

“中文社会科学引文索引”(CSSCI)来源集刊

Journal of International Economic Law

Volume 21, Number 1, 2014

国际经济法学刊

第21卷 第1期 (2014)

陈 安 主编 韩秀丽 执行编辑

本期要目

孙 昭：补贴额计算方法及其WTO合规性分析

孙南翔：WTO体制下国内治理的“正当程序”规则研究

王彦志：公平与公正待遇条款改革的困境与出路

——RDC v. Guatemala案裁决引起的反思

张 生：国际投资仲裁中条约解释方面的问题及其完善对策



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国际经济法学刊

第21卷 第1期 (2014)

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 21 卷. 第 1 期: 2014/陈安主编. —北京: 北京大学出版社, 2014. 5

ISBN 978 - 7 - 301 - 24301 - 5

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(2014)第 113365 号

书 名: 国际经济法学刊(第 21 卷第 1 期)(2014)

著作责任者: 陈 安 主编

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24301 - 5/D · 3583

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>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: 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: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 17.25 印张 265 千字

2014 年 5 月第 1 版 2014 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

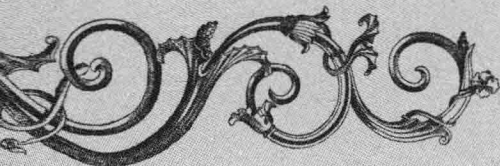
未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

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

Journal of International Economic Law

Volume 21, Number 1, 2014



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

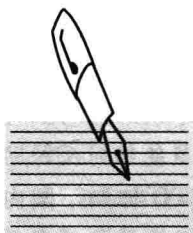
主任:李国安

本期执行编辑:韩秀丽

本期编辑(以姓氏笔画为序):

王建雄	曲秋实	刘志一	杨弼君	尚 毅	金隽艺
郑 晔	郑 蕴	赵业新	曾建知		

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21卷第1期,本期共设国际贸易法、国际投资法、国际知识产权法、比较税法等专栏。

国际贸易法方面,在《补贴额计算方法及其WTO合规性分析》中,我国常驻世界贸易组织使团工作人员孙昭认为,在反补贴调查和裁决过程中,补贴额计算方法是一个技术复杂又备受争议的问题。在GATT/WTO历史上,各国为此问题争论数十载尚无定论。美国凭借其丰富的反补贴经验,发展出补贴额计算公式,并在实践中不断完善,逐渐传播至其他国家。欧盟最初和美国的观点存在严重分歧,但在后续实践中亦逐渐改变其立场,采取了与美国接近的补贴额计算公式。美



国和欧盟的这些方法和公式体现了进口利益,在计算过程中吸纳了“货币的时间价值”这一概念,利用分摊年限、贴现率等各种手段方便调查,扩大计算补贴额。通过研究这些公式的前提条件、演变历史、计算过程、实施效果、存在的问题与WTO合规性,作者希望能够对反补贴调查实务和WTO多哈回合规则谈判有所助益。在《WTO体制下国内治理的“正当程序”规则研究》中,博士生孙南翔指出,作为国际经济领域中最为重要的全球治理机制,WTO为成员方的国内治理设置程序性限制,其中包括对正当程序的强制性要求。国内治理的正当程序规制具有其独特价值,更佐证了WTO的合法性。在WTO体制下,通过规则制定与争端解决,基本实现了对成员方国内治理的正当程序规制。我国在辨清正当程序规制的价值基础上,应适应并能动地使用正当程序的国内治理规则,并保障公正与合理的国际经济秩序。

国际投资法方面,在《公平与公正待遇条款改革的困境与出路——RDC v. Guatemala案裁决引起的反思》中,王彦志副教授认为,晚近,各国条约实践试图将公平与公正待遇条款限定在习惯国际法最低待遇标准范畴内,进而将其主要义务内容确定在不得拒绝司法等有限的义项内,以限制投资条约仲裁庭的宽泛解释。但是,RDC v. Guatemala案裁决表明,以美国为例的公平与公正待遇条款的条约改革实践并没有取得预期效果,仲裁庭仍然对于新一代公平与公正待遇条款采取宽泛解释。对此,各国条约实践应该进一步明确限定习惯国际法的证明方式、公平与公正待遇标准的具体义务内容和最惠国待遇条款的适用范围,以促进公平与公正待遇标准仲裁实践的确定性和一致性。在政策选择上,公平与公正待遇标准既非Neer案确立的标准,亦非完美法治要求的标准,而是现实法治要求的诸项一般法律原则,因此不宜将公平与公正待遇的具体义务内容仅仅限定为不得拒绝司法,究竟应该如何列举公平与公正待遇的具体义务内容仍需进一步的审慎考量。在《NAFTA下美国关于“公平与公正待遇”的国家实践——争端的视角》中,博士生包晋首先简要描述了《北美自由贸易协定》(NAFTA)自由贸易委员会对公平与公正待遇作出解释的背景及内容;然后考察了NAFTA下以美国为被申请人的案件,从限定解释习惯国际法、提高认定门槛、重新解释“公平”与“公正”等三个方面,分析美国对公平与公正待遇的态度,即逐渐缩小公平与公正待遇的内涵及其适用

范围,提高认定违反公平与公正待遇的门槛;最后,结合美国双边投资协定范本规定的变化,探讨美国投资争端实践对范本修订的影响。在《论国际投资仲裁中拒绝司法救济之新途径》中,博士生金隽艺指出,“拒绝司法”虽然是一个古老的国际法术语,但在国际投资法领域,其外延、适用前提以及救济途径都有了新的变化和发展。作者首先简述拒绝司法在有关国际投资条约中的表现,继而对国际投资仲裁实践中拒绝司法的传统救济途径进行论述。在此基础上,指明随着国际投资仲裁实践的发展,拒绝司法救济业已或可能会出现的新途径,并结合实际案例分析这些新途径的特征,以及其与传统意义上之拒绝司法的区别与联系。最后针对这些新的救济途径提出相应的对策分析。在《国际投资仲裁中条约解释方面的问题及其完善对策》中,张生讲师认为,国际投资仲裁机制正面临着前所未有的质疑,逐案设立的仲裁庭在处理案情相似和条约内容相同或相似的争端时,常常会作出不一致的认定。不少仲裁庭也常常将双边投资条约解读为单纯保护和促进外国投资的协定,却忽视其“公法”属性。实际上国际投资仲裁制度所面临的这种“合法性危机”与仲裁庭在条约解释方面存在的问题密切相关。这些问题既起因于仲裁庭对条约解释方法的技术性误用和对投资条约的政策性误读,也起因于国际投资仲裁制度对国际商事仲裁制度的依赖和投资法领域的“双边主义”。问题的解决需要实体和程序两方面的努力:实体方面,既要考虑条约解释方法在仲裁实践中的正确适用,还应当允许和鼓励缔约国通过有权解释的方式进一步丰富和确定投资条约内容;程序方面,可以要求仲裁庭重视先案仲裁裁决以保证一致性,也可以考虑设立上诉机制对裁决在条约解释方面的错误进行事后纠正。而从更长远的角度看,设立一个投资领域的多边机制势在必行。在《国际投资仲裁中的先例使用》中,博士生陈正健认为,尽管国际投资仲裁中所援引的先例并没有强制约束力,但是晚近以来,先例在国际投资仲裁实践中还是得到了普遍使用,其原因主要有:国际投资法制和裁决的特殊性、先例所具有的说服力功能、先例的一致性功能等。应注意的是,先例使用存在很多缺陷,包括前提性缺陷、价值缺陷、结果缺陷等。因此,国际投资仲裁中的先例使用不是普通法(法律)意义上的遵循先例,而仅是事实上的遵循先例。这就要求仲裁机构使用先例时应对其进行详细分析、评估和管理;对中国来说,则要加强先例的系统



性研究。在《论身份混同背景下我国外资并购国家安全审查标准的完善》中,孟国碧教授认为,在全球化背景下,我国在国际投资领域的身份发生了混同,既是“引进来战略”下的资本输入大国,也是“走出去战略”下的资本输出大国。作为审查制度核心内容的审查标准的设计必须考虑这种双重身份。我国现有的审查标准并没有真正考虑到身份混同因素,在价值取向、具体内容等方面都存在不足。考察制度较为健全、同样具有双重身份的发达国家的相关立法,它们在审查标准的四大核心内容上都有值得我国借鉴之处。因此,我们应当充分考虑身份混同的因素,吸取发达国家的经验,完善审查标准的四大核心内容。

国际知识产权法方面,在《论美国 TPP 药品知识产权建议条款对公共健康之反作用——与 TRIPS 之比较》中,陈瑶讲师指出,在双边贸易谈判停滞的背景之下,以 21 世纪贸易协定范本为目标的 TPP 谈判动向值得关注。TPP 美国建议稿中的药品知识产权条款大大突破了 TRIPS 的最低水平,对药品知识产权的所有核心环节进行了全面整合,大有对全球药品知识产权保护规则重新设制之意。尽管该建议稿也包含了一些公共健康条款,但整体而言,存在严重的失衡。若要消解现有文本对公共健康的巨大压力,需克服一定困难与障碍。于我国而言,TPP 提供了借助 FTAs 选择性植入某些规则,推进秩序转变的范例。我国应基于 TRIPS 实施近二十年来已经变化了的国际社会情况以及自身情况的改变,合理评估相关条款的风险,于适当时机,择合适路径,参与新一轮规则的制定。

比较税法方面,在《台湾地区证券交易所得税复征之检讨与完善路径》中,杨春娇讲师认为,台湾地区“立法院”在 2012 年 7 月 25 日通过“所得税法”及“所得基本税额条例”相关条文修正案,并自 2013 年恢复征收证券交易所得税。此次复征确立了量能课税原则作为证券交易所得税的建制原则,明确了证券交易所得税税收优惠的界限,却引发了诸多法律争议,包括证券交易所得税能否真正落实量能课税原则、设置股市 8500 点课征门槛是否影响法的安定性,以及设算所得、收入确认、成本损失扣除等诸多问题。对此,在立法层面应厘清证券交易所得税与证券交易税的定位,实践层面应完善相关的配套措施。

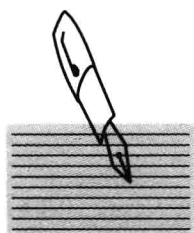
特别声明:在本刊发表的论文,其所论证的各种观点,未必是本刊



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

2014年4月20日



目 录

国际贸易法

- 补贴额计算方法及其 WTO 合规性分析 孙 昭 (1)
- WTO 体制下国内治理的“正当程序”规则研究 孙南翔 (27)

国际投资法

公平与公正待遇条款改革的困境与出路

- RDC v. Guatemala 案裁决引起的反思 王彦志 (51)

NAFTA 下美国关于“公平与公正待遇”的国家实践

- 争端解决的视角 包 晋 (80)

- 论国际投资仲裁中拒绝司法救济之新途径 金隽艺 (102)

- 国际投资仲裁中条约解释方面的问题及其完善对策 ... 张 生 (130)

- 国际投资仲裁中的先例使用 陈正健 (167)

论身份混同背景下我国外资并购国家安全审查标准的

- 完善 孟国碧 (195)

国际知识产权法

论美国 TPP 药品知识产权建议条款对公共健康之反作用

- 与 TRIPS 之比较 陈 瑶 (219)



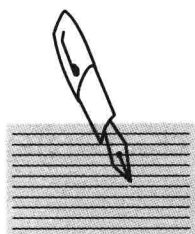
比较税法

台湾地区证券交易所得税复征之检讨与完善路径 杨春娇(244)

附录

《国际经济法学刊》稿约 (258)

《国际经济法学刊》书写技术规范(暂行) (260)



Contents

International Trade Law

The Subsidy Calculation Methodology and the Analysis of Its

Consistency with the WTO Sun Zhao (1)

Rules of “Due Process” in Domestic Regulation under the WTO

System Sun Nanxiang (27)

International Investment Law

Dilemma and Future of the Improvement of Fair and Equitable

Treatment Clause

—With Reflection on RDC v. Guatemala Award Wang Yanzhi (51)

United States Practice on Fair and Equitable Treatment under NAFTA

—From Perspective of Dispute Settlement Bao Jin (80)

New Remedy Approaches to Denial of Justice in International

Investment Arbitration Jin Junyi (102)

Treaty Interpretation Issues in International Investment Arbitration and

the Countermeasures Zhang Sheng (130)

The Use of Precedents in International Investment

Arbitration Chen Zhengjian (167)

Improving the Standards of China’s National Security Review of

Foreign M&A under the Background of Identity

Confusion Meng Guobi (195)



International Intellectual Property Law

A Comparison with TRIPS: The Negative Effects of TPP

Pharmaceutical IPRs Proposals of United States on Public

Health Chen Yao(219)

Comparative Tax Law

Examining and Perfecting the Re-taxation of Income Derived from

Securities Transactions in Taiwan Yang Chunjiao(244)

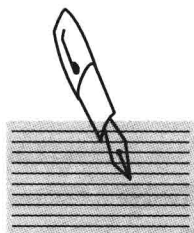
Appendix

Notice to Contributors from *the Journal of International Economic*

Law (258)

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

Economic Law (260)



补贴额计算方法及其 WTO 合规性分析^{*}

■ 孙 昭^{**}

【内容摘要】 在反补贴调查和裁决过程中,补贴额计算方法是一个技术复杂又备受争议的问题。在 GATT/WTO 历史上,各国为此问题争论数十年尚无定论。美国和欧盟采用的方法和公式体现了进口利益,在计算过程中吸纳了“货币的时间价值”的概念,利用分摊年限、贴现率等各种手段方便调查,扩大计算补贴额。本文力图研究这些公式的前提条件、演变历史、计算过程、实施效果、存在的问题与 WTO 合规性,希望对反补贴调查实务和 WTO 多哈回合规则谈判有所助益。

截至 2013 年 6 月,我国已遭遇 69 起反补贴调查。^① 与此同时,我

* 本文系国家社科基金项目“WTO 扩散效应研究”(12CFX109)的研究成果之一。

** 作者目前在中华人民共和国常驻世界贸易组织使团工作,此前曾就职于商务部产业损害调查局及条约法律司 WTO 法律处。作者感谢商务部顾源、王新、郭鹏、吴锋、邢敏、李舒萌、清华大学吕晓杰副教授和厦门大学池漫郊副教授在法律和财务专业上给予的帮助和意见。

① 数据来源:世贸组织。其中,美国对我国反补贴 34 起,加拿大对我国 18 起,澳大利亚对我国 8 起,欧盟对我国 6 起,印度、墨西哥和南非对我国各 1 起。



国2009年以来亦开始对外发起反补贴调查,目前已针对美国发起调查4起^②,对欧盟发起调查3起。^③无论从出口应诉的角度还是进口调查的角度,这些不断变化的贸易救济形势,要求我们既要熟悉美国和欧盟的反补贴实践,也要逐步完善我国的反补贴调查制度。从目前的规则层面看,尽管我国制定了与WTO《补贴与反补贴协定》相似的《反补贴条例》,规范了部分程序和实体义务,但没有任何条文直接规范补贴额计算方法,调查机关仍然处于探索和学习阶段,有必要研究美国和欧盟的实践经验,并分析其WTO规则合规性,择其成熟做法加以借鉴。

一、补贴额计算的基本分析思路:接受者利益

缔结《关贸总协定》时,各国对补贴定义没有共识,进而认为补贴额是难以准确计算的,所以只能在条文中使用“估算”(estimated)的概念。^④所以,在计算补贴额之前要解决的首要问题是如何定义补贴,究竟应该从“政府成本”(cost to government)的角度认定补贴,还是从“接受者利益”(benefit to recipient)的角度认定补贴。^⑤这个问题是补贴认定的根本性分歧,它决定了不同的补贴计算方法^⑥,可能影响补贴是否

② 《关于对自美国进口的取向电工钢反补贴立案调查的公告》,商务部公告2009年第41号,2009年6月1日;《关于对自美国进口的白羽肉鸡产品反补贴立案调查的公告》,商务部公告2009年第75号,2009年9月27日;《关于对自美国进口的排气量在2.0升及2.0升以上进口小轿车和越野车进行反补贴立案调查的公告》,商务部公告2009年第84号,2009年11月6日;《关于对原产于美国的进口太阳能级多晶硅进行反补贴立案调查的公告》,商务部公告2012年第41号,2012年7月20日。

③ 《关于对原产于欧盟的进口马铃薯淀粉进行反补贴立案调查的公告》,商务部公告2010年第48号,2010年8月30日;《关于对原产于欧盟的太阳能级多晶硅进行反补贴立案调查的公告》,商务部公告2012年第70号,2012年11月1日;《关于对原产于欧盟的葡萄酒反补贴立案调查的公告》,商务部公告2013年第37号,2013年7月1日。

④ General Agreement on Tariffs and Trade, Article VI:3. Also see Report of the Operation of the Provision of Article XVI, Panel on Subsidies, L/1442, 19 April 1961, para. 23.

⑤ Subsidies and Countervailing Measures, Note by the Secretariat, Negotiating Group on Subsidies and Countervailing Measures, GATT Doc No. MTN.GNG/NG10/W/6, April 28, 1987, p. 11.

⑥ Problems in the Area of Subsidies and Countervailing Measures, Note by the Secretariat, GATT Doc No. MTN.GNG/NG10/W/3, March 17, 1987.

存在、补贴是否需要分摊以及补贴是否需考虑时间价值等。^⑦

GATT 1947 第 6 条和第 16 条均没有“补贴”的定义,也没有提供详细的补贴额计算方法;1979 年结束的东京回合谈判,《补贴与反补贴守则》(简称《东京补贴守则》)^⑧是该回合最后达成的协议^⑨,美国和欧盟作出让步,美国同意在反补贴调查中考虑国内产业损害^⑩,欧盟同意美国针对其补贴产品采取反补贴措施^⑪,但《东京补贴守则》依然没有明确的补贴定义,各国仍然为此争执^⑫,其中以美国和欧盟的立场最为典型。欧盟认为 GATT 1947 第 6 条第 3 款中的表述是“给予”(granted),而不是“收到”(received),刻意选择的用词表明补贴计算应依据政府的财政资助额。^⑬ 美国不同意欧盟的解释,认为“给予”仅仅意味着补贴的存在,不能决定补贴额的计算;同时,《东京补贴守则》脚注^⑭要求缔约方就补贴额计算达成备忘录^⑮,美国认为这个脚注表明缔约方如何计算补贴额并没有形成共识,如果按照欧盟的解释,补贴额就是政

⑦ 举例说明:(1) 补贴是否存在。如政府债券利息成本为 1%,借给受益者利率 2%,市场中的商业贷款利率 3%,按照政府成本计算,政府收益 1%,不存在补贴;按照接受者利益计算,比商贷优惠 1%,存在补贴。(2) 补贴是否需要分摊。如政府拨款购买设备,按照政府成本计算,则不用依据使用年限分摊;而按照接受者利益计算,则需要在设备使用年限中分摊。(3) 补贴是否需要考虑时间价值。仍然以政府拨款购买设备为例,按照政府成本计算,当年支出,当年结算,无需考虑时间价值;而按接受者利益算,设备可以使用若干年,应当考虑资产的时间价值。

⑧ Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement of Tariffs and Trade (“Tokyo Subsidies Code”), April 12, 1979, Geneva.

⑨ Communication from the United States concerning Subsidy Determinations on Certain Carbon Steel Products, SCM/36, October 27, 1982, p. 2.

⑩ 尽管 GATT 1947 第 6 条规定,采取反补贴措施须考虑国内产业损害,但由于祖父条款(grandfather clause)的存在,美国在反补贴调查中不考虑国内产业的损害;Protocol of Provisional Application of the General Agreement on Tariffs and Trade, Article 1(b): “... provided that this Protocol shall have been signed on behalf of all the foregoing Governments not later than 15 November 1947, to apply provisionally on and after 1 January 1948;... (b) Part II of that Agreement to the fullest extent not inconsistent with existing legislation...”

⑪ Terence P. Stewart, Editor, *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986 - 1992)*, Volume II: *Commentary, Subsidies and Countervailing Measures*, Kluwer Law International; 1 edition, 1995, p. 817.

⑫ R. Stem & B. Hoekman, The Codes Approach, in *The Uruguay Round: A Handbook for the Multilateral Trade Negotiations*, J. M. Finger & Olechowski, eds., 1987, pp. 59 - 61.

⑬ EEC Memorandum on US Final Countervailing Duty Determination on European Steel Exports, GATT Doc No. SCM/35.

⑭ Footnote ⑮ of Tokyo Subsidies Code, it provides that “An understanding among signatories should be developed setting out the criteria for the calculation of the amount of the subsidy”.