

张乃根 著

International Law and International Order

国际法与国际秩序

 上海人民出版社

张乃根 著

International Law and International Order

国际法与国际秩序

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法与国际秩序/张乃根著. —上海:上海人民出版社, 2015

ISBN 978-7-208-12812-5

I. ①国… II. ①张… III. ①国际法-文集 IV. ①D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 034034 号

责任编辑 秦 堃

封面装帧 王小阳



国际法与国际秩序

张乃根 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 21.5 插页 4 字数 366,000

2015年4月第1版 2015年4月第1次印刷

ISBN 978-7-208-12812-5/D·2633

定价 55.00 元

前言

有文字记载的人类社会历史表明:法是规范人类的社会关系不可缺少的制度性要素。从公元前约十八世纪古巴比伦国王下令刻在玄武岩上的《汉穆拉比法典》,到公元约六至七世纪东西方社会最著名的《唐律疏议》和《罗马法大全》,乃至如今各国或地区的法律制度,人类在其生活的不同国度内通过各种治理机构及相应的法,建立和维持着一定的社会秩序。相比有数千年历史的国内法与国内秩序,从1648年欧洲国家为结束三十年战争而达成的《威斯特伐利亚和约》到1945年第二次世界大战后缔结的《联合国宪章》,以及延续至今囊括几乎所有主权国家的联合国大家庭这一国际秩序,国际法与国际秩序的历史还不到四百年。国际社会作为人类社会的一部分,仍处于发展初期。人类吸取二十世纪上半叶两次世界大战“惨不堪言”的教训,初步建立了保障国际和平与安全、保护基本人权、促进经济社会发展的国际法体系及其规范下的国际秩序。虽然国际社会尚无国内社会的政府,但已有许多类似治理机构。今后,国际社会能否形成如同国内法治下人民安居乐业、和睦相处的永久和平秩序,取决于整个人类社会的共同努力。历史会有曲折,人类不会自毁。这是我从事法学研究,尤其是国际法研究三十多年来,逐步形成的现实与理想并存的观念。

本书汇编了我从1983年,尤其1998年以来撰写的有关国际法与国际秩序的二十余篇论文,其中多数已公开发表。我在汇编自己的第一本论文集《WTO法与中国涉案争端解决》(上海人民出版社2013年)时,就曾说明选编这些论文,无意重复发表,而只是为了回顾、总结自己走过的学术研究之路,初步梳理已完成的研究成果,把握其中可能有的学术逻辑,以便今后更自觉地开展有关研究,同时也期待在学术讨论场合与同行们的进一步交流,发现不足之处,加以改进。海内外国际法领域的学术前辈同仁已有大量高水平的学术论著,超越谈何容易。三十多年前,我开始学习国际法,内心充满求学欲望;近二十年来我从事国际法教学研究,更多的

是工作责任。2012年再版的《国际法原理》是我长期教学研究的结晶,翻译格劳秀斯的《捕获法》等国际法名著是与我的研究生合作的硕果。花甲之年可能是一生中新起点。二三十年的学习、研究也许孕育了原创性的突破。我将汇编的论文分为“研究视角与方法”、“国际法与国际政治秩序”、“国际法与国际经济秩序”和“国际秩序中的国际法”(其中包括条约法、人权法与人道法、国家豁免法、国家责任法、外交保护法)。这在一定意义上提示了今后自己深入研究的某些方向。

为了方便读者,我对每一部分选编的论文内容或写作背景略作介绍。无论是否已发表,汇编的论文均保留原文内容和表达形式,仅作必要技术性协调,增加若干论文的英文摘要。本书得以汇编出版,得益于我在复旦大学长期为国际法研究生授课或论文指导时的师生交流、合作,以及多年来向国内外专家学者的请教学习。对此,我一并表示衷心的感谢。

张乃根

2014年8月18日于上海寓所书房

目 录

前言	1
----------	---

第一部分 研究视角与方法

论国际法在国际秩序中的作用	6
论新的国际法体系及其影响	20
比较法与国际法研究的新思路	31
论国际法的西方法基础及对中国法律现代化的影响	
——一个比较法的研究	33
正确处理国际法与国内法关系	55
论国际法的经济分析	59

第二部分 国际法与国际政治秩序

试析联合国宗旨下的国际秩序及其演变	81
论联合国“三重”理事会	105

第三部分 国际法与国际经济秩序

试析国际经济法学的性质	130
试析国际经济法律秩序的演变与中国的应对	141
当代国际经济关系论	161
国际经济关系的技术因素及其法律影响	194

国际经济法的主权原则	205
------------------	-----

第四部分 国际秩序中的国际法

条约法

论条约批准的宪法程序修改	217
条约解释的国际法实践及理论探讨	222
条约解释规则的理论渊源及其演变	250

人权法与人道法

中国人权概念的规范解析及其与欧盟的比较	278
试论康德的国际人道法理论及其现实意义	285

国家豁免法

国家及其财产管辖豁免对我国经贸活动的影响	295
----------------------------	-----

国家责任法

试析《国家责任条款》的“国际不法行为”	304
---------------------------	-----

外交保护法

外交保护中的公司国籍新论	316
附:关于《外交保护条款草案》第一条的修改建议	330

Content

Preface	1
---------------	---

Part I Perspective and Approach of Research

On the Roles of International Law in International Order	6
On New Systems of International Law and Their Influences	20
New Approach of Researches on Comparative and International Laws	31
International Law Based on Western Law and Its Impact on Modernization of Chinese Law	
—from Comparative Perspective	33
Properly Dealing with the Relation between International Laws and Domestic Laws	55
On Economic Analysis of International Law	59

Part II International Law and International Political Order

The International Order and Its Evolution under the UN Charter Purposes	81
On “Threefold” Councils of the United Nations	105

Part III International Law and International Economic Order

Analysis on the Nature of International Economic Law	130
--	-----

Analysis on Evolution of the International Economic Legal Order and China's Responses	141
On Contemporary International Economic Relation	161
The Elements of Technology in International Economic Relation and Their Influence on Legal System	194
The Principle of Sovereignty in International Economic Law	205

Part IV International Laws in International Order

Law of Treaty

On Amendment of the Constitutional Procedure to Ratify Treaty	217
International Law of Treaty Interpretation: Practices and Theories	222
The Theoretical Origins and Evolution of Rules of Treaty Interpretation ...	250

Law of Human Rights and Humanitarian Law

Legal Construction of Human Rights in China and Comparison with EU ...	278
On Kant's Theory of IHL and Its Significances Today	285

Law of State Immunity

The Impacts of Immunities of States and Their Property on China's Foreign Trade and Economic Activities	295
--	-----

Law of State Responsibility

Analysis of "International Wrongful Acts" in the Draft Articles on States Responsibility	304
---	-----

Law of Diplomatic Protection

New Discussion on Nationality of a Corporation for Diplomatic Protection	316
Attachment: the proposal of revision of Draft Article 1 of Diplomatic Protection	330

第一部分

研究视角与方法

第一部分“研究视角与方法”的6篇论文围绕国际法与国际秩序的主题,从国际法的作用、国际法的体系、国际法与国内法的关系等视角以及比较法、国际法的经济分析等方法论出发,展开论述。

论国际法在国际秩序中的作用 撰写于2009年6月,概要以《简论国际法在规范国际秩序中的作用》为题刊登于《上海市社会科学界第七届学术年会文集》(2009年度),全文于翌年发表。本文较全面地论述了国际法与国际秩序的内在关系。1648年欧洲国家为结束三十年战争而签署生效的威斯特伐利亚和约标志着以现代国际法为规范的国际秩序开始形成;1945年由第二次世界大战的反法西斯联盟国家发起成立的联合国构建了延续至今的当代国际秩序,其基石为《联合国宪章》。可见,近四百年以来从欧洲到全世界的国际社会秩序均建立在实证的国际法基础上。首先,本文尝试论述国际法理论(本身是国际法的组成部分)对国际秩序的建立和发展所起到的作用,这包括在格劳秀斯国际法理论影响下形成的威斯特伐利亚模式的国际秩序、吸取康德永久和平理论的联合国秩序和凯尔森主张的法律秩序下的和平理论揭示的国家间争端解决的司法途径。然后,本文从联合国等国际组织的大量国际立法性工作、国际法院的司法实践和世界贸易组织(WTO)独特的条约法及其争端解决体制等方面考察国际法在维护以《联合国宪章》为基石的国际秩序中不可或缺之作用。接着,本文分析了当代国际秩序中的国际法与国际政治、经济之间的互动作用,探讨了国际政治、经济等因素对于建立和维护基于国际法的国际秩序所具有的制约或促进作用。最后,本文简略回顾了新中国坚持独立自主、和平共处的外交政策及其国际法立场,为面向未来的中国如何更好地发挥国际法在维护国际和平与安全及各国可持续发展的国际秩序中之作用,建言献策。应该说,这是我近十多年关注和思考国际法与国际秩序问题的一篇代表作,体现了将前人的国际法理论与国际秩序中的实证法律及其实际作用相结合,偏重法律现实,但不失理想目标的学术视角和研究方法。

论新的国际法体系及其影响 撰写于1998年12月,发表于翌年初《当代法学研究》(复旦大学法学院主办)。1996年10月至1997年10月,我在美国密歇根大学法学院从事“海关对知识产权的保护”课题研究。除了完成《国际贸易的知识产权法》专著,还开展了WTO法以及国际法理论的研究,为回国后推进复旦大学国

国际法学科的发展打下更扎实的个人学术基础。当时正值新旧世纪交替,1995年1月1日起开始运行的WTO和1991年11月1日生效的《欧洲联盟条约》及1999年元月起启用的欧元区标志了这两个全球性和地区性的国际法新体系成为现实。前者是冷战之后各国各地区经济日趋融合(所谓“经济全球一体化”)的必然结果;后者是冷战之后随着德国统一使得真正的欧洲联盟成为可能之结果。WTO法和欧盟法都是当代国际法及其国际秩序的重要组成部分。本文首先论述了冷战之后(又称“后战后”)这两个新的国际法体系产生之过程,然后着重分析了两者的互动发展,尤其是欧盟法建立和发展的国际法依据(作为WTO法基础的《关税与贸易总协定》第二十四条)所起的关键作用。这充分说明了国际法对于国际秩序的规范作用。最后,本文展望了这两个新的国际法体系在新世纪里对国际秩序的影响以及中国的应对,包括应融入WTO法体系。近十多年来,尤其是中国于2001年12月11日加入WTO之后,我主要关注和研究WTO法(有关论文汇编为《WTO法与中国涉案争端解决》一书,上海人民出版社2013年)。

比较法与国际法研究的新思路 撰写于1998年夏,这是应《政治与法律》编辑部约稿,作为该刊篇首短文发表。当时我正在思考作为全面负责复旦大学国际法学科建设的带头人,如何承前启后,形成自己特色的国际法理论。现代国际法理论源于具有罗马法和普通法两大法系的欧洲,并具有在西方社会根深蒂固的基督教文化背景。我在复旦大学攻读硕士学位及毕业留校前几年研究西方法哲学的学术基础和在华东政法学院接受的法科系统训练,为我设想新的比较法与国际法研究创造了条件。1998年10月完成的初稿《论国际法的西方法基础及对中国法律现代化的影响——一个比较法的研究》(见下文简介)和2002年出版的《国际法原理》(2012年再版)是采用比较法与国际法研究的新思路之结果。

论国际法的西方法基础及对中国法律现代化的影响——一个比较法的研究

该文的一个基本思路是延续了我发表于《比较法研究》1996年第1期的拙文《论西方法的精神——一个比较法的初步研究》(后编入江平主编《比较法在中国》第一卷,法律出版社2001年)中对西方社会两大法系的整体性研究路径。1994年8月,我完成在美国乔治华盛顿大学法学院从事的国际与比较知识产权研究课题,回国之后曾为复旦大学法学院国际法专业硕士生讲授以分析美国专利法判例为主要内容的“比较法”,1999年至2001年,我又继续开设该课程,但以西方法的整体比较研究为内容。在本文撰写、修改时,我初步阅读了1997年在美国密歇根大学法学院图书馆复印的格劳秀斯《战争与和平法》(1925年英文版),探究现代国际法体系

的理论来源及其基本制度,并比较周鲠生、王铁崖等我国国际法学者的代表作和《奥本海国际法》,以便论证我国学者的国际法理论体系与以西方法为基础的现代国际法基本制度基本吻合,得出“中国在更多方面是接受,而不是改变这些制度”的结论。本文还基于国际法与国内法的关系,论述了自鸦片战争之后作为西方法的组成部分最早引入中国的国际法(1864年出版的中文本《万国公法》是近代最早被完整地译为中文的西方法学著作)对中国法律现代化,尤其是二十世纪七十年代末之后重建法制的影响。虑及本文可能将编入“中国传统法文化与当代法理学研讨会”文集(后未获悉出版),故未曾另行发表。

正确处理国际法与国内法关系 以2011年年初完成的第二版《国际法原理》第二章第三节“国际法与国内法的关系”初稿为基础改写而成。当时,我应《中国社会科学》编辑部要求审读有关论文。可能是责任编辑对我的审阅意见比较感兴趣,又约我在《中国社会科学报》上发表有关论文。限于篇幅,我将自己的观点归纳成短文,主张从现实角度考察国际法与国内法的关系。这是我近十多年研究国际法与国际秩序时的重点之一,只是更多地结合WTO法与中国涉案争端解决研究。WTO争端解决涉及WTO成员国内法(或者说,域内法)与WTO法的可能抵触(这方面论文已汇编出版)。

论国际法的经济分析 撰写于2005年10月间。当年暑期,我应邀作为客座教授在德国汉堡大学法经济学研究所为欧盟硕士项目学生讲授“国际法的经济分析”,回国后将讲课内容整理成文,投给《中国国际法年刊》,旨在评述在欧美学界兴起不久的国际法研究的新视角和方法,可能因这一时还得不到认可(事实上,至今国内运用该方法的此类论著鲜为人知),该文未被刊用。之后,其中部分内容被纳入2008年第四版《西方法哲学史纲》最后一节作为西方法经济学的晚近发展,加以介绍,英文全文则发表于《加拿大社会科学》2006年第2期。其实,近十多年来,对国际法的经济分析已成为欧美国际法学界的规范研究方法之一,被广泛地运用于各种国际法问题的研究。该研究方法的倡导人之一特拉亨特曼教授(Joel P. Trachtman)于2013年出版的《国际法的未来:全球政府》(牛津版)将他在1999年与另一位美国学者合著的《国际法的经济分析》一文观点,全面适用于国际法与国际秩序的基本理论及其相关问题的研究。最近,德国著名出版社Springer邀请特拉亨特曼教授、我和其他三位国际知名的法经济学家(德国Stefan Oeter教授、瑞士Anne van Aaken教授和美国Andrew Guzman教授)一起担任《国际法与经济学》(International Law and Economics)新编丛书的编委会委员,表明这一研究方法将得到更进一步的推广。

论国际法在国际秩序中的作用*

内容摘要:当代国际秩序随着国际关系多极化和经济全球化,已经、并将继续发生前所未有的深刻变化。自十七世纪初现代国际法产生以来,国际法在威斯特伐利亚模式的国际秩序发展、变化中起着积极的作用。以和谐世界为理念、负责任的中国应发挥国际法在推动国际秩序向永久和平的理想目标迈进中的作用。国际法在国际秩序中的作用可从三个角度或方面分析,其一,可从国际法理论的变化角度分析国际法在规范国际秩序中的作用;其二,可从国际组织的国际法编纂或制定角度分析国际条约法在战后国际秩序的建立和变化中的作用;其三,可结合当代国际秩序中的战争与和平以及可持续发展的重大问题,分析国际法与国际政治经济的互动作用。由此可从国际法角度探求面向未来国际秩序变化的中国立场。

关键词:国际法;国际秩序;国际组织;规范作用;和谐世界

当代国际秩序正在发生前所未有的深刻变化。^①随着冷战时代的结束与国际关系的多极化,以《联合国宪章》为基础的战后国际政治秩序已经、并将进一步朝着变革的方向发展;在网络时代的全球化经济推动下,以《建立世界贸易组织协定》为标志的国际贸易秩序与战后以《国际货币基金条款》为核心的国际金融秩序并存,正经历着战后最严重的全球金融危机的挑战而面临变革的抉择。客观的变化与主观的变革,休戚相关。从国际法理论的产生与发展以及国际组织的现状来看,国际法在国际秩序变化中,过去和现在均起着积极的作用。当代国际秩序变化中的和平与发展两大主题,以及“9.11 事件”后美国发动的阿富汗战争与伊拉克战争,依然

* 原载《北方法学》2010 年第 3 期。

① 我国常驻联合国副代表、前任中国国际法学会常务副会长刘振民认为:“国际秩序是由国际关系主体、国际关系格局、国际关系基本准则、国际机制构成的统一整体。”在“中国国际法学会 2000 年学术年会:新世纪国际法展望”上发言,载《中国国际法年刊》(2000/2001 年),法律出版社 2005 年,第 394 页。欧美国际法学者一般认为,国际秩序意涵国际法规范下的国际社会秩序。参见[美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,张乃根等译,中国政法大学出版社 2005 年,第 6 页。

折射出现行国际法的诸多不足。如何在把握国际法与国际政治、经济的互动中,发挥国际法推动国际秩序向永久和平的理想目标迈进的作用,是国际社会的共同责任。基于以上观点,本文旨在论述国际法在国际秩序中的作用,^①并对新中国建立后的对外关系略作回顾,结合国际法在当代国际秩序变化中的作用,探讨面向未来的中国立场。

一、从国际法理论的变化看国际法在国际秩序中的作用

从国际法理论角度看国际法对国际秩序变化的积极作用,其中的“国际法”包含了自然国际法(以理论形态体现^②)。在现代国际法诞生之初,“国际法”主要就是自然国际法。即便如今,具有理论性质的国际法学说仍是国际法院可适用的法律渊源。^③

(一) 格劳秀斯的国际法理论与威斯特伐利亚模式的国际秩序

现代国际法及其理论是西方法学的产物。“它之成为一部有系统的规则,则主要有赖于荷兰法学家休果·格劳秀斯。”^④格劳秀斯最初在《捕获法》中认为,国际法由“初级自然法”(神学自然法)、“次级自然法”(世俗自然法,即初级国际法或古罗马术语中的“万民法”)、“次级国际法”(即实证国际法)三个层次的法律所构成,并归纳了九项规则与十三项法律。^⑤但是,他在将该书第十二章以《论海洋自由》为题单独匿名发表时,增加了前言——“致统治者及其基督世界自由独立的国家”,强调解决当时荷兰与葡萄牙之间海上航行权的争端,必须依据对西方社会每个人而言“天生就了解、且植于内心的法律”,即“所有人依国际法均可自由航行”。^⑥他认

① 国内学者的相关研究,参见周忠海:《国际法及其在国际关系中的作用》,载《周忠海国际法论文集》,北京出版社2006年,第28页。该文提出:“国际法的作用,主要是以法律手段维护国际交往的正常秩序,维护国际和平与正义,促进各国和平合作的发展。”

② 在英语世界最早摒弃“万民法”,改用“国际法”这一现代术语的边沁,认为国际法实际上是“国际法理学”或“国际法理论”(international jurisprudence)。Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, London: Methuen, 1970, p.296.

③ 联合国《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)规定:“在第五十九条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。”《国际法院规约》中文本,国际法院网站: [http://www.icj-cij.org/homepage/ch/icjstatute.php\[2010-02-04\]](http://www.icj-cij.org/homepage/ch/icjstatute.php[2010-02-04])。

④ [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》上卷第一分册,王铁崖、陈体强译,商务印书馆1981年,第4页。

⑤ [荷]格劳秀斯:《捕获法》,张乃根等译,上海人民出版社2006年,第11—36页。

⑥ [荷]格劳秀斯:《论海洋自由》,马忠法译,上海人民出版社2005年,第6页。

为,这是上帝借自然之口告诉人类的一项最为明确且无可辩驳的国际法原理。显然,他是在不违背基督教教义的前提下,试图确立适用于基督世界各个自由独立的国家之间关系的现代国际法原则或规则。为了表明这种新的“世俗自然法”——初级国际法或“万民法”独立于神学而存在,格劳秀斯在代表作——《战争与和平法》中明确指出:“自然法是不可改变的,在这个意义上,上帝也不能改变它。”^①

格劳秀斯的国际法理论对于十七世纪上半叶欧洲三十年战争之后的威斯特伐利亚和会及当时国际关系的法律秩序化,起到了不可或缺的重要作用。这次和会所达成的近代第一项多边国际条约(实证国际法)——《威斯特伐利亚和约》包括“承认德意志各诸侯国享有独立的主权,承认了荷兰、瑞士为独立国,在实践上肯定了格劳秀斯所提出的国家主权、国家领土与国家独立等原则是国际关系中应该遵守的准则”;“承认新旧两教享有同等的权利,打破了罗马教皇神权下的世界主权论,使国际法脱离神权的束缚”。^②这些承认(共同同意,即国际法的基础)充分反映了格劳秀斯的国际法理论。

受格劳秀斯的国际法理论影响而形成的威斯特伐利亚模式的国际秩序,以民族国家对外主权的独立性(主权之上无管辖)、平等性(主权之间无等级)为特征。这种主权被称为“威斯特伐利亚主权”。^③《联合国宪章》第二条(一)规定:“本组织系基于各会员国主权平等之原则”。^④没有主权独立,就谈不上主权平等。可见,当代国际秩序依然以国家主权独立与平等为基础。尽管近十多年来,“威斯特伐利亚主权”受到了这样或那样的质疑,^⑤但是,作为现代国际法及其国际秩序的基石,主权的独立与平等性的基本原则并未改变。

(二) 康德的永久和平理论与《联合国宪章》的国际秩序

在威斯特伐利亚模式的国际秩序中,没有任何类似国内法意义上的中央权力。这使得各个独立、平等的主权国家拥有对内自治、对外自由的权利(包括开战权)。1648年威斯特伐利亚和会没有带来欧洲各国之间的持久和平,相反,大大小小的战争,接二连三。尽管战后少不了签订和约,如法国与西班牙的1659年《比利牛斯

① Hugo Grotius, *The Law of War and Peace*, Oxford: The Clarendon Press, 1925, p.40.

② 王绳祖主编:《国际关系史:十七世纪中叶——一九四五年》(第二版),法律出版社1986年,第9页。

③ John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.13—15.

④ 《联合国宪章》中文本,见联合国网站 <http://www.un.org/zh/documents/charter/chapter1.shtml>。

⑤ 杨泽伟:《主权论——国际法上的主权问题及其发展趋势研究》,北京大学出版社2006年。