

评WTO争端解决机构的“问题回避技法” 及我国对策*

姜作利

(山东大学法学院, 山东济南 250100)

摘要: WTO专家组和上诉机构在审理错综复杂的案件中频繁运用“问题回避技法”, 既能维持适当的政治-司法平衡, 有助于保障WTO的正常运行, 又可以坚持经济效率原则, 有利于保证专家组和上诉机构按照DSU规定完成其迅速有效解决WTO争端的职能。但这些“问题回避技法”主要源于西方法理及司法实践, 我国参诉人员对此了解不多, 难以应对, 增加了我国在WTO诉讼活动中胜诉的难度。因此, 我国在参诉中, 首先要正确理解“规则取向”和“问题回避技法”之间的关系; 其次, 要加大对西方相关法理、司法实践及WTO案件的研究, 提高应对技巧; 对那些使用频率低、主要涉及程序问题的技法也要做好预防工作。同时, 要善于运用WTO为发展中国家提供的特殊差别待遇, 据理力争, 切实维护我国的合法权益。

关键词: WTO; DSB; 问题回避技法; 英美法; 合法权益

中图分类号: D996.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2014)05-0013-12

WTO争端解决机构专家组或上诉机构在审理案件中, 为了回避政治问题、提高效率等, 常常采用一些“问题回避技法”。由于这些技法主要源于英美法和大陆法国家的司法理念和实践, 我国参与WTO诉讼活动的相关人员可能知之甚少, 因此增加了我国胜诉的难度。本文对相关技法及理念进行简要分析, 并提出相关对策, 希望有助于我国参与WTO诉讼活动。

一、WTO争端解决机构案件审理中的“问题回避技法”

WTO争端解决机构(下称DSB)案件审理中的“问题回避技法”作为专家组和上诉机构采用的“司法克制”技法的一部分, 至今尚无严格的定义, 一般指专家组和上诉机构在不影响裁决结果的情形下, 以主权、资源、效率、公平等为理由, 采用适当的“自我限制”或“自我约束”的方法, 回避审理那些不必要、不适当或争议不休的棘手问题, 对相关争议做出裁决。DSB案件审理实践表明, 专家组和上诉机构通常采用下列“问题回避技法”:^①

* 本文受国家自然科学基金项目《WTO法理框架中的生态文明理念之建构与中国对策研究》(项目批准号: 13BFX151); 教育部人文社会科学研究规划基金项目《中国决胜WTO官司理论与诉讼技巧研究》(项目批准号: 12YJAB20030)资助。

① 可以将这些技法分为4类: (1)对起诉方资格的限制, 如要求其具有法定权益; (2)限制起诉的时间, 如诉因消失, 成熟原则等; (3)限制案件的可裁性, 如涉及政治问题, 法律不明等; (4)裁决中采用司法经济的方法, 如严格解释受理范围, 仅裁决必要的问题, 等等。

（一）对起诉方资格的限制技法

这里最重要的是法定权益（Standing or Legal Interest）理论。该理论源于美国联邦最高法院依据美国宪法的审理实践，要求起诉方证明自己对其诉求享有法定权益，旨在通过阻止洪水般诉讼来提高司法效率和通过防止干预来保证公平。

WTO专家组和上诉机构在审理“欧盟香蕉案”中，涉及了法定权益问题。欧盟在本案中辩称，专家组应该拒绝美国依据GATT1994提出的诉求，因为美国并不出口香蕉，在关于香蕉贸易中没有法定权益。专家组认为WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》（以下简称DSU）并无明文规定起诉方提起起诉时必须具有法定权益，专家组进一步指出，GATT规则关心的是竞争机会，美国的确生产香蕉，美国市场也确实受到了欧盟进口香蕉体制的间接影响。专家组认为，WTO成员的潜在贸易利益在确定WTO涵盖协定项下的权利与义务中，已经足够了。

上诉机构对欧盟和美国关于法定权益的争论做了分析。上诉机构首先从一般国际法规则的视角入手，指出国际法院的判例表明并不存在一项提起诉讼必须具有法定权益的一般国际法规则；然后，上诉机构转向GATT第23条，^①强调指出该条允许成员方提起磋商和进一步提起争端解决程序。上诉机构同时指出，DSU第3.7条要求成员方自己判断并决定是否提起诉讼。上诉机构进一步指出，美国作为香蕉生产国确实具有潜在的出口利益，美国的国内市场可能受到欧盟相关体制的影响。最后，上诉机构强调，“随着全球经济相互依赖性的增强，任何偏离谈判达成的权利与义务的平衡，都会不同程度地直接或间接影响到其他成员，WTO成员在强制WTO规则中的利害关系远大于过去。”^②

（二）限制起诉的时间

1. 诉因消失

诉因消失（Mootness）源于美国联邦法院的审理实践，指法院在做出判决之前，相关的争议已经解决。根据美国宪法第3条，美国联邦司法机构有权定义“案件”和“争议”，并提出咨询意见。这样，如果在判决前相关争议已经解决，就不存在案件或争议，联邦法院应该拒绝对此做出判决。^③

国际法院在审理实践中，已经认可了诉因消失的概念。DSB在审理实践中也认可了诉因消失原则，但在不同的案件中，采取了不同的态度和处理方法。例如，在“美国汽油案”中，巴西和委内瑞拉对相关成文规则提出诉求，专家组认为被诉的规则在规定的时间内并没有被适用，永远不可能被适用，因此拒绝考虑巴西和委内瑞拉的诉求。然而，在后来的“羊毛衫和上衣案”中，印度对美国的一项纺织品保障措施提出

① 该条规定：“如一缔约国认为，由于下列原因，它在本协定项下直接或间接获得的利益正在丧失或减损，或本协定任何目标的实现正在受到阻碍，……则该缔约方为使该事项得到满意的调整，可向其认为有关的另一缔约方提出书面交涉或建议。任何被接洽的缔约方应积极考虑对其提出的交涉或建议。”

② EC-Bananas, WT/DS27/AB/R, para. 136.

③ Erwin Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, Aspen Publishers, 3ed., 1999.

指控,专家组在美国两周前撤销了该措施的情况下,居然做出了裁决。在随后的“印度尼西亚汽车案”中,印度尼西亚请求专家组不要对其已经撤消的措施做出裁决。申诉方反对印度尼西亚的要求,宣称该措施并未有效撤消。最后,专家组决定针对该措施做出裁决,理由居然是,许多GATT专家组沿用了该做法,并且上诉机构曾在阿根廷将关税从3%降至0.5%情况下,依然对已经符合GATT规则的阿根廷关税做出了裁决。^①

2. 成熟原则

成熟原则(Ripeness)旨在保证已提交到法庭上的案件不能存在过大的猜测性,必须是客观存在的,并且适合法庭进行审理。也就是说,该理论的目的是避免涉及不存在伤害的案件,保证法庭裁决具有适当的依据。显然,成熟原则与诉因消失存在竞合之处,二者均要求起诉方表明伤害存在,但前者强调是否存在伤害,后者则注重谁受到了伤害。在美国联邦法院审理实践中,成熟原则是法院拒绝受理案件的理由之一。^②国际法院在审理中也认可了成熟原则。

GATT和WTO争端解决机构在审理实践中对成熟原则进行了较多的涉及。一般地说,在GATT争端解决程序下,如果一项措施属于指令性的,在一定情形下,成员政府无权决定是否可以实施该措施,但是该措施具有可诉性。也就是说,即使该措施尚未被适用过,甚至尚未生效,其他成员也可以依据GATT争端解决程序提起申诉。然而,成员政府享有裁量权的措施是不成熟的。^③DSB审理的“301条款案”是涉及成熟原则的重要案件之一。在本案中,美国和欧盟对成熟原则进行了争论。专家组总结认为,该问题应根据个案情形,通过审核WTO的相关规定来解决。专家组指出,根据WTO的相关规则,本案中涉及的政府享有裁量权的规定是成熟的,可以诉至DSB。

(三) 限制案件的可裁性

1. 现有救济用尽(Exhaustion of Available Remedies)

现有救济用尽要求起诉方首先要用尽另一法庭提供的更适当的救济,旨在保证起诉方适用更合适的法庭解决争端。在美国,现有救济用尽要求提起行政诉讼的起诉方首先要用尽其他行政救济,然后才能提交法院。同样,联邦法院可以拒绝受理州法院能够裁决的案件,从而避免干预州法院的司法程序。国际法院在审理中也认可了现有救济用尽原则,要求成员国在用尽外交手段后,才能诉至国际法院。^④

GATT和WTO争端解决实践中,没有适用现有救济用尽规则。然而,专家组和争端当事方就该理论曾进行过讨论。例如,GATT专家组在“美国鲑鱼案”中拒绝了美国关于当事方没有向国内行政机构提起案件之前不能提交到DSB的主张。WTO专家

^① *Indonesia Autos*, WT/DS54/R, para. 14.9, fn. 642.

^② 在美国联邦法院审理中,考虑到成熟原则可能给起诉方带来较大困难,法院在确定提交到法院案件是否成熟时,享有较大裁量权。(Erwin Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, Aspen Publishers, 3ed., 1999: 117.)

^③ *United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco*, DS44/R, BISD 41S/131, 174-175 at para. 118.

^④ ICJ, *Reports* 1989:15.

组在“阿根廷纺织品案”中也拒绝了阿根廷提出的类似主张。GATT和WTO专家组之所以拒绝适用现有救济用尽原则来回避棘手问题，主要是因为如果DSB有此要求，势必会长期拖查纠纷解决的时间，有悖于DSU关于迅速有效解决争端的规定。

2. 政治-司法平衡原则 (Political-Judicial Balance)

政治-司法平衡原则主要源于美国联邦最高法院的判决实践。美国联邦最高法院在司法实践中发展了政治问题理论 (Political Question Doctrine)，旨在避免在相关案件中做出会产生政治问题的判决。严格地说，任何法院判决都会产生政治影响，但是该原则的目的是避免法院做出与政治发生冲突的判决。美国法院审理实践中，一般会拒绝对诸如某州是否应该采用共和形式的政府、国会的管理问题、批准宪法修正案的程序及政府的外交政策等做出判决。国际法院并没有确认政治-司法平衡原则，相反，国际法院认为许多争端都涉及政治问题，这不应该成为国际法院审理已经提交的法律问题。^①

WTO争端解决机制作为WTO“皇冠上的明珠”，是GATT争端解决机制从“势力趋向” (power orientation) 朝“规则趋向” (rule orientation) 演变的产物，是各国政治、经济势力相互博弈的结果。因此，它不可避免地带有较强的政治性，如何维持政治-司法之间的适当平衡，一直是DSB面对的十分棘手的问题，也是各国学者质疑的热点问题。^②由于WTO多边贸易法律体制中的成员众多，其需求千差万别，通过谈判不可能解决所有问题，只能在协议中对诸多敏感的政治问题进行回避。这样，无疑给DSB裁决案件带来诸多困难，经常使其不得不采用司法限制的方法左右逢源，在政治-司法的夹缝中战兢向前。一般地说，DSB审理涉及国家 (经济) 主权、能源等案件中，主要通过法律解释对WTO相关规定进行澄清或补缺，采取慎重的态度来维持政治-司法的平衡：既依据WTO的相关规定和基本原则，又在一定程度上表明对国家主权的尊重。

GATT专家组早在1951年的“皮帽案”中就做出了尊重美国的裁决，认为美国当局已根据调查之时所获得的数据彻底调查了这个问题并诚信地做出了结论。^③专家组在本案中裁决的重要意义在于表明专家组尊重成员政府的标准，除非政府对事实的评估极不合理，否则，专家组就应予以尊重。然而，专家组对“极不合理”的标准并未

① Malcom N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 4thed., 1997.

② Geoffrey Garrett and James McCall Smith, “The Politics of WTO Dispute Settlement”, paper prepared for presentation at the Annual Meeting of the American Political Association, Atlanta, GA, 1-5 September, 1999: 37; John H. Jackson, “The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism”, *Brookings Trade Forum*, 2000:179-219; Tom Ginsburg, “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, 2011, 45(3): 4-9; J. Patrick Kelly, “Judicial Activism at the World Trade Organization: Development Principles of Self-Restraint”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2002(22):354-358; Richard H. Steinberg, “Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints”, *The American Journal of International Law*, 2004, 98(2): 248-251; Marc L. Busch and Krzysztof J. Pelc, “The Politics of Judicial Economy at The World Trade Organization”, *International Organization*, 2010, 64: 259-263; Shoaib Ghias, “International Judicial Lawmaking: A Theoretical and Political Analysis of the WTO Appellate Body”, *Berkeley Journal of International Law*, 2006, 24(2): 535-539; Lorand Bartels, “The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, 53(4): 862-866; Thomas Kleinlein, “Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law”, *German Law Journal*, 2011, 12(5):1141-1174.

③ *US-Fur Felt Hats*, GATT/CP/106, paras. 8-14.

专门明示,只是提及评估应是“诚信地”做出的。由于诚信的内涵丰富而宽泛,给专家组的裁决留下了较大自由空间。在后来的案例中,专家组基本上一直沿用上述标准,进行自我克制,维持政治-司法的平衡。需要指出的是,专家组在1994年的“美国限制金枪鱼进口案”中,采取了更为克制的态度:不仅强调了合理性标准非常接近国际法中的诚信标准,还提出了专家组尊重政府评估时,并不检验政府评估事实的合理性,而要看政府将会或能怎么做,专家组不应以自己的判断代替政府的判断。^①显然,专家组对政府“评判极不合理”的标准有所放宽,对自身解释权的自我限制标准更严了。

WTO专家组和上诉机构在审理实践中,对维持政治-司法平衡又进行了完善。首先,DSU对争端当事方的磋商做了强制性规定,确立了磋商在WTO争端解决机制中的优先性。^②同时,DSU对磋商的期限没做严格限定,反映了WTO争端解决机制对成员方政府的充分尊重。专家组和上诉机构在审理实践中,对当事方磋商的具体程序及磋商的充分性给予了充分的支持和尊重。例如,专家组在“韩国酒类案”报告中指出:“我们认为,WTO判例到目前为止,尚未承认任何磋商充分性的概念……。磋商是DSU关键的主要组成部分。但是,没有指令要求我们调查发生在当事方直接磋商程序的充分性,因此,本案中我们也拒绝这样做。”^③

其次,WTO专家组和上诉机构明确了对当事方政府进行事实认定和法律归纳的“审议标准”,得到了后来专家组和上诉机构的遵循。实际上,专家组对当事方政府进行事实认定和法律归纳采取宽松还是严格的“审议标准”,直接反映了DSB对政府主权的尊重程度和对政治-司法平衡的量度。由于GATT法的动态性及专家组对该“审议标准”没有定型,WTO《反倾销协定》第17.6条对反倾销争端解决中“审查标准”做了明确规定,确立了保守性“审议标准”,并且在后来的案件审理中得到了确认和适用。该“审议标准”是,专家组既不持完全“司法克制”的态度,全盘接受政府当局的裁定和结论,一点不做自己的分析和结论;也不完全抛开政府当局的分析和判断,自己重新作出分析和判断。^④可见,专家组的政治-司法平衡,对成员方政府的主权进行了相当程度的尊重,同时,也保持了自己的司法审查权,较好地处理了政府主权与DSB司法权的关系,是值得赞赏的。

总之,DSB采取的政治-司法平衡技法,适当尊重了成员方的国家主权,较好地解决了政府通过政治手段非难DSB的职能问题,降低了成员方的政治成本。

3. 法律不明

“法律不明原则”(Non Lique)指法院以相关法律规定不够明确为由,拒绝对相关请求做出裁决。国际法院在审理实践中,曾就法律不明问题进行过争论。著名国

① GATT Doc. DS29/R (1994), para. 373.

② DSU第4.2条规定了WTO具有进行磋商的法定义务,第4.4条规定了磋商请求应向争端解决机构及有关理事会和委员会通报。专家组和上诉机构在诸多案件审理中,对DSU的规定进行了多次确认。

③ 朱广东. WTO争端解决中的司法克制及其对我国的启示[J]. 法律科学,2007(1): 137.

④ 朱广东. WTO争端解决中的司法克制及其对我国的启示[J]. 法律科学,2007(1): 138.

国际法教授劳特派特强烈反对国际法中适用该原则,指出禁止适用法律不明原则“是国际法制定法中最不可争辩的规则之一,得到了国际法持续不间断的仲裁与司法实践的支持”。^①实际上,国际法中不少理论支持禁止适用“法律不明原则”,如古罗马万民法中有“法院不得以法律规定不明确为由拒绝受理案件”的法谚;现代国际法中也有类似原则,如国际法逻辑上是完整的,因为可以适用一般法律原则填补漏洞;在缺乏支持申诉方请求的明确规则时,判决应支持应诉方,等等。

DSU没有对法律不明原则做出明确规定,但相关条文含义可以理解为允许专家组或上诉机构运用该原则。例如,DSU第3.2条规定了WTO涵盖协定下的纠纷应该诉诸DSB解决,第23条规定了当成员寻求纠正违反义务情形或其他造成适用协定项下利益丧失或减损的情形,或寻求纠正妨碍适用协定任何目标的实现的情形时,它们应援用并遵守本谅解的规则和程序。另一方面,上述两条均未要求专家组或上诉机构在相关法条不明确时必须做出裁决。换言之,这两条涉及的是作为整体的DSB对该体制的管理,而不是专家组或上诉机构的审理程序。所以,在法律不明的情形下如何处理相关案件,最终属于争端解决机构的自由裁量范围。

至于专家组或上诉机构裁决案件的责任,DSU第11条规定了专家组的职能是协助DSB履行本谅解和适用协定项下的职责,对其审议的事项做出客观评估,并做出可协助DSB提出建议或提出适用协定所规定的裁决的其他调查结果。显然,该条明确规定了专家组的义务只是协助DSB提出建议或提出适用协定所规定的裁决的其他调查结果。DSU第7.1条也有类似的规定。显而易见,我们可据此推论,如果专家组做出的裁决不能协助DSB提出建议或提出调查结果,其行为是不适当的,甚至构成了越权。^②可以进一步分析,既然专家组做出的裁决可能协助DSB提出建议或提出调查结果也可能相反,那么,专家组是否有权决定何时做出的裁决可能协助DSB提出建议或提出调查结果或相反?回答应该是肯定的:上诉机构在“墨西哥玉米糖浆案”中指出,专家组有权确定自己的管辖权。^③既然如此,可以推论出专家组或上诉机构可以运用“法律不明”原则。

另一方面,DSU第7.2条和17.12条的规定与上述规定和推论存在冲突。第7.2条规定专家组应处理争端各方引用的任何适用协定的有关规定,第17.12条规定上诉机构应在上诉程序中处理提出的每一问题。这两条规定虽然确定了专家组和上诉机构的职权范围,但是,它们并没有要求专家组或上诉机构在审理实践中就所有单一的请求做出裁决,这里最有力的佐证是上诉机构在“澳大利亚鲑鱼案”中对其曾明确宣称专家组有权运用“司法经济”所做的解释:专家组应该审议能够协助DSB提出建议或提出调查结果的相关请求,以便保证为了全体成员利益有效解决争端。^④显然,上诉机

① H. Lauterpacht, Some Observations on the Prohibition of Non Liquet and the Competeness of the Law, in Van Asbeck et al (eds), *Symbolae Verzijl*, The Hague, 1958.

② Lorand Bartels, “The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, 53(4): 875.

③ *Mexico-Corn Syrup*, WT/DS132/AB/R, para. 37.

④ *Australia-Salmon*, WT/DS18/AB/R, para. 233.

构的解释再次确认了专家组仅在能够协助DSB提出建议或提出调查结果的情形下,才有义务做出裁决。

总之,虽然专家组或上诉机构在审理案件中,尚未明确运用“法律不明”原则来拒绝做出相关裁决,但是,由于DSU的相关规定对此没有做出明确规定,相关条文可以推论出专家组和上诉机构有权运用该原则来审理案件。这样,我们在参与WTO诉讼中,应该做好充分准备,防患于未然。

(四) 司法经济

1. 职权范围 (Terms of Reference)

这里是指法院依法应该审理和裁决的事宜。美国民事程序规则允许法院以起诉方提起的事宜不符合法院的受理范围为由拒绝受理,但也允许起诉方在规定的期限内修改起诉书。因此,法院以此理由拒绝受理案件,对起诉人来说并不致命。

WTO专家组和上诉机构在审理实践中涉及职权范围问题,主要指要求设立专家组的请求中包括磋商中没有涉及的事宜。由于DSU明确规定了要求设立专家组的唯一前提是磋商没有解决相关的争端,但对要求磋商的请求与要求设立专家组的请求之间的关系没有做出明确规定,这样一来,就可能出现磋商中要解决的争端与专家组要解决的争端有所不同。也就是说,是否有必要要求当事方进行再次磋商或请求专家组来确定这两项“争端”之间的“一致性”?专家组在“巴西飞机案”中,拒绝了磋商请求和设立专家组请求之间存在“一致性”的争议,强调指出磋商的职能之一是明确争议的问题,这就表明这两项请求之间不存在“一致性”问题。^①上诉机构确认了专家组的观点。^②

2. 司法经济

司法经济 (Judicial Economy) 肇始于普通法国家的诉讼程序和法律制度,旨在维持法律性与稳定性之间的平衡、节俭司法资源及提供司法效率等。^③国际法院在审理实践中多次适用司法经济原则,最新的案例是2013年9月的“哥斯达黎加诉尼加拉瓜案”。^④此原则早在GATT专家组的审理实践中就得到了比较广泛的应用。其中最重要的案例是“欧共体数量限制案”^⑤、“美国进口糖案”^⑥、“日本半导体贸易案”^⑦、“加拿大酒精饮料分销案”^⑧等。WTO专家组在审理大多数案件中,秉承了GATT专家组运用司法经济的做法,有针对性地解决重要的请求和关键争议点,既迅

① *Brazil Aircraft*, WT/DS46/R, paras. 7.9-7.11.

② 专家组和上诉机构的观点无疑是正确的。否则,一个案件可能被迫成立两个专家组,这必然导致陷于繁琐的程序陷阱,拖沓争端解决的时间,大幅度增加诉讼成本。

③ Marc L. Bush and Krzysztof J. Pelc, “The Politics of Judicial Economy at the World Trade Organization”, *International Organization*, Spring 2010(64): 259.

④ Press Release of International Court of Justice, 25 September, 2013. [2014-2-20]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/150/17536>.

⑤ *EEC-Quantitative Restrictions against Imports of Certain Products from Hong Kong*, BISD31S/129, para. 33.

⑥ *United States-Imports of Sugar from Nicaragua*, BISD31S/67, paras. 4.5-4.6.

⑦ *Japan-Trade in Semi-Conductors*, BISD35S/163, para. 5.4.

⑧ *Canada-Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies*, BISD35S/37, para. 56.

速解决了争端,又节省了办案成本,节约了司法资源,保障了专家组能按时完成DSU规定的职能。

当然,专家组将司法经济做法运用于WTO案件审理中,也不可避免招致了诸多质疑。为此,上诉机构在上诉中进行了审核和指导。^①例如,WTO专家组在“美国羊毛衫和上衣”案中适用了司法经济做法,裁决美国的限制措施违反了《纺织品和服装协定》第2条和第6条,抵消和减损了印度根据WTO协定应享有的利益。但印度仍然提起了上诉,其主要理由是,专家组运用了司法经济做法,没有对印度提出的美国没有在措施请求中指出准备采取的过渡性保障措施是否符合《纺织品和服装协定》第6条和美国过渡性保障措施的追溯性是否与该协定第2条一致做出裁定。印度认为专家组适用“司法经济”原则,损害了DSU第3.2条解决和防止争端的目标。美国则认为,专家组应当仅仅关注为争端解决所必须的主张,专家组的“司法经济”做法在WTO之前是有效的,今天更为有效。

上诉机构认为,“司法经济”是GATT专家组曾经运用的习惯做法,DSU第11条和GATT先前的惯例并无要求专家组审查起诉方提出的所有问题的法律义务,专家组有权只对其认为解决争端所必须的主张做出裁决。上诉机构援用DSU第21.1条指出:“为了争端解决机构做出足够精确的建议和规则,为所有成员的利益有效解决争端,以便督促成员迅速符合建议和裁决,专家组必须审查必要的请求以做出报告。”^②

二、WTO争端解决机构运用“问题回避技法”的合理性

WTO专家组和上诉机构在审理错综复杂的案件中频繁运用“问题回避技法”,虽然经常遭受质疑,但总的来说,这些做法丰富了国际法司法经济的实践与法理,完善了WTO争端解决机制的公正与效率价值取向,节约了司法资源,降低了发展中国家的诉讼成本,保障了专家组和上诉机构按照DSU规定积极完成职能。^③显然,WTO专家组和上诉机构运用“问题回避技法”具有明显的合理性。

(一)恰当地维持了WTO争端解决机制的政治性,有效保障了WTO多边贸易法律体制的运行

当今国际社会的法治化水平和法律制度尚不完善,主要表现在缺乏立法机关、统一成熟的规则和有效的执法机构等。这样,以美国和欧盟为首的发达国家,凭借其强大的政治、经济及文化势力,为了尽快拓展他国市场,发起并主导着WTO这个世界最复杂庞大的多边贸易法律体制。^④它们受私利的驱使,趁发展中国家力量弱小

① 国内有学者认为,只有专家组才有权运用司法经济原则,上诉机构不宜适用(徐曾沧:论WTO争端解决机制法律适用的司法经济原则[J],世界贸易组织动态与研究,2008(1):35.)。实际上,WTO争端解决机构审理实践表明,专家组运用司法经济原则的情形虽多于上诉机构,上诉机构也曾运用过。例如,在“日本农产品案”中,上诉机构明确指出,由于上诉机构已经推翻了专家组关于相关措施不符合SPS协定第5.6条的裁决,没有必要审核专家组关于不符合本协定第2.2条的裁决与不符合第5.6条裁决之间的关系。(Japan-Agricultural Products, WT/DS76/AB/R, para. 143.)

② Wool Shirts and Blouses, WT/DS33/AB/R, p. 17-18.

③ 徐曾沧:论WTO争端解决机制法律适用的司法经济原则[J],世界贸易组织动态与研究,2008(1):34.

④ Richard H. Steinberg, “Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints”, *The American Journal of International Law*, 2004(98):265.

之际,利用国际社会缺乏相关法律及制度的缺陷,在WTO法律体制中推行自己的政治、法理和制度,始终不放弃对WTO的主导。法治上,它们通过谈判的方法,用协定的形式来记录谈判中各国做出的许诺,接着倚仗“有约必守原则”,利用WTO争端解决机制来制约其他成员违反WTO协定中的规则,以保障自己的权益。政治上,它们常常采用诸多手段来限制WTO专家组和上诉机构的裁决,如通过利用相关程序漏洞来选择上诉机构成员,通过威胁修改DSU规则给DSB施加压力,通过外交声明来质疑DSB司法裁决的正当性及公然拒绝执行争端解决机构的裁决,等等。^①

在当前国际社会尚没有发生实质性改变的情形下,发展中国家受制于发达国家的主导情形还要持续相当长的时间,这也是我们感觉很无奈之处。DSB长期在发达国家及发展中国家的博弈夹缝中生存,既要坚持法治原则做出裁决,又要适当屈从发达国家的主导,不至于招致它们的强烈抵制。可见,DSB适当尊重成员国的主权,维持一定的政治性和司法性之间的平衡,对于保证WTO多边贸易法律制度的正常运行,也是不可或缺的。

(二) 坚持了经济效率原则,较好完成了DSB迅速有效解决争端的职能

经济理论认为,经济效益作为一切经济活动的最终综合指标,指生产总值同生产成本之间的比例关系,即在其他不变的情况下,生产成本越低,经济效益就越高。显然,降低生产成本就成为提高经济效益的重中之重。一般地说,降低成本最主要的是取消贸易壁垒和障碍,加快商品流通。WTO多边贸易体制作为通过降低关税和限制其他贸易障碍、促进贸易自由、提高生产率,进而改善各成员福祉的国际组织,自然将经济效率作为其核心价值取向。

随着经济全球化的快速发展,国际贸易涉及的政治、经济、法律等问题急剧增多,成员之间的争端数量激增,案情更加错综复杂,DSB正面临着不堪重负的局面。在这种情形下,DSB适当运用“问题回避技法”,只解决有必要解决的请求或争点,这可以节省时间,降低当事方的诉讼成本,提高经济效益。

(三) 维护了WTO争端解决机制的契约性及WTO贸易与法律体制的多边性

WTO是由诸多主权国家通过契约的方式组成的当今国际社会最为庞杂的国际组织。由于世界上没有世界政府和世界立法、司法及执法机构,WTO通过契约规范各成员的权利义务,主要靠各成员的自觉遵守。同样,DSB所做的裁决,也只能靠各当事方自觉遵守。^②为了最广泛地推动贸易自由化,尽量多地吸纳主权国家参与,各成员在谈判中对涉及成员国重大利益的问题采用诸多回避性技巧,导致WTO现行契

^① 发达国家成员利用WTO协定的法律漏洞,在实践中逐渐发展了以外交方式在争端解决机构上对相关裁决提出质疑的方法,给争端解决机构施加压力。此外,在美国和欧盟的宪法中,存在允许当事方不执行相关法院裁决的传统。在WTO裁决执行实践中,美欧也常常以此为借口拒绝执行上诉机构的裁决。(Richard H. Steinberg, "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints", *The American Journal of International Law*, 2004, 98(2): 267.)

^② DSU规定的贸易报复措施,实际上只是形同虚设,对发达国家没有什么制约作用。

约性协定中存在许多模糊性规定和漏洞,为DSB留下了较大的自由裁量的空间。这样一来,专家组在审理这些问题时,只能运用相关“问题回避技法”,适当维护WTO协定的契约性,保证WTO多边贸易体制的正常运行。

需要强调的是,WTO多边贸易体制正面临诸多困难,以美国为首的发达国家有转向区域性组织的可能性。因此,DSB在维持WTO争端解决机制司法性的同时,适当运用“问题回避技法”回避难以解决的问题,对保证WTO多边贸易的正常运行是十分必要的。

三、我国应对DSB运用“问题回避技法”的诉讼策略与技巧

我国自加入WTO以来,作为申诉方、应诉方和第三方积极参加了WTO诉讼活动,败诉多于胜诉的局面尚未改变。我国败诉的原因很多,其中我国对“问题回避技法”应对不当,无疑是原因之一。考虑到这些“问题回避技法”会长期存在,我们应进行认真研究,采取积极有效的应对措施。

(一) 正确理解和把握“规则取向”和“问题回避技法”之间的关系

无论经济发展史还是法律发展史都表明,经济的发展是一个从自由走向(法治)规则的过程,成熟的经济必然是规则的经济。“问题回避技法”的本质是司法克制,有助于平衡各国家之间的利益,避免发生重大冲突,保证WTO多边贸易体制正常运行。尽管WTO争端解决机制的“规则取向”与自我克制会长期博弈共存,同生共长,但是,“规则取向”必然是主流,是不以人们意志为转移的趋势。也就是说,“规则取向”与“问题回避技法”的关系只能是对立统一的一对矛盾:前者主导着WTO争端解决机制的发展及案件审理,后者则有利于缓冲前者可能导致的矛盾和冲突,成为有效解决争端的“润滑剂”。^①

正确理解和把握WTO争端解决机制“规则取向”与自我克制之间的关系,既能促使我们总体上尊重和坚持WTO争端解决机制的“规则取向”,认可发达国家主导WTO体制的客观事实和发展中国家为国际正义而斗争的长期性和艰巨性,积极完善我国的相关法律体制,最大程度地与WTO协定保持一致,尽量减少不必要的被诉;又有助于我们认识WTO体制存在的诸多缺陷,以便在诉讼活动中集中优势兵力,有的放矢地进行应对,增加胜诉的可能性。

(二) 针对DSB的“问题回避技法”采取正确的诉讼策略和技巧

DSB在审理案件中,对申诉方和应诉方的请求都可能运用“问题回避技法”。一般地说,申诉方和应诉方须从不同的视角予以运用:申诉方应尽力阻止专家组和上诉机构运用“问题回避技法”,要求其多审理相关请求,裁决应诉方违反多条WTO规定;而应诉方应尽力督促专家组和上诉机构多运用自我克制的技法,审理申诉方的请

^① 朱广东, WTO争端解决中的司法克制及其对我国的启示[J], 法律科学, 2007(1): 139.

求越少越好, 尽力减少专家组可能裁决其违反WTO规则的数量和相应责任。总的来说, 我们应采取下列对策:

1. 认真仔细梳理DSB运用“问题回避技法”的相关案例, 切实掌握其历史、现状及侧重点

WTO的协定及DSU对“问题回避技法”没有做出明确规定, 专家组和上诉机构运用上述技法的详情散见在相关案例中。可见, 对相关案例的专家组和上诉机构的报告, 进行仔细研究、认真筛选和归纳, 是唯一行之有效的办法。这样可以充分了解专家组和上诉机构采用“问题回避技法”的理论依据、基本观点、通常做法及当事方的抗辩, 从而采取正确的对策。

2. 将不同的“问题回避技法”进行分类, 分别采取相应的对策

专家组和上诉机构在多年的审理实践中, 尝试过不同的“问题回避技法”, 使用的频率不同, 适用的情形不同。其中一些技法涉及我国的主权及重大经济利益, 其他的主要涉及程序问题。由于我们资源有限, 大可不必进行全面出击, 必须进行分门别类, 采取不同的有效对策。

(1) 针对专家组和上诉机构经常运用的技法, 我们应集中有限的资源, 进行重点应对。专家组在审理实践中, 使用频率最高的“问题回避技法”是“现有救济用尽”、“政治-司法平衡”、“职权范围”及“司法经济”等。这些技法涉及我国的主权和重大经济问题, 我们必须认真对待, 分别制定出相应的对策。一旦需要, 立马出手应对, 以免惊慌失措, 出现失误。在应诉前, 对申诉方的请求要认真研究, 积极收集证据, 准备口头和书面资料。在磋商阶段, 如果我们是申诉方, 应尽力扩大磋商的范围, 避免专家组运用“问题回避技法”回避相关请求。在专家组审理阶段, 提前做好预测, 准备好证据和相关资料, 在专家组运用相关技法时, 以确凿的证据和充分的说理, 尽力督促或阻止运用相关技法。

(2) 针对专家组和上诉机构尚未使用或使用频率低、主要涉及程序问题的技法, 也应未雨绸缪, 做好充分准备。专家组和上诉机构在审理实践中, 对某些“问题回避技法”使用频率不高, 如“法定权益”、“诉因消失”、“成熟原则”等。有些技法尚未运用过, 如“法律不明”、“案情不明”等。我们对那些使用频率不高的技法, 不应掉以轻心, 应做好预防工作。对尚未运用过的技法, 也应有所防备。例如, DSU中相关规定涉及“法律不明”技法, 上诉机构尚未予以否定, 以后予以运用的可能性较大。因此, 我们在诉讼活动中应做到胸中有数, 时刻做好应对的准备。

WTO法的国际公法性质决定了DSB的任何裁决可能导致成员方某个行业遭受重大损失, 甚至危及某个领域。因此, 我们在应诉中, 应该认真对待, 做到万无一失。

3. 学会利用WTO为发展中国家提供的特殊差别待遇应对“回避问题技法”

WTO法是西方列强经济、法律及文化的产物, 崇尚的是“弱肉强食”、“适者生存”的丛林规则。WTO法的无歧视原则、自由原则及程序公正等, 看似公平合

理, 实则存在打着公平的幌子, 偏袒强者, 漠视弱者的缺陷。^①WTO中占多数的发展中成员经过多年奋争, 迫使发达成员做了些让步, 专门为发展中成员提供了一些特殊差别待遇。虽然这些待遇存在模糊不清、缺乏操作性的缺点,^②但也为发展中成员在诉讼中提供了一定据理力争的依据和机会。我国在应诉中曾多次援引这些规定, 虽然并未发挥力挽狂澜的作用, 但确实迫使专家组和上诉机构改变它们既定的观点, 宣传了我国的主张, 有利于扩大我国的影响。例如, 中国在2012年的“中国原材料案”中抗辩认为, 中国对耐火级铝土和萤石实施的出口限制是依据GATT1994第20条(g)款的例外规定, 因为这些原材料属于可用尽自然资源, 难以替代, 必须予以管理和保护。中国强调指出, 中国对自然资源的主权不受任何干涉, 此外, 中国作为发展中国家, 有权以自己认为适当的方式为了发展, 最优使用自己的自然资源。专家组支持了中国的主张。^③

如果我国在应对专家组和上诉机构运用“问题回避技法”时援引为发展中成员提供的特殊差别待遇, 相信会增强我们的说服力, 提高胜诉的可能性。

【作者简介】姜作利: 山东大学法学院教授, 法学博士, 博士生导师。研究方向: WTO法及国际经济法。

On the “Problem-Avoiding Techniques” by the WTO Dispute Settlement Body and China’s Countermeasures

JIANG Zuo-li

(Shandong University Law School, Jinan 250100, Shandong, China)

Abstract: In hearing difficult and complex cases, the WTO Panel and Appellate Body often use “Problem-avoiding Techniques” which can keep an appropriate political and judicial balance for the normal operation of the WTO, also adhere to the principle of economic efficiency and are helpful to assure that the Panel and Appellate Body fulfill their function by DSU to settle disputes promptly and effectively. However, as these techniques are originated from the western jurisprudence and judicial practices about which Chinese lawyers know little, the application of them may make it difficult for the Chinese lawyers to win the cases. Therefore, Chinese lawyers should first understand correctly the relationship between the “rule-orientation” and “Problem-avoiding Techniques”, then, they should make detailed research on the relevant western jurisprudence, judicial practices and the WTO cases and improve the countermeasure techniques, and at the same time, get well-prepared for the techniques used less frequently and relating mainly procedures. In addition, China should learn to make full use of the special and different treatment for the developing countries for the protection of China’s legal interests.

Keywords: WTO; DSB; problem-avoiding techniques; common law; legal interests

(责任编辑: 黄志瑾)

① 例如, WTO中的无歧视原则(平等原则)和“协商一致”程序, 形式上是高度民主平等的, 但是由于发展中国家缺乏操作技巧, 受人力和财政资源的制约, 实质上掩盖着巨大的不平等, 成为寡头专制。F. Weiss, WTO Decision-Making: Is It Reformable? In Daniel L. M. Kennedy & James D. Southwick(eds), *The Political Economy of International Trade Law: Essays In Honor of Robert E. Hude*, Cambridge University Press, 2002:76.

② 这些规定基本属于原则性和宣示性的(declaratory), 既缺乏实质内容, 又不能成为发达国家的法律义务, 在实践中很少被援引过。黄志雄, WTO体制内的发展问题与国际发展法研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2005:102.

③ *China – Export Restraints*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, para.7.408.