

司法节制原则视角下的 世界贸易组织争端解决机制改革

——兼评《多方临时上诉仲裁安排》

梁 意

【摘 要】为避免由不当适用司法节制原则带来的无法积极解决争端的问题,有必要对世界贸易组织争端解决机制予以改革。在司法节制原则视角下,改革需要加大司法资源的投入、适当延长审限、制定适用司法节制原则的内部规则。若在改革中无法保留上诉机制,则需要构建以常设专家组为基础的一审终审制,并注意合理配置司法资源和规定合理的审限。若能保留上诉机制,还需要适当扩大上诉机构和上诉仲裁庭的审查权、建立发回重审制度,并明确上诉机构和上诉仲裁庭适用司法节制原则的权限。争端解决机制改革是WTO改革的重要议题,中国应积极引领,同时加强对国际法人才的培养。

【关键词】司法节制原则;WTO改革;WTO争端解决机制改革;多方临时上诉仲裁安排;常设专家组

【作者简介】梁意,中国人民大学法学院讲师,中国国际经济贸易仲裁委员会干部。

【原文出处】《武大国际法评论》(武汉),2022.2.120~139

【基金项目】本文系2020年度国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”(项目批准号:20&ZD205)的阶段性成果。

一、引言

世界贸易组织(World Trade Organization,以下简称“世贸组织”)中的司法节制原则是从争端解决实践中发展而来且得到广泛应用的一项原则。这一原则是指为了节省司法资源和提高争端解决的效率,专家组和上诉机构不必对争端方提出的每个问题和诉讼请求都进行审理或作出裁决,而只需要对解决特定争端所必需的问题和诉讼请求进行审理和裁决,对于争端方提出的其余诉讼请求和问题不必审理和裁决的原则。^①

然而,专家组不当适用司法节制原则会导致争端得不到积极解决,进而违反世贸组织争端解决机制积极解决争端的目的^②。假设申诉方提出甲、乙两个诉讼请求,这两个诉讼请求涉及世贸组

织涵盖协定的不同条款,专家组通过审理诉讼请求甲(以下称“诉请甲”)发现争议措施违反了世贸组织规则,且专家组认为不必审理诉讼请求乙(以下称“诉请乙”)就足以解决争端,于是对诉请乙适用了司法节制原则。然而,上诉机构或上诉仲裁庭^③推翻了专家组关于诉请甲的裁决,且认为争议措施并不违反诉请甲所提及的条款。这种情况下,专家组在诉请乙上错误适用了司法节制原则,但上诉机构或上诉仲裁庭无权亲自审查诉请乙,也无权把案件发回给专家组让其审查诉请乙,^④导致争端得不到积极解决。^⑤即便该案没有上诉程序,若专家组在诉请乙上适用司法节制原则是错误的,则被诉方的执行措施很有可能依然违法,进而引发执行之诉,使争端得不到积极解决。

此外,上诉机构不当适用司法节制原则会导致类似的问题。一方面,关于上诉机构是否有权适用司法节制原则的问题,素有争议;另一方面,上诉机构误用司法节制原则也会导致争端得不到积极解决。这在一定程度上暴露了世贸组织争端解决机制的缺陷,而且,这样的缺陷并不会随着上诉机构的停摆而消失。

自世贸组织成立以来,学界对其争端解决机制的改革作出了不少有益探讨,^⑥但探讨仍不充分。比如,较少有学者从司法节制原则的视角探讨世贸组织争端解决机制的改革;即便有学者从这一视角作出论述,但之前的研究也未涉及新出现的问题(例如上诉机构停摆问题)。此外,关于世贸组织争端解决机制改革的一些新近研究,要么只反映了发达国家的利益,缺乏普遍性;要么陷于形而上学的僵化,没有揭示事物发展的客观规律,因而缺乏灵活性与可行性。为此,本文试图从司法节制原则的视角探讨世贸组织争端解决机制改革,也希望本研究对其他国际争端解决机制的构建与改革有所启示。

二、司法节制原则视角下改革的必要性

从司法节制原则的视角来看,需要对世贸组织争端解决机制进行改革。首先,在宏观层面上,现有机制难以适应争端解决中日益突出的效率和公平之间的矛盾。司法节制原则旨在利用有限的司法资源积极解决争端。目前问题产生的根源在于,现有机制允许世贸组织成员根据无数条款提起申诉,而专家组不可能也没必要全面审查这些诉求,因为被诉措施是同一的。

其次,在微观层面上,世贸组织争端解决机制存在的某些缺陷,导致专家组和上诉机构不当适用司法节制原则会带来无法积极解决争端的后果,^⑦也使上诉机构适用司法节制原则权限之争无法停止。需要注意的是,以上涉及上诉机构的问题不因上诉机构的停摆而消失。这是因为:(1)上

诉机构的停摆并不意味着其消亡,其日后依然可能恢复运行;(2)即便上诉机构不能恢复运行,考虑到部分世贸组织成员建立的临时上诉仲裁机制是仿照上诉机构的上诉审机制(以下称“上诉机构机制”)建立的,上诉仲裁机制与上诉机构机制拥有相同的缺陷。

理论上,可以通过以下三个方法避免和弥补误用司法节制原则导致的不良后果:第一,专家组、上诉机构和上诉仲裁庭放弃适用司法节制原则;第二,由上诉机构或上诉仲裁庭完成法律分析;第三,在执行之诉中进行救济。然而,以上方法都各有局限性。因此,为了彻底解决误用司法节制原则导致的不良后果,有必要对世贸组织争端解决机制进行改革。

(一)适用司法节制原则存在必要性

既然误用司法节制原则会带来不良后果,而且在现有体制下这些不良后果都难以弥补,那么避免这些不良后果的一个彻底的方法是放弃适用该原则。但笔者认为这并非明智之举,因为在某些具体个案中司法节制原则的适用有其必要性。^⑧具体理由如下:

1. 经济原因

无法彻底放弃适用司法节制原则的一个主要原因是经济原因——司法资源的有限性。世贸组织的司法资源非常有限,^⑨世贸组织成员之间经贸争端的日益增多和复杂化,也在某种程度上增加了专家组和上诉机构的工作量。^⑩在此背景下,若要求专家组和上诉机构在严格的审限中放弃适用司法节制原则,要求它们一一审查争端中的每一个法律问题,它们很可能会不堪重负。^⑪

2. 规则原因

专家组和上诉机构无法彻底放弃适用司法节制原则也跟世贸组织规则的特征有关。世贸组织规则体系庞杂,且其各协定之间缺乏冲突规范的协调。这会导致两种情况:第一,在具体争端中对

于不同条款之间关系的体系性问题,若专家组无法解答,其可能会运用司法节制原则予以规避。第二,为了在更多的法律问题上赢得专家组的支持进而提高胜诉率,申诉方会在起诉请求中尽可能罗列其认为涉案措施可能违反的所有协定及相关条款。但申诉方只希望赢得诉讼并使被申诉方修改或撤销被诉措施,而未必希望专家组审查争议措施是否违反申诉方援引的所有条款。

3. 政治原因

有时候专家组和上诉机构适用司法节制原则不仅是出于经济方面的考虑,还可能会出于政治方面的考虑。在世贸组织争端解决中,申诉方的诉讼请求可能比较复杂,既涉及纯法律问题,也涉及具有较强政治因素的敏感问题。对于前者,专家组可以在争端解决中进行解决,而对于后者,则不宜由专家组在个案中解决。对于这些敏感问题,专家组不能完全保持沉默,然而也没有其他方法进行规避。在此情况下,司法节制原则成为专家组规避敏感问题的有效法律工具。^⑫

(二)由上诉机构完成法律分析进行救济存在局限性

为了应对因专家组错误适用司法节制原则导致争端无法得到积极解决的窘境,上诉机构在实践中发展出了“完成法律分析”(complete the analysis)这一技巧。概言之,这一技巧是指对于专家组因适用司法节制原则或者出于其他原因没有审理的问题、诉讼请求或者论据,由上诉机构直接进行审理、分析和作出裁定。然而,这一事后救济方法存在较大局限性。

其一,该方法常常并不可行。若要上诉机构完成法律分析,需要同时满足如下三个条件:第一,在专家组程序中有充足的相关事实记录;第二,未决问题与专家组的已决问题具有充分的法律联系;第三,符合正当程序的要求。^⑬但是,并非每个案件都能满足这三个条件。^⑭

其二,上诉机构完成法律分析的正当性一向存在争议。首先是越权争议,即上诉机构完成法律分析超出了“维持、修改或撤销”专家组裁决的职权范围,构成越权。^⑮其次,在实行“两审终审制”的世贸组织中,上诉机构完成法律分析所审查的事项只经历了上诉程序的审查,争端方无法对这些事项继续上诉,进而丧失了审级利益。^⑯再次,上诉机构完成法律分析会造成程序上的不确定,存在违反正当程序的嫌疑,因为其在开庭时往往尚不清楚其会否对某个问题完成法律分析,^⑰争端各方也无法决定自己是否或者要花多大工夫去论证该问题。^⑱

其三,对于上诉机构误用司法节制原则导致无法积极解决争端的后果,无法由上诉机构完成法律分析来进行事后救济。

(三)在执行之诉中进行救济存在局限性

对于专家组和上诉机构错误适用司法节制原则带来的不良后果(主要是争端得不到积极/完全解决),还可以通过《谅解》第21条第5款所规定的执行程序来弥补。但该方法同样存在局限性。首先,如果原来专家组或上诉机构适用司法节制原则导致整个争端得不到解决,那么就无法通过执行程序来进行救济。因为整个争端得不到解决,就意味着被诉方往往无法而且不会采取措施去执行裁决。没有执行措施,执行之诉也就无从谈起。欧共体—计算机设备备案就是一个例子。^⑲此外,通过执行程序来弥补可能会有补救不及时局限。^⑳

由此可见,尽管在现有框架内可以采取一定的方法来弥补专家组和上诉机构错误适用司法节制原则导致的后果,但这些方法都存在局限性。因此,在司法节制原则视角下,有必要对世贸组织争端解决机制进行改革。

三、总体改革建议

司法节制原则的核心要义是节省司法资源和

提高争端解决效率。为了尽可能避免误用该原则导致的不良后果,可以进行以下两方面的改革:一是减少该原则的适用,即降低对该原则的依赖;^②二是规范该原则的适用。这两方面改革建议对专家组机制和上诉机制的改革均适用,其他专门针对专家组机制以及专门针对上诉机制所提的改革建议,将在下文分别论述。^②

(一)降低对司法节制原则的依赖

为降低对司法节制原则的依赖,除了依靠裁判者的自律(例如审慎适用该原则)外,^③更需要在立法上保障裁判者降低对该原则的依赖。为此,可以采取的改革措施主要有二:其一为加大司法资源的投入;其二为适当延长审限。

1. 加大司法资源的投入

如前所述,专家组和上诉机构难以放弃适用司法节制原则存在客观原因,即司法资源和审限之间存在矛盾。因此,化解这一矛盾的一个方法就是加大司法资源的投入。

第一,扩充常设裁判者的名额。从上诉机构时常逾期发布报告来看,^④7名上诉机构成员已经无法满足争端解决的实际需求,因而有必要增加上诉机构成员的数量。^⑤中国、欧盟等世贸组织成员所构建的上诉仲裁机制对此作出了一定的改进。《多方临时上诉仲裁安排》第4条规定,常设上诉仲裁员为10名。考虑到这一上诉仲裁机制目前仅适用于部分世贸组织成员,10名常设仲裁员的数量也仅适用于相对较少数量的贸易争端,日后在参考上诉仲裁机制增加上诉机构成员数量时,可以在10名成员的基础上予以进一步增加。另外,若要构建常设性专家组,也需要作同样的考虑。^⑥

第二,增聘司法辅助人员,即对世贸组织秘书处法律司以及上诉机构秘书处的工作人员进行扩招。考虑到这一点更多的会涉及世贸组织成员所缴纳的会费,并不涉及《谅解》或其他世贸组织涵

盖协定条款的修改,在此不予赘述。

2. 适当延长审限

如前所述,适用司法节制原则多是为了提高争端解决效率,但误用甚至滥用该原则导致争端得不到积极解决反而降低了争端解决效率,即背离了适用该原则的初衷。因此,为了减少专家组、上诉机构或上诉仲裁庭对司法节制原则的依赖,除了加大司法资源的投入,还可以适当延长审限从而给予它们更充裕的时间来审案。至于如何延长审限以及延长多少,较为可行的方案是对《谅解》的相关条款进行微调;^⑦同时,在争端当事方同意的前提下,允许裁判者根据个案情况申请延长审限。

第一,通过对《谅解》第12条第9款进行微调来延长专家组的审限。该条款规定了专家组9个月的审限,即自专家组设立(establishment)至报告分发各成员的期限,无论如何不应超过9个月。但实际上专家组最多只有7个月的时间审理案件,因为这9个月还包括组成专家组的时间(通常为20天)^⑧、从专家组报告提交争端当事方到向所有世贸组织成员分发的时间(3周)^⑨以及把报告翻译成其他世贸组织官方语言的时间。笔者认为,可以给予专家组完整的9个月来审理案件。为此,关于专家组审限的规定可以改为“从自专家组组成(composition)之日起至最终报告提交争端各方之日止9个月”,且翻译时间不计算在内。^⑩

第二,对于上诉机构审限的延长,也可以采取类似的方法,对《谅解》第17条第5款进行微调,把“诉讼程序自一争端方正式通知其上诉决定之日起至上诉机构分发其报告之日止通常不得超过60天”中的“分发”改为“提交”,且翻译时间不计算在内。^⑪修改过后,《谅解》第17条第5款关于上诉机构的审限可规定为:“诉讼程序自一争端方正式通知其上诉决定之日起至上诉机构提交其报告之日止通常不得超过60天。在决定其时间表时,上诉

机构应考虑第4条第9款的规定(如有关)。当上诉机构认为不能在60天内提交报告时,应书面通知争端解决机构迟延的原因及提交报告的估计期限。但该诉讼程序决不能超过90天。”经过上述调整后,上诉机构的审限则略微大于90天。

第三,在争端当事方同意的前提下,允许裁判者根据个案情况延长审限。在此可借鉴《多方临时上诉仲裁安排》关于审限的规定。根据《多方临时上诉仲裁安排》附件1第12条和第14条,上诉仲裁庭的审理期限是90天(自争端方提起上诉请求之日起算),经仲裁庭提议,当事方可同意延长审限。这一方案兼顾了审限的确定性与灵活性,在一定程度上平衡了保证争端解决的效率和尊重成员主权。

(二)规范对司法节制原则的适用

为规范对司法节制原则的适用,可以采取的改革措施为制定适用该原则的内部规则,从而对专家组和上诉机构审理争端进行指导。^⑥虽然世贸组织中已有关于适用该原则的较为成熟的法理,但专家组和上诉机构在适用该原则的实践上并非完全前后一致,这意味着日后遵循哪一“法理”是不确定的。即便关于适用司法节制原则的实践是全然前后一致的,这也并不妨碍制定适用该原则的内部规则,正如在判例法国家也需要成文法一样。作为一项从实践中发展而来的原则,在世贸组织法律体系中关于司法节制原则的规范是缺位的,制定清晰明确的成文内部规则有助于进一步促进该原则适用的规范化。

具体而言,可以在《谅解》中新增一个条款对司法节制原则的内涵、适用主体、适用情形等作出规定。若因成员难以协商一致达成对《谅解》的修改,在不对《谅解》进行修改的前提下,可以通过以下方式制定内部规则:

第一,根据《世贸组织协定》第9条第2款,利用部长级会议和总理事会的专有解释权来澄清司

法节制原则的适用规范。例如,部长级会议和总理事会可以解释《谅解》第3条第7款所规定的争端解决机制的目的,澄清如何适用司法节制原则才符合这一目的。不过,这一方法也很难实施,因为对世贸组织涵盖协定解释须至少3/4的成员(即123名成员)作出才能通过,^⑦而如此之多成员达成一致显然并非易事。

第二,由上诉机构或上诉仲裁庭在具体案件中系统说明司法节制原则的适用规范。^⑧上诉机构在系统阐述司法节制原则的适用规范时,最好以被通过的上诉机构报告和专家组报告为基础,否则会有存在司法造法的嫌疑。但在上诉机构停摆且不知能否恢复的情况下,这一方法暂不适用。在此情况下,可由上诉仲裁庭在具体案件中说明司法节制原则的适用规范。但截至2022年3月29日,上诉仲裁庭仍未开庭审理过任何案件,该方法能否适用仍是未知数;而且由于《多方临时上诉仲裁安排》参加方数量有限,该方法也存在适用范围有限的问题。尽管如此,上诉仲裁庭仍需要未雨绸缪,做好澄清司法节制原则适用规范的准备。这一做法能为下一步改革奠定基础,具有重要意义。

第三,参考《上诉审议工作程序》的制定方式来制定司法节制原则的内部规则,即由上诉机构与世贸组织总干事和争端解决机构主席协商制定;若构建以常设专家组为基础的一审终审制,则由常设专家组与世贸组织总干事和争端解决机构主席协商制定。^⑨同样,由于上诉机构停摆且不知能否恢复,常设专家组也尚未建立,这一方法暂不适用。

四、司法节制原则视角下的专家组机制改革

为避免误用司法节制原则导致不良后果,还有必要对专家组机制进行改革。但上文所述改革建议,仅限于在保留“两审终审制”前提下对专家组机制进行小修小补。本部分所述改革建议,涉

及专家组机制乃至世贸组织争端解决机制的革命性改革。换言之,基于司法节制原则的视角,还需要探讨以下三个关于专家组机制的改革问题:第一,能否把世贸组织争端解决机制从“两审终审制”改为“一审终审制”,即能否把专家组程序由“初审程序”改为“一审终审程序”;第二,是否需要把专家组机制由“临时性”改为“常设性”;第三,若以上两个问题的答案是肯定的,应如何设计具体的改革方案。

(一)改“两审终审制”为“一审终审制”

从司法节制原则的角度来看,如果没有上诉程序,由误用司法节制原则所致无法积极解决争端的问题似乎也就迎刃而解。因此,有人主张彻底抛弃上诉机制,把世贸组织争端解决机制由“两审终审制”改为“一审终审制”,仅保留专家组机制。目前美国政府似持这一主张,^⑤也有部分美国学者拥护该主张。^⑥

目前该主张没有得到其他世贸组织成员的支持。有研究指出,从世贸组织争端解决机制20多年的实践看,对专家组报告提起上诉的案件平均占比达到70%,表明成员对上诉的需求很高,^⑦绝大多数成员更倾向于保留上诉机制。而且,为应对上诉机构停摆危机,满足成员的上诉需求,中国和欧盟等世贸组织成员甚至根据《谅解》第25条建立上诉仲裁机制。

无论如何,在上诉机构陷入停摆且有可能无法恢复的情况下,包括中国在内的世贸组织成员需要考虑的是,在解决与不参加《多方临时上诉仲裁安排》的成员(尤其是美国)之间的争端时,后者能否接受一审终审。笔者认为,能保留上诉机制固然值得庆幸,但若因美国反对而无法保留,把世贸组织争端解决机制改为“一审终审制”也并非无法接受。

在考虑是否把争端解决机制由“两审终审制”改为“一审终审制”时,不仅要有主体观,即要考虑

世贸组织成员这一改革主体的需求与利益;还要有全局观,即要考虑世贸组织改革这一全局;更要有历史观,即要考虑世贸组织争端解决机制的过去、现在与未来整个发展史。

第一,从主体观上说,实行“一审终审制”,并未从根本上违反包括中国在内的世贸组织成员的需求与利益。实际上,成员对上诉机制的需求可能只是一个表象,追求上诉机制反映了成员对公正的诉求,因为成员可以通过上诉审纠正一审中的错裁问题从而得到一个更公正的裁决。^⑧中国政府坚持维护上诉机制,实质上也是出于对公正的需求,事实上,专家组作出的许多对中国不公的裁决,都被上诉机构推翻。但若一审结果足够公正,世贸组织成员很可能不会坚持保留上诉机制。不少其他政府间国际组织所建立的国际争端解决机制是一审终审制,国际法院即为其中一个例子,且国际法院并不因实行一审终审制而被主权国家指责其判决不公。

第二,从全局观上说,在审级问题改革上有所让步,有助于把美国拉回世贸组织的谈判桌,进而有助于解除世贸组织争端解决机制的危机。如今世贸组织争端解决机制所处的困境由美国一手造成,因而在本轮世贸组织争端解决机制改革中,美国的态度尤为关键,想要改革成功,要先抓住美国这个“关键少数”。为此,中国以及其他世贸组织成员在竭力维护上诉机制的同时,客观上也无法忽略美国推翻现有上诉机制的想法。毋庸置疑,审级问题是世贸组织争端解决机制改革中的重要问题,甚至是核心问题,但该问题只是世贸组织争端解决机制改革中的冰山一角,而争端解决机制改革又仅是世贸组织改革中的冰山一角。因此,对世贸组织改革要有全局性考虑。世贸组织涵盖协定是一揽子协定,世贸组织改革是对一揽子协定进行全面的改革,甚至在此基础上要谈判新的议题和协定(例如渔业补贴)。在全面性改革中,世

贸组织成员必然会面临在不同议题之间的谈判交易。以审级改革谈判上的让步为对价换取其他议题谈判中的优势,不失为一个有效的谈判策略。

第三,从历史观上说,世贸组织争端解决机制的改革不能仅着眼于现在,还要考虑该机制的历史与未来。而在这一点上,改“两审终审制”为“一审终审制”并不必然是历史的倒退,也并不必然违反事物的客观发展规律。唯物辩证法发展观认为,事物的发展是波浪式前进和螺旋式上升的。多边经贸争端解决机制的发展亦如此。在《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)时代,争端解决机制充满政治色彩,这时期的争端解决机制为“权力导向”。GATT时代的争端解决机制以非常设的专家组“一审终审制”为标志,且缔约方的决策机制为协商一致,缔约方对专家组裁决拥有一票否决权。这也是GATT争端解决机制的一大缺陷,败诉缔约方可以利用这一机制缺陷来阻挠对其不利的裁决的通过。尤其是20世纪80年代以后,这一缺陷日益凸显,专家组报告未被通过的比例大幅增加。^④为了弥补该缺陷,世贸组织把争端解决机制由“权力导向”改为“规则导向”。具言之,建立世贸组织的乌拉圭回合谈判在争端解决领域引入了“反向协商一致”的决策机制,即除非所有成员都反对,否则专家组报告即得以通过。该修改使得专家组报告大多得以自动通过,因为胜诉方不会反对报告的通过。也正是这一修改让当时的谈判方担心自动通过的专家组报告具有明显法律推理错误。为了解除这种担忧,有谈判方提出构建上诉机构来发挥对专家组报告的纠错功能。因此,在某种程度上,上诉机构是“反向协商一致”决策机制的一个“副产品”。^⑤既然如此,撤销上诉机构并不会从根本上改变争端解决机制的“规则导向”属性,因为“反向协商一致”的决策机制并未改变,即仅把“两审终审制”改为“一审终审制”并不会使世贸组织

争端解决机制倒退回GATT时代。

(二)改“临时”为“常设”

若要废除上诉机制,世贸组织成员需要考虑构建其他机制来代替上诉机制的纠错功能。在此,存在两个改革路径:一个路径是加强外部监督机制,例如,加强成员对专家组报告的监督。考虑到该议题超出本部分关于专家组机制改革的探讨范围,也与司法节制原则的视角关系不大,在此不予赘述。^⑥另一个路径是对专家组机制本身进行改革完善,增强专家组裁决结果的可靠性和可预测性,以降低专家组错裁的几率。笔者认为,把临时专家组改为常设专家组不失为一个有效途径,而这也是司法节制原则视角下的一个优选改革方案。

其一,常设专家组有利于确保争端解决结果的可靠性和可预测性,从而降低专家组错裁的几率。世贸组织初审程序的专家组是专案专设的、临时性的,对于相同的法律问题,不同案件的专家组可能作出不同的认定。解决投资争端国际中心也遇到类似的问题,虽然该中心是常设机构,但仲裁庭是专案专设的,因而较容易出现投资仲裁裁决不一致的问题。因此,近年来各国也在探讨通过构建常设性的上诉机制来解决裁决不一致的问题,从而降低错裁几率。^⑦常设专家组可以较为有效地避免裁决不一致的问题。例如,其可以采用上诉机构的工作机制审理案件,即从常设专家组成员中抽签产生审理具体争端的三人庭,在三人庭完成专家组报告并分发给世贸组织成员之前,常设专家组所有成员就案件交换意见。^⑧司法节制作为一项从实践中发展而来的原则,其内涵、适用范围和适用标准等方面的规定都比较模糊。设立常设专家组有利于确保争端解决结果的可靠性和可预测性,有助于规范司法节制原则的适用,确保司法节制原则适用的连贯一致。

其二,常设专家组机制在某种程度上起到了

延长审限的效果,从而有助于缓解审限与司法资源之间的矛盾,从而降低专家组对司法节制原则的依赖。在现有争端解决机制下,挑选专家组成员来组成专家组通常要耗费20天,而且这20天被计算在审限之内。^⑤而在常设专家组机制下,无须花费时间来组成专家组(抽签“组庭”的时间可以忽略不计),在实质上起到了延长审限的效果,从而降低了专家组对司法节制原则的依赖,也降低了误用该原则的几率。

需要指出的是,笔者并不主张把世贸组织争端解决机制由两审终审制彻底改为一审终审制,而是主张构建“混合式争端解决机制”:《多方临时上诉仲裁安排》的参加方之间的争端解决遵循“常设专家组+上诉仲裁”的两审终审制;《多方临时上诉仲裁安排》的参加方与非参加方之间的争端,以及《多方临时上诉仲裁安排》非参加方之间的争端,则遵循以常设专家组为基础的一审终审制;通过裁决的方式依然为反向协商一致。^⑥这一方案兼顾了不同成员的需求,有助于尽快促使改革成功,从而解除世贸组织争端解决机制的困境。也正因为如此,仍须探讨上诉机制的改革。但考虑到“混合式争端解决机制”改革方案的论述与司法节制原则的关系不大,限于篇幅,在此不予赘述。

(三)具体设计方案

如前所述,为避免误用司法节制原则导致的不良后果,需要降低裁判者对该原则的依赖,所以在世贸组织争端解决机制改革中需要加大司法资源的投入以及适当延长审限。在设计常设专家组机制时也应遵循这一思路,注意合理配置司法资

源和规定合理的审限。

就合理配置司法资源而言,主要涉及以下两个问题:

第一,常设专家组成员名额的设置。考虑到常设专家组与上诉机构均为常设机构,常设专家组成员名额的设置宜以上诉机构的情况为参照。在此要分两步进行计算:第一步,根据上诉机构成员名额算出常设专家组成员的最少名额。不过,由于现有上诉机构成员数量不足以应对相关争端,所以第一步算出来的“最少名额”也是不足的,要进行第二步的加法推算。按照70%的上诉率^⑦来计算,第一步算出来的专家组成员最少名额为10名($7 \div 70\% = 10$)。第二步,在10名的基础上增加若干名,可以大致推算出较为合理的常设专家组成员名额为12-15名。^⑧

第二,司法辅助人员的配置。这也有两种方案:第一种方案为允许聘任编外人员,即向专家组成员提供必要的预算,允许他们聘任自己的办案秘书或助理。^⑨第二种方案为扩充编内人员,即对世贸组织秘书处法律司的职员进行扩招。以上诉机构为参照系进行等比例计算,协助专家组进行争端解决的法律司职员应增加到42-52名(见表1)。

从可行性来看,第二种方案更易实施,因为该方案无须对《谅解》进行修改。^⑩就审限而言,笔者认为,合理的审限规定应兼顾确定性与灵活性,即明确规定常设专家组的审限并赋予其延长审限的权力。根据世贸组织争端解决实践,可以把常设专家组的审限规定为12个月。如前所述,专家组

表1 常设专家组成员和司法辅助人员的人数设置

	成员人数(名)	司法辅助人员人数(名)
上诉机构	7	24
常设专家组	12-15	42-52

资料来源:Overview of the WTO Secretariat, https://www.wto.org/english/thewto_e/secret_e/intro_e.htm。

程序9个月的审限已经无法满足争端解决的现实需求。如果把审限规定为实践中专家组程序15个月的平均耗时^⑤又因改动太大而难以获得成员的同意,且对于一些简单案件而言没必要规定这么长的审限,同时,考虑到常设专家组机制下无须花费时间挑选专家组成员,^⑥可以说12个月是一个折中且较为合理的审限。同时,为了给专家组充足的时间审理复杂案件以及应对其他特殊情况,在审限规定中应允许专家组申请延长审限,并要求专家组说明延长审限的原因、预估延长的时间等,而且经争端当事方同意之后方可延长审限。

五、司法节制原则视角下的上诉机制改革

专家组误用司法节制原则可能导致争端得不到积极解决,而这一后果跟上诉机制的缺陷有很大的关系。为了避免这一后果,需要对世贸组织争端解决机制进行改革,尤其需要重点考虑上诉机制的改革。

本部分所说的上诉机制,既包括原有的上诉机构机制,也包括上诉仲裁机制。上诉仲裁机制仿照上诉机构机制而建,因而其与上诉机构机制有相同的缺陷,例如,上诉仲裁庭没有事实审查权和发回重审权。^⑦此外,《多方临时上诉仲裁安排》是为了应对上诉机构停摆危机而达成的临时安排,在这一特殊历史时期,部分成员之间达成维持上诉机制就已难能可贵,^⑧存在不足之处也是意料之中。至于如何进一步完善上诉仲裁机制,或者如何改革上诉机制,则有待进一步探讨。

具体而言,改革可以涵盖以下内容:第一,适当扩大上诉机构和上诉仲裁庭的审查权,比如赋予它们事实审查权;第二,建立发回重审制度;第三,明确上诉机构和上诉仲裁庭适用司法节制原则的权限。

(一)适当扩大上诉机构和上诉仲裁庭的审查权

《多方临时上诉仲裁安排》附件一第9条规

定:“一个上诉应限于专家组报告所涵盖的法律问题和专家组所作的法律解释。仲裁员可维持、修改或撤销专家组的法律调查结果和结论。如适用,仲裁裁决应包括《谅解》第19条所设想的建议。”^⑨这两句话基本上照搬了《谅解》第17条关于“上诉审议”的规定,^⑩意味着上诉仲裁庭不具有事实审查权和发回重审权。然而,由这两句话所构建的上诉仲裁机制,正是导致目前司法节制原则适用困境的症结所在。

为了预防不当适用司法节制原则产生的不良后果,在争端解决机制改革中,如果保留上诉机制且不建立发回重审机制,那么可以考虑适当扩大上诉机构和上诉仲裁庭的审查权,尤其是赋予它们一定的事实审查权。考虑到目前还没有关于上诉仲裁的实践,下面主要以上诉机构为例进行分析,但所述建议对上诉仲裁庭应同样适用。

实际上,这一改革措施具备必要性和可行性。之所以有必要赋予上诉机构事实审查权,是因为在上诉审中还存在一定的事实调查需求。例如,在上诉程序中,有时事实问题和法律问题难以严格区分。^⑪赋予上诉机构事实审查权的可行性有二:一是从资质和能力上讲,上诉机构不缺乏事实调查的能力;^⑫二是上诉机构在完成法律分析时积累了一定的事实调查经验。^⑬

顾及上诉机构的工作量和争端解决的效率,笔者认为不应赋予上诉机构广泛的事实审查权,而仅赋予其有限的事实审查权,并对其行使这一权力进行一定的规制。^⑭

第一,在实体上,将上诉机构的事实审查范围限于有必要审查的重大事实问题。例如,在上诉方证明专家组具有无视事实、拒绝审查、恶意歪曲或重大误解等重大事实认定错误时,上诉机构才有必要审查事实问题并对专家组的有关调查结果进行纠正。^⑮

第二,在程序上,设置事实审查前置程序,即

上诉机构在进行事实审查之前,应征询争端当事方的意见;^⑤同时设置上诉中期报告程序,即如果上诉机构进行事实审查,但在开庭时未能征询当事方的意见,则可以像专家组那样向争端方发布中期报告公布其事实调查结果。对于上诉仲裁庭而言,这也是尊重当事人意思自治的一种表现。

(二)建立发回重审制度

在争端解决机制改革中,如果能维持“两审终审制”,还可以通过建立发回重审制度来解决错误适用司法节制原则的问题。

但是,目前有观点反对建立发回重审制度:其一,发回重审制度并非必要,因为对于专家组错误适用司法节制原则带来的不良后果,可以通过上诉机构或上诉仲裁庭完成法律分析来解决。其二,发回重审制度既不高效率也不经济,因为涉及组建新的专家组进而导致程序拖沓,也给当事方造成更沉重的负担。^⑥

笔者认为,这些反对理由虽然存在一定的合理性,但仍不构成阻碍建立发回重审制度的充分理由。第一,如前所述,上诉机构完成法律分析存在很大的局限性,包括涉嫌越权和使申诉方的审级利益受到损害。第二,对于发回重审制度不经济高效的问题,可以通过合理的制度设计予以避免。第三,从法治化程度上看,具备发回重审程序的“两审终审制”往往比缺乏这一程序的“两审终审制”更为完善、法治化程度更高,更契合国际法治中对“良法”的要求。^⑦基于此,笔者认为,在“适当扩大上诉机构和上诉仲裁庭的审查权”和“建立发回重审制度”这两方面的改革上,可以择一进行,且后者为更佳方案。第四,世贸组织成员也曾多次建议建立发回重审制度,^⑧随着对该制度的探讨日益充分,建立这一制度的时机亦日渐成熟。

为了避免案件拖延等问题,在设计发回重审制度时至少应注意以下两点:

第一,明确发回重审制度实施过程中各方的

角色。该制度主要涉及争端双方、上诉机构/上诉仲裁庭以及专家组这四个角色,核心问题主要有二:一是由谁启动发回重审,二是由谁重审。就第一个问题而言,可供选择的方案有“依职权启动”和“依申请启动”,前者即由上诉机构或上诉仲裁庭依职权启动发回重审程序,后者即由争端双方中的任何一方或特定一方启动该程序。^⑨笔者认为应采取第二种方案,即“依申请启动”,^⑩且应当由申诉方启动发回重审程序。这一方面能避免被申诉方利用该程序恶意拖延诉讼;另一方面,能避免上诉机构或上诉仲裁庭被指责过分独立而损害世贸组织成员主权,^⑪也更符合世贸组织的成员驱动特性。就第二个问题而言,世贸组织成员均一致认为原则上应由原专家组进行重审,当原专家组成员无法参与重审时,再由世贸组织总干事任命替补的专家组成员。^⑫这一方案比较高效,即便原专家组在重审中作出不公认定,也可以通过制定行为准则对专家组的行为进行约束,^⑬或由上诉机构或上诉仲裁庭予以纠正。

第二,对提起发回重审的时效、重审程序的审限以及发回重审的次数作出明确规定。^⑭

(三)明确上诉机构和上诉仲裁庭适用司法节制原则的权限

上诉机构常常被认为无权适用司法节制原则,因为《谅解》第17条第12款要求上诉机构在上诉程序中“处理”(address)被提出的“每一”(each)法律“问题”(issues)。尽管通过对该条款中的“处理”和“问题”二词作出宽松解释也能给上诉机构适用司法节制原则留下一定空间,^⑮但这始终无法让上诉机构名正言顺地适用该原则,也无法防止其滥用该原则。因此,在世贸组织争端解决机制改革中有必要对上诉机构适用司法节制原则进行确权和限权。

在确权上,可参照《多方临时上诉仲裁安排》附件1第10条,把《谅解》第17条第12款改为上诉

机构和上诉仲裁庭“应只处理解决争端所必需的问题”。在限权上,可参照争端解决实践就上诉机构和上诉仲裁庭适用该原则制定任意性规则,或在制定适用该原则的内部规则中列举适用情形和方式。例如,上诉机构往往在程序问题(如专家组是否遵守《谅解》第11条对其审议的事项作出客观评估)上适用司法节制原则,^③基于该实践,在改革中可参照《多方临时上诉仲裁安排》附件一第13条^④在《谅解》第17条第12款后面补充规定:“如有必要,为了在90天期限内作出裁决,仲裁员还可以向当事各方提出实质性措施,例如排除根据《谅解》第11条提出的指称缺乏对事实的客观评估的请求。”

六、结语

随着上诉机构的停摆,当前世贸组织争端解决机制似乎回到了GATT时代,因为只要有一个争端方提起上诉(通常是败诉方),而上诉机构由于人员空缺无法审理上诉案件,那么专家组报告就无法生效。换言之,与GATT时代的争端解决机制类似,只要一个成员不同意就可以阻止专家组报告的通过。这一现实本身呼唤对世贸组织争端解决机制进行改革。

司法节制原则是在世贸组织争端解决中得到广泛应用的一项原则,因而需要以该原则为视角对世贸组织争端解决机制改革进行研究。在世贸组织争端解决中,误用司法节制原则将导致争端得不到积极解决,而这一后果难以通过事后救济措施予以弥补。因此,在司法节制原则视角下,有必要对世贸组织争端解决机制进行改革。总体而言,改革需要加大司法资源的投入、适当延长审限、制定适用司法节制原则的内部规则。若在改革中无法保留上诉机构机制或上诉仲裁机制,则需要构建以常设专家组为基础的“一审终审制”,并注意合理配置司法资源和规定合理的审限。若能保留上诉机构机制或上诉仲裁机制,则需要适

当扩大上诉机构和上诉仲裁庭的审查权、建立发回重审制度,并明确上诉机构和上诉仲裁庭适用司法节制原则的权限。

中国作为世贸组织的重要成员,要积极应对世贸组织争端解决机制面临的危机,更要积极引领世贸组织争端解决机制的改革。司法节制原则视角下的世贸组织争端解决机制改革涉及合理配置司法资源,而人才无疑是最重要的司法资源,因此,中国需要加强国际法律人才的培养,以便向世贸组织输送更多的中国法律人才,无论是在常设专家组、上诉机构还是上诉仲裁庭中,都应该有中国籍成员;在世贸组织秘书处(尤其是法律司),应有更多中国人才的加入。

注释:

①关于司法节制原则的定义,参见梁意:《世贸组织上诉机构对司法节制原则的适用》,《武大国际法评论》2018年第2期,第137页;Alberto Alvarez-Jimenez, *The WTO Appellate Body's Exercise of Judicial Economy*, 12 *Journal of International Economic Law* 393(2009); Liang Yi, *The Exercise of Judicial Economy by the WTO Appellate Body*, 8 *Journal of WTO and China* 39-42(2018).

②世贸组织争端解决机制的目的主要规定在《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下称《谅解》)第3条第7款中。该条款规定:“争端解决机制的目的在于保证使争端得到积极解决。”

③自2019年12月10日起,上诉机构由于人员不足而停摆。为应对上诉机构停摆危机,中国、欧盟等16个世贸组织成员于2020年3月达成《多方临时上诉仲裁安排》(Multi-party Interim Appeal Arbitration Arrangement),仿照以上诉机构为基础的上诉机制建立了上诉仲裁机制,该机制下上诉仲裁庭的地位与上诉机构的地位类似。参见杨国华:《WTO上诉仲裁机制的建立》,《上海对外经贸大学学报》2020年第6期,第29-38页。该安排英文全文为Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes-Addendum-Multi-Party Inter-

im Appeal Arbitration Agreement Pursuant to Article 25 of the DSU(MPIA), JOB/DSB/1/Add. 12, 30 April 2020.

④根据《谅解》第17条第13款和《上诉仲裁安排》附件一第9条的规定,上诉机构和上诉仲裁庭可以“维持、修改或撤销”专家组的法律调查结果和结论,即它们没有审查事实问题的权力,也没有发回重审的权力。

⑤ See Joost Pauwelyn, Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It, International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No.1, Switzerland, June 2007, pp. 5-6.

⑥世贸组织争端解决机制改革是一个经常被讨论的话题。早期研究多集中于如何对《谅解》进行小修小补。在这一机制运行了20余年之后,尤其是美国通过阻挠上诉机构成员的连任和选任致使上诉机构瘫痪之后,讨论则由微观转向宏观,更多地涉及世贸组织争端解决机制何去何从的问题。参见石静霞:《世界贸易组织上诉机构的危机与改革》,《法商研究》2019年第3期,第150-163页;胡加祥:《上诉机构“停摆”之后的WTO争端解决机制何去何从》,《国际经贸探索》2020年第1期,第90-98页;张乃根:《上诉机构的条约解释判例或先例之辨——兼论WTO争端解决机制改革》,《国际经济评论》2019年第2期,第44-56页;刘敬东:《浅析WTO未来之路——WTO改革动向及思考》,《法学杂志》2013年第4期,第87-94页;朱榄叶:《论WTO争端解决机制程序设计缺陷的技术性修正》,《国际经济法论刊》2013年第3期,第1-11页;罗文正:《WTO专家组的组成及其改进》,《南通大学学报·社会科学版》2007年第3期,第37-42页;胡北平、李美红:《发展中国家对WTO争端解决机制的改革要求及改革前景》,《社会科学辑刊》2005年第5期,第113-116页;龚冠华:《简议WTO争端解决机制的现代化改革》,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2019年12月第21卷增刊,第9-14页;等等。See Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform, 23 Journal of International Economic Law 703-722(2020); Matteo Fiorini, et al., WTO Dispute Settlement and the Appellate Body: Insider Perceptions and Members' Revealed Preferences, 54 Journal of World Trade 667-698 (2020); Qingjiang KONG & Shuai GUO, Towards a Mega-Plurilateral Dispute Settlement Mechanism for the WTO? 53 Journal of World Trade 273-292(2019); Robert Mcdougall, The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Bal-

ance, 62 Journal of World Trade 867-896(2018); Laura C. Mahrenbech, Emerging Powers, Domestic Politics and WTO Dispute Settlement Reform, 21 International Negotiation 233-266 (2016); Janak De Silva, Reform of the WTO Dispute Settlement System: A Developing Country Perspective, 21 Journal of International Law 169-192(2009); Marc lnyedjian, Reform of the WTO Appeal Process, 6 Journal of World Investment & Trade 809-844 (2005); Ignacio Garcia Berceero & Paolo Garzotti, DSU Reform: Why Have Negotiations to Improve WTO Dispute Settlement Failed So Far and What Are the Underlying Issues, 6 Journal of World Investment & Trade 847-872(2005); Mateo Diego-Fernandez & Roberto Rios Herran, The Reform of the WTO Dispute Settlement Understanding: A Closer Look at the Mexican Proposal, 1 Manchester Journal of International Economic Law 4-23(2004); Carolyn B. Gleason & Pamela D. Walther, The WTO Dispute Settlement Implementation Procedures: A System in Need of Reform, 31 Law and Policy in International Business 709-736(2000); Faryar Shirzad, The WTO Dispute Settlement System: Prospects for Reform, 31 Law and Policy in International Business 769-772 (2000); James C. Hecht, Operation of WTO Dispute Settlement Panels: Assessing Proposals for Reform, 31 Law and Policy in International Business 657-664(2000); etc.

⑦例如,上诉机构没有事实审查权和发回重审权,专家组若不当适用司法节制原则易带来无法积极解决争端的后果。

⑧吕晓杰教授也持同样的观点。参见吕晓杰:《对WTO争端解决机制中司法经济原则功能的再思考》,《环球法律评论》2008年第6期,第81页。

⑨See Overview of the WTO Secretariat, https://www.wto.org/english/thewto_e/secret_e/intro_e.htm, visited on 16 March 2022.

⑩ See Ricardo Ramírez & Kaarlo Castren, Will the Increased Workload of WTO Panels and the Appellate Body Change How WTO Disputes are Adjudicated? in Gabrielle Marceau(ed.), A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO 621-617(Cambridge University Press 2015).

⑪参见吕晓杰:《对WTO争端解决机制中司法经济原则功能的再思考》,《环球法律评论》2008年第6期,第83页。

⑫See, e. g., Turkey-Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WT/DS34/R, paras. 9. 55 & 10. 1. Also see John H. Jackson, Sovereignty, the WTO and Changing Fundamen-

tals of International Law 172(Cambridge University Press 2006); William J. Davey, Has the WTO Dispute Settlement Exceeded Its Authority? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and Its Use of Issue-Avoidance Technique, in John H. Jackson, et al. (eds.), Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations 109(West Group 2013).

⑬ See Joost Pauwelyn, Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It, International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 1, Switzerland, June 2007, pp. 9-10.

⑭例如,因缺乏充足的事实记录导致上诉机构无法完成法律分析的案件并不鲜见,美国—碳素钢(印度)案即为一个例子。See United States-Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India, WT/DS436/AB/R, para. 4. 353.

⑮ See Joost Pauwelyn, Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It, International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 1, Switzerland, June 2007, p. 12.

⑯ See David Palmeter, WTO Appellate Body Needs Remand Authority, 32 Journal of World Trade 41-44(1998).

⑰ See Joost Pauwelyn, Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It, International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 1, Switzerland, June 2007, p. 15.

⑱ See Fernando Pidrola, The Question of Remand Authority for the Appellate Body, in Andrew D. Mitchell(ed.), Challenges and Prospects for the WTO 206, 209(Cameron May Ltd. 2005).

⑲ See European Communities- Customs Classification of Certain Computer Equipment, WT/DS62, WT/DS67, WT/DS68, Panel Report, paras. 8. 70 & 8. 72(1998); Joost Pauwelyn, Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It, International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 1, Switzerland, June 2007, pp. 25-26.

⑳ Joost Pauwelyn, Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It, International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 1,

Switzerland, June 2007, p. 26.

㉑正如本文所述,专家组、上诉机构和上诉仲裁庭均无法彻底放弃适用司法节制原则,因此,为了避免误用该原则所带来的不良后果,只能减少对该原则的适用。

㉒详见本文第四部分和第五部分的论述。另外,限于篇幅,本文并不探讨上诉机制的存废问题,关于上诉机制的改革建议均建立在保留上诉机制的前提下。

㉓参见王芳:《论WTO争端解决中适用司法经济原则的适度性》,载孙琬钟主编:《WTO法与中国论丛》,知识产权出版社2013年版,第254页。

㉔ See United States Trade Representative(USTR), Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020, p. 30, https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf, visited on 17 March 2022.

㉕具体增加多少上诉机构成员,详见下文第五部分的论述。

㉖关于构建常设性专家组,详见本文第四部分的论述。

㉗之所以主张“微调”而非“大改”,一是考虑到争端解决的效率;二是考虑到世贸组织成员众多,达成一致修改意见并非易事。另外,在此基础上赋予裁判者根据个案情况申请延长审限也能给裁判者较充裕的时间审案,从而降低对司法节制原则的依赖。

㉘从决定设立(establish)专家组到组成(compose)专家组通常要花20天的时间。参见《谅解》第8条第7款的规定。

㉙参见《谅解》附录3第12条的规定。

㉚此处关于延长专家组审限的论述,是基于现有专家组程序的论述。关于构建“常设专家组”机制下的审限延长问题,详见下文第四部分。参见梁意:《论世界贸易组织争端解决中的司法节制原则》,对外经济贸易大学出版社2021年版,第125页。

㉛洪都拉斯也有类似的提议。See Fostering a Discussion on the Functioning of the Appellate Body, Communication from Honduras, WT/GC/W/758, para. 2. 1.

㉜参见梁意:《论世界贸易组织争端解决中的司法节制原则》,对外经济贸易大学出版社2021年版,第126-127页。

㉝参见《世贸组织协定》第9条第2款。

㉞具体可参见上诉机构在美国一线管案中系统阐明援引GATT 1994第24条进行抗辩的情形。See United States-Defin-

itive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea, WT/DS202/AB/R, para. 78.

⑳ See Appellate procedures, https://www.wto.org/english/tra_top_e/dispu_e/ab_procedures_e.htm, visited on 11 April 2022.

㉑对于是否废除上诉机构,美国尚未明确表态。其使上诉机构陷入停摆的做法表明了美国对上诉机构的不满,其很有可能主张废除上诉机构。但也有学者认为,美国此举并不当然意味着其想废除上诉机构,其可能只是想以上诉机构为筹码,获取世贸组织其他议题上的谈判优势。

㉒ See e. g., Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform, 23 Journal of International Economic Law 717(2020).

㉓参见石静霞、白芳艳:《应对WTO上诉机构危机:基于仲裁解决贸易争端的角度》,《国际贸易问题》2019年第4期,第28页。

㉔参见赵宏:《条约下的司法平等——离任演讲》,《国际经济法学刊》2021年第2期,第9页。

㉕参见[比]彼得·范德博思(Peter Van den Bossche)、单文华:《世界贸易组织法原理》(上册),尚宽、贺艳译,法律出版社2019年版,第179-180页;曹建明、贺小勇:《世界贸易组织》,法律出版社2004年版,第356页。

㉖ See Mireille Cossy, From Theory to Practice: Drafting and Applying the Dispute Settlement Understanding, in Gabrielle Marceau(ed.), A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO 302-303(Cambridge University Press 2015).

㉗关于加强外部监督的探讨,参见Robert Mcdougall, The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance, 62 Journal of World Trade 867(2018).

㉘联合国国际贸易法委员会第三工作组各届会议对此有诸多探讨。

㉙ See Articles 4 & 6, Working Procedures for Appellate Review.

㉚参见《谅解》第8条第7款的规定。

㉛当然,这只是其中一种“混合方案”,并不排除出现其他“混合方案”的可能性。

㉜参见石静霞、白芳艳:《应对WTO上诉机构危机:基于仲裁解决贸易争端的角度》,《国际贸易问题》2019年第4期,第28页。

㉝ See Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, To AB

or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform, 23 Journal of International Economic Law 713(2020).

㉞ See Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform, 23 Journal of International Economic Law 714-715(2020).

㉟《谅解》中只有一个条款涉及秘书处,即第27条,其规定了秘书处的职责,但没有规定其人数,因而这一方案不涉及《谅解》的修改。

㊱ See Louise Johannesson & Petros C. Mavroidis, The WTO Dispute Settlement System 1995-2016: A Data Set and Its Descriptive Statistics, 51 Journal of World Trade 367(2017).

㊲ See Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform, 23 Journal of International Economic Law 715(2020).

㊳ See Annex 1 of the MPIA, paras. 9 & 10.

㊴《多方临时上诉仲裁安排》也确认了这一点。

㊵ 英文原文为:"An appeal shall be limited to issues of law covered by the panel report and legal interpretations developed by the panel. The arbitrators may uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of the panel. Where applicable, the arbitration award shall include recommendations, as envisaged in Article 19 of the DSU."

㊶ 附件一第9条第1句与《谅解》第17条第6款的规定大体一样。唯一的细微差别是把“专家组报告里的法律问题”(issues of law covered in the panel report)改为“由专家组报告涵盖的法律问题”(issues of law covered by the panel report),但这一修改似乎没有实质意义。附件1第9条第2句则完全照搬了《谅解》第17条第13款的规定。

㊷ 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》,《法学研究》2020年第6期,第181页。

㊸ See Joost Pauwelyn, Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It, International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No.1, Switzerland, June 2007, p. 28.

㊹ See Edwin Vermulst, et al., The Functioning of the Appellate Body after Four Years: Towards Rule Integrity, 33 Journal of World Trade 7(1999).

㊺ 参见梁意:《论世界贸易组织争端解决中的司法节制原则》,对外经济贸易大学出版社2021年版,第133页。

①参见梁意:《论世界贸易组织争端解决中的司法节制原则》,对外经济贸易大学出版社2021年版,第133-134页。

②See Valerie Hughes, *The WTO Dispute Settlement System- From Initiating Proceedings to Ensuring Implementation: What Needs Improvement?* in Giorgio Sacerdoti, et al. (eds.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System* 225(WTO Publications 2006).

③See Yuejiao Zhang, *Farewell Speech of Yuejiao Zhang*, https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/dsb_26oct16_e.pdf, visited on 16 March 2022. 参见张月皎:《亲历世界贸易组织上诉机构》,社会科学文献出版社2017年版,第520页。

④参见何志鹏:《国际法论》,北京大学出版社2016年版,第27页。

⑤See *Negotiations to Improve Dispute Settlement Procedures*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_negs_e.htm, visited on 16 March 2022.

⑥See Joost Pauwelyn, *Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It*, *International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 1*, Switzerland, June 2007, p. 29; 朱榄叶:《WTO争端解决机制上诉机构的发回重审权浅议》,载陈安主编:《国际经济法学刊》,北京大学出版社2012年版,第6-7页。

⑦目前欧盟和约旦主张由争端双方中的任何一方启动发回重审程序。See DSB Special Session, *Contribution of the European Communities and Its Member States to the Improvement and Clarification of the WTO Dispute Settlement Understanding: Communication from the European Communities*, TN/DS/W/38, 2003; DSB Special Session, *Jordan's Further Contribution towards the Improvement and Clarification of the Dispute Settlement Understanding*, TN/DS/W/56, 2003.

⑧See Joost Pauwelyn, *Appeal without Remand: A Design*

Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix it, *International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No.1*, Switzerland, June 2007, pp. 29-30; 朱榄叶:《WTO争端解决机制上诉机构的发回重审权浅议》,载陈安主编:《国际经济法学刊》,北京大学出版社2012年版,第6-7页。

⑨See DSB Special Session, *Jordan's Further Contribution towards the Improvement and Clarification of the Dispute Settlement Understanding*, TN/DS/W/56, 2003; DSB Special Session, *Contribution of the European Communities and Its Member States to the Improvement and Clarification of the WTO Dispute Settlement Understanding: Communication from the European Communities*, TN/DS/W/38, 2003.

⑩See Joost Pauwelyn, *Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It*, *International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No.1*, Switzerland, June 2007, p. 33.

⑪See Joost Pauwelyn, *Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix It*, *International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No.1*, Switzerland, June 2007, pp. 31-37.

⑫要说明的是,无须审查某个问题也是对该问题的一种“处理”,“问题”可被理解为第一层级的“问题”。详见梁意:《世贸组织上诉机构对司法节制原则的适用》,《武大国际法评论》2018年第2期,第141-143页。

⑬参见梁意:《世贸组织上诉机构对司法节制原则的适用》,《武大国际法评论》2018年第2期,第146-151页。

⑭《多方临时上诉仲裁安排》之所以确认上诉机构在司法节制原则上的这一实践,也考虑到了该问题还涉及上诉程序中颇有争议的事实审查问题。详见石静霞:《WTO〈多方临时上诉仲裁安排〉:基于仲裁的上诉替代》,《法学研究》2020年第6期,第181页。