

WTO 上诉仲裁第一案

——“土耳其药品案”

杨国华

【摘要】“土耳其药品案”是WTO上诉机构停止受理案件以来的第一个上诉案件,并且采用了前所未有的仲裁模式。上诉仲裁基于当事方协议而进行,在程序上有诸多创新之处。在事实认定方面,本案对土耳其药品政策有重要影响。而在法律解释方面,本案也有独到之处,将对未来案件有所贡献。

【关键词】WTO; 上诉仲裁; 土耳其药品案; WTO争端解决机制

【作者简介】杨国华,清华大学法学院教授,博士生导师,中国法学会世界贸易组织法研究会常务副会长, WTO“多方临时上诉仲裁安排”仲裁员,研究方向:国际经济法(北京 100084)。

【原文出处】《上海对外经贸大学学报》,2022.6.5~17

2022年7月25日,WTO公布了“土耳其药品案”(Turkey-Pharmaceutical Products, DS583)上诉仲裁裁决。^①这是第一份WTO上诉仲裁裁决。

众所周知,由于特朗普政府阻挠,WTO上诉机构已经于2019年底停止受理案件。^②也就是说,由于上诉机构不复存在,WTO已经有两年多时间没有上诉案件。^③在此期间,部分成员签订了双边仲裁协议,^④甚至组建了“多方临时上诉仲裁安排”(Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement, MPIA),但是并没有实际案件发生。^⑤

“土耳其药品案”于2019年4月2日提起,后成立专家组。2022年3月22日,在专家组报告公布前,被告土耳其与原告欧盟达成仲裁协议:如果提起上诉,就援用WTO“诉讼程序法”《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU)第25条(仲裁),以仲裁代替上诉。^⑥4月25日土耳其提起上诉,随即仲裁庭成立。7月21日,即在协议所要求的90日审限内,仲裁庭做出裁决,提交当事方。^⑦

一、本案上诉仲裁协议

本案中土耳其与欧盟之间达成的上诉仲裁协议(下称“协议”)的正式名称为:Turkey-Certain Mea-

sures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products(DS583): Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU。^⑧协议共4页19段,大致可以分为4部分。

(一)一般规定:第1-6段

协议说明:由于上诉机构不能受理案件,双方根据DSU第25条第2款达成仲裁协议,约定用仲裁方式审理上诉案件;在专家组报告公布前,一方可要求专家组中止程序,以便提起仲裁。

DSU第25条名为“仲裁”(Arbitration),是争端解决的“替代手段”(alternative means),此前只有一个“非典型”案例。^⑨第2款规定,双方应该达成协议和程序。从本协议名称“Agreed Procedures”可以看出,这就是双方的协议和程序。

专家组“中止程序”可以视为协议和程序的一部分,旨在确保专家组与仲裁程序之间的无缝对接,专家组不必公布裁决,也不必适用DSU裁决通过和上诉的规则。^⑩DSU第12条第12款规定,经原告申请,专家组可以中止程序。本协议就是依据此款,双方共同申请专家组中止程序,并且说明,此前已经提出三次申请,每次中止一个月,而本协议被视为又一次申请且为无限期。根据该款规定,中止超过一年,专

家组职责终止。因此,从理论上说,从第一次申请中止开始,直到2022年12月21日,本案专家组才算正式解散。^①

(二)仲裁员:第7-8段

仲裁员选择程序精心设计,甚至颇为复杂。

协议规定,三名仲裁员从前上诉机构成员和MPIA仲裁员中随机抽选(randomly selected),但是要与另外一个同期案件,即土耳其作为原告的“欧盟钢铁保障措施案”(DS595)一并进行,^②确保一个案件有两名上诉机构成员和一名MPIA仲裁员,而另一个案件有一名上诉机构成员和两名MPIA仲裁员。如果只有一个上诉案件,则上诉机构成员和MPIA仲裁员各一名,第三名从混合名单中抽选。此外,首席仲裁员由仲裁员推选。还有,为了促进两案之间的一致与协调,仲裁员之间可以进行交流并交换文件。

前上诉机构成员共27人,^③而MPIA仲裁员共10名。^④仲裁员由前上诉机构成员和MPIA仲裁员组成,显然是为了兼顾本案与此前案件的连续性以及仲裁案件的创新性,而将双方互诉案件“捆绑”审理,则是更为独特的安排。

(三)仲裁程序:第9-14段

协议明确提出,除非本协议另有规定,仲裁应该适用上诉审议程序,包括《上诉审议工作程序》和时间表以及《行为守则》。^⑤协议还特别提及,当事方提出“上诉通知”、仲裁员决策和第三方参与等,^⑥都适用该程序。

协议规定,上诉应限于专家组报告中的法律事项和专家组所做法律解释。这一点与DSU关于上诉审议的范围相同。^⑦但值得一提的是,仲裁员只能审查解决争端所必需事项,^⑧而这与DSU所要求的上诉机构必须审查“每一事项”有所不同。^⑨也就是说,仲裁员可以不审查每一上诉事项。

协议明确要求,仲裁员应于上诉通知提出之日起90日内做出裁决,为此仲裁员可以采取一些加快程序的措施,例如限制文件页数、设定时限和听证会时长及次数。此外,仲裁员还可以建议当事方排除DSU第11条所规定的“对事实缺乏客观评估”方面的请求。^⑩当然,是否同意排除,由当事方决定。^⑪此外,当事方也可以同意延长90日裁决期限。^⑫

可以看出,关于仲裁程序的规定,显示了仲裁与上诉的相似性,同时兼顾了上诉机构危机中所涉及的问题,特别是对仲裁员权限(“上诉应限于专家组报告中的法律事项和专家组所做法律解释”)和90日时限的强调。至于“仲裁员只能审查解决争端所必需事项”,既是仲裁员的义务,也是对仲裁员的授权;既强调了仲裁员权限,也有利于90日审限的实现(杨国华,2020a:141-152)。

(四)其他规定:第15-19段

仲裁裁决为终局决定,当事方同意服从。根据DSU第25条第3款规定,裁决应向争端解决机构(Dispute Settlement Body, DSB)通报,但是不需要DSB通过;裁决也应向相关理事会或委员会通报。^⑬此外,根据DSU第25条第4款,裁决执行适用DSU第21条和第22条。^⑭最后,当事方应将该协议通报给专家组,以便专家组做出相应安排,例如将相关文件移交给仲裁员。^⑮

这些内容基本上重复了DSU第25条,只是在与专家组协调上做出了专门安排。

(五)与其他仲裁协议的对比

在本案仲裁协议之前,欧盟曾经分别与加拿大和挪威签订过双边仲裁协议,而欧盟和中国等25个成员也签订过“多方”仲裁协议,即MPIA。这些协议的背景相同,即在上诉机构停止工作的情况下解决争端,并且在程序方面直接援引DSU和上诉审议程序,内容非常相似。

当然,本案仲裁协议的性质有所不同,是就个案达成的协议,而其他协议属于制度性安排,是在案件还没有发生的情况下做出的安排。这一点在MPIA中更为明显,因为它专门选定了仲裁员,具有“常设性”。此外,在仲裁员来源方面,双边协议中是前上诉机构成员,MPIA有自己的仲裁员,而本案却是前上诉机构成员和MPIA仲裁员的组合。本案当事方土耳其并非MPIA成员,对仲裁员来源的特殊安排可以理解。

二、本案仲裁程序

本案实际程序是仲裁协议的具体化,主要内容见于仲裁裁决的开始部分以及作为裁决附件之一的本案《工作程序》。

(一)过程

1. 通知上诉

2022年4月25日土耳其提交“上诉通报”(Notification of an Appeal),^⑤该通报说明,根据仲裁协议第5段,土耳其向DSB通报,决定提起DSU第25条仲裁。根据该段要求和《上诉审议工作程序》规则20,土耳其同时向欧盟、第三方和WTO秘书处提交“上诉通知”(Notice of Appeal)和“上诉方陈述”(Appellant Submission)。^⑥上诉通知简要说明了三个上诉事项,即专家组对GATT第3条第8款(a)项、GATT第20条(b)项和第20条(d)项(以下分别简称GATT Article III: 8(a)、GATT Article XX(b)和GATT Article XX(d))的裁决存在错误。此外,上诉通知还将专家组报告作为附件。

仲裁协议第5段要求上诉方在专家组中止程序后30日内向WTO秘书处提交上诉通知。仲裁协议于2022年3月25日公布,被算作专家组中止工作的日期,因此“30日内”的截止日期即为4月25日。此外,4月25日也是“90日”审限的起算日期,即仲裁裁决应于7月25日之前做出。

专家组报告作为上诉通知的附件公布,是一种特殊的公布方式。这可以理解为专家组已经“中止程序”,包括不能公布报告,因此只有采取变通方式公布。

2. 选定人员

根据仲裁协议第7段,4月28日选定了三名仲裁员: Mateo Diego- Fernández Andrade(Mateo), Seung Wha Chang(张胜和), Guohua Yang(杨国华)。^⑦5月5日, Mateo被选为首席。

仲裁员是如何具体选定的,相关文件并未详述,但是仍然可以做出一些推论。首先,“捆绑”案件“欧盟钢铁保障措施案”(DS595)已经决定不上诉,^⑧因此适用仲裁协议中“只有一个上诉案件”的情形,即前上诉机构成员和MPIA仲裁员各一名,第三名从混合名单中抽选,只是前上诉机构成员和MPIA仲裁员中哪些人是候选人,也就是一共有多少候选人,这一点并不清楚,而前两个人是如何选定的,也不清楚。其次,从结果看,抽选的第三个人是MPIA仲裁员,但是具体是谁也没有明示。例如,本人并不知道属于前

两个人还是第三个人,而这个问题可能很有趣,因为第三个人是抽选的“幸运儿”,而前两个人未必是抽选的。最后,三名仲裁员的情况比较清楚,其中张胜和是韩国人,前上诉机构成员; Mateo是墨西哥人, MPIA仲裁员; 本人(杨国华)也是MPIA仲裁员。

此外,仲裁协议说“首席仲裁员由仲裁员推选”,但是具体如何推选也没有明示。当然,从“推选”(elect)一词可以推论,是三人合议选出一人,只是具体方法可以多种多样。^⑨

3. 制定程序

2022年5月10日,仲裁庭与当事方举行“组织会议”(Organizational meeting),制定了《工作程序》(Working Procedures),包括“工作时间表”(Working Schedule)。^⑩

“组织会议”是仲裁庭与当事方商量工作流程,其成果体现为《工作程序》。该文件长达5页,事无巨细,案件流程一览无遗。从中可以看出,WTO秘书处为本案提供了人员协助。^⑪此外,文件电子版通过WTO争端在线登记系统(Disputes On-line Registry Application, DORA)和本案专用邮箱(arbitration25@wto.org)传输。^⑫

4. 举行听证

2022年6月3日,仲裁庭就听证会事项致函当事方和第三方,称听证会将现场进行,但是也有可能通过Webex远程参加。函中具体提及,由于新冠肺炎疫情方面的限制,本人前往日内瓦参加听证会有困难,因此将远程参加。^⑬

听证会于6月21~22日举行,仲裁庭与当事方和第三方面对面讨论案情。本人远程参加,当事方和第三方也有人远程参加。^⑭可以想象,听证会之前有很多准备工作,而听证会之后也有很多内部讨论。

5. 做出裁决

2022年7月21日,仲裁裁决英文稿提交给当事方。^⑮7月25日,英文、法文和西班牙文三种文本提交DSB、货物贸易理事会、补贴与反补贴措施委员会及与贸易有关的投资措施委员会。

通报DSB和以上三个理事会和委员会,是仲裁协议的要求。^⑯具体而言,尽管仲裁裁决中只涉及货物贸易,但是裁决的最后建议部分援引了专家组报

告,而专家组报告中又涉及了补贴和投资事项,因此另外两个委员会都属于“相关”部门。^③

(二)特色

如前所述,仲裁庭可以采取加快程序的措施。本案所采取的措施包括:限制书面陈述的页数和听证会上口头陈述的时间,在听证会前将问题单发给当事方和第三方,制定严格的听证会时间安排。此外,仲裁庭还采取了一些内部措施,包括频繁举行会议,在程序开始之初就撰写裁决的描述性部分,仲裁员之间讨论问题单、交换意见和起草裁决都有明确时间表。^④

可想而知,这些工作都需要大量的时间投入,包括反复研读专家组报告和专家组阶段的众多文件以及当事方提交的上诉方、被上诉方和第三方陈述,起草问题单,频繁举行在线会议等。^⑤

此处特别值得提及的是,由于土耳其提出了DSU第11条请求,认为专家组“对事实缺乏客观评估”,^⑥在组织会议和听证会上,仲裁庭都询问土耳其是否愿意排除。在得到否定答复后,仲裁庭认为该请求不会影响90日审限,因此没有必要正式提出排除建议。^⑦

三、本案事实

(一)概要

本案上诉仲裁裁决简要复述了专家组所认定的本案事实。^⑧

1. Annex 4/A 清单药品报销

土耳其全民健康保险制度,为居住在土耳其者提供健康服务,包括药品报销。^⑨卫生部药品与医疗器械局(Medicines and Medical Devices Agency, TMMDA)主管药品登记、上市许可、定价、分类和检查。与此同时,家庭、劳工与社会服务部社会保障局(Social Security Institution, SSI)负责社会保障政策实施,包括支付药费。

药品由医生开处方,私人药店向病人提供。^⑩所有药店都是土耳其药剂师协会(Turkish Pharmacists' Association, TPA)会员。

只有 Annex 4/A 清单上的药品才能报销,而该清单由 SSI 确定。^⑪清单上的药品被分为平行组,“报销价”统一。^⑫药店收费由 SSI 和病人共担。根据 SSI 与

TPA 之间的安排,每家药店都与 SSI 签订标准合同,依此定期向 SSI 开具发票,而 SSI 会审核发票后拨付(报销过程使用电子信息系统“medula system”)。如果公共价格高于 SSI 确定的最高报销价,病人可以补差价,或者选择平行组药品。此外,病人一般还要付给药店资助费和诊断费。^⑬

2. 本地化要求

“本地化要求”是一种措施,要求外国药厂承诺将其某些药品放在土耳其生产,而如果没有承诺、承诺未被接受或者未予履行,SSI 就不予报销。根据药品市场份额和同类药品在本地市场的情况,该措施分为若干阶段。在程序上,主管部门先是确定相关药品,然后通知药厂哪些药品已经被纳入本地化要求的范围。药厂与主管部门商讨逐步进行本地生产的过渡性方案并做出承诺,经主管部门接受后,定期提交进展报告。

本地化要求的政策目标,是逐步将药品进口转化为本地生产,具体实现国内生产达到总销售额 60%。

(二)背景

由于事实认定属于专家组职责,专家组报告中对于事实有全面介绍。^⑭此外,当事方在专家组阶段所提交的书面陈述,特别是欧盟第一次书面陈述,对于案件背景有详尽描述,有助于理解本案来龙去脉。^⑮

在专家组阶段所涉及的措施共三项:本地化要求,已本地化药品禁止进口(import ban on localized products),优先化措施(prioritization measure)。这些措施涉及 28 个文件。关于本地化要求,除了仲裁裁决所复述的核心内容外,其实施阶段有 5 项。例如,第一步涉及国内生产的市场份额超过 50% 的药品,并且有三家以上药厂生产两三种仿制药。2018 年 1 月 SSI 公布了 45 种药,从 2018 年 2 月 8 日起进口药不再报销。其他阶段包括市场份额在 10% 至 50% 之间以及低于 10% 的药品。^⑯药厂实施承诺的时限,一般不超过 18 个月。^⑰关于禁止进口,主要是指已经本地化的药品不再进口,而关于优先化措施,主要是指承诺本地化的药品可以得到优先审批。^⑱

土耳其从 2013 年开始实施本地化要求,本地化

承诺一般包括以下内容:药厂总部批准,当地生产合同的批准(或者药厂已经与本地第三方合作或者已经拥有本地生产设备),技术转让和业绩分析。在某些情况下,药厂还就未被纳入本地化的药品做出承诺。也就是说,承诺本地化的药品,有时可以是未被要求本地化的药品,以此作为替代。^⑤在本地化政策下,有些药厂将生产转移到了土耳其。^⑥

四、本案所涉及的法律问题、解释及结论

本案专家组报告的核心内容,是本地化要求违反了国民待遇原则,并且不符合“限缩”和“例外”条款。

仲裁庭简要复述了专家组所得出的法律结论:本地化要求不属于 GATT Article III:8(a)所规定的政府采购限缩(derogation),而应当遵守 GATT 第 3 条第 4 款(下称 GATT Article III:4)和《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMs)第 2 条第 1 款国民待遇义务;本地化要求不符合 GATT Article III:4 国民待遇义务,并且不符合 GATT Article XX(b)和(d)例外条款。此外,优先化措施也不符合 GATT Article III:4。^⑦

基于土耳其的上诉文件,仲裁庭总结了上诉所涉事项:专家组对 GATT Article III:8(a)的解释及适用是否存在错误;专家组对 GATT Article III:4 的认定是否应被宣布无效或应被推翻;专家组对 GATT Article XX(b)的解释及适用是否存在错误,以及是否没有依据 DSU 第 11 条进行客观评估;专家组对 GATT Article XX(d)的适用是否存在错误。^⑧这些事项可以归类为三个问题:GATT Article III:8(a)、Article XX(b)和 Article XX(d)。

(一)GATT Article III:8(a)

GATT Article III 是“国民待遇”(National Treatment)条款,要求在买卖、运输和分销等方面对进口产品和国内产品一视同仁。欧盟认为本地化要求不符合国民待遇义务,土耳其对此没有提出抗辩,而是主张该措施属于 Article III:8(a)所规定的政府采购限缩。^⑨

Article III:8(a)全文如下:

The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to com-

mercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.

土耳其认为,专家组的以下解释存在错误:购买(purchase)必须由政府机构(governmental agencies)实施;购买是指卖方向买方(政府机构)转移所有权。此外,在适用方面,土耳其主张 SSI 实施了采购(procurement)行为。以下为仲裁庭的分析。

1. 解释:购买是否由政府机构实施

专家组的分析重点为本地化要求是否涉及政府机构“购买”了药品,而没有解释 Article III:8(a)“购买”是否必须由政府机构实施或者也可以由其他实体代为实施。专家组只是简单推定购买由政府机构实施,似乎与土耳其提出其主张的方式有关,即土耳其主张是 SSI 购买了药品。

根据仲裁协议的规定,上诉应限于专家组报告中的法律问题(issue s of law)和专家组所做法律解释。^⑩土耳其在上诉中主张购买不必由政府机构实施,同时提出“products purchased”适当解释问题,而专家组对此进行了解释和适用。由于专家组认为“products purchased”意味着政府机构实施了购买行为,土耳其所提出的解释问题就属于专家组报告中的法律问题。此外,对于 Article III:8(a)的解释,并不涉及新的事实。有鉴于此,仲裁庭决定分析这个问题。

Article III:8(a)是对国民待遇义务的限缩。^⑪从文本看,专家组所说的“products purchased by governmental agencies”并未出现。在英文、法文和西班牙文中,“procurement”一词的后面都直接跟着“by governmental agencies”,也就是“政府机构”所修饰的是“采购”。因此,考虑到文本和语法结构,仲裁庭认为实施采购的实体为“政府机构”。此外,从文本看,“采购”与“购买”有所不同:采购可以通过不同形式的交易实现,例如购买、租赁和出租等。^⑫换句话说,并非每个采购都需要以购买的方式实施。鉴于二者的关系,不能排除其他实体购买了某产品,却是政府机构实施了采购的情况。有鉴于此,专家组认为购买要由政府机构实施,这个理解是错误的。

2. 适用:政府机构是否采购了药品

专家组认定 SSI 没有实施“购买”行为,但是土耳

其在上诉中提出,SSI实施了“采购”行为。“采购”是指政府机构的行为和程序,“采购”的含义是“获取”(obtain)、“取得”(acquisition),即政府机构获取或取得产品。采购并不限于获得产品所有权,但是政府机构应该具备对产品某种程度的控制(a certain level of control),包括所有权或其他财产权,法律或契约权,规定价格或支付费用,使用,占有,控制,最终收益,承担商业风险等等。这些因素并非穷尽,且应整体考虑。此外,获取或取得不能等同于单纯的对获取产品进行融资或规范。

专家组在认定SSI没有实施“购买”行为的时候提供了很多事实,可以用于“采购”问题的分析。经过仔细分析这些事实,仲裁庭认为,SSI没有实施“采购”行为。SSI对药品进行报销、确定价格并决定是否列入清单,但是占有、处分、控制和获益、获得所有权和管理库存的是药店或病人,而不是SSI。也就是说,SSI并未获得占有、控制、排除、获益或处分的权利。有鉴于此,本地化措施不属于GATT Article III: 8(a)所规定的政府采购范围。

(二)GATT Article XX(b)

GATT Article XX(b)是“一般例外”(General Exceptions)的一种,即WTO成员可以采取“为保护人类、动物或植物生命健康所必需”的措施(measures... necessary to protect human, animal or plant life or health)。土耳其提出这个抗辩,专家组认为本地化要求不能满足该例外条款的条件,因为这些措施的目标并非公共健康,而是产业政策。^⑥仲裁庭支持了专家组的认定。

仲裁庭指出,对于该例外条款的条件,一般进行两步分析法,即从“design”和“necessity”两个方面考察涉案措施是否为“必需”。“design”是指措施的内容、机构和运作及其目标,“necessity”是指措施对实现目标所起作用、对贸易的限制性、利益或价值的重要性,以及是否存在可替代措施。仲裁庭认为,这两个步骤并非泾渭分明,在证据和分析方面可能会出现重叠,而专家组的分析没有混淆这两个步骤。

关于DSU第11条,仲裁庭认为,专家组没有忽略土耳其提交的证据和观点,并且专家组有权就此得出不同于当事方所主张的结论,因此专家组并非

没有履行客观评估的职责。

(三)GATT Article XX(d)

GATT Article XX(d)也是“一般例外”中的一种,即WTO成员可以采取“为了遵守并非与本协定不一致的法律法规所必需的措施……”(necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement...)土耳其提出这个抗辩,专家组做出了非常简略的认定,核心内容只有两段,大致如下:

土耳其根据(d)项提出的请求,实质上与(b)项相同。具体而言,土耳其主张,其本地化要求是为了履行国内法义务,以实现有效的医疗保险制度,而这一目标与(b)项抗辩重合。因此,专家组对于(b)项的分析也适用于(d)项,^⑦本地化要求不能满足该例外条款的条件。

仲裁庭认为,专家组本应对(d)项条文进行拆解,然后逐一对照其条件是否得到满足。然而,在这些条件中,措施与目标之间的关系显然是一项必要条件。也就是说,如果其关系不能得到确定,则(b)项就不能得到满足。专家组只提及了这项条件,并且认为其(b)项分析同样适用,这样已经足以得出本地化要求不符合(d)项结论,因此不存在错误。

五、结语

“土耳其药品案”仲裁庭第一次对GATT III.8(a)中的“products purchased”做出解释,通过对这个短语的语义(语法)分析,认为购买者并未被限定为“governmental agencies”,从而认定专家组报告存在错误。但是结合本案事实,仲裁庭从“procurement by governmental agencies”出发,认为土耳其政府机构没有从事采购行为,因此支持了专家组的最终认定,即“本地化要求”不属于GATT III.8(a)范围。此外,仲裁庭对于GATT XX(b)的分析,特别是关于“design”和“necessity”之间关系的澄清,以及对于专家组过于简短的GATT XX(d)结论的拓展性理解,更为充分地说明了(b)部分分析可以适用于(d)部分,也有一定的创新。

当然,法律人士是否同意以上分析,有待进一步观察。毕竟,法律问题往往就是有争议的问题,甚至会“公说公有理婆说婆有理”,而争端解决机构做出

的裁决,未必像数理化一样,是唯一正确的答案。实事求是地说,在具体案件中,如果能够在考虑各种可能性后,在充分说理的基础上做出最优选择,那么一项裁决就是好裁决。此外,由于仲裁的临时性,本案裁决在未来争端解决机制中的地位,特别是未来案件的专家组和上诉机构能否认同其分析和结论,也有待进一步观察。但是可以预期,本案会在未来案件中被援引。

不管怎么样,作为WTO上诉仲裁第一案,仲裁庭不仅“临危受命”,在上诉机制缺失的情况下就有关成员之间的争端做出了裁决,而且在条约解释和适用方面做出了贡献。从这个意义上说,仲裁庭功不可没,值得称道;本案也影响深远,必将成为WTO争端解决历史上的经典案例。

作者为本案仲裁员,感谢任清、丁如、杨茂艺、许俊和蔡咏洁等对本文提出的修改意见。

注释:

①Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, WT/ARB25/Add.1, 25 July 2022. available at: https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/disp_25jul22_e.htm. 本案概要: 2019年4月2日,欧盟就土耳其有关药品生产、进口和销售所采取的多种措施请求与其磋商。同年8月2日,欧盟请求争端解决机构(DSB)设立专家组,9月30日专家组设立,中美日加俄等10个WTO成员保留第三方权利。因新冠肺炎疫情原因,专家组延期于2021年11月11日向当事方出具最终报告。2022年3月22日当事双方联合通报专家组和DSB,他们已根据DSU第25条的仲裁程序达成协议。有关本案详情可参见:https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds583_e.htm.

②关于上诉机构危机,参见杨国华(2020a)。

③有些案件被“空诉”到不复存在的上诉机构,使得专家组报告不能生效,例如“欧盟价格调整方法案(II)”(DS494)和“美国关税措施案”(DS543)。详见:https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm#intext-1.

④欧盟与加拿大仲裁协议,参见WTO文件:Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, JOB/DSB/1/Add.11, 25 July 2019;欧盟与挪威仲裁协议,参见前述WTO文件:JOB/DSB/1/Add.11/Suppl.1, 21 Oct.2019.

⑤参见:Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of

WTO Disputes, JOB/DSB/1/Add.12, 30 Apr.2020.

⑥DSU, Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2 (1994)[hereinafter DSU], available at https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf(last visited: 25 July, 2022).

⑦Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.1.1, 28 Apr.2022; WT/ARB25, para.1.7–15, 25 July 2022.

⑧Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, Annex A–1, 25 July 2022; WT/DS583/10, 25 Mar.2022.

⑨United States—Section 110(5) of US Copyright Act, WT/DS160/ARB25/1, 9 Nov.2001. “美国版权法第110(5)节案”(DS160),是确定涉案措施所造成损害水平的案件。详见杨国华(2020b)。

⑩DSU第16条规定,如果没有提起上诉,专家组报告应于公布后60日内在争端解决机构(Dispute Settlement Body, DSB)会议上获得通过。因此,如果专家组没有中止程序,按时公布裁决,则会出现如何处理上诉的问题。

⑪协议提及,2021年12月20日、2022年1月20日和2月23日,专家组工作已经三次中止(参见:Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/9, 25 Feb.2022.)。由此推论,双方的仲裁安排,早于本协议的日期3月22日。然而,由于专家组报告直到4月5日才提交双方,中止程序的申请显然并非协议所提及的“专家组报告做出之后”(第4段)。

⑫“欧盟钢铁保障措施案”也有一个类似的仲裁协议。European Union—Safeguard Measures on Certain Steel Products, WT/59M10, 25 Mar.2022. See also https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds595_e.htm(last visited: 19 July 2022)

⑬其中4位(Christopher Beeby, Julio Lacarte—Muró, Said El-Naggar, John Lockhart)已经去世。参见:https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm.

⑭参见:Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, JOB/DSB/1/Add.12/Suppl.5, 3 Aug.2020.

⑮Appellate Body—Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, para.11, 16 Aug.2010. 参见《上诉审议工作程序》和时间表以及《行为守则》。

⑯分别参见:Appellate Body—Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, para.5, para.7, and para.16, 16 Aug.2010.

⑰DSU, Art.17(6).

⑱Appellate Body—Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, para.10, 16 Aug.2010. “The arbitrators

shall only address those issues that are necessary for the resolution of the dispute."

⑲DSU, Art.17(12), "The Appellate Body shall address each of the issues……".

⑳DSU第11条规定专家组应对涉案事项进行客观评估(objective assessment),包括对事实及其相关协议的可适用性和一致性进行客观评估。如果当事方认为专家组没有进行客观评估,可否提起上诉,以及上诉机构如何处理“事实”问题,存在一定争议。此外,审查客观评估问题,也有可能增加上诉审议的时间,甚至导致上诉机构不能在90日审限内做出裁决。

㉑Appellate Body-Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, para.13 and ft.5, 16 Aug.2010.

㉒Appellate Body-Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, para.14, 16 Aug.2010.

㉓Appellate Body-Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, para.15, 16 Aug.2010.

㉔这两个条款是监督执行以及补偿和报复等程序规定。

㉕Appellate Body-Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, para.4, 16 Aug.2010.

㉖Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, 28 Apr.2022.

㉗该上诉陈述没有公开。

㉘Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/13, 4 May 2022.

㉙5月31日,专家组报告在DSB会议上通过。参见:https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds595_e.htm.

㉚根据本人对于保密义务的理解,此为内部讨论事项,本人不便披露。参见:Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS583/10, para.9, 22 Mar.2022.

㉛Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, Annex A-2, WT/ARB25/Add.1, 25 July 2022.

㉜Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS583/10, para.8, 21, 24, 26, 31, 32, 35, 38, 42, 22 Mar.2022.秘书处人员名单及工作方式没有体现在公开文件中,本人不便披露。

㉝Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS583/10, para.39-41, 43, 22 Mar.2022.

㉞中国采取严格的出入境防疫政策,包括限制出入境,减少和熔断航班,三周酒店隔离等等。参见:国务院联防联控机

制2022年5月23日新闻发布会文字实录[EB/OL]. 国家卫生健康委网站[2022-07-25]. <http://www.nhc.gov.cn/cms-search/xxgk/getManuscriptXxgk.htm?id=5844ed600cbe4f799ae6b9d28ee897ed>.

㉟听证会具体情况和远程参会细节没有体现在公开文件中,本人不便披露。

㊱Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS583/10, para.4, 22 Mar.2022.本案工作语言为英文。

㊲Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS583/10, para.15, 22 Mar.2022.

㊳Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, para.7.12, 25 July 2022.

㊴Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, footnote 30, 25 July 2022.

㊵这些内容都属于内部事项,本人不便披露。

㊶Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, page 2, 28 Apr.2022.涉及GATT Article XX(b)的事项。

㊷Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, para.2.3, 25 July 2022.

㊸Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, para.6.2-9, 25 July 2022.

㊹2006年开始实行。See Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.2.2, 28 Apr.2022.

㊺住院病人的药品完全由SSI承担,病人不用支付费用。医院采购要通过招标程序,而对于公立医院,该程序与政府部门采购程序相同。参见:European Union, First Written Submission in the WTO Panel Proceedings, para.12-14, 19 May 2020.

㊻90%在售药品都在清单上。参见:Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.2.8, 28 Apr.2022.

㊼活性成分相同、可以用于治疗相同疾病的药品被分为一组,是为了使用价格参照系统,以便制定统一报销价。参见:Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.29, 28 Apr.2022.

㊽从SSI领取收入或退休金者,资助费为药价10%,其他人为20%;诊断费为三盒药3里拉,增加一盒再付一里拉。参见:Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.29, 28 Apr.2022.

tation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.2.16, 28 Apr.2022.

④Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.7.14–30, 28 Apr.2022.

⑤本案中欧盟提交的文件,参见欧盟网站[2022-07-25]: <https://circabc.europa.eu/ui/group/cd37f0ff-d492-4181-91a2-89f1da140e2f/library/b958e0bf-8448-49e8-9b6b-610bcfb95a19>.

⑥Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.2.23, 28 Apr.2022.

⑦Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.2.25, 28 Apr.2022.

⑧Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.2.27–33, 28 Apr.2022.

⑨替代药品应价值相同或更高。参见: European Union, First Written Submission in the WTO Panel Proceedings, para.103 and footnote, 19 May 2020.

⑩2017年,土耳其一些行政诉讼案件也涉及本地化要求。参见: European Union, First Written Submission in the WTO Panel Proceedings, para.48 and footnote, para.117, para.62 and footnote, 19 May 2020.

⑪Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, para.1.3–4, 25 July 2022.

⑫Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, para.3.4, 25 July 2022.

⑬活性成分专家组认定,本地化要求不符合国民待遇义务,因为该措施创设了一种价格激励机制,使得消费者(病人)倾向于选择国产药品(费用主要由政府支付)而不是进口药品(费用逐步退出政府支付),从而形成了对于进口药品的不利待遇。参见: Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, para.7.110 and 7.126, 25 July 2022.

⑭Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS583/10, para.9, 22 Mar.2022.

⑮Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25,

para.5.56 and 30, 25 July 2022.“加拿大可再生能源案”(DS412)上诉机构认为,该项是对国民待遇义务的限缩,即符合该项条件的措施不必遵守国民待遇义务。限缩(derogation)与例外(exception)不同,前者是限制义务的范围,而后者是不用承担义务。参见: European Union, Appellee Submission, footnote 138, 13 May 2022.

⑯Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/ARB25, footnote 126, 25 July 2022.

⑰Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.7.191, 28 Apr.2022.

⑱Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/12, para.7.217–218, 28 Apr.2022.

参考文献:

[1]杨国华.丛林再现? WTO上诉机制的兴衰[M].北京:人民出版社,2020a.

[2]杨国华.WTO上诉仲裁机制的建立[J].上海对外经贸大学学报,2020b(6):29–38.

[3]DSU, Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2 (1994).

[4]European Union—Safeguard Measures on Certain Steel Products, WT/595/10, 25 Mar.2022.

[5]European Union, Appellee Submission, footnote 138, 13 May 2022.

[6]European Union, First Written Submission in the WTO Panel Proceedings, 19 May 2020.

[7]Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, JOB/DSB/1/Add.11, 25 July 2019; JOB/DSB/1/Add.11/Suppl.1, 21 Oct. 2019; JOB/DSB/1/Add.12, 30 Apr.2020.

[8]Turkey—Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/9, 25 Feb.2022; WT/DS583/10, 25 Mar.2022; WT/DS583/12, 28 Apr.2022; WT/DS583/13, 4 May 2022; WT/ARB25, 25 July 2022; WT/ARB25/Add.1, 2022 July 25; WT/DS583/9, 25 Feb.2022.

[9]United States—Section 110(5) of US Copyright Act, WT/DS160/ARB25/1, 9 Nov.2001.