

易波 / 著

WTO

非违法之诉研究

吉林大学出版社

WTO 非违法之诉研究

易 波 著

吉林大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

WTO 非违法之诉研究 / 易波著. —长春: 吉林大学出版社,
2013. 1

ISBN 978-7-5601-9671-8

I. ①W… II. ①易… III. ①世界贸易组织—国际贸易—
行政诉讼—研究 IV. ①F743②D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 027158 号

书 名: WTO 非违法之诉研究

作 者: 易波 著

责任编辑、责任校对: 安 斌

吉林大学出版社出版、发行

开本: 787 × 1092 毫米 1/16

印张: 16 字数: 300 千字

ISBN 978-7-5601-9671-8

封面设计: 刘 瑜

吉林省华艺印刷有限公司 印刷

2013 年 01 月 第 1 版

2013 年 01 月 第 1 次印刷

定价: 59.00 元

版权所有 翻印必究

社址: 长春市明德路 501 号 邮编: 130021

发行部电话: 0431 - 89580026/28/29

网址: <http://www.jlup.com.cn>

E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

前 言

世界性的金融危机仍在延续，危机的蔓延使得通过各类非关税贸易壁垒为表现形式的贸易保护主义有所抬头，然而全球经济一体化，贸易自由化的趋势并不因为金融危机的爆发和深化而发生逆转。

在关税与贸易总协议（GATT）基础上建立起来的世界贸易组织（WTO）是当今世界上规范和处理国家（包括单独关税区）间贸易关系最有影响力的国际机构，它通过规定成员方政府所应履行的 WTO 协议的义务，建立两套纠纷解决机制——WTO 层面的争端解决机制和成员方内部的司法审查制度，从国际和国内两个层面审查成员方涉及国际贸易管理的立法行为和行政行为，规范各成员方的国际贸易管理政策的制定和实施。

贸易自由化原则是 WTO 法律体系或之前建立的 GATT 协议中具有磐石作用的一项基本法律原则，本质上要求限制和消除一切妨碍和阻止国际贸易有序发展的所有障碍，通过 WTO 成员方给予互惠贸易，作出关税减让和其他市场准入承诺，限制和消除非关税贸易壁垒措施来实现。但是基于各种客观因素和立法者的理性与局限，世界上还没有哪种法律已经完备到已消除逃脱其规定的一切可能。在 WTO 协议拟定过程中无法全面和直接地将所有可能对多边自由贸易体制造成妨碍的非关税贸易壁垒予以全部明文规定的现实中，如果仅仅只是规制成员方实施的违反 WTO 协议的非关税贸易壁垒，而对那些没有违反 WTO 协议的非关税贸易壁垒置之不理，放任为之，那么多边贸易体制的基础，通过 WTO 成员方关税减让承诺而使其他成员方享有的可信赖预期利益将会毁于各种各样的“蚁穴”之中。

西谚有云“有权利必有救济”，在此种情形下，应该通过一种诉讼制度赋予利益受损方获得程序救济的机会。因此在 WTO 法律体系中，一种名为“非违法之诉”（Non - Violation Complaints）的程序救济制度出现。

非违法之诉孕育于 20 世纪 20 年末 30 年代初的那场经济危机之后的国际联盟时期，历经 GATT 时期的探索前进，WTO 时期的不断完善。在 WTO 法律体系中，非违法之诉是一项保护合法预期利益的程序救济制度，通过救济 WTO 成员方因为在关税减让谈判时所作出的相互关税减让承诺而使其享有的

改善的市场准入机遇和由此而来的竞争关系被 WTO 其他成员方没有违反 WTO 协议明文规制的政府措施所破坏的合法预期利益，间接保护 WTO 成员方的国民在其他成员方境内享有的合法预期利益不会被其所不能预见的并不违反 WTO 协议的政府措施所损害。合法预期利益是 WTO 协议没有明确规定，但却符合 WTO 协议的原则，是可被合理预见，且不应被抵销或减损的利益。

非违法之诉反映出 WTO 成员方政府的一项不违反 WTO 协议的政府行为，仍然可能被其他成员方政府作为诉因之一（其余两个诉因是违法之诉和情势之诉）启动 WTO 争端解决程序，寻求在国际层面解决贸易争端。与其他国际争端解决制度中要求国家违反条约的明确规定的条款才能提起诉讼的规定相比，非违法之诉本身可谓是一项特殊和少见的制度，确立了国际贸易关系中政府合法行为而产生的国际严格责任，有助于新型国际责任法的构建。本书从历史到现实，对非违法之诉的雏形——“衡平待遇条款”的初创，随后主要贸易国家的实践，GATT 时期和 WTO 现阶段发生的非违法之诉案件，个案专家小组和上诉机构在非违法之诉案件审理中的观点和意见——作出分析，深入研究非违法之诉的渊源和发展，非违法之诉的基础和意义，非违法之诉的成立要件，非违法之诉的扩大适用，非违法之诉的程序规则等问题，以期能对我国在 WTO 争端解决实践中妥善地运用这一嗣后程序救济制度，最大程度地维护和保障我国的自身利益有所裨益。

由于 WTO 非违法之诉，这种保护合法预期利益的嗣后程序救济制度的存在，我国国际贸易行政管理机关在制定或实施一项有关涉及国际贸易管理的抽象行政行为或者具体行政行为时要考虑我国在入世文件中对特定产品所作出的关税减让承诺，要综合考虑一项可能并不违反 WTO 协议的国际贸易管理政策的出台是否会损害 WTO 其他成员方的合法预期利益，从而“授人以柄”，创造出其他成员方在 WTO 争端解决机制中对我国提出非违法之诉指控的条件，避免针对我国的非违法之诉指控的发生。面临 WTO 其他成员方启动针对我国的非违法之诉指控时，我国应依据非违法之诉的成立要件和程序规则从容应对，据理力争，有效抗辩。

同时，我国作为 WTO 成员方也应善于利用包括非违法之诉在内的 WTO 争端解决程序，在必要时针对 WTO 其他成员方在其境内破坏我国出口产品的公平竞争地位的行为一并提起违法之诉与非违法之诉指控，全方位、多层面地保障和维护自身的利益。

目 录

导 论	1
一、研究背景	1
二、研究目的与意义	5
三、国内外相关文献综述	5
四、本书创新之处与研究不足	15
五、研究方法	16
六、术语和相关概念的说明	17
第一章 非违法之诉的渊源和发展	22
第一节 非违法之诉的历史渊源	23
一、国际联盟时代的起源	23
二、20 世纪 30—40 年代的双边贸易协议	29
第二节 非违法之诉在 GATT 体系中的形成	32
一、ITO 宪章草案中非违法之诉条款的拟定	32
二、GATT 1947 中的非违法之诉条款	40
三、GATT 时期非违法之诉案件的归纳	49
四、GATT 时期涉及非违法之诉案件的评析	56
第三节 非违法之诉在 WTO 体系中的发展	59
一、乌拉圭回合多边贸易谈判中的讨论	59
二、WTO 涵盖协议中的非违法之诉条款	63
三、WTO 现阶段非违法之诉案件的归纳	68
四、WTO 现阶段涉及非违法之诉案件的评析	80
第二章 非违法之诉的基础和意义	83
第一节 非违法之诉的基础	83
一、非违法之诉的理论基础	83
二、非违法之诉的现实基础	87

第二节 非违法之诉的意义	94
第三章 非违法之诉的成立要件	96
第一节 非违法之诉的成立要件在 GATT/WTO 案例中的演进	97
一、非违法之诉的成立要件在 GATT 时期的初创	97
二、非违法之诉的成立要件在 WTO 时期的确立	100
第二节 被申诉方实施不违反 WTO 涵盖协议的措施	104
一、“措施”是没有违反 WTO 涵盖协议的措施	104
二、“措施”的特征	105
三、“实施”的理解	127
第三节 申诉方依据相关协议获得的直接或间接的利益	131
一、依据相关协议获得的直接或间接的利益	132
二、“利益”必须具备合法预期	141
第四节 申诉方的利益因政府措施遭受抵销或减损	151
一、抵销或减损的含义	151
二、利益遭受抵销或减损的表现形式——破坏竞争关系	151
三、利益遭受抵销或减损与政府措施之间存在因果联系	153
第四章 非违法之诉的扩大适用	157
第一节 《服务贸易总协议》(GATS) 中的非违法之诉	158
一、GATS 中的非违法之诉条款	158
二、GATS 与 GATT 中非违法之诉条款的差异	161
三、GATS 中非违法之诉的成立要件分析	162
四、GATS 中适用非违法之诉的评析	166
第二节 《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS) 中的非 违法之诉	167
一、TRIPS 协议中的相关规定	167
二、非违法之诉在 TRIPS 协议中能否适用的各方观点	173
三、TRIPS 协议中适用非违法之诉的难点	177
四、因保护公共健康而采取的必要措施不能引起非违法之 诉的指控	184
第三节 诸边贸易协议之《政府采购协议》中的非违法之诉	185
一、《政府采购协议》简介	185
二、《政府采购协议》中的非违法之诉	186
三、条约缔结错误与《政府采购协议》中非违法之诉的关系	188

第五章 非违法之诉的程序规则	194
第一节 非违法之诉的审理程序	194
一、参与非违法之诉案件审理的相关主体	194
二、磋商和斡旋、调解及调停程序	196
三、专家小组程序	197
四、上诉机构程序	202
五、非违法之诉成立后的法律效果	203
第二节 一并提起违法之诉与非违法之诉指控时的审理顺序	205
一、优先审理违法之诉指控的情形	205
二、继续审理非违法之诉指控是否成立的情形	206
三、优先审理非违法之诉指控的情形	207
第三节 非违法之诉的审查标准	208
一、专家小组的审查标准	208
二、上诉机构的审查标准	210
第四节 非违法之诉的举证责任	211
一、非违法之诉举证责任的演进历史	212
二、非违法之诉的举证责任分配	214
三、非违法之诉的举证责任内容	215
四、非违法之诉的举证责任标准	215
五、争端解决实践对非违法之诉举证责任的发展	216
结 论	219
参考文献	228
后记	246

导 论

一、研究背景

当世界性的金融危机有愈演愈烈之势时,危机的蔓延使得通过各类非关税贸易壁垒为表现形式的贸易保护主义有所抬头,中国的经济在这场危机中受到前所未有的冲击,加工型企业大量倒闭,失业人数剧增,外贸出口持续下降,面对金融危机,中国庄重承诺不搞贸易保护主义。全球经济一体化,贸易自由化的趋势并不因为金融危机的爆发和深化而发生逆转。

世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)是全球经济一体化背景下唯一处理国家(包括单独关税区)之间贸易关系的国际组织。其核心是WTO协议。WTO协议是一套完备的有关国际贸易领域的法律框架体系,调整的对象是各成员方的国际贸易管理立法行为和行政行为,约束的对象“不是公民、企业或组织,而主要是行政机关”。^① WTO协议通过约束成员方的国际贸易政策的制定与实施,禁止用不正当的手段限制国际贸易,限制和取消妨碍和阻止国际贸易发展的关税贸易壁垒和非关税贸易壁垒,消除国际贸易上的歧视待遇,实现贸易自由化。WTO协议在突出政府的作用的同时,也对政府提出了更高的要求,正是从这个层面而言, WTO协议被形象地称为“国际行政法典”^②或属于国际行政法的组成部分。^③

①杨伟东著:《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》,中国人民大学出版社2003年版,第250页。

②参见袁勇、朱淑娣著:《论WTO法国内转化过程中凸显的行政立法新类型——涉外经济行政立法》,载《行政与法》2005年第7期,第86页;赵婕、吴允春著:《WTO与依法行政》,载《法制与社会》2007年第1期,第127页;蔡春林、高维新编著:《WTO政府管理》,对外经济贸易大学出版社2008年版,第35页;黄永东等著:《WTO与政府创新》,中国社会科学出版社2004年版,第1-2页。

③姜明安教授认为,国际行政法是指调整跨国行政关系与监督行政关系的法律规范和原则的总和。国际行政法是国际法与行政法的交叉研究领域,是行政法的一个新兴分支学科,也是国际公法的重要组成部分,整合了传统的国际法和行政法的原则。WTO法是国际行政法的重要组成部分。朱淑娣教授、袁勇博士认为,WTO协议调整的对象基本上或者主要是各成员方政府的行为,而不是参与国际贸易的市场主体的行为,因此从其宗旨、内容和保障机制看,主要是约束成员方政府履行其义务,WTO协议属于国际行政法的范围。参见姜明安著:《〈国际贸易行政诉讼法要论〉序言》,载 [www. article. chinalawinfo. com/ article/user/article_ display_ asp? ArticleID=40059](http://www.article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=40059),访问时间:2008年06月13日;参见朱淑娣主著:《国际经济行政法》,学林出版社2008年版,第41页。

在国际贸易中,非关税贸易壁垒是指除关税以外,一切旨在限制进口的措施,又称“非关税障碍”,“非关税措施”等。构成非关税者,应具备两项条件:其一,属于非关税性质;其二,必须具有扭曲贸易的效果,如不发生此种效果,亦不构成所谓“非关税壁垒”。^①

有学者将 WTO 法律体系中的非关税贸易壁垒分为狭义上的非关税贸易壁垒和广义上的非关税贸易壁垒。

狭义上的非关税贸易壁垒是指乌拉圭回合谈判期间所达成的非关税贸易壁垒协议。分别是《技术性贸易壁垒协议》、《实施动植物卫生检验措施协议》、《海关估价协议》、《原产地规则协议》和《装运前检验协议》。但必须指出的是,对知识产权的保护、与投资相关的限制性措施、补贴与反补贴、反倾销、保障措施、政府采购等均可表现为非关税贸易壁垒形式,只不过这些问题都是通过单独谈判解决的。因此在 WTO 法律体系中,非关税贸易壁垒除了上述六项协议所规定的措施以外,还应当包括《与贸易有关的知识产权协议》、《与贸易有关的投资措施协议》、《政府采购协议》以及《反倾销协议》、《补贴与反补贴措施协议》和《保障措施协议》等协议所规定的措施。^②

广义上的非关税贸易壁垒是指关税措施以外的一切可用于对出口和进口实行限制的手段,包括对商品、服务、资本等流动起到限制作用的措施,如数量限制、进口许可证和进口配额、海关任意估价、随意确定原产地标准、国营贸易、国内成分要求、故意拖延装运前检验期限、技术性壁垒、环境壁垒、海关手续、国内行政程序、苛刻的文件要求、贸易管理规定缺乏透明度和可预见性等。^③

从行政法角度分析形态各异的非关税贸易壁垒,一般认为,非关税贸易壁垒在很大程度上都是行政权的变体,行政权的属性藉此延伸到非关税贸易壁垒中。^④ 每一个非关税贸易壁垒的设置,都是在创设一种国际贸易行政管理权力;而每一个非关税贸易壁垒的消失,也就意味国际贸易行政主体从此不再合法享有相关的管理权限。^⑤

由于非关税贸易壁垒具有较大的灵活性和针对性,一定的隐蔽性,不受汇率的影响等特点。^⑥ 在 WTO 各成员方政府对关税减让作出规定,关税税率大幅削减的情形之下,各种非关税贸易壁垒将会大行其道,“危害着国际贸易

①邱政宗著:《现代国际贸易法》,台湾永然文化出版股份有限公司 1994 年版,第 223 页。转引自陈立虎著:《当代国际贸易法》,法律出版社 2007 年版,第 238 页。

②参见杨树明著:《非关税贸易壁垒法律规制研究》,中国检察出版社 2007 年版,第 180 页。

③参见杨树明著:《非关税贸易壁垒法律规制研究》,中国检察出版社 2007 年版,第 181 页。

④参见袁曙宏、宋功德著:《WTO 与行政法》,北京大学出版社 2002 年版,第 74 页。

⑤参见杨树明著:《非关税贸易壁垒法律规制研究》,中国检察出版社 2007 年版,第 75 页。

⑥参见陈立虎著:《当代国际贸易法》,法律出版社 2007 年版,第 238 页。

的正常发展，是生产力发展的一大障碍”^①。基于各种客观因素和立法者的理性，“世界上还没有哪种法律已经完备到已消除了逃脱其规定的一切可能。”^②在 WTO 协议的拟定过程中，也会面临无法全面和直接地将所有可能对多边自由贸易体制造成妨碍的非关税贸易壁垒予以全部明文规定的现实。为了防止 WTO 成员方实施不违反 WTO 协议的非关税贸易壁垒“事实上”撤回（*de facto withdrawn*）其关税减让代替原本应通过对于受影响的其他成员方采取给予补偿或由其他成员方相等地撤回其关税减让以作为交换的“法律上”撤回（*de jure withdrawn*），^③作为 WTO 争端解决机制中诉因（*cause of action*）^④之一的非违法之诉（*Non - Violation Complaints*）便成为一项非常重要的程序救济制度，其从 WTO 争端解决机制层面，救济 WTO 成员方因在关税减让谈判时所作出的相互关税减让承诺而使其享有的改善的市场准入机遇和由此而来的竞争关系被其他成员方实施没有违反 WTO 协议明文规制的政府行为^⑤所破坏的合法预期利益（*benefits of legitimate expectations*）。

依据 GATT 1994 第 23 条第 1 款（b）项的规定，“如一缔约方认为，由于下列原因，它在本协议项下直接或间接获得的利益正在抵销或减损，或本协议任何目标的实现正在遭受阻碍……，（b）另一缔约方实施任何措施，无论该措施是否与本协议的规定产生抵触”。可将非违法之诉定义为：在 WTO 多边自由贸易体制之下，WTO 成员方所采取的某项措施并不与其在 WTO 协议下明确承担的义务相违背，但却使得其他成员方依据 WTO 所直接或间接享有的利益正在遭受抵销或减损，遭受不利影响的其他成员据此依据《关于争端解决规则及程序的谅解》（简称 DSU）的规定向 WTO 争端解决机构（*Dispute Settlement Body*, DSB）提起诉讼，由此而产生的诉讼称之为非违法之诉。

由于 WTO 非违法之诉——一种保护合法预期利益的嗣后程序救济方式的存在，我国国际贸易行政管理机关在制定或实施一项有关涉及国际贸易管理

①参见杨树明著：《非关税贸易壁垒法律规制研究》，中国检察出版社 2007 年版，第 240 页。

②赵维田著：《“不违法之诉”——论 WTO 司法机制》，载《国际贸易》2001 年第 8 期，第 38 页。

③See Marion Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Oxford: Hart Publication, 2006, at 129.

④诉因指司法审查的理由。参见孙南申著：《WTO 体系下的司法审查制度》，法律出版社 2006 年版，第 56 页。

⑤依据 GATT 时期的欧共体给付和补贴油菜籽及相关动物饲料用蛋白质生产与处理者案专家小组报告和 WTO 时期的印度药品和农业化学产品专利案的上诉机构报告，不违反 GATT/WTO 相关协议的政府行为包括两种行为：“与总协议相一致 *measures consistent with the Agreements*”和“（WTO）法律规则没有规定（*the absence of substantive (WTO) legal rules*）”。See Panel Report, *European Economic Community - Payments and Subsidies Paid to Processors and Products of Oilseeds and Related Animal - Feed Proteins*, BISD 378/86, para. 144; See Appellate Body Report, *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, para. 41.

的抽象行政行为或者具体行政行为时要考虑我国在入世文件中对特定产品所作出的关税减让承诺,要综合考虑一项可能并不违反 WTO 协议的国际贸易管理政策的出台是否会损害 WTO 其他成员方的合法预期利益,从而“授人以柄”,创造出其他成员方在 WTO 争端解决机制中对我国提出非违法之诉指控的条件,避免针对我国的非违法之诉指控的发生。实际上,我国在中国影响汽车零部件进口措施案中,已经面临过加拿大提出的非违法之诉指控,加拿大在设立专家小组请求书中提出附带要求,认为即使中国没有违反 WTO 协议,但是抵销或减损了依据《中国加入世界贸易组织议定书》(简称《中国入世议定书》)和《中国入世工作组报告书》(简称《工作组报告书》)所能获得的利益(即“中国代表确认未对汽车的成套散件和半成套散件设立关税税号。如中国设立此类税号,则关税将不超过 10%”),向 WTO 争端解决机构同时提出违法之诉和非违法之诉指控。

由于本案专家小组已经裁定中国影响汽车进口零部件的政府行为违反 WTO 协议,成立违法之诉,故基于司法经济原则,^①不再审议本案是否成立非违法之诉。但这起案件表明,非违法之诉已经悄然走到我们身边。WTO 其他成员方有可能效仿加拿大的做法,在 WTO 争端解决机制中提出对我国的非违法之诉指控,将使我国陷入不利的地位,因为其他成员方只要证明涉案争议产品属于我国关税减让谈判时已作出关税减让承诺的产品,并且证明我国实施的一项不违反 WTO 协议的国际贸易管理措施损害了他们在与我国进行关税减让谈判时所能合理预期的利益,我国就必须为此承担法律责任。因此我们必须深化对非违法之诉成立要件、扩大适用和程序规则的研究,从而在面临 WTO 其他成员方启动针对我国的非违法之诉指控时,方能从容应对,据理力争,有效抗辩。

同时,我国作为 WTO 成员方也应善于利用包括非违法之诉在内的 WTO 相关规则,在因世界性的金融危机蔓延使得 WTO 成员方通过各种违反或者不违反 WTO 协议的非关税贸易壁垒为表现形式的贸易保护主义有所抬头的现实背景下,我国在必要时针对 WTO 其他成员方在其境内破坏我国出口产品的公平竞争地位的行为一并提起违法之诉与非违法之诉指控,全方位、多层次地

^①司法经济原则指出于最经济地利用争端解决机构资源的考虑,专家小组并不一定对申诉方提出的所有诉请一一分析并作出调查结论。该原则并没有被明确规定在 DSU 或 WTO 其他协议中。但在 WTO 争端解决实践中,该原则被专家小组不止一次地适用并得到上诉机构确认。司法经济原则是专家小组和上诉机构根据争端解决机制的目的在于保证争端的积极解决或有关事项的满意解决,而不是进行造法。因此专家小组只需审查那些足以解决争端的主张,并找出对于争端双方彼此均可接受并且与适用协议相一致的解决办法。但究竟哪些诉请才属于解决纠纷所必需的,专家小组可以自由裁量。此外,司法经济是专家小组的权利,但不是专家小组的义务。参见张玉卿主编:《WTO 法律大辞典》,法律出版社 2006 年版,第 623 页。

保障和维护自身的利益。

二、研究目的与意义

非违法之诉表明 WTO 成员方政府实施一项不违反 WTO 协议的国际贸易行政行为,虽然不违反 WTO 协议的明文规定,但是仍然可能被其他成员方作为诉因起诉至 WTO 的争端解决机构,寻求在国际层面解决贸易争端。这与传统上国际条约中的争端解决条款把违反条约义务或规则的行为作为控诉对象有着本质区别, WTO 允许其成员以一种特定结果的出现(利益的抵消或减损以及妨碍条约目的的实现^①)作为提起控诉的条件。换言之, WTO 争端解决机制的中心概念不是从违反 WTO 协议或其规定的义务出发,而是从广泛意义上剥夺了来自该协议的利益,或者损伤了该协议总体的或个别条款所追逐的目标为准。^②

本书研究的目的与意义为:比较系统地研究非违法之诉的雏形——“衡平待遇条款”的初创,随后在主要贸易国家的实践, GATT 时期和 WTO 现阶段发生的涉及非违法之诉的案件以及个案专家组和上诉机构在非违法之诉案件审理中的观点和意见;深入地分析非违法之诉的历史起源,非违法之诉的基础和意义,非违法之诉的成立要件,非违法之诉的扩大适用,非违法之诉的程序规则等问题,全景地探讨 WTO 成员方政府因在关税减让谈判时所做出的相互关税减让承诺而使彼此间享有的改善的市场准入机遇和由此而来的竞争关系的合法预期利益被其他成员方政府并没有违反 WTO 协议明文规定的政府措施破坏时, WTO 层面的争端解决机制所给予的救济其遭受不利影响的利益的非违法之诉规则。本书旨在为我国政府在 WTO 争端解决机制中,一方面如何善于利用非违法之诉维护自身的对外贸易利益,另一方面如何应对其他成员方对我国提出的非违法之诉提供未雨绸缪的准备,以期能为我国在 WTO 争端解决实践中妥善地运用这一嗣后程序救济制度,最大程度地维护和保障我国的国家利益贡献作者的绵薄之力。

三、国内外相关文献综述

(一) 国内相关文献综述

作者通过以“非”或“不”连接“违法之诉”、“违反之诉”和“违约之

^①在 GATT/WTO 案件争端解决实践中,由于“本协议任何目标的实现正在遭受阻碍”因为措辞含义非常空泛,难以捕捉和界定,该项规定事实上已经被抛弃。具体分析请参见本书第一章第二节“二、GATT 1947 中的非违法之诉条款”的相关内容。

^②See P. Precatore, W. J. Davey and A. F. Lowenfeld: Handbook of GATT Dispute Settlement. Irvington - on - Hudson, N. Y. : Transnational Publications, 1991, at 21.

诉”作为“题名”在中国期刊网^①、万方数据资源系统^②、维普资讯网^③和中文社会科学引文索引 (CSSCI)^④ 的检索,^⑤ 搜索到国内目前专门研究 WTO 非违法之诉的论文共有 27 篇,其中发表在期刊上的论文为 17 篇,^⑥ 硕士论文为 10 篇,^⑦ 博士论文没有。

通过对上述 4 个论文期刊检索库以及读秀学术搜索^⑧以“非”或“不”

①网址为 www.cnki.net

②网址为 www.wanfangdata.com

③网址为 www.cqvip.com

④网址为 cssci.nju.edu.cn/

⑤截止时间为 2011 年 12 月 31 日。

⑥分别是 (以论文发表时间先后为序): 1. 杨国华的《WTO 第一个非违反之诉案件——日本消费胶案》,载《法学杂志》2001 年第 5 期; 2. 赵维田的《“不违法之诉”——论 WTO 司法机制》,载《国际贸易》2001 年第 8 期; 3. 龚宇的《“不违法之诉”与 WTO 争端解决机制》,载《福建政法管理干部报》2002 年第 1 期; 4. 张华、朱淑娣的《DSB 非违法之诉对我国行政合理性原则的启示——小议美国与日本胶卷进口案》,载《华东政法学院学报》2002 年第 3 期; 5. 蔡俊峰的《试析 WTO 争端解决机制中的非违反之诉》,载《国际经济法论丛》(第 7 卷),法律出版社 2002 年版; 6. 姚凯的《从日美贸易纠纷看 WTO 争端解决机制中的非违约申诉》,载《深圳大学学报 (人文社会科学版)》2003 年第 2 期; 7. 尹立的《浅析 WTO 争议解决机制中的非违反 (协议) 之诉》,载《政法论丛》2003 年第 3 期; 8. 谢峥的《世贸组织中的不违法之诉》,载《国际商务》2004 年第 2 期; 9. 吴晓敏的《WTO 争端解决机制中的非违反之诉》,载《世界贸易组织动态与研究》2004 年第 11 期; 10. 袁勇的《合法预期利益之诉初论——以 WTO 非违法之诉为鉴》,载《海南大学学报 (人文社会科学版)》2006 年第 2 期; 11. 田玉红的《“合理期望原则”在 WTO “非违法之诉”中的案例研究》,载《世界贸易组织动态与研究》2006 年第 2 期; 12. 钟立国的《WTO 争端解决机制非违法之诉的适用分析》,载《武汉大学学报 (哲学社会科学版)》2006 年第 2 期; 13. 王海峰的《WTO 非违约之诉制度研究——兼论我国对非违约之诉机制的利用》,载《国际贸易》2006 年第 4 期; 14. 王海峰的《WTO 非违约之诉机制研究——兼论中国汽车零部件进口争端及其启示》,载《法商研究》2006 年第 6 期; 15. 马松涛的《非违法之诉在 TRIPS 协定下的适用问题探讨》,载《世界贸易组织动态与研究》2007 年第 5 期; 16. 桂芳芳的《论 WTO 争端解决机制中的非违反之诉》,载《中国教师》2008 年第 1 期; 17. 林小娟的《论 WTO 国际司法审查对象中的违反之诉与非违反之诉》,载《重庆科技学院学报 (社会科学版)》2008 年第 11 期。

⑦分别是 (以作者姓氏拼音为序): 1. 黄玲的《论贸易争端解决机制中的不违法之诉及我国的应对措施》,对外经济贸易大学 2005 年硕士论文; 2. 雷锐的《GATT/WTO “非违反之诉”适用的若干法律问题研究》,广西师范大学 2008 年硕士学位论文; 3. 李文波的《论 GATT/WTO 中的非违法之诉》,中国政法大学 2007 年硕士论文; 4. 李欣的《GATT/WTO “不违反之诉”法律问题研究》,西南政法大学 2004 年硕士学位论文; 5. 刘承的《GATT/WTO “非违法之诉”研究》,苏州大学 2002 年硕士学位论文; 6. 石俭平的《GATT/WTO “非违反之诉”的适用和价值探析》,华东政法学院 2004 年硕士学位论文; 7. 苏欣的《论非违法之诉》,吉林大学 2004 年硕士学位论文; 8. 张红的《GATT/WTO 争端解决机制中的非违反之诉研究》,武汉大学 2002 年硕士学位论文; 9. 赵欣的《论 GATT/WTO 争端解决机制中的非违反之诉》,对外经济贸易大学 2005 年硕士论文; 10. 周华的《非违反之诉在 TRIPS 协定中的适用探析》,苏州大学 2006 年硕士学位论文。因蔡俊峰的硕士论文——《试析 WTO 争端解决机制中的非违反之诉》(北京大学 2002 年硕士论文)已在《国际经济法论丛》(第 7 卷)全文发表,故此处没有重复统计。

⑧网址为 <http://edu.duxiu.com/>

连接“违法之诉”、“违反之诉”和“违约之诉”作为“主题词”或“全文”搜索并结合作者自身的资料搜集整理,下列论文^①或著作^②中对于非违法之诉的研究有所涉及,但没有专门论述非违法之诉的专著。^③

在国内研究非违法之诉的文献中,最早的一篇对非违法之诉展开研究的文献是我国著名 WTO 法权威专家,素有“中国杰克逊”之称,现已驾鹤西去的赵维田教授于 1997 年在《法学研究》1997 年第 3 期上发表的《论 GATT/WTO 解决争端机制》一文。在该文中,赵维田教授称“非违法之诉”^④是 GATT 争端解决机制最富特色的地方,论述了“并不违反 GATT 的规则或义

①论文为(以论文发表时间先后为序):1. 赵维田的《论 GATT/WTO 解决争端机制》,载《法学研究》1997 年第 3 期;2. 陈立虎的《论 WTO 争端解决机制适用的协定、诉讼和主体》,载《广西师范大学学报(哲学社会科学版)》2001 年第 1 期;3. 王中美的《WTO 争端解决机制与国际竞争政策——柯达—富士胶卷案之国际竞争法方面分析》,载《商业研究》2002 年第 12 期;4. 赵千喜的《试析 WTO 争端解决中的举证责任规则》,载《世界贸易组织动态与研究》2006 年第 6 期;5. 韩立余的《WTO 争端解决程序中的举证责任》,载《现代法学》2007 年第 3 期;6. 王慧的《WTO 争端解决程序下的审查对象“措施”》,载《中外法学》2008 年第 2 期。

②著作为(以著作出版时间先后为序):1. 李小年编著的《WTO 法律规则与争端解决机制》,上海财经大学出版社 2000 年版;2. 余敏友等著的《WTO 争端解决机制概论》,上海人民出版社 2001 年版;3. 谢德高主编的《WTO 通用国际商贸法解读》,九州出版社 2001 年版;4. 韩立余编著的《WTO 案例评析 1995—1999》,法律出版社 2001 年版;5. 张德主编的《WTO 争端解决与贸易陷阱防范对策·第 1 卷》,新华出版社 2002 年版;6. 朱淑娣主编的《运行中的国际经济行政法》,时事出版社 2002 年版;7. 张军旗的《WTO 监督机制的法律与实践》,人民法院出版社 2002 年版;8. 张汉林主编的《知识产权贸易争端案例》,经济日报出版社 2003 年版;9. 张汉林等著的《工业品贸易争端案例》,经济日报出版社 2003 年版;10. 左海聪的《国际经济法的理论与实践》,武汉大学出版社 2003 年版;11. 吴海广编著的《WTO 规则 200 问》,湖南人民出版社 2003 年版;12. 孙晓萍主编的《WTO 货物贸易法》,中国对外贸易经济出版社 2003 年版;13. 徐兆宏等编著的《WTO 案例对中国的启示》,汉语大词典出版社 2003 年版;14. 蒋帅的《世界贸易组织规则透视》,立信会计出版社 2004 年版;15. 黄东黎的《国际贸易法学》,法律出版社 2004 年版;16. 韩立余编著的《WTO 案例评析 2001》,法律出版社 2004 年版;17. 朱榄叶编著的《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析 1995—2002》,法律出版社 2004 年版;18. 赵维田等著的《WTO 的司法机制》,上海人民出版社 2004 年版;19. 贺小勇的《国际贸易争端解决与中国对策研究:以 WTO 为视角》,法律出版社 2006 年版;20. 曾华群主编的《WTO 与中国外贸法的新领域》,法律出版社 2006 年版;21. 孙南申的《WTO 体系下的司法审查制度》,法律出版社 2006 年版;22. 陈安主编的《国际经济法学专论》,高等教育出版社 2007 年版;23. 姜作利的《中国与 WTO 争端解决机制——案例分析与对策研究》,山东人民出版社 2007 年版。

③此外,得益于现定居美国伊萨卡城(the City of Ithaca)的台湾同胞李芷英女士的帮助,作者获得了我国台湾地区研究非违法之诉的数篇论文,分别是:1. 黄政杰的《GATT/WTO 争端解决体系下非违反协定行为之控诉之研究》,中原大学 2002 年硕士论文;2. 李贵英的《世界贸易组织——韩国政府采购措施乙案之评析》,载《政治大学国际经济组织暨法律研究中心 2001 年第一届国际经贸法学发展学术研讨会论文集》;3. 徐挥彦的《非违反协定控诉于〈贸易有关之智慧财产权协定〉可适用性之研究》,载《东吴法律学报》第 19 卷第 2 期。4. 赵坚集的《论违反协定与未违反协定之控诉——以世界贸易组织之法制为中心》,中正大学 2003 年硕士论文。

④赵维田教授在《论 GATT/WTO 解决争端机制》中的用语为“不违法之诉”。

务”的措施有两种表现形式，分别是符合 GATT 规定的行为和 GATT 没有规定的行为。赵维田教授认为，非违法之诉的根本目的在于确保千心万苦获得的关税减让结果不会被各种非关税措施所抵销，GATT 1947 第 23 条的“本协议任何目标的实现正在遭受阻碍”措施含义十分空泛，难以捕捉和界定，是条文起草时的败笔。其后，赵维田教授于 2001 年在《国际贸易》2001 年第 8 期以“‘不违法之诉’——论 WTO 司法机制”为标题再次论述了非违法之诉，他指出了非违法之诉并非是 GATT 制定者创造出来的，而是源于 1930—1940 年的一大批以欧美为中心的“双边贸易协定”，论述了“合理预期利益”在非违法之诉中的适用，对于 GATT 第 23 条第 1 款“协议项下直接或间接获得的利益”中的“利益”的理解，赵维田教授指出这是由关税减让而带来的利益，并非一次享用，而是“计入”并“合理或合法预期的”。同时该种“利益”是对竞争关系的保护而不是指“实际贸易流量”。赵维田教授也涉及了非违法之诉在 GATS 和 TRIPS 协议中的适用问题，就 GATS 中非违法之诉而言，他认为 GATS 第 6 条第 4、5 款的规定将使原本由非违法之诉规制的措施转变为违法之诉规制的措施，将会大大减少非违法之诉的需要。就 TRIPS 协议中的非违法之诉而言，他指出了 TRIPS 协议没有像 GATT 那样的关税减让和 GATS 的具体承诺，因而没有给合法措施起诉的空间。此外，他也提到了 GATT/WTO 协议中的“豁免”条款所引发的非违法之诉的问题，但是没有展开研究。就非违法之诉的理论基础而言，赵维田教授论证了之前理论界所提出的国际法上的“情势不变”条款、衡平法管辖权和善意原则，并指出“情势不变”条款与非违法之诉有相当大的区别；衡平法管辖权作为国际法的法理渊源值得探讨；善意原则表明国家对权利的行使必须是善意的和合理的，非违法之诉保护合法预期利益是善意原则的一种表现形式。2004 年，赵维田教授将其多年研究 WTO 争端解决机制的成果——《WTO 的司法机制》书稿——交由上海人民出版社出版。在该书第 9 章“不违法之诉”部分，他在先前研究非违法之诉的成果之上，就非违法之诉的“举证责任”和“法理根据”展开详细的论述，并将之前的“善意原则”改译为“诚信原则”作为非违法之诉的理论基础。

赵维田教授的两篇论文和一本专著中有关“非违法之诉”的研究，奠定了国内研究非违法之诉的基础，后续专门研究非违法之诉的论文或著作中的篇章基本上都会援引和参考赵维田教授的论述。

就非违法之诉的发展历史而言，现有的文献涉及此类研究的不是很多，对于非违法之诉的雏形——1933 年国际联盟时期的伦敦货币与经济会议中制定的“衡平待遇条款”——有文献有所涉及，但是没有指出“衡平待遇条款”的内容，也没有详细论述“衡平待遇条款”的制定历史，有文献指出非

违法之诉起源于 20 世纪 20—40 年代的双边贸易协议,这种表述并非妥当,因为在 1933 年的伦敦货币与经济会议之后,“衡平待遇条款”才被国际联盟推荐给各会员国在其签订的双边贸易协议中予以适用,因而确切的表述应是 30—40 年代的双边贸易协议。

对于非违法之诉条款在拟定 ITO 宪章和 GATT 的伦敦会议、日内瓦会议和哈瓦那会议上有关谈判代表观点的争议和辩论,现有文献较少关注,左海聪教授在《国际经济法的理论与实践》一书中第七章“GATT 争端解决条款溯源”中有所涉及,但左海聪教授更多地是从宏观上对 GATT 第 22 条和第 23 条的制定历史作一整体介绍,并没有专注于非违法之诉在 ITO 和 GATT 中的制定历史。此外,多篇文献在介绍哈瓦那宪章第 93 条的规定时,没有仔细留意英文原文的规定。例如有文献在引用《哈瓦那宪章》第 93 条规定时将其表述为:“与 GATT 同时起草的《哈瓦那宪章》在第 93 条(解决争端条款)中规定,‘凡依本宪章任何条款直接间接,明示或暗示地计入的任何利益受到抵消或损伤,而这是由于:(a) 一个会员违背了本宪章规定的义务……或者(b) 一个会员采取的措施,不论其与本宪章规定是否相冲突。’”而哈瓦那宪章第 93 条的原文译成中文为:“如果成员方认为,由于下列原因,它在本协议下直接或间接,明示或暗示的利益正在遭受抵消或减损:1. 成员方以作为或不作为的形式违反了其在本宪章下应履行的义务;2. 成员方实施的一项措施没有与本宪章的规定相抵触。”^①

对于非违法之诉条款在乌拉圭回合多边贸易谈判时的讨论,现有文献也是较少涉及,特别是对于《关于理解和适用关税与贸易总协议第 22 条及第 23 条的谅解》的草案中有关“非违法之诉”的规定,现有的文献没有论述,也没有分析在乌拉圭回合谈判中,GATT 缔约方本有此机会重新考虑整个非违法之诉的制度设计,并且在已有谈判草案文本存在的情形之下,为什么仍然对非违法之诉的成立要件维持现状而没有作出细致的规定?对于 GATS 和 TRIPS 协议草案中有关非违法之诉的谈判历史,现有文献较少涉及,GATS 草案和 GATS 正式文本对于非违法之诉条款的不同表述,现有文献没有涉及。对于 TRIPS 协议第 64 条第 3 款为什么规定在 TRIPS 协议生效之后的五年中非违法之诉不予适用的原因,现有文献没有涉及。

对于在 GATT 时期和 WTO 现阶段,究竟有多少起案件涉及到非违法之诉指控,现有文献一般都是笼统地表述,没有指出具体的数字。就 GATT 时期争端解决实践中涉及非违法之诉的案件,现有文献一般都是援引彼得斯曼教授在 1997 年出版的《GATT/WTO 争端解决体制:国际法,国际组织和争端解

^①着重号系作者所加,以示区别。