



武大国际法评论

WUHAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW

教育部人文社会科学重点研究基地
武汉大学国际法研究所
主办



第十九卷·第一期

VOL.19 No.1



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

CSSCI（2014-2015年）来源集刊

武大国际法评论

WUHAN UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW REVIEW

教育部人文社会科学重点研究基地
武汉大学国际法研究所
主办



第十九卷·第一期
VOL.19 No.1



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

武大国际法评论. 第十九卷. 第一期/教育部人文社会科学重点研究基地, 武汉大学国际法研究所主办. —武汉: 武汉大学出版社, 2016. 8
ISBN 978-7-307-18447-3

I. 武… II. ①教… ②武… III. 国际法—研究 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 181725 号

责任编辑: 林 莉 责任校对: 汪欣怡 版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中科兴业印务有限公司

开本: 787 × 1092 1/16 印张: 24 字数: 466 千字 插页: 1

版次: 2016 年 8 月第 1 版 2016 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-18447-3 定价: 49.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

武大国际法评论

铁召武题



武大国际法评论

(第十九卷 第一期)

名誉顾问 梁 西 李双元 刘丰名 万鄂湘 黄 进
编委会成员 (按姓氏音序先后排序)

崔晓静 杜志华 郭玉军 冯洁菡 甘 勇
何其生 黄德明 黄志雄 李仁真 罗国强
聂建强 漆 彤 乔雄兵 石 磊 肖 军
肖永平 杨泽伟 余敏友 曾令良 张 辉
张庆麟 张湘兰

主 编 曾令良 肖永平

副 主 编 何其生 漆 彤 张 辉

编 辑 (按姓氏音序先后排序)

丁汉韬 何其生 贾丽娜 蒋钦荟 梁雯雯
罗国强 漆 彤 乔雄兵 宋雅馨 王雅菡
严 阳 张光耀 张 辉 郑梦露

编辑部邮箱: whuilr@whu.edu.cn whuilr@163.com

通 信 地 址: 武汉大学法学院

《武大国际法评论》编辑部

邮政编码: 430072

Wuhan University International Law Review

Vol. 19 No. 1

Honorary Editors-in-chief:

Liang Xi	Li Shuangyuan	Liu Fengming
Wan Exiang	Huang Jin	

Editorial Committee :

Gui Xiaojing	Du Zhihua	Guo Yujun
Feng Jiehan	Gan Yong	He Qisheng
Huang Deming	Huang Zhixiong	Li Renzhen
Luo Guoqiang	Nie Jianqiang	Qi Tong
Qiao Xiongbing	Shi Lei	Xiao Jun
Xiao Yongping	Yang Zewei	Yu Minyou
Zeng Lingliang	Zhang Hui	Zhang Qinglin
Zhang Xianglan		

Editor-in-chief:

Zeng Lingliang	Xiao Yongping
----------------	---------------

Deputy Editors-in-chief:

He Qisheng	Qi Tong	Zhang Hui
------------	---------	-----------

Executive Editors :

Ding Hantao	He Qisheng	Jia Lina	Jiang Qinhui
Liang Wenwen	Luo Guoqiang	Qi Tong	Qiao Xiongbing
Song Yaxin	Wang Yahan	Yan Yang	Zhang Guangyao
Zhang Hui	Zheng Menglu		

E-mail: whuilr@whu.edu.cn whuilr@163.com

Address: Editorial Board of Wuhan University International Law Review,
School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072

武大国际法评论

学术顾问

(按姓氏音序先后排序)

白桂梅	车丕照	陈立虎	陈治东	邓瑞平
丁 伟	杜新丽	傅岷成	古祖雪	韩 健
韩立余	黄 风	黄 瑶	贾兵兵	蒋新苗
金克胜	金彭年	孔庆江	李登华	李国安
李 鸣	李先波	廖益新	凌 岩	刘仁山
刘想树	刘晓红	刘 颖	卢 松	吕岩峰
马德才	莫世健	慕亚平	秦晓程	饶戈平
任 际	单海玲	单文华	邵景春	邵沙平
沈 涓	沈四宝	司玉琢	宋锡祥	孙南申
陶凯元	王传丽	王国华	王 瀚	汪金兰
王 军	吴志攀	吴志忠	肖 冰	谢石松
徐崇利	徐冬根	徐 宏	宣增益	杨丽艳
杨 松	叶兴平	余劲松	於世成	曾华群
张乃根	张晓东	张学安	张 勇	赵建文
赵秀文	郑远民	周洪钧	周仲飞	朱榄叶
左海聪				

Wuhan University International Law Review

Editorial Advisory Board

Prof. Bai Guimei	Prof. Liu Xiaohong	Prof. Wu Zhipan
Prof. Che Pizhao	Prof. Liu Ying	Prof. Wu Zhizhong
Prof. Chen Lihu	Prof. Lu Song	Prof. Xiao Bing
Prof. Chen Zhidong	Prof. Lü Yanfeng	Prof. Xie Shisong
Prof. Deng Ruiping	Prof. Ma Decai	Prof. Xu Chongli
Prof. Ding Wei	Prof. Mo Shijian	Prof. Xu Donggen
Prof. Du Xinli	Prof. Mu Yaping	Dr. Xu Hong
Prof. Fu Kuncheng	Prof. Qin Xiaocheng	Prof. Xuan Zengyi
Prof. Gu Zuxue	Prof. Rao Geping	Prof. Yang Liyan
Prof. Han Jian	Mr. Ren Ji	Prof. Yang Song
Prof. Han Liyu	Prof. Shan Hailing	Prof. Ye Xingping
Prof. Huang Feng	Prof. Shan Wenhua	Prof. Yu Jingsong
Prof. Huang Yao	Prof. Shao Jingchun	Prof. Yu Shicheng
Prof. Jia Bingbing	Prof. Shao Shaping	Prof. Zeng Huaqun
Prof. Jiang Xinmiao	Prof. Shen Juan	Prof. Zhang Naigen
Prof. Jin Kesheng	Prof. Shen Sibao	Prof. Zhang Xiaodong
Prof. Jin Pengnian	Prof. Si Yuzhuo	Prof. Zhang Xuean
Prof. Kong Qingjiang	Prof. Song Xixiang	Dr. Zhang Yong
Mr. Li Denghua	Prof. Sun Nanshen	Prof. Zhao Jianwen
Prof. Li Guoan	Prof. Tao Kaiyuan	Prof. Zhao Xiuwen
Prof. Li Ming	Prof. Wang Chuanli	Prof. Zheng Yuanmin
Prof. Li Xianbo	Prof. Wang Guohua	Prof. Zhou Hongjun
Prof. Liao Yixin	Prof. Wang Han	Prof. Zhou Zhongfei
Prof. Ling Yan	Prof. Wang Jinlan	Prof. Zhu Lanye
Prof. Liu Renshan	Prof. Wang Jun	Prof. Zuo Haicong
Prof. Liu Xiangshu		

目 录

一、专论

中国加入《国际司法救助公约》可行性研究	何其生 杨 羽(1)
巴西仲裁立法改革:友好型仲裁机制的优化	赵懿先 魏 丹(22)
遇难船避难准入制度的沿革及对我国的启示	郭 萍 吴胤楦(41)
我国外国法查明途径的拓展与革新	王贵枫(57)
硬化国际金融法的探索 ——金融稳定理事会(FSB)的视角	顾 宾(72)
CISG 中的卖方补救权研究	俞彦韬(110)
国际刑事司法协助中承诺免除死刑问题研究	朱慧兰(135)
人权条约机构一般性评论和结论性意见的解释作用	于 亮(149)
WTO 体制下可再生能源补贴的困境与出路	梁 蓉(167)
TPP 中知识产权执法措施初探	郝发辉(189)

二、边界问题专题

北极地区大陆架划界争议的法律问题及其应对思路	章 成(203)
------------------------------	----------

三、“一带一路”专题

“一带一路”倡议与可持续发展原则 ——国际投资法视角	宁红玲 漆 彤(228)
“一带一路”背景下泛亚欧经济伙伴 关系研究	谭秀杰 周茂荣 蒯 娣(246)
论海上丝绸之路沿线的海盗威胁与中国对策	王竞超(264)

四、国际投资专题

论投资争议中国国家安全问题的司法审查	赵海乐(288)
--------------------------	----------

论发展权视角下履行要求条款的构建 刘 艳(307)

“拒绝受惠”条款在国际投资仲裁中的适用及发展 王玉苹(329)

五、案例评析

尼加拉瓜诉哥伦比亚案中的领土争端和岛屿划界评析 卜凌嘉(354)

TABLE OF CONTENTS

Articles

The Feasibility for China to Ratify the Convention on International Access to Justice	He Qisheng Yang Yu(1)
Reform of the Brazilian Arbitration Law; Improving the Arbitration-friendly Jurisdiction	Zhao Yixian Wei Dan(22)
Evolution of Places of Refuge for Ships in Distress and Implications for China	Guo Ping Wu Yinbin(41)
Expanding and Renovating Chinese Ways to Ascertain Foreign Law	Wang Guifeng(57)
Enforcing International Financial Regulatory Reforms; The Perspective of FSB	Gu Bin(72)
The Seller's Right to Cure under CISG	Yu Yantao(110)
Assurances against the Death Penalty in the International Judicial Assistance in Criminal Matters	Zhu Huilan(135)
The Interpretative Function of the General Comments and the Concluding Observations of Human Rights Treaty Bodies	Yu Liang(149)
Dilemmas and Solutions on Renewable Energy Subsidies under the WTO	Liang Rong(167)
Study on IP Enforcement Measure of Trans-Pacific Partnership Agreement	Hao Fahui(189)

Boundary Issues

The Legal Issues in the Disputes of Continental Shelf Delimitation in the Arctic Region and Responses	Zhang Cheng(203)
--	------------------

One Belt One Road

The “One Belt One Road” Initiative and Sustainable Development;	
---	--

A Perspective of International Investment Law	Ning Hongling Qi Tong(228)
Trans-Asia-Europe Economic Partnership under the Background of the Belt and the Road	Tan Xiujie et al(246)
Piracy along the “21st Century Maritime Silk Road” and China’s Responses	Wang Jingchao(264)

International Investment

The Judicial Review of National Security in Investment Disputes ...	Zhao Haile(288)
Reconstruction of Performance Requirement Clause from the Perspective of the Right to Development	Liu Yan(307)
Denial of Benefits Clauses in International Investment Arbitration: Application and Developments	Wang Yuping(329)

Case Study

Territorial Disputes and the Maritime Delimitation of Islands in the ICJ Case between Nicaragua and Colombia	Bu Lingjia(354)
---	-----------------

一、专 论

中国加入《国际司法救助公约》 可行性研究

□ 何其生* 杨 羽**

内容摘要：1980年海牙《国际司法救助公约》是世界上第一部专门就国际司法救助事项作出规定的国际性条约，其扩大了国际司法救助的适用对象和范围，保障了外国公民的司法权。随着我国公民出国人数的持续增长，加入公约对我国具有现实必要性。根据公约的规定，国际司法救助可归纳为：缔约国的中央机关、转递机关、法院或其他负责机关对于符合条件的外国当事人给予诉讼及承认与执行判决阶段的法律援助，免费转递救助申请和免除认证文件，禁止因外国证人或专家到达缔约国出庭之前的行为进行逮捕和拘留，以及在免除担保、免除逮捕、获得记录和判决书等方面给予国民待遇，以保障其实现法律赋予的权益。对照《公约》和我国现行的法律援助制度，两者在原则上并无巨大的分歧。虽然我国加入《公约》并无实质性障碍，但我国应在统一国际司法救助的概念、衔接法律援助与司法救助的关系和保障国际司法救助的实施三方面进行改进。

关键词：国际司法救助公约 司法救助 法律援助 可行性

目 次

一、背景及问题的提出

* 武汉大学国际法研究所教授，博士生导师。

** 武汉大学国际法研究所博士研究生，现任职于湖北省高级人民法院民三庭。

二、《公约》规定与我国立法、实践的比较

(一) 国际司法救助的概念

(二) 国际司法救助的适用范围

(三) 国际司法救助的内容

(四) 国际司法救助的程序及条件

三、我国加入《公约》的利弊分析

(一) 加入《公约》后对我国的有利因素

(二) 我国加入《公约》的困难和应对

一、背景及问题的提出

近年来,我国综合国力不断增强,公民出国人数持续增长。据公安部出入境管理局统计,2014年,全国边防检查机关共检查出入境人员4.9亿人次,与2013年同期相比(以下简称“同比”)增长7.95%。内地居民出入境人数突破2亿人次,同比增长18.7%。^① 据教育部统计数据显示,2014年我国出国留学人员总数为45.98万人,与2013年相比,出国留学人数增加4.59万人,增长了11.09%。^② 2013年我国出国留学人员总数与2012年相比,增加1.43万人,2007年至2011年,我国出国留学人数连续4年增长比例均超过20%。^③ 截至2014年,我国出国留学总人数达到351.84万人。国家旅游局统计数据也显示,2014年,我国公民出境旅游人数突破1亿人次。^④ 2013年,我国公民出境人数达到9 818.52万人次,同比2012年增长18.0%。^⑤

出国人数的快速增加,不仅意味着我国公民涉外民商事交往的发达,也意味着我国公民在国外的司法活动日益频繁,寻求国际司法救助的需求不断提升,但我国

^① 公安部出入境管理局:2014年出入境人员和交通运输工具数量同比稳步增长,资料来源于<http://www.mps.gov.cn/n16/n84147/n84196/4311409.html>,2015年11月23日访问。

^② 2014年去国外上学人数超45万,资料来源于<http://www.jybest.cn/zt/t/01.shtml>,2015年11月23日访问。

^③ 《中国教育在线2014年中国留学趋势报告》,资料来源于<http://www.eol.cn/html/lx/2014baogao/content.html>,2015年11月23日访问。

^④ 人民网:中国内地公民出境旅游人数2014年首次突破1亿人次,资料来源于<http://travel.people.com.cn/n/2014/1203/c41570-26141388.html>,2015年6月18日访问。

^⑤ 旅游局:2013年中国旅游业统计公报,资料来源于<http://www.cnta.gov.cn/html/2014-9/2014-9-24-%7B@hur%7D-47-90095.html>,2014年11月30日访问。

公民在国外是否享有与当地国民相同待遇的司法救助权却没有制度性的保障。

1980年海牙《国际司法救助公约》(Convention on International Access to Justice, 以下简称《公约》)是世界上第一部专门就国际司法救助事项作出规定的国际性条约,1988年5月1日生效,目前已有32个缔约国,发达国家如捷克、芬兰、法国、卢森堡、荷兰、西班牙、瑞士、瑞典等;发展中国家如阿尔巴尼亚、白俄罗斯、波黑、保加利亚、克罗地亚、立陶宛、塞尔维亚、黑山等。^①《公约》确立的是无歧视国民待遇原则^②,即保证不使外国人或在一国无居所或住所的人的这种地位,成为在该国寻求司法救助受到歧视的理由^③。司法救助制度是人权保障的一项基本制度,也是维护司法公正的重要手段。特别对于我国来说,多年来都是向外移民的国家,数以千万计的华侨同胞在国外学习、工作和生活,建立国际司法救助制度既彰显我国对人权保护的重视,又有利于我国公民境外人权的保障和实现。批准加入《公约》的利弊以及《公约》的规定是否与国内现有的制度兼容是本报告研究的重点。

二、《公约》规定与我国立法、实践的比较

(一) 国际司法救助的内涵和概念

1. 司法救助的内涵

在我国,目前立法上尚没有“国际司法救助”的概念,不同人对于“司法救助”的概念也有不同的理解。实践中根据给予救助主体的不同,基本可以分为法院给予的“司法救助”和司法行政机关给予的“法律援助”。理论上对于“司法救助”的内涵也颇有争议,广义的司法救助既包括法院对诉讼费用的减免,又包括司法行政机关对经济困难或特殊案件的当事人免费提供诉讼或非诉讼法律帮助的行为。狭义的司法救助是指对经济确有困难的当事人实行诉讼费的缓交、减交或免交。本文根据海牙国际私法会议网站上我国对于《公约》官方翻译中的提法,称之为“司法救助”,

① 公约的32个缔约国名单可见海牙国际私法会议网站 http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=91, 2015年11月23日访问。

② See Gustaf Möller, Explanatory Report on the 1980 Hague Access to Justice Convention, adopted on Oct. 1983, p. 266, available at <http://www.hcch.net/upload/expl29.pdf>, visited on 30 Nov. 2015.

③ See the Hague Conference, Outline of the Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice, adopted on Mar. 2004, p. 1, available at <http://www.hcch.net/upload/outline29e.pdf>, visited on 30 Nov. 2015.

这里的司法救助采用广义上的理解,既包括法院给予的诉讼救助,又包括司法行政机关给予的法律援助。以下对司法救助、法律援助、诉讼救助之间的关系作简要分析。

(1) 司法救助与诉讼救助

《最高人民法院关于对经济确有困难的当事人予以司法救助的规定》将法院对困难当事人实行诉讼费用的缓交、减交、免交定义为司法救助,^①因该救助发生在诉讼阶段,且本文中为了与广义的司法救助概念区分,将其称为诉讼救助。

(2) 司法救助与法律援助

关于法律援助,1997年司法部下发的《关于开展法律援助工作的通知》曾对法律援助的定义有所涉及,并指出法律援助是“在国家设立的法律援助机构的指导和协调下,律师、公证员、基层法律工作者等法律服务人员为经济困难或特殊案件的当事人给予减、免收费提供法律帮助的一项法律制度”。但这一定义的表述并不严谨,没有准确反映法律援助的内容、性质等核心内涵,因此,它不能作为法律援助的定义使用。根据我国立法规定和司法实践,法律援助的负责机关是法律援助机构;援助对象是满足一定经济困难的条件或属于特殊案件的自然人或法人。援助主体应该包括律师、基层法律工作者、公证员、志愿者等法律服务人员。援助内容包括诉讼事务(如委托代理、代写法律文书)和非诉讼事务(如法律咨询、公证证明)等。因此,法律援助的概念可以归纳为法律援助机构对经济困难或特殊案件的当事人,组织律师、基层法律工作者、公证员、志愿者等法律服务人员免费提供诉讼或非诉讼法律帮助以保障其实现法律赋予的权益。从上述概念可知,法律援助包含在司法救助之中,本文讨论的司法救助内涵应包括法律援助和诉讼救助。

2. 国际司法救助的概念

前已述及,我国没有“国际司法救助”的相关规定,因此,对其定义的探讨主要从《公约》的规定入手。《公约》中具体规定的国际司法救助内容主要有:(1)法律援助、^② 法律咨询;^③ (2) 文件免除认证;^④ (3) 免费转递、接收法律援助申请或

① 2000年最高人民法院《关于对经济确有困难的当事人予以司法救助的规定》第一次对“司法救助”的涵义作出了规定,而后2005年最高人民法院《关于对经济确有困难的当事人提供司法救助的规定》对“司法救助”的涵义进行了修订,目前我国立法上对司法救助的定义是指人民法院对于当事人为维护自己的合法权益,向人民法院提起民事、行政诉讼,但经济确有困难的,实行诉讼费用的缓交、减交、免交。

② 《公约》第1条。

③ 《公约》第2条。

④ 《公约》第10条。

者对之作出决定;① (4)在某一缔约国获得法律援助者免费在缔约国间送达文件,并且在任何其他缔约国寻求承认或执行判决时,应当有权获得法律援助;② (5)享有与缔约国国民相同的免除担保权利,且诉讼费用支付命令免费在缔约国内执行的人(包括法人);③ (6)享有与缔约国国民相同的获取公共登记机关记录和判决书副本的权利;④ (7)享有与缔约国国民相同的免除逮捕和拘留的权利;⑤ (8)禁止对在缔约国出庭的证人或专家因到达该国前的任何行为进行起诉、拘留或者实施人身自由的其他限制。⑥

根据上述内容,《公约》下的国际司法救助具有如下特征:

(1)国际司法救助的主体是缔约国,负责机构包括缔约国的中央机关、转递机关、法院和其他司法救助负责机关;

(2)国际司法救助的方式有提供法律服务(如法律援助、法律咨询)、便利法律程序(如文件免除认证、免费转递和送达法律援助文件)、确保与缔约国国民享有相同的国民待遇及作为证人或专家出庭时的豁免;

(3)国际司法救助的对象包括缔约国国民、缔约国的常住居民以及在将要或已经开始诉讼程序的缔约国内曾有惯常居所的人,包括法人;

(4)《公约》涉及的国际司法救助的事项除民事和商事外,还包括行政、社会和税务;

(5)国际司法救助的程序是由当事人提出申请,再由转递机关转交给适当的中央机关;

(6)国际司法救助的条件《公约》没有规定,根据《公约》的精神,由缔约国根据国内法来确定。

结合前述《公约》所规定的国际司法救助的内容,它与我国司法救助相同之处在于负责机构都是一国法院或其他主管机关,也均需当事人提出申请,救助的方式也都包括提供法律咨询、代理、减免诉讼费等法律便利和服务,其目的是为了法律赋予的权利得以实现。但二者在救助范围、救助方式、救助程序及救助条件等方面仍存在一定差异,下文将结合《公约》的内容进行讨论。

① 《公约》第 11 条。

② 《公约》第 13 条。

③ 《公约》第 14、15 条。

④ 《公约》第 18 条。

⑤ 《公约》第 19 条。

⑥ 《公约》第 20 条。