



## 刘丹-论WTO补贴争端解决中的“反措施”



来源方式：原创

发布时间：2012-05-22

论WTO补贴争端解决中的“反措施”

刘丹\*

摘要：

WTO补贴和反补贴案件“反措施”的法理依据是什么，有什么特殊性？这些争端中仲裁员处理案件的思路如何探寻？一般国际法中的反措施和WTO体制中的反措施又有哪些异同？本文将围绕这几条主线，侧重挖掘WTO授权反措施之国际法依据，同时将实证的方法分析“反措施”在WTO补贴争端中的应用，旨在为我国今后反补贴调查实践以及WTO补贴争端提供多维参考视角。

关键字：

SCM协议、反措施、国际责任草案、“适当”原则

Abstract:

What are the legal bases for the application of countermeasures on the cases related with SCM Agreement and what are the specialties of these cases? How did arbitrators deal with these types of cases? What are the differences between general international law and the WTO system in terms of countermeasures? This essay provides analysis on the legal basis for the authorization of countermeasure within the WTO system. Meanwhile, it also focuses on the detailed examination on the application of countermeasures in WTO disputes related with SCM agreement from empirical approach, in order to furnish necessary angles for china's litigation concerning SCM agreement and domestic investigation process.

Key Words:

SCM Agreement, Countermeasures, Draft Articles on State Responsibility, Principle of "proportionate"

\*刘丹：女，复旦大学国际法专业博士生，上海对外贸易学院法学院讲师，研究领域：国际公法、世界贸易组织法。邮件：081026@fudan.edu.cn

## 一、WTO反措施的法理基础

### （一）国际法一般规则中的“反措施”（Countermeasures）

反措施作为国际法的一种免责制度，系指受害国为回应责任国一个先前国际不法行为所采取的不然也构成受害国违反其相对于任国的一项或多项国际义务的措施，其目的在于促进责任国遵守其应负的国际义务。传统国际法上，国际法的实施保障基本是基于一种单边的“自助”（self-help）体制。在一项国际义务遭到违反的情况下，主权国家通常可以自由地以它们认为合适的方式来维护自己的权利，包括诉诸战争和采取武力报复等一些强制性手段。20世纪初的海牙第二公约禁止为了向他国政府追和合同债务使用武力，1919年国联盟约也限制成员国使用武力。二战后，随着联合国宪章明确禁止使用武力和以武力相威胁规定成为习惯国际法，国家单边使用自助措施的可能性就受到了限制。

对单边措施进行限制得到条约、国际实践以及国际案例法的确认，从而形成有关反措施的习惯国际法。对采用非武力反措施限制在1969年《维也纳条约法公约》中体现在第60条：“条约因实质性违约而终止或停止施行”。条约法第60条的规定和反措的诸多相似，使国际法委员会（International Law Commission-ILC）在起草国家责任草案有关反措施的条款时得到启发。

国际实践方面，国内立法中也在做出限制的前提下承认反措施有关的规则，美国和欧洲国家的立法中承认如经济制裁、冻结一产之类的反措施。但是这些措施在适用上往往因为超过国际习惯法规则而遭到国际社会的诟病。国际案例法的发展方面，较早及反措施的有诺利拉仲裁案、赛思恩仲裁案，但是影响力最大的还是航空服务协议仲裁案（Air Service Arbitration Case）。根据美、法两国1946年的航空服务协议，两国在平等互惠的基础上开展航空运输服务。案件起因是由于法国拒绝美国其西海岸的航班在伦敦改变飞机型号。美国认为法国违反了两国签订的航空服务协定，因而终止法国飞往洛杉矶的航班作为回应。两国因此把案件提交仲裁。仲裁庭在裁决中正式使用了“反措施”的用语，同时也是美国提交的备忘录中的用词。仲裁庭承认一国有权通过采取反措施来确认其权利，也分析了采取反措施“成比例”的条件、比例原则和相称原则之间的关系。仲裁庭认为：“美国是对法国的违约行为做出回应，而且其回应是符合国际法关于反措施的要求，特别是在目的和相称性方面。但仲裁庭也指出：“诉诸反措施反过来也具有进一步反应的危险，这样会导致冲突的升级和恶化。反措施的使用应该具有一种大的节制精神并伴随着争端的真正努力。而且在目前的国际关系状况下，仲裁庭并不认为可以主张一项规则禁止在谈判期间，特别是在这种反措施同时提供了一种能加速解决争端的程序时使用反措施。”1978年航空服务协议案正式采用反措施这一用语并没有引起学术界太大的反应，但随后国际法院在德黑兰使馆案、军事和准军事案、以及加布奇科沃—大毛罗斯项目案相继用了该用语，尤其是联合国国际法委员会在有关国家责任的条款草案中也使用反措施的用语，在国际上引起了对该概念的内涵、作用以及相关法律规范的激烈讨论。因此，权威性国际司法机构的案例对反措施有关国际法一般规则的发展起到了推动作用。

《国家对国际不法行为的责任条款草案》（以下简称《国家责任条款草案》）是在国际法的编纂和逐渐发展相互交织的情况下行的。国际法委员会最终于2001年第53届会议上二读通过的《国家责任条款草案》在第三部分第二章49条到54条规定了反措施制度。为防止滥用，在反措施的使用上应注意几点：1、反措施仅涉及非武力的措施（《国家责任条款草案》第50条1(a)）；2、反措施应受到指向责任国而不是第三国的限制（《国家责任条款草案》第49条（1）、（2））；3、反措施应是暂时的，就两国来的法律关系而言应尽可能具有可终止的效果（《国家责任条款草案》第49条（2）、（3）、53条）；4、反措施应成比例（《国家责任条款草案》第53条）。5、反措施不应背离于基本法律义务，尤其是一般国际法强制性规范下的义务（《国家责任条款草案》第50条（1））。这些反措施法的基本规则在下文WTO《补贴和反补贴协议》（或称SCM协议）以及典型案例中都得到有所体现。

### （二）WTO法：自足制度与特别法问题

谈到WTO法与一般国际法规则的关系时，“WTO是‘自足制度’（self-contained system）还是特别法（system of *lex specialis*）”这个问题是无法回避的；与该问题直接关联的另一个问题是，国际法的一般规则尤其是反措施规则是如何影响WTO法的。国际法上的“自足制度”这一措辞最早出现在1923年常设国际法院对温布尔登案的判决，就涉案的德国基尔运河法律地位，法

认为“基尔运河的各项规定是自足的”；其后该法院在1925年“交换希腊和土耳其居民案”中指出，为了解释有关条约中的术语，不必参照外部资料来源，“在这一点上，公约是自足的，并且应当采用词语的自然含义”。国际法院在1980年德黑兰交和领事职员案中，在阐述外交法的特点时第一次使用了“自足制度”一词，并指出，“简言之，外交法规则构成了一个自足度，该制度一方面规定了接受国应当给予与其外交使团相称的便利、特权和豁免，另一方面预见外交使团成员滥用这种便利和特权和豁免的可能性，并特别指明了接受国在应对这种滥用时的处理手段。”因此，接受国不得采取违反外交豁免的对等行为，只能采取外交法中规定的救济措施。从常设国际法院采用“自足”的措施，到国际法院“自足制度”的用语，按照哈特对“规则”的分类看，国际司法实践重心也就从初级规则转向了次级规则。国际法院采取的自足制度，意在强调某些国际法所规定的排他的特别救济措施。这些具有自足性质的国际法制度如外交法、欧共体法和人权法等，包含了涉及违反其相关初级规则后果的特别规则，有可能成为一种自治体系(autonomous systems)。在WTO法领域中有大量的著述将WTO法视为“自足”制度。麦克瑞尔认为，自由市场和人员跨境贸易是福利的关键，国家主权对贸易自由化造成阻碍，国际贸易法需要移除国际法中以国家为中心的原则，该领域中无需考虑传统观念上的国际法；特里比科克和豪斯认为，GATT领域的自足性质被金枪鱼案所证实。该案中专家组以当事国没有签署某些国际环境条约为由，没有把国际环境条约列入考虑，这明显背离《维也纳条约法公约》31.3(c)的规定。如果从极端的“自足制度”的角度，似乎WTO法与国际法一般规则是两套基于不同理论的体系；按这个逻辑，除非WTO有关协议明示，国际法的一般规则包括国家责任的一般规则不能适用于WTO领域。

《国际责任条款草案》在起草过程中注意到自足制度与国家责任法的关系、自足制度如何影响当事国诉诸反措施的权利以及W与反措施之间的关系问题，解决这些困惑的关键，就是“特别法”概念的介入。1991年的特别报告员阿兰乔·鲁伊斯(Ga-o Arangio-Ruiz)关注到反措施在国际责任法律制度中是否“对缔约国在法律上诉诸一般国际法合法措施的可能产生某种程度影响”。他的结论是，“没有任何体系可以设想为自足制度，从而排除国家责任规则的适用。同时，他承认国家有权就违反某初级规则的特别后果做出规定：在一些国家之间缔结某项条约的情况下，它们可以就违反条约义务的行为规定特别的责任制度”。2000年的特别报告员詹姆斯·克劳福德(James Crawford)采取了较为务实的立场，在关于委员会草案与外部法律关系的第37至39条草案的讨论中论述了自足制度，并形成了2001年《国家责任条款草案》第55条“特别法”的规定，“在并且在国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下，不得适用本条款。”

总结国际法委员会的评注可以得出结论：(1)国家之间可以达成涉反措施的其他国际法规则。就WTO而言，这种可能性来自《国际责任草案》第55条的“特别法”而非第50条1(d)的强制性规范。另一方面，国际法委员会把WTO《关于争端解决规则与程序谅解》(以下简称DSU)视为“特别法”的典型范例；(2)国际法委员会称，特别法和自足制度的区别其实是程度问题，《国际责任条款草案》把特别法列入草案实际上是把这两种形式都包含进这一个概念中的。这也暗示着自足制度实际上是更强意义的特别法。总之，围绕着WTO法性质的讨论揭示出：由于WTO存在对国际法一般规则的适用，WTO体系区别于国际法的自足程度可能用特别法的概念得到更好的解释。当然，这就引出反措施的一般国际法原则在WTO体系中的法律适用问题。

## 二、反措施在SCM协议中的适用

如上所述，国际法上的反措施为三原则所限，即等同性(equivalence)、互惠性(reciprocity)和适当性(appropriateness)，这三原则都包含在比例性原则(principle of proportionality)。反措施一般国际法规则在WTO体系中的适用，见于SCM协议第4.10、4.11、7.9、7.10条有关反措施的规定，以及DSU第22条的中止减让措施的规定。WTO领域中明文规定反措施适用程度的等同性原则和适当性原则。值得注意的是，“比例”的措辞只在SCM协议的脚步里模糊出现。

就WTO中对反措施进行限制的等同性原则，DSU第22.4条的表述为：“DSB授权的中止减让或其他义务的程度应等同于利益丧失或减损的程度。”类似的，GATT1947第XXIII:2条对“报复”的规定了“适当”的标准。1991年的邓克尔文本提议将用“等同”准则来衡量比例标准，这就是DSU第22.4条与GATT1947第23.2“与情况相称”标准严格。然而，SCM协议在反措施方面采用了和DSU不太一样的规定。SCM协议第4.10条适用于禁止性补贴，如果DSB的建议“在专家组指定的期限内(自专家组报告或上诉机构报告获得通过之日起开始)未得到遵守，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4.11条进一步规定，如一争端方请求仲裁，则仲裁人应确定反措施是否适当。很明显，对于禁止性补贴引起的反措施采用了适当性原则。

就比例原则而言，值得注意的是，尽管该原则已被《国家责任草案》和反措施的国家实践所承认，但欧洲大陆法系学者所主张比例原则是否能成为WTO法的原则是有争议的，美国政府及学者一般都持反对态度。WTO一揽子协议中，SCM协议模糊的在脚步4.10指出“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事实不成比例(disproportionate)的反措施。”SCM协议第7.9条适用于可诉补贴，即，如果一成员未采取适当步骤以消除补贴的不利影响或撤销该补贴，且未达成补贴协议，另一成员可以采取反措施。该反措施“应与不利影响的程度和性质相当(commensurate)”。DSU和SCM协议这两个WTO法律文本的不同用词，体现出它们在反措施问题上的不同倾向：SCM协议更为灵活，对反措施的规定更接近反措施的国际法一般规则；DSU相对严格，对反措施要求“等同”性。

## 三、WTO补贴争端解决“反措施”成案分析

时至今日，仲裁员使用两种途径来衡量（成员国）授权贸易报复的合法程度：第一种途径是DSU22.4条的“等同”标准。仲裁员将该标准适用于两类诉请，一是那些涉及一国持续的违反WTO法，二是涉及一国提议的报复背离了WTO法，这时仲裁员会根据“损害结果”（detrimental effects）来判案；第二种途径的“适当”标准仅适用于根据SCM协议第4.10、4.11条提出诉请的案件。仲裁员综合考虑的是导致损害后果的国家的行为和给予禁止性“补贴数量”（amount-of-subsidy）。笔者着重于第二种途径，即考察在SCM协议下涉及禁止性补贴使用反措施的系列成案；但应当注意的是，第二种途径和第一种途径所涉成案之间有不可分割的关系。

#### （一）“适当”原则与补贴争端成案分析

在巴西飞机案(2000)中，巴西政府对其地方飞机工业提供非法的出口补贴，加拿大因此要求授权其有权背离WTO项下的义务有来自巴西的进口货物征收100%进口税。加拿大主张的符合SCM协议“适当”标准的贸易报复额度是建立在巴西提供的出口补贴年度总额，而并非是加拿大出口商所受的损害结果。巴西主张：（1）反措施的程度应当和巴西给予的禁止性补贴引起的损害相当，即主张“等同”原则；（2）受害国（利益）的“丧失或减损”（nullification or impairment）是GATT时期对贸易的评判标准，同时也被WTO涵盖协定所实施。仲裁员拒绝巴西的主张，支持了加拿大的主张。其分析的逻辑关键点之一就是“适当性”进行解释。仲裁员根据《维也纳条约法公约》第31条，从三个方面分析：首先，对于SCM4.10、4.11中“适当”的含义，仲裁员从文本解释的角度认为不应视为和DSU22的“等同”一样。在衡量反措施程度的合适程度上“适当”适用的余地比“等同”更灵活；其次，和第5条可诉补贴不同，SCM协议第3、4条涉及的是禁止性补贴，并没有对“丧失或减损”的界定。因此判定“适当”的反措施也就不应仅建立在利益的“丧失或减损”上。仲裁员还注意到案件双方在“反措施”定义向上倾向于字典含义，但仲裁员认为采用国际法的一般含义和《国际责任草案》的定义更恰当。特别是，“当反措施促进义务的守时，即为适当”。

美国FSC案(2002)中，欧共体请求得到授权对进口商品征收100%的惩罚性税收，作为对美国未能撤销其禁止性进口补贴的回应。最终欧共体的反措施被认为是符合SCM第4.10条“适当”性的。该案仲裁员在分析“适当的反措施”的正当性方面，和巴西飞机案有很大不同。首先，在解释“适当性”的含义时，仲裁员没有倾向于一般国际法，而是采用了字典含义。在结合分析SCM第4.10和脚注9后认为“适当的通常含义或包含对本案中出口补贴进行有效抵销的反击，或包括对受害国造成损害后果的反击，二者皆有”。其次，仲裁员给出几个衡量反措施是否“适当”的要件：（1）授权反措施时，应把不法行为的法律地位以及违反WTO义务导致国与国间权利义务不平衡的行为考虑进来；（2）被诉方美国称：“‘适当’的反措施不应该与起诉国‘贸易影响’不成比例”，“贸易影响因素是唯一符合SCM第4.10条的立法目的和宗旨的途径。”仲裁机构认为就禁止性补贴而言，第7条“补救”中出现“贸易影响”的字眼，SCM协议第4条并没有“贸易影响”、“相反影响”或“贸易作用”的表述。结合分析第4条在整个SCM协议的作用后，仲裁员得出结论，“适当的反措施”允许诉请方对遭受到持续的非法措施的“损害影响”（injurious effects）进行反击，但“贸易影响”并不成为衡量“适当”性的标准；（3）就欧共体采取的反措施的适当性存在的比例关系问题，仲裁员认为，一国不仅有权对最初不法行为和该不法行为引发的权利义务的不平衡采取反措施，而且有权根据责任国违反的严重程度决定反措施的幅度。

加拿大飞机案(2003)中，巴西请求授权对加拿大禁止性出口补贴实行33.6亿美元的报复。巴西的授权请求计算了加拿大波音公司由于政府补贴（加拿大本应在2002年5月20日撤销）赢得的所有飞机合同价值，还加上对巴西安布瑞尔公司造成的和该交易有关的商业机会损失。加拿大认为巴西把反措施建立在（合同）销售价格上而非补贴数量上是“不适当”的反措施。同时巴西也不能证明销售价格和巴西在“威斯康辛”飞机销售合同中所受的“损害”相当。因此，加拿大主张巴西的授权报复应减少50%。本案仲裁员首先从“损害结果”的角度，认为巴西不能证明出口补贴和巴西公司贸易损失见的因果联系，因而不能证明遭受的由于加拿大的措施导致的损害结果；其次，仲裁员转而考虑加拿大提出的“补贴数量”角度来作为计算贸易报复的基础（涉案的加拿大出口补贴为206,497,305美元）。考虑到加拿大仍然声称无意撤销补贴，为敦促执行，仲裁员裁定，授权巴西反措施水平到总补贴量120%，即247,796,766美元。仲裁员最终认为巴西的反措施和SCM第4条不相符，其中重要的原因之一就是反措施的程度不“适当”。在分析“适当”的问题上，本案仲裁员完全沿袭了美国FSC案的思路，即考虑SCM协议4.10条的文本、SCM协议及整个WTO文本的目的和宗旨，又没有对案件任何一方提请的计算反措施方法偏听偏信。

#### （二）“等同”原则成案分析

反措施“等同于损害”的判断标准在欧共体香蕉III案(1999)中第一次得到发展，并在之后涉及DSU第22.4条“等同”标准的案中沿用。首先，仲裁人研究了“荷兰中止对美国的减让义务”（1952）一案中工作组意见：该工作组考虑的是所采取的行为是否适当。工作组仅仅关心遭受损失之等同问题。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：（1）在那样的场合下，所提议的措施在性质上是否适当；（2）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。仲裁员的结论是，比较1947年GATT曾经规定的“适当性”程度审查标准而言，“等同”标准反映出仲裁员按照DSU第22.7条进行审查是更为严格的标准。其次，在发展“等同”标准上，仲裁员认为“等同”暗含着“在中止（WTO义务履行）的特权和（利益的）”

与减损之间存在着一致性、同一性或平衡。”为计算美国贸易损失，仲裁员把美国对欧共同体出口货物遭受的损失作为标准。本案的思路为欧共同体荷尔蒙牛肉案（1999）所沿袭。仲裁员计算了如无欧共同荷尔蒙限制的预期牛肉出口额，再减掉实际出口额结果即为美国和加拿大可以对应征收100%税率的对欧共体的进口价格。

美国反倾销法案1916案（2004）仲裁员要处理的不是“数量”或者“金钱”为指标的反措施了。欧共同体请求授权通过对应美国1916年反倾销法案的所谓“镜子立法”，以针对美国的进口。仲裁员拒绝了欧共同体的主张，认为这不过是1916年反倾销法案的重复，“相同或相似的反措施并不导致中止（WTO义务履行）的特权和（利益的）丧失与减损之间的适当性”，因为“不同措施对贸易的影响是完全不同的”。仲裁员的结论是，欧共同体主张的措施“超过了（利益）丧失和减损的程度，因而是具有惩罚性的”。

### （三）二原则区别——SCM与DSU22条

在判定反措施的合法性上，仲裁员还需解决SCM协议与DSU之间的关系，这就决定了“适当”原则和“等同”原则的区别。反措施在DSU第22.4条和SCM第4.11条的措辞不一样。前者规定的标准是“等同”抵销或受损的水平，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，后者是定性描述。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，仲裁员认为，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条的“适当”这一术语同DSU第22条中“等同”术语作相同的理解。在美国FSC案中，仲裁员进一步指出，SCM协议第4.10、4.11是DSU附录2项下的“特别或附加条款”，根据DSU第1.2条，特别条款或程序优先于DSU条款。起草者并无意把第4.10条和第22条等同，从而推导出“适当的反措施应受到（利益）减损或丧失程度这一标准相当限制”的结论。总之，“补贴数量”参照协议“合适”原则的途径是每个禁止性补贴案件都用到的，它明显区别“等同于损害”这一原则的地方是，损害影响在采取反措施国家计算授权报复数额时没有关联。

## 四、反措施在WTO和《国家责任草案》中的比较

### （一）反措施的目的

反措施作为国际法的一种免责机制，其目的是促进责任国遵守其应负的国际义务。正是因为采取反措施的目的是为了终止国际不法行为和获得相应补偿，所以反措施的强度要适当、应是暂时措施，反措施不应该具有惩罚性，这也是它和国际法上的“制裁”概念的一个重要区别。同样，WTO体制下反措施的目的也是为了促进执行，这在涉及到依据DSU22.6条的欧共同体香蕉进口欧共同体荷尔蒙、巴西飞机等案件中都有体现。但WTO“促进执行”这一目标和《国家责任草案》不同之处有：1、在WTO法中的“执行”的含义范围小于一般国际法规则中的“执行”，它一般指的是“撤销和涵盖协议不一致的措施，”或由“专家组或上诉机构建议成员方修改措施以符合涵盖协议的规定”；2、“撤销”措施以达到执行目标，这就暗含着败诉方并无义务因为其措施与WTO协议不符就做出赔偿，而在一般国际法下的“补偿”（reparation）既包含“撤销”又包含“赔偿”。