

國立政治大學國際貿易研究所碩士論文

指導教授： 楊光華博士

「法庭之友」參與 WTO 爭端解決程序問題之解
構—以法律與政策面向為主軸

Deconstruction of the Controversy of *Amicus Curiae*'s Participation
in the WTO Disputes Settlement Proceeding—From the Perspective
of Law and Policy

研究生：鄭富霖 撰

中華民國九十三年三月

摘要

2001 年 11 月世界貿易組織召開杜哈部長會議，重啟檢討爭端解決規則與程序瞭解書（DSU）之新回合談判，其中「法庭之友」議題頗受注目，已開發國家與開發中國家立場截然不同，幾無共識。DSU 之本文與其附件皆未提及「法庭之友」一詞，歷經幾次關鍵性案件之裁決，上訴機構逐漸發展出一套規則，認為 DSU 第 13 條、第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1) 條可資引用為小組與上訴機構接受與考慮「法庭之友」書面意見之法律基礎。本文首先從法律面向著手，將現行條文加以適當之解釋，認為目前上開條文之規定並無法為「法庭之友」提供一合理之法律基礎，上訴機構向來有關之裁決並不正確；本文繼而從政策面向分析，主張未來世界貿易組織應適度突破傳統國際公法之限制，讓公民社會之成員有機會以「法庭之友」的身份，「間接」、「例外」地參與 WTO 爭端解決程序，以爭取全球民眾對世界貿易組織之支持與認同。為解決「法庭之友」之爭議，世界貿易組織會員應以修正 DSU 條文或另外做成決議之方式，明確釐清此一高度爭議問題，而非繼續任其模糊不清，徒增紛擾。

關鍵字：世界貿易組織、杜哈部長會議、DSU、法庭之友、公民社會

Deconstruction of the Controversy of *Amicus Curiae*'s Participation in the WTO Disputes Settlement Proceeding—From the Perspective of Law and Policy

Fu-Lin Cheng

Abstract

The World Trade Organization (WTO) convened the Doha Ministerial Conference and restarted the review of provisions of Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) in November 2001. *Inter alia*, the issue of '*amicus curiae*' was very controversial, opposite positions were raised during the DSB Special Session between the developed countries and developing countries. Since there are no words about *amicus curiae* in DSU and its annex, the Appellate Body concluded in some Appellate Body reports that Article 13 and 17.9 of DSU and 16(1) of Working Procedures for Appellate Review could be constituted as proper legal basis for Panel and the Appellate Body to accept and consider the *amicus curiae* briefs.

This article starts with interpreting the existing provisions of DSU from the legal perspective, and concludes that the provisions mentioned above could not be regarded as a legal basis to for Panel and the Appellate Body to accept and consider the *amicus curiae* briefs and therefore, the Appellate Body's decisions might not be appropriate. This article then suggests from the policy perspective that the WTO release itself from the restriction of traditional international public law in the future, allowing the members of civil society to present their submission in a 'indirect' and 'exceptional' way by the name of '*amicus curiae*' in the WTO dispute settlement proceedings. At last, it also recommends that the WTO members revise some provisions of DSU or make a decision to solve this controversial problem manifestly, instead of leaving it ambiguous for a long time.

Keyword: WTO, Doha Ministerial Conference, DSU, *Amicus Curiae* and Civil Society.

「法庭之友」參與 WTO 爭端解決程序問題之解構—以法律與政策面向為主軸

目次

第一章 序論.....	1
第一節 研究背景與動機.....	1
第二節 論文架構.....	2
第二章 「法庭之友」之意義與在 WTO 爭端解決機制下之發展與爭論.....	3
第一節 「法庭之友」之意義.....	3
第二節 相關案例之發展與上訴機構之立場.....	4
一、美國對某些小蝦及蝦類產品禁止進口案.....	4
二、美國課徵英國熱軋鉛鈹碳鋼製品平衡稅案.....	7
三、歐體影響石綿及含石綿產品措施案.....	9
四、歐體沙丁魚貿易描述案.....	12
第三節 WTO 會員之立場.....	16
一、石綿案「附加程序」公佈後 WTO 會員之立場.....	16
二、杜哈回合關於「法庭之友」之發展.....	18
1. 杜哈部長宣言之指示.....	18
2. 關於「法庭之友」議題之提案.....	18
3. 談判最新進展.....	19
第四節 本章小結.....	20
第三章 從法律面向分析「法庭之友」WTO 參與爭端解決程序之合法性.....	26
第一節 由美國法之發展再論法庭之友於 WTO 爭端解決機制下之功能.....	26
一、關於英美法系「法庭之友」制度之簡介.....	26
二、「法庭之友」在美國法上之發展.....	28
三、本文觀察.....	31
第二節 上訴機構裁決之合法性分析.....	32
一、解釋方法.....	32
二、小組與上訴機構對於 DSU 第 13 條、第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條之解釋並不適當.....	33
(一) 關於 DSU 第 13 條之解釋.....	33
(二) 關於 DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條之解釋.....	35
(三) 歷史解釋.....	40
第三節 第三國權利與法庭之友.....	42
一、第三國權利與法庭之友之異同.....	42
二、比較法上之分析.....	43
三、第三國權利之內涵影響對會員作為「法庭之友」之評價.....	45

第四節 法律適用(司法)、法律創造(立法)與司法的自我限制.....	49
一、司法權對於法律規定之作用.....	49
二、WTO 爭端解決機制下司法與立法之衝突.....	49
三、司法的自我限制.....	51
第五節 本章小結.....	52
第四章 從政策面向分析「法庭之友」參與 WTO 爭端解決程序之可行性.....	53
第一節 公民社會與 WTO.....	54
一、全球治理與公民社會.....	54
二、公民社會與 GATT/WTO 之互動關係.....	55
三、「法庭之友」於其他國際組織之參與情形.....	56
第二節 有關「法庭之友」制度體制化正反論據之評析與本文見解.....	58
一、反對「法庭之友」制度體制化之政策上理由.....	58
二、支持「法庭之友」制度體制化之政策上理由.....	59
三、本文見解.....	60
1.國際法法理與民主代議制度應受尊重.....	60
2.暢通國內溝通管道應為首要之務.....	61
3.WTO 可考慮「例外」之方式正式引進「法庭之友」制度.....	62
4.小結.....	65
第三節 「法庭之友」制度體制化之相關配套措施.....	65
一、以明確之立法程序取代模糊之司法解釋.....	65
二、「法庭之友」之書面提案內容應包含事實與法律爭議.....	66
三、「法庭之友」提出書面意見不限於小組程序.....	67
四、正當法律程序之保障.....	68
1.申請提案時間與提出書面意見時間之控制.....	68
2.給予當事國與第三國之回應機會.....	68
3.小組與上訴機構並無義務附理由駁回「法庭之友」之申請與 書面意見.....	68
第四節 本章小結.....	68
第五章 結論.....	72
參考文獻.....	74
附件圖表	
附件一：石綿案之「附加程序」.....	24
附件二：歐體之提案.....	70
表 一：「法庭之友」相關案例彙整表.....	22
表 二：上訴程序中第三國權利與「法庭之友」之比較.....	48

第一章 序論

第一節 研究背景與動機

世界貿易組織 (World Trade Organization, 以下簡稱 WTO) 乃以國家為會員¹之國際組織, 適用國際公法之法理, 由會員代表其境內之人民處理與國際貿易有關之事務。在此法理下, 一般私人²沒有參與 WTO 之決策或司法程序之權利, 惟事實上亦有允許私人參與其決策或司法程序之國際組織或國際協定存在。私人參與國際組織之態樣頗多, 例如國際勞工組織 (International Labor Organization, 簡稱 ILO) 之規定, 每個會員代表之成員應包括政府代表、產業代表以及勞工代表; WTO 允許私人或非政府組織 (NGOs) 於兩年一次之部長會議中提出「建議」性質之意見。有關司法程序方面, 北美自由貿易區協定 (North American Free Trade Agreement, 簡稱 NAFTA) 允許私人或企業以當事人名義與其會員進行訴訟; 除此之外, 爭議最大者恐怕是本文所欲討論之「法庭之友」書面意見 (*Amicus Curiae Briefs*, friend of the court)。

「法庭之友」之原意係指「協助法庭解決問題的人」, 係對系爭案件並無任何利益之非當事人。惟歷經時代之變遷, 其意義與功能已有所轉變。「法庭之友」一詞並未見於 WTO 爭端解決規則與程序瞭解書 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 以下簡稱 DSU) 之條文中, 因此, WTO 是否允許不具會員資格之私人或 NGOs 以「法庭之友」身份參與爭端解決程序? 此問題於 1998 年之美國對某些小蝦及蝦類產品禁止進口案 (*United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, 簡稱蝦/龜案) 正式引爆, 正反意見各有所據, 戰火波及之處, 除了在爭端解決程序中之激烈攻防外, 尚於 2001 年 11 月杜哈部長宣言 (Doha Ministerial Declaration) 指示之新回合談判中繼續蔓延, 至今仍爭論不休。

受 20 世紀末全球化風潮之影響所及, 一方面藉由運輸、通訊與科技之進步, 一般人民亦有能力掌握最新之訊息, 不必凡事仰賴國家之協助; 另一方面, 面對國際事務之逐漸複雜, 國家往往無力自行有效處理, 而需藉助國際組織甚至私人之力量。因此, 公民社會成員亟欲於國際組織為自己所關切之利益發聲, 傳統國家主權地位受到挑戰, 在此前提下, WTO 是否仍應受到傳統國際公法之限制? WTO 現行之規定又是如何? 承認「法庭之友」之存在是否意味著對會員主權之剝奪甚或否認? WTO 以「會員為主體」之基本架構是否會因此而動搖? 引進「法

¹ 此處所謂國家實際上包含「個別關稅領域」在內, 為求敘述上之簡便, 本文以「國家」或「會員」或「政府」交錯混用, 並無區別之意。

² 此處所謂「私人」廣義地包含「個人」、「企業」、非政府組織 (NGOs) 以及本文論及之「公民社會」成員, 基於使用之習慣, 這些用語亦於本文交錯使用之。

庭之友」對 WTO 之正面意義為何？該如何規範「法庭之友」？凡此種種，均為研究此議題所應思考者。John Jackson 教授曾撰文指出，「相較於其他國際組織，WTO 對於如何處理與公民社會之互動，顯然落後甚多」，³因此「法庭之友」之課題於 WTO 下之發展，應值得加以研究。

第二節 論文架構

關於本文之架構，除第一章為序論外，第二章係以「法庭之友」之意義與功能破題，繼而介紹其在 WTO 爭端解決相關案例之發展、會員對此議題之立場以及 DSU 新回合談判之現況與可能趨勢，期能對本議題之基本內容有充分之瞭解。

第三章係從法律面向著手，透過對現行 DSU 條文構成要件之解析，探討上訴機構 (the Appellate Body) 相關案例之裁決允許私人以「法庭之友」參與訴訟，在「實然面」上是否具有適當之法律基礎，以及其他重要法律層面上之問題。

第四章係從政策面向著手，藉由分析國際環境之變化、其他國際組織或國際協定之立法例以及「法庭之友」參與爭端解決程序之正反論據，探討在「應然面」上 WTO 應否引進此「法庭之友」制度，以及在承認「法庭之友」之前提下，WTO 該如何設計相關配套措施。

第五章為結論。

³ John H. Jackson, *The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms: Seven 'Mantras' Revisited*, 4 J Int'l Econ L. 67, 77 (2001).

第二章 「法庭之友」之意義與在 WTO 爭端解決機制下之發展與爭論

第一節 「法庭之友」之意義

“*amicus curiae*”，中文法律辭典譯之為「協助法庭解決問題的人」或「法庭之友」⁴，本文以「法庭之友」稱之。根據外國學者之研究，*amicus curiae* 之起源最早可追溯至羅馬法，⁵而為英、美等國之普通法（common law）所繼受。學者引述 Abbott's Dictionary of Terms and Phrases 對 *amicus curiae* 之描述為：

「法庭的朋友。一個適用於旁觀者的條款，該旁觀者在訴訟中不具有利益，而係以其自身之知識，就法律上或事實上之論點提出建議，為首席法官提供資訊。」⁶

而年代更為久遠的 Holthouse's Law Dictionary 則將「法庭之友」定義如下：「當法官對於法律事項有所疑惑或誤解，旁觀者得以『法庭之友』的身分將此事告知法官。法庭裡的律師在當所屬案件中，法官恰巧未能知悉或當下未能憶及的時候，經常使用此種權能。」⁷

由以上說明得知，「法庭之友」原始定義是一個對系爭案件無利害關係、立場超然的第三者，不偏袒任何一方當事人，只是為了幫助法院對該案件認事用法之正確，而在法庭中提出建議之人。既然「法庭之友」並非訴訟之當事人，所以其並不受判決之效力所拘束，法院亦不受該建議之拘束，得依自己之裁量決定是否採納該建議。此外，「法庭之友」並不限於具有律師身份或專門法律知識的人始足當之，但從歷史的發展來看，「法庭之友」通常由具備專門法律知識的律師所擔任，而所處理的問題主要亦與法律事項有關。

惟須注意者，此原始定義經過長時間之發展已發生巨大變化。今日的英美法律辭典 Black's Law Dictionary（1983 年版）對於“*amicus curiae*”之定義為「a person with a strong interest in or views on the subject matter of an action may petition the court for permission to file a brief, ostensibly on behalf of a party but

⁴ 法律英漢辭典，台北：五南圖書，頁 46，民國 90 年 2 月。

⁵ Samuel Krislov, *The Amicus Curiae brief: From Friendship to Advocacy*, 72 Yale L.J. 694, 694 (1963).

⁶ *Id.* 原文為：“A friend of the court. A term applied to a bystander, who without having an interest in the cause, of his own knowledge makes suggestion on a point of law or of fact or the information of the presiding judge.”

⁷ *Id.* at 695. 原文為：“When a judge is doubtful or mistaken in matter of law, a bystander may inform the court thereof as *amicus curiae*. Counsel in court frequently act in this capacity when they happen to be in possession of a case which the judge has not seen or does not at the moment remember.”

actually to suggest a rationale consistent with its own views.」⁸亦即「法庭之友」已不再是一個單純的、對系爭案件無任何利益的第三者，而是一個對系爭案件具有高度利益之人，可以請求法院准許其提出意見，表面上是為一方之利益，而實際上係以其自身所認同之理論基礎向法院提出建議。此種轉變不僅僅是改變了「法庭之友」的定義，同時也表示「法庭之友」在訴訟上的功能亦隨之改變，而此與「法庭之友」制度在美國法上之發展過程息息相關，本文將對此發展於第三章做進一步之探討。

法院對「法庭之友」之申請所為之允許，向來被認為是一種法院所賜予的恩惠（grace），而不是人民所擁有的權利（right），所以法院自始未曾就「法庭之友」的適用範圍與附帶情況做出明確的規定。學者引述某法院的論點：「若『法庭之友』屬於一種恩惠，則此恩惠應僅與我們相關，不會因為對造的同意而更加豐富。它，宛如天堂的溫和而清涼的露珠，慈悲般地滴落。」⁹十分貼切地描述法院對於「法庭之友」在法律體系上定位之認知。

第二節 WTO 相關案例之發展與上訴機構之立場

徵諸 GATT 1947 之歷史，無論在法律條文或爭端解決小組（簡稱小組）裁決實務上，並無出現「法庭之友」之概念，直至 1998 年「法庭之友」一詞始出現於爭端解決案例。經由上節之說明，對於「法庭之友」之意義有基本瞭解後，本節即由 WTO 爭端解決相關案例¹⁰切入，期能從中整理相關之爭點，作為進一步評論之基礎。

一、 美國對某些小蝦及蝦類產品禁止進口案

1. 案情簡介

蝦/龜案起因於美國為了保護瀕臨絕種的海龜，而以其聯邦法規（包括 1989 年生效的公共法第 609 條與 1996 年的指導綱領）規定在海龜出沒水域從事捕撈的捕蝦船上必須裝設海龜逃生器（Turtle Excluder Devices, TEDs），並限制其收

⁸ Padideh Ala'i, *Judicial Lobbying at the WTO: The Debate Over the Use of Amicus Curiae Briefs and the U.S. Experience*, 24 *Fordham Int'l L.J.* 62, 87 n.148 (2000).

⁹ Krislov, *supra* note 5, at 695.

¹⁰ 與「法庭之友」有關之其他案例甚多，例如澳洲鮭魚案（*Australia-Measures Affecting Importation of Salmon—Recourse to Article 21.5 of the DSU*, WT/DS18）、歐體棉料床單案（*EC-Antidumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India*, WT/DS141）、美國軟木案（*US-Preliminary Determinations with respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS236）、泰國對波蘭進口 H 型鋼課徵反傾銷稅案（*Thailand – Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland*, WT/DS122）、馬來西亞依據 DSU 第 21.5 條對蝦龜案裁決之執行所提之審議案（*United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58）、美國鋼鐵案（*US-Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS248）等等（詳見表一），本文僅就具代表性之案例作介紹。

網時間，否則其所捕撈之小蝦(shrimps)以及蝦類產品將不准進口至美國一事，所產生之貿易爭端。本案有馬來西亞、泰國、巴基斯坦以及印度四個會員提出控訴，先後成立三個小組，1997年2月25日合併為一個小組，小組於1998年5月15日將其最終報告傳送予各會員。¹¹

1997年7月28日小組收到 the Center for Marine Conservation ("CMC")以及 the Center for International Environmental Law ("CIEL")兩個 NGOs 之書面意見，同年9月16日小組又收到 the World Wide Fund for Nature 之書面意見。小組應否接受以及考慮這些來自非會員的 NGOs 之書面意見？問題之重點在於 DSU 第 13.1 條¹²是否能做為小組裁決之法律基礎。

2. 小組階段

(1) 當事國之立場：

四個共同控訴國採取反對立場，美國則表示支持。¹³

(2) 小組之裁決

小組認為其並未要求上述文件所提供之資訊，關於 DSU 第 13.1 條「to seek information」以及選擇資訊來源的權利應保留在小組的手中。除此之外，只有當事國與第三國有權向小組提出書面意見。接受來自非政府來源之「未受請求」的資訊並不符合 DSU 之規定。因此小組不考慮這些書面意見。¹⁴

不過小組亦指出，根據實務上之通常作法，當事國得將其認為足以支持其論點的相關文件之全部或一部附加在當事國的書面意見中，而成為當事國提交給小組之書面意見之一部分。若為此種情形，則他方當事國將有兩週時間對此書面意見予以回應。¹⁵

3. 上訴階段

(1) 美國之立場

由於被控訴之美國在小組階段敗訴，其不服小組之裁決而上訴，於上訴階段，美國首先就關於小組之裁決其無權接受 NGOs 所提出之書面意見表示不服，美國認為從 DSU 第 13.1 條中並無任何禁止小組得考量任何未受請求資訊

¹¹ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body, para. 1, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998)[hereinafter *AB Report on U.S.-Shrimp*]

¹² DSU 第 13.1 條規定：「小組有權向其認為適當之個人或機構蒐集資訊及尋求技術性之建議。然而小組在一會員之管轄領域內蒐集資訊或尋求建議前，應先知會該會員之政府。任一會員接到小組要求其提供小組認為必需且合適之資訊時，應立即且詳細地答覆。未獲得提供資訊之個人、機構或會員政府之正式授權，不得洩露已提供之機密性資訊。」

¹³ *AB Report on U.S.-Shrimp*, para. 99.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

之規定。DSU 第 13.1 條廣泛地賦予小組裁量權去選擇資訊的來源，包括「法庭之友」書面意見¹⁶。美國並於 1998 年 7 月 23 日將三個 NGOs 團體¹⁷所提出之證據（亦即「法庭之友」書面意見）附加至其上訴書面意見中，提交於上訴機構。

(2) 共同被上訴國之立場

共同被上訴國（包括泰國、馬來西亞、印度與巴基斯坦）在同年 8 月 7 日提交書面意見表示反對美國之作法，並要求上訴機構不應考慮這些「法庭之友」之提案。共同被上訴國反對之理由，綜合言之，包括：

- (i) 小組之裁決其無權接受「法庭之友」書面意見，並無錯誤。
- (ii) 美國所引用的「法庭之友」書面意見包含了事實資料，此點不符合 DSU 第 17.6 條「提起上訴，限於小組報告中之法律爭議與法律解釋之爭議」之規定。
- (iii) 美國將「法庭之友」書面意見附加至其上訴書面意見中，是否表示美國將此「法庭之友」書面意見視為其上訴意見？此點並不明確，因此不符合上訴審查作業程序（Working Procedures for Appellate Review）第 21(2) 條對於上訴意見必須「精確的陳述」之要求。¹⁸
- (iv) 美國此舉違反了 DSU 第 17.4 條只有當事國與第三國得提交書面意見之規定以及上訴審查作業程序第 28(1) 條之規定。
- (v) 美國將「法庭之友」書面意見附加至其上訴書面意見中，使得這些 NGOs 之意見不再是「法庭之友」書面意見，而變成了美國上訴書面意見之一部分。¹⁹

(3) 第三國立場

歐體：歐體認為 DSU 第 13 條的規定的確給予小組一個裁量權去尋求其所需之資訊，此外歐體認為 NGOs 也可以自由地公佈其對於系爭爭端之意見，俾使一般大眾所得知悉，包括爭端當事國、WTO 秘書處或小組成員。不過歐體懷疑是否可以將 DSU 第 13 條之文義作如此廣泛之解釋，讓 NGOs 有「權利」直接向小組提出書面意見？²⁰基於現行 DSU 條文之規定，歐體認為如果小組對那些未受請求的「法庭之友」的書面意見有興趣，則小組有權利去「要求」並「接

¹⁶ *Id.* para. 9.

¹⁷ 此三個 NGOs 團體為：1. the Earth Island Institute, the Humane Society of the United States, and the Sierra Club; 2. the Center for International Environmental Law ("CIEL"), the Centre for Marine Conservation, the Environmental Foundation Ltd., the Mangrove Action Project, the Philippine Ecological Network, Red Nacional de Accion Ecologica, and Sobrevivencia; 3. the Worldwide Fund for Nature and the Foundation for International Environmental Law and Development.

¹⁸ *AB Report on U.S.-Shrimp*, para. 80.

¹⁹ *Id.* para. 81.

²⁰ *Id.* para. 65.

受」(亦即為「尋求」)這些資訊。²¹依本文之理解，歐體應該是認為小組可以透過一個形式上的「要求」與「接受」的動作，將「未受請求」的資訊轉換成小組所「尋求」的資訊，如此一來便符合 DSU 第 13 條之文義。

(4) 上訴機構之裁決

1998 年 8 月 11 日，上訴機構對此預備程序事項 (preliminary procedural matter) 做成裁決，決定接受 (accept) 美國所附加的三個「法庭之友」書面意見，而且如果這些法律意見適切的話，上訴機構將予以考慮 (consider)。²²上訴機構在 1998 年 10 月 12 日公佈其報告，報告中針對小組報告裡面關於「法庭之友」的裁決，有以下兩點看法：

(i) 小組接受來自 NGOs 的未受請求之書面意見，是否違反 DSU 之相關規定？

上訴機構認為，從 DSU 第 4、6、9、10 條之規定觀之，只有爭端當事國與第三國才有「權利」提出書面意見，並由小組所考慮之，也因此小組負有法律上之「義務」去接受並適當地考量當事國與第三國之書面意見²³。DSU 第 13 條之規定給予小組一個廣泛的裁量權去尋求其所需要之資訊，若與 DSU 第 11 條與 12.2 條合併觀之，亦即「小組對案件的客觀評估」與「當不至於不當地延誤小組進行過程，小組的程序宜予充分彈性，以確保小組的高品質報告」這兩個小組重要的功能與目標，上訴機構認為小組對於“seek”一字不應太強調其文字意義，小組可自行決定要接受或拒絕這些「法庭之友」的申請，也無須區分「受請求」與「未受請求」兩者之間的分野。²⁴

(ii) 爭端當事國可否將「法庭之友」書面意見附加在其書面意見中而成為該會員之部分意見？

對此問題，上訴機構同意小組之見解，認為這種實務上的通常作法是被允許的，爭端當事國若認為有需要，其可自由為之。²⁵

二、美國課徵英國熱軋鉛鈹碳鋼製品平衡稅案 (*United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*，以下簡稱美國碳鋼案)

1. 案情簡介

本案起因於美國認為英國對其國營事業的特定鋼鐵產品實施價格補貼，而自 1993 年起對來自英國的特定鋼鐵產品課徵平衡稅，歐體認為美國採取之措施違反補貼與平衡稅措施協定 (Agreement on Subsidies and Countervailing

²¹ *Id.* para. 66

²² *Id.* para. 83.

²³ *Id.* para. 101.

²⁴ *Id.* paras. 106-107.

²⁵ *Id.* para. 109.

Measures, 簡稱 SCM 協定)之相關規定,故向 DSB 要求成立小組審理本案,1999 年 12 月 23 日小組公佈其最終報告 (WT/DS138/R),裁決美國之措施違反 SCM 協定第 10 條,建議美國修正其相關措施,美國不服,旋即於法定期間內提出上訴,上訴機構在 2000 年 5 月 10 日公佈其上訴報告 (WT/DS138/AB/R)。

2. 小組階段

本案在小組階段並未有私人或其他非會員申請「法庭之友」之書面提案。

3. 上訴階段

2000 年 2 月 7 日,上訴機構收到兩個自稱為「法庭之友」的團體所提出之書面意見,分別是 American Iron and Steel Institute 以及 Specialty Steel Industry of North America。對於上訴機構應否接受「法庭之友」的書面意見,各方意見不同,主要爭點在於上訴機構得否援引 DSU 第 17.9 條²⁶與上訴審查作業程序第 16 (1) 條²⁷做為其裁決之法律基礎?

(1) 歐體立場:

歐體認為上訴機構不應該接受這兩份書面意見,亦不應對此書面意見有所回應。歐體認為蝦/龜案之裁決雖然可做為允許「法庭之友」提出書面意見之基礎,但該案所處理的是 DSU 第 13 條關於小組程序的問題,不能適用於上訴程序。DSU 第 13 條只限定於事實資訊與技術建議,不包括非會員的法律論點或法律解釋。不論是在 DSU 本文或上訴審查作業程序中,均沒有任何規定允許「法庭之友」能參與上訴機構之程序,因為依照 DSU 第 17.4 條與上訴審查作業程序第 21、22 與第 28.1 條之規定,僅爭端當事國與第三國得參與上訴,DSU 第 17.10 條更規定上訴程序應秘密進行。²⁸

(2) 美國立場:

美國對此問題則持贊成看法,其認為從蝦/龜案之裁決中可以得知,小組具有廣泛的授權去執行與控制程序,以助其本身瞭解案件之相關事實與法律規範。所以美國認為上訴機構亦有相同之授權,其法律基礎來自 DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條。美國不認為一旦接受未受請求之「法庭之友」書面意見就會影響上訴程序之秘密性,也不認為此舉會導致非會員的權利大於

²⁶ DSU 第 17.9 條規定:「上訴機構與 DSB 主席及 WTO 秘書長協商後,應草擬作業程序,並通知會員。」

²⁷ 上訴審查作業程序第 16(1)條規定:「為使上訴之運作得有公平與秩序之程序之利益,當發生此規則所未涵括之程序問題時,分庭得僅為該上訴之目的,在不違反 DSU、其他內括協定與本規則之情形下,採用適當之程序。當如此之程序被採用時,分庭應立即通知上訴之當事國與第三國,以及其他上訴機構成員。」

²⁸ *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, Report of the Appellate Body, para 36, WTO Doc. WT/DS138/AB/R (May 10, 2000)[hereinafter *AB Report on US-Carbon Steel*].

爭端當事國或第三國以外的 WTO 會員之權利。²⁹

(3) 第三國立場

做為第三國的巴西與墨西哥均同意歐體見解，認為上訴機構並沒有得到授權可以接受「法庭之友」書面意見。渠等強調 DSU 與上訴審查作業程序皆無任何條文允許上訴機構接受 DSU 第 13 條所規定之事實資訊，而且這些來自私人的書面意見很少有上訴爭點之法律意見在內。墨西哥指出 DSU 與上訴審查作業程序限制了在上訴程序的參與範圍，上訴程序也應該秘密進行。巴西則進一步指出只有 WTO 會員，特別是爭端當事國與第三國，有資格就小組報告提出法律上之論點。³⁰

(4) 上訴機構之裁決

上訴機構首先認為在 DSU 或上訴審查作業程序中並無明白的規定上訴機構「得」接受與考慮來自爭端當事國或第三國以外之人的書面意見；但反過來說，在 DSU 或上訴審查作業程序中亦無明白地「禁止」上訴機構接受與考慮來自爭端當事國或第三國以外之人的書面意見。

上訴機構根據 DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條之規定認為，只要不違反 DSU 或其他 WTO 內括協定之規定，上訴機構即有法律上的授權來決定是否接受以及考慮任何其認為有用 (useful) 與相關 (pertinent) 的資訊。³¹

上訴機構尚重申蝦/龜案上訴報告之見解，認為只有 WTO 會員有「權利」參與小組與上訴機構之程序，並於特定爭端案件中做為爭端當事國與第三國，³²非會員之個人或團體沒有「權利」向上訴機構提出書面或口頭意見。上訴機構並無「義務」接受或考慮未受請求的「法庭之友」書面意見，其「僅」對於 WTO 爭端當事國或第三國所提出之意見有法律上之「義務」去接受與考慮。³³然而，上訴機構最後認為在本案中，基於有用性與相關性的考量，其沒有必要去考慮「法庭之友」的書面意見。³⁴

三、歐體影響石綿及含石綿產品措施案 (*European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*，以下簡稱石綿案)

1. 案情簡介

本案起因於法國為了勞工與消費者之健康（因石綿塵被列為致癌物質），制訂一項法令（1997 年 1 月 1 日生效）禁止製造、進口、國內銷售、出口石綿纖

²⁹ *Id.* para. 38.

³⁰ *Id.* para. 37.

³¹ *Id.* para. 39.

³² *Id.* para. 40.

³³ *Id.* para. 41.

³⁴ *Id.* para. 42.

維以及含有石綿纖維的產品。加拿大認為法國此項措施違反了技術性貿易障礙協定第 2 條(Agreement on Technical Barriers to Trade, 簡稱 TBT 協定)以及 1994 年關稅暨貿易總協定(以下簡稱 GATT 1994)第三條與第十一條之相關規定,遂向 DSB 要求成立小組,小組於 1998 年 11 月 25 日成立,並於 2000 年 9 月 18 日做成小組報告(WT/DS135/R),裁決法國之系爭措施違反 GATT 1994 第 3.4 條,TBT 協定部分則裁決加拿大敗訴。³⁵加拿大對小組之裁決不服,遂於同年 10 月 23 日提起上訴,歐體則依據上訴審查作業程序第 23(1)條參加上訴,最後上訴機構於 2001 年 3 月 12 日公佈上訴報告(WT/DS135/AB/R)。

2. 小組階段

在 1999 年 5 月 7 日至 7 月 28 這段審理期間,小組收到四個來自 NGOs 的「法庭之友」書面意見,³⁶而在小組審理程序已近尾聲之際,2000 年 6 月 27 日小組又收到一份來自 ONE (Only Nature Endures) 的「法庭之友」書面意見。小組應(得)否接受並考慮這些來自非會員的「法庭之友」書面意見?同樣地,又再次引起爭執。

(1) 歐體立場:

歐體並未明確地表示其立場,然其先後將 Collegium Ramazzini 以及 American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations 兩個 NGOs 的書面意見納入其自己的書面提案,並建議小組將其餘兩個「法庭之友」的申請駁回,理由為那些文件的內容與本案無關。³⁷依照筆者之理解,歐體的作法顯示其採取贊成小組有權「接受」「法庭之友」書面意見的立場,但是關於小組在個案中是否應該「考慮」該書面意見,則視該書面意見是否對於本案有所幫助而定。

(2) 加拿大立場:

就小組得否「接受」「法庭之友」書面意見一事,加拿大認為當事國應有機會對該書面意見之事實上與法律上論點予以回應。至於小組可否「考慮」「法庭之友」的書面意見?加拿大則表示基於程序公平之理由,當事國應有機會對其內容加以評論。而在本案例中,加拿大認為這些「法庭之友」的提案對於小組並

³⁵ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, Report of the Appellate Body, paras. 1-5, WTO Doc. WT/DS135/AB/R (March 12, 2001) [hereinafter *AB Report on EC-Asbestos*].

³⁶ 此四個組織分別是 Collegium Ramazzini, Ban Asbestos Network, Instituto Mexicano de Fibro-Industrias A.C. 以及 American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations.

³⁷ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, Report of the Panel, para. 6.2, WTO Doc. WT/DS135/R (Sep. 18, 2000)[hereinafter *Panel Report on EC-Asbestos*].

無幫助，亦不適當，所以敦促小組將這些提案駁回。³⁸

(3) 小組之裁決

小組之裁決有以下幾點：第一、由於歐體將 Collegium Ramazzini 以及 American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations 兩個 NGOs 的書面意見納入其自己的書面提案，因此小組將對這兩份書面意見加以考慮，並提交於技術專家。至於 Ban Asbestos Network 與 Instituto Mexicano de Fibro-Industrias A.C 這兩份「法庭之友」書面意見，小組決定不予考慮，但小組未具明其理由。第二、小組在第二次實質會議中給予加拿大提出書面與口頭意見之機會，讓加拿大對這兩份書面意見能予以回應。第三，對於“ONE”所提出之書面意見，小組則以其提出時間過晚，小組已經無法再予以考慮為由，決定不予接受。³⁹

3. 上訴階段

上訴機構在 2000 年 10 月 27 日寫信給當事國以及第三國，表示依照上訴審查作業程序第 16(1)條之規定，上訴機構認為藉著採用適當的程序可以讓上訴公平、有秩序地運作，以處理未來可能發生的來自個人或 NGOs 的提案。因此上訴機構希望當事國與第三國能就是否應採用一個「申請要求」(request for leave) 的程序？須用何種程序來確保當事國與第三國能有充分而平等的機會對「法庭之友」的書面意見加以回應？以及是否有其他應考慮的事項等三點提供意見。⁴⁰

(1) 當事國與第三國之立場

2000 年 11 月 3 日上訴機構收到回應，加拿大、歐體與巴西均表示關於是否制訂此「附加程序」之問題，應由 WTO 會員自己來決定；美國表示歡迎，辛巴威則表示其沒有理由反對。另外，在不違背其會員國立場之前提下，加拿大、歐體與美國就此項有可能被採納的「附加程序」應如何制訂提出許多建議。⁴¹

(2) 上訴機構之裁決

經過當事國與第三國之回應以及上訴機構所有 7 個成員的討論之後，2000 年 11 月 7 日上訴機構作出一項創舉，採用了一個「附加程序」(the Additional Procedure)⁴²來處理當事國與第三國以外的個人或團體所申請的書面提案，並表

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* para. 6.4.

⁴⁰ *AB Report on EC-Asbestos*, para. 50. 辛巴威在小組審理階段時為第三國，但是在上訴階段並未申請成為第三國，其要求在上訴階段中出席，當事國與第三國並未反對，最後是以上訴程序的消極觀察員身分出席上訴程序。

⁴¹ *Id.*

⁴² *European Communities -- Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Communication from the Appellate Body, WTO Doc. WT/DS139/9 (Nov. 8, 2000). 此「附加

示此「附加程序」僅用於本上訴案。此項「附加程序」先由上訴機構通知當事國與第三國，再由上訴機構主席通知 DSB 主席，然後通知所有會員國，並於 2000 年 11 月 8 日公佈於 WTO 網站。⁴³然而此「附加程序」一經通知 WTO 會員後，立刻引起相當大之反彈，導致埃及要求總理事會召開臨時會議，特別討論此一議題。

上訴機構在通過「附加程序」前的這段期間內收到 13 個 NGOs 的書面提案，而在「附加程序」通過後，上訴機構將這些提案連同「附加程序」之規定發回給原申請者，請渠等根據「附加程序」重新申請，而只有 Korea Asbestos Association 根據「附加程序」之規定提出申請。⁴⁴

隨後上訴機構根據「附加程序」之規定收到了 17 個申請之提案。其中 6 個提案上訴機構以超過申請期限為由回文拒絕，至於其餘的 11 個提案，上訴機構表示經過謹慎的檢討與考慮後，決定拒絕所有的提案，因為這些提案無法充分地符合「附加程序」第三點所設之要求。⁴⁵令人疑惑的是，上訴機構一方面大開方便之門，歡迎私人與 NGOs 提出「法庭之友」的申請，另一方面卻在總理事會臨時會議召開後，以未能充分符合規定為由拒絕考慮所有的「法庭之友」提案，其間是否有強大的會員輿論壓力加諸其上，雖不得而知，但學者有肯定者。⁴⁶

四、歐體沙丁魚貿易描述案 (*European Communities – Trade Description of Sardines*，以下簡稱沙丁魚案)

1. 案情簡介

本案緣於歐體在 1989 年 6 月 21 日通過 2136/89 規則，其規定唯有符合該規則第 2 條之要求以及第 7 條關於貿易上敘述 (trade description) 之產品，才能在歐體內銷售。而秘魯所銷售之沙丁魚種 "Sardinops sagax" 因不符合上述規則第 2 條第 2 款 "Sardina pilchardus" 之描述，歐體不准其在歐體境內銷售。秘魯認為歐體該項措施違反了 GATT 1994 第三條第四項以及 TBT 協定第 2 條之相關規定，向 DSB 提起控訴，2001 年 7 月 24 日成立小組，2002 年 5 月 29 日小組

程序」之中譯，請參閱附件一。

⁴³ AB Report on EC-Asbestos, para. 51.

⁴⁴ AB Report on EC-Asbestos, para. 53. 這 13 個 NGOs 為：Asbestos Information Association (United States); HVL Asbestos (Swaziland) Limited (Bulembu Mine); South African Asbestos Producers Advisory Committee (South Africa); J & S Bridle Associates (United Kingdom); Associação das Indústrias de Produtos de Amianto Crisótilo (Portugal); Asbestos Cement Industries Limited (Sri Lanka); The Federation of Thai Industries, Roofing and Accessories Club (Thailand); Korea Asbestos Association (Korea); Senac (Senegal); Syndicat des Métallos (Canada); Duralita de Centroamerica, S.A. de C.V. (El Salvador); Asociación Colombiana de Fibras (Colombia); and Japan Asbestos Association (Japan).

⁴⁵ AB Report on EC-Asbestos, para. 56.

⁴⁶ Duncan B. Hollis, *Globalization & the erosion of Sovereignty in Honor of Professor Lichtenstein: Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty*, 25 B.C. Int'l & Comp L Rev. 235, 254 (2002).

報告公佈⁴⁷ (WT/DS231/R)。2002年6月25日，歐體對小組之裁決表示不服而提起上訴，上訴機構受理此案，而於2002年9月26日做成上訴報告 (WT/DS231/AB/R)。

2. 小組階段

本案於小組階段並未有私人或其他非會員申請「法庭之友」書面提案。

3. 上訴階段

在上訴階段，上訴機構再度面臨是否應接受以及考慮「法庭之友」書面提案之問題，而提案人除了私人之外，尚有WTO會員—摩洛哥，其並未在小組階段保留第三國權利。⁴⁸本案包含兩個主要爭點，一是非WTO會員的私人或NGOs是否可以提出「法庭之友」申請？二是WTO會員得否以「法庭之友」身份向上訴機構提出書面意見？

(1) 當事國立場：

秘魯：

秘魯認為，關於非會員的書面提案，雖然它歡迎WTO會員將非會員的提案附加至其書面提案中，但DSU已經明白規定只有會員才能獨立地向小組或上訴機構提出書面提案。至於摩洛哥的申請案，秘魯認為若接受其申請，則不啻是允許WTO會員有規避DSU條文規定之機會，因為DSU已經對於會員如何以第三國之身分參與爭端解決程序設定了許多的條件，⁴⁹包括第10.2條與第17.4條，摩洛哥並未根據相關規定通知DSB其所具有之利益，所以摩洛哥無權參與聽證。⁵⁰據此，秘魯要求上訴機構拒絕這兩份書面提案之申請。

歐體：

歐體並未以書面表達意見，而是在聽證時表示這些「法庭之友」的意見是適切的，而且上訴機構有裁量權決定接受。⁵¹對於摩洛哥提出「法庭之友」申請一事，歐體認為上訴機構不應該對私人與WTO會員所提出「法庭之友」的申請，作不同之處理。⁵²

(2) 第三國立場

加拿大：

⁴⁷ *European Communities – Trade Description of Sardines, Report of the Appellate Body*, paras. 1-9, WTO Doc. WT/DS231/AB/R (Sep. 26, 2002)[hereinafter *AB Report on EC-Sardines*].

⁴⁸ *Id.* para. 153.

⁴⁹ *Id.* para. 154.

⁵⁰ *Id.* para. 161.

⁵¹ *Id.* para. 155.

⁵² *Id.* para. 161.

加拿大認為 WTO 會員之間對於「法庭之友」的角色該如何定位並沒有一個很明白的合意，其主張只有在爭端解決程序開始時有保留第三國權利之 WTO 會員，始有法律上權利參與爭端解決程序。加拿大同時又認為這兩份「法庭之友」的書面意見都應該被拒絕，因為渠等不是有用與適切的資訊。⁵³

美國：

美國認為上訴機構有權去「接受」但不應該去「考慮」這些書面提案，因為渠等不是有用與相關的資訊。⁵⁴

智利與厄瓜多：

渠等認為 DSU 不允許「法庭之友」的參與，故要求上訴機構拒絕其書面意見。⁵⁵

(3) 上訴機構之裁決

上訴機構在本案中綜合以往上訴機構之裁決，說明上訴機構允許「法庭之友」參與爭端解決程序之理由，可做為上訴機構對「法庭之友」議題之見解的總整理，具有相當之重要性。茲整理如下：

(i) 於蝦/龜案中，上訴機構允許上訴國將三個「法庭之友」書面意見附加至其上訴書面意見中，成為其上訴書面提案之一部分，此為當事國所得自行決定者，此項見解亦為後來「泰國對波蘭進口 H 型鋼課徵反傾銷稅案」(*Thailand – Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland*)⁵⁶以及「馬來西亞依據 DSU 第 21.5 條對蝦龜案裁決之執行所提之審議案」(*United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*)⁵⁷所遵循；而在後來之案件中，上訴機構亦接受私人或私人團體獨立於當事國之外，提出書面意見。⁵⁸

(ii) 於美國碳鋼案中，上訴機構首度宣示其擁有「接受」並「考慮」「法庭之友」書面意見的授權，因為 DSU 與上訴審查作業程序之規定雖未明白准許，但亦未明白地禁止上訴機構接受「法庭之友」的書面意見。DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序給予其相當廣泛之授權，只要在不違反 DSU 及內括協定之情形下，上訴機構有法律上權利決定是否要接受「法庭之友」的書面意見。⁵⁹

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Thailand – Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland, Report of the Appellate Body, WTO Doc. WT/DS122/AB/R (Apr. 5, 2001).*

⁵⁷ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, Report of the Appellate Body, WTO Doc. WT/DS58/AB/RW (Nov. 21, 2001).*

⁵⁸ *AB Report on EC-Sardines, para. 156.*

⁵⁹ *Id. para. 157.*

(iii) 本案上訴機構遵循美國碳鋼案中上訴機構之裁決，重申僅爭端當事國與第三國有「法律上權利」參與爭端解決程序，非會員之個人或團體則無此權利。而僅有當上訴機構認為該「法庭之友」書面意見為有用之意見，上訴機構才會允許「法庭之友」參與。⁶⁰上訴機構因此裁決：秘魯反對私人提出「法庭之友」書面意見的見解是錯誤的，不過上訴機構發現在本案中「法庭之友」所提出之書面意見對於本案無所助益。⁶¹

(iv) 對於 WTO 會員摩洛哥申請成為「法庭之友」一事，上訴機構首先指出此為前所未見之議題。其認為因為 DSU 與上訴審查作業程序對於當事國與第三國以外之人所提出的書面提案並未明示地承認或禁止；同時雖然有會員質疑允許「法庭之友」提出面意見將導致非會員的權利將大於會員的權利，但這樣的質疑正是上訴機構認為對於非會員與 WTO 會員所提出「法庭之友」的申請，不應該作不同處理之理由。⁶²在本案中沒有任何當事國或第三國可以明白地指出哪一個 DSU 條文禁止上訴機構接受「法庭之友」，渠等亦無法指出上訴機構接受「法庭之友」的書面意見究竟如何地違反 DSU。DSU 第 10.2 條與第 17.4 條的確是關於會員如何成為第三國所為之規定，但不能因此而反面推論會員不得成為「法庭之友」。⁶³

(v) 有會員質疑如果允許未遵守 DSU 程序的會員提出「法庭之友」的申請，將導致遵守 DSU 程序的會員所享有之權利反而小於未遵守 DSU 程序的會員。對於這樣的質疑，上訴機構則認為會員有其自己之裁量權決定要以何種身份參與爭端解決程序，若其選擇做為第三國，則其有「權利」提出書面意見，上訴機構有「義務」去考慮該意見；若其選擇做為第三國但不提出意見，則上訴機構在實務上允許其出席聽證；若其選擇做為「法庭之友」，則其所提出之書面意見不一定會被上訴機構所接受或考慮，其亦無法律上權利於聽證時出席。⁶⁴

(vi) 上訴機構尚特別強調是否允許「法庭之友」提出書面意見是屬於上訴機構的裁量權，並且會以逐案審查之方式處理。其引述「美國海外銷售公司租稅優惠待遇」(*United States – Tax Treatment for Foreign Sales Corporations*) 案中之裁決：「WTO 爭端解決程序之規則係用以促進...公平、迅速、與有效地解決貿易爭端為目標。」表示，在每一次的案件中，上訴機構將視該「法庭之友」的提案是否能「公平、迅速、與有效地解決貿易爭端」而決定接受或拒絕之。⁶⁵

(vii) 上訴機構最後裁決其有權利接受並考慮 WTO 會員所提「法庭之友」的申請，然而徵諸摩洛哥所提之書面意見之內容，除了對 TBT 協定第 2.1 條與 GATT 1994 所為之法律上論點外，其餘均是有關事實資訊之陳述，與 DSU 第 17.6 條

⁶⁰ *Id.* paras. 158-159.

⁶¹ *Id.* para. 160.

⁶² *Id.* para. 164.

⁶³ *Id.* para. 165.

⁶⁴ *Id.* at 40, n.69.

⁶⁵ *Id.* para. 167.

之規定相違，因此裁決除了與 TBT 協定第 2.1 條與 GATT 1994 有關之法律上論點可供考慮外，其餘意見均不予考慮。⁶⁶

第三節 會員國之立場

一、石綿案「附加程序」公佈後 WTO 會員之立場

如本章第一節所述，在上訴機構將石綿案中關於「法庭之友」的「附加程序」通知 DSB 主席，而 DSB 主席與 WTO 秘書處將事實背景說明文件提交會員後，在 WTO 許多會員之間引起軒然大波，因此在 2000 年 11 月 22 日當時總理事會主席 Mr. Kare Bryn 即應埃及之要求，召開總理事會會議討論「法庭之友」之相關問題。本次會議中發言之會員相當踴躍，⁶⁷多數會員之代表亦公開表明其國家之立場。WTO 做為一個由會員主導 (member-driven) 之國際組織，因此對於 WTO 內括協定條文的解釋或其他決策而言，會員之立場自是相當重要。尤其目前 WTO 以共識決為決策之運作方式 (WTO 協定第 9.1 條)；而對於條文之解釋原則上雖採多數決 (WTO 協定第 9.2 條)，然慣例上仍以會員之共識決為之，因此會員間對於某項議題共識之有無，更是可以做為 DSU 條文之解釋上相當有力之法律基礎。經過許多會員之發言後，會議主席將各方意見彙整出以下幾點結論：

1. WTO 是一個由會員主導的國際組織，大多數會員認為既然關於「法庭之友」書面意見之議題並無特定條文加以規範，則此書面意見不應該被接受。有些會員則認為在某些案件中，「法庭之友」的書面意見是有用的，而至少有一會員相信 WTO 有法律上及實質上的理由去使用「法庭之友」。關於此點會員間並未有任何合意。⁶⁸
2. 部分會員提到蝦/龜案之裁決以及對 DSU 第 13 條之解釋，渠等並不同意蝦/龜案以及嗣後以該案為基礎之案件中，小組與上訴機構對於「法庭之友」議題之裁決；但至少有一會員認為此等程序並無錯誤。⁶⁹
3. 大多數會員認為是否接受「法庭之友」書面提案之問題係屬於實體問題而非程序問題，而有些會員認為這是程序問題。⁷⁰
4. 許多會員批評 WTO 秘書處將上訴機構對 DSB 通知之內容公佈於網站上之作

⁶⁶ *Id.* paras. 169-170.

⁶⁷ 計有烏拉圭、埃及 (代表非正式開發中國家集團)、香港、印度、巴西、墨西哥、哥倫比亞 (代表 ANDEAN 會員)、辛巴威、新加坡 (代表東南亞國協)、瑞士、巴基斯坦、挪威、哥斯大黎加、加拿大、美國、玻利維亞、土耳其、匈牙利 (代表代表保加利亞、捷克、拉脫維亞、羅馬尼亞、斯洛伐克與斯洛維尼亞)、韓國、牙買加、阿根廷、歐體、古巴、智利、巴拿馬、澳大利亞、坦尚尼亞、日本等 28 個會員在本次會議中發言。

⁶⁸ Minutes of Meeting of the General Council, WTO Doc. WT/GC/M/60, para. 114 (Jan. 23, 2001).

⁶⁹ *Id.* para. 115.

⁷⁰ *Id.* para. 116.

法。渠等認為此作法使得秘書處之行動具有「邀請」之意味，儘管秘書處一開始或許並無此意。另外渠等亦批評秘書處之作法是一種固有之歧視，因為只有在 WTO 名冊上的 NGOs 才會收到秘書處的「邀請」通知。⁷¹

5. 許多會員表示「法庭之友」議題並不是「透明化」的問題，而是關於「誰應該參與」的法律議題。⁷²

6. 主席最後結論認為關於「法庭之友」的爭議，會員間並無絕對之合意，但絕大多數會員認為若有較為明確之規則，對於上訴機構與爭端解決機制皆有助益，因此需要就其實質內容與程序作進一步之諮商。⁷³在尚未有較明確之規則前，主席相信上訴機構對於未來的案件應盡「最大之注意」(extreme caution)處理「法庭之友」的申請案件。⁷⁴

綜觀本次總理事會會議之討論過程，可以發現大多數的會員對於是否允許非會員以「法庭之友」的身份參與爭端解決程序，採取了反對之立場。除了本次會議主席所總結的上述各點之外，尚其他的反對意見，其中較具建設性者例如：巴西試圖從對「working procedures」所做的文義解釋中證明上訴機構所得到的授權是有限的，以及上訴機構在蝦/龜案對「seek」一字的文義所做的擴張解釋超出當年 DSU 談判者之預期；⁷⁵烏拉圭、香港、印度、墨西哥、巴基斯坦、挪威等會員也指出，事實上在烏拉圭回合談判時已針對「法庭之友」的議題提出討論與諮商，但最後並未將之納入 DSU 的規範中，足見 WTO 會員並不允許非會員之「法庭之友」在爭端解決程序中提出書面意見；⁷⁶另外亦有一些會員認為根據 DSU 第 17.3 條之規定，上訴機構成員都是在法律、國際貿易上具有公認權威之個人，似無必要於審理案件時尋求「法庭之友」的法律上意見。⁷⁷

美國與歐體則是少數支持開放「法庭之友」參與爭端解決程序之會員。美國除了支持 DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條可做為「法庭之友」的法律上基礎外，尚從公民社會 (civil society) 成員之利益切入，認為上訴機構在石綿案制訂「附加程序」，開放「法庭之友」提出書面意見之作法，可以讓所有與該爭端有關的利害關係人，包括公民社會、當事國與第三國等，都能在該爭端中一次解決。⁷⁸歐體除了認為此事應交由會員諮商尋求解決外，尚認為許多公民社會在與 WTO 有關的工作中都具有利益，而歐體已經對於爭端解決的透明化做出許多提案，當 DSU 規則不明確而立法不足時，司法將有填補漏洞

⁷¹ *Id.* para. 117.

⁷² *Id.* para. 118.

⁷³ *Id.* para. 119.

⁷⁴ *Id.* para.120.

⁷⁵ *Id.* para. 42.

⁷⁶ *Id.* paras. 7, 23, 38, 50, 65, 67.

⁷⁷ *Id.* paras. 6, 13.

⁷⁸ *Id.* para. 74.

之趨勢。⁷⁹

二、杜哈回合關於「法庭之友」之發展

1. 杜哈部長宣言之指示

2001 年 11 月在卡達首都杜哈所舉行的第四屆部長會議中，各會員之部長達成了多項協議，並發表杜哈部長宣言指示未來 WTO 會員應進行之談判工作與目標。其中第 30 段指出「我們同意就改進及釐清現行爭端解決規則與程序瞭解書之規範進行談判。該項談判應以相關工作的進展成果及會員所提出之建議案為基礎，並以 2003 年 5 月前完成相關工作為目標；屆時，我們將採取必要步驟，俾使談判成果儘速生效施行。」

2. 關於「法庭之友」議題之提案

總理事會將此談判工作交由爭端解決機構（Dispute Settlement Body，以下簡稱 DSB 之特別會議（special session）處理。各會員在杜哈回合談判後立即進行提案與討論之工作，歷經一年多之努力，2003 年 4 月 4 日 DSB 特別會議主席彙整各國之提案後，合併成一份架構文件（framework document, JOB(03)/69，歷經兩次修正成為 JOB(03)/69/Rev.2）。⁸⁰其中對於是否允許「法庭之友」提出書面意見之問題，又再次浮上檯面，會員相關之建議如下：

- 非洲集團（African group）提案新增 DSU 第 13 條第 3 項「為本條之目的，『蒐集資訊與技術建議』不應被解釋為『接受未受請求之資訊或技術建議』之要求。」⁸¹表明反對立場。
- 印度等國則建議新增第 3 項為「『尋求』應指由小組所尋找或要求的任何資訊或技術建議。小組不應接受未受請求之資訊。」⁸²顯然亦採取反對見解。
- 歐體則另外提案新增 DSU 第 13 條之 1，其明白地支持在 DSU 中納入「法庭之友」制度，但認為在接受「法庭之友」制度之同時，不能造成訴訟程序之拖延以及對開發中會員造成實質上額外的負擔，也要有足夠時間讓當事國加以檢視提案內容。⁸³因此歐體之提案是參考「石綿案」中上訴機構

⁷⁹ *Id.* para. 96.

⁸⁰ 主席對於此份文件有特別註解，括弧內之文字代表尚未凝聚較多共識之提案，沒有括弧者或以灰色陰影標明者，則代表具有較高共識之提案。以下之法庭之友議題均有括弧，顯示不論何者之提案在會員間均缺乏相當之共識，合先敘明。

⁸¹ JOB(03)/69/Rev.2, at 28 (May 5, 2003).原文為：「For purposes of this Article, "the right to seek information and technical advice" shall not be construed as a requirement to receive unsolicited information or technical advice.」

⁸² *Id.*原文為：「"Seek" shall mean any information and technical advice that is sought or asked for, or demanded or requested by a panel. A panel shall not accept unsolicited information.」

⁸³ WTO Doc. TN/DS/W/1, at 7 (Mar. 13, 2002).

之「附加程序」後，所詳細規定之相關程序。⁸⁴

- 美國採取贊成立場，並主張 DSU 中應增訂指導程序 (guideline procedures) 來處理「法庭之友」的問題。⁸⁵
- 值得一提的是，我國在杜哈回合時順利加入 WTO，因此亦有機會參與杜哈回合之談判，對於「法庭之友」之議題，我國代表團亦提出一些看法。我國將此問題放在透明化議題中加以討論，並且認為 DSU 第 13 條已經給予小組彈性與裁量權向任何個人或機構尋求資訊或技術建議，若允許小組接受未受請求的「法庭之友」書面提案，並將之制度化為一新條文，則對於缺乏社會資源的會員而言是不利的，因為只有那些擁有高度社會資源--例如智庫、學術機構與非政府機構--的會員才會被尋求建議。再者，我國認為歐體之提案會使得整個爭端解決機制的運作違反其原有之目標，因為 WTO 爭端解決程序與一般內國司法程序不同，爭端解決制度所要追求的目的乃在於(i)讓會員瞭解其所應負之權利義務；(ii)透過案件指導會員執行其權利義務。解釋協定裡的規則是小組與上訴機構之責任，小組與上訴機構必須在當事國之授權條款 (terms of reference) 內審理案件，其所能審理之範圍相對地較小。同時我國認為美國所提之指導程序是不必要的，因為根據目前上訴機構相關案例之裁決，WTO 已有一套處理方法可供依循。⁸⁶但令人納悶的是，我國一方面主張開放「法庭之友」對開發中國家較為不利與不公平，似採取反對立場；另一方面卻又認為目前 DSU 關於「法庭之友」問題已有上訴機構之裁決可為遵循，不必另設條文，似又採取肯定之立場。兩者綜合觀之，我國之立場似有互相矛盾之處！

3. 談判最新進展

2003 年 5 月 16 日，DSB 主席依其職權篩選出較有共識之部分，成為主席版文件 (chairman's text, JOB(03)/91，後經修正為 JOB(03)/91/Rev.1)，以做為會員進一步討論之基礎，主席旋即於同年 6 月 6 日將此份主席版文件以附件方式提交貿易談判委員會 (Trade Negotiation Committee, 簡稱 TNC) 做為初步的談判成果。⁸⁷然而上述非洲集團、印度等國與歐體的提案在主席版文件以及提交 TNC 的文件中已不見蹤影，主席表示此乃因缺乏相當程度之支持所致。⁸⁸

令人遺憾的是，DSB 特別會議並未能於 2003 年 5 月底完成杜哈部長宣言所交代之任務，TNC 將此初步成果提交於總理事會後，總理事會於 2003 年 7

⁸⁴ JOB(03)/69/Rev.2, *supra* note 81, at 29-30; WTO Doc. TN/DS/W/1, *supra* note 83, at 11-12. 若將此份提案與石綿案之「附加程序」加以對照，可發現兩者在內容上之相似度頗高。

⁸⁵ WTO Doc. TN/DS/W/13, at 3 (Aug. 22, 2002).

⁸⁶ WTO Doc. TN/DS/W/25, at 2 (Nov. 27, 2002).

⁸⁷ WTO Doc. TN/DS/9 (Jun. 6, 2003).

⁸⁸ *Id.* para. 6.

月 24 日開會時表示，因瞭解到 DSB 特別會議需要更多時間完成其工作，總理事會同意延長特別會議的時程至 2004 年 5 月，並指示 DSB 特別會議於坎昆部長會議後以現有之談判結果為基礎，再開談判。⁸⁹既然在 DSU 中增訂有關「法庭之友」制度之提案已被排除於主席版文件外，因此除非將來 WTO 會員之立場有重大之轉變，否則可以預期的是「法庭之友」議題將不會再被提出討論。

第四節 本章小結

「法庭之友」之定義已由一個對系爭案件無利害關係、立場超然的第三者之原始意義，轉變為一個對系爭案件具有高度利益之非當事人，請求法庭允許其發表意見。「法庭之友」一詞未見於 DSU 之條文中，1998 年蝦/龜案之裁決正式展開爭論之序曲。

「法庭之友」雖然只是整個爭端解決機制裡面的一個小問題，但卻具有高度爭議性，爭端案例中所反映出來之爭議事項頗多，包括：

1. DSU 第 13 條是否為小組接受「法庭之友」書面意見之法律基礎？該如何解釋「seek」？
2. 上 DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條是否為上訴機構接受「法庭之友」書面意見之法律基礎？「法庭之友」是程序問題抑或實體問題？是否增減會員之權利義務？是否造成會員權利劣於非會員之權利？
3. WTO 會員得否以「法庭之友」身份參與爭端解決程序？第三國制度與「法庭之友」之概念是否有所抵觸？
4. 上訴機構是否逾越司法權限而侵害總理事會或部長會議之立法權限？該由誰制訂規則？

從 WTO 爭端解決案件之發展得知，上訴機構在處理此議題之態度，前後立場具有一貫性。在蝦/龜案中上訴機構首先認為會員可以自己決定是否將「法庭之友」的書面提案納入，成為自己的書面提案之一部分，亦裁決 DSU 第 13 條小組有權尋求資訊與技術建議之規定，可做為小組接受未受請求的「法庭之友」書面提案之法律上基礎；在美國破鋼案中上訴機構引用第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條為法律基礎，認為上訴機構有權接受未受請求的「法庭之友」書面提案，並認為「法庭之友」沒有「權利」提出書面意見，上訴機構亦無「義務」審查其書面意見；在石綿案中上訴機構除了肯定前案之裁決外，尚進一步為該上訴案制訂臨時性的「附加程序」，就「法庭之友」應履行何種程序以符合上訴機構之要求，做出詳細的規定；在沙丁魚案中上訴機構除了總結、重申並肯定上述各案之見解外，尚進一步認為 WTO 會員不應與非會員有差別待遇，

⁸⁹ WTO Doc. WT/GC/M/81, paras. 71-75 (Aug. 28, 2003).

WTO 會員亦可申請成為「法庭之友」提出書面意見，但其待遇與非會員之「法庭之友」完全相同。

至於 WTO 會員對於上訴機構同意「法庭之友」提出書面意見一事之立場，除了歐體、美國、加拿大等少數國家外，大多數皆表達反對之看法，尤以開發中國家為甚。渠等所關切者，除了小組與上訴機構是否有權接受「法庭之友」書面意見外，尚包括私人在 WTO 下之定位問題與其他延伸問題，本文第三章將從法律層面繼續探討之。

表一 「法庭之友」相關案例彙整表

項次	案件名稱	文件編號與日期	處理結果
1	<i>United States - Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber From Canada.</i>	WT/DS277/R, March 22, 2004.	不接受「法庭之友」之提案。
2	<i>United States - Final Countervailing Duty Determination With Respect To Certain Softwood Lumber From Canada.</i>	WT/DS257/AB/R, JANUARY 19, 2004.	上訴機構認為沒有必要考慮「法庭之友」的書面意見。
3	<i>United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products.</i>	WT/DS248,249,251, 252,253,254,258,259/AB/R, NOVEMBER 10, 2003.	上訴機構認為「法庭之友」的書面意見對於本上訴並無幫助。
4	<i>United States – Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Communities.</i>	WT/DS212/AB/R, December 9, 2002.	上訴機構於考慮當事國之意見後，認為「法庭之友」的書面意見對本案沒有幫助。
5	<i>United States – Preliminary Determinations With Respect To Certain Softwood Lumber From Canada.</i>	WT/DS236/R, September 27, 2002.	一個「法庭之友」被接受，其餘三個則以提出時間過晚被拒絕。
6	<i>European Communities - Trade Description of Sardines.</i>	WT/DS231/AB/R, September 26, 2002.	上訴機構認為其有權接受私人與摩洛哥之「法庭之友」書面意見，但其意見對本案並無幫助。
7	<i>United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia.</i>	WT/DS58/AB/RW, October 22, 2001.	「法庭之友」書面意見被納入當事國之上訴意見。
8	<i>Thailand - Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland.</i>	(WT/DS122/AB/R), March 12, 2001.	因違反保密要求，上訴機構拒絕「法庭之友」書面意見。
9	<i>European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products.</i>	WT/D135/AB/R, March 12, 2001.	上訴機構公佈「附加程序」，但 17 個「法

			庭之友」書面提案之申請均遭駁回。
10	<i>European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (panel)</i>	WT/D135/R, September 18, 2000.	有兩個「法庭之友」書面意見因納入歐體之提案而被考慮，有兩個遭未具理由駁回，一個因提出時間過晚而遭駁回。
11	<i>European Communities - Anti-Dumping Duties on Imports Of Cotton-Type Bed Linen from India.</i>	(WT/DS141/R), October 30, 2000.	小組認為沒有必要考慮「法庭之友」書面意見。
12	<i>United States - Section 110(5) of the US Copyright Act.</i>	(WT/DS160/R), June 15, 2000.	小組未考慮「法庭之友」之書面意見。
13	<i>United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom</i>	(WT/DS138/AB/R), May 10, 2000.	上訴機構認為其有權接受「法庭之友」書面意見，但其在本案中不需要考慮該書面意見。
14	<i>Australia - Measures Affecting Importation of Salmon Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU</i>	WT/DS18/RW, February 18, 2000	「法庭之友」書面意見被接受(但未被考慮)。
15	<i>United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products</i>	WT/DS58/AB/R, October 12, 1998.	上訴機構認為小組有權接受「法庭之友」書面意見，上訴階段之當事國亦得將該書面意見納入其書面提案。
16	<i>United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products</i>	WT/DS58/R, May 15, 1998.	小組認為其無權接受「法庭之友」書面意見。

附件一 石綿案之「附加程序」

1. 為達成公平、有秩序地處理上訴程序之利益，審理本上訴之分庭決定根據上訴審查作業程序第 16(1)條之規定，並與爭端當事國及第三國協商後，僅為本上訴之用而採納下列之「附加程序」：
2. 任何非爭端當事國或第三國之人，不論其為自然人或法人，欲向上訴機構提出書面摘要者，應於 2000 年 11 月 16 日中午前提出書面摘要之申請。
3. 任何請求提出書面摘要之申請應：
 - (a) 以書面為之，署名申請人及日期，並包括申請人地址或其他聯絡細項；
 - (b) 不得超過 3 頁；
 - (c) 內含申請人之敘述，包括會員資格之陳述、申請人之法律地位、申請人行為之本質，以及申請人的資金來源；
 - (d) 將申請人在本上訴中所具有之利益之本質特定之；
 - (e) 確定其欲於書面摘要中處理之做為上訴標的之小組報告所涵蓋之法律爭議，與小組的法律解釋爭議，如同 2000 年 10 月 23 日上訴通知中 (WT/DS135/8) 所公佈者；
 - (f) 說明為何上訴機構需要給予申請人在本上訴中提出書面摘要，就系爭事項依照 DSU 或其他內括協定下 WTO 會員之權利義務來達成滿意的解決；並且應指出申請人如何在不與爭端當事國或第三國所提之書面意見重複之情形下，對於爭端案件之解決做出貢獻；以及
 - (g) 說明申請人與任何爭端當事國或第三國是否有任何之直接或間接關係，以及是否在準備提出書面摘要之申請時，曾獲得來自爭端當事國或第三國之財務上或其他方面之援助。
4. 上訴機構應審查並考慮每件提出書面摘要之申請，並且毫無遲延地做出同意或拒絕該申請之決定。
5. 上訴機構同意提出書面摘要之申請，並不意指上訴機構將在其報告中處理該摘要中所為之法律論點。
6. 任何非爭端當事國或第三國之人獲得上訴機構同意提出書面摘要之申請者，必須於 2000 年 11 月 27 日星期一中午之前將其摘要提交上訴機構。
7. 經上訴機構同意而提交之書面摘要應：
 - (a) 署名提交摘要之申請人姓名及日期；

- (b) 簡潔，無論如何得不超過 20 打字頁，包括任何附件；
 - (c) 做出精確之陳述，嚴格限定於法律爭論，以支持申請人在允許提出書面摘要申請的小組報告中，對其法律上爭議或法律解釋爭議所持之法律立場。
8. 被允許提出申請之人，除了應將書面摘要提交上訴機構之秘書處以外，尚應將此摘要之影本於 2000 年 11 月 27 日中午前傳送給所有爭端當事國與第三國。
9. 上訴機構將給予爭端當事國與第三國完整而平等之機會，就上訴機構根據本程序同意申請人提交之書面摘要給予評論及回應。

第三章 從法律面向分析「法庭之友」參與 WTO 爭端解決程序之合法性

藉由前章案例之介紹與會員立場之說明可以得知，關於「法庭之友」議題之討論，首先將面臨到之問題應為 DSU 之相關規定是否足以做為「法庭之友」之法律基礎。本章即就法律層面探討「法庭之友」參與 WTO 爭端解決程序之合法性。

第一節 由美國法之發展再論「法庭之友」於 WTO 爭端解決機制下之功能

一、關於英美法系「法庭之友」制度之簡介

熟習英美國家普通法制度者，應知悉英美法系國家與大陸法系國家的法制有許多不同之處，其中一個重大的不同就是民事上（包括實體法與程序法）的當事人與第三人參與制度（participation of third party）。以我國為例，我國民法有關第三人的權利義務關係之條文甚多，而當民事訴訟案件牽涉多數人時，我國民事訴訟法則依據參與訴訟之人在法律上的不同身份加以分類，若屬於當事人則適用共同訴訟的法理（我國民事訴訟法第 53 條至第 57 條）；若屬於第三人則適用訴訟參加的法理（我國民事訴訟法第 58 條至第 67 條），另外還有關於訴訟代理人與輔佐人之規定（我國民事訴訟法第 68 條至第 77 條）。從此種分類方式我們可以得知，大陸法系國家承認第三人參與訴訟之制度，並且用法律明文詳加規定。

反觀早期英美法系之普通法，該法律制度原則上並不允許第三人參與訴訟。此處所謂的第三人包含兩層意義：首先是在其契約法（law of contract）中有所謂的「當事人原則」（privity of contract），其意義為「在一般原則下，一個非契約當事人之人，亦即為第三人，不得基於該契約而起訴或被訴。」⁹⁰這個當事人原則所要處理的是當事人適格與否的問題，亦即在特定案件中是否具有原告或被告資格的問題。例如在 1915 年的 *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge Co. Ltd.* (H.L., 1915) 一案中，原告銷售輪胎給訴外人 Dew and Co.（批發商），當時雙方之買賣契約中有個條件是訴外人向原告允諾，其（訴外人）將不會以低於原告所陳列的價格出售輪胎，而且已經獲得零售商類似的允諾，零售商也不會以低於原告所陳列的價格出售輪胎。訴外人旋將一部份的輪胎售予被告 Selfridge（零售商），被告 Selfridge 同意此項限制，並與訴外人達成合意，如果被告違約，被告

⁹⁰ Robert Duxbury, *Contract in a Nutshell*, 77 (2d ed. 1991) ; M. P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 462 (13th ed. 1996).

願意賠償原告每銷售一個輪胎 5 英鎊作為損害賠償。而被告後來以低於原告所陳列的價格出售輪胎。原告當時並未基於其與訴外人間之契約關係向訴外人起訴，而是對 Selfridge 起訴，請求法院對被告發禁止令（injunction）以及損害賠償。本案的結果是原告敗訴，理由為「雖然被告與訴外人之間具有契約關係，但就原告而言，其並非該契約之當事人，並且對於被告所為之允諾並不具有約因...。」

91

另一方面，英美法系的民事訴訟制度採取的是「當事人進行主義」(adversary proceeding or adversary system)，此種訴訟制度是指「允許雙方當事人為了獲得有利於己的判決而進行辯論，法官只能就辯論範圍以第三者的姿態加以決斷」。⁹²此外，此種制度還有一個基本原則，亦即「爭端當事人有權進行訴訟，同時並排除第三人之介入」。⁹³綜合這兩種原則可以推導出一個結論，亦即在嚴格的當事人原則與當事人進行主義制度下，若某 A 對於某 B 與某 C 之間因契約糾紛所引發的訴訟具有某種利益，則一方面其受限於當事人原則某 A 無法就某 B 與某 C 之間的契約關係對 B、C 兩人起訴或被訴；同時若 B、C 兩人已就契約中之權利義務關係之糾紛提起訴訟，則某 A 亦無法採取類似大陸法系訴訟制度中的訴訟參加制度，適時地為自己的利益辯護。因此有學者指出「此種當事人進行主義最嚴重的缺點之一，即為無法提供一個快速或簡單的解決方法」。⁹⁴因為如果與系爭案件有利害關係之人欲採取法律程序途徑解決糾紛，其勢必要尋求其他的請求權基礎以另案起訴，否則無法獲得救濟，此在訴訟時效上會產生拖延，並增加其複雜性。

英、美等國隨後亦瞭解到當事人原則與當事人進行主義在適用上有其缺失，無法有效解決多數人間的權利義務關係，因此普通法之規定亦逐漸進行改革。然而其改革的趨勢並非是將這兩個原則加以廢棄（此兩種原則仍為現行有效之規定），而是經由個別案例的建立、累積與發展，逐漸地創設許多「例外規定」，試圖讓許多第三人得以加入訴訟。

在美國，為了解決第三人參與的問題，法院實務上發展出下列幾個原則，包括允許第三人以當事人或準當事人之身分介入、允許第三人以附屬於一方當事人(ancillary party)的方式參與、以集團訴訟為之、允許使用「法庭之友」制度等等⁹⁵。論者有謂「或許『法庭之友』在功能上最重要的擴張，就是做為針對當事人進行主義的制度中，最嚴重也最為長久的缺點，所提出的部分解決之道」⁹⁶。「法庭之友」因此在功能上已偏離其原始意義下所具有之功能，從一個客觀、公正地幫助法院瞭解事實與法律、對於本案無利益、不偏袒任一方當事人之人，搖身一變

⁹¹ Furmston, *supra* note 90, at 465.

⁹² 見前揭註 4，頁 31。

⁹³ Krislov, *supra* note 5, at 696.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.* at 699.

⁹⁶ *Id.* at 696.

而成為對系爭案件具有某種利益，為自己或他人向法院提出建議之人。

二、「法庭之友」在美國法上之發展

1. 對第三人參與訴訟之利益的再檢討

1806 年的 *Strawbridge et al. v. Curtiss et al.* 一案，原屬於多數人共同起訴與被訴之案件。美國最高法院最後雖然認為其中某些上訴人對於某些被上訴人並無實施訴訟之權能（因當事人間州籍之問題），因而判決維持原審之判決。不過本案之 Marshall 法官在判決中指出：「The court understands these expressions to mean that each distinct interest should be represented by persons, all of whom are entitled to sue, or may be sued, in the federal courts....」，⁹⁷亦即在訴訟中應該考慮多方之利益，而不應僅止於雙方當事人。

另外一個值得注意的發展則是與對物訴訟（*in rem*）有關。由於私有財產制的興起，所有權絕對之法理使人民對於物所擁有的權利具有對世性，可以對抗任何人。因此在與物之權利有關的訴訟中，為了有效解決物上權利之歸屬，理論上法院應該允許會因此判決之結果而受不利影響之人皆能充分地參與訴訟。1812 年 *The Schooner Exchange v. M'faddon & others.* 一案，⁹⁸由於牽涉到法國籍的國有船舶，美國政府認為本案結果會影響到美國與法國政府之間的政治關係，因此向法院提出「法庭之友」的申請。美國法院允許了此項申請，並且在美國司法部長（Attorney General）之「建議」下，優先舉行聽證會。慢慢地，此種第三人參與之方式擴散到其他領域，並且逐漸風行。⁹⁹

2. 公共利益的覺醒

在美國最高法院的案件中，首次為第三人之利益而申請以 *amicus curiae* 身份提出建議的案件是 1821 年的 *Green v. Biddle* 一案。此案是肯塔基州的所有人與承租人間關於土地所有權之糾紛，但牽涉到維吉尼亞州與肯塔基州兩州法律的適用以及肯塔基州的法律是否違反其州憲法等問題。本案在最高法院的訴訟過程中肯塔基州政府完全沒有機會參與，因此在肯塔基州政府的指示下，Henry Clay 以「法庭之友」身份出面主張再次舉行聽證。最高法院允許此「法庭之友」之請求，再次舉行聽證。¹⁰⁰學者指出，當時法院對於「法庭之友」的態度，一般而言，仍舊停留在原始意義之階段，因此本案最高法院之判決在當時來講，無疑地，是富戲劇性而且是不尋常的¹⁰¹。

另外一次重要的發展是 1854 年的 *Florida v. Georgia* 一案。在本案中，佛羅里達州與喬治亞州之州政府因為兩州疆界劃分問題而涉訟。當時的美國司法部長 Caleb Cushing 向法院主張美國聯邦政府在本案中具有利益，請求法院允許其為聯邦政府之利益而介入本案（但是未明白地使用 *amicus curiae* 之字眼）。佛羅

⁹⁷ *Strawbridge et al. v. Curtiss et al.*, 7 U.S. 267 (1806).

⁹⁸ *Schooner Exchange v. M'faddon & others.*, 11 U.S. 116 (1812).

⁹⁹ Krislov, *supra* note 5, at 698.

¹⁰⁰ *Green v. Biddle*, 21 U.S. 1, 17 (1823).

¹⁰¹ Krislov, *supra* note 5, at 701.

里達州與喬治亞州之州政府首席檢察官 (attorney general) 皆表示反對，最高法院面臨應否允許或駁回該申請之難題，最後最高法院允許了此項請求。首席法官 Taney 表示其意見，認為「如果聯邦政府只是單純地表達意見，那麼我們沒有反對的理由。這與法院在私人間之訴訟中聽取司法部長意見之情形相似—當司法部長主張本案判決會牽涉到公共利益時。司法部長僅是發表意見，並非當事人一方之律師，而是代表美國政府之利益。...」。¹⁰²

雖然其他法官對於此判決有不同意見，¹⁰³但本案在結果上確立了聯邦政府得為公共利益介入州政府間之訴訟。然而其他承審法官之不同意見亦相當值得重視，例如 Curtis 法官指出：「聯邦政府雖然表示其僅提出建議，並且不受判決之拘束，但是從實際運作結果觀之，聯邦政府儼然成為一個偽裝為『「法庭之友」』之實質當事人，此種訴訟上的操作方法背離了美國的憲法與法律，並且無任何判例可為佐證」。¹⁰⁴雖然如此，此案例之重要性在於突破了當事人進行主義既有之窠臼，而為第三人介入訴訟之問題尋求一個新的解決。直到 1880 年，法院開始直接給與州政府之律師為州政府之利益提出辯護之權利，「法庭之友」的適用範圍已日漸擴大。

3. 代表私人利益之第三人亦可成為「法庭之友」

「法庭之友」制度尚未成文化之前，美國法院已經創造出許多例外來擴大第三人的參與，已見前述。「法庭之友」亦逐漸被廣泛運用在訴訟中，有時甚至是下級審之當事人未於上訴審成為當事人者，其仍可在上訴審以「法庭之友」身份提出口頭或書面意見。¹⁰⁵1919 年的 *Hamilton v. Kentucky Distil. Warehouse Co.* 一案，律師甚至可以同時具有「華盛頓特區的「法庭之友」」與「民間工會的律師」兩種身份。¹⁰⁶直到 1930 年代，私人接受某組織之贊助而申請成為「法庭之友」之情況已日益普遍。¹⁰⁷1946 年的 *Universal Oil Product v. Root Refrigerating Co.* 一案，法院明白指出「雖然在形式上『法庭之友』是為法庭而服務，但事實上其卻是接受私人雇主之報酬。」¹⁰⁸從此之後，雖然偶有少數案例拒絕私人為當事人一方之利益而申請成為「法庭之友」，¹⁰⁹但整個趨勢已經是沛然莫之能禦，美國法下的「法庭之友」正式從一個中立的角色轉變為遊說者的角色。

4. 「法庭之友」之成文化

美國立國之後，雖然繼受英國之法律制度，以普通法做為最主要的法源，不過受到成文法具有明確性、安定性與可預測性等優點之影響，其成文法化之趨勢日漸明顯，聯邦憲法之訂立可謂其濫觴。「法庭之友」經過一個多世紀之演變，

¹⁰² *Florida v. Georgia*, 58 U.S. 478, 491 (1854).

¹⁰³ Curtis 以及 Campbell 兩位法官之不同意見，同上註，頁 525 以下。

¹⁰⁴ *Florida v. Georgia*, 58 U.S. at 498.

¹⁰⁵ Krislov, *supra* note 5, at 703.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Universal Oil Product v. Root Refrigerating Co.*, 328 U.S. 575, 581 (1946).

¹⁰⁹ Krislov, *supra* note 5, at 704.

在功能上已發生重大之變化，而且此新功能亦逐漸為美國最高法院所接受，最高法院亦感受到訂立明確規則之重要性，遂有幾次立規建制如下：

- 1939 年頒佈 Rules of The Supreme Court of The United States（簡稱美國最高法院規則），關於處理 *amicus curiae* 之規則，較為重要的規定有二：

- 1) 「法庭之友」的申請必須得到本案所有當事人之書面同意，除非申請人為聯邦或州政府；
- 2) 不同於普通法之實務發展，申請人不需具有律師身份。

根據學者之研究，在 20 世紀的前 50 年中，大約有 10% 的最高法院案件曾受理「法庭之友」的申請。¹¹⁰

- 1949 年美國最高法院修正其規則，修正重點有：

- 1) 區分「法庭之友」申請的時點是在上訴法院移送案件之令狀作成前與作成後而為不同規定；
- 2) 再次強調需所有當事人同意之重要性，因為此項要求在過去並未被嚴格遵守；
- 3) 申請成為「法庭之友」而被當事人拒絕者，得向最高法院請求同意 (motion for leave)。¹¹¹

- 1954 年因有感於聯邦副司法部長 (Solicitor General) 在聯邦政府為訴訟當事人時，頻頻阻撓「法庭之友」的申請，最高法院再次修正其規則，明訂申請文件與書面意見之格式、申請之時間表以及申請文件之頁數限制等等。在這段期間，美國最高法院對於「法庭之友」的申請採取放任態度 (*laissez faire*)，因此申請之案件也隨之大增。¹¹²

- 1990 年美國最高法院為了因應申請案件急遽增加，於是修改其規則，要求「法庭之友」的書面意見必須不能重複申請，或者與本案不相關，而且必須為當事人所未提出之見解而對法院有適當之幫助者。此項修正處理了「法庭之友」的書面意見在實質上的問題，而不再僅止於申請之程序問題。同時此項修正亦被視為美國最高法院先前所採取的「門戶開放政策」(open door policy) 的緊縮。¹¹³

- 1997 年美國最高法院規則對於「法庭之友」之處理作了最重要的修正，修正後之第 37 (6) 條規定：「基於本規則而申請之摘要意見應指出是否是由一方當事人之全部或一部授權而以其律師之身分提出摘要意見，並且應驗明每一個個人或機構，而非「法庭之友」，對該書面摘要意見之準備提供資金上援助之會員或其律師之身分。這些揭露事項應以第一號註解之方式置於首頁。」¹¹⁴

¹¹⁰ Ala'i, *supra* note 8, at 86.

¹¹¹ *Id.* at 88.

¹¹² *Id.* at 90.

¹¹³ *Id.* at 91.

¹¹⁴ 原文為「a brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and shall identify every person or entity, other than the *amicus curiae*, its members, or its counsel, who made a monetary contribution to the preparation or submission of the brief. The

美國最高法院將「法庭之友」的處理規則作如此重大之修正，其背後隱含之意義是最高法院公開地承認司法遊說之行為，但是希望藉由一個透明化之處理機制，將這些遊說行為攤開在陽光之下，讓法院閱讀第一頁時即可得知該「法庭之友」背後所代表之利益為何，並讓其他當事人得以知悉相關資訊，亦即最高法院是採取一個「大膽開放、有效管理」之政策。

- 目前最新之版本為 2003 年 10 月所做之修正，仍維持 1997 年版第 37 (6) 條之條文內容。

三、本文觀察

所謂「他山之石，可以攻錯」，在 GATT 1947 近 50 年之歷史中，並無任何有關「法庭之友」之條文，亦無相關案例可供遵循。反觀英美法系國家處理「法庭之友」問題已有相當悠久之歷史，亦已形成一套完整之機制，本文相信 WTO 之上訴機構面對此新議題時，除了遵循字典上之定義外，相當程度上應會參考英美法究竟如何處理「法庭之友」之提案。因此本文認為，若欲對上訴機構之裁決有所評論，則必須先能正確地理解「法庭之友」之意義與功能，而美國法律史上發展之軌跡，足堪 WTO 借鏡。本文之觀察為：

1. 「法庭之友」為英美法系國家所獨有之法律制度，而為大陸法系所無。大陸法系另有一套第三人訴訟參加制度，處理方法亦不同，不可混為一談。
2. 「法庭之友」制度成立之初即以具有專業法律知識的律師為適用對象，雖然其建議事項不限於事實上或法律上之問題，但其所處理之問題仍以法律問題居多，因此從歷史的角度來看，即便是學養豐富之法官仍有可能參酌「法庭之友」的意見。
3. 為了解決當事人進行主義制度無法有效處理多數人間不同利益之衝突，「法庭之友」搖身一變成為解套的工具之一。「法庭之友」不再是一個單純地協助法庭之人，而是為了自身或他人之利益向法院提出建議。
4. 即令在功能上具有如此戲劇性之轉變，「法庭之友」仍有其不變之處。「法庭之友」永遠不可能是訴訟之當事人，其在法庭上發表之意見僅能做為「建議」，而非「當事人之主張」，法院得依其自身之裁量權決定是否採納「法庭之友」的見解，在法律上不受其拘束。另一方面，即便對於本案具有某種利益，「法庭之友」亦不受本案判決之效力所及，不可能成為判決執行之對象。

第二節 上訴機構裁決之合法性分析

「法庭之友」一詞並未出現在 DSU 之條文中，隨著美國在蝦/龜案中首次正式地將此概念引入 WTO 爭端解決程序中，許多 NGOs 與少數私人亦逐漸嘗試以「法庭之友」的身份，參與 WTO 之爭端解決程序，而小組與上訴機構亦因此做成許多之裁決，詳如第二章之說明。關於「法庭之友」議題之爭議，最主要的爭執在於 DSU 第 13.1 條、第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條是否得做為小組與上訴機構接受與考慮「法庭之友」書面意見之法律基礎？而此則涉及 DSU 相關條文之解釋。以下即從法律解釋方法著手分析上訴機構之裁決是否具有合法性。

一、解釋方法

DSU 第 3.2 條規定「WTO 之爭端解決制度係提供多邊貿易體系安全性及可預測性之重要因素。會員咸認此制度旨在維護其於內括協定下之權利義務，並依國際公法之解釋慣例，釐清內括協定之規定。DSB 之建議及裁決，不得增減內括協定所規定之權利義務。」本條清楚地說明小組與上訴機構在實際處理爭端案件釐清會員之權利義務時，必須依照國際公法之解釋慣例為之。然而此處所指之國際公法解釋慣例為何？應予以辨明。在 WTO 成立之早期，上訴機構在美國汽油案（the United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline）之裁決中已表示對於 GATT 1994 第二十條所為之解釋必須根據維也納條約法公約（Vienna Convention on the Law of Treaties，以下簡稱維也納公約）第 31 條之規定為之，另外在日本酒精飲料案（Japan—Taxes on Alcoholic Beverage）中上訴機構則是引用維也納公約第 32 條之補充規定為所謂國際公法的解釋慣例，並為往後之案件所遵循。¹¹⁵由此可以得知，小組與上訴機構在解釋內括協定之條文時，所參考之國際公法解釋慣例係維也納條約法公約之規定。

維也納公約第三章「條約之解釋」第 31 條第 1 項規定：「條約應以誠信，根據條文所賦予上下文之通常意義，以及依照其目的解釋之。」¹¹⁶第 32 條則規定以條約之預備工作（preparatory work of the treaty）為輔助性、補充性的解釋方法（亦即為歷史解釋）。綜合這兩條所指出之解釋方法有三，一為文義解釋，一個為目的解釋，最後為歷史解釋。使用文義解釋可以讓法官之判決有較明確之基礎，容易為他人所接受，但仍有其限制，亦即不能超過人們對該文字的一般理解範圍，而且不應使法律體系出現上下矛盾之情形。目的解釋則是由法官判斷條文所欲達成之目的為何而加以解釋，雖然比較不拘泥於文字，較能避免成文法試圖以有限之文字，規範變化多端之社會行為之弊病，亦可挑起適當填補法律規定不

¹¹⁵ WTO Analytical Index, Guide to WTO Law and Practice, 1277-1279 (1st ed. 2003).

¹¹⁶ 原文為：「A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.」

足，避免產生漏洞之任務。然而目的解釋之結果讓法律條文之安定性與可預測性降低，有時較不容易為人們所信賴。歷史解釋則注重立法者立法當時之原意。

前上訴機構成員 Claus-Dieter Ehlermann 教授依其自身審理上訴案件之經驗指出，上訴機構首重文義解釋，因為在許多上訴報告中可看出上訴機構經常參考字典而為解釋，尤其是 Shorter Oxford Dictionary；而目的解釋則是少被使用之方法。上訴機構對解釋方法之適用順序與歐洲法院 (European Court of Justice, ECJ) 之首重目的解釋即有所不同。¹¹⁷ 不過兩者相同之處為對於歷史解釋方法並不重視，但理由不同。上訴機構認為歷史解釋是維也納公約之規定中次要的解釋方法，談判歷史並無太大之價值，這些歷史文件亦不容易獲得；歐洲法院則認為在技術上難以決定立法者之真意為何。¹¹⁸ 因此由此二者之比較中可以瞭解，各個司法體系對於如何適用解釋條文之方法並沒有一個放諸四海而皆準之優先順序，而是端看該司法制度自己如何取捨其中之平衡以達成有效解決法律爭端之任務。而 Claus-Dieter Ehlermann 教授亦指出，文義解釋有其限制，當無法由文義解釋得出適當之結論時，則當以目的解釋、或者是歷史解釋作適當之搭配。¹¹⁹

二、小組與上訴機構對於 DSU 第 13 條、第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1) 條之解釋並不適當

(一) 關於 DSU 第 13 條之解釋

在蝦/龜案中，小組之裁決認為 DSU 第 13 條 "the right to seek information" 之規定無法導出讓小組得接受未受請求的「法庭之友」書面提案之結論，DSU 第 13 條尋求資訊以及選擇資訊來源的權利應保留在小組的手中。從此敘述判斷之，顯然小組並不認為條文中之 "seek" 一字可以擴張解釋至讓小組接受未受請求之書面意見，因為 "seek" 一字在 Oxford 英文字典上被解釋為「try to find, or try to obtain」，就一般文義之理解，具有「主動地作為」之內涵，因此發動權應操之在小組之手上，不請自來的書面提案並不是小組的主動作為，當然不符合 "seek" 之文字意涵。這也是歐體之主張小組可藉由一個「要求」之動作，讓這些未受請求之書面提案轉變成小組所「尋求」的資訊或技術建議而後接受之背後可能之理由。小組如此遵守嚴格之文義解釋倒是相當符合上訴機構歷來之作法。令人驚訝的是上訴機構反而認為這樣的文義解釋過於狹隘，強調 DSU 第 13 條應該與第 11 條與 12.2 條合併觀之，為了「對案件的客觀評估」，以及「當不至於不當地延誤小組進行過程，小組的程序宜予充分彈性，以確保小組的高品質報告」，不用太形式地拘泥於 "seek" 之文字意義，也沒必要去區分「受請求」與「未受請求」有何不同。如此解釋產生一些問題：

¹¹⁷ Claus-Dieter Ehlermann, *Experiences From the WTO Appellate Body*, 38 *Taxes International Law Journal* 469, 480 (2003).

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.* at 481.

1. 破壞安定性與可預測性之要求

首先上訴機構明顯地放棄以文字之一般意義作為解釋之基礎，轉而強調目的解釋。當然在此非謂文義解釋是至高無上的標準，只是上訴機構向來既是以文義解釋為主，為何在本案改以目的解釋為其裁決之基礎？上訴機構並沒有在本案中以及後來的相關案件中對於這樣的轉變做出合理而適當之說明，因此在相當程度內已破壞了 DSU 第 3.2 條對於法律之安定性與可預測性之要求。本文前章述及之巴西認為上訴機構對“seek”一字之解釋超出字典之意義與一般習慣之用法以及超出諮商者之預期等主張，應具有相當之說服力。

2. 條文上下文之矛盾

從 DSU 第 13 條之體系架構繼續觀察，本條文接著規定「小組在一會員之管轄領域內，於蒐集資訊與尋求建議前，應先知會該會員之政府」，以及「會員接到小組之要求...時應立即且詳細地答覆」。從此處可以清楚地發現整個 DSU 第 13.1 條都是以小組「主動地」發動其蒐集資訊與尋求建議之權利的前提下去做規範，所以才會有如何規範小組在一會員管轄領域內請求特定人提供資訊與建議之問題。因此令人質疑的是：若謂 DSU 第 13 條可作為「法庭之友」之法律基礎，則為何其第 1 項第一句之規定包含了 A 與 B 兩個概念，但在同項之第二句卻只針對 B 概念作出規範，完全無視 A 之存在？難道當時的談判者早已瞭解「法庭之友」書面提案完全沒有這個問題，因為書面提案是直接送到小組之手中，所以只就小組「主動地」發動其調查權利時所可能造成的問題做出規範？

3. DSU 第 13 條之文義解釋應不限於「對案件有利益之人」始得提出「法庭之友」書面提案

退一步言之，即便承認上訴機構得以目的解釋將“seek”擴大解釋為包括小組得接受「未受請求」書面提案，仍有另一問題。DSU 第 13 條第 1 項規定小組蒐集資訊及尋求技術上建議之對象是「其認為適當之個人或機構」，若從文義上理解，此規定並沒有限定這些個人或機構必須對於本案具有利益，然而當上訴機構於石綿案中之「附加程序」將「法庭之友」限於對本案有利益者始可提出之後¹²⁰，基於對上訴機構裁決之尊重，可得而見者，小組於往後之案件中應會採取同樣之處理方式，將「法庭之友」限於對案件具有利益者。而此正是上訴機構裁決矛盾之處。

從目的解釋而言，正因為上訴機構在蝦/龜案中將“seek”一字擴張解釋之理由，是為了讓小組得以對案件作客觀之評估，因此小組更沒有理由將客觀、超然、無利益、單純地為幫助法庭做出正確判決之第三人排除在外，因為第三人的意見應以其是否有助於案件之客觀評估為準。另外，DSU 第 13.2 條與 DSU 附件四第 3 點規定，專家審查群原則上必須是由完全中立的專家所組成，不得是當事國政

¹²⁰ 見「附加程序」第 3(d)點。

府官員或人民，也不得接受任何政府或組織之指示。因此綜合 DSU 第 13 條第 1 項與第 2 項條文來看，若為幫助小組公正客觀地評估案件之用，實在無法導出所謂不請自來的「適當之個人或機構必須對本案具有利益」之結論。

當然上訴機構尚可以主張，其之所以將「法庭之友」限定在具有利益之人始得提出，並非僅為了對案件事實之客觀評估，還有其他之因素應予考量，例如主張這是基於司法制度之本質，或者是為避免不必要的訴訟拖延等等。本文亦承認限定「法庭之友」必須對本案具有利益之論點或許具有其他理論上之基礎，但很顯然地根據上述之分析，上訴機構將 DSU 第 13.1 條所謂之「個人或機構」限定在對本案具有利益者之作法，似乎無法僅以為達成第 11 條與第 12.2 條之目的做為解釋之基礎。亦即若要在小組審理階段為「法庭之友」的合法性尋找法律基礎，應另闢蹊徑。

(二) 關於 DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條之解釋

從上訴機構對美國碳鋼案之裁決中可以得知，上訴機構認為其有權接受「法庭之友」書面提案之法律基礎，來自於 DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1)條之解釋。DSU 第 17.9 條規定：「上訴機構於與 DSB 主席及 WTO 秘書長協商後，應草擬作業程序，並告知會員。」上訴審查作業程序第 16(1)條規定：「為使上訴之運作得有公平與秩序之程序之利益，當發生此規則所未涵括之程序問題時，分庭 (division) 得僅為該上訴之目的，在不違反 DSU、其他內括協定與本規則之情形下，採用適當之程序。當如此之程序被採用時，分庭應立即通知上訴之當事國與第三國，以及其他上訴機構成員。」¹²¹

DSU 第 17.9 條之規定僅概括性地授與上訴機構制訂作業程序的權利，真正比較詳細的規定是上訴審查作業程序第 16(1)條。從該條規定觀之，上訴機構要採取其所謂「適當之程序」時，必須符合下列幾個構成要件：

- (1) 必須是以使上訴程序的運作能夠公平而有秩序為目的；
- (2) 必須屬於程序問題；
- (3) 必須是本規則所未涵蓋者；

¹²¹ Working Procedures for Appellate Review, WTO Doc. WT/AB/WP/3, at 9 (Feb. 28, 1997).原文為：In the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal, where a procedural question arises that is not covered by these Rules, a division may adopt an appropriate procedure for the purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered agreements and these Rules. Where such a procedure is adopted, the Division shall immediately notify the participants and third participants in the appeal as well as the other Members of the Appellate Body.

- (4) 必須是僅為特定之上訴案件而設；
- (5) 必須是在不違反 DSU、其他內括協定以及本規則之情況下；
- (6) 必須在採用此程序時通知當事國、第三國以及其他上訴機構成員。

若以這些構成要件為標準一一檢驗上訴審查作業程序第 16(1)條可否做為承認「法庭之友」制度的法律基礎，本文認為上訴機構之見解有加以檢討之餘地：

1. 首先是第(6)點，這個構成要件是以允許「法庭之友」提出書面意見為前提，這是下一個階段的問題，所以並非此處所應討論之對象。
2. 關於第(5)點，在文義上可以將其解釋為包括「實施行為」本身與「實施結果」兩者不能違反 DSU、其他內括協定以及本規則。就「實施行為」本身而言，須視 DSU、其他內括協定以及本規則是否禁止「法庭之友」的書面提案。在前面的章節中已述及，上訴機構認為 DSU 裡面既無明文允許、亦無明文禁止「法庭之友」之書面提案，所以上訴機構認為允許「法庭之友」提出書面意見並不違反 DSU 之規定。上訴機構之見解固然有其見地，但若從反方向思考亦可得出相反之結論，是故不能以此遽下判斷，逕謂上訴機構之見解為正確或錯誤，還需要配合對其他構成要件之檢驗加以綜合評斷。

至於「實施結果」是否違反 DSU 等等規定之問題，許多反對「法庭之友」的會員已指出實施此制度的結果將造成 WTO 會員間權利義務平衡關係的改變，違反了 DSU 第 3.2 條「...DSB 之建議及裁決，不得增減內括協定所規定之權利義務」之規定，同時也將造成非會員的權利反而大於會員的權利。關於後者之見解似值商榷，會員所得享受的權利並不會因此而低於非會員所得享受的權利，因為若將 DSU 第 10 條與第 17.4 條關於第三國權利與「法庭之友」的書面提案兩者加以比較，第三國可以出席小組第一次正式會議，以口頭或書面陳述意見，並對當事國所提之意見用書面加以回應；亦可以在第一次正式會議時取得當事國所提出之資料；小組與上訴機構亦必須在其報告中將第三國之意見臚列其上。而「法庭之友」並無法出席會議，只能以書面提出意見，小組或上訴機構並無義務審酌「法庭之友」的意見，亦無義務在小組或上訴機構之報告中對該提案有所交代。換言之，第三國權利是明顯地大於「法庭之友」所得享有之書面提案的機會，WTO 會員對此問題應不必過於多慮。

唯一可能受質疑的地方是，目前 DSU 本文及其附件三對於會員在小組階段行使第三國權利之期限並無規定，而在上訴階段，原則上是以上訴國提出上訴正式決定通知之日起 25 日內，要求第三國提交其第三國書面提案。¹²²因此若上訴機構給予「法庭之友」提出書面提案的期限較會員行使第三國權利的期限為寬

¹²² Working Procedures for Appellate Review, WTO Doc. WT/AB/WP/7, at 12 (May 1, 2003).不過若涉及補貼暨平衡稅措施協定中之禁止性補貼者，上開作業程序第 31 條及附件一則規定縮短為 12 日。

鬆，的確有可能造成會員所得享有之權利反而劣於非會員所得享有之利益的現象。然而這個問題只要上訴機構能在「附加程序」中，對於「法庭之友」申請提案期限，做出與第三國提出書面意見的期限相同之規定，自可化解。¹²³

其次，允許「法庭之友」提出書面意見，是否會如歐體在美國碳鋼案中所質疑者，違反了 DSU 第 17.10 條關於上訴程序應秘密進行之要求？在小組審理階段，DSU 第 14 條亦有相同之規定，要求小組之審議應以秘密方式進行。不過這樣的質疑應屬多慮，因為「法庭之友」在目前的制度下，僅能提交書面意見予小組與上訴機構，並不能夠實際地出席正式會議，也不能夠對當事國或第三國在法庭上所做之陳述加以回應，除非當事國主動公佈，抑或小組成員與其他當事國洩漏機密，否則機密資料不可能被「法庭之友」所取得，因此 DSU 就訴訟程序應秘密進行之要求，並不會因為允許「法庭之友」提出書面意見而被破壞。

更重要的爭議應在於引進「法庭之友」會不會造成會員間既有權利義務關係之失衡與改變？這也是眾多會員反對「法庭之友」的主要原因之一。然而，如果 WTO 爭端解決制度正式地承認「法庭之友」可以提出書面意見，會員間之權利義務將如何失衡？持反對立場之會員並沒有就此點明確說明，支持上訴機構見解之學者也無具體的反駁。依本文之看法，所謂「會員間既有之權利義務」，解釋上應同時包括「實體上」與「程序上」之權利義務。目前「法庭之友」可能受到之質疑是：會不會因為引進「法庭之友」而使「法庭之友」不支持的當事國承受更多之負擔？有學者引用「日本影響農產品措施案」¹²⁴上訴報告中之裁決，認為小組基於 DSU 第 13 條以及 SPS 協定第 11.2 條之規定去尋求專家或其他相關來源之資訊，其目的在於幫助小組瞭解與評估當事國所提出之論點及證據，而非為了原告或被告之利益，因此並不會改變會員間既有之權益義務關係。¹²⁵

上述看法在「實體權利義務」方面，應屬正確，因為根據 DSU 第 3.2 條之規定，爭端解決之目的在於釐清內括協定之規定，確認 WTO 會員在 WTO 整個規範體系下應負有何種義務，享有何種權利，因此小組或上訴機構為了正確、客觀地為系爭案件做出判斷而接受與考慮「法庭之友」的書面意見，雖然可能導致被控訴國之系爭措施被裁決為違反 WTO 之相關協定，然而此種勝敗結果是爭端解決制度之本質，上訴機構只是在釐清，而非改變會員間既有之權利義務關係。

惟上述看法在「程序上之權利義務」，也許就有待商榷。香港代表在上開總理事會議中即曾指出：「對於想要對『法庭之友』之書面意見提出批評與回應的

¹²³ 在小組階段可能更有爭議，因為 DSU 本文以及附件三裡面均無相關規定。杜哈回合關於 DSU 改革之談判已對此問題提出修正草案，建議 DSU 第 10 條第 2 項修訂為，欲行使第三國權利之會員應於小組成立後 10 內通知 DSB 其對該案具有實質利益，詳見 WTO Doc. TN/DS/9, at 5 (Jun. 6, 2003)。雖然對此 10 日之期限尚有許多不同意見，但無論如何，一旦制訂明確之日期，應可解決在小組階段所謂會員權利反而劣於非會員之疑慮。

¹²⁴ Japan—Measures Affecting Agriculture Products, WT/DS76/AB/R, 22 February 1999.

¹²⁵ Petros C. Mavroidis, *Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*, Jean Monnet Working Paper 2/01, at 14-15 (May 8, 2001).

當事國或第三國，將會受到資源及時間上之限制而成為一種不可能的負擔，尤其是對開發中國家而言。」¹²⁶巴西亦有類似之看法，主張「這個問題不是程序問題而是實體問題，它影響了制度的運作並改變會員間之權利義務。因為會員有義務去閱讀及回應這些小組或上訴機構所允許之書面意見，而且可能造成對資源豐富的會員較有利。」¹²⁷香港與巴西之主張值得進一步思考，理由在於雖然小組或上訴機構並無義務接受或考慮「法庭之友」的書面意見，惟若小組或上訴機構決定接受該書面意見，則該書面，理論上，即有可能被採納而成為小組或上訴機構裁決之一部分。基於正當法律程序之要求，當然應該給予當事國與第三國適當之機會就該書面予以回應。此種額外多出之程序，當事國雖無義務回應，但應享有回應之機會；更何況當事國為了避免敗訴之不利後果，通常會予以回應，因而成為一種程序上的負擔，尤其是對「法庭之友」不支持的當事國而言更是如此。而且若上訴機構面臨大量「法庭之友」書面意見時，更須耗費許多時間去處理，對於訴訟本身因此所造成的拖延，也有認為構成對當事國程序利益的損害，因為當事國與第三國有迅速解決爭端之需求。

程序上額外之負擔是否為烏拉圭回合談判所預見，而表現於 DSU 現有的條文之中？答案若是肯定，則這種程序上之負擔，當事國與第三國即應承擔，不能認為是對會員既有之權利義務的改變，反之則否。上訴機構並沒有在其裁決中對此加以說明。若從本章第二節對於 DSU 第 13 條之文義解釋、目的解釋、及下述之歷史解釋綜合分析觀之，或可斷言：現行的 DSU 條文並未如此高瞻遠矚，將「法庭之友」的問題考慮在內，也很難證明 DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16 (1) 條早已為「法庭之友」鋪下道路，因此上訴機構允許「法庭之友」提出書面意見之裁決，違反了 DSU 第 3.2 條之規定。

3. 關於第 (4) 點「必須是僅為特定之上訴案件而設」，有些學者認為將「法庭之友」以 *ad hoc* 之方式處理並非良策，因為其具有反覆發生之事實，以逐案處理之方式將破壞 DSU 對於安定性與可預測性之要求。¹²⁸此見解應屬正確，本文贊同之。

4. 關於第 (3) 點「必須是本規則所未涵蓋者」，本為當然之理，因為若上訴審查作業程序已有規定者，又何須額外制訂程序規範。

5. 關於第 (2) 點「必須屬於程序問題」，爭議頗大。許多會員主張「法庭之友」不是程序問題，而是實體問題，換言之，是否應讓非會員之私人或 NGOs 有機會參與爭端解決，應由會員談判後決定，而不應由 WTO 上訴機構決定；¹²⁹上訴機構認為是程序問題，故直接處理。何謂程序問題？又何謂實體問題？除了巴西指

¹²⁶ Minutes of Meeting of the General Council, *supra* note 68, para. 27. (Statement of Hong Kong, China)

¹²⁷ *Id.* para. 43. (Statement of Brazil)

¹²⁸ Georg C. Umbricht, *An "Amicus Curiae Brief" on Amicus Curiae Briefs at the WTO*, 4 J Int'l Econ. L. 773, 789 (2001).

¹²⁹ Minutes of Meeting of the General Council, *supra* note 68, para. 72. (Statement of Canada)

出「程序 (procedure) 一字在字典上指的是『採取法律行動的正式步驟』(formal steps to be taken in a legal action) 或者是『處理司法程序的模式』(the mode of conducting judicial proceedings)」¹³⁰外，沒有其他會員具體地指出為何「法庭之友」不是程序問題，上訴機構也沒有在裁決中明確地解釋為何如此具有爭議性之問題不是實體問題。在學界方面，或有認為爭議不在於是程序問題或是實體問題，而在於到底應否允許不具會員身份的「法庭之友」介入訴訟程序；¹³¹亦有認為真正的問題在於到底烏拉圭回合的談判是否欲給予爭端解決機構如此廣泛之權力，將「法庭之友」的概念引進爭端解決程序中。¹³²

從上訴機構之立場來思考，其既然認為 DSU 已經有一些條文可以做為法律基礎，讓小組或上訴機構去處理「法庭之友」的書面意見，如同一國國內之訴訟法規定：當事人能力、訴訟能力、訴訟實施權、向法院遞交文件之程序或法定期間、法院對書狀之處理...等，均屬訴訟程序之一部，因此處理「法庭之友」的書面意見當然屬於程序問題。然而正如許多會員所主張者，DSU 的授權範圍有限，最起碼可說是相當模糊的，在普遍承認 WTO 屬於會員導向，或者是會員間組織之概念下，難免有會員質疑：私人與 NGOs 根本就不應該在爭端解決程序中以「法庭之友」的身份出現。本文之見解是：在 WTO 爭端解決程序中已有第三人參與制度，此第三人係指具會員身份之「第三國」而非「法庭之友」，「法庭之友」於「現行」制度中並不存在，更遑論要為其制訂相關之訴訟上程序？

藉由與第三國權利制度之比較，更能看出上訴機構裁決邏輯上之矛盾。DSU 第 10.2 條與第 17.4 條明文規定會員在滿足一定之要件後，即有權利以第三國身份參與訴訟。至於此第三國權利該如何行使？則交由 DSU 附件三以及上訴審查作業程序第 24 條來處理，亦即必須先在條文上給予實體上之權利，才能接著規定行使權利之程序。在立法技術上，第三國權利制度之設計符合法律之邏輯，然而 DSU 第 17.9 條以及上訴審查作業程序第 16(1)條之內容明顯缺乏相同之邏輯，此亦間接證明本文之見解應具有相當之合理性。「法庭之友」所牽涉之問題不僅是程序上的問題，而是涉及到整個 WTO 基本的架構、私人或 NGOs 在 WTO 中該如何定位、司法與立法之衝突與調和等等問題。因此上訴機構將「法庭之友」視為程序問題來處理，顯然忽略了此一相當重要之前提，似有思慮不足之處。

5. 關於第 (1) 點「必須是以使上訴程序的運作能夠公平而有秩序為目的」，事實上亦有爭議。幾個會員於上開總理事會議中之看法如下：

- 香港指出：「上訴機構的決定是以上訴審查作業程序第 16 (1) 條『為了上訴機構在運作上能具有公平的利益與有秩序的程序』為基礎，但上訴機構並未解釋若未創設此新程序將會如何地有害於此目的之達成。」

¹³⁰ Minutes of Meeting of the General Council, *supra* note 68, para. 42. (Statement of Brazil)

¹³¹ Mavroidis, *supra* note 125, at 10.

¹³² Umbricht, *supra* note 128, at 782.

- 墨西哥指出「上訴審查作業程序第 16 (1) 條所提及的『公平』，只適用於做為 WTO 會員之當事國與第三國，上訴機構所持的理由給了非 WTO 會員一個原本無法得到之待遇。」¹³⁴
- 埃及則認為「現行 DSU 規定與上訴機構追求『公平之利益』之目標似無抵觸。」¹³⁵

這些國家之看法均有一定之道理。所謂的「公平」是對何者而言？應該是參與上訴程序的當事國與第三國。對於不應存在於此制度中的「法庭之友」，並無需要討論對其是否公平的問題，墨西哥之主張正呼應了本文在前文中之看法。而上訴機構也再次地落入前述第 5 點法律邏輯之矛盾中，亦即必須先承認爭端解決制度允許「法庭之友」的存在，才能討論該如何規範「法庭之友」，例如給予雙方當事國與第三國相同的機會對該書面提案予以回應以使上訴程序達到公平之要求；抑或限定其提出書面提案之期限，避免訴訟拖延，以使上訴程序能有秩序地進行等等。本文認為在此點上，上訴機構之裁決上訴審查作業程序第 16(1) 條可做為其制訂「附加程序」之法律基礎，其立論應屬錯誤。

歸納以上六點之說明，本文認為上訴機構之裁決允許「法庭之友」提出書面意見，其實並未能充分符合上訴審查作業程序第 16 (1) 條之要件，尤其是在使上訴程序「公平而有秩序」之目的、程序問題或實體問題以及是否違反 DSU 或其內括協定上，其立論或有錯誤，或未盡完整，因此在合法性之分析上，上訴機構無法以上訴審查作業程序第 16 (1) 條做為承認「法庭之友」的理論基礎。

(三) 歷史解釋

從以上的分析中得知，上訴機構所引用之法律基礎在文義與目的解釋上並不適當，即令承認之，亦顯得相當地牽強，因此本文將以歷史解釋繼續討論其合法性。

有些會員在總理事會議中反對小組與上訴機構得接受「法庭之友」書面意見的理由之一，是因為在烏拉圭回合談判中，已有會員提出過相同之問題，然而「法庭之友」終究未被納入 DSU 條文中，由此可見「法庭之友」這個制度並非會員們所接受。美國則表示當初談判時，即曾經建議應明文規定允許「法庭之友」提出書面意見，但當時的會員都認為無此必要。¹³⁶對於 DSU 法律條文中沒有明文規定的事項，究竟應被解釋為「有意省略」抑或「法律漏洞」？而「有意省略」

¹³³ Minutes of Meeting of the General Council, *supra* note 68, para. 24. (Statement of Hong Kong, China)

¹³⁴ *Id.* para. 51. (Statement of Mexico)

¹³⁵ *Id.* para. 17. (Statement of Egypt)

¹³⁶ *Id.* para. 77. (Statement of the U.S.)

係指 DSU 根本不承認「法庭之友」這個制度，抑或此為想當然爾必然存在之概念，無待以條文贅述（例如 GATT 1994 第十九條「可預見之發展」之要件於防衛協定中是否存在？亦有相同之爭議）？此爭議必須加以澄清。

根據學者之研究，烏拉圭、香港、印度、墨西哥、巴基斯坦、挪威等會員在第 60 次總理事會議中所謂「烏拉圭回合已就『法庭之友』問題做過討論」，其實只是在一個「機構性問題非正式小組」(Informal Group on Institutional Issues) 中之討論，因為該小組是非正式的，自然也就沒有留下任何記錄¹³⁷。不過這個歷史資料並非是在爭端解決程序中被提出，而是在總理事會討論時被一些會員提出，美國亦未質疑該談判歷史之存在，只是對解釋之方法提出不同於多數國家之看法，所以在此並沒有必要去爭執談判歷史之存否，此為必須注意之前提。

本文認為，美國對此問題之看法有值得商榷之處。倘主張某一法律概念已包含於某個 WTO 協定的法律條文之中，毋庸特別明文加以說明者，依常理，簽署該協定之會員應該對於該法律概念具有相當之瞭解以及高度的共識。惟誠如本文前面章節所述，「法庭之友」起源於羅馬法，由英、美等國家之普通法所繼承，大多數的大陸法系國家的國內法並沒有相同之制度，即令是大陸法系國家所謂的「第三人訴訟參加」，其構成要件與法律效果亦與「法庭之友」具有相當大之差異。雖然並無任何統計數字可計算承認「法庭之友」制度的會員國數量，但屬大陸法系制度的會員國數量不少。NAFTA 之例子或許可做為一個參考。在 NANFA 與投資有關的爭端解決案件中，Methanex Corporation V. United States of America 一案也面臨到仲裁法院是否應該在法律規定不甚明確的情況下，接受「法庭之友」的書面提案之問題。墨西哥在該案中雖非當事國，但對該案亦以第三國身份提出其論點，認為「在墨西哥的法律下，只有法律上利益受影響之第三人，也就是因爭端當事人間之訴訟結果致其實體上權利受影響者，可為第三人提案，『法庭之友』的概念並未納入墨西哥法律之中。一方當事國國內特定的程序或法律概念不能移轉到國際平台上做為法律上的理由。」¹³⁸ NAFTA 與 WTO 的爭端解決制度雖不盡相同，不能隨意比附援引，但是墨西哥在該案中的論點點出一個重要事實：即令是只有三個會員國的 NAFTA，會員國間亦會因其國內法律制度之不同而對「法庭之友」制度有截然不同的瞭解與認知，更何況是會員數超過 140 個之 WTO。

其次，在 GATT 近 50 年的歷史中，並沒有與「法庭之友」有關的案件出現，為何一成立 WTO 之後，「法庭之友」隨即變成會員早已了然於心、無須明文規定之制度？所以若僅依據 DSU 第 13.1 條或第 17.9 條如此曖昧模糊之規定，即可認為那些從未接觸過「法庭之友」概念的 WTO 會員已經具有共識，將「法庭之友」之概念想當然爾地包含在 DSU 的條文中而無待明文規定，這樣的說法並不具說服力。因此雖然這份談判歷史資料因其為非正式之官方文件，而削弱了其做為證據

¹³⁷ Henry S. Gao, *Amicus Curiae Briefs in the WTO Dispute Settlement System: Theory and Practice* (Chinese), 8 *Journal of International Economic Law* (upcoming), at 39.

¹³⁸ 墨西哥政府之書面提案，<http://www.state.gov/documents/organization/3936.pdf>，頁 4。

的證據力，但顯然美國之看法有所缺陷，烏拉圭等國之主張則較具說服力。

第三節 第三國權利與「法庭之友」

沙丁魚案引出一個重要問題，亦即WTO會員是否可以申請成為「法庭之友」？尤其是當該會員並未在小組階段保留做為第三國之權利，以致於在上訴階段無法依照DSU第17.4條之規定行使第三國權利之情況。上訴機構在沙丁魚案中做出肯定之見解，已見前述，然而其看法並非全無商榷之餘地。第三國權利與「法庭之友」在概念上是否應有所區別？其區別之實益何在？此前提問題需要先進一步加以釐清。

一、第三國權利與「法庭之友」之異同

為何上訴機構認為WTO會員亦可成為「法庭之友」？從以下對第三國權利與「法庭之友」的異同分析中，似可得出一些端倪：

- (1) 行為主體：第三國限於WTO會員始足當之，而依照上訴機構之見解，「法庭之友」並不限於非會員，WTO會員亦可為之。
- (2) 利害關係：會員欲行使第三國權利者，在小組階段，根據DSU第10.2條，必須通知DSB其對該案具有實質利益；「法庭之友」申請提出書面意見時，依照石綿案「附加程序」第3(d)點之規定，必須表明申請人在該上訴中所具有之利益之本質。在小組階段雖未有明白的指示，但在理論上應做相同處理。
- (3) 行使期限：第三國方面，於小組階段，現行DSU條文中並未明文規定會員應於何時提出成為第三國之申請，DSU修正草案則建議會員應於小組成立後10日內做出通知。在上訴階段，DSU第17.4條亦未規定會員應於何時提出成為第三國之申請，不過根據上訴審查作業程序第24條之規定，原則上第三國應於上訴國通知其決定上訴之日後25日內，提出第三國書面意見給上訴機構。若不提出書面意見者，則應於相同時間內通知上訴機構秘書處其是否要出席聽證以及在場發表口頭意見。若未在相同期間內踐行上開兩項程序者，會員仍可通知上訴機構秘書處表示其欲參加聽證，並得要求在场發表口頭意見，但此通知與要求應盡快通知上訴機構秘書處。在「法庭之友」方面，由於並無明確之規定，目前實務上在小組階段與上訴階段「法庭之友」得於任何時間點提出書面意見，而小組或上訴機構則依其心證自行決定該申請在時間上是否過晚，石綿案則是以個案方式分別在其「附加程序」第2點明訂申請成為「法庭之友」的期限，以及在第6點明訂提出實質書面意見之期限。
- (4) 制度功能：WTO爭端解決機制設立第三國制度之目的，有學者認為在

於「期望透過一次之程序，可以就相關之多數爭議一同解決」；¹³⁹亦有學者認為賦予具有實質利益之第三國參與訴訟之機會，可以滿足正當法律程序之要求；¹⁴⁰另外亦有認為讓第三國參與訴訟得使法院聽取不同之觀點，達到具有較佳資訊之裁決。¹⁴¹而「法庭之友」之功能，前已述及，在於發現真實、提出不同之法律論點、以及滿足正當法律程序之要求。因此在功能上兩者幾乎是一致的。

- (5) 行使之內容：在第三國方面，根據DSU第10條及附件三之規定，第三國於小組階段有權出席第一次正式會議，以書面陳述意見，或以口頭發表意見，並收受當事國於該次會議中之書面意見，第三國之意見應反映於小組報告中。在上訴階段，根據DSU第17.4條之規定，第三國得向上訴機構提出書面意見，並得使上訴機構有機會聽取其意見。而第三國之意見雖無明文，但實務上亦反映於上訴報告中。在「法庭之友」方面，「法庭之友」僅得提出書面意見，無權出席任何之會議，小組或上訴機構並無義務去接受或審酌該書面意見，亦無須將該書面意見反映於小組或上訴機構之報告中。

從以上之分析，不難理解為何上訴機構允許會員申請成為「法庭之友」，因為第三國與「法庭之友」制度，兩者在功能上幾乎是一致的，因此若單從功能上觀之，成為「法庭之友」與成為第三國並無太大之差異，並且如上訴機構在沙丁魚案中之裁決中所言，會員有其自己之裁量權決定要以何種身份參與爭端解決程序，即令「法庭之友」所受到之待遇遠低於第三國，此亦為會員自己之選擇。另外，就文義解釋而言，DSU的確未就「法庭之友」一事明白地表示允許或禁止，也無任何規定禁止會員成為「法庭之友」，因此上訴機構之認為不能以第三國權利之存在為由反面推論DSU禁止會員成為「法庭之友」之觀點，並非毫無道理。然而正因為DSU之缺乏明文，以致於對於同一事項使用文義解釋卻可以導出截然不同之結論，因此文義解釋不應成為贊成或反對「法庭之友」的唯一理由，仍需要綜合各種可能之解釋方法加以評斷。

二、比較法上之分析

本文於前面章節中，已分析「法庭之友」的起源與功能，並比較大陸法系與英美法系關於第三人介入訴訟在法制上之差別，此種比較恰可做為區別WTO第三國權利與「法庭之友」概念之基礎。從比較法之觀點來看，可以發現英美法系的國家，以美國為例，因為其早期採取當事人進行主義，對於第三人介入訴訟之

¹³⁹ 羅昌發，國際貿易法，頁 853，台北：元照，1999 年 7 月。

¹⁴⁰ John P. Gaffney, *Due Process in the World Trade Organization: The Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System*, 14 Am. U. Int'l L. Rev. 1173, 1211-1214 (1999).

¹⁴¹ Nick Covelli, *Member Intervention in World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings After EC-Sardines: the Rules, Jurisprudence, and Controversy*, 37 Journal of World Trade 673, 673 (2003).

限制相當嚴格，導致某些對系爭案件具有利害關係之第三人無法參與訴訟，對於人民訴訟權之保障，自有未周，因此基於正當法律程序，抑或是基於「自然正義」之要求，¹⁴²法院逐漸發展出許多例外，或將第三人視為「準當事人」而使其參與訴訟，或利用「法庭之友」（並改變「法庭之友」本質）制度讓第三人得有機會使法院聽取其意見等等方式，試圖去彌補嚴格的當事人進行主義所造成之缺陷。而在大陸法系國家，則是發展出一套完整的第三人「訴訟參加」制度，其目的亦在保障人民之訴訟權，使權利受到損害之人得有機會接受法院公平之審理。兩種法律體系所發展出來之第三人參與之態樣與內容雖有不同，但其目的同一，因此大陸法系國家無須於第三人「訴訟參加」制度之外，又特地發展出一套「法庭之友」制度。

GATT/WTO 體制下的第三國制度之建立有其歷史上之演進。GATT 1947 對於第三國權利並無規定，而是經由訴訟實務逐漸發展成形：

- 根據 GATT 官方文獻之記載，爭端當事國以外之第三國參與訴訟首見於 1972 年“United Kingdom – Dollar Area Quotas”一案，當時小組希望能聽取牙買加、千里達托貝哥以及古巴等國家對於本案之意見，小組嗣後於 1973 年該案之小組報告中說明其聽取並諮詢了迦勒比海國家與古巴等國家之意見，並收受以色列之書面意見。
- 嗣後配合一些個案之發展，第三國權利制度逐漸有明文化之趨向，1979 年東京回合談判中納入「通知、諮商、爭端解決與監視之瞭解書」(Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance)，其第 15 段即規定：「任何對於小組審理中之事件具有實質利益之締約國，且已通知理事會者，應有權利讓該小組聽取其意見...」。
- 1989 年烏拉圭回合談判期中檢討時，通過「爭端解決規則與程序改進規定」(Improvement to the GATT Disputes settlement Rules and Procedures)，其 F(e) 段規定：「(1)於小組程序中應充分考慮爭端當事國與其他締約國之利益。(2)任何與小組審理中之事件有實質利益之第三國，經通知理事會後，應有機會讓小組聽取其意見，並做成書面意見提交小組。此等書面意見應給予爭端當事國並反映於小組報告中。(3)經第三締約國之請求，小組得將爭端當事國同意揭露之書面意見給予該第三締約國。」¹⁴³

基本上 1989 年之規定與現行 DSU 第 10 條之規定相同。不過直到 WTO 成立、DSU 正式生效前，以第三國身份參與訴訟仍然不是會員法律上之固有權利，而須獲得爭端當事國之同意始得為之。例如 1993 年 *European Communities--Regime for the importation, sale and distribution of bananas* 一案（簡稱香蕉案）中，

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ For more information, please see: GATT Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice, 700-701 (6th ed. 1995).

許多香蕉輸出國家要求加入小組作業程序中成為觀察員，主席則表示第三國參與小組程序之權利，係保留給締約國。隨後在 1993 年 3 月理事會會議中，聲請參與香蕉案之第三國指出，本案之爭端當事國已同意邀請喀麥隆、象牙海岸、牙買加、馬達加斯加與塞內加爾等國出席小組會議。其他某些國家質疑此項協議。關於此項質疑，在該小組報告中（該報告最後未被採納）指出，小組並未被授權接受任何國家參與小組程序，但其他國家可以經由爭端當事國雙方之合意而參與。
144

從此種概念進一步思考 WTO 第三國制度與「法庭之友」間之關係，應有助於釐清爭議。由上開 GATT/WTO 爭端解決體制關於第三國權利之演變歷史可以得知，GATT/WTO 處理第三人參與問題所採用的方法類似於大陸法系之「訴訟參加」（intervention，一般翻譯為介入或干涉，為與國內法能有所呼應，此處以訴訟參加稱之），明文承認第三國之參與乃會員之「固有權利」，而與英美法系中，將第三人參與（包括「法庭之友」）視為補救當事人進行主義弊病之例外措施，以及允許「法庭之友」之參與僅為「法院之恩賜」等之概念相距甚多，因此或可斷言：在兩種不同制度之取捨上，WTO 已經做出了抉擇。

三、第三國權利之範圍影響對會員作為「法庭之友」之評價

關於該如何評價會員以「法庭之友」身份參與爭端解決程序之問題，依照現行 DSU 之規定，本文認為關於第三國權利之規定可以區分成幾個階段，上訴審查作業程序第 24 條規定之修正亦為其中之重要分水嶺，茲分以下幾點言之：

1. 在小組審理階段，會員可否以「法庭之友」身份參與訴訟程序？

此問題可以用第一次實體會議召開之時點作為分水嶺，區分成兩種情形。首先，從 DSU 附件三之作業程序第 6 項之規定可以得知，第一次實體會議召開前，會員都有機會行使第三國權利，因此會員並無必要以「法庭之友」身分參與訴訟。再者，在第一次實體會議召開後才想要發表意見之會員，是否可改以「法庭之友」之身份為之？本文認為根據前文之分析，在現行法規不明之情形下，應採取否定見解，理由則與下述沙丁魚案中控訴國秘魯之說法相同。

2. 在小組階段「未」保留第三國權利之會員，於上訴階段可否以「法庭之友」身份參與訴訟程序？

根據 DSU 第 17.4 條之規定，會員必須在小組階段曾保留第三國權利，始得於上訴階段繼續行使第三國權利，其背後之法理基礎應在於審級利益之考量。因此在小組階段未保留第三國權利之會員，即不得於上訴階段成為第三國。在此情況下，會員得否退而求其次以「法庭之友」身份參與訴訟？本文認為沙丁魚案中控訴國秘魯之說法值得贊同。其認為 DSU 已經對於會員如何以第三國之身分參

¹⁴⁴ *Id.* at 701.

與爭端解決程序設定許多條件，上訴機構若接受摩洛哥之申請，則不啻是允許 WTO 會員有規避 DSU 條文規定之機會，而且上訴機構亦缺乏適當之法律基礎允許之。因此上訴機構之裁決會員得以「法庭之友」身份提出書面意見，應是過度擴大之解釋，造成上訴機構允許會員「走後門」¹⁴⁵之疑慮。

3. 在小組階段「曾」保留第三國權利之會員，但未於上訴國通知其決定上訴之日後 25 日內提出第三國書面意見之會員，可否以「法庭之友」身份參與訴訟程序？

此問題牽涉上訴審查作業程序第 24 條規定之修正，茲分兩點言之：¹⁴⁶

(1) 上訴審查作業程序第 24 條規定修正前：

沙丁魚案當時適用的上訴審查作業程序是 WT/AB/WP/4 (2002 年 1 月 24 日公佈)，對於第三國在上訴階段的參與，僅規定「任何第三國皆可提出書面提案，具明理由與法律論點，陳述其做為第三國參與上訴程序之意願，並於上訴國通知其決定上訴之日後 25 日內提出」。¹⁴⁷就權利內容觀之，上訴審查作業程序第 24 條規定修正前，上訴機構尚未開放會員得以「消極參與者」態樣行使第三國權利，¹⁴⁸第三國權利相對較小，而「法庭之友」制度之存否本身即有極大之爭議，因此上訴機構之裁決會員得以「法庭之友」身份提出書面意見，恐怕又是過度擴大之解釋，更增添了上訴機構允許會員「走後門」之疑慮。

(2) 上訴審查作業程序第 24 條規定修正後：

2002 年 12 月 19 日上訴機構修正公佈上訴審查作業程序新版本 (WT/AB/WP/5)，現行版本 (WT/AB/WP/7) 亦沿用其規定，增加第三國提出意見之方式，提出申請之程序上也更有彈性¹⁴⁹。而上訴機構在 WT/AB/WP/5 版本修正背景說明中指出，此項修正係反映會員之要求，認為第三國提出意見之方式不應限於書面。上訴機構在過去實務上也允許第三國在聽證程序中「消極的參與」(passive participation)，¹⁵⁰亦即只出席聽取意見但本身不表示意見。因此 WTO 爭端解決機制之第三國權利在內容上相當具有彈性，若不考慮非會員而僅考慮會員之需求，則「法庭之友」不論是在功能上，以及行使之方式上，完全可以被第三國制度所涵蓋。在此情形下，雖無所謂「走後門」之疑慮，惟 DSU 在第三國

¹⁴⁵ 彭心儀，《論 WTO 爭端解決程序下之「法庭之友」介入問題》，發表於政大商學院國際經貿組織暨法律研究中心「第四屆國際經貿法學發展學術研討會」，2004 年 3 月 6 日，頁 31。

¹⁴⁶ 詳見表二之整理。

¹⁴⁷ Working Procedures for Appellate Review, WTO Doc. WT/AB/WP/4, at 12 (Jan. 24, 2002). 原文為「Any third party may file a written submission, stating its intention to participate as a third participant in the appeal and containing the grounds and legal arguments in support of its position, within 25 days after the date of the filing of the Notice of Appeal.」

¹⁴⁸ 請對照表二之 WT/AB/WP/5 版本。

¹⁴⁹ 見表二。

¹⁵⁰ Working Procedures for Appellate Review, WTO Doc. WT/AB/WP/5, at 12 (Dec. 19, 2002).

參與制度之外再為會員打開另一道參與訴訟之門是否有其必要性？本文採取否定之見解。

結論上，本文認為 DSU 之「第三國」制度與爭議中的「法庭之友」，其制度目的皆為使當事國以外具有利害關係之第三者能有機會參與訴訟，既然 DSU 已設有相關規定，則 WTO 會員若欲以第三人身份參與訴訟者，應以 DSU 之第三國制度為之，超出現行規定之範圍者，基於「法律應嚴格遵守」之原則，實不應再為會員另開一道「法庭之友」的大門。若小組、上訴機構或會員認為第三國參與訴訟之範圍不應侷限於目前所規定者，則較為理想之解決方法應為修改 DSU 有關第三國之條文，而非另外引進「法庭之友」為其解套，上訴機構依其職權修改上訴審查作業程序第 24 條規定，擴大第三國權利之範圍，即為適例。亦即，有關「第三人參與」之問題，WTO 會員應適用 DSU 第三國制度，而「法庭之友」僅限於非會員始有適用可能，兩者並無交錯之必要，否則將只是徒增困擾。

表二 上訴程序中第三國權利與「法庭之友」之比較

	第三國權利		法庭之友
	上訴審查作業程序第 24 條修正前 (WT/AB/WP/4) 2002 年 1 月 24 日公佈	上訴審查作業程序第 24 條修正後 (WT/AB/WP/5) 2002 年 12 月 19 日公佈	沙丁魚案上訴機構報告公佈日 2002 年 9 月 26 日
行為主體	限於 WTO 會員	同左	非 WTO 會員 WTO 會員?
利害關係	對本案有實質利益	同左	對本案具有利益
制度功能	紛爭一次有效解決 幫助法院客觀評估案件 滿足正當法律程序之要求	同左	幫助法院客觀評估案件 滿足正當法律程序之要求
權利內容	1.任何第三國皆可提出書面提案，具明理由與法律論點，陳述其做為第三國參與上訴程序之意願，並於上訴國通知其決定上訴之日後 25 日內提出。	1.任何第三國皆可提出書面提案，具明理由與法律論點以支持其立場。此申請應於上訴國通知其決定上訴之日後 25 日內提出。 2.第三國未有書面提案者，應於 25 日之相同期間內，以書面通知秘書處其是否欲出席聽證；若是，其是否欲做口頭陳述。 3.鼓勵第三國提出書面提案，以利分庭充分考慮其立場，並讓當事國與其他第三國於聽證中得知其立場。 4.未根據第(1)項提出書面提案、亦未根據第(2)項通知秘書處之第三國，得通知秘書處其欲出席聽證之意願，並要求於聽證中為口頭陳述。此項通知應盡最快之可能，以書面為之。	1.法院具有裁量權決定是否接受與考慮。 2.對於提案時間並無明確規定。 3.只能書面提案，無法於法庭上做口頭陳述。

第四節 法律適用（司法）、法律創造（立法）與司法的自我限制

一、司法權對於法律規定之作用

現代民主法治制度強調三權分立，彼此各有所司，又互相制衡。司法權最主要之任務乃是將社會生活事實涵攝於法律規定之中，藉以得出正確之裁判，亦即所謂的「依法審判」。在此原則之下，有學者謂「司法權雖位於立法權之下，但在某範圍內，卻能依照自己的獨立判斷而宣告，其對於法規的作用有三：第一、發現法規的正當解釋，而適用於具體事件。第二、補充法規之所缺，使法臻於完成。第三、在法規依慣習法或正義之要求有修正必要之場合，為法的修正。法的解釋，法的補充，法的修正，此三者，是裁判判決關於法的定立所為之重要作用。」¹⁵¹因此若廣義地詮釋所謂的「法律適用」，實應包含法律的解釋、法律的補充以及法律的修正三者。

在此應值注意者，乃 WTO 協定第 9.2 條「部長會議與總理事會對於本協定及多邊貿易協定之解釋，具有專屬權力。」所謂之「解釋」與此處「法律之解釋」有所不同。部長會議與總理事會依 WTO 協定第 9.2 條所通過之解釋實務運作上係以共識為之，一經通過即成為 WTO 多邊貿易體系架構下之一部份，而為所有會員所應共同遵守，具有立法（法律創造）之性質；而小組或上訴機構對於 WTO 協定及其內括協定條文之解釋，其目的乃在將社會生活事實涵攝於法律規定中，試圖得出正確之裁決，其概念上是「法律適用」，而非「法律創造」。而且一般認為上訴機構之裁決並不具有判例之效果，¹⁵²在法律上無法拘束往後發生之案件，雖然事實上往後之案件往往會參考先前案件之裁決，但此乃基於「相同事件應相同處理」之平等原則，而非基於法律上之判例效力。因此上訴機構之解釋跟部長會議與總理事會之解釋，本質上並不相同。

二、WTO 爭端解決機制下司法與立法之衝突

WTO 之上訴機構在定位上被認為是具有司法性質之準司法機關，¹⁵³爭端解決小組雖非常設機構，但仍與上訴機構共同負起協助 DSB 履行其依本瞭解書及內括協定所應負之責任。WTO 爭端解決制度之目的，根據 DSU 第 3 條總則之規定包括：提供多邊貿易體系之安全性與可預測性、維護會員於內括協定下之權利義務、依國際公法之解釋慣例，釐清內括協定之規定、DSB 之建議及裁決，不得增減內括協定所定之權利義務，以及謀求爭端的圓滿解決等。配合 WTO 協定

¹⁵¹ 美濃部達吉 原著、林紀東 譯，《法之本質》，民國 82 年 8 月，頁 93。

¹⁵² John H. Jackson, *The World Trade Organization—Constitution and Jurisprudence*, 82 (1998).

¹⁵³ 之所以稱之為「準」司法機關，其原因在於雖然上訴機構之運作模式相當類似於國內法院，但卻缺乏完全之獨立性，例如上訴機構之裁決尚必須由所有會員所組成之總理事會之分身—DSB—以負面共識決通過後，始對於爭端當事國發生拘束力，即為適例。

第 9.1 條之決策與第 9.2 條可以得到一個結論，亦即烏拉圭回合之談判者明白地將立法之權力交由會員本身行使，司法之目的乃在單純的「適用法律」，而不能「創造法律」，顯然 WTO 會員不希望小組與上訴機構的裁決過於富創造性。此種權力分立之要求，亦為上訴機構所瞭解，例如在解釋所謂「釐清內括協定之規定」時，上訴機構於 *United States - Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India* 一案中對此之陳述為「在 DSU 所明示之爭端解決目標下，本庭不認為 DSU 第 3.2 條係意指鼓勵小組或上訴機構藉由釐清 WTO 協定之規定，而在解決特定爭端之外，『創造法律』。...」¹⁵⁴

然而這樣的要求，事實上限縮了小組與上訴機構做為一個司法裁判者於適用法律時所應具有之權能，也提高了其審理案件之難度。法律的適用不能逾越界線成為法律之創造，然而界線為何？

在法理上，將「法律之適用」與「法律之創造」之概念截然分開之作法，並不是很正確的邏輯思考方式。不論是法律的解釋、補充或修正，都是一種涵攝的過程，此過程本身具有主觀的價值判斷，因而法律之「適用」事實上已具有「創造」之內涵，差別只在於程度上之不同。¹⁵⁵若能藉由對既有法律條文的解釋得到符合法律目的之結果，此種程度之法律創造是比較沒有爭議的；若認為法規有所欠缺但應為立法者所慮及而採用法律填補之方法，最典型者即為「類推適用」，則其創造法律的程度較大，亦較容易引起爭議；然若法律之適用已經達到「法之修正」的地步，一般認為已與法律之創造無異。在某些國家之國內法中承認「法官造法」的制度，然而在 WTO 中，小組與上訴機構並無如此權能，已見前述。三權分立之基本法理固然為政治上與法學上之偉大成就，然而中間灰色地帶之存在，亦是不爭之事實，「法庭之友」之爭議適巧碰觸到此一敏感之灰色地帶。

DSU 對於「法庭之友」沒有明文禁止或允許之規定，此為會員與上訴機構所共同理解之前提。在此前提下，多數會員認為此爭議應該保留給會員在總理事會中決定，上訴機構逾越了其「適用法律」之界線，而上訴機構則認為其透過對 DSU 第 11 條、第 12.2 條、第 13 條以及附件三等規定之解釋，可以得出「小組有權接受「法庭之友」書面意見」之結論，而從 DSU 第 17.9 條與上訴審查作業程序第 16(1) 條可以得出「上訴機構有權接受「法庭之友」書面意見」之結論，顯然雙方之認知有極大之差距，前上訴機構成員 Claus-Dieter Ehlermann 將之稱為「WTO 準司法之爭端解決程序與政治決策程序間之緊張」。¹⁵⁶

歐體在總理事會第 60 次會議中發言表示「當 DSU 規則不明確而立法不足時，司法將有填補漏洞之趨勢」。歐體所謂的「填補漏洞」(fill the gap) 應做較為廣義之理解，亦即包括前述法律的解釋與法律的補充(狹義的漏洞填補)兩者。

¹⁵⁴ WTO Analytical Index: *supra* note 115, at 1277.

¹⁵⁵ 更深入之分析，請參閱 Arthur Kaufmann 原著，吳從周 譯(中德文對照)，《類推與「事物本質」-兼論類型理論-，頁》，台北：學林，1999 年 1 月。

¹⁵⁶ Ehlermann, *supra* note 117, at 483 and below.

就法律之解釋方面分析，本章第二節已詳細地利用各種解釋方法分析上訴機構對於「法庭之友」之相關裁決的合法性，結論是上訴機構並未能充分而適當地說明為何相關之條文可以做為其裁決之法律基礎，同時上訴機構對渠等條文之解釋，或在文義上解釋的範圍有限，或在體系上與其他條文無法配合，或在目的上無法涵蓋「法庭之友」之本質與功能，或在談判歷史上無法證實會員已接受此一制度，顯然以法律解釋方法無法支持上訴機構之見解。

然則上訴機構可否以法律填補之方式為之？例如許多贊成引進「法庭之友」之學者常以其他國際組織已經允許「法庭之友」參與訴訟為由，認為 WTO 亦應比照辦理，以符合正當法律程序之要求、幫助小組與上訴機構做出公正、客觀之評估。¹⁵⁷ 本文認為此種說法理論上雖不無可能，但會遭遇到相同的問題，亦即填補之結果是否構成「法律創造」之程度？尤其當在判斷法規之欠缺究竟是會員立法當時所應慮及卻未加規定（或許是有意交由上訴機構去解決）、抑或應該交由會員親自決定之時，將更為困難，所遭致之批評亦將更為激烈。再從另一角度觀之，若小組與上訴機構之裁決過於創造性，雖然或許可以應付不斷推陳出新之新爭議，但其所造成之影響，一則是 DSU 第 3.2 條所揭櫫之安定性與可預測性之目標將會遭到考驗；再則一個過於有效率之爭端解決制度亦將引起會員對於其主權是否受到過度侵害之疑慮，¹⁵⁸ 而主權恐怕是更為敏感之爭議（事實上在「法庭之友」的問題上，亦牽涉到主權問題，此將留待下一章加以分析），對於達成當事國雙方互相滿意之解決，是否真能有所助益？恐怕答案是否定的。

三、司法的自我限制

從法律填補之爭議所延伸出之問題是所謂的「司法的自我限制」(judicial restraint)，其法理學上之概念亦來自權力分立。法規有所欠缺之原因很多，究竟是會員於立法當時所應慮及卻未加規定的法律漏洞？抑或是會員於立法時根本未預見？亦有可能是會員間對此並無共識，遲遲無法達成立法，其判斷上之困難已見前述。然而如果是因為會員間對某事項之爭議過大，遲遲無法達成合意之情形，若小組或上訴機構以其自身之想法，試圖對此事項加以擴張解釋適用，不啻成了 WTO 之另一個立法者？

在權力分立之法律思潮下，即令是允許法官造法的國家，其司法權的行使亦有一定之界線。WTO「法庭之友」議題是否亦可認為係屬於「司法應自我限制」之範疇？雖未見有學者討論，但事實上或許不無可能。WTO 目前仍是以會員為主體之國際組織，NGOs 除了受邀參與決策之諮商外，並不得其門而入，有學者指出許多 NGOs 亟欲將「法庭之友」之開放視為打開 WTO 大門之敲門磚。¹⁵⁹ 對 WTO 而言，若開放私人或 NGOs 以「法庭之友」身份參與訴訟，是否表示其做

¹⁵⁷ 本文第五章有更多之論述。

¹⁵⁸ John H. Jackson, *Perceptions About the WTO Trade Institution*, 1 World Trade Review 101, 109 (2002). (It is clear that an effective dispute settlement system has certain impacts on 'sovereignty'.)

¹⁵⁹ Umbricht, *supra* note 128, at 786.

為以會員為基礎的國際組織之基本架構將發生改變？若承認某會員國內之利益團體得基於本身之利益，提出「法庭之友」書面意見，則事實上不啻是承認該會員在該爭端案件上無法代表其國內或個別關稅領域境內之所有人民之利益！否則若該個人或團體之利益既已被 WTO 會員合法地代表，則又何需允許其提出書面意見？在傳統國際法由國家代表人民之基本架構下，這不啻是對於 WTO 會員主權的一種減損，甚至是否認。倘若上述之懷疑具合理性，則「法庭之友」之爭議所涉及者，不僅是上訴機構所謂之程序問題，而是包括整個 WTO 基本架構是否應有所修正，應否適度地讓私人參與等問題，具有高度國際政治敏感性。本文認為是否開放「法庭之友」之爭議仍應交由 WTO 會員決定之，小組與上訴機構並不宜介入。

第五節 本章小結

美國法律為解決嚴格之當事人原則與當事人進行主義所產生之弊病，遂創造包括「法庭之友」在內之許多例外規定，讓對本案具有某種利益之人亦得參與訴訟程序，以滿足正當法律之要求。WTO 並無任何關於「法庭之友」之規定，因此若欲就此問題有所瞭解，美國法制之發展將是重要之參考依據。

關於上訴機構裁決中就「法庭之友」所援引之法律基礎是否具合法性，透過對構成要件之分析與解釋，本文認為 DSU 第 11 條、第 12.2 條、第 13 條以及附件三並無法做為小組接受「法庭之友」書面意見之法律基礎；上訴機構之裁決允許「法庭之友」於上訴程序提出書面意見，亦未能充分符合上訴審查作業程序第 16(1) 條之要件，包括在使上訴程序「公平而有秩序」之目的、程序問題或實體問題以及是否違反 DSU 或其內括協定上，其立論或有錯誤，或未盡完整，因此在合法性之分析上，上訴機構無法以上訴審查作業程序第 16(1) 條做為承認「法庭之友」的理論基礎。

在第三國權利與「法庭之友」之交錯問題上，本文認為兩者在功能上極為相似，惟仍有本質上之不同，WTO 在制度之取捨上，或許已經做出抉擇。WTO 之爭端解決制度已為會員設計一套第三國制度，基於法律規定應嚴格遵守之理念，本文認為上訴機構不應在現行規定所涵蓋之範圍外，另外為會員打開一道大門，允許會員以「法庭之友」身份參與訴訟。亦即，WTO 應以修改 DSU 有關第三國條文之方式來擴大第三國之參與範圍，而非讓會員使用「法庭之友」。「法庭之友」之爭議，應僅限於「非會員」之層次加以處理。

上訴機構被認為是準司法機關，其目的在適用法律而非創造法律，創造法律之任務應交由 WTO 全體會員。既然從 DSU 之條文中無法找出足以支持「法庭之友」之規定，則基於權力分立之法理，上訴機構應盡量地自我限制，不應就「法庭之友」議題做出創造性之裁決。

第四章 從政策面向分析「法庭之友」參與 WTO 爭端解決程序之可行性

就「實然」面而言，上訴機構之裁決允許「法庭之友」提出書面意見，其法律基礎過於薄弱，不足以支持其裁決之合法性，已見前述。本文贊同 Petros C. Mavroidis 教授所言，應否允許「法庭之友」提出書面意見，始為問題之所在 (To summit or not to summit, this is the question.)。¹⁶⁰在進行「應然面」之討論前，對於上訴機構所扮演之角色以及其處理爭端案件之態度，應先有初步之瞭解，以作為「法庭之友」之應然性思考之起點。

上訴機構雖具有濃厚的司法機關之性質，惟並非完全獨立，其任務乃在幫助 DSB 客觀地評估上訴案件，做成建議或裁決，以供全體會員代表組成之 DSB 做出最後之決定，而非如國內法院之審判實務一般，法院對訴訟案件具有最終之裁判權。¹⁶¹而 DSB 所做成之建議或裁決，根據 DSU 第 3.4 條之規定，「...應謀求爭端之圓滿解決」，一般認為係指以達成雙方可接受之解決為目標。在負面共識決之設計下，達成此目標之責任遂落入小組與上訴機構之手，尤以上訴機構為然。

為達成此目的，上訴機構除了必須依照國際公法之解釋慣例，釐清內括協定之規定外，上訴機構之成員同時亦必須具有高度之國際政治敏感度，以避免其上訴裁決不為 WTO 會員所接受（包括當事國、第三國與其他會員），其任務可謂甚為艱鉅。¹⁶²有學者指出上訴機構透過許多制度上之設計來達成此目標，包括在上訴作業審查程序保留程序上之彈性、增進資訊來源之管道、以及保留司法上之裁量權等。¹⁶³然而在「法庭之友」議題上，儘管自蝦/龜案起即遭受眾多會員之指責與批評，甚至召開總理事會特別討論此議題；DSU 新回合談判中許多會員對於歐體提議之增訂 DSU 第 13 條之 1「法庭之友」，依舊是炮火隆隆，¹⁶⁴上訴機構卻仍堅持其一貫之立場，並於後來之案件中繼續接受「法庭之友」之書面提案——縱然其並未就該書面意見予以審酌¹⁶⁵——其立場顯然與大多數會員相左。上訴

¹⁶⁰ Mavroidis, *supra* note 125, at 10. 國內學者有同此見解者，見 彭心儀，前揭註 139，頁 38-40；亦有認為「爭端解決小組與上訴機構處理此一問題之法律架構已然成形」者，見 李貴英，「法庭之友」參與國際經貿爭端解決程序之研析，東吳大學法律學報，第十五卷第一期，頁 93，92 年 7 月。

¹⁶¹ 雖然透過負面共識決之設計，DSB 欲否決上訴機構之裁決甚為困難，歷史上亦無其例，但在制度上小組或上訴機構之建議或裁決仍須由 DSB 做最後之採認，此點應予注意。

¹⁶² James McCall Smith, *WTO Dispute Settlement: the Politics of Procedure in Appellate Body Rulings*, 2 *World Trade Review* 65, 75 (2003).

¹⁶³ *Id.* at 80-98.

¹⁶⁴ WTO Doc. TN/DS/M/4 (Nov. 6, 2002).

¹⁶⁵ 最近之案子為美國對某些鋼鐵進口產品實施確定防衛措施案(簡稱美國鋼鐵 201 案)，2003 年 11 月 10 日上訴報告出爐，上訴機構於本案中仍裁決「接受」美國國際鋼鐵機構(American Institute for International Steel)之書面提案，但亦一如往常地以該書面意見對上訴案件並無幫助為由，不

機構成員皆為在法律與國際貿易上具有相當權威之人，其法學素養均甚豐富，司法程序之「反多數決」特質亦應為渠等所深悉。公民社會之參與對於 WTO 究竟具有何種重要性，讓上訴機構甘犯如此之眾怒？¹⁶⁶其背後之動機顯然值得深思，因此實有必要繼續在「應然面」之層次上，研究 WTO 是否應引進「法庭之友」制度。若答案為是，則其相關之配套措施又該具備哪些重要之原則？此為本章所欲繼續探討之課題。

第一節 公民社會與 WTO

一、全球治理與公民社會

隨著與電腦科技、通訊、運輸之進步，「天涯若比鄰」不再是書本上之成語，而是真實地呈現於一般人們之生活中。20 世紀末掀起之全球化浪潮中，有學者認為人員、貨品、服務、資金、疾病¹⁶⁷、污染以及思想快速地跨國移動，已經逐漸侵蝕從 1648 年西發利亞和平（Westphalia Peace）以來所尊奉之國家主權¹⁶⁸——亦即簡言之，國家在該國之領土範圍內具有絕對、最高、廣泛而單方之國家控制力。¹⁶⁹管制活動不再集中或附屬於國家，相反地，實施管制之權力將分散至眾多之國內機構（substate）、國家（state）、超國家（suprastate）以及私人組織等機構中。
170

就國家而言，經濟發展之全球化已然成形，國家已逐漸無法有效地處理國際規範之制訂，而必須依賴國際合作，成立國際性機構來達成管制之目標，¹⁷¹例如 WTO；就私人或 NGOs 而言，其一方面具有對國際經貿事務之影響力，另一方面也將受到國際組織之規範而使其行為發生改變，¹⁷² WTO 乃由會員組成之國際組織，做為會員經貿談判之論壇，然其談判結果最終受影響者仍是各會員國內之人民，包括廠商與消費者。例如美國於鋼鐵 201 案敗訴後，布希政府已於 2003

予「考慮」。US-Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products, Report of the Appellate Body, para. 268, WTO Doc. WT/DS248/AB/R (Nov. 11, 2003).

¹⁶⁶ 除了本文第一章所述之案件與總理事會中之討論外，於美國鋼鐵 201 案中，巴西亦維持其一貫反對立場，於口頭陳述中表示基於法律上與制度上之考量，要求上訴機構對於法庭之友的書面意見，應不予理會。墨西哥、古巴以及泰國皆支持巴西之主張，歐體僅表示上訴機構應該將其是否考慮與審酌該書面意見之決定通知當事國。顯見此爭議尚未解決，且反對意見仍多。同上註，第 9、268 段。

¹⁶⁷ 以疾病而言，去年亞洲地區爆發嚴重急性呼吸道症候群（SARS）與近日發生之禽流感，隨著人員之移動，以及人畜間可能之病毒傳染，全人類均可能受到感染，其影響遍及全世界，令人印象深刻。

¹⁶⁸ Hollis, *supra* note 46, at 235-236. 「西發利亞和平」係指以 1648 年歐洲大陸之三十年戰爭結束時所簽訂之西發利亞條約為起點，西方國家從此政教分離。論者多以此時點做為近代乃至現代民族國家之濫觴。

¹⁶⁹ Jan Aart Scholte et al., *The WTO and Civil Society*, 33 *Journal of World Trade* 107, 107 (1999).

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ Jackson, *supra* note 158, at 107.

¹⁷² *Id.* at 102.

年 12 月 4 日宣布取消系爭鋼鐵產品之防衛措施，則首當其衝者，當屬其國內民間鋼鐵業者。基於承認國家主權已無法有效處理所有國際事務之事實、一國經貿政策之走向以及國內利益複雜之糾葛等因素，某些人民之利益無法透過國家於國際場合發聲，遂有私人或 NGOs 應可直接參與國際組織之活動之呼聲。¹⁷³再者，與其他國際組織相較之下，有學者謂 WTO 是現代國際法最先進之實驗室，其要素包括持續地進行回合談判與定期檢討之立法程序，以及有效之爭端解決程序（包括小組與上訴機構之建議或裁決、建議或裁決之執行與監督等）等二項。¹⁷⁴具有有效決策與執行能力之國際組織，事實上較易為人所接受與利用，因此許多 NGOs 亟欲參與 WTO 決策與爭端解決程序之舉動，並不令人感到意外。基於以上之背景說明，可以得知「法庭之友」雖在實質上對於案件勝敗結果之影響有限，然而在形式上卻具有相當重要之意義，其代表非會員之私人團體參與爭端解決訴訟之第一步，亦造成侵害國家主權之疑慮，無怪乎此議題於會員間爭吵多年，迄今尚無進展。

二、公民社會與 GATT/WTO 之互動關係

1. GATT 1947 時代

在 GATT 1947 時代，不僅 GATT 條文中對於 NGOs 之規定付之闕如，同時亦幾無與私人或 NGOs 團體往來之紀錄。根據學者 Steve Charnovitz 之研究，當時僅有國際商會（International Chamber of Commerce, ICC）曾偶而參與 GATT 內部機構之運作，此參與並未被質疑，亦未見其他 NGOs 尋求參與。¹⁷⁵另一位學者 Maura Blue Jeffords 更指出即令曾被邀請至 GATT 就三個問題發表演說，ICC 之代表亦未曾真正地在締約國大會演說，因為 GATT 秘書處之官員於隨後之信件中指出 NGOs 不准成為任何 GATT 工作小組會議之觀察員，亦表示沒有任何 NGOs 曾取得諮商之地位。¹⁷⁶Steve Charnovitz 教授引用 John H. Jackson 之看法指出，一方面除了當時人們對於傳統國際法法理——亦即僅國家得為國際組織之會員，私人僅得透過國家對 GATT 提出建議，或當外國政府違反 GATT 之規範而致其受損害時，由國家為其爭取權益，¹⁷⁷並無太多質疑；另一方面亦可能係由於在 1979 年東京回合談判結束之前，GATT 所處理者僅是關稅之調降或撤除，並不及於更複雜之非關稅貿易障礙、服務貿易或與貿易有關之智慧財產權等之新領域。而關稅之課徵具有相當濃厚之國家主導性，一般私人團體欲直接對此發表意

¹⁷³ Steve Charnovitz, *Opening the WTO to Nongovernmental Interests*, 24 *Fordham Int'l L.J.* 173, 175 (2000); Hollis, *supra* note 46, at 236.

¹⁷⁴ Ehlermann, *supra* note 117, at 469. (Citing from Thomas Cottier, *WTO Dispute Settlement and Multilateral Trade Negotiations: Is There a Need for Inter-Round Negotiations?*, Paper Presented at the 2002 World Trade Forum: Dispute Settlement and Decision-Making in the Multilateral Trading System: Current Operation and Options for Reform (Aug. 16-17, 2002) (on file with author).

¹⁷⁵ Charnovitz, *supra* note 173, at 175.

¹⁷⁶ Maura Blue Jeffords, *Turning the Protester into a Partner for Development: The Need for Effective Consultation Between the WTO & NGOs*, 28 *Brooklyn J. Int'l L.* 937, 946 (2003).

¹⁷⁷ Charnovitz, *supra* note 173, at 175.

見者，在法理上立場甚為薄弱。總而言之，GATT 1947 時代 GATT 與 NGOs 之關係可謂幾無往來。

2. WTO 時代

關於如何處理與 NGOs 間之關係，WTO 採取與 GATT 時代不同之作法。WTO 協定第 5.2 條規定「總理事會得進行適當之安排以與其事務與 WTO 有關之非政府組織進行諮商與合作。」此規定可視為前述 NGOs 不准取得諮商地位之突破，從此 NGOs 參與 WTO 決策之地位，即獲得法律上之保障。WTO 亦曾多次發表聲明，表示要繼續加強 WTO 對外之透明化，¹⁷⁸1996 年 7 月 23 日公佈之「安排與非政府組織關係之指導綱領」(Guidelines for Arrangements on Relations With Non-Governmental Organizations, 簡稱 NGOs 指導綱領)¹⁷⁹ 是其中最重要之文件。然而，此份文件除了於其第 2 段公開承認 NGOs 之參與有助於公眾對 WTO 之瞭解外，更傳達一項重要訊息。其第 6 段指出「WTO 是政府會員間具有法律拘束力之權利義務之條約，以及談判之論壇，...NGOs 不可能直接地參與 WTO 之工作或其會議。」亦即 NGOs 只能是諮商與合作之對象，其無法成為 WTO 之權利主體。

縱然只獲得諮商之地位，NGOs 參與 WTO 決策之努力未曾間斷。從歷屆部長會議 NGOs 參與之數目觀之，第一屆新加坡部長會議有 108 個 NGOs 與 235 位個人實際參與，所關注之議題包括環境、發展、消費者權益、商業、貿易同盟以及農民之利益。¹⁸⁰第二屆日內瓦部長會議則有 128 個 NGOs 與 362 位個人參與，¹⁸¹第三屆西雅圖部長會議以及第五屆坎昆部長會議之參與團體與個人總數更是超過一千個。¹⁸²除此之外，目前 WTO 秘書處為執行 NGOs 指導綱領之指示，每月尚接受許多 NGOs 之立場文件 (position paper)，並傳送予各會員。¹⁸³因此，整個公民社會對於 WTO 之關注程度可謂日益增強。

三、「法庭之友」於其他國際組織之參與情形

許多研究「法庭之友」之學者，以相當之篇幅，從其他國際組織如何處理「法庭之友」問題著手，試圖由比較法觀點為其個人之主張尋求佐證。¹⁸⁴ 本文無意就

¹⁷⁸ WTO Website : http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/ngo_e.htm (last visited 03/ 09/2004)

¹⁷⁹ WTO Doc. WT/L/162 (Jul. 23, 1996).

¹⁸⁰ WTO Website : http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/intro_e.htm (last visited 03/ 09/2004).

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² WTO Website : http://www.wto.org/english/news/ enews03_e/ngo_minconf_e.htm (last visited 11/10/2003).

¹⁸³ WTO Website : http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/pospap_e.htm (last visited 03/ 09/2004).

¹⁸⁴ Dinah Shelton, *The Participation of Nongovernmental Organization in International Judicial Proceedings*, 88 A.J.I.L. 611, 619-640 (1994); Gabrielle Marceau & Matthew Stilwell, *Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies*, 4 Journal of International Economic Law 155, 164-174 (2001); Hollis, *supra* note 46, at 243-247; Jeffords, *supra* note 176, at 967-977.

每個國際組織之規範內容詳加論述，底下僅就幾個重要之國際組織略加介紹：

1. 國際法庭 (ICJ)：國際法庭規約第 30 條規定僅限於國家得提起訴訟，第 34.2 條則規定法庭得請求國際公法組織之資訊。所謂的國際公法組織，根據第 69.4 條之規定，意指為國家組織，明白地排除 NGOs。¹⁸⁵

2. 國際刑事法庭 (The International Criminal Tribunals, 前南斯拉夫與盧安達)：僅檢察官與受指控之罪犯具有當事人資格，國家不得介入。根據其「程序與證據規則」(the Rules of Procedures and Evidence) 第 74 條之規定，國際刑事法庭正式承認「法庭之友」之地位。¹⁸⁶

3. 歐洲法院 (ECJ)：歐洲法院承認私人具有當事人能力。另外，歐洲法院規約第 37 條規定任何人對系爭案件有利害關係者，可介入政府間與/或共同體機構 (Community Institution) 之訴訟，此第三人必須為訴訟之一造而介入，並具有當事人能力。不過在實務上，僅於私人對共同體機構提出訴訟時，始有私人介入訴訟之可能。¹⁸⁷

4. 東南亞國協 (ASEAN)：東南亞國協於其爭端解決機制議定書 (Protocol on Dispute Settlement Mechanism, 1996 年由會員簽署) 中規定，於爭端解決案件中僅會員具當事人能力；為爭端解決案件而設立之小組，得尋求其認為適當之任何來自私人或機構資訊與技術建議 (第 6.3 條)。¹⁸⁸ 此段文字相當類似 DSU 第 13.1 條之規定，因此亦可能產生與 DSU 相同之爭議。惟若由新加坡代表東南亞國協於 2000 年底總理事會所做之發言內容觀之，東南亞國協對此應採取否定看法。

5. 北美自由貿易區協定 (NAFTA)：本文前已述及，NAFTA 第 11 章關於投資爭端之解決之規定，明文允許私人對國家提出訴訟 (第 1116 條)，第 1128 條則允許會員 (亦即美、加、墨西哥三個國家) 做為第三人介入訴訟。然而是否允許私人以「法庭之友」身份參與之？條文中並無明確規定。前揭 Methanex Corporation V. United States of America 案以及後來之 United Parcel Service of American Inc.(UPS) v. Canada 案之仲裁庭做出肯定之見解。墨西哥則持反對立場。¹⁸⁹

6. 世界銀行 (World Bank)：世界銀行下設之國際投資爭端解決中心 (ICSID) 也是處理國際投資問題之場合。在 ICSID 下，私人與廠商均有完全之當事人地位。不過 ICSID 並未有關於「法庭之友」之規定，亦未曾見 ICSID 接受之。¹⁹⁰

¹⁸⁵ Marceau & Stilwell, *supra* note 184, at 165.

¹⁸⁶ *Id.* at 168.

¹⁸⁷ *Id.* at 168-169. 值得一提的是，ECJ 之條文並未使用“amicus curiae”一字，而以“intervention”一字規範第三人參加訴訟，並令第三人具有當事人能力，受到判決之拘束，此點可再次證明大陸法系國家關於第三人參加之制度，與英美法系之「法庭之友」分道揚鑣，屬於不同之概念。故此處以 ECJ 為比較對象即有所不當。

¹⁸⁸ *Id.* at 171.

¹⁸⁹ 李貴英，前揭註 160，頁 102。

¹⁹⁰ Marceau & Stilwell, *supra* note 184, at 173-174.

綜合上述國際組織處理「法庭之友」問題之態度，大抵上亦可分為允許、反對以及動向不明三者。學者 Gabrielle Marceau 與 Matthew Stilwell 歸納認為，在國際性之法庭中，例如 ICJ，若其不允許非政府組織或私人取得當事人能力，則其亦不會允許非政府組織或私人取得「法庭之友」之地位。反之，若 NGOs 或私人可取得當事人能力者，通常也會承認「法庭之友」的存在，並制訂某些判斷標準以認定之。¹⁹¹此種歸納之結論原則上應屬正確，目前其他國際組織的確存在著允許「法庭之友」提出書面意見之立法，然而不應據此做為 WTO 亦應開放「法庭之友」制度之理由。相反地，若考量 WTO 不允許私人提出訴訟之特性，則 WTO 反而較類似於 ICJ，不應允許私人以「法庭之友」身份參與訴訟。¹⁹²

第二節 有關「法庭之友」制度體制化正反論據之評析與本文見解

一、 反對「法庭之友」制度體制化之政策上理由

1. 擴大已開發國家與開發中國家間地位之失衡：反對者認為 NGOs 大多來自已開發國家，僅有少數來自已開發中國家。NGOs 通常會為其國家之利益辯護，如此一來，將使開發中國家於抗辯時必須承受更多之負擔，¹⁹³因為 NGOs 所擁有之豐富資金與人力將可較有力地影響小組或上訴機構之裁決，此種說法可由 2000 年年底之總理事會議開發中國家之發言獲得證實。我國提交予 DSU 特別會議之官方立場文件中亦表明相同意旨。¹⁹⁴
2. 承認「法庭之友」將改變 WTO 做為政府間國際組織之本質：有些國家擔心一旦 WTO 承認私人與 NGOs 得以「法庭之友」身份參與訴訟，則其下一步可能繼續要求 WTO 給予正式之當事人能力，而後將步步進逼，最後甚至可能要求 WTO 給予非會員完整之參與權以及地位之承認。¹⁹⁵如此一來，WTO 做為政府間國際組織之本質將遭受破壞。
3. 私人或於國際法中不具有法人格：在國內法中，私人具有法人格，此點無庸置疑，然而在國際法之層次上，私人並不屬於國際法上之人（people），因此私人無法於 WTO 取得法人格。¹⁹⁶
4. 國家對其國內人民具有合法代表性：現代民主法治國家使用代議政治制度選出國家元首組成政府，由政府負責處理國家之事務。既然 WTO 是

¹⁹¹ *Id.* at 175. 渠等將 ECJ 之「第三人訴訟參加」置於此處一併討論，顯非適當。

¹⁹² Gabrielle Marceau 與 Matthew Stilwell 一方面做出上述結論，另一方面又指出許多會員建議應有必要建立規則或標準以引導法庭之友的使用。渠等未能先從比較法上之觀點判斷 WTO 究竟較類似於何種情形，旋即繼續討論應該如何訂立相關標準，顯然在立論上有所欠缺。See *id.* at 175-176.

¹⁹³ Umbricht, *supra* note 128, at 786.

¹⁹⁴ 同註 86。.

¹⁹⁵ Umbricht, *supra* note 128, at 786.

¹⁹⁶ Charnovitz, *supra* note 173, at 197-198.

政府間之國際組織，則國際事務之決定亦應由政府為之，人民無置喙之餘地。人民若欲影響國家之立場，應透過國內民主程序進行遊說，其意見若於國內已被否決，則不應再允許其以「法庭之友」身份在 WTO 提出書面意見。¹⁹⁷

5. WTO 非直接影響人民之權利義務：主張私人或 NGOs 不應介入 WTO 之事務者，認為 WTO 原則上透過共識決達成決策，會員因此負有遵守 WTO 規範之義務，包括修改國內法令或調整其國內措施等等，因此在概念上國內人民是因為 WTO 會員調整其國內措施致使其權利義務受影響，並非是 WTO 直接影響會員境內之人民。因此所謂「因 WTO 決策而受影響之人民應有機會去影響 WTO 決策」之論點，無法成立。¹⁹⁸
6. NGOs 對其所關心之利益不具代表性：反對私人或 NGOs 成為「法庭之友」或參與國際組織之決策者，認為私人或 NGOs 無法證明渠等得代表其國內之相關利益團體在國際上發表意見，因此允許人或 NGOs 成為「法庭之友」即欠缺合法之正當性。

二、支持「法庭之友」制度體制化之政策上理由

1. 功能上之考量：論者認為法院若能接收較多之資訊，將有助於其做出合理客觀之判斷。¹⁹⁹ 面對日漸複雜之案件，小組與上訴機構不一定能充分理解系爭案件之本質，而許多 NGOs 由於其長期關注某項議題，理論上而言，的確能與專家發揮相同之功用。²⁰⁰ 國家雖獨占權力之合法使用權，然其對於 WTO 前言所揭諸之「提升生活水準」、「確保充分就業」以及「消除國際貿易關係之歧視待遇」等問題，並無絕對之能力去達成，若允許私人與 NGOs 適度參與國際組織，可以彌補此部分之不足。²⁰¹
2. 「國家具有民主合法性」之說法只是假象：主張私人應可參與國際爭端訴訟者（包括取得當事人能力與「法庭之友」），往往認為在傳統國際法之架構下，「國家可代表其國內一切人民」之說法只是個假象，尤其當少數利益團體之意見無法公平地被國家所代表時，更是如此。²⁰² Steve Charnovitz 則指出許多國家之所以反對 WTO 承認「法庭之友」制度，其原因無非是對於主權減損之恐懼。²⁰³ 此外，有 32% 之 WTO 會員被自由之屋（Freedom House）評為「部分自由」，有 17% 之會員被評為「不自由」。若這些部分自由或不自由之會員其境內之 NGOs 於 WTO 中所可

¹⁹⁷ Charnovitz, *supra* note 173, at 198-199.

¹⁹⁸ *Id.* at 201.

¹⁹⁹ Umbricht, *supra* note 128, at 783; Covelli, *supra* note 141, at 686.

²⁰⁰ Umbricht, *supra* note 128, at 783.

²⁰¹ Charnovitz, *supra* note 173, at 208.

²⁰² Umbricht, *supra* note 128, at 783.

²⁰³ Charnovitz, *supra* note 173, at 211.

享有之參與機會，反而大於其國內所得享有者，則不啻是反映該會員國內制度之落後，²⁰⁴而這正是一些持反對立場之會員所擔心者。因此支持者認為，若事實上會員政府無法充分、公平地代表其國內人民之利益，則應該給予私人與 NGOs 在國際舞台發聲之機會。

3. 「國內決策程序」與「國際決策程序」係屬不同之階段，不應混為一談：對私人參與國際組織之決策持反對立場者，往往主張既然私人或 NGOs 之意見在國內階段已經藉由國內民主程序被否決，則若允許渠等於國際組織繼續有發言或提出意見之機會，則不啻是「在一個蘋果上咬兩口」。支持私人應有機會在國際組織上提出意見者對此提出反駁，認為許 NGOs 具有跨國境之本質，其所關切之議題是世界性的，例如環保，其所代表者不單是一國國內少數人民之利益，而是具有全球性。國內決策程序與國際決策程序係屬不同之階段，不應混為一談，此並非「在一個蘋果上咬兩口」，而是「在兩個不同的蘋果上各咬一口」。²⁰⁵
4. NGOs 不須具代表性：就反對說所質疑之代表性問題，支持者則辯稱，NGOs 或私人並不需要成為正式之代表，不需證明其有多少會員，渠等之價值在於提供想法、而不在於具有多少代表性。²⁰⁶
5. 促進公民社會對 WTO 之瞭解與支持：有認為如果 WTO 能適度地讓私人與 NGOs 參與，增加 WTO 對外之透明度，提供更多資訊予外界知悉，則藉由知識與訊息的傳播，WTO 將更為一般大眾所瞭解與接受。前上訴機構成員 Mitsuo Matsushita 教授曾言：「就長期發展來看，WTO 無法自外於各國政府與世界上公民社會之認同，所謂公民社會包括 NGOs、商業團體、勞工團體、專業團體以及一般大眾等等。」²⁰⁷因此為了讓 WTO 能廣為全球民眾所支持，適度開放私人與 NGOs 參與 WTO 事務係屬必要。

三、 本文見解

關於應否允許「法庭之友」參與爭端解決程序之問題，本文認為 WTO 「原則上」應遵循國際法法理與民主代議制度之精神，不應該讓私人或 NGOs 「直接地」以當事人身份參與爭端解決程序；但是另一方面，基於現實層面的種種考量，WTO 似可考慮以「例外」方式，允許私人或 NGOs 以「法庭之友」身份「間接地」參與程序。詳言之：

1. 國際法法理與民主代議制度「原則上」應受尊重

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ *Id.* at 206-207.

²⁰⁶ *Id.* at 209-210.

²⁰⁷ 此係引自 Mitsuo Matsushita 教授於 2003 年 9 月 25 日應我國經濟部國際貿易局之邀請，來台演講之書面資料“Some Thought on the Appellate Body”，頁 10。

私人是否能成為國際法上之主體，是國際法上爭執已久之問題。本文贊同國際法學者 Ian Brownlie 教授之看法，認為私人原則上並不負擔國際法上之義務，國際法上之義務大部分是由國家或政府負擔，也因此私人無法在國際法上提起控訴。誠然，的確有少數國際法賦予私人遵守國際法之義務，例如犯罪與戰犯，但是「惟有國家始具有程序上能力」之古典國際法觀點在目前仍具支配性之力量，並且對大多數國際條約如何處理爭端具有影響力。²⁰⁸前述之反對說基於私人不具國際法人格之觀點而否認「法庭之友」參與 WTO 訴訟程序，具有相當之法理基礎。

此外，WTO 乃典型由國家會員所組成之國際組織，其所處理者之事務，在實際結果上，對於一般民眾而言，的確有重大影響；惟其並不直接課予私人國際法上之義務。茲舉二例說明之：TBT 協定第 8.1 條規定：「各會員應採取合理可行之措施，確保其境內運用符合性評估程序之非政府機構，均遵守第五條及第六條之規定，...」；食品衛生檢驗與動植物檢疫措施協定（Agreement on the application of Sanitary and Phytosanitary Methods，簡稱 SPS 協定）第 13 條規定：「會員在本協定下有遵守協定中的所有義務之完全責任。各會員應制訂並執行積極措施與機制，以輔導中央政府以外機構遵守本協定各項規定。會員應採取可行的合理措施以確保其境內非政府單位及地區性機構且該機構中有關單位具有會員身份者，遵從本協定之相關條款。」這兩個條文明白地顯示 WTO 並不直接對其會員境內之非政府機構課予國際法上之義務，而是課予會員義務，由會員去要求其境內之非政府機構實施一定之作為，以符合 WTO 之規範。因此目前私人欲在 WTO 中以當事人身份提起訴訟者，並無堅強之法理基礎，反對說之看法具有說服力。

另一方面，以國家為國際法上主體，由國家代表人民處理一國之國際事務，符合現代民主代議政治之原理。代議政治之目的乃為避免民主決策過程之無效率，因此藉由選舉制度，選出賢能之人為全體國民處理國家事務。在此前提下，「國家主權對內具有最高性」之主權內涵應予承認，否則若「恣意」允許私人於國與國間之訴訟中發表意見，不啻是對代議政治制度之一種否定？

綜合言之，在目前之國際法法理下，私人於 WTO 爭端解決程序中以當事人身份「直接」提出訴訟之要求，欠缺堅強之法理基礎，不應承認之。至於私人可否以「法庭之友」身份，「間接地」參與 WTO 之訴訟程序？則需另外做考慮，詳後述。

2. 暢通國內溝通管道應為首要之務

在上述之前提下，本文認為基於尊重國際法法理、國家主權以及代議政治之精神，私人應先透過國內民主程序維護自己之利益。國內學者彭心儀教授認為「市

²⁰⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 585 (5th ed. 1998).

民社會應以影響各國政府決策為目標，其『怒吼』應以各國政府為對象，而非 WTO。」此見解原則上可資贊同。²⁰⁹印度代表即曾於總理事會會議中表示，各會員政府應先與國內利益團體協商後，才能決定其在爭端解決案件中之立場。²¹⁰因此一方面私人或 NGOs 應善用國內民主程序，對於國家政策與立場進行遊說，另一方面會員亦應改善其國內溝通管道，包括立法、行政與司法，使其人民得有健全之管道表達其意見，以滿足正當法律程序之要求。若能踐行此民主程序，則私人或 NGOs 提出「法庭之友」書面意見之必要性將大為降低。

3. WTO 可考慮以「例外」方式正式引進「法庭之友」制度

私人不得以當事人身份「直接」參與 WTO 爭端解決程序，此為目前之主流看法，本文亦肯定之，理由已見前述。惟關於「法庭之友」之參與，在結論上，本文贊同許多外國學者之看法，以及上訴機構相關裁決之結論（而非其法律理由），認為 WTO 應開放私人或 NGOs 以「法庭之友」身份，「間接」參與爭端解決程序，而且在概念上應以「例外」之方式來理解。本文所持之理由如下：

（1）公民社會對 WTO 之影響應受重視

有學者將公民社會參與 WTO 之態樣分成三種：順從者（conformers）、改革者（reformers）以及激進者（radicals）。²¹¹「順從者」乃以商業團體為代表，認同 WTO 之自由貿易原則，其參與 WTO 之目的主要在於透過政策遊說而獲取商業利益。²¹²「改革者」則試圖改變 WTO 之想法、規則與程序，認為 WTO 之貿易自由化與市場全球化原則造成一些弊病，例如削弱了對勞工權利以及環境之保護。渠等並非完全否定 WTO 之存在功能，而係以透過規則之改革，例如主張增訂社會條款以保障勞工權益或主張 WTO 應更加重視環境之保護等等，為其主要訴求。²¹³激進者則是否定 WTO 之功能，主張 WTO 應回到 GATT 時代之作法，甚至有主張應完全消滅 WTO 者。²¹⁴

不論是何種公民社會之參與者，對 WTO 皆具有影響力。例如國際商會（ICC）所制訂之國際貿易條規（Incoterms 2000）為全世界貿易商所通用，GATT 尚將之做為關稅估價之標準；烏拉圭回合之所以納入智慧財產權與服務貿易，與美國政府受到其國內跨國組織之遊說有密切關係；在本屆坎昆部長會議中，貝林、查德、布吉納法索以及馬利等西非四國係藉由非政府組織 Oxfam 之協助而提出聲明，抗議富裕國家對棉花的生產給予大量補貼導致棉花世界價格低落，損及其貿易利益，此聲明引起所有會員之關注，並成為坎昆會後續進行農業談判之焦點之一；而若憶及西雅圖部長會議會場外各國民間團體抗爭之激烈，亦能體會世界各地反

²⁰⁹ 彭心儀，前揭註 145，頁 29。

²¹⁰ Minutes of Meeting of the General Council, *supra* note 68, para. 38. (Statement of India)

²¹¹ Scholte et al, *supra* note 169, at 112.

²¹² *Id.* at 113.

²¹³ *Id.*

²¹⁴ *Id.* at 115.

全球化之聲浪，具有一定之規模。

面對公民社會強烈之關注，WTO 在處理與公民社會互動關係之問題上，已採取與過去 GATT 1947 時代不同之作法，WTO 協定第 5.2 條為渠等打開一道大門，正式給予私人或 NGOs 諮商之地位，使公民社會之成員得參與 WTO 決策之討論--雖然最後之決定權仍在於會員本身。如此之發展代表 WTO 已體認到公民社會之作為對 WTO 會產生一定之影響力。Mitsuo Matsushita 教授所提「就長期發展來看，WTO 無法自外於各國政府與世界上公民社會之認同」之看法，具有相當之前瞻性。

(2) 司法行為對公民社會之影響不遜於立法行為

或有認為，WTO 已於決策階段給予公民社會參與之機會，則其參與亦應到此為止，不需於爭端解決程序中繼續給予私人或 NGOs 發表意見之機會。從私人或 NGOs 在國際法上有無法人格之觀點視之，是否應引進「法庭之友」制度尚有進一步研究之餘地，然而若從立法行為與司法行為對公民社會產生之影響力大小著眼，其實司法行為所產生之影響力並不遜於立法行為。John H. Jackson 教授指出「以規則為導向之爭端解決機制將可降低或緩和企業之風險，給予企業較高之安全性、穩定性與可預測性。」²¹⁵而此處所謂之規則，除了 DSU 之立法外，當包括爭端案件之司法裁決程序。爭端解決裁決之結果具有引導群眾行為之功能，理性之私人與企業將因爭端案件之裁決結果而調整其社會行為。既然在立法階段 WTO 願意開放私人以諮商之地位參與討論，則為何在司法階段 WTO 無法允許利益受影響之私人或 NGOs 以「法庭之友」身份參與訴訟程序？若僅於立法階段給予諮商地位，而排除其於司法階段提出意見之機會，則似乎有「為德不卒」之憾。

(3) NGOs 之立場不必然與已開發國家相近

許多開發中國家（包括我國）均認為，大部分的 NGOs 均來自已開發國家，因此其立場亦比較偏向已開發國家，若 WTO 引進「法庭之友」制度，則對於相對缺乏資源的開發中國家將更為不利。本文認為此種說法似乎過於偏頗。以上述的西非棉花問題為例，Oxfam 做為一個來自已開發國家之 NGO，其立場反而是與美、歐相左。另外，歐體石綿案的「法庭之友」申請人多為包括一些開發中國家在內的各工業國家的石綿工會，目的在對抗法國之限制石綿產品進口措施。本文認為雖然大多數的 NGOs 的確是來自已開發國家，但其在個案中的立場並不必然與其所屬國家相同，而應視其所追求利益之本質而定。況且，如果 NGOs 所追求的是一個崇高的理想，例如支持環境保護與人類、動植物生命之健康，基本上都應該予以尊重與讚揚，不應該因為其所支持者是已開發國家或開發中國家，而對其行為有不同之評價。因此對於 NGOs 的參與，不需要存有先入為主之觀念，

²¹⁵ Jackson, *supra* note 158, at 108.

認為 NGOs 之立場一定會傾向已開發國家。

(4) 對國家主權與民主代議政治之反思

國際法之法理與代議政治之原理，原則上固為 WTO 所應遵循，然而私人或 NGOs 等等公民社會成員以「法庭之友」身份，「間接」參與 WTO 訴訟程序之建議，並非毫無討論之價值。國際法並無絕對禁止私人參與國際間訴訟之法理，許多國際條約亦經由會員之同意而讓私人得以直接對抗國家，例如 NAFTA。代議政治之法理亦非毫無缺點，例如一心要發展經濟之開發中國家，往往忽視其國內環保團體之意見，台灣之經濟成長史或可作為適當之見證。再者，如同前文所述，WTO 尚有許多會員被評為「部分自由」或「不自由」之經濟體。以中華人民共和國為例，其政府之取得主權並非基於民意之選擇，因此所謂「主權對內具最高性」之法理，將僅是徒具形式而無實質之民主代表性。況且，WTO 又如何能期待目前中華人民共和國之領導人願意廣開言路，健全國內溝通管道？在政治不自由之國家裡，所謂「踐行國內民主程序」將只是無法實現之夢想。

(5) 「法庭之友」之參與是一種「例外」、「間接」之方式

在上述之前提下，本文主張 WTO 似可考慮開放私人以「法庭之友」身份參與訴訟程序，而其方式在概念上為「例外」與「間接」。所謂「例外」，其概念係來自 GATT 1994 第二十條之「一般例外」。GATT 之基本精神乃在於追求商品貿易自由化，而 GATT 1994 第二十條係承認在某些情況下，會員得採取具有限制商品自由貿易之措施，但必須符合其前言之規範，亦即不得構成專斷或歧視，以及造成隱藏性之貿易限制。換言之，GATT 第一條與第二十條具有「原則」與「例外」之關係，GATT 利用此種制度設計來調和兩種同被承認之價值，亦即調和「貫徹自由貿易之精神」與「追求其他被承認之社會價值」（例如保護可能枯竭的天然資源）之間可能產生的衝突。同樣地，「法庭之友」之爭議似亦可用相同之概念加以處理。本文再三強調 WTO 乃為會員導向之國際組織，「僅」會員得做為權利主體與行為主體，若允許會員境內之私人或 NGOs 得以當事人地位參與爭端解決程序，不管是直接或間接，均會有減損會員國家主權之疑慮，違反國際法之法理。在此種主流思潮下，允許私人間接參與爭端解決程序即應視為一種為補救制度上之不足所創設之「例外」。而將「法庭之友」之參與以「例外」條款之方式呈現，尚隱含一項內涵，亦即私人之取得參與訴訟之機會，並非其固有之權利，而係會員基於對公民社會參與 WTO 之重要性的承認，以合意之方式釋放出部份主權，允許非會員適度參與 WTO 爭端解決程序，目的在消除侵害主權之疑慮。

其次，所謂「間接」係相對於私人以當事人地位「直接」參與訴訟程序而言。私人既然不是 WTO 之行為主體與權利主體，則其不能直接參與 WTO 之事務，自屬當然之理。正如前述第 (2) 點所述，WTO 協定第 5.2 條給予 NGOs 在立法階段之諮商地位，換言之，NGOs 所取得者亦僅為諮商地位，而非具有決策權能之主體地位。同理可證，在司法階段亦應為相同處理。上訴機構歷年來關於「法

庭之友」之裁決，於法律基礎之建立與探尋上雖有不當，惟其裁決倒是正確地遵循自古以來「法庭之友」根本之性質，亦即「法庭之友」書面意見永遠僅具「建議」之性質，而非「當事人之主張或論點」，法院並無義務加以考量。因此，於司法階段允許「法庭之友」之「間接」參與，恰可呼應 WTO 協定第 5.2 條給予 NGOs 之諮商地位，兩者在法律體系上之配合，具有一致性。

4. 小結

國際環境之變化已遠超過國際法法理之演進，一些全球性之議題的確並非光靠國家之力量即可解決，若能結合民間之力量，在國際法主流思潮與現實社會需要之間取得平衡點，間接地讓不具有當事人資格之私人或 NGOs 以「法庭之友」身份參與爭端解決程序，從正面之角度觀之，應有助於國際事務之解決。在此思考前提下，本文認為從法律面觀之，現行 DSU 規範的確未賦予「法庭之友」堅強之法律基礎，上訴機構之相關裁決有所不當；然而若從長遠而宏觀之政策面觀之，引進「法庭之友」制度對 WTO 是利多於弊，而在制度之設計上必須以「例外」之方式為之。亦即私人或 NGOs 之得以「法庭之友」身份提出書面意見之機會，並非渠等所固有者，而係基於 WTO 會員之同意，願意主動放棄部份之主權，「例外地」承認因 WTO 之規範受到影響之私人或 NGOs 得以不具當事人資格之「法庭之友」身份，提出僅具「建議」性質之書面意見，「間接」參與爭端解決程序，國家做為國際法主體以締結條約，享受權利、負擔義務之主權地位，並未動搖。如此應可一方面降低對國家主權侵害之疑慮，另一方面藉由程序上給予私人發表意見之機會，再次宣示現代民主法治國家維護「人性尊嚴」或「自然正義」之根本精神，期能適當地消弭反全球化之浪潮，讓公民社會之成員因能有效利用 WTO，而更加相信 WTO。

第三節 「法庭之友」制度體制化之相關配套措施

根據以上之分析，本文認為允許私人以「法庭之友」身份，提出僅具「建議」性質之書面意見，「間接」參與爭端解決程序，不失為一可行之方法。為消弭法理基礎不足之窘狀，本文認為 WTO 應可考慮將「法庭之友」正式體制化。在此前提下，該如何對此制度做出相關配套措施，即為下一步所應考量者。

一、以明確之立法程序取代模糊之司法解釋

從 GATT 到 WTO，爭端解決機制由政治導向逐漸走向規則導向，受理之案件增多，普遍而言敗訴之會員亦大多能履行 DSB 所為之建議與裁決，事實證明明確之規則有助於 WTO 多邊貿易體系之穩定性與可預測性。面對「法庭之友」之爭議，上訴機構在 DSU 無明確規定之前提下，以不適當之法律解釋允許「法庭之友」之書面提案，已見前述。在此值得注意者，或許上訴機構亦明瞭其裁決之法律基礎過於薄弱，自 1998 年蝦/龜案乃至 2003 年底之美國鋼鐵 201 案中，

六年來，凡遇到有關「法庭之友」之案件，上訴機構總是先「接受」其提案，然後再以「法庭之友」之意見對於本案並無幫助」為由，拒絕「考慮」其書面意見（詳見表二）。自經驗論觀之，不禁令人質疑：若「法庭之友」之意見向來對系爭案件無所助益，則小組、上訴機構甚或 DSB 是否還有必要花費時間與精力，於爭端案件中，或於新回合談判中處理「法庭之友」問題？本文認為真正之原因恐怕不在於「法庭之友」書面意見對系爭案件無所助益，而是上訴機構為維持國際政治微妙而敏感之平衡，不願在此議題之發展仍舊妾身未明之際，貿然採納「法庭之友」書面意見，以免招致開發中會員更大之反彈。若此曖昧不明之情況繼續存在，則可預見的是，「法庭之友」之意見將繼續為上訴機構所刻意忽視。儘管上訴機構欲利用爭端案件之裁決將「法庭之友」議題「逐步成形化」²¹⁶之舉動，並非法所不許，然而在錯誤的法律基礎下所建立之事實上規則，將禁不起法理之檢驗。因此「法庭之友」之體制化仍應回歸適用 WTO 協定第 9 條之規定，或由會員於新回合談判中，以共識決修訂 DSU 規定，或以部長會議決議或總理事會決議之方式，明文承認其存在，始為斧底抽薪之道。

關於實質內容之制訂方面，上訴機構於石綿案所制訂之「附加程序」，以及 DSU 新回合談判中歐體所提出之 DSU 第 13 條之 1 修正草案，兩者在內容上頗為相近，若會員就「法庭之友」制度之體制化已具有共識，則此兩份文件之內容即具有相當高之參考性。²¹⁷然而在缺乏共識之現狀下，討論實質內容似乎較無急迫性，因此本文亦無意就相關之實質標準多加討論，而僅就幾個重要之大原則加以說明。

二、「法庭之友」之書面提案內容應包含事實與法律爭議

有些會員認為由 DSU 第 17.3 條規定得知，上訴機構成員應是在法律、國際貿易以及其他協定事項中具有公認權威之個人，很難想像渠等有必要去接受「法庭之友」之意見。²¹⁸歐體於美國碳鋼案中亦表示 DSU 第 13 條只限定於事實資訊與技術建議，不包括非會員的法律論點或法律解釋。此說法似是而非。首先，美國法律與其他某些國際組織均承認「法庭之友」制度，是否即可因此而認為這些美國之最高法院法官或其他國際組織之法官在法律素養上有所不足？抑或會員代表之法律素養高於非會員？其次，所謂「information」，從文義上廣義解釋包括事實與法律事項，並無不當。再者，從歷史發展觀之，「法庭之友」通常由具備專門法律知識的律師所擔任，而所處理的問題主要亦與法律事項有關，因此若謂「法庭之友」僅能提出有關事實之意見而不及於法律事項，或謂上訴機構不需要「法庭之友」的幫助，此種說法顯然忽視「法庭之友」之本質。此外，此種說法亦未考慮「法庭之友」功能上之轉變--亦即由法庭的「朋友」轉變為法庭上

²¹⁶ 此係參考彭心儀教授之用語，見氏著，前揭註 145，頁 9。

²¹⁷ 歐體之提案詳見附件二。此份文件之中譯可參閱 彭心儀，前揭註 146，頁 18。

²¹⁸ Minutes of Meeting of the General Council, *supra* note 68, paras. 7, 13, 37.(Statements of Uruguay, Egypt and India).國內學者亦有同此見解者，李貴英，前揭註 160。

的「司法遊說者」。因此「法庭之友」之書面提案內容應包含事實與法律爭議，至於審級問題則屬不同層次之考量。

三、「法庭之友」提出書面意見不限於小組程序

於確認「法庭之友」得提出法律上書面意見後，本文繼續處理另一爭議：「法庭之友」是否僅得向小組提出書面意見，而不及於上訴機構？有學者認為，基於「避免上訴機構背負過於沈重之負擔」、「考量審級利益」、「鼓勵會員將事實與法律意見盡量於訴訟前階段提出」以及「規避區分事實與法律事項之困難」等政策上理由，主張「法庭之友」之書面意見僅限於小組審理階段提起，不應及於上訴階段。²¹⁹此種見解尚有斟酌餘地：

1. 就「上訴機構之負擔」而言：允許「法庭之友」提出書面意見的確會加重上訴機構之負擔，然而此種負擔是引進此制度後所面臨之「必要之害」，而透過上訴機構於石綿案之「附加程序」，或歐體於新回合談判中之提案所提出之「兩階段」作法，事實上應可有效過濾不必要之文件。

2. 就「審級利益」而言：審級利益之維護乃訴訟法上相當重要之原則，本文基本上亦贊同之，惟應配合 DSU 第 17.4 條「...已依第十條第 2 項之規定通知 DSB 其對此案件有實質利益之第三國，得向上訴機構提出書面意見，並得使上訴機構有機會聽取其意見。」之規定，避免產生會員權利反而劣於非會員之情形，未於小組程序中申請成為「法庭之友」者，亦不得於上訴程序中申請成為「法庭之友」，而非一概地否定「法庭之友」參與上訴階段之可能性。²²⁰

3. 就「鼓勵會員將事實與法律意見盡量於訴訟前階段提出」而言：此種主張之目的在於讓小組得到最充足之資訊以做出最正確之判決，同時避免新的意見遲至訴訟之後階段始提出，相關會員無法仔細研究之風險。²²¹此種看法忽略上訴制度之本質在於匡正下級法院之錯誤，並且未考量 WTO 爭端解決機制上訴制度之目的並非在於讓當事國提出新主張、新事實或新證據，而在於讓相關會員就小組報告之法律爭議或小組所為之法律解釋爭議，經由不同觀點之陳述，得到進一步的釐清，上訴機構亦於石綿案之「附加程序」第 3(f)點特別指出：「申請人應指出其如何在不與爭端當事國或第三國所提之書面意見重複之情形下，對於爭端案件之解決做出貢獻。」因此若欲避免訴訟拖延或保障會員之正當法律程序，應從有效控制「法庭之友」提出申請之日期著手，而非於上訴程序中禁止「法庭之友」之申請與實質書面提案。

²¹⁹ Umbricht, *supra* note 128, at 787-788. U 氏同時又以「DSU 第 13 條只規範小組程序，不及於上訴程序」為法律上理由，認為上訴機構不應接受「法庭之友」申請。言下之意，應係承認 DSU 第 13 條已足以做為「法庭之友」之法律基礎，此與本文之出發點不同，故對 U 氏此部分之理由，不另加以評論。

²²⁰ 目前 DSU 新回合談判之主席版文件建議刪除此條第三國參與上訴程序之限制，日後若真如此修訂，則對於「法庭之友」的限制亦應同步取消。WTO Doc. TN/DS/9, at 7 (Jun. 6, 2003).

²²¹ Umbricht, *supra* note 128, at 788.

4. 就「規避區分事實與法律事項之困難」而言：誠如 Georg C. Umbricht 所言，小組應同時審理事實與法律事項，因此在小組階段並無此項困擾，但在上訴階段則有困難。²²²然而此種考量不應成為禁止「法庭之友」參與上訴程序之理由，大凡採用審級訴訟制度之國家皆有此種問題，不為 WTO 所獨有，且在會員之上訴意見中亦有相同之難題，難道 WTO 即可因此而否定上訴制度存在之必要性？正確的作法應是：上訴機構如何地區分會員所提之上訴內容屬於事實事項或法律事項，「法庭之友」即應比照辦理之。因區分上之困難而否定「法庭之友」參與上訴程序之機會，立論上似有不足。

四、 正當法律程序之保障

「法庭之友」的參與，理論上對於訴訟之結果可能產生影響，因此對於當事國與第三國而言，正當法律程序之保障即成為引進「法庭之友」制度一項相當重要之配套措施，此可謂學者與 WTO 會員之一致看法。事實上應注意之事項頗多，歐體之提案亦具有相當之價值，可供參考。本文不欲一一討論，僅提出幾項重點如下：

1. 申請提案時間與提出書面意見時間之控制：在上訴審查作業程序修正之前，控制申請提案期間與提出實質書面意見時間，尚有避免會員權利劣於非會員之目的，惟上訴機構正式承認「消極參與者」後，其最重要之目的在於避免訴訟之拖延，避免增加當事國與第三國之負擔。
2. 給予當事國與第三國回應之機會：此為學界與會員之共識（以承認「法庭之友」為前提）。此項目的之達成與前述第 1 點互相呼應，不僅應給予機會，同時亦應讓渠等有充分時間回應，石綿案之附加程序與歐體之提案亦反映出此項關切。
3. 小組或上訴機構並無義務附理由駁回「法庭之友」之申請與實質書面意見：小組或上訴機構必須附理由駁回「法庭之友」之申請或實質書面意見之作法，符合一般法律救濟之法理，亦有學者如此主張。²²³惟基於「法庭之友」係屬間接參與訴訟，其意見僅具「建議」之性質，小組與上訴機構並無義務接受或考慮之，本文認為小組與上訴機構亦無義務附理由駁回其申請或實質書面意見。²²⁴

第四節 本章小結

隨著交通、通訊科技之進步，公民社會對全世界之影響力與日俱增，對國際事務之關注程度亦日益增強。GATT1947 時代並不承認 NGOs 在 GATT 中具有諮商地位，WTO 則於 WTO 協定中第 9.2 條給予 NGOs 諮商之地位。其他國際組織對「法庭之友」之態度各有不同，一般而言，承認私人得以當事人身份參與訴訟

²²² *Id.*

²²³ Marceau & Stilwell, *supra* note 184, at 187.

²²⁴ 類似之見解，see Umbricht, *supra* note 128, at 788.

者，亦允許「法庭之友」之參與，反之則否。

私人能否參與國際組織或國際協定之訴訟，向來具有正反不同之見解。本文認為，WTO 是以會員導向之國際組織，傳統國際法法理與民主代議制度應予尊重，私人不應在爭端解決程序中取得當事人地位，私人欲對國際事務產生影響力者，首應透過國內民主程序表達意見，此項溝通管道之暢通有賴各會員與其人民共同努力。惟傳統國際公法以國家為主體之概念在目前雖居主流地位，基於社會現實狀況之考量，WTO 對於公民社會成員之態度應有所轉變，在維持主權尊嚴之前提下，WTO 似應可考慮「例外」地讓私人或 NGOs「法庭之友」身份，「間接」參與爭端解決程序，以消弭反全球化之浪潮，尋求更多民眾之支持。

在承認「法庭之友」之前提下，許多配套措施應予注意，包括以明確之立法程序取代模糊之司法解釋、「法庭之友」之書面提案內容應包含事實與法律爭議、「法庭之友」提出書面意見不限於小組程序以及正當法律程序之保障等等。

附件二 歐體之提案

Article 13bis

Amicus curiae submissions

1. *The panel or the Appellate Body may permit unsolicited amicus curiae submissions, provided that the panel or the Appellate Body have determined that they are directly relevant to the factual and legal issues under consideration by the panel or the Appellate Body and that they comply with the rules of this Article. In such a case, the panel or the Appellate Body shall consider the submissions in question, while not being obliged to address, in its report, the factual or legal arguments made in such briefs.*
2. *Any person, whether natural or legal, other than a party or third party to the dispute, wishing to make an amicus curiae submission to the panel or the Appellate Body, must apply for leave to file such a submission from the panel or the Appellate Body within 15 days from the date of the composition of the panel or within 5 days from the date of the notice of appeal, respectively.*
3. *An application for leave to file such a submission shall:*
 - (a) *be made in writing, be dated and signed by the applicant, and include the address and other contact details of the applicant;*
 - (b) *be in no case longer than three typed pages;*
 - (c) *contain a description of the applicant, including a statement of the membership and legal status of the applicant, the general objectives pursued by the applicant, the nature of the activities of the applicant, and the sources of financing of the applicant;*
 - (d) *demonstrate the direct interest that the applicant has in the factual or legal issues raised in the dispute;*
 - (e) *identify the specific issues of facts and law which the applicant intends to address in its submission and, in the case of a application submitted to the Appellate Body, the legal interpretations developed by the panel that are the subject of the notice of appeal;*
 - (f) *indicate why it would be desirable, in the interests of achieving a satisfactory settlement of the matter at issue, in accordance with the rights and obligations of WTO Members under the DSU and the other covered agreements, for the*

panel or Appellate Body to grant the applicant leave to file a submission in this appeal; and

- (g) contain a statement disclosing whether the applicant has any relationship, direct or indirect, with any party or any third party to this dispute, as well as whether it has, or will, receive any assistance, financial or otherwise, from a party or a third party to this dispute in the preparation of its application for leave or its written brief.*
- 4. The panel or the Appellate Body will review and consider each application for leave to file a submission and will, within 7 days from their receipt in the case of a panel, and within 3 days in the case of the Appellate Body, render a decision whether to grant or deny such leave. That decision shall be notified forthwith to the applicant by facsimile or electronic mail.*
- 5. Any person, other than a party or a third party to this dispute, granted leave to file an amicus curiae submission, must make its submission to the panel within 15 days from the date of receipt of the notification, and to the Appellate Body within 3 days from such date.*
- 6. A submission filed with the panel or the Appellate Body by an applicant granted leave to file such a brief shall:
 - (a) be dated and signed by the person filing the submission;*
 - (b) be concise and in no case longer than 20 typed pages, including any appendices; and*
 - (c) set out a precise statement, strictly limited to legal arguments in the case of a submission to the Appellate Body, supporting the applicant's position on the issues of facts and law with respect to which the applicant has been granted leave to file a submission.**
- 7. The parties and the third parties to the dispute shall be given 10 days from the date of receipt of any submission filed by an applicant granted leave under this Article to comment on and respond to such submissions.*

第五章 結論

私人得否參與以國家會員為導向之國際組織之相關活動，包括決策程序與司法程序，以及應以直接抑或間接方式參與等問題，為向來國際法領域所熱烈討論之課題。私人或 NGOs 以「法庭之友」身份間接參與 WTO 爭端解決程序之課題，自 1998 年蝦/龜案以來，上訴機構於許多相關案件之裁決受到 WTO 會員與學者之質疑與討論，DSU 新回合談判亦對此課題討論良多，惟 WTO 會員仍未達成共識，可見此課題之複雜性與敏感性。

本文第二章從四個相關案例與會員立場之介紹著手，以求對「法庭之友」在 WTO 中所遇到之爭論與發展有基本瞭解。繼而於第三章自法律面向分析上訴機構之裁決是否符合 DSU 之相關規定。本文認為 DSU 第 11 條、第 12 條、第 13 條與附件三之相關規定無法支持上訴機構之裁決，小組無法以渠等條文為法律基礎接受未受請求之「法庭之友」書面意見；上訴機構亦無法以 DSU 第 17.9 條以及上訴審查作業程序第 16(1)條作為法律基礎，允許「法庭之友」提出書面意見，上訴機構之裁決在法律基礎之援引以及理由之構成上，有所欠缺。

關於第三國制度與「法庭之友」之交錯問題，本文認為兩者關於會員以第三人身份參與爭端解決程序之問題，DSU 已經設有第三國制度以資適用，會員應循此途徑為之，並嚴格遵守現行規範。若認為第三國權利之範圍有擴大之必要者，亦應以修改 DSU 有關第三國規定之方式為之，而非以司法裁決之方式，為會員另外打開「法庭之友」之大門。上訴機構顯然是因為第三國制度與「法庭之友」兩者在功能上之近似，使其裁決出現不必要之交錯混淆。亦即會員應走第三國制度之路，而「法庭之友」僅限於非會員始有適用之可能。

在法律基礎尚未明朗化之前，上訴機構對於「法庭之友」之問題應採保守之態度，恪遵「司法自我限制」之法理，避免由「法律之適用者」變成「法律之創造者」，破壞 WTO 權力分立之制度設計，造成立法與司法之衝突。

本文第四章繼而從政策面向分析，討論 WTO 應否引進「法庭之友」制度。本文認為以國家為主體之國際法法理與民主代議政治制度應受尊重，國家主權地位應予以維持，私人不能以權利主體身份參與爭端解決程序。尋求國內民主程序保障私人之發言權，乃會員與公民社會首要之務。惟體認到國際社會之快速變遷、公民社會對於全球性事務影響力日益增強、爭端解決案件之裁決對於公民社會重大之影響以及民主代議制度有其缺陷等事實，本文認為讓公民社會成員以「法庭之友」身份，「例外」地、「間接」地參與爭端解決程序，不失為一可行之折衷作法。

在肯定 WTO 應引進「法庭之友」制度之前提下，本文提出幾項應注意之配套措施，包括：應以明確之立法程序取代模糊之司法解釋、「法庭之友」不僅得提出事實意見，亦可提出法律意見、「法庭之友」之申請不限於小組程序亦及於上訴程序、以及瞭解到「法庭之友」之書面意見對判決結果所可能造成之影響，

對爭端當事國與第三國正當法律程序之保障是必要之考量等。

WTO 爭端解決機制具有以規則為導向之特徵，較諸其他國際組織而言，DSB 所為之建議與裁決亦較具有執行力，會員比較願意遵守與履行。WTO 爭端案件之裁決雖未具有法律上之判例效果，僅系爭案件相關會員須受法律上之拘束，惟在現實社會中，其他會員與公民社會之成員亦將因裁決之結果而調整其措施與社會活動，其具有引導社會行為之功能，顯露無遺，公民社會成員之熱切希望能參與爭端解決程序，其來有自。面對公民社會之殷殷期盼以及會員之高度關切，WTO 應審慎處理「法庭之友」議題。若能一方面在會員同意之基礎上給予私人參與爭端解決程序之機會，無礙於國家主權之尊嚴；另一方面透過公民社會更多之參與，相信應能讓更多民眾因參與而瞭解，因瞭解而相信，因相信而支持，減低反 WTO、反全球化之浪潮，達成 WTO 多邊貿易體系改善人類福祉之目標。

參考文獻

中文書目

1. Arthur Kaufmann 著，吳從周 譯，《類推與「事物本質」-兼論類型理論-》，台北：學林，1999 年 1 月。
2. 李貴英，《「法庭之友」參與國際經貿爭端解決程序之研析》，東吳大學法律學報，第十五卷第一期，2003 年 7 月。
3. 美濃部達吉 著、林紀東 譯，《法之本質》，台北：台灣商務，1993 年 8 月。
4. 彭心儀，《論 WTO 爭端解決程序下之『法庭之友』介入問題》，發表於政大商學院國際經貿組織暨法律研究中心「第四屆國際經貿法學發展學術研討會」，2004 年 3 月 6 日。
5. 羅昌發，《國際貿易法》，台北：元照，1999 年 7 月。

工具書

1. 法律英漢辭典，台北：五南，2001 年 2 月。

英文書籍

1. Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 5th edition (1998).
2. Cheshire, Fifoot and Furmston, Law of Contract, 13th edition (1996).
3. Duxbury Robert, Contract in a Nutshell, Nutshells, 2nd edition (1991).
4. GATT Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice, Updated 6th Edition (1995).
5. Jackson John H., The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relation (1997).
6. Jackson John H., The World Trade Organization—Constitution and Jurisprudence (1998).
7. Matsushita Mitsuo, Thomas J. Schoenbaum & Petros C. Mavroidis, The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy, 1st edition (2003).
8. WTO Analytical Index, Guide to WTO Law and Practice, 1st edition, Vol.2 (2003).

英文期刊論文

1. Ala'i Padideh, Judicial Lobbying at The WTO: *The Debate Over the Use of Amicus Curiae Briefs and the U.S. Experience*, Fordham International Law Journal, Vol.24 (November / December 2000).
2. Charnovitz Steve, *Opening the WTO to Nongovernmental Interests*, Fordham International Law Journal, Vol. 24 (November / December, 2000).

3. Covelli Nick, *Member Intervention in World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings After EC-Sardines: The Rules, Jurisprudence, and Controversy*, *Journal of World Trade*, Vol.37 (2003).
4. Ehlermann Claus-Dieter, *Experiences from the WTO Appellate Body, Taxes International Law Journal*, Vol.38 (2003).
5. Gaffney John P., *Due Process in the World Trade Organization: The Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System*, *Am. U. Int'l L. Rev.*, Vol.14 (1999).
6. Gao Henry S., *Amicus Curiae Briefs in the WTO Dispute Settlement System: Theory and Practice (Chinese)*, *Journal of International Economic Law*, Vol.8 (2004, upcoming).
7. Hollis Duncan B., *Globalization & The Erosion of Sovereignty in Honor of Professor Lichtenstein: Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty*, *B.C. International & Comparative Law Review*, Vol.25 (Spring 2002).
8. Jackson John H., *Perceptions About the WTO Trade Institution*, *World Trade Review*, Vol.1 (2002).
9. Jackson John H., *The WTO 'Constitution' and Proposed reforms: Seven 'Mantras' Revisited*, *Journal of International Economic Law*, Vol.4 (2001).
10. Jeffords Maura Blue, *Turning the Protester Into a Partner for Development: The Need for Effective Consultation Between the WTO & NGOs*, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.28 (2003).
11. Krislov Samuel, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, *The Yale Law Journal*, Vol.72 (1963).
12. Marceau Gabrielle, Matthew Stilwell, *Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies*, *Journal of International Economic Law*, Vol.4 (March 2001).
13. Mavroidis Petros C., *Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*, *The Jean Monnet Program Working Paper 2/01* (2001).
14. Scholte Jan Aart, Robert O'Brien, Marc Williams, *The WTO and Civil Society*, *Journal of World Trade*, Vol.33 (1999).
15. Shelton Dinah, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, *American Journal of International Law*, Vol.88 (October 1994).
16. Smith James McCall, *WTO Dispute Settlement: The Politics of Procedure in Appellate Body Rulings*, *World Trade Review*, Vol.2 (2003).
17. Umbricht Georg C., *An 'Amicus Curiae Brief' on Amicus Curiae Briefs at the WTO*, *Journal of International Economic Law*, Vol.4 (December 2001).

WTO 文件

1. Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/3 (28 February, 1997).
2. Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/4 (24 January, 2002).
3. Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/5 (19 December, 2002).
4. Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/7 (1 May, 2003).
5. WTO Document: JOB(03)/69/Rev.2, (5 May, 2003).
6. WTO Document: JOB(03)/91, (16 May, 2003).
7. WTO Document: JOB(03)/91/Rev.1 (28 May, 2003).
8. WTO Document: TN/DS/9 (6 June, 2003).
9. WTO Document: TN/DS/M/4 (6 November, 2002).
10. WTO Document: TN/DS/W/1 (13 March, 2002).
11. WTO Document: TN/DS/W/25 (27 November, 2002).
12. WTO Document: TN/DS/W13 (22 August, 2002).
13. WTO Document: WT/DS122/AB/R (5 April, 2001).
14. WTO Document: WT/DS135/9 (8 November, 2000).
15. WTO Document: WT/DS135/AB/R (12 March, 2001).
16. WTO Document: WT/DS138/AB/R (10 May, 2000).
17. WTO Document: WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R (11 November, 2003).
18. WTO Document: WT/DS58/AB/R (12 October, 1998).
19. WTO Document: WT/DS58/AB/RW (21 November, 2001).
20. WTO Document: WT/GC/M/60 (23 January, 2001).
21. WTO Document: WT/GC/M/81 (28 August, 2003).
22. WTO Document: WT/DS76/AB/R (22 February, 1999).

本文所有 WTO 文件皆取自 WTO 官方網站 <http://www.wto.org/>。

網站資料

美國國務院網站：<http://www.state.gov/>。