

偏离权配额交易

——改革 WTO 体制下补偿制度的一种新思路

韩永红

内容提要:现行 WTO 争端解决机制下的补偿主要是敦促被诉方执行其建议和裁决的一种工具,难以承载国内法和一般国际法上补偿制度的强制性赔偿功能。关于补偿制度改革,已有建议主要包括改为金钱补偿和不予改革两种,但两者均因受制于法律理想与政治现实之间的矛盾而难以推进。新的改革思路——“偏离权配额交易”——基本满足三个条件:政治上的可接受性、顾及 WTO 成员从多边自由贸易体制中获益的能力差异以及与 WTO 所追求目标的可兼容性。

关键词:WTO 争端解决机制 补偿 改革 偏离权配额交易

韩永红,广东外语外贸大学讲师,西南政法大学国际法专业博士研究生。

一 WTO 争端解决机制下补偿的法律定位

WTO 争端解决机制下的补偿在不同语境中被赋予不同的理解。站在申诉方的角度,它被认为是 WTO 提供的救济方式之一;站在被诉方的角度,它被看做一种国际法律责任形式;而对于 WTO 争端解决机制本身而言,它则是执行专家组或上诉机构建议和裁决的一种方式。这种理解的多样性和不确定性折射出 WTO 争端解决机制下补偿定位的模糊性。所以,在讨论这一制度的改进之前,有必要先行厘清它在整个 WTO 争端解决机制下的法律定位。

(一) WTO 争端解决机制下补偿的界定

在 WTO 争端解决机制下,补偿的相关规定见于《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称“DSU”)第 22 条第 1 款、第 2 款和第 26 条(d)项,但这些规定均未对补偿的含义做出明确界定。结合 1947 年《关税与贸易总协定》(以下简称“GATT”)的传统,一般认为,DSU 文本中的“补偿”一词,“并非一般所指的、某成员由于采取的措施给其他成员造成了贸易损失所作的赔偿,而是一种贸易减让的再次平衡,即因有关成员未执行争端解决机构的建议和裁决而由其相应地提供贸易减让。”^[1]换言之,“补偿是指被诉方在贸易机会和市场准入等

[1] David Palmeter and Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Kluwer Law International, 1999, p. 167.

方面给予申诉方相当于其所受损失的减让”。〔2〕但实践证明,这种“补偿=贸易减让”的定义是不准确的。迄今为止,在WTO争端解决机构受理的案件中共有三起达成了补偿协议:在其中两起案件中,补偿以关税减让的形式达成,包括“日本——酒精饮料II案”和“土耳其——纺织品案”;另外一起案件[“美国——《美国版权法》第105(5)条款案”]则首次以金钱形式达成了补偿协议,补偿金额约为300万美元。〔3〕在尚处于执行阶段的“美国——网络博彩案”中,欧盟已向美国提出高达1000亿美元的补偿要求;尽管美国认为这一要求明显过于夸大,但双方已展开相关谈判。〔4〕可以说,在DSU文本未对补偿做出明确界定的情况下,只要与WTO有关协议保持一致,补偿的具体形式在很大程度上就取决于申诉方与被告方之间的谈判。

(二)WTO争端解决机制下的补偿与一般国际法上的补偿

由于“补偿”这一用语的一致性,在讨论WTO争端解决机制下的补偿时似乎当然要联想到一般国际法中的补偿。但实际上二者的内涵大相径庭:DSU文本的谈判者和起草者只是借用了这一名词,而后在一个特殊的国际法律框架下构建起另一个不同的制度。一般国际法对于补偿的界定集中体现在二读通过的国家责任条款——《国家对国际不法行为的责任》之中。结合其第31、34、36条的规定可知,补偿与恢复原状和抵偿一同构成国际法上的损害赔偿制度。补偿是责任国对其国际不法行为所造成的损害、在没有或无法以恢复原状的方式给予赔偿时所采取的一种主要的和普遍的赔偿方式。〔5〕“这种补偿应该弥补在经济上可以评估的任何物质性损害或精神损害,包括可以确定的利润损失。”(第36条第2款)显然,一般国际法上的补偿是一种完全赔偿,其中物质损害包括直接损害与间接损害,〔6〕精神损害包括精神痛苦、感情伤害、羞辱、耻辱、人格损失、社会地位丧失和名誉受损等情况。〔7〕国际法上补偿的一般形式是金钱,这已为众多国际法案例,包括“科孚海峡案”、“塞加号轮船案”、“苏联‘宇宙—954号’事件”等践行。国际法上的补偿本质上是一国对其国际不法行为承担的一种责任形式,具有明显的赔偿性质,甚至已有学者开始讨论国际法上惩罚性损害赔偿的可能性。〔8〕

WTO争端解决机制下的补偿遵循的则是另外一种设计路线,其宗旨是为多边贸易体制提供保证和可预见性。这种补偿具有自愿性、临时性和工具性的特点。首先,这种补偿是非强制性的。根据DSU的规定可知,补偿谈判的启动、补偿的形式、补偿的范围等问题均由当事成员国自愿协商;其次,补偿只是在不可能立即撤销违法措施时作为一项临时办法采用,即使达成补偿协议,执行建议和裁决仍是被告方的义务,DSB仍有责任进行积极监督;最后,

〔2〕 王传丽:《国际贸易法》(第三版),法律出版社2005年版,第580页。

〔3〕 参见WT/DSB/M/41, 26 February 1998, at 2; WT/DSB/M/116, 31 January 2002, at 20; WT/DS160/23, 26 June 2003 at 3。

〔4〕 参见Michael D. Schmitt, “Prohibition Reincarnated? The Uncertain Future of Online Gambling Following the Unlawful Internet Gambling Enforcement Act of 2006”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Winter (2008), p. 401。

〔5〕 参见贺其治:《国际责任法及案例浅析》,法律出版社2003年版,第240页。

〔6〕 在“合恩角鸽子案”中,美国捕鲸船“合恩角鸽子号”被俄国巡洋舰扣押。美国将此事件提交由双方同意的唯一仲裁人进行裁决。对于补偿金额,仲裁人裁定补偿不仅应涵盖已发生的实际损害,还应包括受害方因船只在扣押期间损失的利润。

〔7〕 参见联合国:《国际仲裁裁决报告》,第7卷,第40页。

〔8〕 参见Garcia Amador, *Yearbook. ILC* (1956), ii. 211-12。转引自〔英〕伊恩·布朗利:《国际公法原理》,曾令良、余敏友等译,法律出版社2003年版,第193页。

WTO 争端解决机构应用补偿的目的在于维持成员国的权利和义务之间的适当平衡,保持将来的竞争条件,至于恢复原状之类的公正目标则充其量只是其制度运行的副产品。^[9] 于是,GATT 长期实践形成的“救济不溯既往”理念为 DSU 所沿袭:补偿的时间起算点不是从违法措施采取之日,也非专家组或上诉机构做出裁决和建议之日,而是执行裁决和建议的合理期限届满之日,此前的利益抵消和损害一般不予考虑。

综上,在现行 WTO 争端解决机制下,补偿的法律定位主要是争端解决机构敦促被诉方撤销与 WTO 有关协议不符措施的一种工具和手段,难以承载国内法和一般国际法中补偿的强制性赔偿功能。

二 法律理想与政治现实之间的矛盾: 对于补偿改进建议的评析

鉴于中止减让义务(报复)具有易于扭曲贸易和易于受国家报复能力差异影响的缺陷,在讨论 WTO 争端解决机构改革的过程中,许多人将目光投向了本不引人注意的补偿,提出了不同的改进建议。归纳起来,笔者以为其中两种观点最具代表性,即金钱补偿建议和不改革的观点。

多哈回合开始以来,在有关完善争端解决机制的讨论中,关于金钱补偿的建议被频繁提及。^[10] 金钱补偿的建议多来自从事或曾从事 WTO 高级法律事务的学者(所谓 WTO 的“局内人”)和 WTO 的发展中国家及最不发达国家成员。这些建议归纳起来,主要集中于下列问题:第一,金钱补偿的强制性;第二,金钱补偿的可溯及既往;第三,金钱补偿的计算和实施。在现行 WTO 争端解决机制下,补偿由双方自愿协商,但 WTO 争端解决的实践表明很少有双方自愿达成补偿协议的情况,补偿规定没有发挥相应的作用,于是人们开始讨论在 WTO 争端解决机制下引入强制性金钱补偿。根据这一建议,在合理履行期限结束后,申诉方可以选择要求未执行 DSB 建议和裁决的成员提供金钱补偿或请求授权报复,若选择了前者,则 DSB 应在一定时间内做出有约束力的金钱补偿决定;如果被诉方对请求补偿的金额提出异议,则可援用 DSU 第 22 条第 6 款程序请求仲裁。尽管强制性金钱补偿与 GATT/WTO 的实践不符,但同 WTO 的宗旨并不冲突。同时,金钱补偿还具有一些不容忽视的优点:支付金钱补偿的义务不具有贸易限制性;金钱补偿有助于减少申诉方或实际受损的私人利益主体的损失;被诉方可采取从财政预算中拨款的方式履行其金钱补偿义务,而不会给无过错第三方

[9] 尽管在非违反之诉中,补偿作为最后的争端解决手段,仍可成为令双方满意的调整手段之一部分[DSU 第 26 条(d)],但这种补偿仍然是不溯及既往的。

[10] 涉及金钱补偿的论文较多,除本文重点提及的外,尚包括但不限于:Chi Charnody, "Remedies and Conformity Under the WTO Agreement", 5 *J. Int'l Econ. L.* (2002), Claude Barfield, "WTO Dispute Settlement System in Need of Change", 37 *Intereconomics* (2002), Joel P. Trachtman, "The WTO Cathedral", 43 *Stan. J Int'l L.*, Winter, 2007, Steve Charnovitz, "Rethinking WTO Trade Sanctions", 95 *AM. J. INT'L L.* (2001), Nikolaos Lavranos, "Some Proposals for a Fundamental DSU Reform", 29 *Legal Issues Eur. Econ. Integration* (2002), Robert M. MacLean, "The Urgent Need to Reform the WTO's Dispute Settlement Process", 8 *Int'l Trade L. Reg.* (2002), Victor Mosoti, "In Our Own Image, Not Theirs: Damages as an Antidote to the Remedial Deficiencies in the WTO Dispute Settlement Process: A View from Sub-Saharan Africa", 19 *B. U. INT'L L. J.* (2001)。

造成不适当的负担等。^[11]在实践中,金钱补偿已被《北美自由贸易协定》采纳。该协定第2018条(2)规定:在任何可能的情况下,执行最终报告的解决方案应是不执行或撤销与本协定不符或引起附件2004意义上的抵消或损伤结果的措施;如不能达成此种解决方案,则应给予补偿。关于金钱补偿应否溯及既往的问题,WTO秘书处法律部专家约斯特·鲍威林(Joost Pauwelyn)认为,应考虑对违法措施所引起的过往损害也一并给予补偿,因为这不仅会使WTO的法律规则更加经济,还会显著增加多边贸易体制的可预见性和稳定性。另外,尽管存在GATT长期实践形成的“救济不溯既往”的理念,但WTO的现有规则和争端解决实践从未明确排除对过往损害的赔偿。^[12]WTO的一些发展中国家和最不发达国家成员积极倡导溯及既往的金钱补偿。2002年,最不发达国家集团递交了一份提案,建议在WTO争端解决机制下增加金钱补偿,数额相当于违法措施直接造成的损失及可预见的损害。关于金钱赔偿的起算时间,墨西哥提出应自以下三个时间点之一起算:(1)实施违法措施之日;(2)申诉方请求协商之日;(3)设立专家组之日。肯尼亚则提出,如果是发展中国家针对发达国家提起申诉,争端解决机构应有权直接建议采取金钱或其他形式的补偿,并且应自通过专家组报告之日起开始计算损害数额。关于金钱赔偿的计算问题,则提出应根据申诉方的国民生产总值和人均生产总值计算。^[13]也有学者提出所谓“损害清算公式”,其大致内涵为:事先确定补偿金额,其数额可以是适用于所有成员国的统一标准,也可以根据成员的市场规模或其他与市场规模和发展水平相关的因素按比例确定;在仲裁过程中,申诉方可以举证证明实际损害比这一金额更高,被诉方也可举证证明实际损害更低。^[14]金钱补偿的主要困难和障碍在于其执行问题。为解决这一问题,前WTO法律事务部部长威廉·戴夫(William Davey)建议要求WTO成员预交补偿金,创设一笔基金,以便金钱补偿的执行。^[15]

对上述金钱补偿的建议,济德·那兹利比(Jide Nzelibe)却不以为然。他认为金钱补偿不会比现行WTO争端解决机制下的报复制度更为有效,主要理由是:第一,与现行DSU中的报复执行机制相比,金钱补偿作为救济措施的明显缺陷在于它的完全可替换性。被诉方政府可从国内任何产业(包括根本未从实施与WTO协定不符措施中受益的产业)筹措补偿款项,而申诉方政府可随意将所得补偿款项分配给国内特定的政治集团。第二,除上述潜在的政治经济学问题外,金钱补偿还可能显著增加利用WTO争端解决机制进行申诉的社会成本。允许金钱补偿有可能使得最不发达国家的申诉增加,而后者却无法将过度申诉所引发的社会成本国内化。同时,引入金钱补偿还会激励WTO成员不顾争端的代价,过分专注于对抗性的申诉,而不考虑采取其他合作性方法解决争端。这些都会给世界贸易体制施加巨大的社会成本。^[16]

[11] 参见 Marco Bronckers and Naboth van den Broek, “Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement,” 8 *Journal of International Economic Law* (2005), pp. 110 - 114.

[12] 参见 Joost Pauwelyn, “Enforcement and Countermeasure in the WTO: Rules are rules — Toward a More Collective Approach”, 94 *American Journal of International Law*, (2000), p. 346.

[13] 具体建议可分别参见 WTO 以下文件: TN/DS/W/17 (Oct. 9, 2002), TN/DS/W/15 (Sept. 25, 2002), TN/DS/W/23 (Nov. 4, 2002) TN/DS/W/42 (January 24, 2003)。

[14] 参见 Marco Bronckers and Naboth van den Broek, p. 124.

[15] 参见 William J. Davey, “Implementation in WTO Dispute Settlement: An Introduction to the Problems and Possible Solutions”, p. 14.

[16] 参见 Jide Nzelibe, “The Case Against Reforming the WTO Enforcement Mechanism”, *University of Illinois Law Review*, Symposium: Public International Law and Economics, (2008), pp. 347 - 356.

“社会成本分析”看到了金钱补偿可能引发过多申诉,从而不利于成员间维持合作关系,这一点具有一定的合理性。然而,认为金钱补偿的引入会分散成员国政府致力于降低世界贸易壁垒的驱动力,转而追求更为便利的金钱补偿,这种看法恐怕更多地是出于担心发展中国家和最不发达国家“搭便车”。实际上,要求被诉方撤销与 WTO 协定不符的措施始终是 WTO 现行争端解决执行机制的最终目标,引入强制性的金钱赔偿只是强化了机制中原有补偿的工具性特点,而不是用金钱赔偿代替被诉方的“实际履行”义务。相反,相对于贸易报复而言,金钱补偿提供了一种申诉方更易于也更乐于使用的措施,^[17]只会增加败诉成员国最终执行裁决和建议的可能性。

对 WTO 成员国内决策的政治经济学分析无疑显示了济德·那兹利比的“世界情怀”。然而,如何筹措、分配金钱补偿的资金属于 WTO 成员的国内决策范围,本非 WTO 协定的约束领域。进而言之,恐怕没有任何一个 WTO 体制下的制度能够完全摆脱国内因素的影响。即使是济德·那兹利比大加赞赏的授权报复制度本身,申诉方仍可在获得报复授权的情况下,决定是否实施、何时实施以及如何实施报复。例如,在“美国—外国销售公司案”中,欧共体虽然早已从 WTO 争端解决机构获得了 40 亿美元的报复授权,但直至 2004 年 3 月才实施了小部分授权,只对名单中 5% 的产品中止减让义务,规定在报复期间若美国国会未做出相应立法反应,则每隔一个月上调关税 1%。这些产品多是对布什再次竞选总统具有政治敏感性的产品,其实欧共体早在 2003 年便已确定了这些产品的名单。欧共体之所以煞费苦心选择报复的实施时间和实施方式,旨在敦促美国国会尽快通过新的立法,以执行争端解决机构的裁决和建议。^[18]

综上所述,笔者以为,在 WTO 争端解决执行机制中引入金钱补偿的根本障碍不在于法理,也不在于执行的困难,而在于政治上的可接受性。WTO 规则的制定和发展从根本上说取决于各成员国的意志。在国际意志的形成过程中,利益是主要考虑因素。各成员国同意让渡部分主权于 WTO,目的在于获得稳定的多边自由贸易体制所可能带来的利益。同时,国家在参与任何国际合作时都需要寻求某种灵活性,以便在履行国际义务会对本国造成重大不利影响或者在政府追求特殊政策目标时有一定的回旋余地。^[19]贸易大国对这种灵活性的需求更为迫切,表现在 WTO 争端解决机制方面便是偏爱不严格的、可选择的责任制度。无论是济德·那兹利比反对金钱补偿改革的观点,还是约斯特·鲍威林关于 WTO 的义务主要是双边义务的阐述,亦或沃伦·施瓦茨(Warren Schwartz)和阿兰·塞克斯(Alan Sykes)将效率违约引入 WTO“不完全合同”的法经济学尝试,^[20]都是意图从理论上证明 WTO 规定的责任形式允许成员国加以灵活选择。上述这些观点力图将执行、补偿和报复解释为三种并列的、可由被诉方根据具体情况自由选择的责任形式。尽管这种解释与 DSU 的

[17] 迄今,在 WTO 争端解决机构受理的 370 余例案件中,争端解决机构授权报复的案件仅为 15 例,而其中真正实施的授权只有 4 例,即欧共体—香蕉案(美国实施)、欧共体—荷尔蒙案(美国实施)、欧共体—荷尔蒙案(加拿大实施)和美国—外国销售公司案(欧共体实施)。

[18] 参见 O'Neal Taylor, "Impossible Cases: Lessons From the First Decade of WTO Dispute Settlement", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Summer (2007), pp. 413-415.

[19] 参见张军旗:《论 WTO 国际责任的范围及其发展方向》,《政治与法律》2006 年第 6 期。

[20] 后两种观点的相关论述可分别参见 Joost Pauwelyn, "A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?", *European Journal of International Law*, November (2003), p. 907; Warren Schwartz and Alan Sykes, "The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization", *31 Journal of Legal Studies* (2002), p. 179.

文本解释相冲突,但客观上却存在这样的实践,即只补偿不执行或宁可承受报复而不执行。截至 2005 年 1 月 1 日,仅美国作为被诉方未遵守争端解决机构建议和裁决的案件就达四起;欧共体—荷尔蒙牛肉案的执行问题久拖不决,并且在“何种措施构成遵守争端解决机构的建议和裁决”等问题上很可能引发“第二代申诉”。^[21]溯及既往的强制性金钱补偿无疑会减少成员国决策的灵活性,那些已从现行较为宽松的 WTO 责任制度中受益的成员国,尤其是发达国家必然持反对态度。这就使得金钱补偿的改进建议尽管有种种优点,却难以跨越政治现实的障碍而得以推行。

三 偏离权配额交易制度:一种改革的新思路

(一) 偏离权配额交易制度的基本框架

通过前文的分析我们可以看到:一方面,现行 WTO 体制下的补偿制度难以承载强制性赔偿功能,作用有限;另一方面,要求增强补偿救济性功能的改革建议虽有助于实现公平与效率的法律目标,但却因受制于政治现实的障碍而难以推行。这种现状预示 WTO 体制下补偿制度的改革应探求一种新的思路。笔者以为,关于补偿制度改革的可行性建议应基本上满足至少三个条件:政治上的可接受性:顾及 WTO 成员从多边自由贸易体制中获益的能力差异以及与 WTO 追求目标的可兼容性。首先,如上所述,政治上的可接受性要求补偿制度的改革不能损及(或至少不能过度损及)各成员国决策的灵活性。其次,由于 WTO 各成员国经济发展水平和运用 WTO 规则的能力存在差异,从而其从多边自由贸易体制中获益的多少存在差异,因此补偿的改进应该有助于缩减这些差异,以真正实现 WTO 各成员国之间权利义务的平衡。最后,补偿的改进是一种在 WTO 体制下的改革,因此应当与 WTO 追求的目标基本一致。WTO 的基本目标在于保证多边自由贸易体制的稳定与发展,保持这一体制对各成员国的吸引力,而实质上的公平则并非其主要和直接的追求目标。

基于上述考虑,就补偿制度改革,笔者尝试提出一种新的思路,即偏离权配额交易制度。这一制度的总体构建思路是:各成员国通过谈判,确定在一定时间内可以采取偏离 WTO 有关协议的贸易措施的次数(配额)。次数的确定应考虑成员国以往执行争端解决机构建议和裁决的表现、成员国的贸易量、成员国国内的政治与法制状况等因素。然后,根据确定的偏离次数,各成员国预交一定数额的金钱组成补偿基金,交由 WTO 监管。一旦某一成员国使用了偏离权,认为利益因此受到损害的成员国就可援引 DSU 第 22 条 6 款规定的仲裁程序,确定应补偿的金额。^[22]这种补偿的执行可不需特别法律程序的批准,而直接从 WTO 支配下的补偿基金中划拨。成员国的偏离权配额可以作为一种稀缺产品在成员之间开展交易。偏离权配额交易的本质是在配额限制和补偿限制的前提下,就特定贸易措施免除成员在 WTO 下的义务,同时通过偏离配额交易鼓励成员遵守 WTO 下的义务,平衡 WTO 成员从多边自由贸易体制中获益的能力差异。

[21] 参见 O'Neal Taylor, "Impossible Cases: Lessons From the First Decade of WTO Dispute Settlement", pp. 317, 367 - 369.

[22] 这种作法已有先例。在“美国—《美国版权法》第 105(5)条款案”中双方即通过 DSU 第 22 条 6 款规定的仲裁程序,确定了补偿的金额。

(二) 偏离权配额交易制度的合法性与现实性

允许各成员国在一定时间内有限地偏离 WTO 有关协定,既顾及了政治现实,又与法理并行不悖。首先,WTO 的有关协议并非国际强行法(强制性规范)。根据《维也纳条约法公约》第 53 条的规定:“……就适用本公约而言,一般国际法强制性规范指国家之国际社会全体接受并公认不许损抑且仅有以后具有相同性质之一般国际法规范始得更改之规范。”国际法院和一些国际法庭已经确认的强制性规范包括关于侵略、种族灭绝、奴役、种族歧视、危害人类罪行、酷刑以及民族自决权的规范。^[23] 强制性规范由于其本身的重要性,对国际社会全体具有约束力,任何国家,包括非缔约国,都不得否定或拒绝接受这种强制性义务。相反,WTO 相关协定仅对 WTO 成员国具有约束力,并不能约束其他国家。根据 DSU 第 22 条的规定,因一成员国违反有关 WTO 协定义务而利益受损的成员国有权中止相应的减让义务,即 WTO 的有关协议并非“不许损抑”。所以,允许各成员国在一定时间内有限地偏离 WTO 有关协定并不存在法理障碍。其次,WTO 体制本身也附条件地允许成员国免除 WTO 下的义务。根据《建立世界贸易组织协定》第 9 条的规定,WTO 成员国可以决定在一定时间内解除一些成员的 WTO 协定下的义务。从这个角度来看,允许各成员国在一定时间内有限地偏离 WTO 有关协议,只不过是將这样一种义务豁免的决定过程提前,并予以简化。约翰·杰克逊(John Jackson)也曾指出,免除义务的做法可以被当做一个过渡手段,来及时解决一些重要的并且得到多数同意的例外情况,直到有一个更正式的解决方法能够被协商同意并被长期适用。^[24]

在成员国实施有限偏离权时,必须对利益受损的成员国进行补偿。“一国政府可以从法律上决定世界上其他国家在这个问题上都是错误的,而它坚决要采取贸易行动的决心是正当的,但是它不得不为它的信念付出代价。”^[25] 在赋予 WTO 成员国出于维护自己的根本经济利益或价值选择而有限偏离 WTO 规则之权利时,行使偏离权的成员必须对那些由于它的贸易措施而受到损失的成员给予补偿。这种限制不仅是公平原则的要求也是维护 WTO 贸易体制的需要。同时,这种做法也符合所谓“效率违约”理论,更容易被 WTO 成员接受。此外,直接从设立的补偿基金中划拨补偿金,可以跨越执行的障碍,保证救济的可预期性。允许偏离权配额在成员国之间进行交易的制度设计将法律问题部分转化为经济问题,以激励各成员国审慎实施有限的偏离权,激发其遵守 WTO 义务的积极性,从而将各成员间的竞争焦点从利用 WTO 争端解决机制进行申诉转变为遵守 WTO 义务的能力。这种转变可以部分扭转发展中国家在利用 WTO 规则方面的博弈劣势,提升 WTO 整个体制下的公平内涵。

偏离权配额交易制度中一个突出的现实难题是偏离权配额的确定,亦即确定偏离权配额时应考虑的因素及因素的量化方法。这一问题的解决尚无现成方案,或许需要求助于经济学家的智慧,但《农产品协定》和《京都议定书》的签署已经带给我们有益的启示。在《农产品协定》的谈判过程中,两个创新性的概念——关税化(tariffication)和年度资助合计

[23] 参见《国家责任条款》第 26 条译注第 5 段。《国际法委员会报告》,2001 年,A/56/10,第 208 页。

[24] 参见 John H. Jackson, “Greening the GATT: Trade Rules and Environmental Policy” in J. Cameron, P. Demaret and D. Geradin, eds, *Trade and Environment: The Search for Balance*, 1994, p. 46.

[25] Robert E. Hudec, “GATT Legal Restraints on the Use of Trade Measures Against Foreign Environmental Practices”, in Bhagwati and Hudec, eds. *Fair Trade and Harmonization*, 1996, p. 154.

(AMS)为《农产品协定》的达成提供了重要的技术性支持。前者将非关税措施用数理分析经济学方法量化为关税当量,最早由美国的一些经济学家创造出来;后者则是由经合组织经常使用的“补贴生产人当量”演化而来,作为测定“国内支持”的尺度。^[26]《京都议定书》通过联合履行机制、清洁发展机制和排放交易机制,将定性的环境权利、义务转换为定量的经济权利、义务,其中温室气体排放交易的制度设计值得借鉴。排放交易是指《京都议定书》附件一国家(主要是发达国家)在超额完成其承诺的减排任务时,可以将其多余的减排限额出售给某个排放量超过减排目标的附件一国家。排放交易是以配额为基础的交易,配额的确定遵循了“共同但有区别的责任”原则。为达成温室气体排放量在1990年的基础上平均削减5.2%的目标,^[27]《京都议定书》为附件一国家规定了不同的减排配额:美国削减7%,欧盟各国8%,日本6%,加拿大6%,新西兰、俄罗斯和乌克兰可将排放量稳定在1990年的水平,而发展中国家不受约束。^[28]在偏离权配额交易制度中,偏离权配额的确定虽然恐怕无法适用“共同但有区别的责任”原则,但仍应反映国家间的差异性,成员国以往执行争端解决机构建议和裁决的表现(如申诉次数、未执行建议和裁决的次数)和成员国的贸易量都应作重要考虑因素。

偏离权配额交易是限于国际政治、经济和法律现实而做出的一种相对合理的制度选择,在推进过程中可能面临一些具体困难。例如,对于赋予成员国“偏离权”,各成员国能否达成共识?偏离权配额的实施期限应整齐划一还是因情况而异?也许只有在将来WTO成员间的具体谈判中才能逐渐找到这些问题的答案。但是,在WTO多边自由贸易体制进入调整与反思阶段的背景下,继续探索各种改革的可能性与可行性,无疑是破茧而出前的必需尝试和必要努力。

[Abstract] The existing compensation under the WTO dispute settlement mechanism is designed to be a device to prompt compliance with its recommendations or rulings of the DSB by the defendant, rather than serving the purpose of compulsory compensation for losses under the compensation system in domestic laws and in international law as well. Currently, there are mainly two different proposals on the reform of the compensation system: pecuniary compensation and no-reform approach - both are difficult to implement due to the conflict between legal ideals and political reality. A new approach to improving the compensation under the WTO dispute settlement mechanism is the “system of non-compliance quota trade”. This system basically meets three requirements: being politically acceptable, taking into account the discrepancy among WTO Members in the capacity of availing the multilateral free trade system, and being reconcilable with the aim of the WTO.

(责任编辑:廖凡)

[26] 参见赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社2000年版,第250页。

[27] 参见《京都议定书》第3条第1款。

[28] 参见《京都议定书》第10条和附件B。