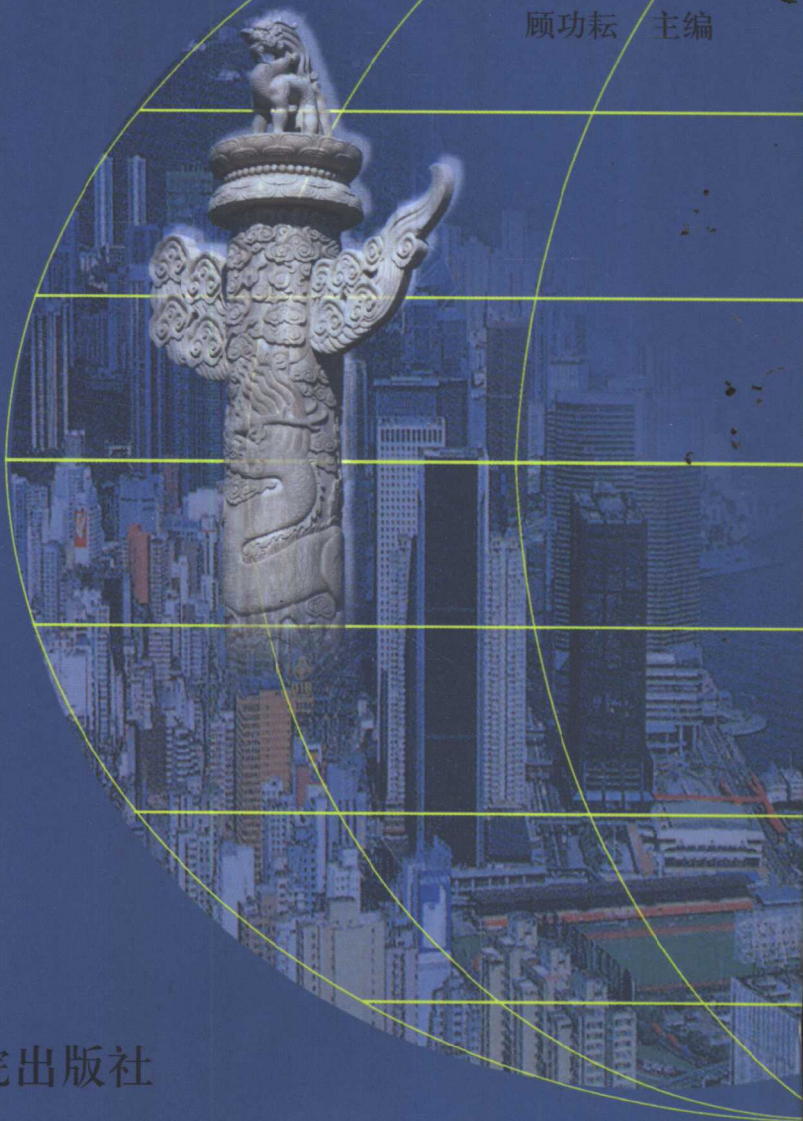


《经济法文集》2002年卷

全球化背景下的经济法制建设

顾功耘 主编



人民法院出版社

2004年第4期 总第104期

全球化背景下的经济法制建设



王 强 著

上海市教委重点学科建设项目

《经济法文集》(2002年卷)

全球化背景下的经济法制建设

顾功耘 主编

人民法院出版社

经济法文集编委会

顾问 (以姓氏笔画为序)

王立民	史焕章	庄咏文	吴心梅
何勤华	陈 仁	施觉怀	郝铁川
曹建明	彭 年	蔡福元	

编委 (以姓氏笔画为序)

方乐华	吴 弘	张忠野	张 璿
杨忠孝	姚慧娥	徐士英	唐荣智
唐 波	顾功耘	董保华	廖 瑛
黎 夏			

主编 顾功耘

执行编辑 (以姓氏笔画为序)

冯 静	伍 坚	吕政君
何永哲	苑福秋	胡 叶

卷首语

我们华东政法学院经济法学科作为上海市教委重点学科，在“九五”期间，完成了一批重点课题项目，出版了《经济法教程》、《经济法丛书》（5本）、《经济法文集》（3卷）。为使经济法学科水平再上一个台阶，“十五”期间，我们在上海市教委的指导和支持下又启动了一批重点课题项目。该卷文集继续集结本学科项目研究的中间成果，奉献给广大读者。

本文集的主题是“全球化背景下的经济法制建设”。之所以选择这一主题，是因为我国已正式成为世界贸易组织的成员，原有的一批与市场经济相关的立法急需研究修订。显然，要使我国的立法与WTO规则相衔接，法学理论界专家学者具有义不容辞的责任。本文集作者们所作的各种理论探索便是他们出色表现的证明。

本文集共分七个部分。“WTO与中国法制建设”栏目的首篇论文《中国“入世”研究热中的反思——以规则研究为视角》是北京大学在读博士生罗培新的一篇获奖论文。该文针对目前法学界有关WTO的规则体系和原则、国民待遇和最惠国待遇、反倾销规则以及世贸组织的争端解决机制等基本问题的不同表述，在经过仔细考证的基础上提出了独到的见解。这篇文章的发表有助于引发我们对WTO规则进行一些冷静的思考。《我国参加世贸组织面临的几个问题》是曾任联合国大法官秘书施觉怀教授的一篇论文，作者以一个专家的眼光审视了世贸组织的地位、建立的基础以及部分规则的内容，并且结合几个典型案例分析了我国参

加世贸组织的利与弊,从而“使我们在实践中可以尽量发挥其利,而设法预防和避免其弊”。《“WTO体制”下的中国信托业法制建设》是我院吴弘副教授和研究生合作的一篇关于中国信托业法制建设的论文,作者通过分析“WTO体制”在多个角度对中国信托业提出的要求,指出了我国现行的信托业法制建设的不足,进而提出了相当有益的建议。

“经济法理论探索”一栏中收入了四篇论文。一是《论经济法的调整对象》,该文作者通过对传统经济法理论众多学说的借鉴与批判,提出了一个迥异于现行学说的全新的经济法调整对象体系。作者认为,经济法的调整对象不是单一的,它应该包括宏观调控关系、微观规制关系、国有参与关系、涉外管制关系以及市场监管关系,这些关系均是国家为了维护社会整体利益在行使现代经济管理职能过程中产生的社会经济关系。二是《论特许经营的政府规制》,作者从论述政府规制特许经营的必要性入手,分别探讨了合同法、知识产权法以及反垄断法等对特许经营的保护,这对于完善我国的相关立法具有一定的参考价值。三是《论信用消费者的权益及其法律保护》,这篇论文涉及银行业消费者权益的保护问题。作者提出了信用消费者的概念,并论述了信用消费者的权利以及相关的立法原则。四是《劳动关系调整机制重塑与工会的法律定位》,该文是我院劳动法专家董保华副教授的研究心得,论文由点到面地论述了我国劳动关系调整机制的重新塑造以及工会职能的重新定位,颇具理论价值。

“反垄断法专题”栏目中,《反垄断立法比较研究》是课题组的一个研究课题,课题组通过对主要发达国家反垄断立法的比较研究,在分析我国国情的基础上提出了一系列有益的建议,它对于我国制定反垄断法有较强的参考意义。《指定专营是否涉嫌垄断》是我院的青年学者刘伟博士生发表在《经济研究》上的一篇文章,文章结合上海移动通信公司发生过的一个案例,运用经济学和法学的理论对指定专营进行了探讨,并对我国有关纵向限制的反垄断立法提出了相应的建议,很有见地。

“保险与海商”栏目里的《保险中介人法律制度研究》一文是我院方乐华副教授关于保险代理人和保险经纪人制度的研究成果，作者针对保险中介市场上的一些不规范现象作了深刻的分析。刘晓雅的《海外投资保险法律制度研究》、张忠野的《国际多式联运单据论纲》以及“涉外经济管制”栏目中贾希凌的《试论我国对外经济管制法律制度之完善》，均是我校青年教师博士生的精心习作，这些作品从不同的领域讨论了涉外经济交往中的一些法律问题，对于进一步完善有关对外开放的法律与政策具有指导意义。

“知识产权的国际保护”中《论 TRIPS 协议对海峡两岸专利法的影响》一文是由我们的特聘研究员宋锡祥教授提供的，作者长期从事港澳台法律制度的研究，文章分析了 TRIPS 协议对海峡两岸专利法的重要影响，并提出了相关的立法对策。该栏目中的另一篇论文《域名及其管理若干法律问题研究》，引用了大量外文资料，分析了网络时代的域名及其管理的法律问题。

“境外法制与借鉴”栏目收录了我院徐士英教授的《美国竞争法律制度的发展及其评析》，作者对美国的竞争法研究有着长期的积累，通过对美国竞争法的历史发展以及主要内容的考察，作出了比较深入和准确的评价。沙银华的《日本寿险公司经营失败进行重组原因之浅探》和夏旭的《英美公司章程制度的比较与借鉴》是作者在各自的研究领域中的成果。唐荣智和于杨曜的《美国 ADR 制度的发展与启示》通过对美国 ADR 制度兴起、模式和发展趋势的研究，提出了该制度对我国的一些启示，对于建立与完善我国的相关制度不无裨益。

我们正处在一个继续对外开放的时代，我国的市场经济将逐步融入国际的竞争体系中去。在全球化背景下，各国参与经济贸易竞争的法律规则需要尽可能协调与统一，但又要注意维护本国的经济主权和社会利益。法学专家们需要有超人的智慧和能力提出权衡利弊的理论对策及操作方案。我们愿同所有热心研究经济

法制建设的专家学者一道，为在我国尽早建立完善的市场经济法律体系作出最大的努力。

愿《经济法文集》成为广大读者的忠实朋友！

顾耘

2002年2月18日于华东政法学院

目 录

[WTO 与中国法制建设]

- | | | |
|--------------------------------|---------|--------|
| 中国“入世”研究热中的反思····· | 罗培新 | (1) |
| 我国参加世贸组织面临的几个问题····· | 施觉怀 | (32) |
| “WTO 体制”背景下的中国信托业
法制建设····· | 吴 弘 程 胜 | (61) |

[经济法理论探索]

- | | | |
|-----------------------|---------|--------|
| 论经济法的调整对象····· | 顾功耘 刘哲昕 | (91) |
| 论特许经营的政府规制····· | 王礼玲 | (114) |
| 论信用消费者的权益及其法律保护····· | 祁 群 | (163) |
| 劳动关系调整机制重塑与工会定位 ····· | 董保华 | (175) |

[反垄断法专题]

- | | | |
|-----------------|--------------|-------|
| 反垄断立法比较研究 ····· | 课题组 (组长 顾功耘) | (193) |
| 指定专营是否涉嫌垄断····· | 刘 伟 | (239) |

[保险与海商]

- | | | |
|-------------------|---------|-------|
| 保险中介人法律问题研究····· | 方乐华 | (253) |
| 海外投资保险法律制度研究····· | 刘晓雅 | (290) |
| 国际多式联运单据论纲····· | 张忠野 王培舒 | (344) |

[知识产权的国际保护]

- | | |
|-----------------------------|-------|
| 论 TRIPS 协议对海峡两岸专利法的影响 … 宋锡祥 | (396) |
| 域名及其管理若干法律问题研究…………… 杨春宝 | (414) |

[涉外经济管制]

- | | |
|-------------------------|-------|
| 试论我国对外经济管制法律制度之完善…… 贾希凌 | (465) |
|-------------------------|-------|

[境外法制与借鉴]

- | | |
|----------------------------------|-------|
| 美国竞争法律制度的发展及其评析…………… 徐士英 | (500) |
| 日本寿险公司经营失败进行重组
原因之浅探…………… 沙银华 | (534) |
| 英美公司章程制度的比较与借鉴…………… 夏 旭 | (553) |
| 美国 ADR 制度的发展与启示 …… 唐荣智 于杨曜 | (610) |

[WTO 与中国法制建设]

中国“入世”研究热中的反思^①

——以规则为研究视角

罗培新

要 目

- 关于 WTO 的规则体系和基本原则
- 关于国民待遇和最惠国待遇
- 关于反倾销规则
- 关于世贸组织的争端解决机制

引言

我国学术界对中国“入世”的关注在不断升温。他们从不同的角度和侧面，对我国加入 WTO 的政治影响、经济效益、法律后果，甚至生态环境影响等，都提出了不少有相当见地的观点或

^① 本文在北京大学第九届“挑战杯”——五·四青年科学奖评比中，荣获一等奖，博士生组第一名。

建议,相关论著迭出,这对我国维护自身权利、最大限度地实现“入世”利益,促进世界多边贸易体制的健康发展,的确发挥了而且将继续发挥着重要的作用。

“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”。学科背景不同,研究视角各异,这本是学术繁荣的基础。但对于我国“入世”问题的任何研究,都应以正确解读规则为逻辑起点。因为WTO^①协定系乌拉圭回合多边贸易谈判形成的法律文件,为保证预期,所有的法律规则都具有确定性,换言之,正确的解读只有一种。因而,任何“挑战和机遇”分析,乃至最后提出对策,都应当构建于对WTO协定的正确理解之上。

在这一方面,法学研究或法律工作者具有先天的优势,他们的努力也极大地促进国人对WTO的了解。在这一意义上,认为他们当仁不让地享有话语优先权,并不为过,他们也要担负起这一社会责任。但美中不足的是,近年来出版(发表)的大量论著,在关于WTO的体系和原则、国民待遇、最惠国待遇、反倾销规则、争端解决机制等方面,一些表述明显失当;另外,将“WTO部门法化”的研究视角、“挑战与对策”的行文逻辑,以及翻译中的技术性处理等方面,都存在一些可商榷之处。本文试图就此提出一些问题,引发一些思考。

一、关于WTO的规则体系

(一) 一种介绍

历经数十年多边谈判,才形成如今卷帙浩繁的WTO规则,

^① 赵维田研究员认为:从国际法上说,WTO本身包含着两种三位一体的因素:人们用WTO所表示的内容,从其功能上说,有三个:一个国际组织,一套世界贸易的法典,一种多边贸易谈判的场所(Forum),<http://www.chinalawinfo.com>, 2000年10月12日。

而且其增补修订还在不断进行,体系之庞杂,实令人惊叹。但从总体上说,WTO规则仍有脉络可循。乌拉圭回合多边贸易谈判形成的最后法律文件称为《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(the Agreement Establishing the World Trade Organization),一般简称为《WTO协定》。该协定除在总体上规定了WTO的地位、范围、结构等内容外,还包括了四个附件,即附件1-附件4。其中附件1又分为三部分,即附件1A“货物贸易多边协定”、附件1B“服务贸易总协定”、附件1C“与贸易有关的知识产权协定”。其他三个附件分别为:附件2“关于争端解决规则与程序的谅解”、附件3“贸易政策审议机制”、附件4“诸边贸易协定”。

但对于这一体系,有学者作了如下介绍:“WTO的有关协议主要表现在如下几个方面:一是关于货物贸易的多边协议,由两部分构成:(1)《1994年关税与贸易总协定》……(2)有关货物贸易其他领域的协议,包括12个领域的协议……《实施动植物卫生检疫措施的协议》;二是《服务贸易总协定》;三是《与贸易有关的知识产权协定》……四是《关于争端解决规则与程序的谅解》;五是诸边协议……。除上述五个方面的协议外,对于我国来说还应包括我国与世界贸易组织各成员之间签订的相关双边或多边协议。”^①

(二) 三点商榷意见

前引所述,存在以下可商榷之处:

第一,《WTO协定》附件的排序条分缕析清楚明了,而引述中的分类将“附件1”属下的三部分分拆,并与附件2“争端

^① 杨解君:《加入WTO与中国行政法的任务》,载《中国法学》2000年第6期,第4-5页。根据该文作者对此的注解,该材料来自巴吉拉斯·拉尔·达斯:《世界贸易组织概要:贸易与发展问题和世界贸易组织》,刘钢译,法律出版社2000年版,第5-6页。

解决机制”、附件4“诸边协议”附件并列，易造成位序上的混乱。

第二，分类中遗漏了附件3“贸易政策评审机制”。另外，查字典可知“Phyto-”，表示“植物”，而并无“动植物”或“生物”之意^①。故“Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures”宜译为《实施卫生与植物卫生措施的协定》，^②而且，该协定也确未对动物卫生检疫措施作出规定。因而，前引将其译为《实施动植物卫生检疫措施的协议》，^③实属不当。

第三，前文所称：“（《WTO协定》）除上述五个方面的协议外，对于我国来说还应包括我国与世界贸易组织各成员之间签订的相关双边或多边协议”。事实上，同其他国家一样，我国与世贸成员国签订的双边或多边协议，都将通过最惠国待遇机制转化为对世贸所有成员的“减让”或“承诺”，列入“减让表”或“承诺清单”，成为《WTO协定》的组成部分，如GATT第2条第7款规定：“本协定所附减让表特此成为本协定第一部分的组成部分。”故而，从逻辑上说，《WTO协定》已经包括了我国同世贸成员国之间签订的双边或多边协议，引文中的表述可能有失妥当。

在理论研究中，“本本主义”常因“形而上”倾向而备受指责。但对于WTO规则体系的介绍，“本本主义”却有合理性，从WTO协定的文本着手，应当会准确一些。

^① 陆谷孙主编：《英汉大词典》，上海译文出版社，1993年8月第1版，第1367页。

^② 对外贸易经济合作部国际经贸关系司译本：《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》（中英文对照）（法律出版社，2000年10月第1版）对此给出了正确的中文翻译。

^③ 这种误译还出现在巴吉拉斯·拉尔·达斯：《世界贸易组织概要：贸易与发展问题和世界贸易组织》，刘钢译，法律出版社2000年版，第6、7页（该引文错误即源于此）；《贸易走向未来——世界贸易组织（WTO）概要》，张江波、索必成译，张向晨校，1999年版，第24页、34页。

二、关于 WTO 的基本原则

在整体介绍 WTO 时,除从体系入手外,另一种常见的视角是分析世贸组织的原则。这的确是一个很好的思路,有利于在总体上把握世贸规则的主线,高屋建瓴,举一反三。但相当部分的研究成果却对以下两方面欠缺考虑:其一,“原则”的普适性;其二,“非歧视待遇”与“国民待遇”和最惠国待遇的关系。

(一) 几种表述

有文章提出,“WTO 的基本原则即多边贸易体制的基本原则,是指那些为成员所公认而不许损抑的,适用于世界贸易组织一切领域的,贯穿于 WTO 所有法律文件中的核心准则。这些基本原则包括六项:最惠国待遇原则、国民待遇原则、互惠原则、透明度原则、关税减让原则及取消数量限制原则。”^①

另有文章也将 WTO 原则归纳为六项,不过内容不同:“世贸组织的六大原则是非歧视原则、关税减让、公平贸易、透明度、多边解决争端、对发展中国家特别优惠。其中非歧视原则强调成员方无条件给予最惠国待遇……”^②

此外,还有学者认为,“世贸组织的三项主要原则就是最惠国待遇原则、国民待遇原则和透明度原则。有很多文章和专著还提到非歧视原则,这可以被最惠国原则涵盖,就是指不能仅仅对某一个成员做某些特别限制而不对其他成员做限制。实际上它是

① 杨解君:《加入 WTO 与中国行政法的任务》,载《中国法学》2000 年第 6 期,第 6 页。

② 周忠海:《对中国“入世”的法律思考》,载《政法论坛》2000 年第 2 期,第 7 页。

从另外一个角度讲的最惠国待遇原则^①……归结为三项原则，其他一些小原则都可以归纳进去。^②”

另有学者将其概括为“非歧视原则、最惠国待遇原则、国民待遇原则、关税减让原则、互惠原则、取消数量限制原则、公平贸易原则、透明度原则等……国民待遇原则是非歧视原则的具体体现，也是最惠国待遇原则的补充……”。^③

（二）两点商榷意见

相关表述还有很多，在此不一一列举。当然，由于对《WTO 协定》理解各异，提升到原则层面，表述亦各不相同，这正如学界对民法、经济法等部门法基本原则的概括五花八门一样，本无可厚非。以下所述可能纯属笔者一管之见。

首先，关于原则的普适性问题。正如前引所述，WTO 的基本原则不应只适用于《WTO 协定》的一个或少数几个附件，而应贯穿于 WTO 所有法律文件之中，成为理解、适用并进而发展世贸规则的核心指导准则。基于这种理解，对前引关于 WTO 基本原则的表述，存在以下商榷的余地。举例来说，关于“关税减让原则”。在“货物贸易多边协定”，特别是“关税及贸易总协定”（GATT），削减关税是核心义务。但在服务贸易领域，并不存在“有形货物”的进出口关税问题，各国也不可能通过提高“关税”以限制或阻抑“无形”服务的进入，故不存在关税壁垒，各国对服务贸易的保护主要是制定有关竞争或市场准入的限制性

① 郑成思：《WTO 与知识产权法研究》，载《中国法学》2000 年第 3 期，第 23 页，根据原文注解，此表述引自李明德：《特别“301”条款研究》，载《知识产权文丛》第 3 卷，中国政法大学出版社 2000 年 1 月版。

② 郑成思：《WTO 与知识产权法研究》，载《中国法学》2000 年第 3 期，第 23 页。

③ 曹建明、贺小勇著：《世界贸易组织》，法律出版社 1999 年 9 月第一版，第 66 页、74 页。

法规来完成。^① 所以, 如果认为“关税减让”也是“服务贸易总协定”(GATS)中的基本原则, 则恐为不妥。同理, “取消数量限制原则”、“多边解决争端原则”(只在争端发生时才适用, 但正常贸易是常态)等都因没有普遍适用的意义, 因而不宜作为WTO的基本原则。

其次, 关于非歧视原则的含义问题。前引“非歧视原则强调成员方无条件给予最惠国待遇”、“非歧视原则可以被最惠国原则涵盖”、“国民待遇原则是非歧视原则的具体体现, 也是最惠国待遇原则的补充”等提法是否妥当? 这涉及“非歧视原则”与“最惠国待遇”、“国民待遇”的关系问题。

世贸组织的官方网站(www. wto. org)能很好地解释这一问题。“多边贸易体制应该是非歧视的, 即一国不应在其贸易伙伴之间采取歧视性做法, (他们都被平等地给予“最惠国待遇”); 一国也不应在本国和外国的产品、服务或人员之间采取歧视性做法, (他们都被给予“国民待遇”)。^② 对此, 有学者形象地指出, “国民待遇与最惠国待遇孪生配对, 成为国际贸易中平等与不歧视原则缺一不可的两翼……(在GATT中), 两者各自涉及领域和要调整的法律关系却不相同。最惠国处理的是两种以上外国进口产品之间的关系; 而国民待遇面对的却是进口外国与原产本国产品之间的关系问题。”^③

由此可见:

第一, 非歧视原则包括国民待遇(对“内”)和最惠国待遇(对“外”)两方面, 并非最惠国待遇原则涵盖了非歧视原则, 而

① 故有学者曾精当地指出, 在服务贸易领域, 给予完全的市场准入和国民待遇, 就相当于在货物贸易领域从一开始就实行零关税, 这显然是不可能的, 参见张若思:《WTO金融服务贸易法律制度》, 载《法学研究》2000年第6期, 第99页。

② 英文原文为“The Trading System should be without discrimination - a country should not discriminate between its trading partners (they are all, equally, granted most-favoured - nation” or MFN status); and it should not discriminate between its own and foreign products, services or nationals (they are given “national treatment”), see “About the WTO - Trading into the Future” <http://www.wto.org>.

③ 赵维田:《世贸组织的法律制度》, 吉林人民出版社2000年版, 第139页。