

国际经济法

论丛

第2卷

JOURNAL OF
INTERNATIONAL
ECONOMIC LAW VOL. 2
■ 陈安 / 主编

法律出版社

国际经济法论丛

第2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2卷/陈安主编. - 北京:法律出版社, 1999.2

ISBN 7-5036-2692-5

I. 国… II. 陈… III. 国际经济法-研究-文集
IV. D996-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 37696 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/李跃	责任校对/何萍
印刷/中国科学院印刷厂	
开本/850×1168 毫米 1/32	印张/18.25 字数/453 千

版本/1999 年 11 月第 1 版 1999 年 11 月第 1 次印刷
印数/0,001-4,000

社址/北京市海淀区西三环北路 105 号科原大厦 4 层(100037)
电子信箱:pholaw @ public. bta. net. cn
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-2692-5/D·2399

定价: 35.00 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学术著述汇编,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,借鉴国外先进立法经验和最新研究成果,深入研讨国际贸易、国际投资、国际金融、国际税收、国际海事、国际知识产权、国际经济组织以及国际经济争端处理等领域的重要法律问题,推动我国国际经济法教学和研究的发展,并为我国涉外经济立法、决策和实践提供法理依据或参考。

本卷是《论丛》第二卷,设国际经济法理论、立法争鸣、国际贸易法、国际投资法、国际金融法、国际税法、国际经济争端处理法以及学术动态等八个专栏。

在国际经济法理论专栏中,曾华群教授的《论国际经济法学的的发展》回顾了国际经济法的发展史,分析中外关于国际经济法的分歧与共识,并进一步讨论了国际经济法学科的独立性及中国国际经济法学的发 展问题。王贵国教授的《理一分殊——刍论国际经济法》以“新理学”的分析方法探索国际经济法的基本理论、特别是国际经济法与国际公法的关系,涉及主权原则、国际公法主体等重要问题,视角和见解颇为独特。赵秀文教授的《论软法在调整国际商事交易中的作用》较系统地探讨了软法的概念、特征和作用,同时建议重视发挥我国学术团体在立法中的作用。上述文章分别就国际经济法学科体系和国际经济法渊源各抒己见,当能激发国际

经济法理论研究的兴趣和争鸣。

在中国仲裁法制迅速发展的背景下,涉外仲裁的监督机制近年成为法学界、仲裁界关注的热点问题之一。在立法争鸣专栏中,陈安教授的《再论中国涉外仲裁的监督机制及其与国际惯例的接轨》在深入研讨外国有关法制和联合国《仲裁示范法》的基础上,针对有关学术分歧作了细致分析和充分论证,进而提出有关健全和完善中国涉外仲裁监督机制的立法建议。

期盼已久的《中华人民共和国合同法》将于1999年10月1日正式实施。在国际贸易法专栏中,姚壮教授的《试论涉外经济合同的法律适用》主要以新《合同法》的有关规定为依据,对涉外经济合同的法律适用作了理论联系实践的探讨。同栏目发表的黄雁明先生的《试评〈1990年国际贸易术语解释通则〉中译本》对该中译本的某些翻译问题提出商榷意见,对国际经贸实务和国际贸易法的教学和研究均有助益。

半个多世纪以来,西方发达国家孜孜以求,力图创立多边国际投资实体规范以保护其海外直接投资。经合组织成员国历时三载形成的《多边投资协议》(草案)是这一努力的最新发展。该协议草案目前虽然搁浅,但由于一些发达国家力主将其纳入世界贸易组织体制内重新启动,其发展历程及最新动向值得各国关注。本卷国际投资法专栏发表的赵宏博士的《略论〈多边投资协议〉》和陈辉萍博士的《〈多边投资协议〉谈判的回顾与展望》提供了这方面的翔实信息和独到分析。同栏目中,石静遐博士的《用尽当地救济规则与国际投资争议的解决》考察了双边投资条约、国际法院ELSI案例和《国家责任公约草案》等国际实践对用尽当地救济规则的态度,进而提出中国对该规则的现实态度和具体对策。顾敏康先生的《试论外商投资股份有限公司的若干法律问题》则研讨了此种新外资组织形式的特征、有关法律衔接与实施问题。

在国际金融法专栏中,李仁真教授的《论巴塞尔协议的原则、

框架和性质》对该专题作了较深入的探讨,为国内银行业及其监管机构借鉴巴塞尔原则及标准进行风险管理和审慎管理、健全和完善我国银行法律制度提供了有益的参考。朱宏文先生的《论国际保理的法律基础》则分析了国际保理的法律基础、法律要求及其引起的权利冲突问题。

在国际税法专栏中,朱炎生博士的《第三国居民套用税约的法律管制措施评析》对管制第三国居民套用税约的国际法依据、国际和国内措施以及我国的相关法律管制等作了较系统的评介。

鉴于仲裁是处理国际经济争端的最主要方式之一,国际经济争端处理法专栏集中推出三篇理论紧密联系实际的研究中国涉外仲裁法制的论文:郭晓文先生的《商事仲裁中仲裁员的独立性》考察了在不同法律体系背景下有关该论题的法律规定和实践,并分析了中国的有关国情;王生长先生的《外国仲裁裁决在中国的承认和执行》以丰富的第一手资料客观评述了中国承认和执行外国仲裁裁决的法律与实践,并提出了中肯的建议;陈敏先生的《外国人关心的中国仲裁问题》则以中国有关法律为根据,就外国商人和律师对中国仲裁提出的 21 个问题,作了简明扼要的答复。此外,同栏发表的李剑先生的《因特网上域名争端的法律分析》探讨了随科技发展产生的域名与商标、商号的竞合问题及解决方法。

本卷学术动态专栏收辑了孙南申教授、陈立虎教授等人撰写的《中国国际经济法学会 1998 年年会暨学术研讨会综述》。

《论丛》自 1998 年问世以来,得到全国国际经济法理论界和实务界的热情关心、充分肯定和鼎力支持。编者欢欣鼓舞之余,倍感责任重大,将一秉《论丛》宗旨,兢兢业业,为国际经济法学术的繁荣和中国改革开放事业的发展作出应有的奉献。

编 者

1999 年 6 月 30 日

目 录

1	国际经济法理论	
1	论国际经济法的发展	曾华群
43	理一分殊 ——刍论国际经济法	王贵国
116	论软法在调整国际商事交易中的作用 ——兼论国际组织和学术团体在国 际商事立法中的作用	赵秀文
129	立法争鸣	
129	再论中国涉外仲裁的监督机制及其与 国际惯例的接轨 ——兼答肖永平先生等	陈 安
231	国际贸易法	
231	试论涉外经济合同的法律适用	姚 壮
247	试评《1990 年国际贸易术语解释通 则》中译本	黄雁明

263	国际投资法	
263	略论《多边投资协议》	赵 宏
294	《多边投资协议》谈判回顾与展望	陈辉萍
309	用尽当地救济规则与国际投资争议的解决	石静遐
329	试论外商投资股份有限公司的若干法律问题	顾敏康
343	国际金融法	
343	论巴塞尔协议的原则架构和性质	李仁真
364	论国际保理的法律基础	朱宏文
382	国际税法	
382	第三国居民套用税约的法律管制措施评析	朱炎生
428	国际经济争端处理法	
428	商事仲裁中仲裁员的独立性	郭晓文
470	外国仲裁裁决在中国的承认和执行	王生长
526	外国人关心的中国仲裁问题	陈 敏
543	因特网上域名争端的法律分析	李 剑
555	学术动态	
555	中国国际经济法学会 1998 年年会暨学术研讨会综述	孙南申 陈立虎等

国际经济法理论

论国际经济法的发展

曾 华 群

目 次

- 一、西方国家国际经济法研究述略
- 二、中国国际经济法学的创立与发展
- 三、关于国际经济法的分歧与共识
- 四、国际经济法是独立的法律部门
- 五、促进中国国际经济法学的进一步发展

在世界范围,国际经济法作为独立的法律部门,形成于 19 世纪末;国际经济法学作为独立的法学学科,直至第二次世界大战后才逐渐形成和发展起来。1978 年中国实行改革开放政策以来,国际经济法学在中国应运而生,蓬勃发展,取得了令人瞩目的丰硕成果。本文在评述国际经济法学在西方国家和中国的产生和发展、关于国际经济法的分歧与共识的基础上,初步探讨国际经济法的法律部门地位和中国国际经济法学的进一步发展问题。

一、西方国家国际经济法研究述略

虽然调整国际经济交往活动的法律规范历史悠久,国际经济法(international economic law)作为一个法律分支或法律部门的概念,延至二战后才引起西方国家法学界的普遍重视和承认。相应地,作为一个新兴的法学部门,国际经济法的教学和研究也在西方国家法学界首先发展起来。

(一)英 国

英国国际法学界较早将国际经济法作为国际法的新内容进行教学和研究。

在奥本海(Oppenheim)、布莱里(Brierly)、麦克奈尔(McNair)等国际法学者的国际法著作中,尚无国际经济法的内容,因为这些著作出版于国际金融组织和国际贸易体制成立之前。在由沃尔多克(Waldock)编的《布莱里国际法》的最新版本中开始有论述国际劳工组织的内容,国际货币基金组织和世界银行也被列为联合国的专门机构。劳特派特(Lauterpacht)在詹克斯(C. W. Jenks)博士协助下,在《奥本海国际法》的最新版本中,增添了简介国际货币基金组织、世界银行和关税及贸易总协定的附录。

1948年英国伦敦大学的“国际经济法”教学大纲第一次试图表述国际经济法的内容。其列举的专题包括:待遇标准,特别是国民待遇和最惠国待遇标准;海外财产的保护;商务条约,金融协定,国家贷款和其他国家契约;卡尔沃条款,国际金融管制措施, Potter 公约;对敌通商法,军事占领下的国际经济与金融法;中立财产的保护和赔偿的法律;国际经济与金融组织的法律。伦敦大学施瓦曾伯格(Schwarzenberger)教授认为,上述不同专题的共同特征是,均属具有“显著经济因素”(predominant economic element)的国际

法专题。^①

在英国国际法学者中,施瓦曾伯格教授最先阐述了国际经济法的概念,其发表于1948年的论文“国际经济法的原则与标准”在欧洲影响甚广。1970年,他在《经济的世界秩序》中将国际经济法定义为“国际法的分支,它涉及自然资源的所有权和开发,商品的生产与销售,经济或金融性的无形国际交易,货币和金融,有关服务以及参加此种活动的实体的地位和组织”。^②

詹克斯(Jenks)虽未直接使用“国际经济法”这一用语,也是最早确认国际经济法的国际法学者之一。他在1954年发表的论文“国际法的范围”中指出,“调整国家之间经济关系的规则,包括有关金融和一般经济政策的义务、一国对他国造成有关经济损失或损害的责任以及国家之间的金融交易”。他后来在其专著《普通法》(The Common Law)中提出了“国际经济关系法”(law of international economic relationships)的三项原则,即:取得外国人权利的原则;事前与他国协商原则;对他国造成损害的责任原则。^③

F. A. 曼勒(F. A. Mann)在其专著《货币的法律问题》(The Legal Aspect of Money)论及国际经济法问题。鲍威特(D. W. Bowett)在《国际组织法》(Law of International Institutions)中论述了国际组织的制度和结构。

最新的国际经济法著作是福克斯(Hazel Fox)主编、于1988年和1992年出版的《国际经济法与发展中国家》第1、2卷,对国际

① 参阅 F. V. Garcia Amador:《形成中的发展的国际法——国际经济法的新领域》(The Emerging International Law of Development, A New Dimension of International Economic Law), Oceana Publications, 1990年,第18—19页。

② 参阅 Hazel Fox 主编:《国际经济法与发展中国家——若干问题》(International Economic Law and Developing States: Some Aspects), 英国国际法与比较法研究所(The British Institute of International and Comparative Law), 1988年,第1页。

③ 参阅 F. V. Garcia-Amador, 前引书,第19页。

经济法的定义、渊源、原则等专题作了较全面的理论探讨。

值得注意的是,一些英国国际法学者在研究中虽然也涉及国家之间经济行为,但否认国际法对国家之间经济关系的一般调整。换言之,他们仍然坚持传统国际法只限于调整国家之间政治关系的立场,否认国际法中包含调整国家之间经济关系的规范。如奥康内尔(O'Connell)在其1970年出版的《国际法》中以“有关货币主权的责任”为题,专章论述有关货币政策的国际法规则和控制各国金融政策的国际组织机制。他在确认该主题时称:“货币是经济的概念,其法律特征是颇有争议的”,“在国际公法著作中,货币被关注的范围仅在于,货币不再成为国内事项而是涉及各国的安全”。显然,这种方式不是研究国际法对国家经济行为的正式调整,而是将国际法局限于对国家违反非经济规范行为的控制。

此后一段时期,尽管通过国际货币基金组织、世界银行和关税及贸易总协定调整各国经济关系已成为国际社会的新特征,英国一些国际法学者仍沿袭上述局限性的研究方法。他们主张,除非经济制裁用于控制威胁或违反国际和平,或者一国对外国人的待遇导致外国人财产被征收和不充分补偿,国际法不得调整贸易或货币事项。这种观点也反映在一些国际法著作中。例如,哈里斯(Harris)和肖(Shaw)的国际法著作未设专章论述国际货币基金组织、世界银行或关贸总协定。布朗里(Brownlie)在其《国际公法原则》中亦循此方式:外国投资和征收问题只是在“对外国人及其财产的损害”中提及;对外国人适用贸易限制只是在管辖权项下简述;对经济制裁未作专门论述;对联合国、国际货币基金组织和世界银行也着墨甚少,可见,作者并未将上述内容作为国际法的重要

内容。^④

(二)法 国

法国国际经济法的教学和研究是在法国国际法协会的直接推动下开展起来的。

自 1979 年法国国际法协会举办奥尔良国际经济法研讨会后,相继出版了一些有关国际经济法的教材,例如,卡罗(D. Carreau)、朱亚尔(P. Julliard)和弗洛里(T. Flory)的《国际经济法》(Droit International Economique),布朗热(M. Belanger)的《国际经济制度》(Institutions Economiques Internationales)等。一般的国际公法教材也包括有关贸易和金融政策的国际法制导论,例如,在科奥(N. Quoc)、戴利尔(Daillier)和佩莱(A. Pellet)的《国际公法》中,有关贸易和金融的国际法问题的论述占了相当的篇幅。^⑤

在法国国际经济法学界中,卡罗等合著的《国际经济法》影响最大。他们主张,国际经济法是作为国际经济秩序法出现的国际公法新分支,它一方面调整各国领土上来自外国的生产因素,即外国人和外国资本,另一方面也调整各种财产、劳务和资本的国际交易,即对国际经济贸易活动实行国际性的调整。具体而言,国际经济法律规范可划分为国际(跨国)定居创业法,国际(跨国)公、私投资法,国际经济关系法,国际经济组织法和区域经济共同体法。^⑥

有关发展的问题成为国际经济合作和组织的主要问题之一,相应产生了有关的法律制度,因此扩大了国际经济法的范围。在

④ 参阅 Hazel Fox 主编:《国际经济法与发展中国家——导论》(International Economic Law and Developing States, An Introduction),国际经济法系列第 2 卷(International Economic Law Series Vol. II),英国国际法与比较法研究所(The British Institute of International and Comparative Law),1992 年,第 4—6 页。

⑤ 参阅 Hazel Fox 主编,前引书,第 2 卷,第 7 页。

⑥ 参阅陈安主编:《国际经济法总论》,法律出版社,1991 年,第 80—82 页。

法国国际法协会有关“国际经济法问题”的奥尔良研讨会上,韦伊(P. Weil)认为,国际经济法已成为目标法(droit de finalite),即“发展与评估的经济政策所需的框架”。^⑦

(三)德 国

与英、法不同,德国的国际经济法研究是在经济法研究的基础上兴起的。

早在战前,德国学者哈姆斯(B. Harms)从20世纪以来国民经济与世界经济相互对立这一经济事实出发,试图在原有国际法和国内法体系之外,建立新的法律体系。他把经济法分为世界经济法和国民经济法。世界经济法指调整国家之间经济关系的法律规范,属于国际法范畴。国民经济法则属国内法范畴,分为两类:一是调整各国境内私人之间和私人与其本国之间经济关系的法律规范,称为内部国民经济法;另一类是调整一国私人与他国私人经济关系的法律规范,称为外部国民经济法。国际经济法与传统国际法不同,是包括属于国际法范畴的世界经济法和属于国内法范畴的外部国民经济法的一种新的法律体制。^⑧

艾尔勒(G. Erler)也是欧洲最早试图表述国际经济法内容的国际法学者之一。他列举属于国际经济法领域的三方面事项:(1)国际贸易、特别是关税、对外商务和移民的法律以及国际协调和自由化的法律;(2)金融协议的法律,特别是调整货币的法律以及调整货币金融自由化和协调的法律;(3)国际经济干预的法律,特别是调整津贴、投资、卡特尔和销售的法律以及国际经济一体化

^⑦ 参阅 F. V. Garcia-Amador, 前引书, 第23页。

^⑧ 田中耕太郎:《世界法的理论》,1952年,第510页以下。转引自姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社,1985年,第5页。

组织在经济援助、关税优惠等方面的法律。^⑨

彼特斯曼(E.-U. Petersmann)将“经济的国际法”(the international law of the economy)与其提出的“国际经济法律”(the law of the international economy)比较,认为后者是“世界经济的民间、国家和国际规则的功能性统一体”(a functional unity)。^⑩ 它本身表现为私法(包括“商法”和“跨国商法”)、内国法(包括冲突法)和国际公法(包括欧共同体法)的混合物,具有多种形式,诸如多边和双边条约、行政协定、由国际组织通过的“第二级法律”、君子协定、中央银行安排、原则的宣示、决议、建议、习惯法、一般法律原则、事实上命令、国会法令、政府法令、私法判决、私人契约或商务惯例。^⑪

(四) 美 国

战后美国法学界对国际经济法的研究特点是,着重研究私人、特别是跨国公司跨国经济活动的法律问题,认为只有“跨国法律问题”(transnational legal problems)这一用语,才能如实反映国际经济关系中法律问题的特点。因为现代国际经济交往活动,不限于在国家之间、国际组织之间进行,更大量的是私人、特别是跨国公司跨越国境的经济活动。由于“国际”(international)的本义是指“国家之间”(between nations)或“政府之间”(inter-governments),该用语已不能用于表达包括国家、国际组织和私人为主体的国际经济关系。只有用“跨国”(transnational)这一用语,才能准确概括当前国际经济关系及其活动的特点。

1956年,杰塞普在其著作《跨国法》中,系统阐述了“跨国法”

⑨ 参阅 F. V. Garcia-Amador, 前引书, 第 20 页。

⑩ 参阅 Hazel Fox 主编, 前引书, 第 2 卷, 第 13 页。

⑪ 参阅 Sergei A. Voitovich, 《国际法律程序中的国际经济组织》(International Economic Organizations in the International Legal Process), Martinus Nijhoff Publishers, 1995 年, 第 6—7 页。

理论。所谓“跨国法”，是指调整跨越国境活动的法律规范，“不仅包括民法和刑法，也包括国际公法和国际私法，而且还包括国内法中其他公法和私法，乃至不属于上述范围的其他法律规范”，“传统的国际公法、国际私法、关于国家契约的法律以及国际行政法等，均将构成跨国法这一独立法律部门的各个分支”。他通过案例分析，特别是分析外国私人与东道国签订特许协议时所面临的法律选择等困难，指出采用“跨国法”这一概念，“可以广泛地包括调整适用于跨越国境而发生的事件和行为的法律”，“这样，就具体案件来说，就不用担心是适用公法或适用私法”，可获得解决现实问题的最适当最必要的方法。^⑫

1964年，沃尔夫冈教授指出，应注意“在许多现代国际经济交往中公与私因素的解释”和公法与私法的混合，并提倡采用处理这种不可逆转现象的国际法新技术。^⑬

斯泰纳和瓦格茨在1968年合著的《跨国法律问题》中较具体地阐述了跨国法体系。他们认为，该书论述的课题来自许多学科，以具有“跨国性”(transnational character)和“涉法性”(law-related character)为连结点而融为一体。它们涉及的学科，不仅包括国际公法、国际组织法、冲突法、比较法，还包括了宪法、经济法以及法理学和某些政治学理论。其中许多课题本身具有明显的国际性或跨国性，另一些课题虽属于一国国内的法律体制，但具有涉外性。这些国内法的涉外部分，连同国际公法和国际组织法，共同构成了跨国法的学术领域和有关的法律结构，用于调整国家之间或不同国籍私人之间的法律关系。该书论述的内容涉及各国政府之间的

^⑫ 参阅杰塞普：《跨国法》(Transnational Law)，1956年，第2、4、7、15、71、106—107页。转引自姚梅镇，前引书，第6—7页。

^⑬ 参阅 Stephen Zamora：《存在习惯国际经济法吗？》(Is There Customary International Economic Law?)，载于《德国国际法年刊》(German Yearbook of International Law)，第32卷，1989年，第14页。

关系,也涉及私人与国家之间的关系;不仅包括跨国投资、贸易等经济方面的法律课题,也包括跨国的人权保护、控制国际违法行为、国际刑法的域外效力、跨国司法协作等课题。^⑭

卡茨和布鲁斯特在其 1976 年的著作中指出,传统法学的片面性在于忽视国际法与国内法之间的相互联系和相互作用,国际法只侧重国际法秩序的政治方面。而新的研究方法打破了国际私法、国际公法、比较法之间及其与国内法之间相互隔绝的界限,进而研究国际法秩序的政治和经济两个方面,着重研究国际法与国内法之间相互渗透的作用,把私人、国家和国际组织相互之间的国际交易关系中的一切法律问题作为研究对象。他们提出“国际交易关系法”(law of international transaction and relations)的概念,定义为调整国际经济交往的法律规范的总和。其中包含两类法律规范:第一类是涉外关系法,即国内法(公法和私法)、国际私法和双边条约;第二类是国际行政法,即多边条约。^⑮

杰克逊(J. H. Jackson)采用“国际经济法”的概念,认为,用于调整国际(跨国)经济关系的国际经济法,可大体分为三个层次:第一个层次是有关国家用于调整跨国经济交往活动的私法,包括合同法、货物买卖法、冲突法、保险法、公司法和海商法;第二个层次是有关国家用于管理跨国经济交往活动的公法,包括关税法、进出口管制法、产品质量和包装标准法、所得税法、优先采购国货法等;第三个层次是对跨国经济交往活动具有影响的国际公法或国际经济组织法。一般说来,此类法律规范只适用于国家之间的经济交

^⑭ 参阅斯泰纳(H. Steiner)、瓦格茨(D. Vagts):《跨国法律问题》(Transnational Legal Problems),1986年,序言第19—20页。转引自陈安主编:《国际经济法总论》,法律出版社,1991年,第84—85页。

^⑮ 参阅卡茨(M. Katz)、布鲁斯特(K. Brewster):《国际交易关系法——案例与资料》(The Law of International Transactions and Relations: Cases and Materials),1976年,转引自姚梅镇,前引书,第7—8页。