

甘肃省高等学校人文社会科学重点研究基地
“甘肃省经济法制研究中心”成果

生成中的 外贸管制权



王花 吉敏丽 · 著

SHENGCHENGZHONG DE
WAIMAO GUANZHIQUAN



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

甘肃省高等学校人文社会科学重点研究基地

“甘肃省经济法制研究中心”成果



王花 吉敏丽·著

SHENGCHENGZHONG DE
WAIMAO GUANZHIQUAN

生成中的 外贸管制权



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

生成中的外贸管制权 / 王花, 吉敏丽著. —北京:
法律出版社, 2011. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2189 - 8

I. ①生… II. ①王…②吉… III. ①对外贸易—贸易管理—中国 IV. ①F752. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 101515 号

生成中的外贸管制权
王 花 吉敏丽 著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 韦钦平 林 喆
责任编辑 林 喆
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

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 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 沙 磊

开本 A5

印张 10

字数 302千

版本 2011 年 6 月第 1 版

印次 2011 年 6 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)

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 - 2189 - 8

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

王花,女,1972年出生,汉族,甘肃酒泉人,法学硕士。甘肃政法学院副教授、硕士生导师,主要研究方向为国际贸易法、国际经济法理论。

吉敏丽,女,1968年出生,汉族,陕西韩城人,法学硕士。甘肃政法学院副教授、硕士生导师,主要研究方向为国际法、人权法。

全书撰写分工如下:王花:第一章、第二章、第四章、第七章;吉敏丽:第三章、第五章、第六章。

序

自改革开放以来,中国的对外贸易已连续 30 年以每年平均超过 20% 的速度向前发展,成为世界贸易发展史上的一个奇迹,也由此奠定了中国作为世界贸易大国的重要地位。与此同时,我国的外经贸法治建设也已进入“而立之年”,在移植、借鉴、创新的基础上,结合国际条约、国际惯例,形成了一套有中国特色的对外经济贸易法律体系,为我国对外贸易的高效、可持续发展提供了法律支撑。

但是,应该清楚地看到,我国是一个贸易大国,但还不是对外贸易强国。由于经济全球化的深度发展,对外贸易已经与法律制度、经济制度、政治制度乃至军事密不可分,形成了重要的互动关系。这种互动同时具有积极和消极的后果。在我国对外贸易飞速增长的同时,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、成为 WTO 体制所追求的世界贸易自由化和和各

国际贸易保护主义之间冲突的集中反映。法制建设需要世界眼光与战略思维。我们应该保持清醒的头脑,适应变幻的国际形势,从国内制度层面主动改革;在另一方面,也需要从中国的利益出发,研究国际经济法的理论和规则,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。

甘肃政法学院青年学者王花、吉敏丽所完成的《生成中的外贸管制权》一书,是一部以法的生成理论视角来系统探讨外贸管制权及其相关国际国内规范的价值理念与制度设计的理论研究成果,具有一定的独创性。全书在体例上划分为七章,循序渐进地对外贸管制权生成中的理论渊源、概念界定、相关学科中的学术支撑、价值选择、国内国际制度构建、发展困境等问题一一进行了分析与思考。通阅全部书稿,本书值得称道之处首先是能充分认识到国际法与国内法的关联性。经济全球化的巨大影响,使得整个世界的法治也在不断地变化发展之中,呈现出国际法与国内法界限日益模糊、衔接越来越紧密的态势。本书在 WTO 国际贸易法制框架下对外贸管制权进行属性的分析,具有开阔的研究视域。其次,本书所坚持的立论基础是值得肯定的。外贸管制权归根到底是由各国的经济和社会发展水平及其需要所决定,它本身是各国主权的一个组成部分,外贸管制必须寻求履行国际义务和保证国家利益的协调统一。此外,注重法学与其他人文学科理论与方法的融合,也使得本书在研究方法上具有一定的创新性。

中国对外经济贸易法制的发展需要更多的学者投身其中。我欣喜地看到:即使身处西部,作者仍能坚持在国际经济法学领域潜心钻研,并能出此硕果,实令人欣慰!借此机会,真诚地期望两位青年作者继续努力,向国际贸易法的深度和广度作更加成功的研究。



二〇一一年四月十八日

前 言

随着经济全球化的不断深入,跨越国家或跨越区域性的经济活动日益频繁,各国经济法律制度也进而趋于一体化。各个主权国家或者关税独立区政府纷纷基于本国、本法域内的政治、经济、文化等原因,采取各种各样的促进、限制、管理对外经济贸易活动的措施,并由此形成了千差万别的涉外经济管制制度。特别是基于世界贸易组织等重要国际性经济组织强大而广泛的影响力,外贸管制制度已成为一种基础性的、前沿性的法律制度,甚至具有国际统一化的发展趋势,是各国乃至世界所关注的热点。

据 WTO 发布的 2009 年世界贸易报告,我国货物进出口贸易额排名世界第三位,并连续 5 年位次相同。而根据我国国务院政府工作报告的数据显示:外贸业的发展速度是同期国民生产总值增长率的两倍。随着对外贸易成为中国新的经济增长点,加强和完善必要的立法,促进和保护其进一步发展,已是迫在眉睫的现实需要。近年来,与外贸管

制相关的立法已成为我国立法中 fastest 和最主要的部分。而与此同时所产生的我国经济行政法规的“泛化”现象,也引起了法治国家建设中对“政府万能主义”的质疑。

作为连接国内法与国际法、经济利益与政治体制、行为规范与价值理念的一个焦点,对外贸易管制措施及其相关制度往往会在法学理论与具体制度层面引发各种复杂的冲突与争议。将外贸管制现象纳入法治理性的认识和规制范畴,对外贸管制权发展进程中所出现的问题加以梳理、深入探讨,不仅对促进我国外贸管制法的良性发展具有重要的现实意义与理论价值;而且可以产生以点带面的连带效应,对于中国改革开放及法治国家建设的宏伟目标实现,也具有推波助澜的重要作用。

法律首先表现为规则丛林。外贸管制权的法学研究也首先体现为千差万别的、不计其数的相关规范与制度。历史上屡见不鲜、愈演愈烈的贸易战争,总是反映为各种规则之战。近现代以来,随着经济全球化进程的加速,外贸管制法律制度飞速发展与膨胀,国际经济贸易问题不断凸显,这使得越来越多的学者开始对各国国内的、世界性的外贸管制制度进行专门研究。多元开放的法学视角和理论进路,在我国促使了外贸管制制度所依托的国际经济法学学科得到快速的发展;同时,这些理论成果和制度经验给我们提供了可资借鉴与学习的丰富资源。特别是中国人世后,世界贸易组织的相关规则不仅直接推动了我国相关规范与制度的数量建设,同时也深深地影响到了外贸管制权的价值取向。

然而,从已有的研究成果来看,尽管与外贸管制相关的学术成果很多,但多是从制度层面、从相关的形式合理性方面进行讨论,而关于外贸管制权的直接性论述却较少,并且缺少必要的价值评价标准的研究。同时在研究思路上主要从国内法与国际法两个层面分别讨论,无法在国内法与国际法之间进行合理的链接。具体问题的研究也往往停留在静态的制度构建层面,缺少社会现实环境的有效支撑,缺少制度的可操作性,难以形成完整有效的制度体系。必须承认,在法学领域内,无论是对于外贸管制权概念本身的法律界定,还是关于它赖以生存的相关基础理

论,都仅仅处于研究的起步阶段,表现出明显的理论后滞性与不成熟性。这种外贸管制权理论与外贸管制制度之间所存在的巨大发展落差,显然与外贸管制权在现实生活中所发挥的巨大作用不相称,同时也阻碍了外贸管制权相关法律制度的进一步发展,导致在一些具体的制度构建中出现许多新的冲突与问题。

此外,由于各国法律体系与法律文化的差异,对外贸管制权的研究各国差异较大。目前,在中国关于外贸管制权的研究中,充当主要材料支撑的有两种成果:一是对世界贸易组织的相关规范的研究成果;二是对世界上主要经济发达国家的相关规范的研究成果。这些研究成果不但为我国学者的相关研究提供了明确的路径选择,同时也在潜移默化之间将其价值理念贯彻其中,自由贸易、宪政体制乃至人权,都成为外贸管制权研究中如影相随的普适的价值标准。

萨特曾说,“存在先于本质”,然而人类的理性却总是在探寻着现象背后的意义所在。当越来越多的外贸管制规则被我们所认识所接受后,总有一些人会从眼前密布而繁杂的规则中抬起头来,思考一些隐藏在现象背后的深层面的问题:这些规则何以产生?它对我们自身的意义何在?它应由谁制定?为谁服务?……这一个个问号,先是偶而会飘过,但终究会成为必须要回答的、无法回避的终极问题。如何回答这些问题,势必影响外贸管制权及其相关制度的发展方向;回答这些问题,就需要开辟新的研究方法与路径。

而上述所有这些疑问,实际上都直指外贸管制权及其相关制度是否与其生成所依赖的外部及内部条件相适应。当我们从规范性的分析方法困境中脱身时,价值分析法再次以其星空般恒久的魅力熠熠生辉。它克服了部门法学研究中比较流行的工具主义、技术主义和教条主义及其造成的弊端,满足了对意义的追索。同时,历史分析法将特定的法律制度与法学理论放置于漫长的历史长河中,通过对其发展演变中不同的形式与特点的描述,来追问其背后的现实依据与发展规律。将二者结合起来,就是本书中所坚持的一种研究视角——法的生成理论。依据法

的生成理论,法律权利或法律现象是对现有事实的一种制度性反映,有其特殊的生成依据、存在方式与发展过程,并会根据外部环境的变化而变化,是一个现实的、开放的过程;而特定法律制度的生成过程,同时也是相关的基础理论问题不断创新、争议、实践选择的理性认识过程。作为一种历史渊源极为悠久的解读法律的理论,法的生成理论在各个时期呈现出貌似不同的种种学说,如历史法学、社会法学、马克思主义法学等;尽管如此,这些学说却不约而同地采用了同样的方法路径,即将特定的法律制度置身于时间、地点、主体、需求等限定性的语境中,来探索其价值。具体在本论文中,则可将外贸管制权及外贸管制法律制度置于不同的历史阶段、不同的主体角度、不同的价值层面、不同的法律体系等相互既对立又统一的标准下,具体地对其合理性进行分析。

以此为思路,本书分七章,分别对外贸管制权及其法律制度生成中的相关问题进行分析。第一章首先对法的生成理论所涉及的各种学说进行简要解释,强调法的生成观所具有的特殊方法论意义;第二章从文本渊源、历史发展、现实依据及其法律属性等角度对外贸管制法律现象进行分析,以说明外贸管制权是一个从外贸管制实践中生成的新的法律概念;第三章对伴随外贸管制权生成过程和作为其理论依据的经济学、哲学相关理论与争议进行综述,以期在众说纷纭中探寻外贸管制权生成中的主要外部理论支撑;第四章研究外贸管制权的价值合理性,提出外贸管制权源于国家的天然主权属性,当其作为一种法律制度出现时,必须同时符合国内法和国际法的价值原则与标准,具体表现为贸易管制权无论在主权原则下还是在宪政原则下,都应具有实质价值与形式价值的统一性;第五章以世界贸易组织及其外贸管制规则的发展演变为主要线索和典型例证,以描述外贸管制权在国际法制背景下曲折的生成特点;第六章以我国外贸管制权法律制度构建中存在的具体问题为核心,在凸显国内外贸管制权法律制度生成之路的过程性、复杂性的同时,强调外贸管制权法律制度的完善对我国法制建设的现实意义;第七章对目前外贸管制权发展中所出现的社会治理趋势进行探讨,试图能发现外贸管制

权法律制度发展中的前进方向。

外贸管制权所涉及的具体规范繁杂而又细致,外贸管制权所依托的主要学术理论庞大而又精深。本书无意于对外贸管制权的相关规则本身进行专业性或事务性的探讨;冗笔重重,只是想说明:外贸管制权及其法律规则,不仅仅是国家面临现实利益考量时的一种制度选择,更是法学视野下具有悠久历史进程和自身特性的一种认识论本体,在其制度现象背后存在深厚的社会现实基础与理论支撑。然而,囿于作者的学术水平和表达能力,总有部分内容在表述中差强人意。一些理论综述,只能含华咀英、取我所需;一些引为例证的具体规范,只能一笔带过,难以精细说明。尤其是在价值多元背景下,如何理解外贸管制权的价值共意问题,怎样对不同宗旨的学术观点的取舍问题,始终是本书写作中一个非常大的难题。此类不足不胜枚举,只能留待以后有机会再作修正了。

目 录

前言 / 1

第一章 生成理论:解读法律的一种思路 / 1

一、法律生成观的代表性理论渊源 / 2

(一) 早期法律生成观的理论来源 / 2

(二) 孟德斯鸠的“法的精神”说 / 3

(三) 以萨维尼、梅因为代表的“历史主义法学” / 5

(四) 现代西方的“法社会学” / 8

(五) 哈耶克“新自由主义”法哲学下的法律生成观 / 17

(六) 马克思主义的法律生成观 / 18

(七) 我国法学界对法的生成理论的研究现状 / 19

二、生成理论视角下法的特点 / 21

(一) 承认法的国家性的前提下,强调法的社会性 / 21

(二) 在保证法的确定性的基础上强调法的过程性和开放性 / 25

第二章 外贸管制权:一个生成中的法律概念 / 31

一、外贸管制权生成中的文本渊源 / 32

(一) 非法学学科中的外贸管制权词源 / 32

(二) 法学学科中的外贸管制权词源 / 35

二、外贸管制权的生成中历史渊源 / 44

(一)外贸管制权的附随时期 / 44

(二)外贸管制权的萌生时期 / 49

(三)外贸管制权的发展时期 / 55

三、当代外贸管制权生成中的主要社会条件 / 61

(一)经济全球化凸显外贸管制权的现实重要性 / 61

(二)WTO 规则成为外贸管制权的主要制度依据 / 65

(三)宪政治理理念要求外贸管制权具有高度合理性 / 68

四、法学视角下的“外贸管制权”概念界定 / 71

(一)“外贸管制权”的含义及性质 / 71

(二)外贸管制权的主要内容 / 77

(三)外贸管制权的主要实施方式 / 79

第三章 众说纷纭:外贸管制权生成中的理论

外援 / 85

一、市场经济理论:外贸管制权生成中的客观

依据 / 86

(一)市场经济理论内涵 / 86

(二)关于市场经济理论的社会实践 / 90

二、贸易理论:外贸管制权生成中的理论先导 / 95

(一)贸易理论的产生基础 / 95

(二)西方主要的贸易理论 / 95

三、贸易自由主义与贸易保护主义:外贸管制权生成中的最大争议 / 102

(一)贸易政策:贸易自由主义与贸易保护主义之争的载体 / 102

(二)贸易自由主义政策与贸易保护主义政策的历史演变 / 103

(三)贸易自由主义政策与贸易保护主义政策的争议 / 105

四、法经济学:外贸管制权生成中的经济学与法学

沟通 / 112	
(一)法经济学的兴起 / 112	
(二)法经济学的研究特点 / 114	
(三)法经济学的主要渊源 / 116	
(四)法经济学应用于外贸管制权研究的主要贡献 / 117	
(五)法经济学应用于外贸管制权研究的主要缺陷 / 119	
五、实用主义法学:外贸管制权生成中的法理	
运用 / 119	
(一)外贸管制权研究中的多元视角是实用主义思想产生	
的基础 / 119	
(二)实用主义法学对外贸管制权的影响 / 127	
六、总结 / 131	
(一)对相关理论的评析 / 131	
(二)外贸管制权生成中必须要肯定的事实 / 134	
 第四章 主权与宪政:外贸管制权生成中的法律价值	
选择 / 140	
一、外贸管制权的双重价值 / 141	
(一)外贸管制权的双重价值的产生依据 / 141	
(二)外贸管制权的双重价值的意义 / 143	
二、主权价值:外贸管制权生成中的国际法合理	
性 / 148	
(一)外贸管制权所依赖的国际法制基础:主权的	
争论 / 148	
(二)主权原则下外贸管制权的实质价值 / 154	
(三)主权原则下外贸管制权的形式价值 / 161	
三、宪政价值:外贸管制权生成中的国内法合理	
性 / 163	
(一)外贸管制权所依赖的国内法制基础:宪政的	
争论 / 163	

(二) 宪政原则下外贸管制权的实质价值 / 168

(三) 宪政原则下外贸管制权的形式价值 / 170

四、主权与宪政之间的价值冲突与协调 / 172

(一) 主权与宪政之间的价值冲突 / 172

(二) 主权与宪政之间的价值协调 / 176

第五章 WTO 规则体系的发展: 外贸管制权生成中的国际制度构建 / 179

一、世界贸易组织及其规则的发展演变 / 180

(一) 世界贸易组织曲折的出生 / 180

(二) 世贸组织有关规范不断发展 / 185

(三) 世界贸易组织争端解决机制的能动性 / 195

(四) 世贸规则与其他国际规则之间的冲突与协调 / 204

二、世界贸易组织的法制困境 / 207

(一) 自由贸易规则引发贸易保护主义的发展 / 208

(二) 约束力的增强导致法律规避泛滥 / 210

(三) 一体化的贸易体制加剧了社会冲突 / 213

第六章 我国外贸管制制度的不足: 外贸管制权生成中的国内制度构建 / 216

一、必须要做的说明 / 217

二、国内法与国际法的关系问题 / 219

(一) 外贸管制法中的国内法与国际法的冲突 / 220

(二) 外贸管制法中的国内法与国际法的协调 / 222

(三) 国际法在我国适用的制度构建 / 223

三、外贸管制权在中央与地方的权限划分问题 / 225

(一) 外贸管制权在中央与地方的权限冲突 / 225

(二) 外贸管制权在中央与地方的权限协调 / 231

四、贸易救济法律制度的完善问题 / 234

(一) 我国贸易救济法律制度的发展 / 234

- (二)我国贸易救济法律制度中存在的问题 / 235
- (三)我国贸易救济法律制度的完善 / 238
- 五、外贸管制行政行为的司法审查问题 / 244
 - (一)外贸管制行政行为的司法审查现状 / 244
 - (二)外贸管制行政行为司法审查的制度完善 / 247

第七章 社会治理:外贸管制权生成中的新问题 / 252

- 一、从国家到社会——外贸管制权中的民主问题 / 253
 - (一)非政府组织对外贸管制权的影响 / 253
 - (二)外贸管制规则产生机制的民主性 / 260
 - (三)公共利益问题在外贸管制权中的反映 / 263
- 二、从两极到多极——区域贸易法制对外贸管制权的影响 / 266
 - (一)WTO 对区域贸易制度的规范 / 266
 - (二)区域贸易法制的实践 / 268
 - (三)区域贸易协定制度的作用 / 269
- 三、从文明标准到文化多元——社会化问题对外贸管制权的影响 / 273
 - (一)外贸管制权的人权问题 / 273
 - (二)外贸管制权中的环境问题 / 281
 - (三)“贸易与”问题的反思 / 285

参考文献 / 290

第一章 生成理论：解读法律的一种思路

“立法者应该把自己看做一个自然科学家。他不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律，他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律中。”〔1〕

——马克思

本书所关注的外贸管制权，是一个法学范畴的概念或制度。对法认识的不同价值观和方法论，都会直接影响到对外贸管制权的理解与运用。法律作为社会诸现象之一，与社会其他要素之间的关系极为紧密。社会是法产生、变化的源泉，它不但直接影响了具体法律概念、法律规范、法律体系的现实功能与作用，同时也是对特定时期与特定地区的具体法律制度进行认识、解释的一种重要思路与方

〔1〕 马克思：“论离婚法草案”，载《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1972年版，第183页。