

# WTO 多边贸易体制的困境与解决方案研究

## ——以 USTR 《上诉机构报告》为切入点

刘 勇 柯欢怡

**摘 要：**在美国的持续阻挠下，WTO 成员对上诉机构法官的继任人选长期不能达成协议，最终于 2019 年 12 月 10 日导致上诉机构因法定人数不足而不得不停止工作。美国贸易代表关于上诉机构问题的报告反映出，美国的刻意阻挠仅是上诉机构停摆的表面原因，而 WTO 的体制性缺陷以及制度性不足才是导致上诉机构停止运行的深层次因素。例如，WTO 造法功能日益萎缩，实体性规则与程序性规则均有不足，争端解决程序的定位不明等。为此，WTO 应适度修复其造法功能，加快通过立法性解释；改革专家组与上诉机构的工作程序，适当限制两者的审查权，确立成员驱动与规则导向之间的合理边界；推动实施诸边模式的谈判机制。

**关键词：**世界贸易组织；美国贸易代表；上诉机构；成员驱动；规则导向

[ 中图分类号 ] D993.9 [ 文献标识码 ] A [ 文章编号 ] 2096-6180 ( 2021 ) 03-0063-23

### 一、问题的提出

世界贸易组织（World Trade Organization, WTO）在成立 25 周年之际，正面临着严重的体制性危机。自 2016 年 8 月以来，美国政府在多个场合批评上诉机构的运行，并数次阻挠上诉机构既有法官的连任或新任法官的遴选。根据《关于争端解决程序与规则的谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU）第 2 条第 4 款的规定，上诉机构法官的确定应由争端解决机构（Dispute Settlement Body, DSB）全体成员协商一致通过。美国的刻意阻挠致使空缺席位始终无法得到填补。2019 年 12 月 10 日后，WTO 上诉机构仅剩一名中国籍法官赵宏女士，其他法官均因任期届满且未获连任而离职<sup>(1)</sup>，这使得上诉机构无法满足合法裁判所需要

【作者简介】刘勇，法学博士，浙江财经大学法学院教授；柯欢怡，浙江财经大学法学院国际法专业硕士研究生。

【基金项目】国家社会科学基金项目“发达经济体‘非市场经济规则’的新发展与中国因应研究”（项目批准号：19BFX211）。

(1) 2019 年 12 月 10 日，优加·巴提亚（Ujal Bhatia）与托马斯·格拉厄姆（Thomas Graham）两名法官的第一个四年任期届满，在美国的阻挠下无法获得连任，故离开上诉机构。

的最低人数要求。<sup>(2)</sup>之后, 上诉机构实际上处于停摆状态, 不再审理停摆之后成员方提起的上诉申请, 但仍将完成停摆之前已经启动的上诉案件。<sup>(3)</sup> 2020年11月30日, 上诉机构最后一名法官赵宏女士亦因任期届满而离职。

上诉机构的停摆不仅迫使正常的争端解决程序被阻塞和停滞, 已经发布的专家组报告不能被DSB所通过<sup>(4)</sup>, 而且还导致以规则为导向的多边贸易体制处于深度危机之中, 其约束力和权威性遭遇极大的减损, 甚至可能诱发新的单边贸易保护措施。<sup>(5)</sup>为缓解此危机, 2020年4月30日中欧等20个成员方通过DSB发布了一项公告, 依据DSU第25条<sup>(6)</sup>组建了“多方临时上诉仲裁安排”(Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement, MPIA), 参加该MPIA的成员方将通过一个仲裁庭来部分替代上诉机构的功能。<sup>(7)</sup> MPIA极具创造性地将仲裁作为专家组报告的临时上诉渠道, 其实质在于“依托仲裁, 替代上诉”。MPIA既有别于通常意义上的仲裁, 也不同于WTO普通诉讼程序中的上诉审议。<sup>(8)</sup>不过, MPIA只是一个临时性安排, 作为替代性上诉程序满足参加方的特殊需要, 只在上诉机构停摆期间发挥作用, 且并不自动适用于所有WTO成员。所以, 为维护多边贸易体制的统一性、持久性与稳定性, 成员方还需寻找一个解决危机的综合性方案。

---

(2) DSU第17条第1款规定, 上诉机构由7名法官组成, 其中3名法官组成合议庭(上诉法庭)审理特定的案件。

(3) 例如, 2020年2月6日上诉机构发布“加拿大诉美国超级亚光纸反补贴措施案”的报告, 上诉法庭由优加·巴提亚、托马斯·格拉厄姆与赵宏女士组成。此时距其停摆已有两个多月之久。美国对此大加鞭撻, 主张此报告并非DSU第17条意义上有效的法律文件, 因为优加·巴提亚、托马斯·格拉厄姆离任后已经不具有上诉机构成员的资格, 却仍在审理此案。尽管如此, DSB会议仍于3月5日通过了此报告。Communication from the United States United States – Countervailing Measures on Supercalendered Paper from Canada, WT/DS505/12, 22 April 2020.

(4) 按DSU第16条第4款的规定, DSB应在专家组报告发布后60天内开会通过此报告, 除非争端方提起上诉, 或成员方一致反对通过此报告。因此, 一旦争端方在专家组报告发布后提起上诉, 必将导致争端解决程序处于停滞状态, 其“定分止争”的功能陷于瘫痪。例如, 2020年1月16日, 美国与印度就“印度诉美国热轧钢反补贴措施案”(执行之诉)的专家组报告向DSB发出通知称, 美国已于2019年12月18日向DSB表达了上诉的意愿, 但未提交正式的上诉文件; 双方决定待上诉法庭可以有效组建时, 再提交各自的上诉请求。Joint Communication from India and the United States, United States-Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Steel Flat Products from India: Recourse to Article 21.5 of the DSU by India, WT/DS436/22, 16 January 2020.

(5) 2019年12月11日, 欧盟委员会向欧盟理事会以及欧洲议会提交报告称, 欧盟将考虑在气候变化政策中采用碳边境调节机制(Carbon Border Adjustment Mechanism, CBAM), 以应对各国温室气体减排措施的差异所带来的非公平竞争以及碳泄漏问题。CBAM是一种与气候变化相关的贸易保护措施, 如欧盟对进口产品按其温室气体排放量开征碳税, 或要求外国产品的生产商或出口商提交欧盟所要求的碳排放配额, 从而增加该产品的出口成本。故此, 一旦欧盟正式实施CBAM, 必将引发激烈而广泛的贸易战, 再次严重冲击多边贸易体制的权威性。Communication from the Commission to the European Parliament, The European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, European Commission (30 January 2021), [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/european-green-deal-communication\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/european-green-deal-communication_en.pdf).

(6) DSU第25条规定, WTO体制内的仲裁机制可作为争端解决的一种替代性方案, 审理由争端方所决定的事项。除非DSU另有规定, 争端方只有在争端解决程序达成一致意见的情况下才可诉诸仲裁。该仲裁协议应在仲裁开始前通知全体成员方。参与仲裁的争端各方应遵守仲裁裁决。

(7) DSB, Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, JOB/DSB/1/Add.12, 30 April 2020.

(8) 关于MPIA的深入分析, 参见石静霞:《WTO多方临时上诉仲裁安排: 基于仲裁的上诉替代》, 载《法学研究》2020年第6期, 第167-185页。

2020年2月11日,美国贸易代表(United States Trade Representative, USTR)办公室发布了一份有关上诉机构违反WTO规则的报告(下称《上诉机构报告》)。<sup>[9]</sup>该《上诉机构报告》结合争端解决案件的实例,系统阐明了美国阻止上诉机构继续运作的根本原因,即上诉机构在三个方面有违法之处:一是违反了DSU有关审查期限、法官任职资格等规则;二是错误地解释了WTO的实体性规则,损害了成员方管理国际经贸关系的自主权;三是带来了体制性危机,创造了事实上的先例拘束原则,从而背离了上诉机构的法定角色与功能,损害了成员方通过谈判达成的权利与义务平衡。

从表面上看,美国的刻意阻挠与单边行动是上诉机构停摆的直接原因。但从深层次来分析,一方面,上诉机构的危机是当前国际政治经济环境发生重大转折、逆全球化思潮兴起的背景下,国际经贸关系多边化与法治化进程正在遭遇挫败的重要体现,同时也是WTO各成员力量对比发生变化与利益冲突加剧导致上诉机构法官的任命越来越趋向政治化的结果。<sup>[10]</sup>另一方面,上诉机构的停摆也是WTO长期存在的体制性难题与制度性缺陷的“终极爆发”,例如WTO缺乏针对上诉机构的监督与约束机制、协商一致决策模式下WTO的造法功能陷入瘫痪状态、WTO的部分实体性规则存在固有的缺陷且长期没有得到澄清或修补、制度供给难以及时回应成员方的利益诉求以及国际政治经济环境的新变化等。特别是,很长一段时间以来,上诉机构被要求就某些敏感、困难的法律诉求与问题作出裁决,而这些问题本来应该由成员方通过谈判、制定新规定或修改过时的规定等途径来获得解决的。<sup>[11]</sup>从多哈回合谈判“延宕日久、名存实亡”,到上诉机构停止工作,这是一个必然导致的结果。WTO正面临其成立以来最大的一场危机,该危机的深层次根源与解决方案值得学界进行系统的研究。由此可见,“如果成员方将上诉机构的改革作为WTO工作的优先选项,那就是一种本末倒置,因为上诉机构的停摆是WTO危机的症状,而不是造成危机的原因”。<sup>[12]</sup>笔者试图以上诉机构停摆为切入点,首先剖析《上诉机构报告》所提出的“美国理由”,在此基础上探明导致WTO危机的系统性原因,并提出可行的解决方案。

## 二、停摆上诉机构的“美国理由”——基于USTR《上诉机构报告》的分析

### (一)《上诉机构报告》对上诉机构的主要抨击

#### 1. 程序性问题

##### (1) 无视90天的审查时限

DSU第17条第5款规定,通常情况下上诉机构应在成员方提出上诉之日起60天内散发报告,

---

[9] USTR, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, USTR (30 January 2021), [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_on\\_the\\_Appellate\\_Body\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf).

[10] 石静霞:《世界贸易组织上诉机构的危机与改革》,载《法商研究》2019年第3期,第150-152页。

[11] Cosette D. Creamer, *From the WTO's Crown Jewel to Its Crown of Thorns*, *American Journal of International Law*, 113 AJIL Unbound 51, 52-53 (2019).

[12] Marco Bronckers, *Trade Conflicts: Whither the WTO?*, 47 *Legal Issues of Economic Integration* 221, 234 (2020).

任何情况下该时间都不应超过 90 天。报告认为, 2011 年以来, 上诉机构长期无视上述时间要求, 甚至没有与上诉各方进行磋商就延长时间, 有些案件甚至超过 1 年之久。此行为不仅损害了成员方及时抵制非公平贸易行为的权利以及他们对多边贸易体制的信任, 而且使得争端解决期间非公平贸易行为仍得以持续。

## (2) 错误地允许上诉机构成员在离任后继续审理案件

DSU 反映了成员方对于任命上诉机构成员的共识, 只有 DSB 才有权力决定由谁来担任上诉机构成员以及该成员的任期有多长。DSU 第 17 条第 2 款规定, DSB 应任命上诉机构成员, 任期四年, 且可以连任一次。因此, 只有成员方才有权通过 DSB 来任命或再任命某一位上诉机构成员。但是, 通过《上诉审工作程序》第 15 条<sup>(13)</sup>的规定, 上诉机构事实上可以在未经 WTO 成员方同意的情况下, 再次任命一位任期已满的上诉机构成员, 从而违反了 DSU 第 17 条第 2 款。

## 2. 实体性问题

### (1) 错误地解释“公共机构”

上诉机构对《补贴与反补贴措施协定》中的“公共机构”进行了错误的解释, 使得非市场经济体可以通过国有企业来提供补贴却不受制裁。在上诉机构看来, 除非一个实体拥有或实施政府的职能, 否则它不得被视为一个公共机构。此解释既缺乏条约的明确规定, 也不符合“公共机构”的通常含义。上述狭义的解释排除了大量受到政府控制的实体(如国有企业), 削弱了成员方抵制进口产品之补贴的能力, 同时也动摇了 WTO 所坚持的市场经济原则。

### (2) 错误地禁止“归零法”的使用

“归零法”将没有倾销(即出口价格高于正常价值)的交易活动排除在倾销幅度的认定过程之外。《上诉机构报告》认为, 无论是《反倾销协定》的条约文本、谈判历史, 还是 WTO 成员方的行动, 都表明, 成员方并没有明确主张应禁止归零法。但是, 上诉机构通过禁止归零法, 向成员方施加了 WTO 条约所没有规定的义务, 同时还违反了《反倾销协定》第 17 条第 6 款<sup>(14)</sup>所规定的评审标准。

### (3) 错误地确立“外部比较基准”的适用标准

在确立补贴金额所依赖的比较基准时,《补贴与反补贴措施协定》允许成员方在补贴国因没有市场决定的价格(例如因政府干预导致涉案产品的所有国内市场价格都受到了扭曲)故而缺少国内比较基准时, 寻求适当的外部比较基准(即第三国的可比价格)。上诉机构要求调查机关证明补贴国的国内价格为非市场导向的价格, 并通过定量分析来证明其使用外部基准的正当性。《上诉机

---

(13) 《上诉审工作程序》第 15 条规定, 任何一名已经离职的上诉机构成员, 在获得上诉机构授权并通知 DSB 的情况下, 可以完成其在任期间已经启动但没有完成的上诉审。Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, 16 August 2010.

(14) 《反倾销协定》第 17 条第 6 款规定, 在审查第 5 款所指的事项时: (i) 在评估该事项的事实时, 专家组应确定主管机关对事实的确定是否适当, 及他们对事实的评估是否无偏见和客观的。如事实的确定是适当的, 且评估是无偏见和客观的, 则即使专家组可能得出不同的结论, 而该评估也不得被推翻; (ii) 专家组应依照关于解释国际公法的习惯规则, 解释本协定的有关规定。在专家组认为本协定的有关规定可以作出一种以上允许的解释时, 如主管机关的措施符合其中一种允许的解释, 则专家组应认定该措施符合本协定。

构报告》认为，这增加了调查机关的举证责任与执法成本，使得进口成员方难以充分保护其产业与工人。

#### （4）错误地确定保障措施的实施要件

上诉机构要求，进口成员在实施保障措施前应证明进口产品快速增加以及国内产业受损属于“未预见的发展”。《上诉机构报告》认为，《保障措施协定》第1条确立了适用于保障措施的规则，该措施应被理解为1994年《关税与贸易总协定》（GATT 1994）第19条所规定的措施。GATT 1994第19条第1款尽管提及“未预见的发展”，但它并没有明确规定调查机关在采取保障措施前应证明“未预见的发展”，也没有要求在其裁决报告中呈现此证明。

#### （5）错误地认定“双重救济”

上诉机构对《补贴与反补贴措施协定》第19条第3款<sup>(15)</sup>中的“适当的金额”（appropriate amounts）进行了错误的解释。上诉机构认为，进口成员不得同时对原产于非市场经济国家的产品征收反补贴税与反倾销税，除非调查机关已经采取合理措施以避免由此引发的双重救济问题。《上诉机构报告》认为，第19条既不涉及反补贴税的计算，也不涉及同时征收反倾销税与反补贴税是否合法的问题。《上诉机构报告》指出，上诉机构对“适当的金额”的宽泛解释以及对避免“双重救济”的非法要求，增加了成员方适用反补贴规则的不确定性与不可预知性以及调查机关的执法成本。

### 3. 体制性问题

#### （1）错误地赋予其裁决报告先例效力

DSU第3条第2款规定，争端解决机制是保障多边贸易体制的安全与可预见性的中心环节。它的功能是维护成员方在各涵盖协定下的权利与义务，并根据解释国际公法的通常规则来澄清涵盖协定下的条款。DSB的建议与裁决不得增加或减少成员方在各涵盖协定下的权利与义务。但是，上诉机构曾明确声称，专家组应遵循以往上诉机构报告中的法律解释，除非存在“强效理由”（cogent reason）<sup>(16)</sup>可以背离此解释。但所谓“强效理由”并无WTO条约文本的依据。此外，上诉机构报告所具有的事实上的先例拘束效力，使得专家组和上诉机构可以仅依赖以往上诉机构报告中的法律解释（而不是经由成员方认真谈判而达成的条约）即可作出裁决。

#### （2）错误地审查专家组报告中的事实问题

上诉机构的裁判权利来自成员方的授权。DSU第17条第6款规定，上诉仅限于专家组报告中的法律问题以及专家组所作出的法律解释。但是，上诉机构经常性地审查专家组的事实认定，

(15) 《补贴与反补贴措施协定》第19条第3款规定，反补贴税应在每一个调查案中，在非歧视的基础上，以适当的金额来征收。

(16) 上诉机构在“墨西哥诉美国不锈钢反倾销措施案”（WT/DS344）中首次提出了所谓的“强效理由”说。该案专家组采纳了之前被上诉机构推翻的专家组报告的观点，上诉机构对此进行了批驳，并进一步指出：DSU第3条第2款中关于争端解决机制保证多边贸易体制的“安全与可预见性”的规定意味着，在没有强效理由的情况下，裁判机关须在嗣后的案件中依相同方法解决相同法律问题。换言之，专家组原则上应尊重与遵循上诉机构之前所作的裁决理由或法律解释。柳驰：《论法律解释方法的逻辑基础——兼论两个WTO涉华裁决的解释问题》，法律出版社2019年版，第9-12页。

并将成员方的国内法作为一个法律问题来看待, 尽管成员方早已指出, 成员方的国内法应作为事实问题不受上诉审查。由此, 上诉机构错误地解释了美国以及其他成员的国内法, 迫使其不必要地废止或修改涉诉的国内法。

## (二) 对“美国理由”的检视

### 1. “美国理由”的偏私之处

我们应辩证地看待上述观点。一方面, 美国的立场有颇多可质疑之处, 因为很多批判意见实质上反映了“美国偏好”与“利益导向”, 没有理性审视 WTO 法及争端解决机制, 故存在不少谬误之处。

例如, 《上诉机构报告》的一个基本逻辑是“法无禁止即可为”, 只要 WTO 各协定未明确禁止“归零法”等特殊做法, 那么成员方就拥有采取此类措施的自主权。笔者以为, 尽管 GATT 1994 第 6 条以及《反倾销协定》均未明确禁止“归零法”, 但该方法并非成员方善意履行 WTO 条约义务的方式, 同时其实施效果也已经违反了《反倾销协定》第 2 条第 4 款项下“对出口价格与正常价值进行公平比较”这一要求。<sup>(17)</sup> 进言之, 如果任由成员方在 WTO 各协定的“空白之处”进行“肆意的填补”, 那么客观上将增加成员方在协定下本不享有的权利, 而且多边贸易体制的安全与可预见性也将难以获得保障, 后退至关贸总协定时期“纲纪不振、规则体系支离破碎”的困境, 而构建以规则导向的、统一化的国际经贸关系正是 WTO 区别于关贸总协定的关键所在。

又如, 《上诉机构报告》对于专家组报告中的法律问题与事实问题的区分过于狭隘。两者之间固然存在明确的分野, “前者是实际发生了什么的问题, 而后者是对实际发生的事情, 根据法律秩序的标准应如何处置的问题”。<sup>(18)</sup> 但有时两者并非泾渭分明, 因为当某一事实与规则相关故而具有了法律意义, 或对当事人的权利义务或判决结果产生影响, 或者当某一事实通过法律用语来表达时, 就变成了法律问题。<sup>(19)</sup> 正如上诉机构在“美国诉印度农业化学品与药品专利保护案”中所言, 在国际公法中, 国际法庭可以从多个角度来对待国内法。国内法可以作为事实的证据, 也可以成为国家实践的证据。但是, 国内法也可以构成是否遵守国际义务的证据。<sup>(20)</sup> 进一步来说, 美国的观点也违背了成员方在 WTO 项下承担的国际法义务。上诉机构对法律问题的审查通常要依赖于对案件事实的考量, 因为成员方的国内法本质上就是 WTO 视野下的一个法律问题。《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(下称《WTO 协定》) 第 16 条第 4 款明确规定, 每一成员都应保证其

(17) 刘勇:《论反倾销调查程序中的“归零法”》, 载《法治研究》2008 年第 10 期, 第 62-74 页。

(18) [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第 6 版), 黄家镇译, 商务印书馆 2020 年版, 第 388 页。

(19) 英国学者赞德曾举了一个恰当的例子: 某一盲人购买了存在瑕疵的汽车。假如规则的实施有赖于购买人对汽车进行检视的能力, 那么购买人为盲人这个事实就成为法律问题并成为判决理由的一部分; 假如汽车的瑕疵对盲人与普通人一样明显或一样隐蔽, 那么这个事实就不会成为法律问题与判决理由的一部分。转引自高鸿钧等主编:《英美法原论》(上), 北京大学出版社 2015 年版, 第 181-182 页。

(20) India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, WT/DS50/AB/R, adopted on 16 January 1998, para.65.

法律、法规、行政程序与其在各附件协定下的义务保持一致。为实现此目标，国内法就不能仅仅被作为事实问题来看待。<sup>(21)</sup>

再如，《上诉机构报告》对于上诉机构拖延裁判、突破 90 天审限的批判，显然过于苛责，因为它忽略了 WTO 案件快速增加这一客观因素。据统计，实践中专家组的审理期限已经长达一年半，而根据 DSU 第 12 条第 9 款的规定，专家组应在设立之日起半年内作出报告。<sup>(22)</sup> DSU 的缔造者们在规定此审限时并没有预判到 WTO 成立后争端解决案件的数量之多以及法律问题之复杂。因此，美国单纯地批判上诉机构违反 DSU 的上述规定，是一种不合理和非建设性的观点。更加合理的选择应当是在多边谈判中倡导修改 DSU，允许专家组和上诉机构延长其审查期限。

## 2. “美国理由”的合理之处

美国的主张也有一定的可取之处，因为它间接地揭示了 WTO 面临的若干体制性难题与制度性不足，这些因素才是导致上诉机构停摆、WTO 陷入危机的根本原因。例如，上诉机构的运行缺乏适当的监督与约束机制，导致其在条约解释、法律推理等方面的自主权过大；在协商一致的决策模式下，多哈回合多边谈判陷入僵局，制度供给能力严重不足，WTO 的造法功能日益萎缩；WTO 部长级会议与总理事会的工作处于低效率状态，不能对现有规则的模糊或空白之处进行及时的立法性解释或修正等。

美国阻止上诉机构运行只是一种手段，根本目的还是迫使其他成员尽快启动 WTO 改革的谈判。有学者犀利地指出，美国政府将阻止上诉机构运转看作是“撬动”WTO 体制性改革的唯一杠杆；如果没有美国兼具破坏性与建设性的领导力，成员方将不会严肃和积极地讨论 WTO 的改革问题。<sup>(23)</sup> 可资佐证的是，美日欧三大经济体多次发表联合声明，主张应修改《补贴与反补贴措施协定》，具体包括增加禁止性补贴的种类、明确规定当出口国国内市场存在扭曲时进口国调查机关可采用的“外部比较基准”、降低“公共机构”的认定标准、完善补贴国的通知义务、加重可诉性补贴的提供国的举证责任（应证明其补贴不会对国际贸易产生严重的负面影响）等。<sup>(24)</sup> 上述意见与《上诉机构报告》对上诉机构的批驳有颇多相互呼应之处。

(21) Tania Voon & Alan Yanovich, *The Facts Aside: The Limitation of WTO Appeals to Issues of Law*, 40 *Journal of World Trade* 239, 239–242 (2006).

(22) Giorgio Sacerdoti, *The WTO Dispute Settlement System and the Challenges to Multilateralism: Consolidating a Common Global Good*, in Denise Prévost, Iveta Alexovicova & Jens Hillebrand Pohl eds., *Restoring Trust in Trade-Liber Amicorum for Peter Van den Bossche*, Hart Publishing, 2018, p.90–91.

(23) Henry Gao, *Disruptive Construction or Constructive Destruction? Reflections on the Appellate Body Crisis*, in Chang-fa Lo, Jinji Nakagawa & Tsai-yu Lin eds., *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Springer, 2020, p.233; Robert McDougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, 52 *Journal of World Trade* 867, 868 (2018).

(24) USTR, *Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union*, USTR (20 January 2021), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/january/joint-statement-trilateral-meeting-trade-ministers-japan-united-states-and-european-union>.

故此,从长远来看,成员方应就引发上诉机构停摆的深层次问题进行研究,以尽力达成共识,并提出系统的解决方案。下文将从体制性缺陷与制度性不足两个角度来揭示上诉机构停摆的内在原因。

### 三、WTO 的体制性缺陷与制度性不足

#### (一) 体制性缺陷

##### 1. 制度供给能力存在严重不足

《上诉机构报告》的核心观点在于,上诉机构通过越权裁判,错误地填补了 WTO 各协定的空白之处,或者不合法地澄清了各协定的模糊之处,从而在未经谈判的情况下改变了成员方的权利与义务,涉及其对“公共机构”“出口价格与正常价值之间的公平比较”“适当金额的反补贴税”“未预见的发展”等 WTO 关键术语的理解。上诉机构的“肆意解释”,再辅以事实上的先例拘束原则,客观上使其拥有了“法官造法”的功能。上诉机构的裁判之所以会产生“法官造法”的实际效用,是因为 WTO 各协定难以避免地存在空白、模糊甚至相互冲突或不协调之处,而上诉机构必须对这些“立法不足”的地方进行澄清,因为 DSU 并不存在上诉机构可以“法无明文规定”为由而拒绝司法的机制。WTO 本可以通过及时、适当的造法来修补上述不足与缺陷,但它的制度供给能力存在严重的不足。在 WTO 的语境下,制度供给可以理解为成员方通过部长级会议或总理事会来谈判新条约、作出权威解释(具有普遍约束力的立法解释)或修正条约。实践中,以上三种制度供给的途径都存在很大的问题。

首先,就新条约的谈判而言,多哈回合的多边谈判基本上处于“名存实亡”的状态,目前尚在进行的是成员方自愿参加的诸边谈判,涉及服务贸易、信息技术、电子商务、渔业补贴等有限的谈判主题。《上诉机构报告》多次提及的反倾销与反补贴规则属于多哈回合规则谈判的内容,但是迄今为止规则谈判工作组(Rules Negotiating Group)并未取得任何实质性的进展,而且自 2017 年 12 月后事实上处于停滞状态。<sup>[25]</sup>更糟糕的是,保障措施并非多哈回合的谈判议题,所以美国也不可能期望成员方通过谈判来纠正 GATT 1994 第 19 条与《保障措施协定》第 2 条之间的冲突。

其次,就现有条约的“立法解释”而言,部长级会议或总理事会从未行使或尝试行使《WTO 协定》所赋予的专有解释权,尽管对于该解释的客观需求始终存在甚至十分强烈。例如,对于“归零法”在《反倾销协定》下的违法性,专家组与上诉机构在不同案件中曾有不同的意见。其争议核心是,WTO 应全面禁止“归零法”(即反倾销初始调查与复审程序均不得使用“归零法”),还是应部分允许其使用(即“归零法”仅适用于反倾销复审程序)。<sup>[26]</sup>此时,部长级会议或总理事

---

[25] WTO 官网可检索到的最新一份规则谈判工作组主席报告的发布时间是 2017 年 12 月。Negotiating Group on Rules Report by The Chairman, H.E. Mr Wayne McCook to The Trade Negotiations Committee, TN/RL/28/Suppl.1, 6 December 2017.

[26] 张乃根:《论条约的“立法”解释及有关问题——以 WTO 争端解决为视角》,载《法治研究》2017 年第 1 期;刘勇:《论反倾销调查程序中的“归零法”》,载《法治研究》2008 年第 10 期,第 62-74 页;彭岳:《WTO 争端解决先例价值之争》,载《法学评论》2019 年第 6 期,第 84-92 页。



会如能就《反倾销协定》第 2 条第 4 条中的“出口价格与正常价值之间的公平比较”一词作出立法解释，就“归零法”合法与否作出专门的规定，即可彻底消解相关争议以及美国的不满。<sup>(27)</sup>

最后，就现有条约的修正而言，已经生效的修正案只有《贸易便利化协定》<sup>(28)</sup>与《与贸易相关的知识产权协定修正案》。<sup>(29)</sup>两个修正案的贸易议题并非十分重要，只涵盖货物跨境运输与清关的便利化、以公共健康为目标而放松专利强制许可的条件。对于 USTR《上诉机构报告》中多次提及的贸易救济规则，WTO 未有实质性的进展。

## 2. 决策机制的效率比较低

根据《WTO 协定》的规定，WTO 目前拥有三种决策模式：协商一致、正式投票与反向协商一致模式。<sup>(30)</sup> WTO 的造法包括通过条约解释、修正案或制定新条约三种形式，而这些均需要部长级会议或总理事会通过协商一致或正式投票来完成，反向协商一致仅适用于争端解决程序，包括 DSB 成立专家组、通过专家组或上诉机构的报告等事项。

协商一致是指只有在任何成员都没有正式反对的情况下相关决议才能视为获得通过。协商一致模式具有非常鲜明的政治属性，充分反映了 WTO “成员驱动型”的特质，因为它可以确保作出的决定没有主要成员反对，从而更容易得到实施。发达成员方担心正式投票时其数量不占优势，而发展中成员则担忧，正式投票的结果若违反发达成员方的意图则难以得到执行。两者就此达成了一种政治默契。所以，尽管协商一致并不是一个最优选择，但它是一个不利影响最小的选择（the least bad alternative）。<sup>(31)</sup>通过讨价还价达到共识的做法是多边贸易谈判和 WTO 体系发挥作用的核心。协商一致则增强了这一体制的保守倾向，因为一项要求改变体制的议案，只有在极少数反对都不存在的情况下才能被接受。<sup>(32)</sup>故而，协商一致模式的优越性在于充分尊重了所有成员方的主权，在国际规制与国家主权之间保持微妙的平衡，使得通过后的规则具有坚实的政治基础与可执行性，但其最大的缺陷在于效率低下，特别在成员众多的情况下，经常出现一个议题久拖不决的情况。

尽管协商一致天然地存在效率低下的弊端，但 WTO 成员仍选择固守此决策模式，正式投票只

(27) 当 WTO 在“归零法”问题上踌躇不前的时候，区域性经贸协定已经先行一步。2020 年 11 月 15 日签署的《区域全面经济伙伴关系协定》第 7 章（贸易救济）第 13 条明确禁止缔约方在反倾销初始调查与复审程序中采用“归零法”。

(28) 从法律形式上讲，《贸易便利化协定》是作为《WTO 协定》的修正案而被纳入附件 1A（多边货物贸易协定），所适用的法律依据是《WTO 协定》第 10 条的修正程序，而不是第 9 条的决策程序。该协定于 2014 年 11 月 2 日由总理事会通过，并于 2017 年 2 月 22 日生效，仅对批准该协定的成员方有约束力。Protocol Amending the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, WT/L/940, 28 November 2014.

(29) 该修正案于 2005 年 12 月 6 日由总理事会通过，并于 2017 年 1 月 23 日生效，仅约束批准该修正案的成员方。Amendment to the TRIPS Agreement, WTO (10 January 2021), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/amendment\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm).

(30) WTO 决策机制主要规定于《WTO 协定》第 9 条（决策）、第 10 款（修订）与第 12 条（加入），另外 DSU 第 6 条（专家组的成立）、第 16 条（专家组报告的通过）、第 17 条（上诉审）也有所涉及。

(31) Lorand Bartles, *The Separation of Powers in the WTO: How to avoid Judicial Activism*, 53 International and Comparatively Law Quarterly 861, 865–866 (2004).

(32) [英] 伯纳德·霍克曼等：《世界贸易体制的政治经济学：从关贸总协定到世界贸易组织》，刘平等译，法律出版社 2000 年版，第 33–34 页。

在 WTO 成立初期才得到了采用。例如, 1995 年 5 月总理事会会在表决是否接受厄瓜多尔为新成员时, 采用了邮寄投票的方式, 因为当时有部分成员没有出席会议, 难以满足《WTO 协定》第 12 条第 2 款所要求的 2/3 多数投票通过。<sup>(33)</sup> 为避免此类“被迫投票”情况的再度发生, 总理事会于 1995 年 11 月通过一项决议, 在决定加入或义务豁免事项时, 首选的决策方式是协商一致, 其次才是正式投票; 成员方的缺席将被默认为对此决议没有反对意见, 因此不影响协商一致的达成。<sup>(34)</sup> 此后, 对于新成员加入等重要事项, WTO 成员方均毫无例外地选择了协商一致模式。<sup>(35)</sup> 总之, 正式投票机制已经被成员方束之高阁, 从未被启用。例如, 虽然《WTO 协定》规定部长级会议及总理事会可以 3/4 多数票通过对《WTO 协定》及其附件各协定的解释, 但成员方从未尝试援用这一条款。<sup>(36)</sup> 就上诉机构成员的选任而言, 在协商不成的情况下, 成员方本可以通过正式投票来突破此僵局, 但是, 迄今没有一个成员正式地建议 WTO 应启动投票机制来遴选上诉机构成员。<sup>(37)</sup> 该情况并非个例, 多哈发展议程下的诸多议题至今都未有谈判结果, 部分原因就是源自决策机制的低效率。这直接导致了 WTO 实体规则领域的巨大空缺不能得到及时的填补, 已经无法有效地调整日益变化的国际贸易实践。

### 3. 争端解决机制的定位不明

WTO 是一个成员驱动型国际组织<sup>(38)</sup>, 因此新成员的加入条件、各协定的修改、权威解释以及谈判新协定等重大问题均由全部成员方组成的部长级会议或总理事会来决定, 决策程序以协商一致为原则, 专家组与上诉机构的报告须由 DSB 通过后才具有可强制执行的效力, 这些报告的执行应置于 DSB 的监督之下, 直到有关程序全部完成。理论上, 由各成员方组成的 DSB 可以通过否决上诉机构的报告来行使监督权, 但“反向协商一致”决策程序下上诉机构的报告获得了“准自动通过”, 再加上 DSU 第 17 条将制定上诉程序的权利直接授予上诉机构, 导致 DSB 对上诉机构的约束与监督根本无从谈起, 上诉机构事实上已经成为一个独立运行的准司法机构, 这显然与 WTO 的“成员驱动型”特质相背离。归根结底, WTO 争端解决机制的定位到底是成员驱动型还是规则导向型, 现有的规则(即 DSU)是不够明晰的。进一步来说, WTO 争端解决机制的设计初衷与实际运作之间的背离亦是引发上诉机构危机的一个重要原因。

在乌拉圭回合谈判中, 谈判者在构建争端解决机制时曾面临一个两难境地: 一方面, 希望提高该机制的独立性与强制性, 赋予专家组和上诉机构独立裁判的权利, 同时确保该裁判能经常性地生效从而具有强制拘束力, 保障贸易规则得到普遍的遵守, 因为关贸总协定时期, 争端解决专家组的成立、其报告的通过经常因采用“协商一致”决策模式、败诉方阻挠而不能通过, 争端裁决不能

(33) General Council, Minutes of Meeting Held on 31 July 1995, WT/GC/M/6, 20 September 1995.

(34) General Council, Decision-Making Procedures Under Articles IX and XII of the WTO Agreement, WT/L/93, 24 November 1995.

(35) Jaime Tijmes, *Consensus and Majority Voting in the WTO*, 8 World Trade Review 417, 417-420 (2009).

(36) 张乃根:《论条约的“立法”解释及有关问题——以 WTO 争端解决为视角》, 载《法治研究》2017 年第 1 期。

(37) Ernst-Ulrich Petersmann, *How Should WTO Members React to Their WTO Crisis?*, 18 World Trade Review 503, 503-505 (2019).

(38) WTO 官网明确指出, WTO 由成员方政府来推动 (The WTO is run by its member governments)。WTO, *What We Do*, WTO (20 January 2021), [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/what\\_we\\_do\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/what_we_do_e.htm).

生效是关贸总协定的一个沉痾。<sup>(39)</sup> 美国、澳大利亚等缔约方希望增强争端解决机制处理贸易纠纷的能力，扩张其司法属性，特别是通过“反向协商一致”的决策方式来确保专家组和上诉机构的报告获得 DSB 的准自动通过，以此来限制或阻止败诉方行使其否决权。<sup>(40)</sup> 除了“反向协商一致”外，DSU 的“规则导向型”特质还体现在以下方面：专家组与上诉机构应根据解释国际公法的通常规则来澄清涵盖协定中的条款（第 3 条）、WTO 对争端拥有强制管辖权，一方提出磋商请求即可启动争端解决程序，无须取得另一方的同意（第 4 条），当某一成员方试图针对另一方违反涵盖协定的行为寻求法律救济，它应诉诸 WTO 争端解决机制，而不是采取单边行动（第 23 条）等。

另一方面，以美国为首的缔约方又不希望拟订中的 WTO 争端解决机制成为一个完全独立的“国际贸易法院”，因为它可能作出越权裁判而侵害成员方的自主权，当初计划中的“国际贸易组织”就是因美国国会担忧其“威胁美国主权”而最终胎死腹中。<sup>(41)</sup> 因此，DSU 不仅在体系设置上试图弱化专家组与上诉机构的司法属性，最典型之处就是它们的功能仅是协助 DSB 作出裁决或建议，其报告须经 DSB 通过后才能生效，而且 DSU 在很多用词上都体现了刻意淡化司法色彩的谈判立场。例如，用“上诉机构成员”而不是“上诉机构法官”，用“澄清”而不是“解释”，强调专家组和上诉机构的裁决“不得增加或减少成员方在涵盖协定下的权利与义务”。

有关创设上诉机构的构想，一直到乌拉圭回合后期才被提出来，其出发点是，考虑专家组报告将获得准自动通过，需要有一个二审机制来纠正报告中可能存在的错误，同时也有助于确保争端解决结果的统一性。<sup>(42)</sup> 上诉机制还能增强法律裁判的专业性，“设立上诉机构的目的是摆脱争端的具体事实，使之作出更具法律透辟力的分析”。<sup>(43)</sup> 形式上，专家组和上诉机构只有咨询、建议与协助 DSB 作出裁决的功能。但是，由于缺少细致的工作指引以及有效的监督机制，专家组和上诉机构实质上已经成为强制管辖、独立裁判的“国际贸易法院”。

进一步来说，DSU 为争端解决机制规定了过多的目标，导致其实际运行存在混乱之处，没有一个最优先的价值取向。<sup>(44)</sup> 例如，争端解决机制被视为确保多边贸易体制的安全性与可预见性的中心环节，应按照“解释国际公法的通常规则”来澄清各涵盖协定。但美国认为，争端解决机制的首要目标是快速解决争端；为实现此目标，上诉机构在解释与适用涉案条款时应展现适当的灵活性，避免作出过于

(39) 在 WTO 成立前夕，美国曾试图就欧盟禁止在动物饲养中使用激素而起诉欧盟，但它设立专家组的请求被欧盟所阻止。这是美国主张在 WTO 争端解决机制中采用“反向协商一致”的重要原因之一。Jennifer Hillman, *Three Approaches To Fixing The World Trade Organization's Appellate Body: The Good, The Bad and The Ugly?*, Georgetown Law (30 January 2021), <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>.

(40) 屠新泉、石晓婧：《国家主权与国际规则：美国对世界贸易组织争端解决机制的态度变迁》，载《太平洋学报》2020 年第 6 期，第 4 页。

(41) Mitsuo Matsushita, *Reforming the Appellate Body*, in Chang-fa Lo, Jinji Nakagawa & Tsai-yu Lin eds., *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Springer, 2020, p.43–52.

(42) Robert McDougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, 52 *Journal of World Trade* 867, 874 (2018).

(43) 赵维田：《WTO 的司法机制》，上海人民出版社 2004 年版，第 161 页。

(44) Robert McDougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, 52 *Journal of World Trade* 867, 875 (2018).

刚性的裁判意见。美国的立场完美体现了 WTO 的“成员驱动型”特质。但是，上诉机构的实际运行表明，它主要致力于保障 WTO 规则的实施，维护多边贸易体制的安全与可预见性，事实上的先例拘束原则正是此导向的重要体现。“成员驱动”与“规则导向”之间存在难以调和的矛盾，甚至有学者认为，美国刻意阻止上诉机构的正常运行，这是 WTO “成员驱动”的治理模式给国际贸易关系的法治化进程带来的损害，导致“公共物品”的缺失以及“司法困局”。<sup>(45)</sup>

总之，WTO 争端解决机制是“成员驱动”（实力导向）与“规则导向”两种价值取向交织在一起的产物。<sup>(46)</sup> DSU 的缔造者试图在强化 WTO 争端解决机制的司法性、独立性与强制性的同时，对专家组与上诉机构的运行施加诸多约束，防范与抑制司法功能的过度扩张，以保证成员方对争端解决过程的控制权。这是 WTO 争端解决机制的设计初衷。但是，受到各种因素的影响，专家组与上诉机构的实际运行日益脱离缔造者的初衷，没有在“成员驱动”与“规则导向”之间取得适当的平衡，甚至走上了“司法能动”的道路。可资佐证的是，尽管美国赞同 WTO 建立强制性争端解决机制，但是 WTO 成立后不久，美国就开始希望能恢复独立的司法体制与成员方干预之间的平衡，并在多哈回合中提出了谈判意见，但未获其他成员的普遍支持。<sup>(47)</sup> 这也是美国最终选择“停摆”上诉机构的客观原因之一。

## （二）规则体系的不足

当代法学理论普遍承认，司法造法内生于不完备的规则体系之中。<sup>(48)</sup> 条约文本并不总是完美的。国际条约的缔约实践表明，受制于缔约者的谈判经验、语言表达能力的不足，或者受到尽快结束谈判的政治压力，最终达成的条约文本可能只是一个“匆匆而就”、难以清晰表达全体缔约者真实意图的结果，或难以杜绝立法技术上的瑕疵。造成上诉机构“越权裁判”“错误裁判”的原因之一就是 WTO 规则体系本身存在的不足。

### 1. 实体规则的不足

#### （1）规则的空白之处

例如，《上诉机构报告》认为，“归零法”不受 WTO 多边纪律的约束，因为 GATT 1994 第 6 条与《反倾销协定》均未明确禁止“归零法”。又如，《上诉机构报告》主张，进口国在进口产品同时征收反倾销税与反补贴税时不承担避免“双重救济”的义务，其理由之一就是 GATT 1994 第 6 条第 5 款只规定缔约方不得对同一产品的倾销与出口补贴同时征收反倾销税与反补贴税，所以国内补贴不受此限。但是，国内补贴同样有可能扭曲产品的出口价格且该扭曲被计入倾销幅度，那么进口国在针对国内补贴与倾销采取双反措施时并不能绝对避免“双重救济”的发生。因此，

---

(45) Ernst-Ulrich Petersmann, *Between “Member-Driven” WTO Governance and “Constitutional Justice”: Judicial Dilemmas in GATT/WTO Dispute Settlement*, 21 *Journal of International Economic Law* 103 (2018).

(46) 屠新泉：《WTO 争端解决机制：规则与权力并重》，载《世界经济与政治》2005 年第 4 期，第 66-71 页。

(47) Robert McDougall, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, 52 *Journal of World Trade* 867, 878-880 (2018).

(48) 彭岳：《WTO 争端解决报告先例价值之争》，载《法学评论》2019 年第 6 期，第 84 页。

尽管上诉机构对于进口方调查机关应禁止使用“归零法”以及避免“双重救济”的裁决意见自有其妥当之处，但是立法空白客观上也为美国提供了“法官造法”的指控理由。

### （2）规则的模糊之处

例如，依据《补贴与反补贴措施协定》第1条的规定，政府或公共机构向企业提供财政资助是补贴的构成要件之一。但该协定却未对公共机构作出明确的界定，导致在反补贴领域，围绕公共机构的定义产生了诸多争议案件。其中，最为典型的是“中国诉美国对特定产品的反倾销与反补贴案”（DS379）。上诉机构在该案中一方面正确地推翻了专家组的“政府控制论”观点（国有企业因受政府控制而成为公共机构），并提出了“政府职能论”观点（国有企业只有在履行特定的政府职能时才可成为公共机构），另一方面却没有澄清“政府职能”的含义，同时也没有要求调查机关在政府职能多元化的背景下证明特定的“政府职能”与“财政资助”之间的联系。<sup>(49)</sup> 上诉机构的裁决给美国继续滥用“公共机构”的认定标准、遏制中国国有企业的正常经营活动提供了法律空间。<sup>(50)</sup>

### （3）规则的冲突之处

例如，关于保障措施的适用条件，GATT 1994 第19条与《保障措施协定》第2条（条件）之间存在明显的差别，这也是导致专家组与上诉机构秉持不同立场并最终引发美国不满的客观原因之一。具言之，GATT 1994 第19条提及“未预见的发展”，而《保障措施协定》第2条却未作此规定。既然两者同属《WTO 协定》不可分割的组成部分<sup>(51)</sup>，那么我们应如何看待这种条约文本上的差异呢？一种观点认为，《保障措施协定》规定了进口国应遵守的实体性与程序性规则，从而取代了已经过时的 GATT 1994 第19条；另一种观点则认为，既然 GATT 1994 被纳入《WTO 协定》的附件，那么就应给予其相应的效力，因此 GATT 1994 第19条与《保障措施协定》应同时适用于保障措施，那么“未预见的发展”应叠加适用于保障措施。<sup>(52)</sup> 在“欧共同体诉韩国乳制品保障措施案”（WT/DS98）中，专家组采纳了第一种观点，而上诉机构基于“有效解释原则”选择了第二种观点，并在嗣后发生的“欧共同体诉阿根廷鞋类保障措施案”（WT/DS121）、“新西兰、澳大利亚诉美国羊肉保障措施案”（WT/DS177、WT/DS178）中得到了遵循。

## 2. 程序性规则的不足

### （1）解释性规则不够清晰

根据 DSU 第3条第2款的规定，专家组和上诉机构应“根据解释国际公法的通常规则来澄清

(49) United States—Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, adopted 25 March 2011, paras.310–318.

(50) 胡建国、刘柒：《美国对华反补贴中“公共机构”的泛化及法律规制》，载《法学》2019年第10期，第62–65页。

(51) 《WTO 协定》第2条第2款规定，附件1、2、3（“多边贸易协定”）为《WTO 协定》不可分割的组成部分，对所有成员均有约束力。GATT 1994 第19条与《保障措施协定》属于附件1。

(52) 造成此冲突的根本原因在于，缔约方在乌拉圭回合期间本应对 GATT 1947（GATT 1994 的前身）进行适当的修改后再将其纳入该回合达成的一揽子文件中，但考虑到全面修改 GATT 1947 的难度太大，甚至等同于打开“潘多拉魔盒”，最终 GATT 1947 被原封不动地转化为 GATT 1994。See Rudiger Wolfrum, *WTO-Trade Remedies*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p.260–261.

各涵盖协定”，并“不得增加或减少成员方的权利与义务”。对此规定，上诉机构在早期裁决的“美国汽油标准案”（WT/DS2）与“日本酒税案”（WT/DS8）中已经明确指出，《维也纳条约法公约》第31、32条已经具有了条约解释的国际习惯法的地位。嗣后无论是专家组还是上诉机构均严格遵循以上条款（特别是第31条）来解释WTO各协定的系争条款。正如WTO前任总干事拉米所言，此举清楚地表明“WTO希望自己尽可能被完整地纳入国际法律秩序中”。<sup>(53)</sup>

作为规范条约解释的核心规则，《维也纳条约法公约》第31条主要采纳了约文解释学派的理论观点，给予约文解释优先地位，同时也部分接受了目的解释学派的观点。根据该条款，国际条约应“依其用语按其上下文并参照条约的目的与宗旨所具有的通常含义，善意解释之”。也就是说，条约解释者应主要考虑三个要素：用语的通常含义、上下文以及目的与宗旨。用语的“通常含义”应放在条约的“上下文”及条约的“目的与宗旨”的背景下善意地进行理解。但是，对于这三项要素的先后顺序或等级关系，《维也纳条约法公约》并没有予以明确规定。负责起草该公约的联合国国际法委员会也指出，“第31条并不为其中包含的条约解释规则规定法律上的上下等级关系，而只是按照逻辑把一些解释因素进行适当的排列”。<sup>(54)</sup>既然这三项要素之间并没有强制性的主次之分，那么从逻辑上讲条约解释者就应一并予以考虑，因为“词语的通常含义不应抽象地予以决定，而是应按该词语的上下文并参考该条约的目的与宗旨予以决定”。<sup>(55)</sup>此外，根据《维也纳条约法公约》第32条的规定，为了证实由于适用第31条得到的意义，或者当适用第31条得到的解释结果“意义不明或难解”或“显然荒谬或不合理”时，解释者还应使用补充的解释资料，包括该条约的谈判资料及其缔结的情况在内。基于此，可以将《维也纳条约法公约》第31~32条所规定的条约解释方法简单地划分为文义解释、上下文解释、目的解释与补充性解释方法。

问题在于，《维也纳条约法公约》第31条与第32条事实上授予上诉机构宽泛的自由裁量空间，允许其在多个解释性要素之间进行自由的选择，或给予不同的权重，并最终得出自己所属意的解释结果。某些解释结果甚至明显背离了缔约方原本的意图，或者严重突破了约文的通常含义。这一问题主要源自上诉机构在不同案件中对于文义解释与目的解释的不同偏好。

在“美国、欧盟与墨西哥诉中国原材料出口限制案”（WT/DS394、395、398）中，争端方争议的焦点之一是GATT 1994第20条（环境例外）是否适用于《中国入世议定书》第11条第3款（出口税承诺）。上诉机构拘泥于《中国入世议定书》第11条第3款的文本（文义解释），而忽略了《中国入世议定书》以及《WTO协定》的目的与宗旨（目的解释）。它仅仅因为第11条第3款未提及《WTO协定》或GATT 1994，基于“沉默即等于放弃”的逻辑，就片面地主张第11条第3款的用词排除了中国援引GATT 1994第20条的权利。中国曾经提请上诉机构在解释系争条款时考虑《WTO协定》的前言，也就是考察WTO各条约作为一个整体所具有的目的与宗旨，

(53) Pascal Lamy, *The Place of the WTO and Its Law in the International Legal Order*, 17 *European Journal of International Law* 969, 979 (2006).

(54) 李浩培：《条约法概论》，法律出版社2003年版，第351页。

(55) 李浩培：《条约法概论》，法律出版社2003年版，第351页。

包括“可持续发展的目标”。但上诉机构并未予以充分考虑，其文牍主义的立场也遭到了广泛的批评。<sup>(56)</sup> 进言之，因过度重视约文的字面或语法含义，而忽略了上下文、条约目的以及相关利益的平衡，上诉机构甚至被批判为一个“翻译机器”。<sup>(57)</sup>

另外，过于看重目的解释、刻意忽略条约文本的通常含义，也会引发巨大的争议。在著名的“印度、巴基斯坦等国诉美国禁止虾及虾制品进口案”（下称“虾和海龟案”）中，上诉机构不再固守条约的文本，而是借助于《WTO 协定》前言中“可持续发展”这一目的与宗旨对 GATT 1994 第 20 条 g 项进行了扩张性解释。它认为，GATT 1994 第 20 条 g 项中“可用竭的自然资源”这一用词是五十多年前起草的，条约解释者应当根据当前国际社会对环境保护的关注来加以阐释。《WTO 协定》的前言表明缔约方都注意到环境保护的重要性和合法性，并把环境保护作为国家和国际政策的目标。从这一角度来看，第 20 条 g 项中的“可用竭的自然资源”在内容或范围上都不是一成不变的，而是发展的（evolutionary），其通常含义应包括可再生的生物资源（如海龟）。上诉机构还借助于《濒危野生动植物物种国际贸易公约》等国际环境条约以及“国际环境法中心”“世界自然基金会”等非政府组织的意见来论证上述解释结果的正当性。<sup>(58)</sup> 尽管以上解释获得了环保主义者的欢迎，但在国际范围内却引发了广泛的争议。正如印度、巴基斯坦等本案申诉方所言，“可用竭的自然资源”的通常含义不应包括可再生的生物资源，否则“可用竭”这一限定词就是多余的，这有违条约解释中的“有效解释原则”。

总之，在“解释国际公法的惯例”所容许的范围之内，上诉机构完全可以做到司法造法。<sup>(59)</sup> 这一方面是因为条约所创设的规范世界与当事方所处的社会现实之间永远存在差异，两者很难做到“一一对应”，所以条约解释者也几无可能简单地“对号入座”。在缺乏明确的工作指引的情况下，他只能而且必须发挥一定的司法能动性，以填补规范与事实之间存在的鸿沟，这也是条约解释之所以被称为“艺术”（而不是“科学”）的根本原因。<sup>(60)</sup> 另一方面，《维也纳条约法公约》的条约解释规则本身就是融合不同谈判立场的妥协性结果，甚至涵盖了相互之间存在冲突的解释性要素，这客观上也给条约解释者提供了自由裁量的宽泛空间。

## （2）上诉程序缺乏必要的监督

成员方并未在 DSU 中规定十分明确具体的上诉审程序，而是将这一任务交由上诉机构自行完成。依据 DSU 第 17 条第 9 款，上诉机构在与总干事、DSB 主席磋商的前提下制定《上诉审工作

(56) 刘勇：《WTO 框架下中国自然资源出口管制政策与法律问题研究》，法律出版社 2014 年版，第 110-115 页；孙昭：《寸土必争的世贸争端》，知识产权出版社 2015 年版，第 72-75 页。

(57) Mitsuo Matsushita, *Reforming the Appellate Body*, in Chang-fa Lo, Jinji Nakagawa & Tsai-yu Lin eds., *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Springer, 2020, p.44.

(58) United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/ABR, adopted on 6 November 1998, paras.127-134.

(59) 彭岳：《WTO 争端解决报告先例价值之争》，载《法学评论》2019 年第 6 期，第 85 页。

(60) 关于条约解释的“艺术”与“科学”之争，可参见：Ulf Linderfalk, *Is Treaty Interpretation an Art or a Science? International Law and Rational Decision Making*, 26 *European Journal of International Law* 169 (2015) .

程序》，并将之散发给所有成员。对该程序的修改也只是征求成员方意见，并由上诉机构通过，即可生效。《上诉审工作程序》最早于 WTO 成立初期通过<sup>(61)</sup>，迄今已经过五次修订，最新一次修订发生于 2010 年。<sup>(62)</sup> 令人意外的是，尽管 DSB 拥有管理争端解决规则与程序的权限，且《上诉审工作程序》会间接地影响案件裁判的实体性结果，该文件却无须 DSB 全体成员以协商一致或正式投票方式来表决通过。这充分表明 WTO 体系内严重缺乏针对上诉机构的监督与约束机制。例如，美国多次诟病的上诉机构成员“任职期满后继续审案”的问题，其根源就在于《上诉审工作程序》第 15 条允许此类做法。此外，上诉法庭还可在《上诉审工作程序》的基础上继续制定只适用于特定案件的程序性规则，该规则同样无须获得 DSB 成员的批准。<sup>(63)</sup> 最为典型的例子就是上诉机构对于“法庭之友”意见（*amicus curiae* briefs）的采纳。

“法庭之友”一词源自罗马法，是指争端解决案件的非当事人经法庭允许提交其书面意见、证据材料，或参与相关程序。“法庭之友”通常是代表公共利益的非政府组织，也包括商业组织、行业协会，甚至国家或政府间国际组织。法庭接受“法庭之友”意见的正当性在于，它通过提供专业视角或专业知识，可以协助法庭作出裁判，而且允许其参与诉讼程序可以提高司法的透明度，增强社会公众对裁判结果的接受度。但是，“法庭之友”也会产生消极后果，这将迫使争端方对“法庭之友”意见作出回应，从而提高其诉讼成本，同时还会放任利益集团渗入司法程序。<sup>(64)</sup>

在“加拿大诉欧共体影响石棉进口措施案”中，上诉法庭特别通过了一项有关“法庭之友”的决议，在符合特定条件的情况下，允许本争端的当事方以及第三方之外的任何自然人或法人，就本案专家组报告中的法律问题或法律解释，在规定时间内以书面方式提交意见。争端方以及第三方将被给予适当的机会来评价与回应。该决议被上诉机构主席通知给 DSB，并散发给所有成员。通知明确强调，本附加程序并不构成依据 DSU 第 19 条第 7 款制定的《上诉审工作程序》的一部分，且同意“法庭之友”提交书面意见并不等于上诉机构报告应接受该材料。<sup>(65)</sup>

对此决议，大多数 WTO 成员表达了反对意见。例如，乌拉圭主张，是否接受“法庭之友”的意见，不仅是一个程序性问题，而且也是一个实体性问题，因为它会影响上诉机构的最终裁决，从而影响成员方在涵盖协定下的权利与义务，而这不属于上诉机构的职权范围。鉴于上诉机构报告会产生事实上的先例拘束效力并产生体制性影响，面对这样一个复杂的问题，上诉机构本应通知总理事会通过一项解释性决议。<sup>(66)</sup> 埃及、印度、巴西、墨西哥等也认为，接受“法庭之友”的

(61) Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/1, 15 February 1996.

(62) Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, 16 August 2010.

(63) 《上诉审工作程序》第 16 条第 1 款规定，为了公平与有序地完成上诉的目的，如果上诉审遇到一个本规则所没有涵盖的程序性问题，三名法官组成的上诉法庭可以采纳仅适用于该上诉案件的适当程序，条件是该程序不违反 DSU、涵盖协定以及本规则。

(64) Gary Born & Stephanie Forrest, *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration*, 34 ICSID Review 626 (2019).

(65) European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Communication from the Appellate Body, WT/DS135/9, 8 November 2000.

(66) Decision by the Appellate Body Concerning *amicus curiae* Briefs, Statement by Uruguay at the General Council on 22 November 2000, WT/GC/38, 4 December 2000.



意见已经远远超过了上诉机构的权限：第一，此行为不仅是一个程序问题，而且严重影响上诉机构的实体运作与最终裁判结果。在缺乏 DSU 明确授权的情况下，这等同于修改 DSU。第二，DSU 第 13 条允许专家组收集资料，这些是专家组为了作出公平认定而收集的必要的资料。但是，上诉机构无权这样做，因为它的职权仅限于专家组报告中的法律问题与法律解释。第三，上诉机构是 WTO 的一部分，它受制于成员方经谈判达成的规则，不能超越其权限。依据《WTO 协定》第 5 条的规定，与非政府组织（NGO）的磋商与合作程序应由总理事会来决定。第四，成员方并未就“法庭之友”的意见达成一致或任何协议，WTO 是一个成员推动的政府间国际组织，此定位应予以维护。如果上诉机构发现某一法律问题尚未规定，则应提交给成员方来决定，否则将损害其作为“确保多边贸易体制的安全与可预见性的中心环节”之定位。<sup>(67)</sup>

颇为讽刺的是，长期批判上诉机构“越权裁判”的美国却支持上诉机构的上述“越权行为”。美国认为，上诉机构获得了《上诉审工作程序》第 16 条第 1 款的授权，使它可以通过一项特殊程序来接受与考虑“法庭之友”意见。DSU 的历史也没有表明缔约方有意禁止“法庭之友”。因此，问题的重点不是上诉机构是否有权来接受“法庭之友”意见，而是上诉机构应如何处理这些意见。<sup>(68)</sup> 美国的立场并不令人意外，因为在之前审结的“虾和海龟案”中美国作为被诉方提交了多份“法庭之友”意见，且获得了上诉机构的支持。上诉机构之所以将涉案的海龟解释为 GATT 1994 第 20 条意义上的“可用竭的自然资源”，一定程度上是因为其受到了“世界自然基金会”等“法庭之友”意见的影响。<sup>(69)</sup>

#### 四、WTO 困境的解决方案

上诉机构的停摆是 WTO 危机的一个重要映照，而单纯恢复上诉机构的运行并不能一劳永逸地解决前文所述的深层次问题。在争端解决领域，目前成员方应对困境的首要措施就是依据 DSU 第 25 条构建 MPIA 机制。但是，DSU 第 25 条下的 MPIA 存在一些固有的不足。例如，建立在当事方自愿基础上的临时性仲裁程序在性质上更接近于专家组程序，难以体现“二审程序”的独立性与永久性<sup>(70)</sup>，由此导致其裁决结果的法律确定性与统一性难获保障等。<sup>(71)</sup> 况且，MPIA 只能是应对 WTO 危机的“权宜之计”，因为它没有触及“成员方对 WTO 法庭的政治约束”这一核心问

(67) General Council, Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 22 November 2000, WT/GC/M/60, 23 January 2001.

(68) General Council, Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 22 November 2000, WT/GC/M/60, 23 January 2001.

(69) WT/DS58/ABR, paras.79–110.

(70) 按 MPIA 的设计方案，仲裁员的组成可在任何时候经所有参加成员方的协商一致而加以变动。此外，参与方将在两年后定期更新仲裁员库。其他 WTO 成员加入 MPIA 或参与方退出 MPIA 也可能导致仲裁员的重新选任。如果上诉仲裁员的任期太短或参与方可随时重新选定仲裁员，这将对仲裁员的独立性产生威胁。此外，MPIA 也没有要求仲裁员遵循“与争端方同国籍应回避”的原则，从而引发对其公正性的担忧。Xiaoling Li, *DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?*, 15 *Global Trade and Customs Journal* 461 (2020).

(71) 孔庆江：《一个解决 WTO 上诉机构僵局的设想》，载《清华法学》2019 年第 4 期，第 203–207 页。

题<sup>(72)</sup>；如果这一问题得不到彻底的解决，那么即使将来上诉机构恢复工作，类似的危机或冲突还可能再次发生。所以，以应对上诉机构停摆为契机，笔者试图提出解决 WTO 多边贸易体制困境的基本对策。鉴于中外学界已经就解决上诉机构以及 WTO 危机提出了大量的对策建议，笔者并无意也没有必要提出一个面面俱到的解决方案，而只就其中最为重要的三个方面略陈管见。

### （一）加快启动立法解释

依据《WTO 协定》第 9 条第 2 款的规定，部长级会议与总理事会拥有解释本协定以及各多边贸易协定的排他性权力，通过解释性决议的条件是在正式投票中 3/4 以上的成员方表示赞同。此方案的优点在于，它既可规避协商一致决策模式（修改 WTO 规则的必需步骤）所固有的难度，防止美国的刻意阻挠，又可为专家组和上诉机构的裁决提供有约束力的指导，特别是遏制上诉机构作出过于宽泛的法律解释。WTO 应尽快就争议较大的某些实体性与程序性规则作出立法解释。

在实体性规则方面，部长级会议或总理事会应尽快就反倾销调查中的“出口价格与正常价值之间的公平比较”、反补贴调查中的“适当金额的反补贴税”与“公共机构”、保障措施实施条件中的“可预见的发展”等关键术语进行解释。例如，可借鉴 2020 年 11 月通过的《区域全面经济伙伴关系协定》第 7 条第 13 款（归零法的禁止），将“出口价格与正常价值之间的公平比较”解释为，在反倾销初始调查与复审程序中，对加权平均出口价格与加权平均正常价值之间的比较结果，以及单笔交易出口价格与单笔交易正常价值之间的比较结果，无论倾销幅度是负还是正，均不得归零。若调查机关采用单笔交易出口价格与加权平均正常价值的比较方法，则不受此限。

在程序性规则方面，部长级会议或总理事会应尽快就 DSU 中的关键条款作出立法解释。第一，应对 DSU 第 3 条第 2 条中所称“解释国际公法的通常规则”作出澄清，要求专家组和上诉机构有义务综合考量各种解释性要素，包括条约用词的通常含义、上下文以及条约的目的与宗旨，不得有所偏颇。此外，专家组和上诉机构应优先考虑约文的通常含义，且当某一用词具有多种通常含义时，应优先选择不会导致该用词多余或无意义的解释，或优先选择与条约的目的与宗旨相契合的解释，或优先选择对成员方负担最小的解释。同时，在解释结果明显存在不合理或存在较大争议时，应特别考察条约文本的谈判背景与缔约草案。第二，应对 DSU 第 3 条第 2 条中所称“多边贸易体制的安全与可预见性”作出解释，规定专家组和上诉机构报告的解释与法律推理均不产生法律上的先例拘束效力，同时后案的专家组或上诉机构应在适当的范围内考虑前案的报告。第三，应对 DSU 第 17 条第 9 款作出解释，对上诉审的工作程序提出若干原则性要求。例如，当上诉法庭难以在 90 天内作出报告时，可与争端双方商议延长该时间，或缩小裁判范围；任期届满的上诉机构法官可继续参与在其任期内已经启动的案件；在争端双方未同意的情况下，上诉法庭不得接受或考虑“法庭之友”意见。如果总理事会通过新的《上诉审工作程序》，则上述解释可纳入该文件中。

总之，成员方借由部长级会议或总理事会作出的权威性法律解释可成为 WTO 成员方限制、

---

(72) Weihuan Zhou & Henry Gao, "Overreaching" or "Overreacting"? Reflections on the Judicial Function and Approaches of WTO Appellate Body, 53 Journal of World Trade 951, 972 (2019).

约束专家组和上诉机构权力的重要方式。进一步来说，国际公约的缔约方通过权威性的立法解释来限制争端解决机构的解释权与裁判权已经成为国际经济立法的一个重要趋势。例如，处理国际投资争端的仲裁庭对于双边投资条约的解释往往存在很大程度的不确定性，甚至不同的仲裁庭对于相同条款作出了不同的解释，从而引发了人们对该制度的正当性和合法性的忧虑。缔约国对争议条款进行解释不仅有助于阐明投资条约的通常含义，反映缔约国的真实意图，而且也有助于抑制、纠正仲裁庭过度重视投资自由化的错误倾向，以“国家造法”来对抗饱受诟病的“法官造法”。这也是晚近国际投资法律体制获得改革与完善的一个重要举措。<sup>(73)</sup> 例如，2012年达成的中国与加拿大之间的《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第30条第1款就明确规定，缔约方就本协定任何条款所作的解释对仲裁庭均具有约束力，后者的裁决必须与此解释保持一致。2015年《中国—澳大利亚自由贸易协定》第9章（投资）第19条也规定，双方成立的投资委员会就特定条款作出的解释对仲裁庭有约束力。

## （二）改进专家组和上诉机构的工作程序

曾担任上诉机构法官的詹妮芙·希尔曼（Jennifer Hillman）主张，WTO可以成立专门受理贸易救济案件的上诉审，或者上诉机构暂时不受理贸易救济案件的上诉申请，因为这是打破僵局的最有效手段。<sup>(74)</sup> 但是，此建议严重损害多边贸易体制的统一性与约束性，与WTO的宗旨相违背，故不具有可行性。但是，此建议也为我们提供了一种新的思路，那就是适当限定专家组和上诉机构的审查权，目的是增强争端解决程序的“成员导向”。

当代国际法的发展史可以看作是主权国家与国际组织（独立的第三方机构）之间不断分权、博弈的过程。20世纪以来，以联合国和WTO的成立为代表，国家主权受到国际法越来越多的限制，这种限制主要源自国际组织的章程性文件以及相关国际条约，在法律上可以理解为国家让渡自己的部分非核心的主权权力。例如成员方将管理对外贸易政策的一部分权力授予作为独立第三方机构的WTO，并在发生争端解决案件时，同意由专家组或上诉机构来裁断是非、分清对错。但是，国际法本质上是主权国家同意的产物，其效力源自主权国家的意愿（自愿接受其约束），而国际组织是国家开展彼此间合作的一种工具，其运作根本上必须服务于国家的利益，必要时国家可以退出国际条约或国际组织。<sup>(75)</sup> 所以，当国际法越来越多地“侵入”主权国家的敏感领域（如补贴政策、外资管理、数据管理），而重视国家安全的观念不断得到强化时，限制国际法的效力甚至重构国际法律秩序就成为主权国家必然的选择。特别是，部分具有独立性、强制性与司法性的国际争端解决机制正在被主权国家所修正。例如，巴西2015年之后对外签订的双边投资协定（Bilateral Investment Treaty, BIT）

---

(73) 张生：《国际投资法制框架下的缔约国解释研究》，载《现代法学》2015年第6期，第162-169页；李庆灵：《国际投资仲裁中的缔约国解释：式微与回归》，载《华东政法大学学报》2016年第5期，第132-142页。

(74) Jennifer Hillman, *Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, The Bad and The Ugly?*, Georgetown Law (20 January 2021), <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>.

(75) 蔡从燕：《国家的“离开”、“回归”与国际法的未来》，载《国际法研究》2018年第4期，第6-7页。

最大的特点就是鼓励缔约国介入投资者与东道国之间的争议，包括取消投资者—国家争端解决机制（Investor state dispute settlement, ISDS），由缔约国代表组成联合委员会主持下的调解机制以及缔约国之间的仲裁机制，并减少投资者可获得救济的权利。<sup>(76)</sup> 2015年以来，荷兰、哥伦比亚与印度的新BIT范本也呈现出基本相同的特点：在实体规则上，收紧了适格投资者与投资的认定标准，从而增加了投资者使用ISDS的难度；在程序规则上，为投资者启动ISDS机制设置了更加苛刻的前置条件和时间要求，并限制争端双方对仲裁员的任命权，削弱仲裁庭对东道国管制行为的审查权。<sup>(77)</sup> 主权国家（参与国）与国际性争端解决机构之间的权力再分配已经成为一种愈加普遍的趋势。

基于此，笔者建议，参考成员方已经达成的部分共识<sup>(78)</sup>，WTO部长级会议或总理事会应分别修改DSU第12条第7款和第17条第5款，在争端双方一致同意的情况下，专家组或上诉机构应删去其报告中并非为解决争端所必要的裁决，同时增加中期评审程序，要求上诉机构在公布报告之前应先通知争端方，后者可提出书面意见。另外，DSB应借鉴DSU第12条第1款的规定<sup>(79)</sup>，并在现有的《上诉审工作程序》的基础上，通过一项新的《上诉审工作程序》，以取代上诉机构自行制定的文件，并将其纳入DSU附件5。相应地，DSU第17条第6款应修改为“上诉法庭应遵循附件5中的工作程序，除非经与争端方商议后达成不同的决定”。新《上诉审工作程序》应着重对工作期限、审查标准、裁判范围、法律解释方法、可适用法律的范围、“法庭之友”意见等作出规范。

### （三）采用诸边模式的谈判机制

有学者主张，达成基本共识的WTO部分成员可建立一个新的上诉机构，所有成员均可选择参加或不参加。该机制的优点在于一方面可以最大限度地保留WTO规则体系的统一性，另一方面又可以破解原上诉机构停摆所带来的争端解决困局。<sup>(80)</sup> 此建议与正在运行的MPIA在法律属性上有相通之处，实质上都是在WTO多边贸易体制内采用一种诸边或类诸边模式的谈判机制。

狭义上的诸边模式仅指《WTO协定》附件4所列的《政府采购协定》与《民用航空器贸易协定》两个协定。此类协定的特点是仅对选择加入的成员具有法律约束力，对未加入的成员不产生权利与义务。诸边模式体现了一种渐进式的贸易治理理念。追溯历史，设置诸边贸易协定这一协定类型实为WTO成员保留乌拉圭回合未决问题的一种方式。<sup>(81)</sup> 这些贸易议题在乌拉圭回合未达成普遍的一致意见。一方面，在“要么全有、要么全无”的“一揽子承诺”谈判模式下，如果这

(76) Geraldo Vidigal & Beatriz Stevens, *Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?* 19 *Journal of World Investment & Trade*, 2018, No.3, p.241-250.

(77) Kabir A. N. Duggal & Laurens H. van de Ven, *The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves*, 35 *Arbitration International* 347 (2019).

(78) Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore, Mexico, Costa Rica and Montenegro to the General Council, WT/GC/W/752/Rev.2, 11 December 2018; General Council, *Functioning of the Appellate Body (Draft Decision)*, WT/GC/W/791, 28 November 2019.

(79) DSU第12条第1款规定，专家组应遵循附件3中的工作程序，除非专家组经与争端方商议后达成不同的决定。

(80) 孔庆江：《一个解决WTO上诉机构僵局的设想》，载《清华法学》2019年第4期，第197-207页。

(81) 钟英通：《WTO改革视角下的诸边协定及其功能定位》，载《武大国际法评论》2019年第1期，第112页。

些贸易议题必须以多边协定的方式来规制，则将会阻碍 WTO 的及时成立。另一方面，部分缔约方又不愿意放弃此议题。故此，作为一种变通的办法，这些议题暂时以诸边协定的方式来规范，同时寄希望于将来吸引更多的成员方加入，最终过渡至最具普遍性的多边协定。

广义上的诸边模式不仅包括《WTO 协定》附件 4 所列的两个协定，而且还指任何不会同时约束所有成员方的差异化规则。尽管 WTO 以建立具备统一性和持久性的多边贸易体制为己任，但它并未从法律上排斥仅适用于特定成员的“差异化规制模式”。该模式与 WTO 长期坚持的“一揽子承诺”谈判机制并无本质上的冲突与矛盾，因为“一揽子承诺”并不意味着 WTO 对每一成员应适用相同的权利义务规则。在新规则的创制过程中，“要么全有、要么全无”的谈判模式强化了多边贸易体制的统一性与权威性，任何成员在加入 WTO 时都不能提出保留，同时这也有力地保证了成员方能公平分享自由化贸易规则所带来的收益并分担相应的成本，杜绝贸易自由化进程中的“搭便车”行为，使得成员方有较为强烈的主观意图来遵守新规则。但是，从严格意义上讲，即使存在“一揽子承诺”模式，WTO 规则也并非严格地统一适用于所有成员，因为每一成员在加入 WTO 时都会通过入世议定书作出特定的承诺，它们被要求在 WTO 一般纪律之外承担额外的且专属于该成员的义务。<sup>(82)</sup>另一方面，依据《WTO 协定》第 10 条第 3 条的规定，一旦部长级会议或总理事会以协商一致或投票方式通过对该协定或多边贸易协定的修正案后，此修正案将提交给成员方来批准；当 2/3 的成员批准此修正案时，此修正案即可生效，且只对批准该修正案的成员才有法律约束力。

例如，尽管《贸易便利化协定》被列入《WTO 协定》附件 1A（多边货物贸易协定），但它并非自动适用于所有的成员，而是只约束已经完成批准程序的成员，迄今此类成员共有 127 个。<sup>(83)</sup>原因在于，成员方并未诉诸新协定通常应遵循的《WTO 协定》第 9 条下的决策程序，而是采用《WTO 协定》第 10 条下更具灵活性的修改程序。《WTO 协定》第 9 条下的决策（除了涉及诸边协定的决策）一旦依据协商一致或简单多数赞同票通过，不需要各方的批准即可约束全体成员，难以顾及成员方的多元化需求，也缺少弹性的制度空间。2014 年 11 月 27 日总理事会通过了《关于修改 WTO 协定的议定书》，决定将该议定书所附的《贸易便利化协定》纳入《WTO 协定》附件 1A。<sup>(84)</sup>该协定已经于 2017 年 2 月 22 日生效，由此产生了一个颇为有趣的现象：《贸易便利化协定》名义上是一个多边货物贸易协定，却只约束 127 个成员。《贸易便利化协定》的生效表明，成员方可以在不动摇现有多边体制的情况下为 WTO 决策程序注入适当的灵活性，即以差异化的速度达致“一揽子承诺”。<sup>(85)</sup>

---

(82) Marco Bronckers, *Trade Conflicts: Whither the WTO?*, 47 *Legal Issues of Economic Integration* 221, 234–236 (2020).

(83) 欧盟全部 27 个成员国被计为一个成员方，英国为单独一个成员方。Members Accepting the Protocol of Amendment to Insert the WTO Trade Facilitation Agreement into Annex 1A of the WTO Agreement, WTO (31 January 2021), [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tradfa\\_e/tradfa\\_agreeacc\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_agreeacc_e.htm).

(84) Protocol Amending the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, General Council Decision of 27 November 2014, WT/L/940.

(85) Alex Ansong, *Single Undertaking, Different Speeds: Pliable Models for Decision-making in the WTO*, 21 *Journal of International Economic Law* 395 (2018).

进一步来说,晚近以来,主要因为合作方的异质性与议题的敏感性,全球经贸关系的规制模式已经从WTO为中心的多边化、统一化为主,转向多极化、差异化与统一化并行的新轨道。<sup>(86)</sup>例如,《美墨加协定》在原产地认定标准、汽车产业、投资争端解决、贸易救济等领域采取了差异化规制的模式,为不同的缔约国“定制”了不同的规则(特定国家规则)。例如,ISDS机制仅适用于美国与墨西哥之间的投资争端,而美国与加拿大、墨西哥与加拿大之间的同类争端则只能通过东道国国内诉讼等其他方式来解决。

所以,WTO成员应在保留协商一致决策机制的前提下,基于高效务实的考虑,逐步推动开放式诸边谈判模式,形成WTO体制内多边与诸边共存的格局,并最终通过关键多数的开放式诸边模式迂回推动WTO回归多边谈判模式。<sup>(87)</sup>2019年1月25日,中美欧等76个WTO成员共同发起电子商务诸边谈判,正是此类务实型造法机制的重要体现。<sup>(88)</sup>循此模式,部分成员方可就补贴、国有企业、外资准入管理等实体性规则以及上诉审等程序性规则先行开展谈判,努力达成诸边性协定。此类广义上的诸边协定是否须纳入《WTO协定》附件4并不重要,重要的是尽快构建具有法律约束力、可执行的规则体系,以调整特定成员方之间的经贸关系,挽救岌岌可危的国际经贸法律秩序。

## 五、结语

作为一项法律体系以及自由贸易体制,WTO通常被视为全球性公共物品,它对于所有国家(包括非WTO成员)都是有利的,因为它提供了具有稳定性的法律制度,并保证市场准入的承诺得到切实的实施。特别是,WTO的造法与司法机制(争端解决)可以通过持续性地谈判新的贸易自由化规则、澄清现有贸易规则的含义、限制单边贸易措施的外部性等手段,为多边贸易体制提供完全与可预见性。WTO的宗旨是构建互惠性的贸易自由化体制与兑现各成员的市场准入承诺,同时保留成员方保护非经济目标的合法空间。<sup>(89)</sup>当WTO多边贸易体制面临停滞不前的困境时,各成员应努力化解争议,寻求最大限度的政治共识,共同致力于维护兼具统一性与多样性的国际经贸秩序。

以上诉机构停摆为表征,WTO多边贸易体制的约束力、权威性正在遭到严重的质疑和侵蚀。从根本上讲,此危机源自WTO自身的体制性缺陷与制度性不足。为恢复上诉机构的运行,并从根本上消解WTO的危机,成员方需要加快启动立法解释,改进专家组和上诉机构的工作程序,适当限制两者的审查权,同时展现最大限度的灵活性,采用诸边模式的谈判机制,在部分具备成熟条件的成员方之间先行达成协议,并吸引更多的成员加入,最终达致统一适用于各成员的多边

(86) 钟英通:《国际经贸规则适用的差异化现象及其法律应对》,载《环球法律评论》,2019年第3期,第179-192页。

(87) 龚柏华:《论WTO规则现代化改革中的诸边模式》,载《上海对外经贸大学学报》2019年第2期,第13-23页;都毫:《开放的诸边主义:世界贸易组织谈判改革的路径》,载《太平洋学报》2019年第9期,第95-104页。

(88) 石静霞:《数字经济背景下的WTO电子商务诸边谈判:最新发展及焦点问题》,载《东方法学》2020年第2期,第170-184页。

(89) Ernst-Ulrich Petersmann, *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods: Methodology Problems in International Law*, Hart Publishing, 2017, p.125-127.

协定，继续迂回地推动多边贸易体制的发展。

拜登执政后，美国政府的贸易政策必将有所变化，包括重构其与贸易伙伴之间的关系，重返 WTO 多边贸易主义的基本立场，甚至有条件地同意恢复上诉机构的运行，但其核心诉求——维护美国的国家利益和保护其国内产业与个人——并不可能发生根本的转折。故此，除了 WTO 争端解决机制的改革，美国新政府必将继续推动反补贴、反倾销等实体规则的修正，主张制定国有企业新规则体系，甚至可能纳入与气候变化有关的边境碳调节措施等新议题。<sup>(90)</sup> 上诉机构的停摆既是多边贸易体制面临的“威胁”，也是国际经贸秩序可能获得重构的“机遇”。我们应未雨绸缪，为 WTO 体制即将肇始的系统性重塑提前做好预案。

## The Predicament and Solution of WTO Multilateral Trade System —Starting from USTR’s Appellate Body Report

LIU Yong KE Huanyi

**Abstract:** Under the continuous obstruction of the United States, the members of the World Trade Organization (WTO) could not reach a consensus on the successor of the Appellate Body members for a long time, which eventually led to the complete cessation of the work of the appellate body due to the lack of a quorum on December 10, 2019. The US trade representative's report on the Appellate Body reflects that the deliberate obstruction of the United States is only the superficial reason for the suspension of the appellate body, while the institutional problems and institutional deficiencies of the WTO are the deep-seated factors leading to the suspension of the appellate body, such as the shrinking law making function of the WTO, the inadequacy of both substantive and procedural rules, and the unclear positioning of the dispute settlement procedure. Therefore, WTO should repair its law making function appropriately, speed up the adoption of legislative interpretation, reform the working procedures of the panel of experts and the appellate body, appropriately limit their right of review, establish a reasonable boundary between member driven and rule oriented, and promote the implementation of the multilateral negotiation mechanism.

**Keywords:** WTO; USTR; Appellate Body; Member-Driven; Rule-Oriented

(责任编辑：李津桦 汪友年)

---

(90) Judith Goldstein, *A New Era for Trade? American Journal of International Law*, 115 AJIL Unbound 52, 52–55 (2021).