

世界贸易组织上诉机构的危机与改革

石 静 霞^{*}

摘要:世界贸易组织争端解决机制的高效运行,对维护多边贸易体制的良好运作并促进世界经济贸易的稳定发展至关重要。美国持续阻挠上诉机构成员选任,致使世界贸易组织上诉机构和争端解决机制面临危机。这一危机深刻反映了近年来世界经济格局调整下的多边主义困境,是逆全球化趋势、世界贸易组织成员经济力量对比发生变化及法律层面等多重原因共同作用的结果。包括中国在内的世界贸易组织成员为回应这场危机提出各种改革方案,但因并未触及美国核心诉求而尚未奏效。世界贸易组织上诉机构的改革,不仅要考虑成员控制与上诉机构独立性之间的平衡,而且要以全面的系统的视野去应对。鉴于上诉机构即将停止运作这一迫在眉睫的危机,中国应联合其他重要世界贸易组织成员采取紧急行动,考虑启动多数成员投票程序,设计利用替代性上诉仲裁,并将国际规则引领与国内深化改革有机结合。

关键词:世界贸易组织争端解决机制 上诉机构危机 上诉机构改革 上诉仲裁

世界贸易组织(以下简称世贸组织)争端解决机制实现了从关税和贸易总协定(以下简称关贸总协定)时代的“外交导向”到“规则导向”的转型,^①与多边贸易谈判和贸易政策审议并列为世贸组织的三大功能。根据世贸组织争端解决机制的基础性文件——《关于争端解决规则和程序的谅解》(以下简称《谅解》)第16条第4款和第17条第1款的规定,世贸组织首次创立常设性上诉机构,实现两审终审;若争端一方对专家组报告不满,可通过提起上诉的方式阻止报告生效。与关贸总协定争端解决机制相比,世贸组织在设立专家组和通过争端解决报告上采取从“正向一致”转为“反向一致”(实质为“准自动通过”)的做法。^②上诉机构的设立有助于降低“反向一致”通过专家组报告对被告可能产生的负面影响。

世贸组织争端解决机制运行20多年来,在解决成员间贸易争端方面发挥巨大作用,为增强多边贸易体制的稳定性和可预见性做出重要贡献。随着国际经贸交往的加强,上诉案件数量不断增多,但上诉机构目前却正面临史无前例的生存危机。根据《谅解》第17条的规定,上诉机构由7名成员组成,每个上诉案件由3名成员组庭审理;成员任期4年,可连任一次;遇有上诉机构成员空缺时,由所有世贸组织成员组成的争端解决机构通过协商一致方式及时任命新成员。但美国自2016年5月阻挠韩籍上诉机构成员张胜和连任至今,一直持续反对争端解决机构启动上诉机构新成员选任程序,导致目前上诉机构仅余3名成员,至2019年12月11日将仅剩1名中国籍成员,从而被迫停止运作。自2017年11月22日至2019年2月25日,关于上诉机构成员的选任议题在争端解决机构会议上被讨论多达14次,均因美国反对而未能达

^{*} 对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家哲学社会科学基金项目(17ZDA144)

① See Renato Ruggiero (Former WTO Director-General), The Future Path of the Multilateral Trading System—Address to the Korean Business Association in Seoul, Korea, https://www.wto.org/english/news_e/sprr_e/seoul_e.htm, 2019-01-09.

② 参见赵维田:《论GATT/世贸组织争端解决机制》,《法学研究》1997年第3期。

成一致结果。^① 如果不能尽快恢复上诉机构成员的正常运行,则整个争端解决机制将受到重创。这不仅将破坏世贸组织的争端解决功能,还将危及世贸组织作为谈判场所的重要作用和多边贸易体制的顺利运行。来自美国的世贸组织副总干事沃尔夫也指出,美国对上诉机构成员选任的阻挠使世贸组织成员间的每起贸易争议均可能演化成“小型贸易战”。^② 针对这种危急情况,对世贸组织上诉机构、争端解决机制甚至多边贸易体制进行改革的迫切性日益凸显,包括中国在内的世贸组织成员积极寻求问题解决,提出各种改革建议方案。新西兰驻世贸组织大使沃克作为总理事会主席任命的特别协调员,于2019年1月17日听取了世贸组织成员对上诉机构成员选任的意见。在这次会议上,世贸组织成员提出3种改革上诉机构的建议并表示愿意加强努力解决问题。但美国在2019年2月25日争端解决机构会议上继续反对启动选任程序,致使上诉机构危机程度日益加深。^③

一、世贸组织上诉机构危机的根源

世贸组织上诉机构目前面临的危机既是近年来逆全球化和单边主义抬头、世贸组织多边贸易体制遭遇困境的体现,也是机制内部缺陷、世贸组织各成员政治经济利益和力量变化博弈等内外多种因素合力导致上诉机构成员的任命越来越趋向政治化的结果。^④

(一) 基于历史背景及全球经济力量变化层面的考察

从历史角度看,包括《谅解》在内的乌拉圭回合一揽子协议谈判及世贸组织的成立发生在20世纪80—90年代,当时多边主义正于世界范围内盛行。制定有约束力且可强制执行的争端解决机制符合美国应对与欧共体、日本等缔约方贸易争议的实际需要。同时,乌拉圭回合谈判使美国在市场准入和新的贸易规制纪律方面(包括服务贸易、知识产权及投资等领域)有很大获益。因此,尽管美国国会有反对世贸组织争端解决机制的声音,但在当时未成气候。这种历史条件与目前逆全球化浪潮和贸易保护主义趋势有很大差别。自2001年以来,世贸组织发起的首轮多边贸易谈判即多哈发展回合谈判始终未能取得预期进展,致使30多年前谈判的世贸组织文本协定和运作机制缺乏应对21世纪各种贸易挑战的能力,使得多边贸易体制受到质疑。从更广泛的背景看,国际经贸领域的多边主义与区域主义之争一直呈此消彼长之势,^⑤ 近年来诸如“英国脱欧”等复杂的国际情势,使得多边体制在世界范围内遇到前所未有的质疑和困难。^⑥

除美国总统特朗普多次表示对世贸组织的不满并表示美国要撤出世贸组织之外,美国贸易代表莱特希泽也认为,关贸总协定时期缔约方的一票否决权制度优于目前世贸组织“反向协商一致”成立专家组和通过争端解决报告等机制。美国国家安全顾问保尔顿则无视美国的世贸组织义务,将所谓“国家安全”等因素凌驾于多边贸易纪律之上。这些均表明美国经贸政策近年来发展变化的新特点:^⑦ 即美国认为在必

① See WTO, Appellate Body Appointments Revision, WT/DSB/W/609/Rev. 8, February 2019; WTO, Dispute Settlement Body Annual Report (2018), WT/DSB/W/76, 30 November 2018. 最近两次(2019年3月和4月)的争端解决机构会议议程上未出现关于上诉机构成员选任的议题。

② See Alan Wolff, The WTO and the Future of the Global Trading System, Speech Delivered to the Council on Foreign Relations in Washington D. C., https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/ddgra_15oct18_e.htm, 2019-01-10.

③ See WTO, The Summary of the DSB Meeting on Feb. 25, 2019 - Member Considers Thai Request for Panel to Rule on Turkish Air Conditioner Duties, https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/dsb_25feb19_e.htm, 2019-02-28.

④ See Robert Howse, The World Trade Organization 20 Years on: Global Governance by Judiciary, 27 European Journal of International Law, 72 (2016).

⑤ See Ian M. Sheldon, et. al., Trade Liberalization and Constraints on Moves to Protectionism: Multilateralism vs. Regionalism, 100 American Journal of Agricultural Economics, 1375 (2018).

⑥ See Ernst-Ulrich Petersmann, The 2018 American and Chinese Trade Wars Risk Undermining the World Trading System and Constitutional Democracies, EUI Working Paper Law 2018/17, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/59444/LAW_2018_17.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 2019-02-01.

⑦ See Ian Bremmer, Us vs. Them: The Failure of Globalism, Portfolio/Penguin, 2018, pp. 1-204; 胡加祥:《美国贸易保护主义国内法源流评析——兼评232条款和301条款》,《经贸法律评论》2019年第1期。

要时为维护其自身利益需要,可不接受国际贸易纪律的约束。在所谓的“美国例外主义”之下,^①美国政府频繁采取歧视性的进口限制等措施,发动中美贸易战,与欧盟、日本等世贸组织成员的经贸摩擦也未间断。不过,在经济全球化的大趋势之下,世贸组织对美国仍有吸引力,特朗普政府在对世贸组织提出强烈批评的同时,间或也会表示支持世贸组织继续进行活动和谈判,也有继续提起新的争端解决案件,甚至还有计划提起更多案件。^② 因此,美国对世贸组织及其上诉机构的指责也可被视为其国内政治生态的需要,或试图以此加强其谈判筹码达到对其有利的改革目标。

中国自改革开放40年以来在经济上的逐渐崛起和近年来在国际事务中的影响力增强等因素使得美国政府将中国作为强有力的战略竞争对手,指责中国进行不公平贸易行为、强制技术转让、采取各种投资限制、对国有企业进行不当补贴等。中国的世贸组织成员资格在这种背景下尤其受到关注。中国的崛起在很大程度上改变了世贸组织重要成员间的实力对比,打破了乌拉圭回合谈判时的利益平衡。美国认为现行世贸组织规则(包括争端解决机制在内),有利于中国进行所谓的“不公平贸易行为”,减少了美国能够自由适用贸易救济措施的机会,使其难以有效挑战中国对国有企业的补贴等做法。关于《中国入世议定书》第15条“市场经济地位问题”的争议更加剧了这种紧张。^③ 美国指责中国从世贸组织成员资格中获取了不匹配的经济利益,其将从各方面遏制中国发展作为其重要战略,包括中止世贸组织争端解决机制的运作以防止更多所谓“有利于中国”的裁决产生,提出需要对世贸组织成员的权利与义务进行再平衡。美国近期向世贸组织提交的一份文件指出,允许成员自行宣称其发展地位(即界定“发展中成员”和“发达成员”)将导致一个不公平的世贸组织。^④ 美国《2019年总统贸易政策议程》^⑤提出对世贸组织改革的四项重要关注,认为世贸组织必须通过改革解决非市场经济的挑战、改革对发展中国家的待遇问题以反映当前的全球贸易现状。这些均体现了近年来美国因其国际竞争地位下降从而实施“美国优先”贸易政策的转向,也在经济和政治层面反映了多边主义的困境及上诉机构的危机。

(二)世贸组织争端解决机制的合法性危机

关贸总协定时期采取“正向一致”方式成立专家组以及通过专家组报告的做法使得任何一缔约方(通常是被告)能够行使一票否决权,从而阻碍专家组成立及其所作报告的通过,导致一些贸易争端不能通过争端解决机制进行解决。换言之,关贸总协定的机制具有很强的成员控制特点,很大程度上牺牲了争端解决机制所能达到的效率和公平。故而世贸组织机制采取“反向一致”方式成立专家组以及通过专家组和上诉机构报告的制度设计。这种演进虽然确保了争端解决的效率,但却丧失了世贸组织成员的绝对控制权。

在《谅解》的框架下,上诉机构原则上从属于争端解决机构,世贸组织成员可以在争端解决机构会议上表达其对上诉机构报告的看法,还可控制上诉机构成员的选任,甚至在极端情况下拒绝执行报告。但因上诉机构报告受“反向一致”的准自动通过机制的影响,世贸组织成员对上诉机构成员的制衡相对有限。^⑥ 20多年来,上诉机构在争端解决方面享有较为广泛的自治权,其所作报告直接或间接影响着世贸组织成员的

① See Daniel Deudney & Jeffrey Meiser, American Exceptionalism, in Michael Cox, Doug Stokes ed., US Foreign Policy 2nd., Oxford University Press, 2012, pp. 21—40.

② See WTO General Council, Procedures to Enhance Transparency and Strengthen Notification Requirements under WTO Agreements; Communication from the U. S., JOB/GC/148, Oct. 2017; China — Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights, Constitution of the Panel established at the request of the United States, Note by the Secretariat?, WT/DS542/9, 17 January 2019; United States — Countervailing Measures on Certain Pipe and Tube Products (Turkey), Notification of an Appeal by the United States under Article 16.4 and Article 17 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute (DSU), and Under Rule 20(1) of the Working Procedures for Appellate Review, WT/DS523/5, 30 January 2019.

③ See Mark Wu, The China Inc. Challenge to Global Trade Governance, 57 Harvard International Law Journal, 300—316 (2016).

④ See WTO, An Undifferentiated WTO: Self-declared Development Status Risks Institutional Irrelevance — Communication from the United States, WT/GC/W/757, Jan. 2019.

⑤ See USTR, 2019 Trade Policy Agenda and 2018 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program, https://ustr.gov/sites/default/files/2019_Trade_Policy_Agenda_and_2018_Annual_Report.pdf, 2019—03—04.

⑥ See Alec S. Sweet, Thomas L. Brunell, Turstee Courts and the Judicialization of International Regimes: The Politics of Majoritarian Activism in the European Convention on Human Rights, The European Union, and the World Trade Organization, 1 Journal of Law and Courts, 64—66 (2013).

权利和义务。尽管这一机制自始即面临争议,但这种制度设计带来的影响早先并未被世贸组织成员特别是美国充分认知。伴随着多哈回合谈判的失败和世贸组织谈判功能的日渐弱化,上诉机构作为案件裁判者的权力及其报告中的调查结果和建议措施对世贸组织成员权利和义务产生的影响在一定程度上被放大。争端解决机制在 20 多年的演进中逐渐显现出成员控制与裁判独立之间的矛盾。这种矛盾被美国打上了上诉机构“合法性”危机的标签,成为其反对上诉机构成员选任的理由。

根据《谅解》第 3 条规定,世贸组织争端解决机制旨在提供迅速、满意和积极的争端解决,从而维持贸易权利义务的平衡,体现多边贸易体制的安全性和可预见性。但在达到这些目标的同时,争端解决机构的建议和裁决不能增加或缩减涵盖协定项下的权利和义务,并需遵从世贸组织成员对各项协定的排他性权威解释权。这些目标和限制对于上诉机构成员而言,在实践中引发的的问题在于,争端解决的实质是专家组和上诉机构(合称为“世贸组织争端裁判者”,下文除非特别说明,则特指“上诉机构成员”)按照习惯国际法解释规则,^①判断世贸组织成员采取的措施与其在世贸组织涵盖协定项下的义务是否相一致。如诸多国际条约一样,世贸组织涵盖协定的文本或用语在很多方面并不明确,或重复或冲突。^②《谅解》要求争端裁判者“澄清”条约中的模糊规定。但上诉机构成员在具体个案中根据特定情况对协定用语进行解释和适用时,其所做的条约解释是“澄清”条约规定,还是进行越权解释导致所谓的“扩张性规则制定”,从而侵蚀专属于世贸组织成员对涵盖协定的排他性权威解释权,其实并不容易区分。

关贸总协定/世贸组织在架构上的一个重要特点是成员驱动,^③其表现之一即成员的政治监督,具体体现为成员对所有重要事项的控制,并保护对各成员通过谈判达成的贸易义务和承诺的正确解释。尽管世贸组织争端解决机制的设计体现了其合法化和司法化的特点,但从乌拉圭回合谈判的历史、《谅解》的制度安排及文本表述等诸多方面看,世贸组织创始成员似乎并无意图创设一个完全独立的司法系统,因为《谅解》并未赋予专家组和上诉机构对案件的固有管辖权,这种权力专属于争端解决机构。^④同时,《谅解》规定上诉机构的权力在于为争端解决机构提供根据涵盖协定对世贸组织成员采取措施是否违反其贸易义务的调查结果,并帮助争端解决机构提出相应建议,其报告也只有经争端解决机构通过后才具法律约束力。此外,《谅解》的诸多用语也强化了上诉机构的这种从属性地位和角色,如采用“机构”而非“法庭”、“上诉机构成员”而非“法官”、“报告”而非“裁决”等。

但世贸组织成员驱动的特点限制了上诉机构通过争端解决行使造法或立法权力。在实践中,区分上诉机构是“澄清”协定的规定还是不当行使保留给世贸组织成员的排他性权威解释权存在客观困难。^⑤换言之,世贸组织成员的控制与从属于争端解决机构的上诉机构裁判案件权力之间的平衡应如何把握? 上诉机构是否完全独立于世贸组织成员控制的司法裁判机构? 在具体的争端解决案件中,上诉机构成员行使的权力是澄清当事方的权利与义务,还是越权行使本来只保留给世贸组织成员的对协定义务的权威性解释? 无论从技术还是法律层面而言,这都是难以回答的问题。正因如此,尽管美国是世贸组织强有力的争端解决机制的初始支持者,但多年来一直在表达对世贸组织争端解决机制运作方面的不满,特别是针对上诉机构成员在贸易救济案件中的所谓“越权”解释行为,并明确提出对《谅解》进行修订以加强世贸组织

① 这里的国际公法的习惯解释规则指的是 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条规定的解释方法。关于世贸组织争端解决中的条约解释原则, see Yuejiao Zhang, The Contribution of WTO Appellate Body to Treaty Interpretation, in Robert AAzewdo, Gabrielle Marceau ed., A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System, Cambridge University Press, 2015, pp. 57—96.

② See Judith Goldstein, Richard Steinberg, Regulatory Shift: The Rise of Judicial Liberalization at the WTO, in Walter Matti, Ngaire Woods ed., The Politics of Global Regulation, Princeton University Press, 2009, pp. 211—241.

③ See Bernard M. Hoekman, Michel M Kostecki, The Political Economy of World Trade System: The WTO and Beyond, 3rd edition, Oxford University Press, 2010, pp. 638—663.

④ See Debra Steger, The Founding of the Appellate Body, in Robert AAzewdo, Gabrielle Marceau ed., A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System, Cambridge University Press, 2015, pp. 247—250.

⑤ See Robert McDougall, Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function, <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf>, 2019—01—15.

成员控制权的建议。^①美国的建议实质上针对的是世贸组织成员在涵盖协定项下义务和承诺的解释问题,在上诉机构自主性和世贸组织成员控制之间达成一种平衡,特别是针对那些在谈判中可能被故意留白或模糊处理的规定而言。但美国的建议并未得到其他世贸组织成员的积极响应,部分原因在于其他成员对美国的所谓上诉机构“越权”指责缺乏认同,且担心这种修改会导致争端解决机制甚至多边贸易体制回到以权力为基础的状态,这样一来,美国将能够利用自己的强势地位获得更多的支持性裁决。

二、美国对上诉机构的批评及世贸组织成员的改革回应

美国对上诉机构的批评并非始自特朗普政府,事实上,多年来美国一直试图说服其他世贸组织成员积极启动对上诉机构的改革,但没有成功。这一次特朗普政府对上诉机构提出强硬反对,并要求根据21世纪全球贸易的新现实进行世贸组织改革。

(一)美国对上诉机构的批评

自2016年8月起,美国对上诉机构提出的批评既涉及《上诉审议工作程序》第15条的技术性问题,^②也涵盖世贸组织争端解决机制的系统性问题。同时,美国对一些具体案件中的上诉机构报告提出了实体性关注。美国《2018年总统贸易政策议程》^③较为系统地总结了美国对上诉机构的批评,主要集中在以下三个方面:(1)上诉机构未遵守《谅解》规定的程序性要求。2017年12月,美国贸易代表莱特西泽在世贸组织第11届部长级会议上批评世贸组织已变成专注于诉讼的机构,认为上诉机构存在严重不遵守程序的问题,包括自2011年以来违反案件审理的90天期限、自行决定离任的上诉机构成员可以继续审理案件以及透明度缺失等。^④在美国看来,上诉机构并没有决定这些问题的权力,这些问题只能由争端解决机构来决定。(2)上诉机构在具体案件中对世贸组织涵盖协定的实体性解释存在越权问题,从而增加或缩减了世贸组织成员的贸易权利或义务。这涉及《补贴与反补贴协定》中的“公共机构”、《技术性贸易壁垒协定》第2.1条规定的非歧视义务以及《保障措施协定》中的“不可预见的发展”等的解释。(3)上诉机构报告中存在过多与案件本身无关或当事人并未上诉的问题。例如,报告中包含的咨询性意见或附带意见对于争议解决本身并无必要。此外,上诉机构违反《谅解》的相关规定在上诉中审理事实问题,特别是对那些涉及世贸组织成员内法的事项进行重新审查以及上诉机构对其报告给予不合适的先例地位等。

上述批评总体上反映出美国试图对上诉机构进行更多监督和控制。美国认为其意见长期被上诉机构和世贸组织成员所忽略,因此到了一个需要所有成员负责去解决问题的时刻。美国强调无论是通过集体还是单独行动,均需在世贸组织的成员控制与上诉机构的独立裁判之间的平衡问题上找到可接受的解决方法。对于美国提出的这些批评,一些世贸组织成员则持不同观点,认为上诉机构更多应被视为独立的世界贸易法院,其成员有自行控制程序如何进行的权力;上诉机构报告中的附带性意见在一定程度上有助于澄清条约的模糊规定;上诉机构报告如有先例作用,则可对争端解决提供一定的可预见性等。持这些观点的世贸组织成员同时指责美国试图损害上诉机构的司法独立和国际法治。^⑤这些不同观点也体现了世贸组织成员对争端解决机制性质的不同理解。美国认为该机制类似于体现成员意志至上的合同仲裁,但一些重要的世贸组织成员(包括上诉机构自身)则认为争端解决作为一种“演进性的贸易治理方式”,上诉机构的司法独立甚至司法能动主义可以对世贸组织成员的贸易权利义务产生积极影响。^⑥

① See USTR, Further Contribution of the U. S. on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement; Communication from the U. S., TN/DS/W/82 & TN/DS/W82/Add.1, Oct. 2005.

② See WTO, Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/W11, July. 2010.

③ See USTR, The President's 2018 Trade Policy Agenda, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018/AR/2018%20Annual%20Report%20I.pdf>, 2019-01-16.

④ See WTO, Statement by Ambassador Robert Lighthizer United States Trade Representative, WT/MIN(17)/ST/128, Jan. 2018.

⑤ See WTO, Minutes of the Meeting of the Dispute Settlement Body, WT/DSB/M/379, May 2016.

⑥ See Raj Bhala, The Power of the Past: Toward De Jure Stare Decisis in WTO Adjudication, 33 George Washington International Law Review, 968 (2001); David Palmeter, The WTO as a Legal System, 24 Fordham International Law Journal, 471 (2000).

(二) 世贸组织成员的改革回应

多边贸易体制的良好运作依赖于同等高效的规则制定和争议解决。关于如何尽快解决目前上诉机构面临的严重危机, 欧盟、中国、加拿大、印度等 70 多个成员先后通过不同形式提出了若干份改革建议, 包括欧盟的《世贸组织现代化概念文件》^①(以下简称《欧盟概念文件》)、加拿大的《关于强化和现代化世贸组织的讨论文件》^②和《渥太华集团关于世贸组织改革的联合公报》、^③中国的《关于世贸组织改革的三项原则和五项主张》以及世贸组织成员提交总理事会和争端解决机构会议的十多份其他文件。世贸组织成员提交总理事会和争端解决机构会议的文件包括: 洪都拉斯向争端解决机构和总理会分别先后提交的文件, 涉及如何解决离任上诉机构成员继续审理案件的问题以及 5 方面改革建议, 包括强制性的司法节制、附带意见、审查标准、条约解释方法以及可能的外部审议等。^④ 欧盟、中国、加拿大、印度等 12 个成员(后增至 14 个)向总理会提交的文件(以下简称“欧中加印等成员提案”), 涉及 5 个方面的程序性问题改革;^⑤ 欧盟、中国、加拿大(黑山共和国后加入)向总理会提交的文件, 涉及增强上诉机构独立性等方面;^⑥ 澳大利亚和新加坡(哥斯达黎加、加拿大和瑞士后加入)向总理会提交的文件, 涉及如何处理世贸组织裁判机构增加或减少世贸组织成员在涵盖协定项下的权利和义务问题;^⑦ 洪都拉斯向总理会提交的两份文件, 分别涉及上诉案件的审理时限、上诉程序的效率以及如何处理在案件审限届满后做出的报告效力以及离任上诉机构成员的过渡期规则等问题。^⑧

这些改革建议, 首先很大程度上回应了美国提出的批评, 希望尽快解决上诉机构面临的危机, 使其恢复正常运转; 其次, 纳入了一些保障上诉机构独立性、提高上诉机构工作效率的诉求, 在机制上保证上诉机构运行免受个别世贸组织成员的阻挠。相关改革建议可提炼如下:

1. 关于上诉案件的 90 天审限

《谅解》第 17 条第 5 款规定了上诉案件 90 天的审限。据统计, 在上诉机构做出的 139 份裁决报告中, 从当事方通知上诉决定之日起到上诉机构发布报告的平均时间是 118 天, 其中有 70 份报告超出《谅解》规定的 90 天审理期限。^⑨ 据此, 美国批评上诉机构未遵循审限要求, 不仅与《谅解》“迅速解决成员间贸易争端”的要求不符, 还导致审限届满后报告效力的不确定性和透明度等问题。“欧中加印等成员提案”提出修改《谅解》规定的 90 天审限, 如果当事方同意, 报告可以超过 90 天做出, 同时上诉机构应加强与当事方的磋商和透明度义务。如果报告预计需超过 90 天作出, 上诉机构可在程序早期甚至上诉提出前与各方协商。如果当事方未就超时安排达成协议, 则考虑设立相关机制调整该案件的上诉程序或工作安排, 如建议当事方自愿聚焦上诉范围、为当事方提交的内容设定篇幅限制、采取适当措施缩短报告长度或仅以上诉语言发布报告甚至动用“强制性司法节制”等方式, 以满足 90 天审限要求。这些变化不应影响现有规则关于超过 90 天做出报告的效力和报告通过的规定。洪都拉斯提交的文件进一步建议, 如果遵守现行 90 天审理期限的规则, 则是否可考虑期限计算不包括周末和节假日、报告翻译时间, 对 60 天上诉期限进行延期以

① See European Union, Concept Paper – WTO Modernization Future EU Proposals on Dispute Settlement, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf, 2019-01-18.

② See WTO, Strengthening and Modernizing the WTO: Discussion Paper, JOB/GC/201, Sep. 2018.

③ See WTO, Joint Communique of the Ottawa Group on WTO Reform – Communication from Canada, WT/L/1057, January 2019.

④ See WTO, Fostering A Discussion on the Functioning of the Appellate Body: Addressing the Issue of Alleged Judicial Activism by the Appellate Body, Communication from Honduras, WT/GC/W/760, January 2019.

⑤ See WTO, 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, December 2018.

⑥ See WTO, Communication from the European Union, China, Canada to the General Council, WT/GC/W/753, Nov. 2018; WT/GC/W/753/Rev. 1, December 2018.

⑦ See WTO, Adjudicative Bodies: Adding to or Diminishing Rights or Obligations under the WTO Agreement, WT/GC/W/754, Nov. 2018; WT/GC/W/754/Rev. 2, December 2018.

⑧ See WTO, Fostering A Discussion on the Functioning of the Appellate Body, Communication from Honduras, WT/GC/W/758, Jan 2019; WT/GC/W/759, January 2019.

⑨ See Claus-Dieter Ehlermann, The Workload of the WTO Appellate Body: Problems and Remedies, 20 Journal of International Economic Law, 706-707 (2017).

避免上诉机构在某段时间内工作量过大不能按期结案等情况。还有一种选择是考虑修改现行 90 天的审理期限规定,延至 120 天或允许上诉机构根据实际情况自行决定案件的审理期限。关于在 90 天审理期限届满后上诉机构做出报告的效力应主要取决于是否上述期限为强制性的(即在具体个案中未进行调整)以及是否不遵守审理期限则自动通过专家组报告。^①

2. 对上诉机构届满离任成员继续审案的过渡规则

根据《上诉审议工作程序》第 15 条的规定,届满上诉机构成员根据上诉机构授权且通知争端解决机构后可继续完成其被分配的案件审理。仅为此目的,该成员可继续被视为上诉机构成员。美国认为,根据《谅解》的规定,上诉机构无权将任期届满的成员仍视为成员,只有争端解决机构才有权力决定届满成员是否应继续审理案件。世贸组织成员对此提出的改革建议涉及对上诉机构成员任期即将届满时的案件分配、规定有案件审理任务的离任成员任期得以延长的条件以及限制延期成员介入未分配的案件审理或合议等。为确保即将离任和新任上诉机构成员之间的有序过渡,“欧中加印等成员提案”提出世贸组织成员应通过修订《谅解》的方式规定上诉机构离任成员的过渡规则,规定离任成员应完成在其任期内分配的已开庭案件。洪都拉斯提出的建议包括:(1)离任成员应继续完成已开过庭的案件;(2)在成员届满前的 60 天之内不得再对其分配新的案件。这些建议一方面试图尽可能缩短上诉机构成员届满后继续审案的时间,另一方面则以案件是否已开庭作为划分标准,不仅有助于避免资源浪费,而且可促进争端的尽快解决。但这些建议只有在上诉机构正常运行的情形下能够发挥作用。就目前状况而言,上诉机构仅剩 3 名成员,已导致程序严重拖延,如再终止部分期限即将届满的成员继续审案,则会加速上诉机构陷入瘫痪。

3. 对解决争端不必要的问题发布咨询性意见或附带意见

美国指出,上诉机构成员倾向于对解决争端不必要的问题甚至当事方未上诉的问题发表意见,有报告竟包含了长达 46 页的附带意见。^②对此,“欧中加印等成员提案”建议应对《谅解》第 17.2 条的规定进行修订,即规定上诉机构“应在上诉程序中处理当事方提出的每个问题”,但需要“在解决争议的必要程度或限制内”。洪都拉斯则建议考虑是否可对上诉机构规定强制性的司法节制,禁止上诉机构在其报告中包括附带意见,禁止进行抽象讨论或提供有关世贸组织法的咨询性意见等。这将解决有关上诉机构作出对争端解决不必要的、冗长的“咨询性意见”或“附带判决”等方面的问题,也间接有助于符合 90 天的审理期限的要求。

4. 上诉机构对事实问题的审查

《谅解》第 17.6 条将上诉审查限于“专家组报告中涵盖的法律问题以及所做的法律解释”。美国认为,上诉机构在实践中适用不同标准审查专家组的事实认定,并得出一些并非基于专家组认定或本无争议的事实结论。这特别体现在上诉机构针对专家组关于世贸组织成员内法含义所做结论的重新审查,而这是事实问题而非法律问题,因此并不在上诉审的范围内。对此,“欧中加印等成员提案”建议进一步澄清专家组报告中包含的法律问题及其所做的法律解释的含义。在《谅解》第 17.6 款的意义上而言,尽管专家组报告涉及的法律问题的解释包括根据世贸组织规则对涉案措施所做的法律定义和专家组根据《谅解》第 11 条对此进行的客观评估,但不包括世贸组织成员内措施本身的含义。^③洪都拉斯则建议对《谅解》进行修改:规定上诉机构审议事项应类似于专家组根据《谅解》第 11 条的审议,即对提交的问题或事项进行客观评估,并且由世贸组织成员规定客观评估和审查标准的具体范围;明确禁止上诉机构审查事实问题,并且明确规定世贸组织成员的国内法属于事实问题,世贸组织成员的法院或有权机构对其国内法的解释不

① See WTO, Fostering a Discussion on the Functioning of the Appellate Body, Communication from Honduras, WT/GC/W/758, WT/GC/W/759, January 2019.

② See WTO, Argentina - Measures Relating to Goods and Services, WT/DS453/AB/R, April 2016.

③ See WTO, Fostering A Discussion on the Functioning of the Appellate Body, Addressing the Issue of Alleged Judicial Activism by the Appellate Body, Communication from Honduras, WT/GC/W/760, January 2019.

受上诉机构的审查;规定上诉机构不再进行所谓的完成法律分析。^①

5. 上诉机构报告的“先例”地位问题

上诉机构宣称其报告实际上可作为先例,如果缺乏“强有力的原因”,在后的专家组的报告应遵循在先的上诉机构报告。美国认为,这种做法缺乏世贸组织协定的法律基础。尽管上诉机构报告可以对世贸组织协定进行有价值的澄清,但其报告本身并非经过世贸组织成员谈判而一致同意的协定文本,不可作为其替代。对此,“欧中加印等成员提案”建议上诉机构与世贸组织成员通过年度会议等形式进行交流,这种沟通方式与通过案件的具体报告无关。世贸组织成员可表达对上诉机构成员审理案件所使用的方法、涉及的一些系统性问题或法理发展趋势等方面的关注。这种沟通需要透明度规则等来约束,以避免世贸组织成员对上诉机构成员施加不必要的压力。^②

同时,世贸组织成员的建议还涉及增加上诉机构独立性和公正性、提高工作效率以便遵守案件审限、确保有序过渡并尽快开始新成员的选任程序等问题。例如,“欧中印加等成员提案”建议调整上诉机构成员任期为6—8年的单一任期以增强其独立性、将上诉机构成员由7人增至9人、规定上诉机构成员的全职工作性质、增强上诉机构秘书处的力量、上诉机构离任成员的过渡期最长不超过2年、在上诉机构成员任期届满前的特定时间内自动开始新成员的选任程序等。针对上诉机构增加或减少世贸组织成员在涵盖协定项下的权利和义务问题,澳大利亚、新加坡、加拿大等建议立即开始讨论和聚焦解决问题,包括加强在争端解决机构和争端裁判者之间的功能和责任方面取得合适的平衡等。洪都拉斯认为,对世贸组织成员权利和义务的增加或减少既包括成员的实体性权利义务,也包括成员的程序性权利和义务,即涉及上诉机构对成员义务的解释方式或方法,因此建议修改或删除《谅解》第3.2条关于上诉机构的义务在于“澄清”世贸组织涵盖协定的规定,或将其改为上诉机构的义务在于以解决当前争议为目的而澄清相关规定的义务。洪都拉斯还建议引入发回重审程序,减少上诉机构审查的信息量,基于该程序可能会延长整个争端解决程序,可通过修改对上诉机构成员与其他成员进行合议的要求以避免迟延。

(三) 世贸组织成员改革建议评析

世贸组织成员提出的上述关于程序性问题的改革固然重要,但这些建议仍是一些局部性修补,改革上诉机构不能离开一些具有指导性的原则及针对实体性和系统性问题的处理。首先,无论具体制度如何设计,一套具有强制性和约束力的争端解决机制始终是以规则为基础的多边贸易体制的重要组成部分。争端解决机制的主要目标在于以快速积极的方式解决世贸组织成员之间的争端,其他考虑应只附随和从属于该主要目标的实现。其次,对世贸组织上诉机构制度进行改革,需要建立一套有效机制保持多边体制的合法性及世贸组织成员权利和义务的总体平衡,这要求上诉机构成员在解释世贸组织涵盖协定时适当注意行使谨慎义务。再次,鉴于成员驱动型的组织特点,世贸组织成员有责任集体管理争端解决机制的运作,保证其良好运行。最后,世贸组织成员应保持对争端解决制度(包括上诉机构)的信任,不应从事有损于这种信任的行为,而上诉机构成员则应做到独立公正。在这些指导原则下,除对以上的程序性问题进行修正外,还应该从多方面改革和完善上诉机构制度,如改进机制平衡、澄清上诉机构成员的权力以及其条约解释方法、排除某些敏感争议适用争端解决机制、加强对上诉机构的制度性支持等,从而增强其合法性和有效性。在改进机制平衡方面,世贸组织争端解决的制度化和司法化有助于贸易争议的有效解决以及贸易制度的安全及可预见性,但也可适当增强来自世贸组织成员的集体监督。为平衡世贸组织的成员控制并保持一定程度的裁判独立,在对上诉机构成员的选任方面,可实行更中立的遴选机制,包括更明确的

① 关于完成法律分析,一般是指在某些上诉案件中,当上诉机构推翻专家组的某项法律认定后,因缺乏将案件发回重审的权力,根据专家组报告中的事实认定继续完成相关的法律分析。See Alan Yanovich, Tania Voon, Completing the Analysis in WTO Appeals: The Practice and Its Limitations, 9 Journal of International Economic Law, 934—936 (2006).

② See WTO, 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, December 2018.

资格要求和选任标准等,以避免司法机构的政治化。^①同时,可以进一步就上诉机构运用的条约解释方法给予明确。除了《维也纳条约法公约》规定的条约解释方法外,强调上诉机构成员在解释涵盖协定时通过检视相关的谈判历史,尽量关注世贸组织成员的谈判意图。^②尽管目前事实上的先例作用有助于提高争议解决方面的可预见性,但从长远看有必要澄清上诉机构报告的作用和法律地位,达成明确规则,以更好促进争端解决制度的合法性。^③此外,注意平衡上诉机构成员与常设秘书处的作用,通过对秘书处人员必要的轮换机制、设立上诉机构成员助理等措施,加强秘书处对上诉机构高效解决争端的支持。

某些争议可能并不适合通过世贸组织争端解决机制解决,包括那些有争议的贸易规则、涵盖协定规定的义务尚不明确或者是政治上敏感的领域。对这类争议,除世贸组织成员进行自我限制不提起争议外,还可引入一些机制避免此类情况,如事前排除、特定类型的争议排除、设计利用替代性解决方式并鼓励成员使用这些机制等。^④但应注意的是,有学者建议将世贸组织争端解决机制排除适用于贸易救济争议,或者设立特别专家组或上诉机构处理此类争议。^⑤这是因为美国对上诉机构越权的指责更多集中于贸易救济案件,特别是关于《反倾销协定》的解释和对美国归零做法的否定等方面。^⑥但鉴于贸易救济案件的频繁发生,这种建议忽略了大多数世贸组织成员在维持非歧视竞争条件和贸易法治方面的关键利益。从统一贸易争端解决的角度而言,不应支持对贸易救济争议另行设置争议解决机制的做法。为解决美国在该领域的关注,世贸组织成员宜通过后续谈判对相关规则作进一步澄清。

解决上诉机构危机的理想方式是通过谈判促使美国同意发起上诉机构新成员选任程序,避免上诉机构停止运作,后续世贸组织成员再就争端解决机制的缺陷进行充分协商和改革完善。但客观上看,上诉机构的危机因美国而起,其改革也主要取决于美国的政治意愿,而非仅在于规则层面进行修订或调整,且很多规则不经过世贸组织成员的进一步谈判达成共识也无法进行调整。虽然世贸组织成员对上诉机构面临的危机严重关切并提出建议积极回应美国对上诉机构的批评,但美国认为这些建议或不必要或不可接受。首先,美国指出,《谅解》在相关问题上的规定是明确的,因此上述程序性的修订并非必要,真正需要的是上诉机构严格按照《谅解》的规定审理案件。^⑦其次,就世贸组织成员关于增强上诉机构及其成员的独立性和公正性的提议,美国认为上诉机构在很多领域本已越权,现在需要做的是通过争端解决机构对上诉机构进行必要监督而非增强其独立性。^⑧事实上,世贸组织成员就上诉机构的改革建议并未触及美国对上诉机构的核心批评,即所谓的上诉机构越权问题。因此,可以预见的是,美国很难同意通过这些程序性问题的改革谈判来解决上诉机构目前面临的困局。

三、危机应对:启动世贸组织成员投票抑或仲裁解决争端

正如世贸组织总干事阿泽维多指出的,世贸组织面临的系统性威胁史无前例地严峻,各成员亟须考虑

① See Robert McDougall, Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function, <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf>, 2019-01-18.

② See WTO, Fostering a Discussion on the Functioning of the Appellate Body: Addressing the Issue of Alleged Judicial Activism by the Appellate Body, Communication from Honduras, WT/GC/W/760, January 2019.

③ See Jacob K. Cogan, Competition and Control in International Adjudication, 48 Vanderbilt Journal of International Law, 449 (2008).

④ See Tetyana Payosova, et. al., The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures, Peterson Institute for International Economics, PB 18-5, 8-10 (2018).

⑤ See Jennifer Hillman, Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: the Good, the Bad and the Ugly? <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>, 2019-01-20.

⑥ See James Bacchus, How to Solve the WTO Judicial Crisis, <https://www.cato.org/blog/how-solve-WTO-judicial-crisis>, 2019-02-16.

⑦ See USTR, The President's 2018 Trade Policy Agenda, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018/AR/2018%20Annual%20Report%20I.pdf>, 2019-01-16.

⑧ See Robert McDougall, Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function, <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf>, 2019-01-19.

如何应对上诉机构危机并立即展开行动而非等到 2019 年 12 月。^① 笔者试在世贸组织法律框架内讨论两种可供选择的改革方案,具体如下:

(一)发起世贸组织成员投票启动上诉机构成员选任

目前上诉机构的危机在法律层面受制于世贸组织协商一致的决策方式。根据《谅解》第 17 条第 2 款的规定,上诉机构成员由代表全体世贸组织成员的争端解决机构任命。《谅解》第 2 条第 4 款要求,如本谅解的规则和程序规定由争端解决机构作出决定,则争端解决机构应经协商一致作出决定。如果要对《谅解》的规定进行修订,则根据《世贸组织协定》第 10 条第 8 款的规定,修订应经世贸组织成员协商一致方式做出。协商一致的决策方式是自关贸总协定时期沿用至今的惯例,其实质更多体现通过外交方式达成决策的特点,是一种政治色彩相对较浓的决策方式。^② 协商一致决策有其优点和价值,有利于引导世贸组织成员按照民主方式进行决策,约束发达成员尊重其他成员的需求,特别是发展中国家和欠发达国家的需求。目前上诉机构的危机凸显了协商一致决策方式可能带来的问题。^③ 在这场危机博弈中,只要美国坚持反对,上诉机构成员的选任程序即无法启动,对《谅解》的修订也无法进行。这是协商一致在决策方式上带来的缺陷,虽体现了世贸组织成员驱动的组织特点,但客观上也给予美国阻碍上诉机构成员选任的一票否决权。在此情况下是否有可能突破协商一致的决策方式限制,启动多数成员的投票程序呢? 投票做法在关贸总协定/世贸组织历史上尚无先例,但《建立世贸组织协定》第 9 条第 1 款提供了发起成员投票的可能性。根据该款规定,“除非另有规定,否则如无法经协商一致作出决定,则争论中的事项应通过投票决定。在部长级会议和总理事会会议上,世贸组织每一成员拥有一票……部长级会议和总理事会的决定应以所投票数的简单多数做出,除非本协定或有关多边贸易协定另有规定”。这里的法律障碍在于,根据该款注释 3,作为争端解决机构召集的总理事会的决定,应仅依照《谅解》第 2 条第 4 款的规定作出,即协商一致。尽管根据《建立世贸组织协定》第 16 条第 3 款,当本协定条款与任何多边贸易协定的条款产生抵触时,应以本协定条款为准。但这里提到的“任何多边贸易协定”通常应理解为《建立世贸组织协定》附件一的各项协定,是否能包括作为附件二的《谅解》,尚存在疑问。^④

笔者认为,《谅解》第 17 条关于上诉机构成员“空额一经出现即应补足”的规定,在于保障上诉机构的存在和运行。维持上诉机构的存在和运行是世贸组织成员的一项集体性义务,这种集体性义务不能因个别成员的阻挠而不予履行。特别是在紧急情况下,为履行这种集体性义务,世贸组织成员可能需要采取特殊措施。为避免上诉机构出现被迫停止运行的困境,有理由发起世贸组织成员多数投票程序,该程序具有必要的法律正当性。^⑤ 在国际组织法上,紧急状况可以正当化国家或国际组织成员在非正常情况下采取特殊措施的做法。美国持续破坏上诉机构运行的极端做法显然已非“正常情况”。在国际条约法上,国家也可以援引“情势变迁条款”暂时中止条约义务的适用。^⑥ 为及时应对目前的上诉机构危机并维护世贸组织争端解决机制的完整性,这种暂时放弃协商一致义务而启动成员投票的做法对于维护所有世贸组织成员的贸易利益是适当的,更是紧急和必要的。为防止美国反对发起投票程序,世贸组织成员可根据《世贸

① See Director General Roberto Azevêdo, The Time is Now to Confront Systemetic Challenges, https://www.WTO.org/english/news_e/news19_e/dgra_27feb19_e.htm, 2019-02-28.

② See Mary E. Footer, The Role of Consensus in GATT/WTO Decision-making, 17 Northwestern Journal of International Law and Business, 668 (1996/97).

③ 关于协商一致的缺陷,see Richard Blackhurst, David Hatridge, Improving the Capacity of WTO Institutions to Fulfil Their Mandate, 7 Journal of International Economic Law, 708-716 (2004).

④ See Pieter J. Kuijper, From the Board: The U. S. Attack on the WTO Appellate Body, 45 Legal Issues of Economic Integration, 2-3 (2018).

⑤ See Ernst-Ulrich Petersmann, How Should the EU and Other WTO Members React to Their WTO Governance and Appellate Body Crisis? Robert Schuman Center for Advanced Studies, Research Paper No. RSCAS 2018/71, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300738, 2019-01-20.

⑥ 《维也纳条约法公约》第 62 条(情势根本变化)第 3 款规定可以援引情势根本变化暂时中止条约运行,这里的问题是是否可以援引该款暂时中止条约的某一条(而非整个条约)的运行。根据笔者的理解,中止整个条约运行是更为严重的后果,如果在情势根本变化的情况下可以中止整个条约的运行,那么中止运行其中的某个条款可被推定是允许的。

组织协定》第9条第2款的规定,由总理事会基于3/4多数成员同意,通过一项“权威性解释”,确认世贸组织成员在维护上诉机构存在及正常运行方面的集体性义务,以及必须根据现行有效规则发起上诉机构成员选任程序的权力。^①此外,鉴于《谅解》规定的争端解决机构决策方式只能为协商一致,可考虑将世贸组织成员召集的投票会议以总理事会名义而非争端解决机构会议名义进行,以避免直接违反《谅解》第2条第4款的规定。应注意的是,启动多数投票程序选任上诉机构成员,确实有其不可避免的弊端,^②但可作为应对上诉机构危机的一种迫不得已的选择。

(二)推动以仲裁方式解决贸易争端

鉴于启动投票所需的重要成员共识及相应的外交努力和准备,很可能无法尽快开始上诉机构成员选任程序,因此还须考虑的是如果上诉机构在2019年底停止运作,如何解决世贸组织成员的上诉需求。同时,上诉程序的缺失影响到世贸组织争端解决机制的完整,还需进一步考虑替代性的贸易争端解决方法。笔者借鉴已有的讨论和研究,建议以《谅解》第25条规定的仲裁为基础推进仲裁解决贸易争端。对此,可根据世贸组织成员的实际需要,通过三种途径予以推进:(1)利用仲裁作为替代性争端解决方式,一裁终局地解决世贸组织成员间的贸易争端;(2)对《谅解》第25条进行变通设计,启动“上诉仲裁”或“仲裁式上诉”程序,以解决世贸组织成员的争端案件上诉需求;(3)考虑在具有相同意愿的世贸组织成员间组成“争端解决挚友”,通过谈判制定诸边《仲裁协定》(含上诉仲裁),对仲裁解决贸易争端进行系统化和机制化。

1. 仲裁作为替代性争端解决方式

在乌拉圭回合谈判期间,美国等谈判方提议将“约束性仲裁”作为争端解决机制普通程序的一种选择,并最终写入《谅解》第25条。^③《谅解》第25条规定的仲裁在性质上是与专家组和上诉机构程序并行的替代性争端解决方式,用于便利解决涉及当事方已明确界定的某些争端。从实践看,《谅解》第25条规定的仲裁自1995年以来仅在“欧共体诉美国版权法第110(5)节案”^④中得以部分适用。这一方面是因为世贸组织原本高效运作的专家组和上诉机构程序满足了世贸组织成员的争端解决需求,^⑤另一方面也与将国家或独立关税区间的贸易争端提交一裁终局的仲裁方式解决的国际实践较为有限相关。

《谅解》第25条对仲裁协议、程序启动及裁决执行等内容进行了原则性规定。基于仲裁本身的当事方意思自治原则,仲裁协议是提请《谅解》第25条规定的仲裁的依据。与专家组程序不同,仲裁程序的启动并不依赖于争端解决机构的任何行为,但需通知世贸组织其他成员。争端方需要在仲裁协议中明确约定仲裁事项,即只有当事方“明确界定”的“某些”争端方可提交仲裁解决。与专家组和上诉机构程序一样,仲裁适用的实体法和程序法为包括《谅解》在内的世贸组织涵盖协定。仲裁裁决对当事方自动产生约束力,无须争端解决机构会议通过,但裁决需通知争端解决机构和世贸组织相关理事会和委员会,以便其他成员对裁决提出评论或问题。《谅解》第21条和第22条关于执行专家组和上诉机构裁决的规定准用于仲裁裁决,这有效保证了仲裁裁决在《谅解》框架下的执行。由于仲裁贸易争端解决的方式在世贸组织成员间已具有谈判的共识基础,且已被置于世贸组织争端解决程序内,与专家组和上诉机构不存在机制冲突,受《谅解》规定的约束和规制。因此,如果上诉机构停止运作,利用《谅解》第25条规定的仲裁解决世贸组织成员

① See Ernst—Ulrich Petersmann, How Should the EU and Other WTO Members React to Their WTO Governance and Appellate Body Crisis? Robert Schuman Center for Advanced Studies, Research Paper No. RSCAS 2018/71, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300738, 2019—01—20.

② See Akhil Raina, Meditations in An Emergency: The Appellate Body Deadlock—What It is, Why It is a Problem, and What to Do about It? Leuven Center for Global Governance Studies, Working Paper No. 199, pp. 13—14.

③ See WTO, Improved Dispute Settlement: Elements for Consideration; Discussion Paper Prepared by United States Delegation, MTN.GNG/NG13/W/6, January 1987.

④ See WTO, United States - Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, Award of the Arbitrator, WT/DS160/ARB25/1, 9 November 2001.

⑤ See Bashar H. Malkawi, Arbitration and the World Trade Organization: The Forgotten Provisions of Article 25 of the Dispute Settlement Understanding, 24 Journal of International Arbitration, 182—183 (2002).

间的贸易争端不失为一种相对务实的选择。^①

2. 设计启动上诉仲裁程序

世贸组织成员可以利用《谅解》第 25 条规定的仲裁作为其争端解决的替代方式,也可以首先利用专家组程序,之后仅在上诉阶段使用仲裁。这种做法是将《谅解》第 25 条规定的仲裁程序进行适当变通,作为专家组报告的上诉通道,通过仲裁程序发挥上诉功能,因此可称之为“上诉仲裁”或“仲裁式上诉”。^② 上诉仲裁在一定程度上改变了《谅解》第 25 条规定的仲裁所具有的可替代性争端解决方式的性质,实质上是将其作为一个“替代性上诉程序”,以满足希望对专家组报告享有上诉机会的世贸组织成员的需要,因此与该条设置的仲裁机制初衷有别。从实际操作层面看,根据《谅解》第 25 条规定的仲裁的灵活性特点,通过复制《谅解》第 17 条关于上诉审议的规定和《上诉审议工作程序》的核心要素,将其改造为上诉仲裁机制具有可行性,且能够在较短时间内启用并发挥上诉功能。^③

设计启动上诉仲裁程序,首先应考虑启动上诉仲裁的前提和条件。有上诉需求的当事方应订立上诉仲裁协定,明确约定上诉仲裁事项。上诉仲裁协定最好在专家组程序的早期即签订,最晚不应超过专家组发布中期报告的时间,以免报告内容影响当事方诉诸上诉仲裁的决定。其次,关于上诉仲裁庭的组成,争端方可在上诉仲裁协议中约定仲裁庭组成、适用程序及仲裁规则等事项。当事方可从一份达成共识的人员名单中(如包括现有上诉机构成员和部分已离任成员等,应具有世贸组织成员的广泛代表性)选择 3 名仲裁员组成上诉仲裁庭。这需要世贸组织秘书处对以往上诉机构成员作出筛选,确认可以继续提供仲裁服务的离任成员,形成一份名单供争端方选择。争端双方可各自选择一名仲裁员,第 3 名首席仲裁员由双方共同选择。如不能达成一致意见,则由世贸组织总干事选定。^④ 再次,在上诉仲裁庭的审查范围及适用法律方面,当事方可根据约定仲裁庭更广的管辖范围,包括审理法律问题和事实问题。最后,在专家组报告和上诉仲裁裁决的约束力方面,笔者建议在专家组报告作出后,当事方在商定期限内通过上诉仲裁协定提请仲裁,并根据《谅解》第 12 条第 12 款的规定,暂停争端解决机构对专家组报告的通过。^⑤ 当事方的上诉仲裁申请应将专家组报告作为附件。专家组报告在形式上构成上诉仲裁裁决的部分内容,从而对当事方具有约束力。上诉仲裁裁决对当事方自动产生约束力,无须争端解决机构会议通知,但需通过争端解决机构和相关理事会和委员会。上诉仲裁裁决与争端解决机构通过的专家组报告和上诉机构报告以同样方式执行,包括准用《谅解》第 21 条和第 22 条规定的程序。此外,上诉仲裁机制还包括上诉仲裁通知的修改、上诉仲裁程序及时间表的确定、非争端当事方对上诉仲裁程序的参与、仲裁员的行为规则、文件交换、单方交流禁止、庭审规范及上诉撤回等方面,世贸组织成员可参照《谅解》第 17 条和《上诉审议工作程序》拟定。将《谅解》第 25 条规定的仲裁仅作为与上诉机构发挥类似功能的“上诉仲裁”,看似缩小了该条的适用范围,但对于应对目前的上诉机构危机具有针对性。从客观上看,这一方案在技术上和法律上均相对可行,其最大好处在于基于《谅解》第 25 条的规定和仲裁本身的灵活性特点,只要有上诉意愿的争端当事方达成仲裁协议,即可较快启动上诉仲裁,从而弥补上诉机构停止运作后的上诉渠道缺位问题。

① See Jens H. Pohl, Blueprint for a Plurilateral WTO Arbitration Agreement under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding, in Denise Prevost, et. al. ed., Restoring Trust in Trade, Hart Publishing, 2018, pp. 145—146.

② See Scott Andersen, et. al., Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals, Centre for Trade and Economic Integration (CTEI) Working Paper, CTEI—2017—17, <https://repository.graduateinstitute.ch/record/295745/files/CTEI—2017—17—1.pdf>, 2019—02—01.

③ See Scott Andersen, et. al., Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals, Centre for Trade and Economic Integration (CTEI) Working Paper, CTEI—2017—17, <https://repository.graduateinstitute.ch/record/295745/files/CTEI—2017—17—1.pdf>, 2019—02—01.

④ See Scott Andersen, et. al., Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals, Centre for Trade and Economic Integration (CTEI) Working Paper, CTEI—2017—17, <https://repository.graduateinstitute.ch/record/295745/files/CTEI—2017—17—1.pdf>, 2019—02—01.

⑤ See Scott Andersen, et. al., Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals, Centre for Trade and Economic Integration (CTEI) Working Paper, CTEI—2017—17, <https://repository.graduateinstitute.ch/record/295745/files/CTEI—2017—17—1.pdf>, 2019—02—01.

3. 谈判签署诸边性的《仲裁协定》

采取仲裁方式解决贸易争端,需要世贸组织成员之间订立仲裁协议,包括逐案订立的仲裁协议或在相关世贸组织成员间订立通用性的仲裁协议,约定利用仲裁方式解决争端或进行上诉。与国际商事仲裁相比,世贸组织争端解决机制涉及成员间公法性质的贸易争端,无论是当事方逐案订立仲裁协议,还是两个成员间达成通用仲裁协定,均涉及谈判成本问题,谈判不成即无法启动仲裁。因此,关于仲裁机制的系统性适用,更为理想的方式是在具有相同意愿的世贸组织成员间订立诸边性质的《仲裁协定》(包含上诉仲裁内容),规定可提交仲裁解决的事项、仲裁适用规则及程序、仲裁庭的组成、裁决效力与执行等事项。^① 诸边《仲裁协定》对加入该协定的世贸组织成员具有约束力,相比个别成员间签订的仲裁协议其具有稳定性和机制化优势。在争端产生后,一方或者双方通过履行相关程序,如向世贸组织秘书处申请并递交材料即可启动仲裁。^② 如果上诉机构的危机长时间内无法缓解,则诸边《仲裁协定》对于解决世贸组织成员间的贸易争端具有更长远的意义,在条件成熟的情况下能够吸引更多成员加入,以达到逐步多边化的效果。

四、世贸组织上诉机构危机应对之中国策略

作为货物贸易量居世界首位、服务贸易量居世界第二的进出口双向贸易大国,我国对世贸组织上诉机构的危机应高度关注并积极应对。

(一)我国对上诉机构危机的应对及建议

我国自2001年底加入世贸组织以来,在享有贸易权利的同时认真履行国际义务,对外贸易和经济发展受益于多边贸易体制和争端解决机制的保障。习近平主席指出:“多边主义是维护和平、促进发展的有效路径,世界比以往更加需要多边主义。我国应坚定维护自由贸易和基于规则的多边贸易体制,支持对世贸组织进行必要改革。”^③作为坚定的多边主义维护者,我国高度关注全球经贸治理体系的不断变革,并为捍卫多边贸易体制提出关于世贸组织改革的原则和主张。^④针对上诉机构面临的这场史无前例的生存危机,我国承担作为世贸组织重要成员的责任,以实际行动积极寻求解决方案,回应世贸组织成员对上诉机构改革的关注,维护和加强上诉机构的独立性和公正性,特别是一直在努力推动尽快启动上诉机构成员遴选程序。“欧中印加等成员提案”是我国就推进世贸组织改革、优先处理危及世贸组织生存的关键问题所提出的一项具体方案,也是“中欧世贸组织改革联合工作组”的重要成果。^⑤这一方面表明我国对事关上诉机构生存的危机高度重视,另一方面也表明我国注重联合其他重要的世贸组织成员共同行动,展现出我国参与国际经贸治理维护多边贸易体制的积极态度。

应对上诉机构面临的危机,首先我国应更紧密地联合其他世贸组织重要成员,努力寻求解决路径和改革措施,尽力维护世贸组织争端解决机制的继续运作。至2019年底由于上诉机构将只剩1名成员,因此即使能够启动多数世贸组织成员投票程序,也需选任(包括再任命)6名上诉机构成员。这一任务不但紧急而且艰巨。建议我国与欧盟、加拿大等已提出改革建议的成员争取尽快联合更多具有相同意愿的世贸组织成员,推动总理事会会议的召开,争取2/3的世贸组织成员即109个成员的同意,从而发起选任上诉

① See Tetyana Payosova, et. al., The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures, Peterson Institute for International Economics, PB 18-5, 11-12 (2018).

② See Jens H. Pohl, Blueprint for a Plurilateral WTO Arbitration Agreement under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding, in Denise Prevost et. al. ed., Restoring Trust in Trade, Hart Publishing, 2018, pp. 148-149.

③ 习近平:《共建创新包容的开放型世界经济——在首届中国国际进口博览会开幕式上的主旨演讲》, http://www.xinhuanet.com/world/2018-11/05/c_1123664692.htm, 2019-01-28.

④ 我国于2018年11月23日对世贸组织改革提出三个基本原则和五点主张。三个基本原则包括:世贸组织改革应维护多边贸易体制非歧视和开放的核心价值、应保障发展中成员的发展利益以及遵循协商一致的决策机制。五点主张包括:维护多边贸易体制的主渠道地位、优先处理危及世贸组织生存的关键问题、解决规则公平并回应时代需要、保证发展中成员的特殊与差别待遇以及尊重成员各自的发展模式。参见中华人民共和国商务部:《商务部召开世贸组织改革有关问题新闻吹风会》, <http://www.mofcom.gov.cn/xwfbh/20181123.shtml>, 2019-01-27.

⑤ 2018年7月第20次中欧领导人会晤发表联合声明,决定中欧就世贸组织改革开展合作,并为此建立一个副部级联合工作组。中欧双方均坚定支持多边贸易体制,本着求同存异原则就世贸组织改革相关问题进行沟通和交流。

机构成员的投票程序。其次,如果投票程序无法尽快启动,我国应加快对《谅解》第 25 条及相关规定的研究,借鉴或复制世贸组织普通诉讼程序中运行良好的制度和经验,倡导在实践中利用仲裁解决贸易争端。具体如下:(1)我国可与有意向的世贸组织成员尝试订立双边仲裁协议,约定将贸易争端提交仲裁解决;(2)针对目前在世贸组织专家组审理阶段的涉华案件,与争端方商讨在个案基础上达成协议提起上诉仲裁的可能性;(3)如果上诉机构因美国阻挠而被迫停止运作,我国应主动发挥建设性作用,倡议并联合具有相同意愿的世贸组织成员达成共识,引领诸边《仲裁协定》谈判,在仲裁解决贸易争端的系统规则设定上发挥更多主动权和话语权。

(二)由危机和改革引发的思考

从长远看,即使加强世贸组织的成员控制和政治监督,反映国际经贸多边合作由主权政府进行主导的性质,高效公平的贸易争端解决机制仍是不可或缺且符合世贸组织成员实际需求的。虑及美国政府近年来对多边主义和主要贸易伙伴缺乏信任,以及各国对多边合作价值的不同理解和全球经济力量对比的变化,如何共同行使世贸组织的成员控制并维护世贸组织争端解决机制的良好运作,必然涉及更多的困难和争议。打破目前上诉机构僵局所需的改革,也并不仅限于世贸组织成员之间就争端解决事项达成协议,或就如何正确理解上诉机构成员的自主性和机构独立性问题取得共识,更重要的在于如何把握多边贸易体制在全球治理体系快速变革下的发展方向,这决定了包括上诉机构在内的世贸组织改革能否及如何适应各方需要。在此意义上而言,世贸组织上诉机构乃至争端解决功能的维护可能只是更新各方贸易权利和义务的部分内容,正如《谅解》作为乌拉圭回合谈判达成的《建立世贸组织协定》的附件二那样。因此,上诉机构的危机及变革更广泛地涉及对世贸组织现有规则(如贸易救济)的修改或谈判从而达成新的贸易规则。在这个过程中,需要讨论的内容除了传统议题外,还包括电子商务、国有企业、竞争规则、劳工及环境等问题。因此,立足更全面的视野有助于我国在积极寻求解决上诉机构危机的同时深入思考在上述背景下的综合应对。

加入世贸组织被称为中国的第二次改革开放。在改革开放 40 年和“入世”近 20 年的发展后,面临国内外新的历史发展条件和形势变化,我国亟需全方位统筹国际国内两个大局,积极促进全球经贸治理体系的新变革。^①以电子商务为例,在全球经济的数字化时代,电子商务的发展极大地推动了国际贸易,跨境电商在我国国际贸易中所占份额越来越高。2019 年 1 月 25 日,在瑞士达沃斯举行的电子商务非正式部长级会议上,中国和美国、欧盟、日本、俄罗斯等共 76 个世贸组织成员签署了《关于电子商务的联合声明》,确认有意在世贸组织现有协定和框架基础上启动与贸易有关的电子商务议题谈判。^②这是我国推动电子商务规则制定方面一个重要的举措。虽然可以预见到与美欧日等成员在该议题谈判上的诸多分歧及困难,但我国把握时机并及时调整策略,作为电商大国决定参与谈判无疑有助于重振世贸组织谈判功能,推动世贸组织进行必要改革,提振各方对多边贸易体制乃至经济全球化的信心,同时对我国的电子商务发展具有重要的促进意义。除电子商务议题外,在维护世贸组织基本宗旨和基本原则前提下,我国应结合自身定位,渐进推动世贸组织在新议题上的规则调整和拓展,不断增强多边贸易体制的包容性和代表性。同时,认识到积极参与并推进世贸组织改革与我国国内法治发展和开放型经济新体制的建设具有高度关联性和统一性,我国应更加积极地开放市场,加快国内改革程序,消除基于所有制不同的差别待遇,在国有企业规则和竞争中立、服务业和投资市场的开放、知识产权保护、数据安全及跨境流动等法治保障方面展现更有力的规则引领。

责任编辑 何 艳

① 参见刘敬东:《全面开放新格局的国际法治内涵与路径》,《经贸法律评论》2019 年第 1 期。

② See WTO, Joint Statement on Electronic Commerce, WT/L/1056, January 2019.