

# 国际私法、海商法 专题讲座

司法部第二期全国法律专业  
师资进修班

一九八二年 上海

# 国际私法、海商法 专题讲座

司法部第二期全国法律专业师资进修班

一九八二年 上海

# 《国际私法、海商法专题讲座》

## 目 录

### 国际经济法

|                     |                |
|---------------------|----------------|
| 关于国际经济法概念的几个问题····· | 姚梅镇 ( 1 )      |
| 经济特区和国际经济发展法·····   | 陈 雍 曹建明 ( 16 ) |

### 国际投资

|                        |             |
|------------------------|-------------|
| 国际投资的法律保护·····         | 姚梅镇 ( 35 )  |
| 外资立法的比较·····           | 姚梅镇 ( 82 )  |
| 涉外经济合同的若干问题 ·····      | 余先予 ( 106 ) |
| 有关中外合资经营企业法的几个问题 ····· | 胡文治 ( 146 ) |

### 上 海 外 贸

|                |             |
|----------------|-------------|
| 上海对外贸易问题 ····· | 徐鹏飞 ( 161 ) |
|----------------|-------------|

### 《海洋法公约》简介

|                   |             |
|-------------------|-------------|
| 现代的海洋和海洋法公约 ····· | 陈 雍 ( 180 ) |
|-------------------|-------------|

### 海 商 法

|                     |             |
|---------------------|-------------|
| 船舶代理人的权利和义务 ·····   | 钟荣木 ( 199 ) |
| 集装箱运输 ·····         | 冯国雄 ( 211 ) |
| 附：《国际经济发展法》译文 ····· | 陈 雍 ( 239 ) |

# 关于国际经济法概念的几个问题

姚梅镇

## 一 前 言

国际经济法是现代法学中的一个新的课题。随着我国对外经济交往和合作的发展，在国际贸易、国际投资、国际货币金融、国际税收等方面，带来不少复杂的法律问题。从而，开展对国际经济法的研究，无论在理论上及实用上，都极有必要。

在现代法学领域里，冠以“国际”这个形容词的法，所见不少，除历来通用的“国际公法”、“国际私法”外，早就有人使用过“国际宪法”、“国际行政法”、“国际民法”、“国际商法”、“国际民事诉讼法”、“国际刑法”、“国际刑事诉讼法”、“国际公司法”、“国际劳动法”、“国际税法”、“国际航空法”等名词，以后又出现有“国际组织法”、“国际组织经济法”、“国际投资法”“国际贸易法”、“国际财政法”、“国际经营法”等等。“国际经济法”就是其中最引人注目的一种。

随着资本主义世界市场的形成，随着各国垄断资本从控制国内市场，发展到超越国境而形成国际垄断同盟，从经济上瓜分世界，在它们竞相争夺原料产地，销售市场，投资场所的激烈的排挤、倾轧及摩擦的斗争中，为达成均势，共同剥

削和掠夺世界各国人民，往往签定各种国际协定（如贸易协定、支付协定，关税协定等）求到暂时妥协，这时，已有国际经济法的萌芽。第一次世界大战后，由于资本主义世界性的恐慌及金本位制的崩溃，自由主义国际经济的全面变化，垄断资本主义的进一步发展和国家对经济的统制和干预，国际经济法逐渐有所发展。到第二次世界大战后，一方面由于世界资本主义矛盾的进一步激化，如何解决战后的遗留问题，如何应付战后面临物质的匮乏，如何恢复经济，如何防止世界性的经济恐慌，解决即将发生的生产过剩，以及与经济援助有关的安全保障问题等等，作为解决这些问题的对策，在国际经济领域里所产生的种种法规和法制，已达到惊人的发展。另一方面，由于社会主义经济体系的出现，统一的无所不包的世界资本主义体系开始瓦解，形成了两种经济体制的对立<sup>①</sup>。与此同时，随着民族解放运动的蓬勃发展，殖民主义体系的加速崩溃，发展中国家崛起，形成了国际政治上的新生力量，直到发展为第三世界在经济上反控制反掠夺的集团对抗力量。这样“东西问题”（社会主义国家与资本主义国家之间）、“南北问题”（不发达国家与发达国家之间），交织一起，在国际经济领域里，相互斗争、相互制约、相互存依、相互协作，形成了国际经济中的复杂结构。此外，随着国际经济交往的发展，国家、国际组织、个人及企业之间的各种国际的、跨国的活动，亦与日俱增。这些国际经济活动中的新的情况，带来了种种日益复杂的新的法律问题，往往不是国际法或国内法某一法域所能单独解决的。面对这些新的课题，各国法学家越来越感到有广泛并深入探究的必要。

概括说来，国际经济法可认为是关于国际社会中经济关系及经济组织的法律规范的总和，也即是关于国际交往中商品生产、流通、结算、信贷、投资、税收及国际经济组织与合作的法规和制度，其中主要包括国际贸易法、国际投资法、国际货币金融法制、国际税法、国际经济组织法等等。国际经济法的特点它是反映了商品和资本跨越国境而流动的国际性。但是，由于各国法学界研究方法的不同，对国际经济法的概念、范围及性质，在解释上所说不一，至今尚无定论。大体上可分两派：一是基于传统的法学分科，从纯理论上解释国际经济法，严守国际法与国内法、公法与私法的区分，认为国际经济法属于国际公法的范畴，国内法规范应排除在国际经济法之外，甚至主张国际经济法是国际公法的一支独立的分科<sup>②</sup>。这实际上是把国际经济法理解为“经济的国际法”<sup>③</sup>，以欧洲法学界为代表，如英国的许瓦曾伯格、布朗里（Ian Brownlie）、日本的金泽良雄、横川新均持此观点。一是以美国法学界为代表，坚持实证的方法，认为国际经济法不仅包括国际法规范（条约，协定），而且也包括涉外经济的国内法规范——即涉外关系法或涉外经济法，如外贸法、外资法、外汇管理法、涉外税法、国际私法等。如美国的杰塞普（P. Jessup）、卡兹（M. Katz）、布鲁斯特（K. Brewster）、弗里曼（W. Freidmann）；此外，德国的哈姆斯（B. Harms）、艾尔勒（G. Erler）、日本的田中耕太郎、小原喜雄等也倾向于此<sup>④</sup>。

面对这些争论，要真正了解国际经济法的概念及其性质，主要不在于下一个抽象的定义，而在于首先明确国际经济法在现代国际经济秩序中的作用，在法学体系中的地位和

性质以及在实际运用上的效果。明乎此，才能掌握国际经济法真正的内包与外延。

## 二 国际经济新秩序与国际经济法

作为上层建筑的国际经济法究竟反映什么样的经济关系，维护什么样的经济秩序？原来国际经济法从其产生之初，就是反映并调整资本主义统一世界市场国际垄断资本之间的矛盾，维护不等价交换及不平等关系的旧的国际经济秩序，使广大第三世界国家长期处于依附关系。但是，随着国际力量对比的变化，建立公平合理的国际经济新秩序的要求，已成为时代的潮流。

战后国际形势发展的一个重大的新特点是，随着社会主义国家的建立及广大第三世界国家的崛起，冲破了资本主义世界以垄断为基础的旧的国际经济秩序，要求建立新的国际经济秩序，从而在国际经济领域内，出现了新的国际经济的法律秩序。如1974年4月联合国召开的具有重大历史意义的第六届特别会议通过的《关于建立新的国际经济秩序宣言》及《行动纲领》，1974年12月12日第二十九届联大通过的《各国经济权利与义务宪章》，1962年12月12日联大第1194次会议《关于自然资源永久主权的决议》，此外，非、加、太集团同欧洲经济共同体之间于1975年及1979年两次签订的洛美协定，石油、铜等输出国组织条约及安第斯条约等等，在国际贸易、国际投资、国际货币金融领域，对自然资源永久主权的维护，对跨国公司行动的限制等方面，既体现了第三世界国家间集体的协调及合作，又反映了反帝、反霸、反对新殖民主义经济上的掠夺和压迫，对旧的国际经济秩序的抗衡和

冲突，对旧的资本主义无所不包的统一世界市场的冲击，为实现国际经济关系中真正平等与公正的合作，创造了条件。1981年10月在墨西哥坎昆城召开的关于合作与发展的国际会议，正是顺应时代潮流，对进一步建立国际经济新秩序，起了积极作用。这一新的趋向，同时也反映了国际经济法的新发展，并对传统的国际法原则赋与了新的内容。以往的国际经济法是反映以国际垄断为基础的不等价交换和不平等关系的旧的国际经济秩序，而今天的国际经济法则反映并维护平等的合理的国际经济新秩序。忽视这一点，就不能全面地掌握国际经济法的实质及其作用。

日本权威的经济法学家金泽良雄认为：国内经济法是指“从国民经济整体立场出发，为谋求解决高度资本主义矛盾所形成的法律秩序”，而国际经济法则“从国际经济整体立场出发，为谋求解决高度资本主义矛盾所形成的国际的法律秩序<sup>⑤</sup>。”他的学说为日本多数法学家所接受，但由于其阶级的局限性，未涉及当前国际经济秩序的这一新趋向，立论的基点，尚限于统一的资本主义世界的经济秩序，而未看到今天统一资本主义世界市场已趋于崩溃瓦解，代之而起的是资本主义与社会主义两种经济体制、三个世界对立的矛盾统一体。再就其对资本主义世界的分析来看，虽指出国际经济法的产生和作用，是从国际经济整体立场出发，解决资本主义高度发展的矛盾，以达到国际经济中扩大的均衡，但这也只涉及到问题的一面，而且是现象的一面，未指出这一矛盾的实质的本质的一面，更未指明新旧国际经济秩序的矛盾和斗争的实质。列宁早就指出，在资本主义发展到垄断阶段“资本主义早已造成了世界市场。所以随着资本输出的增



加，随着最大垄断同盟的国外联系和殖民地联系以及‘势力范围’的极力扩张，‘自然’就使这些垄断同盟之间达成全世界的协定，形成国际卡特尔”⑥。垄断是旧的世界经济体制的本质，在这个体制内，控制与被控制，剥削与被剥削，是发达国家与发展中国家及殖民体制下地区之间最本质的特征。金泽所谓“矛盾”与“均衡”，实质上无非是各国垄断资本集团与国家政权相结合，在国际经济领域里，为解决重新瓜分世界，分割市场，争夺投资场所与原料产地的矛盾和斗争，以达成掠夺、剥削不发达国家和地区财富与资源的均势而已，暂时维持这种均势所订立的种种协定、条约等，正是资本主义世界国际经济法的本质所在。

随着资本主义世界市场的瓦解及建立新的经济秩序斗争的胜利，今天国际经济法已不仅是垄断阶段资本主义固有矛盾高度发展的产物和表现，而且是南北之间，东西之间，经济大国与发展中国家和地区之间控制与反控制，渗透与反渗透，剥削与反剥削的矛盾与斗争的产物和表现。当前国际形势的基本格局是三个世界相互依赖、相互斗争的局面。其中，不仅有斗争，也有协调与合作，这不仅表现在上述发展中国家努力下所取得的联合国大会一系列决议、地区性决议、协定、南北对话等方面；同时，也表现在各国涉外经济立法方面，只有建立以公平合理的国际经济新秩序为基础的国际经济法秩序，才有可能达到国际经济领域内平等互利，公正协调的经济合作关系，这是国际经济法发展的前景，也是历史的必然趋势。1981年10月我国政府在关于合作与发展的国际会议上提出的建立国际经济新秩序的五项原则，是当前国际经济法的理论基础。

### 三 国际经济法不等于“经济的国际法”

国际经济法既然是维护国际经济秩序，是否就等于国际法？如前所述，目前大多数国家的法学家，都把国际经济法理解为国际法的一分支，甚至称为“经济的国际法”。日本金泽良雄认为，国际经济法是从国际整体立场出发，对国际经济活动由国家间通过多边调整、综合而形成的各种条约的总和<sup>⑦</sup>。我们认为要切实理解国际经济法的概念和性质的特点，必须摆脱欧洲法学界传统的法学分类法及纯理念的研究方法，面对国际经济的法律秩序的复杂结构这一现实，采取实证的综合的研究方法。国际经济法的复杂结构表现在：第一，从其调整的体制来看，包含（一）调整A、资本主义体制，B、社会主义体制，C、发展中国家和地区各个范围内的世界经济的法律规范和体制；（二）调整超越上述三个范围的世界经济的法律规范和体制。第二，从法律规范的体系来看，国际经济法不仅包括国际法，也包括国际私法和其他一部分国内法（涉外经济法）。第三，从法律行为的主体来看，不仅包括国家、国家集团，政府间的国际机构，也包含个人、法人（社会主义组织当然也包括在内）<sup>⑧</sup>。

因此，在国际经济关系中，某一法律行为或法律关系，往往因其属于不同范围，不同体制的国家，不同主体之间的关系，就非传统的法律观点、法学分科所能解释。譬如包括上述三个不同范围的国家所组成的联合国及其机构等这种政府间的国际组织同国家之间的关系，发展中国家政府同资本主义国家的法人或个人之间的关系，社会主义范围内国家之间的关系，资本主义国家同社会主义国家间的关系，发展中

国家的个人同资本主义国家的法人之间的关系，资本主义国家的个人或法人同社会主义国家政府或其法人之间的关系等等，如用历来国际法或国内法来解决、处理，就并不适当。再如，政府间国际机构同企业之间所订立的契约（如世界银行对私人或企业的贷款契约），尽管当事人之一方不是私人，但在选择准据法时，仍应适用国际私法；此外，发展中国家政府同资本主义国家私人或企业之间的契约，也非适用国际法及国内法（包括传统的所谓公法和私法在内）各项原则不可<sup>⑨</sup>。

德国法学家艾尔勒(G. Erler)基于综合的研究方法，认为国际经济法是超越国境而展开，从组织角度加以规律的国际组织经济法，他分析了国内法与国际法的相互渗透作用及其统一的关系，把两者作为一个统一的社会现象来看待，指出国际经济法这种法律的本质问题，是其规律的对象，至其规范从何所出，是国内法还是国际法，则非所问。依艾尔勒的见解，国际经济法既包含国际法，也包含国内法（公法与私法）。具体地说，包含：（一）采用公法或私法形式的国际经济协定与经济组织；（二）与国际义务有直接关系的国内法规范——对外经济法、特别是对外贸易管理法、关税法、外汇法及狭义的财政法（税法以外的对外信用法）；（三）用调整与合作形式，国家间及国际共同体的经济统制法——关于关税、结算、原料、市场及经济的最广泛同盟的法规，关于原子能和平利用等国际合作法规等等<sup>⑩</sup>。

日本的金泽良雄虽主张国际经济法属于国际法秩序的范畴，对艾尔勒采取批判的态度，不同意把国内法与国际法两个不同的规范领域，综合构成国际经济法体系。但仍不得不

对艾尔勒这一实际立场和综合研究方法，予以赞赏，认为这一方法在推动容易局限于既成概念的法学的发展上，仍不失其重要意义。而且金泽自己也不得不承认“即令在国内经济法中，也不可否认其中包含有关于国际经济的国内法”。甚至强调“对有关国际经济的国际法，如不理解与之有相关联的国内法，就难于全面了解其意义。反之，对有关国际经济的国内法，如不了解与之有关的国际法，也难于充分了解其意义”。还进而列举了国际经济法与国内经济法之间固然有相互排斥的方面，但更多的是相互补充、协调及支配的关系<sup>⑪</sup>。可见坚持国际经济法属于国际法范畴之论，毕竟不能概括国际经济法的全部内容。

日本的小原喜雄也认为国际经济法的规范可大别为两类法规：第一类法规，是从国民经济利益的观点出发，规定国际经济交易（如对外贸易与投资）的法律，其法源包括有关国际经济交往的多数国家（本国与外国）的国内法（公法与私法），个别解决同国内法抵触的国际私法及两国间条约（如友好通商航海条约、租税条约），总称之为对外关系法。第二类法规，主要是通过国际经济机构，从世界经济利益的观点出发，对各国涉外关系法及对外政策的对立，进行调整的多国间条约，总称之为国际经济行政法。所以国际经济法是把两种法规加以统一而形成的复杂结构<sup>⑫</sup>。

征之实际，国际经济关系中的法律现象正是如此。任何一种国际经济交往活动，都与三个方面的法律有紧密联系，举国际贸易为例，第一个方面是关于交易活动的“私法”方面，包括有关两国的契约法、买卖法、法律冲突法（国际私法），保险法，公司法以及海商法等。第二方面的法律，包

括有关国家政府对贸易进行管制调整的法规，如关税法，进出口管制法、关于质量及包装标准的法规，国内税法等等。第三方面的法律是关于有关国际贸易的国际法（条约、公约、协定）及国际经济组织的法规<sup>⑬</sup>。同样，关于国际投资的法律关系，不仅涉及两国间的投资保证协定、多国间投资保证公约，航海通商条约，处理投资争议国际公约等等，还涉及到当事国的民、商法、外资法、海外投资保险法、外汇管理法、对外国企业的税法、国际私法乃至第三国的仲裁程序等法规。可见无论在理论探究上及法律适用上，国际经济法规范不仅包含国际公法，也包含国内法，又不仅限于所谓“公法”，而且也包含所谓“私法”，因而不能简单地理解为国际公法的一支或所谓“经济的国际法”。当然，国际经济法中，国际法的规范是其主要的法源，占重要地位，是不可否认的；但如果单纯按传统的法学分科，把国际经济法局限于某一法域来研究，无异把统一的国际经济关系，人为地加以割裂，反而导致混乱。

#### 四 “跨国法”的构想与国际经济法

国际经济法既不等于国际法，当然更非国内法；其中既包含国际法规，又包含国内法规，究竟应属于什么样的法学体系？

由于国际经济法的法律秩序中包含不同范围、不同主体（国家、法人、个人）涉及不同法域交织而形成的复杂结构，这就产生了至少非从来所谓 International（国际的）这一用语所能充分表达的现象，即所谓“跨国的”（Transnational）现象，因而在学说上出现了“跨国法”（Trans-

national Law) 的设想。早在战前,德国的海特(Heydte)就用过“跨国法”(Transnationales Recht)这一用语。又美国威廉士F. Williams)也曾把“International Law”(国际法)与“Extranational Law”(超国法)作为两个对立的概念来使用<sup>⑭</sup>。第二次世界大战后,美国法学界对有关国际企业活动的法律问题,一反过去的研究方法,开始采取密切结合实际的研究方法,认为只有“跨国的法律问题”(Transnational Legal Problem)这一用语,才能如实地反映国际经济的法律问题<sup>⑮</sup>。以哈佛大学凯兹(M. Katz)与布鲁斯特(K. Brewster)为中心的“国际法学研究”(International Legal Studies)的计划和哥伦比亚大学杰塞普(P. Jessup)为中心的“跨国法研究,可为其代表。

杰塞普认为,第二次世界大战后,现代国际法的主体,不限于国家,而且必须承认还包括个人。他使用了比历来所谓“international”这一用语具有更广泛含义的术语“transnational”(跨国的)来描述这种现象。关于跨国的情况,他作了如下说明:“在跨国状况中,……包括了个人、国家、国家间机构及其他团体。……在这里,我们可以看到个人、法人及国家的跨国活动”。承认这种法律主体的“跨国法”,就是规定超越国境而活动的行为的法律规范,即不仅包括国际公法、国际私法,而且还包括不属于上述两种标准范畴的其他法律规范。并指出由于这种跨国关系的新的发展,“对具体案件来说,就用不着担心是适用公法,还是适用私法了”。而且还可以认为“传统的国际公法、国际私法,关于国家契约的法律及国际行政法等,均将构成跨国法的各个独立

分支”<sup>①⑥</sup>。

在同一时期，马克杜加（M. McDougal）也强调“不仅限于民族国家，而且还包括政府间国际机构、跨国的政治团体、压力集团、民间团体及个人在内的现代国际法研究的必要性”<sup>①⑦</sup>。

凯兹与布鲁斯特也认为：传统的国际法学所研究的，仅仅是国际法秩序的政治的侧面，忽视了国际法与国内法的相互作用，仅仅限于以国家与国家间的法律问题为对象。反之，新的国际法律问题的研究在于打破国际公法学、国际私法学与比较法学之间，及国际法与国内法之间互相隔绝的界限，探究国际法秩序的政治的兼及经济的侧面，强调国际法与国内法之间相互渗透的作用，把个人、法人、国家或国际组织的国际交易与关系（international transactions and relations）的法律问题作为其研究对象。这种国际交易关系法，即形成调整国际经济的法律规范的总和，包括（一）涉外关系法——国内法（公法与私法），国际私法与两国间条约；（二）国际经济行政法——多国间条约<sup>①⑧</sup>。

此外，魏德罗斯（A. Verdeross）及马克内尔（A. D. McNair）也主张跨国法应属一种“独立的法律秩序”（an independent legal order）或一支“完全独特的法律体系”（an entirely distinct body of law）<sup>①⑨</sup>。

以后，弗里曼又发展了杰塞普、马克杜加等人的研究，分析了国际法对经济与社会发展过程的关系，仍主张有跨国状况的存在。他认为像发展中国家同外国投资者间的协议（或称经济开发协定）的性质及其条件的变化等，对国际法的结构，特别是对国际契约关系都有很大影响，并由于它们

相互间所形成的关系，就产生了所谓“跨国”状况的新的局面。这样，过去单纯认为是私法性质的种种关系，就因此成为国家干预的公法关系了。这样，在国际经济交往以及各种多边、双边关系中，就产生了新的模式；由于这种跨国关系中的模式的变化，就不宜坚持传统的法学分科。弗里曼并进而指出过去国际法学界的不足及不全面，就在于没有对“跨国”的法律问题进行研究<sup>②</sup>。

总之，美国法学界关于“跨国法”的设想及其研究方法的特点是，不局限于追求怎样去构成国际交易关系的法的抽象概念，而是针对具体问题，通过对国际经济关系中各种复杂的法律规范的现象，进行综合的研究，以达到实用的目的。故跨国法的设想和研究方法，较能反映国际经济关系的复杂结构及跨国活动的实况。

作为一种法律科学的分科，与作为法律体制中的某一法域的分科，究竟不完全是一回事。更何况法必须是适应总的经济状况，而且必须是它的反映<sup>③</sup>。在国际社会错综复杂的经济生活中，人们的活动和关系，总是涉及到各个方面，在客观上形成种种相互交错的关系，绝不会沿着法学家人为的分科去发展。国际经济法的特点，正是国际经济关系这一错综复杂结构的客观实际的反映。所以，作为国际经济法研究的对象，首先是客观现实的“问题”是什么？而不是“法”是什么？

立足于“跨国法”这一新的法学分科的基点，去探索国际经济关系中的法律问题，就能面对现实，解放思想，扩大视野；并能在广度和深度上开拓新的法学研究领域及研究方法。



### 注：

① 关于国际经济法产生的历史背景及其发展，参阅金泽良雄《国际经济法序说》（1979年）第5—24页；拙译文见《国外法学》1981年第6期第37—43页。

② 英国许瓦曾伯格（C.Schwarzenberger）认为国际公法包含四个独立的分科，即国际机构法（Law of International Institutions），国际航空法（International Law of Air），国际劳动法（International Labour Law）及国际经济法（International Economic Law）见所著《国际经济法的范围和标准》（The Province and Standard of International Economic Law），载《国际法季刊》1948年第2卷第3期第405页。

③ 樱井雅夫：《国际经济法研究——以海外投资为中心》（1977年）第10页。

④ 樱井雅夫：前书第2—23页；拙译文《国际经济法的研究方法》载武大法律系《法学研究资料》1980年第1、2期。

⑤ 金泽：前书，第38页。

⑥ 列宁：《帝国主义是资本主义的最高阶段》（1964年版）第60页。

⑦ 金泽：前书，第37页。

⑧ 樱井：前书，第22—23页。

⑨ 樱井：前书 第24页。

⑩ 艾尔勒：“国际经济法的基本问题”（Grundprobleme des Internationalen Wirtschaftsrechts, 1956）9，1页；樱井：前书第11页。

⑪ 金泽：前书 第81，41—45页。

⑫ 小原喜雄：《关于欧美国际经济法的一考察——其概念与范围》《国际法外交杂志》1962年10月，第61卷第4号，第39—73页。

⑬ 杰克逊（John H. Jackson）：《国际经济关系的法律问题》