

成员国内法与 WTO法相符义务研究

沈 虹 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学项目（12YJC820087）课题成果

成员国内法与 WTO法相符义务研究

沈虹著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

成员国内法与WTO法相符义务研究 / 沈虹著. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1455 - 0

I. ①成… II. ①沈… III. ①世界贸易组织—贸易法—研究 IV. ①D996.1②F743

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第241157号

成员国内法与WTO法相符义务研究

CHENGYUAN GUONEIFA YU WTO FA XIANGFU YIWU YANJIU

沈虹著

策划编辑 陈妮

责任编辑 陈妮

装帧设计 李瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版分社

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 14.25

字数 230千

版本 2017年12月第1版

印次 2017年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1455 - 0

定价:46.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录

绪 论	(1)
一、研究背景与意义	(3)
二、研究现状和拟解决问题	(9)
三、主要的创新点	(13)
四、相关概念的界定	(14)
第一章 WTO 法的特点及国内法问题的提出	(17)
第一节 WTO 法的特点	(18)
一、《WTO 协定》的国际法属性	(19)
二、WTO 法有别于一般的国际法	(42)
第二节 国内法问题的提出	(60)
一、多边贸易体制与国内法	(61)
二、GATT 时期的国内法问题	(63)
第三节 WTO 义务与国内法	(71)
一、系统性的义务	(72)
二、履行性的义务	(73)
第四节 小结	(74)
第二章 《WTO 协定》第 16 条第 4 款与 WTO 义务的履行	(78)
第一节 WTO 法对成员方国内法相符义务的规定	(81)
一、《WTO 协定》第 16 条第 4 款的谈判和出台	(82)

二、WTO 其他协定中与《WTO 协定》第 16 条第 4 款类似的规则	(94)
三、《WTO 协定》下成员方国内法相符义务解读	(99)
第二节 传统国际法下国内法与国际义务的履行	(111)
一、条约必须遵守原则：国家承担国际条约义务的一般原则	(112)
二、国际条约义务的履行与国内法的消极作用	(113)
第三节 WTO 下履行条约义务的转变	(122)
一、传统国际法下以国家行为结果作为判断违反国际义务的标准	(122)
二、成员方国内法不相符“表面构成”违反 WTO 义务	(130)
第四节 《WTO 协定》第 16 条第 4 款的意义	(134)

第三章 成员方国内法相符义务的分离：强制性法律和裁量性法律

第一节 国内法在 WTO 中的可诉性	(138)
一、国内法可诉的法律依据	(141)
二、GATT 国内法可诉性存在的问题	(144)
第二节 强制性法律与裁量性法律的划分	(148)
一、裁量性法律和强制性法律不同的法律地位	(148)
二、裁量性法律也不得违反 WTO 及其附件义务	(160)
三、裁量性法律原则缩小适用的趋势	(164)
第三节 国内法可诉与《WTO 协定》第 16 条第 4 款	(168)
一、国内法可诉保障了《WTO 协定》第 16 条相符性义务的实现	(169)
二、裁量性法律和强制性法律的划分缺乏法理基础	(171)
三、裁量性法律和强制性法律的划分弱化了《WTO 协定》第 16 条第 4 款	(173)

第四章 DSB 报告的执行与《WTO 协定》第 16 条第 4 款

第一节 实际履行与“相符性”义务	(176)
第一节 实际履行与“相符性”义务	(177)

一、关于实际履行的争论	(177)
二、实际履行并非具有强制力的首选方案	(183)
第二节 补偿与报复: 架空《WTO 协定》第 16 条第 4 款	(188)
一、关于补偿和报复	(188)
二、既往不咎与相符性义务	(189)
第三节 关于 DSU 相关条款完善的建议	(190)
一、困境	(191)
二、建议	(192)
 第五章 我国国内法相符于 WTO 义务的理论及实践	(194)
第一节 理论分歧	(194)
一、国际义务、国内义务“两张皮”	(195)
二、国内法应与国际义务一致	(196)
第二节 中国的相关实践和建议	(197)
一、中国作为被申诉方的相关案件	(198)
二、中国作为申诉方的相关案件	(204)
第三节 中国的对策	(206)
 结 论	(209)
 参考文献	(213)

绪论

1995年1月1日开始生效的乌拉圭回合最后法律文件在国际层面产生两种效果:一是标志着首个管理国际贸易的政府间国际组织成立;^[1]二是标志着范围广泛的多边性、普遍性的国际条约群的生效。作为国际组织的世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)成立和作为国际义务的WTO规则的生效,从国际层面上可以有不同的解读;^[2]从国际法律制度的角度来看,乌拉圭回合“一揽子”协议的生效是国际法发展史的一个里程碑,一个普遍性的、可以媲美联合国^[3]的国际经济组织的建立,以及一个数量庞大的、内容丰富而具有可执行性的多边性规则的生效标志着国际经济制度在经过一个较长时间的无所建树之后,^[4]终于在多边贸易领域中实现华丽转身,缔结了涵盖广泛贸易范畴(货物贸易、服务贸易、知识产权和投资措施等)的实体性和程序性的

[1] 关税及贸易总协定(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)严格意义上不是国际组织,GATT1947并没有成立常设性的国际组织,而是临时适用管理国际贸易的规则,随着时间的推移,GATT事实上具备了国际组织的某些管理功能,但始终存在名不正言不顺的问题。

[2] 例如,对于WTO法,既可以从国际经济法的角度来研究各种贸易规则对国际贸易法、投资法和国际贸易争端解决程序的意义,也可以从国际法理论的角度研究国际条约的解释、国际条约与国内法的关系、国际组织与国家主权、国家责任,国际法上其他主体的责任。

[3] 有学者对WTO被称为“经济联合国”的说法不能够接受。笔者在此将WTO和联合国相比,只是为了凸显WTO成员众多,在贸易领域中涵盖了绝大部分的国际贸易,而非将二者在维持国际和平、平息战争方面相提并论,即使有学者主张两者的作用持平。

[4] 从1947年世界银行和国际货币基金组织的建立以及GATT临时适用开始,国际经济多边规则的发展基本处于停滞状态,多属于小修小补的规则完善,例如《牙买加协定》,或者是其他内部规则的完善,还没有“造法性”的规则达成。乌拉圭回合最后法律文件,形成约30,000页法律文件,60多个协定,为国际社会提供了内容广泛的法律制度。

国际协定群。从国际组织的角度来看,具有广泛管理功能的 WTO,负责管理、实施和运用各种国际贸易协定,尤其是具有准司法性质的争端解决机制使 WTO 成为管理国际经济关系中至关重要的政府间国际机构。^[1]

毋庸置疑,作为管理国际贸易的政府间组织,WTO 具有独立于成员方的职能。但其与其他政府间国际组织不同的是,WTO 管理的事项在空间上并不是国家之间的,^[2]即不是跨越两个或者两个以上管理国的国界的,而是在国家的主权管辖范围内。^[3]因此,要实现“国际”贸易的管理功能,WTO 就必然需要“侵入”国家的内部管理权限。从这个意义上讲,世界贸易法制(以下简称 WTO 法)和成员方国内法的关系恰恰应验了著名国际法学者凯尔森关于国际法与国内法关系的观点:国际法规范了国内管辖权的范围。^[4]事实上,在国际法与国内法关系的层面上,国际法优先论由于缺乏实践的支持,往往成为国际主义者的“独角戏”。^[5]晚近,国际社会的运作模式开始发生变化,尤其是国际共同体^[6]概念逐渐为国际社会所认同,国际法优先论逐步获得国际实践的支持,例如,国内法相符于国际义务逐步地在越来越多的国际公约中出现。但需要特别强调的是,并不是所有的领域均会出现国内法和国际

[1] 在中国的国际法教科书中,国际组织的定位是国家之间的组织,不能具有超越国家的功能,这符合国际组织建立最初的实际情况,但是在第二次世界大战以后,国际组织已经有了独立于国家的职能并逐步呈现出国家之外的功能,例如,联合国安全会的执行功能,表决权集中化的制度安排。伴随着经济全球化,国家的相互依赖性日益加强,国际组织的管理职能日益加强。因为国家已经不能独立解决很多问题,只能将部分职能移交给国际组织行使,这也直接导致了关于国家主权和独立性的质疑。参见 Shaw, N. Malcolm. *International Law* (第5版),北京大学出版社2005年版,第120~121页;[美]约翰·H. 杰克逊:《国家主权与WTO——变动中的国际法基础》,赵龙跃等译,社会科学文献出版社2009年版,第34~90页。

[2] 一般意义上,国际组织是国家之间的组织,因此国际组织所涉及的事项也多超越一国的边界,如外层空间法、航空法、战争法等。但世界贸易组织在涉及国家管理贸易的事项时涉及的是边界措施,甚至于在 GATS 中是一国领土范围内的事项,完全不涉及边界措施。

[3] 在货物贸易的领域中,涉及成员方的边境管理措施;服务贸易的领域,涉及成员方境内给予服务和服务提供者的待遇;在知识产权领域,则涉及在境内给予知识产权保护。

[4] [美]汉斯·凯尔森:《国际法原理》,王铁崖译,华夏出版社1989年版,第334~335页。

[5] 因此,体现在主张国际法优先说的学者只能是哲理性的说理,进行理论的探讨,而没有国际实践的佐证。参见万鄂湘编:《国际法与国内法关系研究》,北京大学出版社2011年版,第5~47页。

[6] [意]安东尼奥·卡塞斯:《国际法》,蔡从燕等译,法律出版社2009年版,第29~61页。

义务的直接勾连,在国际贸易法和国际人权法中这一问题尤为明显。而《WTO 协定》第16条第4款则直接地将这种勾连明确地用“白纸黑字”固定下来。

一、研究背景与意义

(一) 研究背景

随着国际社会组织化的趋势不断增强,管理国际社会的国际法范式相应出现变化,由此导致了国家法与国际社会共同体法的关系发生变动。在国家之间共存的状态下,国内法与国际义务的履行以国家主权为篱笆,可以隔岸相看。^[1] 国际争端解决机构在解决涉及国家间争端时,鲜有遇及国内法本身与国际法效力之挑战,即使遇及,“条约必须信守”和“国内法不得作为不履行国际义务的理由”是解决这一问题的基本原则,而并不涉及国内法如何履行国际义务的问题。

随着各国相互依存程度的提高、国际社会组织化程度的提高和国际社会共同体认同程度的提高,由经济全球化所引发的国际合作方式和国内规制方式已经并且必将长期发生变化。晚近,伴随经济全球化的日益深入,市民社会和全球治理理论的兴起,国际法从“共存法”向“合作法”转变,国际社会更加关注个人自由、尊严和权利的保护,体现在越来越多的国际条约以个人权利的保护为宗旨和主要内容(如人权条约、国际投资条约和《WTO 协定》等国际规范),对国际法理论造成新的冲击,也带来新的研究视野。

第二次世界大战后,随着人权和经济合作成为国际法的主要内容之一,国际法范式开始发生转变。国际人权法基于对“人”的保护而与国内法开始接轨,^[2] 国际贸易和国际投资领域也出现与国际人权法类似的现象。^[3] WTO

[1] Lovric Daniel, *Deference to the Legislature in WTO: Challenges to Legislation*, The Netherlands; Kluwer Law International, 2010. Prelude.

[2] 国际人权条约直接规定个人应受保护的權利(有学者认为国际人权条约保护个人的利益,而不是权利,因为个人不能享受条约下的权利,笔者并不认同该种观点),而国内法也直接规定了个人的权利和义务,因此对个人而言,有两种法律规定了其受保护的權利。

[3] See Rudolf Dolzer, "The Impact of the International Investment Treaty in Domestic administrative law", available at: <http://www. iilj. org/gal/documents/theimpactofinternationalinvestment. pdf>, last visit on May 13th, 2017.

法作为发展中^{〔1〕}的多边贸易体制,具有一般意义上的国际法共性,但也具有特性。^{〔2〕}这种规制成员方对内管理权的特性使其对国内法的“侵入”程度远超其他的国际法规则,在采取措施使各成员方作出必要调整以履行国际义务上,世界贸易组织在某些方面走得更远一些。^{〔3〕}WTO 法对贸易自由化活动的介入,要求成员方在“域内”建立透明、公开的国际贸易管理体制,由此对“国内法”事项产生了深远的影响,尤其是《WTO 协定》中的“国内法与 WTO 义务相符”的规则,^{〔4〕}对国际法与国内法关系的厘清具有变革性的里程碑意义。

晚近,国际法庭对国内法审查越来越多,而国际法庭如何处理国内法则成为研究的焦点。^{〔5〕}WTO 建立了具有强制管辖的争端解决制度,使这一问题具有重要的研究导向。但涉及 WTO 的研究存在过于纠结具体细节或者过于笼统广泛的问题,例如,很多研究或者分析特定的 WTO 条款、案件以及某类案件所反映出的趋势,或者从经济、政治和国际关系等角度进行研究,未能阐述 WTO 协定中的权利义务以及成员方国内法与 WTO 法之间的体系问题。中国学者在“中国返关”之前已经开始研究 GATT 的问题,在 WTO 成立后,对 WTO 相关问题的研究呈现井喷的现象,但我国学者对 WTO 的研究多数集中在阐述 WTO 协定的原则、规则和制度的内涵及其对中国的影响,^{〔6〕}却鲜有对在 WTO 框架下成员方的国内法问题进行系统的研究。^{〔7〕}就笔者的阅读范围

〔1〕 所谓的发展,是指 WTO 规则可以通过回合谈判对原有规则进行修改,而且成员方在加入 WTO 时所缔结的议定书,也可能构成对成员方义务的修改。

〔2〕 曾令良:《WTO 法在国际法律秩序中的共性与个性》,载邵沙平、余敏友编:《国际法问题专论》,武汉大学出版社 2002 年版,第 120 页。

〔3〕 [美]约翰·H. 杰克逊:《GATT/WTO 法理与实践》,张玉卿等译,新华出版社 2002 年版,第 4~5 页。

〔4〕 《WTO 协定》第 16 条第 4 款有明确的规定,在其他的附件协定中,例如 SPS 协定、反倾销协定等也有类似的规定。

〔5〕 Lovric Daniel, *Deference to the legislature in WTO: Challenges to Legislation*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, p. 13.

〔6〕 关于中国学者对 WTO 的研究概况,可参见车丕照:《WTO 在中国的泛化与误读》,载国际经济法网: <http://ielaw.uibe.edu.cn/html/xuehuizhangcheng/20080417/7788.html>, 最后访问日期:2016 年 7 月 10 日。

〔7〕 张乃根:《论 WTO 争端解决中的国内法审查》,载《法学家》2008 年第 3 期。

而言,尚未有中国学者系统研究《WTO 协定》第 16 条第 4 款^[1]法律意义的论著。而其他许多的发展中国家,对这一问题已经引起学界的关注。^[2] 中国学者在论及与 WTO 成员方国内法有关的问题时主要集中在“国内法可诉”^[3]和“裁量性法律和强制性法律”^[4]的划分等问题,对于《WTO 协定》第 16 条第 4 款的研究只是侧面的评述,因此,以《WTO 协定》第 16 条第 4 款为核心的系统研究已属必要,这一问题的研究不仅可厘清成员方履行 WTO 协定的特殊义务,而且通过对国内法相符于国际义务的规则探析,也有助于明确履行国际义务的条约履行规则的完善。

(二) 选题意义

全球化对国际法的影响是全方位的,具体到国际法与国内法的关系而言,体现为国际法与国内法的逐步融合,或者说国内法律秩序内国际法因素明显的逐渐增加。^[5] 但这只是对一种想象和事实存在的描述,学界的研究只限于揭示事实和造成这种事实的经济动力是不够的,国内法如何相符于国际义务

-
- [1] 在 2009 年后,开始有中国学者意识到国内法相符于 WTO 义务的问题。参见于安:《我国行政法与 WTO 协定的一致化》,载《交大法学》2012 年第 2 期。类似的观点参见韩立余:《中美知识产权案的法治意义》,载中国法学会世界贸易组织法研究会网:http://www.dwto.net/_d274792180.htm,最后访问日期:2013 年 9 月 14 日。上述文章探讨了《WTO 协定》第 16 条第 4 款的独立法律价值,这也是中国学者明确关注《WTO 协定》第 16 条第 4 款的开始。
- [2] 例如,越南和印度,在 2006 年分别有专著详细论述在《WTO 协定》第 16 条第 4 款下,本国国内法如何相符(comply to)WTO 法的问题。See Julien Chaisse, “Ensuring the Conformity of Domestic Law With World Trade Organisation Law: India as a case study”, *Publication of the French Research Institutes in India*, No. 13. 2005; Pham Hong Quat, “How to Comply with the TRIPS and WTO law: The New Challenges to Vietnam’s Patent Legislation from WTO dispute settlement practice”, *Nagoya Law School Doctoral Dissertation*, 2007.
- [3] 张湘兰、朱强:《WTO 体制下国内立法的可诉性问题研究》,载《中国仲裁》2002 年第 6 期;刘勇:《WTO 体制内国内法的可诉性》,载《西南政法大学学报》2006 年第 9 期。
- [4] 康静:《论 WTO 中的裁量性和强制性标准》,载北京大学法学院编:《北大国际法与比较法评论》(第 9 卷),北京大学出版社 2012 年版;彭心仪、黄渝清:《“裁量性质法规”在 WTO 架构下之定位》,载《月旦民商法研究》,清华大学出版社 2006 年版,第 4 ~ 25 页;陶臻:《WTO 争端解决机制中强制性/授权性标准浅析》,华东政法大学 2011 年国际法学院硕士学位论文。
- [5] 杨永明:《国际法与国内法:超国界法律之整合》,载台湾大学学生社团网:<http://club.ntu.edu.tw/~yang/Paper-280105.htm>,最后访问日期:2017 年 5 月 5 日。

这一问题在国际法中的理论尚待专门、深入的研究,这一现象与国际社会中缺乏常规性的争端解决机制,缺少国际法庭对国内法的适用实践有密切联系。WTO 的制度构建,尤其是具有强制管辖的争端解决机制的建立,有助于弥补这一实践的缺漏。

有别于传统的政治性国际条约,《WTO 协定》是规制成员方之间管理国际贸易活动的国际条约,而国际贸易的主体是私人经济经营者,因此,《WTO 协定》对“私人”的影响超过其对其他关系的影响。为确保私人经济经营者置身于 WTO 设定的经营环境下,成员方国内法必然成为 WTO 协定所规制的“政府权力”。从某种程度上说,WTO 以保护个人贸易自由化为内容,形式上为国际条约,本质上是限制国家主权、保护个人权利的“权利法案”,要实现 WTO 所希望建立的公开、透明和自由化的国际贸易环境,必须将国内政府管理贸易权“约定”在一个相对狭窄框架内。这是《WTO 协定》第 16 条第 4 款制度存在的意义,其对成员方的影响不单体现在结果性义务,而且体现在履行性条约方面的义务。换言之,《WTO 协定》关注的不仅是成员方的行为结果,更是成员方的国内法规则,由此为国际法与国内法关系的厘清提供新的视角和实践。由此,本书以《WTO 协定》第 16 条第 4 款为切入点,研究国家在遵守国际条约义务时的国内法——WTO 相符性问题,包括:第一,成员方国内法相符于 WTO 义务的具体要求;第二,成员方国内法相符于 WTO 义务的意义;第三,通过研究成员方国内法相符于 WTO 法的义务来重新思考国际法与国内法的关系;第四,WTO 案例的实证研究,WTO 的案例即使不具有判例的法律拘束力,但 WTO 案例对 WTO 协定的正确理解具有重要意义。本书借助 WTO 中的“协定选择”(disputes by agreement)功能,将所有援引《WTO 协定》第 16 条第 4 款的案件予以分类,并由此探讨其实际存在的共性。

在一般国际法中,国家履行义务的原则是“条约必须遵守”“善意履行国际义务”和“国内法不能成为违反国际义务的理由”,而《WTO 协定》第 16 条第 4 款在成员方履行 WTO 义务上提出了更高要求。笔者认为,对成员方国内法在 WTO 法中的地位的研究具有更重要的意义。首先,WTO 是迄今为止具有争端解决“强制管辖权”的国际组织,因此与其他的国际法规则“软法”的性

质相比,WTO法具有了更高的“强制法”的特征。^{〔1〕}由于有了“强制管辖权”的争端解决机制而超越了一般国际法中国家在是否履行国际义务的“公说公有理,婆说婆有理”的局面。WTO中具有了判断国家行为合法性的独立第三方机制,这一机制不限于审查国家行为结果的合法性,更重要的是还具有审查国内法本身的合法性的功能(是否符合WTO义务的问题)。换言之,WTO的争端解决实践是厘清国内法与WTO法关系的“国际层面”的定位。其次,相比于其他的国际争议,国内法违反国际义务并不能导致国内法无效或者被废除,即存在违反国际义务的国内法并不会导致国际法律责任的产生。但是,WTO中的争端解决具有执行程序 and 关于执行争议的仲裁程序,因此对于被裁定违反WTO义务的成员方国内法,成员方需因为违反而承担具有强制力的国家责任。^{〔2〕}简言之,在《WTO协定》下,国内法有相符于WTO协定的嗣后保障机制。最后,WTO法创设了这一制度,与WTO所调整的事项及WTO法的特性有关,但是“徒法无以自行”,该制度的实际效果如何,需要通过实证的分析方能够得出客观公正的答案,这也是本书重点要研究的内容。

在2009年后,中国国内法成为WTO争端解决中的“措施”被其他成员方提交争端解决之后,国内法本身可能构成对WTO义务的违反为中国学界和政府部门所醒觉,“中国知识产权案”的败诉一定程度上与我国对WTO义务履行与国内法的关系认识上存在偏差有一定关系。就目前而言,学界对这一问题的认识还主要停留在国内法可诉和被诉的角度,缺乏全面综合地从《WTO协定》第16条第4款的角度进行的研究,因此,本书的选题意在弥补该领域的研究不足。

(三) 研究价值

1. 学术价值

WTO作为国际组织的成立和WTO法作为国际条约的生效,对国际法的基本理论和制度创新具有卓越贡献。WTO法名义上是成员方(国家和独立关

〔1〕 必须首先承认的是,欧洲人权法院在对国内法的挑战方面,更甚于WTO的争端解决机制,但是,欧洲人权法院是区域性的组织,而WTO是全球性的国际组织。更重要的是,欧洲整体一体化的程度要比WTO的一体化程度更高,按照欧共体发展的趋势,成员国意图成立“类国家”的组织,因此,欧洲人权法院对国内法的挑战不具有推广意义。

〔2〕 Lovric Daniel, *Deference to the Legislature in WTO: Challenges To Legislation*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, p. 6.

税区)之间的“游戏规则”,或者说是国际法主体之间的国际条约,实际上是保护个体(包括自然人、法人和跨国公司)的贸易自由,其本质是具有重要的保护私人权利和约束政府行为的功能,甚至是具有约束国家行为使之实现保障国内私人权利的民主法治功能。从某种程度上讲,WTO 法通过约束成员方国内法的方式来约束政府权力,体现为成员方所承担的国际义务,包括消极义务及积极义务。

本书选取 WTO 作为切入点研究国内法在国际条约和国际法庭中的地位,原因有三:第一,WTO 作为国际组织不同于联合国。前者是以个人贸易自由为目的和宗旨,而且建立了长效的、强制性的争端解决机制,由此可以通过争端解决的实践探究成员方的国内法在 WTO 这一国际组织和 WTO 法这一国际条约群中的地位。第二,从 GATT 到 WTO,从货物贸易到服务贸易,WTO 对国内法的影响从纯粹边境措施到一国国内管理措施,从消极义务(成员方不得做什么)到积极义务(成员方应该做什么),其对国内法的影响已经发生了深刻变化。从 GATT 时期的“祖父条款”到《WTO 协定》第 16 条第 4 款规定的“每一成员应确保其法律、法规和行政程序与本协定及其附件协定所规定的义务相符”,标志着国内法在多边贸易体制中地位的根本性改变。在 GATT 时代,国内法在满足一定条件时可以相左于 GATT,而到了 WTO 时期,每个成员方则有使国内法相符于 WTO 协定的义务。这是积极的义务,意味着每个成员方的国内法与 WTO 法的关系不同于《维也纳条约法公约》中规定的“国内法不能作为不履行国际义务的理由”这种消极的义务。第三,全球化带来了国际社会的交往方式和治理模式的变化,WTO 法作为经济全球化的产物,其业已形成的新条约内容对国际法具有重要的创新意义,研究 WTO 法中成员方国内法的地位和国家的立法义务,对于研究国内法与一般国际法,尤其是国内法在国际人权法和其他国际经济条约中的地位具有重要的创新意义。因此,从理论上探讨国内法作为履行国家条约的立法义务能够走多远,是否能够适用于一般国际条约,对国际条约法的发展和国际社会良治的建立都具有重要意义,而且对上述问题的探讨也有助于对国际法学理论中的国际法与国内法关系、国际组织与国家主权、全球化和全球治理等关系的界定和厘清,具有重要的学术价值。

2. 应用价值

作为 WTO 成员方,履行协定义务是“强行法”上的义务,但履行 WTO 义务与履行其他国际条约的义务是否类似,对国内法在 WTO 法中的正确定位对

成员方在法律的制定、修改和执行中具有重要意义。本书研究成员方国内法相符于 WTO 义务的问题,具有两种实用的价值:第一,对中国国内立法的定位提供参考。中国在加入世界贸易组织前后曾进行大量的修改、废除法律工作,但从 2007 年开始,中国国内法屡屡成为 WTO 争端解决中的诉因并被裁定败诉,这在一定程度上表明中国对国内法与 WTO 义务的定位存在一定的偏差。第二,为接下来的回合谈判提供参考。中国作为 WTO 中的重要成员,在多哈回合谈判中应有自身的策略和定位,除了进一步推动自由化的谈判,还应该对 WTO 的制度建设做出应有贡献。其中,成员方国内法与 WTO 法律体系的关系是 WTO 有待解决的问题之一,因此,对国内法在 WTO 法中的地位进行专门研究具有理论意义,也具有指导中国在履行《WTO 协定》、执行 WTO 裁决以及在 WTO 新一轮贸易谈判国家实践中的应用意义。

二、研究现状和拟解决问题

(一) 研究现状

对于 WTO 的研究,国内外的研究成果甚为丰硕。中国在加入 WTO 前后, WTO 的研究成为热点,并涌现了一批富有影响力的成果。在早期,学界的研究主要集中在对 WTO 规则和原则介绍,包括对 WTO 谈判、WTO 基本原则、例外条款、具体规则、争端解决机制、WTO 法在成员方国内(包括在中国)的适用、WTO 规则的解释问题、倾销和反倾销、补贴和反补贴、中国在 WTO 中的“一国四席”等问题的介绍和研究。晚近,学界开始关注国际公法在 WTO 中的地位、WTO 协定与一般国际法的关系、WTO 协定与其他国际公法协定冲突的问题、WTO 宪法意蕴等问题。关于国内法在国际条约和国际组织中的地位,国内学者少有涉及。^{〔1〕}多数学者从国际法在中国的适用或者国际法与国内法的融合角度论述问题,介绍缔约国的国内宪法、法律和司法机构如何适用

〔1〕 国内法在国际法中的地位在国际学界逐渐成为研究的重点, See Rudolf Dolze, “The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administration Law”. Available at: <http://www.ijl.org/gal/documents/theimpactofinternationalinvestment.pdf>; Ximena Fuentes Torrijo, “International Law and Domestic Law: Definitely an odd Couple”. available at: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_English_.pdf, last visited on April 17th, 2017.

国际法,而缺乏从国际的角度来看国内法在国际条约中的地位和国际法庭对国内法的定位等专门论著。

域外的学者最早开始涉及国内管制(法)与 WTO 法的关系,^[1]在经济全球化的背景下从国家主权原则、WTO 中的一般法律原则等论及 WTO 规则与国内法的关系,但只限于在某一章节中蜻蜓点水地提及,没有形成系统研究。文章方面主要集中在 GATT/WTO 实践中形成的成员方国内法划分为裁量性法律和强制性法律的标准予以介绍和评价^[2]。从 2006 年开始,有学者从国别的角度研究本国法律与 WTO 规则相符的问题,从 2007 年开始有学者从 WTO 规则与国内法的关系进行探讨,从全球治理的角度探讨国内法在 WTO 法中的地位。^[3]而从服从(deference)角度研究 WTO 规则对成员方国内立法的挑战的则是丹尼尔·洛夫里奇(Daniel Lovric)于 2010 年出版的著作。^[4]

在国内法与 WTO 法关系的问题上,中国学者将这一问题集中归结为《WTO 协定》在中国国内的适用。尤其需要提出的是,中国学者研究现状存在的问题是将《WTO 协定》视为一般国际法,从条约履行的角度来探讨《WTO 协定》的国内适用问题。2008 年后,国内法也开始进入研究 WTO 的中国学者的视角,例如,张乃根教授发表了《论 WTO 争端解决中的国内法审查》^[5]和《我国涉案 WTO 争端解决的国内法审查》^[6]等文章,但目前的研究还停留在对国内法审查这一 WTO 实践的介绍和个案研究。

[1] 杰克逊先生等早在 WTO 刚成立时,就已经撰文探讨 WTO 制度对国内管制的挑战。See Croley, P. Steven, Jackson, H. John, "WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments", *AJIL*, Vol. 90, 1996, pp. 193 - 213.

[2] Yoshiko Naiki, "The Mandatory/Discretionary Doctrine in WTO Law: The US-Section 301 Case and its Aftermath", Vol. 7, *JIEL*, 2004, (1); Whittington Stephen, A Critical History of the Mandatory/Discretionary Doctrine in GATT and WTO Disputes, *Victoria University of Wellington*, 2008, pp. 45 - 49.

[3] Bhuiyan Sharif, *National law in WTO Law: Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*, New York: Cambridge University Press, 2007, pp. 1 - 7. 当然, Sharif Bhuiyan 对 WTO 项下国内法的研究也涉及裁量性和强制性的划分标准。

[4] Lovric Daniel, *Deference to the Legislature in WTO: Challenges to Legislation*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.

[5] 张乃根:《论 WTO 争端解决中的国内法审查》,载《法学家》2008 年第 3 期。

[6] 张乃根:《我国涉案 WTO 争端解决的国内法审查》,载《世界贸易组织动态与研究》2013 年第 1 期。

但事实上,由于《WTO 协定》第 16 条第 4 款的存在,为成员方履行《WTO 协定》规定了特别义务。忽视《WTO 协定》第 16 条第 4 款对成员方履行义务中的国内法方式,而泛泛谈论《WTO 协定》在中国的适用问题的结论都是有待商榷的。与《WTO 协定》第 16 条第 4 款在 WTO 争端解决中被援引作为申诉理由的频率相比,^[1]中国学者对该制度的研究显得单薄。关于 WTO 争端解决中,国内法的可诉性问题已经有学者提出不同的观点,^[2]而裁量性法律和强制性法律划分的标准也有所涉及,^[3]但这些研究只是就制度本身所作的研究,并没有将这些相关制度置之于《WTO 协定》第 16 条第 4 款的大背景下进行研究,由此得出的结论也有失偏颇。

晚近,中国学者也开始意识到 WTO 中成员方国内法特殊的履行义务。^[4]有中国学者关注国内法和 WTO 义务相符性的问题,明确以该主题发表观点。^[5]但文章只是提出了一直被忽视的视角,对成员方国内法相符于 WTO 义务的制度,综合的、系统的研究还有待进一步深入。总体而言,中国学界尚缺乏对 WTO 成员方国内法相符于 WTO 义务的法理基础、法律依据、制度形成、实践解读和执行效果的系统研究。

(二)拟解决的关键问题

1. WTO 法与国内法“应然”的关系

成员方应确保其法律、法规和行政程序相符于《WTO 协定》及其附件协定

[1] 截至 2014 年 5 月底,共有 53 个案件援引《WTO 协定》第 16 条第 4 款作为法律依据。

[2] 张湘兰、朱强:《WTO 体制下国内立法的可诉性问题研究》,载《中国仲裁》2002 年第 6 期。刘勇:《WTO 体制内国内法的可诉性》,载《西南政法大学学报》2006 年第 3 期。张乃根:《论 WTO 争端解决中的国内法审查》,载《法学家》2008 年第 2 期。

[3] 彭心仪、黄渝清:《“裁量性质法规”在 WTO 架构下之定位》,载《月旦民商法研究》,清华大学出版社 2006 年版,第 9~24 页;陶臻:《WTO 争端解决机制中强制性/授权性标准浅析》,华东政法大学国际法学院 2011 年硕士学位论文;康静:《论 WTO 争端解决中的强制性/裁量性标准》,载《北大国际法与比较法评论》2012 年第 12 卷。

[4] 韩立余:《中美知识产权案的法治意义》,载 http://www.dwto.net/_d274792180.htm。最后访问日期:2013 年 6 月 21 日;王衡、柯杨:《〈服务贸易总协定〉国内规制实体规则缺陷及应对》,载《法学》2012 年第 9 期;杨帆:《论我国的电影审查制度:以 WTO 合规性视角》,载《北京社会科学》2012 年第 4 期。

[5] 于安:《我国行政法与 WTO 协定的一致化》,载《交大法学》2012 年第 2 期。