



研究成果

宋杰-WTO内潜在法律利益的



来源方式：原创

WTO内“潜在利益”的保护：一种新贸易干涉工具？*
——基于国家责任援引机制的观察与评论

浙江工商大学法学院 宋 杰

摘 要：在美国投诉欧共体“香蕉贸易体制案”中，专家组和上诉机构均支持了联合国秘书长在《国家对国际不法行为的责任：国际性法院、法庭和其他机构裁

草案第42条和第48条的例证。在此背景基础上，考虑到国家基于某些WTO协议所存“非违法之诉”的事实，“潜在利益”有被用作贸易干涉工具的可能性。作为家更好地履行WTO义务，也可能被贸易强国用作扩张自身利益的工具。而就中国而题。

关键词：潜在利益；国家责任条款草案；受害国以外的国家；非违法之诉；TRIPS

一、秘书长报告引起的关注

2007年2月1日，联合国秘书长发布了一份题为《国家对国际不法行为的责任：国

○1报告的缘起是：2001年，联合国国际法委员会二读通过了《国家对国际不法行

草案）。大会在2004年12月2日第59/35号决议中提请各国政府注意到国际法委

性法院、法庭和其他机构援引草案条款的裁判，并在第六十二届会议之前尽早提

按时提交了上述报告。报告实质是关于国际性法院、法庭和其他机构在各自司法

针对国家责任条款草案第42条和第48条，○2秘书长在报告中提及到了WTO的相关

的相关案例是：WTO专家组在1997年关于《欧共体——香蕉的进口、售卖和分销

中“没有法律权利或利益”的论点，○4认为无论是世贸组织成员在货物或服务贸

是该成员在根据世贸组织协定确定权利和义务方面的利益，都足以使其有权来利

于第48条，报告同样提及了WTO专家组的上述裁决。○5

秘书长报告将WTO专家组及上诉机构上述裁决作为援引国际责任条款草案第42条、

益”在WTO体系内可以通过哪些途径来寻求保护？其对于WTO当事方而言意味着什

作为一种新的贸易干涉工具？“潜在利益”对于中国有何启示？本文试图从国家责

二，“潜在利益”的提出及其所带来的挑战

“潜在利益”的提出源于美国诉欧共同体/欧盟香蕉贸易体制案。

1995年10月4日，美国、危地马拉、洪都拉斯、墨西哥向WTO争端解决机构通知其香蕉共同市场组织的第404/93条例及其后的欧共同体立法、条例和行政措施（包括所建立的香蕉进口、销售、分销体制（简称“欧共同体香蕉贸易体制”），违反《进口许可程序协定》（第1、3条）、《农业协定》、《与贸易有关的投资措施6、17条），使它们依据WTO上述各该协定所享受的权益受到损害或丧失。

欧共同体对美国的磋商请求表示了质疑，质疑理由是：美国在系争事项上没有法律乎为零，因此，根据DSU第3.3条和第3.7条的规定，美国在香蕉贸易上的利益没有律权利或利益（legal right or interest），所以，美国无权（通过启动WTO争方面的贸易诉求。欧共同体主张，只有在享有法律利益的前提下，WTO当事方才可以欧共同体并强调，在缺乏“法律利益”的前提下就允许一当事方通过争端解决机构：litigation “by all against all”），并进而会损及DSU。

对于欧共同体的主张，美国等投诉国反驳道，DSU第3.8条预设了一个假定：在专家：决（被投诉方相应行为）构成了对相关WTO义务的违背。在存在违背义务的情形下法裁决也是应该做出的。○6

专家组认为，无论是DSU第3.3条还是第3.7条或者DSU其他任何条款，都没有明确：组。GATT第23条中所提到的利益的损害或丧失并不构成程序启动的要件。DSU第3.：设利益损害或丧失成立。专家组指出，在DSU中，并不存在法律利益的审查问题，：投诉国某一措施不符合GATT要求的时候，并不需要投诉国证明该措施的实际贸易：实际贸易流量。

而就美国的具体投诉而言，专家组认为，由于全球经济相互依赖的加强，欧共同体：欧共同体的香蕉贸易体制是否符合WTO规则要求的问题上，美国是享有法律利益的。：潜在利益，以及在确定被投诉方在WTO下的权利义务问题上的利益均足以使其有：责任。

对于欧共同体所提出的缺乏法律利益将会损及DSU（因为可能导致“所有人对所有人：益可以通过以第三方参与的方式来加以维护的论点，专家组指出，所有成员方在：利益；此种利益不可能完全通过第三方参与程序来得到保护。○7对于欧共同体所：组安抚道，这种情形的出现是不太可能的，因为任一成员方在决定是否启动争端：制。考虑到启动争端解决程序所付出的代价，成员方在行事的时候，一般是会遵：据此，专家组认定，美国在DSU下是享有利用争端解决程序来解决争端的权利的。：在上诉阶段，上诉机构支持了专家组关于DSU第3.3条、第3.7条或其他任何条款均：断。上诉机构指出，尽管DSU第4.11条强调一成员方需享有“实质利益”（a sub：10.2条要求第三方参与同样必须享有“实质利益”，但无论是DSU还是WTO各协议：似要求。

上诉机构认为，GATT1994第23.1条规定“如一缔约国认为其根据本协定直接或间接：规定的目标的实现受到阻碍……”，其中，在有关“投诉资格”（standing）○：为”（if any Member should consider）的规定，这一规定与DSU第3.7条中“有：些程序下的行动是否有效做出判断”○10的规定是一致的。上诉机构认为，根据：另一当事国的争端解决程序问题上享有相当广泛的裁量权（broad discretion）：明，在判断所采取的诉讼行动是否有效的问题上，应相信当事国有较强的自我规：基于此，上诉机构认为，美国基于GATT1994所提出的诉求（claim）具有正当性。：口利益。美国国内的香蕉市场会受到欧共同体香蕉贸易体制的影响。○11上诉机构：赖的增强，……在执行WTO规则方面，成员国承担了较过去更大的责任（a great：权利义务平衡的偏离将更容易直接或间接地影响到他们。”○12

上诉机构最后得出结论，美国基于GATS所享有的“投诉资格”是不容置疑的。针：4所提出的诉求彼此密不可分。○13

综观专家组和上诉机构的上述论断可以看出，对于潜在利益，二者的态度和立场：端解决程序（重要的第一步当然是启动专家组程序）事项上，成员方享有相当大：益的考量，认为另一成员方的相关措施构成了对自身贸易（包括服务贸易）利益：

序来解决时，对于成员方的此种决定，无论是专家组还是上诉机构，至少从本案但是，无论是从专家组的论断还是从上诉机构的回应来看，对于如下问题，却并非（1）“潜在利益”是否等同于法律利益？如果不是，二者关系如何？从专家组和只是，当“潜在利益”促使一当事方启动WTO争端解决程序时，该利益肯定外化为利益，从其他国际争端解决机构的司法实践来看，正是“出庭/投诉资格”的必要条件是当事方在贸易领域所享有的“竞争机会”，法律利益则是促使其采取投诉当事方“潜在利益”的受影响直接源于相对方对自身所承担的WTO义务的违背。可关系问题上始终不触及此点，始终坚持和遵循了二分式思维模式，刻意地认为二“益”即足以使当事方享有“投诉资格”。但问题就在于：能否完全抛弃开法律利性”（admissibility）的依据呢？

从其他国际争端解决机构的实践来看，他们在案件的可受理性问题上均有着相同性的主要依据。至于此种法律利益是抽象还是具体的，是直接还是间接的，自身的司法特质和增强自身权威，就有必要在“可受理性”这个问题上接受和遵有必要“重起炉灶”，将一个非法律性的内容不太确定的概念（即“潜在利益”

（2）“潜在利益”是否存在于WTO诸协议？如果不是，哪些是其存在重点？无论物贸易”和“服务贸易”领域所存在的“潜在利益”，但对于其他领域，则一直

（3）“潜在利益”除了可以通过直接启动争端解决机制来获得保护外，其是否过18关于此点，专家组和上诉机构同样保持“沉默”；

（4）如果“潜在利益”能够在WTO框架内发展成为一种普遍形态的国家责任援引为一种贸易干涉工具？在这方面，虽然上诉机构一再强调，其在本案中关于“潜案的处理之中，但是，从WTO争端解决前后一贯法理以及案例法一致性这个角为，只要争端解决机制承担着实现和保持法律稳定性和可预见性的职能，无论是由，一般是不可能背离已经确定的法理的。

上述这些问题，无疑都给WTO带来了现实或潜在的挑战。

三、“潜在利益”的保护与国家责任援引机制

如果进一步联系到国家责任条款草案中关于国家责任援引机制的规定，从该规定在利益”的论断，无疑就会发现，“潜在利益”给WTO所带来的上述挑战不仅仅只WTO范围内引发贸易干涉风潮。

针对他国的不法行为，国家责任条款草案第42条和第48条从两个完全不同的角度ion）机制。第42条是关于受害国（injured state）援引责任的规定。该条：另一国的责任：（a）被违背的义务是个别地对它承担的义务；（b）被违背的义社会承担的义务；而对此义务的违背：（一）特别影响该国；或（二）彻底改变国家对进一步履行该项义务的立场。”

受害国援引不法行为国家责任的直接原因在于：不法行为国违背了其基于受害即可以是对等和互惠性质的，也可以是“对一切”（obligation erga omnes）C第48条则从“受害国以外的国家”（a state other than an injured state）援引规定，“1. 受害国以外的任何国家有权按照第2款在下列情况下对另一国援引家集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务；或(b) 被违背的义务是援引责任的任何国家可要求责任国：(a) 按照第30条的规定，停止国际不法行为条中的规定履行向受害国或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。3. 受害国条件，适用于有权根据第1款对另一国援引责任的国家援引责任的情况。”

国际法委员会在对此条规定进行评论的时候强调，国家基于本条援引不法行为国不法行为的侵害，而是作为国家集团或整个国际社会的一员来如此行为。制定本社会的整体的利益（James Crawford, 2002）。很多人权类条约中都有容许任何的规定（James Crawford, 2002）。因此，本条的意义与价值在于：将国家责任益、国际社会的整体利益，如果受到伤害，任何一个相关第三方都可以要求责任赔偿。而这个受害方不光是国家（受害国），而且是“义务的受益者”（benefit国际社会成员在何种情形下有权以一种正当和合法的方式来援引不法行为国的国

采取的干涉行动，可能会被纳入本条之中而成为一种为现行国际法所容许的行动上的基础，使干涉合法化了。从此意义看，本条规定所提供的机制，正类似于“国家警察”（state police）的机制。国家在基于此条来援引不法行为国国家而只需证明自身基于条约或习惯国际法而享有法律利益即可。至于此种法律利益

○22

根据上述两条规定，WTO专家组和上诉机构在前述美国诉欧共体香蕉贸易体制案中，国家/当事方基于“潜在利益”而启动WTO争端解决机制的时候，其是在以“受害援引不法行为国的国家责任的呢？

要对上述问题做出初步回答，我们首先需考虑国家基于WTO协议所承担义务的不同。国家基于WTO协议所承担的义务，绝大多数都属于对等和互惠（reciprocity）性质义务的情形时，只存在“受害国”，不存在“受害国以外的国家”。“受害国”是其基于条约所享受到的直接利益受到了影响。这种利益，一般是物质利益（material），但是，至少存在两类WTO义务，却并非对等和互惠的，而具有“对一切”性质。Gazzini, 2006）是指国家基于《补贴和反补贴措施协议》（下称SCM）所承担的义务（ATS）所承担的义务。

关于禁止性补贴，SCM第4条规定了相应的补救措施，“1，任何时候某一成员方在某项被禁止的补贴时，该成员方可要求与另一成员方进行磋商。……4，如果在磋商办法，参与磋商的任一成员方(any member party)均可将该事项提交争端解决机构认为不必要成立该委员会。5，……。”根据此条的规定，在禁止性方均有权通过正式启动争端解决机制的方式来谋求解决。而当该成员启动争端解决利益——无论是直接利益还是间接利益，具体利益还是抽象利益——也不需要证明特定利益遭受到损害的“受害国”的名义来援引相对国的责任。换言之，在禁止性“对一切”性质的义务，而不是对等和互惠性质的；其他成员方则基于此而享有“对一切”同样的义务也存在于GATS中。

GATS第23条第1款规定，“任何成员方（any member）如果认为另一成员方未能履行（violation or specific commitment），为了旨在使此事能达到双方都满意的解决规定，WTO成员方基于GATS所承担的义务就具有“对一切”性质；所有GATS成员方承担责任。

当国家基于“对一切”权利而援引不法行为国国家责任的时候，根据国家责任条款形式：（1）基于第42条（b）项的规定；和（2）基于第48条的规定。

由于专家组和上诉机构都认为，“潜在利益”既可以存在于货物贸易事项上，也可以存在于服务贸易事项上，国家基于货物贸易事项而以“潜在利益”为由来援引相对方的责任，其肯定是以“受害国”的身份在援引相对方的责任行事；而当国家基于服务贸易事项来援引相对方责任的时候，由于国家基于GATS，既可以以“受害国”的身份来援引，此时是基于国家责任条款草案第42条（b）项来援引，此时，其是基于国家责任条款草案第48条来行事。当国家在服务贸易领域援引的时候，之所以会存在以“受害国”和“受害国以外的国家”两种不同身份援引自身的确定性。

正如国际法委员会在对国家责任条款草案第42条和第48条进行评价时所指出的，国家援引不法行为国国家责任的区分，第42条（b）项所涉义务和第48条所涉义务均为“对一切”而援引不法行为国国家责任的时候，无论其是基于第42条（b）项还是基于第48条享有“法律利益”。但不清楚之处也在于：此种法律利益，到底是一种“抽象的”还是“直接的”法律利益，还是一种间接法律利益？当国家以“潜在利益”为由，基于第42条（b）项来援引另一方的责任的时候，其援引身份，肯定是“受害国”身份；但当国家以“潜在利益”为由，基于第48条来援引不法行为国国家责任的时候，其援引身份就应该是“受害国以外的国家”身份。当国家以“潜在利益”为由，基于第42条（b）项来援引的时候，其将承担更严格和更高的证明责任。

当国家基于“潜在利益”而根据第48条来援引不法行为国国家责任的时候，其只

法行为，提供不重复的承诺和保证，或要求不法行为国向受害国提供赔偿等。任利益”为由，根据第48条的规定来要求不法行为国对自己进行赔偿。

当国家不愿意明确揭示自己在所投诉事项上的法律利益是“具体”的还是“抽象”据前述讨论，国家显然可以在两种投诉身份——“受害国”身份和“受害国以外以“受害国以外的国家”的身份进行投诉，并因此启动WTO争端解决机制的时候，相应行为，就明显地具有和体现出“干涉”的特征。正是在这个意义上，“潜在”具，特别是在SCM中的禁止性补贴事项和GATS的监督实施上。而这，可能正是WTO为自身援引国家责任条款草案第42条和第48条实践证明的重要原因。

如果进一步考虑到“非违法之诉”的问题，“潜在利益”被用于贸易干涉的可能四、“潜在利益”的保护与非违法之诉：并合还是并存？

所谓“非违法之诉”，最初源于美国20世纪20到40年代间所缔结的系列双边贸易7），后被植入GATT多边贸易体系内（Robert E. Hudec, 1993）。根据 GATT199任何措施，不论其是否与本协议相冲突，只要造成了对其他缔约方依GATT所享有目标的实现，则其他缔约方即可针对该缔约方的相关措施来援引第23条的程序。国提出“非违法之诉”的条款，如《保障措施协定》第14条，TRIPS第64条，O2第11条等。

关于非违法之诉的目的，在“印度——对药品和农用化学品专利保护案”中，上平衡因另一成员方某一措施的适用而受损时，无论该措施是否符合相应协定，该目的不在于取消该措施，而在于通过赔偿等方式来达成让彼此满意的调整。O25条款（第23条1（b）项）主要用于保护关税减让平衡。其含义是指，缔约方有权待不仅可能被协定所禁止的措施所破坏，而且也可能被与协定相一致的措施所破成员方对任何减损减让的措施进行纠正的权利，而不论相应措施是否与协定相冲断可看出，保护“竞争条件”这一“合理期待”是缔约方提起“非违法之诉”的言，缔约方在此方面所享受的利益，当然体现为一种“潜在利益”。

但问题就在于：通过提起“非违法之诉”的方式来保护“竞争条件”这一合理期欧共同体以保护自身“潜在利益”这类投诉相比较，是否存在着区别？二者是同时在着差异的话，这种差异是层级性的，还是类别性的？或者，更进一步地，国家诉”？由于无论从GATT第23条条文本身、DSU第26条的规定来看，还是从专家组可见，因此，这些问题的澄清，将主要取决于今后国家在WTO体系内的相关实践。如护某种抽象性法律利益，并强调自身在此方面的“潜在利益”的话，专家组、上做什么反应？这些都是特别值得关注和研究的问题。一旦国家在此方面的实践获得内的蔓延和泛滥将不再是一个假设，而会演变为频繁发生的现实。

由于非违法之诉本身是一异常复杂的问题，限于篇幅和主题的原因，本文只是愿案中的实践和论断，以及考虑到国家责任援引机制的深刻发展，其可能会被用于察，还需依赖于对WTO今后更多相关案例的观察和提炼。

五、总结性评论：“潜在利益”的保护对于中国意味着什么？

通过前述研究可以看出，自“潜在利益”概念提出以来，在WTO体系之内，其已经重视，O26具有了自身的存在价值。由于上述WTO相关案例被同时放在国家责任实践的的证据，就不言而喻地引出了“潜在利益”的保护/抽象性法律利益的保护/“潜在利益”不仅关涉到国家在WTO体系内的“投诉资格”问题（Rodrigo Bustar问题。特别是，在WTO体系内既存“对一切”义务和“非违法之诉”的基础上，‘可能性和现实性问题。O27

到目前为止，无论是学者还是国家，对于“潜在利益”在WTO内的保护问题及其理方面，少见有学者从国家责任援引机制的角度对潜在利益的保护进行研究；另一少见国家跟美国“后踵”，以“潜在利益”为由启动针对他国的WTO争端解决程序但是，如果我们进一步联系到其他司法机构在“抽象性法律利益的保护”问题方法机构O29的相关司法实践的话，对于“潜在利益”在WTO体系内的现实和潜在的保护如果在WTO体系内得到进一步和充分的发展，其将实质性地影响到WTO诸多的履行，无疑具有极其重要的意义。

而就中国而言，随着西方国家在知识产权领域对我国压力的增大，以及各国在TRIPS协议“潜在利益”以及此概念漫延到TRIPS协议“非违法之诉”的可能，西方一旦借助“潜在利益”概念和“非违法之诉”机制，成功地将二者结合在利益保护的适用而在事实上达到提起“非违法之诉”的效果的目的，并通过西方国家压制和迫使发展中国家——中国当然是重点国家——提高保护知识产权从另外一个角度看，中国也有必要通过对“潜在利益”概念和“非违法之诉”概念因为正如某些学者所指出的（Nadine Farid, Gail E. Evans），其可能是一柄双刃剑，其同样可以为我所用。从目前中国在WTO内的投诉（包括主动投诉和被动应诉某些诉讼策略和诉讼工具的适用来达到实现自身所追求的贸易利益的目的，在这方面，美国在香蕉贸易体制案中的表现，应该能够给我们很多有益的启示。

注释：

○1 关于此报告，参见联合国文件：A/62/62。

○2 国家责任法条款草案第42条是关于受害国援引不法行为国国家责任的规定，国家责任的规定。具体内容，下文将展开。

○3 秘书长报告中所提及的相关裁决是WTO本身所提供的，还是国家提供的信息的不明确提及。仔细对比报告的中英文本，WTO本身提供的可能性较大，因为报告英文才（辞）紧接着说，The Secretariat reviewed the official compilations of deformation provided on their websites and secondary sources. See Report of States for internationally wrongful acts Compilation of decisions of bodies, A/62/62, para. 3, p. 5.

○4 欧共体的论证理由是：因为美国出产香蕉很少，而且几乎没有香蕉出口，在第3.3条和3.7条有关利益丧失或减损的规定，由于美国的利益没有出现丧失或有“法律权利或利益”。See WT/DS27/R/USA, para. 7. 47.

○5 关于此点，分别参见联合国文件：A/62/62（中文），第70页，第73页。

○6 WT/DS27/R/USA, paras. 7. 47-7. 48.

○7 因为在缺乏一成员方启动争端解决程序的背景下，第三方无从参与；第三方

○8 WT/DS27/R/USA, paras. 7. 49-7. 52.

○9 Standing, legal standing与 locus standi, jus standi 的含义相同，一“权利”。对于所有司法性质的争端解决机构而言，此概念均为一重要的前置性概念。其翻译为“投诉资格”。投诉资格是专门针对启动专家组这一正式的争端解决程序，locus standi的含义等同，但没有将其与legal standing和jus standi的含义等同，主要问题与“法律利益”之间的关系问题上表态。关于上诉机构将Standing与locus standi, footnote 65 especially.

○10 其英文表述为：Before bringing a case, a Member shall exercise its procedures would be fruitful.

○11 WT/DS27/AB/R, paras. 132-136.

○12 WT/DS27/R, para. 7. 50.

○13 WT/DS27/AB/R, para. 137.

○14 专家组为了论证“潜在利益”，提到了常设国际法院和国际法院的两个案例。较这两个案例的话，会发现二者之间的巨大差异。如果认真体会的话，相信会发现。See WT/DS27/R/USA, footnote 361 especially.

○15 法律利益有不同的分类标准：可分为直接法律利益与间接法律利益，现实法律利益等。正如下文分析中所将揭示的，在考虑WTO内受保护的“法律利益”问题效果问题。

○16 根据专家组和上诉机构意见，正如下文所述及的，此处所指的贸易领域似乎域。

○17 专家组提到了任一成员方“在确定被投诉方在WTO下的权利义务问题上的利
○18 由于第三方参与需依赖于“实质利益”而非“潜在利益”的受影响，所以，
于参与基础是不太可能的。所以，本文没有在此方面进行更多讨论。

○19 上诉机构的原文是这样说的：This does not mean, though, that one or
case would necessarily be dispositive in another case. See WT/DS27/AB/1
○20 关于“援引”，国际法委员会在关于国家责任条款草案第42条的评注中也转
e International Law Commission's Articles on State Responsibility: In
e University Press 2002, commentary (2), p.256.

○21 “对一切”概念是国际法院首先在巴塞罗拉电力、电车和电灯公司案中提出
家对国际社会整体所负的义务和在国际领域对另一国所负的义务之间划一条界限
于此等义务有关的权利的重要性，可以认为所有国家都对保护这些权利具有法
(*erga omnes*) 所负的义务。” See ICJ Reports 1970, paras.33-34, p.32.

○22 国际法委员会在关于本条第评注中特别提到，“法律利益”并非第42条和
ry (2) respectively.

○23 国内学者一般都认为，第23条第1(c)项是关于“情势之诉”，不应该被纾
张，但广义的非违法之诉，似乎应该包括第23条第1(c)项。参见：袁勇，“合
学学报》(人文社科版)，第211页；马松涛，“非违法之诉在TRIPS协定下的适
态与研究》，第28-29页。由于本文讨论焦点并非此问题，故采用的是多数学者的

○24 在这个问题上存在极大分歧，主要原因在于5年过渡期的规定。然而，在过
台的情势下，是否能直接否决国家的相应行为权利能力呢？似乎很难得出肯定结
○25 WT/DS50/AB/R, para. 41.

○26 秘书长报告即是此种重视的直接证据。

○27 已经有学者在对美国投诉欧共体/欧盟香蕉贸易体制案后作出如下评论：“
表演的一种工具。See Chakravarthi Raghavan, *Banana Ruling don't Cut an
wnside.org.sg/title/gord-cn.htm* last visited on 2009-04-07；另有学者贝
性问题。See Gail E. Evans, *A Preliminary Excursion into TRIPS and Non-
Intellectual Property*, 2000, pp.883-884. 而上述两个“贸易工具”，逻辑上

○28 国际法院在最近的波黑诉塞尔维亚“《灭种罪公约》适用案”判决中发展出
J Judgment of 26 February 2007, paras.428-438.

○29 无论是欧洲人权法院还是非洲人权法院，都承认和保护基于“抽象性法律

○30 正如注释○24所指出的，根据TRIPS协议第64条(2)的规定，在WTO协议生
议。这一过渡期满后，围绕是否应将非违法之诉扩展适用于TRIPS协议的问题，T
时间内打破的情形下，正如注释○27所指出的，由于“非违法之诉”与“潜在利
易干涉工具使用，而二者在逻辑上确实具有一定共性，在此背景基础上，“潜在