

国际法学研究述评

张少瑜 朱晓青*

这篇述评回顾了1996和1997两年中在报刊上公开发表的有关国际公法、国际私法和国际经济法方面的文章中讨论的主要问题。这两年国际法方面的文章很多,涉及面很广,本文谨对讨论的热点和争论的焦点做简略的介绍,尽可能避免作过多的评论,希望能对学界朋友了解这方面的信息提供帮助。由于篇幅所限,我们引述文章的观点和论据都比较简短,因而也许不能准确和全面地反映原文的原意,务请作者谅解,也请读者在引证时注意参考原文。

一、国际公法

(一) 国际法与国内法的一般关系、国际组织与国家主权的关系

我们生活在一个互相之间联系日益紧密的时代里。高速发展的科学技术、全球范围内的市场经济及全人类共同面临的环境、发展、和平等问题使世界各国之间必须在几乎所有的问题上保持合作。因此如何认识和处理国际社会与本国发展的关系就成了国际法学界讨论的热点问题,这方面的文章也最多。首先,关于国际法与国内法的关系。赵宏志从哲学的角度提出国际法的定义应该是“在国际的范围之内,调整国家间、组织间、人与人之间以及三者之间的关系并具有拘束力的原则、规则和规章制度的总称”。它与国内法的关系是个别与一般的关系。从发展趋势上看,国际法相比于国内法来说,地位是不断提高的。随着国家联系与合作的逐步加强等因素的发展,国际法必然会取代国家法,达到世界大同、共同发展的境地,那时将是国家法的一次升华。^[1]李岳从另一角度认为利益协调是认识国际法与国内法的关系的关键。国内法与国际法的关系实质上是国家利益与国际整体利益之间是否协调和如何协调的问题。国际法与国内法是相互协调的平行关系,国家利益不能凌驾于国际法之上,应当说国际整体利益高于一切。在国际交往中,只是在某种范围和一定的条件下,国家利益才可能处于主导地位。^[2]杨泽伟主要从我国实在法上分析了国际法在我国的效力问题。^[3]

其次,国际组织的发展与国家主权的发展趋势。梁西认为由于国际组织的发展,国际法客体日益扩大与国家“保留范围”相对缩小的迹象更为明显。但他认为,国际社会是由独立国家组成的,在可以预见的时期内,很难在各国之上建立一个全世界统一的超国家机构。同样也很难发展出一种具有最高管辖权的全世界统一的立法、司法或执行机关来。国际组织仍将是一种“国家间组织”,国际法仍将是一种“国家间法”。^[4]对国际组织发展的趋势,其他学者也作了分

* 朱晓青系中国社会科学院法学研究所副研究员。

[1] 赵宏志:《论国际法与国家法的关系》,《法学与实践》1997年第1期。

[2] 李岳:《国际法的核心——利益协调》,《江汉论坛》1996年第10期。

[3] 杨泽伟:《论国际法在我国国内法上的效力》,《法学论坛》1996年第5期。

[4] 梁西:《论国际社会组织化及其对国际法的影响》,《法学评论》1997年第4期。

析。^[5]

随着欧盟的产生和发展,围绕国家主权问题发生了激烈争论,焦点是国家主权是否在弱化和转让。唐连凤等认为主权弱化和主权转让论不能成立,因为根据《马约》建立的欧盟不是超国家的组织而只是一个多边结构。条约本身并没有要求成员国放弃国家主权,相反还要求“尊重组成这一联盟的各个国家的民族特性”。条约强调的是“一致决定”和“共同利益”,即各成员国拥有否决权来维护自己利益的权利。他们认为,在今天,国家主权仍是国际法和国际关系的基本准则,包括环境、民主和人权等问题的解决,虽需要加强国际合作,但本质上仍然属于各个主权国家管辖范围以内的事,任何国家都不得凭借任何借口干涉别国内政,侵犯别国主权。^[6]华玉刚等则提出了相反的看法。他认为从《马约》的成果及发展趋势来看,欧洲联盟已具备了“超国家性”的特点,具备了成为联邦的趋势,如有定居的居民,有确定的领土,有一定的政府组织,具有与他国进行交往的能力。但是欧洲联邦的新型主权形式又与组成它的各成员国的国家主权有所区别,对此可以称之为区域主权。他认为在欧共体的带动下,国家主权将会重新优化组合,形成更多的区域主权,并将对国际法产生巨大而深远的影响。^[7]凌慧明也认为,欧洲联盟本质上是政府间组织,但有着超国家因素,因为在欧盟法的各级渊源中,只有欧共体的章程,包括加入条约是由政府间的协议产生的,而其他大量的法规是由统一的立法机构订立的,它们结合了欧盟整体利益和这个区域社会的民众意见。欧盟有严格的立法程序、自己的法院和强制实施措施等,因而形成了一种特殊的区域性的国际法。^[8]另外,翟玉成认为主权并不是“绝对”权力的同义语,我们没有必要把主权局限在过于狭隘的含义上。主权在本质上不受分割和限制的特性,正为在具体意义上接受协调和制约乃至分割和限制提供了可能。这种分割和限制主要表现在主权权利的国内分割和限制、主权权利的自我分割和限制以及依据国际法对主权的分割和限制。目前国际社会组织化已有相当程度,国家主权的行使必须与国际的普遍利益相协调,这在属人、属地管辖权方面都表现得越来越明显。^[9]

(二) 海洋法问题

海洋法公约已于1994年生效。学者们从不同角度阐述了公约的意义和公约生效后的形势及我国的对策。王可菊认为公约对现代海洋法的贡献主要是:确立了诸如专属经济区、群岛国的群岛水域通行、国际海峡航行、国际海底区域、内陆国出入海洋等方面的制度;发展了一系列已有的诸如领海宽度、大陆架、公海方面的制度;对国际海洋法律制度进行了全面系统的编纂,形成了一部包罗海洋诸多领域的综合性国际海洋法法典;为当代国际社会确立了全面的国际海洋法律制度,从而在世界海洋建立了新的健全的国际法律秩序。^[10]赵建文认为公约有关海峡和群岛海道的规定,如承认飞机通过权、潜水艇可在水下航行和无害通过制的规定等均发展了传统的中立法。他指出,公约的规定旨在使用于国际航行的海峡和群岛海道永久中立。这种中立的实质是一种积极的国际地役:沿岸国对其他国家普遍地承担国际地役义务,其他国家普

[5] 如宋连斌、肖永平:《现代国际组织发展的新趋势》,《法学杂志》1997年第1期。

[6] 唐连凤、刘顺吉:《对国家主权的再认识》,《社会科学探索》1997年第2期。

[7] 华玉刚、李明芹:《马斯特里赫特条约的国际法意义》,《山东法学》1996年第2期。

[8] 凌慧明:《欧洲联盟法与一般国际法之比较》,《法学杂志》1997年第2期。

[9] 翟玉成:《论国际法上主权问题的发展趋势》,《法学评论》1997年第3期。

[10] 王可菊:《联合国海洋法公约对现代海洋法和国际法的贡献》,《外国法译评》1996年第4期。

遍地享有国际地役权利,这对维持国际和平与安全是至关重要的。^[11]另有学者对公约规定的领海无害通过制度做了研究。^[12]

王逸舟认为公约生效带来的争端和纠纷值得人们关注。公约产生的重要后果是公海面积的缩小和沿海国所控制的海域面积的扩大以及国家间的海界争端。目前各国正将更多的资金和力量投向海洋,海洋综合利用开发可能由此掀起新的高潮。因此,解决国际海洋争端将是一个复杂棘手和长期艰难的过程,没有那个国家会在如此重要的领域放弃权利或主动让步。^[13]

另有学者探讨了公约的争端解决机制及我国的对策。沈伟分析了海洋法法庭与国际法院不同的法律特性,认为二者都是强调性管辖,并没有实质性的差别,但公约的仲裁制度与传统的仲裁制度有很大的区别,向国际法院的司法强制性迈出了一大步。在以调解、协商等外交途径解决争议的同时我们可选择公约例举的仲裁程序。公约中的仲裁制度的强制性仅表现在程序的提起上而不表现在管辖权上,即使我国选择仲裁方式解决争端,也未必损害我国的主权。^[14]张惠也认为,强制管辖制度与主权原则并非绝对相背,因为公约中有关强制管辖权的规定是建立在国家同意的基础上的。根据公约的有关规定,即便是在法庭处理案件的过程中,争端当事国仍可经协商同意,采用其它相互认可的非司法方式来解决争端,甚至还可通过外交途径来影响或调解一些敏感的关键性问题,这一切都保证了中国将来把争端提交海洋法法庭解决并不会失去对事态的控制能力。^[15]

(三) 联合国改革与世界维和行动

联合国改革是一个人们议论较多的问题。杨泽伟认为雅尔塔体制诞生了联合国,同时也确立了两极对立的格局,这又与联合国的集体安全体制的目标相矛盾。如今冷战结束,多极格局形成,这为联合国提供了广阔的机遇,也带来了巨大的挑战。联合国要想在未来的多极格局中发挥更大的作用,内部机制改革应体现出民主、公正、客观合理、平衡有效的基本原则。^[16]秦晓程也认为联合国的改革必须坚持《宪章》的四项宗旨和七项原则。关于“大国一致原则”问题,他认为此原则以大国在维持国际和平及安全的事务中应负主要责任的客观事实为根据,不仅是必要的,而且也是合理的。即使这个原则在理论上与国家主权平等有某种不相符,但是从法律上看它也是经全体会员国自愿接受的。这个原则使安理会的行动受到了某种束缚,但从另一个角度看,否决权是一种制约因素,它对防止个别大国滥用执行行动的权力从而使联合国成为其干涉别国事务的工具,起到了一定的作用。^[17]阳阳对联合国改革的焦点与难点问题进行了分析。他认为安理会改革触及的实质性的问题是,在后冷战时期究竟应通过什么样的国际关系体系、国际秩序和权力机制维护世界和平与稳定,改革难度集中体现在扩大安理会组成,尤其是常任理事国组成的问题上。联合国在国际发展合作中的地位和作用是一焦点。从发展趋势看,发展中国家加强联合国在经济发展领域职能的努力将继续受到来自发达国家的强大阻力,

[11] 赵建文:《联合国海洋法公约对中立法的发展》,《法学研究》1997年第4期。

[12] 如李红云:《论领海无害通过制度中的两个问题》,《中外法学》1997年第2期。

[13] 王逸舟:《联合国海洋法公约生效后的国际关系》,《百科知识》1996年第6期。

[14] 沈伟:《论海洋法公约的争端解决机制及我国的对策》,《法学研究生》第18期。

[15] 张惠:《国际海洋争端解决方式的新发展》,《法学研究生》第18期。

[16] 杨泽伟:《雅尔塔体制与联合国》,《武汉大学学报》1997年第4期。

[17] 秦晓程:《坚持“宪章”原则 促进和平与发展——记中国国际法学会“联合国50周年学术研讨会”》,《外交学院学报》1996年第1期。

联合国在传统经济技术合作方面的作用将会进一步萎缩下降,而更多地向政治、维和、人道主义援助、民主、人权、社会、环境等方面倾斜。财政危机是联合国改革和正常运作亟待消除的一大障碍,由于南北双方均无意在调整财政义务上作出牺牲和让步,有关联合国财政问题的改革工作已陷入僵局。^[18]

关于维和行动的法律问题,《宪章》中未做明确规定,学者有不同的理解。秦晓程认为维和行动的出发点应是《宪章》第6章“和平解决国际争端”,而不能将其视为第7章所规定的强制行动的一部分。维和行动不能干涉非国际化的一国内部冲突,这才符合《宪章》第2条第7款的规定。另外,关于维和行动的指挥权问题应参照《宪章》第7章第46、47、48条的规定,联合国采取的强制行动应由“安理会常任理事国之参谋总长或其代表”组成“军事参谋团”协助安理会作出决定。他认为当前对维和行动需要建立较为完善的行动机制,制定和明确有关的法律,但最重要的是,维和行动必须坚持《宪章》的原则,严格遵守国际法及以前实践中证明行之有效的原则。^[19]盛红生认为各国参与维和行动应有其国内法的依据。他认为具体要解决的宪法与法律问题有:法律依据、部队指挥权、军官任用、后勤保障、自卫权、违法违纪人员的责任与惩处等等。^[20]

(四) 和平解决国际争端

在这个问题上,叶兴平发表的文章最多,论及和平解决国际争端的各方面的问题。他指出,通过和平的方法解决国际争端,是当代许多重要的国际法文件所确立的一项基本原则。他认为这项原则的提出、确立和发展受到两项重要因素的影响,即和平解决国际争端的方法的逐渐进步与限制和取缔战争权的努力。^[21]他还认为和平解决国际争端是一项条约义务,《联合国宪章》关于和平解决国际争端义务的规定具有全面性和权威性的特点。从现有国际条约来看,这项义务的主体仍然主要是特定范围的主权国家,国际组织或国家实体也有可能成为这项义务的承担者或主体,而这项义务的行为对象的范围将会变得愈来愈广泛。^[22]叶兴平对国际争端和平解决中的各种方法做了探讨,如斡旋、调停、调查、调解、协商、谈判和区域组织等等。^[23]

由于国际法院的地位在上升,学者们对此非常关注,对我国的应对态度也提出了一些想法。管建军指出,本世纪80年代末以来,国际法院进入了一个真正的复兴时期,我国有必要作积极的考虑,其理由主要是:1. 冷战结束后和平成为世界人民向往之目标,人们普遍开始尊重法制思想观念,希望能以和平方式解决各种争端,国际社会不仅对国际法院开始重视,而且付诸努力。面对这样的形势,如果我们仍持消极的立场,对于提高我国在国际上的地位和声望是不利的。2. 国际法院的组成、规则、处理争端的技巧、适用的法律以及人们的主权观念都有所变化,我们应该消除那些不必要的疑虑。3. 谈判方式的局限性也对我国和平解决争端的方法

[18] 阳阳:《浅谈联合国改革》,《国际问题研究》1997年第1期。

[19] 同前引秦晓程文。

[20] 盛红生、刘亚辉:《联合国维持和平行动与特定国家及其国内法的关系》,《法学与实践》1997年第3期。

[21] 叶兴平:《试论和平解决国际争端的法律原则》,《深圳大学学报》1996年第8期。

[22] 叶兴平:《试论和平解决国际争端的条约义务》,《甘肃政法学院学报》1997年第2期。

[23] 请参看叶兴平:《试析国际争端解决中的非法性第三方介入方法》,《甘肃政法学院学报》1996年第3期;《国际争端解决中的斡旋与调停剖析》,《武汉大学学报》1997年第2期;《协商解决国际争端的法律原则和各种形式》,《中央政法管理干部学院学报》1997年第4期;《区域办法与国际争端的和平解决》,《江苏社会科学》1997年第3期;《谈判解决国际争端的模式与影响谈判进程和成功的因素刍议》,《江海学刊》1997年第1期。

提出了新的要求。在和平解决争端的多种方式中不能因为使用了其中之一、二就放弃其他方式,毕竟谈判有时不能解决一切争端,司法方式有一定的效果。他还提出了一些我国应该采取的积极步骤。^[24]叶兴平分析了国际法院咨询管辖权与诉讼管辖权的区别,认为从总体上看,在所涉及的争端方面,国际法院的咨询管辖权不及诉讼管辖权广泛,一般地也不具有判决的法律拘束力。原则上,咨询的目的主要在于对法律问题提供法律意见,借以帮助联合国安理会和大会履行它们对于向其提出的争端从事调解和报告的义务。然而,反过来,国际法院咨询意见在联合国大会和安理会范围内的执行,又很大程度地提升了这些咨询意见的效力。他赞成增强国际法院的咨询管辖权和提高其咨询意见的法律效力,认为这并不会削弱联合国会员特别是安理会理事国行使其主动权的权力,也不会使国际法院变成联合国的立法机构并高居于大会和安理会之上。^[25]

(五) 民族自决

民族自决是一个有较大争议的问题。白桂梅认为自决概念在实际运用中存在着内部的二重矛盾,即人们只有在针对他人时才适用而且是积极适用自决原则,在反过来针对自己时就拒绝适用。分离与国家领土完整之间的冲突是造成矛盾的关键。区分内部与外部自决的主张就是为了解决自决概念所面临的危机才提出来的。随着非殖民化运动的基本结束,外部自决权只剩下历史意义。内部自决权的概念成为使自决原则延续下去的重要因素。白桂梅认为内部自决权的持有者只能是一国的所有人民及一国内被拒绝参政的种族团体。除个别例外,少数者不是自决权的持有者。她认为内部自决权主要是现代国家的整个人民不受外来干涉地决定自己的政治、经济、社会和文化地位,决定其政府形式;作为一国整个人民一部分的种族团体在不受歧视的基础上有平等参政的权利;以及少数者取得一定程度的自主的权利。如果这样界定内部人民自决权,自决权存在二重矛盾以及自决原则是否适用于殖民地以外的场合的问题至少在理论上就不难解决了。^[26]白桂梅还在另一篇文章中专门探讨自决权与少数者或少数民族权利之间的关系,特别是少数者是否可以行使自决权的问题。她认为根据两个国际人权盟约的第1条和《公民权利和政治权利国际盟约》第27条,自决权是集体权利,即“所有人民的权利”;少数者权利是个人权利,即“属于少数团体之人”的权利。非殖民化运动基本结束之后,出现了内部自决与外部自决的划分,并出现自决权和少数者权利相互渗透的趋向。这种趋向不仅打破了集体权利和个人权利之间的严格区分,还对现代国际法的一些重要原则,如不干涉内政原则,提出严峻挑战。在国际上,人们不应不切实际地追求根本难以实现的集体权利自决权,而应加强国际人权保护机制,充分发挥防止歧视及保护少数小组委员会的作用,使第27条得到真正有效地实施。在国内,各国应该进一步完善保护少数者权利的法律制度。^[27]

除了上述一些论述较多的问题外,也有学者探讨了其他方面的问题,如徐杰提出了条约的新概念及其特征,^[28]余民才对联合国会员国资格继承问题进行了探讨,^[29]黄德明分析了国际

[24] 管建军:《国际法院的“复兴”与中国之应对》,《法学研究生》第18期。

[25] 叶兴平:《国际法院咨询管辖权刍议》,《政法学刊》1996年第3期。

[26] 白桂梅:《论内部与外部自决》,《法学研究》1997年第3期。

[27] 白桂梅:《国际法上的自决权与少数者权利》,《中外法学》1997年第4期。

[28] 徐杰:《论条约的概念及其法律特征》,《外交学院学报》1996年第4期。

[29] 余民才:《论联合国会员国资格的继承》,《中国法学》1996年第5期。

关系中滥用外交豁免的解决办法等。^[30]此外,关于人权的国际保护、香港回归与国际法的关系等也是人们议论得比较多的问题,本文限于篇幅不再赘述。

(六) 简短的评论

这两年国际公法研究总的来说是比较好的,讨论的问题覆盖面广,包括了当代国际关系中的大多数法律问题,如国际合作的加强与主权、联大改革、世界维和行动、民族自决等。其中有些问题非常敏感,研究起来难度很大。一些思想敏锐的中青年学者非常活跃,能以新思路去分析新问题。许多有价值的新问题、新观点都是名不见经传的中青年学者提出来的。这是一种可喜的现象。当前正值世纪之交,国际经济政治法律秩序发生变动之时,国家之间交往比历史上任何时候都更加频繁,冲突与合作的机会也更多,国际法学面临着许多新的课题,需要人们去认识、去研究。我们认为,我国国际法学除了继续紧密关注当前国际关系中的重大法律问题,还要注意基本理论的研究,因为建立新的国际法律秩序必须要有新的理论的支持,这就需要我们大胆地解放思想,破除旧的国际法学理论的束缚去创建新的理论。同时也有必要较为系统地回顾一下我国一百多年来国际法学研究的历史经验,这将有助于我们创建新理论的工作。

二、国际私法

(一) 关于国际私法的基本功能

李金泽认为,国际私法的基本功能是法律选择和法律协调。^[31]而李双元等人则提出国际私法的基本功能不止于法律选择。他们认为,在构成国际社会基本内容的各种社会关系中,除国家间关系外,尚有大量的私人(包括自然人与法人)关系,因而也就必然存在一种不同于前者的秩序,以及为维持此种秩序而存在的规则。其中最主要的就是民商秩序及其规则。而在构筑国际民商新秩序模型的规范体系中,国际私法居于基础性地位,属于基本规范。然而传统国际私法一直局限于扮演通过解决法律冲突来求得判决结果的确定性、可预见性和一致性,或仅着眼于个案中判决结果的公正性的角色。这就导致了国际私法理论的重大缺陷。首先表现在对国际私法的法律机制的认识存在偏见,即认为冲突规范只具有选法功能,它所调整的只是法院与当事人之间诉讼程序中的法律关系,以致跨越了程序问题与实体问题,以冲突规范取代了国际私法全部法律机制的位置。其次,传统国际私法在理论上所形成的体系仅是冲突法制度方面的理论体系。这种体系把解决民商事法律冲突看作国际私法的一切所在。因此,必须对传统的国际私法理论进行重大的改革乃至革命,同时对国际私法的国内、国际立法亦须予以大力加强和完善,使其能够反映国际民商事关系的新发展。当代国际私法应以追求建构国际民商新秩序作为终极目标。国际私法包括冲突法、实体法和程序法三大部分。冲突法包括各国冲突法和统一冲突法;实体法包括各国专用涉外实体法和国际统一实体法;程序法包括各国涉外程序法和国际统一程序法。^[32]

(二) 关于我国的国际私法立法

在立法取向上,吕岩峰提出了不同于“趋同论”和“特色论”的主张,即“两点论”。他指出,

[30] 黄德明:《论滥用外交豁免的解决方法》,《武汉大学学报》1997年第2期。

[31] 李金泽:《论国际私法的基本功能》,《中央政法管理干部学院学报》1997年第2期。

[32] 李双元等:《关于建立国际民商新秩序的法律思考》,《法学研究》1997年第2期。

“趋同论”者认为,随着国际经济技术合作与交流的扩大和国际间法律文化的相互传播,世界各国法律的趋同化走势愈益显著,国际私法的趋同化倾向也在不断加强。因此,中国国际私法立法也应顺乎潮流,尽量与国际社会的普遍实践保持一致。“特色论”者主张,中国的国际私法必须具有中国特色,不应该简单地移植或抄袭西方发达国家的国际私法,也不应该简单地接受那些与中国的发展水平和社会状况不相适应的国际社会的普遍实践,无论它们是来自条约,还是来自惯例。吕岩峰认为,中国国际私法立法既要具有中国特色,又要与国际社会的一般性做法保持一致,两者应当有机结合,而不应有所偏颇。^[33]在立法模式上,李先波认为,我国现有的国际私法制度主要分散在《民法通则》《涉外经济合同法》《海商法》以及一些司法解释当中。这种状况已不能适应我国涉外民商事关系日益复杂化和市场经济迅速发展的需要,必须转变立法模式,通过制定单行法规或国际私法法典的形式,构建合理的适合我国国情的立法体系,而《中国国际私法示范法》的起草,即是我国国际私法统一立法的标志。^[34]

(三) 关于法律冲突中主权因素的问题

李金泽认为,法律冲突不同于政治冲突。在国际私法中,法律冲突是主权独立与平等的结果,但它又不是国家主权者故意设置的直接对抗。法律冲突与国家主权的关系不同于政治冲突与国家主权的联结机制。政治冲突在表现为主权冲突的机制上具有更为明显的直接性和故意性。由于政治权力在主权利力系统中所具有的灵活性、不稳定性、不规范性,使得政治冲突呈现出高度的偶然性。与此相反,法律冲突则是具有规范性、稳定性和间接性的主权冲突。其主要原因在于:1. 现代主权国家往往都在不同程度上把法治作为自己追求的理想,这种法治的理想促成了法律冲突及其解决体制的稳定化、规范化。2. 主权国家的统治集团重视法律冲突所引起的国际民商事交流成本支出与收益的比较,这在某种程度上约束了主权者采取类似于政治冲突的态度来对待法律冲突。3. 主权国家较为通行的行政权与司法权的分立保证了法律冲突及其解决体制的规范化、稳定化。制约法律冲突的这种主权因素对法律冲突及其解决体制产生了明显的影响,即各国在解决法律冲突的基本精神上,开始由传统的主权优位向追求平位协调的方向发展。所谓平位协调,即各主权者对国际民商法律冲突的解决,立足各国法律平等,通过消除不同法律的抵触或减少、避免法律冲突来实现国际社会民商法律的协调。^[35]

(四) 关于冲突规范的发展趋势

肖永平认为,由于现代社会生活要求冲突规范具有更多的灵活性,因此,冲突规范呈现出两种发展趋势:1. 冲突规范的软化趋势,即采取各种手段克服传统冲突规范的僵固性,使法官在适用法律时能够较灵活地在两个或两个以上的法律之间进行选择。主要表现在:(1)用灵活性冲突规范代替传统的硬性规范。(2)增加连结的数量点从而增加可选性。(3)对同类法律关系进行划分,依其不同性质规定不同的连结点。(4)对于一个法律关系的不同方面进行分割,对不同部分或不同环节规定不同的连结点。2. 冲突规范的等级化趋势,也就是依冲突规范所体现的不同内容来划分冲突规范的效力等级。根据国际实践和多数学者的观点,体现在国际条约中的冲突规范的效力高于国内立法中的冲突规范。^[36]

[33] 吕岩峰:《论中国国际私法的立法取向》,《吉林大学学报》1996年第5期。

[34] 李先波:《重构我国国际私法立法体系的法理思考》,《湖南师范大学社会科学学报》1997年第2期。

[35] 李金泽:《法律冲突中主权因素的透视》,《江海学刊》1997年第3期。

[36] 肖永平:《冲突规范的现状及其发展趋势》,《学习与探索》1996年第5期。

(五) 关于客观准据法原则

罗俊明认为,国际私法中关于合同法律选择的主要理论,特别是法律关系本座说、最密切联系说、特征履行原则和比较国际私法学都有其合理因素,但是又有其缺陷,因而提出了客观准据法原则。该原则的提出是基于对某一具体合同来讲,客观上存在一最适当的准据法这一事实。该原则的主要内容和操作即:1. 将合同按其内容、性质、特征和目的分为不同的种类,以便选择某种合同或合同某个问题的准据法。2. 将具有履行特征的合同分列出来,运用特征履行原则确定其准据法。3. 列出涉外合同的连结因素。4. 以一些准则和标准来确定哪些连结因素与某一具体合同或与其有关的某一问题有联系和这些连结因素在此关系中各自的重要性。准则如:有利于各国国际私法的统一和促进统一的国际民商事制度的建立;尊重有关国家的利益、公共政策和法律制度;对当事人公正、对其正当的期望予以充分的考虑;考虑法律选择的预见性、统一性、确定性、可行性和可操作性;该案的具体案情。标准如:最大利益;最多连结点;连结因素最重要;联系最为密切。^[37]

其它涉及较多的问题有:区际法律冲突问题、司法协助问题、海事国际私法问题、意思自治原则的适用问题等。

(六) 简短的评论

总体观之,我国近两年来的国际私法研究呈现出如下特征:(1)讨论的问题比较分散,既涉及传统国际私法的问题(主要是冲突法方面的问题),也涉及国际民商事法律新秩序的问题;(2)在理论与实际相联系方面,我国国际私法学界较多关注学术界正在起草的我国国际私法统一法典方面的问题;(3)在研究方法方面,缺乏较大的突破,仍然较多使用传统的研究方法;(4)我们注意到,随着一些中青年学者的不断成长,在国际私法领域,引用国外资料的情况有了较大的改观,不少人在自己的文章中比较全面、系统地介绍了国外的立法和理论研究资料。

我们认为,国际私法是一个十分重要的法律部门,不仅是解决涉外民商事纠纷的法律依据,也是建立国际民商事新秩序的重要法律手段。应当承认的是,我国在这方面的研究过去基本照搬了前苏联的理论,而随着我国社会主义市场经济体制的建立和我国对外开放的进一步扩大,我们需要建立全新的国际私法理论体系和制定相应的法律。这就要求我国国际私法学者不断努力,借鉴国外先进的国际私法理论和立法成果,结合我国社会主义市场经济建设和对外开放的实际情况,大胆地摸索,以建立既具有世界先进水平又适合我国国情的国际私法理论。这就要求我们的研究者关注国外这一学科的最新动向,掌握第一手材料,借他山之石以攻玉,在较短时间内收到良好效果。

三、国际经济法

(一) 关于世界贸易组织争端解决机制

从关贸总协定(GATT)规定的争端解决机制建立起,直到以《建立世界贸易组织协定》附件二《关于解决争端规则与程序的谅解》(WTO 谅解)为依据的WTO 争端解决机制的确立,这套GATT/WTO 争端解决机制的功能、争端解决方式、GATT 机制与WTO 机制的关系等问题一直是国内外国际经济法学者讨论的热点。就我国国际经济法学界的研究而言,主要有如

[37] 罗俊明:《客观准据法原则》,《中国法学》1997年第4期。

下观点:

针对贬低 GATT 争端解决机制成就及其司法效用的说法,以及 WTO 争端解决机制是对 GATT 体制的“一次革命”的观点,赵维田指出,GATT 的解决争端机制的基本结构是由 GATT 第 22 条和第 23 条组成的。第 22 条规定的“协商”指的是运用外交手段解决分歧;而第 23 条的表述则显然属一般国际组织常具有的“准司法权”。GATT 在近半个世纪解决争端实践中,对外交与司法这两种手段兼施并用,互为补充,相辅相成。为此,赵维田讨论并分析了以 GATT 第 22 条为主的外交手段及以第 23 条为基础的司法手段。他认为,虽然第 23 条第 2 款对 GATT 的争端解决的司法机制仅有一句原则规定即“缔约方全体……在适宜时作出裁决”,但它却道出了整个第 23 条乃至整个 GATT 争端解决体制的精髓。而专家组断案则是 GATT 独创的司法模式。对 GATT 程序的司法性质,尤其专家组断案的法律诉讼性质,赵维田从以下几方面作了论证:1. 解释条款规则,实际具有先例或先行的作用;2. 判例对条约的检验效应;3. 用司法手段抑制强权。因此,赵维田认为,GATT 的解决争端机制经过不断法典化和法院化,终于瓜熟蒂落,在乌拉圭回合谈判中结出了硕果。此次谈判达成的 WTO 谅解提供了一套相当完备的司法机制。而从理论或原则上说,WTO 协定第 16 条第 1 款明确表达了从总体上继承 GATT 体制与规则的意思。从实际内容上说,WTO 谅解也是具体承袭接受了 GATT 机制包括专家组断案在内的几乎全套衣钵。当然 WTO 谅解的规则在 GATT 基础上有不少发展,有些发展是突破性的。其表现为:专家组审案的“强制管辖权”、司法独立的尝试以及严格规定了程序各环节的时间限制等。从而应该说,WTO 争端解决机制是对 GATT 争端解决机制的继承、发展与突破,而不是“一次革命”。^[38]

余敏友认为,WTO 争端解决机制几乎在每个方面都对 GATT 争端解决机制有所发展。如:第一,与 1947 年关贸总协定争议解决机制的分散化相比,世界贸易组织争议解决机制是一种统一的制度。第二,它是其成员国政府之间国际贸易争端解决的排他性的合法渠道。第三,与 1947 年关贸总协定争议解决机制偏重争端解决的外交方法相比,世界贸易组织争端解决机制则倾向争端解决的法律方法。最后,世界贸易组织争端解决机制中的贸易报复制度,是对国际责任法的新发展。他还认为,鉴于我国迄今为止仍在为成为 WTO 成员国而努力,因此,在探讨我国对 WTO 争端解决机制的对策中,不仅要考虑充分有效地利用这一机制的具体策略,而且还应在立法组织机构等方面采取必要行动,以建立一个快速有效地解决国际贸易争议的国内法机制。^[39]另有学者对 WTO 争端解决机制的特点及其与 GATT 争端解决机制的不同点进行了分析。^[40]

(二) 关于《服务贸易总协定》(GATS)与我国服务贸易立法

曹建明认为 GATS 的制订标志着世界贸易体制正逐步趋于完善,它有利于促进全球服务贸易自由化的进一步发展,从而有助于推动世界范围的更深入的经济合作。中国是 GATS 的签字国,已经承诺对包括服务贸易在内的贸易和投资逐步实行自由化的政策,并且近年来也注意服务贸易立法。但是中国服务贸易立法与 GATS 的基本原则和要求还有较大差距。它表现

[38] 赵维田:《论 GATT/WTO 解决争端机制》,《法学研究》1997 年第 3 期。

[39] 余敏友:《论我国对世界贸易组织争议解决机制的对策》,《中国法学》1996 年第 5 期。

[40] 参看王传丽:《析世界贸易组织争端解决机制》,《政法论坛》1996 年第 4 期;杨国华:《美国贸易法“301”条款与世界贸易组织的争端解决机制之比较》,《法学评论》1996 年第 5 期。

在:第一,中国服务贸易立法尚未形成体系,不少领域还处在空白阶段;第二,即使我们已经颁布了一些有关服务贸易的法律、法规,但对在华外国机构、服务提供者的规定较少或者没有规定;即使有了一些规定,仍较原则、抽象,缺乏可操作性;第三,已有的一些关于服务贸易的规定主要表现为各职能部门的规章和内部规范性文件,不仅立法层次较低,而且影响到法律的统一性和透明度,一些规定与国际经贸规则还存在一定的差距。^[41] 吴益民认为,在服务贸易立法上,我国应采取积极措施,即:1. 加快服务贸易立法,建立系统的服务贸易法律体系。2. 增强服务贸易政策法规的统一协调性。3. 增加服务贸易政策法规的透明度。4. 按照国际标准完善我国服务贸易立法。5. 依据 GA TS 进行保护性立法。6. 依法办事,严格管理。^[42] 许军珂、邓杰等也对 GA TS 的基本内容及服务贸易自由化等问题作了探讨。^[43]

(三) 关于世界经济一体化与国际经济法立法的发展趋势

徐崇利认为,世界经济一体化步伐的加快,使国际经济法呈现出两大发展趋势:1. 各国涉外经济立法与国际经济条约接轨。国际经济条约出现三大发展趋势,即数量大增、所涉范围日趋扩大、调整力度更为加强。上述趋势将直接影响各国的涉外经济立法。具体说,各国涉外经济立法的空间度和自由度将会越来越小,即各国的涉外经济立法权将进一步受制于国际经济条约的规定。2. 各国涉外经济立法与国内经济立法并轨。徐崇利指出,过去许多发展中国家的经济立法,基本上采用内外分立的双轨制模式,即区分国内和涉外两大系列,在指导原则和具体规定上均有所不同。这种模式的成因有三:首先是经济体制,其次是经济发展水平,再次是对外资的优惠。然而,在世界经济一体化的推动下,广大发展中国家的经济立法已由原来的模式向现在内外合一的单轨制立法模式转化,即实行涉外经济立法与国内经济立法的并轨。我国经济立法在内外并轨方面的进展主要表现在民商事立法和经济管理立法上。但他认为,我国涉外经济立法与国内经济立法的并轨,只能是渐进式的,不可能一步到位。^[44]

除以上问题外,学者们涉及较多的国际经济法问题还有国际反倾销、国际融资法律问题、对外国投资的法律保护及管制 BO T 投资方式的法律问题、无纸贸易(ED I)方式、知识产权和国际商事仲裁等问题。

(四) 简短的评论

在国际贸易法研究方面,我国学者主要关注 W TO、服务贸易协定(GA TS)和与知识产权有关的贸易措施(TR I P s)、与贸易有关的投资措施(TR M s)、争端解决机制。这些研究主要侧重于介绍有关的制度和理论,但是对争端解决机制的研究比较深入。在国际投资法方面,我国学者较为注重外商投资的待遇问题,不少人主张给予外商国民待遇。东道国对于外商投资的监督管理也成热点问题之一。随着改革开放的深入,党的十五大报告再次强调了利用股份制方式改造国有企业的问题,我国国际经济法学界有些学者对于外商以证券方式投资的问题予以关注。在国际金融法方面,学界较多关注人民币在经常项目下的可兑换问题。而近来东南亚部分国家出现的金融危机,也正在成为我国国际经济法学界密切关注的热点问题。

总体观之,国际经济贸易实践的发展和我国经济体制改革和对外开放的深化为我国国际

[41] 曹建明:《中国服务贸易立法与服务贸易市场开放》,《国际贸易》1997年第8期。

[42] 吴益民:《服务贸易总协定与中国服务贸易立法》,《法治论丛》1997年第1期。

[43] 许军珂:《服务贸易总协定与我国的国际服务贸易》,《外交学院学报》1996年第1期;邓杰:《服务贸易的自由化与壁垒保护》,《法学学刊》1997年第1期。

[44] 徐崇利:《世界经济的一体化与晚近国际经济法立法的发展趋势》,《法商研究》1996年第5期。

经济法研究提供了广阔的背景,我国国际经济法顺应了这一国际和国内的大潮,主要是介绍了相关的国际法律制度,同时为我国对外贸易和吸收外国投资提出若干立法建议。但是我们也应当清醒地看到,我国国际经济法研究的整体水平还比较低,具有独创性的理论和观点比较少。这诚然与我国这一学科的起步较晚、资料缺乏不无关系。同时还应当看到,国际经济新秩序正在建立之中,我国面临着诸多新课题如反补贴、反倾销(既包括在国外的应诉也包括在国内的起诉)、入关与关税减让、民族工业的保护等,都是需要我们进一步加以研究提出相应对策的重大理论和实践问题。提出此等对策,既应当符合国际法律制度的制定和国际惯例,又应当充分利用现存的国际经济法律制度保护我国的经济利益。

www.cnki.net