



国际法文库
International Law Series

论世界贸易组织 争端解决中的司法造法



彭 淑 著

本书从宪政的维度，通过对WTO争端解决中发展的新规则的考察，论证WTO争端解决机构的司法性质以及争端解决机构创立新规则的造法本质，并在此基础上对WTO争端解决中的司法造法现象进行评价，既分析了在WTO争端解决中出现司法造法的必要性和现实性，也指出了司法造法进一步发展的局限性，致力于在维护WTO争端解决机制的有效运作与防止过度司法化给多边贸易体制带来的负面效应中寻求恰当的平衡点。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D996. 1/120

2008

华东政法大学研究生创新资助计划

论世界贸易组织 争端解决中的司法造法



彭 淑 著

本书从宪政的维度，通过对WTO争端解决中发展的新规则的考察，论证WTO争端解决机构的司法性质以及争端解决机构创立新规则的造法本质，并在此基础上对WTO争端解决中的司法造法现象进行评价，既分析了在WTO争端解决中出现司法造法的必要性和现实性，也指出了司法造法进一步发展的局限性，致力于在

化给多边贸易体制带来的负面



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

论世界贸易组织争端解决中的司法造法/彭淑著. —北京:
北京大学出版社, 2008. 1

(国际法文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13174 - 9

I. 论… II. 彭… III. 世界贸易组织 - 国际贸易 - 国际争端 - 处理 - 研究 IV. D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 185337 号

书 名: 论世界贸易组织争端解决中的司法造法

著作责任者: 彭 淑 著

责任编辑: 朱 彦 朱梅全 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13174 - 9/D · 1927

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672

编辑部 62752027 出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

890mm × 1240mm A5 6.375 印张 138 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 18.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《国际法文库》总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸现,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面

前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁荣的和谐世界?特别是,如何运用国际法,促进各国间的相互信任、和谐相处,并通过公平、有效的安全机制,建设一个和平、稳定的和谐世界;如何运用国际法,坚持各国主权平等,在国际关系上坚持以法治和多边主义为主,建设一个民主、公正的和谐世界;如何运用国际法,正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势,促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展,建设一个互利、合作的和谐世界;如何运用国际法,承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性,运用国际法主张在多样性中和谐共处,求同存异,建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求,华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究,这些专题包括:国际组织与国际体系架构;国际环境与资源保障体系;国际人权法与人道主义法;国际条约国内适用的理论与实践;WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序;国际知识产权保护机制;国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制;国际海商法理论与实践的新发展;21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究;涉外民商事法律关系及其法律适用的新发展;各国涉外管辖权的理论与实践;等等。在这些专题研究的基础上,形成专著,共同组成华东政法大学国际法文库。这套国际法文库基本目标是:学术研究服务于中国融入全球化的需要;服务于中国提倡的和谐世界思想的需要;服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心

的需要;服务于我国涉外司法实践的需要;服务于培养人才的
的教学的需要。我相信,通过他们的不懈努力,这套文库一
定会达到他们的预期目标,为繁荣我国的国际法学做出一份
贡献。

是为序。

曹建明^①

2007年4月27日

^① 最高人民法院常务副院长,教授、博士生导师。

Preface

International affairs today are governed by an intricate complex web of sites of governance. Each site of governance is a locus of decision-making with the authority to settle disputes. Some sites are public, based at least nominally on pre-existing polities; others are private, deriving from the dynamics and actors of markets; still others are hybrid, embracing both public and private authorities. Each site has two dimensions: a structural dimension and a relational dimension. The structural dimension of a site includes its institutions, norms and dispute-resolution processes, while the relational dimension concerns its relations to other sites. These two dimensions are intimately related. The structural dimension of a site conditions and sometimes even determines its relations with other sites, while conversely the relations of a site to other sites condition and sometimes even determine its structural dimension, that is, its institutions, norms and dispute resolution processes. The multiplicity of sites of governance, taken together, constitutes a new form of international governance known as global legal pluralism.

The World Trade Organization (WTO) as a distinct site of

governance came into being on 1 January 1995. As the successor of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) founded in 1947, it was the fruit of the 1986—1994 Uruguay Round of multilateral trade negotiations. As every site of governance, it includes institutions, norms and dispute-resolution processes. It also maintains relations with other sites of governance, such as the People's Republic of China, the United States and the European Union. Since its creation, the WTO has assumed pre-eminence among international institutions concerned with the regulation of international trade, including the settlement of trade disputes among WTO Members.

The development of the WTO since 1995 has raised many significant, controversial issues. Two issues stand out: First, is the WTO a legal system? Second, is the WTO Appellate Body a court? Both questions are closely related to the institutional structure of the WTO, its coherence and degree of closure or openness concerning other international organizations and means of settling disputes, the interpretation of the WTO Agreements and their use in dispute settlement, the transparency of WTO dispute settlement and accountability of WTO decision-makers, the extent to which WTO law and institutions take adequate account of the diversity of WTO Members including their different legal cultures, and the balance between norms and power as ways of settling international trade disputes. Considerable controversy continues to surround these issues among both scholars and policy-makers, and at present there is little likelihood that the controversy will

disappear.

In this excellent book, Dr. Peng Xu illuminates considerably these fundamental debates. She focuses on the structural aspects of the WTO—its institutions, norms and dispute resolution processes—and in particular on the judicialization of WTO dispute settlement. The key questions are whether, how and why WTO dispute settlement, especially by the Appellate Body, has come to resemble a court, and whether ideally it should do so. Dr. Peng Xu identifies clearly and cogently the underlying reasons for the process of judicialization in WTO dispute settlement. Going beyond mere positive law, however, she also provides a careful evaluation of its limitations and shortcomings, as well as the advantages, of this significant development.

This is an important book, not only because of the quality of its analysis, but also because, as the author demonstrates, the debates discussed here go far beyond the often arcane, internal operation of WTO institutions. They affect other sites of governance within which the WTO has relations, such as China and its major trading partners. Consequently they concern all policy-makers, organisation, groups and citizens. The WTO today, in contrast to the GATT, extends its reach deeply into what previously were considered to be the domestic affairs of all its Members. Food safety, technical standards and intellectual property rights are well-known examples. International trade law and regulation now affects us all. Dr. Peng Xu's work is a significant contribution to legal scholarship and to our knowledge of public

policy. It deserves to be widely read by all interested in the WTO, its law and institutions, and its effects on our everyday lives.

Professor Francis Snyder

Université Paul Cézanne Aix-Marseille III

London School of Economics

内 容 摘 要

当今一些国际司法机构作出的裁决在国际法中的地位日渐突出,典型的代表是欧共体法院和世界贸易组织(World Trade Organization,以下简称WTO)的争端解决机制。根据《国际法院规约》第38条的规定,这些国际司法机构的裁决居于国际法渊源的第四位次,传统上认为其不具有与国际条约和国际惯例相同的强制拘束效力。^① 随着国际社会的法制化和国际争端解决的司法化,国际条约在适用过程中由于规定的不明确或者立法缺失而产生的争端,越来越多地倾向于通过司法机构对条约作出司法解释予以解决,而不是寻求立法程序修订条约或者重新制定规则。^② 这些司法机构的裁决不仅对争端当事方产生强制拘束力,而且会随着判例效应扩大及所有成员,由此产生了司法造法的效力,逐步发展成为国际法中地位日益重要的法律渊源。

在众多的国际司法机构中,WTO的争端解决机构无疑是最受瞩目同时也是备受争议的一个。一方面,WTO的争端解

① See Mark W. Janis, *An Introduction to International Law*, New York: Little, Brown and Co., 1993, p. 141.

② See Andrea Kupfer Schneider, *Getting Along: The Evolution of Dispute Resolution Regimes in International Trade Organizations*, *Michigan Journal of International Law* 20, Summer 1999, pp. 697—773.

决机构自 1995 年成立以来取得了显著的成就,无可争议地成为全球“最有效的争端解决机构”^①,为 WTO 规则得到切实遵守和执行、保障多边贸易体制的有效运转提供了有力的保证。但是,另一方面,WTO 争端解决机构的司法造法活动也加剧了 WTO 决策机构与司法机构之间的不平衡,产生了“宪法性危机”、“民主赤字”等诸多问题,引起了成员方和国际社会的普遍关注。对 WTO 争端解决机制的审查和改革的谈判自 1997 年开始,到目前为止尚无任何正式的结果。因此,深入研究 WTO 争端解决中的司法造法问题,对于促进 WTO 争端解决机制的完善,分析司法造法在国际争端解决司法化中的作用及发展趋势,研究司法造法这一国际法规则的创设形式给国际法带来的新变革具有重要的理论和实践意义。

本书藉 WTO 的争端解决为例,分析司法造法在国际争端解决的司法化过程中发挥的作用,并预测其发展。本书主体共分为三部分:第一部分为概述,包括概念界定、背景介绍和历史回顾三个方面。首先界定司法、司法化、司法能动主义的概念,然后介绍 WTO 争端解决所处的国际争端解决的司法化进程背景,再回顾从拟建中的国际贸易组织到关税与贸易总协定,再到 WTO 争端解决的演进。第二部分通过对 WTO 争端解决中发展的新规则的考察,论证 WTO 争端解决机构的司法性质以及争端解决机构创立新规则的造法本质,从而确认 WTO 争端解决中确实存在司法造法行为。第三部分对 WTO 争端解决中的司法造法现象进行评价,既分析在 WTO 争端解决中出现司法造法的必要性和现实性,也指出司

① Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 18.

法造法进一步发展的局限性。文章最后探讨了面对 WTO 司法机构与决策机构严重失衡的宪法性危机, WTO 成员方应如何作出努力以完善 WTO 争端解决机制,从而保障多边贸易机制的有效运作。

本书主要采取实证研究和比较研究的方法。作者以 WTO 争端解决机制的大量案例为基础,研究争议双方和第三方的诉讼主张,以及专家小组和上诉机构的报告中对事实部分的认定和对法律问题的分析。本书考察了包括欧共体、美国等在内的发达国家成员方和众多发展中国家成员方政府对待争端解决结果的国内政治反响及立法调整,对争端解决结果的尊重和执行情况,以及对《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes,以下简称 DSU)的审查和改革提出的建议。作者还通过梳理大量的非政府组织以及国际法和国际政治学者对 WTO 争端解决机制的批判观点,了解市民社会对此问题的看法和愿望。本书运用比较法的研究方法,目的是借鉴国际法院、国际海洋法法院、欧洲共同体法院、欧洲人权法院等高度司法化的国际司法机构及普通法国家国内的判例法实践,一方面突出 WTO 争端解决机制的特殊性和显著发展,另一方面为 WTO 争端解决机构的司法造法寻求理论基础和实践指导。

WTO 争端解决制度建立的背景是国际争端解决的司法化潮流。首先,国际争端解决的司法化显现为传统的外交争端解决机制逐步为司法或准司法机制所代替。其次,国际争端解决的司法化推动着国际法规则由“软法”向“硬法”的过渡和转变。再次,司法化应当意味着国际体制的宪政化。所谓的“宪政化”,意味着三权分立、权力制衡及司法审查制度

的设立。

在此历史背景下成立的 WTO 争端解决机构具有高度的司法性。WTO 的争端解决制度最初的雏形是《哈瓦那宪章》中所设计的高度司法化的争端解决模式,但由于国际贸易组织(International Trade Organization,以下简称 ITO)的流产而未能付诸实施。在《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade,以下简称 GATT)生效的近五十年间,形成了以政治和外交为主要手段的解决争端的实践,但在后期也表现出了较强的司法化倾向。WTO 成立以后,建立了全新的争端解决制度,其强制管辖权的确立、上诉机构的设立以及裁决结果的强制拘束力显现出高度司法化的特征,无可争议地成为最有效的国际争端解决机构。在经历了早期 GATT 的外交解决争端模式之后,WTO 的争端解决机制回复到了 ITO 设想的高度司法化的机制。

作为一个高度司法化的机构,WTO 争端解决机构成立后,在大量的争端解决实践中是否存在司法造法的行为?无可否认,法官在案件审理中确实在造法,这一点连国际法庭的法官也不例外。国际司法机构或准司法机构在争端解决过程中,通过对国际条约作出有拘束力的解释和澄清创设新的国际法规则,产生了司法造法的效力。在 WTO 争端解决中,同样存在司法造法的现象。专家小组和上诉机构在解释 WTO 各涵盖协定的过程中,创造性地确立了一系列程序性和实体性的规则。程序性规则,如“法庭之友”陈述材料的采用、举证责任的分担;实体性规则,如合理期待原则的确定、关于贸易与环境等非贸易问题的冲突解决等。2000 年,在“美国 1916 年法案”中,专家组和上诉机构正式使用了“WTO case law (WTO 案例法)”这一提法。虽然在“日本

酒税案”中上诉机构明确指出,“除对争端当事方之外,裁决报告是没有拘束力的”,但是在 WTO 专家组和上诉机构报告中大量反复引用先前通过的裁决报告,形成了事实上的先例制度。

如何评价 WTO 争端解决过程中的司法造法行为?首先,WTO 争端解决过程中的司法造法行为是必要的,也是可行的。WTO 庞大复杂的法律框架中不可避免地存在规则模糊不清甚至缺失的情况,而决策机制中严格的“一致同意”原则导致了政治决策机构无法及时有效地补充、修订和创设新规则,争端解决机构在无所适用的情况下必然要“造法”,以便顺利有效地解决争端,打破政治谈判的僵局,保障多边贸易体制的正常运行。与决策机构的“一致同意”表决机制相反,乌拉圭回合谈判确立的“反向协商一致”原则使得专家组和上诉机构的裁决报告在争端解决机构(Dispute Settlement Body,以下简称 DSB)得以准自动通过,这也为争端解决机构的造法活动创立了便利条件,使得司法造法成为可能。

但是,WTO 争端解决中的司法造法也受到种种限制,制约其过度发展。WTO 争端解决机构的司法造法活动不仅承受来自 WTO 内部的政治压力和外部以非政府组织(Non-governmental Organization,以下简称 NGO)为代表的国际市民社会的监督,同时也受到争端解决机构的自我约束。首先,《建立世界贸易组织协定》第 9 条第 2 款明确规定:“部长级会议和总理事会拥有通过对本协定和多边贸易协定所作解释的专有权力。”DSU 也明确规定,争端解决机构不得增加或者减损成员方的权利义务。因此,争端解决机制的司法造法缺乏法律依据,存在着先天的法律缺陷。其次,在 WTO 内部,法官在一定情况下须适度且必要地向政治妥协。一旦专家小

组和上诉机构的裁决被认定违反了 DSU 的规定,增加了成员方的义务,将不可避免地导致成员方的行政机构受到施压而对争端解决程序的结果置之不理,甚至有大国以退出 WTO 相要挟。另外,低水平的救济措施也反映了成员方对待司法机构裁决的谨慎态度。再次,虽然没有国内宪法中规定的对司法权力专门形式的制约,但是在 WTO 这样一个成员方主导(member-driven)的国际组织中,争端解决机构要始终考虑其自身的合法性和有效性问题。这使得司法机构不断自觉反省,以求达到和政治决策机构的一致。最后,NGO 和其他非成员方的压力也提出了 WTO 体系的外部合法性问题。

与强大的司法机构相比,WTO 的政治决策机构显得软弱无力、效率低下。这一问题自 WTO 成立以来就始终存在。对于如何解决目前 WTO 中决策机构与司法机构失衡的问题,存在截然不同的观点:有的主张恢复 GATT 的外交解决争端模式,有的主张进一步强化争端解决机构的权力。在国际争端解决日益司法化的趋势下,重拾 GATT 的外交解决争端模式无疑是逆潮流而行。如果要进一步加强司法机构的权力,则缺乏对争端解决机制施行有效控制的安全阀,成员方只会更加坚持手中的否决权,况且能否得到进一步加强司法化所需的充分政治支持仍然是一个值得怀疑的问题。这样非但不能加强多边贸易机制的合法性和有效性,反而会使之遭受损害,甚至瓦解。要改善此种情况,WTO 的成员方应当发挥积极的作用,在保持 WTO 争端解决机制的有效运作的同时,也要防止过度司法化给多边贸易体制带来的负面效应。

总之,一个法律体系应当是法制化的,但是也应当注意到,争端解决机制有可能会发生过度法制化的现象。一方

面,我们不能混淆政治与司法的界限,应当对 WTO 争端解决中的政治与司法行为加以区分;另一方面,我们也必须保证这个以规则为基础的司法化的争端解决机制不会导致过度司法化的结果。