

世贸组织上诉机构对司法节制原则的适用

梁 意*

内容摘要: 尽管对《关于争端解决规则与程序的谅解》第17条第12款进行严格解读可能得出世界贸易组织上诉机构无权适用司法节制原则的结论,但这一问题仍然存在争议。实践中,上诉机构在很多案件中都适用了司法节制原则。当上诉机构认为解决一个实体问题对于解决争端并非必要时,往往出于司法节制的考虑不对相关实体问题予以审查。此外,无论上诉机构对于实体性请求予以支持,还是反对,抑或不予审查,其常常不会审理与之捆绑的程序请求。除了司法节制本身的考虑,上诉机构还会运用司法节制原则规避对某些疑难体系性问题的审理。

关键词: 世界贸易组织 上诉机构 司法节制原则 争端解决

一、引言

司法节制原则(judicial economy)^①是被广泛应用于世界贸易组织(World Trade Organization,以下简称“世贸组织”)争端解决并在实践中逐渐发展出来的

* 对外经济贸易大学法学院博士研究生。

① “Judicial Economy”有两种中文译法,大部分学者将之译为“司法经济”,少数学者将之译为“司法节制”。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,第76-77页。笔者采用“司法节制”这一译法,主要是考虑它更符合“judicial economy”的内涵。关于“司法节制”这一概念的含义详见下文的阐述。另外,除了直接引用论文原文的表述,笔者在本文把“judicial economy”统称为“司法节制”。

一项原则/学说^①。一般而言,世贸组织中的“司法节制原则”^②是指为了节省司法^③资源和提高争端解决的效率^④,专家组不必对申诉方提出的每个请求或者问题都进行审理或作出裁决,而只需要对解决特定争端所必需的请求或问题进行审理和裁决^⑤的原则。^⑥这项原则被广泛应运于世贸组织专家组报告中,但鲜有人讨论世

① 关于“司法节制”,世贸组织专家组报告和上诉机构报告有的称之为原则(principle),有的则称其为一种学说(doctrine)。总体而言,专家组和上诉机构更多地使用“司法节制原则”(principle of judicial economy)一词。除直接引用原文外,本文统一使用“司法节制原则”这一说法。把“司法节制”称为“司法节制原则”的,参见 Australia - Measures Affecting Importation of Salmon, WT/DS18/AB/R, para. 223; Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WT/DS34/AB/R, para. 9.54。把“司法节制”称为一种学说的,参见 Canada - Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain, WT/DS276/AB/R, para. 133; European Communities - Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products, WT/DS69/AB/R, para. 61。

② 在此强调“世贸组织”中的司法节制原则是因为司法节制原则有其国内法渊源,详见下文的阐述。

③ 严格来说,世贸组织的争端解决机制是一种准司法制度。See Claude Chaset *et al.*, Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements - Innovative or Variations on a Theme?, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283163, visited on 19 October 2017.

④ 参见吕晓杰:《对WTO争端解决机制中司法经济原则功能的再思考》,《环球法律评论》2008年第6期,第81页。

⑤ See Alberto Alvarez-Jimenez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, 12 Journal of International Economic Law 393 (2009).

⑥ 更多关于司法节制原则的定义,参见 John H. Jackson *et al.* (eds.), *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations* 352 (West Academic Publishing 2013); Peter Van den Bossche & Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials* 222-223 (Cambridge University Press 2013); Jan Bohanes & Andreas Sennekamp, *Reflections on the Concept of "Judicial Economy" in WTO Dispute Settlement*, in Giorgio Sacerdotiet *et al.* (eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System* 424 (Cambridge University Press 2006); William J. Davey, *Has the WTO Dispute Settlement Exceeded Its Authority? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and Its Use of Issue-Avoidance Technique*, 4 Journal of International Economic Law 101 (2001); United States - Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, WT/DS33/R, pp. 19-20.

贸组织上诉机构对该原则的适用,^①这可能是因为上诉机构是否有权适用司法节制原则本身就是一个有争议的问题,而且早年间不少学者认为司法节制原则只能为专家组所用,上诉机构无权适用该原则。^②

无论学术界有何争议,上诉机构已经在实践中大量适用司法节制原则。截至2017年6月,在世贸组织发布的130个上诉机构报告中,上诉机构在大约86个报告中适用了司法节制原则。^③换言之,有将近70%的上诉机构报告适用了司法节制原则。可见,该原则被广泛应用于上诉机构报告,这从某种程度上说明了这一原则的重要性和实用性。但是,这一原则是否被上诉机构正确适用关系到世贸组织成员之间的贸易争端能否得到顺利解决。因此,有必要梳理上诉机构对司法节制原则的适用。

在此背景下,本文试图通过分析上诉机构适用司法节制原则的权限、上诉机构如何在程序问题和实体问题上适用司法节制原则来归纳上诉机构适用司法节制原则时形成的法理(jurisprudence),并在此基础上审视上诉机构在中国影响某些出版物和音像娱乐产品的交易权利和分销服务的措施案(以下简称“中国出版物案”)等案中是否正确适用了司法节制原则。

二、世贸组织上诉机构是否有权适用司法节制原则

《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称“《谅解》”)^④第17条第12款规

① 目前仅有少量文献讨论世贸组织上诉机构对该原则的适用:Alberto Alvarez-Jimenez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, 12 *Journal of Economic Law* 393-416 (2009); 金恩煌:《论WTO争端解决机制的司法经济原则》,西南政法大学2010年硕士学位论文;郭佳鑫:《论WTO争端解决机制中的司法经济原则》,华东政法大学2010年硕士学位论文。

② 详见本文第二部分的讨论。

③ 该数据是笔者根据世贸组织官网公布资料统计出来的。上诉机构报告列表参见世贸组织官网:https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_reports_e.htm,2017年8月3日访问。需要注意的是,因为上诉机构对司法节制原则的运用较为隐晦,而且对这一原则的内涵和外延的理解也有所不同,所以这一统计结果可能会有些微偏差。

④ 《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes)是《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization)的附件2,其英文文本详见世贸组织官网:https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm,2017年8月3日访问。

定,上诉机构应在上诉程序中处理(address)依照第6款^①提出的**每一问题**(each of the issues)^②。上诉机构是否有权适用司法节制原则,取决于如何理解该条款。

(一)反对者的观点和理由

若对该条款进行严格解读,上诉机构理应无权适用司法节制原则来略过对任何问题的审理,因为其要处理争端方在上诉程序中提出的“每一问题”。

事实上,早年间,包括世贸组织上诉机构某些成员在内的世贸法专家也持这种观点,即他们认为上诉机构无权适用司法节制原则。上诉机构前主席詹姆斯·巴克斯(James Bacchus)先生曾说:“根据《谅解》,上诉机构并不选择在世贸组织争端解决中解决哪些争端。上诉机构并不选择在世贸组织争端解决中对哪些专家组报告提出上诉。上诉机构并不选择针对哪些专家组报告中的哪些法律问题提出上诉。根据《谅解》,当一个法律问题被上诉时,上诉机构也无权拒绝‘处理’该法律问题。”^③他还指出,上诉机构并未看到任何空间可以拒绝审理上诉方提出的任何问题,“(根据《谅解》第17条),上诉机构被要求‘(应当)处理’在上诉中被提出的每一问题。我已经听到一两个法学教授论证即便这一条款的语言清晰明了,上诉机构不被要求解决(所有)那些问题。但我不知道有哪个世贸组织成员有同样的想法。”^④另一位上诉机构初始成员松下满雄(Mitsuo Matsushita)也持类似的观点,但他的角度有所不同。他认为:“《谅解》说上诉机构需要处理被提出的每一问题。因此,与专家组相比,上诉机构需要处理每个问题。所以至少在理论上,司法节制并非上诉机构的特权。但就实践方面而言,如果你有20个问题(要处

① 《谅解》第17条第6款对上诉机构的审理范围作出了规定:“上诉应限于专家组报告涉及的法律问题和专家组所作的法律解释。”该条款的中文译文参考“商务部世界贸易组织司”印制的《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》(非卖品,2010年2月印制)。世贸组织涵盖协定的文本没有官方中文文本,如无特别说明,本文所引用的世贸组织涵盖协定条款的中文译文均来自商务部世界贸易组织司印制的这一文本。

② 此处黑体为笔者所加。如无特别说明,本文的黑体等着重符号均为笔者所加。

③ James Bacchus, *Appellators: The Quest for the Meaning of And/Or*, 4 World Trade Review 507 (2005).

④ Steve Charnovitz, *WTO Appellate Body Roundtable*, in Laurence R. Helfer & Rae Lindsay (eds.), *New World Order or a New World Disorder? Testing the Limits of International Law: Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Society of International Law* 178-179 (American Society of International Law & Cambridge University Press 2005).

理),你可以重点处理某些重要问题并简单处理其余问题。”^①

此外,早前有不少中外学者都认为上诉机构无权适用司法节制原则。出于对《谅解》第17条第12款的严格解读,让·伯翰尼斯(Jan Bohanes)和安德里亚斯·赛尼坎普(Andreas Sennekamp)认为“司法节制”这一概念并不适用于上诉审。^②出于同样的理由,徐曾沧和卢建祥也认为上诉机构不宜适用司法节制原则。^③除此之外,两位学者还举例分析了上诉机构不宜适用司法节制原则的原因。假设上诉机构推翻了专家组适用司法节制原则的裁决,在专家组报告中有足够的事实发现的情况下,上诉机构可以在专家组事实发现的基础上对专家组因适用司法节制原则而不予审理的问题完成法律分析以解决争端。若上诉机构在能完成法律分析的情形下因适用司法节制原则而不解决专家组因错误适用司法节制原则而遗留下来的问题,那么这将不利于争端的解决,也与上诉机构的职能相悖。^④

(二)支持者的观点和理由

尽管对《谅解》第17条第12款进行严格解读会否定上诉机构适用司法节制原则的可能性,但实际上上诉机构已经渐渐开始对《谅解》第17条第12款进行宽松的解读,并逐渐在上诉程序中运用司法节制原则来略过对部分问题的处理。

1. 上诉机构适用司法节制原则的现实可能性与必要性

在世贸组织成立的头几年,对《谅解》第17条第12款进行严格的解读确有必要,因为需要上诉机构就每个相关情形阐明世贸组织法。然而,时至今日,世贸组织已经成立超过20年,世贸组织的法理已经形成并日益完善。虽然世贸组织涵盖协定中还有不少领域有待上诉机构释义,阐明世贸组织法的需求已经不如世贸

^① Steve Charnovitz, *WTO Appellate Body Roundtable*, in Laurence R. Helfer & Rae Lindsay (eds.), *New World Order or a New World Disorder? Testing the Limits of International Law: Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Society of International Law* 187 (American Society of International Law & Cambridge University Press 2005).

^② Jan Bohanes & Andreas Sennekamp, *Reflections on the Concept of “Judicial Economy” in WTO Dispute Settlement*, in Giorgio Sacerdotiet *et al.* (eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System* 424 (Cambridge University Press 2006).

^③ 参见徐曾沧、卢建祥:《WTO争端解决实践司法经济原则适用探析》,《WTO经济导刊》2007年第6期,第77页;徐曾沧:《论WTO争端解决机制法律适用的司法经济原则(上)》,《世界贸易组织动态与研究》2007年第12期,第35页。

^④ 参见徐曾沧、卢建祥:《WTO争端解决实践司法经济原则适用探析》,《WTO经济导刊》2007年第6期,第77页;徐曾沧:《论WTO争端解决机制法律适用的司法经济原则(上)》,《世界贸易组织动态与研究》2007年第12期,第29页。

组织成立之初那般迫切。如果处理上诉方提出的一个问题对于解决争端不是必要的,那么上诉机构可以行使一定的自由裁量权来处理案件,而司法节制原则正是运用这种自由裁量权的一个工具。^①概言之,当前通过上诉机构在争端解决中阐明世贸组织法的需求已经不再迫切,这给上诉机构通过运用司法节制原则来提高争端解决效率留下了空间。

除了前述上诉机构适用司法节制原则的现实可能性,还存在上诉机构适用司法节制原则的现实必要性。随着国际贸易的发展,世贸组织成员之间的贸易摩擦也在增多;世贸组织成员之间的贸易争端不仅变得越来越多,而且成员之间的贸易争端也变得更为复杂,^②这在某种程度上增加了上诉机构的工作量,使得上诉机构有时难以严格遵守《谅解》规定的时限。世贸组织成立之初,上诉机构报告往往只有几十页,近年的上诉机构报告常常是上百页,甚至动辄两三百页,报告篇幅的增长也从某种程度上反映了上诉机构工作量的增大。^③为了减轻上诉机构的工作负担,也为了提高争端解决效率,在不违反世贸组织法的前提下,上诉机构需要具备行使司法节制原则的权力。

2. 上诉机构适用司法节制原则的法律可能性

从条约解释的角度来看,对《谅解》第17条第12款进行宽松的解读也给上诉机构适用司法节制原则留下一定的空间。关键在于如何解读“处理”(address)和“问题”(issues)两个词语。

关于“处理”,《谅解》只是要求上诉机构处理被上诉的法律问题,但是并未明确规定上诉机构该如何处理这些问题。因此,理论上说,用长至几十页以及短至一两句的篇幅去处理一个问题都是可以接受的。这意味着上诉机构用一两句话说明其将不审理某个问题也算是对该问题进行了“处理”。

这种观点在2016年发布的印度关于太阳能电池和太阳能电池板的特定措施案(以下简称“印度太阳能电池案”)的上诉机构报告中也得到反映。一位上诉

^① See Alberto Alvarez-Jimenez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, 12 *Journal of International Economic Law* 395 (2009).

^② See Ricardo Ramirez & Kaarlo Castren, *Will the Increased Workload of WTO Panels and the Appellate Body Change How WTO Disputes Are Adjudicated?*, in Gabrielle Marceau (ed.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO* 621 (Cambridge University Press 2015).

^③ See Ricardo Ramirez & Kaarlo Castren, *Will the Increased Workload of WTO Panels and the Appellate Body Change How WTO Disputes are Adjudicated?*, in Gabrielle Marceau (ed.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO* 617 (Cambridge University Press 2015).

机构成员从如何看待上诉机构的职能和权限这一角度发表了其支持上诉机构适用司法节制原则的单独意见(separate opinion)。^①

关于上诉机构的职能,该上诉机构成员也承认,根据《谅解》第17条相关条款的规定,上诉机构应当处理上诉程序中争端方提出的每一问题,“处理”这些问题就是上诉机构的法律“责任”(duty)。即处理争端方在上诉程序中提出的问题是上诉机构的职责。上诉机构作为世贸组织争端解决的一部分,其在履行“处理”被提出的问题的职责时要服务于《谅解》第3条第3款所设定的争端解决目标,即“迅速解决”一个争端或者“积极解决一个争端”。因此,上诉机构可以拒绝对在上诉中被提出的某个问题作出明确的调查结果,而仅处理那些为解决争端所必须处理的问题,对于其余问题不必进行额外的调查。^②至于这些额外调查是否有助于促进一个争端的迅速和有效解决,则由上诉机构根据每个案件的具体情况而定。^③“上诉机构关于如何^④‘处理’上诉中每一问题的决定应该被理解为其适当行使其裁决职能之义务的延伸。鉴于《谅解》第17条第12款所述的明确语言,即‘应当处理’,上诉机构不需要提供理由来说明为什么它对当事方根据《谅解》第17条第6款在上诉中适当提出的特定问题进行裁决。然而,例如,当上诉机构认为对上诉问题的进一步调查并非为促进争端的迅速有效解决所必需,它会在其报告中对此予以解释。”^⑤

但是,上诉机构的职权是有限的。该上诉机构成员还注意到《谅解》第3条第2款,该条款并不鼓励“上诉机构通过在解决特定争端的背景之外阐明世贸组织协定的现有条款来‘造法’”。不能期待上诉机构超出特定争议所要求的范围以一种抽象的方式提供关于涵盖协定条款的释义指南。这样做将超出根据《谅解》所设想的上诉机构的裁判职能。^⑥概言之,上诉机构不能以解释世贸组织涵盖协定条款之名来行“造法”之实。假设上诉机构在审理特定争端时,对某些问题的处理会产生“造法”的效果,那么此时上诉机构可以在此问题上适用司法节制原则。

至于“问题”,从形式逻辑上来讲,一个“问题”(issue)可以被分为若干“子问题”(sub-issue),甚至一个“子问题”还可以进一步被划分为若干子问题。换言之,

① India - Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules (India - Solar Cells), WT/DS456/AB/R, para. 5.156.

② 上诉机构在早前的另一个案件中也表达了这种观点。United States - Subsidies on Upland Cotton (US - Upland Cotton), WT/DS267/AB/R, para. 510.

③ India - Solar Cells, WT/DS456/AB/R, para. 5.157.

④ 此处强调在原文中就有。

⑤ India - Solar Cells, WT/DS456/AB/R, para. 5.160.

⑥ India - Solar Cells, WT/DS456/AB/R, para. 5.161.

《谅解》第17条第12款中的“问题”可以被分为若干层级。该条款要求上诉机构处理在上诉中被提出的每一“问题”,但没有进一步阐明该条款中的“问题”是指哪一层级的“问题”。因此,笔者认为,可以把该条款中的“问题”理解为上诉机构所界定的第一层级的“问题”,而第一层级问题项下细分的“子问题”并非该条款所指的“问题”。在这种解读下,若第一层级的“问题”被划分为3个“子问题”,而且解决了其中2个子问题就足以解决该第一层级的“问题”,那么上诉机构可以只处理这2个子问题,对于其余1个子问题适用司法节制原则而不予处理。同时,如果一个案件在上诉中涉及4个第一层级的“问题”,那么上诉机构需要对这4个问题都予以处理,否则便不符合《谅解》第17条第12款所规定的处理“每一问题”的最低限度的要求。

实际上,这一观点也得到了上诉机构争端解决实践的佐证。例如,在美国税收激励措施案中,美国对大型民用航空器采取了若干税收激励措施,其中一项措施是降低适用于商业飞机制造和销售业务活动的商业和职业的税率(以下简称“航空商业与职业税率措施”)。欧盟认为这些措施违反了世贸组织的若干规定,于是将美国诉至世贸组织。在专家组作出裁决之后,美欧双方均不满专家组的裁决,于是分别提出上诉。在上诉中,上诉机构要处理的一个问题是:专家组在其根据《补贴与反补贴措施协定》(以下简称《反补贴协定》)第3条第1款第2项进行事实上的相关性分析时是否犯了错误。为了解决这一问题,上诉机构需要处理2个子问题:(1)专家组认定争议措施反映了要求使用国产品而非进口产品的条件,专家组作出这一认定是否错误解释和适用了《反补贴协定》第3条第1款第2项(美国提出的上诉请求)。(2)专家组是否根据《谅解》第11条对其审议的事项作出客观评估(美国和欧盟提出的上诉请求)。经审理,上诉机构推翻了专家组在第一个子问题上的裁决之后,认为其不必处理第二个子问题——美国和欧盟根据《谅解》第11条提出的上诉请求。^①

(三)小结

也许在世贸组织刚成立的头几年,反对上诉机构在争端解决中适用司法节制原则的观点更占上风。但随着时间的流逝以及世贸组织争端解决实践的日益成熟,支持或者至少默认上诉机构在争端解决中适用司法节制原则的观点则有更大的市场。毕竟,如果世贸组织成员强烈反对上诉机构在争端解决中适用司法节制原则,该原则在上诉阶段的使用率就不会高达近70%。

^① United States - Conditional Tax Incentives for Large Civil Aircraft, WT/DS487/AB/R, paras. 4.1, 5.83, 5.84 and 6.6. Also see Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services, WT/DS453AB/R, paras. 4.1 and 6.78.

三、司法节制原则作为节省司法资源的工具

值得注意的是,上诉机构在适用司法节制原则时,从不使用“司法节制”这一措辞,而是往往较为隐晦地说“我们找不到令人信服的理由(去审查这一问题)”^①、“我们无须决定(这一问题)”^②、“我们认为没有必要(审查这一问题)”^③或“我们对……不发表意见”^④。

一般情况下,上诉机构适用司法节制原则是为了节省司法资源,并未掺杂太多政治上的考虑。具体而言,其可能在实体问题和程序问题上适用该原则。

(一)司法节制原则在实体问题上的适用

截至目前,上诉机构在争端解决实践中发展出了两类在实体问题上适用司法节制原则的惯例:一是上诉机构在可以完成法律分析的情况下没有完成法律分析;二是在附条件之上诉请求条件成就时,上诉机构却不审查该上诉请求。下面将分别对这两类惯例进行论述。

1. 可以完成但没有完成法律分析

当上诉方提出一个问题并请求上诉机构在其推翻专家组的某项裁决时完成法律分析,而上诉机构也推翻了专家组的该项裁决时,上诉机构并未依上诉方的请求对该问题完成法律分析(*complete the analysis*),这是上诉机构在实体问题上适用司法节制原则的一种情况。上诉机构之所以没有完成法律分析,并非因为其无法这么做(例如专家组没有提供足够的事实认定,上诉机构无法根据专家组的事实认定来完成法律分析),而是其认为完成法律分析对于解决争端并非必要。^⑤

上诉机构在美国博彩案中就运用了这种类型的司法节制。在该案中,美国采取了限制跨境提供博彩服务的措施。美国主张,即便其措施违反了《服务贸易总协定》(以下简称“GATS”)项下的义务,这些措施可以依据GATS的两项例外来证

① US - Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, para. 510.

② United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US - Gambling), WT/DS285/AB/R, para. 156.

③ European Communities - Selected Customs Matters (EC - Selected Customs Matters), WT/DS315/AB/R, para. 243.

④ United States - Measures Relating to Shrimp from Thailand [US - Shrimp(Thailand)], WT/DS343/AB/R; United States - Customs Bond Directive for Merchandise Subject to Anti-Dumping/Countervailing Duties (US - Customs Bond Directive), WT/DS343,345/AB/R, para. 319.

⑤ Alberto Alvarez-Jimenez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, 12 *Journal of International Economic Law* 400, 403 (2009).

明其合理性:一是这些措施是GATS第14条第1款所说的为保护公共道德所必需的措施;二是这些措施是为了使与GATS第14条第3款不相抵触的法律和法规得到遵守。专家组裁定涉案措施违反了WTO的相关规定,而且美国不能依据其援引GATS第14条的两个例外规定获得豁免,因为有其他合理存在的方法达到美国保护公共道德和实施国内法律法规的目的(即这些措施并非GATS第14条所说的为保护公共道德和实施国内法律法规所“必需的”措施)。在涉案措施是否能根据GATS第14条第1款证明其合理性这一问题上,上诉机构推翻了专家组的裁决,不同意专家组所认为的“美国能采取其他措施以确保其所想达到的保护公共道德的水平”。^①美国在上诉中提出,若上诉机构推翻了专家组关于涉案措施并非确保国内法律法规得到遵守所必需的裁决,那么希望上诉机构完成法律分析,进而认定能根据GATS第14条第1款和第3款证明涉案措施的合理性。^②上诉机构认为,其已发现涉案措施落入第14条第1款的范围(即涉案措施是为保护公共道德或维护公共秩序所实施的措施),因而没必要决定这些措施是否也能根据第14条第3款被证明是合理的(即不必审理涉案措施是否为确保国内法律法规得到遵守所必需的)。③换言之,上诉机构对美国关于完成法律分析的请求适用了司法节制原则。

上诉机构的这一做法是符合其职权的。根据《谅解》第17条第13款,上诉机构可以“维持、修改或撤销”专家组的法律调查结果和结论,完成法律分析则超出了这一职权范围。^④上诉机构在可以完成法律分析时却不如此行事,可能是为了节省司法资源,不必超出职权范围完成法律分析。^⑤

2. 附条件之上诉请求的条件成就,但不审查该上诉请求

在有些案件中,当上诉方提出一个附条件的上诉请求,而且该条件成就时,上

① US - Gambling, WT/DS285/AB/R, para. 373(D)(iii)(b).

② US - Gambling, WT/DS285/AB/R, para. 34.

③ US - Gambling, WT/DS285/AB/R, para. 337.

④ Joost Pauwelyn, Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix it, https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/2009/02/appeal_without_remand.pdf, visited on 19 December 2017.

⑤ 也许有人认为,既然完成法律分析并未落入上诉机构的职权范围,那么上诉机构不完成法律分析也并不是适用司法节制原则。笔者并不同意这一看法,这主要是因为司法节制原则主要是针对法律请求(legal claim)适用的。这意味着,如果上诉方的上诉请求是请求上诉机构对某问题完成法律分析,那么上诉机构没有审理这一上诉请求就是对该请求适用了司法节制原则。See European Communities - Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China [EC - Fasteners (China)], WT/DS397/AB/R, para. 511.

诉机构仍然可能拒绝审理这一上诉请求,因为其认为这对于解决争端并非必要。

在美国对某些钢铁产品进口的最终保障措施案(以下简称“美国钢铁保障措施案”)中,上诉机构裁定,美国对薄片钢和不锈钢丝采取的保障措施违反了GATT第19条第1款第1项以及《保障措施协定》第2条第1款、第3条第1款和第4条第2款。^①包括巴西、日本和韩国在内的上诉方提出了一个附条件的上诉请求,即如果上诉机构推翻了专家组关于进口激增和因果关系的裁定(这些裁定是对美国不利的),那么希望上诉机构裁定这些保障措施违反《保障措施协定》第5条第1款,因为它们超过了防止或补救美国产业所遭受的严重损害所必需的限度。上诉机构推翻了专家组关于薄片钢和不锈钢丝进口激增的裁决。因此,解决上诉方关于《保障措施协定》第5条第1款项下的请求的条件已经成就。然而,上诉机构对这一上诉请求适用了司法节制原则,并没有审理这一问题。上诉机构指出,因为已经认定涉案措施违反了《保障措施协定》的其他条款,“在我们看来,为了解决争端之目的,我们没有必要裁定美国实施这些措施是否也违反其在《保障措施协定》第5条第1款项下的义务”。^②

在这种情况下,判断上诉机构是否合法适用司法节制原则需要考虑两方面的问题:第一,适用该原则会否使争端得到积极解决;第二,上诉机构是否仅对被某个问题涵盖的子问题或上诉请求适用了司法节制原则。前者是上诉机构会重点考虑的问题,后者是较容易被忽略的问题。在美国钢铁保障措施案中,上诉机构似乎没有把这一附条件的上诉请求归类到任何一个“问题”项下。因此,尽管上诉机构对该上诉请求适用司法节制原则并不违反争端解决机制的目的,但在形式上,其违反了《谅解》第17条第12款关于审理“每一问题”的要求。

(二)司法节制原则在程序问题上的适用

近年来,上诉机构有时在程序问题上适用司法节制原则,这一程序问题涉及《谅解》第11条的规定。简单而言,当上诉方试图推翻专家组对某些实体问题的裁决时,其往往同时主张专家组违反了《谅解》第11条的规定,即上诉方认为专家组没有按照该条的规定对其审议的事项作出客观评估。针对上诉方关于实体问题的请求,上诉机构可能予以支持、驳回或不予审查,但无论作出何种裁决,上诉机构都会对与实体请求捆绑的程序请求适用司法节制原则而略过对程序请求的审查。下面将对三种情形下上诉机构在程序问题上适用司法节制原则的做法进行论述。

^① United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products (US - Steel Safeguards), WT/DS248,249,251,252,253,254,258,259/AB/R, paras. 513(a) and (b).

^② US - Steel Safeguards, WT/DS248,249,251,252,253,254,258,259/AB/R, paras. 229, 512.

1. 支持上诉方的实体请求并在程序问题上适用司法节制原则

上诉方常常会请求上诉机构推翻专家组在某个实体问题上的裁决,如果上诉机构支持了上诉方的这一实体请求,那么有时候上诉机构会认为没有必要对上诉方在《谅解》第11条项下的主张进行审理,^①毕竟否定专家组在实体问题上的裁决就已经证明了专家组对其审议事项未作客观评估。

例如,在美国博彩案中,上诉机构在推翻了专家组的有关实体裁决之后,拒绝对美国关于专家组违反《谅解》第11条的主张进行审理。上诉机构说:“我们注意到美国还根据《谅解》第11条提出了一个关于专家组评估安提瓜初步(*prima facie*)案件的上诉。美国认为专家组没有遵守《谅解》第11条规定的义务,这不仅是因为专家组在调查一个初步案件中犯了错误,而且还因为‘专家组严重背离了其作为客观裁决者的恶劣性质’。我们已经基于安提瓜初步没有违反(GATS)^②第16条第2款而认为专家组对上述州法律(state law)的审查是错误的。因此,为了解决此争端,我们无须决定在评估安提瓜的初步案件时专家组是否履行其在《谅解》第11条项下的义务。”^③

又如,在印度关于进口特定农产品措施案(以下简称“印度农产品案”)中,印度提出了若干个关于专家组违反《谅解》第11条的主张。其中,上诉机构在推翻了专家组关于《实施卫生与植物卫生措施协定》(以下简称“《SPS协定》”)第2条第2款的实体裁决之后,不再对印度根据《谅解》第11条提出的第一个主张进行审理。上诉机构表示,这是因为,即便其赞成印度关于该程序问题的主张,也会跟其仅审查专家组关于第2条第2款的实体裁决得到一样的结果。^④换言之,在上诉机构看来,无论其是否审查印度根据《谅解》第11条提出的第一个主张,最终的裁决结果在本质上都是一样的。

再如,在最近一个中国对欧共同体^⑤提起的执行之诉,即欧共同体对中国的某些铁或钢铁紧固件的最终反倾销措施的执行之诉案(以下简称“欧共同体紧固件执行之诉案”)中,上诉机构也在同样的程序问题上适用了司法节制原则。在该案中,中

① See Alberto Alvarez-Jimenez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, 12 *Journal of International Economic Law* 400 (2009).

② 此处为笔者的补译。

③ US - Gambling, WT/DS285/AB/R, para. 156.

④ India - Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products, WT/DS430/AB/R, para. 5.43.

⑤ 在2009年11月30日之前,欧盟(European Union, EU)在世贸组织中被称为欧共同体(European Communities, EC)。See *The European Union and the WTO*, https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_communities_e.htm, visited on 22 August 2017.

国主张专家组违反了《谅解》第11条,因为在处理中国关于欧共同体应对原材料获取、自产电力的使用、原料消耗效率、用电效率和员工生产力的差异性进行调整的主张时,专家组只关注了用电效率方面的差异。此外,中国认为专家组违反了《谅解》第11条,因为其把证据与这些所声称的差异隔离开来考量。在推翻了专家组关于《反倾销协定》第2条第4款的解释和适用方面的裁决之后,上诉机构认为其无须对专家组是否如中国所说的那样在裁决时没有对事实作出客观的评估进行单独的调查,即上诉机构认为其无须对专家组是否违反《谅解》第11条进行审理。^①

2. 驳回上诉方的实体请求并在程序问题上适用司法节制原则

如果上诉机构驳回了上诉方关于推翻专家组在实体问题上的裁决的请求,那么有时上诉机构会认为没有必要对上诉方在《谅解》第11条项下的主张进行审理。

例如,在美国对中国某些产品的反补贴税案中,中国请求上诉机构推翻专家组关于《反补贴协定》第14条第4款的解释,并请求上诉机构认定专家组没有对本案事实进行客观的评估进而违反了《谅解》第11条。上诉机构理解中国根据《谅解》第11条提出的请求是基于其关于《反补贴协定》第14条第4款的解读有别于专家组的解读,但是上诉机构并不同意中国对于《反补贴协定》第14条第4款的解读。在驳回了中国关于推翻专家组裁定的论证之后,为了给本争端提供一个积极的解决方案,上诉机构认为其无须对中国根据《谅解》第11条提出的关于认定专

^① European Communities - Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China, Recourse to Article 21.5 of the DSU by China, WT/DS397/AB/RW, para. 5.243. 关于上诉机构在程序问题上适用司法节制原则的更多案件,参见 United States - Certain Methodologies and Their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China, WT/DS471/AB/R, footnote 197; United States - Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea, WT/DS464/AB/R, paras. 5.286 and 6.15; Colombia - Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, WT/DS461/AB/R, para. 5.94; United States - Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India, WT/DS436/AB/R, para. 4.47; Japan - Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea, WT/DS336/AB/R, para. 201; United States - Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Argentina, WT/DS268/AB/RW, para. 185(a); EC - Selected Customs Matters, WT/DS315/AB/R, paras. 243 and 270; US - Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, para. 695。

专家组没有对案件事实进行客观评估的请求予以裁决。^①

在早前的美国博彩案中,上诉机构也在这种情形下对上诉方关于《谅解》第11条的请求适用了司法节制原则。在上诉中,上诉方安提瓜认为专家组违反了《谅解》第11条的规定,因为专家组未能充分重视美国承认存在“全面禁止”博彩服务的情况。上诉机构注意到安提瓜的这一论点是基于其一个更宽的上诉主张,即专家组错误地认定“完全禁止”不被视为一项“措施”。鉴于上诉机构已经驳回了安提瓜关于推翻专家组关于“完全禁止”的裁决的请求,上诉机构认为其无须裁决专家组是否履行了其在《谅解》第11条项下的义务。^②

3. 因拒绝对相关实体问题审查而在程序问题上适用司法节制原则

有时候,上诉机构会因拒绝对相关实体问题进行审查而对与其捆绑的程序问题也适用司法节制原则。

例如,在欧共体对中国的某些铁或钢铁紧固件的最终反倾销措施案(以下简称“欧共体紧固件案”)中,欧盟在上诉中主张专家组错误地判定其《反倾销基本条例》第9条第5款违反了《反倾销协定》及GATT1994的相关规定,并请求上诉机构推翻专家组的这些裁决。^③同时,欧盟基于专家组对《反倾销基本条例》第9条第5款问题的错判,请求上诉机构认定专家组违反了《谅解》第11条,因为专家组没有对其审议事项作出客观评估。^④

上诉机构认为,证明《反倾销基本条例》第9条第5款违反GATT1994第1条第1款的前提条件是要审查《反倾销基本条例》第9条第5款是否违反GATT1994第6条的规定,但是专家组并未遵循这一基本分析步骤。而且中国并没有向专家组主张《反倾销基本条例》第9条第5款违反GATT1994第6条,争端双方也没有在此争端中论证《反倾销协定》的条款和GATT1994的条款之间的关系。因此,上诉机构认为在缺乏争端当事方关于GATT1994第6条主张的情况下,其不宜对欧盟在GATT1994第1条第1款项下的请求继续审查。此外,上诉机构已经支持了专家组关于《反倾销基本条例》第9条第5款“本身”违反《反倾销协定》第6条第10款和第9条第2款的裁决,进一步审查《反倾销基本条例》第9条第5款是否违反GATT1994第1条第1款对于解决争端而言并非必要。因此,基于上述理由,上诉

① United States - Countervailing Duty Measures on Certain Products from China, WT/DS437/AB/R, para. 6 of ANNEX I and paras. 4.72-4.73.

② US - Gambling, WT/DS285/AB/R, para. 128.

③ EC - Fasteners (China), WT/DS397/AB/R, para. 7.

④ EC - Fasteners (China), WT/DS397/AB/R, Section I Council Regulation No. 1225/2009 (“The Basic AD Regulation”) of Annex I.

机构拒绝对专家组关于《反倾销基本条例》第9条第5款违反GATT1994第1条第1款的判定进行裁决,并宣布专家组的这部分裁决缺乏实际意义和法律效力。鉴于此,对于与GATT1994第1条第1款捆绑的程序请求,即关于专家组违反《谅解》第11条的请求,上诉机构认为无须处理。^①

由此可见,上诉方根据《谅解》第11条提出的上诉请求往往与一定的实体请求捆绑,这种程序性上诉请求往往不具独立意义。无论上诉机构对上诉方的相关实体请求是支持、反对还是不予审查,与之捆绑的程序请求——请求上诉机构认定专家组违反《谅解》第11条——通常会因上诉机构适用司法节制原则而不被审查。上诉机构在这一程序问题上适用司法节制原则是可以理解的,因为审查该问题对于解决争端并非必要。此外,这一程序问题通常是被某个实体问题覆盖的子问题,上诉机构对这类子问题适用司法节制原则并不违反《谅解》第17条第12款的要求。

四、司法节制原则作为司法规避和克制的工具

这类适用司法节制原则的惯例主要是上诉机构不愿处理一个问题或者出于个案特有的理由认为不宜处理一个问题时,上诉机构会在不影响解决争端的前提下,采取一些步骤或者方法去规避对该问题的处理。上诉机构会规避的问题可能有程序问题和实体问题。^②与前述上诉机构适用司法节制原则的惯例相比,二者的区别主要在于前者不处理某个问题是出于节省司法资源这一经济方面的考虑,而后者除了基于经济方面的考虑,更多地是考虑非经济方面的因素,例如这是一个体系性问题,不宜由上诉机构在个案中对该问题予以解答,否则可能造成“司法权”对“立法权”的僭越。在此,上诉机构把司法节制原则当做司法规避和克制的工具。^③

(一)用司法节制原则来规避对某些程序问题的处理

在墨西哥对来自美国的高果糖玉米糖浆反倾销调查执行之诉案(以下简称“墨西哥玉米糖浆执行之诉案”)中,上诉机构用司法节制原则规避了对程序问题的处理。

^① EC - Fasteners (China), WT/DS397/AB/R, paras. 395-398.

^② 这种做法适用于程序问题和实体问题,但考虑其特殊性,本文单独用一个部分对其进行讨论。

^③ See Alberto Alvarez-Jimenez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, 12 *Journal of International Economic Law* 407 (2009); 朱广东、刘利平:《WTO争端解决中司法克制与司法节制的界分》,《江苏商论》2005年第12期,第82页。

在该案中,墨西哥(被申诉方)和欧共体(第三方)认为,专家组要处理的一个问题是:在根据《谅解》第21条第5款^①提起执行之诉之前,申诉方是否需要与被申诉方进行磋商,即磋商是不是执行之诉程序的必要组成部分。墨西哥和欧共体认为,《谅解》第21条第5款里的“这些争端解决程序”应该被解读为《谅解》里包含的所有程序,包括《谅解》第4条的磋商及第6条成立专家组的程序。但美国认为“这些争端解决程序”指的是《谅解》所规定的某些程序,而非所有程序,特别是第21条第5款说明了其唯一的先决条件是对一个成员是否执行了争端解决机构的建议和裁决存在分歧。^②简言之,争端方对《谅解》第6条第2款所规定的磋商程序是否应适用于《谅解》第21条第5款的执行之诉有争议,然而专家组没有对此问题进行裁决,墨西哥对此提出上诉。墨西哥认为,如果提起执行之诉之前要进行磋商,但实际上美国和墨西哥并没有进行磋商,那么本案专家组的成立就是不恰当的。^③

正常的分析顺序是上诉机构先决定《谅解》第6条第2款的磋商程序是否应适用于第21条第5款的执行之诉,然后再分析缺乏磋商是否会导致专家组的成立不恰当。然而,上诉机构调转了这一顺序,先分析了后一问题。上诉机构认为,其不必对《谅解》第6条第2款是否应适用于《谅解》第21条第5款这一问题进行审查,而只需要解决墨西哥的反对意见是否会导致专家组被剥夺处理本案事项的权力。为此,上诉机构假设《谅解》第6条第2款磋商程序能适用于第21条第5款的执行之诉,在此假定下,上诉机构发现缺乏磋商并不会剥夺专家组处理争端的权力。因此,上诉机构裁定其不必对《谅解》第6条第2款的磋商程序能否适用于第21条第5款的执行之诉进行裁决。^④

也许《谅解》第6条第2款能否适用于《谅解》第21条第5款是一个比较重要的体系性问题,上诉机构可能觉得其不宜在个案中回答,于是通过调整分析顺序,先处理一个比较容易解决的问题——不磋商会不会影响专家组的成立,解决了较容易的问题之后,发现是否解决“疑难”的体系问题都不影响争端的解决,于是在疑难问题上适用了司法节制原则。

^① 《谅解》第21条第5款对执行之诉作出了规定:“如在是否存在为遵守建议和裁决所采取的措施或此类措施是否与适用协定相一致的问题上存在分歧,则此争端也应通过援引这些争端解决程序(these dispute settlement procedures)加以解决。”

^② Mexico - Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States (Mexico - Corn Syrup (Article 21.5 - US)), WT/DS132/AB/RW, para. 52.

^③ Mexico - Corn Syrup (Article 21.5 - US), WT/DS132/AB/RW, paras. 34(a) and 9.

^④ Mexico - Corn Syrup (Article 21.5 - US), WT/DS132/AB/RW, paras. 53 and 67.

(二)用司法节制原则来规避对某些实体问题的处理

上诉机构不仅用司法节制原则来规避对程序问题的处理,而且用该原则来规避对实体问题的处理。

例如,在美国关于泰国虾的措施以及美国关于反倾销/反补贴税商品的海关债券指令案(以下简称“美国海关担保案”)中,其中一个申诉方印度就专家组不予裁决一个“门槛”问题的做法提出上诉。该“门槛”问题是:GATT1994第20条第4款^①能否被用来证明一项具体的反倾销或反补贴措施是合理的。印度反对第20条第4款的适用,因为GATT1994第6条、附加说明(Ad Note)和《反倾销协定》构成一个“完整的、自给自足的法典”,反倾销措施必须根据这些规定来实施。因此,在与《反倾销协定》结合解读的前提下,只要一项措施不符合有关GATT1994第6条的任何条款,就应当认为其与这些协定的相关条款都不相符。任何允许世贸组织成员用GATT1994第20条第4款来证明一项不被允许实施的特定反倾销行动的合理性的解读,都将使得《反倾销协定》第18.1条变成一个“无用的”(inutile)条款。^②

为了避开印度在上诉中提出的这一体系性问题——GATT1994第20条第4款能否被用来证明一项“非法”反倾销措施的合理性,上诉机构调转了印度建议的分析顺序,表明上诉机构显然不乐意解决这一体系性问题。^③上诉机构指出,在其报告中说到,印度的上诉提出了一个体系性问题:能否用GATT1994第20条第4款来为一个《反倾销协定》第18.1条意义上的“反倾销特定行动”(specific action against dumping)进行辩护,而且这么做不能违反GATT1994第6条第2款和第3款的附加说明以及《反倾销协定》第18.1条。假设美国可以这么进行抗辩,上诉机构将进而考虑美国的上诉,即争议措施是否为保证GATT1994第20条第4款意义上的特定美国法律法规得到遵守所“必需的”。上诉机构决定在审查美国能否用第20条第4款进行抗辩之前,先审查专家组关于“必要性”问题的裁定是否恰当。美国称其争议措施是为了保证反倾销和反补贴税的最终征收。经审查,上诉机构发现这一措施并不有助于该目的的实现,所以不符合必要性的要求。也就是说,即便能用GATT1994第20条第4款来为一个《反倾销协定》第18.1条意义上的“反

① GATT1994第20条是“一般例外”条款,其中第4款允许世贸组织成员采取“为保证与本协定规定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的措施,包括与海关执法……有关的措施”。

② US - Shrimp (Thailand), US - Customs Bond Directive, WT/DS343, 345/AB/R, para. 108.

③ See Alberto Alvarez-Jimenez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, 12 *Journal of International Economic Law* 408 (2009).

倾销特定行动”进行辩护,在本案中,美国的抗辩也不能成功。鉴于此,上诉机构是否解答印度所指的“门槛”问题对于解决争端都并非必要,所以上诉机构不对该“门槛”问题表达意见。^①

与墨西哥玉米糖浆执行之诉案类似,上诉机构在美国海关担保案中也调整了分析顺序。正常顺序是先决定美国是否可以援引 GATT1994 第 20 条第 4 款,若答案是肯定的,再进行第二步分析——涉案措施是否符合 GATT1994 第 20 条第 4 款的规定。但上诉机构先进行第二步分析,在认定涉案措施不符合 GATT1994 第 20 条第 4 款的规定之后,其发现为了解决争端之目的,没必要再回答第一个问题,即上诉机构对该问题适用了司法节制原则。由此可见,上诉机构再次在一个体系性问题上,通过调整分析顺序来达到规避的目的。

然而,对于用司法节制原则来规避审理体系性问题,上诉机构的态度是非常谨慎的,只在极少数的例外情况下才这么做。例如,美国海关担保案的上诉机构报告发布之后,在中国影响某些出版物和音像娱乐产品的交易权利和分销服务的措施案(以下简称“中国出版物案”)中,专家组沿用了上诉机构在美国海关担保案中的做法,却遭到了上诉机构的批评。

具体而言,在该案中,中国的涉案措施涉嫌违反《入世议定书》第 5 条第 1 款,中国认为可以援引 GATT1994 第 20 条第 1 款为涉案措施辩护。正常而言,专家组应首先解决中国能否援引 GATT1994 第 20 条第 1 款,如果确认中国可以援引 GATT1994 第 20 条第 1 款,然后在此基础上审理涉案措施是否符合第 20 条第 1 款的规定。然而,专家组先假定中国可以援引 GATT1994 第 20 条第 1 款,^②然后直接分析涉案措施是否符合第 20 条第 1 款的规定。在认定涉案措施并非第 20 条第 1 款所指的“为保护公共道德所必需的”之后,专家组认为其无须对第 20 条第 1 款的可适用性问题作出裁决。^③

然而,上诉机构批评了专家组的做法,认为专家组关于 GATT1994 第 20 条第 1 款的调查结论在某种程度上取决于中国能否援引该条款进行抗辩;此外,若不阐明中国可否援引第 20 条第 1 款进行抗辩,则可能使本案参与者不确定中国在执行中所享有的监管范围,也不确定任何执行措施在事实上是否符合中国的世贸组

① US - Shrimp (Thailand), US - Customs Bond Directive, WT/DS343, 345/AB/R, paras. 310-319.

② China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China - Publications and Audiovisual Products), WT/DS363/R, para. 7.745.

③ China - Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/R, para. 7.914.

织义务,甚至可能进一步引发执行之诉。因此,上诉机构认为,专家组的做法“可能会与通过争端解决来促进安全和可预测性的目的不符,也可能无法协助解决本争端,特别是因为这一方法冒着给中国实施义务制造不确定性的风险”。^①

上诉机构在批评了专家组的做法之后,亲自审理了这一体系性问题:《入世议定书》第5条第1款的介绍性条款是否允许中国根据第20条第1款提出抗辩。在确立中国能援引该条款进行抗辩之后,上诉机构还裁定涉案措施不符合第20条第1款的“必要性”要求。

随后,在中国原材料案和中国稀土案中,争端方也提出了与美国海关担保案和中国出版物案类似的问题,即中国能否援引GATT1994第20条来为涉嫌违反《入世议定书》第11条第3款的出口限制措施进行抗辩。在中国原材料案和中国稀土案中,专家组和上诉机构没有沿用上诉机构在美国海关担保案”的做法,还是遵循正常的分析顺序,先分析中国能否援引GATT1994第20条来为涉嫌违反《入世议定书》第11条第3款的出口限制措施进行抗辩,然后再分析中国的出口限制措施是否符合GATT1994第20条的规定。

(三)对中国出版物案的再思考

从目前有限的案例来看,在上诉机构不愿对一个体系性问题进行裁决,或者认为不宜对一个体系性问题进行裁决的时候,会把司法节制原则当做司法规避的工具来规避对体系性问题的审理。但是,上诉机构对这种适用司法节制原则的方法持谨慎态度,仅在不违背积极解决争端的目的以及不影响被诉方执行裁决的前提下,通过“假定”技巧来适用司法节制原则,进而规避对某些疑难体系性问题的处理。

然而,在某些情况下,上诉机构的这一谨慎并非无可挑剔。它在美国海关担保案和中国出版物案中的不同做法有可能违反平等原则。比利时法学家佩雷尔曼主张,正义总是意味着某种平等,即给予同一范围或阶层的人同样的对待。具体到司法领域,就意味着同等情况同等对待。^②平等原则已成为现代法律的基本原则,上诉机构在审理案件时也应遵循这一原则。^③

中国出版物案和美国海关担保案涉及相似的问题——世贸组织不同协定之间的关系。具体而言,前者涉及《反倾销协定》与GATT1994第20条的关系,后者

^① China - Publications and Audiovisual Products, WT/DS363/AB/R, paras. 213-215.

^② 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第334页;[美]E.博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第307-309页。

^③ 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第123页。

涉及《入世议定书》与GATT1994第20条的关系。显然,两案所涉问题是同性质的,而且都涉及其他协定与GATT1994第20条的关系,因而具有高度相似性。然而,上诉机构并未对相似问题作出相似裁决。在中国出版物案中,上诉机构回答了《入世议定书》与GATT1994第20条的关系,因为其认为,不回答能否援引GATT1994第20条将会影响执行。但对于如何影响执行,上诉机构仅仅用一两句话概括。这一论证的说服力似乎不够强。更重要的是,上诉机构并未说明,为什么前一个类似案件(美国海关担保案)没有说明GATT1994第20条的可援引性就不影响执行,而本案没有说明GATT1994第20条的可援引性却影响执行了。我们认为,按照一般逻辑,如果在美国海关担保案中不解答《反倾销协定》与GATT1994第20条之间的关系不会影响执行,那么在中国出版物案中不解答《入世议定书》与GATT1994第20条的关系理应也不会影响执行,因为两案涉及的这两个问题是同性质且类似的。

笔者注意到,两案的区别之处在于涉及的协定不同。美国海关担保案涉及的是GATT1994第6条、附加说明和《反倾销协定》与GATT1994第20条之间的关系,而中国出版物案涉及《入世议定书》与GATT1994第20条之间的关系。然而,这一区别不能成为上诉机构对类似问题作出不同裁决的正当理由。这主要是因为GATT1994、《反倾销协定》以及《入世议定书》都是《世贸组织协定》的组成部分,^①它们应当具有同等的法律地位。上诉机构之所以作出不同的裁决,可能是因为二者的实际影响范围不同。GATT1994和《反倾销协定》是多边贸易协定,对所有世贸组织成员具有约束力;虽然《入世议定书》也是《世贸组织协定》的组成部分,也对所有世贸组织成员具有约束力,但在具体内容上主要是规定中国所承担的义务,而并非其它世贸组织成员承担的义务。因此,从具体内容上看,GATT1994和《反倾销协定》的影响范围更广,而《入世议定书》的影响范围相对窄了许多。可能是基于这个原因,上诉机构决定不审查能否援引GATT1994第20条来为违反GATT1994第6条的任何相关条款(反倾销方面的条款)的措施进行抗辩,却认为应当审查能否援引GATT1994第20条来为违反《入世议定书》的措施进行抗辩。如果这一推测是正确的,那么上诉机构就可能对具有同等法律地位的不同协定采取了歧视对待措施,涉嫌违反平等原则。

需要注意的是,笔者并非主张上诉机构一定要在能否援引GATT1994第20条这一问题上适用司法节制原则,而是认为上诉机构在对类似问题作出不同决定时需要进行更充分和更严密的推理;否则,相关当事方很可能会觉得受到不公对待,

^① GATT1994和《反倾销协定》是《世贸组织协定》附件1A下的货物贸易多边协定。根据《中国入世议定书》第1条第2款,《中国入世议定书》是《世贸组织协定》的组成部分。

上诉机构也会涉嫌违反平等原则。

五、结语

尽管对《谅解》第17条第12款进行严格解读容易得出世贸组织上诉机构无权适用司法节制原则的初步结论,但实际上上诉机构已经在争端解决实践中适用司法节制原则,而且上诉机构的这些做法似乎得到了世贸组织成员的默认。从现有的争端解决实践来看,上诉机构既在程序问题上适用司法节制原则,也在实体问题上适用司法节制原则:前者主要涉及《谅解》第11条,即上诉机构无论对上诉方的相关实体请求是支持、反对还是不予审查,与之捆绑的程序请求——请求上诉机构认定专家组违反《谅解》第11条——通常会因上诉机构适用司法节制原则而不被审查。这种在程序问题上适用司法节制原则的做法没有太大争议。但在具体案件中,如果上诉机构并未在报告中把这一程序问题归类为被某个问题涵盖的子问题,那么其在形式上违反了《谅解》第17条第12款的要求。因此,对于上诉机构在程序问题上是否正确适用了司法节制原则,不能一概而论,而要在个案中进行具体的分析。后者主要是,当上诉机构认为解决一个实体问题对于解决争端并非必要时,那么其将出于司法节制的考虑不对该实体问题予以审查。此外,上诉机构还会出于个案特有的理由认为不宜在其当前审理的案件中对一个体系性问题作出裁决,进而运用司法节制原则来规避对疑难体系性问题的审理。无论上诉机构选择在具体个案中适用还是不适用司法节制原则,其都是基于《谅解》所规定的世贸组织争端解决机制的目的——积极解决争端。

司法节制原则是一项从实践中发展而来的原则,这意味着并没有条约或者“示范法”之类的软法调整这一原则的适用。错误适用这一原则可能会导致争端仅得到部分的解决。放在世贸组织争端解决的语境下,错误适用司法节制原则可能会削弱争端解决机制的功能和权威。如果专家组错误适用司法节制原则,还可以通过上诉程序予以纠正,但如果上诉机构错误适用该原则,就难以补救了。因此,上诉机构要更为慎重地适用该原则;而且无论其决定是否适用该原则,均应做到“同等情况同等对待”。

The Exercise of Judicial Economy by the WTO Appellate Body

Abstract: A strict interpretation of the Article 17.12 of Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) may render that the Appellate Body is not authorized to exercise judicial economy. Nevertheless, this issue remains controversial. In the dispute settlements of the WTO, the Appellate Body has exercised judicial economy in many cases. If the Appellate Body found it unnecessary to address a substantive issue for the purpose of dispute settlement, it would not review this issue out of the consideration of judicial economy. Besides, no matter if the Appellate Body upheld, reversed or made no finding on a substantive claim, it often made no finding on the relevant procedural claim. In addition to saving judicial resources, the Appellate Body may also exercise judicial economy to avoid reviewing certain knotty systemic issues.

Keywords: WTO; the Appellate Body; Principle of Judicial Economy; Dispute Settlement

(责任编辑:肖 军)