

WTO法
与中国涉案争端解决

张乃根著

 上海人民出版社

WTO法 与中国涉案争端解决

张乃根著

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

WTO 法与中国涉案争端解决/张乃根著. —上海:
上海人民出版社, 2013
ISBN 978 - 7 - 208 - 11620 - 7

I. ①W… II. ①张… III. ①世界贸易组织—贸易法—研究—文集②保护贸易—法律—研究—中国—文集③国际贸易—国际争端—研究—中国—文集 IV.
①D996.1 - 53②F743 - 53③D923.994 - 53④F752 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 205531 号

责任编辑 周 峥

封面装帧 陈 楠

WTO 法与中国涉案争端解决

张乃根 著

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

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 22.25 插页 2 字数 378,000

2013 年 10 月第 1 版 2013 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 11620 - 7/D · 2333

定价 45.00 元

前 言

从条约法角度看,世界贸易组织的法律制度(简称“WTO 法”)是指 1993 年 12 月 15 日草签、1994 年 4 月 15 日由包括当时作为《关税与贸易总协定》观察员的中国在内的 123 个参加“乌拉圭回合”谈判的国家或单独关税区正式签署的《乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》(The Legal Texts, The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations),其中,以《建立 WTO 协定》(简称《WTO 协定》)为框架形(或曰“伞形”、“微型宪法”等)基础条约,以《多边货物贸易协定》、《服务贸易总协定》和《与贸易有关的知识产权协定》(《TRIPS 协定》)为三大支柱性条约,以《关于争端解决规则与程序的谅解》和《贸易政策评审机制》为程序性条约,三者所共同构成的核心群条约为主,包括一系列部长决定与宣言等法律性文件在内的一个庞大的条约性法律体系;从《WTO 协定》第 16 条第 1 款规定具有指导性约束力的“习惯做法”(customary practices,即“惯例”)角度看,WTO 法还包括该组织通过的成员间有关三大支柱性条约的争端解决专家组或上诉机构的报告所含“判理学”(jurisprudence,即,事实上的“判例法”),其中,有关澄清这些条约含义的解释最为重要。

我从 1993 年 10 月至 1994 年 8 月在美国乔治华盛顿大学法学院从事福特基金会赞助的“比较与国际知识产权法”课题研究期间,开始研究作为 WTO 法的三大支柱性条约之一的《TRIPS 协定》(这方面的研究成果主要体现在 1998 年出版、2007 年再版的《国际贸易的知识产权法》一书)。1996 年 10 月至翌年 10 月,我在美国密歇根大学法学院开展富布赖特研究学者项目“海关对知识产权的保护”时,有机会得到享有“WTO 法之父”美誉的约翰·H. 杰克逊教授亲自指导,全面地研究 WTO 法,尤其是 WTO 争端解决机制相关的国际法。回国后,我便在复旦大学为国际法专业研究生开设有关 WTO 法的课程,并完成了杰克逊教授赠送的 1997 年再版的《世界贸易体制:国际经济关系的法律与政策》(中译本 2001 年出版),还

承担了教育部有关 WTO 争端解决机制的课题研究(主要成果是 2008 年出版的《WTO 争端解决机制论》)。

我国入世后,我侧重于 WTO 法的三方面研究:WTO 的体制性问题与中国入世引起的国际义务履行和国内体制问题,WTO 争端解决机制的若干国际法基本问题与国内法的关系,中国涉案 WTO 争端解决的理论与实践问题。本书选编的二十多篇论文,除了《论 WTO 争端解决机制的若干问题》与我的研究生合作,均为我个人的研究成果,并在 1998 年至 2013 年期间发表(其中《电子支付案中 GATS 服务贸易减让表的条约解释:评析与比较》待发表),围绕“WTO 法与中国涉案争端解决”的主题,涵盖“WTO 法与中国”、“WTO 法与争端解决”和“中国涉案争端解决”三方面的国际法(尤其是国际法与国内法的关系、条约解释)理论与实践问题。

本书选编这些论文,无意重复发表,而只是为了回顾、总结近二十年,尤其我国入世十多年来自己在 WTO 法的领域所走过的学术研究之路,试图借此机会初步梳理已完成的研究成果,把握其中可能有的学术逻辑,以便今后更自觉地开展有关研究,同时也期待在学术讨论场合与同行们的进一步交流,期待发现不足之处,加以改进。自 2011 年 10 月经中国政府推荐和 WTO 批准,我成为 WTO 争端解决指示性名单专家,促使我更加注意理论联系实践,尤其是个案研究,为我国应对 WTO 争端解决贡献绵薄之力。

基于上述目的,本书将选编论文分为三部分,每部分均先对有关论文作简要的回顾,说明相互间原先或许并不刻意体现的研究思路,以期构成具有自己学术特点的 WTO 法研究体系。除了一些技术性的格式处理和补充必要的中英文内容提要等,选编论文本身均尽最大可能保留其发表时有关学术刊物所要求的形式。学术成果是学者人生的一部分,走过的人生足迹不能改变,但是,人的一生需要经常回眸、反思,尤其是到中老年。一转眼,我已快六十岁。本书是我近三十年学术生涯中第一部专题论文集。今后,我可能还会选编诸如《国际法与国际秩序》、《〈TRIPS 协定〉研究》此类专题论文集,乃至几乎已“荒废”的西方法哲学史研究领域的论文集。此番尝试,如有任何不当之处,乞谅。

本书选编最后完成于 WTO 的所在地——美丽的日内瓦湖畔。近半个月,我在参加 WTO 与世界知识产权组织联合主办的知识产权教师研讨会期间,有幸以顾问身份作为中国代表团成员之一,出席了“美国等诉我国稀土出口限制措施案”第二次听证会和“美国诉我国对美某些汽车反倾销和反补贴税案”第一次听证会。

身临 WTO 争端解决的现场,我深深体会到学习、研究 WTO 法,对于维护我国的国家和企业应有合法权益的极端重要性。完成选编之后,已是当地子夜。我入睡不久,又起床赶写前言。此时,拂晓的阳光已透过窗帘,使我联想到飞临日内瓦穿过云层后,眺望湖水衬映的环绕山脉时,顿时有豁然之感。是的,这次在日内瓦完成本书选编和听证会的有限经历使我对 WTO 法有了新的认识、新的视野。犹如经过万里行程抵达 WTO 所在地,这仅仅是面临一项新的任务的开始,本书选编也是今后我研究 WTO 法的新起点。

本书得以选编出版,得益于我在复旦大学长期为国际法研究生授课或论文指导时的师生交流、合作,以及多年来向国内外专家学者的请教学习,同时,离不开福特基金、富布赖特基金、国家留学基金、复旦大学及出国从事研究、参加学术活动的所在学校、国际组织所给予的慷慨资助或大力支持,有关学术刊物和研究机构发表我的论文以及上海人民出版社对这一论文集的出版允诺。对此,我一并表示衷心的感谢。

张乃根

2013 年 6 月 28 日于日内瓦

目 录

前言	1
----------	---

第一部分 WTO 法与中国

反思 WTO:全球化与中国入世	6
论我国入世对国内体制的影响及反思	13
论 WTO 法下的中国法制变化	24
WTO 法下的中国知识产权制度变革	38
论 WTO 与我国的法律保障体制	51

第二部分 WTO 法与争端解决

论 WTO 法与域内法的关系:以 WTO 争端解决机制为例	70
WTO 的知识产权争端的解决机制	78
论 WTO 争端解决机制的若干问题	81
论 WTO 争端解决机制的几个主要国际法问题	117
试析 WTO 争端解决的国际法效力	129
论 WTO 争端解决的条约解释	149
从条约解释角度看《TRIPS 协定》争端解决	161
论 WTO 争端解决的国内法审查	174
试析 WTO 争端解决的履行	189

第三部分 中国涉案争端解决

论中国利用 WTO 争端解决机制的对策	208
WTO 争端解决的“中国年”(2009):回顾与展望	217
中国涉案 WTO 争端解决的条约解释及其比较	230
电子支付案中 GATS 减让表的条约解释:评析与比较	251
我国涉案 WTO 争端解决的国内法审查以及应对研究	272
试析美国针对中国的《TRIPS 协定》争端解决案	286
论中美知识产权案的条约解释	297
论中美知识产权案的焦点:“商业规模” ——对美国书面及口头陈述的剖析	311
中美知识产权案评述及可上诉问题探讨	321
论 WTO 争端解决的合理执行期仲裁 ——兼论中美知识产权案的执行期建议	334

Content

Preface	1
---------------	---

WTO Laws and China

Reflection on the WTO: Globalization and China's Accession into the WTO	6
Impacts of China's Accession into the WTO on Domestic Systems and Reflection	13
On Changing Chinese Legal System under the WTO Laws	24
Changes of China's System of Intellectual Property under the Laws of WTO	38
The WTO and China's System of Legal Safeguard	51

WTO Laws and Disputes Settlement

The Relation between WTO Laws and Domestic Laws: WTO Mechanism of Dispute Settlement as an Example	70
The Mechanism of IP Dispute Settlement under the WTO	78
Some Issues of the WTO Mechanism of Disputes Settlement	81
Some Issues of International Laws regarding WTO Mechanism of Dispute Settlement	117
Analysis on Binding Force of International Law in Respect of WTO Dispute Settlement	129

Treaty Interpretation of WTO Dispute Settlement	149
Dispute Settlement on TRIPS Agreement from the Perspective of Treaty Interpretation	161
On Examination of Domestic Laws in the WTO Dispute of Settlement	174
Analysis of the WTO Mechanism of Implementation of Dispute Settlement	189

Disputes Settlement with China

On China's Preparation for Using WTO Mechanism of Dispute Settlement	208
The Year of China for WTO Dispute Settlement in 2009; Looking back and forward to	217
The Treaty Interpretation in the Case of China Involved to WTO Dispute Settlement and Comparison	230
Treaty interpretation of GATS Schedule in the Case of Electronic Payment; Analysis and Comparison	251
Examination on China's Domestic Laws in Cases of WTO Dispute Settlement and Study on Responding Policies	272
Analysis on Disputes Settlement on TRIPS Complained by the US against China	286
Treaty Interpretation of Sino-US Dispute on IP Enforcement	297
“Commercial Scale”: Focus on Sino-US Dispute on IP Enforcement —Analysis on US Submissions and Oral Arguments	311
The Comments on Sino-US IP Dispute Settlement and the Issues of Appeal	321
Arbitration of Reasonable Period of Time under the WTO Dispute Settlement —Suggestions for Implementation of Sino-US IP Dispute Settlement	334

第一部分

WTO 法与中国

“WTO 法与中国”的 5 篇论文以中国入世与国内法制的关系为主题,分析作为国际法的 WTO 一揽子协议对入世后的中国所具有的条约约束力,以及相应的国内履约所产生的一系列前所未有的法制建设效应。

反思 WTO:全球化与中国人世 撰写于 2001 年 12 月 11 日中国正式入世之前,翌年 4 月发表。该文首先回顾了在经济全球一体化的背景下,WTO 成立后最初发起多边贸易谈判的新千年回合在 1999 年西雅图 WTO 部长会议上的夭折,提出“如果不认真对待该危机所显示的 WTO 自身存在的问题,那么,在不远的将来,该组织可能会陷于困境。”近十年来的历史证明:尽管 2001 年多哈 WTO 部长会议成功启动了多哈回合多边贸易谈判,尤其是中国入世使得该谈判更具全球性,但是由于 WTO 的决策机制依旧秉承 GATT 时期的协商一致惯例,加之冠以“发展议程”的多哈回合名不符实,因此在该组织内南(发展中及最不发达国家)北(发达国家)关系以新的形式继续呈现不同程度上的对立,从而导致包括农产品补贴及市场开放的议题在内的多哈回合举步维艰,至今“竹篮子打水——一场空”。这是如今更值得我们反思的严峻现实。该文接着论述如何进一步完善 WTO 体制应考虑的主观(不可扭转的全球化趋势)与主观(基于各国利益的政策选择)因素以及随着多哈回合一旦成功而进一步扩大其管辖事务的 WTO 演变为世界经济组织的可能性,旨在深入地反思 WTO 的发展,建议当时刚入世的中国未雨绸缪,制定相应对策。该文最后分析了 WTO 争端解决机制作为“准决策者”的作用,呼吁应结合 WTO 的一般规则与适用中国的特别规则,深入研究如何利用该机制,防患于未然。近年来我国涉案 WTO 争端解决的实践说明,这是非常必要的。

论我国入世对国内体制的影响及反思 继前文而进一步分析经历入世过渡期的我国相关国内体制发生的显著变化与亟待解决的重大问题,于 2006 年 12 月发表。该文既充分肯定入世对国内体制改革和法制建设的推动作用,又明确提出“尽快建立和完善我国企业自主创新的国内体制”。近年来全国上下努力建设创新型国家,说明这是在入世后我国贸易地位快速提升的形势下政府与企业适应日益激烈的国际竞争的最重要对策,而创新型国家必然引起包括知识产权政策与法律的一系列制度改革。该文通过对 WTO 体制的反思,归纳该体制三大运作特征,即,

“争端解决成效显著”、“多边谈判举步维艰”和“区域合作各行其是”，提出相应对策，包括善于利用争端解决机制，积极推动谈判与争取我国利益最大化的立场，加快促进更多对我国有利的区域贸易和经济合作。这些建议与我国近年来在 WTO 内外的对策与实践是一致的。该文还比较国内外学界对 WTO 法的研究，提出从一般国际法视野探讨动态的 WTO 体制和重视 WTO 法的专门化研究。当时，我认为“在这方面，我们还有很长的路要走。我们应该努力缩短这一路程。”如今，这依然是我国 WTO 法学界的共同目标。

论 WTO 法下的中国法制变化 先作为 2010 年上海市社会科学界学术年会论文交流(获优秀论文)，后经修改于 2011 年 2 月由《法学家》发表(并被选入该杂志英文版)。就我国入世近十年履行有关国际义务而促使国内法制的全面变化而言，该文认为与改革开放初期重建我国法制相比较，入世后“更多地是根据 WTO 法所要求的国际法优先于国内法的基本原则，通过国内立法转化而实施 WTO 法”，并着重分析转化的三种具体方式，即“对应式”、“归纳式”和“分散式”以及相应的法制观念变化，该文从国际法与国内法的关系角度，建议修改我国宪法的缔约规定、进一步规范包括转化 WTO 法在内的国内法的司法解释以及理顺与立法解释的关系。虽然有关的修宪尚待时日，但是近年来司法解释的规范化说明本文的建议是必要的、适时的。与前两篇从宏观上反思我国入世与 WTO 的论文相比，该文侧重于 WTO 法与国内法制建设的具体问题，突出了“WTO 法与中国”的主题。

WTO 法下的中国知识产权制度变革 是在前文的基础上撰写，于 2011 年发表，专门论述我国入世后根据 WTO 法，尤其《与贸易有关的知识产权协定》的要求，全面完善国内知识产权立法，认为“其广度、深度和难度，绝不亚于改革开放后重建知识产权制度，堪称新中国历史上的第二次知识产权全面立法”。但是，随着中国贸易地位快速提升而深度融入全球经济一体化，我国的知识产权竞争力相对薄弱这一严峻挑战促使 2008 年以来新一轮知识产权制度的变革，包括《专利法》、《商标法》和《著作权法》第三次修改分别完成或进入立法审查程序，知识产权司法实施制度和网上知识产权保护机制的进一步健全，说明中国在已履行 WTO 法下国际义务之后，向建设创新型国家这一更高的知识产权立法目标迈进。该文将 WTO 法下我国知识产权立法与实施历程归纳为三个特点，即“将履行国际义务与本国国情相结合”、“保护知识产权权利人利益与维护国家、公众利益的平衡”、“面向新世纪、战略导向的知识产权制度整体发展”，并提出在坚持具有这些特点的中国知识产权变革道路的同时，加强知识产权实施机制和国际合作这两个重点领域

的建设。

论 WTO 与我国的法律保障体制 发表于我国入世前的 1999 年。当时,中国入世已大势所趋,但是,该文认为我国尚缺乏足以保护国家与企业经济利益的法律保障机制,即“在 WTO 法的约束下,其成员如何调整国际法与其域内法的关系,以便尽可能在与 WTO 法不抵触的前提下,保障本国的国家经济利益及其国民权益的法律运行机制,包括立法、行政和司法”,提出“如中国入世,必须运用其规则,趋利避害,最大限度地依据 WTO 法,保护本国经济利益”。该文分析了 WTO 法下我国宪法体制中的缔约及批准程序缺陷。我国入世文件未经全国人大常委会按宪法规定程序批准而采取政治化的方式签署所产生的严重后遗症,包括迄今国内无官方中文本和诸多极为不利的承诺引起难以抗辩的贸易争端,说明该文的担忧不无道理。该文还分析了有关行政和司法体制与 WTO 法的可能抵触,提出应统筹考虑加以建立和健全。该文的有些建议,如设立专司 WTO 事务的国务委员,全权负责协调我国入世谈判,或入世后各种多边贸易谈判已成为现实(商务部已设立部长级贸易谈判代表)。有些建议,如缔约及批准程序的修宪建议,还没有引起高度重视,反映了我国相关法律保障机制中亟待解决的深层次问题,尤其是修宪的高度政治性制约了应有的法律专业性。

反思 WTO:全球化与中国入世*

内容提要:世界贸易组织(WTO)成立已近八年。WTO 第四次部长会议的召开和中国入世这两件大事对未来 WTO 的发展,均会产生重大的、深远的影响。目前,WTO 正处在历史的又一关键时刻。冷静地、客观地看待发展过程中的 WTO,是中国制定今后在该组织的基本政策之前提。

关键词:反思;全球化;WTO;WEO;争端解决机制;中国入世

所谓“反思”,是基于客观现实,对某一事物的来龙去脉作进一步的深入思考。WTO 成立已近八年,乌拉圭回合一揽子协议不再是一大堆文本,而是通过处于动态的 WTO 机制,特别是争端解决机制的实际运行,活生生地展现在人们面前。西雅图会议失败,多哈会议已经召开。人们在思考:什么是 WTO? 为什么会有这样的国际组织? 它的发展前景如何? 这就是对 WTO 的反思。

一、WTO 走向何方?

作为冷战后新的全球多边贸易体制,WTO 运行已近八年。在《关税与贸易总协定》(GATT)及其继承者 WTO 的半个多世纪的历史上,这并不算很长。但是,从 GATT 到 WTO,该体制的主要功能之一是根据世界贸易的发展,组织与协调成员间的多边贸易谈判。2001 年 11 月 9 日至 13 日在卡塔尔多哈举行的 WTO 第四次部长级会议之后,新一轮“多哈回合”多边贸易谈判可望启动。同时,中国历经近 15 年的艰难谈判,已于 2001 年 12 月 11 日成为 WTO 第 143 个成员。两件大事,对 WTO 的未来发展,均会产生重大的、深远的影响。

可以说,WTO 正处于历史的又一关键时刻。1999 年 11 月 30 日至 12 月 3 日

* 原载《世界贸易组织动态与研究》2002 年第 4 期,《人大复印资料国际贸易》2002 年第 8 期转载。

在美国西雅图举行的 WTO 第三次部长级会议,因未能就任何讨论议题达成一致而宣告失败。虽然在 GATT 的历史上,类似无果而散的部长级会议不止一次,但是,这毕竟是 WTO 历史上的第一次重大挫折。西雅图会议之后,WTO 成员方,尤其是美国和欧共体,都在考虑 WTO 今后的发展方向。人们普遍认为,令人失望的西雅图会议,对于世界贸易体制而言,虽然可能只是国际合作中常见的事,或者说是一个“微型危机”,但是,如果不认真对待该危机所显示出来的 WTO 自身存在问题,那么,在不远的将来,该组织可能会陷于困境。

目前 WTO 的成员中大多数是发展中国家或最不发达国家。其中,许多成员对 WTO 体制预期给它们带来的好处,表示失望。联合国促进与保护人权的经济、社会与文化权利(ECOSOC)分委员会在 2000 年 6 月 15 日公布的一份报告抨击 WTO 对发展中成员,简直是一场“噩梦”,尤其是最不发达成员的贫困处境日益恶化。虽然根据《WTO 协定》,WTO 的发达成员负有更多的义务,“作出积极努力,以保证发展中成员,特别是其中的最不发达成员,在国际贸易增长中获得与其经济发展需要相当的份额”,这些发达成员确实也开过一些高层会议,讨论如何帮助那些最不发达成员,但是,“雷声大雨点小”,成效甚微。发展中成员普遍认为,“现行 WTO 协议的实施或修改,首先应基于他们的利益,然后,他们才愿意授予 WTO 更多的权限”。在 WTO 中,如何处理发达成员与发展中成员之间的关系,缓和矛盾,增进合作,关系到该组织的前途命运。

中国入世后,冷静地、客观地看待处于发展过程中的 WTO,是制定今后对策的立足点。

二、全球化是客观进程,还是政策选择

处于关键时刻的 WTO 走向何方?当年 GATT 的初衷是协调缔约方关税与贸易政策,防止因经济摩擦引起政治冲突,甚至战争,并通过促进贸易自由,各国比较经济优势互补,提供更多的就业机会,提高世界范围的人们生活水平。如今 WTO 依然以此为宗旨,但是,这些理想的实现取决于 WTO 体制的进一步完善,而这种完善又取决于人们对它的反思。

全球化是反思 WTO 的前提。全球化首先是一个经济概念。按照西方学者的通常说法,WTO 是全球化,或者说是经济互补的产物。WTO 前任总干事罗杰曾将经济全球化描述为战后世界经济发展的客观进程。其中,第一是“国际经济”阶