

构建和完善我国服务贸易法律框架

赵维加

(上海财经大学 法学院, 上海 200433)

摘要:我国服务贸易法与服务贸易一样甚为滞后。为此,本文从服务贸易法律框架这一带有基本性、全局性和战略性的题目作为切入点,在分析我国服务贸易法律现状和与必须 GATS(服务贸易总协定,下同)规范接轨的趋势后,提出了构建和完善我国服务贸易法律框架的思路和建议。

关键词:法律框架,服务贸易,服务贸易法

中图分类号:D922.29 **文献标识码:**A **文章编号:**1001-9952(2000)04-0059-06

法律框架是指在确定调整特定对象情况下,明确采用何种或者哪些主要法律规范以及各法律规范之间的关系。^①所谓服务贸易法律框架,主要是指调整服务贸易领域的基本法律规范及其相互关系。它是以静态的形式展现某一法律体系是否为原则明确、层次清晰、相互协调和紧密联系的完整的法律大厦构件体。构建服务贸易法律框架,则是指采取一定的法律形式对各服务贸易规定相应的基本法律规范,并理顺特定的调整对象内部法律规范之间以及与其他法律规范之间的关系。

一、现行我国服务贸易法律框架

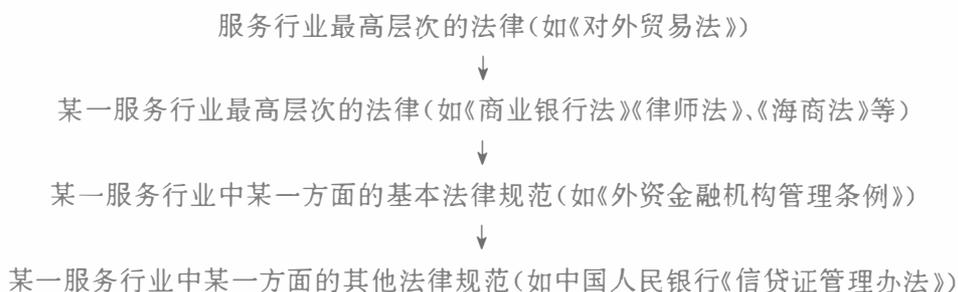
目前我国服务贸易法律框架雏形已露端倪,它是以《对外贸易法》为基本支柱,以《商业银行法》等服务行业性法律为主体,以《外资金融机构管理条例》行业性行政法规、规章和地方性法规为补充,依托《反不正当竞争法》等跨行业的有关法律、行政法规支撑,共同构筑而成。具体地说位于最高层次的是《中华人民共和国对外贸易法》;其次是我国服务贸易的主体框架,即各服务行业的基本法律,如《商业银行法》、《保险法》、《证券法》、《海商法》、《注册会计师法》、《律师法》、《民用航空法》、《广告法》、《建筑法》等;再次是作为行业基本法律重要补充的行政法规、规章和地方性法规等,如《外资金融机构管理条例》、《保险经纪人管理规定(试行)》等;与服务行业有关的法律、行政法规等是构建服务行业法律框架的不可或缺的组成部分,主要有《公司法》、《合伙企业法》、《独资企业法》、《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《合同法》、《价格法》等。

为了更为形象地表现上述法律框架,可参见下列简图。

1. 调整服务行业内部的法律、行政法规和规章的框架结构:

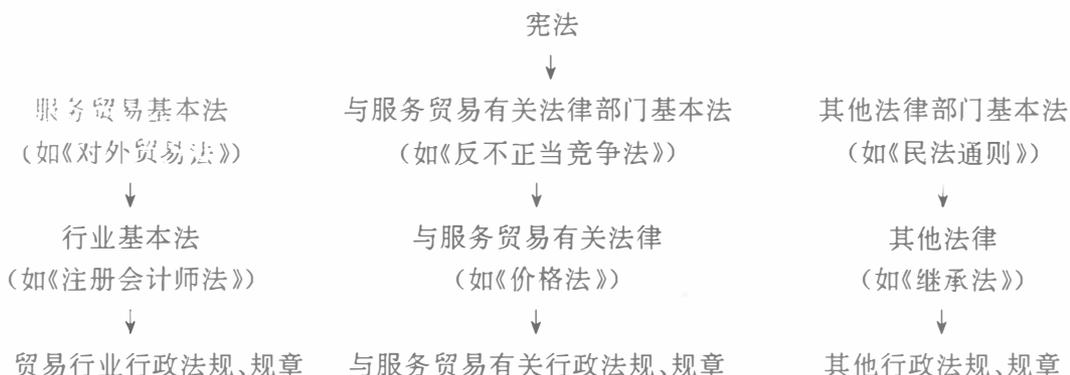
收稿日期:1999-12-29

作者简介:赵维加(1958—),男,浙江镇海人,上海财经大学法学院讲师。



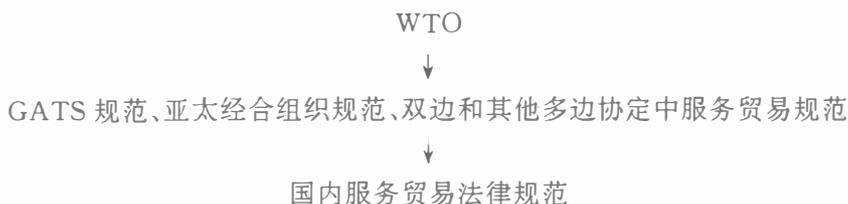
有必要说明的是:(1)行业内部的法律框架结构必定是呈一种宝塔型,其法律规范的效力也相应地由宝塔型的下(底部)向上(顶部),逐层上升。(2)根据法律规范调整国内还是涉外服务贸易,行业内部的法律框架可分为一般的服务贸易法和涉外服务贸易法。

2. 与调整服务行业有关的其他法律、行政法规和规章的框架结构:



有必要说明的是:(1)服务行业法律制度是我国整个法律制度的一部分,因此应当纳入我国法律体系之中。(2)与服务行业有关的其他法律、法规仅表明其与服务行业法律制度的关系相对密切,它包括组织法、市场协作和竞争法、宏观调控和管理法、社会保障法和消费者保护法等。其他法律、法规与服务行业法律制度的关系相对疏远一些,但绝不意味没有联系。(3)除宪法之外,服务贸易基本法与其他法律之间的基本法地位是一种平行的关系,都在各自的调整范围内具有最高的效力。(4)服务行业基本法与其他法律之间不是简单地表现为法律效力的高低,而主要是反映法律规范的职能和作用不同。但是它们之间在职能和作用方面确实存在差异,一般认为,从动态的法律实施角度看,《反不正当竞争法》的法律规范职能和作用相对大一些,被视为经济宪法,因而将其作为经济法中有代表性的基本法律之一。

与调整服务行业有关的国际公约、国际条约之间的框架结构:



有必要说明的是:(1)国内法与国际法(包括在我国加入 WTO 后,WTO 规则和 GATS 规则)发生冲突时,应优先适用国际法。但是,我国予以保留的条款或者规范除外。(2)国际服务

贸易公约和条约的规范在适用中存在不少例外规定,在这种情况下,对我国的国家或者市场参与者无法律约束力。(3)目前,在我国参加或者缔结的服务贸易方面的国际公约和国际条约中,对所承担的义务有时采用一种较低的法律表现形式,如规章。这并不意味着该规范的效力相对较低。

二、我国服务贸易法律框架缺陷

在中国的经济立法中,服务贸易立法相对而言是最薄弱的环节,在相当一部分领域,法律处于空白状态。^②与此相对应,我国服务贸易法律框架也处于雏形阶段,其结构远未定型,存在的问题也相对较多。具体地说,主要有以下几个方面:

第一,我国缺乏一部统帅整个服务贸易的基本法律。我国的服务贸易大致分为国内和涉外二大部分,目前调整国内服务贸易的法律主要是行业性法律,以及跨行业的调整企业组织和交易行为的法律,缺乏具有统领全面的基本法,目前主要行使这一职能的是中国共产党和政府的政策。调整涉外服务贸易的基本法律是《对外贸易法》,但该法不是一部专门规范我国国际服务贸易基本的法律。该法关于国际服务贸易的专章内容仅为5条,至多只能作为国际服务贸易的法律原则,而尚不足以作为完整意义上的基本法律。

第二,有一些服务行业尚缺乏基本的行业性法律。如我国旅游行业1995年国际、国内总收入达2098亿元,1996年达2487亿元,但还没有一部《旅游法》,而且很多省市也未制定旅游方面的地方性法规,致使旅游行业旅客投诉较多,问题层出不穷。又如我国目前在电信服务领域中消费者投诉较多,但缺乏一部行业的基本法(即《电信法》)规范行业的行为。

第三,现行服务行业普遍存在不少法律规范真空现象。主要表现为:(1)在有限的服务法律、法规中,对在华外国服务机构、服务提供者的规定很少或者没有,即使有一些规定,仍较原则、抽象,缺乏可操作性;^③(2)有相当一部分服务贸易领域的规范主要表现为各职能部门的规章和内部规范性文件,不仅立法层次较低,而且影响到法律的统一性和透明度;^④(4)有一部分服务贸易领域缺乏有针对性的法律规范,而简单地采用合同法、民法通则等法律规范;(5)现行的服务贸易领域法律规范中存在缺乏可操作性现象。如我国的《证券法》等法律都或多或少地存在着法律规定的盲区,如没有相应的实施细则作补充,就会影响法律应有的可预见性、可资规范性的基本要求。究其原因是多方面的,其中经济体制改革的过渡期、中国国情特点、立法与实践几乎同步进行因而缺乏成熟的立法经验和技巧等,都是造成立法难度的重要因素。

第四,对整个服务业的法律规范和保护有待加强。在整个我国法律体系中,服务业和服务贸易方面的法律、行政法规处于相对滞后状态。例如,在商品和货物贸易方面,有《产品质量法》,而服务业至今没有一部统一的服务质量法。《标准化法》也主要规定产品的标准。又如,《反不正当竞争法》第5条就明显侧重规定与商品有关的不正当竞争;1983年3月1日实施的《商标法》也只规定了商品商标,直到1993年2月22日修订后,才规定服务商标。再如,现行《刑法》第三章专节规定生产、销售伪劣商品罪,而在服务业方面除规定金融犯罪之外,几乎没有独立的保护服务业方面的刑事法律规定。刑法的第166条^⑤规定也有厚此薄彼之嫌。可见,在保护整个服务业和服务贸易方面,无论是行政还是刑事方面法律都有待进一步加强之必要。

第五,现行法律与GATS规范之间存在不少冲突。这种冲突在目前我国加入WTO之间已显露出来,一旦我国加入了WTO,这一问题将更为凸现。例如,现行的外商投资企业法都是90年代以前制订的,这些法律、行政法规主要调整从事工业及其基础设施的外商企业,对服务

性外商企业则采取禁止或者限制政策。随着我国逐步开放服务业,逐步取消有关禁止或者限制设立外商企业的规定已提到议事日程。又如在规范透明度方面,GATS透明度原则要求国内服务贸易有关的法律、法规和行政命令以及其他的决定、规则和习惯做法,必须最迟在生效之前公布。而我国长期习惯于内部文件或者政策代替规范、公开、明示的法律、行政法规,客观上影响了从事服务贸易者(尤其外国当事人)对有关规定的知情权。

此外,我国现行法律与法律之间衔接问题,法律、行政法规、规章之间的矛盾与冲突问题,以及法律、行政法规、规章与党和政府政策之间关系等都有待于进一步的理顺和完善。

三、构建我国服务贸易法律框架思路

构建我国服务贸易法律框架的总体思路是:立足本国,接轨世界,内外结合,自成体系。

所谓立足本国,是指根据我国的国情、现行的法律制度和服务贸易法律原则,构建以调整服务业为主的我国服务贸易法律框架。总的来说,一是应立足于国情和现行法律制度,依照宪法原则,构建我国服务贸易法律框架;二是应立足于服务业和服务贸易并举,并以国内的服务业为主,构建我国服务贸易法律框架。过去人们认为,服务贸易法主要就是对外服务贸易法,但是,如果构建一个对外服务贸易法律框架,其内容、范围和意义都必将十分有限,而且在逐步开放国内服务贸易的趋势下,服务贸易法与服务行业法必将呈现交融状态,因而这种试图将对外服务贸易与国内服务行业法律制度一分为二,以此构建我国服务贸易法律框架的思路,与我国实行服务行业逐步开放政策和 GATS 规范不相协调,其可行性和操作性也难以保证。我们强调立足本国,就是要在最大程度上淡化服务贸易与服务行业法律之分,并以本国的各具体服务行业为主体,服务业和服务贸易并举,以前瞻性、全球性视角,全方位地规划构建具有本国特色又符合发展趋势的服务贸易法律框架。

所谓接轨世界,主要是与 GATS 规范接轨(其他还应包括与我国政府承诺的有关服务贸易方面的国际公约、国际条约,如亚太经合组织规范接轨)。GATS 是一个十分庞大的法律体系,其法律规范的主要对象是国家(地区),但市场参与者同样受其规范的影响和约束。一旦我国加入了 WTO,与我国承认或者承诺遵守的 GATS 规范接轨,将是我国一项当然义务。就其形式而言,不外乎三种:一是将有关的 GATS 规范,以国内法的形式加以制定和颁布;二是将有关的 GATS 规范,以法令的形式加以确定;三是只需有权批准机关(如全国人民代表大会常务委员会)依法批准,即自行生效。其中最理想化的是第一种形式,但其立法工作量庞大,且 GATS 规范仍在不断扩张之中,因而其操作的难度是显而易见的。第二、第三种形式的优点是简便,无需启动立法程序,且又能保持 GATS 规范的原有特色。但因 GATS 的法律文件并非能为一般人所能理解,势必产生了解、咨询等问题。一种较为可行的做法是,以简便为原则,只对重要的、定型的 GATS 规范采用第一种形式。此外,还应加强废除与有关的 GATS 规范相抵触的法律规范的工作。

所谓内外结合,是指在构建我国服务贸易法律框架时,必须将我国承认或者认可的有关服务贸易的国际规范,一并纳入我国服务贸易法律框架之中。换言之,我国服务贸易法律框架应体现:我国有关服务贸易法律规范在相当程度上与国际服务贸易规范接轨,并且这些国际规范已相当程度上反映在我国有关服务贸易法律规范之中。

所谓自成体系,是指服务贸易法律框架能够形成一个独立的体系,成为一个新的法律学科。目前,视服务贸易法律为一门独立的法律学科,不会存在较大的争议,至少在对外服务贸易

法律方面。但是,将其作为一门独立的法律部门,则必定遭受批判。根据我国现行法律部门划分的主导理论,服务贸易法律不是一个独立的法律部门,它分别归类于经济法(如《商业银行法》)、商法(如《海商法》)和其他法律部门(如《律师法》)。但是,现行的法律部门分类标准有三个缺陷,一是它是一个静态的,不能自行随着法律更新而更新。二是它主要以国内法划分为内容,对内外结合型的法律规范划分相对粗糙。三是划分的标准常常不一致,法律部门之间存在不少相容关系。事实上,法律部门的划分也不是一成不变的,经济法被确认为一个独立的法律部门就是一例。基于服务贸易法有自己特定的调整对象,即服务贸易;有特定的规范对象,即服务提供者;以及存在相对完善的国际和国内服务贸易法律原则和规范,我们有理由相信,服务贸易最终能够成为一门独立的法律部门。

四、构建和完善我国服务贸易法律框架

构建和完善我国服务贸易法律框架,主要是通过制定基本的和主要的法律文件和制度,理顺各种服务行业内部及其与其他法律规范之间的关系,使得服务贸易领域的法律规范健全,并且相互协调,共同形成结构清晰、层次鲜明、相互衔接、疏而不漏的有机整体。

构建我国服务贸易法律框架的基本要求是:(1)必须以法律的形式而不是政策、内部文件作为构建法律框架的基本要件。(2)必须具有服务贸易领域的基本法。其形式可以集中在一部法律中体现(明文规定),也可以散见于多部法律之中(必须被人们普遍认识和了解)。(3)在每一个服务贸易领域都要有相应的基本法律规范,不允许存在基本法律规范真空地带。(4)与其他法律之间存在合理的对应和衔接。据此,构建我国服务贸易法律框架的主要对策应当是:

第一,完善服务贸易基本法律。这是构建我国服务贸易法律框架的一项首要任务。就其形式而言,无疑制定专门服务贸易基本法是最理想的,但选择贸易法作为与《对外贸易法》相对应,由此共同构成调整国内外服务贸易的法律基石,也不失为务实之举。

第二,加快行业性基本法律制定。应注重参照国际条约和国外的立法经验,加大立法的力度,尽快完成服务贸易领域的各项法律制定。

第三,减少服务贸易中法律规范真空状况,增强法律可操作性。对策主要是:加强人大常委会的立法和解释工作,根据立法目的和法律原则对有关条款作出补充性的立法解释;通过制定国务院行政法规或部委规章形式,进一步制定与行业性法律配套的各种实施细则。

第四,加强与服务业和服务贸易相关的经济、行政和刑事立法。构建和完善我国服务贸易法律框架,必须建立一整套彼此紧密联系、相互衔接、相互依存、疏而不漏的法律制度。就目前而言,主要应防止在有关的经济、行政和刑事立法中忽视或者轻视服务业和服务贸易的保护。

第五,最大限度地与国际服务贸易法律规范接轨。我国现行服务贸易方面的法律与GATS规范存在不少冲突,这是我国服务贸易及其法律制度面临的一个现实而又重大的问题。虽然我们 must 清醒地认识到:GATS 规范在较大程度上反映了以美国为代表的发达国家的游戏规则,而且也旨在将我国纳入这一规则之中,并以此约束包括我国在内的发展中国家。^⑥但要加入WTO,就必须接受GATS规范,严格遵守规范,履行自己的承诺。这是一个别无选择的选择。另一方面,我们更应当清醒认识到:只有接受GATS规范,履行自己的承诺,才能使我国融入国际服务贸易一体化之中,改善我国的服务贸易的投资环境。“对国外企业,特别是大的跨国公司,最看重的投资环境就是法律环境,有没有一个透明的法律环境,这套法律是不是和世界法律规则接轨,这关系到它的信心。”^⑦

第五、设置高效的监督管理机构和有效的解决争议机制。服务贸易法律的规范在相当大的程度上与行政机关的管理和监督水准有关。完善服务贸易法律框架还应考虑:设置专门的组织机构和配备专职人员;设置一套监督、投诉机构;建立有效的解决争议制度;规范自律性行业组织及行为;建立一套咨询和服务机制等。

注释:

- ①董世忠:《世界贸易组织的法律框架》,《国际经济法》论丛第1卷,第67页,法律出版社1998年版。
- ②见曹建明:《中国服务贸易立法与服务贸易市场开放》,《国际经济法》论丛第1卷,第128页,法律出版社1998年版。
- ③见注②,第131页。
- ④见注②,第131页。
- ⑤刑法第166条为亲友非法牟利罪的规定。该条第二项:“以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的”,和第三项:“向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的”,都规定只有涉及商品才能构成此罪。
- ⑥见《THE ECONOMIST》1999年11月20—26日。
- ⑦见《国际贸易问题》1999年第9期,第9页。

参考文献:

- [1]胡微波. 最新中国经济法律实行全书[M]. 北京:法律出版社,1995.
- [2]汪尧田. 乌拉圭回合多边贸易谈判成果[M]. 上海:复旦大学出版社,1995.
- [3]周旺生. 立法论[M]. 北京:北京大学出版社,1994.
- [4]董世忠. 国际经济法导论[M]. 上海:复旦大学出版社,1997.
- [5][英]施米托夫. 国际贸易法文选[M]. 上海:中国大百科全书出版社,1993.
- [6]戴其中:国际服务贸易[M]. 北京:中国青年出版社,1996.

Establishing and Perfecting the Framework of Service Trade Law in China

ZHAO Wei-jia

(School of Law, Shanghai University
of Finance and Economics, Shanghai, China, 200433)

Abstract: As China's service trade law is much backward just as trade in service in China does, the author chooses legal framework of trade in service as a subject which is basic, overall and strategic; after analyzing the situation of China's service trade law now and tendency to which China must keep with the rule of GATS, point out a method of thinking and put forward a proposal concerning establishing and perfecting the framework of China's service trade law

Key words: legal framework; trade in service; service trade law