



WTO争端当事方 推动程序研究

WTO ZHENGDUAN DANGSHIFANG
TUIDONG CHENGXU YANJIU

甘翠平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书出版得到朱榄叶教授主持的国家社科基金项目

“WTO争端解决机制中国败诉的原因及对策分析”（14BFX136）

以及商务部项目“WTO典型案例与贸易政策合规分析”资助

WTO争端当事方 推动程序研究

WTO ZHENGDUAN DANGSHIFANG
TUIDONG CHENGXU YANJIU

甘翠平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

WTO 争端当事方推动程序研究 / 甘翠平著. —北京: 法律出版社, 2016. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9238 - 6

I. ①W… II. ①甘… III. ①世界贸易组织—国际贸易—国际争端—处理—程序—研究 IV. ①F743

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 049904 号

WTO 争端当事方推动程序研究

甘翠平 著

责任编辑 周丽君

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 15.5 字数 350 千

印次 2016 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9238 - 6

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

世界贸易组织(WTO)争端解决机制中,提起申诉的成员方或被诉的成员方,在专家组程序中被称为“争端方”(parties to the dispute),在上诉机构程序中被称为“参与方”(participants)。为行文方便,本书在提及两者时,将其合称为“争端当事方”。

争端当事方推动程序的意思,是指对于WTO争端解决机制有关程序规则中没有规定的程序事项,争端当事方或者通过达成有关双边程序协议,或者共同提出程序请求,或者争端一方提出程序异议等,促使有关程序问题在个案中得到解决,并促使WTO专家组和上诉机构作出有关程序判例法。

理论上对国际法渊源的定义和表现形式有着不同的理解。李浩培教授认为,“国际法渊源,如同国内法渊源一样,主要可以区分为实质渊源和形式渊源两类”。本书中对国际法渊源的理解就是国际法的具体表

现形式。关于国际法渊源的表现形式,许多学者都会引用《国际法院规约》第 38 条。根据《国际法院规约》第 38.1 条的规定,国际法院在审理案件时可适用的独立法律渊源主要有国际条约、国际习惯法、一般法律原则以及司法判例、公法学家的学说。

曾任 WTO 上诉机构成员的谷口安平指出,如同任何一国国内法律体制那样,WTO 法律体制由实体法和程序法规则组成,实体法规则包含在各种多边贸易条约之中,而程序和组织规则主要包含于《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)之中。WTO 争端解决机制的程序法法律渊源包括 DSU、GATT1994 第 22 条和第 23 条、DSU 适用范围内的其他协议规定的特殊的争端解决规则和程序、GATT1947 有关争端解决的原则和有关习惯国际法等。这些构成了 WTO 争端解决机制的法律基础。^[1] DSU 主要规定 WTO 争端解决机制的程序和组织方面的规则,而实体方面的规则则广泛存在于《WTO 协定》所附的其他法律文件之中,即通常被称为的 WTO 涵盖协定。DSU 是 WTO 争端解决机制主要的和直接的法律依据。^[2]

DSU 规定了磋商、仲裁、调解和斡旋以及通过专家组和上诉机构处理争端等几大程序,DSU 一方面就磋商、专家组程序和上诉机构复审程序等作出了详细规定;另一方面对很多程序问题却未予以规定,使得 WTO 争端解决机制自 1995 年运作后不久就面临一些重要的程序争议和程序问题。梳理 WTO 争端解决机制内个案争端解决实践,就会发现存在几大类型的程序问题,他们

[1] 高永富主编:《世界贸易组织教程》,上海人民出版社 2004 年版,第 413 页。

[2] 余敏友、左海聪、黄志雄:《WTO 争端解决机制概论》,上海人民出版社 2001 年版,第 71 页。

在个案基础上、在缺乏有关程序规则的情况下,经过个案争端当事方推动,并经过专家组和/或上诉机构的说理分析,解决这些程序问题,逐步形成比较统一的判例法,从而使得 WTO 成员方在多边就这些程序问题进行谈判和修改的需求变得没有那么迫切。与其前身 GATT1947 类似,WTO 也在实践中解决相对单薄的程序规则没有进行详尽规定的问题,或者相关规定存在冲突,能在实践中完善有关程序规则。

本书旨在对 WTO 争端当事方在争端解决机制内推动专家组和上诉机构确立几大类程序判例法的实践及理论根源进行研究。研究的对象一方面是 DSU 中未予规定的问题,如公开专家组和上诉机构听证程序、适用顺序问题、先决异议和先决裁决等程序问题;另一方面是 DSU 虽然有明文规定,但是 WTO 争端当事方却在个案争端解决的专家组和/或上诉机构程序中主动请求突破或支持突破这些规定,如争端当事方协议延迟 DSU 中规定的案件上诉期限、增加第三方和第三参与方参与专家组和上诉机构程序的权利(扩大的第三方权利请求)等,在专家组和上诉机构审案过程中提出相应程序请求,并推动专家组和上诉机构作出裁决,从而形成并发展相关程序判例法。也就是说,这些程序问题可以分为两大类型:一类是 DSU 中未予以明确规定而争端当事方推动有关程序问题获得解决;另一类是争端当事方在个案解决实践中突破 DSU 明确规定的程序和规则推动专家组和/或上诉机构形成相关程序判例法。针对这两大类型中的有些重大程序问题,尽管 WTO 成员方在对 DSU 进行多边修订谈判过程中提出过修改建议,但却一直未能在多边体制内关于此类问题的 DSU 条文修订达成一致。与政治决策相对薄弱和低效相比,针对这些程序问题,WTO 争端解决机制却在个案基础上形成比较普遍的

实践。本书对 WTO 成立至今上述两大类型下诸多争端方推动专家组和上诉机构形成和发展有关程序实践进行梳理、分类与分析,并探讨了他们在 WTO 争端解决机制中出现并持续存在的法理、历史根源、组织和机构根源。

总体上,综观 WTO 争端解决实践,专家组特别是 WTO 上诉机构倾向于严格遵循 DSU 有关程序条款。一方面他们在处理 DSU 没有明文规定的很多重要程序问题方面享有较大的自由裁量权,另一方面对于 DSU 条文的严格遵守,又会使得他们在 DSU 明文规定的争议问题上几乎没有足够的自由裁量权来解决一些必须解决但又难以解决的程序争议。需要指出的是,本书探讨的程序问题,都是 WTO 争端当事方共同提出请求,或者争端一方提出程序异议或者支持某种程序请求,从而推动专家组和/或上诉机构在争端解决过程中作出相应裁决及程序安排,从而形成相关程序判例法,因此,不同于一般意义上专家组和上诉机构在适用法律过程中行使自由裁量权和创设判例法。

笔者通过对 WTO 争端当事方在个案争端解决过程中推动形成上述两大类程序判例法的实践进行比较全面的研究,从 WTO 官网公布的数据中,竭力获取至今为止每一种程序推动实践模式下所有相关案件,并追溯到每一类程序实践中的第一例案件(尽可能包括 GATT 和/或 WTO 时期),基于这些案件资料和统计数据进行分析,得出结论。因此,案例研究法是本书中运用的主要研究方法之一。为了分析和阐释 WTO 争端解决机制中成员方推动程序判例法形成的特点,以及 WTO 相关程序规定的现状和实践的发展趋势,书中运用的研究方法还包括历史研究法和比较研究法。历史研究法和比较研究法,是指将 WTO 与其前身

GATT1947 争端解决相比较、将 WTO 与国际法院和解决投资争端的国际中心 (ICSID) 等国际司法和仲裁机构有关的程序规则和程序实践进行比较,以期在纵向和横向两大维度内进行比较,从而完整和全面地分析 WTO 争端解决机制内争端方推动程序判例法的实践发展,并进一步对这类实践出现、持续存在并得到发展的历史、组织和机构根源加以分析,为中国更好地理解 and 运用 WTO 争端解决程序规则、更有效地参与 DSU 多边修订谈判以及 WTO 争端解决实践提供学理支持。

本书主体部分包括五章,第一章为全文搭建理论框架,论述 WTO 争端当事方在个案争端解决过程中推动程序实践的历史根源、组织根源和机构根源。WTO 的前身 GATT1947 早期仅有“寥寥数款”对争端解决加以规定,但却逐渐在争端解决实践中补充和完善争端处理的程序和规定,争端解决从“以外交为导向”的实务主义逐渐过渡到“以规则为导向”的准司法主义。WTO 争端解决有关学者和实务界人士基于诸多判例法研究得出的结论是,尽管 GATT1947 争端解决机制从其设立之初就存在多种缺陷,但 GATT1947 争端解决机制在绝大多数案件中给出了令争端方满意的解决方案。GATT1947 只是一个临时性的多边贸易协定,并没有设立专门的争端解决机构,也缺乏系统的争端解决规则。GATT1947 争端解决模式的最大特点就是 from 实践中逐步完善。GATT1947 争端解决机制的完善,是通过在争端解决个案实践发现问题、通过制定补充文件或改善性文件的方式不断完成的,或者说,GATT1947 争端解决机制是从实用主义不断过渡到法律主义。

尽管 GATT1947 被 WTO 代替,但是 GATT1947 关于争端解决的规定和近半个世纪的争端解决实践,不仅是 WTO 争端解决

机制赖以建立的基础,而且是该机制的重要组成部分。^[1] 研究 WTO 争端解决机制,必须追溯 GATT 争端解决机制的有关程序规定和实践习惯。WTO 争端当事方推动程序的必要性和可能性都可以从 WTO 对于 GATT1947 的继承和发展中找到历史根源。追溯乌拉圭回合谈判背景可以知晓,对于当时拟将成立的 WTO 争端解决机制,到底应该是如美国所主张的具有司法刚性,还是如欧共体所主张的具有灵活而富有弹性的特点,成员方之间意见并不统一。但是最终在美国的坚持和推动下,欧共体等妥协转而支持美国的建议,并最终促成 DSU 达成,使得 WTO 争端解决机制既具有显著的司法性特点,如强制管辖权的确立、专家组成立的准自动性、专家组和上诉机构报告的准自动通过,同时又兼容外交和磋商等方式解决成员方之间的争端。磋商是 WTO 专家组争端解决的前置程序,DSU 对争端双方达成相互接受的解决方案表现出明确偏好。

第一章还论述了 WTO 争端当事方推动程序的组织根源和机构根源。WTO 从 GATT1947 时期的“海关和贸易专家组成的技术人员俱乐部”发展演变为一个拥有数量众多、成员方背景大为不同的大型国际组织。WTO 这个国际组织运作的基础是一大批背景文化异质的成员方相互合作。在决策和通过新的规则和程序方面,WTO 机构采取的基本决策方式是“协商一致”。WTO 作为一个国际组织所受到的机构制约使其一方面很难进行决策,也很难通过协定规定的方式解释规则或者更新旧的规则。截至目前,WTO 成员方就 DSU 进行修订谈判的实践表明,两轮谈判回合之间根本没有可能解释或者修改 WTO 规则,这样的现状对

[1] 高永富主编:《世界贸易组织教程》,上海人民出版社 2004 年版,第 404 页;曹建明、贺小勇:《世界贸易组织》,法律出版社 1999 年版,第 361 页。

于执行 WTO 规则产生深远的影响。而另一方面, WTO 争端解决机制有效运转,或许会诱使 WTO 规则制定者即 WTO 成员方将一些棘手的问题留待在争端解决过程中解决。WTO 压倒性多数的成员方是发展中国家,包括中国、印度、巴西这些主要的新兴经济体,他们构成与发达国家成员方抗衡的另一极,美国和欧盟等主要的发达国家再也不能像以前在 GATT1947 时期那样驱动多边体制向他们拟定的方向发展, WTO 这样的“组织”和“机构”构成,再加上它对 GATT1947 实用主义、成员驱动和争端当事方主导文化的继承,使得争端当事方能够在个案解决过程中对于 DSU 未予以规定的程序问题,或者主动突破或支持突破 DSU 明文规定的程序,推动专家组和上诉机构形成相关程序判例法。“成员方驱动”是 WTO 官方网站以及许多学者在论述 WTO 时频繁用到的描述性词语。“成员方驱动”既出现在 WTO 多边谈判语境中,也出现在 WTO 争端解决语境中。

第二章至第五章探讨的是 WTO 争端当事方在专家组程序、上诉机构程序和执行程序中推动程序发展的主要实践。其中第二章是关于执行程序过程中,原争端申诉方和被诉方对于被诉方执行 DSB 裁决与 WTO 涵盖协定的相符性发生分歧,从而产生 DSU 第 21.5 条相符性审查专家组程序和第 22.6 条仲裁程序之间孰先孰后以及两大条款项下时限冲突问题,即俗称的“适用顺序”问题。“欧共体香蕉案Ⅲ”争端解决过程中首次暴露出“适用顺序”问题,并以“欧共体香蕉案Ⅲ”特有的“妥协式解决方案”加以解决。这一模式虽然化解了 WTO 争端解决机构(DSB)险些陷入的程序危机,也解决了美国和欧共体之间的个案争端,但问题是,将 DSU 第 21.5 条和第 22.6 条项下两大程序合二为一的做法既不符合 WTO 的立法精神,在履行 DSU 规定的程序时限方

面也存在实际困难。此后 50 多起案件中“适用顺序”问题都是由争端当事方达成双边程序协议的方式解决的。具体而言,争端当事方达成双边程序协议解决“适用顺序”问题又可以划分成两种主要模式:一种是争端双方协议,胜诉方先行提起第 21.5 条相符性审查专家组程序,直至第 21.5 条程序结束后,才能提起第 22 条项下中止减让报复授权程序;另一种是争端双方协议,同时提起第 21.5 条及第 22 条程序,但双方尽快请求第 22.6 条仲裁人中止工作,直至第 21.5 条专家组作出裁决,再决定是否继续第 22 条项下的仲裁程序。

第三章论述的是争端当事方在个案基础上推动专家组和上诉机构公开听证程序。被誉为“WTO 争端解决机制之父”、WTO 上诉机构创始人的 Julio Lacarte - Muró 先生,曾参与了 GATT1947 所有八轮谈判,见证了多边贸易体制在长达一个甲子岁月里的发展历程。他指出,“保密性”是 GATT1947 的基本法则,而这样的秘密协商文化正是 WTO 从 GATT1947 那里继承而来的衣钵,秘密协商文化的深度和重要程度,WTO 至今仍无法轻易低估,也很难低估。半个世纪逐步建立和发展起来的程序和实践习惯不可能瞬间消失殆尽,它们往往会自我渗透于现在的实践之中,特别是当变革需要 WTO 成员方全体一致同意才能做出的情况下。目前虽在本质上已基本具有准司法性质的 WTO 争端解决机制,因起源于 GATT1947 外交体制中的“调解”,因此还依然残存着 GATT 遗留下来的传统、精神及做法。WTO 争端解决机制的保密性,在很大程度上反映了 WTO 从 GATT1947 继承而来的外交根基。保密性是 WTO 争端解决程序中一个固有的组成部分,DSU 至少包含 6 个有关保密性问题的条款,DSU 附录中也有两段专门涉及保密性问题。但是 WTO 所处的外部环境发

生变化,非政府组织等关于 WTO 增强透明度的呼声越来越高,自 1999 年西雅图会议开始, WTO 开始迈入“世界主义政治”(cosmopolitics)时代。2005 年“欧共体持续中止减让义务案”专家组支持了争端方美国、加拿大和欧共体提出的共同请求,将专家组与争端方之间的实质性会议公开。此前, WTO 成员方对于公开听证程序的可取性和合法性看法不一,分歧很大,几乎绝大多数成员方认为,不修改 WTO 协定,听证公开是不可能发生的事情。2005 年 WTO 专家组公开听证程序,3 年后, WTO 上诉机构于 2008 年应参与方请求,也首次将上诉机构听证程序向公众公开。自 2005 年至 2015 年 12 月底, WTO 专家组应争端方请求,听证程序公开的案件共计 12 起;上诉机构自 2008 年 7 月 10 日首次作出支持公开上诉机构听证程序的裁定,迄今为止,共在 11 起案件中公开了上诉听证程序。专家组援引 DSU 第 12.1 条和附录三《专家组工作程序》中相关条款,找到了公开专家组听证程序的合法性基础,但上诉机构在适用 DSU 有关条款从而准许公开上诉听证程序方面,面临了较大的合法性挑战。但是,上诉机构在每一起个案中,在参与方推动下,在公开上诉机构听证程序方面已经形成比较统一的法理,在个案争端当事方推动公开听证方面,已经形成比较统一的判例法。

将 WTO 与其前身 GATT1947 相比较,可以获得 DSU 中关于听证程序需要保密的程序规定以及 WTO 现有的支持专家组以及上诉机构听证程序公开实践的历史根源。GATT1947 争端解决体制的“仲裁—外交”根源是 WTO 争端解决程序长期以来不对公众开放的根本原因。WTO 成员方背景异质化、实用主义和成员驱动型组织文化,以及他们在程序解释和修改方面面临的机构制约,使得争端当事方可以而且只能在个案争端解决过程中推

动专家组和上诉机构公开听证程序。将 WTO 与国际法院、解决投资争端的国际中心 (ICSID) 以及《北美自由贸易协定》(NAFTA) 争端解决体制等国际司法和仲裁机构有关公开听证程序的法律规定、相关实践及特点等方面进行横向比较,有利于理解 WTO 在公开听证立法修改和实践方面的发展趋势。

第四章是关于 WTO 争端当事方推动专家组和上诉机构,特别是专家组就先决异议问题或者其他具有先决性质的程序问题作出先决裁决。先决异议往往在国际裁断中扮演重要的角色。先决异议程序也有可能被滥用,有些先决异议请求理由合法有效,但是有些先决异议请求则可能是争端方拖延战术,从而影响争端得不到快速有效解决。国际法院的 Thomas Buergenthal 法官曾严词批评争端方滥用这些琐碎的程序战术,拖延或扰乱法庭对案件实质及时地作出裁决。在国际法领域享有盛誉的以色列巴伊兰大学教授 Shabtai Rosenne 将争端方常常提出的异议请求分为四种:一是阻碍型异议。这类异议阻碍所有进一步的争端解决行动。二是防御型异议。这类异议的目标旨在不对案件实质作出裁决从而致使对方诉请被驳回。三是解释型异议。它要求暂时中止案件审理程序直至对管辖权等先决问题做出解释、解决管辖权争议等。四是悬而未决型异议。这类异议拖延案件审理程序直至出现“外部事件”(extraneous event)。在这四种异议类型中,第一种是完全性质的先决异议,而第三种和第四种有时候属于先决性质,而有时候则不属于。WTO 争端解决中最多引争议的先决问题是关于建立专家组请求的充分性。按照上述分类,它应该属于完全性质的先决异议,阻止专家组建立,从而使得案件争端解决程序无法进一步开展。针对建立专家组请求和专家组职权范围等提出先决异议已经成为 WTO 争端解决程序的一个

“普遍特征”。就建立专家组请求和专家组职权范围提起先决异议,经常意味着,WTO 争端方在争端解决程序中打响了第一场防御战。他们具有如此重要的战略意义,可以从 GATT/WTO 争端解决程序中出现大量的先决异议请求得到佐证。与国际法院、联合国海洋法法庭和 ICSID 等主要国际司法和仲裁机构对于先决异议和先决裁决程序进行明确规定不同的是,WTO 的主要程序规则 DSU 及其附件等,并未明确规定单独的程序阶段,供争端任何一方就管辖权或者诉请的可受理性等提起先决异议。在实践中,WTO 争端方在诸多案件中向专家组提出先决异议,或者就其他各类程序问题提出先决裁决请求,专家组在 WTO 建立之初多年的实践中倾向于在最终专家组报告中才就先决问题作出裁决。近年来,专家组在几起案件中,提前就争端方关于建立专家组请求的充分性所提出的先决异议作出先决裁决,而且以单独的 WTO 文件形式散发给全体成员方。这样的实践积累,或许将成为 WTO 争端解决机制中关于先决异议问题的新趋势。

第五章探讨的是争端当事方推动程序的其他实践,具体包括:个案争端方突破 DSU 规定的刚性要求,向 DSB 提出共同请求,延长 DSU 第 16.4 条项下 DSB 通过专家组报告的时限即延迟 DSU 明确规定的 60 天上诉期限,DSB 同意争端方共同提出的这一请求并有了比较多的相关实践;另外,争端当事一方或双方在个案争端解决过程中通过同意或反对第三方(在个别案件中还有争端一方)向专家组提出的扩大第三方权利,使其更广泛地参与专家组程序的请求,从而推动 WTO 争端解决机制中第三方参与争端解决程序法的发展和演变等。

第一节是关于 DSB 同意争端当事方提出的延迟 60 天上诉期限。原因在于上诉机构自运作以来面临较大的工作负担,在同

时或者在较短时间内,争端方会向其提出几起案件上诉,对于在结构安排和享有资源方面都存在限制的上诉机构而言具有挑战性。DSU 的谈判者在规定 WTO 裁断的刚性时间安排时,未能预计提交 WTO 争端解决机制的案件数量之多、案件处理如此复杂。已经卸任的上诉机构成员、来自南非的 David Unterhalter 教授主张,有时候向 WTO 上诉机构提起的上诉案件数量超过上诉机构能够承受的极限,为了解决上诉机构的工作负担,需要一些规则来确定处理上诉案件的顺序,并确定上诉机构一次审理上诉案件的数量,这样才能提高上诉机构复审程序的可预见性,对上诉机构成员和争端方都很重要。还有主张称,应该放松上诉机构审案的 90 天时限。但是,多边谈判修改相关程序规则,困难和挑战很大。实践中,在争端当事方推动下,经过 DSB 同意,60 天上诉期限的问题,又得以缓解。

第五章第二节是关于争端当事方共同或其中一方同意第三方提出的扩大第三方权利的请求,从而推动专家组授权第三方享有更加广泛地参与专家组程序的权利。WTO 争端解决机制中,DSU 所规定的第三方参与争端解决所享有的权利极其有限,但在实际的争端解决实践中却往往对此予以突破。这样的程序实践在 GATT1947 那里可以找到历史基础或者说历史根源。在 1972 年“英国美元区配额案”中,出现首例第三方参与 GATT 争端解决程序的实践。在该案中,专家组仅被要求考虑第三方的利益,并未提及第三方的权利问题。但是,第三方参加争端解决程序的实践已经走在法律规定的前面。在 1985 年“欧共体柑橘进口关税待遇案”中,GATT 专家组不仅考虑了第三方利益还涉及第三方权利问题,这表明第三方权利在 GATT 体制内逐步得到重视。在“欧共体香蕉案 I”中,伯利兹(Belize)是在专家组成立后

才提出第三方权利请求。专家组认为:“专家组没有权力接受任何国家参加专家组程序,但是,在争端当事方同意的情况下可以接受有关国家的参与。”WTO 上诉机构首任秘书长 Debra Steger 女士等早在 WTO 运作后不久的 1998 年,对第三方制度在 WTO 争端解决机制中的意义和作用发表看法,并注意到在个案(“欧共同体荷尔蒙案”)争端解决专家组程序中,“在争端方和专家组同意的前提下,给予第三方超出 DSU 明文规定的权利”,相较于 DSU 第 10 条及其附录三中严格规定的第三方权利,某些第三方在专家组程序中被授予“更为广泛的参与权”。“欧共同体香蕉案Ⅲ”是专家组在争端一方支持而另一方反对的情况下同意赋予扩大的第三方权利的第一次尝试。

朱榄叶教授早在 2002 年发表的关于 WTO 第三方制度的文章中预测:“随着争端解决实践增多,必将从个案中总结出适用于扩大第三方权利的一般原则,使这一问题有章可循。”历经近 10 年的争端解决实践,专家组在个案基础上,援引之前专家组的说理,逐步形成比较统一的法理。专家组在处理第三方提出的扩大第三方权利请求时,一般都会首先援引 DSU 有关第三方权利的条款,主要是 DSU 第 10 条第 2 款和第 3 款以及 DSU 附录三第 6 段,然后会表示,已有的争端解决实践“已经确立”专家组在同意赋予扩大的第三方权利请求方面享有自由裁量权,但是行使该裁量权必须受到“正当程序要求”和“需要警惕不适当地模糊 DSU 所规定的争端当事方和第三方权利之间的界限”。多起案件专家组表示,仅仅会在“非常特殊的情形下”才会赋予第三方扩大的权利。“欧共同体大型飞机案”专家组,在此前多起案件专家组同意赋予第三方扩大的权利实践和法理基础上得出结论:专家组会基于包括至少有争端当事一方同意的原因在内而同意扩大的第

三方权利请求。

最后,基于已有的案件和法理实证资料,以及对 WTO、GATT1947 和其他国际司法机构和裁断机构就上述程序问题有关的规定和实践相比较,本书得出结论:WTO 争端解决机制的现状源于其对 GATT1947 近 50 年争端解决规则、实践和争端解决文化的继承。WTO 虽然逐渐远离 GATT 外交主导的争端解决模式,但是仍然仅仅是在朝着规则导向的方向演变。现有的 WTO 争端解决机制是一种结合了“政治灵活性”和“适当司法刚性”的准司法性争端解决机制。WTO 是由其“组织”和“机构”两部分组成的整体,其作为一个国际组织所受到的机构制约使其很难进行决策,也很难通过条约规定的方式解释规则或者更新旧的规则。WTO 占主导地位的成员推动型和实用主义组织文化、其迅速有效解决成员方之间争端的目标,使其能够“在法律做出变更之前,符合正义观念的司法实践是应该被准许的”。专家组和/或上诉机构在获得争端当事双方或一方同意、在符合正当程序原则的前提下,同意授予超出 DSU 相关规定的程序权利。GATT/WTO 体制下的司法实践也证明了这类争端解决实践活动的可取性,也佐证了 WTO 争端解决机制的准司法性质。国际法院等司法裁断机构的程序规定及其司法实践严格依据已有的条约规定,可能也给 WTO 争端解决朝着规则导向的司法化方向演进提供了借鉴。

在国际公法领域中,关于国际习惯法的经典定义是“长期使用的不成文法”,强调的是国际习惯持续时间的长期性。^{〔1〕} 国际习惯法是指通过国家普遍的持续的行为而接受为法律者。形成

〔1〕 李伟芳:“论国际法渊源的几个问题”,载《法学评论》2005 年第 4 期。