

Fa Yuan Wen Hui

法苑文汇

上海大学法学院 编
上海市政法管理干部学院



Fa yuan wen hui

法苑文汇

上海大学法学院 编
上海市政法管理干部学院



江苏工业学院图书馆
藏书章

上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

法苑文汇/上海大学法学院,上海政法管理干部学院
编. —上海:上海社会科学院出版社,2003

ISBN 7-80681-292-X

I.法... II.①上...②上... III.法律-研究-中国 IV.D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 081266 号

法苑文汇

作 者:上海大学法学院 上海政法管理干部学院

责任编辑:傅新营 吴芸茜

封面设计:王培琴

出版发行:上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail:sassp@online.sh.cn

经 销:新华书店

印 刷:上海华成印刷装帧有限公司

开 本:850×1168 毫米 1/32 开

印 张:24.5

插 页:1

字 数:626 千字

版 次:2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月第 1 次印刷

印 数:0001-1000

ISBN 7-80681-292-X/D·029 定价:48.00 元

版权所有 翻印必究

目 录

法 学 论 坛

略论东亚区域经济与法制合作·····	吴益民(1)
国际法上的民族自决权与国家主权	
——挑战与妥协·····	万 震(9)
试论我国国际商事仲裁程序的法律适用·····	黄道雄(17)
关塔那摩战俘所涉及的国际法问题·····	王丽华 吴益民(23)
法律移植与法的多元化、全球化 ·····	萧光辉(29)
上市公司委托书征集的价值评判及立法取向·····	陈颖健(35)
香港与内地上市公司要约收购法律比较	
——兼论我国内地上市公司要约收购立法的完善·····	李 晨(42)
试论外商投资的有限责任公司适用公司法的若干问题·····	刘恩媛(49)
浅析电子资金划拨的法律关系·····	沈吉利(55)
侵权法到反不正当竞争法的演变·····	杨彤丹(60)
论刑事证据理论中的证明自由·····	陈浩铨(65)
试论保险法的最大诚信原则	
——评新修改的《保险法》·····	任青萍(71)
人民调解协议书法律效力及其未能履行的法律救济研究·····	姜玉卿(78)
略论民事一审普通程序之审限·····	潘牧天(84)

刑事裁判文书的制作现状及其改革模式刍议·····	奚小玮(89)
诉讼成本的二次分配·····	朱朝晖(95)
中国网上拍卖法律问题的探析·····	郑金涛(101)
我国互联网综合执法之思考·····	陈海萍(107)
国际反恐合作中国际法作用的发挥和国际新秩序的 建立·····	梁莹(113)
自然资源权利论	
——可持续发展条件下的权利解读·····	尉宇宏(120)
业主与物业管理公司之关系的法律探讨·····	黄萍(126)
论监狱生产,监狱经济和监狱企业的定位·····	黄慧(132)
宪法概念流变及其价值分析·····	李俊(137)
论宪法产生的思想基础·····	郑宏彩(143)
宪法司法化的一些思考·····	杨新忠(149)
从集合资金信托产品谈信托业“两规”的功能缺陷 ·····	刘筱文(154)
关于“法律全球化”的思考·····	常虹(160)
中国法制现代化面临的主要问题及其应对·····	陈勃(165)
浅谈网络侵权案件诉前证据保全·····	吴香柱(169)
论著作权法上的权利穷竭原则·····	朱学加(174)
民事诉讼中的诚实信用原则·····	孙青平(181)
社区人民调解庭:国家法与民间法的关系	
——一种“宽容的法律”多元视野下的透视·····	赵明强(188)
发展中国家是否能从提高知识产权保护中获利·····	于娟(194)
刍议知识产权侵权案中的诉前禁令·····	朱以林 洪瑜(202)
论我国建立缺陷产品召回制度的必要性和可行性 ·····	王宇 陈丽丹(208)
授益行政行为初论·····	程竹松(214)

审理房产案件应防止唯权证倾向·····	居 桐(223)
试论我国的义务教育·····	鲁叔媛(231)
社保基金——困境与突围·····	胡冠时(238)
非典与国际应急机制·····	赵惠琳 薄海豹(246)
现代环境伦理价值观的生成及发展·····	梅 宏(249)
医疗合同中患者方知情权的构成及其法律分析·····	姚海嵩(255)
论器官捐献的若干法律问题·····	张 敏(259)
我国应发展私人侦探业的分析·····	冯丽华(264)
市场经济中的“法”与“德”·····	窦 花 刘 利(267)
论依法治国和以德治国的关系·····	屠文韬(272)
论道德的制度构建·····	陈莉莉(277)
经济法与社会公共利益的实现·····	顾辉明 史学岗(283)

法理学、法哲学研究

裁量的法治

——行政自由裁量权的法治话语分析·····	郑爱明(289)
-----------------------	----------

法治理想的悖论·····	石仲广(295)
--------------	----------

对平等观念的新认识·····	王 滢(301)
----------------	----------

法和国家产生的先后与法治的关系初探

——读卓泽渊教授《论法治国家》·····	张天奎(307)
----------------------	----------

略论法与人性

——读《法哲学经纬》“法与人”一章所感·····	王 琳(313)
--------------------------	----------

法哲学研究范式之我见·····	杨 晖(319)
-----------------	----------

在何种意义上谈法治

——关于中国古代有无法治的法哲学思考·····	刘翠华(328)
-------------------------	----------

当事人意思自治原则内涵变迁的法哲学思考·····	陈 勇(335)
--------------------------	----------

法哲学与法理学之再辨

- 兼议《法哲学与法理学：西方传统哲学语境
中的两种法学理论》一文 王宵兰(342)
- 自由·权利·法治
- 法哲学视域中的权利本位说 徐国栋(348)
- 动物法律地位的法哲学思考
- 关于法律主体开放性的另一个视角 姚志敏(355)

刑法、犯罪学专论

- 社会稳定与刑罚改革的人权刑法观思考 刘 强(363)
- 犯罪学层面之反思
- 析黑社会组织犯罪 岳 平(373)
- 黑社会犯罪对社会的经济控制模式简析 单 佳(380)
- 黑社会性质犯罪的犯罪成本分析 张 磊(386)
- 我国黑社会性质组织犯罪成因的社会分析 冯聪玲(392)
- 有组织犯罪的动态发展及其对策 崔 欣(398)
- 当今我国社会有组织的犯罪形式存在原因论 戴海琼(405)
- 论反洗钱对维护稳定的意义 姚善英(411)
- 浅论社会转型期犯罪的发生与控制
- 从个案报告中折射的思考 高 芸(418)
- 刍议犯罪主体的犯罪构成要件地位 李 捷(425)
- 浅谈我国刑法中罚金刑适用的几个问题 郝建蓉(431)
- 犯罪统计中的几个基本问题探析 王松江 金 辉(437)
- 试论“被害人影响陈述”与我国假释程序的合理化
..... 金碧华(444)
- 略论赋予被害人公诉案件当事人地位的合理性
..... 朱秀杉 姜绪平(452)
- 试论单位犯罪主体的若干问题 梅礼匀(458)

关于警察圈套的思考·····	吴旅燕(465)
犯罪过失概念比较研究·····	江较红(471)
犯罪与社会反应互动论·····	范鲁阳(477)
犯罪进化初论·····	赵靖一(483)
浅议犯罪的本质特征·····	张 伟(489)
论假释对罪犯的人权保障·····	赵元勤 荣道福(496)
我国证券、期货内幕交易刑法规制与思考·····	黄 超(503)

检 察 官 园 地

进一步加强检察院领导班子自身建设的几点思考·····	李 海(508)
依法实施社区矫正工作的初步思考·····	郑永琦(513)
保密工作中的“小环节”不容忽视·····	王群智 薛润复(517)
侵犯商业秘密罪涉案问题的思考·····	唐秀德(522)
退回补充侦查规范适用中若干问题之探讨·····	顾文虎(527)
论不纯正不作为犯的几个问题·····	钱晓峰 顾 文(532)
从一起盗窃案件看审查、运用指纹证据中应予重视的 几个问题·····	谢 军(537)
单位犯罪案件区分主犯、从犯及相关问题探讨·····	杨宏亮(541)
正确理解刑事简易程序案件的起诉书副本 送达期限·····	顾文虎 赵国文(547)
“受委派从事公务”的认定 ——王满昌贪污抗诉案评析·····	董文武 王 武(550)
监外罪犯检察新手段、新模式初探·····	龚卫清(555)

中外法律制度比较、探析

美国法对海事案件的若干规定评述·····	浦伟良(560)
中美律师资格制度比较及思考·····	王兴和(565)

- 中国与大陆法系行政主体理论之比较研究…………… 郝 静(571)
- 行政诉讼庭前证据交换制度的研究…………… 何翠竹(577)
- 对美国宪法修正案作用的另一种解读
- 阅读施特劳斯:宪法修正案的不相关性 …… 陈珺珺(583)
- 议会监察专员制度和促进良好执政…………… 刘小楠译(589)

WTO 与 法

- WTO、中国入世议定书与生物技术的专利
- 保护…………… 朱国华 陈颖颖(596)
- 论 WTO 下金融服务贸易的最惠国待遇原则 …… 宋俊荣(602)
- 解读中国入世关于农业政策的承诺
- 兼论中国农业扶持和发展的法律空间 …… 何艳梅(607)

法制史研究

- 身份法,中国最早的法律…………… 王毓明(615)
- 司马迁的法律思想及其现实意义…………… 张 颐(621)
- 论中国古代监察制度及其历史借鉴…………… 栾 岚(627)
- 习惯、道德与法律
- 中国近代法律变革评说…………… 孙黎卿(635)
- 试论西塞罗的法治理论…………… 恽黎明(642)
- 浅论中国古代的收继婚…………… 完颜绍平(649)

其他学术成果

- 高校学报存在的问题及解决途径…………… 吴志刚(655)
- 编排规范化刍议…………… 丁亚秋(660)
- 论数字图书馆对高等教育的影响…………… 王 伟(665)
- 高校法律援助机构兴起之分析…………… 黄春红(673)

对精读在 EFL 教学中的现状及其思索·····	尹春晨(677)
教学管理信息化初探·····	陈风光(682)
英语考试≠能力评估·····	陈晓芳 贾迎花(688)
校园安全管理要走科技创安之路·····	刘申和 鲍宇宁(694)
初论中国特大规模高校之保卫工作·····	葛芝金(700)
高等教育改革与高校公共安全 ·····	王再愚 金 仙 莫水根(704)
互联网时代高校学生教育管理工作新模式的探索 ·····	华东理工大学保卫处金山校区课题组(708)
《公益事业捐赠法》中用词准确性浅析·····	贾迎花(714)
香港目前的双语政策及今后的语言政策·····	夏美琴(720)
按照“三个代表”要求,进一步做好反腐倡廉工作 ——江泽民反腐倡廉思想研究·····	赵承宗(725)
永葆党的先进性必须坚持以人为本·····	彭 辉(732)
论高校党员干部的形象塑造·····	贾洛川(738)
试论知识型人才的管理·····	李 军(744)
历代关于《山海经》产生时代问题的研究述评·····	沈海波(750)
中国股市的希望·····	周正义(758)
当前国有企业改革的对策及思考·····	陈晓燕(763)
“疑是论”可以休矣·····	宋山龙(769)
后记·····	(776)

法学论坛

略论东亚区域经济与法制合作

吴益民

在世界区域经济集团化的大趋势下,20世纪80年代以来,东盟、中国和日本等东亚地区的经济合作取得了令人瞩目的进展,然而这种进展是自然经济区高速发展和普遍对外开放条件下的正常扩大,并非是建立在制度基础上的紧密合作,因而不能完全满足东亚国家相互协调与合作的直接利益。因此,探讨东亚区域经济与法制合作具有迫切的必要性和现实意义。

一、区域经济合作与区域法制合作的关系

1. 经济合作是法制合作的重要基础。经济全球化必然推动法制的合作,区域经济一体化也将推动区域法制的合作或趋同。从实践来看,不论是全球的还是区域性的,都表现出这样一种规律。WTO已有140多个成员方,尽管社会制度、经济结构、经济发展水平各有不同,甚至还有不小差距,但已经达成了一系列的协定、条约、协议等等,成员方都予以接受,都在认真遵守。而这一切正是因为以经济合作为基础的,如果没有经济合作,这一切法律制度都不可能产生。可以认为,如果离开经济合作来讨论法制合作与趋同是很难成功的。东亚法制要合作就必须重视东亚区域经

济的合作。

2. 协调取得更多的经济利益是法制合作,或者说是推动东亚法制合作的重要动力。东亚各成员经济发展既存在竞争又有巨大的互补性,尤其是经济技术方面互补性很强。但是在世界区域经济一体化趋势不断加强的浪潮中,民族国家仅靠单独的力量难以适应世界经济发展的需要,需要通过区域合作来很好地保护自身利益。东亚各国需要开展区域内的经济技术合作,优势互补,各取所长,从而以经济贸易合作为主,以经贸合作带动政治安全问题的解决,推动东亚法律趋同化。对于地区政治安全问题的安排,对于地区法律的合作,应当随着经济关系的不断深化而逐步取得进展。^①忽视协调取得更多的经济利益,则区域合作不可能取得成功,法制的合作与趋同更将是十分困难的。

3. 经济合作需要一定的法律制度作保障。加强经济合作,不能忽略其他方面的安排,特别是法律制度方面的安排。真正的区域合作除了区域内成员具有共同意识,采取一致的行动外,还必须要有制度性条约作保障。任何区域合作都需要有一定的制度性措施,以此来保证和维护合作目标的实现和合作秩序的存在,欧盟和北美自由贸易区概莫能外。

二、东亚区域经济与法制合作的困难与挑战

1. 东亚地区经济实力有限,经济发展不均衡且经济结构趋同。20世纪80年代以来,东亚地区经济持续高速增长,创造了“东亚奇迹”,而被视为世界经济三极之一,但是,东亚地区整体经济实力与另两极(西欧、北美)相比还有很大差距,大多数国家还属于发展中国家,尤其是1997年爆发的金融危机,使东南亚诸国经济遭受严重冲击,并且波及到日本和韩国,经济出现严重萎缩。另

外,东亚区域内国家经济发展水平极不均衡,差别远远超过欧盟和北美自由贸易区,人均 GDP 最高者和最低者相差达一百多倍,这种差距将加大区域自由贸易和其他经济合作谈判的难度,不同的国家会有不同的考虑。还有,东亚区域内相当多的国家经济结构类似,其市场、投资和技术合作等需求有很大的共同性,造成各国间互补性差,区域内贸易扩展潜力不大。因此,这些国家在对外贸易、引进外资和技术合作等方面竞争激烈,这在一定程度上使东亚经济合作增加了困难,阻碍东亚区域经济与法制合作取得实质性进展。

2. 美国对东亚区域经济与法制合作持消极态度。美国在东亚有长期形成的广泛的政治经济利益,为了维护其在东亚的利益,它反对任何离开美国主导东亚经济发展的企图,并以推进亚太经济合作来替代或冲淡东亚区域经济合作。美国一直力图主导亚太经济合作,积极推动 APEC 发展,试图凭借资金、技术优势和政治、军事条件,把最具经济活力和发展潜力的东亚地区,纳入自己的势力范围,从而与北美自由贸易区联合起来,形成优于欧洲经济集团的力量,并且持久地获得和保持其在东亚地区的利益。无论从经济还是从政治、安全角度来认识,美国对东亚区域经济合作的进程都会产生重要影响。从经济关系看,美国的对外贸易三分之一以上是同东亚地区进行的,而东亚地区的出口有 20% ~ 25% 依赖于美国市场。从政治、军事关系看,日本和韩国是美国在该地区最亲密的盟友,东盟大部分国家与美国具有长期的军事合作。东亚不少国家试图借助或依靠美国的力量,在政治、经济、军事方面形成相互制约的均衡局面。正因为美国在东亚地区的势力和影响甚大,所以,东亚地区的各种合作形式都不可能忽视甚至排斥美国的态度。如 1990 年马来西亚总理马哈蒂尔提出建立 EAEG 和金融危机后日本提出设立“亚洲货币基金”(AMF)的倡议,都由于遭到

美国的强烈反对而搁浅。

3. 东亚地区内部存在不少障碍性因素,各国之间缺乏真正的相互信任。东亚各国在历史上曾深受日本侵略之害,而日本至今仍未作出真正的反省和道歉。日本政府高官甚至首相多次参拜靖国神社,伤害了东亚各国人民的感情;修订历史教科书,试图篡改历史,美化侵略战争;有意修改和平宪法,在“正常国家化”的道路上越走越远;通过《周边事态法案》,决定与美国合作开发战区导弹防御体系等等。这些勾起了东亚各国对历史的记忆,中日、日韩以及日本与东盟之间都存在戒备心理。其次,东亚地区国家民族众多,宗教派别林立,世界三大宗教在东亚地区都有很多教徒,各国国内的民族及教派的摩擦极易引发政治冲突,从而影响东亚地区各国之间的团结和合作。还有,东亚国家和地区在政治制度、历史文化、价值观念方面存在较大差异,特别是一些历史遗留问题、领土争议问题更给这一地区增加了许多不稳定因素。朝鲜半岛问题虽因“四方会谈”有所缓解,但南北双方达成和解协议还有重重困难;印尼、菲律宾等国国内矛盾重重,恐怖活动不断,政局变化不定;台湾对东南亚国家展开“务实外交”,也影响了大陆与东盟国家的友好关系等等。这一切都不利于东亚区域经济合作。

4. 东亚各国民族意识比较强,地区认同观念较淡薄。区域经济合作不可避免地要面对建立共同条约和制度机制等问题,这就必然地涉及到一定程度上限制或共同行使国家经济主权问题,这是任何主权国家最为敏感的问题。东亚各国民族意识较强,非常看重主权。韩国在“民族和解”的旗帜下谋求半岛统一;日本在经济强大后掀起了一轮轮民族主义浪潮;东盟各国大多是清一色的民族主义国家。国家民族主义的抬头就决定了对地区认同感的淡薄,对区域经济一体化的积极功能认识不够,使这些国家很难让渡部分经济权力,这样就很难形成真正的区域经济合作机制。另外,

东盟是推动东亚区域经济合作的倡导者,但随着东亚区域合作的发展,东盟担心其主导权将会被削弱。中日韩三国经济力量的总和是东盟的五倍,金融危机之后,中日韩与东盟之间的经济实力不对称性就更加明显了。“10+3”或“10+1”合作框架的建立是东盟为促进自身的发展借助于中日韩的力量,但如果进入实质性合作,东盟担心其主导权会逐渐旁落,其不发达成员甚至担心将面临边缘化的威胁。因此,出于上述的担心,东盟国家可能会放慢东亚区域经济与法制合作的步伐。

5. 东亚区域经济与法制合作机制缺乏核心国家的强力牵引。从欧洲、北美的经验看,区域合作进程中核心大国的牵引作用至关重要,欧盟的一体化离不开法德的核心作用。日本是东亚地区第一经济强国,应该在东亚区域经济合作中发挥主导作用;但迫于美国的压力,日本在东亚区域合作上一一直持消极、暧昧的态度。并且,从日本的对外贸易政策看,其一向重视实行多边贸易政策,日本是充分利用世界自由贸易环境来扩大出口而发达起来的国家,几十年来就没有参加地区性贸易组织。如果形成了内向性的经济集团,就可能把自己束缚在这个相对狭小的范围内,这不符合日本的经济性质和特点。还有,日本的侵略历史及其对历史的态度也使其他东亚国家和地区难以与之建立可信任的和谐关系。尽管近年来日本的对外贸易政策和理念有所变化,但上述因素还困扰其充分发挥核心大国的作用。

同时,中日合作是东亚区域合作的关键。日本和中国是东亚地区两个最大的经济实体,对东亚地区具有重要的影响。但是,中日两国之间还没有建立起真正的信任关系,难以接受对方发挥更大的作用。实际上,中国和日本在东亚地区处于某种竞争状态,两国的发展还需克服重重困难。

三、东亚区域经济与法制合作的原则与对策

第一,循序渐进原则。对东亚区域经济与法制合作必须采取积极而又现实的态度。应当精心培育目前区域合作的良好势头,不能急于求成。西欧各国的政治文化和经济发展水平差距较小,从当年的煤钢联营发展到今天的欧盟,尚且经过了 50 多年的历程。东亚区内各国或地区经济发展水平差别较大,内部问题复杂,因此难以在短期内实现经济一体化的跃进或变革。应当有时间更长、困难更多的心理准备。应当根据世界经济和东亚经济形势及其发展条件的变化情况,采取稳步和切实有效的对策。

第二,先易后难,由小及大的原则。东亚各国应当积极推动双边经济合作,大力强化次区域的经济一体化,逐步扩展合作对象和领域,以推动整个地区的经济合作。双边合作、次区域经济一体化,矛盾相对少些,利益较易协调,因而易于取得成效。欧共体就是德法等少数几个国家先搞起来,逐步扩展至欧洲其他国家。北美自由贸易区也是美加先联合起来,墨西哥再加入进来的。同时,公共选择理论的研究提示:社会激励主要是在小集团中才显得重要,只有当大集团是较小集团的联邦时,它们才在大集团中起作用。^②换言之,大集团采取行动获取集体利益的能力是以小集团的有效性为前提。因此,东亚区域经济合作有赖于次区域经济合作和双边经济合作。同样,东亚法制的合作和区域化也应当先易后难,由小及大,先从经济的某些方面,从某领域开始,由双边或几个国家开始,逐步扩大。

第三,逐步制度化原则。东盟和中日韩的“10+3”对话合作机制,由于还未建立起制度性条约,因此不能称作是一个真正的区域合作组织,只可算是一个区域经济论坛。从发展的要求看,以

“10+3”为代表的东亚区域经济合作必须由对话合作走向制度性合作。建立必要的制度性条约必然会涉及成员方让渡部分经济主权的问题。然而,让渡部分经济主权并没有丧失这部分经济主权,而是共同行使这部分主权,同时可以通过法律机制保障国家主权在让渡领域不受损失。让渡部分经济主权是为了获取更大的利益。经济合作逐步制度化的过程,实际上也就是法制逐步合作并趋同化的过程。

根据上述原则,东亚区域经济合作应当采取以下具体的对策:

1. 加强东亚次区域的经济与法制合作。加强东亚次区域的经济与法制合作,并逐步加以扩展,是推进东亚区域经济与法制合作的战略选择。东亚次区域经济合作使东亚一些局部地区在市场机制的作用下,紧密地结合在一起,促使经贸合作机制化,为深化东亚区域经济合作奠定了坚实的基础。这种经济合作的紧密性和制度性,有助于逐步消除一些政治上固有的争议。

2. 尽快建成“10+3”区域自由贸易和投资区。东盟与中、日、韩四方对建立“10+3”区域经济合作的态度都比较积极。东盟各国经历了金融危机后,均要求加强地区经济合作,以防范危机的再度发生,赞成“10+3”经济合作;日本小泉首相在2002年年初访问东南亚之际,提出了建立“东亚共同体”的倡议;韩国多次参加“10+3”会议的讨论,提出了一些积极而有建设性的建议;中国一开始就对“10+3”合作予以高度重视,确定了积极参与、扩大共识、增进互信、加强合作的方针。共同的意识是成功的开始,现在应当减少相互间的贸易壁垒,扩大区域内的直接投资,最终实现贸易和投资自由化。

3. 加强经济技术合作,推动实施已达成协议的项目。东亚各成员经济发展既存在竞争又有互补性,尤其是经济技术方面互补性很强。开展区域内的经济技术合作,优势互补,各取所长,在协