

WTO 《多方临时上诉仲裁安排》： 基于仲裁的上诉替代

石静霞*

内容提要：中国、欧盟等 WTO 成员近期达成的《多方临时上诉仲裁安排》(MPIA)，是自 2019 年 12 月 11 日 WTO 上诉机构被迫停止运作以来，部分成员为应对 WTO 争端解决危机所取得的最重要进展。MPIA 基于 DSU 第 25 条设计，其实质在于依托仲裁，替代上诉，并具有临时性和开放性的特点，是在上诉机构停摆期间继续维护两审终审并确保裁决约束力的惟一务实及合法选择。上诉仲裁在程序启动和裁决生效两方面体现仲裁要素，从而使其有别于 WTO 上诉审议；但在仲裁员遴选及组庭、审理程序、法律适用及裁决执行监督等方面，则基本复制了上诉审议程序，显示了其替代上诉的实质，回应解决了参加成员在特殊时期的上诉需求。在制度创新方面，MPIA 融入若干提高程序效率的规定，试图在危机背景下回应 WTO 上诉机制的改革需要。我国在 MPIA 的谈判和达成过程中发挥了关键作用，须在继续坚持多边贸易体制、寻求长久解决上诉机构危机方法的同时，尝试通过该机制解决涉我 WTO 案件的上诉问题。

关键词：上诉仲裁 《多方临时上诉仲裁安排》 DSU 第 25 条 WTO 争端解决

2020 年 4 月 30 日，在新型冠状病毒肆虐全球、各国紧急应对疫情、国际经贸遭遇重创之际，〔1〕中国、欧盟和其他 17 个成员向世界贸易组织 (World Trade Organization, 下称“WTO”) 通报《多方临时上诉仲裁安排》(Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement, 下称“MPIA”)。〔2〕这是自 2019 年 12 月 11 日 WTO 上诉机构因美国阻挠新成员任命而被

* 中国人民大学法学院教授。

本文为作者担任首席专家的国家社科基金重大课题“一带一路倡议与国际经济法律制度的创新”(17ZDA144)的阶段性研究成果。

〔1〕 WTO 预测，因受新型冠状病毒疫情影响，2020 年世界贸易额将下降 13% - 32%。WTO, *Trade Statistics and Outlook: Trade Set to Plunge as Covid-19 Pandemic Opens Global Economy*, Press/855, April 8, 2020.

〔2〕 WTO, *Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes-Addendum-Multi-Party Interim Appeal Arbitration Agreement Pursuant to Article 25 of the DSU*, JOB/DSB/1/Add.12, April 30, 2020. 在此之前，中国、欧盟、澳大利亚、巴西、加拿大、智利、哥伦比亚、哥斯达黎加、危地马拉、中国香港特别行政区、墨西哥、新西兰、挪威、新加坡、瑞士、冰岛和乌拉圭贸易部长于 2020 年 3 月 27 日已发布《部长声明》、MPIA 正文及其两个附件。巴基斯坦、乌克兰、厄瓜多尔、尼加拉瓜、贝宁、黑山共和国及中国澳门特别行政区等后续加入。截至 2020 年 9 月 30 日，MPIA 有 24 个成员 (不统计欧盟成员国)。

迫停止运作以来,部分成员在危机应对方面所取得的最重要的进展。MPIA 机制设计秉承保持 WTO 争端解决机制的两大核心特点即两审终审并提供有约束力的裁决结果之精神,维护以规则为基础的多边贸易体制,显示出中国和欧盟等重要成员对未来恢复上诉机构的支持。MPIA 自通报 WTO 时正式生效,参加成员于 2020 年 7 月 31 日完成了仲裁员遴选程序。^[3]

MPIA 的谈判达成引起了国际法学界和实务界的广泛关注和讨论。该机制嫁接仲裁和上诉这两类相异的争端解决方式,在制度设计和运作实施等方面具有非常独特的性质。笔者将 MPIA 的实质归纳为“基于仲裁的上诉替代”,并在以此为中心进行讨论的同时,适当展开对其法律地位、合法性、裁决效力及价值考量等方面的分析。为此,在引言之后,本文第一部分提炼 MPIA 因危机而生的出台背景,并探讨其在 WTO 框架下的法律地位和核心特点。第二部分讨论 MPIA 机制的合法性,并分析其所包含的仲裁要素在区别上诉仲裁与上诉审议上的作用。第三部分阐述上诉仲裁作为上诉替代的制度实质及关键体现。第四部分关注 MPIA 较之 WTO 上诉审议程序的几处创新,并思考这些创新能够在多大程度上回应 WTO 上诉机制改革的需要。第五部分考量 MPIA 的作用、局限和价值,并建议我国在寻求上诉机构危机长久解决方法的同时,尝试利用 MPIA 解决涉我 WTO 案件的上诉问题。

一、因危机而生: MPIA 的谈判背景及法律地位

MPIA 全称为《根据 DSU 第 25 条的多方临时上诉仲裁安排》,包括正文和两个附件。^[4]从该名称来看, WTO 《关于争端解决规则与程序的谅解》(Disputes Settlement Understanding, 下称“DSU”)第 25 条是谈判和设立 MPIA 的法律基础。本部分首先提炼 MPIA 应危机而生的谈判背景及其机制设计上的独特性,之后分析 MPIA 的临时性等特点,强调其作为 WTO 争端解决机制组成部分的法律地位。

(一) MPIA 的谈判背景和上诉仲裁独特性之体现

争端解决是 WTO 的最核心功能之一。WTO 于 1995 年 1 月 1 日成立以来,受理近 600 起案件,对于维护多边贸易体制的顺利运行发挥着关键保障作用。与其他国际争议解决机制相比, WTO 争端解决有两大突出特点:一是包含上诉机制的两审终审,二是裁决具有约束力和强制执行力。^[5]因美国近年来持续阻挠上诉机构新成员的遴选和任命,迫使其自

[3] 上诉仲裁员池(pool of arbitrators)由 10 人组成。See WTO, *Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes-Addendum-Multi-Party Interim Appeal Arbitration Agreement Pursuant to Article 25 of the DSU*, JOB/DSB/1/Add. 12/Suppl. 5, July 31, 2020.

[4] 附件一是在具体争端中根据 DSU 第 25 条进行上诉仲裁的当事方商定程序,附件二是关于上诉仲裁员的遴选安排。Annex 1, *Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X*; Annex 2, *Composition of the Pool of Arbitration Pursuant to Paragraph 4 of Communication JOB/DSB/1/Add. 12*, JOB/DSB/1/Add. 12, April 30, 2020.

[5] 杰克逊(John H. Jackson)对 WTO 争端解决机制的经典分析指出,包含上诉审议的两审终审机制在于维护裁决结果的一致性、稳定性和可预见性,而争端解决报告的准自动通过赋予裁决约束力并辅以强有力的执行监督程序。See John H. Jackson, *The Role and Effectiveness of WTO Dispute Settlement Mechanism*, Brookings Institution Press, 2000, pp. 179 - 181; see also Robert Azevêdo, *Gaining Maturity: The Appellate Body and the Impact of the Appellate Review on the Development of International Trade Law*, in Gabrielle Marceau (ed.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge University Press, 2015, pp. 445 - 446.

2019年12月11日起停止运作。^[6] 上诉机构停摆实际上破坏了WTO争端解决机制的整体运行，对以规则为基础的多边贸易体制造成重创，国际贸易秩序面临重新回到以权力为基础的丛林时代的巨大风险。一个典型例子是，欧盟在上诉机构停摆后迅即修改其法规，如果涉欧盟的WTO争端裁决因上诉机构停摆而无法生效，则即使未经WTO争端解决机构（Disputes Settlement Body，下称“DSB”）授权，欧盟仍可采取单方报复关税，并拟在三年内将报复范围扩及服务业和知识产权领域。^[7] 正如上诉机构前法官乌加·巴提亚（Uja Bhatia）所言，从满载盛誉的“皇冠明珠”沦为亟待拯救的“问题儿童”，上诉机构危机凸显的是贸易多边主义的危机。^[8] 为应对这场危机，国际社会提出了各种建议和解决方法，但从务实角度分析，上诉仲裁是能够在最大限度内维持WTO争端解决机制核心特点的惟一选择。^[9] 这解释了中国、欧盟等成员谈判达成MPIA的基本背景。

在争议解决领域，仲裁以一裁终局方式解决争端，通常不涉及上诉问题，而上诉属于诉讼程序范畴，与仲裁亦无直接关联。一项争议或选择仲裁或通过诉讼解决，二者往往为排他关系。但作为嫁接仲裁要素和上诉审议程序的“上诉仲裁”（也称“仲裁式上诉”）安排，^[10] MPIA应危机而生，基于DSU第25条“仲裁”而设计，通过复制或参照DSU上诉程序、DSB《上诉审议工作程序》和之前的相关双边安排，^[11] 极具创造性地将仲裁作为专家组报告的临时上诉渠道，受理MPIA参加成员提起的上诉案件，其实质在于“依托仲裁，替代上诉”。这是该机制设计的基本出发点。与传统的商事和投资仲裁相比，上诉仲裁在设计理念和制度运作上非常独特。这些特点既使其有别于通常意义上的仲裁，也使其不同于WTO普通诉讼程序中的上诉审议。相应地，对MPIA制度实质的理解，一方面须厘清其基于仲裁所包含的仲裁要素，另一方面须认识其作为临时上诉替代机制的特殊任务和使命。

[6] 关于该场危机的根源及改革分析，参见石静霞：《世界贸易组织上诉机构的危机及改革》，《法商研究》2019年第3期，第150页以下；杨国华：《丛林再现？WTO上诉机制的兴衰》，人民出版社2020年版，第126页以下。

[7] See European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 654/2014 of the European Parliament and of the Council concerning the Exercise of the Union's Rights for the Application and Enforcement of International Trade Rules*, COM (2019) 623 final, December 12, 2019. 2020年10月28日，欧盟委员会、欧洲议会和欧洲理事会已采纳该建议并就条例修订达成政治协议。根据该协议，在WTO争端解决机制陷入瘫痪的情况下，如果其他WTO成员向停摆的上诉机构提出上诉，或不接受通过DSU第25条仲裁解决上诉争议，从而使涉欧盟相关案件陷入僵局，则欧盟可以单方采取报复措施，且措施范围扩展至服务贸易及与贸易相关的知识产权领域。European Commission-Press Release, *EU Strengthens Trade Enforcement Arsenal with Revamped Regulation*, Brussels, October 28, 2020.

[8] WTO, *Launch of the WTO Appellate Body's Annual Report for 2018: Address by Uja Bhatia*, May 28, 2019.

[9] See e. g., Joost Pauwelyn, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, 22 (3) *Journal of International Economic Law* 297-321 (2019) (分析了应对上诉机构危机的六种建议的优劣及可行性，指出两种不可能的解决方法是美国改变态度和WTO成员启动投票遴选程序)；see also Geraldo Vidigal, *Living without the Appellate Body: Multilateral, Bilateral and Plurilateral Solutions to the WTO Dispute Settlement Crisis*, 20 (6) *Journal of International Investment & Trade* 862, 864-877 (2019).

[10] 关于“上诉仲裁”一词的最早使用，参见Scott Andersen et al., *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, CTEI Working Papers, CTEI-2017-17, p. 4。国内文献关于上诉仲裁的分析，参见石静霞、白芳艳：《应对WTO上诉机构危机：基于仲裁解决贸易争端的角度》，《国际贸易问题》2019年第4期，第13页以下。

[11] 欧盟最早于2019年5月16日提出基于DSU第25条的临时上诉仲裁建议，加拿大和挪威先后与欧盟达成临时上诉仲裁安排，包括《欧盟与加拿大关于上诉仲裁的声明》及《程序附件》和《欧盟与挪威关于上诉仲裁的声明》及《程序附件》，对于应对上诉机构危机起到了引领和示范作用。

（二）MPIA 在 WTO 框架下的法律地位

1. MPIA 的临时性或应急性

MPIA 的首要特点是其作为上诉渠道的临时性。首先，MPIA 不仅在其名称中包含“临时”一词，其序言更是开宗明义地强调该安排的临时性。参加成员确认对以规则为基础的多边贸易体制的承诺，认可运转良好的 WTO 争端解决机制对于贸易体制的极其重要性，承认独立公正的上诉阶段应继续成为该机制的核心特点，并将寻找更长久解决上诉机构的僵局作为优先事项，以尽快启动上诉机构成员遴选并恢复其上诉功能。为此，参加成员临时诉诸 DSU 第 25 条仲裁，以有效维护各成员基于 WTO 协定的权利和义务。其次，MPIA 在正文中规定，只有当上诉机构因人数不足而不能审理对专家组报告提起的上诉时，参加成员才同意援引本安排。在此情形下，MPIA 参加成员承诺不依据 DSU 第 16.4 条和第 17 条进行上诉，^[12] 但仍将继续优先解决上诉机构成员任命的困境。^[13]

强调 MPIA 的临时性或应急性，在于避免其他成员担心因实施该机制而影响恢复上诉机构运作的努力。但应指出的是，临时性在时间意义上并不等于短暂性。^[14] MPIA 实际适用的时间长短取决于上诉机构何时恢复其运作。鉴于美国近年来对上诉机制的反对态度，这一替代安排对解决参加成员的现实上诉需求具有重要价值。

2. MPIA 在 WTO 框架下的性质及地位

与临时性密切关联的一个问题是，MPIA 是否或在多大程度上为参加成员创设了法律权利和义务？这一安排在 WTO 框架下具有何种法律性质和地位，进而可能影响非参加成员在争端解决方面的权利和义务？尽管名称中使用“多方”（multi-party）一词，但 MPIA 初始是在中国、欧盟等具有相同意愿的成员间谈判达成，并未经过 WTO 成员的集体决策。同时，根据 WTO 协定第 10 条第 9 款，在附件四“诸边协定”中增加新协定需 WTO 部长会议一致同意。本文认为，MPIA 既非 WTO 框架下的多边（multi-lateral）协定，目前也不宜将其视为类似于附件四《政府采购协定》的诸边协定。这里进一步从 MPIA 的结构、用语及开放性等角度分析其法律性质和地位：

第一，MPIA 在结构上包括正文和两个附件。从其用语看，只有附件一（“争端方在具体案件中的商定程序”）中使用了 33 处表示强制性法律义务的“应当”（shall）一词。MPIA 正文和附件二（“上诉仲裁员遴选程序”）则无一处使用该词。附件一包含 19 段内容，其中只有 4 段未使用“应当”一词，为基于本附件商定上诉仲裁程序的争端方创设了明确的权利和义务。MPIA 正文和附件二体现的则是参加成员的政治承诺，在性质上类似于 WTO 框架下的软法机制。^[15] 同时，从参加成员通报 WTO 的文件看，MPIA 作为成员在“发展、

[12] 前引〔2〕，MPIA 第 1 段和第 2 段；前引〔4〕，MPIA 附件一，第 2 段。

[13] 一旦未来上诉机构人数恢复能够审理案件，则争端方不再援引上诉仲裁，可单方决定是否上诉。届时仍在进行中的仲裁程序可继续完成，除非当事方另有约定。前引〔2〕，MPIA 第 15 段。

[14] 历史上《关税与贸易总协定》（GATT）作为临时适用议定书，在 WTO 成立前曾被“临时”适用近半个世纪之久。See WTO, *Provisional Application of the General Agreement*, Analytical Index of the GATT, pp. 1071 - 1084. 关于临时适用问题在国际法体系中的讨论，参见 Odysseas Repousis, *Yukos and the Provisional Application of the GATT: An (im) Perfect Analogue?*, Kluwer Arbitration Blog, September 21, 2017.

[15] 欧盟贸易专员霍根（Phil Hogan）指出，MPIA 是落实部分成员于 2020 年 1 月召开的达沃斯部长会议的政治承诺。关于 WTO 框架下的软法机制，参见 Mary E. Footer, *The (Re) Turn to 'Soft Law' in Reconciling the Antinomies in WTO Law*, 11 (2) Melbourne Journal of International Law 241 - 254 (2010)。该文对 WTO 框架下软法性质的机制进行梳理分析，指出软法机制通常用于规范复杂困难的问题，使某些 WTO 义务易于管理，并对陷入困境的问题提供解决方法。这些特点符合 MPIA 被用于应对上诉机构危机的情形。

记录和分享争端解决实践和程序机制声明”^[16] 这一主文件下的附件之一，其法律性质应从其主文件而定。该主文件并非严格意义上的国际条约，且明确成员在自愿基础上声明其参加意图。因此，作为应对上诉机构危机的创新性安排，MPIA 实际上混合了参加成员的政治承诺和在个案中由争端方签署后对其发生约束力的仲裁协议，难以按照 WTO 协定的传统架构对其进行归类。

第二，MPIA 欢迎其他 WTO 成员后续以通知 DSB 表示同意的方式加入，体现出这一安排的高度开放性和多边性。^[17] 类似的通知要求还包括，争端方应将其签订上诉仲裁协议及提起仲裁通知、修改和撤回上诉等事项向 DSB 和第三方进行通知。与国际商事和投资仲裁通常具有的私密性不同，MPIA 及其附件规定的通知要求以及第三方参与上诉仲裁等规定，体现出该安排的多边性特点。强调 MPIA 的多边性的意义在于，虽其本身并非 WTO 框架下的多边或诸边协定，但 MPIA 是参加成员基于 DSU 第 25 条制定，而 DSU 作为 WTO 争端解决机制的基础性文件，其第 25 条明确允许成员通过仲裁方式解决争端。在此意义上，MPIA 及其附件是对该条规定的仲裁适用于上诉事项的细化性规定，且只适用于自愿参加的部分成员，因此无须全体成员同意，亦构成 WTO 争端解决机制的组成部分。

综上，MPIA 为应对上诉机构危机而谈判和达成，作为替代性上诉程序满足成员的临时上诉需要。MPIA 在参加成员间延续了强制性争端解决，这种强制性表现在仲裁裁决与专家组和上诉机构报告一样，对案件当事方具有法律约束力和执行力。相比之前欧盟与加拿大和挪威的临时上诉仲裁安排，MPIA 在一定程度上体现了 DSU 框架下争端解决的多边性特点，因而不能将其与 WTO 框架相分离或割裂。

二、基于仲裁：MPIA 的合法性及其仲裁要素分析

MPIA 基于 DSU 第 25 条仲裁而设计，一方面确立了 MPIA 在 WTO 框架下的合法性或法律正当性，另一方面也决定了该机制必然包含一定的仲裁要素。相对其作为上诉替代程序的实质而言，MPIA 的仲裁要素较为有限，主要体现为程序合意启动和裁决自动生效。但正是这些有限的仲裁要素，将上诉仲裁与 WTO 上诉审议程序区别开来，并在一定程度上解释了上诉仲裁裁决在 WTO 裁决体系中的地位和作用。

（一）MPIA 的合法性：关于 DSU 第 25 条替代范围之讨论

在多边贸易框架下运用仲裁方式解决争端，在乌拉圭回合谈判中已有共识，最终被写成 DSU 第 25 条。^[18] 作为 WTO 争端解决机制的组成部分，DSU 第 25 条标题为“仲裁”，包括 4 款规定，其设计初衷是作为专家组加上诉审议这一普通诉讼程序的替代性争端解决方式，一裁终局地解决成员间的贸易争议。MPIA 源于 DSU 第 25 条，但因其仅作为上诉程序的替代，

[16] WTO, *Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes*, JOB/DSB/1, July 11, 2016.

[17] 参加成员亦可自行决定退出 MPIA，同样以通知 DSB 的方式表示对其同意的撤回。为保持上诉仲裁案件的连续性，MPIA 对参加成员在其撤回之日仍处于待决状态的仲裁案件继续有效。前引〔2〕，MPIA 第 14 段。

[18] GATT 秘书处于 1988 年 2 月 22 日的一份材料中，提及 GATT 缔约方是否应讨论制定《一般仲裁协定》，以便在争端发生后缔约方可单方援引协定提请仲裁。See GATT, *Negotiating Group on Dispute Settlement, Concept, Forms, and Effects of Arbitration*, Feb. 22, 1988, p. 11.

表面上似与该条的设计初衷不同。这里的问题是,第25条的仲裁作为替代性争端解决方式,其替代范围是什么?换言之,使用第25条的仲裁需完全替代普通诉讼程序,还是亦可部分替代从而在争端解决过程的某一环节(包括专家组、上诉审议和执行阶段)使用仲裁方式?

从条文规定看,根据DSU第25条第1款,WTO中的快速仲裁作为争端解决的替代性方式,能便利解决涉及双方已明确界定问题的某些争端。该款强调的是“争端方已明确界定问题的争端”即可提交仲裁,并未要求使用仲裁须完全替代普通诉讼程序。从争端解决实践看,在长达20多年的时间内,由于WTO普通诉讼程序的运作高效成功,DSU第25条仅在2001年“欧盟诉美国版权法第110(5)节仲裁案”(下称“美国版权法仲裁案”)中得以适用。该案不涉及实体性争端解决,而是美欧约定将裁决执行阶段针对授权报复的具体金额提交仲裁。此类事项一般通过诉诸普通程序中的DSU第22.6条仲裁解决。本案仲裁庭指出,DSU第25条并未排除通过仲裁方式解决贸易中止减让数额争议事项。相反,该条第1款的用语表明,第25条应被理解为在WTO框架内成员达成协议即可诉诸的仲裁机制。基于美欧间达成的仲裁协议,仲裁庭对该案有管辖权。^[19]“欧盟诉美国某些产品进口措施案”中的专家组也指出,尽管普通诉讼程序在WTO争端解决中运用普遍,但既然DSU第25条规定仲裁作为替代性争议解决方式,则争端方有权通过仲裁确定一项执行措施的合规性问题。^[20]

追溯DSU第25条在乌拉圭回合中的谈判历史、分析其具体的条文规定并考察WTO争端解决实践,可以认为,作为替代性争端解决方式,DSU第25条的仲裁适用范围原则上很广。只要双方明确界定具体争端事项,即可合意提交仲裁解决。MPIA基本涵盖争端方能够提起上诉的所有贸易争端,包括参加成员间的未来贸易争端及执行阶段发生的争端。在MPIA生效后,上诉仲裁原则上自动适用于参加成员间的上诉,只需特定的争端当事方根据MPIA附件一达成仲裁协议并通知DSB即可。对于自愿参加MPIA的WTO成员而言,通常不存在无法达成合意之情形。此外,为扩大适用范围,MPIA规定,对于那些在MPIA生效时已经在进行但仍待决的贸易争端,其亦可适用,除非该案件的专家组中期评审报告已签发。^[21]将专家组已签发中期报告的争端排除在外,是为了避免争端一方根据专家组报告结果决定上诉而另一方不同意上诉因而无法达成合意的情形。该项排除也有例外,即如果争端方能够达成协议,也可在临时或个案基础上诉诸仲裁。^[22]这体现了对于当事方通过意思自治选择上诉仲裁的尊重,并可扩大MPIA的适用范围。

本文认为,根据仲裁的核心特点和DSU第25条的基本规定,作为争议解决替代方式的仲裁既可替代普通诉讼程序的全部流程,亦可替代其部分程序,包括上诉审议在内。如同WTO成员可约定当上诉机构停止运作时对特定案件“不上诉”一样,成员在合意基础上可自由约定将其准备上诉的事项通过仲裁方式予以解决。这种约定完全契合DSU关于快速、有效解决成员争端的基本目标。这既是中国与欧盟等成员达成MPIA的法律基础和前提,同时也表明MPIA本身源于WTO争端解决机制的基础性文件DSU第25条,这一安排在WTO框架下具有

[19] WTO, *United States-Section 110 (5) of the US Copyright Act: Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, Award of the Arbitrators*, WT/DS160/ARB25/1, Nov. 9, 2001, paras. 2.3 - 2.4.

[20] WTO, *United States-Import Measures on Certain Products from the European Communities*, Panel Report, WT/DS165/R, July 17, 2000, para. 6.119.

[21] 前引[2], MPIA第9段。

[22] 前引[2], MPIA脚注3。

合法性或法律正当性。即使对 MPIA 持明确反对意见的美国，也并未质疑 MPIA 的合法性。^[23]

（二）上诉仲裁的仲裁要素分析

尽管与商事和投资仲裁相比，当事人在 MPIA 上诉仲裁中享有的意思自治权受到较大限制，但厘清其所包含的仲裁要素非常关键，这是 MPIA 与上诉审议程序的重要区别。

1. 上诉仲裁程序须合意启动

根据 DSU 第 25 条第 2 款，除非另有规定，^[24] 当事方达成合意是将争端事项诉诸仲裁解决的前提。这种合意体现在仲裁协议中。“欧盟诉美国继续义务中止案”的上诉机构报告特别指出，第 25 条仲裁属于合意争端解决，与 WTO 普通诉讼程序的重要区别在于须有争端方合意，否则便不能产生对案件当事方有法律约束力的裁决。^[25] MPIA 上诉仲裁程序的启动正体现了双方合意解决争端的特点。根据 MPIA，为使上诉仲裁程序在具体争端中得以适用，参加成员需就具体争端案件订立上诉仲裁协议，以确定相互同意的仲裁程序事项。在无损于 MPIA 基本原则的前提下，争端方可在协议中偏离附件一的某些规定或程序。^[26] 这既对参加成员在具体案件中诉诸上诉仲裁赋予程序灵活性，也在一定程度上体现了当事方意思自治的因素。

正因为争端方合意即可启动上诉仲裁，所以仲裁庭设立无需 DSB 会议通过，这与普通诉讼程序中的专家组设立程序明显不同。“美国版权法仲裁案”的仲裁庭提及，DSU 第 25 条程序的启动无需 DSB 通过，似乎缺乏 WTO 成员的多边控制，但仲裁员须确保其严格根据 DSU 原则和规则行事。^[27] 需要注意的是，MPIA 要求，争端方诉诸上诉仲裁，须在专家组设立 60 天内将仲裁协议通知其他 WTO 成员和相关协定的理事会或委员会。而对于那些在 MPIA 适用时尚处于待决状态的案件，参加成员须在 MPIA 适用之日起 30 天内订立仲裁协议并进行通知。^[28] 这些期限虽为满足 DSU 第 25 条第 2 款的“尽早通知”要求而设，但同时表明，即使上诉仲裁启动表面上缺乏 WTO 普通诉讼程序中的多边控制，但争端方需将其诉诸上诉仲裁的决定在程序开始前尽早通知 DSB 的要求，则与仲裁通常具有的私密性不同，反映了上诉仲裁的多边性特点。为启动上诉仲裁程序，争端方应在专家组程序中止后 20 天内，通过向 WTO 秘书处提起上诉仲裁通知的方式提起仲裁。上诉仲裁通知同时发送给专家组程序中的其他争端方及第三方。^[29] 这既符合仲裁案件的通常启动方式，也与 WTO 普通诉讼程序的上诉提起要求相一致。MPIA 规定的 20 天期限则体现了上诉仲裁为提高程序效率

[23] 美国驻 WTO 大使丹尼斯·谢伊（Dennis Shea）于 2020 年 6 月 5 日致信 WTO 总干事，对 MPIA 提出明确反对，主要理由在于认为成员利用 MPIA 将继续重复之前上诉机构存在的问题，不利于 WTO 争端解决机制改革和从根本上解决该机制存在的实体和程序问题，并反对用 WTO 成员预算支持 MPIA 机制的运行。值得注意的是，从信件内容看，美国并不反对成员利用 DSU 第 25 条解决争议，特别是并未质疑 MPIA 的合法性。该信为非公开资料，作者从 World Trade Online 数据库获得信件原文。

[24] “另有规定”情形指 WTO 普通诉讼程序报告执行阶段针对特别事项的的两类仲裁，即 DSU 第 21.5 条的仲裁（确定败诉方合理执行期）和第 22.6 条的仲裁（确定中止减让或贸易报复金额）。注意作为“替代性争端解决方式”，DSU 第 25 条的仲裁区别于这两类仲裁。

[25] WTO, *United States-Continued Suspension of Obligation in the EC-Hormones Dispute*, Appellate Body Report, WT/DS320/AB/R, Oct. 16, 2008, para. 340.

[26] 前引 [2]，MPIA 第 11 段。

[27] 前引 [19]，“美国版权法仲裁案”裁决，第 2.1 段。

[28] 前引 [2]，MPIA 第 10 段。

[29] 前引 [4]，MPIA 附件一，第 5 段。

在时限方面所作的改进。

2. 上诉仲裁的裁决生效及其在 WTO 裁决体系中的地位分析

在 WTO 普通诉讼程序中,专家组和上诉机构报告须经代表全体成员的 DSB 通过,虽为准自动通过,但代表的是全体成员的多边控制,同时亦表明普通诉讼程序的强制性。根据 DSU 第 25 条第 3 款,仲裁裁决对当事方自动产生约束力,无须 DSB 会议通过,但需通知 DSB 及相关协定的理事会或委员会。MPIA 对上诉仲裁裁决规定了相同的生效及通知要求,并允许非案件当事方的 WTO 成员对上诉仲裁裁决发表评论,^[30]这与在 DSB 会议上非案件当事方的 WTO 成员对专家组或上诉机构报告发表评论相类似,体现了上诉仲裁具有一定的超越争端当事方的多边性特点。须注意的是,上诉仲裁裁决的生效方式正是上诉仲裁这一机制中仲裁要素的另一关键体现,即 DSU 第 25 条明确规定的“裁决一经作出即自动生效”,这里并未附加任何条件,包括由 DSB 通过在内。因此,应从仲裁裁决通常适用的生效方式角度来理解上诉仲裁裁决的生效条件,不能因其未经 DSB 通过而否定其法律效力。但这里提出的一个重要问题是,基于上诉仲裁裁决的自动生效,应如何看待此类裁决在 WTO 裁决体系中的作用或价值?换言之,这些裁决对后案是否有一定的先例价值,对 WTO 法的法理发展可能产生何种影响?

WTO 争端解决领域的裁决先例问题一直存在诸多争论。^[31] DSU 本身并未规定遵循先例 (*stare decisis*) 原则,但 DSB 报告特别是上诉机构报告,因在成员间创设了“合法期待”,多年来在很大程度上发挥着事实上的先例作用,除非存在充分理由,否则应被专家组和上诉机构在后案中遵循。这虽符合 DSU 关于争端解决机制应增强多边贸易体制安全性和可预见性的关键目标,但却成为美国诟病上诉机构的理由之一。有观点认为,由 DSB 通过报告是对报告的多边化,从而使这些报告具有超越对个案争端方的影响,并成为 WTO 法体系中的一部分 (*acquis*)。^[32] 如果以此为标准,则上诉仲裁裁决因未经 DSB 通过而无先例价值。

这是否回应甚至解决了美国对上诉机构将其报告视为先例的诟病呢? 本文认为,不能以是否需要 DSB 通过作为衡量裁决能否生效和作为先例的标准。首先,DSB 通过报告是程序性的事项或要求,这与裁决本身具有何种法律效力是两个不同的问题。仲裁裁决的生效条件由 DSU 第 25 条明确规定,这是缔约方在乌拉圭回合中谈判的结果。其次,裁决是否由 DSB 通过和裁决是否有先例价值也是两个不同的问题,不可混为一谈。裁决是否有先例价值实际上取决于后案中的争端解决机构将如何对待这些裁决。观察国际法上的争端解决实践,既有裁决在解释相关法律方面具有超越特定案件影响的情况较为普遍。甚至在 GATT 时期,未被通过的专家组报告中所含的法律推理对嗣后涉及同样问题的案件亦有参考作用。^[33]

[30] 前引 [4], MPIA 附件一,第 15 段。

[31] See e. g., Simon Lester & James Bacchus, *Of Precedent and Persuasion: The Crucial Role of an Appeals Court in WTO Disputes*, Free Trade Bulletin No. 74, Sep. 12, 2019; Zachary Flowers, *The Role of Precedent and Stare Decisis in the World Trade Organization's Dispute Settlement Body*, 47 (2) International Journal of Legal Information 90-104 (2019).

[32] See Gabriel Marceau, *Transition from GATT to WTO*, 29 (4) Journal of World Trade 147 (1995) (不赞成使用“*acquis*”一词,认为 GATT 报告并不构成 GATT 1994 的一部分)。有学者反对这种观点,参见 Ernst-Ulrich Petersmann, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948*, 31 (6) Common Market Law Review 1157, 1167 (1994)。

[33] WTO, *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, Panel Report, WT/DS8/R, para. 6.10, as modified by Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, Nov. 1, 1996, pp. 14-15.

从法律上讲，如 DSB 报告一样，上诉仲裁裁决仅对个案中的争端方有效。但鉴于上诉仲裁实际发挥的上诉替代作用，并不能完全排除后续争端解决机构（理论上包括后案上诉仲裁庭和未来恢复运行的上诉机构）在解释 WTO 涵盖协定时参照或借鉴该裁决的可能性。在此意义上而言，上诉仲裁裁决或对 WTO 法的发展产生一定的影响。

另外，对于商事和投资仲裁而言，裁决的撤销或宣告无效是重要问题。但在 WTO 普通诉讼程序两审终审和报告准自动通过的机制下，并未有上诉机构裁决被撤销的情形。MPIA 对上诉仲裁裁决亦未规定撤销或宣告无效问题，意味着裁决一旦作出即应执行。而在裁决执行阶段，MPIA 确认，根据 DSU 第 25 条第 4 款，DSU 第 21 条和第 22 条关于裁决执行的监督机制准用于上诉仲裁裁决。^[34] 这是 MPIA 机制设计中非常关键的规定，旨在明确上诉仲裁裁决在执行上享有与 WTO 普通诉讼程序裁决相同的保障机制。如果败诉方不执行仲裁裁决，胜诉方可要求补偿或中止减让等报复措施。这样，MPIA 就能最大限度地利用 WTO 争端解决机制下裁决执行的优势。这正是中国、欧盟等成员为何未选择在 DSU 框架外寻求上诉替代程序的理由所在。

三、上诉替代：MPIA 作为上诉程序之实质

与有限仲裁要素相比，在与专家组程序衔接、上诉仲裁员的遴选及组庭、仲裁庭案件审理及裁决作出等诸多方面，MPIA 承继 WTO 上诉审议的核心特色，包括其独立性和公正性，并尽可能复制上诉审议程序，^[35] 明显体现出其作为上诉替代的实质。

（一）上诉仲裁与专家组程序的衔接

在 WTO 普通诉讼程序中，专家组和上诉审议分别作为一审和二审程序自然衔接。MPIA 虽尽可能复制 DSU 上诉审议程序，但因上诉仲裁的特殊性，仍需考虑如何与之前的专家组程序有效衔接的问题。在 MPIA 框架下，如果争端方均决定不上诉，则专家组报告将在 DSB 会议上通过反向协商一致方式通过并生效。如果争端方合意诉诸上诉仲裁，则可在为便利对上诉仲裁程序进行合适管理所必需的限度内，对于涵盖争议（covered disputes）的专家组程序进行有限调整。^[36] 这种调整为确保上诉仲裁与专家组程序的更好衔接，具体表现在以下几方面：

第一，为便利对上诉仲裁程序的合适管理，争端方可共同要求专家组通知争端方最终报告的预计发布时间。该通知应不迟于最终报告发布的 45 天前发出。^[37] 考虑到后续争端方提起上诉仲裁的时间要求，这是为便利争端方诉诸上诉仲裁而进行必要的准备。第二，如果争端方提起上诉仲裁，则需中止专家组程序，DSB 会议暂不审议和通过专家组报告。^[38] 争端方还将共同请求专家组在程序中止生效前考虑若干事项：一是，免除最终专家组报告

[34] 前引〔4〕，MPIA 附件一，第 17 段。

[35] 前引〔2〕，MPIA 第 3 段。

[36] 前引〔2〕，MPIA 第 8 段。

[37] 前引〔4〕，MPIA 附件一，第 3 段。

[38] MPIA 附件一第 4 段规定，当专家组报告向当事方发布后，在不迟于将最终专家组报告向其他 WTO 成员预计发布日期的 10 日前，任何争端方为提起上诉仲裁之目的均可请求中止专家组程序。且一方提起的此类请求被视为构成根据 DSU 提起中止专家组程序 12 个月的共同请求。而根据 DSU 第 12 条第 12 款，专家组可随时应起诉方请求中止工作，期限不超过 12 个月，否则设立专家组的授权即告终止。

基于其工作程序的保密性要求；二是，准用《上诉审议工作程序》第25条，在上诉仲裁通知提起后将专家组审案的完整记录移送至上诉仲裁庭；三是，将专家组报告发送至争端方和第三方，但双方确认这种发送不意味着DSU第16条意义上的报告发布。^[39]第三，如果争端方未能根据双方商定的程序提起上诉仲裁，则被视为未根据DSU相关规定提起上诉，应由DSB通过专家组报告。如果专家组程序被中止，但争端方未按规定提交上诉仲裁通知，则视为当事人共同请求恢复专家组程序。^[40]第四，上诉仲裁撤回通知在通知仲裁庭的同时应通知专家组和第三方。撤回上诉仲裁通知如导致上诉仲裁或交叉上诉仲裁不存在，则撤回通知应被视为恢复专家组程序的共同请求。如果专家组的权限此时已过期而无法恢复程序，则由仲裁庭作出完整的包括专家组报告认定和结论的仲裁裁决。^[41]

可以看出，这些规定均为衔接上诉仲裁与专家组程序所必需，充分体现了上诉仲裁的上诉替代实质。笔者注意到，在上诉仲裁与专家组程序的衔接中，一个重要环节在于MPIA确保参加成员不将专家组报告上诉到已停摆的上诉机构（appeal to the void），从而避免案件解决陷入僵局。^[42]为此，MPIA要求争端方将其达成的上诉仲裁协议通知专家组，并请专家组在合适的情况下准予争端方的共同请求。这些请求涉及到专家组报告的预计发布时间、中止专家组程序、未提起上诉仲裁时恢复专家组程序以及撤回上诉仲裁后恢复专家组程序等方面。可见，具体案件中的上诉仲裁程序如欲顺利进行，专家组的配合很关键。但MPIA本身并无法确保专家组在个案中的配合。这是在实践中需要注意的问题。笔者建议，在涉及MPIA参加成员的WTO案件的专家组组成阶段，应对专家组潜在人选明确该案后续有上诉仲裁的可能性，需在程序上予以衔接和配合。如果不愿意配合上诉仲裁程序，则不宜任命为该案的专家组成员。这有利于专家组程序与上诉仲裁的有效衔接，亦不违反DSU的任何规定。

（二）上诉仲裁庭成员的选任及组庭规则

DSU第25条未规定仲裁员的选任方法。鉴于仲裁员的专业能力及公正性等因素直接决定上诉仲裁裁决的水准，MPIA及其附件二对上诉仲裁员池的选任及组庭方式进行了细致规定。可以看出，上诉仲裁员的选任及组庭规则与商事和投资仲裁有根本区别，基本承继了WTO上诉机构的成员选任及组庭规则。

1. 上诉仲裁庭的成员选任

MPIA设立了类似于上诉机构的常设仲裁庭。这里的“常设”与时间长短无直接关系，而指区别于在个案基础上任命仲裁员的专设或特设（*ad hoc*）仲裁而言。根据MPIA的规定，初始参加成员共同选任10人担任常设上诉仲裁员，组成“仲裁员池”，并确保“合适的总体平衡”。MPIA未具体解释何谓“合适的总体平衡”，参考上诉机构成员的遴选安排，应理解为仲裁员池的组成需在经济发展水平、地域分布等方面广泛代表参加成员。上诉仲裁员任职资格参照上诉机构成员，由具有公认权威并被证明在法律、国际贸易以及涵盖协议所涉领域有专长的人士担任，且不应依附于任何政府。参加成员将于MPIA通知WTO后3

[39] 前引〔4〕，MPIA附件一，第4段和脚注2。

[40] 前引〔4〕，MPIA附件一，第6段。

[41] 前引〔4〕，MPIA附件一，第18段和脚注7。

[42] DSU规定，专家组报告作出后，如一方提出上诉，则DSB将在上诉机构作出裁决前停止通过专家组报告。在上诉机构已停摆的情形下，如争端方仍对专家组报告提出上诉，则即使报告无法在DSB会议上通过生效，又因上诉机构无法审案而使案件解决陷入僵局。

个月内完成遴选程序。^[43] 被提名候选人将经过一个预选程序，以确保上诉仲裁员具有合适的任职资格。上诉机构的现任或前任成员均可被提名为仲裁员。如果他们被提名，则无须经过预选程序而直接进入候选仲裁员池。^[44] 参加成员对仲裁员池的组成人员名单协商一致后通知 DSB。^[45]

仲裁员池的选任、组成和后续修改是上诉仲裁机制建设中重要而敏感的问题，最终取决于成员共识。由于美国反对 MPIA，于 2020 年 7 月 31 日完成的仲裁员池的实际遴选程序与 MPIA 的初始设计有所不同。首先，在提名程序开始后，欧盟提议将 MPIA 作为新机制进行运作，参加成员同意不提名上诉机构的任何前任和现任成员。其次，预选程序原定由一个预选委员会负责，该委员会由 WTO 总干事、DSB 主席以及相关理事会主席等构成。但迫于美国的压力，预选委员会中有部分成员不愿为预选提供服务，或只同意以个人名义提供服务。基于这些变化，参加成员充分利用 MPIA 作为政治承诺所具有的灵活性，根据实际需要及时调整了遴选方式和相关程序，最终如期组成仲裁员池，完成了 MPIA 机制落地实施的关键环节。最终入选的十名仲裁员全部未担任过上诉机构成员，但在 WTO 法及国际争端解决方面均有丰富的理论著述和实践经验。仲裁员池的组成亦兼顾了发达成员和发展中成员的分布及地区平衡等因素。另一个值得注意的问题是，MPIA 虽为临时性安排，但如上诉机构停摆时间较长，则随着其他成员可能的陆续加入，还须考虑后来加入成员的提名权及相应的仲裁员池组成的修改问题，否则将影响成员加入的积极性。MPIA 规定，仲裁员池的组成可由所有参加成员通过协议随时修改。^[46] 为体现 MPIA 的开放性和包容性，这里的“所有”应解释为包括后来加入的成员。

2. 上诉仲裁庭的组庭规则

仲裁庭的组成通常由争端方各选择一名仲裁员，再由双方共同选任或由机构选任首席仲裁员。MPIA 在组庭方面基本复制了上诉程序，类似于对仲裁员池的随机抽签。^[47] 对争端方选任仲裁员方面的意思自治限制亦体现了上诉仲裁与传统商事和投资仲裁的明显区别。^[48] 根据 MPIA，每一上诉仲裁案件将从 10 人仲裁员池中随机选择 3 名成员进行组庭

[43] 每一参加成员可通过通知其他成员的方式提名一名候选人。前引 [4]，MPIA 附件二，第 1 段。22 个参加成员实际共提名 13 名候选人。

[44] 前引 [4]，MPIA 附件二，脚注 1 和第 3 段。

[45] 前引 [4]，MPIA 附件二，第 4 段。MPIA 也规定了仲裁员池组成前的过渡方案，应包括现任和前任上诉机构成员。

[46] 前引 [4]，MPIA 附件二，第 5-6 段。

[47] 仲裁庭应推选一名首席仲裁员或称主席，由 WTO 总干事将选任结果通知争端方和第三方。前引 [4]，MPIA 附件二，第 6 段；前引 [4]，MPIA 附件一，第 7 段和脚注 4。之前欧盟与加拿大、挪威的临时上诉仲裁安排规定，在上诉通知提起后的 10 天内，WTO 总干事从上诉机构前任成员名单中选择三名能够审理案件的成员组成仲裁庭。双边安排很难给予争端方排除其他国民担任仲裁员的可能性。作为多方安排，MPIA 规定，根据争端一方的要求，仲裁员池成员如有非 MPIA 参加成员的国民，则可从选任程序中加以排除。

[48] 根据 MPIA 附件一，在仲裁员池未组成之前，如需为特定争端选定仲裁员，则争端方可商定适用于该争端的仲裁员选任方法。该做法将在 MPIA 通知 WTO 的 6 个月后停止适用，除非所有参加方同意延展该期限。参见前引 [2]，MPIA，脚注 1。这种方法赋予争端方在选任仲裁员方面一定的意思自治权。另在极端情况下，如参加成员最终因各种原因未能组成仲裁员池，则可考虑争端方自行商定选择仲裁员的方式。这种方法不设常设仲裁员池，而在具体案件中由争端双方各选任一名仲裁员，再由两名仲裁员选出第三人作为首席仲裁员，或将选任首席仲裁员的权力赋予 WTO 总干事。这种方法体现了争端方在选择仲裁员方面的意思自治，但需参加成员的认可，且未排除来自非 MPIA 参加成员的国民担任仲裁员的可能性。

审理。仲裁员不可参与与其有直接或间接利益冲突的争端仲裁。^[49]除规定来自同一参加成员的两个国民不可在一个案件中同时担任仲裁员之外，MPIA 没有关于争端方国民不能担任上诉仲裁员的其他限制。

（三）上诉仲裁程序、决策机制和法律适用

上诉仲裁在程序进行方面亦基本复制上诉审议程序。除非双方另行商定程序，上诉仲裁准用 DSU 及 DSB 《上诉审议工作程序》。这样安排的优势在于，MPIA 参加成员对上诉审议的运用相对熟悉，在具体适用上无须另行调适。MPIA 还允许仲裁庭在特定案件中对于程序作出有一定灵活性的调整。^[50]

在决策方面，仲裁庭成员应尽可能就裁决内容达成一致。无法达成一致意见时，依据多数意见作出裁决。与上诉机构报告一样，上诉仲裁裁决可支持、修改或推翻专家组的法律认定和结论，如可行还应包括 DSU 第 19 条规定的建议措施。上诉仲裁裁决应包括未被修改和推翻的专家组报告，从而使这部分内容对争端方同样产生约束力，这也体现了专家组程序和上诉仲裁的衔接。为确保上诉机构所作裁决的一致和协调，DSU 规定了集体会商制度，即上诉庭三人作出报告应与上诉机构的其他成员进行沟通。之前欧盟与加拿大、挪威的临时上诉仲裁安排规定，上诉仲裁庭作出的裁决不与其他人交换意见。MPIA 考虑到集体会商制度在确保裁决一致性和稳定性方面所具有的价值，规定了集体会商，但应注意其与上诉审议程序中的集体会商在强制性上有所差别。^[51]

在上诉仲裁的法律适用方面，鉴于根据涵盖协定解释 WTO 成员权利和义务的一致性和可预见性对所有成员具有的重要价值，MPIA 规定上诉仲裁的法律适用与 WTO 普通诉讼程序一致，即包括 DSU 在内的 WTO 涵盖协定。上诉仲裁庭应严格按照涵盖协定确定争端方的权利和义务，所作裁决不能增加或减损成员的权利和义务。这既是 DSU 第 3.5 条（明确提到包括仲裁裁决在内）的要求，也有助于避免美国所谓“上诉机构越权造法”的指责。^[52]需要注意，MPIA 未提及上诉仲裁庭的裁决是否应考虑 DSB 之前通过的上诉机构报告并在作出不同解释时提供充分的理由和说明。对此问题选择留白，可避免美国继续指责 MPIA 上诉仲裁庭“将 DSB 报告作为先例”。^[53]但与商事或投资仲裁不同，为维护 WTO 争端解决机制的安全性和可预见性，上诉仲裁发挥的是二审程序的纠错和保持条约解释相对一致的作用。因此，并不排除上诉仲裁庭在澄清和解释 WTO 涵盖协定时，考虑上诉机构长期以来形成的条约解释原则、路径和方法。

[49] 前引〔2〕，MPIA 第 4 段。

[50] 在不违反《上诉审议工作程序》一般原则的情况下，仲裁庭可与争端方协商适当调整适用于该案的程序及时间表。前引〔4〕，MPIA 附件一，第 11 段。

[51] 根据 MPIA，在无损于上诉仲裁庭就该案裁决和质量负有排他性责任和独立审理的前提下，视尽可能可行，审理案件的仲裁庭可与仲裁员池中的其他成员讨论有关上诉仲裁案件的法律解释、程序进行的时间表和具体程序等事项。前引〔4〕，MPIA 附件一，第 8 段。注意这里用的是“可以”（may）而非“应当”（shall），而《上诉审议工作程序》第 4 段（3）规定上诉机构的集体会商则用的是“应当”一词。

[52] See USTR, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, February 2020, pp. 69 - 74; R. Rejesh Babu, *WTO Appellate Body Overreach and the Crisis in the Making: A View from the South*, in Chang-fa Lo et al. (eds.), *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Singapore: Springer, 2020, pp. 91 - 107.

[53] 参见上引 USTR 报告，第 74 页以下；Yuka Fugunaga, *The Interpretative Authority of the Appellate Body: Replies to the Criticism by the United States*, 载上引 Chang-fa Lo 等编书，第 167 页以下。

（四）上诉仲裁中的第三方参与及相关问题

WTO 普通诉讼程序中的第三方参与由 DSB 决定，在实践中大量案件有着为数众多的第三方参与案件。这是 WTO 框架下争端解决多边性的重要体现。近年来，在国际商事和投资仲裁中也出现了第三方参与问题，但与 WTO 争端解决中的第三方参与情形多有不同。^[54] MPIA 规定的第三方参与上诉仲裁包括三个层面的内容：首先，只有争端当事方而非第三方可提起上诉仲裁；其次，在专家组程序中对案件具有实质性贸易利益并通知 DSB 的第三方，可向上诉仲裁庭提交书面陈述，并应被给予庭审机会；最后，《上诉审议工作程序》第 24 条准用于上诉仲裁中的第三方参与。^[55] 这些内容虽基本复制了 DSU 上诉审议程序关于第三方参与的规定，但结合 DSU 第 25 条，可以发现 MPIA 提出了两个需进一步讨论的问题：

第一，MPIA 未明确，是否所有参加专家组程序但并未参加 MPIA 的 WTO 成员均可成为上诉仲裁第三方，还是只有除争端方之外的其他 MPIA 参加成员才有资格成为第三方。这一问题涉及到上诉仲裁裁决在事实上可能对 WTO 法的影响。从条文规定看，MPIA 未排除非参加成员作为上诉仲裁第三方的权利。从现实角度考虑，在上诉机构恢复运作前，允许非 MPIA 成员作为第三方参与上诉仲裁，有可能吸引更多 WTO 成员加入，从而扩大 MPIA 的适用范围和影响，这有利于 MPIA 参加成员的利益。

第二，根据 DSU 第 25 条第 3 款，经争端方同意，其他成员可成为“仲裁程序方”（party to arbitration proceeding）。这里的“仲裁程序方”与普通诉讼程序中的用语“第三方”（third party）不同，如何界定“仲裁程序方”及其地位，是指争端方（在此情形下，如其他成员加入则为共同原告）还是指类似于 WTO 普通诉讼程序中的第三方，似乎不能排除产生不同理解的可能性。将这种权利赋予争端方，虽可体现出对争端方的尊重，但在实践中争端方出于加快程序等考虑，可能拒绝第三方参与。^[56] MPIA 亦未规定争端方同意其他成员作为“仲裁程序方”的权利。这些问题关系到其他 WTO 成员参与上诉仲裁的方式及权利义务等重要问题，参加成员后续有必要对此类问题予以进一步的明确。

四、MPIA 的创新与发展：以提高程序效率为中心

为提高上诉仲裁的程序效率，MPIA 包含了若干创新规定，包括对上诉仲裁庭审查范围的限制、90 天裁决期限的遵守和对某些上诉事项的排除建议等。考虑到 WTO 争端解决机制改革的相关背景，并结合美国对上诉机构的批评指责并致其停摆的情况，MPIA 的这些创新和

[54] 国际商事仲裁中的第三方参与主要涉及争端方意思自治的边界及对案外人利益的影响等方面。See Stavros L. Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2011, pp. 273 - 282. 国际投资仲裁中的第三方则主要涉及为促进透明度而允许的法庭之友意见提交等情形。参见刘晓红、袁小珺：《国际投资仲裁第三方参与问题研究》，《上海对外经贸大学学报》2017 年第 3 期，第 17 页以下。

[55] 前引 [4]，MPIA 附件一，第 16 段。

[56] 例如，在“美国版权法仲裁案”中，有 WTO 成员申请成为第三方，因美欧未同意而没有第三方参与。这种做法似乎是将第三方等同于仲裁程序方（即共同原告），需争端方同意才能参与。但该案作为确定报复金额的案件，类似于 WTO 普通诉讼程序执行阶段第 22.6 条的仲裁，因 DSU 第 22 条没有规定第三方参与问题，因此美欧有权拒绝第三方的参与。实际上，在 DSU 第 22.6 条仲裁的已有实践中，通常只有在专家组阶段为平行程序的原告（即被告采取的措施被多个 WTO 成员起诉），才会被仲裁员同意作为第三方。See WTO, *WTO Analytical Index: DSU-Article 22 (Jurisprudence)*, pp. 19 - 21.

发展值得关注,尤其是关注这些规定在多大程度上有助于解决上诉机构危机并恢复其运作。

(一) 对上诉仲裁庭审查范围的限制

争端方合意达成的上诉仲裁协议赋予仲裁庭管辖权。在上诉仲裁庭的审查范围和事项方面, MPIA 将其限于专家组报告所涵盖的法律问题和专家组所作的法律解释。这与 DSU 第 17 条对上诉审议的要求和上诉机构权限的规定一致。^[57] 但除此之外, MPIA 增加了两方面的创新规定: 第一, 仲裁庭应仅审理那些对本案争端解决而言所必需的问题; 第二, 在不影响仲裁庭就其所管辖问题作出裁决义务的前提下, 上诉仲裁庭应仅审理那些由争端方提出上诉的问题。^[58] 换言之, 在 DSU 规定的基础上, MPIA 增加了两个类似“司法节制”的条款, 进一步要求上诉仲裁庭的审查范围须符合“解决争端所必需”和“由争端方提出”两个条件。且从条文规定看, 这里用的是“应当”(shall)一词, 意味着这是仲裁庭必须遵守的强制性要求。

新增规定试图回应美国指责上诉机构的系统性问题。美国认为上诉机构报告中包含了过多的附带意见(*obiter dicta*)或咨询性意见, 甚至讨论争端方并未提出上诉的问题, 因此阻碍了 DSU 关于快速解决争端目标的实现。在嗣后案件中如被专家组视为先例遵循, 还将错误影响未来的争端解决。而作为成员驱动型组织, WTO 并未赋予上诉机构此类权力。^[59] 该问题与美国指责上诉机构越权解释涵盖协定一起, 被认为是上诉机构“司法能动主义”之体现。长期以来, 如何平衡 WTO 作为成员驱动型组织的成员权利和上诉机构作为终审裁判机构的司法能动权限, 始终是 WTO 争端解决机制运作及改革的争论核心。尽管有学者指出, 美国的指控在 WTO 法理上并不成立,^[60] 且从长远看解决此类关注的方法在于根据 DSU 相关规定修改《上诉审议工作程序》, 或由部长会议或理事会通过关于上诉审议权限和标准的权威性解释, 但 MPIA 限缩上诉仲裁庭审查范围的尝试, 客观上有助于提高上诉仲裁程序的效率。

(二) 关于上诉仲裁裁决的作出期限

DSU 规定, 上诉机构应在争端方提出上诉通知后 60 天内作出裁决, 在任何情形下不应超过 90 天。但在实践中, 因上诉案件数量增多和难度加大等各种原因, 上诉机构超出 90 天作出裁决的情况非常普遍。这也是美国指责上诉机构不遵守 DSU 的理由之一。^[61] 为此, MPIA 在裁决作出期限上作出了两方面的创新规定。

首先, MPIA 明确规定, 上诉仲裁庭应在 90 天内作出裁决。但考虑到上诉案件的复杂性, 这一要求在实践中仍有紧迫性和实际可行性的问题。为此, MPIA 允许在不影响争端方权利和义务并确保正当程序的前提下, 裁决作出期限可适当延长。争端方根据仲裁庭建议, 可同意延长裁决作出的 90 天期限。^[62] 这意味着仲裁庭如欲延长裁决期限, 须经过争端方同意, 而非仅像之前发出一份延长通知书即可。这既尊重了当事方的意思自治, 也表明上诉仲裁应在尽可能不影响案件实质裁决的前提下提高裁决效率。注意到 MPIA 虽未涉及具体的

[57] 前引〔4〕, MPIA 附件一, 第 9 段。可与 DSU, Art. 17.6 & Art. 17.12 相比较。

[58] 前引〔4〕, MPIA 附件一, 第 10 段。

[59] WTO, *Statements by the United States at the Meetings of the WTO Dispute Settlement Body on May 9, 2016, October 14, 2017 and September 29, 2017*.

[60] See Henry Gao, *Dictum on Dicta: Obiter Dicta in WTO Disputes*, 17 (3) *World Trade Review* 509-533 (2018).

[61] 参见前引〔52〕, USTR 报告, 第 69 页以下。

[62] 前引〔4〕, MPIA 附件一, 第 14 段。

可延长时限，但虑及近年来美国对上诉机构迟延作出裁决的批评，即使在争端方同意的情况下，上诉仲裁庭也不宜过分延长裁决作出期限。

其次，为在 90 天期限内作出裁决，MPIA 允许仲裁庭采取合适措施精简程序，包括对双方提交文件及所作裁决的页数限制、有效控制仲裁审理各环节的时间、尽早明确作出裁决的期限以及限制庭审次数和时间等方面。^[63]与 GATT 争端解决机制相比，DSU 虽然明确规定争议解决各环节的时间，但相关规定在实践中并未被遵守，导致案件解决过程冗长繁琐。MPIA 从提高程序效率的角度，给予上诉仲裁庭适当精简程序的权力，如能得以严格遵守，则不失为未来改进 DSU 规定的尝试性做法。这里提出的一个问题是仲裁庭精简程序和 90 天裁决期限之间的关系，即仲裁庭如未能在 90 天内作出裁决，是否还能精简程序，MPIA 并未明确，或留待争端方和仲裁庭在具体案件中就程序和期限等问题再行具体商定。

（三）增加仲裁庭对争端方上诉范围的建议权

MPIA 的另一创新规定涉及到仲裁庭对争端方减少诉请的建议权。如果是为在 90 天期限内作出裁决所必需，则仲裁庭可对争端方提出排除某些诉请的实体性建议。在被排除的诉请中，MPIA 特别提及那些“基于 DSU 第 11 条提出的、缺少对事实的客观评估的主张”。^[64]这一问题有复杂的背景。简言之，尽管 DSU 第 11 条（“专家组的职能”）规定专家组对争端方提交事项（包括案件事实问题）进行客观评估，但 DSU 第 17 条第 6 款将上诉审议范围仅限于专家组报告中涵盖的法律问题及专家组所作的法律解释。因此，在 WTO 上诉审议中区分法律问题和事实问题，便关系到上诉审议的范围和标准，也与争端解决机制改革中是否建立上诉机构的发回重审制度等问题密切相关，一直存在较大争议。^[65]

美国指责上诉机构越权审查专家组报告中的事实问题，推翻专家组的事实认定，特别是其中所涉及的 WTO 成员国内法的含义，认为这导致争端解决的复杂化和两审内容的重复性，延迟争端解决。^[66]为此，MPIA 允许仲裁庭建议争端方排除此类上诉事项，以减少上诉仲裁中审理事实问题的可能性。如果争端方接受建议，不对专家组报告中的事实认定问题提出上诉，上诉仲裁庭即无须审理。这样既节约程序时间，也在一定程度上回避了争议。但应注意，仲裁庭的此类建议并不具有约束力，最终仍由争端方决定是否对专家组报告中的某些诉请提出上诉，且争端方不同意仲裁庭建议并不影响仲裁庭对案件的考虑和争端方的权利。^[67]这是 MPIA 参加成员考虑到该问题的争议性、具体案件中事实问题和法律问题难以区分并尊重争端方意思自治等因素，进行综合权衡后的规定。

笔者认为，MPIA 包含的几处创新和发展有助于提高上诉仲裁的程序效率，并试图回应并尝试解决美国对上诉机构的诟病。应注意的是，美国的不满和指责表面上针对上诉机构，实际上意在反对任何性质为上诉机制的程序或安排，包括 MPIA 在内。因此，只要美国继续

[63] 前引 [4]，MPIA 附件一，第 12 段。

[64] 前引 [4]，MPIA 附件一，第 13 段。

[65] See e. g., Tania Voon & Alan Yanovich, *The Facts Aside: The Limitation of WTO Appeals to Issues of Law*, 40 (2) *Journal of World Trade* 239 – 258 (2006); Heather Heavin & Robin Hansen, “*Objective Assessment of the Facts*”: A Principled Approach to WTO Appellate Body Review of Panel Fact-Finding, 14 *Asper Review* 189 – 222 (2017); Michelle T Grando, *Evidence, Proof, and Fact-Finding in WTO Dispute Settlement*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 58 – 67.

[66] 参见前引 [52]，USTR 报告，第 37 页以下。

[67] 前引 [4]，MPIA 附件一，脚注 6。

反对上诉机制, 这些规定在客观上并不能帮助恢复上诉机构的运作。但从发展角度看, 这些创新和发展有利于 WTO 争端解决机制尤其是上诉审议程序的改革与完善, 在未来实践中如何运作仍值得特别关注。

五、MPIA 之价值考量与中国选择

(一) MPIA 的作用、局限及价值

对 MPIA 的价值考量在更广层面上涉及国际争端解决中上诉机制的存废。长期以来, 对于贸易和投资争端解决是否应建立上诉机制及其优劣, 存在激烈争论, 其中包括国家经贸主权的让渡程度、国际组织司法化、争端裁决终局性和既判力等诸多敏感和复杂问题,^[68] 超出了本文的探讨范围。应注意的是, WTO 上诉审议机制不仅是包括美国在内的各成员通过乌拉圭回合谈判所达成的国际条约, 25 年来的争端解决实践亦表明在多边贸易体制下其存在的价值和作用。在此背景下, MPIA 为应对上诉机构危机而生, 通过嫁接仲裁与诉讼要素, 为参加成员提供临时上诉渠道。与之前欧盟与加拿大、挪威的临时上诉仲裁安排相比, MPIA 可联合更多具有相同意愿的 WTO 成员特别是参加成员的重要贸易伙伴共同参与, 节约单独谈判成本, 以最大限度地维护成员的上诉权及裁决约束力, 增强贸易争端解决的效率和稳定性。尽管目前 MPIA 成员数量有限, 适用上诉仲裁的案件相对较少, 但在 MPIA 通报后已有四起案件争端方达成了上诉仲裁协议。从这四起案件目前的进展来看, “澳大利亚诉加拿大葡萄酒销售措施案” (DS537) 很有可能成为 MPIA 上诉仲裁第一案。这些最新进展表明, MPIA 对于维护成员的上诉权确有其价值。^[69]

MPIA 的最大局限在于美国的反对。从案件数量统计看, 美国是 WTO 争端解决机制的最大利用者, 涉美案件分别占有 WTO 案件的 47% 和上诉案件的 66%。^[70] 虽然 MPIA 是上诉机构停摆后维护 WTO 两审终审制的合法务实安排, 且增加了若干提高程序效率的创新规定, 试图回应美国对上诉机构的诟病并尝试解决其关注, 但美国始终纠结于上诉机构“为什么”违反规则, 而回避“如何改”以解决僵局的问题。美国承认成员有权利根据 DSU 第 25 条将争端诉诸仲裁解决, 且与欧盟在“美国版权法仲裁案”中实际运用过该条仲裁, 但美国仍认为 MPIA 将重复上诉机构之前存在的问题。因此, 美国的反对实际上是针对所有具有上诉性质的机制, 包括 WTO 上诉审议程序和 MPIA 临时上诉仲裁, 其实质在于抛弃有约束力的争端解决裁决, 尤其是众多涉美的贸易救济案裁决, 从而阻挠对其不利的报告通过。^[71]

[68] See e. g., Noemi Gal-Or, *The Concept of International Dispute Settlement*, 19 (1) *European Journal of International Law* 43-65 (2008); Mark Huber & Greg Tereposky, *The WTO Appellate Body: Viability as a Model for Investor-State Dispute Settlement Appellate Mechanism*, 32 (3) *ICSID Review* 330-346 (2017).

[69] 这四起案件分别为: “澳大利亚诉加拿大葡萄酒销售措施案” (DS537)、“巴西诉加拿大关于商业飞机贸易措施案” (DS522)、“墨西哥诉哥斯达黎加关于新鲜牛油果进口措施案” (DS524)、“欧盟诉哥伦比亚对比利时、德国和荷兰冻薯条征收反倾销税案” (DS591)。

[70] 据 WTO 网站信息, 截至 2020 年 10 月 31 日, 各成员在 WTO 共提起 597 起案件, 其中美国起诉 124 起, 被诉 155 起, 并在 155 个案件中作为第三方参与。在 155 个上诉案件中, 美国作为上诉方和被上诉方的案件共 102 起。

[71] See e. g., Chad P. Bown & Soumaya Keynes, *Why Did Trump End the WTO's Appellate Body? Tariffs*, Trade and Investment Policy Watch, Peterson Institute for International Economics (PIIE), March 4, 2020; Chad P. Bown & Soumaya Keynes, *Why Trump Shot the Sheriffs: The End of WTO Dispute Settlement 1.0*, PIIE Working Paper 20-4, March 2020.

事实上，在导致上诉机构停止运作后，美国即对“印度诉美国热轧碳钢反补贴措施案”（DS436）中的专家组报告提出上诉，直接阻止该报告发生法律效力。^[72] 2020年9月29日，美国第二次通过这种方式阻碍“加拿大诉美国软木反补贴措施案”（DS533）的专家组报告生效。^[73]

虽然MPIA无法解决与非参加成员（特别是美国）之间的上诉争端，但MPIA的达成对美国在WTO中的作用和角色所产生的负面影响已被关注和评论。^[74] 这对未来通过多边谈判解决上诉机构危机或有一定推动作用。另外，美国对上诉机制的反对是否将一直持续亦值得观察。在“韩国诉美国关于某些石油管材的反倾销措施案”（DS488）中，美韩关于DSU第21条和第22条程序达成的备忘录中提及，如果双方同意对DSU第21.5条的专家组报告根据DSU第25条进行上诉，则将对本备忘录进行相应的修改。^[75] 这条规定引起不少关注和讨论，似乎暗示美国并非完全排斥根据DSU第25条提起上诉仲裁。^[76]

客观上看，在美国改变其对多边体制及上诉机制的反对态度、上诉机构能够恢复运作前，MPIA作为打破WTO争端解决僵局的次优方案，有超越其实际作用的制度性价值。一方面，作为现阶段解决参加成员上诉需求的惟一可行通道，MPIA可避免争端方通过提起上诉的方式来阻止专家组报告生效或自行采取单边报复措施等进一步恶化多边贸易体制的行为，确保参加成员间贸易关系的安全和可预见性。另一方面，MPIA的谈判达成表明了中国、欧盟等重要成员对上诉机制的需要及对争端解决机制改革的支持和行动，这是未来恢复上诉机构的希望所在。同时，在多边体制危机的大背景下，MPIA的实施运作亦可对WTO争端解决机制的改革和完善提供思路、模式和实践进路。因此，对MPIA的作用和价值应综合特殊时期的多方因素客观评估，并不应完全取决于实际上有多少起上诉案件通过该机制得到解决。同时，WTO争端解决实践的最新发展表明，非MPIA参加成员也有可能通过DSU第25条解决其上诉争议。^[77] 对于这些非MPIA成员而言，选择在个案基础上达成通过DSU第25条仲裁解决其上诉的合意有其灵活性：一方面，这些成员不受MPIA自动适用的

[72] 美国在该上诉通知中提及，鉴于上诉机构已不能审理本案，美国将与印度协商决定案件下步走向，包括是否能在目前情况下解决涉案事项，还是考虑对上诉程序的替代方法等。WTO, *United States-Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India: Recourse to Article 21.5 of the DSU by India: Notification of an Appeal by the U. S. under Article 16 of the DSU*, WT/DS436/21, December 19, 2019.

[73] WTO, *United States-Countervailing Measures on Soft Lumber from Canada: Notification of an Appeal from the United States Under Article 16 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes ("DSU")*, WT/DS533/5, September 29, 2020.

[74] See e. g., William A. Reinsch, *Undermining the WTO*, CSIS Commentary, April 27, 2020.

[75] WTO, *United States-Anti-Dumping Measures on Certain Oil Country Tubular Goods from Korea, Understanding between the Republic of Korea and the United States Regarding Procedures under Article 21 and 22 of the DSU*, WT/DS488/16, February 10, 2020.

[76] See e. g., Simon Lester, *Can Interim Appeal Arbitration Preserve the WTO Dispute System?*, CATO Institute Free Trade Bulletin, September 1, 2020.

[77] 最近，印度尼西亚和澳大利亚在“关于A4复印纸反倾销措施案”（DS529）中达成的有关DSU第21条和第22条的程序约定中提及，对DSU第21.5条专家组报告的上诉，可以通过DSU第25条仲裁解决。See WTO, *Australia-Anti-Dumping Measures on A4 Copy Paper-Understanding between Australia and Indonesia Regarding Procedures under Article 21 and 22 of the DSU*, WT/DS529/18, October 7, 2020。在“卡塔尔诉沙特阿拉伯有关知识产权保护措施案”中，在沙特对专家组报告提出上诉使案件陷入僵局后，卡塔尔建议双方通过DSU第25条仲裁方式解决上诉争议，但未提及MPIA。See WTO, *Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights-Communication from Qatar*, WT/DS567/8, October 5, 2020.

约束,另一方面,也可观察MPIA的实际运作以争取更多时间考虑是否加入。MPIA机制的这种外溢性效果由WTO成员的客观上诉需求所决定,也从另一角度表明MPIA的实际价值。

(二) MPIA体现了我国对上诉机构危机的积极应对

在争端解决方面,恢复上诉机构的正常运作一直是我国应对危机的最终目标,这与我国长期支持多边贸易体制的态度一脉相承。因此,针对上诉机构这场史无前例的危机,我国承担作为WTO重要成员的责任,始终以实际行动寻求务实的解决方案。除我国商务部发布对WTO改革的立场文件、多次在DSB会议上明确表态尽快推动上诉机构成员的遴选程序外,我国联合其他重要成员共同行动,与欧盟和加拿大等成员提交“关于争端解决和上诉程序改革的联合提案”等。^[78]但在WTO的成员驱动型组织架构和共识决策机制下,美国对上诉机制的根本反对导致上诉机构何时恢复正常运行及WTO争端解决机制的改革发展及未来走向均存在诸多不确定性。认识到有效上诉机制存在的重要意义,我国与欧盟等有共同意愿的部分成员谈判并达成MPIA,在利用临时上诉仲裁解决贸易争端的规则设定上发挥了主动权和话语权。尤其是在美欧日联合针对我国在国有企业、补贴和发展中国家待遇等关键问题上不断发难的情况下,我国再次以实际行动维护多边贸易体制,与美国奉行的单边主义形成鲜明对比,被外界评论认为体现了负责任成员在WTO关键问题处理和选择上的客观理性态度和尊重法治精神。^[79]

本文分析表明,MPIA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。从我国在WTO框架下的争端解决实践看,截至2020年6月30日,我国有17起未决案件,其中我国起诉8起,被诉9起,涉美案件占绝大部分。^[80]对我国在WTO未决案件利用MPIA临时上诉仲裁机制的潜在可能性进行评估,我国目前有可能与参加成员诉诸上诉仲裁的案件有3起,包括与欧盟、加拿大和巴西各1起。^[81]除这3起案件外,我国还可视需要与参加成员达成协议,在其他案件的裁决执行阶段利用上诉仲裁程序。

2020年适逢WTO成立25周年。在新冠疫情对全球经贸造成巨大阻滞的困难时期,习近平主席提出抗疫应全面加强各国合作,减免关税、取消壁垒、畅通贸易,以提振世界经济发展。^[82]实际上,即使内临上诉机构危机、外遇全球疫情挑战,WTO电子商务诸边谈判表明包括美国在内的各成员仍存在一定共识:有效的贸易规则对全球经济复苏具有不可替

[78] See e. g., WTO, *Communication from China, Canada, EU, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore and Mexico to the General Council*, WT/GC/W/752, Nov. 26, 2018.

[79] See Mattijs Kempynck & Akhil Raina, *Update from the Void: Questions from the New Interim Appeal Agreement (IAAA)*, International Economic Law and Policy Blog, January 30, 2020; Marcia Harpaz, *Sense and Sensibilities of China and WTO Dispute Settlement*, 44 (6) Journal of World Trade 1155 - 1186 (2010).

[80] 根据WTO网站信息,本文在统计上排除两年以上的不活跃案件,目前有12起涉我案件仍在进行(注意视争端方意愿,实际上活跃的涉我案件数量可能小于12起):其中我国作为起诉方7起,包括起诉美国6起(DS543、DS544、DS562、DS563、DS565和DS587)、起诉欧盟1起(DS516);我国作为被诉方5起,即DS542(起诉方美国)、DS549(起诉方欧盟)、DS558(起诉方美国)、DS568(起诉方巴西)和DS589(起诉方加拿大)。

[81] 这三起案件分别为:DS549(“欧盟诉中国关于技术转让的某些措施案”)、DS568(“巴西诉中国涉及糖进口的某些措施案”)和DS589(“加拿大诉中国涉及芥花油进口措施案”)。目前这些案件中的起诉方均未提出成立专家组的请求。

[82] 习近平:《携手抗疫,共克时艰——在二十国集团领导人特别峰会上的讲话》,2020年3月26日, http://www.qstheory.cn/yaowen/2020-03/27/c_1125774011.htm, 2020年11月6日最后访问。

代的作用。^[83] 独立高效的争端解决机制是多边贸易体制运作的核心与关键，维护其顺利进行符合所有成员的共同利益。为使疫情后的各国经济尽快复苏，争端解决方面的国际合作相比之前显得更为关键和重要。MPIA 因危机而生，承载上诉替代之使命，以务实和创新机制回应参加成员在特殊时期贸易争端解决的现实需求。我国对 MPIA 的谈判和达成起了重要推动作用，充分体现了我国积极应对上诉机构危机的立场和努力。作为初始成员，我国在支持 WTO 争端解决机制改革和完善、注重寻找危机长久解决方法的同时，可通过对 MPIA 的先行先试积累更全面的争端解决经验，为上诉机构早日恢复运行作出贸易大国的法治贡献。

Abstract: China, EU and other 17 WTO members notified the WTO of the conclusion of a Multi-Party Interim Appeal Arbitration (MPIA) among themselves on April 30, 2020. This is the most significant breakthrough in coping with the crisis of Appellate Body, which ceased its operation on December 11, 2019 due to the continuous blockage of the appointment of new members of the Appellate Body by US since 2017. As a creative interim and open arrangement, MPIA serves as an alternative to appellate review aimed at maintaining the core features of WTO dispute settlement mechanism, i. e., a two-stage process and binding decisions. Based on Article 25 (“Arbitration”) of DSU, MPIA largely replicates appellate review procedures while incorporating limited elements of arbitration. The arbitration elements differentiate appeal arbitration from the previous appellate review in WTO litigation. However, most aspects of appeal arbitration, including the selection of arbitrators, case hearing and decision-making procedures and enforcement mechanism, are basically replications of DSU Article 17 and Working Procedures of Appellate Review. The several innovative articles on streamlining the procedures are put into place in response to the criticism of the Appellate Body by US. Interim appeal arbitration not only functions as a practical appeal avenue that meets the need of participating members during the paralysis of the Appellate Body, but also showcases the confidence held by WTO members in reviving the Appellate Body. As a responsible member of the WTO with sense and sensibility, China plays a key role in negotiating and concluding the MPIA. It is advisable that China, despite its ultimate goal of reincarnating the Appellate Body, consider utilizing MIPA to bring its disputes with other participating members into a mutually satisfactory solution.

Key Words: appeal arbitration, Multi-Party Interim Appeal Arbitration, DSU Article 25, WTO dispute settlement

[83] WTO, *E-Commerce, Trade and the Covid-19 Pandemic: Information Note*, May 4, 2020; 石静霞:《数字经济背景下的 WTO 电子商务诸边谈判: 最新发展及焦点问题》,《东方法学》2020 年第 2 期,第 170 页以下。