

中国法学精萃系列丛书



中国国际法学精萃

(2002年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

 **机械工业出版社**
CHINA MACHINE PRESS



中国法学精萃系列丛书

中国国际法学精萃

(2002 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社

本书精选 2001 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀国际法学论文编辑而成。主要包括：“全球化对国际法的影响”、“经济全球化趋势下的国际经济法”等。涵盖国际公法、国际私法、国际经济法三个方面。这些论文代表了 2001 年度我国国际法学的发展水平，可供法律专业高年级本科生、研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国国际法学精萃. 2002 年卷/法苑精萃编辑委员会
编. —北京：机械工业出版社，2002. 2
（中国法学精萃系列丛书）
ISBN 7-111-10891-4

I. 中… II. 法… III. 国际法 - 法的理论 - 文集
IV. D990-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 065647 号

机械工业出版社 (北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)
责任编辑：梁代军
封面设计：耿金云 饶 薇 责任印制：路 琳
北京蓝海印刷有限公司印刷·新华书店北京发行所发行
2002 年 10 月第 1 版·第 1 次印刷
1000mm×1400mm B5·10 印张·2 插页·339 千字
0 001—4 000 册
定价：26.00 元

凡购本书，如有缺页、倒页、脱页，由本社发行部调换
本社购书热线电话 (010) 68993821、68326677-2527
封面防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

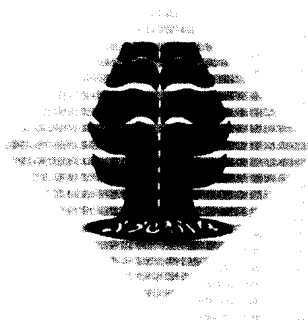
编委会人员组成：（以下按姓氏笔划排序）

- 王保树 清华大学法学院院长、教授、博导
王家福 中国社会科学院法学所研究员、博导
王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
公丕祥 江苏省高级人民法院常务副院长，南京师范大学教授、博导
石少侠 国家检察官学院副院长，吉林大学法学院教授、博导
付子堂 西南政法大学副校长、教授
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博导
田平安 西南政法大学教授、博导
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博导
江 平 中国政法大学终身教授、博导
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博导
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
朱景文 中国人民大学法学院教授、博导
孙宪忠 中国社会科学院法学所研究员、博导
张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导
张晋藩 中国政法大学终身教授、博导
陈卫东 中国人民大学法学院教授、博导



- 陈光中 中国政法大学终身教授、博导
- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
- 陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
- 吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
- 吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
- 何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
- 郑成良 国家法官学院常务副院长、教授、博导
- 郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
- 赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
- 徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
- 高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
- 梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 黄 进 武汉大学教务长、教授、博导
- 崔建远 清华大学法学院教授、博导
- 曹建明 最高人民法院副院长、教授、博导
- 曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
- 曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
- 霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导
- 总 主 编
- 张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导

总策划 法苑精萃创作中心



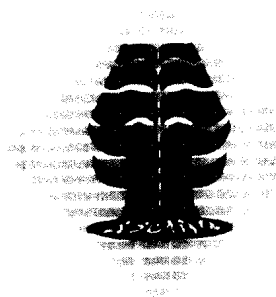
法苑精萃编辑部

主 任 刘保文

委 员 (按姓氏拼音排序)

常淑茶 梁代军

孙森林 肖振生



序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有24小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真

正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把

它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、精典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、精典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

总主编 张文显



目 录

序

第一部分	国际公法	1
姜文忠	论国际法向成文法发展之趋势	3
黄世席	全球化对国际法的影响	12
杨泽伟	国际法上的国家主权与国际干涉	23
赵建文	关于国家主权的性质和地位的理论演进	36
孙焕尧	区域组织对联合国安理会的挑战 ——对 20 世纪主要国际事例的简要法律评析	47
江国青	略谈主权与两岸关系	60
黄 瑛	国际组织决议的法律效力探源	68
孙世彦	论国际人权法下国家的义务	76

彭锡华	谷盛开	论国际人权条约实施的国际监督制度	86
刻健	赖建云	论我国劳动教养制度与国际人权公约 的冲突及其调整 ——对免于强迫劳动权的剖析	97

第二部分 国际私法 103

李双元	邓志熊之才	国际社会本位的理念与法院 地法适用的合理限制	105
肖永平	李巨	国际私法在互联网环境下面临的挑战	119
肖永平	谭岳奇	西方法哲学思潮与国际私法理论流变	139
徐崇利		冲突规则的回归 ——美国现代冲突法理论与实践的一大发展趋向	152
谢石松		论国际私法与国际经济法的关系	168
吴友明	胡永庆	论区际法律适用中的一般问题	174

第三部分 国际经济法 183

车丕照		经济全球化趋势下的国际经济法	185
沈敏荣		国际经济法的性质 ——以 WTO 规则为例的研究	199
那力		电子商务与国际税法	209
何志鹏		可持续发展与国际经济新秩序	219
余劲松		《TRI Ms 协议》研究	233
刻笋		从 MAI 看综合性国际投资多边立法的困境和出路	244
李万强		论国际投资法实体规范的生成	254
那炯		规范域名抢注的国际立法新发展 ——ICANN《统一域名争端解决规则》评析	265
刻弓强		论规范国际服务贸易的法律体系的现状与意义	276
潘抱存		国际环境法基本原则的宏观思考	283

秦天宝	国际环境法基本原则初探 ——兼与潘抱存先生商榷	289
附录	2001 年度全国主要报刊国际法论文索引	301



第一部分 国际公法

论国际法向成文法发展之趋势

姜文忠

成文法 (Lex scripta) 和不成文法 (Lex non scripta) 是与法律的渊源密切相关的两个概念, 它们是根据法所创制和表达形式的不同而对法所进行的一种分类。国际法也可作成文国际法与不成文国际法的划分, 虽然国际法论著中采用此种划分方法的情形并不常见。本文拟对国际法向成文法发展的趋势, 即成文国际法日渐取代不成文国际法在国际法渊源中的主导地位的现象作一简要分析, 探讨其成因和前景。

一、朝向成文国际法的运动

在国内法中, 成文法和不成文法的区分, 主要看其是否经过特定的国家机关按法定程序予以制定和公布, 是否通过规范性文件的形式表现出来, 而不完全看有无文字表达。成文国际法与不成文国际法的划分大体上也应遵循这一标准, 只是国际社会并不存在任何国内法意义上的立法机关, 具有法律拘束力的规范性文件尚只有通过国家之间的协议才能产生。

依照上述标准, 在国际法的几项主要渊源中, 国际条约无疑属于成文法的范畴, 而国际习惯则是一种不成文法, 虽然其证据往往要从书面文件中去寻找。至于一般法律原则——对其能否构成一项独立的国际法渊源尚存在争议——在某种意义上可以说是成文的 (或不成文的) 国内法向不成文国际法的一种转化。

成文国际法和不成文国际法作为国际法的两种表现形式, 它们在国际法渊源中所处的地位和所占的比重在不同的历史时期是不同的。综观国际法的发展、演变轨迹, 其总体趋势是从不成文法为主转向成文法为主, 有学者将此趋势称为“朝向成文国际法的运动”^[1]。

所有社会在出现成文法之前便已有不成文的习惯法, 国际社会亦然。可以

说, 20 世纪以前, 不成文国际法在国际法渊源中处于绝对优先地位, 那时的国际法规范基本上是习惯规范, 条约规范所占的比重很低。只是从两次海牙和平会议开始, 随着国际法法典编纂活动的兴起, 以及随着各国越来越多的借助条约来规范彼此之间的权利、义务关系, 或制定共同遵守的一般行为准则, 成文国际法在国际法渊源中的比重才有较大幅度的提升, 但直到第二次世界大战结束, 与不成文国际法相比, 它仍处于一种从属和补充的地位。

二战后, 随着国际体系结构的变化、国际社会组织化程度的加深和国际法朝水平与垂直两个方向的拓展, 上述情形开始发生根本变化, 国际法向成文法发展的趋势日益明显, 成文国际法逐渐取代不成文国际法在国际法渊源中的主导地位, 条约, 尤其是编纂性条约, 已成为国际法的首要渊源, 国际法发展的最重要途径。对此, 菲德罗斯、阿库斯特、童金等众多知名的国际法学者都曾论及。

国际法的成文化趋势在现实国际生活中的表现是多方面的, 现概述如下:

(1) 随着国际法编纂工作在战后有组织、大规模的展开, 现行习惯国际法规则日渐法典化, 也即成文化。依据《联合国宪章》第 13 条第 1 项, 联合国大会的一个重要职责是“提倡国际法之逐渐发展与编纂”, 而国际法编纂(广泛意义的编纂也包括逐渐发展在内)在很大程度上就是要将不成文的习惯国际法规范转换成成文的条约法典。可以说, 联合国及其专门机构战后 50 余年中在这一方面所取得的成就令人瞩目, 已为此缔结数以百计的编纂性国际公约, 单在国际法委员会条款草案基础上缔结的多边条约就已达 17 项, 其中 11 项已生效。这些国际公约几乎涵盖传统国际法的所有重要领域, 在存在这些编纂公约的国际法领域, 习惯国际法的作用不同程度地有所降低, 正如一位学者所指出的, 在其主题已成功实施编纂的国际法分支领域, 习惯的作用已降低为从属性或辅助性的, 条约作为一种特别法, 它成了缔约国之间首先要考虑适用的法律渊源^[1]。

(2) 国际条约已成为国际法新规则、新制度的最主要渊源。二战以来, 国际社会生活的各个方面发生了深刻的变化。在这场革命中, 国际环境法、国际人权法、外层空间法等国际法新领域不断涌现, 需要及时地予以规范; 同时, 一部分传统的国际法原则、规则和制度已陈旧、过时, 已经妨碍和平、友好和国家的国家间关系的发展, 需要尽快予以革新。由于下面将要谈到的原因, 国家实现上述使命的理想工具往往是国际条约, 尤其是造法性多边公约。其结果是条约数量较二战前以几何级数增加, 国际条约主要是造法性条约由此成为了国际法新规则、新制度的最重要载体。与此相反, 战后由习惯程序所产生的国际法新规则、新制

度较为少见,重要且为国际法学者公认的也许只有大陆架和专属经济区等为数不多的几项,并且它们已载入到已经生效的有关国际公约中,成为了成文法规范。

(3) 条约已成为新的习惯国际法规则产生和形成的重要媒介。一项条约规则,可能由于很多第三国认为它是应当或必须依循的规则,而在一个相当长时期内反复实行,从而成为习惯法规则,并对第三国产生拘束力。这种成文法规则通过习惯程序演变为不成文法规则的过程已被国际法院视为是使国际法新规则有可能形成的公认方法之一。事实上,战后新产生的大多数习惯国际法规则,或者是由条约规则发展而来,或者是经由多边条约“凝结”为法律的。可以设想,如果没有条约规则的存在,相应的习惯规则可能要再经过很长一段时间才能产生,或者根本不会产生。上述一点从侧面凸现了成文国际法在国际法渊源中重要性的增加。

总之,一方面是传统的习惯法规则不断被编纂成条约法典,另一方面是新的国际法原则,规则和制度大多需经由条约产生,这种国际法朝成文法发展的一般趋势值得我们认真研究和对待。

二、国际法向成文法发展的动因

国际法缘何会向成文法发展,对这一问题的探讨是本文的一个重心。要解答这一问题,必须先从习惯国际法的缺点和条约国际法的优点谈起。

习惯国际法作为不成文国际法即使不是惟一的、也是基本的组成部分,它与国内法中的不成文法一样,具有自身难以克服的内在缺陷。

(1) 习惯法规范内容的不充实、不系统、不精确。国际习惯就其性质而言只能提供一些需要遵行的指导路线一类的基本法律原则,其内容往往过于一般、抽象和空洞,即使是发展得较为充分的习惯法规则也经常是不精确、不具体的。同时,国际习惯一般是建立在孤立的、没有事先协调的国家实践基础之上的,它提供的只是单个的规则,不可能藉此产生一套系统、连贯的法律制度。此外,习惯法规范的不充实、不系统也表现在它无法提供一套相应的法律体制来确保有关行为准则的履行。一言以蔽之,习惯国际法只适合于一些不需要具体、精确规范的领域,而对于需要精确、具体、系统加以规范的国际法领域则几乎无能为力。

(2) 习惯法规范确立时间、内容和适用范围的不确定、不明确。国际习惯是在各国重复、类似的单边行为伴随着法律确信的基础上形成的,何时形成了通