

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2021.04.001

# WTO 协定在国内法院的适用：中国入世 廿年的理论与实践

彭 岳

（南京大学法学院，南京 210093）

**摘 要：**2002 年《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》明确规定，人民法院应当依据法律、行政法规以及地方性法规审理国际贸易行政案件。据此，WTO 协定被排除在可适用的法律渊源之外，此前关于国内法院是否适用 WTO 协定的争议就此告一段落。中国入世之后 20 年的司法实践表明，该规定在发挥积极作用的同时，引发了进一步的理论争议。特别是，该规定所引入的一致性解释原则并未在司法实践中产生实质影响。在司法实践越来越趋向于完全排除 WTO 协定国内直接适用的情况下，如果不能利用一致性解释原则缓和国内法与国际法之间的紧张关系，则很难为统筹推进国内法治和涉外法治，协调推进国内治理和国际治理打下良好的基础。当前有必要进一步明确 WTO 协定不可适用的范围和程度，将遮蔽的法律问题揭示出来，同时强调一致性解释原则在涉外案件中的不可或缺性。

**关键词：**WTO 协定；国内法院适用；中国入世廿年；一致性解释原则

**中图分类号：**F743/DF961   **文献标识码：**A   **文章编号：**2095 — 8072(2021)04 — 0005 — 17

自2002年12月11日正式成为世界贸易组织（WTO）成员以来，中国经济取得了长足进步。在正式加入WTO之前，中国的GDP尚处于世界第七位，入世之后的第五年，GDP总量超越德国，成为世界第三大经济体，2010年更是超越日本，成为仅次于美国的世界第二大经济体。与经济发展相伴而行的是中国开始积极参与WTO争端解决程序。截至2021年6月1日，中国共参与了255起WTO争端案件。其中，作为原告的案件21起，作为被告的案件45起，作为第三方的案件189起。在中国作为原告的21起案件中，16起针对美国，5起针对欧盟。在中国作为被告的45起案件中，美国作为原告的有23起，欧盟作为原告的有9起。可以说，中国参与WTO争端解决程序的实践就是一个与美国和欧盟在国际司法机构持续进行法律角力的过程。

当国际层面的争端解决如火如荼进行之际，市场主体也试图利用WTO规则在国内层面维护自身权利，所涉争议遍及民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼。WTO法含有国际和国内两个面向，在国际层面推进规制合作与协调的同时，也在约束各成员贸易规制措施。在中国入世20年之际，梳理WTO协定在国内法院的适用情况，包括相关的理论与实践，有助于深入了解WTO协定在中国法律体系内部的“生存状态”，从而为统筹推进国内法治和涉外法治，协调推进国内治理和国际治理打下良好的基础。

## 一、入世之初 WTO 协定在国内法院适用的理论争议

中国加入世界贸易组织前后，国内学界最为关注的热点问题之一是WTO协定在国内法院的适用。该问题既与WTO协定规定有关，如《马拉喀什建立世界贸易组织》第16.4条规定，“每一成员应保证其法律、法规和行政程序与所附各协定对其规定的义务相一致”；也与中国在《加入议定书》第2条关于司法审查的承诺有关，即“审查程序应包括给予受须经审查的任何行政行为影响的个人或企业进行上诉的机会，且不因上诉而受到处罚”。另外，中国《加入工作组报告书》第68条指出，“中国代表确认……如果行政法规、部门规章或者其他中央政府措施在此种时限内不能到位，主管机关仍然履行中国按照WTO协定和议定书承担的义务”。上述规定给中国政府施加了保证国内法与国际法相一致的国际法义务。

对于如何保证国内法律、法规和行政程序与WTO协定相一致，国内学者主要从国际法与国内法关系的角度加以理解和分析。在国际法与国内法关系的语境下，相关问题可以被具体化为三个方面：一是国际条约在国内法体系中的效力问题；二是国际条约在法院的可直接适用问题；三是国际条约的位阶问题。就国内法院的条约适用而言，相关问题可具体化为：法院可否依据国际条约审理案件？当国际条约规定与国内法律规定发生冲突时，法院应优先适用哪一个规则？

### （一）承认 WTO 协定可被法院适用的观点及理论

在入世前后，国内承认WTO协定可被法院适用的观点基本一致，均认为在符合一定条件与前提下，国内法院可直接适用WTO协定中的相关规定，解决至少一方为私人当事人的争议。但是，在论述某些WTO协定规定可被直接适用的理论依据时，相关观点存在较大差异。

第一种观点认为，国际条约的内容将决定WTO协定能否被国内法院适用。该观点认为，就我国法院的司法审判而言，大多数情况下，WTO协议规则是间接适用，法院直接适用WTO协定规则的机会并不多。究其原因，WTO协定的基本内容涉及如何在国际层面协调和规制各成员相关贸易政策与措施，各成员主要通过制定或修改其国内立法和贸易政策的方式来符合WTO协定的要求。此类WTO协定主要针对各成员，直接规定的是成员之间的权利义务。与之不同，国内法院审判中的条约适用往往涉及具体规则，涉及当事人的具体权利义务和法律程序的规定。因此，在贸易纠纷中，法院应首先对WTO协定的内容进行识别或解释，只有相关条约条款对当事人的权利和义务作出具体规定时，法院才可以直接适用条约（孙南申，2001）。

第二种观点认为，世贸组织协定体系中，除《关于建立世界贸易组织协定》《多边争端解决机制规则与程序谅解》《贸易政策评审机制协定》之外，其他的法律规则都有可能作为我国法院审理经济案件、行政案件的法律依据。与第一种观点类似，该观点同样认为，WTO协定的原则性规定主要针对成员，较少直接规定贸易平等主体

间当事人的权利和义务,因而在大多数情况下,不会对经济审判产生直接影响。与上述第一种观点不同,该观点将国内法院适用WTO协定的语境限定在行政诉讼之中,并认为,随着中国加入WTO,“在有关行政诉讼中直接适用世界贸易组织法律规则将会增多”。正是在行政诉讼的语境下,相关法院可以适用的规则可分为四类:一是如果协定中包含了司法程序规定,此类规定可直接适用于平等主体之间的纠纷;二是如果协定明确规定了司法审查程序,则不管成员是否已经建立行政诉讼程序,必须允许当事人向法院提起司法审查程序;三是与多边货物贸易协定实施有关的行政诉讼,在审理此类行政诉讼案件中,由于许多规则国内没有相关法律作出规定,适用WTO协定法规规则不可避免;四是与服务贸易协定实施有关的行政诉讼,一旦当事人提起诉讼,《服务贸易总协定》规则也将适用于法院(贺小勇,2001)。

第三种观点认为,在涉外行政诉讼中,当事人可直接援引WTO规则,法院可根据《行政诉讼法》第72条的规定,适用WTO协定审理案件。<sup>①</sup>与上述第一种观点和第二种观点不同,第三种观点认为WTO协定在国内法院具有直接适用性的理论依据不再是国际条约之规定,而是国内法之要求。根据该观点,加入WTO后,对于涉外行政诉讼,“国外的企业、公民可以直接援引WTO规则,向人民法院提起行政诉讼,或以我国政府为被告,在其本国提起行政诉讼;他们也可以援引我国的法律提起行政诉讼;根据相互主义原则,我国的个人或企业也可以援引WTO规则,在国内直接起诉外国政府”(石佑启,2001)。虽然存在较大争议(任平,2020;黄惠康,2020),第三种观点的理论贡献在于,它认为WTO协定在国内法院得以适用的前提是存在着相应的成文法规定的。申言之,如果没有《行政诉讼法》第72条的规定,无论是一般行政诉讼案件,还是在涉外行政诉讼案件,法院均不应适用WTO协定。

第四种观点认为,中国法院适用WTO协定是一个动态的过程,应从“非直接适用WTO规则为主”过渡到“直接适用WTO规则为主”。与上述三种观点不同,本观点首先假定中国应当直接适用WTO规则,只不过“从WTO规则结构特点和我国的司法实际情况考虑”,中国不可能在入世后相当一段时间内做到直接适用WTO规则。退而求其次,“非直接适用理论”成为当前一种必然选择。不过,考虑到如下三点,即中国在实践中倾向于采取条约在国内直接适用,并有可能演化成为一条法律原则;WTO规则本身不断演化,不少抽象的规则日益明晰化和具有可操作性;法官素质提高,法院处理涉及WTO案件的经验日益丰富等,在未来,中国法院应以直接适用WTO规则为主(王勇,2002)。

综合上述四种观点,可以发现,虽然结论基本一致,但理论依据存在较大不同。第一种观点和第二种观点主要依据条约内容确定WTO规则是否可以适用,如果条约内容涉及具体当事人的权利和义务,则可以适用。与第一种观点不同,第二种观点聚焦于行政诉讼,并认为WTO协定大部分内容均涉及到对政府行为的规制,因而可以

<sup>①</sup> 中国入世前后施行的《行政诉讼法》(1989年4月4日发布)第72条明确规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定。中华人民共和国声明保留的条款除外。”

成为行政相对人提起行政诉讼的法律依据。第三种观点并不认为国际条约内容可以决定条约在国内的适用问题，而是认为，条约能否在国内适用应有明确的国内法依据。鉴于当前能够找到的国内法依据为《行政诉讼法》第72条，故该观点将WTO协定的适用限定在涉外行政诉讼之中，认为外国行政相对人可直接依据WTO协定提起行政诉讼。根据理论依据的来源不同，可将第一种观点和第二种观点视作国际主义，第三种观点视作国家主义，它们均存在形式上的法律依据——或是国际条约或是国内法规定。与之不同，第四种观点完全是一种理想状态的推演，即首先假定最佳状态是直接适用WTO规则，然后讨论现实存在差距，并指出冰冷的现实应当向美好的未来演进等。

## （二）否认WTO协定可被法院适用的观点及理论

否认WTO协定可被法院适用的观点基本类似，即认为当事人不能依据WTO规则在中国法院提起诉讼，主张在WTO协定项下的权利。不过，在理论依据上，各观点之间仍存在显著差别。其中，一类理论依据主要源于对WTO协定独特性的认识，另一类理论依据主要源于比较法的研究。

第一种观点倾向于抽象分析WTO协定的法律性质，认为在行政诉讼中，不宜直接适用WTO规则，具体理由包括：（1）WTO规则本身以及加入议定书中都没有对直接适用作出规定；（2）WTO法是一个国际公法体系，个人和企业无权直接适用WTO规则提起诉讼；（3）WTO的司法审查对象主要是政府行为，相关行政措施均有国内法依据，法院在审查这些行为时，应该适用国内法而非WTO规则；（4）行政诉讼是否直接适用WTO规则关系到能否为国家赢得调整法律、政策的时间，从维护国家利益的角度出发，行政诉讼不应直接适用WTO规则（马怀德，2002；甘文，2001）。

第二种观点则从WTO协定和中国加入议定书条款的具体规定出发，论证国内法院不应直接适用WTO规则。该观点指出，根据《中国加入工作组报告书》第67条，即“将在完全遵守WTO协定的情况下，通过修订其现行国内法和制订新法律，以有效的统一的方式实施WTO协定”，中国只是承诺对其进行间接适用。因此，WTO法律既不是国内法的组成部分，也不是独立的国内法律渊源。它只能约束国家和产生国家责任，并不直接约束在中国发生法律争端的个人、法人或者其他组织，法院也只具有适用国内法的义务。同样，行政执法机关也不能依据WTO法律从事执法活动，依据WTO协定查处知识产权侵权行为等（孔祥俊，2001）。

第三种观点通过比较法研究，特别是考察欧洲法院关于WTO协定的适用实践，得出中国法院不应直接适用WTO协定的结论。该观点指出，在WTO协定生效之前，通过1972年的“国际水果公司案”和1994年“德国诉欧共体理事会案”等，<sup>①</sup>欧共体

<sup>①</sup> Case 21 to 24/72, *International Fruit Company v. Produktschap voor Groenten en Fruit*, 1972 ECR 1219; Case C-280/93, *Federal Republic of Germany v. Council*, 1994 ECR I-4973.

法院认为, GATT1947具有“结构缺陷”, 其条款具有广泛弹性, 在欧共体法律体系中不具直接效力 (Lee and Kennedy, 1996; 余敏友和陈卫东, 2001)。<sup>①</sup>只有当欧共体法律明确提及GATT1947的某些特定条款 (即“Fediol例外”),<sup>②</sup>或当欧共体法律意图履行其在GATT框架内承担的特定义务 (即“Nakajima例外”) 时,<sup>③</sup>欧共体法院才可以依照GATT1947有关条款对欧共体法律进行合法性审查。及至WTO成立, 虽然WTO协定大大削弱了GATT1947条款的“巨大弹性”, 在“葡萄牙诉欧共体理事会案”中, 欧洲法院仍否定WTO协定的直接效力。法院认为, 与GATT1947一样, WTO协定是一种建立在协商原则基础之上以求达成互惠及互利的安排, 如果赋予司法机关对欧共体法律是否符合WTO协定进行审查的权力, 则无疑会剥夺欧共体的立法和执法机关灵活处理有关事务的余地。法院还指出, 某些WTO成员方已经明确, 本国司法机关不应依据WTO协定审查国内法律规定的合法性, 基于互惠之考量, 欧洲法院也不应直接适用WTO协定。<sup>④</sup>在“Dior和Assco联合案”中, 欧洲法院进一步指出, 在一个欧共体未曾立法, 并因此进入成员国权限范围的领域, 欧共体法对于成员国是否赋予相关WTO条款以直接效力, 以及法院是否适用该条款不作强制性要求。<sup>⑤</sup>基于上述之考察, 有观点认为, 与欧洲法院一样, 加入世界贸易组织之后, 我国法院在司法实践中, 亦不应赋予WTO协议“直接效力” (张燕和邱达春, 2002)。

综合上述三种观点, 可以发现, 在理论依据层面, 第一种观点与第二种观点落脚点不同。前者聚焦于WTO协定的国际公法性质, 认为享有权利和承担义务的主体只能是WTO成员, 故个人不能在国内法院援引WTO协定主张权利; 后者则着重分析中国政府作出承诺的法律效果, 同样认为该承诺只约束国家, 相关权利不及于个人。第三种观点则另辟蹊径, 通过分析欧洲法院的判决意见, 阐明WTO协议的独特性, 以及其不能在国内法院得以直接适用的原因。

## 二、最高法院司法解释的出台与理论的终结?

就在各方就国内法院是否应适用WTO协定争论不休之际, 2002年8月27日, 最高人民法院审判委员会通过《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》 (以下简称“贸易行政案件规定”)。<sup>⑥</sup>该司法解释第7条规定, 人民法院应当依据法律、行政法规以及地方性法规审理国际贸易行政案件。据此, WTO协定被排除

① 欧共体法的直接效力说或直接效力论, 是欧共体法院在其司法实践中形成和发展出来的一种理论, 指欧共体法律的条款可以赋予个人成员国法院必须维护的权利。对于欧共体作为缔约的一方与第三国缔结的区域贸易协定能否被个人所援用这一问题, 欧共体法院也是放在直接效力的概念下加以讨论的。

② Case 70-78, *Federation de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) v. Commission*, 1989 ECR 1781.

③ Case 69-89, *Nakajima All Precision Co., Ltd v. Council*, 1991 ECR I-2069.

④ Case C-149/96, *Portuguese Republic v. Council*, 1999 E.C.R. I-8395.

⑤ *Parfumes Christian Dior SA v. Tuk Consultancy BV* (C-300/98) and *Assco Ger ü ste GmbH v. Wilhelm Layher GmbH* (C-392/98) (joined cases 2000 ECR I-11307).

⑥ 2002年8月27日最高人民法院审判委员会第1239次会议通过, 法释〔2002〕27号。

在可适用的法律渊源之外，此前关于国内法院是否适用WTO协定的争议就此告一段落（马怀德和孔祥稳，2018）。<sup>①</sup>然而，在如下几个方面，仍存在若干理论问题需要澄清。

### （一）涉外行政诉讼中 WTO 协定的适用问题

根据“贸易行政案件规定”，有关国际货物贸易、国际服务贸易、与贸易有关的知识产权以及其他国际贸易行政案件均受其约束；自然人、法人或者其他组织认为行政机关有关国际贸易的具体行政行为侵犯其合法权益的，可以依照行政诉讼法以及其他有关法律、法规的规定，向人民法院提起行政诉讼；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、行政法规以及地方法规；对于涉外国际贸易行政诉讼，人民法院可依据对等原则，限制外国当事人的诉讼权利。据此，“贸易行政案件规定”搭建了一个相对完整的国际贸易行政诉讼框架。然而，如果将该规定与《行政诉讼法》相关条款作比较，可以发现，就涉外国际贸易诉讼而言，仍有若干问题有待澄清。

1989年《行政诉讼法》关于涉外行政诉讼的规定仅有4条：第70条界定了“涉外行政诉讼”，第71条规定了“国民待遇原则”和“对等原则”，第72条明确了国际条约适用的条件，第73条涉及律师委托问题。该短短四个条款规定了三项例外：根据第70条，“涉外行政诉讼”指外国人、无国籍人、外国组织在中国进行的行政诉讼，此类诉讼适用《行政诉讼法》，“法律另有规定的除外”；根据第71条，外国人进行行政诉讼，与中国人有同等的权利和义务，但是，外国法院对中国公民、组织的行政诉讼权利加以限制的，人民法院对该国公民、组织的行政诉讼权利，实行对等原则；根据第72条，中国缔结或者参加的国际条约同《行政诉讼法》有不同规定的，适用该国际条约的规定，中国声明保留的条款除外。

尽管WTO协定的实体规定很难借助1989年《行政程序法》第72条的规定在国内适用，但是，在2014年修订《行政诉讼法》时，第72条仍难逃被删除的命运。就此，“贸易行政案件规定”与《行政诉讼法》之间的一致性得到进一步提升，中国行政诉讼无论在实体方面，还是在程序方面，均进入了彻底排除国际条约适用的时代。问题在于，如果在个案中，法院可以援引第71条项下的对等原则拒绝适用WTO协定，是否还有必要删除第72条关于条约优先适用的规定，从而彻底断绝其他国际条约，特别是程序性条款在国内适用的可能性？<sup>②</sup>

### （二）民事诉讼中 WTO 协定的适用问题

中国入世前后，法院是否在民事诉讼案件中适用WTO协定也是一个相当热门的

① 《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》的出台被认为“既是适应WTO需要、与国际接轨的必然，也在客观上促进了行政诉讼制度的发展”。

② 不同于WTO协定，就其内容而言，某些行政条约的程序性规定具有直接适用性，如税收条约、司法协助条约、核出口管理条约等。现行《行政诉讼法》删除原《行政诉讼法》第72条之后，法院再在相关行政诉讼援引国际条约将缺乏相应的法律依据。故有学者建议，应在国内法层面确定相关行政条约的可直接适用性（左海聪，2008）。

话题。究其原因,这与中国涉外民商事立法和法律解释中,存在大量优先适用国际条约的规定密切相关。如《民法通则》第142条、《民事诉讼法》第128条明确规定,国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中国声明保留的条款除外。最高法院《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》要求“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”。<sup>①</sup>

由于上述立法和法律解释未对国际条约的类型和范围作出明确界定,在司法实践中难免会出现某一国际条约是否适用于民事诉讼案件的争议。为减少可能产生的法律争议,一些国际条约直接在条文中明确本条约的优先适用性。如1992年1月签订的《中美关于保护知识产权的谅解备忘录》第3条第3款规定,“中国加入伯尔尼公约和日内瓦公约后,上述公约将是中华人民共和国民法通则第一百四十二条所指的国际条约。根据该条规定,如果伯尔尼公约和日内瓦公约与中国国内法律、法规有不同之处,将适用国际公约,但中国在公约允许的情况下声明保留的条款除外。”在1995年《外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、安全部、司法部关于处理涉外案件若干问题的规定》中,<sup>②</sup>六部门统一了处理涉外案件的统一尺度,即“在对等互惠原则的基础上,严格履行我国所承担的国际条约义务。当国内法或者我内部规定同我国所承担的国际条约义务发生冲突时,应当适用国际条约的有关规定(我国声明保留的条款除外)。各主管部门不应当以国内法或者内部规定为由拒绝履行我国所承担的国际条约规定的义务”。<sup>③</sup>该规定将“涉外案件”界定为“在我国境内发生的涉及外国、外国人(自然人及法人)的刑事、民事经济、行政、治安等案件及死亡事件”。可以认为,在2002年最高院发布“规定”之前,最高院并不严格区分民商案件与贸易行政案件,而是统一采取了条约优先适用的原则。正是因为如此,有学者仍坚持,在涉外民商事审判中,遇有我国国内法与WTO协定的规定不一致的情况时,应当直接适用后者(赵相林和耿勇,2002)。鉴于WTO协定主要调整国家间关系,有学者将就WTO协定在中国民事司法程序中的适用问题修正为“间接适用为主、直接适用为辅”,即“WTO协定也并非全无规定自然人和法人的权利和义务的条款,法院在审理和裁决具体涉外纠纷时,可以直接适用WTO协议中的一些规则,特别是在国内法没有相关规定时,更应直接适用WTO协议”(江伟和王景琦,2001)。此外,考虑到其他国家并不承认WTO协定的优先适用效力,如果中国仍援引WTO规则作为裁判依据,会偏惠外国当事人。有鉴于此,有学者主张应引入互惠或对等原则,限制WTO协定的国内适用(杨荣新和肖建华,2002)。

从上述理论探讨中可知,学者们之所以关注WTO协定在民事诉讼中的适用问

① 法〔2000〕51号2000年4月17日。

② 外发〔1995〕17号1995年6月20日。

③ 在1987年8月28日发布和实施的《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》中也有类似表述,即“涉外案件应依照我国法律规定办理,以维护我国主权。同时亦应恪守我国参加和签订的多边或双边条约的有关规定。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。根据国际法的一般原则,我国不应以国内法规定为由拒绝履行所承担的国际条约规定的义务。这既有利于维护我国的信誉,也有利于保护我国国民在国外的合法权益”。

题，更大程度上是希望将WTO协定纳入既有的国内条约适用的轨道之中，并根据WTO协定的具体特点，确定具体的适用方式。而学者之所以否定WTO协定的直接适用性，主要是基于两点：一是WTO协定并未直接规定当事人之间的权利和义务；二是其他国家法院不承认中国自然人或法人有权援引WTO协定主张权利。按此思路，绝大多数情况下，法院在审理民事案件时，不会直接适用WTO协定。

### （三）一致性解释问题

“贸易行政案件规定”除规定人民法院在审理贸易行政案件需要适用法律、行政法规和地方性法规之外，还在第9条引入了一致性解释原则，即“人民法院审理国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规的具体条文存在两种以上的合理解释，其中有一种解释与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的有关规定相一致的，应当选择与国际条约的有关规定相一致的合理解释，但中华人民共和国声明保留的条款除外”。

一致性解释原则并非“贸易行政案件规定”所独创。如欧洲法院在1998年的“Hermes International案”中，<sup>①</sup>一方面拒绝直接适用TRIPS协定，另一方面引入一致性解释原则，使国内法的适用尽可能地与WTO的义务相符，从而将降低拒绝赋予WTO协定直接效力的不利影响。与一致性解释原则类似，美国也存在着国内法解释的“Charming Betsy原则”，<sup>②</sup>主要目的在于促使国内成文法解释与美国的国际法义务保持一致。从避免国内法与国际法冲突相冲突的角度分析，条约直接适用与一致性解释原则所发挥的功能基本类似。只不过，前一种方式最能促进国内法与国际法体系的协调。因为一旦国际条约具有直接适用效力，则不仅行政机关可依据条约相关规定执法，私人主体也可以在国内法院提起诉讼，主张其在条约项下的权利。正是考虑到赋予条约直接适用效力会改变国内的权限分配，越来越多的国家倾向于否定WTO协定的直接适用性。在此情况下，一致性解释原则的引入既可缓和直接适用条约所引发的冲击，又可通过个案裁判的方式整合国内法与国际法体系，成为欧美各国通行的做法（彭岳，2019）。

然而，“贸易行政案件规定”在引入一致性解释原则的同时，也顺带牵涉出与另一个法律解释原则——司法遵从原则之间错综复杂的关系。实际上，如何妥当处理一致性解释原则（即Charming Betsy原则）与司法遵从原则（即Chevron遵从原则）之间的关系，一直是美国对外关系法研究的重点。在诸多涉及WTO协定的司法实践中，美国法院的诸多判决相互冲突，理论问题迟迟未能得到澄清（Canizares, 2006）。<sup>③</sup>从条约适用的角度而言，一致性解释原则可以或多或少地限制司法遵从原则，进而便利国际条约在国内的间接适用。但是，从权限配置的角度而言，一致性解

<sup>①</sup> Case C-53/96, *Hermes International v. FHT Marketing Choice B. V.*, 1998 ECR I-3603.

<sup>②</sup> *Murray v. Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) at 118, 2 L. Ed. 208 (1804).

<sup>③</sup> 如美国联邦巡回法院在*Suramerican de Aleaciones Laminadas, C.a. v. United States*, 966 F. 2d 660, 668 (Fed. Cir. 1992)中指出，“GATT并不优于国内立法法，如果国内法条款与GATT不符，这是一个由国会而非法院加以决定并给予救济的事项”。而在*Mogul案*（*Federal Mogul Corp. v. United States*, 63 F. 3d 1572, 1581 (Fed. Cir. 1995)）中，美国联邦巡回法院宣称，“除非国会明确反对，成文法的解释不应与国际义务相抵触”。关于反倾销“归零案”的系列争议，更是彰显了美国司法实践的混乱。

释原则与司法遵从原则之争则牵涉到“谁有权就何事项作出何种决策”这一根本问题。当前,随着涉外法治进程的加快,法院仅仅基于行政部门在外交和行政事务方面拥有权威和专长,对相关国内法的实施问题采取完全遵从的态度已不再可取。问题在于,法院通过一致性解释原则促使国内法与WTO协定的义务相一致,是否会不当压缩本国政府灵活采取贸易限制措施的空间(Posner and Sykes, 2011)?

综上所述,“贸易行政案件规定”的出台并没有真正终结WTO协定在国内适用的理论争议,反而给现行法律的适用造成困扰。就程序问题而言,根据1989年《行政诉讼法》第71条第1款,只有在涉外行政诉讼,即外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行的行政诉讼中,才会涉及WTO协定的适用问题。而根据《行政诉讼法》第71条第2款,外国法院对中华人民共和国公民、组织的行政诉讼权利加以限制的,人民法院对该国公民、组织的行政诉讼权利,实行对等原则。鉴于其他WTO成员,特别是英美等国均否认WTO协定在本国的直接适用效力,中国法院完全可以通过个案审查的方式,借助对等原则排除WTO协定的国内适用。但是,在2014年修正案中,第72条被整条删除,致使其它非WTO协定难以在中国法院适用(杜涛和杨育文,2017)。<sup>①</sup>不仅如此,“贸易行政案件规定”的相关规定也困扰着涉外民事案件的条约适用理论。长期以来,无论是实体方面,还是程序方面,涉外民商事立法均采取条约优先的立场。即便在这一双重条约优先的体制下,法院仍可以通过指出国际条约具有“结构缺陷”,以及援引对等原则而拒绝适用WTO协定。既然如此,是否意味着“贸易行政案件规定”本身可有可无,对于民事诉讼也无可资借鉴之处?

对于该问题,时任最高人民法院副院长李国光关于“贸易行政案件规定”的讲话极具参考价值,即该司法解释首次明确了我国法院承担涉及世贸组织规则的司法审查职责的基本态度,将进一步促使我国加入世贸组织法律文件的承诺。<sup>②</sup>既然“贸易行政案件规定”排除了WTO协定的直接适用,这就需要发挥一致性解释原则的替代作用,才能实现上述目标。在此意义上,可以认为,“贸易行政案件规定”的最大意义和价值在于统一了法院的认识,引入了国际通行的一致性解释原则。考虑到一致性解释原则涉及复杂的解释权限配置事项,“贸易行政案件规定”不仅没有终结WTO协定在国内法院适用的理论争议,反而引发了新的问题,并直接体现在司法实践中。

### 三、入世后 WTO 协定在国内法院适用的司法实践

中国加入WTO之后,与预料相反,国际贸易行政纠纷并未出现井喷现象(林雅,2003)。尽管如此,经过近20年的发展,司法实践中仍积累了一批涉及适用WTO协定的案件。此类案件遍及民事、行政和刑事诉讼,且大多集中在知识产权领

<sup>①</sup> 也有理论认为,可借助修订后《行政诉讼法》第101条的规定,即“本法没有规定的,适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定”再度引入条约适用(杜涛和杨育文,2017)。

<sup>②</sup> 2002年8月29日李国光在最高人民法院公布《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》新闻发布会上的讲话(最高人民法院司法解释小文库编选组,2006)。

域。法院对适用或不适用WTO协定的理据并不完全一致。

### （一）建设工程设计合同效力之争

就民事案件，涉及WTO协定的争议主要集中在建设工程设计合同纠纷之上，法律焦点是外国设计单位虽然欠缺国内相应资质，但中国加入议定书已就相关行业作出开放承诺，以该外国设计单位为主体的建设工程设计合同是否无效？对此，各地法院判决存在细微差别。

一类判决并不考虑中国加入议定书中的具体承诺，而是依据国内法的规定做出判定。如在“嘉珀案”中，<sup>①</sup>嘉珀公司认为，根据全国人大常委会通过的《关于我国加入世界贸易组织的决定》，<sup>②</sup>中国没有对建筑设计服务中方案设计的市场准入施加限制。因此，双方之间的合同有效。一审和二审法院均认为，嘉珀公司作为境外设计企业，在不具备相关资质，亦无符合资质的中方设计企业参与合作设计的情况下，其与和昌公司签订的合同违反了《建筑法》的强制性规定，应认定为无效。又如在“瀚亚案”中，<sup>③</sup>瀚亚公司主张，其签订的合同及各方履行情况，符合《建设部关于加强勘察设计市场准入管理的补充通知》《中华人民共和国服务贸易具体承诺减让表》等相关法律规定，能印证案涉合同合法有效。一审和二审法院均认为，从事建设工程设计活动的单位实行资质管理制度，由国务院建设行政主管部门统一制作建设工程设计单位资质证书。未取得相应的资质而承揽相应的设计业务，违反了法律的禁止性规定，由此订立的合同应归于无效。

另外一类判决在一审中考虑到了中国在GATS中的具体承诺，但被二审法院回避。如在“仁高案”中，<sup>④</sup>就合同效力问题，原审法院认为，根据中国加入议定书关在服务贸易方面的承诺，中国对建筑设计服务中方案设计的市场准入没有限制。根据建设部《关于外国企业在中华人民共和国境内从事建设工程设计活动的管理暂行规定》，境外企业承担我国境内建筑工程设计，必须与有设计资质的中方设计企业进行合作，但提供建设工程初步设计之前的方案设计不适用本规定。综上，对于建筑方案设计，境外设计企业可以单独承接，无须与有资质的中方设计企业合作，不宜认定本案合同无效。二审法院认为，我国法律、行政法规对提供建设工程初步设计（基础设计）之前的方案设计服务没有许可限制。本案合同不违反法律、行政法规的效力性规定，合法有效。

还有一类判决将中国在GATS中具体承诺作为法律依据，WTO协定得以在国内适用。如在“KLP案”中，<sup>⑤</sup>法院认为，根据加入议定书中《中华人民共和国服务贸易具体承诺减让表》规定，“对建筑设计服务在市场准入方面，对于方案设计没有限制，要求与中国专业机构进行合作，方案设计除外。对于国民待遇，外国服务提供者

① 嘉珀设计工程顾问（香港）有限公司与和昌（十堰）房地产开发有限公司建设工程设计合同纠纷上诉案，（2016）鄂民终840号。

② 2000年8月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过。

③ 瀚亚建筑设计咨询（上海）有限公司与南京神旺大酒店有限公司建设工程设计合同纠纷上诉案，（2018）苏01民终6125号。

④ 四川仁高实业有限公司与重庆华城天弈建筑设计有限公司等建设工程设计合同纠纷上诉案，（2013）川民终字第150号。

⑤ 美国 KLP 建筑设计公司诉泉州市奥林匹克置业投资有限公司建设工程设计合同纠纷案，（2006）泉民初字第100号。

应为在其本国从事建筑/工程/城市规划的注册建筑师/工程师或企业。”建设部《关于外国企业在中华人民共和国境内从事建设工程设计活动的管理暂行规定》第4条规定,“外国企业承担中华人民共和国境内建设工程设计,必须选择至少一家持有建设行政主管部门颁发的建设工程资质的中方企业进行合作设计,且在所选择的中方设计资质许可的范围承接设计业务。”本案中,KLP 公司和华陆公司作为接受承担中国境内建设工程的合作单位,其中 KLP 公司取得美国俄克拉荷马州注册建筑师和园林建筑师管理委员会核发的营业执照、华陆公司持有建设部核发的甲级工程设计证书,该二企业的资质符合上述服务贸易具体承诺减让表和管理暂行规定中关于服务贸易跨境交付的市场准入范围和相关的资质要求,应确认为有效合同。在此,法院适用了 GATS 中的具体承诺,认定合同有效。

从上述案例可知,法院是否优先适用 WTO 协定,特别是 GATS 中的具体承诺,将实质性地影响到缔约主体的资质问题,进而决定着合同是否有效。与入世前后的理论探讨得出的结论或建议不同,法院在作出判决时,很少会分析 WTO 协定以及中国 GATS 具体承诺是否存在所谓的“结构缺陷”,更不会从个案审查的角度讨论涉案外国法院是否会限制中国自然人或法人援引 WTO 协定,进而援引对等原则拒绝适用国际条约等。

## (二) 走私普通货物、物品偷逃应缴税额的确定

中国入世之后,关税税率大幅降低,但在经济利益驱动下,走私普通货物、物品偷逃应缴税额的现象仍然大量存在。根据《刑法》第153条,走私普通货物、物品的,根据情节轻重,给予不同的处罚。其中,无论是情节还是处罚,均与应缴税额密切相关。在此情况下,适用何种税率确定应缴税额直接影响到罪与非罪以及处罚的尺度,自然成为相关刑事诉讼争议的焦点。

一类刑事案件涉及优惠关税税率的适用问题。在“李国盛案”<sup>①</sup>、“李毅案”<sup>②</sup>中,被告均主张,应按照东盟协定税率20%,而非最惠国税率65%计算偷逃税额。法院指出,走私罪的客观要件规定的是“偷逃应缴税额”,而中国—东盟自贸区协定税率规定是我国与东盟政府间就相互正常贸易做出的特别税收优惠规定,将特别优惠规定作为追究走私犯罪刑事责任时有利于被告人的计税依据,均背离了刑法和海关法规的立法精神。原判按照有利于被告人的原则,参照世界贸易组织成员的进口货物,适用最惠国税率计算偷逃税额符合法律规定。

另一类案件涉及海关估价以及反倾销税、反补贴税的扣除问题。在“杰伦案”<sup>③</sup>中,被告和辩护人指出,中国加入 WTO,理应遵守成员义务,现中国海关认为进口货物的价格因特殊关系等原因不能接受实际成交价格,也应当通过价格质疑程序来进行磋商或估价,而不能通过侦查手段获取卖方的海外成本资料并以此来确定申报价

① 李国盛、池洪源、张国劲等走私普通货物、物品案,(2018)闽01刑初93号。

② 李毅、河口鸿锦进出口有限公司走私普通货物、物品上诉案,(2018)湘刑终229号。

③ 杰伦、王萍萍走私普通货物、物品上诉案,(2019)浙刑终113号。

格，甚至追究卖方的刑事责任。另外，根据WTO于2013年作出的DS427号中国政府与美国政府关于白羽肉鸡反倾销、反补贴案专家组意见裁决，中国对美国政府关于白羽肉鸡征收反倾销、反补贴税的措施不符合WTO规则，本案中涉及的反倾销税、反补贴税应在核定偷逃应缴税额中予以剔除。对此，法院认为，海关根据商务部于2010年发布的从美国进口的白羽肉鸡征收反倾销税和反补贴税公告，将涉及本案的反倾销税和反补贴税作为特别关税计入应缴关税总额，符合法律规定，因而未采纳辩护人意见。

还有一类案件涉及关税征收是否符合WTO协定的问题。在“虔东案”中，<sup>①</sup>辩护人指出，根据WTO规则以及相关裁决，中国对稀土征收出口关税违反中国加入WTO的承诺，亦违反我国《海关法》的有关规定，故涉案的稀土属于不应缴纳税款的货物，虔东公司不构成犯罪。对此，法院认为，“我国法律并未规定人民法院审理刑事案件可以直接适用世贸组织协议或规则；辩护人关于海关对稀土产品征收关税违背《海关法》的辩解于法无据；虔东公司在明知其行为违反国家法律法规，而逃避海关监管，偷逃应缴税额，符合刑法关于走私普通货物罪的构成要件，其行为已构成走私普通货物罪，辩护人的相关辩护意见，本院不予采纳。”

从上述案件可知，在刑事诉讼中，法院并不将WTO协定作为犯罪情节认定或刑事处罚判决的法律依据。只有在例外情况下，基于有利于被告人的原则，法院会参照WTO成员的进口货物，确定走私货物的关税税率。

### （三）涉税行政纠纷的管辖权和税率确定

根据所涉机关及法律之不同，涉税行政纠纷可分为两类，一类是国税局作为处罚机关，对出口方骗取出口退税款项的行为予以处罚时产生的纠纷；另一类是海关作为征税机关，确定进口货物税率时产生的纠纷。

第一类案件争议的焦点是基层人民法院是否有权管辖出口退税行政处罚纠纷。在“世方案”<sup>②</sup>和“白鸽案”<sup>③</sup>中，原告均认为案件涉及出口退税业务，涉外因素明显，一审应依法由中级法院审理。<sup>④</sup>两家上诉法院都认为，本案属于就涉税问题提起的行政案件，非针对国际贸易进行处理的行政案件，由一审法院管辖并无不当。

第二类涉及进口货物关税税率的确定问题，最著名的当属“国贸案”。<sup>⑤</sup>该案中，因进口件比率超过60%，海关按1987年“448号文”认定构成整车特征，<sup>⑥</sup>对之征收25%的关税，而非10%的关税。原告认为，第“448号文”与《构成整车特征的汽车零部件进口管理办法》中的规定相同，后者因不符合世界贸易组织基本原则而被废止，“448号文”也应失去约束力。一审法院认为，国贸公司提出外港海关对其征收25%关税，违反了中国加入议定书之承诺，不属本案审查范围。二审法院认为，因

① 虔东稀土集团股份有限公司、刘某等走私普通货物、物品案，(2015)沪三中刑初字第26号。

② 常州世方国际贸易有限公司与常州市国家税务局稽查局关于出口退税的税务处理决定属于查局复议决定上诉案，(2017)苏04行终70号。

③ 白鸽集团进出口有限公司、国家税务总局郑州市国税局稽查局税务行政管理(税务)上诉案，(2018)豫01行终416号。

④ 根据“贸易行政案件规定”第5条，“第一审国际贸易行政案件由具有管辖权的中级人民法院管辖。”

⑤ 浙江国贸进出口有限公司等与中华人民共和国上海外高桥港区海关补征税款决定纠纷上诉案，(2013)沪高行终字第4号。

⑥ 《国家限制进口机电产品进口零件、部件构成整机主要特征的确定原则和审批、征税的试行规定》，1987年6月1日海关总署、国家经济委员会、对外经济贸易部（87）署税字448号文发布。

我国法律并未规定人民法院审理行政案件可以直接适用世界贸易组织协议或规则,而且两上诉人亦未举证证明世界贸易组织的相关机构已裁定我国设立汽车成套散件税号并按25%的税率征收关税违反世界贸易组织协议或规则,故不认同上诉人主张。

上述涉税行政纠纷案件与如何理解和适用“贸易行政案件规定”中的相关条款有关。根据WTO《补贴与反补贴措施协定》,出口退税是否构成补贴问题属于典型的WTO争议。<sup>①</sup>但是,骗取出口退税则与是否构成补贴无直接关系,在此情况下,法院拒绝将出口退税行政处罚案件纳入国际贸易行政案件,进而认定基层人民法院有管辖权,符合“行政贸易案件规定”第1条和第5条。就汽车零部件关税,法院关于“我国法律并未规定人民法院审理行政案件可以直接适用世界贸易组织协议或规则”的观点,更像是“贸易行政案件规定”第7条的解读。可以认为,“贸易行政案件规定”的出台,的确有助于排除WTO协定在国内行政诉讼案件中的直接适用。

#### (四) 涉外知识产权民事和行政纠纷

在WTO协定中,《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS协定)是一个另类。与货物贸易协定和服务贸易协定不同,TRIPS协定更为关注知识产权的保护,而非市场准入。在相关争议中,当事人往往会依据TRIPS协定主张权利,由此引发WTO协定可否在国内直接适用的疑问。

##### 1. 涉外知识产权民事纠纷

涉外知识产权民事纠纷的争议主要集中在著作权、商标权的权利归属及适用之上。以著作权为例,中国《著作权法》第2条规定,“外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权,受本法保护。”由此产生的法律问题是,著作权人可否主张其所属地区为WTO成员,受《著作权法》的保护?就此,相关司法实践均认为应当予以保护,但给出的理由不尽相同。

在“乐迪熊案”中,<sup>②</sup>法院认为,如果著作权人所属国或地区是WTO成员,则根据TRIPS协定所提及的《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》,可受到中国《著作权法》的保护。在“淘宝案”“酷狗案”“阿里巴巴案”中,<sup>③</sup>法院认为,如果著作权

① WTO的《补贴与反补贴措施协定》第1.1(a)(1)(ii)条规定,“放弃或未征收在其他情况下应征收的政府税收(如税收抵免之类的财政鼓励)”属于财政资助。如果因此授予一项利益,则被认为存在补贴。该条注释规定,“对一出口产品免征同类产品其国内消费时所负担的关税或国内税,或免除此类关税或国内税的数量不超过增加的数量,不得视为一种补贴。”相关法律分析,可见Appellate Body Report, *EU – PET (Pakistan)*, para. 5.97.

② 重庆乐迪熊音乐娱乐有限公司与正东唱片有限公司著作权侵权纠纷上诉案,(2005)渝高法民终字第96号。法院认为,对本案的裁判应以相关国际公约和国内相关法律为准据。香港是世界贸易组织成员,其知识产权制度符合TRIPS标准。因此,由同为世界贸易组织成员的中国所缔约的国际协议,同样适用于中国香港。这是符合国家主权原则和各项知识产权国际条约中“各缔约成员国或经济体须承认其他成员国国民知识产权”的精神的。根据WTO所管辖的《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》,正东公司享有著作权的作品,应当受到中国法律保护。

③ 淘宝(中国)软件有限公司与广州酷狗计算机科技有限公司侵害信息网络传播权纠纷案,(2015)穗天法知民初字第1209号;广州酷狗计算机科技有限公司与广州欢聚时代信息科技有限公司、广州华多网络科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,(2015)穗天法知民初字第1534号;广州酷狗计算机科技有限公司诉上海水渡石信息技术有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,(2015)穗天法知民初字第1298号-1304号,(2016)粤73民终540-610号;阿里巴巴(杭州)文化创意有限公司与广州酷狗计算机科技有限公司著作权侵权纠纷上诉案,(2017)粤73民终474号-488号。

人所属国或地区是WTO成员，则根据TRIPS协定的国民待遇原则，可受到中国《著作权法》的保护。在“美誉案”“方有隆案”“雅斯·埃内西案”中，<sup>①</sup>法院认为，如果著作权人所属国或地区既是WTO成员，也是《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》成员，可受到中国《著作权法》的保护。

与《著作权法》类似，《商标法》也有国际条约适用条款。该法第17条规定，“外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国际条约办理，或者按对等原则办理。”如在“柯达案”中，<sup>②</sup>法院指出，因伊士曼公司在美国注册设立，系美国法人，我国与美国均属《保护工业产权巴黎公约》及WTO的成员国，本案处理应适用我国相关法律及《保护工业产权巴黎公约》及《关贸总协定与贸易(包括假冒商品贸易在内)有关的知识产权协议》。<sup>③</sup>

值得注意的是，尽管《反不正当竞争法》未明确提及国际条约的适用，司法实践中，法院会援引国际条约，保护外国当事人的利益。在“奥克坦姆案”“伊萨案”“HASLE案”中，<sup>④</sup>法院认为，原告是依据德国/瑞典/丹麦法律成立的公司，德国/瑞典/丹麦与我国同为《保护工业产权巴黎公约》及世界贸易组织成员国，因此，我国法律给予原告制止不正当竞争的保护。

在上述涉知识产权的侵权案件中，法院均提及，如果当事人所属国家或地区为WTO成员，则相关知识产权可在中国得到保护。只不过在具体表述方面，权利人获得保护的条约依据并不完全相同：一种理论将依据确定为TRIPS协定项下的国民待遇原则；另一种理论将依据确定为TRIPS协定所涵盖的国际知识产权公约；还有一种理论将依据确定为TRIPS协定以及相关国际知识产权公约。仅从说理角度而言，最后一种理论同时援引WTO协定和国际知识产权公约，似乎更为有说服力。但是，从条约适用的角度而言，如果WTO协定不能在国内直接适用，则法院援引WTO协定就有画蛇添足、弄巧成拙之嫌。

## 2. 涉外知识产权行政纠纷

与涉外知识产权民事纠纷不同，涉外知识产权行政纠纷与WTO协定更为密切。但是，根据“贸易行政案件规定”，法院应依据法律、行政法规和地方性法规审理案件，只有在进行成文法解释时，法院才应基于一致性解释原则，考虑WTO协定中的规定。实践中，法院基本上会排除国际条约的直接适用，间或会援用一致性解释原则

① 法国美誉国际公司与汕头市佳柔精细日化有限公司等侵犯著作权及不正当竞争纠纷案中，(2005)高民终字第1564号；方有隆有限公司诉琼海中原甄想记明记椰子加工有限公司等侵害著作权纠纷案，(2010)穗中法民三初字第93号，(2012)粤高法民三终字第376号；雅斯·埃内西有限公司与广东卡拉尔酒业有限公司侵害作品复制权纠纷、侵害作品发行权纠纷、侵害作品信息网络传播权纠纷案，(2017)粤73民初3414号。

② 伊士曼柯达公司诉苏州科达液压电梯有限公司公司商标权侵权纠纷案中，(2005)苏中民三初字第0213号。

③ 原文如此。但WTO诸协定中没有所谓的《关贸总协定与贸易(包括假冒商品贸易在内)有关的知识产权协议》。此处应指TRIPS协定。

④ 奥克坦姆建筑构件贸易有限公司诉常州灵通展览用品有限公司等不正当竞争纠纷案，(2005)二中民初字第15828号；伊萨公司诉湖州威达伊萨电焊机有限公司等侵犯商标权及不正当竞争纠纷案，(2006)二中民初字第11414号；HASLE Industries A/S公司等诉北京保利泰克电力能源工程技术公司不正当竞争纠纷案，(2007)二中民初字第4851号。

澄清成文法的含义。

在“诚捷尔案”中，当事人就条约的适用问题产生争议。<sup>①</sup>原告认为，天津海关违法滞留涉案货物时间过长，违反TRIPS 协定第55条的规定。天津海关则认为，海关执法的依据亦应是中华人民共和国法律和行政法规。法院援引“贸易行政案件规定”第7条，支持了海关的观点。在“孔蒂拉案”中，<sup>②</sup>原告主张，被告没有给予国际申请人恢复权利的机会，与TRIPS协定第3条和《保护工业产权巴黎公约》第2条关于国民待遇原则的规定相抵触，故被诉行为适用法律错误。对此，一审法院认为，《专利法实施细则》之相关规定与《专利合作条约》的要求相符，而原告之行为不符合《专利法实施细则》关于期限延误应给予恢复的规定，故驳回原告诉讼请求。二审法院认为，被上诉人对专利国际申请能否进入中国国家阶段的审查应当适用《专利法》及《专利法细则》。上诉人的适用国际条约的主张没有法律依据，本院不予支持。

值得注意的是，在“柯荣元案”中，<sup>③</sup>法院提及了一致性解释原则。法院指出，根据立法过程、立法意图、《巴黎公约》的规定以及参照“贸易行政案件规定”第9条的精神，《商标法》第15条规定的“代理人或者代表人”应做广义解释，不只限于接受商标注册申请人或者商标注册人委托、在委托权限范围内代理商标注册等事宜的商标代理人、代表人，而且还包括总经销（独家经销）、总代理（独家代理）等特殊销售代理关系意义上的代理人、代表人及基于商事业务往来而可以知悉被代理人商标的经销商。在此，国际条约仅被用于解释《商标法》条款含义，而非司法依据。

总体而言，“贸易行政案件规定”将涉外知识产权行政纠纷的法律适用限定在国内法，不仅TRIPS协定不能直接适用，即便是其他规定当事人具体权利和义务，没有明显“结构缺陷”的国际知识产权条约也被排除在适用范围之外。这就与著作权法第2条、《商标法》第17条、《专利法》第17条的规定形成冲突。虽然最高法院司法解释与立法之间的冲突比比皆是（王成，2016；刘宪权，2020），但是，如果最高法院只能就“法院在审判工作中具体应用法律的问题进行解释”，<sup>④</sup>则“贸易行政案件规定”笼统地将所有国际条约排除在直接适用范围之外的确有再讨论的必要。

#### 四、结论

中国入世20年的成就不仅体现在中国GDP总量的增加，还体现为对外贸易规制制度的逐步完善。WTO协定的国内适用问题之所以在入世之初受到空前重视，主要源于两个基本假定：一是认为入世后中国贸易行政案件会激增，有必要未雨绸缪，明确WTO协定在国内法的地位、可适用性以及法律位阶等基本问题；二是当时国内诸多

① 深圳市诚捷尔贸易有限公司诉天津海关行政强制案，(2012)二中行初字第2号。

② 孔蒂拉股份有限公司不服国家知识产权局专利国际申请不能进入国家阶段通知案，(2005)高行终字第369号。

③ 柯荣元与国家工商行政管理总局商标评审委员会商标异议复审行政纠纷案，(2013)一中知行初字第2906号。

④ 自1981年《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》开始，到《人民法院组织法》、《各级人民代表大会常务委员会监督法》，再到2015年的《立法法》第104条，均要求最高法院只能就“法院在审判工作中具体应用法律的问题”进行解释。

法律规定与WTO协定有冲突之处，如果不处理好WTO协定在国内的适用问题，有可能激发更多国际争端。由于国内此前基本上采取条约优先适用的立场，WTO协定可否优先适用自然成为学界关注的重点。

如上所述，入世前后的理论争议并非没有共识，无论是否支持WTO协定国内适用，相关理论均极为关注WTO协定本身是否赋予当事人以具体权利和义务。这与欧洲法院司法实践中确立的“结构缺陷”理论极为相似。实际上，如果相关WTO协定存在所谓的“结构缺陷”，则当事人很难在诉讼中将客观权利转化为主权利。不仅如此，中国《民事诉讼法》《行政诉讼法》均明确规定了对等原则。这意味着，如果外国法院禁止中国自然人、法人在该国法院援引WTO协定主张权利，则即便WTO协定存在所谓的“结构缺陷”，中国法院依然可在个案中援引对等原则，拒绝适用WTO协定。按此思路，在入世之后，国内法院直接适用WTO协定的制度空间相当有限。在此理论背景下，如果相关司法解释能够直截了当宣布WTO协定不得直接适用，则有助于消除理论纷争与实践乱象。

然而，在出台司法解释时，最高法院并没有借鉴美国方式——规定任何与国内法律相冲突的WTO协定不产生效力，且禁止任何基于WTO协定的私人救济，<sup>①</sup>而是规定，在审理贸易行政案件时，法院应依据国内法。然而，这种通篇不提及WTO协定，同时又将之排除在适用范围之外的另类“立法”模式有其代价：一方面，它涵盖过宽，因为没有明确提及WTO协定，导致所有国际条约均在排除之列；另一方面，它涵盖过窄，因为仅仅针对国际贸易行政案件，导致其他类型案件是否适用WTO协定仍存在不确定性。

入世之后20年的司法实践表明，“贸易行政案件规定”既发挥了积极作用，也引发了进一步的理论争议。其中，在贸易行政案件和刑事案件中，法院基本排除WTO协定的适用，转而依据国内法作出判决。即便如此，在行政诉讼中，对于哪些案件属于贸易行政案件，哪些案件属于一般行政案件，实践中仍存在争议。在刑事诉讼中，法院依据最惠国税率，而非涉外货物、物品原产地所享受之更优惠的税率计算税额，是否符合立法目的和宗旨，仍有值得商榷之处。在民事案件中，法院之所以不一概排除WTO协定的适用，与“贸易行政案件规定”涵盖过窄、仅规范行政诉讼密切相关。如正是基于对中国GATS具体承诺法定性的不同，各法院才会对建设工程设计合同的效力问题产生分歧。在涉及知识产权的民事诉讼中，受“贸易行政案件规定”涵盖过宽、囊括所有国际条约之影响，法院对如何妥当处理其他国际知识产权公约存在不同意见，进而产生结论类似，但理据不同的现象。

令人遗憾的是，除“柯荣元案”之外，仅“正通案”参照了一致性解释原则，<sup>②</sup>该解释方法并未在司法实践中产生足够影响。是法院未能充分领会一致性解释的作

<sup>①</sup> Section 102, 19 U.S.C. § 3512.

<sup>②</sup> 重庆正通药业有限公司、国家工商行政管理总局商标评审委员会与四川华蜀动物药业有限公司商标行政纠纷案，(2007)行提字第2号。需要说明的是，该案并不是国际贸易行政案件，故法院仅仅“参照”使用了一致性解释原则。

用,还是另有隐情?这已然超过本文讨论的范围(彭岳,2019)。但是,在司法实践越来越趋向于完全排除WTO协定国内直接适用的情况下,如果不能利用一致性解释原则缓和国内法与国际法之间的紧张关系,则很难为统筹推进国内法治和涉外法治,协调推进国内治理和国际治理打下良好的基础。结合中国入世20年的理论共识和实践经验,当前有必要进一步明确WTO协定不可适用的范围和程度,将遮蔽的法律问题揭示出来,同时强调一致性解释原则在涉外案件中的不可或缺性。唯有如此,中国的涉外法治才有可能在灵活性与稳定性、国家主义与国际主义之间实现平衡。

### 参考文献

- [1] 杜涛,杨育文.中国批准《取消认证公约》的法律问题及对策——以国际贸易行业为重点[J].武大国际法评论,2017(6):138.
- [2] 甘文.WTO与司法审查[J].法学研究,2001(4):135.
- [3] 贺小勇.论世贸组织协定在我国法院的适用问题[J].国际贸易问题,2001(3):51-52.
- [4] 黄惠康.平等者之间无管辖权——诬告滥诉难以逾越的法律程序屏障[N].光明日报,2020-05-28(14).
- [5] 江伟,王景琦.WTO协议与中国民事司法制度的完善[J].中国法学,2001(1):26.
- [6] 林雅.国际贸易中行政案件司法审查若干问题探讨[J].法律适用,2003(11):68.
- [7] 刘宪权.刑法司法解释与刑法的冲突适用[J].法学论坛,2020(6):76-79.
- [8] 马怀德,孔祥稳.改革开放四十年行政诉讼的成就与展望[J].中外法学,2018(5):1147.
- [9] 彭岳.一致性解释原则在国际贸易行政案件中的适用[J].法学研究,2019(1):204.
- [10] 任平.荒唐的闹剧[N].人民日报,2020-06-24(4).
- [11] 石佑启.WTO对中国行政法治建设的影响[J].中国法学,2001(1):22.
- [12] 孙南申.论加入WTO对中国经济法制的影响[J].中国青年政治学院学报,2001(1):81.
- [13] 王成.最高法院司法解释效力研究[J].中外法学,2016(1):264-267.
- [14] 王勇.再论WTO规则在中国国内的法律适用[J].福建法学,2002(1):44.
- [15] 杨荣新,肖建华.WTO与我国民事诉讼改革[J].政法论坛,2002(2):18.
- [16] 余敏友,陈卫东.欧共体围绕WTO协定直接效力问题的争论及其对我国的启示(一)[J].法学评论,2001(3):98.
- [17] 张燕,邱达春.欧洲法院对WTO协议的适用及对我国法院的启示[J].比较法研究,2002(2):79.
- [18] 赵相林,耿勇.WTO与中国涉外民商事审判[J].政法论坛,2002(4):11.
- [19] 左海聪.直接适用条约问题研究[J].法学研究,2008(3):97.
- [20] 最高人民法院司法解释小文库编选组.行政诉讼司法解释[C].人民法院出版社,2006:62.
- [21] Canizares, Alex O., "Is Charming Betsy Losing Her Charm? Interpreting U.S. Statutes Consistently with International Trade Agreements and the Chevron Doctrine", *Emory International Law Review*, 2006, 20(2): 620-631.
- [22] Heiskaen, V., "The Regulatory Philosophy of International Trade Law", *Journal of World Trade*, 2004, 38(1): 12.
- [23] Lee, P., & B. Kennedy, "The Potential Direct Effect of GATT 1994 in European Community Law", *Journal of World Trade*, 1996, 30(1): 68.
- [24] Posner, E., and Alan O. Sykes, "Efficient Breach of International Law: Optimal Remedies, Legalized Noncompliance, and Related Issues", *Michigan Law Review*, 2011, 110(2): 257.

【作者简介】彭岳:南京大学法学院副院长,教授,博士生导师。研究方向:国际经济法。

(下转第40页)