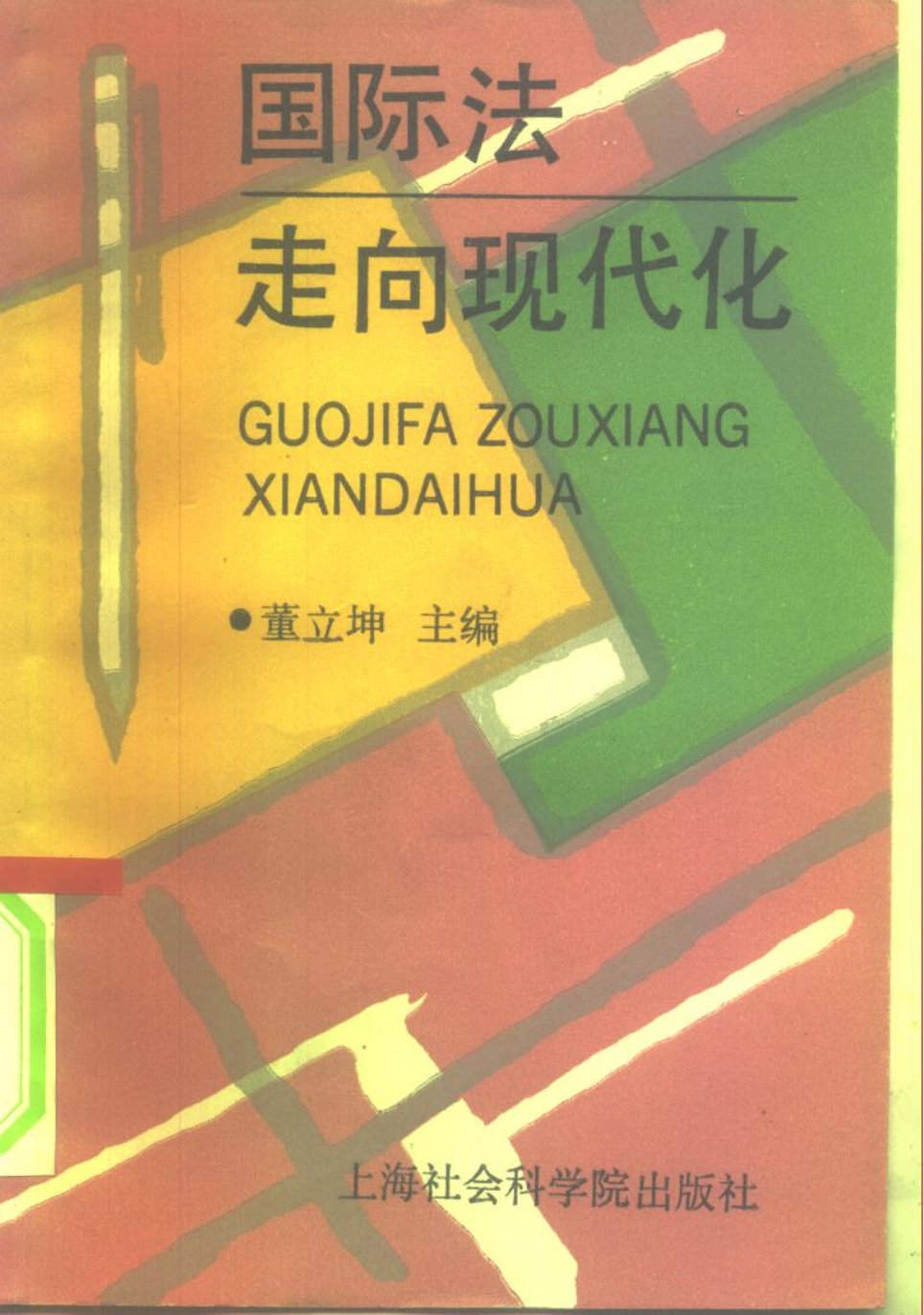




国际法

走向现代化

GUOJIFA ZOUXIANG
XIANDAIHUA

● 董立坤 主编

上海社会科学院出版社

国际法走向现代化

董立坤 主编

上海社会科学院出版社

责任编辑 周 河
封面设计 闵 敏

国际法走向现代化

董立坤 主编

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路622弄7号)

新华书店上海发行所发行 上海中行印刷厂常熟分厂

开本787×1092 1/32 印张8.75 字数183000

1990年12月第1版 1990年12月第1次印刷

印数1—1500

ISBN 7—80515—608—5/D·82

定价: 4.50元

前 言

1988年11月，复旦大学法律系、武汉大学法学院、华东政法学院、上海对外贸易学院、上海海运学院、上海政法干部管理学院、上海社会科学院国际法研究所共同举办了第三届中国青年国际法学者国际法学术讨论会。全国几十所法律学院（系）、科研单位，以及外交部、中国对外贸易促进会、中国民航总局等单位的60多名青年国际法学者济济一堂，就当代国际法发展的重大理论与实践问题展开了讨论。我国老一辈国际法专家韩德培教授和外交部法律顾问、前中国驻联合国大使黄嘉华教授蒞会指导，给青年学者以极大的支持和鼓舞。这是我国国际法发展史中的一次有意义的盛会，表明了我国国际法事业后继有人。

这次会议集中讨论的所有问题都反映出，青年同志正在触及到当前国际法发展中的一个最重要的问题，即国际法走向现代化的问题。

国际法作为调整国家间关系的法律规范，从某种意义上说，从有国际社会和国际交往以来，就有国际法。但现代意义上的国际法起源于十五、六世纪，通常将荷兰学者格老秀斯名著《战争与和平法》视作为现代国际法形成的标志。从那时以来，国际法围绕的主题一直是世界的战争与和平问题。这个问题困扰了人类几个世纪。国际法本身就在战争与

和平的错综复杂的变幻之中得到了发展和完善，特别是第二次世界大战，国际法关于战争与和平的理论研究有了长足的发展。战后建立了维护世界和平的最重要的国际组织——联合国。联合国的建立在一定意义上表明了人类通过国际法手段维护世界和平、防止战争的决心和能力。

国际法走向现代化，意味国际法将不再仅仅围绕着战争与和平这个传统的、长期困扰着人类的问题，而是进入了一个新的阶段，也就是国际法的重点将趋向于解决世界的和平与发展问题。国际形势的发展表明，在当代社会中，战争不再是不可避免的事情了。为了从根本上避免战争，维护世界和平，人类要解决的是各国共同发展的问題，这就要消灭国际间的贫富差别，平衡东西关系，解决南北之间的差距。经济发展成了国际社会的心。国际法越来越趋向于成为促进国际经济发展的法律。国际经济新秩序的提出，国际经济法的崛起，以及海洋法、外层空间法、国际环境保护法、国际合作发展法、跨国公司法律制度迅速发展，等等，都表明了国际法的重点转移，显示了国际法走向现代化的新特点。

国际法走向现代化既是一个现实问题，也是一个重大的理论问题。在这次讨论会上，青年学者明确地提出了这个命题。会议的论文几乎也是围绕这个命题展开的。这充分表明了我们年轻学者的敏感性。实际上，历史上任何一门新学科都是由一代代青年人提出和完成的。这次会议也使我们看到了我国青年国际法学者的水平和能力，它向我们展示了我国未来国际法发展的美好前景。

本集从会议的39篇论文中，选择了有代表性的25篇论文，它们从不同的角度，论述了国际法走向现代化的这个命

题。

愿本集成为国际法走向现代化进程中的一块闪光的石子。

本集的出版得到中国国际法学会的资助，在此，表示衷心的感谢。

董立坤
1990年5月

目 录

国际法走向现代化·····	蔡武彬 (1)
论沿海国对毗连区海底文物的管辖权·····	赵红野 (13)
《月球协定》——探索和利用太阳系内 天体活动的准则·····	成建平 (30)
论南极法律地位和开发制度的现在和未来·····	慕亚平 (38)
论联合国国际法院咨询管辖权·····	刘劲柳 (52)
国际行政法刍议·····	庾 洋 (62)
对统一的中国区际冲突法的粗略设计·····	黄 进 (72)
论海事国际私法中若干法律适用问题 ·····	苏同江 于 萍 (83)
法律选择与海运统一公约的实施·····	吕 健 (92)
论我国涉外合同的法律适用·····	洪莉萍 (104)
关于国际商事仲裁管辖权的比较研究·····	朱兆敏 (116)
论我国投资争议的法律适用·····	朱克鹏 金 宁 (125)
论涉外产品责任的管辖权与法律适用·····	田集耕 (137)
科技革命对国际经济法的影响·····	孟繁春 (148)
论跨国公司的法律性质·····	李 泳 (157)

论国际债券发行的法律问题·····	朱子勤 (164)
浅析联合国贸发会议主持下的综合商品	
方案·····	曹建华 (173)
我国恢复关贸总协定缔约国席位与保障	
条款·····	黄耀良 (182)
关贸总协定产生的背景及历史经过·····	张克文 (193)
论我国海外直接投资企业的法律地位·····	丁 伟 (201)
我国技术引进合同中的若干法律问题·····	杨玲梅 (211)
制定我国对外贸易法的几点建议·····	戴凤霞 (221)
试论中外合资经营企业技术资本化的几	
个法律问题·····	郭俊秀 (235)
“三·二四”铁路撞车事故中的几个法律问题	
·····	马京生 (248)
美国不方便法院原则的建立与发展·····	徐崇利 (255)
附:	
第三届中国青年国际法学者学术讨论会代表	
论文总览·····	(267)

国际法走向现代化

中山大学 蔡武彬

现代化问题,在本世纪60—70年代是一种流行的经济、社会学理论,随后扩及政治学领域。对此,不同学者提出了不同的概念及其价值标准和特征。但都一致认为现代化乃一个过程,并且是一个社会在新旧形态转折时期发生的一种整体性和革命性的演变。国际法的现代化与其他领域的现代化不同之处在于,后者多着重国家范围的微观现代化过程,并不象前者那样具有全球性、宏观性以及复杂性和实现它需国际社会全体成员的共同努力。也不象国家实现现代化可单独实现一定水平的民主化那样的个体发展,这是由国际法这领域的性质决定的。那么国际法现代化的基础、条件、价值标准以及发展道路是如何的呢?让我们还是先看看现代国际法向现代化迈进的漫长道路吧。

国际法一般被认为是调整各种国际关系使国际社会达到某种秩序(或如有人称之权力均衡)的规范。它的起源可以归纳为在贸易和战争两个领域,正如李家善先生喻为“国际战场是国际法的第一摇篮,而国际市场是国际法的第

一座温床”。希腊—罗马社会的国际法律制度为我们提供了首先的史证，具有同一文化传统的希腊社会尽管视邻邦为野蛮人，却使希腊各城邦保持在独立的平等的法律秩序之中，仲裁制度发展及商务领事的萌芽既是贸易发展的产物，又促进了希腊城邦商业的发达。战争，在古代似乎是必不可少的国家对外活动，当一国跨越权力区域界限而向外扩张，战争就爆发了。然而，具有共同自然、理性观念的人类（奴隶则被当作物）则共同遵守着一些在人道的和社会的法则。宣战成为必要，来使不得伤害，义战和善战乃罗马战争法中的中心观念，正如西塞罗所说，“除非以报复或防御敌人为理由，战争则毫无正义之价值”。被誉为富于法律观念的罗马民族成为国际法最早的制造者。从此以往，大帝国，如法兰克王国、奥斯曼帝国等的兴衰展示了均权与霸权交替的国际关系图景，国际法（更多是和平法）也正是在这空隙中得以发展。当基督教降临于世界，尤其是在基督教成为罗马国教、宗教势力足以召唤人类时，国际法则深植于宗教之上。值得庆幸的是，宗教精神在一定程度上使国际法的普遍效力得到了加强。宗教战争成为帝国扩张征服之武器。从此，战争似乎难于区分世俗的还是宗教的，那荒谬的战争的宗教理由构成了对法律的违反。尽管如此，战争之法规在很大程度上是得到遵守的。在这期间，教皇政治对于国际法的发展作出了贡献。教皇的威望使他成为权威的仲裁者及仲裁裁决的执行者；教皇的承认对于新兴国家的合法成立成为必要条件，以至于英诺森三世和卜尼法八世曾试图规定国际争端由教皇强制仲裁来解决。直至宗教改革以后，或者说在《威斯特伐利亚和约》以后，宗教战争的结束，教派的分野使得再没有

一种宗教在国际法上占普遍支配地位，国际法向实现世俗化迈开了一大步。战争是极其残忍的。人类在国家的权力斗争中成为牺牲品，这是对人道的践踏；然而，另一方面，国家又在一定程度上基于人道特性而信守某种约定的战争法规，并且奉战争为合法的行为。人类历史就是在这样的复杂心理状态下发展，并一直在国际法律领域持续至联合国的创立之时（而从国际政治领域考虑，则持续至今并将继续下去）。可以说，20世纪前半期以前的世界历史是战争的历史；而国际法的历史是战争法形成发展和完善的历史；和平只是两次战争的间隙，和平法律制度也正是在这个间隙中生长起来的。1899年和1907年两次海牙会议制定的战争法规和文件，堪称人类战争法的百科全书。战争法浩如烟海的内容使得无任何国际法领域可与之匹敌。

国际法的历史有两大转折点。第一个转折点是以《威斯特伐利亚和约》的签订以及格老秀斯的《战争与和平法》的发表为标志。近代意义的国际法终于形成了。它的特点是一系列主权国家在平等的基础上进行交往，甚至宗教国家，包括罗马教皇也平等地进行谈判、签约。经过宗教改革，宗教社会统一体逐渐分化，并与世俗国际法律社会进一步分野，宗教理由的干涉合法性受到否定。《威斯特伐利亚和约》建立起来的欧洲国家体系消除了国际政治的霸权，因而为平等基础上的国际法提供了肥沃土壤。第一个转折点成就了国际法成为一门系统的学科。从15世纪起，西方的资本主义发展展示着新的开始和发展，这也决定欧洲和整个世界直至现在的历史。从宗教宽容到文艺复兴，人权得到了召唤；和平解决国际争端进一步被明确写入和约中；国际法理论系统化凝聚了前人所有

的哲学、政治学、法学等的理论成就，这一切表明了人类对和平世界的渴望乃是不可抵抗的趋势。早在斯多噶派那里就渴望建立世界政府以处理国际事务。而17世纪法国的两个和平计划，即阿梅里·克吕塞计划和苏利计划更表明了人类开始构想世界和平的范型，尤其是后一计划，提出了建立具有强制仲裁权的常设仲裁院式的委员会，并贯彻和平解决争端、决议的多数通过及实施时道德力量的运用等原则。中立法理论也在17世纪中叶以后得到了充分的发展，海洋自由随世界贸易的发展也得以发展，与此同时海战规则也发展起来了。

尽管国际法从这个转折点起得到了进一步的丰富和发展，体现了人类价值体系的重大转变；但是，国际法本身并不能限制以至取消战争。相反，战争在一定条件下仍是合法的报复和自卫的手段，虽然有时战争人道化要求得到国家活动的尊重，但它仍不减其长此以往的野蛮残忍的特性，直至第二次世界大战达到了顶峰。

综上所述，在论述第二个转折点之前，我们可以看到，国际法的发展是以战争为核心的；民族国家的形成，使民族原则成为各主权国家利益构成的核心成分，而权力均衡的破立从根本上取决于民族利益的益损，国际法在这个问题上并不能有明确答案，因民族理由而引起战争是最常见和基本的，发展到极端的例证便是希特勒的优等民族生存空间论，第二次世界大战正是由民族沙文主义扩张而发动起来的，当然，也是由于民族危机而结成的反法西斯统一战线最后取得胜利的；从法律形式上看，战争法规逐渐人道化，而随科技的发展，国家能生产更具杀伤力的武器，使人类更严重地遭受涂炭。不过，贸易的扩大，世界变小了，而人类更密切联

系起来，这又有利于国际法的一般化。

二

国际法的历史在时代狂潮的推动下比任何发展阶段更迅猛地到达了第二个大转折关头——20世纪，它以废止战争，建立“全球村”，共同解决人类全球性问题为标志，国际法被推上了向现代化迈进的道路。

今天，人类面临一系列的困难。急剧增长的人口，使这个有限的生活环境的资源变得稀少了；工业化的发展纵然给人类带来了美好的生活条件和财富，却使人类生活天地面临生态环境遭毁灭的危险；由于迅速增长带来的不平衡和无差异增长，使不少国家，特别是第三世界的贫困愈加绝对化，债务负担愈加沉重，现有国际经济秩序不平等愈加深刻。而国际社会不同群体的共同危机又产生了他们共同的目标，改变了他们原有的角色，而重新整合。这种国际社会的格局的深刻变化首先表现在国际相互依存进一步加深，国与国之间的相互依赖程度如此密切以至于一国、一地区的政策的改变会波及它国甚至导致重重苦难。这样，国际社会成为一个由众多相互关联和影响的因素构成的世界系统。继国际联盟的失败后而创立的联合国为国际的重新整合提供了客观组织基础；人们不再象中世纪祈求基督社会的一统世界那样祈求世界的一统和平；不仅从制度上还是从心理上，联合国对于历经两度浩劫后的世界均是众心所归的。具体地说，国际社会已不是大国独断专横的舞台了，已形成的第三世界由于其具有共同的危机性问题而产生了一种力量而足以遏制工业发达

大国的支配地位，而造成了国际社会多极化发展及由此而产生的多层次性矛盾冲突——最突出的就是南北关系和东西关系。

其次，战后深刻的变化表现在人类价值体系的变化。各国的价值和利益逐渐趋同，国家利益取向逐渐趋同于国际价值体系，人类渴望已久的世界和平以及解决当今面临的全球性灾难问题正为国际社会的共同目标；国际关系的核心不再是战争了，而是世界的经济、社会、科技、文化等的发展问题。这种源于现代世界的新格局而产生的国际关系的深层变化正是国际经济、政治、法律的现代化的最根本、最直接的基础。正如社会学家、经济学学者，如迪尔凯姆、韦伯、鲍尔等提出的，价值观的转变乃社会变革最重要的前提条件，国际法的现代化首先是依据于这些国际价值体系的进步和发展。

第二个转折点使国际法发生了革命性的变化。这种变化突出体现在：

第一，战争的非法化原则的建立。第一次世界大战后建立的国际联盟努力寻求削减诉诸武力的合法性的途径。1928年，《巴黎非战公约》作出把战争作为国家政策的工具是非法的规定；后来，《联合国宪章》第二条进一步规定“一切会员国必须制止其在国际关系中使用武力或以任何违反联合国宗旨的其他方式威胁或干涉别国的领土完整和政治独立”，从而在法律形式上结束了战争的合法性，结束了战争作为国际权力政治的核心以及战争作为国际法的中心领域的局面。国家的自由权力并不意味着对外可以为所欲为，以至发动战争，而是必须取消武力的使用而维持和平。战争不是

超越法律的，也不是在法律之外的，而是实实在在的违反法律的。

第二，经济领域的法律制度化成为一个重要的趋势。随国际法的发展核心的转移，世界经济的均衡在与所有国的需求和利益的协调上发生了结构性变化。国家首要职能也随之转变，它更重视本国的经济、社会的发展而致力于国际经济、技术合作。《建立国际经济新秩序宣言》及其《行动纲领》和《国家经济权利义务宪章》等集中体现了发展中国家不满足于现存不平等经济秩序而主张政治主权以外的经济主权；国家在国际经济关系中有合作的义务，且对这义务的承认将对国际法产生影响；促进国际社会的正义；实质上转变国家权利义务；改变国际法主体的地位。在非殖民化及经济发展过程中，发展权成为最新的法律概念并被称为第三代人权。世界的发展已是非单纯经济增长的一个复合概念，指经济、社会、文化等领域的有效的持续性和有效的提高，并且可作为价值的基础。社会发展产生最重要的问题是国际环境和国际环境法。国际人道主义问题独立委员会提出了《社会发展和生态环境》的报告，指出滥伐森林给人类带来了灾难性的后果，如疾病、饥荒、营养不良以及沙漠的扩大。面对日益严重的环境问题，国际环境法领域被开拓了。国家有环境权，但它应无害使用并对公有权区域环境实行保护，正如《斯德哥尔摩人类环境宣言》第21条所规定，“各国……有责任保证在它们管辖或控制之内的活动，不致损害其他国家的或在国家管辖范围以外地区的环境”。还有人类共同继承财产的概念的提出，体现了人类的共同利益和目标，人类开始珍惜自己赖以生存的“生物圈”，希望它能得到和平和有效利

用，使今世和后世永久享受这份共有物。

第三，国际组织的猛增，作为国际法主体得到了肯定。同时，国际组织法也成了国际法一个新的领域，虽然它有赖于主权国家的授权，但作为国际法主体活动，体现了人类期望世界性机构在处理世界事务中享有“类国家”的权利并承担义务。

另外，许多新领域的开发，如太空法、国际发展合作法、跨国公司法律制度、国际通讯法以及国际海洋法的系统和完善化都反映了国际法处于转折点的迅速发展趋势。

综上所述，随人类处于时代转折点，国际法的发展也处于向现代化发展的转折关头。它的基点是世界的整合及随之产生的人类的价值体系的转变，国际法面临新的挑战 and 新的任务。

三

现代化是历史的发展趋势。国际法当然无法摆脱这个趋势。上述的论述使我们清楚了国际法现代化的条件已趋成熟——由现代世界整合状态和国际价值体系的构架满足它。本文开头已述，国际法的现代化是指国际法经过长期的发展、丰富和完善而达到了一定的目标，而这种目标是由一些标准变项衡量的。这些标准变项大体上有：

首先是国际认同作为国际法效力根据。在当今国际社会日新月异的时代，国际法也随其基础的变化而改革。无须赘述，国际法学在理论上的陈腐观念早已阻碍了国际法的发展。正如穆罕默德·贝贾维指出的：危机不是法律本身，而

是在于那些企图以墨守成规的概念作掩护的人们的头脑中，他们把法律这个领域看作是某种不可变更和不受外在影响的事物。要知道，现代国际法乃建立在人类一般价值基础之上。人类具有对和平统一世界以及利用、保护生态环境以求发展的共同需求。国际法的根本任务是使此需求的实现以一种稳健的秩序进行。这是国际法学的基础。因此，我们应改变一些基本的观念。国际法的效力根据已从共同同意转化为国际认同（合意）。它是在变动的世界中，在国际秩序的根本性基础即人类的共同利益和价值之上探求合作和集体行动。当今最主要的认同形式是通过联合国大会颁布宣言，提出建议及采取措施；不因少数国家的不同意而失去法律拘束力，只要通过了，反对国也应自觉遵守它。这样，国际法的渊源应予以丰富和发展。联大决议中体现国际共同利益、价值和目标的造法性及其他规范性条款应具有法律的普遍效力。

第二，国际法从外交工具中摆脱出来向多功能发展。自国际法学形成以来，“国际法是法吗？”的问题一直在人们头脑中悬着。历史上，霍布斯、普芬道夫和奥斯汀等基于其法律作为主权政治权威制度并强制执行的行为规则的观点而否定国际法的法律性，因为国际社会在主权国家之上并无造法和执法的政治权威。国际法正是在国家既需要它，又不愿在任何时候均受其约束的矛盾下发展的。国家主权的绝对性被理解为国家可以为所欲为，连条约都可以撇在一边。尽管《巴黎非战公约》和《联合国宪章》已明确否定了战争和其他武力行为的合法性，但仍发生了第二次世界大战及战后一系列的武装冲突、武装干涉，如朝鲜战争、越南战争、以阿