

《中国的和平发展与国际法》 学术研讨会综述

2004年12月4日至5日,中国社会科学院国际法研究中心举办的“中国的和平发展与国际法”学术研讨会在北京举行。来自最高人民法院、外交部、商务部、司法部、全国各地高等院校、科研单位,以及香港城市大学、香港立法会和香港政府知识产权署等30多个单位的80余名代表参加了本次会议。会议收到论文50余篇,共计50余万字。

会议以大会发言和小组讨论相结合的方式,探讨了国际公法、国际私法和国际经济法三个领域中与“中国的和平发展”相关的问题。会议讨论的主要议题大致可归纳为以下五个方面:全球化对国际法的影响、中国和平发展的国际法律环境、国际法在中国和平发展进程中的运用及对国内法的影响、国际法中其他重要理论问题以及司法实践对中国国际法研究提出的课题。现根据研讨会的发言与讨论记录,并结合与会代表提交的论文,对研讨会内容作出以下综述。

一、全球化对国际法的影响

当今社会,“全球化”是任何一个学科都无法回避的字眼。自20世纪90年代以来,全球化浪潮对人类社会的方方面面都产生了更为深入和广泛的影响,国际法在全球化的浪潮中也有了一些新的发展和变化。因此,在讨论中国的和平发展与国际法这一主题之时,必须先对全球化对国际法的影响从宏观方面有一个深刻的理解。在这一问题上,与会代表集中讨论了全球化背景下国际法的发展。

(一) 全球化背景下国际公法的新发展

国际公法领域的学者就此问题从不同角度进行了探讨。有学者概括了国际公法的发展轨迹,认为过去以战争法、共处法、任意法、实体法为主要特征的国际公法,现在越来越注意战争法与和平法、共处法与合作法、任意法与强行法、实体法与程序法之间的平衡发展。但是,这种平衡发展的结果具有两面性:一方面,国际公法的规范大量增加,客体相对扩大,效力有所提高;而另一方面,国际公法各种规范之间的冲突加剧,损害了国际公法的稳定性和可预见性,从而使得国际法越来越不成体系。

有学者以“全球治理”作为切入点,探讨了国际公法的发展方向。全球治理是经济全球化进程的必然结果,是一种改革世界范围现有管理方式的构想。人类处在一个要求全球治理创新与变革的新时代,世界需要能激发人民承认他们对彼此以及对后代负责的开明领导,强调为使人民通过国际民间组织发挥更大作用提供机会,改革与加强联合国及其他国际组织,确保世界事务的管理符合平等、人权与正义各项原则,在全球范围内推行法治,使全球性组织符合世界多样性的现实和可持续发展目标,目的是促进最广泛意义的安全,包括人民的安全与整个星球的安全。然而,全球治理并没有否定

国家主权原则的重要地位,而是通过限制主权的滥用与赋予主权不仅是权利而且是义务的新含义来重新诠释主权理论。他还认为,我国学者应该重点关注这一影响国际社会和平与发展的新思潮,积极推进我国社会治理传统观念的更新与国际社会治理模式的变革。

还有学者探讨了全球化时代国际立法模式的发展方向。他认为,全球化趋势对国际法律规则的创制提出了越来越强烈的需求,而以“各国共同同意”为基础的传统国际立法模式严重制约着国际法律规则的供给。虽然各国已通过对传统国际立法模式的改良,加快了国际习惯的形成过程和国际条约的缔结速度,但却仍嫌不足。应以温和的“全球治理”理论为基础,在坚持国家间制定的“国际法”仍居主导地位的前提下,将有关事务性的国际立法权让渡给政府间组织、非政府组织以及跨国商业组织等非国家行为体,由他们来制定相应的“国际软法”,由此形成一种“跨国立法”的新模式。

(二) 全球化背景下国际私法的新发展

在宏观方面,学者们普遍认为,国际私法的发展趋势主要体现在以下几个方面:1. 在全球化进程中,国际私法的地位必将得到提升。这是因为,在全球化的进程中,全球性规范冲突会进一步加剧,而统一实体法又远未达到可以在所有问题上协调各国矛盾与冲突的程度。因而,传统的法律选择规范依然是不可或缺的,国际私法将显示出它在规范国际关系、建立国际新秩序中的基础性地位和作用。2. 国际私法的趋同化趋势。早在19世纪,萨维尼、孟西尼等学者就已预见到了国际私法将逐渐趋近的趋势。随着全球化浪潮的不断推进和国际私法的不断发展,两大法系已明确地呈现出不断融合、趋近的趋势。全球化背景以及国际社会的法律趋同化这一大的趋势是外因,它导致了国际私法从国家主义向普遍主义回归的倾向;而两大法系在国际私法价值实现观念上的趋近则是其趋近的内因。在国际私法价值实现的取向上,历来有两种对立的倾向,大陆法系倾向于追求法律规范的明确性、稳定性和结果的一致性,而英美法系则强调法律的灵活性和适应性。几十年的发展证明,这两种价值取向都有其积极和消极的方面,只有将二者较好地结合,才能最大限度地实现国际私法的存在价值。3. 从“冲突正义”向“实质正义”转变的趋势。国际私法的存在绝不仅仅是为了能够得到可预见的、一致的判决,它还应该像其它的法律部门一样,能够使案件得到公平、合理的解决。国际私法的这一价值取向受到了西方法哲学,特别是美国的法律现实主义思潮的影响。4. 从单边主义到多边主义转变导致了从冲突规则向管辖规则的转变。单边主义从本国私法的具体规则的性质和内容出发,分析它的域内域外效力,而多边主义从国际法律层面出发,寻找合理的管辖法律。从冲突规则向管辖规则的转变从一个侧面反映了从单边主义到多边主义的转变。5. 国际私法领域掀起了新一轮的立法浪潮。在全球化背景下,国际私法的立法进程加快,国际私法的立法向着成文化与法典化方向迈进。

在微观方面,国际私法的新发展主要体现在以下一些方面:1. 属人法。在属人法的连结点上,一直以来存在着大陆法系的本国法主义与英美法系的住所地主义之间的对立,然而,随着国际经济交往的频繁发生,这一分歧有了得到解决的趋势——确立了将国籍与住所相结合,并以惯常居所地为主,确定属人法连结点的做法。另外,随着国际人口流动的急剧增加,国籍的积极冲突明显增加,越来越多的国家不得不考虑承认双重国籍。2. 法律适用方面。(1) 物权。无体动产的法律适用更加引人关注,这主要体现在无体动产适用物之所在地法时,对所在地的确定变得更加复杂。(2) 债权。在合同之债方面,电子商务合同的法律适用中出现了许多新问题;在侵权之债方面,生物技术的研究和保护方面出现了一些新问题,如生物技术研究中的公共秩序问题以及基因志愿保护的问题;由于互联网的普及,出现了网上侵权的问题。另外,跨国环境污染也成为日益严重的问题。(3) 亲属法。在亲属法领域,传统的法律适用出现了向宽松和灵活方向发展的趋势。例如,在结婚的法律适用中,连结点呈现了多样性,在离婚方面,引入了意思自治原则;随着女权主义运动的兴起,在夫妻关系的法律适用方面,从传统上坚持适用丈夫的属人法发展到趋向于适用夫妻双方的共同属人法或者分别适用夫妻双方各自的属人法;在继承的法律适用方面,“同一制”逐渐得到了国际社会的认同,一些采取“分割制”的国家也开始转而采用“同一制”。另外,亲属法领域的很多问题已经成为了国际社会所共同关注

的社会问题,例如对未成年人的保护。3. 统一实体法领域。这一领域出现了三个比较大的发展趋势:统一实体法的立法进程明显加快;现代商人法的数量激增,且体系日益庞大;相关国际组织的作用日益增强。4. 程序法领域。这一领域的趋势主要体现在,在诉讼方面更加重视管辖权问题,强调诉讼的便捷性和效力性,例如不方便法院原则的广泛采用,并且更加强调国际私法协助;在仲裁方面,支持仲裁理念的影响逐步增强。另外,各国不断强调仲裁形式的多样化。

二、中国和平发展的国际法律环境

无论是和平抑或发展,都需要法律的保障。在全球化的背景下,任何一个国家的和平与发展都不可能脱离国际法律环境,中国也不例外,中国的和平发展是在当代国际法律框架内的发展。因此,中国必须首先对国际法律的各个层面进行深入了解。了解国际法是使其能为我所用,为中国的和平发展提供坚实保障。与会代表对影响中国和平发展的国际法律环境中的几个重要方面进行了探讨,它们是:国际和平的维护、国际合作原则与国际社会组织化、人权的国际保护与国家的义务、与国际法相关的司法问题以及国际经济法律框架下的相关问题。下面分别述之。

(一) 国际和平的维护

“9.11事件”之后,恐怖主义成为了威胁国际和平的一种方式,有关恐怖主义的问题也成为了国际公法领域中一个重点研究的问题。

本次研讨会上,有学者对恐怖主义的定义与根源进行了深入分析。反对恐怖主义和制定相关的法律规范,都需要先给恐怖主义下个定义,否则反恐斗争就无的放矢。然而,对于什么是恐怖主义,不同国家、集团和个人有不同的看法和判断标准,但一般都认为恐怖主义具有以下特征:必须是违反国际法一般准则或相关国家国内法的活动;使用或威胁使用武力及其他攻击性、破坏性手段;恐怖活动的主谋或支持者通常是隐蔽的;袭击对象处在非战时状态;有意制造社会或公众的心理恐慌;为达到某种政治或社会目的。消除恐怖主义必须从其产生的根源着手,而恐怖主义的根源可以归结为政治、经济、社会、历史、民族、宗教、文化等诸多方面。然而,在这些必然因素中也包含有偶然性,它们是构成恐怖主义的诱因,其中主要涉及到各文化板块之间的矛盾与冲突;弱势化与边缘化问题;以及信息技术与交通手段的发达。他还认为,只要恐怖主义的根源存在,恐怖主义就不可能被彻底消除。现在国际社会采取的反恐措施基本上是治标不治本的,所以反恐斗争仍是国际社会面临的一项长期而艰巨的任务。

还有学者探讨了恐怖主义与国际人道法的关系。美国以反对恐怖主义的名义,先后发动了阿富汗战争和伊拉克战争。反恐战争已经成为反恐斗争的一种方式。国际人道法是具有普遍拘束力的国际习惯法,是一切战争和武装冲突都应遵循的国际规则。然而在目前的反恐战争中,在国际人道法的使用方面暴露出了一些问题,突出表现在战俘待遇和对平民居民及民用物体的保护方面。此外,反恐战争中的一些新现象,诸如新式武器、军事占领、文化财产的保护和空战等等,都是国际人道法的现有规则难以应对的,需要进一步的补充和完善。

(二) 国际合作原则与国际社会组织化

有学者论述了和平发展与国际合作之间的关系,认为发展是目标,和平是发展的方式,而合作是实现和平目标的途径。然而国家之间并没有强行法上的合作义务,合作作为一种需求,只能是以条约约定接收下来的条约义务。它以国家的自愿接受为前提,因而不会对国家主权产生负面影响。

有学者讨论了政府间组织的新发展。近年来,传统的政府间协定性组织的数量大幅下降,而政府间非协定性组织的数量却在猛增。非协定性的政府间组织主要表现为以下几种形态:国家间论坛性组织、条约性组织、协定性政府间组织有对外职能的内部机构,以及国际组织间的联合机构或联合项目。这些非协定性的政府间组织具有几个共同的特点:都具有国家间多边合作的性质和职能;是组织

化的国际多边合作,具有多样性;都对国际法的发展产生了重要影响;在国际法中的性质和地位尚不确定。他的结论是,鉴于目前国际社会的实际和发展趋势,凡是具有国家间多边合作宗旨和职能、且具有组织形态和制度要求的组织都可以被视为政府间组织。

(三) 人权的国际保护与国家的义务

关于人权的国际保护问题,本次研讨会主要涉及到以下两个方面,一是《消除对妇女一切形式歧视国际公约》的实施机制,二是国家在《经济、社会和文化权利国际公约》下的义务。

《消除对妇女一切形式歧视国际公约》自1981年生效以来,至2004年9月13日已有178个缔约国,成为一个为世界上绝大多数国家所接受的,具有法律约束力的国际人权文件。与其他人权文件相比,该公约具有以下几个特点:第一次给出了“对妇女的歧视”的定义;将公民权利、政治权利和经济、社会、文化权利这两类权利规定在一个文件中;另外,公约的内容涉及了公、私两个领域,并打破了公与私的界限。该公约的实施主要是通过消除对妇女歧视委员会的工作、国家报告程序和个人申诉程序来实现的。其中个人申诉程序是任择性的,需要缔约国明确承认委员会有权接受并审议根据《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》提起的个人申诉。个人申诉的作用在于强化公约的执行机制。

有学者分析了国家在《经济、社会和文化权利国际公约》下的义务。缔约国为实现公约所规定的各项人权而承担的国家义务可以分为实质性义务和程序性义务。国家的实质性义务是指国家依据公约所承担的具体实现公约第一条所承认的民族自决权和公约第二部分所承认的个人所享有的各项经济、社会和文化权利的义务。实质性义务可以区分为尊重义务、保护义务、实现或保障义务和促进义务四个层次,体现了行为义务与结果义务的统一。国家的程序性义务是指国际社会为了保障和监督公约的实施而对国家做出的要求,此种义务并不直接实现相关的权利,而是从程序上提供监督和协助的手段和步骤。国家在《公约》下的程序性义务以国家报告为中心。对两类义务的比较再一次验证了“人权的实现主要依靠缔约国的国内努力”这一原则。

(四) 与国际法相关的司法问题

国际海洋法法庭的管辖权。国际海洋法法庭根据《联合国海洋法公约》第15部分和附件6,于1996年在德国汉堡正式成立。法庭自成立至今已经成功处理了12例大案,受案范围包括船舶、渔业、海洋能源、海洋环境等许多方面。研究国际海洋法法庭应当注意以下几个方面的问题:法庭允许非国家的实体成为国际海底管理局甚至法庭的当事方;调解和特别分庭的管辖带有一定的强制性,以争端任何一方向法庭提出申请为管辖的条件,而无论争端他方的意见如何;法庭对《联合国海洋法公约》缔约国外的实体开放;缔约国可在任何时间以书面方式选择法庭或《联合国海洋法公约》规定的其他争端解决机构如国际法院、仲裁法庭等解决争端;大陆架执行委员会不是裁判机构;国际法一般司法机关与海洋法法庭这一具有专门性的司法机关之间不存在隶属关系。

国内法院在实施国际法中的作用。在全球化趋势中,国内法院适用国际法审理案件的范围日益扩大,面临许多问题与挑战。在受理案件时,国内法院需要把握国家主权和国家行为理论的发展,权衡“足够联系”原则和“对一切”义务的原则,确定对案件的管辖权。国内法院依据国际法对案件进行审理和裁判有助于维护国际法律秩序与形成和发展习惯国际法。国内法院虽然难以逾越非自执行条约以及行政避让司法等障碍,但仍然应当依据国际法,以全球的和平发展的眼光对条约进行解释适用,对无效、终止和暂停实施的条约不予适用。总之,要重视国内法院在实施国际法中的作用。

(五) 国际经济法律框架下的相关制度

影响中国和平发展的国际法律除了主要保障和平的相关国际公法制度之外,还包括为经济发展提供保障并对国际经济秩序加以规范的国际经济法律制度。本次研讨会上,学者们的讨论主要集中在WTO的相关法律制度方面,包括WTO体系中的条约解释、国民待遇原则、反倾销制度、自由贸易与环境保护、贸易与健康以及知识产权的国际保护等。

WTO体系中的条约解释。如何根据国际条约法来解释WTO协定是研究WTO法律制度的一

个基础性问题。有学者认为,1980年生效的《维也纳条约法公约》中关于条约解释的有关规定是国际社会所接受的条约解释习惯法,被WTO明确规定为在解释WTO相关协定时所必须采用的解释原则。《维也纳公约》条约解释的方法有两种:一种是基于条约文字的“用语解释”,另一种是基于起草和签署条约相关情况的“历史解释”。前一种方法要求解释条约时根据条约的内容、目的与宗旨,对文意进行字面和系统的理解;而后一种方法的运用,是当“内容解释”不足以解释清楚条约含义时,参考条约产生的历史背景、起草过程等有关历史性的内容对条约及某一条款进行解释。作为国际条约,WTO的相关协定无疑是以国际法为依据的。DSU第3.2条直接引用国际法为法律渊源,规定对所有WTO协定条款内容的解释必须“依照解释国际公法的惯例”进行,这是DSU中唯一规定有关WTO协定解释原则的条款。根据第3.2条的规定,对WTO规则的解释所应遵循的方法是:“依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。”

WTO的基本原则——国民待遇原则。有学者较为全面地探讨了国民待遇的若干问题,包括国民待遇的结构、国民待遇的例外以及国民待遇与事实上的差别待遇,尤其是国民待遇与国际经济立法之间的矛盾。他认为,WTO所追求的目的不仅仅是贸易自由化,还包括经济的可持续发展,在对待国内经济立法自主权上,需要肯定各成员国的规则的多样性,而不是代替成员国立法,同时又能促进贸易的自由化。WTO继承了GATT消极立法,而不是代替各成员国国内立法的改革。这在WTO处理国民待遇与各成员国国内经济立法权之间的关系上是一个基本原则。可以看到,GATT时代是以反对贸易保护主义为单一目标,强调贸易自由化,它对成员的经济立法的自主权是持否定的态度。这与当时的保护方式主要是关税的减让有关。而在WTO时代,关税的减让已不再是主要的目标,建立统一全球性国际贸易秩序成为了关键,因此导致了WTO重新审视贸易自由化与国家经济立法自主权的关系。对于国内法的审查,主要是国民待遇的例外部分,不再是依据规则本身,而是根据它的适用。这就保证了国内立法的自主性和多样性。这对保持全球经济的持续发展是非常重要的。全球化并不是统一各国的经济和法规,而是如何更好地保持各国的经济特色与法律的多样性。

反倾销制度。有学者就反倾销法中的公共利益问题进行了考察。她首先分析了WTO反倾销协议的立法价值取向,认为反倾销协议的立法目标是为了促进公平竞争,维护正常的国际贸易秩序。反倾销协议是以保护“国内产业”的利益为基本出发点的,而受到倾销损害的国内产业的效率、消费者和工业用户的利益是否受到倾销的损害则不是考虑的主要因素。相比之下,一些WTO的成员国,例如欧盟和加拿大,在其反倾销立法中则更加注重对消费者组织和产品用户利益的考量。通过对欧盟和加拿大反倾销法的深入考察,她认为,公共利益可以起到安全阀的作用。在采取倾销认定、损害标准和反倾销措施时,不能只考虑到受倾销损害的国内产业的利益,而要重视并考虑公共利益尤其是消费者与用户(包括中间生产商)的利益。

在规则层面上,世界贸易组织所奉行的贸易自由化与环境保护产生了冲突;在实践层面上,与环境有关的贸易争端层出不穷。有学者分析了自由贸易与环境保护冲突的原因,他认为WTO/GATT法律规则在环境保护规定方面的局限是导致贸易与环境冲突的直接原因;而各国固守经济利益和环境主权是当前与环境相关的贸易争端接连不断的内在原因。他提出了以下几点建议:调整角色定位,明确环境保护目标;允许特定情况下的单边贸易限制措施;努力促成国际合作;充实专家组环境专业人士以及采取环境评价制度。

贸易与健康。有学者从自由贸易与健康安全的关系入手,探讨了多边贸易体制的公共卫生安全视角,认为多边贸易体制中包含了对人类健康安全问题的关注。1947年关贸总协定第20条(b)款中的健康例外条款,尽管包含了公共健康安全的内容,但是由于当时促进贸易自由化的价值取向,该内容并没有被赋予特殊的地位;然而,乌拉圭回合诞生的《实施卫生与植物卫生措施协议》在WTO争端解决机制的协助下合理地平衡了贸易与健康之间的关系。有关的争端解决实践表明,在某些方面,贸易与健康的天平正在向维护成员方公共卫生安全主权的方向倾斜。

知识产权的国际保护。有学者提出了后现代知识产权法正在形成的主张。从1883年《国际保护工业产权公约》开始,至1995年世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协议》以及统一的世贸组织争端解决机制的建立,国际社会已经建立了一整套全面的现代国际知识产权实体法及争端解决程序法律制度。国际知识产权保护公约经过不断修改,从先有公约后出现知识产权组织,发展至今已经成为涉及保护商标、地理标志、工业产品外观设计、版权、邻接权、专利、集成电路布图等一系列权利的综合性、专业性很强的知识产权保护法律制度体系。19世纪到20世纪的知识产权法律的发展,最终形成后现代知识产权保护法律制度。进入21世纪,知识产权的本质已经发生了改变。在后现代国际知识产权法律制度的发展过程中,知识产权法律制度保护的对象从单一的保护经济权利过渡并集中在对遗传基因、传统知识、民间文艺、文化多样性等有关方面的保护。协调与传统知识产权及知识产权组织的关系已经成为当代学者研究的课题。

三、国际法在中国和平发展进程中的运用及对国内法的影响

在此次研讨会上,与会代表着重讨论了如何运用现有国际法律规则保护中国利益,促进中国的和平发展。研讨会的发言主要涉及到以下一些问题。

(一) 制定专用于发展中国家的规则

从第二次世界大战结束,GATT诞生之时起,发展中国家在GATT/WTO多边贸易体制中一直处于从属地位和受发达国家“恩赐”与“照顾”的状态。发展中国家不仅在经济与贸易实力上居于从属的地位,而且整套WTO法律制度与体系都是按发达国家传统经验的模式缔造与运行的。因此,WTO多边法律制度首先要保护的是发达国家的利益。经过多次联合斗争,发展中国家的利益才获得一定的“照顾”与重视,但其法律地位实质迄今仍未根本改变。

有学者回顾了发展中国家在WTO中的从属地位。从1965年在GATT原有条款中增设第四章“贸易与发展”,专门处理对发展中国家的关系,到1970年联合国贸发会通过给予发展中国家“普惠制”,再至1979年东京回合制定的“授权条款”,决定给予发展中国家以特殊和差别待遇,尽管这些决定体现了历史的进步,但却并没有使发展中国家摆脱从属地位。令人期待的是,多哈回合中达成的新框架协议酝酿了新的突破。就发展中国家的地位,新框架协议虽仍沿袭使用“特殊和差别待遇”的概念作标题,但其内容明确显示出有突破性进展,显露出了专门为发展中国家量身定制适用规则的迹象。与此相呼应,主持多哈回合谈判的领导结构也出现了可喜的变化,即不仅出现了“G20”(包括巴西、中国、印度在内的发展中国家的大中国集团),而且形成了主导谈判权的“G5”(五人协调组)。这从不同侧面反应出发展中国家的新觉醒,改善它们的地位使之与发达国家平起平坐,已成历史必然。在WTO体制中实现发达与发展中国家平等关系的重要标志,是摆脱或改变在法律规则上以适用发达国家规则为准,仅稍作“特殊”和“差别”地适用发展中国家的状况,发展为专门为发展中国家量身定制相对独立的成套规则。作为WTO成员方的大多数的发展中国家,在经济实力与贸易能力上虽属“弱势群体”,而在WTO中法律地位上与发达国家都是平等的成员,将其贬入从属地位,处处跟着适用于发达国家的法律规则转圈,不符合国际法赖以存在的法理根据:国际正义、平等与公平原则。然而,如何正确估计并协调好WTO体制中发达国家与发展中国家的共同利益与特殊利益,并用法律规定体现出来,是一项复杂的系统工程,现状远不能令人满意,今后任重道远。

(二) 特殊保障措施与中国对策

有学者就《中国加入世贸组织议定书》第16条中所规定的特殊保障措施进行了分析,认为与普通保障措施相比,专门针对中国的特殊保障措施实施条件有几点主要不同:该措施专门针对原产于中国的产品,从而允许任何WTO成员歧视性地仅对中国产品实施保障措施;该措施的适用标准低于普通的保障措施;第16条采取了“市场扰乱”标准作为判断损害程度的标准;在专门针对中国产品的特殊

保障措施机制中,中国的报复权受到了限制。《中国加入世贸组织议定书》第 16 条明显对中国不公平,且为某些与中国有较大经济利益冲突的 WTO 成员限制中国产品提供了法律依据。为了有效地、合法且最大限度地保护中国在 WTO 框架内的利益,中国有必要认真研究第 16 条的适用条件、程序、规则和各种技术要求,以最大程度地减少该条款被滥用。同时,中国也必须认真全面考虑能够影响第 16 条适用的各种主观和客观因素,以达到有效地利用这些因素最大程度地保护自己利益的目的。他认为,第 16 条重要概念的解释对保护中国利益极为重要;中国必须强调任何适用第 16 条的 WTO 成员和中国进行磋商的义务;强制磋商程序为中国提供了表述自己认为能够有效地防止和补救市场扰乱的自律措施的机会;第 16 条第 5 款关于援用特殊保障措施的程序规定能够有效地保护中国的合法权益,避免第 16 条被滥用;第 16 条第 6 款对中国的报复权作了限制,因此在某实施期低于两年或者三年时,中国不能直接对相关的 WTO 成员实施报复,但是,中国可以通过其他 WTO 协议条款对相关成员实施报复。另外,虽然第 16 条第 8 款规定的所谓重大贸易转移规则显得对中国产品出口更加不利,也更容易被滥用,但由于国际贸易的基础是互惠,且保障措施的最基本原则之一就是“逃避”权和报复权的平衡,因此任何 WTO 成员轻易以贸易转移为由限制中国出口的话,中国都有权按照同等尺度对该成员采取限制。

(三) 中国应积极参与 WTO 争端解决机制

来自实务部门的人士对中国在加入 WTO 之前及成为正式成员之后在有关争端解决机制方面所做的工作进行了介绍。四年间,中国真正诉至争端解决机构的案件只有“美国钢铁保障措施案”和正在进行的“中国集成电路增值税案”。这里确实包含着我国“和为贵”的文化传统,也表明我国对争端解决机制需要一个熟悉过程。美国钢铁保障措施案是中国在 WTO 中第一案,是中国成为 WTO 成员后,使用 WTO 争端解决机制解决贸易争议,保护自己贸易利益的具体体现。另外,中国已经作为第三方广泛参与了 WTO 争端解决案件。至 2004 年 10 月,中国已在 23 个案件中申请做第三方。作为第三方参与案件审理的重要意义体现为:中国作为贸易大国有广泛的贸易利益;作为第三方可以获得大量的国际贸易信息;作为第三方可以参与规则的制订与发展。参与 WTO 案件的审理,就是参与 WTO 规则的制订和发展。中国在参与 WTO 争端解决机制方面已迈出了第一步,但需要学习和提高的地方还很多。

(四) 借鉴国际经验促进中国金融创新立法

来自实务部门的人士介绍了国际与国内金融市场的现状。当今社会金融市场的发达程度决定着国家的贸易利润。以石油市场为例,OPEC 控制着石油生产,而美国等发达国家以其发达的金融市场控制着石油价格。“广场协定”之后,由于日本不恰当的汇率政策和金融干预直接导致经济一直停滞发展。目前在金融领域存在着银行、保险、证券、基金等多种形式的金融机构,金融品种包括存款、证券、股票、信托凭证等多种形式。然而,由于我国金融市场建立时间不长,金融产品极为缺少,国家和私人富余资金无法在市场上找到良好投资工具,资金极大浪费。我国高达数千亿美元的外汇储备由于无法找到出路,只能购买美国国债,支持美国经济发展。国家经济建设严重缺乏发展资金的同时,却将大量资金闲置。其根本原因在于我国没有合理的法律制度和框架,无法为金融产品创新提供良好的制度工具,导致供需缺乏透明,成本不确定。国家应该借鉴发达国家的法律,为个人创造融资渠道,鼓励个人参与,以法律领导金融改革。总之,只有完善立法,才能更好地发展我国金融市场。

(五) 中国外商投资法律制度的完善

外资并购我国企业所引发的法律问题中最为重要的莫过于垄断问题。垄断容易造成东道国的幼稚工业受到压制,原有的竞争秩序遭到破坏,而制定《反垄断法》以禁止垄断行为是世界各国反对垄断的唯一有效法律途径。遗憾的是,我国至今尚无一部专门的《反垄断法》,有关此方面的法律大多散见于各种不同层次和级别的法规与条例中。有学者分析了当前我国调整跨国公司并购所引发垄断问题的法律中存在的弊端:外资并购和反垄断立法数量过多,凌乱不堪;现有法律分布在不同层级之中,立

法级别不高,内容简单,法律的效力不强;相关法律法规的配套政策和措施不能跟进,造成法律执行上的困难;法律的制定落后于经济发展需要,部门利益又使得法律成为分肥工具;反垄断审查部门与产业政策制定部门混作一团,无法兼顾保障多重利益的目的。与会学者认为,立法者应该借鉴发达和发展中国家关于外资并购的立法经验,同时结合我国的制度、传统和目标,尽快出台《反垄断法》,完善《反不正当竞争法》,健全竞争法体系。

还有学者具体探讨了外资并购国有企业的法律问题。外资并购中国国有企业有助于解决国内资金短缺问题、引进国外先进技术和生产经营管理方式、培养和锻炼管理人才、促进国有资产重组等益处,但也存在诸多弊端。除了垄断问题之外,还存在着国有资产流失、债权人权益和中方企业职工权益保护不力等弊病。为防范并购引起国有资产流失,中国应加快制定和完善《产权交易法》,科学组建资产评估机构,对并购进行强制性资产评估。国家应加快产权制度改革,制定《国有企业法》,理顺国有资产管理体制,从而真正塑造强有力的市场主体,授予国有资产管理机构国有企业出资人地位,允许其享有国有企业利润分配和收益权,减少对国有企业的财政补贴,保证国有企业与私人企业竞争的公平与透明。国家还应综合考量发达国家经济发展阶段的法律发展状况,协调国家产业政策与竞争政策,制定《产业政策法》,使外资并购国有企业符合中国的产业政策。考虑到三部外资企业法仅仅对外商直接投资加以规范和调整,且主要是针对“绿地投资形式”或称增量投资形式,法律之间内容重复,国家应该尽快合并三部法律,制定统一的《外商投资法》,以规范和协调外商在华投资活动。与此同时,还应完善劳动、社会保障等法律法规,保护国有企业债权人和中方职工的合法权益。

(六) GATs 对中国国有企业的约束

有学者探讨了中国国有企业受 GATs 约束的可能性,其论述可以分为两个层次,即将国有企业的行为措施视为“成员国影响服务贸易的措施”的可能性,以及将国有企业作为企业且是“垄断服务提供者”或是“专营服务提供者”时 GATs 第 8 条的特殊规定。尽管 GATs 协议没有直接对国有企业的经济行为做出特殊规定,但是国有企业由于和成员国政府之间的紧密联系以及在本国市场上的特殊地位,其行为很可能受到 GATs 协议的双重管束:一是如果国有企业的行为有可能被视为成员国的措施的话,那么国有企业也自然必须遵守成员国在 GATs 中的义务,也就是说,其行为可能作为一种政府行为而受到协议的制约;二是当其在成员国内的某一市场中处于垄断地位或是拥有专营权时所需承担的特殊义务。由于国有企业在中国经济中不仅占有相当大的比例而且作用重大,这就使得中国在履行 WTO 协议时,不仅需要谨慎考虑政府行为,同时还须对国有企业的行为加倍小心,否则它就很有可能成为其他成员国提起诉讼的对象。

(七) WTO 框架内大陆与台湾间经贸法律关系

有学者认为,在 WTO 框架内,两岸之间的经贸关系不仅应当符合“一个中国”的原则,而且还应当受制于 WTO 法律原则和规则,WTO 争端解决机制也同样适用于两岸之间的贸易争端。要妥善处理这个问题,必须注意几个问题:第一,要从法律的角度来理解 WTO 的有关原则和具体规则,不能望文生义,决不能因为这些原则中出现了“国”这样的字眼就“不寒而栗”。“最惠国待遇”、“国民待遇”在 WTO 法律中仅仅是一个法律上的特定概念,并不涉及国际法中的主权问题。第二,台湾加入 WTO 的模式并不构成它加入其他国际组织的法律先例。他还对“一个中国”原则下两岸现阶段经贸关系实践中的法律问题提出了建议:首先,参加对外贸易案件调查和审理程序的台湾地区企业必须在相关法律程序中遵守“一个中国”原则,并严格依照 WTO 法律文件已经规范的名称参加调查和诉讼活动;其次,进一步完善法律和各项措施,保障台湾企业在调查和诉讼中的各项权利;最后,做好应对台湾当局将两岸间的贸易争端诉诸 WTO 争端解决机制的心理准备和法律准备。

(八) WTO 法对中国国际私法的影响

有学者从国际私法基本理论、法律适用和程序规范三个方面探讨了 WTO 法对国际私法的影响。在基本理论方面,WTO 法在国际私法案件中的可适用性是一个重要的问题,即中国国内法院在审理

国际私法案件时能否直接援引 WTO 法。该学者认为,尽管这一问题在国内没有明确规定,但是 WTO 法中那些可以明确推导出个人权利的具有“自动执行”性质的规则可以直接援引,并具有优先的法律地位。另一个相关问题是 WTO 法对设定新型法律关系和新连结点的启示。例如,根据 GATs 对服务贸易的四种划分——跨境交付、境外消费、在服务消费国的商业存在和自然人流动,国际私法可以超越原有的体系,直接在这四类法律关系的基础上创设冲突法规则;同样就连结点而言,WTO 法中的“货物原产地”和“商业存在”等概念就具备作为连结点的条件。

WTO 法对法律适用的具体影响主要体现在以下几个方面:WTO 法的框架结构映照出我国商事冲突法框架结构的破碎与不完整;TRIPs 协议中的国民待遇原则对法院地国的知识产权冲突规则有所影响,可以保证外国权利人所享有的权利同时不低于 TRIPs 协议的最低保护标准和法院地所提供本国人的保护标准;另外 WTO 法还对解决电子商务的法律适用问题提供了启示,即将“在线”与“离线”相分离,属于“离线”的电子商务应更多受制于传统国际私法规则,而属于“在线”的电子商务应适用特殊的规则。在程序规范方面,《海牙公约》中确定管辖根据的方法借鉴了《SCM 协定》成功的立法技术。另外西方一些学者认为,应该把外国判决的承认与执行看作一个贸易问题,并将其纳入 WTO 法的框架内。从以上这些方面可以看出,WTO 法的确对中国的国际私法的不同层面存在着或多或少的影响。

(九) 中国国际私法的相关立法问题

中国国际私法立法问题是目前学界重要的研究课题,而确定合同准据法的立法无疑是其中一个极为重要的问题。有学者考察了中国的相关法规,并结合国际通行做法,提出了相关的立法建议。

合同准据法的确定是现代国际私法中最为完善的领域。中国国际私法中关于涉外合同准据法确定的规则及司法解释也曾经有过较为细致的设置,但在涉外经济合同法废止之后的立法却似乎使这种状况有所倒退,规则内容从详细倒退至粗略,离完善越来越远。在合同准据法领域最为重要的两个原则是当事人意思自治原则和最密切联系原则。中国在相关的国际私法条文中也纳入了这两项原则,但依然存在缺陷。

在意思自治原则的运用方面。首先现有立法中“处理合同争议所适用的法律”这一用语并不恰当。她认为,可以借鉴中国国际私法学会制订的《中华人民共和国国际私法示范法》第一百条的规定。另一个问题是,合同缔结之后的法律选择是否有效。关于这一问题的规定曾出现在已废止的涉外经济合同法的司法解释中,但现行立法和民法草案第九编中都没有相关规定。可以参照上述示范法和瑞士国际私法的相关条款对这一问题进行规定。依据意思自治原则确定合同准据法的关键是当事人选择法律的意思表示,但中国现行相关法律都没有涉及当事人对合同准据法的选择应该是明示还是可以暗示,这也是一个应该引起注意的问题。

在最密切联系原则的运用方面。她比较了英美法系国家和大陆法系国家在运用该原则确定合同准据法方面的不同做法,并认为尽管运用的方式不同,但指导思想是一致的。原涉外经济合同法曾经根据“特征性履行”理论为 13 种合同具体确定了与之有最密切联系的法律,这一做法是合理的。建议在民法草案第九编中重新加以规定。她根据合同领域的最新发展,就 15 种不同类型的合同,如何确定与之有最密切联系的法律,提出了立法建议。

(十) 影响中国和平发展的“台独”问题

“台独”是目前有可能妨碍中国和平发展的一个最危险的因素。在“台独”分子的主张中,促成公民投票是一项既定方针。有学者从理论的角度,探讨了公民投票在国际公法上的地位。虽然公民投票可以作为殖民地人民行使民族自决权的一种方式,但欧美日法学界一般不认为它是一种领土变更的方式。公民投票可以表达对某个公共问题的意见,但不具有决定某公共事务的法律效果;习惯国际法不承认公民投票是国际法上领土变更的一种方式;没有代表国家的中央政府的同意,一个地区的公民投票在国际法上不能产生任何法律效果。因此,希望以公民投票的方式促成“台独”在理论上是站

不住脚的。

(十一) 条约的文本问题

本次研讨会上,有学者即提出了关于“International Covenant on Civil and Political Rights”(ICCPR)的文本问题。中国已于1998年10月5日签署了ICCPR,并且一直在积极研究和严肃考虑批准问题。然而,目前在联合国和中国广为使用的、标题为《公民权利和政治权利国际公约》的ICCPR的中文本,与其作准英文本相比,在许多规定上有较大差异。这些差异足以导致对这些规定的不同理解,进而影响ICCPR的实施和执行。经过进一步的研究发现,ICCPR有两份中文本。从国际条约法的角度而言,其中必然有一份是具有法律约束力的作准文本,而另一份则是无效的文本。该学者基于现有的研究基本可以确定:目前广为流传、中国学者将其作为主要研究对象的ICCPR的中文本是《公民权利和政治权利国际公约》,而唯一合法有效的作准中文本应是《公民及政治权利国际盟约》。为避免一旦批准公约给我国带来的政治上和法律上的恶劣后果,首先,必须明确流行本的法律效力。如若其真为“赝品”,就应将这一结果广而告之,以避免中国的政府部门、学术机构及其工作人员以及任何有关人员包括普通民众对ICCPR的认识误入歧途。同时我们应该依据作准中文本来考虑批准和实施ICCPR的事项。事实上,在中国,条约文本的混乱决不是偶然现象。对此,我们应该抱以绝对严肃认真的态度,决不能将其仅仅视为一个翻译问题而一笔带过。

四、国际法中的其它重要理论问题

(一) 康德的国际人道法理论及其现实意义

有学者对康德的国际人道法理论进行了研究,认为康德的人道法则是彻底的人道主义原则,即每个人都要遵循将人当作人的法则;如此去做,就会彻底脱离人类自相残杀的非理性状态,进入永久和平的理想境界。康德反复强调,每个人都将自己和他人当作“目的”,而不仅仅是手段,每个人、每个国家都保证与他人、他国和平相处。只要在国内建立共和制,在国际上建立自由国家的联盟,这一理想就能实现。康德的国际人道法是将人道的法则与追求永久和平的国际法相结合。只有在永久和平的国际法之下,才可能有名符其实的人道法。然而实践证明,建立自由国家的联盟,实现人类永久和平的法治状态,是一个极其困难的进程。康德的国际人道法的理念是伟大的,但是其实现是困难的。人类在继续百折不挠地向着永久和平目标努力时,也必须现实地考虑如何减少战争或武力使用给人类带来的痛苦。

(二) 准据法的概念和理论

准据法是国际私法的特有概念和基本范畴。有学者对准据法的概念和理论进行了反思与重述。他认为准据法是指经冲突规范援引被用来确定国际民商事关系主体的具体权利、义务和责任等实体性问题的某种实体法。作为准据法的实体法,可以是国内实体法,也可以是国际实体法;国内实体法包括内国实体法和外国实体法,国际实体法包括实体性的国际条约和国际惯例。在此基础上,他系统评述了确定准据法的主要理论。从“法则区别说”到“法律关系本座说”再到“最密切联系说”,可谓国际私法历史发展过程中的三个里程碑,这些学说既标志着国际私法的历史进程,也反映着人们探寻确定准据法的原则、规则和方法的思索轨迹,其目的都是为了解决法律冲突问题而寻找准据法,同时说明确定准据法的理由,尤其是解释和调和适用外国法与内国国家主权之间的矛盾。

以外国法为准据法是否损害了内国的国家主权呢?其分析如下:适用外国法的原因一是由于内国冲突规范的援引,二是由于当事人的选择。然而就冲突规范本身而言,它是由内国立法机关制定的,是由内国司法机关实施的,因此,冲突规范的制定和实施也是国家主权的体现;就当事人的选择而言,这种选择的权利是由内国国家赋予的,是内国国家主权庇护下的个人权利;而且各国还规定了诸如识别、公共秩序保留等制度,适用这些制度的最终效果,可能是排除冲突规范所援引的或当事人所

选择的国际法的适用。国家主权原则在不同场合有着不同的表现,对此不应作偏狭的理解。在调整涉外民商事关系和审理涉外民商事案件的时候,国家主权原则主要应表现在这样几个方面:其一,内国法院对与本国有关的涉外民商事案件拥有管辖权,尤其是对某些种类的案件拥有专属管辖权;其二,自主决定法律选择问题;其三,不允许当事人规避应予适用的内国法;其四,对于违背内国公共秩序的国际法以及内国法中有强制性规定的事项,排除国际法的适用。以上对于准据法理论的分析,使人们认识到,确定准据法的最高价值取向在于法律适用的“适当性”。

五、司法实践对中国国际法研究提出的课题

在此次研讨会上,与会代表除了对与中国和平发展相关的国际法理论问题进行深入探讨之外,来自外交部、商务部、司法部、最高人民法院等实务部门的代表,还为从事国际法研究工作的学者们介绍了目前在司法实践中出现的一些亟待研究的问题。

在国际公法领域需要重点研究的课题有:国家领土主权、国际条约义务中涉及的司法独立、如何利用国际法阐述一个中国的政策、海洋法的相关问题(包括海洋法公约的修改以及海域划界等问题)、国际法与国内法的关系、外交豁免、人权、引渡以及跨国打击有组织犯罪等方面的国际刑法等问题。

在国际私法方面,主要是管辖冲突、涉外、涉港澳台案件中的送达以及判决和裁决的承认与执行等问题。其中管辖冲突方面的问题较多,主要体现在“一国两制”与“一事不再理”原则的冲突、不方便管辖、仲裁自裁管辖与司法管辖的冲突以及行业仲裁机构的相关问题。

国际经济法领域中的内容本身就较为庞杂,特别是中国加入 WTO 之后,与 WTO 相关的法律问题更是接踵而至。在国际贸易法领域,从总体上看,立法较为落后,我国的对外贸易法过于简单,如何将 WTO 规则反映在我国的对外贸易法中也是一项挑战。在具体的法律制度方面,有关信用证的法律问题较多,包括信用证法律关系的独立性、开证行的过错责任与审查标准、信用证纠纷中担保人的免责条件以及信用证的止付与财产保全等问题;在提单方面,倒签提单的法律问题、凭保函签发的清洁提单的效力以及记名提单、不记名提单与无单放货等都是国际贸易中经常出现的法律问题。在国际投资法领域,尽管在中国所有的涉外经贸法律中,投资法的发展最为完备,但实践中仍然存在一些问题,主要包括投资保护、国民待遇与最惠国待遇的落实、投资争端解决以及国际劳工标准与跨国公司的社会责任等问题。目前我国已经不仅仅是一个吸引投资的国家,在我国向外投资的过程中出现的法律问题,特别是应如何运用法律手段保护海外企业的问题,值得我国学者仔细研究。在海商法领域,特别应研究的是海事赔偿责任制度和海上保险的法律问题。在涉及 WTO 的法律制度上,问题也比较多,关于反倾销、反补贴和保障措施等贸易救济措施方面的研究应进一步深化,此外还应加强对 WTO 具体案例的研究。

整理者:刘欣燕,中国社会科学院国际法研究中心助理研究员
黄晋,中国社会科学院国际法专业博士研究生
戴瑞君,中国社会科学院国际法专业硕士研究生