是定性的描述，以目的论作为标准，如果中止减让能够使被诉一方撤回补贴或消除不利影响，则就是适当的。在 DSU 中，“等同性”必须以“抵消或受损”的水平来衡量，是量化标准。对二者进行比较，“适当性”标准不是严格的相称性，只要不是“不成比例”就可接受。这两种相称性最终都是通过数量来表现的。

关键词：相称性；适当性；等同性

中图分类号：F744 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894 (2008) 01-0044-07

在国际法中，相称性原则是采取反措施由来已久的要求，最早出现在西方战争法学说中，一直延续至今，也是当今国际人道主义法的核心。^①国家实践、学说及法理学都广泛承认这一原则。法国美国之间的“航空服务案”中，仲裁庭强调了这一点。^②在加布奇科沃—大毛罗斯工程案 (Gabcíkovo-Nagymaros Project) 案件中，国际法院也强调了相称性原则。^③

国家的商业秘密保护法律、法规。面对全球的机遇和挑战，面对越来越多的对外贸易，如果我们不研究外国的法律，不了解 WTO 的规则，一旦在他国遇到法律纠纷，难免造成被动。

(4) 提高掌握和运用商业秘密保护的能力和水平，根据我国法律和企业实际，按法律、规则办事，积极获取并有效地保护自身的技术信息和经营信息，善于利用法律维护自身的合法权益，掌握竞争的主动权。

(5) 要警惕美国《经济间谍法》的秘密侦查手段，尤其是诱捕手段。凡涉及对方的商业秘密，即使是交往颇深的经营伙伴也要警惕，特别是与不代表该公司的员工之间交往，更要注意识别对方的真实来意，辨别真伪，采取主动措施。防止因麻痹大意、贪占便宜而掉进陷阱。

(6) 建立严格的内部商业秘密保密制度和员工教育机制，并采取适当的控制措施。如制定限业制度、脱密期制度、严格审查标准和程序、加大惩处力度等。

(作者单位：上海对外贸易学院)

联合国国际法委员会（ILC）起草的《国家责任法》草案条文第51条专门对反措施的相称性作了强制性要求。

本文所讨论的WTO法律中的反措施的相称性是放在国家责任法中来理解。WTO规则赋予成员方特定的义务，对这些义务的违背产生国际责任，这是一般国际法原则，在WTO法律框架中的当然适用。根据ILC起草的国家责任法草案第55条的意思，WTO规则属于特别法，涉及国家责任时应优先适用。在WTO规则中，反措施的内容由争端解决机构（DSB）的实践所充实，由学术界按照国家责任一般规则所构建；反措施的相称性标准则由DSU和SCM两个协议规定的仲裁人的仲裁实践所建立。本文尝试对这些实践进行归纳。

一、WTO中反措施的含义和适用的限制条件

在国家责任法中，反措施是分散性国际体系中的一个特点，受害国可以藉反措施维护自己的权利，恢复其与加害国之间被国际不法行为所破坏了的法律关系。^①在ILC起草的《国家责任法草案》条文中，反措施概念出现在两种不同的情形中：第一是反措施作为消除一国行为之不法性的情形。第二种情况是反措施本身在于作为针对不法行为国援引国家责任的方式，重点在于国家责任的援引上。本文中的反措施属于第二种意义。鉴于容易出现滥用反措施的情况，且国家间事实上不平等情况的存在，需要确保反措施局限在广为接受的范围之内，这就需要设立适当的条件和限制。^②其核心问题就是反措施的相称性。

WTO法律规则赋予众多成员方在国际贸易领域诸多义务，同ILC草案条文相比，属于特殊规则，是否可以适用国际公法领域中的反措施规则呢？在实践中，GATT的专家组明确、直接地认为GATT法律同国际公法相关，相当肯定。^③在WTO时代，争端解决机构之上诉机构在“汽油案”中非常肯定地说，习惯国际法之一般原则对所有WTO成员方具有约束力。^④一系列的实践和学术研究结果表明，WTO法律毫无例外地要放在一般国际法的框架中解释，尤其是涉及到WTO义务特性解释问题、条约性问题、争端解决程序、救济。^⑤在一般国家责任法框架下，将WTO规则适用国家责任的概念已经没有什么障碍。^⑥

在WTO规则中，反措施在下述两种场合、以不同的面貌出现：

第一种情况是SCM第4.10条和第4.11条明确出现反措施这样的术语：SCM第4.10条：“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。”SCM第4.11条：“如一争端方请求根据DSU第22条第6款进行仲裁，则仲裁人应确定反措施是否适当。”

第二种情况是DSU第22.2条下中止关税减让和其他义务：“如果在合理期间届满后20日内未能达成满意的补偿协议，则诉诸争端解决程序的一方可以请求争端解决机构授权对相关方适用中止其涵盖协议下的减让或其他义务。”

将DSU第22.2条下中止关税减让义务视为反措施，在很大程度上是一种学理性的思考，^⑦其依赖于对DSB实践的构建性解读。本文也接受这种解读，但更主要地是将其视为ILC草案条文第55条下的“特别法”。将SCM中的反措施视为国家责任法中的反措施，则是WTO实践中通过仲裁人对“反措施”概念的解释完成的。

在这两种形式的反措施中，都存在近似于ILC草案第51条关于相称性的要求。对于SCM第4.10条及第4.11条，起诉方采取的反措施应当是“适当的”。该词的意思为SCM中第9、10条注释限制为：“此措辞并不意味着按照在这些条款下处理的补贴属禁止性补贴这一事实而允许实

施不成比例的反措施。”对于DSU第22.2条中止减让义务的要求，限制条件为第22.4条规定的“争端解决机构授权中止减让义务或其他义务的水平应当等同于抵消或受损的水平。”在WTO法律中，“适当的”和“等同于抵消或受损的水平”被认为是反措施相称性要求的表现，SCM和DSU都赋予仲裁人就“适当性”和“等同”做出裁决。DSB主要通过仲裁人的实践对这种相称性的适用作了澄清，这些实践主要表现为GATT时期的“荷兰中止对美国的减让义务”案、WTO时期“巴西飞机案”(WT/DS46/ARB)、美国FSC案(WT/DS108/ARB)、“欧共体香蕉案”(WT/DS27/ARB)等案件。下文就试图理清DSB在这方面的实践。

二、SCM中的反措施和适当性问题

1. 仲裁人对反措施概念的解释 SCM第4.10条授予起诉方采取适当反措施的权利。但对于“反措施”这个术语到底是什么意思，SCM协议未作说明，倒是仲裁人在实践中作了澄清。在巴西飞机案中，仲裁人根据ILC的国家责任草案有关反措施的一般国际法意义来确定SCM中反措施的意义：“……我们注意到，ILC的工作建立在国家实践、司法判决和学说著述之上，它们构成了公认的国际法渊源。在思考草案第47条中反措施定义的时候，我们注意到反措施的含义是“促使国际不法行为国家遵从第41到46条下的义务”。欧共体香蕉案中(1999年)仲裁人也作了一个类似的陈述。^①

在美国FSC案中的仲裁人从字面意思来理解反措施：“在SCM协议的语境中，用反措施来确定临时措施，可以授权获胜一方针对违反SCM协议第3条采取措施，促使对方完全遵守争端解决机构的建议。该术语的这种用法同该词的通常词典意义是一致的：授权采取措施以便反击一种错误的行为，表现形式诸如采取本身被禁止的出口补贴措施，或者能达到此类效果的措施。”按照字面意思理解反措施概念，反措施既可反击有争议的措施(在此情形下，就是有效地抵消出口补贴)，又可消除补贴对受影响一方的效果，抑或两种情形都存在。^②

2. 适当性的含义：非严格的相称性 仲裁人认为须要考查“适当的”反措施这个表达，旨在澄清合法授权的反措施的水平。在巴西飞机案中，加拿大建议应当基于巴西给与每架飞机的补贴数量采取反措施，而非抵消或受损的水平。^③仲裁人考查了“适当的”这个术语的含义，认为“如果反措施促使遵守协议，那么反措施就是适当的”。根据DSU第3.2条规定，仲裁人基于维也纳条约法公约第31条来分析“适当的”这一术语的含义。他们认为，仅仅考查适当的这个术语的通常含义并不足以使仲裁人藉此处理眼下的问题，因为词典的定义并不充分的明确。确实，有关词典对适当的这个词的定义是“特别合适；恰当”。然而，在实际使用的时候，它们指向的是要满足一个特别的目标。^④

仲裁人结合ILC草案，将其对“适当反措施”意义的认定使用于巴西飞机案，他们断定，SCM第4.7条中“促使遵守”的意义就是促使撤回被禁止的补贴。如果反措施有效地促使遵从义务结果的产生，那么该反措施尤其适当。^⑤不同的是，其他非法措施不必毫无迟延地撤回。正如DSU第3.8条特别规定，如果一项措施违背了涵盖协议的规定，那么该措施在表面上构成了抵消或损害。然而，尽管存在违反协议规定的情形，如果被诉方成功地反驳了指控，那就没有发现存在抵消或损害。但是，SCM协议中并没有抵消或损害概念。仲裁人所持的观点是，此事实应该赋予这样的意义——当初谈判人员没有纳入这样的概念，但第5条却明确地提出来了，该条处理可诉补贴的不利影响。^⑥

在美国FSC案件中，仲裁人考虑了“适当”这个词的辞典含义，结论认为，就反措施的总数量或水平而言，“适当”这个表达本身并没有为反措施的适用规定出精确且穷尽了的条件。

根据这些意思, SCM 设立第 4.10 条和第 4.11 条的目的不是为了规定在每一个案件中可能合法授予的反措施的精确公式, 或者其他合格的基准或总量。^⑤ 在该案中, 仲裁人认为, 基于该词的通常意义, 它意味着反措施应当要同眼下的案件相适应。不要对处理具体纠纷案件的特定情形作出先入为主的判断, 这个术语同此意图其实是一致的。在此范围之内, 有一个灵活性的因素, 言下之意就是避免作出任何僵硬的、先入为主的量化公式。但是, 有一个绝对需要尊崇的客观联系: 应对手中案件的时候, 反措施必须恰当、相匹配。^⑥ 按照仲裁人对“适当的”的理解是, 如果在该条款所处理的补贴被禁止的情形下, 反措施不成比例, 那么它就不能视为第 4.10 条中的“适当”。

在美国 FSC 案件中, 仲裁人高度依赖 SCM 注释 9 的最后一部分, 认为该文本指导他们从反击违法行为及成员之间一项反抗的权利和义务之本质的角度去考虑第 4.10 条下反措施的适当性。仲裁人进一步注意到, 注释 9 中要求的否定形式比肯定形式在程度上更符合的要求: 注释 9 澄清的是, 第 4.10 条的意图不允许不成比例的反措施存在。它不要求严格的相称性。^⑦

三、DSU 中止减让的相称性问题: 等同问题

1. 等同性的含义: 两种数量水平的比较 在欧共同体香蕉案件中, 仲裁人考虑了“等同”的意思, 注意到该词的通常意义是“价值、重要性和内涵方面的相等”, “有相同的效果”, “相对地位或者功能相同”, “相当于”, “在价值方面相等”, 还有“某些等价物或实质上的等同物”这样的意义。仲裁人考虑到, 这个意思意味着相近或类似、同一, 或两种水平之间的平衡, 例如一方面是中止减让的水平, 另一方面是抵消或损害的水平。^⑧

在欧共同体香蕉案件中, 仲裁人认为, 比起 1947 年 GATT 曾经规定的“适当性”程度审查标准, “等同的基准”反映出仲裁人按照 DSU 第 22.7 条规定进行审查是一种更为严格的标准。^⑨ 为了得出这样的结论, 仲裁人研究了“荷兰中止对美国的减让义务”一案中工作组的意见: 该案工作组考虑的是所采取的行动是否适当。工作组仅仅关心遭受损失之等同问题。^⑩ 在缔约方指导下, 工作组调查了荷兰政府所建议采取措施的适当性, 考虑的是同美国政府的限制措施导致荷兰遭受损失的等同性问题。工作组觉得应当从两个方面来考虑荷兰政府所设想的措施的适当性: 首先, 在那样的场合下, 所提议的措施在性质上是否适当; 其次, 同其遭受的损失相比, 荷兰政府提议的数量限制在程度上是否合理。^⑪ 在 WTO 时代, DSU 第 22.7 条中明确参照中止减让水平同抵消或损失二者之间的等同性, 因而工作组在 1952 年适用的适当性标准问题在 DSU 中失去了重要性。

在巴西飞机案中, 仲裁人指出, 其工作不仅仅是决定加拿大的建议是否构成了“适当的反措施”, 而且在其认为决定加拿大的反措施水平不适当之时, 还要确定反措施的适当水平。^⑫

2. 等同性的评估方法: 评估“抵消或受损水平”是先决条件 在欧共同体香蕉案中, 仲裁人认为他们无法履行其职责去评估两种水平之间的等同性 (抵消或受损水平和中止减让的水平), 这要待专家组和上诉机构就欧共同体更改后的制度是否完全符合 WTO 规定作出认定之后才能完成。^⑬ 仲裁人认为, 要在中止减让和抵消或受损之间做一个比较, 其中的任何一个变量仍然是未知数, 这样的话, 两种水平间的等同性依然是一个毫无意义的概念。在本质上, 他们的选择是宣告抵消或受损的水平同提议的减让水平等价, 例如, 等式中的一个变量同另一个变量相等。那样做的话, 就意味着有必要把任何中止减让的水平看作是同抵消或受损的水平相等。既然中止减让的水平要同抵消或受损的水平相等, 那么逻辑的结果就是, 作为仲裁人, 在能够确认抵消或受损的水平同美国中止减让的水平相等之前, 我们要集中审核抵消或受损水平。^⑭

仲裁人完成审核抵消或受损水平之后, 一般就主要将其同中止减让的水平相比较。这其实就变成了数量的比较。

四、DSU第22.4条和SCM第4.11条的关系

DSU第22.4条和SCM第4.11条关于仲裁相称性的措辞不一样。前者规定的标准是“等同于”抵消或受损的水平,而后者规定的标准是“适当的”,也就是不要“不成比例”。前者是定量描述的,后者是定性描述的。在巴西飞机案中,仲裁人认为,SCM的注释9和注释10至少可以确认,不应当将SCM第4.10条和第4.11条中的“适当的”这一术语同DSU第22条中“等同”术语作相同的理解。^⑦对于这种不同的表述,WTO的实践将其作为一般规则和特殊规则来处理。

在巴西飞机案中,仲裁人解释SCM第4.11条和DSU第22.4条之间的关系时,将DSU和SCM中的特别或附条件的条款作了一致性解读,除非二者之间存在冲突或差异,但前者是特殊或有条件的规则。^⑧但是在适用SCM第4.11条时,仲裁人否认了等同性标准是一个法律义务:“一方面我们同意在实践中可能存在这样的情形:同抵消或受损水平等同的反措施是适当的,但也要记住,SCM第3和4条中没有抵消或受损这样的概念。在那样的框架中,通过中止减让或其他义务方式做出的反措施要同抵消或受损的水平等同,这并不是一个法律义务。”^⑨

在美国FSC案中,仲裁人结合SCM第30条,得出的结论是DSU第22.4条适用于SCM第4.11条的仲裁,尽管在冲突的时候后者优先适用。“SCM第30条澄清DSU条款适用于SCM所涵盖之措施的程序。DSU第22.4条对于SCM第4.11条下的仲裁程序仍然有关,该条援引了DSU第22.4条。然而,若存在差异之时,SCM第4.10条、4.11条之特别、附条件的规则和程序会优先适用。”^⑩

五、在WTO规则中,一般性的以数量作为相称性的最终衡量标准

在巴西飞机案中,仲裁人将SCM第4.11条作为特殊或附带规则,提及SCM第3、4条都没有“抵消或受损”这样的概念,根据仲裁人的意思,在那样的语境中,不存在这样的义务:通过中止减让等义务的反措施形式同抵消或受损水平相等。仲裁人因而得出结论:在处理被禁止的出口补贴过程中,同补贴总量相等的反措施数量就是适当的。^⑪通过DSU处理的其他协议中的反措施,其相称性也是通过数量标准表现出来的,例如在欧共体香蕉III案、欧共体荷尔蒙案(美国)、欧共体荷尔蒙案(加拿大)、欧共体香蕉案(厄瓜多尔)中,仲裁人都是裁定起诉方提出的中止减让或中止其他义务的年最高数量符合DSU第22.4条。

六、同国家责任法草案规定的比较

WTO法律制度下反措施不是一个明确规定的概念,但实践中DSU中中止减让的概念和SCM中反措施都被视为一般国际法中的反措施,若如此,则中止减让应该符合国际法中关于反措施的一般性原则。在可比较的范围内,DSU中的中止减让和ILC的草案条文反措施规则有很多一致之处,主要表现在:(1)目的。DSU中的中止减让目的:首先就是确保撤销被认定是同涵盖协议不一致的措施(DSU总则3.7),这样就使成员方的措施同相关协议要求一致,而这是WTO协议的核心义务。ILC的草案条文具有明确的宗旨在于促使不法行为国履行义务。另外,二者都不是着眼于惩罚。(2)范围。DSU中的反措施限于中止减让或其他义务,而ILC的草案条文规定反措施的范围限于受害国“暂不履行对责任国采取措施的一国的国际义务”。这两者倒是颇为吻合:中止减让其实就是暂不履行……义务(约束关税税率)。(3)相称性。DSU和ILC草案条文在这方面具有高度的

一致性。(4) 采取反措施之前的义务。ILC 草案条文规定了“通知和谈判的义务”，主要是反措施的“后果可能严重，责任国在面对反措施的时候应该有机会重新考虑其立场”。但在DSU来讲，反措施（中止减让）对于被诉方其实已经是可预知的，是被诉方不能执行DSB报告中的建议和裁决的必然结果，是此前的程序进行到一定阶段必然要出现的情势。(5) 实施反措施的期限。DSU和ILC条文草案的内容很相似，都可理解为一旦义务得以履行，则反措施就停止。最后，反措施在DSU中需要获得DSB的授权，这是非常独特之处。

七、结 束 语

SCM中反措施基于贸易扭曲理论，旨在使被诉方撤销补贴或消除补贴造成的不利影响，这从第4.7条、第7.9条可以看出。DSU反措施的目的在于促使被诉方的措施同涵盖协议一致。DSU被认为是WTO下争端解决的一般性规定，就整体而言，它引出一个颇具争议的问题，DSU中的反措施（中止减让义务）到底是为了促使被诉方的措施同涵盖协议一致呢，还是在于维持平衡对等的贸易减让？^⑧如果是这二者之间不一致或不相容的话，那么在实践中，相称性是通过数量标准来衡量，这个标准似乎支持维持平衡对等的贸易减让这样的目的。但可以想象的是，在SCM中，反措施旨在让被诉一方撤销补贴。如果真的要使被诉方的措施同涵盖协议一致（撤销补贴或消除不利影响），则起诉一方中止减让的水平可能需要非常高。在巴西飞机案中，仲裁人得出的结论是，如果反措施有效地促使遵从义务结果的产生，那么该反措施就尤其适当。这是从目的论来评价反措施的相称性，其似乎暗示，只要目的达到，那么手段（中止减让）就是适当的——也就是相称的。从这一方面讲，结论似乎又支持促使被诉方的措施同涵盖协议一致这样的目的。由于SCM相对于DSU的特别性，适用SCM第4.11条的仲裁人可以不理睬DSU要求的“等同于”这样的定量标准。这就是为什么美国FSC案件中仲裁人认为SCM第4.11条不要求严格的相称性的原因。

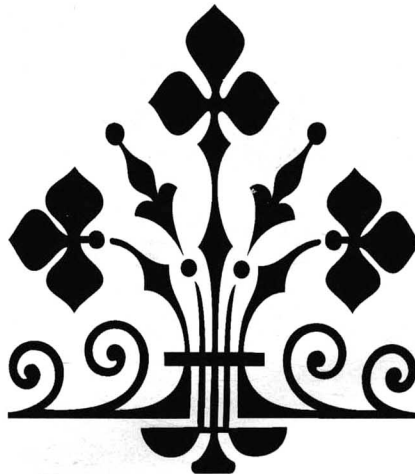
有两点值得强调：第一，ILC草案条文规定的反措施大体上是假设在高度自助情形下受害国诉诸国家责任的手段，但DSU中的中止减让或其他义务无论从理论还是实践上看，是高度制度化、程序化的产物，具有高度的可预见性。这主要是WTO是一个相对成熟的国际组织，DSB运转频繁，也按照特定的程序进行，授权反措施在某种程度上可视为DSB的一个核心功能。

第二，在确定SCM或DSU中的反措施之时，由专门的仲裁人来做出相称性的裁决，而且在起诉方采取反措施之前被诉方可以要求做出这样的裁决请求，而且这是一个高度制度化的程序。可以视为是国际争端解决的了不起的成就。而在国家间争端解决的其他领域内所诉诸的反措施行为，仍然是类似于自助这样的法则在起作用。

（作者单位：复旦大学）

注 释：

- ① Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University, 2004 p.8-10.
- ② James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, by Cambridge, New York, Port Melbourne: Cambridge University Press, 2002. 本文使用的是该书条文评论部分的电子版。p.341-342.
- ③ 同注释②，p.341-342；贺其治，《国家责任法及案例浅析》，法律出版社，2003，北京，第316-318页。
- ④ 同注释②，p.324.
- ⑤ 同注释②，p.323-324.
- ⑥ John Jackson, *SOVEREIGNTY, THE WTO AND CHANGING FUNDAMENTALS OF INT'L LAW*, Cambridge University Press, 2006P.165.
- ⑦ 同注释⑥，P.166.
- ⑧ 张乃根，《论TRIPS协议义务》，载《浙江社会科学》，2002年第5期；张乃根，《试析WTO争端解决的



国际法拘束力》，载《复旦大学学报》，2003年第6期；Chios Carmody, WTO Obligations as Collective, The European Journal of International Law Vol. 17 no.2, 2006, 419—443; Tarcisio Gazzini, The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of their Violation, The European Journal of International Law Vol. 17 no.4, 2006, P.723—74; By Joost Pauwelyn, THE Role of Public International law in the WTO: How Far Can We Go? The American Journal of International Law, 2001, No.3.

- ⑨ Petros C. Mavroidis, Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place, European Journal of Int'l Law, Vol. 11 (2000) No. 4.
- ⑩ N. David Palmer, The WTO as a Legal System, Essays on International Trade Law and Policy, Cameron May, 2003, p.347; Yves Renouf, A Brief Introduction to Countermeasures in the WTO Dispute Settlement System, in "Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years", Rufus Yerxa and Bruce Wilson, ed., Cambridge University Press, 2005, p.113—114.
- ⑪ WT/DS46/ARB, 第3.44段.
- ⑫ WT/DS108/ARB, 第5.3—5.6段.
- ⑬ WT/DS46/ARB, 第3.30段.
- ⑭ WT/DS46/ARB, 第3.42—3.43段.
- ⑮ WT/DS46/ARB, 第3.44—3.45段.
- ⑯ WT/DS46/ARB, 第3.46段.
- ⑰ WT/DS108/ARB, 第5.9—5.10段.
- ⑱ WT/DS108/ARB, 第5.12段.
- ⑲ WT/DS108/ARB, 第5.26段.
- ⑳ WT/DS27/ARB, 第IV部分第4.1段.
- ㉑ WT/DS27/ARB, 第VI部分第6.5段.
- ㉒ WT/DS27/ARB, 第V部分第6.4段.
- ㉓ WT/DS27/ARB, 第V部分第6.4段.
- ㉔ WT/DS46/ARB, 第3.18段.
- ㉕ WT/DS27/ARB, 第IV部分第4.8段.
- ㉖ WT/DS27/ARB, 第IV部分第4.7—4.8段.
- ㉗ WT/DS46/ARB, 第3.51段.
- ㉘ WT/DS46/ARB, 第3.57段、第3.6段.
- ㉙ WT/DS46/ARB, 第3.57段.
- ㉚ WT/DS108/ARB, 第2.6段.
- ㉛ WT/DS46/ARB, 第3.60段.
- ㉜ 同注释⑩, p.342.