

二十世纪中国国际 贸易法回顾

周汉民

站在世纪之交,千年晋位的历史转折点,作为中国国际贸易法学的教学和理论工作者,有一项神圣、紧迫而艰辛的历史使命,就是对本世纪中国国际贸易法学的发展作出必要而恰当的历史回顾,以期达到如下三个目的,即:(1)缅怀前贤的历史功绩,启迪后学奋发努力;(2)总结中国国际贸易法学界的历史成就,以在世界国际贸易法学研究领域确立历史所赋予的应有地位;(3)展望未来世纪的中国国际贸易法学发展,并提出既艰深又必须突破的相关理论问题。

一、中国国际货物贸易法的历史回顾

1949年中国对外贸易法学的发展体系未成,论述鲜见。1949—1978年,是历史空白。改革开放以来:

我国国际贸易法开端于改革开放以后。主要的综合性著作有:沈达明、冯大同、赵宏勋主编的《国际商法》;沈达明、冯大同主编的《国际贸易法》(北京大学出版社1983年版);陈安主编的国际经济法系列著作中的《国际贸易法》(鹭江出版社1987年版);沈达明、冯大同主编的《国际贸易法新论》,法律出版社1989年版(高等学校法学试用教材);赵承璧主编的《国际贸易法律》(中国对外经济贸易出版社1986年版);冯大同主编的《国际商法》(对外贸易教育出版社1991年出版);周汉民主编的《国际贸易法》(上海教育出版社1995年版);王传丽主编的《国际贸易法》(法律出版社1998年版——司法部九五规划高等学校法学教材)等。还有任荣明主编的《国际贸易法》(北航出版社1991年版)。

阐述国际贸易法的专门性著作则从国际贸易法的各部门阐述国际贸易法,如从国际货物贸易、技术贸易、世界贸易组织等方面对国际贸易的专门法律问题进行阐述。其中最突出的有姚梅镇先生主编的《国际经济法概论》和曹建明先生主编的《国际经济法》。

其他国际经济法的学者在其著作中,以专章等形式对国际贸易法作了专门的阐述。

介绍国外国际贸易法律理论与实务的著作也引进国内。如《CIF与FOB合同》、《出口贸易》、英国霍克的《国际贸易法》、著名国际贸易法学者施米托夫的《国际贸易法》。

国际贸易法方面的论文无论从数量上还是质量上都较多。见诸《中国国际法年刊》、《民商法研究》、《国际经济法论丛》、《中国法学》、《法学研究》等法学类杂志以及各大学主办的刊物,如《国际商务》、《国际商务研究》、《对外经贸探索》等,和有关国际贸易的专门性杂志,如对外经济贸易部主办的《国际贸易》、《国际贸易问题》、《国际经济合作》等。

笔者之所以不厌其详地对改革开放以来我国学者的论著作一概要的陈述,一是为表达对邓小平所倡导的改革开放的基本路线的崇高敬意,二是为表达对上述中国国际贸易法学界的先辈的崇高敬意。

改革开放使我国的对外贸易发生了巨大和深刻的变化;改革开放使依法治国真正成为建国方略、基本目标;改革开放使我国法学工作者得以真正解放思想,实事求是,在对外贸易法领域进行前所未有的大胆探索和具有创造性的研究。

第一,在中国国际货物贸易法领域内,我国学者的主要贡献是在国际货物买卖管制法的理论发展方面有相当突破,主要体现在(1)关于国际货物买卖管制法的性质;(2)关于国际货物买卖管制法的体系结构;(3)关于我国的国际货物管制法制;(4)关于资本主义国家的外贸体制研究;(5)关于双边贸易条约和协定;(6)关于反倾销和反补贴法;(7)关于 GATT 和 WTO;(8)关于国家贸易区域体的法律问题;(9)关于管制限制性商业做法的法律;(10)关于产品责任法的研究。

第二,在国家货物贸易运输法方面的主要突破见诸于:(1)魏文达教授 1984 年出版的《海商法》;(2)张既义教授 1983 年出版的《海商法概论》;(3)吴焕宁教授主编的《海商法》;(4)沈达明、冯大同教授 1989 年出版的《国家贸易法新论》;(5)姚梅镇教授 1988 年出版的《国际经济法概论》;(6)司玉琢教授 1995 年出版的《海商法详论》。

其理论突破主要在对《威斯比规则》和《海牙规则》的认识程度:责任限制的认识,见之于魏文达和司玉琢教授的专著;对“喜马拉雅条款”有了新的认识,见之于司玉琢的专著;对“权益失衡”问题有了新的警醒,见之于王传丽教授的专著;对《汉堡规则》与《威斯比规则》的认识问题见之于司玉琢教授和王传丽教授的专著。

尤其要指出的是我国国际贸易法学界对 1993 年 7 月 1 日生效的我国首部海商法的制订和通过有巨大的贡献。《海商法》目前所载有的六项内容是我国学者的具体贡献。比如对现代化的集装箱运输作了相应规定;对包括海运方式在内的国际运输联运作了扼要规定;对尚未生效的《一九八九年国际救助公约》中包括的“特别补偿”等重要条款纳入我国海商法,以鼓励海上救助保护海洋环境的需要,作了相关规定;对海事赔偿责任参照了《1976 年海事赔偿责任限制公约》的规定;对船舶融资提供了法律条件;对特别提款权的适用作了相关规定;此外,在海运提单的格式、作用与性质、种类、承运人的责任、提单其他条款的解释、海运单据的概念和电子单据的概念等问题上,我国学者的理论建树已经与国际主要的海运国家相关论著相当接近。

第三,在货物贸易相关法制研究中,对信用证的法律问题进行研究,推而广之是对国际货物贸易支付手段进行法律研究,在此,我们特别要提到如下 7 本著作:1982 年沈达明、冯大同教授的《国际贸易法》;1984 年刘丁教授的《国际经济法》;1987 年陈安教授的《国际贸易法》;1988 年姚梅镇教授的《国际经济法概论》;1989 年韩德培教授的《国际私法》;1994 年吴百福教授的《贸易清算国际惯例》;1997 年梅清豪教授的《外贸信用证实务》。此外,我们要特别提到有三篇论文具备全国性的影响,一是高子才的《信用证实务的几个法律问题的探析》,二是郭同汀的《国际跟单信用证交易中买方的开证责任》,三是张雪战、张朝阳的《论信用证交易的独立抽象性原则和欺诈除外原则》。在中国对信用证问题的研究,法学学派形成了和国际相一致的以下七大流派:契约说学派、保证说学派、要约接受说学派、禁止反悔说学派、转让说学派、代理说学派和商业特殊行为说学派。

第四,反倾销问题的研究。在此问题上,我国学者已有了相当的深度、广度和力度的研究。主要有以下 9 本专著:《国际反倾销法律与实务》,张玉卿编著,1993 年,中国对外经济贸易出版社;《国际反倾销理论与实务》,高永富编著,1994 年,中国纺织大学出版社;《欧美反倾销法对策》,张慧龙编著,1993 年,吉林科学技术出版社;《反倾销国际惯例》,盛建明编著,1994 年,贵州人民出版社;《反倾销法研究》,范健编著,1995 年,南京大学出版社;《国际反倾销法律案例与对策》,杨坚编著,1996 年,南开大学出版社;《日本反倾销法》,长城对外经济律师事务所王君译;《西方国家反倾销法与实务》,王承斌主编,1996 年,中国对外经济贸易出版社;《倾销与反倾销法论》,彭文革、徐文芳著,1997 年,武汉大学出版社。至于相关的论文更是不计其数。

随着中国第一部《反倾销与反补贴条例》的颁行,随着中国第一例反倾销案例的初裁结果的见晓,中国学者对反倾销问题的研究主要形成如下 4 个方面的理论突破:(1)关于反倾销的概念基本理论是相左的,但又是相互弥补的。我个人特别赞赏这样的学理上的不同以及学理上的争鸣。第一个重要的定义载入 1989 年姚梅镇先生所著的《国际经济法概论》,但是对姚先生的定义同样是武大的学者彭文革教授对此提出了不同的意见并且指出姚梅镇先生的相关定义存在三个不足;此外,南开大学王承斌教授对反倾销问题也作了相关的定义上的阐释和突破;(2)在反倾销法的渊源上有了突破;(3)在反倾销法的特征问题上;(4)在反倾销法的基本原则问题上。这一理论突破是由王承斌教授所作出的。原则一是消除价格歧视保障公平贸易,原则二是采取反倾销措施不应成为国际贸易的不合理障碍,原则三是运用反倾销法要注意发展中国家的贸易、发展和资金的特殊需要。

第五,对国际商事仲裁的理论研究有了新的突破。本世纪初一直到 80 年代前,我国重要的民商法论著得出的结论是几近空白。无论是陈顾远的《国际私法商事论》,唐纪翔的《中国国际私法论》,还是翟楚的《国际私法纲要》都没有对仲裁问题有过论述。

相关的理论突破是在改革开放之后,1982 年 6 月沈达明、冯大同、赵宏勋教授所著的《国际商法》是中国研究国际商事仲裁最早的成果。1982 年 2 月中国社会科学院法学所主编的《外国仲裁法》是我国对国际仲裁的相关公约、法律和规则汇编的最主要成果。而 1992 年 6 月程德钧主编的《涉外仲裁与法律》是中国研究国际商事仲裁问题新的高峰。但是这 20 年中对国际商事仲裁最具理论突破的是 1994 年李玉泉主编的《国际民事诉讼与国际商事仲裁》,该书实现如下实质性突破:(1)关于“国际”的含义;(2)关于“商事”的含义;(3)关于国际商事仲裁的性质与特点;(4)关于国际商事仲裁的国际立法;(5)临时仲裁机构与常设仲裁机构的联系与区别;(6)关于国际商事仲裁的法律适用;(7)关于国际商事仲裁协议;(8)关于国际商事仲裁条款的自治权理论;(9)关于国际商事仲裁程序;(10)关于国际商事仲裁裁决的承认与执行。最新的成果是 1995 年赵威的专著《国际仲裁法理论与实务》。

在此,我要特别介绍中国涉外仲裁问题上学界的尖锐争论。1995 年《中国社会科学》第四期陈安教授发表《中国涉外仲裁制度评析》,而后学者肖永平发表了一篇商榷和基本反对的文章,题目是《也谈我国法院对仲裁的监督作用》。去年,陈安教授在《民商法论丛》第十卷发表的《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》。三篇文章议论的核心是对一裁终局的仲裁,终局如不公如何,终局如违法如何。三篇文章体现了中国学者治学严谨的态度和百家争鸣的应有学术空气和氛围。与国际商事仲裁紧密相关的是我国学者对调解问题的相关论著和文章。最具影响的文章有四篇:一篇是邵循怡先生的

文章《调解是解决国际经济贸易纠纷的一个好方法——中国调解实践介绍》，一篇是唐厚志先生的文章《中国的调解》，一篇是王生长的《仲裁与调解相结合解决争议》，一篇是黄松的《联合调解解决争议》。

在国际货物贸易法领域中，另一个重要方面，学者们有不同见解有相关突破的是关于国际贸易惯例的性质问题。相关论著中对此有不同解释的我作如下简括的叙述：1981 年王铁崖教授主编的《国际法》对国际惯例有过狭义的界定，1979 年出版的《辞海》对国际惯例有过界定，1986 年赵承璧教授的《国际贸易法律》对国际贸易惯例作了解释，1993 年周忠海教授的《国际经贸关系中的主题问题》有过相关论述，1993 年 3 月徐同建先生《现代商人法论》对国际贸易惯例作了新的阐释，1983 年韩德培教授主编的《国际私法》对国际惯例有相当程度的发挥，1989 年姚梅镇先生主编的《国际经济法概论》对国际贸易惯例有了新认识，然后是 1989 年沈达明、冯大同教授的《国际贸易法新论》、然后是徐景霖的 1991 年《国际贸易惯例与法》一文中对国际贸易惯例有新的解释，是第一次对国际贸易惯例的特性作出了全面的总结，1991 年对外经贸大学的《国际贸易实务》一书对国际贸易惯例有了阐释，1994 年经贸大学教授黎孝先先生在《国际贸易实务》中对此有新的说明，然后是曹建明先生主编的《国际经济法概论》对国际惯例有相当程度的阐述，然后是王铁崖教授在《国际法》对习惯与惯例问题作了又分又合的辨析，1996 年李双元教授《中国国际私法通论》对惯例问题又有相当程度的阐述，最新的成果是 1997 年曾华群教授在《国际经济法导论》和 1998 年单文华博士《国际贸易惯例基本理论问题研究》在《民商法论丛》第七卷对国际贸易惯例作了五点总结，我认为这是到目前为止我国学者对国际贸易惯例问题比较全面的总结。

二、国际技术贸易法

在此方面我国学者论述不少，但理论突破不多。相关论著主要有如下 11 部集中或分别谈到国际技术贸易：

郭寿康教授的《国际技术转让法》堪称奠基之作，此后姚梅镇先生 1989 年出版的《国际经济法概论》，周汉民教授 1995 年主编的《国际贸易法》，郑成思教授 1997 年出版的《知识产权法》，沈达明、冯大同教授 1989 年出版的《国际贸易法新论》，江前良教授 1995 年出版的《国际技术转让法律与实务》，白映福、黄瑞 1995 年合著的《国际技术转让法》，赵锡铮 1992 年主编的《国际技术贸易》，陈安教授 1994 年出版的《国际经济法学》，刘李胜 1995 年出版的《知识产权保护与国际技术贸易》，王玉清与赵承璧合著的 1996 年出版的《国际技术贸易》。我个人认为在国际技术贸易方面较有突破的是在国际技术贸易合同的条款方面，我国学者有了较为详尽的研究和一定程度的理论突破，主要载入四本专著。有陈昌柏先生的《国际知识产权贸易》，王玉清主编的《国际技术贸易》，江前良主编的《国际技术转让法律与实务》，刘李胜 1995 年出版的《知识产权保护与国际技术贸易》。这 4 本专著在国际技术贸易合同的 16 个基本条款上都有较为精到的论述。

三、国际服务贸易法

“服务贸易”这个词出现得并不早，首见是在经济合作与发展组织(OECD)的报告中，该

报告是对 GATT 第七轮多边贸易谈判——东京回合所要讨论的问题进行评论。美国《1974 年贸易法》第 301 节(款)也首次使用了“世界服务贸易”这一概念。全世界对服务贸易问题的讨论主要集中在 GATT 第八轮多边贸易谈判——乌拉圭回合之中,它最终形成了《服务贸易总协定》。我国学者对此问题的研究是在 90 年代初期,是随着中国在《服务贸易总协定》草案上签字才开始的,学者们的著作主要集中在 1994、1995 两年发表,大概有如下几本是关键:薛荣久、张汉林主编的《国际服务贸易》;陈宪主编的《国际服务贸易》;于维清、何宁、何茂春主编的《国际服务贸易与中国服务业》;隆立强主编的《中国服务贸易》;汪尧田、周汉民主编的《世界贸易组织总论》。对服务贸易法进行深入研究是在 1995 年以后出版的专著中,有两本应当提到。一是王超英主编的《对外贸易法讲话》,一是许军珂主编的《最新对外贸易法实务指导》。两书主要在如下几个方面进行了论述:一关于最惠国待遇问题;二关于国民待遇问题;三关于市场准入问题;四关于国际服务贸易自由化的渐进与贸易保护的渐退的结合问题。

关于服务贸易相关的分支领域研究,我国学者主要集中在六个方面:旅游业、建筑业、咨询业、银行业、保险业、商业零售业。在这些重要领域,银行业、保险业和商业零售业的相关论文是有一定深度的,比如陈已昕《浅论我国金融服务开放策略》;曹建明、贺小勇《依法治国与对外经贸立法》;陶礼明《融入国际社会的必然要求——全球金融服务贸易协议对世界及我国经济的影响》;薛荣久教授《WTO 与中国大经贸发展》;邵望予《GATS 与中国保险市场的开放》;宋一欣《现阶段我国开放保险市场的基本判断与政策建议》。在商业零售业方面也有相关论文值得重视,如林山、王晔《有序开放与适度保护——关于中国零售业对外开放的思考》;厉正宏、倪小林《“洋”店撞击零售业市场》。

这里我要特别总结的是我国学者在一个值得我们重视的领域里的相关贡献,即电子贸易的法律问题的研究。严格意义上说,电子贸易导入中国是在 1990 年以后,相关法律问题的研究始于冯大同教授的专著《国际货物买卖法》中的专章论述。这一专论发表到今天已经有 5 年以上的历史,但我国学者在这一问题上的研究仍然存在三个方面的不足。第一个不足是问世作品数量少,篇幅短;第二是研究成果重复性内容多;第三是对本领域世界最新发展的跟踪落后。但非常可喜的是我们拜读到单文华先生发表于《民商法论丛》第十卷的 4 万余字的论文《电子贸易的法律问题》。这一领域值得我们研究。我们一定要提到这一领域的拓荒者冯大同先生,他的研究是居功至伟的,他的研究总结起来在如下的 5 个方面:关于证据法方面的问题;关于书面形式的要求;关于签字与认证的要求;关于合同有效性与成立的时间和地点问题;关于安全与通知责任问题。此外,最近两年引人注目的文章如下:董勤与马锦华《EDI 贸易方式及其与传统贸易方式的主要法律分歧》,发表于 1997 年第 2 期《华东师范大学学报》;薛德明《国际贸易中 EDI 的若干法律问题探讨》,发表于 1994 年第 3 期《法律科学》;于静《电子合同若干法律问题初探》,发表于 1997 年第 6 期《政法论坛》;赵骏《商业 EDI 的法律调整》,发表于 1998 年第 1 期《政治与法律》;周敏《EDI 的法律问题与“电子商业示范法”》,发表于 1998 年第 5 期《国际贸易问题》;黄仙姜《国际电子商务合同若干法律问题探讨》,发表于 1998 年第 5 期《对外经贸实务》;栾信杰《国际电子商务中的通讯协议》,发表于 1998 年第 9 期《对外经贸实务》。

当然,我们应当提到单文华先生的《电子贸易的法律问题》,是目前我国大陆对这一问题研究的一个相当有深度的、具有标志性的文章。以及 1998 年第 2 期《中外法学》,一位非法

学工作人员王德全先生所写的法学文章《试论 INTERNET 案件的司法管辖权》。总而言之,这一领域的研究理当继续深化。

四、二十世纪中国国际贸易法发展的总体回顾

我们的百年回顾,前 80 年是一略而过,后 20 年是匆匆而行。中国国际贸易法领域的开拓者和先驱们的贡献远非本文能够尽述;而无以计数的后来人奋发努力的步伐亦非本文可以丈量。

然而在对壮阔的历史长河概览之余,我们仍应作出几点粗浅的结论。

1. 关于中国国际贸易法学体系的发展问题

(1) 我国国际贸易法的研究,始终与我国对外贸易的发展紧密结合,与改革开放息息相关,与伟大时代一并前行。

(2) 早期研究是在国际商法的框架内进行,其范围是主要资本主义国家有关商事方面的法律以及与有关国际贸易的公约与国际贸易惯例的介绍,尤其是对两大法系的介绍为重点,以成熟的国际法制为先导。

(3) 自沈达明先生、冯大同先生在《国际贸易法》一书中首先提出将对外贸易管制的法律纳入国际贸易法的体系,以及两位教授在作为高等学校法学试用教材《国际贸易法新论》更进一步将该体系清晰化,我国国际贸易法的研究也逐渐得以扩大,学者们至今普遍赞同由沈达明先生和冯大同先生创立的这一体系,并援用至今。

(4) 随着我国对外贸易的发展以及国际贸易法的若干重大发展,我国国际贸易法的研究出现新的态势,即在 80 年代末 90 年代初,结合中国的复关和入世谈判,对 GATT 法律规则的研究进一步加强与深化。国际技术贸易法律研究也随着我国技术引进的扩大而深化。

(5) 随着国际贸易的飞速发展,研究范围也逐渐扩大为国际货物贸易、技术贸易与服务贸易诸领域。国际贸易三位一体与国际贸易法三位一体的见解已经与国际贸易的发展日趋吻合。

(6) 国际贸易法(包括其前身的国际商法)作为专门性的课程,始于我国外贸院校的成立,当时国际商法是作为我国外贸类院校“老五门”课程开设的。80 年代初期,原北京对外贸易学院(现对外经贸大学)国际商法博士点的建立,为我国国际贸易法的发展作出了重要的推动。80 年代初关于国际经济法的学术讨论中,学者们也均认为国际贸易法属于国际经济法的范畴。1987 年国家教委将国际经济法作为法学类专业之一,从此我国国际贸易法作为子学科正式纳入国际经济法的范畴。其后各院校的国际经济法专业均将国际贸易法作为一门主干课程进行讲授。比如上海对外贸易学院不仅仅是我们法学院,其他法学专业与国际贸易专业也将国际贸易法作为一门重要学科。国际贸易法的教学和研究今天正是群雄竞起,后继有人。

(7) 关于研究方法:我国国际贸易法自产生起,主要以比较法的方法为主要研究方法,同时也借鉴其他研究方法。因此将国际政治与经济理论的普及、提高外贸法的水平并加强深化国际法的教学作为中国国际贸易法教学的主流。

2. 对若干重大理论问题的研究

(1) 大多数学者认为,国际贸易法是调整跨国贸易、技术贸易、服务贸易法律关系和法

律制度的总和。在国际贸易法、国际商法、国际商事交易法、国际贸易统一法等概念上有待进一步明晰。还有学者提出了现代商人习惯法的概念,认为这是国际贸易法的新的发展阶段,也有待深入探讨。

(2) 学者普遍认为国际条约和国际贸易惯例是国际贸易法的两个最主要的渊源。除这两个渊源外,还有学者提出各国的国内法规定、标准合同和国际组织的决议也是国际贸易法的渊源。对于现代商人习惯法的概念,学者提出一般法律原则等也构成法律渊源。

(3) 对国际贸易法的体系,学者各有不同阐述,认为其既包括私法体系(余先予教授有这样的观点),也包括公法体系(董世忠教授持此观点)。即国际贸易法应该是由国际货物买卖法、国际技术贸易法、国际服务贸易法、国家对外贸易管理的法律制度等构成的完整法律体系,其中,国际货物买卖法还应包括国际货物运输、保险、支付、争议解决等法律制度。国家对贸易管理的法律制度不仅包括国内法部分,更重要地是体现在有国际公法性质的世界贸易组织法律制度。

3. 中国国际贸易法研究的主要特点

(1) 鲜明的时代特征。我国国际贸易法的产生与发展是与我国对外贸易的发展以及对外贸易法制的发展紧密联系的。

(2) 中国国际贸易法研究是以三法研究为起步的。早期研究主要以介绍资本主义国家的法律体系、商事法律以及国际贸易惯例为主。

(3) 公约的作用不断得到强化。从 1980 年我国签署的《联合国国际货物销售合同公约》以来,特别是从 1971 年中国恢复联合国席位以来,我国积极参与了联合国有关机构的立法,特别是参与了国际贸易法委员会的有关工作,对国际贸易公约的重视,也越来越得到加强。

(4) 中国特色得到基本体现。中国国际贸易法研究注重把握国际贸易法律的热点问题、难点问题、焦点问题、重点问题,以及对我国对外贸易有重大影响的国际贸易法律问题进行研究展开我们的工作。

(5) 比较研究是我们的主要研究方法。引进、比较、消化、创新成为我们研究的主要特点。

(6) 注重对国际惯例、国际公约的规定以及外国法的规定来进行对我国应有的借鉴研究。

(7) 我们必须承认也应当谈到,国际贸易法的理论研究仍然薄弱。理论问题的薄弱体现在教材中、体现在专著中、更体现在理论与实践的结合中。但无论如何,中国国际贸易法和中国国际贸易法学的深入发展对中国的经济发展和改革开放起了不可替代的作用。我们必须谈到 1994 年《对外贸易法》的颁布,1997 年《反倾销反补贴条例》的颁布,是中国外经贸法制建设伟大的里程碑。在这样的基础上总结我们的工作十分必要。

施米托夫教授曾精确地指出,国际贸易法的研究方法应秉持三大宗旨:其一是研究目标和立意必须是现代化的;其二是研究手段必须是综合性的;其三是研究对策必须是可操作性的。因此,尽管本文的回顾不是完善而彻底的,然而我们力图要以整体性、历时性与最优化的原则对 20 世纪中国国际贸易法的发展予以认真而求实的回顾,以求对未来世纪的中国国际贸易法研究提供可资参考的依据和产生应有的借鉴作用。

我们的回顾囿于时间与篇幅,只能是概览性的,但是对所有前辈与先贤的贡献我们感怀