

(2011年卷)

WTO法与中国论丛

WTOFA YU ZHONGGUO LUNCONG

主 编 孙琬钟

副主编 吕晓杰



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

(2011年卷)

WTO法与中国论丛

WTOFA YU ZHONGGUO LUNCONG

主 编 孙琬钟

副主编 吕晓杰



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书是“WTO法与中国论坛暨中国法学会世界贸易组织法研究会2010年年会”论文集,涉及的领域非常广泛,研究了WTO争端解决与中国的实践、贸易救济法律问题、WTO框架下贸易与环境法律问题、WTO框架下服务贸易与知识产权法律问题,以及WTO其他议题等问题。本书紧抓我国加入WTO的第10个年头之契机,反映了该领域的重点、热点、难点问题,对我国对外贸易及相关法律制度建设有积极的参考价值。

责任编辑:彭小华 责任校对:韩秀天
文字编辑:殷亚敏 徐施峰 责任出版:卢运霞
执行编辑:雷春丽

图书在版编目(CIP)数据

WTO法与中国论丛. 2011年卷/孙琬钟主编. —北京:知识产权出版社,
2011.7

ISBN 978-7-5130-0563-0

I. ①W… II. ①孙… III. ①世界贸易组织-规则-影响-法律-
中国-文集 IV. ①F743-53②D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第086024号

WTO法与中国论丛(2011年卷)

主 编 孙琬钟
副主编 吕晓杰

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8115

印 刷: 北京市凯鑫彩色印刷有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

版 次: 2011年8月第1版

字 数: 519千字

ISBN 978-7-5130-0563-0/D·1215 (3460)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 29.25

印 次: 2011年8月第1次印刷

定 价: 76.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

致“WTO 法与中国论坛” 2010 年年会的贺信 (代序)

中国法学会世界贸易组织法研究会并“WTO 法与中国论坛”：

值此“WTO 法与中国论坛”2010 年年会在著名的清华园举行之际，我以个人的名义表示热烈的祝贺。2010 年 12 月，我们迎来中国加入 WTO 的第十个年头。此次论坛上，各位专家、学者和有关部门官员相聚一堂，研究、探讨实施 WTO 规则，参与 WTO 活动，特别是中国“入世”九年来参与 WTO 争端解决机制方面的经验、教训并展望未来，这是一件十分值得高兴的事。

加入 WTO 后，中国在开放自身市场的同时，也获得了贸易开放的国际市场，中国经济进一步融入全球经济。贸易开放给中国带来贸易额急剧增长的同时，也促使中国产业进行了结构调整，形成了产业的市场化、全球化竞争格局，并带来多元化资金的高强度投入。“入世”加快了中国建立和完善社会主义市场经济体制的现代化进程，同时也极大地推动了中国法制改革的进程。随着经济全球化进程的加快，世界经济相互依赖程度加深，中国在世界经济贸易中发挥着越来越重要的作用。中国在世界经济中的出色表现，也在客观上推动着 WTO 治理结构的民主化和法治化进程。

当今国际经济社会中，贸易保护主义依然存在，国际贸易摩擦案件不断，美国等国家不断针对我国发起大量的反倾销反补贴贸易救济调查。WTO 争端解决机制是平衡贸易摩擦各方关系的手段，可以减少贸易的政治化、情绪化。在过去九年的时间里，我们在运用这一争端机制保护自身利益方面取得了哪些经验教训，在面临争端出现的新情况时，我们又该如何更好地利用这一机制来维护我国的正当权益，维护国际贸易秩序？“WTO 法与中国论坛”为我们提供了一个良好的讨论和研究平台。

我们注意到，在国际贸易领域出现了一些新情况。在全球经济一体化进程中，随着国际服务贸易的飞速发展，产生了第一部规范国际服务贸易的多边法律框架 GATS。它已成为当今世界各国发展国际服务贸易所必须遵守的国际规则。

金融危机对服务贸易的发展既带来了挑战,也带来了机遇。在国际金融危机背景下,服务贸易壁垒可能增加。如何积极应对服务贸易壁垒的新变化、研究构筑服务贸易壁垒的应对平台、抓住全球产业结构调整和国际产业加速转移的机遇、大力发展服务贸易,对于促进我国对外贸易稳定增长具有十分重要的意义。

2010 年的“WTO 法与中国论坛”具有格外重要的意义。刚刚闭幕的党的十七届五中全会,是在我国即将完成“十一五”规划,进入全面建设小康社会的关键时期召开的一次重要会议。胡锦涛总书记在全会上所作的两次重要讲话,科学总结了党的十七届四中全会以来的工作,对贯彻落实全会精神 and 做好当前工作作出重要部署,为推进我国改革开放和社会主义现代化建设进一步指明了方向。全会审议通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十二个五年规划的建议》,明确提出了“十二五”时期我国经济社会发展的指导思想、总体思路、目标任务、重大举措,是今后 5 年我国经济社会发展的重要指导性文件,对我们今后研究世贸组织法也是很有指导意义的。

中国即将迎来入世十周年,我们对 WTO 法的研究取得了巨大成就,但国际经济中的新情况、新问题要求我们更加深入地研究 WTO 的规则及其实践,并对与贸易相关的投资和环境法律问题等新议题展开更加深入的讨论,以便我们在未来采取更有效的方法,利用 WTO 机制维护我国利益。

预祝本次“WTO 法与中国论坛”2010 年年会取得圆满成功!

中国法学会世界贸易组织法研究会名誉会长 任建新

2010 年 11 月 6 日

“WTO 法与中国论坛”暨中国法学会世界贸易组织法研究会 2010 年年会综述

2010 年 11 月 6~7 日,由中国法学会世界贸易组织法研究会与清华大学法学院共同主办的“WTO 法与中国论坛”暨中国法学会世界贸易组织法研究会 2010 年年会在清华大学法学院明理楼举行;在中国加入 WTO 即将迈入第 10 个年头之际,来自高校的专家学者、法律实务界的从业者以及相关领域的政府官员等汇聚一堂,主要就中国与 WTO 的关系从多个角度和方面进行了解读和讨论。本次年会正式参会代表约为 80 人,大多数代表均就自己关注或者专攻的具体领域提交了论文;整个大会主要分为开幕式致辞、大会主旨报告、分主题讨论和闭幕式等几个部分,此外在本次年会上,还举行了 WTO 法 2009 年优秀论文的颁奖仪式并公布了中国法学会世界贸易组织研究会新增理事和常务理事的名单。

作为本次论坛的核心组成部分,大会主旨报告和分主题研讨主要涉及以下四个方面:我国开展 WTO 法学研究的重要性和紧迫性、贸易救济法律问题及我国贸易救济制度的建立和完善、WTO 争端解决机制及中国的实践、部分其他 WTO 议题的研究。以下在着重介绍大会主旨报告和分主题讨论的基础上,对整个会议进行一个大体的综述。

一、大会开幕式致辞

大会开幕式由清华大学法学院院长王振民教授主持,中国法学会世界贸易组织法研究会会长孙琬钟先生、清华大学副校长谢维和教授和中国法学会副会长周成奎先生先后致辞,此外大会还收到中国法学会世界贸易组织法名誉会长任建新先生发来的贺电。参加开幕式的还有中国商务部产业损害局巡视员宋和平先生,国务院法制办公室秘书行政司副司长吕勇先生,WTO 上诉机构成员张月姣大法官,以及中国法学会世界贸易组织法研究会副会长王正明、曾令良、李顺德、余敏友、陶晓林、郭寿康等。

在致辞中,几位发言人不约而同地都谈及十七届五中全会以及“十二五”规划的指引作用,将 WTO 及其规则的研究工作与改革开放的基本国策联系起

来,强调依靠法律促进经济增长方式的转变,坚持科学发展。此外,大家分别从不同的角度谈及入世后我国取得的成就,同时也都认识到当前我国面临贸易保护主义的挑战,因而加强针对 WTO 及其规则的研究和交流相关研究成果极为必要,具有实际意义和战略意义。

其中,孙琬钟先生还特别提及时任国务委员的吴仪女士在中国法学会世界贸易组织法研究会成立时发表的讲话,其中对有关研究工作给出了明确而又具体的要求。他强调, WTO 具有自己的特点,它涉及范围广泛,法律多元,规则严密,并且跨领域、跨学科、跨部门,因而我们必须基于 WTO 及其规则本身,深刻了解和合理利用这些规则,才能更好地保护自身利益。自由贸易区和区域贸易发展是孙琬钟先生关注的又一个内容,他认为如何处理 WTO 体系与区域安排的关系是我们应该研究的方向之一。谢维和教授强调“人”这一因素在 WTO 促进我国经济发展过程中的作用;此外,他提及外贸是中国经济增长的三大支柱之一,不同于消费和投资,相对比较脆弱和被动,更多地需要倚靠公平的法律环境和秩序。周成奎先生作为中国法学会的出席领导之一,还从学会的角度阐述了对论坛的支持和重视。任建新先生尤其强调了服务贸易的发展,他认为服务贸易的发展是我国外贸稳定增长的重要推动力。

二、大会主旨报告(一)

WTO 上诉机构成员张月姣法官和商务部产业损害调查局宋和平巡视员作为本次年会的大会主旨报告上半部分的发言人,分别作了题为“我国 WTO 法学研究的重要性和紧迫性以及争议解决中我国面临的重要的法律问题”和“我国贸易救济法律制度的建立和完善以及商务部产业损害调查局的工作设想”的演讲。

张月姣法官从学者的角度指出,与发达国家相比,我国真正研究 WTO 的力量很弱,基于 WTO 规则在国际贸易中的重要性和提高国际竞争力的目标,我们必须抓紧这方面的研究。

她认为,国内研究应重视理论研究。首先,国际贸易法的界定和范畴归属是值得研究的;当然,当前国际贸易法、WTO 规则事实上是自成体系的,因而引出另外一个问题,即国际贸易法的“比较优势”理论是否应该由新的理论取代。此外,我国目前的“新兴市场经济”地位及其待遇也是颇富研究意义的。在条约解释方面,针对《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条的研究应该深入下去,对于非该条约会员国与依据该条约作出的解释的关系、该条约规定的解释方法与国际法渊源的关系,也应该有所关注。对于举证责任应该从法理上进行深入和广泛的研究:首先要发展国内的证据法,然后发展国际的证据法。张月姣女士

特别强调在政府的政策是否符合 WTO 的有关规定这一问题上,不能进行反向推论。其次,在知识产权方面、碳关税等环保问题、进出口标准和检疫方面都应该从国内立法和多边谈判的角度进行研究。最后,在法律实务方面,要有人才的支持,要有对案件的研究和跟踪,尤其是对中国加入 WTO 的研究极富现实意义。通过对这些领域的分析,我们应该拿出自己的一套主张。

张月姣法官还指出了前瞻性和战略性研究的必要性,而这又是我国相对薄弱的环节。为了从根本上减少贸易摩擦、提出自己的主张,张法官建议有关部门积极发展专门化的思想库,对 WTO 中长期的谈判任务形成自己的战略性思路。此外,对区域自由贸易协定和多边自由贸易协定都应该有周密的研究,金融、外汇和 WTO 的关系等很多方面都应该有所涉猎。贸易政策审议制度是了解各国贸易政策的一个很好的平台,我们应该充分利用。通过前瞻性和战略性的研究,使我国的软实力得以提高,在国际舞台上发出更大、更有力的声音。

张月姣法官强调了人才培养尤其是高层次人才培养的重要性。她指出,在人才培养中,一要重视综合素质,包括外语能力、谈判能力、法律素养、知识产权等方面的专业能力等;二要培养一定数量的专业人才,还要注重对政策制定者和海外常驻官员的培养;三要注重对 WTO 规则的学习,同时案例的培训和学习也应跟上;四要利用好当前对教育补贴和研究补贴没有限制这一历史时机,抓紧时间提升针对 WTO 领域的研究。

张月姣法官还特别提到了 WTO 的争议解决中的法律问题。在 WTO 争议解决中,首先要明确措施和有关的 WTO 规定,另外一个重要方面是 WTO 的管辖权问题。她特别指出证据的重要性,并且作为和不作为都可能构成对 WTO 规则的违背。关于审议的标准,专家组关注的是合法性、逻辑性和合理性,而上诉机构关注的是专家组报告中的法律问题。在执行方面,她提及法律上有争议的两个问题:胜诉与金钱补偿的关系、金钱补偿与违约的关系。听证会原则上是保密的,但是当事方同意公开的, WTO 不能禁止;但是 WTO 的案例都是公开的。此外,“法庭之友”提供的材料是不能拒绝的,因而她提醒中国的专家学者应该通过听证会或者“法庭之友”发出自己的声音。最后,她讲到司法公正问题,并且承认利用 WTO 解决争端的成本确实很高,尽管如此,我们作为 WTO 的成员,无论是作为应诉方还是起诉方,有权利也有必要利用 WTO 解决争端。

商务部宋和平巡视员结合自身工作,向大家介绍了我国贸易救济法律制度的建立和完善以及一些工作方面的设想。

首先他从商务部产业损害调查局和进出口公平贸易局的成立讲起,大体回顾了 2000 年以来我国的贸易救济制度的建立和发展;而后从以下两个方面具体阐述了我国贸易救济工作的成熟和完善:

第一,完善立法和机制的建设。“入世”后,我们单独颁布了《反倾销条例》《反补贴条例》《保障措施条例》,成立了新的工作职能部门。

第二,我国在贸易救济领域作出了积极探索。中国的贸易救济制度建立之后,我们已经发起了 64 起反倾销案件、4 起反补贴案件以及 1 起保障措施的调查。

在谈及以上两个方面的发展和进步的过程中,宋和平巡视员还重点阐述了规则建设的重要性。他认为,运用规则、掌握规则是贸易强国的一个重要内容;中国的贸易救济制度、法规和实践是专家学者们应该深入研究的重点领域之一。此外,当前国际形势下贸易摩擦加剧和上升是不争的事实,而规则的运用成为贸易摩擦的新特点,规则是当今国际经贸斗争的一个突出问题。他以俄罗斯和美国的相关实践为例,还提及了汇率的斗争、绿色能源政策与清洁能源政策、碳关税与碳减排承诺等具体问题。规则问题是各国高度重视的内容,在贸易当中,贸易救济规则是最重要的规则,我们应该有所深入研究和进行合理的利用。

宋和平巡视员还从宏观上对我国在贸易救济领域需要进一步完善和推进的内容作了以下概括:

(1) 加强贸易救济的立法工作,完善和细化有关法律法规。

(2) 积极推进贸易救济的实践。提高运用规则的技艺;无论是作为被告还是原告,都积极利用 WTO 规则维护我们自身的利益;综合利用反倾销调查、反补贴调查、保障措施调查等各种手段。

(3) 丰富和完善贸易救济措施。无论是货物贸易还是服务贸易,都需要有相关措施支撑以保证相关产业的安全。

(4) 跟踪 WTO 的规则谈判。关注各国在谈判中提出的主张,关注其发布的主席案文。

(5) 加强产业损害预警机制的建设。对贸易进出口进行跟踪,发现问题,解决问题,追踪业界的对话,同时还要加强国际产业竞争力的调查等。

(6) 注重贸易政策、产业政策、金融政策、货币政策等相关政策之间的协调。

(7) 注重人才培养及其他。

三、大会主旨报告(二)

大会主旨报告的下半部分主要围绕着 WTO 法治和中国的具体实践展开,共有四位发言人针对自己的专业领域或者从业经历作了报告,现分别介绍如下。

武汉大学曾令良教授首先发言。他针对 WTO 法治面临的挑战、原因和对策

提出了一些看法,其中着重介绍了 WTO 法治面临的挑战这一方面。他提到, WTO 的法治模式是自成体系的国际法治模式,有自己的特征。综合各方意见,曾教授将这种法治模式面临的挑战概括为以下五点:

第一,成员主权与 WTO 之间的平衡问题。他特别提及新加坡议题,即关于 WTO 权利的扩大问题, WTO 权利的扩大必将致使成员国国家主权受到约束,二者之间的平衡点难以确定。

第二,发展中国家实质性融入 WTO 体制的问题。一是与发展中国家有关的现有多边协定的实施和落实并不理想;二是针对最不发达国家的特别和区别待遇条款的具体落实并不理想;三是由于资金缺乏、各方捐助的协调等方面存在问题,致使对发展中国家的贸易建设和援助并不理想。在这些问题上,相关谈判的进行也是举步维艰。

第三,自由贸易区与 WTO 体系的冲突。大量的自由贸易区的出现,使得非歧视原则、最惠国待遇原则的使用范围越来越小;区域贸易协定不是例外现象,反而成为常态。

第四, WTO 自身决策的民主透明度和效率问题。协商一致的实现变得越发困难,敏感性议题的增多,都显示出 WTO 机制面临挑战。曾教授特别提到了很多针对该挑战的建议,比如,提高部长会议的召开频率,采纳加权表决方式;但他认为在 WTO 设置议会机构并无必要。

第五, WTO 司法审查的建立。

曾教授指出,这些挑战是由全球化和金融危机等这些外部因素以及 WTO 自身的程序、实质和运作等这些内部因素共同作用而产生的。应对这些挑战,首先需要对相关问题有清醒的认识。曾教授特别提到,在他看来, WTO 争端解决既是规则取向的,又是外交或政治取向的。此外,还要注重合作和共赢。

始于 2001 年的多哈回合谈判是议题范围最广、参加成员最多的一轮谈判。来自新加坡国立大学的王江雨副教授谈及多哈回合谈判的现状以及存在的问题,并对中国在多哈回合谈判中的作为作了评价。

王江雨副教授认为,多哈回合谈判到目前为止基本上被认定是失败的,在可预见的将来还看不到取得成绩的希望。在他看来,多哈回合谈判是在很不正常的气氛下开启的:一方面,当时的各国贸易代表夸大了多边贸易制度的作用,认为 WTO 将来就是一切,没有注意到自由贸易协定的兴起;另一方面,要求国际贸易谈判服从反恐、反对极端主义的任务,设定了通过贸易谈判实现发展、消除极端主义和消除贫困等过高的目标。

此外,王江雨副教授还较为翔实地介绍了农业产品谈判和工业产品谈判两个方面的争议焦点。在农业产品谈判上,他谈到农业补贴问题:在降低农业税的基

基础上,发达国家反对取消农业补贴,而发展中国家支持取消农业补贴。在工业产品谈判上,他谈到敏感产品及其关税线问题。他指出,即使是发达国家之间对关税线的主张也并不一致。在特定产品范围问题上,我国主张将糖、棉花和小麦等都划入特定产品,即不对这些产品进行任何减让。对此,美国的意见很大。关于农产品特殊保障措施,印度和美国对采用措施的“数量激增”标准无法达成一致。尽管如此,中国在这一问题上的表态却受到以美国为代表的西方国家更大的诟病。

在工业产品谈判方面,王江雨副教授主要谈及以下三方面的问题:第一,对于特定行业的减让问题,美国与中国、印度和巴西之间分歧很大。第二,在工业产品的市场准入和出口税方面,我国与欧盟和美国有分歧,如欧盟强烈要求我国废除出口税。第三,在规则谈判尤其是反补贴、反倾销的归零化方面的争议上,美国与所有其他国家存在对立。在他看来,归零化是美国制造的一个筹码,借助该筹码力争在其他领域的谈判中取得突破。

对于多哈回合谈判的黯淡前景,王江雨副教授认为有以下几个方面的原因:首先,多哈回合谈判涉及的经济利益有限,如中国农产品受益金额仅为6亿美元。其次,大国的政治意愿缺失:无论是美国,还是中国、欧盟,都没有政治意愿推进这个谈判。再次,来自区域自由贸易的威胁和替代。最后,更为重要的是,多哈回合实际进行的谈判活动完全背离了当初设定的发展目标。王教授还提到中国“入世”的影响:中国加入WTO之后,彻底改变了其内部的力量分配,中国与印度在很多问题上保持了一致立场,这种与西方国家对峙的形势致使谈判前景不被看好。

王江雨副教授提出,由于我国经济总量比较大、企业比较多、进出口比较多,加上西方对我国有意识的压制和反制,致使我国成为西方诟病的主要对象。我国在多哈回合谈判中多数情形下是低调和沉默的,偶尔也有高调反击的时候。最后,针对中国在多边谈判中的领袖地位问题,他引述现有研究的三点建议:(1)要能够提出一套兼顾方方面面的利益的方案;(2)考虑世界各个国家和地区的不平衡状态;(3)调整自身的经济体制。他特别针对第三点指出,现有研究认为中国不愿意调整自身的经济体制,这是一个错误的批评。做不做世界领袖,也需要我们慢慢考量并慎重确定。

商务部条法司世贸组织法律处方副处长以“中国参与WTO争端解决机制的实践”为题,介绍了我国参与WTO争端解决机制解决争议的情形,并对之进行了归纳和分析。

于方副处长的报告从案件整体概述入手,从被诉、应诉、执行和起诉等多个角度分析了我国参与这些案件的情形。他提到,争端解决是WTO的重要支柱之

一：从中国起诉案件来看，2007 年开始案件多起来，至今共有 7 件；从中国被诉案件来看，2006 年起呈现出增加的趋势，至今共有 20 个案件。这对中国政府产生了很大的影响，带来了政府意识上的变化，逐渐将 WTO 案件排除在政治性或情绪性事件之外，开始正视对我们有利或者不利的裁决。

针对我国参与 WTO 争端解决机制的实践，于方副处长总结出五个特点：

第一，案件数量增长非常迅速。首先，案件快速增长的首要原因是我国现在贸易量增长速度非常快，而且总量巨大；其次，我国国内政策制定过程中，各级政府的合规意识有待提高；最后，从起诉方角度来看，欧美越来越把争端解决作为它们实现贸易进攻利益的一个手段。

第二，从整体上看，被诉案件涉及范围广、领域多、部门多、措施多，而且案情复杂，争议点多样。

第三，从应诉的角度看，目前的应诉机制由商务部负责协调，采取磋商和“打到底”两种结案策略。

第四，从执行方面而言，我国不存在严重问题。汽车零部件案和金融产权案已经执行完毕，出版物市场准入的执行正在推进。我国执行 WTO 裁决的记录是良好的。

第五，从起诉的角度看，我国起诉的案件胜诉率是比较高的。但是也要看到我们起诉的案件范围比较局限，我们运用规则、维护合法权益的能力有待提高。

来自金杜律师事务所的肖瑾律师对中国诉美国的 DS379 案进行了解读。在 DS379 案件中，中国将美国对来自中国的标准钢管、矩形钢管、非公路用轮胎和复合编织袋等四种产品所采取的反倾销和反补贴措施诉至 WTO。

作为 DS379 案件的参与者，肖律师谈到了中国起诉该案所考虑的诸多因素：美国反补贴中出现的系统性问题、WTO 专家组审理案件的程序性特点、可行的情形下针对做法本身而非特定的调查、关注对反补贴补助影响相对较大的项目。对于最后一点因素，肖律师特别强调，起诉主要针对了构成反补贴税率最大部分的项目。而中国之所以放弃所得税优惠，就是因为所得税优惠对最后评估的影响比较小，而且所得税优惠正在慢慢退出历史舞台。

肖律师紧接着就专家组裁决，介绍了该案涉及的几个主要法律点：原材料补贴中的财政资助问题即公共机构的界定问题、利益认定的基准问题、政策性贷款的问题、我国土地使用权的问题以及双重救济的问题。

对于“公共机构”的认定，我国主张取决于有没有行使公共职能，而美国认为一个实体若由政府持有半数以上的股权即为公共机构。肖律师分析道，这个问题的实质是一个法律标准的确定问题，并没有试图解决国有银行和国有企业是不是公共机构这个问题。专家组首先从一般含义即条约解释的角度出发，认为中

方的界定过于狭窄。在这个过程中,肖律师特别指出,专家组采取了从国内法的含义解释国际法的做法。肖律师认为这一做法是值得商榷的。此外,专家组还从条约解释的其他语言文本的角度、上下文的角度、主体三分的角度、先例的角度、国家责任的角度等论证了其宽泛解释,最后得出结论:任何由政府控制的实体即为公共机构。专家组在这一问题上,基本上肯定了美国的意见。

对于补贴的利益计算问题,肖律师认为专家组的观点是有些自相矛盾的:一方面,专家组认为美国软木案没有确立美国主张的做法,支持了中国的观点;另一方面,专家组又认为政府的主导地位非常重要,实际上驳斥了中国的观点。接下来,肖律师对于美国采用外部基准计算出来的我国贷款利率予以质疑。他指出,采用 33 国的平均利率来测算人民币应有的市场利率是荒谬的。

关于双重救济,专家组在事实上承认了双重救济的存在,但又在有关法条的解读上认为不存在双重救济。对此,肖律师表示质疑。

在整个报告的过程中,肖律师也多次提及有些问题需要上诉机构的参与才能解决,并对上诉内容略有涉及。

四、分主题研讨

(一) WTO 争端解决机制与中国的实践

WTO 争端解决机制在 WTO 体系中不可或缺,是颇具特色的贸易争端解决机制,是多边贸易机制的支柱。着眼于中国在该机制中的实践,上海财经大学的张军旗教授、中国青年政治学院的李晓玲老师、东南大学的易波老师、联合国贸易发展中心知识产权顾问庄伟博士、中国人民大学韩立余教授在主持人的引导下,分别谈及自己的观点,并与听众进行了互动和讨论。

首先阐述自己观点的是张军旗教授,他以“WTO 补偿规则之改革建议评析”为题,从建议本身的含义、影响、合理性与可接受性等角度作出了以下评析:

对于增加金钱补偿,张教授指出,墨西哥、非洲集团和中国是支持的,而发达国家表示反对。基于对金钱补偿和非金钱补偿的区别分析,张教授解释了支持和反对的原因,张教授本人认为二者的根本区别在于追究的后果不同。他认为从金钱补偿可能产生的影响来看,金钱补偿有利于贸易自由化,并不会产生“花钱买违约”的情形。此外,对于金钱补偿的对象,张教授觉得若把中国包含在内,则这种建议被接受的可能并不大;若中国只是提议对最不发达国家给予补偿,则该建议还具有一定的可讨论性。

在张教授看来,从严格意义上来说,WTO 争端解决机制的高效性只是程序上的高效。多边贸易体制从一开始就没有打算建立强有力的法律责任制度,因

而,那些程序性强、对当前体制影响比较小的建议,自愿仲裁确定适当的补偿,就比较容易接受;反过来,对多边贸易体制的根本结构有较大冲击的建议就比较难以被接受。

以“TRIPs 协议项下的交叉报复研究”为题目,李晓玲老师基于自己的研究对平行报复之外的交叉报复问题作了分析。根据她引用的统计资料,WTO 授权报复的案件一共 10 起,其中授权交叉报复的有 3 起,这 3 起都涉及 TRIPs 协议并且都没有真正实施。

为什么 TRIPs 协议项下的报复如此有吸引力?李老师分析道,从报复的可行性和有效性来看,TRIPs 协议项下的报复有内在的优势:第一,TRIPs 协议下的义务的终止可以增加社会福利;第二,报复可以指向发展中国家,甚至影响到非常强大的产业,达到报复促使执行这一最大目的。

为什么报复没有真正得以实施?李老师认为存在很多法律困境,部分的原因在于:第一,终止 TRIPs 协议义务与国内法体系冲突。已有的调和这种冲突的两种方案并不适合中国。第二,终止 TRIPs 协议义务与 WIPO 体系的条约的冲突。首先,能否终止并入 TRIPs 协议的 WIPO 条约下的义务?理论上是可行的。其次,遭受报复的一方能否基于 WIPO 的条约单独向国际法院起诉?当前的主流观点认为,即使允许起诉,也不应该得到支持。李老师本人对这种观点存有疑虑。最后,终止 TRIPs 协议义务影响其他 WIPO 条约的履行怎么办?对于这个问题有人提出用反措施理论来解决,李老师表示对这种正当化冲突的策略并不是很赞同。第三,终止 TRIPs 协议义务与 FTA/RTA 中的知识产权章节存在潜在冲突。第四,终止 TRIPs 协议义务与 BITS 存在潜在冲突。第五,其他原因和因素。

总体而言,李晓玲老师指出,TRIPs 协议项下的义务看起来比较有诱惑力,但是真正走向实施还存在很多法律障碍和问题,需要精心设计方案、修改国内立法、权衡选择具体的报复方式等。

中美之间关于人民币汇率的争端几起几落,国内学者的研究多集中在违法之诉是否可行的问题上。易波老师的分析则着眼于非违法之诉在人民币汇率问题上的可行性。

首先,他介绍了非违法之诉的概念和成立要件。根据 GATT 1994 第 23 条第 1 款 (b) 涉及对非违法之诉概念的界定,易老师将非违法之诉的成立要件归纳为以下三点:第一,被申诉方实施不违反 WTO 涵盖协议的政府措施;第二,申诉方依据相关协议享有直接或者间接的利益;第三,申诉方的利益因政府措施遭受抵消或减损。这三个要件的确立是建立在分析 GATT 时期涉及非违法之诉的案件和 WTO 时期涉及非违法之诉的案件的基础之上的,尤其是 WTO 时期所有非违法之诉案件中提及的对成立要件的认定。

随后,易老师介绍了支持非违法之诉的主张。美国根据 GATT 1994 第 23 条第 1 款 (b),认为其依据 GATT/WTO 相关协议规定所获得的利益遭受抵消或减损。另有观点认为欧共体影响石棉及石棉产品措施案中专家组的观点支持对人民币汇率安排问题提出非违法之诉。

紧接着,易老师从多个角度分析认为,若美国利用 WTO 非违法之诉制度起诉人民币汇率安排问题,胜算微乎其微。其原因在于:第一,WTO/DSM 非违法之诉所保护的利益基本上只局限于因关税减让所改善的市场准入机遇和由此产生的更佳的竞争关系,并且此种利益必须具有合法预期性质。第二,WTO/DSM 非违法之诉的申诉方基本上都是产品的出口国而非进口国;即使是进口国,针对的也是出口国在进口国市场上的高价行为,而非低价行为。第三,人民币汇率措施是可以合理预期的,并不损害美国的“合法预期利益”。

基于以上分析,易老师最后总结道,人民币汇率争议无法通过 WTO/DSM 的非违约之诉解决。

以“中国参与 WTO 争端解决机制的实证分析”为题目,庄伟博士对中国参与诉讼的情况进行了具体分析,并对未来情况作出了预测。

第一,中国作为被诉方参与 WTO 争端解决机制的情况。在这方面,中国很可能步美国的后尘,成为被申诉大国;参与案件涉及的贸易协定多样化,贸易伙伴相对集中;被诉案件早期和解率较高,上诉率高,败诉率也高。

第二,中国作为申诉方参与 WTO 争端解决机制的情况。申诉数量有限,但是已经开始积极申诉;申诉的对象主要限于美国和欧盟;申诉所援引的协定最多的是 GATT 1994、反倾销协议和反补贴协定;案件主要是贸易救济性质的等。

第三,中国作为第三方参与 WTO 争端解决机制的情况。中国是最活跃的第三方,但是参与比例在下降;案件关涉货物、服务和知识产权三大领域的贸易协定,但是主要集中在货物领域。

总体而言,庄伟博士指出,我国作为当事方的 WTO 案件,从绝对数量上基本呈现增长趋势,我国已经成为运用争端机制的新秀。庄伟博士指出,我国未来面临的被诉案件将主要集中在政府补贴、提供服务条件和知识产权等方面的政策和法律,并建议我国在被诉案件中不要轻易在磋商阶段妥协,要坚持诉讼到底。我国未来将不得不积极申诉以破除贸易伙伴的非关税壁垒,这些申诉可能涉及服务贸易和知识产权领域;我国的申诉对象也不会仅限于美国和欧盟,可能会扩展到发展中国家。

针对四位发言人的观点,与会学者进行了互动和讨论。针对李晓玲老师的主题发言,与会学者的提问集中于巴西和厄瓜多尔没有采取报复行动的原因以及发展中国家采取 TRIPs 协议项下交叉报复的合理性。有学者提到了美巴之间达成的

临时协议：由美国向巴西提供资源援助，巴西因此终止了报复。针对易波老师的发言，与会学者就汇率问题的违约之诉与非法之诉的区别和举证责任、以往案例的充分性展开了讨论。

韩立余教授基于大家的发言和交流作了一个简短的综述。从研究思路上来说，他强调要有“论证”的过程，论证西方想法的合理与不合理，要关注国内外的法治实践。关于强制性补偿的建议，他表示应该从机制的可预期性和稳定性的角度出发来考虑，因而几乎是不可行的。终止 TRIPs 协议项下义务的具体含义、接下来的举措需要进一步分析。汇率问题与非违法之诉都是需要大家进一步深入探讨的。韩教授最后指出，DSB 仅仅是一种解决方法，政治或者外交途径也是不容忽略的。

（二）贸易救济法律问题

在这个研讨主题下，与会学者主要就反补贴与反倾销问题进行了交流。几位发言者在发言中更多地从实务和案例出发，依次就相关问题发表了自己的观点，整场讨论从总括到具体、从基本情况到具体案件，尤其是对我国相关的反补贴问题作出了反思。

首先是商务部产业损害调查局副局长王新就国外对华反补贴调查尤其是美国对我国的反补贴调查和我们应对的情形发言。

王新副局长从初步的数据统计、2009 年的轮胎特保案件、加拿大的再调查、分行业（准）市场导向地位的确立、双反调查、欧盟对华反补贴调查等多个角度和方面对入世以来国外对华展开的反补贴调查作了概括性的介绍。

王新副局长还以美国铜版纸案为例重点向大家说明了美国对我国进行的反补贴调查以及我国应对的一些情形。关于补贴项目，他从中央和地方两个层面作了简介，并提到其中的债务免除等项目是难以抗辩的。在反补贴应对工作上，他认为要注意的问题有外国法院适用反补贴法和管辖权问题、双重计算的问题、补贴项目截止日期的问题、磋商的价值以及以企业为主的抗辩等。

来自北京理工大学的李寿平教授和清华大学博士生齐飞同学均依托欧共体大飞机案，分别讨论了 WTO 框架下国家对民用飞机产业的研发补贴问题和反补贴协定的目的。

李教授讲道，欧共体大飞机案专家组报告厘清了很多政策问题，有很好的启示作用。从民用飞机产业的发展上看有两方面的推进，一个是政策推进，一个是资金方面的推进，后者必然涉及补贴问题。民用飞机产业有自身的特殊性：投入大、回报大；投资主要集中在研发上。从国际实践来看，国家的研发主要通过直接补贴或者间接补贴两种方式来实现。无论是以税收形式，还是以贷款等其他形式，在现行的 WTO 框架下，这些都是可诉性补贴，因而这些补贴形式很难逃脱

WTO 现行规则的约束。

面对这样的形势,李教授针对我国的民用飞机产业发展提出了以下几点意见:第一,不能因为 WTO 规则的约束影响国家对该产业的支持力度;第二,需要重新评估补贴与反补贴措施对于该产业的适用性;第三,目前的国家支持应该尽可能顾及补贴与反补贴规则,注意补贴手段和措施,要有创新。

齐飞谈道,在反补贴协定中,对其立法目的是没有说明的,但是专家组和上诉机构在具体案件中有所提及;而在欧共体大飞机案中,专家组明确指出,增加消费者福利,不是反补贴协定的目的。他通过分析得出结论,反补贴协定的目的在于严格规制政府或者公共机构提供的补贴,即使补贴和损害之间只存在微弱的因果关系。

具体来说,他通过考察补贴在市场上流转的整个过程,即补贴导致出口国生产商受益,进而出口国生产商利用该补贴提高产品在国外市场上的竞争力,最后出口商产品的竞争导致进口国生产商受损。齐飞指出,欧共体大飞机案专家组并未排除考虑市场主体,但并不注重补贴经过市场运作产生的实效,其着眼点在于存在补贴和存在损害。因而,他的结论是反补贴协定的目的在于严格规制政府或者公共机构提供的补贴。

来自汕头大学的白巴根副教授以“人民币汇率与补贴认定”为题,谈了人民币汇率的补贴认定问题,主要针对财政资助是否成立的问题。

首先,他提及汇率问题同时也是个政治问题,但是这并不是我们不将其作为法律问题加以研究的借口。

其次,他对补贴给出了一个理论上的定义,将其中的“财政资助”分为四类,并将人民币汇率最终认定为其中一类的指标之一:直接的资金转移。

因而人民币汇率构成 SCM 中的财政资助,但是他也提及,若发动对华反补贴调查,还需要考虑其他要件,如利益是否存在、利益的专向性问题、危害以及因果关系。

来自浙江大学的毕莹老师以“中国反倾销案件中的市场份额测试的适应——寻求通过贸易和竞争的互动关系而达到一种新的发展模式”为题,谈及她研究的背景、主要内容和后续工作。

毕莹老师指出,在贸易与竞争交叉领域的大背景下,通过实证研究的方法,考量反倾销和反垄断之间的关系、贸易与竞争的关系,有很多问题需要研究,其中反倾销法和反垄断法的替代性是一个典型问题。毕老师希望通过竞争法的构成要件来分析中国反倾销案件,考察可能得出的结论。她特别提到,要看涉案出口国家的数额以及它们在每个案子中的相关市场份额。

来自商务部条法司世贸组织法律处的官员孙昭先生对以上发言作了一个简短