

华

政

国际法评论

第一卷 VOL.1

HUAZHENG INTERNATIONAL LAW REVIEW

华东政法大学国际法人文基地 主办
华东政法大学国际法研究中心



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

本书由上海市教育委员会重点学科建设项目国际法学（J51103）资助
本书是高水平特色法学学科建设与人才培养工程（085工程）的阶段性成果



国际法评论

第一卷 VOL.1

HUAZHENG INTERNATIONAL LAW REVIEW

华东政法大学国际法人文基地 主办
华东政法大学国际法研究中心



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

华政国际法评论. 第1卷 / 华东政法大学国际法人文
基地, 华东政法大学国际法研究中心主办. —北京: 法
律出版社, 2012. 6

(华东政法大学国际法评论)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3532 - 1

I. ①华… II. ①华…②华… III. ①国际法—研究
IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 099390 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/何 敏

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/20 字数/314 千

版本/2012 年 6 月第 1 版

印次/2012 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3532 - 1

定价:43.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

《华政国际法评论》终于面世了。尽管类似评论的书已经有几种了,但我们仍然想作出自己的特色和品位,体现华政国际法学科的特点。从1981年起,华东政法大学(前身华东政法学院)国际法专业开始招收硕士研究生,1998年起招收博士研究生。30年来,国际法学科的发展走过高潮与低谷,但薪火不断,人才辈出。近千名学子在国际贸易、涉外法律服务、WTO、跨国公司等领域大显身手,体现了华政国际法学科的水平。有鉴于此,我们想开辟一个园地,让更多的耕耘者在这里交流,分享学术大餐。我们希望通过国际、国内多元文化的交流,把握当代国际法理论与实践的发展趋势,提升我国国际法教学与科研的水平。

本书收录了国际法领域的最新研究成果,共设“专稿”、“热点、前沿问题研究”、“探索与争鸣”、“案例研究”、“书评”五个栏目。“专稿”栏目分别收录了刘晓红、朱榄叶、刘宁元三位教授的文章,这些论文是他们多年教学与科研的心得。在《司法节制与WTO上诉机构发回重审权》一文中,朱榄叶教授详细分析了WTO争端解决机制17年的实践,依据详实的数据来证明:赋予上诉机构发回重审权可以完善相关的法律制度,但上诉机构没有这一权利并不影响整个争端解决机制的运行,即使赋予上诉机构发回重审权,也必须在配套程序方面做周密安排,以免为追求公正而不恰当地影响效率。在《中国建立临时仲裁制度的理性思辨》一文中,刘晓红教授针对临时仲裁的制度设计和价值取向进行了分析论证,并从中国目前建立临时仲裁的社会法律基础出发,认为临时仲裁与其他多元化争议解决机制一样,需要综合考虑支撑该制度合理有效运作的社会、经济和法律等各方面因素。在肯定建立临时仲裁制度的基础上,刘教授提出,在现有制度层面如欲建立临时仲裁,我们尚有一些来自社会和法律层面的障碍要克服。否则,非但无法达到建立该制度的初衷,反而会对我国仲裁制度的发展产生负面效应。刘宁元教授的《论价格违法和适当救济途径》一文审视了我国价格执法偏重于对价格违法做不正当价格行为定性和采用《价格法》救济途径的做法。他认为,

这既不能有效地遏制市场上的涨价风潮,也与我国市场体制下的价格管理目标不协调。刘教授提出,针对当前市场上多发的价格违法,根据我国干预市场价格的法律,价格违法应当被区别为不正当价格行为和价格垄断行为,其定性决定了不同的救济途径——《价格法》的救济途径和《反垄断法》的救济途径,一旦确定为价格垄断行为,我们应该坚决采用反垄断救济途径进行救济。

在“热点、前沿问题研究”栏目内,我们选用了研究生们的最新研究成果。有些是优秀硕士论文,有些是博士生的创新课题。在《金融危机下信用衍生品的国际监管路径》一文中,何侯硕士从英国留学回来后对信用衍生品的国际监管问题作了深入研究。他认为,信用衍生品已经成为一个高度自我监管的行业,作为一个行业交易所组成自律组织的 ISDA,其本身缺乏监管信用衍生品活动的权威和动机。尽管为了降低 CDS 系统性风险的中央清算系统也已经建立,但如今政治化的中央清算系统仍然一定的问题,它可能会导致减少相对方风险的效率大打折扣。文章认为,除了中央清算外,专门针对信用衍生品的监管者也是需要的。事实上,美国的相互交叉但存在监管空缺的监管体系虽然仍在运行,但过分依赖于 SEC 与 CFTC 的相互合作来实现对信用衍生品的监管,仍然不能解决当代金融危机下显露出来的种种问题。在《能源贸易安全的规则路径设计》一文中,谈中正博士以能源进口国视角来关注能源安全中的供给安全,并选取贸易层面作为分析对象。鉴于能源外交在经济全球化与世界能源新形势的背景下的限度,又鉴于规则与安全的契合逻辑,引出能源贸易安全的规则路径。谈博士运用法律经济学的方法,依次从三个方面探讨了规则路径的具体设计:在层级选择方面,双边合作仍存在现实需求;区域安排成效显著,但其长期效应亦应关注;多边规范谈判业已启动,但任重而道远。在内在安排方面,进口国与出口国的角色差异决定了确保信用与避免承诺的目标抵牾,符合进口国能源安全需求的增信手段必须理性纳入人才具可行性。在外围架构方面,虽然规则路径符合进口国的整体利益,但基于能源需求差异以及国家实力之别,不同进口国在规则路径构建中也会发挥不同的建设性作用。在此基础上,谈博士考察规则路径对中国能源实践的可能启示,认为中国身兼能源进口大国与发展中大国的角色,应坚持规则路径的三位一体,并提出循规则路径迈向“能源法治”之命题,颇有新意。在《日本倾污行为的国际违法性辨析》一文中,林一博士以 2011 年日本强地震海啸后日方将产生之核污水排入海中这一事件为分析对象,结合联合国国际法委员会拟定的《国家对国际不法行

为的责任条款草案》，认为日本应当承担国家责任。林博士具体分析了日本应承担责任的依据：倾倒行为可以归因于日本政府，即可以被视为国家行为，而不是日本东京电力公司的私人行为；日本政府的这一行为违反了诸多对日本有约束力的国际条约，也违反了国际社会长期以来普遍认可的国际习惯，因此构成对有效国际法义务的违反。此外，林博士还从日本倾倒核废水的行为是否可以构成国际不法行为的不法性的解除条件这一角度，提出日本的行为不构成任何一项解除国际行为不法性的条件。在《论亚洲低碳共同体的国际法机制》一文中，李威博士向读者提出了一个非常重要且值得思考的现象，即全球层面的控制气候变化的国际立法努力陷于停顿和僵局。如2009年在哥本哈根召开的联合国气候变化大会几乎是无果而终。然而，李博士认为，在亚洲，尽管各国在安全、政治、经济等方面有诸多分歧和差异，但在低碳的区域合作问题上却存在建立紧密共同体的可行性。李博士从亚洲低碳共同体的政治经济功能、能源安全保障功能以及经济可持续发展功能等方面介绍了该区域合作能够给亚洲各国带来的福利，并在此基础上，从国际法的角度探讨了该区域合作机制的法律框架、合作模式与发展前景。

“探索与争鸣”栏目收录了八篇论文。张磊博士在《论国际法渊源的范畴》中提出，相当一部分学者将国际法的渊源理解为国际法的表现形式，然而，以这种理解作为前提，《国际法院规约》第38条只是国际法院的裁判依据，而非对国际法渊源的说明。张博士在对第38条所罗列的裁判依据（国际条约、国际习惯、一般法律原则、司法判例、理论学说以及公允及善良原则）和其他类别国际资料（政府间国际组织的决议、国际法院的咨询意见、非政府间国际组织的决议和国际会议制定的非约束性规则）进行逐个分析和评论之后提出，在现阶段国际法渊源的范畴为国际习惯和国际条约（含有约束力的国际组织的决议），两者之间不存在等级关系；同时张博士也强调，国际强行法优先于国际条约，则是确定无疑的。虽然国际强行法属于国际习惯的一部分，但是并不能因此就以偏概全地定论国际习惯一定优先于国际条约。于南博士在《论国际刑事法院管辖权之补充性——从主权让渡角度展开分析》中，从普遍性管辖权分析入手，通过对“主权让渡”理论误区的批驳和其现实可行性与必要性的详细分析，结合国际刑事法院补充性管辖权的运作实践及规约的规定，提出“主权让渡势在必行”的观点。何艳华博士在《WTO争端解决听证会的公开实践述评——以合法性和正当性为视角》中，通过对近年来WTO在各种程序中经当事方同意而公开争端解决听证会

的实践的总结与分析,认为 WTO 公开争端解决听证会并不违反 DSU 的现有保密性规定;同时也为 WTO 争端解决机制的司法机制特性所需要,能增强国际社会所感知的该机制的正当性。陆静博士在《从肯尼亚情势看国际刑事法院检察官的自行调查权》中,从检察官自行调查权产生的背景以及争议焦点谈起,通过分析检察官在资料筛选过程中的考量因素(即“有合理根据”三要素:法院管辖权、可受理性以及公正利益)以及预审法庭法官观点的碰撞,来探索检察官自行调查权启动的规律。毛海波博士在《外商隐名投资若干疑难问题的法律探究与司法考虑》一文中,就外商在我国大陆进行隐名投资问题,立足于法理,结合最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》相关条文,对外商隐名投资者的股东资格确定、委托投资协议的法律效力认定以及相关主体的利益保护等相关问题予以了梳理和分析。吴岚博士在《论 WTO 对人民币汇率行使管辖权之法律要件》中,针对目前备受关注的人民币汇率问题,提出了 GATT1994 第 15 条具有极大的解释空间。在 WTO 赢得胜诉也无须证明人民币汇率构成倾销或补贴等违反 WTO 涵盖协定的具体措施。吴博士认为,WTO 对人民币汇率行使管辖权的法律要件如下:其一,人民币汇率的实施属于外汇行动的范畴;其二,GATT1994 第 15 条并未将外汇行动排除出 WTO 的管辖范围;其三,人民币汇率的实施使 WTO 协定某一具体条款的意图无法实现,损害了自由贸易。谢宝朝博士在《国际投资法中的人权保护问题研究——以国际投资仲裁实践为视角》中,针对国际投资法中的人权保护问题进行了相关研究,就目前“国际投资法的自足性”和“仲裁庭身份定位”这两个前提性理论问题认识不清的现状入手,从投资协定实体方面和投资仲裁的程序方面完善国际投资法的角度进行了相关论述,并进一步提出了如何改变现有局面的措施与建议:为平衡东道国居民的人权保护与投资者财产权保护,国际社会须从对投资协定实体方面和投资仲裁的程序方面,完善现有的国际投资法。张丽珍博士在《论法律选择中的单方意思自治——以〈涉外民事关系法律适用法〉第 42 条、第 45 条为引》中,针对《涉外民事关系法律适用法》第 42 条和第 45 条进行了具体的分析,从概念厘定、立法佐证、哲学底蕴、适度受限这几个方面对单方意思自治进行了系统的论述,最后对该法第 42 条和第 45 条进行了深入分析。张博士认为,我国《涉外民事关系法律适用法》第 42 条和第 45 条是单方意思自治在立法中的表现,将消费合同的法律适用和产品责任的法律适用分别规定旨在更广的范围内赋予当事人以单方意思自治的权利,

保证了消费合同责任和产品责任竞合中的受害人享有更宽泛更优越的法律适用选择权。

“案例研究”栏目收录了最新案例分析,值得一看。张正怡博士在《论 ICSID 仲裁庭对公平公正待遇标准的发展——兼评 AES Summit、AES - Tisza v. Hungary 案》中,以 ICSID 仲裁庭新近裁决案例为分析素材,确定国际投资法领域中颇有争议的公平公正待遇条款作为分析对象,阐述了 ICSID 仲裁庭对公平公正待遇标准的界定与发展。张博士分析了 AES Summit、AES - Tisza v. Hungary 一案,通过对案件争议焦点的分析,概括出仲裁庭对公平公正待遇标准的明晰,即在分析要素上采取了以传统要素为基础、多元化标准支撑、实体和程序并存的判断标准,寻找仲裁庭对公平公正待遇标准要素的判断和发展,即经历了从无到有、从单一到多元的发展。尹雪萍博士在《欧盟竞争法的新发展及其对中国的启示——以 2010 年 AstraZeneca 案为视角》中,分析了新近作出 AstraZeneca 案(2010)的判决,认为欧洲初审法院首次将《欧共同体条约》第 82 条(《欧盟运行条约》第 102 条)适用于知识产权的申请行为,而且在适用过程中,明显放宽适用条件,判决模糊了“权利存在”和“权利行使”的界限,扩大了第 82 条的传统适用范围,也扩大了竞争规则在知识产权领域的适用范围。不仅如此,欧盟委员会和欧盟普通法院对该案的态度都暗示了欧盟竞争法的执法新方向,后期的一系列执法活动也在不断加强和深化对制药行业反竞争行为的关注。尹博士认为,与欧盟竞争法的发展相比,中国竞争法的立法和执法工作都尚处于起步阶段,欧盟目前所面临的问题,也是我国《反垄断法》在实施过程中将会遇到的难题。董开星博士在《国际商事仲裁中支持裁决执行倾向的终结?——对英国最高法院 Dallah v. Pakistan 一案的述评》中具体分析了该案牵涉国际商事仲裁中的一系列核心问题,比如仲裁庭的管辖权如何认定、申请承认与执行案件中审查标准和自由裁量权如何确定等,并进一步探究英国最高法院作出如此认定的法理依据。董博士在此基础上又根据《纽约公约》以及法国法院对类似案例向其申请承认与执行一案所作出的完全不同的裁决进行比较分析,试图说明在国际商事仲裁中承认与执行国“倾向执行”的传统是否已经被打破?

在“书评”栏目中,吴迪博士以《评〈国际法的局限性〉的理论缺陷及方法论价值》一文,细述美国学者杰克·戈德史密斯(Jack Goldsmith)和埃里克·波斯纳(Eric Posner)两位教授在《国际法的局限性》中表述的“国际法最大

的特征是工具性,是国家追逐私利的产物而非外在约束国家行为的规则”的观点,并分析该书核心内容为构建了国家遵守国际法的四种行为模式:利益偶合、合作、协调和胁迫。吴博士批评该书对国际法持完全否定的态度,认为《国际法的局限性》的两位作者混淆了国际法的造法过程和守法行为的区分,国际法的主要功能在于评价国家的行为,而不是解释国家的行为。吴博士认为,该书对国家利益的界定不明确,因而其结论是可以被质疑的。吴博士还认为,该书将考察的视野局限在国家之间的双边关系,忽视了多边法律机制在某些情况下也有较强的执行力,忽视了非国家主体在国际事务中能够发挥的作用,忽视了法治发展水平较高国家中独立的国内司法制度可能对国家遵守国际法的决策产生的影响力。康丹博士以《法之理在法外——〈国家间政治〉中的国际法思想之再认识》一文给大家介绍《国家间政治——权力斗争与和平》一书,并针对其超然于法的视角所带来的独特性作了相关评述。康博士认为,《国家间政治》中的国际法思想归纳起来有两种观点,其一是虚无论,即认为在摩根索看来,权力或者说利益追求是国际社会的根本性决定因素,国际法受权力的支配,不能作为法律真正规制国际政治行为,故为国际法虚无;其二是弱法论,即汉斯·摩根索肯定国际法的存在,但是认为国际法是一种虚弱的、作用有限的具有分散特点的弱法。康博士在分析和评价了上述两种观点的基础上,认为应从摩根索在《国家间政治》中展示的“通向和平之路”中寻找他对国际法的角色定位。康博士总结出摩根索在《国家间政治》中阐述的国际法思想为:在微观上,国际法作为一种分散化的弱法在有限范围内起到了法律规制作用;在宏观上,国际法以其有限的解决问题的功能培养了世界共同体的形成。国际法研究不应该局限于对国际法本身,而要借鉴摩根索的这种研究方法去探究国际法之外的法理,这是值得我们思考的一种研究方法。

以上是本书的导读,希望大家开卷有益。

《华政国际法评论》秉承开放、创新、“百家争鸣”的方针,欢迎学界同仁惠赐文稿,各抒己见,促进当代国际法理论与实践的发展,为繁荣我国社会主义法制建设作出我们应有的贡献。

林燕萍
2012年4月26日

目 录

专稿

- 司法节制与 WTO 上诉机构发回重审权 / 朱榄叶 003
中国建立临时仲裁制度的理性思辨 / 刘晓红 013
论价格违法和适当救济途径 / 刘宁元 024

热点、前沿问题研究

- 金融危机下信用衍生品的国际监管路径 / 何 侃 041
能源贸易安全的规则路径设计 / 谈中正 079
日本倾污行为的国际违法性辨析 / 林 一 109
论亚洲低碳共同体的国际法机制 / 李 威 124

探索与争鸣

- 论国际法渊源的范畴 / 张 磊 141
论国际刑事法院管辖权之补充性
——从主权让渡角度展开分析 / 于 南 151
WTO 争端解决听证会的公开实践述评
——以合法性和正当性为视角 / 何艳华 166
从肯尼亚情势看国际刑事法院检察官的自行调查权 / 陆 静 177
外商隐名投资若干疑难问题的法律探究与司法考虑 / 毛海波 190
论 WTO 对人民币汇率行使管辖权之法律要件 / 吴 岚 203
国际投资法中的人权保护问题研究
——以国际投资仲裁实践为视角 / 谢宝朝 214
论法律选择中的单方意思自治
——以《涉外民事关系法律适用法》第 42 条、第 45 条
为引 / 张丽珍 229

案例研究

论ICSID 仲裁庭对公平公正待遇标准的发展

——兼评 AES Summit、AES-Tisza v. Hungary 案 / 张正怡 249

欧盟竞争法的新发展及其对中国的启示

——以 2010 年 AstraZeneca 案为视角 / 尹雪萍 260

国际商事仲裁中支持裁决执行倾向的终结

——对英国最高法院 Dallah v. Pakistan 一案的述评 / 董开星 269

书评

评《国际法的局限性》的理论缺陷及方法论价值 / 吴迪 283

法之理在法外

——《国家间政治》中的国际法思想之再认识 / 康丹 294

《华政国际法评论》稿约 307

专

稿



司法节制与 WTO 上诉机构发回重审权*

朱榄叶**

【内容摘要】WTO 争端解决机制实践中,不止一次出现上诉机构因专家组报告对某一诉请所涉事实没有认定而无法作出上诉结论的情况。有人提出应该赋予 DSB 上诉机构发回重审权。作者从 WTO 争端解决机制 17 年的实践分析得出结论,赋予上诉机构发回重审权可以完善法律制度,但上诉机构没有这一权利并不影响整个争端解决机制的运行,即使赋予上诉机构发回重审权,也必须在配套程序方面做周密安排,以免为追求公正而不恰当地影响效率。

【关键词】WTO 争端解决机制 司法节制 发回重审

在各国的诉讼程序法中,都有上一级法院在哪些情况下可以将案件发回原审法院重审的规定。比如,我国《民事诉讼法》第 153 条规定:“第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:……(三)原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清,证据不足,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,或者查清事实后改判;(四)原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。”我国《刑事诉讼法》第 189 条也有类似规定:“第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件,经过审理后,应当按照下列情形分别处理:……(三)原判决事实不清楚或者证据不足的,可以在查清事实后改判;也可以裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判。”第 191 条规定:“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的,应当裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判:(一)违反本法有关公开审判的规定的;(二)违反回避制度的;(三)剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权

* 本文资料截至 2011 年年底。

** 朱榄叶:华东政法大学教授、博士研究生导师。

利,可能影响公正审判的;(四)审判组织的组成不合法的;(五)其他违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的。”英国的民事诉讼程序规则允许上诉法院将任何诉请或问题发回下级法院。^① 美国联邦法院系统和州法院系统中的上诉法院都可以将案件发回重审,几年前美国联邦最高法院甚至决定,地区法院的判决不明确时上诉法院应当发回重审而不应当去揣测一审法院的意思。^② 澳大利亚、^③德国、^④奥地利^⑤的法律都有类似规定。^⑥

然而,在 WTO 争端解决机制中,却没有类似规定。WTO 的争端解决上诉机构是 WTO 在解决纠纷方面的机构创新。^⑦ 正如 WTO 问题专家赵维田先生所说:“从司法解决程序的合理性和完备性来说,为防止专家组断案万一出现失误、偏差或不公,设置上诉机制是必要的。”^⑧WTO 争端解决机制的上诉机构不同于各国法院体系中的上诉法院,DSU 第 17.13 条规定:“上诉机构可以维持、修改或撤销专家组的法律认定和结论。”这一规定表明,WTO 只允许上诉机构维持、修改或撤销专家组的决定,而没有赋予上诉机构发回重审的权利。DSU 第 17.6 条规定,“上诉应限于专家组报告涉及的法律问题和专家所做的法律解释”。这一规定表明,上诉机构没有权利对事实作出认定,只能就一方提出上诉的、专家组报告中涉及的法律问题或专家组的法律解释作出裁决。这样的两条规定孤立地看没有什么特别之处,但 WTO 争端解决机制运行 17 年的实践却暴露出将这些规定结合在一起实行时的程序缺陷。

在争端解决实践中,不止一次出现了这样的情况:专家组在审理某个争

① United Kingdom Civil Procedure Rules 52.10(2)(c), <http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/index.htm>, 访问日期 2011 年 12 月 10 日。

② Spr int/United Management Co. v. Mendelsohn, 552 US 379.

③ Bernard Cairns, *Australian Civil Procedure*, Thomson Lawbook, 7th ed, 2007, pp. 546 ~ 551.

④ 参见德国《民事诉讼法》第 538 条,载 <http://dejure.org/gesetze/ZPO/538.html>, 访问日期 2011 年 12 月 10 日。

⑤ 参见奥地利《民事诉讼法》第 496 条,载 <http://www.ibiblio.org/ais/zpo.htm>, 访问日期 2011 年 12 月 10 日。

⑥ 大多数国家民事诉讼程序不是以成文法的形式,而是以法院规则和判例法的形式。

⑦ 其他解决争端的国际机构如国际法院、国际海洋法庭等都没有上诉机构。

⑧ 赵维田:《世贸组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 471 页。

端时实行了“司法节制”(Judicial Economy),^①针对申诉方提出的一部分诉讼请求作出了事实认定和法律裁决,而对另外一部分诉讼请求,认为没有必要作出决定,于是也没有对相关事实作出认定,甚至完全没有分析某一方面的问题。如果专家组运用了“司法节制”,而在上诉中专家组作出的结论被上诉机构推翻,上诉方要求上诉机构对专家组没有作出结论的问题完成法律分析并作出裁决,此时会因为专家组对这些问题没有做事实认定,或者专家组完全没有分析某个诉讼请求,而上诉机构缺乏认定事实的权利,或没有分析的依据而无法对上诉方提出的所有上诉作出决定。正因为出现了这样的现象,有人就提出应该让上诉机构像国内的上诉法院一样拥有发回重审权,这也成了 WTO 争端解决机制进一步讨论的问题之一。^②

从上文我们可以得知,如果专家组对申诉方提出的所有诉讼请求都认定事实并有法律结论,发回重审就无从提起。正是由于专家组对部分诉讼请求实行了“司法节制”,才产生了上诉机构在上诉审理时对这一部分诉讼请求的分析缺乏事实依据,无法作出最终裁决的问题。由此可见,WTO 上诉机构的发回重审权问题与专家组行使司法节制是紧密联系的。

在 WTO 争端解决机制处理的案件中,专家组行使司法节制权的案件并不少见。据统计,共有 81 个专家组报告(包括执行情况审查专家组报告)涉及司法节制权的行使。不过,并不是所有的案件都因此引起上诉机构无法作出决定的问题。这 81 个专家组报告 20 个没有被提出上诉,2 个案件专家组报告在 2011 年 7 月公布,目前正在上诉过程中。余下的 59 个报告中,上诉方在上诉中没有涉及司法节制问题的有 23 个报告,上诉机构肯定了专家组行使司法节制的做法的有 24 个报告,两个报告的上诉机构虽然不同意专家组实行司法节制,但未产生上诉机构无法作出分析结论的问题。只有 10 个报告发生了前面提到的问题。(附表一:涉及司法节制的案件)

近几年来,关于上诉机构发回重审权的问题是 WTO 争端解决机制改革讨论第一个重要问题。^③对这一问题,国内外学者有许多讨论,相当一部分

① Judicial Economy 指为避免浪费司法时间和资源,避免重复而对诉讼的有效管理。也有人译为“司法经济”。在 WTO 争端解决机制中体现为,在足以解决成员之间纠纷的前提下,专家组仅对申诉方提出的部分诉讼请求作出认定。

② TN/DS24:Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, note 3, 2 March 2010.

③ 载 http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/brief_e/brief10_e.htm, 访问日期 2011 年 12 月 10 日。

观点赞成赋予上诉机构发回重审权,^①也有观点认为这个问题并不重要。^②

笔者认为,赋予上诉机构发回重审权对完善 WTO 争端解决机制,更好地维护 WTO 成员的权利,促进成员更好地遵守 WTO 的各项协定,从理论上说是有益的。但是,为上诉机构增加一项新的程序权利,会引起一系列程序问题,因此必须认真考虑。上诉机构将案件发回专家组重审,肯定是在专家组报告最终提交 DSB 表决之前,如果将整个案件发回重申,必将耽误整个案件的处理,使得已经有结论的大部分问题也得不到确认。从上述已经发生的案件来看,上诉机构无法作出认定的一般都只是某个案件所有诉请中的一小部分诉请,^③如果为了小部分诉请的是非曲直而致大部分问题无法尽快作出结论,则耽误了纠纷的最终解决,为了追求“全部问题”的法律结论,而置纠纷解决于不顾,这是本末倒置。笔者认为,为了纠纷的迅速解决,可以规定上诉机构将无法作出结论的部分发回重审,而其余部分则形成报告提交 DSB 通过。待发回重审的部分有了结论之后,除非一方提出上诉,否则案件重审部分的报告就直接交付 DSB 表决,此后将这一部分结论并入原专家组报告。如果要提出上诉,也只能就发回重审的部分提出,上诉机构的结论也单独表决后并入原上诉机构报告。这样处理才不至于因小部分诉请无法确认而耽搁整个案件的处理。

从上文我们可以看到,因专家组对某一问题没有作出决定或由于专家组对事实没有认定而导致上诉机构无法完成法律分析的案件并不是很多,WTO 争端解决机制运行 17 年的时间里处理终结的 161 个案件形成了 128

① See Alan Yanovich Tania S. Voon, *Completing the Analysis in WTO Appeals: The Practice and its Limitations*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 9, Issue 4, 2006, pp. 933 - 950; Tania S. VoonJohn Lockhart (deceased), *Reviewing Appellate Review in the WTO Dispute Settlement System*, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, No. 2, 2005; 张力:“WTO 争端解决机制的缺陷与完善”,载《商业时代·理论》2005 年第 5 期;白云:“WTO 争端解决机制上诉复审程序述评”,载《浙江工商大学学报》2005 年第 4 期;姜作利:“WTO 上诉机构‘完成专家组评价’的实践及其改革研究”,载《山东社会科学》2010 年第 6 期;吕晓杰:“对 WTO 争端解决机制中司法经济原则功能的再思考”,载《环球法律评论》2008 年第 6 期。

② 墨西哥的观点,参见 TN/DS/W/90, 16 July 2007, 载 http://docsonline.wto.org/gen_search.asp?searchmode=simple, 访问日期 2011 年 12 月 10 日。

③ 比如,在美国持续存在和适用“归零法”(WT/DS350, 欧共体提出)案件中,对 18 项调查结论,有 6 项调查结论专家组的事实认定不足,8 项调查专家组仅仅做了部分事实调查。因此,上诉机构无法对这 14 项调查结论继续完成分析。但这并没有妨碍上诉机构对美国“归零法”的最终结论。