

“WTO 上诉机构发表咨询意见”否定论

胡建国 杨雨馨

(南开大学法学院, 天津 300350)

摘要: 美国将 WTO 上诉机构针对解决一项争端并无必要的问题做出的裁决, 即不必要裁决, 视为咨询意见并持续提出批评, 引起国际社会广泛关注。美国所谓的不必要裁决, 既非咨询意见, 大多数情况下也并非没有必要。上诉机构必须解决提起上诉的每一个法律问题, 澄清 WTO 现有规则从而为多边贸易体制增加安全性和可预期性。一项裁决对解决争端是否必要, 属于上诉机构司法裁量权的范围。上诉机构发表的大多数所谓咨询意见有重要的有效化解和预防争端的功能。

关键词: 上诉机构; 不必要裁决; 咨询意见; 附带意见

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2019) 04-0026-10

一、“WTO 上诉机构发表咨询意见”引起关注与争论

美国长期批评 WTO 上诉机构 (以下简称“上诉机构”) 对解决一项争端并无必要的问题发表咨询意见或附带意见。在 2016 年 5 月 23 日举行的争端解决机构 (DSB) 例会上, 美国反对韩国籍上诉机构时任成员张胜和 (Seung Wha Chang) 连任, 理由之一便是在他担任首席法官审理的阿根廷金融服务案 (DS453) 中, 上诉机构超越权限发表咨询意见。早在 2001 年 8 月 23 日的 DSB 例会上, 美国就对美国出口限制视为补贴措施案 (DS194) 专家组报告提出了类似问题, 认为这种针对抽象的法律问题做出的与解决争端无关的解释没有任何法律效力。在改善和澄清《争端解决谅解》(DSU) 谈判过程中, 2006 年美国首次正式提出了咨询意见问题, 此后多次在 DSB 例会以及 2018 年和 2019 年的《贸易政策议程》中抨击上诉机构发表咨询意见。2017 年以来美国将上诉机构发表咨询意见作为持续阻挠启动上诉机构成员遴选程序的心理理由之一, 导致上诉机构目前仅剩 3 名成员, 到 2019 年 12 月 10 日, 上诉机构将只剩下 1 名成员, 上诉机构届时将正式停摆。不仅上诉机构面临生死存亡危机, 而且上诉机构危机也会深刻影响 WTO 争端解决机制乃至多边贸易体制的正常运行。

在 2018 年 10 月 29 日的 DSB 例会上, 美国详细阐述了上诉机构不应发表咨询意见的理由。欧盟不同意美国将某些上诉机构裁决定性为咨询意见。中国和巴西表示,

作者简介: 胡建国, 南开大学法学院副教授, 研究方向: 国际经济法; 杨雨馨, 南开大学 2016 级本科生, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 国家社科基金青年项目“世贸组织裁决的国内执行问题研究”(项目编号: 14CFX081); 中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“WTO 上诉机构成员遴选法律问题研究”(项目编号: 63192246)。

美国不能以其对上诉机构的担忧为由阻挠上诉机构的遴选，其中巴西认为 DSU 第 3.2 条的规定确实为上诉机构澄清规则的做法留下余地。日本则表示，各成员对究竟什么构成咨询意见有不同的看法，该问题的解决还需各成员进行建设性对话。2018 年 12 月 10 日，中国和欧盟等 14 个成员共同就“解决争端的不必要裁决”问题提出了改革建议。是否以及应该如何回应美国对于上诉机构发表咨询意见问题的关切，是化解上诉机构危机和 WTO 上诉机构改革中的一个重要问题，这又取决于如何认识美国提出批评的咨询意见。

二、上诉机构发表咨询意见的主要类型

考查美国批评上诉机构发表咨询意见时提及的具体案例，上诉机构据称发表了几种类型的咨询意见。

（一）针对已到期措施的违反裁决

在欧盟脂肪醇反倾销案（DS442）中，专家组针对审理期间已经到期的争议措施做出了裁决。欧盟对此提起上诉，认为此种专家组裁决不符合 DSU 第 19.1 条，即专家组和上诉机构应当做出建议以使成员与 WTO 规则不符的措施保持相符，既然争议措施已经不复存在了，那么专家组就无权再做出裁决。美国在 2017 年 9 月 29 日的 DSB 例会上指出，上诉机构直接推翻专家组对已到期争议措施的审理即可完成其解决争端的职责，并且对争议措施是否到期的问题并没有提交给专家组，那么上诉机构更有理由以对这一问题的审理缺乏事实基础为由不去完成这种没有必要的法律分析。在欧盟 PET 反补贴案（DS486）中，由于投诉方巴基斯坦指控的措施在专家组成立之后到期，被诉方欧盟认为专家组应当驳回巴基斯坦的诉讼请求，但专家组依旧做出了裁决。欧盟要求上诉机构推翻专家组报告的全部内容，并宣布报告中的裁决和法律解释没有法律效力。巴基斯坦认为专家组驳回了巴基斯坦关于欧盟在本案中使用的�方法不符合《补贴与反补贴措施协定》（“SCM 协定”）第 15.5 条的规定。第三方美国批评巴基斯坦的做法实际上是在向专家组和上诉机构寻求咨询意见。

（二）超出违反认定所需的法律解释

在 DS194 争端中，加拿大起诉美国国内法以及相关行政做法将出口限制作为财政资助，要求专家组依照 SCM 协定第 1.1 条判定出口限制是否会构成作为补贴构成要素的财政资助。专家组首先裁定，依照 SCM 协定，出口限制不会构成财政资助，但专家组接着认定，美国国内法对于这一问题的规定是裁量性的，并未强制要求美国商务部将出口限制作为财政资助，也未形成相应的强制性行政惯例。虽然获得胜诉，但美国批评专家组应加拿大请求针对 SCM 协定第 1.1 条规定的实体性义务发表了咨询意见，因为无论 SCM 协定如何定义财政资助，只要美国国内法是裁量性的，就足以判定美国不会违反 WTO 规则。

在 DS453 案件中,巴拿马指控阿根廷的某些措施违反了最惠国待遇和国民待遇。该案专家组认定争端涉及的相关服务和提供者具有同类性,并且巴拿马被给予了不利待遇。上诉机构推翻了专家组的同类性认定,这足以使上诉机构判定阿根廷没有违反 WTO 规则,但上诉机构继续审查了专家组的“不利待遇”裁决。

(三) 超出认定抗辩不成立所需的裁决

在中国出版物和视听产品案(DS363)中,中国相关措施违反了《中国加入 WTO 议定书》的贸易权承诺,中国援引 GATT1994 第 20 条(a)项“公共道德”例外进行抗辩。中国公共道德例外抗辩涉及的一个核心法律问题是,中国能否援引 GATT1994 第 20 条(a)项证明违反《中国加入 WTO 议定书》特定条款的争议措施的正当性。美国认为专家组没有必要处理这一问题,中国则认为自己有权以符合 GATT1994 第 20 条的方式采取追求公共政策目标的措施。专家组决定采用假设论证方法,首先审查中国提出的公共道德例外抗辩能否成立;如果中国抗辩能够成立,接着审查中国是否能够援引该项抗辩。在得出中国争议措施不能满足援引公共道德例外的条件后,专家组认为没有必要回答中国能否援引该项例外的问题。在上诉中,中国认为第 20 条(a)项的可及性问题取决于上诉机构是否支持专家组关于第 20 条(a)项的裁决,美国请求上诉机构使用相同的假设论证方法,不对第 20 条可及性问题做出裁决。第三方欧共体认为,GATT1994 第 20 条(a)项可以间接适用于《中国加入 WTO 议定书》第 5.1 段,专家组在假设论证基础上审查中国的第 20 条(a)项抗辩犯了法律错误。上诉机构批评了专家组的前述方法,首先审查中国能否援引 GATT1994 第 20 条(a)项抗辩并得出了肯定性结论。

(四) 无违反裁决情况下做出的“建议”

在美国持续中止案(DS320)和加拿大持续中止案(DS321)中,上诉机构在没有做出违反裁决的情况下建议 DSB 请求某些成员启动进一步的争端解决程序。美国认为该项建议无助于协助 DSB 解决争端,也直接违反了 DSU 第 19.1 条。上诉机构的该项建议遭到了加拿大、阿根廷、智利、澳大利亚、哥斯达黎加、厄瓜多尔、韩国、日本和墨西哥等 WTO 成员的批评,这些成员质疑上诉机构在没有违反裁决的情况下给出建议的权力,质疑上诉机构该项建议的作用。阿根廷认为,根据 DSU 第 19.1 条给出建议的权力取决于一项措施与涵盖协定不符的先前结论。加拿大认为,由于并不存在违反裁决,上诉机构的建议不能构成 DSU 第 19.1 条意义上的一项建议,因此没有任何法律后果。智利认为上诉机构的建议无助于解决当前争端。

从美国批评上诉机构发表咨询意见的具体例子可以发现,美国认定的“必要/不必要”WTO 裁决具有如下特征:

第一,专家组或上诉机构做出的裁决限于协助 DSB 解决当前争端所必需。根据 DSU 第 19.1 条,被诉方在执行 DSB 建议和裁决时只需使其符合 WTO 涵盖协定即可。

因此，如果争议措施在诉讼过程中已经到期，专家组或上诉机构就没有必要继续做出裁决。

第二，即使就解决当前争端而言，专家组或上诉机构只需要做出足以认定被诉方争议措施不违反 WTO 规则或者被诉方抗辩不成立的裁决即可；超出这个范围，专家组或上诉机构的裁决就是不必要的。例如，在 DS453 争端中，上诉机构判定起诉方没有证明服务和服务提供者的同类性，就已经足以认定争议措施没有违反 GATS 国民待遇和最惠国待遇义务，那么上诉机构就没有必要继续审理“不低于……待遇”问题并做出进一步的裁决。又如，在 DS194 争端中，由于专家组认定美国国内法具有裁量性，因此不会违反 WTO 规则，专家组就没有必要继续解释 SCM 协定第 1.1 条意义上的财政资助。而在 DS363 争端中，由于争议措施并不满足 GATT1994 第 20 条（a）项规定的援引公共道德例外的条件，上诉机构就没有必要审理中国能否援引第 20 条（a）项的问题。

第三，就解决当前争端而言，专家组或上诉机构所作建议不得超出 DSU 第 19.1 条的规定，并且限于协助 DSB 解决争端。上诉机构在美国持续中止案和加拿大持续中止案中做出的建议超出了 DSU 第 19.1 条的规定并且也无助于解决争端，因此是不必要的。

三、WTO 上诉机构发表咨询意见的实质

（一）上诉机构发表咨询意见与不必要裁决

在美国看来，咨询意见是指 WTO 专家组或上诉机构做出对于解决一项争端并无必要的裁决，包括并无必要的看法或解释，甚至是针对争端并未提出的问题的看法或解释。因此，美国批评上诉机构发表咨询意见，核心是抨击上诉机构对解决一项争端并无必要的问题做出了裁决。

（二）上诉机构不必要裁决的咨询意见定性

美国将上诉机构对解决一项争端并无必要的问题做出的裁决定性为咨询意见，这是不准确的。首先，咨询意见通常是指“裁判者在案件审理之前或者针对一种假设情形就一个法律问题给出的非约束看法”。但是，美国所称“非必要裁决”，既不是专家组或上诉机构在审理案件之前就一个法律问题给出的裁决——WTO 并不存在类似机制，也不是专家组或上诉机构针对一种假设情形就一个法律问题给出的裁决，因为专家组或上诉机构都是在解决一个具体争端背景下处理相关法律问题。其次，不能将 WTO 上诉机构与专门设置了咨询意见机制的国际法院等国际性法院或法庭类比。《联合国宪章》《国际法院规约》和《国际海洋法法庭规约》等国际法庭规约设置了专门的“咨询意见”机制，允许特定主体请求国际法庭发表“咨询意见”，授权国际法庭发表正式的“咨询意见”。但是，DSU 和《马拉喀什建立世界贸易组

织协定》（《WTO 协定》）没有明确给予专家组或上诉机构提供咨询意见的权力。由于 DSU 并未设置咨询意见机制，美国将上诉机构的所谓不必要裁决假定为咨询意见，逻辑前提就是错误的。

（三）上诉机构不必要裁决的附带意见定性

美国有时将其所认为的“不必要”专家组或上诉机构裁决称为“附带意见”，有时称为“咨询意见”，甚至认为上诉机构的咨询意见在性质上就是附带意见。美国认为的不必要裁决不是附带意见。附带意见是普通法系的一个独有概念，WTO 法律体系中并不存在这一概念，WTO 也没有遵循先例制度。因此，美国为了批评上诉机构发表不必要裁决而使用了咨询意见和附带意见概念并不成立。国际法层面上并不存在附带意见的概念。总之，美国批评上诉机构发表咨询意见，实质是批评上诉机构做出了不必要裁决。美国将此类不必要裁决定性为咨询意见或附带意见没有国际法依据。

四、美国反对上诉机构发表咨询意见的主要理由

美国反对上诉机构发表咨询意见，不仅是为了敦促上诉机构严格遵守 DSU 规则，而且还有更深层次的其他考虑。

（一）DSU 规则与实践

美国在 2018 年 10 月 29 日举行的 DSB 例会上详细阐述了反对上诉机构发表咨询意见的主要理由。第一，《WTO 协定》和 DSU 相关文本表明，争端解决机制的目标不是抽象地形成解释或者制定法律，而是帮助各成员解决一个具体争端。DSU 文本明确授权 WTO 专家组做出裁决，以便协助 DSB 建议一个成员使其 WTO 不符措施符合 WTO 规则，而不是授权专家组做出其他裁决、声明或解释。第二，作为 WTO 争端解决机制前身的 GATT 争端解决规则和程序并不允许咨询意见。第三，DSU 和《WTO 协定》文本表明，专家组和上诉机构并不享有发表咨询意见的权力，这与明确赋予某些其他国际性法庭咨询意见权力的法律文本（例如《联合国宪章》《国际法院规约》和《国际海洋法法庭规约》）显著不同。第四，上诉机构逐渐偏离了其早期承认的 WTO 裁判者的有限作用，即做出将会协助 DSB 建议被诉方使其 WTO 不符措施符合涵盖协定的裁决。

（二）咨询意见的后果

美国认为，上诉机构发表咨询意见会带来许多直接后果：第一，咨询意见将会增加诉讼时间，导致 WTO 争端解决机制进一步偏离 DSU 第 3 条所反映的迅速解决争端原则。第二，咨询意见增加了一份报告的复杂性，为各成员在未来争端中考虑过去报告包含的法律问题时增加了负担。第三，咨询意见可能增加或减少一个成员在涵盖协定项下的权利和义务，这违反了 DSU 第 3.2 条和第 19.2 条。第四，由于对

没有提出的问题、争端各方可能没有充分介入的问题或者相关事实没有充分展开的问题发表了意见，一份咨询意见可能不会考虑一个问题的所有方面。

（三）上诉机构不受限制的裁决权

根据 DSU 规则，DSB 采用反向协商一致决策方式通过专家组和上诉机构报告，这意味着只需一票赞成即可通过，也就是一种自动通过机制。作为最终裁判者的上诉机构因此拥有法律上不受限制的法律解释等裁决权。

（四）上诉机构裁决极强的约束力

在 WTO 法律体系中，WTO 案例法虽然并不具有严格意义上的法律约束力，但上诉机构赋予 WTO 案例法极强的事实上的约束力。特别是上诉机构在 DS344 争端中认为，“如果没有强有力理由，裁决机构将会在后续案件中以相同方式处理相同法律问题”，这就赋予专家组特别是上诉机构裁决极强的先例效力。美国对上诉机构赋予 WTO 案例法如此强大的先例效力表示反对，并在 2018 年 10 月 18 日举行的 DSB 例会上详述阐述了反对的理由。美国选择使用咨询意见或附带意见概念，也是意在强调专家组或上诉机构所作不必要裁决没有法律约束力。

（五）WTO 成员行动或自由裁量空间

澄清规则必然导致自由裁量的可能性减小，从而产生增加义务和限制权利的后果。由于 WTO 协议在缔结之初各缔约方为了尽快实现贸易自由化达成协议，故意留下了很多模糊的规则，为以后的解释留下空间，但是，由于上诉机构在个案之中对原本模糊的规则不断澄清，导致各成员国需要履行的义务和能够行使的权利日益清晰，在某种程度上超出了成员国在缔约时的预期。例如，在 DS363 案件中，上诉机构认为，无论是创始成员还是后来加入的成员，他们缔结的是一种无期限的、具有持续义务的多边条约，因此导致一些术语的使用情形会随着时间的发展而变化，贸易自由化的进程实际上不完全掌握在成员方手中。因此，美国一再强调上诉机构没有权力进行与解决争端无关的法律分析，其真实意图不在于遵守 DSU 规则，而是在很大程度上希望通过限制上诉机构澄清规则来加强争端解决机构 DSB 全体成员对自己所需承担的权利与义务的控制。

五、上诉机构不必要裁决的正当性

从本质上看，批评上诉机构发表咨询意见，实为批评上诉机构做出了不必要裁决。基于以下理由，上诉机构并未做出不必要裁决，受到指责的所谓不必要裁决有其正当性。

（一）上诉机构澄清 WTO 规则的职能

根据 DSU 第 3.2 条，WTO 争端解决机制在为多边贸易体制增加安全性和可预

期性方面是一个重要因素,且旨在维护各成员在涵盖协定下的权利和义务以及依照国际公法的习惯解释规则澄清这些涵盖协定的现有规定。由于DSB自动通过专家组或上诉机构报告,实践中由WTO专家组特别是上诉机构依照国际公法的习惯解释规则澄清WTO现有规则,并以此为多边贸易体制增加安全性和可预期性。

(二) 上诉机构处理每一个上诉法律问题的义务

DSU第17.6条赋予上诉机构审查专家组报告中涉及的法律问题和专家组所作的法律解释的权力。根据DSU第17.12条,上诉机构应当处理(shall address)依照第17.6条提出的每一个问题。从第17.12条的表述来看,“shall”比“should”语气更加强烈,明确规定了上诉机构必须依据诉讼请求全面进行法律解释的职责,司法经济原则不应该适用于上诉机构对案件的审理。美国提出,“处理”一词并不意味着上诉机构必须针对每一个上诉问题做出裁决。实践中,究竟如何解释“处理”一词,上诉机构在不同的情况中有不同的做法。比如在美国陆地棉案(DS267)中,上诉机构援引DSU第3.4条和第3.7条的规定,认为既然争端解决机构的目标在于使争端得到满意的解决,那么,对于一些与解决争端无关的抽象概念的解释则显得没有必要。在这种情况下,上诉机构认为适用司法经济原则拒绝审理不相关争议也相当于处理了申诉方主张的观点。与此相反,在DS363争端中,上诉机构没有遵循自己在之前的案件中采取的假设论证方法,因为如果没有阐明相关WTO法律规则,则不可避免地会导致败诉方无法使被诉措施与涵盖协定相符从而产生执行难题,不符合通过争端解决增加安全性和可预期性的目标。

(三) 上诉机构决定一项裁决是否必要的裁量权

不可否认,DSB负责解决WTO成员之间的贸易争端,WTO专家组或上诉机构的职责限于协助DSB解决争端。DSB所提建议或裁决应旨在实现问题的圆满解决,争端解决机制的目标在于确保争端得到积极迅速的解决。这些规定与专家组或上诉机构澄清WTO的现有规定、上诉机构应当处理每一个上诉法律问题等要求可能存在一定的紧张关系。但是,由于专家组或上诉机构报告能够自动获得通过,专家组或上诉机构所提的建议和裁决对于WTO争端能否获得有效解决就显得尤其重要,这些建议和裁决给出了是非判断的结果,提供了争端各方(甚至包括具有利害关系的其他成员)和其他利害关系方(例如国内利益集团、国内行政机关)未来进行国际国内博弈的基础,可能为被诉方执行WTO裁决指明了方向。一项裁决对于协助DSB解决争端是否“必要”,都应由WTO专家组或上诉机构根据自己享有的裁量权做出决定,而不能由争端一方或第三方单方面进行认定。WTO部分成员针对所谓不必要裁决提出了改革建议,这并不一定反映出这些成员认可美国对WTO裁决不必要的批评,很可能是这些成员为了安抚美国而做出的回应。由WTO各成员代表组成的DSB以会议形式运行,自动通过专家组或上诉机构报告,原则上不具有判断一项裁决对于解决

争端是否必要的能力。当然,如果出席 DSB 会议的所有成员均认为一项裁决没有必要,应当设置适当机制允许 DSB 协商一致不通过该项裁决。不论如何,专家组或上诉机构裁决在前,DSB 集体监督在后。为了维护 WTO 专家组或上诉机构的专业性和独立性,仍应尊重他们在审理案件时判断一项裁决是否必要的裁量权,DSB 只能在非常有限的情况下才以协商一致的方式对其裁决进行纠正。

(四) 上诉机构不必要裁决的必要性

如前所述,美国所称咨询意见的必要性,参照系要么是解决当前争端,要么是裁断案件是非。但是,这些判断一项裁决是否必要的标准过于狭隘,无法实现 DSU 所规定的积极解决争端之目标。

1. 有效解决争端

专家组或上诉机构做出的美国所称咨询意见,有时对于迅速有效解决当前争端是极为必要的。迅速有效解决争端并不完全是指专家组或上诉机构就争议问题的是非曲直给出一个说法,更重要的是有效化解争端双方的争议,包括便利被诉方执行 DSB 建议和据此促进争端各方乃至其他成员、其他利害关系方在 WTO 裁决执行阶段的互动。在 DS363 争端中,上诉机构在阐明必须解决 GATT1994 第 20 条可及性问题的理由时特别指出,专家组使用的假设论证是一种法律技术,可能会导致执行难题。就该案而言,如果不澄清中国是否可以利用第 20 条(a)项抗辩,中国就无法确知执行 DSB 建议和裁决能够享有的管理空间,也无法确知一项执行措施事实上是否符合中国的 WTO 义务。专家组的假设论证方法不符合通过争端解决促进安全性和可预期性目标,可能不会有助于解决当前争端,特别是此种方法给中国执行裁决带来了不确定性。DS363 争端表明,专家组或上诉机构克制做出所谓的不必要裁决,并不一定给被诉方带来好处,而是可能带来不确定性。

2. 有效预防争端

上诉机构审查已到期措施,不仅就当前争端涉及的已到期措施的 WTO 合法性给出了一个说法,更重要的是,如果判定已到期措施违反 WTO 规则,将会有效防止被诉方今后再次采取相同或类似措施。在 DSU 仅规定了前瞻性救济且 WTO 争端解决程序耗时较长的情况下,审理已到期措施并做出裁决特别有助于防止被诉方采取机会主义的短期措施,例如按年度采取的措施。针对已到期措施的 WTO 裁决因此能够预防相同或类似违反行为,并防止未来产生争端。

第一,面对被提出质疑的一系列措施,审理已到期争议措施确有必要。比如在中国原材料案中,中国被诉的每项措施单独适用并不会必然导致其与 WTO 规则不一致,但是当这些措施一起适用导致与 WTO 规则不一致时,它们就会成为与 WTO 规则不一致的初步证据。尤其是对于尚未到期的基本框架立法和执行条例,以及按年度或有时限规定的特定产品出口关税税率或出口配额等具体措施虽然在目前案件中已

经到期,但是其仍具有持续性的影响。在这种情况下,不对该措施作出修改建议实际上无法使受害方获得救济,此次诉讼对于受害方而言并非没有实际意义。

第二,如果专家组和上诉机构仅以该措施到期为由而拒绝审理,其实是在很大程度上提供了一种免受专家组或上诉机构审查的途径,很有可能鼓励今后的成员国采取“打了就跑”(hit and run)的做法。因此,为避免这样的措施逃避审查,对涉及这种已到期的措施进行审理是必要的。而且,如果争议措施到期的时间是在专家组成立之后,而专家组管辖权的确立是根据投诉方提出的诉讼请求,迫使投诉方根据一个移动的对象(moving target)来调整自己的诉讼请求也不符合正当程序的要求。

此外,从起诉方角度看,其并非不明白在 WTO 前瞻性救济体制下起诉即将到期或者短期措施可能无法获得任何救济的风险,他们提起 WTO 诉讼的真正目的可能不是针对当前争端涉及的即将到期或短期措施,更重要的是拿到一个被诉方措施违反 WTO 规则的说法,以此防止被诉方未来采取类似或相同的违反措施。专家组或上诉机构审理已到期措施并做出裁决,真正回应了起诉方的核心关注,并可能预防机会主义的保护主义措施。

在 DS194 争端中,专家组先审查法律问题再审查事实问题的方法并无不当。更重要的是,专家组对于法律问题的澄清(出口限制不会构成 SCM 协定意义上的财政资助)有助于防止被诉方采取违反 WTO 规则的行为或者便于识别违反 WTO 规则的行为。不可否认美国法律具有裁量性,但专家组的明确裁决意味着,美国在适用裁量性立法时不得将出口限制认定为财政资助,否则就会违反 WTO 规则。这限制了美国行政机关的裁量权,是美国强烈反对专家组前述法律裁决的根本原因。

六、结语

美国所称上诉机构针对解决一项争端并无必要的问题发表的裁决既不是咨询意见,也不是附带意见。美国批评上诉机构发表咨询意见,深层次原因包括上诉机构报告自动通过机制导致上诉机构权力过大、上诉机构裁决具有极强的约束力以及更为明确的规则或裁决限制了美国的行动自由或自由裁量空间。从美国提及的上诉机构发表咨询意见的大多数具体案例来看,美国过于狭隘地理解了“迅速解决争端”的含义,将其限于解决当前争端以及裁判当前争端中的是非曲直之所需。但是,DSU 规则鼓励甚至要求做出美国所称的不必要裁决,且应由上诉机构判断一项裁决对于协助 DSB 解决争端有无必要。此外,上诉机构发表咨询意见有重要的有效解决和预防争端以及纠错功能。当然,美国批评上诉机构在 DS453 以及 DS320/321 争端中发表咨询意见具有一定的合理性。

由于上诉机构陷入危机,美国批评上诉机构发表咨询意见受到了很多国家的关注。欧盟在关于 WTO 现代化建议中提出可以修改 DSU 第 17.12 条法律条文,比如对上诉机构处理每一上诉问题的规定加上仅限于争端解决必要限度的限制。与此类

似，加拿大则建议可以缩小咨询意见的范围，澄清争端解决制度的主要目标是解决具体争端，因此只需要对实现这一目标所必须的争议做出裁决。中国等 14 个成员提出将 DSU 第 17.12 条修改为“上诉机构在上诉程序中应当‘在解决争端所必需的限度内’处理根据第 6 款提出的每一个问题”。此种建议一定程度上回应了美国的关切，但将判断裁决必要性的权力保留给上诉机构，应该依据“有效解决与预防争端”的标准理解“在解决争端所必需的限度内”一词。

上诉机构发表咨询意见的问题从表面上看是关于“迅速解决争端”与“准确澄清规则”之间的平衡问题，然而其更深层次涉及到 WTO 作为国际组织而言，各种困难和问题离不开各成员国间相互合作与依赖，这同时也意味着各国政府必须让渡一部分主权，由此引发的就是各成员国究竟能够容忍让渡多少主权的问题。综上，WTO 更加完善的制度设计还有待各成员国之间进一步的磋商和谈判，美国如果继续以法律手段隐藏背后的政治目的不仅会难以真正解决问题，也会极大破坏 WTO 制度的正常运行，遭到国际社会的谴责。

参考文献：

- [1] 齐飞. WTO 争端解决机构的造法 [J]. 中国社会科学, 2012,(2).
- [2] 曾令良. 从“中美出版物市场准入案”上诉机构裁决看条约解释的新趋势 [J]. 法学, 2010,(8).
- [3] 张月姣. 亲历世界贸易组织上诉机构——中国首位上诉机构主席张月姣法官判例集 [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2017.
- [4] Giorgio, Sacerdoti. A Comment on Henry Gao “Dictum on Dicta: Obiter Dicta in WTO Disputes” [J]. World Trade Review, 2018,17(3).
- [5] Henry, Gao. Dictum on Dicta: Obiter Dicta in WTO Disputes[J]. World Trade Review, 2018, 17(3).

The Case against Argument “WTO Appellate Body Issuing Advisory Opinion”

HU Jianguo YANG Yuxin

Abstract: The United States regards the ruling of the Appellate Body on “issuing not necessary for the settlement of a dispute” as advisory opinions and continues to criticize it, which has aroused widespread concern in the international community. The unnecessary ruling called by the United States is neither an advisory opinion, nor in most cases unnecessary. The Appellate Body must address each legal issue raised during the appeal and clarify existing WTO rules so as to provide security and predictability for the multilateral trading system. Whether a ruling is necessary for the resolution of dispute falls within the discretion of the Appellate body. The most so-called advisory opinions issued by the Appellate Body have important functions of effectively resolving and preventing disputes.

Keywords: Appellate Body; unnecessary ruling; advisory opinions; obiter dictum

(责任编辑: 金孝柏)