

HOW IS INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER SHAPED
LAW, MARKETS AND GLOBALIZATION

国际经济秩序 是如何形成的

——法律、市场和全球化

沈 伟 / 著

By Shen Wei



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

HOW IS INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER SHAPED
LAW, MARKETS AND GLOBALIZATION

014035947

D996
108

国际经济秩序 是如何形成的

——法律、市场和全球化

沈 伟 / 著

By Shen Wei



法律出版社



北航

C1723155

D996
108

图书在版编目(CIP)数据

国际经济秩序是如何形成的:法律、市场和全球化 /
沈伟著. —北京:法律出版社, 2014. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5971 - 6

I. ①国… II. ①沈… III. ①国际经济法—研究
IV. ①D996

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 016621 号

国际经济秩序是如何形成的
——法律、市场和全球化

沈 伟 著

责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2014 年 4 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 廊坊市精彩印刷有限公司

印张 31.25 字数 468 千
印次 2014 年 4 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张健伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5971-6

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

感谢上海市教育委员会“东方学者”项目和廖凯原基金会的资助

献给爸爸、妈妈和金心

序

对国际秩序和国际法体系的考察、研究和探求是人类社会永恒的主题。早期的国际秩序依赖武力和战争,崇尚实力和强权。在这种秩序框架里,国际经济秩序明显依附于国际政治秩序和国际军事秩序。20 世纪下半叶以来,国际秩序的主题转向了发展与和平,国际经济秩序具有了相对独立性,与此呼应的是规则和程序,利益交融和势力平衡成为国际秩序,特别是国际经济秩序的主轴和核心。

与国际秩序构建同行的是关于国际秩序范式的研究。关于国际秩序和规范的考察存在着不同的路径。第一种路径是凯尔森建立的法理学的方法,对意识形态进行批判,以一种纯粹法律理论构建国际法体系。这种方法允许法学家同法律进行一种亲密的接触,而这种接触是非政治性的,纯“科学”的。在这一路径下,国际法被视为一种单一的自我解释的系统。^① 凯尔森的理论具有形式主义的特点,并且在该理论中法律形式上的合法性脱离于对其实质内容的社会 and 道德评价。这意味着,这种理论不能作为一种改造意识的体系为国际法学界所认同并加以利用,更不用提国际决策者了。可想而知的是这种理论的命运,亦如其他类似的法律实证主义理论。

第二种路径——法社会学的路径是将国际社会和国际秩序概念化,并且将这个概念化的过程同社会过程的概念化过程结合起来。起源于耶鲁法学院的纽黑文学派是这个路径的代表。^② 耶鲁法学院的麦克道戈尔教授(及其合作者)试图将国际社会和法律的观念化融入总的社会进程的概

^① Hans Kelsen, “*Principles of International Law*”, The Lawbook Exchange, Ltd., 2003. Jochen von Bernstorff, Thomas Dunlap, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge University Press, 2010.

^② Harold D. Lasswell, Myres S. McDougal, “*Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science, and Policy*”, New Haven Press/Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

念化之中,而法律被认为是价值进程的一个方面。他的工作具有一定的前瞻性,也具有一定的开创性。这体现在两个方面。一方面,他超越了他所处的时代。另一方面,他向一群冥顽不灵的国际关系参与者宣扬了一种新的分配理念和思考法律的进化过程。麦克道戈尔的努力经常被冠以超经验主义的实证主义、自然主义和现实主义的标签。

第三种路径则是一个全然不同的哲学和历史的进路。康德是这个学说派别的先行者。^① 剑桥大学的阿洛特教授通过他的著作为我们揭示了如何在意识中到达目前的状态,即特定的社会、道德和法律意识。另外,他也告诉我们必须认清目前的世界体系作为一种社会和智力的历史是如何发展的。他所希望的不仅仅是国际法的改革。他的着眼点是我们对国际社会的基本概念有根本的转变,以及在适当的时候,整个世界的国际社会进程发生实质性的变化。这是一种非常愿景式的期许。但是,这种努力并不是遥远的乌托邦,它恰恰反映了个体的人(尽管个体经验千变万化)以及整体的人类(尽管现实是支离破碎的)在国际社会中渺小但是可能伟大的作用。^②

第四种路径是法经济学的路径。这种路径的前提是国际法和国际秩序的主体——国家和国际组织——是理性的人。他们在进行活动时进行着成本收益分析,他们在互动时进行着类似“囚徒困境”式的博弈,他们在订立国际文件时也面临着订立合同时所面临的理性选择难题,^③等等。法经济学的分析路径为国际法和国际秩序的理解和研究提供了新的范式。^④ 与国内立法过程需要吸纳成本收益分析方法以便增加立法的有效性和合理性一样,国际规则的制定或许也需要引入这样的分析模式。

国际法学界还盛行一种实证主义理论的努力,一种与国际关系学交叉

① 赵明著:《康德〈论永久和平〉的法哲学基础》,华东大学出版社、上海三联书店2006年版;李秋零主编:《康德著作全集第8卷——1781年之后的论文》,中国人民大学出版社2010年版。

② Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford University Press, 1990. 中译本参见,菲利普·阿洛特著:《公平之神:新世界新秩序》,沈伟、崔炯哲译,法律出版社2013年版。

③ Andrew Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008.

④ Eric A. Posner, Alan O. Sykes, "Economic Foundations of International Law", Harvard University Press, 2013. 关于对该书以及对国际法进行法经济学研究的评论,参见 Shen Wei, "Book Review: Economic Foundations of International Law," *Hong Kong Law Journal*, (2013) 43(2), pp. 773 - 789.

接轨的路径。这是一种更加“接地气”的研究路径。这种进路重视国际法实践过程中的决策者的作用,研究他们的行为和决策机制,从而了解国际法和国际秩序是如何真实活动的。但是,这种“实然”的研究方法经常遭人唾弃,因为它在研究领域的合理性成疑。“国际关系”一词在某些学者,比如阿洛特,看来无异于腐败的旧制度的标志。这是因为国际关系理论以决策者的活动为研究对象,为决策者的行为模式找到一种超验的合理性与合法性。^①

国际秩序,特别是国际经济秩序,到底是如何形成的呢?本书试图对这样的问题进行初步的分析。国际经济秩序首先是法律化的过程:国内法的扩展适用、国际法的制定和普遍适用、国际规则的制定,进而进入国内法体系。国际经济秩序是市场化作用的反映。国际法和国际规则的演进归根结底是国内和国际市场交织作用的结果。如果没有跨国经济活动,没有国际市场,大部分的国际经济法律和规则不可能得到有意义和有效力的执行和适用。只有法律和市场还不足以使国际经济秩序从初级到高级,从北方(发达国家)到南方(发展中国家),从局部到全球的发展和演进。近二十年来,国际经济秩序大幅度的丰富、跃进和体系化归根于全球化,并且植根于全球化,最终将引发全球化进程的法制化和司法化。全球化在深度、广度和规模上极大地改变了全球经济活动的面貌。全球化是一种无限弥漫、无法抗拒的法律、市场和治理机制状态与秩序。我们已经无须对全球化及其存在加以理性、学理或者道德判断。重要的是,全球化与法律和治理形成了一个新的连接点,^②改变了全球经济活动的治理图景。

我们可以把全球化当做一种范式、体系、机制、框架,甚至是一种宪制性的程序,^③将其作为有效和实用的工具改进、完善、改造和变革国际社会和国际经济秩序。同时,值得注意的是,当下的全球化是权力中心的全球化,是由主权国家、国际组织、非政府组织和跨国企业等不同势力牵引

① Philip Allott, *Eunomia, "New Order for a New World"*, Oxford University Press, 1990, p. xlvii.

② 关于国际化和法的早期论述,参见阿里斯托夫·阿尔普:“全球化与法——一个形成中的交接点”,孙潮、沈伟译,载《南京大学法律评论》1997年春季刊。

③ W. Michael Reisman, *The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century Constitutive Process and Individual Commitment* in Brill/Nijhoff, *The Pocket Books of the Hague Academy of International Law*, 2013.

的以政治机制为主的全球化。^①这与以规则和程序为基础的全球化和“现代性”(或者“后现代性”)的全球化以及可持续性的全球化^②仍有差距。但这种全球化和与之匹配的全球经济秩序正在模糊传统的诸如南方和北方的政治分野。^③这种全球化与地方化的现实发生了复杂的关系,形成了“全球地方化”(glocalization),^④并且空心化(hollow-out)了传统的等级和功能治理(hierarchical and functional governance)模式。^⑤

与全球化呼应的还有全球正义,即通过机构和更加非正式的方法构成一种处于萌芽期的全球民主。^⑥阿马提亚·森就这样写道:“当全世界的人们煽动着要获得全球正义,他们不是叫嚷着要得到某些‘最低的人道主义’。他们知道一个完全正义的世界是一个乌托邦的美梦。他们想要的是‘去掉那些非常非正义的安排以强化全球正义’。”推进和深化正义理论对21世纪的个人、国家和国际社会都至关重要,^⑦对国际秩序的构建也极为重要。

与国家治理能力对应的是国际治理能力,而国际治理能力的关键要素

① 传统国际法从来不把个体的人作为国际法的主体,但是人权却是国际法的重要主题。D Thurer, “International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context”, in Brill/Nijhoff, *The Pocket Books of the Hague Academy of International Law*, 2011.

② Nico Schrijver, “The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status”, in Brill/Nijhoff, *The Pocket Books of the Hague Academy of International Law*, 2008.

③ Shawn Donnan, “Bali Talks Set To Showcase New Dynamics in the WTO,” *Financial Times*, 29 November 2013, p. 3.

④ Erik A Swyngedouw, “The Mammon Quest: ‘Glocalisation’, Interspatial Competition and the Monetary Order: The Construction of New Spatial Scales,” in Mick Dunford, Grigoris Kafkalas (eds), *Cities and Regions in the New Europe: The Global – Local Interplay and Spatial Development Strategies* London, Belhaven 1992, pp. 39 – 67.

⑤ Gwyndaf Williams, “Institutional Capacity and Metropolitan Governance: The Greater Toronto Area”, (1999) 16(3) *Cities*, pp. 171 – 80.

⑥ 罗尔斯完全放弃了“全球正义的主张”。Amartya Sen, “The Idea of Justice”, Penguin Books, 2009, p. 26. 直至1999年,罗尔斯才在著作 *The Law of Peoples* (Harvard University Press, 1999) 中完整地阐述了他的国际正义观。

⑦ 沈伟:“罗尔斯之后如何延续正义:阿马提亚·森‘正义的主张’”,载《政法论坛》2013年第1期。

就是法律、市场和全球化,国际经济秩序是这三个要素整合和叠加的结果。^① 基于此,法律、市场和全球化是我们理解进而优化国际经济秩序的三个维度。本书的章节就是从这三个维度对全球贸易秩序、全球投资秩序、全球金融秩序、全球争端解决秩序,以及全球区域秩序加以梳理和解读。

全球经济秩序仍处于变化、形成和重构过程之中。始于2008年的全球金融危机极大地改变了全球经济秩序,特别是全球金融秩序的面貌。法律、秩序和全球化在全球金融危机之后继续变化和演进,这个过程不会停歇。全球经济秩序正在朝非传统领域扩展,比如国际环境秩序、国际能源秩序、国际海洋秩序,等等。非但如此,当前正在进行的泛太平洋合作协议(Trans - Pacific Partnership)、跨大西洋贸易与投资协定(Transatlantic Trade and Investment Pact)以及欧盟同印度和日本之间的自由贸易协定的谈判极有可能彻底改变国际经济秩序的基本游戏规则。^② 可以肯定的是,关于国际经济秩序的计划没有固定的议程和建构的终点。

借用丘吉尔的这句话作为这个短序的结束是再恰当不过了:这不是结束。这甚至不是开始的开始。但,这可能是开始的结束。

沈 伟

2013年11月12日

于美国纽黑文

① 全球化和国际法还有跨文化的要素。关于国际法与多元文化之间的关系,参见 Yasuaki Onuma, "A Transcivilizational Perspective on International Law: Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi - Polar and Multi - Civilizational World of the Twenty - First Century", in Brill/Nijhoff, *The Pocket Books of the Hague Academy of International Law*, 2010 及[美]涛慕思·博格著:《康德、罗尔斯和全球正义》,刘莘、徐向东译,上海译文出版社2010年版。

② Philip Stephens, "Trade Trumps Missiles in Today's Global Power Plays," *Financial Times*, 22 November 2013, p. 9. 中国也在积极地应对,比如分别同美国和欧盟谈判双边投资协定。Jamil Anderlini, "China and EU Agree to Negotiate Treaty," *Financial Times*, 22 November 2013, p. 4. 上海自由贸易区的建立在某种程度上是应对正在兴起和成型的国际贸易和投资新规则。但是,欧盟认为同中国签订双边自由贸易协定的时机仍不成熟。Nicholas Winning, "Brussels Balks as UK's Cameron Urges Beijing Accord," *The Wall Street Journal*, 3 December 2013, A12.

目 录

序	1
第一章 全球贸易体系与世界贸易组织框架	1
第一节 美国《1930 年关税法》第 337 条的非法性——以世界贸易组织协定为依据	3
第二节 赫尔姆斯—伯顿法案及其非法性	16
第三节 美国的普遍优惠制	26
第四节 平行进口的知识产权保护	33
第五节 乌拉圭回合以后欧盟反倾销法的立法变化	44
第六节 美国反倾销法最新修改与动向	49
第七节 世界贸易组织新协议的法律问题	54
第二章 跨境投资活动与国际投资法律体系	73
第一节 外资法与公司法的兼容	74
第二节 外商技术投资的法律分析	79
第三节 外商投资和环境保护	85
第四节 外资“超国民待遇”的国民化	90
第五节 “建造—经营—转让”项目与外汇风险	97
第六节 “建造—经营—转让”项目在中国的适用	108
第七节 世界并购风潮与中国兼并的法律问题	122
第八节 外商并购式投资浅析	129
第九节 中国海外投资保证制度的建立	135
第十节 双边投资协定与投资仲裁机制	145

第三章 国际金融体系重构和后危机时代的金融治理	176
第一节 担保协议中债权人利益保护条款的设计	181
第二节 复杂金融产品的监管及其改进路径	190
第三节 金融市场的国际监管:法律分析和政策应对	227
第四节 亚太经合组织金融协作:可能性和切入点	238
第五节 是什么建构了金融中心?——以香港、上海两个市场及监管机制的比较为视角	253
第六节 重构国际货币金融体系的困境和进路——以怀特计划和凯恩斯计划的比较为起点	270
第七节 后危机时代的全球金融秩序治理与二十国集团的定位、合法性与作用	282
第四章 商事仲裁制度的国际化	312
第一节 承认和执行外国仲裁裁决的国际化趋势	313
第二节 承认和执行国际仲裁裁决的中国法律依据及其适用	330
第三节 仲裁员责任:一个基于理论的分析	350
第四节 大陆和台湾地区商事仲裁制度:一个基于比较的分析	364
第五章 国际争端及争端解决机制的演进	374
第一节 多边贸易争端解决机制——规则、演进及其法律特性	376
第二节 亚太经合组织的争端解决机制	385
第三节 《联合国海洋法公约》的争端解决机制	391
第四节 国际反恐与国际恐怖主义犯罪	408
第五节 战争与不使用武力原则	416
第六章 欧盟法律制度和新的国际区域秩序	451
第一节 欧盟法律制度的国际法解读——以《马斯特里赫特条约》为起点	452
第二节 欧盟法律制度的国际法性质——以《马斯特里赫特条约》为维度	461
第三节 欧盟兼并管制制度——理解欧盟法的法源及其适用	473
后记	485

第一章 全球贸易体系与世界贸易组织框架

国际贸易的历史源远流长,但真正在广度和深度上取得重要进展并且成为具有世界性规模的经济活动则是在资本主义时期。这个时期国际贸易的发展极大地改变了世界经济版图。与国际贸易发展规模和水平成正比的是日益完善的国际贸易秩序,从国际合同规范到国际贸易支付制度,从国际航运规则到国际贸易争端解决机制,所有国际贸易可能涉及的方面都纳入了全球贸易秩序当中。以世界贸易组织为核心的国际贸易秩序也成为了国际经济秩序的基石。正因如此,研究国际经济秩序演进和发展首要的是认知国际贸易秩序。

当代中国是一个典型的依靠国际贸易提升经济规模 and 水平的国家,也是依靠国际贸易秩序改变经济贸易水平,依靠现有国际规则改变国家经济发展面貌的国家。到2013年,中国货物和服务进出口总额占GDP的比例已经达到50%,而美国仅为30%,日本为35%。^① 正因如此,发达国家视中国为搭“顺风车”的国家(free-rider),^②

^① Martin Wolf, "China Must Not Copy the Kaiser's Errors," *Financial Times*, 4 December 2013, p. 9.

^② Philip Stephens, "Trade Trumps Missiles in Today's Global Power Plays," *Financial Times*, 22 November 2013, p. 9.

美国将崛起的中国定位为“利益攸关者”。

本章试图涉及全球贸易秩序的一些维度,特别是美国法的维度,这是由美国在国际贸易制度中的引领者的地位决定的。第一节讨论的是美国商法第 337 条。国际贸易秩序的主要引领者和规则制定者是美国。美国的国际贸易规则具有双重性,既推动全球化、制定国际贸易规则、确定国际贸易谈判主题,又推行保护性的措施,以确保美国公司在国际贸易中占有有利的地位。美国商法第 337 条就是为美国推行保护主义提供法律依据。第二节讨论的是美国赫尔姆斯—伯顿法案。这是美国在国际贸易领域推行保护主义、使国际贸易和国际经济活动为本国外交政策服务的最好脚注。美国国内法的域外适用是国际私法和国际经济法的一个重要议题,这是美国在全球贸易秩序中的地位决定的。第三节研究的是美国的普惠制。普惠制提供的是比最惠国和国民待遇更优惠的待遇。但这种优惠制度的设计仍然是以给惠国的利益为出发点的。第四节涉及的是贸易中的知识产权问题。这一节的讨论体现了国际贸易制度的复杂性和交叉性。国际贸易秩序的演进方向是向服务业发展。这个体系的发展将更趋庞大和繁杂。国际贸易秩序的发展呈现交叉和纵深发展的态势,特别是贸易议题与知识产权保护、金融产业开放、环境保护等诸多议题,使得国际贸易议题和规则更趋复杂。第五节和第六节对欧盟和美国反倾销法的发展作了深度分析。反倾销制度在国际贸易秩序中的作用正在向贸易保护工具的方向发展。同时,反倾销规则更加技术化和程序化。本章最后一节试图对世界贸易组织的最新议题做简要评估和分析。世界贸易组织历时 12 年的多哈回合谈判将众多谈判议题收窄到三个支柱议题(pillars)上:边境贸易便利化(trade facilitation)、发展议题和农业问题。^①可以预见的是国际贸易秩序和世界贸易组织的内容将会越发复杂和细致。世界贸易组织的谈判议题也需要向投资、竞争、消费者规制(consumer regulations)、环境保护等议题扩展。^②但是,多哈谈判的久谈未果给世界贸易组织和多边贸易秩序的发展亮出了红灯,使得世界贸易组织面临边缘化的危险境地。

① Shawn Donnan, "WTO on Verge of Global Trade Pact," *Financial Times*, 22 November 2013, p. 4. 世界贸易组织努力达成的新协议只是多哈回合设定议程的一部分。

② Shawn Donnan, "Up in the Air," *Financial Times*, 3 December 2013, p. 8.

第一节 美国《1930 年关税法》第 337 条的非法性 ——以世界贸易组织协定为依据^①

对于美国《1930 年关税法》337 条款(以下简称 337 条款)是否与 WTO 的相关规则冲突的问题,学者间存有不同观点。多数学者认为,337 条款的实质是美国政府在主权范围内利用公权力直接调控市场经济,保护国内相关行业的发展。^② 337 条款下的审理机构不中立,欠缺对被申诉人利益的保护等不足,构成了对《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on trade-related Aspects of Intellectual Property Right,以下简称 TRIPs)第 3 条国民待遇原则的违反。^③ 337 调查的紧张时限使美国国内产业受益;337 缺席判决的规定使申诉方获益;排除令构成对国际贸易的限制;337 诉讼是美国国内产业打击外国竞争对手的有力武器,限制了国际贸易的正常进行等过度保护美国方面权益的做法,也使得 337 条款不能适用 TRIPs 国民待遇原则的例外。^④ 337 条款违反 TRIPs 第 41 条第(1)款、第(2)款、第(3)款的规定,因而涉案国完全可以考虑在适当时机据此将 337 条款诉诸 WTO 争端解决机构。^⑤ 当然,亦有少数学者认为,337 条款并没有违反 TRIPs 协定。这主要是因为,TRIPs 协定的达成是发达国家与发展中国家妥协的结果,协定有不少模糊的地方。如果依据这种宽泛的宣示性措辞断定 337 条款违反 TRIPs 协定,并不具有很强的说服力。此外,TRIPs 总的

① 本节的部分内容发表于沈伟、张宁:“试论美国联邦贸易法 337 条款的矛盾性——以世界贸易组织协议为线索”,载《现代法学》1997 年第 6 期。本节内容作了必要的更新,并增加了导读部分。

② 苏喆:“中国企业应对美国 337 条款的知识产权战略——以江苏圣奥完胜美国富莱克斯公司为例”,载《科技与经济》2010 年第 5 期。

③ 朱国华、陈元芳:“美国关税法 337 条款与 TRIPs 协议的相悖性探析”,载《暨南学报》2010 年第 2 期。

④ 朱国华、陈元芳:“美国关税法 337 条款与 TRIPs 协议的相悖性探析”,载《暨南学报》2010 年第 2 期。

⑤ 朱国华、陈元芳:“美国关税法 337 条款与 TRIPs 协议的相悖性探析”,载《暨南学报》2010 年第 2 期。

来说允许缔约方将边境措施纳入知识产权保护制度中。但该观点同时认为,美国的337条款违反了WTO的国民待遇原则。^①在欧盟诉美国337条款案中,专家组虽然支持了欧盟的诉求,但回避了337条款是否与WTO规则相悖的问题。如果将337条款在学理上是否有违WTO规则的问题搁置一边,经济学的实证研究表明,美国对涉案国“337条款”调查会使涉案国的相关产品失去美国市场;增加涉案国企业的贸易成本,降低涉案产品的竞争力。这在事实上违反了WTO所确立的相关规则。相较于传统形式的贸易救济手段,如反倾销、反补贴和保障措施等,337条款调查的法律后果更加具有破坏性。因此,寻求应对337条款的具体措施对美国的贸易伙伴来说尤为必要。对我国的产业界而言,需要发挥政府的引导作用,积极利用WTO纠纷解决机制,适时将337条款诉诸WTO。^②从微观角度来讲,提高行业协会的组织协调能力,发挥整个行业应对调查的作用;总结梳理相关案例的经验、教训,^③加强对相关企业、人员的培训;调查时应采取事前预防、事中应对以及事后补救的措施;建立337条款应对中心等。

随着世界经济的发展,国际贸易已从单一的货物贸易向货物、服务和技术等多元贸易转变。知识产权国际保护成为国际经济法的重要议题。世界贸易组织乌拉圭回合谈判将知识产权保护作为新的议题,并签订了《与贸易有关的知识产权协定》,《关于争端解决规则与程序的谅解书》,两者共同构成了调整贸易领域知识产权争议的国际法框架。作为技术强国的美国一直对知识产权国际保护采取最为积极的态度。一方面,在国际上大力鼓吹以多边贸易协定方式解决争议;另一方面,又以国内法为依据对他国采取单方面制裁措施,逼迫贸易伙伴完善知识产权保护制度,维护美国的商业利益。美国贸易法体系中保护知识产权的核心是301和337两个条款。本节试以世贸组织的相关协议为线索对美国337条款的矛盾性

① 朱鹏飞:“美国337条款的合法性及我国的对策——以WTO一般例外条款为视角”,载《南京社会科学》2013年第1期。持相同观点的有万勇:“美国关税法‘337条款’是否违反GATT1994?”,载《世界知识产权》2005年第3期;陈志雄、陈文波、潘长河等也在其相关著作中表达了相似观点。

② 朱国华、陈元芳:“美国关税法337条款与TRIPs协议的相悖性探析”,载《暨南学报》2010年第2期。

③ 苏喆:“中国企业应对美国337条款的知识产权战略——以江苏圣奥完胜美国富莱克斯公司为例”,载《科技与经济》2010年第5期。

略作评析。

一、337 条款的内容和特点

337 条款又称“不公平贸易做法”条款,源于 1922 年和 1930 年的《关税法》(The Tariff and Trade Act),主要针对美国法院无权管辖的外国人从事不公平的贸易竞争行为,为美国产业提供行政救济的手段。经过数次修订后,才在 1988 年《综合贸易及竞争法》(Omnibus Trade and Competition Act)中成为保护知识产权的行政制裁工具。^① 337 条款与国人熟知的 301 条款有所不同。首先,作用机制不同。301 条款主要由政府授权贸易代表与有关国家进行谈判,要求改变不利于美国的不公平做法。如果谈判未能达成合意,便采取报复性制裁措施,其根本目的是为了扩大贸易市场。337 条款是直接针对外国生产商的制裁措施,以此阻止侵犯美国知识产权的产品进入美国市场。其次,保护对象不同。301 条款包括“一般 301”、“特殊 301”和“超级 301”三种。除“特殊 301”(“确定拒绝为知识产权提供充分有效保护的外国”)以保护知识产权为主旨外,“一般 301”和“超级 301”的主要功能是排除外国“不合理、歧视性的、不正当的贸易法律、政策或实践”,对限制美国商业发展,拒绝为美国商人提供平等市场机会或未向美国投资者提供国民待遇的国家采取报复措施,为美国产品“公平、衡平”地进入国际市场创造条件。相比之下,337 条款的任务相对狭窄,仅限于保护美国厂商专利权在贸易过程中不受到侵犯。最后,保护方式不同。301 条款是积极保护方式。美国贸易代表可在他认为必要的情况下,主动发起调查程序,要求与贸易伙伴进行磋商。337 条款重点在于流通环节,提供的是消极保护。^② 当然,两者的共同点都是旨在保护美国国际贸易利益。

337 条款规定,任何进口或销售受美国专利法保护的产品,包括直接出口、间接供应该产品至美国,或在美国境内贩卖该产品,均属侵害美国专利权的行为。适用 337 条款的实体要件包括:产品被销往美国;该贸易行为违法或存在不公平以及该不公平做法足以对美国某一产业造成实质性

^① 其间经过的修订包括 1974 年贸易法、1979 年贸易协定法、1982 年联邦贸易法院改革法、1984 年贸易关税法。

^② 除此之外,301 条款和 337 条款的执行机构、救济措施和程序期限也有区别。