

《爭端解決規則與程序瞭解書》第 25 條仲裁替代上訴程序

李子維、蘇意晴 編譯

摘要

世界貿易組織之上訴機構自 2019 年停擺後，「土耳其—藥品案」為首件利用《爭端解決規則與程序瞭解書》第 25 條之仲裁替代上訴審的案件。有論者以為利用第 25 條仲裁替代上訴程序具有以下好處：更接近爭端解決機制原始設計上訴審之本意、本質上較獨立的上訴機構更有彈性、以及相對其他替代方案，其需對現存之爭端解決機制作的更動較少。不過關於第 25 條仲裁的運用仍有許多尚待釐清之問題，如：仲裁人如何選任，以及 WTO 秘書處應扮演何種角色等，皆有待未來提出更健全之制度解決。

(取材資料：Julia Qin, *DSU Article 25 Arbitration: A Long-Term Solution for the Appellate Body Crisis?*, INT'L ECON. L. AND POL'Y BLOG (Sept. 25, 2022), <https://ielp.worldtradelaw.net/2022/09/dsu-article-25-arbitration-a-long-term-solution-for-the-appellate-body-crisis.html>.)

迄今，關於世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 爭端解決改革之倡議皆聚焦在上訴機構的改善，主要如沃克草案 (Walker proposal)¹；但亦有主張設立常設的小組，同時成員皆為全職，以提高裁決品質與效率，以降低上訴機構糾正法律錯誤的必要性，進而實現美國所希望的僅有一個審級的目標²。

不過，對於始終希望有二審制的歐盟而言，在其力推之「多邊暫行上訴仲裁安排 (Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement, MPIAA)」發展不順後³，並沒有參加 MPIAA 的土耳其最近也同意在其被歐盟控訴的藥品案 (*Turkey — Certain Measures concerning the Production, Importation and*

¹ General Council, *Agenda Item 4 Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body – Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand)*, WTO Doc. JOB/GC/222 (Oct. 15, 2019).

² Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, 23(3) J. INT. ECON. LAW 703-722 (2020).

³ *Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes*, WTO Doc. JOB/DSB/1/Add.12 (Apr. 30, 2020). 惟 MPIAA 之發展仍然有限，特別是與歐盟與重要爭端者多非 MPIAA 之簽署國；再者，美國提案刪除支援上訴機構的秘書處預算，而獲通過，故秘書長勢必很難再編列獨立於支援小組運作以外的人力與經費以支應 MPIAA 之運作。參見楊光華，*皇冠之珠的悲歌：論上訴機構之危機、改革、與前景*，收於：楊光華編，第 20 屆國際經貿法學發展學術研討會論文集，頁 41，123-126。

Marketing of Pharmaceutical Products) 中，利用《爭端解決規則與程序瞭解書 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU)》第 25 條之仲裁進行上訴審查⁴。這似乎又給予了歐盟維持二審制的一絲希望，因為這種個案式的雙邊安排，並不像 MPIAA 有常設性的機構安排 (MPIAA 設有 10 名仲裁人的仲裁人庫，還要求 WTO 秘書長提供必要之行政與法律之人力支援，並確保相關人力必須是異於原本支援小組者——這在支援上訴機構的人力預算被刪減後，幾乎不可能)，故美國不僅不反對，甚至認為這種雙邊安排正好提供爭端解決改革發展替代選項的機會⁵。

儘管 WTO 爭端解決程序中最常見的是爭端解決小組與上訴機構程序，但 DSU 第 25 條明確規定仲裁得為裁決 WTO 相關爭端的方式之一⁶。故有論者主張會員可合意決定是否就整個爭端解決程序、或僅在上訴階段使用仲裁，以避免利用上訴機構、或迴避沒有上訴機構的情形⁷。

以下即臚列取材資料作者所舉出之第 25 條仲裁——相較於其他改革方案——所擁有之潛在優勢。

一、更接近原來上訴審設計之本

談判者於烏拉圭回合建立了上訴審查機制，以確保有根本缺陷的小組報告在 DSU 的負面共識決下，不會被自動採納⁸。原本只是要糾正少數法律論理有問題之小組報告，故談判者並未預期上訴審會被頻繁利用⁹。然而後續的 WTO 實務運作情形證明並非如此¹⁰。由於 WTO 會員對於小組報告可能受到上訴機

⁴ Agreed Procedures for Arbitration Under Article 25 of the DSU, *Turkey – Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products*, para. 1, WTO Doc. WT/DS583/10 (Mar. 25, 2022) [hereinafter Agreed Procedures for Arbitration Under Article 25 of the DSU, *Turkey – Pharmaceutical Products (EU)*].

⁵ U.S. MISSION TO INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN GENEVA, STATEMENTS BY THE UNITED STATES AT THE MEETING OF THE WTO DISPUTE SETTLEMENT BODY 7 (2022), https://uploads.mwp.mprod.getusinfo.com/uploads/sites/25/2022/08/Aug29.DSB_.Stmt_.as_.deliv_.fin_.pdf.

⁶ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes art. 25.1, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401 [hereinafter DSU] (“Expeditious arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties.”); Panel Report, *US – Certain EC Products*, para. 6.119, WTO Doc. WT/DS165/R (adopted Jan. 10, 2001).

⁷ William Alan Reinsch, Jack Caporal, & Jonas Heering, *Article 25: An Effective Way to Avert the WTO Crisis?*, CSIS (Jan. 24, 2019), <https://www.csis.org/analysis/article-25-effective-way-avert-wto-crisis>.

⁸ GATT Secretariat, *Dispute Settlement Communication from Canada*, GATT Doc. MTN. GNG/NG13/W/41 (June 28, 1990).

⁹ Debra P. Steger, *The Founding of the Appellate Body*, in *A HISTORY OF LAW AND LAWYERS IN THE GATT/WTO* 447 (Gabrielle Marceau ed., 2015).

¹⁰ 截至 2021 年 12 月 31 日，在小組報告發布後有 68% 選擇上訴。 *Dispute Settlement Activity* —

構審查有所期待，以致有過度利用上訴的傾向，這當然也就進一步導致爭端解決程序進行之延宕。

與上訴機構的強制性裁決相比，第 25 條仲裁程序本質上具有自願性與合意性¹¹。在自願性的爭端解決體系，當事國更傾向以談判，而非在法庭上對每個問題進行爭訟以解決爭端。因此，訴諸第 25 條仲裁之結果，可能會使利用上訴爭辯法律問題的情形變少，進而使爭端解決更快速。

二、本質上較獨立的上訴機構有彈性

第 25 條之仲裁本質上較常設上訴機構更具彈性。這種彈性有其必要，因為得以確保重大的法律錯誤被更正，而不是被固著於 WTO 的「法理」中。理論上，會員根據《馬拉喀什設立世界貿易組織協定 (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization)》第 9 條第 2 項之規定，可以決議通過 WTO 條文的權威性解釋¹²，但在實務上卻幾乎不可能發生。以致會員在現實上並無可能推翻上訴機構對 WTO 條文的錯誤解讀。其實上訴機構在其存在的 25 年間，從未承認犯有任何錯誤，當然就更別說自我修正；相反的，上訴機構堅持其裁決應被視為事實上先例¹³。這種堅持也許已經侵蝕了維持體制中法律與政治成分間平衡所需要的彈性。

與常設上訴機構不同的是，仲裁人將以個案方式進行 DSU 第 25 條仲裁。仲裁人不具有與上訴機構相同的權力與職權。因此，即使在相同的爭點上，有可能一個仲裁小組不同意另一個仲裁小組的觀點，也有可能之後案件的爭端解決小組不同意先前案件之上訴仲裁人的意見。儘管此種分歧會造成案例法的不一致，但隨著時間推移，更好的法律推理可能出現，而被接受為適當的先例。

三、相對其它替代方案，對現有機制更動較少

相較於其他改革方案，利用 DSU 第 25 條仲裁進行上訴程序將對現存機制的變動最小。實質上，其對 DSU 所需作之修正只是刪除上訴機構所在的條款，

Some Figures, WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disputats_e.htm (last visited Nov. 10, 2022).

¹¹ Appellate Body Report, *Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, para. 340, WTO Doc. WT/DS321/AB/R (adopted Nov. 14, 2008).

¹² Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization art. IX:2, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154 (“The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements....”).

¹³ Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Art. 21.5 of the DSU by Malaysia*, para. 107, WTO Doc. WT/DS58/AB/RW (adopted Nov. 21, 2001) (“...The Panel had, necessarily, to consider our views on this subject, as we had overruled certain aspects of the findings of the original panel on this issue and, more important, had provided interpretative guidance for future panels, such as the Panel in this case.”).

也就是 DSU 第 17 條¹⁴，至於小組程序以及採納小組報告的負面共識決規則仍可保留。從技術層面來看，也需要刪除 DSU 中所有提及上訴機構的部分，並微調第 16.4 條關於採納小組報告之規定，譬如加上簡單的註腳以釐清所謂的「上訴」可透過 DSU 第 25 條之仲裁為之¹⁵。

依此修正案，會員是否選擇 DSU 第 25 條之仲裁以進行上訴並不重要，因為凡是沒有提交至上訴仲裁的小組報告都將被爭端解決機構（Dispute Settlement Body）自動採納。鑒於此方案對 DSU 作之修訂最少，可能較容易在 WTO 會員間達成共識¹⁶。

結語

整體而言，第 25 條仲裁似乎是在以下兩方案間的可能妥協：1. 恢復上訴機構（美國抵制的方案）、與 2. 建立新的、僅為一審制的常設小組（但可能無法滿足某些會員）¹⁷。不過，仍有許多重要的制度性問題需要解決。

可能的仲裁人名單便是其中之一。原則上，爭端雙方對仲裁人的選擇具有控制權。在「土耳其—藥品案」中，土耳其及歐盟雙方決定 3 名仲裁人宜從過往的上訴機構成員名單、以及 MPIAA 之 10 名仲裁人中隨機挑選¹⁸。若 DSU 第 25 條上訴仲裁制度化，則仲裁員名單當如何決定？

另一個問題為 WTO 秘書處的角色。在「土耳其—藥品案」中，仲裁人明顯得到秘書處的協助，但推定其並非由原來協助本案小組的同批秘書處人員所提供。回顧 MPIAA 參與會員要求 WTO 提供 MPIAA 仲裁人獨立於小組支援人力以外的行政與法律協助，以確保程序的品質及獨立性時，但遭到美國反對，因其認為 MPIAA 是在試圖創建一個上訴機構的替代品¹⁹。同樣地，如果要制度化 DSU 第 25 條上訴仲裁，WTO 秘書處又當如何協助仲裁人，才不會導致美國的

¹⁴ DSU art. 17.

¹⁵ 作者建議在 DSU art. 16.4 (“Within 60 days after the date of circulation of a panel report to the Members, the report shall be adopted at a DSB meeting unless a party to the dispute formally notifies the DSB of its decision to appeal ...”) 提及上訴時，增訂含有以下文字的註腳：The appeal of a panel report may be made via arbitration under DSU Article 25。

¹⁶ 修訂較少固然減少了爭議，比較容易形成共識，但也不必然一定就能獲致共識。過去即曾出現有會員為了不相干之議題，而杯葛原本並無爭議的議題，以作為談判籌碼的前例，如印度即曾杯葛貿易便捷化協定回歸至 WTO 多邊架構，以便要求其他會員不得對其境內支持進行控訴。

¹⁷ P. J. Kuijper, *From the Board: The US Attack on the WTO Appellate Body* 45(1) LEGAL ISSUES ECON. INTEGRATION 1, 7 (2018).

¹⁸ Agreed Procedures for Arbitration Under Article 25 of the DSU, *Turkey — Pharmaceutical Products (EU)*, *supra* note 4, para. 7.

¹⁹ Dennis C. Shea, PERMANENT MISSION OF THE UNITED STATES TO THE WORLD TRADE ORGANIZATION 1-2 (2020), <https://www.worldtradelaw.net/document.php?id=misc/USLetterJune5.pdf&mode=download>.

關切？在這方面，有論者以為最根本的就是關於 WTO 秘書處的真實角色必須更加明確²⁰！



²⁰ Joost Pauwelyn & Krzysztof Pelc, *Who Guards the “Guardians of the System”? The Role of the Secretariat in WTO Dispute Settlement*, 116(3) AM. J. INT’L L. 534, 565 (2022).