

教育部人文社会科学
重点研究基地重大项目成果

International Law
in the Early 21st Century
and China

21世纪初的
国际法与中国

■ 曾令良 主编



全国优秀出版社
武汉大学出版社

教育部人文社会科学
重点研究基地重大项目成果

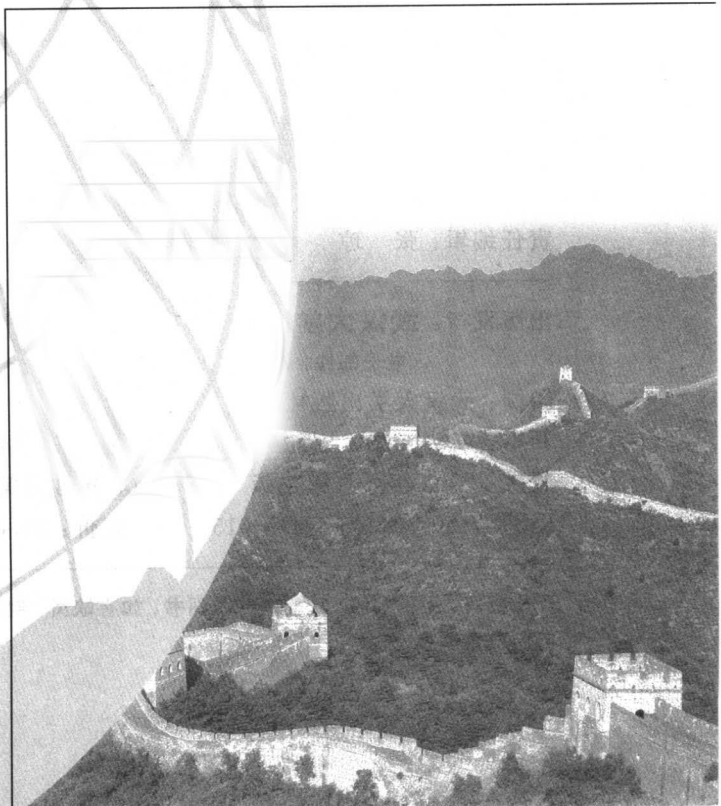
International Law
in the Early 21st Century
and China

21世纪初的 国际法与中国

■ 曾令良 主编



全国优秀出版社
武汉大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

21 世纪初的国际法与中国/曾令良主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2005. 3

ISBN 7-307-04444-7

I. 2… II. 曾… III. 国际法—研究 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 000473 号

责任编辑: 张 琼 责任校对: 王 建 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 武汉大学出版社印刷总厂

开本: 787×980 1/16 印张: 27.5 字数: 499 千字 插页: 3

版次: 2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-04444-7/D·615 定价: 38.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

序 言

本著作是由我主持并由我本人及武汉大学国际法研究所部分专职和兼职研究人员共同完成的教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“21世纪国际法的发展趋向及我国应有的理论与对策”的最终成果。

自立项以来,作为阶段性研究成果,项目主持人和主要研究人员先后就本项目涉及的内容在国(海)内外研讨会上作主题发言或提交论文30余次(篇),公开发表论文30余篇,应邀参加省部级以上立法研讨会或提交咨询报告近10次(份),出版相关专著2部。本书所反映的是一些具有代表性的阶段性研究成果。

本项目获得批准之后,2001年11月中国完成了长达14年之久的“复关”和“入世”谈判,终于如愿以偿成为WTO的正式成员;与此同时,WTO正式拉开了自成立以来的首轮多边贸易谈判——多哈发展议程;2003年美英发动了震惊世界的对伊战争。新世纪初的这三大国际事件,无论是从国际法的发展来看,还是从中国的实际出发,均具有重大和深远的影响和意义。为此,本项目对部分内容作出适当调整,将研究重点和难点集中于21世纪初的伊拉克战争、多哈回合和中国加入WTO所涉及的诸多国际法前沿问题和中国应有的对策问题。出于同样的缘故,作为最终成果,本书的名称定为:《21世纪初的国际法与中国》。

全书分为四编,共二十四章。

第一编为“新世纪之初国际法发展趋势:宏论”。共分两章。第一章从国际公法的宏观角度,通过对现代国际法与国际秩序进行历史与现实的审视,对21世纪国际法与国际秩序的应有建构作出了前瞻性的展望,并在此基础上,提出并论述了如下重要观点:建立21世纪公正、合理的国际新秩序,一是必须切实增强国际法的规范作用,确立国际法在国际政治中的首要地位;二是必须使人类共同利益在国际法的价值取向上处于优先地位。第二章从国际经济法的宏观角度,在回顾20世纪国际商法主要成就的基础上,着重对21世纪国际商法的发展趋势进行了科学的论证,认为国际商法的“全球化”和“非国内法”特征将日益显著,国际商法的立法方法将以实证的方法为主、推理的方法

法为辅，国际商法的软法作用将更加突出，国际商法的协调性和均衡性将进一步加强，国际商法的领域将进一步拓展，国际商事诉讼制度可能获得突破性发展。

第二编题为“伊拉克战争与国际法：困惑与挑战”。美英发动的伊拉克战争，尽管战场上的战斗早已结束，但是伊拉克局势一直极为不稳，武装袭击、自杀式爆炸、劫持人质甚至人质斩首等恐怖事件频频发生；围绕这场战争合法性问题的国际大讨论也一直没有停止，其激烈程度似乎不亚于战争本身。本篇对这场讨论中出现的“集体自卫继续论”或“系列决议授权论”、“提早自卫论”或“预防自卫论”和“先发制人论”等合法论的背景、依据和观点逐一进行了审视和论驳；以联合国宪章为依据，从集体安全体制的实体法和程序法的双重角度，论证了这场战争在现行国际法上的非法性；剖析了“合法程度论”、“虽非法但合理论”和“变通有益论”等折中主义的蒙蔽性和危害性的实质。本篇的基本观点是，伊拉克战争给国际法带来的种种困惑自始至终伴随着国际法的形成与发展，并且通过这场战争暴露得更加突出、更加尖锐和更加紧迫。伊拉克战争对国际法的含义如同一个硬币的两面：一方面，这场战争使国际法的价值和效用经受了一次严峻的考验和重大挫折；另一方面，国际法的基本价值、生命力和进步性不应因这场战争而受到怀疑。当务之急是，认真反思和吸取这场战争的教训，坚持多边主义，摒弃单边主义，增强和完善集体安全体制的时代适应性、实际可操作性、决策与执行机构的代表性和集体行动的有效性。

第三编的主题是“多哈发展议程与国际法：泥潭与出路”。本篇首先探讨了 WTO 法在国际法律秩序中的地位：一方面，通过对社会基础、法律属性、效力依据等方面的比较研究，从整体上论证 WTO 法与一般国际法之间存在的共性；另一方面，通过对 WTO 一些实践具体考究，揭示它在法律的制定和效力依据方面具有一定的特殊性，而且对国际组织法、条约法、国际责任法、国际争端解决法等国际法的部门带来了新的变化或提出了新的挑战。然后，专题分析了 WTO 多哈回合因坎昆会议的失败而蒙上了厚厚的阴影，又因 WTO 成员，特别是发达国家成员，“移情”区域贸易协定和其他变数而前程未卜。为此，作者认为，要使多哈回合走出沼泽，必须认真吸取坎昆会议的教训，本着“一荣俱荣、一损俱损”的理念和“求同存异”的原则，坚持多边主义为主、区域主义为辅的全球自由化道路，坚决摒弃单边主义，始终围绕多哈回合的主旨——发展问题继续多边谈判和寻求协商一致。最终检验多哈发展议程是否成功，不在于多哈回合在时间上是否如期结束，在数量上缔结了多少协定，在与贸易有关的领域是否实现了拓宽。关键是依次要看：多哈回合的主题——发展

问题解决的程度；新达成的多边贸易协定是否有利于推动全球贸易自由化的纵横发展；作为全球贸易自由化的体制保障，WTO 的运作是否将变得更加民主、透明和高效率。接着，本篇逐次专门阐述了多哈回合对国际发展法这一新兴部门法未来发展的意义，剖析了 TRIMs 协议、TRIPS 协议和 DSU 谈判在多哈回合中遇到的问题，并就 WTO 框架下贸易与环境、贸易与劳工权益这些富有争议的热点问题展开了深入的研究。而且，为解决上述 WTO 及多哈回合面临的问题，作者分别提出了可供借鉴的建议，并相应地就中国如何应对这些问题提出了相应的策略。

第四编的标题是“国际法的发展与中国：影响与对策”，旨在集中探讨关系到中国切身权益的国际法发展中的若干重大问题。首先，本篇分析了祖国统一大业中涉及到的一些国际法问题，即香港参与国际组织活动的几个问题、澳门在国际法上的地位问题和国际法与台湾的承认问题。然后，专门阐述了国际法的责任制度的最近发展趋势，并就中国如何适应这种趋势提出了若干建议。接着，重点选择 WTO 的例外条款、保障措施、《政府采购协议》、区域协定和争端解决中的法律服务问题进行专题论述，有针对性地揭示这些领域对中国的法律和政策层面所带来的影响并提出了应对的措施。最后，着眼于 21 世纪国际服务贸易发展的趋势和中国在 WTO 的地位与作用，专门就我国法学教育的改革提出了建设性的论证意见，特别提出了创建 WTO 法商硕士学位的设想和呼吁 WTO 法律人才的制度创新。

参与本项目研究并为本著作撰稿的研究人员分别是（以篇章先后为序）：

曾令良教授（武汉大学国际法研究所）：序言、第一、三、六、七、九、
二十、二十一、二十二、
二十三、

黄志雄博士（武汉大学国际法研究所）：第一、八章

左海聪教授（武汉大学国际法研究所）：第二章

尹生讲师（中南财经政法大学法学院）：第四章

徐军华助理研究员（湖北省社科院政法研究所）：第五章

钱薇硕士（武汉大学法学院）：第九章

冯洁菡博士（武汉大学国际法研究所）：第十章

余敏友教授（武汉大学国际法研究所）：第十一章

陈喜峰博士研究生（武汉大学法学院）：第十一章

兰花博士研究生（武汉大学法学院）：第十二章

李雪平博士（武汉大学 WTO 学院）：第十三章

饶戈平教授（北京大学国际法研究所）：第十四、十五章

范宏云博士（深圳市委党校）：第十六章

李寿平博士（北京理工大学法学院）：第十七章

陈卫东博士（对外经济贸易大学法学院）：第十八章

姚艳霞博士（北京外国语大学法学院）：第十九章

由于本著作研究的内容属于 21 世纪初中国与国际法发展的前沿理论与实践问题，面广度深，很多问题争议颇多、尚无定论，甚至处于探讨的初级阶段，书中必定不乏有待商榷的观点甚至错误；又由于本书的撰稿人手笔各异，尽管主编作了一定的统筹工作，全书的风格难免欠缺协调性，恳请理论界和实务界的同仁批评、指教。

曾令良

2004 年 7 月于武汉珞珈山

目 录

序 言	1
-----------	---

第一编 新世纪之初国际法发展趋势:宏论

第一章 论 21 世纪国际法与国际秩序的应有建构	3
一、国际法与国际秩序:历史与现实的审视	3
二、国际法与国际秩序:21 世纪的新建构	9
三、21 世纪国际法与国际秩序的主旨:人类共同利益至上	27
第二章 21 世纪国际商法的发展趋势及我国的对策	32
一、20 世纪国际商法的发展	32
二、国际商法在 21 世纪的发展趋势	37
三、中国在理论与实务上的对策	45

第二编 伊拉克战争与国际法:困惑与挑战

第三章 伊拉克战争的合法性问题与国际法的困惑	53
一、伊拉克战争的合法性问题:若干代表性论点的审视	54
二、现行国际法的困惑与价值:一个硬币的两面	70
三、结束语:国际法的与时俱进因伊拉克战争变得更加紧迫	75
第四章 伊拉克战争与国际法的挑战 and 对策	77
一、伊拉克战争中的国际法:效力与挑战	77
二、伊拉克战争挑战国际法:原因反思	82
三、伊拉克战争挑战国际法:若干应对之策	90
第五章 伊拉克战争与国际法的挑战和发展	99
一、伊拉克战争根本上违反了国际法	99
二、伊拉克战争引发的国际法思考	104

三、从伊拉克战争展望国际法之发展	109
------------------------	-----

第三编 WTO 多哈发展议程与国际法:泥潭与出路

第六章 WTO 法在国际法律秩序中的共性与个性	115
一、引言	115
二、WTO 法与一般国际法的共性:整体审视	116
三、WTO 法的独特性:一些具体考究	118
第七章 多哈发展议程的困境与出路	129
一、坎昆部长会议:多哈回合严重受挫的象征	129
二、坎昆会议之后:忧虑之中的希望之光	135
三、多哈回合的出路:主旨、信念和原则	139
四、结束语	144
第八章 多哈发展议程与国际发展法的新趋向	146
一、引言:发展问题的提出和国际发展法的兴起	146
二、多边贸易体制内的发展问题:关贸总协定时期的纷争	148
三、WTO 成立以来的新发展	156
四、“多哈发展议程”评析	162
五、经济全球化背景下国际发展法的建构与完善	172
第九章 多哈发展议程中的《与贸易有关的投资措施协议》	184
一、背景介绍	184
二、谈判内容及分析	187
三、谈判的评价、建议和展望	193
四、中国与 TRIMs 协议的谈判	196
五、结语	197
第十章 全球公共健康危机与《TRIPS 协议和公共健康多哈宣言》	198
一、药品的可及性问题	198
二、与公共健康危机相关的知识产权国际争端	200
三、《TRIPS 协议和公共健康多哈宣言》	207
四、知识产权国际保护的合理定位	210

第十一章 多哈发展议程与 WTO 争端解决机制的改革	216
一、多哈回合 WTO 争端解决机制的谈判历史	217
二、提高协商程序效能	218
三、改革 WTO 裁判机构	223
四、增强 WTO 争端解决机制的透明度	227
五、改进 WTO 争端解决机制的执行程序	233
六、完善 WTO 的法律救济	239
七、谈判的总体分析和我国的因应策略	244
第十二章 WTO 与环境贸易措施的法律协调	250
一、环境贸易措施的界定	250
二、GATT/WTO 体制内贸易与环境问题的产生与发展	252
三、GATT/WTO 体制内贸易与环境争端的解决实践:GATT 时期	254
四、GATT/WTO 体制内贸易与环境争端的解决实践:WTO 时期	259
五、多哈回合关于贸易与环境问题的新发展与困境	268
六、中国的贸易与环境问题及其对策	274
第十三章 WTO 与劳工权益保护	281
一、比较分析 GATT“劳工标准”问题与 WTO“社会条款”之争	282
二、WTO 对保护劳工权益要求的态度	285
三、WTO 框架内的“劳动力倾销”及其法律依据分析	287
四、与劳工权益保护有关的贸易争端及其解决	289
五、结语	292
 第四编 国际法的发展与中国:影响与对策	
第十四章 香港特别行政区参与国际组织活动的几个问题	297
一、香港在国际组织中的地位	297
二、中国政府处理香港特区参与国际组织活动 的原则立场	298
三、香港回归前后参与国际组织活动的地位与方式	300
四、香港回归后参与国际组织活动的情况及展望	302
第十五章 澳门特别行政区在国际法上的地位	305

第十六章 台湾与国际法上的承认	310
一、《蒙得维的亚公约》不能成为台湾具有所谓“国家属性” 的法律依据	311
二、承认理论之“宣告说”不能成为台湾具有所谓“国家属性” 的理论依据	316
三、国际社会普遍承认台湾是中国的一部分	319
四、结论	325
第十七章 国际责任制度的新发展与中国的立场和实践	327
一、20 世纪以来国际责任制度的新发展	327
二、国际责任制度的新发展与现代国际法 发展的交互影响	334
三、中国政府关于国际责任的立场与实践	338
第十八章 WTO 保障措施制度与我国保障措施立法的完善	349
一、引言:WTO 保障措施制度的由来	349
二、《保障措施协议》的实质内容	350
三、WTO 保障措施制度的法律特征	352
四、从 WTO 关于保障措施的争端解决实践看成功援引保障措施 的条件	354
五、我国保障措施立法的完善	368
第十九章 WTO《政府采购协议》及其对我国政府采购制度的影响	373
一、WTO 体制下的《政府采购协议》	373
二、中国政府采购法律制度的建立与发展	384
三、中国与 WTO《政府采购协议》	388
第二十章 WTO 法中的区域贸易安排与两岸暨港澳自由贸易区	393
一、区域贸易安排的发展趋势	393
二、区域贸易安排在 WTO 中的法律地位	396
三、两岸暨港澳建立自由贸易区的几个法律问题	399
四、几点概括性的认识	403
第二十一章 WTO 争端解决中的法律服务与我国的对策	405

一、导论:WTO 争端解决机制的特点	405
二、案例分析:法律服务在 WTO 争端解决程序中的地位与作用	407
三、启迪与策略:我国政府在 WTO 争端解决程序中应善用法律 服务	410
 第二十二章 21 世纪法律服务贸易的发展趋势与中国法学教育的 应有改革	413
一、21 世纪法律服务贸易的发展趋势	413
二、21 世纪中国法学人才培养的应有改革	415
三、结语:21 世纪中国法学人才培养应全面适应经济全球化	419
 第二十三章 再次呼唤 WTO 法律人才培养的制度创新	421
一、引言:一个急需老调重弹的问题	421
二、WTO 法律人才及培养阶段的定位	423
三、WTO 法律人才培养模式与制度创新:设立 WTO 法商硕士学位	425
四、结束语	427

第一编

新世纪之初国际法发展趋势：宏论

第一章

论 21 世纪国际法与国际秩序的应有建构^{*}

20 世纪无疑是人类历史上迄今最美好也是最血腥的一个世纪。突飞猛进的现代科学技术，带来了物质文明的辉煌成就，奇迹般地改变了世界面貌。然而，20 世纪上半叶的两次世界大战，将人类推向了苦难的深渊。在随后的几十年，东西方冷战和核战争的威胁，更使整个世界面临着随时有可能遭受毁灭的危险。近 10 年来，冷战的结束并未给世界带来多少安宁，而是地区冲突不断，强国无视国际集体安全体制，以集团方式干涉内政，令世人产生了新的忧虑。近代以来形成的旧的国际秩序，虽几经变革，但不能给国际社会带来持久的和平、稳定及可持续的发展。

世纪之交，人类面临着新的抉择：不仅是我们能否使未来变得比过去更美好，而且是我们能否活下去过未来的好日子。^①严峻的现实，迫使人们在反思既存国际秩序的同时，有必要站在自身生死存亡的高度，对未来的国际秩序作出理性思考和选择。那么，在 21 世纪，人类到底需要什么样的国际秩序？国际法在建立新的国际秩序中应该和能够发挥何种作用？

一、国际法与国际秩序：历史与现实的审视

秩序，是指在自然界与社会进程运转中某种程度的一致性、连续性和确定性。历史表明，凡是在人类建立了政治或社会组织单位的地方，都曾试图确立某种适于生存的秩序形式，法律就是在一定社会建立秩序的一种必要手段。因此，古罗马人有一句名言：有社会，就会有法律（Ubi societas, ibi jus）。^②

^{*} 本章作为阶段性成果曾发表于《珞珈法学论坛》第 1 卷，武汉大学出版社 2001 年出版。

^① [美] 尼克松著：《1999 年：不战而胜》，世界知识出版社 1989 年中文版，第 1 页。

^② 参见 [美] E·博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，华夏出版社 1987 年中文版，第 206～207、215 页。

国际法作为国际社会的法,“……不是存在于飘荡不定的法律思想,相反,它构成一个特定的社会的具体的秩序”,并借助社会学上的基础保证国际法在国际生活中具有效力。^①建立良好的国际秩序,离不开不断完善的国际法律制度;而国际法本身的有效性如何,又受到一定国际秩序的制约。

(一) 国际社会的结构决定国际法的本质

近代以来国际社会的规范体制是一种“国家间体制”(inter-state system),即“主权国家相互独立,并存于同一个国际社会,作为法律共同体的初级阶段”。^②该体制的基本特征在于:各国对外主张绝对主权,未经国家同意,不承担任何义务,其权力行使(包括诉诸战争)也不受任何限制。美国学者亨金(Henkin)也认为,迄今为止的国际体制是一个“属于国家的,由国家创造的,也许主要是——仍然是以国家为目的的体制”。^③

由国际社会这一结构特点所决定,国际法主要是一种国家之间的法律,其制定、适用和执行都带有高度分权的特点,表现在:

首先,在国际社会内,没有一个处于各国之上的立法机关来制定各国都应遵守的国际法。国际法的两大主要渊源——习惯国际法和条约国际法都必须经主权国家的首肯才能得以形成。对于国际交往中国际法没有明确加以规定的事项,则归入由各国自由处理的“保留范围”。

其次,在国际社会内,也没有一个处于各国之上的、具有强制管辖权的司法机关或仲裁机关来适用和解释国际法,并对被告国的行为是否违法进行裁判。

最后,第一次世界大战以前,国际社会没有处于各国之上的法律执行机关,以执行对违法国的制裁。当一个国家违反国际法侵害另一国的权利时,对违法国的制裁由受害国以“自助”(self help)方式实行。^④

国际法这些带有原始性的特点,使它长期被视为“软法”(soft law)、“弱法”(weak law)。

① 参见[奥]阿·菲德罗斯等著:《国际法》(上),商务印书馆1981年中文版,第17页。

② [韩]柳炳华:《国际法》(上),中国政法大学出版社1997年中文版,第10页。

③ See L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 17.

④ 参见李浩培:《国际法的概念与渊源》,贵州人民出版社1994年版,第27页以下。

（二）制约国际法的两大外在因素

国际法的上述“内在”特征，一旦“外在”地体现于国际关系之中，其有效性还受制于其他诸种因素。尤其重要的是：

第一，国际法的有效性受到国际政治的极大制约。

法律与政治有着不可分割的密切联系。法律是政治行为体通过政治程序为实现政治目的而制定的，因而“在更广和更深的意义上，法律就是政治”^①。同所有的法律一样，国际法也与通过行使合法的权力来实现某种社会目标有关；在这一意义上，有理由认为它是更广泛的政治进程的一个方面，并受到通常作用于政治的各种因素影响。^②

由于国际社会不存在国家之上的立法机关、司法机关和法律执行机关，国家既是自己应遵守的国际法规范的制定者，又是这些约束它们自己的规范的主要解释者和执行者^③这一事实，决定了“那些拥有强权（即决定与别国相竞争的结果的能力）的国家在决定规则的内容及其实际运用方面，会产生过大并且经常是决定性的影响”，^④从而使国际关系易于带有“强权政治”（power politics）色彩。最为明显的一个例证是：与现代各国国内法上禁止“私力救济”、由国家司法机关对违法者进行审判和制裁的制度相比，国际法容许各国以报复和战争的方式实行制裁。这种较为原始的手段不仅会导致国际和平的破坏，而且“以武力进行的报仇和战争必然只对强国有利，对弱国不利，这就使国际法失去其应有的公平和正义的性质”。^⑤

承认国际政治对国际法的制约作用，并不是要贬低乃至无视国际法的存在。但无论如何，国际法的制定、适用和强制执行受制于国际政治力量的消长，这是无可否认的事实。

第二，国际法的效力受各主权国家对其民族利益追求的制约。

在独立、自主和不干涉内政的主权观的作用下，20世纪以前的国际法主要是一种“共处法”（law of coexistence），凡国际法所未明确规定的事项，都

① See L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, 1995, p. 4.

② See O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 3.

③ 参见梁西主编：《国际法》，武汉大学出版社1993年版，第13页。

④ M. A. Kapl and N. de B. Katzenbach, *The Political Foundation of International Law*, 1961.

⑤ 参见李浩培：《国际法的概念与渊源》，贵州人民出版社1994年版，第31页。