

第十五辑

国际法与比较法

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW

论丛
R E V I E W

李二元 主编

湖南师范大学法学院 主办

WTO 争端解决与人权法

伊拉克战争与当代国际法的演变

物权法定主义研究

英国的临时措施管辖权制度初探

——兼论我国临时措施管辖权规则的完善

中国方正出版社

第十五辑

INTERNATIONAL AND
COMPARATIVE LAW
REVIEW

国际法与
比较法
论丛

李双元 主编

湖南师范大学法学院 主办

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法与比较法论丛. 第15辑/李双元主编. —北京: 中国方正出版社. 2005. 8

ISBN 7-80216-041-3

I. 国… II. 李… III. ①国际法—文集 ②比较法—文集
IV. ①D99—53 ②D908—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 081868 号

国际法与比较法论丛

(第十五辑)

李双元 主编 湖南师范大学法学院 主办

责任编辑: 许 睿

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66158711 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: XR@FzPress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市梦宇印务有限公司

开 本: 889 毫米×1194 毫米 1/32

印 张: 22.5

字 数: 619 千字

版 次: 2005 年 8 月第 1 版 2006 年 1 月北京第 2 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80216-041-3

定价: 35.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

目 录

[国际经济法]

- WTO 争端解决与人权法 … 李双元 曾 炜(1)
 美国 FDA 新法规研究 …… 李先波 杨其虎(59)
 论全球化背景下我国外资税收优惠
 制度的完善 …………… 冯寿波 欧阳强(118)
 亚洲发展中国家反垄断法立法
 评析 …………… 郭立仕(177)

[国际公法]

- 国际合作:建构全球反恐怖法的
 基本途径 …………… 郑远民 黄小喜(193)
 伊拉克战争与当代国际法的演变
 …………… 郭玉军 乔雄兵(298)
 国际法主体理论的解构分析 …………… 林建兴(334)
 国际法院咨询管辖权的过去、
 现在和未来 …………… 刘芳雄(388)

[民商法]

- 电子意思表示初论 …………… 徐 亮(417)
 医疗损害免责条款法律效力研究 …… 宋旭明(483)
 物权法定主义研究
 ——兼论物权自由创设主义之合理性
 …………… 张 鹏(590)

主 编 李双元
 主编助理 欧福永

[国际私法]

中国的国际商事调解

——回顾与展望 尹 力 (661)

英国的临时措施管辖权制度初探

——兼论我国临时措施管辖权规则的完善 欧福永 (690)

《国际法与比较法论丛》稿约 (710)

Contents

International Economic Law

- The Dispute Resolution of WTO and Human Right Law
..... Li Shuangyuan Zeng Wei (1)
- On U. S. FDA's New Regulations Li Xianbo Yang Qihu (59)
- The Perfection of Tax Preference System on Foreign Investment of Chinese under Globalization
..... Feng Shoubo Ou Yangqiang (118)
- Comments on Antimonopoly Law of Developing Country in Asia Guo Lishi (177)

Public International Law

- International Cooperation; the Basic Approach to Establishing the Global Anti-terrorism Law
..... Zheng Yuanmin Huang Xiaoxi (193)
- Iraq War and the Development of International Law
..... Guo Yujun Qiao Xiongbing (298)
- Theory of the Subjects of International Law; Deconstructive Analysis Lin Jianxing (334)
- The Past, Present and Future of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice Liu Fangxiong (388)

Civil and Commercial Law

- On the Electronic Declaration of Will Xu liang (417)
- On the Validity of Exception Clause in Medical Damages
..... Song Xuming (483)

The Principle of Legality of Right in Rem Zhang Peng (590)

Private International Law

On the International Commercial Conciliation of China:

Retrospect and Prospect Yin Li (661)

On the Jurisdiction System of Interim Measures of England

..... Qu Fuyong (690)

Soliciting Article Notice (710)

[国际经济法]

WTO 争端解决与人权法

李双元* 曾 炜**

目 次

前 言

一、WTO 争端解决机构的管辖权和 WTO 的适用法

二、WTO 适用法的解释

三、WTO 规则与人权法之间不可调和的冲突

四、涉及人权的贸易措施的管辖权问题

结 语

* 湖南师范大学法学院教授。

** 吉林大学法学系讲师，国际法学硕士。

前 言

世界贸易组织 (WTO) 的争端解决机制与人权法的关系问题只是范围广泛的伦理和贸易议题的冰山一角。在人权方面贸易活动广泛涉及道德、伦理、政治和社会以及法律等问题。WTO 作为有史以来最重要的一个国际贸易组织, 牵涉到国际社会的方方面面, 其与人权的关系问题自然是无法回避的, 关于贸易考虑和贸易规则与尊重人权背道而驰的指责也时有发生。有人认为 WTO 义务在一定程度上鼓励、纵容、导致或允许违反人权, 因此这样的 WTO 条约应受到谴责。^① 另外一些人则主张贸易措施在违反人权的同时也必然会违反 WTO 规则。^② 也有人认为人权方面的考虑可以用来作为证明背离 WTO 市场准入规则正当性的理由^③ 或者以尊重人权作为特惠或其他优惠的条件^④。还有人认为 WTO 成员有义务对其贸易活动造成的后果承担责任。除了这些分歧之外, 各国对人权和贸易法庭方面的立场也经常存在不一致的情况。一般认为贸易和人权这两种法律体系之间的冲突最终应作为政策问题通过政治舞台来加以解决, 而 WTO 争端解决机制或人权法庭本身对于这一问题是无能为力的。^⑤

为了试图详细分解和解释这一争论的相关问题, 本文将审查贸

① See the first report of the Expert Group of the Sub Commission on Human Rights, 15 June 2000, E/CN. 4/Sub. 2/2000/13.

② Howse and Mutua, 'Protecting Human Rights in a Global Economy: Challenges for the world Trade Organization' (International Center for Human Rights and Democratic Development, Policy Paper, 2002) at 17.

③ 即援引 GATT 第 20 条或第 21 条, 或者 GATS 第 14 条。

④ 在劳工要求中涉及人权考虑, 另外给惠国也可能以受惠国一定程度的人权保护作为享受普惠制或特惠制的前提。

⑤ See Alvarez, 'Trade and the Environment: Implications for Global Governance: How Not to Link: Institutional Conundrums of an Expanded Trade Regime', 7 Widener Law Symposium Journal (2001) 1.

易和人权这一复杂问题的一个小方面，即 WTO 争端解决机制和人权法。在 WTO 争端解决机构受理的案件中，当事方可能援引人权法作为其申诉或抗辩的理由。在这种情况下，WTO 的专家组或上诉机构可能被要求回答以下问题：在 WTO 协定没有相关人权规定的情况下，专家组或上诉机构能否接受以人权为理由的抗辩？WTO 成员能否援引人权规定来拒绝遵守 WTO 义务？人权法能否直接在 WTO 法律制度中适用？WTO 成员能否援引人权法的规定来解释其 WTO 权利和义务？根据 WTO 协定或国际法，一成员能否针对完全在另一成员领域内发生的、根本不影响该成员领土的侵犯人权的行为采取措施？所有这些问题只是 WTO 争端解决机制与人权法关系的某些方面而已。

与 WTO 争端解决有关的一个重要的全面性问题涉及“适用法”（applicable law）的概念，适用法即约束所有 WTO 成员的法律制度，这些制度为 WTO 的成员在其 WTO 协定项下的利益受到损害的情况下提供有效的救济。一般认为 WTO 法是国际法的一个特殊分支，它涉及特殊的权利和义务，其诉讼事由和程序也很独特，而且一旦被违反，其执行和救济机制也与一般国际法不同。关于 WTO 争端解决制度的另一个问题是 WTO 争端解决机构只有有限的管辖权并且它不能适用和实施^① WTO 法之外的法律规范。此外，WTO 争端解决机构在解释“WTO 适用法”时采用的方法和途径也同样重要。本文将详细地探讨上述三个方面与人权法相关的问题。

由于 WTO 法作为国际法的一部分，除非另有规定，WTO 所有协定的制定和解释都必须与国际法（包括国际人权法）一致。一般认为，如果根据条约解释的善意原则来解释与人权相关的 WTO 规则，必然会导致对 WTO 法和人权法作出一致的解釋。这方面的例子有多哈回合中 TRIPS 协定与公众健康宣言^②，该宣言在解释 WTO 的规定时充分地考虑了人权法的相关规定。本文的第一部分

① “实施”在这里被定义为提供有效的救济。

② 参见世界贸易组织文件 WT/MIN(01)/DEC/2。

讨论了 WTO 成员能否援引人权法来拒绝遵守 WTO 的义务（包括主张 WTO 法与其他的国际法规范“冲突”）的问题，这一问题只有在审查了“WTO 的适用法”——国际法的一个特殊分支的性质以及 WTO 争端解决有限的权限和能力后才能充分地回答。国际法承认特别法（*lex specialis*）可以为条约的管理和救济作出特殊的规定，但 WTO 成员能否把 WTO 的救济措施适用于人权保护目前尚充满疑问。第二部分讨论了在解释 WTO 适用法时，应考虑相关的人权法规定。

即使 WTO 法和人权法，包括强行法（*jus cogens*）之间发生冲突的机会绝少，但是至少理论上仍然存在发生这种冲突的可能性，因此本文第三部分将对这一问题展开讨论。如果发生冲突，WTO 争端解决机构对下述事项是没有权限的：正式裁定某措施违反任何 WTO 之外的（条约）规则，或建议根据该条约或任何可能使非 WTO 规则优先于 WTO 规则的裁定采取积极的措施，这样争端解决机构实际上将增加、减少或修订 WTO 协定。在 WTO 的适用法和其他约束国家（包括 WTO 成员）的义务之间存在明显的区别，前者可以被对某些事项具有强制和排他管辖权的 WTO 争端解决机构（通过有效的救济措施）执行。问题的焦点在于强行法，由于强行法的特殊性质，它可以成为任何法的一部分，理所当然会对 WTO 法产生直接的影响。根据《维也纳条约法公约》第 53 条，条约在缔结时与一般国际强制规律抵触者无效，因此 WTO 法和强行法真正发生冲突的情形是难以设想的，大多数情形中，根据强行法优先的规则来解释 WTO 法将避免违反强行法。有人认为 WTO 专家组和上诉机构无权作出一 WTO 协定因违反强行法而无效的裁决，因为他们只有权建议一个国家使其措施与 WTO 协定一致（尽管 WTO 协定必须被解释为考虑了相关的人权法）。但是，在任何情形中，违反人权法的 WTO 成员必须为其这种违法行为承担国际法上的责任和义务。总之，当前在人权法和 WTO 制度之间不存在完全的一致性。

最后，在第四部分，本文简单涉及了关于贸易和人权争论的最

重要和复杂的问题，即 WTO 争端解决机构的管辖权：对完全发生在另一国领土的人权事项，一 WTO 成员在制定管理和差别待遇规则时，应在何种程度上予以考虑、或采取什么措施。关于 WTO 管辖权的争论包括以下几个问题：（1）WTO 规则是否以及如何允许 WTO 成员对管辖权之外的事项采取措施；（2）一国在制定管理和差别待遇规则时是否应考虑以及如何考虑外国的政策；（3）WTO 关于生产过程和生产方法（PPMs）的立法现状；（4）WTO 法和其他法律冲突以及管辖权重叠的问题。

一、WTO 争端解决机构的管辖权和 WTO 的适用法

根据 WTO 争端解决机制的性质和程序以及《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）的第 23 条，WTO 争端解决机构有权对成员之间任何产生贸易影响包括人权考虑的争端进行管辖，如果争端方对 WTO 法和人权法的关系产生争议，这一问题可能被提交给 WTO 争端解决机构处理。^①在这种情况下，必须审查 WTO 成员之间的“适用法”以及与适用法截然不同但却可能息息相关的其他国际法，诸如人权法。

（一）WTO 争端解决机构的管辖权

根据 DSU，专家组和上诉机构对任何与 WTO 相关的争端具有的排他的管辖权，而且 WTO 争端解决程序很容易快速地被启动，争端方通常也期望专家组和上诉机构能迅速地作出裁定。

1. 启动 WTO 争端解决程序的条件

与许多其他国际法庭所要求的严格标准不同，启动 WTO 争端解决程序的条件很容易满足。在 US-Wool Shirts and Blouses 案中，上诉机构注意到：“如果任何成员认为其利益像（GATT）第 23 条

^① 如果进一步讨论，WTO 争端解决机构只能适用 WTO 法的观点并不排除人权机构对同一事项作出裁决，只要人权条约也禁止该事项。不同的条约调整的权利与义务各异，但它们都同时约束各自的成员国。

所规定的情况那样受到损害或减损,那么它就可以提起争端解决程序。”^①类似地,在 EC-Bananas III 案中,上诉机构指出:“根据 DSU 的规定,一成员在决定是否对另一成员提起诉讼时有较大的自由裁量权。此外, GATT 1994 第 23 条第 1 款及 DSU 第 3 款第 7 项均表明一成员在决定其所要采取的措施是否‘有成效’时很大程度上取决于其自制力。”^②在该案中,由于美国是一个香蕉生产国,对香蕉出口具有潜在的出口利益,因此它有足够的理由指控 EC 的香蕉体制违反了 WTO 的规定而要求成立专家组。尽管在实践中一成员启动 WTO 争端解决程序必须是因为其利益受到真实的损害,但韩国奶制品案中专家组反驳了认为在启动 WTO 争端解决程序之前,起诉方必须提供证据表明其与争议事项具有经济或法律方面利益的观点。^③

通过要求磋商的简单书面请求并将该请求交存一份给 DSB,主张贸易受到影响的成员就可以正式地启动 WTO 争端解决程序。如果争议的事项与人权有关,在秘密磋商过程中可能会讨论相关的人权问题,但在 60 天的磋商期过后争端双方仍不能达成一致,起诉方有权要求成立专家组。一旦启动了专家组程序,专家组将审查人权考虑和主张。但基于人权考虑的主张——无论是支持起诉方还是被诉方——将不会以任何方式改变 DSU 程序的准自动性。

2. WTO 争端解决机制的特点

WTO 的争端解决机制是根据“反向协商一致”(reversed con-

① Appellate Body Report, United States-Measures Affecting Imports of Woven Shirts and Blouses from India (US-Wool Shirts and Blouses), WT/DS33/AB/R, adopted on 23 May 1997, DSR 1997 I, 13.

② Appellate Body Report, European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas ('EC-Bananas III'), WT/DS27/AB/R, adopted on 25 September 1997, DSR 1997 II, para. 135 (emphasis added).

③ 上诉机构是这样陈述其观点的:“即使假定存在经济利益的要求,我们认为欧共体作为韩国进口牛奶的供应地,具有充分的利益发起和进行争端解决程序”。See Panel Report, Korea-Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products ('Korea-Dairy'), WT/DS98/R, adopted on 12 January 2000, para. 7.14.

sensus) 原则进行运作的。根据这一原则, 在预先确定的期限里, 许多程序性的步骤将自动进行, 除非遭到所有成员的一致反对。^① 通常当一成员申请成立专家组, 只要有一个成员同意这一申请, 那么 DSB 就必须成立专家组。一般情况下 DSB 都会通过专家组和上诉机构的报告, 并授权相关成员采取报复性制裁措施,^② 而且全部争端解决程序必须在 9 至 12 个月内结束。迄今为止, 专家组和上诉机构对于 DSU 关于最后期限的规定执行得相当成功。^③ 在 DSB 通过专家组或上诉机构的报告后, 如果立即实施不可能, DSU 为败诉方规定了 8 到 15 个月的“合理执行期限”。^④ 在该执行期限届满时, 如果当事方认为裁决的执行不符合 WTO 规则, 那么在它们得到 DSB 授权报复之前必须重新回到专家组和上诉机构程序。^⑤ 若相关方对于报复性制裁的水平存在争议, 也允许采用快速仲裁程序。^⑥

由此可以看出, 与任何其他的国际司法程序相比, WTO 的争

① 例如, DSU 第 5 条第 4 款规定: “如斡旋、调解或调停在收到磋商请求之日起 60 天内开始, 则起诉方在请求设立专家组之前, 应给予自收到磋商请求之日起 60 天的时间。如争端各方共同认为斡旋、调解或调停过程未能解决争端, 则起诉方可在 60 天期限内请求设立专家组。” DSU 第 6 条第 1 款规定: “如起诉方提出请求, 则专家组应最迟在此项请求首次作为一项议题列入 DSB 议程的会议之后的 DSB 会议上设立, 除非在此次会上 DSB 经协商一致决定不设立专家组。” 在实践中, 起诉方通常不会同意不设立专家组而否定自己的请求 (除非其利益以其他方式获得补偿)。通过专家组或上诉报告也是一样, 除非所有的 WTO 成员一致决定不予通过, 否则该报告将自动通过。

② 同上。

③ See Davey, ‘Has the WTO Dispute Settlement Exceeded Its Authority?’, 4 Journal of International Economic Law (2001) 79.

④ See Monnier, ‘The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling-Promptness Within Reason’, 35 Journal of World Trade (2001) 825.

⑤ DSU 第 21 条第 5 款规定: “如在是否存在为遵守建议和裁决所采取的措施或此类措施是否与适用协定相一致的问题上存在分歧, 则此争端也应通过援用这些争端解决程序加以决定, 包括只要可能即求助于原专家组。专家组应在此事项提交其后 90 天内散发其报告。如专家组认为在此时限内不能提交其报告, 则应书面通知 DSB 迟延的原因和提交报告的估计期限。”

⑥ 参见 DSU 第 22 条。

端解决机制具有快捷的特点,而且任何一个成员方如果企图拖延争端解决的时间,也将非常困难。此外,与人权考虑相关的主张也不会影响 WTO 争端解决程序的准自动性。

3. WTO 争端解决机构管辖权的强制性与专属性

根据 DSU 第 23 条,专家组和上诉机构对 WTO 成员之间的争端享有专属的管辖权。该条冠以“多边体制的加强”,其规定如下:

(1) 当成员寻求纠正违反义务情形或寻求纠正其他造成适用协定项下利益丧失或减损的情形,或寻求纠正妨碍适用协定任何目标的实现的情形时,它们应援用并遵守本谅解的规则和程序。

(2) 在此种情况下,各成员应:①不对违反义务已发生、利益已丧失或减损或适用协定任何目标的实现已受到妨碍作出确定,除非通过依照本协定谅解的规则和程序援用争端解决,且应使任何此种确定与 DSB 通过的专家组或上诉机构报告所包含的调查结果或根据本谅解作出的仲裁裁决相一致……

DSU 第 23 条是 DSU 中最根本的一条规定。它不仅禁止成员采取单边措施,指出某些“行为”将潜在地“威胁多边贸易体制”,并且还规定对于违反 WTO 协定的行为只有 WTO 有排他的管辖权并提供救济措施。①在 US-Certain EC Products 案中,上诉机构是这么陈述的:

DSU 第 23 条第 1 款为所有成员因其他成员违反义务或协定项下利益的丧失或减损而采取补救措施规定了总的义务,即只能诉诸于 DSU 的规则和程序,而不能采取任何单边措施。第 23 条第 2 款(a)、(b)、(c)项具体地定义了与第 23 条第 1 款不符的禁止性的单边措施。第 23 条第 1 款和第 2 款规定的义务之间存在密切的关系。它们都与 WTO 成员不能诉诸于单边行动的义务有关。②

① See Panel Report, US-Certain EC Products, WT/DS165/R, para. 6. 133.

② 单边措施被定义为非经 WTO 授权的措施。参见 US-Certain EC Products 案上诉机构报告第 111 段(WT/DS165/AB/R, 2001 年 1 月 10 日)。

作为规制单边措施的手段, DSU 第 23 条如此设计目的在于, 防止当一国加入 WTO 之后在面对贸易纠纷时使用与 WTO 法不一致的单边贸易制裁措施, 并为 WTO 争端解决机构解决违反 WTO 规定的行为提供了广泛的管辖权。^①虽然不敢说 WTO 完全杜绝了国际贸易中单边措施的使用, 但它对一些经济大国以往惯常为所欲为地使用单边措施的情形进行了有力的钳制, 防止了单边措施的泛滥, 可以乐观地说, WTO 日益朝着“规则导向”而非“实力导向”的方向发展。

只要争端的当事双方一致同意, 可以选择 DSU 第 25 条的仲裁程序来代替标准的 DSU 程序。但是 DSU 第 25 条规定的仲裁程序仍需适用 DSU 的许多其他规定, 尤其是仲裁裁决的执行 (DSU 第 21 和 22 条)。由于第 25 条在实践中很少被援引, 因此在本文中将要讨论专家组和上诉机构的一般争端解决机制, 而对第 25 条不作探讨。

虽然 WTO 争端解决机构对于违反 WTO 规定的行为拥有广泛的管辖权, 但这并不能解决 WTO 争端解决机构与其他国际司法机构管辖权重叠和冲突的问题。比如, 对同一事项已经在人权法庭被提起诉讼的情况下, DSU 第 23 条的确切范围是什么呢? — WTO 成员可能就违反人权公约的行为向人权法庭寻求救济, 但是对于人权法庭是否可以作出与 WTO 法不一致的影响贸易的裁决, WTO 的成员似乎一致回避了对这一问题的回答。这确实是个相当棘手的问题, 因为 WTO 成员不但承担了 WTO 协定项下了义务, 还承担有其他国际条约下的义务, 包括国际人权义务, 而根据一般国际法规则, 所有国家都应遵守它们承担的全部国际义务。

但是, 在目前的国际法中, 各种国际法制度之间并不存在完全

^① 有学者认为关于国家责任的草案第 54 条没有对措施的类型作出界定, 因此可对该条作这样的解释, 即对于一国违反强行法的行为即使没有对他国造成直接的损害, 他国也有权采取反措施。但这种解释似乎过于偏颇, 应把 WTO 禁止采取未经授权的单边贸易措施也考虑进去。

的协调。一项符合某个条约的措施，却可能违反了另一个条约，特别是当这两个条约并不处理同一事项或者处理同一事项的不同方面时，尤其如此。因此，我们必须正视这么一种情况，即对于一项措施，人权法庭可能认为违反了人权公约，而同时 WTO 争端解决机构却可能认为该措施符合 WTO 法。根据国际法的要求，必须对该措施进行修改以使其符合人权法的规定，并同时继续保持与 WTO 法的一致，这在大多数情况下都是可行的。问题在于 WTO 争端解决机构的裁决仅涉及该措施与 WTO 规定有关的方面，而不问该同一措施是否符合人权法，WTO 争端解决机构无权解释和评估某项贸易措施是否符合人权法。

（二）WTO 争端解决机构管辖权的有限性

通过对 GATT 1947 第 22 和 23 条进行扩展，DSU 建立了专家组和上诉机构。DSU 第 3 条第 1 款规定：“各成员确认遵守迄今为止根据 GATT 1947 第 22 条和第 23 条实施的管理争端的原则，及在此进一步详述和修改的规则和程序。”除了 GATS 之外，所有的 WTO 多边贸易协定都规定参照 GATT 第 22 和 23 条以及 DSU 的规定，^①而 GATS 由于自身规定了关于争端解决的第 22 和 23 条，因此只参照 DSU。

根据 GATT 1947 第 23 条，对于一个缔约方违反 GATT 的措施，其他缔约方有权评估该措施是否对其利益造成丧失或减损（或阻碍 GATT 目标的实现）。^②在 GATT 时期，由全体缔约方授权的工作组对 GATT 的规定是否被违反作出建议，工作组的建议只有在缔约方全体一致同意的情况下才具有约束力。^③

依照 GATT 第 22 和 23 条以及 DSU 的相关规定，WTO 的所有成员授权专家组和上诉机构就各成员之间的争端作出裁决并向 DSB

① 见 DSU 第 4 条第 11 款。

② 另外，GATT 第 23 条还规定了非违反诉讼（non-violation）和情况诉讼（situation complaints）。

③ 详细的内容请查阅争端解决机制的演变，参见 MTN. GNG/NG13/W/4/Rev. 1.