



专 稿

WTO 上诉机构危机的国际法分析

杨国华*

摘 要：WTO 争端解决机制建立在条约基础上，因此《维也纳条约法公约》序言中的善意原则应适用于解释当前的上诉机构危机。上诉机构危机不能归咎于上诉机构所谓的问题，而应归咎于美国的阻挠行为。美国破坏上诉机构成员连任和遴选，并持续阻挠上诉机构恢复运转，显属滥用权利。在争端解决机制支离破碎已达4年，并且谈判前景模糊不清的情况下，启动《建立WTO协定》中的表决程序，或者集体启动上诉机构成员遴选程序，可能是解决上诉机构危机更为适当的路径，而《维也纳条约法公约》中的情况之基本改变和相互间协定等内容也为上述方案提供了相应的理论支撑。

关键词：WTO 争端解决机制 上诉机构危机 条约法 善意原则 滥用权利

引 言

美国特朗普政府的贸易代表莱特希泽 (Robert Lighthizer) 在其新书《天下没有免费的贸易》中指出：“杀死上诉机构很重要，而我们能够做到这一点，是因为法官任命需要协商一致；我代表美国不同意启动新法官遴选程序，这样法定人数就不可能得到满足。”^① 结果，上诉机构成员不断减少，截至2020年11月30日，最后一名上诉机构成员任期届满。面对上诉机构成员短缺的危机，一些WTO成员尝试提出解决方案。2023年4月28日，在WTO争端解决机构 (Dispute Settlement Body, 下文简称DSB) 例会上，危地马拉代表128个成员宣读一项提案：立即启动上诉机构成员遴选程序，成立遴选委员会，30日内确定候选人名单，然后60日内确定人选。^② 该项提案提出于2018年1月，^③ 其后每月都会在DSB例会上宣读，至今已宣读60余次。但美国一贯不支持该提案。美国宣称：“长期以来，美国都对争端解决机制有所关注，而这些关切至今没有得到解决。”^④

* 杨国华，清华大学法学院教授，WTO上诉仲裁员，WTO上诉仲裁第一案“土耳其药品案”仲裁员。作者感谢高树超、陈咏梅、洪晓东、崔凡、贺小勇、龚柏华、刘瑛和徐朝雨等老师提出意见。本文所用网络资源的最后访问时间均为2024年1月19日。

① Robert Lighthizer, *No Trade Is Free: Changing Course, Taking on China, and Helping America's Workers* (Broadside Books, 2023), p. 84.

② See DSB, *Minutes of Meeting – Held in the Centre William Rappard on 28 April 2023*, WT/DSB/M/478 (16 June 2023), para. 5. 2.

③ See DSB, *Appellate Body Appointments*, WT/DSB/W/609/Rev. 1 (12 January 2018).

④ See DSB, *Minutes of Meeting – Held in the Centre William Rappard on 28 April 2023*, WT/DSB/M/478 (16 June 2023), para. 5. 3.

上诉机构危机不能归咎于上诉机构所谓的问题，而应归咎于美国的阻挠行为。2023年7月，美国向WTO提交了一份名为“争端解决机制改革目标”的文件。^①该文件对于所谓争端解决机制改革语焉不详，只列举了一些原则，没有具体方案。美国新政府理应支持恢复上诉机构，现在却以此为“要挟”，推动所谓的争端解决机制“改革”，缺乏国际法依据。以上观点，笔者已经有专著和论文论证，^②兹不赘述。本文从WTO争端解决机制的建立和运转过程入手，提出其当前面临的问题，进而尝试从条约法角度，特别是基于善意原则，分析上诉机构危机的发生过程和当前状况，并且从WTO决策机制的角度，提出应对危机的实际建议。

一 WTO争端解决机制的规则基础

《维也纳条约法公约》对“条约”所下定义是：“称‘条约’者，谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称为何。”毫无疑问，WTO协定属于条约。WTO协定是WTO系列协定的总称。WTO成立的时候形成了一系列协定，包括一项宪法性质的“母协定”，即《马拉喀什建立世界贸易组织协定》（下文简称《建立WTO协定》）；4个部分“子协定”，即《建立WTO协定》附件一货物贸易、服务贸易和知识产权协定，附件二争端解决程序，附件三政策审议机制，以及附件四诸边贸易协定。经过发展，WTO协定现有19项协定。

《建立WTO协定》序言表明：建立一个完整、更加可行持久的多边贸易体制，达成互惠互利安排，实质性消减关税和其他贸易壁垒，消除歧视待遇，最终目标是提高生活水平、保证充分就业、保证实际收入和有效需求的大幅稳定增长以及扩大货物和服务的生产和贸易等。附件一是WTO协定的三大领域，即货物贸易、服务贸易和知识产权，其中货物贸易涉及农产品、动植物检疫、技术壁垒、投资措施、反倾销、补贴与反补贴、保障措施、海关估价、装船前检验、原产地规则、进口许可程序和贸易便利化等方面。序言部分目标的达成主要依赖于附件一货物贸易领域的条款。WTO协定的内容是贸易规则，DSB裁判的案件类型也大多是在货物贸易领域。

WTO协定规定了争端解决条款，即附件二争端解决程序，全称是《关于争端解决规则与程序的谅解》（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute，下文简称DSU）。DSU共27条，对磋商、专家组、上诉机构和裁决执行等作出了基本规定。DSU第3条第2款声明：在为多边贸易体制提供安全性和可预见性方面，争端解决机制是一个核心因素（central element）。此处特别需要提及的是，WTO争端解决机制属于“两审终审”。换言之，如果争端方对专家组裁决不服，可以上诉到上诉机构。

DSU第3条第2款还规定：应根据国际公法的习惯解释规则澄清WTO协定的内容。“国际公法的习惯解释规则”包括《维也纳条约法公约》第31条（解释之通则）和第32条（解释之补

^① See *U. S. Objectives for a Reformed Dispute Settlement System*, Communication from the United States, JOB/DSB/4 (5 July 2023).

^② 参见杨国华：《丛林再现？——WTO上诉机制的兴衰》，人民出版社2020年版；杨国华：《世界贸易组织上诉机构的危机过程与未来发展》，载《经贸法律评论》2023年第3期，第37—58页。

充资料)。^① 这一规定不仅明确了条约解释规则,而且揭示了 WTO 协定与一般国际法之间的关系,即 WTO 协定是国际法的组成部分,属于特殊领域(贸易)的国际法,与一般国际法共存,^② 可以视为“条约”定义中的“受到国际法约束”。

WTO 现有 164 个成员,98% 的国际贸易在这些成员之间进行。^③ 世界上绝大多数国家都是在 WTO 协定的框架内制定贸易政策,“多边贸易体制”名副其实。特别值得一提的是,WTO 成员频繁援用 DSU 解决争端,截至 2024 年 1 月 19 日,WTO 已受理 621 起案件,^④ 因此争端解决机制被称为多边贸易体制“皇冠上的明珠”。

20 多年来,WTO 争端解决机制一直运转良好。然而,2017 年美国特朗普政府开始利用阻挠上诉机构成员连任和遴选的方式实施破坏,最终导致 2019 年底上诉机构因成员不足而停止受理案件。为了解决实际争端,有些成员采取了“空诉”(appeal into the void)的方式,即将专家组裁决上诉到一个并不存在的上诉机构,另外一些成员开始使用仲裁的方式临时替代上诉机制。与此同时,WTO 成员也在一直尝试与美国进行协商,试图解决美国关切,甚至正式提出了书面方案。基于 WTO 协定与一般国际法的关系,解决 WTO 上诉机构问题可以援用《维也纳条约法公约》序言所陈述的善意原则。

二 上诉机构危机与滥用权利

《维也纳条约法公约》序言称:善意原则……乃举世所承认。根据《布莱克法律词典》,善意是指诚实,无意欺骗或获取违背良知的利益,又称诚信(*bona fides*)。此外,“善意”是“恶意”(bad faith)的对称,而后者是指不诚实,例如规避交易的精神、滥用权利、干扰或不与对方合作。^⑤ 这些定义虽然简单,但是能够为我们的分析提供一些标准。

(一) 美国利用上诉机构成员遴选机制以破坏争端解决机制是滥用权利的突出体现

WTO 上诉机构是一个常设机构,成员 7 人,每人任期 4 年,可连任一次。^⑥ 上诉机构成员前

① 早在 WTO 成立之初的“美国汽油案”(DS2)和“日本酒税案”(DS8)中,上诉机构就确认《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条具有习惯或一般国际法地位,认为 WTO 协定不应孤立于国际公法进行解读。See *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R (29 April 1996), p. 17; *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (4 October 1996), p. 10.

② 例如,国际法委员会报告认为,国际法是一个法律系统,其规则和原则(即其规范)相互关联;所谓自足的(self-contained)、普遍性排除一般国际法适用的条约制度并不存在,WTO 实践中也经常援用一般国际法,特别是其条约解释方法。See International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 2006, paras. 165 - 171.

③ See WTO official website, The WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/thewto_e.htm.

④ See WTO official website, Chronological list of disputes cases, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm.

⑤ *Black's Law Dictionary* (West Group, 7th edn, 1999), p. 701. 关于善意原则在 WTO 中的应用,可参见 Marion Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement* (Hart Publishing, 2006)。

⑥ 参见 DSU 第 17 条第 2 款。

后共有 27 人，几乎每年都会有老成员连任或新成员遴选的工作。^① 这项工作由 DSB 承担，大致程序是 WTO 成员推荐人选，遴选委员会确定提名，最后由 DSB 任命。^② DSU 第 17 条第 2 款规定：由 DSB 任命上诉机构成员。然而，DSU 第 2 条第 4 款却规定：DSB 决策机制是“协商一致”（consensus），而在 DSB 会议上，没有成员正式反对就视为协商一致通过决定。实践中，协商一致已经前置，连是否启动连任或遴选程序也必须是没有成员正式反对。^③ 过去 20 多年，尽管任命上诉机构成员的过程比较繁琐，甚至还遇到过一些风波，但是最后都顺利通过。^④ 不过到了 2017 年，美国却公开在 DSB 会议上反对启动上诉机构成员的遴选程序。

从“协商一致”规则看，美国以及每个 WTO 成员都有权反对 DSB 任命上诉机构成员。然而，此处需要讨论的并非“权利”，而是“滥用权利”。利用连任和遴选程序使得上诉机构停止运转，这显然属于滥用权利。美国一边阻挠程序，一边陆陆续续提出了很多理由，指责上诉机构存在“越权裁判”“超期服役”和“遵循先例”等问题。^⑤ WTO 体制内有很多合法渠道可以提出这些问题，并且应该交由 WTO 全体成员讨论。^⑥ 但是美国从未通过合法渠道正式提出过这些问题，却在上诉机构成员连任和遴选的时候突然发难，并以此作为不支持上诉机构继续运行的依据，显然属于滥用权利。

（二）其他成员的空诉或仲裁是否属于滥用权利

其一，空诉。WTO 上诉机构停止受理案件以来，已经有 22 个案件被空诉到实际上并不存在的上诉机构。^⑦ 这些案件上诉通知的最后一段都有一个不谋而合的说法：上诉方知道上诉机构目前不能受理案件，愿意等到上诉机构恢复再要求审理案件。^⑧ 所有人都心知肚明，这只是让专家组裁决不能生效的说辞而已。这是否属于滥用权利？恐怕不能一概而论。因为有些案件是真上诉，上诉方确实认为专家组裁决存在问题，正像上诉机构危机之前的情况一样。事实上，在很多案件中，上诉机构都修改或推翻了专家组裁决。^⑨ 在这种情况下，就不能说空诉是滥用权利。但是在美国作为被诉方的几个案件中，作为上诉机制破坏者的美国提起上诉，特别是在公开宣布不

-
- ① 上诉机构全部成员名单可参见 WTO 官网，Appellate Body Members，https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm。
 - ② 遴选程序参见 *Establishment of the Appellate Body*, Recommendations by the Preparatory Committee for the WTO, approved by the Dispute Settlement Body on 10 February 1995, WT/DSB/1 (19 June 1995)。
 - ③ 此为惯例，未见明文规定。
 - ④ 参见杨国华：《世界贸易组织上诉机构的危机过程与未来发展》，载《经贸法律评论》2023 年第 3 期，第 45 页。
 - ⑤ See USTR, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, February 2020, https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf. 美国对这些理由的简介及其他成员的评论，可参见 General Council, *Minutes of Meeting – Held in the Centre William Rappard on 3 March 2020*, WT/GC/M/182 (16 April 2020), pp. 48–55。
 - ⑥ 例如，《建立 WTO 协定》第 9 条第 2 款就明确规定：部长级会议和总理事会可以解释协定。
 - ⑦ 目前处于上诉状态的案件共 30 个，但其中 8 个是在上诉机构停止受理案件日期（即 2019 年 12 月 10 日）前提起。上诉机构已经无法对这 8 个案件进行审理。See WTO official website, Current Notified Appeals, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm。
 - ⑧ 例如“印度关税案”（DS584）的上诉通知。See *India – Tariff Treatment on Certain Goods in the Information and Communications Technology Sector*, WT/DS584/14 (25 May 2023)。
 - ⑨ DSU 第 17 条第 13 款规定：上诉机构可维持、修改或撤销专家组裁决。

会执行裁决的情况下提起上诉，则是明显的滥用权利。^①

其二，仲裁。部分成员援用 DSU 第 25 条（仲裁）建立仲裁庭审理上诉案件，并且已经审结 2 个案件。^② 从表面上看，将第 25 条作为上诉依据，不一定符合《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款所要求的“善意”解释，因为第 25 条之目的并非用于上诉，而是争端解决的一种替代手段。^③ 然而，从理论上讲，也许能够从相互间（*inter se*）协定^④和嗣后惯例（*subsequent practice*）的角度找到依据。《维也纳条约法公约》第 41 条“仅在若干当事国间修改多边条约之协定”规定：

一、多边条约两个以上当事国得于下列情形下缔结协定仅在彼此间修改条约：（甲）条约内规定有作此种修改之可能者；或（乙）有关之修改非为条约所禁止，且：（一）不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务者；（二）不关涉任何如予损抑即与有效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定者。

也许可以说，仲裁属于部分成员达成协议，对条约条款进行修改，显然是“相互间协定”，并且仲裁符合其两项条件，即不影响其他成员和不损害条约宗旨。此外，1966 年《维也纳条约法公约》草案，在“仅在某些缔约方之间修改多边条约的协定”（第 37 条）之后，规定了“嗣后实践修改条约”（*modification of treaties by subsequent practice*，第 38 条）：适用条约的嗣后实践可以修改条约，条件是该实践能够确定缔约方之同意。国际法委员会评注对此进行了简单解释，认为本条所涉情形，是缔约方共同同意条约以未能预见的方式适用；尽管不必每个缔约方都积极参与，但是必须证明全体缔约方已经同意修改。^⑤ 可以推断，部分成员选择了仲裁，而没有成员表示反对，因此可以认为全体成员通过嗣后惯例修改了条约。总而言之，在上诉机构不能正常运转的情况下，无论如何都不能将使用仲裁归为滥用权利。

① 美国共提起了 10 个空诉案件。但是美国没有像其他成员一样提出“愿意等到上诉机构恢复再要求审理案件”，而是直接表明希望与起诉方协商解决争端，并且在一些涉及所谓国家安全的案件中，更是直截了当地主张 WTO 无权处理此类案件。See *United States – Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products and the Use of Facts Available*, WT/DS539/9 (22 March 2021); *United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WT/DS564/21 (30 January 2023).

② 2020 年初，欧盟和中国等 WTO 成员开始建立“多方临时上诉仲裁安排”（*Multi-party Interim Appeal Arbitration Arrangement*，下文简称 MPIA），MPIA 现有 53 个成员。MPIA 文本参见 *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, JOB/DSB/1/Add.12 (30 April 2020)。笔者荣任 10 名仲裁员之一。See *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, JOB/DSB/1/Add.12/Suppl.5 (3 August 2020)。2022 年，MPIA 审理了第一起案件——“哥伦比亚冻薯条案”（DS591）。同年，“土耳其药品案”（DS583）的当事方，即土耳其（非 MPIA 成员）和欧盟使用了双方上诉仲裁协议与 MPIA 混合的方式解决争端，该案成为“上诉仲裁第一案”。笔者荣任该案的 3 名仲裁员之一。有关该案的研究可参见杨国华：《WTO 上诉仲裁第一案——土耳其药品案》，载《上海对外经贸大学学报》2022 年第 6 期；杨国华：《WTO 上诉仲裁第一案——“土耳其药品案”研究》，人民出版社 2023 年版。

③ 第 25 条本意并非包括将仲裁用作上诉。第 1 款原文是：“WTO 中的快速仲裁作为争端解决的一种替代手段，能够便利所涉问题已经由双方明确界定的某些争端的解决。”显然，这是一个授权条款，即 WTO 成员之间的争端解决，除了使用一般的争端解决程序，由专家组和上诉机构审理案件，还可以使用仲裁。换言之，一般程序与仲裁是二选一的关系，仲裁是一般程序的“替代手段”。

④ 相互间协定是笔者的学理总结，1996 年《维也纳条约法公约》草案和最后通过的作准文本中都没有直接使用这一概念。

⑤ “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 236.

(三) 美国持续阻挠上诉机构恢复运转亦是滥用权利

从美国发难开始,其他WTO成员就一直努力与美国进行协商,试图解决美国关切,甚至正式提出了书面改革方案,但是美国一直没有松口。从美国角度看,不同意是一项权利,其他成员不能勉强。从2017年开始,美国陆陆续续提出了一系列对上诉机构的指责,其他成员就这些理由进行了深入而广泛的讨论,并且在此基础上提出了“沃克方案”,^①对美国的指责作出了回应。现在真相大白,美国根本不是为了解决问题,而是为了让上诉机构停止运转。

目前正在进行的争端解决机制改革谈判,核心内容仍然是上诉机构的存废。^②欧盟和中国等成员明确要求恢复上诉机构,^③而美国却模棱两可,顾左右而言他,形成了其他成员有求于美国,希望美国同意恢复上诉机构,美国则坚决不予同意的局面。更加恶劣的是,美国不明确表达上诉机构到底应该如何改革,亦不对“沃克方案”作出回应,使得上诉机构恢复和争端解决机制正常运转遥遥无期,甚至令人猜测美国根本不会同意“二审终审”的制度,也就是不管怎么改革,上诉机构都已经一去不复返。美国持续阻挠上诉机构恢复运转亦是滥用权利。

三 解决上诉机构危机的思考与建议

当前的争端解决机制改革谈判存在理论基础方面的瑕疵,是在试图解决由滥用权利而产生的问题。尽管客观上争端解决机制确实存在问题,也有来自不同国家的专家学者对此进行过研讨,但当前的改革谈判并不能达到解决问题的目的。这时候需要重新考虑运用投票表决或采取集体行动来恢复上诉机构的成员遴选。

上诉机构危机之初,就有学者提出援用投票制启动上诉机构成员遴选,^④但是该建议未被WTO成员所采纳。因为WTO传统上一直使用“协商一致”的决策方法,而且撇开美国推进上诉机构成员遴选,“后果很严重”——人们难以想象一个没有美国的争端解决机制。何况真正进行表决,也不一定有多少成员愿意支持,也就是现实中不具有可操作性。^⑤这可能是由于,在WTO争端解决机制的建立和运转过程中,美国是最多次提起诉讼,亦是最多次被起诉的国家,始终是

① 该方案于2019年由争端解决机构主席David Walker在担任上诉机构事项非正式磋商协调员(Facilitator of the Informal Process on Appellate Body Matters)期间提出。See General Council, *Draft Decision – Functioning of the Appellate Body*, WT/GC/W/791 (28 November 2019); General Council, *Minutes of Meeting – Held in the Centre William Rappard on 9 – 10 December 2019*, WT/GC/M/181 (24 February 2020), pp. 12 – 33.

② See Ministerial Conference, *MC12 Outcome Document – Adopted on 17 June 2022*, WT/MIN (22) /24/, WT/L/1135 (22 June 2022), para. 4.

③ See *EU Concept Paper on WTO Reform*, 2018, <https://www.wita.org/atp-research/eu-concept-paper-on-wto-reform/>; *Reforming the WTO: Towards a Sustainable and Effective Multilateral Trading System*, 2021, https://knowledge4policy.ec.europa.eu/sites/default/files/NG0221300ENN_en_.pdf. 另参见《中国关于世贸组织改革的立场文件》,中国商务部官网, <http://sms.mofcom.gov.cn/article/cbw/201812/20181202817611.shtml>; 《中国关于世贸组织改革的建议文件》,中国商务部官网, <http://images.mofcom.gov.cn/sms/201905/20190514094326062.pdf>.

④ See Pieter Jan Kuijper, “From the Board: The US Attack on the WTO Appellate Body”, *Legal Issues of Economic Integration*, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals/LEIE/LEIE2018001.pdf>; Henry Gao, “Finding a Rule-Based Solution to the Appellate Body Crisis: Looking Beyond the Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement”, (2021) 24 *Journal of International Economic Law* 534, pp. 534 – 550.

⑤ 这似乎是WTO学界的共识,虽然没有官方文件佐证。

该机制的重要参与方。

然而，4年过去了，WTO 争端解决机制支离破碎，而美国的意图已经十分明显，不仅不会恢复上诉机构，甚至连争端解决机制都可能会弃之不顾。因为2019年以来，美国不断提起空诉，还公开声明不会执行某些案件。^① 不仅如此，美国自此再也没有在WTO中提起一个案件，不服当被诉方，也不起诉其他成员。美国已经事实上离开了争端解决机制，“改革”希望非常渺茫。利弊权衡，投票可能成为不得已的选择。

《建立WTO协定》第9条第1款规定：WTO应继续实行协商一致作出决定的做法。^② 如果无法经协商一致作出决定，则应通过投票作出决定。此处没有指明需要决定的事项和场合，似乎是任何事情（the matter at issue）和任何场合（例如理事会和委员会）都可以适用。不仅如此，此处也没有规定票数比例，例如是简单多数还是三分之二，但是规定了每个成员一票。当然，上诉机构成员的连任和遴选由DSB负责，而DSB的“另一块牌子”是总理事会，即“最高权力机构”部长级会议休会期间的常设机构，由WTO成员常驻WTO代表组织。^③ 因此，在DSB停止运转期间，上诉机构成员的选任似乎应该交由部长级会议或总理事会表决，按照《建立WTO协定》第4条第1—3款的规定，由所投票数的多数决定。因为遴选上诉机构成员不属于协定修改和协定解释的特殊事项，而应归为一般事项，由所投票数的简单多数决定。“所投票数”（the votes casted）不一定等于WTO全体成员数量（即164），因为有些成员可能不会参加投票。但是仅从提出联合提案要求启动上诉机构成员遴选的128个成员看，简单多数应该没有问题。简单多数的实际票数甚至可能超过更加严格的解释协定的四分之三多数，^④ 更不用说超过修改协定的三分之二多数了。^⑤

需要说明的是，《建立WTO协定》第9条第1款有一个“但书”条款：除非本协定或其他协定另有规定。该款脚注明确规定：当总理事会以DSB名义作出决定时，应依照DSU第2条第4款，也就是“协商一致”。乍看上去，投票这条路似乎行不通，但是细分之下，如果总理事会不是以DSB名义进行投票，岂不是简单多数就可以？只是此处似乎不符合立法原意，因为上诉机构成员任命属于DSB专属权力，不应该属于总理事会管辖事项。^⑥

那么，先对这个“但书”条款和DSU第2条第4款进行修改，然后再启动上诉机构成员遴

① 例如对于“美国钢铁和铝案”（DS544），美国认为涉及国家安全产品，美国不会取消涉案关税。See USTR, “Statement from USTR Spokesperson Adam Hodge”, 9 December 2022, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2022/december/statement-ustr-spokesperson-adam-hodge>. 在“美国产地标识案”（DS597）中，美国也称此事涉及国家安全，美国不会取消相关措施。See USTR, “Statement from USTR Spokesperson Adam Hodge”, 21 December 2022, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2022/december/statement-ustr-spokesperson-adam-hodge-0>.

② 在相关会议上，没有成员正式反对就视为协商一致通过决定。

③ 参见《建立WTO协定》第4条第1—3款。

④ 参见《建立WTO协定》第9条第2款。

⑤ 参见《建立WTO协定》第10条第1款。

⑥ DSU第17条第2款规定，“The DSB shall appoint persons to serve the Appellate Body”。此处的“shall”，似乎应该理解为是对DSB专属授权，即这项工作专门由DSB承担。此外，第9条第1款脚注只提到了总理事会，而没有提到部长级会议，似乎是在回应DSB专属授权，而不能理解为部长级会议可以越俎代庖，代行DSB职责，通过简单多数进行上诉机构成员遴选工作。《建立WTO协定》第4条第1款规定：部长级会议有权就所有事项（all matters）作出决定，但是必须遵循本协定及其他协定的具体决策要求（the specific requirements for decision-making）。似乎可以认为，即使部长级会议代行DSB职责，其决策机制也必须是“协商一致”。

选投票可能是一种解决方式。《建立 WTO 协定》第 10 条（修正）规定：本协定修改，如果不能协商一致，部长级会议可以采取三分之二投票，但是这个投票只是通过修正案，而其生效仍然需要所有成员接受。该条第 2 款特别提到：第 9 条（决策）修改，需要所有成员接受（acceptance by all Members）方可生效，而第 8 款更加强调：对 DSU 的修改必须协商一致并经部长级会议批准后对全体成员生效。如此看来，不可能通过“投票”来修改决策机制以及 DSU。^①

可以发现，在不能协商一致的情况下，WTO 的投票机制分为 3 种：简单多数，适用于一般事项；三分之二多数，适用于协定修改等，例如对货物贸易、服务贸易和知识产权协定的修改；四分之三多数，适用于协定解释等。^② 此外，对于决策机制本身的修改，必须全体成员接受；^③ 对于 DSU 修改，需要协商一致。简而言之，投票制度不能适用于这两项内容的修改。从这个现象中，我们能够看到不同事项的重要程度，分别用简单多数、三分之二和四分之三投票制进行约束，而决策机制本身和 DSU 修改，必须是没有成员反对。决策机制修改不能采取投票制，不仅是因为决策机制是根本制度条款，而且还有逻辑性问题，因为用投票制决定是否用投票制，可能是循环决定。至于 DSU 不能修改，则应该是因为争端解决机制的根本制度性，与“最惠国待遇原则”一样重要。

然而，上诉机构危机的产生与发展，特别是这个过程中明显存在的滥用权利现象，应该为 WTO 成员所始料未及。在这种情况下，WTO 成员是否只能画地为牢，束手无策？实证法与自然法的冲突再次出现在人们面前。不仅如此，WTO 三大职能，即谈判规则、监督实施和解决争端，“三足鼎立”，缺一不可。^④ 现在争端解决机制不能正常运作，应该属于《维也纳条约法公约》第 62 条的“情况之基本改变”（fundamental change of circumstances），也就是缔约时没有预见的情形，成员同意之基础（essential basis）发生了根本改变并且条约义务之范围受到了剧烈影响。尽管《维也纳条约法公约》讨论的是终止或退出条约的极端情形，但是也为恢复争端解决机制功能的努力提供了一些启示：在极端情况下，WTO 成员应该有权采取紧急措施。这也是一般国际法对部门国际法补充作用的体现。^⑤

从条约法依据看，也许前文仲裁部分所提及的相互间协定可以作为一种解释。换言之，仍然可以援用投票机制，性质上属于部分成员对于 WTO 协定的修改（效力仅及于这些成员之间），因为 WTO 并不禁止部分成员在不影响其他成员和不损害条约宗旨的前提下，通过提议部长级会议或总理理事会投票以启动上诉机构成员遴选。事实上，这样做完全符合争端解决机制的宗旨，例如 DSU 第 3 条第 2 款所宣称的争端解决机制的性质，即为多边贸易体制提供安全性和可预见性

① 《建立 WTO 协定》第 16 条第 3 款规定，如本协定条款与附件协定条款产生冲突，应以本协定为准。但是此处的问题并非本协定与 DSU 冲突。

② 例如接受新成员（第 12 条第 2 款）和豁免义务（第 9 条第 3 款）。

③ 对于修改最惠国待遇和关税减让也是如此（第 10 条第 2 款）。决策机制的详细介绍，参见 Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization* (Cambridge University Press, 3rd edn, 2013), pp. 136 – 147; Claus-Dieter Ehlermann and Lothar Ehring, “Decision-Making in the World Trade Organization: Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules on International Trade?”, (2005) 8 (1) *Journal of International Economic Law* 51, pp. 51 – 75; Dmitri V. Verenyov, “Vote or Lose: An Analysis of Decision-Making Alternatives for the World Trade Organization”, (2003) 51 (2) *Buffalo Law Review* 427, pp. 427 – 482.

④ 参见《建立 WTO 协定》第 3 条。

⑤ 一般国际法对部门国际法具有补充作用（gap-filling）。See International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 2006, Annex: Draft Conclusions of the Work of the Study Group, para. 15.

和维护成员的权利义务，以及建立 WTO 的《马拉喀什宣言》的目标，即在国际贸易中建立更加清晰有力的法律机制，包括更加可靠有效的争端解决机制。

此外，除了推动投票，128 个成员或者更多成员能否集体启动上诉机构成员遴选，并且未来只审理彼此之间的上诉案件？事实上，目前已有 53 个成员的临时仲裁机制就是用于审理成员之间的案件，仲裁机制以 DSU 第 25 条为法律依据，而集体行动缺乏类似依据。当然，集体行动仍然可以从“相互间协定”得到支持，推动投票方面的解释同样适用，属于部分成员对于 WTO 协定的修改，区别仅仅在于并非采用投票程序。

四 结语

回顾上诉机构危机过程，评估争端机制现状，展望改革谈判前景，也许能够让我们看清很多问题，从而作出正确决定。美国处心积虑地破坏了上诉机构，这样的负资产却被继任者用于推动改革争端解决机制，而其他 WTO 成员还对改革充满期待，就显得有些不合时宜。对照条约法的善意原则进行分析，应该能够看清本质，从而在 WTO 决策机制上寻求策略，甚至创造性地寻找出路。“沃克方案”所代表的其他成员的意见几乎不可能让美国的态度缓和，进而回到 WTO 争端解决机制的框架中来。因此，在适用善意原则判定美国行为性质的基础上，上诉仲裁是紧急情况下的替代方案，WTO 应启动表决程序或集体行动进行上诉机构成员遴选，进而恢复上诉机构的运作。

An Analysis of the WTO Appellate Body Crisis from the Perspective of International Law

Yang Guohua

Abstract: WTO Dispute Settlement Mechanism (DSM) is based on treaties, so the principle of good faith in the preamble of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) shall be applied. The crisis of Appellate Body (AB) cannot be attributed to the so-called problems of the AB, but rather to the obstructive behavior of the United States. The United States has destroyed the WTO appellate system by blocking the selection of AB members, apparently abusing its rights. The DSM has been broken for nearly 4 years and its future remains vague. In this particular situation, a more appropriate approach could be by voting according to the Agreement Establishing the WTO or collective action to select the AB members, and the clauses on fundamental change of circumstances and *inter se* agreements in the VCLT could provide a legal basis for this initiative.

Keywords: WTO Dispute Settlement Mechanism, Appellate Body Crisis, Treaty Law, Good Faith, Abuse of Rights

(责任编辑: 谭观福)