

教育部人文社会科学重大研究项目成果

主 编 余劲松

国际经济交往法律 问题研究

LEGAL ISSUES IN INTERNATIONAL
ECONOMIC TRANSACTIONS

人民法院出版社

教育部人文社会科学重大研究项目成果

国际经济交往法律 问题研究

主 编 余劲松

副主编 余敏友 肖永平 左海聪

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际经济交往法律问题研究/余劲松主编. —北京: 人民法院出版社, 2002.7

ISBN 7-80161-344-9

I. 国… II. 余… III. 涉外经济法—研究—中国 IV. D922.295.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 044715 号

国际经济交往法律问题研究

余劲松 主编

责任编辑 陈建德 陈 健
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京东交民巷 27 号 (100745)
电 话 64813519 (责任编辑) 64813516 (出版部)
64813540 64813518 64813514 (发行部)
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店
开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 523 千字
印 张 19
版 次 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-344-9/D·344
定 价 36.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

本书撰稿人员

主 编 余劲松

副主编 余敏友 肖永平 左海聪

撰稿人 (按撰写章节先后顺序)

余劲松	徐淑萍	左海聪	曾令良
陈卫东	余敏友	韩 龙	张庆麟
石静遐	刘 笋	王 欢	万鄂湘
陈建德	张湘兰	邵沙平	肖永平
何其生	郭玉军		

课题组负责人简介

余劲松，1953年生，湖北黄冈人，法学博士，国家级有突出贡献的中青年专家。现为武汉大学法学院教授、博士生导师。

余劲松教授主要从事国际经济法、国际投资法和跨国公司法的教学和研究，并在此领域取得了丰硕的科研成果。近年来，主编和撰写了十多部全国性高校法学教材和专著，其代表性著作和教材有：《跨国公司法律问题研究》、《国际投资法》、《国际经济法》、《中国国际经济法的理论与实践》（日文版）等。在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等重要学术刊物上发表学术论文数十篇。其教学与科研成果获得多项国家级和省部级奖励：教学成果《深化改革，创建第一流的国际法教学基地》（项目负责人）于1993年获国家教委全国高校优秀教学成果国家级一等奖，其著作《比较外资法》（合著）和《跨国公司法律问题研究》于1995年分别获国家教委首届全国高校人文社会科学研究优秀成果一等奖和二等奖，其主编的高等学校法学教材《国际投资法》和《国际经济法》于1995年分别获司法部第三届部级优秀教材一等奖和国家教委第三届全国高校优秀教材中青年奖，论文《涉外破产的若干法律问题》于2001年获湖北省社会科学优秀成果一等奖。

前 言

本书是由武汉大学国际法研究所研究人员承担的、由我负责主持的教育部人文社会科学重大研究项目“国际经济交往中的若干重大法律问题研究”的最终成果。从 1998 年以来,经过全所研究人员的共同努力,已按计划如期完成了该项目的研究任务。三年来,课题组成员已向对外贸易经济合作部和外交部提交咨询报告 4 份,在国内核心期刊上发表中文论文 40 多篇,在国外期刊发表或向国际会议提交的外文论文 5 篇,出版相关专著 4 部。本书所反映的是这些研究成果的核心内容。

本书采取专题研究的形式,着重对我国目前面临或涉及的某些重大法律问题进行探讨。由于调整国际经济交往的法律涉及到国际公法、国际私法和国际经济法,因此,本书的内容也包括这三个领域。

本书共探讨了十七个专题,从内容上大致可划三个部分。第一部分讨论 WTO 的若干重要法律问题,其重心是对 WTO 所涉及的某些新课题以及中国适用 WTO 有关规则的对策进行探讨。第一章和第二章结合 WTO 的有关规则分别论述了贸易与投资措施、贸易与环境措施的法律问题。贸易与投资措施、贸易与环境保护是密切相关的,如何处理好它们之间的关系,是 WTO 及其成员方所面临的新课题。尤其是, WTO 新一轮谈判的议题之一就是贸易与环境问题,而如何处理多边贸易体制与多边环境条约间的矛盾和冲突,是国际社会面临的重大问题,所以对此问题进行超前研究具有重要的理论和实际意义。第三至第五章分别讨论了 WTO 协议对发展中国家特殊利益之规定、WTO 一般例外条款、争端解决机制以及我国的对策问题。我国作为 WTO 成员方,如何理解和利用好 GATT

和 WTO 协议关于发展中国家特殊利益的规定、WTO 的一般例外条款以及 WTO 争端解决机制,对于维护我国的权利和利益至关重要,是我国加入 WTO 后应予高度重视的重大问题。这三个专题所作的研究为我国利用好 WTO 提出了颇具价值的对策和依据。

第二部分探讨国际经济交易诸领域的某些新问题或疑难问题,范围涉及到国际金融、投资、税收、贸易与知识产权保护、控制欺诈和国际经济犯罪等。例如,在国际金融领域,随着经济全球化的发展,离岸金融市场得以发展,这种市场改变了传统金融市场的架构,给金融市场的监管也提出了新的问题,因此离岸金融市场监管是我国面临的需要研究的一个新问题。同时,金融全球化的发展对传统的国家货币主权也产生了较大的影响和冲击,研究金融全球化情况下国家货币主权的变化及对策,无疑也是我国的一个新课题。第六、七章对离岸金融和国家货币主权所作的专题研究颇有新意和价值。在国际投资领域,经济全球化使得跨国破产成为各国关注的重要问题,我国关于跨国破产的立法滞后,必须适应实际需要健全和完善有关立法。经济全球化对国际投资也提出了种种自由化要求,在此情况下,如何既顺应投资自由化的潮流,又注重在投资条约中维护国家的经济主权,是包括中国在内的发展中国家需要重视和探讨的一个问题。第八、九章对跨国破产和投资条约所作的专题研究提出了颇为独到的见解。近年来,电子商务发展迅速并产生了许多新的法律问题,其中需要研究和解决的重要问题之一是税收问题,特别是直接税问题。第十章对电子商务的直接税问题进行的研究富有启迪性。在贸易与知识产权保护方面,欧共体贸易法 301 程序、欧盟知识产权保护与货物自由流动原则的关系,是我国以前研究不足但对我国又颇具借鉴意义的问题。第十一、十二章两个专题对上述问题分别作了分析和研究,为我国借鉴欧盟的立法或处理与欧盟有关的事务提供了依据。此外,国际经济交易中的欺诈和跨国经济犯罪也是需要予以密切关注和重视的问题。例如,在国际贸易和航运中,海事欺诈时有发生,要保证国际经济交易顺利进行,就必须防治国际海事欺诈行为。又如,滥用公司形式进行国际走私、

欺诈、贿赂、洗钱等国际性经济犯罪，在经济全球化情况下也日趋复杂，对其进行法律控制是国际社会面临的一项重要任务。本篇第十三、十四章分别对这两个问题进行了深入研究，并提出了相应的预防和控制的对策。

第三部分论述国际经济交往中的某些国际私法问题。该篇包括三个专题：祖国大陆和香港法律冲突与协调模式的选择；海牙国际私法会议《民商事管辖权及外国判决公约》若干问题研究；国际商事仲裁的若干法律问题研究。香港回归以后，其原有的民商法制度与祖国大陆的制度间存在着差异和冲突，从而会影响祖国大陆与香港间的经济交往，第十五章在分析了冲突的特点后，提出了解决和协调这种法律冲突的方法和模式的建议，具有重要的现实意义。为了协调各国关于民商事管辖权和外国判决方面的规定，海牙国际私法会议从1992年开始起草《民商事管辖权及外国判决公约》，经过多年的努力，目前已基本定稿。第十六章在对此公约的有关规定进行分析以后，提出了我国应采取的立场和态度。在国际商事仲裁方面，我国对其一般制度的研究已有不少成果，但对其中的某些问题，如惩罚性赔偿裁决、仲裁中的显然漠视法律、友好仲裁以及仲裁第三人的问题，在以前的研究中尚少有涉及，第十七章对这些问题所作的研究对我国的仲裁立法与实践具有重要参考价值。

参加本书各专题研究的，主要是武汉大学国际法研究所的研究人员，包括国际公法、国际私法、国际经济法各学科和方向的学术带头人和学术骨干。此外还有少数毕业于武汉大学法学院但现在在其他高等院校或单位工作的法学博士也参与研究和撰稿。具体各章的撰稿人如下（依章的顺序排列）：

余劲松（教授、法学博士、博士生导师） 第一章

徐淑萍（副教授、法学博士） 第二章

左海聪（副教授、法学博士） 第三章

曾令良（教授、法学博士、博士生导师） 第四章

陈卫东（法学博士） 第四章

余敏友（教授、法学博士、博士生导师） 第五章、第十一章

- 韩 龙 (法学博士、博士后研究人员) 第六章
张庆麟 (副教授、法学博士) 第七章
石静遐 (副教授、法学博士) 第八章
刘 笋 (副教授、法学博士) 第九章
王 欢 (法学博士) 第十章
万鄂湘 (教授、法学博士、博士生导师) 第十二章
陈建德 (法学博士) 第十二章
张湘兰 (教授、法学博士、博士生导师) 第十三章
邵沙平 (教授、法学博士、博士生导师) 第十四章
肖永平 (教授、法学博士、博士生导师) 第十五章、第十六章
何其生 (法学博士) 第十六章
郭玉军 (教授、法学博士) 第十七章

本书各专题内容均是对近年来国际经济交往中新的或疑难问题进行的研究和探索,因此,偏颇错漏之处,在所难免。但以期抛砖引玉,希望这些研究能引起国内理论界和实务部门的重视,以期对其进一步予以深入探讨,促进理论研究和实践的发展。

余 劲 松

2001 年 12 月 25 日

目 录

前言	(1)
第一章 贸易与投资措施问题研究	(1)
一、与贸易有关的投资措施	(1)
二、与投资有关的贸易措施	(21)
三、我国面临的挑战与有关对策	(37)
第二章 多边贸易体制与多边环境协定的 潜在冲突及其对策	(45)
一、多边贸易体制的基本原则	(45)
二、多边环境协定中的贸易限制措施	(55)
三、解决潜在冲突的方法	(66)
第三章 GATT 和 WTO 协议关于发展中国家 特殊利益之规定研究	(74)
一、GATT 和 WTO 协议关于发展中国家 特殊利益之规定的一般分析	(75)
二、GATT 和 WTO 协议有关幼稚产业 保护的规定	(103)
第四章 WTO 一般例外条款 (GATT 第 20 条) 研究	(118)
一、第 20 条的法律特征	(119)
二、第 20 条的历史发展	(120)
三、成功援引第 20 条的条件	(124)

四、第 20 条现存的法律漏洞	(135)
五、第 20 条的前景展望	(139)
六、中国应有的对策	(142)
第五章 我国对 WTO 争端解决机制的对策	(149)
一、WTO 争端解决机制对中国的机遇与挑战	(149)
二、和平解决国际贸易争端的独特机制	(152)
三、我国对 WTO 争端解决机制的对策	(159)
第六章 离岸金融市场监管	(165)
一、离岸金融市场的特征及其对监管的挑战	(165)
二、离岸市场是否存在监管	(172)
三、离岸市场是监管宽松的市场	(189)
四、国际金融一体化与离岸市场监管	(198)
第七章 金融全球化下的国家货币主权	(208)
一、引言	(208)
二、国家货币主权的内涵	(210)
三、金融全球化对货币主权的冲击	(236)
第八章 中国的跨界破产问题：现状及发展	(255)
一、中国跨界破产的现状	(256)
二、广信破产案	(261)
三、未来的发展：改革与合作	(268)
四、结论	(277)
第九章 晚近国际投资条约评析	(279)
一、进一步削弱东道国外资管辖权是晚近 国际投资立法的重要特征	(280)
二、国际投资条约的作用和地位	(286)
三、未来国际投资立法应当注意的问题	(302)
第十章 电子商务的直接税法律问题研究	(314)
一、电子商务税收中的常设机构原则	(315)
二、电子商务税收中的所得分类规则	(327)

三、电子商务税收中的转移定价规则	(338)
第十一章 欧共体《贸易壁垒条例》评述	(346)
一、引言	(346)
二、“新商业政策工具”剖析	(347)
三、《贸易壁垒条例》对“新商业政策工具” 的主要保留与改变	(357)
四、司法审查	(362)
五、简要评论	(364)
第十二章 欧盟知识产权保护与货物自由流动原则	(368)
一、知识产权保护与货物自由流动原则的 内在冲突	(368)
二、知识产权保护与货物自由流动的例外	(370)
三、货物自由流动中的知识产权原则	(372)
四、知识产权原则在具体领域里的运用	(376)
五、结语	(382)
第十三章 国际海事欺诈法律问题研究	(384)
一、国际海事欺诈的现状、危害及产生的原因	(384)
二、国际海事欺诈的表现形式	(386)
三、国际海事欺诈的特征	(406)
四、国际法层面对海事欺诈的防范	(407)
五、国内法层面对海事欺诈的防范	(414)
第十四章 揭开“公司面纱”与国际经济犯罪的 法律控制	(418)
一、问题的提出	(418)
二、国际公约和国内法的比较分析	(425)
三、国际趋势及其前景展望	(457)
四、中国的应对之策——观念创新和制度创新	(463)
第十五章 祖国大陆与香港的法律冲突与协调模式的 选择	(476)

一、香港法律——跨越 1997	(476)
二、祖国大陆与香港法律冲突的特点	(480)
三、祖国大陆与香港的法律协调原则	(493)
四、立法协调模式	(495)
五、司法协助模式	(506)
六、法律文化交流	(516)
七、结论	(518)

第十六章 《民商事管辖权及外国判决公约》

若干问题研究	(520)
一、适用范围	(520)
二、管辖权	(521)
三、判决的承认与执行	(533)
四、公约涉及的电子商务问题	(537)
五、结论	(549)

第十七章 国际商事仲裁中的若干法律问题研究

一、国际商事仲裁中的惩罚性赔偿裁决	(551)
二、国际商事仲裁中的显然漠视法律问题	(564)
三、国际商事仲裁中的友好仲裁问题	(572)
四、仲裁第三人问题	(580)

第一章 贸易与投资措施问题研究

贸易与投资有着十分密切的关系。外国直接投资作为向国外市场提供货物和服务的主要方法以及组织国际生产方面的一项主要因素，正在日益影响着世界贸易的规模、方向和构成。反之，贸易和贸易措施也会对外国直接投资流动的规模、方向和构成产生各种影响。因此，国际社会已认识到贸易与投资关系的重要性。WTO 的《与贸易有关的投资措施协议》（以下简称 TRIMs 协议）对某些与贸易有关的投资措施已予以规制。但是，TRIMs 协议中的某些规定，特别是究竟哪些与贸易有关的投资措施是受 TRIMs 协议所禁止的，还有待于进一步明确。另一方面，人们对于贸易措施对投资的反向影响，即与投资有关的贸易措施问题，尚未给予足够的重视。所以对贸易与投资措施的法律问题应予以深入研究。本文拟着重讨论“与贸易有关的投资措施”和“与投资有关的贸易措施”这两个相互密切联系着的问题。

一、与贸易有关的投资措施

乌拉圭回合将与贸易有关的投资措施（Trade - Related Investment Measures，以下简称 TRIMs）作为谈判新议程之一，并达成了 TRIMs 协议。然而，关于 TRIMs 仍有许多问题有待于进一步研究和解决。例如，TRIMs 对贸易和发展的影响和作用究竟如何？对 TRIMs 协议的有关禁止性规定应如何理解和把握？下面拟对这些问题作一初步探讨。

(一) TRIMs 及其影响

对于 TRIMs 一词,国际上尚无普遍接收的定义,不同的国家对于哪些措施可以看做是 TRIMs 的见解也不尽相同。有些国家认为 TRIMs 是指东道国采取的与贸易有关的要求或鼓励投资者为特定行为的措施,一些发展中国家则建议还应包括那些可被认为是 TRIMs 的母国措施和公司行为。因此,可以说,TRIMs 有广义和狭义之分。从广义来看,TRIMs 可分为四大类:投资鼓励,履行要求,公司行为和母国措施。^①从狭义上看,所谓的 TRIMs 是指东道国政府要求或鼓励私人投资者为特定行为的措施,而这些措施对国际贸易的流向又会产生重要影响。它们主要包括投资鼓励与履行要求这两类措施。这两类措施是目前国际社会规制的对象,也是我们讨论的重点。这里仅限于讨论狭义的 TRIMs。

乌拉圭回合的谈判中曾列举了 14 项 TRIMs,实际上这 14 种措施即属于投资鼓励与履行要求这两大类。所谓的投资鼓励是指那些旨在影响投资决定的鼓励措施,这些措施通常包括税收减免,关税减让,财政补贴,投资津贴等。而所谓的履行要求则是基于东道国的经济发展需要对投资者施加的条件限制,以促使投资者作出有关购买、销售或制造方面的决定。例如,政府可能要求投资者从国内来源购买一定数量的商品,即所谓的“国内成分”要求。前述 14 种措施中的后 13 种,可以是属于履行要求。它们是:当地股权要求,许可证要求,汇款限制,外汇限制,制造限制,技术转让要求,国内销售要求,制造方面的要求,产品指令要求,贸易平衡要求,当地成分要求,出口要求,进口替代要求等。这些措施可能会改变外国投资者的经营环境,从而鼓励或要求其作出有利于东道国的投资决定。

TRIMs 在实践中经常被许多国家采用。有关机构在 20 世纪 80

^① See UNCTC, The Impact of Trade-related Investment Measures on Trade and Development, pp11-13, United Nations, 1991.

年代末进行的实证研究表明, TRIMs 在实践运用中具有如下几个特点: (1) 倾向于集中在特定的产业, 其中汽车、石油化工、计算机或信息产业部门名列榜首; (2) 在汽车产业中, 当地成分要求比出口要求使用得更为频繁; 在计算机或信息产业, 出口要求比当地成分要求更为常见; 在石油化工产业, 当地成分要求和出口履行要求都很突出; (3) TRIMs 在发达国家和发展中国家中都存在, 但在后者更为常见。^①许多发展中国家, 包括某些发达国家, 均采取了一些 TRIMs。据美国贸易代表署 1989 年对 51 个国家所作的一项研究表明, 在 31 个中等收入和次发展中国家中, 23 个有当地成分要求, 4 个有出口履行要求, 11 个有特别针对汽车工业的 TRIMs; 在 20 个发达国家中, 6 个有当地成分要求, 3 个有出口要求。^②

许多国家政府, 特别是发展中国家政府, 之所以采取这些措施, 其主要理由有二: (1) 它们认为, 政府干预经济是发展国内工业和增加国民收入水平的有效手段。这些政府相信, 广泛的工业促进政策可使贸易条件转而对己有利, 从而能促进经济增长。TRIMs 是这种政策的重要组成部分。(2) 跨国公司经常采用限制性商业行为, 对东道国经济发展具有消极影响, 为消除这些消极影响, 东道国政府也必须采取这样的措施, 对跨国公司采取的具有限制和扭曲贸易效果的限制性商业行为进行反击。例如, 具有支配市场力量地位的跨国公司, 可能宁愿从其母公司或外国来源购买零部件, 而不愿从东道国来源购买, 即使当地具有同等产品, 此时, 当地成分要求就可被用来作为对此行为的回应。东道国也可以采取制造方面的要求, 以避免跨国公司的滥用定价的做法或保护当地公司不受掠夺性行为的损害。国内销售要求对于抵御跨国公司的拒绝交易或不公平的卡特尔定价行为也是必要的。出口履行要求通常是东

① See UNCTC, The Impact of Trade-related Investment Measures on Trade and Development, pp26-30, United Nations, 1991.

② 同上, 第 23—26 页。

道国政府抑制企业平面上的禁止出口做法的手段,同时也是保证高质量的产品在世界市场竞争的手段。^①

在经济学理论上,对于 TRIMs 也存在着争论。反对 TRIMs 的理论源于国际贸易学中的比较优势学说。^②例如,根据新古典主义学派的分析,^③市场是完全竞争的,公司是被动地对市场信号作出反映,贸易流向纯粹受比较优势和天赋资源驱动,政府干预市场会对经济活动产生扭曲。^④另一方面,也有经济学说支持政府干预市场。例如,战略性贸易理论的支持者认为,某些非市场力量也能对贸易流向产生重要影响。由于经济规模、经验、技术创新等方面的优势,在某些战略性部门中,劳动力和资本比在其他部门中可获得较高的收入比重。即使一国在这些战略性部门中缺乏比较优势,采取贸易措施也可能有助于扩大国民收入。^⑤战略贸易理论对关于市场是完全竞争性的、贸易流向反映市场力量的传统假设提出了质疑。与传统理论看法相反,这种理论认为,国际贸易是在不完全竞

① See Terence P. Stewart, *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History* (1986 - 1992).

② 根据这种学说,一国生产某种产品总是比其他国家更具经济效益,自由贸易可使那些具有比较优势的国家专门生产某种产品,然后以此与别的国家生产的较具效益的商品相交换。这种专门化生产可以最大限度地扩大全球的财富。政府干预只会扭曲私人经济行为者的积极性,使他们以不大具有效益的方式生产产品。

③ See W.M. Corden, *Trade Policy and Economic Welfare*, Oxford University Press, 1974.

④ 例如,当地成分要求,像其他进口保护措施一样,提高了生产成本,减少了消费,未能利用可在其他经济环境中有效使用的资源;对公司施加出口要求,必定是当地市场的产品成本高于国际价格。否则,外国公司的当地子公司会自行出口,这样,出口要求必定涉及政府补贴,以诱使公司作出反应,这就增加了公众的税负,进一步减少消费,并使资源错误配置。另见 Richard A. Brecher and Carlos F. Diaz Alejandro, *Tariffs, Foreign Capital and Immiserizing Growth*, *Journal of International Economics*, 7 (1977), pp317 - 322; Gene Grossman, *The Theory of Domestic Content Protection and Content Preference*, *Quarterly Journal of Economics*(November 1981), pp 583 - 604.

⑤ See Paul R. Krugman, *Introduction: New Thinking About Trade Policy*, in *Strategic Trade Policy and the New International Economics*, 1986.