

三晋法学

第一辑

主编 王继军
主办 山西大学法学院

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

三晋法学

第一辑

主编 王继军
主办 山西大学法学院

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

三晋法学. 第1辑/王继军主编. —北京:中国法制出版社,2006.9

ISBN 7-80226-510-X

I. 三... II. 王... III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第109047号

三晋法学(第一辑)

SANJIN FAXUE DIYIJI

主编/王继军

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×960毫米16

版次/2006年9月第1版

印张/23 字数/283千

2006年9月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-510-X

定价:42.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

网址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66033393

传真:66031119

编辑部电话:66010406

邮购部电话:66033288

序

在这个明净绚丽的秋天,《三晋法学》与读者见面了。

作为山西大学法学院百年华诞的一份礼物,她饱含着历史的沉思、现实的关注和未来的憧憬。三晋大地,万里山河,钟灵毓秀,它是中华文明的发祥地之一,也孕育了绵延不绝的法律文化传统。从皋陶制狱、晋铸刑鼎,到晋武帝颁行《泰始律》、裴政主持制定《开皇律》,从荀子的“隆礼重法”理念、柳宗元的“天人不相预”的法律观,到杨深秀的“革旧变法”的维新思想、张友渔的社会主义宪政理论,无不闪耀着三晋法律文化的智慧之光。从1906年山西大学堂开办法律专门科起,一代杰出法律学人如冀贡泉、梅汝璈、社任之等中西会通,求真至善,为山西乃至中国近代大学法学教育撑起一片湛蓝的天空。1980年以来特别是近十三年来,山西大学法学院创新教育理念,提升学术水平,在厚重的历史文化积淀上,继往开来,创造出令人瞩目的成绩。现在它正适应全球化时代中国民主法治进程的需要开拓进取。

《三晋法学》是法学研究的一块崭新园地。她主张思想开放、学术自由。开放的思想是人类理性挑战愚昧的锐器,自由的学术是世界迈向理想社会的阶梯。百家争鸣,兼容并蓄是法学研究保持青春魅力的必由之路。因此,她立足三晋,面向全国,欢迎有创见卓识的法律人阐说思想,传播文化,繁荣法学。她提倡人文关怀和科学精神。法律是自由、正义和秩序的制度安排,是人们生存发展的内在需求。法律应以人为本,以法律现象及其规律为对象的法学研究也需要有人文关怀。深邃的理论思辨和真切的人文关怀结合起来,法学者将眼光投射到广大民众的身上,才会真正为权利而思考,为权利而呐喊,为权利而斗争。科学精神是法学研究的又一要件。遵守学术规范,尊重他人成果是进行学术研究的基本道德素质。只有

三晋法学（第一辑）

站在巨人肩膀上我们才能看得更远，但当我们看到远方的时候，不要忘记
是巨人在支持着自己。法学是各门社会科学乃至自然科学的结晶，因此，
《三晋法学》欢迎以法学为本位的研究，也期待跨学科、多角度、多方法
的研究成果。这是中国法学研究走出樊篱，开阔视野，提高境界的必然选
择。愿《三晋法学》给思考着的人们带来一缕清新。

王继军

2006年9月

目 录*

序	(1)
---------	-----

名家论坛

论 WTO 后过渡期中国对外贸易法律制度的梳理	沈四宝 (3)
宽严相济刑事政策下酌定量刑情节的适用	高铭喧 张 杰 (16)

焦点争鸣

《物权法》(草案)的社会主义性质与违宪性之辨析	王继军 (27)
-------------------------------	----------

法学各科专论

和谐社会法律保障要素论略	赵肖筠 (43)
市场经济条件下中国法理念体系的创新	史凤林 (52)
论转质	汪渊智 姚黎黎 (66)
动产抵押立法模式选择	毛瑞兆 (81)
股东投票代理权征集研究	金永恒 (92)
论保险利益的扩张	刘丽萍 籍雁东 (107)
论德国经济法的演变及经验借鉴	王宵燕 (117)
经济法的社会公益原则研究	张 钧 (129)
循环经济及其法律调整	李冰强 (141)
遗产税立法研究	李晓燕 (155)
行政法控权理念的变迁及其启示	彭云业 (165)
论我国行政检查制度的完善	何建华 秦 坤 (179)
论具体行政行为合法性的判断标准	赵银翠 (193)
商业贿赂及刑事立法完善 ——以《联合国反腐败公约》为参照	张天虹 (204)
中国应对特定产品过渡性保障机制的对策分析	温树英 郑晓飞 (220)
国际民事管辖权的冲突与协调	白红平 刘志育 (231)
地理标志相关概念辨析	赵小平 (245)

目 录

论知识垄断与知识流动的平衡	张建华 韩彦霞 (256)
公司股东纠纷解决机制研究	马爱萍 王 舒 (268)

农村医疗卫生体制改革研究

我国农村乡镇卫生院体制的沿革与发展	
——从经济与行政管理的视角分析	尹洪阳 孙淑云 (283)
我国农村卫生服务体系宏观调控法律制度刍议	黄晓燕 (298)

山西大学法学院百年院庆专栏

中国旧制下之法治	梅汝璈 (313)
三晋法律文化论纲	周子良 史永丽 (323)
中西会通 博专并重	
——山西大学法学院法学教育史专论	李 麒 李君超 (342)
模拟法庭教学研究	陈晋胜 (354)

论 WTO 后过渡期中国对外贸易法律制度的梳理

宽严相济刑事政策下酌定量刑情节的适用

论 WTO 后过渡期中国对外贸易法律制度的梳理

沈四宝*

摘要:我国进入 WTO 后过渡期,对外贸易发展迅速,但贸易摩擦从产品摩擦升级为制度性摩擦。与此同时,国际贸易出现了三大冲突,即世界经济全球化与区域经济一体化的冲突、世界贸易自由化与各国贸易保护主义的冲突以及反倾销规则与反垄断规则的冲突。随之,对外贸易也呈现出与政治的互动、与对外投资的互动的发展趋势。为了适应国际贸易的新特征和发展趋势,我国急需加强在对外投资法、涉外知识产权保护、竞争法、市场监管法、社会保障法、涉外金融法、国际金融法、国际服务贸易法、涉外破产法等方面的立法与研究。

关键词:WTO 规则 贸易摩擦 对外贸易法律制度

我国于 2001 年 12 月 11 日正式加入世界贸易组织,至今已近五年。事实上从第 4 年即从 2004 年开始,我国已经进入 WTO 后过渡期。这里的“过渡期”是指中国加入世界贸易组织之后按照时间表履行人世相关承诺的期间,整个过渡期分为“前过渡期”与“后过渡期”。“前过渡期”时间范围是从 2001 年底至 2004 年底,其后就是后过渡期。

* 中国法学会国际经济法学研究会会长,对外经济贸易大学法学院院长、教授、博士生导师。

一、我国对外贸易在 WTO 后过渡期的特征

从入世五年来我国对外贸易的成就来看,我国的外贸发展形势已经发生了巨大的变化。2005 年,我国的对外贸易总额已经达到 14,221 亿美元^①,成为世界第三大贸易国,我国对外贸易的份额已经占全世界的 6.4%;而 1978 年这一数字仅为 203 亿美元,位居 32 位。同时,我国外汇储备也达到了 8189 亿美元^②,累计实际利用国外投资达到 6000 多亿美元。另外,《十一五规划纲要》预测到 2010 年我国的货物进出口总量将达到 2.3 万亿美元,服务贸易总量达到 4,000 亿美元^③。这些数字毫无疑问地证明了我国已经成为对外贸易大国。

在这个时期,我国对外贸易表现出以下的新特征:

1. 货物贸易进出口权已经完全开放,国内贸易和国际贸易开始融合;
2. 服务贸易中的大部分限制都将逐步取消,主要包括金融、商业、通讯、建筑、分销、教育、环境、旅游和运输等 9 大部门约 90 个分部门,基本上涵盖我国最为重要的第三产业;
3. 绝大多数非关税措施已经取消,关税已经降至承诺的终点,中国平均关税已由 2001 年的 15.3% 下降到目前的 10.4%;
4. 外贸法律制度的梳理取得实质性进展,基本完成国内外贸法律与 WTO 规则的接轨,做到了外贸法律的国内统一实施并完成了“立、改、废”工作;
5. 中国将作为一个独立的市场经济国家在 WTO 内平等地按照统一的国际游戏规则来从事外贸活动。

但在另一方面,我国仍不是对外贸易强国。在我国对外贸易飞速增长

① 人民网 2006 年 2 月 27 日报道,2006 年 4 月 15 日访问, <http://finance.people.com.cn/GB/8215/47803/59193/4146039.html>。

② 中国网 2006 年 1 月 15 日报道,2006 年 4 月 15 日访问, <http://www.china.com.cn/chinese/kuaixun/1093623.htm>。

③ 见《中华人民共和国国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》第 35 章“加快转变对外贸易增长方式”中的表述。

的同时,我国对外贸易也遭遇到了很多国际贸易壁垒的阻碍,贸易摩擦愈演愈烈,形式越来越复杂,涉及面越来越大,已经从原来的产品摩擦走向制度性摩擦,对外贸易中的法律问题越来越成为焦点问题^①。例如,我国已经连续11年成为全球遭受反倾销调查最多的国家,2005年共遭到51起其他国家发起的反倾销调查,涉案金额达到近18亿美元^②。2005年我国也首次遭到了反垄断诉讼,维生素C、镁砂和镁制品等反垄断案相继浮出水面^③,其潜在的涉案金额远远超过反倾销案件,影响也往往涉及整个行业。另外,我国国内资源短缺的矛盾也日益突出,对国际资源的依赖程度也越来越高,2004年我国石油进口达到1.3亿吨,铁矿石进口2.1亿吨,都占国内消费量的40%左右^④。尽管我国进口的资源很多,但我国的控制力却很弱,没有能够通过对外投资和股权等方式来确保稳定的资源供应,与其他国家的谈判中也经常处于被动。例如,我国目前95%的进口资源都是以现货贸易方式进口的,有控制权的油矿资源只占进口量的5%以下,而81%的优质石油资源掌握在世界排名前20位的跨国公司手中^⑤。这种情况显然均不利于我国从贸易大国走向贸易强国。

因此,我国对外贸易在后过渡期的两个明显特征是:第一,对外贸易发展迅速,增长的潜力仍然很大;第二,贸易摩擦已经升级,制度性摩擦的趋势已经出现,摩擦出现了全面深化的势头,对我国的影响越来越大。用一句老话来说,就是机遇与挑战并存,二者同样巨大。

① 见最高人民法院副院长曹建明在2006年4月8日江苏省无锡市举行的“WTO与中国法治建设”上的会议发言,见法制网2006年4月9日报道,2006年4月15日访问,http://www.legaldaily.com.cn/bm/2006-04/09/content_296509.htm。

② 新华网2006年1月13日报道,2006年4月15日访问,http://news.xinhuanet.com/fortune/2006-01/13/content_4049390.htm。

③ 武长海:《WTO歧视规则成因2006中国如何应对贸易摩擦》,中国国际电子商务网http://www.ec.com.cn/pubnews/2006_01_04/102271/1125294.jsp。

④ 傅自应:《经济全球化条件下我国对外贸易的发展前景和战略》,商务部网站,http://www.mofcom.gov.cn/column/print.shtml/p/200511/20051100809179。

⑤ 同上。

二、国际贸易中的冲突和互动及其对我国的影响

伴随着我国对外贸易的突飞猛进，国际贸易也发生着新变化和新趋势，形成了各种趋势和力量的冲突和互动，并对我国有着各种显性或者隐性的影响，值得我们予以注意和研究。

（一）国际贸易中的三大冲突

1. 世界经济全球化和区域经济一体化的冲突

WTO 所代表的世界潮流是经济全球化，WTO 的法律制度也朝着这个方向发展。但是，在多边贸易体制逐渐为各国所接受的同时，区域经济一体化的趋势也是同步进行，各国正在加紧建立不同层次、不同国家间的各种区域经济组织。例如，自由贸易区作为比较合适的区域经济组织形式正在不断产生，到 2005 年在世界贸易组织登记的自由贸易区已经达到 300 多个。这表明，区域经济组织内各成员国享受的特殊待遇正在不断冲刷多边贸易体制的基石，WTO 的各项原则、尤其是非歧视原则正经受着严峻的考验。

就我国来说，目前为止还尚未正式参加任何自由贸易区，这对于我国的经贸发展来说并非积极因素。我国游离于自由贸易区之外一方面使我国只能坐视积极参与区域贸易安排的国家在激烈的国际竞争中占尽先机，无法享受区域贸易安排产生的贸易创造效应；另一方面，由于区域贸易安排对区内国家实行优惠待遇，其成员对区外贸易伙伴仍保留各自原有的贸易壁垒，因而它所产生的贸易转移效果和排他性效应日益明显，致使我国受到程度不同的歧视性影响。同时，自由贸易区是世界贸易组织明文允许的例外，不予以积极利用就没有充分利用世贸规则来为我国谋取应得的利益。因此，无论从理论上还是从实践上我国都应重视和利用自由贸易区来推动我国外贸的进一步发展，并进一步建立和巩固我国在自由贸易区内的领导地位。因此，我国目前正在大力推进的和东盟自由贸易区联合建立自由贸易区的工作就具有非常重要的意义，可以确保我国在东南亚的对

外贸易利益以及其他利益^①。

2. 世界贸易自由化和各国贸易保护主义的冲突

WTO 的宗旨是实现世界贸易自由化,即通过规则的统一实施实现市场的统一,以便达到贸易的最终自由化。但是各国的贸易保护主义通过各种贸易摩擦方式实现其合法的或者非法的目的,达到其阻止外国对其进口、保护其国内产业的目的。这种冲突在某种程度上削弱了世界贸易自由化的进程,WTO 的宗旨在这种冲突面前有可能成为一种口号,其积极作用和地位也受到了损害。这表明,贸易保护主义并没有随着 WTO 的成立和发展而销声匿迹,而是变化了形式,通过其他方式、在新的层面继续展开。对此,我国要有清醒的认识,要注意到贸易保护主义的新发展,并积极予以应对。从这个意义上说,前文所述的贸易摩擦也具有一定的必然性,比目前常见的贸易壁垒更为复杂、影响更为巨大的保护主义武器,例如反垄断、知识产权保护、人民币汇率、资源产品定价权等等,都将会逐步出现并发展,其杀伤力不可低估,需要我们认真予以研究和应对。

3. 反倾销规则与反垄断法的冲突

目前,反倾销已经成为世界范围内使用频率最高的贸易救济措施,目的是防止低价倾销商品形成不公平竞争,损害进口国的国内产业。许多国家(包括我国)为了防止低价倾销损害本国和进口国的利益,就通过行业协会来规范出口商的定价,因此就形成了出口商之间的价格联盟。但是,这种价格联盟属于明显违反反垄断法原则的行为。一旦进口国的进口商或者消费者提起反垄断诉讼,就很容易以此为理由面对出口商采取法律措施,其目标是生产商本身而不仅仅是产品,因此其杀伤力远大于仅针对产品的反倾销措施。由此形成了反倾销法律制度和反垄断法律制度的冲突。上文提到的维生素 C、镁砂和镁制品的反垄断案件就属于此类情况。这种冲突的影响不仅是对产品的生产商造成很大冲击,而且对整个对外贸易管

^① 沈四宝、王秉乾:“北美自由贸易区的经验及其对我国的启示”,载《法学杂志》2005 年第 6 期。

理体制也造成了严重的影响，尤其是对我国实施多年的预核签章^①和配额招标投标制度形成了严重的冲击，使我国处于两难的境地。一方面，不通过严格的对外贸易管理制度来约束生产商的低价倾销会造成出口中的无序竞争，所导致的倾销会引发大量反倾销调查；另一方面，利用行业协会来约束出口商又可能引发反垄断诉讼，有可能造成更大规模的法律案件。因此，我国对外贸易就势必面临着更多的困难，形成了“前门有狼、后门有虎”的两线作战的情况，这对我国对外贸易的远期发展无疑是重大的障碍。

（二）对外贸易与其他领域的互动

目前，对外贸易的作用和地位日益提高，已经与经济制度、政治制度、法律制度乃至军事形成互动关系。这种互动可以一分为二，同时具有积极和消极的互动。这种互动源于对外贸易，但又突破了外贸的范围，乃至突破了经济范畴，突出表现在以下两个方面。

1. 对外贸易与政治的互动

对外贸易和政治自古就有密不可分的关系，对外贸易经常受制于各国的政治政策，这一点对于我国来说也不例外。随着我国国力的逐步增强与国际地位的不断提高，“中国威胁论”的谬论甚嚣尘上，遏制中国的政策和手段经常出现，这也体现在对外贸易领域。因此，如前文所述，我国外贸面临的贸易摩擦正逐步从产品、产业等微观层面向宏观经济政策、法律制度等体制和制度层面延伸，其对我国的影响越来越大。例如，近期贸易摩擦的热点体现在人民币汇率的形成机制、社会劳动保障制度、企业用工制度、反垄断法律、出口退税等等。这些贸易摩擦背后都含有很强的政治性因素，对我国对外贸易的管理制度和措施乃至整个政治制度和经济制度都有一定的影响。而且随着我国发展的加快，可以预见对外贸易领域中的此类冲突还将推陈出新，不断变换形式，但制度性的冲突对外贸和我国其

^① 是指列入《出口预核签章商品目录》的出口商品，如以一般贸易方式出口，出口企业在海关办理出口报关手续时，须持经进出口商会签章后的合同，未经签章的出口合同海关不接受申报出口。这种管理方式可以有效地控制出口商品的价格，防止低价出口。

他方面的深层次影响力将会加大这一点只会更明显。对此,我国要保持清醒的头脑,继续保持对外开放,主动地适应变换的国际形势,从制度层面主动改革,进而促进我国对外贸易的健康发展。

2. 对外贸易和对外投资的互动

目前,对外贸易与投资的互动也已经是世界范围内的趋势。从经济发展的角度来说,对外投资是对外贸易的必然发展和延伸,对外贸易是对外投资的动力和原因,二者的互动可以有效地促进经济发展。为此,我国实施了“走出去”战略,从而构成了我国开放型经济的支柱,为我国寻找资源、掌握经济发展的主动权和制高点奠定了基础。从我国经济发展的长期来看,开展对外投资是提升国力、树立我国形象的要求,也是我国改革开放巩固成果的要求,更是调整和优化产业结构的必然要求。我国对外贸易的扩大必然要求对外投资进一步加强,对外贸易可以实现我国资源进口来源的多元化和稳定化,确保国内产品和技术的稳定出口,带动成套设备的出口,加强紧缺资源的控制权,从而与对外贸易互相促进。目前,我国对外投资已经取得很大的成就,但仍然存在着规划不够完善、规模偏小、项目质量不高等缺点。因此,我国对外贸易和对外投资不平衡的问题需要下大力气解决,要尽快形成对外贸易和对外投资同步推进的局面,在更高层次上进行国际竞争。

三、我国对外贸易法律制度的梳理

从前文的论述可以看出,中国正在全方位地进入国际社会,迎接经济全球化和贸易自由化的机遇和挑战。因此,我国在坚持履行我国入世承诺的同时,应该更加注意保护我国产品的安全和我国经济的持续发展。这就需要在WTO框架的条件下,分析后过渡期的新特征,研究新形势下的新政策,以应对日益复杂的经济 and 外贸环境,从中国的利益出发研究WTO的制度、理论和规则,研究其中利益和规则的冲突,以有利于我国对外贸易的进一步发展。

首先,梳理我国的对外贸易法律制度,是我国发展对外贸易实践的需

要。自我国加入 WTO 后，我国面临的国际经济形势发生了重大变化。我国加入 WTO 已经 4 年多的时间，并且已经进入后过渡期；我国已经成为世界第三大贸易国，正在向第二位迈进。我国在 WTO 发挥的作用越来越大，与此同时，国外一些国家散布“中国经济威胁论”，对我国的对外贸易从不同层次设置更多壁垒，我国面临的贸易摩擦形势严峻。加入 WTO 意味着我国融入世界经济一体，同时我国还必须应对“人世”的三大不利条款。我国不论从法律层面，如我国相关法律与 WTO 制度的协调，国外相关法律的研究等；还是从从事相关法律的人才培养方面都与实际需要存在相当大的差距。

从国内来讲，我国 2006 年 3 月 14 日通过的《关于国民经济和社会发展的第十一个五年规划纲要》中提出了许多战略目标，如“推进工业结构优化升级”、“加快发展服务业”、“促进区域协调发展”、“建设资源节约型、环境友好型社会”、“实施科教兴国战略和人才培养战略”、“深化体制改革”、“实施互利共赢的开放战略”等都会涉及我国涉外法律的研究和完善及人才培养问题，这既是“十一五”规划本身的组成部分，又为我国顺利完成“十一五”规划提供法律和智力支持。

其次，梳理我国的对外贸易法律制度，是我国法律制度自身完善的需要。从法理学的角度来说，任何法律都不是万能的，也不是一成不变的，它们的作用、保护力度以及时间都是有限的，都需要在情势变换的情况下迎接必要的挑战。因此，我国对外贸易法律制度也要做出全面的梳理，以适应迅速变化的国际贸易形势。

目前，我国对外贸易法律制度需要以下的梳理和完善：

1. 经济全球化与我国外资立法完善。以我国对外开放政策为指导，以我国外资立法、WTO 的法律框架以及有关国际投资领域的国际公约与国际惯例为基础，采用理论联系实际和分析比较的方法，对经济全球化格局下我国外资立法的完善进行全面、系统的研究。

2. 涉外知识产权及我国在国外知识产权保护问题研究。我国与欧美知识产权摩擦激烈，既应当加强涉外知识产权的立法研究，还应当加强执法研究；对于我国在国外的知识产权保护，既有高新知识保护，也有传统知