

# 国际经济法

# 论丛

## 第4卷

JOURNAL OF  
INTERNATIONAL  
ECONOMIC LAW VOL. 4

■ 陈安 / 主编

法律出版社

# 国际经济法论丛

(第4卷)

陈安 主编

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

国际经济法论丛. 第4卷/陈安主编. —北京:法律出版社, 2001. 8

ISBN 7-5036-3485-5

I. 国… I. 陈… III. 国际法:经济法-学术会议-文集 IV. D996-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 047699 号

---

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/陶松	责任校对/杨昆玲
印刷/北京朝阳北苑印刷厂	
开本/850×1168毫米 1/32	印张/20.25 字数/500千

---

版本/2001年9月第1版 2001年9月第1次印刷

---

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN 7-5036-3485-5/D·3202

定价:37.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 序 言

《国际经济法论丛》(以下简称《论丛》)是全国性的国际经济法专业优秀学术著述的汇辑,是国际经济法理论界和实务界笔耕的园地、争鸣的论坛。其宗旨是:立足我国改革开放与建立社会主义市场经济体制的实际,借鉴国外的先进立法经验和最新研究成果,深入研究和探讨国际经济关系各领域的重要法律问题,推动我国国际经济法教学与科研的发展,并为我国积极参与国际经济法律实践以及我国的涉外经济立法、决策和实务操作提供法理依据或业务参考。

本卷是《论丛》第四卷,共设九个专栏:经济全球化与法律全球化、经济全球化与各国经济主权、国际经济法理论、世界贸易组织法、国际贸易法、国际投资法、国际金融法、国际经济争端处理法及学术动态。

经济全球化已成为不可逆转的强大趋势,理所当然地引起国际经济法学界的密切关注。经济的发展与法律的变迁从来就是紧密联系的,在经济全球化的背景下,引发了“法律全球化”问题的讨论。在2000年中国国际经济法学术研讨会上的唇枪舌剑之后,《论丛》编辑部收到了代表各种不同观点的许多相关文稿。为此,本卷特辟“经济全球化与法律全球化”专栏,发表沈宗灵教授、车丕照教授和博士研究生谢岚等的专论或笔谈,充分而客观地反映了国际经济法学界对法律全球化问题的不同观点和不同认识,读者可从中品味活跃的学术气氛,获得某些启发,促进思考,加深探讨。

在经济全球化加速发展的新形势下,国家经济主权的原则和

观念是否已显陈旧,并且正在“弱化”和“淡化”,或应该“弱化”和“淡化”?——这是当代国际社会中出现的新现实问题,也是摆在国际论坛上的一大理论问题。本卷“经济全球化与各国经济主权”专栏刊载陈安教授的《世纪之交围绕经济主权的新“攻防战”》,以美国国内“1994年主权大辩论”作为切入点,概述WTO多边体制与美国“301条款”单边主义的冲突,以及此种冲突导致的欧共体—美国争讼案件,剖析这场历时六、七年围绕着国家经济主权利限制与反限制问题的“攻防战”,并从其来龙去脉中探讨它们对全球众多发展中国家的重大启迪,强调在经济霸权依然存在和依然肆虐的条件下,弱小民族切忌懵懵然地附和“过时”论、“弱化”论或“淡化”论。

中国国际经济法学界近年来加强对国际经济法理论的研究,以图构建科学的、具有中国特色的国际经济法理论体系。本卷“国际经济法理论”专栏发表的张乃根教授的《当代国际经济关系论》和博士研究生张军旗的《论条约和涉外经济法作为国际经济法渊源的问题》,分别就作为国际经济法调整对象的国际经济关系和国际经济法渊源,提出颇为独到的见解。

中国“入世”在即,对世贸组织法的研究、尤其是结合我国的相关立法与实践所进行的研究,比以往任何时候都更为迫切。本卷“世界贸易组织法”专栏发表了孙南申教授的《论WTO协议规则在中国法院的适用——兼论入世对中国涉外经济立法的影响》、韩立余讲师的《WTO规则的适用与中国国内立法》、莫世健副教授的《市场准入原则和中国人世的法律对策》、刘颖副教授与硕士研究生宋瑞秋的《市场本位:界定WTO反倾销守则中“相似产品”的新思路》、余敏友教授的《美国等5国向WTO诉欧共体香蕉进口体制案评述》等论文。这些论文,从不同角度,就不同领域的法律问题,理论与实践相结合,阐述了相关的世贸组织协议、规则对即将入世的我国相关立法与实践的影响,并提出相应的策略或应对

思路。

在“国际贸易法”专栏中,赵承璧教授的《对损害赔偿制度的比较与理解》,比较分析了大陆法系、普通法系及国际公约对合同损害赔偿规定的异同,并对我国新《合同法》的损害赔偿规定作了较深刻的法理论证。冉瑞雪女士的《新合同法对外贸代理制的影响》和邓旭博士的《合同法与外贸代理制度》,从不同的角度探讨了外贸代理制在我国新《合同法》中的体现及其法理根据。

在“国际投资法”专栏中,韦经建教授等的《论入世后我国吸引外国再投资的法律环境整合》分析、探讨了我国吸引外国再投资的法律环境及其存在的问题,并结合 TRIMs 协议,提出完善该领域法律环境的整合措施建议。刘笋讲师的《投资措施及其国际管制》,从发展中国家的立场,在研究、剖析双边和多边国际条约,尤其是 TRIMs 协议对各国外资立法(尤其是其中的投资措施)的影响的基础上,提出我国未来外资立法和国际投资条约实践应采取的对策。李炼副教授的《我国外资国民待遇若干法律问题探讨》,结合 WTO 的有关规定,对外资国民待遇作了较全面的分析,并对我国外资国民待遇实践的现状和将来的法律取向作了深入研究,提出若干独到的见解。顾敏康副教授的《以公司法为本,重构外资法体系》,意识到我国外资法与公司法的不协调所产生的弊端,提出在完善我国公司法、消除公司法自身缺陷的基础上,以公司法为本,重构我国外资法体系的新思路。

在“国际金融法”专栏中,韩龙博士的《离岸金融——国际金融法不应忽视的一个研究重心》,通过对离岸金融的研究,认为离岸金融存在许多特殊的法律问题,离岸金融对我国经济构成多方面的影响,并据此呼吁国际金融法学界应加强该领域的研究。博士研究生项剑的《中国上市公司要约收购法律问题探析》,通过对要约收购类别、收购中各主体利益权衡和要约收购机制的研究,指出我国《证券法》相关规定的缺陷,进而明确我国要约收购应持的立

法取向。

在“国际经济争端处理法”专栏中,发表了三篇仲裁界专家的论文。郭晓文副研究员的《怎样保证仲裁员的独立性》,就如何在仲裁程序中避免不具备独立性的仲裁员参加仲裁审理,提出具体而富有见地的措施。陈建仲裁员的《仲裁管辖权纠纷决定权由仲裁机构行使的程序之我见》一文,针对在当事人就仲裁管辖权提出异议时,应由谁、如何作出决定等程序性问题作了深入的研究。宋连斌副教授和赵健博士的《关于修改 1994 年中国〈仲裁法〉若干问题的探讨》,对我国 1994 年的《仲裁法》及其颁行后我国的仲裁实践作了客观的评价,提出仲裁立法应采取的价值取向,并对我国《仲裁法》的修改提出具体的建议。上述论文从不同的角度研究了作为解决国际经济争端重要方式的仲裁在立法上和实践中应解决的一些问题,它们都是实践经验的总结,其合理的建议、观点,对仲裁立法的完善及相关仲裁实践的有效开展均具有参考、借鉴价值。

“学术动态”专栏辑录了陈立虎教授、陈治东教授和张乃根教授根据 2000 年 10 月在北京召开的中国国际经济法学会年会暨学术研讨会上专家、学者的发言和讨论整理而成的“综述”,读者可从了解大会主题发言和分组讨论的各种主要观点。

编 者

2001 年 3 月 15 日

# 目 录

---

1	<b>经济全球化与法律全球化</b>	
1	评“法律全球化”的理论	沈宗灵
11	评“法律全球化”的呓语	赵维田 王海英
15	谈法律全球化——兼谈经济全球化	韩天森
20	评“法律全球化”概念的科学性	慕亚平
26	“法律全球化”是不以人的意志为转移的 历史趋势	李 巍
30	法律全球化——是现实？还是幻想？	车丕照
42	从美国《统一商法典》第4A编的“全国化” 看法律全球化	刘 颖
44	“法律全球化”小议	陈 建
50	“法律全球化”问题初探	谢 岚
78	<b>经济全球化与各国经济主权</b>	
78	世纪之交围绕经济主权的新“攻防战” ——从美国的“主权大辩论”及其后续 影响看当代“主权淡化”论之不可取	陈 安



139	<b>国际经济法理论</b>		
139	当代国际经济关系论		张乃根
185	论条约和涉外经济法作为国际经济法渊源的问题		张军旗
196	<b>世界贸易组织法</b>		
196	论 WTO 协议规则在中国法院的适用 ——兼论入世对中国涉外经济立法的影响		孙南申
218	WTO 规则的适用与中国国内立法		韩立余
236	市场准入原则和中国人世的法律对策		莫世健
258	市场本位:界定 WTO 反倾销守则中 “相似产品”的新思路	刘颖	宋瑞秋
272	美国等 5 国向 WTO 诉欧共同体香蕉进口体制案评述		余敏友
305	<b>国际贸易法</b>		
305	对损害赔偿规定的比较与理解		赵承壁
316	新合同法对外贸代理制的影响		冉瑞雪
327	合同法与外贸代理制度		邓旭
363	<b>国际投资法</b>		
363	论入世后我国吸引外国再投资的法律环境整合	韦经建 姜慧敏	何志鹏
385	投资措施及其国际管制 ——结合 WTO 和中国“入世”进行研究		刘笋
422	我国外资国民待遇若干法律问题探讨		李炼
448	以公司法为本,重构外资法体系		顾敏康

**国际金融法**

- 477 离岸金融——国际金融法不应忽视的  
一个研究重心 韩 龙
- 506 中国上市公司要约收购法律问题探析 项 剑

**国际经济争端处理法**

- 526 怎样保证仲裁员的独立性 郭晓文
- 582 仲裁管辖权纠纷决定权由仲裁机构行使的  
程序之我见 陈 建
- 597 关于修改 1994 年中国《仲裁法》若干  
问题的探讨 宋连斌 赵 健

**学术动态**

- 618 中国国际经济法学会 2000 年年会  
暨学术研讨会综述 陈立虎 陈治东 张乃根

**附录**

- 630 《国际经济法论丛》稿约
- 632 《国际经济法论丛》书写技术规范(暂行)

# 经济全球化与法律全球化

## 评“法律全球化”的理论

沈宗灵

### 目 次

- 一、“法律全球化”理论的兴起
- 二、“法律全球化”基本上是一种不切实际的幻想
- 三、经济全球化对法律的影响

自 20 世纪 90 年代初以来,随着经济全球化趋势,西方法学中也兴起了“法律全球化”(The Globalization of Law)的理论。本文认为这种理论基本上是一种不切实际的幻想,因为法律是国家意志,即国家主权的体现,不同于经济;但同时又认为经济的全球化确实对国际法和各国国内法带来了很多影响。我国立法、执法司法部门和律师、法学工作者应关注经济全球化对我国的有利与不利的影响。

### 一、“法律全球化”理论的兴起

西方法学家对“法律全球化”的含义有不同的解释。美国法学

家小阿曼(A. C. Aman, Jr.),印第安那大学法学院院长、教授,在该院出版的《印第安那全球法律研究刊物》的前言中指出,“‘全球化’是指一种复杂、动态的法律和社会过程,它并不是,至少并不必然是‘普遍性’或‘同一性’的同义词,它也并不必然是‘全世界’的同义词,全球化过程可以真正是地方的或地区的。例如,它们可能来自创造商品、资本或劳动市场,不受任何国家控制的经济或政治势力。同样地,全球化过程可以是诸如臭氧枯竭、地球变暖、生物多样性削减等造成超越国境问题的结果。这些超国家的力量和问题产生了超国家的法律和全球化的立法。”<sup>①</sup> 美国加州大学(伯克利)法学教授夏皮罗(M. Shapiro)认为,“当我们讲法律全球化时,我们必须意识到我们是在讲地球上一个很狭的、有限的和特定的法律现象……我们几乎总会发现,我们讲的全球化实际上是在讲北美、欧洲、澳大利亚和新西兰。日本有时算在内,有时则不算。其他亚洲和非洲国家则决不在内。对我们大多数人来说,墨西哥以南部分的拉丁美洲也是无关的。其实,这个地球常常是指美国和西欧及其模糊不清的附加物。”<sup>②</sup>

英国伦敦经济学院法学教授托伊布纳(G. Teubner)在其主编的《没有国家的全球化》(1996年初版)一书中,对“法律全球化”却表达了比前两位法学家更明确、更广泛的含义。他声称,该书的核心理论是:“法律的全球化在公民社会的各个部门创建了大量无中心的、独立于国家之外的立法过程。技术标准、职业规则的产生、人权、跨国公司内部组织的规章、缔结契约、仲裁以及其他商法制度,就是已在广阔的全球范围体现的,由‘私政府’制定规则的形

<sup>①</sup> A. C. Aman, Jr. Introduction, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 1, 1993, No. 1, p. 1.

<sup>②</sup> M. Shapiro, *The Globalization of Law*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 1, 1993, pp. 37-38.

式。这些规则要求独立于各国内法之外的全世界的效力,并与国际公法规则保持相对距离。它们并不是由国家正式行为产生的,而来自奇怪的自我生效的矛盾行动。”<sup>③</sup>

从以上可以看出,这三个法学家对“法律全球化”中所讲的“全球化”的范围是有区别的。有的狭,有的广。但他们都主张,法律全球化是指这种法律来自“不受任何国家控制的经济或政治势力”、是“超国家的法律”、是“独立于国家之外的立法过程”,即由“私政府”制定的,等等。

这种“法律全球化”产生的原因或背景又是什么呢?鼓吹这种理论的西方法学家的解释大体上是差不多的。以美国威斯康星—麦迪逊大学的特鲁伯克(D. M. Trubek)为首4个学者合作撰写的一个研究报告,将法律全球化的主要产生背景列为以下8个方面:<sup>④</sup>

(1)变化中的生产方式:新的灵活的专门化和“全球工厂”使生产和其他经济活动易于分散在世界上许多地方,从而有助于新的国际分工的出现。

(2)金融市场的连接:全球连接的资本市场促进了穿越国境投资的自由流动。

(3)跨国公司的日益增长的重要性:大的跨国公司现在已能在全世界开展生产和其他活动,加强了它们的交易权力并提高了它们在世界经济中的重要性。

(4)国际贸易的日益增长的重要性和地区贸易集团的增加:促进自由贸易的国际规则对国内规章的许多方面都有影响。

(5)结构改革和私有化:前苏联集团和大部分发展中国家都受

<sup>③</sup> G. Teubner, *Global Law without a State*, 1996, Foreword, xiii.

<sup>④</sup> D. Trubek and Others, *Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas*, 1993, pp. 3—4.

到要求巨大宏观经济稳定以及减少国家在经济中直接参与的压力。它们都特别强调开展市场体制,包括法律结构。

(6)经济关系中新自由主义概念的主导地位。

(7)对民主化、人权保护以及“法治”的复兴:随着经济变革的压力,国际上更关注政治自由、控制专横政府、维护个人权利以及加强司法。

(8)推动人权和民主的超国家、泛国家人物的出现。

笔者认为,所谓法律全球化的理论是随着经济全球化趋势而来的,因此,了解这种理论首先应了解经济全球化的原因。

据中国社科院世界经济与政治研究所所长谷源洋的意见,经济全球化的原因是复杂的、多方面的。首先,东西方由对抗走向对话,使国际形势趋于缓和。在国际关系中,经济因素居于主导和支配地位,从而为全球经济发展与合作奠定了新的基础。其次,跨国公司迅猛发展,成为推动经济全球化的主要载体。再次,科技革命加速发展,特别是信息技术的飞速发展已成为经济全球化的根本动力。最后,市场经济体制已为世界各国所接受,发达国家正在对不同类型的市场经济模式进行调整和改革,发展中国家,特别是经济转型国家,也先后从计划经济体制向市场经济体制转化。<sup>⑤</sup>

## 二、“法律全球化”基本上是一种不切实际的幻想

笔者认为,经济全球化是当今世界经济发展的重要趋势,是不依人们意志为转移的客观现实。但“法律全球化”却基本上是西方国家一些法学家不切实际的幻想。

之所以说是一种幻想,因为倡导这种理论的人忽视了当前世

<sup>⑤</sup> 谷源洋:《经济全球化与“游戏规则”》,《人民日报》,1998年6月10日第7版。

世界上不仅存在经济全球化的趋势,还同时存在政治多极化的趋势。世界上约有 200 个国家,无论是社会制度、价值观念和发展程度,还是历史文化传统、宗教信仰都存在差异,各国人民有权根据本国国情和自己意愿选择社会制度和发展道路。“法律全球化”根本上否认世界政治多极化,企图建立清一色的一统天下。

之所以说是一种幻想,还因为法律与经济密切联系,两者相互作用,但法律不同于经济。一般地说,法律是国家意志,即国家主权的体现。就国内法而言,它是特定国家制定或认可,并适用于本国主权所及范围内的法律,国内法律关系的主体一般是个人或组织(机关、团体),国家仅在特定法律关系中成为主体。国际(公)法是由参与国际关系的国家通过协议制定或公认、并适用于国家之间的法律,国际法律关系的主体主要是国家。但法律全球化理论所讲的法律,以上已指出,却是“不受任何国家控制的”、“是私政府制定的”,甚至是“没有国家的”。

这里,我们不妨进一步探讨一下,法律全球化理论家们怎样解释这种全球化法律的产生和实行。

据夏皮罗的解释,“随着市场的全球化和相伴而来的跨国公司在这种市场上经营,就产生了走向相对统一的全球化契约法和商法的一些活动。正如人们常说的,契约的本性是一种‘私自创法’(private-lawmaking)制度。双方或多方契约当事人创立了一批规则以调整他们未来的关系,这些规则是契约的各种实体条款。这样一种‘私自创法’制度即使在有超国家的法院或超主权来解决当事人之间争端时,也可超国家地存在。”<sup>⑥</sup>

他们讲的“私自创法”制度就是指独立于主权国家以外的全球化法律的创立。契约法(在我国现在通称合同法)是所有现代国家私法中一个最重要的部门法。一般地说,私法(尤其是契约法)是

<sup>⑥</sup> A. C. Aman, Jr. supra note ②, p. 38.

以任意法(即适用与否由个人自行选择,也即有自主性)为主的法律,不同于公法。公法是一种以强行法为主的法律。同时,在西方发达国家中,由于市场经济模式,以及历史文化传统的不同,美国契约法中的自主性,一般地说,要比其他西方发达国家的为多。但大多数国家都有较详尽的契约法的制定法或判例法,对契约的成立、形式、履行、当事人的权利、义务以及违约责任等问题作出规定。美国是联邦制国家,契约法属于州法范围。在除路易斯安那州以外的49个州中都通过了《统一商法典》,路易斯安那州有自己的《民法典》,这两个法典中都有契约法的规定。

这里就存在一个使人难解的问题:法律全球化的契约规则与美国州议会通过的契约法或民法典或美国法院所适用的有关契约的判例法有什么样的关系呢?是否可以容许契约当事人仅信守通过“私自创法”制度而置美国官方的法律于不顾呢?“全球化法律”的理论家是否考虑得太简单了?

当代各国的契约法中都有与我国《合同法》第126条类似的规则:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”其大意是:例如中日两国契约当事人双方在契约中商定:如果以后双方发生争议时,根据韩国法律来处理。又如果,契约中没有规定由哪一国家法律处理,就应适用与契约有最密切联系的国家的法律。这一规则典型地体现契约法是一种任意法。其立法宗旨在于促进本国的对外贸易。但这种选择权是主权国家授予的。没有这种授予,契约当事人就不可能有这种选择权。契约当事人之间的协议或商界的惯例和其他准则,如果未经有关主权国家授权或违反主权国家的法律,在法律上都是无效的。

夏皮罗也谈到了上述规定:“契约当事人可以在契约本身中特别规定某些非政府的仲裁机构或一些特定国家的法院,或这两者,



来解决契约纠纷。典型地说,他们也可以具体规定某个特定国家的契约法和商法作为解决他们之间任何契约纠纷的法律。”但他把上述现象作为“私自创法”制度的一个根据:“只要存在个别国家的法院和法律,而每一个或大多数法院和法律又准备承认和执行其他法院的判决,那么通过‘私自创法’制度就可以产生全球化的商法。”<sup>⑦</sup>

对同样的事实却得出了完全不同的结论。通过这一事实,我们认为法律全球化是一种幻想,而他却认为可以是一个客观事实。

以上讲的是私法的例证,如果说在私法中全球化法律是一种幻想,就公法来说,它规定国家的根本制度,公民的基本权利和义务,特别是国家机关的组织和权力与义务等,就更不可能讲全球化的法律了。

再有,我们还可以考虑全球化的法律由谁来创制?在这一问题上,全球化理论家们更是众说纷纭。按照托伊布纳的理解,全球化法律与传统国内法的区别在于:(1)全球化法律不是以领土划分为核心构成的,而是由各种无形的群体、市场、部门、专业社团、社会系统为基础的。(2)对全球化法律来说,一般的立法机构是不重要的;它是在全球化过程中由自我组织的法律结构构成的。(3)全球化法律将对传统的法律独立性加以改革。(4)全球化法律反对传统的国家统一化的法律制度。

但创制法律是一个很专门、复杂的任务,需要具有专门法律知识和经验的人员来完成。所以,特鲁伯克在法律全球化的研究报告中一开始就称,“法律和律师正在由全球化重构过程加以改造,即使他们积极参与并形成这些过程。”<sup>⑧</sup>

这里讲的法律家(lawyers)在美国泛指受过高等法律教育并

⑦ A. C. Aman, Jr. *supra* note ②, p. 38.

⑧ D. Trubek and Others, *supra* note ④, 研究报告提要。