

## 对 WTO 争端解决机制中司法经济原则功能的再思考

吕晓杰

**内容提要:**司法经济原则在 WTO 语境下的适用,有着不同于国内适用的特点:WTO 协定义务的广泛性和冲突规范的欠缺使得专家组对司法经济原则的适用成为必然;在欠缺其他工具对政治问题加以回避的情况下,司法经济原则的适用则可以帮助专家组甚至上诉机构回避政治问题以维持其民主正当性。因此,对于司法经济原则在 WTO 争端解决机制中的适用,不能简单地加以排斥,这一司法技术工具的正确使用应该考虑到 WTO 机构之间的分工和平衡。

**关键词:**WTO 争端解决 司法经济原则

吕晓杰,清华大学法学院讲师,日本九州大学法学博士。

## 一 问题的提出

普遍认为,在 WTO 争端解决程序中适用司法经济原则是节约诉讼成本、缩短审理时间和更快解决当事方之间贸易争议的有效方式。<sup>[1]</sup>然而在司法经济原则的适用过程中,人们发现该原则在 WTO 争端解决程序中的适用有着不同于国内适用的特点:WTO 上诉机构审查程序中不存在“发回重审”机制,司法经济原则不当适用所造成上诉机构审理中“事实不足”的问题无法得以治愈,<sup>[2]</sup>直接后果是导致 WTO 成员之间的贸易争议不能通过 WTO 争端解决程序得到有效的解决。这一问题引发了人们对司法经济原则的深入思考,专家组是否应该放弃适用司法经济原则?<sup>[3]</sup>或是对专家组适用司法经济原则进行必要的规范和限制?<sup>[4]</sup>或是通过改革《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称“DSU”)在 WTO

[1] 有关司法经济原则在 WTO 争端解决程序中的适用问题,中外学者的典型论述,参见 Jan Bohanes and Andreas Sennekamp, *Reflections on the concept of “judicial economy” in WTO dispute settlement in The WTO at 10: The Contribution of the Dispute Settlement System* (Giorgio Sacerdoti eds., 2006) 424-453; Will Davey, *Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and its Uses of Issue-Avoidance Techniques*, *Journal of International Economic Law* 4 (2001), pp. 79-110, 以及杨国华:“WTO 争端解决中的司法节制原则”,《法学杂志》2002 年第 1 期,第 76-77 页;吕晓杰:“WTO 争端解决实践中司法经济原则的适用”,《中国国际法年刊》2006 年,第 173 页;朱广东:“论 WTO 争端解决机制中的司法经济原则”,《盐城师范学院学报》2006 年 2 月,第 1-5 页。

[2] 参见 Alan Yanovich & Tania Voon, *Completing the Analysis in WTO Appeals: The Practice and its Limitations*, *Journal of International Economic Law* 9 (2006), pp. 933-950。

[3] 笔者参加商务部组织的 DSU 改革问题研讨会时发现,部分国内学者主张,除非当事方同意适用,应在 WTO 争端解决程序中全面禁止专家组适用司法经济原则,以保障 WTO 成员在争端解决程序中实现其程序利益。

[4] 参见智利和美国就 DSU 改革所做提案:Contribution by Chile and the United States, *Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement*, TN/DS/W/28 (23 Dec. 2002); Contribution by the United States, TN/DS/W/74 (15 Mar. 2005); Communication from the United States, *Further Contribution of the United States on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement*, TN/DS/W/82 (24 Oct. 2005)。

争端解决程序中加入“发回重审”机制解决司法经济原则适用所带来的问题?<sup>[5]</sup>

以往学术界对于司法经济原则的关注更多地集中于技术层面,对于司法经济原则适用的法律基础、适用的必要性、不当适用所导致的后果以及可能的方式进行了全面的探讨。<sup>[6]</sup> 司法经济原则的适用首先是出于缩短司法程序、节省司法成本的考虑,因此,该原则无论是在各国司法程序还是在国际司法或准司法程序中均得到广泛的认可。<sup>[7]</sup> 然而,如果我们深入审视司法经济原则在 WTO 争端解决程序中的适用时,WTO 自身某些重要的制度性特点得以彰显。第一,WTO 协定义务的广泛性和冲突规范的欠缺使得专家组对司法经济原则的适用成为必然;第二,在欠缺其他工具来对政治问题加以回避的情况下,司法经济原则的适用则可以帮助专家组甚至上诉机构回避政治问题以维持其民主正当性。前者可以认为是 WTO 体制下适用司法经济原则的经济因素,后者则涉及政治因素,带有 WTO 制度性特点的这两种因素在更多关注技术性问题的以往研究中少有提及。本文将就司法经济原则在 WTO 争端解决程序中的适用所涉及的两方面因素进行分析,对于制度性特点的深入研究可以让我们发现,即便司法经济原则这样一个程序性问题也反映出多边贸易体制中 WTO 内部机构之间及其与成员之间权力配置的动态发展。

## 二 司法经济原则适用的经济因素

适用司法经济原则所考虑的重要因素是经济因素,即诉讼的时间成本。在保证争议得以解决的前提下,节约时间成本从而尽快解决争议是司法经济原则适用的内在合理性。而 WTO 协定义务的广泛性和冲突规范的欠缺使得司法经济原则适用所节约的时间成本更为突出,这种情况下使得专家组对司法经济原则的适用几乎成为必然。

### (一) WTO 协定义务的广泛性

WTO 协定中的实体规范涉及范围广泛,涵盖货物贸易多边协定、服务贸易总协定、与贸易有关的知识产权协定和诸边贸易协定。<sup>[8]</sup> 而在货物贸易多边协定里面,还包括 GATT1994、《农业协定》、《实施卫生与植物卫生措施协定》、《技术性贸易壁垒协定》、《与贸易有关的投资措施协定》等多个协定规范。<sup>[9]</sup> WTO 要求其成员“保证其法律、法规和行政措施与所附各协定对其规定的义务相一致”。<sup>[10]</sup>

WTO 的这些协定有着不同的目标和规范对象,但是 WTO 成员所采取的措施却可能是非常复杂的,其与 WTO 义务相符性的审查可能涉及单一协定,也可能同时涉及几个协定或者协定中的多个条款。WTO 上诉机构曾在欧盟香蕉案中指出,如果一项措施涉及与具体货物相关的服务或与具体货物联系在一起提供的服务,这类措施可能既属于 GATT1994 的调整范围,又属于 GATS 的调整范围,对这类措施的审查可以同时依据 GATT1994 和 GATS 的规定进行。<sup>[11]</sup> GATT1994 的关注对象在于措施是否影响了涉案货物的贸易,而 GATS 的关注对象在于措施是否影响了涉案服务的提供或是服务提供者的行为。<sup>[12]</sup> 一项争议措施还可能同时违反货物贸易多边协定中的多个协定,这种情况更为普遍和复杂,其

[5] 参见 David Palmeter, *The WTO Appellate Body Needs Remand Authority*, 32 *Journal of World Trade* (1998) 41 and Fernando Piérola, *The Question of Remand Authority for the Appellate Body in Challenges and Prospects for the WTO* (Andrew Mitchell ed., 2005), 193.

[6] 参见杨国华:“WTO 争端解决中的司法节制原则”,《法学杂志》2002 年第 1 期;吕晓杰:“WTO 争端解决实践中司法经济原则的适用”,《中国国际法年刊》2006 年;朱广东:“论 WTO 争端解决机制中的司法经济原则”,《盐城师范学院学报》2006 年 2 月。

[7] 参见吕晓杰:“WTO 争端解决实践中司法经济原则的适用”,《中国国际法年刊》2006 年,第 159 页。

[8] 参见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件 1 和附件 4。

[9] 其他还包括《纺织品与服装协定》、《关于实施 GATT1994 第 6 条的协定》、《关于实施 GATT1994 第 7 条的规定》、《装运前检验协定》、《原产地规则协定》、《进口许可程序协定》、《补贴与反补贴协定》、《保障措施协定》,参见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件 1。

[10] 参见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 16 条第 4 段。

[11] 参见 EC - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, adopted on 9 Sep. 1997, para. 221.

[12] 上诉机构在加拿大期刊案和加拿大影响汽车产业措施案中亦认同其在欧盟香蕉案中的意见。参见 WT/DS31/AB/R, adopted 30 July 1997, p. 19 以及 Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/AB/R, adopted 21 May 2000, para. 162.

复杂性突出反映在影响货物贸易的环境措施上。以欧盟荷尔蒙案为例,加拿大和美国认为欧盟禁止带有促进生长的六种激素的肉类或肉制品进口这一禁令同时违反 GATT 第 3 条、SPS 协定第 2 条和第 3 条以及 TBT 协议第 2 条。<sup>[13]</sup>

## (二) WTO 各协定冲突规范的欠缺

在 WTO 如此复杂的条约系统中,不同的协定条款可能对一项争议措施同时适用。然而在 WTO 各协定适用冲突问题上,WTO 条约系统所提供的冲突规则非常有限,这些有限的冲突规则包括《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 16 条和附件 1A《货物贸易多边协定》总体性解释说明。《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 16 条处理 WTO 总协定和其附件中多边贸易协定条款冲突的情况,即如果存在冲突,以 WTO 总协定条款为准。《货物贸易多边协定》总体性解释说明处理 GATT1994 条款和其他多边货物贸易协定条款之间的关系,即如有冲突,以其他多边货物贸易协定条款为准。

而对于其他协定之间的冲突适用,WTO 协定中并未提供有效的冲突规范加以解决。事实上,乌拉圭回合所缔结的各个协定所解决的是不同贸易领域的问题,涉及 GATT 各缔约方国内不同的产业部门,缔约方派出参与具体协定协商的人员也不同。各协定文本的协商进程相对独立,最后文本完成于不同时间,因此,各协定之间无法做到应有的协调也是可以想见的。从目前来看,多边货物贸易各协定之间、GATS 与其他协定之间以及 TRIPS 与其他协定之间可能产生的冲突只能通过 WTO 争端解决实践逐一解决。<sup>[14]</sup>

在 WTO 各协定之间的适用关系尚未明确的情况下,申诉方为了保证其申诉能够在最大程度上得到专家组的支持,在设立专家组请求中尽可能罗列其认可争议措施可能违反的所有协定及相关条款,实在是明智之举。从案件相关数据统计可以看出,在已出具专家组报告的 110 个案件中,申诉方主张争议措施违反两种以上协定(含两种)的案件占全部案件的近一半,而在主张违反单一协定的 58 个案件中,几乎每个申诉方都主张争议措施违反了两个以上的协定条款。<sup>[15]</sup>例如,在美国请求设立专家组审理中国汽车零部件措施案的文件中,针对中国的三项措施,美国列出了包括 GATT1994、与贸易相关的投资措施协定、补贴与反补贴协定(以下简称“SCM”)、中国入世议定书、中国入世工作组报告书在内 5 个协定中的 10 个不同条款。<sup>[16]</sup>

在上述情况下,如果要求专家组放弃适用司法经济原则,一一审查申诉方在设立专家组请求中列出的每个法律主张,在严格有限的审理期限中解决 WTO 成员之间复杂的贸易争端,专家组的工作量可想而知。尤其当具体案件涉及大量证据搜集和事实认定的时候,要求专家组在规定的 6 个月或 9 个月时间内审理申诉方的所有主张,<sup>[17]</sup>这几乎是不可能的事情。

需要指出的是,在目前尚未对专家组适用司法经济原则做出明确限制的情况下,WTO 争端解决程序的拖延问题已经比较突出了。相关数据显示,<sup>[18]</sup>在没有上诉的 36 个案件中,有 2/3 的案件没有在规定的期限内走完专家组程序,<sup>[19]</sup>2002 年 1 月至今仅有一个案件按照规定期限走完专家组程序。在上诉的 78 个案件中,也有 2/3 多的案件没有在规定期限内完成专家组和上诉程序,<sup>[20]</sup>而 2003 年 1 月至今仅有一个

[13] 除此之外,美国主张该禁令另违反了第 1 条,加拿大主张该禁令另违反了 GATT 第 11 条而且根据第 23 条(b)项提出非违约之诉。参见 EC - Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/R, WT/DS48/R, adopted 13 Feb. 1998。

[14] 以欧盟荷尔蒙案为例,该案涉及 GATT 第 20 条(b)项同 SPS 协定的适用关系,以及 SPS 协定与 TBT 协定的适用关系。在 GATT 第 20 条(b)项同 SPS 协定的关系问题上,专家组认为 SPS 协定提出了较 GATT 第 20 条(b)更为苛刻的条件。如果专家组经审理认定争议措施符合 SPS 协定的要求,那么该措施自然符合 GATT 第 20 条(b)项的要求,反之,专家组还需继续审查争议是否符合 GATT 第 20 条(b)项的要求。而在 SPS 协定同 TBT 协定的关系问题上,专家组认为,如果争议措施符合 SPS 协定的适用条件,那么争议措施就成为 SPS 措施,而不能适用 TBT 协定。参见专家组报告,WT/DS48/R, paras. 8.32-35。

[15] 该结论根据 www.worldtradelaw.net 中的数据统计得出。

[16] 参见中国汽车零部件措施案,美国设立专家组请求:China - Measures Affecting Imports of Automobile Parts, WT/DS340/8, 18 September 2006。

[17] 参见《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称“DSU”)第 12.8 条。

[18] 以下结论根据 www.worldtradelaw.net 所提供的数据统计得出。

[19] 根据 DSU 规定的时间期限,完成专家组程序需要 380 天左右。

[20] 根据 DSU 规定的时间期限,完成专家组和上诉程序共需要 440 天左右。

案件按照规定期限走完专家组程序。因此,要求专家组放弃适用司法经济原则,最终只能使专家组程序的这种拖延状况恶化,不利于 WTO 争端解决程序“迅速解决争端”这一目标的实现。<sup>[21]</sup>

面对无法改变的庞大的专家组职权范围和日益复杂的贸易争端,专家组运用司法经济原则所考虑的经济因素实在是带有 WTO 多边贸易体制的特性。

### 三 司法经济原则适用的政治因素

如果放弃适用司法经济原则,专家组势必要对申诉方提出的所有诉求进行审查,这不仅涉及诉讼成本的问题,还会涉及专家组在 WTO 体制中的地位及其权力限界。

#### (一) 司法经济原则的适用作为司法克制主义的要求

在普通法系遵循先例的传统之下,每个案件的情况都是不同的,为某个案件发展出一个抽象的原则也许在该案中看来是完美的,但事实的些许差别就会使得这一抽象原则在新案件中难以适用。更何况法院的任务在于解决当事人之间的争议,而非立法。<sup>[22]</sup> 因此,在普通法语境下,司法经济原则本身与遵循先例原则联系紧密,法院无需就案件中原告提出的所有问题给出结论,只要审查同解决争议相关的问题即可。但是,WTO 争端解决机制并不承认先例效力,<sup>[23]</sup> 是否对所有诉求进行审查并不涉及普通法系中遵循先例传统之下的上述制度性要求。<sup>[24]</sup> 在这一不同的语境下,司法经济原则是否失去了生存的土壤呢? 上诉机构在美国针织羊毛上衣进口措施案中的回答是否定的。

印度在美国针织羊毛上衣进口措施案中根据 DSU 第 11 条主张,专家组审理所有争议事项不仅会使争议得到全面解决,在全面审理过程中对 WTO 相关协议条款的解释还会起到预防争端发生的目的。针对印度的这一主张,上诉机构否认 DSU 第 11 条要求专家组审理所有问题,并澄清了 WTO 争端解决机制的目的。根据 DSU 第 3.2 条,上诉机构指出,WTO 争端解决机制并不是为了鼓励专家组或上诉机构在解决具体争议之外通过解释 WTO 协定的现有规定而“造法”,专家组只需要审查解决具体争议所必需的法律请求。<sup>[25]</sup>

上诉机构的分析告诉我们,司法经济原则的适用不仅可以节约司法成本和有效解决争议,更体现了司法克制主义的要求。<sup>[26]</sup> 专家组放弃适用司法经济原则只能使自己更多地、不必要地介入到 WTO 协定条款的解释中去,这对于 WTO 部长级会议和常务理事会的“立法解释权”是一种侵犯,也不利于维护 WTO 争端解决机制的民主正当性。<sup>[27]</sup>

#### (二) 司法经济原则的适用作为回避政治问题的工具

在 WTO 争端解决机制中,申诉方的诉求可能会比较复杂,既涉及 WTO 争端解决机制可以解决的问题,也可能涉及该机制无法解决的政治问题,在不存在其他工具处理政治问题的情况下,专家组可否

[21] 参见 DSU 第 3.3 条。

[22] 参见 Charles Rembar, *The Law of the Land* 24-25 (1980) 以及 [美] 凯斯·桑斯坦:《司法极简主义:一次一案的精神与民主政治》, [台] 商千仪、高忠义译,商周出版。

[23] 尽管专家组和上诉机构在报告中多次援引先前案件中的分析和解释,但是这种援引同普通法系下的遵循先例传统是不同的。参见 John Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law* 176-177 (2006)。

[24] 参见 Raj Bhala, *The Precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication*, *Florida State University Journal of Transnational Law and Policy* 9 (1999):1, p. 50。

[25] 参见 United States—Measures Affecting the Imports of Wool Shirts and Blouses, WT/DS33/AB/R, WT/DS33/AB/R, p. 18。

[26] 参见 Raj Bhala, *The Precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication*, *Florida State University Journal of Transnational Law and Policy* 9 (1999):1, p. 51。

[27] 参见 Raj Bhala, *The Precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication*, *Florida State University Journal of Transnational Law and Policy* 9 (1999):1, p. 51。在桑斯坦看来,法院的民主正当性低于民选的政治部门,因此法院在原则上只应扮演催化剂的角色,也就是透过个案裁判去协助社会形成各种价值判断,而不应主导或垄断价值判断,尤其是主导那些具有广泛效果的一般性价值判断。参见 [美] 凯斯·桑斯坦:《司法极简主义:一次一案的精神与民主政治》, [台] 商千仪、高忠义译,商周出版。

将司法经济原则作为回避问题的一个有效工具呢?<sup>[28]</sup> 专家组在土耳其纺织品保障措施案中的分析暗示着,在某一自由贸易区协议是否符合 WTO 规则的问题上,WTO 的区域贸易协定委员会(以下简称 CRTA)拥有审查权。而对于自己是否有权审查这一问题,专家组通过适用司法经济原则进行了回避。<sup>[29]</sup> 但由于该案上诉机构的意见和专家组的意见不同,所以,有必要对该案进行详细的分析。

1995 年 3 月 6 日,土耳其—欧共体联合会通过第 1/95 号决定,确定了土耳其与欧共体关税同盟最后阶段的实施规则。根据该规定,为了实施与欧共体实质上相同的贸易政策,<sup>[30]</sup> 土耳其将从 1996 年 1 月 1 日起对从印度进口的 19 类纺织品和服装采取数量限制措施。就土耳其和欧共体成立关税同盟问题,WTO 货物贸易理事会于 1996 年指示区域贸易协定委员会进行审查。截至该案提交至 WTO 争端解决机制之时,该委员会已经召开过两次会议进行审议,但是尚没有得出最后的结论。

印度作为该案的申诉方指出,土耳其的数量限制措施违反了 GATT1994 第 11 条和第 13 条等规定,而且该措施并不能因 GATT1994 第 24 条关于关税同盟和自由贸易区的规定而合理化。需要指出的是,印度在其设立专家组请求中并没有质疑土耳其与欧共体关税同盟与 GATT 第 24 条的相符性。土耳其则辩称,采取数量限制措施是为了符合 GATT1994 第 24 条的规定,因此对于争议措施是否与 WTO 义务相符这一问题只要审查同第 24 条的相符性即可。在专家组是否有权审查涉案数量限制措施问题上,土耳其认为,审查涉案数量限制措施是否符合 GATT 第 24 条应属于 CRTA 的管辖范围,专家组不能越俎代庖。

对于争议措施是否符合 GATT 第 24 条的规定问题上,专家组认为需要在三个问题上进行分析:第一,专家组在涉及 GATT 第 24 条适用的事项上是否具有管辖权;第二,涉案关税同盟安排是否符合 GATT 第 24 条的规定;第三,涉案措施是否符合 GATT 第 24 条的规定,即不采取涉案措施是否会阻止关税同盟的建立。<sup>[31]</sup>

专家组首先肯定了自己在涉及 GATT 第 24 条适用的事项上具有管辖权。<sup>[32]</sup> 但这是否意味着可以由争端解决机构成立的专家组审查某一 RTA 协议是否符合 WTO 规则呢?<sup>[33]</sup> 对此,专家组并没有做出正面回答。在专家组看来,建立 CRTA 的目的在于从不同 WTO 成员所关注的经济、法律和政治等各个方面对成员间达成的区域贸易协定与 GATT/WTO 义务的相符性进行全面考察,而这种考察涉及对一个区域贸易协定进行广泛的多边评价,涉及 WTO 成员整体。<sup>[34]</sup> 至于专家组在建立关税同盟安排与 WTO 规则的总体相符性上是否拥有审查权,该案专家组适用司法经济原则,认为解决印度提出的主张并没有必要对这个问题做出回答。<sup>[35]</sup>

虽然专家组没有明示放弃对于区域贸易安排与 WTO 规则的相符性问题的审查,但该做法暗示在这个问题上 CRTA 拥有审查权更为恰当,而对于自己的审查权问题,专家组通过适用司法经济原则进行了回避。可见,该案专家组适用司法经济原则的主要目的不在于节约司法成本,而是在于回避其认为比

[28] 参见 John Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law* 172 (2006) 以及 Will Davey, *Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and its Uses of Issue-Avoidance Techniques*, *Journal of International Economic Law* 4 (2001), p. 109.

[29] 在解决了前两个问题之后,专家组集中就涉案数量限制措施是否符合 GATT 第 24 条的规定进行了分析。

[30] 参见 GATT 第 24 条的规定。

[31] 在解决了前两个问题之后,专家组集中就涉案数量限制措施是否符合 GATT 第 24 条的规定进行了分析。

[32] 根据 1994 年关于解释 GATT 第 24 条的谅解,WTO 成员可就实施 GATT 第 24 条中关于关税同盟、自由贸易区或临时协定过程中产生的任何事项,提交 WTO 争端解决。参见 *Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/R, adopted 19 Nov. 1999, para. 9.51.

[33] 在 GATT 期间,专家组的的态度很明确,认为争端解决机制不对 RTA 协议进行审议,对 RTA 协议的整体审议应按照 GATT 第 24 条的程序进行,而争端解决机制只审查某一具体贸易措施是否合法。参见 GATT Panel Report, *EC - Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region*, GATT Document, L/5776 (1985)。转引自李咏篁、杨国华:“区域贸易组织与 WTO”,参见 <http://www.jcrb.com/zyw/n463/ca329903.htm> (最近访问日期:2008 年 4 月 23 日)。

[34] 同上, para. 9.52.

[35] 同上, para. 9.54.

较“棘手”的问题。<sup>[36]</sup> 上诉机构并不同意该案专家组的做法,<sup>[37]</sup> 认为专家组应该对区域贸易安排与WTO规则的相符性问题进行审查,但上诉机构对于该审查权的合理性却是语焉不详。对比专家组和上诉机构的意见,专家组更多地考虑到WTO体制内部各机构之间的分工与平衡,对于自己在WTO体制中的地位进行了谨慎的考虑。<sup>[38]</sup>

《马拉喀什建立世界贸易组织决定》具体规定了WTO的机构设置和决策程序。在WTO体制之下,部长级会议及其总理事会拥有最高权力,即根据决策程序的要求对任何多边贸易协定下的所有事项做出决定,<sup>[39]</sup> 并拥有通过对本协定和多边贸易协定所作解释的专有权力。<sup>[40]</sup> 无论是部长级会议还是总理事会都是由所有成员的代表组成的,部长级会议和总理事会下设的各机构的成员资格对所有成员代表开放。<sup>[41]</sup> 总理事会在履行争端解决机构(以下简称“DSB”)的职能时,拥有自己的主席并有自己的议事规则。<sup>[42]</sup> 与上述机构的组成不同,DSB所设立的专家组是由三个至五个专家组成,上诉机构则是由七个常设专家组成,WTO的具体案件是由这些专家进行审理的。根据DSU的规定,专家组的调查结果应协助DSB提出建议或提出适用协定所规定的调查结果。<sup>[43]</sup> DSB所提的建议或所作裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务。<sup>[44]</sup>

根据《马拉喀什建立世界贸易组织决定》的上述规定,WTO的立法权和立法解释权归属部长级会议和总理事会所有,成员之间争端解决问题交由DSB设立的专家组和上诉机构进行审查。这一规定从宪政层面就WTO内部机构之间以及WTO与其成员之间的权力关系进行了基本的配置,这一基本配置反映了WTO成员在建立多边贸易体制过程中的政治意愿和政策目标。<sup>[45]</sup> 因此,WTO中的每个机构在履行其职责时,必须遵守《马拉喀什建立世界贸易组织决定》对权力的这种基本配置,超越权限行事将影响该机构在WTO体制中的民主正当性,WTO争端解决机构的专家组和上诉机构更是如此。<sup>[46]</sup>

在杰克逊教授看来,专家组和上诉机构的权力范围涉及一个制度中的司法机构同其他机构之间的关系,即司法与外交之间的关系。笔者认为,WTO司法和外交之间的关系实质上还是WTO作为一个国际组织和其成员之间的关系。如果以WTO成员为中心的部长级会议和总理事会等其他机构不能在短时间内进行某些事项的决策,WTO成员诉诸争端解决机制解决“棘手”问题的现象将不可避免。<sup>[47]</sup> 这一问题在WTO多哈回合谈判过程中得以凸显。近年来,WTO成员们的谈判几乎没有成功达成任何协议,人们对多哈回合寄予希望,希望多哈回合能够最终纠正立法和通过争端解决机制造法之间的不平衡性,从而减少WTO成员将“棘手”争议提交争端解决机制的倾向。<sup>[48]</sup> 但是,目前多哈回合的久拖不决反而可能使这种状况进一步恶化。

[36] 专家组在土耳其纺织品保障措施案中适用司法经济原则,实际上实现的是司法克制功能。关于司法克制功能,可详见朱广东:“WTO争端解决中的司法克制及其对我国的启示”,《法律科学》2007年第1期,第134-141页。

[37] 参见 Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WT/DS34/AB/R, adopted 19 Nov. 1999, para. 59.

[38] 参见 Frieder Roessler, *The Institutional Balance Between the Judicial and Political Organs of the WTO*, in *New Directions in International Economic Law* 345 (M. Bronckers and R. Quick eds., 2000); Will Davey, *Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and its Uses of Issue-Avoidance Techniques*, *Journal of International Economic Law* 4 (2001), pp. 109-110.

[39] 参见《马拉喀什建立世界贸易组织决定》第4.1条和第4.2条。

[40] 同上,第9.2条。

[41] 同上,第4.1-4.7条。

[42] 同上,第4.3条。

[43] 参见DSU第11条。

[44] 同上,第3.2条。

[45] Frieder Roessler, *The Institutional Balance Between the Judicial and Political Organs of the WTO*, in *New Directions in International Economic Law* 345 (M. Bronckers and R. Quick, eds.) (Kluwer Law International) (2000).

[46] 借用美国宪法学者桑斯坦在其《司法极简主义:一次一案的精神与民主政治》中谈及“法院的民主正当性”中的措辞。参见[美]凯斯·桑斯坦:《司法极简主义:一次一案的精神与民主政治》,(台)商千仪、高忠义译,商周出版。

[47] 参见 John Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law* 206-207 (2006)。

[48] 参见 *The Future of the WTO: Report by the Consultative Board to the WTO Director General*, para. 247.

WTO 争端解决机制自 1995 年以来运行的 13 年中,现在已经到了一个关键而且微妙的转折点,<sup>[49]</sup>此时争端解决机制中的专家组和上诉机构的行事态度尤为敏感。如果此时专家组和上诉机构扮演造法者身份,虽然可能暂时解决争议,但实质上却是把属于 WTO 成员的决策权转移到几个专家手中。通过司法程序解决政治外交问题不符合民主原则,其严重后果将使得 WTO 丧失来自成员的信赖,WTO 成员在新一轮的协商中只能更加小心翼翼,不利于在新事项上达成广泛的一致,从而阻碍贸易自由化的长期进程。因此,从这个意义上说,专家组在土耳其纺织品保障措施案中的做法反映了其在处理 WTO 决策机构和争端解决机构之间权力划分问题时的谨慎。通过适用司法经济原则放弃“造法”机会,反而会促进 WTO 成员利用 WTO 这一多边贸易协商的平台解决共同面临的全球化问题,促进多哈回合的进程。

因此,司法经济原则作为有效的工具之一将使得专家组在面临政治问题时拥有一定的回旋余地,如果专家组在确定争议措施违法性问题上发现没有必要处理更为“棘手”的政治问题,专家组应该毫不犹豫地适用司法经济原则对问题加以回避。<sup>[50]</sup>

#### 四 解决路径:美国网络博彩案所带来的启示

司法经济原则在 WTO 争端解决程序中的适用体现了 WTO 体制中自身的特点。从消极利益上讲,适用司法经济原则可以降低专家组的司法成本,并减少决定错误。从积极利益上讲,适用司法经济原则有利于维护 WTO 各机构之间的平衡,并促进多边贸易协商的进一步发展。然而,如前述,WTO 上诉机构审查程序中不存在“发回重审”机制,司法经济原则不当适用所造成上诉机构审理中“事实不足”的问题无法得以治愈,直接后果是导致 WTO 成员之间的贸易争议不能通过 WTO 争端解决程序得到有效的解决。

对于司法经济原则的不当适用所造成的争端解决后续程序的被动,应如何加以解决呢?以往的研究提出了三种可能的路径:一是规范司法经济原则的适用;二是上诉机构力争“完成分析”;三是在 WTO 争端解决程序中引入发回重审机制。<sup>[51]</sup>在路径二中,上诉机构能否“完成分析”受制于专家组所提供的事实是否充分。而路径三虽可在很大程度上治愈司法经济原则不当适用的后果,但是能否顺利引入取决于 DSU 改革的进程。目前看来,通过规范 WTO 专家组对于司法经济原则的适用是一个可行的方案。

围绕上述问题,WTO 专家组在美国网络博彩案中对于司法经济原则的适用所采取的做法颇为值得一提。专家组报告中两处涉及司法经济原则的适用,第一处毫不犹豫地适用司法经济原则,第二处拒绝适用司法经济原则。该案专家组在司法经济原则适用中的“一扬一抑”促使我们有必要认真考察该报告,并对司法经济原则在 WTO 争端解决程序中的适用进行深入的思考。

美国网络博彩案是 WTO 服务贸易协定单独适用的第一案,该案原告是远在大西洋上的小国——安提瓜和百慕大。两国诉称,美国通过联邦和州的法律对跨境提供博彩服务进行全面禁止不仅违反了美国在其服务贸易减让表中的具体承诺,还违反了 GATS 诸多条款。<sup>[52]</sup>美国辩称其并没有在服务贸易减让表中在跨境提供博彩服务上做出过市场准入的承诺,而且即便专家组认为其进行了承诺而美国法律本身构成了对承诺和 GATS 义务的违反,这些法律的实施承载着保护公共道德、维持公共秩序等极为重要的政策目标,可以根据 GATS 第 14 条得到免责。<sup>[53]</sup>由于是 GATS 单独适用第一案,此案涉及诸多关于服务贸易领域 WTO 义务的首次解释与适用,受到了 WTO 成员的广泛关注。与本文主题相关联,

[49] 参见 The Future of the WTO: Report by the Consultative Board to the WTO Director General, para. 214.

[50] Will Davey, *Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and its Uses of Issue-Avoidance Techniques*, *Journal of International Economic Law* 4 (2001), p. 109.

[51] 参见吕晓杰:“WTO 争端解决实践中司法经济原则的适用”,《中国国际法年刊》2006 年,第 180-188 页。

[52] 参见专家组报告:United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R.

[53] 涉及 GATS 第 14 条的其他子项(d)。

该案专家组在司法经济原则适用问题上所采取的“先扬后抑”的做法也颇令人关注。

专家组在裁定美国的措施违反了第 16.1 条和第 16.2 条之后,专家组运用司法经济原则,认为没有必要继续对措施与其他条款的相符性进行审查,<sup>[54]</sup>这是对司法经济原则适用的“先扬”。

此后,就美国根据第 14 条所提出的抗辩,专家组对 GATS 中一般例外条款的适用进行了考察。基于 GATS 第 14 条同 GATT 第 20 条有着条文和目的上的相似性,专家组认为,GATT 第 20 条的司法实践对解释 GATS 第 14 条有关联性。于是,专家组采取了“两段式”分析:首先,分析措施是否符合 GATS 第 14 条子项的规定;如果符合子项,再接着分析措施是否符合前言的规定。在审理中,专家组认定,美国的措施其目的在于保护公共道德或维持公共秩序,但是美国未能成功地证明涉案措施的制定是实现该目的所必需的措施,未能满足第 14 条 a 项所要求的必需性条件,也就不能根据 GATS 第 14 条得到免责。如果考虑到司法经济原则的适用,审查到此可以结束了。但是,专家组继续进行第二步分析,审查措施是否符合前言。专家组考虑到当事方在第 14 条前言部分进行了非常重要的分析,专家组对前言事项的考察将有助于当事方解决该案中的基本争议。放弃适用司法经济原则。<sup>[55]</sup>这是对司法经济原则适用的“后抑”。

在该案的上诉审理中,上诉机构推翻了专家组在 GATS 第 14 条子项上的分析结论,认定美国的措施符合子项的必需性要求。因此,上诉机构需要进行“二段法”测试的第二步,即审查美国的措施是否符合 GATS 第 14 条前言的规定:此类措施的实施不在情形类似的国家之间构成任意或不合理歧视的手段或构成对服务贸易的变相限制。对 GATS 第 14 条前言的相符性审查集中于争议措施的实施状况,如果没有大量事实作为分析基础的话,审查将无法完成。正是由于专家组在此处放弃适用司法经济原则,其在 GATS 第 14 条前言的分析为上诉机构完成分析提供了充分的事实。美国网络博彩案专家组对于司法经济原则这种“先扬后抑”的灵活性适用得到了上诉机构的支持,上诉机构在报告中肯定这种做法会对上诉机构完成法律分析提供帮助。<sup>[56]</sup>

美国网络博彩案中专家组在司法经济原则适用上“一扬一抑”的做法反映了专家组对不当适用司法经济原则的警惕,提醒专家组在运用司法经济原则的同时,应该考虑到其裁决被上诉机构推翻的可能性,尽量充分地认定事实和分析法律问题,从而为上诉机构完成法律分析提供必要的条件。

## 五 结论

全球化背景下国家政府日益丧失在某些事项上的管理控制权,国际组织在全球治理中的作用日益得到重视,然而,国家内部的民主政治体系又产生一种反作用,试图在全球化进程中保证国家政府的控制力不至丧失,这种较量还将在很长时期内存在。即便是司法经济原则这样一个程序性问题也反映了多边贸易体制中 WTO 作为一个国际组织与其成员之间权力配置的动态发展。首先,面临并未完善的 WTO 协定体系,专家组对于司法经济原则的适用体现出 WTO 协定义务的广泛性和冲突规范的欠缺。其次,专家组将司法经济原则作为回避政治问题的工具,体现了专家组对于 WTO 成员权力的尊重,这种尊重可以维持 WTO 争端解决机构专家组和上诉机构的民主正当性,促进政治问题在 WTO 决策层面的解决。因此,WTO 的体制性特点也决定了专家组很难轻言放弃司法经济原则在 WTO 争端解决程序中的适用。

对于司法经济原则不当适用的解决,专家组无疑要扮演更为重要的角色。美国曾主张在 DSU 改革

[54] 参见专家组报告:United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, para. 6.566。

[55] 参见专家组报告:United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, para. 6.566。

[56] 参见上诉机构报告:United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, paras. 342-345。



中解决对该原则适用的限制问题。<sup>[57]</sup> 然而,即便在 DSU 层面对司法经济原则的适用进行总体控制,但这种控制不宜刚性,因为个案中在何种程度上适用司法经济原则,仍然不可避免地有赖于专家组的具体判断,美国赌博案专家组的处理就反映了这一点。个案中虽然争议方对于司法经济原则的适用不具有决定权,但我们不能排除争议方的意见仍然可以作为专家组在何种情况下适用司法经济原则的参考。<sup>[58]</sup>

司法经济原则虽然只是诸多司法技术中的一个,但是对于 WTO 争端解决机制中这样一个技术性问题的处理,我们不能回避 WTO 的体制性背景及其与成员之间的权力互动。即便我们寄予 DSU 改革引入“发回重审”机制彻底解决司法经济原则不当适用的问题,这一改革的主张能否得以实现同样决定于 WTO 成员之间会进行怎样的权力配置。

---

[Abstract] The application of the judicial economy doctrine in the WTO context has different characteristics than that in domestic judicial process. It is necessary to apply the judicial economy doctrine since the WTO agreements cover a broad range of issues but lack rules of conflicts within the WTO treaty system. Additionally, the judicial economy doctrine would help the first - level panel avoid an issue when it is not essential to the determination of a case or it is questionably out of its authority. The application of the judicial economy doctrine may well reflect the power allocation and balance among the WTO institutions.

---

(责任编辑:黄 列)

---

[57] 参见 Contribution by Chile and the United States, Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, TN/DS/W/28 (23 Dec. 2002); Contribution by the United States, TN/DS/W/74 (15 Mar. 2005); Communication from the United States, Further Contribution of the United States on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, TN/DS/W/82 (24 Oct. 2005)。

[58] 加拿大汽车案专家组在中期报告中认定加拿大的增值规定违反 GATT1994 第 3 条的国民待遇原则,专家组因此认为没有必要对该规定是否违反 SCM 第 3.1(b)条继续进行审查。欧盟在收到中期报告后对专家组这种司法经济原则的适用提出质疑,因为如果加拿大措施同时违反 SCM 第 3.1(b)条,欧盟就可以根据 SCM 第 3.7 条得到特别的救济方式。专家组接受了欧盟这一质疑,在其最终的报告中对 SCM 第 3.1(b)进行了审查。参见吕晓杰:“WTO 争端解决实践中司法经济原则的适用”,《中国国际法年刊》2006 年,第 176 页。