

LAWYER DIGEST

律师文摘

2003 · 第二辑 · 总第六辑

要目:

冯 象/中国要律师干嘛

李静冰/中国在WTO第一案

王超 周菁/杜培武案的证据学思考

金勇军/评“枫叶”诉“鳄鱼”不正当竞争案兼论“反向假冒”

张 娜/我国司法考试的实然与应然

罗纳德·D. 罗汤达/律师职业道德的教学: 水门事件后的25年

安索尼·T. 克罗曼/陷入困境的律师政治家品德

吴敬璉 王元化 江平 周瑞金/四学者纵论后SARS中国

米 健/法治国家中的法官角色

2



法律出版社
LAW PRESS

{ 律师文摘 }

编辑委员会 / 江平 / 梁定邦
张思之 / 邓正来
贺卫方

执行编委 / 刘桂明 / 谭 礴
刘海蛟 / 李海周
孙国栋 / 董志军

主编 / 孙国栋
编辑 / 王景智
梁小玲

2003 · 第 2 辑
总第 6 辑



法律出版社

LAWYER / DIGEST

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2003年.第2辑/孙国栋主编.一北京:
法律出版社,2003.8
ISBN 7-5036-4404-4

I. 律… II. 孙… III. 律师业务—基本知识
IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 067495 号

法律出版社·中国

责任编辑/思实

装帧设计/海意工作室

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/17.5 字数/290 千

版本/2003 年 8 月第 1 版

印次/2003 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

传真/010-63939701

读者热线/010-63939686

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4404-4/D·4122

定价:25.00 元

中国要律师干嘛

《律师文摘》自去年创刊以来,摘登了不少好文章。补白也颇具特色,用一些统计数字,发人深省。例如第三辑 253 页有这样几则:一、北大法学院陈兴良兄发现,目前中国“70% 以上”“事关被告人生死攸关的刑事案件”无律师介入,即大多数被告人都是自辩或请亲友代理。二、1997 至 2002 年间,至少有 500 名律师被“滥抓、滥拘、滥捕、滥诉、滥判”,其中 80% 由司法机关“送进班房”,“绝大部分(占 80%)又最终宣判无罪”(原文如此)。三、近年来各地法院受理刑事案件数量飙升,北京律师却“不敢办刑事案”(即担任辩护人)。“年均办理数量”已从十年前的 2.64 件下降到 0.78 件(见第五次全国律师代表大会《全国律协维权工作报告》)。

由此忽发奇想:刑事案件是否可取消律师?根据上述数字,取消后总体而言,被告人(尤其那些没钱请律师的被告人)的命运不会比现在不好。同时,律师行贿赂引诱伪证等等引发“滥抓滥判”的事件,连同该抓不抓该判不判的情况,也一概不会发生。换言之,如果公众对刑事辩护律师的服务和自律已经失去信心,修订法律取缔或严格限制律师介入,或许是利国利民也对律师本人有利的一项选择。

律师的民商事业务范围如何调整,可以请无利害关系的经济学家和社会学家调查一下,权衡利弊。不管市场经济是不是“法治经济”,我怕调查结论很可能是:中国律师太多。首先,没有几个老百姓包括生意人用得着律师。他们解决纠纷,无论夫妻吵架、追讨债务,还是请愿告状、伸冤报仇,都有惯常有效的办法,与律师无关。其次,某些涉外或重大的项目,例如公司上市,为减少虚假信息,可以考虑全部交由香港律师行代理(最近温总理访港签署两地“零关税”协议,开放内地法律服务市场,便是开端)。虽然香港律师收费贵些,但他们信誉好、自律严。投资者重拾信心,金融市场的稳定发展和监管也就容易了。

中国人传统上奉孔子的“无讼”为理想。现在当然不能奢望了;即便在乡下,时不时也有“凭借一点法律知识的败类”为非作歹,鼠牙雀角,动成讼端

(见费孝通：《无讼》，载第一辑 224 页)。清末修律，拟设立律师制度，张之洞（南皮）反对，担心“讼师奸谋得其尝试”。今天，南皮之忧不幸成真，虽然不能全怪律师：他在竞争那么激烈又腐败丛生的环境里执业，当诉讼变成“贿赂竞赛”之时（方流芳兄语，见《中国书评》卷八页 36），是万不得已才做了“三陪律师”的。

中国要律师干嘛？用处不能说没有，比如可以缓解城乡过剩劳力的就业问题。国家规定报考律师资格，同等学历即可，不必法律系毕业，是不是这一政策思路的体现？中国律师人口已达世界第二，仅次于美国，这一事实在某些场合也能炫耀一下。不过这么说，总有点“捡了芝麻丢了西瓜”的感觉，写成社论或编入教材，也很难上升至“理论高度”。

《律师文摘》孙君国栋约我写一“卷首语”，我就胡言乱语这些。

冯 象
二〇〇三年六月于
金表盆斋

目 录

业务进阶

- 以案论道 001 中国在 WTO 第一案
——美国 201 钢铁保障措施案首次听证会经历记
李静冰
- 办案规程 016 律师在反倾销中的作用与实践 / 李圣敬
- 证据适用 043 杜培武案的证据学思考 / 王超 周菁
- 判例研究 054 评“枫叶”诉“鳄鱼”不正当竞争案兼论“反向假冒”
金勇军

业界瞭望

- 执业前沿 067 中国律师的参政议政之路 / 刘爽 李云虹
- 法学教育 074 我国司法考试的实然与应然
——“国家司法考试及其配套制度建设”研讨会访谈
张娜

管理之窗

- 职业素养 080 律师职业道德的教学:水门事件后的 25 年
[美]罗纳德·D. 罗汤达 著 王进喜 译
- 体制创新 087 合伙制、公司制律师事务所的构建
山东省法学会课题调研组

法学论坛

- 法理沉思 103 陷入困境的律师政治家品德
[美]安索尼·T. 克罗曼 著 周战超 石新中 译
- 事件剖析 139 四学者纵论后 SARS 中国
吴敬琏 王元化 江平 周瑞金
- 157 非典引起的法律思考
徐显明 莫纪宏 应松年 张明楷 韩大元 周旺生
- 律师说法 165 证券民事赔偿司法解释激起争议
——律师学者评说最高院《1·9 规定》
莫菲 陈志武 汤欣 易宪容 马凌
- 热点话题 184 高校处分权:在合法和侵权之间
——专家学者谈“女大学生怀孕被开除案”
曾献文 赵恒 陈文虎 采编

- 经典回放 192 以权力制约权力
[法]查理·路易·孟德斯鸠 著 张雁深 译

史海钩沉

- 百代风流 203 被遗忘 30 年的法律精英(外一篇)
万静波 吴晨光 谢春雷

- 历史名案 212 正义与邪恶的殊死决斗
——纽伦堡审判戈林
[美]约瑟夫·E. 珀西科 著 刘巍 译

- 讼状菁华 227 民国律师诉状三则 / 王景智 选注

法苑撷英

- 随 笔 234 宪法的命运 / 贺卫方
238 法治国家中的法官角色 / 米健
241 法官话语与法律精神 / 丁国强
245 法与市场 / 萧琛
250 从“潜规则”的中国到法治宪政中国
——兼谈律师在转型社会中的价值 / 曾祥一
- 书 评 260 平庸的邪恶 / 徐贲
267 移译西方经典 会通法学智慧
——“西方法哲学文库”译编座谈会纪要 / 爱知

Contents

Business Step

Theoretical Discussion On Case

The First Case of China in WTO / by Li Jingbing(001)

Regulation of Handling Case

Lawyers' Role and Practice in Anti - Dumping / by Li Shengjing (016)

Application of Evidence

An Evidential Reflection on Du Peiwu Case / by Wang Chao, Zhou Jing(043)

Case Study

Review on An Illicit Case of *Maple Leaf v. Crocodile* and Concurrently Comment on
Reverse Counterfeit / by Jin Yongjun(054)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Lawyers' Road to Participate in and Comment on Politics in China
by Liu Shuang, Li Yunhong(067)

Education of Law

To Be and Ought To Be in Judicial Examination / by Zhang Na(074)

Window of Management

Professional Attainment

The Teaching of Lawyers' Professional Ethics: 25 Years after Watergate Case
by Ronald D. Rotunda(U. S. A.)
Translated by Wang Jinxi(080)

Reconstruction of System

Construction of Partnership Law Office or Corporate Law Office
by Research Group of Law Society, Shandong Province(087)

Forum of Law

Ponderation of Legal Principle

Lawyer - Politician's Moral Character in An Awkward Predicament
by Ansony T. Kloman(U. S. A.)
Translated by Zhou Zhanchao, Shi Xinzhong(103)

Event Analysis

Free Talk about Post - SARS China by Four Scholars
by Wu Jinglian, Wang Yuanhua, Jiang Ping, Zhou Ruijin(139)

Legal Reflection Caused by SARS

by Xu Xianming, Mo Jihong, Ying Songnian, Zhang Mingkai, Han Dayuan,
Zhou Wangsheng (157)

Lawyer's Comment on Law

Judicial Interpretation about Civil Compensation of Securities Evoking Debate

by Mo Fei, Chen Zhiwu, Tang Xin, Yi Xianrong, Ma Ling (165)

Hot Topic

Dispositive Power of Institutions of Higher Learning: between Legality and Tort

Compiled by Zeng Xianwen, Zhao Heng, Chen Wenhui (184)

Retrospect of Classics

Checking Power by Power / by Montesquieu (France)

Translated by Zhang Yanshen (192)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Celebrity

Legal Elite Forgotten for 30 Years / by Wan Jingbo, Wu Chenguang, Xie Chunlei (203)

Historic Case

A Life – and – Death Struggle between Justice and Evil

by Josef E. Pasiker

Translated by Liu Wei (212)

Quintessence of Indictment

Three Indictments of Lawyers During the Republic of China

Translated by Wang Jingzhi (227)

Cream in Law Garden

Essay

Destiny of the Constitutions / by He Weifang (234)

Role of Judge in A Legal State / by Mi Jian (238)

Discourse of Judges and Spirit of Law / by Ding Guoqiang (241)

Law and Market / by Xiao Chen (245)

From China under *Hidden Regulations* to China under Rule of Law and Constitutionalism

by Zeng Xiangyi (250)

Book Review

Mediocre Wickedness / by Xu Bi (260)

Transplanting and Translating Western Classics

Blending and Mastering Jurisprudential

Wisdom / by Ai Zhi (267)

中国在

WTO

第一案

——美国 201 钢铁保障措施首次听证会经历记

李静冰*

WTO 诉讼、案由和当事人

WTO Litigation - 《WTO 诉讼》, 935 页, 310 法郎, 折合 1750 元人民币, 在日内瓦 WTO 总部的书店被一次买走了 7 本。这是一本关于 WTO 争端解决机制的法律、程序和案例研究专著。

买书者是中国参加美国 201 钢铁保障措施案专家组首次听证会的中国代表团的代表们。这是中国第一次到 WTO 打官司。起因是 2000 年 3 月 20 号美国根据其 1974 年贸易法 201 条款对全球输入美国的 10 种钢铁产品采取了保障措施, 损害了很多 WTO 成员的利益。

保障措施是指由于未预见的情况和缔约方负担包括关税减让在内的义务的影响, 进口产品数量激增, 导致该缔约方领土内同类产品或直接竞争产品的国内生产者受到严重损害或严重损害威胁, 该缔约方为防止或补救此种损害而采取的部分中止义务或撤销或修改减让。中止义务或撤销或修改减让的手段包括提高关税或对进口产品实施配额或数量限制。

根据关贸总协定的规定, 如果某缔约方采取的保障措施使其他缔约方的利益受到减损或丧失, 不论该措施是否违反了总协定的规定, 其他缔约方都可以按照《关于争端解决的规则与程序的谅解》的规定, 启动争端解决程序, 要求与该缔约方磋商, 或者通过专家组或上诉机构解决因该措施引起的争议。

在美国对全球进口的部分钢铁产品采取保障措施之后, 包括欧盟、加拿大等其他 WTO 成员纷纷采取了自卫性的保障措施。中国也不得不在 2002 年 5 月采取了临时保障措施, 并于 11 月 19 日最终裁决对全球进口中国的 5 类钢铁产品实施为期 3 年的关税配额限制措施。在与美国分别磋商未果的情况下, 受到该措施影响的成员, 欧盟、中国、挪威、瑞士、新西兰、巴西、日本和韩国向 WTO 的争端解决机构提起了申诉, 要求对美国的保障措施进行裁决。本案的结果对加拿大、墨西哥、委内瑞拉、土耳其、古巴、泰国和中国台北有实质

* 李静冰: 北京正见永申律师事务所合伙人, 全国律协 WTO 专门委员会副主任, 法学博士。

上利害关系,它们也要求以第三方身分参加诉讼。其中加拿大和墨西哥支持被申诉方美国,其他五个第三方支持申诉方。

收到申诉后,WTO 争端解决机构成立了专家组审理此案。专家组的职能是协助争端解决机构履行争端解决规则与程序的谅解所规定的职责,对提交审议的事项,包括对案件的事实和适用关贸总协定存在的问题进行客观的评估,并向争端解决机构提交调查结果和裁决的建议报告。如果争端各方(不包括第三方)对专家组报告不服,可以向争端解决机构常设的上诉机构上诉。所以专家组的工作与法院的一审有类似之处。经过准备,本案专家组决定于 2002 年 10 月 29 日—31 日召开第一次听证会。

日内瓦

“这是继香蕉案、牛肉案之后,WTO 历史上又一个有标志性意义的案件”。10 月 28 日上午,在风和日丽的莱蒙湖畔,中国常驻 WTO 使团大使孙振宇对刚从北京来参加听证会的中国代表团说。孙大使告诫代表团,这是中国入世之后第一次向 WTO 提交的争端解决案件,表明中国开始参加 WTO 事务的管理,通过这起案件可以学习很多 WTO 的实际知识。WTO 规则仅从书本上学是不行的,必须从实践中学。

参加听证会的中国代表团,一行 13 人由中华人民共和国对外经济贸易合作部条约法律司司长张玉卿带队,于 10 月 27 号乘 CA3931 航班经法兰克福飞抵日内瓦。日内瓦是一个美丽和诡异的城市,是一个外交之都,联合国、世界卫生组织、世界知识产权组织、世界贸易组织等 230 多个国际组织座落在这个弹丸之地。我曾经在日内瓦买了一张铅笔画,二战时期,鬼魅一般的外交家流连在后街的门口窃窃私语的画面给我留下了非常深刻的印象。这是一个密谋弥漫的地方。

“在日内瓦没有永远的盟友”,孙振宇这样说,“正式磋商解决不了问题,解决问题的方式往往是非正式协商,开会有时就是履行一个程序。”孙大使提醒中国代表团在参加听证会时一定要注意维护本国利益,既坚持原则又要灵活。合纵连横,国际和国内的政治和交易的规则有它们的相似性。

预备会、文牒主义

中国驻 WTO 使团的会见之后,中国代表团参加了在韩国使馆召开的申诉方的预备会。与会者 40 余人,都是这次前来参加听证会的申诉方的政府代表和律师。会议由欧盟牵头,协调次日听证会上申诉各方的发言顺序和要点。

为了维护国家利益,各方都已经向专家组提交了书面申诉文件,详细地陈述自己的立场和主张。在国内的诉讼中,我们比较习惯一两张纸的起诉状和答辩状,法院的判决书也比较简单。在 WTO 诉讼中,文牒主义的作风可能超出了一般人的想象。就本案而言,被申诉的对象美国国际贸易委员会的裁决报告长达 1000 余页,其提交的答辩状有 528 页,附件 1000 页。八个申诉方的申诉状,欧盟的最长,197 页,中国 164 页,日本 123 页,挪威 121 页,新西兰 113 页,巴西 92 页,韩国 66 页;八方共用附件 2500 页。而八方指控的,是美国采取的同一个措施,各方观点很多部分是相同的。这就是 10 月 28 日下午,八方必须坐下来协商和分工的原因。

经过协商,将各方口头发言的时间限定在 10 到 20 分钟,并决定将各方的立场归纳为 10 个重点,即:相同产品、国内产业、进口增加、未预见的情况、平行原则、相称性、损害确定、因果关系、发展中国家地位、配额分配以及救济措施的限度。约定由新西兰代表各方作开场白,欧盟最后总结,中间各方在规定的时间内就自己的立场作重点发言。中国就自己的发展中国家地位和应当享受的配额分配问题直接向专家组陈述自己的主张。

10 月 29 日开始听证、语言的特权

10 月 29 日,上午 10 点,WTO 总部的会议中心,听证会开始。WTO 的工作语言是英语、法语和西班牙语。由于瑞士和西班牙的代表与会,尽管这些代表与其他成员的代表,以及专家组成员一样谙熟英语,特别是瑞士代表事实上并不使用法语,WTO 秘书处还是安排了英语、法语和西班牙语的同声翻译。汉语不是 WTO 的工作语言,中国代表可以选择使用三种语言中任何一种进行交流。

听证会由专家组主持。专家组一般由 3 名成员组成,由 WTO 秘书处提名,经过争端各方磋商后,由 WTO 总干事任命。通常,专家组成员是从一份专

门的名单中挑选出来的。候选人都是 WTO 成员国内担任过高级贸易代表的官员,或在 WTO 领域获得过直接经验,或在国际贸易法律或政策方面著书立说者。但专家组也可以由该名单之外的人担任。在本案中,专家组主席由冰岛驻 WTO 大使 Stefan Johannesson 担任,另外两位成员是来自新加坡的 Margaret Liang 和印度的 Mohan Kumar,法律官员 (Legal Officer) 和秘书由 WTO 秘书处派出。

专家组主席开始介绍台上就座人员,之后,各方代表介绍自己出席听证会的成员。被申诉方美国派出了 10 位律师出席听证会。欧盟的成员丹麦、芬兰、法国和西班牙也分别派代表出席听证会旁听。

中国代表团团长张玉卿向听证会介绍了参加本次听证会的中国代表:来自中华人民共和国对外经济贸易合作部条约法律司的张玉卿、郭京毅、杨国华、尹燕玲、姜丽勇、田涯、王铁汉,中国驻 WTO 代表团的李恩恒、李毅红,国家经济贸易委员会的李罗莎,五矿商会的周世俭,钢铁协会的吴京晶,正见永申律师事务所律师李静冰,法国基德律师事务所律师 Olivier Prost 和 Erwan Berthelot 共 13 人。

介绍完与会代表之后,按照前一天预备会的约定,新西兰作开场发言,欧盟作最后总结,其他代表团按照分工就重要问题发表意见。上午的发言,各方有一些超时,使本来应该在 1 点钟结束的会议拖到了 1 点 15 分,为了使听证会的议题按照计划进行,主持人与各方协商把下午的一项发言挪到上午,翻译不同意超时工作,大家一致同意将下午的听证会提前 15 分钟。2 点 15 分开始。中国代表团就自己的立场发表意见。

首先,关于中国应当享受发展中国家待遇问题,张玉卿代表中国指出,根据 WTO《保障措施协定》9.1 条,“对来自发展中国家成员的产品,只要其有关产品的进口份额在进口成员中不超过 3%,即不得对该产品实施保障措施”。中国作为发展中国家成员应当享受这条规定给予的照顾。进口数据显示,美国进口中国的产品在进口成员中所占的比例没有超过 3%,但是美国却对中国产品采取了保障措施,违反了 WTO 规定。

其次,关于配额分配待遇,张玉卿代表中国指出,美国保障措施总统令宣布板坯适用关税配额,并将关税配额在澳大利亚等成员中进行了分配。其中有些成员向美国的进口超过 10%,有些不超过 5%。根据 WTO 争端解决机构在香蕉案中确立的标准,进口份额超过 10% 被视为具有实质利益的成员,不超过 5% 被视为不具有实质利益的成员。配额分配应当遵守不歧视原则。美

国将配额在具有实质利益和非实质利益的成员之间进行了分配，一些具有非实质利益的成员，例如，乌克兰得到了配额，但是中国同样作为具有非实质利益的成员却没有得到配额。因此，美国违反了关税贸易总协定第 13 条和保障措施协定第 5.2 条的规定。

第一天听证会进行到晚上 6 点半钟才结束。后一个半小时是在没有法语和西班牙语翻译的情况下进行的。翻译要求准时下班，而专家组希望能够延长完成当天的日程，专家组特别征求了瑞士和巴西代表的意见。瑞士和巴西的代表放弃了语言的特权。在此之后的两天听证会上，瑞士和巴西代表的语言特权得到同样的尊重。

日本和韩国把自己聘的美国律师留在了咖啡厅

“We are in the same side to squash the United States”(我们站在同一个立场去把美国打个稀巴烂)，在 28 日下午申诉方预备会茶歇时间，韩国聘请的美国律师兴奋地对我说。他用了一个很生动的词“squash”，使人很容易联想到保龄球击出大满贯的情景。

WTO 强调非歧视原则，但是它只采用英语、法语和西班牙语作为工作语言，这就形成了一种天然的障碍。在需要唇枪舌剑才能战胜对方的 WTO 诉讼中，语言的屏障使许多非英语、法语和西班牙语的成员望而生畏。这种局面在 1995 年 WTO 香蕉案之后得到一定程度的改观。在那之前，WTO 只允许政府官员，而不允许参加争端解决诉讼的当事人聘请私人律师出席听证会。在香蕉案中部分当事人和第三方聘请了私人律师，专家组重申了这一主张。上诉机构推翻了专家组的裁决，认为在争端解决中，成员方政府如何组织，包括组织何人参加自己的代表团出席听证会，这是成员方主权范围之内的事情，WTO 不应当予以干涉。从此之后，具备语言优势的美国私人律师开始加入其他成员的阵营，活跃在 WTO 争端解决机构的会议台上。

这次争端解决，日本和韩国分别聘请了美国两家律师事务所的 4 名律师参加听证会与美国代表团的律师抗衡。使人料想不及的是日本和韩国在这次听证会期间把他们的美国律师晾在法庭大门之外的咖啡厅里。第一天，还以为这是日本和韩国的诉讼策略。到第三天，听证会进行到交叉盘问的高峰，辩论到了白炽化状态，一直到曲终人散，这 4 位每位每小时收费 450 美金以上的律师仍然落寞地坐在咖啡厅做填字游戏，大家才认识到，这不是什么策

略。可是,日本和韩国花了那么多钱让本来兴致勃勃来参加听证会的律师坐在听证会之外的咖啡厅里做填字游戏,却是一个值得研究的现象。在返回驻地的路上,我请教了张玉卿先生。

问:韩国和日本不让他们的美国律师出席听证会,为什么?

答:这是形象问题。

问:什么形象问题?既然请了又不让进去,那还请他们干什么?

答:首先要理解什么是东方文化。日本和韩国在地理上是小国,但是他们在心理上是大国。在过去侵华战争期间他们自称是“大日本”,韩国虽小,但是自称“大韩民族”。预备会那天,我们都看到了,韩国使馆的会议室要大过我们的好几倍,这不单是国力的问题,而且还有心理的因素。既然心理上自认是大国,那么在与美国的诉讼中,请美国律师为自己辩护,情感上过不去,与自己的人民交代不过去。

问:那他们为什么还要请美国律师呢?

答:日本和韩国请了美国律师没有让他们出庭,但是他们自己的律师都出庭了,英语讲得很好,他们政府官员的英语也很过得去,但是他们对于WTO法律的了解还不够。WTO这个体制最早是美国人提倡搞的,有一大批律师从事这一行,比其他人懂得多一些,所以还要用他们。但是东方人有一个观点,他觉得我是日本政府,我让你到这来代表日本政府讲话,总是有点失面子,所以你只能做顾问在下边作咨询可以(做幕僚)。我日本政府出现一个白皮肤、蓝眼睛的美国律师帮助我与美国打官司这不合适。所以可以让律师照常来,照样付钱,不过得在下面准备问题、咨询、喝咖啡,不让他们上法庭。

10月30日上午第三方会议

10月30号上午,第三方出席口头陈述。根据WTO的规定,当一个成员实施保障措施之后,所有被调查产品的进口成员都可以起诉到WTO寻求争端的解决,由作出裁决的成员政府答辩。有实质性的利益要求的利害关系方,可以要求以第三方参加。

从10点到12点,本案第三方加拿大、古巴、墨西哥、中国台北、泰国、土耳其、委内瑞拉分别发言。除了加拿大、墨西哥以NAFTA(北美贸易协定成员)的身份支持美国的观点以外,其他都是对美国提出了反对意见。七方陈述之后,分别由申诉方和被申诉方发问。

第三方泰国的观点比较有代表性。泰国认为美国采取了 201 保障措施导致好几个成员也不得不采取相应的措施。面对这种情况,泰国毫无选择也将会采取同样的保障措施。长此以往,就会导致 WTO 成员长期地采取保障措施的恶性竞争,不可避免地使这种情况日益恶化下去。保障措施在任何情况下都不会对任何一方有利,所以是集体自杀的行为。发展中国家的代价会更惨痛,除非其他国家给与发展中国家特殊待遇。泰国认为这种措施应该谨慎地使用,特别是应该按 WTO 的有关规则严格来实施。

中国台北 (Chinese Taipei) 是以独立关税区的身份加入 WTO, 并以第三方的身份参加了本案听证会。中国台北附和了申诉方关于未预见情况出现、相同产品界定、因果关系分析和救济超过了必要限度的主张。

专家组 136 个问题

第三方发言之后退场, 申诉方和被申诉方留下与专家组协商下午的讨论主题和流程。专家组准备得很充分, 以书面的方式提出了 136 个问题, 这些问题都是专家组在裁决时必须考虑的, 也是解决本案矛盾的关键所在。专家组要求申诉方和被申诉方利用 10 月 30 日下午和 10 月 31 日口头回答这些问题。专家组对这些问题的回答者进行了分配, 其中有些需要申诉方和被申诉方共同回答, 有些需要被申诉方回答, 有些则需要申诉方某个成员回答。需要中国单独回答的问题一共有七个。专家组允许各方就这些问题交叉提问和辩论。

面对 136 个问题, 当事人思想准备不足。经过协商一致要求专家组将下午开庭的时间由 1 点 30 分推迟到 4 点开始, 结束的时间也相应推迟到晚上 7 点。专家组同意作出灵活的安排, 法语和西班牙语翻译坚持要按时上下班, 瑞士和巴西再次放弃语言特权, 以配合大局。专家组要求各方在问题的框架之内回答问题, 但是各方可以协商由哪一个成员回答, 回答问题的顺序和时间。专家组关心的问题已经用书面的方式告知各方。在各方按照要求回答的过程中, 专家组将不再口头发问, 或者打断各方的发言或者交叉提问。专家组将充当听证会的服务者和仲裁者的角色。

申诉方方面, 欧盟再次充当协调者的角色。136 个问题中, 有些是涉及到申诉方各方利益的问题, 显然又不能让每个申诉方都发表意见, 各方又担心由其他方代表回答, 不能充分表达自己的意见和利益。回想起在国内诉讼中, 如果一个案件涉及到多个权利主体, 或者权利客体, 法院一定要把案件按照

权利主体或者客体的数量拆分为数个案件由不同的合议庭审理,是担心不能控制这样复杂的听证会,还是担心多个原告或者被告不能就相同的问题作出适当的答辩安排而使庭审无法进行呢?欧盟的牵头人是英国人。这位英国人再一次表现出英格兰人特有的把握程序的能力。在他的协调下,各方很快就下午和以后一天的安排达成了协议,并报告给专家组。

10月30日下午“欧美对话”开始

在此之前的听证会是在没有交锋的局面下进行的。10月30日下午4点开始,围绕专家组提出问题,听证会转入激烈的答辩阶段。虽然大家都有发言的机会,但辩论主要是在欧盟和美国之间进行,所以与其说是开庭不如说是“欧美对话”。

美国没有按照关贸总协定第19条规定的要件实施保障措施是重点攻击的对象。按照关税贸易总协定第19条规定,一方对其他各方采取保障措施必须满足的条件之一是证明由于未预见的情况引起的进口产品增加导致国内产业严重损害。因此关税贸易总协定第19条规定的因果关系标准是双重的,它不仅要求采取措施的成员证明存在进口增加的事实,而且还要证明进口增加是未预见的情况出现的结果这个事实。如果存在进口增加但是并不是未预见情况出现导致的结果,即使存在进口增加的事实,存在国内产业损害的事实,也不能采取保障措施。

强调进口增加必须是未预见的情况出现导致的,其原因是保障措施是针对公平贸易采取的行动,针对公平贸易采取行动必须是在采取其他救济措施而不能避免国内产业损害的局面下不得已而为之,对于受到该措施影响的成员才显得公平。而未预见的情况出现使采取措施的成员措手不及,除非采取保障措施不能防止进口增加给国内产业造成严重损害。如果进口增加是可以预见的情况结果,进口国则完全有机会采取保障措施之外的其他手段保护国内产业。

在1974年之前,美国的国内法中曾经把不能预见的情况出现作为采取保障措施的前提条件之一,关税贸易总协定第19条实际的渊源也就是美国贸易法,但是美国在1974年之后放弃了由于未预见的情况出现所以导致进口增加这个标准。当美国采取保障措施时,它只考虑由于进口增加所以导致国内产业严重损害这个直接的因果关系,排除了导致进口增加的其他因素的