

国际法纵论

张潇剑 著

 商务印书馆

国际法纵论

张潇剑 著



创立于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2011年·北京

图书在版编目(CIP)数据

国际法纵论/张潇剑著. —北京:商务印书馆, 2011
ISBN 978-7-100-07439-1

I. ①国… II. ①张… III. ①国际法—研究
IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 202416 号

国际法纵论

张潇剑 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-07439-1

2011年3月第1版

开本 880×1230 1/32

2011年3月北京第1次印刷

印张 17%

定价: 36.00 元

自序

我国实行改革开放政策至今已有三十多年。这期间全国各地、各方面都发生了巨大变化,所取得的可喜成绩是世人有目共睹的。

对外开放,法律先行。此处的“法律先行”具有两层含义:一是不论我们走出去还是请进来,都需要依循并遵守一定的规则,惟其如此,我们的开放才是有序的、高效的、富有成果的。这类具有拘束力的行为规则其外在形式即为法律,是调整我国及其自然人、法人对外交往的涉外法律。广义上讲,它们带有国际法的元素;二是对外开放的一个重要体现是要了解外界,这就需要参考并借鉴境外发展较为完善但在我国尚属空白或欠成熟的有关行为规则,以更好地与世界接轨并融入国际社会。而境外比较成熟的行为规则多体现在国际公约及国际惯例中,是国际法的组成部分。

笔者这里强调“对外开放,法律先行”,指我国的对外开放之所以能够健康、稳步地向前发展,是离不开国内涉外法制的建设和对国际(包括境外国家和地区)法制的了解与借鉴的。改革开放以来,我国这方面的法制建设从无到有,从某些领域曾经是空白到今天的日臻完善,就是对此项结论的强有力证明。伴随着这一辉煌成就的取得,对我国国际法理论与实践的研究也愈加蓬勃兴旺,从而为改革开放国策的进一步实施奠定了坚实的法理基础。

于改革开放这个宏伟进程中,我作为一名高校法学教师,始终在自己的岗位上为国家法制建设辛勤地工作着。本书所探讨的各项专题即

ii 国际法纵论

是近些年来笔者在教学、科研领域的一些研究心得和感悟。该著作书名虽为《国际法纵论》，但这里的“国际法”却并非仅仅局限于国际公法，除此之外它还包括国际私法、国际商事仲裁以及 WTO 法律制度。实际上，本著作名称所采用的是“大国际法”的概念，其结构亦相应分为四个组成部分，即第一章国际私法篇，第二章国际公法篇，第三章国际商事仲裁篇，第四章 WTO 法律制度篇。

由于本人学识所限，书中不当之处在所难免，欢迎各位同仁及读者批评指正。

张潇剑

2010 年 12 月于北京大学

目 录

第一章 国际私法篇	1
第一节 国际私法基本理论之一	
——柯里的“政府利益分析说”	1
一、“政府利益分析说”精要	1
二、何谓“政府利益”	3
三、本州利益与外州利益及全社会利益	4
四、“虚假冲突”与“真实冲突”	7
五、柯里学说的可操作性、可预见性及精确性	9
六、成文法与判例法	10
七、“比较损害”问题	12
八、分析与结论	18
第二节 国际私法基本理论之二	
——利弗拉尔的“影响法律选择五点考虑”	21
一、引言	21
二、利弗拉尔的“影响法律选择五点考虑”阐释	26
三、利弗拉尔的“影响法律选择五点考虑”评析	32
四、分析与结论	40
第三节 国际私法基本制度	
——公共政策机制之剖析	43
一、公共政策的内涵	43
二、谁来确立公共政策	46
三、公共政策机制溯源	48

四、公共政策机制的意义和特点	49
五、公共政策机制与礼让及确定性	51
六、援用公共政策机制的场合	52
七、援用公共政策机制的标准	55
八、援用公共政策机制的步骤	57
九、外法域法律排除后的法律适用	58
十、分析与结论	60
第四节 国际私法基本规范之一	
——国际商事仲裁中当事人的法律选择	62
一、引言	62
二、当事人法律选择所适用的领域	63
三、对当事人法律选择的限制	69
四、分析与结论	73
第五节 国际私法基本规范之二	
——国际商事仲裁中冲突规范的确定	74
一、理论观点	75
二、有关规定	76
三、仲裁实践	78
第六节 国际私法基本调整方法	
——以 CISG 在中韩贸易中的适用为例	81
一、引言	81
二、中国保留之一:合同的形式要件问题	83
三、中国保留之二:“国际私法规则导致适用《公约》”的问题	87
四、《联合国国际货物销售合同公约》在中国的适用	88
五、《联合国国际货物销售合同公约》在中国适用时应当注意的 几个问题	92
六、《联合国国际货物销售合同公约》能否在中韩电子商务中适用	96
第七节 国际私法基本调整范围	
——跨领域适用问题(主要以外层空间站为例)	103

一、国际私法可以发挥调整作用的若干国际公法领域	104
二、在国际公法调整领域有必要订立法律选择国际协议	108
三、在国际公法调整领域订立法律选择国际协议所应考虑的法律 适用原则	110
第二章 国际公法篇	116
第一节 国际强行法基本问题之一	
——定义及其识别标准	116
一、国际强行法的定义	116
二、国际强行法的识别标准	123
第二节 国际强行法基本问题之二	
——渊源	131
一、国际强行法的主要渊源	131
二、国际强行法的其他渊源	137
第三节 国际强行法基本问题之三	
——作用	139
一、国际强行法的作用	139
二、国际强行法的作用范围	142
三、国际强行法的消极作用——被滥用的危险	147
第四节 国际强行法基本问题之四	
——追溯力及其制裁	149
一、引言	149
二、国际强行法的追溯力	150
三、对违反国际强行法的制裁	155
第五节 国际强行法之理论考察	160
一、国内法律体系中的强行法	161
二、国际法律体系中的强行法	165
三、国际强行法的理论基础	172

iv 国际法纵论

第六节 国际强行法之实践考察	174
一、国际司法判例	174
二、国内司法判例	176
三、国际公约	179
四、国际实践	182
第七节 国际海洋法研究之一	
——领海	194
一、领海的法律地位	194
二、领海的宽度和测算领海的方法	196
三、领海的法律制度	198
四、中华人民共和国的领海制度	200
五、无害通过与过境通行	202
第八节 国际海洋法研究之二	
——大陆架	205
一、大陆架在法律上的概念	205
二、大陆架的法律地位	208
三、相邻或相向国家间的大陆架划界问题	209
四、中国的大陆架	211
第九节 国际空间法研究之一	
——空中劫持	213
一、空中劫持概况	213
二、空中劫持罪的定义	215
三、对劫持罪行为和罪犯的管辖权问题	217
四、引渡问题	218
五、起诉问题	219
六、中国关于保障民航安全的若干规定	220
七、“卓长仁劫机案”分析	222
第十节 国际空间法研究之二	
——外层空间法律制度	225

一、外层空间的法律地位	225
二、有关外层空间的国际条约和法律原则	231
三、有关外层空间的几个问题	236
第十一节 中国与国际法之一	
——国家主权豁免与“湖广铁路债券案”	244
一、国家豁免	244
二、国家财产豁免	248
三、中国的有关实践及立场	251
四、“湖广铁路债券案”分析	252
第十二节 中国与国际法之二	
——香港及澳门问题	258
一、国家领土与领土主权	258
二、香港问题	262
三、澳门问题	266
第十三节 全球化与国际法	270
一、引言	270
二、“全球化”现象解读	271
三、近现代以来国际法的发展	272
四、参与国际事务的行为主体在日益增加并呈多元化发展趋势	274
五、国际法渊源的发展呈现新态势	277
六、国际法的新领域和新型争端解决机构不断出现	278
七、国际法与其他部门法的界限逐渐模糊	280
八、全球化对国家主权提出新挑战	282
九、分析与结论	284
第三章 国际商事仲裁篇	286
第一节 国际商事仲裁基本问题之一	
——强行法的适用	286
一、国际商事仲裁中强行法的可适用性	287

二、国际商事仲裁员对强行法的适用	290
三、国际商事仲裁中的国际公共政策	294
四、国际商事仲裁中的当事人意思自治与公法	298
五、分析与结论	300
第二节 国际商事仲裁基本问题之二	
——公共政策的适用	301
一、公共政策辨析	302
二、不可仲裁事项与公共政策	304
三、国际商事仲裁中公共政策的种类	307
四、中国基于公共政策对仲裁裁决的司法审查	313
五、分析与结论	317
第三节 国际商事仲裁中可仲裁性问题之一	
——一般法律原则的适用	318
一、可仲裁性问题法律适用分析	318
二、一般法律原则在可仲裁性问题上适用的必要性	321
三、一般法律原则在可仲裁性问题上适用的可行性	324
四、分析与结论	326
第四节 国际商事仲裁中可仲裁性问题之二	
——反垄断请求(以美国为视角)	327
一、引言	327
二、国际性反垄断请求之仲裁	329
三、反垄断请求的可仲裁性	335
四、“三菱汽车公司案”	337
五、对“三菱汽车公司案”的评析(代结论)	340
第五节 国际商事仲裁中法院的作用之一	
——司法监督	342
一、商事仲裁司法监督的法律基础	342
二、商事仲裁司法监督的范围与程序	346

三、商事仲裁司法监督的法律效果	362
第六节 国际商事仲裁中法院的作用之二	
——被撤销之仲裁裁决的承认与执行	368
一、引言	368
二、立法规定	370
三、司法实践	373
四、理论模式	384
五、双重司法监督之剖析	388
六、分析与结论	391
第七节 国际商事仲裁中法院的作用之三	
——ICSID 仲裁裁决的承认与执行	395
一、引言	395
二、依据《ICSID 公约》的仲裁裁决	396
三、ICSID 仲裁裁决的承认与执行	398
四、国家主权豁免	404
五、分析与结论	409
第八节 国际商事仲裁中法院的作用之四	
——中美两国执行国际商事仲裁裁决之比较	410
一、中国仲裁裁决执行制度的法律框架	411
二、美国仲裁裁决执行制度的法律框架	414
三、分析与结论	421
第九节 科技革命对国际商事仲裁的新挑战	
——跨国网上仲裁	423
一、引言	423
二、网上仲裁协议	425
三、网上仲裁地	427
四、网上仲裁的程序法	429
五、网上仲裁的实体法	431
六、网上裁决的承认与执行	433

七、分析与结论	435
---------------	-----

第四章 WTO 法律制度篇

436

第一节 WTO 基本原则之一

——透明度原则	436
---------------	-----

一、引言	436
------------	-----

二、透明度的理论含义	437
------------------	-----

三、GATT/WTO 若干协定关于透明度的规定	439
-------------------------------	-----

四、WTO 争端解决机制中的透明度问题	443
---------------------------	-----

五、WTO 争端解决实践中的透明度问题	446
---------------------------	-----

六、分析与结论	451
---------------	-----

第二节 WTO 之例外

——豁免成员方义务	452
-----------------	-----

一、关于豁免的范围	453
-----------------	-----

二、关于豁免的程序	455
-----------------	-----

三、何谓“特殊情况”	456
------------------	-----

四、关于豁免的效果	460
-----------------	-----

五、关于豁免的通知、协商及争端解决	462
-------------------------	-----

六、有关豁免及不豁免的情况	463
---------------------	-----

七、关于豁免的扩展(extension)及终止(termination)	463
--	-----

八、GATT 和 WTO 规定的其他例外条款	464
------------------------------	-----

九、对中国加入世贸组织后运用上述豁免条款和例外条款的	
----------------------------	--

若干思考	466
------------	-----

十、若干政策性建议	469
-----------------	-----

第三节 WTO 之协定

——《反倾销协定》研究	469
-------------------	-----

一、《反倾销协定》存在的缺陷	469
----------------------	-----

二、《反倾销协定》的完善	473
--------------------	-----

三、分析与结论	476
---------------	-----

第四节 WTO 争端解决机制之一

——专家决策与公众参与	477
一、引言	477
二、WTO 争端解决机制中的专家决策	479
三、WTO 争端解决机制中的公众参与	485
四、分析与结论	493

第五节 WTO 争端解决机制之二

——该机制的利弊得失	494
一、GATT 争端解决机制的简要回顾	496
二、乌拉圭回合在争端解决机制问题上所作的努力	501
三、WTO 争端解决机制的创新	504
四、WTO 争端解决机制解析	509
五、WTO 争端解决机制的若干不足	521
六、分析与结论	523

参考文献	528
------------	-----

第一章 国际私法篇

第一节 国际私法基本理论之一

——柯里的“政府利益分析说”

柯里(Brainerd Currie, 1912—1964), 美国著名冲突法学家、法学教授, 也是美国 20 世纪冲突法新学说的主要代表人物之一。他于 1963 年整理出版了《冲突法论文集》(*Selected Essays on the Conflict of Laws*) 一书, 提出了“政府利益分析说”(Governmental Interest Analysis Theory) 这一有争议的冲突法理论。

一、“政府利益分析说”精要

柯里教授的“政府利益分析说”有以下主要内容。

1. 正常情况下, 即使案件具有涉外因素, 法院亦应当适用法院地法。

2. 如果案件表明需要适用外州法时, 法院首先应当确定法院地法中所体现的政府政策;^①然后法院应当探究法院地与该案的关系,^②以决定能否为法院地适用自己的政策提供合法基础, 因为法院地在适用

① 柯里将这种政策定位于政府的社会、经济或行政管理政策。See Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham • North Carolina: Duke University Press, 1963, p. 189.

② 包括双方当事人、相关交易、标的、诉讼情况等。See Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham • North Carolina: Duke University Press, 1963, p. 189.

自己政策方面具有利益。这项过程实质上是个解释的过程。

3. 与前一点相类似,法院如认为有必要,也应当确定域外法律中所体现的政策,以及确定外州是否在适用其政策方面具有利益。

4. 如果法院查明法院地州在案件中适用其政策并无利益,但外州在适用其政策方面却具有利益,则法院应当适用该外州法。

5. 如果法院查明法院地州在案件中适用其政策具有利益,它就应当适用法院地法,即使外州在适用其相反政策时同样具有利益也是如此;因而在外州不具有利益的场合,法院适用法院地法就更加毋庸置疑;在相对很少的案件中,法院会发现与案件有关的各州在适用其政策方面均不具有利益,这种情况下,法院也通常应当适用法院地法。^①

在这些原则下,柯里教授将法律冲突主要分为“虚假冲突”(false conflicts)^②和“真实冲突”(true conflicts)两大类。前者是指某个案件所涉及的两个州的法律尽管在具体规定上发生了冲突,但这两者所体现的政府利益却并不冲突,这种情形就是“虚假冲突”。^③ 在“虚假冲突”的情形下,只有当法院地州不具有利益而外州具有利益时,该外州的法律才能得以适用。^④ 后者是指某个案件所涉及的两个州的法律不仅在具体规定上存在着冲突,而且两者所体现的政府利益也存在冲突,这种情形就是“真实冲突”。依柯里教授看来,只有在“真实冲突”的情况下才会发生法律冲突问题。其解决方法就是适用法院地法以促进其

① Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham • North Carolina: Duke University Press, 1963, pp. 183-184, 188-189.

② 柯里教授自己用的概念是“虚假问题”(false problems, See Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham • North Carolina: Duke University Press, 1963, p. 189.), 但国际私法界在论及柯里教授的学说时,往往采用“虚假冲突”(false conflicts)这个概念来指同一情况。

③ 转引自邓正来:《美国现代国际私法流派》,法律出版社1987年版,第129页。

④ Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham • North Carolina: Duke University Press, 1963, p. 189.

自身利益的实现。^①

显而易见,柯里教授是主张尽可能地适用法院地法的,而且依照这种理论,法院在大多数情况下,也总会认为本州对在案件中适用自己的法律是具有合法利益的,从而也就更加会导致法院地法的广泛适用,这就等于否定冲突法有存在的必要了。难怪柯里教授认为不但传统的冲突规范可以抛弃,甚至连冲突法上的一些制度诸如识别、反致等都可以一概取消,不再需要了。^②

不过柯里教授同时也承认,通过上述方式来确定涉外民商事案件的准据法,其最易引起争议之处就在于对“政府利益”作何解释,而且在某些人看来,这似乎是对冲突法的基本理念诸如判决结果的一致性及对当事各方的公正性的否定。^③

二、何谓“政府利益”

柯里教授认为,各州的“政府利益”体现在它们自身的“立法意图”(legislative intent)中,换言之,每个州的“立法意图”即为该州的“政府利益”。^④ 这一结论是值得商榷的。

首先,人们往往认为,一个州的立法机构所通过的法案必然会反映出该州政府的一般意愿,但实际情况却不尽如此;特别是根据那些早已大大落后于社会发展现实的立法计划而制定出来的法律,其“立法意图”究竟能在多大程度上体现州政府的利益就更加令人怀疑;

其次,事实上,州政府的利益有时甚至会与该州的“立法意图”相冲

① 参见邓正来:《美国现代国际私法流派》,法律出版社1987年版,第129页。

② See Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham • North Carolina: Duke University Press, 1963, pp. 183-185.

③ See Ibid., p. 189.

④ See Ibid., pp. 183-187.