

上海 WTO 事务咨询中心系列丛书

总主编 王新奎

# WTO 争端解决的 “中国年（2009）”

张乃根◎主编

## Dispute Settlement of WTO

 上海人民出版社

上海 WTO 事务咨询中心系列丛书

总主编 王新奎

# WTO 争端解决的 “中国年 (2009)”

**Dispute Settlement of WTO  
The Year of China (2009)**

上海人民出版社

图书在版编目 ( C I P ) 数据

WTO 争端解决的“中国年(2009)”/张乃根主编.  
上海:上海人民出版社,2010  
(上海 WTO 事务咨询中心系列丛书/王新奎主编)  
ISBN 978 - 7 - 208 - 09541 - 0

I. ①W... II. ①张... III. ①世界贸易组织-国际贸易-国际争端-研究②世界贸易组织-知识产权-贸易协定-研究 IV. ①F743

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 180727 号

责任编辑 周 峥

封面装帧 陈 楠

· 上海 WTO 事务咨询中心系列丛书 ·  
WTO 争端解决的“中国年(2009)”

张乃根 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635 × 965 1/16 印张 20 插页 2 字数 315,000

2010 年 10 月第 1 版 2010 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 09541 - 0/D · 1786

定价 36.00 元

# 序

在春风又绿浦江两岸之际,复旦迎来国内从事和研究 WTO 争端解决问题的诸多政府主管官员、知名专家学者。有朋自远方来,不亦乐乎。

2009 年 12 月,李成钢司长在沪出席上海 WTO 事务咨询中心年会,与我谈起我国已是 WTO 争端解决的“大户”,在这个意义上,2009 年成了“中国年”。我建议翌年春节后是否请国内专家学者一起研讨有关问题,得到李司长的赞同。经与我的同事龚柏华教授商量,以复旦大学法学院和他兼职的上海 WTO 事务咨询中心信息部的名义举行一个务实的研讨会。复旦大学校方和法学院十分重视本次会议,给予了大力支持。尤其令人高兴的是,在很短的时间内,本次会议得到了那么多朋友的积极响应,并准备了发言或递交了大作。

本着以文会友的学术宗旨,与会专家学者深入地就各自论文涉及的问题展开了讨论。会后,经过作者的修订,现将与会部分发言和论文编辑汇册、付梓,供广大读者参考。编辑仅限于格式编排、术语统一、补充若干论文的摘要和关键词等技术性处理。如有任何编辑不当,乞谅。

根据所汇编的发言和论文内容,本书大致分为总论、分论和比较与借鉴。其中第一篇总论内容为,阐述了 2009 年我国参与 WTO 争端解决的概况、对 WTO 争端解决裁决性质的分析、对 WTO 诉讼策略和技巧的思考、WTO 争端解决中的规则适用差异、GATT“一般例外”条款的援引问题和 WTO 争端解决的仲裁制度等;第二篇分论包括对我国应诉的知识产权案、出版物案和稀有资源出口限制案的专题分析或条约解释、对我国涉案的反补贴与非市场经济问题的研究等;第三篇是对巴西、日本与中

国参与 WTO 争端解决的国内机制比较。这些发言和论文是对我国参与 WTO 争端解决的最近研究成果,值得一读。

上海 WTO 事务咨询中心总裁助理樊勇明教授在百忙之中关心本书的出版,上海人民出版社为本书在较短时间内出版给予大力支持,在此一并表示衷心感谢。

张乃根

2010 年 4 月 16 日

# 目 录

序.....	1
--------	---

## 第一篇 总 论

WTO 争端解决的“中国年(2009)”：回顾与展望.....	张乃根	3
对中国参加 WTO 争端解决的若干问题思考 .....	李成钢	19
是创设先例？还是解释规则？		
——也谈 WTO 争端解决机构裁决的性质 .....	车丕照	25
诉讼策略、诉讼技巧与条约解释		
——以 DS362、DS363 号案件为标本的观察与		
反思 .....	宋 杰	33
论 WTO 争端案件中的规则应用差异 .....	肖 冰	44
WTO 涉及中国争端解决案中 GATT 第 20 条		
“一般例外”的援引评析 .....	龚柏华	65
简析 WTO 中的仲裁制度 .....	陈辉萍	85

## 第二篇 分 论

中美知识产权案研究		
——试析美国针对我国的 TRIPS 协定争端解决案		
.....	张乃根	101
从“中美出版物市场准入案”上诉机构裁决看条约		
解释的新趋势.....	曾令良	164
评上诉机构在“中美出版物案”中的条约解释		
方法.....	谢 伟	176

“美国博彩案”对中国执行 WTO 裁决的启示…… 韩立余	183
从“市场准入”到“资源获取”	
——中国资源出口争端及其对 WTO 体制的	
启示…… 黄志雄 万燕霞	196
“稀有资源出口限制争端”应诉举证的法律问题 … 贺小勇	222
WTO 争端解决机制在“贸易与环境”问题上的裁量标准	
——对“中国原材料出口限制案”的思考…… 李雪平	232
从多边贸易视角看中美之间的反补贴争端…… 胡加祥	250

### 第三篇 比较与借鉴

巴西适用 WTO 争端解决机制经验谈	
——兼论对我国的借鉴意义…… 张 琪	273
中国和日本运用 WTO 争端解决机制比较研究 … 何 力	295
<b>附录: WTO 争端解决的“中国年(2009)”学术研讨会议程</b>	
<b>与参会者</b> ……………	311

# 第一篇 总 论





# WTO 争端解决的“中国年(2009)”： 回顾与展望

张乃根\*

**摘要:**2009 年是中国“入世”后参与 WTO 争端解决最多的一年,并且中国也是该年度涉案最多的 WTO 成员。2009 年可谓 WTO 争端解决的“中国年”。就中国参与 WTO 争端解决问题而言,过去的一年值得特别关注和研究。如何总结以往争端解决中的得失,提高应对中国涉案的争端解决水平,是摆在我们面前一项十分重要和紧迫的任务。

**关键词:**WTO,争端解决,中国年,总结,建议

2009 年是中国加入 WTO 的第八个年头。随着中国对外贸易的迅速发展<sup>①</sup>,与其他 WTO 成员的贸易摩擦日益增多<sup>②</sup>。

\* 法学博士,复旦大学法学院教授,博士生导师,国际法研究中心主任。

- ① 我国 2009 年进出口总值为 22,072.7 亿美元。尽管受全球金融危机的严重影响,当年进出口同比分别下降 16% 和 11.2%,但是与 2001 年进出口总值为 5,097.68 亿美元相比,增长 4 倍多;而德国联邦统计局 2010 年 2 月 9 日公布的 2009 年贸易统计数据(初值)显示,年出口总额为 8,032 亿欧元,相当于 11,213 亿美元,比上年减少了 18.4%,少于中国的 12,016 亿美元。中国 2009 年的出口额首次赶超德国,成为世界第一大出口国。参见商务部统计:<http://www.mofcom.gov.cn/tongjiziliao/tongjiziliao.html>;中国经济网站:[http://www.ce.cn/macro/more/201002/10/t20100210\\_20950223.shtml](http://www.ce.cn/macro/more/201002/10/t20100210_20950223.shtml)。

- ② 中国涉案统计

年份	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010(截至 2 月)
涉案数	1	0	1	0	3	5	6	7	1

根据 WTO 统计:[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/find\\_dispu\\_cases\\_e.htm#results](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/find_dispu_cases_e.htm#results)。

2009年,WTO共受理14起争端案件,中国涉案7起(3起申诉、4起应诉),居所有WTO成员之首。此外,当年WTO争端解决机构先后通过3起中国应诉争端解决案件的上诉报告或专家组报告,同意成立5起中国涉案专家组。2009年成为WTO争端解决的“中国年”。这意味着什么?从“入世”初被动应诉,到如今积极申诉,乃至成为涉案最多的WTO成员。对于关心和研究中国参与WTO争端解决的专家学者而言,2009年是值得特别关注和研究的一年。本文将回顾2009年中国涉案情况,展望2010年的相关发展,并探讨中国如何提高应对WTO争端解决的水平。

## 一、回顾WTO争端解决的“中国年”(2009)

### (一) 2009年中国新涉案件

2009年中国新涉案件5起,其中3起为中国申诉,分别指控美国、欧共体对中国企业出口产品实施的贸易措施违反WTO规则。如此集中诉告最主要的两个贸易伙伴<sup>①</sup>,充分表明中国决心通过WTO争端解决机制,维护国家与企业的合法权益。

#### 1. 中国诉美国禽肉进口措施案

“中国诉美国禽肉进口措施案”(“禽肉案”DS392)于2009年4月17日提起磋商。磋商未成,于同年7月20日经中国要求成立专家组审理此案。双方已递交书面陈述。中方认为,美国《2009年综合拨款法》的727节(727条款)禁止确定或实施有关允许进口中国家禽类制品的措施,尤其是第727条款禁止农业部采取包括拨款在内的下列行动:(1)确定或实施允许进口美国农业部依现行美国措施早已决定合格进口来自中国的禽类制

<sup>①</sup> 自2007年以来,欧盟(27个成员国)和美国分别为中国出口的第一、二贸易伙伴地区和国家。参阅:《中国对外贸易形式报告》(2009年秋季),商务部综合司/国际贸易经济合作研究院,2009年。

品；(2)确定或实施扩大可能从中国进口的禽类制品范围。这些禁止规定限制来自中国的禽类制品进口，违反了美国在 GATT 第 1.1 条(最惠国待遇)、第 11.1 条(普遍取消数量限制)和《农业协定》第 4.2 条(市场准入)项下义务。<sup>①</sup>在专家组审理该案不久，美国总统奥巴马签署了《2010 年农业拨款法》，其中的第 734 节(743 条款)对 727 条款作了修正，规定在满足加强检验核查、增强措施透明度等要求后，允许将拨款用于进口中国禽类或禽类制品。中方对于美方在修正原 727 条款方面所作的努力表示欢迎，但是 743 条款仍是专门针对中国出口禽类制品而设置的限制，是否有悖 WTO 非歧视原则和其他原则，有待评估。<sup>②</sup>鉴于原 727 条款不复存在，743 条款是否违反 WTO 规则尚待评估，根据《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)第 12.12 条，该案专家组可能应中方请求中止工作。

## 2. 中国诉美国汽车轮胎进口措施案

“中国诉美国汽车轮胎进口措施案”(“轮胎案”DS399)于 2009 年 9 月 14 日提起磋商。磋商未成，于同年 12 月 9 日经中国要求成立专家组审理，并于 2010 年 1 月 19 日成立该案专家组。中方认为，美国国际贸易委员会根据《1974 年贸易法》第 421 节对从中国进口汽车轮胎进行所谓“特别保障”调查，美国总统奥巴马根据调查报告，决定对从中国进口汽车轮胎实施为期 3 年的惩罚性高关税，违反了 GATT 第 1.1 条(最惠国待遇)，并且既不符合 GATT 第 19 条(保障措施)，也不能依据《中国“入世”议定书》(《议定书》)第 16 条(过渡性具体产品保障机制)证明为正当。<sup>③</sup>中方认为，《议定书》第 16.1 条和第 16.4 条

① *United States-Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China: Request for Consultations by China* WT/DS392/1 21 April 2009.

② 商务部新闻发言人姚坚就美《2010 年农业拨款法案》修改有关中国禽肉进口条款发表谈话。商务部网站 <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/ae/ag/200910/20091006577895.html>.

③ *United States-Measures Affecting Imports of Certain Passenger Vehicle and Light Truck Tyres from China: Request for Consultations by China* WT/DS399/1 16 September 2009.

所针对的、来自中国的进口产品“数量巨大”、“增长迅速”，造成“市场搅乱”；而 2008 年中国输美轮胎产品增长 2%，非常微弱，2009 年上半年出现 15% 负增长，这样的背景下，“中国轮胎对美国市场扰乱”无法成立。<sup>①</sup>鉴于此案涉及我国企业的重大经济利益，并在 WTO 争端解决机制下第一次澄清《议定书》第一部分第 16 条的规定，为了维护在 WTO 有关规则下我国应享有的权益，预期中方将坚持立场，走完专家组乃至上诉程序。

### 3. 中国诉欧共同体钢铁紧固件反倾销案

“中国诉欧共同体钢铁紧固件反倾销案”（“紧固件案”DS397）于 2009 年 7 月 31 日提起磋商。磋商未成，于同年 10 月 23 日经中国要求成立专家组审理，并于 12 月 9 日由总干事决定组成该案专家组。中方认为，欧共同体于 2009 年初决定对中国紧固件征收为期 5 年最高 87% 的反倾销税，其根据为 1995 年 12 月 22 日颁布的《理事会条例》第 384/96 号（“反倾销基本条例”）。该条例第 9(5)条规定，在来自非市场经济国家的情况下，反倾销税将针对有关供应国而非单个供应商，并且，单独反倾销税仅适用于证明其符合该规定要求的出口商，这一规定本身违反了《WTO 协定》第 16.4 条（成员法与 WTO 法一致义务）和 GATT 第 1.1 条（最惠国待遇），并抵触 GATT 第 6.1 条（反倾销税）和第 10.3(a)条（统一、公正和合理地管理成员法），以及《反倾销协定》有关规定，特别是抵触《中国“入世”议定书》第一部分第 15 条（倾销价格比较）。<sup>②</sup>该案目前已进入递交书面陈述阶段，准备口头辩论。由于我国出口欧共体的紧固件厂商 98% 为民营企业<sup>③</sup>，欧共同体滥用对中国的所谓“非市场经济”规则（关键在于澄清议定书第 15 条），对我国的国家和企业利益损害极

① “中方强烈反对美对中国轮胎采取特保措施”，参见商务部网站，<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/ae/ai/200909/20090906513251.html>。

② *European Community-Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*. WT/DS397/1. 4 August 2009.

③ “欧盟挥反倾销大棒，我紧固件业倾力应对”，中国工业新闻网：<http://www.cinn.cn/xw/scdt/137074.shtml>。

大,因此,预期中方将走完专家组,乃至上诉程序。

上述 3 起案例,尤其是轮胎案和紧固件案涉及《议定书》第一部分第 15 条、16 条针对中国的特别贸易救济措施规定。这些规定本身就具有歧视性,如再被滥用,对于过渡期内(分别至 2016 年、2013 年为止)我国出口企业无疑“雪上加霜”。中国期望通过争端解决获得对我有利的澄清。当然,这绝非易事。

#### 4. 中国应诉的 2 起新案件

中国应诉的 2 起新案件:“美国、墨西哥与危地马拉诉中国出口名牌补贴案”(DS387/388/390,因危地马拉磋商要求于 2009 年 1 月 19 日进行,故作为 2009 年新案)和“美国、欧共体与墨西哥诉中国原材料出口案”(“原材料案”DS394/395/398)。前者涉及 107 项中国中央与地方有关政府部门的促进出口名牌的补贴措施,有悖《反补贴协定》第 3 条(禁止性补贴)等规定项下义务。<sup>①</sup>该案已于 2009 年 12 月 18 日进行磋商,以中国同意取消或调整有关补贴措施而解决。<sup>②</sup>后者涉及我国对矾土、焦炭、氟石、镁、锰、碳化硅、硅金属、黄磷和锌 9 种产品的出口限制及关税措施。经磋商未成,经申诉方要求于 2009 年 12 月 21 日,DSB 决定成立专家组审理这些措施是否违反 GATT 第 8 条(进出口规费和手续)、第 10 条(贸易法规的公布和实施)、第 11 条(普遍取消数量限制),《中国“入世”议定书》第 5 条(贸易经营权)、第 8 条(进出口许可证)和第 11.3 条(取消出口产品税),以及相应的《中国“入世”工作组报告》(工作组报告)第 83 段、第 84 段、第 162 段和第 165 段等项下义务。<sup>③</sup>这

① *China-Grants, Loans and other Incentives, Request for Consultation by the United States*, WTDS387/1, 7 January 2009.

② *United States Wins End to China's "Famous Brand" Subsidies after Challenge at WTO*, 美国贸易代表网站, <http://www.ustr.gov/countries-regions/china>。此案反映了我国出口贸易中的贴牌生产困境。由于约 50% 的出口贸易为加工贸易(如 2008 年出口总值与加工贸易分别为 14,285.46 亿和 6,751.83 亿美元)。参考同上引《中国对外贸易形式报告》(2009 年秋季),其中轻工、电子、服装、鞋类等出口产品多为贴牌,因此,我国出口厂商应大力培植自主品牌。但是政府对出口产品的自主品牌采取补贴措施,则不符合 WTO 规则。

③ *China-Measures Relate d to Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/1, 25 June 2009.

是中国“入世”谈判中就存在的问题。中国承诺“入世”后对非自动许可证和出口限制方面将遵循 WTO 规定,但并未承诺取消此类原产于中国的重要原材料的所有出口限制。因此,这些措施是否符合 WTO 规定,包括符合 GATT 第 20 条(g)款对保护可用尽自然资源有关措施的“一般例外”,有待专家组乃至上诉机构澄清。

## (二) 2009 年中国所涉成案

所谓“成案”,是指专家组或上诉机构报告业已通过的案件。2009 年 WTO 争端解决机构通过了 3 起中国均为应诉方的案件,即,美国、欧共体与加拿大诉中国汽车零部件进口案(“汽车零部件案”,DS339/340/342,2009 年 1 月 12 日通过上诉报告);美国诉中国知识产权实施措施案(“知识产权案”,DS362,2009 年 3 月 20 日通过专家组报告);美国诉中国文化产品贸易权及服务措施案(“文化产品案”,DS363,2009 年 12 月 21 日公布,2010 年 1 月 19 日通过上诉报告)。

### 1. 汽车零部件案

“汽车零部件案”自 2006 年 3 月 30 日进入磋商程序,直至 2009 年 1 月 12 日通过上诉机构报告,以及随后根据协商一致的合理执行期至 2009 年 9 月 1 日执行完毕,历经约 3 年半。该案的实质意义在于,经争端解决,认定中国为防止利用汽车零部件进口关税(10%)大大低于整车进口关税(25%)的税差,将等同于整车价值 60%的发动机之类充作零部件进口,所采取针对进口后组装整车的此类零件征收整车进口税,不属于 GATT 第 2.1(a)条项下“正常关税”(ordinary customs duty),而是 GATT 第 3.2 条项下“国内费用”(internal charge),并且相同的国产品却不必被征收此类费用,故抵触 GATT 第 3.2 条和第 3.4 条的“国民待遇原则”。<sup>①</sup>但是上诉机构报告推翻了专家组关于《中国“入世”工作组报告》第 93 段(完全未装配或半装配的汽车成套零部件)

<sup>①</sup> *China-Measures Affecting Imports of Automobile Parts, Report of the Appellate Body*, WT/DS/339, 340, 342/AB/R, 15 December 2008.

项下义务的解释,认定中国对此类零部件征收整车进口关税未违反该第 93 段项下义务。目前中国已废止了有关抵触措施。<sup>①</sup>

## 2. 知识产权案

“知识产权案”自 2007 年 4 月 10 日进入磋商,直至 2009 年 3 月 20 日通过专家组报告,以及经协商一致的合理执行期至 2010 年 3 月 20 日,历时约 3 年。该报告将美方首要指控——中国刑事惩罚盗版及冒牌货的入罪门槛过高而违反 TRIPS 协定第 61 条(刑事程序)置于最后部分,且以美方举证不足而驳回其指控,耐人寻味。美方当初咄咄逼人的指控竟被专家组不了了之,连上诉资格也没有,因为举证不足属于不可上诉的事实问题。反之,美方第三项指控——《中国著作权》第 4.1 条违反 TRIPS 协定第 9.1 条(与《伯尔尼公约》的关系)及被纳入的《伯尔尼公约》第 5(1)条,则变为专家组报告首要认定的系争事项,并得到其支持。至于美方指控的中国海关处置没收侵权货物违反 TRIPS 协定第 59 条(救济)及第 46 条(其他补救),专家组仅认定违反第 46 条第 4 句(对于冒牌货,除例外情况外,仅除去非法加贴的商标并不足以允许该货物放行进入商业渠道)。<sup>②</sup>总体上,美国未能达到其指控的最主要目的——要求中国降低刑事惩罚知识产权犯罪的入罪门槛。中国已在合理执行期内修改了《著作权法》及《知识产权海关保护条例》的有关条款。<sup>③</sup>

① 海关总署、国家发展和改革委员会、财政部关于废止《构成整车特征的汽车零部件进口管理办法》的决定(2009 年 9 月 1 日生效)。

② *China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, Report of the Panel WT/DS362/R*, 26 January 2009.

③ 2010 年 2 月 26 日,全国人大常委会通过了《著作权法》修改的决定,将第 4 条修改为:“著作权人行使著作权,不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。”2010 年 3 月 17 日,国务院通过《知识产权海关保护条例》修改的决定,第 27 条第 3 款被修改为:“被没收的侵犯知识产权货物可以用于社会公益事业的,海关应当转交给有关公益机构用于社会公益事业;知识产权权利人有收购意愿的,海关可以有偿转让给知识产权权利人。被没收的侵犯知识产权货物无法用于社会公益事业,且知识产权权利人无收购意愿的,海关可以在消除侵权特征后依法拍卖,但对进口假冒商标货物,除特殊情况外,不能仅清除货物上的商标标识即允许其进入商业渠道;侵权特征无法消除的,海关应当予以销毁。”



### 3. 文化产品案

“文化产品案”与上述知识产权案同时进入磋商,至 2010 年 1 月 12 日通过上诉机构报告,已历时 2 年 9 个月。可见该案之复杂。上诉机构报告维持了专家组的认定,即,《电影管理条例》第 30 条(指定电影进口经营单位)等违反《中国“入世”议定书》第 5 条及《中国“入世”工作组报告》第 83、84 段(贸易经营权),因为尽管“电影”作为文学作品含有可接受审查的“无形内容”(intangible content),但是在进口时毕竟属于“拷贝的电影片”(hard-copy cinematographic film)的“有形货物”(tangible good),而对于货物贸易的经营权,除《中国“入世”议定书》“附件”的例外,均应予放开。<sup>①</sup>同理,对音像制品的进口也是如此。尽管上诉机构报告澄清了 GATT 第 20 条(“一般例外”)可直接适用于作为《中国“入世”议定书》项下义务的例外抗辩这一有利于中方的法律问题,<sup>②</sup>但是,基于中方抗辩理由不足而不予支持。针对中国“入世”的服务贸易市场开放表中“音响制品批发服务”(sound recording distribution services)的条约解释,上诉机构对专家组的解释表示赞同,因而该服务涵盖有形和无形(网上)批发。此案触及我国对文化产品进口和批发的传统管理体制。如何在一定合理执行期内修改国内有关法规,建立和完善政企分离的文化产品进口制度,并适应音像制品网上传送的新特点,不啻是一个严峻挑战。

2009 年中国所涉案件,尤其是“轮胎案”、“紧固件案”、“原材料案”和“文化产品案”涉及《中国“入世”议定书》及《中国“入世”工作组报告》中针对中国的特别贸易救济措施、贸易权及服务贸易市场开放等一些关键性、敏感性问题。这表明,随着中国

<sup>①</sup> *China Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009, para. 190.

<sup>②</sup> *China Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, 21 December 2009, para. 233.