

“中文社会科学引文索引”(CSSCI)来源集刊

Journal of International
Economic Law

Volume 22, Number 1, 2015

国际经济法学刊

第22卷 第1期 (2015)

陈安 主编 韩秀丽 执行编辑

本期要目

冯雪薇：从稀土案看上诉机构建立判例纠错制度的必要性与可行性

刘敬东：“市场经济地位”之国际法辨析

——《加入议定书》与中国“市场经济地位”

车丕照：双边投资协定的规则谈判重于减让谈判

任清：欧加《全面经济贸易协定》投资规则的特点及影响

梁咏：中欧BIT的“负面清单”研究：由来、变迁与展望

张庆麟 余海鸥：评《MIGA公约》的最新修订及其启示



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国际经济法学刊

第22卷 第1期 (2015)

陈 安 主编 韩秀丽 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22卷. 第1期:2015/陈安主编. —北京:北京大学出版社,2015.7

ISBN 978-7-301-25997-9

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(2015)第142806号

- 书 名 国际经济法学刊(第22卷第1期)(2015)
著作责任者 陈 安 主编
责任编辑 冯益娜
标准书号 ISBN 978-7-301-25997-9
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>
电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印刷者 北京大学印刷厂
经 销 者 新华书店
965毫米×1300毫米 16开本 19印张 292千字
2015年7月第1版 2015年7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。

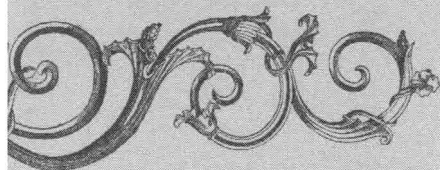
版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

Journal of International Economic Law

Volume 22, Number 1, 2015



为适应我国信息化建设，扩大《学刊》及作者知识信息交流渠道，本《学刊》已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录，其作者文章著作权使用费与《学刊》稿酬一次性给付。CNKI免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录，请在来稿时声明，本《学刊》将做适当处理。

《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	徐崇利	莫世健	曾令良
曾华群	董世忠	廖益新		

编辑部

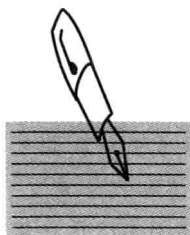
主 任:李国安

本期执行编辑:韩秀丽

本 期 编 辑(以姓氏笔画为序):

王淑琼	王施泽	张川方	余贺伟	崔勇涛	李冬冬
倪小璐	韩秀丽				

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辑录,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22卷第1期,本期共设世界贸易组织法、国际投资法、国际知识产权法和国际法基本理论等专栏。

世界贸易组织法方面,在《从稀土案看上诉机构建立判例纠错制度的必要性与可行性》一文中,冯雪薇律师指出,虽然WTO的争端解决工作近年来方兴未艾,并在争端解决过程中逐步确立了英美法系中的遵循先例原则,但由于上诉时间紧迫,上诉机构在个案中确定的一些条约解释有可能未能充分考虑各方面因素。那么,在新的案件提起时,先前的解释是否仍然适用,还是应该考虑更多的因素加以调整?WTO是否允许上诉机构和专家组背离先例?如果允许背离,在什么条件下可以背离?具体来说,稀土案中可否引用GATT第20条为违反议定书

承诺进行抗辩?这个曾在原材料案中被裁定为不可引用的解释是否周全、可否修改?更重要地,WTO争端解决机制是否应建立一个纠错机制,允许司法解释整体上有自我矫正的功能?这是稀土案中引人反思的问题。通过研究WTO的判案实践,作者认为WTO建立判例纠错制度是合理可行且必要的,对更好地完成条约解释的责任有积极意义。在《“市场经济地位”之国际法辨析——〈加入议定书〉与中国“市场经济地位”》一文中,刘敬东教授指出,“市场经济地位”从国内法进入到国际法领域经历了漫长的历史过程,它是国际政治和意识形态因素催生的特殊国际法规则,以此为基础建立的“特殊保障措施”、反倾销和反补贴特殊规则均带有明显的歧视性,本质上与GATT/WTO体制奉行的“非歧视原则”背道而驰。特别是对中国这样已经高度市场化的新型经济体而言,“市场经济地位”条款早已不合时宜。随着2016年中国《加入议定书》第15条规定的“终止性条款”生效,针对中国的反倾销、反补贴特殊规则,尤其是“替代国”等方法将失去议定书条款依据,而现有WTO协定又没有公认的可支持这一歧视性做法的相关条款。因此,WTO成员方应当彻底摒弃所谓的“市场经济地位”条款,严格依据《反倾销协定》和《补贴与反补贴协定》的相关规定,公平地对中国企业开展反倾销、反补贴调查。但2016年后,基于自身利益的考量,在中国“市场经济地位”问题上,美国、欧盟等西方国家不会善罢甘休,《反倾销协定》和《补贴与反补贴协定》条款中的一些“模糊”空间,还可能被它们用作“替代国”等歧视性方法的依据。对此,中国应当充分运用国际法理论、WTO规则以及WTO司法实践经验,维护自身正当、合法的贸易利益。

国际投资法方面,在《双边投资协定的规则谈判重于减让谈判》一文中,车丕照教授将双边投资协定谈判分为“规则谈判”与“减让谈判”。规则是原则的表现和减让的基础、规则是义务的“质”的规定,而减让只是义务的“量”的规定,在缺少多边国际投资条约的情况下,双边投资协定将以其规则塑造未来的多边国际投资体制,因此,协定的规则谈判重于减让谈判。就中美双边投资协定谈判而言,由于该项谈判将在很大程度上影响着未来的国际投资法律体制的创建、影响未来的国际经济秩序对“中国模式”的容忍程度并考验中国政府构建“制度性权力”的能力,所以,中美双边投资协定谈判不应急于从规则谈判转向

减让谈判。在《欧加〈全面经济贸易协定〉投资规则的特点及影响》一文中,任清律师指出,《全面经济贸易协定》(CETA)是欧盟签订的第一份包含投资保护规则的国际协定。其投资规则既超越传统欧式协定,又不盲从美式协定,在市场准入、国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇、征收等实体标准以及可仲裁事项范围、磋商、仲裁庭组成、透明度、费用承担等程序规则方面均有创新和特色。作为新一代投资协定的代表之一,CETA在理念、模式和规则等层面对国际投资规则的发展包括正在进行的中欧、美欧、中美投资协定谈判可能产生影响。在《中欧BIT的“负面清单”研究:由来、变迁与展望》一文中,梁咏副教授指出,作为中国正在推进的中美BIT谈判之外的另一项重大谈判,中欧BIT谈判可能对构建以中国为中心的双边和地区性的经贸规则产生重大影响。由于欧盟希望将市场准入等问题纳入BIT,加上欧盟与其成员国之间的双层体制,使中欧BIT的“负面清单”比中美BIT的“负面清单”更为复杂。虽然中国和欧盟均未在BIT中采用过“负面清单”模式,但是研究欧盟与韩国、加拿大达成的FTA相关内容及欧盟在TTIP谈判中的有关诉求,将有助于我们对中欧BIT“负面清单”谈判中涉及的重要问题的利弊分析、得失计算和攻防策略的研判。长远看,中欧BIT的“负面清单”规定还可能对构建新一代国际经贸规则产生一定影响。在《中美双边投资条约谈判中的国家安全审查问题》一文中,陈辉萍教授指出,对外资并购进行国家安全审查是国家行使主权的表现,但如果国家对外签订了投资条约,国家就承担了保护外资的国际义务。国家安全审查主要是在外资准入阶段采取的措施,可能违反投资条约中的国民待遇、最惠国待遇、公正公平待遇等原则,还可能构成间接征收。投资条约中的根本安全例外条款未必能够完全排除国家安全审查的不法性,为避免投资者将东道国就国家安全审查问题诉诸国际仲裁庭,一些投资条约规定争端解决机制不适用于国家安全审查引起的争议。中美双边投资条约是否要将国家安全审查问题排除出条约的适用范围,取决于两国的国家利益和政治意愿。对中国而言,排除其适用也许更有利。在《公平公正待遇的要素分析——以中美BIT第13轮谈判为视角》一文中,吴岚副教授指出,公平公正待遇已经成为投资者对东道国提起国际仲裁的主要依据。在2014年6月结束的中美BIT第13轮谈判中,公平公正待遇也成为双方的谈判焦点,双方的分歧主要集中在



国际投资法领域是否存在习惯国际法、公平公正待遇与习惯国际法上的最低待遇原则的关系、是否需要具体列举公平公正待遇的具体要素以及应当列举哪些要素等问题上。针对上述分歧,作者结合国际投资仲裁相关实践,对公平公正待遇的具体要素作了简要分析。在《**中非双边投资条约存在的问题及完善**》一文中,朱伟东教授指出,目前中非之间已生效双边投资条约的数量还十分有限,落后于中非之间投资的迅猛发展。特别是,这些条约的内容还非常简单,未能反映国际投资条约发展的新趋势,对一些具体事项的规定还存在许多不足与漏洞。中国有关部门应考虑与更多非洲国家签订双边投资保护条约,并积极推动已签署的双边投资保护条约生效。在签署新的条约或修订现有条约时,应考虑国际上投资条约发展的趋势,如将环保、劳工标准等内容纳入新的条约中,并结合中非投资的实际情况,对相关事项作出明确规定或予以修正。在《**评〈MIGA 公约〉的最新修订及其启示**》一文中,张庆麟教授和余海鸥博士生指出,为应对2008年金融危机后世界政治风险保险市场新变化和实现MIGA宗旨,MIGA董事会修订了《MIGA公约》第12条,扩大了合格投资范围:明确了用于融资的贷款或者与存在直接投资的特定投资或项目有关的贷款属于合格投资范围;新增了合格投资者对现有投资的并购、合格投资者对其拥有的现有投资或新投资的系列担保、合格投资者改善和加强对东道国有重大持续性发展性影响基础项目的现有投资或者证明其对项目有中长期担保的现有投资等作为MIGA的合格投资。同时提高了MIGA决策的灵活性,赋予MIGA董事会批准任何形式的中长期贷款为合格投资的权利且不受关联性要求的限制。此次修订有利于促进投资向高风险发展中国家流动、投资者私人利益与东道国公共利益的双赢,将提升MIGA在世界范围内的影响力。中国应进一步加强与MIGA的合作互动,学习MIGA的做法,包括政策性导向与商业化运作相结合,扩大海外投资保险合格投资范围并加强投资保险险种创新,增强透明度和便利投资者参与。在《**香烟平装法案的合法性分析及我国的因应对策**》一文中,衣淑玲副教授指出,在菲利普莫里斯国际烟草公司(菲莫公司)的子公司对乌拉圭、澳大利亚提起的国际投资争端仲裁中,香烟平装法案的合法性成为国际社会关注的热点问题。在有关国际投资争端仲裁庭作出裁决之前,对菲莫公司子公司的仲裁请求进行深入分析很有必要,因为作为《烟



草控制框架公约》的缔约国,我国有必要制定类似的相关立法,而此类研究有助于使我国的控烟立法取得合法性。在《外商投资中的行政垄断风险与救济》一文中,王永亮讲师和赵德铭律师认为,为了发展地方经济,各地出台了各种各样的优惠政策,以吸引外商投资。具体的优惠政策涵盖了税收、财政、用地等诸多内容。从行政垄断的角度来看,对于外商投资企业来说,其中的许多优惠政策蕴含着巨大的法律风险。如何从反垄断法的角度审视外商投资中的法律风险,既具有重大的理论价值,也具有重大的实用价值。

国际知识产权法方面,在《美国 337 调查合法性演变及中国的对策》一文中,朱旭云博士认为,面对美国频繁应用 337 条款实施贸易保护,中国有必要重新审视 337 调查的国际合法性,寻求提出挑战的适当依据。然而随着 GATT 演变为 WTO,337 调查的合法性标准不断下降,337 调查自身规则的完善也增加了在 WTO 框架下挑战该调查的难度。鉴于《TRIPS 协定》规定过于简单与抽象,应重点分析 337 条款具体制度与《TRIPS 规定》的不相符之处,尝试在个案中对 337 调查的适用提出磋商和挑战。中国政府应建立 337 调查动态监视预警机制,组建应急诉讼和磋商团队。在《欧盟法“标准必要专利”侵权与反垄断强制许可抗辩——以“华为诉中兴”案为研究的切入点》一文中,博士生王徽和博士后李晓郭认为,欧盟法下“滥用市场支配地位”抗辩如何运用于“标准必要专利”侵权之诉的问题在“华为诉中兴”案中得到了充分体现。鉴于目前德国的“橘皮书标准案”规则自身存在不足,且其与欧盟法规则存在潜在冲突,再加之欧盟法目前尚缺乏足够明确且具有约束力的相关判例,故本案极具代表性和研究价值。本案极可能诞生新的欧盟法规则,且这将对欧盟法“标准必要专利”侵权与反垄断强制许可抗辩问题产生重要的影响。欧盟法新规则应采取分步适用的做法,从而细化《欧盟运行条约》第 102 条在“标准必要专利”滥用市场支配地位方面的适用。结合特定的政策考量,欧盟法规则对于完善我国在该领域的立法、执法和司法制度均具有良好的参考价值。

国际法基本理论方面,在《国际法视野中的软法——从软法与条约间关系的视角》一文中,博士生石亚莹认为,软法是指那些不具有法律约束力、但对主体行为有指导和规范效果、人为设计的国际规范。相对于条约,软法具有成本低、批准快、修订易、弹性大等优势。条约是软

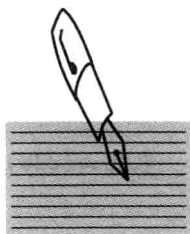


法的重要归宿,特定情况下,软法可以被国际组织或国家采纳,成为条约的一部分。未来软法必将获得更大的发展空间,软法与条约并存发展是国际规则领域的长期特征。

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

2015年5月10日



目 录

世界贸易组织法

从稀土案看上诉机构建立判例纠错制度的必要性与可行性

..... 冯雪薇(1)

“市场经济地位”之国际法辨析

——《加入议定书》与中国“市场经济地位” 刘敬东(29)

国际投资法

双边投资协定的规则谈判重于减让谈判 车丕照(52)

欧加《全面经济贸易协定》投资规则的特点及影响

..... 任 清(65)

中欧 BIT 的“负面清单”研究:由来、变迁与展望 梁 咏(79)

中美双边投资条约谈判中的国家安全审查问题 陈辉萍(103)

公平公正待遇的要素分析

——以中美 BIT 第 13 轮谈判为视角 吴 岚(123)

中非双边投资条约存在的问题及完善 朱伟东(149)

评《MIGA 公约》的最新修订及其启示 张庆麟 余海鸥(169)

香烟平装法案的合法性分析及我国的因应对策 衣淑玲(194)



外商投资中的行政垄断风险与救济 王永亮 赵德铭(217)

国际知识产权法

美国337调查合法性演变及中国的对策 朱旭云(228)

欧盟法“标准必要专利”侵权与反垄断强制许可抗辩

——以“华为诉中兴”案为研究的切入点

..... 王 徽 李晓彤(241)

国际法基本理论

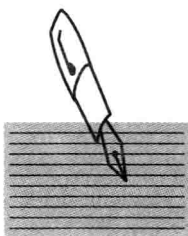
国际法视野中的软法

——从软法与条约间关系的视角 石亚莹(260)

附 录

《国际经济法学刊》稿约 (287)

《国际经济法学刊》书写技术规范 (289)



Contents

WTO Law

On the Necessity and Feasibility of Self-correction of the Appellate

Body's Previous Decisions from the Perspective of *China-Rare*

Earths Case Feng Xuewei (1)

Analysis of "Market Economy Status" under International Law

Context—Accession Protocol and China's "Market Economy

Status" Liu Jingdong (29)

International Investment Law

Rule Negotiation is More Important than Concession Negotiation

in BITs Che Pizhao (52)

Investment Rules in CETA: Innovative Characteristics and Possible

Influence Ren Qing (65)

"Negative List" in Sino-EU BIT: Origins, Evolution and Prospects

..... Liang Yong (79)

The National Security Review Issue in the China-U. S. BIT

Negotiations Chen Huiping (103)



Analysis of Elements of Fair and Equitable Treatment; From the Perspective of the 13th Round Negotiation of China-U. S. BIT	Wu Lan (123)
China-Africa Bilateral Investment Treaties; Problems and Improvement	Zhu Weidong (149)
Comments on the Latest Revision of the MIGA Convention and Its Enlightenment	Zhang Qinglin & Yu Haiou (169)
Analyses of the Legality of Tobacco Plain Package Act and Countermeasures of China	Yi Shuling (194)
The Administrative Monopoly Risks and Reliefs in Foreign Investment	Wang Yongliang & Zhao Deming (217)

International Intellectual Property Law

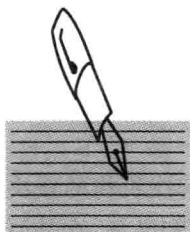
Legitimacy Evolution of the United States 337 Investigation and China's Countermeasures	Zhu Xuyun (228)
"Standard Essential Patents" Infringement and Antitrust Defense on Compulsory Licensing under EU Law—An Analysis of "Huawei v. ZTE" Case	Wang Hui & Li Xiaofu (241)

Basic Theories of International Law

Soft Law in the Fields of International Law—From the Perspective of the Relationship between Soft Law and Treaty	Shi Yaying (260)
--	------------------

Appendix

Notice to Contributors from <i>the Journal of International Economic Law</i>	(287)
Technical Rules of Writing Adopted by <i>the Journal of International Economic Law</i>	(289)



从稀土案看上诉机构建立判例 纠错制度的必要性与可行性

■ 冯雪薇*

【内容摘要】 WTO 的争端解决工作近年来方兴未艾,争端解决过程中逐步确立了英美法系中的遵循先例原则。但由于上诉时间紧迫,上诉机构在个案中确定的一些条约解释有可能未能充分考虑各个方面的因素,当新的案件提起,先前的解释是否仍然适用,还是应该考虑更多的因素加以调整? WTO 是否允许上诉机构和专家组背离先例? 如果允许背离,在什么条件下可以背离? 稀土案中可否引用 GATT 第 20 条为违反议定书承诺进行抗辩? 这个曾在原材料案中被裁定为不可引用的解释是否周全、可否修改? 更重要地, WTO 争端解决机制是否应建立一个纠错的机制,允许司法解释的整体有自我矫正的功能? 这是稀土案中引人反思的问题。本文作者研究 WTO 的判案实践,认为 WTO 建立判例纠错制度是合理可行且必要的,对更好地完成条约解释的责任有积极的意义。

* 作者系锦天城律师事务所高级顾问,中国稀土案代理律师。



一、WTO 争端解决机制遵循先例制度的历史回顾

WTO 的争端解决机制运行将近二十年,广受尊重与好评,正如 DSU 第 3.2 条指出的,这个机制是保护多边贸易制度安全性和可预测性的核心,是成员们在各个协定下权利义务实现的具体保障,它还起到按照国际公法的习惯规则解释和澄清各协定条文含义的作用。但除此之外,DSU 作为条约还预先设定了一把达摩克利斯之剑(the Sword of Damocles),预示着即使是一个良好的制度,其运行的道路也难免有崎岖的风险,需要一种警示来防范或者应付这种风险。

这个警示提醒所有争端解决程序的参与者,争端解决机构的裁决和建议不能增加或减损成员们在各多边协定下的权力和义务,这是原则的底线。由谁来按照什么规则来确定 WTO 争端解决机制的运作是否走偏到了“增加或减损成员们在各多边协定下的权力和义务”的地步,条约并未规定。争端解决制度是靠人来支持和运作的,而人的监督在组织的层级上总有一个终止的时候。在国际法上,WTO 是一个对人的有限性认识较多的组织,因此它在设立一个专家组解决争端的程序之外,还史无前例地设立了一个常设的上诉机构,对于法律解释和法律适用是否合法的问题进行审查把关。这样一个两级的争端解决程序比较容易形成一个事实上遵循先例的传统。

先例应在多大程度上被遵循?这既是一个近乎抽象的哲学问题,也是一个具体实践问题。划分界限从来就是最难说清的。上诉机构曾经明确说明,WTO 没有遵从先例的原则。这一点上,WTO 继承了国际法从联合国《国际法院规约》第 59 条而来的传统。在 1996 年的日本酒税案(Japan-Alcoholic Beverages)中,上诉机构一方面不承认 WTO 有遵循先例的原则,说本案的裁决仅仅约束本案的当事方;另一方面又确认了 GATT 的判例是 GATT 的获得性知识或经验,法语称为“acquis”(knowledge, attainment, achievement),其功能起到了创造合理期待的作用。这意味着,在相同的情况下,后来的专家组或者上诉机构应该对相关法律问题应遵循相同的原则:

Adopted Panel reports are an important part of the GATT acquis.

They are often considered by subsequent panels. They create legiti-