

SJTU JOURNAL OF
TRANSNATIONAL LAW VOL.1

跨国法评论

第 1 辑

徐冬根 主编



黄进、杜焕芳 / 关于国际私法总则的若干思考

吕岩峰 / 国际私法视角中的知识产权：一个前提性探索

宋连斌 / 我国内地与港澳台地区相互执行仲裁裁决若干问题探讨

车丕照 / 国际法规范分类研究

张绍谦 / 国际社会反酷刑运动的发展及特点

徐冬根 / 国际经济法价值论



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D 99-53

X 691

:1

跨国法评论

第1辑

徐冬根 主编



SBK82/10



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



20027438

图书在版编目(CIP)数据

跨国法评论. 第1辑/徐冬根主编. —北京: 北京大学出版社, 2004. 6
ISBN 7-301-06975-8

I. 跨… II. 徐… III. 国际法-文集 IV. D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 011524 号

书 名: 跨国法评论·第1辑

著作责任者: 徐冬根 主编

责任编辑: 李志军

标准书号: ISBN 7-301-06975-8/D·0841

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京高新特打字服务社 51736661

印刷者: 三河新世纪印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 22.25 印张 341 千字

2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 33.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

学术顾问 (按姓氏拼音先后为序):

车丕照	郭玉军	黄 进	黄亚英
金彭年	李仁真	李兆杰	吕岩峰
廖益新	韩立余	慕亚平	屈广清
沈四宝	王 翰	王贵国	王传丽
王 军	吴志攀	肖永平	谢石松
徐崇利	徐国建	宣增益	余劲松
余敏友	余先予	曾华群	曾令良
张明杰	张乃根	赵秀文	

主 编 徐冬根

编 委 (按姓氏拼音先后为序):

陈 方	胡加祥	王国华	王光贤
萧 凯	徐小冰	徐冬根	

执行编辑 萧 凯

《跨国法评论》稿约

《跨国法评论》是上海交通大学国际法研究所主办的学术刊物,以上海交通大学国际法研究所为学科基地,由上海交通大学法学院徐冬根教授主编,创刊于2003年。

《跨国法评论》是全世界国际法学者的论坛和发表优秀学术研究成果的园地,所发表的论文和文章以中文为主,兼采英文和其他外语。其宗旨是:立足我国实际,深入研究国际法各领域的重要法律问题,推动我国国际法教学与科研的发展,并为我国积极参与国际法律实践以及我国的涉外立法、决策和实务操作提供法理依据或业务参考。

《跨国法评论》读者对象为从事国际法研究和实务的人员,包括国内外的法律专业本科生、研究生、高等院校教学科研人员、律师、法官、政府官员、企事业相关管理和业务人员,以及对国际法感兴趣的所有人士。

《跨国法评论》根据组稿和投稿情况不定期出版,每卷约30万字。为此,特向全世界同行征稿,并立稿约如下:

一、《跨国法评论》为开放性的国际法(含国际公法、国际私法和国际经济法等各领域,下同)学术园地,主要栏目包括:(1)国际法理论研究;(2)国际法各领域的专题研究;(3)国内外重要国际法案例评析;(4)优秀国际法专业博士、硕士学位论文选登;(5)中外国际法领域最新著作评述;(6)国际法最新立法与研究动态信息;(7)国际法教学法研究。欢迎海内外学者、专家投稿。

二、《跨国法评论》坚持高质量的学术标准,以质量作为筛选文章的惟一标准,对来稿没有篇幅(字数)上的限制,优先发表国际法领域具有原创性和高水平的学术研究论文。

三、来稿的形式要求参见后附《书写技术规范》。

四、来稿请写明作者姓名、性别、通信地址、现工作单位、职称、职务、联系电话、传真号码、E-mail地址等。《跨国法评论》编辑部在收到



来稿后 3 个月内将作出初步处理。届时作者如未收到用稿通知,可另行处理其稿件。来稿一律不退,请作者自留底稿。

五、《跨国法评论》编辑部保留对来稿进行技术性加工处理的权利,但文责悉由作者自负。来稿一经发表,将酌付稿酬。《跨国法评论》对所刊发文章依法享有版权。

六、凡向《跨国法评论》编辑部投稿,即视为接受本稿约。投稿时务必邮寄打印文稿并附电子稿(word 格式软盘或发 E-mail 至 kaixiao@sjtu.edu.cn 或 translaw@126.com 邮箱)。

七、来稿请寄:上海交通大学法学院国际法研究所,邮编 200030。

卷 首 语

国际法学科是上海交通大学法学院重点发展的学科之一。上海交通大学法学院成立于2002年6月8日。目前,一大批具有海内外博士学位的国际法学者云集上海交通大学。上海交通大学国际法学科建设日新月异,学科发展呈现出欣欣向荣的景象,已经初步形成了结构合理的学科梯队。为了适应上海交通大学国际法学科建设和进一步发展的需要,经过一年多时间的筹备,我们适时推出《跨国法评论》(SJTU Transnational Law Review,以下简称《评论》)。

《评论》以国际法研究所为学科建设基地,依托法学院和上海交通大学,是一个国际法学者的开放性论坛和发表优秀学术研究成果的园地。《评论》旨在通过学术交流,繁荣学术研究,推动国际法学科的发展,提升国际法学的理论研究水平,使国际法的教学和研究能够更好地服务于我国改革开放、对外交往和法制建设。

《评论》的主要栏目有学术专论、国际法名家名篇、国际法教学与教学法研究、学术动态、资料与文献、名人访谈等栏目。您可以在《评论》所提供的这个论坛上传播和评价在国际法学科领域里具有重要价值的原创性理论、学说和思想,探索国际法学理论和实践中的新现象,研究国际法学科发展的新问题,介绍国际法学研究的新方法,提供国际法学科发展和立法的新信息,为推进中国国际法法制建设的现代化献计献策。

本卷学术专论栏目收入论文涉及国际经济法、国际私法和国际公法等各领域。

目前,我国法学界正在讨论民法典草案,而该草案第九编中主要涉及国际私法中的涉外民商事关系法律适用问题。为此,我们约请中国私法学会会长、武汉大学副校长兼国际法研究所所长黄进教授和其博士研究生杜焕芳撰写了《国际私法总则的若干思考》一文。作者在论文中提出,各国日益重视和加强对国际私法总则的规范,是当今国际社会



国际私法立法的一个明显特征,这是其在国际私法中的地位和功能使然。国际私法总则经历了一个从无到有、从分散到集中、从简陋到逐渐完善、从国内到国际的演进过程。现有各国国际私法总则主要规定国际私法的基本原则、基本制度和其他一般问题,它们各自兼具立法准则、司法准则和行为准则三重功能与作用。中国《民法典》(草案)第九编专门规定了国际私法总则,是历史的进步,但与《中国国际私法示范法》的相关规定相比,在体例和内容等方面还存在一些问题。论文对完善我国国际私法总则部分提出了若干建设性意见。

瑞士弗里堡大学法学博士徐冬根教授的《国际经济法价值论》将价值论引入国际经济法的研究,从法哲学的高度对国际经济法的价值进行了深层次的、系统的理性剖析,结合我国加入 WTO 的时代背景,对国际经济法中的形式正义和实质正义、国际经济法与主权价值、安全价值,国际经济法与国际经济新秩序,国际经济法与自由价值、公平和公正等诸问题进行了系统探讨,有助于我们从方法论的角度拓展国际经济法的研究领域,提升国际经济法研究的理论深度。

国际法规范是国际法的最小构成单位。国际法是由而且仅由国际法规范所构成。国际法制度是内容相关的一组规范的结合;国际法原则是整个国际法或国际法的某个领域的最基本的规范。随着国际社会的发展变化,国际法规范也日趋复杂,这就需要对国际法规范进行更为系统的分类研究。清华大学法学院副院长车丕照教授的《国际法规范分类研究》一文,提出在不同的划分标准中,条约规范和习惯规范是国际法最常见的分类。绝大多数国际法规范是由国际习惯和国际条约所创设的。从效力范围上看,国际法规范可分为普遍性规范和特别性规范;从规范对国家发生效力的条件或依据的角度,可将国际法规范分为约定规范和非约定规范;依据适用主体的不同,国际法规范还可划分为国家规范与私人规范;从规范的调整强度来划分,国际法规范还可以分为刚性规范和柔性规范,等等。分类研究的意义在于,通过不同角度的分析观察加深对国际法规范的理解,使我们在参与国际关系的过程中能够准确把握和运用国际法规范。该论文把复杂的国际法体系分解成相对简单的构成单位,对包括习惯规范与条约规范、普遍规范与特别规范、约定规范与非约定规范、国家规范与私人规范、刚性规范与柔性规范在内的规范,在个别考察的基础上,对这些构成单位的基本特点



和相互间的关系进行了深入系统的研究,可谓细微深处见功夫。

法学博士张绍谦教授所撰写的《国际社会反酷刑运动的发展及特点》一文,对国际社会反酷刑运动开展的历史、特点及其取得的主要成果进行了探索。全球范围内反酷刑运动是在二次世界大战后,在联合国的推动下迅速展开的。20世纪90年代以前,主要以制定规范和标准、签订国际条约为目标,其标志性成果是联合国《反酷刑公约》。90年代以来,国际社会反酷刑运动开始转向在实践中具体落实条约规定内容方面,主要表现是国际条约规定向国内法的转化以及国际专门刑事审判机构的成立。虽然国际社会至今仍然面临不少困难,但国际反酷刑运动确已成为不可逆转的世界潮流。法学博士王光贤副教授所撰写的《禁止酷刑理念与中国反酷刑制度和实践》一文,也对酷刑问题进行了深入的探讨,提出人权在形式上表现为人类的普遍理想,实质上却反映着特殊历史时期不同人们的特殊要求及其相互关系。酷刑的内容和禁止酷刑的力度与人性的发现和张扬程度、人的价值和尊严的重视和提高程度紧密相连;人本身越受重视,人的价值越被尊重,反酷刑的要求就越高、越迫切。我国先后制定或修改的各有关保护公民人身权利的法律,为禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚打下了较为完备的立法基础。论文对我国建立和完善反酷刑制度提出了自己独特的见解。

加入世界贸易组织对中国的法制建设和国际经济合作产生了重大的影响。英国爱丁堡大学法学博士胡加祥副教授在《The Ambiguous Name and the Possible Redefining of a Developing Country in the WTO》一文中,从比较关贸总协定成立初期与世贸组织在制定国际贸易规则时对发展中国家的不同规定入手,分析多边贸易协定中为发展中国家制定的特别条款的法理依据,列举了部分多边贸易协定中特别条款的实际执行情况。作者参照世界银行提供的数据,提出了世贸组织应该以一个国家的人均国民收入等一些客观的经济指标为依据来划分发达国家与发展中国家,并在此基础上重新调整援助发展中国家计划这样的设想。

法学博士宋连斌副教授所撰写的《我国内地与港澳台地区相互执行仲裁裁决若干问题探讨》一文,比较了我国内地与香港、澳门、台湾地区承认及执行外国仲裁裁决的制度,并研究了内地与港澳地区在“一国



两制”实现前后相互执行仲裁裁决以及内地与我国台湾地区相互认可和执行仲裁裁决的法律规定及实践,认为1958年《纽约公约》可资借鉴以统一我国区际仲裁裁决的执行。内地与港澳地区之间实际上采纳了《纽约公约》的实质内容,但内地与我国台湾地区之间则彼此把对方的裁决视为既非外国裁决也非本地裁决的第三类裁决,显然不利于保护海峡两岸人民的经贸往来。两地应正视这一问题,改变观念,采用国际上通行的做法,从而在此基础上,统一我国的区际仲裁裁决执行制度,使仲裁更好地服务于我国的商务交流。

吉林大学法学院的吕岩峰教授从国际私法角度对知识产权进行了前提性探讨。一般认为知识产权具有严格的地域性,而自19世纪末开始形成的区域性的和国际性的知识产权保护体制,又使知识产权在某种程度上具有了国际性。但这种国际性并没有否定地域性,而是以地域性为基础。吕教授认为:为了促进国际合作,谋求共同发展,各国应放弃地域性而赋予知识产权以域外效力。在目前情况下,知识产权及其立法可以通过国内立法规定、国际条约约定及跨国合同承诺等途径获得域外效力,从而产生法律冲突。国际私法视角中的知识产权就是要关注并探讨运用国际私法实现对知识产权的国际保护的原则、制度、规则与方法等问题。

商业银行在一国的金融业中占有重要的地位。各国对商业银行的并购立法也经历了一个不断调整的过程。为此,我们约请了第一证券有限公司专门从事并购实务的倪受彬经济师为我们提供了《商业银行并购的比较法研究——以国内银行业的有效竞争为中心》一文。该文通过对发达国家银行并购实践的研究,指出英美等金融业发达国家一方面通过灵活的法律规定促进国内银行的并购,以解决银行经营中的不良资产问题,实现银行的优势互补和规模经营,增强国内银行开拓国际市场的能力;另一方面,为防止银行并购损害市场竞争,各国纷纷通过立法的方式对银行并购进行行政审查,而反垄断法的基本原理依然适用于银行并购的审查过程。中国在加入世界贸易组织后,在遵守入世承诺的同时,如何利用WTO规则有效利用外资促进国内银行业的金融改革,同时保护国家的金融安全,是银行并购法应该注意的问题。国家应该制定银行并购法,促进国内银行股权的多元化,鼓励国内商业银行的跨区域并购。通过市场而非政府主导的并购,形成中国的银行



集团,使中国的银行业能够与外资银行进行实质的竞争。

专长电脑技术的寿步教授为我们提供了其最新研究成果《软件最终用户问题的比较法研究》。软件最终用户问题即软件最终用户使用未经授权软件是否承担法律责任和如何承担法律责任问题是涉及全社会的一个重大知识产权法律问题。该文回顾了我国计算机软件著作权保护的立法进程,特别是其中关于软件最终用户问题的两次论战,比较了日本和我国台湾地区的相关立法,提出了解决软件最终用户问题的依据应为“拟制说”而不是现行的“复制说”,建议在修改我国软件最终用户问题立法时明确采用“拟制说”,并加入“明知”要件。

博士研究生陶立峰所撰写的《论伊拉克战争对安理会维和职权的挑战》一文指出,以美国为首的美英联军未经安理会授权,打着要求伊拉克全面执行安理会决议的幌子,发动伊拉克战争,严重冲击了联合国安理会维护国际和平与安全的职责。论文围绕伊拉克战争,结合安理会的维和实践,剖析了美国发动伊拉克战争对安理会职权的挑战,并分析了安理会职权日趋削弱的原因,以期探究安理会的前景。

本辑国际法名家名篇栏目,推出英国著名国际法学者奥本海教授。奥本海的《国际法》著作被誉为“也许是迄今为止最有影响的英文版国际法教材”,影响着众多国际法学子的国际法学术思想。为此胡加祥副教授对奥本海教授的生平、国际法学思想及其对国际法发展的贡献和影响作了系统的阐述。

教学与教学法研究栏目刊载的是徐冬根教授所撰写的《论双语教学法在国际法课程教学中的运用》。国际法学科课程实施双语教学是上海交通大学法学课程教学改革的突破口。文章提出,双语教学不同于双语教育,它是指用两种语言交替进行教学的一种教学方法。上海交通大学国际法学科建设虽然起步晚,但起点高,双语教学将成为上海交通大学国际法学科发展的一个亮点。作者认为完善国际法课程双语教学体系,推动上海交通大学国际法学科建设,必须明确国际法学科课程双语教学的目标定位,提高国际法学科梯队教师实施双语教学的实战能力,强化国际法学科课程的双语教材建设。

学术动态栏目发表了由徐冬根教授与萧凯博士撰写的《2003年中国国际私法学会年会综述》。会议综述分别对2003年中国国际私法学会年会上的代表发言、讨论以及代表们所提交论文的主要观点作了概



括,使没有参加年会的学者得以从中获悉两个年会上的研讨概况。

在本辑名人专访栏目中,我们首先推出的是对新任中国国际私法学会会长、武汉大学国际法研究所所长黄进教授的访谈录。黄进教授对我国国际私法学会的未来发展、我国民法典草案中涉外编的评述、国际私法教学之改革、法学人才培养等诸多方面发表了自己的见解。

《评论》坚持高质量的学术标准,刊登文稿以中国学者的研究成果为主,兼顾国外学者的最新研究成果。《评论》博采众长,坚持百家争鸣的学术方针,为国际法学者提供一个学术探讨和研究的园地。本《评论》发表的文章以国际法领域为主,包括国际公法、国际私法、国际经济法(含国际贸易法、国际投资法、国际金融法、国际知识产权法、国际税法、国际商事仲裁、跨国诉讼与判决的承认与执行等分支),《评论》还兼采有学术见地的相关领域,包括海商海事法、外国法评论、外国法律制度史、比较法、民商法等领域的文章。文章体裁不限,专题研究、学位论文、案例分析、调研报告、资料汇编、书评或者学术随笔等均可。

当前,世界多极化与经济全球化趋势深入发展,以信息技术和生物技术为代表的现代科学技术突飞猛进,为全球经济和社会发展展示了广阔的前景。多极化有利于建立公正合理的国际政治经济新秩序,实现世界的和平与安宁,是世界持久和平的重要基础,有利于形成相对稳定的国际政治框架,促进各国在相互尊重独立、主权和平等互利基础上的交流与合作。而经济全球化则是当今世界不可抗拒的发展潮流。建立在各国平等基础上的全球化,可以实现全球经济可持续发展。中国加入世界贸易组织后,与世界经济的联系与交融已经进入一个新的阶段。

我们既面临前所未有的机遇,也面临着严峻的挑战。在这种新形势下,如何抓住机遇,促进我国国际法学科的发展,是摆在我国国际法学者面前的重大课题。愿《评论》在国内外专家、学者和各界同仁的关心、呵护和悉心关爱下,健康成长。

上海交通大学法学院国际法研究所所长

徐冬根 教授

2003年10月1日



目录

论 文

1. 关于国际私法总则的若干思考 黄进、杜焕芳(1)
2. 国际经济法价值论 徐冬根(32)
3. 国际法规范分类研究 车丕照(71)
4. 国际社会反酷刑运动的发展及特点 张绍谦(91)

评 论

5. The Ambiguous Name and the Possible Redefining
of a Developing Country in the WTO Jiaxiang Hu(110)
6. 我国内地与港澳台地区相互执行仲裁裁决
若干问题探讨 宋连斌(158)
7. 国际私法视角中的知识产权:一个前提性探索 吕岩峰(180)
8. 禁止酷刑理念与中国反酷刑制度和实践 王光贤(193)
9. 商业银行并购的比较法研究
——以国内银行业的有效竞争为中心 倪受彬(228)
10. 论伊拉克战争对安理会维和职权的挑战 陶立峰(249)
11. 软件最终用户问题研究 寿步(263)



国际法名家名篇

12. 当代国际法的先驱——拉萨·奥本海 胡加祥(287)

教学与教学法研究

13. 论双语教学法在国际法课程教学中的运用 徐冬根(295)

学术动态、资料与文献

14. 2003 年中国国际私法学会年会综述 徐冬根、萧凯(307)
15. 有关证券中间人持有证券的某些权利的
 法律适用公约 萧 凯(317)
16. 访中国国际私法学会会长黄进教授 萧 凯(329)
17. 《跨国法评论》书写技术规范 (338)



MAIN CONTENTS

Articles

1. Several Points on the General Part of Private
International Law By Huang Jin, Du Huanfang(1)
2. Axiology of International Economic Law By Xu Donggen(32)
3. On the Classification of International Legal Rules
..... By Che Pizhao(71)
4. Development and Features of International Anti-torture
Movement By Zhang Shaoqian(91)

Comments

5. The Ambiguous Name and the Possible Redefining of a
Developing Country in the WTO By Jiaxiang Hu(110)
6. Approaches of Mutual Enforcement of Mainland China
and Hong Kong, Macao, Taiwan Arbitral Awards
..... by Song Lianbin(158)
7. Intellectual Property Rights in Private International Law:
A Tentative Probe By Lü Yanfeng(180)
8. Ideas on Prohibition of Torture and China's Relevant
Systems and Practice By Wang Guangxian(193)
9. Comparative Research on Laws in M&A of Commercial



Banks: Focus on Effective Competition in Inner Market

..... By Ni Shoubin(228)

10. Challenges Posed by Iraq War to UN Security Council's

Peace-keeping Functions By Tao Lifeng(249)

11. On the Legal Liabilities of Software End-Users

..... By Shou Bu(263)

International Law Figures

12. Lassa Oppenheim: An Introduction By Hu Jiaxiang(287)

International Law Education

13. Bilingual Education in International Law Courses:

An Experience in SJTU Law School By Xu Donggen(295)

Academic Activities and Materials

14. Overview of Annual Meeting of Chinese Society of Private

International Law in 2003 By Xu Donggen and Xiao Kai(307)

15. Convention on the Law Applicable to Certain Rights

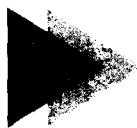
in Respect of Securities Held with an Intermediary (Chinese)

..... Translated by Xiao Kai(317)

16. An Interview with Prof. Huang Jin, President of Chinese

Society of Private International Law By Xiao Kai(329)

17. Submission Requirements (338)



论文

关于国际私法总则的若干思考

——兼谈中国国际私法总则的制定

黄 进* 杜焕芳**

【摘要】 日益重视和加强对国际私法总则的规范,是当今国际社会国际私法立法的一个明显特征,这是其在国际私法中的地位和功能使然。国际私法总则经历了一个从无到有、从分散到集中、从简陋到逐渐完善、从国内到国际的演进过程。现有各国国际私法总则主要规定国际私法的基本原则、基本制度和其他一般问题,它们各自兼具立法准则、司法准则和行为准则三重功能与作用。中国《民法典》(草案)第九编专门规定了国际私法总则,是历史的进步,但与《中华人民共和国国际私法示范法》的相关规定相比,在体例和内容等方面还存在一些问题。

【关键词】 国际私法;总则;演进;功能;《民法典》(草案)第九编

17、18 世纪以来,法典一直是制定法的中心,在理性主义的指引下建立一个内部和谐一致、没有内在矛盾的法律体系,一直是法典编纂者们所追求的目标。^① 欧洲的文艺复兴运动和启蒙运动,对理性的伸张

* 武汉大学国际法研究所所长、教授、博士生导师、副校长。

** 武汉大学国际法研究所国际私法专业博士研究生。

① 朱景文:《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社 2001 年版,第 179 页。