

主 编
本 卷
执行主编

陈泽宪

黄东黎

国际法研究

CHINESE REVIEW OF INTERNATIONAL LAW

第八卷

Vol.8



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

国际法研究

CHINESE REVIEW OF INTERNATIONAL LAW

第八卷

Vol.8

2013年第1、2期

主 编 陈泽宪

本卷执行主编 黄东黎



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

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

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法研究. 第 8 卷/陈泽宪主编. —北京: 社会科学文献出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5097 - 4749 - 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 127752 号

国际法研究 (第八卷)

主 编 / 陈泽宪

本卷执行主编 / 黄东黎

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

责任编辑 / 芮素平

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

责任校对 / 李杰明 季武西

项目统筹 / 刘骁军

责任印制 / 岳 阳

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

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京鹏润伟业印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 32

版 次 / 2013 年 6 月第 1 版

字 数 / 551 千字

印 次 / 2013 年 6 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 4749 - 0

定 价 / 128.00 元

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

目 录

学术论坛

- 国际法的变与不变 何志鹏 / 3
- 全球治理与联合国的改革问题 江国青 / 20
- 国际经济法律秩序的重构与中国的地位及作用 何 力 / 33
- 从补贴规则视角分析中国官方支持出口信贷措施
- WTO 合规性 龚柏华 / 48
- 实践中的法律选择：外国法适用的视角 杜新丽 / 62
- 保护过程中的责任及其对保护责任的影响
- [加] 乔安娜·哈林顿 文 韩 蕾 王洪如 侯家琳 译 / 79
- 国际私法之多元主义：从选法方法论与法源谈起 许耀明 / 94
- 使用核武器或以核武器相威胁的合法性 张晏瑜 / 125
- 论香港国际私法的晚近发展 张美榕 / 139
- 韩国补贴与反补贴法律制度研究 程惠炳 / 160
- 公司国际刑事责任的演进 宋佳宁 / 181

前沿动态

法的盛宴

- 中国参与 WTO 争端解决机制经典案例综述 杨国华 / 213
- 政治风险的变化与我国对外投资政治风险
- 保险制度的完善 蔡从燕 / 230
- 电子支付案中 GATS 减让表的条约解释：
- 评析与比较 张乃根 / 242

世界贸易组织 TBT 最新案件裁决解析	那 力 杨红瑞 / 264
论 WTO “欧盟—紧固件案” 裁决与执行对反倾销 非市场经济规则的突破	傅东辉 / 278
中美出版物与音像制品案执行评述	孙 振 / 294
“十面霾伏” 下的中国特色碳税之路的法律思考	何晶晶 / 317
中国法院审理涉外 (涉港澳台) 民商案件情况	沈 涓 / 337

创新工程专栏

美国金融消费者保护机制的新发展：以消费者金融 保护局为中心	廖 凡 / 371
论“喜马拉雅”条款的沿革及理论基础 ——兼评《鹿特丹规则》下的海运履约方制度	张文广 / 383
国际组织劳务争端解决机制新论	李 赞 / 398
欧盟《合并控制条例》中的控制权问题	黄 晋 / 417

研究生论坛

从“中国—电子支付案”看 GATS 歧视性 数量限制问题	杨 琴 / 443
---------------------------------------	-----------

信息综述

第九届国际法论坛“发展中的国际法与全球治理” 学术研讨会综述	沈 涓 李 赞 张美榕 / 463
---	-------------------

CONTENTS

Articles

- Change and Constancy in International Law *He Zhipeng / 3*
- Global Governance and Issues of United Nations Reform
Jiang Guoqing / 20
- Reconstruction of the Legal Order of the International Economy and
China's Position and Role *He Li / 33*
- The Officially Supported Export Credits in China and its Conformity
with WTO SCM Agreement *Gong Baihua / 48*
- The Choice of Law in Practice: From the Perspective of
the Application of Foreign Law *Du Xinli / 62*
- Responsibility While Protecting and the Impact on the Responsibility
to Protect *Joanna Harrington / 79*
- Pluralism in Private International Law: in View of Methodology
of Conflicts of Law and Sources *Xu Yaoming / 94*
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons
Zhang Yanqiang / 125
- Recent Development of Private International Law in Hong Kong
Zhang Meirong / 139
- South Korea's Subsidy and Countervailing Legal System
Cheng Huibing / 160
- Evolution of Corporate Liability in International Criminal Law
Song Jianing / 181

Frontier

A Study on Typical Chinese WTO Cases *Yang Guohua / 213*

Changes in Political Risks and the Improvement on the Political

Risks Insurance Regime for China's Outward Investment

Cai Congyan / 230

Treaty Interpretation of GATS Schedule in the Case of

Electronic Payment: Analysis and Comparison *Zhang Naigen / 242*

Analysis of the Awards to the Three Cases in 2012 Relating to

the TBT by the AB of WTO/DSB *Na Li, Yang Hongrui / 264*

A Breakthrough of Non-market Economy Rules for Anti-dumping

by Implementing WTO AB Ruling in EU-Fasteners *Fu Donghui / 278*

The Review of the Case "China – Certain Publications and

Audiovisual Entertainment Products" *Sun Zhen / 294*

On China's Path towards Carbon Tax Legislation: A Legal Perspective

He Jingjing / 317

Report on Settling Civil and Commercial Cases Related to

Foreign Countries and to Hong Kong, Taiwan and Macao

in Chinese Courts *Shen Juan / 337*

Special Issues: CASS "Innovation Project"

New Development in the Financial Consumer Protection Mechanism in the

US: with a Focus on the Consumer Financial Protection Bureau

Liao Fan / 371

The Evolution and Theoretical Basis of the Himalaya Clause

Zhang Wenguang / 383

On the Employment Disputes Settlement Regime of International

Organizations *Li Zan / 398*

Control Issues in the EU Merger Control System

Huang Jin / 417

Graduate Forum

The Issue of Discriminatory Quantitative Restrictions under GATS from
the Perspective of China – Electronic Payment Services Case

Yang Qin / 443

Information

The Overview of the Ninth International Law Forum: Developing
International Law and Global Governance

Shen Juan, Li Zan and Zhang Meirong / 463

学术论坛

国际法的变与不变*

何志鹏**

摘要：20 世纪以后，特别是二战结束后的国际法，虽然主体的类型增加了，但国家在国际法主体中的核心地位未被撼动；国家的数量虽然随着非殖民运动而大幅上升，但大国的关键作用依然显著。尽管国际法处理问题的领域扩大，规范数量增多、规范形式多样，但国家安全问题依然是国际法的核心关切。虽然国际法的渊源与运行显示出了法治化的端倪，但是大国政治的痕迹依然明显。由此可知，国际法变的仅仅是外表而非内核，仅仅是形式而非实质，仅仅是量变而非质变。国际法变革与恒常的主导因素是国际关系的总体环境和国家的观念。国际法变与未变的启示是，不可对国际法治和全球治理盲目乐观，任何进步都要通过努力方能达到。国际法的真正法治化还有待于国际社会各行为体长期的努力。

关键词：国际法 主体 规范 运行 国际法治 变化

半个多世纪以来，人类取得了很大的进步，世界发展日新月异。表面上看，国际法也发生了深刻的变化。有学者认为：“20 世纪初以后，国际政治经济形势发生重大变化。国际法也有了突破性发展。”^① 或者，“进入 20 世

* 本文系受车丕照教授的观点启发而成。2011 年 11 月，在中国社会科学院举办的“中国社会科学论坛暨国际法论坛”的总结发言中，车丕照教授阐述了“国际法最近出现了很多变革，但有些方面仍然没有变”的观点，笔者多有认同。故据个人读书与思考，撰写本文的初稿，车丕照教授阅读后在结构上提出了修改建议。在 2012 年的“中国社会科学论坛暨国际法论坛”上，笔者陈述了基本观点后，受到了很多与会专家的指教，故进行了修订。本文受到了吉林大学青年学术领袖培育计划“国际法的中国理论”（2012FRLX10）的支持。

** 何志鹏，法学博士，吉林大学法学院教授，博士生导师。

① 邵津主编《国际法》，北京大学出版社、高等教育出版社，2008，第 7 页。

纪后，国际社会发生剧烈振荡，迎来一个新的历史转折点，使国际法获得了巨大的发展，开始进入现代期”。^① 国际联盟的建立和《巴黎非战公约》的缔结“把国际法带入一个新的发展阶段”。^② 更多学者认为，第二次世界大战的结束意味着国际法的一个新阶段。国际法有了“新的变换”“明显的发展”；^③ “在国际法领域所发生的许多变化，都是相当重大的”。^④ 或者，“两次世界大战使整个国际关系发生根本变化，也使国际法发生变化，进入了新的时期”。^⑤ “战后，《联合国宪章》的诞生和联合国的建立以及大量的新独立国家的兴起，标志着国际法的发展进入了一个新的阶段。传统的、以欧洲为中心的国际法开始被现代的、普遍性的国际法所取代。国际法的领域，不论从其主体、适用范围以及内容来看，都比以前扩大了。”^⑥ “联合国的成立，对于国际法的发展发生重大影响。”^⑦ “联合国的地位，对于国际法的发展发生了深刻的影响。”^⑧ 也有学者提出：“非殖民化运动的结束不仅带来了国际社会成员的彻底改变，也使调整国际关系的国际法发生了巨大的变化。”^⑨ “20 世纪 80 年代以来，全球化增加了全球和区域性组织的数量和影响范围，并要求国际法扩张其影响以包含这些行为体的权利和义务。由于其复杂性及其所涉及行为体的广泛性，现在新的国际法经常通过近于普遍认同的方式来形成。”^⑩ 国际法取得了前所未有的信心与声誉，进入了一个崭新的时代。^⑪

但冷静观察，不难发现，国际法的诸般变化又总会在历史中找到似曾相识的痕迹。虽然有很多新生的事物和情况，但仍然有很多方面、很多领域、很多层次依然如故，正如鲁迅所云，“历史总是有惊人的相似”。而列宁说过，“忘记历史就是背叛”，因此，考察今天的国际法，在缤纷

① 梁西主编、曾令良修订主编《国际法》，武汉大学出版社，2011，第 23 页。

② 邵沙平主编《国际法》，高等教育出版社，2008，第 9 页。

③ 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社，1998，第 289、297～301 页。

④ 杨泽伟：《国际法史论》，高等教育出版社，2011，第 199 页。

⑤ 周忠海主编《国际法》，中国政法大学出版社，2007，第 16 页。

⑥ 《中国大百科全书·法学》（修订版），中国大百科全书出版社，2006，第 164 页。

⑦ 丘宏达：《现代国际法》（修订二版），三民书局，2006，第 24 页。

⑧ 王铁崖：《联合国与国际法》，《中国国际法年刊》（1986），中国对外翻译出版公司，1986，第 4 页。

⑨ 白桂梅：《国际法》（第二版），北京大学出版社，2010，第 12 页。

⑩ *Encyclopedia Britannica*, 15th ed. (Encyclopedia Britannica Inc. 2010), vol. 21, p. 790.

⑪ Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2010), p. 24.

复杂之中，需要审视的是：发生了哪些变化，哪些依然如故？对于这个问题的分析和考察有助于对国际法以及国际关系的深刻、清晰、明确、整体的认识。

一 行为体在变化，但核心主体未变

（一）国际法中的行为体日益多元化

同样是从 19 世纪后半叶开始，政府间国际组织开始建立，并随着一战后的国际联盟和二战后的联合国而具有越来越广泛的工作范围。随着从三大欧洲共同体的建立到单一的欧洲共同体的形成直至欧洲联盟的发展，从 GATT 的临时生效到 WTO 的正式成立并运作成为越来越成熟的规范体系，国际组织的地位在逐步提升，国家从国际法和国际关系中的唯一行为体转变成成为诸多行为体之一，享有国际法权利、承担国际法义务的实体明显地添加了政府间国际组织。

由于战争情势的发展，特别是非殖民化运动的发展和人民自决观念的兴起，殖民地在 20 世纪 70 年代之前迅速独立，一些多民族国家在 20 世纪 90 年代分裂。因而，在亚洲、非洲、南美洲、东欧出现了大量的新国家，国家的数量比 100 年前增长了 4 倍。^① 这些国家被纳入先行国际法体制之内，而且根据《联合国宪章》所规定的国家不分大小强弱一律平等的原则，与原有的联合国创始成员国共同享有权利、商议事务。与此同时，民族解放组织和叛乱团体在国际法上的地位也被确认。

在国际行为体方面的另一个现象是，非政府组织蓬勃发展，在国际法中的活动范围和活动影响在扩大，地位也越来越受关注。绿色和平组织、国际特赦组织等 NGOs 在国际事务上屡屡成为关注的中心。虽然人们可能并没有充分注意到，但实际情况是，早在 1862 年，作为非政府组织的 ICRC 就已经开始带动各国在国际战争和武装冲突法方面达成一致，签订条约了。所以，尽管非政府组织的国际法律人格仍然受到怀疑，但其活动对于国际法订立与运行的影响显然是不可小觑的。

而在国际法人格方面最受关注的当然还是个人。个人（包括公司）在

^① David J. Bederman, *International Law Frameworks*, 3rd ed. (Foundation Press, 2010), p. 5.

人权法方面享有的权利、在战争及武装冲突法方面承担的义务和责任，使得人们深入关注个人在国际法上的地位。虽然在当代国际法上，私人是否作为国际法主体仍然存在着疑问，尚无定论，但国际法上个人的地位越来越高、越来越广泛而深入地参与到国际法律事务之中，则是一个不容置辩的事实。

个人在国际法上的主体地位在很大程度上取决于我们如何理解“国际法的主体”这一概念。其中最核心的症结在于主体的条件。人们都认同国际法的主体应当是参与国际活动、享有国际法上的权利、承担国际法上的义务的行为体，但是对于这些因素之间是并列（和）的关系，还是选择（或）的关系，并没有统一的观点。这就导致了非政府组织、跨国公司和个人（可以统称为私人）是否具有国际法主体地位的问题存在争论。^① 关于个人是否为国际法主体的问题，表面上诸多纷繁复杂、高深莫测的讨论，实质上仅仅是立场之争、利益之争。这是因为，对于个人在国际法上所具有的行为领域、行为方式，所拥有的权利和承担的义务以及责任，无论是有关国家，还是学者，都无异议。其存在争论的焦点在于：如果私人与国家签订了协议，当国家违背约定之后，私人可否在国际司法机构中具有诉权，对抗国家？那些强调国家利益、站在国家立场上的人就会认为，个人与国家签署的协议仅仅是合同，应当按照国内法来处理；国家违约，个人也只能当作一种无法克服的客观事实而予以承受。这种合同不具有条约的地位，私人不能据此诉诸国际司法体制，要求国家予以补偿。而站在个人的立场上、维护个人利益的人就会认为，私人与国家签署的协议与私人之间签署的契约、国家之间签署的条约均无本质差异，其根本规则都是约定必须信守，任何一方都不应任意违约而逃避法律责任。如果出现了违约情事，国家必须负责任，私人既可以启动国内的司法救济程序，也可以启动国际司法或准司法程序要求个人的利益得以恢复，国家不应以任何理由阻止私人的行动，损害个人的利益。现在的国际法体系，从根本上认可国家与私人的不同地位，不认为私人有在国际司法机构起诉国家的资格。^② 但是，在国际人权、国际投资领域，为了个人的利益，国家之间做出了特别的安排，其中

① 白桂梅：《国际法》（第二版），北京大学出版社，2010，第236～241页；《中国大百科全书·法学》（修订版），中国大百科全书出版社，2006，第173页。

② 参见 *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran)*, Judgment of July 22nd 1952, I. C. J. Reports 1952, p. 93。

包括很多人权条约的附加议定书确立了个人在人权条约机构进行申诉的机制，欧洲人权法院确立了个人起诉国家的机制，美洲人权法院和非洲人权法院在这方面也正在改革和强化。在国际投资条约中，国家在条约的层面概括性地保护私人的权利，形成了“保护伞”条款，投资者由此获得了更高的保护标准和更加有效的救济机制。^①与此同时，通过华盛顿公约形成的ICSID机制，由国家的许可和同意为基础，私人取得了在国际仲裁机构中主张权利的有限资格。这就意味着，在当今国际法领域，个人已经初步具备了行为体的资格。是否将之视为主体，仅仅是一个态度的问题，而不是一个真正的理论命题或者实证问题。

（二）国家的核心地位没有变

尽管存在上述的实践发展与理论争议，尽管国际法上的行为体在增加，国家作为国际法的原生主体、主要主体、基本主体，其地位并没有被撼动，国际法依然以国家为中心。^②这不仅因为在历史上国际法发展的最初阶段即作为国家之间的法，更主要的是，从内容上看，当前最大规模的国际法律关系是国家之间的关系，最大量的国际权利义务是国家之间的权利义务，最主要的国际法律争端是国家之间的争端，还因为从进程上看，国际法的规范确立、修正、改革、发展都以国家为中心，国际法的定理、遵守、实施都以国家为基本行为者，更因为从行为范围上看，国家可以毫无障碍、无须任何授权地全面参加国际法各领域、各方面的事务，所以是国际法的完全主体。与此相对，国际组织是国际法的继生主体、次要主体、部分主体。民族自决/人民自决的原则仍然必须受制于国家及其领土完整，忽视后者主张自决权很容易将国际秩序带入歧途，将国际法律引向混乱。因而，国际法实际上依然是国家中心的体制，远远没有超越国家体制，国家的核心性、主导性仍然存在。

而且，国家增多的状况也并不能够掩盖另外一个事实，那就是在国际事务中，依然以大国为中心。大国占据着国际议题的主导地位，而且起着关键作用。不仅确立着规则，也决定着规则的效力，决定着很多小国的命运。大

^① 参见王彦志《国际投资条约的保护伞条款》，《中国国际法年刊》2008年卷，世界知识出版社，2009，第295～341页。

^② 参见梁西主编、曾令良修订主编《国际法》（第三版），武汉大学出版社，2011。