

仲裁作为WTO替代性争端解决机制可行性分析

谢璐瑶

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2024年4月25日; 录用日期: 2024年5月17日; 发布日期: 2024年6月29日

摘要

自WTO上诉机构停摆危机出现, WTO和成员一直在探索缓解僵局之法。其中利用《关于争端解决规则和程序的谅解》(DSU)第25条“速效仲裁”进行上诉替代的方案备受瞩目。2020年, 欧盟、中国等WTO成员据此建立了《多方临时上诉仲裁安排》(MPIA)。事实上, DSU第25条在MPIA建立之前鲜有人注意, MPIA的建立使人们开始注意到这一条款。MPIA运行至今, 取得了一些成果, 但也有缺陷浮现, 需要 we 多加关注, 及时调整。

关键词

仲裁, MPIA, 上诉审议机制改革, DSU

Analysis of the Feasibility of Arbitration as an Alternative Dispute Resolution Mechanism in the WTO

Luyao Xie

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Apr. 25th, 2024; accepted: May 17th, 2024; published: Jun. 29th, 2024

Abstract

Since the emergence of the WTO Appellate Body suspension crisis, the WTO and its members have been exploring ways to ease the deadlock. Among them, the option of using Article 25 of the Understanding on Dispute Settlement Rules and Procedures (DSU) on “quick-impact arbitration” for appellate substitution has attracted a lot of attention, and in 2020, the European Union, China and other WTO members established the Multi-party Interim Appellate Arbitration Arrangement (MPIA) on the basis of the Arrangement. As a matter of fact, little attention was paid to Article 25

of the DSU before the establishment of the MPIA, but the establishment of the MPIA has drawn people's attention to this provision. The operation of the MPIA has achieved some results so far, but there are also shortcomings emerging, which require us to pay more attention to and make timely adjustments.

Keywords

Arbitration, MPIA, Appellate Review Mechanism Reform, DSU

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

作为争端解决机制的一部分，WTO 上诉机构常设 7 名法官，每人任期 4 年，每起案件至少需要 3 名法官进行审理。法官遴选程序遵循 WTO 成员协商一致的原则，即只有在 164 个成员全部同意的情况下，遴选程序才能顺利进行。自 2017 年以来，美国对上诉机构提出了诸多批评，并持续阻挠上诉机构成员遴选，致使上诉机构成员的人数随着其成员任期届满却得不到补充而逐渐减少。2018 年 10 月，上诉机构成员仅剩三名，面临“停摆”危机。自 2018 年 11 月以来，包括中国、欧盟、加拿大在内的 WTO 成员纷纷提案要求恢复上诉机构成员遴选，但屡屡遭到美国拒绝。2019 年 12 月，上诉机构因人数严重不足而陷入“停摆”僵局。上诉机构最后一名现任成员的任期已于 2020 年 11 月 30 日届满。

上诉机构站在争端解决程序的末端，对专家组的判决有异议的成员，可以向上诉机构提出这些质疑，上诉机构可以修改、维持或推翻专家组的决定，而在上诉机构做出最终裁决之前，原决定将处于一种“无效”状态。由于上诉机构的“停摆”，无法再审查新的或未决的上诉，迄今为止，已有 20 多个专家组裁决因为被有关成员上诉而变得“无效”。法官巴提亚指出“如果提起上诉的案件一直无法得到解决，这意味着 WTO 争端解决制度将回到 GATT 时代，届时专家组报告很容易被任何败诉方封锁，WTO 争端解决制度将失去其效力。这是自乌拉圭回合以来，WTO 争端解决机制的戏剧性减损和倒退。[1]”

因此，WTO 和 WTO 成员也在积极地寻求解决上诉机构停摆危机的方案。其中较为实际可行的是《关于争端解决规则和程序的谅解》(Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, 以下简称 DSU)第 25 条所规定的仲裁。2020 年 4 月 30 日，《依据 DSU 第 25 条的多方临时上诉仲裁安排》(Multi-Party Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU, 以下简称 MPIA)被作为《关于建立、记录和分享处理 WTO 争端做法与程序的机制的声明》的附件 12 申报，由此确立了临时替代上诉审议程序的上诉仲裁机制。

MPIA 的实施给 WTO 带来了新的希望，并通过其内容呈现和规则设计暂时替代 WTO 上诉审议的基本功能，给 WTO 争端解决机制带来一线生机。

2. WTO 争端解决机制现状与挑战

争端解决是多边贸易体制的中心支柱，也是世界贸易组织对全球经济稳定的独特贡献。WTO 争端解决机制自设立以来，解决了许多国际争端，为国家间的交流合作做出了突出贡献，已成为国际贸易争端解决的重要平台。特别是其中的 WTO 专家组程序及上诉机构上诉审查程序，它们的成功运作保障和推动了 WTO 争端解决机制的法制化[2]。然而，随着时间的推移和全球经济环境的变化，该机制已经无法

适应当下国际时局的现实需求。我们常常将上诉机构停摆与美国的阻挠联系在一起，事实上，美国提出的质疑也并非毫无道理。在罗伯特·莱特希泽(Robert E. Lighthizer)大使的带领下，美国贸易代表办公室在 2020 年发布了《WTO 上诉机构报告》[3]，该报告系统的从程序性、实体性和系统性三个维度总结了这些年美国对上诉机构的质疑和批评，这些问题正是上诉机构停摆危机的根源所在。

2.1. 程序性问题

程序上的问题主要体现审理期限与上诉机构成员的任职期限上。WTO 争端解决机制存在严重的拖滞冗余情况，实践中的运行时长大多远超规定时长。例如，DSU 第 17.5 条明确规定，上诉期至多不超过 90 日，然而美国指出自 2014 年以来，没有任何一个案件在 90 日内审结，平均审期为 163 日，超期审案现象十分普遍。又如 DSU 第 4.7 条规定了 60 天的磋商期，实践中，磋商期往往超过 60 天。磋商期时长过长，对于发展中国家来说往往意味着极佳商机的错失，对其而言损失是极大的。

另一个程序性问题是上诉机构法官的“超期服役”问题。根据 DSU 规定，上诉机构法官一般情况下任期为四年。在司法实践中，常常出现案件未审结，但上诉机构法官的任期已经届满的情况。根据《上诉审议工作程序》第 15 条的规定，上诉机构离任成员经过上诉机构的授权，并通知 DSB 后，可以继续处理其作为成员时被指派的任何上诉¹。因此，“超期服役”在理论层面是可行的。然而美国认为，任命上诉机构成员是 DSU 的权力，因此对于离任成员继续审案问题应经由 DSB 全体大会决定通过。

2.2. 实体性问题

实体性问题主要体现美国所提出的“越权裁判上”。美国认为，上诉机构的一些裁判增加了成员的条约义务或减损了成员的条约权利[4]。例如，在日本诉美国归零措施案中，上诉机构和专家组认为美国使用“归零”方法计算倾销幅度违反 WTO 规则，而美国则认为 WTO 规则并未排除该方法。此外，在中国诉美国反倾销和反补贴措施案中对“公共机构”的解释，也引起了美国的不满。美国认为上诉机构的裁决侵蚀了其合法的政策空间，并批评其对 WTO 实体规则的解释有失偏颇[3]。

2.3. 系统性问题

系统性问题主要体现在上诉机构的司法裁判模式上。美国认为将上诉机构裁决作为先例进行引用，这会限制和约束后续案件专家组成员对案件的审理。此外，美国认为将 WTO 成员国内措施的含义作为法律问题进行审查和解释，这既违背了 DSU 规定的上诉机构的审查范围，也加重了上诉机构成员的工作负担，导致审期过分迟延。最后，美国对上诉机构的报告也表达了不满，认为其审查了过多与争议无直接联系的问题，一方面会导致上诉机构报告冗长，另一方面也导致上诉审理期限的延长。

3. 解决“停摆”困境的方案

针对上诉机构问题，WTO 成员都期望能够找到一个合适的方式来缓解僵局。其中三种方案较有代表性：一是以投票遴选方式启动上诉机构成员任命程序，呼吁 DSB 或 WTO 总理事会以多数票通过启动上诉机构成员任命程序，使上诉机构成员及时更新换代；二是以大型协定的方式设立新的平行上诉机构；三是利用 DSU 第 25 条“速效仲裁”进行上诉替代。下文将对三种方案做出简要分析。

3.1. 通过投票遴选方式启动上诉机构成员任命程序

该方式旨在呼吁 DSB 或 WTO 总理事会以多数票通过启动上诉机构成员任命程序。世贸组织法律事务司前司长皮耶特·奎柏(Pieter Jan Kuijper)早在 2017 年 11 月就呼吁 DSB 或 WTO 总理事会以多数票通过

¹《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。

启动任命程序。国内也有学者提出，投票制度本来就是在无法达成一致时适用的一种例外，由于美国的恶意阻挠，在上诉机构成员遴选问题上长期无法达成的协商一致已经严重地影响了上诉机构的正常运行。为了打破这种桎梏，启动投票制度遴选上诉机构成员并不违反 WTO 现行规则^[5]。同时，《世贸组织协定》第 9.1 条和第 16.3 条也为这一方案提供了法律依据²。

3.2. 以大型协定的方式设立新的平行上诉机构

该设想提出三种选项来实现新上诉机制的建立，一是通过修改 DSU 的具体规定，使设立上诉机构的条款具有法律依据；二是将设立新上诉机构的协议作为 WTO 附件 4 下的诸边协议；三是直接绕开现有的框架，成员间通过谈判重新缔结新的上诉机构协议。前两种方案由于受限于协商一致原则，无法绕开美国的阻挠^[6]。第三种方案试图绕过美国，因此提议在 WTO 体系之外建立一个新的争端解决协议，并且尽可能基于 DSU 的规则，甚至复制一个完整的争端解决程序，为上诉审查提供替代框架。

3.3. 创新运用 DSU 第 25 条进行上诉仲裁

第三种方案最先由美国盛德国际律师事务所(Sidley Austin LLP)的几位律师提出，被称为“安德森提案”。该提案指出，鉴于上诉机构停摆，加上工作量的增加，导致大量案子无法及时处理。DSU 第 25 条为那些希望继续利用上诉程序的 WTO 成员提供了可能性^[7]。根据 DSU 第 25 条，WTO 成员在满足以下三个条件时，可以将仲裁作为解决争端的替代方式：第一，争议涉及各方明确确定的问题；第二，双方同意通过仲裁解决争议；第三，双方同意遵循仲裁裁决。总体来说，第 25 条的涉及足够灵活，不仅具备了 DSU 第 17 条上诉过程的核心特征，且其裁决自动对争端各方具有约束力，无需 DSB 的批准。另外，DSU 第 25 条没有规定标准的程序步骤或时间表，这使得当事人或仲裁员可以根据争端的具体需要自由调整程序。

实际上，比较上述三种方案，就会发现 DSU 第 25 条上诉仲裁是目前可行性最高的选择：投票遴选方案的优点是可以彻底解决上诉机构成员不足的问题，但却充满风险，因为这将打破 WTO 长期以来协商一致的决策传统。并且这种方案极易受到政治因素的影响，一定程度上迫使成员“选边站”。正如有学者所言，目前世贸组织成员几乎没有政治力量以这种方式排挤美国^[8]。对于“另起炉灶”新设一套体制，这种方案目前条件还不够成熟。的确，就现实而言突破现有 WTO 规则体系，要想谈成任何一个多边或诸边协定都非常艰难；尤其是在 WTO 多边贸易体系危机重重的现在，想要创设一种新机制，更是难上加难^[9]。

4. MPIA 的建立

2019 年 7 月 25 日，欧盟和加拿大率先依据 DSU 第 25 条达成了双边仲裁协定^[10]。2020 年，欧盟、中国等 19 个成员(将欧盟视为一个整体)正式向 WTO 通报达成《多方临时上诉仲裁安排》。其中规定，在案件因上诉机构人员人数不足无法审理时，将根据 DSU 第 25 条诉诸仲裁，作为临时上诉仲裁程序。同年 8 月 3 日，包括中国、欧盟在内的 WTO “多方临时上诉仲裁安排”参加方就仲裁员名单达成一致，成功组建了由 10 人组成的仲裁员库。

MPIA 建立近四年，已经成功完成两起案件的裁决³，八起案件正在进行中，其中涉及中国的就有 7 起⁴。但是，即使有中国、欧盟、加拿大、巴西、日本等 DSB 的“大用户”的加入，MPIA 的参与成员

²第 9.1 条规定“……除非另有规定，如无法经协商一致作出决定，则争论中的事项应通过投票决定”；第 16.3 条规定“在本协定的条款与任何多边贸易协定的条款产生抵触时，应以本协定的条款为准”。

³它们分别是 DS583、DS591。

⁴它们分别是 DS601、DS589、DS598、DS602、DS603、DS607、DS610、DS611，除 DS607 外，均涉及中国。

仍显不足。更重要的是，DSB 的主要用户美国并未加入。此外，参与 MPIA 的缔约方也明确承诺，恢复 WTO 上诉机构的功能仍为缔约成员方的重心。MPIA 能够存续多长时间和审理多少案件，会有多少成员加入 MPIA，在多大程度上取代上诉机构，将对未来的 WTO 改革和发展产生多大影响，都是不确定的[11]。

4.1. MPIA 的基本框架

MPIA 包括正文和两个附件，附件一为《在争端 DSX 中商定的<争端解决谅解>第 25 条项下仲裁程序》，附件二为《根据文件 JOB/DSB/1/ADD.12 第 4 段组成仲裁员库》。

正文部分包含一般性声明并对 MPIA 的运作程序做出了具体安排。明确了 MPIA 设立的目的是，上诉机构因其法官不够而无法审理其相互间争端的专家组报告情况时，MPIA 参加方成员援引 DSU 第 25 条项下的仲裁，采取临时上诉仲裁程序。具体安排部分包括十五项，对上诉仲裁机制的适用条件、适用程序、仲裁员的选任以及组庭规则和表决方式等事项作了基本的说明。

附件一共十九条，较为详细地规定了临时上诉仲裁制度所适用的仲裁程序。可以看出临时上诉仲裁制度的程序很大程度上参照了 WTO 上诉机构的审理程序，但在一些具体的程序规定上做出了补充，顺应了上诉机构改革的方向，如在精简审理程序、审理期限上就做出了相应的改进。附件二共六条，规定了仲裁员库的组建程序，可知临时上诉仲裁制度同样采用了设置仲裁员池的方式来保证其灵活性和公正性。

4.2. MPIA 的特点

4.2.1. 临时性

MPIA 的文本中多出反映出其临时性。首先，MPIA 在名称上使用“临时(Interim)”一词。正文的第 1 条和附件一仲裁程序的第 2 条都强调了只有在上诉机构无法根据 DSU 第 16.4 条和第 17 条受理本争端上诉的情况时，才可能诉诸 DSU 第 25 条规定的仲裁。正文第 15 条也表明了 MPIA 各方均希望能够重启上诉机构仲裁员遴选程序的立场。尽管 MPIA 具有临时性，其功能是暂时代行上诉审理的职能，但需要明确的是临时性并不一定意味着在时间上的短暂性，如 GATT 作为临时适用协议书，却适用了半个世纪之久。目前来看，没有任何迹象表明美国会改变其上诉机构的态度，MPIA 或将在未来持续发挥作用。而且在上诉机构恢复后，MPIA 仍可作为上诉机构的补充制度，分担上诉机构的压力。早在上诉机构停摆之前，就有学者注意到 2016 年案件的上诉率已经达到 88%，大幅超过过去十年的平均上诉率 68%，上诉机构已经不堪重负[12]。于是我们对 MPIA 的讨论是有意义的。

4.2.2. 开放性

MPIA 第 12 条和第 14 条体现了其对 WTO 成员的高度开放性。第 12 条允许 WTO 成员在任何时候加入 MPIA，而第 14 条则为成员提供了较为便利的退出条件。但是与其有关的已经具有法律效力的仲裁协议仍然有效，保证了临时上诉仲裁制度的稳定性。若参加方之间发生争端，可参照 MPIA 统一的仲裁规定，免于缔结双边仲裁协议，避免了临时上诉仲裁安排的碎片化。上述安排旨在吸引更多成员加入，减少参与和退出的障碍，并通过统一的仲裁规定促进争端解决的机制化和便利化。此外，MPIA 附件一第 16 条允许有实质性利益的第三方参与仲裁过程，这与传统商事仲裁所要求的保密性不同，也体现出 MPIA 开放性的特征。目前，MPIA 的成员不足 WTO 成员的三分之一，这是阻碍 MPIA 顺利实施的一大阻碍。未来若能吸引更多的成员加入，那么该机制对缓解上诉机构危机将作出更多贡献。

4.2.3. 灵活兼容性

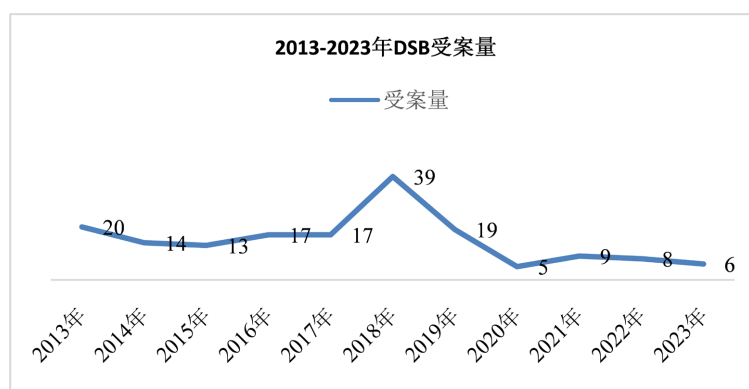
MPIA 基于 DSU 第 25 条设立，而第 25 条在措辞上并未对适用范围做出严格限制，这就为适用 MPIA 的争端方提供了灵活的操作空间[13]。对比原有规定，MPIA 安排并未突破 DSU，而是在不违反 DSU 的

前提下做出灵活的细微调整，使其与原有的争端解决机制兼容；这不仅在法律层面上赋予了多方临时上诉仲裁制度合法性地位，保证其稳定性，也明确了该制度替代性、开放性、高度意思自治的本质特征。

4.3. MPIA 运行现状

MPIA 已经成功地解决了两起案件，并且还有八起案件有潜在的上诉仲裁案件。不可否认，MPIA 在实践中取得了一定成果，并让人们注意到“尘封已久”的第 25 条。但是从长期看，这一方案在制度安排和具体实践中仍然存在局限性。毕竟 MPIA 不能够解决所有成员的上诉纠纷，并且 DSB 的最大用户美国尚未加入，这些都为 MPIA 的未来带来的不确定性。

自 2019 年上诉机构彻底停摆以来，DSB 的受案量显著减少，2020 年 MPIA 建立后，受案量也未见明显浮动。(见下图)可见，MPIA 并没有完全取得 WTO 成员的信任。其运行至今，有些问题已经浮现。



首先，MPIA 的成员严重不足。其中不乏美国、韩国、俄罗斯、印度这样的贸易大国还未加入 MPIA。这些贸易大国的缺席使得 MPIA 的运作空间被大大压缩。

其次，仲裁裁决对之后案件的指导价值尚不明确。仲裁裁决是否对非缔约方有约束力存在不确定性。并且由于仲裁的临时属性，仲裁裁决后被援引的说服力不及上诉机构的裁决。

最后，MPIA 缺乏财政和行政支持。MPIA 创立指出，倡议者都希望能够获得秘书处的支持。但是在上诉机构停摆后，上诉机构专属的秘书处被解散，工作人员大部分已被分配到 WTO 的其他部门。所以，今后临时上诉仲裁机制的运行在多大程度上获得 WTO 的支持还有待观察。

5. 结语

上诉机构停摆已近四年，对 WTO 争端解决的影响是巨大的，无效上诉使得争端一直处于悬而未决的状态。WTO 成员间在改革上诉审议程序的考虑要素上依然有显著分歧。MPIA 可以在上诉机构停摆期间暂时替代上诉审议职能，为成员间争端提供具有约束力的裁决，从恢复上诉审议功能和延续 WTO 上诉机构开启的持续国际贸易法治进程的角度来看，是目前最可行的选项。

MPIA 上诉仲裁既有的成功实践和后续的仲裁开展，必将吸引更多 WTO 成员加入 MPIA。事实上，从 2020 年 4 月通报 DSB 以来，MPIA 参加方已经在逐步增加。在上诉机构恢复正常运作前，MPIA 是一个具有可行性的临时替代，会有光明的使用前景[14]。而 MPIA 的替代效果仍要以 MPIA 上诉仲裁的实际运作来检验，如果 MPIA 的争端解决质量达到乃至超出了预期，就能加速吸引更多成员选择 MPIA 上诉仲裁，从而扩大 MPIA 规则和实践共同体，凝聚共识，为上诉机构改革提供更多有益的借鉴[15]。但 MPIA 运行至今，有些问题已经浮现，需要我们多加关注，及时调整。也希望 WTO 的上诉机构能早日恢复正

常运转，继续为国际贸易的发展做贡献。

参考文献

- [1] World Trade Organization. Farewell Speech of Appellate Body Member Prof. Dr. Hong Zhao. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/farwellspeechhzhao_e.htm
- [2] 任媛媛. WTO 争端解决机制中的仲裁制度研究[D]: [博士学位论文]. 上海: 复旦大学, 2012.
- [3] USTR (2020) Report on the Appellate Body of the World Trade Organization Office, 47.
- [4] The Latest Iteration Was the US-EU-Japan Joint Statement of 14 January 2020. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/january/joint-statement-trilateral-meeting-trade-ministers-japan-united-states-and-european-union>
- [5] 房东. 解决 WTO 上诉机构危机: 启动投票制度的初步设想[J]. 国际经济法学刊, 2019(4): 17-23.
- [6] 孔庆江. 一个解决 WTO 上诉机构僵局的设想[J]. 清华法学, 2019, 13(4): 197-207.
- [7] Andersen, S., et al. (2017) 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.
- [8] Pauwelyn, J. (2019) WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect? What Choice to Make? *SSRN Electronic Journal*, 302-303. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3415964>
- [9] 彭德雷. 十字路口的世贸组织上诉机构: 改革观察与最新实践[J]. 国际经贸探索, 2020, 36(9): 88-102.
- [10] (2019) Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes. JOB/DSB/1/Add.11.
- [11] 杨国华. WTO 上诉仲裁机制的建立[J]. 上海对外经贸大学学报, 2020, 27(6): 29-38.
- [12] 彭德雷, 周围欢, 胡加祥. 国际经贸争端解决路径的新实践及其时代价值——基于 WTO 上诉仲裁第一案的考察[J]. 国际贸易, 2023(5): 38-47.
- [13] Jacky, D. (2008) The Integration of Article 25 Arbitration in WTO Dispute Settlement: The Past, Present and Future. *Australian International Law Journal*, 15, 247-250.
- [14] 刘瑛. WTO 临时上诉仲裁机制: 性质、困境和前景[J]. 社会科学辑刊, 2021(4): 80-89.
- [15] 刘瑛. MPIA: WTO 上诉审议机制改革的规则和实践试验[J]. 法学评论, 2023, 41(3): 174-186.