

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.06.004

WTO 上诉仲裁机制的建立

杨国华

(清华大学法学院, 北京 100048)

摘要: WTO 上诉机构从 2017 年开始危机显现, 随后情况不断恶化, 终于在 2019 年底停止运作。在此期间, 有专业人士提出了上诉仲裁的设想, 以 WTO 争端解决程序中的仲裁条款作为上诉依据。欧盟与加拿大和挪威先后签订了双边协议, 将这种设想变为现实。2020 年, 23 个成员建立“多方临时上诉安排”, 并且选定 10 名仲裁员, 至此上诉仲裁机制成为 WTO 争端上诉的替代方案, 用于审理成员之间的上诉案件。该机制建立在 WTO 上诉程序基础之上, 从受理案件到做出裁决, 步骤完整; 从继承经验到克服缺陷, 设计周全。上诉仲裁机制不仅为上诉案件的审理提供了具体规则, 而且为未来上诉机构的完善做出了尝试, 成为国际组织应对危机的典范以及国际争端解决机制发展史上的里程碑。中国积极参与了上诉仲裁机制的构建。

关键词: 上诉机构危机; DSU 第 25 条; 双边协议; 多方上诉仲裁安排

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 2095-8072(2020)06-0029-10

引言

WTO 上诉机构是人类社会第一个政府间的争端解决上诉机制, 1995 年成立之后, 审理了一百多起案件, 为多边贸易体制提供了重要保障, 为国际法治提供了重要实践, 为国际法发展做出了重要贡献。然而, 2017 年特朗普政府上台后, 通过阻挠上诉机构成员遴选和连任的手段, 使得上诉机构 7 名成员的人数逐步减少, 直至 2019 年底由于不足 3 名成员而不能接收新案件, 上诉机构最终停止运作。^①

上诉机构危机是特朗普政府一手造成的, 绝大多数 WTO 成员表示严重关注。在长达两年时间里, 其他 WTO 成员提出多个建议, WTO 秘书处也专门协调, 回应特朗普政府对上诉机构的批评, 试图推动上诉机构成员的遴选和连任。与此同时, 学术和实务界也献计献策, 提出“替代方案”, 即在特朗普政府一意孤行摧毁上诉机构的情况下, 其他 WTO 成员可以采取的措施。“替代方案”主要有三个: 强行投票, 即启动 WTO 表决程序; 另起炉灶, 即另行成立上诉机构; 上诉仲裁, 即援用 WTO 争端解决程序中的仲裁条款。前两个方案, 由于在理念和操作方面存在障碍而没有被 WTO 成员采纳,^②但是, 上诉仲裁先是被欧盟、加拿大和挪威等成员所接受, 随后得到中

① 杨国华. 丛林再现? WTO 上诉机制的兴衰[M]. 北京: 人民出版社, 2020.

② 例如, 有专家提出两套方案: “WTO 体制外”和“WTO 体制内”。“WTO 体制外”方案是指一些成员组成“争端解决之友”(The Real Friends of Dispute Settlement), 立即开始谈判制定一个上诉程序或者争端解决程序, 内容与 DSU 大致相同。现有上诉机构成员可以辞职加入新条约所设立的机制, 上诉机构秘书处也可以同样处理。新法庭的费用应该由缔约方承担。“WTO 体制内”方案是指启动《WTO 协定》第 9 条第 1 款的多数表决程序, 直接启动上诉机构成员遴选和任命(参见: Guest Post from Pieter Jan Kuiper, Professor of Law at the Faculty of Law of the University of

国等更多成员支持，成为多方机制。

上诉仲裁是在上诉机构危机、不能受理案件的情况下，一些WTO成员所采取的临时替代措施。不仅如此，该机制也是在国际组织遭到个别成员破坏的情况下，其他成员所采取的拯救行动，是一项制度创新，为未来国际组织危机应对提供了宝贵经验。

一、上诉仲裁的设想

最早提出上诉仲裁基本设想以及制度设计的，是世界著名律师事务所Sidley Austin（盛德）日内瓦办事处的几名律师。他们多年从事WTO法律实务，代理众多国家在WTO打官司，具有丰富的经验。鉴于WTO无法启动上诉机构成员遴选，在2017年6月一篇10页短文中，他们建议援用WTO争端解决程序规则《争端解决谅解》（Dispute Settlement Understanding, DSU）第25条“仲裁”（arbitration），暂时审理上诉案件。^①

（一）DSU 第 25 条仲裁

DSU是WTO“诉讼程序法”，共27条。DSU主要条款在设定了适用范围和基本原则以及磋商、专家组、上诉机构和执行监督等一般程序之后，第25条提出：

“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”。^②

从文本看，这是一个授权条款，即WTO成员之间的争端解决，除了使用一般程序，还可以使用仲裁。^③换句话说，一般程序与仲裁是二选一的关系；仲裁是一般程

Amsterdam. International Economic Law and Policy Blog. <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/guest-post-from-pieter-jan-kuiper-professor-of-the-law-of-international-economic-organizations-at-the-faculty-of-law-of-th.html>）。这两个方案为何未被采纳，没有看到官方解释。但是一份公开资料似乎提供了比较合理的考虑：“……参加方为何……不通过投票启动上诉机构遴选程序？……第一，从规则上看，DSU规定DSB应当任命上诉机构成员，且DSB只能以协商一致方式作出决定，未规定投票程序。WTO协定虽然规定总理事会可以通过投票作出决定，但也明确‘对于作为争端解决机构召集的总理事会的决定，应仅依DSU第2.4条的规定作出’，即只能通过协商一致的方式作出。这意味着，总理事会要绕过DSU的规定而通过投票启动上诉机构遴选，可能存在法律障碍。第二，从操作上看，恢复上诉机构运转需要多个步骤，如决定启动遴选、遴选委员会推荐人选、DSB任命上诉机构成员等。如果美国执意阻挠，其可反对召开任何相关会议的会议议程、不加入遴选委员会推荐人选的共识、反对作出任何相关决定。这将意味着世贸成员需要在每个环节都进行投票，也意味着在任一环节不能获得多数支持都将陷入失败。第三，从政治上看，虽然世贸协定规定了投票程序，但世贸组织在实践中几乎没有使用过投票。在上诉机构遴选程序上启动投票，可能面临很多质疑和反对。部分成员担心一旦开启先河，投票可能会延伸到贸易谈判领域，导致其未来在谈判中难以有效保护自身利益。而且，美国是逼停上诉机构的始作俑者，通过投票启动上诉机构遴选，可能会被解读为与美国直接对抗，这是很多世贸成员不愿做的。总之，投票缺乏技术上的可操作性和政治上的可行性，并不是解决上诉机构危机的有效途径”（参见“国际经贸在线”公众号文章：“关于世贸组织多方临时上诉仲裁安排的十个问题”，2020年6月20日。<https://mp.weixin.qq.com/s/c3DYe0h-dWGoyyK1b5vHIA>）。“强行投票”尚且顾虑重重，“另起炉灶”更是无从谈起。

① S. Andersen, et al, Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals, Centre for Trade and Economic Integration Working Papers, CTEI-2017-17, 2017.

② Expeditious arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties. 第25条全文如下：“仲裁1. 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。2. 除本谅解中另有规定外，诉诸仲裁需经各方同意，且各方应约定将遵循的程序。诉诸仲裁的一致意见应在仲裁程序实际开始之前尽早通报各成员。3. 只有经已同意诉诸仲裁的各方同意，其他成员方可成为仲裁程序的一方。诉讼方应同意遵守仲裁裁决。仲裁裁决应通报DSB和任何相关协定的理事会或委员会，任何成员均可在此类机构中提出与之相关的任何问题。4. 本谅解第21条和第22条在细节上作必要修改后应适用于仲裁裁决。”DSU全文参见：世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判法律文本（中英文对照）[M]. 对外贸易经济合作部国际经贸关系司，译. 北京：法律出版社，2000. 关于WTO争端解决程序，参见：杨国华(主编). 世界贸易组织争端解决规则与程序的谅解[M]. 北京：北京大学出版社，2019.

③ DSU第5条还提出了斡旋、调解和调停等方法，但是实践中没有案例。

序的“替代手段”。这个理解也符合第25条的产生背景。^①此外,从文本还可以看出仲裁“三原则”,即仲裁之目的是快速解决争端、仲裁在WTO框架内进行,以及仲裁适用于范围明确的争端。

第25条共4款,以上是第一款。随后三款进一步澄清和补充了第一款内容。例如,仲裁应经双方同意,程序应由双方议定,裁决应有约束力。这是澄清了仲裁的基本性质。相对于诉讼,仲裁必须有仲裁协议,即双方必须事先或事后同意将争端提交仲裁;仲裁一裁终局,快速高效。再如,仲裁协议和裁决应向WTO通报,第21条和第22条执行监督程序适用于仲裁裁决。这是证明了“仲裁在WTO框架内进行”。其他WTO成员能够了解仲裁情况,并且监督裁决的执行。然而,何为“范围明确的争端”,随后三款没有予以界定。

WTO争端解决机制已经运行25年,受理了近600起案件,但是援引第25条的案件只有一起。2001年,在“美国版权法第110(5)节案”中,专家组认定美国法律不符合WTO规则。专家组报告通过后,欧共体与美国协议援引第25条,请求原专家组确定欧共体受到了多少程度的损失。这是第一起涉及确定损害水平的案件。欧美明确表示,提起仲裁之目的在于下一步可能进行的“第22条程序”。^②

第22条“补偿与中止减让”(compensation and suspension of concessions)规定:在不能执行专家组或上诉机构裁决的情况下,被诉方应该提供补偿(第22条第2款);如果不能达成补偿协议,起诉方可以申请WTO授权报复,但是报复水平应该与损害水平相当(第22条第4款),而如果被诉方对报复水平有异议,可以提请原专家组进行“仲裁”(第22条第6款)。从第22条规定可以看出,对于报复水平,双方可能会发生争议,因此需要原专家组进行确定。实践中,有不少案件援引第22条第6款“仲裁”。^③但是对于补偿水平,是以双方接受和满意(mutually acceptable; satisfactory)为基础的,理论上不需要原专家组介入。也就是说,一方提出补偿建议,另一方可以欣然接受,也可以讨价还价,而在不能达成一致的情况下,就可以走到下一步“报复”程序。然而,实践中还可能出现另外一种情况,即双方不愿意走到报复这一步,而是希望原专家组确定一个损害水平,以便达成补偿协议。本案情况恰

① 1947年《哈瓦那国际贸易组织宪章》(Havana Charter for an International Trade Organization)第93条就提到成员可以就争端提交仲裁。1989年关贸总协定(GATT)一份决定Decision on Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures (L/648913, April 1989)中,提出了类似于DSU第25条的内容,因为美国和欧洲经济共同体(EEC)一直在推动此事。美国认为,仲裁是国际贸易中广泛使用的争端解决形式;对于一些简易的案件,可以进行仲裁,而不必走耗时、政治化的争端解决程序(MTN.GNG/NG13/W/6, 25 June 1987)。EEC认为,由于仲裁不必提交理事会批准,因此仲裁事项应为事实性的,不涉及解释问题或措施是否符合规则(MTN.GNG/NG13/W/12, 24 September 1987)。但是实践中,仲裁很少被援引,唯一成功案例是Canada/EC—Article XXVIII Rights (DS12/2, 23 March 1990; DS12/3, 8 August 1990; DS/12/R—37S/80, 26 October 1990; C/M/246, 23 November 1990)。在这个案件中,仲裁员确认了加拿大的谈判权。

② 仲裁裁决见WTO文件:United States—Section 110(5) of the Us Copyright Act, Recourse to Arbitration Under Article 25 of The DSU. WT/Ds160/Arb25/1, 9 November 2001; 损害水平为每年1,219,900欧元。本案基本情况见:US—Section 110(5) Copyright Act. WTO官网[2020-08-06]. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm.

③ DSU共有4处提到了仲裁。除了相对独立的第25条和关于报复水平的第22条第6款,还有关于执行期限的第21条第3款(c)项和要

恰如此，仲裁促进了协议达成。^①简而言之，确定损害水平，既可以用于报复，也可以用于补偿；前者已有第22条第6款明文规定，而后者却没有规定，于是欧美转而援用第25条仲裁。

在这个“孤案”中，原专家组确定了损害水平，被用于双方达成补偿协议。这显然不是第25条仲裁的本意，因为其文本和背景都表明，这是一般程序的“替代手段”，而不仅仅是承担全套程序中某个阶段的功能。仲裁员也提到了这个问题，将其归为“管辖权”事项，即仲裁员是否有权审理这个案件。仲裁员认为，就损害水平进行仲裁，有利于双方达成补偿协议，符合DSU所提出的迅速解决争端的宗旨；退一步讲，DSU并未禁止，也对其他成员无害。有鉴于此，仲裁员宣布自己对此案有管辖权。的确，从理论上说，第25条可否作为此类争端的法律依据，仲裁员能否审理，看上去是一个严格的法律问题，事关仲裁的“合法性”。然而，从实践中看，争端双方愿意请原专家组解决彼此之间的一个分歧，为此援引第25条，实在是无可厚非的事情。总而言之，第25条本意并非处理此类案件，但是并不能妨碍当事方使用。事实上，本案可能恰恰属于“范围明确的争端”，因为专家组已经就是非做出判定，双方仅就损害水平这一明确问题寻求仲裁员帮助。不仅如此，仲裁是在WTO框架内进行的，通报了仲裁协议，甚至使用了原专家组。耐人寻味的是，此后虽然不乏补偿案件，但是再也没有就损害水平提起的仲裁。与此同时，第25条再也没有被援用，成为“僵尸条款”。对此的合理猜测是，WTO一般争端解决程序运转正常，得到了WTO成员的信赖。此外，仲裁需要双方达成协议，而在争议发生后达成仲裁协议不太容易——与商事仲裁不同，商事仲裁中，提交仲裁是事先达成的合同条款，仲裁是强制性的。

（二）上诉仲裁安排

如果说上述案件是一项创新，创造性地援用了第25条，那么上诉仲裁（appeal arbitration）则是一场革命，彻底改变了第25条性质。

这份建议提出，第25条仲裁非常灵活，可以复制DSU第17条上诉程序；仲裁裁决能够像专家组和上诉机构裁决一样得到执行；仲裁过程能够得到上诉机构秘书处所提供的服务。在“灵活性”方面，只要双方同意即可，而不需要获得争端解决机构（Dispute Settlement Body, DSB）批准；WTO实体法和程序法都可以适用。在“执行性”方面，仲裁裁决有约束力，并且能够得到监督执行。在“服务性”方面，过去所有仲裁案件都得到了WTO秘书处和/或上诉机构秘书处的辅助。^②总之，第25条可以成为另外一种上诉程序。随后，这份建议还对照上诉程序，对“上诉仲裁”程序进

① 本案比较曲折。欧美提起第25条仲裁，显然是服务于补偿谈判，而不是中止减让，否则就会直接援引第22条第6款。仲裁裁决只是提及补偿（2.1-2.7），也佐证了这一点。然而，裁决做出后，双方仍然没有就补偿达成协议，于是欧共体援引第22条第2款要求WTO授权报复，而美国则对报复水平持有异议，援引第22条第6款提起仲裁。最后双方达成协议，中止了第22条第6款仲裁。简而言之，双方绕了一个大弯子，最后又回到了提起仲裁的初衷。详见前引本案基本情况的WTO官网。

② 该建议指出，第25条仲裁以及另外两种仲裁，即第21条第3款（c）项和第22条第6款仲裁，都得到了WTO秘书处和/或上诉机构秘书处支持。

行了完整的制度设计,包括上诉提起、仲裁员组成、程序时间表、第三方参与、审查范围、法律适用、决策程序、工作程序和裁决约束力等9个方面。

将仲裁作为“一审”专家组裁决的上诉程序,这个建议看上去充满了矛盾。首先,“上诉”是诉讼程序,而“仲裁”是仲裁程序,二者性质截然不同。“上诉仲裁”属于杂交新品种。其次,将仲裁用作上诉,显然不是第25条本意。以上对案例的讨论,完全适用于此处。当然,孤立地对照仲裁“三原则”,即仲裁之目的是快速解决争端、仲裁在WTO框架内进行和仲裁适用于范围明确的争端,上诉仲裁没有什么问题——仲裁能够迅速解决上诉机构不能运作所造成的困难,使得程序顺利进行;仲裁遵守第25条所要求的通报义务,并且几乎完全复制上诉程序;仲裁事项是来自专家组裁决中的法律适用和法律解释问题,范围非常明确。因此,像案例所遇到的问题一样,理论上可能存在问题,但是实践中可以操作。

当然,这个建议提出的背景,与案例情况不可同日而语。那个案例只是确定补偿水平的具体问题,但是这个建议却事关WTO争端解决机制的生死存亡。如果没有上诉机构,那么针对专家组裁决的上诉问题如何解决?如果不能上诉,专家组裁决是否有效?“强行投票”和“另起炉灶”,在理念和操作方面存在障碍。相比之下,上诉仲裁在“合法性”方面,不存在障碍,并且简单易行,能够实施。换言之,上诉仲裁并非完美,在超越第25条本意方面尤为突出,但是面对现实,特朗普政府执意扼杀上诉机构,其他成员不愿或很难采用强推措施,于是上诉仲裁就成为一时之选。

值得说明的是,这份建议提出的时候,上诉机构危机只是初步显现。由于特朗普政府阻挠,上诉机构成员不能及时补足,存在着上诉机构不能正常运转的可能性。因此,建议提到上诉机构成员人数减少,案件量却在增长,而第25条提供了另外一种渠道。也就是说,建议似乎是将第25条作为平行的上诉机制,为上诉机构分担一些案件。然而,形势发展每况愈下,上诉机构成员越来越少,WTO努力推动遴选的前景日益渺茫,上诉仲裁就变成了替代手段。

二、双边上诉仲裁协议

2019年7月25日,欧盟和加拿大向WTO通报了一份文件:《根据DSU第25条所提起的临时上诉仲裁》(Interim Appeal Arbitration pursuant to Article 25 of the DSU)。^①这份文件标志着上诉仲裁的民间建议已经为WTO成员所接受。10月29日,欧盟和挪威也通报了一份类似文件。^②

(一) 基本内容

文件包括6项立场声明和6个具体安排。立场声明肯定了争端解决机制在维护多

^① Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes. JOB/DSB/1/Add.11, 25 July 2019.

^② Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes. JOB/DSB/1/Add.11/Suppl.1, 21 October 2019.

边贸易体制安全性和可预见性方面所做出的贡献，其中上诉机构是必不可少的组成部分。声明认识到上诉机构成员遴选的迫切性以及WTO成员无法达成一致，以至于上诉机构无法履行职责的可能性。最后，声明强调了争端解决机制的基本原则和特点，包括其约束力以及专家组和上诉机构双层的裁决制度，独立公正的上诉制度。在具体安排中，双方宣布未来案件援用第25条进行上诉，仲裁尽量复制WTO上诉程序，仲裁员由前上诉机构成员担任。

相比于上述民间建议，文件没有论证第25条的可行性，或者“合法性”，而是直截了当宣布援用第25条，并且为此做出了相应安排。在复制上诉程序和使用前成员方面，文件大致采用了民间建议的方案。然而，文件是一种“事先”的制度安排，即在实际案件发生之前，双方约定将仲裁作为上诉的替代手段。这与民间建议中的个案仲裁，即在专家组程序的早期阶段达成协议，具有本质差别。前文提到第25条长期闲置，没人使用，其中一个原因可能是争议发生后达成仲裁协议不太容易。以此推之，在专家组阶段达成上诉仲裁协议，也会遇到被诉方不配合的问题。仲裁协议从“事后”转为“事先”，一字之差，可能就此盘活了第25条，使之成为上诉的替代方案。

（二）仲裁程序

仲裁程序是个案的程序安排，是文件的附件。也就是说，有了上诉仲裁的制度安排，双方之间的上诉案件都提交这个机制，但是具体案件审理程序，双方还应该有一个详细约定。为此，该附件就专家组报告衔接、仲裁提起、仲裁员选择、仲裁程序、仲裁范围和裁决约束力等问题做出了规定。

附件内容与民间建议所提出的“上诉仲裁”程序设计非常相似，只是考虑更加周全，为仲裁程序建立了基本框架。值得提及的是，除了一些特殊规定，例如与专家组程序无缝对接的时间安排外，仲裁程序处处援引DSU条款，特别是有关上诉程序的第17条以及《上诉审议工作程序》（Working Procedures for Appellate Review），体现了仲裁在WTO框架内进行和复制上诉程序的特点。

三、多方上诉仲裁协议

上诉仲裁从民间建议到被成员接受，是一个实质转变，为上诉机构的替代方案提供了一种现实路径，而从双边协议到多方安排，则让人看到了上诉机制恢复的希望。

（一）过程：声明与通报

2020年1月24日，在达沃斯世界经济论坛期间，17个成员的贸易部长发表了一份声明，决心继续推进上诉机构成员遴选工作，认为争端解决机制对于以规则为基础的贸易体制至关重要，而独立公正的上诉机制是其基本组成部分；与此同时，根据第25条建立“多方临时上诉安排”（multi-party interim appeal arrangement，

MPIA)。①声明虽然简短,但是表达了明确态度,宣布了具体行动。3月27日,16个成员的贸易部长再次发表声明,宣布MPIA已经达成。声明重申:这项安排是开放性的,欢迎任何WTO成员加入;是临时性的,上诉机构一旦恢复,MPIA即行终止。②4月30日,19个成员向WTO通报,③随后又有4个成员加入。④截至7月底,MPIA共有23个成员(加上欧盟27个成员国,共50个成员,约占WTO164个成员的三分之一)。⑤

多方安排的意义,不仅在于接受上诉仲裁的成员数量增多,更多案件的上诉能够使用这种安排,而且在于上诉仲裁的制度化,让人们看到了另外一个事实上的上诉机制的存在。成员参与的广泛性,使得多方安排具备了普遍性。

(二) 内容:程序与人选

MPIA成员向WTO通报的文件,由正文和两个附件组成。正文是“多方临时上诉仲裁安排”(Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement, MPIA),附件一是“议定的仲裁程序”(Agreed Procedures for Arbitration),附件二是“仲裁员库的组成”(Composition of the Pool of Arbitrators)。

1. 正文

正文结构与欧盟—加拿大和欧盟—挪威双边协议相似,由立场声明和具体安排两个部分组成。

立场声明内容大致相同,但是强调了上诉程序必须(must)成为争端解决机制的组成部分,表明了保留“二审”制度的坚定态度。不仅如此,声明还特别提出:协定解释的一致性与可预见性对于WTO成员具有重要价值。这是一个立场,也是对仲裁的具体要求,即仲裁裁决应该尽量保持与WTO上诉机构裁决的一致性。可以设想,未来的仲裁裁决中,大量先例会成为法律论证的重要组成部分。

具体安排更加综合全面,多达15项,可以分为一般规定、仲裁程序、仲裁员和杂项。

(1) 一般规定。在上诉机构不能审理案件期间,参加方(participating members)将援用第25条作为临时上诉仲裁程序;参加方将不再寻求第16条第4款和第17条的上诉。第16条第4款规定,专家组裁决一经宣布上诉即不能生效,而第17条则是关于上诉的专门规定。此处的规定,明确了参加方的选择,即使用上诉仲裁程序而不是常规上诉程序,因为使用后者就是将专家组裁决以及双方争端置于悬而未决的

① 这17个成员是澳大利亚、巴西、加拿大、中国、智利、哥伦比亚、哥斯达黎加、欧盟、危地马拉、韩国、墨西哥、新西兰、挪威、巴拿马、新加坡、瑞士和乌拉圭。声明见:Statement by Ministers, Davos, Switzerland, 24 January 2020. 欧盟网站[2020-08-06]. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158596.pdf.

② 这16个成员与上述17个成员的区别是:减少韩国和巴拿马,增加中国香港。声明见:Ministerial Statement [EB/OL]. 商务部网站[2020-08-06]. <http://images.mofcom.gov.cn/tfs/202004/20200408172445660.pdf>. MPIA文本见:Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU[EB/OL]. 商务部网站[2020-08-06]. <http://images.mofcom.gov.cn/tfs/202004/20200408172445898.pdf>. 中文参考译文,见:基于《争端解决谅解》第25条的多方临时上诉仲裁安排[EB/OL]. 商务部网站[2020-08-06]. <http://images.mofcom.gov.cn/tfs/202004/20200408172445772.pdf>.

③ 这19个成员是在上述16个成员基础上,增加了冰岛、巴基斯坦和乌克兰。通报见WTO文件:Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes. JOB/DSB/1/Add.12, 19 May 2020.

④ 这4个成员分别是尼加拉瓜、厄瓜多尔、贝宁和黑山。

⑤ 自WTO成立以来,曾经涉及上诉案件(作为上诉方和被上诉方)的成员有:澳大利亚7起,巴西13起,加拿大23起,中国20起,智利4起,哥伦比亚1起,哥斯达黎加1起,厄瓜多尔1起,欧盟55起,危地马拉3起,墨西哥10起,新西兰5起,挪威2起,巴基斯坦3起,瑞士1起,乌克兰2起。

状态。

(2) 仲裁程序。上诉仲裁以第17条实体和程序内容为基础,保留其核心特征,包括独立公正性,同时提高程序效率。此处的规定,明确了上诉仲裁与常规上诉程序之间的关系,既保留了常规上诉的主要内容,特别是其独立公正性,也有所改进,提高效率。具体程序由附件一规定。

(3) 仲裁员。参加方组建仲裁员库(pool of arbitrators),选出10名“对法律、国际贸易和WTO协议所涉事项有专门知识的公认权威人士”,每个案件由其中三人负责。仲裁员的条件,与第17条规定的上诉机构成员条件相同。组建仲裁员库的方法由附件二规定。

(4) 杂项。当事方应该就个案签订附件一所指上诉仲裁协议(appeal arbitration agreement),但是对于内容可以有所调整;其他WTO成员可以随时加入MPIA;参加方将于一年后对该安排进行审议;参加方可以退出MPIA,但是已经签订的上诉仲裁协议仍然有效。这些规定从多边条约的角度,做出了尽量周全的安排。

2. 附件一

仲裁程序共19项,内容非常详尽,既参经常规上诉程序,又有所改进,此外还就程序细节做出了安排。

在参照上诉方面,仲裁程序与常规上诉程序大致相同,从上诉提起、仲裁员选定到仲裁范围和仲裁时限等做出了规定。此处规定仲裁应该遵循常规上诉的程序规则,其中关于上诉通知(notice of appeal)和三人仲裁庭组成方法等,还直接援引了《上诉审议工作程序》中的相关条款。

在程序改进方面,此处强调了仲裁员审查的事项应限于解决争端;裁决应于90日内做出;仲裁员可以就上诉范围提出建议。这些规定是为了提高仲裁效率,要求裁决不得涉及没有直接关系的内容;明确规定时限,并且仲裁员可以与当事方商量遵守时限的具体措施(例如限制当事方所提交书面材料的页数和听证会次数);仲裁员可以建议排除一些上诉内容,特别是专家组是否已经对事实进行客观评估。然而,这些规定也让人联想到另外一个背景:特朗普政府对上诉机构的若干批评,特别是上诉机构裁决中有“咨询意见”、经常“超期裁判”和审理“事实问题”等。^①仲裁程序对常规程序的改进,似乎回应了部分批评。

在程序细节方面,此处有非常具体的安排,例如专家组将程序记录转交仲裁员,三名仲裁员的选择方法与上诉机构程序的方法相同,审案仲裁员可以与其他仲裁员讨论案情等等。

3. 附件二

组建仲裁员库的程序有6项。每个参加方可以推荐一名候选人,然后由WTO总

^① 特朗普政府对上诉机构的批评汇编见: United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020. 美国贸易代表办公室网站[2020-08-06]. https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf. 另见前引: 杨国华, 丛林再现? WTO上诉机制的兴衰[M]. 北京: 人民出版社, 2020: 141-154.

干事、DSB主席、总理事会主席以及货物、服务和知识产权理事会主席等6人组成“预选委员会”(pre-selection committee)进行资格审查,最后由参加方经协商一致予以确定。可以看出,“预选委员会”与WTO上诉机构成员的“遴选委员会”(selection committee)人员相同,^①只是最终决定权留给参加方。

结语

2020年6月5日,美国大使致函WTO总干事,对MPIA表示反对。该函表示,MPIA具有上诉机构性质,重复了上诉机构错误,并且为未来上诉机构提供了示范。此外,该函还提出,MPIA不应使用WTO资源和经费,包括“预选”仲裁员和提供秘书支持。^②在这种情况下,MPIA参加方仍然按期完成了仲裁员库组建工作:5月底候选人推荐,6月底“预选”,7月底10名仲裁员予以确定。^③

从制度设计和实际进展看,MPIA作为上诉机制审理成员之间的案件,还要具备一些条件,甚至克服一些障碍。障碍之一是经费。仲裁员审理和讨论案件,包括按照MPIA要求跟踪WTO争端解决活动,都需要费用支持。但是MPIA对此没有规定,而如果参加方希望按照第25条仲裁的方式,由WTO承担费用,似乎不太现实,而且第25条仲裁与常规上诉程序不同,没有提供仲裁员日常费用。^④障碍之二是秘书。仲裁员之间联络,需要行政人员支持,而案件审理,需要法律秘书协助。MPIA似乎要求WTO总干事做出相应安排,但是美国或其他成员可能会表示异议。不仅如此,在WTO秘书处之外寻找合适人员,也需要专门做出安排。障碍之三,案件审理的场所和仲裁员沟通的模式等等,也是随后需要解决的问题。总而言之,在MPIA实际处理案件之前,还有很多工作要做。

① 关于上诉机构成员遴选规定,参见WTO文件: 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, 10 February 1995.

② Permanent Mission of the United States to the World Trade Organization. https://insidetrade.com/sites/insidetrade.com/files/documents/2020/jun/wto2020_0268a.pdf.

③ 这些日期都是MPIA附件二明确规定的。共有13位候选人,分别来自澳大利亚、巴西、加拿大、中国、智利、哥伦比亚、哥斯达黎加、欧盟、墨西哥、新西兰、巴基斯坦、新加坡和瑞士。WTO总干事与DSB主席、货物和服务理事会主席等4人组成“预选委员会”进行资格审查。欧盟进行了单独线上面试,全体成员举行了集体线上面试,最后确定的10名仲裁员是: Mr. Mateo Diego-Fernández ANDRADE (墨西哥,曾任墨西哥常驻WTO副代表,担任多个WTO案件专家组成员), Mr. Thomas COTTIER (瑞士,法学教授,国际著名WTO专家), Ms. Locknie HSU (许禄义,新加坡,法学教授), Ms. Valerie HUGHES (加拿大,曾任WTO秘书处法律部主任和上诉机构秘书处主任), Mr. Alejandro JARA (智利,曾任WTO副总干事), Mr. José Alfredo Graça LIMA (巴西,曾任巴西常驻GATT副代表和欧共体大使), Ms. Claudia OROZCO (哥伦比亚,曾任贸易部顾问,担任多个WTO案件专家组成员), Mr. Joost PAUWELYN (欧盟,法学教授,国际著名WTO专家), Ms. Penelope RIDINGS (新西兰,曾任新西兰常驻波兰大使,担任多个WTO案件专家组成员), Mr. Guohua YANG (杨国华,中国,清华大学法学院教授,曾任商务部条约法律司副司长,负责WTO争端解决工作)。见WTO文件: Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes. Job/DSB/1/Add.12/Suppl.5, 03 August 2020.

④ 前引关于上诉机构成员遴选规定中对聘用费的安排是:每月7000瑞士法郎加上每日工作费用、旅费和零用,即上诉机构成员有固定工资。

⑤ 据统计,2010-2020年,参加方之间共有8起上诉案件。截至7月底,有关参加方宣布,如果一方提起上诉,以下案件将使用MPIA: “加拿大商用飞机案”(Canada-Commercial Aircraft, DS522)、“哥斯达黎加鲜梨案”(Costa Rica-Fresh Avocados, DS524)、“加拿大酒类销售案”(Canada-Sale of Wine, DS537)和“哥伦比亚冷冻薯条案”(Colombia-Frozen Fries, DS591)。见WTO文件: Canada-Measures Concerning Trade In Commercial Aircraft, Agreed Procedures For Arbitration Under Article 25 of The DSU. Wt/DS522/20, 03 June 2020; Costa Rica - Medidas Relativas A La Importación De Aguacates Frescos Procedentes De México Procedimiento Convenido Para El Arbitraje Previsto En El Artículo 25 Del Esd. WT/DS524/5, 03 June 2020; Canada-Measures Governing the Sale of Wine, Agreed Procedures for Arbitration Under Article 25 of the DSU. WT/DS537/15, 03 June 2020; Colombia-Anti-dumping Duties on Frozen Fries from Belgium, Germany and The Netherlands, Agreed Procedures For Arbitration Under Article 25 of The DSU. WT/DS591/3, 15 July 2020.

MPIA是临时性的，能够存续多长时间和审理多少案件，都不确定。^⑤此外，会有多少成员加入MPIA，在多大程度上取代上诉机构，更是难以预料。^①然而，在上诉机构停止运作的情况下，MPIA能够解决几十个参加方之间的上诉问题，并且为WTO成员应对危机提供了一种模式，这一点是毋庸置疑的。也就是说，从理论上讲，只要大多数WTO成员加入MPIA，危机给多边贸易体制所造成的紧急局面就能得到缓解。不仅如此，建立在原上诉程序之上，MPIA会给未来更加完善的上诉机制提供经验。在这个意义上，MPIA不仅具有实用价值，能够解决迫在眉睫的问题，而且具有历史意义，成为国际争端解决机制发展史上的里程碑。

特别值得提及的是，中国积极参与了MPIA的建立，在提出方案和协调配合等方面，做出了重要贡献。MPIA达成后，有专家认为：“中国、欧盟和其他19个世贸成员成功建立‘多方临时上诉仲裁安排’，体现了各参加方的团结协作，彰显了各方共同维护多边贸易体制的立场和信心，具有重要意义”。^②7月底仲裁员库组建完成，商务部条约法律司负责人发表谈话，认为MPIA“对于维护争端解决机制的有效运转、维护以规则为基础的多边贸易体制具有重要意义”。^③

【作者简介】杨国华：清华大学法学院教授，法学博士。WTO 上诉仲裁员，中国法学会 WTO 法研究会常务副会长。曾任商务部条约法律司副司长，负责 WTO 争端解决工作。研究方向：WTO、中美关系。

The Establishment of the WTO Appeal Arbitration

YANG Guo-hua

(Law School, Tsinghua University, Beijing 100048, China)

Abstract: The crisis of the WTO Appellate Body started in 2017 and its situation continued to deteriorate into non-operation by the end of 2019. During the time, appeal arbitration became an alternative to the Appellate Body, from an early proposal from some experts, to bilateral arrangements between EU, Canada and Norway, and finally to multi-party arrangement among 23 members in 2020. This arrangement is established on the WTO appellate system with complete rules, providing procedures for specific appeal cases and possibly experience for the improvement of the WTO Appellate Body. It has become a mile stone for dealing with crisis by the international organization and developing international dispute settlement systems. China contributed to the establishment of the multi-party arrangement.

Keywords: the WTO Appellate Body crisis, Article 25 of DSU; bilateral arrangements; multi-party interim appeal arbitration arrangement

(责任编辑：黄志瑾)

① 例如，尽管附件二规定两年后会改选部分仲裁员，但是新加入成员暂时无法提出候选人，可能会影响加入积极性。

② 参见“国际经贸在线”公众号文章：“关于世贸组织多方临时上诉仲裁安排的十个问题”，2020年6月20日。<https://mp.weixin.qq.com/s/c3DYe0h-dWGoyyKlb5vIIA>。

③ 商务部条约法律司负责人就世贸组织“多方临时上诉仲裁安排”仲裁员库成功组建发表谈话[EB/OL]. 商务部网站[2020-08-06]. <http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202008/20200802989107.shtml>。