

# 第10卷

# 国际商法论丛

◆ 沈四宝 王 军 / 主编

## 本卷要目

### 国际经济法

【沈四宝 沈 健】

改革开放以来中国外经贸法治建设的基本经验和展望

### 反垄断法

【黄蕴华】

电信企业并购的反垄断法规制

【陈 锋】

体育赛事转播的法律问题

### 侵权法

【王 军 刘 朋】

未成年人过失认定标准比较研究

【罗伯特·L.拉宾 著 高建学 周兆玉 译】

以史为鉴：20世纪人身伤害法的

五大里程碑对侵权法未来的启示

### 环境法

【林其敏】

海洋船舶油污的损害赔偿

### 国际私法

【王秀转】

欧盟《关于非合同之债的法律适用条例》

中的法律选择方法与规则评述



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

# 国际商法论丛

(第10卷)

中国法学会国际经济法研究会主办  
对外经济贸易大学国际商法研究所承办

主 编：沈四宝 王 军  
执行主编：陈剑玲

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商法论丛·第10卷/沈四宝,王军编. —北京:  
法律出版社,2010.12

ISBN 978-7-5118-1398-5

I. ①国… II. ①沈…②王… III. ①国际商法—文集 IV. ①D996.1-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第207970号

©法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/学术·对外出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/吕亚莉

开本/A5  
版本/2010年12月第1版

印张/16 字数/421千  
印次/2010年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1398-5

定价:40.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 编辑委员会

主任：沈四宝

副主任：王 军

委员(按姓氏笔画排列)：

王 军 石静霞 边永民

沈四宝 李 莘 苏号朋

陈剑玲 张 梅 徐海燕

董 灵

## 前 言

本卷是《国际商法论丛》的第10卷。这无疑是有纪念意义的。在此值得一提的是,《国际商法论丛》依托中国法学会国际经济法研究会、对外经济贸易大学法学院,经过10卷的累积,已经形成了自己鲜明的学术风格。整体来看,刊物注重从比较法特别是英美法的角度,研究跨国民商经济法律制度,关注前沿问题。具体来看,刊物在某几个研究领域形成了自己的发表优势,例如,集中发表了质量较高的公司法、投资法、侵权法,以及世界贸易组织法、欧盟法、信托法、不动产法、代理法等领域的论文。还有一个重要特点是,刊物强调理论联系实际。例如,其所发表的数篇文章对中国的民商事立法和政策的制定或修改产生了影响。此外,由于强调务实取向,程序法特别是国际商事仲裁的研究在国内独树一帜。可以说,刊物逐渐成为国内外知名学者和青年新秀交流的学术平台。

本卷发表的文章仍是延续和强化了刊物的学术风格。在跨国经济法方面,沈四宝、沈健合作的文章梳理了中国外经贸法治建设的基本经验,并且特别强调在当下,应把握引进外资和维护国家经济安全的“度”。边永民的文章讨论的是,美国和欧盟国家通过贸易推行其劳工标准的实践及其影响,她认为美国和欧盟通过建立区域的或双边的自由贸易区,并将劳工保护的内容塞入其中,已经使自由贸易协议成为推行劳工标准的一个有利的渠道。曾文革、张婷的文章讨论的是,多边贸易体制下农业贸易可持续发展的理念问题,他们主张应当以促进全球和各国农业的可持续发展为基本目标,建立新的国际农业贸易理论。王剑的文章讨论的是,如何在WTO协议下采取有

效的中止减让措施,他建议对于发展中成员而言,最重要的还是要结合国内的行业协会,汇总国内企业和最终消费者的信息,做出最有效和最可行的中止减让措施决定,促进协议的履行。

反垄断法研究是本刊关注的重点。黄蕴华的文章是在总结欧美电信企业并购理论和实践的基础上,对电信业相关市场的认定、电信并购对竞争的影响、并购的效率、并购的救济措施等问题进行了深入分析,并且对我国《反垄断法》中企业并购审查中公共利益标准的应用提出了建议。陈峰的文章研究的则是体育赛事的转播问题,特别是讨论了体育赛事转播权商业开发反垄断法的适用和体育赛事转播行为法律规制,这些问题的分析对于完善中国立法可资借鉴。

在比较民商法方面,文章主要集中于合同和侵权。王秉乾的文章讨论的是英国法上合同解释的晚近发展趋势。通过比较,他主张中国法上的合同解释实践,应当转变过于强调立法的倾向,法院应更加重视如何通过细腻和针对性强的合同解释,通过判决和司法政策来为商业提供规则。隋军的文章评述了《欧洲合同法原则》。他认为,与其他国际上现代合同法典相比,《欧洲合同法原则》最为突出的特征表现为其对诚信与公平交易原则地位的强化,用以限制日益扭曲变形的合同自由原则,进而实现真正的合同自由。汪渊智的文章比较分析了两大法系国家关于意定代理权范围的规定。他提出,《民法通则》关于授权不明责任的规定应当取消,需要规定的是授权意思表示的解释规则。

侵权法研究是本刊的重头戏。王军、刘朋的文章比较分析了未成年人的过失认定标准,并提出了全面、具体的中国侵权责任的立法建议。罗伯特·L.拉宾的文章评述的是20世纪美国人身伤害法的五大里程碑,这些事件重构了侵权法的根基。他认为,侵权法改革,在其现代的外表下显示出了长久不衰的政治吸引力的明显信号。刘春梅的文章分析的是美国侵权法上,享乐损害之诉中感知能力丧失对索赔的影响。通过比较分析,她认为中国侵权法上的人身侵害的非财产损害,至少应当分为“疼痛和痛苦”与“生活乐趣的丧失”两种

不同的类型,前者不能包括后者。赵颖的文章讨论的是英美侵权法上的机会丧失理论。作者指出现在主流的意见,已经是支持该理论在医疗事故案件的发展并且扩展到其他领域。方喆的文章讨论了侵权法上使用中断的损害赔偿。作者认为,物遭受侵害时的可赔偿性损失应当包括使用中断这一损失类型,这将有利于对物的所有权人提供全面的法律保护。此外,林其敏的文章还仔细分析了海洋船舶油污的损害赔偿;王秀转的文章评述了欧盟《关于非合同之债的法律适用条例》中的法律选择方法与规则。这两篇文章对于中国的制度实践也有一定的借鉴意义。

《国际商法论丛》第10卷的编辑出版,为刊物以后的发展奠定了基础。从第11卷开始,本刊将在组织架构、审稿程序、引证体例、栏目设计上有较大变化。让我们共同努力将刊物办得更好!

侯猛

2010年7月

## 目 录

### 【国际经济法】

- 改革开放以来中国外经贸法治建设的基本经验和展望  
..... 沈四宝 沈 健( 1 )
- 以美国和欧盟为主导的自由贸易区协议中的劳工保护  
问题研究 ..... 边永民( 9 )
- 论多边贸易体制下农业贸易可持续发展理念  
..... 曾文革 张 婷( 26 )
- 评《关于争端解决规则与程序的谅解》第 22 条:如何在  
WTO 协议下采取有效的中止减让措施 ..... 王 剑( 54 )

### 【反垄断法】

- 电信企业并购的反垄断法规制 ..... 黄蕴华( 68 )
- 体育赛事转播的法律问题 ..... 陈 锋( 117 )

### 【合同法】

- 英国法中合同解释的晚近发展 ..... 王秉乾( 174 )
- 比较法视野下的《欧洲合同法原则》 ..... 隋 军( 202 )

### 【代理法】

- 论意定代理权的范围 ..... 汪渊智( 253 )



## 【侵权法】

未成年人过失认定标准比较研究 ..... 王 军 刘 朋(267)

以史为鉴:20世纪人身伤害法的五大里程碑对侵权法

未来的启示 ... 罗伯特·L.拉宾著 高建学 周兆玉译(296)

“享乐损害之诉”中感知能力丧失对索赔的影响

——以美国侵权法为视角 ..... 刘春梅(327)

英美侵权法上的机会丧失理论 ..... 赵 颖(346)

侵权法上使用中断的损害赔偿 ..... 方 喆(377)

## 【环境法】

海洋船舶油污的损害赔偿 ..... 林其敏(412)

## 【国际私法】

欧盟《关于非合同之债的法律适用条例》中的法律选择

方法与规则评述 ..... 王秀转(460)

## 国际经济法

# 改革开放以来中国外经贸法治 建设的基本经验和展望

沈四宝 沈 健\*

### 内 容 提 要

1978 年以来,我国的对外贸易取得了巨大成就,其经验主要有:良好的投资环境是有效利用外资的关键;健全的法治建设是引进外资得以成功的有效保障。经验告诉我们,在制定利用外资的法律和政策时,要把国外经验和本国实际相结合,在立法、执法和司法过程中既要注意保护外资的合法利益,又要有助于本国经济的发展,即要正确把握利用外资与维护国家经济安全之间的“度”。

### 引 言

中国改革开放三十年来,中国的经济和社会发展都取得了巨大的成就,现在展现在世界面前的中国,已经不是一个无足轻重的国家,而是一个阔步迈向现代化的发展中大国。在政治上,她已是多极框架中的重要一极;在经济上,她已是世界经济持续发展的最重要的发动机之一,也是经济全球化中的重要参与者、捍卫者;在外交、军

---

\* 沈四宝,对外经济贸易大学法学院教授,博士生导师,中国法学会国际经济法学研究会会长。沈健,中央财经大学法学院讲师,法学博士。

事、文化、体育等领域都能听到其强有力的声音,看到她充满生机的形象。备受瞩目的北京2008年第29届奥运会的开幕式上,参加的国家 and 地区达204个之多,出席的各国元首和政府首脑多达96位,创历届之最,就是重要的证明!

在评论我国改革开放三十周年的经济、社会和政治成就的时候,我们必然会想到为这些成就作出重要贡献的排头兵——对整个中国改革开放事业发挥巨大推动作用的我国外商投资企业。

自改革开放以来,中国的对外贸易已连续30年、每年平均以超过20%的速度向前发展,成为世界贸易发展史上的一个奇迹。1978年,中国的外贸额共203亿美元,截至2006年年底,中国的进出口额为1.76万亿美元。据统计,2007年我国的外贸额已超过2万亿美元,达到21,738亿美元,与1978年的数额相比,上涨了百倍还多。如此的增长速度在国际贸易发展史上确实令人震惊。据海关统计,自2001年我国正式加入世界贸易组织以来,进出口规模翻了两番。入世6年来,贸易增长取得了“3个2000亿,2个3000亿和1个4000亿”的巨大成就(即入世后的前三年,外贸总额每年平均增加2000多亿美元,之后的两年,每年平均增加3000多亿美元,到2007年,一年就增长了4134亿美元)。吸引外国直接投资的成就也是令世人刮目相看的,至2008年6月底,外商在华直接投资已达8326亿美元,三资企业数量已有64.78万家,世界500强中的482家在华进行了直接投资。此外,中国的外汇储备,截至2008年6月已达到18,000多亿美元,稳居世界第一位。这些都毫无疑问地显示出中国现在已成为世界贸易大国。<sup>①</sup>

在外经贸领域,特别应该提到的就是我国利用外国直接投资推动自身经济实力的增长,这可被认为是一项奇迹!在1978年年底,我国刚刚开始建立外商投资企业时,利用外资的数量和作用是那么的弱小,在整个国民经济中几乎可以忽略不计;但三十年之后,回头

<sup>①</sup> 以上所有数据均来自于中华人民共和国商务部的网站。

一看,它已经是一个真正的庞然大物了。外资已经成为我国国民经济不可或缺的重要组成部分。天上飞的,地上跑的,人民日常生活中使用的等诸多领域都能发现外资的影子。引进外资对国民经济的贡献首先表现在,它促使我国外贸迅速发展,从而增加了 GDP 及税收;其次它大规模地解决了人们的就业并提高了人民生活水平;更重要的是,它在深化改革开放意识和促进法律政策制定方面起到了极大的推动作用。与此同时,市场观念的增强、先进管理经验的建立、高科技的引进等都直接与利用外资有密切关系。可以这么说:(1)三资企业是改革开放的排头兵,也是法治建设的排头兵、领跑者;(2)它们也是商品观念、法治观念、市场规则的直接倡导者和推广者;(3)三资企业为中国经济发展作出了巨大的贡献,也为企业自身的发展壮大及其所在国的经济发展带来了重大利益,真正达到了“内外联动、合作共赢”的效果。

在三十年的对外经贸及引进外资的法治建设进程中,许多宝贵的经验都需要我们加以总结。

### 一、良好的投资环境是有效利用外资的关键

投资环境,主要是指投资所在地的硬件基础设施和软件基础两个方面。硬件基础设施包括基础设施建设、通讯交通设施、水电供应、环保条件等;软件基础则包括法治建设、政府效率、税收、社会环境、人文素质、社会信用度、道德等因素。通俗地说,投资环境就是投资者在某个地区投资的各种条件,就像一个人到某个地方办事遇到什么样的气候,是狂风大作、连日阴雨,还是阳光明媚、风和日丽,因此,投资环境又称投资气候。因为投资是一种定居行为,长期居住在这个地方,对此地的环境十分看重。人们往往看重硬环境,比如道路交通、水电气的供应、市场的购买力、空气质量、卫生条件等,这是显而易见的。

硬件基础建设固然重要,但软件建设却也十分重要,其建设要比硬件建设任务更艰巨,时间更漫长。

外经贸领域内实践证明,外资对以下软件往往予以特别的关注:(1)政府的服务形象、服务功能和服务效率;(2)整个国家(地区)自上而下的法治意识;(3)法律与政策的透明度;(4)劳动力(包括管理者)的素质;(5)国家(地区)经济的市场化程度,包括市场意识;(6)整个地区的社会和谐性,等等。因此,一条重要的经验就是投资软件环境的改善不能只把重点放在减税、降低地价或降低劳动力价格上。

我国利用外资的环境在三十年的改革开放历程中可以说是起了翻天覆地的变化,上述几个方面在我国都得到了长足进步。各地都经历了从不重视环境建设到重视环境建设,从只注重硬件建设到更注重软件建设的发展过程。这可以说是我国三十年来利用外资取得重大成就的一条重要经验,即在抓投资环境建设时,两手都要硬,硬件要过硬,软件也要过硬!

## 二、积极缔结国际条约,充分发挥国际法为我国外经贸法治建设服务的功能

改革开放以来,为了营造更好的外经贸环境,使国内企业更有成效地参与国际竞争,从改革开放之初我国就重视国际法的作用,注意发挥国际法对我国外经贸法治建设服务的功能。这方面突出表现在,自改革开放以来,我国缔结并参加了数百个与国际贸易和国际投资相关的国际公约、双边条约和政府间协定。

国际条约,从广义上说它包括国际公约、多边条约、双边条约,还包括政府间的协定。它历来是国际法的一个重要渊源,也是国际经济法的重要组成部分,已经成为各国参与世界经济全球化的重要工具而日益彰显其作用。

在国际经济法领域,我国于2001年12月11日加入了世界贸易组织,同时在其三十多个协议上签了字。在加入WTO时,中国政府作出庄严承诺,即要使我国的外经贸法律制度与WTO的基本规则“保持一致”,同时又要在全国范围内“统一实施”,从而把WTO中的一些基本原则,如非歧视原则、市场准入原则及透明度原则通过立

法方式转化为我国具体的法律加以实施。这使我国的外经贸法律制度进一步国际化,使外商更加容易理解我国的法律制度,给他们提供了更多的便利,从而大规模地促进了我国外经贸事业的发展。在国际商法领域,我国同样参加了数量众多的有关国际经济贸易的公约、条约和协定。比如我国 1980 年加入的《国际货物买卖合同公约》,该公约目前已有七十多个国家加入,成为我国企业与外商签订外贸合同的法律依据。又如,我国参加的联合国 1958 年《纽约公约》,即《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》,这是解决我国企业与外商在国际贸易和投资活动中所产生纠纷的最主要的公约,从而为外商在中国的外经贸活动解除了后顾之忧。

特别值得一提的是,自改革开放以来,我国政府已经和很多外国政府签订了“相互鼓励和保护投资协定”,数量多达一百多个,为世界之最。同时,还签订了近百个关于防止偷税漏税和避免双重征税的政府协定。这两类协定的签订和实施,极大地调动了外商在中国国内投资的热情和积极性。

我国积极参加国际条约,意在通过国际法这一途径使更多的外商对我国的法治建设产生信心,同时也为我国的外经贸法律制度发展提供更多的法律保障。其本身也在借用外部力量来提升我国法治建设的国际化水平和对外开放水准,包括提高我国外经贸干部队伍的整体素质。

### 三、科学地处理了法律趋同化和法律本土化间的关系

我国三十年来外经贸法治建设之路实际上就是一条科学处理法律趋同化和法律本土化关系的漫长道路。实践证明,只要能科学地处理好二者关系,掌握好二者之间的“度”,我们的外经贸事业就会持续地迅速发展。

所谓法律趋同化,主要是指世界各主权国家通力合作、协调和解决不同国家、民族、地区法律冲突的过程。所以,法律的趋同化也是主权国家的法律制度、法律原则、法律思想以及法律理念等逐渐趋于

相近的过程。应该说,我国有关改革开放的法律资源严重不足,在经济全球化下,更是需要大量吸收或移植西方发达国家行之有效的法律制度,这也是我国法律融入世界法律体系的一条非常重要的途径。

任何被移植来的西方法律制度,绝不能仅单纯进行“克隆”,只有扎入中国的文化土壤,经过积淀,成为本民族法律文化的一部分,才是成功的移植。因为,任何一个国家或民族的法律文化及其法律制度都是与其生产方式相适应的,都要受到其经济、文化、思想发展水平以及民族习惯、地理环境、人口状况、历史传统、宗教信仰、道德规范等因素的影响和制约。只有被移植的法律制度与移植国的社会发展需求和相关制度存在一定的适配性,制度与运行环境相适应,才能发挥其作用,促进经济的增长。美国法学家曾指出:“要设法牢记,法律是民族的历史、文化、社会价值观念和一般意识与认识的集中表现。没有两个国家的法律体系是确切相同的。法律是文化表现的一种形式,而且如果没有经过某种‘本土化’的过程,一种文化是不可能轻易地移植到另一种文化里面的。”<sup>①</sup>所以,法律移植必须以本国的社会需要为标准,做好移植的法律的本土化,使之与本国的法律文化相吻合,这是我国外经贸法治建设的重要经验之一。

我国自改革开放以来,为适应市场经济发展的需要,在很多法律、法规中移植了大量国外的法律,有的是具体制度的移植,例如,外资领域的“三法三条例”<sup>②</sup>中的主要原则,基本上都是从国外移植过来,再根据我国的具体国情而制定的。又如,《中华人民共和国对外贸易法》,它是在借鉴西方发达国家管理外贸的法律原则的基础上,再经过本国的消化、修改而成的。该部法律的最终修改和通过,既得到全国人大常委会一致通过,又在国际上取得良好反响,既不违反国

<sup>①</sup> [美]M. A. 格伦顿等:“比较法律传统序论”,载《法学译丛》1987年第2期。

<sup>②</sup> “三法”是指《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》;“三条例”是指《中外合资经营企业法实施条例》、《中外合作经营企业法实施细则》、《外资企业法实施细则》。

际惯例,又符合中国国情,从而在发展我国对外贸易中起到了积极的作用。

#### 四、建立官员、专家和律师“三位一体”的法治建设队伍

建立以政府[商务部(原外经贸部)]官员为核心,包括专家、律师在内的一支法治专业队伍,是我国外经贸法治建设中的一大创新;这支队伍在法治建设中,始终能够紧密合作,取长补短,提供高效的法律服务,为外经贸的可持续发展作出了巨大贡献!

在改革开放之初,引进外资对我国来说完全是一种新鲜事物,没有现存的法律可以直接运用,也没有一支成熟的法律人才队伍可供使用,真正属于“摸着石头过河”,事实上,都是在边干边学,边学边干中发展起来的。

改革开放之初,引进外资工作是由当时的国家外资管理委员会领导。从那时起,只要外资委有重要的专业会议,起草或讨论相关法律或部门规章,审批或论证重大项目时,在政府官员的旁边,总会出现法律专家和律师的身影和声音。他们共同运用各自的知识 and 经验解决前进过程中的种种难题,这在当时中国的法治建设进程中是带有开创性意义的。尽管在改革开放三十年后的今天,这已经成为法治建设中的一种惯例,但可以毫不夸张地说,官员、专家、律师三结合的做法,首先诞生于我国利用外资的法治建设过程中,这也是外经贸法治建设工作取得突出成绩的人才保障。

在总结三十年来我国利用外资的成就和经验之际,我们也要清醒地看到,成就背后的代价和教训:在取得外经贸领域的巨大成就的同时,我国国民经济对国际市场和国际资源的依赖度也日益加大;就在出口连年增长,外资不断涌入的同时,我国的自然环境受到了前所未有的破坏,尤其在实现工业发展的同时,留下的空气污染、水资源污染甚至土壤污染需要几十年的努力才能得以较彻底的改善;在经济飞速发展的同时,社会文化的发展相对滞后、贫富不均、地区差异、道德危机等问题都是三十年来我国外经贸持续发展的副产品。这些



问题的最终解决是需要全党全民同心同德,才能处理的全局性的问题,但其毕竟是与外经贸领域内的法治建设紧密相连的。

展望未来,我国外经贸法治建设应该注意以下方面:

其一,在法治建设中,尤其是外经贸法治建设中,要进一步充分认识国际法与我国外经贸法律的关联性,在立法、司法和执法中都需要进一步增强战略思维和具备世界眼光。

其二,在利用外资的法治建设中,尤其要进一步处理好法律的稳定性(可持续性)与利用外资的政策灵活性之间的关系,科学地掌握法治建设中“立、改、废”的过程。

其三,在持续执行引进外资、发展经济的同时,要注意通过法治建设的方式,进一步提升利用外资的水准,使其更好地为我国经济发展贡献力量;尤其要处理好引进外资和国家经济安全之间的关系,在立法和执法中科学掌握二者之间的“度”。国家安全,这是一个主权国家最高利益之所在。国家安全应包括国家的政治安全、经济安全和军事安全,其中经济安全是基础。因此,未来引进外资的立法和行政执法都应注意处理这二者之间的关系,例如,坚持对外资的进入实行审批制度。在立法中,包括国务院的条例及各相关部委的规章更应该坚持正确引导为主,达到十七大决议中提出的“安全高效”的双重目标!

我国的外经贸法治建设已经进入而立之年。经过三十年的风雨锻炼,我国有关对外开放的基本政策和法律制度已经从襁褓中的婴儿成长为体魄强健的壮年。同时,在外经贸的持续发展中,已经发挥并将一直发挥其决定性的引领作用。我们相信,在未来的岁月中,我国外经贸领域的法治建设将随着整个国家法治建设的发展而更加成熟,不仅为我国的外经贸持续发展提供有力的法律保障,也将为广大的发展中国家参与经济全球化提供宝贵的经验!

(责任编辑:王煜)