

主 编
本 卷
执行主编

陈泽宪
沈 涓

国际法研究

CHINESE REVIEW OF INTERNATIONAL LAW

第九卷
Vol.9



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

主办单位：中国社会科学院国际法研究所

国际法研究

CHINESE REVIEW OF INTERNATIONAL LAW

第九卷

Vol.9

2013年第3、4期

主 编 陈泽宪

本卷执行主编 沈 涓



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

国际法研究. 第9卷/陈泽宪主编. —北京: 社会科学文献出版社, 2013. 12

ISBN 978-7-5097-5458-0

I. ①国… II. ①陈… III. ①国际法-研究 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 303370 号

国际法研究 (第九卷)

主 编 / 陈泽宪

本卷执行主编 / 沈 涓

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目统筹 / 刘骁军

经 销 / 社会科学文献出版社市场营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

责任编辑 / 芮素平

责任校对 / 王建龙

责任印制 / 岳 阳

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

版 次 / 2013 年 12 月第 1 版

印 次 / 2013 年 12 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-5458-0

定 价 / 78.00 元

印 张 / 20.5

字 数 / 344 千字

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

编 委 会

主 任 陈泽宪

副 主 任 陈 甦

编 委 (按姓氏笔画排列)

王可菊	王翰灵	孙世彦	朱晓青
刘楠来	刘敬东	陈泽宪	陈 甦
沈 涓	林 欣	柳华文	赵建文
郝鲁怡	陶正华	黄东黎	蒋小红
廖 凡			

主 编 陈泽宪

执 行 主 编 孙世彦 沈 涓 黄东黎 赵建文

编 辑 部 主 任 柳华文

编辑部副主任 李西霞

编者前言

中国社会科学院国际法研究所是中国社会科学院专事国际法研究的科研机构。其前身是中国社会科学院国际法研究中心。1959年，在中国科学院哲学社会科学部建立法学所之后的第二年，法学所即成立了国际法组。1978年9月，国际法组改建为国际法研究室。2002年10月，在原国际法研究室的基础上，中国社会科学院国际法研究中心正式建立，2009年9月经中央机构编制委员会办公室批准更名为国际法研究所。

国际法研究所所长为陈泽宪研究员，副所长为陈甦研究员（兼法学研究所、国际法研究所联合党委书记）。研究所下设国际公法、国际私法、国际经济法、国际人权法四个研究室和海洋法与海洋事务研究中心、竞争法研究中心、国际刑法研究中心，有一支高水平的研究队伍，在国际法许多领域中的研究居于国内领先地位，在国际上也有重要影响。国际法研究所设有国际法专业的博士点和硕士点。目前，国际公法、国际私法、国际经济法、国际人权法四个研究方向均可招收和培养法学博士、硕士和指导博士后研究人员。

中国社会科学院国际法研究所愿与从事国际法实践、科研、教学的学界同仁一道，共同促进中国国际法学理论与实践的发展，并促进国内外学术交流，为国际社会国际法学的传播和发展贡献力量。

由中国社会科学院国际法研究所编辑出版的《国际法研究》，一年四期，努力为国际法学界提供一个学术研究和交流的平台，展现国内外、老中青三代学者的研究成果。恳请各位读者给予支持！

《国际法研究》编辑部

目 录

学术论坛

《联合国打击跨国组织犯罪公约》实施的刑法和犯罪学问题

……………〔波兰〕克日什托夫·克拉耶夫斯基 樊文译 / 3

WTO 上诉机构的条约解释

——以“双重救济案”为例……………杨国华 / 19

外国法的查明和适用：一个欧洲视角

……………〔德〕克努特·皮斯勒 张美榕译 / 38

知识产权侵权诉讼的国际管辖权问题

……………〔日〕木棚照一 张美榕译 / 49

论外国判决在内国的效力

——兼析外国判决在我国的效力……………张文亮 / 60

前沿动态

涉外民商事合同纠纷案件法律适用若干问题研究……………高晓力 / 81

欧元区的危机应对政策

……………〔德〕伦纳·库尔姆斯 臧少虎 胡珊珊 王艺译 / 98

百家评论

作为“领袖犯罪”的侵略罪

——最好的留到最后？……………〔日〕古谷修一 谭 艳 译 / 135

资产没收与分享制度

——美国法的考察…………… 郝鲁怡 / 147

论美国国际民事管辖权中的“实际控制”原则…………… 甘 勇 / 166

论两岸跨境儿童收养制度之完善

——以《海牙收养公约》为视角…………… 张美榕 / 181

名家访谈

夕阳无限好 美在近黄昏

——访国际法学界老前辈李双元教授…………… 李 赞 / 203

开拓创新铸新章

——访中国社会科学院国际法研究所林欣研究员…………… 张美榕 / 211

研究生论坛

论战时比例性原则的适用：要素、标准与价值评判

…………… 章 成 崔 森 / 219

我国金融业海外投资的征收风险问题研究

——以平安保险和民生银行为例…………… 陈 胜 陈河源 / 233

“战后法”视野下战后责任机制的建立…………… 李若瀚 / 248

国家侵权行为的管辖豁免例外…………… 侯 鹏 / 264

信息综述

第十届国际法论坛“全球化时代的国际法：新格局、新秩序与

新发展”学术研讨会综述…………… 沈 涓 王 艺 / 293

CONTENTS

Academic Forum

United Nations Convention Against Transnational Organized Crime:

Some Legal and Criminological Aspects of Implementation

Krzysztof Krajewski / 3

Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body:

The Case of “Double Remedy”

Yang Guohua / 19

Ascertainment and Application of Foreign Law: A European Perspective

Knut B. Pissler / 38

International Jurisdiction over Infringement Litigations

Involving Intellectual Property Rights

Shoichi Kidana / 49

The Effects of Foreign Judgments in the States of Recognition

—Analysis of the Effects of Foreign Judgments in China

Zhang Wenliang / 60

Frontier

How to Find the Proper Law in Foreign-related Contract Cases

Gao Xiaoli / 81

Anticrisis Policies in the Euro Zone

Rainer Kulms / 98

Notes and Comments

The Crime of Aggression as a Leadership Crime:

The Best Comes Last? *Shuichi Furuya* / 135

The Asset Forfeiture and Sharing Statutes in US *Hao Luyi* / 147

The Physical Power Doctrine in Interstate Civil

Jurisdiction in the United States *Gan Yong* / 166

On Improving the Cross-Strait Adoption Mechanism

—from the Perspective of the Hague Inter-country

Adoption Convention *Zhang Meirong* / 181

Interview

Interview with Professor Li Shuangyuan *Li Zan* / 203

Interview with Professor Lin Xin *Zhang Meirong* / 211

Graduate Forum

The Application of the Principle of Jus in Bello: Elements,

Standards and Value Judgment *Zhang Cheng Cui Sen* / 219

Research on the Problem of the Expropriation Risk in Chinese

Financial Institutions' Overseas Investment

Chen Sheng Chen Heyuan / 233

The Establishment of Post-conflict Accountability Mechanism from

the Point View of Laws of Post-conflict Phase *Li Ruohan* / 248

Tort Exception for State Jurisdictional Immunity

Hou Peng / 264

Information

Overview of Tenth International Law Forum: International

Law in an Era of Globalization: New Structure,

New Order and New Development

Shen Juan Wang Yi / 293

学术论坛

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》 实施的刑法和犯罪学问题

〔波兰〕克日什托夫·克拉耶夫斯基 樊文* 译

摘 要：“条约生成的刑法”通常是参与国家在谈判和批准国际条约的过程中达成一致的，但是，它并非两厢情愿的事情。对《联合国打击跨国有组织犯罪公约》中诸多争议的刑法“热点”问题，该公约采取了中庸之道，即在犯罪化和建议采取特别措施的义务方面，寻求最大共识，以期全世界无较大保留地接受公约。根据这种共识，无论是在国内层面还是国际层面，在处理跨国有组织犯罪的问题时要求成员国强化刑事处罚措施的运用，但这并不是说，应对有组织犯罪只能是一味地打击镇压，其他的非镇压性措施也可以起到很重要的作用。因为，有组织犯罪并不单单是一个刑法、打击镇压和刑事司法机构的问题，而且是一个在经济结构、商业和财经共同体、国家和地方行政等范围内寻求适当预防策略的重大问题。它也是以社会整体为目标的行动计划的一个重要对象。因此，公约中刑法规定的实施，无论是在实体上还是在程序上，都必须有配套的支持性的和预防性的措施。同时，公约的实施很大程度上也取决于成员国的政治意愿，而政治意愿又是公约有效性的一个前提条件。

关键词：犯罪的跨国化 条约生成的刑法 预防策略 反有组织犯罪文化 政治意愿

近年来，刑法的特征无疑发生了显著的变化。刑法一直以来是维护国家

* 〔波兰〕克日什托夫·克拉耶夫斯基，波兰雅盖隆大学犯罪学系教授；樊文，德国弗莱堡大学法学博士，中国社会科学院法学研究所副研究员。

主权属性的几乎排他的国内工具，而今它日益表现出国际性、超国家和域外管辖的特征。^① 这说明，主权国家之间密切的国际合作和共同努力，使得各个国家的刑事司法和其他国家的相关机构能够更加有效地处理日益具有跨国特征的犯罪了。这就出现了这样的发展趋势：既要求有一个超国家机制来解决跨国犯罪所提出的问题，又要求这种机制能够制定一部超国家的实体刑法和程序刑法，以及建立起超国家的“刑事司法机构”。

所有这些的主要原因是犯罪的“跨国化”事实。一段时间以来，这种跨国犯罪现象之迅猛发展，要求刑法有一个对等的跨国性回应。^② 这种回应可能有多种性质。尽管创建超国家的全球刑法和刑事司法机构的思想，看起来很吸引人，但尽快而具体地落实起来，却障碍重重。不过，地区性动议和这种提议的发展，或许为落实这种思想提供了较好的机会。比如，欧盟。但是，即便如此，随着其他许多领域的区域一体化进程，刑法似乎特别抵制一体化。因此，从全球的视角看，全球国内刑法制度的统一和协调以及促进国际合作是对付犯罪全球化的主要回应。其任务是消除各国刑法制度间的差异所致的、行为人可能逃避刑事责任的漏洞。

目前，促成统一和协调机制的主要手段是各种多边国际公约。在实体刑法方面，公约赋予成员国义务：把特定的行为规定为国内刑法上的犯罪，并给予刑罚处罚；在程序刑法方面，公约要求成员国引入或者完善管辖、引渡、法律互助、刑事程序的转换和囚犯的移交等制度。然而，这些公约有时被称为“打击公约”，^③ 几乎都不具有自我执行的特征。这些公约的绝大多数规定需要落实，这也就是说，各成员国首先要通过其国家的议会把公约的规定转换成国内立法。换言之，也就是说，刑法正在经历一种在国际层面日益由国际共同体和国际机构而不必由国内议会创制的新趋势。^④ 那么，这样留给国内立法的，常常就是落实和执行在超国家层面所达成的一致解决方

① E. Nadelmann, *Cops Across Borders, The Internationalization of U. S. Criminal Law Enforcement*, University Park 1993.

② C. Fijnaut, "Transnational Crime and the Role of the United Nations in Its Containment through International Cooperation: A Challenge for the 21st Century," *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 8 (2000), 119.

③ N. Boister, *Penal Aspects of the UN Drug Conventions*, The Hague, London, Boston 2001, 3. 这是因为其主要任务就是打击特定现象，诸如，国际毒品非法交易、跨国有组织犯罪和国际恐怖主义等。

④ T. Weigend, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen-Verlust an nationaler Strafrechtskultur?* ZstW 105 (1993), 774.

案。这一新的趋势对于实践于国内立法的犯罪化的范围，似乎产生了极为显著的影响。这方面最好的例证是联合国毒品公约对世界各国国内毒品立法所产生的影响。

借助公约来统一和协调刑法的世界趋势也遭遇诸多障碍，甚至是重大的抵制。反对以统一的超国家刑法和国际公约方式创制刑法的论据，也各具特色。有的反对理由是要求保护国家主权，有的反对理由是主张大多数国家的刑法都深深根植于各自独特的历史和文化传统。正如有的学者所指出的，问题的本质不在于刑法比其他领域的法律更加抵制法的统一，而在于刑法特殊规定的内容或者规范的领域具有独特的国内特征。^① 刑法的独特之处在于，它是社会控制领域中社会政策的一个重要工具。但它并不是当代社会在该领域处理社会问题的唯一政策工具。任何社会的社会控制，包括国家的社会控制，都可以由多种措施和政策所构成，而这些措施和政策的大多数并不必然都是刑罚处罚性的或者打击性的。换句话说，由于历史和文化特征的巨大差异，在是否动用刑法以及（在何种程度上）如何动用刑法的理念上，不同的国家实际上会有很大的差异。还是前面所引的那位学者所说：“对于刑罚干预门槛的积极的和消极的这些决定，在容忍和免于不必要打击的意义上，表现的是一个国家的‘文化’特色。”^② 也就是说，动用刑法还是动用其他社会控制手段，很大程度上取决于一个国家历史的和文化的因素。这也是反对用国际公约进行犯罪化和用国际公约创制刑法的论据。“由于刑法对于社会共同生活和生存的大局所起作用的重要性，在这一领域作出决策，是具有民主合法性的当局的权力和职责之所在。”^③

在有些情况下，这可能造成确实严重的难题，并给刑法的“国际化”进程和“条约形成的刑法”的实施带来严重的后果。在当今世界，一些国家和大洲的“刑罚文化”之间，有时候无疑有着显著的差异。这些差异表现在：社会接纳和排斥一种社会控制工具的理念不同；社会政策的刑罚措施

① T. Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen-Verlust an nationaler Strafrechtskultur? ZstW 105 (1993), 789.

② T. Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen-Verlust an nationaler Strafrechtskultur? ZstW 105 (1993), 789.

③ T. Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen-Verlust an nationaler Strafrechtskultur? ZstW 105 (1993), 789.

和非刑罚措施之间不相当；刑事政策中打击和预防所起的作用不同。一方面，一些国家（主要在欧洲）在犯罪化政策中试图在某种程度上坚持最后手段性原则和某种刑罚介入最小化。它们也试图不以刑罚方式，而是用其他政策手段来处理许多社会问题。另一方面，世界上的另一些国家，尤其是美国，不久前出现了一种为特别的“控制文化”^①所支持的新的打击治理路径。这种治理路径以刑罚处罚最大化为根据，比如，处理社会问题时首先考虑的是镇压和刑罚的手段。这不仅意味着对犯罪化的高度依赖，导致社会生活的过度犯罪化，而且显著地强化了镇压。

这种差异，对于“条约生成的刑法”可能会产生极大的影响。具体来说，不仅影响到最终找到犯罪化政策的选择和技术上描述有争议的行为的某种共同的基础，而且可能对于公约规定的落实产生严重的影响。我们常常是在纯粹技术的意义上把国际条约的履行，理解成“无论采纳什么样的可能需要的新的国内法或者修正案，总是伴随着的都是需要让新的法律实际运作的新的行政架构或程序”。^②无论如何，在成员国议会针对既有条约通过新的法律之时，公约履行的进程并没有结束。转化为国内法可能是一个相对容易的任务。问题可能开始于当它变成“实际运作”的法律的起草之时，比如以统一和协调的途径实施公约。正如有学者所说，各国的法律文化很不相同，即便是相近甚至是相同的法律规定，在不同的法律文化背景下来理解法律本身及其实施，肯定也会有差异，这就可能导致完全不同的法律实施效果。^③他举了一个很好的例子：德国和荷兰的毒品法，很相似甚至几乎是一样的。这也就界明了国际毒品控制条约所要求的犯罪化范围。法律实施的实务，各自分别被差异显著的法定原则和便宜原则所主宰。因此，法律制度的统一和协调，尤其是在实体刑法领域，应该不仅意味着“字面上的法律”的统一和协调，也应该以某种方式影响到“运作中的法律”。前者已暴露出了足够多的问题，后者可能是一个远为艰巨的任务。但是，无论如何，没有这两种因素，公约的实施永远都不可能完成。

① D. Garland, *The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

② Summary of the UN Convention Against Transnational Organized Crime and Protocols Thereto. <http://www.odcp.org/palermo/consensus.htm>.

③ C. F. Rueter, Harmonie trotz Dissonanz, Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im grenzenlosen Europa. ZStW 105 (1994), 30-47.

上述这些问题是怎样被“条约生成的刑法”放大的？能很好阐释这个问题的，是一些在联合国帮助下制定的国际条约，如国际毒品控制条约。联合国毒品公约总共有3个，即1961年公约、1971年公约和1988年公约。这些公约包含赋予成员国把很宽范围的某种与非法毒品有关的行为犯罪化的义务的重要规定。^①然而，有意思的是，在犯罪化的义务方面，1961年和1971年公约比1988年公约更好地满足了最后手段原则的要求。^②在前两个公约中，实际上在区分供给毒品和需求毒品之间的义务方面，并没有严重的问题。供给必须主要作为刑事政策的事情来对待，需求可以——主要或者甚至排他地——用非刑罚的措施来处理。然而，1988年公约的第3条第2款的规定，要求对为自我消费而持有少量毒品的行为给予犯罪化，改变了以往用非刑罚措施处理毒品需求的规则。尽管事实是大多数国家赞同1988年公约并签署了该公约，这个特别的规定还是带来了某些问题和困难。比如，它排除了消费者非犯罪化的可能，并在该领域采用了纯粹的公共健康和社会政策的路径。结果，1961年和1971年公约几乎从不受质疑，而1988年公约则一直遭受严厉的批评。它也使得公约的实施过程出现了问题，比如，落实持有毒品犯罪化的规定的实践，整个欧洲和其他国家在做法上差异巨大。因此，可能就会有人认为，1988年公约以“条约生成”刑法的手段在试图统一国内立法上，走得过远。

“条约生成刑法”的主要问题是这样的事实：这种刑法的创制过程，绝不是一个政治过程。此外，即便“条约生成的刑法”通常是参与国家在谈判和批准国际条约的过程中达成一致的，但是，它几乎不是两厢情愿的事情。正如有的学者研究联合国毒品公约后所指出的，禁毒政策是对毒品问题的国内和国际的官方政策，但是，所有国家对毒品问题及其解决方案并不享有一个共同的理念。这就说明，尽管所有的政府以官方名义背书禁毒政策，但许多国家适用各自的国际标准，这样的结果就是国内立法并不怎么积极。^③一方面，大多数工业化的毒品消费国家都强调毒品生产国压缩毒品供应的义务。

① H. -J. Albrecht, “Internationales Betäubungsmittelrecht und Internationale Betäubungsmittelkontrolle,” In: *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, ed. by A. Kreuzer, Muenchen 1998, 653 - 659; N. Boister, *Penal Aspects of the UN Drug Conventions* (London, Boston: The Hague, 2001).

② K. Krajewski, “How flexible are the United Nations drug conventions?” *The International Journal of Drug Policy* 10 (1999), 329 - 338.

③ N. Boister, *Penal Aspects of the UN Drug Conventions* (London, Boston: The Hague, 2001), 10.

另一方面，许多毒品生产国家认为，毒品消费国有义务在减少毒品需求方面做些工作，因为毒品的需求刺激助推毒品的供给。结果，“国际制度的发展路线反映了这两组国家之间角力（力量）的平衡”。^① 前面提到的有争议的1988年公约第3条第2款，似乎是一种试图保证在公约之下生产国和消费国义务之间某种政治平衡的结果。结果就是，不同的国家对公约该条的实施实践，差异很大，并且试图在这一领域达成统一的努力，似乎也失败了。

这里以1988年公约作为例子，不是偶然的。事实是，这个公约作为2000年打击跨国有组织犯罪公约的模本，常常被提及。那么，这是不是意味着在一些国家有可能就接受这个公约问题出现类似的矛盾呢？在一定程度上这种情况是可能的。首先，有组织犯罪，或者某种形式的有组织犯罪，对于一些国家是一个严峻的问题，但并不是对所有国家都是这样。换句话说，有组织犯罪不可能在所有政府的议程上被放在同等重要的位置。其次，典型反映出有组织犯罪是有历史和文化根源现象的意大利或者美国的黑手党，对于许多国家和政府来说，可能是抽象而遥远的事情。因此，它们可能会认为，有组织犯罪未必也是它们自己的问题。因此，尽管一段时间以来每个人都在谈论有组织犯罪，每个人都公开赞成打击有组织犯罪进行国际合作的思想，实施相关公约的政治意愿却可能截然不同。然而，与1988年的毒品公约相比，围绕联合国打击跨国有组织犯罪公约的共识可能更为坚实可靠。确实真是这样。首先，就毒品政策的一般特征而言，关于1988年公约的争执，关注的是一个很重要的问题，但从公约的角度看，该问题又是相当局限的，处理上倾向毒品需求。这个问题不仅在学术文献和媒体上，而且在国家议会和国际机构中激烈争论了很多年。因此，在1988年公约中规范它，可能是一个严重的错误。在解决这样的“热点”问题时，即在犯罪化范围方面，2000年公约似乎更加慎重。这种克制确实是值得称道的。尤其在打击有组织犯罪领域内，有很多可能非常有效的措施。但是，这些措施同时可能又遭受巨大的争议。

公约明确了把四种行为犯罪化的义务，即参加有组织的犯罪集团（第5条）、洗钱行为（第6条）、腐败行为（第8条）和妨害司法的行为（第23条），可能在今天这些都不是有争议的问题。世界上的许多国家已经以某种方式让这些行为犯罪化了。这表明，2000年公约规定的意图是让国内法更

^① N. Boister, *Penal Aspects of the UN Drug Conventions* (London, Boston; The Hague, 2001), 11.