

共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

民为邦本

法治天下

国际法卷

廖益新/主编 | GUOJIFA JUAN



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

国际法卷

编 | GUOJIFA JUAN



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

共和国六十年法学论争实录·国际法卷/廖益新主编. —厦门:厦门大学出版社, 2009. 6

(共和国六十年法学论争实录/江平总主编)

ISBN 978-7-5615-3395-6

I. 共… II. 廖… III. 国际法-法学史-中国-1949~2009 IV. D909.27

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 184508 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门集大印刷厂印刷

2011 年 2 月第 1 版 2011 年 2 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:24.5 插页:3

字数:544 千字 印数:1~5 000 册

定价:49.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



总主编：江平

执行总主编：柳经纬、齐树洁

编委会

编委会主任：朱崇实

编委会成员：(按姓氏笔画)

马怀德

卞建林

江平

齐树洁

曲新久

朱崇实

朱福惠

张恒山

陈福郎

柳经纬

蒋东明

韩大元

廖益新

秘书：施高翔



自1949年10月1日开国大典至今,新中国走过了不平凡的历程。六十年风雨砥砺,沧桑巨变。抚今追昔,展望未来,令人感慨万千。

新中国建立后,由于废除了国民党的“六法全书”,全盘学习苏联,建立了权力高度集中的经济体制和政治体制,民主法治缺乏必要的社会经济基础和政治基础,因而法律工具主义(实用主义)、法律虚无主义盛行。共和国前30年,民主法治建设遭受严重挫折,“文化大革命”期间甚至出现了“无法无天”的局面。1978年十一届三中全会之后,以市场化为取向的经济体制改革不断深入,为民主法治建设奠定了必要的社会经济基础,而依法治国方略的确立则为民主法治的发展提供了必要的政治条件,民主法治建设由此走上了正轨,呈现出欣欣向荣的景象。今天,我国的法律体系日趋完备,司法运行机制基本健全,公民法律意识普遍加强。但是,我们应当清醒地认识到,依法治国、保障人权虽然已经写进了宪法,但是离真正实现还有漫长的道路。

与社会主义民主法治进程相适应,我国法学理论发展大体上也以1978年为界分为前后两个时期:前一个时期的法学理论受到法律工具主义和国家意志主义的支配,具有浓厚的意识形态色彩。在那段时期,法律被认为是统治阶级意志的体现,是阶级专政的工

2 总序

具,人类社会创造的一切法律文化和法律文明都被视为剥削阶级的法学而遭受彻底的否定,正常的法学学术讨论变成“打棍子”、“扣帽子”的政治运动,大批法学教授被打成右派,成为阶级专政的对象,法学因此丧失了科学性而沦为一定意识形态的奴仆,法学园地一片荒芜。后一个时期的法学理论随着民主法治的进步逐渐得以重建与发展,从构建法学的基本理论开始,法学界以极大的热情投入到改革开放的伟大实践中去,研究改革开放过程中不断涌现的新问题,为解决实践中的难题提供理论支持,为社会主义民主法治建设献计献策,法学也从以往的“荒蛮之地”发展为日益繁荣的“显学”。近年来,我国法学理论研究彻底抛弃法律工具主义和法律虚无主义观念,逐渐摆脱了对特定意识形态的依附,有了对国家民主法治的独立的价值判断和理论追求,法学理论体系的框架初见端倪。法学不仅仅是一门“显学”,而且已成长为一门科学。然而,我国法学的成长并非一帆风顺。总体而言,我国法学的成长面临着两大问题:一是旧观念的束缚。新中国成立以后逐渐形成的特定的意识形态,如阶级斗争理论、法律工具主义观念等,是横亘在我国法学成长道路上巨大的理论障碍。法学研究必须摆脱这些旧的观念的束缚,必须冲破这些理论樊篱,才能获得成长。二是由于在很长时期内,对人类社会一切法律文明都持否定态度,导致了我国法学严重的先天不足,相关知识匮乏,研究视野狭窄,理论水平低下,“幼稚的法学”曾是较长时期内人们对法学的基本评价。法学要发展,法律人就必须发愤努力,扩大理论视野,吸收人类社会一切法律文化和法律文明的知识养分,以后天的努力来弥补先天的不足,摘掉“幼稚”的帽子。

经过改革开放30年来所有法律人的艰苦努力,站在今天的角度,我们可以乐观地说,我国法学基本解决了上述两大问题,法学理论中的意识形态色彩逐渐褪去,法学不再是“幼稚”之学,我国法学成长起来了!

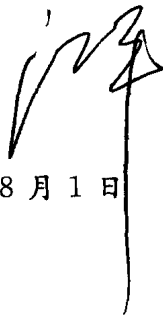
在共和国 60 年的历程里,虽然 20 世纪 50 年代即有关于“法的阶级性与继承性”的讨论,但是,这些论争的声音极为微弱,合理的意见和主张非但不能进入主流,反而被作为“反党反社会主义”的谬论加以批判。最能集中体现法学成长的当属改革开放以来发生在法学各个学科领域的一次又一次的论争。从 20 世纪 80 年代的“法的本质”的论争、“法治与人治”的大讨论、民法调整对象之争、无罪推定的争议,到 90 年代的公私法理论讨论、免于起诉制度存废之争,再到新世纪由北大法学教授的一封“公开信”引发的《物权法(草案)》“违宪”大论战,关于沉默权、废除死刑、死刑复核程序、辩诉交易、宽严相济刑事政策的争论等,无不引起全社会的关注。回顾共和国 60 年来尤其是改革开放以来法学的论争,其间既有关国家法治前途的重大理论问题(如法治还是人治问题),也有改革实践中提出的具体实际问题(如国有企业改革问题),还有法学理论体系构建层面的一般学术问题(如民法学中的物权行为理论问题),可谓千姿百态。与五六十年代的动辄政治运动、上纲上线不同,改革开放以来的法学论争,主要是在学术层面上展开,基本做到了百家争鸣。这也从一个侧面表明我国法学理论研究趋于理性,日臻成熟。

60 年来,我国法学的发展如同唐僧西天取经那样,历尽波折,备尝艰辛,其间的经验教训是一笔宝贵的财富,值得记录总结,留给后人评判。有鉴于此,《共和国六十年法学论争实录》试图以史家的笔法,以“实录”的方式,从学术史的层面上再现共和国 60 年历史进程中发生的一次又一次关于法学重要问题的论争,从一个侧面揭示我国法学从“荒蛮之地”走向“显学”,从“幼稚之学”走向成熟,与时俱进、不断开拓的历程。《实录》参照我国法学学科的划分,分为法理学卷、宪法卷、行政法卷、民商法卷、刑法卷、诉讼法卷、经济法卷和国际法卷,由一批具有较高学术成就的中青年学者担任主编。各卷的主编多是改革开放以来法学论争的见证者或参

4 总序

与者,他们的勇于担当,必将使《实录》的初衷得以更好的实现。读者不仅能从其间领略到我国法学成长过程的点点滴滴,同时也能真切感受到共和国60年民主法治与法学发展的艰辛历程。

以“实录”的方式再现共和国60年间发生的法学论争,这在我国法学学术史的理论研究方面还是第一次。民为邦本,法乃公器。我期待并且相信,《实录》的组织编写和出版必将有助于促进法治精神的传播,使法治精神进一步体现在民众的言论和行动中,落实到国家的法律政策中。法治天下,其日可待。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, fluid characters. The signature is positioned above the date and extends downwards with a long vertical stroke.

2009年8月1日



总 序/江 平

绪 论

| | |
|---|------------|
| 新中国国际法学 60 年历程回顾与展望 | (1) |
| 一、新中国国际法学的发展历程 | (2) |
| 二、新中国国际法学对国际法发展的贡献 | (8) |
| (一) 首创践行和平共处五项基本原则 | (8) |
| (二) 坚持反对霸权主义原则 | (10) |
| (三) 提出和平发展战略和建设和谐世界的国际法新理念 | (12) |
| 三、中国国际法学研究存在的主要问题 | (14) |
| (一) 国际法学研究缺乏有效的整体科学规划和合理分工 | (14) |
| (二) 对国际法基本理论和研究方法的重视研究不足 | (15) |
| (三) 国际法研究存在着滞后于国际法实践发展的问题， 服务于国家重大决策和外交工作的作用有待加强 | (15) |
| 四、未来中国国际法学研究的发展趋势 | (16) |
| (一) 关于国际法基本理论问题的研究将得到更多的 重视和加强 | (16) |
| (二) 国际法学研究领域将随着国际法作用范围的 扩大而进一步拓展 | (17) |
| (三) 国际法研究与国内法研究相互交叉融合的趋向更加明显 | (17) |
| (四) 国际法学研究与中国改革开放实践的结合更加紧密， 服务国家发展战略和外交决策的功能将进一步提升 | (18) |

(五)国际法的研究将更多地注重学科交叉和相互渗透,
研究方法也更趋多元化…………… (18)

参考文献…………… (19)

第一专题

国际经济法概念的认识分歧…………… (21)

一、引言…………… (22)

二、国际经济法与国际公法的关系之争…………… (24)

 (一)“狭义说”…………… (24)

 (二)“广义说”…………… (27)

 (三)小结…………… (36)

三、国际经济法与国际私法的关系之争…………… (36)

 (一)“大国际私法说”…………… (37)

 (二)“国际经济法说”…………… (39)

 (三)小结…………… (40)

四、国际经济法与国际商法的关系之争…………… (41)

 (一)对“广义说”的反思…………… (41)

 (二)“国际商法独立说”…………… (46)

 (三)小结…………… (49)

五、国际经济法的属性:法律部门与法学学科之争…………… (49)

 (一)国内法部门说…………… (49)

 (二)独立法律部门说…………… (50)

 (三)独立法学学科说…………… (53)

 (四)小结…………… (56)

六、结束语…………… (57)

参考文献…………… (58)

第二专题

WTO 协议的国内适用问题之争…………… (65)

一、引言…………… (66)

二、条约适用及其效力的一般理论之争…………… (67)

 (一)关于条约适用的基本概念之争…………… (68)

| | |
|--------------------|-------|
| (二) 条约与国内法的关系之争 | (70) |
| (三) 中国条约适用的方式之争 | (72) |
| (四) 条约与国内法的优先性之争 | (79) |
| (五) 小结 | (83) |
| 三、WTO 协议的国内适用方式之争 | (84) |
| (一) WTO 协议“混合适用说” | (85) |
| (二) WTO 协议“转化适用说” | (89) |
| 四、WTO 协议与国内法的优先性之争 | (99) |
| (一) WTO 协议优先说 | (99) |
| (二) 国内法优先说 | (101) |
| 五、WTO 协议适用的互惠原则之争 | (103) |
| 六、结束语 | (105) |
| 参考文献 | (106) |

第三专题

| | |
|----------------------|-------|
| 外国人投资待遇标准之争 | (111) |
| 一、引言 | (112) |
| 二、关于国民待遇的论争 | (113) |
| (一) 国民待遇的适用对象之争 | (114) |
| (二) 国民待遇与外资优惠的关系之争 | (115) |
| (三) 国民待遇与最惠国待遇的关系之争 | (119) |
| (四) 中国实施国民待遇的态势之争 | (120) |
| 三、关于公正与公平待遇的论争 | (126) |
| (一) 公正与公平待遇的独立性之争 | (126) |
| (二) 国际最低待遇标准的合理性之争 | (129) |
| (三) 公正与公平待遇与国际法的关系之争 | (132) |
| 四、关于征收与国有化及其补偿的论争 | (137) |
| (一) 征收与国有化的合法性之争 | (138) |
| (二) 征收与国有化的补偿标准之争 | (142) |
| (三) 赫尔规则的习惯国际法地位之争 | (149) |
| 五、结束语 | (153) |
| 参考文献 | (154) |

第四专题

| | |
|---|-------|
| 国际私法的概念之争 | (161) |
| 一、国际私法的对象之争 | (162) |
| (一)国际私法调整的对象是涉外民事法律关系 还是涉外民事关系 | (162) |
| (二)国际私法调整的对象是涉外民事(法律)关系还是涉外的 民事法律适用关系 | (165) |
| (三)国际私法调整的对象是整体的涉外民事(法律)关系还是 特定部分的涉外民事(法律)关系 | (166) |
| (四)国际私法调整的民事关系的“涉外”性 或“国际”性如何理解 | (171) |
| 二、国际私法的调整方法之争 | (174) |
| 三、国际私法的范围之争 | (176) |
| (一)国际上关于国际私法规范范围的不同主张 | (176) |
| (二)我国学界关于国际私法规范范围的不同主张 | (177) |
| (三)我国学界关于“直接适用的法”的分歧 | (197) |
| 四、国际私法的名称之争 | (208) |
| 五、国际私法的定义之争 | (209) |
| 参考文献 | (212) |

第五专题

| | |
|------------------------|-------|
| 国际私法的性质之争 | (215) |
| 一、国际私法是国际法还是国内法 | (216) |
| (一)国际上三个学派之争 | (216) |
| (二)国内学者的不同观点 | (217) |
| 二、国际私法是实体法还是程序法 | (229) |
| 三、国际私法是公法还是私法 | (236) |
| 参考文献 | (242) |

第六专题

| | |
|------------------------------|-------|
| 国际私法的渊源之争 | (245) |
| 一、国际惯例是否为我国国际私法的渊源 | (246) |
| (一)关于国际惯例的含义的分歧 | (247) |
| (二)国际惯例是否为我国国际私法渊源 | (249) |
| 二、非国际私法渊源的国际惯例的性质和地位 | (256) |
| 三、关于我国法律中所规定的国际惯例的内容 | (261) |
| (一)实体性国际惯例说 | (261) |
| (二)冲突法国际惯例说 | (265) |
| (三)混合说 | (266) |
| 四、关于实体性国际惯例的法律性质 | (266) |
| (一)关于国际商业惯例不是法的主张 | (266) |
| (二)关于国际商业惯例是法的主张 | (267) |
| 五、我国以公共秩序排除国际惯例的适用是否恰当 | (268) |
| 参考文献 | (272) |

第七专题

| | |
|--|-------|
| 涉外仲裁裁决的监督机制之争 | (275) |
| 一、国内仲裁与涉外仲裁应一视同仁,实体监督与 程序监督不可偏废 | (276) |
| 二、国内仲裁与涉外仲裁应区别对待,司法监督应 限于程序问题 | (289) |
| (一)肖永平教授的观点 | (289) |
| (二)赵健博士的观点 | (293) |
| 参考文献 | (296) |

第八专题

| | |
|-----------------------------|-------|
| 关于国际法基本理论问题的论争 | (297) |
| 一、国际法的法律性问题 | (298) |
| 小结 | (302) |
| 二、国际法的阶级性问题 | (302) |
| 小结 | (306) |

| | |
|--------------------------|-------|
| 三、国际法的渊源问题 | (307) |
| 小结 | (312) |
| 四、造法性条约与契约性条约的区分问题 | (313) |
| 小结 | (315) |
| 五、国际法的主体问题 | (315) |
| (一)国际组织的国际法主体地位问题 | (317) |
| (二)个人的国际法主体地位问题 | (319) |
| 小结 | (324) |
| 参考文献 | (324) |

第九专题

| | |
|---------------------------------------|-------|
| 关于主权若干问题的论争 | (327) |
| 一、国际刑事法院的管辖权问题 | (328) |
| (一)国际刑事法院的管辖权性质 | (329) |
| (二)国际刑事法院管辖权的接受方式 | (335) |
| (三)管辖权的检察官启动方式 | (337) |
| (四)小结 | (341) |
| 二、国家豁免问题 | (341) |
| (一)支持绝对豁免理论、批判相对豁免理论的立场 | (343) |
| (二)批判相对豁免理论,但同时也批判 绝对豁免理论的立场 | (348) |
| (三)小结 | (349) |
| 参考文献 | (350) |

第十专题

| | |
|--------------------|-------|
| 关于人权若干问题的论争 | (353) |
| 一、人权的普遍性与特殊性 | (354) |
| 小结 | (362) |
| 二、自决权 | (362) |
| (一)自决权的主体 | (363) |
| (二)自决权与主权 | (366) |
| (三)小结 | (370) |

| | |
|--------------------------|-------|
| 三、发展权 | (370) |
| (一)发展权是否具有国际法上的拘束力 | (372) |
| (二)发展权主体与国家责任 | (374) |
| (三)小结 | (376) |
| 参考文献 | (377) |
| | |
| 后记 | (378) |



国际法学是19世纪中叶在“西学东渐”的时代背景下输入中国的。中国当时实际正处在半封建半殖民地社会地位,直至20世纪中叶,在漫长的半封建半殖民地历史时期,中国的国际法学并没有得到政府的扶植和学界的重视,国际法学的发展主要局限于引进翻译和介绍西方的国际法著作和学说理论,没有形成自己独立的国际法学说体系。1949年10月中华人民共和国的成立,揭开了国际法学在中国发展的历史新篇章。新中国以主权独立和平等国家的资格登上国际舞台,在国际事务中开始发挥着越来越重要的影响和作用,这为中国国际法学的发展创造了良好的政治、社会和历史条件。然而,由于国际上两大阵营长期冷战对峙的国际格局影响和国内“左”倾思潮与法律虚无主义的泛滥,新中国的国际法学发展同样经历了一个艰难、曲折的过程。尽管前进的道路是艰难曲折的,但中国国际法学发展的总体趋势是不断壮大和日趋繁荣兴旺,尤其是自20世纪80年代以来,表现得特别明显。在纪念中华人民共和国成立60周年之际,回顾新中国国际法学走过的60年历程,总结中国国际法学发展的历史经验,反思存在的问题,展望未来中国国际法学发展的趋向,对于进一步推动当今中国国际法学研究的发展,是一项具有重要的理论价值和现实意义的工作。



一、新中国国际法学的发展历程

新中国成立后国际法学在中国的发展历程,大体可以划分为初创建立时期、萎缩萧条时期、恢复发展时期和走向繁荣时期这样四个阶段。

1. 初创建立时期(1949年10月至50年代末)。1949年10月中华人民

共和国成立,结束了中国近百年受压迫、被奴役的半封建半殖民地社会地位,以独立自主的主权国家出现在国际社会,中国的对外交往关系进入了新的历史阶段。1949年9月22日中国人民政治协商会议通过的《共同纲领》宣布,“中华人民共和国外交政策的原则为保障本国的独立、自由和领土主权的完整,拥护国际的持久和平和各国人民间的友好合作,反对帝国主义的侵略政策和战争政策。”“对国民党政府与外国政府所订立的各项条约和协定,中华人民共和国中央人民政府应加以审查,按其内容,分别予以承认或废除,或修改,或重订。”并希望与对新中国采取友好态度的外国政府“在平等互利及相互尊重领土主权的基础上”建立外交关系。在这些新的外交关系政策原则的指导下,中国着手处理有关政府的承认与继承问题,中外条约协定的废、改、立问题,领土划界问题,双重国籍问题和在国际组织中的权益等问题。正是在解决和处理上述涉及国际法的外交事项问题的过程中,新中国的国际法学开始了其形成和发展之路。为了适应在遵守国际法的基础上同世界各国发展友好关系的需要,中国政府开始重视国际法学的研究和国际法人才的培养,从1949年至1952年,在北京大学、武汉大学、中国人民大学和中山大学等一些高等院校,相继开设了国际法课程教学,并聘请了一些苏联专家前来国内院校讲授国际法。从1949年到1960年,国内报刊发表的国际法论文约60篇,其中有关国际法性质与体系问题和批判资产阶级国际法学的约占55%,研究国际关系或中国对外关系中有关问题的论文约占30%,其他约占15%。^①与此同时,在中国外交部主持下,《中华人民共和国条约集》和《国际条约集》以及《中华人民共和国对外关系文件集》等多卷本的条约集和外交文件集开始陆续编辑出版,王铁崖教授编的《中外旧约章汇编》(共3卷)也于1959年由三联书店出版,为当时和后来的中国国际法学研究提供了重要的资料。

由于这一时期东西方两大阵营对峙的国际关系现实影响,初创时期的新中国国际法学发展受着苏联国际法学的影响,对国际法理论的学习研究从旧中国的完全“倒向西方”一个极端走向“倒向苏联”另一个极端。除大量翻译出版苏联的国际法学论著外,国内院校使用的讲义教材也多从苏联的国际法教

^① 参见邵津:《国际公法学》,载张友渔主编:《中国法学四十年》,上海人民出版社1989年版。