

世界貿易組織規約憲政主義化的省思 －國際憲政主義的浮現與影響

曾 雅 真

(南台科技大學財經法律研究所副教授)

摘 要

國際憲政主義概念固然有待精確定義，但有關世貿規約憲政主義化的見解，已然成為國際法學界討論國際憲政主義概念的藍本。國際憲政主義概念的演化暨發展方向，可能影響到國際社會法律體系的建構，以及國家未來在國際社會所受到的司法制約程度。展望未來，世貿規約憲政主義化的經驗進程，是否會對國際法其它面向的法理論證造成影響，繼續將人權概念置入永續發展、國際環境保護、氣候變遷機制與海洋環境保育等議題的論證當中，並以人類社群整體福祉之極大化為前提，為沒有參與締約的第三方創造國際責任與義務，值得吾人深入並且持續的進行觀察。

本文首先將勾勒出全球化對國際公法造法機制所產生的挑戰，探索憲政主義概念應用於國際公法的發展，再以世貿規約的憲政主義化發展為例，檢視國際憲政主義概念運用於世貿規約的不同主張，最後勾勒出國際憲政主義主張，對國際社會法律體系演變之影響。希冀透過國際憲政主義各種不同觀點之檢視，揭示國際公法規範暨世貿制度改革之深層意義。

關鍵詞：國際憲政主義、憲政主義化、世貿組織、國際造法、國際公法

* * *

近十餘年，國際公法的造法程序、造法參與者，以及萌芽中的國際規範，已呈現重大變革。國際公法學術研究社群就國際憲政主義 (International Constitutionalism) 的概念化爭辯，顯示國際公法研究已呈現轉變態樣。相關論戰所衍生的各項問題，如國際治理、國際組織之作用與功能，以及全球法制社群 (legal community) 等，皆係現今探索國際公法議題之重要起點。

以世界貿易組織規約 (WTO 法) 之憲政主義化 (constitutionalization) 作為案例的討論，是現今國際公法、國際經貿法暨國際組織等學術領域之主要論述趨向，相較於歐美的熱烈討論，我國仍顯少有相關論著。有鑑於此，當國內法學者將國內立法者之間的角力過程歸於政治學的討論範圍，並致力於國內法律條文的解釋與運用時，國

際公法學界則有必要追本溯源，梳理國際公法中某些正在浮現的特定概念暨其可能之影響，方能對爾後的規則與運用，提出建設性的學理見解。

本文首將勾勒出全球化對國際公法造法機制所造成的衝擊，探索憲政主義概念應用於國際公法之相關論述與局限，再以世貿規約的憲政主義化發展為例，檢視國際憲政主義概念運用於世貿規約的不同主張，最後勾勒出國際憲政主義主張，對國際社會法律體系演變之影響。希冀透過國際憲政主義各種不同觀點之檢視，揭示國際公法規範暨世貿制度改革之深層意義。

壹、全球化對國際公法造法機制的衝擊

全球化的發展，^①不但對國家與國際環境造成重大影響，亦連帶衝擊國際公法之傳統造法機制。全球化不但導致國家主權的弱化，諸多跨越疆界的流動，亦令國家在施展主權時感到力不從心。^②全球化的發展更顯示，國際制度需要擁有更大的權威與更明確的規則。^③國家的主權地位與統治能力，因而相對面臨更多的制約與限制。^④國家不僅不再是國際公法唯一的造法來源，傳統上國家同意的國際公法造法原則，亦連帶遭受國際造法實踐的侵蝕。

一、國際造法者的擴散

首先，在全球化的衝擊下，參與國際公法造法之行爲者，已不限於主權國家。國際規範造法機制的主要原則，乃在國家間的普遍同意（*general consent*），^⑤而國際公法中所揭示的習慣（*custom*），則是國家同意原則的反映。^⑥但隨著國際組織

註① 有關全球化之定義與樣式（*types*），請參考 David Held, “Cosmopolitanism: Ideas, Realities and Deficits,” in David Held & Anthony McGrew eds., *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance* (Cambridge: Polity, 2005), pp. 305~306.

註② James Rosneau, “Governance in a New Global Order,” in David Held & Anthony McGrew eds., *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*, p. 74; Peter Evans, “The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization,” *World Politics*, Vol. 50, No. 1 (1997), p. 65.

註③ Robert O. Keohane, “Hobbes’s Dilemma and Institutional Change in World Politics: Sovereignty in International Society,” in Robert O. Keohane ed., *Power and Governance in a Partial Globalized World* (New York: Routledge, 2002), p. 81.

註④ 以世界貿易組織為例，世貿影響並拘束會員的行爲，更透過共識決策暨爭端解決機制（WTO Dispute Mechanism）的運作，強化世貿規則的法制化地位；但世貿會員的內國法，則必需遵照世貿議定書的承諾內容，作必要的立法或修正；甚至世貿會員的作爲暨其所爲的法律解釋，亦需遵照爭端解決機構（Dispute Settlement Body, DSB）的裁決與建議，作必要的調整。

註⑤ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edition (New York: Oxford University Press, 2003), p. 3; Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community* (Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Sijthoff & Noordhoff, 1980), p. 74.

註⑥ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 3.

(International Organization) 與非政府組織 (Non-governmental Organization, NGO) 造法地位的強化，國家在國際公法造法機制中的獨霸地位，因此相對弱化。

雖然有學者認為，國家掌控國際組織的自主性只是一個程度上的問題，但並不否認國際組織具備國際社會行為者的地位；^⑦亦有論者以為，具備國際法人格 (personality) 的國際組織，無論在條約或是習慣國際法上，都己是一個有別於國家的國際造法者。^⑧事實上，藉由專業性與資訊的掌控，國際組織改變國際體系規範的能力，未必較國家遜色。第一，國際組織具有概念設定暨分門別類 (classification) 的能力，它能創造行為類別 (categories)，進而成為國際強制規範的創造者。^⑨例如聯合國的國際法委員會，即創造出「國際社群整體」(community of states as a whole) 的概念，進而為 1969 年《維也納條約法公約》(Vienna Convention on the Law of Treaties) 第五十三條所揭示的國際強制規範 (*jus cogens*) 奠定基礎。^⑩此外，國際組織亦具備確定命名 (naming) 或標示 (labeling) 某些意涵的能力，例如定義人類安全 (human security) 或治理 (governance) 一詞之內涵。第三，國際組織具有表明 (articulate) 與散布 (diffuse) 規範、原則或是新行為者的能力。例如去殖民化 (decolonization) 的過程，即創造出新的國家。^⑪為此，就國際造法觀點言之，國際組織成功地對國家施加了國家同意以外的國際義務，成為創造新興國際義務的要角，並且隨著國際組織數量的日趨成長，諸如 1982 年《聯合國海洋法公約》所創設的國際海洋法法庭 (International Tribunal for the Law of Sea) 或者世貿組織等，國家的國際義務遂有逐漸累積的趨勢。第四，為處理各種規範間的衝突，國際組織除了有必要去解釋原有的組織規章，明確化該規章的意涵之外，更有必要去補充規章之間的縫隙，凡此作為，皆致使國際組織產生了造法作用。^⑫

非政府組織在國際造法過程中所扮演的角色亦難以忽視。非政府國際組織可以透過議程設定 (agenda-setting) 影響國家的態度與立場。^⑬國際社會中的某些人道團體，得以運用議程設定，向國家施以輿論壓力，最終迫使國家做出具體回應，遵循某些非

註⑦ Darren G. Hawkins et al, *Delegation and Agency in International Organizations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), pp. 4~5.

註⑧ G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 194.

註⑨ Jose Alvarez, "International Organizations: Then and Now," *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2 (2006), pp. 326~327; Michael N. Barnett and Martha Finnemore, "The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations," *International Organization*, Vol. 53, No. 4 (1999), p. 710.

註⑩ Jose Alvarez, "International Organizations: Then and Now," p. 327.

註⑪ Michael N. Barnett and Martha Finnemore, "The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations," pp. 710~715.

註⑫ Richard H. Steinberg, "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints," *The American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 2 (2004), pp. 247~275.

註⑬ Kenneth R. Rutherford, "The Evolution Arms Control Agenda: Implications of the Role of NGOs in Banning Antipersonnel Landmines," *World Politics*, Vol. 53, No. 1 (2000), pp. 74~114.

政府組織所律定的國際規範，從而讓國家行為受到該等規範的約束。^⑭非政府組織雖然不具國際法人格，卻對國際法之發展、解釋、法律適用及國際公法的執行等層面，發揮重要的功能。例如世貿組織已同意，可以透過法庭之友（*amicus curiae*）的運用，接納來自非國家、國際組織以外之專家或是跨國企業代表的意見。^⑮透過意見的散播，非政府組織在有關人權、人道法暨環境等相關議題的見解與立場，已對今日的國際造法產生重要的影響。綜言之，非政府組織透過議程設定，在國際造法的程序中，扮演了形塑國際公法實質概念的重要角色。^⑯

二、國家同意原則的蝕化

國際公法的造法者不但有擴大化的趨向，事實上國際造法機制的國家同意原則，亦連帶遭受國際造法實踐的侵蝕。國家同意原則明定於《維也納條約法公約》第三十四到三十七條。^⑰不過現今涉及環境保護、氣候變遷、太空暨外太空、南極或海洋資源等領域的「世界秩序條約」或「全球條約」（*global treaty*），以及國際組織治理制度的發展，原則上已對國家同意原則構成挑戰。^⑱

所謂「世界秩序條約」或「全球條約」意指，全球需要國際社會所有成員的合作，因此客觀的「國際社群整體」利益與意志，應高於個別國家的利益與意志，並由此產生依據全球條約律定最基本規範的法律義務。^⑲「世界秩序條約」限定「國際社群整體」的權利，並律定「國際社群整體」的義務，成爲一種超越國家同意原則的國際造法，對沒有締約之第三國的權利與義務造成衝擊。^⑳例如《聯合國海洋法公約》第十一部分之「區域」（*Area*）條款，列出「人類共同遺產」（*common heritage of mankind*）的概

註⑭ Ricahrd Price, "Reversing the Gun Sight: Transnational Civil Society Targets Land Mines," *International Organization*, Vol. 52, No. 3 (1998), pp. 613-644; Kenneth R. Rutherford, "The Evolution Arms Control Agenda: Implications of the Role of NGOs in Banning Antipersonnel Landmines," pp. 74-114.

註⑮ 「法庭之友」是一個英美法系的概念，指涉訴訟案件中不具訴訟當事人資格卻有利害關係，經請求並經法院准許其對該案件提出意見之人。有關 WTO 「法庭之友」討論，請參考彭心儀，「論 WTO 爭端解決程序下之「法庭之友」介入問題」，*貿易調查專刊*，第 11 卷（2004 年），頁 165、167-219; Steve Charnovitz, "Nongovernmental Organizations and International Law," *American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2 (2006), pp. 348-372.

註⑯ Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (New York: Oxford University Press, 2007), pp. 103-104.

註⑰ 《維也納條約法公約》第三十四條規定，「條約非經第三國同意，不得爲該國創設義務或權利」；第三十四到三十七條更揭示，條約對第三國施加義務，必須經過第三國的書面同意；此外，非經第三國的同意，不得取消或變更條約對第三國所賦予之權利；而條約對第三國賦予權利時，應得到第三國之同意，如若第三國無相反意思之表示，應推定其表示同意等。

註⑱ Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3 (2006), p. 588.

註⑲ G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pp. 66-67.

註⑳ Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures," pp. 588-589.

念，否認所謂「區域暨其資源」是國際無主物，並且任何國家或個人，亦不能對「區域暨其資源」有任何權利或是權利之主張。^①固然西方國際法學者質疑，「人類共同遺產」是否推翻了國家同意原則，進而對第三方之權利與義務造成影響，^②但亦有學者認為，就保護全球海洋環境與特殊物種的角度言之，「人類共同遺產」概念所產生的法律效力，不容被抹煞，^③並且此種概念已成為國家實踐之載具。^④

另一方面，國際組織或國際制度近年來的發展，亦導致國家同意原則面臨新的挑戰。例如透過多邊條約所組成的世貿組織，會員以同意原則加入多邊條約後，是否意味會員同意世貿組織，得依照世貿規約所創建的國際制度，藉由內部程序，任意解釋條約的相關規範？^⑤有論者以為，世貿組織目前正朝向利於世貿獨立運作方向發展，因世貿組織上訴機構（Appellate Body）藉由法規縫隙之填補與模糊法規之澄清等作用，已發揮國際造法功能。^⑥但仔細回顧世貿成立前的烏拉圭回合談判，可以發現，參與創建世貿組織談判的各方，並無意賦予上訴機構造法之無限權力，而是希望透過司法裁決，令各方能夠忠誠地履行世貿相關規範，保障各會員的權益。^⑦換言之，世貿會員在締約之初，並無意圖授予世貿組織，擁有逾越會員權力之內部造法權，以避免會員的作為或不作為，受到無限制約。但隨後的發展，卻超出會員預期，國家同意原則在世貿國際造法過程中的作用，因此受到侵蝕。

國際公法造法機制的複雜化引發國際公法走向的歧異化（fragmentation）討論，^⑧如何因應全球法秩序的劇烈變動，此種挑戰醞釀了國際憲政主義概念運用於國際公法

註① 《聯合國海洋法公約》第一百三十六條規定，國家管轄以外的海床、洋底及其底土「區域及其資源是人類的共同繼承財產」；第一百三十七條規定，「任何國家不應對區域的任何部分或其資源主張或行使主權或主權權利，任何國家或自然人或法人，也不應將區域或其資源的任何部分據為己有。任何該等主權和主權權利的主張或行使，或該等據為己有的行為，均不應予以承認」；此外，依據第一百三十七條第二款之規定，有鑑於「區域內資源的一切權利屬於全人類，由權威當局（authority）代表全人類行使，該等資源不得讓渡」。

註② G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, pp. 67-68; Christopher C. Joyner, "Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind," *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, No. 1 (1986), pp. 190-199.

註③ Yoshifumi Tanaka, "Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed Beyond the Limits of National Jurisdiction," *Ocean Development and International Law*, Vol. 39, No. 2 (2008), p. 142.

註④ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 244; R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd edition (Manchester: Manchester University Press, 1999), p. 228.

註⑤ John H. Jackson, *Sovereignty, The WTO, and Changing Fundamentals of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), p. 52.

註⑥ 相關解釋與例證參閱: Richard H. Steinberg, "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints," pp. 251-254.

註⑦ *Ibid.*, p. 250.

註⑧ 有關國際公法歧異性的討論，請參考聯合國國際法委員會就此問題在 2006 年所做的最終研究報告 United Nations International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006, U.N. Doc. A/CN.4/L.682.

的討論暨成長空間。

貳、憲政主義概念在國際公法之適用

雖然憲法、憲政或是憲政主義 (constitutionalism)，在政治學與內國法的法律研究中，已經是一個耳熟能詳的名詞，不過國際公法學界對於這些名詞的內涵仍未達成共識。在政治學與內國法的學術討論中，憲法與憲政主義概念是一個被廣泛討論的課題，它指涉在政治運作上對大多數決定的自我限制，該自我限制功能包含了對人民基本權利之保障，以及對社會中大多數成員決定進行某種政治改變時，所構成之程序暨實質上的障礙。^②法治 (rule of law)、政府的權力制衡、對人權之明文保障，甚至憲法之司法審查制度，都構成政治學與內國法律研究憲政主義的主要內容暨討論要項。不過，國際公法對此概念的探討，則充滿模糊與變異。

國際經貿法學者傑克森 (John H. Jackson) 認為憲政主義有四種態樣 (types)。首先，憲政主義適用於擁有憲法的國家；第二，它有時被用於描述一部憲法的規範性意義 (normative meaning)，從而一部真正的憲法如果產生了憲政主義的實踐，必需擁有某些實質內涵 (attributes)，例如民主或是人權之保障等。第三，有時憲政主義是用來描述某個政府間的特定制度或是國際組織的發展，例如聯合國憲章與歐盟的進程，都被賦予憲政主義的稱號。最後，憲政主義指涉一種情況，它表現出國際公法作為一個整體規範的萌生過程。^③綜上述，憲政主義可能指涉某個採行民主法治政治制度的國家，可能是憲法的規範性內涵，或是對某種國際社會發展的描述，甚或是國際社會中形塑國際公法秩序的一種狀態或過程。

不過，亦有學者認為，在當今對國際公法學界對國際憲政主義的討論中，國際憲政主義無寧是一種思維或是一個政治議程 (political agenda)，呼籲將法治、權力制衡、人權保障與民主等憲政原則運用到國際司法領域，以改進國際法秩序的效率暨公正性 (effectivity and fairness)。^④憲政主義化則是指涉，在一個法秩序中浮現憲法法律 (constitutional law) 的過程；而在國際公法的研究社群中，國際憲政主義化則意謂，在國際法秩序中，某種憲法類似成分 (constitutional like elements) 之醞釀、產生與確立的一個持續性過程。^⑤儘管如此，國際公法學界對於國際憲政主義或是國際憲政主義化之具體定義，仍存在諸多不同的看法與立場。^⑥

註② Jon Elster and Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University, 1993), pp. 2~3.

註③ John H. Jackson, *Sovereignty, The WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, pp. 223~224.

註④ Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of fundamental International Norms and Structures," pp. 583~584.

註⑤ *Ibid.*, pp. 582.

註⑥ Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 17. 請參見本文第三節，「世貿規約憲政主義化的不同主張」。

討論國際公法憲政主義的基礎，在於確立國際公法各種規約之間存在法的位階性 (hierarchy)，而此點已獲得國際公法學界的確立。國際公法存在法的位階性，意謂某些國際公法的概念 (concept)、原則 (principles)、規則 (rules) 或是規範 (norms)，構成國際公法之憲法性原則 (constitutional principles)，其法律位階遠高於一般的國際法規範。

早期的國際公法學者，多專注於國際公法之憲法性原則的討論，對於國際公法各種規約之間是否存在位階性的問題，並未多所著墨。早期國際公法學者將憲法 (constitution) 一詞，定義為一種約束國際法造法的國際規約，以為國際法最根本之憲法性要素 (constitutional elements)，是有關國際造法過程中的程序性共識。³⁴凱爾生 (Hans Kelsen) 以為，憲法的根本功能，在規範「法」的生成，因此，國際社群的憲法，是一組國際法的規則，它促成國際法的萌生，或決定了國際法的法源 (sources)。³⁵聯合國國際法委員會 (International Law Commission, ILC) 在 1976 年亦揭示，某些影響國際社群重要利益的根本規則，乃是憲法性原則 (constitutional principles)。³⁶它被視為一種更高層次的國際義務來源，但在國際法律秩序中，創造此種憲法性或是根本性的原則，並無特定的法源，該等原則或者來自於國際習慣法，或者存在於條約之內，或是存在於條約所衍生的程序或主體之內。³⁷綜言之，早期國際法學者使用憲法一詞的論述核心在於，左右國際法造法的根本性規則，是國際法得以生成的基礎。

國際公法學界在近年則已確立國際公法各種規約之間存在位階關係，為國際公法國際憲政主義的發展奠定了基礎。國際公法的法源 (resources) 之間不具位階性，並且國際規約不會因為造法法源 (resources) 的不同，而導致不同的位階關係，已經為聯合國國際法委員會所確認。³⁸但是，ILC 亦未否認國際規約之間存在位階關係。ILC 在報告中認為，由於某些國際法規則 (rules) 比其他規則更為重要，從而在國際法制度中享有更高或更為特別之地位。³⁹該等最高位階的國際公法規則包括，為國際社會全體所接受並公認不得損抑的國際強制法 (*jus cogens*)、《聯合國憲章》第一百零三條，以及「普遍性義務」 (*obligation erga omnes*) 等。⁴⁰首先，只要是被國際社會全體所接受並公認不得損抑的其他規則，都可具有國際強制法的性質；目前已被確認的強制法規範包括，禁止侵略、奴役和販賣奴隸、種族滅絕、種族歧視、種族隔離和酷刑的規則，以及適用於武裝衝突中的國際人道主義法的基本規則與自決權 (right to self-determination) 等。其次，國際法規則也可基於某一條約的規定而高於其他規範。例如

註³⁴ G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 14.

註³⁵ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (Clark, N.J.: Lawbook Exchange, 2003), p. 437.

註³⁶ United Nations International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission 1976*, Vol. 2, part 2 (New York: International Law Commission, 1976), p. 85.

註³⁷ *Ibid.*, p. 86.

註³⁸ United Nations International Law Commission, *ILC Report of the 58th Session*, A/61/10, 2006, pp. 418-419.

註³⁹ *Ibid.*, p. 419.

註⁴⁰ *Ibid.*, pp. 418-423.

《聯合國憲章》第一百零三條規定：「聯合國會員在本憲章下之義務與其依據任何其他國際協定所負之義務有所衝突時，其在本憲章下之義務應居優位。」另外，《聯合國憲章》本身基於某些原則性規範的基本特質，亦享有優位性，如聯合國憲章的原則、宗旨以及被普遍接受的事實等。最後，某些「普遍性義務」則因其適用性遍及全球，而產生優位性。有鑑於「普遍性義務」涉及「國際社群整體」，而「國際社群整體」對於保護範圍所涉及的權利，具有合法之利益，於是「國際社群整體」皆可追究違反這類義務的國家責任（state responsibility）。^④上述被視為國際公法憲法性原則（constitutional principles）或憲法性要素（constitutional elements）的最高規約，構成今日討論國際憲政主義的重要起點。

部分的國際法學者主張，人權（human rights）、國際強制法乃至於對全體國際社會之「普遍性義務」，是國際公法憲法性規則之基礎。^⑤《維也納條約法公約》第五十三條明示，條約內容牴觸一般國際法之強制性規範者（peremptory norm of general international law, *jus cogens*）無效。所謂一般國際法之強制性規範係指，被國際社會全體接受，被公認不得損抑，並且僅有具同等性質之一般國際法規則，始得更改之規範。德國學者托木斯哈（Christian Tomuschat）認為，某些國際公法的規則，具有實現憲法功能的作用，國際社群正逐步從主權核心走向價值核心或個體取向的體系，^⑥其最終乃是步向限制各種形式之政治權力的法治目標。^⑦托木斯哈強調，國家所組成的法律社群（legal community）乃是由憲法所統御，而這部憲法乃是聯合國憲章，它決定了某些國家所必需遵從的指導原則，並且該等基礎正日趨鞏固中。^⑧托木斯哈對於聯合國憲章乃係國際社群憲法之主張，亦受到部分國際法學者的支持。^⑨

更有論者以為，國際法治社群走向國際憲政主義的道路，乃是一個必然並且無可推諉的最終目標。哈布馬斯（Jurgen Habermas）從托木斯哈的國際法制社群觀點出發，以為國際社會並不僅僅是霍布斯描述的無政府自然狀態，要邁向世界的永久和平，並非是一個不可行的烏托邦。有鑑於某些國際社會的行為者施行了憲政民主，因此如何以最少革命代價，將一個沒有最高權威之水平狀態的國際體系，轉換成爲一個

註④ *Ibid.*, pp. 420-421.

註⑤ Susan Breau, "The Constitutionalization of the International Legal Order," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 2 (2008), p. 550.

註⑥ Armin von Bogdandy, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal From Germany," *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, No. 1 (2006), p. 228.

註⑦ *Ibid.*, p. 226.

註⑧ Susan Breau, "The Constitutionalization of the International Legal Order," p. 550.

註⑨ Bardo Fassbender, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community," *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, No. 3 (1998), pp. 529-619; Bardo Fassbender, "The Meaning of International Constitutional Law," in Nicholas Tsagourias ed., *Transnational Constitutionalism: International and European Models* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 307-328; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 99.

運用全球制度以保障核心憲政原則的國際體系，最可行的方式，就是推動國際公法的國際憲政主義。在該等職志下，國際憲政主義乃是推進文明進程達到永久和平境界的一個補充。^{④⑦}哈布馬斯強調，所有法律的最終目的，乃是透過法治，保障和平與自由，而非透過暴力或是霸權的存在，去保障單純的安全。^{④⑧}國際法暨國際制度之正當性（*legitimacy*）與效力性的核心問題，不是一個是或否的問題，而是一個關於如何在一個多種層次體系中去設計的議題。^{④⑨}綜言之，運用國際公法憲政主義化以達到全球法治和平的主張，雖為國際憲政主義的討論，披上一層理想主義的外衣，但亦揭示了國際公法及相關制度之運作，必需具備正當性的課題。

不過，對於國際公法憲法性原則之內容與生成機制，國際法學界仍未有定論，國際強制法內容的模糊與缺乏共識，已成為構成國際公法憲法性規則的一大障礙。即使是主張國際公法存在位階性的薛爾頓（*Dinah Shelton*），亦不得不承認，有關國際強制法之內容與適用程序，截至目前在國際公法學界仍無共識，各種不同國際法庭的裁決，對於國際強制法適用時機之詮釋亦不盡相同。^{④⑩}至於國際憲政原則的具體內容與適用範疇，至今仍有待明確化的努力。

參、世貿規約憲政主義化的不同主張

世貿組織是全球經過多輪多邊談判後的果實，^{⑤①}但逐漸有學者認為，世貿組織下所發展的國際經濟暨貿易法，正朝向國際貿易體系憲法（*constitution*）或是憲政主義化的方向發展。^{⑤②}是項樂觀的願景相信，世貿組織作為一種全球治理的制度，將創造出新的國際經貿憲法性規範，主導各國的經貿行爲。^{⑤③}針對世貿規約正邁向憲法或憲政主義化之見解，歐美國際公法學界至少持有下列三種不同的觀點：第一，是制度視野下的全球貿易憲法觀；第二，是上訴機構造法的國際憲政主義化論點；第三，則是已逐漸

註④⑦ Armin von Bogdandy, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal From Germany," p. 238.

註④⑧ *Ibid.*

註④⑨ *Ibid.*, p. 239.

註④⑩ Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law," *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2 (2006), pp. 291-323.

註⑤① John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (Cambridge, MA.: The MIT Press, 2002), pp. 31-78.

註⑤② Deborah Z. Cass, "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade," *The European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 1 (2001), pp. 49-53; John H. Jackson, *Restructuring the GATT System* (New York: The Royal Institute of International Affairs, 1990); John H. Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence* (London: The Royal Institute of International Affairs, 1998).

註⑤③ Joel P. Trachtman, "The Constitution of WTO," *The European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3 (2006), pp. 623-646.

取得學術討論優位之人權目的論。

一、制度視野下的全球貿易憲法

美國學者傑克森從制度觀點出發，將世貿制度視為一個整體，藉以檢視世貿規章的貿易憲法地位，以及該貿易憲法地位在國內外所產生的憲政效果。傑克森將世貿組織視為一種國際經貿制度（institution），並認為，世貿法透過規則（rule-making）、行政與準司法權（quasi-judicial power）的製造，可以成為一部貿易憲法。^④於是，制度視角下有關世貿規約的憲政主義化，產生了兩種憲政效果：第一，由於不歧視原則與關稅的互惠減讓，約制了內國的利益團體，增長了一般人民在民主制度中的力量，強化了世貿規約在內國的民主化基礎，並由此產生了世貿規章的內國憲政效果；^⑤第二，世貿規約亦產生了國際性的憲政功能，例如增進全球民主化的參與以及強化主權國家之間的司法競逐（jurisdictional competition）等等。^⑥此外，傑克森將貿易憲法（trade constitution）視為一個複合體（complex），它結合了經濟、政府政策與政治制約（constraints），並且是由各種規則或是法律規範（rules or legal norms）所組成之一組特定制度的複雜制約。^⑦

對傑克森而言，全球貿易制度自1947年的關稅暨貿易總協定（General Agreement on Tariffs and Trade, GATT），轉化為有形的世貿組織，其轉化的過程，就是一個貿易制度或貿易憲法（trade constitution）的成形過程。^⑧轉化目的有三：第一，預防爆發另一場世界大戰。傑克森溯自第二次世界大戰結束後，規畫全球經貿暨金融體系的布列敦森林體系（Bretton Woods System），並認為，布列敦森林體系的創設及運作，證明特定貿易制度的設立與發展，的確有預防戰爭的功效。貿易制度設計的第二個目的，乃是增進全球之福祉。奠基於自由主義觀點，無障礙市場機制的運作，與經濟個體間的競爭，是為市場內所有參與者增進福祉的最有效途徑。設立貿易制度的第三個目的，則是管理全球化之下的全球經濟互賴問題。鑑於自然地理障礙對貿易的阻隔，已隨著全球化的進展而逐步消除，所以人為障礙成為必需消除的下一個目標，藉以解決全球化所帶來之分配與發展的課題，^⑨不過，市場不能在沒有適當的制度之下運作。為此，

註④ John H. Jackson, *Restructuring the GATT System*; John H. Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*; John H. Jackson, "The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms: Seven 'Mantras' Revisited," *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 1 (2001), pp. 67-78.

註⑤ John O. McGinnis and M. L. Movsesian, "The World Trade Constitution," *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 2 (2000), pp. 511-605.

註⑥ Peter M. Gerhart, "The WTO and Participatory Democracy: The Historical Evidence," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 37, No. 4 (2004), pp. 897-934; John O. McGinnis, "The World Trade Organization as a Structure of Liberty," *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 28, No.1 (2004), pp. 81-88.

註⑦ John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, p. 399.

註⑧ John H. Jackson, *Restructuring the GATT System*, p. 5.

註⑨ John H. Jackson, "The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms: Seven 'Mantras' Revisited," pp. 68-69.

傑克森指稱的貿易憲法，乃是以制度作為整體視角的一套實際運作機制。^{⑥⑩}

傑克森制度論所描繪之世界貿易憲法的核心概念，乃是全球貿易制度由權力取向（power-oriented approach）邁向規則取向（rules-oriented approach）的發展事實與發展歷程。^{⑥⑪}該等規則導向之全球貿易制度的具體表現，在於世貿組織的決策約制以及爭端解決制度。

在決策制約方面，世貿組織分別針對決策方式、解釋、豁免（waives）、修正與新協定的談判方式，建立五種決策技巧，以縮減世貿組織濫用權力的可能性。^{⑥⑫}傑克森認為，世貿決策程序的改變，以及促進世界自由貿易之各項原則被納入世貿組織規章的事實，是一種防止世界貿易組織濫用權力、左右全球貿易運作的制約，因此世貿會員的個別權利與治國方策（statecrafts）得以受到保障。^{⑥⑬}

爭端解決機制的建立，則是貿易制度從權力取向轉化為規則取向的關鍵，藉以防止世貿會員濫用權力，危害全球市場的運作。^{⑥⑭}有關爭端解決機構之各項規範，明定於爭端解決諒解書（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU）。庶務運作暨爭端解決程序的管理，則由「爭端解決機構」（Dispute Settlement Body, DSB）負責。DSB 是一個常設性機構，由世貿組織所有會員代表所組成，原則上每月集會一次，主要權限包括：（1）以負面共識決（negative consensus）^{⑥⑮}決議爭端解決小組之設立；（2）以負面共識決採認爭端解決小組及上訴機構（Appellate Body, AB）的裁決與建議；（3）監督裁決與建議的執行狀況；（4）以負面共識決決議是否授權報復等相關事項。

此外，為維護制度的穩定暨可預測性，以保障世貿各會員的權益，世貿組織爭端解決機制除增設上訴機構外，並監督管控爭端解決的每一個進程，以改善 GATT 時代的效率性問題，報復機制的創設更是會員權益保障的最後防線。

首先，為避免案件延宕損及會員權益，DSU 對於爭端解決的每一進程，皆定有嚴格的時程。諸如 DSU 規定爭端小組的審理時程為 6-9 個月，^{⑥⑯}上訴機構的審理時程為 60-90 天，^{⑥⑰}上述二階段的爭端總審理時程為 9-12 個月，自爭端小組成立到訂定「合理

註⑩ *Ibid.*, p. 71.

註⑪ John H. Jackson, *Restructuring the GATT System*, pp. 51-52; John H. Jackson, "The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms: Seven 'Mantras' Revisited," p. 70; John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, pp. 205-206.

註⑫ John H. Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, p. 43.

註⑬ *Ibid.*, pp. 36-57.

註⑭ *Ibid.*, p. 102.

註⑮ 亦即只要一方贊成，爭端小組或上訴機構之裁決或建議書即告通過，勝訴國亦參與負面共識決投票。

註⑯ World Trade Organization, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute (DSU)*, article 12.8 and 12.9.

註⑰ *Ibid.*, article 17.5.

期限」(reasonable period of time, RPT) 之日止，^⑧總時程不得逾 15-18 個月，^⑨「合理期限」之執行期程原則上不得逾 15 個月，^⑩有關執行程度爭議的審理期限則為 90 天等等。^⑪

爭端解決程序則明確分為爭訟、裁決履行以及報復等三大階段。第一階段的爭訟程序，包括爭端解決小組及上訴機構的審理。在諮商請求遭到拒絕或諮商未果下，即可要求成立爭端小組以審理爭端。^⑫爭端小組可針對事實暨程序問題進行審查，並在作成建議與裁決後，將報告送交 DSB 以負面共識採認。但倘若敗訴國不服小組裁決結果，則不必等待 DSB 採認，即可直接向 DSB 提上訴請求，待上訴機構作出裁決與建議後，再送 DSB 採認。

爭訟程序結束後，全案即進入執行階段，對於頑抗的敗訴會員，則可以訴諸報復機制，藉以維繫機制的可信度(credibility)，確保會員權益。DSU 原則上要求世貿會員對 DSB 的建議與裁決採立即履行原則。^⑬倘若無法立即執行，則系爭當事國得透過同意方式訂定履行的「合理期限」。^⑭逾「合理期限」後，若敗訴國仍「未履行」或「未完全履行」DSB 的裁決或建議，則 DSU 第二十二條訂有報復條款，授權控訴國得對敗訴國採取適當的報復措施，俾促進 DSB 的裁決與建議獲得履行。而敗訴國即使在遭到報復後，亦不能免除履行義務。

最後，確保爭端報告確實獲得履行，維護制度的穩定性，DSU 並設有監督機制，以監督敗訴國的執行進程。DSU 第二十一條第六款規定，世貿會員於裁決報告獲得採認後，任一會員得於任何時間，向 DSB 質疑敗訴國履行 DSB 之建議或裁決所採取的任何措施，並且該異議將在「合理期限」確定後的 6 個月，置於 DSB 的議程中加以討論，直到問題獲得解決為止。^⑮

傑克森認為，上述爭端解決程序不但具有可信度、正當性與合理有效性(reasonably efficient)，整體爭端解決機制的設計目的，更在促成世貿整體制度的穩定性與可預測性。^⑯綜言之，傑克森觀點以為，透過爭端解決諒解書相關規範之檢視，足以證明，世貿爭端解決機制的確有強烈的規則取向，^⑰並可替作為貿易憲法的世貿制度整體，奠定實務運作的基礎。

不過，傑克森之制度觀所勾勒的憲法觀點，仍存在諸多待澄清的疑點。事實上，

註⑧ 所謂「合理期限」係指敗訴國執行 DSU 之建議或裁決所須之履行期限。

註⑨ World Trade Organization, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute (DSU), article 21.4.

註⑩ Ibid., article 21.3 (c).

註⑪ Ibid., article 21.5.

註⑫ Ibid., article 4.3.

註⑬ Ibid., article 21.1.

註⑭ Ibid., article 21.3.

註⑮ Ibid., article 21.6.

註⑯ John H. Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, p. 61.

註⑰ Ibid., p. 98.

世貿規章的實踐與內涵，並未完全驗證有關世貿組織已走向規則取向的說法。首先，傑克森回顧關貿總協演變到世貿組織的歷史進程，認為，關貿總協時代的問題解決方法，來自於外交談判，而世貿組織在規章明確化之後，已發展成為制度性之規則取向的決策架構。⁷⁸不過，有論者以為，貿易制度從權力取向轉化為規則取向的制度變遷，其本質似乎仍不脫是一種權力取向的目的論。⁷⁹其次，傑克森以規則取向為貿易制度核心之觀點，完全是從自由主義的角度出發，而完全排除從其他立場觀點出發所可能發展出的貿易制度架構，倘若假以社會制度主義（sociological institutionalism）為核心觀，則可能因人權與環保的考量，而作出另外一種貿易制度的安排與規則取向。⁸⁰第三，傑克森雖不斷提及「貿易憲法」一詞，卻沒有明確定義該名詞；雖強調以整體制度觀點來看待貿易憲法之生成與運作，卻仍失之籠統。最後，傑克森並未就制度與憲法之間的關係，作明確的闡述。傑克森在 1990 年代的論述中，常以「憲法」一詞作為標題，但 2000 年以後的文章，即絕少提到此一名詞。顯然傑克森無意就此一觀點作進一步的論述，無形中減損了該等制度觀的發展性。

二、上訴機構造法的國際憲政主義化觀點

有別於傑克森的制度演進觀，卡絲（Deborah Z. Cass）則認為，世貿組織上訴機構之運作與實踐，是確認世貿規章是否具備憲政主義特點的另一種途徑。該等觀點以為，世貿爭端解決機制之法理運作，已致使世貿規約朝向憲政主義化（constitutionalization）的路徑發展。⁸¹

在卡絲眼中，爭端解決機制運作所產生的造法作用，尤其是上訴機構的裁決，是促成貿易規約憲政主義化的主要動力。⁸²但相較於傑克森，卡絲論戰的焦點不在於貿易憲法的內容，而是世貿組織法如何透過爭端解決機制的實踐，取得憲政地位。她採取一種「以法論法」的態度，來看待世貿組織爭端解決機制之造法作用所產生的法律效果，故特別強調上訴機構創造貿易規範（norm-generation）的功能，以及透過判例（case law）之累積所推動的憲政主義化過程。

卡絲雖未否認世貿規章是一部規則取向的貿易憲法，她認為，世貿組織上訴機構的裁決，具有判例地位，而這些判例促成一組憲政規範（constitutional norms）產生的同時，上訴機構的司法決策（judicial decision-making），則形成憲政架構；上述這些憲

註⁷⁸ *Ibid.*, pp. 12~35.

註⁷⁹ Jeffrey L. Dunoff, "Constitutional Conceits: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law," *The European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3 (2006), p. 663.

註⁸⁰ Philip M. Nichols, "Forgotten Linkages: Historical Institutionalism and Sociological Institutionalism and the Analysis of World Trade Organization," *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 19, No. 2 (1998), pp. 491~499.

註⁸¹ Deborah Z. Cass, "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade," pp. 49~53.

註⁸² *Ibid.*, p. 42.

政規範與架構的生成過程，即是世貿規約憲政主義化的例證。⁸³此外，卡絲舉出上訴機構透過釋義裁決過程以建構世貿組織憲政架構的四種途徑。首先，上訴機構借用憲法的規則（rules）、原則（principles）與學說（doctrines），融合入上訴機構的判例之中，例如比例（proportionality）原則與司法職權等（jurisdictional competence）。⁸⁴第二，上訴機構透過事實探索法則（inquisitorial fact-finding method），創造新的法律體系。⁸⁵第三，上訴機構在審理過程中，將許多傳統上被視為內國法的議題諸如公共衛生等，納入世貿規章的司法檢視內容。⁸⁶最後，上訴機構將審理觀與諸如民主與法治等深層的憲政價值相互連結，⁸⁷進一步強化世貿規章的憲政效果。

即使肯定世貿組織上訴機構建構憲政規範之能力，卡絲仍認為，世貿規則的憲政主義化，並不同於國際公法的憲政主義化，因為兩者無論在內容（content）、架構（structure）暨法律社群（legal community）上，皆有差別。首先，世貿組織上訴機構造法的內容僅限於貿易領域，其內容與國際公法領域之規範內容不能類比；其次，世貿組織上訴機構的四種造法技巧以及因應而生的憲政效果，即使形成一種世界貿易憲政架構，該等憲政架構在國際公法上並不存在；最後，一般國際公法領域並不存在諸如世貿規章所形成的法律社群，並且現今世貿組織內的各種造法現象與過程，均侷限於世界貿易相關領域，並不見得適用在國際公法上。⁸⁸因目前被納入世貿規約的國際習慣法原則，僅限於《維也納條約法公約》第三十一條與第三十二條有關條約解釋的內容，並未包含其他國際公法原則。⁸⁹

卡絲對世貿規約憲政主義化的觀察，固然開啓一個檢視世貿組織造法的窗口，不過亦帶來更多有待深入探討的課題。第一，卡絲檢視世貿組織上訴機構之規範創造力的說法，雖令人耳目一新，但也帶來爭端解決機制是否是一個具有造法場域之正當性（legitimacy）的質疑。換言之，由幾個上訴機構成員，透過裁決過程之釋法途徑，組成憲政主義化的唯一造法機制，是否符合民主或其他形式的正當性要件，⁹⁰有待檢驗。第二，卡絲強調上訴機構的憲政主義化作用，卻忽視上訴機構造法後可能遭遇的困難。上訴機構或許擁有創造憲政主義式規範之能力，但是，來自內國司法運作層面，以及世貿會員施展政治權力，所可能導致的造法制衡效果，不容小覷。目前，世貿組織仍缺乏足以制衡上訴機構造法功能之設計，而會員運用政治手段或法律技巧以杯葛或抗拒上訴機構的造法，亦非不可行。例如，透過上訴機構成員的選任，或以 DSU 規則之修改作為威脅，甚至運用外交聲明等外交手段質疑上訴機構裁決的正當性等等。

註⁸³ *Ibid.*, p. 51.

註⁸⁴ *Ibid.*

註⁸⁵ *Ibid.*, pp. 51~52.

註⁸⁶ *Ibid.*, p. 52.

註⁸⁷ *Ibid.*

註⁸⁸ *Ibid.*, p. 43.

註⁸⁹ *Ibid.*, p. 44.

註⁹⁰ Jeffrey L. Dunoff, "Constitutional Conceits: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law," p. 663.

違論霸權國家違逆上訴機構裁決，或威脅退出世貿組織等政治運作手段。^⑩又如歐體對上訴機構香蕉案的裁決結果，採取延宕執行的態度等。^⑪凡此皆重挫卡絲對上訴機構擁有造法之權威性或正當性之論點。

三、人權目的論的世貿組織憲政主義觀點

以彼德斯曼 (Ernst-Ulrich Petersmann) 為首的歐洲人權暨自由主義學派，試圖將自由貿易權與人權概念加以連結，並將人權視為促進世貿規章之自由貿易權的手段。此派觀點認為，自由貿易權是國際經貿法所應保護的基本人權，故而世貿規章應邁向國際憲政主義化，不僅應具備憲政主義之地位，並且個人應有在內國法院援引世貿規章以為訴訟救濟之權利。^⑫

人權目的論的憲政主義主張，自由貿易權是人權的一部分，自由的國際貿易規範本身，並不是一種目的，而是一種方式，用以保護和擴展個人自由，並且政府有義務使用透明並且無歧視性之政策工具。^⑬最後，歐盟的發展經驗與實踐，是保障自由貿易人權的最佳例證。所以，倡議以全球自由貿易為宗旨的世貿規章，應走向憲政主義化，成為保障人權的政策工具，^⑭俾使自由貿易權獲得伸張。

不過人權目的論的憲政主義以為，屬於人權範疇的自由貿易權，由於受到「政府失靈」(governmental failure) 與「憲政失靈」(constitutional failure) 的干擾，因此無法獲得伸張或是受到有效的保障。首先，彼德斯曼主張，奠基於個人利益與社群整體之利益，唯有透過在市場的自由交換才能達到極大化的目標，因此，唯有保障自由貿易不受到任何形式的干擾，才能促成個人及社群整體的最大利益。不過，彼德斯曼發

註^⑩ Richard H. Steinberg, "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints," pp. 257-267.

註^⑪ WTO 成立後，第三次香蕉案 (又稱 Bananas III) 創下敗訴國採用法律技巧以杯葛履行裁決的最佳典範，有關於該案之討論，請參閱 John H. Jackson and Patricio Grane, "The Saga Continues: An Update on the Banana Dispute and its Procedural Offspring," *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 3 (2001), pp. 581-595; Mauricio Salas and John H. Jackson, "Procedural Overview of the WTO EC - Banana Dispute," *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, No. 1 (2000), pp. 145-166; Norio Komuro, "The EC Banana Regime and Judicial Control," *Journal of World Trade*, Vol. 34, No. 5 (2000), pp. 1-87.

註^⑫ Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law* (Fribourg: University Press Fribourg, 1991); Ernst-Ulrich Petersmann, "The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization," *European Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1 (1995), pp. 161-221; Ernst-Ulrich Petersmann, "The WTO Constitution and Human Rights," *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, No. 1 (2000), pp. 19-25; Ernst-Ulrich Petersmann, "Human Rights and International Economic Law in the 21st Century: the Need to Clarify Their Interrelationships," *Journal of International Law*, Vol. 4, No. 1 (2001), pp. 3-39.

註^⑬ Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, p. 461.

註^⑭ Ernst-Ulrich Petersmann, "The WTO Constitution and Human Rights," p. 20.

現，由於貿易保護政策而受益的利益團體，對政府的決策施加了強大的影響力，又以國家與政府官僚，在保障自身政治利益的誘惑下，於政治決策的討價還價過程中，自然而然地扭曲了自由貿易理論所揭示的最佳狀態，無形中助長了政府採取種種限制自由貿易的政策。因而產生了經濟的無效率與浪費、特殊利益凌駕於一般公共利益之上、對個人自由暨財產權缺乏有效保護、政府制定不公正之規則以及官僚主義化的統制經濟；並且，以衝突為導向的國家權力政治，亦左右了國家的對外經貿決策，凡此種種，構成了國家的「政府失靈」，阻卻了自由貿易的無障礙運作。⁹⁶

此外，即使在民主憲政國內，亦發生「憲政失靈」的情況，致使自由貿易未能充分獲得施展。有鑑於對外貿易的決策缺乏公開與透明化，國家機構與官僚組織成為決策的唯一主導者，彼德斯曼對美國與歐洲共同體（European Economic Community, EEC）的研究發現，由於不適當的國家憲政措施，諸如政府權力未受到適當有效的限制、權力制衡原則的失效、有限權力授權原則的失效、缺乏有效的司法審查、外貿中的私人權利在諸如反傾銷等特殊領域受到有限的保護以及決策缺乏民主與透明度等，種種「憲政失靈」的現象，致使政府未能將追求國民消費者福祉，作為最主要的貿易策目標，⁹⁷因此形成自由貿易推展的障礙。

人權目的論認為，無論是過往的關貿總協或是當今的世貿組織，其規約中均已存在憲政功能。彼德斯曼認為，世貿組織尚未成立之前，關貿總協的國際貿易規範，已具備憲政功能（constitutional functions）。它們分別是決策透明化原則、市場准入的非歧視性原則、正當程序（due process）與司法保護個人權利原則、國家經濟主權原則、互惠原則以及對低度開發國家的非互惠性優惠原則。⁹⁸在世貿組織成立後，世貿規約亦具有多項憲政功能。首先，透過套案承諾途徑（Single undertaking approach），各國承諾透過互惠互利安排，實質性削減關稅及其他貿易壁壘，消除國際貿易關係中的歧視性待遇，從而為實現自由貿易目標作出貢獻，建立一個完整的、更可行且更持久的多邊貿易體制，並維護多邊貿易體制的基本原則，繼而促進該體制目標的實現。⁹⁹其次，排除國際貿易合作中的搭便車（free-rider）現象，作為成立世貿組織的誘因。¹⁰⁰第三，

註⁹⁶ Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, pp. 115-131; Ernst-Ulrich Petersmann, "The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization," pp. 178-179.

註⁹⁷ Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, pp. 139-205; Ernst-Ulrich Petersmann, "The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization," p. 179.

註⁹⁸ Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, pp. 221-245.

註⁹⁹ Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organization and Dispute Settlement* (London: Kluwer Law International, 1997), pp. 47-49.

註¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 49-51.

確立世貿規約的法律優位。^⑩第四，世貿組織的制度與決策，克服了國際合作的「囚犯困境」(prisoners dilemma)。^⑪第五，世貿組織建立一個全球性的自由、法治以及不歧視的法律保證。^⑫最後，相較於其他國際組織，世貿組織爭端解決機制更是促成了法治的有效發展。^⑬綜言之，彼德斯曼認為，上述保障自由貿易運作的規約，都具有憲政功能。

不過，人權目的論以為，這些具備憲政功能的貿易規約，由於受到內國法的限制，而未能達到保障個人自由貿易權的目標。有鑑於國內利益競租 (rent-seeking)、國際法在國內實施的缺陷、國際法在內國法秩序中缺乏自動執行暨直接適用效力，以及私人無法透過直接援引國際規則來保護自身利益等因素，造成了倡議自由的國際貿易規範，在內國法之立法暨司法執行層面，無法被有效實踐的「憲政困境」(constitutional dilemma)。常見的情況諸如，國際義務在內國法律中被推翻或被扭曲，國內法院在國際條約解釋問題上讓位於行政機關決議的司法自我約束，以及絕大多數國家的對外貿易政策仍續由政府把持等。^⑭又以具有憲政功能之世貿規章的法律效果，仍有賴內國程序規則以及制度的施行，^⑮所以即便國際貿易規約已經具備憲政功能，但因仍受制於內國程序，不能直接適用在內國爭訟上，無法直接化為保障個人權利的內國條款。

有鑑於上述各種內國適用上的種種限制，彼德斯曼繼而提出世貿組織走向國際憲政主義的必要性。^⑯彼德斯曼以為，自由的國際貿易規範等同於實質的國際憲法規則 (substantive international constitutional rules)，所以有必要將自由的國際貿易規範，整合於內國憲法體系之內。^⑰以人權保護為目標的憲政主義發展，才能民主化世貿組織的決策，並提高世貿組織決策的正當性 (legitimacy)。^⑱有鑑於人權與自由貿易相輔相

註⑩ *Ibid.*, pp. 51~52. 例如《馬拉喀什設立世界貿易組織協定》(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) 第十六條規定，世貿會員有確保內國之法律規章暨行政程序合於世貿規章之義務。

註⑪ *Ibid.*, p. 52. 世貿組織成為各會員多邊貿易關係的談判場域，並可按照部長會議決議，落實談判協議所作成之體制。

註⑫ *Ibid.*, p. 53. 世貿規約附件一 A 的貨品貿易多邊協定、附件一 B 的服務貿易總協定 (GATS)，以及附件一 C 與貿易有關的智慧財產權協定 (TRIPS) 等，都揭示以不歧視性原則促進全球貿易的自由化。

註⑬ Ernst-Ulrich Petersmann, "The WTO Constitution and Human Rights," p. 20.

註⑭ Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, pp. 274~276.

註⑮ *Ibid.*, p. 369.

註⑯ Ernst-Ulrich Petersmann, "Human Rights and International Economic Law in the 21st Century: The Need to Clarify Their Interrelationships," pp. 3~39; Ernst-Ulrich Petersmann, "Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3 (2006), pp. 648~665.

註⑰ Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, pp. 421~459.

註⑱ Ernst-Ulrich Petersmann, "The Human Rights Approach to International Trade Advocated by the UN High Commissioner for Human Rights and by the International Labor Organization: Is it Relevant for WTO Law and Policy?" in Ernst-Ulrich Petersmann ed., *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance* (Oxford: Oxford University Press, 2005), pp. 374~378.

成的緊密關係，並且人權被視為是國際強制法的一部分，所以世貿組織上訴機構在解釋世貿規約時，有必要考量諸如聯合國各項人權公約所涵括的國際習慣要素，並參考人權法的內涵與精神。^⑩基於此種訴求，個人在貿易領域即可取得國際法的主體地位。^⑪彼德斯曼並主張，內國法院應依據世貿規約作為法律解釋的指導原則，且個人應得以在內國法院直接援引世貿規約以為救濟，而任何企圖否定此種可能性的法律依據皆應去除。^⑫彼德斯曼於近年進一步倡議，在完備憲政正義（constitutional justice）的要求下，世貿組織爭端解決機制在處理世貿會員爭端時，應考量政府在人權保障之義務，^⑬並且國際經濟法（International Economic Law, IEL）更應從會員驅動治理（member-driven governance），轉化為公民驅動（citizen-driven）的國際經濟法治。^⑭事實上，人權目的論所推展的世貿組織國際憲政主義，已對國際公法上的國家主權概念，產生前衛性的衝擊，並賦予公民在國際社會的法律秩序中，取得更重要的法律地位。^⑮

儘管如此，彼德斯曼有關人權目的論的世貿憲政主義論點，仍有諸多非難之處。最為人所詬病者，在於彼德斯曼對人權暨相關字義的主張中缺乏明確定義，進而產生引喻失義的誤導。^⑯彼德斯曼在其論述中，除列舉所謂憲法的核心內容與價值之外，並沒有對憲政主義或是憲法有準確的定義，^⑰將各種相異觀念作大雜燴式的條列，卻仍未建立一套有條理的論述邏輯，是為方法論上的最大缺點。^⑱

此外，主張自由貿易權是否為人權的一部分，亦是一個極具爭議性的論述。彼德斯曼認為，世貿組織保證了自由、不歧視與財產權，^⑲不過，仔細審視世貿規約，如保障與貿易有關的智慧財產權是《與貿易有關的智慧財產權協定》（Trade-related

註⑩ *Ibid.*, pp. 361~366.

註⑪ Ernst-Ulrich Petersmann, "Human Rights and International Economic Law in the 21st Century: the Need to Clarify Their Interrelationships," p. 15.

註⑫ Ernst-Ulrich Petersmann, *International Trade Law and GATT/WTO Dispute Settlement System 1948-1996* (London: Kluwer, 1997), pp. 120~121.

註⑬ Ernst-Ulrich Petersmann, "Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'," *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 4 (2008), p. 798.

註⑭ Ernst-Ulrich Petersmann, "Multilevel Judicial Governance of International Trade Requires A Common Conception of Rule of Law and Justice," *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, No. 3 (2007), pp. 538~541.

註⑮ Philip Alston, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann," *European Journal of International Law*, Vol. 13, NO. 4 (2002), p. 843.

註⑯ Philip Alston, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann," p. 823; Robert Howse, "Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity Comment on Petersmann," *European Journal of International Law*, Vol. 13, NO. 3 (2002), pp. 651~653.

註⑰ Robert Howse, "Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity Comment on Petersmann," p. 652.

註⑱ Philip Alston, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann," p. 819.

註⑲ Ernst-Ulrich Petersmann, "The WTO Constitution and Human Rights," p. 23.

Intellectual Property Rights, TRIPS) 的目標之一，但該等保障指的到底是世貿規章下所承諾保障的權利，抑或類推保障廣義之人權？換言之，彼德斯曼將世貿規章所承諾保障的權利，擴大解釋成保障人權整體之權益後，再推論人權是世貿規章所要一體保障之權利，又爲了保障人權，因此世貿組織有憲政主義化的必要性。此種循環論證的推演邏輯實具爭議性。^⑩再者，彼德斯曼所舉證的各種國際人權實踐，在本質上是否屬於不可違逆的國際強制法，尚無定論。^⑪事實上，目前各種人權規約的苛責對象，是國家而非國際組織。就法理而言，人權保障義務是否能擴及到包括國際組織在內的所有國際社會行爲者，仍有待斟酌；遑論世貿組織應擔負保障人權之重責大任的說法，是否有其法理基礎。^⑫更遑論人權之具體內涵爲何的嚴肅課題，展現在近年來公共健康 (public health) 人權論與 TRIPS 競合之課題，與國際憲政主義的貿易人權目的論的訴求，就人權之本質暨保護標的觀點言之，仍有相當距離。

人權目的論的另一項缺點在於，彼德斯曼有誤引歐盟實踐爲其論點之虞。彼德斯曼常以歐盟的發展作爲論述依據，藉以證明人權是促成區域整合的主要目的。^⑬不過 1957 年《羅馬條約》(Treaty of Rome) 所揭示的歐洲整合，其主要目的並非是促成人權，而在於消除分裂歐洲的各種障礙，加強各成員國的經濟聯結與建立更緊密的聯盟基礎，並未提到人權問題。^⑭最後，歐盟法庭 (European Court of Justice, ECJ) 判例，亦未見得承認自由貿易權是屬於人權的一部份。^⑮就造法觀點而言，世貿組織的決策機制仍是奉行談判的國家同意原則，此點與歐盟的決策方式顯然有別。^⑯彼德斯曼在論證其人權目的論的過程中，顯然難脫曲解比附之咎。

世貿組織是否「應」爲了保障人權而走向憲政主義或是法治，是彼德斯曼人權目的論中，第四個值得深思的問題。原則上，世貿組織創設的目的，並非是爲了保障人權，而創設世貿組織的《馬拉喀什建立世界貿易組織協定》。是否是一個憲政工具

註⑩ Philip Alston, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann," p. 826.

註⑪ *Ibid.*, p. 829.

註⑫ *Ibid.*, p. 830.

註⑬ Ernst-Ulrich Petersmann, "Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration," *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 3 (2002), p. 631; Ernst-Ulrich Petersmann, "The Human Rights Approach to International Trade Advocated by the UN High Commissioner for Human Rights and by the International Labor Organization: Is it Relevant for WTO Law and Policy?" pp. 371~374; Ernst-Ulrich Petersmann, "Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'," pp. 777~779.

註⑭ Philip Alston, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann," pp. 821~822.

註⑮ *Ibid.*, pp. 824~825.

註⑯ Robert Howse and Kalypso Nicolaidis, "Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?" *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institution*, Vol. 16, No. 1 (2003), p. 84.

(constitutional instrument)，亦有待澄清。^⑩其次，世貿組織是依國家同意建構而成的國際組織，個人在世貿組織的決策機制中，並無任何參與管道，世貿組織現有的決策機制實難言其符合民主化之基本要件。^⑪再者，以保障人權為由賦予憲政主義化之世貿規約更多的法律權限，去限制國家或是所有國際社會行為者之作為，是否能滿足民主與正當性的要求，實有待進一步的論辯。^⑫

肆、世貿憲政主義概念的省思

世貿規約憲政主義化的實踐，雖為國際公法的發展帶來新的挑戰，但亦為國際社會法秩序的改造前景，開啓了許多新的契機與挑戰。

首先，各種討論世貿憲政主義發展的觀點，都披上一層目的論的外衣，各種學者的立論，皆隱約浮現改造現有國際貿易制度的宏遠藍圖。傑克森在 1990 年代從國際經貿制度論所出發的國際貿易憲法觀，企圖為關貿總協下的烏拉圭回合談判，提出世界貿易機制的制度改革方向。^⑬進入 21 世紀，當世貿組織面臨諸多挑戰之際，卡絲定位上訴機構之造法，正朝向憲政主義路徑發展之論述，不單是強化了世貿爭端解機構之裁決，具有判例法地位的說法，更將這些判例的法律地位，提升到憲法層次的最高位階，意圖主導世貿會員的內國法律與實踐。當然，頗具爭議性的彼德斯曼，強調自由貿易權是基本人權的人權目的論，不單是為世貿走向憲政主義發展的必要性與必然性，奠定堅實的論述基點，更為未來世貿組織與決策程序的改革，擊劃了基本藍圖。^⑭然而，這些有深刻目的論的學術論述，亦引發了國際憲政主義概念到底是一種目的抑或是一種改造手段的定位論戰；^⑮甚至牽涉到國際權力的互動以及重新詮釋國際制度的課題。^⑯世貿規約憲政主義化暨國際憲政主義各種不同觀念間的爭辯，已不再是一個國際公法或世貿組織前景的問題，更涉及到全球治理中之權力互動與制度安排的嚴肅課題。

國際憲政主義概念之討論，雖是國際公法學界熱烈論戰的焦點，然各界對於國際憲政主義的實質意涵與形塑過程之見解，仍處於探索階段。有人以為國際憲政主義乃

註^⑩ Philip Alston, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann," p. 836.

註^⑪ *Ibid.*

註^⑫ Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, p. 223.

註^⑬ John H. Jackson, *Restructuring the GATT System*, pp. 91-103.

註^⑭ Ernst-Ulrich Petersmann, "Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'," pp. 795-798.

註^⑮ Philip Alston, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann," p. 843; Robert Howse and Kalypso Nicolaidis, "Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?" p. 75.

註^⑯ Jeffrey L. Dunoff, "Constitutional Conceits: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law," pp. 668-669.

是一種觀點與一種政治議程，旨在國際法律領域採用憲政原則，例如法治、制衡、人權保障與民主等，企圖改善國際法律制度的有效性與公正性。^⑭或有認為憲政主義是一個名詞，它可以適用於各種層次的政府或是治理。^⑮以世貿規約憲政主義化作為案例的討論，在歐美出版的國際法期刊與專書的析論已非異數。傑克森眼中的世貿組織各種規章，已然是一個貿易憲法；卡絲則探討世貿組織造法機制的各種造法特徵，並促成世貿規則憲政主義化的過程；^⑯彼德斯曼則強調世貿規約走向憲政主義的必要性，暗示世貿規約尚未具備憲政主義的地位。綜言之，國際公法學界對於世貿規約憲政主義化的見解，尚處於各說各話的階段。

國家是否主動願意受制於國際憲政主義化之後的國際公法架構拘束，亦是一個有待觀察的歷程。目前國家在 WTO 之具體實踐，反映了國家遵照國際公約規定而作為的面貌。也就是締約各方基於「條約必須遵守原則」(the principle of *Pacta Sunt Servanda*) 的國際公法原則，自願承擔 WTO 協定之約束，善意的 (in good faith) 履行 WTO 相關規約。但是，吾人亦可以從 WTO 會員的國家實踐中發現，WTO 會員對爭端解決機制之建議與裁決，未必存在絕對遵從之「法的意念」(*opinion juris*)。固然在大部分的案例中，WTO 會員皆會遵循爭端解決機構之裁決，但「歐體香蕉案」(European Communities—Regime for the importation, sale and distribution of bananas)、
「歐體賀爾蒙牛肉案」(European Communities—Measures Concerning Meat and Meat Products “Hormones”) 與「美國海外銷售公司租稅待遇案」(United States — Tax treatment for “Foreign Sales Corporations”) 的延宕執行，^⑰亦可被視為是 WTO 會員抗拒 WTO 憲政主義化的例證。尤其在國際憲政主義化的超國家公法架構中，國家的自主性將受到大幅限縮的情況下，在國家的角色與地位可能被相對弱化的疑慮尚未消除之前，目前仍未見有國家積極促成該等國際憲政主義發展的明顯例證，更凸顯「學界主張」與「國家／國際實踐」的重大分野。

自由貿易權是否應被納入國際強制法或被視為是國際社會整體之義務，尚無定論，但將人權視為一種推展 WTO 法治的方法，正逐漸在國際公法學界形成一股不可忽視的論點，並且已逐漸呈現有利之學術發展優位。國際公法學界享有卓越聲譽的歐洲國際法期刊 (*European Journal of International Law*)，已經有大量文章就此一課題進行

註^⑭ Anne Peters, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures,” p. 583.

註^⑮ John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, p. 223.

註^⑯ Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, pp. 31~56.

註^⑰ World Trade Organization (WTO), *European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R (circulated: 22 May 1997), WT/DS27/AB/R (circulated: 9 September 1997); World Trade Organization (WTO), *European Communities—Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/R/USA (circulated: 18 August 1997), WT/DS26/AB/R (circulated: 16 January 1998); World Trade Organization (WTO), *United States—Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, WT/DS108/R (circulated: 8 October 1999), WT/DS108/AB/R (circulated: 24 February 2000).

深入分析，該期刊並於 2006 年以專號就此一課題進行正反立場的學術激盪。^⑬國際經貿法之代表性期刊國際經濟法 (*Journal of International Economic Law*)，亦在 2000 年之後有大量的文章，就世貿規約的憲政主義化發展，進行各種不同立場的深入論述。世貿組織於 2007 年出版的 2007 年世界貿易報告 (*World Trade Report 2007*)，亦從國際關係理論與國際公法的角度，介紹國際貿易協定憲政主義化的各種不同論理路徑。^⑭討論國際公法實踐與理論的國際法學會 (International Law Association, ILA)，^⑮其下屬的國際貿易法委員會 (International Trade Law Committee, ITLC)，自 2000 年起即在每次雙年會的委員會報告中，就國際貿易法之法治與憲政主義化的進展，不斷地進行回顧與意見交換。^⑯

國際貿易法委員會 (ITLC) 在 2008 年的報告書中，進一步確立人權與國際貿易法的關連性，可謂是世貿規約憲政主義人權目的論的一大勝利。在有關國際貿易法的最終決議中，ILA 公開呼應世貿規約應以人權為依歸的主張，即「世貿會員暨其機構對世貿規約在法律上的解釋暨適用，應合於國際公法下世貿會員之人權義務」。^⑰此外，在 2008 年的報告中，ITLC 進一步倡議，世貿規約應保障個人的司法安全，提供個人司法解決管道，並且有必要明確化對人權的保障。^⑱儘管如此，ITLC 今日所採行的貿易人權立場，並非一朝所促成。早在 1999 年 ITLC 的會議中，彼德斯曼即已建議，世貿會員應當承認公民在內國法院直接援引世貿不歧視原則之相關規範的權力，但未取得回應。原因是，傑克遜認為，國際義務的內國施行，原則上仍應尊重各國的內部考量，並且種種貿易實踐顯示，各國對於國際貿易規則仍然存有不信任感。彼德斯曼的提議因此未獲得支持。^⑲不過經過多年的倡議，尤其在彼德斯曼榮膺 ITLC 主席的職位優勢下，2008 年的國際法學會雙年會終於決議採用人權目的論之主張。凡此顯示，貿易人權目的論已在世貿規約憲政主義化的論戰中，除已獲得國際法學會的正式背書外，並已取得有利的學術發展優位。

註⑬ 請參考 *European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3 (2006), pp. 23-675.

註⑭ World Trade Organization (WTO), *World Trade Report 2007* (Geneva: WTO, 2007), pp. 79-89.

註⑮ 國際法學會 (International Law Association, ILA) 於 1873 年在比利時布魯塞爾成立。在國際法學界地位崇高，並具有相當程度之影響力。目前總部設於英國倫敦，每兩年召開一次會員大會，並針對不同議題成立國際法常設委員會 (Committee)，實踐 ILA 的各項目標。雙年會乃 ILA 之主要活動。各委員會主席皆是國際法學界所公認之翹楚。

註⑯ International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2000 London* (London: ILA, 2000); International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2002 New Delhi* (London: ILA, 2002); International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2004 Berlin* (London: ILA, 2004); International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2006 Toronto* (London: ILA, 2006).

註⑰ International Law Association (ILA), Conference Resolution No. 5/2008, Rio de Janeiro. 2008.

註⑱ International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2008 Rio* (London: ILA, 2008), pp. 12-15.

註⑲ *Conference Report of the International Trade Law Committee 2000 London* (London: ILA, 2000), p. 12.

國際公法學界對於國際憲政主義的論戰，尤其是對世貿規約憲政主義化的見解，已然對世貿組織之制度改革產生議程設定（agenda-setting）的作用。國際公法學界對國際憲政主義概念逐漸趨於共識的過程，塑造了未來國際制度改造與全球規範秩序的發展路徑。國際公法研究社群對於國際憲政主義以及人權與世貿制度改造等課題，尤其是國際法學會之國際貿易法委員會的多次建議與聲明，儼然有透過「外生模式」以劃定國際經貿制度的傾向。^⑮未來這些立場論述對塑造國際經貿法律秩序的議程設定作用，以及相異觀點間的議程設定角逐，都值得投注必要的觀察。

一個成形中的國際公法憲政主義發展路徑，勢必衝擊國際法律秩序。^⑯國際社會的規範性基礎，將隨著國際憲政主義的發展而轉變，國際法之國際憲政主義概念的演化結果，將衝擊國際法與國內法之傳統互動關係。國際憲政法律位階概念的成形，不僅將弱化某些相對弱國之主權，受到更多「普遍性義務」的約束，甚至一國的內國法，亦將被迫納入此種全球性法律位階的安排之內。首要衝擊，在於內國憲法與世貿憲政主義規章之間的位階問題，內國憲法將面臨極大的調適壓力，以符合國際憲政規章的義務。其次，經濟權的內容與定義，亦可能隨著世貿爭端解決機制的造法而產生變化，甚至諸如企業法人的權利亦將隨著爭端解決機構對世貿規章的解釋而有擴大或是縮小的可能。^⑰綜言之，世貿規約的憲政主義化，可能改變國際社會不同成員間的權利基礎，甚而對各成員的權力分配產生影響。

當然，隨著世貿多哈回合（Doha Round）談判的停滯，世貿規則成爲全球貿易憲法的看法與期待，正遭受許多質疑與挑戰。^⑱風起雲湧的區域經濟協定（Regional Trade Agreements, RTA），以及諸如中共加入世貿組織的「中國入世議定書」（Protocol on the Accession of the People's Republic of China）第 16 條「過渡時期貨品特別防衛機制」（Transitional Product-Specific Safeguard Mechanism）等 WTO plus 標準的出現，雖是依照 WTO 規約所律定之程序所建構，但其內容本質實已對 WTO「不歧視原則」構成嚴重挑戰。^⑲然而，這些可能構成非難 WTO 憲政主義化之國家實踐，正是 WTO 規範所容許或是不反對的事項。由此觀之，WTO plus 到底是 WTO 憲政主義化之疏漏

註⑮ 有關議程之討論，請參閱曾雅真，「從議程設定論國際經貿規範之法制化－以『市場擾亂』概念的發展與演化爲例」，*問題與研究*，第 46 卷第 3 期（2007 年 9 月），頁 91-96；Roger W. Cobb, and Charles D. Elder, "The Politics of Agenda-Setting: An Alternative Perspective for Modern Democratic Theory," *The Journal of Politics*, Vol. 33, No. 4 (1971), pp. 905-906; Roger Cobb, Jennie-Keith Ross, and Marc Howard Ross, "Agenda Building as a Comparative Political Process," *The American Political Science Review*, Vol. 70, No. 1 (1976), pp. 128-137.

註⑯ Joel P. Trachtman, "The Constitution of WTO," pp. 630.

註⑰ Philip Alston, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann," p. 843.

註⑱ Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, pp. 221-227.

註⑲ Julia Ya Qin, "'WTO-Plus' Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System-An Appraisal of the China Accession Protocol," *Journal of World Trade*, Vol. 37, No. 3 (2003), pp. 483-522.

導致國家破壞自由貿易之惡行，或者是國家有意反對 WTO 憲政主義化的例證，是國家遵循 WTO 憲政主義化發展的佐證實踐，或是國家有意抗衡 WTO 憲政主義化的實踐例證，實有待更進一步的檢證。不過，針對世貿規約憲政主義化的論辯，已經觸及國際憲政主義爭論的幾個重要課題。例如原本適用於內國法治的憲政主義概念，是否能夠在國際公法的發展中展現另一片天地，或有其發展的客觀侷限；再者，國際公法的憲政主義，其概念基礎是奠定於何種普世規範之上，國際憲政主義是全球法治的必然路徑，或是國際制度發展的最終結果，或是人權與民主等概念的實踐等，均可在世貿組織國際憲政主義的案例中取得值得省思的學術發現。

伍、結 論

國際憲政主義概念之辯論，除了對國際公法的發展具有多重意義之外，其演化暨發展方向，更可能影響到國際社會法律體系的建構，以及國家未來在國際社會中，所將遭受的司法制約程度。討論國際憲政主義的第一個意義，在於檢視國際公法中是否存在位階性的課題，而該項檢視結果，則可進一步作為檢驗國家在國際社會行動自由度之關鍵要素。在國際強制法內容仍未設定具體範疇的情況下，世貿規章暨國際憲政主義概念的熱絡討論，以及該實踐的可能趨向，將決定未來國際經貿領域超國家國際權威（transnational authority）的高低程度，並左右國家未來在國際社會經貿議題上的行動自由度。

第二，國際法國際憲政主義概念之演化結果，將衝擊吾人對於國際法與國內法互動關係的傳統思維。國家自主能力在全球化的衝擊下受到諸多挑戰，國際憲政法律位階概念的成形，將進一步對主權的實踐造成弱化效果，其所揭示之意義，不僅是國家將受到更多「普遍性義務」（obligation *erga omnes*）的約束，甚至一國的內國法，亦將被迫納入此種全球性法律位階的安排之內。全球性憲政規約不但會對一國的立法制度與立法程序造成重大影響，甚至可能衝擊國家內部司法審判體系之運作。換言之，包含內國憲法在內的所有內國法律，一旦觸及未來可能發展的國際憲政領域（例如國際貿易、全球環境保育、海洋事務）該如何競合彼此關係，國際公法與內國法應是互為補充或具有上下位階關係？值得加以深思。

第三，未解析國際憲政主義概念，難以掌握國際公法演化趨勢之全貌。國際公法憲政主義概念的討論焦點，在體現國際公法造法之正當性（legitimacy）基礎的轉化，目前國家同意之造法原則雖然已經受到蝕化，但國際公法造法的正當性基礎，到底應重建在何等原則之上，仍有待進一步釐清。就目前的討論方向觀察，國際公法造法之正當性基礎，除國家間的同意之外，業已受到其他原則的補充，例如人權、人類尊嚴（human dignity）、人類安全（human security）、平民不可侵犯原則（principle of civil inviolability）、全球共同利益（global common interests）與法治（rule of law）等，惟上述原則仍未獲得國際社會整體之共識。而國際憲政主義概念，正是上述問題的發展基

石。有鑑於此，有必要持續針對國際公法學界之相關論述，進行深入的研究與分析，俾掌握國際公法演化趨勢之全貌。

世貿規約憲政主義化的經驗，是國際法學界討論有關國際憲政主義概念的藍本。今日國際公法的規範面貌日趨複雜與多元，規範領域不但日漸廣泛並且愈見深化，從昔日約定戰爭與國家間的外交行為規範，逐漸發展成海洋管理、人權或全球環境保護的治理律法。國際憲政主義概念固然有待精確定義，但世貿規約憲政主義化的經驗進程，是否會對國際法其它面向的法理論證造成影響，繼續將人權概念置入永續發展、國際環境保護、氣候變遷機制與海洋環境保育等議題的論證當中，並以人類社群整體福祉之極大化為前提，為沒有參與締約的第三方創造國際責任與義務，值得吾人深入並持續的進行觀察。當然，國際憲政主義概念的發展對全球政治暨法律秩序所將帶來的革命性衝擊，亦有待凸顯國際憲政主義改造世界規則的理想之餘，從國際公法的學理角度，進行審慎並且精密的論證。

* * *

(收件：98年8月13日，接受：99年1月15日；責任校對者：莊家梅)

Reflections on the Constitutionalization of WTO Laws: The Emergence of International Constitutionalism and Its Impacts on International Public Law

Yea Jen Tseng

Associate Professor
Institute of Financial & Economic Law
Southern Taiwan University

Abstract

Despite debates addressed among constitutionalists, the concept of international constitutionalism has caused legal consequences to the sovereignty base of international law, and thus mutates the concept of the status of the states. Nowadays, trade scholarship is particularly preoccupied with questions of constitutionalism. The constitutionalization of WTO regulations has triggered a debate on the future of global constitutionalism. Some scholars of the International Public Law believe that WTO, as an institution of global governance, would create a set of constitutional norms for the international trade that will guide her members' trade interactions. It will be worthy of our attention to address problems of their extension to diverse domain of international law, such as the subject areas of human rights, law of the sea, environmental law, and international criminal law, etc.

This article will first discuss the development and limits of the concept of constitutionalism that is adopted into the international public law. Then the focus will be put to the normative foundations of this application. By exploring the constitutionalization of WTO law, the third part of this article will examine the different arguments for international constitutionalism. The impacts of international constitutionalism on the international public law will constitute the final part of this article.

Keywords: International Constitutionalism, constitutionalization, WTO, WTO law, international public law

參考文獻

- 彭心儀，「論 WTO 爭端解決程序下之『法庭之友』介入問題」，*貿易調查專刊*，第 11 卷（2004 年），頁 165、167~219。
- 曾雅真，「從議程設定論國際經貿規範之法制化－以『市場擾亂』概念的發展與演化為例」，*問題與研究*，第 46 卷第 3 期（2007 年 9 月），頁 91~96。
- Allott, Philip, "The Concept of International Law," *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1 (1999), pp. 31~50.
- Alston, Philip, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann," *European Journal of International Law*, Vol. 13, NO. 4 (2002), pp. 819~843.
- Alvarez, Jose, "International Organizations: Then and Now," *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2 (2006), pp. 324~347.
- Barnett, Michael N. and Martha Finnemore, "The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations," *International Organization*, Vol. 53, No. 4 (1999), pp. 699~732.
- Bogdandy, Armin von, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal From Germany," *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, No. 1 (2006), pp. 223~242.
- Boyle, Alan and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (New York: Oxford University Press, 2007).
- Breau, Susan, "The Constitutionalization of the International Legal Order," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 2 (2008), pp. 545~561.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6th edition (New York: Oxford; Oxford University Press, 2003).
- Cass, Deborah Z., "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade," *The European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 1 (2001), pp. 49~53.
- Cass, Deborah Z., *The Constitutionalization of the World Trade Organization* (Oxford: Oxford University Press, 2005).
- Charnovitz, Steve, "Nongovernmental Organizations and International Law," *American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2 (2006), pp. 348~372.
- Churchill, R. R. and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd edition (Manchester: Manchester University Press, 1999).
- Cobb, Roger W. and Charles D. Elder, "The Politics of Agenda-Setting: An Alternative Perspective for Modern Democratic Theory," *The Journal of Politics*, Vol. 33, No. 4 (1971), pp. 892~915.

- Cobb, Roger, Jennie-Keith Ross, and Marc Howard Ross, "Agenda Building as a Comparative Political Process," *The American Political Science Review*, Vol. 70, No. 1 (1976), pp. 126~138.
- Conference Report of the International Trade Law Committee 2000 London* (London: ILA, 2000), p. 12.
- Danilenko, G. M., *Law-Making in the International Community* (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1993).
- Dunoff, Jeffrey L., "Constitutional Conceits: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law," *The European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3 (2006), pp. 647~675.
- Elster, Jon and Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge: Cambridge University, 1993).
- Evans, Peter, "The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization," *World Politics*, Vol. 50, No. 1 (1997), pp. 2~87.
- European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3 (2006), pp. 23~675.
- Fassbender, Bardo, "The Meaning of International Constitutional Law," in Nicholas Tsagourias ed., *Transnational Constitutionalism: International and European Models* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 307~328.
- Fassbender, Bardo, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community," *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, No. 3 (1998), pp. 529~619.
- Gerhart, Peter M., "The WTO and Participatory Democracy: The Historical Evidence," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 37, No. 4 (2004), pp. 897~934.
- Hawkins, Darren G. et al., *Delegation and Agency in International Organizations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).
- Held, David, "Cosmopolitanism: Ideas, Realities and Deficits," in David Held & Anthony McGrew eds., *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance* (Cambridge: Polity, 2005), pp. 305~324.
- Howse, Robert and Kalypso Nicolaidis, "Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?" *Governance: An International Journal of Policy, Adminstrating, and Institution*, Vol. 16, No. 1 (2003), pp. 73~94.
- Howse, Robert, "Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity Comment on Petersmann," *European Journal of International Law*, Vol. 13, NO. 3 (2002), pp. 651~659.
- International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2000 London* (London: ILA, 2000). Available at <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/24> (viewed at 2009/11/10)

- International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2002 New Delhi* (London: ILA, 2002). Available at <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/24> (viewed at 2009/11/10)
- International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2004 Berlin* (London: ILA, 2004). Available at <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/24> (viewed at 2009/11/10)
- International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2006 Toronto* (London: ILA, 2006). Available at <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/24> (viewed at 2009/11/10)
- International Law Association (ILA), *Conference Report of the International Trade Law Committee 2008 Rio* (London: ILA, 2008). Available at <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/24> (viewed at 2009/11/10)
- International Law Association (ILA), *Conference Resolution No. 5/2008*, Rio de Janeiro, 2008. Available at <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/24> (viewed at 2009/11/10)
- Jackson, John H., "The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms: Seven 'Mantras' Revisited," *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 1 (2001), pp. 67~78.
- Jackson, John H. and Patricio Grane, "The Saga Continues: An Update on the Banana Dispute and its Procedural Offspring," *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 3 (2001), pp. 581~595.
- Jackson, John H., *Restructuring the GATT System* (New York: The Royal Institute of International Affairs, 1990).
- Jackson, John H., *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).
- Jackson, John H., *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence* (London: The Royal Institute of International Affairs, 1998).
- Jackson, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (Cambridge, MA.: The MIT Press, 2002).
- Joyner, Christopher C., "Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind," *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, No. 1 (1986), pp. 190~199.
- Kelsen, Hans, *Principles of International Law* (Clark, N.J.: Lawbook Exchange, 2003).
- Keohane, Robert O., "Hobbes's Dilemma and Institutional Change in World Politics: Sovereignty in International Society," in Robert O. Keohane ed, *Power and Governance in a Partial Globalized World* (New York: Routledge, 2002), pp. 63~87.
- Komuro, Norio, "The EC Banana Regime and Judicial Control," *Journal of World Trade*, Vol. 34, No. 5 (2000), pp. 1~87.

- McGinnis, John O., "The World Trade Organization as a Structure of Liberty," *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 28, No. 1 (2004), pp. 81~88.
- McGinnis, John O. and M. L. Movsesian, "The World Trade Constitution," *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 2 (2000), pp. 511~605.
- Mosler, Hermann, *The International Society as a Legal Community* (Alphen Aan Den Rijn, the Netherlands: Sijthoff & Noordhoff, 1980).
- Nichols, Philip M., "Forgotten Linkages: Historical Institutionalism and Sociological Institutionalism and the Analysis of World Trade Organization," *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 19, No. 2 (1998), pp. 461~511.
- Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).
- Peters, Anne, "Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of fundamental International Norms and Structures," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3 (2006), pp. 579~610.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, "Human Rights and International Economic Law in the 21st Century: the Need to Clarify Their Interrelationships," *Journal of International Law*, Vol. 4, No. 1 (2001), pp. 3~39.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, "Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, No. 3 (2006), pp. 633~667.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, "Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'," *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 4 (2008), pp. 769~798.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, "Multilevel Judicial Governance of International Trade Requires A Common Conception of Rule of Law and Justice," *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, No. 3 (2007), pp. 529~551.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, "The Human Rights Approach to International Trade Advocated by the UN High Commissioner for Human Rights and by the International Labor Organization: Is it Relevant for WTO Law and Policy?" in Ernst-Ulrich Petersmann ed, *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance* (Oxford: Oxford University Press, 2005), pp. 357~380.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, "The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization," *European Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1 (1995), pp. 161~221.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, "The WTO Constitution and Human Rights," *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, No. 1 (2000), pp. 19~25.

- Petersmann, Ernst-Ulrich, "Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration," *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 3 (2002), pp. 621~650.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law* (Fribourg: University Press Fribourg, 1991).
- Petersmann, Ernst-Ulrich, *International Trade Law and GATT/WTO Dispute Settlement System 1948-1996* (London: Kluwer, 1997).
- Petersmann, Ernst-Ulrich, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organization and Dispute Settlement* (London: Kluwer Law International, 1997).
- Price, Ricahrd, "Reversing the Gun Sight: Transnational Civil Society Targets Land Mines," *International Organization*, Vol. 52, No. 3 (1998), pp. 613~644.
- Qin, Julia Ya, "'WTO-Plus' Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System - An Appraisal of the China Accession Protocol," *Journal of World Trade*, Vol. 37, No. 3 (2003), pp. 483~522.
- Rosneau, James, "Governance in a New Global Order," in David Held & Anthony McGrew eds., *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance* (Cambridge: Polity, 2005), pp. 70~86.
- Rutherford, Kenneth R., "The Evolution Arms Control Agenda: Implications of the Role of NGOs in Banning Antipersonnel Landmines," *World Politics*, Vol. 53, No. 1 (2000), pp. 74~114.
- Salas, Mauricio and John H. Jackson, "Procedural Overview of the WTO EC - Banana Dispute," *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, No. 1 (2000), pp.145~166.
- Shelton, Dinah, "Normative Hierarchy in International Law," *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2 (2006), pp. 291~323.
- Steinberg, Richard H., "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints," *The American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 2 (2004), pp. 247~275.
- Tanaka, Yoshifumi, "Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed Beyond the Limits of National Jurisdiction," *Ocean Development and International Law*, Vol. 39, No. 2 (2008), pp. 129~149.
- Trachtman, Joel P., "The Constitution of WTO," *The European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3 (2006), pp. 623~646.

國際條約暨國際組織文件

United Nation, Statute of the International Court of Justice, 1945.

United Nation, Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969.

United Nations International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006, U.N. Doc. A/CN.4/L.682. Available at <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement>. (viewed at 2009/11/10)

United Nations International Law Commission, *ILC Report of the 58th Session, A/61/10*, 2006. Available at <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm> (viewed at 2009/11/10)

United Nations International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission 1976*, Vol. 2, part 2 (New York: International Law Commission, 1976).

World Trade Organization (WTO), Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.

World Trade Organization (WTO), *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute (DSU)*, 1995.

World Trade Organization (WTO), *World Trade Report 2007* (Geneva: WTO, 2007).

World Trade Organization (WTO), European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/R (circulated: 22 May 1997), WT/DS27/AB/R (circulated: 9 September 1997)

World Trade Organization (WTO), European Communities—Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/R/USA (circulated: 18 August 1997), WT/DS26/AB/R (circulated: 16 January 1998).

World Trade Organization (WTO), United States—Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations,” WT/DS108/R (circulated: 8 October 1999), WT/DS108/AB/R (circulated: 24 February 2000).