

南开 国际 经济法 论文集

(再续集)

ING JI FA

JING JI FA

高尔森 / 选 编

天津人民出版社
TIANJINRENMINCHUBANSHE

南开国际经济法论文集

(再续集)

高尔森 选编

天津人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

南开国际经济法论文集:再续集/高尔森选编. —天津:天津人民出版社, 2001.3

ISBN 7-201-03762-5

I. 南... II. 高... III. 国际法:经济法—文集
IV. D996-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 83170 号

天津人民出版社出版、发行

出版人:赵明东

(天津市张自忠路 189 号 邮政编码:300020)

邮购部电话:27314360

网址:<http://www.tjrm.com.cn>

电子信箱:tjrmchbs@public.tpt.tj.cn

南开大学印刷厂印刷

*

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

850×1168 毫米 32 开本 10.125 印张

字数:238 千字 印数:1-1,500

定价:18.00 元

序

1998年8月,在祝贺我的70岁生日的会上,来自各地的学生决定出版1本祝寿文集,深圳信达律师事务所郑伟鹤律师当场表示承担全部出版费用。对于大家的好意,我十分感谢。但是,在南开,有许多德高望重的老先生尚无祝寿文集,我自当退避三舍,因此,两年来,我再三婉言谢绝。最近,总算取得了一致的意见:不出版祝寿文集,出版《南开国际经济法论文集(再续集)》,仍由我选编。

这本《再续集》展示了南开国际经济法学科师生近3年在论文方面所取得的成果。它的选编原则、包含的内容、覆盖的范围和出版的缘由,都与前两本论文集相同,过去已经说明,不重复了。惟一要补充的是,《再续集》选入了国际公法和国际私法方面的论文,有了这个开端,以后的论文集将会在这两个方面选入更多的论文。

这本《再续集》选入了25篇论文,其中,将近一半曾被其他刊物、包括重要的内刊刊载。连同以前出版的两本,这3本论文集总共选入了75篇论文;并且,这本《再续集》将是我们建立国际经济法研究所5年来出版的第24本书,连同建所前15年出版的书,我们总共出版了37本书。

这本《再续集》共有18名作者,其中,国际经济法研究所的教师10名,共选入17篇论文,法学系教师2名,共选入2篇论文,国际经济法研究所的硕士研究生6名,共选入6篇论文。在

研究生的论文中,有3篇出自硕士学位论文,除1篇外,均曾正式发表。研究生的论文入选之多,前所未有。

我已经选编、出版了3本论文集,到此结束了。以后再出版论文集,该由年青人去选编了。我相信,他们一定干得更好。

高尔森于南开大学国际经济法研究所

2000年10月5日

目 录

论涉外经济法律的部门归属与学科

划分..... 高尔森 程宝库(1)

从 WTO 规则看我国国有企业参与国际

市场竞争所存在的问题 程宝库(10)

试论 GATT/WTO 法律制度和环境保护 周 泳(22)

国际金融法的现状与发展趋势 隋 伟(39)

从亚洲金融危机看 IMF 法律机制亟待

改革的几个重要问题 万国华(53)

国际技术转让法的现状与应研究的几个问题 史学斌(70)

转移定价法律制度的晚近发展研究 王 欢(84)

论 BOT 方式的法律问题 秦瑞亭(100)

论多边投资担保机构的法律地位 黎 晖(119)

论建立中国国家保证制度的相关问题 孙秋玉(131)

关于建立我国海外投资保险制度的几个重要

问题 邹淑环(141)

评美国航运法的受控制承运人规则及其修改 程宝库(148)

论德国公司法中禁止隐性实物出资问题 高旭军(159)

论德国公司筹资实践中使用约定的合法性

问题 高旭军(177)

论我国公司法上的转投资限制 何向亮(196)

论我国证券监管体制若干法律问题 万国华(204)

论证券市场国际化及其法律调整 万国华(220)

论荷兰与德国关于合同责任原则的变化 孔令苇(237)

德国对合同责任体系客观基础的修正 孔令苇(248)

对缔约责任几个基本理论问题的探讨·····	蓝 蓝(256)
新合同法中有关技术合同的几个问题·····	张 玲(270)
对代理法中若干问题的探讨·····	孙 建(281)
《左氏春秋传》的国际关系思想及其与当代国际法 原则的一致性·····	周 燕(294)
略论冲突规范的使用与国家利益的平衡·····	程宝库(303)
一部切实保障香港国际金融贸易中心地位的法律 ——学习《中华人民共和国香港特别行政区 基本法》的一点体会 ·····	高尔森(312)

论涉外经济法律的部门归属与学科划分*

高尔森 程宝库

改革开放以来,我国先后制定了一些专门调整涉外经济关系的法律,但关于这些法律的部门归属和学科划分,学界意见分歧很大,众说纷纭,影响所及,就使部门法和各学科间的界限混淆不清,以至造成法律体系紊乱,内容重叠,相互矛盾。这种情况不仅不利于法律教学研究的开展,而且使人们对我国法律体系的合理性及法律部门和学科划分的可靠性产生疑惑,甚至会导致法律实践的混乱。如何科学地判定涉外经济法律的部门归属和学科划分,是一个必须认真予以解决的问题。本文就此略抒浅见,以供商榷。

一、关于涉外经济法律部门归属和学科划分的主要观点

目前我国学界在这个问题上主要有以下六种观点:

1. 独立部门说 一些学者认为涉外经济类法律构成一个独立的法律部门,并称之为涉外经济法。例如林毓辉主编的《新编涉外经济法律与实务》一书序言中说:“涉外经济法是……一个新兴的法律部门,如同其他法律部门一样,它以一种特殊的社会关系为自己存在的客观依据,并以此作为自己调整的对象,这种

* 本文原发表于《南开学报》2000年第4期。

社会关系,就是涉外经济关系”^①。目前,许多高校开设了涉外经济法这门课程。

2. 国际经济法组成部分说 国际经济法学者,通常不承认涉外经济法律构成一个独立的法律部门,而是把它看成国际经济法的组成部分。在我国,姚梅镇教授较早对国际经济法的基本理论问题进行系统研究,他所主编的《国际经济法概论》(1989年版)在论述国际经济法的范围时,明确把“调整国际经济关系的国内法规范——涉外经济法”作为国际经济法的渊源^②。笔者也曾采取这种观点,把涉外经济法律看成国际经济法的组成部分。

3. 国内经济法组成部分说 国内经济法学著作,多把涉外经济法律视为国内经济法的组成部分,有些还明确论述了涉外经济关系与我国经济法之间的关系。例如徐杰主编的《经济法概论》把涉外经济关系作为我国经济法调整的四大领域之一^③;肖平主编的《中国经济法》把涉外经济关系作为我国经济法调整的五大领域之一^④;费宗祯主编的《中国经济法》也设专章介绍外商投资企业法和涉外经济合同法^⑤。

4. 国际私法组成部分说 我国的私法著作通常包含涉外经济法律的内容,例如姚壮、任继圣所著的《国际私法基础》把涉外经济立法称为国际私法的专用实体规范^⑥。余先予的《简明国

① 林毓辉.《新编涉外经济法律与实务》,第1页.北京:世界知识出版社,1992.

② 姚梅镇.《国际经济法概论》,第28页.武汉:武汉大学出版社,1989.

③ 徐杰.《经济法概论》,第11页.北京:中国政法大学出版社,1991.

④ 肖平.《中国经济法》,第14页.北京:中国政法大学出版社,1994.

⑤ 费宗祯.《中国经济法》,第5、16章.北京:人民法院出版社,1990.

⑥ 姚壮,任继圣.《国际私法基础》,第3~8页.北京:中国社会科学出版社,1981.

国际私法》也认为国际私法的渊源包括国内立法中的实体规范,并引中外合资经营企业法作为典型例证^①。法学教材编辑部编的《国际私法》也设专门章节介绍中外合资经营企业法^②。1997年韩德培主编的《国际私法新论》在介绍国际私法的范围时说:“国际私法……还包括国家直接适用于涉外民事关系的法律”,而从该书内容看,“国家直接适用于涉外民事关系的法律”包括涉外经济法律^③。

5. 国际商法组成部分(或补充)说 有的学者把涉外经济立法作为国际商法的内容(或者补充),例如冯大同主编的《国际商法》(新编本)对国际商法的定义为:“国际商法是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总和”^④,在该定义下,涉外经济立法被涵盖。该书在介绍国际商法的渊源时,把涉外经济立法作为国际商法的补充^⑤,并在各章节进行了广泛的介绍。

6. 民法组成部分说 我国有些民法著作把某些涉外经济法律纳入民法的范围,例如王作堂等著的《民法教程》(北京大学试用教材)明确把《中外合资经营企业法》列为民事立法^⑥。

① 余先予.《简明国际私法》,第6~8页.北京:中央广播电视大学出版社,1986.

② 韩德培.《国际私法》.武汉:武汉大学出版社,1983.

③ 韩德培.《国际私法新论》,第9页.武汉:武汉大学出版社,1997.

④ 冯大同.《国际商法(新编本)》,第1页.北京:对外贸易教育出版社,1991.

⑤ 王作堂.《民法教程(北京大学试用教材)》,第5页.北京:北京大学出版社,1983.

⑥ 刘歧山.《民法问题新探》,第26页.北京:中国公安大学出版社,1990.

二、涉外经济法律的部门归属 和学科划分混乱的原因

在涉外经济法律的部门与学科划分问题上,我国学者之所以意见不一,出现混乱,主要有以下原因:

1. 立法环节对法律体系的规划性不强 立法环节对法律体系的规划性如何是法律部门和学科划分是否清晰的关键。改革开放以来,我国的法制建设有很大进展,法制日趋完备,但我国原是一个缺乏法制传统的国家,在法制建设的许多方面缺乏经验,立法中对法律体系的规划难免有不足之处,“公益”与“私权”界限不清就是其中问题之一。这就造成国家公法过多干预私权行为,许多单行法规中既有民商性规范又有行政性规范,从而使我国民商法的内容有别于西方民商法,我国行政法的内容也有别于西方行政法,我国经济法的内容更大别于西方的经济法,这种立法特点势必导致部门法与学科界限争议。我国在立法环节上没有很好地注意分清不同法律部门之间的界限,这是造成学者之间在法律部门与学科划分上互相矛盾的客观基础。

2. 对如何处理法律关系的多重性缺乏研究 在法律部门与学科划分上,我国学界一般是以调整某种社会关系的法律规范之总和构成一个部门法的原则来界定部门法的范围,然后根据这样界定的部门法范围来确定学科范围。当一些社会关系具有多重属性时,例如合同关系,既可称为民事关系,也可称为商事关系,又可称为经济关系,以上述原则界定法律部门和学科的范围势必产生混乱,造成各部门法调整对象和学科内容的重叠。涉外经济关系正是多重属性社会关系的典型。对具有多重社会关系属性的法律,其部门与学科的归属应如何确定?各部门法和学科之间如何相互照应,恰当衔接?在缺乏深入研究的情况

下,不免出现各种不同意见。

3. 国际法和国内法的关系尚待明确 在部门法与学科划分上,关于国际法与国内法的关系,各国学者通常把国际法作为一个特殊的法律领域而与国内法并列。但国际法本身是否构成一个法律部门或者仅仅是一个法律学科?国际法是否也应该像国内法那样分成一些部门法?可否打破国际法与国内法的界限来划部门法?这些问题在国内学术界颇有争议,从而也影响到法律部门和学科划分上的歧异。

4. 对部门法、学科、课程之间的关系混淆不清 部门法、学科、课程之间的关系不明确,也是造成我国涉外经济法律的部门归属和学科划分混乱的重要原因。我们发现,当学者出于研究或教学的需要把某些法律渊源拢于一书时,往往宣称这些法律渊源构成一个部门法,这在一定程度上混淆了部门法、学科、课程之间的关系。

在一般情况下,一个部门法构成一个学科和一门课程的基础,但部门法是依法律体系的特点而划分,是一个实务性概念,它使法律作为一种社会工具便于掌握和运用,在具体的立法和司法实践中具有直接意义;学科依某一研究领域的综合特点(如内容、研究方法)而定,学科是一个学术性概念,在法律实务中没有直接意义;课程的设置则依教学需要,以方便学生掌握知识为原则。因此,部门法、学科、课程三者之间的范围有可能不一致,有些学科会打破部门法体系,并有一级学科、二级学科等分类;有些课程则只讲授某一部门法的部分内容,例如商标法、房地产法等课程就是如此。

三、我国涉外经济法律应当属于国内经济法

我们认为,我国涉外经济法律应当属于国内经济法,不应划

入其他法律部门和学科,现将缘由说明如下:

1. 涉外经济法律不应成为国际经济法的组成部分

涉外经济法律不应成为国际经济法的组成部分,主要理由如下:

第一,国际法与国内法界限不可混淆

一般国际经济法学的著作都承认涉外经济法律属于国内法,而国际经济法属于国际法,这在国家学科分类上已有明论。如果将本来属于国内法的涉外经济法律纳入国际经济法,就成了用国际法包含国内法,势必混淆国际法与国内法的界限,并使人们误以为国内法也可以具有类似国际法的效力。正由于混淆了国际法与国内法的界限,有的国际经济法学者做出错误论断,提出国内法的域外效力乃是大势所趋,这岂不等于肯定某些国家赋予国内法域外效力是正确的,而我国反对国内法的域外效力反而错了。这种观点显然是很有害的。

第二,主张涉外经济法律是国际经济法组成部分的理由难以成立

到目前为止,国际经济法著作中,主张涉外经济法律为国际经济法组成部分的理由,主要是说国际经济关系错综复杂,对其调整需要国际法规范与国内法规范互相配合。这一论据本是事实,但却不能证明国际经济法可以涵盖涉外经济法律,因为在解决实际问题时,不同部门法之间互相配合乃是常有的事,岂可因此否定部门法之间的界限?如果因为互相配合就可以用国际经济法去涵盖涉外经济法律,那么,反过来用涉外经济法这样的概念去涵盖国际法的内容又何尝不可呢?实际上已经有这样的涉外经济法著作出现了。

第三,国际经济法不涵盖涉外经济法律不等于割断二者的联系

国际经济法不涵盖涉外经济法律,是从划清部门法与学科

界限的角度而言的,从学问相通的观点看,某一学科的学者往往要对相邻学科的事物进行研究,这是中外的通例。学科的范围和该学科学者的研究范围不是同一回事。在实践中,国际经济法与各国调整涉外经济关系的法律是互相配合、协调运作的,研究国际经济法离不开对各国相关经济法的涉猎。不涵盖并不意味着不能研究,只是国际经济法学者的主攻方向应该落在本学科范围之内。

2. 涉外经济法律不是一个独立的法律部门

有的学者把涉外经济法律视为一个独立的法律部门,这是不正确的。因为多数国家并不存在涉外经济法这样一个法律部门,我国存在一定数量的涉外经济法律,并与国内一般法律制度分离,这是我国改革开放处于低级阶段和法制不健全的反映。例如在1979年改革开放之初,为了吸引外资,我国制定了《中外合资经营企业法》,该法只有十五条,内容简略,在实践中也暴露出许多不足,但它是在我国没有公司法的情况下出台的,其实际价值主要是弥补了公司法的空缺。如果在1979年之前我国就存在一部成熟的公司法以及相关的法律,就没有必要制定《中外合资经营企业法》了。其他涉外经济法律出台的因由,与《中外合资经营企业法》大同小异。随着改革开放和社会主义法制建设的发展,涉外经济法律与国内一般法律制度融合是必然趋势。涉外经济法律作为一个独立的法律部门是没有前途的。

3. 涉外经济法律不是国际私法的组成部分

根据国际上通行的观点,国际私法是指解决国家之间法律适用的冲突规范,属于程序法。而涉外经济法律属于实体法。如果不顾及国际通行的观点而人为地扩大国际私法的范围,并把涉外经济法律纳入国际私法,从学术和实践上看都是不可取

的,笔者曾在《论国际经济法与国际公法、国际私法的关系》^①一文中详述此意,兹不赘言。

4. 涉外经济法律不是国际商法的组成部分

用国际商法涵盖涉外经济法律也是不恰当的。我国的法律学科分类并没有列出国际商法,按照我国的法学分科体系,所谓国际商法实属于国际经济法的范围。依此论来,用国际商法涵盖涉外经济法律,就如同用国际经济法涵盖涉外经济法律一样,这是不恰当的。

5. 涉外经济法律也不是民法的组成部分

经济法与民法之间界限何在,并无定论。我国的涉外经济法律,主要有两种类型的规范,即行政管理性质的规范和商事性质的规范。前者当然不属于民法,问题是后者归属民法是否恰当?笔者认为不妥。因为我国立法的总体特点虽属大陆法系,但我国立法并没有完全照搬大陆法系的模式,大陆法系多把商法与民法并称民商法,商法作为民事特别法,在商法有具体规定的情况下,优先适用商法规范,在商法没有具体规定的情况下,适用民法的一般规定。在民商合一的情况下,商事规范似可被归人民法^②。民法属于“私权”性质的法律。但从“私权”与“公益”分立的民法观念来看,我国涉外经济法律并非一般意义上的商事规范,而是更多地体现国家利益原则。因此,把商事性质的涉外经济法律纳人民法也是不妥当的。

6. 涉外经济法律属于国内经济法

综上所述,本文的结论已经不言而喻,涉外经济法律应归属国内经济法。关于涉外经济法律在国内经济法中的地位,笔者

① 高尔森,程宝库.《论国际经济法与国际公法、国际私法的关系》.天津:国际经贸研究,1997,(1)。

② 史尚宽.《民法总论》,第45页.台北:正大印书馆,1981。

在此略加赘言。一个国家用何种法律渊源调整涉外经济关系，可有两种方式：一是依国际私法的冲突规范指引，直接用一般性经济立法调整涉外经济关系，而不为之另行立法，被称为内外合一模式，这是国际实践的通例，也符合国际法上的国民待遇原则；二是制定单行的涉外经济法律，排除一般性经济立法在涉外案件中的适用，被称为内外分立模式，这种作法不符合国际实践的通例，只是在个别国家和特殊情况下的产物。用单行的涉外经济立法调整涉外经济关系，通常意味着对外商的差别待遇，除非这种差别待遇是超国民待遇，否则，就很容易被认为违反了国民待遇原则，不利于国际经济合作的发展；而超国民待遇又对民族工业不利。由此可见，内外分立模式弊病多，不如内外合一模式，抛弃内外分立模式应是我国经济法发展的大趋势。

从 WTO 规则看我国国有企业 参与国际市场竞争所存在的问题*

程宝库

自从 1979 年改革开放以来,我国经济增长速度一直在世界各国中名列前茅。特别是最近 5 年,国民生产总值年均增长 12.1%^①,国民生产总值在世界排名中的位置从 1991 年的第 10 位上升到 1996 年的第 7 位。但是,以人均经济规模而论,我国还是一个相当贫困落后的发展中国家。要在我国经济发展已经取得的成就基础上,实现我国经济的中长期发展目标,还有赖于建立充满活力的开放型的社会主义市场经济制度。所谓“开放型”是指我国经济与世界经济接轨,在同一轨道上、按同样的规则运行。这样就可以使我国经济在国际市场上赢得比较利益,并在资金、技术、资源和管理等方面汲取丰富的营养。马克思、恩格斯在《共产党宣言》中早就指出:“由于资本主义的发展开拓了世界市场,过去那种地方的和民族的自给自足的闭关自守状态已经被各民族的各方面的互相往来所代替,一切国家的生产和消费都已成为世界性的了。”^②在当代,生产力和科学技术的发展更加迅速,国际经济联系与合作更加密切,而国际经济合作必然要求各国涉外经济制度的协调甚至统一,并由一定的国际

* 本文原发表于《南开学报》1998 年第 3 期。

① 江泽民总书记在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告,见《人民日报》1997 年 9 月 22 日第 1 版。

② 《马克思恩格斯全集》第 4 卷,人民出版社 1958 年第 1 版,第 465 页。