

WTO争端解决机制的法理

徐昕 张磊 著

上海三联书店

WTO争端解决机制的法理

徐昕 张磊 著

上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

WTO 争端解决机制的法理/徐昕、张磊著

—上海:上海三联书店,2011.

ISBN 978-7-5426-3722-2

I. ①W… II. ①徐…②张… III. ①世界贸易组织—国际贸易—国际争端—研究②世界贸易组织—贸易法—研究

IV. ①F743②D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 256090 号

WTO 争端解决机制的法理

著 者 徐 昕 张 磊

责任编辑 钱震华

特约编辑 徐 伟

装帧设计 张新力

责任校对 张大伟

出版发行 上海三联书店

(201199) 中国上海市都市路 4855 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 江苏常熟市东张印刷有限公司

版 次 2011 年 12 月第 1 版

印 次 2011 年 12 月第 1 次印刷

开 本 640×960 1/16

字 数 280 千字

印 张 20.75

书 号 ISBN 978-7-5426-3722-2/F·614

定 价 36.00 元

序 言

本书是上海对外贸易学院承担的“世界贸易组织教席计划(WTO Chairs' Programme, 简称 WCP)”下的科研成果。2010 年 3 月, 上海对外贸易学院经过全球范围的激烈竞争, 成为 WTO 历史上首批教席院校, 该校张磊教授同时获得 WTO 历史上首批教席主持人(WTO Chair Holder)身份, 成为由 WTO 秘书处培养的 12 名国际学术带头人之一。

WCP 项目旨在加强发展中国家的学术界、公众、政策制定机构对贸易体制的认知和理解, 并注重将中青年学者培养成为国际学术带头人。按照 WTO 秘书处确定的教席计划内容, 在 2010—2013 年的第一个周期内, 争端解决机制将是重要的研究内容之一, 本书则是该研究领域的首批成果之一。

诚然, 目前研究 WTO 争端解决机制的学术成果可谓汗牛充栋。然而这种密集的研究并非简单的重复或没有必要, 因为 WTO 争端解决机制本身是一个在实践中不断演化的、极富生命力的动态研究客体。从 WTO 成立到现在, 《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU) 在争端解决过程中不断暴露出涉及体制及技术方面的各种问题, 而这些问题又反过来不断引发人们对于 WTO 争端解决机制那些最根本问题的重新思考。例如, 关于 WTO 争端解决机制与主权的关系, 起初学界只能从纯理

论的角度来分析这一问题。然而争端解决机制的运行却需要在审理实践中为把握这一关系确立具体的尺度。某些情况下,理论上的困境并不带来实践中的困扰,而有时,理论上可以清楚解释的规则在实践中却无法操作。因此,关于 WTO 争端解决机制与成员方主权的关系,理论上的探讨必须和实践中的需求相结合。也就是说,对这一问题的研究必定是伴随着争端解决机制的实践而不断丰富发展的。再如,关于 WTO 争端解决机制的管辖权问题,最初的时候研究的重点在于该管辖权的强制性或自动性特征。然而随着区域争端解决机制的不断兴起,人们开始关注这些不同争端解决机构之间的管辖权冲突问题。因此,国际大环境的变化也会影响 WTO 争端解决机制的研究。

作为教席计划下研究 WTO 争端解决机制之系列丛书的首本专著,本书拟围绕 WTO 争端解决机制的基本法理问题展开与时俱进的探讨。至于哪些问题属于基本法理问题,判断标准在于这些问题是否关系到 WTO 争端解决机制的全局发展,是否牵涉其基本的运行以及是否影响其未来的发展方向。按照这样的标准,我们撷取了 WTO 争端解决机制的目标、性质、管辖权、价值取向以及法律渊源等主题。因此,诸如具体的程序设计,细节的技术问题等并不在本书的研究范围之内。然而,尽管全书的选题偏重基本的理论问题,但作者们不约而同地都将论证建立在丰富的案例分析基础之上。彼此心中一个共同的方针和目标是避免对 WTO 争端解决机制的研究限于空谈理论和规则的局面,同时尽量追求研究成果能对争端解决实践起到有益的指导作用。当然,在学术观点上,作者们是独立的。全书保留了作者们在相同或交叉问题上的不同观点,并未进行统一,这是学术自由精神的体现。

本书由徐昕负责选题和组稿,并由其承担全书的修改、定稿以及所有校对工作。张磊副主编负责全书的统筹,监督全书的内容框架和风格统一。在此基础之上,各具体章节的写作分工如下:第一章“WTO 争端解决机制概述”由徐昕负责,第二章“WTO 争端解决机制的双重属性法理

研究”由李金旺(厦门大学法学院 2010 级国际法学在读博士研究生)负责,第三章“国际法渊源在 WTO 争端解决机制中的作用”由孙蕾(厦门大学法学院 2008 级国际法学在读博士研究生)负责,第四章“WTO 争端解决机制的价值目标取向”由李婧(厦门大学法学院 2009 级国际法学在读博士研究生)和徐昕共同负责。

在本书的写作过程中,WTO 秘书处选派的教席协调人之一,WTO 上诉机构秘书处的阿兰·扬诺维奇(Alan Yanovich)博士就本书的选题、大纲以及具体的写作提出了诸多的指导意见。对于作者们提出的不论是寻找资料方面的求助或者是理论上的探讨,阿兰博士都及时通过电子邮件给予回复,在此深表感谢。

还要感谢的是上海对外贸易学院的领导和同事对于 WTO 研究与教育学院承担 WCP 项目的热心扶持,同时感谢上海三联书店对于本书尽快出版给予的大力支持。

学海无涯,求知之舟永挂帆,学林浩渺,思辨之路漫前行。书中偏颇疏漏错误之处,恳请同行批评指正,以待日后完善。

上海对外贸易学院
WTO 研究与教育学院
徐 昕
2011 年 11 月

目 录

序言	1
第一章 WTO 争端解决机制概述	1
第一节 WTO 争端解决机制的发展历史	1
一、《ITO 宪章》对争端解决机制的规定	1
二、GATT 第 22、23 条及其自下而上的发展历程	3
三、WTO 争端解决机制的诞生	20
第二节 争端解决机制与成员方主权	28
一、审查标准与主权的冲突	29
二、司法解释权与主权的关系	37
三、执行机制对主权的影响	42
第三节 争端解决机制的目标	46
一、如何确定争端解决机制的目标	46
二、如何实现争端解决机制的目标	52
第四节 区域争端解决机制对 WTO 争端解决机制的挑战	63
一、管辖权冲突	64
二、WTO 争端解决机制能否适用 RTAs 实体规则	71

三、通过解释协调 RTAs 规则与 WTO 规则	75
第二章 WTO 争端解决机制的双重属性法理研究	78
第一节 WTO 争端解决机制的司法属性日益凸显	80
一、设立了一个专门解决争端的核心机构 DSB,	
能充分履行司法职能	81
二、制定了一系列的程序性和实体性法律文件作为	
DSB 运作的法律依据	82
三、规定了 DSB 对 WTO 案件的强制管辖权	83
四、规定了争端解决程序的严格时限	85
五、构造了合理的三方诉讼模式	88
六、确立了严密的专家组程序作为争端解决机制的	
主体程序	91
七、成立常设的上诉机构,并设计了上诉审查程序作为	
争端解决机制的终审程序	105
八、WTO 争端解决机制通过判例而发展了一套证据	
规则	109
九、确立了争端裁决的执行和监督程序	114
十、关于 WTO 争端解决程序司法属性的实证分析	120
第二节 WTO 争端解决机制的权力属性依然强大	122
一、磋商方法和专家组程序的平行进行:巩固了原有的	
政治性,抑制了司法性	123
二、WTO 成员方享有几乎完全不受限制的申诉的绝对	
权力	130
三、成员方经济实力不同导致报复机制形同虚设	134
四、不诉不审原则:体现了成员权力在争端解决机制中的	
主导作用	138

五、审理程序秘密性原则同时也为政治解决方案预设了可能性	140
第三节 结论:争端解决机制双重属性的必然性决定了其应该在法律属性和政治属性之间追求最优动态平衡	142
一、从主体上看,谁将更多地控制 WTO 争端解决程序:争端解决机构,还是成员方?	142
二、从策略角度看,以何种手段为主:要谈判,还是要司法?	147
三、结论:在司法属性和权力属性之间追求最优动态平衡	154
第三章 国际法渊源在 WTO 争端解决机制中的作用	159
第一节 如何确定 WTO 争端解决机制的法律渊源	159
一、“自足说”(Self-contained Regime)	162
二、“并入说”(Incorporation)	168
三、小结	180
第二节 国际条约在 WTO 争端解决机制中的作用	182
一、与涵盖协定相关的国际条约的作用	182
二、与涵盖协定没有关联的国际条约的作用	194
第三节 司法判例在 WTO 争端解决机制中的作用	198
一、专家组和上诉机构裁决报告的作用	199
二、其他国际法庭司法判例的作用	220
第四节 其他国际法渊源的作用	221
一、国际习惯	221
二、一般法律原则	229
三、权威公法学家学说	233

四、国内法	234
第五节 对国际法渊源在争端解决机制中作用的评价	236
第四章 WTO 争端解决机制的价值目标取向	241
第一节 非贸易价值之引入	242
一、“与贸易有关的问题”接踵而至	243
二、争端解决机制引入非贸易价值的必然性	248
三、争端解决机制引入非贸易价值的正当性	256
第二节 案例分析——争端解决机制在非贸易问题上的 司法实践	260
一、美国汽油标准案	261
二、美国虾案	271
三、欧共体限制石棉/石棉产品进口案	288
四、评析——DSB 在实践中应理性地平衡贸易价值与 非贸易价值	293
第三节 “法庭之友”制度——争端解决机制引入非贸易 价值的典型途径	298
一、WTO 争端解决机制接受“法庭之友”意见书引发的 争论	299
二、WTO 争端解决机制中有关“法庭之友”制度的实践 ...	304
三、保证“法庭之友”对非贸易价值的追求具有质量	312
参考资料	314
附录 世贸组织教席计划背景资料和提议指导方针目标	318

第一章

WTO 争端解决机制概述

第一节 WTO 争端解决机制的发展历史

众所周知,WTO 争端解决机制的发展脉络是和多边贸易体系的发展脉络紧密相连的。回顾二战至今的整个多边贸易体系,它经历了国际贸易组织(ITO)的夭折、GATT 作为一个先天不足的机构却实际有效运转了近 50 年以及 WTO 作为一个完整的管理国际经贸的组织正式成立并工作这三个阶段。因此,作为对 WTO 争端解决机制的一个最基本的认识是,该机制并不是在 1995 年 WTO 成立时凭空产生的,相反,它是在总结之前 ITO 以及 GATT 争端解决机制的经验和教训基础之上发展起来的。

一、《ITO 宪章》对争端解决机制的规定

尽管 ITO 夭折了,然而回顾为成立该组织而拟定的《ITO 宪章》,我们发现该宪章草案反映了当时国际社会试图成立一个复杂而精致的国际贸易组织来管理各国贸易关系的宏伟设想。按照 ITO 宪章草案的设计,拟成立的国际贸易组织准备建立一套严格的争端解决程序。

按照宪章草案第八章的规定,利益减损或丧失的成员方可以提交书

面请求以争取通过友好的方式解决争端。^① 这是协商解决纠纷的选择。此外,宪章规定争端当事方可以根据成员方约定的条款将争端提交仲裁解决。^② 仲裁裁决只对争端当事方有效,并不约束其他成员方。如果以上争端解决方式都失败了,那么任一方可以将纠纷提交执行委员会,后者应迅速给予回应,判断是否存在违反条约的情形存在。^③ 如果认定存在违反条约义务的行为,则执行委员会有权采取限定的措施。^④ 如果同时认为该违反条约义务的行为性质严重,则执行委员会“可免去受影响方的义务或其针对侵害方做出的减让……条件是义务或减让的免除在程度上应和减损或抵消的利益相适当。”^⑤ 执行委员会做出的任何此类裁决都可以向大会提出上诉。^⑥ 最终,大会的决定还可以提交给国际法院要求其发布咨询意见。该咨询意见对 ITO 是有拘束力的,如果国际法院对大会的决定持否定意见,则 ITO 应修改其相关的决定。^⑦

作为哈瓦那大会上的美国代表团副主席——克莱尔·威尔科克斯曾经指出,在宪章拟定的上述争端解决程序下,中止贸易减让的可能性“被视作旨在恢复因某种原因而被扭曲的利益与义务平衡的一种方式。从未有人将其描述为是对于违反协定义务的成员的一种惩罚。然而,即使没有人认为如此,在实际的运作中它却正演变成为一种惩罚手段或制裁手段”。在对所涉及的争端获得国际法院法律意见的程序而做出的进一步阐述中,克莱尔指出“这将为旨在管辖贸易关系的一整套国际法的发展奠定基础”。此外,哈瓦那会议领导人之一,美国代表哈里·霍金斯曾这样

① Havana Charter for International Trade Organization, Mar. 24, 1948, ch. VIII, art. 93(1) [Hereinafter Havana Charter].

② Havana Charter, at art. 93(2).

③ Id., at art. 94.

④ Id. at art. 94(2)(a)-(e).

⑤ Id., at art. 94(3).

⑥ Id. at art. 95(1).

⑦ Id. at art. 96(5).

说道：“本宪章旨在讨论预备委员会分配给五个工作委员会处理的议题。预备委员会应当非常仔细地处理这些问题，以确保对成员国政府的义务做出准确无误的规定。这些议题中的大多数已经得到此种处理。这些议题之规定，一旦达成共识，将自动实施，可以由相关政府在无须进一步详细说明或国际行动的情况下直接得到适用。”

美国是 ITO 最主要的倡议者，因此，美国代表的观点基本上代表了当时创设 ITO 过程中的主流观点。以上两位代表的言论事实上都证明了倘若 ITO 得以成立，则相关的争端解决机制将以“规则导向”为原则。

当然，由于《哈瓦那宪章》未获通过，以上争端解决程序的规定并没有生效。不过，这些规定还是为 GATT 的争端解决打下了制度模型。GATT 第 22、23 条吸取了《ITO 宪章》中相关条款的主要精神，奠定了 GATT 未来近 50 年争端解决的基本方式——外交手段和第三方介入争端解决的方式。不过 GATT 在具体负责争端解决的机构上做了改动，并且也切除了 GATT 争端裁决与国际法院之间的关系。然而，仅仅依靠 GATT 第 22、23 条并无法支撑整个多边贸易体系的争端解决，因为这两个条款显然缺乏必要的程序性规定，可以说，在 WTO 正式成立之前，GATT 通过自下而上的方式在实践中逐渐演变出一套精致的程序规则。而这种演变的推动力来自于 20 世纪 50 年代后世界经济的飞速发展以及人们对于通过一个被各国所广泛承认的国际贸易组织来管理世界贸易发展、维护世界贸易秩序的强烈需求。

二、GATT 第 22、23 条及其自下而上的发展历程

先来看这两个条款的具体规定：

GATT 第 22 条：

协商

(1) 当一缔约方对影响本协定执行的任何事项向另一缔约方提出要求时，另一缔约方应给予同情的考虑，并应给予适当的机会进行协商。

(2) 经一缔约方提出请求,缔约方全体对经本条第 1 款协商但未能达成满意的解决办法的任何事项,可与另一缔约方或另几个缔约方进行协商。

GATT 第 23 条规定:

利益的丧失或损害

(1) 如一缔约方认为,由于

(a) 另一缔约方未能实施其对本协定所承担的义务,或

(b) 另一缔约方实施某种措施(不论这一措施是否与本协定的规定有抵触),或

(c) 存在着任何其他情况。

它根据本协定直接或间接可享受的利益正在丧失或受到损害,或者使本协定规定的目标的实现受到阻碍,则这一缔约方为了使问题能得到满意的调整,可以向其认为有关的缔约方提出书面请求或建议。有关缔约方对提出的请求或建议应给予同情的考虑。

(2) 如有关缔约方在合理期间内尚不能达成满意的调整方法,或者困难属于第 1 款(c)项所述类型,这一问题可以提交缔约方全体处理。缔约方全体对此应立即进行研究,并应向它所认为的有关缔约方提出适当建议,或者酌量对此问题做出裁决。缔约方全体如认为必要,可以与缔约各方与联合国经济与社会理事会和与任何国际机构进行协商。如缔约方全体认为情况严重,以致有必要批准某缔约方斟酌实际情况对其他缔约方暂停实施本协定规定的减让或其他义务,它可以如此办理。如对一缔约方的减让或其他义务事实上已暂停实施,则这一缔约方在这项行动采取后的 60 天内,可以书面通知缔约方全体和执行秘书长拟退出本协定,而自秘书长收到通知书后的 60 天开始,退出应即正式生效。

如前所述,GATT 争端解决机制的基本结构是由第 22、23 条奠定的。不论是从立法意图上还是在实际运作中,这两条都有明确分工:第 22 条规定的协商,指的是用外交手段解决纠纷。这是国际法上解决纠纷

的传统方式。第 23 条规定在协商无法解决时则由缔约方全体“调查”、“提出建议”、并“于适宜时做出裁决”,这显然属于一种准司法的解决纠纷方式。不过,显而易见的是,GATT 的这两个条款仅仅提出了争端解决的基本方式,对于具体的程序则完全缺乏规定。从 1958 年开始直到 1995 年 WTO 成立之前,GATT 根据实践积累的经验制定了诸项有关争端解决程序的决议或谅解等文件,^①这些文件和 GATT 第 22、23 条共同构成了支撑整个 GATT 争端解决机制的法律渊源,并且也为日后 WTO 出台《关于争端解决程序与规则的谅解》(以下简称“DSU”)打下了坚实的基础。以下我们将围绕这些文件规定来阐述 GATT 争端解决机制在其存续期间自下而上的发展。

1. GATT 第 22 条项下的协商解决方式

第一,GATT 第 22 条项下的协商具有一定的强制因素。经过谈判或协商来解决分歧是国际法中传统使用的习惯方式,这种方式通常都是靠自愿来进行的。但 GATT 第 22 条为之增加了一定的强制因素,给予“同情的考虑”以及“给予恰当的协商机会”之前都使用了 shall(应该)而不是 may(可以)这样的词汇,这正是 GATT 项下的协商与传统外交解决争端方式的不同所在。

第二,GATT 第 22 条项下的协商的具体程序。有关协商的具体程序事实上是通过实践并在若干文件的基础上逐渐完善起来的。1958 年,缔约方全体通过了《关于影响缔约方利益问题的第 22 条规定的程序的决

^① 这些文件包括:Procedures Under Article XXII on Questions Affecting the Interests of a number of Contracting Parties,Procedures adopted on 10 November 1958;Procedures Under Article XXIII,Decision of 5 April 1966;Understanding Regarding Notification,Consultation,Dispute Settlement and Surveillance (BISD 26S/210),Adopted on 28 November 1979 (L/4907);Section on “Dispute Settlement Procedures”(BISD 29S/13),Ministerial Declaration adopted on 29 November 1982 (BISD 29S/9);Dispute Settlement Procedures. Action taken on 30 November 1984 (BISD 31S/9);Decision on Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures,adopted on 12 April 1989 and etc.

议》(以下简称“58 年决议”),首次对协商的程序问题做了系统规定。该决议共有 6 个条款,大致内容包括:(1)要求缔约方在利用第 22 条进行协商时应通知执行秘书;(2)规定了允许其他对争议享有实质利害关系的缔约方参与协商的具体程序;(3)要求参与协商的缔约方通报协商结果;(4)规定若参与协商的缔约方提出要求,则 GATT 执行秘书应对此种协商提供协助。1979 年 GATT 在东京回合达成的《关于通知、协商、解决争端的谅解》(以下简称“79 年谅解”)则进一步规定提出协商的请求需采用书面形式并说明据以提出协商的理由。到了 1989 年,GATT 又通过了《改进 GATT 争端解决规则与程序的决议》(以下简称“89 年决议”)。89 年决议的主要贡献在于对于协商的期限问题做了比较明确的规定。对于根据 GATT 第 22 条第 1 款或 23 条第 1 款试图首先通过协商来解决的争议,该决议要求争议对方应在收到协商请求后的 10 天内给予回应,并应在收到协商请求后的 30 天内秉承善意原则开展协商。若未能遵守以上时间规定,则请求方即有权要求成立专家组。如果争议未能在收到协商请求后的 60 天内解决,则请求方同样就有权要求成立专家组。此外,如果争端各方均认为协商已告失败,则请求方亦可在前述 60 天的期限内即要求成立专家组来解决。若争议属于紧急的性质,则在这种情况下,争端各方应在协商请求之日起的 10 天内进行协商。如果争议未能在该日起的 30 天内解决,则请求方即有权要求成立专家组。此外,89 年决议再次规定协商请求必须书面告知理事会,并列明提出请求的缘由。

第三,GATT 第 22 条第 2 款的性质。1955 年,缔约方全体在对 GATT 条款做较大调整时补充规定了第 22 条第 2 款内容。对于该款规定,国内学者有不同的认识。例如,朱榄叶和贺小勇两位教授在其合著的《WTO 争端解决机制研究》一书中就认为 GATT 第 22 条的这两款规定表明协商程序包括了两种形式:一是双边协商,包括在其他缔约方介入下的双边协商;二是缔约方全体参与协商。因为按照第 22 条第 2 款,在争端缔约方通过双边协商仍不能解决争端的情况下,一方可以请求 GATT

缔约方全体出面与另一缔约方或另几个缔约方进行协商。两位教授认为这实际上是缔约方全体应当事方的请求直接介入协商的方式,可以将其称为共同干预协商。^①而赵维田则认为该款规定不仅表明了协商可以在缔约方全体主持下双边地进行,而且含有由缔约方全体出面进行调解的意思。^②换言之,赵教授认为 GATT 第 22 条第 2 款事实上构成了调解程序的规定。

按下这两种分歧不表,我们知道,协商与斡旋、调解、调停等都是通过外交方式解决争端的手段,在绝大多数情形下,这几种争端解决方式都被看作是一种并列的关系。然而不容否认的一点是,GATT 第 22 条的标题仅仅是“协商”,该条作为 GATT 通过外交方式解决争端的基本条款,并没有明确规定斡旋、调解、调停等方式。为此,要切实了解 GATT 项下协商程序与斡旋、调解、调停程序之间的关系,有必要先了解 GATT 有关争端解决机制的其他法律文件中对斡旋、调解与调停程序的相关规定。

(1) 1966 年缔约方全体在《关于第 23 条的程序的决议》(以下简称“66 年决议”)中规定:如果欠发达国家^③和发达国家未能通过协商对第 23 条第 1 款项下的任何事宜达成解决方案,则欠发达国家可以请求 GATT 总干事利用职权出面调解从而促进争议的解决。(2) 79 年谅解第 8 条则规定说:如果争议无法通过协商解决,则相关的争端方可以请求合适的机构或个人进行斡旋从而调解各方之间的分歧。如果相关的争议系由欠发达国家申诉发达国家,则欠发达国家可以请求总干事进行斡旋。(3) 79 年谅解第 9 条继续规定说:斡旋、调解、调停程序与利用 GATT 第 23 条第 2 款项下的争端解决程序并不冲突。而该谅解的第 16、18、19 等条款也间接地表明工作组或专家组可以在其成立后通过调解等方式来促

① 朱榄叶、贺小勇:《WTO 争端解决机制研究》,上海人民出版社 2007 年版,第 8 页。

② 赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 432 页。

③ 在 GATT 时期的绝大多数文本通常采用 less-developed country 这一表述,这与之后 WTO 更精确地采用 developing country 和 least-developed country 有所不同。