



吉林大学法学院六十周年院庆纪念文集

法苑英华

【国际法学卷】

吉林大学法学院编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



吉林大学法学院六十周年院庆纪念文集

法苑英华

【国际法学卷】

吉林大学法学院编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法苑英华. 国际法学卷/吉林大学法学院编. —北京:
法律出版社, 2008. 9

(吉林大学法学院六十周年院庆纪念文集)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8663 - 4

I. 法… II. 吉… III. ①法学一文集②国际法一法的理
论一文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 105866 号

© 法律出版社·中国

**吉林大学法学院六十
周年院庆纪念文集**

法苑英华(国际法学卷)

吉林大学法学院 编

责任编辑 孙东育
田会文
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 11.375 字数 269 千

印次 2008 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8663 - 4

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 任：徐卫东

副主任：霍存福 李 洁 姚建宗

委 员：（以姓氏笔划为序）

于 莹	马新彦	马新福	邓正来	韦经建
王彦明	刘亚军	冯彦君	那 力	吕岩峰
张 旭	张文显	李 韧 夫	李建华	李洪明
闵春雷	赵新华	徐 岱	黄文艺	崔卓兰
傅 穹	彭诚信	蔡立东		

写在前面的话

这是一套看似寻常的法学文集。业经悉心挑选,谈不上卷帙浩繁。文集中有的文章,虽因时代久远,但仍清晰记载了吉大法学学人学术成长的历程。文集在我们全体吉大法学院人的心目中,它的分量厚重无比,它所带来的记忆永远不会被尘封。

论文的作者们,今生今世似乎都注定与吉大法学院存在割不断的渊源联系。我们在编撰进行之际,更怀着道不尽的满腔情愫。

置于本套文集目录中显要位置的,是那些已将毕生精力奉献给了法学教育和科研事业(多数则终身从教于吉林大学)的最年长一辈学者的姓名。在那政治风雨如磐且衣食住行也堪忧的往昔岁月,他(她)们曾历尽艰难困苦,为法学院奠基创业。收集于本卷中的他(她)们的论文,即便是发表于改革开放的曙光里,但也多是在一灯如豆的斗室中呕心沥血地写就。现今,作者中有的已经与世长辞,有的则带着因积劳而形成的病躯静默地度过晚年。此时此刻,放下来能拿起的,是他(她)们的文稿,而拿起来放不下的,是我们深切的怀念和敬仰。

有一些论文,观看题目就能让人记起或猜出撰写之人。在决定中国的法律究竟向何处去,而理论研究和思想解放又处于乍暖还寒的年代,这些文章对拆除法学研究的诸多藩篱和禁锢,以使中国步入真正的法治社会之路,立下了不可磨灭的功

绩。其中,那一声声深沉凝重的学术呐喊,至今在人们的心头回荡。那许多精辟、犀利又严谨的论述及观点,其影响和作用历久弥新。这些堪称法苑奇葩瑰宝的文章,连同它们的笔者一道,已经并正在引领着一批又一批的法律学子,在崎岖的科学的小路上奋力攀缘。

中青年学者的佳作令人刮目。跃然于纸上的,是喷涌敏捷的才思;而蕴涵于其中的,则是扎实的理论功底和丰厚的专业知识。论文的作者,尽管有现从教于我院的博导、教授、副教授,也有自我院博士毕业正供职于外校或科研单位的人员,但已使这种区别显得无关紧要的是:他(她)们同为出类拔萃的佼佼者、当今中国法学研究和法律事业发展的中坚力量。

被收集入卷的还有一些来自国家机关、法律实务等部门的我院毕业生的论文。这部分成果因数量极为庞大无法悉数集结。故我们只在璀璨的星群中选取一角权当代表,愿遍布天涯海角的大家,能同意我们采取的做法。

这套六卷本的法学经典文集,像一幢雄伟的大厦,由吉大法学院和曾经在这里学习和工作过的人们,齐心协力、一砖一石搭建完成。其中,在法学院工作过和正在工作的全体行政人员,也默默地为此洒下了辛勤的汗水。它可作为一个真实的见证,忠诚地记录了几代吉大法学院人刻苦钻研、潜心治学、紧密团结、奋斗不息的光辉里程。它如同一座高耸的丰碑,毫无愧色地耸立于中国法学研究的学术前沿。同时,它也是一个永恒的纪念场所,供我们所有的人:阔别多年的教师、学生、同事、故友,以及学术上的知交,在此欣喜地相逢聚首。

编委会
2008年6日

目 录

- 1 略论国际经济法的组成范围 高树异
- 8 《联合国海洋法公约》下的领海制度 刘楠来
- 15 建立国际反欺诈法律体系的思考 孟宪伟
- 23 条约对第三国(方)的法律效力 王庆海 刘 爽
- 35 WTO 协议与司法审查 王传丽
- 58 国际环境损害责任的两个重大变化 那 力
- 74 欧洲法院的管辖权及其在欧洲一体化进程中的作用 刘世元
- 88 英国“适当法理论”之研究 吕岩峰
- 114 政府控制所引致的国际经济冲突及其解决途径 车丕照
- 135 试论 WTO 和人权的可协调性 莫世健
- 152 论国际经济法与国际商法的学科分立 韦经建 王小林
- 165 国际海运立法中分化与协调的百年变奏
——以海上货物运输承运人责任制度为视角 傅廷中 杨俊杰
- 190 WTO 规则下跨国公司行为规制方式分析 张瑞萍
- 206 对《海商法》第 257 条追偿时效的修改建议 朱 清
- 212 外国仲裁裁决论析
——基于《纽约公约》及中国实践的视角 黄亚英
- 230 论海上侵权行为法的范畴 李志文

- 243 离岸公司并购国内企业的法律分析 丁 丁 刘雅哲 安皓洁
- 253 国际标准、利益平衡、现实选择
——维护我国知识产权利益的路径选择与对策分析 刘亚军
- 283 国家刑事管辖权法定论 张兰图 刘竹君
- 295 我国对 WTO 争端解决机制的应对策略 都 毫
- 303 中国的国际法学:问题与思考 孙世彦
- 327 正当性、合理性和现实性
——世贸组织法中发展中国家的特殊和差别待遇 周晓虹
- 338 人的回归:个人国际法上地位之审视 何志鹏

略论国际经济法的组成范围^{*}

高树异^{**}

国际经济法是当前国际与国内法学界都普遍重视的一个研究课题。国际经济法的形成和发展以及对它的深入研究,对发展国际间的经济技术交往和其他方面的合作,从而促进社会进步,维护国际和平和稳定,确有重要意义。在国外,许多法律学院都开设国际经济法方面的课程。虽然使用的名称和包括的范围不同,但都表示出对这个学科越来越大的兴趣。在国内,一些政法院校和法学研究单位也陆续开出这方面的课程或专题和进行这方面的研究。随着国际经济关系的迅速发展和形式的日益多样化以及我国实行对外开放、对内搞活经济的政策,研究国际经济法的有关理论和实际问题的现实意义是不言而喻的。

但是,不论在国际或国内,当前对国际经济法的一些基本理论和实际问题都存在着不少分歧意见,需要在不断研究、讨论的基础上达到接近或比较一致的看法。作者现在就国际经济法的组成范围问题略述一下个人现在的看法,以就教于专家、学者和对此有兴趣的同志。

谈到国际经济法的范围,有两层含义。一个是指作为法律规范的一个组成部分的国际经济法的组成范围,如哪些国际条约、国

^{*} 本文原载《法学评论》1983年第2期。

^{**} 高树异,吉林大学法学院教授。

际惯例、国际判例以及其他国际文件应属于国际经济法的范围。这里主要是指它的法律渊源问题。国内涉外经济立法和有关判例应否属于国际经济法的范围,在这方面也有不同看法。

从国际范围来看,有些学者主张国际经济法的范围应包括规定国际贸易、国际投资、国际技术转让、国际经济技术合作方面的原则、制度和规范。这样,国际经济法至少要包括传统的国际贸易法、国际商法在内。有些学者主张更广泛的范围,认为国际经济法除包括上述规则外,还应包括国际运输法、国际保险法、国际银行和货币法、国际资源和发展法、国际税法以至国际经济贸易仲裁法等在内。

关于国际经济法与有关法律部门的关系或划分的问题也存在不同见解。例如,对于国际经济法与国际私法的关系,一般认为,二者虽有联系,但不是一个东西,它们是两个独立的法律部门,都属于国际法的一个分支。我个人是同意这个观点的,即国际经济法、国际私法都属于广义的国际法的一部分,狭义的国际法只指国际公法。关于国际法的组成范围,国际上也有不同看法,作者拟另文专谈这个问题。

谈到具体划分问题,又有一些复杂的关系需要研究和解决。比如说,国际私法中是否包含实体规范,如果在冲突规范之外也包含实体规范,那么,国际私法中的实体规范与国际经济法中的规范如何区别。一般认为,国际经济法中只包括实体规范。但国际经济法的实体规范与其他相关法律规范(如海洋法中的一些有关国际经济关系的规定)又是什么关系,这也需要研究清楚。关于这些问题,作者也拟在另文中加以详述,这里也暂不谈。

关于国际经济法的组成范围,另外一层意思是指作为法学一部分的国际经济法应包括哪些内容,即国际经济法学的组成应如何认识。本文拟着重在这方面作一些探讨。

首先应明确,国际经济法与国际经济法学的范围是不同的。

前者指的是法律制度,它规定的对象是国际社会的经济关系;后者是法律理论或观点,它研究的对象是国际经济法律制度或秩序本身以及有关问题。它们具有不同的特点,前者的主要特点是它的规范性和适应性,而后者主要特点则是科学性和实践性,当然,二者也都离不开阶级性。

国际经济法学的范围比国际经济法的范围应该更广泛一些。理由是:第一,不这样就不能把有关规范研究清楚;第二,有些十分接近的学科(如国际经济诉讼法)在没有成为独立的体系之前,应该与关系最密切的学科合并研究。有时,为了实践上即解决实际问题的方便,对有关问题也可以合并在一起研究。

因此,国际经济法作为法学的一个分支来说,它所包括的范围是广泛的,远远大于国际经济法制的范围。对于这个问题,不论在国际或国内的法学界也都存在着不同看法。我们可以从研究的题目、开设的课程以及学科的分类法上看出差别。比如说,国外有的学者把国际贸易、国际货币问题、国际投资问题刊为国际经济法所包括的实质问题,有的把国际商法、国际经济发展、国际继承法、国际税收问题、国际经济诉讼等列入国际经济的组成范围之内。在处理上,可以采取总论性与分科性相结合的方法。例如,国际贸易法可以是国际经济法的一部分,也可以独立为一个专门学科。即使同属国际经济法,其侧重面也有所不同。例如,有的认为应侧重国际贸易、国际投资、国际税收和国际反垄断(反托拉斯)法,有的则侧重国际贸易、国际投资、商业组织形式、政府对货币和经济交易的控制,以及外国人在本国的经济活动的限制等问题。

这里又产生这样一个问题,即国际经济法是仅包括国际经济活动(通过国际经济法来调整),还是既包括国际间经济活动,又包括本国对涉外经济活动的规定以及外国法人和自然人在本国的经济地位(通过国内法来调整)这两方面的问题呢?我认为,从国际经济法制角度看,国际经济法仅应包括前者,即只包括由国际规

范调整的各种经济关系,而从国际经济法学角度来说,二者都可包括在内,当然也可以分别研究。

国际经济法是一门新的学科,是国际法的一个重要分支,它的形成和发展经过了一个长期曲折的过程,许多成果是得来不易的,是经过第三世界国家数十年的反复斗争得到的。而现在的国际经济法律体系中的一些原则、制度和规范的实行和不断完善,更需要广大第三世界国家的坚持努力和不懈斗争。因此,在研究国际经济法时,首先应对旧的国际经济秩序和新的国际经济秩序加以对比研究,并对有关的国际公约和国际文件(如联合国大会 1962 年通过的《关于天然资源之永久主权宣言》、联合国大会 1974 年通过的《建立新的国际经济秩序宣言》、《建立新的国际经济秩序的行动纲领》和《各国经济权利和义务宪章》等)中规定的国际经济关系的基本原则和关于各国的经济权利和义务的一般规定加以详细阐释,从而明确国际经济关系中的指导思想和国际经济法的立法原则,这些都是在国际经济贸易交往和其他合作中必须遵守的。这些基本原则是进行国际经济交往的前提,可以说,就是国际范围内关于经济法律关系成立和有效的“公共秩序”条款,就如同国际私法上的法律适用的原则一样。不过前者更具有国际性。此外,对不同类型国家之间经济关系的现实特点也应分别加以分析。

国际经济法的主体与国际公法的主体是否一致,这在国际和国内也有不同见解。有些学者认为,“国际经济社会”的成员比“国际政治社会”的成员要多一些,即国际经济法的主体多于国际公法的主体。我认为这个看法可以考虑。国际公法的主体与国际经济法的主体实际上不完全一致。国际公法的主体一般认为是国家、一定的政治实体和一定的国际组织,而国际经济法的主体,除上述三种外,还有法人甚至个人。从国际经济交往和实践来看,国际经济关系的主体往往是以法人面貌出现,大量的国际经济交易是以法人之间的交往形式来进行的。资本主义国家和第三世界国

家的经济贸易组织向来是以法人资格出现,社会主义国家的国有的或集体的经济组织也大多具有法人地位。因此,了解各国的法人制度对开展国际经济法的研究是有必要的。

近年来,各种形式的国际组织(世界性的、地区性的、专业性的)迅速增加,活动范围日趋广泛,对发展国际合作、促进国际间各方面的交往、维护国际和平和稳定起了重要作用。而在国际组织中,经济性的国际组织不论发展速度、种类、规模或数量都处于前列。传统的国际法学科包括一切国际组织。由于国际经济法已形成为国际法的一个分支,因而国际经济组织也应从国际法中分离出来而构成国际经济法的一章。当然在国际法中也可以适当地谈一下,但不宜谈得很详细,这个问题具有边缘性,有关学科可从不同角度加以评述,并不完全排斥,只要有所侧重,只有本学科的特点并不是简单重复,是可以的。这就如同在国际法中可以包含国际经济法一章(如我国1981年出版的统编教材《国际法》就是这样处理的),但其内容较之独立的国际经济法在体系和范围方面就要概括得多了。

传统的国际法中都包括国际争端解决的部分,如协商(谈判)、调解(调停)、国际调查、斡旋、仲裁、司法解决以及其他强制手段。同样,我认为国际经济法中应包括国际经济争端的解决部分,而且限于和平解决的各种方法。国际经济法产生和发展的基础是国际经济交往,是建立在互利合作原则上的国际往来,而且大量的活动是通过各种法人来进行的。从这种关系的性质来说,应有利于促进国际社会的经济繁荣、科技进步和人们生活水平的提高,应该遵守“平等互利、重合同、守信用”的原则。所以,国际经济纠纷或诉讼应该体现和平解决国际争端的精神。

在国际经济法中,对于跨国公司应给予充分注意。这是由跨国公司在当代国际经济交往中所占的比重以及所具有的国际影响所决定的。在这里,对跨国公司的性质、作用、经济职能等应给予

深入分析。现在,第三世界国家逐渐兴起壮大,国际经济技术交往在不同类型国家中所占的比重都日益增加,新的国际经济秩序经过第三世界国家的不断斗争而逐渐形成。在这种形势下,跨国公司的作用应在国际经济法的规范下,加以充分估计。对跨国公司的掠夺作用应予限制,但单靠一国国内立法还不够,还需要制定、施行有关的国际协定。对于像《建立新的国际经济秩序的行动纲领》中关于跨国公司一类的规定(见该文件第五部分《对跨国公司的活动的管理和控制》),应该充分执行并应有所发展。

国有化问题也是国际经济法中应予研究的一个问题。从国际社会经济发展需要的角度来说,国际经济贸易、科技文教的往来是必不可少的。闭关锁国的政策既不适合国际关系发展的趋势,也不符合本国的利益。所以,当前世界上采取绝对“闭关”政策的国家是没有的。当然,开放的目的、原则和程度是不会相同的。另外,从国际政治经济发展的趋势看,就国际范围来说,国有化的措施也是不可避免的。不论是发展中国家还是经济发达的国家,都不能排除在一定情况下对某些、某类或某个企业实行国有化。当然,不同性质和类型国家的国有化具有不同的性质、作用和意义。

由于国际经济交往的发展,特别是国际合营企业或外资企业的引入,国有化问题为许多国家或企业所关注,这是可以理解的。为了平等互利地解决这个问题,保护投资的国际协定在不断增多,对国有化的补偿标准也在不断探讨。可以说,在这个问题上既是既有合作,又有斗争。国际经济法对应对国有化问题的国际性一面进行充分研究。在考虑补偿原则时,我认为应在坚持独立自主、平等互利的基础上,把原则性和灵活性二者有机地结合起来,对不同情况作具体分析,总之,以有利于我国的社会主义现代化建设需要为前提。

综上所述,作为一门独立的学科,国际经济法的组成范围至少应包括以下几个部分:

第一部分是关于国际经济法的一般理论与历史问题。包括国际经济法的含义(定义)、特点、性质、作用、产生历史以及与有关学科(如国际公法、国际私法等)的关系,还应包括国际经济法的主体、客体、渊源和适用等问题,也包括国际经济形势的发展趋势和新的国际经济秩序的建立、各种类型国际经济关系的特点以及对国际经济关系基本原则的维护等。

第二部分是关于国际经济法律关系的实质内容。这一部分是本学科的重点,可以包括以下一些问题,即国际贸易方面问题、国际投资方面问题、国际运输方面问题、国际保险方面问题、国际技术转让方面问题、国际税收方面问题、国际银行、信托、外汇方面问题、国际经济代理方面问题、国际合作开发资源和其他经济合作方面问题、国际经济援助方面问题。这一部分也可涉及世界各主要地区的地区间的经济法律制度的基本内容问题。上述问题也都可以成为一个独立的科目(如自成体系的国际贸易法、国际投资法、国际税法等),但这并不影响它们的共同属性,只是存在内容繁简、材料取舍、侧重点不同的问题。

第三部分是国际经济组织法。包括各种类型的国际经济组织当然要有所侧重。也要避免和有关科目(如国际法中的国际组织部分或独立的国际组织法)的内容发生不必要的重复。

第四部分是国际经济诉讼法,也可叫国际经济纠纷的解决。因为国际经济贸易问题的解决方法是多样的,所以最好是通过协商或仲裁来解决。这个问题对国际经济关系的开展和成果影响很大。所以应给予充分的重视。

以上是个人对国际经济法的组成范围的一点初步设想。不当之处,希望得到同志们的指正。

《联合国海洋法公约》下的领海制度*

刘楠来**

领海,是指一国陆地及其内水以外,处于国家主权之下的一定宽度的海域。关于领海的制度,形成于18世纪后半叶。这项制度的基本内容是:领海构成国家领土的一部分,沿海国对其享有主权和专属管辖权;同时,在领海内承认外国船舶有无害通过权。

在很长的时间里,有关领海的国际法规则散见在个别的国际习惯和条约中。为了使这些规则法典化,1930年在海牙召开的国际法编纂会议曾经将领海问题列入议程。但是,由于与会各国在领海宽度上的意见分歧而没有获得成功。1958年,第一次联合国海洋法会议制定通过了《领海及毗连区公约》,对领海制度作了比较全面的规定。然而,也是由于与会国的意见分歧,这次会议仍然未能就领海宽度问题达成协议,以致《领海及毗连区公约》中未能包含关于领海宽度的规定。从1973年开始举行的第三次联合国海洋法会议,在新的历史条件下再次讨论了领海问题。会议通过的《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)从领海的法律地位、领海的界限和领海的无害通过三个方面,对包括领海宽度在内的领海制度作了迄今为止最完整的规定。在这些规定中,相当一部分是1958年《领海及毗连区公约》的重申,有些条款则是以往的

* 本文原载《海洋开发与管理》1987年第2期。

** 刘楠来,中国社会科学院研究生院教授、博士生导师。1951年至1955年在吉林大学法律系学习。

国际条约中所没有过的。

一、领海的法律地位

领海的法律地位是领海制度中的根本问题。《公约》第2条明确规定,沿海国的主权及于其陆地领土及其内水以外邻接的一带海域,称为领海。此项主权及于领海的上空及其海床和底土。《公约》的这条规定,确定了领海是处于沿海国主权之下的海域,领海及其上空和海床底土属于沿海国领土的一部分。在国际法理论中,有些学者曾认为,领海不具有领土的性质,沿海国对其领海并不享有主权,而仅仅为了安全和经济的利益享有某些控制或管辖的权力。这种观点既为多数学者所反对,也为普遍的国际实践所否定。各国关于领海的法律无一例外地都规定,国家对领海行使主权。国家对领海的主权在国际条约中也得到了确认。最早确认领海主权的国际条约是1919年的《巴黎航空管理公约》。1958年的《领海及毗连区公约》再次以条约的形式肯定了领海主权这一概念。

《公约》关于沿海国的主权及于领海的规定,重申了世界各国普遍接受的国际法规则,具有重要的理论意义和实践意义。这项规定,意味着沿海国对其领海内的一切人和事物享有排他的管辖权。具体地说,沿海国在其领海内主要享有以下权力:

1. 自然资源的所有权和专属管辖权。领海内的一切生物资源和非生物资源均属沿海国所有,非经沿海国同意,任何其他国家或其法人或自然人均不得进入领海进行捕捞或其他勘探开发活动。沿海国可以通过协议或发放许可证的办法,准许其他国家或其法人或自然人从事上述活动,而后者必须遵守有关协议的规定和沿海国的法律和规章。

2. 航行管辖权。沿海国有权制定有关的法律和规章,对领海内的航行实行管理。通过领海的外国船舶必须遵守这些法律和规