

# WTO 争端解决中的举证责任及分配规则

曾 炜

(贵州民族大学 法学院, 贵阳 550025)

**摘 要:** 举证责任是指在争端解决中当事方为了向审理者证明其所主张的事实, 必须提出证明的责任。在 WTO 争端解决中, 提出特定事实主张的当事方, 负有提供相关事实证据的责任。举证责任分配的问题非常重要, 往往可能决定着一个案件的判决结果。在 WTO 争端解决程序中, 举证责任的分配标准原则上是由当事方所主张应适用条款的性质决定, 即该项条款的性质是否为积极的主张条款或抗辩条款。如果是主张条款, 原则上应由申诉方主张与证明该条款的适用性。如果是抗辩条款, 则应由被诉方主张与证明该条款的适用性。

**关键词:** 世界贸易组织; 争端解决机制; 举证责任; 分配规则

**中图分类号:** D996.1

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1672-8580(2013)04-0075-05

在不同的法系, 举证责任具有不同的含义。如在普通法体系中, 由于其事实认定体系的特色, 举证责任包含相当多的意义, 主要涉及两种不同的内涵<sup>[1]</sup>。第一种意义是指当事人在审判中最终说服事实审理者其特定主张为真实的责任。普通法上关于举证责任的第二种含义是提出证据责任, 这种责任是提出足够的证据, 让案件能提交给陪审团审判的责任<sup>[2]</sup>。与普通法系比较而言, 大陆法系中的举证责任的内涵较为单纯, 只有一种含义。其意义是为特定主张的当事人需负担证明其主张的责任<sup>[3]</sup>, 即普通法系中举证责任的第一种含义。在 WTO 中, 举证责任是指当事方为了向专家组证明其所主张的事实, 必须向专家组“提出证明”的责任<sup>[4]</sup>。举证责任可能决定着一个案子的判决结果<sup>[5]</sup>, 甚至可能由于举证不足而导致申诉的失败<sup>[6]</sup>。至于应由何方负担证明的责任, 就是举证责任分配的问题。

## 一、GATT 举证责任分配规则回顾

GATT 时期的争端解决机制, 大部分的争端是申诉方指控被诉方违反特定的 GATT 义务。被诉方则可

能主张即使该违反的事实存在, 但符合特定的例外条款, 从而取得正当性。关于争端解决程序上的举证责任, GATT 时期专家组针对申诉方与被诉方分别发展出两种实用的规则。

### (一) 申诉方的举证责任

第一个规则是申诉方应负责证明被诉方确实存在其所主张的违反 GATT 条款的事实<sup>[7]</sup>。虽然没有专家组的裁决明确表明这种举证责任的分配, 但是可以从许多专家组的裁决中推论出来。如在德国沙丁鱼进口措施案中, 专家组表明, 审查所提出的证据后无法得到足够的证据, 足以做出德国政府未履行其 GATT 第 1 条第 1 款与第 8 条第 1 款的义务的结论<sup>[8]</sup>。这项裁决中可以看出, 专家组认为, 在申诉方的主张无法证明之际, 应由申诉方承担其主张无法证明的不利后果。

### (二) 被诉方的举证责任

第二项规则是如果被诉方引用 GATT 第 20 条, 则必须使专家组确信其措施符合该条款所规定的条件。GATT 第 20 条是 GATT 义务的一般例外条款。这种情况可以从加拿大外国投资审查法案得知。该案专家组

收稿日期: 2013-06-06

基金项目: 国家社会科学基金资助项目(13CFX116)

作者简介: 曾 炜(1976-), 男, 湖南洞口人, 副教授, 博士, 研究方向: 国际经济法。

网络出版时间: 2013-07-04 网络出版地址: <http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20130704.1038.001.html>

裁决加拿大的外国投资审查法案对于外国投资者的要求违反 GATT 第 3 条第 4 款的国民待遇原则。加拿大则主张,这些规定符合 GATT 第 20 条(d)款的例外,即主张争议的购买是为了确保该法案被遵守。专家组指出,第 20 条(d)款的性质属于例外规定,因此应由援引该例外规定的加拿大负责建立该购买要求是为了确保外国投资审查法案被遵守所必要的<sup>[9]</sup>。

关于 GATT 第 20 条具有例外的性质,应由引用者承担举证责任,WTO 上诉机构在美国羊毛衫案对此表示肯定,并指出在还有许多其他 GATT 时期的专家组也采用这种观点<sup>[4]</sup>。

## 二、WTO 争端解决机制的举证责任分配的基本原则

WTO 争端解决程序上的举证责任,与一般成熟的司法体系相同,原则上以在程序上主张特定事实的当事方负担举证责任。如果其所主张的事实无法证实,则承担该项事实无法确定的不利益。在这里的当事方既包括申诉方,也包括被诉方<sup>[4]</sup>。举证责任适用于控辩双方,谁提出具体的主张,谁承担对这一主张的举证责任,必要时可能在控辩双方之间来回轮换。但是这一原则并不容易操作,因为如果一当事方主张特定事实的存在,通常其他当事方也会主张该事实不存在。此时,仍无法判断举证责任的归属。

在 WTO 争端解决机制上,当事方主张裁决者应适用某项规范条款,则必须就得以适用该条款的构成要件被满足所需要的要件事实承担举证责任<sup>[10]</sup>。申诉方必须就其所主张应予以适用的规范条款的要件事实的存在(积极构成要件)或不存在(消极构成要件)负担举证责任。而如果这一规范得以适用,则被诉方必须就其所主张应予以适用的抗辩条款,证明该条款所需要的要件存在。

在 WTO 争端解决机制中,申诉方的主张必须基于被诉方的措施或其他情形导致其 WTO 协定下的利益的丧失或减损。但是在实务上,申诉方在大部分违反之诉中实际上只需主张被诉方的措施违反特定 WTO 条款的义务即可,对于利益的丧失或减损的要件并不承担举证责任。因此,申诉方对于举证责任的分配,仅就其所主张被诉方的措施违反条款义务的部分承担举证责任。依据其所主张的条款确定举证责任的分配,就占主要地位的违反 WTO 义务条款的违反之诉而言,即是指该义务条款,而不包括丧失或减损利益的部分。

就申诉方而言,其所称的主张以及其所主张应适用的条款,主要是 WTO 中对于被诉方规定“义务”的条款。而申诉方所主张的对象,原则上为被诉方违反条款义务的措施。申诉方主张被诉方的措施应适用该义务条款,就必须证明该条款的构成要件,都被该被诉方的措施以及其他相关事实所满足,而就被诉方的措施以及其他相关要件事实负担举证责任。

若被诉方否认申诉方主张的事实存在,并不负举证责任。但如果被诉方决定主张其他特定事实的存在并主张通过该事实,可以推论出申诉方所主张的事实不成立时,该特定事实属于反证,被诉方则应负担举证责任,否则专家组就不能支持被诉方的主张。

如果申诉方的主张成立,而且专家组已经认定被诉方违反其所主张的 WTO 义务,此时如果被诉方主张其虽然违反特定 WTO 义务,但援引其他积极性的抗辩,则援引该条款的被诉方负担举证责任,证明该抗辩条款可以适用于争议措施。

上述原则首先由上诉机构在美国羊毛衫案中确立,并被其后的专家组或上诉机构广泛援引。这是争端解决机构第一次对举证责任规则所做的明确阐述,从 WTO 争端解决的实践来看,举证责任的分配标准原则上是由当事方所主张应适用条款的性质决定。即该项条款的性质是否为积极的主张条款或抗辩条款。如果是主张条款,原则上应由申诉方主张与证明该条款的适用性。如果是抗辩条款,则应由被诉方主张与证明该条款的适用性。

通过争议条款的性质决定举证责任的分配后,必须由该条款的构成要件判断负担举证责任的一方的主张得以成立所必须证明的具体事项。专家组往往必须结合当事方所主张的事实以及其法律依据,具体判断应负担举证责任的当事方所应证明的事实是什么。举证责任的分配确定后,在事实最终无法确定的场合,该不确定的利益将归属于不负担举证责任的当事方<sup>[11]</sup>。

## 三、WTO 争端解决机制的举证责任分配的具体规则

WTO 争端解决程序上,举证责任分配的基本原则是不区分申诉方或被诉方,由提出积极主张或抗辩者负担举证责任。在实践中,由于 WTO 争端解决机制的特殊结构,有更为具体的标准。违反 WTO 规范的主张,仅由申诉方提出,被诉方无法在同一程序中提出反诉。因此在举证责任的判断上相对单纯。所以 WTO 的争端

解决机构分别就申诉方与被告方设定了更为具体的举证责任标准。

特定当事方(原则上为申诉方)主张其他成员(原则上为被告方)违反特定 WTO 协定条款时,必须提出并证明其主张。就符合该特定条款要件所必须的事实负担举证责任,在无法满足其举证责任,不能提出让专家组满意的证明标准的证据情况下,必须受到专家组认定该事实不存在的不利结果。

相对而言,当事方(原则上为被告方)如果针对申诉方所宣称其违反的条款,提出性质为该违反条款的例外的抗辩,就该例外条款的要件事实负举证责任<sup>[4]</sup>。如 GATT 第 20 条就属于应由援引的被告方负举证责任的例外条款。

### (一) 申诉方应负责证明其主张

如前所述,GATT 时期专家组已经将被诉方违反 GATT 协定义务的主张交由申诉方负责证明,美国羊毛衫案上诉机构也接受了这一见解。上诉机构此时必须判断哪一当事方有责任证明有(或证明无)违反 ATC 协定义务的情形。

上诉机构考虑的理由主要有三点,首先,许多国际法庭通常都接受与适用这一规则,即应由主张一项事实的当事方负责提供证据。其次,上诉机构也参考了各国国内法的体系,包括普通法与大陆法等体系,都采用相同的证据法则,即由主张特定积极主张或抗辩的当事方负责证明其主张。最后,上诉机构并参考以往 GATT 时期专家组对于举证责任分配的见解,裁决自 GATT 专家组实践,即是由主张违反 GATT 义务事实的申诉方负担举证责任。

根据上述三点理由,上诉机构指出,当成员主张其他成员违反 WTO 协定时,必须证明该主张<sup>[4]</sup>。由此可以得知,在明确主张违反特定义务的情况下,应由提出该主张的成员负举证责任。

### (二) 被告方应负责证明其所援引的积极抗辩

如前所述,对申诉方提出的违反 WTO 条款义务的主张,应由申诉方负担举证责任,如被告方仅单纯地否认该主张,并不承担举证责任。只有如果被告方引用例外条款作为其违反 WTO 义务的正当性理由,才必须就其所援引的条款承担举证责任<sup>[12]</sup>。美国羊毛衫案的上诉机构同时肯定 GATT 时期专家组的第二个举证责任分配规则,即引用例外条款或抗辩条款的当事方,必须证明符合该条款所要求的要件。

上诉机构针对这种应由被告方负责主张与证明的

例外条款,提出了判断的方法。如 GATT 第 20 条首先是 GATT 其他条款下义务的有限例外,并不是本身建立义务的积极规范,其次这种例外属于积极抗辩,只有主张这种条款的当事方负责建立的抗辩成立的责任才是合理的<sup>[4]</sup>。

由本案上诉机构提出的这项判断标准而言,可知其并不是单纯依据形式上属于义务的例外规范,或实质上具有其他条款所规定义务违反的正当化功能的条款(这二者都具有容许其他条款义务规范下所限制学位的功能,可称之为容许条款),都认定为应由被告方主张和举证。相反,上诉机构是以该条款是否属于其他条款义务下的有限例外(则该条款性质属于积极抗辩条款,应由被告方负担举证责任)或本身规定义务的积极规范(则该条款性质上属于积极主张条款,应由申诉方主张与举证),来区分该条款的主张与举证责任。

对 GATT 第 20 条的性质,上诉机构同意 GATT 时期专家组的见解。从本案上诉机构提出的判断标准而言,上诉机构是以该条款是否属于其他条款义务的有限例外(则该条款性质属于积极性抗辩条款,应由被告方负担举证责任)或本身建立义务的积极规范(则该条款性质属于积极性主张条款,应由申诉方主张与举证)来区分条款的主张与举证责任。

理论上,关于举证责任的分配,完全以文字上的“原则—例外”、“本文—但书”的模式分配,也许在实质上,特定条款具有正当化其他条款所规范义务的功能,即就所有的容许条款而言,都认定为属于相对于其他义务条款下的积极抗辩条款,是属于可能的模式。就前者而言,观察条款文字,申诉方仅需要就义务条款下的要件承担举证责任,而例外规定的容许条款则由被告方决定是否引用,如果其希望引用这种容许条款,则一律由引用该条款的被告方承担举证责任。就后者而言,单纯观察条款的功能,当具有正当化其他条款所规范义务的功能时,应由被告方主张证明。这种容许条款通常形式与实质二者兼具,如 GATT 第 20 条,文字上就可以看出属于例外条款,实质上也是 GATT 其他义务的正当化条款。这种方式容易辨别,在程序上较有安全性与可预测性,而且在 WTO 程序上对于例外并不采取从严的解释方法,因此也有学者主张在 WTO 程序中采用<sup>[13]</sup>。

在 GATT 时期,就有采取这种模式的倾向。除 GATT 本身文字上表明的例外以外,对于实质上属于例外性质的条款,具有义务违反正当化作用的实质容



许条款,也有主张应由被诉方负担举证责任。

只有上诉机构对于抗辩条款的判断与 GATT 时期单纯依据文字与作用判断不同<sup>[1]</sup>。简言之,上诉机构并不认为所有的容许条款都属于抗辩条款,而应由被诉方主张与举证。由于 WTO 条款互相间的关系甚为复杂,因此单纯将特定条款归类为例外,或使用类似例外的文字,并不必然会被归类为肯定性抗辩条款,而由被诉方负担举证责任。事实上,GATT 第 1 条的最惠国待遇原则与第 3 条国民待遇原则都属于 GATT 最核心的义务,其他许多规范,严格说来都属于这两个义务的例外,但如都认定属于肯定性抗辩的性质,应由实施各该措施的成员承担举证责任,则显得很不合理。

此外,WTO 涵盖协定众多,其互相间的关系复杂,难以简单用“一般原则——般例外”或“义务——容许条款”模式简单归类全部的协定义务。由于不同的协定往往由不同的谈判者拟定,其相互间的关系并无明确一致的措词。因此,常有特定条款的措词,似乎是其他条款的例外规定,但审查其实质内涵,将其归类为例外条款,而一律由被诉方负担主张与举证的责任,而申诉方则可以规避所有使用例外文字的义务违反的主张与举证责任,这并不是合理和妥当的。因此,并非只要条款文字上或形式上采用例外规定措词,就一律援引 GATT 时期的法则,由被诉方负担举证责任。

另外,虽然上诉机构指出举证责任应由提出特定事实、主张或抗辩者负担。然而举证责任的分配,实际上无法单纯由具体提出主张者作出判断。就此而言,无法单纯对主张者确定举证责任的归属,也不应由提出的顺序来确定,因为程序上预先提出特定主张的一方,不应因此而变更举证责任的分配。更何况 WTO 争端解决程序上,争端当事方势必在一开始就尽量提出正反双方的主张,即使不负担举证责任的一方,往往也必须预先对他方可能提出的抗辩作出主张,此时并不会影响举证责任的分配。

如前所述,WTO 中的举证责任分配原则上是以提出肯定性主张或提出肯定性抗辩的一方负担。此时,举证责任也无法单纯以主张者确定举证责任的归属,而必须根据特定条款的性质究竟属于主张或抗辩来决定举证责任的分配。这是由于 WTO 部分条款其规定模式为符合特定要件下允许成员实施特定的措施。在 WTO 规范适用上,并不会因为此时本条款形式上是其他义务的例外规定,就当然认定此条款属于例外条款,应一律由被诉方负担本条款的举证责任。也有可能要求对

于本条款上的义务,应由申诉方负担主张与举证责任,甚至有可能将主张责任与举证责任区分开来。

就该特定条款而言,申诉方与被诉方都可能对同一条款有所主张。如特定条款,属于肯定性主张的性质,若申诉方就该条款并没有提出主张,由于专家组的目的在于判断被诉方的措施有无违反被诉方所主张的 WTO 条款,因此即使被诉方就该条款提出相当证据,专家组也无须加以审议。

反之,如果专家组认定特定条款相对于其所允许违反的其他义务条款而言,属于抗辩性质,则被诉方就该条款有主张与证明的责任。申诉方即使没有就该条款有所主张,对其案件而言并无问题存在,因为其所主张的义务是违反条款,为其他条款而非本抗辩条款。虽然申诉方在其书面意见中主张被诉方没有遵守该抗辩条款的义务,但对于举证责任的分配并没有影响。

由此可知,WTO 争端解决机制下,判断举证责任的分配标准,在于争议条款的法律性质究竟属于主张条款还是抗辩条款。

### (三)提出特定事实的一方,就该事实承担举证责任

虽然举证责任的对象是个别的事实而非整个规范法条。但关于举证责任的判断,是以申诉方的义务违反主张以及被诉方的肯定性抗辩为单位,而分配其下的构成要件事实的举证责任为最初的步骤。在这一阶段,无须针对个别事实是由何方当事方所提出判断举证责任的归属,而是由双方所援引条款的性质决定其事实的举证责任。

仅根据前述的两个标准,还无法完全判断出所有程序上待证事实的举证责任归属。因为除申诉方主张法条的要件事实以及被诉方所提出,得以推论其直接要件事实存在的事实,和被诉方所提出的抗辩法条的要件事实以及支持该要件的事实以外,还有可能在程序中当事方会主张其他事实,其作用原则上是为了反驳对方所提出的事实。这项事实,并不是前述主张规范或抗辩规范下所涵盖的要件事实,因此,其举证责任的分配必须另外确定。

上诉机构曾指出,无论申诉方或被诉方主张特定事实需负责提供该事实的证明<sup>[4]</sup>。也有专家组将举证责任分配法则分为三项,其中前两项属于前述的两大法则,第三项原则为:“任何当事方,凡主张特定事实的,必须证明该事实。”<sup>[4]</sup>这项原则得到日本农产品措施案上诉机构的认可。该案上诉机构指出,虽然欧共体荷尔蒙案的上诉机构曾裁决,申诉方必须对其所主张的特

定 WTO 条款义务的违反承担举证责任<sup>[15]</sup>,但这并不是说申诉方对被诉方的争议措施是否符合争议条款,在争端解决中双方所提出的相关全部事实都有证明的责任。虽然申诉方对其主张有证明的责任,但被告方对其为了回应所提出的主张也必须证明<sup>[16]</sup>。

#### 参考文献:

- [1] Sidney L.Phipson et al.,Phipson on evidence [M].Sweet & Maxwell,1987:43.
- [2] Rupe Cross,Cross on Evidence[M].Butterworth,1974:93.
- [3] 潘星容,纪宗宜.WTO 争端解决机制中的举证责任研究[J].特区经济,2007,(11):258.
- [4] US-Wool Shirts and Blouses,Appellate Body Report[Z].1997.
- [5] 姜作利,武轶尘.WTO 专家组和上诉机构举证责任分配标准的经济分析[J].东岳论丛,2009,(9):39.
- [6] 朱榄叶.WTO 争端解决中的证据问题[J].当代法学,2007,(1):127.
- [7] J.Pauwelyn,Evidence,Proff and Persuasion in WTO Dispute Settlement.Who Bears the Burden?[J].Journal of International Economic Law,1998,(1):235.
- [8] Germany-Sardines,GATT Panel Report[Z].1953.
- [9] Canada-Foreign Investment Review Act,GATT Panel Report [Z].1984.
- [10] Jeffrey Waincymer,WTO Litigation:Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement[M].Cameron,2002:536.
- [11] US-Section 301-310,Panel Report[Z].1999.
- [12] David Palmeter and Petros C Mavroidis,Dispute settlement in the World Trade Organization:practice and procedure [M].Cambridge University Press,2004:148.
- [13] Steve Charnovitz,Internet roundtable:The Appellate Body's GSP decision[J].World Trade Review,2004,(2):257.
- [14] Turkey -Textile and Clothing Products,Panel Report [Z].1999.
- [15] EC-Hormones,Appellate Body Report[Z].1998.
- [16] Japan- Apples,Appellate Body Report[Z].2003.

责任编辑:陈于后

## The Rules of the Burden of Proof and Its Allocation in the WTO Dispute Settlement

ZENG Wei

(Law School, Guizhou University for Nationalities, Guiyang 550025, China)

**Abstract:** The burden of proof is the responsibility of the party that presents evidence to the judge in order to prove its claims. In the WTO dispute settlement, the party who proposed specific factual claims bears the responsibility to present evidence. Allocation of the burden of proof may often determine the outcome of a case. In the WTO dispute settlement procedure, criteria for allocation of the burden of proof principally are determined by the nature of the terms that is advocated by the disputing party, namely, whether the nature of the terms is a positive assertion or defense clause. If the nature of the terms is a positive assertion clause, in principle, the complainant should prove the applicability of the terms. If the nature of the terms is a defense clause, the defendant should prove the applicability of the terms.

**Key words:** WTO; mechanism of dispute settlement; burden of proof; rules of allocation