

世界贸易组织争端解决机制的“造法”困境

孙嘉琦*

摘要：世界贸易组织（WTO）争端解决机构是否能够“造法”存在争议，WTO 现在面临的困境一定程度上与此有关。《关于争端解决规则与程序的谅解》规定争端解决机构不得增减成员的权利和义务。专家组和上诉机构在审理案件中对协定条文的法律解释，被美国认为超越了法定权限，属于“造法”行为。专家组和上诉机构为了解决争端需要解释规则，又面临着“造法”的指责，陷入了两难困境。上诉机构赋予“造法”行为正当性的所有尝试均存在争议，因为争端解决机构进行法律解释并保证同案同判的行为已经构成了“造法”。这一问题也是国际争端解决机制所面临的共同问题，其本质上涉及国际争端解决机制和国家司法主权之间的张力。国际争端解决机制存在权力的扩张和回缩两个改革方向，权力回缩的改革更能满足时代需求。

关键词：世界贸易组织 争端解决 造法 困境 权力对抗

世界贸易组织（以下简称 WTO）争端解决机制^①从诞生起便被视为国际争端解决重大成就之一，其争端解决报告引发了广泛的关注和讨论。与此同时，争端解决机构是否进行了“造法”行为，是否有权“造法”，一直存在争议。美国指责专家组和上诉机构增减了成员的权利义务，进行了“造法”行为，^②最终导致了上诉机构停摆。

不论 WTO 上诉机构前景如何，其加强“司法牙齿”力量的效果和成就是不容忽视的。WTO 争端解决机制的经验不仅具有特殊性，也具有一般性。研究其特殊性，有助于上诉机制改革，从而进一步完善 WTO 争端解决机制；研究其一般性，有助于更好地建设其他国际争端解决机制。何为争端解决机构“造法”？WTO 争端解决机构能否“造法”？“造法”行为在国际争端解决机制中是否必要且具有正当性？本文试图通过研究 WTO 争端解决机构的相关实践，厘清其所面临的困境，以小见大，更清晰地探寻国际争端解决机制“造法”的内在逻辑，以寻求解困之道。

* 中国人民大学法学院博士研究生。本文中所有网络资源最后访问时间均为 2021 年 12 月 21 日。

① “机制”和“机构”有不同的含义。“机制”通常指一个现象或有机体的内在构造、运行规律、主要功能等，“机构”则指团体、单位、组织等。在谈及国际争端解决时，并非所有国际争端解决机制都存在常设的机构，因此统一表述为“机制”。在谈及 WTO 时，WTO 的争端解决机构（DSB）由全体成员构成，专家组和上诉机构的报告、成员实施报复措施均需争端解决机构通过。在行文中，涉及规则、制度设计问题时表述为“机制”，涉及 DSB 实施的具体行为时，用“争端解决机构”作为主语。特此说明。

② The President's Trade Policy Agenda of the US, 2018, pp. 22 - 23. 也有学者指出，美国对上诉机构的几大指控存在内在逻辑联系，其中，第六项指控——上诉机构不得改变成员在 WTO 协定下的实体权利或义务——是核心，其他五项从不同方面服务于第六项指控。参见李晓玲：《世贸组织上诉机构改革的谈判进程与岔路口选择》，载《国际经贸探索》2020 年第 4 期，第 101—103 页。

一 世界贸易组织争端解决机制“造法”之争

WTO 争端解决机构的多个报告曾引发了有关“造法”的争议。本文所说“造法”，指具体审理案件的专家组和上诉机构在案件审理过程中对相关规则进行的法律解释，被认为增减了成员的权利或义务。在多个案件中，美国在实施反倾销与反补贴措施时采用的倾销幅度计算方法——“归零法”被上诉机构认定为不符合《WTO 协定》，^① 美国反对上诉机构的此种裁定。与之类似，11 个 WTO 成员就美国的《伯德修正案》起诉美国，上诉机构认定美国将收缴的部分反倾销税和反补贴税分配给本国公司的行为不符合《WTO 协定》，这被美国认定为“造法”行为。^② 此外，上诉机构在多处案件中将“公共机构”解释为“拥有或行使政府权力的实体”而非“政府控制的实体”，大大提高了公共机构的判定标准，也引起了争议。^③

美国贸易代表办公室于 2020 年发布《世界贸易组织上诉机构报告》，详细指出了其认为的上诉机构对多个实质性问题的解释错误，包括“公共机构”的定义、《技术性贸易壁垒协定》中非歧视原则审查标准、“归零法”的定性、国有企业补贴审查标准、对“不可预见的发展”的解释等。^④ WTO 大多数成员（如欧盟成员国、新西兰、泰国、韩国等）采取了比较务实的态度，没有对美国政府的“越权造法”指责的对错进行判断，而是不遗余力地提出建议措施以打消美国的疑虑，以使上诉机构恢复常态。巴西则明确指出上诉机构的“造法”行为没有越权，认为上诉机构详尽的法律推理必定会被胜诉一方称赞，也会被败诉一方批评，上诉机构虽非绝对可靠，但 WTO 规则已经提供了必要的制衡。中国希望上诉机构在职权范围内行事，但也指出 WTO 成员并未对越权的标准达成一致意见，不应直接对上诉机构是否越权作出判断。^⑤

国内外文献对 WTO 争端解决机构的“造法”行为的讨论，常与遵循先例、法律解释、司法越权或司法能动等问题联系起来。几乎所有学者都认为 WTO 争端解决机构存在“造法”行为，^⑥ 但学者们对这种“造法”行为是否具有正当性持有不同观点。支持争端解决机构进行“造法”的学者认为：（1）由于 WTO 规则本身的缺漏^⑦以及立法机构的弱势，^⑧ 争端解决机构“造法”

① 截至 2021 年 12 月 21 日，美国在 WTO 被诉的涉及“归零法”的案件共 16 起，案件号分别为 DS179、DS264、DS294、DS322、DS335、DS343、DS344、DS350、DS382、DS383、DS402、DS404、DS420、DS422、DS429 和 DS471。

② 李杨、尹紫伊：《美国对 WTO 争端解决机制的不满与改革诉求》，载《国际贸易》2020 年第 7 期，第 74 页。

③ 张军旗：《WTO 改革背景下〈补贴与反补贴措施协议〉中“公共机构”法律解释的反思》，载《当代法学》2021 年第 3 期，第 138 页。

④ United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020, pp. 81 - 120.

⑤ Minutes of the Meeting of the General Council of the WTO, WT/GC/M/175 (12 December 2018), pp. 19 - 43, WTO official website, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/GC/M175.pdf&Open=True>.

⑥ 参见张华：《反思国际法上的“司法造法”问题》，载《当代法学》2019 年第 2 期；彭淑：《论世界贸易组织争端解决中的司法造法》，北京大学出版社 2008 年版，第 104—119 页；齐飞：《WTO 争端解决机构的造法》，载《中国社会科学》2012 年第 2 期；Wei-huan Zhou & Henry Gao, “‘Overreaching’ or ‘Overreacting’? Reflections on the Judicial Function and Approaches of WTO Appellate Body”, (2019) 53 (6) *Journal of World Trade* 951; Ingo Venzke, “Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy”, in Armin von Bogdandy, Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Lawmaking On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Springer, 2011), p. 179.

⑦ An Chen, “Some Jurisprudential Thoughts upon WTO’s Law-governing, Law-making, Law-enforcing, Lawing-abiding and Law-reforming”, (2011) 12 (2) *The Journal of World Investment & Trade* 197, pp. 197 - 223.

⑧ 魏增产：《论 WTO 争端解决中的司法积极主义》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》2004 年第 3 期，第 28—36 页。

具有必要性；(2) 美国对上诉机构的指责是出于政治目的，完全没有根据；^① (3) 争端解决机构“造法”不仅改善了 WTO 规则，甚至改善了 WTO 成员的国内法；^② (4) 若争端解决机构“造法”行为维护了 WTO 功能，就不算越权；^③ (5) 争端解决机构的机构建设和法律技术手段确保“造法”的同时也能满足成员的政治意愿。^④

反对争端解决机构进行“造法”的学者则认为：(1) 赋予上诉机构以创造宪法规范和结构的权力（“司法造法的宪政化”）会导致司法权、立法权和行政权的不平衡；^⑤ (2) WTO 争端解决机构司法造法可能会导致过度司法化；^⑥ (3) WTO 争端解决机构造法会破坏成员经过谈判所达到的平衡；^⑦ (4) 国际司法机构的职能是适用法律而非创造法律，主权国家为主导的传统国际造法路径仍是主流。^⑧

上述学者的研究基本上将司法造法等同于司法机构进行法律解释，将司法造法问题和遵循先例问题分开谈论，并未详细探讨司法造法、法律解释与遵循先例这三个问题之间的关系。那些认为 WTO 争端解决机构“造法”行为不会导致严重后果的观点过于乐观，也与上诉机制瘫痪的现实相悖。WTO 争端解决机构能否“造法”这一问题影响重大，关涉整个 WTO 机制能否正常履行职能，有必要进一步研究。

二 世界贸易组织规则中的“造法”依据探寻

认为《WTO 协定》不允许争端解决机构“造法”的依据主要存在于《关于争端解决规则与程序的谅解》（以下简称 DSU）中。DSU 第 3.2 条规定，争端解决机构仅可以“依照解释国际公法的惯例^⑨澄清这些协定的现有规定”；DSU 第 3.2 条最后一句规定争端解决机构的建议和裁决“不能增减成员的权利义务”。这要求专家组和上诉机构只能澄清条文原意，不可以作创造性的法律解释，不可以填补协定条文的漏洞，这些任务由 WTO 中的其他制度来承担。《WTO 协定》第 9.2 条规定了对条文的“权威解释”，进行解释的权力由 WTO 部长会议和总理事会专有，通过一项解释的决定应由成员的四分之三多数作出。

此外，遵循先例的行为可能会被认为是“造法”行为。有学者认为先例制度本身便意味着

-
- ① See Ernst-Ulrich Petersmann, “How Should the EU and Other WTO Members React to Their WTO Governance and WTO Appellate Body Crises?”, *European University Institute Working Paper RSCAS 2018/71*, p. 5; Henry Gao, “Finding a Rule-Based Solution to the Appellate Body Crisis: Looking Beyond the Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement”, (2021) 24 (3) *Journal of International Economic Law* 534, pp. 534–550.
- ② Niall Meagher, “The Rule of Law and the WTO”, (2018) Special Issue *Journal of International Trade & Arbitration Law* 25, pp. 25–54.
- ③ Weihuan Zhou & Henry Gao, “‘Overreaching’ or ‘Overreacting’? Reflections on the Judicial Function and Approaches of WTO Appellate Body”, pp. 951–978.
- ④ 齐飞：《WTO 争端解决机构的造法》，第 147—163 页。
- ⑤ 左海聪、范笑迎：《WTO 宪政化：从“司法宪法论”到“贸易民主论”》，载《当代法学》2013 年第 6 期，第 148—157 页。
- ⑥ 彭淑：《论世界贸易组织争端解决中的司法造法》，第 139—143 页。
- ⑦ 罗文正：《论 WTO 争端解决审查标准的司法哲学：司法克制和司法能动》，载《衡阳师范学院学报》2016 年第 5 期，第 103—106 页。
- ⑧ 张华：《反思国际法上的“司法造法”问题》，第 137—149 页。
- ⑨ WTO 上诉机构认为“国际公法的解释之习惯规则”在《维也纳条约法公约》中得到了最权威和简洁的表述，并为 WTO 争端解决机制的条约解释创设了一个名副其实的“先例”，尽管当时这一解释的依据并不十分充分。参见张乃根：《探析条约解释的若干问题：国际法与国内法的视角》，载《国际法研究》2016 年第 5 期，第 56 页。

“法官在解决当事人争议的过程中创造法律”。^① 上诉机构在“美国不锈钢案”中提出“在争端解决机制中确保安全性和可预测性意味着在没有充足理由的情况下，审判机构对同样法律问题的解决方法应该和之前的案件一样”，^② 美国据此指责上诉机构将争端解决报告视为先例，超越了其法定权限。^③ 然而，WTO的法律体系并不属于普通法体系，也不包含遵循先例原则，^④ WTO规则中并没有明确的遵循先例的依据。因此，争端解决报告中的法律推理及结论应仅对争端各方具有拘束力，并不约束后续争端的当事方。上诉机构要求后续争端的专家组严格遵循先前争端报告的结论的做法，被指责“增减了成员权利义务”。

根据专家组和上诉机构的报告，在WTO规则中支持争端解决机构“造法”的依据有两处。首先，DSU第7.2条和第17.12条要求专家组和上诉机构应处理争端方提出的每个问题，第3.4条和第3.7条要求满意解决问题和积极解决争端。若争端因所谓规则空白或规定模糊而得不到积极、满意的解决，会减损争端解决机制所应有的功能。

其次，DSU第3.2条规定，WTO争端解决机制的目的不仅要解决成员之间的争端，更要维护“多边贸易体制的安全性和可预测性”。在WTO争端解决机构的等级结构下，专家组和上诉机构扮演的角色有所不同。上诉机构的设立是为了审查专家组的法律解释，说明成员认识到了对协定下权利和义务解释的一致性和稳定性十分重要，这可以提升争端解决机制的“安全性和可预测性”，并保证争端的“迅速解决”。专家组若不遵循先前通过的、针对同样问题的上诉机构报告，就会减损争端解决机制的整体性和可预测性。^⑤ 换言之，同案同判是“安全性和可预测性”这个目标更为具体的要求，为保证达到此目标，WTO争端解决机构理应对先前报告赋予足够的重视。^⑥ 抛却英美法系遵循先例的一系列配套规则，同案同判和遵循先例实际上秉承着类似的含义和要求，尽量保证同案同判难免会进入“遵循先例”的范畴。

综上，WTO争端解决机制在是否能够“造法”问题上陷入了两难境地。若争端解决机构进行了“造法”，就不符合DSU第3.2条关于“澄清条文”“不增减成员权利义务”的要求；若不进行“造法”，便无法完成DSU第3.2条“安全性与可预测性”与第3条、第7条、第17条“使争端得到积极、满意的解决”和“处理每个问题”的要求。

表面上看，从《WTO协定》条文中可以同时找出支持和禁止争端解决机构“造法”的根据，但若仔细探寻，支持“造法”的根据并不能成立。首先，DSU第17.12条要求专家组和上诉机构处理每个被提出的问题，但“处理”并不意味着一定要给出裁决或建议。若因为法律漏洞而无法得出结论，DSU并无条文强制专家组或上诉机构给出结论，它们还可以寻求《WTO协定》第9.2条项下的权威解释。其次，由于争端解决机制缺乏强制的执行力与国际法本身的空白和缺漏，保证同案同判是否一定能确保多边贸易体制的稳定性和可预测性，在国际法语境下尚有讨论余地。从现实情况来看，上诉机构对同案同判的追求反而是导致其停摆的原因之一。^⑦

① [美] P. S. 阿蒂亚、[美] R. S. 萨默斯：《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》，金敏、陈林林、王笑红译，中国政法大学出版社2005年版，第96页。

② *United States-Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R (30 April 2008), para. 160.

③ United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020, pp. 55-64.

④ Henry Gao, "Dictum on Dicta: Obiter Dicta in WTO Disputes", (2018) 17 (3) *World Trade Review* 509, pp. 509-533.

⑤ *United States-Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R (30 April 2008), paras. 161-162.

⑥ *United States-Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R (25 April 1997), paras. 19-20.

⑦ United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020, pp. 81-120.

禁止争端解决机构“造法”的根据则非常充分。DSU 第 3.2 条仅允许争端解决机构“澄清”条款，且不得增减成员的权利和义务，这一点在 DSU 第 19.2 条中又再次进行强调。因此，论证 WTO 争端解决机构“造法”的正当性十分困难，争端解决机构并没有被成员授权进行“造法”。

三 世界贸易组织争端解决机制在实践中寻求“造法”行为的正当性

在争端解决实践中，对于涉及规则空白或模糊的争端，专家组和上诉机构如置之不理，则是未积极解决争端、浪费资源，如予以解决则又面临“造法”责难。对于同案同判问题，既需要维护先前判决，又不能承认遵循先例的存在。在这种两难的困境中，争端解决机构报告便呈现出一种“口是心非”的矛盾，即表面并不承认“造法”行为的存在，实际一直在进行“造法”行为。

上诉机构认为，“如果专家组的结论属于正确地解释和适用规则，那么专家组不太可能增减 WTO 成员的权利和义务。”^① 换言之，正确地解释和适用规则属于“澄清”规则的范畴，并未“造法”。话虽如此，评判怎样是“正确地”解释和适用的主体仍然是上诉机构，因此成员对“增减成员权利义务”的指责还是层出不穷。

为避免这种指责，上诉机构成员作裁决时非常克制，努力保证所有决定都有条文依据，属于“澄清”条文，而非主观臆断，一般以条文解释为第一要务。理论上来说，《维也纳条约法公约》第 31 条规定了条文解释的四个要素，分别是术语的通常含义、上下文、目的和宗旨以及善意，这里并没有规定这些适用原则的等级或先后顺序。^② 上诉机构将条约解释的过程描述为“一个整体的过程，解释规则和原则必须作为一个系统中相互联系、互相加强的要素来理解和适用”。^③ 但同时，上诉机构对于通常含义和上下文最为看重。前上诉机构成员埃勒曼（Claus-Dieter Ehlermann）曾说：在通常含义、上下文、目的和宗旨三个标准中，上诉机构一般对“通常含义”赋予最大的权重。上诉机构报告经常咨询《牛津简编大辞典》，甚至有人将其称为“适用协定之一”。第二个标准“上下文”被赋予的权重少于第一个，但还是比第三个标准“目的和宗旨”用得更多。^④ 字面解释的方法相对安全，其结果比用其他解释工具得出的结果更易被接受。^⑤ 但埃勒曼也承认条文解释的局限性，这种过分的束手束脚也可能导致成员权利义务的增加或减少。例如，在“中国原材料案”中，专家组虽然意识到该案的裁决会导致中国与其他大多数 WTO 成员相比，其权利义务不平衡，但基于协定条文本身只能作出这样的裁决。专家组推断，中国与 WTO 成员在谈判《中国加入议定书》时，已经为这种权利义务的不平衡进行了特殊设计。^⑥

在同案同判的问题上，专家组和上诉机构通过多个报告强调遵循先前报告结论的重要性，但

① *Chile-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R (12 January 2000), para. 79; *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R (24 March 2006), para. 53.

② Oliver Dorr, Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties-A Commentary* (Springer, 2012), p. 541.

③ *China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R (19 January 2010), para. 399.

④ Claus-Dieter Ehlermann, “Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the WTO”, European University Institute Policy Papers, RSC No. 02/9, 2002, para. 42.

⑤ Claus-Dieter Ehlermann, “Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the WTO”, para. 49.

⑥ *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (5 July 2011), para. 7. 160.

也同时坚决否认遵循先例制度的存在,明确指出先例对后续争端不存在拘束力。早在WTO成立前,根据《1947年关税与贸易总协定》成立的专家组就曾经对先前判例的效力发表了看法。在“欧共体限制苹果进口案”中,专家组认为自己在法律上不受先前专家组报告所有细节和法律推理的拘束。^① WTO成立后,上诉机构在“日本含酒精饮料II案”中强调,虽然已通过的专家组报告经常被后续专家组所考虑,创造了法律预期,但除了在争端当事方之间解决特定争端以外,它们没有拘束力。^② 而后,上诉机构在“美国虾案”中指出,“日本含酒精饮料II案”的推理同样适用于已通过的上诉机构报告。^③ WTO争端解决机制一直在明确否认先例拘束力的存在,虽然上诉机构未否认同案同判的目标,但并不认为同案同判是“在鼓励专家组或上诉机构在不解决特定争端的情况下,通过澄清《WTO协定》现有条款来‘造法’”。^④ 有学者总结为:“上诉机构实际上在彻底否定以前争端解决报告的作用与以前争端解决报告在法律上有先例约束力这两极之间,选择了一条中间路线。似乎可以用一句话来概括:法律上无约束,相关时应考虑。”^⑤

与此同时,上诉机构通过其他表述方法,在不提及“拘束力”这个词语的情况下,不断强调“上诉机构报告应该具有拘束力”的真实意思。在“美国石油管产品日落复审案”中,上诉机构认为:“上诉机构在先前争端中的结论不仅是恰当的,成员也希望专家组在事项相同时能够得出同样的结论。”^⑥ 专家组也意识到了这种倾向,“美国不锈钢案”的专家组指出:“尽管DSU没有要求专家组遵循前案专家组或上诉机构裁决,但是上诉机构事实上希望专家组遵循。”^⑦

从目前的实践来看,争端解决机构很难逃脱“遵循先例”的指责。遵循先例原则有以下几大配套制度:严格的等级制度、^⑧ 区分判决理由和附带意见制度、先例的推翻和区别制度、以及判例的报告制度。^⑨ 上述配套制度在WTO争端解决机制均有体现,这强化了该机制遵循先例的事实倾向。因此,虽然WTO默认同案同判,未承认先例制度的存在,但事实上,上诉机构已经更进了一步,在报告中采用了“附带意见”这样的字眼,^⑩ 并创建了“协定条文分析索引”(Analytical Index)这样的先例报告体系。判断WTO中存在遵循先例制度,确有依据。

① *European Economic Community-Restrictions on Imports of Apples-Complaint by the United States*, Report of the Panel adopted on 22 June 1989, L/6513 - 36S/135, para. 5. 1.

② *Japan-Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (4 October 1996), pp. 12 - 15.

③ *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products-Recourse to Article 21. 5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/AB/RW (22 October 2001), para. 109. 在“美国铅铋钢II案”专家组报告中也有同样的论述,参见 *United States-Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/R (7 June 2000), footnote 138.

④ *United States-Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R (25 April 1997), pp. 19 - 20.

⑤ 韩立余:《WTO争端解决中的案例法方法》,载《现代法学》2008年第3期,第128页。

⑥ *United States-Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, WT/DS268/AB/R (29 November 2004), para. 188.

⑦ *United States-Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/R (20 December 2007), para. 7. 105.

⑧ 遵循先例的前提条件是存在同一管辖权领域内不同等级的法院。处于同一结构中的法院,下级法院要受上级法院判决的约束,而“在法院等级中处于同级的法院应当遵从该法院之前作出的判决”。参见安娜·斯嘉丽·汉斯·芒克:《普通法诸原则在WTO体系中的体现》,张净译,载《中德法学论坛》2008年第6期,第139—143页。

⑨ 在具有遵循先例原则的英美法系国家,判例的报告体系对于适用先例有着极为重要的作用,就像在大陆法系中的法律汇编的作用一样。参见朱景文:《比较法总论》(第三版),中国人民大学出版社2014年版,第161页。“在判例得不到系统、全面汇编和出版的国家,也同样不会有真正的判例法。”参见李金玉、金博编:《英美法律制度》,西北工业大学出版社2014年版,第27页。

⑩ Henry Gao, “Dictum on Dicta: Obiter Dicta in WTO Disputes”, pp. 509 - 533.

四 国际争端解决机制“造法”的内在逻辑

国际法语境下的国际争端解决机制“造法”，在国内法语境中被称为“司法造法”。顾名思义，司法造法就是司法机构创造法律规则的过程。在讨论司法造法的内涵和外延时，也常常涉及到法律解释和遵循先例这两个概念，三者的关系值得进一步探究。

从历史上来看，英美法系的司法造法出现在特殊的背景下。在威廉一世征服英国以前，英国被盎格鲁撒克逊诸王统治，割据严重，组织松散，各王在其领地之内有不同的习惯法，^①这使得英国法律适用极不统一。^②诺曼公国当时没有成文法，没有方便移植的法律，国家秩序的维持依赖于封建契约制度、习惯以及令状制度。^③威廉一世登基后，没有立即废除传统的习惯法，^④他建立了强有力的中央政权，建立王室法院，并派遣法官到各地巡回审判，^⑤通过法官在个案中的法律解释和判断来填补成文法的缺漏。

普通法系的形成与法院体系高度的集中化有关，上诉法院的法官数量较少，方便法官之间形成密切的联系，更易于维持普通法的一致性和可预见性。^⑥巡回法官虽然被派往各地，但会经常聚在一起交流法律问题，讨论各自的判决并约定在以后的审判中加以引用。19世纪后半期，随着法院组织的改革和统一以及系统权威判例汇编的出现，遵循先例原则得以正式确立，^⑦法官的司法造法权力也受到越来越多的重视，法官在个案中的判断成为了固定下来的规则。由此可见，法律解释、遵循先例与司法造法的关系十分密切。

（一）造法与法律解释

有学者认为，司法解释和“造法”之间并无截然的界限，因为司法解释不可避免地具有创造性。司法造法是法律解释创造性的自然延伸，也可以说是法律解释的一部分。^⑧法律的解释和适用是否具有唯一性，法官的任务是否是形式主义的任务，这些问题都曾被学者们深入地研究讨论过。虽然对法律解释的界限和解释创造性的程度仍有争议，但一般认为，法官通过法律解释的手段在每个案件中对成文法进行补充和延伸的过程可以称为“创造”，而非一种简单机械的适用过程。这种“造法”不同于立法机构主动、抽象地立法，而是在纠纷解决过程中被动、补充性地“造法”。^⑨可以说，司法造法从法律解释开始。

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社 2003 年版，第 274 页。

② 饶艾、严玥：《判例法的灵魂——对“遵循先例”原则的再认识》，载《广西社会科学》2004 年第 2 期，第 94 页。

③ 汪栋：《正当法律程序价值内涵的历史嬗变——以英美普通法为核心的考察》，载《深圳大学学报（人文社会科学版）》2016 年第 1 期，第 102 页。

④ [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，第 273 页。

⑤ 白军胜：《浅谈遵循先例原则》，载《内蒙古民族大学学报（社会科学版）》2008 年第 5 期，第 112—113 页。

⑥ 安娜·斯嘉丽、汉斯·芒克：《普通法诸原则在 WTO 体系中的体现》，张净译，第 140 页。

⑦ 李金玉、金博编：《英美法律制度》，第 22 页。

⑧ 彭淑：《论世界贸易组织争端解决中的司法造法》，第 22—36 页。

⑨ 刘克毅：《法律解释抑或司法造法？——论案例指导制度的法律定位》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016 年第 5 期，第 192 页。

（二）造法与遵循先例

1. 普通法系下的司法造法与遵循先例

在普通法体系下，遵循先例原则与司法造法之间存在辩证关系。遵循先例原则的出现是为了“弥补因缺乏周延性、具体性和应变性而生的制定法缺陷”。^① 遵循先例原则既是司法造法的前提条件，又是司法造法的结果。

先例之所以能够成为规则，是因为遵循先例原则的存在。个别争端解决过程中的法律解释也许具有填补、发展成文法的作用，也会对理论和实践造成一定程度的影响，但个案中的判断若想成为规则，还需要保证此种法律解释具有稳定性。司法机构若在后续类似争端中不断重复此种法律解释所造成的法律后果，最终影响各个主体的法律预期，才算形成了一定之规，才能保证法律体系的稳定性和确定性。

遵循先例原则的存在也是司法造法的结果。首先，从国家权力的分配来看，司法机构具有一定的法律解释空间，其法律解释具有先例的地位，具有“造法”的权力。其次，法院制度的纵向特质对于司法判例的接受和执行起着关键作用，没有层级机制就不存在有拘束力的先例制度，^② 司法机构需要具有常设、集中、多层次的机制设计，这样的司法机构才能保证司法造法的可控性和一致性。司法机构具有“造法”的权力和客观条件，遵循先例原则才有存在的基础。

综上，司法造法是遵循先例原则的基础，遵循先例原则是司法造法得以实现的途径。

2. 大陆法系下的司法造法与遵循先例

遵循先例的根本精神在于同案同判，这也是大陆法系国家司法机构所追求的目标之一。因此，很多大陆法系国家制定了一些规则来强化“同案同判”或“类案类判”。如《德国联邦宪法法院法》第1条规定：联邦宪法法院的所有判决对联邦和州的所有宪法机构、所有法院和政府机关具有约束力；宪法法院对某些案件的判决具有制定法的效力。这表明宪法法院的判决具有先例的效果。在中国，最高法院发布的指导性案例尽管约束程度不同，但仍有引导同案同判的效果。按照最高人民法院的规定，中国法院的案例指导制度可以界定为：为统一法律适用，由最高人民法院按照一定程序在全国各审级法院生效判决中选取编发的、并在今后的裁判中具有“应当参照”效力的案例的制度。^③ 有学者认为，在法源地位上，指导性案例并非严格或正式意义上的法源，属于“近似于法源”或“准法源”。实践中这些指导性案例获得应用的情况各有不同，但不容置疑的是它们在特定问题上或多或少都确立了特定的裁判标准或尺度。^④

实践中如何区分同案同判和遵循先例，二者是否真的可以区分，在学界有不同看法。有学者认为，即使在大陆法系、或者是像WTO这样拒绝遵循先例的法律系统中，争端解决形成的判例也是有说服力的，是一种拘束力较低的法律。^⑤ 有学者认为，先例都有拘束力，法律明确规定先例具有拘束力的情况属于“法律上的遵循先例”，反之，则属于“事实上的遵循先例”。^⑥ 也有学

① 吴丙新：《为何要遵循先例——从法律价值与方法切入》，载《东岳论丛》2009年第8期，第156页。

② 安娜·斯嘉丽、汉斯·芒克：《普通法诸原则在WTO体系中的体现》，张净译，第143页。

③ 张志铭：《司法判例制度构建的法理基础》，载《清华法学》2013年第6期，第92—95页。

④ 孙海波：《普通法系法官背离先例的经验及其启示》，载《法商研究》2020年第5期，第103—113页。

⑤ Joel P. Trachtman, “The Domain of WTO Dispute Resolution”, (1999) 40 (2) *Harvard International Law Journal* 333, p. 337.

⑥ Raj Bhala, “The Myth about Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)”, (1999) 14 (4) *American University Journal of International Law & Policy* 845, p. 882.

者不认可“事实上的遵循先例”的说法，认为任何范例无疑都能起到示范作用。但这种示范作用与必须遵循先例这一法律义务是两回事。^① 从这些争论中可以看出，同案同判和遵循先例并非此即彼，二者可能仅仅存在一线之隔。

（三）国际法语境下的争端解决机制“造法”

在国际法语境下，国际争端解决机制的法律解释任务更加艰巨。国际法规则的形成需要通过国家间的谈判和磋商达成合意，其空白和模糊之处远多于国内法规则。为保证国际法规则谈判的顺利推进，部分国际法律文本存有模糊之处，甚至故意遗漏，产生文本沉默的效果。^② 为了解决争端，国际争端解决机制不可避免地需要对国际法的空白或模糊之处进行创造性补充或解释。

国际争端解决机制的成员可能是来自不同法系的国家或地区，几乎没有国际争端解决机制明确存在遵循先例制度。例如，《国际法院规约》第38条规定：“在第59条规定之下，司法判例……作为确定法律原则之补助资料。”第59条的规定更加明确：“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。”

实践中，国际争端解决机制无论是否明确否认先前判决对后案的约束力，都在努力保证同案同判，尽力维护法律的稳定性和可预见性。前南斯拉夫的国际刑事法庭的决定认为：

上诉的权利是公平审判要求的一部分，其本身也是习惯国际法的规则，并且为被诉方提供了让相似的案件得到相似判决的权利。但若每个法庭随意弃置之前法庭的法律决定、并按照自己觉得合适的方式裁决，这个目标就无法达成。^③

在国际投资争端解决中心受理的“沙佩姆（Saipem）诉孟加拉国案”中，仲裁庭认为：

仲裁庭不为之前决定所拘束。但同时，仲裁庭认为自己必须对国际仲裁庭之前的决定给予足够的考虑。仲裁庭认为，除非是极其相反的情况，自己有义务适用一系列一致的案件建立起来的解决方法。根据特定的条约和案件的真实情况，仲裁庭有义务为投资法的和谐发展做出贡献，因此需要符合各国和投资者对于法律规定确定性的预期。^④

欧洲人权法院在“科西（Cossey）案”中提到：“法庭确实不受先前裁决的约束，然而法庭一般会遵循并适用先例，这种做法有利于法律的确信性和案例法的和谐发展。”^⑤ 可以看出，多个国际争端解决机制在争端解决过程中都会充分考虑先前判例，以保证同案同判。

① 韩立余：《WTO 争端解决中的案例法方法》，第 126 页。

② 孙南翔：《超越先例作用力：基于 WTO 争端解决实践的研究》，载《武大国际法评论》2015 年第 1 期，第 182 页。

③ Case No. IT-95-14/1-A, *Prosecutor v. Aleksovski*, Judgement of 24 March 2000, para. 113. 转引自 *United States-Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R (30 April 2008), footnote 313.

④ Case No. ARB/05/07, *Saipem S. p. A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID IIC 280 (2007), para. 67. 转引自 *United States-Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R (30 April 2008), footnote 313.

⑤ European Court of Human Rights, *Cossey* Judgement of 27 September 1990, Series A, vol. 184, para. 35. 转引自 *China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R (26 March 2014), para. 7.61 and footnote 127.

(四) 小结

根据上述分析,可以说,司法造法等同于用法律解释创造规则,用同案同判维持规则。传统上英美法系中法官进行法律解释的余地更大,遵循先例制度完善,法官的权力很容易被理解为“造法”,司法造法被认为是法律制度的组成部分。在大陆法系国家,虽然法律解释的余地更小,同案同判较遵循先例来说对法官的约束较小,但这两个要素的存在还是构成了力度较弱的司法造法。司法造法在两个法系中并非有和无的区别,而是不同制度体系下力度强弱的区别。

不论是英美法系国家还是大陆法系国家,不论是国内司法机构还是国际争端解决机制,为保证司法机构完成解决争端的任务,就需要进行法律解释、澄清法律的模糊之处;为达到创造稳定的法律预期的目标,就需要尽力保证“同案同判”,“同案同判”的具体路径之一就是遵循先例。司法机构在个案中对法律条文进行法律解释,这种解释通过同案同判不断固定、强化和延续,这就是司法造法的完整过程。

五 世界贸易组织争端解决机制的“造法”困境根源

表面上看,WTO争端解决机制的困境来源于DSU的用词太过苛刻,使得专家组和上诉机构没有任何“造法”的余地;实质上,争端解决机制“造法”困境的根源、上诉机构停摆的原因,在于WTO争端解决机制的特殊性。

(一) WTO争端解决机制的特殊性为“造法”奠定基础

1. 上诉机构的机构与机制

WTO争端解决机制是全球正在运行的多边裁决机制中唯一具有上诉职能的争端解决机制。^①上诉机构保证了法律解释的一致性,也保证了法律解释获得了类似先例的地位,让争端解决机制满足了司法造法的客观条件。上诉机构是常设的,与专家组构成了上下等级关系。上诉机构一共只有7名成员,《上诉机构工作守则》第4条要求上诉机构成员集体合作,其中包括:(1)为保证决策的一致性和连贯性,为利用成员个人和集体的专业技能,成员应定期聚集起来讨论政治、实践和程序事项;(2)成员对WTO的争端解决活动和其他相关活动应保持了解,每个成员都应该收到上诉过程中收到的所有文件;(3)审理上诉案件的成员应该在最终完成上诉报告并散发给WTO成员之前与其他成员交换意见。^②上诉机构的机制满足了司法机构的层级、常设、集中等司法造法的前提条件,和国内语境下司法造法具有更大的可比性,从研究的角度看来具有典型性。

上诉机构的设立不仅为“造法”提供了客观条件,还成为了“造法”行为的力量源泉。上诉机构的存在让可能的“同案异判”现象得到了纠正,加强了先例的作用。在WTO争端解决实践中,可能导致类似案件不同判的“充足理由”包括以下几种情况:(1)根据《WTO协定》第9.2条所形成的、不同于上诉机构解释的多边解释;(2)上诉机构的解释在特定情况下不可行;(3)上诉机构的解释与未经提请上诉机构注意的另一协定的规定相抵触;(4)上诉机构所依据的事实是错误的。^③

^① 赵宏:《世贸组织争端解决机制25年:辉煌、困境与出路》,载《国际贸易》2021年第12期,第4页。

^② See WTO official website, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_e.htm.

^③ 杨国华:《专家组的易事——“美国反补贴和反倾销案”(DS449)专家组裁决的思路》,北大法律信息网, <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=82510>。

有学者总结，背离先例的理由有两种：从法律解释层面，至少应证明先前专家组或上诉机构报告对多边协定或权威性解释的错误认定；从客观实践层面，应论证法律的解释不能满足社会变化以及当前情势。^①从中国参与的“中国原材料案”和“中国稀土案”的实践来看，“充足理由”的标准非常高，背离先前报告的结论十分困难。上诉机构设立的“充足理由”标准，令上诉机构报告中的法律解释成为了成员的法律预期，导致“造法”的力量进一步加强。这也是美国指责上诉机构创造遵循先例制度的理由之一。

2. 反向一致原则

争端解决机制“造法”力量强大的另一个原因是反向一致原则的确立。反向一致原则意味着争端解决机构在专家组的成立、专家组和上诉机构报告的通过以及授权报复措施的程序中应作出“同意”的决定，“除非争端解决机构经协商一致作出拒绝的决定”。^②由于反向一致原则，成员无法阻止专家组的成立或争端的上诉，不能拒绝争端解决机构的管辖来规避“造法”的力量；无法阻止上诉机构报告的通过，只能接受争端解决机制所创造的规则；无法通过承认和执行阶段的国内司法审查来逃避争端解决机制“造法”所带来的不良后果，争端相对方可以通过报复机制为成员带来有明显不利影响的“惩罚”措施。因此，争端解决机制的“造法”力量无法进行规避，反向一致原则的确立强制成员接受争端解决机构的管辖、接受上诉机构的报告并承受通过授权中止减让或其他义务带来的实质性后果。反向一致原则导致国家的同意成为“橡皮印章”^③，让上诉机构有了绕过国家“造法”的现实力量。于是，上诉机构在这种情况下，努力发展出了一套令“造法”具有正当性的解释体系，并且将维护多边贸易体制的稳定性和可预测性作为己任。

由于反向一致原则带来的强有力的司法力量，成员积极地利用争端解决机制，带来了巨大的案件量。数量繁多的争端让争端解决机构进行法律解释的机会更加频繁，也令先前判例确立的规则有了进一步发展和发挥作用的空间。这种正向的反馈进一步强化了争端解决机构的“造法”行为。美国在《世界贸易组织上诉机构报告》中也提出：“上诉机构的越权行为鼓励 WTO 成员通过诉讼获得谈判过程无法得到的利益，减损了 WTO 的谈判功能。”^④反向一致是让 WTO 争端解决机制广受赞誉、带有牙齿的设计，这意味着国际组织终于有了一个越过国家同意的规则形成机制，但这些成功之处却成为它的“阿喀琉斯之踵”（Achilles' Heel）。

（二）WTO 争端解决机制“造法”侵蚀了主权国家的立法权力

在国内法的语境下，司法造法由立法机构进行约束。在普通法制度中，立法机关和法院之间存在着一种健康、良性的紧张状态。立法机关制定法律而法院解释法律，如果法院在解释时走得过远，立法机关就将介入，通过新的法律以取代法院的判决。^⑤然而，WTO 的立法机制、立法力量并不足以约束争端解决机构的“造法”行为。有学者指出了 WTO 司法与行政、立法力量之间的不平衡。^⑥笔者认为，在国际法语境下，争端解决机制“造法”应该由国家间合意立法进行约

① 孙南翔：《超越先例作用力：基于 WTO 争端解决实践的研究》，第 191 页。

② 参见 DSU 第 6.1 条、第 16.4 条、第 17.14 条、第 22.6 条和第 23.2 条。

③ 意指本应（法律上）有很大的权力，实际上实施的时候就是象征性的。

④ United States Trade Representative, Report on the Appellate Body of the World Trade Organization, February 2020, p. 12.

⑤ 安娜·斯嘉丽·汉斯·芒克：《普通法诸原则在 WTO 体系中的体现》，张净译，第 144 页。

⑥ 魏增产：《论 WTO 争端解决中的司法积极主义》，第 28—36 页。

束,在更深层意义上,是国家间合意进行国际法造法(通过签订、修订条约等方式)与国际组织司法机制“造法”的对抗。在现有WTO争端解决机制中,这种“造法”力量对比十分悬殊。

首先,WTO谈判受阻。多哈回合谈判进展缓慢,屡遭挫折,有多处WTO规则已经过时但无法修改。WTO规则的修订需要全体成员一致同意,这在今天比1995年(WTO成立时)更加困难。^①如“中国电子支付服务案”中,对电子支付难以定性的原因是在制定《服务贸易总协定》时尚未出现该服务。随着时代发展出现的新事物需要通过争端解决机制纳入现有的法律体系中,这是不应由争端解决机制承担的任务,WTO的“法官”们甚至没有立法机构推翻、修改判例的束缚。这就导致WTO上诉机构成员手中实际上握着比英美法系国家法官更大的“造法”权力。

其次,WTO规则权威解释困难。《WTO协定》第9.2条的权威解释和专家组/上诉机构的解释分别被一些学者类比为“立法解释”和“司法解释”。“立法解释”是上位阶的法律渊源,对专家组和上诉机构均有拘束力,^②但《WTO协定》第9.2条的“立法解释”也只存在于纸面上。1999年1月21日,欧盟首次正式请求WTO总理事会对多边贸易协定进行解释,涉及到DSU第3.7条、第21.5条、第22.2条、第22.6条、第22.7条、第23条。^③总理事会讨论了该请求后,决定督促争端解决机构努力在澄清这些事项上达成一致。如有必要,总理事会可以在之后的会议上重提此事。^④换言之,虽然成员提出了权威解释的请求,但总理事会并未给出解释,还是将问题推回给了争端解决机构。由于没有规定事项移交、投票的程序,且四分之三票数实际上是很难达到的,^⑤因此“立法解释”的设置目前还没有起到应有的作用。

在制定法格外缺位的国际法领域,在谈判、修改、解释都接近不可能的法律体系中,争端解决机制被迫承担起了新时代适应老法律、创造新规则等争端解决机制不应承担的造法职责。严格遵循先例原则的目的之一是制约法官“造法”,^⑥现在却加强了“造法”力量。上诉机构在很大程度上参与了WTO规则的形成。

(三) WTO争端解决机制“造法”侵蚀了主权国家的释法权

在国内法语境下,立法与释法的角色通常由两个机构担任,立法机构创造法律,司法机构解释、适用法律,二者相互平衡、相互制约。但在WTO规则下,立法和法律解释的主体都是成员。DSU第3.2条要求保证稳定性和可预测性的任务是争端解决机构的,不是专家组和上诉机构的,而争端解决机构是由全体成员组成的。若没有“反向一致”这枚国家同意的“橡皮印章”,由全体成员组成的争端解决机构必然不会轻易同意专家组或上诉机构的任何结论。国际争端解决机制并没有国内司法机构本应有的释法权力,这种释法不论是否构成“造法”,实际上侵蚀的都是国家的权力。

争端解决机制是以成员的意愿为主导的,这也在众多其他条文中得以体现。DSU第3.7条规

① Claus-Dieter Ehlermann, “Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the WTO”, para. 111.

② 姜涛:《WTO争端解决报告的先例效力》,载《人民司法》2008年第21期,第100页。

③ Request for An Authoritative Interpretation Pursuant to Article IX: 2 of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, WT/GC/W/133. See WTO official website, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/wto_agree_03_e.htm.

④ WT/GC/M/35, items 5 and 6. See WTO official website, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/wto_agree_03_e.htm.

⑤ 姜涛:《WTO争端解决报告的先例效力》,第100页。

⑥ 黄晨:《遵循与权衡——读〈司法过程的性质〉有感》,载《人民法院报》2016年4月15日,第6版。

定争端解决应优先考虑双方都同意的解决方案，第 7.1 条规定专家组的任务是进行调查并协助争端解决机构制定各项建议或裁决，第 11 条再次强调专家组和上诉机构的任务仅是协助争端解决机构履行职责。由于“橡皮图章”的存在，上诉机构的法律解释行为直接成为争端解决机构的法律解释行为，相当于上诉机构侵占了主权国家的司法权力。“橡皮图章”的意义是明确释法的权力仍然在成员手中，不应将上诉机构的行为直接视为争端解决机构或成员的行为。

（四）小结

理论上，WTO 争端解决机制“造法”权力过小，连基本的法律解释和同案同判也不被允许；但实际中，“造法”权力很大，甚至已经超越了英美法系司法机构的“造法力量”。这种“造法”行为不仅侵占了主权国家的立法权，也侵占了主权国家的司法权。如果说条约的约束力来源于国家同意，那么严格来说，通过上诉机构“造法”确立起的规则并未得到各个国家的同意。各个国家在同意受到上诉机构报告约束时，并未同意受到上诉机构“造法”的约束。这些让争端解决机制“造法”力量强大的组织和制度设计并不能改变这一事实——WTO 整体造法的途径仍是协商一致，成员对上诉机构的相关授权可以轻易收回。WTO 争端解决机构的“造法”超出了国家同意的范围，美国也因此阻碍上诉机构的正常运行。

美国反对的并不是争端解决机制本身，而是上诉机构“造”出了不符合其利益的规则。美国当初推动设立上诉机构并确立反向一致原则的行为可以被看作是一种“短期机会主义”^①行为，希望赋予美国的报复行为以正当性，同时，其他国家希望能对美国的单边行为进行制约。目前，WTO 的危机根源在于美国对外战略的变化，尤其是在国际经贸关系上转向非多边主义。^②其他国家仍在努力恢复争端解决机制的运作，其中一些国家希望维护自己的利益；另一些国家则希望强有力的国际组织能继续限制大国的任意妄为，这体现了单边主义和多边主义两种国家行为的对抗。^③ WTO 争端解决机制背后的力量博弈是它生存的基础，也是它没落的原因。

六 国际争端解决机制“造法”的普遍困境及展望

WTO 争端解决机制“造法”这一现象有着更深、更广的原因，表面上是 WTO 争端解决机构与成员的关系问题，实质上是国际组织与主权国家的关系问题。国家主权的边界何在，一直是国际法研究的基本问题。国际法语境下的司法机构应具有怎样的权力来源和力量范围，主权国家多大程度上接受其对司法主权的影响，则是这个问题的具体体现。^④总体来看，国际司法机构的“司法造法”内容与效力在理论上均有挑战空间，^⑤国际争端解决机制一直风波不断，这都与国

① 王彦志：《国际经济法的经济分析初探》，载《国际经济法学刊》2009 年第 1 期，第 232 页。

② 张乃根：《关于 WTO 未来的若干国际法问题》，载《国际法研究》2020 年第 5 期，第 6 页。

③ 参见韩立余：《当代单边主义与多边主义的碰撞及其发展前景》，载《国际经济法学刊》2018 年第 4 期，第 40—41 页。

④ 英国于 2017 年 8 月 23 日发布脱欧立场文件，结束欧盟法院的管辖，收回司法权，参见英国政府网站，https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/639609/Enforcement_and_dispute_resolution.pdf。

⑤ 罗欢欣：《国家在国际造法进程中的角色与功能——以国际海洋法的形成与运作为例》，载《法学研究》2018 年第 4 期，第 67 页。

际争端解决机制“造法”力量与国家造法力量之间的博弈相关。WTO争端解决机制“造法”困境并非个例，所有国际争端解决机制都可能陷入这样的“造法”困境。

（一）国际争端解决机制“造法”的普遍困境

争端解决机制的建立意味着由当事方以外的第三方来判断当事方是否遵守了义务、权利是否受损，而非当事方自己判断。国际争端解决机制在解决争端时需要判断当事方权利、义务的边界，判断当事方的权利是否受损，这不可避免地要侵入主权国家的立法权和司法权。

国家在同意设立争端解决机制时，主要目的是通过争端解决机制实现某些国家利益，并不希望受到争端解决机制“造法”的约束，^①一旦国家认为受到争端解决机制的约束的“成本”已经超过“收益”，争端解决机制就不再是受推崇的对象，而是需要消除的对象。有能力通过单边行为达到其目的的国家，受到争端解决机制约束的“成本”可能高于其“收益”，因此不愿受到争端解决机制的束缚。^②美国提出WTO上诉机构的“几宗罪”，其根源就在于希望自由地行使国家主权，不受争端解决机制的约束，收回创造规则、解释规则的权力。

除了解决每个争端以外，争端解决机制还有机制上的任务，就是保证其争端解决结果具有一致性。为了保证该任务的完成，国际争端解决机制必须具有一定的法律解释空间，并保证一定程度的同案同判。不论这种行为被称为“造法”还是单纯的“释法”，若这种能力都不具备，争端解决机制也许根本就无法履行其职能。

不论国际争端解决机制是否被成员授权进行“造法”，一旦“造法”行为给国家造成的“成本”过高，主权国家便可以撤回授权，甚至退出国际争端解决机制。因此，“造法”力量太弱，便无法完成争端解决机制的任务；“造法”力量太强，则会遭到国家的反对和阻碍。鉴于WTO争端解决机制的特殊性，成员无法前置地不接受管辖，也无法后置地对裁决的承认和执行设置阻碍，争端解决机制“造法”的困境便显现了出来。国际争端解决机制的命运紧紧握在主权国家手中，这就是国际争端解决普遍的、根本的困境。

（二）国际争端解决机制展望

如何发挥国际争端解决机制的作用、如何完善国际争端解决机制，需要全面考虑，包括考虑国际争端解决机制可能的“造法”困境。国际争端解决机制若想存在和发展，可以从两个方向入手完善。第一个方向是设计合理的程序和机制来反映成员的意志，让国际争端解决机制在不“造法”的情况下也能迅速解决争端。第二个方向是成员之间努力达成合意，赋予国际争端解决机制一定的“造法”权力，且安排机制让这种授权的撤回更加困难。第一个方向是国际争端解决机制权力的回缩，第二个方向则是国际争端解决机制权力进一步侵蚀国家主权。目前来看，国际争端解决机制的发展正在向第一个方向进行。

^① 前任美国贸易代表、《美国国际法季刊》主编朱迪斯·贝洛（Judith Hippler Bello）将美国国内对上诉机构的反对声音总结为“身份不明的、未经选举的、不可靠的日内瓦官僚篡夺了美国主权，为美国人制定本该由美国人自己制定的规则”。See Judith Hippler Bello, “The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More”, (1996) 90 (6) *American Journal of International Law* 416, p. 416.

^② 多边贸易体制内产生的有助于促进贸易自由化的裁决通常具有事实上的先例效力，并且会被WTO争端解决机构在日后处理类似的贸易限制措施争议时反复援引，这无疑在未来会限制原告选择政策和规则的范围。参见陈儒丹：《WTO裁决执行与国家利益实现的潜在背离研究》，载《环球法律评论》2017年第5期，第188页。

1. WTO 上诉机构的前景展望

单看 WTO 争端解决机制，上诉机构的设置是加强“造法”力量的主要原因。有学者指出，没有上诉机构，专家组对相同或类似措施与规则所作出的裁决相互矛盾的可能性将大大增加，会破坏 WTO 规则的可预测性和合法性。^① 目前 WTO 争端解决面临改革，是否应该维护“二审”机制，又该如何维护，WTO 成员并无明确的方案。本应于 2021 年年底举行的 WTO 第 12 届部长会议（因疫情而延期）的议程并无这方面的内容。^②

前上诉机构成员赵宏建议，可以通过“保证不增加或减少权利义务”，并固定解决争端的人员来维持“安全性和可预测性”，在 DSU 允许的范围内维持上诉机构“造法”的权力。^③ 但这种解决方式并未减轻上诉机构的“造法”力量，反而可能增加其“造法”力量。多个成员参与的《多方临时上诉仲裁安排》确定的临时仲裁法律性质不明，临时仲裁裁决执行是否能适用“反向一致”原则也存在争议，^④ 还面临人员、经费方面的重重危机，前景不明。

WTO 上诉机构名存实亡最主要的原因是美国阻碍上诉机构成员的遴选，上诉机构能否恢复运作取决于美国的态度。美国虽然认同 WTO 的重要性，但认为 WTO 已经脱离了实际，无法跟上全球经济发展的步伐。WTO 争端解决机制冗长、昂贵、复杂、僵化，削弱了 WTO 的谈判机制和立法功能。“改革争端解决机制不是为了上诉机构的利益恢复其运作，而应回归上诉机构曾有的样子。”^⑤ 美国认为，争端解决机制应简便、高效、专注于解决争端，而不应承担任何“造法”的功能。

WTO 上诉机构困境的解决之道，应是设计更优良的制度，将造法的力量回归国家，设立一个更有效率的 WTO 立法和权威解释机制。^⑥ 在进行改革时，可以完善《WTO 协定》第 9.2 条规定的权威解释的相关决策程序，让专家组和上诉机构无需再自行造法；也可以设置在每个报告通过时同时进行决策程序，由成员决定该报告是否可以具有“判例”的地位，哪些部分是后续相似争端应参考的。甚至有学者提议将“反向一致”改为“正向一致”。^⑦ 不论怎样改革，都需要成员的合意，其困难程度不言而喻。目前，WTO 争端解决机制正处于十字路口，《多方临时上诉仲裁安排》是否有效尚有待观察，但短期内上诉机构并未见到重获新生的曙光。

2. 国际争端解决机制的前景展望

出于对自由宽松的争端解决机制的诉求，美国在《美国—墨西哥—加拿大协定》、新的《美国—韩国自由贸易协定》等区域、双边贸易协定谈判中均强调了国内法的优先地位，弱化了法庭仲裁功能，放权至缔约国。^⑧ 自由贸易协定的争端解决机制适用范围也在缩小，相比 WTO 的争端解决

① 刘瑛：《WTO 临时上诉仲裁机制：性质、困境和前景》，载《社会科学辑刊》2021 年第 4 期，第 85 页。

② See Proposed Agenda of General Council, 7 – 8 October 2021, WT/GC/W/828, WTO official website, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/GC/W828.pdf&Open=True>.

③ 赵宏：《条约下的司法平等——离任演讲》，载《国际经济法学刊》2021 年第 2 期，第 1—13 页。

④ 胡加祥：《从 WTO 争端解决程序看〈多方临时上诉仲裁安排〉的可执行性》，载《国际经贸探索》2021 年第 2 期，第 99 页。也有学者认为该机制和文本安排兼具政治性、法律性、创新性和灵活性，是在上诉机构停摆期间替代上诉的惟一务实方案，可为解决涉我 WTO 案件的上诉需要提供现实可行的路径。参见石静霞：《WTO〈多方临时上诉仲裁安排〉：基于仲裁的上诉替代》，载《法学研究》2020 年第 6 期，第 184 页。

⑤ 参见美国贸易代表在日内瓦的讲话，<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and-remarks/2021/october/ambassador-katherine-tais-remarks-prepared-delivery-world-trade-organization>。

⑥ 查德·鲍恩：《世界贸易组织上诉机构停摆：历史与前景》，王宇译，载《金融发展研究》2020 年第 6 期，第 74 页。

⑦ 胡加祥：《WTO 法律解释权的错配与重置》，载《法学》2021 年第 10 期，第 191—192 页。

⑧ 李杨、尹紫伊：《美国对 WTO 争端解决机制的不满与改革诉求》，第 74 页。

机制,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》争端解决机制不适用于与贸易救济措施、投资相关措施、金融服务等11个章节有关的争端;^①《区域全面经济伙伴关系协定》中的争端解决机制不适用于反倾销和反补贴措施、投资便利化等8个领域产生的争端。^②可以看出,新近签订的自由贸易协定争端解决机制管辖范围缩小,解决方式向更加自由的协商靠近,这都是国际争端解决机制力量回缩的体现。在国家主权这个概念没有被颠覆的未来,国际争端解决机制力量应回缩,更倚重于国家之间的谈判。第三方裁决则需要更灵活的程序、约束力更小的机制,才能走得更长久。

3. 中国的立场

对于力量强大的美国来说,多边规则、国际争端解决都是一种束缚;但对于相对力量更弱的国家来说,多边规则和中立争端解决是对强国力量的一种制约。作为发展中大国,中国坚持对外开放政策,通过“一带一路”、海南自贸区等途径努力推进自由化程度和开放程度,坚持多边主义,反对保护主义。在WTO上诉机构改革的问题上,中国认为WTO争端解决机制为保障国际贸易可预见性、维护多边贸易体制稳定发挥了重要作用,^③努力推动WTO争端解决功能的恢复。中国一直在推动WTO上诉机构尽早恢复正常运转,^④积极参与临时上诉仲裁机制的实践发展,尽力维护争端解决机制的约束力。与此同时,中国在签订自由贸易协定时,也要从“司法造法”的角度对争端解决机制的设计进行评估,以更好地维护国家利益。

The Law-Making Dilemma of the Dispute Settlement System of the WTO

Sun Jiaxun

Abstract: It has always been controversial whether the dispute settlement mechanism of the WTO can “make law”. This issue is related to the predicament of the Appellate Body. *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute* requires the Dispute Settlement Body not to add or diminish the rights or obligations of Parties. However, the panel and Appellate Body still made legal interpretations in some disputes. The US considers these interpretations were overreaching and were making law. In order to settle disputes, the panel and Appellate Body are in a dilemma in which they need to make legal interpretations, but still are unable to avoid criticism about law-making. It is still controversial about the attempts of Appellate Body to justify “law-making”, for dispute settlement mechanism interpreting law along with stare decisis already constitutes “law-making”. This dilemma is also one for all international dispute settlement mechanisms, which involves the tension between judicial power of the sovereign states and that of international dispute settlement mechanisms. In order to extricate from the dilemma, international dispute settlement mechanisms can either expand or withdraw their power, the latter of which is more fit for the need of this era.

Keywords: WTO, Dispute Settlement, Law-making, Dilemma, Power Confrontation

(责任编辑:谭观福)

① 参见《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第28.3条。

② 孔庆江:《RCEP争端解决机制:为亚洲打造的自贸区争端解决机制》,载《当代法学》2021年第2期,第35页。

③ 中华人民共和国国务院新闻办公室:《〈中国与世界贸易组织〉白皮书》,2018年6月28日。

④ 参见《商务部:中方将与其他成员一道继续推动WTO上诉机构尽早恢复正常运转》,中国政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2020-12/10/content_5568766.htm。