

# WTO 上诉机构规则解释的 内在逻辑与目标选择

范笑迎\*

**内容摘要:** WTO 上诉机构的解释实践具有相当的复杂性甚至矛盾性。在该机构停滞并亟须改革的当下,隐藏在其规则解释表象之下的深层法理需要被揭示,以便发现真正的问题所在并促进问题的有效解决。上诉机构规则解释的目标在于促进 WTO 制度的有效性,具体包括促进争端的有效解决、确保规则的安全性和可预测性以及政策开放性三个方面。然而,上诉机构在个案裁决中面临目标选择的困境,即只能从三个目标中选择最应当实现的两个目标,而无法同时实现三个目标。当上诉机构在个案裁决中选择实现政策开放性、规则的安全性和可预测性两个目标,而对成员方的管理自主权加以限制,即可能损抑促进争端解决的目标时,其政策选择是否符合 WTO 的民主合法性是其规则解释的真正问题所在。

**关键词:** WTO 上诉机构 管理自主权 安全性和可预测性 政策开放性

WTO 上诉机构被广泛誉为“皇冠上的明珠”,尽管目前由于美国对法官甄选程序的阻挠而陷入暂时的停滞,但相信未来一定会重新焕发活力。不过,上诉机构的停滞也使得人们开始认真审视其存在的问题,并讨论改革这一机制的方法。人们对上诉机构批评最多的,同时也是上诉机构面临的最核心、最难以解决的问题即上诉机构的规则解释法理中存在的问题。有成员方指责其司法越权、司法能动,<sup>①</sup>但也有观点认为上诉机构不仅没有司法造法,而且以文本解释为主,体现出较强的司法保守主义倾向<sup>②</sup>;同时亦有观点指出上诉机构的规则解释前后不一、自相矛盾,常常在

\* 天津财经大学法学院副教授,法学博士。

本文系 2019 年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“解决 WTO 上诉机构司法造法问题的理论路径与中国对策研究”(项目批准号:19YJC820011)的阶段性成果之一。

① See Office of the United States Trade Representative, The 2020 Trade Policy Agenda and 2019 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program, [https://ustr.gov/sites/default/files/2020\\_Trade\\_Policy\\_Agenda\\_and\\_2019\\_Annual\\_Report.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/2020_Trade_Policy_Agenda_and_2019_Annual_Report.pdf), visited on 21 March 2022; Office of the United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_on\\_the\\_Appellate\\_Body\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf), visited on 21 March 2022.

② See Eric W. Bond & Joel Trachtman, *China-Rare Earths: Export Restrictions and the Limits of Textual Interpretation*, 15 World Trade Review 208 (2016).

一个案件中表现出司法克制,却在另一个案件中表现出较大的开放性与能动性。<sup>①</sup>这些相互冲突的评价缘于上诉机构的裁决实践本身的复杂性,导致了代表不同利益的主体对上诉机构或者批评或者褒扬且各执己见、莫衷一是,谁也无法完全占理的局面,最终是谁强势谁就有理,其他成员免不了要被强势者牵着鼻子走。因此,如果试图对上诉机构进行改革,就需要首先理解上诉机构裁决实践,在其散漫甚至矛盾的实践之中发现隐藏的规律,这是厘清上诉机构规则解释是否存在问题、存在什么问题以及如何改革的基础。

### 一、问题的提出:拨开上诉机构规则解释的迷障

上诉机构规则解释法理具有相当的复杂性,这一评价在学界和实务界已是不争的事实。例如安德鲁·朗(Andrew Lang)认为:“上诉机构优先考虑灵活性和对背景的关注,创造了一个过于复杂和不透明的法理学体系。也许更重要的是,这种法理风格肯定会使其受到不一致和缺乏纪律的指责,正如我们最近看到的美国目前对某些上诉机构成员的激进主义的批评。”<sup>②</sup>上诉机构规则解释的法理复杂性具体表现为四种冲突:

第一,一致与不一致。有时上诉机构的解释与先前的裁决保持一致,有时却推翻了先前裁决中的观点而采取一种新的解释结论。<sup>③</sup>

第二,透明与不透明。上诉机构有时对规则的解释十分详细、具体,清晰地表明了其分析的方法、思路与结构,有时却以一种不甚清晰、含糊其词、跳跃闪烁的方式得出其结论。<sup>④</sup>

第三,保守与开放。上诉机构有时对规则的解释谨慎限制价值偏好、回避政策选择,有时却在规则解释中表现出明显的价值偏好、作出明确的政策选择。诚然,在许多情况下,上诉机构经常自觉地回避目的论推理,固守文本主义确保解释的合法

---

<sup>①</sup> See United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, para.161; Richard H. Steinberg, *Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints*, 98 *The American Journal of International Law* 251-254 (2004).

<sup>②</sup> Andrew Lang, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 27 *European Journal of International Law* 1102 (2016).

<sup>③</sup> 例如,上诉机构在欧共体—海豹产品案中充分援引先例和在欧共体—石棉案中轻易推翻先例的对比。See Gregory Shaffer, et al., *The Extensive (Yet Fragile) Authority of WTO Appellate Body*, 79 *Law and Contemporary Problems* 260 (2016); European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, paras.172-174.

<sup>④</sup> 例如,上诉机构在美国—双反(中国)案中的详尽解释和在欧共体—沙丁鱼案中的模糊解释的对比。See United States -Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, paras.288-318; Henrik Horn & Joseph H. Weiler, *European Communities-Trade Description of Sardines: Textualism and Its Discontent*, 4 *World Trade Review* 258 (2005).

性,但在其他情况下,它采用目的论推理获得解释的与时俱进性,这也是事实。<sup>①</sup>

第四,遵从与不遵从。上诉机构有时在规则解释中表现出对成员方管理自主权的高度遵从,有时却对成员方管理自主权进行严格审查并加以限制。<sup>②</sup>

上诉机构规则解释的法理呈现出的上述复杂性与矛盾性的原因值得研究。虽然上诉机构规则解释法理表面上看是散漫的、不成体系的甚至是相互矛盾的,但万变不离其宗,本文试图拨开迷雾,发现上诉机构规则解释背后的内在逻辑。

就上诉机构解释法理的内在逻辑,罗伯特·豪斯(Robert Howse)、安德鲁·朗和约斯特·鲍威林(Joost Pauwelyn)都进行了诠释。豪斯认为,上诉机构的解释看似复杂,实则始终反映了其一贯的司法政策选择,即保持司法独立。<sup>③</sup>上诉机构没有成为WTO新自由主义贸易制度的捍卫者,而是“自觉地与作为一个制度(institution)的WTO保持距离”。<sup>④</sup>上诉机构认为自身的作用主要是维护成员方的管制权与行使该权利需要遵守的WTO纪律之间的平衡,而不是新自由主义的贸易价值观的代言人。<sup>⑤</sup>上诉机构对WTO协定框架内存在的可接受的合法性公共政策的理解主要是基于外部情况,而非GATT/WTO内部人士的直觉及其传统。<sup>⑥</sup>所以,上诉机构在解释中运用了一系列确保司法独立的技术,包括:从WTO体系之外求助规范资源;将文本解释而非目的解释作为主要的解释方法;对自身裁决结论作为专家组裁决参照的重要性加以强调;尽可能地完成法律分析以及允许私人律师参与程序等。<sup>⑦</sup>

朗认为,上诉机构复杂的解释法理的本质是从以往强调非歧视到越来越多地强

---

① 例如,上诉机构在美国—虾案中采取与时俱进的解释方法和在中国—稀土案中严格适用文本主义解释的对比。See United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, paras.127-134; Eric W. Bond & Joel Trachtman, *China-Rare Earths: Export Restrictions and the Limits of Textual Interpretation*, 15 World Trade Review 208 (2016).

② 例如,上诉机构在美国—归零案中对成员方管理自主权的严格限制和在欧共体—石棉案中对成员方管理自主权的遵从的对比。See United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”), WT/DS294/AB/R, para.134; European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, paras.172-174.

③ See Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years on: Global Governance by Judiciary*, 27 European Journal of International Law 17 (2016).

④ Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years on: Global Governance by Judiciary*, 27 European Journal of International Law 24, 25, 28 (2016).

⑤ See Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years on: Global Governance by Judiciary*, 27 European Journal of International Law 44, 60 (2016).

⑥ See Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years on: Global Governance by Judiciary*, 27 European Journal of International Law 76 (2016).

⑦ See Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years on: Global Governance by Judiciary*, 27 European Journal of International Law 37-38 (2016).

调竞争中立的转变。<sup>①</sup>他提出,上诉机构在解释(边境)后歧视规范时采纳的“管制平衡”路径最好不要被理解为与作为制度的WTO的新自由主义意识形态的根本决裂,而应当被理解为一种持续进行的潜在的机构内部的对话,上诉机构在这一对话中发挥了事实上的思想领袖的角色,它的法理学已成为一个中心,与此相关的更广泛的制度共识已逐渐形成。<sup>②</sup>同时,朗补充了豪斯的观点:“上诉机构在过去20年里一直通过确保独立性、寻求平衡和表现自我克制来建立其合法性。上诉机构对于这一目标的实现取决于个案的背景,从而采取了不同的甚至是相反的技术。有时表现司法独立要求上诉机构与成员方的观点保持距离;而有时确保独立需要对成员方表示尊重。有时平衡和客观性的表现需要形式主义和文本主义;而有时适用更多的目的论推理可能会更好。当然,在司法独立和司法自我克制(judicial self-restraint)这两种相互竞争的要求之间,总是需要达到一种平衡,这种平衡可能会根据有关决定的具体情况,以不同的方式进行校准。上诉机构对这一现实极为敏感,因此形成了一种专门设计的法理风格,以保持其在环境变化时作出适当反应的灵活性和自由。”<sup>③</sup>因此,朗认为上诉机构法理的一个突出特征就是灵活性,由于上诉机构需要基于个案的背景校准平衡线的位置,因此它总是保留对问题的推理,避免在未来的案件中自缚手脚,灵活性应当被列入豪斯提出的上诉机构的“司法政策”<sup>④</sup>之中。<sup>⑤</sup>

然而,鲍威林认为,上诉机构的有效性与合法性不能通过与WTO成员或日内瓦的贸易政策精英保持距离的方式实现,其具备合法性的原因只能是基于其解释反映和回应了WTO全体成员方基本的、不断演变的偏好。“值得注意并令人钦佩的是上诉机构整体上的谨慎,仔细听取(成员方的)怨言和不断变动的偏好,对此给予不同

---

① 朗所称的“竞争中立”的含义是:目前学界和实务界对于GATT1994第3条(国民待遇条款)和第20条(一般例外条款)中的非歧视要求有两种不同的解释,一种观点将非歧视看作一种反保护主义的规范,认为WTO的主要目的是约束那些试图通过向本国产品提供不公平竞争优势来作弊的政府;另一种观点将非歧视视为竞争中立规则,认为WTO在进行一项更广泛的纪律管理设计项目,确保进口由于国内管理措施而遭受的所有竞争劣势都得到仔细审查和严格证明。因此,朗所称的“竞争中立”是针对进口产品和国内产品之间的竞争条件而言的。Andrew Lang, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 27 *European Journal of International Law* 1097-1099 (2016).

② See Andrew Lang, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 27 *European Journal of International Law* 1100 (2016).

③ Andrew Lang, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 27 *European Journal of International Law* 1101 (2016).

④ 豪斯提出的上诉机构奉行的五项司法政策包括:(1)非歧视制度中的有条件遵从;(2)“后歧视”的乌拉圭回合规范与非歧视规范的同化;(3)尊重(国内社会)集体偏好;(4)选择性司法极简主义;(5)WTO司法体系相对于WTO其他贸易论坛的自治性。See Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, 27 *European Journal of International Law* 45-75 (2016).

⑤ See Andrew Lang, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 27 *European Journal of International Law* 1101 (2016).

程度的容忍,尽管从正式的法律角度来看,个别上诉机构的裁决超出了成员的控制。”<sup>①</sup>因此,鲍威林不赞同豪斯的观点,他提出,上诉机构的解释实践实际上是反映而不是反对成员方的观点,证据包括:上诉机构对保障措施、反倾销和反补贴税的审查采取较专家组更为严格的立场,是基于日内瓦贸易精英圈子将这些措施视为本质上的保护主义而予以反对,尽管上诉机构的做法引发了美国国内利益集团的不安。另外,上诉机构对区域自由贸易协定的批判态度也是如此。在这两个问题上,上诉机构似乎内化了(而不是背离了)日内瓦贸易政策精英们的观点。<sup>②</sup>其次,与专家组成员类似,上诉机构成员通常具有政府(而非司法、法学研究或私营部门)背景,在司法争端解决方面经验相对有限。但是这不妨碍上诉机构乃至整个争端解决机制取得成功,这种人员背景恰恰增强了其国际合法性,因为他们的解释更易于为WTO成员理解。<sup>③</sup>

综上所述,现有研究一般认为上诉机构是为了实现一定的司法政策、确保自身的合法性,而需要在案件裁决中适用复杂、灵活的技术和法理。但这些研究的分歧在于:一方面,对上诉机构的合法性来源认识不同,存在司法独立与否的争论;另一方面,对上诉机构采取的司法政策认识不同,存在嵌入式自由主义、竞争中立和WTO全体成员方的偏好之间的争论。

本文认为,上述相互对立的观点都有相应的上诉机构裁决实践作支撑,没有一种观点可以取得完胜。这进一步印证了上诉机构法理的复杂性,同时也从另一方面说明从上诉机构的合法性来源或司法政策出发解释其法理复杂性原因的路径,是不可取的,这是由于学者提出的上诉机构合法性来源或司法政策都是基于个人的价值观念,虽然佐以上诉机构裁决实践加以证明,但学者对于上诉机构裁决实践的提取和解释也受到其事先设定的价值观念的影响,同时会受到其他学者持有的不同价值观念及相应实践证据的反驳。因此,这种论证方式的客观性存疑,且人们目前无法提出一种最终的、真实的、包容上诉机构全部实践的合法性来源的观点。本文认为,对上诉机构法理复杂性的观察与解释应当绕开对其合法性来源的争论,转变观察视角,作出更具有价值中立性和客观性的解释。

---

① Joost Pauwelyn, *The WTO 20 Years On: “Global Governance by Judiciary” or, Rather, Member-driven Settlement of (Some) Trade Disputes between (Some) WTO Members?* 27 *European Journal of International Law* 1120 (2016).

② See Joost Pauwelyn, *The WTO 20 Years On: “Global Governance by Judiciary” or, Rather, Member-driven Settlement of (Some) Trade Disputes between (Some) WTO Members?* 27 *European Journal of International Law* 1124-1125 (2016).

③ See Joost Pauwelyn, *The WTO 20 Years On: “Global Governance by Judiciary” or, Rather, Member-driven Settlement of (Some) Trade Disputes between (Some) WTO Members?* 27 *European Journal of International Law* 1125-1126 (2016).

## 二、上诉机构规则解释与WTO制度有效性的关系

本文提出,上诉机构进行规则解释以促进WTO的“制度有效性”为职能目标。

### (一)概念区分:作为制度的WTO与作为机制/组织的WTO

一些关于WTO研究的重要文献将WTO作为一种国际制度(institution)。<sup>①</sup>与之相关联的一个概念是“国际机制”(international regime),对于“机制”(regimes)的普遍接受的定义是“一系列明确或者暗含的原则、规范、规则和决策程序,由此在一个既定的国际关系领域汇聚起行为体的预期”。其中,“原则是对事实、因果和公正的信念。规范是在权利和义务方面的行为标准。规则是具体的行为规定或禁令。决策程序是制定和执行集体选择的通行做法。”<sup>②</sup>从这个概念出发,WTO当之无愧为国际贸易机制,其赖以建立的原则包括非歧视、自由贸易等;WTO的规范,例如,“如果贸易不能以自由的方式进行,那么关税是比有形配额更好的制约贸易的机制”<sup>③</sup>;WTO的规则就是其涵盖协定之中的具体条款;WTO的决策程序包括其各个组织机构,也包括争端解决程序。那么,机制与制度之间的关系是什么,这两个概念如何区分,为什么豪斯和朗等学者使用“WTO制度”或“作为制度的WTO”这一表述?并且,WTO制度与WTO机制、WTO组织之间有什么区别与联系?

国际机制本质上也是社会制度。制度是由公认的角色加上一套规则或约定组成的惯例,这些规则或约定支配这些角色的使用者之间的关系。组织(organizations)是具有办公室、人员、设备、预算等的实体,例如国际货币基金组织和世界银行都是组织。相比之下,布雷顿森林体系是一个国际制度。战后国际贸易机制的一个显著特征是,《关税与贸易总协定》(GATT)建立了一种几乎不需要组织方式的制度安排。<sup>④</sup>而WTO则是一个国际机制,其中将贸易制度与一个明确的组织结合起来。

因此,豪斯和朗所谓的上诉机构独立于“作为制度的WTO”,实际上是说上诉机构的规则解释与WTO制度蕴含的新自由主义价值观保持距离,而不是说上诉机构独立于作为组织的WTO。上诉机构是WTO组织的构成部分,无法脱离于组织整体而单独存在。本文提出的上诉机构规则解释的目的在于促进WTO的有效性也是指促进WTO的“制度”的有效性。

---

<sup>①</sup> See Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, 27 *European Journal of International Law* 9-77 (2016); Andrew Lang, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 27 *European Journal of International Law* 1095-1105 (2016).

<sup>②</sup> Stephen D. Krasner, *International Regimes 2* (Cornell University Press 1983).

<sup>③</sup> [英]克里斯·布朗、克尔斯滕·安利:《理解国际关系》,吴志成等译,中央编译出版社2010年版,第160-161页。

<sup>④</sup> Oran R. Young, *International Regimes: Toward a New Theory of Institutions*, 39 *World Politics* 107-108 (1986).

## (二)从 WTO 制度有效性概念看上诉机构规则解释的目的

国际制度以追求具备并增强有效性为目的,因为“有效性”概念与制度能够实现的功能直接相关。国际制度是促进国际合作、解决集体行动问题的制度安排,国际制度有效性的评估通常是根据它们(可预期)的表现与在它们缺席的情况下可能出现的事态的比较,以及它们解决其被设计用于解决的问题的能力来进行的。<sup>①</sup>国际制度的有效性概念作为一种因变量,是衡量制度在塑造或规范国际社会行为方面所起作用的标准。<sup>②</sup>国际制度的“有效性”概念用于衡量该制度发挥其据以成立的国际协议中规定的的作用的评价指标,这类似于一个合同有效是该合同存在的前提,如果合同一方当事人拒不履行合同、履行不能或者存在欺诈等情况,就会导致合同目的落空,另一方当事人可以主张撤销合同或合同无效。同样地,以多边条约为基础建立的 WTO,有效性是其存在的充分且必要条件,WTO 需要具备并不断增强其制度的有效性。

进而,上诉机构作为 WTO 组织的一个组成部分——准司法性机构,其发挥职能的目标当然也是促进 WTO 制度的有效性。这好比 WTO 组织相当于电脑的硬件,WTO 制度相当于电脑的软件,一台电脑的每一个硬件的作用都是为了确保其所要驱动的软件顺利且良好运行。同样地,WTO 成员方的权利义务从确立到实现离不开 WTO 的立法机构、司法机构和执行机构。GATT 时期的历史也印证了这一观点:为了促进自身制度的有效性,GATT 不断建立并发展相应的机构和程序,依靠其组织硬件的完善来增强其制度软件的有效性。并且,上诉机构是由 7 人组成的常设性裁决机构,其成员具有 4~8 年的任期,不同于为个案裁决需要而临时组成的专家组,其目标不仅是解决手头的案件,也包括对长期性的目标与价值的追求。如果将“临时仲裁庭”和“完全法院”当做光谱的两端,专家组趋近于临时仲裁庭,而上诉机构则趋近于法院,二者的不同性质决定了专家组主要负责个案争端在当事方之间得到满意的解决,而上诉机构不仅要解决争端,也要维护 WTO 制度的权威,为此更要增进该制度的有效性。

当然,如上文所述,有观点认为上诉机构规则解释独立于 WTO 制度,上诉机构是 WTO 中一个独立的、半自治的司法分支,在相当大的范围内脱离了 WTO 的政治机构的控制。上诉机构关注并同情反全球化者的利益关切,而非 WTO 内部共同体的新自由主义理念。上诉机构不对 WTO 成员负责,因为其决定不必得到成员的积极同意。上诉机构从作为新自由主义事业的 WTO 制度中分离出来的具体方式包

---

<sup>①</sup> See Arild Underdal, *The Concept of Regime Effectiveness*, 27 *Cooperation and Conflict* 230-231 (1992).

<sup>②</sup> See Oran R. Young, *The Effectiveness of International Institutions: Hard Cases and Critical Variables*, 34 *Governance Without Government: Order and Change in World Politics* 161-162 (1992).

括:(1)采用GATT/WTO法律领域之外的规范来源;(2)用文本主义和形式主义取代贸易自由化的目的论和功能解释;(3)发展了隐性司法权原则,包括填补空白(例如允许法庭之友陈述的决定);(4)专门强调不会特别尊重甚至不尊重正在被提起上诉的专家组的决定,甚至对专家组裁决予以严厉批评;(5)拒绝遵从(deference)WTO规则制定的政治/外交程序;(6)强调上诉机构裁决的先例作用;(7)赋予自身一种事实上的发回重审权(即完成分析);(8)允许非隶属于政府贸易部门的私人法律顾问对案件进行辩论;(9)强调上诉机构内部成员的共识裁决(避免异议)和共同合作(所有案件由全部七名成员讨论)。<sup>①</sup>

笔者认为上述观点不影响本文提出的命题的成立:首先,该观点所指的上诉机构与WTO制度保持距离,实质上是与WTO政治机构的观点保持距离,并不能够证明上诉机构规则解释的目的与WTO制度作为一个整体的有效性无关。其次,上诉机构解释法理中体现的事实上的判例制度、对专家组裁决的严格审查、偏重文本主义和形式主义的解释方法、引入法庭之友和私人法律顾问参与争端解决程序等做法都是上诉机构促进WTO制度有效性的表现,可以分别归入笔者在下文中提出的上诉机构规则解释为增进WTO制度有效性所寻求的三项目标之中。再次,该观点的主要论据存疑。该观点提出WTO协定文本和内部共同体明确采纳了由20世纪晚期新自由主义思想确定的新贸易议程,并试图围绕这一议程重塑国际贸易法。然而,WTO协定和其成员是否在新自由主义思想上取得共识缺乏确切的证据,成员的观点是模糊和彼此间矛盾的。WTO协定文本具有鲜明的冲突性和多面性,反映了成员方内部潜在的矛盾和缺乏共识。<sup>②</sup>最后,上述观点提出的上诉机构保持独立的实践证据总是有相反的实践予以抵消。例如,在许多情况下,上诉机构经常自觉地回避目的论推理,以在文本中确立其合法性,但在其他情况下,它采用目的论推理来达到不同的效果。又比如,在有关《SPS协定》的案例中,上诉机构有时以一种相对遵从成员方管理自主权的方式适用其审查标准,而有时却使用相同的审查标准来实施具有侵入性的审查。再比如,上诉机构有时拒绝给予WTO各委员会提交的内部文件以特别重视,但有时对这些文件却采取了完全相反的态度。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> See Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, 27 *European Journal of International Law* 25-26, 31 (2016).

<sup>②</sup> See Andrew Lang, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 27 *European Journal of International Law* 1099-1100 (2016).

<sup>③</sup> See Andrew Lang, *The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body*, 27 *European Journal of International Law* 1100-1101 (2016).

### (三) WTO 制度有效性的评价指标

尽管对国际制度有效性的研究主要集中于国际环境法领域,但有关研究提出的评价指标不仅适用于国际环境法,也对其他领域的国际制度具有普遍适用性。在这些研究中,奥兰·R.杨(Oran R. Young)提出的国际制度有效性的评价指标最具广泛性与普遍性,<sup>①</sup>本文对其加以借鉴并试图提出 WTO 制度有效性的评价指标。

杨提出了国际制度有效性的六个评价指标,分别是:问题解决的有效性、目标实现的有效性、行为有效性、过程有效性、构成有效性和评价有效性,这六个指标彼此之间相互独立,且不存在正相关性。具体而言:(1)问题解决的有效性用以衡量国际制度对其成员所要解决的问题发挥的作用。(2)目标实现的有效性是对一个制度的目标(包括明确宣称的目标和未明确宣称的隐含目标)随着时间的推移所达到的程度的衡量。国际制度要实现的目标与要解决的问题是不同的,目标实现的过程中可能有很多具体问题需要解决,同时问题的解决不一定促进目标的达成,而目标的达成也未必有助于问题的解决。问题解决的有效性和目标实现的有效性之间的关联往往特别脆弱。(3)行为有效性是考察制度的运行是否会导致其中一个或多个成员(或成员管辖下的个人、公司和组织)改变他们的行为。(4)过程有效性体现为国际制度在成员法律和政治制度中得到实施和执行的程度。(5)构成有效性(社会建构有效性)是指制度的形成引起了一种广泛参与的社会实践,参与者投入了相当多的注意力和资源于其中,该制度甚至对他们定义自身的身份发挥重要作用。(6)评价有效性是指制度的性能或表现,即制度的运行是否能产生有效、公平、可持续或强有力的结果。评价有效性不同于问题解决的有效性或目标实现的有效性。例如两种制度设计都能够解决同一个问题或实现相同的目标,但是成本更低或更具公平性的制度更具有效性,或者在两种制度成本相同时,对问题解决或目标实现获得更优结果的制度更具有效性。<sup>②</sup>这六项指标适用于 WTO 制度时,本文认为,上诉机构规则解释旨在增进 WTO 的问题解决的有效性、目标实现的有效性以及评价有效性。至于行为有效性、过程有效性和构成有效性并不是作为裁决性机构的上诉机构及其通过个案中的规则解释所能够直接追求和实现的,而是需要通过 WTO 的其他机构或者 WTO 作为一个整体来追求的有效性指标。因此,上诉机构规则解释与行为有效性、过程有效性以及构成有效性之间无法建立直接的联系。

---

<sup>①</sup> See Detlef F. Sprinz, *Research on the Effectiveness of International Environmental Regimes: A Review of the State of the Art*, Potsdam Institute for Climate Impact Research & University of Potsdam 4 (2000).

<sup>②</sup> See Oran R. Young, *The Effectiveness of International Governance Systems*, in Oran R. Young (ed.), *International Governance* 143-150 (Cornell University Press 2018).

### 三、上诉机构规则解释的三项目标

约翰·H.杰克逊(John H. Jackson)认为,上诉机构作为一种裁判机制潜藏着许多目标,《WTO关于争端解决规则与程序的谅解》(以下称“DSU”)第3条明文提及了两个目标,除此以外,还存在其他默示的目标。这些目标之间存在着一定的矛盾关系甚至冲突,因此,对这些目标的内涵进行探讨,有助于人们更好地理解并运用WTO争端解决机制。<sup>①</sup>DSU第3条明确规定了上诉机构需要实现的两个目标:一个是确保WTO下的争端的有效解决;另一个是增进WTO规则的安全性和可预测性。同时,本文提出上诉机构还有一个隐含的目标就是回应国际社会的普遍价值与利益诉求,增进WTO制度的合法性。因为WTO协定条款存在着很多模糊和空白之处,在个案裁判中,遇到必须解释的模糊条款时,上诉机构需要依照解释国际公法的习惯规则澄清WTO协定的现有规则。这就赋予了上诉机构较大的裁量权,因为规则模糊往往意味着仅通过文本解释无法得出明确、唯一的结论,而往往需要结合其他解释方法,尤其是目的解释。因此,上诉机构需要根据WTO有关协定的目的和宗旨来推断条约文本的含义,这其中必然涉及不同价值之间的权衡,在经济价值以外还会涉及公共道德、国家安全、可持续发展等非经济价值,其解释法理往往不仅影响经济行为者,还影响成员方政府的国内法规(例如其透明度、非歧视性质、效率、法治)和受益于这些政策或受到这些政策不利影响的国内公民。<sup>②</sup>可见,上诉机构的解释直接关涉WTO制度的合法性,影响WTO制度的评价有效性。<sup>③</sup>上诉机构追求的这三个目标分别对应着国际制度有效性评价指标中的问题解决的有效性、目标实现的有效性以及评价有效性。

#### (一)WTO问题解决的有效性:促进WTO争端解决

上诉机构规则解释寻求增进WTO问题解决的有效性,主要指上诉机构规则解释旨在促进成员方之间的争端的积极、有效解决。DSU第3.3条规定:迅速解决争端对WTO有效地发挥其作用至关重要。上诉机构在美国—《抵消法》(伯德修正案)案和欧共体—鸡肉块案中指出:“DSU的总体目标和宗旨在该协议第3.3条中得到了表

<sup>①</sup> 参见[美]约翰·H.杰克逊:《国家主权与WTO:变化中的国际法基础》,赵龙跃等译,社会科学文献出版社2009年版,第174-175页。

<sup>②</sup> See Ernst-Ulrich Petersmann, *Legitimacy and International Courts: The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, 32 *Leiden Journal of International Law* 201 (2019).

<sup>③</sup> 有观点认为:全球分配正义所需要的可能不是WTO正式的条约改革,而是对上诉机构的解释实践的改变。这一观点也表明上诉机构规则解释与WTO制度的评价有效性之间的关系,因此上诉机构的规则解释需要增进WTO的合法性,以实现WTO制度的评价有效性。See A. Follesdal, *Constitutionalization, Not Democratization: How to Assess the Legitimacy of International Courts*, in N. Grossman, et al. (eds.), *Legitimacy and International Courts* 499 (Cambridge University Press 2018).

达,其中相应规定了‘迅速解决’争端对‘WTO的有效运作至关重要’。<sup>①</sup>“积极有效地解决争端是WTO争端解决机制的核心目标之一。”<sup>②</sup>在美国一羊毛衬衫案中,上诉机构声明:“鉴于争端解决的明确目标渗透到DSU中,我们不认为DSU第3.2条旨在鼓励专家组或上诉机构在解决特定争端的背景之外,通过澄清WTO协定的现有条款来‘制定法律’。专家组只需要处理那些为了解决争端中的问题而必须处理的申诉请求。”<sup>③</sup>因此,上诉机构规则解释以促进争端解决为其核心目标之一。

同时,促进争端解决的目标本质上要求上诉机构对自身的规则解释权限进行限制,仅对涉及WTO涵盖协定的法律性争端进行裁决,只能适用规则,而不能制定规则,不审查对解决争端而言非必要的事项。这实质上是上诉机构与成员方之间的权力分配问题,表现为对成员方管理自主权(national regulatory autonomy)的尊重。

尽管WTO涵盖协定中没有明确出现“管理自主权”的术语,但是在WTO争端解决实践中,专家组和上诉机构均一再强调,成员在制定贸易政策方面享有广泛的自由裁量权。<sup>④</sup>例如,在中国一出版物和音像制品案中,上诉机构指出:“我们注意到,从抽象意义上讲,我们认为管理权是成员方享有的一种固有权利,而不是WTO协定等国际条约赋予的一种权利。”<sup>⑤</sup>成员方管理自主权有两层含义:一是国内法规应反映国内社会偏好并响应国内需求,即使这些偏好和需求不同于其他成员的偏好和需求或国际的标准;二是只要国内法规反映的是国内公民真正的利益偏好,而非贸易保护主义,即便该法规对贸易产生了不利影响,其所追求的监管目的也应受到尊重。换言之,一个WTO成员应当有权选择其所追求的政策目标,并有权选择追求这些政策目标的方式,只要这些目标和方式不构成公开的或隐蔽的贸易保护主义。<sup>⑥</sup>并且,在WTO成员驱动模式的制度性约束背景下,上诉机构的规则解释尊重成员方的管理自主权是确保WTO获得持续有效性的关键。

## (二)WTO目标实现的有效性:增进规则的安全性和可预测性

上诉机构规则解释增进WTO目标实现的有效性,主要指上诉机构规则解释旨

---

① United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, para.311.

② European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, para.161.

③ United States - Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, WT/DS33/AB/R, p.19.

④ “管理自主权”经常与“主权”“政策空间”或“裁量余地”等其他类似概念互换使用。Michael Ming Du, *The Rise of National Regulatory Autonomy in the GATT/WTO Regime*, 14 *Journal of International Economic Law* 640 (2011).

⑤ China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, para.222.

⑥ See Michael Ming Du, *The Rise of National Regulatory Autonomy in the GATT/WTO Regime*, 14 *Journal of International Economic Law* 644 (2011).

在增进WTO协定规则的安全性和可预测性。在日本—酒精饮料II案中,上诉机构表明:“我们将通过建立争端解决机制,实现WTO成员寻求的多边贸易体制的‘安全性和可预测性’。”<sup>①</sup>在美国—301条款案中,专家组讨论了“安全性和可预测性”概念的重要性,并指出“为多边贸易制度提供安全性和可预测性是该制度的另一个中心目标和宗旨,这可能有助于实现序言部分的广泛目标。在WTO的所有纪律中,DSU是保护多边贸易体制安全性和可预测性的最重要工具之一,并通过它保护市场及其不同经营者”。<sup>②</sup>

关于“安全性和可预测性”概念的内涵,上诉机构在美国—不锈钢案中指出,“如DSU第3.2条所述,确保争端解决体系的安全性和可预测性意味着在没有充分理由的情况下,裁决机构将在随后的案件中以同样的方式解决同样的法律问题”。<sup>③</sup>相应地,在美国—差别定价方法案中,专家组认为:“我们在本报告中的结论与专家组和上诉机构在美国—洗衣机案和美国—反倾销方法(中国)案中的结论不同……我们认真审议了专家组和上诉机构的报告,找到了令人信服的理由,得出了不同的结论。”<sup>④</sup>在中国—出版物和音像制品案中,上诉机构指出,专家组使用论证假设可能与“安全性和可预测性”的目标不符,因为“WTO争端解决的目的是,按照国际公法解释的习惯规则,以保护WTO成员的权利和义务并澄清所涉协议的现有条款的方式解决争端。在这样做时,专家组和上诉机构不一定会赞成最有利的办法或争端一方或多方建议的办法,相反,它们必须采用一种适合于解决问题的分析方法或结构,以便能够对相关事项作出客观评估,并有助于争端解决机构作出建议或裁决。”<sup>⑤</sup>同样地,在美国—大型民用飞机(第二次申诉)案中,上诉机构认为专家组的错误在于“拒绝对DSB如何启动附件五程序的法律问题进行更全面的分析”,“剥夺了成员得到‘明确阐明的相关WTO法律’的权利,并未能‘以保护成员的权利和义务,并根据国际公法解释的习惯规则澄清所涉协议的现有条款的方式’推进WTO争端解决”。<sup>⑥</sup>在智利—酒精饮料案中,上诉机构认为“如果专家组的结论反映了对所涉协议条款的正确解释和适用,我们很难设想在何种情况下专家组可以增加WTO成员的权利和义务。”<sup>⑦</sup>

① Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p.31.

② United States - Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R, para.7.75.

③ United States - Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, WT/DS344/AB/R, para.160.

④ United States - Anti-Dumping Measures Applying Differential Pricing Methodology to Softwood Lumber from Canada, WT/DS534/R, para.7.107.

⑤ China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, para.213.

⑥ United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint), WT/DS353/AB/R, para.500.

⑦ Chile - Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, para.79.

综上所述,上诉机构规则解释旨在增进 WTO 协定规则的安全性和可预测性目标,该目标的内涵包括:(1)在没有充分理由的情况下,对同样的法律问题的裁决与先前的案件保持一致,但基于对案件事实的客观评估、相关协议的适用性和符合性的结果以及具备令人信服的理由,后案可以得出与前案不同的结论;(2)不能仅仅寻求案件的快捷、便利解决,而应该对争端事项进行客观评估,采用适合问题解决的分析方法与分析结构,明确阐明 WTO 法律;(3)保护各成员在 WTO 协定项下的权利和义务,需要正确解释 WTO 协定规则。

### (三)WTO 的评价有效性:WTO 政策开放性

上诉机构规则解释增进 WTO 的评价有效性,主要是指上诉机构规则解释依据案件事实和有关规则选择相应的政策目标,回应国际社会的普遍价值与利益诉求、体现国际法的一般法律原则,保持政策的开放性。上诉机构对 WTO 规则的解释并不是完全封闭、隔绝于外部国际法体系的,而是具有开放性与灵活性。这体现在上诉机构的规则解释不仅体现自由贸易价值,也会回应受到 WTO 规则影响的国家、群体和个人对非贸易价值的诉求,具体方法包括采用目的解释方法、援引 WTO 外部的国际法规则等,以此缓和 WTO 受到的外部压力。受到 WTO 规则影响的团体与个人无法直接参与到 WTO 政策与规则制定的法律程序中,只能通过间接的方式影响 WTO 决策,例如通过影响国内政府的决策来对 WTO 施压,或者通过国际非政府组织影响 WTO 决策。WTO 缓和这些外部压力的手段主要有二:一是在立法中进行回应;二是在个案裁决中加以体现。前者由于协商一致程序常常陷入停滞,因此后者的回应就显得尤为重要。于是,上诉机构在很多裁决中使用了广泛的司法政策,以应对其面临的合法性挑战,<sup>①</sup>例如尊重成员方的管理自主权、引入法庭之友、适用与时俱进的解释方法等。

上诉机构在规则解释中的政策选择的主要依据是《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(以下称《WTO 协定》)序言中规定的宗旨与目的。例如,在中国—原材料案中,上诉机构指出:“《WTO 协定》序言列出了各种目标,基于此,我们认为《WTO 协定》总体上反映了 WTO 成员在贸易和非贸易相关问题之间达成的平衡。”<sup>②</sup>在美国—汽油案中,上诉机构强调了《WTO 协定》序言在环境问题方面的重要性:“事实上,在《WTO 协定》的序言和《关于贸易与环境的决定》中,对协调贸易和环境政策的重要性有特别的认识。WTO 成员有很大的自主权来决定它们自己的环境政策(包括与

<sup>①</sup> See Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*, 27 *European Journal of International Law* 45 (2016).

<sup>②</sup> *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, para.306.

贸易的关系)、它们的环境目标以及它们制定和实施的环境立法。就WTO而言,这种自主权仅受尊重《WTO协定》和其他涵盖协定的需要的限制。”<sup>①</sup>其他依据也包括WTO涵盖协定中的一般例外条款,以及DSU第3.2条规定的“依照解释国际公法的惯例澄清这些协定的现有规定”所指向的《维也纳条约法公约》第31(3)(c)条“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。由此可见,上诉机构规则解释蕴含政策选择,在政策选择方面具有灵活性与开放性。

#### 四、上诉机构规则解释的目标选择

本文提出,上诉机构规则解释追求的WTO制度有效性的三个目标基于其内在的矛盾性,在一个案件中只能实现其二,而无法同时实现三个目标。因此,上诉机构在个案中会根据具体的事实与有关规则作出最优化选择——从三个目标中选择最应当实现的两个目标。对此,本文结合逻辑推理和案例分析对这一观点加以证明。

从逻辑推理上看,上诉机构在规则解释的政策选择中存在三种情况,分别是:(1)保持价值中立,回避政策选择;(2)偏向自由贸易价值,存在政策选择;(3)偏向非贸易价值,存在政策选择。

在(1)条件下,上诉机构回避政策选择意味着在规则解释中尊重成员方的管理自主权,严格适用文本解释,而限制适用或不适用目的解释,因此具备三个目标中的两个:促进争端解决和增进规则的安全性和可预测性,例如美国—双反(中国)案。

在(2)条件下,上诉机构偏向自由贸易价值意味着对成员方管理自主权的干预与限制,需要明确的规则依据,故而会就规则解释方法、推理路径和分析步骤作出详细说明,因此具备三个目标中的两个:政策开放性和增进规则的安全性和可预测性,例如美国—归零案。

在(3)条件下,上诉机构偏向非贸易价值,其规则解释会出现两种情况:(1)上诉机构规则解释限制成员方的管理自主权,并明确这一限制的规则依据和解释法理,因此具备三个目标中的两个:政策开放性和增进规则的安全性和可预测性,例如美国—虾案。(2)上诉机构规则解释尊重成员方的管理自主权,对此一般不会作出具有确定性、可预测性的解释,而是根据案件的具体情况个案个判,以避免对成员方的明确授权与放任,防止单边行动损害WTO多边合作,因此具备三个目标中的两个:政策开放性和促进争端解决,例如欧共体—石棉案。

<sup>①</sup> United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, p.30.

表 1 上诉机构规则解释为增进 WTO 制度有效性所作的目标选择组合类型

规则解释目标	回避政策选择	偏向自由贸易价值的政策选择	偏向非贸易价值的政策选择	
促进争端解决	√		√	
规则的安全性和可预测性	√	√		√
政策开放性		√	√	√

### (一)美国—双反(中国)案:实现促进争端解决、规则的安全性和可预测性目标

上诉机构在本案中就对《补贴与反补贴措施协定》(以下称《SCM 协定》)第 1.1 条(a)款(1)项中“公共机构”的解释回避了政策选择,促进了争端的解决以及规则的安全性和可预测性。

首先,上诉机构对“公共机构”提供了较为清晰的判断标准,实现了对规则的安全性和可预测性目标的追求。上诉机构在文本解释基础上运用上下文解释和目的解释等方法,并在协调一致的基础上得出结论:“公共机构”必须是享有、执行或被赋予政府权威的一个实体。该结论也遵循了其在加拿大一乳制品案中的观点。<sup>①</sup>同时,上诉机构阐释了“政府权力标准”的具体判断方法:第一,一项法令或其他法律文件明确授权有关实体;第二,一个实体事实上正在行使政府职能的证据可以作为它拥有或已被赋予政府权力的证据,特别是当这种证据表明存在一种持续和系统的做法时,<sup>②</sup>即法律授权和事实授权。<sup>③</sup>可见,上诉机构的解释不仅提出了较为完整、清晰的分析标准与分析方法,而且遵循了先例。

然而,有观点认为“政府权力标准”仍然含糊,例如“政府权力”、事实授权的判断因素有哪些等问题均不完全确定。<sup>④</sup>对此,本文认为法律规则的解释就如同法律规则本身,其含义与判断标准不可能是绝对确定和封闭的,否则无法适应复杂多变的实践发展;同时,无论看似多么明确的法律概念与标准也都会因为实践的复杂性而存在模糊与不确定性。这些现象是法律的固有属性。上诉机构对“公共机构”的判断提出了较为清晰的路径指引和相对明确的认定方法,而具体的认定结果必然随着不同案件的具体事实而有所不同,毕竟不存在一劳永逸的如同计算公式般的精确到底的法律解释。

<sup>①</sup> See United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, para.290.

<sup>②</sup> See United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, para.318.

<sup>③</sup> 参见陈卫东:《中美围绕国有企业的补贴提供者身份之争:以 WTO 相关案例为重点》,《当代法学》2017 年第 3 期,第 24 页。

<sup>④</sup> 参见陈卫东:《中美围绕国有企业的补贴提供者身份之争:以 WTO 相关案例为重点》,《当代法学》2017 年第 3 期,第 24 页。

其次,上诉机构对“公共机构”的解释回避了政策选择,体现了对促进争端解决目标的追求。上诉机构在解释中限制了目的解释方法的作用与影响,这与美国旗帜鲜明地主张这一概念所应当体现的《WTO 协定》的目的与价值的主张形成了反差,表明上诉机构在这一问题上保持价值中立、回避政策选择。这种做法体现了对成员方主权的充分尊重,将案件涉及的政策问题留待成员方之间通过政治性机制和平等协商加以解决,并未将一个成员方的价值强加给另一个成员方。

美国主张 WTO 为市场经济服务,认为上诉机构对“公共机构”的解释以牺牲市场经济为代价来支持非市场经济。<sup>①</sup>而上诉机构认为:《SCM 协定》并不包含一个序言或对其目的和宗旨的明确说明。在界定“公共机构”一词的范围时,对目标和宗旨的考虑是有限的……对该术语过于宽泛的解释可能破坏《SCM 协定》中呈现的寻求对补贴的使用施加更多纪律的成员与寻求对反补贴措施的使用施加更多纪律的成员之间的微妙平衡。<sup>②</sup>

美国一直以来都不承认中国的市场经济地位,并希望通过对“公共机构”的广义解释打压中国的国有企业,最终剑指中国的经济治理模式,意图干涉中国的经济主权。然而,WTO 并未对国有企业和非市场经济问题进行规定,“公共机构”与国有企业是不能混淆的两个问题。国有企业引发的各种问题应当通过平等协商和国际合作制定新的多边规则加以解决,而不应通过滥用并无直接相关性的反补贴制度单边地加以解决。<sup>③</sup>上诉机构的这种客观、中立的解释立场体现了对成员双方管理自主权的尊重,符合促进 WTO 争端解决目标的内涵与要求。

再次,上诉机构对“公共机构”的解释没有不当限制美国的管理自主权。美国认为词典的定义没有将“公共机构”的含义限缩为拥有或行使政府权力的实体。上诉机构对“公共机构”进行的狭义解释没有反映在《SCM 协定》的文本中,严重限制了政府有效打击不公平补贴进口的能力。<sup>④</sup>美国主张 WTO 协定文本的解释应当严格依据文本主义方法,任何超出文本表面含义的解释都是司法越权行为,<sup>⑤</sup>并且法无禁止即可为,只要 WTO 协定未明确禁止某种特殊做法,那么成员方就拥有采取此类措

① See Office of the United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_on\\_the\\_Appellate\\_Body\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf), visited on 21 March 2022.

② See United States - Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, paras.301-303.

③ 参见胡建国、刘荣:《美国对华反补贴中“公共机构”的泛化及法律规制》,《法学》2019年第10期,第65-66页。

④ See Office of the United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_on\\_the\\_Appellate\\_Body\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf), visited on 21 March 2022.

⑤ See Dispute Settlement Body, Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding (TN/DS/W/82/Add.1), <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/TN/DS/W82A1.pdf&Open=True>, visited on 21 March 2022.

施的自主权。对此,有观点认为该方法并非成员方善意履行WTO条约义务的方式,如果任由成员方在WTO协定的“空白之处”进行“肆意的填补”,那么客观上将增加该成员方在协定下本不享有的权利。<sup>①</sup>美国采取的做法本质上是以单边的方式钻WTO规则的空子,构成对其他成员方的武断的与不合理的歧视,造成成员方之间的权利与义务的失衡。尽管各成员有权选择国内政策目标以及选择政策实现的手段,但前提是不构成隐蔽的或变相的保护主义,不构成对其他成员方的不合理、不公正的歧视,不对其他成员方的主权进行不合法的干涉。

## (二)美国—归零案:实现政策开放性、规则的安全性和可预测性目标

本案涉及美国在反倾销程序中使用归零法确定倾销幅度的问题,其中的关键问题在于《反倾销协定》第17.6条规定的审查标准的解释问题。上诉机构对此作出了明确解释,并遵循先例,限制成员方反倾销调查机构的裁量权,防止成员方采取贸易救济措施超出必要与合理的限度而损害自由贸易秩序。

《反倾销协定》第17.6条第2款规定了反倾销规则解释的审查标准:首先,专家组“应依照关于解释国际公法的习惯规则,解释本协定的有关规定”;其次,“专家组认为本协定的有关规定可以作出一种以上允许的解释时”,只要成员方国内主管机关的解释符合其中一种,专家组应当遵从该解释。<sup>②</sup>在本案中,上诉机构只在一处提及审查标准问题:在审查美国的措施是否符合《反倾销协定》第9.3条及GATT1994第6.2条时,上诉机构表示已留意《反倾销协定》第17.6条第2款所规定的审查标准。美国的措施不符合《反倾销协定》第9.3条、2.1条和GATT1994第6.2条规定的“产品的倾销幅度的确定”依据国际法的习惯解释规则所允许的解释。<sup>③</sup>上诉机构遵循了先前的判例包括欧共体—床上用品案<sup>④</sup>和美国—软木材(V)案<sup>⑤</sup>的上诉机构意见,认为对被调查产品必须作为“一个整体”加以确定“倾销”和“倾销幅度”。如果倾销幅度是根据出口价格与正常价值的多次比较来确定的,那么必须把所有这些价格比较的结果汇总起来,以确定“被调查的整体产品”的倾销幅度。<sup>⑥</sup>

但是,“倾销”和“倾销幅度”是否只能对被调查产品的整体进行确定,还存在争

---

<sup>①</sup> 参见刘勇、柯欢怡:《WTO多边贸易体制的困境与解决方案研究——以USSTR〈上诉机构报告〉为切入点》,《经贸法律评论》2021年第3期,第68页。

<sup>②</sup> See Agreement on Implementation of Article VI of The General Agreement on Tariffs and Trade, Article. 17.6(ii).

<sup>③</sup> See United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”), WT/DS294/AB/R, para.134.

<sup>④</sup> See EC - Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India, WT/DS141/AB/R, para.53.

<sup>⑤</sup> See United States - Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada, WT/DS264/AB/R, para.96.

<sup>⑥</sup> See United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”), WT/DS294/AB/R, paras.126-128.

议。例如美国—归零案与美国—软木材第 21.5 条案的专家组认为,除使用平均对平均比较方法的调查外,归零属于反倾销协议的一种允许的解释。<sup>①</sup>同时,在乌拉圭回合谈判时,有些代表反对归零,认为在计算倾销幅度时应考虑负倾销交易,而另一些代表赞成归零,认为不考虑负幅度对于解决针对特定账户、产品线、地区或时间段的有针对性的倾销是必要的。<sup>②</sup>由于各方分歧较大,《反倾销协定》回避了这个问题,没有提及“负”倾销幅度与“归零”,也没有明确禁止归零,只是规定了出口产品的出口价格和正常价值之间的三种比较方法。<sup>③</sup>实际上,GATT1994 第 6.1 条和《反倾销协定》第 2.1 条的规定与 GATT 时代保持了一致,乌拉圭回合并未对此进行修改,同样的规定,GATT 时代的专家小组允许归零,而 WTO 上诉机构禁止归零,由此可见,上诉机构对归零问题的解释更多的不是基于文本,而是基于自身的政策选择。<sup>④</sup>因为乌拉圭回合以后,反对归零法的队伍日益壮大,归零法在 WTO 中的合法性根基已经发生不可逆转的动摇。<sup>⑤</sup>基于此,上诉机构在所有这类案件中都坚持认为归零法不符合 WTO 协定,防止贸易救济措施演变为贸易保护壁垒。

### (三)美国—虾案:实现政策开放性、规则的安全性和可预测性目标

上诉机构在美国—虾案的价值选择中没有处于中立的或是对 WTO 内部政治决策的绝对服从的立场,而是表现出了较为明显的价值倾向。<sup>⑥</sup>特别是上诉机构在审查美国是否有权实施涉及域外管辖的环境保护措施时,依据条约有效解释原则确认了国内环境措施的域外效力,对成员方实施的与贸易有关的社会政策的 WTO 合法性议题产生了深远影响。

首先,上诉机构认为,有条件地进入一成员方国内市场,以出口成员方是否遵守或采取了进口成员方单方面规定的政策为条件,在某种程度上,是落入 GATT1994 第 20 条(a)至(j)项例外规定范围的措施的共同特征。没有必要假设要求出口方遵守或采用进口方规定的某些政策是一种先验性地无法基于 GATT1994 第 20 条予以合法化的措施。否则,GATT1994 第 20 条的各具体例外规定都将归于无效,这不符

① See United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”), WT/DS294/R, para.7.266; United States - Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada-Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada, WT/DS264/RW, paras.5.28-29, 5.66.

② See Roger P. Alford, *Reflections on US-Zeroing: A Study in Judicial Overreaching by the WTO Appellate Body*, 45 Columbia Journal of Transnational Law 207 (2006).

③ 参见盛建明、李明奇:《WTO 对欧盟诉美国沿袭与沿用归零做法一案的裁决要点及几点评论》,《WTO 法与中国论丛》2021 年卷,第 222 页。

④ See Roger P. Alford, *Reflections on US-Zeroing: A Study in Judicial Overreaching by the WTO Appellate Body*, 45 Columbia Journal of Transnational Law 209 (2006).

⑤ 参见盛建明、李明奇:《WTO 对欧盟诉美国沿袭与沿用归零做法一案的裁决要点及几点评论》,《WTO 法与中国论丛》2021 年卷,第 222 页。

⑥ See Robert Howse, *The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate*, 27 Columbia Journal of Environmental Law 508 (2002).

合条约的有效解释原则。<sup>①</sup>上诉机构这一结论是依据 WTO 协定文本本身和《维也纳条约法公约》的解释原则作出的,符合规则的安全性和可预测性要求。

其次,上诉机构对国内环境措施的域外效力的确认引发了另一个重要问题:成员方对产品的过程和生产方法(以下称“PPMs”)<sup>②</sup>的规制是否符合 WTO 协定的相关规则。专家组基于司法经济原则没有审查仅仅根据收获方法和保护政策而区别对待物理特性上相同的虾的问题。<sup>③</sup>因此,这个问题也不在上诉机构的职权范围之内。但是,上诉机构实际上潜在地认可了 PPMs,也因此得到了很多环保组织的褒扬,缓和了 WTO 协定与国际环境协定之间的潜在冲突。然而上诉机构的裁决会对发展中成员的管理自主权造成不利影响,<sup>④</sup>使得强大和富裕的国家能够将自己关于环境或其他社会领域的标准强加给世界其他地区,引发“生态帝国主义”。<sup>⑤</sup>但上诉机构的高明在于,避免了正面回应 PPMs 可能造成的“滑坡效应”<sup>⑥</sup>,只是对 GATT1994 第 20 条序言进行解释,审查有关措施是否构成对国际贸易的武断或不合理的歧视或者变相限制,以此在两种价值之间进行平衡。上诉机构如果审查具有不同 PPMs 的产品是否应被视为“同类产品”的问题,就需要作出更偏重概念性、原则性的决定,此时模糊性与不确定性在所难免,而审查国内法规的实施方式和程序则更能得出一致与清晰的标准。<sup>⑦</sup>上诉机构的这一裁决是对 WTO 法理的重大发展,深刻影响了 WTO 对劳工和竞争等越来越多的非传统议程的政策。

#### (四) 欧共体—石棉案:实现促进争端解决、政策开放性目标

在欧共体—石棉案中,上诉机构摒弃了以往类似案例中的“最小贸易限制”标

① See United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R, para. 121.

② 过程和生产方法(PPMs),即生产或加工产品以及提取或收获自然资源的方式,通常会对环境产生重大影响。Joint Session of Trade, and Environment Experts, *Processes and Production Methods (PPMs): Conceptual Framework and Considerations on Use of PPM-Based Trade Measures*, 97 OCDE 137 (1997)。一般而言,如果 PPMs 直接影响产品的特性而并入产品的物理特性时,那么此类产品应当受 WTO 《关于实施卫生与植物卫生措施协定》(SPS 协定)和《技术性贸易壁垒协定》(TBT 协定)的规制;如果像美国—虾案中在生产阶段影响环境的非产品相关的 PPMs,是否属于 WTO 协定的规制范围,仍有争议。

③ See United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R, paras. 7.18-7.23.

④ See Jagdish Bhagwati, *After Seattle: Free Trade and the WTO*, in Roger B. Porter, et al. (eds.), *Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium* 60-61 (Brookings Institution Press 2001).

⑤ John H. Jackson, *World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?* 49 Washington and Lee Law Review 1241 (1992).

⑥ “滑坡效应”是由约翰·H.杰克逊提出的,它指如果运行成员方根据自身价值判断采取相应国内政策以限制外国产品的市场准入,那么就有可能出现限制贸易的无限可能性。See Robert Howse, *The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate*, 27 Columbia Journal of Environmental Law 507 (2002).

⑦ See Dukgeun Ahn, *Environmental Disputes in the GATT/WTO: Before and after US-Shrimp Case*, 20 Michigan Journal of International Law 854 (1998).

准,转而适用司法权衡方法,体现了对成员方管理自主权的遵从,也蕴含了上诉机构的价值选择。但是,该方法的适用具有不确定性,缺乏对后续同类案件的明确指引。

在该案中,上诉机构需要审查法国采取的生产、销售和进口石棉纤维的禁令对人类生命和健康的保护是否符合 GATT1994 第 20 条(b)项规定的必要性。在以往案件中,上诉机构一般采取“最小贸易限制”标准,但是一些成员认为该标准忽视了成员方的管理自主权,武断地提出假设可行的替代措施,最大限度减少对贸易的不利影响,没有考察该替代措施依据成员方的社会、政治、经济条件是否具备实质可行性。<sup>①</sup>对此,上诉机构转而提出考察一项措施是否具有必要性,必须考量如下相关因素:成员方追求的利益或价值的重要性;争议措施对政策目标达成的贡献程度;争议措施的贸易限制程度。同时,应当根据非贸易价值的重要性对争议措施和替代措施进行比较。据此,上诉机构认可法国采取完全排除风险的措施,并将该保护水平作为基准确定加拿大建议的替代措施是否合理可得。<sup>②</sup>上诉机构认为,争议措施追求的目标——保护人类生命和健康——至关重要。<sup>③</sup>这一表述强调本案中的非贸易价值的重要性达到最高程度,使得法国对石棉进口的禁令具有了必要性。<sup>④</sup>上诉机构的推理遵循了事实上的基于价值判断的方法。如果上诉机构认为案件涉及的价值位阶很高,即使对进口造成很大的负担,也会考虑为实现零风险而采取非常严格的执行措施。只有当监管目标涉及一些不太重要的利益,并且所提议的替代方案对贸易的限制性大大降低时,上诉机构才更有可能判定争议的国内措施违反 WTO 规则。<sup>⑤</sup>上诉机构的价值权衡就是对各种价值进行排序,但是排序的方法却处于黑箱之中,无从判断其客观性,也不具备可预测性。

## 五、结 语

上诉机构规则解释旨在增进 WTO 制度有效性中的三个要素:问题解决的有效性,即促进成员方之间的贸易争端的有效解决;目标实现的有效性,即保障规则的安全性和可预测性;评价有效性,即政策开放性。上诉机构在个案的裁决中只能寻求实现三个目标中的两个。这一现象不仅展现了上诉机构规则解释呈现复杂性的本

<sup>①</sup> See Michael Ming Du, *The Rise of National Regulatory Autonomy in the GATT/WTO Regime*, 14 *Journal of International Economic Law* 665 (2011).

<sup>②</sup> See *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, paras.172-174.

<sup>③</sup> See *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, para.169.

<sup>④</sup> See Gisele Kapterian, *A Critique of the WTO Jurisprudence on “Necessity”*, 59 *International & Comparative Law Quarterly* 110 (2010).

<sup>⑤</sup> See Michael Ming Du, *The Rise of National Regulatory Autonomy in the GATT/WTO Regime*, 14 *Journal of International Economic Law* 667-668 (2011).

质原因,而且揭示出其解释法理的真正问题所在,即当上诉机构在个案裁决中选择了实现政策开放性和保障规则的安全性和可预测性两个目标时,就不得不对成员方的管理自主权加以限制、损抑促进争端解决目标。这种选择的合法性是值得讨论的关键,也是引发外界批评的核心问题,即上诉机构的政策选择是否符合WTO的民主要求。因此,本文的研究意义可能有助于实现对上诉机构规则解释呈现出的复杂问题的精准聚焦,发现问题的本质,进而促进问题的有效解决。同时,发现上诉机构规则解释的内在逻辑也有助于当事方和其他利害关系方在个案争端中预测上诉机构的裁决走向,事先提出对自己有利的主张与证据。

### **On the Internal Logic and Target Choice of WTO Appellate Body's Rule Interpretation**

**Abstract:** The interpretation practice of WTO Appellate Body is quite complicated and even contradictory. At the moment when WTO Appellate Body is stagnant and in urgent need of reform, the deep jurisprudence hidden under the appearance of its rule interpretation needs to be revealed in order to find the real problems and promote the effective solution of these problems. The aim of Appellate Body's rule interpretation is to promote the three evaluation indexes of the effectiveness of WTO as an "institution": the effectiveness of dispute settlement, reliability and predictability of rules, and the policy openness. The Appellate Body can only choose the two goals that should be realized most among the three goals, but can not realize the three goals at the same time. When the Appellate Body chooses to achieve the two objectives of policy openness and the reliability and predictability of rules in case rulings, but restrict the regulatory autonomy of members, whether their policy choice conforms to the democratic legitimacy of WTO is the real problem of the rule interpretation.

**Key words:** WTO Appellate Body; regulatory autonomy; reliability and predictability; policy openness

(责任编辑:钱静 肖军)