

INTERNATIONAL
LAW
REVIEW

国际法评论

(第五卷)

主 编 孔庆江
执行主编 祁 欢



清华大学出版社



D99-53

10

V5

014059960

INTERNATIONAL
LAW
REVIEW

国际法评论

(第五卷)

主 编 孔庆江

执行主编 祁 欢



D99-53
10
V5



北航

C1746695

清华大学出版社

北 京

内 容 提 要

本卷包含国际法各方向近期研究成果,包括世界贸易组织成立二十周年的纪念专题、马航客机失联事件应对措施专题论文。其中,世界贸易组织专题中,涉及WTO争端解决机制分析,特别是中国应对WTO贸易救济争端的案例研究等;国际公法方向的论文涉及国际法院关于主权归属和时效取得判例、国际环境法以及战争法对现代空战的规制等问题研究;国际私法方向的论文涉及国际商事仲裁制度研究;国际经济法方向的论文涉及国际贸易法、海商法、国际金融法、欧盟法、国际税法等方面的热点问题研究。此外,本卷内容还包括比较法的研究,涉及魁北克私法体系研究。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

国际法评论.第5卷/孔庆江主编.--北京:清华大学出版社,2014
ISBN 978-7-302-37424-4

I. ①国… II. ①孔… III. ①国际法—文集 IV. ①D99-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第170772号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:刘海龙

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印务有限公司

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:180mm×255mm

印 张:21.5

字 数:482千字

版 次:2014年8月第1版

印 次:2014年8月第1次印刷

定 价:68.00元

产品编号:059398-01

目 录

纪念世界贸易组织成立二十周年专栏：中国与世界贸易组织

欧美贸易关系：源于 WTO 争端解决机制之合理期望/3

Carlos Esposito 著，胡敏飞译

中国在 WTO 被诉贸易救济争端案件研究/15

史晓丽 蒋 林 何锦欣 胡 敏

评白羽肉鸡案(DS427)在中国应诉 WTO 贸易救济争端中的重要转折/36

傅东辉 李 烨

中国的国有企业不是 WTO《补贴协定》中的公共机构——分析美国对部分中国
产品征收最终反倾销反补贴税案上诉机构报告中的问题/60 成晚霞

《关税与贸易总协定》最惠国待遇规定是否适用于政府采购措施？——从美国限
制若干政府部门采购中国信息技术设备说起/72 李政浩

日本、欧盟诉加拿大上网电价项目案评述/84

庄洁蕾

马航客机 MH370 失联事件应对措施建议/97

朱子勤 冯 舸 毕凤敏 陈 骋

马航客机失联事件旅客家属索赔路径分析/105

朱子勤 冯 舸 毕凤敏 张 建

美国《空难家属援助法案》/114

冯 舸 毕凤敏 林 洁 李海军 译 朱子勤校

国际公法

白礁岛、中岩礁和南礁主权归属案评析/123

郭红岩

时效取得之国际法院判例实证考察/140

张 力 雷 泽

国际环境法体系探析/157

林灿铃

强化战争法对现代空战的规制/164

丛文胜 冯江峰

国际经济法

- CISG in China: the History, Recovery of Differentials, and the Issue of Application/175 Li Wei
- 试论《联合国国际货物销售合同公约》在香港地区的适用/197 袁 超 段宝铨
- 欧盟法在欧洲一体化进程中对民族主义的作用和影响评析/211 杨丽艳
- CMI《外国船舶司法出售国际承认公约》的制定/225 张丽英 欧阳骏
- 碳基金的国际发展及其借鉴/236 范晓波
- 《中韩税收协定》适用问题研究/261 兰 兰
- 论电放提单的相关法律问题/270 祁 欢 梁晨晨
- 人民币国际化法律问题研究/283 张西峰
- 美国贸易中的政治利益考量——戴斯勒《美国贸易政治》读后感/297 汤 璐

国际私法

- 浅析伊斯兰法对中东穆斯林国家国际商事仲裁制度的影响/303 章华平

比较法

- 魁北克私法体系混合来源研究/317 MORIN, Sophie 著, 焦杰译

《国际法评论》注释体例与约稿函

- 《国际法评论》注释体例/331
- 《国际法评论》约稿函/335
- 《国际法文库》约稿函/336

CONTENTS

Column to Commemorate the 20th Anniversary of the Establishment of the World Trade Organization: China and the WTO

Trade Relationship between Europe and USA: Reasonable Expectations from WTO's Dispute Settlement Mechanism/3

Carlos Esposito(translator: Hu Minfei)

A Study on the WTO Trade Remedy Disputes against China/15

Shi Xiaoli Jiang Lin He Jinxin Hu Min

China-Broiler Products, an important turning point for China in responding to WTO Trade Remedy disputes/36

Fu Donghui Li Ye

The State-owned Enterprises in China Can Not Be Regarded as the "Public Bodies" in the SCM of WTO—an Analysis of the Problems in the Report of the Appellate Body Regarding United States-Definitive Anti-dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China/60

Cheng Xiaoxia

Is Most Favored Nation Treatment in General Agreement on Tariff and Trade Applicable to Government Procurement Measures? —An Issue Triggered by United States' Restriction on Certain Government Institutes of Procuring Chinese Information Technology Systems/72

Li Zhenghao

Analysis and Review of WTO cases against feed-in tariff program in Canada/84

Zhuang Jielei

Advices on Measures about Missing Flight MH370 of Malaysia Airlines/97

Zhu Ziqin Feng Ge Bi Fengmin Chen Cheng

Analysis about the Ways for Families of Passengers Involved in the Missing Flight of Malaysia Airlines to Get Compensation/105

Zhu Ziqin Feng Ge Bi Fengmin Zhang Jian

Aviation Disaster Family Assistance Act of 1996/114

Translated by Feng Ge Bi Fengmin Lin jie

Li Haijun Proofreading by Zhu Ziqin

Public international law

- A Note on the Case Concerning Sovereignty Over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Lenge (Malaysia/Singapore) of the International Court of Justice/123 Guo Hongyan
- Empirical Analysis of Cases of the International Court of Justice on Acquisitive Prescription/140 Zhang Li Lei Ze
- Analysis on the System of International Environmental Law/157 Lin Canling
- Strengthen the Regulation of Laws of War to Modern Air Battle/164 Cong Wensheng Feng Jiangfeng

International Economic Law

- CISG in China: the History, Recovery of Differentials, and the Issue of Application/175 Li Wei
- Applicability of the CISG to Hong Kong/197 Yuan Chao Duan Baocheng
- Comment on the role and impact of the EU law on the nationalism in the European integration process/211 Yang Liyan
- The Development of CMI Instrument on Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships/225 Zhang Liying Ouyang Jun
- The Development of Carbon Funds and its Enlightenment/236 Fan Xiaobo
- The Research on the Application of Sino-Korean Tax Agreement/261 Lan Lan
- Legal Issues of Surrender Bill of Lading/270 Qi Huan Liang Chenchen
- Research on the Legal Issues of Internationalization of RMB/283 Zhang Xifeng
- Political Interests Considerations in American Trade—From Destler's American Trade Politics/297 Tang Lu

Private International Law

- Study on the Impact of the Islamic Law against the Islamic Countries' International Commercial Arbitration System/303 Qin Huaping

Comparative Law

- Study on the mixed sources of Quebec's private law/317 Morin, Sophie (translator: Jiao Jie)

Call for papers for "INTERNATIONAL LAW REVIEW" and style guide /
Call for papers for "THE SERIES OF INTERNATIONAL LAW" /

纪念世界贸易组织成立二十周年专栏：

中国与世界贸易组织

欧美贸易关系：源于 WTO 争端 解决机制之合理期望

Carlos Esposito* 著 胡敏飞**译

一、欧盟与美国的贸易关系

作为西欧政治和经济一体化幕后的推动力,贸易的重要性已不容小觑。因此对欧共体而言,将其内部贸易能力扩展至对外关系上是合乎逻辑的。^①实际上欧共体早就意识到,贸易的内在力量要求其在对外行动上有实质性的进展^②,第一次公开认识到这一点大概是在欧共体作为国际舞台上的真正一员参与肯尼迪回合谈判时^③,随着欧共体被接纳为 WTO 的完全成员^④,这一点已被正式确认。

* Carlos Esposito,西班牙外交部前顾问,现马德里自由大学教授。在此,笔者要感谢 Javier Díez-Hochleitner 对本文的评论以及他的友善,允许笔者在文中引用我俩于先前在马德里论坛上共同提交的一篇论文中的部分内容。

** 胡敏飞(女,1971—),浙江工商大学法学院教师,武汉大学国际法所国际法博士。

① 本文主要关注的是国际贸易,但当然,欧盟的对外关系并不仅限于贸易领域。相关论述参见 Iain Macleod, I. Hendry and Stephen Hyett, *The External Relations of The European Communities* (1996); D. McGoldrick, *International Relations of the European Union* (1997); *International Law Aspects of the European Union* (Martti Koskenniemi, ed. 1998); Javier Díez-Hochleitner, *La Posición Del Derecho Internacional En El Ordenamiento Comunitario* (1998)。

② 参见欧共体条约 131 条,该条款是有关某一共同贸易政策确立的。欧洲法院在 1/75(OECD 本地成本标准)意见中确认了对外贸易权限的排他性(1975)ECR 1355。

③ 参见 *The European Community and GATT* (Francis Jacobs, Meinhard Hilf and Ernst-Ulrich Petersmann, eds., 1986)。

④ WTO 协议第 11 条。有关欧共体成为一个国际组织成员的资格的论述参见 Jorn Sack, *The European Community's Membership of International Organisations*, 32 *Common Market Law Review* 1227 (1995); Rachel Frid, *The Relations Between the EC and International Organization* (1995)。当然,存在着一些与欧共体的 WTO 成员资格相关的国内与国际问题,首先是欧盟/欧共体的法律人格的确定,以及在涉及欧盟成员国时,其如何适当地行使权力。关于后一个问题,应当记住 WTO 协议并未考虑到这个事实,即共同体与其成员国之间的法律权力是作了划分的。参见 Joni Heliskoski, *Joint Competence of the European Community and its Member States and the Dispute Settlement Practice of the World Trade Organization*, 2 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2000)。

在过去的几十年里,欧盟与美国已成为“天然”贸易伙伴,双方都支持 WTO 的成立。这一事实,连同双方在其他一些双边及更全面意义上的伙伴关系的表现^①,表明在共同的规则和强大的制度下,这两大主要贸易集团在稳定的国际经济关系上有着深远的共同利益。^②但如果注意一下发生在欧盟与美国间有分歧的各个领域内的具体贸易纠纷的性质,这种共同利益很快就令人怀疑了。然而,仅关注欧美间的贸易纠纷并不公平,因为冲突(与合作一样)应当被看作是他们之间非同寻常的贸易关系的正常后果。实际上,“考虑到双边贸易的流量,双方的贸易官员们都面临着对对方的法律法规、贸易实践的不断抱怨^③,这并不奇怪”。

其实,欧盟和美国每年都对对方的贸易壁垒进行报告。^④这些报告的框架相似,包括贸易关税和技术壁垒、政府采购、出口补贴、知识产权的保护、服务壁垒、投资壁垒、征税标准、电子商务,及其他相关事项。其中有些领域到目前为止还未纳入 WTO 的范畴,而其之所以游离于现有 WTO 协议范围外的原因也各不相同:其中一些领域是由其他条约和争端解决机构调整的^⑤;其余更多的领域则还未曾在 WTO 框架下进行过全面的谈判。

总之这些调查反映了美国政府和欧委会日常工作的一个方面,以实施可能有助于解决将来出现的争端的预警政策。不过,有些案件应当引起人们的注意,因为它们更清楚地反映出欧盟和美国在贸易及相关问题上的长期的、实质性的不同。从欧盟的角度来看,其中尤为臭名昭著的例子就是美国相关立法的域外效力条款,如赫尔姆斯-伯顿(Helms Burton)法及伊朗利比亚制裁法。欧盟对美国贸易政策的这种倾向的立场很明确:“欧盟认同这类立法的一些目的,但同时它反对,作为法律和政策,这类旨在迫使在欧盟境内的自然人或在欧盟境内成立的公司在美国境外遵守美国法律的国内立法具有域外效力,反对这些目的仅在于保护美国的贸易和政治利益的立法。”^⑥基于这些原因,欧盟向 WTO 提起了争端解决程序,目的在于确定赫尔姆斯-伯顿法违反了

① 参见 1995 年的新跨大西洋备忘录(NTA),该备忘录里有一重要章节是关于经济和贸易事项的,可查阅 <http://europa.eu.int/comm/trade/bilateral/usa/usa.htm>。由 NTA 产生了新跨大西洋市场(NTM)设想,这是一个将欧盟与美国商务团体联合起来以促进有关贸易和投资领域的讨论和提供推荐意见的一个论坛(跨大西洋商务对话——TABD)。还有一个于 1998 年 5 月在伦敦召开的美国和欧盟首脑会议上创设的美欧跨大西洋经济伙伴关系(TEP),参见 Horst G. Krenzler and Gunnar Wiegand, *EU-US Relations: More than Trade Disputes?*, 4 *European Foreign Affairs Review* 153(1999); 查看 NTA 在贸易和经济领域、外交政策上的目标,参见 Horst Krenzler and Astrid Shomaker, *A New Transatlantic Agenda*, 1 *European Foreign Affairs Review* 9(1996)。

② 参见 Dieter Mahncke, *The Role of the USA in Europe: Successful Past but Uncertain Future?*, 4 *European Foreign Affairs Review* 353(1999), at page 355。

③ 参见 Jeffrey J. Schott, *Whither US-EU Trade Relations?*, in *Transatlantic Economic Relations in the Post-Cold War Era* 36(Barry Eichengreen ed., 1998), at page 44。尽管公众认为欧盟与美国之间的关系主要由其贸易争端决定,但据欧盟所言,事实是“这类争端只占总量的一小部分(约 2%)”,其余的双边贸易和投资流都处于良好状态”。见欧委会 1999 年的《美国的贸易和投资壁垒报告》第 2 页第 1.1 节(European Commission, 1999 Report on the United States Barriers to Trade and Investment(1999), p. 2, paragraph 1.1)。

④ 美国关于欧盟的贸易壁垒的报告可从以下网点下载: <http://www.useu.be>。欧盟的相关报告参见前注③。

⑤ 例如,2000 年 3 月 14 日美国向国际民航组织提交了其对欧盟提议的降低噪声技术规则的控告。

⑥ 欧委会 1999 年的《美国的贸易和投资壁垒报告》(前注③)第 7 页第 2 节(European Commission, 1999 Report on the United States Barriers to Trade and Investment(1999), supra note 7, p. 7, paragraph 2)。

美国在WTO协议下所承担的义务。^①

除治外法权外,欧盟还关注美国的单边主义,即美国对付其他国家或公司所可能采用的单边制裁或报复措施。欧盟反对这种无视多边体系、仅从美国角度对其他国家的贸易立法和实践进行评价的立法规定。因此欧盟向WTO提起了解决争端的诉讼,矛头直指规定单边制裁的美国贸易立法中的一项重要内容,即1974年贸易法案中的301条至310条。WTO专家小组对这些条款是否符合WTO协议进行了调查,结论是:只要美国遵从其所作的让步,不无视多边规则而动用这些条款,那么这些条款与美国在WTO协议下的义务并不矛盾。^②

欧盟与美国贸易关系中的棘手案件还有:香蕉出口、销售和分配制度案^③,关于肉和肉制品的欧共体标准(荷尔蒙含量)案^④,美国对“外国销售公司”的税收待遇案^⑤,等等。这类棘手案件肯定还在争端解决机制中占有一定比例。因此,问题在于欧盟及美国的国民、政府是否能期望该机制透明地、具有可预见性地、合法地应对这些挑战。我们的回答是肯定的,但前提是WTO的成员们都不想借争端解决机制解决“四角”(four corners)^⑥之外的争议。此语意指专家小组应限于解决根据适用协定(covered agreements)^⑦中的磋商和争端解决条款所提起的、被明确划定为属于调查范围内的争端。^⑧也有人建议,专家小组对含有不属于其管辖范围内的事项的争端,应当仅考虑其贸易方面的问题^⑨,这势必导致以部分裁决解决许多综合性争端。回顾WTO的短暂实践,首先浮现脑海的是有关具有域外效力的立法的合法性的争端^⑩,这不仅涉及贸易,还涉及外交事务中实质不同的概念、人权问题,等等。

① 1998年5月18日在伦敦举行的欧盟与美国最高首脑会议上,签订了关于解决与赫尔姆斯-伯顿法案和伊朗利比亚制裁法案有关的争端的一揽子措施的协定,其结果之一就是本案被中止。因为需美国国会的批准,协定所规定措施的全面实施还悬而未决。有关赫尔姆斯-伯顿法案的评论,参见Andreas F. Lowenfeld, *Congress and Cuba: the Helms-Burton Act*, 90 *American Journal of International Law* 431 (1996); August Reinisch, *Widening the US embargo against Cuba extra-territorially: a few public international law comments on the "Cuba Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996"*, 7 *European Journal of International Law* 545 (1996)。

② 美国——1974年贸易法案301条至310条,WT/DS152/R,1999年12月22日报告。

③ 欧共体——香蕉出口、销售和分配制度,AB-1997-3,WT/DS27/AB/R,1997年9月25日受理。

④ 欧共体——关于肉和肉制品标准(荷尔蒙含量),AB-1997-4,WT/DS26/R/USA,WT/DS48/AB/R,1998年2月13日受理。

⑤ 美国——“外国销售公司”税收待遇,AB-1999-9,WT/DS108/R,上诉机构2000年3月20日报告。

⑥ 此语出现于加拿大——外商投资评价管理法一案中,BISD,30S/140,第141页第1.4节,1984年2月7日受理(“专家小组的活动和裁决应限制在GATT的‘四角’内”)。

⑦ 《争端解决规则及程序的谅解》第1条第1款。

⑧ 《争端解决规则及程序的谅解》第7条。

⑨ 在1947年GATT的实践中,专家小组调查了由尼加拉瓜对美国提起的范围相当广泛的双边争端。参见美国——从尼加拉瓜进口蔗糖案,BISD S31/67,1984年3月13日受理。尽管意识到美国的标准“不过是一个综合问题中的一个方面”,但专家小组“依照有关的GATT条款单独对那些标准进行了调查,但其调查只涉及该争端下的贸易问题”(4.1节)。参见Javier Fernandez Pons, *Self Help and the WTO*, in *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System* 55 (Palolo Mengozzi ed., 1999), pp. 100-104。

⑩ 见前注①。

在余下的篇幅中,笔者首先要对 WTO 争端解决机制的作用的相关特点作一简要叙述,然后讨论两个涉及个体对 WTO 协议在欧盟和美国实施的期望问题。第一个颇有争议的问题是有关否认企业和公司有向 WTO 提起诉讼的法律资格,以及由欧盟和美国的国内行政机制提供的不全面但有效的救济的;第二个同样有争议的问题是有关 WTO 协议在国内的遵守,这主要是通过国内法院对协议的可能直接适用来实现的。

二、WTO 争端解决机制概述

WTO 协议建立了一种通过一个强有力的争端解决机制来调整国际贸易的新体制^①,该机制是以“为多边贸易体系提供保障和可预见性的核心要素”而存在的^②,受作为 WTO 一揽子协议组成部分的《争端解决规则及程序的谅解》(DSU)支配。《争端解决规则及程序的谅解》包含了制度性和规范性条款,使得 WTO 的争端解决机制与旧的 1947 年关贸总协定(GATT)争端解决机制间存在重大差别。从组织机构的角度来看,该机制现已在一个有着法律人格的国际组织内部很好地建立起来了。另外,一个新的名为争端解决机构(DSB,实质上是世界贸易组织总理事会在行使争端解决机构职责时的别称)的组织已经成立,其对 WTO 成员国提起的争端的解决有强制管辖权。争端解决机构有自己的规则和行政首长,它的职责主要有:应投诉一方的请求成立专家小组、通过专家小组报告、监督裁决的执行、在适当的情况下授权采取补偿措施。专家小组和上诉机构的报告一般都自动通过,除非争端解决机构协商一致决定不通过该报告。该程序,也就是所谓的“消极协商一致”,代表了争端解决机构的最重要贡献^③,其甚至比在 1989 年的《争端解决中期协议》上被否决的“协商一致减二”(即排除当事国双方的协商一致,译者注)方案走得更远。^④

要对争端解决机制作一准确描述,首先必须认识到该机制从根本上促进了协商。事实上,整个 WTO 是“建立在依互惠和多赢协议为基础进行协商的原则上的”。但人们不应当误解这个重要特点,因为这并不意味着那些被认为与 WTO 协议不符的行为总是能“通过协商而不了了之”。相反,协商的脆弱性注定其必须遵守这样一个强制性原则,即在众多可能的结果中,只有那些与 GATT/WTO 准则相一致的解决方案才能

① 参见 Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System* (1997); *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Ernst-Ulrich Petersmann ed. 1997); Aldo Ligustro, *Le Controversie Tra Stati Nel Diritto Del Commercio Internazionale: Dal GATT All'OMC* (1996); Miquel Montañà a Mora, *La Organización Mundial del Comercio y el reforzamiento del sistema GATT* (1997); David Palmeter and Petros Mavroidis, *Dispute Settlement in the WTO* (1999)。

② 《争端解决规则及程序的谅解》第 3 条第 2 款。

③ Palmeter 和 Mavroidis 坚持认为“如果说《争端解决规则及程序的谅解》是乌拉圭回合谈判的最重要成果,那么其中关于报告的通过和执行的条款是《争端解决规则及程序的谅解》的最重要部分”。参见前注①,第 153 页。

④ 参见 Robert E. Hudec, *Enforcing International Law* 231 (1993)。

得到认可。^① 这一点必须与 WTO 争端解决机制的新特征结合起来加以理解: 在该程序下, “消极协商一致”规则的运用在大多数情况下会导致专家小组和上诉机构报告的自动通过, 而这些报告一旦通过则通常被认为构成在国际范围内具有普遍约束力的义务。^②

对协商和迅速解决争端的方法的这种偏好使得《争端解决规则及程序的谅解》条款青睐于各方均能接受的国际贸易争端解决方法^③, 这同时也说明为什么争端解决程序随正式协商请求的提出而启动。^④ 如果协商无果, 成员国一方请求成立专家小组, 由于消极协商一致规则的适用, 专家小组的成立也是半自动的。^⑤ 专家小组一旦成立, 它必须依照当事各方所确定的调查范围, “对摆在其面前的问题做一个客观的评估, 包括对案件事实和相关的适用协定是否得到适用、遵守的客观评估, 并作出这样一些将来有助于争端解决机构提出建议或作出适用协定所规定的裁决的调查结果”^⑥。普通的专家小组程序^⑦由多而复杂的程序规则和阶段组成, 《争端解决规则及程序的谅解》对其规定有严格的工作时间表。这些规则和阶段包括第三方的参与、证据的评估、审理、书面意见、临时审议和最终报告。专家小组报告以消极协商一致方式通过, 除非争端一方或双方就法律方面的调查结果和结论向上诉机构(AB)提起上诉, 上诉机构是 WTO 的常设机构, 其管辖权“限于专家小组报告中的法律问题和专家小组所做的法律解释”^⑧。在对案件进行调查后, “上诉机构或维持、或变更、或推翻专家小组在法律方面的调查结果和结论”^⑨, 其报告将以消极协商一致方式为争端解决机构所通过。

在后专家小组阶段, 争端解决机构对其建议是否被适当实施进行监督。败诉方有一段合理期间用以将有争议的措施调整为与有关协定相符。若不执行通过的报告中的建议则会引起补偿或中止减让, 这些措施须经争端解决机构授权。但正如本文第一

① 参见 Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT Dispute Settlement System as an Instrument of the Foreign Trade Policy of the EC*, in *European Community External Trade Law After the Uruguay Round* 253 (N. Emiliou D. O'Keefe eds., 1996), 该文抨击了欧洲法院作出的香蕉案的裁决, 该裁决驳回了德国申请宣告关于共同体香蕉市场的 404/93 理事会决议第 4 条无效的请求 (case C-280/93, *Germany v Council* [1994] ECR I-4973)。

② 参见 John H. Jackson, *The WTO Dispute Settlement Understanding—Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation*, 91 *American Journal of International Law* 60 (1997). 相反的论述见 Judith Hipler Bello, *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More*, 90 *American Journal of International Law* 416 (1996)。

③ 《争端解决规则及程序的谅解》第 3 条第 7 款: “一种为争端当事各方所能接受的、与有关协议相符的解决方法显然更受欢迎。”关于这方面的论述参见 Elisa Baroncini, *The WTO Dispute Settlement Understanding as a Promoter of Transparent, Rule-Oriented, Mutually Agreed Solutions—A Study on the Value of DSU Consultations and their positive Conclusion*, in *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System* 153 (Paolo Mengozzi, ed. 1999)。

④ 《争端解决规则及程序的谅解》第 4 条, 关贸总协定第 22 条。

⑤ 《争端解决规则及程序的谅解》第 6 条。

⑥ 《争端解决规则及程序的谅解》第 11 条。

⑦ 特殊程序参见《争端解决规则及程序的谅解》附件 2。

⑧ 《争端解决规则及程序的谅解》第 17 条第 6 款。

⑨ 《争端解决规则及程序的谅解》第 17 条第 13 款。

部分中所提到的几个棘手案件所表明的^①,后专家小组阶段暴露出许多有关争端解决机制的功效率和连贯性的各种各样的问题。首先,应当承认,机制的这部分内容并未像争端解决程序的其他部分那样被“法定化”^②,而《争端解决规则及程序的谅解》的裁决执行条款也许是整个机制中争议最多的部分。^③在这个意义上,有权采取报复措施的仅限于双边方案中的争端当事方,而这类双边方案在消除与WTO相抵触的措施上缺乏对公共普遍利益的认识。其次,裁决的执行措施还应有进一步的发展,因为赔偿目前还被排除在WTO的救济体系之外。最后,同样重要的是,机制可能只对发达成员国有利。

三、欧盟和美国对贸易壁垒的应对机制:公司与行业的作用^④

WTO是一个政府间国际组织,其内部的制度^⑤和机构极少对非成员开放,尤其像争端解决机制这类制度^⑥,在这个领域内非成员一直以来扮演的都不是主动、直接的角色。只有在一国的国内制度下,公司和行业才有可能通过或多或少的机动行政程序,间接运用WTO争端解决机制,采取行动反对影响他们进入第三国市场的贸易壁垒。此外,有时候也允许个人在国内法院援引WTO协议中一些明确的、不附条件的规则,适用于他们与其他当事方包括国内行政机关间的争议。本部分阐述的是有关欧盟和美国允许个人就违反WTO规则的外国行为提出控告的行政机制的一些因素。下一部分叙及欧盟和美国当局解决WTO协议直接适用问题的方法。

任何对允许个人采取行动反对外国贸易壁垒的行政机制的论述都应该从美国贸易法案的301条开始。^⑦该项立法赋予美国贸易委员会代表采取各种报复措施的权利^⑧,如果他或她认为“(A)美国在某一贸易协定下的权利遭到了拒绝;或(B)某一外

① 参见P.5注③~⑤。

② 参见Joost Pauwelyn, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach*, 94 *American Journal of International Law* 335(2000). 作者指出“WTO下争端的法律化实际上大概停止于对建议的不遵守/服从时”。

③ 参见Cherise M. Valles and Brendan P. McGivern, *The Right to Retaliate under the WTO Agreement. The “Sequencing” Problem*, 34(2) *Journal of World Trade* 63(2000). 作者研究了《争端解决规则及程序的谅解》在以下两个问题上的模棱两可:(1)由谁来裁决被诉一方没有遵守裁决;(2)报复的权利始于何时。

④ 参见Carlos Espósito, *La OMC y los particulares* 110-120(1999)。

⑤ 参见Martin Lukas, *The Role of Private Parties in the Enforcement of the Uruguay Round Agreements*, 29 *Journal of World Trade* 181(1995). Bernard R. Killmann, *The Access of Individuals to International Trade Dispute Settlement*, 13 *Journal of International Arbitration* 143(1996)。

⑥ 参见美国——禁止进口某些虾和虾制品, AB-1998-4, WT/DS58/AB/R(12 October 1998). 参见Arthur E. Appleton, *Shrimp/Turtle: Untangling the Nets*, 2 *Journal of International Economic Law* 477(1999)。

⑦ 美国1974年贸易法案301条, 19 U.S.C. § § 2411-2420(1994)。另见1988年综合贸易与竞争法案中规定的引起依301条款进行调查的“超301”特别程序,关于知识产权保护的“特别301”程序。关于301条款程序的分析 and 评论参见 *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System* 49(J. N. Bhagwati and H. C. Patrick eds., 1990). A. Lynne Puckett and William L. Reynolds, “Rules, Sanctions and Enforcement under Section 301: At Odds with the WTO?” 90 *American Journal of International Law* 675(1996)。

⑧ 参见,美国1974年贸易法案301(c)条。

国的法律、政策或实践(i)违反或与某一贸易协定条款不符,或拒绝给美国某一贸易协定下的利益,或(ii)是不公平的且对美国的商业造成负担或限制”^①。

如前所述,该项立法极具争议,因为它可能被用来促进针对世界贸易的单方面措施而不是尊重 WTO 协议所确立的多边规则。在关于美国贸易法案 301 条款至 310 条款的专家小组报告被通过前,有些学者提出了这样一个问题:美国贸易法案的这些条款是否明显与 WTO 规则相抵触以至于须责成美国对其进行废除或修正。在前面的论述中笔者得出的结论与专家小组报告的类似,认为 301 条款并非当然违反 WTO 协议,因为美国政府留有对其进行评估的余地,使其能在与 WTO 规则相符的基础上得到适用。^② 与此尤为相关的是要加强《争端解决规则及程序的谅解》23 条规定的多边机制的作用。该条规定使 WTO 成员国的自由裁量权受到了限制,因为现如今,一成员国在对其他成员国违背 WTO 协议的行为作出反应时,首先应当尊重 WTO 所确立的程序。^③

《乌拉圭回合协议》对 301 条款的影响很小。已经证实,除非有特别规定,否则法令不应当构成“对依任何美国法律包括 1974 年贸易法案中的 301 条款所授予的权力的限制”。正如 Leebron 所说,“美国在实施 WTO 法律制度时所做的唯一让步就是使得 301 条款中的时间表与 GATT 解决争端的时间表相一致,这样美国贸易委员会代表就可以在等到那些争端解决程序的结果后再作出或实施制裁”^④。调查美国贸易法案有关条款是否符合 WTO 的专家小组证实了这一点,并警告说如果美国不遵守其作出的不利用这些条款来对抗 WTO 协议规定的让步,这些条款就会变成与 WTO 协议

① 参见,美国 1974 年贸易法案 301(a)(1)条。

② 参见 David W. Leebron, *An Overview of the Uruguay Round Result*, 34 Columbia Journal of Transnational Law 11(1996), at 17(确认“301 条款本身并不存在要求采取违反争端解决委员会 23 条的内容”)。

③ 这项规范的引入被解释为将自我救济机制融入 WTO 体系。该种观点参见 Javier Fernández Pons, *Selfhelp and the WTO*, in *international Trade law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System* 55 (Palolo Mengozzi ed., 1999), pp. 100-104. 除此之外,也可能会有疑问:这种与一个更为有效的争端解决机制的结合所导致的有效性提高是否会引起关于 WTO 体系独立性的新的争论。关于这个问题参见 Michael J. Hahn, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Represalie* 158-163 (1996); Laurance Boisson de Chazournes, *Les Contre-Mesures dan les Relations Internationales économiques* 182(112); Petros C. Mavroidis, *Das GATT as “self contained” Regime*, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 497(1991). 从一个国际法教授角度进行的综合论述参见 Bruno Simma, *Self-Contained Regimes*, 16 *Netherlands Yearbook of International Law* 111 (1985). 关于从属规则对国际法的整体性和功效的影响的综合论述参见 *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law* (L. A. Barnhoorn and K. C. Wellens eds. 1995). 我们的印象是, WTO 只是从国际法委员会关于国家责任规则的草案第 36 条所定义的狭义的特别法例外这个角度,才应当被看作是一个独立的王国。无论如何,该表述不应当被理解为一个自治和独立的制度是超越于一般国际法的。幸运的是, WTO 争端解决机制的实践表明了其对国际法的极大尊重。参见 Gabrielle Marceau, *A Call for Coherence in International Law*, 33 *Journal of World Trade* 87(October 1999)。

④ 参见 Leebron, 前注③, 第 17 页。但这正是欧共体诉美国的香蕉案的根本所在,在该案中美国贸易委员会代表并没有等到争端解决机构的授权就对欧盟实施了报复。参见 European Commission, 1999 Report on the United States Barriers to Trade and Investment(1999), p. 4 注③, 第 10—11 页, 参见 Pauwelyn, p. 8 注②。

不符的条款。^①

假如美国当局运用得当,该机制也许会被认为体现了非常重要的规范的一面,换句话说,它在国际贸易法上为某些非 WTO 成员提供了一个发言的机会。^②但是,作为赋予个体及其权利以国际贸易法上地位的一个途径,该项行政机制的建立至少存在两大障碍。障碍之一是该法纯粹是用来进行攻击的。实质上,设立该项机制的目的是为了打开外国的国内市场,应对外国不公平的贸易实践。因此,尽管这样做可以为公司和行业提供一个发表意见的机会,可能会使他们的境遇有所改善,但该机制并没有反映出对如何在美国境内保护个体利益的普遍关注。^③障碍之二会在人们认识到个体在很大程度上任由行政裁量权摆布时被人们所想起。

在欧盟,《贸易壁垒规则》^④取代《新商业政策文件》^⑤,规定了允许公司和行业对非欧盟成员国不合法的贸易实践进行控告的一些权利。与《新商业政策文件》相比,《贸易壁垒规则》完善了与“第三条线路”(third track)相结合的制度,承认作为个体的公司可以和成员国以及非政府部门(欧洲各行业)一样成为原告。^⑥此外,还有一项通过“外部因素即 WTO 争端解决程序的强化”的间接完善。^⑦

与美国立法不同,在《贸易壁垒规则》下,与国际法相抵触的报复性制裁原则上不会成为有争议的问题。注意到《贸易壁垒规则》明文规定依各国当局采取的行为必须符合国际法,可以得出这样的结论。

① 美国——美国贸易法案 301 至 310 条, p. 5 注②, 美国——1974 年贸易法案 301 条至 310 条, WT/DS 152/R, 1999 年 12 月 22 日报告。第 8.1 节, Palmetier and Mavroidis, p. 6 注① Ernst-ulrich Petersmann, 第 25—26 页, 关于规定有可采取与 WTO 协议不符的行为的自由裁量权的法律法规的地位。

② 对 301 条款的规范性分析见 Kenneth W. Abbott, *Defensive Unfairness: the Normative Structure of Section 301*, in 2 Fair Trade and Harmonization 415 (Jagdish Bhagwati and Robert E. Hudec eds. 1996). Alan O. Sykes, *Constructive Unilateral Threats in International Commercial Relations: The Limited Case for Section 301*, 23 Law and Policy in International Business 263 (1992).

③ Leebron 对在美国国内法律制度下“国会如何设法将私人当事方可以利用的救济方法(包括抗辩)减至最少”进行了阐述。参见 David W. Leebron, *Implementation of the Uruguay Round Results in the United States*, in *Implementing the Uruguay Round* (John H. Jackson and Alan O. Sykes eds. 1997), at page 176.

④ 3286/94 欧共体理事会决议, 是关于依国际贸易规则尤其是依 WTO 所确立的规则行使权利的共同体程序, O. J. L 349/71 (1994), 同 356/95 共同体理事会决议修订的那样, O. J. L 41/3 (1995)。关于 1984 和 1994 共同体程序, 参见 Fernando Castillo de la Torre, *The EEC New Instrument of Trade Policy: Some Comments in the Light of the Latest Developments*, Common Market Law Review 687-719 (1993); Marco C. E. J. Bronckers, *The Potential and Limitations of the Community's New Trade Policy Instrument*, in *Trade Laws of European Community and the United States in a Comparative Perspective* 133 (Paul Demaret, Jacques Bourgeois and Ivo van Bael eds., 1992); Marco C. E. J. Bronckers, *infra* note 41; Robert M. MacLean, *The European Community's Trade Barrier Regulation Takes Shape—Is it Living Up to Expectations?*, 33 Journal of World Trade 69 (December 1999); Jean Charles Van Eeckhaute, *Private Complaints Against Foreign Unfair Trade Practices—The EC's Trade Barriers Regulation*, 33(6) Journal of World Trade 199 (1999).

⑤ 2641/84 决议, O. J. L 252/1.

⑥ 在新商业政策文件的实践中从未用过该方法, 因为成员国看来更愿意通过其他途径处理他们的案件, 如选择欧共体条约 133 条。参见 Marco M. J. Bronckers, *Private Participation in the Enforcement of WTO Law: The new EC Trade Barriers Regulations*, Common Market Law Review 299, 302 (1996).

⑦ 同上, 第 317 页。