

国际经济法

论丛

第3卷

JOURNAL OF
INTERNATIONAL
ECONOMIC LAW VOL. 3
■ 陈安 / 主编

法律出版社

国际经济法论丛

第3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3卷/陈安主编. - 北京:法律出版社,2000.7

ISBN 7-5036-3136-8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 62325 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/陶松	责任校对/杜进
印刷/民族印刷厂	
开本/850×1168毫米 1/32	印张/17.375 字数/430千

版本/2000年8月第1版	2000年8月第1次印刷
印数/0,001—4,000	

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座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 7-5036-3136-8/D·2857
定价:29.00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优秀学术著述的辑录,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,借鉴国外的先进立法经验和最新研究成果,深入研究和探讨国际经济关系各领域的重要法律问题,推动我国国际经济法教学与科研的发展,并为我国积极参与国际经济法律实践以及我国的涉外经济立法、决策和实务操作,提供法理依据或业务参考。

本卷是《论丛》第三卷,共设七个专栏:经济全球化与国际经济法、国际贸易法(含 Incoterms 2000 专题等)、国际投资法、国际税法、国际海事法、国际经济争端处理法及学术动态。

经济全球化已形成世界性的潮流。人们开始意识到,这是一柄锋利的“双刃剑”:它既给人类的共同繁荣与发展提供了空前的机遇,也给世界经济带来了严峻的挑战和巨大的风险。面对这股迅猛的浪潮,作为发展中国家的法律学人和国际经济新秩序的促进派,应当如何保持清醒的头脑,既放眼全球,又立足本国,从法律体制兴革的角度认真反思趋利避害的方略和对策,已成为当务之急。本卷特辟经济全球化与国际经济法专栏,发表王贵国教授的《经济全球化与中国法制兴革的取向》和焦津洪教授的《经济全球化及其对国际经济法的挑战》,期望进一步引起深入的讨论。

Incoterms 是长期以来被广为采用的国际贸易惯例,其最新修

订版本《Incoterms 2000》的出台,使它更趋完善,更能适应当前国际贸易发展的实际需要。本卷在国际贸易法专栏中,特设《Incoterms 2000》专题,针对国际商会第六次修订、并于2000年1月1日开始生效的《国际贸易术语解释通则》,发表系列性评介佳作,含魏家驹先生和魏馨女士的《〈Incoterms 2000〉的修订背景及法律思考》、姚壮教授的《从国际商事仲裁实践看〈Incoterms 2000〉的应用》和严思忆教授的《〈Incoterms 2000〉及其与〈UCP No. 500〉的关系》。这三篇文章,是作者根据自己近来在全国各地巡回讲学的讲稿整理而成,他们从不同角度分别剖析了《Incoterms 2000》的内涵及应用要领,相信对我国相关实践有较高的参考或借鉴价值。同栏目中,朱学山教授的《中国新〈合同法〉与国际货物买卖》,在比较研究我国新《合同法》与国际惯例及国际条约关系的基础上,指出我国新《合同法》的出台,为我国国际贸易当事人提供了更广阔的法律适用选择空间和更有力的法律保护武器。薄守醒先生的《英美法中的“对价”与法国法中的“约因”》,较深入地探讨了西方国家合同法中的“对价”及“约因”理论,郑重提醒我国对外经贸实务界在与有关国家外商订立经济合同时不可忽视这一似乎不起眼的“细节”。孟国碧女士的《票据权利“善意取得”制度比较研究》,则通过对两大票据法系及我国票据法有关规定的比较研究,探讨了作为国际贸易支付重要工具的票据在流通中常遇到的有关票据权利“善意取得”的重要法律问题。

在国际投资法专栏中,李万强博士的《ICSID管辖权行使的法律实践与中国的对策》,研究分析了ICSID行使管辖权的范围和根据,并在此基础上,提出我国对ICSID争端解决机制应持的态度及正确运用该机制应注意的事项。陈辉萍博士的《〈多边投资协定〉与国际投资自由化》,则对《多边投资协定》所规定的外资待遇从一般原则到具体规则作了较全面的介绍与分析,并就《多边投资协定》所倡导的外资待遇对国际投资自由化及有关国家的影响作

了较深入的研讨。

跨国电子商务的发展使传统的国际税收法律制度受到严峻的挑战,如何正视现实,创设适应跨国电子商务的课税体制,是各国共同面对的难题。在本卷国际税法专栏中,朱炎生博士的《跨国电子商务活动对常设机构概念的挑战》,就作为划分征税权重要标准的常设机构原则能否继续适用于跨国电子商务的税收分配问题作了较全面、深入的探讨。刘永伟副教授的《论电子商务的国际税收管辖权》,则考察了西方一些国家和国际组织对电子商务税收管辖权的政策取向及其出发点,并在此基础上,提出我国作为电子商务净输入国所应坚持的立场。

在本卷国际海事法专栏中,何春霁女士的《海商法中认定承运人迟延交付的时间标准》,从法律规定、审判实践到学者论说等不同角度,对承运人迟延交付时间的不同认定标准作了较深入的评析,进而提出了相关立法建议。Thomas J. Schoenbaum 著,李章军、陈辉煌先生翻译的《海上保险法之最大诚信原则——美国法与英国法之比较研究》,则就英美两国海上保险法及相关判例对最大诚信原则的理解及运用上的异同,作了全面的比较研究。

如何有效运用有关的国际争端解决机制,维护自身的合法权益,当是参与国际经贸活动的重要一环。在本卷国际经济争端处理法专栏中,张乃根教授等的《论 WTO 争端解决机制的若干问题》,较深入地剖析了 WTO 争端解决机制中的期间评审程序、举证责任、第三方当事人的权利以及在反倾销领域中的主要程序等问题,当有助于国人进一步了解这一全球性的争端解决机制,并在“入世”后尽快加以正确利用。黄雁明先生的《商事仲裁中正当程序问题反思——兼评中国国际经贸仲裁委新规则》,通过对一宗仲裁实例的剖析,指出仲裁庭应严格遵循仲裁中的正当程序和自然正义原则,尽量从程序方面做到无懈可击,以防被指控为违反正当程序或“显然漠视法律”,从而影响裁决的执行。肖志明先生和谢

卫民先生的《案例质疑:三项涉外仲裁裁决司法审查实践评析》,以若干典型案例,透视当前某些法院对涉外仲裁裁决不适当地裁定撤销或不予执行的事实,冀能借此唤起有关部门的紧迫感,注意调整和完善法院对仲裁裁决的司法审查制度。何培华律师的《历史“重演”,结局迥异:“中国马牌”烟花在美国爆炸伤害案述评》,针对一宗引起国内媒体广泛报道的美方当事人索赔巨款和终于撤诉的典型案例,进行全面的剖析和总结,呼吁被诉于外国法院或仲裁机构的国内企业应敢于迎接挑战,积极应诉,以争取有利的诉讼或仲裁结果,维护自身的合法权益。

在学术动态专栏中,陈立虎教授、成晓霞副教授和石静遐博士分别从不同角度对中国国际经济法学会 1999 年年会暨学术研讨会的主要研讨内容作了概括性的综合介绍,为法学界有心人传递了新的学术信息。

《论丛》作为汇辑国际经济法研究成果的重要园地,自 1998 年问世以来,逐渐获得国内外国际经济法学界与国际经贸实务界人士日益广泛的关注、认同和支持。愿《论丛》在国内外各界同仁的共同耕耘和悉心培育下,在新的世纪里绽放更多、更鲜艳的花朵,为国际经济学术的繁荣和中国改革开放事业的发展作出应有的贡献。

编 者

2000 年 4 月 5 日

目 录

1	经济全球化与国际经济法	
1	经济全球化与中国法制兴革的取向	王贵国
15	经济全球化及其对国际经济法的挑战	焦津洪
26	国际贸易法	
26	《Incoterms 2000》专题	
26	《Incoterms 2000》的修订背景及法律思考	魏家驹、魏 馨
60	从国际商事仲裁实践看《Incoterms 2000》的应用	姚 壮
82	《Incoterms 2000》及其与《UCP No. 500》的关系	严思忆
103	中国新《合同法》与国际货物买卖	朱学山
110	英美法中的“对价”与法国法中的“约因”	薄守醒
149	票据权利善意取得制度比较研究	孟国碧

194	国际投资法	
194	ICSID 管辖权行使的法律实践与中国的对策	李万强
241	《多边投资协定》与国际投资自由化	陈辉萍
277	国际税法	
277	跨国电子商务活动对常设机构概念的挑战	朱炎生
291	论电子商务的国际税收管辖权	刘永伟
306	国际海事法	
306	海商法中认定承运人迟延交付的时间标准	何春霖
321	海上保险法之最大诚信原则 ——美国法与英国法之比较研究 Thomas J. Schoenbaum 著,李章军、陈辉煌译	
357	国际争端处理法	
357	论 WTO 争端解决机制的若干问题	张乃根、宫万炎等
407	商事仲裁中正当程序问题反思 ——兼评中国国际经贸仲裁委员会新规则	黄雁明
460	案例质疑:三起涉外仲裁裁决司法审查实践评析	肖志明、谢卫民
488	历史“重演”,结局迥异:“中国马牌”烟花在美国爆炸伤害案述评	何培华

522 学术动态

- 522 中国国际经济法学会 1999 年年会暨学术
研讨会综述 陈立虎、成晓霞、石静遐

541 附录

- 541 《国际经济法论丛》稿约
- 543 《国际经济法论丛》书写技术规范(暂行)

经济全球化与国际经济法

经济全球化与中国法制兴革的取向

王 贵 国

目 次

- 一、经济全球化要求相应的法律全球化
- 二、经济全球化对中国法制的影响：第一代改革
- 三、在“入世”形势下中国法制兴革的取向：第二代改革

一、经济全球化要求相应的法律全球化

继与美国、加拿大和欧盟就加入世界贸易组织达成双边协议后，一般估计，中国当可于 2000 年底以前成为世界贸易组织的正式成员。我们历来认为，中国加入世界贸易组织只是时间问题。之所以如此，是国际经济一体化的大势使然。经济一体化主要是指“市场”和“市场经济”的一体化。简而言之，市场包括货物、服务、资本和劳动力市场，而市场经济则是指上述几个市场是否依客观经济规律，在相对自由的条件和环境下运作，即国家政府的干预

仅限于法律和法定的市场手段。国际经济一体化的表现形式是以市场经济为特点的跨国界经济交流与交往。其条件是国际社会的成员或绝大多数成员都实行市场经济制度、通讯及运输技术和设备能够满足大规模、高频率、高速度的跨国经济交易,从而促成各国相互依赖关系的进一步加强。

经济一体化成为可能与科学技术的发展直接相关、密不可分。^① 在这方面,二次世界大战以来人类在科学技术方面,特别是80年代以来电子技术的高速发展,对国际经济一体化的形成作出了不可或缺贡献。现在,经济一体化已成为整个世界的主要趋势。在新理学看来,这便是“势”成^②。换言之,国际经济一体化已事实上存在,无论人们承认与否都毫不影响其存在。事实上,经济一体化已使得国际社会不得不对原来的行为方式和理念作出检讨。国际货币基金组织原总裁康德苏便曾直言经济一体化使国际金融和货币的稳定成为全球性的社会问题。^③ 国际经济一体化之所以重要固然是因为其将原来割裂的国家市场和区域性市场连成一个大的世界市场。但这不是简单的地方市场的连接。因为在将国家的和区域的市场转换成世界市场的过程中,国际社会各国的经济制度都或多或少地发生了变化,都完成了或是正在完成向市场经济的过渡。这便是人们通常所说的第一代改革。^④ 其结果是任何一个地方有一点风吹草动,整个市场便会受到影响。20世纪

① 关于经济一体化与科学技术的发展及其对国际经济法的影响,详见王贵国:《理一分殊——刍论国际经济法》,《国际经济法论丛》第2卷,法律出版社,1999年版,第70—75页。

② 关于新理学的基本理论及其与国际经济法的关系,见王贵国,前引文。

③ 见M. 康德苏(Camdessus):《国际金融和货币稳定是全球性公共货物吗?》,在国际货币基金组织1999年5月28日召开的科研会议上的发言。

④ 国际社会的第一代改革之提法最早由经济学者提出,后得到国际货币基金组织总裁康德苏等的支持。

末在泰国引发的亚洲金融风暴就是明证。^⑤

经济是基础,是法律和法制的基础。有什么样的经济关系就会有什么样的法律和法制。站在新理学的立场,经济关系是法律和法制的“势”。在国家经济和市场独立存在的情况下,各国的法律和法制亦相对独立。国际社会和国家社会的法律规范亦相对独立。然而,在国际经济一体化的“大势”下,全球范围的法律理念、法律价值观、执法标准与原则乃至法律和法制正在向趋同的方向迈进。这或可称之为法律的全球化。法律全球化以经济一体化为基础和前提。法律全球化是一种趋势,其内容便是全球化的“气”。^⑥

国际经济一体化要求与之相适应的法律规范,否则,跨国经济交易便不可能在有序的条件下进行。从理论上讲,调节国际经济一体化的法律规范仍可分为国际社会的和国家社会的两种。然而,在当今世界经济一体化的大势、大潮下,主权国家的国内法和国际社会的法律规范已很难截然分开。事实上,在各国相互依赖关系不断加深的情况下,各个国家的法律规范和国际社会的法律规范之间亦相互作用、互为补充、交相融和。原来在单个国家社会被认为是合法的、道德的,现在可能变成不道德的和非法的。之所以如此是因为国际社会的许多规范融入了国家社会。但这并不是说国际社会和国家社会的界限已经不分,也不是说国际社会的全部法律规范都高于国家社会的法律规范。

经济一体化发展的客观需要不以人们的意志为转移。国际社会或者国家只能选择符合经济一体化要求的制度和规范,否则便

^⑤ 参阅国际货币基金组织副总裁杉崎(Sugisaki):《亚洲经济危机与复苏及其对国际金融制度的影响》,在国际货币基金组织于1999年3月5日在澳大利亚举办的合作发展会议上的发言。

^⑥ 关于法律全球化所包含的具体内容,详见下文。

会为之付出代价,甚至是巨大的代价。仍以亚洲金融风暴为例。毫无疑问,亚洲金融风暴是经济一体化的产物。没有经济的高度一体化,便不可能有资本的高速流动;没有资本的高速流动,亚洲金融风暴也许便不会发生。然而,随着经济一体化的发展,区域性乃至全球性的金融风暴、经济危机或者其他危机还会发生,如果预防不当甚至会时有发生。但这只是指金融风暴或其他危机在国际经济一体化大环境下的必然性。至于金融风暴或者其他危机到底在哪里爆发则是不确定的。纵然如此,金融风暴首先在泰国发生然后立即波及到整个东南亚及东亚还是有其必然性的。其原因是相关国家的法律不适应国际金融市场的要求,未对跨国金融交易和资本的流动形成有效的监督。^⑦法律全球化要解决的就是如何使国际社会及其成员的法律制度和规范符合国际经济一体化发展需要的问题。这就是法律全球化必须依照的“理”。

考察法律全球化的发展趋势不能离开当今国际社会的特点。目前,包括世界贸易组织在内的国际组织和国际条约、协定的特征之一是对传统主权利,包括立法权、征税权等的限制。因此,如果说国际经济一体化是世界的主要潮流,各国法律的趋同化以及主权原则的淡化便是国际社会的大势。贯穿于此过程之中的正是第二代改革,即建立一套能使世界市场有效地良好运作的法律和制度。在第二代改革中,每个国家亦都有权利和自由选择自己的对策,但也都无法阻挡或改变此世界大潮、大势的发展。同时,任何选择都需付出相应的代价或成本。总的说来,顺应历史潮流的选择之代价应该较低,反之则较高。因此,所谓选择事实上是无选

^⑦ 亚洲金融风暴的重要起因之一系因为当地的监管机制不符合经济一体化的要求,这是国际社会的共识。见康德苏:《从九十年代的危机跨入新纪元》,1999年11月27日在马德里国际管理研究生院的讲话;另见国际货币基金组织前副总裁 A. 奥塔雷(Ouattara)于1999年3月6日在摩纳哥安全与国际和平科学院所作的题为《改革国际金融制度》的演讲,见 <http://www.imf.org>。

择下的选择。我们讲无选择是指,如同经济一体化一样,法律全球化的大势不由人选择。相关国家或地区可以选择其所采取的具体措施、所实行的法律制度,但都无法逃出代价的制约。

二、经济全球化对中国法制的影响:第一代改革

那么,国际经济一体化,特别是世界贸易组织成员资格,对中国有什么影响呢?这首先要分析中国经济、法律等制度的现状。经过20余年的不懈努力,中国在从计划经济向市场经济的转变过程中确实取得了令人瞩目的成绩。然而从整体上讲,中国尚处于第一代改革未竟,即市场经济制度尚未完全建立的阶段。这是因为,(一)政府对企业的商业行为还有过多的直接干预,如直接涉入国有企业的管理人员任免、经营等;(二)内资企业和外资企业的待遇尚不相同;(三)许多市场经济体制所必备的法律,如反垄断法等,尚未制定,有些是制定了但未执行或未有效执行。

我们说中国的改革尚处于“第一代”并非否认其在法律制度建设方面所取得的成绩。事实上,第一代改革和第二代改革是既无法截然分割又事实上互为补充的两个阶段。但两个阶段的重点不同,前者强调的是市场经济制度的建立,后者强调的是“法治”。^⑧就“法治”而言,中国尚有一段很长的路要走。

70年代末,中国执行改革开放政策之初,其面对的最大问题之一是没有一套与改革开放相适应的法律制度。无论是改革当时

^⑧ 孙中山先生曾说,“立国于大地,不可无法也。立国于二十世纪竞进之秋,尤不可以无法,所以障人权,亦所以遏邪僻。法治国之善者,可以绝贼寇,息讼争。西洋史载,斑斑可考,无他,人民知法之尊严庄重,而能终身以之耳”。转引自张国华、饶鑫贤主编:《中国法律思想史纲》(下册),甘肃人民出版社,1987年版,第512页。

的经济体制还是吸引境外的先进技术和资金都需要一套行之有效的法律。然而,在当时的历史条件下,无论是从意识形态还是从技术方面考虑,立即制定一套这样的法律都是不可能的。其结果是不断根据需要制定较为简略和主要包括原则性条文的法律。^⑨ 这些法律的特点是操作性很低,即必须辅以行政机关的实施条例或细则。因此,70年代末至90年代初,中国法律的特点是先由全国人大及其常委会通过法律,然后再由国务院及其各部委通过实施条例或细则。这就不可避免地扩大了原已过度膨胀的行政自由裁量权。久已为世人所诟病的腐败不能不说与此直接相关。

70年代末至90年代初,中国法律的另一特点是内外有别。这一时期的法律和法规几乎是志在建立两套法律制度,一套适用于具有涉外因素,一套适用于不具有涉外因素的情势。^⑩ 其结果是将境内的企业和个人置于不利的竞争地位,打击了这些企业 and 个人的积极性。这也为亏损的国有企业提供了经营不善的借口。

这一阶段立法的另一特点是过于强调中国本身的个性且缺乏统筹安排;许多法律、法规的制定都是为了一时之需,不具有系统性和前瞻性。^⑪

20世纪90年代初,中国政府宣布建立社会主义市场经济。此后,中国的立法开始大量吸收境外法律的条文、立法精神乃至法律价值观。^⑫ 例如,从整体上讲,《公司法》与美国、香港等普通法

^⑨ 例如,《中外合资经营企业法》只有43条,《外资企业法》只有24条。

^⑩ 《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《涉外经济合同法》以及与税务、商务争端解决等相关的法律、法规、规则等都是这种模式。

^⑪ 例如,1986年通过的国务院《关于鼓励外商投资条例》及各部委当时通过的实施细则和一些地方性法规就是为了回应当时外界对中国投资环境的批评。立法强调中国的个性一方面受到当时中国学界主张中国属于社会主义法系的影响,另一方面亦受制于意识形态“姓资姓社”的论战。

^⑫ 1993年通过的《公司法》、1998年通过的《证券法》以及1999年通过的《合同法》都是这方面的代表之作。

国家和地区的规定极为相似。但关于公司监事会和监事的安排则显然是借鉴于德国等大陆法系国家的制度。《证券法》亦直接受到香港地区法的影响并对香港地区在亚洲金融风暴中暴露出来的法律漏洞或不当之处作出了防范性安排。《合同法》中关于要约、承诺、标的物的提存等规定都与大陆法系的契约法一致。而关于缔约前责任的规定则与普通法系的侵权责任的相关规定雷同。

20世纪90年代中以来,中国新通过的法律基本上是逐步缩小或取消原来内外有别的现象。例如,90年代初的税制改革使境内企业和境外企业受到基本相同的待遇。1993年的《公司法》、1994年的《仲裁法》、1995年的《商业银行法》以及1999年的《合同法》等在适用方面都不再区分境内和境外当事人。这种立法取向有利于企业间的竞争、有利于建立市场经济。

近年来中国立法的另一趋势是法律条文较为详细、具体,并在一定程度上有前瞻性。无论是从立法技术上还是从法律本身的规定讲,这都使中国的立法和法律更接近发达市场经济国家和地区的习惯。^⑬这对于促进中国同境外的经济交易与交流以及提高交流的层次都将颇有裨益。详细的法律条文会使法律的解释比较确定、具体,从而直接起到限制行政自由裁量权的行使,间接起到反腐倡廉的作用。

综观中国过去20年法律制度改革的历程,大量的从境外移植、借鉴的法律主要集中在经济商务方面。公法方面,司法程序、司法原则和标准等的借鉴和移植则并不多见。这主要是政治制度和意识形态使然。对国际社会而言,过去,其在中国的法制建设中扮演的是被动的角色。中国加入世界贸易组织后的情况则不同。

^⑬ 中国的《公司法》、《证券法》、《商业银行法》、《合同法》等都比较详尽且能反映国际社会,特别是发达国家法律的主流。