

WTO 争端解决机制改革的现状与未来 ——部长级会议决定解读

杨国华

（清华大学，北京 100084）

摘要：从 2022 年开始，WTO 争端解决机制改革谈判陆续展开，并且在第十三届部长级会议前取得了一定成果，形成了谈判文本。谈判是在美国主导下进行的，谈判文本的核心是回应美国关注。然而，美国仍然不同意恢复上诉机构，以至于谈判文本中的上诉 / 审议部分出现空缺。由此可见，谈判是以争端解决其他方面改革换取美国对上诉机构的支持，但是这一目标没有实现。有鉴于此，加上成员意见分歧和美国大选在即，争端解决改革谈判的前景不容乐观，WTO 成员应该考虑更多路径，包括使用上诉仲裁和新立上诉机构。

关键词：WTO 争端解决改革；第十三届部长级会议；上诉机构；美国

中图分类号：D996.1

文献标识码：A

文章编号：1006-1894（2024）04-0049-12

2024 年 2 月 26 日至 3 月 2 日，WTO 第十三届部长级会议在阿联酋首都阿布扎比（Ministerial Conference, Thirteenth Session, Abu Dhabi, 26 February 2024~2 March 2024）举行，^①通过了《关于争端解决机制改革的部长决定》（Dispute Settlement Reform, Ministerial Decision，以下简称《决定》）。《决定》共有 3 段，全文翻译如下：

“忆及我们在第十二届会议上的承诺，即进行讨论，旨在 2024 年前建立完整、运转良好并为所有成员都可及的争端解决机制，我们注意到了目前已做工作。（第一段）

我们认为，此项工作所取得进展是对履行承诺的有益贡献。我们欢迎成员们提交的促进工作的所有文件。（第二段）

我们指示官员们以包容和透明的方式加快讨论，在已有成果基础上解决未决事项，包括上诉 / 复审和可及性问题，在 2024 年实现我们在第十三届会议所设目标。”

作者简介：杨国华，清华大学法学院教授，研究方向：国际经济法。感谢陈咏梅、胡建国和丁如等老师提出修改意见。

① 会议情况详见 WTO 网站：13th WTO Ministerial Conference[EB/OL].[https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc13_e/documents_e.htm.\(2024-03-30\)](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc13_e/documents_e.htm.(2024-03-30))。

(第三段)^①

部长级会议是 WTO 的“最高权力机构”，^②部长决定反映了所有 WTO 成员的共识。因此，这个简短文件，在 WTO 争端解决机制改革方面，既反映了现状，也规划了未来。本文对“第十二届会议上的承诺”“目前已做工作”和“加快讨论”3 个关键词进行介绍。

一、第十二届部长级会议关于争端解决机制谈判的承诺

第一段提及的第十二届会议于 2022 年 6 月 12~15 日举行，其成果文件（MC12 Outcome Document）第 4 段全文翻译如下：

“我们承认争端解决机制所存在的挑战与关注，包括上诉机构，认识到解决这些挑战与关注的重要性和迫切性，承诺进行讨论，旨在 2024 年前建立完整、运转良好并为所有成员都可及的争端解决机制。”^③

众所周知，由于美国阻挠上诉机构成员遴选，上诉机构已于 2019 年年底停止受理案件。^④美国曾在 WTO 堂而皇之地表达过阻挠的公开原因，后来汇编成洋洋洒洒的 174 页报告，主要是认为上诉机构犯了“越权裁判”“遵循先例”“事实法律”“咨询意见”“超期服役”和“超期审案”等“六宗罪”。^⑤人们一般认为，美国阻挠的实际原因是美国输了很多案件，其利益受到影响，因而不喜欢上诉机构；同时上诉机构确实存在一定问题。但在笔者看来，分析原因，不能只说“美国”，而应该具体到人，也就是主政的美国贸易代表（United States Trade Representative, USTR）。事实证明，是特朗普政府的贸易代表莱特希泽（Robert Lighthizer）^⑥固执己见，一手扼杀了上诉机构。也就是说，上诉机构并非对美国不利，也不存在严重问题。^⑦可想而知，不同的原因分析可能导致不同的解决办法。如果是“人们一般

① The Ministerial Conference decides as follows:

- Recalling our commitment made at our Twelfth Session to conduct discussions with the view to having a fully and well-functioning dispute settlement system accessible to all Members by 2024, we take note of the works done thus far.
- We recognize the progress made through this work as a valuable contribution to fulfilling our commitment. We welcome all submissions from Members that help advance our work.
- We instruct officials to accelerate discussions in an inclusive and transparent manner, build on the progress already made, and work on unresolved issues, including issues regarding appeal/review and accessibility to achieve the objective by 2024 as we set forth at MC12.

见 WTO 文件：WT/MIN(24)/37, WT/L/1192, 4 March 2024。

② 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 4 条第 1 款规定：部长级会议有权就所有事项做出决定。参见：《WTO 协定与宣言》编译组.WTO 协定 [M]. 北京：中国商务出版社,2023:3。

③ 4. We acknowledge the challenges and concerns with respect to the dispute settlement system including those related to the Appellate Body, recognize the importance and urgency of addressing those challenges and concerns, and commit to conduct discussions with the view to having a fully and well-functioning dispute settlement system accessible to all Members by 2024.

见 WTO 文件：WT/MIN(22)/24, WT/L/1135, 22 June 2022。

④ 杨国华 . 丛林再现 ?WTO 上诉机制的兴衰 [M]. 北京：人民出版社,2020. 另见 WTO 网站：Appellate Body[EB/OL]. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm.(2024-04-09)。

⑤ Report on the Appellate Body of the World Trade Organization[EB/OL].https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf.(2024-04-09)。

⑥ 莱特希泽简历见 USTR 网站：<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/may/robert-e-lighthizer-sworn-united-states>.(2024-04-09)。

⑦ 杨国华 . 世界贸易组织上诉机构的危机过程与未来发展 [J]. 经贸法律评论,2023,(3)。

认为”那样,那么就有必要改变上诉机构,直至美国满意;如果是“笔者看来”那样,那么怎么改变都没有用,美国就是不会同意。

当然,应该将美国态度细分为特朗普政府和拜登政府两个时期。在特朗普政府时期,贸易代表莱特希泽扼杀上诉机构,但是从2021年开始进入拜登政府时期,贸易代表戴琦(Katherine Tai)^①仍然没有同意恢复上诉机构。她不仅没有同意,而且提出了一些其他问题,令人不解。

此处,有必要整理一下拜登政府时期,也就是现阶段美国的立场和关注。一个简单结论是:继承与扩展,即戴琦继承了莱特希泽的部分指责,同时提出了一些新问题。2021年10月,戴琦上任不久访问日内瓦,就WTO改革发表演讲,其中涉及争端解决部分的大意如下:争端解决机制建立的初衷是促进达成各方满意的解决方案,但是现在已经成为诉讼的同义词,旷日持久,费用高昂,充满争斗;过去美国一直对争端解决机制提出批评,但是没人听;争端解决机制改革不仅仅是恢复上诉机构本身,或者回到过去,而是确保该制度公平;我们愿意听到大家的意见。^②2023年9月,她在华盛顿与WTO总干事会谈,发表了大致相同的观点,但是举例说明了需要的工作:启用斡旋、调解和调停等诉讼替代程序;专家组只解决必需的争议;对裁决的复审仅限于严重错误;停止司法越权;专家组不得审查国家安全问题。^③这5个例子可能已经是美国提出的具体建议中的部分内容。^④当然,相比之下,2023年7月美国向WTO提交的立场文件《争端解决机制改革目标》(U.S. Objectives for a Reformed Dispute Settlement System)更为全面。该文件列举了“10个原则”: (1) 促进解决贸易争端(facilitating the resolution of trade disputes)(不得创设新规则); (2) 维护现有承诺和规则(maintaining existing commitments and rules as agreed)(不得改变规则); (3) 保持并促进贸易体制的公平(preserving and promoting fairness in the trading system)(不得影响成员行使以下权利:保护工人和商业免受非市场经济干扰,促进民主和人权,保护人类健康和环境); (4) 尊重成员的基本安全利益(respecting the essential security interests of Members)(不得影响成员维护基本安全利益); (5) 使用一切工具解决争端(utilizing all available tools to resolve dispute)(尽量使用WTO“诉讼程序法”《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the

① 戴琦简历见USTR网站: <https://ustr.gov/about-us/biographies-key-officials/katherine-tai-ambassador>; <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/march/katherine-c-tai-sworn-ustr-ambassador>.(2024-04-09)。

② 见USTR网站: Ambassador Katherine Tai's Remarks As Prepared for Delivery on the World Trade Organization[EB/OL]. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and-remarks/2021/october/ambassador-katherine-tai-s-remarks-prepared-delivery-world-trade-organization>.(2024-04-09)。

③ 见USTR网站: Remarks by Ambassador Katherine Tai on the World Trade Organization and the Multilateral Trading System[EB/OL]. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and-remarks/2023/september/remarks-ambassador-katherine-tai-world-trade-organization-and-multilateral-trading-system>.(2024-04-09)。

④ 有媒体披露了美国的一些提案。参见:纪文华.WTO争端解决机制改革研究:进展、挑战和方案建构[J].国际经济评论,2023,(6)。

Settlement of Dispute, DSU^①) 所提供的其他工具; (6) 降低费用以扩大参与 (reducing costs to enable wider access to dispute resolution) (使得能力有限成员参与); (7) 有效解决争端 (resolving disputes efficiently) (加快程序); (8) 推动透明度 (promoting transparency of the system) (向公众和其他成员公开); (9) 对制度及其结果建立信任 (building trust in the system and its results) (高质量、一致性、高效率、条约解释公平、成员有权谈判规则); (10) 保障争端解决机制的连续性 (safeguarding the integrity of the dispute settlement system) (对成员参与进行评估, 不断改进)。^②

需要说明的是, 这不是批评戴琦比莱特希泽更糟。作为曾经在 WTO 起诉案件并以此为荣的律师,^③戴琦不可能认同莱特希泽的观点, 认为应该不要上诉机构。事实上, 戴琦可能比莱特希泽好一些。如果现在还是莱特希泽当贸易代表, 情况可能更糟, 甚至都不可能在第十二届部长级会议成果中提及上诉机构, 而能否就争端解决机制改革“承诺进行讨论”也不敢肯定。换句话说, 尽管戴琦让人摸不着头脑, 毕竟让大家说话, 可以商量了。

上诉机构危机出现后, 部分成员针对美国的指责进行磋商, 提出的若干建议 (“沃克方案”) 得到了众多成员支持, 但是美国不同意;^④一百多个成员在每月争端解决机构 (Dispute Settlement Body, DSB) 例会上要求启动遴选程序, 但是美国始终表示反对;^⑤专家组仍在审理案件, 但是部分案件裁决被 “空诉” (appeal into the void) 到不复存在的上诉机构, 从而不能生效。^⑥由此可见, 这个问题的 “重要性和迫切性” 不言而喻, 于是第十二届部长级会议要求 “在 2024 年前建立完整、运转良好并为所有成员都可及的争端解决机制”。

何为 “完整、运转良好”? 是不是一定要有上诉机构? 据说大多数成员与美国的理解不一样。如前所述, 一百多个成员每月要求启动上诉机构成员遴选程序, 显然是要求恢复上诉机构, 但是美国一直没有表态。从第十二届部长级会议的措辞看,

① 《WTO 协定与宣言》编译组.WTO 协定 [M]. 北京: 中国商务出版社, 2023: 434.

② 见 WTO 文件: JOB/DSB/4。

③ 以前戴琦曾经在 USTR 工作, 负责争端解决案件。2021 年 2 月 25 日, 美国国会参议院财政委员会举行提名听证会, 被提名的贸易代表戴琦提到在 “中国原材料案” (DS 394, 2009 年) 和 “中国稀土案” (DS 431, 2012 年) 等案件中维护美国利益的情况。见该听证会视频: Hearing to Consider the Nomination of Katherine C. Tai, of the District of Columbia, to be United States Trade Representative, with the rank of Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary, Thursday, February 25, 2021 [EB/OL]. <https://www.finance.senate.gov/hearings/hearing-to-consider-the-nomination-of-katherine-c-tai-of-the-district-of-columbia-to-be-united-states-trade-representative-with-the-rank-of-ambassador-extraordinary-and-plenipotentiary>. (2024-04-09)。笔者在商务部工作期间, 曾经在 “中国稀土案” 上诉开庭期间 (2014 年 6 月) 与她 “对簿公堂”, 并就其他案件的执行进行专门会谈。

④ 即时任 DSB 主席、新西兰大使 David Walker 担任协调人所形成的文本。见 WTO 文件: WT/GC/W/791, 28 November 2019。

⑤ 例如, 在 2024 年 3 月 19 日举行的 DSB 会议上, 哥伦比亚代表 130 个成员发言, 第 74 次要求启动上诉机构成员遴选程序。美国仍然不支持。美国称其对争端解决机制的长期关注尚未得到解决; 争端解决机制改革谈判提供了解决问题、建立新制度的机会。此外, 美国还称: 在谈判期间重启上诉机构成员遴选程序不能解决美国关注的问题, 而恢复上诉机构有害于成员在改革方面的集体努力。见 WTO 网站: Chair briefs members on consultations regarding post-MC13 dispute settlement reform work [EB/OL]. https://www.wto.org/english/news_e/news24_e/dsb_19mar24_e.htm. (2024-04-09)。

⑥ 目前共有 31 个空诉案件。见 WTO 网站: Current Notified Appeals [EB/OL]. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm. (2024-04-09)。

“与上诉机构有关的挑战与关注”这个短语提到了上诉机构，却不能由此得出恢复上诉机构的结论。这样的措辞也许是典型的“故意模糊”（deliberate ambiguity），是为了让美国和其他成员都能接受。^①美国的解释可以是：上诉机构的存在本身就使得争端解决机制不能“完整、运转良好”，而其他成员的解释可以是：没有上诉机构，何谈“完整、运转良好”？

简而言之，第十二届会议承诺中最为确定的内容只是大家就此进行讨论，没有说一定要恢复上诉机构。不仅如此，“旨在……2024年前”（with the view to……by 2024）一词也没有保证在一个期限内解决问题，何况连这个期限是否包含2024年都产生过争议。^②

二、部长级会议有关争端解决机制改革谈判的进展

然而，不管怎样，WTO成员确实“进行讨论”了。讨论分为3个阶段：提意见、提建议和拟文本。2022年初，美国开始让大家提意见，也就是对现有争端解决机制有什么不满都可以提出来。这个阶段大约持续了几个月，一直到2022年6月部长级会议召开。此后，美国开始让大家提建议，也就是认为该如何改革制度。到了2023年初，美国建议设立一个召集人（convenor），开始草拟文本，也就是看看能否达成一致意见。由此可以看出，“进行讨论”是美国主导的，连召集人都公开承认这一点。^③

部长级会议“承诺进行讨论”，但是没有说如何进行讨论，而美国牵头讨论，这一点无可厚非。然而，令人遗憾的是，讨论内容虽然很多，但是核心只是美国的关注。换句话说，在草拟文本过程中，其他成员只有一个核心想法——通过修改争端解决程序换取美国支持恢复上诉机构。更加令人遗憾的是，尽管其他成员想尽办法，美国仍然对恢复上诉机构不松口。

以上猜测并非空穴来风。对照上文介绍的“六宗罪”和“十原则”，能够从谈判文本中得到印证。

谈判文本于第十三届部长级会议前公开，是对长达一年谈判工作的总结。^④文本中尽管有些事项还没有达成协议，但是基本框架已经形成，能够看出谈判的基本内容。文本分为11编：替代性争端解决程序及仲裁（alternative dispute resolution procedures and arbitration），专家组程序（panel proceedings），上诉/审议

① “故意模糊”，也称“建设性模糊”（constructive ambiguity），是国际谈判中常用技巧，即用一些含义宽泛的词汇实现达成协议之目的。韩逸畴.国际法中的建设性模糊研究[J].法商研究,2015,(6).

② 据说，对于“by 2024”，有人理解是2023年底，也有人理解是2024年底。从目前情况看，不管哪个语法理解正确，事实上都已经变成了后者。

③ 参见WTO文件：Special Meeting of the General Council, JOB/GC/385, 16 February 2024, 1.13~14。此外，该召集人在一次研讨会上有更详细的介绍。参见：“多边主义之友小组”就MC13会议有关争端解决机制改革的成果和未来工作召开线上会议（内含视频），公众号“卢先堃 多边主义之友小组”，2024年3月26日。

④ 参见WTO文件：Special Meeting of the General Council, JOB/GC/385, 16 February 2024, Annex 1 Consolidated Text Referred to in Mr. Molina Report。

机制 (appeal/review mechanism, 空缺), 执行 (compliance), 裁判者指南 (guidelines for adjudicators), 讨论法律解释程序 (procedures to discuss legal interpretations), 秘书处支持 (secretariat support), 透明度 (transparency), 技术援助、能力建设和法律咨询的可及性 (accessibility with respect to technical assistance, capacity building and legal advice), 责任机制 (accountability mechanism) 以及生效和过渡性规定 (entry into force and transitional provisions, 空缺)。

(一) 针对美国对上诉机构的指责

1. 裁判者指南

裁判者 (adjudicators) 显然包括审理案件的专家组成员和上诉机构成员 (如果有)。也就是说, 这个指南既适用于专家组, 也适用于上诉机构 (如果有)。这个部分共有 3 项内容: 条约解释、解决争端所必需事项和无先例效力。

“条约解释”确认了争端解决机制的长期实践, 即《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条属于《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU) 第 3 条第 2 款所指的“国际公法习惯解释规则”,^① 同时就举证责任的实践进行了总结。然而, “解决争端所必需事项”和“无先例效力”是完全对应美国对上诉机构的两项指责, 即“咨询意见”和“遵循先例”。

“解决争端所必需事项”。裁判者应只着力解决争端必需的事项, 包括使用适当的司法节制 (judicial economy) 方法。裁判者所做的认定应仅限于帮助 DSB 提出建议或做出裁决, 其分析推理应仅限于支持其认定和结论。在专家组阶段, 裁判者可以建议当事方集中于某些主张。简而言之, 裁判者的主要任务是解决问题, 而不是长篇大论地说一些没有直接关系的话, 不要发表所谓的“咨询意见”。

“无先例效力”。裁决没有先例效力, 即解释或适用协定条款的前案裁决对后案没有约束力。每一裁决者都有责任根据国际公法习惯解释规则做出自己的解释。每一裁决者还应适用部长级会议或总理事会根据《建立 WTO 协定》第 9 条第 2 款所作解释。^② 在前案裁决相关或具有说服力的情况下, 裁判者可以援引前案裁决作出自己的解释或者区分自己的解释。WTO 成员或裁判者不应推定裁决具有说服力。简而言之, 裁判者可以援引前案, 但是前案没有先例效力。

相比于前文所提专门针对美国指责的“沃克方案”, “解决争端所必需事项”和“无先例效力”更为具体, 似乎考虑更为周全。^③ 然而, “沃克方案”提到的当事方未提

^① 《WTO 协定与宣言》编译组. WTO 协定[M]. 北京: 中国商务出版社, 2023: 435.

^② 《建立 WTO 协定》第 9 条第 2 款规定: 部长级会议和总理事会有权对协议进行权威解释。参见: 《WTO 协定与宣言》编译组. WTO 协定[M]. 北京: 中国商务出版社, 2023: 7.

^③ “沃克方案”只是简单提到: 未提交事项不得审理 (Issues that have not been raised by either party may not be ruled or decided upon by the Appellate Body); 争端解决程序不能创设先例 (Precedent is not created through WTO dispute settlement proceedings)。

交事项不应由上诉机构审理 (Issues that have not been raised by either party may not be ruled or decided upon by the Appellate Body), 显然也属于“解决争端所必需事项”的范围, 不知为何没有纳入。此外, “沃克方案”强调了条约解释一致性和可预见性的重要作用 (Consistency and predictability in the interpretation of rights and obligations under the covered agreements is of significant value to Members), 也许可以推定美国不同意写这个, 因此没有纳入。

2. 讨论法律解释程序

关于案件裁决中条约解释的技术性和政策性影响 (technical and policy implications), 可以提交给 WTO 相关机构进行讨论。此外, WTO 成立一个咨询工作组 (Advisory Working Group), 专门讨论法律解释问题。工作组可以建议部长级会议或总理事会依据《建立 WTO 协定》第 9 条第 2 款做出权威解释, 或者建议 DSB 认定某具体解释不具有说服力。

机构讨论和工作组审查显然是对应美国对上诉机构的核心指责, 即“越权裁判”以及“原则一”和“原则二”, 也就是约束裁判者严格遵守 DSU 第 3 条第 2 款所规定的裁决“不得增加或减少协议所规定权利义务” (cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements)。相比之下, “沃克方案”只是重申了 DSU 第 3 条第 2 款, 同时建议 DSB 建立一种机制, 以便 WTO 成员与上诉机构就法律解释问题进行非正式沟通。

(二) 针对美国的其他指责或观点

1. 替代性争端解决程序及仲裁

文本用 11 页即 1/3 篇幅详细描述了 DSU 第 5 条的斡旋 (good offices)、调解 (conciliation) 和调停 (mediation) 程序以及第 25 条的仲裁 (arbitration) 程序。

斡旋、调解和调停部分的内容包括定义、一般原则、获得信息、程序发起或终止、向 DSB 通报、任命人员、秘书处支持、与其他争端解决程序之间的关系。此外, 附件对调解和调停程序做出了基本规定, 并对 DSU 第 4 条磋商中寻求调解员或调停员协助规定了补充程序, 以及在执行阶段寻求斡旋、调解或调停规定了补充程序, 涉及程序启动、人员选择和时间限制等方面。

仲裁部分的标题是“简化仲裁程序”, 用附件 (“示范规则”) 形式规定了权限、仲裁员、第三方、时限、中止、书面材料与听证会、向仲裁员提交信息、保密、相互同意的方案、秘书处支持和仲裁裁决等内容。

以上内容细化了 DSU 第 5 条和第 25 条, 使得斡旋、调解、调停和仲裁更加容易使用。这些想法, 戴琦已经在讲话中明确提及, 也是“原则五”所指。

2. 专家组程序

这部分文本共 9 页, 也几乎达到 1/3 的篇幅, 涉及专家组成立、专家组组成、加

快程序和时间框架等内容。

专家组第一次会议上 DSB 就应该成立，每个 WTO 成员所提专家库名单限 3 人并且定期更新，专家库人员素质提高，这些内容都有必要，但是加快审理程序，包括对提交材料的时间和字数提出要求，则显然与美国立场契合，即“原则七”。

3. 秘书处支持

这部分对协助裁判者审案的秘书处人员资质和职责提出了明确要求，例如具备专业知识、准备相关文件和起草部分裁决。鉴于秘书处支持是相对于裁判者而言，此处也规定了裁判者在文件处理方面的职责，例如必须负责起草裁决的结论部分。这一内容与“原则七”和“原则九”相关。

4. 透明度

案件当事方的书面材料和听证会应向所有 WTO 成员开放，而部分材料和听证会在一定条件下也对公众开放。增加透明度对应“原则八”。

5. 能力建设和法律咨询的可及性

这部分是关于发展中国家和最不发达国家的参与问题，要求 WTO 成员和秘书处有能力培养、财政支持和法律援助等方面做出更多安排。“可及性”（accessibility）是第十二届和第十三届部长级会议都明确提到的问题。这一点对应“原则六”。

6. 责任机制

对于争端解决机制改革的实施情况，DSB 应定期开会审议，以便不断改进。这是“原则十”的体现。

（三）上诉 / 审议空缺

这一部分的空缺最能说明谈判中美国的作用。作为学术研究者 and 谈判局外人，对于空缺的理解可以有多个方面。首先，空缺不等于没有。换句话说，在两年谈判过程中，不可能没有成员提出上诉机构问题。^①甚至可以更加大胆地猜测，应该有成员提出纳入“沃克提案”，因为那是专门针对上诉机构“问题”的方案。其次，空缺说明没有形成一致意见，主要是美国仍然不置可否。最后，空缺也许能够进一步说明，即使谈判文本中其他部分的谈判达成一致，能够解决美国对上诉机构“问题”的关注，美国仍然不同意恢复上诉机构。

以上从文本出发，对照“六宗罪”和“十原则”，在“针对美国对上诉机构的指责”“针对美国的其他指责或观点”和“上诉 / 审议空缺”3 个方面论证了笔者的一个观察，即“进行讨论”的核心是美国关注。“六宗罪”中的“事实法律”“超期服役”和“超期审案”以及戴琦提到的“对裁决的复审仅限于严重错误”等问题

^① 召集人报告中明确讨论过上诉机构问题。参见 WTO 文件：Special Meeting of the General Council, JOB/GC/385, 16 February 2024, 1.37。

没有涉及。也许可以理解为：这些是上诉专属问题，而在上诉/复审内容空缺的情况下，暂时没有提及。“十原则”中的“原则三”（不得影响成员行使以下权利：保护工人和商业免受非市场经济干扰，促进民主和人权，保护人类健康和环境）和“原则四”（不得影响成员维护基本安全利益），也许可以理解为美国仍然不能支持恢复上诉机构的理由或借口。简而言之，美国关注基本上都被涉及，但是美国仍然没有同意恢复上诉机构。^①

这个观察结论还可以从DSU常规谈判的成果得到印证。WTO成立伊始就启动了DSU改革谈判，并且在2008年形成了基本成果，分为12个方面，分别是相互同意的方案、第三方权利、严格保密信息、顺序问题、后报复期、透明度与“法庭之友”陈述、时间框架、发回重审、有效执行、发展中国家利益和灵活性与成员控制及其他针对裁决机构的指南。^②对照本文详细分析的谈判文本11个方面，至少可以得出两个结论：二者重合之处很少；上诉机构“问题”不在常规谈判之中。这两个结论也许恰恰能够从正反两个方面说明同一个问题：这次谈判并非前次常规谈判的延续，而只是为了专门解决上诉机构问题，可以称之为“特别谈判”，甚至可以称为“沃克方案”的间接版，即不提上诉机构恢复，却回应美国对上诉机构的指责。

此处需要指出的是，说这是“特别谈判”，是专门针对美国的谈判，旨在揭示一个事实，为谈判的走向分析提供一点思路，并不是要否定谈判议题的重要性。恰恰相反，从学术研究的角度，文本所载都是真问题，甚至反映了大多数国家对一个更好的争端解决机制的期待。WTO争端解决机制非常成功，但是毕竟已经运行了30年，很多地方需要修改完善。在这个意义上，常规谈判的12个方面和“沃克方案”中专门针对上诉机构的问题，也都值得认真对待。

然而，需要强调的是，争端解决机制完善理所应当，而上诉机构莫名其妙发生危机，不能将二者挂钩，甚至得出一个结论：争端解决机制不能完善，直至完善到令美国同意的程度，上诉机构就不能恢复。把上诉机构当作“人质”的做法显然是错误的，而事到如今，在“人质”上根本不会放，在这一点已经真相大白的情况下，还在想方设法提条件，这样做显然也不会有什么结果。

希望以上几点并不矛盾，完整的表述应该是：为了恢复上诉机构的“进行讨论”不会有结果，但是谈判中所涉及问题仍然有价值。

① 莱特希泽反对恢复上诉机构，这一点非常明确。但是戴琦为何没有恢复上诉机构，这一点却不太清楚，只能让人胡乱猜测。

（1）看到所有成员都有求于美国，感觉良好，可以在其他谈判中“拿一把”？不是这样，好像3年来没有看到美国拿这个“否决权”换什么。（2）从2019年底到现在，美国没有起诉一个案件，这样符合美国利益？匪夷所思，因为美国轻易放弃了WTO争端解决机制这个维护利益的工具。（3）所有败诉案件都“空诉”，这样有利于美国形象？恰恰相反，因为美国自己破坏了上诉机构的运作，现在又提起上诉，这是赤裸裸的滥用和恶意。著名专家James Bacchus对戴琦提出了严厉批评，认为她“光说不练”（all talk and no walk），损害了美国利益，同时警告其他WTO成员，不能由于绥靖美国而让争端解决机制丧失其独立性。Bacchus, James. Biden and Trade at Year One: The Reign of Polite Protectionism, Policy Analysis No. 926. Cato Institute, Washington, DC, April 26, 2022.

② 见WTO文件：TN/DS/31, 17 June 2019。

三、争端解决机制改革谈判的前景展望

谈判文本是在第十三届部长级会议前 10 天公开的。^①但是在会议前 5 天，谈判协调人（facilitator）突然被其政府解除职务。^②因此，会后“加快讨论”，首先需要解决的是找到谈判协调人。

2024 年 3 月 19 日举行的 DSB 会议上，会议主席汇报说：很多成员都认为，协调人应该是大使级别，并且有法律知识和争端解决经验；协调人应保持公正，能够在全面参与和快速推进之间实现平衡；能够督促成员在期限前实现部长级会议的指示。会议主席接着说：很多成员提出了候选人，认为协调人应该配备一名来自另一代表团的法律专家，该专家最好积极参与过此前谈判。但是会议主席最后说，他联系了提到最多的 3 名人士，但是无人接受这一任务。^③在这次会议上，一些成员发言，内容涉及以下方面：何时及在哪个机构正式启动谈判？是沿袭此前的“利益导向”（interest-based）谈判模式，还是转向传统的“立场导向”（position-based）谈判模式？现有谈判文本的地位；如何在继续推进的同时，确保谈判保持开放、透明和包容？^④从成员发言情况看，下一步谈判不易，协调人工作不好干。

谈判不易，不仅仅是部长级会议之后找不到协调人，成员们也看法不一。事实上，在部长级会议之前，长达一年的谈判也步履维艰。在谈判开始的时候，印度就曾尖锐地指出：谈判是美国发起并主导的，讨论的 12 个事项也是美国在第二阶段结束时总结出来的。^⑤谈判期间，一些成员就表示不满。^⑥谈判文本公布前，孟加拉国、埃及、印度、印度尼西亚和南非联合发表声明，对谈判提出批评，并且表达了一些立场。该声明称：谈判提出的修改意见影响深远，将根本性改变争端解决机制的性质，影响发展中国家和最不发达国家所提出的争端解决机制基本利益；其提出的主张没有在文本中得到反映，因此文本是误导性的，给人以多数问题达成一致的假象。声明指出了以下问题：成员们参加谈判的核心动机是恢复上诉机构，但是这一点没有得到体现；谈判的走向将损害以规则为基础的双层争端解决机制的根本性质；有些修改将改变法律制度、发展水平和发展目标等相互竞争利益之间的平衡，例如加快组成专家组就对发展中国家和最不发达国家更加不利；有些改变严重限制了成员权利，

① 如前所述，文本作为总理事会会会的附件公开，会议时间为 2024 年 2 月 14 日，而部长级会议于 2024 年 2 月 26 日召开。

② 召集人 Marco Molina 是危地马拉常驻 WTO 代表团副代表。2024 年 2 月 21 日，他证实自己已被政府解雇。参见：Guatemala fires key official in charge of WTO reform talks[EB/OL].<https://www.politico.com/news/2024/02/21/guatemala-fires-key-official-in-charge-of-wto-reform-talks-00142399>.(2024-04-09)。

③ 在 2024 年 4 月 26 日 DSB 会议上，毛里求斯大使 Usha Dwarka-Canabady 被任命为协调人。Members Welcome Appointment of Facilitator for WTO Dispute Settlement Reform Talks WTO[EB/OL].https://www.wto.org/english/news_e/news24_e/dsb_26apr24_e.htm.(2024-06-24)。

④ Chair briefs members on consultations regarding post-MC13 dispute settlement reform work[EB/OL].https://www.wto.org/english/news_e/news24_e/dsb_19mar24_e.htm.(2024-04-09)。

⑤ 见 WTO 文件：WT/DSB/M/477, 12 May 2023。

⑥ 见 WTO 文件。一些成员提交的方案：JOB/DSB/5, 13 July 2023; JOB/DSB/6, 19 September 2023; JOB/DSB/7, 24 November 2023; 一些成员在 DSB 会议上的发言：WT/DSB/M/477, 12 May 2023; WT/DSB/M/479, 18 July 2023; WT/DSB/M/482, 11 September 2023; WT/DSB/M/484, 4 December 2023。

例如将有些案件的合理执行期减少到6个月；有些改变需要修改DSU，例如限制两次考虑设立专家组的权利；保密性的修改彻底改变了DSU的原则；第三方公民担任专家组成员的修改没有必要；咨询工作组对制度有深远影响；一些新的概念、术语和做法需要澄清。^①

以上意见是非对错姑且不论，但是非常明确地指出了谈判的性质：谈判因上诉机构问题而起，成果中却没有上诉机构，因此谈判迷失了方向。关于这一点，召集人在汇报文本时也明确提到了：谈判沿着两条线进行，一条线是现有文本内容，另一条线是上诉/审议机制。^②关于两条线之间的关系，他解释说，优先谈判目前文本内容，看看上诉/审议机制方面的关注能否得到有效解决。^③这恰恰印证了本文第二部分开头的猜测：“草拟文本过程中，其他成员只有一个核心想法：通过修改争端解决程序换取美国支持恢复上诉机构！”

关于谈判前景，业内人士普遍不太乐观。除了协调人难产，现有文本不足作为成果，还有一个更加明显的因素——美国对上诉机构的态度。美国大选已经开始，年内没有理由看到美国立场的转变。2025年新政府上台，如果是拜登，可能仍然是慢吞吞的样子，让大家谈，自己就是不松口；如果是特朗普，那么……就没有那么了！^④具体到贸易代表个人，戴琦不会有所作为，下一个人更加不可确定，现在连是谁都不知道。也就是说，保守地估计，上诉机构不可能在2025年内得到恢复。在这种前景下，争端解决机制改革谈判，包括“围魏救赵”和“釜底抽薪”，试图用其他改革换取上诉机构的策略，又能有多大动力呢？

此处值得提及的是，谈判不易还有一个因素，是美国的立场并非一成不变，而是随着人员变更和事件发展有所调整。前文提到，贸易代表莱特希泽和戴琦的立场显然不同，如果是前者在位，谈判可能都不会进行，而未来的贸易代表可能也有自己的立场。简而言之，美国立场是动态的，WTO成员之间进行的谈判是在“目标移动”情况下的多方博弈，呈现出系统复杂性中的偶然性和非线性，很难准确预测。^⑤

等待美国回心转意，等待一个开明的贸易代表横空出世，这是一种选择。另外一种选择是，在“仁至义尽”和“大彻大悟”的情况下考虑没有美国的方案，例如使用上诉仲裁安排解决上诉问题，^⑥甚至进行投票启动上诉机构成员遴选或单独成立

① 见WTO文件：JOB/DSB/8, 12 February 2024。

② Members updated on progress in dispute settlement reform talks in run-up to MC13[EB/OL].https://www.wto.org/english/news_e/news24_e/dsb_26jan24_e.htm. (2024-04-09)。

③ 参见前引召集人报告：WTO文件：Special Meeting of the General Council, JOB/GC/385, 16 February 2024, 1.37。

④ 参见前引研讨会上Jennifer Hillman发言：“多边主义之友小组”就MC13会议有关争端解决机制改革的成果和未来工作召开线上会议（内含视频），公众号“卢先堃 多边主义之友小组”。她指出，特朗普明确反对WTO，如果特朗普当选，争端解决改革不会有所进展。事实上，如果特朗普卷土重来，WTO整个组织都会面临更大挑战。

⑤ 关于复杂性，参见：[美]梅拉妮·米歇尔.复杂[M]第1版.长沙：湖南科技出版社.2018。

⑥ 在上诉机构停止运作期间，部分成员建立了“上诉仲裁”（appeal arbitration）安排。笔者有幸成为上诉仲裁员，并且参与审理了“土耳其药品案”。参见：杨国华.WTO上诉仲裁机制的建立[J].上海对外经贸大学学报.2020,(6); 杨国华.WTO上诉仲裁第一案——土耳其药品案[J].上海对外经贸大学学报.2022,(6); 杨国华.WTO上诉仲裁何以可能?[J].清华法学.2023,(6)。另见：https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/. (2024-04-09)。

一个上诉机构。^①谈判召集人强调“利益导向”谈判模式的重要性，也就是通过澄清各方需求来寻找共识。这是一种智慧，但是如果需求已经澄清，真相已经大白，共识却还没有形成，那么只有回到传统的“立场导向”谈判模式，因为这是解决问题的唯一途径。召集人在介绍“利益导向”谈判模式的时候，用了一个生动的比喻：两个人买南瓜，一个要壳制灯，另一个要瓢熬汤，最后皆大欢喜。^②但是 WTO 争端解决机制改革谈判的情况有所不同：一个人真要壳，另一个人不说要什么，怎么都不说，那该怎么办？

部长级会议是 WTO “最高权力机构”，部长决定反映了所有 WTO 成员的共识，而《关于争端解决机制改革的部长决定》就是在争端解决机制改革方面的体现。因此，“WTO 争端解决机制改革的现状与未来”这一主题在该决定中能够得到准确体现。从关键词“第十二届会议上的承诺”可以看出，WTO 成员表达了在年内恢复争端解决机制正常运行的共同意愿。然而，在“目前已做工作”方面，尽管有成果，进展并非令人满意，甚至没有就文本形成共识。不仅如此，在“加快讨论”的前景方面，人们普遍不乐观。在这种情况下，WTO 成员应调整思路，考虑其他选择，摆脱一个成员（美国）挡路的局面。

State of Play and the Future of the WTO Dispute Settlement Reform: Understanding Ministerial Conference Decisions

YANG Guohua

Abstract: The informal process on WTO dispute settlement reform started in early 2022 and a consolidated text was released before the 13th Ministerial Conference at the end of February 2024. The process was led and dominated by the United States and the outcome text was mostly to respond to its concerns, although the United States still does not support the resumption of the Appellate Body, leaving absent the text on Appellate/Review Mechanism. It becomes clear the process was conducted in other areas aiming at possible exchange of support from the United States on Appellate Body, which failed. With diversity of the opinions from Members and the upcoming U.S. presidential election, a successful negotiation becomes less possible in the next two years, so the Members need to rethink the path, including using appellate arbitration and recreating an Appellate Body.

Keywords: WTO dispute settlement reform; the 13th Ministerial Conference; Appellate Body; the United States

（责任编辑：金孝柏）

① 这在条约理论上都具有可行性。详见杨国华：WTO 上诉机构危机的国际法分析[J]，国际法研究，2024，(1)。

② 详见 WTO 文件：Special Meeting of the General Council, JOB/GC/385, 16 February 2024, 1.16~17；前引研讨会：“多边主义之友小组”就 MC13 会议有关争端解决机制改革的成果和未来工作召开线上会议（内含视频），公众号“卢先堃 多边主义之友小组”。关于“利益导向”和“立场导向”谈判模式，召集人举例说明：两个人买南瓜，但是南瓜只有一个；在“立场导向”模式下，一个人拿到南瓜或者各得一半，都不令人满意，但是在“利益导向”模式下，通过询问双方需求，最后可能是一人要壳，另一人要瓢，最后双方合资购买，皆大欢喜。召集人说，这是顶尖智库和大学极力推荐的谈判模式，而目前争端解决谈判就是采用这种模式。他还认为，只有采取这种模式，也就是在各成员需求之间需求共识，谈判才有可能成功，而如果采取“立场导向”模式，也就是从是否恢复上诉机构开始，谈判很快就会无路可走。需要指出的是，这种“利益导向”模式也是美国所主张的。参见前引美国向 WTO 提交的立场文件《争端解决机制改革目标》，WTO 文件：JOB/DSB/4，第 1 段。