

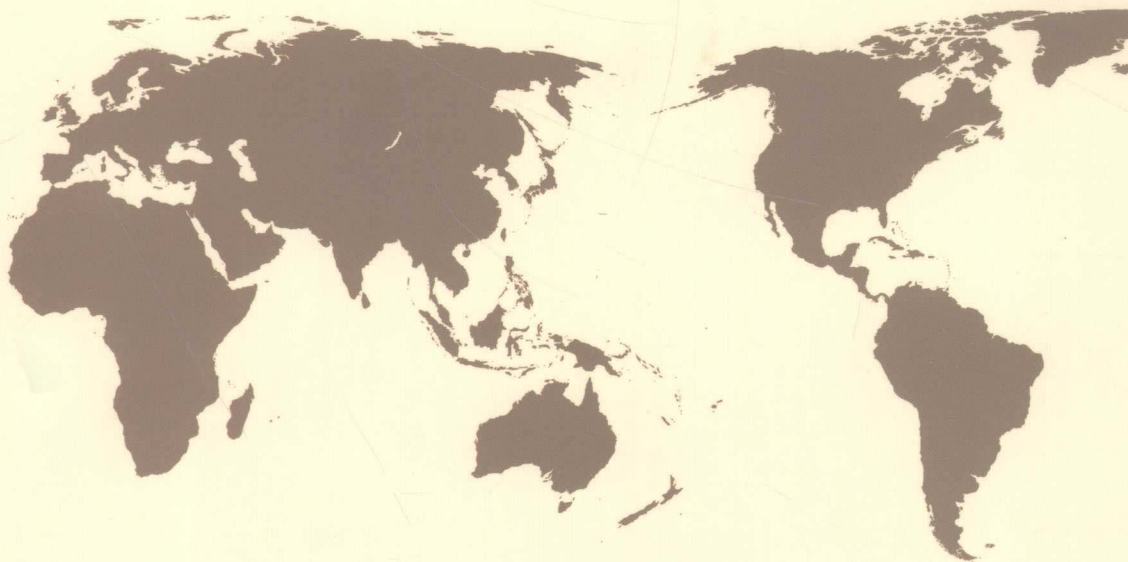
主 编 沈涓

国际法研究

CHINESE INTERNATIONAL LAW REVIEW

中国社会科学院国际法研究所

第五卷



中国人民公安大学出版社

中国社会科学院国际法研究所

国际法研究

CHINESE INTERNATIONAL LAW REVIEW

第五卷

主编 沈 涓

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法研究. 第5卷/沈涓主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 1
ISBN 978-7-5653-0700-3

I. ①国… II. ①沈… III. ①国际法—研究 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 250352 号

国际法研究

第五卷

主编 沈 涓

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2012 年 1 月第 1 版

印 次: 2012 年 1 月第 1 次

印 张: 24

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 449 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-0700-3

定 价: 75.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zhs@cppsup.com zhs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

《国际法研究》编委会和编辑部成员名单

编委会主任：陈泽宪

副主任：陈 甦

编 委：（按姓氏笔画排列）

王可菊 王翰灵 孙世彦 朱晓青

刘楠来 刘敬东 陈泽宪 陈 甦

沈 涓 林 欣 柳华文 赵建文

陶正华 黄东黎 蒋小红 廖 凡

本 卷 主 编：沈 涓

编辑部主任：柳华文

前 言

—

尽管国际法的产生已有长久历史，但在这历史进程中，国际法一直距一般民众较远。在中国，或许在其他国家同样如此，人们觉得国际法与自己的生活关系微弱，对自己的利益没有影响，因此，也少有了解国际法内容的兴趣和必要。这使国际法学成为不为外界所了解的精深学术，国际法规也只为极少数人熟悉。几日前外出，看到街上的墙上写着标语：“认真贯彻《中华人民共和国未成年人保护法》！”想来对这部法民众一定不陌生，它直接关系千家万户切身利益。但如果街上出现“认真贯彻《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》！”的标语，一定会使很多人漠视，很多人疑惑。作为学科也好，作为部门法也好，国际法都是锁在深宅人不识，犹如阳春白雪，不近人烟，高山流水，难遇知音。

今天，历史进入 21 世纪，国际社会表现出了大村落、大家庭的特征。人员的流动、通信的发达、网络的神通，缩短了国家之间的距离，扩大了人的活动范围。对一个国家的普通民众而言，涉外关系不再陌生，人们较之以前更关心国际社会的重大事态和事件，本国之外的战争、恐怖事件、天灾人祸都可在第一时间获知，与外国相关的贸易、运输、婚姻时常在周围发生，说不定自己什么时候就成为国际贸易或国际婚姻的当事人。外国的事或国际的事不再是完全与自己无关的事，国际法也不再是可以完全忽视的规则。至此，国际法开始走向民众，为越来越多的人所认识 and 了解。

当今的国际社会已经成为一个“公共社会”。在这样的社会，每一个国家不再是一个个高墙深院的独立体，各国民众有了更多超出本国范围的活动，有了更多的共同利益，甚至有了更多必须共同承担的不利后果。于是，唇齿相依、唇亡齿寒已经不再只是相邻国家之间关系的喻说，而是整个国际社会所有国家、所有个人之间关系的解说。公共社会有了更多共有权利，更多共担义务，也有了更多合作的需求，更多公共裁判的需求，更多服从统一规则的需求，因此，相比国内法，国际法在公共社会有着更大的作用。国际人道法、国际人权法、海洋法、国际贸易法、国

际投资法、国际金融法、国际民商事法律适用法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁法、国际环境法、国际刑法等，这些法律在公共社会中日益发挥越来越大的作用。

因此，国际法一定是未来人类社会最重要的法律之一，也一定是与国际社会每个人关系越来越密切的法律。

二

在过去的 2010 年，中国国际法领域最重要的事件莫过于中国第一部系统和独立的国际私法法规《涉外民事关系法律适用法》的颁布。这部新法规于 2011 年 4 月 1 日开始实施。

改革开放 30 多年，中国的对外关系有了巨大变化，中国与其他国家之间政治、经济的交往在范围和数量上都有了空前的增长，同时，涉外民商关系的发展也已达到前所未有的蓬勃。对一部国际私法法规的需求在中国越来越迫切。

2010 年以前的 30 年间，中国没有一部国际私法法规，只有散在多个相关法规中的若干国际私法规范。相对集中的是 1986 年颁布的《民法通则》第八章中的 9 条规范，这是奠定中国国际私法立法根本的规范。但相对于日益发展的涉外民商关系，这 9 条规范以及分散于其他相关法规中的国际私法规范实在是太过粗简。这种立法状况与中国对外民商关系的状况不适应，也与中国目前这样一个开放的大国形象不符。

过去的 50 年是国际社会进入国际私法法典化的时代，除了海牙国际私法会议制定了数十部国际私法公约之外，各国也纷纷制定和修改国内国际私法法规，即使在亚洲和非洲，一些涉外关系并不发达的国家也积极参与了国际私法法典化趋势。而在中国，情形却有些怪异。一边是迅猛发展的涉外民商关系，另一边却是数十年少有变化的极其粗简的国际私法规范和相应的司法解释在调整着这些涉外民商关系，其中的力不从心和举步维艰可想而知。

现在，全新的中国国际私法法规终于颁布并实施了。这部法规以 52 条条文的容量，已远比此前的《民法通则》第八章中的 9 条条文和其他法规中的国际私法条文要丰足得多。虽然，新法规仍有不够完善之处，但它的产生在中国国际私法历史上无疑有重大意义，它结束了中国此前数十年没有独立系统的国际私法法规的情况，也填补了此前国际私法规范对一些涉外民商关系没有作出规定的空白，其中重要的如协议离婚、遗嘱继承、消费者合同、劳动合同、产品责任、网络侵权、不当得利、无因管理等，以前的立法没有涉及，新的立法已作出规定。

2010 年中国新的国际私法法规的产生，不仅是中国国际私法的发展，也是中

国整个国际法的发展和进步。

三

“国际法论坛”至今已至第七届,《国际法研究》也已有了第五卷。由于前六届“国际法论坛”的成功举办,使论坛在中国国际法领域赢得了一定赞誉,日渐巩固了这一中国国际法交流平台的基础,中国社会科学院为了进一步推进论坛的发展,将“第七届国际法论坛”列入了“中国社会科学论坛”系列,给予了大力支持,并将对《国际法研究》的出版给予资助。在“第七届国际法论坛”上,有多位来自欧洲、美洲和亚洲的国际法学者登上了这一平台,与中国国际法学者一起交流和探讨共同关注的国际法问题。这标志着“国际法论坛”开始走向世界,进入一个新的发展阶段。

在《国际法研究》第一卷的“创刊词”中,我们曾经表明,我们愿意以推进中国国际法发展的热情和责任,为办好“国际法论坛”和《国际法研究》而努力。几年来,我们得助于与我们有着同样的热情和责任的支持和参与,“国际法论坛”和《国际法研究》都有了良好的气象。没有这样的支持和参与,就没有这样的发展。这使我们十分欣慰,也激励我们今后以更大的热情和责任扩大这一国际法交流平台。

让更多的人了解国际法,让国际法在未来的人类社会发挥越来越大的作用,让中国的国际法获得更大发展,我们应该为此继续作出贡献。

沈 涓

2011年8月

目 录

前言	(1)
----------	-----

学术论坛

武装冲突的定义和反恐	凌 岩 (3)
“安全例外”条款与自由贸易政策的价值冲突与协调	傅廷中 (14)
东亚共同知识产权国际私法原则的必要性与可能性 [日] 木棚照一 谢新胜译	(24)
国际人权法中的比较法	孙世彦 (34)
论国际组织的私法争端解决机制	李 赞 (46)
几内亚湾海洋争端所提出的挑战	[加纳] 欧 马 段秀丽译 (74)
国际商事仲裁程序自治与仲裁地强制性规则	谢新胜 (107)

前沿动态

国际人权法的发展及其实施现状	赵建文 (121)
CAFTA 的发展与展望：东亚共同体与 TPP	何 力 (139)
贸易保护主义背景下的人民币汇率法律问题	廖 凡 (152)
论多哈回合补贴与反补贴规则谈判的方向及对中国的影 傅东辉 李 烨 颜春复	(166)
全球金融危机后的欧盟金融市场法律改革 [瑞典] 斯迪克·塞雅德 廖 凡 译	(185)

站在世界贸易的法律舞台

- WTO 之父约翰·杰克逊访谈录…………… 黄东黎 (197)

百家评论

评国际法院关于“科索沃宣布独立是否符合国际法”的咨询意见

- …………… 朱文奇 (207)

两岸钓鱼岛列岛周边海域执法合作机制研究 …………… 金永明 (215)

从统计角度解析我国法院的涉外民商事案件管辖权 …………… 郭玉军 刘元元 (239)

美国《外国人侵权请求法》述评…………… 李庆明 (258)

以例说法

雷曼的溢出效应：合作抑或监管套利？

- …………… [德] 伦纳·库尔姆斯 廖凡 译 (289)

韩国承认与执行外国商事仲裁裁决实务研究…………… 李永申 (329)

信息综述

第七届国际法论坛：“后危机时代的国际法治”学术研讨会综述

- …………… 沈 涓 谢新胜 张文广 夏丁敏 (341)

Contents

Editor's Word	(1)
---------------------	-----

Forum

Definition of Armed Conflict and Armed Struggles against Terrorism	Ling Yan (3)
Conflict between and Coordination of the Values of the “Security Exceptions” and the Policy of Free Trade	Fu Tingzhong (14)
The Need and Possibility for Common Principles on Private International Law on Intellectual Property Rights in East Asia	Shoichi Kidana (24)
The Role of Comparative Law in International Human Rights Law	Sun Shiyan (34)
On the Settlement Mechanism of Private Disputes of International Organizations	Li Zan (46)
Challenges in Maritime Disputes in the Gulf of Guinea	Omar Farouk Mahama Ibrahim (74)
Party Autonomy in International Arbitral Process and Mandatory Rule of Seat of Arbitration	Xie Xinsheng (107)

Frontier

The Present Situation of Evolution and Implementation of International Human Rights Law	Zhao Jianwen (121)
Development and Prospect of CAFTA; Eastern Asian Community and TPP	He Li (139)
Some of the Legal Aspects of the RMB Exchange Rate in the Background of Trade Protectionism	Liao Fan (152)

Subsidy and Countervailing Measure Rules Negotiation of Doha

Round and its Impact on China Fu Donghui Li Ye Yan Chunfu (166)

EU Financial Market Legal Reforms after the Global Financial Crisis

..... Sideek Seyad (185)

On Legal Stage of the World Trade

——An Interview on the Founding Father of the

ATT/GATT John Jackson Huang Dongli (197)

Notes and Comments

On the Opinion of ICJ on the Independence of Kosovo Zhu Wenqi (207)

On the Cooperative Enforcement Mechanism in the Marine Areas around

Diaoyu Islands between Mainland China and Taiwan Jin Yongming (215)

A Statistical Analysis of the Chinese Courts' Jurisdiction over Civil and Commercial

Cases Involving Foreign Elements Guo Yujun Liu Yuanyuan (239)

A Brief Comment on the Alien Tort Claims Act of the United

States Li Qingming (258)

Case Analysis

Lehman's Spill – over Effects: Cooperation v. Regulatory Arbitrage?

..... Rainer Kulms (289)

Practical Study on Recognition and Execution of Foreign Commercial

Arbitral Awards in Korea Li Yongshen (329)

Information and Summary

An Overview of the Seventh International Law Forum: “International

Rule of Law in the Post – Crisis Era”

..... Shen Juan Xie Xinsheng Zhang Wenguang Xia Dingmin (341)

学 术 论 坛

武装冲突的定义和反恐

凌 岩*

【内容提要】 现行国际人道法区分了国际性武装冲突和非国际性武装冲突，但是，没有一个普遍接受的武装冲突定义，从而不利于区分哪些是武装冲突，哪些不是武装冲突，尤其难以对恐怖袭击和反恐武装斗争进行定性，因此有必要对武装冲突作出定义。本文分析了国际法协会提出的武装冲突定义的两个特征，认为以有组织的武装团体之间存在一定激烈程度的战斗作为判断存在武装冲突的标准，而不考虑行为者的主体地位以及冲突发生的时间或空间，可以解决将国家与国际恐怖组织作战定性为武装冲突的问题，也可以更合理地解决国际人道法的适用范围问题。

【关键词】 武装冲突定义 反恐 国际人道法

【Abstract】 The existing international humanitarian law distinguishes non - international armed conflict from international armed conflict. But there is no generally accepted definition of "armed conflict". Therefore, it is uneasy to determine whether a particular situation such as terrorist attacks and armed struggles against terrorism are armed conflict. Accordingly, there is a need to define the concept of "armed conflict". This paper analyzes the two characteristics of "armed conflict" provided by International Law Association. Intensity of fighting between organized armed groups test can be carefully used to characterize armed struggles against terrorism as armed conflict, regardless of the legal status of terrorist organizations, the time or territory within which the armed struggles take place. The definition can also provide a more reasonable solution to the scope of application of international humanitarian law.

【Key Words】 Definition of armed conflict Armed struggles against terrorism International humanitarian law

* 中国政法大学教授。

一、武装冲突的性质

(一) 国际性武装冲突

众所周知,国际人道法适用的条件是发生了武装冲突。只要断定发生了武装冲突,国际人道法就予以适用。如果不存在武装冲突,国际人道法就予以不适用。因此,武装冲突的定义是非常重要的。遗憾的是,国际上没有一个普遍接受的武装冲突的定义。现在的情况是:1949年四个《日内瓦公约》及其附加议定书将武装冲突分为两类:一类是国际性的武装冲突,另一类是非国际性的武装冲突。对于国际性武装冲突,根据《日内瓦公约》共同第2条的规定,是指两个以上国家之间的任何武装冲突,无论两国之间是否宣战。外国占领一国领土时,不论是否受到抵抗都是国际性武装冲突,^①即国际性武装冲突的主体是国家。这一点是得到普遍承认和国际判例的支持的。^②但是,1977年《第一附加议定书》把国际性武装冲突的范围扩大到反殖民主义、外国占领和在行使自决权时反对种族制度的武装斗争。^③这证明国际性武装冲突的范围在发展,国际人道法的适用范围也在扩大。

值得注意的是,现在国际上有一种说法:即使交战一方不承认敌方的政府,其间的冲突也可能是国际性武装冲突。^④如果这种说法被广泛接受将会对中国产生不利,因为中国认为台湾地区是中国的一部分,中国不承认台湾当局为一个国家的政府,若在中国为维护领土和主权完整而与台湾地区的武装部队发生武装冲突时,只是一国的内政问题,是法律允许的。充其量适用非国际性武装冲突的国际人道法。^⑤如果不论是否承认对方政府都被视为国际性武装冲突,那么,适用于国际性武装冲突的国际人道法将适用,而且中国对台湾地区使用武力也有被视为侵略的危险。不过,这个问题不是本文重点要讨论的。

① 见红十字国际委员会:《日内瓦四公约及其附加议定书》中文版,第3、27、47、107页。

② Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Hart Publishing, 2008, p. 10. The Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 October 1995, para. 70; Prosecutor v. Akayesu, Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 620.

③ 见红十字国际委员会:《日内瓦四公约及其附加议定书》中文版,第160页。

④ How Is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law? International Committee of the Red Cross Opinion Paper, March 2008.

⑤ 见《罗马规约》第8条第3款的规定。

（二）非国际性武装冲突

关于什么是非国际性武装冲突，尽管《日内瓦公约》共同第3条和1977年《第二附加议定书》都规定适用于非国际性武装冲突，但《日内瓦公约》共同第3条没有对适用范围予以说明，《第二附加议定书》的规则是发展和补充共同第3条而又不改变共同第3条适用的条件。^①具体地说，《第二附加议定书》明确规定它所适用的非国际性武装冲突是发生在一国领土内，一国的武装部队与持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突。非政府的武装部队必须有负责的统帅、对一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行《第二附加议定书》。^②国际刑庭判例指出，非国际性武装冲突与国际性武装冲突的区别在于，非国际性武装冲突的主体不是主权国家，而是一国的政府与在该国领土内的一个或数个武装团体的冲突。^③适用《第二附加议定书》的非国际性武装冲突的范围比较窄，从字面上看，只包括一国政府与该国境内的武装集团之间的国内武装冲突，排除了《第二附加议定书》对一国境内的非政府武装集团之间的武装冲突的适用。因此，国际刑庭的判例还指出，《第二附加议定书》的适用门槛要比《日内瓦公约》共同第3条的适用门槛高些。如果一个武装冲突满足了适用《第二附加议定书》的条件，也就自动满足了适用《日内瓦公约》共同第3条的条件。^④

有意思的是，前南斯拉夫国际刑庭的判决将一国境内的非政府武装集团之间的武装冲突归类为非国际性武装冲突，虽然不适用《第二附加议定书》，但是适用《日内瓦公约》共同第3条。^⑤而国际刑事法院的《罗马规约》则把严重违反《日内瓦公约》共同第3条以外的有关非国际性武装冲突的法规和惯例的其他行为都适用于一国境内的非政府武装集团之间的武装冲突，^⑥造成了《日内瓦公约》共同第3条和《附加第二议定书》适用范围的不确定性。

国际人道法将武装冲突分为国际性和非国际性两类，主要原因是由于国内的武

① 《第二附加议定书》第1条第(1)款，红十字国际委员会：《日内瓦四公约及其附加议定书》中文版，第221页。

② 《第二附加议定书》第1条第(2)款，同上注，第221~222页。

③ Prosecutor v. Musema, Judgment, Case No. ICTR-96-13-T, 27 January 2000, paras 247-248.

④ Prosecutor v. Rutaganda, Judgement, Case No. ICTR-96-3, December 6, 1999, para. 94.

⑤ The Prosecutor v. Tadi, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

⑥ 《罗马规约》第8条第6款。

装冲突传统上是在一国的管辖范围内，国家不愿意让其他国家插手本国的事务，亦不愿意将国内管辖的事项国际化，从而增强了反政府叛乱团体的势力。“二战”以后，由于国际社会对人权、人道主义的重视，认为在国际性武装冲突中不得从事的非人道行为，在国内武装冲突中也不应该允许，这样才使国际人道法也对非国际性武装冲突予以适用。现在，国际上有人进一步主张无须区别国际性和非国际性武装冲突，只要是武装冲突，就都适用同样的国际人道法。^①但是，毕竟非国际性武装冲突或国内武装冲突都发生在一国国内，国家对冲突方有固有的管辖权，国际人道法在两种不同的冲突中的适用范围是不可能完全相同的。例如，在非国际性武装冲突中，没有规定冲突方武装部队的人员是战斗员，有权直接参加敌对行为，因此，政府部队俘获国内武装冲突另一方的成员，可以按照国内法审判他们从事的反政府的敌对行为，即使他们在作战中遵守了人道法。而在国际性武装冲突中，战斗员有从事敌对行动的权利，他们若被对方俘获，按照国际人道法的规定，不能就他们参加敌对行动审判他们，而只能因他们在从事敌对行动中严重违反国际人道法追究他们的刑事责任。

（三）反恐斗争的武装冲突性质

当前，国际上出现了一些非政府的武装团体，特别是武装的恐怖组织对一些国家的恐怖袭击，对国际和平和安全造成很大威胁。问题是这种恐怖袭击以及诸如黎巴嫩真主党和以色列的冲突，美国在遭受“911”恐怖袭击后宣布的“对全球恐怖主义进行战争”，是否属于国际性或非国际性武装冲突？对于这个问题，学者的意见和国际实践都不一致。有的学者认为《日内瓦公约》共同第3条的范围足够广泛把所有的非国际性武装冲突都包括进去；也有的学者认为应该承认有另一种武装冲突，包括国家和在国外的恐怖主义之间的冲突。美国 and 以色列都把它们与恐怖组织的冲突作为武装冲突对待，而有些国家则把恐怖行为作为刑法上的犯罪来对待。

从《日内瓦公约》体系对上述国际性和非国际性武装冲突的定义来看，这种恐怖袭击以及对恐怖袭击的武力应对大都既不属于当前国际性武装冲突的概念，也不属于非国际性武装冲突的范围。首先，恐怖主义组织不是一个主权国家，除非一国的政权是在恐怖主义组织的掌控之下，使恐怖行为成为国家行为外，恐怖组织对一国的恐怖袭击以及被袭击国家采取的相应武力措施不是发生在两个主权国家之间的国际性武装冲突。但是，又不能否认，恐怖主义组织经常是在一国的领土上进行策划、准备和发动在另一国的领土上的恐怖活动，具有国际或跨国的因素。其

^① James G. Stewart, Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict, IRRC June, 2003, Vol. 85.