

国际法 热点问题研究

马忠法 主编

INTERNATIONAL LAW



国际法 热点问题研究

马忠法 主编

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法热点问题研究/马忠法主编. —上海:上海人民出版社, 2015

ISBN 978-7-208-13496-6

I. ①国… II. ①马… III. ①国际法-法的理论-研究 IV. ①D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 299042 号

责任编辑 徐晓明

封面设计 汪 昊

国际法热点问题研究

马忠法 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 38.5 插页 3 字数 476,000

2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-13496-6/D·2783

定价 88.00 元



张乃根教授指导国际法博士生师生聚会



张乃根教授 60 岁生日学术会议

前 言

马忠法*

本书所含论文 24 篇,除了梁咏副教授和朱丹博士的两篇之外,均由张乃根教授自 2002 年以來在复旦大学法学院指导的同门完成,其中 19 位已经毕业并取得博士学位,还有两位预计 2016 年 7 月毕业。他们将自己在各自领域的最新研究成果在 2014 年 10 月 6 日举行的以博士生论坛形式给张老师庆贺六十岁生日的会议上进行充分交流,并在此后经过修改,结集而成。

张老师自 2002 年指导首届博士生以来至 2014 年 9 月共指导博士生 26 人,其中 19 人已经取得博士学位,除了一位当时在国外,其他均参加了 2014 年 10 月 6 日的活动。那次论坛复旦大学法学院领导孙笑侠院长因故未能出席但发来了书面贺词,当日请主持人罗国强教授在会上宣读;院党委书记胡华忠出席致辞。我们同时邀请了同济大学法学院院长单晓光教授、复旦大学法学院国际法专业陈力教授、王伟教授、梁咏副教授及朱丹博士等老师出席,他们就自己研究的话题与同门们进行交流;其中梁咏、朱丹两位老师的论文经她们同意后收入此书,在此向她们的大力支持表示感谢。

在张老师指导下,已毕业并取得博士学位的同门有 18 位在高

* 马忠法,复旦大学法学院 2002 级博士研究生,复旦大学法学院教授,博士生导师。

校、科研院所从事教学和科研工作,在有限的时间(2005年有首届毕业生)里,都有所成就;其中两人在博士论文基础上修改的专著获得上海市哲学社会科学优秀著作奖。在律师事务所工作的一位,也甚为尽职,深得好评。同门们取得的成绩,要感谢张老师在指导我们学习过程中的严格要求、循循善诱及提供的机会。这些给我们打下了坚实基础,并培养了我们良好的习惯。孙笑侠院长在贺词中指出:“张老师不仅是著名的法学家,也是优秀的法学教育家”,此语准确表达了张老师的身份。同门们在张老师指导下获得博士学位并在各自岗位上取得一定成绩就是这一评价的最好例证。

张老师的严格要求是出了名的,我们每个同门完成论文的过程均是一个“压力山大”的经历:从开题报告到初稿完成、一稿、二稿、三稿、四稿的修改再到预答辩和正式答辩,神经上不敢有丝毫放松。张老师的严谨和一丝不苟对我们是一种无形的压力:小到一个标点符号、一句话的语法问题和参考文献出处,大到一个论点、论文结构甚或逻辑关系,只要有错,都逃脱不了张老师的“火眼金睛”;而且对于明显错误,张老师会毫不客气地给予严厉批评,并要求我们必须以全部责任心对待自己的论文。说实话,我当时对张老师就一些我个人认为是“小问题”错误进行修改,并且“上纲上线”到“责任心”的高度,不以为然,认为是“小题大做”,且有怨言。但在盲审、答辩之后得到较好评价时,深感张老师的严格要求实际上是更深层次对我们的爱护,而且在以后的工作中体会更深:他不只是要让我们如期毕业,更主要的是要让我们历经这样的学术磨练,培养我们形成良好的学习、工作习惯,为我们未来工作做好铺垫。张老师指导的多数同学在各个单位受到好评,我想与张老师在校期间的严格要求及培养出他们好的习惯是分不开的。

张老师以自己的智慧和学术功底对同学们循循善诱,让我们深深受益。张老师对我们的关心、爱护绝不仅仅体现在严厉的批

评之上,而是在指出不足之后,告诉我们解决的思路、方法或路径。我印象深刻的是:张老师指导的博士生有一半以上不是法学本科出身,多数是半途进入法学领域,而后在张老师指导下完成博士学位。有些同门没有经历本科系统教育甚或本科、硕士均为非法学专业,在学习和完成博士学位过程中,先天不足,是显而易见的,这不可避免地会带来很多障碍。但张老师从来不会嫌弃我们,总是在指出不足之时,告诉我们如何改正、如何尽快弥补知识的缺陷。这里仅举一例,师弟于洋本科、硕士均为经济专业,博士阶段投到张老师门下,后来不但学业优秀(在学期间得到国家留学基金委的资助在欧洲一流大学学习两年并拿到两个学校的法学硕士学位),而且其在博士学位基础上完成的专著还获得上海市哲学社会科学著作类二等奖;这其中就凝聚了张老师的很多汗水和心血。

张老师在为我们提供学习机会方面十分慷慨:不论是国内学术会议还是出国留学,只要有会,他都会竭力推荐。我们已经毕业的20余位同门,一半以上到国外知名法学院交流或访学过,而且都得到了张老师的力荐、鼓励、支持和帮助。他一直认为,学习国际法,英语不好不行,不到美、欧高水平的法学院交流、访学也不行。我工作之后,留在复旦大学法学院,张老师是国际法学科的负责人。记得在2012年8月从韩国高丽大学访学之后,我还有机会借助国家留学基金委的支持到美国访学。我向张老师征求意见时,表示不想去,因为担心自己已经访学一年,再出去会增加其他老师的授课负担。没有想到,张老师说:“我们从来不会因为教学问题而影响教师在国外的访学。”他还说:学习、研究国际法,不到美国一流法学院交流,是会留下遗憾的。后来在他的推荐和学校、学院支持下,最终如愿到哥伦比亚大学法学院访学一年。事实证明这一去,让我的确看到和学到很多通过书本无法学到的东西。

我比其他同学幸运的是毕业后留在张老师身边,继续得到他的指导和帮助。毕业后,他继续为我提供了很多学习机会,并让我

从他身上更深地体会到:认真、执着、责任心及为后学们提供的榜样。张老师在过去的十多年中,几乎每年都有专著问世,都有有影响力的论文发表,有多部专著获奖,在法学院每年的科研评奖中也屡屡获奖;此外,他还积极组织 and 参与有关学会的会议和相关学术活动。有时,由于自己个性的懒散,看到张老师依然那样一丝不苟在教学、研究乃至组织会议过程中兢兢业业和投入,让我感到十分惭愧。看到张老师在功成名就之后依然一如既往地专注于教学、学术研究和相关活动,我就感到自己应该加倍努力,以老师为榜样,在自己的专业研究和其他方面做出点成绩。但自己总觉得受各种因素的干扰,时常裹足不前。有时很纳闷:张老师何以有那么多的精力?何以那般投入自己工作中?他不是清教徒,但身上恰恰体现了一种投入和献身于中国国际法教育事业的信徒般的热情和精神。张老师常常告诫我:要以高度的责任感对待教学、对待学生、对待科研,这是一个教师的天职。我深知,我目前所做的,与张老师的要求还有距离,在今后的时间里,力争改正。

本书的出版,试图向读者展示张老师指导过的已经毕业的博士生在各自研究的领域及他们近期关注的研究热点。各位同门提交的论文均是自己在在校期间所确定研究方向方面的,而我的却不是。此处想做点说明。我当初在张老师的指导下完成的博士论文是《论经济全球化下的国际技术转让法律协调制度》(该文后来经修改于2007年由法律出版社出版,在2008年10月获得上海市哲学社会科学优秀著作奖),属于“国际贸易的知识产权法”方向,但此次提交的是国际公法领域的论文。因为在哥伦比亚大学访学期间,了解到100多年前随着美国在世界的影响力日增,在1906年成立美国国际法学会后,该学会系统组织翻译了欧洲大陆不同国家的著名国际法学者的经典国际法专著,学者们开始从国际法学专著中为美国的政府行为寻找法理依据,由此想到了中国今天的状况与美国当年有点相似。国际法,本来就是建立在相关的理论基

础之上。这触发我有写该主题的想法。后来,与在哥伦比亚大学从事教学的国际公法教授罗伯斯女士交流后,她的“中国国际法教材基本上是效仿奥本海的国际法,且教材中几乎没有中国的案例”的结论让我深感今日中国的国际法确有在理论和教育上改革、完善的必要以满足中国发展之需求。此文可能略显粗浅,但也算是我对当下有关中国国际法法学研究的真实想法。

“十年树木,百年树人”。张老师在培养博士生方面给我们做出了很多方面的好榜样;博士三年也许是人生中一晃而过的“一段时光”,但它会深深影响我们的一生。值张老师六十花甲之际,我们出版此书,既是对张老师对学生们无私奉献、给予谆谆教导的感谢,更是对同学们在今后工作中的激励和鞭策:让我们不要忘了张老师精心付出时寄予我们的殷切期望,不会因为我们的“毕业”久远而渐行渐远;而张老师自己一直不懈的努力和对事业的孜孜以求、精益求精的精神定会以本书为载体成为我们不断进步的永恒动力,以让我们也为我们的学生做出榜样,薪火相传,培养出符合国家和未来需要的国际法学人才。

张老师,在这里,请允许我代表所有的弟子说一声:谢谢您!因为有了您的教导,我们才有今天。我们仍会不断努力,以不辜负您的辛勤付出与当初的殷切期望!

马忠法

2015年夏于新江湾城

张乃根教授指导的国际法博士生 学术研讨会综述

曹 阳*

2014年10月6日,金风送爽。张乃根教授名下已毕业的近20位博士从祖国各地(北京、台湾、四川、湖南、湖北、浙江、江苏、上海等地)回到母校,与在读博士生一起举行了“张乃根教授指导博士生师生学术研讨会”。法学院党委书记胡华忠、副院长王伟、党委副书记梁咏、陈力教授、马忠法教授和朱丹老师等参加了会议。同济大学法学院院长单晓光教授应邀出席了会议。

张乃根教授现为复旦大学特聘教授,博士生导师,复旦大学法学院国际法学科负责人,复旦大学国际法研究中心主任,复旦大学知识产权研究中心主任,中国法学会国际经济法学研究会副会长,世界贸易组织争端解决指示名单专家,外交部国际法咨询委员会委员。张乃根教授曾在哥伦比亚大学法学院、乔治·华盛顿大学法学院担任访问学者,密歇根大学法学院和乔治城大学法学院富布赖特研究学者,曾在德国马克斯—普朗克比较公法与国际法研究所、汉堡大学法学院法律与经济学研究所和法国巴黎第一大学比较法研究所等欧美地区著名学术机构以及香港大学、香港城市

* 曹阳,复旦大学法学院2005级博士研究生,上海政法学院知识产权研究中心副主任,副教授。

大学法学院任访问教授。

作为知名的法学家,张乃根教授出版了大量具有影响力的著作。

其代表性专著主要有:《国际法原理》(2002年第1版,2012年第2版)、《国际贸易的知识产权法》(2007年第2版获2008年上海市哲学社会科学优秀著作一等奖;1999年第1版获2003年上海市法学会优秀学术著作一等奖、2000年上海市哲学社会科学优秀著作二等奖和安子介国际贸易研究优秀著作二等奖)、《西方法哲学史纲》(1993年第1版、1997年第2版、2002年第3版、2008年第4版,2008年第4版获2009年司法部优秀成果奖)。同时,张乃根教授还在国内外法学期刊发表论文逾百篇。因为其在学术领域的卓越成绩,曾获得上海市优秀中青年法学家、当代中国法学名家、上海市教学名师、宝钢优秀教师等荣誉。

作为学者,张乃根教授著作等身;作为导师,其以严格要求为名。正是在张乃根教授的细心指导下,其博士生在各个领域都取得了一定的进步,大部分成为所在单位的学术骨干与中坚力量。本次研讨会以庆贺张乃根教授六十寿辰为契机,展示了张乃根教授指导的博士在各个领域所取得的优秀成绩。

本次研讨会首先由张乃根教授做主题报告《论联合国“三重”理事会》,张乃根教授认为,2006年成立的联合国人权理事会已经与原有的安理会、经社理事会一起初步形成了与《联合国宪章》的“三重”宗旨即“和平与安全、发展、人权”相吻合的“三重”理事会。“三重”理事会的形成是近年来联合国改革新路径的目标,体现了健全的国际法治理念。要充分实现“三重”理事会的理想目标,关键在于改革中的人权理事会能否最终成为联合国的主要机构之一。“三重性”的概念源于古罗马私法,并渗透于现代西方法治,也深深影响了格劳秀斯、康德等创立和发展的国际法理论及实证国际法体系。联合国的创建虽然体现了健全的国际法治理念,但因

受制于历史条件而难以构建和平时期应有的健全法治体系。尽管联合国改革面临许多严峻挑战,但是,人类社会走向健全国际法治的步伐不会停止。

在随后的研讨中,张乃根指导的博士按照国际公法、国际经济法与知识产权等两个专题进行了研讨。国际公法专题由朱丹博士主持。在研讨中,陈力教授就南极海域的法律地位进行了深入探讨,并对我国的应对提出了真知灼见,罗国强教授提出了中国国际法发展的新思路,牟文富副研究员对历史性权利所产生的法律关系进行了论述,王奔通律师阐释了中国东海防控识别区存在的主要问题,尹海新博士生对国际法院威胁使用或使用核武器的合法性咨询意见进行了评析。这一专题既涉及国际公法的宏观问题,也触及国际法适用中面临的现实问题,对这些问题的分析既有理论概括,又有实际的问题解决,反映了这些学者良好的学术功底与现实参与能力。

国际经济法与知识产权专题研讨分两部分进行,第一部分由王伟副院长主持。在发言中,梁咏副教授就上海自贸区与中美BIT“负面清单”的协同创新问题进行了深入研究,曹阳副教授对商标使用行为进行了归类化的分析,杨建峰副教授尝试构建商标注册国际协调制度,孙文玲副所长就智慧电网趋势下国际能源效率法制的发展发表了自己的看法,王芳法官就司法实践中碰到的音乐电视作品的权利主体问题提出了自己的看法与思考,刘新民审查员对专利审查中的疑难问题进行分析,马忠法教授强调了知识产权价值的关键在于运用。该专题的第二部分由同济大学法学院院长单晓光教授主持。该阶段,于洋副教授分析了美国 337 条款调查中法定公共利益因素的嬗变问题,刘强副教授探讨了云计算背景下的技术网络化与专利侵权判定,吕炳斌副教授就版权重复交易中善意第三人的保护问题进行了探讨,孙益武博士后分析了欧盟商业秘密保护立法及其影响,褚童副教授对试验数据保护的法

律定位发表了自己的看法,张鹏博士对美国主导的自由贸易协定中版权保护扩张的路径进行了分析与探讨。知识产权专题涉及专利、商标与著作权等各个领域,探讨的问题既有知识产权的基本理论,也有实践中遇到的问题;既有传统的知识产权问题,也有网络技术带来的新问题;既有国内视角,也有国外视角,反映了学者研究问题的基础性、多元性、前沿性与现实性。

“什么是您的贡献?”这是每位法学教育者必须回答的问题。“做一个好老师”、“做一个好学者”、“做一个好的实践者”是我们可能获知的不同答案。能否做到既是一个好老师、好学者,又是好的实践者呢?张乃根教授无疑给出了可能的答案。作为一个好老师,其不但无微不至地关怀每一个学生,逐字逐句修改学生的论文,还不遗余力地提拔其成长,为学生成长创造机会;学生有较为宽阔的研究视野和严谨的学术作风,是老师培养的结果。作为一个好学者,其学术成就有目共睹。作为一个好的实践者,其积极参与到社会实践中,为国家的法制建设与利益保障殚精竭虑。本次研讨会既是向这样一位好老师、好学者、好实践者的汇报,也希望展示每一位博士的最新的研究成果并进而向其他同仁学习。

祝张乃根教授六十岁身体健康,生活幸福愉快。愿中国进步、人民幸福。

目 录

前言	马忠法	1
张乃根教授指导的国际法博士生学术研讨会综述	曹 阳	1

第一编 中国国际法学理论新探

近代以来中国国际法学的演进及其当下的发展	马忠法	3
中国国际法发展之新思路	罗国强	41

第二编 国际法具体制度的分析

Interactions between the International Criminal Justice Regime and the UN Collective Security System: the Role of the Security Council	Zhu Dan	55
格劳秀斯与康德国际法思想比较研究	王林彬	81
海洋空间秩序的构造及作为决策过程的历史性权利	牟文富	95

“海洋自由论”和“闭海论”之争与近现代海洋法的发展	王 弈 通	121
渤海溢油事故海洋生态损害赔偿法律问题研究	刘 丹	142
国际法院海洋划界实践中的“三步划界法”研究	尹海新	159

第三编 国际条约解释及其他

“Contemporary Meaning” in Treaty Interpretation in the WTO and ICJ Case	Yu Yang	173
专利法国际条约之间的关系 ——以充分披露规则为例的解析	吕炳斌	208
论条约解释的不确定性	李秀芳	224
《与贸易有关的知识产权协定》下注册商标的 不使用撤销条款述评	王 芳	252
国际著作权公约中“三步检验标准”义务的范式转变 ——以晚近“三步检验标准”的国际立法动态为中心	张 鹏	269
试析 WTO 法中的公共道德例外条款	刘新民	288

第四编 世界新格局下的中国面对的国际法新问题

上海自贸区与中美 BIT “负面清单”的协同创新研究	梁 咏 冯佳欢	307
-------------------------------------	---------	-----

Why Nuclear Non-Proliferation Disputes Can't Be Settled Through Adjudication Arrangements?	Mou Wenfu	335
国际能源与智慧电网法制政策发展趋势 ——以台湾地区经验为例	孙文玲	366
商业秘密保护的协调与欧盟实践及其对我国的 借鉴	孙益武	380
 第五编 国际贸易中的知识产权法新问题探索		
WTO 争端解决语境中的版权限制与例外 ——反思美国《版权法》第 110(5) 节案	胡滨斌	397
商标使用的类型化界定	曹 阳	409
知识产权制度的商法性质及发展趋势	刘 强	426
搜索引擎服务商承担直接商标侵权责任的法律问题 ——基于 Rescuecom 公司诉 Google 公司上诉案的分析	杨建锋	460
因特网条约权利管理信息条款研究 ——兼论我国《著作权法》第三次修改	湛 茜	473
论《与贸易有关的知识产权协定》下试验数据保护的 法律定位	褚 童	507
附录一 张乃根教授指导的博士论文题目及摘要		526
附录二 张乃根教授指导的博士研究生简介		582
附录三 梁咏 朱丹简介		597

第一编

中国国际法学理论新探