

论WTO争端解决中的证据披露

崔起凡

(浙江大学宁波理工学院法学与知识产权研究所, 浙江宁波 315100)

摘要: 在WTO争端解决中, 当事方在证据披露中负有合作义务, 这是善意原则在WTO争端解决中的体现。专家组通常不允许当事方以机密信息为由拒绝证据披露, 而只是采取相应的保护措施。不过, 专家组在符合条件时可能承认“内阁特免权”。当事方在无正当理由的情况下拒绝证据披露, 专家组可以进行不利推定。

关键词: WTO; 争端解决; 证据披露; 合作义务

中图分类号: DF96 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095—8072(2014)04—0016—12

引言

为有效防止因证据偏在^①而不公正地影响裁判结果, 当今各国民事诉讼制度普遍确立了证据披露义务, 即当事人有义务披露于己不利的证据, 尽管两大法系在这方面仍然存在较大差异。依据美国的审前证据开示 (pre-hearing discovery) 制度, 当事人可以向持有证据的对方当事人要求出示具有相关性的证据, 而且“相关性”内涵比较宽泛。^②总体而言, 在大陆法国家, 一般的做法是各方当事人出示证明其观点的证据, 在特殊情况下, 请求由法院命令他们认为在对方控制下可能有助于自己观点的特定书证的出示。^③与普通法相比, 大陆法系诉讼中当事人证据披露的范围有限。

美国式的证据开示有利于法官全面获取证据并客观地作出判决, 其缺点是, 证据开示涉及的证据范围广泛, 给被请求方当事人和案件审理造成沉重负担。证据开示程序也常常成为不诚信的当事方拖延诉讼, 耗费对方费用的策略, 从而影响争议的高效解决。而大陆法系的做法有利于在追求效率价值的同时, 兼顾公平。

在WTO争端解决中, 当于己不利的证据在当事方控制之下, 当事方是否有义务披露该证据? 另一当事方或专家组在何种范围或条件下可以要求该当事方披露其未主动出示的证据? WTO争端解决与普通法诉讼中的证据开示有何区别? 如果该当事方拒绝证据披露, 裁判者应如何处理? 这些问题关系到WTO争端解决中事实能否准确查明, 专家组的职能是否能够顺利发挥。

① “证据偏在”是指大量能够证明事实真相的证据被集中控制在一方当事人手中的情况。

② 依据《美国联邦证据规则》第401条的解释, 具有相关性的证据是指足以影响诉讼决定的任何事实的存在与否的认定, 如果某一证据存在, 则该事实存在与否的可能性比无此证据存在为高时, 任何具有这种可能存在或更没有可能存在的倾向的证据。

③ [英]艾伦·雷德芬等.国际商事仲裁法律与实践(第四版)[M].林一飞, 宋连斌, 译.北京:北京大学出版社, 2005:321.

WTO专家组和上诉机构多次提及当事方的证据披露义务。^①但是,已有文献对这些问题的研究至今仍不够充分。在此,笔者结合WTO案例进行剖析,以期抛砖引玉,并对WTO争端解决的实践能有所裨益。

一、WTO争端解决中当事方证据披露义务

(一) 证据披露的强制性

在“加拿大飞机案”中,上诉机构强调了当事方合作义务。上诉机构首先对DSU第13.1条的涵义进行了澄清,指出“尽管should一词在会话中经常被用来表示劝导、或表达倾向性,但它不总是这样使用。它也可以用于‘表达义务或责任’——同样地,我们认为第13条第1款第3句中的‘should’一词是在规范意义上,而非在劝导意义上被使用。”^②上诉机构进一步指出,即使当事方无法律上向专家组提供信息的强制义务,那些阻碍专家组获取信息的行为也违反了DSU第3.10条规定的善意解决争端的成员方义务,或阻碍了包含DSU在内的规则规定的解决他们之间争议的成员方基本权利。^③上诉机构结合第13.1条与第3.10条分析,指出“我们认为当事方依据第13.1条应专家组要求提供信息的义务应当是成员方依据第3.10条所承担的广泛义务的一种具体的表现”。^④

DSU第13条规定,成员应迅速和全面地答复专家组提出的有关提供此类信息的任何请求。这表明,“与专家组从任何来源,包括从争端当事方那里寻求证据和信息的权利相对应的是,争端各方都有义务向专家组提供证据和信息。”^⑤这就是当事方在证据披露方面合作义务的法律依据。这种合作义务是WTO争端解决善意原则的具体体现。它要求当事方在证据提交中的合作,在争端解决各程序中,无论由哪一方负担举证责任,当事方都应依据裁判者的要求将其所控制的证据及时提交,以便裁判者能做出客观公正的裁判。对于WTO专家组程序的公平有效运作至关重要,如果成员方可以拒绝提供所要求的信息,那么专家组寻求信息的权利将无法充分实现,依据DSU第11条客观评价事实的能力也将受到严重损害。这是因为,WTO争端解决机构没有像国内司法机关那样强大的强制性权力,而且当事方是主权国家,不宜对其采取强制措施。

① See e.g., *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, paras. 187&190; *India - Additional and Extra-Additional Duties on Imports from the United States*, WT/DS360/AB/R, para.194; *Turkey - Measures Affecting the Importation of Rice*, WT/DS334/R, paras. 5.16&7.1&7.7&7.10; *Japan - Measures Affecting the Importation of Apples*, WT/DS245/R, para. 8.48.

② *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.187.

③ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.189.

④ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.190.

⑤ [美]戴维·帕尔米特,[希腊]佩特罗斯·C·马弗鲁第斯.WTO中的争端解决:实践与程序(第二版)[M].罗培新,李春林,译.北京:北京大学出版社,2005:102.

在“阿根廷纺织品和服装案”中,专家组指出,国际争端的和平解决很大程度上以诉讼当事人的合作为前提,在这种背景下,合作规则的最重要结果是对方有义务向法庭提交在其独占之下的相关文件。在申诉方尽最大努力保全证据并且实际提交了支持其案件的初步证据以后,对方的合作义务便产生了。当事双方有尽最大努力向国际司法机构提交其所占有的所有证据的合作义务。^①

(二) 合作义务与举证责任之间的关系

关于合作义务与举证责任之间的关系,在“欧共体荷尔蒙案”中,仲裁员指出,争端各方都承担提供证据并向仲裁员出示证据方面进行合作的义务,这是一个与谁负担举证责任截然不同的问题。^②在“阿根廷纺织品和服装案”中,专家组将举证责任中的合作义务称为举证责任的附属规则(incidental rule)。^③对于当事方而言,有义务履行各自举证责任。但在国际争端解决中,当证据在对方控制之下时,为查明事实,应当附加该方披露证据的合作义务,否则无法查明事实并实现公平。合作义务并非免除当事方的举证责任,而只不过是允许当事方通过指出并证明它所需证据在对方控制之下、自己无法获取,即视为进行了相应的举证。

(三) 合作义务开始的时间

在“加拿大飞机案”中,加拿大认可成员方之间的合作是WTO争端解决机制运作的基础,但认为不能因此免除申诉方的举证责任,在申诉方提供初步证据(prima facie evidence)之前,被诉方没有义务提供证据,因此本案中被告方的合作义务并没有开始,^④并为此引用了Kazazi的以下观点:被诉方至少在申诉方提供了支持其主张的初步证据之前,不应被要求提供任何证据。^⑤

关于合作义务开始的时间,上诉机构认为:DSU和SCM协定不支持加拿大关于初步证据案件(prima facie case)的确立是合作义务开始的条件这一假定的依据。相反,专家组拥有广泛的自由裁量权,以确定何时寻求用于解决争议的信息(可以是初步证据案件确立之前或之后)以及寻求什么样的信息。事实上,专家组需要寻求信息对证据进行评价。基于没有初步确立案件而拒绝提供所要求的信息,意味着有关成员相信自己能够判断另一方是否确立了初步证据案件,但任何成员方都不能自由地确定对方是否初步确立了申诉或抗辩。^⑥

① *Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items*, WT/DS56/R, para. 6.40.

② *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/RW, para.11.

③ *Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items*, WT/DS56/R, para. 6.40.

④ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, paras.78-79.

⑤ Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study of Evidence before International Tribunals*, Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1996: 138.

⑥ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.192.

曾作为伊朗-美国求偿庭和联合国赔偿委员会仲裁员的Kakazi博士认为,国际裁判中一般以申诉方确立了初步证据案件作为合作义务开始的前提。^①不过,上诉机构的立场清楚地表明,被诉方提供信息的合作义务并不以申诉方确立了初步证据案件为条件。将初步证据案件的确立作为被告披露证据义务开始的前提来自普通法文化。在普通法国家的诉讼程序中,原告必须尽到“通过法官责任”,即原告必须提交一个初步证据案件,以说服法官的确存在一个值得审理的案件并继续推进诉讼程序。如果法院发现原告未能提交一个初步证据案件,则被告无须作出反驳。不过,在大陆法文化中并不存在“通过法官责任”这样的概念。而且,在普通法国家,开庭审理之前,当事人有机会广泛地收集证据,并可以获得法院的强制力作为保障。与普通法程序相比,在WTO专家组程序中不存在审前证据开示制度。因此,如果专家组在初步阶段即驳回其请求,那可能会剥夺一些具有正当理由但未能在第一次材料提交时附上足够证据的当事方陈述案情的合理机会。

二、WTO争端解决中当事方证据披露的范围与条件

(一) WTO争端解决中的相关实践

在“加拿大飞机案”中,加拿大认为,专家组过去已经充分地确立了这样的实践,即接收当事人首次提交的文件材料和证据,进行首次实质性口头辩论,然后再要求当事人补充证据。没有任何法律与实践的依据支持专家组成立调查委员会(commission of inquiry)之类的机构。DSU的规定以及GATT或WTO的先例都未认可被诉方的证据开示义务。^②

专家组认为它并没有要求加拿大提供过分宽泛的信息,并没有组织美国式的证据开示程序。而且,就本案涉及的所谓被禁止的出口补贴而言,考虑到申诉方在获取必要信息上存在困难,才向被诉方寻求信息。^③

通过实证考察,WTO争端解决中专家组主动或依申请而要求当事方出示于己不利证据的条件与范围具有如下特征:

首先,被要求出示的证据必须具有相关性和重要性,这一点被WTO协定和争端解决实践所验证。DSU第13.1条使用了“必要和适当”(necessary and appropriate)的措辞,即是对专家组向当事方寻求证据范围之限定。在WTO争端解决实践中,专家组多次提及并适用该证据出示标准。在“美国铅铋钢II案”中,专家

^① Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study of Evidence before International Tribunals*, Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1996: 137, 138, 140 & 149.

^② *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R, para.9.48.

^③ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R, paras.9.50-9.53.

组判定没有必要命令美国提交欧盟要求的信息,因为争端无须涉及欧盟提出的精确事实即可得到解决。^①在“欧共体特定海关事项案”中,专家组指出,请求方未能考虑信息对解决争议问题的必要性,看不出具有说服力的理由行使DSU第13条中的自由裁量权去要求证据出示。^②而在“美国陆地棉案”中,申诉方阐明了其证明案件核心事项遇到的问题,专家组认为,为获取美国控制之下、申诉方无法获取的数据,使用DSU第13条中的权力是必要和适当的。^③

其次,请求方关于文件特定性的说明。出于争端解决的效率价值考虑,请求方应对特定文件或特定种类文件进行适当说明。在一些WTO案件中,专家组提及“特定性”要求。比如,在“加拿大飞机案”中,专家组认为,它行使DSU第13.1条之权力时,广泛地要求证据的出示是不适当的。^④在“加拿大飞机信贷和担保案”中,专家组拒绝了巴西广泛的证据出示要求。^⑤

最后,被请求提供的证据在对方控制之下的说明,这也是一个必要的前提条件。要求另一当事方出示证据的当事方必须证明它不占有该证据,尽合理努力仍不能通过其他途径获得该证据,而该证据在另一当事方控制下。

一个重要的问题是:当证据实际上只是处于争端方境内的企业或个人实际控制时,是否应认定为该当事方控制并有义务出示该证据?比如,在关于补贴的争端中,某企业或个人接受了这种补贴并实际掌握了一些信息,虽然该企业或个人和当事方具有特殊关系,但仍然独立于后者。从WTO争端解决实践看,在这种情况下,被请求出示证据的当事方应负责提交该证据。^⑥

在“智利酒精饮料案”中,欧共体提交了一份智利新闻报道中的声明,指出有一份关于交叉价格弹性的研究报告显示威士忌(Whisky)和皮斯科(Pisco)之间存在高度的可替代性,该报告掌握在智利皮斯科产业手中。智利被要求提交该报告,但智利政府认为,该报告属于智利皮斯科的财产,由于报告存在瑕疵并包含商业秘密,皮斯科产业拒绝提交该报告。专家组认为这两个理由都不成立,因为商业秘密可以采取保护措施进行保护,报告存在瑕疵也可以补充提交相关评论予以澄清。专家组进一步指出,

① *United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/R, para.6.7.

② *European Communities - Selected Customs Matters*, WT/DS315/R, para.7.83.

③ *United States - Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/R, para.7.633.

④ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R, para. 9.53.

⑤ *Canada - Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft*, WT/DS222/R, paras.7.134&7.136.

⑥ 不过,专家组仍然将当事方和处于当事方境内企业提供的证据区别对待,包括在证据的可靠性和证明力方面。在巴西民用航空器案中,仲裁员指出:“既然本案涉及到提供给购买巴西国内民用航空器制造商Embraer公司生产的产品的补贴,很多为解决争端必要的信息只有从该公司处才可获得。我们认为该公司独立于巴西政府,因此,我们不能象对待国际法主体的陈述一样对待公司作出的陈述。如果巴西只提供那些仅从Embraer公司获得的相关信息的陈述,我们要求巴西使用那些通常可以当作证据的材料来支持它的陈述,例如特别出版物的文章或著述、公司的年度报告或者其它任何源于Embraer公司或其它可靠来源的经认证的信息。如果巴西未能提供书面证据,我们要求它详细地解释此种证据无法获得的理由,并且我们认为可以考虑经合法认证的来自Embraer公司经授权的高级管理人员的书面声明,然后,我们将使用这些证据来作为加拿大所提供证据的抗辩。”*Brazil - Export Financing Programme for Aircraft (Article 22.6-brazil)*, WT/DS46/ARB, paras.2.10-2.11.

当事方及其产业不应当拒绝提供证据，由于智利和智利皮斯科产业未能利用机会反驳，专家组将接受欧共体提交的证据。^①

（二）与普通法证据开示的比较

WTO争端解决中当事双方都有披露证据的合作义务，不同于普通法国家中的证据开示，专家组特别强调，普通法意义上的证据开示在国际诉讼中并不适用。^②WTO当事方关于证据披露的合作义务与普通法的审前证据开示存在的最主要区别包括：

首先，证据披露的范围方面，在普通法国家，各方当事人都可以在自己披露了支持自己主张的证据后，要求对方出示他控制之下所有具有相关性的范围宽泛的文件。而WTO争端解决机构的实践，对宽泛的证据开示不予认可，要求被请求出示的证据具有相关性和必要性，而且符合特定性的要求。在“加拿大飞机案”中，专家组也强调它要求加拿大提供的证据是与记录中的事项具有相关性的详细信息，范围非常有限，并未采纳普通法国家的证据开示方法。

其次，证据开示的主动性不同，普通法国家，比如美国的证据开示程序分为两个阶段，前一阶段由当事人主导，而在双方当事人就证据开示的分歧无法自行解决时，才会涉及第二阶段的程序，即法院介入，由法院命令当事人提供书证。而在WTO争端解决机制中，当事方无须自动提交对自己不利的证据，而只是在专家组自行或应申请寻求信息时，才涉及到当事方的合作义务。

最后，在DSU的框架下，也不存在强制性的证据开示，^③如果当事方拒绝提交被请求出示的证据，专家组没有权力像普通法法院那样强制要求当事方出示证据，而只能采取诸如不利推定等措施。

事实上，WTO当事方在证据披露方面的合作义务更接近于大陆法国家现代的诉讼制度，普通法证据开示并不适用于WTO专家组程序。在大陆法国家，尽管传统的诉讼理念是“任何人不必开示对自己不利的证据”，但是受普通法文化的影响，许多大陆法国家都确立了“文书提出命令制度”。比如德国新民事诉讼法第142条的规定，依据该制度，当事人可以请求法院命令当事人或第三人提交在其占有之下的书证，不过，大陆法国家的书证披露范围一般比普通法国家要窄一些。这种做法的好处在于兼顾了效率与公平价值：一方面，专家组可以命令当事方提交其控制下的书证，有利于查明事实；另一方面，开示的范围不像美国式的证据开示那么宽泛，从而避免了后者饱受诟病的高昂成本。

三、WTO争端解决中的机密信息保护与特免权

^① *Chile- Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS87/R, paras.6.25-6.27 and footnote 390.

^② "It should be stressed, however, that discovery of documents, in its common-law sense, is not available in international procedures." see *Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items*, WT/DS56/R, para.6.40.

^③ *Chile- Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS87/R, WT/DS110/R, para.6.26.

WTO争端解决中的证据披露有时涉及商业机密信息甚至政府机密信息,这就会产生利益冲突。商业机密信息的保护实际上是对商业机密信息源头上的提供者(通常是国内企业)的正当利益保护,可以防止竞争对手不正当地利用该机密信息获利,包括获得竞争优势或损害信息提供者的利益。政府机密信息的保护涉及成员方国家利益和社会公共利益,对其保护的必要性也是不言自明。当事方是否可以保护机密信息为由拒绝披露证据?如果可以,需要具备什么条件?如果不可以,如何采取措施保护机密信息?这些问题的结论与特免权(evidentiary privilege)规则有关。

特免权是指法律认可的拒绝向法庭提供证据的权利,包括阻止他人披露上述证据的权利。^①较为常见的特免权如职业特免权,即在特定职业关系中进行的信息交流免于作证的权,其中最典型的是律师—当事人特免权、医患特免权、记者—信息提供者特免权等均属于此。它主要用来保护谈话者之间的信赖关系以及促进彼此坦诚的交流。其他较为常见的特免权还有商业秘密特免权、^②公共利益特免权^③等等。特免权可以被放弃。特免权制度的出发点在于保护特定的社会关系或利益,尽管各国法律对特免权制度的规定不尽相同,但它在各国诉讼程序中得到普遍认可。在WTO争端解决中,是否承认类似的特免权呢?

保护特定信息特免权的国内法不能自动地成为成员方拒绝提供证据的理由。依据《维也纳公约》第27条规定,当事国不能援引其国内法规定作为未能履行条约义务的正当理由。如果各国被允许如此行事,那么先前已经同意的规则将被严重破坏。但是,这并不意味着国际法程序不能存在特免权。国际司法程序,包括WTO争端解决程序必须发展自己的特免权规则,而不是仅仅适用WTO成员国内法中的特免权。

在WTO争端解决中对特免权信息的认可标准严格。商业秘密特免权在WTO争端解决程序中通常不被认可,当涉及商业机密信息,当事方通常被要求披露,同时采取保密措施或程序。不过,DSU或WTO适用协定对于如何兼顾信息平等获取权利和保护机密信息的措施没有给出满意答案。鉴于机密信息保护的不充分,在一些案例中,当事方选择不提供机密信息。比如,在印度尼西亚汽车案中,美国指出它有证据支持美国汽车生产商由于印度尼西亚对本国汽车业的补贴而受到严重损害。该证据是美国汽车行业拟订的行动计划书,但是美国考虑到该信息的敏感性以及可能难以获得充分保护而拒绝披露相关信息。

由于对商业机密信息的保护缺乏具有可预见性的规则,当事方是否对于商业机密信息采取特别措施以及范围的分歧,很可能会影响善意原则的实施以及合作义务的履行,因为当事方可能以商业机密信息的保护为由拒绝提供证据,另一方面,拒绝提供

① Norah Gallagher, Legal Privilege in International Arbitration, *International Arbitration Law Review*, 2003, 6(2): 45.

② 商业秘密保护特免权是指因有充分的保护商业秘密的理由而免于作证的权。

③ 公共利益特免权是指因披露相关信息会导致国家利益或者公共利益的损害而免于作证的权。

证据也可能确实是顾虑机密信息得不到充分保护,实践中有时难以区分这两种情况。正因为这个原因,上诉机构多次主张就商业机密信息的保护采纳标准程序,而商业机密信息的保护也成为DSU改革涉及的主要问题之一。加拿大在2003年就商业机密信息的保护提出建议以供成员方讨论,该建议主要包括以下要点:限制文件的复制与分发;授权接触机密信息的人必须签订不披露协议;将机密信息存放于指定位置,比如WTO秘书处;WTO秘书处或者当事方应在程序结束后一定时间内将该信息销毁或归还;当事方必须指明所有涉及商业机密信息的文件以避免程序拖延;专家组应当被允许从所提交的商业机密信息中得出结论,但该信息不得在专家组报告中披露。^①

加拿大的这个建议适当地平衡了商业机密信息保护与查明事实之间的矛盾,平衡了机密信息保护与争端方平等获取信息权之间的矛盾,平衡了程序的确定性与灵活性的矛盾。它对于商业机密信息的标准保护程序的确立具有较好的借鉴价值。

被要求披露的证据涉及政府机密信息也并非轻易能免于举证。比如,在澳大利亚-鲑鱼(加拿大援引第21.5条)案中,专家组将澳大利亚提交的“政府机密信息”描述为“该文件是一个主要涉及政府与政府之间关系的文件”。专家组最终裁定,只需要对其工作程序作出两处增补即可保护有关信息。其中的增补条款规定:有关信息在专家组报告中不得披露,并且,在专家组报告散发后,它应当重新交由其提供者控制。^②

在加拿大飞机案中,专家组拒绝接受“内阁特免权”构成拒绝提供信息的正当理由。专家组指出,在涉及国家安全的情形中,“一个成员可以认为自己有正当理由拒绝向专家组提供所请求的某些信息。不过,在此类情形中,我们希望该成员清楚地解释有必要保护该信息的原因。”而在交由专家组裁决的本案中,有关成员根本没有对此作出任何解释。^③

可见,当被要求披露的信息涉及国家安全信息,巴西飞机案的专家组认可相关当事方的公共利益特免权,但必须符合严格的条件。WTO争端解决涉及特免权的案例较少,还没有发展出比较完善的特免权规则。不过,可以预见的是,除了公共利益特免权,一些已被国际社会广泛认可,体现公认的核心价值的特免权,可以作为一般法律原则对待,^④比如,律师—当事人特免权,应当得到WTO争端解决程序的认可。

四、不利推定:合作义务履行的保障

在当事方不履行合作义务的情况下,专家组缺乏像国内法院那样的强制性权力,不能强制当事方提供证据,甚至不能进行惩罚。在这种情况下,不利推定成为专家组

^① Contribution of Canada to the Improvement of Dispute Settlement Understanding, TN/DS/W/41, 24 Jan. 2003.

^② *Australia - Measures Affecting Importation of Salmon (21.5-Canada)*, WT/DS18/RW, para.7.7.

^③ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R, WT/DS70/R, para. 9.347(n633).

^④ Richard M. Mosk and Tom Ginsburg, *Evidentiary Privileges in International Arbitration*, *Int'l & Comp.L.Q.*, 2001, 50(2): 379.

在争端解决实践中认定事实的重要程序工具。这一点,在许多WTO案中得到强调。比如在“欧共体荷尔蒙案”中,专家组指出,如果争端方不履行合作义务,将有可能承担不利的后果。^①不过,关于专家组进行不利推定,仍有以下问题需要进一步探讨。

(一) 专家组进行不利推定的权利来源

在“加拿大飞机案”中,加方认为,专家组缺乏作出不利推定的法律依据,无论DSU还是SCM协定都没有这种明确的授权。^②上诉机构注意到SCM协定第4条适用于禁止性出口补贴程序,没有具体规定从成员方拒绝提供信息中得出不利推定的问题。同时,SCM附件5规定了可诉性补贴案中涉及寻求严重损害信息的程序,详细规定了从某些情况下得出不利推定。上诉机构认为,在可诉补贴案件中授予专家组不利推定的权限,而在禁止性补贴案件中却未授予这种权限,这在逻辑上说不通。该权限是专家组确定相关事实的一个很普通的权力,这一观点为国际司法机构的一般实践所支持。因此,上诉机构指出专家组有法律上的自由裁量权从当前的事实中作出推定。^③

WTO协定的一些规定提供了专家组作出不利推定的权力来源,比如SCM附件5的规定。不过,如果在WTO成文法缺乏如此规定的情况下,专家组是否有权作出不利推定呢?如果有,权利来源是什么?在缺乏成文法规定的情况下,应当认为作出不利推定是国际司法机构为实现其客观评价事实的职能所需的固有权力,在实践中获得广泛认可。《国际法院规约》没有明确涉及不利推定,国际法院的法官Jessup在审判实践中认为,如果当事人拒绝遵守提供证据的命令,则可以作出不利推定。另外,伊朗-美国求偿法庭也认为其权力包括作出不利推定,尽管程序规则中没有明确涉及这一权力。^④

(二) 不利推定的性质:惩罚性措施?

在“加拿大飞机案”中,巴西认为专家组本应进行的不利推定不应被视为针对加拿大拒绝提供信息的惩罚性推定,它仅仅是在某些情况下可以合乎逻辑或情理地从事实中得出的推定。^⑤

上诉机构认为,DSU并不试图规定在何种具体情况下专家组可以从各种系列事实中进行推定,无论是不利推定还是其他推定。专家组在履行对事实进行客观评价的职责中通常从被记录的事实得出推定。事实必须能够合理地支持所做的推定,不管记录

① *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* (article 22.6), WT/DS26/ARB, para. 11.

② *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.80.

③ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, paras.201-203.

④ Michelle T. Grando, *Evidence, Proof, and Fact-finding in WTO Dispute Settlement*, New York: Oxford University Press, 2009: 267.

⑤ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.200.

中的事实是否确立了初步证据案件，都可以作出推定。^①

上诉机构在其报告中赞同巴西的观点，认为不利推定不应被不适当地认为是惩罚性的推定。它仅仅是一种推定，即在某种环境之下由专家组根据它所掌握的事实作出的符合逻辑的或合理的推定。^②

在当事方不履行合作义务时，WTO的争端解决机构缺乏国内法院那样的强制性权力，而不利推定可以作为一种有用的工具。有学者主张，在本案中运用善意原则的价值之一是它引入了一种惩罚措施，即不利推定。^③事实上，其他学者将不利推定直接表述为国际争端解决机制中的惩罚方式（sanctions）之一。^④

而在WTO争端解决中，上诉机构特别强调，“不利推定”的真正价值在于它引导合作的功能而不是推定本身，至少其主要功能不是惩罚或惩戒。^⑤由于当事方都是主权国家，实践中专家组在行使作出不利推定的自由裁量权时十分谨慎，进行不利推定只为体现某种经验法则，是逻辑的过程，而并非试图进行惩罚。

（三）不利推定：义务还是权力？

在“加拿大飞机案”中，巴西尽力论证以下两点：首先，EDC享有以构成授予“利益”的条件提供融资的自由裁量权；其次，EDC为ASA公司提供的债务融资低于市场条件。没有加拿大的合作，巴西已无法进一步提供证据。^⑥专家组未因加拿大拒绝提供EDC融资资料作出不利推定，因而存在法律错误。^⑦

上诉机构指出，本案中专家组也确认了这种权限，但拒绝作出EDC债权融资授予利益的推定。上诉机构认为，如果它本身面临同样的情况有可能作出不利推定，但现有记录没有足够的基础使上诉机构得出专家组以下的结论存在法律错误或滥用自由裁量权：巴西的行为没有足够使专家组得出巴西要求的推定。^⑧

可见，在上诉机构看来，作出不利推定属于专家组自由裁量权的范畴。对于当事方拒绝披露证据的行为，专家组没有义务一定作出不利推定。这种做法反映了在国际争端解决中，进行不利推定并非在每一种情况下都是适当的方法。^⑨

（四）进行不利推定的条件

在“加拿大飞机案”中，加方认为：其他国际司法机构作出不利推定是以初步证

① *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.198.

② *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para. 200.

③ Marion Panizzon, *Good Faith in the jurisprudence of the WTO*, Portland: Hart Publishing Ltd, 2006: 291.

④ Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International litigation*, Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 2005: 136.

⑤ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para. 200.

⑥ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para. 49.

⑦ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para.46.

⑧ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, paras.203-205.

⑨ Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International litigation*, Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 2005:135.

据案件的确立为条件的,并再次引用Kazazi博士的观点进行论证。^①而本案中初步证据案件并未得以确立。而且即使初步证据案件得以确立,专家组也仍然需要考虑被诉方的解释。在无合理解释的情况下拒绝提供被要求的证据,才能进行不利推定。^②

在该案中,专家组指出,在无法获取直接证据而又具备充分的基础的某些情况下,尤其是当直接证据被某一方当事人控制之下时,专家组可能需要进行不利推定。但在本案中,关于EDC债务融资授予利益构成补贴,申诉方并没有确立初步证据案件(尽管申诉方巴西也提供了一定证据),缺乏进行不利推定的基础。因此,专家组拒绝了申诉方关于进行不利推定的请求。^③

关于什么情况下进行不利推定,专家组应当享有广泛的自由裁量权。但该权力的行使通常要受到一些条件的限制:专家组要求当事方提供的文件对于案件审理而言具有相关性与重要性;能够证明该文件在被请求人控制之下;文件持有人拒绝提交文件没有提供合理理由,当事方获得了足够的时间和机会提供证据,当事方在没有正当理由的情况下未能提供被要求提供的证据,不利推定作为最后的救济方法只在特别的情况下使用,等等。^④这些基本条件为其他国际司法机构所遵循。但存在争议的问题是,初步证据案件的确立是否是进行不利推定的前提条件?在理论和实践上,很多人持肯定的观点。^⑤

在本案中,上诉机构特别澄清了在WTO专家组程序中进行不利推定不以初步证据案件的确立为条件的判断。这样的立场受到一些非议。比如,有学者认为,在国际程序法中,进行不利推定需要具备的条件至少包括申诉方须提供初步证据和被请求提供证据的当事方没有正当理由拒绝提供证据,其他国际司法机构的实践也印证了这样的原则,而且通常态度谨慎,权威学者也持这种观点。^⑥不过客观上,WTO判例法确定的专家组进行不利推定的做法更有利于促进争议双方在证据披露过程中的合作,而不是一方观望另一方是否能够确立初步证据案件然后再决定本方是否合作。

五、结论

在WTO争端解决实践中,当事方的证据披露没有采取普通法尤其是美国法中证

① Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: a Study of Evidence before International Tribunals*, Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1996: 320-322.

② *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, paras.80-83.

③ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R, paras.9.181-182.

④ Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International litigation*, Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 2005:136-137.

⑤ See e.g., Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International litigation*, Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 2005:136; Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: a Study of Evidence before International Tribunals*, Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1996:320-322.

⑥ Rambod Behboodi, "'Should' Means 'Shall': a Critical Analysis of the Obligation to Submit Information under Article 13.1 of the DSU in the Canada - Aircraft", *Journal of International Economic Law*, 2000, 3(4): 587-588.

据开示模式，而是对证据披露的范围和条件进行了相对严格的限制，更接近大陆法系的做法，这样有利于兼顾争端解决的效率与公平。

专家组享有寻求信息的广泛的自由裁量权，它可以要求当事方提供证据，与此对应的是，当事方在证据披露方面负有合作义务。当事方的合作义务不以初步证据案件的确立为条件。

在WTO争端解决中对特免权信息的认可要求严格。当被要求披露的信息涉及国家安全信息，“巴西飞机案”的专家组认可了公共利益特免权受保护，但需要满足相应条件，至少当事方必须明确解释其原因。一些国家国内法中确立的商业秘密特免权在WTO争端解决程序中通常不被认可，当涉及商业机密信息时，当事方通常被要求披露，只不过采取保密措施而已。商业机密信息保护制度的完善与否是影响当事方是否愿意履行善意义务的一个关键问题。相比于临时确定的补充保护程序，事先规定的标准保护程序更有利于节省司法资源，鼓励并促进当事方的善意合作，以及保护机密信息。加拿大关于商业机密信息的标准保护程序的建议是在借鉴了WTO判例的基础上作出的，对于将来商业机密信息的标准保护程序的确立具有较好的借鉴价值。

不利推定的作出为当事方合作义务的履行提供了一定保障。不过，不利推定的主要功能不在于惩戒，而在于引导合作。在具体案件中是否作出不利推定，是由专家组根据它所掌握的事实作出的符合逻辑的或合理的推定，并非在当事方不予合作时一律有义务作出不利推定。在WTO专家组程序中，作出不利推定属于专家组自由裁量权的范畴，不以初步证据案件的确立为前提条件，但仍需要满足相应的一些条件。

【作者简介】崔起凡：浙江大学宁波理工学院法学与知识产权研究所讲师，法学博士，浙江大学与浙江大学宁波理工学院联合培养博士后。研究方向：国际贸易法、国际商事仲裁、国际知识产权法。

On Evidence Disclosure in WTO Dispute Settlement

CUI Qi-fan

(Zhejiang University NIT, Ningbo 315100, Zhejiang, China)

Abstract: In WTO dispute settlement, the parties undertake obligation of cooperation to disclose evidence, which reflect good faith principle. The panel doesn't accept confidential information as excuse not to produce evidence, but adopts measures of protection. However, "cabinet privilege" may be recognized if the requirement has been met. Panel may make adverse inference if the party refuse to disclose requested evidence without justification.

Keywords: WTO; dispute settlement; evidence disclosure; obligation of cooperation

(责任编辑：黄志瑾)