

論 WTO 爭端解決彈性執行機制之設計 與缺陷

Perspective on the Shortness of the Problem of Flexible Design on WTO Dispute Settlement Procedure

曾雅貞 *Tseng, Yea-Jen*

樹德科技大學國際企業與貿易系助理教授

Assistant Professor of Department of Int'l Business and Trade,

SHU- TE University

摘要 / Abstract

原則上，為平衡會員體之主權要求及 WTO 爭端機制之效率，WTO 爭端程序的設計，包括 DSU 第 21.5 條有關履行裁決之爭議、以及 DSU 第 22.6 條有關報復程度之爭議等，係以「彈性」為其考量重點，一則在於降低 WTO 會員體主權與爭端機制監督權之間的爭競，維繫爭端機制之可信度，二則在於使 WTO 會員得藉由靈活的程序運用解決爭端，減少 WTO 資源的浪費。但以上爭端機制的彈性設計於歐體的香蕉案中受到空前的挑戰。除了歐體有計畫的

以時間換取空間策略，藉由重複性的救濟程序作為杯葛履行 DSB 裁決的手段之外，DSU 第 21.5 條及 DSU 第 22.6 條的程序衝突亦首度於香蕉案中呈現，該問題的癥結在於 DSU 本身彈性機制的設計缺陷。其中 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條的審理時程以及程序啟動之時間點的設計缺陷、與該兩項爭議未指定統一的爭端審理管道等設計，將為 DSU 爭端機制的運作埋下不定時炸彈。未來以該等程序問題技術杯葛執行的狀況，是否可能進一步被運用作為削弱對手國產業競爭力之手段，值得密切觀察。

The procedure of WTO dispute settlement mechanism is basically designed on the considerations of “flexibility”. The EC-Bananas case has posted a great challenge to the Dispute Settlement mechanism. EC resisted complying with appellate body’s recommendations and rulings, by means of the dispute procedure pursuant to article 21 and 22 of the Dispute Settlement Understanding, for more than 3 years after the expiration of the implementation period. The EC-Bananas case showed that losing parties are possible to delay the reasonable period of time via the procedural conflict between article 21.5 and article 22.6 of the DSU. This article concludes that the Great Powers, such as USA, EU and Japan, could boycott the implementation of DSB’s recommendations and rulings via WTO Dispute Settlement Procedure. But the weak countries could not counter the strong states’ demands because they lack the sufficient resources to take benefits from the WTO dispute settlement mechanism

關鍵詞： WTO 爭端解決彈性、彈性、合理期限、報復程度

Keywords: Dispute Settlement Procedure, flexibility, reasonable period of time, level of retaliation

壹、前言

世界貿易組織（World Trade Organization，以下簡稱 WTO）爭端解決機制為烏拉圭回合談判的重大成就之一。新式之 WTO 爭端解決機制基本上係以 GATT 第 22 條及第 23 條之爭端解決條款為建構基礎，並根據 WTO 設立協定之附件二—爭端解決規則與程序瞭解書而設立（Understanding on Rules Procedure Governing the Settlement of Dispute，以下簡稱爭端瞭解書或 DSU）。但不幸的事，WTO 爭端之彈性執行機制儼然已成為現今經濟強國「歧視」其他會員體的秘密武器。

為平衡會員體之主權要求及 WTO 爭端機制之效率，WTO 爭端程序之設計，包括是否履行裁決之爭議（DSU 第 21.5 條）、以及報復程度之爭議（DSU 第 22.6 條）等，係以「彈性」（Flexibility）為其設計時所優先考量的重點，其目的一則在於降低 WTO 會員體主權與爭端機制監督權之間的爭競，以維繫爭端機制之可信度，二則在於使 WTO 的會員得藉由靈活的程序運用解決爭端，以減少 WTO 資源的浪費。但 WTO 爭端程序此項彈性之設計，於歐體的香蕉案中受到空前的挑戰。

歐體所行的手段固然不可取，但既然台灣之經濟仰賴進出口貿易甚深，且至今仍未經過 WTO 爭端機制考驗，倘若台灣能於 WTO 會員體競相使用爭端解決機制作為保護內國產業的手段之際，致力於 WTO 爭端程序問題之研究，則可於未來可能產生的爭端案件中，得宜地運用程序問題，爭取更多諮商談判的機會或準備的時間，藉以增加致勝的契機。為此，本文企圖藉由國際經貿法的觀點，針對 WTO 爭端解決之執行程序的設計缺失進行深度分析，作為政府各界研擬未來因應策略之參考。¹

貳、WTO 爭端機制概論

¹ WTO 至今並無該組織所正式頒布之中文譯本。WTO 相關協定之主要中文譯本在台灣地區共有 3 種版本，分別為：羅昌發，國際貿易法，元照出版社，2000；黃立等，WTO 國際貿易法，元照出版社，2002；經濟部貿易局出版之“烏拉圭回合協定”中文譯本。上述 3 者中文版本之文字與內容敘述方式不盡相同。以下本文所探討之所有 WTO 相關協定的中文翻譯，將參考上述 3 種中文譯本，並對照 WTO 相關協定之法文及英文版本，期能作到最妥適之處理。

一、WTO 爭端解決機制的管理

為管理 WTO 的爭端機制，DSU 設有一常設性爭端管理機構 – 「爭端解決機構」(DSB, Dispute Settlement Body, 以下簡稱 DSB)。²DSB 係由 WTO 所有會員代表所組成，原則上每月集會一次，依據 DSU 規定或各會員國合意之時程，管理爭端解決之流程及其程序性問題等。其主要權限包括：1) 爭端解決小組之設立；2) 通過爭端解決小組及上訴機構的裁決與建議；3) 監督裁決及建議的執行狀況；4) 是否授權會員國報復等相關事項。

爭端管理機制的特色，除增設上訴機構 (Appellate Body) 以保障 WTO 各會員的權益外，DSU 對於爭端解決之每一進程皆有嚴格的時程規定，藉以改善 GATT 時代的效率性問題。如 DSU 規定爭端小組的審理時程為 6-9 個月，³上訴機構的審理時程為 60-90 天，⁴上述二階段的爭端總審理時程為 9~12 個月，⁵自爭端小組成立到執行之合理期限 (reasonable period of time, 簡稱 RPT) 訂定的總時程不得逾 15-18 個月，⁶ RPT 原則上不得逾 15 個月、⁷有關執行程度爭議的審理期限則為 90 天等⁸。

二、WTO 爭端解決的三大程序

一般而言，爭端解決可分為爭訟、履行裁決、以及報復等三大階段。第一階段的爭訟程序，包括爭端解決小組及上訴機構的審理。諮商為爭端解決的前置程序，並非為一必要程序。在諮商請求遭到拒絕或相關當事國未於收到請求後的 30 天內展開諮商，則可逕自要求成立爭端小組以審理該爭端。⁹倘若 WTO 會員決定將爭端交由爭端小組解決，則爭端小組將針對事實及程序等兩方面的問題進行審查，並於完成審核流程後，¹⁰將爭端小組的報告書轉呈 DSB 以負面

²依據 DSU 第 2 條之規定

³ DSU 第 12.9 條

⁴ DSU 第 17.5 條

⁵ DSU 第 20 條

⁶ DSU 第 21.4 條

⁷ 第 21.3 條 (c) 款

⁸ 第 21.5 條後段

⁹ DSU 第 4.3 條

¹⁰ 審核流程包括作成裁決及建議報告書、向當事國提交報告、期中檢討等。

共識決¹¹的方式加以採認。倘若敗訴國不服爭端小組的裁決結果，則無須等待 DSB 的認可程序，敗訴國可直接向 DSB 提出上訴請求，經上訴機構作出裁決與建議後，再轉呈 DSB 進行採認。上訴並非為一必要的階段，可由相關的當事國自由裁量之。

爭訟程序結束後，全案即正式進入執行階段。DSU 原則上要求 WTO 會員對 DSB 的建議及裁決採立即履行原則。¹²DSU 要求敗訴國在 DSB 以負面共識決通過小組及上訴機構報告書（以下簡稱爭端報告書）的 30 日內，向 DSB 告知其執行意願。但若該相關會員國在實際上無法立即執行 DSB 的建議或裁決，則 DSB 允許敗訴國得於「合理期限」（PRT）內履行之。¹³

在逾合理期限後，倘若敗訴國仍「未履行」或「未完全履行」¹⁴DSB 的建議或裁決，則 DSU 第 22 條訂有一報復條款，授權控訴國得對敗訴國採行適當的報復措施，藉以促使爭端報告的裁決及建議得以確實獲得履行。值得強調的是，敗訴國即使在遭到報復後，亦不能免除其執行爭端報告之裁決或建議的義務。¹⁵其次，WTO 原則上並不鼓勵各會員運用報復手段以確保爭端報告的執行效率。¹⁶

三、WTO 爭端解決機構的監督機制

為確保爭端報告確實獲得履行，DSU 另設有一監督機制，以監督敗訴國的執行進程。DSU 第 21.6 條規定 WTO 會員於 DSB 的裁決報告獲得採認後，任一會員得於任何時間內，¹⁷向 DSB 質疑爭端當事國為履行 DSB 的建議或裁決所採取的任何措施，而該異議將於「合理期限」確定後的 6 個月，

¹¹ 只要一方贊成，爭端小組或上訴機構之裁決或建議書即告通過。

¹² DSU 第 22.1 及 22.2 條的規定。

¹³ 據 DSU 第 21.3 條，所謂「合理期限」係指敗訴國執行 DSU 之建議或裁決所須之履行期限。

¹⁴ 指履行的程度。

¹⁵ DSU 第 22.8 條

¹⁶ DSU 第 22.1 條

¹⁷ 由於 DSU 並未明文規定，爭端當事國應於何時始能向原爭端解決小組提出履行程度的爭議，因此理論上 WTO 會員於 DSB 之裁決或建議通過後，得隨時就該建議或裁決的問題向 DSB 提出質疑。

置於 DSB 的議程中加以討論，且將會繼續留在 DSB 的議程中，直到該問題獲得解決為止。在上述情況下，相關當事國至少須於 DSB 每次開議前的 10 天內，以書面方式向 DSB 呈報其履行狀況。¹⁸

參、WTO 爭端解決執行程序之彈性執行機制

在敗訴國的執行程序上，為增加機制之運作效率，DSU 有「快速仲裁機制」之設置（DSU 第 25 條），以解決有關執行之合理期限（DSU 第 21.3 條），以及報復程度之爭議（DSU 第 22.6 條）等問題。並且規定快速仲裁程序期間，相關之當事國不得逕行暫停減讓或其他義務等之報復措施（DSU 第 22.6 條）。或者當 WTO 會員對於 DSB 裁決的履行程度有所爭議時，DSU 第 21.5 條規定，相關當事國可透過爭端解決的程序加以解決。換言之，在敗訴國的執行程序上，DSU 第 21.3 條、第 21.5 條、以及第 22 條的彈性設計，賦予敗訴國特殊禮遇以執行 DSB 的建議與裁決，俾便 WTO 會員進行救濟。

一、有關合理期限爭議之彈性設計

首先，在有關合理期限的爭議方面，DSU 原則上要求 WTO 會員國對 DSB 的建議或裁決採立即履行原則；但若該相關會員國在實際上無法立即履行，則 DSB 允許敗訴國得於「合理期限」內履行。所謂「合理期限」係指敗訴國執行 DSB 之建議或裁決所須的執行期限。據 DSU 第 21.3 條，該合理期限之訂定，可由敗訴國主動提出，並經 DSB 認可；但若在爭端報告獲得採認後的 45 日內，敗訴國所提的合理期限仍未獲 DSB 的認可，¹⁹或其仍未向 DSB 主動提出該合理的履行期限，則敗訴國應與爭端當事國展開諮

¹⁸DSU 第 21.6 條。另見羅昌發，國際貿易法，元照，2000，頁 867-868。

¹⁹除針對爭端解決小組的成立(DSU Art. 6.1)、爭端解決小組報告書的採認(DSU Art. 16.4)、上訴機構報告書的採認(DSU Art. 17.14)；及貿易報復的授權(DSU Art. 22.7)等四種決議事項，DSB 係以「負面共識決」的方式進行外；對於一般事項，如有關「合理期限」之決議，DSB 原則上係採「正面共識決」(consensus)的方式決議之。

商，以商定一合理的履行期限；或者，在爭端報告通過後的 90 日內，經爭端當事國同意，得經由快速仲裁人以快速仲裁方式²⁰訂定之。²¹

二、有關履行裁決之爭議的彈性設計

其次，在是否已履行裁決的爭議上，DSU 第 22.2 條前段規定，惟有逾「合理期限」的 20 日內，敗訴國仍未履行或僅部份履行 DSB 的建議或裁決，才能對 DSB 提出授權報復請求，惟評估敗訴國是否履行 DSB 之建議或裁決的評估標準為何，爭端當事國正反雙方的觀點於實務上有時不盡相同。換言之，在控訴國不認可敗訴國已全部或部分履行 DSB 所作成的建議或裁決的情況下，即產生是否已經執行 DSB 建議或裁決的爭議。DSU 第 21.5 條因此規定，有關是否已經執行 DSB 建議或裁決之爭議，包括履行的程度、以及採取的措施是否符合 DSB 之建議或裁決的爭議等，應透過爭端解決程序加以解決，且應儘可能地由原爭端解決小組處理該爭議。

三、有關報復程度之爭議的彈性設計

最後，在報復程度的爭議方面，倘若敗訴國不認可控訴國向 DSB 所要求之有關暫停減讓的報復措施，此時即產生有關報復程度的爭議，爭端當事國可循 DSU 第 22 條所規定的相關程序加以解決。在逾合理的執行期限之後，倘若敗訴國仍未能切實履行其執行承諾，則該會員國得在控訴國要求下展開補償談判。若在「合理期限」結束後的 20 日內，雙方仍無法達成相互滿意之補償協議，則控訴國得依 DSU 第 22.2 條後段的規定，向 DSB 要求授權以進行報復。但在報復程度方面，DSU 第 22.4 條進一步規定控訴國所實施之補償或暫停減讓的報復措施應符合適當性原則，換言之，控訴國向 DSB 所要求之暫停減讓的報復措施應相當於其權益被敗訴國所剝奪或減損的程度。因此之故，倘若爭端當事國對報復的程度有所爭議，或者

²⁰ DSU 中的快速仲裁與傳統的仲裁程序有別。DSU 第 25 條對於快速仲裁僅作若干原則性的規定。

²¹ DSU 第 21.3 條

敗訴國認為控訴國未遵守交叉報復的原則進行報復，則爭端瞭解書第 22.6 條規定，該爭議可委託原爭端小組審理，或由秘書長指定一名仲裁人循快速仲裁的方式解決。²²DSB 則須在「合理期限」結束後的 30 日內正面回應控訴國的請求，授權該控訴國對敗訴國採行適當的報復措施。²³值得注意的是，DSU 規定，快速仲裁期間不得實施暫停減讓措施。²⁴

肆、DSU 彈性執行機制之設計缺陷

尊重會員的自主權原為 DSU 爭端執执行程序彈性設計的主要考量，藉以維護爭端機制運作的可信賴度 (Credit)，但該彈性設計於實務上不但成為敗訴國延宕執行 DSU 之裁決與建議的祕密武器，並已淪為經濟強國保護國內產業的保護工具。DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22 條的彈性設計在經過香蕉案的洗禮之後，充分顯現出該彈性執执行程序的设计缺陷，足以作為敗訴國延宕履行 DSB 之建議與裁決的利器。

一、由香蕉案觀 DSU 彈性執行機制之設計缺陷

WTO 成立後，第三次香蕉案 (又稱 Bananas III) 為第一個挑戰 WTO 爭端解決機制執程序的案例，並首創敗訴國以程序救濟為手段拖延執行時限之典範。

為協助非洲、亞洲及加勒比海之原海外殖民地 (Africa, Caribbean and Pacific, 簡稱 ACP) 的發展，歐體自 1963 年以後即先後與 71 個 ACP 國家簽定洛梅條約 (LOME Convention)，並對自 ACP 國家的進口香蕉施以特殊的優惠待遇。為此，歐體的香蕉進口、銷售、及分銷體制，先後三度遭到拉丁美洲等國的質疑，認為歐體的香蕉進口制度違反 GATT/WTO 協定的不歧視等原則。第一次香蕉案 (又稱 Bananas I) 發生在歐體通過第 404/93 號條例制定新香蕉

²²快速仲裁程序須在逾合理期限的 60 日內完成。

²³除非 DSU 以負面共識決拒絕其請求

²⁴DSU 第 22.6 條：“...Concessions or other obligations shall not be suspended during the course of the arbitration.”

體制之前；第二次香蕉案（又稱 Bananas II）則在歐體第 404/93 號條例正式生效之後。但第一次及第二次香蕉案的 GATT 爭端小組報告皆未獲得 GATT 締約國全體的採認而不了了之。²⁵

第三次香蕉案則歷經 WTO 爭端小組及上訴機構的審理。1994 年 3 月歐體再度修正其進口新制，並與哥倫比亞、哥斯大黎加、委內瑞拉、以及尼加拉瓜等國進行諮商，達成調降配額內關稅以及由上述國家自行管理出口許可證的協議，最後簽署香蕉架構協議（Framework Agreement on Bananas, BFA）。但美國以及瓜地馬拉則對該協議持反對的立場。1996 年 2 月，瓜地馬拉連同厄瓜多爾、宏都拉斯、墨西哥、及美國等未參與簽署香蕉架構協議（BFA）的國家，依據 DSU 第 4 條的規定，要求與歐體就有關 GATT 第 23 條、進口簽證制度、服務貿易協定（GATS）等相關議題正式進行諮商，但未獲致滿意的結果。²⁶ 1996 年 4 月 11 日，上述五國請求 DSB 成立爭端小組審理歐體的香蕉體制是否符合 WTO 的 GATT 與 GATS 等相關規範。²⁷ 1996 年 5 月 8 日 WTO 爭端小組正式成立，審理第三次香蕉案。第三次香蕉案歷經爭端小組及上訴機構的審理後，兩者一致認定歐體的進口簽證制度等香蕉體制違反 GATT 1994 及 GATS 等相關規範。²⁸ 1997 年 9 月 25 日上訴機構報告於 DSB 採認通過，²⁹ 全案進入執行階段。歐體執行的合理期限（RPT）經仲裁結果為 15 個月又 1 星期。³⁰

第三次香蕉案在錯綜複雜的反覆爭訟程序下，計歷時 6 年之久，才於 2002 年暫時劃下句點。歐體為履行 1996 年 DSB 的建議與裁決，分別通過 1637/98 號

²⁵ See WTO Annual Report (WTO:1998), p.106-107

關於香蕉案之論述，另可參見下列論著：John H. Jackson and Patricio Grane, "The Saga Continues: An Update on the Banana Dispute and its Procedural Offspring", *Journal of International Economic Law* (2001), p. 581-595；Mauricio Salas and John H. Jackson, "Procedural Overview of the WTO EC - Banana Dispute", *Journal of International Economic Law* (2000), p.145-166；Norio Komuro, "The EC Banana Regime and Judicial Control", *Journal of World Trade*, volume 34, No 5 (October 2000), p. 1-87.

²⁶ WTO Annual Report 1999.

²⁷ WT/DS27/6

²⁸ 小組報告與上訴機構報告分別於 1997 年 5 月 22 日與 1997 年 9 月 9 日提出。See WT/DS27/R and WT/DS27/AB/R.

²⁹ WT/DS27/12

³⁰ See WTO Annual Report (WTO:1998), p.107; see also WT/DS27/15

與 2362/98 號香蕉修正案，但皆未獲美國等五個原控國青睞，係爭當事國一連串的程序爭議從此展開。³¹直至 2001 年 6 月 22 日歐體通知 DSB 其已於 2001 年 4 月 11 日與 30 日分別先後與美國及厄瓜多爾達成協議，並向 DSB 提出二階段的執行計劃，擬於 2002 年 1 月 1 日起實行香蕉進口新制度，計將於 2006 年完全回歸自由貿易體制。³²歐體執委會亦已於 2001 年 12 月 9 日通過 2587 號條例並公告。³³2002 年 1 月 21 日，DSB 宣佈歐體與美國、厄瓜多爾的協議已獲得執行。³⁴香蕉案至此總算「暫時」劃下句點。³⁵

第三次香蕉案自 1996 年 5 月 8 日 WTO 爭端小組正式成立之日始，到 2002 年 1 月 21 日歐體分別與美國以及厄瓜多爾達成協議，並納入歐體 2587 號條例為止，總共歷經爭訟、執行、報復等階段，前後約計長達 6 年之久，創下敗訴國以程序救濟延宕履行 DSB 裁決的典範。其中彈性執行機制至少涉及七道重複性的爭訟程序，致使 WTO 的爭端機制面臨挑戰。

執行階段的爭議之一：敗訴國執行之合理期限的訂定 (DSU 第 21.3 條 (c) 款)

香蕉案一進入執行階段隨即產生「合理期限」(RPT) 之爭議。由於係爭當事國對於歐體執行裁決的「合理期限」(Reasonable period of time) 有所爭議，因此決定依 DSU 第 21.3 條 (c) 款的規定，交付快速仲裁。1998 年 1 月 7 日裁決結果出爐，認定歐體執行裁決的合理期限為 15 個月又 1 星期，³⁶即自 1997 年 9 月 25 日上訴機構報告獲得採認當日算起，該合理期限的屆滿日期為 1999 年 1 月 1 日。³⁷

³¹ WTO Annual Report (WTO:1999), p.82

³² WT/DS27/58, 2 July 2001

³³ Regulation (EC) No. 2587/2001, adopted by the Council on 19 December 2001, published in the official Journal of the European Communities L 345 of 29 December 2001. See the attached document in WT/DS27/51/Add.25, 21 January 2002.

³⁴ WT/DS27/51/Add.25, 21 January 2002.

³⁵ 但鑒於歐盟過去之執行紀錄，香蕉案是否真正結案，須待至 2006 年始得真正揭曉。

³⁶ 據 DSU 第 21.3 條 (c) 款後段規定，除非相關之當事國另有合意定之，否則執行之合理期限至多不得逾 15 個月，特殊狀況為 18 個月。

³⁷ See WTO Annual Report (WTO:1999), p.82; see also WT/DS27/15

執行階段的爭議之二：審理履行裁決的爭議 1 (DSU 第 21.5 條)

上述爭議結束後不久，隨即產生歐體是否已履行 DSB 的建議或裁決的爭議。原因在於厄瓜多爾等五個原控國不滿歐體所採取的修正措施，因此擬請求 DSB 依 DSU 第 21.5 條的規定，由原爭端小組審理歐體新的修正措施是否符合 DSB 的建議或裁決，但因歐體與厄瓜多爾等國對於是否先行諮商的問題意見分歧，致使香蕉案陷於焦著。

歐體為執行 DSB 的建議與裁決，於 1998 年 7 月 28 日公告 1637/98 號香蕉修正案，³⁸擬於 1999 年 1 月 1 日起（即歐體履行 DSB 裁決之合理期限屆滿日）施行香蕉新制。但由於歐體該修正案僅在配額數量上作調整，並未放棄具歧視性質的香蕉配額制，未能迎合厄瓜多爾等 5 個原控國的要求，厄瓜多爾等國因此在 7 月 23 日 DSB 所召開的會議中要求另外召開會議，以商討厄瓜多爾等國依 DSU 第 21.5 條要求審理歐體修正案是否符合 DSB 之裁決與建議的相關事宜。³⁹

但鑒於歐體於 1998 年 8 月 6 日召開的 DSB 臨會中堅持有關裁決履行結果的爭議，應依 DSU 第 21.5 條的規定「循爭端解決程序」加以審理，係爭當事國為此僵持不下。⁴⁰歐體認為有關是否履行裁決的爭議，為一「新的」爭端，所以應依照 DSU 第 6.2 條的規定，重新經由 DSU 的爭訟程序進行諮商後，再交由原小組依 DSU 第 21.5 條的規定進行審議。厄瓜多爾等國則認為有關當事國是否已履行裁決的爭議，並非「新的」爭端，所以只要交付原小組審議即可，無須進行諮商。厄瓜多爾等國並認為歐體堅持先行諮商的主要目的不過試圖以時間換取空間策略延遲執行進度而已。係爭當事國為了是否先行諮商的問題僵

³⁸ Council regulation(EC) No. 1637/98 amending regulation 404/93 on the common organization of the market in bananas, published in the official journal of the European Communities OJ. 1998. L 210 of 28 July 1998.

³⁹ WT/DS27/18

⁴⁰ DSU Article 21.5: "Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings *such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures*, including wherever possible resort to the original panel."

持不下。⁴¹

最後，厄瓜多爾等國在阻止歐體繼續延誤執行案的考量下，於 1998 年 8 月 18 日與歐體妥協，以書面方式要求與歐體先進行 DSU 第 21.5 條程序之前的諮商，⁴²該諮商並於同年 9 月 17 日展開，但未達成協議。⁴³

執行階段的爭議之三：審理履行裁決的爭議 2 (DSU 第 21.5 條)

鑒於係爭當事國於進行 DSU 第 21.5 條程序之前的諮商未果，美國等原控國拒絕再與歐體就香蕉修正案進行任何協商，但在美國的報復壓力下，歐體遂又自行依 DSU 第 21.5 條的規定，向 DSB 請求由原爭端小組審理歐體所提的修正案，以判斷歐體的新措施是否符合 DSB 的建議與裁決。

1998 年 10 月 10 日，美國對歐體發出最後通牒，除非歐體於 1998 年 12 月 15 日前，針對該案採取符合 WTO 協定之相關措施，否則將依 DSU 第 22 條，直接向 DSB 請求報復，並援引美國 1974 年之對外貿易法案 301 條款⁴⁴對其實施貿易制裁。美國施壓奏效，同年 10 月 28 日，歐體執委會又通過新的 2362/98 號香蕉修正案，⁴⁵並擬於 1999 年 1 月 1 日起（即歐體履行 DSB 裁決之合理期限屆滿日）施行香蕉新制，但該修正案仍因未放棄具歧視性質的香蕉配額制，而未獲厄瓜多爾等 5 個原控國的支持。⁴⁶

在美國的報復壓力下，歐體於 1998 年 12 月 14 日自行向 DSB 請求依 DSU 第 21.5 條的規定由原爭端小組審理歐體自提的修正案，以確認歐體擬的新措施是否符合 DSB 的建議與裁決。⁴⁷歐體並以 DSU 第 23 條的規定為由，企圖阻止 DSB 授權美國進行報復。歐體於 1998 年 12 月 15 日 DSB 的會議中強調，在

⁴¹ WT/DS27/18

⁴² Ibid.

⁴³ WT/DS27/40

⁴⁴ Section 301 (codified as amended at U.S.C§ 2411 (a) (1-A) & (1-B))

⁴⁵ Commission Regulation (EC) No. 2362/98 of 28 October 1998 laying down detailed rules for the implementation of Council Regulation (EEC) No. 404/93 regarding imports of bananas into the Community, published in Official Journal L 293 of 31 October 1998.

⁴⁶ 厄瓜多爾等 5 個原控國於 7 月 23 日、9 月 22 日、10 月 21 日、及 11 月 25 日的 DSB 會議中一再表明對歐體 1637/98 與 2362/98 號修正案的不滿，並將循 DSU 第 21.5 條，要求 DSB 審理歐體的修正案是否符合 DSB 之建議與裁決的意圖。

⁴⁷ WT/DS27/40.

DSB 未結束審理有關歐體履行裁決的爭議之前，DSB 不得授權美國依 DSU 第 22 條所提的任何多邊或單邊的報復要求，否則即違反 DSU 第 23 條的規定。歐體認為，DSU 第 23 條原則上規定，在違反協定的證據未確定、以及在該爭端未依 DSU 的爭端解決程序以為救濟之前，WTO 會員所採取的措施皆應被視為符合 WTO 的規範，所以，既然歐體的新措施尚未被原小組依 DSU 第 21.5 條的程序所審理，歐體的新措施當然應被視為符合 WTO 的規範。⁴⁸

香蕉案陷入僵局。會中各方在 DSU 第 21.5 條及 DSU 第 22 條的優次順序問題上意見再度分歧，美國拒絕歐體再上述問題進行諮商。但在美國的 301 報復威脅下，歐體仍自行依 DSU 第 21.5 條的規定向 DSB 要求審理自己所提的香蕉修正案。但歐體該提案因於會中遭到反對而不了了之。⁴⁹

執行階段的爭議之四：為審理履行裁決的爭議所衍生的案外案

鑑於歐體不斷地以程序問題杯葛小組審理歐體所提的修正案，並阻止 DSB 授權美國施行合法的報復措施，美國擬自行對歐體採行 301 的單邊報復措施，歐體於是引用 DSU 第 6 條之規定，要求 DSB 成立爭端解決小組，以審理美國之單邊對外貿易報復 301-310 系列法案⁵⁰是否符合 WTO 協定的規範。香蕉案意外衍生案外案。

歐體認為，美國 1974 年的對外貿易法案中有關 301-310 報復條款的部份，特別是第 304 號⁵¹及第 306 號⁵²條款，有違 DSU 第 21 條、第 23 條以及

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ WTO Annual Report (WTO:1999), p.83; see also WT/DS27/42

⁵⁰ United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, *Report of the Panel*, WT/DS152/R, 22 December 1999.

⁵¹ Section 304 codified as amended at U.S.C§ 2414。據 304 條款，USTR 得以認定，外國是否有對美國實施不當的貿易行為，致使美國的相關利益受到損害或限制。USTR 必須於國際協議下之爭端解決程序結束日起的第 30 天，或在 USTR 發動調查日起滿 18 個月後，就美國於該協議下的權利或利益是否已受剝奪或損害作成決定（第 304 條(a)項(2-A)款）；倘若 USTR 認定，外國因施行不當的貿易行為，致使美國依國際協定所應享有的權益或商業利益受到損害，或致使其商業利益受到限制者，則 USTR 有權裁量是否依 301 條的規定對該國進行報復。

⁵² Section 306 (codified as amended at U.S.C§ 2416)。306 條款為一履行裁決之監督機制，倘若美國的貿易對手國或在同一協定下的貿易對手國，未確實履行 (satisfactorily) USTR 或該國際協定之爭端機制所作出的裁決或建議，則 USTR 將可依 301 條款的規定，決定是否對

WTO 協定第 16.4 條的規定。為此歐體於 1998 年 11 月 25 日向 DSB 提出諮商請求，但未獲致滿意的結果。1998 年 12 月 15 日，美國貿易代表署 (Office of the United States Trade Representative, 簡稱 USTR) 依據其過內法 301 系列條款的程序⁵³公布報復清單，擬針對歐體的進口貨品課征 100% 的關稅。歐體繼之於 1999 年 1 月 26 日向 DSB 請求成立爭端解決小組。1999 年 3 月 2 日爭端解決小組正式成立，以審理 1974 年美國貿易法第 301 條到第 310 條的規定是否違反 WTO 協定。⁵⁴

執行階段的爭議之五：審理履行裁決的爭議 3 (DSU 第 21.5 條)

厄瓜多爾不滿歐體所採取的兩項修正措施，但鑒於前此所提之 DSU 第 21.5 條的審理案皆無疾而終，厄瓜多爾因此再度依 DSU 第 21.5 條的規定，向 DSB 請求審議歐體所提之修正案是否符合上訴機構的裁決與建議。

1998 年 12 月 18 日，厄瓜多爾依 DSU 第 21.5 條的規定，向 DSB 請求成立爭端解決小組，以審議歐體所提之修正案是否符合上訴機構的裁決與建議，但厄瓜多爾該建議仍於 DSB 的會議中遭到反對。直至 1999 年 1 月 12 日各方始達成協議，同意 DSB 將有關歐體履行裁決的爭議交由原小組審議。1999 年 5 月 6 日，原小組審議結果出爐，歐體的香蕉修正案因仍採配額制所以仍然違反 WTO 不歧視原則等相關規範。⁵⁵

其採取進一步的報復措施。值得注意的是，306 條款 (b) 項第 (2) 款的規定係為了監督美國貿易對手國對 DSB 之裁決或建議的執行狀況而設，倘若美國之貿易對手國，在逾“合理期限”的 30 日內仍未履行 DSB 的裁決或建議，則 USTR 可針對上述情事作成認定，並對該貿易對手國採取其他的報復措施。

⁵³ 在報復程序方面，據 1988 年綜合貿易暨競爭力法的規定，對於欲依照第 301 條款所採取之強制性或裁量性之報復行動，USTR 將依第 302 條款進行調查、依第 303 條款進行諮商、依第 304 條款認定是否有不公平貿易之情事及決定是否採行報復措施、依第 305 條款執行報復任務、依第 306 條款持續監督外國對 USTR 或 DSU 之裁決與建議的執行狀況、依第 307 條款修正或終止任何依第 301 條款採取的行動、並依第 308 條款提供相關資料、依第 309 條款每半年向國會提出報告。

⁵⁴ WT/DS 152/1. 爭端小組對此案採二階段之審理方式，認為 301 系列條款之規定本身雖違反 WTO 協定之規範，但若將其置於 WTO 的架構下行使之，則無法適性的問題。換言之，除非獲得 DSB 的授權，否則美國不得針對 WTO 的會員國施以 301 系列條款的報復行動。關於該部分之審理，參閱 United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, *Report of the Panel*, WT/DS152/R, 22 December 1999, §7.106, §7.136

⁵⁵ WTO Annual Report (WTO:2001)

執行階段的爭議之六：關於報復程度之爭議 1 (DSU 第 22.6 條)

美國等五個原控國仍不滿歐體新擬的香蕉修正案續行歧視性的香蕉配額制度，歐體續行程序杯葛意圖阻止 DSB 審查歐體的新修正案，使香蕉案的執行陷入僵局，美國因此直接轉而向 DSB 要求授權報復，歐體續向 DSB 要求以快速仲裁的方式審理美國所提的報復要求是否適當。

1999 年 1 月 14 日美國依據 DSU 第 22.2 條的規定，向 DSB 要求授權報復。⁵⁶由於美國擬採行的暫停減讓措施高達 5.2 億美元，並且歐體認為美國要求授權報復的請求違反 DSU 第 22.3 條的基本規範，⁵⁷因此歐體決定依照 DSU 第 22.6 條的規定，要求 DSB 暫停授權美國對歐體進行報復，並要求將美國的報復程度是否適當的問題交付快速仲裁處理。⁵⁸1999 年 4 月 9 日，快速仲裁結果認為，美國因歐體未徹底履行上訴機構的裁決，所受到損害的程度相當於 1.914 億美元。同日，美國立即依該快速仲裁的結果向 DSB 要求授權報復。同年 4 月 19 日，DSB 授權美國對歐體採取相當於 1.914 億美元的報復措施。⁵⁹

執行階段的爭議之七：關於報復程度之爭議 2 (DSU 第 22.6 條)

厄瓜多爾不滿歐體所採取的修正措施，審理結果顯示歐體所提的修正案並未符合上訴機構的裁決與建議，厄瓜多爾遂向 DSB 要求授權報復，歐體遂依 DSU 第 22.6 條的規定向 DSB 要求以快速仲裁的方式，審理厄瓜多爾之報復程度是否符合適當性原則。

如前述，1998 年 12 月 18 日，厄瓜多爾依 DSU 第 21.5 條的規定，向 DSB 請求成立爭端解決小組，以審議歐體所提之修正案是否符合上訴機構的裁決與建議。1999 年 1 月 12 日 DSB 將該爭議交由原小組審議。1999 年 5 月 6 日，裁決結果為否定。厄瓜多爾繼而於 1999 年 11 月 8 日，向 DSB 要求授權高

⁵⁶ WT/DS27/43

⁵⁷ DSU 第 22.3 條規定控訴國欲進行報復時所應遵守之基本原則及程序性規範。

⁵⁸ WT/DS27/46.

⁵⁹ WTO Annual Report (WTO:2001), p105

達 4.5 億美元的暫停減讓措施。歐體繼於 11 月 19 日決定依 DSU 第 22.6 條的規定，要求針對厄瓜多爾所提的貿易報復程度是否適當的問題進行快速仲裁。⁶⁰2000 年 3 月 24 日裁決結果認為，厄瓜多爾因歐體未徹底履行上訴機構的裁決而遭受損害的程度相當於 2.016 億美元。⁶¹但厄瓜多爾礙於其經濟相對弱勢之考量，始終未對歐體進行貿易報復。

綜上所述，第三次香蕉案履行之合理期限理論上僅 15 個月又 1 星期的時間，但事實上自 1997 年底起到 2002 年 1 月 21 日歐體分別與美國以及厄瓜多爾達成協議為止，香蕉案的履行期限長達 4 年之久，遠超出 DSU 第 21.3 條(c) 款的 15-18 個月之合理期限的規定，其中至少涉及七道執行面的彈性程序，而有關 DSU 第 21.5 條以及 DSU 第 22.6 條的爭議，即涉及五道重複性的爭訟程序。香蕉案持續衍生的後續問題將使 WTO 會員使用爭端解決機制以尋回自由貿易之權益面臨挑戰。

事實上，厄瓜多爾限於自身的經濟實力始終未對歐體採取報復措施、以及歐體得以運用程序杯葛策略延宕執行 DSB 之建議與裁決等作為觀之，WTO 爭端機制之彈性程序設計實則利於經濟強國之運作。首先，明瞭國際經濟關係之人士不難推算，普天之下得以承受他國之報復措施，並有能力使用重複訴訟程序以延宕 DSB 裁決者，不外傳統之經濟強國，如歐體、美國、日本等，纔有可能如此強大之爭訟實力。但在開發中國家人力、財力...等軟體資源接相對匱乏、經濟相對弱勢的狀況下，倘若上述經濟強國仿效尤香蕉案中歐體之作法以延宕履行 DSB 之裁決，則基於 WTO 爭端機制之設計並非以「國家責任」(State Responsibility) 為其建構的基礎，⁶²因此僅有補償 (compensation) 而未有賠償機制 (reparation) 的設置，所以 WTO 會員即使透過爭端機制得以伸張正義，但亦可能因敗訴國得以「免費」的延宕執行，而對其內國產業造成實質而無法彌補之損害。申言之，即使日後開發中國家於爭

⁶⁰ WT/DS27/53.

⁶¹ See WTO Annual Report (WTO:2001), p105; also see WT/DS27/ARB/ECU and WT/DS27/54

⁶² 所謂「國家責任」(State Responsibility)，係指當一國的作為或不作為致使另一國遭受損害時，造成損害的一方除有責任讓受損的狀況或事務回覆原狀之外，並應進一步負賠償之責。

訟階段贏了面子，卻難禦輸了裏子之風險。⁶³遑論未來 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22 條的設計缺陷，可能進一步被運用作為削弱對手國產業競爭力的手段。

二、DSU 彈性執执行程序第 21.5 條與第 22.6 條的設計缺陷

DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條間的設計缺陷，首度於香蕉案中呈現。香蕉案的過程中，美國於歐體履行 DSB 裁決的合理期限屆滿後，即依據 DSU 第 22.2 條之規定，向 DSB 要求授權報復，但為暫緩遭到美國的報復，歐體意圖運用以時間換取空間之對策，希望藉由 DSU 第 21.5 條之審理程序先於 DSU 第 22.6 條的主張，阻止 DSB 對美國的報復授權，將 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條的設計矛盾攤在陽光之下。令人遺憾的是，爭端小組於香蕉案中雖然暫時解決上述程序問題，但兩道程序間相互矛盾的疑慮仍未因此而獲得解決。

(一) 由香蕉案觀 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22 條的矛盾

如前述，美國等五個原控國不滿歐體新擬的香蕉修正案續行歧視性的香蕉配額制度，歐體則採取程序杯葛意圖阻止 DSB 依 DSU 第 21.5 條的程序審理歐體的新修正案，致使香蕉案的執行陷入僵局。美國因而對歐體發出最後通牒，除非歐體針對該案採取符合 WTO 協定之相關措施，否則將依 DSU 第 22 條，直接向 DSB 請求報復，並援引美國 1974 年之對外貿易法案 301 條款對歐體實施貿易制裁。面對美國的報復威脅，歐體決定採取時間換取空間策略，一方面以技術性的程序問題杯葛 DSB 依 DSU 21.5 條的程序審理歐盟的香蕉修正案，另一方面則試圖以 DSU 第 21.5 條及 DSU 第 22 條的優次順序問題暫緩 DSB 對美國的報復授權。

歐體如此主張的理由在於，有關 WTO 會員於 WTO 下的權益是否受到剝奪或減損，必須藉由 DSU 的爭端程序予以正式認定，否則即違反 DSU 第 23 條 WTO 會員不得逕自認定的規範。⁶⁴依歐體之見，DSU 第 23 條規定，有關歐

⁶³ See TSENG Yea Jen, *Reglementation Antidumping de l'OMC* (Paris : Press Universitaire, 2003) P.322-324 ; J.Combacau & S.Sur, *Droit International Publique*, 1995.

⁶⁴ Article 23.2 of DSU: "Members shall:(a) not make a determination to the effect that a violation has occurred, that benefits have been nullified or impaired or that the attainment of any objective of

體新擬的香蕉修正案是否符合 DSU 之建議與裁決的爭議，須先依循 DSU 第 21.5 條的程序加以認定，並經原小組作成肯定或否定的裁決以確認之後，DSB 始得授權原控國進行報復。換言之，歐體認為 DSB 在 DSU 第 21.5 條的程序未完成認定之前，當然不得依 DSU 第 22.6 條的規定行使其報復同意權，而原控國亦須在 DSU 第 21.5 條的程序完成認定之後，始得依 DSU 第 22.2 條有關暫停減讓及其他義務的規定向 DSB 要求授權報復。⁶⁵

美國及厄瓜多爾等原控國則持相反的見解認為，DSU 第 21.5 條既非原控國行使報復權的先決程序，亦非 DSB 行使報復同意權及判斷報復程度是否適當的先決關鍵程序。原因在於，倘若 WTO 會員必須藉由 DSU 第 21.5 條的程序，始能引據 DSU 第 22.2 條向 DSB 要求行使報復權，則首先 DSB 將可能錯過核可報復的時間，因 DSU 第 22.6 條規定，DSB 須在逾合理期限的 30 天內決定是否授權報復；⁶⁶更何況 DSU 第 22.6 條文意本身並未規定 WTO 會員於引據該規範行使報復權之前，須事先參酌 DSU 第 21.5 條的裁決結果；最後，倘若依歐體之見，審理 DSU 第 21.5 條的爭議須依循 DSU 的原爭訟程序重新來過，復行程序前的諮商、原小組審理、復上訴、履行承諾等程序，⁶⁷則 DSU 的審理程序將永不止息。爲此之故，美國等極力主張 DSU 第 21.5 條與第 22 條之程序可並行不悖，WTO 會員報復權之行使因此不應受限於 DSU 第 21.5 條之規定。

進一步言之，歐體於香蕉案中認為 DSU 第 21.5 條的程序優先於 DSU 第

the covered agreements has been impeded, except through recourse to dispute settlement in accordance with the rules and procedures of this Understanding, and shall make any such determination consistent with the findings contained in the panel or Appellate Body report adopted by the DSB or an arbitration award rendered under this Understanding.”

⁶⁵ Article 22.2 of DSU: “If the Member concerned fails to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations and rulings within the reasonable period of time ...any party having invoked the dispute settlement procedures may request authorization from the DSB to suspend the application to the Member concerned of concessions or other obligations under the covered agreements.”

⁶⁶ DSU Art.22.6: “When the situation described in paragraph 2 occurs, the DSB, upon request, shall grant authorization to suspend concessions or other obligations *within 30 days of the expiry of the reasonable period of time....*”

⁶⁷ 如前述執行階段的爭議之二，歐體堅持主張有關敗訴國履行裁決與否的爭議為一新的爭端，諮商為進行 DSU 第 21.5 條的必要程序。

22 條的見解，於當時 DSB 的爭端案例中為一前所未有的主張，歐體是項主張可謂直接擊中 DSU 彈性機制的要害，將 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22 條的設計缺陷展現無遺。事實上，歐體是項主張為一石二鳥之策，策略成功的話，不但得以阻絕 DSB 依 DSU 第 22.6 行使授權報復的權利，更可直接阻擋美國依 DSU 第 22.2 條行使報復的權利。首先，就原控國行使報復的權利而言，美國固然有權依 DSU 第 22.2 條的規定向 DSB 要求授權報復，但據 DSU 第 23 條的規定，在美國與歐體的爭端未循 DSU 第 21.5 條的程序加以認定以前，美國不但不得逕行認定歐體未履行 DSB 的建議與裁決、更不得逕行認定美國於 WTO 下的權益已受到剝奪或減損，進而斷然要求 DSB 要求授權報復；其次，就 DSB 行使報復同意權而言，DSU 第 22.6 條規定，唯有在確定「DSU 第 22.2 條的情事已發生」的情況下，DSB 始得依據第 22.6 條的規定決定是否授權報復。⁶⁸換言之，倘若原控國對於敗訴國於合理期限內所採行的措施有所爭議時，則 DSB 應先待 DSU 第 21.5 條的裁決結果確認敗訴國的確未採取符合 DSB 裁決的措施時，方得有據以授權報復的客觀證據，並得以進一步據以審理原控國的報復措施是否適當的爭議。

綜上所述，基於歐體與美國對於 DSU 第 21.5 條與第 22 條執行順序上的程序爭議，DSB 於接獲美國要求報復的陳請後即面臨兩難。首先，倘若原小組選擇優先審理執行程度之爭議，則鑒於 DSU 第 22.6 條的審理時程較之於 DSU 第 21.5 條至少有 60 天的差距，DSB 將可能錯過行使報復同意權的時程規定。其次，倘若爭端小組選擇優先審理勝訴國授權報復的請求，則爭端小組即可能在尚未釐清敗訴國是否完全履行 DSB 的裁決與建議之前，即授權勝訴國進行報復，進而造成未審先判的局面。所以倘若爭端小組選擇優先審理勝訴國授權報復的請求，則爭端小組該作為除了將否定 DSU 第 21.5 條存在的價值外，亦將對整體之爭端運作機制造成威脅。

上述惱人的問題最後雖於香蕉案中暫時獲得解決，但 DSB 並無意將香蕉案的經驗作為未來處理類似爭議的解決模式。鑑於香蕉案中審理上述 DSU 第

⁶⁸ DSU Art.22.6: "When the situation described in paragraph 2 occurs, the DSB, upon request, shall grant authorization to suspend concessions or other obligations ...".

21.5 條的快速仲裁人爲原來的爭端小組，暫時解決了 DSU 第 21.5 條與第 22.6 條審理順序的程序爭議。雖然上述兩道程序衝突暫時於香蕉案中獲得解決，但 DSB 的執行長卻表示，香蕉案對於 DSU 第 21.5 條及第 22.6 條兩道程序衝突的處理方式，對於任何未來的案件，以及解決第 21.5 條及第 22 條間的體制爭議，完全沒有拘束力。⁶⁹

由此可知，香蕉案並未化解兩道程序間相互矛盾的疑慮。爲此，本文認爲有必要針對上述兩道程序的競合問題進行深入的探討。

(二) DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條的難解習題

DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22 條兩道程序的矛盾首度於歐體香蕉案中具體呈現，而該問題的癥結即在於 DSU 本身彈性機制之設計。DSU 的彈性執行機制一方面賦予其會員自由裁量權，但另一方面 DSU 又因其機制的彈性設計理念而使得 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22 條的彈性執程序淪爲歐體延宕執行的工具，其中的關鍵即在於兩道程序的審理時程以及程序啓動之時間點的設計。此外，DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條未指定統一的爭端審理管道，亦將可能爲 DSU 爭端機制的穩定性埋下不定時炸彈。⁷⁰

首先，在程序啓動之時間點的設計方面，DSU 第 21.5 條並未明確規定係爭當事國應於合理期限內外的哪個時間點，始得將該爭議訴諸爭端解決程序，相反的，原控國則須在合理期限屆滿的 20 日後，始得向 DSB 請求授權報復（DSU 第 22.2 條）。足見在程序啓動的時間點方面，較之於 DSU 第 22.2 條，DSU 第 21.5 條予係爭當事國極大的自由裁量權，其不但可於合理期限屆滿前即訴諸 DSU 第 21.5 條的程序以解決爭端，更未受到如 DSU 第 22.2 條於合理期限屆滿後始得要求授權報復的限制。鑑於 DSU 並未有

⁶⁹ Ambassador K. Morjane, 29 January 1999, WT/DSB/M/54, p.30.

⁷⁰ About sequencing problem, see also Wallis C.M., McGivern B.P., "The Right to Retaliate under the WTO Agreement", *Journal of World Trade*, vol. 34, no. 2 (February 2000), pp. 63-84; Jason E. Kearns and Steve Charnovitz, "Adjudicating Compliance in the WTO: A Review of DSU Article 21.5", *Int Economic Law* 5 (2002), pp.331-352; Broek N.v.d., "Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlement Reports *Interdisciplinary Approaches and New Proposals*", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 1 (February 2003), pp. 127-162

合理期限屆滿後不得啓動程序第 21.5 條之程序的限制，因此即可能產生 DSU 第 21.5 條及 DSU 第 22.6 條審理順序的爭議。原因在於，倘若勝訴的一方於合理期限屆滿後的第 20 日引據 DSU 第 22.6 條要求授權報復，敗訴的一方即可能於此時援引 DSU 的 21.5 條的規定向爭端解決小組提出有關執行程度的爭議，此時將引發先審理 DSU 第 21.5 條次審理 DSU 第 22.6 條或先審理 DSU 第 22.6 條次審理 DSU 第 21.5 條的爭議。

其次，鑑於 DSU 第 22.6 條的審理時程較之於 DSU 第 21.5 條至少有 80 天的差距，因此在兩道爭議同時產生的情況下，DSB 無論選擇先審理 DSU 第 21.5 條次審理 DSU 第 22.6 條或先審理 DSU 第 22.6 條次審理 DSU 第 21.5 條的爭議，皆可能造成未審先判的局面。原因在於，有關審理履行裁決的爭議於受理後有 90 天的審理期限 (DSU 第 21.5 條)，但 DSB 卻須在合理期限屆滿的 30 日內立即行使其報復同意權以回覆原控國報復的要求 (DSU 第 22.6 條規定)，足見兩道程序在審理時程上則有至少 60 天的差異。又鑑於 DSU 第 22.2 條規定原控國須在合理期限屆滿的 20 日後始得向 DSB 請求授權報復，所以 DSB 事實上只有 10 天的審理期限，所以兩道程序的審理期限至少有 80 天的差距。因此，在兩道程序的爭議同時產生或兩道程序之啓動點發生在 60 日的落差範圍內，即可能產生 DSU 第 21.5 條的爭議未完成審理，DSB 即先必須行使報復同意權的情況。

最後，鑑於 DSU 對 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條的爭議未指定統一的解決管道，因此在兩道爭議可分別由不同的人員進行爭端解決的情況下作出互相矛盾的裁決，進而危及 WTO 爭端解決機制之可信度，對整個爭端運作機制之存在造成威脅。事實上，DSU 第 21.5 條僅規定倘若 WTO 會員產生履行裁決之爭議時，則該爭端應藉由爭端解決程序並「儘可能的」(“whenever possible”) 交由原小組審理。⁷¹就其字義觀之，DSU 第 21.5 條由原小組審理爭端的規定僅為一建議性質，不但未排除運用 DSU 第 25.4 條快速仲裁的管道以

⁷¹ DSU Art. 21.5: “Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement ... such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, *including wherever possible resort to the original panel.*”

解決爭端，亦未指定原小組為惟一的仲裁人。至於報復程度爭議的處理，DSU 第 22.6 條亦未強制規定原小組為惟一的仲裁人。DSU 第 22.6 條雖然明確規定應循快速仲裁解決報復程度的爭議，至於快速仲裁應由誰來擔任的問題，該款僅原則性的規定應交由原小組審理，或由秘書帳指定之。⁷²換言之，DSU 第 22.6 條並未排除由原小組以外的人擔任快速仲裁人。由此可知，DSU 第 21.5 條及 DSU 第 22.6 條皆未指定原小組為唯一的快速仲裁者，因此即可能產生不同快速仲裁者作出互相矛盾的裁決。又鑒於 DSU 第 22.6 條對於仲裁期限有屆滿合理期限後之 60 天的限制，較 DSU 第 21.5 條的 90 天審理期限為短，因此在 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條兩道爭議同時產生的情況下，非但將可能產生未審先判的情況，亦將升高不同快速仲裁者作出互相矛盾的裁決，進而危及整個爭端機制之運作。

綜上述，DSU 第 21.5 與 DSU 的 22.6 條已為 DSU 的修法重點之一，會員針對是項主題之相關修法提議踴躍，包括歐體、⁷³日本、⁷⁴加拿大、⁷⁵古巴等 9 國、⁷⁶墨西哥、⁷⁷LCDs、⁷⁸Kenya、⁷⁹、厄瓜多爾、⁸⁰海地、⁸¹、印度等 7 國、⁸²菲律賓及泰國等⁸³在內的成員皆提出相關的建議案，⁸⁴但鑑於 DSU 任一條文的修法將連同牽動其他條文的修改，因此 WTO 會員至作者截稿為止仍無法對相關的修法內容達成共識。⁸⁵

⁷² DSU Art. 22.6: "However, if the Member concerned objects to the level of suspension proposed... the matter shall be referred to arbitration. *Such arbitration shall be carried out by the original panel, if members are available, or by an arbitrator¹⁵ appointed by the Director-General*"

⁷³ TN/DS/W/1

⁷⁴ TN/DS/W/32

⁷⁵ TN/DS/W/49

⁷⁶ TN/DS/W/19. Including Cuba, Honduras, India, Indonesia, Malaysia, Pakistan, Sri Lanka, Tanzania and Zimbabwe.

⁷⁷ TN/DS/W/40

⁷⁸ TN/DS/W/17

⁷⁹ TN/DS/W/42

⁸⁰ TN/DS/W/33

⁸¹ TN/DS/W/37

⁸² TN/DS/W/47. Including India (on behalf of Cuba, Dominican Republic, Egypt, Honduras, Jamaica and Malaysia)

⁸³ TN/DS/W/3

⁸⁴ 可參閱 JOB(03)/91/Rev.1 之主席提案。

⁸⁵事實上，爭端解決議題的談判本應於 1997 年展開，但因故無疾而終，直至 2001 年 11 月 WTO 杜哈部長宣言 (Ministerial declaration) 之後始設立「貿易談判委員會」(Trade Negotiations

伍、結語

基於平衡組織運作之權限與會員國主權之考量，DSU 在程序設計上具三項彈性的特點，包括爭端當事國得依 DSU 第 21.3 條的程序，經由快速仲裁的方式以決定敗訴國執行 DSB 之建議或裁決的「合理期限」，依 DSU 第 21.5 條的規定審理履行裁決的爭議，以及依 DSU 第 22.6 的規定解決報復程度的爭議。

但上述以 WTO 會員之自主為考量的彈性爭端機制於歐體之香蕉案中卻受到空前的挑戰。歐體憑藉其優越之軟硬體資源，使得香蕉案得以歷經爭訟、執行、報復等階段並纏鬥 6 年之久，至少涉及七道重複性的爭訟程序，其中有關 DSU 第 21.5 條及 DSU 第 22.6 條的爭議即涉及五道重複性的爭訟程序，香蕉案首創採用重複性的救濟程序，作為延宕 DSB 之建議與裁決的典範。非但如此，該案並且衍生出 301 系列條款案之案外案，其受矚目之程度及對產業界可能產生之影響，不下於香蕉案。

歐體以 DSU 第 21.5 條以及 DSU 第 22.6 條重複性的救濟程序，作為杯葛履行 DSB 之建議與裁決的手段，該問題的癥結事實上在於 DSU 本身彈性機制之設計。其中 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條之審理時程以及程序啟動之時間點的設計缺陷、與 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條兩項爭議未指定統一的爭端審理管道等設計，不但將導致審理順序之爭議、造成未審先判的局面，更可能在兩道爭議可分別由不同的人員進行爭端解決的情況下，作出互相矛盾的裁決，進而危及 WTO 爭端解決機制之可信度，為 DSU 爭端機制的運作埋下不定時炸彈。

Committee, 簡稱 TNC) 重啟包括爭端解決議題在內的 WTO 新回合談判-杜哈回合談判。2002 年 2 月 1 日依杜哈部長宣言第 30 段展開的 DSU 修法談判，原預計於 2003 年 5 月前完成，⁸⁵但鑒於 WTO 會員之修法提議眾多無法於該屆滿期限內達成協議，故 WTO 總理事會於 2003 年 7 月 24 日例會決議將該談判期限延長到 2004 年 5 月。但 WTO 會員於該屆滿日仍無法達成所有談判協議，所以 WTO 總理事會又於 2004 年 8 月 1 日決議無限期延長爭端解決議題的談判。關於談判背景進程相資料，可參閱 JOB(03)/150/Rev.2；TN/DS/10, 21 June 2004；TN/DS/11, 9 December 2004

目前 DSU 第 21.5 條與 DSU 第 22.6 條已為 DSU 的修法重點之一，會員針對是項主題之相關修法提議踴躍，但至今 WTO 會員仍無法對相關的修法內容達成共識，目前 WTO 總理會已決議無限期延長爭端解決議題的談判。換言之，在 DSU 未完成修法之前，實難以預料香蕉案的技術杯葛策略不會為 WTO 會員所仿效，未來此等以程序問題技術杯葛執行之狀況，是否可能進一步被運用作為削弱對手國產業競爭力之手段，值得密切觀察。