



高等政法院校专业主干课程系列教材



李万强 主编

国际经济法学

GUO JI JING JI FA XUE

大学出版社

• 高等政法院校专业主干课程系列教材 •

国际经济法

主 编 李万强

副主编 周景安 刘亚军

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

李万强 周景安 师 怡

罗玲聪 杨 帆 杜 萱

马海涛 朱炎生 刘亚军



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

国际经济法学/李万强主编. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 8
ISBN 978-7-5620-6213-4

I. ①国… II. ①李… III. ①国际经济法学 IV. D996

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第173442号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	27
字 数	560 千字
版 次	2015 年 8 月第 1 版
印 次	2015 年 8 月第 1 次印刷
印 数	1 ~ 4000 册
定 价	49.00 元

西北政法大学本科教材编审委员会名单

主 任：郭 捷

副主任：王 麟

委 员：（以姓氏笔画为序）

王 瀚	王楷模	王周户	王 健
王政勋	刘进田	刘光岭	张宏斌
张周志	李少伟	毕 成	汪世荣
阎亚林	强 力	韩 松	谢立新
慕明春	戴 鲲		

作者简介

李万强 西安交通大学“腾飞学者”特聘教授、博士生导师，法学博士。中国国际经济法学会常务理事，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

周景安 西北政法大学国际经济法教研室主任、副教授。

师 怡 西北政法大学国际法学院副教授，法学博士。

罗玲聪 西北政法大学国际法学院副教授。

杨 帆 中国政法大学国际经济法研究所副教授，法学博士。

杜 萱 西北政法大学国际法学院副教授。

马海涛 西北政法大学国际法学院讲师，法学博士。

朱炎生 厦门大学法学院副院长、教授，法学博士。

刘亚军 西北政法大学国际法学院院长、教授，经济学博士。

出版说明

质量是高等院校的生命线，教学工作始终是学校的中心工作。多年来，我校始终把人才培养作为根本任务，弘扬老延安“政治坚定、实事求是、勇于创新、艰苦奋斗”的优良传统，不断改革进取，提高教学质量，为全国特别是西北地区经济社会发展和民主法制建设培养了大批高素质的专门人才。近年来，学校按照适度稳定规模、合理调整结构、充实办学条件、全面提高质量的工作原则，进一步深化教育教学改革，狠抓教学与管理工作，正在向着“法学特色鲜明、多学科协调发展、在国内有重要影响的高水平教学研究型大学”的目标迈进。

教材作为反映教育思想、教育观念以及教学改革成果的重要载体，是我校新一轮课程建设的重点。为了适应培养德、智、体全面发展的基础扎实、知识面宽、实践能力强、富有创新精神的人才目标的要求，学校决定紧紧抓住实施“质量工程”的有利时机，与中国政法大学出版社合作，启动新一轮的教材建设工作。

本轮教材建设工作围绕各专业的核心课程进行，命名为“高等政法院校专业主干课程系列教材”，由长期从事教学工作、教学经验丰富，具有教授、副教授职称的教师承担编写任务。我们力求教材具有较强的科学性、系统性、新颖性和适应性，也希望这套教材能够为进一步提高学校的教育教学质量打下坚实的基础。

西北政法大学本科教材编审委员会

2009年8月

编写说明

本书共分八章：第一章为导论，第二至七章分别为调整国际经济活动六大主要方面的法律制度，即国际货物贸易法、国际服务贸易法、国际技术贸易法、国际投资法、国际金融法和国际税法，第八章为国际经济争端解决法。其中，第二章“国际货物贸易法”包含的五节内容，即“国际货物买卖法”、“国际货物运输法”、“国际货物运输保险法”、“国际贸易支付法”以及“国际货物贸易规制与协调”，在其他一些教材中可能是独立成章的。

本书的编写既继承传统，又有所创新。“继承”体现在：本书采用了国内占主流的“大国际经济法”体系，内容不仅包括跨国经济公法，即调整国家之间经济交往与合作关系的国际公法以及各国规制和协调涉外经济关系的涉外经济法，而且包括国际商法，即调整不同国家私人主体之间跨国经济交易关系的国际条约、国际商务惯例以及各国涉外商法。“创新”体现在：本书不仅反映了当前国际经济立法的一些最新发展，比如2008年《鹿特丹规则》、2010年《国际贸易术语解释通则》、2010年《反假冒贸易协定》、2010年《OECD税收协定范本》、2015年《外商投资产业目录》等，而且对一些问题进行了新的、更为深入的探讨，比如国际经济法的独立性问题、研究视角问题等。本书既适合于本科生使用，也适合于研究生使用。另外，书中引用外国法律、国际公约等法律文件的部分，出于全书统一美观、便于读者阅读的考虑，尽量使其层级与国内法统一，但个别地方确实不便修改，则保持原样，特此说明。

本书由西安交通大学、西北政法大学、厦门大学、中国政法大学等高校专门从事国际经济法教学与研究的学者编写。撰写分工如下：第一章，由李万强撰写；第二章第一、二、三、五节，由周景

安撰写；第二章第四节，由师怡撰写；第三章，由罗玲聪撰写；第四章，由杨帆撰写；第五章，由杜萱撰写；第六章，由马海涛撰写；第七章，由朱炎生撰写；第八章，由刘亚军撰写。另外，西安交通大学法学院博士生翁洋、杜娟两位同学承担了部分资料搜集、校对等工作，对本书的完成亦有贡献。

编 者

2015 年 6 月

| 目 录 |

第一章 国际经济法导论	1
第一节 国际经济法的概念 / 1	
第二节 国际经济法的历史与基本原则 / 7	
第三节 国际经济法的主体 / 12	
第四节 国际经济法的研究视角 / 20	
第二章 国际货物贸易法	26
第一节 国际货物买卖法 / 26	
第二节 国际货物运输法 / 51	
第三节 国际货物运输保险法 / 92	
第四节 国际贸易支付法 / 109	
第五节 国际货物贸易规制与协调 / 128	
第三章 国际服务贸易法	171
第一节 国际服务贸易法概述 / 171	
第二节 WTO 服务贸易法的框架体系 / 180	
第三节 GATS 的基本内容 / 186	
第四节 WTO 新一轮服务贸易谈判 / 200	
第四章 国际技术贸易法	208
第一节 知识产权的国际保护 / 208	
第二节 国际技术贸易法律制度 / 235	
第五章 国际投资法	249
第一节 国际投资法概述 / 249	
第二节 国际投资的主要形式 / 254	
第三节 国家吸收外国投资的法律制度 / 266	
第四节 国家海外投资法律制度 / 274	
第五节 国际投资中的国际法制度 / 279	

第六章 国际金融法	297
第一节 国际金融法概述 /	297
第二节 国际货币制度 /	300
第三节 国际贷款法律制度 /	310
第四节 国际证券法律制度 /	319
第五节 国际融资担保的法律制度 /	328
第六节 跨国银行监管的法律制度 /	336
第七章 国际税法	347
第一节 国际税法概述 /	347
第二节 税收管辖权 /	350
第三节 国际重复征税及其消除方法 /	355
第四节 国际税收协定 /	365
第五节 跨国所得和财产价值征税的协调 /	373
第六节 国际逃税与避税 /	385
第八章 国际经济争端解决法	395
第一节 国际经济争端解决概述 /	395
第二节 国家之间经济争端的解决 /	397
第三节 解决私人国际经济争端的方式 /	406
第四节 选择性争端解决方式——ADR /	416

第一章

国际经济法导论

【导读】

国际经济法是法律体系因国际经济交往的发展而出现的新兴分支。直至现在,国际经济法的许多基本理论问题,比如国际经济法的概念、主体、调整对象、法律渊源、基本原则以及国际经济法的独立性问题等,仍然存在不少争议,或者亟待更为深入的分析探讨。国际经济法的研究视角,也呈现出跨学科、多元化的特点。

第一节 国际经济法的概念

一、国际经济活动与国际经济法的概念

经济全球化不断推进商品、资金、劳务、技术等要素在世界范围的流动和重新配置,国际经济交往日趋频繁,国家间经济联系日趋紧密。除了传统的国际贸易、国际投资和国际金融活动,不同国家私人主体在服务、信息、技术等领域的合作与交流也越来越多,国家对国际经济活动的规制与协调以及在国际层面上规制与协调的合作也在不断拓宽加深。

国际经济活动的开展需要法治的保障。以国际贸易为例,不同国家当事人从事货物买卖,不仅涉及各自国家的合同法、贸易法、海关法,还会涉及国家之间签订的经贸条约。再以国际投资为例,一国企业到另一国家投资设立企业,不仅涉及该另一国家(东道国)的外国投资法、公司法、税法、外汇管理法、劳工法等,也会涉及本国(母国)的对外投资法、税法等,而且还会涉及东道国与母国之间就投资的促进、保护以及便利化等问题签订的国际投资协定以及国际税收协定等。

所谓国际经济法,就是调整国家、相关国际组织以及不同国家的私人主体(法人与自然人)相互之间经济关系的法律规范的总称。^[1]

[1] 经济关系应理解为与经济活动有关的社会关系,比如因解决国际经济争端而形成的争端解决机构与争端主体之间的关系也包含在内。

二、国际经济法的调整对象

国际经济法的调整对象是国际经济关系。具体而言，国际经济关系根据主体的不同可以分为以下几种关系：

1. 国家之间、国家与国际组织之间的经济关系。比如，为防止对跨国纳税人双重征税，国家之间签订双边税收协定而形成的关系；为鼓励和保护国际直接投资，国家之间签订双边投资协定而形成的关系；国际货币基金组织成立，该组织与其成员方之间的关系；等等。

2. 国家与本国或外国私人主体之间的涉外经济关系。比如，基于对对外贸易活动的规制而形成的国家与本国进出口企业之间的关系，基于外来投资而形成的国家与外国投资者之间的关系等。

3. 不同国家私人主体之间发生的经济关系。比如不同国家私人主体之间进行贸易形成的关系，不同国家私人主体之间合作设立企业形成的关系等。通常而言，不同国籍的私人主体形成的经济关系才归属于国际经济关系从而受国际经济法的调整，但也有某些例外，比如，《联合国国际货物销售合同公约》调整的是营业地分处不同成员方的当事人签订的货物买卖合同，而不论合同双方是否属于同一国籍国。

4. 国际组织之间、国际组织与私人主体之间的经济关系。随着国际组织的蓬勃发展，国际社会组织化程度日趋提高，国际组织之间在国际经济活动方面展开合作也屡见不鲜。比如1996年12月，世界贸易组织（WTO）与国际货币基金组织（IMF）签订了《IMF与WTO合作协议》。1997年初，世界贸易组织与世界银行（WB）签订了《WB与WTO合作协议》。^{〔1〕}另外，通过国家授权，私人主体也可接受国际组织提供的相关服务。比如，一国私人主体向另一国投资时，在符合条件的前提下，可向“多边投资担保机构”（MIGA）投保，以应对对外投资可能遭遇的东道国政治风险。

三、国际经济法的渊源

法的渊源有多重含义。本部分仅介绍国际经济法的形式渊源，即国际经济法律规范的表现形式。

（一）国际法渊源

1. 国际经济条约。根据不同的标准，国际经济条约可以有不同的分类。

（1）国际经济规制条约和国际商务条约。这是根据条约内容的性质所做的划分。国际经济规制条约是指国家之间、国际组织之间以及它们相互之间签订的以经济规制与协调为内容的国际书面协议。比如《关税及贸易总协定》、《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》、《国际货币基金协定》、《国际复兴开发银行协定》等。

〔1〕 根据这两项协定，在制定全球经济政策时，世界贸易组织分别与国际货币基金组织、世界银行应当在各自管辖事项方面进行协调与合作，交换与共享信息，开展联合研究等。

国际商务条约是国家之间签订的以调整不同缔约方私人主体之间商事交易活动为内容的国际书面协议。比如《联合国国际货物销售合同公约》和《统一提单的若干法律规则的国际公约》。

(2) 国际贸易条约和国际投资条约以及其他条约。这是根据条约内容所涉及的领域所做的划分。“其他条约”还包括国际金融条约、国际税收条约、国际知识产权条约以及其他含有经济、商事内容的条约。

根据条约法理论,国际经济条约还可以划分为双边条约和多边条约、全球性条约和区域性条约、契约性条约和造法性条约、一般性条约和专题性条约等。

2. 国际经济惯例。国际经济惯例包括与经济有关的习惯国际法和国际商务惯例。习惯国际法是指国际社会的习惯做法,而且这种习惯做法已经符合两项条件:①在客观方面,国家在不断重复这种做法;②在主观方面,国家认为有法律义务采取这种做法。举例来讲,涉及经济内容的习惯国际法规则有“用尽当地救济”、“恶债不予继承”等。但是需要指出的是,由于国际经济交往兴起较晚以及经济领域的南北矛盾斗争的因素,与经济有关的习惯国际法规则在具体内容与实践等方面仍存在不同程度的争议或不确定性。

国际商务惯例是指私人主体在从事国际商事交易时采取的惯常做法。与习惯国际法不同,国际商务惯例并不当然具有法律拘束力。国际商务惯例通常通过两种途径发生法律拘束力:①当事人在合同中采用;②法律上明确认可。就后者而言,比如我国《民法通则》第142条第3款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”《联合国国际货物销售合同公约》第9条规定:“①双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法,对双方当事人均有约束力。②除非另有协议,双方当事人应视为已默示地同意对他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知或理应知道的惯例,而这种惯例,在国际贸易上,已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。”

国际商务惯例原本是不成文的。为了方便使用,一些民间组织对相关领域的国际商务惯例进行收集整理并编纂成文,比如国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》和《托收统一规则》,国际法协会制定的《华沙—牛津规则》,国际海事委员会制定的《约克—安特卫普规则》以及中国国际贸易促进委员会制定的《北京理算规则》等。

3. 联合国大会决议。20世纪六七十年代,联合国大会通过了若干对建立国际经济新秩序具有划时代意义的决议,这些决议包括:1962年的《关于自然资源永久主权的宣言》、1974年的《关于建立新的国际经济秩序宣言》、《关于建立新的国际经济秩序行动纲领》以及《各国经济权利和义务宪章》等。对于这些决议的法律效力,学者间有不同的看法。

有的学者认为,联合国大会决议可以分为“内部决议”和“外部决议”。“内

部决议”主要涉及内部机构设置、成员方资格、财务预算等内部问题，此类决议对成员方具有法律拘束力，否则联合国组织机构将无法正常运转。“外部决议”主要涉及统一成员方的外交政策或协调成员方的对外行动等外部目的，比如上述有关建立国际经济新秩序的决议。《联合国宪章》第10条规定：“大会得讨论本宪章范围内之任何问题或事项，或关于本宪章所规定任何机关之职权；并除第12条所规定外，得向联合国会员国或安全理事会或兼向两者，提出对各该问题或事项之建议。”因此，联合国大会的职权是“讨论”和“建议”，所通过的“外部决议”属于建议性的，不具有法律拘束力。

另有一派学者认为，即使所谓的“外部决议”，也不应一概否定它们的法律拘束力。上述有关建立国际经济新秩序的决议，绝大多数国家都投了赞成票，反映了绝大多数国家特别是广大发展中国家的国家意志，也反映了国际社会公义的诉求。广大发展中国家对它们具有法的确信，同意将它们作为国际法规范予以接受。无论从接受广度还是从内容性质上看，它们都属于国际法律文件，当然具有法律拘束力。比如，陈安教授指出，不承认《关于建立新的国际经济秩序宣言》、《各国经济权利义务宪章》的法律拘束力，“不但全盘否定国际事务中理应切实遵循的民主原则，全然漠视体现了全球绝大多数人民共同意志的这些基本文献，而且全然无视这些基本文献及其法律理念三十多年来日益为国际社会所广泛实践、普遍接受和深入人心的客观事实，从而散发着浓烈的霸权主义和强权政治的气息”。^{〔1〕}

还有一些学者认为，联合国大会决议虽然不具有法律拘束力，但对国际经济法仍具有一定的影响力，会产生一定的效力或后果。换言之，联合国大会决议可以作为相关习惯国际法规则存在的“证据”，也可以作为“形成中的国际法规则”。

4. 辅助性渊源。《国际法院规约》第38条规定，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，可以作为国际法的辅助性渊源。国际司法判例，包括国际法院的判决以及各种国际仲裁庭的裁决，仅对案件当事方具有拘束力。各国权威最高之公法学家学说，也不具有法律拘束力。但是，它们都可以被援引“作为确定法律原则之辅助资料”，即构成辅助性渊源。

随着时代的发展，国际组织制定的相关指南、示范法等也越来越多。这些国际组织文件，也可以构成国际经济法的辅助性渊源。比如，联合国国际贸易法委员会2000年《私人融资基础设施项目法律指南》和2003年《私人融资基础设施项目示范立法条文》以及世界银行1992年《世界银行关于外国直接投资待遇指南》等。

（二）国内法渊源

国际经济法的国内法渊源包括各国规制涉外经济活动的涉外经济法规规范和调整涉外商事交易的民商法规规范。在立法模式上，有的国家采取“统一制”，有的国家

〔1〕 陈安：《陈安论国际经济法学》（第一卷），复旦大学出版社2009年版，第77~80页。

采取“区别制”。“统一制”是指国家仅针对十分有限的情形专门为涉外经济活动规制或涉外商事交易制定少量的规范,除此之外,所有经济活动规制和商事交易不论是否涉外,均统一适用一套法律规范。比如美国,对于外来投资除了进行国家安全审查等一些特殊问题外,其他方面,包括企业组织形式、税收等均与美国本国企业受相同的法律调整。“区别制”是指在经济活动规制和商事交易的主要方面或主要环节,都区分涉外与国内两种情形,分别制定不同的法律规范加以适用。比如,在1999年10月1日之前,我国国内经济合同和涉外经济合同分别适用1982年《经济合同法》与1985年《涉外经济合同法》;^[1]在2008年1月1日之前,我国国内企业和外商投资企业税收分别适用1991年《外商投资企业和外国企业所得税法》与1993年《企业所得税暂行条例》;^[2]截至目前,外商投资中国,还可以根据我国《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》等设立企业,同时也可以根据《公司法》和《合伙企业法》等设立企业。需要说明的是,随着一国经济的发展以及经济全球化的深入,“区别制”的做法也日渐式微。

在实行判例法的国家,相关判例也构成该国国际经济法的国内法渊源。

四、国际经济法的独立性及其解释

(一) 国际经济法的独立性问题

关于国际经济法独立性的表述,厦门大学陈安教授的“独立综合体说”可谓其集大成者。陈安教授认为:“国际经济法是一种多门类、跨学科的边缘性综合体;其内容涉及国际公法、国际私法、国际商法以及各国的民商法、经济法等。其所以称为边缘性,在于它只分别涉及上述各种有关门类法律规范的部分内容,而并不囊括这些有关门类法律规范的全部内容;它只是上述各类法律规范部分内容的综合,而不是这些法律规范全部内容的总和。”这种观点,是我国国际经济法学界的主流观点,也被称为“大国际经济法观”或“广义国际经济法观”。持有相同或类似观点的外国学者主要有美国的杰塞普(P. Jessup)、杰克逊、洛文费尔德(Lowenfeld)、斯坦纳(H. J. Steiner)、瓦茨(D. F. Vagts)等。

但是,目前仍有一些学者对国际经济法的独立性存在质疑,认为国际经济法是拼凑而成的。这些学者坚持传统的法律部门划分标准,即主要依据调整对象标准,并辅之以调整方法标准。他们认为,尽管国际经济法的调整对象可以表述为“国际经济关系”,但这一表述其实是几种性质不同的“经济关系”的简单叠加或拼凑。有的学者承认存在国际经济法,但其所谓的国际经济法是国际公法的分支,仅调整国家之间、国际组织之间以及国家与国际组织之间的经济关系,不调整不同国

[1] 1999年10月1日,我国《合同法》生效,1982年《经济合同法》与1985年《涉外经济合同法》废止。

[2] 2008年1月1日,我国《企业所得税法》生效,1991年《外商投资企业和外国企业所得税法》与1993年《企业所得税暂行条例》废止。

家私人主体之间的经济交往关系。这种观点,是我国国际公法学界学者所持的观点,也被称为“小国际经济法观”或“狭义国际经济法观”。持有相同或类似观点的外国学者主要有英国的施瓦曾伯格(G. Schwarzenberger)、奥地利的霍亨费尔登(Seidl-Hohenveldern)、日本的金泽良雄,以及法国的卡罗(D. Carreau)、朱亚尔(P. Julliard)、弗洛里(F. Flory)等。

另有学者认为,国际经济法既包括公法规范,也包括私法规范,有违传统公法私法的划分,在法理上难以自圆其说。

(二) 国际经济法独立性的解释

1. 跨学科解释。我国国际经济法学者首先是从经验的观察来说明国际经济法存在的正当性。武汉大学姚梅镇教授和厦门大学陈安教授都曾以国际贸易和国际投资为例,论证将相关的国际法规范与国内法规范、私法规范与公法规范、实体法规范与程序法规范以及贸易、投资、金融等不同领域经济法规范通盘考虑、整体研究的必要性。^[1] 姚先生指出,对于国际经济法的对象和方法,“首先要问的是,客观现实的问题是什么,而不是法是什么”。他在一开始研究国际经济法时就注意到,美国学者注重实证研究方法,把个人、公司、国家、国际组织跨国交易与关系的一切法律问题作为其研究对象,提出了跨国法、国际交易与关系法、跨国法律问题等概念。美国学者的跨国法的设想与研究方法,能反映并符合现代国际经济交往的实况,“代表了一种新的趋向,实属可取”。^[2] 陈先生指出,国际经济法是一门应运而生的学科。在当代现实生活中,大量出现并日益增多的以个人或法人作为一方或双方的国际经济关系,则不但受有关国际公法规范的调整和制约,而且受有关的国际私法规范、各该交往国家的国内涉外经济法规范以及国内民商法规范的调整和制约。在调整和制约此类国际经济关系过程中,国际法与国内法、“公法”与“私法”,国际商法与各国涉外经济法、民商法往往同时发挥作用,并相互渗透,互为补充。“(国际经济法的)基本研究路径,是沿着学以致用、切实有效地解决现实法律问题这个方向进行的”。^[3]

在此基础上,国际经济法学者进一步从跨学科的角度论述了国际经济法存在的正当性。一方面,他们指出了传统公法与私法的划分及其变化。自19世纪末期以后,公法就已开始干预私人经济关系,同时,私法手段也可以用来调整公法关系了。“公法与私法的划分是相对的,不能将其作为法的部门划分的僵化的标准”。比如,传统国际海上货物运输规则是典型的任意性规则,但现今海上货物运输法中

[1] 余劲松:“国际经济法是一个独立的法学部门——姚梅镇先生的学术思想给我的启迪与思考”,载《姚梅镇先生百年诞辰纪念文集》,武汉大学出版社2014年版。

[2] 余劲松:“国际经济法是一个独立的法学部门——姚梅镇先生的学术思想给我的启迪与思考”,载《姚梅镇先生百年诞辰纪念文集》,武汉大学出版社2014年版。

[3] 陈安:《陈安论国际经济法学》(第一卷),复旦大学出版社2009年版,第8、12页。

的承运人最低责任标准等则具有明显的公法性质。再比如,自ICSID成立后,外国投资者与东道国政府之间的政治性争端,可以通过仲裁这种传统的私法解决方式加以解决。另一方面,他们也指出了国际法与国内法的关系及其变化。随着全球化的发展,国际法与国内法交互影响、密切配合,“坚持传统的二元论观点,人为地将调整同一国际经济关系的国际法规范与国内法规范割裂开来,是不科学的”。〔1〕

2. 社会学解释。根据德国社会学家卢曼的理论,社会分化类型包括三种,即区隔分化(segmental differentiation)、阶层分化(stratified differentiation)和功能分化(functional differentiation)。〔2〕区隔分化是指社会根据地缘或者血缘关系被分化为部落或家族等多个平等的子系统;阶层分化是指社会根据财富多寡或者权力大小的不同被划分为不平等的子系统;而功能分化则导致为实现不同的社会功能而形成的子系统组合。从进化的眼光看,尽管三者关系盘根错节,但区隔分化主要是原始社会的表征,阶层分化则随着国家的出现而得以稳固,人类进入现代社会,“人人生而平等”观念的提出,社会开始从以阶层分化为主逐步进入以功能分化为主的阶段,如何实现政治、经济、科技、教育等各类社会功能成为当前社会的重要议题。也就是说,在现代社会进行公与私的划分,强调公法私法二元论,是错误或陈旧的做法,因而必须通过一种在社会不同领域间(比如经济领域、科学领域、教育领域、文化领域等)进行区分的方式进行替代,法律则应当发展各个领域的规范性。〔3〕功能分化子系统具有无序性,会导致社会的“去中心化”,并逐步架空国家宪法,同时功能子系统的“宪法”也会逐步形成。在全球化时代,经济一体化进展最快,经济功能是最为容易实现全球一体化的社会功能。随着新的商业组织——如跨国企业——的成熟,经济功能子系统逐渐突破区域和阶层的障碍,一跃成为最重要的社会分化类型之一,经济功能子系统的宪法也成为跨国界的重要规则,这就是“新商人习惯法”。〔4〕这一理论深刻揭示了国际经济法形成和“自立”的社会原因。

第二节 国际经济法的历史与基本原则

一、国际经济法的历史

从私人(包括自然人、法人)开始遵守一定的规则从事跨国商事交往至今,

〔1〕 余劲松:“国际经济法是一个独立的法学部门——姚梅镇先生的学术思想给我的启迪与思考”,载《姚梅镇先生百年诞辰纪念文集》,武汉大学出版社2014年版。

〔2〕 高薇:“功能分化时代的宪法再书写:从国家宪法到社会宪法”,载《交大法学》2013年第1期。

〔3〕 [德]贡塔·托依布纳、顾祝轩:“私法的社会学启蒙:对谈当代著名法学家托依布纳”,高薇译,载《交大法学》2013年第1期。

〔4〕 高薇:“功能分化时代的宪法再书写:从国家宪法到社会宪法”,载《交大法学》2013年第1期。