

论 WTO 争端解决机制中的举证责任

蔡学恩* 张发坤**

内容提要:WTO 的争端分两种类型,即“违法之诉”和“非违法之诉”。在“违法之诉”中,申诉方的举证责任较小,被诉方的举证责任较大,其举证责任与我国法律规定的“举证责任倒置”有些类似。在“非违法之诉”中,申诉方应承担主要的举证责任,被诉方的举证责任相对较小。这种举证责任既不同于我国民法中的举证责任,也不同于 WTO《反倾销协议》中规定的举证责任。其举证的关键在于证明被诉方的措施是否违法及不违法是否给相对方造成严重损害或严重损害威胁。

主题词:WTO 争端解决机制 举证责任

WTO 争端解决机制的法律文件主要有 WTO 协定的附件二,即《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称 DSU)。此外,还有 GATT 第 22、23 条规定、《关于关贸总协定第 22 条的规定》(即《关于解决影响某些缔约方利益的问题的程序决定》)、《关于补充关贸总协定第 23 条的规定》(即《发展中国家与工业化国家之间解决争端的特别程序》)、《就争端解决程序采取行动的决议》、《关贸总协定争端解决机制规则和程序改进的决议》、《东京谅解》、《关于服务总协定中部分争端解决程序的决定》等。在上述法律文件中,虽然没有关于举证责任及其后果的专门文件规定,但其关于举证责任的规则还是明确的,而且在关贸总协定和 WTO 处理的各类争端的案例中,形成了一些原则。这些原则成为 WTO 处理有关争端的依据。本文试图根据上述法律文件的规定,并结合有关的案例对 WTO 争端解决机制中的举证责任加以论述,希望能对我国在处理 WTO 争端时有所帮助。

一、申诉方的举证责任

WTO 争端可分为两种类型:一类是“违法之诉”,是指投诉国认为它依照关贸总协定直接或间接享有的利益由于被控国违反关贸总协定规定的行为或措施正在蒙受损失而提出的起诉;另一类是“非违法之诉”,是指关贸总协定缔约方认为另一缔约方采取的不与关贸总协定抵

* 湖北得伟律师事务所律师。

** 江汉大学法律系副教授。

WTO 争端解决机制的法律文件之所以包括 GATT 的有关文件,原因在于:第一,《WTO 协定》第 16 条第 1 款规定:“除本协定或各多边贸易协定另有规定外,WTO 须受 1947 年关贸总协定缔约方全体和在 1947 年关贸总协定框架内设立的各机构遵循的决定、程序和习惯做法的指导。”第二,DSU 第三条第 1 款规定:“各成员国确认,坚持在此之间依照 1947 年关贸总协定第 22 条和第 23 条及其进一步完善与修订的各项规则和程序所适用的处理争端之各项原则。”这就意味着,GATT 作为事实上的国际经济组织虽然已被 WTO 所取代,但 GATT 关于争端解决机制的法律不但没有失效,而且还是 WTO 相关机制赖以建立和发展的基础,WTO 法律文件则是它的继续和完善。

触的措施正在对它依照总协定直接或间接享有的利益造成丧失或损害而提出的投诉。对于不同类型的争端,申诉方的举证责任是不一样的。

(一)“违法之诉”中申诉方的举证责任

在“违法之诉”中,申诉方的主要举证责任是证明被诉方所采取的措施违反了WTO适用协定相关条款的规定。

1960年,关贸总协定缔约方全体裁定,与GATT不一致的措施被推定为造成了利益的丧失或损害,并且由被控方来证明事实并非如此。这一原则被正式规定在《东京谅解》中。该谅解的附件《对关贸总协定争端解决方面(第23条第2款)习惯做法的公认叙述》第五条规定:“违反关贸总协定的规定被认为构成表面证据确凿的损害或丧失的情况”。DSU第3条第8款对这一原则作了更加明确的规定。“如果存在违反根据有关协议规定所应承担义务的行为,则该行为被视为事实上构成利益丧失或损害的案件。这就意味着可以正常地推定,即违反这些规则对有关协议的其他当事成员方造成不良影响。在这种情况下,要由受指控的成员方来驳回指控”。该条表明:申诉方只需要证明被诉方违反了某一适用协定项下的义务即可,不需要证明其因此而受到的利益上的丧失或损害,这种利益上的丧失或损害是根据被诉方的“违法”而推定成立,不需要申诉方证明。我们可以将之称为“利益丧失或损害的事实推定”。

例如:在日本与欧盟、加拿大、美国关于酒类饮料的纠纷案中,欧盟、加拿大、美国诉日本对它们出口酒类饮料的征税高于国内同类产品,实行了歧视原则,违反了GATT1994年第3条第2款。专家小组在报告中指出:申诉方承担举证责任证明:第一,这些产品是类似产品;第二,对这些外国产品所征的税高于对国内产品所征的税。并裁决申诉方的理由成立。在这个案例中,专家小组没有要求申诉方证明其利益丧失和损害的事实客观存在。而最典型的案例则是美国等国诉欧共体牛肉进口限制措施违反DSU、SPM及GATT案。在该案中,因涉及到非常复杂的技术问题,因此,举证责任的确立和划分就明显非常重要。

GATT和WTO专家小组在处理案件的实践中,往往将这一推定绝对化,使之成为一种不可反驳的推定。1987年US-Superfund一案的专家小组在裁决中概括到:“本专家小组考察了缔约方全体在以前的案例中的做法。本专家小组注意到,此类主张在大量案例中都被提出,但在GATT历史中却没有某一缔约方能够成功反驳这一推定的案例。本专家小组裁定,尽管缔约方全体并未明确裁决非法措施导致利益的丧失或损害的推定是否能够被反驳,这一推定事实上是作为一项不可反驳的推定运行的。”这一原则在1987年的另一案例中得到了进一步的证实:1987年,在加拿大、欧共体和墨西哥共同诉美国石油和某些进口物品税收案中,专家小组指出:鉴于缔约方全体没有明确规定非法措施造成丧失或损害的假定是否可以被推翻,该假定在实践中已成为一种不可反驳的假定。也就是说,凡违反关贸总协定的措施,就

见余敏友、左海聪、黄志雄著:《WTO争端解决机制概论》,上海人民出版社2001年版,第119-129页。也有人将WTO争端分为三个类型,即除上述两种类型外,还增加了一种“情况变化投诉”,指由于“存在着任何其他情况”而引起的投诉。见蒋德恩编著《世界贸易组织中的争端解决》,对外经济贸易大学出版社1999年版,第67页。由于DSU对此未作具体规定,一般不予受理,本文亦不加论述。

Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance,附件第5条。

从前主编:《WTO法律规则与中国现行法律制度的应对与策略全书》,中国商业出版社2001年版,第1573页。

汤树梅、尹立主编:《以案说法·WTO篇》,中国人民大学出版社2002年版,第326页。

已对其他缔约方造成表面证据确凿的损害或丧失,不存在未造成损害或丧失的非法措施。被诉方不能对非法措施是否造成损害的问题进行反驳,而只能对一项被指控的违法措施是否违反关贸总协定规定进行反驳。

实践中,还没有一起被诉方“违法”并成功反驳利益的丧失或损害事实不成立的案例。因此,某些专家小组或上诉机构在大多数案件中往往在认定了被诉方违反了某一适用协定后就直接得出上述推定。例如,在 EC - Bananas 一案中,尽管欧共体在反驳时指出:美国从未向欧共体出口任何香蕉,因此不可能遭受任何贸易损害。专家小组仍然裁定:“欧共体对一系列 WTO 协定中义务的违反,构成了 DSU 第 3.8 条意义上的利益丧失或损害的初步证据,……假使这一推定能够被反驳,在我们看来欧共体没能成功反驳关于其对 GATT、GATS 以及许可证协议规则的违反导致的申诉方利益的丧失或损害的推定。”尽管欧共体对专家小组的这一裁决提出了上诉,上诉机构仍裁定,找不到任何推翻专家小组裁定的法律基础。

因此,被诉方因其违反某一适用协定而反驳申诉方利益丧失或损害事实不成立在理论上是可行的,但在实践中几乎没有任何实际作用。至今没有一例成功的反驳就证明了这一点。

(二)“非违法之诉”中申诉方的举证责任

和“违法之诉”中申诉方的举证责任相比较,“非违法之诉”中申诉方的举证责任要复杂得多。《1979 年谅解》附件《对关贸总协定争端解决方面(第 23 条第 2 款)习惯做法的公认叙述》第五条规定:“实际上,只有当缔约方认为其依照总协定的利益正在受到丧失或损害时,它才去援用第 23 条……如果援用第 23 条的缔约方指控某项不违反总协定的措施正在对它依照总协定享受的利益造成丧失或损害,它必须提出具体的正当理由。”

DSU 第 26 条“《1994 年关贸总协定》第 23 条第 1 款所述类型非违法之诉”的第一款第一项规定:“投诉方应该提供详细的正当理由支持其对某项不与有关适用协定冲突的措施所提出的任何投诉。”在“违法之诉”中,申诉方只需要证明被诉方违反了 GATT/WTO 协议中的某一适用协议即可,不需要提出具体的正当理由。而在“非违法之诉”中,申诉方提出起诉必须满足一个前提、三个条件。一个前提是非违法之诉是否可适用于有关适用协定。对于这一点,取决于各具体协定是否会有非违法之诉条款,即在具体协定中,允许对缔约方的不违反协定的行为提出申诉。在 WTO 各具体协定中,《服务贸易总协定》明文规定了此种条款,《与贸易有关的知识产权协定》则规定在 WTO 成立后 5 年内不适用非违法之诉,大多数贸易协定似乎允许适用非违法之诉。三个条件是:第一,WTO 成员采取了不与有关适用协定冲突的某种措施;第二,投诉方认为该适用协定直接或间接地赋予其利益;第三,由于该项措施,投诉方的利益受损或该协定的目标受阻。^①一个前提是申诉方提出申诉的法律依据,三个条件是申诉方必须加以证明,即申诉方须承担的举证责任。最典型的案例是“美日之间彩色胶卷案”。

二、被诉方的举证责任

(一)“违法之诉”中被诉方的举证责任

在“违法之诉”中,被诉方的举证责任主要是:第一,证明其采取的措施没有违反 GATT/

同注, P122。

Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance, 附件第 5 条。

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 第 26 条。

余敏友、左海聪、黄志雄著:《WTO 争端解决机制概论》,上海人民出版社 2001 年版,第 140 页。

① 同注。

WTO的有关协议;第二,虽然违反了GATT/WTO的有关协议,但没有给申诉方造成利益上的丧失或损害。

对于第一点可以从两个方面来加以证明:(1)其措施本身符合GATT/WTO的有关规定;(2)其措施属于GATT/WTO协议中的例外,在援用例外规定时,还要进一步证明其援用的例外规定与该例外规定条款的导言部分不相抵触,不是对例外条款的滥用。这一举证规则在下述案例中得到了证实。

1993年12月15日,美国环保局通过了《“燃料及燃料添加剂——改进的和传统的标准”的最后规则》,该规则规定:在美国境内的汽油销售方面,对国产汽油与进口汽油之间、不同汽油的进口国之间适用不同的质量标准。美国环保局制定的这一规则遭到了委内瑞拉、巴西等国的反对。双方经过磋商没有达成解决方案。委内瑞拉和巴西分别向WTO争端解决机构(DSB)提出申诉。美国被诉称不按照国民待遇原则对待从委内瑞拉、巴西进口的汽油,违反了GATT1994年第三条第四款。美国则引用GATT1994年第20条(b)、(d)、(g)的例外来进行抗辩。专家小组认为美国的汽油规则不属于GATT1994年第20条(g)所描述的“例外情形”,并建议争端解决机构要求美国修改汽油规则中与GATT1994不相符合的有关规定。美国不服专家小组的报告并提起上诉。上诉机构经过审查,撤销了专家小组的上述结论,认为美国的汽油规则属于GATT1994年第20条(g)的范围,但却进一步指出,专家小组没有审查其是否符合GATT1994年第20条及导言的要求,在法律上是错误的。上诉机构认为,援引GATT1994年第20条时,不仅要符合该条中某一款的规定,而且还要符合该条导言的要求,防止对GATT1994年第20条“一般例外”的滥用。由于美国没有提出令人信服的理由证明其采取的措施的必要性和合理性,上诉机构最后裁决:美国的汽油规则不符合GATT1994年第20条导言的要求,建议争端解决机构要求美国修改汽油规则。

对于上述第二点即其措施虽然违反了GATT/WTO的有关协议,但没有给申诉人造成利益上的丧失或损害,几乎是不可能被证明的。如前述,对于“违法之诉”已形成了一个利益上的丧失或损害成立的推定。到目前为止,还没有一个成功地推翻这一推定的案例。

(二)“非违法之诉”中被诉方的举证责任

在“非违法之诉”中,举证责任主要在申诉方,被诉方的举证责任较小,仅对其提出的抗辩理由提供证据。其抗辩的理由主要是:第一,申诉方的申诉没有可适用的协议;第二,申诉方所引用的适用协定没有赋予其直接或间接的利益,被诉方所采取的措施与申诉方无关;第三,被诉方所采取的措施没有导致申诉方的利益受损或申诉方所援引的适用协定的目标受阻。

被诉方的抗辩理由是在申诉方提出的申诉理由成立的情况下才需要证明其成立,否则,被诉方不用举证抗辩,专家小组或上诉机构也会驳回申诉方的申诉。

三、第三方的举证责任和专家小组或上诉机构对证据的收集

(一)第三方的举证责任

在GATT/WTO争端的处理过程上,常常有第三方加入,且在已处理的争端案件中,大多数都有第三方加入。为了使第三方的利益得到与申诉方和被诉方相同的法律保护,谅解第10条“第三方”规定:“争端当事各方的利益及与该争端有关任一适用协定其他成员国的利益应在专家小组程序中得到充分考虑。在专家小组处理的事项中有实质利害关系且就此通知争端解决机构的任何成员国(谅解称之为“第三方”),应有机会让专家小组听取意见并向专家小组提供书面答复”。(《谅解》第10条)虽然上述规定没有明确指出第三方应承担的举证责任,但从

上述规定中不难看出,要想成为争端的第三方,必须首先是在争端所涉及的适用协定中有利益存在,其次是在专家小组受理的事项中享有重大利益。也就是说,第三方需要证明自己在争端所涉及的适用协定中存在利益,在专家小组受理的事项中享有重大利益,这就是第三方须承担的举证责任。第三方如不能证明上述利益的存在,即举证不能,就不能成为争端的第三方。

(二) 专家小组或上诉机构对证据的收集

作为受理和处理争端的专家小组或上诉机构是没有举证责任的,但可以依法收集证据。GATT/WTO 的法律文件中虽没有要求专家小组或上诉机构举证的规定或意思表示,但为了查明事实,公正裁决,专家小组或上诉机构在认为必要时可以自行收集证据或将涉及科学、技术等复杂问题交由专家或专家组进行审查并提出意见供专家小组考虑。《谅解》第 13 条“获取资料的权利”规定:“每个专家小组有权向其认为适当的任何个人或机构获取资料和专门意见。……任何成员国应对专家小组索取其认为必要和正当的资料的任何要求作出迅速充分的答复。各专家小组还可以从任何有关来源索取资料并可以咨询专家以获得他们对该事项某些方面的意见。关于争端一方所提出的科学或其他技术性事项的事实问题,专家小组可以请求专家审查组提供一份书面咨询报告。”^①从上述规定可以看出,收集有关的证据及向专家咨询是专家小组或上诉机构的权利,WTO 的任何成员国应予以配合。

四、对 WTO 争端解决机制中举证责任的评价

GATT/WTO 争端解决机制所取得的成绩是巨大的。著名的 GATT 专家——美国乔治城大学教授约翰·H·杰克逊(John·H·Jackson)评价说:“GATT 的解决争端程序是一个十分成功的国际法律制度。在国际法律制度历史上达到如此辉煌巅峰者,若不算独一,至少是罕见的。这些机制的运作比预料的要好,至少它的成绩比国际法院好。”^②首任 WTO 总干事鲁杰罗对 WTO 争端解决机制给予了很高的评价,他说:“如果不提及争端解决机制,任何对 WTO 成就的评论都是不完整的。从许多方面来讲,争端解决机制是多边贸易体制的主要支柱,是 WTO 对全球经济稳定作出的最独特的贡献。任何对 WTO 成就的回顾都必须提到该机制,否则,这种回顾都是不全面的。与其前身关贸总协定相比,WTO 的争端解决机制从一开始就更加强大、有更高的自动性和更高的信誉度。”^③还有人认为,GATT 解决争端机制的成功,堪与它的另一伟大成就——关税减让相媲美,不论是设在海牙的国际法院,还是欧共体法院都相形见绌。^④GATT/WTO 争端解决机制的巨大成功,与它的举证规则是分不开的,说明其举证规则是较科学和合理的。

GATT/WTO 争端解决机制中关于对“违法之诉”举证责任的规定不同于我国《民事诉讼法》规定的举证规则,即谁主张谁举证。而类似于我国《民事诉讼法》中举证原则的例外即举证责任倒置。在“违法之诉”中,申诉方只需要证明被诉方采取的措施违反了有关的协定就可以推定其利益的丧失或损害事实成立。而不需要像我国《民事诉讼法》的举证规则要求的,不仅要证明行为违法,更重要的是还要证明损害事实的存在及损害事实与违法行为之间的因果联

^① Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes,第 13 条。

^② 从前主编:《WTO 法律规则与中国现行法律制度的应对与策略全书》,中国商业出版社 2001 年版,第 1567 页。

^③ Trading Into The future, WTO,1998,P68。

^④ 郭瑜编著:《国际经济组织法教程》,北京大学出版社 2002 年版,第 85 页。

系。它也不同于 WTO《反倾销协议》中所确定的举证规则。在反倾销案中,申诉方不仅要证明倾销存在,还要证明实质性损害或威胁的存在及两者之间的因果联系。在上述几种举证规则中,GATT/WTO 争端解决机制“违法之诉”的申诉人的举证责任最小。GATT/WTO 这样做的目的,不是为了减轻申诉方的举证责任,而是为了促使各成员国遵守 GATT/WTO 协议,更好地履行 GATT/WTO 的义务。GATT1994 第 23 条清楚地表明了这一目的。该条第 1 款规定,在即使没有规定禁止采取某一具体措施时,WTO 成员也要遵守适用协定的原则。^①

而在“非违法之诉中”,即使没有违反 GATT/WTO 协定的规定,也有可能被起诉,GATT/WTO 这样规定是基于公平和秩序的考虑。EEC - Wilseeds 一案的专家指出:“潜在的理念是,通过关税减让所能合法预期的改善的竞争机会,不仅可能被 GATT 所禁止的措施而且也可能被与该协定一致的措施所破坏,因此,无论该措施是否与总协定相冲突,受害方都应被赋予救济的权利”。因此,允许将成员方的“非违法”措施诉诸争端解决机构的真正意义在于确保 GATT/WTO 体制的完整性,使每一个成员方在签订协议时所预期的目的能够实现。

当然,GATT/WTO 也考虑到了“违法之诉”与“非违法之诉”的本质区别,因此,将“非违法之诉”作为争端解决机制的一种例外手段,而不是主要手段,并规定了申诉方的严格举证责任。这种“非违法”(在国内法律中与之相对应的是“无过错”)被追究责任在国内法律作为一种例外也是存在的。

因此,作为 WTO 的成员方,应严格遵守 WTO 所有协议、规定和文件等,认真履行自己的义务。作为企业,应善于利用 WTO 中的举证规则,有效地维护自己的合法权益。

(责任编辑:许康定)

^① The General Agreement on Tariffs and Trade,第 23 条。