

当代国际法专题研究

王瀚
等著



Issues on
Contemporary
International Law

西北政法大學學術文庫

國際法系列

法律出版社

当代国际法专题研究

王瀚等著



Issues on
Contemporary
International Law

西北政法大学学术文库

国际法系列

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代国际法专题研究 / 王瀚等著. — 北京: 法律出版社, 2011. 7

(西北政法 University 学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2041 - 9

I. ①当… II. ①王… III. ①国际法—研究 IV.
①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 060443 号

西北政法 University
学术文库

当代国际法专题研究

王 瀚 等著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 19 字数 461 千

版本 2012 年 8 月第 1 版

印次 2012 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2041 - 9

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大学在本校教师的研究成果中遴选出版的一套学术丛书，希望它能代表西北政法大学的学术导向、学术风格和学术水平。

西北政法大学来源于中共中央 1937 年在延安创办的第一所干部学校——陕北公学。陕北公学生于战火，旨在救亡。毛泽东就在亲自讲学时鼓励学生：因为有陕公，中国不会亡。1949 年，由陕北公学等学校合并而成的延安大学奉命南迁西安，成立西北人民革命大学，是为了给西北地区新成立的各级人民政权培养干部，它的办学风格自然与本来意义上的大学大异其趣。再后来院校合并，西北大学法律系并入，形成法学教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停办。“文革”后恢复，主管由最高人民法院而变为司法部，后变为陕西省；校名由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院，最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难，师生筚路蓝缕，总算成就了一个全国法学人才

重要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校的两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全中国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系,等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学的学人的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究等领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科性大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学渊结构显著改善。近五年承担国家社科基金项目 42 项,名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果,西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论,说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪,闻者足戒,我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者,不外乎两个原因:一是研究了伪问题,而不是实在的问题。娱乐记者

可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕,但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题,但没有真研究。真正的研究要大量搜集资料、广泛调查事实、深入思考道理,而不能东拼西凑、东拉西扯,让读者不知所云。如前所述,西北政法大学的师生一直很实在,出书不太多,其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来,能写书的学者多了,学校又狠抓科研工作,质量问题自然要引起关注。

所以,本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们:真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

目 录

第一章 国家的国际法律义务理论与实践/1

第一节 国家责任与对国际社会整体的义务/1

一、对国际社会整体的义务：从提出到被接受/1

二、国家责任编纂及其对国际义务的分类/3

三、国际义务的分类及层次/7

第二节 “对国际社会整体的义务”的提出

及其影响/17

一、“巴塞罗那牵引公司”案“对国际社会整体的义务”
概念的提出/17

二、“巴塞罗那牵引公司”案产生的影响/23

三、“对国际社会整体的义务”概念的背景与孕育/28

四、“巴塞罗那牵引公司”案后国际社会整体的义务的发
展/42

第三节 “对国际社会整体的义务”的定义与特 征/59

一、“对国际社会整体的义务”的概念/59

二、“对国际社会整体的义务”这一概念与国际法上的
有关概念的区别和联系/60

三、“对国际社会整体的义务”的基本特征/61

四、“对国际社会整体的义务”的范畴或外延/64

五、违背“对国际社会整体的义务”的法律后果/64

六、“对国际社会整体的义务”在现代国际法体系中的地位/66

第四节 “对国际社会整体的义务”的法理基础/68

一、国际法上的人类共同利益与防止“公地的悲剧”/68

二、国际法上的人类基本价值：和平、安全与人权/77

第二章 国际人道法的编纂与发展/81

第一节 《习惯国际人道法》概述/85

一、促成《习惯国际人道法》形成的若干因素/85

二、编纂《习惯国际人道法》的简要过程/93

三、《习惯国际人道法》的主要成果/99

第二节 《习惯国际人道法》编纂的指导思想——统一国际人道法理论/103

一、国际人道法体系的“一元论”与“二元论”之争/104

二、《习惯国际人道法》对“一元论”的贯彻/107

三、对《习惯国际人道法》编纂指导思想的评析/115

本节小结/124

第三节 《习惯国际人道法》对国际人权法的运用/125

一、《习惯国际人道法》运用国际人权法的可行性/126

二、国际人权法在《习惯国际人道法》中发挥的作用/132

三、《习惯国际人道法》运用国际人权法的瑕疵/139

本节小结/145

第四节 《习惯国际人道法》对国际人道法实施的研究/146

一、研究国际人道法实施的必要性/149

二、《习惯国际人道法》对国际人道法实施的研究成果/152

三、《习惯国际人道法》研究国际人道法实施的缺失/157

本节小结/162

第三章 国际航空旅客运输责任法的新发展/163

第一节 航空事故的构成与举证责任/166

一、航空事故概述/166

二、华沙规则实践中的航空事故定义/169

三、因劫机引起的民事责任对“事故”概念的影响/171

四、航空“事故”的举证责任/173

第二节 国际航空旅客运输中可赔偿性损害的理论与实践——《华沙公约》第17条“其他人身伤害”的范围问题/174

一、两大法系关于可赔偿性损害的理论与实践/176

二、航空事故中的精神损害赔偿/180

三、因空劫机带来的航空私法问题/183

四、美国法院解释和适用《华沙公约》第17条的判例实践/193

第三节 国际航空旅客运输的责任期间/199

一、立法溯源/199

二、发生在飞机上或登机或下机时的损害责任问题/201

三、关于解释和适用“登机或下机过程中任何一个阶段”的判例实践/207

第四节 国际航空旅客运输航班延误责任制度/220

一、航空运输合同的法律性质及航班“延误”含义/222

二、国际航空运输中航班延误的成因分析/228

三、航班延误与损害责任形态/234

四、格式合同的有效原则及其在航班延误中的适用/237

五、航班延误损害赔偿责任的范围/244

第五节 国际航空旅客运输责任制度的新发展——1999年《蒙特利尔公约》“双梯度责任”制度述评/251

一、“双梯度责任”制度的来源及其结构分析/251

二、1999年《蒙特利尔公约》“双梯度责任”制度对《华沙公约》旅客航空运输责任规则的新发展/255

三、关于1999年《蒙特利尔公约》的限额复审制度/260

四、“双梯度责任”制度给我国国内旅客航空运输责任制度带来的影响/261

第四章 国际航空运输诉讼管辖权统一立法的理论与实践/265

第一节 华沙国际航空运输责任体制下的航空运输

索赔诉讼管辖权制度/268

一、国际航空索赔诉讼管辖权规则的一体化/268

二、华沙体制管辖权规则的强制性/269

三、华沙体制管辖权规则的法律性质/270

四、各国法院适用华沙管辖规则的实践/274

五、华沙管辖规则的发展/285

第二节 华沙国际航空运输责任体制中的诉讼时效制度/287

一、国际航空运输索赔诉讼时效制度的缘起/287

二、法国法院的实践和观点/289

三、美国法院的实践和观点/291

四、诉讼时效的计算方法/296

第三节 国际航空运输索赔诉讼管辖权规则的新发展——1999年

《蒙特利尔公约》第五管辖权制度述评/296

一、国际航空运输责任体制下“第五管辖权”规则的来源/298

二、“第五管辖权”规则在航空索赔诉讼中的适用/301

三、第五管辖权制度在华沙体制一体化进程中存在的理论分歧/304

四、有关第五管辖权制度的立场分歧/306

五、关于第五管辖权制度的简要评论/309

第五章 国际信用证法律与实践/312

第一节 信用证项下银行的拒付权及其行使/313

一、银行行使拒付权的合同基础/313

二、银行拒付权行使的法律基础/324

第二节 信用证结算中银行不当拒付的民事责任研究/356

一、信用证下银行不当拒付的行为表征及构成/356

二、信用证结算中银行不当拒付的民事责任/367

第三节 信用证结算中银行不当拒付的救济措施/374

一、信用证结算中银行不当拒付的传统救济措施/374

二、银行不当拒付救济实践中存在的问题/383

三、银行不当拒付救济措施的完善与改进/385

第六章 国际商事仲裁法临时措施的法律调整/390

第一节 国际商事仲裁临时措施的法理探析/390

一、仲裁临时措施的概念和性质/390

- 二、仲裁临时措施的类型/392
- 三、仲裁临时措施的功能与作用/394
- 四、发布临时措施的先决条件/396
- 五、国际商事仲裁临时措施制度的最新发展/399

第二节 国际商事仲裁临时措施的管辖/408

- 一、国际商事仲裁临时措施的管辖/408
- 二、国内仲裁立法的实践/409
- 三、国际商事仲裁规则的实践/417
- 四、仲裁前临时措施的管辖问题/421
- 五、单方临时措施的管辖问题/431
- 六、非仲裁地法院的临时措施管辖权/440

第三节 国际商事仲裁临时措施的执行/445

- 一、临时措施执行所面临的困难/445
- 二、仲裁庭作出的临时措施的执行/448
- 三、《联合国国际商事仲裁示范法》临时措施执行的新规则/453

第四节 完善我国涉外仲裁临时措施制度的理论思考与建议/459

- 一、我国涉外仲裁临时措施制度的现状/459
- 二、我国现行涉外仲裁临时措施的改革与建议/472
- 结语/479

第七章 国际商事仲裁中的公共政策立法问题/481

第一节 公共政策的概念解析/481

- 一、公共政策的立法目的与作用/481
- 二、公共政策的一般特征/483
- 三、公共政策的基本形态：国内公共政策、国际公共政策与跨国公共政策/487

第二节 国际商事仲裁裁决执行中的公共政策例外/490

- 一、仲裁裁决执行中公共政策例外的特征和本质/491
- 二、《纽约公约》第5条规定的公共政策例外/492
- 三、其他公约及国际文件中的公共政策例外/497
- 四、国内立法中仲裁裁决执行的公共政策例外/500
- 五、仲裁裁决执行中的公共政策与可仲裁性问题/502
- 六、关于国际法协会公共政策报告的评述/503

第三节 仲裁裁决执行中公共政策的解释/507

- 一、有利于仲裁裁决执行原则及其运用/508
- 二、公共政策解释中的推理方法和适用理由/515
- 三、法院司法审查中的其他原则/518

第四节 仲裁裁决执行中公共政策的适用/522

- 一、实体上的基本原则/522
- 二、程序上的基本原则/527
- 三、直接适用的法在裁决执行实践中的引入/537
- 四、国际义务/544

第五节 我国执行国际商事仲裁裁决中的公共政策实践/545

- 一、我国运用公共政策例外的现状/545
- 二、我国运用公共政策实践中存在的问题/554
- 三、内地与香港相互执行仲裁裁决实践中的公共政策问题/559

第八章 国际商事仲裁法中的“非当地化”理论与实践/570

第一节 “非当地化”仲裁理论与“非国内化”仲裁裁决/570

- 一、“非当地化”仲裁理论的内涵/571
- 二、“非国内化”仲裁裁决的含义探析/572
- 三、对“非当地化”仲裁理论的科学定位/574

第二节 《纽约公约》下“非国内化”仲裁裁决承认和执行问题的法理分析/575

- 一、从《纽约公约》适用范围分析“非国内化”裁决的承认和执行/575
- 二、从《纽约公约》宗旨分析“非国内化”裁决的承认和执行/579
- 三、从《纽约公约》权利义务条款分析“非国内化”裁决的承认和执行/580
- 四、从既判力和国际礼让分析“非国内化”裁决的承认和执行/582

第三节 《纽约公约》下“非当地化”仲裁理论的完善/583

第四节 “非当地化”仲裁理论与我国涉外仲裁制度/586

结论/587

后记/589

第一章 国家的国际法律义务

理论与实践

“对国际社会整体的义务”的概念被认为是由国际法院在1970年“巴塞罗那牵引公司”案中首次提出的。这一概念并非凭空产生,此前的国际实践为其产生提供了丰厚的土壤,而此后在国际法院的有关案例中又多次被论述。2001年《国家责任条款草案》中多个条款规定了“对国际社会整体的义务”,表明“对国际社会整体的义务”作为一个概念在国际法上的发展达到了一个新的阶段。

第一节 国家责任与对国际社会整体的义务

一、对国际社会整体的义务:从提出到被接受

国际法院在1970年“巴塞罗那牵引公司”案中首次提出了“对国际社会整体的义务”。“巴塞罗那牵引公司”案本身并不涉及这种义务,因此国际法院在该案判决中提出了关于“对国际社会整体的义

务”这个问题被认为是“偏离正题”的。但是此后国际法学界对这个问题的讨论却是连篇累牍,远远超过这个案子本身的问题,因为该案主要涉及外交保护问题,甚至还涉及公司国籍的确定等诸多问题,而且此后的讨论主要集中于法院在个别意见中提到的“对国际社会整体的义务”。有的学者感慨:法院关于对国际社会整体义务的量断仿佛已经获得了自己的生命。这也显示出“对国际社会整体的义务”概念本身在国际法上的重要性,因为这才是引起众多学者分析讨论的真正原因。

法院在“巴塞罗那牵引公司”案中提出“对国际社会整体的义务”后,国际法学界对国际法院关于“巴塞罗那牵引公司”案的判决褒贬不一,并一直持续了几十年,直到2001年国际法委员会在《国家责任条款草案》二读文本中接受并采纳了“对国际社会整体的义务”的概念。国际法委员会对于“对国际社会整体的义务”的采纳和使用,反映了作为编纂和发展国际法的专门机构对于“对国际社会整体的义务”的肯定和认可。

2001年《国家责任条款草案》在第33条、第42条和第48条分别提到了对国际社会整体的义务。

第33条“本部分所规定的国际义务的范围”:

1. 本部分规定的责任国义务可能是对另一国、若干国家或对整个国际社会整体的义务,具体取决于该国际义务的特性或内容及违反义务的情况。

2. 本部分不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任困难直接取得的任何权利。

第42条“受害国援引责任”:

一国有权在下列情况下作为受害国援引另一国的责任:

1. 被违背的义务是个别地对它承担的义务;

2. 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团或对整个国际社会承担的义务,而对此义务的违背;

(a) 特别影响该国;或

(b) 彻底改变了由于该项义务受到违背而受到影响的所有其他国家
对进一步履行该义务的立场。

第 48 条“一受害国以外的一国援引责任”:

1. 受害国以外的任何国家有权按照第 2 款在下列情况下对另一国
援引责任:

(a) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团承担的, 为保护
该集团的集体利益而确立的义务;或

(b) 被违背的义务是对国际社会整体的义务。

《国家责任条款草案》对国际社会整体义务的规定, 反映了国际法委员会对国际义务问题上态度的重要转变。它表明, 国际义务具有不同层次, 而其中对国际社会整体的义务是较高层次的国际义务。国家责任法编纂历经几十年, 尤其是从一读草案到二读草案, 以“严重违背依一般国际法强制规范承担的义务”取代了国家的“国际罪行”, 并提出了“对国际社会整体的义务”作为被援引的国际义务, 反映了国际责任法的重大变化。

二、国家责任编纂及其对国际义务的分类

国际责任法是国际法委员会逐渐发展和编纂的重要内容。作为发展和编纂国际法的机构, 国际法委员会从 1948 年成立伊始, 就将国家责任法列入被编纂的议程。^{〔1〕} 国际法委员会第一任特别报告员古巴籍委员加西亚·亚马多自 1956 年起开始起草国家责任条款, 但其研究以外交保护的实体规则为主要对象, 以对外国人及其财产造成损害而产生的国家责任作为编纂的主要内容, 范围较狭窄。第二任特别报告员为意大利籍国际法委员会委员罗伯特·阿戈。他在编纂国家责任法时有了革命性的变化, 提出要重新界定议题的范围, 以研究国家责任的一般性规

〔1〕 《1949 年国际法委员会年鉴》(第 1 卷), 第 281 页。

则为主,从而将国家责任的范围从外交保护扩大到国际法的普遍领域。在阿戈担任报告员的几年间,提交了八个关于国家责任问题的报告,完成了对国家责任第一部分共计 35 项条款的起草工作,系统地规定了国家责任产生的条件和排除国际不法行为责任的例外情况。阿戈对国家责任制度的研究不再局限于对外国人及其财产的保护,他将国家责任制度与国际法的实体规范区别开来,国家责任不再针对国际法的某个领域规定具体的国家权利和义务,而是针对所有的违反国际义务的不法行为,并在此基础上规定由此产生的法律关系和法律后果。阿戈将前者称为“初级规则”(primary rules),而国家责任规则称为“次级规则”(secondary rules)。由此,国家责任法将不再研究国际义务的具体内容与渊源,而转为确定国际不法行为的构成要件及其法律后果,即在何种条件下,哪些行为构成可以产生国家责任的国际不法行为,以及行为国与受害国之间因此而产生的法律关系。这是阿戈对国家责任理论的一个重要贡献。阿戈的工作改变了国家责任的传统理论,推动了国际法委员会在国际责任法方面的编纂与发展,其所提出的法理在国际法学界和司法审判中被广泛引用。^{〔1〕}

阿戈认为国家责任的产生基于两个条件:第一,一国违反了自己所承担的国际义务,构成国际不法行为;第二,该国际不法行为应当视为国家行为,国家责任应归咎于该行为国。而在国家责任的性质上,不区分条约所规定的义务(ex contractu)和侵权行为所产生的义务(ex delicto)。换言之,无论有关的国际义务是基于条约、国际习惯法,还是其他渊源,违法行为的性质都是一样的。另一方面,他将国际义务区分为双边义务、多边义务、对一国或数国承诺的义务即集团义务,此外还有对作为整体的国际社会所承担的义务。关于这一点在起草条款规则第一条时委

〔1〕 薛捍勤:“国家责任与‘对国际社会整体的义务’”,载《中国国际法年刊》2004 年卷,第 16 页。

员们有过争论,有的委员曾建议国际不法行为所引起的责任局限于对另一国的责任,^[1]但委员会认为,这一点应视违反的责任内容和违反的具体情况而定,即国际义务的范围取决于有关义务的具体内容和性质以及违反义务的特定环境。例如,在一项多边公约中,缔约方可能既承担了对其他每一个缔约方的双边义务,又承担了对所有其他缔约方的多边义务,并以《维也纳外交关系公约》为例进行说明。

因此,关于国家责任的性质国际法委员会在《国家责任条款草案》一读审议时在第19条将国际不法行为区分为国际罪行和一般违法行为。^[2]但是,在一读审议提交联合国会员国讨论时,在关于国家罪行的概念上引发了激烈的争论,很多国家否认刑法理论可以适用于国家,认为国家不能承担刑事责任。国际法委员会内部和国际法学界在这个问题上也存在争议,并围绕这个问题展开了激烈的论辩。

阿戈之后的第三任特别报告员荷兰籍委员维廉姆·瑞帕根完成了草案的第二、三部分,针对国家责任的内容、形式和程度,以及争端解决的问题提交了草案。但是这期间国际法委员会由于忙于其他议题,没有在报告员提出的草案的基础上取得实质性的进展。^[3]1988年意大利籍委员加耶塔诺·阿廉吉欧—卢吉斯接任第四任特别报告员于1995年完成了全部草案的起草工作。委员会对于争议较大的问题没有进行充分的审议,而是先着手完成了全部草案的起草工作。

第五任特别报告员澳大利亚籍委员詹姆斯·克劳福德(James Crawford)于1998年接任,他对草案的结构和一些技术性条款做了较大

[1] 《国家责任条款草案》第1条规定:“一国的国际不法行为均引起该国的国际责任。”有的委员要求在“该国”一词的后面增加“对另一国。”

[2] 参见国际法委员会1996年一读通过的《国家责任条款草案》第19条。

[3] 在其任期内,委员会只初步审议通过了第二部分的五项条款。