



《北大法律评论》(2018)  
第 19 卷·第 2 辑·页 217—234  
Peking University Law Review  
Vol. 19, No. 2, 2018, pp. 217-234

## WTO 上诉机构危机的原因

杨国华\*

### The Real Reason of the WTO Appellate Body Crisis

*Yang Guohua*

**内容摘要:**由于美国阻挠,WTO 上诉机构面临合法性和功能性危机。美国对 WTO 上诉机构的指责不能成立,其真实目的是摧毁上诉机构,而美国贸易代表的立场和观点在其中起到决定性作用。上诉机构危机必将过去,WTO 成员应该联合起来抗争,拯救上诉机构,维护多边贸易体制。

**关键词:**WTO 上诉机构 危机 美国 Bob 国际法治

拙文“WTO 上诉机制研究三部曲”,即《WTO 上诉机制论》《WTO 上诉机构的产生与运作述评》和《理念与裁决:詹姆斯·巴克斯(James Bacchus)个案剖析》写于 2016 年 6 月至 2017 年 2 月之间,比较完整地阐述了 WTO 上诉机制的谈判起源和运行机制。<sup>[1]</sup>拙文表明,上诉机制的建立,是 GATT“乌拉圭

---

\* 法学博士,清华大学法学院教授,中国法学会世界贸易组织法研究会常务副会长。作者感谢清华大学法学院研究生王语嫣为本文提供资料和提出意见。

[1] 杨国华:《WTO 上诉机制论》,载《北大国际法与比较法评论》2018 年 12 月第 15 卷(总第 18 辑),第 107—159 页;杨国华:《WTO 上诉机构的产生与运作研究》,载《现代法学》2018 年第 2 期,第 147—156 页;杨国华:《理念与裁决:詹姆斯·巴克斯(James Bacchus)个案剖析》,载《国际贸易法论丛》2018 年第 8 卷,第 209—223 页。

回合”谈判中“改进并加强(improve and strengthen)争端解决的规则和程序”的主要成果。具体而言,上诉机制是为了纠正专家组报告中可能存在的错误。拙文提出,WTO 上诉机制是人类社会第一个解决国家之间争端的上诉机制,在解决贸易案和发展国际法方面作出了重要贡献。拙文也谈及 WTO 上诉机制需要解决的问题,主要是案件数量过大和成员连任受阻,认为 WTO 上诉机制的发展事关 WTO 的未来,更事关国际法治的建立和完善。

写作这三篇长达 7.5 万字的文章,是因为 WTO 上诉机制非常成功,二十多年作出二百多个高质量裁决,成为世界贸易体制“安全性和可预见性的核心因素”。〔2〕凡是从事过 WTO 争端解决实务或阅读过 WTO 上诉机构报告的人,都会盛赞 WTO 上诉机制的成就。1996 年至 2014 年,本人在外经贸部/商务部条约法律司工作,有幸参与了中国加入 WTO 之后一些重要案件的处理工作,包括多次出席 WTO 上诉机构听证会,对上诉机制的必要性和有效性深信不疑。本人还将上诉机构报告作为法学院本科生和研究生的课堂讨论案例,精彩的法律推理令一届届同学如痴如醉,惊叹这才是真正的法律思维。因此,这三篇文章就是试图追根源地探索上诉机制的成功之道,认为该机制设计合理,第一代上诉机构成员认真负责,为上诉机制运转奠定了良好基础。写完一篇,意犹未尽再写一篇,还因为本人作为中国政府推荐的候选人参加了上诉机构成员的竞选。2016 年 4 月 4 日至 20 日,本人有幸在日内瓦与 WTO 上诉机构遴选委员会成员[争端解决机制(DSB)主席南非大使、总干事、总理事会主席挪威大使、服务贸易理事会主席乌拉圭大使和知识产权理事会主席坦桑尼亚大使]面谈,并会见了 34 个成员的代表,其中包括 20 位大使。这次独特的经历,让本人从“人”的角度对上诉机制增加了感性认识,认为这样一个精挑细选的过程,保障了上诉机构成员的基本素质。总而言之,本人对上诉机制是肯定的。至于上诉机制需要解决的问题,在本人看来,最多是技术层面的,例如工作量问题。甚至对于成员连任问题,本人也觉得不过是一个偶然事件,能够很快从制度上得到完善。

然而,随后的事态发展,却令所有人始料未及、不知所措。以 2017 年初特朗普政府上台为标志,美国开始对 WTO 采取负面态度,不断攻击 WTO 规则不公平、不发展,甚至威胁退出 WTO。〔3〕尤为恶劣和严重的是,美国开始阻挠上诉机构成员的遴选,使得名额不能补足,以至于到了 2018 年 9 月,上诉机构

〔2〕《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU)第 3 条第 2 款。

〔3〕 Jeffrey Kucik, “Why Trump’s wrong about WTO treating US unfairly?” (The Conversation, 4 September 2018), at <https://theconversation.com/why-trumps-wrong-about-wto-treating-us-unfairly-102562> (last visited 31 December 2018).

7 名成员只剩下 3 名,其合法性不复存在,实际运转大打折扣,上诉机制面临生死存亡的危机。WTO 主要成员一致表示关注,各国学者也纷纷提出解决方案。然而,直到 2018 年年底,危机丝毫没有转缓,并且人们普遍持悲观态度,认为上诉机制将进入“冬眠”状态。

众所周知,WTO 上诉机构危机来自美国阻挠上诉机构成员的遴选。然而,美国提出的理由是什么?能否站得住脚?真实原因又是什么?

### 一、理由

美国驻 WTO 大使曾表示,美国对 WTO 争端解决机制的关注明确载于《2018 年贸易政策规划及 2017 年贸易协议年度报告》(2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program)第 22—28 页中,并且戏称“第 22—28 页”已经成为日内瓦流行的美国关注的代名词。<sup>〔4〕</sup>该文件是 2018 年 3 月美国总统根据法律规定向国会提交的年度报告,全面总结了 2017 年美国在贸易协议谈判和实施,贸易执法措施,制造业与贸易、保护知识产权、促进数字贸易和电子商务、贸易与环境、贸易与劳工、中小企业和经合组织等方面的活动,WTO 的各项活动,以及贸易政策发展等方面的举措,还有 2018 的计划。<sup>〔5〕</sup>对争端解决机制的关注,大致可以分为实质和程序两个方面。

在实质方面,主要是所谓的专家组和上诉机构增加或减少 WTO 协定的权利义务问题,可以简称为“越权裁判”(overreaching)问题。文件列举了一系列案件,认为专家组和上诉机构在补贴、反倾销税、反补贴税、TBT 协定的标准和保障措施等方面超越了其法定权限,对 WTO 成员增加或减少了权利义务。例如,上诉机构的解释严重限制了 WTO 成员抵制国有企业所提供的干扰贸易的补贴的能力,对市场导向行为者的利益构成威胁;上诉机构对《技术性贸易壁垒协定》(TBT 协定)中非歧视义务的解释要求审查源于国别的与差别待遇无关的因素,使得国内外产品的同等待遇却因市场影响的差异而被认定为歧视进口产品,而 TBT 协定文本或谈判历史都不能表明 WTO 成员曾经谈判或者同意这样的做法;在“美国海外销售公司案”中,专家组和上诉机构的解释导致一项结果,即 WTO 规则没有公平对待(全世界和本国)不同的税收制度,没有考虑 WTO 成员已经达成谅解,认为一国没有必要对国外收入征税,并且没有证据

〔4〕 CSIS, “The WTO: Looking Forward” (12 October 2018), at <https://www.csis.org/events/wto-looking-forward> (last visited 27 December 2018).

〔5〕 USTR, “2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report”, at <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018/AR/2018%20Annual%20Report%20FINAL.PDF> (last visited 27 December 2018).

表明美国海外销售公司扰乱了贸易或比其他国家的本国税收制度更具扰乱性；上诉机构对 GATT 第 19 条和《保障措施协定》的解释没有文本依据，而是按照自己设定的标准解读文本，严重影响了 WTO 成员使用保障措施的能力；在“美国 CDSOA 案”中，上诉机构事实上创造了一种新的禁止性补贴，而 WTO 协定并未限制成员如何使用基于反倾销税和反补贴税所建立的基金以帮助受到损害的产业。

在程序方面，该文件则选取了以下五个问题：（1）无视 90 日上诉审期。2011 年之前，上诉机构基本遵守 90 日审期的规定，只是在必要时经当事方同意延长期限。然而，上诉机构后来改变了做法，不再与当事方协商，而只是向争端解决机构通报。近年来，上诉机构也不再遵守一般应在 60 日内提交报告的规定，不向当事方和争端解决机构通报延期所需时间。（2）离任成员继续审案。上诉机构任期结束后继续审理现有案件，其决定权在争端解决机构，而不在上诉机构本身。2017 年之前，上诉机构偶尔自己作出决定，并且延长相对较短，但是 2017 年开始无限期延长，甚至适用于某成员任期结束前尚未开始审理的案件。（3）发表无关争议解决的咨询意见。上诉机构经常发表并非解决争端所必需的意见，导致审期延误。例如，在某个极端案例中，上诉机构报告的 2/3、长达 46 页的分析都是咨询性质的 (*obiter dicta*)；上诉机构推翻了专家组裁决，认定专家组的所有裁决都是无效的，转而长篇解释《服务贸易总协定》(GATS) 的若干规定。这些解释无益于解决争端，而是对一个无效专家组裁决的审查。（4）审查事实及重新审查成员国内法。上诉机构经常根据不同的法律标准对专家组报告中的事实进行审查，并且对 WTO 成员的国内法进行解释。上诉机构将国内措施的含义作为法律问题审查，而不承认其属于不应受制于上诉审查的事实问题。不仅如此，上诉机构在审查国内措施的时候，还不采纳专家组的事实认定。（5）主张其裁决构成先例。上诉机构认为，除非有强有力的理由 (*cogent reasons*)，专家组应该遵循其裁决。尽管上诉机构裁决能够对 WTO 协定进行有价值的澄清，但是裁决本身并非成员所同意的文本，也不能替代谈判所达成的文本。上诉机构主张其裁决构成先例，就是认为专家组可以不承担客观审查案情的责任而只遵循先前裁决。<sup>〔6〕</sup>

---

〔6〕 关于程序方面的 5 个问题，美国后来在 WTO 争端解决机构 (DSB) 会议上进行了更为详细的阐述，分别为：（1）审期：2018 年 6 月 22 日会议 ([https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Jun22.DSB\\_.Stmt\\_.as-delivered\\_fin\\_.public.rev\\_.pdf](https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Jun22.DSB_.Stmt_.as-delivered_fin_.public.rev_.pdf))；DSB 会议纪要：WT/DSB/M/414，共 23 页。美国发言历数上诉机构逾期审案的严重情况及不提供理由等不合作态度。（2）离任成员审案：2017 年 8 月 31 日会议 ([https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Aug31.DSB\\_.Stmt\\_.as-delivered\\_fin\\_.public.pdf](https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Aug31.DSB_.Stmt_.as-delivered_fin_.public.pdf))；DSB 会议纪要：WT/DSB/M/400 和 2018 年 2 月 28 日会议 ([https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Feb28.DSB\\_.Stmt\\_.as-delivered\\_fin\\_.public-1.pdf](https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Feb28.DSB_.Stmt_.as-delivered_fin_.public-1.pdf))；DSB 会议纪要：WT/DSB/M/409，（转下页）

## 二、剖析

正如美国在该文件中所说,这些理由过去多年都曾在 WTO 提出过,现在不过是将其汇总并加以强调而已。不仅如此,在这份文件和在 DSB 会议上的相应发言中,美国还经常援引其他成员的相同观点,声称 these 问题是成员普遍关注的问题。然而,美国也提到,事实上也有很多成员不同意美国的观点,甚至在 DSB 会议上与美国展开了辩论。<sup>〔7〕</sup>此外,也有成员就美国关注的问题提出了解决方案。<sup>〔8〕</sup>

(接上页)共 7 页。美国发言主要包括两个方面:一是问题的严重性。在若干案件中,有些裁决是在上诉机构成员任期结束后作出的,极端情况还包括任期结束前 3 天还接受案件,以至于整个案件都在任期结束后完成。二是第 15 条的合法性。DSU 第 17 条第 2 款明确规定,任命上诉机构成员的权力在 DSB,因此延期审案应该经 DSB 开会批准,而不是由上诉机构自己决定。(3) 咨询意见:2018 年 10 月 29 日会议([https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Oct29.DSB\\_.Stmt\\_.as-delivered\\_fin\\_.rev\\_.public.pdf](https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Oct29.DSB_.Stmt_.as-delivered_fin_.rev_.public.pdf); DSB 会议纪要:WT/DSB/M/420),共 27 页。美国认为上诉机构的职责是解决争端,而非“造法”;上诉机构无权提供咨询意见。美国还提出了国际法院提供咨询意见的明确授权(《联合国宪章》第 96 条和《国际法院规约》第 65 条)作为反例。(4) 审查事实(及审查国内法):2018 年 8 月 27 日会议([https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Aug27.DSB\\_.Stmt\\_.as-delivered\\_fin\\_.public.pdf](https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Aug27.DSB_.Stmt_.as-delivered_fin_.public.pdf); DSB 会议纪要:WT/DSB/M/417),共 32 页。美国主要就“事实问题”和“法律问题”进行辨析,并且列举了众多案例和成员观点,认为上诉机构完全审查专家组对国内法含义的认定。(5) 遵循先例:2018 年 12 月 18 日会议([https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Dec18.DSB\\_.Stmt\\_.as-deliv\\_fin\\_.public.pdf](https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Dec18.DSB_.Stmt_.as-deliv_fin_.public.pdf); DSB 会议纪要:WT/DSB/M/),共 27 页。美国发言主要指责上诉机构建立了一种普通法系那样的先例制度,而这在 DSU 中是没有依据的。

关于实质和程序问题,有人赞同美国政府的观点。See Terence P. Stewart, *Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System* (<http://www.gbdcinc.org/chisputed-court-december-20-2017/>)。Terence P. Stewart (Terry) 是著名的 WTO 专家,从事国际贸易法律师实务并且爱好学术,著作颇丰[特别是四卷本 *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History* (1986-1994)],密切跟踪 WTO 事务,但是其观点似乎偏向贸易保护主义,原因也许是他的客户与 Bob 一样,主要是美国钢铁行业,非常依靠反倾销、反补贴和保障措施等贸易救济措施进行保护。以上网站最后访问日期:2018 年 12 月 27 日。

〔7〕 同前注〔6〕,这些观点在美国于 2017 年 8 月 31 日和 2018 年 2 月 28 日 DSB 会议上的发言中均有体现。

〔8〕 例如,2018 年 9 月,欧盟提出了 WTO 全面改革方案([http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc\\_157331.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf)),其中对所谓程序问题提供了具体解决办法;同时加拿大也提出了方案([https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/DDFDocuments/248327/q/Job/GC/201.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/248327/q/Job/GC/201.pdf)),其中涉及所谓程序问题的一些立场。2018 年 12 月,欧盟和中国等成员联合提出方案([https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/DDFDocuments/250332/q/WT/GC/W752R1.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/250332/q/WT/GC/W752R1.pdf); [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/DDFDocuments/249919/q/WT/GC/W753.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/249919/q/WT/GC/W753.pdf)),主要针对美国关注的程序问题以及改进上诉机制提出了建议。以上网站最后访问日期:2018 年 12 月 27 日。(转下页)

从美国的关注和其他成员的态度看,分析美国提出的这些理由,大致可以从三个方面进行:问题是否属实,问题是否严重,问题是否有解。

### (一) 实质问题

对于实质方面的“越权裁判”问题,理想的方法是对美国提到的每个案例的专家组和上诉机构报告进行详细研究,特别是当事方和第三方在相关问题上的观点、专家组和上诉机构的分析、报告在DSB会议上通过时WTO成员的发言,甚至是随后学者们对案件的评价。鉴于美国提到了很多案件,这个工作量已经不小,但也只是基础工作,最多属于“文献综述”,在此基础上,应该对是否“越权裁判”作出判断。

然而,此处却有一个理论和实践的困境。从理论上讲,《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)说争端解决机制的功能在于“维护”WTO成员在协定中的权利义务,“澄清”现有规定,但不得“增加或减少”协定中的权利义务。<sup>〔9〕</sup>这三个词之间的界限是什么?“维护”可以说是目的,即通过裁决案件维护成员的权利义务;“澄清”可以说是手段,即对引起争议的条款进行解释;“增加或减少”则可以说是结果,即从消极、负面的角度设置一个标准。将这三个词结合在一起,争端解决机制功能的完整表达应该是:通过澄清协定中的规定,维护成员的权利义务,但不得增加或减少成员的权利义务。在理论上,“澄清”就是赋予某个规定以协定文本所没有载明的含义,或者在不同规定之间建立某种联系(或者确定没有联系)。也就是说,“澄清”的结果,从形式上就是对协定条款的增加或减少,那么如何判定是否“增加或减少”了权利义务,以及是否“维护”了权利义务?实践中,专家组和上诉机构总是根据“国际公法的习惯解释规则”<sup>〔10〕</sup>,甚至是格式化、教条化地使用《维也纳条约法公约》第31条所规定的“通常含义”(特别是字典含义)、“上下文”和“宗旨和目的”相结合的方法,对争议条款作出解释。具体到个案,说一些裁决是“澄清”,另一些裁决是“增加或减少”,必定是

---

(接上页)此外,学术界也对这些问题进行研究并且提出建议。例如 Institute of International Economic Law, Georgetown University, “Transition on the WTO Appellate Body: a Pair of Reforms?” (<https://minilateralism.com/georgetown-iel-releases-new-proposal-for-wto-appellate-body-reform/>); Tetyana Payosova, Gary Clyde Hufbauer and Jeffrey J. Schott, “The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures” (<https://piie.com/system/files/documents/pb18-5.pdf>); Robert McDougall, “Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function” (<https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf>); James Bacchus, “Might Unmakes Right: The American Assault on the Rule of Law in World Trade” (<https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.173.pdf>); Jennifer Hillman, “Three Approaches to Fixing the World Trade Organization’s Appellate Body: the Good, the Bad and the Ugly?” (<https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>)。以上网站最后访问日期:2018年12月27日。

〔9〕 DSU第3条第2款。

〔10〕 同前注〔9〕。

非常困难的。

鉴于案例研究的工作量以及理论和实践的困境,要对美国在每个案件中提出的关注一一辩驳,得出令人信服的结论,证明所谓“越权裁判”并不属实,绝非易事。但这并不妨碍就某些案件进行初步分析,以便对这个问题形成大致的看法。在众多案件中,本人有幸亲自参与两个案件的处理,可以结合亲身经历谈谈看法。

在对补贴案件的关注中,美国提到了“美国反倾销和反补贴案”(DS379)。这是 2008 年中国起诉美国对来自中国的四种产品同时征收反倾销和反补贴税的案件。经过两年多的审理,WTO 上诉机构认定美国的措施不符合 WTO 相关规定,美国随后修改了相关做法。<sup>[11]</sup> 对于本案争议的两个焦点,即《补贴与反补贴措施协定》第 1 条“公共机构”(public body)一词的含义和“双重救济”(double remedy,即在同时征收反倾销和反补贴税情况下所出现的重复征收情况)是否违反第 19 条第 3 款,上诉机构都做了令人信服的解释。其中,对于“公共机构”,上诉机构从严格的字词含义出发,认为判断的标准是该机构是否履行政府职能,而不仅仅是该机构是否为政府所拥有;而对于“双重救济”,上诉机构则紧扣“适当金额”(appropriate amounts)一词的目的,认为对于来自非市场经济成员的产品同时征税而不考虑重复征收的情形,不符合协定的规定。<sup>[12]</sup> 在本人看来,上诉机构的解释是严谨的,澄清了 WTO 成员的权利义务,不存在“越权裁判”的情形。

在对保障措施案件的关注中,美国提到了其作为被诉方的两个案件。<sup>[13]</sup> 美国提到的自由贸易协定成员的产品排除和“未预见发展”(unforeseen developments)的判断标准等问题,在后来中国作为起诉方的“美国钢铁保障措施案”(DS252)中都有涉及。这是 2002 年中国与另外 7 个成员联合起诉美国限制 10 种钢材进口的案件,也是中国第一次参与 WTO 争端解决,被称为“中国入世第一案”。该案经过近两年的审理,专家组和上诉机构一致认定美国措施不符合 GATT 第 19 条和《保障措施协定》,而美国也随即宣布撤销限制措施。<sup>[14]</sup> 在本人看来,上诉机构的解释是严谨的,在产品排除问题上符合《保障措施协定》相关条款的本意,并且使得“未预见发展”的要求具有可操作性,澄清了 WTO 成员的权利义务,不存在“越权裁判”的情形。

以上是对“问题是否属实”作出的判断。可以想象,美国不会认同这个判

---

[11] 案件情况见 WTO 网站: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds379\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm),最后访问日期:2018 年 12 月 31 日。

[12] 详见本案上诉机构报告。

[13] “美国羊肉案”(DS177)和“美国钢管案”(DS202)。

[14] 案件情况见 WTO 网站: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds252\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds252_e.htm),最后访问日期:2018 年 12 月 31 日。

断。退一步讲,即使问题属实,那么“问题是否严重”?一种判断方法,是看其他成员做何反应,是否也像美国那样关注。对于某些问题,正如美国提供的资料所显示的,其他成员也发表过看法,但是关注程度显然不如美国,甚至不同意美国的观点。<sup>[15]</sup>再退一步讲,如果上诉机构在某些案件的裁决中“一错再错”,“知错不改”,“增加或减少”了成员的权利义务,那么为什么美国从来没有援引WTO协定中的权威解释条款,纠正上诉机构的做法?<sup>[16]</sup>最后,既然美国一再指责上诉机构“越权裁判”,那美国为什么没有提出解决问题的办法,例如修改DSU或者设立某种机制以制约“越权裁判”行为?相反,美国只是反反复复在DSB会议上发表意见,并且多数情况都是自己败诉的案件,令人不禁对美国意见的可信度产生怀疑。批准裁决报告的DSB会议的确是当事方和其他成员发表看法的场所和机会,但是败诉方表示不满,只是不得不表达的政治姿态而已,具体理由已经在案件审理过程中以专业律师的标准表达过,受到过对方的质疑,并且最终得到专家组和上诉机构详细的分析和裁判。美国只是提出关注,而没有提出解决问题的办法,没有回答“问题是否有解”,以至于人们有理由从头怀疑“问题是否属实”和“问题是否严重”。

## (二) 程序问题

严格说来,程序问题还可以进一步细分为纯粹程序问题和涉及实质的程序问题。审期和离任成员审案问题属于前者,因为问题属实;而咨询意见、审查事实(及审查国内法)和遵循先例则属于后者,因为问题是否属于事实需要进行实质判断。

DSU规定上诉机构审案期限为60日,最长不超过90日,而现实中的确出现了超期审案问题。<sup>[17]</sup>这并不是什么大不了的问题,也不难解决。在本人看来,通过DSB决议或者DSU修改,对上诉机构提出明确要求,例如必须与当事方协商和必须经DSB同意才能延期,问题就解决了。当然,这只是个案解决的方法,而要从体制上解决问题,则必须研究延期的原因并从制度上作出安排。众所周知,随着案件数量和复杂程度的增加,上诉机构及其秘书处人手不够,捉襟见肘,这是不能按时审结案件的主要原因<sup>[18]</sup>,而解决这个问题,显然只有增

[15] 详见该文件提及的DSB会议纪要:WT/DSB/M/105, 121, 142, 294, 317, 320。

[16] 根据《建立WTO协定》第9条第2款规定,部长会议和总理事会有权对WTO协议作出权威解释。

[17] 根据美国统计,从2011年“美国轮胎案(中国)”(DS399)开始(2011年5月24日提起上诉,9月5日公布裁决,审期为105日),上诉机构平均审期为149日,超过59日,增加66%(三分之二),而从2014年开始,没有一个案件在90日内完成,平均为163日。同前注[6],美国在2018年6月22日DSB会议上的发言,第17页。

[18] 美国认为上诉机构提供咨询意见及审查事实也是不能按时结案的原因。同前注[6],美国在DSB会议发言的“咨询意见”和“审查事实”部分。

加编制,或者采用更加灵活的用人机制。<sup>[19]</sup>

上诉机构成员任期 4 年并可连任一次。任期届满而案件没有审结,这是非常可能并经常出现的问题<sup>[20]</sup>,上诉机构已经预见并且在《上诉审议工作程序》第 15 条规定了过渡期处理办法,即经上诉机构授权并向 DSB 通报,不再担任上诉机构成员的人,可完成案件审理。<sup>[21]</sup> 美国认为“决定权在争端解决机构,而不在上诉机构本身”。即使决定权在 DSB,也不是难事,上会讨论批准就是了。如果美国认为这种现象应该规范,不能让任期届满太长时间的人士审理案件,那么只需要在制度上细化就可以了,例如规定预期不能在任期届满后多长时间内审结的案件,就不应分配给该成员。

所谓咨询意见,是指裁决报告中与解决争端没有直接关系的内容。<sup>[22]</sup> 当然,是否为咨询意见,是否与争议相关,这需要个案分析。根据本人的实务和阅读经验,上诉机构报告中有些内容的确并非解决争端所必需,但是不一定能说没有必要,因为这些部分常常能够帮助 WTO 成员进一步或更加全面地理解裁决,对自己的权利义务更加明确。<sup>[23]</sup> 事实上,“咨询意见”在国内法院判决中普遍存在,就恰恰证明了其存在的合理性。如果想对这个问题进行规范,那么可以像国内法那样,明确哪些部分是没有约束力的咨询意见。

上诉只审查法律问题,这是 DSU 的明确规定。<sup>[24]</sup> 然而在实践中,“法律”和“事实”问题常常需要界定,并且有时候难以区别。具体到美国所关注的问题,即专家组对国内法含义的界定是“事实”还是“法律”,这是比较复杂的问题,甚至可能需要个案解决。对于 WTO 案件而言,成员国内法常常是被诉措施,而国内法某些条款的含义显然属于“事实问题”,需要专家组查明。那么,专家组的解释是否就是纯粹的事实认定? 当事方能否上诉? 上诉机构能否审查? 是否存在“对事实问题的认定属于法律问题”这样的悖论? 这些问题看似复杂,但并非不能讨论清楚,并且结合个案灵活处理。

[19] 例如,让退役成员继续审案。

[20] 同前注[6],美国在 2018 年 2 月 28 日 DSB 会议上的发言。

[21] 《上诉审议工作程序》第 15 条规定:不再担任上诉机构成员的人,经上诉机构授权并向 DSB 通报,可以完成案件审理工作。

[22] 这是根据美国以及一些成员的关注所归纳的含义。同前注[6],美国在 DSB 会议发言的“咨询意见”部分。

[23] 例如,在美国提及的“中国出版物和音像制品案”(DS363)中,在 DSB 会议上,美国并没有提出所谓的“咨询意见”问题,而日本的评论也是值得商榷的(参见 DSB 会议纪要:WT/DSB/M/278,第 14—19 页)。具体到本案,笔者认为,上诉机构对于 GATT 第 20 条与中国入世议定书中某个条款之间关系的分析,既为解决争端所必需,也为成员权利义务之澄清。

[24] DSU 第 17 条第 6 款:上诉应限于专家组报告涉及的法律问题和专家组所作的法律解释。

随便翻开一份裁决,当事方、第三方、专家组和上诉机构援引先例的情况比比皆是,甚至每份裁决前面都有一个案例表,尽管上诉机构曾经明确说其裁决只约束本案。<sup>[25]</sup>的确,WTO没有普通法中“遵循先例”的制度,不存在专家组必须遵守上诉机构裁决的规定,但是先例能够提供指导,这是共识,连美国也承认“上诉机构裁决能够对WTO协定进行有价值的澄清”。那么,“有价值的澄清”与“遵循先例”之间的界限是什么?上诉机构在美国所指责的那个案件中说明“除非有强有力的理由,司法机关应该在随后的案件中以相同的方式解决相同的法律问题”<sup>[26]</sup>,这样说何错之有?“同案同判”应该是一项基本的司法原则,而先例在此过程中显然起到关键作用,不管在法理上先例是否有约束力。事实上,尽管上诉机构在该案中是批评专家组背离上诉机构在先前案件中对相同法律问题的解释<sup>[27]</sup>,但是上诉机构的说法显然是更具普遍性的,也就是说,上诉机构自己也应该“遵循先例”,甚至专家组之间也应该“遵循先例”,而不仅仅是要求专家组遵守上诉机构的裁决,因此与美国所指责的影响专家组客观审查案情没有关系。如果美国认为上诉机构的做法不妥,那么就on应该拿出可以操作的替代方案,为案件审理提供具体的指导。

综上所述,相对于实质问题“越权裁判”,程序问题相对简单:审期和离任成员审案问题事实清楚,并不严重,不难解决;而咨询意见需要个案澄清并且可以作出制度安排;审查事实和遵循先例问题则需要进一步澄清并且提出具有操作性的方案。对于这些问题,其他成员并没有像美国那样反应强烈<sup>[28]</sup>,而美国也没有提出改革方案<sup>[29]</sup>。对于这些并非不能解决的问题,甚至清晰简单,美国却揪住不放,大动干戈,不禁让人对其动机表示怀疑。

美国振振有词地指责争端解决机制的这些实质和程序问题,并且表示在这

[25] “日本酒精饮料案”(DS8)上诉机构报告第12—14页。

[26] “……absent cogent reasons, an adjudicatory body will resolve the same legal question in the same way in a subsequent case.”“美国不锈钢案(墨西哥)”(DS344)上诉机构报告第160段。

[27] 同前注[26],(DS344)上诉机构报告第162段。

[28] 同前注[23],尽管有些成员也表示关注,但是更多成员提出了不同观点。

[29] 2018年11月19日欧盟驻WTO大使 Marc Vanheukelen 在上海演讲并参加午餐会。笔者请教欧盟大使是否问过美国大使解决方案是什么,欧盟大使说:“我多次问 Dennis:美国的方案是什么?但是他的答复含糊其词(vague)。”2018年12月12日,中国驻WTO大使张向晨在总理事会会议上关于改革上诉机构提案的发言中,一连问了四个问题:“美方建议要怎么办?”“美方认为我们还能做什么?”“美方有哪些具体的意见?”“如果没有,是否美方愿意坐等上诉机构瘫痪?”参见中国常驻WTO代表团网站:《张向晨大使在总理事会会议上关于改革上诉机构的提案的发言》,http://wto.mofcom.gov.cn/article/xwfb/201812/20181202816659.shtml,最后访问日期:2018年12月30日。

这些问题得到解决之前,不支持启动上诉机构成员的遴选程序<sup>[30]</sup>,事实上釜底抽薪,将上诉机构和争端解决机制置于死地。人们不禁要问,即使这些问题确实存在、非常严重并可以解决,那么这些问题已经严重到足以摧毁整个上诉机构吗?如本文开头所提出的,上诉机制的建立是 GATT“乌拉圭回合”谈判中“改进并加强争端解决的规则和程序”的主要成果,并且在实际运作中成绩卓著,得到了所有成员的肯定;美国也在很多案件中胜诉,在 DSB 会议等场合赞扬上诉机构的裁决。<sup>[31]</sup>因此,美国的做法着实令人费解。

### 三、Bob

2017年9月,美国贸易代表(United States Trade Representative, USTR)罗伯特·莱特希泽(Robert Lighthizer,以下称 Bob)在一次演讲中表达了以下想法:GATT时期的专家组审案模式很好——专家组作出裁决,然后双方进行谈判。<sup>[32]</sup>此话一语道破天机!美国是要多边贸易体制回到 GATT 时期的争端解决模式,即只有专家组“一审”,没有上诉机制,并且是否执行裁决的权力最终留在各成员手中,不是由上诉机构作出具有强制执行力的裁决。Bob 为什么这么想?他一个人就能够“杀死”上诉机构吗?

#### (一) Bob 其人

“经验丰富的贸易谈判专家和诉讼律师……”“特朗普总统要他担任 USTR 时……是律所合伙人,已经从事国际贸易法业务 30 多年。……保护美国产业免受不公平贸易做法(unfair trade practices)的损害。”“……曾经担任里根总统的副 USTR。”“在担任副 USTR 之前……是美国参议院财政委员会主席 Bob Dole 办公室主任……”“……在乔治城大学获得学士学位并在乔治城法学中心获得法学学位。”“……是俄亥俄州阿什塔布拉人……”这是 Bob 在官网上的介绍。<sup>[33]</sup>这种介绍一般是自己写的,目的性很强,常常是官样文章,不可能从中

[30] 美国将这些关注与上诉机构成员遴选挂钩。例如,同前注[23],美国明确表示,应该先解决离任成员审案问题才能讨论此人的替代问题。DSB 年度报告(WTO 文件:WT/DSB/W/630, 7 November 2018)详细记录了上诉机构成员任命和连任的讨论情况。根据 DSU 第 17 条第 2 款规定,上诉机构成员由 DSB 任命,而根据第 4 条第 2 款规定,DSB 的决策机制是全体一致,因此一个成员就可以阻止上诉机构成员的遴选程序。

[31] 同前注[23],集中体现在美国针对若干案件的发言。特别是美国胜诉案件。例如,在“中国出版物和音像制品案”中,美国在 DSB 会议上就表示同意上诉机构的裁决。

[32] 同前注[2],原文如下:“……under the GATT, and there was a system where you would bring panels and then you would have a negotiation. And, you know, trade grew and we resolved issues eventually. And, you know, it's a system that, you know, was successful for a long period of time. Now, under this binding dispute-settlement process, we have to figure out a way to have— from our point of view, to have it work.”

[33] 参见美国贸易代表办公室网站: <https://ustr.gov/about-us/biographies-key-officials/united-states-trade-representative-robert-e-lighthizer>, 最后访问日期:2018年12月27日。

了解一个人的所有情况和想法。然而,短短几段文字,却也透露了一些重要信息。例如,他是个“内行”,熟知国际贸易法;他一直致力于“保护”美国产业;他有政府工作经验,甚至负责过贸易谈判;他是个“法律人”;他是俄亥俄州人。然而,他为什么对上诉机构“恨之入骨”,“欲除之而后快”呢?显然,官网信息远远不够,需要借助更多的资料。

2007年,当Bob还是一位律师时,曾经与一位贸易专家进行过三轮书面辩论,辩题为“WTO争端解决制度是否公平”。Bob是反方。他开门见山,认为WTO争端解决制度脱轨了,正在威胁整个WTO的合法性;WTO的法官们认为自己的任务并非仅仅是实施谈判者及其所达成协议的意图,而是推动世界贸易的引擎,这必将带来灾难。随后,他举例论证了这一判断:贸易救济是最好的例子,可以采取打击倾销、补贴和损害性进口增长,是美国这样的开放经济体支持贸易的基本条件;然而,WTO的法官们不是恪守职责,而是对贸易救济措施展开了全面攻击,实质上为WTO协议撰写了新的条款;在贸易救济之外的领域,WTO的法官们也就很多主权行为作出裁决,从美国税收政策、拨款政策、环保措施到公共道德,不一而足。他认为,这威胁到了整个制度的公信力,而对于这种司法能动主义(judicial activism),WTO成员几乎无能为力,全体一致修改协议几乎不可能,而退出WTO则将是灾难性的。此外,他还列举了一些案例,包括“美国归零案”“美国海外销售公司案”和“美国抵消法案”。最后他说,以八千亿贸易逆差支持全世界经济增长的美国,却一直被指责为无赖国家而一直在WTO中受到攻击,这是荒谬的;有人认为不执行WTO裁决,天就会塌下来;WTO争端解决制度应该改革了;美国应该成立一个高级别委员会审查不利裁决并就WTO的法官们是否恪守职责向国会提出报告。<sup>[34]</sup>

同期,Bob在参议院财政委员会的一次作证中也表达了大致相同的观点。他认为,WTO争端解决制度是对美国贸易法的最大威胁之一。美国在WTO中的被告案件最多并且几乎全部败诉,47个案件败诉40个,很多案件要求美国修改国内法。这些专家组和上诉机构裁决通过创造新的法律要求,始终在损害美国利益。美国的贸易伙伴正在通过诉讼获得谈判所没有得到的东西,其结果是美国丧失了保护人民和企业的主权。其中,在贸易救济领域情况最为严重,33个案件败诉30个。国会应该成立专家小组审查不利案件,并且要求行政部门执行不利裁决必须得到国会的个案批准。<sup>[35]</sup>

[34] 参见美国外交关系委员会网站:<https://www.cfr.org/article/wto-dispute-settlement-system-fair>,最后访问日期:2018年12月30日。

[35] 听证会证词,See “Testimony of Robert E. Lighthizer, U. S. Senate Committee on Finance, Hearing on Trade Enforcement for a 21st Century Economy” (June 12, 2007), at <https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/061207testrl.pdf> (last visited December 30, 2018).

从以上内容中可以发现, Bob 对 WTO 争端解决机制有意见并非一日之寒, 至少从十年前就开始了。我们还可以发现, 他的意见主要集中在“法官们”越权和“贸易救济”(反倾销、反补贴和保障措施) 领域。此外, 我们还发现他强调了“主权”等概念。2010 年在关于中国的一次作证中, 他更加明确地阐述了其“主权”观念。他认为, 在别的国家不遵守 WTO 规则时, 美国有权背离 WTO 规则, 因为 WTO 规则不能干涉各国制定经济政策的主权; WTO 法与禁止大屠杀或侵略战争的国际法不同, 并不要求不惜一切代价地遵守, 而只是工具性的法律, 有利的时候才遵守; 实际上可以用经济学理论来理解 WTO 遵循机制, 即在成本大于收益的时候可以进行“有效违反”(efficient breach)。<sup>[36]</sup> 这与上文中“天就会塌下来”的比喻如出一辙。

至此, Bob 对 WTO 争端解决机制的态度基本明朗。对他来说, WTO 裁决, 特别是贸易救济方面的裁决, 影响了美国使用反倾销、反补贴和保障措施等法律, 而对于 WTO 规则和裁决, 美国不必当真, 有利就遵守, 不利就不遵守。然而, 他对贸易救济案件的批评经不住推敲, 专家组和上诉机构未必就“越权裁判”了<sup>[37]</sup>, 而他对“主权”的理解以及对 WTO 规则和裁决的态度则令人不敢苟同, 不明白一个法律人怎么会如此看待国际法<sup>[38]</sup>。结合他的经历, 我们基本上可以还原他的心路历程: 他成长在一个钢铁是主要产业的地方, 目睹了钢铁行业每况愈下; 法学院毕业进入政府工作, 遇到了前辈引路人 Dole<sup>[39]</sup>; 后来从事律师业务, 主要客户是钢厂, 为保护钢铁行业游说和提起贸易救济调查申请, 然而 WTO 的一系列裁决, 对这些法律规定了严格的纪律, 使他不能随心所欲地加以援用, 从此“怀恨在心”, 四处散布 WTO 的“坏话”; 一朝大权在握, 立即采

---

[36] 听证会证词, See “June 9, 2010, Robert E. Lighthizer, Testimony Before the U. S. China Economic and Security Review Commission: Evaluating China’s Role in the World Trade Organization Over the Past Decade”, at [https://www.uscc.gov/sites/default/files/6\\_9\\_10Lighthizer.pdf](https://www.uscc.gov/sites/default/files/6_9_10Lighthizer.pdf) (last visited December 30, 2018), p. 33.

[37] 参见前文“越权裁判”部分的分析。

[38] 事实上, 他对美国国内法的态度也让人生疑, 因为他对美国国际贸易委员会(ITC)解释反倾销和反补贴法也表示不满, 认为 ITC 确定了更高的国内产业损害认定标准(参见前引 2007 年听证会证词, 第 8 页)。此外, 同前注[2], 在 CSIS 演讲中, 他津津有味地回忆: 多年前在参议院工作期间, 有一次陪老板 Dole 出差去巴黎, 忘了带护照, 但是老板在机场打了几个电话, 立马搞定, 没有护照也能登机! 此事让人进一步怀疑他是相信实力而不是规则的人。

[39] Dole 出生于 1923 年, 曾任参议院财政委员会主席, 并且两次参选总统(参见 <http://www.bobdole.org/>)。Dole 认为有约束力的 WTO 争端解决机制限制了美国主权, 主张国会成立一个委员会审查美国败诉案件, 由此可以看到他对 Bob 的影响。参见 1995 年 Dole 在参议院财政委员会听证会上的发言及其提出的法案, <https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/Hrg104-124.pdf>; <https://www.congress.gov/104/bills/s1438/BILLS-104s1438pcs.pdf>。以上网站最后访问日期: 2018 年 12 月 30 日。

取行动改变这种局面。<sup>[40]</sup> 在他上任之前,美国一直在批评上诉机构,甚至阻挠上诉机构成员连任。于是他抓住这个机会,决定与WTO“算总账”。客观地说,上诉机构的所谓问题,美国不是第一次提出,但是将这些问题上升到如此严重的程度,并且借此扼杀上诉机构,却是Bob的创造。他也许真的认为WTO争端解决机制不对,也许是“官报私仇”,但是“杀死”上诉机构却是其明确的目标和行动。猜测他的真实想法当然是主观的,但是他的观点与本文开头介绍的美国政府所提出的理由有惊人相似之处,则是明确的证据。

Bob出生于1947年10月11日,现年71岁。他认准的事情,估计谁也无法改变。2017年,在参议院的听证会上,他表现了自己的“内行”和强硬,宣称要加大美国贸易法的执法力度,并且为明显违反WTO规则的对华产品加征关税措施进行辩护。<sup>[41]</sup> 看来,他是要大干一场了。具有讽刺意味的是,2003年他曾经被美国政府推荐为上诉机构候选人。鉴于他对WTO争端解决的一贯批评态度,有人问他如何看待这次参选,他的回答是:“我认为选择是二选一:批评这个制度并希望杀死它(kill it),还是值得去日内瓦适用严格解释的方法以增加某种公信力?”<sup>[42]</sup> 回顾这句话,此刻我们禁不住浮想联翩。如果他当了上诉机构委员会怎样审理案件?如果他曾经当过上诉机构成员,此刻会如何对待上诉机构?显然,当年他接受推荐,是选择去日内瓦的,而后来没有去成日内瓦,他就选择“杀死它”了。

## (二) Bob 角色

美国政府决策是比较透明的。政治人物的立场和观点,会在各种各样的听证会、新闻发布会和演讲中加以阐释,并且接受听众的提问甚至质问。<sup>[43]</sup> 不仅如此,美国媒体非常发达,会对公众人物进行跟踪发掘报道,甚至涉及他们的个人生活。这些都为我们研究Bob提供了便利,让我们可以大体把握他的想法和做法,尽管他自己内心究竟怎么想只有他自己知道,我们只能靠合理推断。他对WTO争端解决机制不满,他要“搞掉”上诉机构,上文的分析应该能够得出这样的结论。不仅如此,从上下级的角度看,他也具备这样的能力。

在美国政府组织序列中,USTR是负责贸易谈判的主管部门,其中包括

[40] 莱特希泽:《重铸美国贸易政策》,http://mapazine.caijing.com.cn/20181203/4542508.shtml,最后访问日期:2018年12月30日。

[41] 2017年3月14日参议院财政委员会提名听证会:https://www.congress.gov/115/chrg/shrg28798/CHRG-115shrg28798.pdf,最后访问日期:2018年12月30日。

[42] 相关的资料参见https://ustr.gov/archive/Document\_Library/Press\_Releases/2003/September/United\_States\_Nominates\_WTO\_Appellate\_Body\_Cidates\_printer.html; http://www.rushfordreport.com/2003/10\_2003\_Publius.htm; https://www.politico.com/agenda/story/2017/02/robert-lighthizer-wto-000304。以上网站最后访问日期:2018年12月30日。

[43] 同前注[2],本文所引用的Bob演讲等就是例证。

WTO 事务。也就是说,在 WTO 问题上,Bob 是“第一责任人”,承担主要责任。他是特朗普总统挑选的。特朗普选他当 USTR 并且不断夸奖和重用<sup>[44]</sup>,显然是基于上文所介绍的 Bob 始终如一的立场,即加强贸易执法,保护美国产业。特朗普上台两年,从内政外交和日常言行,我们已经大体看清了他的为人处世风格。<sup>[45]</sup> 对于 WTO,我们不能期待特朗普是专家,但是猛烈攻击 WTO,却是特朗普所喜欢的。可以想象,如果特朗普明白 Bob 在慢慢“杀死”上诉机构,一定会拍着他的肩膀说“干得好”(good job)! 因此,我们可以肯定地说,从 Bob 与特朗普的关系看,如何对待 WTO 是 Bob 说了算的。至于 Bob 的下级幕僚,当然更是言听计从,一切听“老板”的,不愿干可以走人。首长负责制,下级服从上级,这是所有科层制行政部门的共同工作方式。于是我们就看到了一位“贸易沙皇”(trade tsar)随心所欲,所向披靡。

分析政治人物的性格和偏好等在政治决策中的作用,这是一个专门的学科——政治心理学。在政治心理学看来,政治行为是以国家或政府的面目出现的,但是真实的原因却是国家或政府背后决策的政治人物。政治人物的决策当然受到各种各样因素的影响,包括政治体制和社会形势。然而在“时势造英雄”还是“英雄造时势”的选择中,政治心理学更加倾向于后者,而在权力集中或政治人物个性鲜明时,情况尤为如此。简而言之,按照政治心理学的理解,国家或政府的行为,常常是由政治人物决定的。换句话说,面对相同的问题,不同政治人物会采取不同的处理方法。这符合人们的常识和经验。在日常生活中,每个人的为人处世方式都是有差异的,而在政治生活中,特别是在当今美国政治生活中,特朗普的个性因素对于美国政府的内政外交起到决定性作用。在美国的政治体制下,特别是在国会、法院和媒体制衡的情况下,特朗普不可能为所欲为,但是作为总统,他有法定的权力范围,并且不断尝试突破界限。具体到贸易领域,特朗普所采取的攻击性、保护主义的政策,与其性格是一致的。跟着这样的“老板”,Bob 自然可以大显身手,实现自己的“理想”。至此,我们可以得出这

[44] 例如,2018年10月1日 USMCA 达成,特朗普在新闻发布会上对 Bob 大加赞赏。参见美国白宫网站: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-united-states-mexico-canada-agreement/>。12月1日,中美领导人会晤达成有关贸易战的协议后,特朗普任命 Bob 负责与中国谈判落实协议, <https://edition.cnn.com/2018/12/03/politics/mnuchin-trump-china-trade-argentina/index.html>。以上网站最后访问日期:2018年12月31日。

[45] 通过媒体和他自己的推特,特朗普的性格充分展现,并且反映在内政外交决策中,而以下专著则比较系统地研究了性格和决策内幕,See Bandy X. Lee(ed.), *The Dangerous Case of Donald Trump: 27 Psychiatrists and Mental Health Experts Assess a President*, Thomas Dunne Books, 2017; Michael Wolff, *Fire and Fury: Inside the Trump Whitehouse*, Henry Holt and Company, 2018; Bob Woodward, *Fear: Trump in the White House*, Simon & Schuster, 2018。另见楚树龙、周兰君:《特朗普政府外交特性及其影响》,载《现代国际关系》2018年第8期,第23页。

样一个结论:所谓美国对 WTO 争端解决机制的态度,就是 Bob 一人决定的,正如美国外交政策就是特朗普一人决定的。两个人决定一个国家的贸易政策,这看上去有点过于简单化,但是如果这两个人一离任,美国贸易政策就发生大转弯,那么就能肯定他们俩是“自变量”。这有待未来实践的验证,但是不能否认政治心理学方法的理论价值,因为这种理论得到了历史事实和日常生活的验证。<sup>[46]</sup>

#### 四、结语

Bob 怀念 GATT 模式。关于争端解决,GATT 只有两个条款加上一些工作文件<sup>[47]</sup>,是否执行裁决的决定权属于当事方。然而,即使在这种机制下,绝大多数当事方也是选择执行裁决<sup>[48]</sup>,而不是像 Bob 所说的对裁决进行审查和判断,不利就不执行。从上文的分析可以推断,他从一开始就反对“改进并加强争端解决的规则和程序”,因为他认为制定 DSU 这样的详细规则,特别是强制执行机制,对美国是不利的,限制了“主权”。我们甚至可以想象,如果“乌拉圭回合”谈判时期他是 USTR,压根儿就不会有 DSU! 不仅如此,尽管他多次强调不赞成退出 WTO,因为 WTO 是一个重要组织,但是他摧毁上诉机构就是对 WTO 争端解决机制的致命打击,并进而影响到 WTO 整个体系的功能和运作。也就是说,“杀死”上诉机构就是“谋杀”WTO。其实他对 WTO 并不在乎,曾公开表示以美国的经济实力,不应该受制于某个多边机制,而应该采取一对一谈判的方式。<sup>[49]</sup>

[46] 参见格雷厄姆·沃拉斯:《政治中的人性》,朱曾汶译,商务印书馆 1995 年版;戴维·P. 霍顿:《政治心理学:情景、个人与案例》,尹继武、林民旺译,中央编译出版社 2013 年版;詹姆斯·戴维·巴伯:《总统的性格》,赵广成译,中国人民大学出版社 2015 年版;马莎·L. 科塔姆等:《政治心理学》,胡勇、陈刚译,中国人民大学出版社 2013 年版;哈罗德·D. 拉斯韦尔:《权力与人格》,胡勇译,中央编译出版社 2013 年版;哈罗德·D. 拉斯韦尔:《精神病理学与政治》,魏万磊译,中央编译出版社 2015 年版;罗伯特·E. 戈定主编:《牛津政治行为研究手册》,王浦劬等译,人民出版社 2018 年版。此外,心理学传记也常常从精神分析和社会心理学等角度研究政治人物,例如沃尔特·C. 兰格:《希特勒的心态:战时秘密报告》,程洪雁译,中央编译出版社 2011 年版;罗伯特·C. 塔克:《作为革命者的斯大林(1879—1929)——一项历史与人格的研究》,朱浒译,中央编译出版社 2011 年版;亚历山大·乔治等:《总统人格:伍德罗·威尔逊的精神分析》,张清敏译,中央编译出版社 2014 年版。

[47] 即 GATT 第 22 条(磋商)和第 23 条(利益的丧失或减损)以及一些程序性文件。

[48] 在近五十年时间里,GATT 审理了 121 起案件,其中 101 个裁决被“缔约方全体”通过。See World Trade Organization, *The WTO at Twenty: Challenges and Achievements*, World Trade Organization, 2015, p. 61. See also Adopted panel reports within the framework of GATT 1947, at [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gt47ds\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gt47ds_e.htm) (last visited December 31, 2018).

[49] 同前注[2],他认为,美国应该采取双边谈判而不是诸边和多边谈判,因为美国经济总量达 18 万亿,单独谈判更为有利;不仅能够谈成更好协议,而且能够更容易执行协议。

至此我们进一步确信, Bob 对于 WTO 争端解决机制的批评, 其根源不在于这个机制存在什么问题。正如绝大多数 WTO 成员和专家的共识, 这套机制很好, 是国际法治的进步。例如, 曾经与他进行三轮辩论的专家就认为这个机制非常好, 上诉机构基本上是按照法治原则审理案件的。Bob 批评的根源, 是他并不相信国际法治这样的东西, 而是相信国家实力。<sup>[50]</sup> Bob 这种观点并不奇怪, 很多人, 特别是一些国际政治学者, 都是相信权力的, 因为在现实世界中, 从国际到国内, 权力决定一切的现象比比皆是。然而, 还有一些人, 包括美国的政治家和法学家, 却是相信法治力量的, 认为这是国际和国内的“应然”状态并且应该为之付出努力。<sup>[51]</sup> 例如, “二战”以来美国的外交政策基本上是主张推动国际条约和国际组织的以规则为基础的国际秩序, 认为国际法治最有利于美国利益, 与当前特朗普政府退出条约、退出组织和破坏规则的做法截然相反。<sup>[52]</sup> 目前特朗普和 Bob 一派占了上风, 有一些客观原因<sup>[53]</sup>, 但是特朗普的个性和 Bob 的立场则是更为主要的原因。也就是说, 我们完全可以相信, 换一个总统和 USTR, 美国对待 WTO 的态度就会有所不同(事实上, 国家管理越是个性化, 就越是不具有可持续性)。

Bob 对待 WTO 的观点和做法是错误的, 并且这种情况不会持续很久, 这种判断来自对 WTO 实事求是的评价, 也来自对法治的信念, 认为规则有利于国际关系, 规则必将战胜权力。此外, 这种信念还应化为实际行动。在看清美国无理阻挠上诉机构成员遴选的真实目的之后, 其余 163 个成员应该联合起来进行抗争, 例如立即开始设计一个没有美国参加的上诉机构。<sup>[54]</sup>

[50] 杨国华:《理念与裁决:詹姆斯·巴克斯(James Bacchus)个案剖析》,同前注[1],第209—223页。

[51] 他曾经在美国贸易代表办公室工作,后担任美国国会议员和 WTO 上诉机构首任成员(1995年至2003年)。

[52] 赵可金、倪世雄:《自由主义与美国的外交政策》,载《复旦学报(社会科学版)》2006年第2期;何达霁:《新保守主义视角下特朗普政府外交政策特征与中美关系》,载《学术探索》2018年第10期,第26页。

[53] 例如国内出现的经济社会矛盾和全球化所带来的问题。参见周兰君、楚树龙:《特朗普政府内政外交政策趋向》,载《国际经济评论》2017年第1期,第118页。

[54] 有人提出,如果上诉机构不复存在,可以有两种解决方案:一种是启用 DSU 第 25 条,形成一种事实上替代上诉机构的“上诉—仲裁”(appeal-arbitration)机制(See Scott Andersen, Todd Friedbacher, Christian Lau, Nicolas Lockhart, Jan Yves Remy and Iain Sandford, “Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals”, at <https://repository.graduateinstitute.ch/record/295745/files/CTEI-2017-17-.pdf>);另一种是成立一个没有美国的上诉机构(See “Guest Post from Peter Jan Kuijper on the US Attack on the Appellate Body”, at <https://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/guest-post-from-pieter-jan-kuijper-professor-of-the-law-of-international-economic-organizations-at-the-faculty-of-law-of-th.html>)。笔者认为后者更为可行。以上网址最后访问日期:2018年12月27日。

这场危机一定会过去。但是美国无理阻挠的恶劣行为,对多边贸易体制已经造成极大伤害,威胁到人们对于国际法治的信心。治愈伤害和恢复信心可能需要更长时间。未来如何改善 WTO 争端解决机制,避免此类情况再度发生,也是 WTO 成员需要思考的问题。本人已经在想象危机过后 WTO 争端解决机制的状况,并且相信那将是一篇好文章,是一篇真正的“三部曲”之第三部,可以命名为“光明”或“辉煌”,而此前的三篇文章[《WTO 上诉机制论》《WTO 上诉机构的产生与运作述评》和《理念与裁决:詹姆斯·巴克斯(James Bacchus)个案剖析》]只是第一部,是“成就”;本文是第二部,是“危机”。本人基本上是乐观主义者,相信在不久的将来,严冬过去,春暖花开,上诉机构就会“苏醒”,重新焕发出勃勃生机。

(审稿编辑 刘思艺)

(校对编辑 包康赞)