



南开大学法学院
学术文存

中国外贸法律 制度变迁研究

以制度主义为视角

Zhongguo Waimao Falü
Zhidu Bianqian Yanjiu

朱京安◇著



人 民 出 版 社



南开大学法学院
学术文存

中国外贸法律 制度变迁研究

以制度主义为视角

朱京安◇著



人 民 出 版 社

责任编辑:姜冬红

版式设计:程凤琴

责任校对:吕 飞

图书在版编目(CIP)数据

中国外贸法律制度变迁研究/朱京安 著.

-北京:人民出版社,2008.5

ISBN 978-7-01-007009-4

I. 中… II. 朱… III. 对外贸易法-研究-中国

IV. D922.295.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 051278 号

中国外贸法律制度变迁研究

ZHONGGUO WAIMAO FALÜ ZHIDU BIANQIAN YANJIU

——以制度主义为视角

朱京安 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京龙之冉印务有限公司印刷 新华书店经销

2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:9.625

字数:220 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-007009-4 定价:19.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

目 录

第一章 导 论	(1)
第一节 选题依据及研究意义	(1)
一、选题依据	(1)
二、研究意义	(6)
第二节 关于本课题的研究现状	(11)
一、入世与我国《对外贸易法》的修改问题	(11)
二、对外贸易管理的一般措施	(14)
三、关于《服务贸易总协定》与我国服务贸易立法	(19)
四、贸易救济法律制度	(26)
第三节 本书研究的方法、框架和主要创新努力	(31)
一、研究中国外贸法律制度的方法	(31)
二、本书的基本框架	(37)
三、本书的主要创新努力	(39)
第二章 中国外贸法律制度研究的制度主义视角	(43)
第一节 传统的对外贸易理论	(44)
一、自由贸易理论	(44)
二、贸易保护理论	(45)
三、传统外贸理论对研究中国外贸法律制度的缺失	(54)

第二节	有关的法学理论	(56)
一、公法和私法理论的属性及其基本范畴	(56)	
二、公法与私法理论在外贸法制研究上的适用性问题 ..	(61)	
第三节	制度主义的分析方法	(64)
一、新制度主义的研究方法	(65)	
二、制度变迁理论	(91)	
第三章	中国外贸法律制度变迁的现状	(96)
第一节	中国外贸法律制度变迁的历史路径	(96)
一、计划经济时代的自我发展阶段	(97)	
二、1978 年以来的对外开放阶段	(98)	
三、21 世纪以来的全面开放阶段	(100)	
第二节	中国外贸法律制度改革取得的成就	(115)
一、中国外贸法律制度的制度供给明显增加	(115)	
二、中国外贸法律制度的交易成本有所下降	(132)	
三、中国外贸法律制度的绩效有所改善	(143)	
第三节	中国外贸法律制度变迁的制约因素	(150)
一、中国外贸法律制度变迁的内部制约因素	(151)	
二、入世对中国外贸法律制度的压力	(156)	
第四章	中国外贸法律制度变迁中存在的问题	(171)
第一节	中国外贸法律制度的高交易费用问题	(171)
一、中国外贸法律制度高交易费用的主要表现	(171)	
二、中国外贸法律制度高交易费用的原因	(186)	
第二节	中国外贸法律制度的功能不足问题	(195)
一、中国外贸法律制度的初步功能实现	(195)	
二、中国外贸法律在制度功能上存在的问题	(201)	

第三节 中国外贸法律制度的供求不平衡问题	(205)
一、中国外贸法律制度存在供给不足问题	(205)
二、中国外贸法律制度供给不足的原因	(215)
第五章 中国外贸法律制度改进的思路	(223)
第一节 增进中国外贸立法的制度安排	(223)
一、中国外贸立法制度安排创新的基本切入点	(224)
二、改进中国外贸立法制度结构的若干设想	(228)
第二节 开辟中国外贸法律制度司法与执法的 新路径	(243)
一、构建高效的司法执法运行体系	(243)
二、重塑公正独立的司法执法制度	(251)
三、再造有针对性的激励机制	(258)
四、创建新的扩大主体参与度和知情度的信息 公开制度	(262)
第三节 促进中国外贸法律制度的良性变迁	(268)
一、加快制度建设以保持制度变迁的良性发展轨迹	(268)
二、创造宽松的外部环境以促进良性变迁	(276)
三、积极参与国际社会以实现良性变迁	(285)
结语:回顾与展望	(292)
主要参考文献	(295)

第一章 导 论

经济全球化是世界经济发展的一种必然趋向,这已逐渐为越来越多的学者所认同,也越来越多地被许多国家的发展实例所验证。谁能积极有效地融入这股洪流,谁就有希望成为世界经济的巨人,进而成为世界强国。中国审时度势,几经艰苦努力,终于成为 WTO 的成员国,这为中国经济融入世界经济的浪潮,为中国经济的迅速腾飞奠定了良好的制度基础。然而,如何将 WTO 的制度文明与我国现有的法律制度科学地内化,最大限度地发挥其制度效用,是很值得我们认真研究的课题。

第一节 选题依据及研究意义

一、选题依据

加入世贸组织(WTO)给我国融入世界经济提供了广阔的发展空间,给我国经济平稳、高速和持久地发展提供了良好的机制,为我国全面走向经济强国提供了新的平台,这对中国经济腾飞而言是一个开天辟地的历史性机遇。但也意味着我国将要经历经济全球化浪潮的洗礼,意味着我国将要面临世界经济新规则的考验,也意味着我国不可避免地要承担自身外贸体制改革包括外贸法律制度变革带来的阵痛。当前我国外贸法律制度存在诸多缺陷,尤

其是入世以后这一问题更加突出。近几年我国企业在外贸中遭遇反倾销和技术性贸易壁垒的形势愈演愈烈,人民币汇率改革的压力也不不断加大等种种现象在一定程度上和我国现行外贸法律制度不完善有关。我国外贸法律在制度上的缺陷已经成为制约我国外贸发展的瓶颈,因此,如何优化我国现行外贸法律制度,为对外贸易的发展提供良好的制度环境,成为当前我国外贸发展面临的重大课题,也是摆在我们面前需要认真研究和对待的课题。

目前,我国的外贸法律制度与 WTO 存在着很大差距,暴露出我国外贸法律制度存在着许多不足。

1. 立法方面的不足

世界贸易组织负责实施的经贸协议与协定构成了国际经济贸易的规范和惯例,并成为世界贸易组织各成员制订经贸法律和法规的基础,也是各成员国政府贸易行为的指南。它们同时成为以市场经济为基础的世界贸易组织成员间开展经贸合作与竞争的游戏规则,构成了国际经济贸易法律体系的核心组成部分和各国市场经济法律体系的重要组成部分。改革开放以来,我国的法制建设有了很大的进步,尤其是我国的外贸立法工作取得了很大成就,但从建立社会主义市场经济体制的目标及 WTO 的要求来看,我国的外贸法律体系还很不完善,立法的质量不高,效果不明显。

我国外贸立法上存在的主要问题有:立法动机不纯,透明度不高;在一些领域内法律制度供给不足,有些立法的功能较弱,绩效普遍不高等。这些立法中的问题使法制的统一性和公正性受到挑战,而这恰恰为 WTO 所不容。

透明度不高是我国立法存在的一个突出问题。中国长期以来被国际社会看做是一个透明度较差的国家,事实上我国也确实存在这方面的问题。如果按照中国的立法级次来排列适用法律的顺

序,那么,全国人大及其常委会颁布的法律应该优先,其次是国务院的行政法规,再次是部门规章和地方性法规。政府官员的解释性讲话不具备法律效力。然而,我国除了公开的法律、法规之外,又制订若干“内部决定”、“红头文件”,有时这些决定和文件比法律还重要,某些官员的讲话比法规更有效,法律领域内普遍存在“暗箱操作”的现象。例如,德国商会根据德国企业在中国的遭遇,非常认真地总结了五点:中国法律修改的连续性不够;政策的透明度不够;知识产权保护不够;修改法律的透明度不够;税费收取不规范^①。

立法技术水平不高是我国立法存在的另一个突出问题。法律规范不科学,有的表现为原则性规定过多而缺乏可操作性;有的表现为顾此失彼,漏洞多;还有的表现为不符合当今中国的实际情况以及世贸组织的要求。法律名称过多过杂也是一个不容忽视的问题,它往往导致国民无法从名称上辨明它们之间的法律效力。中国现今有五十多种法律名称,外商对此感到非常头痛。而在当今世界,各个国家的法律名称一般均非常简便,看起来一目了然。

2. 执法方面的不足

执法人员的法律意识不强,对依法管理经济的重要性认识不足。这主要是传统的人治思想和计划经济体制的惯性造成的。有些官员不注重对法律的学习,不去透彻地了解国际经贸规则和惯例,在对外经贸活动中给我国造成巨大损失,在国际上造成不良影响。政府官员由于不了解有关经贸规则,在参与引进外资的活动中,因合同签不好而上当受骗的事例时有所闻。在我国加入 WTO

^① 李双元、李先波主编:《世界贸易组织(WTO)法律问题专题研究》,中国方正出版社 2003 年版,第 44—45 页。

后,对外经贸活动会更频繁,规模会更大,政府官员对法律的无知和淡漠造成的危害也会更大,这必须引起高度重视和警觉^①。

执法中地方保护主义严重。一些执法人员在明知违法或应知违法的情况下,受利益驱动,充当地方保护主义和部门保护主义的保护神。在办案过程中或越权办案或偏袒本地本部门一方,对外来办案不支持、不配合,甚至故意刁难、勒索,办“人情案”、“关系案”,以权谋私、判决不公。地方保护主义危及法制的统一和权威,危及社会主义市场经济体制的统一和权威,危及社会主义市场经济体制的建立,损害了我国在国际贸易中的形象。

执法力度不够。我国新刑法虽然专设了一章“破坏社会主义市场经济秩序罪”,明确规定了法定刑,但在实践中,有些执法人员忽视经济犯罪或违法行为的危害,对罪犯制裁多采用简单的罚金方法,且在很多的执法过程中处理太轻,触不到罪犯的要害。以罚代刑是一些机关查处假冒伪劣案件的通行做法,造成的结果是犯罪分子造假十次被处罚一次,有的甚至被收监,放出来后继续造假以“挽回损失”,以致假货越打越多。

3. 企业法律意识差,自我保护能力欠缺

我国企业从业人员对法律尤其是国际经贸规则、惯例、WTO规则体系的了解和掌握状况令人堪忧。在国际货物贸易领域,随着我国出口的增长,我国产品在国外受到反倾销调查的情况与日俱增,使我国出口受到重大影响。但我国企业在研究反倾销的法律和国际规则以及反倾销调查程序,以期挫败外国针对我国产品的倾销调查或尽力降低征收的反倾销税方面的能力还很缺乏。随

^① 于耀东:《我国必须作好加入 WTO 的法律方面的准备》,《政治与法律》1999 年第 3 期,第 21 页。

随着我国降低关税和消除贸易障碍步伐的加快,国外产品会大量进入我国,有些现已构成对我国的倾销,但大多数企业对此都熟视无睹、无动于衷。即使在风险较低的信用证交易中,每年我国企业和银行因信用证欺诈而遭受的损失相当大。我国已成为国际贸易欺诈的重灾区。

我国企业对经济自由不太适应。世贸组织确立的市场经济运作机制,其核心和灵魂是经济自由,包括自由企业制度、自由竞争制度和自由贸易制度等内容。我国企业对此还存在着许多不相适应的地方,一些企业不同程度上存在着观念陈旧、经营机制僵化、管理混乱、效益低下等问题,不适应市场经济的发展。存在的主要问题是:第一,从整体看,国有企业尚未建立起现代企业制度,离“产权明晰、权责明确、政企分开、管理科学”的要求还相距甚远。第二,企业经营方式仍没有褪尽传统计划经营的运行模式,还存在“等、靠、要”思想,与提高企业经济效益、增强竞争和发展能力为中心的市场经济经营运行模式还相差很远。第三,各企业之间盲目竞争,产业结构低级趋同,缺乏较高科技含量、较高附加值和强劲竞争力的产品。第四,外贸企业、生产企业各自经营,不能实现优势互补,不能形成一批以产业为龙头的工贸结合型的外向型企业集团,大大削弱了在国际市场上的竞争力。第五,由于长期受到国有企业的影 响,民营企业虽然具有较强的活力,但并未真正壮大。这些存在于企业内部的问题限制了我国企业整体素质的提高。

我国外贸法律制度与 WTO 的相关规则存在较大差距。新的游戏规则给我国的外贸法律制度提出了如此严峻的挑战,需要我们迅速做出反应,全面调适现有的理念及运作方式,以全新的能适应 WTO 规则的新型外贸法律制度模式取代现有的法律制度。如

何进行调整才能最大化地利用 WTO 机制给我国经济发展创造的最优内外法制环境,是我们必须面对并应迅速做出回答的一个全新课题,本选题正是基于这样的背景,也是基于希望在此领域能够做出一些探索而选定的。另外,我国政治学界、法学界目前还缺乏对本选题的系统研究,这也是促使笔者对其研究的一个重要原因。

二、研究意义

(一)理论意义

外贸法律制度是指对外贸易法律制度。“对外贸易法律制度,一般具有广义与狭义之分。广义上的对外贸易法律制度,不仅包括调整货物贸易、服务贸易和技术贸易的内容,还包括以外国直接投资为代表的各类生产要素跨国间流动方面的法律、法规和政策。狭义上的对外贸易法律制度,主要限定在管理国际贸易的法律、法规。”^①本文采广义说,法律渊源包括宪法、对外贸易法、行政法规、部门规章以及与贸易有关的政策。基于对外贸易法的重要地位和作用,笔者以其作为集中、重点研究对象。对外贸易法律制度是调整范围比较宽广的法律规范构成的一个法律体系,具体言之,一个全面而富有绩效的对外贸易法律制度应当是一个以对外贸易法为核心,包括反倾销法、反补贴法、保障措施法、市场准入法、政府采购法、进出口货物原产地法、出口管制条例、进出口商品检验和检疫法、外贸发展基金和风险基金法、幼稚工业保护法、国际收支例外条例、国家安全例外条例,以及技术进出口法、国际服

① 沈四宝:《十届人大常委会法制讲座第六讲讲稿——对外贸易法律制度若干问题》,新华网, http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2004-03/03/content_1342118.htm。

务贸易法、加工贸易法、边境贸易法、与贸易有关的环境保护法、与贸易有关的知识产权保护法等在内的外贸法律体系,其范围应当涵盖关税制度、许可证制度、配额制度、外汇管理制度、商检制度以及有关保护竞争、限制垄断及不公平贸易等各个方面。

目前对中国外贸法律制度进行研究的理论依据主要是传统的国际贸易理论,其核心内容是自由贸易理论和贸易保护理论。自由贸易理论有很多学说,如绝对优势说、比较优势说和要素禀赋说等。其核心思想是主张在国际贸易中各国应开放市场,实现资本、货物及技术的自由流通。这种观点的倡导和推崇者主要是经济高度发达的西方国家。贸易保护理论也有许多种类,如古典的贸易保护理论、近代的贸易保护理论、现代的贸易保护理论和贸易保护的其他理论。贸易保护理论的中心思想是为保护处于弱势地位的国内产业,应该制定相应的政策、法规对其予以特别的保护和优惠安排,防止在竞争中被强者打垮。这在很大程度上是弱国怕竞争的心态在促使制定相应的对国内的弱势产业进行不公平保护的产业和外贸政策。这种理论的固守者目前主要是一些经济发展处于相对滞后状态的发展中国家。

以上两种理论作为外贸政策、法规制订的依据,各有千秋,主要取决于各国的选择。当然,各国在选择贸易理论时,无论是自由贸易理论还是贸易保护理论,总是以本国的利益为最高原则的。各国根据自身竞争力的强弱,选择更有利于自己经济发展和经济增长的贸易理论,制订相应的贸易政策和法规,即使做出让步,也无不以牺牲暂时利益换取国家的长远利益为目的。

然而像任何事物都有局限性一样,自由贸易主义和贸易保护主义,这两种理论用于研究外贸法律制度时也存在着一一些不尽如人意的地方。比如说这两种理论主要关心和解决的是外贸的定性

问题,即一个国家的市场是放开还是关闭的问题。如果是开放,那么对开放应如何进行,要遵守哪些规则,把握到什么程度等制度性的问题靠这两种理论则很难解决。新制度主义理论的引入,有助于解决这个问题。新制度主义关注的是制度的形成,以及制度对个体行为的约束。如果把整个贸易过程分为上下游的话,传统的贸易理论解决的是上游的问题,即解决方向问题,能不能做的问题,也就是一个国家以什么样的态度对待外贸的问题。而新制度主义解决的是下游的问题,即如何去做,按照什么规则去做,以及做到何种程度,如何形成外贸制度,各国如何在外贸规则下行事等问题。

用制度主义、制度变迁理论来研究我国的外贸法律制度问题,有以下几个优点:第一,传统有关对外贸易法学的研究方法并没有坚实的理论基础,基本是借助国际贸易理论来研究的。从理论高度来讲,新制度经济学有更高的理论层面,用它来研究可能会取得更好的效果。第二,近年来运用传统的法学研究方法,似乎没有什么突破,比较平庸。实践中基本上是采用比较研究的办法,效果也不是十分理想,除了大量移植英美法外,没有找到新的理论基础。至于为什么要跟进英美法,从理论上也没有令人信服的解释。我们至今没有找到相关的理论基础,为此,有必要从新制度主义、制度变迁理论做一些尝试。第三,用新制度主义、制度变迁理论研究法律问题特别是中国外贸法律制度问题有其适用性。新制度主义研究的制度绩效问题、供给与需求问题、交易费用问题等,也是法学要研究的问题,而法学的这些问题更具有真实性和可实施性。因此,如果能运用新制度主义和制度变迁理论研究中国外贸法律制度问题,可能更能解决现实中的实际问题,也能使理论研究更有价值。

用制度主义、制度变迁理论来研究我国的外贸法律制度,具有一定的理论意义和实践意义。它丰富了原有的贸易理论,可以避免传统贸易理论中缺乏实际操作规范的不足。这也是本书试图在理论上进行的创新。

据笔者了解,目前尚未见到对中国外贸法律制度运用新制度主义和制度变迁理论进行系统研究,本研究尝试用制度主义研究法学问题,这对新制度主义在运用上是一种外延的扩展,如果在法学领域运用这种理论研究能取得一些成果,这对该理论既是一种检验,又是一种拓展。

(二) 实践意义

本书用新制度主义的研究方法研究中国外贸法律制度的变迁问题,希望通过本研究达到如下积极效果:第一,巩固我国外贸法律制度已经取得的成果。在加入 WTO 前后,我国对外贸法律制度做了许多调整工作,比如清理法规的工作,简化进出口环节手续的工作等,这些工作的收效如何,有的现在并未显形。通过新制度主义分析方法的研究,对改革中良好的做法予以肯定,并使其更有理论基础。第二,有助于修正我国外贸法律制度中存在的不足。通过对我国现行外贸法律制度的研究,指出对绩效不佳、效率不高、规则缺位等问题应以渐进方式予以改革,使我国不断提高外贸法律制度立法质量和执法水平;逐步健全法律体系;陆续降低法制成本;逐渐增加规则的透明度。

本书通过研究力图达到以下实践效果:

第一,为我国外贸立法提出可行的立法原则。通过对 WTO 法律制度的研究,从供给、成本、绩效等不同角度探寻 WTO 的精髓与立法精神。通过对我国现有外贸法律制度的研究找出相同领域的差距,在比较与择优中找到我们未来应该选择的路径。另外,

WTO 为了照顾经济发展水平大不相同的国家的现实情况,在规定了一系列原则的前提下又规定了许多例外。发达国家利用 WTO 对这些例外规定的非刚性而进行有利于自己的选择,以满足自己的利益和绕让 WTO 的规定。本书通过相关研究,将会给我国如何借鉴西方的做法充分利用 WTO 提供相应的经验和方法,这对我国在相关外贸立法时具有一定的参考价值。

第二,为我国建立外贸执法、司法队伍的用人制度提供依据。从历史的角度看,我国一直重视管理者的才能与品德,但对制度给社会经济运转带来的作用往往不够重视。因此,在我国的外贸执法、司法系统内部对从业人员应具备的业务条件、专业水准、从业的基本要求、职责划分以及奖惩制度等都没有具体的规定,常常缺乏具有激励功能和约束功能的选人、用人规范,结果在实践中经常给对外贸易正常、公平、合法的运行造成负面影响。越来越多的理论家们开始认识到,发展中国家与发达国家的差异主要是一种制度上的差异,包括人事制度上的差异。WTO 的许多规则都是建立在发达国家制度文明基础上的,对人的行为要求很高。与此相适应,不建立相应的外经贸人事任用制度,就很难有效地实施 WTO 的规则。T. W. 舒尔茨在其《制度与人的经济价值的不断提高》一文中将制度定义为管束人们行为的一系列规则^①。外贸执法、司法系统的工作人员作为我国外贸法律制度的执行者更应该接受相关规则的管束,这样才能保证外贸法律制度的顺利实施。本书通过对 WTO 关于对人行行为理性要求的研究,揭示能适应其需要的人才和人事制度理念,提出外贸执法和司法系统内比较具体的用人条件、职责要求和奖惩办法等,以期为我国建立相应的人事制度

① 卢现祥主编:《新制度经济学》,武汉大学出版社 2004 年版,第 2 页。

提供借鉴,最大限度地利用 WTO 给我国经济发展带来的机遇。

第二节 关于本课题的研究现状

当前,国内对 WTO 多边贸易体制和中国相关法律制度的研究尤其是外贸法律制度的研究主要停留在一般的分析或某一个领域、某一个行业的分析上,比如对服务贸易、知识产权等领域的分析等。可以说,目前对中国外贸法律制度进行全面系统研究的成果很少见到,对其运用制度分析方法进行研究的成果国内刚刚开始。就笔者目前掌握的资料来看,归纳起来,国内法学界关于外贸法律制度的研究成果可分为以下几个部分。

一、入世与我国《对外贸易法》的修改问题

(一)我国外贸法修改的意义

沈四宝认为,新外贸法的颁布和实施是履行入世承诺和外贸经济可持续发展的客观要求,也是中国从外贸大国走向外贸强国的重要保障。概括新外贸法的主要特征,可将其表述为:在立法指导上呈现三个体现,在立法内容上汇聚了四个亮点,在立法体例上实现了五个突破。新外贸法虽然仍有不足之处,但是从整体上来说是一部符合中国当前外贸发展客观需要的法律。^①

杨洪通过新旧《外贸法》的对比,论证了 WTO 规则对我国外贸基本法律的决定性影响。新《外贸法》事实上是将 WTO 规则这一国际法通过国内立法的方式完成转化而加以适用;在充分吸收

^① 沈四宝:《新外贸法的新特征——〈中华人民共和国对外贸易法〉解读》,《首都师范大学学报(社会科学版)》2004年第5期,第34—40页。