

PKU INTERNATIONAL
AND COMPARATIVE
LAW REVIEW

北大 国际法与比较法 评论

第 7 卷 (总第 10 期)

- 8 月革命说与 4 月制定说——日本国宪法是何时制定的
- 中国建立国家人权机构是否应设立个人申诉制度
- 国际法院诉讼案件判决的执行问题探析
- 论国际法上的“一般法律原则”
- 论条约机构与多边条约的发展

图书馆



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

PKU INTERNATIONAL
AND COMPARATIVE
LAW REVIEW

北大
国际法◆比较法
评论

第 7 卷 （总第 10 期）

北京大学法学院 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大国际法与比较法评论. 第7卷: 总第10期/北京大学法学院编. —北京: 北京大学出版社, 2010. 1

ISBN 978 - 7 - 301 - 16041 - 1

I. 北… II. 北… III. ①国际法 - 文集 ②比较法学 - 文集
IV. D99 - 53 D908 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 197903 号

书 名: 北大国际法与比较法评论(第7卷 总第10期)

著作责任者: 北京大学法学院 编

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16041 - 1/D · 2456

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

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

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 20.75 印张 319 千字

2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 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, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

**本期刊物得到“北京大学创建
世界一流大学计划”的经费资助**

北大国际法与比较法评论编委会名单

主 编 陈一峰

编 委 陈艺方 龚一朵 廖思宇

刘 洋 吴思敏

《北大国际法与比较法评论》稿约

《北大国际法与比较法评论》(以下简称《评论》)是由北京大学法学院创办,研究生独立组织和编辑的国际法(含国际公法、国际经济法和国际私法)与比较法学术书刊,由北京大学出版社出版,公开发行,现向全社会广泛征稿。

《评论》定位于高水平的学术书刊,坚持学术自律、自主和自尊的方针。内容以论文、译文、评论、书评为主,还包括重要文件、动态、中国的实践、国际法和比较法教与学等栏目。

《评论》面向国内外征集稿件。《评论》内部有非常严格和标准的审理稿件的标准和程序规则。审稿人员从全国知名学者中聘请,采用双向匿名审稿制,坚持学术水平为唯一的审稿标准。初审通过的论文由编辑部隐去作者的姓名和工作单位,交由审稿人评审并提出书面的评审意见。审稿意见包括是否可以采纳或者如何进行修改,并阐述相关之理由。对于审稿人提出不予采纳或者应予以修改的论文,编辑部隐去审稿人的姓名和工作单位后交由作者,作者可以提出书面的不同意见,由编辑部复审。

《评论》采用一般学术刊物通行的注释体例;引用他人著作,请依著作权法规定注明出处,如有任何纠纷,均由作者自行负责。来稿请附英文标题,译文请附原文。论文请附 250 字左右的中英文内容摘要和 3 到 5 个左右的中英文关键词,并注明作者真实姓名,学历、任职单位、职称和通讯办法。来稿请尽量提供电子版(存为 word 文件)。

《评论》长期征稿。对《评论》的任何投稿都会在收到投稿之日起 3 个月内回复录用情况,请勿在审稿期间将稿件投向他处,如投向他处,请务必来信告知。

来稿经刊用目前未能支付稿酬,赠送该杂志一册。但在适当的时候,本刊将支付稿酬。

来稿请寄:北京大学法学院国际法研究所《北大国际法与比较法

评论》编辑部(100871)。欢迎使用电子邮件投稿:ilreview@law.pku.edu.cn, lawintl@yahoo.com 或者 lawintl@hotmail.com。请尽量将您的稿件都投向上述三个电子邮件,以便确保我们能够收到。欢迎交流、建议或者咨询。

《北大国际法与比较法评论》编辑部

2009 年 4 月

Note to Contributors

Peking University International and Comparative Law Review (PKUICLR) is an official publication of Peking University Law School, and it is the first academic journal in the People's Republic of China specialized in international law and comparative law jointly.

PKUICLR welcomes manuscripts on current topics of interest to the international and comparative law community. PKUICLR dedicates a portion of each issue to showcasing student research in international and comparative law. We invite you to contribute with articles, comments, notes, recent development, case analysis, and book reviews in the field of international law and comparative law.

Articles, comments and notes submitted to PKUICLR are preferred to be original contributions and previously unpublished. All the contributions to PKUICLR in foreign languages will be translated into Chinese if accepted for publication. If published articles or comments are submitted, the author should be responsible for the copyright issue.

All the authors will not be paid remuneration if contributions are accepted for publication, but we will send one copy of the issue to you as a remembrance. The manuscript of each article should include a summary of about 150 words, describing the main arguments and conclusions of the article, as well as 3 to 5 key words. The manuscript shall also be attached with the brief introduction about the author, including the name, position, educational background, etc.

All contributions should be typed, double-spaced, and in duplicate, with a diskette if possible. Electronic submission is preferred, as an email attachment in Microsoft Word v. 7.0 or above. Please send electronic submissions to lawintl@hotmail.com or lawintl@yahoo.com. Materials

may be submitted at any time of the year and, if accepted for publication, will be published at the earliest available opportunity. PKUICLR greatly appreciates all contributions and attempts to notify authors of acceptance or rejection as quickly as possible.

Please send your submission to:

Editor's Board of *Peking University International and Comparative Law Review*

International Law Institute, Law School, Peking University
Beijing, the People's Republic of China
100871

Contents

Articles

- When was the Constitution of Japan made? Comments
on the August Revolution Doctrine and April
Made Doctrine by [Janpan] Yamashita Takeshi,
trans. by [Janpan] Masui Yasuki (3)
- Shall the Mandate of Individual Complaint be Included
when Establishing the National Human Rights
Institution of China by Guo Sanzhuan (20)
- An Analysis on the Enforcement of the ICJ Judgment
on Contentious Cases by Xu Chuxu (44)
- The Provisional Measures of the International Tribunal
of the Law of the Sea by Ma Weiyang (70)
- On the International Law of “General Principles of Law”
..... by Jiang Shibo (98)
- Treaty Organs and its Impact on the Development of Multilateral
Treaties—From the Perspective of the COP Management
System under MEAs By Chen, Xiaohua (121)

Comments

Conditions for the Implementation of International

Humanitarian Law in Non-International Conflict:

A Study on the Source and Streams by Yan Tian(153)

An Outline of the Relationship between International

Trade and the Protection of Labour's Rights ... by Huang Tao(178)

Notes

Activities of International Human Rights Institutions

(January 2006 to December 2008)

..... by Wu Simin, Chen Yifang(205)

Activities of the European Union

(January to December 2008) by Liu Yang(254)

Materials

Transboundary Aquifers (287)

Optional Protocol to the International Covenant on

Economic, Social and Cultural Rights (295)

Convention on Cluster Munitions (304)

目 录

论 文

8 月革命说与 4 月制定说

——日本国宪法是何时制定的？

..... [日]山下威士 著 [日]真水康树 译 (3)

中国建立国家人权机构是否应设立个人申诉制度？ ... 郭三转 (20)

国际法院诉讼案件判决的执行问题探析 许楚旭 (44)

国际海洋法法庭的临时措施研究

——兼析国际法院的临时措施 马伟阳 (70)

论国际法上的“一般法律原则” 姜世波 (98)

论条约机构与多边条约的发展

——以多边环境协定下的缔约方大会管理制度为例

..... 陈晓华 (121)

评 论

非国际武装冲突适用国际人道法的条件:源流考释 阎 天 (153)

国际贸易与劳工权利保护之关系论纲 黄 韬 (178)

综 述

国际人权机构实践综述

(2006 年 1 月—2008 年 12 月) 吴思敏 陈艺方(205)

欧盟活动综述

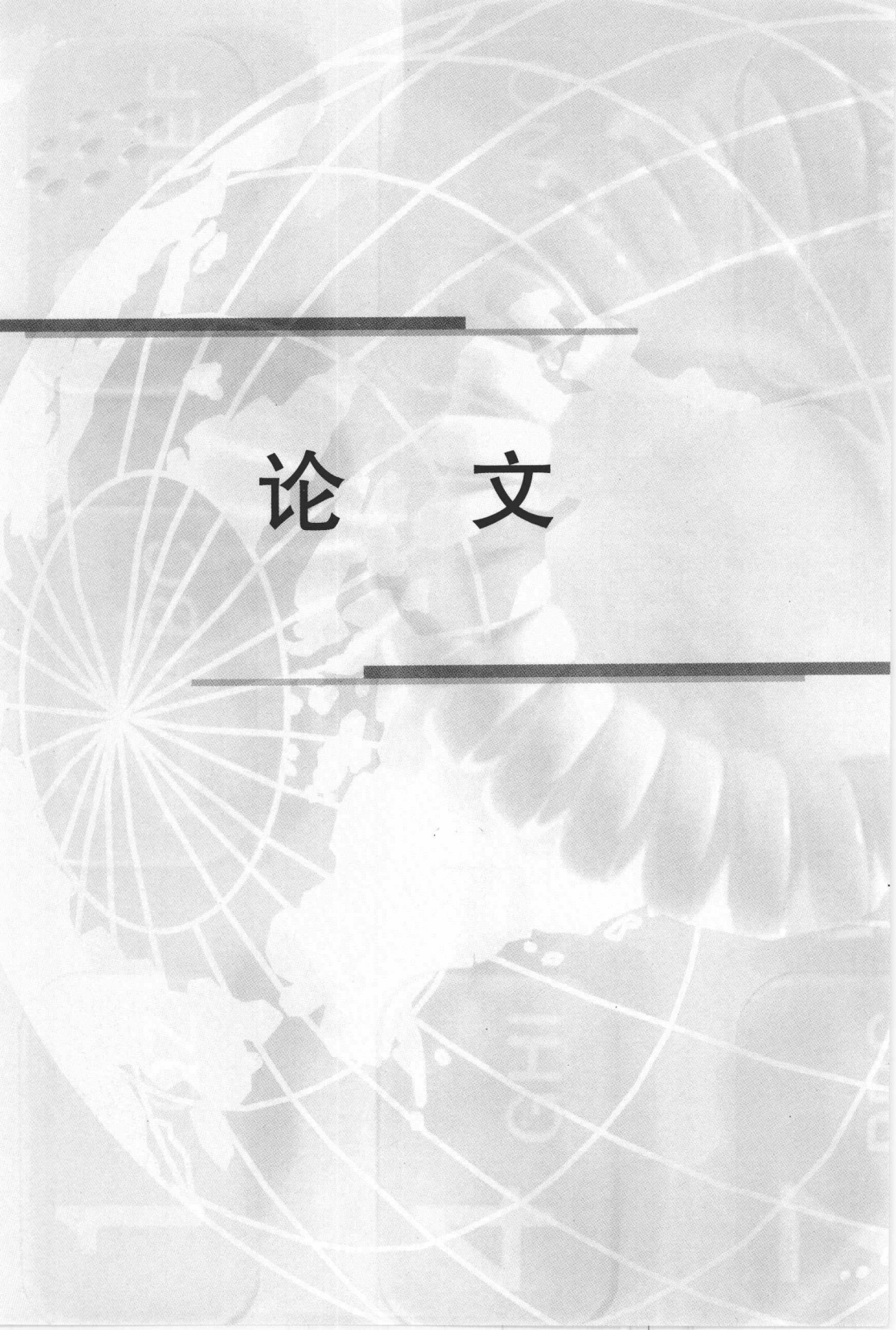
(2008 年 1 月—12 月) 刘 洋(254)

资 料

跨界含水层法 (287)

经济、社会、文化权利国际公约任择议定书 (295)

集束弹药公约 (304)



论文

8月革命说与4月制定说

——日本国宪法是何时制定的？

◇〔日〕山下威士*著 〔日〕真水康树译

内容提要 不用说,《日本国宪法》(“日本国宪法”是专有名词,在此不使用在中国常用的“日本宪法”一词)是日本的现行宪法,它被认为是第二次世界大战后民主主义的支柱。对于1946年11月3日《日本国宪法》的制定,解释论中有宫泽俊义的(1945年)“8月革命说”,本文通过对该说的批判性分析,探讨《日本国宪法》的正当性及其法律意义,以及制定该宪法之时日本国的主权所在。自从1947年日本实施该宪法,5月3日已经被作为全国的节日——宪法纪念日。民众都认为该宪法是1946年制定的。本文介绍了学术界支持该宪法制定正当化的解释理论的8月革命说以及修正该说的10月革命说。但是,它们没有正面处理当时的日本处于占领状态这一事实。因此,它们并没有明确《日本国宪法》的正当性及其法律上的意义、当时的主权所在等。本文作者认为:从1945年9月2日(在密苏里号上日本签署投降书之日)到1952年4月28日(旧金山媾和条约生效日)的占领期间,日本的主

* 山下威士,法学博士、日本公法学会理事。新潟大学首位常务副校长,曾经历任法学部部长(法学院院长)、校长特任辅佐(校长特别助理)、法科大学院研究科科长(法学院研究生院院长)。研究方向为公法原论、国家基本法、宪法。

权停止。以此为前提,在此期间的主权者是同盟国,而《日本国宪法》仅仅是占领法规的一部分。日本恢复主权之后,《日本国宪法》摆脱占领法的地位,获得了宪法的地位(这就是本文题目中的(1952年)“4月制定说”)。另外,在日本还存在着关于宪法制定的保守解释说,它们主张《日本国宪法》的制定无效,认为1952年4月日本通过恢复主权使《日本国宪法》恢复了效力(笔者把它叫做“日本国宪法无效论”)。笔者对日本国宪法无效论的逻辑论证给予一定的评价,完全否定日本国宪法的复活,因此,笔者站在完全不同的立场上。

一、制定宪法的意义

宪法的制定以国家的变革为前提。让我们从法学的角度来分析一下这个问题。

为什么要制定宪法?国家变革后成立的政权为了使自己统治正当化,就需要制定宪法。因此,它必然有两个方面的内容。

其内容之一是对过去统治的批评与反省,以此确保新政权统治的正当性。有时,《日本国宪法》被认为是“对于过去的致歉信”,从这个意义上说,此评价是正确的。

另外一个内容是面向未来,表明新政权的统治追求的是什么理念;新政权的统治坚持这样一种理念,便可以提高其统治的正当性。洛文斯坦在世界宪法存在论的分类中,提出了“名义论上的宪法”这样一个类型,该类型的宪法的存在不以被实际适用为目的,它的首要功能是教育。打个比方,“这类宪法就好像目前收在衣柜里的一件衣服,等到民众长到适合‘宪法’的尺寸时再穿”。^[1]但是,这不是作为一个特定类型存在的宪法,所有的宪法都多少带有这种性质。人们讥讽《日本国宪法》是“不切实际的”、“理想主义的”宪法,但应该说这是宪法的普遍特征。

《日本国宪法》(以下简称“1946年宪法”)也是以1945年8月的

[1] K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 1957, Chicago/London, p. 147f. (阿部·山川「现代憲法論」有信堂, 1967年, 187—188頁)。