

The Foundations,
Structure and Challenges of International Law
at the Age of Globalization

全球化时代的国际法

——基础、结构与挑战

■ 曾令良 余敏友 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



The Foundations,
Structure and Challenges of International Law
at the Age of Globalization

全球化时代的国际法

——基础、结构与挑战

■ 曾令良 余敏友 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

全球化时代的国际法:基础、结构与挑战/曾令良,余敏友主编. —武汉:武汉大学出版社,2005.12

ISBN 7-307-04933-3

I. 全… I. ①曾… ②余… III. 国际法—研究 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 005176 号

责任编辑:张琼 钱静 责任校对:刘欣 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.com.cn)

印刷:湖北恒泰印务有限公司

开本:787×980 1/16 印张:30.625 字数:500千字 插页:2

版次:2005年12月第1版 2005年12月第1次印刷

ISBN 7-307-04933-3/D·674 定价:42.00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。

编者引言

(一)

今年9月是梁西先生的80华诞，我们谨以本文集恭祝先生生日快乐，健康长寿！

(二)

本文集的选题聚焦于当今国际法在理论和实践中的各种前沿问题，所涉范围广泛，故名《全球化时代的国际法——基础、结构与挑战》。概括起来，其内容主要包括：（1）全球化时代的全球治理与国际法的政治基础、基本价值、法律性质、管辖权和发展趋势等基础性问题；（2）全球化时代联合国的改革困境与面临的严峻挑战；（3）全球化时代的非政府组织及市民社会与国际法治；（4）全球化时代海洋法、战争与武装冲突法、外交法、国际刑法、国际环境法等国际法分支发展中的新问题；（5）经济全球化背景下多边主义与区域主义、贸易与环境、贸易与劳工权益、国际货币规则、国际商事仲裁等凸显的新问题；等等。

(三)

文集试图从新的视角，探讨21世纪初在全球化背景下国际法理论与实践出现的一些重大问题，并力求得出一些新的认识。希望其出版能对我国国际法的研究工作具有参考价值。文集涉及的内容比较庞杂，各位作者文风各异，尽管我们作了一定的统稿和技术处理工作，但在结构安排和衔接上难免还有不尽合理之处，由此产生的问题，应由主编负责。对于各章的实质内容，是作者的权利和责任所系，我们基本上未作改动。

(四)

梁西先生为本文集亲自撰写有关联合国改革的论文一篇。其他作者绝大多数都是先生指导的法学博士，其中有长期在我国外交部门、驻外机构、国际组织和司法机关担任要职的外交官和法官，也有一直潜心于国际法教学与研究的中青年学者，还有在跨国公司从事法律实务的高级管理人员。此外，还有几位在读的国际法专业博士研究生也提交了其新近研究的心得。先生的弟子遍及国内外，可惜有的因工作繁忙，有的因联系困难，未能如愿撰稿。

(五)

武汉大学“国际法与国际新秩序”创新基地、WTO学院和出版社为文集的出版分别提供了资助。黄志雄博士为文集作了最初的编审工作，国际法专业博士研究生兰花、易祺和硕士研究生谢晓庆也提供了必要的协助。在此，我们谨表谢意！

曾令良 余敏友

2004年9月谨识于珞珈山

目 录	
编者引言	1
第一章 全球治理与中国	1
一、全球治理——一种可能改变世界的构想	1
二、全球治理呼唤新主权观	3
三、全球治理要求善治	6
四、全球治理的实践	11
五、全球治理与我国国际法研究	12
第二章 国际法的政治基础	14
一、国际法的现实基础	14
二、国际法与国际政治的关系	16
三、国际法在国际政治中的地位与作用	19
四、国际政治对国际法的影响	29
五、国际法的发展前景	36
第三章 国际法的价值	40
一、国际法学中价值研究的迫切性	40
二、国际法价值的含义与渊源	44
三、国际法价值的性质	50
四、国际法价值的意义	57
第四章 国际法的法律性质	64

一、国际法的特征	64
二、国际法的虚无主义	74
三、国际法的法律性质	79
第五章 国际法发展的轨迹	84
一、从战争法到和平法的进步	84
二、从共处法到合作法的转化	90
三、从任意法到强行法的发展	96
四、从实体法到程序法的变化	101
五、结语	108
第六章 国际法上的普遍管辖权	110
一、普遍管辖权的兴起与发展	110
二、普遍管辖权规范的国际法渊源	113
三、行使普遍管辖权的国家实践	118
四、国际刑事法院(法庭)与普遍管辖权	124
第七章 国际困境:联合国安理会的改革问题	
——从日、德、印、巴争当常任理事国说起	131
一、第59届联合国大会的“改革风云”	131
二、安理会改革“谁主沉浮”?	133
三、安理会否决权制度的“玄机”何在?	136
第八章 联合国与全球环境保护	143
一、全球环境问题对国际社会的挑战	143
二、联合国与全球环境启蒙	147
三、联合国与国际环境法的发展	155
四、联合国与国际环境管理	161
五、联合国在全球环境问题面前的困境和前景	168
第九章 国际法视角下的非政府组织:趋势、影响与对策	172

一、非政府组织的定义问题	173
二、非政府组织的发展概况与行动机制	174
三、非政府组织的活动对国际法的影响	179
四、应有的认识及对策	183
第十章 影响武装冲突法演变的政治历史原因	188
一、引言	188
二、武装冲突法与国际刑法	193
三、武装冲突法的新发展	201
第十一章 单极与多极抗衡中的战争法	208
一、对战争法的挑战	208
二、学者对美国的不同看法	211
三、美国是否会成为“21 世纪的罗马帝国”	214
四、多极力量与单极力量的抗衡	218
五、战争法发展的方向	224
六、结语：对多极力量和智慧的期待	225
第十二章 《联合国海洋法公约》第十一部分的修改	227
一、协定的法律性质	228
二、协定的法律基础	230
三、协定和公约的关系	232
四、结论与启示	233
第十三章 外国人待遇的系统分析与比较	235
一、外国人待遇的宏观分析	236
二、外国人待遇的一般实践	237
三、国际标准待遇的理论与实践	242
四、结束语：国际环境中的外国人待遇	247
第十四章 使馆馆舍的不可侵犯	251
一、关于使馆馆舍不可侵犯的含义	251

二、关于为公用目的征用使馆馆舍问题	253
三、关于废弃的使馆馆舍问题	254
四、关于非法侵犯使馆馆舍的不可侵犯问题	255
五、领馆馆舍	256
六、外交庇护	257
第十五章 国际法中涉及货币的若干规则	261
一、有关货币创设的国际法规则	261
二、国家间相互承认已存的别国货币的国际法规则	267
三、货币法则	271
四、有关唯名主义的国际法规则	275
五、有关伪造外国货币的国际法规则	278
第十六章 认真对待武力打击国际恐怖主义的 合法性问题	281
一、国际法学界围绕美国武力反恐政策及其实践的争论	281
二、武力打击恐怖主义与国际法的适用性	288
三、恐怖主义泛滥与国际法的前途	299
四、结论	307
第十七章 人道主义干涉与国际法的发展	310
一、概述：人道主义干涉的“应然”与“实然”分析	311
二、困境：人道主义干涉所面临的矛盾	315
三、出路：制度之重建与国际法的发展	323
第十八章 区域贸易协定的最新趋势及其对多哈发展议程 的负面影响	
——兼析中国应有的对策	327
一、导论：区域贸易协定的强劲发展势头	327
二、区域贸易协定热潮的主要诱因	329
三、区域贸易协定对多哈发展议程的负面影响	337
四、中国应有的对策	345

五、结论	349
第十九章 国际组织与政府采购国际法律制度及其 对我国的影 响	351
一、政府采购国际法律制度概述	351
二、国际组织与政府采购国际法律制度	360
三、我国的《政府采购法》与 WTO 体制下的 《政府采购协议》	373
第二十章 全球化时代的国际争端解决和市民社会	380
一、全球化时代的国际争端解决和市民社会	382
二、WTO 法庭之友的内涵	385
三、WTO 争端解决的法律发展	388
四、WTO 成员对法庭之友问题的政策趋向	394
五、WTO 成员对法庭之友问题的法律主张	397
六、WTO 学者对法庭之友问题的论点	399
七、解决法庭之友问题的方案	402
八、市民社会、法庭之友和 WTO	404
第二十一章 国际法院的行政司法职能及其理论疑点	409
一、国际法学界对国际法院司法职能的一般认识	409
二、国际法院与国际法院书记处职员之间的关系	412
三、国际法院内部的行政司法机制	416
四、关于国际法院行政司法职能的几点思考	418
第二十二章 国际商事仲裁与国家豁免	423
一、国家豁免与同意仲裁	423
二、有效仲裁协议可以排除法院管辖	425
三、仲裁协议与抗辩仲裁管辖	427
四、法院协助仲裁程序诉讼中的豁免问题	428
五、执行程序中的国家豁免问题	431
六、同意解决投资争议国际中心仲裁与国家豁免	434

七、小结	436
第二十三章 “中美彩电反倾销”案与贸易和 劳工权益保护	438
一、案由分析	439
二、比照“产品倾销”的“劳动力倾销”	441
三、产品的正常价值和产品的生产成本及其与 劳动力的关系	443
四、“劳动力倾销”的法律依据	444
五、“劳动力倾销”的反措施	446
六、结语	448
第二十四章 相称性原则在欧盟贸易与环境争端 解决中的适用	450
一、相称性原则概述	451
二、丹麦酒瓶案(The Danish Bottles Case)	452
三、安全科技公司案(The Safety Hi-Tech Case)	455
四、贸易与环境争端解决中相称性原则的变迁	458
五、欧盟贸易与环境争端解决特色的启示	460
梁西先生及其教学生涯	463

第一章 全球治理与中国

□ 余敏友*

一、全球治理——一种可能改变世界的构想

“全球治理”（global governance）一词，自1995年“全球治理委员会”（Commission on Global Governance）发表《我们的全球邻邦》（Our Global Neighbourhood，中译本名为“天涯成比邻”）的著名报告^①以来，就成为国际学术界、传播媒体与国际组织中使用频率仅次于“全球化”的一个术语。对于它的含义，众说纷纭。有人认为全球治理是对全球化进程进行监督并作出反应的各种政策。也有人认为全球治理是一项关于国际决策的雄心勃勃的民主纲领。另有人认为，全球治理是由国际组织与国内政府等提供保证的处理全球问题所必要的一套最低规则架构。还有人认为，全球治理只是各国政府为管制全球与国际现象而创立的各种制度的总称。国际上甚至大有掀起“全球治理运动”（global governance movement or campaign）之势。总的说来，迄今为止，“全球治理”仍然是正处于形成阶段的一种构想或学说。

“全球治理委员会”认为，国家与政府现在已不能全部承担下列重任：需要把世界各地的人民激励起来，把人民与地球的安全置于中心地位，在休戚相关、命运与共的领域承担集体责任，实现更大的合作，谋求

* 武汉大学 WTO 学院院长，武汉大学国际法研究所副所长，武汉大学法学院教授、博士生导师。

① [瑞典] 卡尔松、[圭亚那] 兰法尔主编：《天涯成比邻——全球治理委员会的报告》，赵仲强、李正凌译，中国对外翻译出版公司1995年版。

符合法律、集体意志与共同责任的安全。全球治理，过去主要关注政府间关系，现在不仅关注政府与政府间组织，而且关注非政府组织（NGO）、公民运动、跨国公司、学术界和大众媒体。

首先，全球治理以正在出现的全球友邻关系为出发点，主张尊重生命、自由、公正与公平、互相尊重、关怀、正直诚恳等人类核心价值；倡导一套权利与义务并重的全球公民道德准则。按照这套道德准则，所有人都应享有安全生活的权利、平等待遇的权利、获得良好生活与谋求自己福利的机会的权利、和平解决与保留分歧的权利、参与各级治理的权利、为纠正严重不公而自由公正申诉的权利、平等获得信息的权利、平等利用全球资源的权利，同时也有为共同利益作贡献的义务、考虑自己行动对他人福利与安全的影响的义务、促进平等（包括男女平等）的义务、通过谋求可持续发展与保护全球共同资源而维护未来各代人的利益的义务、保护人类文化与知识遗产的义务、积极参与治理的义务、努力消除腐败的义务。

其次，全球治理要求提高人类对在一个资源有限、人口拥挤、互相依赖的世界生活意味着什么的认识，要使政府和人民认识到共同努力运用集体力量创造一个更美好的世界是惟一的选择；要求秉承对平等与民主原则的强烈义务，要以这种义务为基础；要求改革与加强现行政府间组织体制，改善政府间组织与各种民间组织、独立组织的合作关系；要求明确系统阐明一种建立在协商、透明度与负责任等原则之上的合作精神；要求培养全球公民意识（global citizenship），并努力做到吸纳国内社会与国际社会中较为贫穷的、处于边缘化和被疏远的人群；要求为所有人谋求和平与进步，努力做到预防冲突和改进和平解决争端的能力；要在国际社会中努力使各种任意权力（经济的、政治的、军事的）的规则服从法治。

最后，全球治理不是世界政府或世界联邦，没有简单的模式或定则，也没有单一的组织机构，而是一种不断演进的并对变化的环境作出反应的、广泛的、动态的、复杂的互动决策进程；既包括授权采取强制遵从措施的各种正式组织与制度，又包括人民和各组织同意或认为符合其利益的各种非正式安排。这是一种由国家与非国家实体、官方实体与私人实体、国内实体与多国实体参与制定并指导与控制它们管理共同事务的各种软法与硬法机制的互动过程。这种进程涉及在国家、国际组织与全球化经济、金融界、媒体及市民社会之间的各种紧张领域中的一种交互影响网。它要

求一种扩大的国际合作概念，根据这一概念，重新确定国家主权，沿着全球内部决策方向发展对外政策，必须在地方、地区与全球各级创立各种不同的新的政治机构。

综上所述，全球治理是一种改革世界范围现有管理方式的构想，它认为我们人类处在一个要求全球治理创新与变革的新时代，呼吁世界需要能激发人民承认他们对彼此以及对后代负责的开明领导，强调为使人民通过国际民间组织发挥更大作用提供机会，改革与加强联合国及其他国际组织，确保世界事务的管理符合平等、人权与正义（包括社会正义与经济正义）等各项原则，在全球范围内推行法治，使全球性组织符合世界多样性的现实和可持续发展目标，目的是促进最广泛意义的安全，包括人民的安全与整个星球的安全。不难看出，全球治理不是推翻国家主权而重建世界新秩序的革命理论，而是通过加强国家主权的合法性与有效性来改进国家主权行使机制以完善现行国际体制的改良主义学说。

二、全球治理呼唤新主权观

如上所述，全球治理构想并没有否定国家主权原则是国际社会组织原则（the organizing principle）的基础地位，而是通过限制主权的滥用与赋予主权不仅是权利而且是责任（sovereignty as responsibility）的新含义来加强国家主权原则作为国际关系运作原则（the operational principle）的作用。因此有必要重新认识主权理论，更新主权观念。^①

第一，主权的含义应与时俱进。一般来说，对国内社会而言，主权是政治社会中最高的政治权威。对国际社会而言，主权则指国家的独立。在国际法中，国家主权最终表示一个国家的合法性。主权意味着国家依据国际法并受国际法保护的独立自主地处理自己对内对外事务的最高权力。国家不仅在对外关系方面是独立的和平等的，而且在对内方面享有对其领土内的一切人、物和行为的排他性的最高管辖权以及作出有关人民和资源的权威决策的能力。然而国家主权通常不被视为绝对的，因为它不仅在国内要受宪法的限制，而且在国际上有尊重其他国家的主权的义务和受其他国际法义务的制约。当然主权还意味着对内主权与对外主权是相互联系和不

^① 余敏友：《新主权观的挑战》，载《学习时报》2003年8月11日第五版。

可分割的。由此而派生的三项重要的国际法准则是：（1）主权国家不论大小一律享有平等权利；（2）任何主权国家的领土完整与政治独立不容侵犯；（3）主权国家的内政不容干涉，一个主权国家依照国际法享有在其领土内行使排他性全面管辖权的权力，其他国家有不干涉一个主权国家内部事务的相应义务。如果违反该义务，受害国拥有进一步捍卫其领土完整和政治独立的权利。

第二，不可低估主权在当代国际社会中的重要作用。在一个以权力和资源的绝对不平等为标志的世界里，对于许多国家来说，主权是他们最好的防线，有时甚至是惟一的防线。对许多国家及其人民来说，主权也是对他们的平等价值和尊严的一种承认，是对他们独一无二的身份和自由的一种保护，以及对他们设计和决定自己命运的权利的一种肯定。主权是至关重要的。有足够的证据表明，有效而合法的国家，依然是确保平等分享贸易、投资、技术和通信全球化利益的最佳途径。以强大的地区联盟、内部和平以及强大和独立的文明社会作保障的国家，在分享全球化利益中明显处于最有利的地位。在安全方面，通过国家之间的有效合作并依靠对本国在世界上地位的信心，有助于建立与维持一种具有凝聚力的国际和平体系，而当整个国家处于飘摇欲坠、分崩离析或者普遍动乱时，实现上述目标的可能性就微乎其微。

第三，行使主权的条件已经发生了变化。在当今这个日益相互依存的世界，领土、独立与不干涉已经失去了部分原有含义。行使主权的条件自1945年以来已经发生了巨大的变化，涌现了仍处于巩固和加强自身地位过程中的许多新国家，国际法的不断演变对国家行使主权的行爲设定了许多限制，正在出现的人类安全概念使人们在涉及各国对待本国人民的方式问题上又产生了更多的要求和期望，许多新的非国家实体正在国际上发挥作用，而这在以前一直或多或少地被视为是只能由国家发挥作用的领域。在某些领域，尤其是关系到全球共有资源的领域，主权又被要求集体行使。不仅如此，现在对国家主权与领土完整最严重的威胁，通常都有其内部根源，而对别国政府的批评常常不是因为它们干涉而是因为它们想独善其身。国家主权原则和不干涉内政原则，必须按照承认需要平衡国家的权利与人民的权利、平衡国家的利益与全球邻邦的利益，予以调整。

第四，主权的应有属性既非绝对也非相对而是平等。从国家个体角度考察，国家主权至少应包括国家的领土主权、自卫权、独立权和管辖权等

基本内核；从国与国关系的角度来考察，国家的平等权是国家主权的必然结果；从国际社会整体角度来考察，国家主权起码应包含国家受国际法的约束、保护与协调，各国的合作、团结甚至担负共同责任等含义；从国际法的特性来考察，由于国际法没有国内法那样一种立法、执法与司法的中央集权机制，国际法对国家主权的约束与保护在很大程度上都依赖于各主权国家自身的力量。国际法基本上是一种以主权者“平等协作”为条件的法律体系。各国国力差异极大。这些均要求，主权国家应在善意、平等和相互尊重的基础上和平共处、协调合作，以实现国际法对主权的同等限制和同等保护。从这种“应有法”意义上说，国际法上的国家主权应该是平等主权而不是绝对主权或相对主权。诚然，这种平等主权的实现，在现行国际法结构中，主要取决于主权国家，特别是大国的善意。

第五，主权不仅意味着权利，而且意味着责任。主权意味着双重的责任：对外是尊重别国的主权，对内是尊重国内所有人的尊严和基本权利。在某种程度上作为责任的主权，在国际实践中日益得到广泛承认。它具有三重含义：（1）它意味着国家权力当局对保护国民的安全和生命以及增进其福利的工作负有责任；（2）它表示国家权力当局对内向国民负责并且通过联合国向国际社会负责；（3）它意味着国家的代理人要对其行动负责，就是说他们要说明自己的授权行为和疏忽。这种主权观的影响不仅通过国际人权运动日益增加，而且在关于人类安全概念的国际大讨论中不断得到加强。

第六，主权的滥用必须予以制止。主权归根到底来自于人民。主权是一种必须由一国人民、为一国人民、代表一国人民行使的权力。诚然，主权被滥用太经常了。在某些情况下，强国利用其所主张的主权权利，作为对付弱国之矛。在另一些情况下，统治者运用其所控制的国家机器，侵占主权所产生的各种特权，垄断国际社会成员资格所产生的各种利益，把主权用做对付对其各种残忍而不义政策的国际批评之盾，他们以主权之名拒不允许其公民自由公开地进入外部世界。因此，有关主权平等、领土完整与政治独立、不干涉的现行规范，必须按照下列两种方法予以加强：（1）必须努力做到保证这些规范在世界范围内得到强制实施，必须消除双重标准——国家不应在此时自由地寻求主权提供的保护，而在彼时却无视主权施加的限制。（2）必须寻找保证当权者不滥用主权的各种方法，主权的行使必须与人民的意志相结合。除非主权的滥用得到制止，否则将不可能

增进对主权所产生的各种规范的尊重。尽管国家继续行使重要职能并且必须拥有有效行使这些职能的权力，但是这些必须建立在人民的持续同意与民主代表的基础上，并且也应受人类根本利益的限制，甚至在某些严重情况下人类根本利益必须优于具体国家的普通权利。如果人民遭受困苦与灾难，就要根据人民的安全权来权衡一国的主权。对于广泛地危害人民安全的情况，根据国际法采取外来集体人道主义行动就是正当合理的。这种行动应尽可能在获得所在国当局同意的情况下进行，尽管这并不总是可能的，但是任何此种行动都应该是一种世界社会采取的真正集体行动，即应该是由联合国采取或者由联合国授权并在联合国控制下进行的行动。在国际社会中，就像不能免除无端单方面使用武力的罪责一样，也不能饶恕大屠杀和种族清洗的罪责。决不应容许实施此类恐怖的任何高枕无忧。国际社会有责任在各国不能或不愿意履行这些基本责任时采取决定性的行动。

第七，加强主权的合法性与有效性，改进主权的行使机制。加强而不是削弱各国的主权，提高国际社会在各国不能或不愿意保护本国人民时作出决定性反应的能力。除非各国的主权得到尊重，并且除非各国保护本国公民的能力得到提高，否则，就不可能实现各国人民真正的平等。同样除非国际社会能够在大批人群遭受屠杀或种族清洗时采取决定性的行动，否则，国际社会就将名不副实。国际社会需要以新主权观为出发点，重在建立和发展限制滥用主权的国际法机制，尤其要拟定限制大国和强国在国际关系中滥用主权的具体规则与制度，进一步确定国家行使主权的具体法律规范，限制和减少各国对内对外滥用主权的的机会和可能性。

三、全球治理要求善治

“善治原则”（the principle of good governance or good administration，汉语又译为“良治原则”或“良政原则”），简称“善治”，是国际公共管理领域一个非常流行的理论，与传统政府统治理论的一个重大区别是，其适用范围既可以适用于国家层面，又可以适用于国际层面。当其应用于超国家层面时，它便构成了全球治理学说的重要组成部分。

早在20世纪90年代，世界银行、国际货币基金组织等国际金融组织，不仅对善治进行了专门的理论研究，而且把善治作为其评估受援国现