



杨向东 著

W L O 体制下的
国民待遇原则研究

中国政法大学出版社

F743/61

2008

上海政法学院学术文库——行政法学丛书

WTO 体制下的 国民待遇原则研究

杨向东 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

WTO 体制下的国民待遇原则研究/杨向东著. -北京:中国政法大学出版社, 2007. 12

ISBN 978 - 7 - 5620 - 3142 - 0

I. W... II. 杨... III. 世界贸易组织 - 国民待遇 - 法律 - 研究 - 中国
IV. D922. 295. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 203546 号

出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 14.75 印张 260 千字
2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷
ISBN 978 - 7 - 5620 - 3142 - 0/D · 3102
定 价 28.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)
声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

“上海政法学院学术文库”
编 审 委 员 会

主 任：金国华

副主任：闫 立 杨俊一

委 员：(以姓氏笔画为序)

王明华 王 蔚 闫 立 汤啸天

关保英 刘 强 杨俊一 杨 寅

何平立 吴益民 张森年 陈大钢

金国华 倪正茂 章友澍

“上海政法学院学术文库”

总序

中华民族具有悠久的学术文化传统,两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”。其意即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道:“博学之、慎思之、审问之、明辨之、笃行之”,则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此,从对世界历史进程的审视与洞察来看,社会发展、科学昌明、思想进步,从来都离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量,而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力,是一所现代大学的重要标志。因此,一个大学的学术氛围,不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态,而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言,大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量,它态度自由中立,传授普遍知识,描绘理智疆域,但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会;高等教育发展的核心是学术和人才。因此,大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地,在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学,学院注重内涵建设和综合协调发展,现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训,这既是学校办学理念的集中体现,也是上政学术精神的象征。这一校训,不仅大力倡导复合型人才培养,注重充分发挥个性特色与自我价值实现,提供自由选择学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进,而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力于对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判,探求科学与人文的交

II WTO 体制下的国民待遇原则研究

融与整合。“上海政法学院学术文库”正是在这一精神理念引领下出版问世的。

“上海政法学院学术文库”的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代大家云:“一代文章万古稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信“上海政法学院学术文库”的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信“上海政法学院学术文库”将凝聚上政人的思想智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿“上海政法学院学术文库”精神薪火传承、代代相继!

上海政法学院院长 **金国华**

2006年9月10日于求实楼

“上海政法学院学术文库”

——行政法学丛书·总序

“行政法学丛书”作为“上海市重点学科(行政法学)”的部分成果,是我们多年来对行政法学哲理、实务等问题所作思考的系统总结。2006年9月,承蒙上海市教委的正确指导和资助,上海政法学院的行政法学科被批准为“上海市重点学科”。该学科立项后,上海政法学院领导给予了高度重视,从组织机构、人员配置等方面进行了部署。学科组对该学科的发展进行了整体建设的规划,并得到了院领导的认可和市教委的批准。该学科以行政法理论与实践为总的建设方略,设有行政法基础理论与实务、公共政策与比较公法、科技文化与卫生行政法治等方向。学术著作的撰写和编著是学科建设的重要组成部分,本学科拟在建设期间出版学术专著和规范化的教科书30余部。基于我国行政法基础理论相对薄弱的现实,我们在学术著作的选材上以行政法基本原理、行政法史、比较行政法为主,并照顾到部门行政法中受社会关注的热点问题,通过系列学术著作和规范化教科书的出版使本学科通过数年的建设形成自己的特色。希望学术界同仁和广大读者给我们批评建议,帮助我们把这套丛书出好。

吴保英

2006年12月

序

国民待遇原则是关贸总协定(GATT)的“一大支柱性原则”,后又成为世界贸易组织(WTO)非歧视性原则的组成部分,是构建WTO法律体系的基石。从1947年关贸总协定临时实施起到1995年世界贸易组织的建立,体现着自由、平等、公平等现代法治精神的国民待遇原则都一直存在。随着经济全球化程度的不断加深和世界贸易组织作为“经济联合国”地位的不断巩固,该原则与时俱进,逐步从货物贸易领域延伸到服务贸易、知识产权、投资措施等领域,并与WTO其他原则相互作用而形成了一套既包含原则又包含例外、既包含理论又包含实践的基本法律原则。

遵守包括国民待遇原则在内的WTO各项法律原则和规则是WTO各成员方必须履行的义务,而WTO体制下国民待遇原则的适用标准是衡量成员方的行为是否完全符合国民待遇原则及履行国际义务的标准。我国是WTO成员方之一,有义务按照WTO体制下国民待遇原则的适用标准履行国际义务。国民待遇原则经过几百年的发展,国内外的相关研究都颇有建树。加入WTO后,我国在国民待遇方面的研究蓬勃发展。作为发展中国家和经济转型国家,我国在遵守WTO义务的同时,也必须重视合理利用规则维护国家利益。然而,由于长期游离在多边体制之外,我国对国民待遇专门系统的研究还不够深入,很多论文属于对策型研究,未形成系统的专著。在世界贸易自由化的大趋势下,对于WTO国民待遇的理论基础,尤其是在结合实现国内特定目标这一问题上,如何协调贸易自由化和国内管理的冲突,如何运用规则实现国家追求社会福利的最大化等问题,国内论文

II WTO 体制下的国民待遇原则研究

涉及较少,这也正是本书的研究和出版价值所在。

本书著者——杨向东博士,自硕士研究生时起就一直跟随我,他在学术方面给我的印象是基础扎实、善于思考、勤于钻研,在读研期间就已在专业学术核心期刊上发表多篇论文,为国际经济法学理论界的后起之秀。本书是其多年研究心得的结晶,作者从法学理论分析的角度出发,结合丰富的第一手资料和前人的研究成果,运用综合分析、经济分析、历史分析和比较研究等多种论证方法,深入浅出地分析和阐述了 WTO 国民待遇原则的概念、发展历史, WTO 国民待遇条款及其在 WTO 各具体规则中的运用等。

难能可贵的是,作者克服实践经验不足等困难,力求使实证分析丝丝入扣,对中美芯片增值税案的分析使读者身临其境。作者还结合中国的实际,对中国适用 WTO 国民待遇原则进行了深入的剖析,并对其中存在的问题进行了一些有益的探索,使读者从中得到启迪。

21 世纪是规则的世纪,中国正越来越深入地融入世界经济大潮中,伴随而来的不仅是经贸行为的竞争,更多的是经贸规则的竞争。这就需要对国际经贸规则,特别是 WTO 原则、规则有更深入和更广泛的研究。本书正是满足这一现实需要的体现,可谓应运而生。

希望作者继续关注国民待遇原则在制度和理论上的发展,不断努力,辛勤耕耘,力求取得新的学术成就。是为序。

陈立虎

2007 年 9 月

作者简介

杨向东,男,1977年10月出生,汉族,山西省长治市人。现为上海政法学院法律系教师,法学博士。主要研究方向为WTO法律制度、涉外行政法。2000年毕业于山西财经大学,获法学学士学位,同年考入苏州大学法学院,2003年获国际法学硕士学位,2006年获宪法与行政法学博士学位。代表论文有《“未预见发展”的条件属性》(载《法学研究》2004年第3期)、《区域保障措施的合法性探讨》(载《苏州大学学报》2006年第2期)、《区域贸易安排中的国民待遇原则》(载《时代法学》2007年第4期)等,并参与编写《宪法学》、《行政许可法》、《行政法与行政诉讼法》等著作。

内容提要

国民待遇作为 WTO 的一项基本原则,它不仅可以保障 WTO 成员方之间的国民、货物、服务和提供者服务提供者在市场上处于平等竞争的地位,还可以降低国内贸易保护的政治压力,促使政府更加恰当、有效地行使对外贸易权,保障公民享有充分的个人贸易自由。作为一项连接国际法和国内法的重要法律原则,国民待遇原则具有长期的理论和实践基础。尤其在 WTO 成立以后,国民待遇被适用于货物贸易、服务贸易和与贸易有关的知识产权等领域,这不仅扩大了它的适用范围、适用客体和适用规则,而且也加强了执行力,使该原则真正成为消除国内贸易壁垒的实质性工具。因此,WTO 国民待遇原则是以规范政府税收和管理的公权力为核心、以保障市场上的平等竞争机会为目标的规范。这种规范主要来自 WTO 在条约实践中形成的规则,主要包括同类产品(同类服务和提供者)或直接竞争或替代产品的认定标准、不低于待遇的比较和例外规则的援用,等等。然而通过对案例的比较,我们可以发现,涉及国民待遇案件的审理存在过程不透明、结果不一致等问题,尤其争端解决机构对于国内的立法和功能的审查,在一定程度上限制了成员方实现国内特定目标的能力。本文从贸易自由化和国内管理自治的视角出发,对目前争端解决机构运用市场分析工具认定同类产品的标准存在的缺陷进行了分析:一是对成员方市场经济模型理解不足;二是缺乏了解成员方实施管理措施的真实动机和目标。因此,改革 WTO 国民待遇原则,不仅需要进一步加强市场竞争性分析,同时也应该引入政策考量,在尊重 WTO 成员方管理自治的基础上推进贸易自由化。但是,国民待遇条款的改革必将导致 GATT 第 20 条的变化,本

II WTO 体制下的国民待遇原则研究

文建议 GATT 第 20 条应重新考虑对措施的分类,进一步澄清各个单项例外和必需性审查的关系,在适当的情况下考虑扩充 GATT 第 20 条的范围,从而实现与 WTO 国民待遇原则协调一致的发展。

理论的研究是为了实践之需。WTO 国民待遇原则在中国的适用具有广泛而深远的影响,《中国入世议定书》对于 WTO 国民待遇原则的再次发展使我们认识到,研究 WTO 国民待遇原则应该结合我国的具体国情进行探讨。2004 年 4 月我国新修订了《对外贸易法》。该法作为一部重要的涉外行政法,不仅进一步规范了货物贸易和服务贸易领域的国民待遇制度,而且将国民待遇扩展至知识产权领域。此外,该法也放开了对外贸易权,使中国公民充分享受个人对外贸易自由权利的同时,对所有外国个人和企业,包括未在中国投资或注册的外国个人和企业也给予了对外贸易权。可以说,新修订的《对外贸易法》进一步完善了我国国民待遇的相关法律制度,为国内产业和外国竞争者公平竞争提供了法律保障。然而我国在参与多边贸易的过程中,也需要注意国民待遇原则具有双重限制,适当的国民待遇有利于发挥国家的比较优势,提高人民的生活水平,而过了“度”的国民待遇则会损害比较优势。因此,我们在履行 WTO 义务的同时,也应主动立法、主动运用 WTO 规则来维护国内产业利益,逐步建立起符合市场经济发展要求的公平贸易制度。

| 目 录 |

导 论	1
一、WTO 国民待遇的历史发展	/2
二、WTO 国民待遇原则的实质分析	/8
三、新时期 WTO 国民待遇原则的角色转变	/14
四、国内外研究成果概况	/17
五、研究方法	/21
第一章 WTO 国民待遇原则的概念	23
一、WTO 国民待遇条款的基本结构及其依据	/23
二、WTO 国民待遇原则适用的特点分析	/27
三、WTO 国民待遇原则的概念	/36
第二章 WTO 国民待遇条款的解释	45
一、GATT 国民待遇条款	/45
二、GATS 国民待遇条款	/55
三、TRIPs 国民待遇条款	/61
第三章 WTO 国民待遇的认定标准	67
一、同类产品	/67
二、同类产品认定方法评析	/74
三、直接竞争或替代产品	/77
四、不低于待遇	/79
第四章 WTO 国民待遇原则的实现	88
一、歧视的分类	/88

II WTO 体制下的国民待遇原则研究

二、WTO 国民待遇原则的实现 /92	
三、服务贸易和知识产权国民待遇对歧视的管制 /103	
第五章 WTO 国民待遇原则与例外条款	107
一、WTO 国民待遇原则与一般例外原则的关系及问题 /108	
二、GATT 一般例外条款 /111	
三、WTO 国民待遇原则与一般例外原则的协调和发展 /118	
第六章 中国适用 WTO 国民待遇原则研究	125
一、我国国民待遇的立法及新发展 /126	
二、WTO 国民待遇原则的实践——以中美芯片增值税案为例 /133	
三、区域贸易安排下的国民待遇原则 /150	
第七章 WTO 国民待遇原则的发展与完善	166
一、《维也纳条约法公约》 /167	
二、现实的考虑 /171	
三、WTO 国民待遇原则与区域贸易的“共振效应” /175	
四、改革 WTO 国民待遇原则的建议 /179	
结束语	190
附 录	193
附录 1:中英文缩略语对照表 /193	
附录 2:涉及国民待遇的 GATT/WTO 法条摘录 /195	
附录 3:《中华人民共和国加入议定书》摘录 /201	
附录 4:GATT/WTO 国民待遇案例列表 /203	
参考文献	206
后 记	216

导 论

WTO 国民待遇原则是现代多边贸易体制的基本原则,被认为是非歧视原则的两大支柱之一。国民待遇原则源于中世纪,在国际经贸领域中有着传统渊源,早期民商法之国民待遇原则的发展,打破了地域差别,促使商品买卖跨越国境之樊篱,更有甚者,以坚船利炮,打开众多国家市场,以国民待遇要挟弱者,进行经济掠夺。时至今日,国民待遇原则之含义及发展,已今非昔比。国民待遇原则已逐步从传统民商领域渗透到公法领域,突出表现在国民待遇列入众多宪法原则之中,例如 1893 年《阿根廷宪法》第 20 条的规定,^[1]更是作为各国外贸立法之重要原则。而国民待遇集大成者,则属关贸总协定的出现,GATT 1947 第 3 条对于国民待遇原则的经典定义,被 WTO 传承至今。这些原则形成了以国际自由贸易协定为指导、国内宪法为内核、涉外经济行政法为依托的“胶合板式”的宪法化运动,^[2]这是因为早期的重商主义政策无法限制政府的征税权以及对外贸易权,而导致了宪法失灵或政府失灵。^[3]在一个民主宪政的国家里,如何协调好贸易自由化和自身利益,克服贸易自由化的政治阻力,保护公民的贸易权利,就成为了新时代国民待遇原则的角色转变。

WTO 国民待遇原则的执行与实现具有深刻寓意,它驱使各主权国家立法、执

[1] Section 20; Foreigners enjoy within the territory of the Nation all the civil rights of citizens; they may exercise their industry, trade and profession; own real property, buy and sell it; navigate the rivers and coasts; practice freely their religion; make wills and marry under the laws. They are not obliged to accept citizenship nor to pay extraordinary compulsory taxes. They may obtain naturalization papers residing two uninterrupted years in the Nation; but the authorities may shorten this term in favor of those so requesting it, alleging and proving services rendered to the Republic. Argentina Constitution, 1 May 1893, revised August 1994.

[2] J. Tumlrir, "International Economic Order and Democratic Constitutionalism", in *Ordo Jahrbuch*, 33, 1983, pp. 71 ~ 80.

[3] 所谓政府失灵,指政府行动不能增进资源配置效率或政府把收入再分配给那些不应当获得这些收入的人。政府失灵有许多表现形式,如政府干预造成的低效率、高交易费用、决策失误、行为短期化、不能代表最大多数人民的利益等。布坎南 (James M. Buchanan) 宪法经济学的基本思想是,解决政府失灵的途径是改革经济活动和政治活动的决策规则。James M. Buchanan, "The Domain of Constitutional Economics", *Constitutional Political Economy*, vol. 1, No. 1990, p. 1.

法、司法之时:一方面履行国民待遇义务,开放市场,使各国竞争机会平等,促使资源更有效分配和利用;另一方面,国民待遇会阻碍各国政府实现国内特定目标能力。因此,新的历史时期,WTO 国民待遇原则既需保障提高国内的福利水平,又需维护国内产业利益,实现贸易自由化与管理自治的平衡。^[1]实际上,WTO 国民待遇的新发展有赖于争端解决机构的阐述和澄清,多年来该机构的能动主义,建立了富有创意的国民待遇范围和标准。然而,面临贸易自由化和国内管理自治的“囚徒困境”,^[2]争端解决机构威胁到了政府管理自治而影响了 WTO 的政治权威。由此可知,改进现有 WTO 国民待遇原则及规则而服务于多边体制的健康发展,必定以协调贸易自由化和国内管理自治为基础,运用新的安全观、新的秩序观处理新出现的问题,逐步形成尊重成员方管理自治、贸易自由化适当优先的观念。也正是以此为主线,形成了本文的思路和脉络,即以尊重国内管理自治为视角,审视 WTO 国民待遇原则的概念和目的、援用条件以及和其他条款的关系,对若干具有理论和实践意义的问题进行探讨,力图展现 WTO 精确定位的国民待遇原则的含义,了解新时期国民待遇的任务以及暴露出的问题与改进方法。因此,本文希望能够回答以下几个方面的问题:①WTO 国民待遇原则到底是什么?它绝非可作为“万金油”随处可用;②WTO 国民待遇原则到底服务于什么样的目标?是国内政策还是国际的贸易自由化,或是二者兼而有之?③应该如何成功援用 WTO 国民待遇原则?是否存在运用其他手段“智取”国民待遇的情况?④WTO 国民待遇原则的现实和未来如何?我们应该如何进行前瞻性的研究?⑤中国该如何应用此规则?这些都是本文综合运用历史分析、价值分析、政治经济分析、案例分析对国民待遇进行的研究,希望借此深掘国民待遇的精确含义和标准,同时检讨争端解决机构解释国民待遇之得失,为我国政府遵守国民待遇义务提供理论参考。

一、WTO 国民待遇的历史发展

一般来讲,WTO 国民待遇原则的研究,应注重两个方面:一是国民待遇如何实现成员方的实体性权利;二是国民待遇如何防止政府滥用国内管理措施,冲击多边体制的成果。对于这两个方面的研究都是不可或缺的,因为只有限制政府在对外贸易权上的妄为,才能更加有效的实现成员方在 WTO 框架下享有的实体权利,才能更好地维护市场公平合理的竞争环境。而本文的研究偏向于第二个方面,而

[1] 何帆:“什么发展中国家在 WTO 中处于不利地位”,该文指出“发达国家掌握了话语权,它们按照自己的定义拼命鼓吹国民待遇原则,久而久之,连发展中国家也相信了国民待遇原则才是 WTO 的基本原则”,引自《中国经济时报》2002 年 6 月 15 日。

[2] “囚徒困境”是博弈论里最经典的例子之一。

更由于 WTO 国民待遇原则是全球普适性的,所以本文定位于 WTO 体制下的国民待遇原则,而非局限于某一国或某一部门法的角度。当然,我们所知道的国民待遇原则(national treatment,简称为 NT)是一个连接国内法与国际法,创建全球自由市场体系的概念。在不同的双边或多边条约中,我们都可以见到该原则。可见,国民待遇原则不仅具有广泛的概念,而且各协议中的内容千差万别,远非一言可以蔽之。尤其 WTO 国民待遇原则不仅包括了货物贸易、服务贸易和知识产权领域,而且对于新增加的领域,例如,SPS、TBT、TRIMs 协议以及复边协议中的政府采购等领域,国民待遇仍是重要的原则。

国民待遇原则是历史积淀的产物。国民待遇可追溯到希伯来人的法律,^[1]到 11 世纪意大利各城邦之间出现了国民待遇的协议。^[2]而目前公认的最早的国民待遇载于 12 世纪英国和欧洲大陆的一些城市,包括来自汉萨联盟的一些城市签订的贸易条约。此后该原则不断的运用于欧洲各国的贸易、航运方面,在 17、18 世纪达到了顶峰,^[3]各国相继采用并确认了国民待遇原则。据学者考证,17 世纪时已有国家通过双边条约互相给予对方特定客体的国民待遇。例如,1656 年荷兰和瑞典签订的《艾尔宾条约》(Treaties of Albing)就规定双方的国民在税收和其他国内费用的征缴上享有平等的待遇,如果一方要提高此类税收和国内费用,那么这种提高不得给对方国民增加比其本国国民更重的负担。再如,1688 年丹麦和荷兰的《初步协议》(Preliminary Treaty)第 5 条要求,丹麦不得对荷兰其他出口的货物征收比本国国民更高的国内费用,这被认为是最早的一个有关国民待遇的双边协议。^[4]而现代国家的国内法中最早确立国民待遇原则的是 1804 年《法国民法典》,其第 1 章第 11 条列明,“外国人在法国享有与其本国根据条约给予法国人的同样的民事权利”。正是这一经典性的条款明确无误地宣告了外国人可以与本国国民享有同等权利,从而成为各国效法的滥觞。^[5]意大利、葡萄牙、西班牙、希腊、卢森堡、奥地利、挪威、瑞典等先后在法律上确立了国民待遇原则并加以普及。

随着国际间政治、经贸、文化交往规模的扩大,国际民商事法律关系在现代社会中日益复杂,反映在国际法实践中就是国民待遇的含义渐次丰富,适用范围日

[1] William Smith Culbertson, *International Economic Policies: A Survey of the Economics of Diplomacy*, D. Appleton Company, 1925, p. 24.

[2] Michael M. Hart, "The Mercantilist's Lament: National Treatment and Modern Trade Negotiations", *Journal of World Trade Law*, Vol. 21, No. 6, Dec. 1987, p. 38.

[3] Georg Schwarzenberger, "The Principles and Standards of International Economic Law", in *Recueil des Cours*, Vol. I, 1966, p. 80.

[4] Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 1972, pp. 429 ~ 434.

[5] Kronfol, *Protection of Foreign Investment*, A. W. Sijthoff, 1972, p. 15.