



江必新-论判例在WTO争端解决中的适用



来源方式：原创

发布时间：2012-05-22

论判例在WTO争端解决中的适用

江必新 程琥

[摘要] 作为判例的WTO专家组、上诉机构报告，虽然不具有判例法意义上的拘束力，但是具有事实上的判例效力，对于处理类似案件具有借鉴、参照、指导作用。判例在WTO争端解决中具有修复性功能、补充性功能、回应性功能，通过WTO判例可以实现公正、效率、民主、法治价值。当前，我国必须在观念、制度、教育、人才等方面着手准备，以适应参与和利用WTO争端解决机制的需要。

[关键词] WTO；争端解决报告；判例；效力

根据WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》建立起来的争端解决机制是WTO最具特色的制度，被誉为“WTO皇冠上的明珠”。WTO争端解决机制在世界贸易组织的稳定运行中发挥了不可替代的作用，为迅速有效地解决成员间的贸易争端，建立稳定、透明、可预见的国际市场秩序作出了突出贡献。WTO成立以来，WTO争端解决机构（Dispute Settlement of Body, DSB）为解决贸易争端形成了大量判例。这些判例在WTO争端解决中的适用问题在理论界一直存有争议，如何正确认识这一问题已随着我国参与WTO争端解决机制的深入而越显重要。本文拟围绕判例在WTO争端解决中的适用问题展开分析。

一、判例的内涵界定

虽然理论界和实务界对判例的研究早已展开，但是对于判例的一些基本问题，比如判例的内涵，判例与相关概念的关系等，却是观点纷呈，仁者见仁，智者见智。从字面上理解，“判”就是裁判，“例”就是实例。对判例概念的理解，关键在“例”。按照《现代汉语词典》的解释，“例”是指“从前有过，后来可以仿效或依据的事情”。这里的“例”，恰如英美法系的先例。在中国历史上作为裁判依据的就有例、断例。“判例”是指“已经生效的判决，法院在判决类似案件时可以援用为先例，这种被援用的先例叫做判例。判例有时具有同法律同等的效力。”从上述解释可以看出，判例是法院在审理类似案件可以参照或依据的生效判决。需要明确的是这种生效判决对类似后案处理的效力有两种：一是先案对后案不具有拘束力，先案仅作为后案处理的参照。这种参照主动权掌握在后案的裁决人员手中，如果经审查认为先案的裁决结果对后案具有借鉴意义，就参照适用；如果认为没有借鉴意义，就可以拒绝参照。二是先案对后案具有拘束力，先案作为后案处理的依据。这也就是通常所说的遵循先例原则。实践中，在理解判例时，有必要廓清判例与一些相关概念的界限。

1. 关于判例与判决。判决是法院对案件实体问题作出的裁决。判决有确定判决（我国诉讼法上称为生效判决）和不确定判决（我国诉讼法称为未生效判决），只有确定判决一经作出才可能成为判例，但并非所有的确定判决都能成为判例，只有那些在今后处

理类似案件时能够作为参照或者依据的法律原则的判决才能成为判例。

2. 关于判例与案例。案例是某种案件的例子。英文中Case既指判例，又指案件。实践中，既有认同判例与案例都是法院判决的案件实例，都是法院对具体案件的判决结果，从本质上而言它们是同一类东西，二者之间并不存在天然的或本质的区别的观点；也有认为判例不同于案例，案例侧重于案情的陈述，而判例则侧重于对案情的法律评判的观点。应当说，无论是判例还是案例，其侧重点都在于“例”，一个是判决实例，一个是案件实例，二者在本质上都是法院在审理类似案件时可以参照或者依据的确定判决。

3. 关于判例与先例。通俗地说，先例就是先前的判例。在英文中Precedents指先例、司法判例，意思是指“它们是高等法院以前作出的判决，它们被认为暗含这样一个原则，即在后来的案件中若遇到相同或非常相关的法律问题时，该原则可被视为具规定性的或限制性的，至少会给法院对该案的判决造成一定的影响，甚至就是在遵循先例原则的指导下对案件作出判决。”因此，判例与先例没有本质上的差别。

4. 关于判例与判例法。判例法是指判例经国家认可具有法律效力即成为判例法。判例法是英美法系国家的一个主要法律渊源。遵循先例是维系判例法生命及主导地位的重要原则。因此，虽然判例法是在判例基础上形成的，但是判例只有对法院审理类似案件具有拘束力时才能成为判例法。

通过上述分析，可以得出这样的结论：判例是法院所作出的确立了某种可以在以后审理类似案件加以参照甚至必须遵循的法律原则的生效裁判。这个概念包括三层含义：一是指法院审理案件时所作出的生效裁判，包括裁判事实、理由和裁判结果，这是先例的原始文本；二是指生效裁判所包含的裁判理由为法院审理类似案件时作为参照，先例具有指导、借鉴、参考作用，这种先例对后案的影响是柔性的，不具有判例法意义上的拘束力，同类案件要求同样判决，这是维护法的安定性和适应性的要求，属于事实上的“无约束力的先例”；三是指生效裁判所包含的裁判理由为法院审理类似案件时必须遵循和适用的原则或规范，遵循先例，这是英美法系国家所独有，这是判例法意义上的“有约束力的先例”。

二、判例在WTO争端解决程序中的适用分析

乌拉圭回合产生的争端解决机制是保护和加强多边贸易体制稳定性和可预见性的核心因素。该机制主要由作为WTO协议附件3的《关于争端解决规则与程序之谅解协定》。该协定详细规定了争端解决的原则、程序和时限，并成立一个具有权威的争端解决机构(DSB)负责处理WTO项下任何协议的争端。关于WTO争端解决机制的性质问题是目前理论界和实务界广泛关注的问题，有“司法体制说”、“准司法体制说”、“复合性体制说”等多种观点。WTO争端解决机制是在GATT第22条、第23条规定的解决贸易争端机制经过近半个世纪实践所积累的经验 and 所形成的习惯规则的基础上，逐渐形成的一整套颇具国际经济法特色的国际司法体制。并且由专家组、上诉机构替代工作组来审理贸易争端，标志着GATT/WTO争端解决机制已由“权力导向”演化为“规则导向”，争端解决程序明显地转向了司法方式。虽然《关于争端解决规则和程序的谅解》以及《建立世界贸易组织协定》并没有明确WTO争端解决机制的司法属性，作为争端解决机构的专家组和上诉机构也没有被称为“法院”或者“法庭”，专家组和上诉机构报告也不称为“判决”，但是从WTO争端解决机制的强制管辖权、类似于国内诉讼一、二审程序的专家组和上诉机构的审理程序、程序各环节的严格时限、反向协商一致的表决机制、报告的法律约束力等方面来看，WTO争端解决机制包含了一般司法体制所应具有的要件，只是它所表现出来的司法性特征具有不同于以往的司法机制之处；或者是出于更便于被接受的缘故，可称其为准司法体制。WTO的司法机构是专家组和上诉机构，它们行使的就是法院的裁判功能，DSB中通过专家组、上诉机构报告时的反向协商一致程序使得专家组、上诉机构拥有裁判的司法权。并且WTO专门设计了一套制度来保证专家组、上诉机构独立行使司法权，不受DSB和WTO总理事会、WTO成员方及WTO总干事和秘书处的干预。当然，在GATT及WTO的贸易争端解决机制的程序方面与法庭有一定的相似的地方，但最大的区别在于首先在引起贸易争端的成员方之间进行磋商，并自行解决贸易争端。因此，在贸易争端解决机制的第一阶段是由成员方政府之间进行贸易磋商，甚至当案件已经发展到其他阶段时仍然可以进行磋商和调解。因此，虽然“WTO争端解决程序相对于GATT而言是朝着进一步司法化的方向发展，但其在短期内不可能演化成为一种司法体制”，“WTO争端解决程序在一个相当长的时间内将演化成为一种占主导的司法体制与非司法体制并存的基本框架”。因此，把WTO争端解决机制的性质定位为司法体制还是比较合适的。由此，专家组、上诉机构作出的争端解决报告从理论上说应该被认为是公正和权威的，这些为其具有判例效力奠定了基础。

(一) 性质分析

关于WTO争端解决报告在WTO法体系中的地位，长期以来一直存有争议。因此，为了廓清这一问题，有必要对WTO争端解决报告的判例特性进行分析。作为多边贸易组织，WTO成员方代表了世界上几乎所有的法系，这就要求WTO必须具有包容性和多样性，WTO争端解决报告也尽可能地符合WTO法以及世界通行作法。

WTO专家组、上诉机构作为WTO争端解决机构的司法机构，其职责是在审理提交WTO争端解决机构的贸易争端时正确适用WTO规则，这类似于大陆法系国家的司法机关在审理案件时只能适用法律，不能创制法律。虽然WTO规则是由各成员方达成的协定组成，具有国际法效力，但是WTO争端解决报告不是各成员方达成的协定，而仅是专家组、上诉机构对WTO规则的适用，其本身不能成为WTO规则的一部分。因此，WTO争端解决报告只对具体的贸易争端当事方具有拘束力，对争端以外的其他成员方则不具有普遍拘束力。同时，WTO争端解决报告也不是对WTO规则的解释。《建立世界贸易组织协定》第9条第2款规定：“部长会议和总理事会拥有通过对

本协定和多边贸易协定所作解释的专有权力。……通过一项解释的决定应当由成员的四分之三作出。”《关于争端解决规则和程序的谅解》第3条第2款规定“各成员认识到该体制适用于……依照解释国际公法的惯例澄清这些协定的现有规定。”这些条款事实上已经明确规定了WTO规则的解释主体是部长会议和总理事会，其他机构，包括WTO专家组、上诉机构都无权对WTO规则进行解释，并且还需要成员方四分之三同意才能通过对WTO规则作出正式解释。因此，WTO专家组、上诉机构审理争端时对WTO规则所作的解释只是具体运用解释国际公法的惯例，针对具体争端澄清WTO规则的具体含义，这不能认为是对WTO规则的有效解释，只对个案具有法律约束力，不具有普遍的约束力。实践中，专家组、上诉机构主要通过两方面的解释来澄清WTO规则的具体含义：一是为了弥补WTO规则在某些具体问题上的规则漏洞，而需要由专家组、上诉机构在具体过程中通过解释来弥补这些漏洞；二是由于WTO规则过于抽象或不具体，造成在具体争端解决过程中的困难，需要由专家组、上诉机构在具体过程中加以解释，使相关概念或规则能够具体、明确，以方便争端解决过程中的实际操作，确保争端能够在符合WTO目的下顺利解决。可以说，通过专家组、上诉机构在审理具体争端时对WTO规则所作的适用解释，澄清了WTO规则中模糊不清、抽象、矛盾等问题，有效地保障了WTO的有序运转。按照国际法的一般原理，国际法院或国际仲裁庭的判决或裁决只对该案所涉及的当事国有效，对其他案件、其他国家并无约束力。应当说，“WTO法作为现代国际法的重要组成部分，其争端解决机构的法律适用可以类推国际法院的法律适用，除了涵盖协议外，必要的时候也可以适用《国际法院规约》第38条第1款规定的其他国际法渊源。”根据《国际法院规约》第38条第1款D项规定，在遵守第59条规定的条件下，司法判例和各国最具权威的公法学家学说，作为认定法律规则的辅助手段。第59条规定，法院之判决对于当事国及本案外，无拘束力。当然，虽然《国际法院规约》第59条规定了国际法院判例不具有法律意义上的拘束力，但是国际法院却能够在个案中根据新情况澄清、完善、解释国际法规则，提请注意国际法中的缺陷，这些判例是对国际法的权威解释，各国和国际组织必须加以考虑，受托编纂和逐渐发展国际法的机关，例如联合国国际法委员会，在起草新条约时，常常援引国际法院的裁判。从国际法院的做法可以看出，这些判例虽然不具有判例法意义上的先例拘束力，但是并不意味着在处理类似案件时不具有参照、借鉴、指导作用。WTO专家组、上诉机构也专门就WTO争端解决报告的法律性质问题进行了阐述，巴西椰子干案的专家组指出，专家组报告并不构成随后的专家组必须遵循的判例，在相关情况下，专家组报告是有用和有说服力的指导。美国羊毛上衣案专家组说：“虽然我们可能遵循GATT专家组报告中相关的分析，但它们对我们没有约束力。”日本酒税案的上诉机构在分析专家组报告的法律性质时指出，各专家组确实经常引用其他专家组报告中的意见，WTO成员方可以从专家组报告中了解对某一条款的理解，但专家组报告除了对各自案件的当事方有约束力之外，并没有其他约束力。上诉机构同时指出，专家组、上诉机构报告经常被以后的专家组考虑，它们在WTO成员方之间造成了合法预期，在与任何争端相关时得予以适用。因此，从法律性质上看，WTO专家组、上诉机构作为WTO争端解决机制的司法机构，其作出的争端解决报告类似于国际法院或国际仲裁庭作出的判决或裁决，仅对该案所涉及的当事方有效，对其他案件、其他成员方并无拘束力，这种判例不是判例法意义上有拘束力的判例，而是无拘束力的判例，但在处理类似案件时可以参照、借鉴、考虑。

（二）实证分析

从1994年WTO正式成立至2007年，WTO在其本身的框架之下受理申诉共计300多件，做出专家组、上诉机构、仲裁报告200余份，并且DSB已经顺利地解决了大量的贸易争端；其中，精炼汽油案、香蕉案、海虾和海龟案等一批重大的国际贸易纠纷已经成为国际经济法的经典案例，在国际法上是绝无仅有的辉煌成就。在专家组、上诉机构作出的报告中，判例效力越来越明显。一个判例的影响和价值依赖于它是被适用、遵循或赞同，判例的影响和价值与其被适用、遵循或赞同的次数成正比。一个经常被适用、遵循或赞同的判例，其影响和价值也就越大，其生命力也就越强。如果一个判例被反复地区别，就表明该判例中的原则未得到普遍的赞同，该判例便趋于被认为只局限于它自己的特定事实。从国际法院判例的效力来看，虽然《国际法院规约》第59条规定了国际法院判例不具有法律意义上的拘束力，但事实上，自1948年至2001年，国际法院有26%的案件都援引了先前的判例，而国际常设法院则有22%的案件援引先前的裁决。WTO争端解决报告不具有先例的拘束作用，但分析GATT/WTO争端解决报告可以发现，争端当事方往往大量引用以前报告中的解释与推理来支持自己的观点，WTO专家组、上诉机构在作出报告时也是大量引用以前报告并遵循其解释和推理，这种引用和遵循也已经成为普遍现象。据统计，自1995年至2001年7年时间里，WTO争端解决机制共受理了242件贸易争端，其中经过WTO争端解决机构最终解决的有71件，形成了54个专家组报告和38个上诉机构报告。在这些专家组和上诉机构报告中，每一个都引用了以前的专家组和上诉机构报告中的观点。其中，阿根廷鞋保障措施案、日本酒税案、美国汽油案、美国羊毛上衣案和欧盟荷尔蒙案在40个以上的报告中被引用，欧盟香蕉案和印度专利案被引用的次数也超过30次，而美国虾案、美国内衣案和澳大利亚鲑鱼案也被引用过20多次。在WTO争端解决判例的实际适用中，还需要注意以下几个方面问题：一是引用范围广泛，不仅包括WTO专家组、上诉机构报告，还包括大量GATT专家组报告，甚至还引用了国际法院和欧洲法院的判决。这些报告中既有已经获得通过的GATT专家组报告，又有未被通过的专家组的报告。二是上诉机构报告被引用的次数明显高于专家组报告。上诉机构作为从属于DSB的常设机构，其职责在于纠正专家组报告中对WTO规则的解释或适用法律中的错误。上诉机构作为终审机构，在报告需要通过大量判例进行说理。截至2001年，上诉机构报告被引用的达510件次，而专家组报告被引用仅为188件次。三是GATT专家组报告被引用的次数明显高于WTO专家组、上诉机构报告。其中的原因可能是GATT的时间跨度长，WTO本身就是从GATT发展而来的。2008年1月1日，GATT/WTO多边贸易体制迎来60周年。在这60年时间里，GATT占的时间为47年，WTO所占的时间为13年。GATT专家组报告形成的经典判例自然要多于WTO专家组、上诉机构报告。比如在DSB通过的新西兰羊肉保障措施

案报告中，专家组报告引用了8个GATT专家组报告，上诉机构也引用了3个GATT专家组报告。四是通过引用GATT/WTO专家组报告、WTO上诉机构报告对某些条款的解释或所确立的规则来解决贸易争端。比如通过引用澳大利亚化肥补贴案中关于“预期利益”的论点来说明“不违法之诉”。又如20世纪80年代由欧共体退休法官皮斯卡托为首的专家组对挪威限制苹果进口案中祖父条款“现行立法”的解释。由此可见，无论是GATT专家组报告，还是WTO专家组、上诉机构报告，虽然不具有判例法意义上的判例拘束力，但是具有事实上的判例作用，为后来类似案件的处理提供了权威或规定性原则，对后案专家组解决争端具有判例的影响效果与作用。

（三）功能分析

WTO专家组、上诉机构报告具有判例效力，主要在于判例所具有的特殊功能。简而言之，WTO判例主要有以下功能：

1. 修复性功能。由于WTO规则是成员方经过多方协商、妥协，多种利益相互博弈、较量最后形成的多边贸易条约群，它只能作出抽象的、概括的一般性的规定，甚至是措辞含糊的规定。这主要基于“当出于政治上的目的急需一项交易但又达不成实质性协议时，谈判者们有时就选择一个含糊的、允许有争议解释的安排。这些情况下所隐含的决定是把问题留待将来的争端解决案件中解决，同时在表面上则解了政治上需要达成协议的燃眉之急。”一些贸易争端本质上是对现行条款提出质疑以便予以澄清。WTO规则是相对具体明确的国际条约群，规则的概括性、原则性、抽象性特点明显，在将WTO规则适用于具体争端时，仍然需要进行适用解释，从而保证WTO规则适用的一致性和可操作性。WTO专家组、上诉机构报告作为判例，是对错综复杂的争端进行分析和对WTO规则作出的合理解释和适用，依照WTO规则作出的较为合理的处理，有助于专家组、上诉机构在处理类似争端时可以从判例所示的具体范例中得到启迪，从而正确地将抽象、概括的WTO规则适用于具体的争端解决。通过WTO争端解决判例可以修复WTO规则抽象、模糊的缺陷，确保WTO规则的一致解释和适用，实现WTO规则的连续性、稳定性和可预见性。
2. 填补性功能。判例一般具有针对性强的特点，这有助于填补WTO规则留下的空白和漏洞。任何一部法律不管制定得如何完美，都会存在不周延性、滞后性等缺陷，WTO规则也不例外。WTO专家组、上诉机构在审理争端时经常会遇到一些WTO规则没有涵盖的事项，这些漏洞很多情况下是各成员方由于不能达成合意而有意留下的空白，对于这些WTO规则空白，专家组、上诉机构作为裁判机关不能拒绝裁判，必须作出报告，这样就需要专家组、上诉机构必须在WTO规则之外寻找适用依据，其中就包括大量判例。实践表明，WTO专家组、上诉机构没有把他们限定在WTO适用协议范围内，他们也参照一般法律原则、国际习惯法、甚至非WTO条约。判例是基于个案司法经验积累产生的，不存在预见一切未来可能发生情况并预先为之设定规则，判例中蕴涵着大量的可资借鉴的法律原则，有利于弥补法的不周延性和立法漏洞。
3. 回应性功能。WTO规则需要保持确定性、一致性、可预见性，这是WTO规则的稳定性的基本要求。为了保持WTO规则的稳定性，世贸组织对WTO规则制定、解释等都规定了严格的条件和程序，同时WTO规则也需要保持灵活性，因为国际经贸关系的变动性与WTO规则的相对稳定性之间始终存在着矛盾。WTO规则一经制定通过，必然会存在一定的滞后性。因此，调节WTO规则的稳定性与其对经贸关系的适应性之间的矛盾就成了整个WTO规则的根本任务。因此，适时地对WTO规则进行修订、补充，有针对性地颁布一些补充性协议或者由WTO部长会议和总理事会就WTO规则作出解释，都可以在一定程度上解决这些矛盾，然而WTO规则的修订需要各成员方回合谈判，往往需要历时几年甚至十几年，且修订程序也很严格。虽然WTO部长会议和总理事会享有对WTO规则的专有解释权，但由于解释制度存在着程序及结构上的缺陷，使得DSB难以将有关解释问题提交部长会议和总理事会处理。即便提交了，由于部长会议和总理事会须以3/4多数通过，通过关于解释的决定也不是易事。这些都使得WTO规则不可避免地具有一定程度的滞后性。判例作为专家组、上诉机构处理争端经验的积累，具有独特的柔韧性，在动态运行中表现出较强的适应性，能够及时回应国际经贸关系的发展需要。专家组、上诉机构可以在WTO规则允许的范围内，将判例中的事实情况进行重新概括、组合或者陈述，可以扩大或者缩小判例所确立的法律原则的适用范围。通过判例的适用，国际经贸关系中的规则已经在个案的处理中得到补充和完善，使之与国际经贸关系的发展相适应，也避免了专家组、上诉机构对WTO规则的机械适用。

（四）价值分析

WTO判例自身的特性，决定了在WTO争端解决程序中强调判例的效力无疑具有重要意义和作用。

1. 公正价值。公正是法的根本价值。当争端双方无法自行解决争端，来寻求通过第三方解决争端时，第三方的参与就是为了保证争端解决的公正性。公正不仅需要实体、内容公正，也同样需要程序、形式公正。判例是保证一个规则具有确定性、可预期性并且实现形式公正的一个必不可少的重要途径。格伦顿教授在谈到普通法系的判决中的重要性指出：“其中最重要的原因是法律制度的核心，即对合理的确定性、可预见性的需要；同样案件同样对待这种公正的基本要求，以及相互关联但又有所区别的以下考虑正义不仅应该伸张，而且已经伸张。”由于不断地适用于新的事情、新的事实，法律永远处于发展之中。法律发展过程中的一个重要部分是从已有的案件中进行淘汰性的类推。“在一切法律体系中，不论是成文法还是不成文法体系，法官为了公平的缘故，一般总是倾向于以他们在以往的相似案件中所使用的相同做法来对新的案件进行判决。”应当说，同样情况同样裁判，这是超越法系、国家、国际组织的基本价值追求。WTO事实相同或相似的争端应该得到相同或相似的裁判结果，由于WTO判例中事实与判决理由有机结合，判例就有了具体明确的适用范围，从而获得了WTO规则实效的一致，保证了WTO规则的形式公正，也限制了专家组、上诉机构的自由裁量权。
2. 效率价值。WTO争端解决机制作为一种解决争端的程序，快速地解决争端必然成为其目的之一，效率自然成为WTO争端解决机制

的价值追求。专家组和上诉机构为快速解决当事方的争端专门创立了“司法经济原则”，这是在WTO争端解决实践中发展出来的一项原则。“司法经济原则”要求专家组、上诉机构在受理成员方提交的投诉、作出报告时应尽可能地节约利用有限的司法资源。当前，WTO成员数量增长迅速，对争端解决机制参与广泛度提高。1995年WTO成立时有76个正式成员，截至2007年底WTO共有151个正式成员，十二年间成员数量翻了一倍。同时，成员参与争端解决活动的积极性和广泛度在不断提高，对WTO争端机制的重视程度在提高，经验也较以前丰富。世界贸易规模持续增大，贸易摩擦不断，成员间贸易纠纷发生几率和数量并未呈现明显下降态势，各种形式贸易保护势头并未明显消减。这些都需要WTO争端解决机制必须具有高效率。WTO判例可以使专家组、上诉机构在审理相同或类似案件中能够直接援引判例，可以使专家组、上诉机构人员不为已审过的案件耗费时间和精力，而专注于案件中的新问题，自然可缩短审查时间，从而以较小的诉讼成本做到WTO规则适用实效的统一。WTO判例也为后案提供技术性资源，使新案的程序简约成为可能。同时，WTO判例可以为专家组、上诉机构处理相同或类似争端时做到同等情况相同对待，保证了专家组、上诉机构报告的质量，在一定程度上减少当事方的上诉，从而可以节省司法资源，降低诉讼成本。

3. 民主价值。WTO专家组、上诉机构报告每年都对外公布，专家组、上诉机构报告的公布是保证WTO判例效力的一个重要条件。专家组、上诉机构报告对外公布，不仅对当事方公开，而且对整个国际社会公开，报告一经公布就成为可供人引用、研究的法律文件。这样，判例中的判决理由不仅要能对当事方有说服力，而且要接受整个国际社会的评价和检验。因此，成员方可以参照WTO判例来监督专家组、上诉机构制作报告。由于WTO专家组、上诉机构报告注重反复说理和论证过程，因此，每一个报告就成为一种具有丰富内容、体现法律原则和规则并直接解释法的文本。WTO判例的公布不仅有利于成员方乃至整个国际社会监督专家组、上诉机构的行为，确保公正，而且有助于成员方通过WTO专家组、上诉机构报告来理解WTO规则，从而积极参与到WTO规则的制定与完善中去。

4. 法治价值。WTO争端解决机制不具有类似于主权国家法院的强制执行权，WTO争端解决报告如果获得执行必须具有很强的说服力，必须是在法治框架下作出的。援引以前专家组、上诉机构报告的解释和推理，可以加强争端解决报告解释和推理的说服力，使得当事方能够信服。应当说，判例的权威和力量并非来自判例本身，而是隐藏在判例后面或外面的什么东西，使判例具有效力的力量不是法官的意志或命令，而是原则的内在优点或体现在判例中的习惯的现实性。判例中这种合乎规律的东西可以增强成员方在法治框架下解决争端的信心，成员方在采取行动之前已经预知法律效果。根据这种预见和确信，成员方可以确定它们的权利、义务和责任，并且在某种程度上确信它们将不会卷入争端和受到制裁。判例有助于遏制专家组、上诉机构的专横，同样或类似情况要同样处理，削弱它们根据爱好和偏见来作出争端解决报告，从而有利于维护WTO争端解决机制的权威，增强成员方和当事方对专家组、上诉机构的信任。

三、判例在WTO争端解决程序中的适用与中国的因应之策

中华法系曾是一个判例法极为发达的法系，对于判例法与制定法之间的关系认识也是非常深刻的，通过判例法与制定法的配合，“使法律的确信性和适用上的灵活性相统一，既有效地调整着变动中的社会关系，也使法官摆脱了消极执法的困窘状态，因此制定法与判例法的相互为用是中华法系的特点和优点之一。”中华法系的判例法在近代嬗变中因其未体现法治精神且对于新案的约束方面过于僵硬而被摒弃，这有其历史必然性。如何利用我国判例法这一传统法律资源，特别是如何充分发挥判例的优势，这是当今中国司法改革的一个重要课题。WTO专家组、上诉机构报告不具有判例法意义上的拘束力，但是具有事实上的判例效力。高度重视并深入研究WTO判例，对于中国利用和参与WTO争端解决机制来维护我国的贸易权益具有重要意义。

一是转变观念，充分利用并积极参与WTO争端解决机制。中国加入WTO后，中国作为当事方参加的案件数量有限，中国起诉和被诉的案件不多。被诉的案件少，说明中国较好地履行了WTO义务，严格遵守了WTO规则。起诉的案件少，表明中国对WTO争端解决机制的利用率不高。这其中原因很多，其中很重要的一个原因就是认识问题，仍然希望遵循协商解决国际争端的传统做法，不愿进入司法程序；由于经验不足，担心起诉或应诉后获得不理想的裁决结果。从我国参与WTO争端解决实践看，我国参与程度还是相当有限的，事实上有限的参与限制了我国通过秘书处工作培养专家、通过专家组和上诉机构发展WTO判例的机会。因此，必须从思想认识上转变过来，从而为积极应对WTO判例的适用打下思想基础。

二是加强研究，全面掌握WTO争端解决判例的精髓和深化对WTO规则的理解。从GATT到WTO，无论是GATT专家组，还是WTO专家组和上诉机构，都作出了大量争端解决报告，积累了丰富的争端解决经验。自2001年加入WTO以来，中国在全球贸易中的份额逐年上升，在WTO的影响和地位逐年增强，但WTO争端机制项下的参与和影响前几年并未呈现“节节高”状况。自2006年以来中国逐步加强了参与，2007年这种加强趋势更为明显。但是中国目前参与WTO争端解决机制程度不够，仍处于从起步到拓展的过程中，虽取得一定成绩但仍存在许多亟待改进之处，不仅与美国、欧盟、加拿大、巴西等成员仍有较大差距，与智利、阿根廷、韩国等相比也不具优势，政府部门、高校研究机构、律师实务界仍需长期持续努力。WTO判例创造了合法预期，具有事实上的判例效力，对将来类似案件的处理提供了借鉴和指导。中国加入WTO，需要加强对WTO规则、判例和针对性强的预案研究，把握WTO判例的发展趋势。

三是探索创新，建立和完善案例指导制度。当前，最高法院正积极推行建立和完善案例指导制度，重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。应当说，我国的案例指导制度并不是简单地借鉴英美法系的判例制度，它是我国审判实践的产物，是我国审判方式进一步深化的重要措施。实行案例指导制度，通过参照法院发布的典型

案例，统一法律适用和裁判标准，在法院同一辖区范围内，相同的或者大致相同的事实情况，会获得相同的或者大致相同的裁判结果，减少出现“同案不同判”的情形，提高裁判结果的公信力。今后，要加强对有价值的案例进行深度研究，通过编写案例，尤其是通过“案例评析”部分的撰写，注重挖掘案例对于法律的解释和发展功能，归纳出具体的法律规则，展现典型案例精髓，不断完善法律规范体系。在条件成熟的情况下，可以考虑探索从案例指导制度向判例制度的转变途径和形式。

四是培养人才，积极培养和积累与WTO争端解决相关的人才队伍。应当说，从1986年我国正式提出恢复在GATT的合法席位开始，20多年来我国法学教育、研究机构和专门咨询机构通过教学和科研培养了不少WTO专门法律人才，国内相关部门和一些律师事务所、企业也积极参与WTO争端解决，积累了不少经验，但是当前人才不足仍然是困扰中国参与和利用WTO争端解决机制的突出问题，这与我国在世界上的影响和贸易份额不相称，我国还缺少能够胜任在WTO秘书处、专家组、上诉机构工作的法律人员。培养中国的WTO专门法律人才关键在教育。我国传统的法学教育缺少判例知识教学，法律从业人员也缺少判例知识和技能的训练。因此，我国法学教育要加强判例教学，切实提高法律从业者的判例意识。

作者简介：江必新，最高人民法院副院长，法学博士，博士生导师。通讯地址：北京市东城区东交民巷27号 邮编：100745
程琥，北京市高级人民法院行政庭副庭长，法学博士，博士后。通讯地址：北京市建国门南大街10号 邮编：10002
2 联系电话：010—85268496