

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 119

## 宪政式制衡还是多边化制度下的均衡? ——全球治理结构背景中WTO性质的法律考察并兼评一般国际组织的宪政化趋势

钟付和

摘要: 西方学者主张的宪政模式论将WTO治理结构与国家政体进行理论上的比拟, 倾向于将其塑造成宪政体制。如果仅从解决西方式民主制度下利益集团对多边贸易体制的杯葛出发, 宪政式制衡机制的确提供了一种富于启发性的思路。然而, 国际政治经济关系的现实决定了WTO体制的核心功能是立法协调, 宪政模式论能否成立, 关键在于对WTO立法体制及争端解决机制(DSM)性质的理解。该体制的现有立法实践表明它是一个多边体制, 同时其争端解决机制地位从属于其立法机制, 在实证层次, WTO治理结构并不支持DSM的司法性质, DSM不可能构成宪政体制应有的司法之维。因此, 虽然WTO某些法律功能具有内国宪法的特征, 但总体上其治理结构的性质还不足以构成一个自足的宪政体系, 宪政论的制衡模式观点难以在WTO的实践中成立。本文从世界贸易组织的法源分析出发, 提出一个有关该体制的多边动态均衡分析模型, 以此为参照, 兼对近年在西方学界流行的国际组织宪政化理论作初步的评论。

关键词: 国际组织 治理结构 宪政功能

Abstract: Constitutionalism of Western scholars takes a theoretical analogy of WTO governance to that of a national country, holding that the regime should be reconstructed as a constitutional model. This view, in perspective of Western democracy, truly provides a suggestive approach to solve the problem of boycotting multilateral trade regime by interest group in Western countries. However, this article holds that the reality of international political economy relations will determine the core function of WTO regime, which is to coordinate international legislations, and that understanding on the essence of the legislative mechanism as well as DSM in the regime will be a key factor to assess the constitutionalism approach. Legislations status quo in the regime show clearly its multilateralism character and subordinate status of DSM to its legislative mechanism, in the positive sense, governance structure of WTO doesn't provide the basis for DSM's judicial character, DSM can't constitute such a judicial branch as is required in a constitutional system. Based on the refutations above, the article firstly makes an analysis on the legal sources of WTO, then puts forward a dynamic equilibrium model concerning its multilateral legislative process.

Keywords: international organization governance structure constitutional function

引言

由于国际组织与国际条约的密切关系, 考察国际组织性质及其功能首先是从分析条约的契约性质入手, 学者称其为“契约式的解读”(contractual reading), [1]国际经济组织的性质决定于其成立的基本文件, 国际组织赖以成立的基本文件(fundamental document)属于条约法中的国家间契约, 按照传统

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

国际法的观点，国家间契约是国家间关系的反映，政府间组织通过条约建立，其法律性质、职能范围均决定于国家在条约中的授权，换言之，国际组织本身没有自主性的权力，其法律结构和法律功能均是被动地因应国家之间的主权关系。

然而，在经济全球化的背景下，很多国际组织出现了自主地行使权力的现象，学者认为这是“各国创立国际组织时根本不想要、也未曾预料的运转方式。”[2]但更多的学者将此现象视为全球化趋势中的全球治理结构（global governance）的一部分，[3]在法治化的主流话语中，宪政的理念受到推崇，国际组织的宪政结构与宪法功能因此备受西方学者的重视。在实践中，一些国际性组织，尤其是世界贸易组织，在结构和功能上已经出现了宪政化的趋势，欧洲学者因此提出“国际宪政主义”（International Constitutionalism），[4]美国学者则提出以联邦主义（Federalism）的分权结构来塑造世界贸易组织未来发展模式的主张。[5]

从宪政角度探讨国际经济组织并不仅是一个国际法问题，由于当代国际政治经济环境的发展，法治的观念已经深入人心，从学理上探讨这个问题已经有认识上的准备。但这个问题面临着比较法律制度的困境——关于宪法和宪政，各国政治法律文化的实践殊相迥异。如西方学者所论，宪政论视野下的国际组织是建立在一个拥有共同的法律价值观和共同的善（common values and common good）世界性宪政秩序——法律共同体之基础上的。[6]然而，现有的国际组织的制度框架能够承载这种秩序吗？无论是“国际宪政主义”所主张的分层式的宪政结构[7]还是联邦主义所主张的分权式结构，都无可避免地遇到立法、司法与行政三维结构的制度安排问题。如果从立法、司法、行政三维结构去考察国际组织的治理结构性性质，则国际组织的法律结构与国别政治法律体系中的宪政结构存在相当大的不同。同时，国际组织之间，其法律结构和性质亦存在广泛的差异。因此，探讨国际组织的宪政问题，在很大程度上仅仅是一个趋势，以国际组织为制度工具，借以实现国际宪政之治还只是一幅西方学者所描绘的理论图景，不是真正的现实。本文选取当前关于宪政问题最有代表性的国际组织——WTO作为分析对象，拟对这种理论倾向做一初步的评述。

## 一、WTO性质的不同观点

世界贸易组织(WTO)是一个多边协议的组织化形态。为加强其法律功能，它已经克服了其前身——关税与贸易总协定(GATT)在组织性方面的不足。[8]WTO的组织功能，首推马拉喀什协定赋予它的管理职能，其管理职能表现在：WTO应便利对多边贸易协定的实施、管理和运用，并促进其目标的实现；为诸边贸易协定提供实施、管理和运用的体制；管理《关于争端解决规则与程序的谅解》；管理《贸易政策评审机制》；酌情与国际货币基金组织和国际复兴开发银行及其附属机构进行合作。[9]

世界贸易组织的这种管理职能，使其与成员方的关系已经超越了一种单纯的契约关系（contractual relations），而产生了一种类似于国内政治法律体制下的职能机构对其所辖范围的治理关系。

与此同时，在世界贸易组织的后续发展中，国际法学界讨论的与世界贸易组织治理结构有关的一个问题是：将世界贸易组织塑造成一个什么性质的组织？有两种主要观点，其中观点之一是其发展成一个规制型组织（regulatory model）。规制型组织的支持者认为，进一步赋予世界贸易以制定实体标准（substantial standards）的权力，尤其是在劳工、环保、卫生健康、安全方面的标准，可以防止各成员方在全球经济竞争过程中竞相实行的“将标准降低的负性竞争”（“race to the bottom”），遏止各成员方单方面制订标准，从而消除借国内立法之名行贸易保护之实的隐性贸易保护主义。[10]该模式重视WTO对实体标准的立法权，是一种“集权式”的模式，规制型模式观点着眼点在于统一市场，强调的是成员方国内规制的解除（deregulation），不可避免地涉及到对成员方国内立法主权的干预，由于与WTO最核心的价值目标——非歧视性原则存在差异，并且在实践中遇到强大的阻力，持规制型模型观点的学者逐渐在减少。另一个观点是反歧视型组织模式（antidiscrimination model）。[11]反歧视型组织模式的支持者从西方宪政民主的思路出发，主张克服WTO现有立法的缺陷，强化WTO的立法机制，并建立一个独立的裁决体系，通过审查成员方的法律是否符合世界贸易组织规则来遏制隐性贸易保护主义对多边贸易体制的操纵，在处理WTO与各成员方国内法的关系上，宪政论观点主张将相关的实体标准立法权保留于各成员方，强调WTO的裁量权。WTO宪政论的观点，又可以分为欧洲学者的观点与美国学者的观点。

德国早期学者Hermann Mosler, Wilhelm Wengler, Christian Tomuschat对欧洲国际宪政秩序思想的形成有重要的奠基作用，[12]Armin Von Bangdady, Ernst-Ulrich Petersmann等则受其影响，近年在国际学术界影响较大，Petersmann提出分层式宪政的思想：主张由一定数量的国际组织——“契约性宪法”（treaty constitutions）与国家宪法共同构成一个多层次的宪政框架。[13]按照分层式宪政的设想，“国际宪政主义”本身是一种功能有限度、但与国内宪政共同发挥作用的机制，其基本的价值取向是要

在全球化条件下保护公民权利、促进民主自治政府和公民的自由合作；在WTO体系中，公民权利主要表现为贸易权，在处理该组织与各成员方国内国内法关系时，WTO只在有限的领域和层次实施宪法功能，[14]更多的方面，则按照WTO现行规定，尊重成员方的主权。

美国学者中则有J. H. Jackson、John O. McGinnis、Mark L. Movsesian等人，后两学者合作发表于《哈佛法学评论》2000年第2期的《世界贸易宪政》的长文，[15]代表了美式思维对WTO宪政的看法。其思想是将WTO治理结构与其国内的联邦主义进行理论上的比拟，认为强化WTO建立在互惠基础上的民主机制，可以遏制某些国内利益集团从自身利益出发，靠院外游说（Lobbying）和其他政策形成渠道利用和操纵WTO规则的可能性，使WTO在推进国际贸易自由化的同时使成员国的国内政治民主化。以遏制利益集团为出发点，通过美国式政体的分权机制来重塑世界贸易组织的未来发展之路，是美国学者的设想。颇有意味的是，在对比了欧盟议会和美国国会对待WTO部长级会议的不同态度后，来自欧洲法治传统的Petersmann教授表达了其对美式思维的看法——虽然同为宪政民主体制，美国的重心在于国内宪政，其选择单边、霸权式的外交政策根本上不同于欧盟，欧盟遵从分层式的宪政主义，且恪守国际法。[16]

上述观点的提出，已经涉及到世界贸易组织未来立法的模式问题。最近几年，世界贸易组织的发展遇到了多哈回合谈判难题的困扰，并且一度更面临着各成员方谈判破裂的危险处境。这种情况表明，世界贸易组织的发展问题，已经超越了国际组织与国家关系的传统模式，多边贸易体制的内涵与制度发展路径到底是怎样？值得提出的是，欧美学者的宪政论模式，虽然在WTO与其国（区）内法的关系上取向不同，但在WTO本身的治理结构上，均是以三权分立的模式作为其分析框架，在改善WTO立法职能、加强其争端解决机制的裁判功能上方面，认识大体是一致的。

针对西方学者的立场，作者一方面既不同意规制型组织模式，因为世界贸易组织的立法权来源于各成员方主权的让渡，各成员方政治经济法律性质的不同决定了统一的世界标准难以达到；另一方面，笔者也不同意反歧视型组织模式，认为该模式是建立在对西方式民主体制的比拟之上，在WTO作为国际经济组织缺少主权内质的情况下，其治理结构将不可能是一个分权式的制衡模式。

世界贸易组织争端解决机制被普遍认为是WTO体制加强法律功能的重要成果。[17]但对争端解决机制的法律属性的认识，学者多有将其与司法程序相比的倾向，或直接将争端解决机构所受之争端解决权力力之为司法权。[18]笔者则认为学界对其性质的认识尚存在偏误，争端解决机制的解决争端过程，应属于世贸组织在协调国际经贸关系这一国际制度中的一部分，它没有获得独立于世界贸易组织立法的地位，世界贸易组织争端解决机构作出的裁决及其对成员方的影响，属于本文所论的规制力范畴。世界贸易组织规制力，是世界贸易组织作为国际制度[19]在管理、协调国际贸易关系、解决国际贸易纠纷过程中的作用表征。

综合对WTO立法过程与争端解决机制的分析，本文提出一个有关世界贸易组织法律体制的多边均衡论分析模型，以此与西方宪政观视野下的制衡论相区别。本文的观点是，虽然WTO在实践中的确发展出了一系列法律原则，其中具有宪法性价值功能，比如平等、民主、透明等价值内容，但这只是各国法治实践进程在国际组织中协调作用的结果，它可以折射世界法制文明的进步现状，但并不代表WTO本身是一个宪政组织，尤其在其结构上，它并不是一个自治和自足的政治实体——其立法体制本源于各国主权的协调，其适用过程也与此基础相一致，亦即规制力的作用与立法其存在同源与同构关系。世界贸易组织在促进国际贸易合作，解决国际贸易冲突的过程中，通过其谈判、签约和行使公共组织管理职能，可以起到协调、动态均衡的作用，但世界贸易组织体制本身不存在宪政基础，不存在司法对立法的制衡关系，尤其是其不存在司法造法的可能。

## 二、世界贸易组织多边动态均衡的立法模式

《马拉喀什建立世界贸易组织协定》明确规定，WTO在与本协定附件所含协定和相关文件有关事项方面，为处理其成员间的贸易关系提供共同的组织机构，[20]这一规定奠定了世界贸易组织治理结构的基础——世界贸易组织的一揽子协定，构成了成员方彼此之间的契约义务，是世界贸易组织体制的主要法律内容，马拉喀什协定所提供的组织法，则是为契约法服务的。世界贸易组织法里面，本身没有赋予该组织以立法权，[21]世界贸易组织的立法过程主要体现在一揽子协定的形成与发展过程，由于一揽子协定所具有的开放与发展性质，世界贸易组织的治理结构将适应其不断的修改与完善，从中长期看这个适应过程是一个均衡的动力结构。其结构的核心问题是条约的形成——一揽子协定的产生和后续完善。因此，世界贸易组织的多边贸易体制的形成和完善，才是一个立法过程，而且基于其多边化的形态，主要是一个协调性的立法过程。由于世界贸易组织本身没有一个立法机构，[22]作为该组织一部分的争端解决机制从属于这个过程，不应该是一个司法机构。

世界贸易组织体制的立法渊源可分为：表层、中间层与深层三部分，三部分构成一个统一整体。由于国际机制的影响，这三部分结构呈现出稳定均衡的常态，并且存在一般法律制度在发展过程中通常表现出来的“惰性”。[23]但在危机时期，三部分的均衡状态将被打破，该体制将呈现出失衡的变态，促发该体制的变革。

常态下的表层结构的稳定而有序，代表世界贸易组织体制的现实部分，包括世界贸易组织一揽子协定，以及世界贸易组织的组织系统，是该体制的实在法，在动力结构中处于相对均衡状态。《马拉喀什建立世界贸易组织协定》主要构成该体制的组织法，而世界贸易组织一揽子协定，则主要构成该体制的契约法。

世界贸易组织体制的表层结构，有以下表征过程：

表征之一，是该体制具有的法的调整力量，区别于一般政治经济宣言的作用方式。世界贸易组织作为一种具有较强法律性质的体制，其作用不在于宣示，而在于法的调整，其作用方式分为整体调整与个别调整两种。世界贸易组织多边化的机制，比如其最惠国待遇制度的无条件性、扩展性和固定化，[24]显示出其对国际社会的整体性调整作用。在变革时期，世界贸易组织规制力则具有较强的个别性力量，体现为争端解决机制过程中的双边性磋商或者裁决的影响，均对当事方具有直接的约束力。整体调整与个别调整是世界贸易组织作为国际经济组织最鲜明的法律特征。

表征之二，是世贸组织在国际政治经济的影响下扩展性的心理确信力，对国际经济行为，尤其是国家对外的经济决策行为产生影响，比如联合国贸发会议确立的非互惠原则，经世界贸易组织确认后，对其基于互惠的交往原则产生了重要的约束力。

世界贸易组织规制系统的深层，其核心问题是该组织与各成员方的“真正”关系，换言之，是世界贸易组织所调整的国际政治经济关系的本质部分。深层结构的主要矛盾是成员方的国家意志与商事惯例的协调。世界贸易组织规则作为贸易领域中的规制法，其规范的形成来源于两个因素：直接的来源是国家立法实践，即国家缔结条约，通过加入组织，承担义务，享受权利而形成国际法；其间接的、较远的渊源则涉及到贸易习惯法的形成。一般认为，国际习惯成为法律的条件是实践与法律确信，前者是一种客观物质条件，而后者是主观的心理条件，习惯上升为习惯法，在法的形成中是一个确认的过程，即，国家对经实践而形成的行为规范的确认。世界贸易组织法在形成过程中，较多地反映甚至吸取了西方资本主义商业实践的做法，比如对等互惠，最惠国待遇、国民待遇等，均来源于资本主义商业实践，反映了资本主义的商业精神。世界贸易组织贸易所倡导的贸易自由化，其理论支柱是比较利益学说，该学说的思想基础来源于资本主义商业实践。[25]资本主义国家与商业的关系必须追及至国家与企业的关系，两者共生而共长，并不存在资本主义商业精神与国家意志性的历史割裂，因此，商业传统较久的国家加入世界贸易组织，国内法的阻力较少——在国家立法，这很大程度上是一个对自发生成的秩序的选择确认；在企业，加入该组织意味着国内竞争制度环境的全球扩展。

同时，发达国家的选择，包括加入该组织、以及在该组织体制下的后续谈判，均受到其国内政治的影响，这种影响是间接的，且是按照其国内的宪政模式来运作的——国内利益集团不是世界贸易组织的成员方，无法对世界贸易组织直接施加影响，其利益的诉求必须通过政府代言。西方式民主国家在协调各利益集团的关系方面已经有稳定的国内立法模式，比如美国的联邦分权制，其国内利益集团可能对贸易自由化有不同的利益，对政府的对外政策施加不同的影响。在总体的对外贸易政策与法律取舍方面，国际贸易自由化是“深嵌在各国的国内政治背景之中的”，[26]这是根深蒂固的传统，政府与立法机关在这一点上别无选择，但在具体的政策法律形成过程中，国家可以通过其宪政式民主机制协调各不同利益集团的要求。对世界经贸秩序具有主导权的国家，经过对世界贸易组织法律制度的“塑造”，使其与国内政治体制存在相似的结构，有利于通过国际机制推行其国内政策主张。[27]美国宪法规定，美国缔结的国际条约和国会立法一样，都是仅次于美国宪法的最高法律，二者是平等的，国际条约与其国内法一道，构成其法律的一部分。这是美国学者推行WTO宪政化观点的国内政治基础。同是发达的成员方，欧洲政治经济情况与美国有别，尤其是历经二战后，其法律文化的价值取向多元化，受欧盟立场影响的德国学者，其思想渊源则来源于对二战后国际关系现实主义的思考，其国际法律共同体的概念直接反映了欧盟已有的政治实践，德国学者针对WTO宪法结构的设想既是分层次的，宪政功能也是多元的，并不局限在经济贸易一面，还将其扩展到非经济的政治与社会功能方面，尤其是人权。[28]

同时应该注意到，即使是在美国，对WTO的后续发展，也是存在强烈的不确定与担忧，在虑及到WTO会影响到其国内经济利益时，美国政治界便往往祭起国家主权这一被其久违的法宝，反映在美国法与WTO法的关系上，美国《乌拉圭回合协定法》规定，乌拉圭回合协定与美国任何法律冲突时美国法优先，[29]这是美国实用主义哲学在立法中的体现。[30]

而在后续加入国,尤其以法制不发达的发展中国家,在加入世界贸易组织时,则国家立法的意志性较为彰显,自然性不足。因此其规制力须借国家的强力推进,是一种自上而下的造法运动,而非西方资本主义自发生成之秩序,因此世界贸易组织规制力,因其作用对象而有不同——前者沉潜而分散,后者突兀而集中,且时与成员方国内法律体制有扞格难通之冲突,制度摩擦的抵制使规制力的作用效力存在差别,后者因为不存在融洽的国内制度准备,世界贸易组织规制力的直接作用受到减弱,表征为国际条约与国内法关系问题是一个较为重要的实践待解决的问题。[31]这是在考察世界贸易组织深层结构须要注意的重要方面。

WTO的深层,是一个充满矛盾的混合体,是政治、经济、法律关系博弈的内在动力。

中间层是在深层与表层之间的接近于达成共识的部分,是世界贸易组织法律渊源的形成层。一方面,中间层的机制必须维护体制的表层结构,即该体制的“表面样子”。[32]另一方面,中间层是联系深层与表层的中间桥梁。作为一种国际机制,中间层必须处理好世界贸易组织与各成员方的关系,从法律角度简言之,中间层必须解决问题的是,作为国际法规范的世界贸易组织如何影响各成员方的国家行为。如果从对法律体制的价值评判角度来考虑,这关涉到立法效率问题,立法效率在诸多法律体系中是一个具有宪法意义的价值,[33]而在WTO体制,条约的订立过程缓慢而麻烦,当所调整的问题遇到国际经济或成员方国内经济快速发展时期,有关规则就有可能处于过时和不足的境地。WTO与各成员国的国内法关系初步完成了由“共处国际法”(international law of coexistence)向合作国际法(international law of cooperation)的过渡,在促进成员方之间法律与政策合作方面,WTO应该更具效率。在实证层次上,学者认为,WTO规则的修订程序严重不足,表现在对WTO协定(包括多边贸易协定)修改方面,《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第10条的规定条件太多,过于尊重成员方的国内主权:一方面要求修改须得到部长级会议一致同意或三分之二的多数同意,另一方面修改不具有改变“各成员权利和义务的性质”,与此对照的是《联合国宪章》第108、109条所规定的宪章修改程序,仅规定了一个由成员国三分之二多数批准通过的条件。这表明WTO法与成员方国内政治自主性的关系远比联合国更加现实,[34]但结果是以制度的效率为代价的。

在WTO体制透明度的要求下,各国均不愿意额外承担协定外义务的动机使世贸组织的事实上(de facto)的法律人格因素在淡化,另一方面,由于制度形成中的负性竞争现象[35]将对世界贸易组织的功能构成竞争关系,[36]比如区域经济一体化组织的争端解决机制对多边化的削弱,世界贸易组织为加强其法律功能,必须强调其法律性,这使世界贸易组织在发展中,并不总是处于完全的均衡状态,而是在失衡——恢复均衡的过程中不断地被调整。

基于上述分析,笔者认为世界贸易组织体制立法模式是一个相对均衡的动力结构模式。[37]

### 三、世界贸易组织争端解决机制的法律性质

争端解决机制的创立被认为是世界贸易组织为加强其法律功能的一个重大发展,理解世界贸易组织规制性质,必须澄清对其争端解决机制性质的认识。

世界贸易组织争端解决机制的建立基于马拉喀什协定的授权,从《关于争端解决规则与程序谅解》(以下简称《谅解》)所建立的工作程序来看,该机制确具有类似于国内诉讼程序的司法性质,故此学者多从司法角度加以阐述,有的学者在评判其法理价值时甚至将其等同于司法。本文则认为争端解决机制是一种规制程序而非司法程序,支持笔者判断的论据包括以下几个方面——

从世界贸易组织争端解决机制的法律依据本身来看,其一,将其定义为“争端解决”的规则与程序,而没有直接定义为“诉讼”规则程序;其二,该机制的争端解决机构被直接命名为“争端解决机构”,而没有冠以“法院”。[38]世界贸易组织在达成该机制时,有无自觉地将之进行区分,笔者尚无考证。但仅此已显示出该机制与司法诉讼有所区别。

司法这一概念,从内国法治层次来理解,是与公权力中的立法与行政在一个位次的国家治理过程,它是国家政体之一部分,在西方法治社会,其宪政地位独立于立法与行政,并且具有对立法与行政的制衡作用。

有学者经过翔实研究后认为,世界贸易组织的争端解决程序是模仿美国“301条款”建立的,是“301条款”的国际化。[39]美国“301条款”程序,并不是一个由法院适用的司法程序,而是一个由美国贸易

代表 (USTR) 执行的行政执法程序。从程序渊源来看, DSM 不应该被视为司法程序。这项研究佐证了本文关于世界贸易组织争端解决机制不宜被称为司法程序的观点。

或有论者认为在世界贸易组织争端解决机制司法程序特征很显明的情况下, 将其与司法割开, 有小题大做之嫌, 请申论之——将其理解为司法程序, 反映出一种将世界贸易组织治理结构与国内政体相比拟的倾向, 笔者认为, 世界大同政府既不可建立, 在实证层次, 国际法意义上的宪政毫无可能, [40] 那么, 世界贸易组织中的宪政只能是向国家法的比拟, 在现实的国际政治关系的作用下, 其所谓的宪政, 也就只能是向某些国家的宪政模式的比拟, 按照这种逻辑, 世界贸易组织的宪政模式如真有可能被塑造, 最终也可能落入美国法的窠臼。世界贸易组织的价值观发展趋向, 将会认同于美国法的价值取向。

按照美国法的规定, 当争端解决机构裁决与美国法不一致时, 可以否决其效力。 [41] 在美国法与世界贸易组织争端解决机构裁决的关系中, 我们更能发现其国际关系的政治本质, 而非司法本质。或如学者所认为的那样, 争端解决机制的约束力仅相当于一般国际法 (any international law) 的效力。 [42]

从实证的角度, 不能将争端解决机制视为司法机制的重要理由是该机制不具备制衡功能。众所周知, 司法对立法与行政的制衡功能是西方宪政体制中的重要一维。但在世界贸易组织中尚难发现这种制衡功能——

首先, 争端解决机制对WTO多边贸易体制的关系是一种维护关系。争端解决机制在为多边贸易体制提供可靠性和可预测性方面是其重要的一面。 [43]

其次, 争端解决机制存在法律解释功能, 但其解释功能处于立法的从属地位。其从属性表现在: 《谅解》规定, DSB 依照解释国际公法的惯例澄清这些协定的现有规定, 但是, DSB 的建议和裁决不能增加或减少涵盖协定所产生的权利和义务。 [44] 更为重要的是, 世贸组织协定规定, 部长级会议和总理事会拥有通过对多边贸易协定所作解释的专有权力。 [45] 笔者认为, 已有立法证明, 争端解决机制不具备造法功能。 [46] 在西方政治体制下, 法律解释权是制衡关系存在的重要原因, 司法解释与造法功能独立于立法, 是其制衡立法与行政的宪法基础, 这个基础在世界贸易组织中并不存在。

从发展的角度看, 学术界讨论的世界贸易组织的司法化, 将构成世界贸易组织宪政化的一部分, 对争端解决机制性质的讨论预示着世界贸易组织未来发展的价值导向, 这就超越了浅层的“正名”之争。笔者之前曾有这样的担忧: “GATT/WTO 的争端解决机制 (DSM), 容易被理解为纯程序规则, 其所蕴涵的价值内容向为研究者所忽略。” 并且认为, 在“介绍世贸组织时对蕴涵其中的西方价值不加批判的认同, 将使学术界难辞其咎。” [47]

过于强调争端解决机制的司法性质, 或者对争端解决机制中的西方判例法影响不加价值取向上的甄别, 没有考虑其政治关系的协调性质, 将会掩盖世界贸易组织法律效力来源的国际政治经济关系的本质。

#### 四、结语

世界贸易组织的宪政模式之所以受到西方学者的支持, 根源在于西方式民主与贸易利益的关系。以美国为例, 美国贸易法的立法决策权在联邦, 贸易法维护的利益立足于全联邦的利益, 在民主制衡的机制下, 可以遏制个别州或利益集团出于自身利益考虑而损害联邦整体利益的立法。将来源于国内政体的制衡模式扩展到世界贸易组织, 反映西方学者关注的角度是利益集团对多边体制的损害, 但西方学者所谓的利益集团, 固然包含了发达国家国内的某些产业部门, 却更多地指向了在国际竞争中处于劣势的发展中国家的相关产业。西方国家的民主制度固然可以调和、遏止甚至解决其国内利益集团的矛盾和冲突, 却无法据此得出结论, 将建立在西方价值之上的宪政模式推行至政治经济体制完全不同于美国的广大发展中国家。对西方价值观的自负导致了西方研究者忽视广大发展中国家政治经济社会的具体情况倾向, 对发展中国家迫切关心的、基于历史原因的公平问题漠然视之。由于对主要矛盾予以回避, 宪政模式论仍然不能从根本上找到驱散萦绕在WTO体制之上贸易保护主义阴影的办法。 [48]

但在认识方法上, 西方语境下的宪政模式论有其明显缺陷, 首先是其理论观点中预设或隐含的西方式自由价值观。西方学者从其“市民社会”的价值取向出发, 主张国际经济法律关系的基本价值观念应该是以人权为中心, 在国际经济组织中则表现为对个人主义的市场自由的推崇, [49] 在WTO 中强调个人对贸易的参与权。个人自由是宪政制度的基本价值, 是西式法治社会一脉相承的。但从西方民主制度及其宪政价值理念来分析WTO体制, 忽略了WTO作为国际条约其中隐含的国家意志性质。在发展中国家的角度来看, 国际经济组织的宪法功能, 除了确保横向度的、以市民社会为中心的契约式自由之外, 更应该确保纵向的、

其次,西方式宪政论者忽略了对国际组织法律结构的现实分析。从该体制法源分析,WTO呈现出动力结构的形态,其结构来源于国家与国际组织间关系基于主权让渡关系形成的均衡,是一种多边化机制下的均衡。从这个意义上来说,世界贸易组织治理结构是国际机制的一部分,它本身不是一个自足的体系(self-contained regime)。WTO现阶段在立法、行政与争端解决机制三方面的均衡关系,其动力主要来源于外部因素,即国际关系所决定,是一种外部力量促发的均衡,而非依靠自身的内部制衡机制。在宪政国家,一国政体下的立法与司法、行政,在法治的要求下,异形而同源,并形成制约与合作关系,统一于国家的主权。虽然如WTO等普遍性的国际组织的立法是世界性的,但其法的适用在本质上依赖于成员国国内法。国际组织在管理公共事务方面,仅是某些局部的内容,其所倡导的法治,不可能像内国的国家与政府那样,作出全面的安排。由于参与成员主权的分隔,国际法与国内法的非连续因素的存在,国际组织的宪政运作缺少国内政体基于主权而先天拥有的自治与自足。国际组织三权分立制衡的治理模式在当今的国际经济关系中仍难以找到存在的依据。

WTO宪政模式论提出的时代背景是世界经济全球化。到目前为止,强调国际组织宪政化的学者都是以西方文化为背景的,他们的观点代表了西方法治文化对国际法律秩序的解读,尽管其中也有学者意识到,其观点受到有基督教文明传统的欧洲宪政思想的影响,缺乏广泛的比较法律文化的支持而有可能代表性不足。[51]但在另一方面,国际学术界缺少基于发展中国家价值观的、系统的关于国际组织治理结构的研究文献。[52]经济全球化与法律发展的互动关系必然表现在国际条约的组织化与机构化过程,这是一个不可逆转的趋势,但这个过程是否一定是宪政化?按照传统国际法的观点,国际组织属于国家间关系的产物,以市民社会为中心的宪政论能否超越并全面取代传统观点吗?作者希望本文所提出的关于WTO性质的多动态均衡分析模型及其所隐含的价值取向能对这个问题的解答提供一种有益的分析思路。

---

[1] Ernst-Ulrich Petersmann, "The Change Structure of International Economic Law", manuscript presented by Pro. Petersmann at the lectures at Xiamen Academy of International Law (厦门国际法高等研究院), September, 2006. p1.

[2] 迈克尔·N·巴尼特、马莎·芬尼莫尔:《国际组织的政治、权力与病症》,载[美]莉萨·马丁等编《国际制度》,上海人民出版社2006年版,黄仁伟等译,第457页。

[3] 早期的一些国际法学家业已注意到了国际条约的组织化功能,将条约之其中一种分为“宪法”性条约(constitutional treaties),如亨金认为,国际法有一些“宪法”原则(constitutional principles),参看王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第69页。但国际经济组织的宪法性结构与宪政功能现象逐渐为学界所认识和重视,则是随着以世界贸易组织为主的普遍性国际组织的实践而展开的。一些综合性的国际经济组织,如国际劳工组织、国际卫生组织、欧盟也被认为具有宪法结构和宪政功能,See, Ernst-Ulrich Petersmann, supra note 1, pp9-10.

[4] See, for example, Ernst-Ulrich Petersmann, supra note 1.

[5] John O. McGinnis and Mark L. Movsesian, "The World Trade Constitution", Harvard Law Review, Vol. 114, 2000.

[6] 德国学者Christian Tomuschat的观点,参见Armin Von Bangdandy, Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany, Harv. Int'l L.J. vol 47, p224.

[7] 见第2页及注释13。

[8] 关税与贸易总协定由于没有正式国际组织的组织宪章而被许多学者认为仅仅是一个合同(contract),但其后演变成一个事实上(de facto)的国际组织,学界则殆无异议。

[9] 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第3条第1款至第5款。

[10] 在西方民主国家,隐性保护主义(covert protectionism)是指利益集团通过影响国家政策法律的制定而“合法”地抵制自由贸易的保护主义。

[11] Bangdady, 又将反歧视模式称为合作相互依赖模式(coordinated interdependence model), see Armin Von Bangdandy, " Law and Politics in the WTO- Strategy to Copy with a Deficient Relationship" , Max Plank UNYB5(2001), p613.

[12] See Armin Von Bangdandy, *ibid.*

[13] Petersmann的分层式宪政 (Multi level Constitutionalism)观点, 显受到欧盟(EC)实践的影响, See *supra* note 1, p14.

[14] *ibid.*, p10

[15] *Supra* note 5.

[16] *Supra* note 1, p7

[17] 前WTO总干事鲁杰罗先生指出, 如果不提及争端解决机制, 任何对WTO成就的评价都是不完整的, 争端解决机制是多边贸易体制的中心支柱。See Statement of Director-General Ruggiero, <http://www.wto.org/wto/about/dispute1.htm>. 17 April, 1997. 转引自张东平: 《WTO司法解释论》, 厦门: 厦门大学出版社2005年版, 第41页。

[18] 张东平: 《WTO司法解释论》, 第42页。

[19] 克拉斯纳(Stephen Krasner)认为, 国际机制是在国际关系特定问题领域里的原则、规范、规则和决策程序。基欧汉则认为, 国际制度包括国际组织、国际机制和国际惯例。参见[美]罗伯特·基欧汉、[美]约瑟夫·奈, 门洪华译: 《权利与相互依赖》, 北京: 北京大学出版社2002年版, 第15页、16页。

[20] 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第2条第1款。

[21] 杰克逊也认为, WTO的决策程序非常显著地受制于已达成的条约文本(" negotiated treaty text" , 指一揽子协定, 笔者注), 参见J.H.Jackson, " The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results" , *Columbia Journal of Translational Law*. Vol 36, 1997. 关于世界贸易组织本身不具备立法职能的讨论文献, 参见前引John O. McGinnis and Mark L. Movsesian文中的第118注释。

[22] Bangdandy也认为, 与WTO争端解决机制的司法性质相比, 其立法职能甚不匹配, 因为WTO机构不能制定规则, WTO的所有协定本身也没有表明其有立法权, 这与欧盟不同, 立法是欧盟的一个主要任务。See Armin Von Bangdandy, *supra* note 11, p618.

[23] 有关学者对世界贸易组织制度惰性的分析, 参见Rorden Wilkson, " The WTO in Crisis : Exploring the Dimensions of Institutional Inertia" , *Journal of World Trade*, 35(3), 2001.

[24] 多边机制的固定化主要是指各成员方历经各回合谈判的成果——关税减让表或承诺表的不可撤销性质。

[25] 由于世界贸易组织的商业渊源, 该体制被一些学者视为商业规则, 忽略了其政治经济关系本质的一面, 见经济学家张维迎的评论, 拙文已对该种观点提出过商榷性看法, 参见钟付和: 《自由与公平的历史纠葛——世界贸易组织主流价值形态源流论》, 第26页。

[26] 徐崇利: 《经济一体化与国际经济法律体制的构建》, 载《国际经济法论刊》第8卷, 北京: 北京大学出版社2004年版, 第58页。

[27] 比如美国反倾销法、“301条款”立法无论是从理念, 还是从程序设计方面对世界贸易组织立法的影响都甚大。

[28] Ernst-Ulrich Petersmann, , *supra* note 1.

[29] 在WTO即将成立之时, 美国国会曾爆发过一次关于国家主权的大讨论。可参阅J. H. Jackson, " The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the

[30] 参阅钟付和：《WTO与美国法关系论》，《华侨大学学报》2002年第1期。

[31] 注意中美对国际条约的不同实践。我国《民法通则》第142条，《民事诉讼法》第238条，《行政诉讼法》72条均明确规定，中国参加或缔结的国际条约与国内法相冲突时，国际条约优先。中国加入世贸组织后，按照现有立法，世贸组织的法律效力显然优先于国内法的效力。中国与美国对待国际条约的不同态度，将给两国的经贸交往增加不确定性。参见韩立余：《美国外贸法》，北京：法律出版社1999年版，第8页。

[32] *personality*一词来源于拉丁文*persona*，有面具（*mask*）的意思，这个词义同时为人格心理学家和研究法律组织的法学家使用。“表面样子”是关于人格（*personality*）的心理学定义，在此借用于描述世界贸易组织的动力结构的表层。

[33] Bangdandy, *supra* note 11, p 623.

[34]，对该条的评论参见上注Bangdandy文，第623页。

[35] 参看第3页。

[36] 从制度经济学来看，这是制度供给的博弈过程。

[37] 该模型受到人格心理学的心理动力学学派的启发。国际经济组织作为集中各方利益，受到各种驱动力影响的集合体，在结构特征上与心理学中的人格是相似的，这种同构现象为本文的分析提供了一种启示。

[38] 将争端解决机构冠以“法院”，在国际公法的实践中是存在的，如国际法院、国际刑事法院等，但为数较少，其司法性质与内国的司法制度比较仍然值得研究。

[39] 李明德：《“特别301条款”与中美知识产权争端》，北京：社会科学文献出版社2000年版，第93页。

[40] 西方一些重要的政治学者已经认识到这一点，如基欧汉和奈，“在我们乃至我们子孙的有生之年，新的世界宪章都不大可能被接受。世界的政治和文化多样性——及其绝对规模——使得这种前景分外渺茫”，参见[美]罗伯特·基欧汉、[美]约瑟夫·奈，《权利与相互依赖》，第23页。

[41] 19 U. S. C. § 3512(a)(1)(1994).

[42] J. H. Jackson, "The WTO Dispute Settlement Understanding—Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation", *American Journal of International Law*, Vol 91. 1997.

[43] 《谅解》第3条第2款。

[44] 《谅解》第3条第2款。

[45] 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第9条第2款。

[46] 由于世贸组织的一揽子协定和部长会议在实践中不能解决一些法律难题，争端解决机构尤其是争端解决的上诉机构被迫成为一个查漏补缺的立法者(*interstitial legislators*)。Simon N. LESTER等西方学者据此认为，DSM中存在一种事实上的判例法，具有一定的造法功能。See Simon N. LESTER, "WTO Panel and the Appellate Body Interpretations of the WTO Agreements in US Law", *Journal of World Trade*, Vol 35, 2001.

[47] 钟付和：《自由与公平的历史纠葛——世界贸易组织主流价值形态源流论》，《比较法研究》2002年第2期，第26页。

[48] 同上。

[49] Ernst-Ulrich Petersmann, supra note 1, pp14-15.

[50] 参阅钟付和：注释47文。

[51]如Ernst-Ulrich Petersmann、Armin Von Bangdandy在其文献中都一再强调这一点，特别是Petersmann，认为WTO法不能损害和削弱各成员方国内法律制度，要顾及到其广泛存在的民主倾向、社会需要和传统的不同，但如何协调WTO法与差异多样的各国法的矛盾，学者们没有进一步的论证。See Ernst-Ulrich Petersmann, supra note 1, p9.

[52]同是德国学者的乌尔里希·贝克就此现象表示担忧。贝克认为，美国所推行的全球化，不仅仅着眼于经济全球化以及由此带来的社会与经济的变化，归根结底其实质在于推行“全球民主和人权新伦理”，是一种世界强权政策，西方国家和跨国组织打着保护人权和自由贸易的旗号对他国事务进行干预，随着经济和伦理全球化新话语的延伸，民族国家主权权利正失去内涵而受制于所谓的全球责任。贝克甚至担心，全球化因此有可能演变成没有东方国家的“全球西方”。参见 [德] 乌尔里希·贝克、哈贝马斯等，《全球化与政治》，北京：中央编译出版社，2000年版，第41页至第46页。

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)