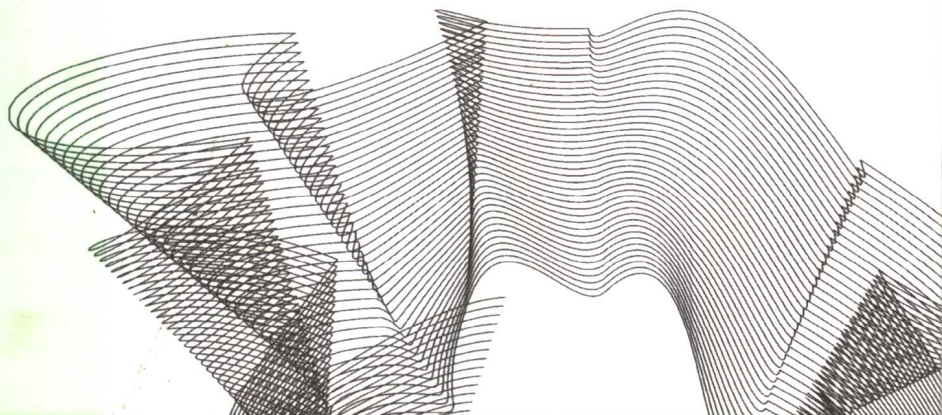
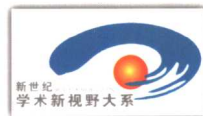


厦门大学
国际经济法
文库



主编 / 陈 安



国际经济法律 自由化原理研究

刘志云 著



厦门大学出版社
www.xmupress.com

International Economic Law Library of Xiamen University

厦门大学国际经济法文库

国际经济法律 自由化原理研究

—— 刘志云 著

厦
门
大
学
出
版
社

图书在版编目(CIP)数据

国际经济法律自由化原理研究/刘志云著. —厦门:厦门大学出版社, 2005

(厦门大学国际经济法文库/陈安主编)

ISBN 7-5615-2386-6

I. 国… II. 刘… III. 国际经济法-研究 IV. D996

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 066089 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

福建二新华印刷有限公司印刷

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

开本:890×1240 1/32 印张:14.5 插页:2

字数:388 千字 印数:0 001—3 000 册

定价:30.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

序 言

国际经济法是发展中的边缘性法学学科。在世界范围,国际经济法作为独立的法学学科,已有近 60 年的发展史。在中国,经过 20 多年的发展,国际经济法已成为法学各学科中理论研究最活跃、实践性最强的学科之一。当前,在经济全球化和中国加入世界贸易组织的新形势下,国际经济法更呈现其鲜明的时代性和蓬勃的生命力。

得改革开放风气之先,厦门大学在我国较早开展国际经济法的教学和研究。经原国家教委批准,厦门大学于 1981 年和 1985 年在全国率先招收国际经济法专业硕士生和本科生,1986 年开始招收国际经济法专业(1997 年后调整扩大为国际法专业)博士生。1987 年成立厦门大学国际经济法研究所。1995 年,厦门大学“国际经济法及台港澳法研究”学科点被列为全国高校“211”工程重点建设项目。2002 年,厦门大学国际法专业由教育部批准为国家重点学科。长期以来,厦门大学国际法专业学术群体秉承“自强不息,止于至善”的校训,囊萤映雪,开展了一系列国家急需的国际经济法理论和实务研究工作,为我国的法治建设和学科发展作出了应有的贡献。同时,经过不断探索,本专业逐渐形成“出人才”和“创成果”相互促进、相辅相成的研究生培养模式,培养了大批“懂法律、懂经济、懂外语”的国际经济法专门人才。

把本专业建成我国国际法领域的重要研究基地和人才培养基地是我们的奋斗目标。“厦门大学国际经济法文库”的编辑出版,是本专业学科建设和发展的长期性工作。“文库”的宗旨是以系列学术专著的形式,集中展现国际经济法领域的专题研究成果,促进学术和社会发展。“文库”立足出版厦门大学学者、校友在国际经济法领域的研究成果,更欢迎海内外国际经济法学者惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性标准,崇尚严谨治学,鼓励学术创新和争鸣。在出版国际经济法专家学者力作的同时,尤其关注国际经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上发展的学术专著。我们期望“文库”成为国际经济法专家学者辛勤耕耘的园地,源源不断地产出智慧之果,启迪思想,弘扬学术。同时,更希望“文库”发挥国际经济法“智库”的功能,为我国的国际经济条约实践、涉外经贸立法以及涉外经贸实务提供有益的理论指导或参考。

“厦门大学国际经济法文库”编辑委员会

2003年6月2日

目 录

序言

绪 论	(1)
一、研究对象的界定:国际经济法律	
自由化的内涵与特征	(1)
二、研究范围的界定:国际经济法律	
自由化的重要理论问题	(7)
三、对当前流行概念的澄清:国际经济法律	
自由化与法律全球化的比较	(10)
四、需要说明的几个问题	(12)
第一章 国际经济法律自由化的经济学理论基础	(16)
第一节 研究国际经济法律自由化的	
经济学理论基础的必要性	(17)
第二节 以往的各国主流经济理论对	
国际经济法律自由化的影响	(20)
一、二战后至 20 世纪 80 年代前各国主流经济理论	
对国际经济法律自由化的影响概述	(20)
二、二战后至 20 世纪 80 年代前影响发展中国家的主流	
经济理论及对国际经济法律自由化的具体影响	(27)

第三节 新自由主义经济理论的兴起与	
国际经济法律自由化的勃兴	(39)
一、新自由主义经济理论的兴起及向	
发展中国家与转型国家的传播	(39)
二、新自由主义经济理论与国际经济法律	
自由化的勃兴	(51)
第四节 新自由主义经济理论的价值基点分析与	
国际经济法律自由化的困境	(78)
一、“个人主义”的价值基点与国际市场	
宏观主体之间的权力与义务失衡	(79)
二、“个人主义”的价值基点与国际层面	
的经济增长和社会问题的冲突	(103)
本章小结	(114)
 第二章 国际经济法律自由化的国际关系理论背景	(118)
第一节 研究国际经济法律自由化的	
国际关系理论背景的必要性	(119)
第二节 二战后国际关系主流理论对国际经济法律	
自由化的影响概述	(123)
一、传统现实主义对国际经济法律	
自由化的影响概述	(123)
二、科学行为主义对国际经济法律	
自由化的影响概述	(130)
三、当代国际关系主流理论对国际经济法律	
自由化的影响概述	(136)
第三节 新自由制度主义与晚近国际经济法律	
自由化的勃兴	(147)
一、经济利益成为国家利益的重要组成与	
各国对国际经济立法的重视	(148)

二、从相对利益转向绝对利益的关注与国际经济	
立法博弈的低成功状态的改变	(158)
三、全球相互依赖的理念与国际经济	
立法的必要性基础	(166)
四、新自由制度主义的国际机制理论与	
国际经济合作的法制化	(175)
五、单位层次分析方法的运用与研究国际经济	
法律自由化的另一个途径	(187)
第四节 新自由制度主义的局限性及其对	
国际经济法律自由化的影响	(198)
一、新自由制度主义在认识论上的局限性及其	
对国际经济法律自由化的影响	(199)
二、新自由制度主义在本体论上的局限性及其	
对国际经济法律自由化的影响	(204)
三、新自由制度主义在方法论上的局限性及其	
对国际经济法律自由化的影响	(206)
四、新自由制度主义在价值论上的局限性及其	
对国际经济法律自由化的影响	(208)
本章小结	(212)
第三章 国际经济法律自由化中的经济主权问题	(215)
第一节 经济主权原则概述与当前面临的挑战	(216)
一、经济主权原则概述	(216)
二、当前经济主权原则面临的挑战	(219)
第二节 晚近经济主权传统制度变迁的实证分析	
——以国际投资条约法的发展为例	(223)
一、对自然资源永久主权的限制	(224)
二、外资准入的自由化趋势	(227)
三、外资国有化问题上的“妥协”	(230)

四、东道国与外国投资者之间的争端解决方式及其 法律适用的国际化趋势	(233)
第三节 晚近经济主权传统制度变迁的实质分析	(237)
一、经济主权的层次分析与晚近 传统制度变迁的实质	(237)
二、经济主权最深层次本质的 分析与经济主权的坚持	(250)
第四节 国际经济法律自由化背景下对 经济主权原则的再认识	(259)
一、国家主权原则的历史性特征与 经济主权的观念转变	(260)
二、国家主权原则的工具性特征与 经济主权的功能利用	(263)
三、国家主权与主权国家团体性特征及 经济主权的未来	(266)
本章小结	(271)
 第四章 国际经济法律自由化的公平价值取向	(276)
第一节 国际经济法律自由化的发展展望与 “社会正义”的价值缺失	(277)
一、国际经济法律自由化的进一步发展 “社会正义”的价值缺失	(277)
二、国际经济法律自由化偏离 “社会正义”的原因分析	(283)
第二节 国际经济法律自由化的公平价值 取向的理论探讨	(288)
一、有关正义的一般原理	(288)
二、罗尔斯复数正义原则在 国际层面的可适用性	(302)

三、罗尔斯复数正义原则在国际社会的适用中	
国际经济法的角色	(321)
第三节 国际经济法律自由化的公平价值取向中的	
具体制度建构	(358)
一、改变全球经济规则的制定模式,扩大立法	
或决策中的透明度与参与度,加强对立法	
或决策的民主监督	(359)
二、加强对发展中国家的扶持力度,弥补	
“竞争起点”的不足,促进国际市场中的	
“国家间正义”的实现	(376)
三、协调国际市场微观主体的权利与义务,	
建立公平的竞争环境,促进国际市场中的	
“个人正义”的实现	(386)
第四节 在国际经济法律自由化的公平价值取向中	
发展中国家的角色定位	(402)
一、参与经济全球化的国内市场体制的建构准备	(403)
二、参与国际经济法律自由化的博弈技巧的选择	(407)
本章小结	(418)
结束语	(422)
缩略语表	(425)
参考文献	(427)
后记	(449)

绪 论

晚近,随着经济全球化的深入发展与世界市场的统一趋势,冲破民族国家之间设置的市场篱笆并构建全球市场秩序体系的需求日益膨胀。在此背景下,国际经济立法获得了突飞猛进的发展。无论是在国际贸易领域,还是国际金融、国际投资领域,数量众多的双边、区域、多边条约得以缔结与遵从,自由化成为立法的主旋律。同时,各国涉外经济立法也朝这种自由化的方向迈进。毋庸置疑,市场经济的扩张本性是晚近国际经济法律自由化勃兴的根源所在,而其立足的经济学基础及国际关系理论背景,显然也发挥出重要的影响作用,或具有极强的解释功能。在对相关理论作出探讨之前,笔者拟先行考察开展这种研究必须解决的几个先决问题,以此作为开篇,并以阐释本书的写作思路。

一、研究对象的界定:国际经济法律自由化的内涵与特征

对国际经济法律自由化的词组结构进行分析,我们可以看出,这一词组属于被动式,即国际经济法律本身不是主动的自由化,相反,它只是自由化这一动词的客体,是承受自由化的对象。具体地讲,它是指国际经济法律内容的自由化,或是国际经济法律关系的自由化。依照法理学有关每个部门法都是调整特定社会关系的法律规范总称

的一般原理,国际经济法即是调整国际经济关系的法律规范总称。^①而国际经济法律关系,就是国际经济关系经由国际经济法调整后产生的社会关系。可见,国际经济关系是国际经济法律关系的本体,前者的范围与性质对后者的范围与性质起到决定作用。主张经济基础决定上层建筑的马克思主义唯物史观,也支持这一点。所以,国际经济法律关系自由化,首先应是国际经济关系的自由化,是国内与国际层次经济自由化的互动与普及。而国际经济法律自由化是对这种经济自由化的保障与促进,其内涵与特征为后者的要求与性质所决定。因此,研究国际经济法律自由化的内涵与特征,我们必须从经济自由化本身入手。

从严格意义上讲,自由化不仅是消除对市场造成扭曲的政策性限制和歧视的过程,而且是对政府干预彻底放弃的过程。坚决反对国家对经济进行干预的亚当·斯密即认为:“在一个自由放任的制度之中,利己的润滑油会使经济的齿轮奇迹般地正常旋转。不需要计划者,不需要政府颁布法令控制价格或管理生产,市场会解决一切问题。”^②不过,在现代市场经济中完全排斥国家干预的做法已证明不可取,能够实现的只是干预的最小化。这样,我们可以得出的结论是:所谓经济自由化,通常是指在经济生活中体现国家干预内容的政策和法律对资源配置的影响最小化。当然,广义的经济自由化还包

① 有关国际经济法的涵义与范围,在学界有狭义说与广义说之分。前者认为,国际经济法只是调整国家政府相互之间、国际组织相互之间以及国家政府与国际组织之间经济关系的法律规范。传统的国际公法,主要用于调整国家政府之间、国际组织之间以及国家政府与国际组织之间的政治关系,忽视它们相互之间的经济关系。随着国际经济交往的发展,逐渐形成了专门用来调整上述国际经济关系的法律规范。它所调整的对象,不仅仅限于国家政府相互之间、国际组织相互之间以及国家政府与国际组织之间的经济关系,而且包括大量的分属于不同国家的个人之间、法人之间、个人与法人之间以及他们与外国政府或国际组织之间的各种经济关系。本书使用的国际经济法的涵义与范围属于广义说范畴。有关国际经济法的涵义与范围的论述,参见陈安主编:《国际经济法学专论》(上编 总论),高等教育出版社2002年版,第49~71页。

② [美]萨缪尔森、诺德豪斯著,胡代光等译:《经济学》(第14版),北京经济学院出版社1996年版,第692页。

括另外两重含义:对内的中性化和对外的开放性。中性化是指国家对国内市场,包括涉外经济的干预,应该采取不偏不倚的态度,实行“国民待遇”与“最惠国待遇”为基本要求。开放性则是允许外来活动在国民经济中的比重增加,在政策法律上的具体体现是各国市场准入的不断放松过程。至此,我们可以看出,经济自由化实际上是一个动态推进的过程,开放性是它的起点,中性化是朝向自由化的重要阶段,而完全的无障碍,甚至是没有干预性法律制度的约束,才是自由化的理想性终端状态。^① 一国或一地区,乃至世界范围,在某一个特定时点上的相关政策和措施只能被描述为趋向自由化或趋向非自由化。

可见,经济自由化首先应从消除对国内市场造成扭曲的管制开始,以中性化与开放性为要求,最终是实现国际市场范围的市场要素无障碍流动。然而,即使市场经济发达国家走出凯恩斯主义的主导已几十年,不适当国家干预的阴影却从未摆脱。而在逐步从计划经济向市场经济过渡的转型国家以及市场体制尚不够成熟的许多发展中国家,这种现象更为明显。把视野放到国际市场,主权原则所构建的各国传统经济制度更是把它分割成以邻为壑的条块体系。所以,不管是国内经济的自由化,还是国际经济的自由化,实质是原有扭曲的市场经济的法律与政策不断消除与革新的过程,而这种过程不仅是通过国内与国际层次的自由化立法来实现,也是用立法手段来确定和保护这种消除与革新的成果。同时,由于国内经济的自由化是国际经济自由化的前提或基础,因而,后者的形成与促进实际上需要国际与国内两个层次的自由化立法的配合。再加上国际经济本身被划分为国际贸易、国际投资与国际金融等领域,各个领域的自由化发展与融合并不一致。因此,规范国际经济领域的法律规则在不同层次与不同领域的自由化程度亦会参差不齐。

^① 金芳著:《双赢游戏:外国直接投资激励措施》,高等教育出版社、上海社会科学院出版社1999年版,第175页。

而且,市场与国家,作为人类文明所创造的最伟大的两个成果,在市场走向国际化与一体化的进程中,两者的依存与冲突同时并存。一方面,传统主权制度造成世界市场以邻为壑的分割状态,而拆除传统制度造成的市场壁垒,让市场要素在全球范围内自由运行,正是国际经济法律自由化的内容与目标。但是,要完成这种任务,无论是国家对市场管制的逐步放松,还是对各国市场经济立法的协调,都需要主权国家展开单独或联合行动。这样,主权国家至少在形式上将长期是促进国际市场统一的最重要的角色,也是国际经济法律自由化的最重要立法主体。另一方面,作为对“市场失灵”弥补的国家宏观调控以及一些其他形式的干预还会长期存在,这一点甚至得到新自由主义经济学者的赞同。因此,自由化并不意味着完全的放任自由,国家对经济的某些单独或联合的干预必不可少。为维护国内与全球市场的安全与稳定,构建旨在维护科学、适度的市场监管,保持金融稳定、协调竞争以及信息披露等方面的各个层次的法律政策,成为主权国家在经济全球化中的重要职责之一。

综上所述,我们可以看出,国际经济法律自由化是指以市场开放为中心,从国际与国内两个层面,以放松管制与扩大开放为内容,协调与趋同为手段的立法进程。其目标在于建立一种各市场主体之间能够充分竞争、有序运行的国际自由市场法律秩序,从而使市场要素能在国际范围内自由流动。由于主权国家的存在,以国际商业交易为基础的国际经济关系一般可分为两种性质的国际经济关系,即横

向与纵向国际经济关系。^①而自由化一直是与政府管制经济相对的概念,自由化本身意味着市场作用的加强与政府对经济的传统管制的削弱。所以,国际经济法律自由化实质是指调整纵向国际经济关系的、公法性质的涉外与国际经济法律的自由化。在这种公法性质的涉外与国际经济法律的自由化进程中,尽管国际经济各个领域立法的自由化程度会有差异,但都必须遵循以下三个方面的要求,^②即(1)减少或消除各国对外国经营者实施的限制或激励措施;(2)对外国商品、服务、投资以及外国经营者、投资者提供国民待遇、最惠国待遇以及公平与平等待遇;(3)加强对国际市场的调控与监管方面的国际合作,以防止国际市场“失灵”以及确保其稳定与正常运转。^③

另外,根据目前世界范围内经济法律变革的现状与发展趋势,以及国际经济法律自由化的内涵与要求,我们认为,国际经济法律自由化将呈现以下两个基本特征。

一方面,它既是各国涉外经济法的互相协调、互相融合、逐步趋

① 所谓横向国际经济关系,是指不同国籍的私人(包括自然人与法人)之间建立在平等基础上的国际经济交往关系;所谓纵向国际经济关系,是指主权国家政府、或各经济共同体、或单独关税区、国际组织以及国家与国际组织之间为协调经济政策或建立国际合作机制等等,对国际商业交易进行管制而产生的国际经济协调关系。这也决定了调整它们的国际经济法律的属性,即调整前者的属于私法性质,调整后者的属于公法性质。See John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of International Economic Relations*, 3rd ed, St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1995, pp. 2~3;张乃根:《当代国际经济关系论》,陈安主编:《国际经济法论丛》(第4卷),法律出版社2001年版,第151~170页。

② 联合国跨国公司与投资司曾对国际投资法律自由化作出权威解释,即其包括以下的动态过程:(1)减轻或取消由于专门针对(因而也是歧视性的)外国投资者的限制(如进入壁垒)以及由于对外国投资者给予或拒绝给予鼓励和补贴所导致的市场扭曲;(2)加强对外国投资者的某些积极性待遇标准(如国民待遇、最惠国待遇、公平和平等待遇);(3)加强市场监管,确保市场的正常运转(如竞争规则、信息披露和审慎监管)等。See UNCTAD, *World Investment Report* 1998, pp. 94~95. At http://www.unctad.org/en/docs/wir98_en.pdf, March 14, 2003.

③ 对于“经济自由化”内涵的范围在理论界有狭义与广义之区分。狭义的“经济自由化”只包括放松管制,广义的“经济自由化”还包括作为对市场缺陷的弥补的市场调控与监管。本书采用后一种范围界定。相应地,本书所研究的国际经济法律自由化也包括加强对国际市场监管与调控等方面的立法。

同的演进过程,又是国际经济层面统一立法所涉及领域的不断增多、深度不断加强的发展趋势,自由化为这种演进过程或发展趋势的主旋律。作为演进过程,由于各国不同的政治制度、经济体制、宗教信仰、文化背景、法律价值等差异的存在,注定这个过程会是漫长曲折的。至于其有多长,显然在目前人们无法预期。作为发展“趋势”,乃是指事物发展的动向,其必然包含着“可能性”的意味,即在一定条件下能转化成现实。但现今决不是现实,绝对没有形成某些西方法学家所宣称的“超国家”的“世界法”。

另一方面,这是一个建立与国内经济法律秩序并行的国际经济法律秩序的过程。是“并行”而不是取代,因为其目标不是消灭国家和国内经济法律,以及国家对国内市场的监管,而是必须以国家自愿接受为条件,通过“直接转化”或“间接转化”的方式把它们转化成国内法来实现。所以,超国家的经济立法模式并不可取,正确的构建方法应是“规制的多元主义”模式。^①所谓“多元主义”,即为了对抗经济霸权主义的危险,承认各国国情的特殊性、各国市场经济发展模式的多样化,防止在市场经济发展模式与市场经济制度方面的“教条主义”,并履行尊重各国经济主权的义务。而“规制”则是围绕共同的指导原则组织一个包括多边、区域、双边以及涉外层次的、高效与协调的国际市场法律体系。围绕共同原则是为避免分裂和不连贯,防止

^① “规制的多元主义”模式,是法国学者马蒂所提出的国际法发展模式。参见[法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂著,罗结珍、郑爱青、赵海峰等译:《世界法的三个挑战》中文版序言,法律出版社2001年版,第5页。

再度发生诸如“第一次全球化”^①因为缺乏正式机制保障而导致在 20 世纪 20 年代末崩溃的危险。具体地讲,健康有序的“自由化”,既是它们的方向和目标,也是共同的指导原则。

二、研究范围的界定:国际经济法律自由化的重要理论问题

众所周知,任何一种新生事物的成长都有其产生的必然规律与存在的合理性,而其成长是建立在对传统的否定或“扬弃”的基础上的。它与性质迥异的传统事物的矛盾、斗争、暂时妥协、胜出,再对传统的扬弃贯穿于这种成长过程,也决定其螺旋式的前进轨迹。国际经济法律自由化也一样。而对于这种成长过程的根源或理论基础的分析和不同理论及观点的影响,是解释这种新生事物各个发展环节的重要因素。

一方面,从历史唯物主义的视角,国际经济法律自由化是生产力发展的结果,由生产力发展水平所决定。因此,资本与市场的扩张是这种立法的经济根源。而要深刻理解这种经济根源,就有分析作为对这种经济根源描述、解释、研究、评估和预测的经济理论的必要性。实际上,这是一个揭示晚近国际经济法律自由化为什么是以“自由化”、而不是“反自由化”为主旋律的过程。当然,它也是探究国际经济法律自由化的“源”的一个方面。另一方面,虽然市场扩张是国际经济法律自由化的根源,起到决定性作用,但在当今处于“无政府状态”的国际社会,各主权国家能够携手合作,尤其是东西南北等三方

^① 19 世纪中期,自由贸易思想在英国首先取得胜利。1846 年,英国废除了谷物法。此后,又单方面降低关税,废除《航海法》,并在 1860 年与法国签订了著名的《柯布登条约》(The Cobden-Cheralier Treaty)。第一次确立了无条件最惠国待遇原则。自始至 20 世纪 30 年代前,在经济实力雄厚的英国对金本位制的支持下,整个资本主义社会进入西方学者所称的“第一次全球化”时代。这一时期,国际贸易与国际投资在全球几乎毫无阻碍地自由流动,劳动力在全球范围内自主迁移,自由市场体制流行于所谓“文明世界”中的大部分地区。有关“第一次全球化”的论述可参见[美]罗伯特·吉尔平著,杨宇光、杨炯等译,《全球资本主义的挑战:21 世纪的世界经济》,上海人民出版社 2001 年版,第 291~292 页;刘力、章彰著,《经济全球化,福音? 祸兮?》,中国出版社 1999 年版,第 6 页。