



同濟大學 法学文丛

WTO与建筑服务贸易 法律制度

师华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



同济大学 法学文丛

WTO与建筑服务贸易 法律制度

师华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

WTO 与建筑服务贸易法律制度 / 师华著. —北京:
法律出版社, 2011. 9
(同济大学法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2579 - 7

I. ①W… II. ①师… III. ①世界贸易组织—规则—
影响—建筑业—服务贸易—法律—研究—中国 IV.
①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 198953 号

同济大学法学文丛	WTO 与建筑服务贸易法律制度	师 华 著	责任编辑 高 山 装帧设计 李 瞻
----------	-----------------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 10 字数 251 千

印次 2011 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2579-7

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 建筑服务贸易法律制度的理论基础 001

一、比较优势理论 001

(一) 比较优势理论的核心内容 001

(二) 服务贸易的比较优势 002

(三) 我国建筑服务贸易的比较优势 003

二、制度经济学关于制度的理论 004

(一) 制度的内涵 004

(二) 制度的构成 007

(三) 制度的变迁 009

(四) 法律制度在制度变迁中的地位、需求和供给 009

三、法理学关于法的理论 012

(一) 法的功能 012

(二) 法的作用 013

(三) 法的功能和法的作用的关系 016

四、政府规制理论 017

(一) 政府规制的概念及产生原因 017

(二) 政府规制失效及优化 019

(三) 入世与政府规制 028

本章小结 031

第二章 服务贸易与建筑服务贸易 033

一、服务贸易——国际贸易新的增长点 033

(一) 服务贸易的定义与内涵 033

(二) 国际服务贸易的现状与发展特点 035

(三) 中国服务贸易的发展与现状	040
二、建筑服务贸易	044
(一) 建筑服务贸易的内涵	044
(二) 国际建筑服务贸易发展与现状	050
(三) 中国建筑服务贸易发展与现状	060
本章小结	075

第三章 WTO 与建筑服务贸易相关的规则 076

一、WTO 法律框架及规则	076
二、WTO 与建筑服务贸易相关规则的分析	079
(一) WTO《货物贸易多边协定》对建筑服务贸易的影响	079
(二) WTO《服务贸易总协定》对建筑服务贸易的影响	084
(三) WTO《与贸易相关的知识产权协定》对建筑服务贸易的影响	088
(四) WTO《政府采购协定》对建筑服务贸易的影响	091
(五) 《WTO 争端解决机制和程序的谅解》对建筑服务贸易的影响	097
本章小结	100

第四章 WTO 主要成员方建筑服务贸易承诺和技术性壁垒 101

一、关于“承诺”	101
(一) 美国建筑服务领域的承诺	102
(二) 日本建筑服务领域的承诺	103
(三) 欧盟建筑服务领域的承诺	104
(四) 韩国建筑服务领域的承诺	107
二、关于建筑服务市场准入的“技术性壁垒”	109
(一) 美国建筑市场准入的“技术性壁垒”	109
(二) 日本建筑市场准入的“技术性壁垒”	117
(三) 德国建筑市场准入的“技术性壁垒”	122
(四) 韩国建筑市场准入的“技术性壁垒”	125

- (五)香港建筑市场准入的“技术性壁垒” 130
- (六)WTO 主要成员方建筑市场准入“技术性壁垒”综合比较 131
- 本章小结 137

第五章 我国建筑服务贸易法律制度 138

- 一、我国入世时在建筑服务贸易领域的承诺 138
 - (一)我国建设及相关工程服务的承诺 138
 - (二)我国建筑设计咨询业的承诺 139
 - (三)我国对有关国家的承诺 140
- 二、我国建筑服务贸易法律制度 142
 - (一)我国废止的相关法律制度 144
 - (二)我国重新修订的法律制度 145
 - (三)我国新建立的法律制度 146
- 三、我国建筑服务贸易法律制度评析 147
 - (一)建设及相关工程服务贸易法律制度 147
 - (二)建筑设计服务贸易法律制度 151
 - (三)开拓国际建筑市场服务贸易法律制度 156
- 四、现行法律制度存在的问题 160
 - (一)立法滞后,法律、法规不健全 161
 - (二)入世承诺与现行法律制度存在矛盾 161
 - (三)建筑业管理法律制度不符合 WTO 规则 162
 - (四)建筑执法是薄弱环节 163
- 本章小结 163

第六章 我国建筑服务贸易法律对策 165

- 一、以 WTO 规则为依据,完善建筑服务贸易法律制度 165
 - (一)合理利用《服务贸易总协定》基本原则、例外条款及保障措施 166
 - (二)以《政府采购协议》引导我国政府工程采购制度的建立 170

第一章

建筑服务贸易法律制度的理论基础

一、比较优势理论

(一) 比较优势理论的核心内容

比较优势理论形成于 18 世纪中叶,完成于 20 世纪 30 年代。在国际经济学中,用来解释比较优势的理论主要包括英国古典经济学家大卫·李嘉图(David Ricardo)的比较成本学说《政治经济学及其赋税原理》;瑞典经济学家伊莱·赫克歇尔(Eli. f. Heckscher)和伯蒂尔·俄林(Betil. G. Ohlin)的要素禀赋学说《地区间贸易和国际贸易》。由于俄林在其著作中采用了他的老师赫克歇尔 1919 年用瑞典文发表的一篇重要论文,因此,要素禀赋学说又称赫克歇尔—俄林模型。

李嘉图提出的比较成本学说,第一次以无可比拟的逻辑力量,论证了国际贸易分工的基础不限于绝对成本差异,只要各国之间产品的生产成本存在相对差异,就可参与国际贸易分工。按照比较成本差异进行

国际分工,各国生产具有比较优势的产品进行贸易,就能获得比较利益。“两优取重,两劣择轻”的思想,就是比较成本理论的“合理内核”及“精髓”所在。因此,比较成本学说在本质上揭示了国际贸易领域客观存在的一般原则和规律,揭示了国家间产业分工和产业互补的合理性。一个国家不论处在什么发展阶段,经济力量是强是弱,都能确立自己的相对优势,即使处于劣势也可以从其中找到劣势中的相对优势,在国际分工体系中找到自己的位置,并从参与国际贸易中获得利益。

赫克歇尔-俄林模型假定各国的劳动生产率是相同的,即各国生产函数相同。在这种情况下,产生比较成本差异的原因有两个:一个是各个国家生产要素禀赋比率的不同。这是产生比较成本差异的重要决定因素。各国都生产使用本国禀赋较多,价格相对便宜的生产要素的商品以供出口,才具有比较优势,双方都可以获益。另一个是生产各种商品所使用的各种生产要素的组合不同,亦即商品生产的要素密集度不同。很显然,一国如果对生产要素进行最佳组合,在某种商品的生产中多用价格低廉的生产要素,就能在该种商品上具有较低的比较成本,从而形成比较优势。

(二)服务贸易的比较优势

国际货物贸易的比较优势理论是否适用于服务贸易,目前国内外学术界比较认可的观点是,国际贸易理论可以适用于服务贸易,因为服务贸易也属于国际贸易的一种形式。事实上,在商品和服务之间存在一个连续谱,加入到基础生产商品的服务是数不清的,例如,延期付款和租赁系统、培训、服务合同、替换和替代的设施、咨询服务,等等。因而可以认为,服务贸易,特别是附带有商品的服务贸易在很大程度上是受商品贸易的决定性因素影响的,由此出发,传统的商品贸易理论上可以用来解释服务贸易。但是同时也承认具体理论在解释服务贸易

时的缺陷,在运用基于货物贸易的传统国际贸易理论来解释服务贸易时必须对之进行修正。国际服务贸易的比较优势不仅仅来源于自然禀赋,它是由包括自然禀赋、资本禀赋、人力资本、产业组织结构和文化、政治等非经济因素在内的诸多因素共同决定的,其中又以人力资本为其核心。除自然资源的比较优势是静态的,其他因素均是动态发展的,因此,服务贸易比较优势的決定较之商品贸易更加复杂。

(三)我国建筑服务贸易的比较优势

1. 价格的比较优势

建筑业属于劳动密集型产业,人工成本对工程总造价影响较大。我国人力资源丰富,人工费相对较低,在一些对自然人移动比较开放的国家和地区,我国企业具有一定的价格优势。此外,我国制造的电站设备、传动设备、农机和纺织等制造设备、工程车辆等在国际市场上都具有一定的竞争力,使用国产设备材料也是实现价格优势的重要因素。

2. 技术的比较优势

改革开放以来,大规模的现代化建设事业给我国建筑业带来了历史性的发展机遇,举世瞩目的三峡工程、大亚湾以及秦山核电站、京九、南昆等铁路、京沪高速等公路、上海金贸大厦等一大批难度大、技术水平要求高的工程,标志着我国建筑业在施工技术和项目管理水平方面已取得了长足的进步。目前我国的深基坑支护、超高层结构、综合爆破、大型结构和设备整体吊装、预应力混凝土和大体积混凝土等项施工技术已达到或接近国际先进水平。同时,技术规范不断完善,企业质量管理体系不断健全,逐步形成了综合性的技术比较优势。此外,我国技术人员专业水平较高、工人技能娴熟也是技术优势的重要原因。一些发达国家和地区的专家认为,我国建筑工人的技能水平超过了当地工人。今天,在建筑、道路、桥梁、电力设施等专业领域,我国建筑业企业

已具备与发达国家建筑业企业开展竞争的能力。

3. 地缘的比较优势

我国开展对外承包工程的地缘优势首先体现在华人较集中的国家和地区,相同的语言、文化以及亲缘关系是我国企业这一地缘优势的根本因素。目前,我国对外承包工程的第一大市场在香港特别行政区,第二大市场在新加坡。地缘优势还体现在我国的友好国家,在这些友好国家里,我国企业不仅承包了许多工程,而且在项目实施过程中,还得到了当地多方面的协助和支持。此外,在我国传统的市场,如中东地区,地缘优势也比较明显。在这里,我国企业已建立了一定的人际资源、物质资源的基础以及承包工程的经验。

当然,与国际大型承包商相比,我国建筑业企业仍然存在不少差距。主要有:企业规模小,专业单一,缺乏实施包括规划、设计、施工以及工程服务等工程总承包的能力;企业资金不足,融资能力低,获取保函困难;一些领域的技术薄弱,缺乏工艺专利;国际通用的一些发达国家的技术标准不熟悉;缺乏复合型国际工程管理人才。因此,我国企业有一些资金要求较高的项目上、在大型石油化工、环保以及机电安装等技术薄弱的领域,缺乏足够的竞争力。

拥有一定的比较优势是决定我国从事建筑服务贸易的首要原因。

二、制度经济学关于制度的理论

(一)制度的内涵

制度是规矩,是规范,是人们各种行为赖以遵循的规则。

凡勃伦认为,制度是由人们的心理动机和生理本能所决定的思想和习惯形成的,因而制度不过是一种思想习惯或精神状态而已。而诺思则将制度定义为“一个社会的游戏规则,更规范地说,它们是为决定

人们的相互关系而人为设定的一些制约。制度构造了人们在政治、社会或经济方面发生交换的激励结构,制度变迁则决定了社会演进的方式,因此,它是理解历史变迁的关键”。^① 关于制度的内涵,诺思写道:“制度确定和限制了人们的选择集合。制度包括人类用来决定人们相互关系的任何形式的制约……制度制约既包括人们对所从事的某些活动予以禁止的方面,有时也包括允许人们在怎样的条件下可以从事某些活动的方面。因此,正如这里所定义的,它们是为人类发生相互关系所提供的框架。它们完全类似于一个竞争性的运动队中的激励规则,也就是说,它们由正规的成文规则和那些作为正规规则的基础与补充的典型非成文行为准则所组成,后者诸如对对方运动队中核心成员的非故意伤害。正如这一类似所暗含的,规则和非正规的规则有时是对犯规和惩罚的规定。因此,制度在发挥其功能中的一个实质性的部分就是确定犯规和惩罚严厉性的成本。”^②

诺思分析了制度在当代经济分析中的重要性:

1. 经济和政治的模型是有制度类别的,它在许多情形下对制度制约的变化非常敏感,对这些制约的自觉认识不仅对理论建设的发展至关重要,而且对于公共政策问题也是十分重要的。同时,具体的制度制约划定了组织运行的边界,因而使得游戏规则和行动者的行为之间的相互作用变得可以理解。如果一些组织将他们的努力用于非生产性活动,制度制约则为从事这类活动提供了激励结构。

2. 对制度的自觉纳入将会促进一般社会科学家,尤其是经济学家去反省他们的原理所依赖的行为模型,因而能更加系统地揭示信息成本和信息的不完全处理对行为者行为结果的意义。

① [美]诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》,刘守英译,上海三联书店1994年版,第3页。

② [美]诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》,刘守英译,上海三联书店1994年版,第4~5页。

3. 制度在决定思想和意识形态有多大的重要性时起主要作用,思想和意识形态对人们解释周围世界以及作出选择起了不可忽视的作用。因此,正式规则影响着人们选择行动时所要承担的成本。

4. 在理解一个经济的绩效时,政治和经济之间有着无可争议的内在联系,因此我们必须发展一个真实的政治经济模型。一系列的制度制约是用来决定两者之间的交换关系的,因而它们决定了一个政治经济体制的运作方式。有关经济的宏观模型和微观模型必须要把制度制约考虑进去。

根据张宇燕的概括,制度的内涵包括如下 12 个方面:

1. 制度是人类适应环境的结果,它是一种人工产品;

2. 制度的主要表现形式之一,是人们习以为常的惯例(或习惯),或是规范化的行为方式;

3. 规则为制度的另一核心内容,它的主要特征之一在于其具有强制性,并主要通过法律法规、组织安排和政策而得到表现;

4. 制度是历史进程中人类行为的沉淀物,即它是由过去决定的,或它一旦形成,便具有历史惯性,表现为制度变迁的路径依赖;

5. 制度和集体行动交织在一起,也就是说,它为某社会中的众多人所接受或遵守,而这种遵守可能是自觉自愿的(或无组织的),也可能是被迫的(或有组织的)。换言之,制度是一种一致赞同的结果,尽管赞同本身有自愿和非自愿之分;

6. 制度为人们之间的交往、合作及交易的顺利进行提供了必不可少的保障,因为它使个人对他人的行为进行预期成为可能;

7. 制度通过各种习惯和规则为处于其中的人提供了奖励或制裁,制约了人们在各种选择方案中进行选择的能力;

8. 维护和施行制度意味着某种“外在”权力或权威的存在,国家就是这种权力的典型;

9. 交易是对制度进行分析的基本单位,这既是由于习惯和规则只能体现于人们之间的交易中,同时又因为交易的各种具体形式为描述不同的制度创造了条件;

10. 财产权与交易关系密切,同时财产权又是集体行动控制个人行动的主要手段,因此,财产权作为一种权力安排,既体现了规则又包含了习惯,其本身就是制度的同义词;

11. 制度本身是不能独立的,必须有其实际承载体,如家庭、企业(或公司)和国家等,反过来说,像企业这样的合作组织,本身就是由制度来支撑和维系的,实际上企业就是制度的化身;

12. 制度是观察和理解人类经济活动或行为的最重要的钥匙或范式。

(二)制度的构成

制度主要由正式制度和非正式制度构成。

林毅夫指出:“正式的制度安排指的是这样一种制度安排:在这种制度安排中规则的变动或修改,需要得到其行为受这一制度安排管束的一群(个)人的准许。也就是说,无异议是一个自发的、正式的制度安排变迁的前提条件。因此,正式的制度安排变迁,需要创新者花时间、花精力去组织、谈判并得到这群(个)人的一致性意见。”^①而对于非正式的制度安排,林毅夫写道:“非正式制度安排指的是另一种制度安排:在这种制度安排中规则的变动和修改纯粹由个人完成,它用不着也不可能由群体行动完成。最初,个别创新者将被其他人认为是违反了现行规则。只有当这个社会中的大多数人放弃了原来的制度安排并接受

^① 林毅夫:“关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁”,载刘守英等:《财产权利与制度变迁》,上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版,第 390 页。

新的制度安排时,制度安排才发生变换。这种制度安排的例子有价值观、伦理规范、道德、习惯、意识形态等。”^①

对于正式制度与非正式制度的区别,科斯认为,非正式制度安排创新过程所产生的问题,与正式制度安排创新所产生的问题在特征上有很大的不同。改变一种正式的制度安排会碰到外部效果和“搭便车”的问题,产生外部效果的原因,是因为制度安排并不能获得专利。当一个制度安排被创新出来以后,其他人可以模仿这种创新,并大大降低他们组织和设计新制度安排的费用。因此,创新者的报酬将少于作为整体的社会报酬。而由于非正式制度安排创新不包括群体的行动,所以尽管它还有外部效果的问题,却没有“搭便车”的问题。新规则的接受完全取决于创新所带来的效益和费用的个人计算。而且这种创新费用并不完全取决于创新过程所花费的时间、努力和资源等形式。因为非正式制度安排的执行取决于社会的相互作用,所以创新者的作用主要来自于围绕他的社会压力,如果获利机会不是在社会成员之间平等分配,那么这种费用是极高的。正因为如此,非正式制度安排显示出一种比正式制度安排更难以变迁的趋势。即使有政府行动,发生这种变迁也是不容易的。

新制度经济学认为,制度提供的一系列规则由社会认可的非正式约束、国家规定的正式约束和实施机制所构成。非正式约束是人们在长期交往中无意识形成的,具有持久的生命力,并构成代代相传的文化的一部分,主要包括价值信念、伦理规范、道德观念、风俗习性、意识形态等因素。正式约束是指人们有意识地创造的一系列政策法则。正式约束包括政治规则、经济规则和契约,以及由这一系列的规则构成的一

^① 林毅夫:“关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁”,载刘守英等:《财产权利与制度变迁》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第390~391页。

种等级结构,从宪法到成文法和不成文法,到特殊的细则,最后到个别契约,它们共同约束着人们的行为。实施机制是制度构成的第三个部分。人们判断一个国家的制度是否有效,除了看这个国家的正式规则与非正式规则是否完善以外,更主要的是看这个国家制度的实施机制是否健全。离开了实施机制,那么任何制度尤其是正式规则就形同虚设。

(三)制度的变迁

制度变迁是制度的替代、转换与交易过程。作为一种“公共物品”,制度同其他物品一样,其替代、转换与交易活动也都存在种种技术的和社会的约束条件。制度变迁可以被理解作为一种效益更高的制度(即所谓“目标模式”)对另一种制度(即所谓“起点模式”)的替代过程。在这个过程中,实际制度需求的约束条件是制度的边际替代成本(即机会成本)。

制度变迁还可以被理解为对一种更有效益的制度的产生过程。在这个过程中,实际制度供给的约束条件是制度的边际转换成本。微观经济学理论表明,由于边际收益递减,生产最优规模的约束条件是边际转换成本等于边际收益。类似地,实际制度供给的约束条件是制度的边际转换成本等于制度的边际收益。

(四)法律制度在制度变迁中的地位、需求和供给

在诺思制度变迁理论中,法律是制度环境中的重要组成部分。他把制度环境定义为:“一系列用来确定生产、交换与分配的基本政治、社会与法律规则。”事实上,支配选举、产权与合约的规则是经济环境的基本规则。重要的是,环境是可以改变的。例如,在美国的法律变迁中,变迁可能是由于政治行动对宪法的修正,也可能是由于对司法解释的

变迁,或者是由于公民偏好的改变。

在制度创新过程中,法律制度具有重要的作用。一方面,法律制度制约着制度安排的演化范围。尽管法律是可以变化的,但在短期内可能制约着其他制度安排的选择。这样,法律制度对制度创新便存在某种阻碍作用。但是,另一方面,法律制度可能有利于制度创新,特别是法律制度的改变会促进制度创新。一般来讲,法律变迁只不过是承认已经改变了的制度,即使新的制度安排合法化。

诺曼·尼科尔森指出:为了适应变化了的环境,经济结构要向效率更高的方向转变,这种转变并不是市场力量自发作用的结果。相反,制度、法律和政策的作用是相当重要的。新的交往形式如果要发展起来并成为普遍形式,就必须以适当的方式得到法律的承认。制度规则最终必须通过公共当局来推行,因此必须与更高层次的法律秩序相一致。简言之,制度变化依存于政治和经济力量的相互作用。

制度经济学将制度变迁分为两种类型:诱致性变迁和强制性变迁。前者指一群人或一个人在响应由制度的不均衡而引致的获利机会时所进行的自发性变迁;后者是由政府法令引致的变迁。在所有的制度安排中,又可分为正式的制度安排和非正式的制度安排。在正式的制度安排中,规则需要得到受它管束的一群人的准许。在非正式的制度安排中,规则变动与修改由其中的个人完成,如价值观、伦理规范、道德、习惯和意识形态等。

强制性制度变迁的主体是国家。国家的基本功能是提供法律和秩序,并保护产权和税收。新制度经济学认为,国家在使用强制力时有很大的规模优势。作为垄断者,国家可能比竞争性组织以低得多的费用提供一定的制度服务。国家在制度供给上除了规模经济这一优势外,在制度实施及其组织成本方面也有优势。例如,国家可以凭借强制力降低自治成本和实施成本。

根据制度经济学关于制度变迁形式的划分,法律制度变迁应属于强制性制度变迁。在变迁之后,法律便成为正式的制度安排。法律制度变迁需要大多数选民的同意。例如,一项立法必须经过一定的立法程序。在立法过程中,利益集团之间会因利益而发生争论,进行讨价还价。事实上,每一项立法都会对利益集团产生损益,哪一个集团也不会轻易让步。这样,就产生了立法成本。一项法律或法令一旦通过,就具有了强制的力量,它可以利用国家力量实行强制性变迁。这种强制性变迁的优点在于可以以较少的费用来实现,并较快地产生社会效果。进一步讲,法律制度一旦建立起来,就作为制度环境的重要组成部分发挥作用。

根据制度经济学的解释,制度变迁的需求基本上起因于:在现在的制度安排下,无法获得某种潜在的利益;改变现有的制度安排,目的在于获得原有制度下得不到的利益。制度安排的改变,一种情况是改变现有的收入分配;另一种情况是提高制度的效率。通常来说,后一种情况更为多见。就法律制度变迁来说,也是一样的。人们之所以要采取一种新的法律制度,就在于新的法律制度能够给人们带来收益,而这种收益在原有的法律制度下不能获得。

新制度经济学认为,影响制度变迁的需求有四个方面的因素:第一,宪法秩序。宪法奠定制度的最基本框架。宪法的变化能影响新的制度安排的预期成本和利益,因而也就影响对新的制度安排的需求。第二,技术变化。技术包括两个方面:一是生产技术,二是交易技术。对于制度变迁来讲,前者提供最基础的动因,后者直接影响制度的安排。技术对于制度变迁的影响,是通过影响制度变迁的成本和收益来实现的。第三,市场规模。市场规模的扩大,使制度变迁的费用分摊到多项交易中去,从而使制度变迁变得容易起来。第四,相对价格的变化。相对价格的变化,要求资源进行重新配置,相应地要求重新作出制