

【国际经济法】

世界贸易组织的一般国际法考察

韩立余

【摘要】世界贸易组织面临的危机既有世界贸易组织自身的原因,也有世界贸易组织之外的一般性原因。作为国际条约,世界贸易组织规则与其他国际规则之间存在特殊与一般、对立又统一的关系,缔约方需要自身维护自己的条约利益。作为政府间国际组织,特别是其共识决策机制,世界贸易组织的运行受到成员意志的影响,而上诉机构的存在具有削弱成员独立意志的可能。国家作为国际社会的基本构成单位,最终决定着国际组织的发展走向。世界贸易组织制度构成了国际贸易秩序的基础,但需要与时俱进。

【关键词】国际条约;政府间国际组织;共识决策;上诉机制;主权国家

【作者简介】韩立余,中国人民大学法学院教授。

【原文出处】《清华法学》(京),2023.6.145~163

【基金项目】本文系中国人民大学科研基金项目“总体国家安全观指导下的涉外经贸法律体系完善”(2021030002)的阶段性成果。

与1995年成立时的高光时刻相比,与2001年我国加入世界贸易组织时的热望相比,当前的世贸组织可谓光环不再、问题多多。就世界贸易组织的主要职能而言,规则制定成果了了,争端解决上诉机制陷入瘫痪。造成这种结果的原因是多方面的。直接的、表面的原因是美国连续几届政府阻扰世界贸易组织上诉机构成员遴选,造成世界贸易组织争端解决机制被破坏。间接的、深层次的原因是国际经济格局和形势发生了重大变化,关税与贸易总协定乌拉圭回合谈判时期发挥重要引领作用的美欧日加“四巨头”已经失去引领势头,中国、印度、巴西等发展中国家成为后起之秀,成员间矛盾加剧。区域性贸易安排冲击或替代了世界贸易组织多边贸易机制的核心地位。贸易自由化不再是当今时代经贸关系的主旋律,作为贸易自由化先锋或化身的世界贸易组织趋向冷落成为必然。在组织意义上,世界贸易组织出现的困境都可以归结到世界贸易组织的共识决策制:正常决策的正向共识和通过争端解决报告的反向共识。因为存在正向共识要求,故不易形成

谈判结果;因为存在反向共识,争端解决中出现的问

题得不到有效解决。世界贸易组织一些成员通过“联合声明倡议”(JSI)推动诸边谈判,可以视为为图生存而违反既有规则的“突围”;一些成员推动的多方临时上诉仲裁安排,也可以视为是对世界贸易组织上诉机制的无奈、苟延之举。

如果跳出世界贸易组织本身、将世界贸易组织与其他国际组织进行比较,我们会发现,世界贸易组织存在的问题并非是其独有的问题。世界贸易组织在某些方面确实存在特殊性,是一个鲜活的个体,但就像其他任何国际组织都具有特殊性一样,特殊性本身不足以解释世界贸易组织面临的问题。作为具有国际法律人格的政府间国际组织,世界贸易组织的产生依据是《世界贸易组织协定》。《世界贸易组织协定》作为一项国际条约,具有一般国际条约的一般性特征,是国家约定、承诺的产物。国家具有独立的意志,维护其生存和发展是国家的最基本目标。签署条约、成立组织是国家维护自身利益的方法和产物。从历史经验看,作为条约的制定者、组织的创造

者,国家在不断地制定、退出或废止条约,不断地成立、退出或解散组织。基于构成当代国际法律秩序基础的《联合国宪章》成立的联合国,也是在国际联盟的基础上产生和发展起来的,是对国际联盟的替代、继承和发展。因此,从一般国际法的角度出发,可以更客观理性地认识、分析世界贸易组织面临的问题和出路。本文试图指出:世界贸易组织作为政府间国际组织,虽然具有独立国际法律人格,但要受其成员政府的制约,而世界贸易组织是完全的成员管理的组织,受成员制约的程度更大;世界贸易组织规则作为国际条约,也存在着条约被违背、被践踏的可能;决定世界贸易组织发展的,是组织成员或缔约主体。世界贸易组织存在问题的解决,取决于组织成员特别是有影响力的核心组织成员的共识;在核心成员冲突加剧的时期,世界贸易组织不可能顺利运行。

一、作为国际条约的世界贸易组织规则

(一)世贸规则与其他国际法规则的关系

实质意义上,世界贸易组织规则由三部分组成:建立世界贸易组织的组织规则、成员相互间实体权利义务的贸易规则(货物贸易,服务贸易和知识产权)、争端解决规则。^①《争端解决规则与程序谅解》(DSU)规定了详细的争端解决规则,决定了世界贸易组织争端解决机制的独特性。《争端解决规则与程序谅解》第1条第1款规定:“本谅解的规则和程序适用于按照本谅解附录1所列各项协定的磋商和争端解决规定所提出的争端。”^②该谅解第3条总则规定:“世界贸易组织争端解决体制的重要任务是为多边贸易体制提供可靠性和可预测性。各成员认识到,该体制适于保护各成员在适用协定项下的权利和义务,以及依照解释国际公法的惯例澄清这些协定的现有规定。争端解决机构的建议和裁决不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务。”

《争端解决规则与程序谅解》确立了这样的纪律:成员间基于适用协定产生的争端,适用统一的争端解决机制;负责解决争端的争端解决机构做出的建议和裁决不能增加或减少适用协定规定的成员权

利和义务。该纪律界定了处理成员间争端的法律规则范围。由此引起的问题是:对于相关成员之间存在并适用的其他相关规则,即“非适用协定规则”,相关成员可否援引来主张权利或进行抗辩?

这首先涉及世界贸易组织规则与其他国际法规则的关系问题。除内容上不同外,世界贸易组织规则是否与诸如环境贸易、人权规则、海洋规则等其他国际公法规则一样,属于国际条约法的一部分、具有共同特征?国际上较早明确提出世界贸易组织规则与其他国际法规则之间关系问题的是比利时的约斯特·鲍威林(Joost Pauwelyn)教授。鲍威林教授明确指出,世界贸易组织法“确实”是国际公法的另一分支,“世界贸易组织条约已经摒除了部分国际法,而这一摒除则是我们下面即将讨论的‘冲突’的重要例证。但是,通过条约摒除国际法的部分规则并不意味着摒除了所有的规则,更不用说摒除国际法体系了。”^③鲍威林教授的分析和结论肯定了世界贸易组织规则的一般国际公法性质,同时指出世界贸易组织规则内容的独特性并没有使世界贸易组织规则脱离国际法体系而独立运作。这一分析和结论为世界贸易组织争端解决实践所证实。

国际法是调整国际关系的规范。国家间存在着多种多样的关系,因而也存在着多种多样的国际法规范。必要时,国家通过国际条约成立不同的国际组织来规范他们之间的不同关系,联合国、国际货币基金组织、世界贸易组织、国际劳工组织等都是这样的组织,各有自己发挥作用的专长领域。以贸易和人权为例。贸易和人权是国际关系的两大领域,各自存在着众多的国际法规范。就特定国家而言,贸易和人权问题都是该国所要处理的问题,而且要协调好这一关系。但就处理某一特定领域事项的国际组织而言,其职责和专长仅限于某一领域,不能涉足其他领域。目前贸易和人权事项是由不同的国际机构来处理的,必然存在着议题冲突、组织冲突和规则冲突等。就世界贸易组织和世界贸易组织规则而言,也必然存在着与其他国际组织和国际法规则的关系问题。

国际社会意识到这种冲突的存在,在相应的制度设计中做出了相应的安排。《联合国宪章》构成了当今国际制度、国际秩序的基础,其他国际安排都建立在《联合国宪章》基础之上。《1947年关税与贸易总协定》第21条明确,该协定的任何规定不得被解释为阻止任何缔约方为履行《联合国宪章》项下的维护国际和平与安全的义务而采取的行动。《世界贸易组织协定》明确要求依照《联合国宪章》第102条的规定予以登记。《1947年关税与贸易总协定》第15条规定了关于汇兑安排方面与国际货币基金组织协定之间的关系,导致成立世界贸易组织的乌拉圭回合谈判也发布了《世界贸易组织与国际货币基金组织关系宣言》。这些规定或宣言都可以视为确立了世界贸易组织与其他国际组织间的框架性联系,为世界贸易组织处理相关关系指出了方向。但是,由于国际关系在变、国家利益在变、国际组织也在变,制度初设时的预想未能反映新的国际关系现实、提供可行的解决方案。例如,《1947年关税与贸易总协定》第15条有关汇兑关系的安排建基于《国际货币基金组织协定》中的固定汇率安排,在这一固定汇率安排被牙买加体系的浮动汇率安排取代后,关税与贸易总协定并未做出相应的规则调整。固定汇率制度下几乎不存在汇率变动构成补贴的问题,但在浮动汇率制度下汇率能否构成补贴则成为一个棘手问题。实践中美国单方面确定越南盾构成补贴并采取相应救济措施。^④由于该措施未提交世界贸易组织争端解决机构解决,美国的这一措施是否符合世界贸易组织规则,仍然是一个未知数。

贸易利益与其他公共政策存在着一定的冲突。世界贸易组织规则对此做出了一定的安排,集中体现在一般例外条款和安全例外条款中。这些例外条款确定了价值位阶,对其他公共政策措施提供了正当性保护。但如何适用这些例外则存在着不同的做法。《关税与贸易总协定》第20条(b)项规定,该协定的规定不得解释为阻止缔约方采取或实施为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施。乌拉圭回合达成的《实施卫生与植物卫生措施协定》进一

步澄清和细化了这一规则,并且规定“符合本协定有关条款规定的卫生与植物卫生措施,应视为符合各成员根据《关税与贸易总协定》有关使用卫生与植物卫生措施的规定所承担的义务,特别是第20条(b)项的规定”。这一做法相当于在贸易规则中内化了人类、动植物生命健康的保护规则,一定程度上消弭了潜在的规则冲突。其他的例外条款规定没有通过细化规则要求的方式来落实,而是更多地通过争端解决程序来处理相关争议,由此带来的问题是不同的政策条款出现了不同的适用结果。例如,通过扩大解释,《关税与贸易总协定》第20条一般例外中的“可用尽的自然资源”包括了具有生命的自然资源。这一做法获得了广大世贸成员的接受,一些成员在其自由贸易协定中明确“可用尽的自然资源”包括有生命的自然资源。^⑤但是,在处理《关税与贸易总协定》第21条中的基本安全利益问题上,世贸成员中出现了分歧,一些成员希望世界贸易组织争端解决机构处理国家安全问题,另有成员表示反对。^⑥按美国的观点,世界贸易组织不是处理国家安全问题的适当场所;在世界贸易组织处理国家安全问题,不仅与作为贸易组织的世界贸易组织的目的不符,也不会促进世界贸易组织成员在作为讨论和谈判场所的世界贸易组织中的共同利益。^⑦

美国和其他世界贸易组织成员在国家安全问题上的分歧,既涉及如何处理世界贸易组织与联合国安理会的关系问题,也涉及世界贸易组织规则对处理国家间贸易争端是否充分、完备的问题。建立在《联合国宪章》基础上的贸易制度既存在着专业性,也存在着局限性。随着贸易产品越来越多地涉及数字产品,产品交付后生产商仍能控制产品使用且需提供产品使用保障,传统自然货物的贸易规则显然不能应对数字产品的贸易。基于新的技术、新的政策目标的管理措施,如基于国家安全、产业链安全、消费者隐私保护等原因采取的措施,使既有规则显示出了捉襟见肘、力所不及之态。这意味着,如果一味坚守既有规则,很可能造成如削足适履一样的后果。

就世界贸易组织规则与其他国际法规则而言,还存在着规则澄清的问题。法律主要是通过语言文字制订的,而语言文字带有天生的模糊性。因此法律规则需要基于其实际用语、通常含义、上下文、目标和宗旨善意解释。^⑧这些解释方法是解释国际法规则所通用的,故世界贸易组织《争端解决规则与程序谅解》有“依照解释国际公法的惯例澄清这些协定的现有规定”的要求。这也说明世界贸易组织规则不能脱离一般国际法规则而适用。这种一般意义上的规则间矛盾、冲突的协调在此不再赘述。

(二)世界贸易组织成员维权的自助性

徒法不足以自行。规则能否得到执行,要看规则背后的推动力量。“国际法的实施主要依靠各国的执行行动或措施,即通过国家的‘自助’(self-help),尽管有关的国际组织根据其章程在本组织框架内享有一定的执行和监督执行权。”^⑨《联合国宪章》建立了负责国际和平与安全的安理会,安理会可以决定采取一系列强制性措施。其他国际安排中少有这种政治性解决办法,国际法义务的履行主要是通过争端解决机制来监督处理的。除刑事方面国际刑事法院检察官可以提起指控外,其他国际争端基本上遵循不诉不理的做法。世界银行下属的国际投资争端解决中心受理投资者针对东道国政府提起的仲裁,国际海洋法法庭或仲裁庭基于争端一方的申请享有管辖权,国际法院受理当事国提交的案件。^⑩在世界贸易组织体制下,如果一成员认为其基于世界贸易组织协定获得的利益因其他成员的措施丧失或受损,可提出交涉、磋商或设立专家组审查争议的申请,争端解决机构应设立专家组予以审理。^⑪《争端解决规则与程序谅解》在其总则部分明确指出,一成员在提起案件前应就根据争端解决规则与程序所采取措施的有效性作出判断;该谅解规定的最后手段是授权援引争端解决程序的成员对被诉成员中止实施适用协定项下的减让或其他义务。^⑫这样的规定典型反映了世界贸易组织争端解决机制“不诉不理”“成员自助”的本质特征。

较为详尽的争端解决规则、多种争端解决方式

并存、充分的多环节审理机制、^⑬专家组和上诉机构二审的机制构造、授权原告对被告中止减让或其他义务的“报复”措施,把世界贸易组织争端解决机制装扮成了“皇冠上的明珠”。但因缺乏上诉机构成员而瘫痪的上诉机制,戳穿了世界贸易组织争端解决机制的神话;世界贸易组织成员纷纷向无人值守的上诉机构提起上诉,反映出了世界贸易组织成员对这一机制的虚情和实意;世界贸易组织规则、世界贸易组织争端解决机制,与其他国际法规则、与其他国际争端解决机制,并无本质的不同;它们与其他国际法规则同底色。

早在世界贸易组织刚刚成立、世界贸易组织争端解决机制还未正式运转之前,面对一些环境和劳工组织对世界贸易组织争端解决机制可能带来的不利影响的担心,美国国际法学者朱迪丝·贝洛(Judith Hippler Bello)指出,像其前身关税与贸易总协定一样,世界贸易组织规则在传统意义上根本没有“约束力”。世界贸易组织争端解决制度没有监禁、没有禁令救济、没有损害赔偿,也没有警察的强制执行。世界贸易组织规则依赖于自愿执行;关税与贸易总协定/世界贸易组织的才能在于其灵活性,通过这一灵活性来协调主权的行使、通过诱导促进贸易规则的遵循。^⑭贝洛的这一态度,立马引起了号称“世界贸易组织之父”的约翰·杰克逊(John H. Jackson)的反驳,认为贝洛的观点是错误的,至少是误导的,强调世界贸易组织规则的强制性以及争端解决机制的强制性。^⑮虽然2001年贝洛在对杰克逊的书评中对杰克逊的研究表示出赞赏,也同意约翰逊的世界贸易组织规则有约束性的观点,但她仍然坚持关税与贸易总协定、世界贸易组织现实性地承认其不能强制实际履行。^⑯迄今为止的世界贸易组织争端解决实践证明了贝洛从一般国际法的角度对世界贸易组织规则及争端解决机制的评价。世界贸易组织争端解决机构通过的具有法律约束力的争端解决报告,并非都按杰克逊设想的方式得到了执行,而是如贝洛所预期的那样存在着成员履行义务方式的选择。

世界贸易组织争端解决机制这种不诉不理、成

员自助的做法,与一般国际法规则的实施无异。换言之,无论世界贸易组织规则特别是争端解决规则看起来多么独特,在规则执行上却和大多数国际法规则一样依赖于自我救助。由于世界贸易组织成员大小不一、实力差异很大,类似安提瓜和巴布达这样的弱小成员即使获得了所谓的“报复权”,也无力对美国这样的成员进行报复,世界贸易组织争端解决机制提供的救济对于安提瓜和巴布达而言相当于水中捞月。^⑩

世界贸易组织规则主要是促进成员间贸易自由化的贸易规则,降低贸易壁垒、扩大成员间市场开放和准入是世界贸易组织规则的目标。国际资本、跨国公司从这种全球自由化中获益的同时,也引起了成员之间产业转移、成员内部阶层分化的后果。发达国家与发展中国家之间、发达国家相互之间、发展中国家相互之间、资本家和工人之间,从贸易自由化中的受益并不均衡,从而引起了进一步的矛盾。^⑪这种矛盾激化到一定程度就会影响世界贸易组织规则的实施。美国、欧盟等发达国家成员提出的所谓“发展中国家地位问题”“国家主导经济问题”等,都是矛盾激化的产物,是特朗普政府“美国吃亏论”的翻版;美国政府一再阻挠世界贸易组织上诉机构成员遴选也是其施加压力制订新规则的手段。而世界贸易组织争端解决机制并不能纠正、消除这些矛盾。因此,看待世界贸易组织规则的实施及效果,还必须看到动态的成员力量对比关系、看到成员内部不同阶层的矛盾转化。这些问题不是世界贸易组织规则本身所能解决的。这也是美国贸易代表一再表示不能把世界贸易组织变成一个诉讼场所的原因所在。

二、作为政府间国际组织的世界贸易组织

(一)世界贸易组织的共识决策要求

世界贸易组织是非常典型的成员管理、成员驱动政府间国际组织,部长会议和部长会议休会期间行使部长会议职责的总理事会是世界贸易组织的权力机构,争端解决机构是总理事会处理争端解决事务时的别称。总理事会由世界贸易组织所有成员组成。总理事会按正向共识决策,争端解决机构按

反向共识通过争端解决报告。^⑫这样的组织机制安排排除了秘书处及其他相关委员会的作用。

世界贸易组织的上述组织特点,使其不同于联合国、国际货币基金组织/世界银行等国际组织。联合国安理会承担着维护国际和平与安全的主要责任,由5个常任理事国和其他非常任理事国组成,常任理事国有否决权,由所有会员国组成的联合国大会有对相关问题或事项提出建议的权利,联合国秘书长是联合国行政首长。国际货币基金组织类似合作社,由成员组成最高权力机构理事会,而由少数成员组成的执行董事会享有理事会委托的权力并负责处理基金组织的业务。成员国按其份额享有表决权,重大事项由国际货币基金组织按总投票权85%的多数票通过。^⑬美国一国拥有超过15%的投票权,这也意味着美国对重大事项拥有否决权。通过比较可以看出,世界贸易组织是每个成员对决策都有否决权的组织,这意味着在成员间存在分歧时不可能达成任何共识。这种名义上和法律上成员平权的组织,也否定了类似联合国安理会常任理事国或国际货币基金组织高份额成员的存在,由此导致的结果是“成事不足、败事有余”。这就解释了为什么世界贸易组织成立后发起的要求共识决策的多哈回合谈判不能成功,也解释了一些成员绕过共识要求通过“联合声明倡议”(JSI)推动诸边谈判。一定意义上说,这种诸边谈判是“违法性”谈判,故而引起南非、印度等成员的质疑。这类谈判的支持者则认为,为了世界贸易组织的生存需要一定的“颠覆性创新”“违法性造法”。^⑭换言之,违法具有正当性。

历史实践形成的世界贸易组织的共识决策机制,与联合国、国际货币基金组织等相比,还造成了一个后果:世界贸易组织不能对某一成员进行惩处。《联合国宪章》规定了安理会采取宪章第七章制裁措施的权力,《国际货币基金组织协定》含有中止成员享有利益甚至开除成员的规定,而由于世界贸易组织成员不可能自己惩罚自己,该组织的共识决策机制也不可能用于惩罚成员或中止其权利。欧盟、美国等成员联合向世界贸易组织提出强化透明

和通知要求的提案,建议中止没有履行通知义务的成员的相关权利。^②事实上,这样的建议虽然号称是改革建议,但与世界贸易组织的基本制度不符,不可能被全体成员接受。根本原因在于,世界贸易组织是共识决策机制,世界贸易组织不可能通过多数票的方式针对某个成员或少数成员施加负担或惩处。《世界贸易组织协定》第9条决策规则中虽有票决的规定,但实践中无票决,且做出票决决定同样需要按照共识决策进行,这在现实中不可能做到。

世界贸易组织的共识决策方式与世界贸易组织成员的义务性质是一致的。世界贸易组织成员根据世界贸易组织规则享有的权利、承担的义务是一种成员间的横向的、契约性权利义务,许多世界贸易组织规则支持这样的结论。《关税与贸易总协定》第35条规定“本协定在特定缔约方之间的不适用”,《世界贸易组织协定》第13条规定“多边贸易协定在特定成员间的不适用”。《世界贸易组织协定》第12条规定申请加入者按其与世界贸易组织议定的条件加入世界贸易组织。世界贸易组织豁免某些成员承担某些义务、发展中国家享有特殊和差别待遇、《关税与贸易总协定》有关减让表修改等规定,《服务贸易总协定》第27条有关拒绝给予利益的规定,都体现出成员间义务的相对性。世界贸易组织成员不能因为美国阻挠上诉机构成员遴选导致上诉机制瘫痪而投票表決制裁或开除美国,同样世界贸易组织也不能借口中国采取产业政策而投票表決制裁或开除中国。世界贸易组织成员只能通过自己的措施调整与其他成员的关系。这方面表现在前述的不诉不理的争端解决机制,也表现在成员通过单方措施改变既有关系。美国政府歧视性地对中国出口产品加征关税,俄乌冲突后美国、欧盟等成员单方面取消对俄罗斯产品的最惠国待遇,都是成员改变相互关系的体现。这种单方改变,无疑违反了世界贸易组织规则项下的既有承诺和义务,如果受害方想寻求合法救济,只能诉诸世界贸易组织争端解决程序,但由于世界贸易组织上诉机制为美国所破坏,原本光鲜的争端解决机制现出了成员自助的原形。

世界贸易组织的共识决策要求,从另一角度讲,就是统一性和多边性。多边的、无条件的普遍最惠国待遇,是关税与贸易总协定/世界贸易组织的制度基石,正是这一特点使关税与贸易总协定区别于之前美国实施的互惠贸易协定中的互惠最惠国待遇,也区别于历史上西方列强与清朝政府签署的不平等条约中的片面最惠国待遇。如前所述,目前一些世界贸易组织成员推动的诸边谈判背离了多哈回合谈判确立的共识性的一揽子权利义务的要求;也正因为如此,谈判方主张在最惠国待遇基础上实施谈判成果,无需未谈判方做出额外承诺。但这种安排在谈判缔约方拒绝向未缔约方提供利益时并无救济保障。“对某些人来说,诸边谈判无疑是矛盾的。但是,在目前这种贸易环境下,回到多边主义的最好方法是采纳可以产生诸边协定的诸边方法,随着时间推移而逐步扩大到多边,对164个世贸成员适用。”^③这实际上是一种违背既有规则的便宜行事,违背世界贸易组织成立初心。关税与贸易总协定乌拉圭回合谈判达成《世界贸易组织协定》、成立世界贸易组织的重要目标之一,是结束关税与贸易总协定时期不同谈判形成的不同缔约方参加不同法律文件的混乱做法,适用统一的规则、统一的争端解决机制。《争端解决规则与程序谅解》第1条第1款的适用范围的规定证明了这一点。

(二)初试锋芒的上诉机制

世界贸易组织的正向共识决策机制,与通过争端解决报告的反向共识机制,构成了世界贸易组织决策的两大方面,一定意义上共同促成了当今世界贸易组织的危机。

《1947年关税与贸易总协定》是基于《临时适用议定书》临时适用的,缔约方期待在《国际贸易组织宪章》生效时按该宪章的组织规定处理决策事宜。由于《国际贸易组织宪章》未能生效,缔约方集体管理的实践得以适用、延续下来,形成了事实上的、不具有国际法人格的国际组织。关税与贸易总协定乌拉圭回合达成的《世界贸易组织协定》正式成立了具有国际法人格的世界贸易组织,替代了组织意义上

的关税与贸易总协定,也同时继承了其共识决策机制。但在争端解决机制方面,虽然既往不咎的救济方式没有变化,争端审理机制以及争端解决报告通过机制却发生了变化,这就是一票通过式的反向共识及上诉机制的确立。反向共识是对关税与贸易总协定时期的共识决策在争端解决报告通过方面做出的改革,上诉机制则是对反向共识通过争端解决报告可能出现的法律错误的纠正保障制度,二者形成了世界贸易组织争端解决机制的最大特色,是“争端解决制度的主要创新”。^④“WTO争端解决机制是非常鲜见的规定了上诉审查并设有常设上诉法庭的国际争端解决机制。”^⑤

关税与贸易总协定时期,缔约方全体通过协商一致方式通过专家组报告,常有争端一方不满意专家组报告而阻扰通过的情形。解决这一问题是关税与贸易总协定乌拉圭回合谈判的一项任务。经过不断沟通,除非缔约方全体一致决定不通过专家组报告,自动通过专家组报告成为一种选择,并作为一揽子谈判成果的一部分被接受。而为了防止审理案件的专家组出现法律上的错误,欧共体、美国、加拿大、墨西哥等提出了设立上诉审查程序的建议,并作为最终谈判成果的一部分被接受。^⑥这样,乌拉圭回合谈判有关争端解决程序的两大成果,成为世界贸易组织争端解决机制的一部分。

在《1947年关税与贸易总协定》临时适用初期,有关缔约方之间的争端最初是由缔约方主席与争端方讨论解决,后来参与讨论案件的范围扩大到所有缔约方。这一做法于1949年变成设立一个工作组做出报告,交由缔约方全体讨论、做出决议,1952年正式使用“专家组”这一名称。《1979年谈判、磋商、争端解决和监督谅解》正式规定了专家组工作程序。^⑦世界贸易组织《争端解决规则与程序谅解》是对之前关税与贸易总协定争端解决实践的成文化和完善,第3条总则部分明确“各成员确认遵守迄今为止根据《1947年关税与贸易总协定》第22条和第23条实施的管理争端解决的规则,及在此进一步详述和修改的规则和程序”。根据《争端解决规则与程序谅解》,

专家组的职权是审查向争端解决机构提交的争议事项,协助争端解决机构提出建议或作出该协定规定的裁决;专家组的职能是协助争端解决机构履行该谅解和适用协定项下的职责,对审议事项进行客观评估,并作出协助争端解决机构提出建议或提出适用协定所规定的裁决的其他调查结果。^⑧由此看出,世界贸易组织时期的专家组的职责仍然像关税与贸易总协定时期的工作组或专家组一样,对争议事项做出报告,提交争端解决机构(相当于关税与贸易总协定缔约方全体)讨论、决定,只是专家组报告通过的方式由正向共识转向反向共识,即准自动通过。

与专家组报告准自动通过的配套措施是上诉审查程序。由7人组成的常设上诉机构中的3人组成上诉庭审理上诉案件。上诉机构可维持、修改或撤销专家组的法律调查结果和结论。上诉机构的工作程序由上诉机构与争端解决机构主席和总干事磋商后制定,并告知各成员参考。^⑨上诉机构成立后制定的工作程序明确了上诉庭独立审理、上诉机构集体讨论的工作方式。^⑩争端解决机构通过的争端解决报告仅对争端当事人有约束力,但这并不意味着在后的专家组可以自由无视之前已获争端解决机构通过的上诉机构报告中的法律解释和判决理由。上诉机构也对专家组背离上诉机构对同一法律问题的解释的判理表示深深的关注,认为专家组的这种做法对世界贸易组织争端解决机制的良好运作具有严重影响。上诉机构指出,争端解决实践证明,世界贸易组织成员非常重视已通过专家组报告和上诉机构报告中的推理。这些报告经常被争端方引用支持其主张,也为之后审理案件的专家组和上诉机构所依赖;世界贸易组织成员在立法或修法时也考虑这些报告中对法律问题的解释。因而,已通过的专家组报告和上诉机构报告构成了世界贸易组织争端解决制度的现状。确保《争端解决规则与程序谅解》所预期的争端解决制度的稳定性和可预期性,意味着除非存在强有力的理由,审判机构应在随后的案件中以相同的方式处理相同的法律问题。^⑪专家组不遵循之前已通过的解决相同问题的上诉机构报告,削弱了

《争端解决规则与程序谅解》所预期的澄清成员适用协定项下权利义务的一贯的可预期性。上诉机构还进一步指出,虽然争端中某一条款的适用仅限于特定情形,但已通过的上诉机构报告所含的澄清的相关性,并不限于特定案件中的特定条款的适用。^③在上诉机构发表上述观点后,有的专家组直接照抄了之前上诉机构的结论。^④

上诉机构的上述观点,是基于世界贸易组织争端解决机制中的审级机制而言的。上诉机构认为专家组和上诉机构发挥不同的作用。为了强化多边贸易体制中的争端解决,关税与贸易总协定乌拉圭回合谈判设立了常设的上诉机构,审查专家组报告中的法律问题和法律解释。这表明世界贸易组织成员承认适用协定项下权利义务解释的一致性和稳定性的重要性。这对于确保稳定性和可预期性以及争端的迅速解决是必要的。但是,上诉机构的上述观点以及导致的后果,成为美国政府指责上诉机构的重要理由。如果说美国奥巴马政府时期阻挠韩国籍上诉机构成员连任可以视为美国政府对特定成员的态度,之后美国特朗普政府和拜登政府连续阻挠上诉机构成员遴选致使上诉机制瘫痪这一事实,则清楚地反映出了美国对待上诉机构的真实态度。美国贸易代表办公室2020年发布的《世界贸易组织上诉机构报告》详细地列出了美国政府认为上诉机构存在的几宗“罪”,其中上诉机构发表争端解决不必要的咨询意见、上诉机构坚持专家组应将上诉机构的解释视为约束性先例、上诉机构超越成员以及部长会议和总理事会授予的权限,是美国对上诉机构的制度性指控。^⑤

上述问题实质上涉及上诉机构在世界贸易组织的机构设置中的地位问题。如前所述,世界贸易组织的权力机构仅包括部长会议和总理事会,总理事会在处理争端解决时以争端解决机构名称行事。就争端解决而言,专家组和上诉机构的报告只能为争端解决机构通过后才具有法律上的约束力。^⑥换言之,即便是上诉机构报告,如果没有争端解决机构这一“橡皮图章”赋予合法性,上诉机构报告本身如同

关税与贸易总协定时期未通过的专家组报告一样,没有任何法律效力。^⑦这一点也不同于世界贸易组织争端解决程序中的仲裁裁决。根据《争端解决规则与程序谅解》,无论是第25条替代专家组和上诉机构审理的仲裁裁决,还是第21条第3款的执行合理期的仲裁裁决,亦或第22条第6款的中止减让仲裁裁决,都不需要争端解决机构通过作为产生法律效力的条件。一定意义上说,上诉机构和专家组一样,是协助争端解决机构履行相关职责的安排,在世界贸易组织的制度和权力架构中无独立地位。世界贸易组织争端解决机制中的上诉机构,尽管是一个法律复审机构,但它不同于世界贸易组织成员国内法律体系中的最高法院,既不具有权力分配和制衡的地位和作用,也无独立做出有法律约束力裁决的资格。得出这样的结论或许有些悲观。世界贸易组织上诉机构成员范德博思(Peter Van den Bossche)2019年告别演讲时指出“历史不会善意地审判那些对世贸组织争端解决系统的崩溃负有责任的人”,但2年后又认为世界贸易组织上诉机构从来就不具备有效运行的条件,这种圈内人的思考或许更有说服力:“国际审理机构、法院或审判庭,只有在下述三项基本条件具备时,才能作为审判者有效发挥功能:第一,在作为审判者的权限范围内行为且被允许行为;第二,它是独立的、公正的并且其独立性和公正性得到尊重;第三,遵循正当程序的要求,及时解决争端,并具有这样做的财政和人力资源。对于世界贸易组织上诉机构而言,这些条件在很长时间内不具备甚至从来就不具备。”^⑧

在现有各类国际争端解决机制中,除世界贸易组织外,只有《国际刑事法院罗马规约》规定了针对犯罪行为人的判决的上诉事宜。^⑨对于非国家实体的投资者与东道国之间的争端解决,国际投资争端解决中心规定了裁决撤销程序,无上诉程序。^⑩“撤销委员会仅拥有有限的管辖权,不能以自己对法律的观点和对事实的评估替代仲裁庭的观点和评估。”^⑪国际法院和国际海洋法法庭也无上诉程序。世界贸易组织上诉机构试图确立先例制度的努力,无疑对

世界贸易组织权力机构划分和国际争端解决制度提出了挑战。有国际知名学者发表有关世贸争端解决机制改革的文章,建议进行结构性改革,维持二审机制,但改变上诉机构的作用,上诉审查采取合理性标准,专家组、上诉机构和成员相互制衡。^⑪这种改革可能是保留上诉机构又限制上诉机构的一种折中。原上诉机构成员捍卫的“独立性”,^⑫可能正是上诉机构改革的对象,甚至为了世界贸易组织“复活”,也不排除“舍卒保车”的可能性。最终安排取决于世界贸易组织成员,而不取决于世界贸易组织上诉机构成员。

三、仍未过时的主权国家现实

(一)国际争端解决机构与主权国家的关系

世界贸易组织上诉机构试图明确建立先例制度,确实存在着美国所指责的超越成员、部长会议和总理事会授权的嫌疑。由于上诉审查的存在,传统上一般认为世界贸易组织争端解决程序中存在着“事实上的”先例制度。事实上的先例制度保留了一审专家组解释法律的自由,又给予了上诉机构一定干预的权限。这一安排使上诉机构在“走钢丝”,稍有偏离就可能带来危险。上诉机制的瘫痪证明了这一点。

世界贸易组织以及上诉机构的现实和困境,再次说明了当今国际社会是由国家这一基本主体构成的,市场社会、非政府组织、专家机构等都受制于主权国家这一权威。同时,国家也是由市场社会、非政府组织、专家机构等构成的,受到这些主体的影响和制约,政府行为必须反映人民的意志。国际社会是一个普遍联系、相互作用的社会网络,连结网络的节点是国家。观察世界贸易组织,不能不考虑国家的作用,更不用说世界贸易组织是成员管理的组织了。^⑬

国家是人类社会发展、人类文明发展的最伟大成果。无论对国家起源的原因如何解释,^⑭国家作为一个政治组织体的作用在可以预见的将来都无可替代。同时需要认识到,国家的产生不是一生多的过程,而是多个国家共生的过程。在国家的产生过程

中,充满着向国家转化的不同行为体之间的冲突和斗争,在国家发展的过程中充满着不同国家间的冲突与斗争。因此,国家既是内生的,也是外生的。处理对外关系成为国家自产生时起就具备的一种功能。当代国际法在界定国家时也将对对外交往能力作为国家的一个要素,主权是国家的根本属性,主权是国家具有对内的最高权力和对外的独立地位。^⑮在国际法的实践中,主权意味着独立。^⑯《联合国宪章》要求各会员国不得侵害任何会员国或国家之领土完整和政治独立。^⑰国际法确立的国家主权独立原则,需要国家单独或集体去捍卫。^⑱国际关系中一个国家对另一国家、一些国家对其他国家的侵犯仍然存在;由于人口、领土、实力、利益等原因,霸权和欺凌现象仍然存在。文明国家论、有限主权论、失败国家、流氓国家、保护的责任、主权放历史书架等论调,实质上反映了一些国家对另外一些国家的看法和政策,是主权行使的问题,而不是对国家主权本身的认识。

本文前述贝洛和杰克逊之间的分歧,本质上是如何看待世界贸易组织与组织成员之间的关系问题,是主权国家与政府间国际组织关系的问题。贝洛认为,世界贸易组织的众多规则及制度设计都没有改变一般国际法的现实,而杰克逊则认为在主权问题上发生了变化。杰克逊专门以《国家主权与WTO——变化中的国际法基础》为题,将其相关文章结集出版。杰克逊教授指出,传统的威斯特伐利亚主权概念已经过时、不再可信。杰克逊教授特别提到关税与贸易总协定和世界贸易组织,认为在贸易政策领域,许多特例可以被建设性地引用以规避“主权概念”的影响。关税与贸易总协定和现在的世界贸易组织成员的标准就是一个显著的例子,这些成员并不限于“主权国家”,而是任何“国家或在处理对外贸易关系方面拥有完全自主权的单独关税区”。杰克逊教授认为,今天具体使用的“主权”用于政策辩论时在大多数情况下指的是权力分配问题,通常情况下指政府的决策权。权力分配包括纵向的和横向的权力分配,并建议优先选择国际层次权力分

配。^⑨该书原著2006年出版,援引了出版前流行的有关主权过时的一些观点。今天回看杰克逊教授的观点,世界贸易组织的现状已经对杰克逊教授的认识至少暂时给出了一个结论。英国脱欧从另一个侧面回答了这一问题。客观地说,杰克逊的观点反映了当时一些人的认识,具有时代性和时代局限性。事实上,从历史角度看,国际法的基础并没有多大变化。中国有学者指出,杰克逊教授所采取的权力导向和规则导向排斥的范式,具有局限性。^⑩

与关税与贸易总协定时期全体缔约方一致同意争端解决报告的争端解决做法相反,世界贸易组织争端解决机制采取反向一致通过争端解决报告的做法。就这一点而言,世界贸易组织争端解决机制确实是由权力导向向规则导向转变。这种转变也体现在《争端解决规则与程序谅解》第23条加强多边体制、通过多边体制解决成员争端的要求中,由此直接导致欧共体在世界贸易组织成立后不久起诉美国的301条款并胜诉。^⑪这反映了关税与贸易总协定乌拉圭回合谈判时期谈判者克服缔约方阻挠通过争端解决报告这一做法的良好愿望。这种愿望以及随后的安排是否切实可行,至少在世界贸易组织争端解决机制运作的初期得到了肯定。随着世界贸易组织多哈回合谈判无果、成员增多产生的新冲突,一度被看好的反向共识通过争端解决报告的做法只身独奔,带来了新的问题。规则导向又滑向了权力导向:美国没有办法阻挠争端解决报告的通过,但可以釜底抽薪式阻挠上诉机构成员的遴选。美国能够这样做的基础究其根本还是世界贸易组织的成员管理制度,或者说主权制度。美国之所以指控上诉机构超越成员、部长会议和总理事会的授权,而其他成员对美国的这一做法无可奈何,其原因也正是美国拥有阻挠上诉机构成员遴选的权利、意志和实力。抛开、剥离世界贸易组织上诉机构在整个世界贸易组织机制中的位置和作用,抽象地孤立地讨论、看待上诉机构,甚至将其与国内法律秩序中的最高法院相对比,无疑是错误的。上诉机构并不独立!杰克逊教授承认:在争端解决机制中从未正式使用过诸如“法院”

“仲裁庭”或“司法”之类的用语。^⑫虽然他指出这一事实的目的是说明主权的弱化,但从另一角度理解,可以认为在世界贸易组织机制中根本不存在类似“法院”这样的机构。

根据《联合国宪章》,在争端方不履行依国际法院判决应负义务时,另一方可以向安全理事会申诉;安全理事会认为必要时,可以做出建议或决定应采取的办法,来执行判决。^⑬依《解决各国和其它国家国民之间投资争端的公约》,国际投资争端解决中心仲裁庭做出的裁决取决于执行地法院的执行。依世界贸易组织《争端解决规则与程序谅解》,申诉成员最终只能诉诸中止减让或义务这种反措施。可以看出,迄今为止,主要的国际经济争端机构无论其争端解决程序如何设计,也无论管辖权制度如何设计和演变,^⑭都不能改变国际争端解决机构无权违背主权国家意志强制主权国家采取措施的国际法基础。

(二)世界贸易组织成员与世界贸易组织的关系

世界贸易组织作为政府间国际组织,必然具有政府间国际组织的共性,必然存在着成员与组织之间的关系问题。正像企业存在有限责任公司、股份有限公司、合伙、信托等多种组织形式,投资者与组织存在着多种关系一样,以政府为成员的政府间组织也因组织协定章程的不同而不同。《联合国宪章》创设了权力组织安全理事会和咨询机构联合国大会,安全理事会的不同成员享有不同的权利;《国际货币基金组织协定》创设了以份额为基础、理事会和执行董事会的权力架构;《世界贸易组织协定》创设了成员管理、共识决策的制度架构。如果说《联合国宪章》和《国际货币基金组织协定》创设了核心成员的特殊权利,《世界贸易组织协定》则创设了所有成员的平等权利,这种平等权利既体现在世界贸易组织的共识决策之中,也体现在所有成员是权力机构总理事会的组成成员之中。如果说联合国安全理事会成员国既行使自己的权利也代表非安全理事会成员国行使权利,组成国际货币基金组织执行董事会的少数国家既表达自己意志也代表组织批准贷款,由所有成员组成的世界贸易组织总理事会则更多地

体现出成员个体意志,总理事会的决策不是少数成员代表其他成员、多数成员授权少数成员,也不是少数成员代表组织。在世界贸易组织中,是成员个个做主又个个做不了主的状态,在某种程度上存在着成事不足、败事有余的倾向性。

由于历史的原因,关税与贸易总协定/世界贸易组织未能形成由少数成员组成权力机构进行管理的治理机制。^⑤在成员与世界贸易组织的关系上,形成了成员就是组织、组织就是成员的二合一机制。例如,依据《世界贸易组织协定》第12条,申请加入方按其与世界贸易组织议定的条件加入,实际上是申请加入方按其与相关成员谈判达成的条件加入;正向共识决策时某一成员行使否决权,意味着组织做出了否决决定。这实际上造成了成员与组织权限不明的潜在危机。在成员产生分歧特别是主要成员产生分歧时,组织就可能陷入僵局。世界贸易组织总干事的选举、上诉机构成员的遴选就是例子。世界贸易组织第一任总干事选举就产生了决策僵局问题。第二任总干事选举产生的僵局造成了两位候选人共分一个任期的近乎荒唐的做法。^⑥2020年总干事选举时,美国特朗普政府的支持对象不同于其他成员的支持对象,造成了新的僵局,只是在美国拜登政府上台后改变了态度,才达成了共识选出了新的总干事。^⑦如果说总干事的选举虽经历僵局但该僵局在相对短的时间内得到解决,美国自2016年起阻挠上诉机构成员遴选导致上诉机构自2019年底起陷入瘫痪,却至今未能解决。世界贸易组织目前的形态,典型地反映了国际社会的“无政府状态”,即高度分权的、横向的无超越各国权力机构进行国际立法的“平行式”国际社会。^⑧国际法大家卡塞斯(Antonio Cassese)在21世纪初出版的著作中曾经指出:“与以前相比,目前国际共同体的无政府状态及个体化的程度降低了,而一体化程度则大大提高。”^⑨结合当前世界贸易组织现状,应该说无政府状态依然如故。另一方面,在世界贸易组织争端解决程序中,无论是处理争端的专家组的设立还是争端解决报告的通过,由于采取的是反向共识决策程序,只要申诉方自己愿

意,就不存在任何程序性障碍。这就造成争端解决机构或其他成员无力掌控的局面。这从另一方面加剧了世界贸易组织的无政府状态。不诉不理的争端解决制度安排,进一步削弱了世界贸易组织的组织性,将世界贸易组织成员的权利义务转化成了双边关系。

在现实层面,由于贸易额和经济结构的差别,世界贸易组织存在着实力成员和非实力成员间事实上的差别。一成员的贸易额越大、经济结构越全面,其利益就越大,关注度和影响力就越大。全球第一大经济体美国与经济结构单一的安提瓜与巴布达相比,如同大象与蚂蚁。这也是安提瓜与巴布达无法基于世界贸易组织争端解决机构授权对美国采取反措施的真实原因。这种差别有其制度性依据。《关税与贸易总协定》第28条规定了修改减让表的规则,对初始谈判方、主要供应利益方和实质利益方作了区分;而基于最惠国待遇“搭便车”的其他缔约方,就相关事项而言,其话语权相对较低。正如世界贸易组织现在基于“联合声明倡议”进行的诸边谈判,未参与谈判的成员即使可基于最惠国待遇享有某些好处,其关注和利益也未得到应有的保护。在共识决策、不诉不理的制度框架下,成员间事实上的实力差异实际上导致了某些实力强大的成员主导组织运作的情形。关税与贸易总协定乌拉圭回合谈判期间主导谈判的美国、欧共体、加拿大和日本组成的“四巨头”在世界贸易组织成立后虽不存在,但个别成员或少数成员主导世界贸易组织运作的现象仍然存在。美国阻挠上诉机构成员遴选就是典型事例。因此,与联合国和国际货币基金组织内部少数国家享有特殊权利的明确规定相比,世界贸易组织实质上也有着“强权”成员,由于无明确的规则规定,存在着这类成员愈发滥用权利的可能性。

横向看,自《联合国宪章》生效以来,就存在着修改宪章的呼吁和要求。迄今为止已经进行了三次修改。^⑩扩大联合国大会的权利、扩大安理会成员或增加常任理事国、限制否决权的行使范围,是其中的核心诉求。^⑪迄今为止这些议题依然是联合国成员关

注的重要议题。2022年4月26日联合国大会通过决议,规定安理会常任理事国行使否决权后,联合国大会将在10日内召开大会正式会议,就否决权所涉情势进行辩论。^⑤联合国大会这一决议正是上述改革议题的最新发展,本质仍然是成员与组织的关系、一般成员与某些成员的关系问题。国际货币基金组织于2010年调整了一些成员的配额(2016年生效),以更好地反映新兴市场和发展中国家成员在治理机制中的作用。^⑥与联合国和国际货币基金组织相比,世界贸易组织既无权也无钱,既不能制裁成员也不能给成员提供经济资助,正如《世界贸易组织协定》关于世界贸易组织的范围所规定的,世界贸易组织只是在协定有关的事项方面为处理成员间的贸易关系提供一个共同的机构框架;就具体职能而言,世界贸易组织便利协定实施、管理和运用,为成员进行多边贸易关系谈判提供场所,管理争端解决程序,管理贸易政策审议。^⑦这些都凸显出成员的主体地位和主导作用,更接近于国际法的运作特点。

四、对世界贸易组织的展望

客观地说,世界贸易组织消亡不是问题,但世界贸易组织如何存活却是充满挑战的值得关注和研究的问题。美国籍的前任世界贸易组织副总干事提出了“世界贸易组织能否拯救或应否拯救”的问题。^⑧从事物发展演变的规律看,世界贸易组织不可能回到过去,其演变进程和结果取决于成员意志和国际局势的变化。

(一)世界贸易组织法律制度构成当代国际贸易秩序的基础

《1947年关税与贸易总协定》确立的国际贸易制度是“第二次世界大战”后确立的以《联合国宪章》为核心的国际秩序的组成部分。在原来预期的取代《1947年关税与贸易总协定》的《国际贸易组织宪章》夭折后,关税与贸易总协定成为一个事实上的国际组织,发起了多个回合的贸易谈判,并最终在乌拉圭回合谈判中达成了《世界贸易组织协定》,成立了正式的具有国际法人格的世界贸易组织,取代了关税与贸易总协定,在规则方面从货物贸易扩大到服务

贸易、与贸易有关的知识产权,并对国际投资规则发展产生了重要影响。关税与贸易总协定/世界贸易组织追求的通过互惠互利安排降低贸易壁垒、促进贸易更加自由化的宗旨,一直是国际贸易遵循的基本目标,世界贸易组织正是“建立一个完整的、更加可行和持久的多边贸易体制”的具体结果。^⑨《1947年关税与贸易总协定》除本身促进贸易自由化之外,还鼓励缔约方之间建立更加自由化的包括关税同盟和自由贸易区在内的贸易安排(作为欧盟前身的欧共体就是一个最为成功的例子);作为《世界贸易组织协定》组成部分的《1994年关税与贸易总协定》和《服务贸易总协定》继承并扩大了这种贸易安排的范围。目前存在的世界贸易组织成员之间的自由贸易协定安排,无一不是基于《1994年关税与贸易总协定》第24条和《服务贸易总协定》第5条努力的结果。^⑩在内容上,相关自由贸易协定以《世界贸易组织协定》的既有规则和承诺为基础、承认《世界贸易组织协定》框架下成员的权利和义务;除直接纳入相关条款外,还建立了跟随《世界贸易组织协定》修订而修订的条款。例如,依《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第30章第3条,“如果《世界贸易组织协定》修改,修改了缔约方同意纳入到本协定项下的《世界贸易组织协定》条款,除非本协定另有规定,缔约方应就是否修改本协定进行协商”。可以说,世界贸易组织规则构成了当代国际经贸规则的基石,如果没有了世界贸易组织规则或者世界贸易组织,其他的相关贸易安排如同无本之木、无源之水。

(二)世界贸易组织制度需要根据时代需求而调整

世界贸易组织和世界贸易组织规则的必要性,不等于世界贸易组织和世界贸易组织规则满足国际格局变化需求和成员意志的充分性。早在2003年时任世界贸易组织总干事即邀请国际上知名的八位法律和经济专家组成咨询委员会为世界贸易组织把脉,提出完善世界贸易组织的建议。咨询委员会于2004年提交了名为《世界贸易组织的未来——应对新千年的机制性挑战》的报告,就贸易自由化利弊、

自由贸易协定挑战、主权与世界贸易组织关系、协调与一致、争端解决机制、一揽子谈判等重大议题提出了建议。^⑧从世界贸易组织当前面临的困境看,当时的报告建议提到了相关问题,但对问题的严重性估计不足。

一个国际组织,除非其彻底终止(如国际联盟),其存在和发展多表现为一定的连续性,是一种渐进的完善。联合国即是一例。有的国际组织根本职责变化,但权力运行模式未变。国际货币基金组织即是一例。^⑨也有的国际组织面对新的形势(苏联东欧巨变、世界贸易组织成立),职责和权利均发生变化,成为了一个信息搜集和评估机构。联合国贸易与发展会议即为一例。^⑩考虑到世界贸易组织规则所承担的贸易体系基础的作用及其不可替代性,世界贸易组织的改革和发展将会是渐进性完善的过程。这与世界贸易组织成员对世界贸易组织改革正在进行的“边做边改”的工作方法是一致的。^⑪

世界贸易组织正向共识决策的原则不可改变,也难以改变。改变这一共识决策原则本身,需要正向共识,而世界贸易组织成员间契约性权利义务关系以及对票决制的担心,使成员不可能同意改变共识决策,共识决策是成员捍卫自身利益(包括既得权益)的“法宝”。在这一基础上和背景下,为避免“集体困死”这种谁也不接受的结局,只能退而求其次,允许、默认或容忍一些成员就一些议题先行,这就是现行的诸边谈判做法。这种做法无法取得非参与成员期待的最优结果,但至少不根本损害其利益且有成果可以分享。在所有成员就相关议题达成共识时,仍然可以遵循共识决策原则。美国首位世界贸易组织上诉机构成员赞同诸边协定谈判做法,反映了这种认识。^⑫确实,如果从《1947年关税与贸易总协定》形成及发展历程看,统一与分散、多边与诸边是相互交替进行的,《世界贸易组织协定》附件四“诸边协定”的存在本身就反映了世界贸易组织制度的原则性和灵活性。

世界贸易组织争端解决机制将面临改变。与关税与贸易总协定时期的争端解决机制相比,世界贸

易组织争端解决机制的最大变化是反向共识通过争端解决报告和具有常设上诉机构的二审机制。在上诉机构已经人去楼空、上诉机制陷入瘫痪的情况下,是否恢复上诉机构、如何恢复上诉机构是世界贸易组织成员争议的焦点。无论是2022年6月召开的世界贸易组织第十二届部长会议宣言还是正在进行的世界贸易组织改革的讨论,都没有明确提及恢复上诉机构。美国特朗普政府时期美国贸易代表表达了回到关税与贸易总协定时期争端解决机制一审式解决方式的想法;^⑬有报道传出美国拜登政府存在有条件恢复上诉机构、限制上诉审查范围的动议。^⑭鉴于美国连续三届政府都阻挠上诉机构成员遴选以及美国指控上诉机构越权的事实,即使美国政府同意启动上诉机构成员遴选,限制上诉复审范围、限制上诉机构权力,也将是美国提出的条件。如果其他成员接受“有总比无好”的选择,得到恢复的上诉机制也只能是原有机制的删减版。如果上诉机制得以恢复,现在一些世界贸易组织成员临时适用的诸边上訴仲裁安排也将消失。如果上诉机制未能恢复,即使这一诸边上訴仲裁安排仍然适用,也代表着原有世界贸易组织争端解决机制的终结。

世界贸易组织当前面临的国际格局已经不同于其诞生时期。成员的预期已经发生变化。美国贸易代表明确表示,“我们的关注焦点已经从自由化和不计代价的追求效率和低成本转到提高标准、建立弹性、推动可持续性、促进国内外的更包容的繁荣……我们正在解决传统的贸易协定造成的问题”。^⑮贸易自由化已经为产业链安全和气候变化等非传统贸易议题所削弱。可以说,即使世界贸易组织谈判机制和争端解决机制得以恢复,世界贸易组织也将不再是原来的单纯地以促进贸易自由化为己任的国际贸易组织。长远看,世界贸易组织表现的独特性会越来越少,与其他国际组织一样的共性会越来越凸显。

注释:

①建立世界贸易组织的组织规则为《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》(本文简称为“世界贸易组织协定”),贸易规

则主要包括附件1A货物贸易多边协定、附件1B服务贸易总协定和附件1C与贸易有关的知识产权协定,争端解决规则为《争端解决规则与程序谅解》。

②此处附录1所列协定,包括前述三部分世贸规则,外加少数成员选择参加的诸边贸易协定,统称为“适用协定”。诸边协定仅对参加成员有约束力,不属于对整个世界贸易组织成员有约束力的世界贸易组织一揽子协定的组成部分。就内容而言,《国际奶制品协定》《国际牛肉协定》已经失效,《民用航空器贸易协定》涉及成员极少且极少被援引作为争端解决依据,重要的是《政府采购协定》。《政府采购协定》涉及与商业市场对立的政府采购市场,世界贸易组织一揽子规则中含有一系列政府采购例外条款。但基于《政府采购协定》产生的争端极少,迄今为止只有一起韩国政府采购案由专家组做出报告并被争端解决机构通过。本文不再对诸边协定过多着墨。

③[比]约斯特·鲍威林:《国际公法规则之冲突——WTO法与其他国际法规则如何联系》,周忠海等译,法律出版社2005年版,第33页、第50页。

④Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Passenger Vehicle and Light Truck Tires from the Socialist Republic of Vietnam, C-552-829, May 21, 2021.

⑤例如,《区域全面经济伙伴关系协定》第17章“一般条款和例外”第12条一般例外在一般性纳入关税与贸易总协定第20条的同时,通过脚注规定:“缔约方理解GATT1994第20条第2项所提及的措施包括保护人类、动物或植物生命或健康所必需的环境措施,GATT1994第20条第7项适用于与保护生命和非生命可用尽自然资源相关的措施。”

⑥参见乌克兰诉俄罗斯过境自由案(WT/DS512/R)、卡塔尔诉沙特知识产权保护案(WT/DS567/R)、中国等诉美国钢铝措施案(WT/DS544/R, WT/DS552/R, WT/DS556/R, WT/DS564/R)、中国香港诉美国原产地标记案(WT/DS597/R);我国学者论文参见李晓玲:《WTO安全例外条款:实践演进、路径选择与中国因应》,载《国际法研究》2023年第3期,第25-47页。

⑦Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, January 27, 2023, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/january/statements-united-states-meeting-wtodispute-settlement-body>, last visited May 23, 2023.

⑧参见《维也纳条约法公约》第31条。

⑨曾令良、江国青主编:《国际公法学》(第3版),高等教育出版社2022年版,第32页。另参见童金对国际法的定义:“现代一般国际法是通过国家间协议制定的,它们表现这些国家

协调一致的意志,调整这些国家在斗争与合作过程中的关系以保证两个制度国家和平共处,并在必要时由各国单独或集体实施的强制来加以保证的这样的一些规范的总和。”[苏]格·童金:《国际法原论》,尹玉海译,中国民主法制出版社2006年版,第198页。

⑩参见《关于解决各国和其它国家国民之间投资争端的公约》第25条、第26条;《联合国海洋法公约》第288条;《国际法院规约》第35条、第36条。

⑪参见《关税与贸易总协定》第22条、第23条;《争端解决规则与程序谅解》第6条、第7条。

⑫参见《争端解决规则与程序谅解》第3条第7款。

⑬从提起磋商到授权报复,《争端解决规则与程序谅解》设计了多重程序,包括一般专家组程序和上诉程序、执行合理期异议程序、执行措施异议程序(该程序又可进一步重复前述专家组程序和上诉程序,甚至可以重复多次)、报复授权程序、报复异议争端解决程序等,时间可达10年。这些程序的设计充满了多边解决争端的程序想象,实质上损失了效率,违背了该争端解决机制迅速解决争端的初心。

⑭Judith Hippler Bello, The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More, 90 The American Journal of International Law 416(1996).

⑮John H. Jackson, The WTO Dispute Settlement Understanding—Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation, 91 The American Journal of International Law 60(1997).

⑯Judith H. Bello, The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations by John H. Jackson, 95 The American Journal of International Law 984(2001).

⑰See United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285.

⑱See Anthea Roberts & Nicolas Lamp, Six Faces of Globalization: Who Wins, Who loses, and Why it matters, Harvard University Press, 2021.

⑲参见《世界贸易组织协定》第9条(决策)、第16条(杂项条款);《争端解决规则与程序谅解》第16条第4款、第17条第14款。

⑳参见《国际货币基金组织协定》第12条、《国际货币基金组织附则》第15节。

㉑关于诸边谈判,参见石静霞:《世界贸易组织谈判功能重振中的“联合声明倡议”开放式新诸边模式》,载《法商研究》2022年第5期,第3-17页。

㉒WTO, General Council, for Trade in Goods, Procedures to

Enhance Transparency and Strengthen Notification Requirements under WTO Agreements, Communication from Argentina etc., JOB/GC/204/Rev. 9, JOB/CTG/14/Rev. 9, 28 April 2022.

②③ James Bacchus, The Future of the WTO: Multilateral or Plurilateral? CTAO Policy Analysis, <https://www.cato.org/policy-analysis/future-wto-plurilateral-opportunities>.

②④ Michael J. Trebilcock & Robert Howse, The Regulation of International Trade, Routledge, 2005, p. 138.

②⑤ [比]彼得·范德博思、单文华:《世界贸易组织法原理》(上册),法律出版社2019年版,第250页。

②⑥ Terence P. Stewart ed., The GATT Uruguay Round: A Negotiating History(1986–1992), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, pp. 2767–2768, 2780–2781, 2795–2796.

②⑦ Christina Schroder, Early Dispute Settlement in the GATT, in Gabrielle Marceau ed., A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO, Cambridge University Press, 2015, pp. 141–147.

②⑧ 参见《争端解决规则与程序谅解》第7条、第11条。

②⑨ 参见《争端解决规则与程序谅解》第17条。

②⑩ Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/6, 16 August 2010.

②⑪ United States–Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, WT/DS344/AB/R (adopted on 20 May 2008), paras. 158, 160, 162.

②⑫ 参见同上注, para.161。

②⑬ United States–Anti-Dumping Measures on Polyethylene Retail Carrier Bags from Thailand, WT/DS383/R (adopted on 18 February 2010).

②⑭ See Office of the United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020.

②⑮ 世界贸易组织争端解决报告虽然采取反向共识的准自动通过方式,但世界贸易组织成立以来确实存在着未被争端解决机构通过的报告,欧共体提起的有关欧共体香蕉体制案即是一例。European Communities–Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas–Recourse to Article 21.5 by the European Communities–Report of the Panel, WT/DS27/RW/EEC, 12 April 1999.

②⑯ Japan–Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (adopted on 1 November 1996), pp. 14–15.

②⑰ Farewell speech of Appellate Body member Peter Van den Bossche, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/farwellspee

ch_peter_van_den_bossche_e.htm; Peter Van den Bossche, The Demise of the WTO Appellate Body: Lessons for Governance of International Adjudication?, WTI Working Paper, October 28, 2021.

②⑱ 参见《国际刑事法院罗马规约》第八编“上诉和改判”。

②⑲ 参见《关于解决各国和其它国家国民之间投资争端的公约》第52条:“一、任何一方可以根据下列一个或几个理由,向秘书长提出书面申请,要求取消裁决:(一)法庭的组成不当;(二)法庭显然超越其权力;(三)法庭的一个成员有受贿行为;(四)有严重的背离基本程序规则的情况;(五)裁决未陈述其所依据的理由。”

②⑳ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8; Decesion of the Ad Hoc Committee of the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 27, 2007, paras. 135–136, 158.

㉑ See Thomas Cottier, Recalibrating the WTO Dispute Settlement System: Towards New Standards of Appellate Review, 24 Journal of International Economic Law 1(2021).

㉒ 在美国奥巴马政府阻挠韩国籍上诉机构成员连任时,原上诉机构成员和时任上诉机构成员联合发表了公开信,对美国做法表示不满。这一做法实际上在某种程度上起了相反的作用,表明它不服从“主人”的意志。

㉓ 需要特别指出的是,世界贸易组织成员包括主权国家成员和单独关税区成员。欧盟作为一个单独关税区,与欧盟成员一样都是世界贸易组织成员;我国香港、我国澳门、我国台湾地区(“台澎金马单独关税区”)也是世界贸易组织成员。这些安排,都是国家安排的结果,依然反映的是国家意志。我国香港、我国澳门、我国台湾地区以单独关税区的名义成为世界贸易组织的成员,反映了中华人民共和国的意志。参见商务部世界贸易组织司编、索必成主编:《中国加入世界贸易组织谈判文件资料选编》(综合卷,第3卷),中国商务出版社2013年版,第299–325页。为叙述方便起见,本文本部分主要从主权国家角度来分析,除非必要,不再单独提及单独关税区成员问题。

㉔ 西方国家多从社会契约论来解释国家的由来,将国家视为必要的恶,而具有独立发展路径的中国文明自诸子百家始就对国家存在的必要性或正当性几乎毫不怀疑。参见杨阳:《中国传统国家理论的奠基——先秦诸子的国家学说》,载《政治学研究》2018年第1期,第2–11页。

㉕ 参见同前注⑨,曾令良、江国青主编书,第127–128页。

㉖ 参见张爱宁编著:《国际法与案例解析》,人民法院出版社2000年版,第85页;Island of Palmas (Netherlands/US), 2 UN-

RIAA 819, p. 838.

④⑦参见《联合国宪章》第2条第4款。

④⑧参见《联合国宪章》第51条规定:“联合国任何会员国受武力攻击时,在安全理事会采取必要办法以维护国际安平及安全以前,本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。”

④⑨参见[美]约翰·H.杰克逊:《国家主权与WTO——变化中的国际法基础》,赵龙跃等译,社会科学文献出版社2009年版,第86-89页。

⑤⑩参见徐泉、郝荻:《WTO双重二元结构理论研究》,人民出版社2021年版,第82-86页。

⑤⑪United States—Sections 301-310 of the Trade Act 1974, WT/DS152(adopted on 27 January 2000).

⑤⑫参见同前注④⑨,[美]约翰·H.杰克逊书,第86-89页。

⑤⑬参见《联合国宪章》第94条第2款。

⑤⑭国际法院存在所谓任择性管辖权,世界贸易组织争端解决机构存在所谓“强制性”管辖权,国际投资争端解决中心通过投资协定中的缔约方承诺解决了国家同意仲裁的管辖权问题。

⑤⑮依据《临时适用议定书》临时适用的《1947年关税与贸易总协定》未规定组织机构问题,缔约方期待《国际贸易组织哈瓦那宪章》生效后适用这一章程中的组织机制。在《国际贸易组织哈瓦那宪章》未能生效后,关税与贸易总协定缔约方在1955年的审议会议上提出了由少数成员组成权力机构的建议,乌拉圭回合谈判中也提出了这样的建议,但这些建议都没有获得共识,世界贸易组织延续了关税与贸易总协定缔约方形成的全体成员参与的共识决策机制。

⑤⑯参见韩立余:《从总干事的选举看WTO的决策机制》,载《法学家》2008年第2期,第153-160页。

⑤⑰See Former U. S. Officials Urge Biden to Back Okonjo-Iweala for WTO Director-general, January 25, 2021, <http://gfhzce52aff5ae38f4448svxv9o9nxbuch6ukv.fzyx.libproxy.ruc.edu.cn/trade/former-us-officials-urge-biden-backokonjo-iweala-wto-director-general>, last visited on 30 May 2023.

⑤⑱参见同前注⑤⑰,曾令良、江国青主编书,第31页。

⑤⑲[意]安东尼奥·卡塞斯:《国际法》,蔡从燕等译,法律出版社2009年版,第207页。

⑥⑰这三次修改分别涉及增加安理会成员国数额、增加经济与社会理事会成员国数额以及宪章检讨会议事项。

⑥⑱参见赵理海:《联合国宪章的修改问题》,北京大学出版社1982年版,第48-58页。

⑥⑲联合国大会决议,《在安全理事会发生投否决票情况时

进行大会辩论的长期授权》,A/RES/76/262,2022年4月26日。

⑥⑳See Historic Quota and Governance Reforms Become Effective, IMF Press Release (Jan. 27, 2016), <https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/14/01/49/pr1625a>, last visited on 31 May 2023.

⑥㉑参见《世界贸易组织协定》第2条第1款、第3条。

⑥㉒See Alan Wm. Wolff, Can the World Trade Organization Be Saved? Should It?, Peterson Institute For International Economics, Policy Briefs 23-5, May 2023.

⑥㉓参见《1947年关税与贸易总协定》和《世界贸易组织协定》序言。

⑥㉔参见《区域全面经济伙伴关系协定》第1章第1条、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第1章第1条、《美墨加协定》第1章第1条。

⑥㉕该报告中英文本参见《世界贸易组织的未来——阐释新千年的机制性挑战》,刘敬东等译,中国财政经济出版社2005年版。

⑥㉖《国际货币基金组织协定》第4条由固定汇率制度(布雷顿森林体系)改为浮动汇率制度(牙买加体系),但贷款制度未变。

⑥㉗参见联合国贸易与发展会议,《米德兰特宣言》,TD/377,1996年5月24日联合国贸易与发展会议第九届大会通过。

⑥㉘参见中国常驻世贸组织代表团李成钢大使在2023年5月8-9日世界贸易组织总理理事会上的发言, <http://wto.mofcom.gov.cn/article/hyfy/202305/20230503409959.shtml>, 2023年5月31日访问。

⑥㉙参见同前注⑥㉘。

⑥㉚See Terence P. Stewart, How to Set World Trade Straight, Current Thoughts on Trade (Jun. 5, 2020), <https://currentthoughtsontrade.com/2020/08/24/ustr-lighthizers-op-ed-in-the-wall-street-journal-how-to-set-world-tradestraight/>, last visited on 31 May, 2023.

⑥㉛WTO: In A Radical Overhaul, US Proposes Single-tier Dispute Settlement System, Third World Network (Apr. 23, 2014), <https://twn.my/title2/wto.info/2023/ti230414.htm>, last visited on 31 May 2023.

⑥㉜Ambassador Katherine Tai's Remarks at the National Press Club on Supply Chain Resilience, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and-remarks/2023/june/ambassador-katherine-tais-remarks-nationalpress-club-supply-chain-resilience>, last visited on 26 June 2023.