



国际贸易法论丛

JOURNAL OF INTERNATIONAL TRADE LAW

高永富 陈晶莹 ©主 编

第 3 卷



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

第 3 卷

国际贸易法论丛

JOURNAL OF INTERNATIONAL TRADE LAW

高永富 陈晶莹 ©主 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际贸易法论丛(第3卷)/高永富,陈晶莹主编. —北京:北京大学出版社,2008.11

ISBN 978-7-301-14398-8

I. 国… II. ①高… ②陈… III. 国际贸易-贸易法-研究 IV. D996.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第167199号

书 名: 国际贸易法论丛(第3卷)

著作责任者: 高永富 陈晶莹 主编

责任编辑: 黄蔚 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-14398-8/D·2184

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 19.75印张 328千字

2008年11月第1版 2008年11月第1次印刷

定 价: 36.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

上海市普通高校人文社科重点研究基地和上海市教委重点学
科国际贸易法（J512904）项目资助

主 编 高永富 陈晶莹

本期执行主编 高永富

编 委 会 陈晶莹 高永富 洪莉萍 余先予

胡雪梅 乔宝杰 倪受彬 冯 军

邓 旭 蔡建敏 贾 平

编辑部主任 倪受彬

编辑部编辑 陶立峰 王 诚 刘 瑛·吴 岚

刘 丹

序 言

《国际贸易法论丛》是上海对外贸易学院法学院、WTO 研究所和国际贸易法研究中心共同主办的国际贸易法专业学术论作的丛辑。它面向全国,征集国际贸易法方向优秀的理论与实务性著述,以倡导学术争鸣和探索、追求真知为论丛的宗旨,研究范围覆盖了国际贸易法的各个领域,希望能切实推动我国国际贸易法的教学与科研工作,为我国国际贸易的繁荣发展提供法律上的理论依据和实践参考。本卷为第三卷,共设八个栏目:WTO 与国际贸易法、国际贸易争端解决、国际商事仲裁、国别贸易法研究、双边和区域贸易问题、国际货物买卖与结算、金融服务贸易法律问题和国际贸易法教学和学科建设。现就部分文章作简要介绍:

上海 WTO 研究中心常务副主任刘光溪先生的《入世后我国法律对 WTO 协议的“调整适用”》一文,对入世后我国法律与 WTO 协议之间的关系这一问题提出了富有创见性的观点。该文从背景、动因、原则、内容等诸多层面进行分析,逐一批驳了当前较为流行的“直接适用论”与“间接适用论”,提出了自己所主张的“调整适用论”并为之作了较为详尽的论证,从而丰富了我们在这一尽管常见却未必有很多深入思考的问题上的认识。上海外国语大学的朱兆敏教授的《论适用于贸易统计的中国原产地规则》一文,从原产地规则的角度入手,对我国对外巨额的贸易顺差现象作出了富有说服力的解释。他通过对现有原产地规则的分类,力主以从价百分比为计算标准,建立起统一的适用于贸易统计的原产地制度。该文从理论和我国的制定法及 WTO 协议等各个层面,分别进行了细致的分析,并在此基础上提出了具有可行性的立法建议。厦门大学徐崇利教授的论文《WTO 贸易议题与社会政策联结的内在途径:以农业“多功能性”为例的分析》,对不适用 WTO 关于贸易自由化一般规则的一些特殊种类的产品进行了关注,指出由于这些产品与生俱来的强烈的社会性,致使我们需要将对社会目标的关注

“内化”为贸易限制,从而引申出贸易议题与社会政策挂钩的“内在联结”形式。论文以农业的“多功能性”为典型例子,对上述“内在联结”的机理进行了深入的探讨,并根据研究的结论,极具洞见地指出我国应区别对待不同农产品贸易与社会政策“内在联结”问题的应对策略。

武汉大学 WTO 学院院长余敏友教授长期致力于 WTO 争端解决机制的研究,他的《WTO 争端解决机制:成就与问题》一文,从争端解决活动、争端解决机制的审查制度以及现有的主要问题等三个方面,对 WTO 争端解决机制的主要成就与问题向我们作了全景式的描绘。论文引用了大量的第一手数据、图表与资料,就 WTO 争端解决机制的方方面面问题进行了深入浅出的梳理、介绍与分析,是详细了解 WTO 现有争端解决机制的不可多得的好文。上海对外贸易学院法学院高永富教授的《评中美反补贴争端》一文运用翔实的资料,详细分析了中美发补贴争端的历史过程、政治原因,剖析了美国商务部在中美反补贴第一案上的立场,并进而指出反补贴已经成为美国对华贸易保护的新形式。最后,高永富教授对中美反补贴争端的新动向和未来发展做了评点,并提出了我国的应对之策。华东政法大学的朱榄叶教授的《中国在 TRIPS 协定下的义务评析——评美国在 WTO 对中国的申诉》一文小中见大,从美国在 WTO 争端解决机构针对我国知识产权保护措施的一项申诉中的具体诉请入手,紧密结合 TRIPS 协议的规定展开分析,并提出了对策建议。朱榄叶教授认为,我国的知识产权保护措施基本符合 TRIPS 协议的规定,要运用 WTO 规则这一武器维护自己的权益。对少数尚不明确可能违反 TRIPS 协定的地方,也可以利用 WTO 争端解决机制通常需要三年方能对一项申诉完成最终报告和执行的时间缓冲,调整国内措施,以使其符合我国在 WTO 项下的义务。

本卷国际商事仲裁一栏刊登了对外贸易学院法学院师生的三篇成果。在我院特聘教授余先予和其弟子汪洁合著的《国际商事仲裁协议异议的管辖权应由仲裁庭行使》一文中,作者通过分析仲裁和司法的关系入手,通过比较法的方法,从法解释论的角度,对我国仲裁法在异议管辖权这一基本问题上的制度提出建议。文章认为我国确立仲裁庭作为仲裁协议效力的认定主体,法院在仲裁庭作出管辖权的裁定前,不得开始任何诉讼程序,只要一方当事人向法院提出存在仲裁协议的证据,就应由仲裁庭裁定其是否具有管辖权。上海对外贸易学院 2006 级法学研究生张俊女士的《关于代位权在中国商事仲裁中运用的法律思考》创造性地提出引入商事仲裁方式行使债

权代位问题。文章从国外相关立法、债权代位制度的立法目的和仲裁范围等角度探讨了制度创新的可行性。文章还对这一制度设计产生的代位权司法管辖与诉讼管辖之间的冲突及其解决提出相应建议。上海对外贸易学院 2006 级法学研究生朱晓虹女士从仲裁协议的效力问题出发,讨论了仲裁条款的独立性问题以及相应的自裁管辖权原则。作者分析了二者之间的联系和区别。作者认为,在国际商事仲裁管辖中也应尽量符合当事人的意思自治以确立管辖权,并主要以仲裁庭管辖作为原则,协调并合理解决与司法管辖之间的冲突。

武汉大学法学院国际法研究所国际经济法 2006 级博士研究生胡永攀的文章,分析了美国外贸法第 337 节的具体内容,认为该节违背了 GATT 中的国民待遇原则,且与国际知识产权执法的规定相抵触。该文认为第 337 节过度保护知识产权,阻碍了正常贸易。我国需采取措施,更有效避免和应对第 337 节调查。随着服务型政府的理念日渐深入人心,我国的政府行政机关正在经历新一轮行政体制改革浪潮,对外贸易行政管理部门也不例外。这一转变在对外贸易管理法律制度上是如何表现的?其背后蕴含的基本法理又是什么?上海对外贸易学院法学院王诚博士的《现代公法理念与中国外贸管理法的范式转换》一文就此进行了探讨。该文认为,我国的外贸管理法制正处于从单方管制到双方协作的新旧范式转换的特定时期,在这一过程中,服务与合作、信任与沟通的现代公法理念将扮演外贸管理法制范式转换的催化剂和驱动力的角色。

区域贸易安排作为区域经济合作的主要形式,近年来获得了快速的发展,成为 WTO 多边贸易体制发展过程中的一个显著的特点。尽管对区域贸易安排的多边贸易体制下的作用有着各种不同的评论,全球贸易制度的发展基本上还是呈现出多边和 RTAs 双规并行发展的状况。上海对外贸易学院法学院冯军副教授在《从中国 RTAs 的发展谈我国与拉美国家区域经济合作》一文中,对近年来我国 RTAs 方面发展概况和特点进行了阐述和分析,认为我国 RTAs 活动表现了其具有多边贸易合作和双边贸易合作并举、广泛参与 RTAs 谈判活动、先易后难和灵活务实的策略、贸易合作对象与我国的经济具有较强的互补性等方面的特点。文章进而探讨了我国与拉美国家之间的区域经济合作,进一步分析了 RTAs 的各种利弊因素。文章认为,在经济全球化的大背景下,我国是多边贸易制度的最大受益者之一,在兼顾区域贸易合作发展的同时,要具有长远的战略眼光以促进 WTO 多哈回合谈

判的成功。CEPA是在WTO中“一国四席”的背景下建立的中国内地、香港、澳门之间的区域经济一体化安排,其建立、运作和实施都必须遵循WTO的有关原则,从这个意义上说它不同于一国内部各地区之间的经济协作,而带有一定程度的国际性。然而,CEPA却又是一个主权国家的内部地区之间的紧密经贸关系安排,因此也有异于欧盟(EU)、北美自由贸易区(NAFTA)、东南亚国家联盟(ASEAN)、亚太经济合作组织(APEC)等不同主权国家间经济协作的区域经济一体化组织。中山大学法学院慕亚平教授、宋洋法官在《CEPA - WTO 框架下区域经济一体化的全新模式》一文中,对CEPA的性质、特点和其存在的优势进行了深入阐述,就CEPA与EU、APEC等WTO框架下的几种典型的区域经济一体化模式展开了细致比较,以寻求其共性和个性,为透彻解读CEPA作为一种区域经济一体化安排自身的性质和定位起到重要作用。20世纪90年代以来,自由贸易协定与双边条约急剧增多。自由贸易协定中逐渐纳入投资条款,这些条款与双边投资条约有关内容之间的冲突问题,引起了学者和政府部门的关注。厦门大学韩秀丽博士的《论自由贸易协定与双边投资条约投资规范的冲突与协调》一文,采用数据分析和实证分析的方法,对中国—巴基斯坦自由贸易协定与双边投资条约进行比较分析,得出自由贸易协定与双边投资条约在一些条款上的冲突仍然存在的结论,认为可以采用事前预防与事后条约解释的方法避免和解决冲突,其中事前协调应该是主要方法,而事后条约解释方法应该是一种补充方法。

苏州大学陈立虎教授和朱萍法官运用比较研究的方法,考察了实际履行的性质及其在两大法系国家合同法中的地位,对实际履行在《国际货物买卖合同公约》中的具体体现和特点进行了全面分析,在此基础上探讨了该制度的发展趋势。最后作者盘点和评判了我国《合同法》中关于实际履行的规定,并就进一步完善我国实际履行制度提出了明确实际履行的概念和地位、增加“债权人不能合理地 from 其他渠道获得履行”作为适用我国《合同法》上实际履行的条件之一等若干建议。上海对外贸易学院法学院蔡建敏副教授在《CISG“根本违约”规则的国内外司法进一步实证研究》一文中,对CISG第25条关于根本违约规则的条文规定进行了研究,认为该条款具有很大的灵活性,其认定标准在实际适用时具有很大的调整空间,因此,各国法院和仲裁机构在适用公约认定根本违约的司法实践中,也就必然出现对根本违约认定标准的不同理解和认识,从而导致对该规则的“国别化”适用。文章

整理分析一些主要贸易大国对 CISG 制度在实际司法中的适用情况,以便读者了解 CISG 条文和 CISG 司法实践之间所存在的差距。随着新版《跟单信用证统一惯例》的颁布,由于新规则和旧规则的不同规定,在实践中产生了一些差异,我们应该如何解读新规则和对待这些差异?厦门大学房东博士《试析 UCP600 对信用证审单标准的新发展》一文着重解析了信用证审单标准的问题,即在实践中备受争议的“表面相符”原则。作者在对该标准进行新旧规则的对比的基础上,指出了新规则对该标准的进一步完善和澄清。这对于我们在实践中正确理解和运用的“表面相符”原则具有积极的作用。

随着我国市场经济的不断完善和金融开放程度的加深,金融服务贸易问题日显重要,金融服务贸易法律问题一栏收入的两篇力作即对此作了相应论述。南开大学刘轶博士后的《论欧盟金融服务法中的服务自由原则》以欧洲一体化为背景,着力讨论金融机构设立自由和服务自由的概念、区别和联系,文章结合欧盟法院的判例,分析了这两个原则在欧盟的最新进展。苏州大学韩龙教授《入世过渡期后金融服务监管的法律依据探析》一文结合我国金融监管的实际,深入地分析了 WTO 对金融监管的要求,提出我国的金融监管既要符合 WTO 的一般要求,又要积极利用“审慎例外”授权 WTO 成员方为审慎目的采取审慎措施,从而保障我国金融业的“安全”对外开放。同时,韩教授还提出,对于“审慎性”尚存疑问的措施,为稳妥起见,可将其作为对市场准入和国民待遇的限制列明,由此保留采取相关措施的权利。对于金融开放中的国际金融监管合作,我国可根据 GATS 和金融附件的规定,就相互承认对方的监管措施、制定共同的监管标准和监管信息分享等达成协议或安排。这些观点,对我国金融监管实践和金融业的开放都具有重要的意义。

学科建设是学校内涵发展的核心内容,对于学科归属和原则的思考是学科发展的自觉要求,上海对外贸易学院国际贸易法学科近年来获得上海市教委重点学科的称号,要建设国际贸易法学科必须从理论上廓清本学科在国际法这一大学科中的地位。本卷最后一篇文章是上海对外贸易学院法学院院长陈晶莹教授的《论国际贸易法的学科地位及其基本原则》。文章从法律部分设置和法学学科设置不同的特点和标准出发,分析国际贸易法的定义、特征和晚近发展,论述了国际贸易法学科的归属和原则。

目 录

● WTO 与国际贸易法

- 入世后我国法律对 WTO 协议的“调整适用” ◇ 刘光溪 (1)
- 论适用于贸易统计的中国原产地规则 ◇ 朱兆敏 (8)
- WTO 贸易议题与社会政策联结的内在途径
——以农业“多功能性”为例的分析 ◇ 徐崇利 (23)
- WTO 多哈回合谈判与转型中的多边贸易体制:挑战与未来
..... ◇ 黄志雄 (40)

● 国际贸易争端解决

- WTO 争端解决机制:成就与问题 ◇ 余敏友 (58)
- 评中美反补贴争端 ◇ 高永富 (82)
- 中国在 TRIPS 协定下的义务评析
——评美国在 WTO 对中国的申诉 ◇ 朱榄叶 (95)

● 国际商事仲裁

- 国际商事仲裁协议异议的管辖权应由仲裁庭行使
..... ◇ 余先予 汪 洁 (105)
- 关于代位权在中国商事仲裁中运用的法律思考 ◇ 张 俊 (116)
- 国际商事仲裁管辖权略论 ◇ 朱晓虹 (126)

● 国别贸易法研究

- 美国《1930年关税法》第337节研究 ◇ 胡永攀 (137)
- 现代公法理念与中国外贸管理法的范式转换 ◇ 王 诚 (163)

● 双边和区域贸易问题

- 从中国 RTAs 的发展谈我国与拉美国家区域经济合作
..... ◇ 冯 军 (174)
- CEPA—WTO 框架下区域经济一体化的全新模式
..... ◇ 慕亚平 宋 洋 (185)
- 论自由贸易协定与双边投资条约投资规范的冲突与协调
..... ◇ 韩秀丽 (199)

● 国际货物买卖与结算

- 国际合同法上的实际履行制度研究 ◇ 陈立虎 朱 萍 (219)
- CISG“根本违约”规则的国内外司法进一步实证研究
..... ◇ 蔡建敏 (237)
- 试析 UCP600 对信用证审单标准的新发展 ◇ 房 东 (254)

● 金融服务贸易法律问题

- 论欧盟金融服务法中的服务自由原则 ◇ 刘 轶 (266)
- 入世过渡期后金融服务监管的法律依据探析 ◇ 韩 龙 (281)

● 国际贸易法教学和学科建设

- 论国际贸易法的学科地位及其基本原则 ◇ 陈晶莹 (294)

入世后我国法律对 WTO 协议的“调整适用”

◇ 刘光溪*

[内容摘要] 在入世后我国法律与 WTO 协议的关系问题上,一般认为有“直接适用”论和“间接适用”论两种观点,但二者均存在某些缺陷。从现实背景、法律动因、原则与内容等方面考虑,“调整适用”论更切合 WTO 的现实情况及成员与 WTO 在政策法律层面的基本关系内涵。

[关键词] WTO 协议 衔接 “调整适用”论

入世后,我国法律(包括立法、执法及司法解释)如何对照 WTO 协议(包括 WTO 设立法及其附件协议,作为 WTO 协议有机组成部分的其他有效文件,加入议定书、部长宣言、谅解和决定等,两个诸边协议除外)和我国的对外承诺,进行相应的调整(包括修改、废止与增补)并使之与 WTO 协议相适应,直接关系到我国履行 WTO 义务的能力和享受与相应的权利问题,同时也直接关系到维系 WTO 成员对我国改革开放信心。如果国际工商界对我国没有信心,贸易就要下降,投资就要锐减,开放就要萎缩,体制创新、技术创新和产业结构调整也就无从谈起。因此,关于入世后我国法律与 WTO 协议的关系问题目前在法律界引起了广泛的讨论,这些讨论逐步形成了两种观点:一种观点认为既然入世是对 WTO 协议的全面认可,那么 WTO 协议就应自动适用(或“直接适用”),其主要依据是我国《民法通则》(还有《民事诉讼法》和《海商法》)明确规定,我国法律与我国缔结或加入的国际条约有冲突的,国际条约优先适用,但声明保留的除外;另一种观点目前居于主流地位,认为 WTO 协议只能通过国内立法机关的“转化”(或叫“转承”和“嫁接”)后,才能成为国内法院可以直接适用的法律,其主要依据是 WTO

* 国家外汇管理局司长、教授。

协议属于国际公法范畴,规范的主要是成员的政府经济行为,不能直接作为国内法律适用,因此国内法院不能直接适用 WTO 协议所包含的法律规则。前一种观点可称“直接适用论”,后一种观点则可称为“间接适用论”。

基于自己 13 年从事复关入世谈判和长期与 WTO 打交道的实际工作经历,再结合多边贸易体制与其缔约方和成员 53 年关系的发展历程,笔者既不同意直接适用论,也不完全赞成间接适用论。

首先,这两种观点的大前提不符合国家和地区申请入世的实际情况,问题的关键不是 WTO 协议如何与成员法律相适应而是入世后成员法律如何与 WTO 协议调整适用的问题。一成员的法律从来都是其他成员挑战和质疑的对象,从来不是 WTO 所适用的法律范本。

其次,两种观点均不符合国际政治经济的现实,直接适用论类似一种“乌托邦”式的理想主义,间接适用论则无异于一种“无事生非”的自扰论。

最后,两种观点均未能正确、客观地反映并说明成员与 WTO 在政策法律层面的基本关系内涵。事实上,既不存在 WTO 协议自动或直接适用成员国内政策法律的问题,也不存在把 WTO 协议“转化”(再次确认)为成员法律的问题,只存在入世后成员如何根据多边、双边谈判谈成的加入条件和议定书与三个减让表中的承诺,使自己的政策法律同 WTO 协议协调、调整与适用的问题。当然,那些个别保留、例外、豁免以及差别待遇等暂不或永远不在协调、调整和适用的范围之内。

此外,直接适用论很显然把 WTO 协议误认为是国际“私”法类条约(这些条约主要涉及海商、海事、国际货物买卖、国际贸易价格术语等方面,一般应直接适用国内民事商事法律),甚至把 WTO 协议说成是“老子法”,成员法律为“儿子法”(这等于把 WTO 看做一个凌驾于成员政府之上的具有绝对司法效力的超国家组织),目前此论受到法律界的质疑和否定。间接适用论由于崇尚转化嫁接,似乎比较客观、中庸、平和,目前有成主流之势。笔者的疑惑是,此论为什么坚持中国入世后非要把 WTO 协议转化为国内法律,转化为人民法院能直接适用的国内法律,非要尽其他成员从来没有尽过,也没有必要尽的义务?为什么要通过转化再次确认已经通过申请、签署、批准三次确认的 WTO 法律规范?成员履行 WTO 义务应是按 WTO 协议的有关规则、规范和精神进行的,而非按成员的法律进行;而 WTO 争端解决机制解决的是与贸易(包括服务和智慧贸易)政策、法律制定和实施有关的政府行为所引起的纠纷和争端(并不解决民事、商事主体之间发生的纠纷和争端,

这由私法来处理),且争端解决是按照 WTO 争端解决的规则与谅解和相关协议进行的,与成员内法律和人民法院是毫不相干的。

笔者认为,国家和地区申请入世其实就基本认可了 WTO 体制及其协议的积极性和权威性,这可以说是第一次确认;通过政府代表最后签署入世议定书,这是第二次确认;通过议会或国会或立法机关批准入世议定书等一揽子文件,这等于是对政府前两次行政确认的正式确认,也是对 WTO 协议的第三次确认。所以说,基于三次正式确认而成为 WTO 正式成员后,似乎没有必要,也没有任何实际意义再多此一举进行转化,搞第四次确认了。正如前面提及的,根据 WTO 与其成员法律关系的理论与实践,无论哪一个国家和地区入世后,只存在该成员如何根据谈成的加入条件、议定书和三个减让表的具体规定以及 WTO 协议第 16 条的要求,使自己的法律同 WTO 协议调整适用(或者称为“转换适用”)的问题。既然是“调整适用”,那就存在调整适用背景、调整适用动因、调整适用原则与内容、调整适用步骤(如何调整适用)以及调整适用结果的问题,绝非一朝一夕所能为,而且调整适用的结果也只能是基本适用而非完全适用。所以笔者提出并坚持“调整适用”论,供有关同仁参考。

一、调整适用的现实背景

1. GATT 被 WTO 所取代,并不意味着 140 个成员的法律在无保留、无选择地接受之时已完全与 WTO 协议相一致。在 WTO 产生前,缔约方除了应对 GATT 第一部分和第三部分无例外地临时适用外,对第二部分的实质性内容则做了很大的保留,“即在不违背国内现行立法的最大限度内临时适用”,这就是“祖父条款”(又称“现行立法条款”)。在 GATT 临时适用的 47 年中,它由小到大,由弱变强,由不完善到完善,并发挥了事实上的国际贸易组织的作用。这一方面说明“原则中有例外,例外中有原则”,“灵活实施”等原则在其中发挥了重要作用,因为各缔约方在政治经济体制和价值理念等方面千差万别,甚至变化无常,而且贸易在发展,多边贸易体制在变化,GATT 不面对现实不行;另一方面也说明,不论市场经济中缔约方多么成熟,多么倡导和奉行贸易自由化,其国内现行立法是不可能事实上也不是与 GATT 完全一致的,很可能会出现与 GATT 不一致或违背的情形,这样的例子比比皆是,如美国 1974 年贸易法中的 301 条款。这种情况到 1995 年 1 月

WTO 取代 GATT 后,即使各国和地区签署“最后文件”并在入世时无选择、无保留(当然 WTO 附件协议中规定的例外、灵活和差别待遇除外)地一揽子接受 WTO 协议(两个诸边协议仅适用签字国),并得到各国议会和立法机构的批准(按照建立 WTO 协议第 16 条 4 款,已没有“祖父条款”),也不等于说 WTO 各成员法律和政策瞬间就与 WTO 协议一致了,这既不符合实际,也不可能做到。这一点不用说发展中成员和转型经济成员,就连财力和 WTO 专业人才雄厚的发达成员也不可能做到,这就是各成员法律与 WTO 协议关系的实际情况。

2. WTO 通过倡导贸易自由化来实现各成员经济的可持续发展,推动多边经贸关系的协调从“实力基础走向规则基础”。既然是“走向”,也就意味着现实离“规则基础”的目标尚存较大的距离。实力在 WTO 活动中依然发挥重要的作用,大国操纵多边贸易谈判、操纵决策和规则制定的局面并未发生根本的转变。实力基础是贸易大国的巨大市场和发达的经济,也就是说,发展中成员需要发达成员的市场远大于发达成员需要发展中成员的市场。

二、调整适用的法律动因

1. 认真对待成员政府对 WTO 的两次确认和立法机关的正式确认,根据自己的对外承诺履行 WTO 协议所规定的一系列义务。

2. 每一成员都有维护 WTO 体制和规则权威的义务,都有巩固和强化多边贸易体制的责任。近现代史证明,以邻为壑、你死我活、你输我赢的外交哲学和策略只能导致战争和经济停滞,无益于世界的和平与发展。基于共同义务、共同责任和相互信任、彼此协商基础上的和平与发展才是人类社会进步的共同愿望。

3. 每一成员信任、尊重是构筑 WTO 权威和准司法效力的基础。WTO 自身不可能派生出决策权力,也不可能派生出制定规则的权力,它的一切权力归根结底来源于成员政府,又服务于成员政府。成员信任和尊重 WTO 体制与规则的具体表现就是使国内法律与 WTO 协议调整适用。既然我国已申请入世,并为此做了相应的承诺,就要受 WTO 协议的约束,保证 WTO 协议能在我国有效实施,这也是我国法制统一原则的要求与目标。

4. 调整适用本身符合成员国内的经济发展和对外合作目标,特别是对于那些正在进行转型和实施市场取向改革的国家和地区,调整适用的动因

就更明显和强烈,因为这不仅可以推动和加速经济体制转型,而且能够有效遏制利益集团对深化改革和扩大开放的阻挠。此外,主动调整法律可以确保 WTO 协议在我国得到有效统一的实施,提高履行 WTO 义务的能力。

5. 树立负责任国家的形象。一个国家和地区通过入世,遵守 WTO 规则并相应地开放市场,其经济发展和贸易扩大对其他成员不是威胁而是机遇,那么该成员自然在国际上树立起了遵守通行国际规则和惯例的负责任形象。负责任形象是一个国家在国际舞台和世界市场上赖以成长与发展的“生命线”。我国是世界上负责任的发展中大国,我国履行国际义务、信守国际条约的口碑在国际上一直是好的。

三、调整适用的原则与内容

1. 与国防、外交、意识形态和公共道德等方面有关的法律不在调整和适用的范围之内,WTO 协议中不仅关于一般例外、安全例外有明文规定,而且如国防、外交、人权等领域也不属于多边贸易体制所管辖的领域。

2. 即便是与贸易有关的所得税法等直接税法和立法机关的抽象立法与司法行为也不属于多边贸易体制管辖,因而也没有义务和责任进行调整适用。也就是说,并不是与贸易有关的所有法律都要进行与 WTO 协议调整适用。

3. 属于 WTO 协议所规定的与贸易(服务贸易、智慧贸易)有关的法律如进出口管理法、贸易法、外资法、海关法、商检与动植物卫检法以及知识产权保护法等才属于对照 WTO 协议和对外承诺进行调整适用的范畴。

4. 按照建立 WTO 协议(设立法)第 16 条的规定,申请入世的国家和地区应无选择、无保留地一揽子接受 WTO 协议(对建立 WTO 协议 16 条应绝对无选择、无保留地接受,至于 WTO 的附件协议,应根据每个协议的例外和灵活规定处理),并确保其法律、法规和行政程序符合 WTO 协议所规定的义务。这一规定有两层含义:第一,证明 GATT 原有的“祖父条款”已不复存在;第二,只有与 WTO 协议“所规定的义务”相关的成员法律、法规和行政程序才属于调整适用的范围,并不要求所有的法律、法规和行政程序全部调整至与 WTO 协议完全一致才能入世。取消“祖父条款”之后,面对 WTO 创始成员的许多国内法律与 WTO 协议并非协调一致的历史现实,WTO 各个附件协议中又分别规定了一些特殊的例外和灵活规定,并针对发展中成员

和最不发达成员规定了一些特殊和差别待遇。依据这些例外、灵活规定和特殊与差别规定,我国同样可以依据自己的对外承诺并考虑自身改革开放的实际需要,区分轻重缓急,按照不同的时间表和过渡期进行分门别类的转换、调整和适用。

四、调整适用的步骤

调整适用就是那些与 WTO 不一致的法律、法规和行政程序应该修改,违背 WTO 的应该废止,没有的尽快增补,也就是改、废、立的问题。总起来说就是一个立法工作,具体讲基本上有四个步骤。

1. 在清理、清查的基础上对现行法律法规以及行政规章进行审查、评估和判定,与 WTO 协议冲突不大的进行修改和调整(如三资企业法中的外汇平衡、技术转让要求等,已作了修改);与 WTO 协议明显相冲突的,废止;尚为空白的,要尽快对照 WTO 协议的规则进行增补。

2. 在做好上述工作的同时,司法机关和执法部门需要调整、修改和废止与 WTO 协议不大一致和相冲突的司法解释。因为立法机关制定的一些法律若要修改和废止,则依照这些法律的司法解释也应做相应的调整和废止。

3. 那些由地方政府制定的,带有明显诸侯经济色彩以及保护地方、部门和垄断利益的行政规章和行政命令,直接导致了市场的条块分割与不公平竞争,阻碍了统一大市场的建立,应尽快修改和废除。这一调整适用步骤对建立统一大市场的意义不容低估。

4. 加强立法监督和行政诉讼与行政复议工作。立法监督就是一套纠正机制,下级法规有问题,上级机关有权纠正它;上级法律有问题,应由全国人大代表行使有关修改、调整和废止的提案权;下级机关的一些工作人员与上级政府依法行政行为不一致的,由行政诉讼和行政复议制度予以纠正。从 WTO 争端解决机制和政策审议机制的实际运行看,大部分的贸易争端来自成员立法本身。具体到法律、法规实施过程出现的争端和纠纷,因为有“当地救济用尽”原则的限制,所以关于成员司法与执法的争端与纠纷在 WTO 中出现得相对较少。不难看出,加强立法监督与纠正机制,无论对维护国家法制统一,还是确保 WTO 协议的有效实施、避免承担国际责任、减少贸易纠纷与争端,均具有重要的现实意义。事实上,这也是调整适用的重要