

汕大法学丛书

Current Issues of International Law

当代国际法 热点问题 研究

李广辉 李红●等著

中国法制出版社

汕大法学丛书

当代国际法热点 问题研究

Current Issues of International Law

李广辉 李 红 等著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代国际法热点问题研究/李广辉 李红等著.

—北京: 中国法制出版社, 2005.5

ISBN 7-80182-466-0

I. 当… II. ①李…②李… III. 当代-国际-研究

IV. D922.297.12

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 078588 号

当代国际法热点问题研究

DANGDAI GUOJIFA REDIAN WENTI YANJIU

著者/李广辉 李红

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/15.875 字数/376 千

版次/2005 年 5 月第 1 版

2005 年 5 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-466-0

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66070041

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

编辑部电话: 66026587

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

本书的出版获得汕头大学出版基金资助！

汕大法学丛书编辑委员会

顾 问：胡红玉

编委会主任：杜钢建

编 委：邵俊武、张月娇、廖学全、李广辉、陈瑞林、
郭丽红、邓剑光、刘素华（中央党校）、吴德显（中央研究室）、
陈根发（中国社科院）、王振民（清华大学）、杨建顺（中国人民
大学）、李黎明（北京大学）、王仲兴（中山大学）、铃木敬夫
（日本札幌学院大学）、崔钟库（韩国汉城大学）。

序

赵相林

当今国际社会，和平与发展仍然是人类所面临的两大共同主题。

21 世纪的世界，是一个国际交往关系更加发达的世界。随着经济全球化的迅猛发展，各国资金、货物、人员以及服务的交流和往来已经达到了空前的规模。国际交往的开展必然要求国际法学的不断繁荣和发展以适应建立国际政治新秩序、国际经济新秩序以及国际民商事新秩序的客观现实需要。

近年来，随着中国在国际上的和平崛起以及中国在 2001 年 12 月 11 日加入了世界贸易组织（WTO），国际法学在中国的改革开放与国际交往中所发挥的重要作用已越来越被国人所认同。与此同时，我国国际法学界在国际法学各个领域的理论研究均有了非常可喜的进展，无论是在国际公法，还是国际私法抑或国际经济法方面都有不少高质量的论著相继问世。我的博士研究生汕头大学法学院李广辉副教授主持撰写的这本《当代国际法热点问题研究》专著，是其继 2004 年与我合作在中国法制出版社出版的《世界贸易组织法总论》之后的又一新

作。该著作对当今国际法学领域里的若干重大理论与实践热点问题进行了较为深入的专题研究，并对中国相关立法和制度进行了较为系统的评述。这一著作深入地探讨了国际法学领域中某一具体理论与实践问题，并提出了许多新颖的、建设性的学术观点和意见，不仅具有较高的理论深度，而且还有一定的实际应用价值。

特别值得欣喜的是，此书的作者多为青年才俊，他们当中既有在读的国际私法、国际公法和国际经济法等方向的博士研究生和从事国际法学教学的青年学者，也有在审判、外贸等部门从事法律实务工作的同志。他们这种锐意进取，刻苦钻研的精神是值得称赞的。我相信本书的出版，对于推动中国国际法学的学习和研究，是会起到良好的促进作用的。

我十分高兴地看到本书的出版，并写下以上这些文字，是为序。

2005年4月8日

于中国政法大学

目 录

第一章 国际法与国内法的关系：以宪法为视角的研究	… (1)
第一节 导 论	… (2)
一、宪法与国际法	… (2)
二、“实践”与“理论”	… (4)
第二节 宪法与国际法的相互影响	… (5)
一、宪法对国际法的影响	… (6)
二、国际法对宪法的影响	… (8)
第三节 宪法在国际法中的地位	… (10)
一、宪法是否构成国际法的根据	… (10)
二、宪法例外吗	… (11)
三、国际法庭中的宪法	… (13)
第四节 国际法的国内地位与实施：宪法的作用	… (15)
一、习惯国际法	… (16)
二、条 约	… (20)
第五节 我国宪法与国际法	… (24)
一、我国宪法与习惯国际法	… (25)
二、我国宪法与条约	… (27)
第六节 结 论	… (30)
第二章 新外贸法与外贸代理制度研究	… (32)
第一节 我国外贸代理制概述	… (34)
一、外贸经营权放开的历史沿革与我国外贸代理制的产生和发展	… (34)

二、外贸代理概念	(37)
三、外贸代理的类型	(39)
四、外贸代理中当事人的权利义务关系	(40)
第二节 新《外贸法》与外贸代理的法律渊源	(43)
一、新《对外贸易法》	(43)
二、《民法通则》及其司法解释	(46)
三、《对外贸易代理制的暂行规定》	(47)
四、1999 年《合同法》	(51)
第三节 《合同法》关于间接代理的规定	(55)
一、知晓有本人的间接代理(第 402 条)	(56)
二、不知晓有本人的间接代理(第 403 条)	(57)
三、《合同法》第 403 条介入权、选择权和抗辩权	(57)
四、委托合同与外贸代理	(62)
五、行纪合同与外贸代理	(63)
第四节 两大法系和《国际货物销售代理公约》的 相关规定	(65)
一、两大法系	(65)
二、《国际货物销售代理公约》	(72)
第五节 关于我国外贸代理制度的若干建议	(74)
一、我国应考虑加入《代理公约》	(75)
二、应修订《民法通则》或制定《民法典》	(75)
三、我国应制定统一的《外贸代理条例》	(76)
四、《外贸法》修改后,应把民法的意思自治 等原则,列为外贸代理法的基本原则	(76)
五、代理人接受委托后,应把外贸经营业务从外 贸代理业务中剥离出来	(77)
六、应分别不同情况,确定代理双方的权利义务	(77)
七、应建立被代理人过错侵犯代理人利益的	

补偿的制度	(78)
八、应建立个人征信制度	(79)
九、应建立个人破产制度	(79)
第三章 国际私法中的离婚问题比较研究	(81)
第一节 离婚法律冲突的比较法分析	(82)
一、协议离婚与判决离婚	(82)
二、比较法的研究方法	(83)
三、离婚要件的法律冲突	(84)
四、离婚效力的法律冲突	(88)
第二节 离婚准据法适用的比较国际私法分析	(94)
一、比较国际私法的研究方法	(94)
二、离婚准据法适用的范围	(95)
三、是否区分形式要件和实质要件适用不同的 准据法	(95)
四、离婚效力的准据法	(103)
五、我国的制度分析与立法建议	(107)
第三节 涉外离婚的管辖权	(110)
一、离婚管辖权的冲突	(111)
二、离婚管辖权的协调	(116)
三、结 语	(129)
第四章 不方便法院原则研究	(131)
第一节 不方便法院原则概述	(131)
第二节 不方便法院原则的演变	(133)
第三节 美国不方便法院原则的司法实践	(136)
一、不方便法院原则的建立及“滥用程序” 标准的确立	(137)
二、美国“最适当法院”的确立标准	(141)
三、美国法院对不方便法院原则的适用	(146)

四、评估最适当法院需衡量的相关因素	(148)
第四节 英国不方便法院原则的司法实践	(151)
一、不方便法院原则在英国的缘起	(151)
二、不方便法院原则在英国法院的适用	(152)
第五节 多数大陆法系国家不适用不方便法院原则的原因分析	(158)
一、宪法的制约	(158)
二、管辖权制度的封闭性、严格性	(159)
三、法官的地位	(159)
四、对不方便法院原则的误解	(159)
第六节 适用不方便法院原则的效果	(160)
一、平衡宽泛的管辖权, 缓解国际民商事诉讼管辖权冲突	(160)
二、国际礼让, 有利于判决的承认、执行	(164)
三、减少选购法院, 公正审理案件	(166)
四、减轻法院负担, 提高审判效率	(169)
第七节 我国不方便法院原则的实践及立法建议	(171)
一、我国不方便法院的司法实践	(172)
二、我国立法引入不方便法院原则的必要性	(175)
三、立法建议	(179)
四、结 束 语	(185)
第五章 跨国破产关系法律适用	(187)
第一节 跨国破产案核心问题的提出	(188)
第二节 破产程序域外效力的基本理论和总体原则	(194)
一、破产属地主义	(194)
二、破产普及主义	(195)
三、在利益权衡中, 注重个案分析, 务实地寻找解决问题的出路	(197)

第三节 跨国破产的国际管辖权的确定	(198)
一、以债务人的住所地、主营业所所在地为依据 确定管辖权	(199)
二、以债务人的财产所在地为依据确定管辖权	(200)
三、以最有利于跨国破产案处理的法院行使 管辖权	(201)
第四节 跨国破产法律的选择适用	(202)
一、跨国破产案中进行法律选择适用的必要性	(202)
二、选择的准据法调整的对象范围	(205)
三、跨国破产案中程序性问题的法律适用	(206)
四、跨国破产案中实体性问题的法律适用	(207)
第五节 各国对破产程序域外效力的态度	(223)
第六节 结 束 语	(230)
第六章 国际产品责任法律问题研究	(232)
第一节 产品责任法发展历程概况	(232)
一、契约责任阶段	(233)
二、疏忽责任阶段	(235)
三、担保责任阶段	(237)
四、严格责任阶段	(238)
五、严格责任的危机与改革	(239)
第二节 产品责任的法律构成	(241)
一、缺陷的定义	(241)
二、产品缺陷的种类	(243)
三、损 害	(246)
四、产品自身损害及纯经济损失	(248)
五、产品缺陷与损害间的因果关系	(248)
第三节 国际产品责任的法律冲突	(251)
一、法律冲突的产生	(251)

二、法律冲突的表现	(252)
三、法律冲突的解决	(255)
第四节 国际产品责任的法律适用	(257)
一、西方主要国家的产品责任法律适用	(257)
二、《产品责任法律适用公约》	(260)
第五节 完善我国产品责任立法的思考	(264)
一、我国产品责任的法律渊源	(264)
二、中国产品责任法律制度评价	(268)
三、完善我国产品责任立法的建议	(277)
四、结 束 语	(284)
第七章 外国惩罚性赔偿判决承认与执行	
制度研究	(285)
第一节 惩罚性损害赔偿制度概述	(286)
一、惩罚性损害赔偿的涵义	(286)
二、惩罚性损害赔偿制度的发展轨迹	(287)
三、惩罚性损害赔偿的功能及法律特征分析	(291)
第二节 对各国惩罚性损害赔偿判决承认与执行	
之考察	(295)
一、美 国	(295)
二、加 拿 大	(296)
三、澳 大 利 亚	(297)
四、德 国	(298)
五、日 本	(299)
六、瑞 士	(300)
第三节 《海牙管辖权公约》(草案)对惩罚性	
损害赔偿判决承认与执行的协调	(301)
第四节 中国对外国惩罚性损害赔偿判决的承认	
与执行研究	(304)

一、中国有关惩罚性损害赔偿立法的完善	(304)
二、完善中国惩罚性损害赔偿判决承认与执行 立法的建议	(309)
第八章 互联网背景下的国际私法研究	(314)
第一节 互联网对传统冲突法的影响	(314)
第二节 互联网对国际私法实体法的影响	(316)
第三节 互联网对传统国际私法管辖权的挑战	(318)
一、互联网的全球性对传统管辖权理论的挑战	(318)
二、互联网对国际私法程序法的挑战	(322)
三、互联网管辖权问题的司法实践	(324)
四、对互联网管辖权问题的国际协调	(330)
第四节 互联网背景下国际私法问题的若干思考	(337)
一、对互联网背景下国际私法若干新理论 之评析	(337)
二、互联网背景下传统法律选择原则仍然 可以适用	(339)
三、互联网背景下应当对传统法律选择理论 进行突破	(340)
四、互联网背景下“最低联系”管辖权原则的 适用	(341)
五、国际社会应尽早制定一部专门调整网络 法律问题的国际公约	(341)
第九章 “两人权公约”与我国宪法人权规定之比较研究	(342)
第一节 “两人权公约”与我国宪法人权规定的 一致性	(343)
第二节 “两个人权公约”与我国宪法人权规定 的差异性	(346)

一、法律规范上的差异或冲突	(346)
二、宪政制度上的差异或冲突	(349)
三、理念传统上的差异和冲突	(352)
第三节 我国宪法人权规定的完善	(355)
第十章 国际刑事法院的地位问题研究	(362)
第一节 国际刑事法院与其他国际司法机构的关系	(363)
一、国际刑事法院与国际法院的关系	(363)
二、国际刑事法院与前南刑庭等特设国际 刑事法庭的关系	(365)
第二节 国际刑事法院与国内刑事司法机构的关系	(367)
第三节 国际刑事法院与联合国安理会的关系	(370)
一、国际刑事法院与安理会的合作关系	(371)
二、国际刑事法院与安理会的协调关系	(372)
第四节 国际刑事法院与美国	(378)
一、克林顿政府时期	(378)
二、小布什政府时期	(384)
三、对小布什政府敌视国际刑事法院措施的 法律评价	(389)
第十一章 国际法上的上级责任原则研究	(395)
第一节 上级责任原则的历史考察	(395)
一、上级责任原则的含义	(395)
二、上级责任原则的历史发展	(396)
第二节 与上级责任不免责原则的关系	(410)
一、上级命令不免责原则概述	(410)
二、上级命令不免责原则与上级责任原则 的关系	(413)
第三节 国际法与国内法的互动关系	(415)
第十二章 非政府组织在国际法上的地位研究	(422)

第一节 导 言	(422)
第二节 非政府组织之定义	(424)
第三节 非政府组织发展历程	(427)
第四节 非政府组织参与国际组织之运作	(432)
一、非政府组织的影响力与作用	(432)
二、非政府组织与联合国的关系	(433)
三、非政府组织与 WTO 的关系	(438)
第五节 非政府组织在国际法上的地位	(443)
一、享有特权及豁免权	(444)
二、国际条约缔结权	(444)
三、国际诉讼当事者的能力（不能向国际法院 提起诉讼，只能请求发表咨询意见）	(446)
四、国际求偿权及承担国际责任	(446)
第六节 结 束 语	(448)
一、促进国际法的编纂和逐渐发展	(448)
二、非政府组织在加强和实施国际法方面的 作用	(449)
三、非政府组织在国际诉讼程序中的作用	(449)
第十三章 用尽当地救济原则在解决 投资争议中的适用研究	(452)
第一节 用尽当地救济原则的含义	(452)
第二节 用尽当地救济原则的理论依据	(455)
第三节 用尽当地救济原则与卡尔沃主义及对自然 资源永久主权原则的关系	(457)
一、用尽当地救济原则与卡尔沃主义的关系	(457)
二、用尽当地救济原则与对自然资源永久主权 原则的关系	(459)
三、用尽当地救济原则的基本内容	(460)

第四节 国际投资争议解决方法	(462)
一、国际投资争端解决的含义和范围	(463)
二、国际投资争议的种类	(463)
三、国际投资争议解决的方法及意义	(464)
第五节 用尽当地救济原则在国际投资争端解决 中的适用	(466)
一、用尽当地救济原则在国际投资争议解决中 的适用范围	(466)
二、用尽当地救济原则适用的要求	(468)
第六节 用尽当地救济原则的例外	(471)
一、当地救济被视为已经用尽	(471)
二、当地救济规则已被放弃	(473)
第七节 用尽当地救济原则与 WTO 争端解决的关系	(476)
一、当地救济与 WTO 争端解决机制的关系	(476)
二、WTO 争端解决程序是否适用用尽当地救济 原则	(477)
第八节 用尽当地救济原则的理论价值和现实意义	(480)
一、用尽当地救济原则的理论价值	(480)
二、用尽当地救济原则的发展及现状	(481)
三、用尽当地救济原则的现实意义	(483)
四、中国有关立法实践及对该用尽当地救济 原则的态度	(483)
五、结 语	(488)
后 记	(489)

第一章 国际法与国内法的关系： 以宪法为视角的研究

国际法 (International Law) 与国内法 (Domestic Law)^① 的关系，是国际法中的一个重大理论问题^②，对于国际化程度日深的中国来说，“国际法在国内的地位，现在是一个突出的问题”^③。其中，“宪法与国际法的关系，久已是公法的争点”^④。这句话是周鲠生先生在上个世纪 20 年代所说，但是，其中所指的“争点”，不管是在理论层面还是在现实层面，迄今为止并没有结论，也没有结束。而且，讨论“宪法与国际法”的关系，对进一步认识国际法与国内法的关系有提纲挈领的功效。这正是本章的由来。本章的结构如下：导论中阐释选题根据及研究方法；第二节讨论宪法与国际法的相互影响；第三节衡量宪法在国际法中的地位；第四节

① 关于“国内法”，英文的表述有 Municipal Law, National Law, Domestic Law 以及 Internal Law 等等。前两者分别反映了“城邦”、“国家”在世界史上的地位，后两者，尤其是后者更适合当今的趋向。本章倾向于使用 Domestic Law 一词。

② 王铁崖先生很好地解释了国际法与国内法关系这一理论问题的重要性，认为它“牵涉到国际法的性质、国际法的渊源、国际法的效力根据、国际法的主体等国际法上带有根本性的问题”，而且，从根本上说，“这个问题是与法律的一般概念有密切联系的”。参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 177 页。

③ 周忠海：“中国的和平崛起需要加强研究的国际法问题”，载《河南师范大学学报》（哲学社会科学版），2004 年第 4 期，第 36-44 页，引文见第 37 页。

④ 周鲠生：“宪法中国的趋势”，载王铁崖、周忠海编：《周鲠生国际法论文选》，深圳，海天出版社 1999 年版，第 141-151 页（引文见第 149 页）。