

7

月旦民商法研究丛书

月旦民商法研究

国际贸易法新课题

贸易

清华大学出版社

7

月旦民商法研究丛书

月旦民商法研究

国际贸易法新课题

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

随着经济全球化的发展,世界各国和各地区在政治、经济、文化、环保、国际贸易各个领域的接触与交流日趋密切,造就了国际贸易法内涵的不断发展。本期“主题研讨”以“国际贸易法新课题”为主题,邀请台湾地区彭心仪、牛惠之两位教授、张升星法官,以及中国大陆赵秀文教授,分别从不同角度,论述国际贸易法以及仲裁法方面的新发展。

元照出版有限公司授权出版发行

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2005-5313

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

国际贸易法新课题/王文杰主编. —北京:清华大学出版社,2006.1

(月旦民商法研究丛书:7)

ISBN 7-302-12304-7

I. 国… II. 王… III. 国际贸易—贸易法—研究 IV. D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第159318号

出版者:清华大学出版社	地 址:北京清华大学学研大厦
http://www.tup.com.cn	邮 编:100084
社总机:010-62770175	客户服务:010-62776969
组稿编辑:方 洁	
文稿编辑:宋丹青	
印装者:北京国马印刷厂	
发 行 者:新华书店总店北京发行所	
开 本:155×230 印张:14.25 字数:228千字	
版 次:2006年1月第1版 2006年1月第1次印刷	
书 号:ISBN 7-302-12304-7/D·202	
印 数:1~4000	
定 价:25.00元	

月旦民商法研究

Cross-Strait Law Review

编辑顾问 (中国大陆)

王利明 王保树 方流芳
江 平 朱苏力 吴汉东
梁慧星 贺卫方

编辑顾问 (台湾地区)

王文宇 江朝国 林秀雄
林国全 陈自强 詹森林
刘连煜 苏永钦

主编

王文杰

副主编

申卫星 朱德芳



本丛书简介

随着市场经济的发展与深化，法学研究与对所处社会之关怀互动更为密切，新兴的法律议题与运用亦呈现多元之趋势，期许法学研究更为周延与可操作性已成为法学界的使命。

月旦民商法研究尝试建立一个交流的平台，提供法学界一个激荡的园地，以期开启法学研究的新视野。虽曰民商法研究，广义的私法议题都是本丛书所期待的。

前 言

随着经济全球化不断地开展，与国际贸易法相关的议题，在两岸法学界也受到了相当的关注。本期“主题研讨”栏目，特别规划“国际贸易法新课题”，邀请台湾彭心仪、牛惠之两位教授、张升星法官，以及大陆赵秀文教授，分别从不同角度，论述国际贸易法以及仲裁法上之新发展。

本期“法学论述”中，台湾东吴大学苏惠卿教授以日本名古屋地方法院于2003年12月针对1994年“华航名古屋空难事件”所做出之一审判决为评析重点，比较分析日本、台湾地区关于侵害生命权时之赔偿责任的相关法规与实务见解，并提出台湾相关法规之修正意见。大陆湘潭大学廖永安教授则十分详尽地针对大陆目前民事诉讼费用的相关规定进行评析，同时具体指出大陆进行民事诉讼费用改革时应予关注的焦点。中国人民大学朱岩教授，专文论述了民法中如诚实信用原则、公共秩序、善良风俗等一般条款之相关问题，引述了德国、法国等欧陆法系国家一般条款形成之背景与特征，以求对一般条款的功能与适用上问题进行讨论，论述可谓十分深入精彩。资产证券化此一在美国与欧陆国家行之有年的企业筹资方式，这几年也在台湾地区及亚洲其他国家逐渐发展。台湾自2002年与2003年接连通过“金融资产证券化条例”与“不动产证券化条例”后已有多笔相关商品问世，亦受到市场欢迎。中国人民大学李富成先生特别对大陆逐渐形成的资产证券化事项进行分析介绍，并期以美国及全球实行证券化之经验，提供大陆在制定法规政策上之借镜。

“两岸案例评析”栏目中，两岸证券法林国全、程合红两位学者，分别以台湾及大陆法评析台湾“高等法院”2003年度金上重诉字第9号判决，讨论证交法上操纵股价之相关问题。

目 录

主题研讨 国际贸易法新课题

- “裁量性质法规”在 WTO 架构下之定位 彭心仪、黄渝清/1
- WTO 之自由贸易规范在产品安全议题之运用、争议
与限制 牛惠之/27
- 论《承认与执行外国仲裁裁决公约》的适用范围
——兼论外国裁决与非内国裁决的界定 赵秀文/50
- 由 WTO 争端解决机制的执行效果论台湾适用该机制的
困境与途径 张升星/72

法学论述

- 日本、台湾地区间关于侵害生命权之赔偿责任的比较
——兼论日本名古屋地院“华航名古屋空难”事件之一
审判决 苏惠卿/95
- 论中国民事诉讼费用制度的改革与完善 廖永安/110
- 民法典一般条款研究 朱 岩/136
- 从美国到全球的证券化市场观察
——对中国大陆市场起飞的启示 李富成/164

两岸案例评析

- 以散布流言或不实资料方法操纵价格
——“台湾高等法院”2003 年度金上重诉字第 9 号
判决评析 林国全/195
- 中国法律视野下的股票价格操纵案 程合红/208

Contents

Special Feature The Latest Development in International Trade Law

- The Status of Discretionary Legislation Under
the WTO Framework *Shin-Yi Peng Yu-Ching Huang*/1
- The Application, Impacts and Limitation of WTO Free
Trade Rules in Addressing Product Safety
Issues *Huei-Chih Niu*/27
- On the Scope of Application for the United Nations Convention
on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral
Awards: Also on the Definition on the Foreign and
Non-domestic Arbitral Awards *Xiu-Wen Zhao*/50
- Concerning DSU Enforcement Result to Taiwan's
Application and Alternative *Sheng-hsin Chang*/72

Articles

- A Comparative Study of the Responsibility for Infringing
on Life in Japan and Taiwan Laws *Hui-Chin Su*/95
- Perfecting the System of Civil Procedure Fees in
Mainland China *Yong-An Liao*/110
- Research on General Clauses of Civil Code *Zhu Yan*/136
- Securitization: From the Global Perspective to the Rising
Chinese Market *Fu-Cheng Li*/164

Case Comments

- Case Comment Concerning the Anti-Manipulation
Provisions in Securities and Exchange
Law *Kuo-Chuan Lin He-Hong Cheng* /195

“裁量性质法规” 在 WTO 架构下之定位

彭心仪 台湾清华大学科技法律研究所副教授

黄渝清 政治大学国际贸易所研究生

目次

- 壹、前言：经济全球治理概念下之各国法制
- 貳、强制性质法规 v. 裁量性质法规：履行国际贸易协议义务之“应”与“得”的困顿
 - 一、“强制/裁量”二元思考
 - 二、“强制/裁量法规” v. WTO 义务：以台湾为例
- 叁、以“裁量性质法规”履行 WTO 义务：相关争端解决案件之研究
 - 一、传统观点：由历史角度分析
 - 二、转折点：美国 301 条款案之重大转变
 - 三、近期发展：美国 1916 年反倾销法案一案之后续发展
- 肆、“强制/裁量”措施与国际义务之衔接
 - 一、案件成熟度理论在 DSU 之适用
 - 二、WTO 会员 DSU 谈判关于“裁量行政”之提案
- 伍、结语：WTO 架构下“裁量性质法规/强制性质法规”二元思考之未来及台湾所应持之立场

壹、前言：经济全球治理概念下之各国法制

经济全球化之关键，乃 WTO 各会员经贸措施之趋同化。盖所谓“全球化”框架之建立，倚赖着跨国界制度之整合。尽管各会员在 WTO 下之义务仍因各国承诺状况之不同、发展中国家之特殊待遇、复边协议等因素而有差异，但大体而言，各国与经贸事务相关规范已在 WTO 架构下大幅度调和。以台湾地区为例，漫长之入会谈判，在一定程度上，可被视为台湾地区相关措施与国际接轨之过程。以著作权法为例，台湾由 1985 年起与美国之一连串争议与咨商谈判，导致相关法制一次又一次之修正，而陆续铺陈了今日与国际完全接轨之法律架构。从另一角度而论，尽管经过冗长之等待入会阶段，台湾 2001 年底入会前夕仍需通过专利法、著作权法、电影法、律师法等 14 项修正法案，以符合 WTO 相关规范。易言之，WTO 为全球贸易自由化之驱动力，推动着各国之法规松绑、行政便捷化、管制革新以及行政透明化。行政法制因此成为各国国家经贸政策体现之重要环节，各会员国行政法制^{〔1〕}实为衔接 WTO 规范之主要机制，为全球治理之一环。

【图表一】（见页 4）乃为解释“经济全球治理”概念下之“各国行政法制”全球化。此环环相扣网络系统之关键，在于 WTO 单一承诺谈判机制（linkage bargaining^{〔2〕}）。所谓单一承诺，乃各项谈判间之成败紧密关联性。单一承诺机制使会员面对“有/无”之决定（all or nothing），必须以单一承诺（single package of commitments）方式，将该国承诺范围涵盖所有议题，而无法排除敏感议题。论者有谓，倘非单一承诺机制，发展中国家应无意愿遵守 TRIPs 等协议之义务。乌拉圭回合谈判将敏感议题纳入谈判之做法，显然是利用一体承诺机制，使发展中国家无法在特定议题遁逃^{〔3〕}。各国在单一承诺谈判机制下，等于被迫交换（trade-offs）各产业利益^{〔4〕}。WTO 架构下之全球治理之另

〔1〕 此意指实体规范与程序规范，亦含行为法及组织法。

〔2〕 See generally Ernesto M. Hizon, *Virtual Reality and Reality: The East Asian NICs and the Global Trading System*, 5 ANN. SURV. INTL & COMP. L. 81 (1999).

〔3〕 *Id.*

〔4〕 彭心仪, *Settling Disputes in a Multilateral Framework: the WTO Dispute Resolution Mechanism and Its Effect on Taiwan*, 杨光华主编, 台湾在 WTO 规范下之经贸新页, 元照, 2001 年, 1~98 页。

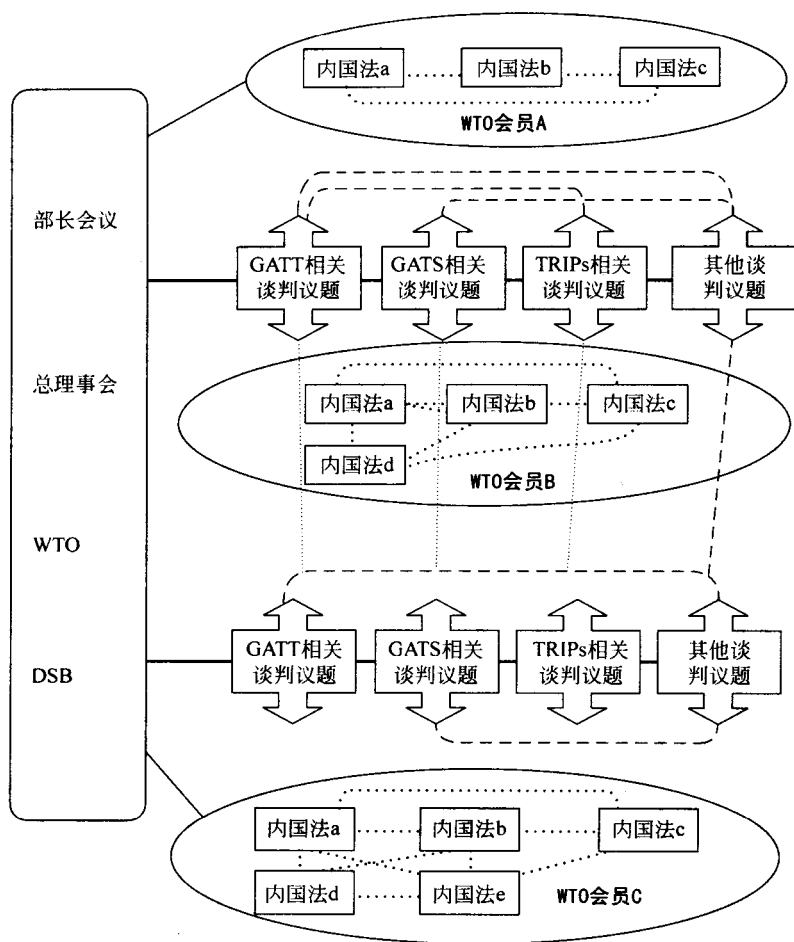
一环节,为最惠国待遇原则。盖 GATT/WTO 谈判阶段虽多在(双边)互惠原则下进行,但谈判结果在最惠国待遇原则下将适用于所有会员。此原则自然更深化了国际整合效果。再者,在内部各实体法间之连动效应方面,一复杂贸易措施往往涉及多数实体法律(及行政命令),亦牵动着相关程序规范。换言之,一会员国在 WTO 下所提出之任何承诺,均可能造成内部相关措施之连动效果。举例而言,台湾在 GATS 下对于电信参考文件之承诺,即导致本地区电信法、网络互联管理办法、普及服务管理办法等法律及相关行政命令之修订,更促使通讯委员会(NCC)之成立等政府组织面之变动^[5]。综上所述,WTO 实质上为各国经贸规范全球化之核心机制,以整合方式加速世界经济之相互依赖关系。

【图表一】凸显了时空象限之模糊化,以及各国将部分“主权”“转移”至 WTO 之事实。在此网状结构下,会员国面临着主权概念之侵蚀。印第安纳大学法学院院长 Aman 教授认为,与乌拉圭回合谈判平行同步进行者,乃各国之行政法制革新^[6]。各国行政法制之全球化,即是将消费者利益置于优先顺位,以市场导向以及成本效益分析为基础,进行法规松绑与政府组织再造(to invent the government)。是以全球化对于各国行政法制之最大冲击,在于政府(government)概念一定程度上被治理(governance)概念所取代。以 WTO 为例,会员国国内之规范主体,被跨国组织决策所驱策(driven);各国行政机关之实质决策权,已大幅被削弱。“政府”一定范围被“去任务化”,扮演着协调之“治理”角色。盖全球化乃一解构(deconstruction)过程,尽管各国仍有其历史包袱、政策目标与社会特殊考量,但政府角色已面临新的冲击。

本文旨在分析阐述 GATT/WTO 争端解决实务上,各会员国和地区内部强制性/裁量性(mandatory/discretionary)法规的定位问题。本文拟借由长期以来,小组及上诉机构报告结果,依案件时间顺序,了解:

[5] Gary P. Sampson, *The Role of the World Trade Organization in Global Governance* 2~18 (2001). Graham Dunkley, *The Free Trade Adventure-the WTO, The Uruguay Round, and Globalism* 214~237 (1997). 张文贞,面对全球化台湾行政法发展的契机与挑战,当代公法新论(中),2002年,3~26页。廖元豪,从全球化法律理论检讨我国行政程序法的内容与方向,万国法律,118期,2001年8月,2~17页。See also Shin-yi Peng(彭心仪),*The WTO Legalistic Approach and East Asia: From the Legal Culture Perspective*, 1 ASIAN-PAC. L. & POLY J 13, 1~39 (2000).

[6] Alfred C. Aman Jr., *Administrative Law for a New Century*, in *Globalization and Governance* 267~288 (Aseem Prakash et al. ed., 1999).



【图表一】 经济全球治理概念下之各国各地区行政法制全球化

当某会员之某国内特定措施被指控违反 GATT/WTO 规范时，该系争措施属于强制性性质或裁量性质之法规，是否为 WTO 司法实务裁定过程中之考量？其差异何在？是否影响会员自己内部管制自治权或立法主权

之限缩？WTO 是否过度干预各国立法权限？是否实质影响各国裁量行政的实践？

貳、强制性质法规 v. 裁量性质法规：履行国际贸易协议义务之“应”与“得”的困顿

一、“强制/裁量”二元思考

回顾 GATT/WTO 争端案例史，长期以来，一会员国经贸措施之“WTO 适法性”，似以“强制性质规范”为据。换言之，倘某一“法律”仅赋予行政机关“裁量权”，而该裁量权行使下之“行政处分”，可能会违反 WTO 规范，则该法律“本身”（per se）并不会被认定为违反 WTO 规范之措施。然 WTO 争端案美国 301 条款案审理小组之见解，一定程度地颠覆了前述通说，而认为裁量性质规范本身，亦可能会构成 WTO 义务之违反。此发展趋势严重挑战着各国内国法制之体质。在美国 301 条款案之后，WTO 争端案如美国铅铋碳钢案^{〔7〕}之小组与上诉机构，亦重申 301 条款案之小组见解，认为裁量性法规在特殊情形下（个案认定），不待适用后之具体行政处分结果，其法规本身之存在，即可构成 WTO 义务之违反。

此“强制/裁量”之区分，实为各国履行国际贸易协议义务时，立法机制之“应”与“得”的困顿。究竟，衔接国际义务之内国法，能否在条文中以“得……如何”等语境，赋予主管机关行政裁量权？倘一抽象条文本身，在法律涵摄之后，因裁量权之行使而可能导致“WTO 适法”及“WTO 违法”二种具体结果，则该抽象条文本身，是否已经违反 WTO 规范？任一 WTO 会员，在订定内国规范以履行 WTO 义务之际，是否必须以“强制规范”为限，而不得预留行政权裁量空间？

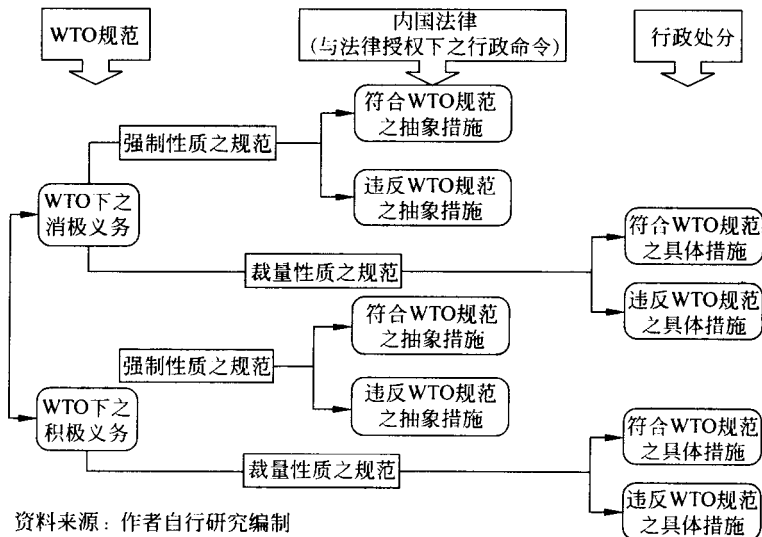
此问题之解答或可由 WTO 协议第 16 条切入^{〔8〕}。该条第 4 项提

〔7〕 WTO Panel Report, *United States-Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead And Bismuth Carbon Steel Products Originating In The United Kingdom*, WT/DS/138/R, circulated 23 Dec. 1999; Appellate Body Report, WT/DS/138/AB/R, circulated 10 May 2000.

〔8〕 马拉喀什设立世界贸易组织协议（Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization）第 16 条第 4 项。或者，类似条款：1994 年关税暨贸易总协议第 6 条执行协议（Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994，一般称为“反倾销协议”）第 18 条第 4 项下之义务。

到,“会员应确保其国内法律、规章及行政程序,符合本协议附件规定下之义务”〔9〕。然所谓“符合”,究指“适用该国内(抽象)法律及行政命令之所有可能(具体)结果均符合WTO规范”,还是指,“适用该国内(抽象)法律及行政命令之(具体)结果并不必然违反WTO规范”,则有待厘清。前者显为严格解释,等于要求各会员国必须在内国规范中,以最精准明确之强制性法律语言,履行义务。后者则较为弹性,仅要求行政主管机关在适用该法律时,顾及WTO之义务,而做出符合WTO规范之行政处分。

【图表二】解释前述二种对于WTO协议第16条不同解释下之差异。就内国衔接法规而言,可先将国际义务分为积极与消极二类。在较不严格之解释下(301条款案之前的通说),强制性质措施之WTO适法性,在抽象法律及命令层次即可被确定(换言之,贸易对手国得径针对该等措施,请求争端解决,而不论该等措施是否已经被具体适用到特定个案);裁量性质之措施,则有待被具体适用后,始能确定其是否合乎WTO规范(即,贸易对手国不得针对该措施本身,请求救济)。以【图表二】阐释如下。



【图表二】 强制性质之规范 V. 裁量性质之规范：WTO义务履行关系图

〔9〕 “Each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements.”

二、“强制/裁量法规”V. WTO 义务：以台湾为例

台湾行政法论著关于裁量性法规及强制性法规之论述，系自行政机关是否有权做出不同决定（即是否有裁量权）之差别着手，而将行政处分分为羁束处分及裁量处分所谓羁束处分系指：只要法规所规定之特定构成要件事实存在，行政机关即应依法为特定法律效果之行为。反之，纵使法规所规定之特定构成要件事实存在，行政机关依法仍有权选择作为或不作为，或选择作成不同法律效果之行政处分，即称为裁量处分^[10]。

如从法规效力之面向讨论，羁束处分所依据之法规系属强制性之法规，因为法规并未赋予行政机关任何判断的空间、亦无决定是否作成处分、是否得选择作成其他处分之权利，而裁量处分所依据之法规即属裁量性法规。强制性法规及裁量性法规主要之效力差异在于，在裁量性法规之情形，行政机关享有一部分之裁量权决定如何作成行政处分，故纵使发生相同构成要件事实，其行政处分内容可能因时、地、机关不同而有所差异，且除非行政机关所为行政处分有滥用该裁量权之结果，否则原则上司法机关对于该行政处分之实质审查范围十分有限。强制性法规因已强制规定行政机关应作成如何内容之行政处分，故相同之构成要件事实发生，将造成相同之行政处分内容。如行政机关违反规定作成不同行政处分或未作成行政处分，则该行政机关之作为或不作为将发生违法之问题，司法机关可以介入审查。

台湾法规中关于裁量性及强制性法规之例子有相当多，最容易分辨究竟为裁量性或强制性法规之方式，系借由该条文用语来认定。通常如条文用语系“应”者则为强制性法规，条文用语系“得”者为裁量性法规，不过当发生争议时，则必须检视主管机关在该规定下是否享有裁量权来认定。

台湾贸易法第 6 条规定中即包含有强制性及裁量性规定，该条规定：

“有下列各款情形之一者，主管机关得暂停特定国家或地区或特定货品之输出或采取其他必要措施：

一、天灾、事变或战争发生时。

[10] 吴庚，行政法之理论与实用，八版，2004 年，118 页。

二、危害国家安全或对公共安全之保障有妨害时。

三、国内或国际市场特定物资有严重匮乏或其价格有剧烈波动时。

四、国际收支发生严重失衡或有严重失衡之虞时。

五、国际条约、协议或国际合作需要时。

六、外国以违反国际协议或违反公平互惠原则之措施，妨碍台湾输出入时。

前项第一款至第四款或第六款之适用，以对台湾经济贸易之正常发展有不利影响或不利影响之虞者为限。

主管机关依第一项第四款或第六款暂停输出入或采行其他必要措施前，应循咨商或谈判途径解决贸易争端。

主管机关采取暂停输出入或其他必要措施者，于原因消失时，应即解除之。

前条追认规定于本条适用之。”

依贸易法第六条第一项规定，当有该项所规定之情事发生时，主管机关即“得”暂停特定国家或地区或特定货品之输出入或采取其他必要措施，条文用语既用“得”，意即贸易法该条规定授予主管机关某程度之裁量权，使其得视实际情形，决定所采行之措施；第六条第三项规定，当主管机关欲采行暂停输出入或其他必要措施时，“应”循咨商或谈判途径解决争端，第四项规定要求在采行暂停输出入或其他措施之原因消失时，即“应”解除该措施，此两规定即属强制性规定，主管机关仅得依规定行事，没有其他选择。

本文的核心问题即在于：在强制法规之情形，如该规定本身构成WTO相关协议之违反，则其他WTO会员得否直接针对台湾贸易法提出权利主张？尽管该国并未与台湾政府有具体贸易争端，在裁量法规的情形，其他WTO会员得否因为该裁量权行使后，可能构成WTO相关协议之违反，而径针对六法全书中之抽象条文本身，主张权利？同理，台湾衔接WTO义务之所有行政法令，均有类似问题。以“就业服务法”、“外国人从事就业服务法第46条第一项第一款至第六款工作资格及审查标准”、“雇主聘用外国人许可及管理办法”等管制劳动市场相关法令为例，其赋予劳委会极大之裁量空间，裁量后之具体结果（行政处分）可能符合台湾在WTO/GATS（服务贸易总协议）下关于“自然人进入及短期停留”之“水平承诺”，亦可能违反该等承诺。究竟，WTO是如何看待此类“裁量权限”？

叁、以“数量性质法规”履行 WTO 义务： 相关争端解决案件之研究

一、传统观点：由历史角度分析

自 GATT 时代以来，直到 WTO 时代的美国 301 条款争端案，GATT/WTO 争端解决小组对于会员国之强制性及裁量性法规，给予不同之对待。在强制性法规之情形，如该措施执行结果将造成国际贸易规范之违反，则在该法规（于该会员国的立法机构）通过后，甚至在该法规实际生效日之前，其他会员即可主张该法规违反国际协议义务，此时小组应对该法规进行审查，并进而决定该法规是否违反国际义务而必须改正。举例而言，“台湾行政程序法”通过后到实际生效日之间几乎间隔两年。假设台湾当时已经是 WTO 会员^{〔11〕}，又假设该段期间内，其他 WTO 会员认为“台湾行政程序法”第七节“信息公开”相关规定违反 GATS 第三条透明化义务，则小组即应对该法进行审查。

而在裁量性法规之情形，小组一旦得出该法规为裁量性法规之结论，即无须对该法规之 GATT/WTO 合法性进行审查，因为裁量性法规之本身不会构成协议规定之违反，其他会员必须待该会员实施特定措施，且该措施违反 GATT/WTO 协议规定时，才得主张权利，此时小组才会针对该具体措施（而非抽象法规本身）进行审查，认定该措施是否违法。小组之所以对裁量性法规采取较为宽松之态度，在于尊重各会员之国家立法权独立，允许会员得授权国内行政机关依不同情形为不同认定。再者，该法令本身虽有违反协议之可能性，然在行政机关运用裁量权、实施特定措施之结果，并不一定造成协议之违反，小组认为如径认该裁量性法规违反 GATT/WTO 规范，将对会员之立法权造成过多之限制。

关于“强制/裁量”二元思考原则之采用，首见 1988 年的美国超级基金法案一案（详后述），而小组在稍后几个案子中，不断重复引用基金法案中所建立之“强制/裁量”原则作为其决定依据，而会员在争端解决程序中，亦以相当高的频率，主张其涉案法规为裁量性法规，欲以“强制/裁量”原则，阻止小组对该法规进行审查。这样的情形，到了

〔11〕 但事实上，台湾于 2002 年始正式加入。