

## 论中国的贸易政策合规工作机制

马光\*、李净欣\*\*

### < 목 차 >

引言

I. 貿易政策合規工作的一般理論

II. 中國貿易政策合規工作的實踐

III. 新一輪貿易政策合規工作的特点及改進方案

结语

### 引言

“WTO协定”是规定各成员在制定与实施该协定内容过程中具体权利和义务的国际条约。经过15年的艰苦努力，中国于2001年成为WTO第143个成员。目前，世界上共有162个贸易国家或实体批准或加入了WTO协定。加入WTO协定的成员在保障了自身的贸易权利，得以在国际经济贸易活动中获得更多的便利的同时，也必须履行实施WTO规则的义务。在国际层面，WTO规则约束着各成员；在国内层面，成员负有“保证其法律、法规和行政程序与所附各协定对其规定的义务相一致”（《马拉喀什建立WTO协定》第16.4条）的义务。因此，WTO规则具有法的性质，学界又将其称为“WTO法”。

贸易政策合规工作，即指使国内立法与WTO法相符的过程。本文中的“贸易政策”，是指各级政府及相关部门制定的有关或影响货物贸易、服务贸易以及与贸易有关的知识产权的规章、规范性文件和其他政策措施<sup>1)</sup>。根据《中国入世议定书》第

\* 浙江大学光华法学院副教授，中国律师。

\*\* 浙江大学光华法学院研究生。

1) 国务院办公厅《关于进一步加强贸易政策合规工作的通知》（国办发〔2014〕29号）第一条。

1.2条, 本文中的“WTO法”由如下两部分构成: 其一是《马拉喀什建立WTO协定》及其附件<sup>2)</sup>; 其二是对中国特别适用的《中国入世议定书》及其附件19和《中国入世工作组报告》中的义务承诺。

国际法与国内法的关系问题是合规工作的理论根基。做好合规工作, 首先要明确WTO法作为条约在国内法律体系中的地位、适用方式及与国内法的优先效力问题, 下文将就此问题在第一部分就条约在国内适用的一般理论进行概述。

## 一、贸易政策合规工作的一般理论

贸易政策合规工作, 实际上是“国际法在国内适用”在今天的新课题之一。首先, 其涉及国内立法机关以何种方式使国际法在国内得以适用; 其次, 还涵盖国内当事人能否直接援引国际法、可以援引哪些国际法的问题<sup>3)</sup>; 最后, 国内法与国际法何者优先适用。因WTO义务主要依靠成员方国内法来履行, 对这些问题的处理深刻影响着成员适用WTO法的方式, 进而影响WTO协定的实施。国际法与国内法的关系是WTO法在国内适用问题的理论根基。

### (一)国际法与国内法之间的关系

国际法与国内法间的关系问题的深入研究引申出更多复杂问题, 构成合规工作的理论基础。对于国际法与国内法是否属于同一个法律体系, 传统国际法理论的主流观点大致分为“一元说”、“二元说”与“调和说”; “一元说”持肯定态度, 认为二者属于同一个法律体系, 但分为两个派别“国际法优先说”和“国内法优先说”; “二元说”则与之相反, 认为国际法与国内法分属于两个法律体系; “调和说”则认为, 二者分属两个法律体系, 但在国家不遵守国际法规定时, 不能因国内法的原因拒绝履行国际

---

2) 包括附件1(《货物贸易多边协定》、《服务贸易总协定》和《与贸易有关的知识产权协定》)、附件2(《关于争端解决规则与程序的谅解》)、附件3(《贸易政策审议机制》)。

3) 此处运用了“直接援引”的概念而非“直接效力”。有学者认为直接效力不等于可直接援用性, 可直接援用性只涉及个人在国内法院中援用为个人创设权利的条约中条文, 而直接效力除了包括个人的可援用性外, 还涉及其他问题, 但个人的可援用性是直接效力的核心和先决因素。参见余敏友、陈卫东: “欧共体围绕WTO协定直接效力问题的争论及对我国的启示(一)”, 《法学评论》2001年第3期, 第38页。

法上的义务。

应当看到,国际法与国内法二者之间既有区别,又有联系。对一国生效的国际法(主要包括国际条约和国际习惯法)与国内法一同构成了该国完整的法律体系适用于国家、法人、自然人及其他国内法律关系主体。笔者认为,WTO协定属于国际法中国际条约的范畴,其在各国具体实施的核心问题是如何在国内适用,及在整个法律体系中处于怎样的效力位阶。

该问题进一步引申出国家如何在国内实施国际法规定的问题。国际条约的实施主要有两个阶段:生效和执行。国际条约的生效分两个层面:国际层面上的生效,指的是国家依条约享有权利、履行义务,若违反国际义务则要面临承担国际责任;在国内层面生效则是由国内法律关系主体承担条约规定的具体的权利和义务,以落实国际条约赋予该国的权利和义务。完成缔约程序,国际条约即可于指定日期在国际层面上生效;而在国内层面,则必须要通过国内法规定的程序才能将条约内容适用于国内,即国内法上的“接受”。

## (二)国际条约在国内的适用方式

《维也纳条约法公约》第26条明确规定,各国必须善意履行对其有效并有约束力的条约。但该公约及其他相关国际公约对国际条约在一国内适用的方式并没有明确规定,而是留待其自行规定;加之各国的实际国情不同,国际条约的适用方式实际上取决于各国的宪法性安排。

尽管没有国际统一的规定,从国际条约法的理论和各国实践来看,如果要在一国国内执行一个根据国际法对该国已生效的国际条约,特别是要在该国法院适用该条约的规定裁判案件,需要通过该国国内法把该条约并入该国法律体系。<sup>4)</sup>总结起来,国际条约在国内的适用的方法大致可分为转化式与纳入式,纳入可以进一步区分为自动执行与非自动执行。<sup>5)</sup>

转化是指,一国通过其国内立法机关按国际条约的具体规定制定国内法,之后才

4) 李浩培:《条约法概论》,法律出版社1987年版,第380页。

5) 关于指导这两种国际条约并入国内法律体系方法的学说,有学者如赵建文认为,纳入与转化是分别从一元论、二元论出发得出的,参见赵建文:“国际条约在中国法律体系中的地位”,《法学研究》2010年第6期;而还有观点认为,纳入与转化均可以从一元论、二元论分析得出,并不具有直接的必然联系。参见程保志:“从欧洲法院的判决看WTO法在欧洲法院的适用”,武汉大学硕士学位论文,2005年,第6页。

在国内适用。在此方式下，国内法律关系主体适用的是国内法而非国际法，规避了国际法与国内法位阶冲突等问题；但与此同时，转化的立法成本过高，随着全球经济交流合作日益紧密，国际条约的数量不断攀升，若将每个条约都转化为国内法适用不经济且不现实；并且，有些条约的性质不能够或不适宜进行转化。

纳入是指，一国原则性地宣告将国际条约直接纳入国内法律体系，国内法律关系主体在司法实践中可以直接适用国际条约，而不需将其转化为国内法。其优点是经济简便，且不改变国际条约作为国际法的性质；缺点是要处理国际法的效力等级、直接援引性等问题。笔者认为，直接适用与纳入的概念相同，但直接效力与直接适用不同。直接效力是指个人在国内法院中援引条约的。<sup>6)</sup>直接适用和直接效力也可有如下区分：若条约可直接作为法院在审理案件时判决的依据，则称该条约可被直接适用；若条约可被私人在法院直接援引，则称该条约具有直接效力。但在欧共体法院的判决中，多将二者并为一谈。

### (三) 国际条约的直接效力

依据纳入后是否需要国内补充立法，可以将纳入的国际条约进一步分为自动执行的条约(自执行条约)与非自动执行的条约。自执行条约，在其生效时无需国内法的补充规定，因此可以直接作为私人在国内法院主张权利的依据，对于其中部分具有“可司法性”的条约，法院也可以将其作为裁判案件的直接适用的法律，即有直接援引性。归入非自动执行的条约，需要进行补充立法后才能在被私人 and 国内法院援引。<sup>7)</sup>而通过转化方式在国内适用的国际条约，其表现形式是国内法，不存在不能直接援引的情况。WTO法作为国际条约，能否被私人 and 国内法院直接援引与其在一国内部是否具有直接效力密切相关。

### (四) 国际条约的优先效力

国际条约被纳入一国国内法律体系后，若与国内法规定发生抵触，就会涉及到何

---

6) 余敏友、陈卫东：“欧共体围绕WTO协定直接效力问题的争论及对我国的启示(一)”，《法学评论》2001年第3期，第40页。

7) 慕亚平、洗一帆：“WTO协议在我国国内适用的问题”，《暨南学报(哲学社会科学版)》2003年第1期，第56页。

者优先的效力位阶问题。根据国际条约与宪法、国内法律的位阶层次,各国的作法可大致分为四类:(1)规定条约高于宪法;(2)规定宪法之下,条约的地位高于一般国内法;(3)规定宪法之下,一般国内法地位高于条约;(4)规定条约地位低于国内法。

解决条约与国内法之间的冲突矛盾,要兼顾国家主权原则和条约必须履行原则,二者不可偏废。鉴于此,多数国家采取的做法是规定宪法处于最高地位,条约的地位高于一般国内法。目前,国际法的集中趋势不断加强,但仍处于形成阶段,尚无统一性的立法、行政、司法机关。国家仍是国际社会的最重要主体,主权是国家在国际社会活动的根本。在这样的情况下,宪法作为一个国家的根本大法,具有最高法律地位和最高法律效力,维护一国人民的根本利益,并且具有高度稳定性,所以其地位应高于条约。若将条约的地位置于宪法之上,则一国的主权得不到充分的保护,人民的利益得不到稳定保障,无异于本末倒置。

同时,国家也是条约的参与制定者,负有条约必须履行的义务,否则就要承担国际责任。规定条约高于一般国内法,当二者发生冲突时以条约为准,便可以规避这类国际不法行为。国际条约的签订也必定体现着一国利益,且修改一国国内法比起修改条约更为经济,更有利于国际法的集中化。

## 二、中国贸易政策合规工作的实践

贸易政策合规工作是根据WTO协定审查并对相关国内法进行立、改、废以使其符合WTO法要求的过程,属于转化适用的范畴。中国主要通过修改现行法和制定符合WTO协定要求的新法来进行合规工作,<sup>8)</sup>自入世以来短时间内进行了大量的法律清理工作,<sup>9)</sup>主要运用转化的方式在国内基本实施了WTO法。张乃根进一步将其具体划分为三种类型<sup>10)</sup>,一是对应式转化,例如根据WTO《反倾销协定》、《补贴与反补贴协定》制定了《反倾销条例》、《反补贴条例》;二是归纳式转化,如

8) 《中国加入WTO工作组报告》第67条。

9) “中国已建立符合世贸组织要求的法律体系,清理了3000多部法律、法规和规章,对贸易体制和政策进行了全面的调整,使中国的对外经贸体系与世贸组织的规则和我们的承诺相一致。”参见商务部新闻办:《中国与世贸组织:回顾和展望》(2010年7月22日)<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/ae/ai/201007/20100707037241.html>,最后访问2016年4月9日。

10) 张乃根:“论WTO法下的中国法制变化”,《法学家》2011年第1期,第18页。

《对外贸易法》的修订综合了《中国入世议定书》第5条、《关贸总协定》第20条一般例外、《服务贸易总协定》第14条一般例外等多项不同WTO法文件规定的要求。三是分散式转化，即根据一项WTO法文件修改多项不符合要求的相关国内法规定，或分散地转化为多个国内法的规定。

### (一) 中国国内适用WTO法的方式

国际法学界对运用转化还是纳入实施WTO法尚存在争议。如慕亚平、陈寒枫等学者认为，对WTO法原则上应当采取纳入的做法。<sup>11)</sup>由于WTO协定范围极其广泛，涉及货物贸易的关税与非关税措施、服务贸易、知识产权保护、与贸易有关的投资措施等，而中国缺乏这些方面的配套法律，或现有内容与协定要求不符，转化的成本过高、耗时过长，不符合贸易快速发展的需要。还有一部分原则性的条文如《建立世界贸易组织协定》等不能够被转化。因此，他们认为对于尚未被转化立法的大多数WTO协定，可以宣告其可以直接适用于中国。

结合理论与实践，目前中国在国内适用WTO法的方式仍主要是转化。WTO协定的直接适用性被2002年最高院发布的司法解释所排除。<sup>12)</sup>主要原因有如下几点：

首先，采取纳入的方式在国内适用WTO法有很大的困难。中国尚有很大部分贸易政策需要进行合规处理，且入世时间尚短、缺乏中文的官方作准文本，国内司法及行政机关直接适用WTO法的能力不足。尤其是，WTO法中有一些不适宜直接适用的条款。如《进出口许可程序协定》、《政府采购协定》等一些WTO协定要求成员国制订相应的国内法律、法规或者行政措施，不能直接援引，必须补充立法。再如虽然有结合实际情况区别对待发展中国家的规定，但关于具体如何履行规定得很模糊。若直接适用而不进行补充立法，中国就不能享有差别待遇了。还有中国在DSB程序中被裁定与协定规定不符等原因需要补立、改、废才能符合WTO法要求的国内法等。例如，成员在被DSB裁决国内法与WTO法不符时需要修改国内法，

11) 陈寒枫、周卫国、蒋豪：“国际条约与国内法的关系及中国的实践”，《中国政法大学学报(政法论坛)》2000年第2期，第69页。

12) 2002年10月1日起施行的《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第7条规定：“根据行政诉讼法第五十二条第一款及立法法第六十三条第一款和第二款规定，人民法院审理国际贸易行政案件，应当依据中华人民共和国法律、行政法规以及地方立法机关在法定立法权限范围内制定的有关或者影响国际贸易的地方性法规。地方性法规适用于本行政区域内发生的国际贸易行政案件。”

并且成员无权拒绝执行专家组的裁决。<sup>13)</sup>

其次，如前文所述，WTO法并未规定应以何种方式在国内适用，选择转化适用并不违背WTO规则。并且当国内法与协定不符时，当事方可以根据《WTO 争端解决规则及程序谅解书》(DSU)第 22 条规定选择通过谈判达成补偿协议，而不是直接以与协定不符为由主张国内法无效。<sup>14)</sup>

再次，美国、欧盟等主要成员方都选择了转化适用。WTO协定是多国之间谈判、妥协的结果，而随着国内外经济和政治环境的变化，各方可能根据自己的利益对协定进行修改。因此 WTO贸易政策具有灵活性，稳定性较弱，不适宜纳入国内法律体系直接适用。

## (二)拟定中的贸易政策合规性审查方法

在贸易政策涉及对象多、协定内容广泛的条件下，对拟定的贸易政策进行合规审查需要建立一个广泛适用的评估方法：确定贸易政策措施所涉及的对象，找到其可能适用的协定，并在此基础上进行分析和推理以确定贸易政策是否符合WTO法。

### 1、识别限制性贸易措施

探求进行合规性评估的具体方法，首先要限定易致世贸组织成员合规性怀疑的贸易政策种类。尽管商务部《办法》的附件中列举了可能影响贸易的政策措施，但并不是这些贸易政策都会引发是否合规的质疑。只有妨碍其他成员利益的“限制性贸易措施”，即对贸易产生限制性影响，引发贸易量在成员间不公再分配的政策，才是引发争端和投诉的主要对象。<sup>15)</sup>特别是自2016年开始中国“非市场经济地位”条款将自动失效，针对中国的反补贴调查会增多，要特别关注地方补贴政策的合规性。

13) 《关于争端解决规则与程序谅解》(DSU)第16条第4款以及第17条第14款的规定。

14) 在美国1974年贸易法301-310节案(United States-Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, report of the Panel released on 22 December, WT/DS152/R para.772.)中，专家组报告认为：在直接效力原则下，该原则在共同体法律体系中广泛存在并存在于特定的自由贸易协定中，成员国应负的义务被解释为可为个人创设可执行的权利和义务。无论是GATT还是WTO到目前为止都没有被如此解释为可产生直接效力的法律制度。因此可得出结论：GATT对WTO并没有创制以协调缔约方或成员与其公民之间权利义务为内容的新的法律秩序。

15) 余敏友：“试论贸易政策合规性审查的方法”，《国际贸易》2015年第12期，第103页。

## 2、限制性貿易措施分類

其次，探究如何将贸易政策进行分类，从而便于寻找对应的WTO法规定。余敏友将其分为以下几个步骤：

第一步，根据贸易政策涉及的对象是货物、服务、知识产权或特定产品、领域来进行划分。复合型政策可能涉及多个对象；还有一些政策可能涉及某个对象，但实质上对另一个对象构成影响。第二步，将按对象划分的贸易政策进一步细分。与货物贸易相关的措施一般按照国内措施和边境措施分类，服务贸易相关措施按服务模式分类，知识产权则按种类划分。第三步，对政策进行准确描述，以防止出现歧义引发其他成员不必要的起诉。如加拿大与挪威诉欧盟海豹制品案中，因对欧盟并未明文禁止海豹产品的销售，仅规定了三项例外条款，双方就该贸易政策的是否具有限制海豹产品贸易的含义产生了争议。<sup>16)</sup>

## 3、法律發現

再次，要寻找各分类政策分别对应的WTO法规定。在地方政府如广东、深圳的合规实践中，一般按照WTO原则进行划分，来确定哪些规定可以适用于该措施。这是因为，虽然WTO协定范围极其广泛，但WTO原则始终贯穿其中作为指导，在协定中多有体现。并且，WTO原则的要求体现了实施WTO协定的目的，符合中国进行贸易政策合规性审查的初衷。合规工作主要涉及的原则有：(1)非歧视性原则(国民待遇和最惠国原则)(2)市场准入原则(包含关税、其他税费、数量限制、非关税壁垒四个方面)(3)不公平贸易原则(反倾销和反补贴措施)(4)例外原则(肯定抗辩，如GATT1994第20条一般例外条款；积极权利，如采取保障措施的权利)。

在确定与适用的原则后，就可进一步发现适用的具体法律条文。若出现贸易政策较为复杂，适用多个原则，或数个原则分散规定在不同的协定中的情况，需要进一步确定相关WTO法的位阶，以确定适用哪项规定。当适用的数个条文规定在位阶相同的协定中并出现内容冲突时，应先行寻找协定内是否有冲突规定。<sup>17)</sup>由此确定了

16) 同上。

17) 《马拉喀什建立WTO协定》第16.3条规定：“在本协定的条款与任何多边贸易协定和条款产生冲突时，应以本协定的条款为准。”此外，《关于附件1A 的总体解释性说明》也指出，如果GATT 1994 的条款与附件 1A 的另一协定的条款产生冲突，则以该另一协定的条款为准。若所适用的同位阶协定条文之间并未发生内容冲突，如GATT1994第19条和《保障措施协定》则



应当适用的WTO法后，再行确定对应适用的具体条文。

#### 4、法律分析

完成贸易措施定性、分类，并找到适用的法律条文后，需要在此基础上进行法律分析，以判断该贸易措施是否符合WTO法的规定。一般可利用三段论的方法进行法律推理，即归纳出大前提(法律条文是如何规定的)以及小前提(争议贸易措施的事实为何)从而得出结论，认定该贸易措施是否合规。

### 三、新一轮贸易政策合规工作的特点及改进方案

随着经济全球化的不断深入，中国与世界各国的经济联系将会愈加紧密，通过合规工作全面实施WTO协定，是中国进一步提高开放型经济水平的必然要求。

在近期的审议中，中国的贸易政策已经成为世贸组织成员关注的重点。如在“美国对华铜版纸案”中，美国商务部指出，中国政府制定的《中华人民共和国国民经济和社会发展的第十个五年计划纲要》、《林业发展第十个五年计划》以及《造纸产业第十个五年计划》强调为造纸业“提供贷款支持”，因此将中国纸制品企业从中国国有商业银行获得的商业贷款定性为“政府贷款”，对中国同时启动了反倾销和反补贴措施。针对这种情况，2014年国务院办公厅、国家商务部先后发布了《关于进一步加强贸易政策合规工作的通知》和《贸易政策合规工作实施办法(试行)》(下文简称国务院办公厅《通知》和商务部《办法》)，对合规工作提出了新的要求。

#### (一)新一轮合规工作的特点

中国新一轮的贸易政策合规工作已逐渐由被动合规转为积极主动，主要体现为以下几点：

---

应重叠适用。

## 1、合规性审查前置化

根据国办《通知》的要求，中国各级政府将主动规范自身行为，取代上一轮“先出台、再完善”，事后进行大规模法律清理的工作方式。《通知》要求，“从源头抓起”，预先审查拟定的贸易政策，确保新政策合规，以提高对外开放政策的稳定性、透明度和可预见性。以国务院各部门为例，在拟定贸易政策时进行合规性评估后，在正式发布时须抄送给商务部；如有必要，还应在送审或发布前就是否合规征求商务部的意见。

## 2、合规程序制度化

商务部《办法》第四条至第九条具体规定了世贸组织成员提起合规问题的形式及实质要求，以及商务部、国务院各部门及地方政府应对合规问题的程序，使得合规工作有规则可循。并且，对责任范围规定得更为细化，如对国务院部门拟定贸易政策的征求意见稿，商务部“应当”给出书面意见；对商务部审查、答复的时限也有了明确的规定。对于地方各级政府及部门的合规工作，参照《办法》自行开展。截止2015年12月2日，已有浙江、贵州、天津等16个省级人民政府办公厅或商务主管部门依据以上两个文件制定了具体落实措施。

例如，2015年10月出台的《国家税务总局关于印发〈税收政策合规工作实施办法（试行）〉的通知》中，规定设区的市以上税务机关“应当”对税收政策进行合规性评估，并且在第5条中规定了负责机构（设区的市以上税务机关政策法规部门）和未进行合规性评估的后果：“办公厅不予核稿，局领导不予签发”。各地方及部门根据《办法》制定的政策合规措施逐渐具体、完善，更有利于实践中的执行。

## 3、合规范围扩大化

根据商务部《办法》，不仅是世界贸易组织成员对中国贸易政策提出的合规问题，对国务院有关部门和地方各级人民政府及其部门制定或拟定的贸易政策涉及的合规问题也着力解决。摒弃以往被动地被裁定不合规再进行修改的态度，主动进行合规审查，可从根本上避免贸易政策与WTO法不符的情况发生，大大减少了卷入诉讼的可能性，有利于WTO协定在国内的实施。

由之前着重清理法律法规,细化到专门重点审查行政规章、规范性文件和其他政策措施,是一大进步。近年,贸易摩擦案件数量增多,且多集中于地方政府的补贴政策诉讼。一方面原因是在改革开放的进程中,很多地方政府为促进对外贸易发展,出台了很多补贴、优惠政策,造成了贸易环境的不公平,也不符合WTO协定的要求。

## (二)新一轮合规工作中主要问题及完善方案

国外观察家一致认为:中国的合规性表现为“选择性适应”。中国在国内法中规定了一部分国际贸易规范,涉及透明度和知识产权中的规则制定以及投资等方面,但拒绝对市场准入,知识产权保护,反倾销,这些能够反映WTO实质性义务的内容进行规定。因此,他们认为中国并未完全在国内实施WTO协定。<sup>18)</sup>

做好贸易政策合规工作的主要目的是在中国国内实施WTO协定,并不仅仅是传统意义上条约的执行,更涉及国内法制整体的变革。有学者指出,除了履行国际法义务,其还对成员内部宪政制度有所影响。<sup>19)</sup>因此,必须结合行政、司法实践,确立合规工作的改进方向,为WTO协定的实施提供统一的法律指导。

### 1、國內法与WTO法的關係問題

关于条约法律地位问题,是贸易政策合规工作要解决的先决问题。首先,条约是以法律身份在国内适用还是需要获得法律效力后再适用;其次,采用转化、纳入抑或两者兼顾的适用方式;再次,当国内法规定与WTO法冲突,或国内法没有规定、规定模糊时,何者优先。关于这些问题,中国缺乏具体规定,只有外交声明等一些位阶较低的文件,且内容较为片面,致使法院、行政机关在实践中做法不明确、不统一,无疑阻碍了WTO协定在中国的实施。对此问题,建议修改中国《宪法》,规定条约的批准及在国内的法律地位与条约的国内法效力以及条约在国内适用的方式,明确中国法律体系中包含对中国生效的条约。<sup>20)</sup>

18) Webster T: Paper Compliance: How China Implements WTO Decisions, Ssrn Electronic Journal, 2013, pp554.

19) 范明志:“WTO协定对欧盟法的影响及启示—从欧盟法院的角度”,《法学论坛》2003年第6期,第18页。

20) 张乃根:“重视国际法与国内法关系的研究”,《政治与法律》1999年第3期,第57页。

## 2、條約并入國內法律体系的方式問題

美国《宪法》规定，条约在国内具有和宪法一样的最高法律效力。<sup>21)</sup>此规定明确了条约是作为法律在美国适用的。而在一些欧洲国家如德国、法国，条约则多需要获得法律效力后才能在国内适用。<sup>22)</sup>英国在1998年通过了《人权法案》，以授权《欧洲人权公约》在英国法院的适用。

虽然中国没有明确的法律规定，但通过一系列司法解释、外交声明或行政文件如《最高人民法院关于执行我国加入的(承认及执行外国仲裁裁决公约)的通知》，以及中国1990年在联合国对《执行(禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约)的报告》所作的说明，国际条约一经生效就直接并入中国法律体系，不须通过国内法公布。

## 3、條約和國內法何者有优先效力問題

应修改《立法法》等相关法律，规定条约优于“同一位阶”的国内法。中国《民法通则》、《民事诉讼法》等一系列法律和行政法规中都规定国际条约和中国国内法冲突时，适用国际条约的规定。1987年《关于处理涉外案件若干问题的规定》<sup>23)</sup>以及最高人民法院《关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》<sup>24)</sup>的规定都表明中国采取的是优先适用条约规定的一般立场。

但是，笼统地说“条约地位高于国内法”是不确切的，因为条约之间的地位也有所差异，而条约与国内法之间的冲突只有两者位于同一法律位阶时才会产生。<sup>25)</sup>根据美国《宪法》，总统只能在取得多数议员“意见和同意”的情况下才可批准一项“条约”<sup>26)</sup>。对于没有得到上述的“意见和同意”的协定，即使已经总统签署也只能成为一

21) 美国《宪法》第2条第2节规定，“在美国的权力下缔结的一切条约，与美国宪法和根据该宪法制定的法律一样，都是美国最高的法律。”

22) 如德国《基本法》第59条规定：“所有规定联邦共和国政治关系或涉及联邦立法事项的条约，必须要经过联邦法律加以规定才能取得在德国法律上的效力。”

23) 1987年8月27日外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于处理涉外案件若干问题的规定》指出：“当国内法以及某些内部规定同我国所承担的条约义务发生冲突时，应适用国际条约的有关规定。”

24) 最高人民法院在2000年4月17日发布的《关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》中指出：“对我国参加的国际公约，除我国声明保留的条款外，应予优先适用。”

25) 张乃根：“论我国人世对国内体制的影响及反思”，《世界贸易组织动态研究》2006年第12期，第15页。

项“行政协定”，效力低于“条约”。法国《宪法》第55条规定，条约生效后具有高于国内法的效力。<sup>27)</sup>2014年全国人大外事委员会委员傅莹和崇泉等曾在《立法法》修正案草案审议中提出，修改《立法法》，将条约纳入其调整范围，并规定条约与条约之间、条约与各层次国内法之间的法律效力关系。

#### 4、國內審查問題

商务部《办法》中主要规定了世贸组织成员向中国政府提出合规问题的处理程序，但并未规定若在国内适用贸易政策实施WTO协定进程中出现不合规问题应如何处理。被动地等待WTO进行外部审查，缺乏中国内部对合规问题的监督机制。若出现不合规问题，不能在国内法层面及时解决，易使中国陷入不合规诉讼。

《反倾销协定》、《反补贴协定》、《TRIPS协定》以及GATT第10条，都规定成员需建立司法审查制度。行政机关出台的政策与具体行政措施同样是审查的对象。这些协定都要求成员方建立司法审查法庭，并有权提起司法审查；审查程序应当客观、公正。<sup>28)</sup>中国的反倾销、反补贴条例在2001年增加了司法审查的规定其后出台的最高院的司法解释为司法审查制的实施提供了具体的程序规则。在采用分权制衡理论的欧美国家，司法与立法二者的关系互相监督制约得以平衡。但在中国，法院缺乏对立法部门制定的国内法的审查权。而在欧美国家，这种权力是司法审查制度的认定标准。<sup>29)</sup>

建议完善司法审查制度，使国内法院对行政政策的合规性进行外界监督。行政机关自身作为政策制定者，对是否合规的评估难免有偏颇之处；法院在审判实践中遇到的问题和积累的经验也可为合规工作提供进一步指导。运用司法审查程序，发现贸易政策在实施中的不合规问题，不仅保障了政策的合规性，也保障了受行政行为影响的当事人的合法权利。

---

26) 美国《宪法》第2条第2节第2项，只有取得参议院出席会议三分之二议员的“意见和同意”的情况下，总统才可批准一项“条约”。

27) 法国《宪法》第55条规定，“经过合法批准或核准的条约或协定在公布后，具有高于法律的权威，但以缔约他方实施该条约或协定为条件。”

28) Cao Jianming, *WTO and the Rule of Law in China*, Temple International and Comparative Law Journal, 2002,16(2), pp120-126.

29) 聂资鲁：“论WTO反倾销司法审查条款及其借鉴”，《财经理论与实践》2012年第2期，第83页。

## 5、實踐中的其他問題

一是國際規則意識不夠。各部門及基層缺乏遵守WTO法的概念，對WTO法的規定以及不合規的後果不夠重視。應對此問題，需對工作人員進一步加強宣傳和培訓。商務部將赴各部門和地方政府宣講《通知》，進一步提高國際規則意識。

二是專業人員配置不足。WTO合規工作涉及協定範圍廣，要求工作人員熟悉了解協定內容、措施制定等，同時合規工作涉及多個行業領域，如服務業、知識產權、補貼、農業等等，需要專門的人才提供專業知識以科學制定貿易政策。除了商務部世界貿易組織司定期對全國的合規工作人才進行培訓之外，各地政府及部門還可組建“專業諮詢隊伍”進行政策合規性審議評估工作。

例如，《國家稅務總局關於印發〈稅收政策合規工作實施辦法(試行)〉的通知》中規定，設區的市以上稅務機關可以根據需要建立“合規工作專家支持體系”，可以“邀請有關部門、專家學者、中介機構等對稅收政策的合規性和引發國際貿易爭端的风险進行論證”，從而使稅收政策的合規性評估進一步科學化。

三是缺少各部門間的配合。合規工作需要多部門配合完成，基層部門應當主動向審議中心遞交材料，對易致合規性審查的限制性貿易措施進行審議。商務部也將對貿易政策進行評估，包括擬定中和已有的政策，並提出合規性意見。

在此問題上，深圳市的做法值得參考：深圳市成立了專門的“世貿組織事務中心”負責合規工作，由該中心牽頭，各級部門與其制定、審查貿易政策過程中進行配合。市人大法工委在擬定有關法規時，向該中心尋求建議；市法制辦在審查政府各部門貿易政策時，將其移送該中心審查；各區制定相關貿易政策時，交由中心進行評估。<sup>30)</sup>

### (三) 貿易政策合規的促進方法——以補貼政策為例

近年來，中國卷入的國際貿易摩擦案件不僅在數量上有逐漸增多的趨勢，而且涉及金額大、涉及範圍廣，既涉及勞動密集型產業，也涉及高新技術產業。以深圳市為例，截至2014年8月6日，直接涉及該市企業的国际貿易摩擦案件達158起。同時，世貿組織其他成員對中國採取的貿易救濟措施更加多樣化，除“兩反兩保”外，其他

30) 參見商務部網站：《深圳貿易政策合規工作的實踐探索》，2015年6月15日，<http://www.mofcom.gov.cn/article/resume/dybg/201506/20150601012337.shtml>，最後訪問時間2016年5月21日。

限制措施<sup>31)</sup>也频频出现,甚至多种措施叠加使用。

中国加入WTO协定的目的是为了争取在世界经济贸易活动中的更大利益和话语权。因此,在实施WTO协定、推进自由贸易的同时,也要善于维护国家的主权利益,摆脱消极被动的局面。特别是2016年中国非市场经济国家地位自动失效后,美国等主要成员针对中国的贸易救济措施会有所转变,针对中国政府的贸易补贴政策提起更多的调查。下文将以补贴政策的合规工作为例,结合欧美的成熟做法,研究如何运用WTO法维护国家利益,应对外部贸易调查。

《补贴与反补贴协定》(SCM协定)项下适用的补贴行为需要满足三个标准:(1)补贴为政府行为(2)补贴为财政行为(3)使相关企业(行业)获得了利益。其中具有SCM协定第二条规定的专向性的禁止性补贴(即“红灯补贴”)和可诉补贴(“黄灯补贴”)中侵害其他成员利益的部分会陷入诉讼风险。“绿灯补贴”则为不可诉补贴的范畴,但已经被废止。关于如何避免补贴政策陷入诉讼,欧美等成员兼顾国家经济主权和政策合规性的成熟立法值得中国研究。

以欧盟和美国的新能源补贴政策为例,研究中国如何使补贴政策合规化。该项政策应对气候变化,开发新能源的“绿色化”目的符合《1994年关税与贸易总协定》(GATT1994)第20条规定了可以突破GATT规则的一般例外条款。例外条款中的两项:(b)为保护人类、动植物的生命或健康所必需的措施;(g)与国内限制生产与消费的措施同时实施的为有效保护可用竭的自然资源的有关措施。<sup>32)</sup>但认定(b)中的“必需”和(g)中的“有关”较为困难,不能直接认定合规。因此,欧盟及成员国、美国运用了其他方式合理规避合规问题,值得中国借鉴:

## 1、建立统一的制度体系

欧盟设定了各成员国进行新能源开发的总体运行框架,并规定了较为具体的目标。2009年4月23日,欧洲议会和欧盟理事会颁布了《关于促进可再生能源使用及修订和废除2001/77/EC和2003/30/EC指令的第2009/28/EC号指令》,该指令的目的是建立一个统一的可再生能源利用框架,同时为各成员国设定了强制性的减排目标以及可再生能源的使用比重(如下表)<sup>33)</sup>。

31) 337调查、反垄断、以国家安全、环境保护、劳工标准等限制措施。

32) 《1994年关税与贸易总协定》(GATT1994)第20条的规定。

33) 邱天元:“WTO框架下的新能源补贴合规性研究”,华东政法大学硕士学位论文,2014年,第107页。

图表 1

成员国	2005年(%)	2020年的目标(%)
比利时	2.2	13
保加利亚	9.4	16
捷克	6.1	13
丹麦	17	30
德国	5.8	18
爱沙尼亚	18	25
爱尔兰	3.1	16
希腊	6.9	18
西班牙	8.7	20
法国	10.3	23
意大利	5.2	17
塞浦路斯	2.9	13
拉脱维亚	32.6	40
立陶宛	15	23
卢森堡	0.9	11
匈牙利	4.3	13
马耳他	0	10
荷兰	2.4	14
奥地利	23.3	34
波兰	7.2	15
葡萄牙	20.5	31
罗马尼亚	17.8	24
斯洛文尼亚	16	25

而中国关于新能源开发的整体规定只有《可再生能源法》、《电力法》和《预算法》三部法律，以及一些部门规章<sup>34)</sup>和规范性文件。涉及某项具体问题，政府还会

34) 如《可再生能源发电有关管理规定》、《可再生能源发电价格和费用分摊管理试行办法》等。



集中出台一些刺激性措施，如2013年中国政府连续颁布六项补贴政策以促进面临困境的光伏产业发展。缺点在于缺少系统性、计划性，规定较为零碎，且多散见于一些位阶不高的规范中。建立统一的新能源补贴制度体系，系统地规定于一部法律之中，有利于防止因贸易政策之间因不合规而导致的冲突。

## 2、將直接補貼轉化為間接補貼

尽量避免出台对生产和流通环节的补贴政策，而是针对各生产要素如新能源技术的研发和修建公共基础设施进行间接补贴。这个方法更具有隐蔽性和间接性，例如美国政府的“免除绿色建筑许可费政策”就属于间接补贴的范畴，通过补贴设施建设达成鼓励新能源建筑发展的目的，有效避免了被直接认定为禁止性补贴。中国于2009年修订的《电力法》第五条也要求电力行业利用可再生能源或清洁能源发电的新技术以降低污染。间接补贴的做法既能通过间接方式支持新能源产业发展，又可以规避诉讼。

## 3、運用競標、配額等方式減少專向性

SCM协定第2条规定，“授予当局确定或根据立法制定了补贴获取资格与数额的中立标准或条件，只要资格是自动获取的，并且标准和条件得到了严格的遵守，则该补贴不具有专向性。”英国1990年实施的《非化石燃料公约》(NFFO)规定，以竞价方式确定供电的可再生能源发电企业，中标企业可享受政府的差额补贴。瑞典政府要求电力供应商每年必须购买一定配额指标的绿色电力证书，对未完成当年指标者，将处以购买未达标证书所需的平均价格150%的罚款。<sup>35)</sup>

以上三条建议对新能源补贴政策以外的补贴政策也适用。在当前国际贸易保护主义有所抬头，贸易摩擦明显增加的背景下，如何摆脱被动接受调查的局面，增强中国制定国际规则方面的话语权，需要向欧美等立法成熟的主要成员学习如何拟定贸易政策，维护国家经济主权的同时合理规避合规问题。

---

35) 邱天元：“WTO框架下的新能源补贴合规性研究”，华东政法大学硕士学位论文，2014年，第99页。

## 结语

在新形势下，中国的贸易政策合规工作由被动转为主动，从阶段性变成常态化，从后期清理变为前置审查，体现了中国增强贸易政策合规性、遵守WTO法规定的决心。条约与国内法的关系问题，关系着WTO协定在中国的实施，应在《立法法》、《缔约程序法》，若有可能甚至在《宪法》中补充对条约在国内法律地位、与国内法的地位关系及适用方式等内容的规定。贸易政策合规性的一般性审查方法多存在于各地的实践中，笔者建议地方政府结合各地处理贸易摩擦案件的情况将经验做法制度化，以促进合规性评估工作规范进行。建议国务院应明确各地合规工作的主管机构，建立上下级联动、各部门配合的工作体系，并在机构设置、人员编制与资金保障方面给予专项支持。在兼顾合规性与经济主权保护方面，欧美的做法可以为中国提供借鉴，进行合规问题的合理规避。从中国加入WTO协定的目的及发展中国家的地位出发，遵守WTO规则的同时，中国也需积极参与国际规则的制定，并利用规则以及贸易救济措施保护国家利益不受侵害。

투고일 : 2016.10.13. / 심사완료일 : 2016.12.10. / 게재확정일 : 2016.12.20.

[參考文獻]

- 慕亞平、洗一帆：“WTO協議在我國國內适用的問題”，《暨南學報(哲學社會科學版)》2003年第1期。
- 曾令良：“歐共體及其成員國在WTO中的双重法律地位以及對中國的影響”，《法學評論》1999年第2期。
- 湯 諍：“WTO法在中國之适用”，《華中師範大學學報(人文社會科學版)》2004年第6期。
- 余敏友等：“歐共體圍繞 WTO 協定直接效力問題的爭論及其對我國的啓示(二)”，《法學評論》2001年第4期。
- 范明志：“WTO協定對歐盟法的影響及啓示－從歐盟法院的角度”，《法學論壇》2003年第6期。
- 陳衛濱：“中國法院如何适用WTO規則”，《人民法院報》2002年9月30日。
- 張乃根：“論WTO法下的中國法制變化”，《法學家》2011年第1期。
- 左海聰：“世界貿易組織的現狀與未來”，《國際法研究》2015年第5期。
- 劉敬東：“多邊體制 VS區域性體制：國際貿易法治的困境與出路——寫在WTO成立20周年之際”，《國際法研究》2015年第5期。
- 張乃根：“論我國入世對國內體制的影響及反思”，《世界貿易組織動態研究》2006年第12期。
- 劉敬東：“論‘加入議定書’在WTO法律體系中的定位”，《國際法研究》2014年第2期。
- 程保志：“從歐洲法院的判決看WTO法在歐洲法院的适用”，武漢大學碩士學位論文，2005年。
- 楊國華：“WTO對中國法治建設的影響”，《國際法研究》2015年第5期。
- 余敏友、陳衛東：“歐共體圍繞WTO協定直接效力問題的爭論及其對我國的啓示(一)”，《法學評論》2001年第3期。
- 張乃根：“重視國際法與國內法關係的研究”，《政治與法律》1999年第3期。
- 余敏友：“試論貿易政策合規性審查的方法”，《國際貿易》2015年第12期。
- 趙建文：“國際條約在中國法律體系中的地位”，《法學研究》2010年第6期。
- 吳迪：“WTO規則在中國法院間接适用理論與司法實踐評析”，《世界貿易組織動態與研究》2012年第3期。
- 高江南：“論WTO協議在我國法院的适用——以該協議在美國的适用為借鑒”，《法商研究》2002年第1期。
- 張松松：“WTO規則與中國法的融合及适用”，哈爾濱工程大學碩士學位論文，2005年。
- 陳寒楓、周衛國、蔣豪：“國際條約與國內法的關係及中國的實踐”，《中國政法大學

學報(政法論壇)》2000年第2期。

劉永偉：“國際條約在中國適用新論”，《法學家》2007年第2期。

邱天元：“WTO框架下的新能源補貼合規性研究”，華東政法大學碩士學位論文，2014年。

曾令良：“中國加入WTO及其司法審查制度的完善”，《武漢大學學報(社會科學版)》2001第3期。

聶資魯：“論WTO反傾銷司法審查條款及其借鑒”，《財經理論與實踐》2012年第2期。

詹宇思、瓦茨修訂：《奧本海國際法》，中國大百科全書出版社1995年版。

王鐵崖：《國際法引論》，北京大學出版社1998年版。

李浩培：《條約法概論》，法律出版社1987年版。

JH Jackson, Status of Treaties in Domestic Legal Systems: Policy Analysis, Working Papers, 1992.

JY Qin, Trade, Investment and Beyond: The Impact of WTO Accession on China's Legal System, The China Quarterly, 2007, 191(191).

J H. Jackson, The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on treaty law and economic relations, American Journal of International Law, 2001, 95(4).

M.U.Killion, Post-WTO China and Independent Judicial Review, Houston Journal of International Law, 2004(March).

Clarke D C, China's Legal System and the WTO: Prospects for Compliance, Ssrn Electronic Journal, 2003(1).

Cottier T, The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law, Journal of International Economic Law, 1998, 1(1).

Truedsson M., China and the WTO - Legal Restructuring in Preparation for the Accession, International Meeting on "China, Global Imbalances & the Global Multilateral Economic System" organized by Evian Group and The Royal Institute of International Affairs, 2006, 14(1).

Cao Jianming, WTO and the Rule of Law in China, Temple International and Comparative Law Journal, 2002, 16(2).

Webster, Timothy. Paper Compliance: How China Implements WTO Decisions, Ssrn Electronic Journal, 2013.

[摘要]

## 论中国的贸易政策合规工作机制

马光\*、李净欣\*\*

进行贸易政策合规工作的目的，就是履行中国国内层面的WTO义务，以促进WTO协定在中国国内的实施。其理论基础是国际法与国内法的关系问题。做好合规工作，首先要厘清WTO法作为条约在国内的法律地位及与国内法的相互关系问题，本文将在第一部分对相关理论进行概述。其次，关于条约如何在国内适用问题，是各成员实施WTO协定的核心内容，但国际法上对适用方式并无统一的规定。本文结合中国合规工作的实践与学界理论，在第二部分分析中国在国内适用WTO法的方式，即合规工作的国际法原理。同时，运用实证分析的方法，结合深圳、广东等省市的合规工作经验，总结出评估贸易政策合规性的一般性工作方法。为更好融入世界贸易体制规则，减少贸易摩擦，中国新一轮以前置化、主动化、制度化为特征的合规工作正在展开。在第三部分，本文归纳了新一轮合规工作的特点及需要改进之处。值得中国参考的是，欧盟和美国作为WTO协定的主要成员，在贸易政策出台及合规性审查方面有较成熟的机制。通过分析借鉴欧美国家关于合规工作的法律规定与实践，结合中国的现实国情，本文提出新一轮贸易政策合规工作的改进方案。最后，本文以“非市场经济国家地位”失效后即将面临大量调查的补贴政策为例，讨论如何做好合规工作的同时兼顾保护中国经济主权利益。

关键词：贸易政策合规、转化适用、WTO法

\* 浙江大学光华法学院副教授，中国律师。

\*\* 浙江大学光华法学院研究生。

[국문초록]

중국의 무역정책 국제규범 합치성 검토제도에 대한 연구

마 광\* · 이정훈\*\*

무역정책 국제규범 합치성에 대해 검토하는 목적은 중국 국내차원의 WTO의무를 이행하여 WTO협정이 중국 국내에서의 시행을 추진하려는 데 있다. 그 이론기초는 국제법과 국내법의 관계문제이다. 이러한 검토를 위해 우선 WTO법이 조약으로서 국내에서 가지는 법적지위와 국내법과의 관계문제를 명확히 해야 하는데 본 논문은 첫 부분에서 관련 이론에 대해 간단히 소개하고자 한다. 다음으로, 조약이 어떻게 국내에서 적용되는가 하는 문제인데, 이는 각 회원국들이 WTO협정을 이행하는데 있어 핵심문제이나 국제법에서는 그 적용방식에 대해 통일된 규정을 두고 있지 않다. 본 논문은 중국의 무역정책 국제규범 합치성 검토제도의 실무와 학계이론을 결부하여 제2부분에서 WTO법의 중국 국내 적용방식을 분석하였는데 즉 검토의 국제법근거를 살펴보았다. 동시에, 실정분석의 방법을 이용하여, 심천, 광둥 등 지역의 관련경험과 결부하여 일반적으로 적용되고 있는 검토방법을 지적하였다. 세계무역규범을 잘 준수하고 무역마찰을 감소시키기 위하여 중국은 규범의 시행 전 사전적인 검토를 대대적으로 추진하고 있다. 제3부분에서는 이러한 검토의 특점과 개선되어야 할 부분에 대해 지적하였다. 미국과 EU는 WTO의 주요 회원국으로서 무역정책의 출범과 국제규범 합치성에 대한 검토에 있어 비교적 성숙된 경험을 갖고 있었다. 이들 국가의 관련 규정과 실무에 대한 분석의 전제 하에 중국의 실정에 결부하여 본 논문에서는 개선방안에 대해 제시하였다. 마지막으로, 본 논문은 비시장경제국가라는 규정이 만료한 후 대폭 증가할 가능성이 높은 상계관세 조사를 예로 합치성 검토를 잘 함과 동시에 어떻게 중국의 주권이익을 보호할 것인지에 대해서도 논의하였다.

주제어 : 무역정책검토, 변환적용, WTO법

\* 중국 절강대학교 법과대학 부교수, 중국 변호사.

\*\* 중국 절강대학교 법과대학 대학원생.

[Abstract]

## On the Compliance Mechanism of China's Trade Policy

Ma, Guang\* · Li, Jingxin\*\*

The purpose of carrying out the work of trade policy compliance is to perform the WTO obligations at the domestic level, in order to promote the implementation of the WTO agreement in our country. The theoretical basis of compliance work is the relationship between international law and domestic law. Aiming at doing better in the work of trade policy compliance, China's government is supposed to clarify the legal status of the WTO treaties in the country as well as the relationship between the domestic law and the treaties. The article will briefly introduce the relevant theory in the first chapter. Secondly, methods of applying the treaties to the domestic law system should be highlighted, which is the core content of the implementation of the WTO agreement. However, there is no uniform provisions on the application of international law, which means it's decided all by member's government. The practice and theory of China's trade policy compliance work, especially the domestic application of the WTO rules, is going to be talked about in the second chapter of the article. At the same time, using empirical analysis methods, the article will sum up the general working methods to assess the compliance of trade policy combined with domestic governments' experience. In order to integrate into the rules of the world trade system better, and reduce trade frictions, China's new round of the compliance work, characterized by previous set, active and institutional is underway. In the third part, this paper summarizes the characteristics of the new round of compliance work and the shortcoming. The EU and the United States, playing main roles of the WTO agreements,

---

\* Professor, Zhejiang University Law School.

\*\* Graduate Student, Zhejiang University Law School.

has a more mature mechanism of the legislation of trade policy and compliance review. Through the analysis of their related legal provisions and practice, combined with China's actual situation, this paper proposes improvement solutions of the new round of China's trade policy compliance work program. Finally, a large number of subsidy policies which will be faced with a lot of investigation since China's "non market economy status" will be abolished automatically. Taking the new energy subsidy policy of European and American countries as an example, the paper will discuss how to balance the trade policy compliance and the national economic sovereignty protection.

Key words : The work of trade policy compliance, Transformation, WTO law