

霸权利益与国际组织自主性：WTO 争端解决机制为何陷入危机^{*}

宋 伟 罗姝瑶^{**}

【内容提要】 WTO 争端解决机制的司法化，其初衷是试图减少政治协商的拖沓并提升国际贸易治理的法治化水平，但随着争端解决机制在实践中权力的扩大以及越来越多的司法造法行为的出现，美国等国也一改其对机制的支持立场，认为争端机制的裁决不公平，而中美实力差距的显著缩小也使得美国对于争端解决机制的态度进一步恶化。本文认为，WTO 争端解决机制的司法化有一定的合理性和必要性，但过度的司法化也存在问题，因为国际贸易争端不仅仅是法律问题，也是政治问题。本文建议，WTO 的争端解决机制需要进行一定程度的去司法化，引入更多的政治制衡，平衡成员方的权利和义务，尽量避免将 WTO 机制推倒重来。

【关键词】 WTO 争端解决机制 司法化 中美关系

一 导言：国际组织的自主性能走多远

不同国际关系理论对于国际组织自主性的看法不同，这其实反映了现实世界的不同侧面。现实主义认为，国际组织的建立和运作，都是基于大国之间的协商

* 笔者感谢《世界政治研究》匿名审稿人的修改意见，但文责自负。

** 宋伟，中国人民大学国际关系学院教授；罗姝瑶，中国人民大学国际关系学院博士研究生。

和利益妥协，尤其是取决于霸权国的利益和意愿，因此国际组织本身虽然重要，但并不具有足够的自主性；与之不同的是，自由主义和建构主义国际关系理论倾向于强调国际组织的自主性^①。自由主义认为，国际制度因为具备了提供信息和专业知识、制定规则、监督协议执行等功能，可以有效减少国家间合作的交易成本，从而获得了存在的理由以及惯性；同时，国际制度一旦拥有了常设秘书处这样的官僚机构、发展成为国际组织，其自主性将进一步增强。而建构主义则认为，国际制度本质上是各国通过互动形成的集体认同，是凝固下来的共有观念，因此很难改变，也不取决于某一个大国的意志。执行这些共有观念的国际组织，自然也扮演着专业权威、道义化身的角色，自上而下建构了国家的认同与行为。尽管不同的理论对于国际组织自主性的看法不同，但在现实中，不同国际组织的建立和运作通常都是现实主义因素、自由主义因素以及建构主义因素共同作用的结果。以本文所要讨论的世界贸易组织（WTO）为例，从关贸总协定（GATT）的建立，到世贸组织的成立，再到世贸组织争端解决机制所面临的危机，不同国际关系理论所强调的要素在其中都或多或少发挥了作用。但是，一个有意思的理论性问题是，如果国际组织的自主性发展到一定程度，不再被霸权国主导，甚至也不再是成员方主导、大国政治协商的渠道，而是试图扮演某种超国家的角色，那么在霸权利益与国际组织自主性发生冲突的情况下，国际组织的自主性能走多远？

从经验的角度来看，霸权国不能主导国际组织的情形有两种。一种是以联合国教科文组织（UNESCO）为代表的案例。由于这个组织的决策方式是一国一票，因此美国并不能完全主导它。但考虑到它不是具有关键重要性的国际组织，因此美国选择以退出的方式来表达自己不满。而且，在这种情形中，国际组织自身——本质上是其官僚机构——并没有发展出来相应的自主性。联合国教科文组织仍然是成员方驱动的国际组织。本文所要讨论的是第二种情形，即国际组织

^① 相关观点参见罗伯特·吉尔平：《全球资本主义的挑战：21 世纪的全球经济》，杨宇光等译，上海：上海人民出版社 2001 年版，第 10—11 页；史蒂芬·D. 克莱斯勒：《结构冲突：第三世界对抗全球自由主义》，李小华译，杭州：浙江人民出版社 2001 年版，第 8 页；罗伯特·基欧汉：《霸权之后：世界政治经济中的合作与纷争》，苏长和等译，上海：上海人民出版社 2006 年版，第 110—130 页；莉莎·马丁·贝思·西蒙斯：《国际制度的理论与经验研究》，载彼得·卡赞斯坦编：《世界政治中的探索与争鸣》，秦亚青等译，上海：上海人民出版社 2006 年版，第 128 页；亚历山大·温特：《国际政治的社会理论》，秦亚青译，上海：上海人民出版社 2000 年版，第 202—207 页、452—454 页。

的自主性超出了霸权国乃至大国政治的范畴,其官僚机构试图扮演一定的超国家的“仲裁者”“法官”的角色。扮演这种角色意味着该国际组织的功能从政治化的阶段进入司法化的阶段。官僚机构的领导人虽然还是由该组织的政治机构来任命的,但是官僚机构的运作具有了相当的自主性,其权威主要在于官僚和专家的专业水平,以及政治机构无法实现对官僚机构的常态化制约。世贸组织争端解决机制就是这种情形的典型例子。在WTO的争端解决机制中,专家小组和上诉机构的专家因为其专业水平具有了仲裁争端以及司法造法的权威性,而政治机构因为各方面的原因又不能有效制衡上诉机构,从而导致上诉机构具有了高度自主性,以及与美国霸权利益之间的冲突。

对霸权国美国来说,WTO争端解决机制逐步摆脱其控制并不意味着这一机制必然不利于美国的国家利益。美国对WTO的态度还取决于这一机制在获得更大自主性之后的政策倾向。也就是说,美国表面上是反对WTO争端解决机制具备“过度的自主性”或者“过分的司法化”,但本质原因却是这一机构的自主实践与美国的霸权利益出现了冲突。所谓霸权利益,按照位置现实主义(positional realism)的说法,指的是霸权国在国际体系中所具有的两种整体国家利益——霸权实力地位与霸权制度地位,这两种利益都是位置性的利益。霸权实力地位意味着霸权国必须保持和其他大国之间足够的实力差距,而霸权制度地位指的是国际制度的原则规范与权力分配需要有利于维护霸权国的实力和影响力。诸如WTO这样的国际组织对于影响霸权国的霸权实力地位和霸权制度地位可以产生直接而重要的影响力,因为不同的国际政治经济规则能够影响到国家在政治舞台和国际市场上的收益分配^①。“其一,霸权制度地位是霸权国在国际体系中发挥作用的主要工具之一,可以增强霸权国的影响力,促进霸权国的各方面国家利益。”“其二,强有力的国际制度可以帮助霸权国分担行动成本、提供公共产品,从而减轻霸权国的国际负担”^②。一直以来,“管理国际经济的制度——如国际货币基金组织、关贸总协定等往往体现了自由主义的市场经济原则,与美国社会和意识形态的主流标准是一致的”^③。那么,WTO争端解决机制的过度司法化是如何威

① 宋伟:《捍卫霸权利益:美国地区一体化战略的演变(1945—2005)》,北京:北京大学出版社2014年版,第61—112页。

② 宋伟:《捍卫霸权利益:美国地区一体化战略的演变(1945—2005)》,第92—94页。

③ 约瑟夫·奈:《硬权力与软权力》,门洪华译,北京:北京大学出版社2005年版,第108页。

胁到了美国的霸权利益，以至于霸权国不惜让这一机制陷入瘫痪的危机？

过去几年中，美国对 WTO 争端解决机制的不满态度日趋强烈。到目前为止，WTO 争端解决机制的上诉机构成员任命危机已持续两年。上诉机构是 WTO 争端解决机制中的重要的一环，负责对贸易争端做出事实上的最终裁定。但是自 2017 年 2 月起，美国开始阻止对上诉机构中空缺职位的任命，逼迫其进行改革。目前 WTO 上诉机构已经停止运行、陷入瘫痪。美国政府的态度为何从一开始的支持 WTO 争端解决机制司法化，逐步转变为强烈的不满和反对？WTO 争端解决机制是否如美国方面所说，出现了“过度”的司法化，这一现象的根源是什么？美国为何反对所谓的“过度司法化”？而且，美国政府的反对为何在最近这几年急剧爆发？从理论角度来说，这是否表明自由主义和建构主义所强调的国际制度自主性不能被过分地夸大，或者至少我们对于国际组织的自主权威的授权应该有更全面的考量和设计？这些是本文试图回答的主要问题。

二 WTO 争端解决机制的司法化与“过度司法化”

与领土等领域国际争端解决的司法化潮流不同，关于多边贸易协定中的争端解决应采取外交手段还是司法手段一直存在争论。一种观点认为，政治和外交是解决经贸纠纷的主要方式，另一种观点则认为应发展出司法化的争端解决机制，由一个客观中立的司法机构来裁决违反国际法的行为。如果说外交手段的好处是平衡各个主权国家在多边贸易协定下所获得的利益，那么司法手段的好处则在于法律的一致性、可预测性和确定性^①。从历史的角度来看，国际贸易争端的解决实践在 GATT 生效的 50 余年中逐渐走向了司法化^②。乌拉圭回合谈判结束后，WTO 设立了包括争端解决机构（Dispute Settlement Body, DSB）、上诉机构和专家小组等一系列机构在内的争端解决机制。争端解决机制是 WTO 迈向司法化、彰显自主性的主要表现和核心载体。在理想的状态下，外交手段和司法手段之间应该是一个基本平衡、互相补充的进程，但在现实中，国际贸易领域争端解决的

① John Jackson, “Dispute Settlement in the WTO: Policy and Jurisprudential Consideration”, Research Seminar in International Economics Discussion Paper 419, 1998, p. 5, <http://fordschool.umich.edu/rsie/workingpapers/Papers401-425/r419.pdf>.

② T. N. Srinivasan, “The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives,” *World Economy*, vol. 30, no. 7, 2007, p. 1040.

司法化倾向不断增强,以至于出现了所谓的“过度司法化”。

(一) GATT 和 WTO 争端解决机制的司法化

在 GATT 成立初期,维持这一治理体系的关键是,在不断变化的国际政治经济环境中维持各缔约方关税减让水平的平衡。因此,贸易争端都是由直接参与 GATT 缔结进程的外交官通过外交谈判来解决,裁决也使用模糊的外交辞令^①。这些外交官普遍对律师和法官的判断嗤之以鼻,认为他们只会死板地按照字面意义执行法律,不能灵活地处理复杂多变的现实贸易问题^②。在全球贸易治理领域中,外交手段占上风的趋势一直持续到 20 世纪 60 年代末,在此期间美国和欧共体还掀起了“反法制化运动”,抵制以法律手段来解决具有高度敏感性的政治经济问题(例如欧共体成员与其前殖民地的特惠贸易安排)^③。不过,自 20 世纪 70 年代以来,支持国际贸易争端解决机制司法化的声音不断增强。

国际贸易争端解决机制的司法化,始于美国在 GATT 东京回合(1973—1979 年)谈判进程中的推动。东京回合对 GATT 争端解决机制进行了一系列改革,将重要的争端解决程序成文化和司法化,以更有效地规范全球范围内正在兴起的非关税壁垒问题。最初争端各方很少行使否决权阻止 GATT 裁决报告的通过,裁决的遵守率也很高^④。但是随着时间的推移,落实关于非关税壁垒的规则变得越来越困难。这主要是因为环境标准、反倾销税和政府补贴等非关税壁垒与国内政治息息相关。多边贸易机制面临的压力不仅仅来自少数精英和跨国公司,还来自成员方内部的农民、工人和小型企业等^⑤。到了 20 世纪 80 年代末 90 年代初,GATT 缔约方行使否决权拖延争端解决程序、拒绝执行专家小组报告、单方面未经授权就实施报复措施等乱象大量出现。GATT 乌拉圭回合谈判的各方认识到,建立一个更强大的足以威慑违约者的争端解决机制是必不可少的^⑥。乌拉圭回合

① Robert E. Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem: Butterworth Legal Publishers, 1991, p. 12.

② Joost H. B. Pauwelyn, “The Transformation of World Trade,” *Michigan Law Review*, vol. 104, no. 1, 2005, pp. 12–13.

③ T. N. Srinivasan, “The Dispute Settlement Mechanism of the WTO,” p. 1037.

④ Joost H. B. Pauwelyn, “The Transformation of World Trade,” p. 22.

⑤ Joost H. B. Pauwelyn, “The Transformation of World Trade,” p. 30.

⑥ Joost H. B. Pauwelyn, “The Transformation of World Trade,” p. 29.

的主要推动者美国以不再援引 301 条款进行单边贸易报复为条件，换取了欧盟、日本和其他国家对于否决权的放弃^①。因此，美国一开始是支持 WTO 的司法化的。原因在于，这一时期美国的霸权利益在于反击欧盟和日本的贸易保护主义，推动自由贸易，减少美国商品进入欧日市场的壁垒。1994 年结束的乌拉圭回合使得司法裁决全面取代外交谈判成为争端解决的主要特征。

相比 GATT，WTO 争端解决机制设立了争端解决机构（DSB），并规定了“反向协商一致”的决策原则^②。DSB 由所有成员方的代表组成，职权包括设立专家小组、通过专家小组和上诉机构的报告、监督报告中裁决和建议的执行以及授权中止减让等报复行为。在审议上述事项时，只要不是所有成员国协商一致反对，则视为通过。与 GATT 时代被诉方经常利用“协商一致”的决策方式阻挠争端解决程序相比，WTO 时代的成员国在争端解决机构中可以施加的政治影响被大幅削弱了，专家小组和上诉机构也因此获得了强大的权威和威慑力。在 DSB 之下，WTO 还设立了常设性的上诉机构和非常设性的专家小组。WTO 秘书处提名针对具体贸易争端的专家名单，争端各方不得反对提名。常设性的上诉机构则负责对专家小组的调查结论进行审查把关。上诉机构和专家小组是具有强制管辖权的仲裁机构，拥有了“准”独立司法机构的性质。

在 WTO 争端解决机制中，上诉机构又是关键的一环。上诉机构负责审理争端当事方对专家小组报告提出的上诉，可维持、修改或撤销专家小组的调查结论。这种审查是司法性质的，而非政治外交性质的，旨在确保专家小组的报告在法律推理和裁决结果方面的合法性和正确性，减少自动通过专家小组报告所产生的消极因素^③。由于上诉机构是常设性机构，且其成员都是在国际贸易法律领域的公认权威专家，所以它比专家小组在法律适用问题上更具权威性。上诉机构的存在对于保障 WTO 争端解决机制的可靠性和可预测性发挥着支撑作用。此外，WTO 的报复机制更加完善。当违背义务的一方未能履行裁决并拒绝提供补偿时，受损害的一方就可以请争端解决机制授权采取报复措施，而这一授权在反向协商

① Joost H. B. Pauwelyn, "The Transformation of World Trade," p. 29.

② 世界贸易组织的争端解决机制包括“争端解决机构”（dispute settlement body）和上诉机构以及专家小组，常设性上诉机构是其中的关键一环。本文采用“争端解决机制”（dispute settlement mechanism）的概念，以强调整个争端解决机制陷入瘫痪的根源。

③ 翁杰：《论世界贸易组织争端解决机制的主要发展——兼论我国“入世”后应采取的对策》，《法学论坛》2000 年第 5 期，第 46 页。

一致的原则下又是自动给予的。

所有这些都体现了 WTO 争端解决机制的仲裁法官角色,其相对完备的组织体系被视为最完善的国际争端解决机制之一,被誉为“WTO 皇冠上的明珠”。因此,WTO 争端解决机制被视为“战后国际贸易关系组织化、法典化及法治化之最新发展阶段”^①。WTO 争端解决机制司法化的直接原因是美国希望其能强有力地督促其他成员方遵守 WTO 的各项规定,避免各方滥用否决权的行为,减少贸易壁垒、推动自由贸易。因此,作为霸权国,美国在推动 WTO 争端解决机制的司法化方面其实发挥了主导作用。

(二) WTO 争端解决机制的“过度司法化”

在过去近二十年里,WTO 争端解决机制的司法权力不断扩大,争端解决机制大有以司法造法取代政治(外交谈判)立法的趋势。上诉机构和专家小组不仅仅充当国际贸易争端的仲裁法官,还要充当国际贸易领域的立法议员——这就是所谓的“过度司法化”。我们所说的司法化,主要指的是 WTO 争端解决机制具有独立的仲裁贸易争端的权威,但是,仲裁所依据的仍然是成员方通过谈判达成的 WTO 协定。而所谓的“过度司法化”,指的是 WTO 争端解决机制——主要是上诉机构——在仲裁过程中司法造法泛滥的现象。

司法造法是指法官对法律条文的创造性解释,其目的是“填补法律漏洞,界定其细微差别,以及澄清模糊之处”^②。在任何司法系统中,司法造法都是难以避免的,因为立法者毕竟不可能预见到法律适用的所有细节,法官在审理案件时往往无法简单地“对号入座”,而是需要对法律条文进行创造性的解释。在 WTO 争端解决机制中,情况也是如此。首先,在乌拉圭回合谈判期间,为了早日按照议程通过 WTO 协定,谈判者故意使用了许多一般性的、模糊化的术语,暗示各成员方有权决定采取不同的行为或国内措施。然而,国际贸易争端的出现往往正是源于这些模棱两可的措辞,而 WTO 争端解决机制为了解决争端,就需

① 翁杰:《论世界贸易组织争端解决机制的主要发展——兼论我国“入世”后应采取的对策》,《法学论坛》2000年第5期,第42页。

② 彭淑:《论世界贸易组织争端解决中的司法造法》,华东政法学院国际法学系博士论文,2006年12月,第18页。

要给予模糊的条款语言以具体的含义^①。其次，国际贸易实践中源源不断地出现大量新情况、新问题，如果没有清晰明确的规则可以适用，争端解决机制就不得不“澄清模糊”或者“填补空白”，甚至将新创造的解释在同类案例中反复援用。最后，司法造法行为除了在实践中有客观必要性外，也受到争端解决机制的官僚机构利益的驱使。作为一个常设性的机构，争端解决机制中的上诉机构同样属于官僚机构。既然是官僚机构，就必然具有自身的利益，不断扩大自己在法律解释上的自由裁量权就是其中之一。

与 GATT 时期的争端解决实践相比，WTO 争端解决机制的司法造法要广泛和深入得多。GATT 专家小组报告的通过需要缔约方的全体同意，这极大地限制了其对 GATT 协定条文进行澄清和填补的能力。与之形成对比的是，WTO 争端解决机制中的政治制衡基本形同虚设。虽然《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU) 确立了政治权力高于司法权力的原则，专家小组或上诉机构给出的建议或裁决都要由争端解决机构 (DSB) 通过才能生效，且“不能增加或减少适用协定所规定的权利和义务”。但是在反向协商一致的决策方式下，对上诉机构司法裁决的否决需要胜诉方弃权才能实现，而这一条件几乎不可能达成。此外，DSU 还强调，争端解决机制不得损害《WTO 协定》中部长级会议和总理事会对各项协定规则做出解释的专有权利。但由于存在程序上及结构上的缺陷，到目前为止 WTO 尚无此种“立法”解释的实践^②。对于这一问题，本文后面还将做更详细的解释。从统计数据上看，在 GATT 时期，仅有 4 次缔约方批评专家小组报告中包含对 WTO 条文“不恰当的解释”的案例，但是在多哈回合开始后的仅 18 个月中，WTO 争端解决机制的司法造法问题就在 DSB 召开的有关 DSU 改进和澄清的特别会议上被提及了 77 次^③，由此可见 WTO 司法造法的泛滥及其引发的成员国担忧。

自 1996 年日本酒类税案起，WTO 专家小组和上诉机构确立了一系列程序性和实体性的规则。程序性规则包括诸如“法庭之友”陈述材料的采用、举

① Richard Steinberg, “Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints,” *The American Journal of International Law*, vol. 98, no. 2, 2004, p. 252.

② 张乃根：《论条约的“立法”解释及有关问题——以 WTO 争端解决为视角》，《法治研究》2017 年第 1 期，第 91 页。

③ Judith L. Goldstein and Richard H. Steinberg, “Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U. S. Trade Politics,” *Law and Contemporary Problems*, vol. 71: 257, 2008, pp. 272 – 273.

证责任的分担；实体性规则包括诸如合理期待原则的确定，关于贸易与环境等非贸易问题的冲突解决等^①。这些新确立的具体规则自然会影响到成员方的政治权力和经济利益，引发相应的支持或者反对。例如，1996年美国规定，如果在捕虾时没有安装防止误捕海龟装置，这样的虾类产品禁止进口。该规定招致澳大利亚、马来西亚、巴基斯坦等国对美国的投诉。美国援引 GATT 第 20 条 g 项，称这一进口限制是“与保护可用竭的自然资源有关的措施”，而投诉方反驳说“可用竭的资源”仅指矿产等非生态资源。专家小组于 1997 年 4 月裁定美国该案败诉后，美国提出上诉。上诉机构经过精心推理、解说与论证，改判定美国胜诉。上诉机构指出“自然资源”的概念并非静止不变的，“现代国际公约和宣言中经常提到的自然资源都包括有生命和无生命的资源”。上诉机构根据 WTO 规则和宗旨补正和更新了 GATT 条款的含义，填补了相关问题上的法律空白^②。在这个案例中，美国是胜诉的一方，而上诉机构是通过“造法”来做出不同于专家小组的裁决的。这一新的解释自然引发了澳大利亚、马来西亚等国的反对。

虽然在这个案例中美国是胜诉方，但这并不意味着美国能主导 WTO 争端解决机制。相反，随着时间的推移，美国越来越认为上诉机构的许多裁决不利于美国的霸权利益。司法造法的持续大量增加，意味着争端解决机制已经开始超出了仲裁法官的身份定位，逐步进入一个兼具立法和司法职能的超国家机构的新阶段。这种情况被一些学者和政府称为“过度司法化”。作为凌驾于成员方之上的超国家机构，争端解决机制所做出的仲裁不仅限制了成员方的权利，也影响到成员方之间利益的分配。本来是 WTO 成员之间围绕着具体贸易争端的矛盾，最终却逐步积累成为争端解决机制与成员方之间的矛盾，尤其是美国与争端解决机制的矛盾。WTO 争端解决机制的司法化及其与成员方的矛盾不断积累，产生了两个直接的结果：其一就是 WTO 成员普遍同意 WTO 需要进行改革；其二是霸权国美国出现了强大的不满情绪，并采取抵制措施试图让争端解决机制陷入瘫痪。有待于进一步探讨的是，美国为什么对 WTO 争端解决机制所做出的裁决和规则越来越不满，认为这一机制偏袒中国和其他国家？美国的不满情绪又为何在这两

① 彭淑：《论世界贸易组织争端解决中的司法造法》，第 3 页。

② 中华人民共和国商务部，《WT/DS58 1997 年印度等诉美国—海虾—海龟（Shrimp-turtle）案》，<http://sms.mofcom.gov.cn/aarticle/wangzhanjianjie/tansuosikao/200406/20040600236182.html>。

年中集中爆发出来？

三 美国反对争端解决机制“过度司法化”的原因

美国是当前国际体系中最强大的国家，而 WTO 争端解决机制的司法化又是美国所主导推动的，那“过度的司法化”为何遭到了美国政府的强烈反对？美国政府的不满，有与其他国家相似的方面，即主权国家很难接受一个凌驾于主权之上的超国家机构，而 WTO 争端解决机制试图从法官上升到立法者的自主性提升，威胁到了成员方对于 WTO 机构的控制能力；但更重要的是，争端解决机制作为一个兼具立法和仲裁职能的上诉机构，具备较为稳定的价值取向，更多从专业角度来考虑问题，但由于缺乏政治协调的能力，无法顾及各国的国家利益协调和政治运作，从而引发部分国家的强烈反对。对于美国来说，WTO 争端解决机制的裁决涉及美国在世界市场上的经济收益，从而直接影响到大国之间的实力结构和美国的霸权实力地位，因此这是一个涉及美国整体国家利益的至关重要的国际制度问题。

（一）美国强烈反对争端解决机制的“过度司法化”

考虑到本文所论述的核心问题，笔者在这里并不试图讨论美国与 WTO 矛盾的方方面面，而仅仅关注美国对于 WTO 争端解决机制十多年来始终如一的控诉，即“增加和减少了 WTO 协定中的权利和义务”。美国强烈反对 WTO 争端解决机制的“过度司法化”趋势，认为专家小组和上诉机构不应超越自身权限，试图用司法造法来替代政治立法，这一立场在美国多份官方声明和政府文件被反复重申。

美国积极地在 WTO 争端解决机构（DSB）中表示自己的不满。自 2001 年起，美国在 DSB 审理案件前多次声明，上诉机构不应通过调查结果来增加或减少 WTO 成员的权利和义务，具体可见 2001 年 5 月 16 日 DSB 会议记录（WT/DSB/M/105）41 段、2003 年 1 月 27 日 DSB 会议记录（WT/DSB/M/142）55 段、2012 年 7 月 23 日 DSB 会议记录（WT/DSB/M/320）94 段等^①。在 2005 年

^① 中华人民共和国商务部：《美国审议首批问题单答复（中英文）》，第 122 条，<http://www.mof.com.gov.cn/article/jiguanzx/201901/20190102823950.shtml>。

10月DSB召开的有关DSU改进和澄清的特别会议上,美国还提议对WTO司法机构的权力做出明确限制,专家小组和上诉机构只能严格按照WTO协定文本进行仲裁,绝不允许“澄清模糊”或者“填补空白”^①。

2002年7月,上诉机构裁决美国《持续倾销与补贴抵消法》违反了《反倾销协定》第18.1条,引起了美国国内对WTO争端解决机制的齐声讨伐。美国学界认为,上诉机构为了WTO贸易自由的政策取向,超越了《反倾销协定》条文中的原意,增加了成员方在该协定下的义务^②。同年,美国国会通过了《两党贸易促进授权法案》,表示了对WTO专家小组和上诉机构能否正确适用《反倾销协定》的担忧,还要求行政当局提交《行政机构应对WTO专家小组、上诉机构的策略报告》。不过,策略报告中对WTO争端解决机制的评估总体上还是正面的,并不认为要对其进行根本性改革。2015年,国会再次要求行政当局提交关于同样问题的一份策略报告,而行政当局此次得出的结论是,自上次报告提交以来,美国关注的问题并没有得到解决,甚至还更加严重了^③。

特朗普在任期间,美国对WTO的批评力度达到了一个高峰,多次威胁退出WTO以逼迫其进行“整顿”。根据特朗普的说法,WTO多年来对美国非常“糟糕”,很少让美国在WTO争端解决机制中胜诉(尽管美国在争端诉讼中的胜诉率实际上高过WTO成员国平均水平)。此外,WTO还容忍“世界上最富裕的国家”在“多边经贸关系”中“作弊”。它们滥用发展中国家地位待遇,获得特殊及差别待遇,对美国利益产生了极大的损害^④。美国近期谴责WTO争端解决机制“过度司法化”的文件是《2018年总统贸易政策议程》。在“多边贸易协定下保护美国利益”一栏,美国列举了WTO争端解决机制涉及美国的司法造法的五个案例,包括“公共机构”的定义、技术性贸易壁垒的非歧视性、优惠税收条款、

① “Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding (TN/DS/W/82/Add.1),” https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=63478,67682,51129,106302,70544,15104,46381&CurrentCatalogueIdIndex=3&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.

② 贺小勇:《WTO争端解决机制面临的挑战与改革建议评析》,载《中国国际法学会2006年学术年会论文集》,厦门:厦门大学,2006年5月18—19日,第2页。

③ United States Trade Representative, “The President’s 2018 Trade Policy Agenda,” note. 13, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/20-18/AR/2018%20Annual%20Report%20I.pdf>.

④ Kenneth Rapoza, “Trump the Trade Tyrant Targets the WTO,” *Forbes*, July 29, 2019.

作为贸易救济的政府补贴以及保障措施的使用条件。美国重申，专家小组和上诉机构在适用 WTO 法律时应“严格遵守经由成员国谈判和同意的协议文本”^①。

（二）美国反对“过度司法化”的主要原因

总的来看，美国对 WTO 争端解决机制的强烈不满，主要针对的是所谓的“过度司法化”，而不是“司法化”或者争端解决机制的程序自身。但是，这两者之间是不能分割的，因为“过度司法化”的前提是“司法化”。正是因为 WTO 争端解决机制赋予了上诉机构高度的自主性，美国无法通过争端解决机制内部来达到自己的目的，所以才不惜试图让这一机制陷入瘫痪。从这个角度来说，WTO 争端解决机制的司法化是美国对这一机制越来越不满的背景性、结构性原因。

从表面上看，美国的反对理由是 WTO 争端解决机制“过度司法化”会给所有成员方带来客观风险，如损害国家主权、减少成员方的权利或义务等。美国认为，WTO 协定是各主权国家和单独关税区之间的谈判结果，条文中的歧义处是由于各方无法达成共识而故意留下的^②。司法机构擅自澄清歧义的行为修改了谈判结果，是对主权国家意志的不尊重。这个理由是一般性的，可以用来解释为什么大多数 WTO 成员都支持改革必要性，但本质上也涉及 WTO 上诉机构的仲裁和立法与美国国家利益之间存在的紧张关系。美国反对的直接原因和主要原因是（它认为）上诉机构的许多裁决、造法不利于美国的国家利益。

首先，美国政府认为，上诉机构给贸易救济措施的使用施加了各种协议中未曾写明的附加条件，使得美国在面对其他成员国的倾销、补贴等行为时无法及时有效地对国内产业进行保护。例如，WTO《保障措施协议》规定，一个成员方要实施保障措施应符合三个条件。第一，某种产品进口激增；第二，进口激增的原因乃为《1994 年关税与贸易总协定》所规定的“不可预见的发展”和“进口方承担 WTO 义务结果”；第三，进口激增与进口方产业受到严重损害或严重损害威胁之间存在因果关系。乌拉圭回合谈判时各成员方为了采用或保留某些国内

^① “The President’s 2018 Trade Policy Agenda,” pp. 23 – 24, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/20-18/AR/2018%20Annual%20Report%20I.pdf>.

^② 参见“Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding (TN/DS/W/82/Add. 1)”。

做法,故意使得这部分条文含糊,并未对“不可预见”和“因果关系”做出明确定义^①。然而,上诉机构的司法造法行为却使得保障措施的实施条件逐渐清晰化和具体化,限制了美国对保障措施的使用。

例如,在2001年澳大利亚、新西兰诉美国羊肉保障措施案中,上诉机构裁定美国的保障措施违反了《1994年关税与贸易总协定》第19条,因为其未能在采取保障措施前证明本国羊肉产业所受严重损害是由于关税减让后的“不可预见的发展”。美国政府反驳道,《1994年关税与贸易总协定》第19条的文本既没说明“不可预见的发展”需要证明,也没规定需要在采取保障措施之前证明,更没要求这一证明要由当局的公开报告提供。美国政府认为,上诉机构裁决的依据是先例而非协定文本,增加了美国的义务。另一个例子是2000年的美国小麦面筋保障措施案。专家小组认为,美国在实施保障措施之前,没有分析其他导致国内小麦面筋产业受损的可能因素,因而有可能将产业受损错误地归因为从欧共体进口的小麦面筋上^②。专家小组对协议条文的创造性适用无疑又引起了美国的强烈抗议。

另外一个例子是,2000年,加拿大和墨西哥对美国的《持续倾销和补贴抵消法》(CDSOA)提起联合上诉。专家小组裁定,成员方不能将补贴作为一种贸易救济的方式,CDSOA违反了以上相关协议,应在合理时限内整改。上诉机构基本维持了专家小组的判决,即CDSOA违反了《反倾销协定》第18.1条和《补贴与反补贴措施协定》(简称《SCM协议》)的第32.1条,属于不被允许的贸易救济措施^③。然而美方认为,政府有权自由处置反倾销税带来的财政收入,以更好地救济国内的受损企业^④。此外,《SCM协议》第3条并没有明确说明补贴不能作为救济手段。根据“法无明文禁止即合法”的原则,美方指出争端解决机制对CDSOA的裁决缺乏法律依据,实际上“创造了新的被禁止的补贴类型”^⑤。

① Judith L. Goldstein and Richard H. Steinberg, “Negotiate or litigate?” p. 270.

② 参见: Appellate Body Report, “United States — Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities (WT/DS166/AB/R),” at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/166abr_e.pdf.

③ 参见: “United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (DS234),” https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds234_e.htm.

④ “The President’s 2018 trade policy agenda,” p. 24.

⑤ Dispute Settlement Body, “Minutes of the January 27, 2003 DSB meeting (WT/DSB/M/142),” para. 55, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/101684/Q/WT/DSB/M142.pdf.

其次，在发达国家和发展中国家的贸易分歧上，美国认为上诉机构的司法造法偏向于后者。发达国家和发展中国家的分歧是如今多哈回合停滞的一个重要原因。1995 年以前，美国和欧盟占据了缔约方 GDP 总和的 65%，现在总比重下降至不到 50%。发达国家对新兴经济体利用政府补贴、市场准入限制等行为十分不满，但又由于自身经济实力的相对下降以及 WTO 协商一致的决策方式无法在谈判中获得优势。在此种情况下，上诉机构的“偏心”无疑是火上浇油。例如，美国认为，上诉机构对“公共机构”的严格定义使得成员方难以抵制国有企业补贴造成的市场扭曲，从而给予了许多奉行“国家资本主义模式”的发展中国家相较于美国和其他市场经济国家不公平的优势^①。另外一个例子是，在 2011 年的中国诉欧盟紧固件反倾销案中，尽管欧盟方面坚称，中国紧固件产品的“不公平倾销”伴随着所谓“政府对原材料价格的扭曲”，但是由于上诉机构裁定公共机构是被赋予政府职权并履行政府职能的实体，国有企业不属于“公共机构”，所以裁决认为中国并无进行补贴行为。但在美国看来，中国国有企业和国有商业银行由政府控股，“服务于国家产业政策”，应当被认定为《补贴和反补贴措施协议》中的“公共机构”，而上诉机构对协定条文中的模糊之处做出了有利于非市场经济国家的解释，使得美国和其他成熟的市场经济国家难以抵制这些国家的政府补贴^②。

最后，美国政府还认为，WTO 争端解决机制将许多协议里没有明文禁止的美国国内措施裁定为违反 WTO 相关规定。美国在反倾销调查中估算涉案产品倾销幅度时采取的是“归零法”，即在计算倾销总差额的过程中，只对正倾销差额进行累计相加，而将存在负倾销的差额算为零。这种计算方法人为地提高了倾销幅度和倾销税率，是美国贸易保护技术中的关键组成部分^③。在乌拉圭回合时，以日本为代表的国家坚持取消归零法，但美国坚持不让步，《反倾销协定》最终未能对倾销幅度的计算方法做出明确的规定。但是，专家小组和上诉机构在日本和欧盟等国诉美国基于“归零法”的反倾销措施时，无一例外地裁定美国败诉。美国认为，《反倾销协定》的模糊条文已经默许了归零法，WTO 争端解决机制

① “President’s 2018 Trade Policy Agenda,” p. 23.

② Dispute Settlement Body, “Minutes of Meeting Held on March 25, 2011 (WT/DSB/M/294),” p. 19, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=85865&filename=Q/WT/DSB/M294.pdf.

③ 韩洋：《后多哈回合时代归零法议题的动向研究》，《黑河学刊》2013 年第 9 期，第 83 页。

不应把自己的价值倾向强加于成员方。

(三) 美国反对“过度司法化”的深层原因

如前所述,对于美国来说,霸权实力地位和霸权制度地位是它的整体国家利益。而在霸权制度地位中,国际制度的原则规范是否有利于霸权国的国际收益分配,能够深刻影响到霸权国的实力地位变迁。由于WTO争端解决机制本身具有高度的自主性,美国实际上无法决定这一机制的运作,因此它最关心的就是这一机制的原则规范和价值倾向。尽管WTO仍然支持自由贸易,而美国一直以来是自由贸易的受益者,但随着经济全球化的发展所带来的美国相对优势的丧失、国内贫富差距的加大以及民族主义的兴起,公平贸易(fair trade)逐渐成为美国国际经济政策的新取向,从而导致WTO争端解决机制与美国霸权利益之间的冲突日益加剧。随着中国崛起所带来的中美实力差距的缩小,这些冲突对美国而言具有了战略重要性和紧迫感。美国制造WTO争端解决机制危机的更深层次的原因是中美关系转向竞争的国际政治背景。

对于美国而言,如果不能实质性地改革WTO及其争端解决机制,那么美国的霸权实力地位就将受到动摇。在美国精英们看来,WTO争端解决机制所具有的许多价值倾向以及裁决造法更多重视自由贸易、偏向于发展中国家。面对劳动力成本低、经济规模巨大的中国,美国政府通过在环保、人权等诸多方面设立非关税壁垒,不仅有助于缓解国内因为经济全球化所带来的失业、贫富差距扩大等尖锐矛盾,也有助于削弱中国、印度等发展中国家的国际竞争力。因此,美国改革WTO争端解决机制的目标是要实现所谓的“公平贸易”,在国际经济利益分配中获得更多的份额,从而巩固美国的霸权实力地位和霸权制度地位。这种做法对发展中国家来说未必是“公平”的,但美国政府的旗号是为了保护环境、保护劳工、保护知识产权。美国政府指责专家小组和上诉机构的贸易官僚们持有偏重贸易的偏见,对于国内立法的非贸易性价值缺乏理解,损害了成员方采取限制贸易措施的劳工、环保、卫生等立法来保障人民利益的权利^①。

中国2001年加入WTO,到2010年超过日本成为世界上第二大经济体,中

^① Jefferey L. Dunoff, "Rethinking International Trade," *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, 1998, p. 352.

国的实力地位显著提升，与美国的实力差距显著缩小，这引发了美国政治精英们的警惕和忧虑。美国政府普遍认为，WTO 未能约束中国，使中国方面得以操纵国际经贸体系，以支持本国的经济崛起^①。2019 年 2 月，美国贸易代表办公室（USTR）就中国在 WTO 的表现公布了一份报告，认为现行的 WTO 框架赋予了中国发展中国家地位，并给予了其一系列的保护政策，包括市场开放缓冲期、对弱势产业的保护、对补贴和关税的特殊照顾等，这极大地方便了中国政府干预自由市场经济、补贴国内产业、限制商品进口，在全球范围内造成了极大的产能过剩和市场扭曲，损害了美国和其他成员国的利益^②。

在美国对中国的贸易政策日益不满之际，WTO 争端解决机制也受到了“迁怒”。尽管在过去的 16 年中，美国在通过 WTO 争端解决机制起诉中国的案件中几乎全部胜诉，但美国认为，WTO 争端解决机制只能解决成员方偶发的违约行为，而无法约束一个从根本上不信奉自由贸易规范的重商主义贸易体制^③。例如，WTO 司法机构可以轻易判决政府对企业的某些种类的补贴违反了 WTO 规则，但是对于“非市场经济体制”中通过银行和国有企业下发的一系列隐蔽而复杂的补贴，专家小组和上诉机构却难以做出相同的裁决^④。此外，中国政府在汽车等重要产业上有严格的外资限制。美国怀疑，中国设立外资限制的真实目的是使外国企业不得不与中国企业设立合资公司，再配合一系列合资要求和行政规定，最后强制外国企业进行技术转让。然而，由于中国作为发展中国家拥有市场开放缓冲期，外资限制这一单独的政策拿到 WTO 争端解决机制面前审理并不会让美国获得胜诉^⑤。更加令美国愤怒的是，WTO 争端解决机制如今的司法造法阻碍了美国一系列反制中国倾销和补贴的手段。在反补贴手段上，上诉机构在 2011 年曾裁定中国的国有企业不属于“公共机构”，所以不算是补贴提供者，从而限制了美国征收反补贴税的幅度。在保障措施上，美国曾在 2002 年的中国诉

① Shawn Donnan, “Happy Birthday GATT. Have You Met Donal Trump?” *Financial Times*, October 30, 2017.

② United States Trade Representative, “2018 Report to Congress On China’s WTO Compliance,” pp. 17 – 19, <https://ustr.gov/sites/default/files/2018-USTR-Report-to-Congress-on-China%27s-WTO-Compliance.pdf>.

③ United States Trade Representative, “2018 Report to Congress On China’s WTO Compliance,” p. 23, <https://ustr.gov/sites/default/files/2018-USTR-Report-to-Congress-on-China%27s-WTO-Compliance.pdf>.

④ Chad Bown, “The 2018 Trade War and the End of Dispute Settlement as We Knew it,” *Vox*, June 13, 2019, <https://voxeu.org/article/2018-trade-war-and-end-dispute-settlement-we-knew-it>.

⑤ Chad Bown, “The 2018 Trade War and the End of Dispute Settlement as We Knew it.”

美国钢铁保障案中败诉，美国认为上诉机构对保障措施的使用添加了原协议中没有的条件，对此一直耿耿于怀。

那么，美国的不满为何在近两年集中爆发呢？一个重要原因是，特朗普政府倾向于靠双边谈判而非多边争端解决方式来维护美国的贸易利益。奥巴马政府对于 WTO 也有许多的批评，但是当时美国政府试图通过“跨太平洋伙伴关系协定”（TPP）和“跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定”（TTIP）来建立一个高标准的国际经济新规则，从而削弱中国和其他发展中国家的国际竞争力，最终取代现有的 WTO 规则。在这样一个背景下，美国政府并不急于让 WTO 机制陷入瘫痪。而且，当时的美国政府和精英们总体上还是肯定自由贸易的，只是倾向于“公平的自由贸易”。但是，随着中美关系的恶化和战略竞争的凸显，美国方面对于现有 WTO 规则的不利一面看得更加严重，而特朗普政府又非常关注所谓的经济全球化对美国失业工人的影响，导致他在上任后马上退出了“跨太平洋伙伴关系协定”。特朗普常常称 WTO 争端解决机制对美国不公平，总是判决美国败诉，表现出了对多边争端解决的极端不信任。这倒不是说特朗普政府完全否定自由贸易，而是特朗普政府已经完全没有耐心通过多边方式、升级 WTO 框架的方式（WTO Plus，即 WTO 升级版）来解决问题。

特朗普提名的美国商务部长和贸易代表——威尔伯·罗斯（Wilbur Ross）和罗伯特·莱特希泽（Robert Lighthizer）——也都偏好单边手段而不是多边协商。罗斯称中国和欧洲拥有“强大的针对进口的非关税贸易壁垒”，为了纠正中国和欧洲的“不公平”贸易行为，他将积极依据美国国内法律采取贸易救济措施。这种所谓的“贸易救济”所基于的假设和计算方法往往过于激进，实质上构成了对贸易国的惩罚性关税。莱特希泽是双边谈判的坚定支持者，他最令人印象深刻的成就是在 1984—1985 年的美日钢铁贸易战中成功逼迫日本限制对美钢铁出口。除此之外，他在里根政府任职贸易副代表的三年期间内，成功地利用惩罚性关税的威胁达成了 20 多项对美国有利的双边贸易协定。特朗普及这两位重要贸易官员在维护美国贸易利益的手段上看法高度一致，导致了此届美国政府在贸易政策上具有稳定的单边主义倾向。在这种情况下，美国决定采取激烈的单边措施。首先，它选择绕开 WTO 争端解决机制，依据国内法律对中国的“不公平贸易政策”进行大规模报复。2017 年 8 月，美国贸易代表署发布公告，以“中国对美国知识产权存在侵权行为”为由正式对中国

启动调查。2018 年 4 月，美国贸易代表办公室公布了根据“301 调查”建议征收中国产品关税的清单，这份价值约 500 亿美元的商品建议清单涵盖约 1300 项商品。其次，随着中美竞争的加剧，美国对争端解决机制长久以来的不满完全爆发，决定以单边手段迫使其进行改革，在将来的裁决中不再做出有利于中国的司法造法。

其实，WTO 争端解决机制允许受损成员方在违法方未在合理时间内履行裁决的情况下进行报复，且幅度还不小。2019 年 10 月初，上诉机构公开了一份报告，此报告将允许美国合法地对每年价值 50 亿美元至 70 亿美元的欧洲商品征收新的关税，以报复欧洲补贴飞机制造商空客公司的行为。这一结果虽然离特朗普扬言的对 110 亿美元的欧洲商品征税尚有差距，但是数额依旧十分可观。但是，在信奉“美国优先”的特朗普政府看来，WTO 争端解决机制对于成员方实施报复的约束和限制还是过多，不能让美国迅速地达到目的，所以其更倾向于通过大幅度增加关税的单边手段来迫使中国、日本以及欧盟同意自己的要求。由于此届美国政府不将 WTO 争端解决机制作为维护自己贸易利益的主要工具，它不惜让这一机制陷入瘫痪来迫使 WTO 进行其所要求的改革。

四 “司法化”的客观风险及改革建议

作为霸权国，美国在推动 WTO 争端解决机制的司法化方面曾经发挥了主导作用，但它没有料到的是，这一机制的司法化最终虽然提高了全球贸易治理的效率，但却逐步与美国的立场和利益发生了背离。由于 WTO 采取协商一致的决策方式，因此美国并不能轻易说服和强迫其他成员国支持美国的改革立场。无奈之下，美国只能采取让 WTO 的相关机构陷入瘫痪的方式来迫使 WTO 进行它所期望的改革。美国这样做未必就能得偿所愿，但对已经日益升温的全球贸易摩擦来说却是火上加油。争端解决机制的危机也提醒我们，WTO 毕竟是一个成员方驱动的国际组织，其司法仲裁的权威性和合法性依赖于相关成员的政治接受。在争端解决机制陷入危机之际，我们需重新反思 WTO 争端解决机制过度司法化可能存在的客观风险，并提出一些理性的改革建议。

WTO 争端解决机制之所以呈现出过度司法化的倾向，除了前文提到的制度

设计上的原因外,其根源还是WTO立法和谈判功能的衰退^①。多哈回合部长级会议失败及陷入僵局的次数远超GATT时期^②,各国只能在贸易自由化的规范上达成共识,却无法达成任何实质性的贸易自由化协议。这首先是因为随着越来越多非西方国家加入WTO中,WTO的谈判格局产生了巨大变化。1995年以前,美国和欧盟占据了缔约方GDP总和的65%,而现在总比重下降至不到50%。发达国家对新兴经济体的政府补贴、市场准入限制等行为十分不满,但由于自身经济实力的相对下降以及WTO协商一致的决策方式无法在谈判中获得优势^③。其次,多哈回合相比先前的几轮贸易谈判议程有所扩大,试图规范各种透明度差、隐蔽性强而且具有较强的针对性的非关税措施,其谈判难度不言而喻。在这种情况下,WTO专家组和上诉机构的贸易官僚们似乎自觉肩负起了推动国际贸易自由化的责任,通过对WTO协定文本进行亲贸易的创造性解释,用司法造法为成员方之间的贸易自由化谈判提供某种有缺陷和有争议的替代^④。因此,WTO立法和谈判功能的衰退是其争端解决机制逐渐走向兼具立法和司法职能的超国家机构的身份定位的根本原因。

然而,美国迫使WTO争端解决机制陷入瘫痪的举动意味着,这一机制的过度司法化已经引起了政治权力的反噬。但是,除了指出美国不满的实质是因为这一趋势不利于美国的战略利益之外,也需要对WTO争端解决机制的司法化进行客观的反思。这种反思的目的是减少国际贸易争端的烈度,以及尽量避免将WTO机制推倒重来。从一开始,各国之所以同意赋予上诉机构强大的权威是为了使其能忠实地执行乌拉圭回合达成的一系列实质性条款,而不是补全和发展它们,即使某些条款看起来是“不完整、不高效,甚至是不公平的”^⑤。这是因为司法造法会改变成员方依据协定享有的权利和承担的义务,破坏成员方在多边贸易谈判中费尽心思达成的微妙政治平衡^⑥。WTO协商一致的政治决策方式使得成员方在WTO政治参

① Richard H. Steinberg, “The Impending Dejudicialization of the WTO Dispute Settlement System?” *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Cambridge University Press, vol. 112, 2018, p. 317.

② 苏华:《特朗普政府对多边贸易体制的冲击及WTO的角色变化》,《国际经济合作》2018年第4期,第4页。

③ Richard H. Steinberg, “The Impending Dejudicialization of the WTO Dispute Settlement System?” p. 319.

④ Judith L. Goldstein and Richard H. Steinberg, “Negotiate or litigate?” p. 259.

⑤ Richard Steinberg, “Judicial Lawmaking at the WTO,” p. 250.

⑥ Richard Steinberg, “Judicial Lawmaking at the WTO,” p. 250.

与和发言权增加，争端解决机制的革命性司法化改革才能顺利推行^①。成员方相信，只要牢牢握住自己手中的单边否决权，就不会有新的义务未经自己同意强加于己，因此愿意接受现有规则体系的强制执行机制^②。但 WTO 争端解决机制的实践证明，国际组织的发展确实存在如自由主义、建构主义所说的惯性、自主性，最终与现实主义所强调的霸权国主导、大国利益协调等因素发生了激烈的冲突，从而导致争端解决机制陷入了危机。

（一）“司法化”与“过度司法化”的客观风险

首先，争端解决机制的司法化（自动化、强制化）使其有被滥用的风险。WTO 争端解决机制运行的第一个 10 年就受理了 324 件投诉，平均每年受理 32.4 件，而关贸总协定 48 年才总共受理了 300 件投诉。庞大的争端受理量一方面意味着 WTO 争端解决机制深受成员方信任，但另一方面也意味着争端解决机制陷入了有可能导致系统瘫痪的超负荷运转^③。而且近年来越来越多的案件当事方请求上诉机构审查案件的事实问题，而不仅仅审查专家小组的法律解释，这导致上诉机构几乎无法在 DSU 要求的 90 天期限内发布裁决报告。统计数据显示，在 1995—2010 年，上诉机构对 95% 的案件能在上诉后 90 天内散发报告，但是 2011—2018 年，上诉机构只有 18% 的案件遵守了这一时限^④。WTO 现任总干事罗伯特·阿泽维多曾对上诉机构的超负荷运转表示忧虑。如果案件审理期限一次次延长，上诉机构无法快速和公平地解决纠纷，争端解决机制的威信就会大幅下降^⑤。

其次，WTO 争端解决机制在许多“空白领域”的造法行为可能导致 WTO 管辖范围的无限扩大，影响贸易自由化的进展。例如，环境学家希望建立绿色的关贸总协定，就是因为世界上没有可以有效控制环境污染和管理自然资源开发的

① 在协商一致无法达成的情况下，也可以实行简单多数表决。对于协定本身及相关的多边贸易协定内容的解释及相关成员方义务的豁免，《WTO 协定》规定了 3/4 多数决的要求；对于协定本身修正的事项，规定了 2/3 多数决（部分特殊内容要求更高）；新协定的谈判上则仅适用协商一致的决策方式。

② Joost H. B. Pauwelyn, “The Transformation of World Trade,” p. 31.

③ T. N. Srinivasan, “The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives,” *World Economy*, vol. 30, no. 7, 2007, p. 1040.

④ Terence P. Stewart, “Addressing (or not) Widespread Concerns with the WTO,” *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Cambridge University Press, vol. 112, 2018, p. 322.

⑤ 苏华：《特朗普政府对多边贸易体制的冲击及 WTO 的角色变化》，第 7 页。

国际环境组织。在已经建立了国际组织的领域,如知识产权,人们也因为WTO拥有更加强有力的执行机制而将此议题纳入乌拉圭回合的谈判中,并最终签署了《与贸易有关的知识产权协定》^①。虽然有支持非贸易议题被纳入WTO的声音存在^②,但是反对者的论点似乎更为充分。有学者指出,如将更多的“非贸易议题”一并并入,其必然会影响WTO处理贸易议题和促进贸易自由化的进度^③。在WTO争端解决机制中,强行纳入环境保护和劳工标准等议题,只会使得发展中国家与发达国家之间的利益分歧更为严重。

最后,WTO司法机构“越俎代庖”地用司法裁决取代政治谈判的做法,不一定能解决纠纷,反而损害了自身的公平性和合法性。上诉机构对发达国家和发展中国家在经济体制、贸易政策甚至价值观上存在的分歧并没有深入的考察,也不应负担调和此种分歧的使命^④。由于自动强制的争端解决机制使得成员方可以在可预计时间内“解决”高度政治敏感性的问题,部分成员方选择将此类问题提交到专家组和上诉机构,在争端解决过程中表明立场,或试图获得谈判桌上取得不了的利益。司法机构在这些复杂敏感的争端中做出裁决往往是费力不讨好,无论如何都会得罪某一争端相关方,反而损害自身的公平性和合法性。美国贸易谈判代表莱特希泽曾对此行为表示担忧:“许多人担心WTO不再专注于谈判,而是成为一个以诉讼为主的组织。成员方似乎相信他们通过诉讼得到的让步远远高出他们可以在谈判桌上获得的。我们不得不扪心自问这是否对贸易体制有利……”^⑤

(二) 对WTO争端解决机制的改革建议

WTO毕竟是一个成员方主导的国际组织,因此多边贸易体制本质上还需要利用微妙的政治手段来平衡成员间的利益,确保成员方间的权利和义务平衡。也

① T. N. Srinivasan, “The Dispute Settlement Mechanism of the WTO,” p. 1058.

② Ruben Zandvliet, *Book Reviews: World Trade Law after Neoliberalism: Re-Imagining the Global Economic Order*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

③ Frieder Roessler, “Domestic Policy Objectives and the Multilateral Trade Order: Lessons from the Past, in the WTO as an International Institution,” *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, no. 2, 1998, pp. 513–532.

④ Richard H. Steinberg, “The Impending Dejudicialization of the WTO Dispute Settlement System?” p. 317.

⑤ “Opening Plenary Statement of USTR Robert Lighthizer at the WTO Ministerial Conference,” <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/december/opening-plenary-statement-ustr>.

就是说，WTO 不应该变成一个具有高度自主性的超国家机构。尽管 WTO 争端解决机制是战后国际贸易治理法治化的最新发展阶段，有利于提升效率、促进公平，但这并不意味着其应该在司法化道路上越走越远。随着 WTO 争端解决机制权威和自主性的不断增大，霸权国美国的不满情绪越来越大，大多数成员也认同 WTO 争端解决机制需要改革的大方向。在肯定争端解决机制司法化的合理性与正面效应的前提下，这一机制需要进行一定程度的去司法化，在审理案件中考虑更多的政治因素，这在一定程度上也能消除美国等国家对于该机制的不满，尽量避免将争端解决机制推倒重来的可能性。

一是可以考虑减少“遵循先例”的实践。上诉机构将不能毫无顾忌地引用其过往报告作为先例或提供权威解释。这样既可以消除过往案件某些缺乏政治敏锐性的判决带来的负面影响，也使得上诉机构在未来的争端中必须依据每个案件特定的政治背景来审理^①。由于无论是 GATT 还是 WTO，在正式法律文件中对先例有无法律约束力等问题从未做出过明文规定，这一措施将较为容易执行。

二是引入适度的政治制衡。反向协商一致的原则赋予了专家小组和上诉机构前所未有的独立性，使得争端解决机制能不受干扰地迅速地解决纠纷，但同时也使得对专家小组和上诉机构报告的政治审查流于形式。改革可以考虑在争端解决机制的某些环节放宽反向协商一致的原则。当大部分成员方认为某项争议太过政治敏感而不宜提交争端解决机制时，专家小组就不应设立。这样既节省了司法资源，又避免了上诉机构对成员方存在巨大分歧的争议以司法裁决代替政治谈判；或者当大部分成员方都反对上诉机构的报告通过时，裁决可以被推翻。另一种思路是仿照专家小组的中期审议做法，新设立上诉机构中期审议阶段。上诉机构在将最终报告散发各成员之前应向各方提交一份中期报告。争端方若认为上诉机构的裁决改变了 WTO 协定文本中规定的成员方实质性权利或义务，可以要求上诉机构对此做出书面回应^②。在政治监督下，上诉机构会在裁决中更多地考虑政治的影响，在司法造法行为上也会有所节制。就部长级会议和总理事会从未动用过立法解释权的问题而言，不管怎样，在司法权力和政治权力失衡的情况下，多援用《WTO 协定》第 9 条第 2 款的“专门解释权”可以释放成员方对上诉机构蓄

① Richard H. Steinberg, “The Impending Dejudicialization of the WTO Dispute Settlement System?” p. 320.

② Robert McDougall, “Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function,” p. 14, <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf>.

积的不满，以防它们采取单边过激手段。

三是将部分贸易争端排除在司法管辖之外。当前，似乎任何争端都可以在WTO对簿公堂，而不用考虑其对多边贸易体制破坏性的后果。然而，一些类型的贸易争端并不适合由法律来审判，原因可能是WTO协议中缺乏相关的明确条款内容，或是涉及国家安全等政治敏感问题。将这些争端提交司法程序解决会造成成员方之间的巨大分歧和冲突，从而损害多边贸易机制。可行的做法包括将一些争议较大的贸易争端判定为不适用司法审理(non-justiciable)，赋予应诉国以磋商和庭外调解为条件将某一项贸易争端排除出司法管辖的权利，或者给予司法机构拒绝审理和中途暂停审理的权利^①。

最后，虽然WTO的多边谈判的死局是导致司法权力越界的一个重要原因，但是无论修订现有的协定还是谈判新的协定，都应该保留协商一致的决策机制。规则应由世贸组织广大成员在相互尊重、平等对话的基础上，通过协商一致的方式共同制定^②。放松这一原则可能会导致发展中成员的边缘化和成员方的小圈子化。

五 小结

在考察国家与国际组织的关系时，一个有意思的问题是，如果国际组织的自主性发展到一定程度，不再被霸权国主导，甚至也不再是成员方主导、大国政治协商的渠道，而是试图扮演某种超国家的角色，那么它的自主性能走多远？当国际组织试图扮演凌驾于国家之上的“仲裁者”“法官”的角色时，这意味着该国际组织功能的司法化。世贸组织争端解决机制就是这种情形的典型例子。WTO争端解决机制曾被视为最完善的国际争端解决机制之一，被誉为“WTO皇冠上的明珠”，但其超国家的仲裁、立法角色日益增强，引发了美国的强烈不满。根本原因在于，在中美关系走向战略竞争背景下，美国的政治精英们认为WTO争端解决机制助长了所谓的“不公平贸易”，损害了美国的霸权利益。本文对

^① Robert McDougall, "Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function," pp. 14 - 15, <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf>.

^② 商务部世界贸易组织司：《中国关于世贸组织改革的立场文件》，<http://sms.mofcom.gov.cn/article/cbw/201812/20181202817611.shtml>。

WTO 争端解决机制过度司法化可能具有的弊病进行了客观的反思，指出应加强 WTO 政治机构的立法和谈判功能，避免争端解决机制成为成员方的政策工具，从而更好地实现不同成员方权利和义务的平衡。WTO 的争端解决进行一定程度的去司法化，重新突出“成员方主导”的基本原则，一定程度上可以消除美国等国家对于 WTO 机制的不满，尽量避免将 WTO 机制推倒重来。

如前所述，WTO 争端解决机制的司法化和自主性的提升其实是一个戏剧化的过程。由于 WTO 的协商一致决策原则——这意味着所有成员方都有否决权，因此即便是霸权国美国，也不一定能主导这一组织的运转。为了推动多边贸易的自由化进程，美国支持了 WTO 争端解决机制的司法化，从而提高这一机构的效率和自主性。但是，由于 WTO 自身制度设计以及现实需要，争端解决机制的司法造法行为越来越多，对成员方的权利和义务做出了许多调整，而这许多调整在美国看来损害了其主权以及战略利益。在美国对外战略重新回到大国政治竞争的背景下，美国政府对于中国等发展中国家基于劳动力成本、土地和环境所具有的贸易优势非常担心，将其视为对美国霸权实力地位的主要威胁。而 WTO 争端解决机制在贸易争端中的许多裁决和造法不利于美国，从而导致美国在与中国的实力竞争和制度竞争中处于劣势。因此，美国试图让上诉机构陷入瘫痪，迫使 WTO 进行对它有利的改革。

从理论角度来说，WTO 争端解决机制的发展，可以作为现实主义理论和自由主义理论的解释力竞争的一个经典案例。WTO 作为一个协商一致的机制，其制度设计对于成员方的影响力有着相当大的限制，即便是美国也不能完全主导，而 WTO 争端解决机制的司法化，以及随之而来自主性与权力的不断扩大，进一步体现了制度自身的生命力。但是，对于霸权国来说，它希望主导这一制度，不能容忍它“损害”美国的战略利益。WTO 争端解决机制陷入瘫痪这一案例并没有动摇现实主义对霸权利益的解释。一方面，它佐证了霸权制度地位的重要性，以及将其作为霸权国整体利益的合理性；另一方面，霸权实力地位的存在是支撑霸权制度地位的基本保证。由于 WTO 的协商一致，以及美国所具有的强大实力、众多盟友，因此遭到霸权国反对的 WTO 机制很容易陷入困境和危机。在塑造国际组织的自主性方面，实力分配、战略利益等因素仍然是比功能、惯性、共识等更强有力的因素。当美国认为 WTO 争端解决机制这样的国际制度的自主性演进损害了美国的霸权利益之时，它具有足够的能力和手段让这一制度陷入

危机。

从建构规范性国际制度理论的角度来看，国际组织自主性的提升有其必要性和积极意义，但是，在是否成为具有高度自主性的超国家机构的问题上，国际社会需要更加谨慎。一方面，超国家机构未必能成为权威和公正的化身；另一方面，自主性的提升必然导致与主权国家的冲突。因此，全球治理必须在主权国家和国际组织的权威之间取得一个合理的均衡。美国和 WTO 争端解决机制之间的矛盾，是现实主义世界和自由主义世界的碰撞，从目前来看较为稳妥的选择是对争端解决机制进行改革，适当兼顾各方的权利和义务的平衡，而不是简单认为司法化、法治化就是对的，争端解决机制就是“正义的化身”。毕竟，WTO 现有的诸多规则并不完美，争端机制本身也不完美，成员方也不完美，在这样的背景下，妥协、制约与平衡应该是相对较好的选择。