

“中文社会科学引文索引”(CSSCI)来源集刊

Journal of International  
Economic Law

Volume 18, Number 1, 2011

# 国际经济法学刊

第18卷 第1期 (2011)

陈安 主编 蔡从燕 执行编辑

## 本期要目

朱楷叶: DSU第21.5条与第22条程序冲突及其解决

刘彬: 区域贸易协定成员方保障措施歧视性适用问题详论

——兼析中国FTA的最新实践

陈戈: 国际版权法碎片化视野下发展中国家的知识获取及对中国之启示

李洋林: 论破产与国际商事仲裁的冲突及其协调



清华大学出版社  
TSINGHUA UNIVERSITY PRESS

# 国际经济法学刊

第18卷 第1期 (2011)

陈 安 主编 蔡从燕 执行编辑



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

国际经济法学刊. 第 18 卷. 第 1 期:2011/陈安主编. —北京:北京大学出版社,2011.6

ISBN 978 - 7 - 301 - 18858 - 3

I. ①国… II. ①陈… III. ①国际经济法 - 文集 IV. ①D996 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 078985 号

书 名: 国际经济法学刊(第 18 卷第 1 期)

著作责任者: 陈 安 主编

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18858 - 3/D · 2848

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 18.75 印张 290 千字

2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

---

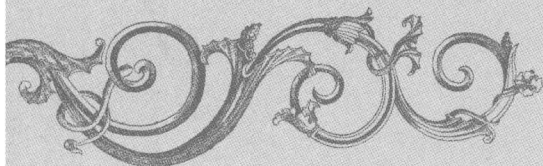
未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# Journal of International Economic Law

Volume 18, Number 1, 2011



## 《学刊》组织机构

### 顾问

朱学山 郭寿康

### 编辑委员会

主任:陈 安

副主任:李国安

委员(以姓氏笔画为序):

|     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|
| 王传丽 | 王贵国 | 车丕照 | 朱榄叶 | 余劲松 |
| 吴志攀 | 吴焕宁 | 张月姣 | 张玉卿 | 李国安 |
| 陈 安 | 陈治东 | 尚 明 | 徐崇利 | 莫世健 |
| 曾令良 | 曾华群 | 董世忠 | 廖益新 |     |

### 编辑部

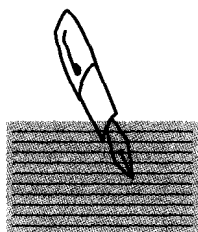
主任:李国安

本期执行编辑:蔡从燕

本期编辑(以姓氏笔画为序):

于湛旻 陈 欣 龚 宇 韩秀丽 蔡从燕

本期英文编辑:龚 宇



## 序言

《国际经济法学刊》(简称《学刊》,原名《国际经济法论丛》)是全国性、开放性的国际经济法专业优秀学术著述的汇编,是国际经济法理论界与实务界笔耕的园地、争鸣的论坛和“以文会友”的平台。其宗旨是:立足我国改革开放与建立社会主义市场经济体制的实践,借鉴国外的先进立法经验和最新研究成果,深入研究和探讨国际经济关系各领域的重要法律问题,开展国内、国际学术交流,推动我国国际经济法教学与科研的发展,并为我国积极参与国际经济法律实践以及我国的涉外经济立法、决策和实务操作,提供法理依据或业务参考。《学刊》系“中文社会科学引文索引”(CSSCI)学术数据来源集刊。

《学刊》每年出版一卷,每卷四期,本期为《学刊》第18卷第1期,本期共设世界贸易组织法、国际投资法、国际知识产权法、国际贸易法以及国际金融法等五个专栏。

世界贸易组织法方面,在《DSU第21.5条与第22条程序冲突及其解决》中,中国研究WTO的资深专家、华东政法大学朱榄叶教授认为,在WTO争端解决程序中专家组/上诉机构报告的执行阶段,WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)第21.5条和第22条的实施会出现程序上的冲突,即通称的“适用顺序”(sequencing)问题。作者认为,这一问题的产生是由于DSU当初设计的程序缺陷,实践中两个程序发生冲突的并不少见。在考察WTO争端解决机制十五年实践的基础上,作者提出了修改DSU第21.5条和第22条的建设性建议。

在《2010年WTO争端解决活动及中国参与情况评析》中,商务部条法司的纪文华先生与孙昭先生从新争端发生情况、重要案件进展和影响、争端解决新现象和新问题、WTO争端机制谈判、上诉审议程序修改等方面回顾了2010年WTO争端机制项下的主要活动,对相关问题进行了评论,进而对2010年中国参与WTO争端解决活动的主要情况进行了介绍和评论,指出中国整体参与WTO争端的范围在逐步扩大和深入,而在具体案件上有获胜也有失利。在《区域贸易协定成员方保障措施歧视性适用问题详论——兼析中国FTA的最新实践》中,北京师范大学珠海分校刘彬副教授认为,区域贸易协定成员对保障措施的歧视性适用问题是当前区域一体化浪潮导致的一大法律难题。WTO争端解决机构在若干判例中确立了“对应性原则”,鲍威林则在学理上提出了“各司其职”论。这两种代表性观点各有优势,但也有明显值得商榷之处。对此,WTO现有条文所提供的法律分析基础显得不够明确和充分。真正有效地解决该问题的方法是在WTO中进行多边立法协调。作者提出了解决这一问题的若干建设性思路。在《论RTAs透明度机制委托执行机构的选择——以WTO发展中成员方为视角》中,南京大学许多博士生认为,GATT 1994第24条、GATS第5条以及《1979年关于发展中成员方差别待遇和更优惠待遇、互惠和更全面参与的决定》中规定的区域贸易制度,形成了WTO最惠国待遇的一项重要例外。由于这些规定本身的模糊性,特别是对于透明度要求的含糊不清,让WTO各成员方意识到透明度机制的重要性,并由此催生了《关于〈区域贸易协定透明度机制〉的决议》。但是,在三年多的实践中,其通报的执行情况也暴露了一些问题,作者对这些问题进行了归纳、分析。

国际投资法方面,在《公共利益与国际投资仲裁程序性改革——以法庭之友和透明度为例》中,厦门大学于湛旻博士生认为,由于过于强调对投资者的保护而对公共利益缺乏关注,国际投资仲裁机制日益遭到质疑。为加强对东道国公共利益的保护,投资仲裁的改革势在必行。除了完善投资条约中的实体规范以外,程序性规范的改革也是重要的,法庭之友制度及增加透明度就是这种程序性改革的重要内容。在投资仲裁中引入“法庭之友”制度可以给予公共利益的维护者参与仲裁、发表意见的机会,增加投资仲裁的透明度则有助于切实维护广大公众对于仲裁案件的知情权。在两种制度的具体规范设置上,应当特

别注意公共利益、私人利益以及仲裁程序与可管理性之间的平衡。在《论 BIT“公平与公正待遇”条款保护投资者合理期待的正当性》中,南京大学袁钰菲硕士生认为,在仲裁实践中,投资者频繁援引公平与公正待遇条款以保护其合理期待,其大量诉求获得了仲裁庭的支持,但理论界对此提出质疑。在实践层面上,对于保护投资者合理期待属于东道国义务,各国已基本达成共识,但具体保护标准尚未明确。在理论层面上,从条款解释、信赖利益保护、期待利益保护、国际习惯法发展等角度进行分析,保护投资者合理期待也是具有正当性的。当前情况下,我国应从文本限定和行为规范两方面保护我国利用外资和海外投资的相关实践。

国际知识产权法方面,在《知识产权国际保护合法性危机的质疑与反思——合法性危机抑或合理性期待》中,吉林大学刘亚军教授与杨健博士生认为,作为知识产权国际立法的核心,《TRIPS 协定》引发的争论、质疑、不满和愤怒从未平息,发达国家与发展中国家、最不发达国家之间的利益博弈直接导致了对知识产权国际保护制度合法性的讨论。作者认为,相对公平正义是知识产权国际保护制度合法性判断的一个应有内涵。从动态利益平衡的视角分析,知识产权国际保护制度有着正当性、合理性的理论支撑。作者认为,与其说知识产权国际保护制度出现了合法性危机,不如说是对该制度存在更多的合理性期待。当今国际知识产权制度面临着各种挑战,应当寻求相应的对策与完善路径。在《知识产权一体化下我国技术转移规范的滞后和改进》中,大连海事大学徐红菊副教授认为,随着 WTO 体制的建立,在全球范围内形成了知识产权一体化机制,WTO 成员域内知识产权法律制度趋于一致。发展中国家对跨国技术转移的传统式管理,因本国知识产权法律制度的更新而明显弱化。作者从知识产权与技术的关系入手,认为国家有必要协调技术转移与知识产权法律制度。通过对知识产权跨国转移进行法律经济分析,作者探讨了知识产权世界一体化背景下,我国对跨国技术转移进行规范的滞后现状,并在立足中国国情的基础上提出构建独立的本土化跨国技术转移规范体系的建言。在《国际版权法碎片化视野下发展中国家的知识获取及对中国之启示》中,德国哥廷根大学陈戈博士生认为,国际法的碎片化趋势在版权领域有着具体的形态体现,而发展中国家在版权领域亦有其“获取知识”的法理基础。根





据法律碎片化在版权、贸易、人权领域的不同价值形态,发展中国家应对国际版权法碎片化应有相应措施。国际版权的法律冲突,集中体现于世界知识产权组织(WIPO)管理下的相关版权条约法与WTO管理下的《TRIPS协定》之间的关系。国际版权法中潜在的碎片化结构对于发展中国家在版权领域为获取知识而争取自身利益的目标和行为具有深远的影响。中国应凭借其在发展中国家群体内的优势,推动全球范围内发展权的实现,并通过WIPO与WTO这两大平台,倡导建立新的国际版权秩序。在《论知识产权最惠国待遇制度的生成和特征》中,厦门大学张建邦博士生认为,知识产权最惠国待遇制度的生成是知识产权保护、社会需要和法律技术综合作用的结果,也是对最惠国待遇正统制度形态作了必要修正的产物。这一制度最初借用于商务条约,在其历史演变过程中,也主要适用于贸易体制中的知识产权保护。《TRIPS协定》在最惠国待遇方面有一些制度上的创新发展,《TRIPS协定》之前和之后的知识产权最惠国待遇也呈现出某些不同的特点。作为适应知识产权保护之特殊性的必然结果,知识产权最惠国待遇在适用对象、优惠对象和优惠内容上具有独特的特点。

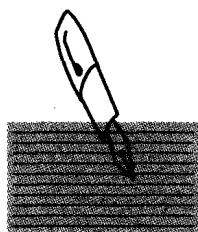
国际贸易法方面,在《对〈鹿特丹规则〉批量合同之解读》中,大连海事大学郭萍教授与施歌先生认为,《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》(简称《鹿特丹规则》)在首次将批量合同纳入其调整范围的同时,也赋予了批量合同当事方在一定范围内背离公约强制性规定的自由。如何理解和认识批量合同,与其他类似的运输合同有何区别成为正确适用《鹿特丹规则》的关键。作者以《鹿特丹规则》的具体规定为基础,对批量合同的界定、法律属性、识别要素进行论述,并将批量合同与其他类似运输合同进行了比较和分析,力图更清楚地理解批量合同。在《论破产与国际商事仲裁的冲突及其协调》中,中国政法大学李泮桦博士生认为,反映公共政策考量的破产程序的启动,往往冻结了同一国家内正在进行的商事仲裁程序,仲裁当事人可以正当理由向法院申请解除冻结的救济,而破产管理人也可对破产前签订的仲裁协议进行继受。破产与仲裁并非在同一国家进行时,外国仲裁程序在特定情形下不受破产法院自动冻结的约束。在国际商事仲裁领域,仲裁协议通常具有相对的优先执行性。然而,对于跨国破产而言,合同仲裁主义是弥合跨国破产与仲裁之间的冲突的一种尝试性的建构。

国际金融法方面,在《论全球金融治理中的软法》中,武汉大学张庆麟教授和刘天姿博士生认为,全球治理理论的勃兴与2008年金融危机造成的影响,使得全球金融治理成为实务与理论上热门的议题。传统国际法渊源,如条约与国际惯例,不能满足全球金融治理的目标。由于全球治理理论与金融本身特性两方面的原因,全球金融治理对软法有着特殊的需求,与其具有紧密的联系。在全球金融治理中,软法发挥着节约谈判成本、避免主权利限制、允许政策偏好的分歧、提供统一的国际标准、回应现实不确定性与为持续磋商做基础的重要作用。近年来金融稳定委员会的重构证明了软法在全球金融治理中的作用,预示了其短期内的的发展。作者认为,众多的国际金融软法不可能在一夜之间消失,仍然将在具体领域具有独特而重要的意义。

**特别声明:**在本刊发表的论文,其所论证的各种观点,未必是本刊编辑部所持的立场和见解。秉承“百家争鸣”的方针,欢迎持有不同见解的学界同仁惠赐佳作,以本刊作为平台,针对各有关问题,各抒己见,深入探讨,互相补益,共同提高。

《国际经济法学刊》编辑部

2011年4月20日



# 目 录

## 世界贸易组织法

DSU 第 21.5 条与第 22 条程序冲突及其解决…………… 朱榄叶 (1)

2010 年 WTO 争端解决活动及中国参与情况

评析…………… 纪文华 孙 昭 (18)

区域贸易协定成员方保障措施歧视性适用问题详论

——兼析中国 FTA 的最新实践…………… 刘 彬 (53)

论 RTAs 透明度机制委托执行机构的选择

——以 WTO 发展中成员方为视角…………… 许 多 (72)

## 国际投资法

公共利益与国际投资仲裁程序性改革

——以法庭之友和透明度为例…………… 于湛昊 (90)

论 BIT“公平与公正待遇”条款保护投资者合理期待的

正当性…………… 袁钰菲 (120)

## 国际知识产权法

知识产权国际保护合法性危机的质疑与反思

——合法性危机抑或合理性期待…………… 刘亚军 杨 健 (145)

知识产权一体化下我国技术转移规范的滞后和改进 …… 徐红菊 (162)

国际版权法碎片化视野下发展中国家的知识获取及对

- 中国之启示 ..... 陈 戈(183)  
论知识产权最惠国待遇制度的生成和特征 ..... 张建邦(202)

国际贸易法

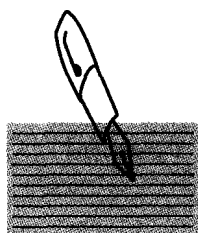
- 对《鹿特丹规则》批量合同之解读 ..... 郭 萍 施 歌(222)  
论破产与国际商事仲裁的冲突及其协调 ..... 李泮桦(238)

国际金融法

- 论全球金融治理中的软法 ..... 张庆麟 刘天姿(260)

附 录

- 《国际经济法学刊》稿约 ..... (283)  
《国际经济法学刊》书写技术规范(暂行) ..... (285)



## **Contents**

### **WTO Law**

An Analysis of the Procedural Conflict between Article

21.5 and Article 22 of DSU ..... Zhu Lanye (1)

Review and Comments on WTO Dispute Settlement

Activities and China's Participation in 2010

..... Ji Wenhua & Sun Zhao (18)

A Study on the Prospect of Solving the Issue of Discriminatory

Application of Safeguard Measures—Also Comment

on the Latest Practices of China's FTAs ..... Liu Bin (53)

Selection of the Implementation Bodies of the Transparency

Mechanism in the RTAs—From the Angle of

Developing Countries in the WTO ..... Xu Duo (72)

### **International Investment Law**

Public Interest and Procedural Reform of International

Investment Arbitration ..... Yu Zhanmin (90)

On the Validity of Protecting Investors' Reasonable

Expectation by the "Fair and Equitable Treatment"

Article ..... Yuan Yufei (120)

## International Intellectual Property Law

### Question and Reflection on Crisis of Legitimacy of International

Protection of Intellectual Property—Crisis of Legitimacy

or Rationality Expectations ..... Liu Yajun & Yang Jian(145)

### Lag and Improvement of Chinese Regulation of Technology

Transfer under Integration of Intellectual Property

..... Xu Hongju(162)

### Access to Knowledge in Developing Countries from the

Perspective of Fragmentation of International

Copyright Law and Its Significance for China ..... Chen Ge(183)

### On the Generation and Characteristics of Most-Favored

Nation of Intellectual Property Rights ..... Zhang Jianbang(202)

## International Trade Law

### A Study on Volume Contract under Rotterdam

Rules ..... Guo Ping & Shi Ge(222)

### The Conflict Between Bankruptcy and International

Commercial Arbitration and Its Reconciliation ... Li Fenghua(238)

## International Monetary Law

### The Soft Law in the Global Financial Governance

..... Zhang Qinglin & Liu Tianzi(260)

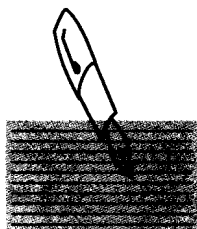
## Appendix

### Notice to Contributors from *the Journal of International Economic*

*Law* ..... (283)

### Technical Rules of Writing Adopted by *the Journal of International*

*Economic Law* ..... (285)



## DSU 第 21.5 条与第 22 条程序 冲突及其解决

■ 朱榄叶\*

**【内容摘要】** 在 WTO 争端解决程序的专家组/上诉机构报告执行阶段,DSU 第 21.5 条和第 22 条的实施会出现程序上的冲突,即通称的“适用顺序”(sequencing)问题。这一问题的产生是由于 DSU 当初设计的程序缺陷,实践中两个程序发生冲突的情况并不少见。根据 WTO 争端解决机制运行十五年实践的考察,作者提出解决问题的方案,即对 DSU 第 21.5 条和第 22 条作出相应修改。

---

\* 作者系华东政法大学国际法学院教授。



## 一、DSU 规定的分析

在 WTO 争端解决程序中,一个案件经过专家组/上诉机构处理,其报告通过之后,任何一方对专家组/上诉机构报告是否得到执行如果有异议,可以通过《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)规定的程序在争端解决机制进一步解决。DSU 为此设计了两个不同的程序——执行情况审查程序和贸易救济程序。

执行情况审查程序依照 DSU 第 21.5 条而启动。该条规定:“如是否存在为执行 DSB 裁决与建议所采取的措施或此类措施是否与 WTO 涵盖协定相一致的问题上发生争议,则此争议也应通过援引这些争端解决程序加以决定,包括只要可能即诉诸原专家组。专家组应在此事项提交后的 90 天内散发其报告。”<sup>①</sup>这就是所谓的执行情况审查程序,也被称为“第 21.5 条程序”。从这一规定中我们可以发现,第 21.5 条对于哪一方可以提出执行情况审查,以及提出执行情况审查的最后期限都没有规定。实践中,有 26 个专家组/上诉机构报告在执行期结束后经历了执行情况审查程序(其中 4 个报告经历了第 2 次执行情况审查),其提出时间从执行期满立即提出,到执行期满后数年,甚至执行期满后 10 年提出<sup>②</sup>,相差非常大(参见附表一:执行情况审查专家组/上诉机构工作情况)。如果仅看这一条规定,胜诉方或败诉方可以在合理期限届满后任何时候提出执行情况审查的请求,不存在程序上的任何问题。但是,如果将这一条与第 22 条所规定的程序结合在一起分析,则能看到问题的所在。

DSU 提供的贸易救济途径规定在其 22 条。DSU 第 22.2 条规定:“如有关成员方未能使被认定与一适用协定不一致的措施符合该协定,或未能在按照第 21.3 条确定的合理期限内符合建议和裁决,则该成员方如收到请求,应在不迟于合理期限届满前与援引争端解决程序

<sup>①</sup> DSU 第 21.5 条。

<sup>②</sup> 这个案件比较特殊。美国和加拿大在欧共体荷尔蒙案中得到 DSB 授权中止减让。欧共体认为自己已经履行报告的建议和裁决,而美加继续中止减让违反了 WTO 的规定。欧共体没有提出执行情况审查,而是另行申诉称美加违规。专家组和上诉机构都认为这个案件应该由原案件当事方提出执行情况审查,欧共体于是提出执行情况审查。



附表一 执行情况审查专家组/上诉机构工作情况 (共 26 个报告)③

| 案号       | 案件      | DSB<br>通过日                         | 执行期及<br>决定方式                            | 执行期<br>到期日          | 请求磋商                                    | 请求<br>专家组                                 | 从执行期满到<br>提出第 21.5 条程序       |
|----------|---------|------------------------------------|-----------------------------------------|---------------------|-----------------------------------------|-------------------------------------------|------------------------------|
| 27       | 欧共体香蕉案  | 原报告<br>97.9.25<br>21.5 条<br>99.5.6 | 仲裁:15 个月零<br>1 周<br>各方协议                | 98.12.31<br>01.6.7  | 98.8.18<br>美国提出<br>05.11.30<br>06.11.16 | 98.12.14<br>98.12.18<br>07.2.23<br>07.7.2 | 未到期即提出<br>期满后 4 年多           |
| 26<br>48 | 欧共体荷尔蒙案 | 98.2.13                            | 仲裁:15 个月                                | 99.5.12             | 08.12.22                                |                                           | 期满后 9 年 7 个月                 |
| 18       | 澳大利亚鲑鱼案 | 98.11.6                            | 仲裁:8 个月                                 | 99.7.5              | —                                       | 99.7.27                                   | 期满后 22 天提出,<br>未提出补偿         |
| 46       | 巴西飞机案   | 原报告<br>99.8.20<br>21.5 条<br>00.8.4 | 99.11.19 单方通<br>知执行<br>报告建议 90 天<br>内撤销 | 99.11.18<br>00.11.1 | 99.11.23<br>—<br>01.1.19                | 99.12.3<br>01.1.19                        | 期满后 5 天提出<br>期满后 2 个半月提<br>出 |
| 58       | 美国海虾案   | 98.11.6                            | 协商:13 个月                                | 99.12.5             | —                                       | 00.10.12                                  | 期满后 10 个多月提<br>出,未提出补偿       |
| 70       | 加拿大飞机案  | 99.8.20                            | 3 个月内单方通<br>知撤销                         | —                   |                                         | 99.11.23                                  | 期满后立即提出,<br>未提出补偿            |

③ 附表一、二均为作者根据 WTO 官网资料整理。