

上海 WTO 事务咨询中心系列丛书

总主编 王 战 王新奎

WTO的司法机制

赵维田等◎著

**WTO JUDICIAL
MECHANISM**

上海人民出版社

上海 WTO 事务咨询

总主编

WTO的司法机制

赵维田 缪剑文 王海英◎著

WTO JUDICIAL
MECHANISM

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

WTO的司法机制/赵维田等著.

—上海: 上海人民出版社, 2004

(上海 WTO 事务咨询中心系列丛书)

ISBN 7-208-05191-7

I. W... II. 赵... III. 世界贸易组织-司法制度

IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 060755 号

责任编辑 谌 嘉

封面装帧 陈 楠

WTO 的司法机制

赵维田 缪剑文 王海英 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

中共上海市委党校印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 14.5 插页 2 字数 331,000

2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

印数 1-3,100

ISBN 7-208-05191-7/F·1166

定价 30.00 元

序

据世贸组织(WTO)的统计,到2003年9月中旬,争端案件已达301起,其中100多起主要是靠双边磋商,用外交(政治)手段解决的。经司法诉讼的案件有100起,上诉率达70%。案件争诉当事方以美国与欧盟为最多。从2000年起,发展中成员提出诉讼的案件增幅很快。2000年前,起诉案件中发展中成员为当事方者占40%,2000年后上升到占60%。

由WTO的《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)形成的争端解决制度,在其运行之初曾被誉为“20世纪后半期,环球经济法学最重要的变革”。但是,任何新生事物都必然要经历历史的风风雨雨的洗礼,才能站得住,才能茁壮成长。WTO的争端解决制度,作为国际司法历史上第一个“具有强制管辖权”的体制,经过诞生初期广受欢迎的辉煌,现在正在经受风雨的冲刷。正如刚离任不久的WTO上诉机构“成员”艾勒曼(Claus-Dieter Ehlermann)在2002年发表的《在“世界贸易法院”任职六年》的文章中所评价的,他说:“在新的解决争端制度诞生的最初几年,常被人们誉为‘皇冠上的明珠’。我对此一直持有怀疑。在我看来,这很像是蜜月时期中典型的愉悦,不会保持很长时间的。最初的激情现在确已被更审慎的分析情势所取代。从‘法庭之友’裁决引起的争议,上诉机构报告不断受到批评……乃至有人说出现了‘制度上的危机’。我认为,这和早期的不胜欣喜一样,都是夸大其词。我愿在此重复一遍我曾说过的话:乌拉圭

回合谈判达成的争端解决制度,在我看来,至今仍是一种近乎奇迹般的非凡成就。我认为,不应对它的存在习以为常,视为永远牢靠而不加珍惜,聪明人应该既兢兢业业,又有勇气自主自立,努力巩固并进一步发展它。通途已经开辟,迄今已获得显著成功。”

目前我国 WTO 业界人士包括专家、学者,大多对 WTO 这个争端解决机制持积极态度。但也有人认为,它并不含有司法机制,只提供“一种政治性交通信号”。

英国著名国际公法学家、《奥本海国际法》第 8 版的编著人劳特派特(Hersh Lauterpacht)有句名言:“司法造法是每个社会主持正义的永恒特征。”对调整国际经济秩序的主要支柱的 WTO 来说,似乎也难以避开这个“永恒特征”。作为国际法的新领域,WTO 法学的不断丰富与发展,似乎也正遵循着这个规律。

本书是国家社科基金项目 and 作者近两年多来学术研究的初步成果,主要从正面探索为主。不当之处,欢迎批评指正。

赵维田

目 录

第一章 WTO 与国际法	1
一、三位一体的概念	1
二、国际法的组成部分	5
(一) 关于条约的生效	7
(二) 国际组织有无“最高权力机构”?	10
(三) WTO 是否“国际法人”?	11
三、WTO 有无司法机制?	13
第二章 外交手段——磋商、调解与斡旋	20
一、法律诉讼前的必经程序	21
二、传统的和平解决争端手段	22
三、纳入 WTO 法制轨道	24
四、对发展中成员的特殊规则	30
五、按诚信原则进行磋商	31
附: 1994 年“美国——外销公司税收待遇案”上诉 机构报告第Ⅶ节	36
第三章 强制管辖	41
一、绕过“自己官司自己判”的怪圈	41
二、历史性突破	45
三、两级审案制	49

四、司法相对独立	51
第四章 司法解释	53
一、司法解释的重要使命	54
二、解释的习惯规则	56
(一) 三种流派	57
(二) 准备工作资料	59
(三) 国际法委员会的诠释	61
三、上诉机构的选择	62
(一) 文字取义为先	63
(二) 实事求是的回答	65
四、几点评论	66
第五章 适用法律	70
一、WTO 的“涵盖协定”	71
二、非 WTO 条约及其他国际法	72
三、WTO 案例法	74
(一) 遵从先例原则	75
(二) 1996 年“日本——酒税案”	76
(三) 立法解释与司法解释	78
(四) 获得通过的专家组报告有无先例效力?	80
(五) 提高 WTO 案例法的地位	88
四、解释用的渊源	89
第六章 专家组的职权范围	93
一、先决事项	93
二、DSU 第 6 条第 2 款解读	95

(一) 诉求与论据	95
(二) “事项”指什么?	96
(三) “措施”的含义	99
(四) 正当程序	102
(五) 司法经济原则	105
三、专家组监督执行的权力	107
四、其他权力	109
 第七章 复查标准	111
一、什么叫“复查标准”?	111
二、两种不同的标准	113
三、合理尊重标准——《反倾销协定》第 17 条	116
四、DSU 第 11 条的客观评估规则	117
(一) 事实问题与法律问题	119
(二) 有关涵盖协定的适用与遵守	121
 第八章 专家组的其他职责	124
一、诉讼的第三方介入	124
(一) 执法过程的重要环节	124
(二) 对实践的总结	126
(三) 第三方介入的规则	128
二、寻找资料和征求咨询	133
(一) 有提供资料的义务	134
(二) 有向专家寻求咨询的权利	135
(三) “法庭之友”风波	137
三、关于保密问题	140
四、专家组体制的改进	143

第九章 举证责任	145
一、Prima facie(表面证据)规则	145
二、“规则与例外”说	148
三、上诉机构的新说法	149
四、新说的合理一面	154
(一) 解决了哪些规定算“例外”的难题	154
(二) 摆脱了“例外应从窄解释”的桎梏	156
(三) 有助于在举证方面原被告采取“合作”	158
五、犹待完善	158
第十章 上诉机构的职权	160
一、设上诉机制的初衷	160
二、意外的成功	162
(一) 精确的法律推理和创造性的司法解释	163
(二) 发展了 WTO 法学	164
(三) 创制了整套诉讼程序规则	165
三、成功的决定因素	165
四、事实问题与法律问题	167
五、“完善分析”	171
六、举步谨慎	173
七、对上诉规定的修订	175
第十一章 不违法之诉	177
一、诉讼程序的另类	179
二、“利益”与竞争关系的有利条件	181
三、“未曾预料到”	185
四、举证责任	186

五、救济手段	187
六、WTO 的扩大适用	188
七、法理根据	190
 第十二章 特殊规则	 194
一、DSU 对发展中成员的特殊规定	194
(一) 动态型“发展中成员”标准	195
(二) 中国是否算发展中成员?	196
(三) DSU 有哪些特殊规定?	197
二、特殊规则及程序	200
(一) 《反倾销协定》第 17 条	200
(二) 补贴与反补贴措施协定	204
(三) 纺织品与服装协定	205
(四) 技术专家团	206
 第十三章 仲裁	 208
一、仲裁机制的确立——从《哈瓦那宪章》到 DSU	208
二、WTO 仲裁模式之一:DSU 第 25 条项下的自愿 仲裁	212
三、两种法律方法的比较:自愿仲裁与专家组程序的 联系和区别	215
四、WTO 仲裁模式之二:DSU 项下辅助性仲裁程序	220
五、WTO 仲裁模式之三:DSU 之外相关协定中的 特别仲裁	221
六、DSU 第 25 条项下仲裁程序的适用范围——“美 国——版权法案”译评	222

第十四章 监督执行	230
一、执行标的:DSB 的裁决和第 25 条项下的仲裁裁决 ...	231
二、执行期限:迅速履行和合理期限内履行	235
三、第 21 条第 3 款:确定合理期限的仲裁	238
四、第 21 条第 5 款:关于执行措施的争议解决	244
五、DSB 对败诉方执行裁决的监督	255
六、不履行裁决的救济	256
七、结束语:WTO 强制执行机制的成就与局限	284
 附件一 “加拿大——奶制品案”译评.....	298
附件二 “1999 年美韩 DRAMs 反倾销税案”译评	337
附件三 关于争端解决规则与程序的谅解(英汉对照).....	369
附件四 上诉审理工作程序(英汉对照).....	429
 后 记.....	452

第一章 WTO 与国际法

在进入论述 WTO 司法机制的本题之前,有必要先就几个有关的理论前提问题作些讨论。例如,GATT 和规定建立 WTO 的国际条约本身的性质,它们是否是法律,是否是国际法的组成部分,有无强制性法律约束力等等。若对这些问题的回答是否定或基本否定的,那么本书要讨论的“司法机制”岂不成了子虚乌有的东西。此外,本书还将就与这些理论前提紧密相连的国际法中有关“立法”与“司法”的基本概念一并作些讨论。讨论中所发表的均属个人看法,欢迎批评和共同探讨。

一、三位一体的概念

从国际关系层面上看,WTO 是个三位一体的概念。WTO 是用三个大写英文字母缩写而成的,用它来表示的意思有三:一是国际组织;二是一套多边贸易法律制度,或称“WTO 法”;三是一个谈判场所(forum)。我们现在常说的“加入 WTO”和“入世”,其实不仅表示中国加入了世界贸易组织这个国际组织,而且意味着中国接受了 WTO 法,今后要遵守这套堪称“世界贸易法典”(仅法律文件汉译本就达 50 万字)的法律规则,受其约束。我们决不可简单地理解为只是加入了一个国际组织,一会儿说它很重要,是“经济联合国”(这个比喻其实并不准确);一会儿又贬低为“作用十分有限”的国际组织;或者说它的“多数裁定会不

了了之”等等。

其次,作为第二次世界大战后出现的新事物,GATT/WTO 多边贸易体制在其构成或性质上是政治(外交)、经济(贸易)和法律(国际法)的三位一体,三者缺一不可;决不可强调一个而否定或贬低另一个或两个。这种三位一体性在 WTO 迄今 8 年多的实际运转中表现得淋漓尽致。

从政治因素上说,WTO 要调整的国际经贸关系或国际经济秩序要受到国际政治的制约,受到各国外交政策的制约。这点从我国的人世过程看得很清楚,自始至终都贯穿着外交谈判这条线。从整个 WTO 具体运转体制上,遇到贸易纠纷和争端,首先提倡通过外交谈判与磋商来解决。“一个为争端当事方彼此接受并符合涵盖协定的解决办法,当然应予优先考虑。在无法找到相应同意的解决办法时……”才诉诸司法程序(《争端解决谅解》第 3 条第 7 款)。再者,WTO 的许多“协定”的条款或法律规则中,都包含着按各国政治需要而谈判达成的妥协。有些则属于对某些超级大国政治需要作出的例外处理,诸如 GATT 第 25 条第 5 款,这个通常称做“waiver”(解除义务),我国外贸部门按我国习惯称做“特批”的条款,实际上是为美欧等超级贸易大国逃脱 GATT 法律义务而开的一扇后门。当年农产品贸易游离出 GATT 法纪就是从美国利用这个“特批”条款开始的。

再说 WTO 的经济特征。

第二次世界大战的历史教训唤醒了各国有识之士,他们推动了国际法走出它传统的,只调整国际政治关系的格局,形成了调整国际经济秩序的新格局,产生了“布雷顿森林体系”的三根支柱:国际货币基金、世界银行和“国际贸易组织”。后因美国国会反对,“国际贸易组织”终告夭折,只留下以调整关税减让为核

心内容的“关贸总协定”(GATT),经过四十多年的发展,直到 20 世纪 90 年代才诞生了 WTO。调整国际经贸关系的这三根支柱通称做“国际经济法”,它与调整政治关系的传统国际公法既有共性,又有不同的独特个性。

WTO 与传统国际法最大的不同之处,在于从宗旨到具体法律结构,是以科学的经济理论为基础的。WTO 的主旨目标“贸易自由化”的根据是 18、19 世纪英国著名经济学家大卫·斯密和李嘉图的比较优势论;而被称做“国际贸易法律支柱”的最惠国与国民待遇原则,原本体现着“市场竞争,机会均等”的市场经济思想。有的学者只看到最惠国原则“平等相待”的一面,便推论说最惠国原则“源于各国主权平等原则”,实出于一种理论混淆而产生的误解。对于 WTO 的研究,当然也存在许多不同的看法,举一个具体例子,现代经济学家剖析了 WTO 的反倾销规则,认为它并没有什么经济理论根据。1910 年前后,最早出现反倾销立法的加拿大和美国的实际状况是,北美各国当时工业远落后于欧洲,因此抵挡不住例如德国的钢铁等许多价廉物美的产品,出于一种恐惧心理而打出“不公平贸易”的旗号¹,其实从市场竞争角度来说,在理论上是站不住的。对由此形成的一套相当复杂的 WTO 反倾销法律规则,许多经济学家分析论证说,所谓“倾销”,实际上是货物在两种不同市场上用不同价格销售的“差价销售”现象,属正常和正当商业行为。当然,也有不少法学界人士不同意这种观点。法律天然具有保守性,对已发展得相当完备的一套法律规则,现实又需要它作为一种“条件宽松的保障条款”,要动大手术一下子是通不过的。另一个例证是,GATT 第 12 条关于以收支失衡为理由允许限制贸易的规则。当年(1946—1947)制定这个条款时,根据的是英国经济学家凯恩斯(John m. Keynes)的一种理论。但后来经许多经济学

家论证,凯恩斯这条理论明显是错的,因而 1979 年东京回合专门发表了一个《关于国际收支目的采取贸易措施的声明》,指出:“限制贸易措施并非保持或恢复国际收支平衡的有效手段。”²

总之,WTO 体制也是国际经济学研究的重要领域。长期以来,各国经济学家对 GATT/WTO 体制作过许多精辟的理论剖析,对 WTO 体系的发展所作的贡献,甚至比法学家还大。20 世纪 70 年代美国芝加哥大学出现了“法经济学”(law and economics),用经济分析法,或称做“成本效益分析方法”,对某项具体法律规则作出检验和评估,以定取舍。从某种意义上说,正是几位经济学家用这种经济分析法对 GATT 当时面对的几个难题进行了分析,才决定发起乌拉圭回合谈判的。例如对当时流行的“灰色区域现象”,他们解剖了两只“麻雀”,一只“麻雀”是美国与日本汽车商订立的《自愿节制汽车出口协议》,日商“自愿”承诺每年只向美国出口 168 万辆汽车,美方答应每辆车加价 400 美元左右销售。据测算,这相当于美国政府向本国消费者加征了 43 亿美元的消费税,再拱手交给日商。同样,欧共体与日商私订的磁带录音机《自愿节制出口协议》,用欧洲消费者 3 年 5 亿英镑的代价来换取减少对欧出口。这完全表明了“灰色区域现象”在经济上不啻为一种饮鸩止渴的蠢事,不仅扭曲了竞争秩序,也损害了本国国民利益。这就为乌拉圭回合扫除“灰色区域”铺平了道路。

正因为国际经济法的这种特征,研究 WTO 的人士主要有两类:一类是经济与贸易学家,另一类是法学工作者。由国际著名经济学家 R. M. 赫克曼(Hoekman)与 M. M. 科斯特基(Kostecki)撰写的《世界贸易体制的政治经济学》就是经济学家们的代表作。法学家中美国教授杰克森(J. H. Jackson)和休德克(Robert E. Hudec)是具有代表性的人物。在我国也如此,

汪尧田、薛荣久、王新奎等教授是从经贸研究方面作出贡献的知名人士。

由于 WTO 本身具有政治、经济与法律三位一体的性质,我们在具体讨论、研究、理解、认识、表述 WTO 时,一定要注意综合或全面性,不可强调一种因素而忽视或否定另一种因素。比如说,“GATT、WTO 讲的是经济,不是法律。”或者说,WTO 是“用法律语言写成的经济学现象和经济政策”等。

二、国际法的组成部分

由于历史的阴差阳错,本来用标准的国际立法模式写成的条约文本——《关税与贸易总协定》(GATT1947),在其实际运行的近 30 年里,却被当做一纸 contract(契约或合同),并当做一种权力型(Power-oriented)富国俱乐部。GATT 的条文都是用典型的、表述缔约方法律义务的方式写成的,从各方面说均符合《国际法院规约》第 38 条第 1 款表述国际法来源的标准方式,是国际法组成部分的“国际条约”。但是,在相当长的时期内,并没有把它当做国际法规则看待和运用。在 GATT 运行之初,有人就把主张 GATT 是法的论点贬为 legalism(死抠条文主义)。直到东京回合经过奋斗,“尊法派”(legalist)才初战告捷。1983 年 GATT 秘书处才设立了法律司,由杰克森教授的合作伙伴,美国戴维教授(William J. Davey)³任司长。但该司的主要任务还只是起草专家组报告,因为前此已有几桩案件的专家组报告因出现法律上的错误,GATT 理事会无法通过。

在 GATT 传入我国初期的 20 世纪 80—90 年代,对 GATT 是“契约”还是法,也有种种不同说法。一般沿袭“GATT 是契约”的观点,有的学者干脆认为“GATT 是经济,不是法”。到

WTO 成立后,在公布《乌拉圭回合谈判成果》时,才正式称做“legal text”(法律文本)。在国际上已普遍承认 WTO 是法的情况下,国内学者中仍有人说“世贸组织的协定是契约性文件”“世贸组织的‘契约性’仍未改变”;“WTO 是用法律语言写成的经济政策”。

在《WTO 协定》和《争端解决谅解》(DSU)中都有表述 WTO 是法的条款。《WTO 协定》(牵头性文件)第 16 条第 4 款说,“每个成员应该保证其法律、法规和行政程序符合(本协定)各附件规定的义务。”这明明白白的是说,各成员方的国内法要符合作为国际法的 WTO 法。

DSU 第 3 条(总则)第 2 款也有个非常著名的表述:“……各成员认识到,它(争端解决制度)可用来保证各成员在各个涵盖协定中的权利与义务,并用按国际公法解释[条约]的习惯规则来阐明这些协定的现有规定”。明眼人一看便知,条文暗示了 WTO 法属国际公法范畴。据此,上诉机构在它裁定的第一个案件,“1996 年‘美国——汽油案’”中发出了“不要把 GATT 与国际公法隔离开来”的呼吁,引起了一片欢迎声。

从把 GATT 看成“合同”,到承认 WTO 协定是法律,是国际法的一部分,这个过程走了半个世纪的曲折弯路,现在终于走上正轨。从法学家看来,这实际上是还事物以本来面目,因此“承认 WTO 法是国际公法的组成部分,受到广泛的欢迎”⁴。当然,如本文前述,WTO 法与国际货币基金协定等都属调整国际经济秩序的国际“经济法”,它与只调整国际政治关系的传统国际法既有共性,又有它的特殊性。因此将一般国际法规则适用到 WTO 体制时,要谨慎地作出鉴别。前引 DSU 第 3 条第 2 款似乎特地为此划了一条界限,说:“DSB(争端解决机构)的各项建议与裁决,不得增加或减少各涵盖协定规定的权利与义务”。