

穷究法理

探求真知

外贸行政法概论

杨向东 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

穷究法理

探求真知

外贸行政法概论

杨向东 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

外贸行政法概论 / 杨向东著. —北京: 中国法制出版社, 2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3710 - 3

I. ①外… II. ①杨… III. ①对外贸易法 - 行政法 - 概论 - 中国 IV. ①D922. 104②D922. 295. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 082659 号

策划编辑 刘 峰 (52jm.cn@163.com)

责任编辑 周琼妮

封面设计 蒋 怡

外贸行政法概论

WAIMAO XINGZHENGFA GAILUN

著者/杨向东

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2012 年 6 月第 1 版

印张/14.25 字数/180 千

2012 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3710 - 3

定价: 36.00 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: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66067023

邮购部电话: 66033288

前 言

一般而言，外贸法多为国际经济法专业或涉外经济法专业所学，而其内容则是对我国外贸法规则的解读以及对 WTO 规则的融合。行政法为一国之公法，笔者提出外贸行政法的概念，一是强调外贸法同样是国内公法，是部门行政法，其基本的目的在于维护国内市场秩序（主要是进出口的秩序）；二是突出外贸行政法，进一步强调外贸行政的基本内容以及方式，更加明确外贸主管机关的监管之责。外贸行政法是具有理论性和实践性的一门学科，本书也仅是初步的尝试。

本书主要分为七章，对一些外贸基本概念及制度进行了解析，包括外贸行政、外贸主管机关、海关监管、出入境检验检疫、贸易调查及报复、贸易救济、国际贸易行政诉讼等一系列问题，主要涵盖了某些重点内容，而并非全面涉及，比如文中没有涉及外贸法上讲到的贸易促进制度。写作需要具有较强的理论性和实用性，尤其要具有学术价值，从这个意义上来讲，本书的价值在于将外贸法的一些行政法律制度做了细致的部分分析，并对外贸法这个与国际法和国内公法相融合及衔接的法进一步地解释及建构。除理论的说明外，本书也重点介绍了一些贸易大国（尤其是美国）的贸易政策及法律规定。从比较角度来看，他山之石，可以攻玉；从行政法来看，比较解释的方式可以帮助读者更加全面地掌握一些深层次的理论及内容。

尽管一字一字地在键盘上敲打成文字，变成书稿，但是研究是在前人的成果之上进行的，对于外贸法的研究，不及专门研究国际贸易法者精深；对于行政法之研究，将两者结合并细化，也是一种尝试。笔者认为，

外贸法缺乏公法之规范，而外贸政策又与政治经济相连，善于变化，难以监管，脱离公法之约束，势必对我国社会主义市场经济建设，尤其是外贸法治化不利。同样，理论研究的加强，让实际联系理论，更能够使我国外贸政策及法制建设，转向规则型的外贸，转向可持续增长型的外贸，转向人民可获利型的外贸，即从外贸大国转向外贸强国。

本书的写作仅是研究的起点，尚有众多不足之处，恳请读者批评指正！

目 录

第一章 导论	1
第一节 外贸政策的法制化	1
一、两种重要的贸易政策	1
二、贸易政策的法治化	5
三、权限分配的实例——欧洲共同体	10
第二节 外贸权的规范	13
一、外贸行政权的公法基础	13
二、外贸行政权的规范路径——宪法化	16
第三节 WTO 对我国外贸法的发展	21
一、WTO 对我国权利结构的调整	22
二、WTO 对我国公权力的规范和调整	24
三、WTO 对公法发展方向的引导	29
第二章 贸易主管机关	31
第一节 贸易主管机关概述	31
一、国外的基本情况	31
二、中国商务部	44
第二节 贸易主管机关的权限	56
一、中美贸易执掌机构概况	56

二、中美贸易执掌机构的比较分析	60
三、完善我国贸易执掌机构的建议	62
第三章 海关监管	65
第一节 海关法律制度概述	65
一、我国海关法律制度的情况	65
二、海关法律关系的种类	76
第二节 几种重要的海关行政行为	79
一、海关行政裁定	79
二、海关行政许可	83
三、海关行政处罚行为	96
四、简要总结	103
第三节 海关行政复议制度	104
一、海关行政复议范围及管辖	104
二、海关行政复议的程序	108
第四章 出入境检验检疫制度	116
第一节 我国出入境检验检疫制度概况	116
一、进出口检验检疫处理的概念及法律性质	116
二、检验检疫的基本程序	119
三、进出口检验检疫处理的形式	125
第二节 检验检疫中的行政处罚与行政强制	127
一、检验检疫中的行政处罚	127
二、检验检疫中的行政强制	131
第五章 贸易壁垒调查制度	133
第一节 贸易壁垒调查制度概况	133
一、贸易壁垒调查制度的定义及特征	133
二、贸易壁垒调查制度的产生与发展	134

第二节 我国的贸易壁垒调查制度	138
一、基本制度	139
二、简要评析	143
第三节 贸易报复制度	144
一、WTO 报复机制概述	145
二、我国外贸法之贸易报复基本制度	147
第六章 贸易救济法	150
第一节 贸易救济法中公共利益的界定	150
一、贸易救济法中公共利益的含义	150
二、公共利益在贸易救济法中的功能	154
三、贸易救济法中公共利益的保护机制	155
第二节 反倾销的自由裁量权控制	160
一、反倾销调查的基本程序概述	160
二、反倾销之中的裁量权控制	162
第三节 反补贴的立法规制	172
一、补贴的概念	172
二、各国补贴行为的基本界定	174
三、补贴行为的法律控制	175
第四节 保障措施的程序控制	180
一、WTO 规定的程序性要件	181
二、中国保障措施立案调查制度	191
三、保障措施程序完善之处	196
第七章 国际贸易行政诉讼	200
第一节 涉外行政诉讼概述	200
一、涉外行政诉讼的概念	200
二、涉外行政诉讼的种类	202

第二节 涉外行政诉讼的原则和制度	203
一、涉外行政诉讼的原则	203
二、对外送达方式与特殊时限	205
第三节 国际贸易的行政诉讼	207
一、国际贸易行政诉讼的界定	207
二、司法审查的几个问题	211
主要参考文献	219

第一章 导 论

第一节 外贸政策的法制化

贸易 (Trade) 就是商品的交换。国际贸易 (International Trade) 是国际间的商品交换, 它既包含着有形商品 (实物商品) 交换, 也包含着无形商品 (劳务、技术、货币、咨询等) 交换。对外贸易 (Foreign Trade) 指国际贸易活动中的一国或地区同其他国家或地区所进行的商务、劳务、技术等交换活动。对外贸易有广义和狭义之分。广义的对外贸易包括货物贸易、技术贸易和服务贸易。狭义的对外贸易则仅指货物贸易。一直以来, 一国之贸易受贸易政策 (Trade Policy) 指引, 所谓贸易政策是各国政府基于本国利益上的考虑, 对对外贸易活动所采取的干预政策措施或管制。贸易政策的运用会受到经济发展水平、国际经济环境、国内外政治环境等因素的影响, 且国内产业易受到不公平贸易行为或措施的损害, 为此, 各国通过立法形式确立了贸易制度, 一方面确立贸易自由化制度, 另一方面, 制定规则保护国内产业, 谋求最大利益。

一、两种重要的贸易政策

(一) 保护主义

从历史上来看, 大多数国家一开始均采取了贸易保护主义政策。例如, 英国在 15 世纪至 19 世纪初都实行重商主义的贸易保护政策。这种政策认为, 货币 (黄金、白银) 是财富的唯一形态, 国家要强盛, 就必须积

累财富，即增加本国的货币量。为达到这一目的，国家除了积极从事金银的开采以外，还必须大力发展对外贸易，并在对外贸易中尽量减少外国商品的输入，尽量增加国内产业产品的输出。在该理论的影响下，当时欧洲各国普遍实行了“限入奖出”的贸易保护主义政策。^① 19 世纪中叶，随着英国经济和政治实力的壮大，英国逐渐废除了高关税保护措施，并自 19 世纪 60 年代开始实行自由贸易政策。然而英国的自由贸易政策实施是短暂的。1880 年以后，英国经济相对衰落，后起的德国和美国经济增长迅速超过了英国。德国产品大量输入英国，使英国的产业受到了威胁，因此，在 19 世纪 90 年代，英国为了抵制和限制德国产品的进口，又转而实行贸易保护主义政策。从美国贸易政策的发展史来看，美国获得独立以后，1791 年代表新兴资产阶级利益的第一任财政部长亚历山大·汉密尔顿（Alexander Hamilton）提出了保护幼稚工业的政策，并提高关税以限制外国产品进口。后来，由于这种贸易保护主义政策遭到南方庄园主的强烈反对，美国不得不降低关税。“南北战争”以后，工业资产阶级取得胜利，美国为了维护工业资产阶级的利益，又将关税一再提高，直至 19 世纪 30 年代初，美国的进口关税都居高不下，乃至产生了著名的“赫尔姆斯”关税法。^② 1934 年美国总统富兰克林·罗斯福（Franklin Roosevelt）上台执政，实行新政，制定了《互惠贸易协定法》（Reciprocal Trade Agreement Act of 1934），又提出了多边主义和自由贸易的主张。

贸易保护主义政策的使用，在经济方面的论据主要有：保护贸易政策有利于保护和增加就业机会；实行保护贸易可以促进本国产业多样化。非经济论据主要有：保障国家安全；调整社会收入的分配；保护国民身体健康。但是贸易保护给全球的经济带来了非常大的消极影响，也成为了二次世界大战的经济原因之一。贸易保护之所以在比较长的时间内受到各国之青睐，在于通过保护可以积累财富，搞军备；同时由于整个国际社会缺少

① 在重商主义政策下，外贸获取的大量金银，很大一部分用以进行军备，而民众却穷苦不堪。

② 1930 年高关税保护的结果让美国的关税政策制定者认识到，专断的高关税政策对美国是不利的。关税不单纯是美国的国内问题，而且是世界性问题。正是在这种情况下，1934 年互惠贸易协定法应运而生。

贸易自由化的法律保护机制,一旦毫无准备的放开市场,就容易使其国内产业受到损害。各国的贸易政策的适用大都具有随意性,比如无节制地提高进口关税、随意实施进口数量限制等,加之国内政治力量的保护压力,政府最终会选择贸易保护主义。

(二) 自由主义

国际贸易的自由化,经历了一个漫长的发展过程。在最早的西方社会,人们对对外贸易,甚至对贸易行为本身几乎都持否定的态度。如古希腊哲学家亚里士多德(前384年—前322年)在其《政治学》中认为,在贸易中用金钱交换牟取利益是一种违背自然规律的行为,理应被轻视。古罗马的哲学家和政治家们也认为,商人低价购进,高价售出,不改变商品的本质而牟利,是一种低俗的职业,有损一个优秀公民的尊严。直到奴隶社会后期,古希腊和古罗马对贸易的态度才趋于宽容。到了中世纪,神学家们虽然主张国内贸易应当优先于国外贸易,但他们已认可贸易行为的合法性,并承认对外贸易对社会有益。15—17世纪,重商主义的经济理论在欧洲各国占据统治地位,并影响着欧洲各国的贸易政策。18世纪以后,自由贸易思想在法、英等国逐渐形成。亚当·斯密(Adam Smith)、大卫·李嘉图(David Ricardo)等众多经济学家,都从不同的角度对限制外国商品输入的做法进行了抨击,并提出了自由贸易的主张。如英国古典经济学家亚当·斯密竭力反对政府对经济生活的干预,他认为,要增加国民财富和增进社会的公共利益,最好的经济政策就是给私人的经济活动以完全的自由,任其自由发展。受自由贸易思想的影响,加之资本主义经济的发展迫切地需要更加广阔的国际市场,在自由资本主义时期,一些已完成资本原始积累的国家实行了自由贸易的政策。但是,这种自由贸易政策实行的时间并不长久。资本主义进入垄断以后,贸易保护主义政策重新抬头,关税和非关税贸易壁垒又构成了对外国商品进口的严格限制。第一次世界大战以后,各资本主义国家逐渐放宽了战时实施的外贸管制,恢复了自由贸易政策,进口关税有所降低。在此背景下,20世纪20年代初,包括美国 and 英国在内的10多个国家先后制定了反倾销立法,但好景不长,随后频繁爆发的经济危机迫使资本主义国家再度实行贸易保护主义政策,以致全

球经济重新陷入衰退并引发了二次世界大战。

二战以后,随着原关税和贸易总协定(GATT)多边贸易体制的形成,国际贸易的自由化不仅进程加快,而且得到了美国为首的贸易旗手大力保障。从理论上讲,国际贸易自由化所形成的市场开放,将导致进口的增加,而进口增加所形成的竞争,不但可以促使国内产业提升其效率,亦可使消费者以较低廉的花费获得较多且较佳的选择,所以,根据比较优势理论,国际贸易的自由化对实行自由贸易政策的国家而言,应属有利之事。但是,国际贸易的自由化也使实行自由贸易政策的国家面临一个现实的难题,即它们的国内产业可能因为产品进口数量的大量增加或者不公平的进口竞争而受到损害。为了减轻国际贸易自由化对有关国家国内产业的损害,GATT1947第6条和第19条允许各缔约方在不违背自由贸易原则的前提下,采取适当的措施以防止或补救进口产品对其国内产业的损害。至此,贸易救济得到了多边国际贸易协定的认可。为了统一有关国家在贸易救济问题上的做法,原GATT缔约方于1967年在日内瓦签订了《关于实施关税和贸易总协定第六条的协定》(简称1967年《反倾销守则》),1979年又在东京签订了另一个《关于实施关税和贸易总协定第六条的协定》(简称1979年《反倾销守则》),对反倾销问题作出了具体的规定。1994年乌拉圭回合谈判结束时,原GATT缔约方又签订了包括《关于实施1994年关税和贸易总协定第六条的协定》(简称《反倾销协定》)、《补贴与反补贴措施协定》和《保障措施协定》在内的一揽子多边贸易协定。1994年签订的有关贸易救济的协定,进一步完善了贸易救济的国际法律规则,并已成为WTO多边贸易规则的重要组成部分,是各成员方必须遵守的规则。自1995年WTO成立以来,随着国际贸易自由化进程的不断推进,各国从贸易自由化得到了好处,自由化已成为了贸易的主流政策。

贸易自由化并不意味着完全的自由,放任的自由。贸易保护必须是在合法的多边体制下的保护。WTO所确定的贸易救济规则,就是在贸易自由化进程中逐渐形成和发展起来的一项制度。一方面,贸易救济必须符合法定条件,包括WTO法及国内外贸法规定之实体和程序要件;另一方面,贸易救济只能用于防止或补救国际贸易对国内产业的损害,且这种救济必须符合

行政法之比例原则。

比较优势理论证明了在自由竞争条件下,一个国家参与国际贸易可以获得贸易利益,这为政府采取自由贸易政策提供了理论依据。然而,对于比较优势理论下贸易利益分配的分析表明,并不是所有人都能从自由贸易中受益,部分人或团体的利益会受到损害。主流国际贸易理论认为,自由贸易能够最大限度地增加世界福利,一个国家(特别是大国)的单边贸易自由化有利于增加自身福利。但与此同时,形形色色的贸易保护普遍存在,即便是从国际贸易中获取了大量现实利益的国家也经常采取贸易干预政策以限制进口或促进出口。理论与现实的差距很难用传统的贸易理论作出完美的解释,于是国际贸易政策的政治经济学分析应运而生,关于贸易政策的政治经济学理论主要有公共选择理论、制度变迁理论、博弈论,其中公共选择理论的影响最大。公共选择理论认为,贸易政策是不同利益集团和政府部门在权力资源基础上的利益表达和政策选择的结果,对政策的选择是政府与利益集团、利益集团与利益集团之间的政治交易过程。同样利益集团的介入可能会侵蚀公共利益与社会利益,因而,法律必须在各种不同利益之间建立适当的平衡,尤其是防止个人利益对社会利益的妨害。也正基于此,对贸易或外贸政策加以公法性约束具有非常重要的意义,也是对于经济学理论关于自由化的进一步补充。

二、贸易政策的法治化

贸易自由化取得的卓越成就和贸易保护主义行为形成了鲜明的对比。各国政府开放市场之时,既强调贸易自由化的需要,也更关注由此而及的政治经济风险,贸易自由化并不是对每一个人都有利。在全球的贸易自由化进程中,利益和危害往往都是被不平等的进行分配。所有的国家都内在的抵触自由化,政府也往往会把维持贸易的压力施加给进口的竞争者。因此,保护主义具有强烈的政治诱因,是为了自我逐利而改变市场的非歧视状况。一般来讲,贸易自由化比较关注经济效益,而忽略了对于政治的反作用。由于贸易自由化明显集中在进口竞争者,这也就促使国内的生产者在政治上反对进口自由化,同时限制进口也给那些保护主义利益集团带来

了众多的收益，这就更加促使它们向贸易政治家寻求保护。实际上，很多的国内利益团体对于贸易政策的决定具有很大的影响。甚至有人肯定的认为，“经济竞争越来越被政治竞争所取代，经济领域的输家从立法者那里寻求救济，后者拥有使输家变成赢家的权力。一部法律就可以抵消无效率的以往的记录”。^①然而国内的宪法或涉外行政法还远不能够解决这些问题。政府以及公共行政管理部门的成员，容易受到众多的限制而成为保护主义的供应者，例如信息不对称、自我利益、集团压力或政治影响等。但是，限制进口竞争者并不能够给国内整体的经济予以保护，因此，贸易政策制定者会采取一些非关税的贸易壁垒而将国内的反对最小化，同时这种贸易调整的手段也能有效的逃脱监督。可以说，贸易政策受此影响，就很难保障贸易自由化的国内收益，更不要说使更好的保护国内公民的贸易自由权。那么，如何消除这种政治压力对于贸易决策权力的影响，从而塑造良好的政治市场呢？目前政府在应付保护主义压力上的能力和目标，通常会成为启动保护的导火索。因为当政府面对部门要求和利益集团的压力时，会逐渐地缩小政策的选择范围。也正因此，当 WTO 向农业、服务、投资等领域发展时，所遇到的国内政治阻力是难以想象的。可见，政治力量决定了在国际法制定和执行中的相应的作用。^②而这就需要自由贸易规则发挥宪法性的功能，才能使这些问题得到一定的解决。

20 世纪 90 年代以来，传统的贸易保护措施如关税、配额和出口自愿限制已经被减少或消除，阻挠贸易的重要渠道集中反映在国内政策的使用上。WTO 国民待遇原则保护关税约束，防止国内税或其他管理措施解除关税约束的威胁也越来越小，而代之的是国内管理措施的增加，尤其是事实上歧视的国内税和管理措施。一般来说，在一个全球经济融合的环境中，只有具有相同经济实力的成员方签订国民待遇，才能越发挥出相应的效应来。而对于弱小的国家来说，国民待遇的签订反而容易造成社会福利水平

① B. H. Siegan, *Economic Liberties and the Constitution*. University of Chicago Pr (Tx) (1981), pp. 110 - 182.

② [美] 路易斯·亨金著，张乃根、马忠法等译：《国际法：政治与价值》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 56 页。

的下降。^① 因此, 贸易政策的制定必须考虑国内的特殊利益, 才能够使国民待遇缓和来自政治的原因导致的社会福利的损失。某种程度上, 降低国内的政治阻力与提高社会福利水平之间存在着相连的关系, 也正是在此逻辑推理下, 表明国民待遇的任务不仅是为维持进口产品和国内产品的平等竞争机会, 它的宪法功能还延伸至在尊重国内管理自治的基础上, 降低国内的政治阻力, 打击国内的贸易保护压力, 提升社会的福利水平。

(一) 国内管理自治与保护主义

国家的自治, 就意味着一个国家不隶属于任何外部的权威, 除非它自愿的同意隶属于这一权威。国家具有意志、道德权威、同意的权力, 拥有建立与其他国家的各种关系、达成协议和结盟的权力。依靠其同意的能力、建立关系和达成协议的能力, 各国实际可以通过某种社会契约来创立国际政治体系。自治就意味着国家的人格, 使其在该体系有自己的权利和义务, 取得自己的财产的权力, 缔约、提出法律请求, 获得法律救济的权利。^② 然而, 国家签订了条约, 有约必践, 既限制自己的自治, 也约束了他人。WTO 很多案件涉及了国内管理对健康、安全或环境的限制, 这些限制客观上尊重和平衡政府自由追求合法的国内目标的权利, 但这并不意味着贸易自由化要退而求其次, 而是更需要在尊重国内管理自治的基础上, 打击贸易保护主义, 推进贸易自由化。

二战后, 多边体制集中消除歧视的实践, 都集中在关税和非关税壁垒。而 GATT 的成功之处就在于厘清了歧视措施, 并将焦点转向了事实上的歧视措施。由于不同国家存在着大量不同的管理措施, 这无疑增加了进口竞争者在不同国家市场上的交易的成本。更重要的是, 一些管理措施体系隐藏或嵌入保护性的歧视措施。但要降低成员方管理措施的差异性, 除鼓励使用统一透明的国际标准外, 还需要结合成员方国内管理目标的特殊性。这主要因为国家有权通过相应的贸易保护措施, 来维持或实现具体的

① Maggi. G and Rodriguez. Clare A, The Value of Trade Agreements in the Presence of Political Pressures, *Journal of Political Economy*, 106. 3, pp. 574 - 601.

② [美] 路易斯·亨金著, 张乃根、马忠法等译: 《国际法: 政治与价值》, 中国政法大学出版社 2005 年版, 第 13 页。

国内特定目标,而且这种管理自治的自由可以分为两类:一是国家追求什么样目标的自由;二是国家采取什么样方式的自由。但是这些自由并非绝对的自由,从法律观点来看,国家采取贸易保护的手段主要分三类:(1)以透明合法的方式,依据WTO各缔约方的国际法律义务而引入的贸易保护。WTO条约中保留了一些缔约方可以自主决定自己国内保护的水平,可以根据条约的指引,根据WTO的程序和实体规则,运用相应的贸易限制。例如例外条款、保障措施等。(2)违反WTO各缔约方义务而引入的贸易保护,这类范围极其广泛,例如违反关税约束而提高幅度,或违反国民待遇或数量限制等。(3)受制于国内的反垄断和竞争政策、但是经常由政府引入或支持的国际贸易和竞争上的私人约束。总的来看,以上保护手段,有的是顺应市场的保护手段,有的是悖于市场保护规则的保护手段。因此,WTO促进贸易自由化的过程中,来自国内的保护几乎从来都不能向整个国内经济提供纯粹的保护,而往往受益的是国内的特定的群体或利益集团。也正是在此背景下,政府进行贸易限制或保护,进行利益再分配的时候,往往会破坏竞争的秩序,打击进口的竞争者。

实际上,贸易自由化和国内保护主义本质上的分歧和冲突,是公共利益与特殊利益之间的冲突。^①是这些特殊利益者寻租政治权力,为追逐特定的利益好处而运用公共管理权力以及私人的经济权力,对贸易保护方面的利益进行再分配或再次寻求。因此,在一个以经济利益为先的自由竞争市场中,要审查政府的国内管理措施,要区分市场内的各种利益和产品间的竞争关系以及关联性,就必须协调好贸易自由化和国内管理自治关系,需要根据公共利益或社会政策原因,引入新的约束或许可机制,^②以保证自由化的成果不被限制,尽最大努力打击隐蔽的保护主义。^③而通过管理者自己的自治管理来救济市场并追求社会目标,往往会由于自治而导

① 自由贸易为国内的社会福利所作的贡献,不仅在于提高了经济效率,保持人民的收入增长,而且通过限制政府滥用权力的行为,促进了公民人身自由和财产权利的保护。

② World Trade Organization - WTO, "General Agreement on Trade in Services (GATS)", http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm.

③ Joel P. Trachtman, Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=298760.