# 第一讲 国际法的历史

* 现代国际法的兴起
  + 时间、标志
  + 和之前的区别
* 哪些思想家用哪些概念来达成自己怎样的目的

# 第二讲 国际法的渊源

## 一、什么是“国际法的渊源”

* 形式渊源（formal sources）：途径/方式
* **实质渊源**（material sources）：证据
  + “证据”：在国家和其他国际法律主体之间对于特定的规则或实践存在具有规范性的共识。
  + “证据”之间也有高下之分。
  + 此外，国际法渊源中的“习惯”，就是对基于国家许可和接受而产生法律约束力的这种法律渊源的表述。

## 二、国际法院规约

《国际法院规约》

***Article 38***

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; （国际公约）

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; （国际惯例）

c. the general principles of law recognized by civilized nations ; （一般法律原则）

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

a. 国际公约，无论是一般的还是特殊的，确立了得到争议国明确承认的规则； （国际公约）

b. 国际惯例，作为被接受为法律的一般惯例的证据；（国际惯例）

c. 文明国家承认的一般法律原则；（一般法律原则）

d. 第 59 条，司法决定和教义。文明国家公认的一般法律原则；（一般法律原则）

d. 在不违反第 59 条规定的情况下，司法判决和各国最有资格的公法学家的学说，作为确定法律规则的辅助手段。

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bond*, if the parties agree thereto.

***Article 59***

The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.

* 38条和国际法的渊源的关系
  + 一般来说，38条被认为是关于国际法的渊源的直观和完整的陈述
  + 只能说，规约第38条第1款确定了国际法的渊源体系
* 38条第1款下面的abcd作为渊源，有没有等级关系？
  + 不能一概的认为存在a到d的优先次序或者等级（abc没有，但是abc和d之间有）
  + 比如：当条约义务和国际法上的强制性规范存在冲突时，a项下的条约义务就不是优先级处于最上位的渊源
* 不能一概地认为存在a到d的优先次序或者等级。
  + 1）当条约义务和国际法上的强制性规范存在冲突时，a项下的条约义务就不是优先级处于最上位的渊源。
  + 2）一个条约可能被后续发展产生的习惯国际法规则所取代。过去曾有custom推翻convention的情况。
  + 3）一个convention有可能只是限于几个国家，但是custom可能适用于所有国家。

## 三、习惯

* **什么是习惯国际法？**
  + 《国际法院规约》38条第1款第2项: “international custom, as evidence of a general practice accepted as law”.
  + Judge Read,Fisheries (UK v Norway 1951), dissenting opinion：‘Customary international law is the generalization of the practice of States.’
  + 问题：如果国家普遍在国际事务中使用某种方式方法，比如对外国使领馆的汽车给予停车特权，再比如ceremonial salute at sea，这是不是习惯国际法？
    - 不是，因为只有实践，没有法律确信。
* **在哪里寻找习惯国际法的证据？**
  + 外交文书、政策证明、新闻发布、政府法律顾问在正式场合表达的观点、有关法律问题的官方手册、行政决定和实际做法、向武装部队下达的命令、国家对国际法委员会起草的草案所作的评论、国家立法、国际和国内的司法判例、条约和其他国际文件的内容、国际组织实践、联合国大会有关法律问题的决议、议会辩论的记录、联合国会议的官方记录、国际性报纸、各国国际法实践的汇编等。
* **寻找和确定习惯国际法的“两要素”**
  + 客观要素：一般实践（general practice）
  + 主观要素：法律确信（opinio juris）
* 一般实践：
  + 实践可以是积极的或消极的
  + 实践的要素：
    - 普遍性（generality）
    - 规律性/重复性（regularity）/一致性/统一性
    - 实践的期限
* 法律确信
  + 法律确信的核心：国家行为是基于其对于自身负担的法律义务的确信。
    - “我这么做不是出于习惯，而是出于我认为我负担有这一法律义务。”
* 总结：
  + 寻找和确定习惯国际法的“两要素”
  + 客观要素：一般实践（general practice）
  + 主观要素：法律确信（opinio juris）
  + 确定习惯国际法是否存在，根据所涉规则是条约中的规则（是否对非缔约国有约束力）还是正在发展中的国际法，根据具体的国际政治经济环境，国际法院有较大的自由裁量空间。
  + 虽然法院在判决中认为，法律确信是国家基于法律义务行事，但也有反对观点。

## 四、条约

* 1. 条约作为国际法的渊源
  + 《规约》38条1款a项：*international conventions*, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
* 2. 条约的造法效果
  + 区分造法性条约和契约性条约
* 3. 条约与习惯的关系
  + 从条约到习惯
  + 从习惯到条约
    - “联合国会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法以维持国际和平及安全以前，本宪章不得损害其固有之单独或集体自卫之权利。会员国为行使此项自卫权而采取之措施，应立即报告安全理事会，并不得以任何方式影响安全理事会依本宪章随时采取其认为必要之行动，以维持或恢复国际和平及安全之权力及责任。”
      * 根据第五十一条诉诸自卫的权利受到某些限制，其中一些限制是自卫概念本身所固有的，行使自卫权必须符合必要性和相称性的条件，这是习惯国际法的一项规则。

## 五、一般法律原则

1. 什么是“一般法律原则”？

* + 《规约》38条1款c项：the general principles of law recognized by civilized nations.
    - 注：不是subsidiary means（辅助手段）。
* 如何确定一般法律原则？
  + 思路一：从《规约》订立过程中去寻找——争议
    - the rules of international law recognized by the legal conscience of civilized peoples
    - Root提出，主观性的原则不会受到国家的信任
    - 最后《规约》38条1款c项接受的版本是Root (US) & Phillimore (UK)提出的：文明国家的国内法律系统中共同接受的规则
    - 但是，“文明国家的国内法律系统中共同接受的规则”不具有确定性
  + 思路二：主要观点
    - Revolutionary approach
      * 存在一些基于自然法的，客观的公平正义原则，这些原则在所有文明国家的法律体系中都能找到
      * 这些法律原则高于主权国家意志
    - Positivist approach
      * 法院只能客观的实施法律
      * 法律，包括法律原则，都是基于主权国家意志的
    - The approach of a secondary source
      * 38条不是关于什么是国际法中的法律原则的编撰，而是建立新的国际法渊源的尝试
      * 认为法院而非国家可以来决定什么是一般原则
      * 给予法院更大的裁量空间
  + 思路三：通说观点
    - 奥本海：‘the intention is to authorize the Court to apply the general principles of municipal jurisprudence, in particular of private law, insofar as they are applicable to relations of States.’ (1 Oppenheim, para 12).
    - 意图是授权法院适用适用于国家关系的国内法，特别是私法的一般原则。
    - 贴近于‘the approach of a secondary source’，扩大了法院的权力
* 2. 国际法庭实践中的一般法律原则
  + 仲裁法庭（arbitral tribunal）实践中的一般法律原则
    - 仲裁法庭在实践中将国内法中的“一般法律原则”纳入考量
      * Russian Indemnity Case (1912) 1 HCR 297
      * principle of moratorium：原则上可以准予“暂缓支付利息”
    - 仲裁法庭可能拒绝国内法中的法律原则
      * The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain/ United States of America)
      * 在本案中，美国援引了“地役权”这一国内法律概念
      * 仲裁庭拒绝适用地役权。
  + 国际法院（International Court）实践中的一般法律原则
    - 国际法院在实践中对“一般法律原则”的使用较为“节俭”
    - 国际法院实践中提到的其他原则包括
      * 实体法原则
        + Principle of acquiescence（默许）
        + Principle of estoppel（禁反言）
        + Abuse of rights
        + Good faith
      * 程序法原则(evidence, procedure, jurisdiction)
        + No one can be the judge in his own suit
        + Litispendence (The part of an action being depending and undetermined; the time during which anaction is pending.)
        + Res judicata
        + ‘principles governing the judicial process’
        + ‘principles universally accepted by international tribunals’

## 六、司法判例

### 1. 《规约》中的表述

Article 38

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions (and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations), as subsidiary means for the determination of rules of law.

Article 59

The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case

问题：如何理解59条？仅本案判决的特定事项仅对当事国有约束力，但是判决中的法理对其它国家有约束力吗？

第59条的目的只是防止法院在特定案件中接受的法律原则对其他国家或其他争端具有约束力。

* 司法判例在国际法与普通法中的效力不同
  + 国际法院出于确保司法连贯性/一致性的目的，可能在实践中引用法院先前的判决
  + Exchange of Greek and Turkish Populations (1925) PCIJ Ser B No 10, 21为了论证条约义务并不意味着国家放弃主权权力，引用了法院在Wimbledon案中的决定
  + Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, ICJ Reports 1949 p 174, 182-3. 为了论证条约解释效力问题，引用了法院在Competence of the ILP to Regulate, Incidentally, the Personal Work of the Employer (1926) PCIJ Ser B No 13, 7, 18中的决定
* 法院会不会偏离之前的司法判例？
  + 理论上，基于第38条1款d项，法院可以偏离之前的判决
  + 但是在实践中，法院回避、不处理这一问题。

### 2. 国际法院如何处理国际仲裁法庭的判决

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia;

International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals;

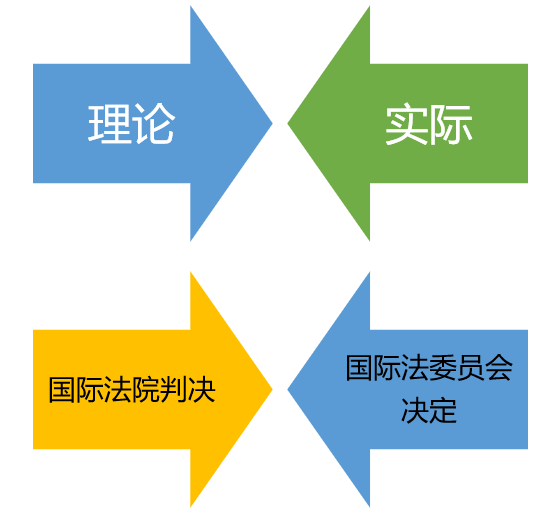
Iran-United States Claims Tribunal

多次直接引用；

法理依据。

### 3. 国际法院判决作为国际法的渊源：总结

‘[T]he *"Lotus"* case (Judgment No. 9 of 7 September 1927, *P.C.I.J., Series A, No. 10),* in which the Permanent Court, however, seems to have overlooked the particular status of ships; both the 1958 Geneva Convention on the High Seas (United Nations, *Treaty Series,* vol. 450, p. 11) and the 1982 Convention on the Law of the Sea (see footnote 82 above) overrule the *"Lotus"* decision.’ (p.41)



## 七、其它实质渊源

### 1. 政府间国际会议“决议”（final act）

* 多边条约
* 未生效条约
* 会议决定、其它会议文件

### 2. 联合国大会决议

* 法律效力？
* 如何在国际法渊源体系中理解联合国大会决议？
* 在一些情况下，联合国大会决议有造法效果
* 大会决议也可视作对《联合国宪章》中特定条款/原则的官方解释或实施

### 3. 公法学家著述

* ‘the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.’
* 什么是‘most highly qualified’
* 司法判例中的公法学家著述

### 4. 编撰及国际法委员会的工作

* 编撰:‘the comprehensive setting down of the lex lata and the approval of the resulting text by a law-determining agency’
* 历史上的编撰工作：1899 & 1907 海牙和平会议 （建立常设仲裁法院、确立仲裁规则等）
* 国际法委员会：1947年成立的联合国大会附属机构

## 八、司法论理中纳入考量的其它因素

### 1. 衡平规则/原则

* Equity是在施行确定的法律规则过程中，必要的对于公正、合理的考量；
* 普通法中的衡平法与国际法中的衡平规则/原则——衡平规则在国际法中适用于大陆法国家吗？
* 国际法中的衡平规则/原则
  + 常设国际法庭“缪斯河案”哈德森法官的个人意见，认为国际法庭应当适用衡平规则
* 北海大陆架案讨论了equity以及案件所涉的衡平原则
* 衡平是不是《规约》38条第2款下的内容？
  + This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bond, if the parties agree thereto.

### 2. 人道主义考量

* 人道主义考量可能被纳入国际法渊源中
  + 条约序言中：Preamble to the Hague Convention Concerning the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, 36 Stat 2227
  + ‘… the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.’
  + 联大决议中: Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermo-nuclear Weapons, UNGA Res 1653(XVI), 24 November 1961.
* Corfu Channel案中，法院直接引用了‘elementary consideration of humanity’。
* 随着国际法的发展，人道主义和基于个人保护的考量增多。联合国大会宪章中关于人本主义的文字往往是出于个人保护和人道主义的论辩的依据。

### 3. 合理利益

# 第三讲 国际法的主体

## 一、国际法主体概览

* 国际法主体：拥有国际法上的权利、承担义务，能够通过提请国际诉求维护其权利，也能够对自身违反国际法义务的行为承担国际法律责任。具体表现为：
  + 对于违反国际法的行为可以提起法律诉求（自身和对方的行为）；
  + 能够缔结国际上有效的条约；
  + 在国内法上享有特权与豁免；
* 一般而言，国际法主体指国家和政府间国际组织。但是国际法主体并非如此简单明了，存在更特殊/不明确的地方。

### 1. 国家

在一些联邦国家，各邦可能仍享有独立的缔约权，比如德国和瑞士。

* 美国宪法Art I(10)(3)：在国会允许的情况下，州可与其它州或外国政府签订条约。
* 国际法上：无论一国国内宪法如何规定，州（而非联邦）违反国际法律义务的行为由联邦负责。

### 2. 拥有特定地位但并非国际法律主体的主体

* 依据条约，给予一国国内特定区域自主权，但这一区域并不构成国际层面的独立法律主体。
  + Memel Territory (1924-1939)，立陶宛一部分
  + Interpretation of the Statute of the Memel Territory (1932) PCIJ Ser A/B No 49, 313
* 由国际组织专属管理的领土
  + 耶路撒冷1950年的提议（但未实施）：UNGA Res 181(II), 29 November 1947
  + 如果提议实施，实际上也并未创设独立法律主体，只是联合国的特定机构会拥有关于这一片领土管理的自主权
* 政治协商产生的领土和其特定但有限的自主权
  + Free City of Danzig
  + 拥有特定自主权、领土、人口，在国际法律问题中有一定法律能力
  + Danzig和国联以及波兰有特殊法律关系
  + 凡尔赛条约第100-108条：Danzig的外交关系由波兰管控
  + 国联监督Danzig的对外事务。

### 3. 处于交战中的主体

* ‘para-Statal entities recognized as possessing a definite if limited form of international personality, for example insurgent communities recognized as having belligerent status— de factor authorities in control of specific territory’---treaty-making capacity. (Fitzmaurice (1957) 92 Hague Recueil 5, 10.)
* 一国内部处于交战中的主体可能在国际层面与国际法律主体发生法律关系。
* 注意：殖民历史语境下；当下需要谨慎看待。

### 4. 管理取得独立地位之前的领土的国际机构

* 联合国认为是被非法占有且应当迅速转型获得独立的领土，可在联合国监管下建立一个临时转型机制。
* 举例：
  + 纳米比亚独立最后阶段，联合国安理会1978年第435号决议，建立UN Transition Assistance Group.
  + 东帝汶：安理会1999年1272号决议，针对印度尼西亚对东帝汶的非法占领，建立了UN Transitional Administration in East Timor (UNTAET)，致力于协助东帝汶独立。UNTAET拥有独立的立法和行政权。东帝汶民主选举后，2002年独立。
* 围绕南斯拉夫社会主义联邦共和国
  + 解体后，科索沃地区爆发内战，直到北约武力介入
  + 1999年联合国安理会第1244号决议，建立了一个科索沃地区的临时行政管理机构，行政管理机构的职权在UN Mission in Kosovo（UNMIK）的规制中具化。
  + UNMIK Regulation 2001/9确定了一个Constitutional Framework for Provisional Self-Government，这一宪政框架划分了UN Special Representative和科索沃临时自治机构（Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo）的行政责任。
  + 科索沃与塞尔维亚关于科索沃问题的谈判失败，科索沃临时自治机构随之宣布独立。
  + 联合国大会在2008年提请国际法院咨询意见（GA Res 63/3, 8 October 2008:“科索沃临时自治机构单方面宣布独立是否符合国际法?”）。
* 国际法院咨询意见：
  + 一方面，明确了科索沃临时自治机构行政职权的宪政框架的（UNMIK Regulation 2001/9确定的宪政框架）的法律效力来自联合国安理会第1244号决议，因此，这一宪政框架以及与之相关的科索沃临时自治机构的行政职权具有国际法律性质。
  + 另一方面，宪政框架是在科索沃所处的临时阶段为了管理科索沃地区通过的法律规定，因此不能处理临时阶段之外的法律问题。联合国安理会第1244号决议不能被视为有高于各方法律主张的效力。恰恰相反，联合国安理会或者UN Special Representative应当禁止单方面宣布独立的行为，或在行为发生后予以谴责。但是安理会和联合国特别代表都没有这么做。
  + 同时，科索沃临时自治机构单方面宣布独立，‘the authors of that declaration did not act, or intend to act, in the capacity of an institution created by and empowered to act within that legal order but, rather, set out to adopt a measure the significance and effects of which would lie outside that order.’换言之，科索沃临时自治机构宣布独立的行为没有违反UNMIK Regulation 2001/9确定的宪政框架。
* 这是在关于管理领土的临时机构的框架下讨论这一问题。咨询意见本身的讨论更全面。
  + 管辖权问题：是否有管辖权——是；是否应该如拒绝行使管辖权——否；
  + 咨询意见提出的问题：提问“科索沃临时自治机构单方面宣布独立是否符合国际法?”，并不阻止国际法院决定，宣布独立是由科索沃临时自治机构提出，还是其它机构宣布的。同时，这一问题也不意味着法院需要决定是否科索沃在国际法框架下是否能够宣布独立。法院需要决定是否有法律禁止宣布独立。
  + 宣布独立是否与一般国际法一致：18、19和20世纪初的实践表明，国际法不禁止宣布独立的行为。科索沃涉及到的国际法上的领土完整原则，仅适用于国家间关系的情景中（‘The scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States’）。安理会过往的决议中对单方面宣布独立行为的谴责并不意味着宣布独立违反国际法，因为过往的这些谴责是在非法使用武力或者违反强行法规范的情景下作出的。总而言之，科索沃宣布独立的行为没有违反国际法。
* 宣布独立是否违反了1999年安理会第1244号决议：1244号决议，建立了一个科索沃地区的临时行政管理机构，这么一个临时行政管理机构发布独立宣言的行为是否违反了1244号决议？
* 法院认为，1224号决议的目的是建立一个在科索沃地区取代塞尔维亚法律秩序的临时法律机制。通过分析独立宣言的内容、形式以及发布的特定背景条件，法院认为独立宣言并非由科索沃临时自治机构发布，而是在联合国临时管理框架之外的代表科索沃人民的人发布的。基于这一考量，以及一下两个原因，法院认为独立宣言的发布者不受1244决议的约束，因此独立宣言没有违反安理会第1244号决议。这两点原因是：第一，1244号决议和独立宣言关注完全不同的问题，‘operate on a different level’——1244号决议在科索沃地位问题上缄默，而独立宣言则尝试决定科索沃的国际法律地位。第二，1244号决议对非政府行为主体施加的法律约束非常少，没有任何法律限制非政府主体宣布独立。
* 结论：独立宣言没有违反任何国际法规则。2010年9月9日，联合国大会通过决议承认了法院的咨询意见（UNGA Res 64/298）.

### 5. 国际组织

1. 国际组织：是什么？为什么？怎么办？
2. 国际组织的特权与豁免
3. 国际组织的法律行为
4. 国际组织作为造法的平台
5. 国际组织的机构与成员
6. 国际组织的权力：创始文件的解释问题
7. 对国际组织行为的控制

### 6. 个人

* 一般规则：国际法中，没有关于个人不可以成为国际法律主体的一般性规则。在特定的情境中，比如人权和投资保护领域，个人拥有可以通过国际法获得保护的权利。此外：人道法、人权法、国际刑法
* 一般不会将个人划定为国际法上与国家、政府间国际组织等同的法律主体。
* 尽管国际人权法以保障个人权益为目标，但是人权法也并非在平行的个人主体之间的法律，而是通过国家、国际组织这些传统国际法律主体保障个人权益。

### 7. 公司

* 原则上，公司没有国际法律人格；但是，公司基于各种原因，可能与国家签订协议，从事跨国法律行为。公司与国家签订的协议不受条约法管辖。
* 存在学术争议的话题：国有企业行为的国家责任问题
  + 企业行为可能被归责于国家
  + 国家控制的企业行为也可能在外国法庭适用国家豁免
  + 国内法上公司和政府的二分，在国际法上并不完全适用
  + 如何区分，企业是国家机构还是商业体？
* 特殊的公司：‘intergovernmental corporations of private law’ (éstablissements publics internationaux)
  + 比如：Eurofima
    - 政府间通过条约的形式建立、在瑞士国内法中属于公司，但是其作为公司的法律地位有一定的modification；
    - 各国通过条约约定，在各自国内法律系统中将Eurofima视为和在瑞士法体系中一样的公司。
    - 在国际层面想有一定特权，比如不用在瑞士纳税；
    - 由各国铁路管理机构在资金上提供支持，处理跨国的铁路车辆管理机制；换言之，处理的是国际问题。
  + 如何看待这一类公司：是国内和国际法中特定安排的结果，不必然具有国际法律地位，需要具体情况具体分析，可能是国际组织，也可能是国内公司。

### 8. 非自治群体（Non-Self-Governing Peoples）

* 可以认为，“非自治领土”上的人民组织在一定程度上拥有国际法律地位
* 在实践中，主要是在反对殖民主义和民族独立斗争中，认可解放运动组织的国际法律地位
* 在历史中，一般认可的解放运动组织的国际法律能力：
  + 与其它国际法律主体的姐有约束力的国际法律协定
  + 需要遵守并受到国际人道法一般原则的保护。
  + 可以以观察员的身份参加联合国会议。比如，UNGA Res 3237号决议，授权Palestine Liberation Organization联合国observer status。
  + 解放运动组织意味着，殖民者做出的影响非自治领土边界、债务关系等的决定不具有法律效力。

### 9. 特殊群体

* 在国际法中，还存在一些特殊群体。最典型的例子是罗马教廷（Holy See）。
  + 根据意大利签订的条约（Lateran Pacts, Treaty of Conciliation, 11 February 1929, 130 BFSP 791），意大利承认‘the Sovereignty of the Holy See in the international domain’以及罗马教廷对梵蒂冈城的exclusive sovereignty and jurisdiction.
  + 有一些国家与罗马教廷建立了外交关系；罗马教廷也是一些条约的成员。
  + 在功能上，梵蒂冈城有“领土”和“行政机构”；但是梵蒂冈城除了居住意义上的人口，没有行政意义上的人口，整个城市机构不是为了人民服务，而是为了罗马教廷服务。
  + 可以认为梵蒂冈城是类似国家的法律主体，但是并不是严格意义上的主权国家。

## 二、国际法主体之国家

### 1. 构成要素

* 定居的居民：永久性的居民
* 确定的领土：无论大小，其地位在国际法上均平等
* 一定的政权组织或政府：有效政府
* 主权：国家具有的对内的最高权力和对外的独立地位

### 2. 国际法上的承认

* 概念：国际法上的承认是指国际法主体（如现存国家和国际组织等）对新国家、新政府或其他情势的出现表示接受，并表明愿意与有关实体发展正常关系的单方面行为。
* 承认的特征：对象为国家和政府、单方面的政治行为、产生一定的法律效果
* 承认的方式
  + 明示承认和默示承认
  + 法律上的承认和事实上的承认
* 国家承认
  + 国家承认是指既存国家以明示或默示的方式对新国家出现这一事实的确认，并表示愿意与其建立外交关系的单方面国家行为。
    - 国家承认发生的情形：合并、分离、分立和独立
    - 国家承认的效果：对新国家承认将产生一系列的法律效果
    - 1. 两国间全面交往的基础，但并不等于建交
    - 2. 双方可以缔结政治、经济、文化等各方面的条约
    - 3. 承认国尊重新国家作为国际法主体所享有的一切权利
    - 4. 承认的法律效果具有溯及力
* 政府承认
  + 政府承认是指承认某一新政府为国家的正式代表，并表明愿意同它建立或继续保持正常关系的行为。
    - 政府承认：有效统治
    - 注意：一国新政府一旦获得承认，对该国原政府的承认就自动终止和撤销。并且，承认的效果原则上可追溯到新政府成立之时
* 关于承认的讨论
  + 承认的两个理论（two competing theories）
    - Declaratory theory of recognition
    - constitutive theory of recognition
  + 关于承认的几个例子：
    - 科索沃
    - 巴勒斯坦
  + 总结

### 3. 基本权利与义务

* 独立权：政治+经济
* 平等权：国家之间+在政府间国际组织
* 自卫权：自卫的条件与限度
* 管辖权：属地、属人、保护性、普遍性

### 4. 领土的获得(Acquisition of Territory)

* 4.1历史上：发现
* 4.2占有和有效统治（possession and effective government ）
  + Island of Palmas Arbitration in 1928
* 4.3有效统治——变化
  + 非法获得的“有效统治”将不被接受
* 4.4割让(cession)
  + 1867年俄罗斯将阿拉斯加出售给美国
* 4.5租赁
  + 英国于1898年从中国租借香港99年，并于1997年归还中国。
  + 在此期间，中国拥有主权，但管辖权在内由英国行使。

### 5. 国家（法律地位）的延续与变更

* 5.1 国家法律地位的延续与变更
  + 假设：一旦一个国家存在，它将继续存在。政府有效统治程度的降低并不影响国家地位。
* 5.2 国家地位可能通过四种方法发生变化
  + 1脱离
    - 一个新的国家从旧的母国中分离出来，旧的母国继续以相同的名称、相同的法律身份存在，但领土缩小了
  + 2去殖民化进程
    - 由于殖民化是一种歧视和剥削的邪恶过程，因此这种新国家的诞生形式具有额外的合法性。
  + 3合并、联合或重新统一
    - 1839年英国侵占亚丁，也门成为英国殖民地
    - 1967年，也门民主共和国建国
    - 1990年5月22日，原阿拉伯也门共和国（北也门）与也门民主共和国（南也门）合并
  + 4解体
* 问题：
  + 如果沉没的岛国的领土完全消失在水下，它们的国家地位会发生什么？
  + 能想象在没有领土的情况下继续维持国家地位吗？

### 6. 国家继承

* 在法律上：当一个国家取代另一个国家对领土的主权时，权利和义务会发生什么变化。
* 鉴于从分裂到解体的继承可能以多种方式发生，因此很难制定一般原则。
* 国家继承主要涉及的权利义务领域：
  + 条约义务
  + 国际组织成员资格
  + 国籍
* 1978 年《国家在条约方面的继承维也纳公约》已经生效，但缔约方很少
  + 条约区分的两种方法
  + 新独立的国家本质上是从非殖民化（前殖民地，但不是从邻国脱离的国家）中诞生的，可能会从“干净的状态”开始：条约不会移交给它们
  + 对于在统一、分裂或解体的情况下诞生的其他新国家，现有条约继续有效，除非有关各方同意不同的解决方案。
* 国家继承的实践
  + 国家通常在双方同意的基础上决定国家继承问题。
  + 边界条约和“其他领土政权”也始终有效。
  + 人权条约：根据《公民权利和政治权利国际公约》成立的人权委员会认为，前缔约国领土内的所有人将保留相同的权利和保护，这一被称为自动继承的原则一度受到热烈欢迎。但这并没有体现在国家实践中。大多数国家更愿意对其保留的义务保留尽可能多的控制权，而自动继承会损害这一点。
  + 国家继承大多根据具体情况进行(case by case)，部分取决于政治现实

### 7. 国际化的领土

* 国际联盟委任统治制度
* 领土也可能国际化，即置于共同行动的集团国家或国际组织的管辖之下。
* 从历史上看，这些都是属于第一次世界大战中战败国的殖民地，在国际联盟的管辖下被指定托管给国际联盟成员。
* 最近的例子包括联合国对科索沃和东帝汶的管理。
* 南极制度非常奇特，拥有相互竞争主权的国家决定共同管理该地区。尤其是在一开始，其合法性并不明确，因为它排除了其他提出主张的国家，尽管后来有些国家也参与其中。

### 8. 自决（self-determination）

* 概念的提出：列宁
* 国际法律功用：二战后的去殖民化过程中
* 在国际法中的有限性：
  + 谁是自我？
  + 国际法以及国家的稳定性考量

## 三、国际法的主体之国际组织

### 1. 国际组织：是什么？为什么？怎么办？

* 是什么
  + 历史：19世纪兴起，在双边条约和外交关系基础上，多边的合作形式
  + 早期国际组织的特点：在技术性领域确立跨国合作机制
  + 20世纪，国联（League of Nations）和联合国（United Nations）提供了新的国际合作和维护和平的国际组织形式。
    - 一般而言，国际组织由主权国家创建的，往往是通过一个条约的形式创建；创建目的一般是为了行使（或完成）这些国家自身不能或者不愿意行使的功能（或任务）。
* 为什么
  + **功能主义**：“正如同国家是建立在领土的基础上，国际组织是建立在其所承担的功能的基础上。国际组织的权利、权力、特权、豁免都是为了使其能够完成其所承担的功能。国际组织不具备超出其功能范围的权利、权力、特权、豁免或是其它权能”
    - 解释国际组织的存在（和运作）的主流理论
  + 拓展：在航空(International Civil Aviation Organization, ICAO)、海商(International Maritime Organization, IMO)、卫健(World Health Organization, WHO)、贸易(World Trade Organization, WTO)等等领域，国际组织都发挥着巨大的作用。但是在国际环 境和国际金融这两个领域，国际组织有其特殊性。功能主义能否解释这一特殊性？
* 怎么办
  + 国际组织是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的、具有自己的国际法律 人格的组织。国际组织的成员除国家外，还可包括其他实体。
  + 在“国际组织责任”框架下提出，因此预设了国际法律人格。一个基于条约由多国建立的机构可能不具有国际法律人格，但依然是国际组织。但是一般而言，绝大多数的国际组织有独立法律人格。
  + 注意：不是要通过“国际法律人格”来判断一个机构是不是国际组织。实际上，判断一个机构是不是国际组织并没有法律意义。
  + 国际法律人格的起始点：国联
  + Covenant of the League of Nations没有提及国联的法律人格；但是，国联在1926年与瑞士的临时协定（modus vivendi）中，包括了关于认可国联在国际事务中的独立地位的条款。
* 联合国的国际法律人格
  + 《联合国宪章》中没有关于联合国的国际法律人格的明确条款
  + ？？？案件：对于联合国而言，“如果相应的国际人格缺失的话，那么创始国成就它的一番美意就会化为泡影。”
  + 如果联合国要实现其目的和功能，那么赋予其独立法律人格就是不可或缺的。
  + 《联合国宪章》中的诸多条款暗含了，联合国的独立法律人格是不可或缺的
  + ...it is a subject of international law and capable of possessing international rights and duties, and that it has capacity to maintain its rights by bringing international claims.
* 关于国际组织独立国际法律人格的理论主张
  + 主张一：创始人意志——问题：意志不一；未明确表达；对非创始国的效力存疑
  + 主张二：功能主义——在“履行联合国相关职务所受损害之赔偿案”中可见清晰的功能主义痕迹
    - 1996“威胁使用或使用核武器的合法性案”：主要关于国际法院是否可以在案件中宣称法律不明，但也涉及国际组织，重申了国际组织的创设都是为了实现特定的目的，其成员国也是基于这一目的来赋予国际组织各项职能。

### 2. 国际组织的特权与豁免

* 国际组织为什么要拥有特权与豁免？
  + To avoid (unnecesary and harmful) influence by states.
  + To carry out the mandate of states.（执行任务）
  + Other reasons that relate to its functions.
  + As a result of obtaining legal personality.
* 2.1 如何判断特定国际组织的特权与豁免：渊源
  + 条约：
    - 国际组织创始条约中一般有关于特权与豁免的条款
    - 关于国际组织特权与豁免的多边协议
    - 国际组织与总部所在国的协议
  + 国内法
    - 国内法是确保国际组织享有的特权与豁免得到切实保障的重要渊源。通常以国内法转化国际组织条约的形式出现。
  + 习惯国际法
    - 习惯国际法中是否包括国际组织的特权与豁免？
    - 存在争议。可以认为基于联合国成员国的普世性，关于联合国的特权与豁免构成了习惯国际法。
    - 关于非普世性国际组织的特权与豁免是否构成习惯国际法：暂无定论/不构成
    - 法律问题：对于非成员国，一个国际组织是否享有特权与豁免？
      * 一般认为：如果非成员国接受这一国际组织的国际法律人格，那么非成员国也就应该接受这一国际组织享有的特权与豁免。
* 2.2 国际组织的特权与豁免
  + 1管辖权豁免（不受所在国国内法院管辖）
    - 目的：避免国家干涉国际组织行为
    - 管辖权豁免的新近发展：对于国际组织内部行政机构不能提供司法救济途径的情况，越来越多的国内法院朝着否认国际组织这一豁免权迈进。
      * 诉至欧洲人权法院后，欧洲人权法院判决认为：
      * 首先，德国法院决定不予受理，维护欧洲空间机构的特权与豁免的做法，不违反德国在欧洲人权公约下保障公民‘right to a fair trial’的义务。
      * 其次，将国际组织诉至德国法院并获得司法救济的权利只能在这一国际组织内部提供了审查措施、从而通过国际组织内部程序保障了起诉人‘right to a fair trial’这一权利的情况下，德国法院才能不予受理。
      * 在该案中，欧洲空间机构的内部审理程序保障了起诉人在欧洲人权公约第6条第1款下所享有的权利。
  + 2国际组织的房屋建筑及档案资料不受侵犯
    - 与使领馆不受侵犯类似
    - 行政首脑（administrative head）许可的情况下可以进入
  + 3国际组织的财务交易不受侵犯
  + 4通讯自由
* 2.3 国际组织人员的特权与豁免
  + 国际组织工作人员（organization officials）：
    - 没有条约明确规定的情况下，一般认为：国际组织工作人员履行工作任务时享有免受当地管辖和执行的豁免权
    - 有条约明确规定的情况——联合国工作人员
  + 国际组织中的政府代表（state representatives）

### 3. 国际组织的法律行为

* 关于国际组织法律行为的一般性规则：一个国际组织的法律能力主要取决于创立国际组织的条约。
* 法律行为主要包括：
  + 缔结条约
  + 针对损害行为提出国际法律主张
  + 承担国际法律责任
  + 其它（参与国际司法程序——取决于国际司法机构规则；在国内法律体系内对物的所有权——功能主义的产物）
* 缔结条约
  + 如何判断一个国际组织能否缔结条约？
    - 通过创建国际组织的条约来判断
    - 创建国际组织的条约可能没有明确规定一个国际组织是否能够缔结某一方面的条约， 可以通过相关条款来确定。
    - 联合国缔结条约的权力是一个例子。
  + 在一个国际组织中，谁来缔结条约？
    - 建立国际组织的条约可能将国际组织对外缔结条约的权力限定在特定机构。
    - 当一个国际组织的机关以该国际组织的身份对外缔结了条约，这一条约对整个国际组织有约束力。甚至在这一机关超越权限（acting ultra vires）的情况下，也是如此。
  + 国际组织缔结的条约是否对成员国有约束力？
    - 国家作为独立的国际法律主体，不受其作为成员国的国际组织缔结的条约的约束。
* 针对损害行为提出国际法律主张
  + 问题：当一国国籍的联合国工作人员受到了本国行为的损害时，联合国是否可以提出国际法律主张维护联合国的权益？
    - 回答：在“履行联合国相关职务所受损害之赔偿案”中明确了:‘The action of the Organization is in fact based on upon the nationality of the victim but his status as an agent of the Organization. Therefore it does not matter whether or not the State to which the claim is addressed regards him as its own national, because the question of nationality is not pertinent to the admissibility of the claim.’
  + 问题：当遭受损失的联合国工作人员同时是一个国家的代表时，应该由联合国针对损害行为提出国际法律主张，还是由国籍国按照外交保护规则提出国际法律主张？
    - 回答：理论上都可以，subject to the rule against double recovery.
  + 联合国以外的国际组织针对损害行为能否提出国际法律主张：取决于其是否拥有国际法律人格，以及建立该国际组织的条约是否有相关条款。
* 承担国际法律责任
  + 国际组织独立的法律人格意味着需承担独立的国际责任
  + 关于国际组织承担国际责任的文本：2011年国际法委员会向联合国大会提交《国际组织的责任条款草案》。
    - 《国际组织的责任条款草案》第3条：“国际组织对其国际不法行为的责任”——“国际组织的每一国际不法行为均引起该组织的国际责任”。
    - 明确了将行为归于国际组织的情况（attribution，6-9条）、违反国际义务的情形（10-13条）、解除行为不法性的情况（20-27条）、国际责任的具体内容（28-42条）等
  + 一般来说，国际组织的成员国不对国际组织的不法行为负责，国际组织独自承担其组成机构或代表行为所带来的国际责任。
  + 关于国际组织承担国际责任的常见问题：联合国维和部队的国际责任——维和人员造成当地人员伤亡、财产损失等。
  + 具体的赔偿机制由维和部队所属国和联合国之间的协议、联合国和接收维和的国家之间的协议，具体明确。
  + 《国际组织的责任条款草案》第7条为处理维和部队引发的国际组织责任问题提供了指引：
    - 第7条：交由国际组织支配的一国机关或另一国际组织的机关或代理人的行为
    - 一国的机关或国际组织的机关或代理人在交由另一国际组织支配之后，其行为依国际法应视为后一国际组织的行为，如该组织对该行为行使有效控制。

### 4. 国际组织作为造法的平台

* 《国际法院规约》第38条第1款不包括国际组织活动。因此，（国家在）国际组织的活动不是严格意义上的国际法渊源。
* 但是，国际组织能够推动国际法的发展。这主要是因为国际组织可以体现国家集体意志，从而为习惯国际法的存在提供证据。
* 一般来说，国际组织作为造法的平台，在推动国际法的发展方面，主要从以下几个方面发挥作用：
  + 提供国家实践的例证
  + 用决议的形式发展国际法——法律问题：决议在国际法中算什么？
  + 提供关于国际法的专家意见——国际法委员会
  + 国际组织法律行为的造法功能
  + 国际组织内部管理机制的造法功能

#### 4.1 提供国家实践的例证

国际组织成员国代表在国际组织机构中关于国际法律问题的表态构成习惯国际法的例证；

国际组织成员国关于国际法律问题的投票也构成习惯国际法的例证；

拓展：《联合国大会第九十五(一)号决议》确立的“纽伦堡原则”

#### 4.2 用决议的形式发展国际法

* 决议（比如联合国大会决议）本身不是有约束力的国际法律规则。
  + 联合国大会关于《联合国宪章》的决议可能是对于《宪章》的官方解释。比如：《联合国大会一五一四（十五）关于准许殖民地国家及民族独立之宣言》
* 联合国大会决议也为存在一国的法律确信提供证据。正如国际法院在《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》咨询意见中所言：
  + 大会决议即使不具有约束力，有时也可能具有规范价值。在某些情况下，它们可以提供重要证据，以确定一项规则的存在或法律确信的出现。要确定某项大会决议是否如此，就必须研究其内容及其通过的条件；还必须研究是否存在关于其规范性的法律确信。或者，一系列决议可能显示出确立一项新规则所需的法律确信的逐步演变。

#### 4.3 提供关于国际法的专家意见

* 最典型的是国际法委员会：国际法的编撰和积极发展国际法
* 国际法委员会 (ILC) 是一个专家机构，它由 34 名因其在国际法方面的专业知识和资格而得到认可的个人组成，由联合国大会 (UNGA) 每五年选举一次。
* ILC 的意识形态起源于 19 世纪，当时欧洲的维也纳会议制定了多项国际规则和原则来规范其成员之间的行为。在20世纪初多次尝试发展和合理化国际法之后，国际法委员会于1947年由联合国大会根据联合国宪章成立，联合国宪章呼吁大会帮助发展和系统化国际法。
* 该委员会于1949年举行了第一届会议，其最初的工作受到第二次世界大战的影响以及随后对种族灭绝和侵略行为等国际罪行的关注。
* 此后，国际法委员会在联合国日内瓦办事处举行年度会议，讨论和辩论国际法中的各种主题，并相应地制定国际法律原则。它负责国际法的若干基础性发展，包括《维也纳条约法公约》和国际刑事法院，前者为制定和解释条约建立了框架，后者是第一个负责审判种族灭绝和犯罪等罪行的常设法庭反人类。

#### 4.4 国际组织法律行为的造法功能

* 回顾上一节：国际组织的法律行为，包括缔结条约、针对损害提起赔偿诉求，都构成了造法行为。但是一个国际组织的对外法律行为是否构成造法行为需要“具体问题具体分析”。

#### 4.5 国际组织内部管理机制的造法功能

* 联合国工作人员规章（https://hr.un.org/handbook/staff-rules ）
* 联合国行政法庭（UN Administrative Tribunal）——于2009年正式废止
* 联合国争端法庭（UN Dispute Tribunal, 一审）+联合国上诉法庭（UN Appeals Tribunal, 上诉）——始于2007年

### 5. 国际组织的机构与成员

#### 5.1 国际组织的机构设置

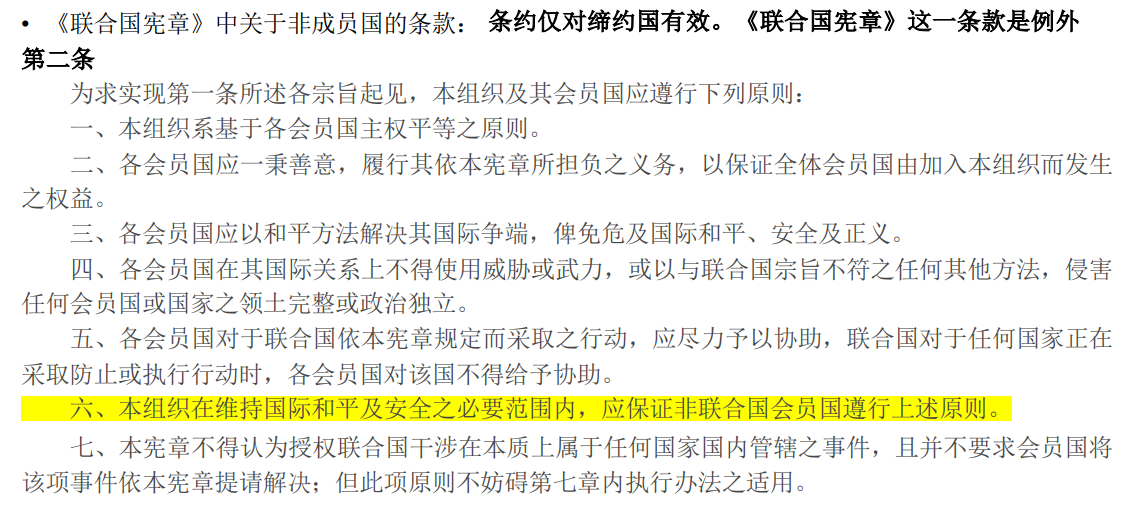
一般性机构设置包括全会机构（plenary organ），执行机构（executive organ）和行政事机构关（administrative organ）。

* 全体大会机构：国际组织创始国全体大会
  + 比如UNGA, WTO Ministerial Conference；主要是沟通、辩论和协商的机构
* 执行机构：全会机构通常一年一次会议或者更少，因此需要执行机构处理紧急问题以及执行机构权限内的问题。比如UNSC，主要致力于维护国际和平与安全。
  + UNSC可召开临时/紧急会议。
* 行政事务机构：
  + 落实和执行大会和安理会决定；会务筹备；翻译文件
  + 秘书长从国际社会共同利益出发，在议题设置等方面确保国际组织宗旨的达成。
  + 比如：Dag Hammarskjöld在上世纪50年代构想并创立了联合国维和行动。
* 国际组织的机构设置：联合国为例
* 联合国大会：全会机构（并非国际造法机构）
* 安理会：执行机构。15个成员国（包括5个常任理事国：中、法、俄、英、美），做出决议需要至少9国，包括5常在内。10个非常任理事国每2年选举更迭。安理会没有立法权，但根据《宪章》第25条，安理会决议对成员国有约束力——宪章所谓的约束力是在安理会处理联合国内部行政管理事务的语境下提出的（法律解释的原旨主义）
* 秘书处：行政事务机构（以及秘书长）
* 经济及社会委员会：协调联合国“家庭内部事务”
* 托管理事会：自从最后一块托管领土（Palau）在1994年取得独立并加入联合国，基本“清闲”
* 国际法院
* 关于五常的争议：
  + 五常代表了特定历史时期的五大强国，时至今日，法国和英国或许已经不再是超级大国。
  + 五常中并非所有国家一贯积极参与了联合国维和行动。
  + 取代或是增加“常”
  + 目前的五常结构发生变动的可能性较少
* 五常一票否决权的最新发展（2022年4月）：
  + 俄乌冲突后，俄罗斯否决了安理会试图通过要求俄罗斯无条件撤军的决议。
  + 随后，在83个支持国的赞同下，列支敦斯登的联合国代表Christian Wenaweser向联合国大会提交了关于安理会五常行使否决权后需在联合国大会展开辩论的草案。
  + 草案在联合国大会通过。

#### 5.2 国际组织的成员

* 国际组织的成员国
  + 通常国际组织的成员是国家
  + 但为了实现国际组织创设的特定功能，国际组织成员国还可以是其他机构。
    - 比如Universal Postal Union的成员国是各国的邮政管理机构
    - WTO的成员是不同的关税领域。
    - 在国际组织架构下，有从属关系的成员之间在功能上是平等的。
* 成员的投票权依创立国际组织的文件而定：联合国一国一票，主权平等
* 国际经济组织成员的投票权：国际货币基金组织为例
  + 国际货币基金组织配额制度
  + 189 个成员国，每个成员国都分配了一个以特别提款权 (SDR) 表示的配额。
  + 每个成员的贡献等于其配额。
  + 份额决定了每个成员的投票权、其在执行董事会中的代表性及其获得基金组织融资的机会。
  + 国际货币基金组织 2016 年的重大改革行动（始于 2010 年）改变了配额制度，分配（约等于）美国 17.4%、日本 6.5%、中国 6.4%、德国 5.6%、法国 4.5% , 英国 4.5%（紧随其后的是意大利、印度、俄罗斯、加拿大和巴西的一些重要配额）。 除其他事项外，配额决定了每个成员的投票权。
  + 由于国际货币基金组织的重要决定需要85%的总投票权的多数票，尽管2016年进行了这项改革，美国仍然享有否决权。
* AIIB的投票结构：（Asian Infrastructure Investment Bank）
  + “投票份额基于每个成员国的经济规模（GDP PPP）（以及它们是亚洲还是非亚洲成员），而不是对银行法定资本的贡献。”
  + 经济较大的国家将获得更高的投票份额，从而促进较大经济体的利益。
  + 与此同时，例如，亚投行内部的治理结构提供了一种制度保证，即“中国的影响力将受到制约……通过给予创始成员同等比例的投票权”。

#### 5.3 国际组织的非成员



联合国成员国的准入：经由安理会推荐，由联合国大会决定。

北约的准入：新成员的准入需要集体成员国同意

“想退就退”——多数创立国际组织的公约中没有退出条款

国联的退出机制：德国和日本在20世纪30年代主动退出

欧盟：Art.50, The Treaty of European Union 2016 Brexit

### 6. 国际组织的权力：创始文件的解释问题

* 与国家拥有的一般性权力不同，国际组织只能行使或是明示或暗示得由成员国赋予国际组织的权力。正如国际法院在核武器咨询意见中所言：
  + International organizations…do not, unlike States, possess a general competence. International organizations are governed by the ‘principles of speciality’, that is to say, they are invested by the States which create them with powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion those States entrust to them.
* 因此国际组织的权力问题（比如权力内容与范围）实际上是解释创立国际组织的公约、条约的问题。

#### 6.1 谁来解释

* 自我解释
  + 《联合国宪章》第十七条第二款规定：“本组织的经费，由会员国负担，经大会核定。”1961年12月20日，大会通过了一项决议，要求国际法院就其授权的联合国在刚果的行动和联合国紧急部队在中东的行动有关的支出是否构成“本组织的支出”发表咨询意见。法院在1962年7月20日的咨询意见中肯定地答复说这些支出是联合国的支出。法院指出，根据《宪章》第17条第2款，“本组织的开支”是为支付实现本组织宗旨的费用而支付的金额。在审查了授权有关支出的决议后，法院得出结论，这些支出的确是这样产生的。法院还分析了反对这些支出应被视为“本组织费用”的结论的主要论点，并认为这些论点没有根据。
  + 咨询意见明确提出，联合国机构有权自我解释权限范围。
* 第三方解释
  + 在对于国际组织机构的权力内容和范围存在争议的情况下，可以提请国际组织下设的司法机构（比如联合国系统内的国际法院），或者依照建立国际组织的条约单独设立仲裁庭，或者寻求国际组织和其他国际法律主体之间建立的司法机构的解释。
  + 国际法院的咨询意见并不必然具有约束力（在咨询方同意咨询意见具有约束力时即具有约束力），但是在实践中咨询意见的结果一般得到落实。
  + 国际司法机构可能无意间解释国际组织机构的权力范围。比如Tardić案：前南刑事法庭提出，安理会依照《联合国宪章》第41条有权建立国际刑事法庭。

#### 6.2 解释遵循什么原则

* 与国际组织条约解释以及国际组织建立以来的既往实践相一致
  + 世界卫生组织总干事于1993年8月向国际法院寻求咨询意见：“鉴于对健康和环境的影响，一个国家在战争或其他武装冲突中使用核武器是否会违反其根据国际法（包括世界卫生组织《组织法》）承担的义务？”
  + 1996 年 7 月 8 日，法院裁定它无法提供世界卫生大会所要求的咨询意见。国际法院认为，当专门机构向法院提交咨询意见请求时，必须满足三个条件才能确定法院的管辖权：请求意见的**机构必须根据宪章得到正式授权**，以请求法院的意见；所请求的意见必须是**关于法律问题**的；该问题必须是**在请求机构的活动范围内产生**的问题。前两个条件已经满足。然而，关于第三点，法院认定，本案中向法院提出的问题与使用核武器对健康的影响无关，而是落脚于使用此类武器的合法性。
  + 国际法院进一步指出，世界卫生组织的责任必然限于“公共卫生”领域，不能侵犯联合国系统其他部分的责任。毫无疑问，有关使用武力、军备管制和裁军的问题属于联合国的职权范围，不属于专门机构的职权范围。因此，法院认定，世界卫生组织提出的咨询意见请求与该组织“活动范围内”产生的问题无关。
  + ‘the imperatives associated with the effective performance of its functions, as well as *its own practice*, are all elements which may deserve special attention when the time comes to interpret … constituent treaties’
* 暗含权力原则
  + “履行联合国相关职务所受损害之赔偿案”
  + ‘Under international law, an Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties.’
    - 根据国际法，一个组织必须被视为拥有那些虽未在《宪章》中明文规定，但因其履行职责所必需的必然含义而被赋予的权力。
  + In the opinion of the Court, to ascribe to the WHO the competence toaddress the legality of the use of nuclear weapons -- even in view of theirhealth and enyironmental effects -- would be tantamount to disregardingthe principle of speciality; for such competence could not be deemed anecessary implication of the Constitution of the Organization in the lightof the purposes assigned to it by its member States.
    - 法院认为，即使考虑到核武器对健康和环境的影响，赋予世卫组织处理使用核武器合法性问题的权限也无异于无视特殊性原则；因为根据成员国赋予世卫组织的宗旨，这种权限不能被视为本组织《组织法》的必然含义。
  + 可以说，尽管可以通过暗含权力原则解释创立国际组织的文件，从而明确国际组织的权力内容和范围，但是暗含权力原则并不意味着可以一味的扩充国际组织的权力。

### 7. 对国际组织行为的控制

* 2001年9·11事件后，联合国安理会通过了第1333和1373号决议（以及之后的系列决议），要求联合国成员国冻结恐怖主义分子嫌疑犯以及其共谋的财产。
* 恐怖主义分子嫌疑犯机器共谋的名单由联合国安理会提出，所涉个人无法挑战这一名单，也无法就安理会行为提起复议、寻求救济。
* 欧洲法院(European Court of Justice)遇到的法律问题：欧洲各国在执行安理会决议时，需要确保在欧盟法律体系内，各国之间以及国内法和《欧洲人权公约》之间不存在冲突（欧盟法中的Principle of Equivalent Protection, established in Bosphorus v.Ireland）。这也就意味着，欧洲各国执行安理会决议时，不得违反比如《欧洲人权公约》保障的司法救济权。
* Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P Kadi & Al Barakaat International Foundation v Council & Commission [2008] ECR I-6351
  + 欧洲法院认为：尽管遵循《联合国宪章》，欧盟以及欧盟成员国需要执行安理会决议，但是《宪章》没有要求这一决议需要严格且毫无灵活性的执行，也没有规定需要按照特定的执行方式来执行。因此，欧洲法院有权决定，在执行安理会决议时，同时考虑到《欧洲人权公约》等保护的权利，通过符合欧洲法律规范的方式执行联合国安理会决议，不违反欧洲人权公约下个人享有的司法救济权。
  + 最终欧盟以及欧盟国家通过在执行安理会决议时保留适当的自由裁量空间，实现了其在欧盟法和安理会决议下承担的法律义务之间的平衡。
  + 如果安理会决议明确要求成员国必须严格、没有灵活性的执行决议，如何确保所涉嫌疑人的合法权益得到保障？更重要的是，如何控制国际组织的行为？

# 第四讲 条约法

## 一. 介绍

* 作为国际法渊源的条约
* Quasi-legislative（准立法）：
  + 国家有意识地造法（多边条约）
  + 合同（双边条约）
* 条约的约束力
  + 条约转化为习惯
  + 习惯转化为条约
    - 维也纳条约法公约既是习惯到条约，也是条约到习惯

## 二. 1969年《维也纳条约法公约》

### 1. 介绍

* 条约与习惯
  + 维也纳条约法公约既是习惯到条约，也是条约到习惯
* 适用范围
  + 仅适用于书面条约
  + 仅适用于国家之间缔结的条约
  + 仅适用于其于1980年生效后缔结的条约
    - 生效后作为条约有效，生效前某些条款作为习惯有效

### 2. VCLT：背景及起草过程

* 起草者（英国法为主）
* 概念选择：
  + 合同观√vs公法观
  + 条约形式√vs条约实质
    - 很少提及违反条约的后果，没有责任条款
    - 像程序法
* 核心：consent（同意）

### 3. 什么是条约

* 重要要素：
  + ‘an international agreement’ ‘whatever its particular designation’
    - 国际协定，无论其具体名称
    - covenant, charter, pact
  + ‘a single instrument or in two or more related instruments’
    - 单一文书或两个或多个相关文书
  + ‘governed by international law’
    - 受国际法管辖，意思是国家在签订条约时意图创造国际法上的义务
* Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey) (1978)
  + General Act for Pacific Settlement of International Disputes (Geneva, 1928)，无论其是否有效，因希腊加入时提出的保留而被排除在外
  + 1975 年 5 月 31 日的希腊-土耳其新闻公报（Greco-Turkish press communiqué of 31 May 1975）不是任何一方可以单方面移交法院的具有约束力的协议
  + 95. The Brussels Communique of 31 May 1975 does not bear any signature orinitials, and the Court was informed by counsel for Greece that the PrimeMinisters issued it directly to the press during a press conference held at theconclusion of their meeting on that date. The Turkish Government,in theobservations which it transmitted to the Court on 25 August 1976, considered it"evident that a joint communique does not amount to an agreement underinternational law", adding that "If it were one, it would need to be ratified at leaston the part of Turkey" (para. 15). The Greek Government, on the other hand, maintains that a joint communique may constitute such an agreement. To have thiseffect, it says, "It is necessary, and it is sufficient, for the communique to include in addition to the customary forms, protestations of friendship, recital of majolprinciples and declarations of intent -- provisions of a treaty nature" (Memorialpara. 279). Counsel for Greece, moreover, referred to the issue of jointcommuniques as "a modern ritual which has acquired full status in internationalpractice"
  + 96. On the question of form, the Court need only observe that it knows of no ruleof international law which might preclude a joint communique from constitutingan international agreement to submit a dispute to arbitration or judicial settlemen(cf. Arts. 2, 3 and 11 of the Vienna Convention on the Law of Treaties).Accordingly, whether the Brussels Communique of 31 May 1975 does or does not constitute such an agreement essentially depends on the nature of the act or transaction to which the Communique gives expression; and it does not settle the question simply to refer to the form -- a communique -- in which that act ortransaction is embodied. On the contrary, in determining what was indeed thenature of the act or transaction embodied in the Brussels Communique, the Court must have regard above al1 to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up.
* 此外：
  + 国家之间受国内法管辖的协议
  + 只有政治价值，不具有法律约束力的协议：
    - Qatar v. Bahrain(1994)
    - 由法院判断，并非相关国家声称其不是条约，它就不是条约

## 三. 条约法（一）：缔结

### 1. 缔结条约的国家代表

* 国家元首（head of state，作为personification of the state）
* 政府首脑（head of government）
* 外交使团团长
* 国际会议/国际组织的参会代表
* 外交部长（foreign minister）
  + 1933 Eastern Greenland case
    - 丹麦希望从挪威得到的是，挪威不应采取任何行动阻碍丹麦关于格陵兰的计划。外交部长在1919年7月22日代表挪威政府发表的声明是肯定的：“我今天告诉丹麦部长，挪威政府不会在解决这个问题上制造任何困难。”
    - 法院认为，无可争议的是，外交大臣代表本国政府应外国外交代表的请求，就属于其管辖范围的问题作出的这种性质的答复，对外交大臣所属的国家具有约束力。
* 缔约权的法律基础
  + Full power（全权文件）：有权机关授权文件

### 2. 国家如何表达同意（express consent）

* 两种主要方式：
  + 签署
  + 批准
  + 《维也纳公约》第18条（interim obligation）规定
    - 第十八条 不得在条约生效前妨碍其目的及宗旨之义务
    - 一国负有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动：
    - （甲）如该国已**签署条约**或已交换构成条约之文书而须经批准。接受或赞同，但尚未明白表示不欲成为条约当事国之意思；或
    - （乙）如该国业已**表示同意承受条约之拘束**，而条约尚未生效，且条约之生效不稽延过久。
      * 造法性质的条约目的和宗旨的判断？环境保护、禁止虐待等
      * 美国签署国际法院规约，但国会不批准，在签署到明确表示不批准之间的时间里，美国受其约束。
  + 如何判断一个国家的行为破坏了目的和宗旨？
    - 货物贸易条约、军火交易条约，条约签署后，自毁军火库，显然违反条约目的和宗旨。（合同类条约）
    - 禁止虐待条约，条约签署后，回国后还是对监狱里的犯人进行了虐待，或者国家内其他主体实施了虐待行为；又如环境保护条约，签署后国内发生了重大环境污染。此时如果认为违反了条约目的和宗旨，然后把相关国家踢出条约缔约国范围，就和条约目的相反了。因为条约目的是以后禁止虐待。（造法类条约）

1. 当一个国家签署了某个条约，或者交换了构成该条约的文件，并且这个条约还需要后续的批准、接受或批准，那么在这个国家明确表示不想成为该条约的一方之前，它有责任不做任何违背该条约目的和宗旨的行为。

2. 如果一个国家表示同意受条约约束，即使这个条约还没有正式生效，只要条约的生效不是无理拖延，那么在条约正式生效之前，这个国家也应当遵守条约。

总的来说，这是关于国家在国际法层面上，对于条约的一种责任和承诺。签署或同意一个条约后，国家就有义务不做出违反该条约精神和目的的行为，至少在明确表示不参与该条约之前。

## 四. 条约法（二）：保留

* 1. 保留：一国在签署、批准、接受、核准或加入条约时作出的单方面声明，旨在排除或修改条约某些条款对该国适用的法律效力
* 2. 逻辑：保留适用于多边条约。
* 3. 实践：保留制度在实践中，依据条约具体判断（权力掌握在起草者手中）
* 4. 保留制度的发展：
  + 二战前，一致同意规则
  + 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留意见（Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide）
    - 1948 年《灭绝种族罪公约》第九条：缔约国之间有关本公约的解释、适用或履行的争端，包括有关一国对灭绝种族罪或第III条所列任何其他行为的责任的争端，应根据争端任何一方的请求提交国际法院。
    - 除非当事方本身另有约定，否则，只要保留符合公约的目的和宗旨，保留就应被视为允许，只是对于不同国家依据其态度会产生不同的（国家间针对该条约的）法律后果。
  + 《维也纳条约法公约》第20条
    - 在一个国家反对保留，同时不希望影响其与提出保留的国家在条约下的法律关系的情况下，维也纳条约法公约提出，保留不影响条约在两个国家之间创设的法律关系，只是将保留纳入其中。换句话说，保留生效。
    - 在一个国家反对保留，并且明确不接受其与提出保留的国家在条约下的法律关系时，保留完全无效——这是因为，整个条约在这两个国家之间无效。
    - 《维也纳条约法公约》中的法律机制对提出保留的国家有利。
* 5. 保留与条约的目的和宗旨
  + 灭种公约保留咨询意见
  + 保留与条约目的和宗旨不相符的情况
  + 确定一份冗长而复杂的条约的目标和宗旨可能非常困难
* 保留：现状
  + 条约的保留在第20条和21条
* 目前的情况：
  + 国家在保留时不需要给出原因
  + 保留实际上是一个legal offer，最后的结果取决于其它缔约国是否接受
  + 反对保留仅在两个国家之间产生法律效果（不管什么法律效果），不产生二战前的veto效果
* an individualized approach

## 五. 条约法（三）：解释

### 1. 一般情况/背后逻辑

* Textual approach（treaties are often‘disagreement reduced to writing’）
  + 文本方法（条约往往是“化为文字的分歧”）
  + 文字本身就是模糊的，文字随着时间发展含义会变化
* Historical approach （travaux pre ́paratoires）
  + 历史方法（条约前的准备工作）
  + 条约起草时的国际环境和今天并不一样
* Teleological approach
  + 目的论方法
  + 历史解释：回到当时那个时代，这个词是什么意思
  + 目的解释：这个条款是为了什么目的
  + 例如欧洲人权公约，起草时根本没有考虑到性少数群体，但是可以目的解释出对其的保护
  + 目的会被曲解：《人权宣言》被海地使用

### 2. VCLT中的条约解释

* 2.1条款：31+32
  + 31条：
    - 第1款：textual和teleological approaches的折中（文本和目的宗旨的折中）
    - 第2款：解释应该关注条约的context（历史）
  + 32条：supplementary means of interpretation
    - historical approach，处于次要位置（secondary status）
    - 仅在适用31条后依然无法确定文字含义，或者产生absurd的解释结果时。
* 2.2 31条“general rule of interpretation”
  + 如何理解general rule
    - textual和teleological approaches的折中
  + 31条内嵌的冲突
    - 一般文字含义和目的的与宗旨均纳入考量
    - 如何理解内嵌的冲突：**解释者可以根据自己的偏好来解释规则**
    - principle of systemic integration
* 2.3 Principle of Systemic Integration（系统整合原则）
  + Art.31(3)(c)
    - any relevant rules of international law applicable in the relations between the partiee.
    - 什么是relevant？不同条约的目的是不同的。
    - 相关规范的生效时间，必须在案件时间之前，还是适用时间之前？
  + 目的：规制对于特定条约规范的解释与国际法作为一套法律规范的关系
  + 实践：从没有相关性到极为重要
  + Moreover, under the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation must take into account “any relevant rules ofinternational law applicable in the relations betweenthe parties” (Art. 31, para. 3 (c)). The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force. The application of the relevant rules of international law relating to this question thus formsan integral part of the task of interpretation entrustedto the Court by Article XXl, paragraph 2, of the 1955 Treaty.
    - 此外，根据 1969 年《维也纳条约法公约》所反映的条约解释一般规则，解释必须考虑到 "适用于当事国间关系之国际 法之任何有关规则"(第 31 条第 3 款(c)项)。法院不能接受 1955 年《条约》第二十条第1款(d)项旨在完全独立于关于使用武力的相关国际法规则而运作，从而能够被成功援引，即使是在要求违反《条约》的有限范围内，涉及非法使用武力。因此，适用与这一问题有关的国际法规则是1955年《条约》第XXl条第2款赋予法院的解释任务的组成部分。
* 拓展1：VCLT31条第3款c项为何能获得“生机”
  + 碎片化（fragmentation）：不同国际法之间专业性越来越强，国际刑法、环境法等，对同样一件事适用不同的法律会得到不同的结果
  + 司法化
* 拓展2：条约的解释：在政治与现实之间
  + 解释是一门艺术，而非科学，并且毫无疑问是一项政治事业。*（法官和当事人视角）*
  + 解释更多的是用来支持基于直觉或者政治偏好得出的结论，而不是在政治真空中讲一套解释规则“科学”的应用到一套事实上。*（法官和当事人视角）*
  + 在实际操作中，事实本身都需要解释和分辨 。*（法官和当事人视角）*
  + 解释作为一种国际法律实践，其实可以看成一种社会实践，即某一个行业内的从业者对于如何解释，怎样解释合理，怎样解释不合理，有大致的共识。*（学理/观察者视角）*

## 六. 条约法（四）：实施

1. 实施的对象

2. 实施的主体

一般性规则：

条约仅对缔约方有效（VCLT Art.26）

“Pacta sunt servanda”

除非第三方同意，否则不能对第三方创设权利或义务(VCLT art.35&36)

第三十五条 为第三国规定义务之条约

如条约当事国有意以条约之一项规定作为确立一项义务之方法，且该项义务经一第三国以书面明示接受，则该第三国即因此项规定而负有义务。

第三十六条 为第三国规定权利之条约

一、如条约当事国有意以条约之一项规定对一第三国或其所属一组国家或所有国家给予一项权利，而该第三国对此表示同意，则该第三国即因此项规定而享有该项权利。该第三国倘无相反之表示，应推定其表示 同意，但条约另有规定者不在此限。

二、依第一项行使权利之国家应遵守条约所规定或依照条约所确定之条件行使该项权利。

* 实施主体：灰色地带
* 所涉并非权利义务，而是条约缔约方创造一个“客观机制”（objective regime）
* 非缔约方也需要遵守这一中立机制，无需任何形式的consent
* 1959年南极机制——12个国家建立一个合作机制，同时注明12个中的任何一国不能对南极宣布领土。
* 为什么12国以外的国家不能对南极宣布领土？

3. 条约实施的范围

条约对缔约国全境适用，包括殖民地，除非条约明确排出特定地区的适用。

举例：

Dutch Antilles （dissolved on 10.10.2010), became the Caribbean Netherlands

4. 条约实施的时间 （Art.30 VCLT）

* 一般原则：条约不能溯及既往（除非条约另有规定）
* 新条约与原有条约冲突的情况下：
* 当缔约方相同时，新约取代旧约。
* 当缔约方不同：principle of political decision：A与B先签订条约，A又与C签订条约，新条约下A的义务与就条约下的义务违背——A来决定是否履行新条约，并且就条约义务违反向B进行赔偿。
* 新约与原有条约冲突的情况下：缔约方不同，如何解决
  + 观点1：从等级效力入手
    - Art.30（1） VCLT
    - 当联合国宪章下的条约义务与其它条约义务冲突时，联合国宪章下的条约义务优先。
    - 这也是为什么国家履行联合国通过sanction，可以视为不违反国家与受制裁国家之间的条约义务。
  + 观点2：从实质内容效力入手
    - lex specialis derogat lex generalis（特别法优于一般法）
    - VCLT没有采纳这一观点

## 七. 条约法（五）：修订

Article 40 Amendment of multilateral treaties

1. Unless the treaty otherwise provides, the amendment of multilateral trea,es shall be governed by the following paragraphs.

2. Any proposal to amend a multilateral treaty as between all the parties must be notified to all the contracting States, each one of which shall have the right to take part in:

(a) the decision as to the action to be taken in regard to such proposal;

(b) the negotiation and conclusion of any agreement for the amendment of the treaty.

3. Every State entitled to become a party to the treaty shall also be entitled to become a party to the treaty as amended.

4. The amending agreement does not bind any State already a party to the treaty which does not become a party to the amending agreement; article 30, paragraph 4 (b), applies in relation to such State.

5. Any State which becomes a party to the treaty aNer the entry into force of the amending agreement shall, failing an expression of a different intention by that State:

(a) be considered as a party to the treaty as amended; and

(b) be considered as a party to the unamended treaty in relation to any party to the treaty not bound by the amending agreement.

* 1. 修订的步骤：
  + 提议——缔约方大会投票——批准
* 2. 法律问题：多数通过修正提议，少数不通过时
  + 条约明确要求全体同意生效时——修正无效
  + 条约明确规定多数同意时修正生效，且对全部缔约方有效——联合国宪章（五常需要同意）联合国宪章第108条
  + 仅对同意生效的国家生效——产生两套法律系统
* 3. 非正式的改变
  + 通过条约机构对条约的解释来实质性地改变条约
  + 通过国际组织暗含权力原则的解释

## 八. 条约法（六）：失效

* 1. 条约失效机制的两个基本原则
  + 原则一：没有条约有效的条件（condition for validity），意味着预设条约有效
  + 原则二：条约生效的清单是穷尽清单，不能有清单以外的失效事由
* 2. 条约失效的情况
  + 46-47条：有效同意缺陷导致无效
    - 46条：违反国内法规定
      * 必须是与国家缔约权相关的国内法条款
      * 同时是对于对方国家的代表来说是显而易见的
    - 47条：违反国家代表权限的限制
  + 48-52条：源自罗马法，关于错误（信息）、欺诈（fraud）和胁迫（coercion）导致无效。
    - 48至50条：relative grounds of invalidity
    - 51-52条：absolute groups of invalidity
      * 基本逻辑：
        + 不应将自己的意愿强加给其他国家，否则会损害consent的真实性。
      * 问题：
        + 不符合国际政治的现实，因为国家之间的实力差异始终扮演着某种角色。
        + 是否意味着，由获胜国向失败国施加条件的和平条约都是无效的？
* VCLT谈判过程中
  + 西方大国
  + 新独立的前殖民地国家
  + 结果：妥协
  + 并非任何威胁或使用武力都是无效的理由，只有违反联合国宪章所体现的国际法原则的胁迫才是无效的理由。侵略国强加的和平条约无效，但受害国出于自卫而强加的和平条约则完全有效。
* 条约失效的情况：第53条
  + 违反国际法强制性规范（preemptory norms）的，无效
  + 体现了公共秩序的原则
  + 循环定义
  + 基本同意的：禁止种族灭绝，禁止奴隶制，酷刑，侵略
  + 强行法的概念与VCLT整个私法/合同法的基本逻辑不一致。
  + 强行法也是与荷花号原则不一致的地方。

## 九. 条约法（七）：中止与终结

中止与终结的情况：

1. 缔约方同意：包含到期条款，

2. 单方面决定：VCLT Art. 61

严重违反对实现条约目标和宗旨至关重要的规定；

由于无法履行，该法律概念通常用不可抗力一词来描述

3. 情形发生根本变化 VCLT Art.62

* 最原始的情形构成了双方同意受约束的基础
* 没有预见
* 从根本上改变条约下义务

情形发生根本变化 VCLT Art.62的司法实践

* 国际法院：冰岛渔业管辖权（英国诉冰岛）（1973 年）
  + 法院：冰岛不可能不能预见渔业技术的发展
* 国际法院：Gabčíkovo-Nagymaros 项目（匈牙利/斯洛伐克）（1997 年）
* 欧盟法院1998年判决的Racke案
  + 南斯拉夫发生战争，自由贸易协定中止

# 第五讲 管辖与豁免

## 一、管辖的四个基本原则（four principles of jurisdiction）

* 原则一：属地管辖（territoriality）（领土）
  + 最基本和最核心
  + 两个或多个国家可能同时主张领土管辖权。
    - A: 行为的来源地（subjective territoriality）
    - B: 感受到行为影响（objective territoriality）
  + 属地管辖与荷花号案
    - PCIJ 认定土耳其拥有管辖权（无论碰撞是否发生在公海），因为它将土耳其船只等同于土耳其领土——考虑到土耳其受到了行为的影响，是objective territoriality。
    - 这是一个有争议的解决方案，后来被《联合国海洋法公约》推翻：对于在公海上发生的碰撞，有关船舶的船旗国和被告的国籍国现在有管辖权。
* 原则二：属人管辖（nationality）（居民）
  + 传统——现代
  + 国家可以对其国民声称拥有权力，无论他们身在何处
    - 例如美国人无论在哪儿都需要交税
  + 被动人格原则（passive personality）：一个国家可以起诉任何伤害自己国民的人
    - 有争议
    - 起点是受害者的国籍，而不是犯罪者的国籍
    - 背后传达的信息是对对方国家法律的不信任
    - 英国明确表示放弃这种管辖权，而意大利认为自己有管辖权
* 原则三：保护性管辖（protection）（有效统治）
  + 国家可以对危害其自身的活动主张管辖权，即使这些活动发生在其他地方并且被归咎于非国民。
  + 会触发保护原则的犯罪例子包括策划政变、移民欺诈（将人口偷渡进出一个国家，通常是偷渡入境），或者袭击外交官
* 原则四：普遍性管辖（universality）（国家管辖外的地域的管辖）
  + 概念：所有国家都可以立法和起诉，无论其是否有领土连接点或国民是否参与
  + 起源于对海盗的规制，现在用于种族灭绝、反人类、战争、酷刑等四个罪行
  + 1961 年在耶路撒冷对纳粹政权高级人物、大屠杀主要策划者之一阿道夫·艾希曼(Adolf Eichmann) 进行的审判
  + 比利时——复习Arrest Warrant Case
  + 美国与普遍管辖权：
    - Filartiga v. Pena-Irala, decided by the US Court of Appeals for the Second Circuit in 1980.
    - ATS源自Judiciary Act of 1789，在1980年代被重新发现
    - 根据ATS：
      * （1）当原告是alien
      * （2）被告所涉纠纷为侵权行为（tort）
      * （3）这一侵权行为违反了国际法，尤其包括习惯国际法时
    - 联邦法院拥有管辖权
    - 80年代起，ATS被大量使用。随后联邦法院开始限缩ATS的适用
      * 2004 Sosa v. Alvarez-Machain et al.
        + 《外国法律侵权法案》（ATS）仅适用于违反“具体、普遍且强制性”的国际规范，法院确定针对任意逮捕和拘留（刑事诉讼）的一般禁令并不符合这一标准。
      * 2013 Kiobel v. Royal Dutch Petroleum
        + 关于一家外国石油公司在尼日利亚涉嫌参与侵犯人权的案件，法院裁定《外国法律侵权法案》（ATS）通常不适用于在外国犯下的侵权行为——尽管在“索赔与美国领土有‘足够强烈的关联’”的情况下可能会有例外。
  + 普遍管辖权的发展趋势
    - 只有富裕的西方国家才有能力在实践中执行普遍管辖权
    - 这引起了争议，因为它最终反映了权力关系，富国将其标准应用于穷国
    - 因此，虽然国际法允许各国行使普遍管辖权，但在国内法的最新发展中，其范围往往变得更窄，并且非常少的条约规定了普遍管辖权
    - 例如，1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》条约规定了引渡或起诉的义务（aut dedere、aut judicare）
  + 练习：Could you tell me what happens when, for instance, a Japanese diplomat is killed by a Portuguese person in Argentina. Who can prosecute?
* 原则的总结：从国内法到学术总结，没有一个条约规定管辖原则

## 二、域外管辖（extraterritorial jurisdiction）

* 1. 反垄断法与域外管辖
  + Effect doctrine：如果其他地方实施的行为（并在其他地方被视为合法）会影响美国市场，美国法院就会对这些行为实施管辖
  + Blocking statutes：欧洲国家抵制美国反垄断法中域外管辖的做法，通过国内法案的形式，为欧洲公司提供拒绝配合美国司法程序的正当化理由
  + Joined cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125–129/85, Ahlstro ̈m and others v. Commission [1988] ECR 5193 (Woodpulp).
* 2. 欧洲人权法公约下的域外管辖
  + 欧洲人权公约第一条：
    - The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention. (jurisdiction大于领土）
  + 如何理解欧洲人权法院在两个案件中的判决：
    - 如果是从公约创设的权利这一角度去理解：
      * 在Loizidou中，塞浦路斯和土耳其都是欧洲人权公约的缔约国。
      * 在Bankovic案中，前南斯拉夫不是欧洲人权公约缔约国。
    - 如果从公约创设的义务的角度去理解
      * 不管前南斯拉夫是不是欧洲人权公约的缔约国，比利时等国都有义务在其jurisdiction以内承担欧走人权公约下的义务。
      * 那么，欧洲人权公约的域外管辖范围就很广了。
* 3. 域外管辖的其他情况与问题
  + 当军队驻扎在国外并卷入常见犯罪时
    - 例如美军在沖縄的强奸案，不同于并行管辖，因为双方都不希望对方管辖

## 三、并行管辖（concurrent jurisdiction）

* 1. 概念
  + 要注意看具体国家国内法的规定，这些所谓的原则只是学者根据各国的国内法总结出来的
* 2. 实践：引渡
  + 引渡条约的一些共同特征：
    - i.有一份可引渡的罪行清单，通常是严重的罪行。
    - ii.有双重犯罪条款，只有在两国都属于犯罪行为的情况下才应准予引渡。
    - iii.尊重特殊性原则（principle of speciality）：引渡请求和随后的起诉必须是相同的罪行指控。
    - iv.政治例外：排除政治犯罪的引渡（但是政治犯罪的界定有分歧）。
    - v.另一个相关的例外是与死刑有关的例外（Soering vs United Kingdom）
    - vi.一些条约包括“引渡或起诉”条款
* 3. 绕过引渡程序的实践
  + 阿道夫·艾希曼（Adolf Eichmann）在阿根廷被以色列特工绑架
    - 因为艾希曼罪行过于恶劣，国际社会默许了这种“绑架”
  + 阿尔瓦雷斯·马钦（Alvarez Machain）
    - 美国法院许可了这种行为，认为在国外的绑架不影响在国内的正常逮捕程序
    - 虽然阿尔瓦雷斯·马钦的行为显然是可怕的，但它们与大屠杀的主要策划者之一艾希曼的行为无法相比
    - 美国和墨西哥双方之间存在有效的引渡协议，这种情况使最高法院在可行的法律程序存在的情况下纵容非法行为更加蒙上阴影。
  + 国家绑架事件相对经常发生

## 四、豁免（immunity）

* 1. 主权豁免（并未在条约里规定）
  + 豁免的初衷是为了确保谈判和外交关系的顺利进行
    - 国家被认为享有绝对豁免权，不得在其他国家的法院受到起诉或起诉
  + 当国家进入私人领域：国家将保留对政府行为（acta jure imperii）的豁免权，但不保留对商业性质行为（acta jure gestionis）的豁免权
  + 如何区分acta jure imperii和 acta jure gestionis？
    - 目的测试：不可行，例如为军队买靴子、为政府人员买电脑等
    - 行为性质测试
* 2. 国家元首和政府首脑豁免
  + 概念：在任时和离任后
  + 各国可以决定取消其代表的豁免权。
  + 国际刑法的兴起与对政治领导人行为的严格审核
  + 例外：前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭
    - Slobodan Milosevic
    - Jean Kambanda
  + 例外：皮诺切特案。
* 3. 外交豁免（有条约）
  + 概念：为了能够在国外代表本国，外交官、其直系亲属和在使馆工作的其他人享有某些特权和豁免
  + 法律：涵盖外交官、其直系亲属和其他使馆人员的习惯规则现已大部分编1961年《维也纳外交关系公约》（1964年生效，经193个国家批准，几乎所有现有国家）
  + 驱逐
    - “不受欢迎的人”
  + 外交使团（使馆）神圣不可侵犯
  + 外交代表（及其家庭成员）的豁免权（VCDR 第 31 条）
    - Basfar vs Wong 2022
  + 所有特权和豁免均遵守国籍歧视原则（principle of nationality discrimination）

# 第六讲 国际法与国内法的关系

## 一、国际法视角下的二者关系

* 《维也纳条约法公约》第27条和第46条的内容可以这样理解：
* 第27条：“内部法律与遵守条约”
  + 这条规定意味着，一个国家不能以其国内法律的规定为借口，来证明自己未能履行条约义务。简单来说，如果一个国家同意了一个国际条约，它就不能说由于自己的国内法律不允许，所以不能遵守这个条约。
* 第46条：“内部法律关于缔结条约的能力规定”
  + 第1款：一个国家不能以其同意受条约约束是违反了其内部法律中关于缔结条约能力的规定为由，来宣称其同意无效，除非这种违反是显而易见的，并涉及到该国内部法律中的一个基本重要规则。换句话说，除非违反了某些非常重要的国内法规，否则国家不能因为国内法律的原因而不遵守它已经同意的国际条约。
  + 第2款：如果违反是在正常实践和诚信行事的任何国家都能明显看出来的，那么这种违反就是显而易见的。这意味着，只有当国家违反国际条约的行为对其他国家来说非常明显和不合理时，这种违反才被认为是显而易见的。
* 当国内法和国际法冲突时，它的存在就意味着违反国际法吗？还是国际法的法益受到侵害时才算违反？
  + It depends：如果国际法要求国家积极立法，那么前者；如果没有这样的要求，那就要看后者。
* 国内法在国际司法过程中
  + Certain German Interests in Polish Upper Silesia
  + “从国际法和作为其机构的法院的角度来看，地方法律只是表达国家意愿和活动的事实，就像法律判决或行政措施一样。法院当然没有义务去解释波兰法律本身；但这并不妨碍法院对波兰是否按照其在《日内瓦公约》下对德国的义务应用该法律的问题作出裁决。”
  + 意思是，在国际法和国际法院的视角下，一个国家的内部法律（地方法律）只是显示国家意图和行动的一种方式。国际法院不需要去解释一个国家的具体法律，但是法院可以判断这个国家在应用自己的法律时，是否符合它在国际条约（如日内瓦公约）中对另一个国家（在这个案例中是德国）的义务。简而言之，法院关注的是国家是否在应用其内部法律时遵守了其国际法上的承诺和义务。
* 国内法作为国际司法过程中的“事实”的六重含义：（国内法在国际法中是什么）
  + 国内法本身可能构成对条约或习惯规则的违反，或是成为一国违反国际规则的证据
  + 尽管对于一个事项可能存在国内法和国际法，国内法可能是处理所涉国际法律问题的‘applicable law’
  + 虽然国际法中也‘jura novit curia’(the court knows the law)的原则，但是对于国际法院来说他们并非自然而然的知道国内法，可以说这一原则并不适用。国际法庭一般要求当事方提供国内法的证据，或者自己作研究去寻找国内法。
  + 国际法院不是国内最高法院的上诉法院，因此即使国际法院需要apply国内法，也需要按照所涉国家对该法的实施去实施该法。只有在极其特殊的情况下，比如国内法院对于国家基于国际法律义务的条款解释存在问题，国际法院才会给出与国内法院不同的实施。
  + 国际法院不能判决一个国内法律规则无效，也不能判决国内法律规则不符合国内宪政
  + 虽然国际法院一般不实施国内法，并不能认为国际法院就完全不实施国内法。当当事方要求国际法院在处理特定案情时实施国内法时，国际法院会实施国内法。

## 二、国内法视角下的二者关系

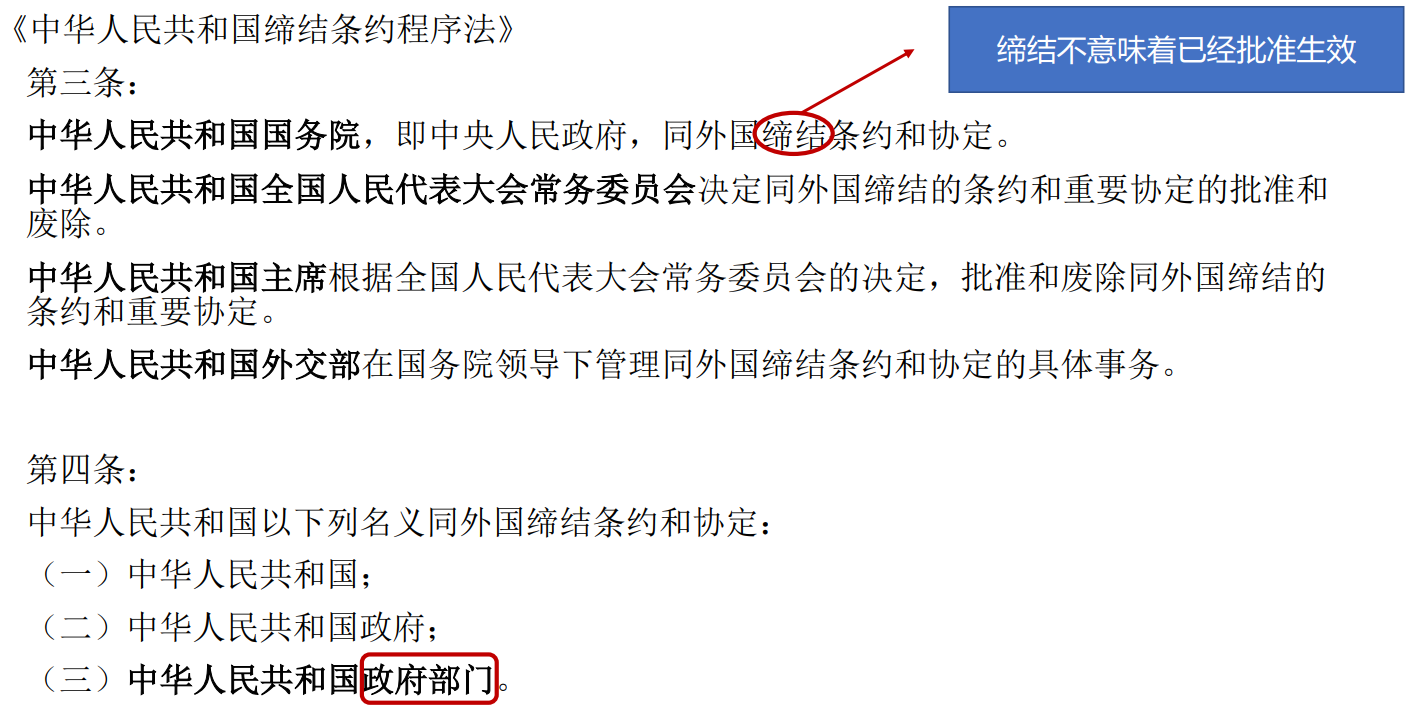
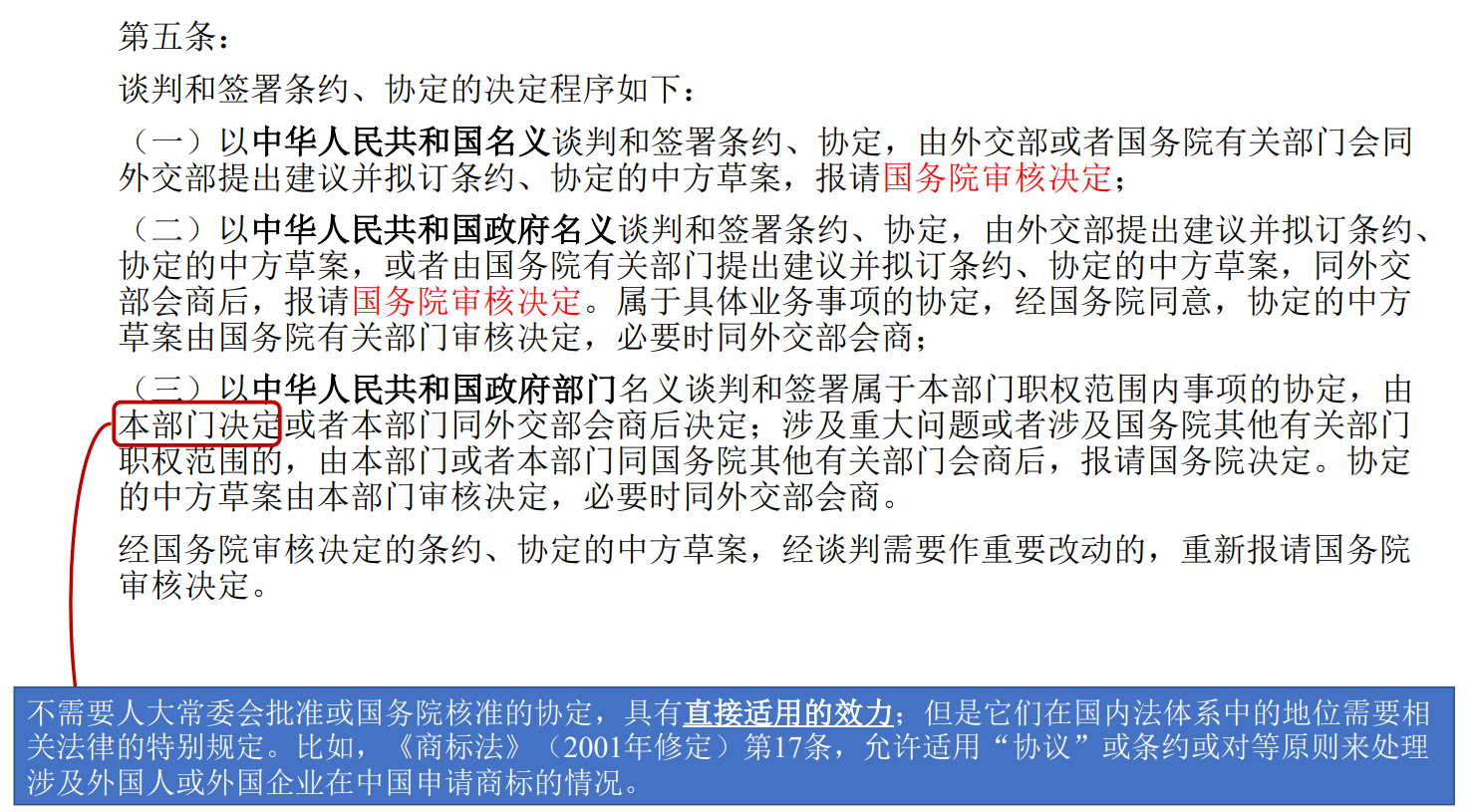
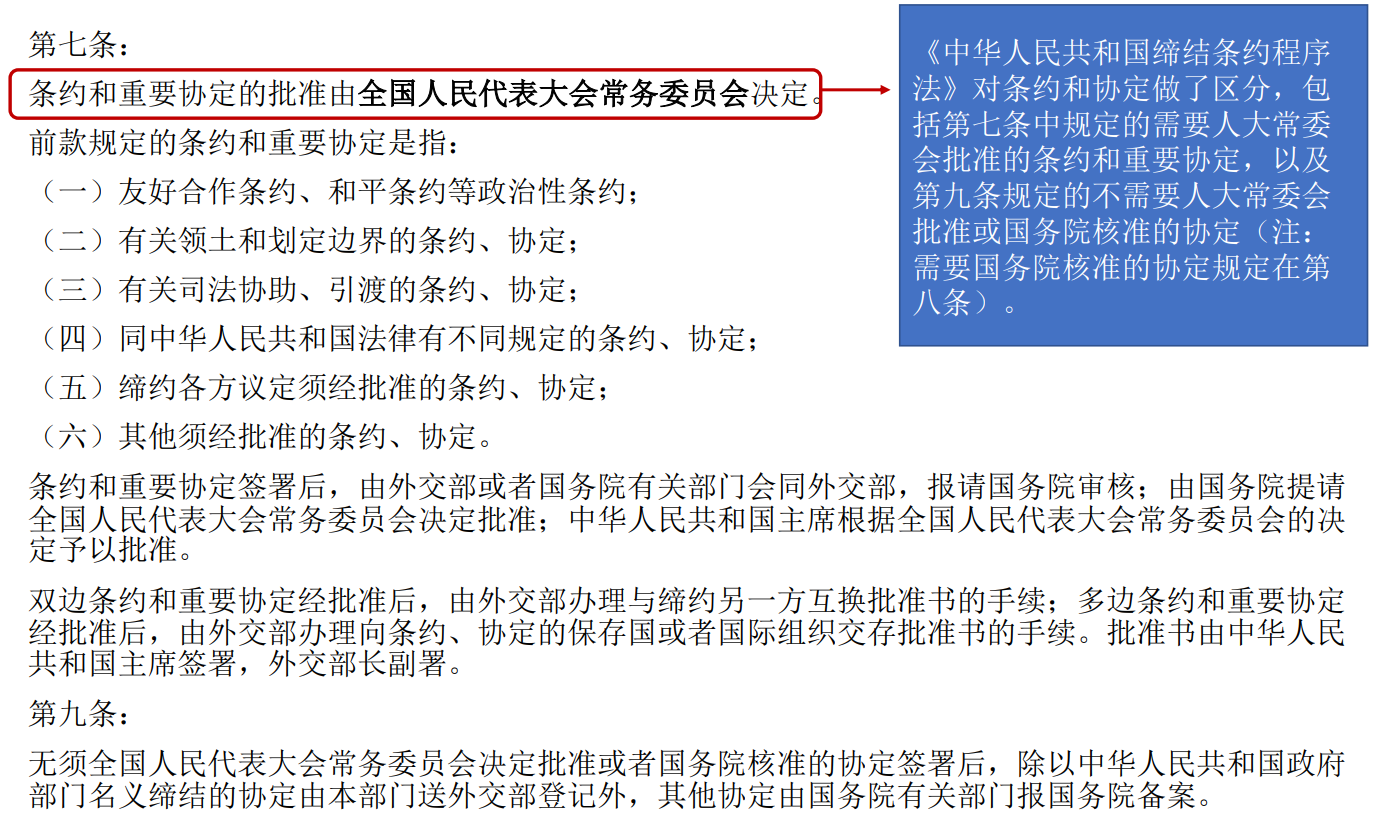
* 1. 历史与辩论
  + 历史上：
    - - 国际法和国内法一般被视为独立的体系。
    - - 国际法是国家之间的法律关系，与国内法毫无干戈
    - - 国际法一般不关注个人，即便关注个人了，也是外交豁免等有具体国际法律规则的领域。个人权益通过其国家得到保护
    - - 传统国际法学者，比如瓦泰尔，在论述中没有关于国际法对国内法影响的论述。
  + 时代的发展：
    - 二元论兴起：
      * 国际法和国内法是独立的系统
      * 通过**转化**（transformation）的方式，国际法律规则可以在国内法律体系中获得法律效力
      * 代表学者：Heinrich Triepel
    - 一元论——对二元论的批判
      * 国际法和国内法是同一法律系统中的不同分支
      * 国家之所以能够存在，就是因为有国际法
      * 国际法律规范本身也是不完整的，要真的产生效用，还需要依赖于国内法
      * 代表学者：Hans Kelsen
* 2. 学说争议
  + 二元论(Dualism)：
    - 二元论：国际法和国内法是两个独立的系统，彼此独立存在。
    - 国际法和国内法被视为两个截然不同的法律领域，而且彼此之间关系不大。
    - 国内法将处理私人合同和个人犯罪……
    - 国际法将处理战争或国家对领土的收购......
    - 一项国际规则要在国内法律秩序中生效，就需要将其转化为该法律秩序认可的那种规则。
    - 二元论下：theory of transformation（转化）
      * 有新条约时，改写现有的国内法
      * 立法者只需通过一项法律，条约附于其上
  + 一元论(Monism)
    - 国际法与国内法是同一个法律体系，是一个法律概念或一个法律体系的两种表现，具有一系列共性或统一性。
    - 在法的主体方面，国际法与国内法没有本质不同，真正的主体都是个人，只不过在国际关系中个人行为的后果被归因于国家。
    - 在法的性质方面，国际法与国内法都是独立于法律主体意志的对法律主体有拘束力的律令。
    - 由于国际法与国内法是一个法律体系，国际法无须转化就可以在国内法院直接适用。
    - 一元论下：theory of incorporation（并入）
    - 国际法与国内法作为一个法律体系的不同组成部分，在效力关系上有高低之分。
      * 认为国内法在效力上高于国际法的观点
        + 国家主权是绝对的，国家的意志是至高无上的。
        + 国际法是国家对其主权意志“自我限制”的表现。
        + 国际法的效力来自国内的宪法，国家的缔约权是由国内的宪法直接授予的，国际法实际上是国内法中的“对外公法”。
      * 认为国际法在效力上高于国内法的观点
        + 国际法决定国际关系和国际秩序。
        + 国际法优先于国内法适合人类发展需要。
        + 国内法的效力来自国际法。
* 3. 理论照进现实：协调论——当前的实践：
  + 国际法与国内法是相互联系的，不是彼此对立的；
  + 国际法和国内法的关系问题，归根到底，是国家如何在国内执行国际法的问题，也就是国家履行依国际法承担的义务的问题；
  + 因为国家是制定国内法的，同时也是参与制定国际法的，并且国家的对外政策影响其对国际法的立场；
  + 国家既然承认了国际法规范，就有义务使它的国内法符合于它依国际法所承担的义务。

## 三、国际法在国内的适用

* 1. 习惯国际法
  + 大多数国家的占主导地位的理论和实践，都承认习惯国际法是其法律体系的一部分，不须经转化或特定的纳入程序即可在国内发生法律效力，可以在国内法院作为裁判依据。但是，什么是习惯国际法各个国家有不同的解释。
* 2. 国际条约
  + 转化方式
    - 转化方式是指为使在国际法上对本国有效的条约在国内法律体系中生效，需要通过立法机关的立法程序将国际条约转变为自己国家的国内法。
  + 并入方式
    - 并入方式是指通过宪法或法律的统一规定，从总体上将条约合并到一国法律体系中，无须采取立法的转化。
  + 结论：国际法在国内法中的地位取决于国内法的规定。
* 3. 欧盟法与成员国国内法的关系的特殊性
  + 问题一：欧盟各国国内法遵循欧盟法，这一事实/法律，是依照欧盟法，还是依照国内法规定？
    - 由欧盟法规定而不是由国内法规定。
    - 欧洲经济共同体构建了一种新的国际法秩序，为此，成员国限制了自己的主权权利，尽管这些限制仅在有限的领域内。这个法律秩序的主体不仅包括成员国，还包括它们的国民。欧洲共同体的法律独立于成员国的立法，不仅对个人施加义务，而且旨在赋予他们权利，这些权利成为他们法律遗产的一部分。这些权利不仅在条约中明确授予时产生，也在条约以明确的方式对个人以及成员国和共同体的机构施加义务时产生。
    - 简单来说，这意味着欧洲经济共同体创造了一种特殊的法律体系，成员国为了共同体的利益而限制了自己的一部分主权。这个体系不仅对成员国有约束力，也直接对其国民产生影响，给予他们某些权利和义务，这些权利和义务是独立于各自国家法律之外的。
  + 问题二：国际法如何纳入欧洲法框架中？是纳入欧盟法框架中，然后自然而然的纳入欧洲各国法律系统中吗？
    - 尽管在欧洲内部，从欧盟法到欧洲各国国内法是一元论；但是在国际法问题上，可以认为欧盟采用了二元论的思路
    - 欧盟法本身在国际法的适用问题上没有明确表述
    - 在国际法的适用问题上，欧洲法院担任守门员的作用，来具体决定
    - 对于欧盟是成员的条约，欧洲法院没有自动适用条约条款。

## 四、中国的实践

### 1. 法律中的相关内容

* 《宪法》
  + a.没有规定国际法在中国国内法体系中的地位
  + b.第六十七条第十五款：全国人民代表大会常务委员会“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”。
  + 没有必要在宪法中加入“中国遵守国际法”，因为宪法是对内的宪政构造
* 
* 
* 
* 总结：
  + 谁缔结？
  + 谁批准？
  + 有没有直接适用的条约/协定？
    - 以政府部门名义签订，可直接适用
  + 哪些条约和协定需要谁批准？
  + 直接适用的协定是否需要经过国内特别规定的处理
* 《中华人民共和国立法法》第九十二条
  + 同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。
  + 《立法法》这一规定对人大常委会批准的条约来说，直接适用。

### 2. 条约如何成为中国法律的方式

* 2.1 纳入
  + 原《民法通则》第142条：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”
  + 《民事诉讼法》第267条：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”
  + 《海商法》第268条：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。”
  + 《民用航空法》第184条：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”
* 2. 2 转化
  + 例1: 1979《消除对妇女一切形式歧视公约》
    - 中国于1980年批准该公约；公约于1981年生效
    - 《公约》仅呼吁或承诺采取一切措施消除歧视，将具体实施措施留给缔约国自行规定
    - 中国需通过立法履行条约下的义务
    - 1992年全国人大通过《妇女权益保障法》，该法不要求直接适用公约，而是通过转化的方法落实了公约义务。
  + 例2: 1972《关于禁止研制、生产和储存细菌和生化武器及其销毁公约》
    - 公约第一条，明确了禁止性义务：
    - 第一条：1. 本公约每一缔约国承诺在任何情况下决不：
    - （a）发展、生产、以其他方式获取、储存或保有化学武器，或者直接或间接向任何一方转让化学武器；
    - （b）使用化学武器；
    - （c）为使用化学武器进行任何军事准备；
    - （d）以任何方式协助、鼓励或诱使任何一方从事本公约禁止一缔约国从事的任何活动。
    - 2.每一缔约国承诺按照本公约的规定销毁其所拥有或占有的或位于其管辖或控制下的任何地方的化学武器。
    - 3.每一缔约国承诺按照本公约的规定销毁其遗留在另一缔约国领土上的所有化学武器。
    - 4.每一缔约国承诺按照本公约的规定销毁其所拥有或占有的或位于其管辖或控制下的任何地方的任何化学武器生产设施。
    - 5.每一缔约国承诺不把控暴剂用作战争手段。
    - 中国于1984年加入该公约
    - 中国2001年《刑法》第三修正案：针对《刑法》第125条，宣布生产、销售、购买、运输、储存、递送、盗窃和抢劫此类物质应该判处3-10年有期徒刑，如果情节严重，可能判处10年以上有期徒刑直至无期徒刑，甚至死刑。
  + 例3:
    - 最高人民法院1998年发布《关于执行<中华人民共和国刑事诉讼法>若干问题的司法解释》，第7条宣布，中国对国际条约所规定的罪行在所承担的条约义务范围内行事刑事管辖权。
    - 全国人大常委会1987年，关于对国际条约规定的罪行行使刑事管辖权的决定：
    - 中国政府有权“在中国缔结或加入的国际条约的义务范围内行使刑事管辖权”，决定后附加了一系列条约规定的列表，这些规定都要求缔约国在其领土内行事刑事管辖权。
    - 带来的问题：国内法没有规定的国际罪行，在履行惩罚罪行的条约义务时，需要修改现有国内法条文，通过转化的方式适用条约。具体如何操作存在争议。

### 3. 条约成为法律一部分以后的适用方式

* 3.1 政府部门以行政方式适用条约条款的内容
  + 1992《联合国关于气候变化框架公约》
    - 中国1993年1月5日批准，1994年3月21起对中国生效
  + 1997《京都议定书》
    - 中国2002年8月30日批准，2005年2月16日对中国生效
  + 1990年，国务院建立了全球气候变化协调小组，负责政策制定和协调
  + 1998年，该工作组改组，由国家发改委领导，联合了13个部位的相关人员。工作组是中国环境政策的焦点，负责总管中国对相关条约的遵守
* 3.2 法院直接适用
  + a.法院适用的依据
    - i.法律条文明确要求遵守国际条约或协定
    - ii.最高人民法院颁布司法解释要求下级法院遵守中国批准或加入的国家条约——依据：《中华人民共和国人民法院组织法》第十八条：“最高人民法院可以对属于审判工作中具体应用法律的问题进行解释。最高人民法院可以发布指导性案例。”
  + b. 实践
    - 在《关于国际贸易案件若干问题的司法解释》中，最高人民法院要求各级法院在法律或规章的规定有两种或多种合理解释时，采纳与中国缔结或加入的条约中相关解释相一致的解释，除非中国政府对条约解释做出保留。

### 4. 惯例以及习惯国际法

* 4.1 习惯国际法在中国适用的方式
  + 原则上，习惯国际法是各国反复适用的国际法规范，它在我国国内发生效力的方式同各国实践相一致，是不需要任何法律程序的。
* 4.2 惯例（usage），国际惯例（international usage）
  + a. 国内/国际法表述中的国际惯例：
    - 《海商法》：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例”。
    - 1980《联合国国际货物销售合同公约》第9条第1款：“The parties are bound by any usageto which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.”（“双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法，对双方当事人均有约束力。”）
  + b. 《海商法》和《联合国国际货物销售合同公约》均没有明确“惯例”所指。
  + c. 观点：贾兵兵——对惯例的理解取决于法律语境。
    - 涉及公法时：理解成习惯国际法
    - 涉及国际商业交往时：国际商业交往中为企业、公司所熟知的意义。

### 5. 国际法与中国法冲突的解决

* 5.1 习惯国际法与中国法冲突的解决
  + 我国在立法活动中一般都要考虑习惯国际法的相关规范。所以，应当把我国法律与习惯国际法做一致的解释。
* 5.2 国际条约与中国法冲突的解决
  + 1987年8月外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于处理涉外案件若干问题的规定》：“涉外案件应依照我国法律规定办理，以维护我国主权。同时亦应恪守我国参加和签订的多边和双边条约的有关规定。当国内法以及某些内部规定同我国所承担的义务发生冲突时，应适用国际条约的有关规定。根据一般的国际法原则，我国不应以国内法规定为由拒绝履行所承担的国际条约规定的义务。”
  + 条约优先于国内法的原则是我国处理条约与国内法冲突问题的一般原则。

## 五、英国的实践

### 1. 条约

* 未经转化纳入英国法的条约——非自执行原则（principle of no direct effect）
  + 缔结和批准条约的权力专属皇家；
  + 基于民主宪政原则，在国内法和国际法关系问题上，英国法确立了“二元主义”——没有经过国内转化的国际条约不得在法院实施。
    - 国际法只是条约义务，担负条约义务不意味着自动在国内执行。
  + 二元主义集中体现在Thomas v. Baptiste一案中：
    - “法官们认识到国际公约不改变国内法原则的宪法重要性，除非通过立法将其纳入国内法。制定条约……是行政政府的行为，而不是立法机构的行为。因此，条约条款不能改变国内法，也不能剥夺主体的现有法律权利，除非并直至由立法机关或在其授权下颁布为国内法。一旦颁布，法院将执行国内立法，而非条约条款。”
  + 因此，英国法中没有自执行和非自执行条约之分。所有的条约都非自执行。
* 经转化纳入英国法的条约
  + 以英国法的形式在国内法院实施。
  + 可被议会通过制定新的法规的形式推翻，因为和任何国内法都一样。
  + 三种类型的转化性立法：
    - 将条约并入议会法案，通常作为法案的附件颁布；
    - 以议会法案的形式授权政府部门履行未来同种类和性质的条约，不需要每次订立新约都通过立法来转化条约
    - 以议会法案的形式规定授权的框架，授权主体（比如国王）可以通过二级立法使某一类别的条约生效
      * 联合国成立后，英国在1946年通过了《联合国法案》，授权国王在枢密院（Privy Council）颁布法令，来执行联合国安理会决议中的措施。
      * 在这一框架下，英国大量执行了安理会在《联合国宪章》第七章下的决议。
      * 比如第七章第四十一条：“安全理事会得决定所应采武力以外之办法，以实施其决议，并得促请联合国会员国执行此项办法。此项办法得包括经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电、及其他交通工具、之局部或全部停止，以及外交关系之断绝。”
      * 第四十二条：“安全理事会如认第四十一条所规定之办法为不足或已经证明为不足时，得采取必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全。此项行动得包括联合国会员国之空海陆军示威、封锁、及其他军事举动。”
      * 议会的法案能够推翻这一类法令。当这类法令的执行影响英国公民的权利和义务，也需要提请议会批准。

### 2. 习惯国际法

* 在普通法传统中，一般认为习惯国际法可以直接纳入普通法国家的国内法。
* 在英国，习惯国际法一般被认为是英国国内法的一部分，除非习惯法与议会法案相抵触。
* 如何理解“习惯法是英国法的一部分”
  + 并非源自其它国家、法律传统的习惯法是英国普通法的一部分
  + 因为英国普通法是‘law of the land’（是Westminster的法庭实施的法律，与管辖海商纠纷、对外贸易等的civil law不同），因此其它国家的习惯不可能是英国法的一部分。
  + 因此，英国认为正确的理解是：并非习惯法构成英国法的一部分，而是习惯法是法庭在适用法律时可以实施的英国法的一个渊源（not a part of it, but a source of it）。
* 习惯法在效力上与国内法案相同，也就是说，议会通过的新法案与习惯法相冲突的情况下，新通过的法案优先于习惯法。

### 3. 不可诉与司法克制

* 什么是不可诉（non-justiciability）：
  + 王室特权（prerogative），司法管辖豁免；
  + 未经转化纳入英国法的国际法不能作为在国内法庭起诉和国内法庭判决的依据。
* 不可诉的限缩：
  + 法庭将未经转化的国际法纳入考量——国内法庭的国际司法实践
    - 比如，Occidental Exploration, Court of Appeal: 权利人可以依据英国和厄瓜多尔的双边投资协定的仲裁裁决，在英国国内法体系中提起法律诉求。尽管双边投资协定不是英国法，并不妨碍权利人据此在国内法庭中提起诉求。
  + 王室特权受到限缩（见：Masterman, The Separation of Powers in the Contemporary Constitution (2011) 89-114）
    - 比如，Shergill v. Khaira，Supreme Court: “当法院拒绝……审查王国政府在外交事务中行使特权时，法院通常会拒绝，理由是无论是公法还是私法都不涉及公民的法律权利……但是，如果可诉的合法期望或公约权利取决于这些事项，法院确实会对这些事项进行裁决。如果主张的私法责任取决于此类事项，则同样适用。”
* 司法克制（judicial restraint）
  + 什么是司法克制：
  + 法庭不对他国之间的国际法律冲突作出裁决。
  + Lord Wilberforce in Buttes Gas case:“关键问题是……英国法律中是否存在一项更普遍的原则，即法院不对外国主权国家的交易作出裁决……我认为，存在这样一项普遍原则，而且长期以来一直如此……这不是一项自由裁量权，而是司法程序的性质本身所固有的……我认为，原则已明确规定，英国法院不对凭借主权权力在国外作出的行为作出裁决。”
  + 司法克制不是绝对的，法庭可以依据具体情况做出判断。但是一旦做出判断后，就不可更改，即便当事国坚持主张国内法庭管辖，法庭也不能管辖和裁决。
  + 司法克制和**主权豁免**的区别：司法克制指一个法庭不能就外国在外国国土（或和另外他国之间）上的行为进行司法裁决，而非外国在本国的行为进行裁决。
* 司法克制的例外：
  + 当视外国政府行为为合法直接与英国公共政策违背时，英国国内法庭可以裁决外国政府行为。
  + Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co，关于伊拉克入侵科威特后，伊拉克侵占科威特飞机的行为，Steyn 勋爵：国际法承认，国内法院可以适当拒绝实施外国违反国际法的立法和其他行为。
  + 外国政府的国内法律行为和国际法律行为，都可能在违反英国公共政策时，受到英国国内法庭的司法裁决。

## 六、美国的实践

### 1. 条约

* 1.1 美国宪法中关于国际条约的表述
  + Article VI SS2 of the Constitution：
  + 在美国授权下订立或将要订立的所有条约均为美国的最高法律，各州的法官均受其约束，尽管任何州的宪法或法律中有任何与此相反的规定。
  + The Supremacy Clause：国际条约实际上与联邦立法（federal legislation）在效力上等同，在效力上高于各州的立法。
  + United States v Belmont一案中，Justice Sutherland明确说明：“很明显，美国对外权力的行使不考虑各州的法律或政策……虽然《宪法》[第六条]的明文规定了条约方面的这一规则，但在所有国际契约和协定方面也将产生同样的规则，因为国际事务的全部权力属于国家政府，不受也不能受各州的任何限制或干涉……在所有国际谈判和契约方面，以及在我们的一般对外关系方面，州界消失了。”
  + 条约“生效”的程序
    - 总统propose，senate批准（2/3多数）或拒绝决议（resolution）或置之不理，条约批准在双方按照条约规定完成批准程序后完成，条约成为美国法的渊源
    - 总统propose条约的权力和House of Representatives的立法权是平行的，因此缔结的条约和联邦立法可能冲突
* 1.2 自执行条约/条款
  + 尽管美国宪法明确了“直接适用”，但是哪些条约/条款以何种方式适用，也需要作以区分。可以说，美国也是一定意义上的二元论国家。
  + 区分的结果：自执行条约/条款 + 非自执行条约/条款
  + 自执行条款：在美国实践中，有一些条约/条款是自执行的，即无需立法、行政措施等来加以执行。
    - 1892年，最高法院首席法官马歇尔在“福斯特和埃兰诉尼尔森”案中：“我们的宪法宣布条约是这片土地的法律，因此，当条约不需要立法性条款的帮助就能自动执行时，在法院里条约应被视为等同于立法机关的法案。但当条约引入了一个合同，当缔约任何一方答应从事一个特定行为时，条约针对的是政府部门，而非司法部门，而这时就需要立法机关执行这一合同，使它成为法院可以遵守的规则。”（Foster and Elam v. Neilson, 27 US(2 Pet) 253 at 314.）
  + 如何确定条约/条款是否是自执行的：
    - 依据政府意图来判断
      * 比如需要美国出资的条约，那肯定需要国会拨款，就一定不是自执行的
      * 比如条约规定，缔约国需要通过国内立法的形式将国际罪行纳入国内法律。
      * 比如条约所规范的问题属于house of representatives根据《宪法》享有排它性立法权的领域之中。
    - 条约是否创设私人权利，如果创设私人权利那就不是自执行的。
    - 条约语言：如果是不确定的，宽泛的，鼓动性的，则不是自执行条款
  + 对于非自执行条款，国会通过执行性立法后，法院会依据所立法案，而非待执行条约中，寻求可适用的规则。
  + 如果执行部门没有请求执行性立法，house of representatives也没有制定这样的立法，那么可以假定条约/条款是自执行的。
* Sosa v. Alvarez-Machain et al., 159 L. Ed. 2d718(2004); 127 ILR 769.
  + 1992年，美国最高法院判决，将案件发回道地区法院重新审理，之后Alvarez因证据不足被宣告无罪；
  + 1993年，Alvarez返回墨西哥后，向美国法院提起民事诉讼，依《联邦侵权索赔法案》要求美国政府就其被错误逮捕的事实对他予以赔偿，兵依照《外国人侵权法》状告绑架他的sosa等人犯下了任意逮捕和拘禁两项违反国际法的行为；
  + 2004年7月29日，美国最高法院判决表示，美国签署并批准的《世界人权宣言》并未规定国际法上的义务；而美国参议院在1996年批准《公民与政治权利公约》时，就明确说明，该条约不能在美国境内自执行，因此它不能创设在美国联邦法院得到强制执行的义务

### 2. 习惯国际法

* 美国对待习惯国际法是典型的一元论。这在哈瓦那号案中得到了体现和明确：
  + Paquete Habana, 175 US 677, 700(1900)：国际法是我国法律的一部分，必须由具有适当司法管辖权的法院来确定和执行，只要取决于国际法的权利问题被正式提交给法院裁决。为此目的，如果没有条约，也没有控制性的行政立法行为或司法判决，则必须诉诸文明国家的习惯和惯例。
* 这意味着：
  + o 法院可以依据习惯法解决纠纷
  + o 习惯法是美国的联邦法，在效力上高于州法
  + o 习惯法一般不赋予个人或公司特定的权利义务
  + o 习惯法是美国法一部分，导致了关于习惯法与美国民主宪政原则相抵触的观点。

### 3. 政府机构协定

* 政府机构，比如EPA与外国政府机构签订的协定、承认外国新政府、建立外交关系、解决美国公民与外国政府间的求偿请求、与外国政府订立军事协定
  + 协定数量和范围巨大，未明确划分权限；
  + 协定与联邦法案和条约处于统一效力等级，但可以被联邦法案和条约取代；
  + 协定无需参议院通过；
  + 一般而言，协定签订后，政府机构会通过国内规制的形式，将协定转化成国内法规

### 4. 国际法在美国司法实践中的适用：Alien Tort Statute (ATS)

* ATS源自Judiciary Act of 1789，在1980年代被重新发现
* 根据ATS：
  + （1）当原告是alien
  + （2）被告所涉纠纷为侵权行为（tort）
  + （3）这一侵权行为违反了国际法，尤其包括习惯国际法时
* 联邦法院拥有管辖权

### 5. 不可诉与政府行为

* 5.1 不可诉性
  + 关于在何种情况下不可诉的表述：
  + Baker v. Carr, 369 US 186, 217(1962)：任何被认为涉及政治问题的案件表面上都有一个显著特点，即从文本上可以看出，宪法将该问题交由一个协调的政治部门处理；或者缺乏司法上可发现和可管理的标准来解决该问题；或者不可能在没有初步政策决定的情况下做出裁决，而这种政策决定显然是非司法酌处权的；或者法院不可能在不表示对政府各协调部门缺乏应有尊重的情况下进行独立解决；或者不寻常地需要不容置疑地坚持已经做出的政治决定；或者不同部门就一个问题做出多种表态可能造成尴尬。
  + “不可诉”的实践——相对限缩：
  + Kadic v. Karadzic, 70 F3d 232, 249 (2d Cir, 1995)：虽然我们也认识到在这种性质的案件中采取司法行动可能会产生不利影响，但我们不接受关于司法行动不适当的相当绝对的观点……并非每一个“触及外交关系”的案件都是不可审理的……法官不应条件反射地援引这些理论来避免在人权方面作出困难和有些敏感的决定。我们认为更可取的做法是逐案仔细权衡相关因素。这将允许司法机构根据国会的明确立法授权采取适当行动……而不损害政治部门在外交事务中的首要地位。
* 5.2 政府行为/司法克制
  + “政府行为”(doctrine of act of state)的源起：
    - Underhill v. Hernandez, 168 US 250 (1897)：每个主权国家都有义务尊重其他主权国家的独立，一国法院不得对另一国政府在其领土内的行为进行审判。因此类行为而产生的冤情，必须通过主权国家之间可利用的途径来解决。
    - 严格且明确的规定
  + 政府行为——演变：逐渐灵活化
    - Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 US 398 (1964)认为主权‘bears on the wisdom of employing [it]’，从美国对外政策角度考虑“政府行为”；
      * 推翻了Underhill v. Hernandez判决中绝对国家主权的概念。
    - WS Kirkpatrick & Co Inc v. Environmental Tectonics Corp International, 493 US 400 (1990)
    - 案情梗概：两个美国供应商在尼日利亚空军基地建设项目中竞标，其中中标的一个供应商通过贿赂的方式获得了成功。另一个供应商将中标的供应商告至美国法庭，认为违反了反敲诈贿赂的法律。中标的供应商认为尼日利亚的做法是政府行为，因此美国法院应当司法克制。
    - 法院判决认为：
    - “政府行为”仅在美国法院需要依据所涉国家法律裁定一个政府的行为时才适用，换句话说，本案中美国法院依据美国法裁定外国政府行为时，不可适用；
    - “政府行为”仅适用于政府官员或是公共行为（acts jure imperii），对政府在private capacity下的合同等行为不适用（acts jure gestionis）
* 政府行为doctrine的常见例外：
  + 例外一：美国法院分析判断条约或其他‘unambiguous instrument regarding controlling legal principles’ (Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 US 398, 1964);
  + 例外二：政府部门可以介入，为法庭是否适用这一doctrine提供指引(Bernstein exception, Berstein v. NV Nederlandsche-Amerikansche Stoomvart-Maatschappij, 210 F2d 375 (2d Cir, 1954).) 但是这一例外有争议，因为涉及宪政原则；
  + 例外三：当政府行为是**商事行为**而非公务行为时；
  + 例外四：根据Federal Arbitration Act: ‘enforcement of arbitration agreements…shall not be refused on the basis of the Act of State doctrine’;（执行仲裁协议……不得以国家法案原则为由拒绝）
  + 例外五：根据Senator Hickenlooper对Sabbatino一案提出并确立的提案(Second Hickenlooper Amendment): 国家行为原则不适用于有关**违反国际法的征用**指控的申诉
    - 在后续发展中有所限缩——仅当所涉被expropriated的财产在美国时适用；甚至仅对严格意义上的财产权适用，不对合同权利适用。
  + 例外六：根据Torture Victims Protection Act，允许对以外国政府公务身份对个人实施了酷刑或域外谋杀的人提起诉讼。

# 第七讲 国家责任法

* liability指金钱上的责任，并非非法行为造成对方损害；responsibility是非法行为的责任；accountability指广义上的负责，法律上、政治上、道德上。
* 本章讲responsibility

## 一、国家责任法：确立与形成

* 从习惯国际法到编纂
* 国际法委员会：5位特别报告员，40多年的工作
* 突出贡献：James Crawford
* Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)
* 在大会决议中通过，建议各国政府使用。
* ARSIWA
  + 不是条约，建议性文本（Crawford有意为之，希望它以习惯法的形式融入国际法，而非条约的形式，因为国家订立条约时的磋商会破坏它的完整性）
  + 着重依赖“一级规则”（primary rules）和“次级规则”（secondary rules）的区分。
    - 次级规则是关于一级规则如何解释和如何执行的规则
  + 条款草案只涉及国家责任的运作，而不涉及责任的内容（二级规则），回答的是当一级规则被违反时会发生什么
  + 条款草案中的规则是一般性规则，因此国家之间还可以建立特殊规则
* 两个基本原则：
  + 原则一：存在国际不法行为（internationally wrongful act），即违反国际义务
    - 意味着国家责任不是由严格责任制度引发的。
    - 国家责任：必须是不法的行为
    - 也有例外，但这只存在于之前提到的特殊法下的责任制度
      * 根据《Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects》，国家有责任对送上轨道的卫星造成的损害负责。
  + 原则二：不法行为必须归因于国家。
    - 需要规则来确立实际行为人通过国家这一法律虚构的什么行为，可以由国家来承担责任。
    - 国家对其机关的越权行为（即超出其正当权限、越权或违反指示的行为）承担责任，一般不对私人团体的行为负责

## 二、国家责任法（一）：归因

### 1. 一般规则：第4、5、6、7条

Article 4. Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

第4条 国家机关的行为

1. 任何国家机关的行为都被视为该国家的行为：这里的“国家机关”指的是那些在国家层面上行使权力的机构。不论这些机构是负责立法、执行、司法或其他任何职能，它们的行为都代表着国家。这个定义不局限于中央政府的机关，也包括地方政府的机构。这意味着，无论这些机构在国家体制中的位置或性质如何，它们的行为都代表着国家，并因此在国际法下承担责任。

2. “机关”包括根据国家内部法律被认定为该地位的任何人或实体：这部分扩展了“国家机关”的定义，不仅仅包括传统意义上的政府部门，还包括任何根据国家内部法律被视为国家机关的个人或实体。这意味着，如果某个组织或个人根据国家的法律被正式认定为执行政府职能的一部分，那么他们的行为也被视为国家行为。

Article 5. Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

第5条 行使政府权力的个人或实体的行为

即使某人或实体不是国家机关（根据第4条），但如果他们被该国法律授权行使政府权力，那么只要他们在特定情况下以这种身份行事，他们的行为也被视为国家在国际法上的行为。

Article 6. Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State

The conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed.

第6条 由另一国家提供给一国的机关的行为

如果一个机关被另一个国家提供给某国使用，并且该机关在行使该国政府权力的方面行事，那么该机关的行为被视为前述国家在国际法上的行为。

Article 7. Excess of authority or contravention of instructions

The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

第7条 超越权限或违反指示的行为

即使国家机关或被授权行使政府权力的个人或实体超越了它们的权限或违反了指示，只要他们是以该身份行事，他们的行为仍被视为国家在国际法上的行为。

国家不能仅仅通过声明某个机关或个人的行为超出了他们的权限或违反了指示，就可以免除自己的国际法责任。

### 2. 特殊规则：第8、9、10、11条

Article 8. Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

如果一个人或一群人在实施行为时实际上是按照一国的指示或在该国的指挥或控制下行事，则该人或一群人的行为应被视为国际法所指的该国的行为。

‘DIRECT’与‘CONTROL’的含义：

* Nicaragua v. United States: ‘This entails that for the purposes of attribution of state responsibility it was not enough to determine that the US had trained and financed the contras or even generally coordinated their action. The state had issued specific instructions concerning each unlawful action to be considered responsible for them.’
* 尼加拉瓜诉美国案：这意味着，就国家责任的归属而言，仅确定美国训练和资助反政府武装或甚至总体协调其行动是不够的。国家必须就每项非法行动发出具体指示，才能被视为对这些行动负责。（effective control）
* Tadic case of 1999：overall control
* Genocide case, Bosnia v. Serbia, 2007：effective control

Article 9. Conduct carried out in the absence or default of the official authorities

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstanc- es such as to call for the exercise of those elements of authority.

在政府机构无法行使职权时，由其他人或团体实际行使这些职权的行为，也能在国际法上被视为国家行为。

Article 10. Conduct of an insurrectional or other movement

1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new Government of a State shall be considered an act of that State under international law.

2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law.

1. 如果一个叛乱运动成为一个国家的新政府，那么这个运动的行为将被视为是该国在国际法下的行为。

2. 如果一个运动，无论是叛乱性质的还是其他形式的，成功地在一个现存国家的部分领土或其管理下的领土上建立了一个新国家，那么这个运动的行为将被视为是新国家在国际法下的行为。

Article 11. Conduct acknowledged and adopted by a State as its own

Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.

如果一个国家明确表示某个原本不被认为是国家行为的行为（比如私人或独立组织的行动）是其自己的行为，或者以某种方式表明支持这一行为，那么这个行为就可以被视为该国的行为。意味着，一个国家通过其行为或声明可以将原本不属于自己的行为“纳入麾下”，从而在国际法上对这些行为负责。

例如，如果一个非政府组织在没有国家指令或授权的情况下采取了某种行动，但随后该国家政府明确表示支持这一行动，那么这个行动就被视为该国家的行为。

*Tehran Hostage case*

美国大使馆人员被伊朗学生和民兵作为人质扣押，伊朗政府认可了学生的行为。

## 三、国家责任法（二）：不法行为的排除

* 核心问题：在什么条件下，国家的非法行为是合理的？
  + 本质上是违反国家所承担的国际义务
  + 需要满足某些条件
  + 非法的行为变得合法

Article 20. Consent

Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent.

有效同意、针对特定行为、保持在同意的范围内

如果是强行法下的义务，那么不能通过同意来排除，例如A国同意B国军队进入自己国家进行种族屠杀。

Article 21. Self-defence

The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations.

符合联合国宪章的自卫

Article 22. Countermeasures in respect of an internationally wrongful act

The wrongfulness of an act of a State not in con- formity with an international obligation towards an- other State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of Part Three.

如果一个国家的行为违反了对另一个国家的国际义务，但这个行为是作为对后者的对抗措施并符合第三部分第二章的规定，那么这个行为的不合法性可以被排除。

反措施

• 中止义务履行

• 从reprisals到countermeasure

• 反措施的条件：行为相称性

• Naulilaa（德国诉葡萄牙，1928 年）

• Air Services Agreement case（法国诉美国1978）（仲裁裁决）

ARSIWA 第49-54条进一步规定了反措施

1. Taken in response to an internationally wrongful act

2. The state must a) first call the other state to fulfil its obligation; and b) notify when it starts countermeasures

3. The countermeasure must be proportionate

4. The countermeasure must be reversable

5. The countermeasure must be ceased if the other party starts acting lawfully or the case is brought to court

1.针对国际不法行为采取 2.一国必须 a) 首先要求另一国履行义务；b) 在开始采取反措施时发出通知 3.反措施必须相称 4.反措施必须是可逆转的 5. 如果另一方开始合法行动或案件提交法院审理，必须停止反措施。

第50条

* 列出了不受反措施影响的国际义务：禁止使用武力、人权或人道主义义务、国际法强制性规范
* 反措施不能导致违反这些义务
* 为遵守这些义务而采取的行动不会引起不法行为，因此也不会引起反措施
* 例如，在另一方请求时，拒绝遵守实施互助双边条约，因为该请求旨在利用该援助来实施危害人类罪

Article 23. Force majeure

1. The wrongfulness of an act of a State not in con- formity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to force majeure, that is the occurrence of an irresistible force or of an unfore- seen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) the situation of force majeure is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or

(b) the State has assumed the risk of that situation occurring.

不可抗力

不适用的情况：

(a) 国家行为导致的不可抗力：如果不可抗力情况是由于国家本身的行为，无论是单独还是与其他因素结合造成的，那么这个不可抗力的规定就不适用。

(b) 国家承担的风险：如果国家已经预见并承担了这种情况发生的风险，那么不可抗力的规定同样不适用。

Article 24. Distress

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of

distress, of saving the author’s life or the lives of other persons entrusted to the author’s care.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) the situation of distress is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or

(b) the act in question is likely to create a comparable or greater peril.

**1. 困境下行为的合法性：**

如果一个国家的行为不符合其国际义务，但是在紧急危难的情况下，为了救助实施该行为者或其负责照顾的其他人的生命，且没有其他合理的方法时，这种行为不被视为非法。

这意味着在极端紧急情况下，如果国家**为了拯救生命而采取的行动**与其国际义务相冲突，这种冲突可能会被忽略，前提是没有其他合理的选择。

**2. 不适用的情况：**

(a) 国家行为导致的危难情况：如果这种危难情况是由国家本身的行为造成的，无论是单独还是与其他因素结合，那么这个规定就不适用。

(b) 可能造成类似或更大危险的行为：如果这种行为可能导致类似或更大的危险，那么第1款的规定也不适用。

Article 25. Necessity危急情况

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or

(b) the State has contributed to the situation of necessity.

**必要性的条件：**

(a) 唯一方法：国家援引必要性作为理由，表明该行为是**保护其面临严重和迫在眉睫的危险的基本利益的唯一方**法。

(b) 不严重损害其他国家或国际社会的基本利益：这种行为不能严重损害对该国家有国际义务的其他国家或国际社会整体的基本利益。

**不能援引必要性的情况：**

(a) 国际义务排除必要性：如果涉及的国际义务明确排除了援引必要性的可能性，那么国家就不能以此为由来豁免其行为的非法性。

(b) 国家对必要性情况的贡献：如果国家自身的行为导致了必要性的情况，那么它也不能以必要性为由来豁免其行为的非法性。

不法行为的排除：同意、自卫、反措施、不可抗力、困境（distress）、危急情况（necessity）

Danube Dam Case (Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project, Hungary v Slovakia)

SS Torrey Canyon

## 四、违反国家责任的后果

* 如果确定国家责任，责任国必须
  + 1) 停止不法行为
  + 2) 保证不再重犯
* FULL REPARATION
  + Restitution（恢复原状）
  + Compensation（补偿损失）
  + Satisfaction（满足）（承认不法行为，表示遗憾、道歉）

## 五、对谁的责任

* 一般情况——双边义务是国家责任法所设想的默认情况。
* 特殊情况：《国家责任条款》第48条
  + 第 48 条 非受害国援引责任
  + 1. 受害国以外的任何国家有权在下列情况下按照第2款援引另一国的责任
  + (a) 被违背的义务是对包括该国在内的国家集团承担的义务，而且是为保护该集团的集体利益而确立的义务；或 (b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务。
  + 2. 有权根据第1款援引责任的任何国家可向责任国要求
  + (a) 按照第 30 条的规定停止国际不法行为，并提供不重犯的承诺和保证； (b) 按照前几条的规定履行赔偿义务，以维护受害国或被违背的义务的受益 人的利益。
  + 3. 受害国根据第 3 条和第 5 条援引责任的要求适用于有权根据第 1 款援引责任的国家。
* 第48条
  + 当“集体利益”或“国际社会的共同利益”受到威胁时”，在法律文件中引入共同利益这一公法要素
  + 与VCLT 中的jus cogens（强制法）一样，是在基于国家同意的横向国际法的基础上，加入“纵向”。
  + (a) 被违反的义务是对包括该国在内的一组国家承担的，并且是为了保护国家集团的集体利益
    - erga omnes partes obligations
  + (b) 被违反的义务是对整个国际社会所承担的。
    - erga omnes owned to the international community as a whole
* Erga omnes （Barcelona Traction Co.Case）
  + 应将一国对整个国际社会的义务与在外交保护领域对另一国产生的义务作出基本区分。就其性质而言，前者是所有国家的关切。鉴于所涉权利的重要性，可以认为所有国家在保护这些权利方面都有法律利益：它们是普遍义务。例如，在当代国际法中，这种义务来自于对侵略行为和种族灭绝行为的取缔，也来自于有关人的基本权利的原则和规则，包括保护免受奴役和种族歧视。
* 违反普遍义务的后果
  + 停止、保证不重犯和赔偿。
  + 2004 年的Wall Advisory Opinion中，国际法院也阐明了违反普遍适用义务对其他国家的后果：
  + (para. 159): 所有国家都有义务不承认非法状况；有义务不向不法行为国提供援助/协助，并确保不法行为国遵守规定。

## 六、国际组织的责任

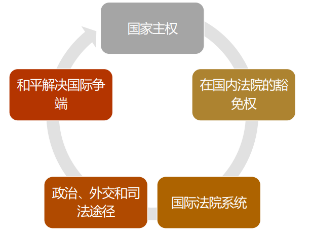
* 1980 年国际锡业协会 (International Tin Council, ITC)
  + 诉至英国法院
* 国际法委员会开始与乔治·加亚（Giorgio Gaja）担任报告员一起研究这个问题
  + 2011 年通过《国际组织责任条款草案》。
* 问题一：国际组织与国家不同
* 问题二：国际组织很少参加条约
* Behrami and Saramati case（European Court of Human Rights 2007）
  + 联合国维和部队在科索沃侵犯人权

## 七、个人的责任

* 历史上：国际人道法和武装冲突法
* 国际刑法
* 国际法中的个人责任仍然仅限于国际人道主义法和国际刑法

# 第八讲 国际法庭与仲裁庭

## 一、和平解决国际争端



UN Charter Art.2 (3)

所有成员应以不危及国际和平与安全及正义的方式和平解决其国际争端。

（国家没有义务通过法律途径解决国家争端）

* 和平解决国际争端与禁止使用武力
* 《联合国宪章》第 2 条第 4 款：禁止使用武力
  + 所有会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。
* 《联合国宪章》第 33 条第1款：争端解决的方法
  + 第33条 1. 任何争端之继续存在可能危及国际和平与安全之维持时，争端各方应首先通过谈判、调查、调停、和解（斡旋）、公断（仲裁）、司法解决、诉诸区域机构或安排或自行选择的其他和平手段寻求解决。
  + （negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice）
  + 2. 安全理事会认为必要时，应要求各方以上述手段解决争端。

## 二、仲裁

* 1794 Jay Treaty
  + 设立三个委员会，解决两国之间的问题。
  + 双方共同提名专家组，接受裁决为最终裁决并具约束力
* 阿拉巴马州索赔
  + 美国政府于 1869 年向英国寻求的一系列损害赔偿，原因是内战期间在英国造船厂建造的南方邦联海军突击队袭击了联邦商船。
  + 1872年国际仲裁维持了美国的立场后，英国向美国支付了1550万美元，结束了争端，并签署了一项恢复英美友好关系的条约。
* Permanent Court of Arbitration
  + 构成
  + 常设机构——永久性制度
  + 1928年帕尔马斯岛仲裁案
  + 1907年，第二次海牙和平会
  + 1993 “仲裁只有一个国家的两方争端的任择规则”
  + 2001 “仲裁与自然资源和/或环境有关的争端的任择规则”
* 仲裁
  + 一般情况：当事人对仲裁过程有相当大的控制权
    - 同意对争议进行仲裁
    - 就适用法律达成一致
    - 仲裁庭组成
  + 通常用于临时解决特定争议
  + 可能以更稳定的形式设定仲裁委员会

## 三、国际法庭

* 常设国际法院
* 1907年 中美洲法院
* 从常设国际法院到国际法院
  + 处理的案件类型相同
  + 管辖权基础相同。
  + 最早的，解决全球任何地方的国家间争端的法院
  + 与其他法院的核心区别：
    - 国际法院：具有一般管辖权（general jurisdiction）的法院，可以处理任何类型的国际法律索赔。
    - 其他法院：受到属事管辖权限制

## 四、国际法院：法官

* 联合国的司法机关；联合国会员国自动成为法院规约缔约方
* 15名法官；任期9年，可连选连任，每三年选举一次
* 联合国安理会和大会同时选举产生
* 五常一直都有一名法官（2017年Christopher Greenwood未能连任）
* 对法官的要求：
  + 第2条 法院由独立法官组成，法官不分国籍，从品格高尚的人士中选出，这些人士应具备在其本国担任最高司法职位所需的资格，或为公认的国际法法学家。
* 法官与法律：法院作为一个整体，通过法官应该汇集和反映世界主要法律体系的传统，努力确保法官具有各种法律传统的专业知识（普通法和大陆法专家）。
* 法官意见：
  + separate opinion：法官同意案件的结果但不同意多数人的推理
  + dissenting opinion：不同意案件结果，表达他们对法院多数裁决结果的法律分歧

## 五、国际法院：管辖权

* 国际法院只能审理国家之间的争端
  + 第三十四条 1. 只有国家可以成为法院审理案件的当事方。2. 法院在遵守和符合其《规则》的情况下,可以要求国际公共组织提供与其审理的案件有关的资料,并应接受这些组织主动提供的资料。如果法院审理的案件中对国际公共组织的组成文书或据此通过的国际公约的解释有疑问，书记官长应将此情况通知有关国际公共组织，并应向该组织发送所有书面诉讼的副本。
* 国际法院之于国际组织：咨询意见 + 宪章性文件
  + 国际法中没有强制管辖权（compulsory jurisdiction），管辖权总是追溯到某种形式的同意。
  + 国际法院的管辖权：
    - 仅仅作为《国际法院规约》的缔约方是不够的。
    - 管辖权需要一些更具体的同意。
* 如何同意国际法院管辖呢？
  + 依据：《国际法院规约》第 36 条和第37 条和forum prorogatum
  + 法律问题：
    - 1. ‘all cases which the parties refer to it’
    - 2. ‘all matters specially provided for in the Charter’
    - 3. ‘all matters specially provided for … in treaties and conventions in force’
    - 4. 任择条款
    - 5. 管辖权转移（art.37）
    - 6. Forum prorogatum 应诉管辖

### 1. ‘all cases which the parties refer to it’

* 简单直接：存在特殊协议（special agreement, aka compromis）的情况。
* 双方同意将争议提交国际法院，从而对法院管辖具体争议给予临时同意。
* 常见争议点：是否存在compromis？
* 例1：爱琴海大陆架案（希腊诉土耳其）（1978年）
* 例2：在卡塔尔诉巴林案（1994）

### 2. ‘all matters specially provided for in the Charter’

* 联合国宪章里并没有这样的条款

### 3. ‘all matters specially provided for … in treaties and conventions in force’

* 条约包含管辖权条款，规定国际法院对有关条约的解释和适用引起的争议拥有管辖权
  + 例：《种族灭绝公约》第九条：
  + “Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention … shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute”
* “对有关条约的解释和适用引起的争议”
  + 很多国家会说，争议并非关于条约解释和适用引起的争议，但法院不会认可
* 管辖权条款经常被插入到任择议定书中
* ‘in force’
  + 从未生效、已合法终止或被认定无效的管辖条款的条约不触发管辖权。
  + 法院不接受国家出于逃避管辖权的明确目的而寻求单方面终止条约的情况。
* 特殊情况
  + 条约的管辖权条款是将特定案件提交国际法院的唯一途径
    - 国家会寻求扩大条约的适用范围，以期将对方告上法庭。为了提起诉讼，可以说一国被迫使其主张符合条约。
  + 例：2008年俄罗斯入侵格鲁吉亚。（适用种族歧视公约）
  + 例：2019年，乌克兰根据同一公约就吞并克里米亚向俄罗斯提起诉讼时（灭种公约）

### 4. 任择条款

2. 本规约缔约国可随时声明，对于接受同样义务的任何其他国家，承认本法院在下列一切法律争端中的管辖权具有当然的强制性，无须特别协议：条约的解释；国际法的任何问题；任何事实的存在，如经确定即构成对国际义务的违反；对违反国际义务行为应作赔偿的性质或范围。

3. 上述声明可无条件作出，或以若干或某些国家的对等为条件，或在一定时间内作出。

* 36条第2、3段：国家声明，表示他们接受国际法院的管辖。
* 条款历史
* 实践：
  + 任择条款使用中，国家出具声明（可附带各种条件）
  + 在reciprocity（互惠/对等）基础上实施（意味着声明附带的条件也是互惠的）
* 任择条款实践
  + 例1：如果A国自2000年1月1日起接受法院管辖，B国自2008年1月1日起接受法院管辖。2000年至2008年间A国和B国之间发生的纠纷是否属于国际法院的管辖范围？
  + 例2：美国曾有一项声明（现已失效），在法院管辖权问题上，排除涉及其他美洲国家参加的多边条约的争端，除非所有条约缔约方都是争端方。
  + 例3：英国通过声明，将与英联邦国家的所有潜在争端排除在法院管辖之外。
* 任择条款的自动保留
  + 由国家决定，排除法院对一些特定事项（比如国家安全）的管辖权。
  + 1957年，挪威贷款案
  + Hersch Lauterpacht
* 任择条款：修改或撤回声明
  + modification should be performed in good faith to have effect

### 5. 管辖权转移

第37条 凡现行条约或公约规定将某一事项提交由国际联盟设立的法庭或常设国际法院时，在本规约当事国之间，该事项应提交国际法院。

### 6. Forum prorogatum 应诉管辖

* 应诉管辖是管辖权中的“禁止反言”。
* 1949 年，科孚海峡案（英国诉阿尔巴尼亚）
* 1978年的法院审判规则——以邀请的形式对没有管辖权依据的国家启动诉讼程序
* Djibouti vs France

## 六、国际法院：可受理性

具有管辖权，但出于一些原因，不能行使管辖权，主要是主体适格的问题，近年常见的是国家代表国内的私主体提起诉讼（外交保护）。

裁判管辖权、实施管辖权、司法管辖权

* 起诉人国籍
  + Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala) (1955)（公民）
  + Barcelona Traction case（公司）
* 穷尽当地救济
  + Diallo case of 2012
  + 直接损害和间接损害？当一个国家可以直接提起诉讼，而不管国民有没有受到损害，那就不用穷尽当地救济。但如果没有国民受损就不能提起诉讼，那就需要穷尽当地救济。
* 可受理性问题的第三种可能：erga omnes
  + 当一个国家声称它是根据普遍义务而非标准双边义务提起诉讼
  + 代表可能不是国民的个人提起诉讼的一种方式
  + 在这种情况下，国家需要证明该义务具有“对一切的义务”的性质，否则法院将认为该案件不可受理

## 专题：外交保护问题

### 一、概念

根据国际法，一国对其不当行为或不作为造成的外国人伤害负有责任。外交保护是受害人国籍国为保护该人并为所造成的国际不法行为获得赔偿而采用的程序。 这种保护既适用于自然人，也适用于法人。

Draft articles on Diplomatic Protection 2006

Article 1 Definition and scope

For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.

为本条款草案的目的，外交保护包括一国通过外交行动或其他和平解决手段，援引另一国对其国际不法行为给前一国国民的自然人或法人造成的损害应负的责任，以期履行这种责任。

### 二、编纂

1956-1996-2006

与条款草案相关的国际法律规范：

* 《维也纳外交关系公约》第3(1)(b)条（1961年4月18日制定，1961年4月24日生效）
* 《维也纳领事关系公约》第5(9)条（1963年4月24日制定，1967年3月19日生效）
* 《维也纳领事关系公约》第36条
* 外国投资保护相关法律规范
  + Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ([opened for signature 18 March 1965, entered into force 14 October 1966] 575 UNTS 159)
  + 双边投资条约 (BIT)

### 三、外交保护作为一项主权权利

Barcelona Traction Case

在国际法规定的范围内，一国可通过其认为适当的任何手段在其认为适当的任何程度上行使外交保护，因为国家所主张的是其自身的权利。如果国家所代表的国民或法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法中没有任何补救办法。他们所能做的就是诉诸国内法（如果有办法的话），以促进其事业或获得补救……国家必须被视为决定是否给予保护、给予何种程度的保护以及何时停止保护的唯一法官。在这方面，国家保留酌处权，其行使可能取决于与具体案件无关的政治或其他性质的考虑。

第19条草案建议各国“应……适当考虑行使外交保护的可能性，特别是在发生重大损害时”。

### 四、行使外交保护的条件

#### 条件1：国际不法行为

* 原告国必须证明被告国违反了有关外国人待遇的国际法基本规则。
* 一般来说，当被告国的行为未达到对待外国人人身和财产所要求的国际最低标准时，原告国就可以提请外交保护。
* 国际人权条约（Ahmadou Sadio Diallo Case）
* 财产待遇与人身待遇

#### 条件2：国籍原则

* 1. 概念
  + 只有国家与个人之间的国籍纽带才赋予国家外交保护权
  + 每个国家都应根据自己的法律确定谁是其国民。
  + 概念区分：外交保护与人权保护
    - 在侵犯人权的事件中，如果是受害人的母国提起诉讼，则为外交保护
* 2. 国民
  + 国家只向与国家或其国民有某种联系的人授予国籍。
  + 《海牙公约》（1930年）第1条确认了这一点，限定了“每个国家根据自己的法律决定谁是其国民”的规定，但“其法律应得到其他国家的承认，并符合有关国籍的国际公约、国际惯例和公认的法律原则”。
  + 《消除对妇女一切形式歧视公约》第9条第1款规定，“缔约各国应保证，与外国人结婚或于婚姻存续期间丈夫改变国籍均不当然改变妻子的国籍，使她成为无国籍人，或把丈夫的国籍强加于她”。
  + 诺特博姆案：国际法委员会不同意诺特博姆案的论理
* 3. 多重/双重国籍
  + 任一国籍国都可以代表双重或多重国民针对受害人非其国民的第三国行使外交保护。不要求在这种情况下选择行使外交保护的国家证明其与受害人之间存在真正或有效的联系。
  + Salem 案：如果一个人是A国和B国的双重国籍公民，当A国或B国在某个案件中主张这个人是其国民时，第三个国家C国不能仅仅因为这个人也是B国或A国的国民就反对A国或B国的主张。
  + Mergé Claim (1955) the Italian-US Conciliation Commission:
  + 假设一个人同时拥有A国和B国的国籍。如果A国在某个案件中对这个人提出保护，那么需要考虑这个人与A国的联系是否比与B国的联系更“有效”。所谓的“有效国籍”是指，这个人与A国的联系更为紧密，例如在A国有长期居住、工作的历史，或者与A国有更深的社会和经济联系。如果能证明这个人与A国有更为紧密的联系，那么A国的索赔或保护请求应该得到优先考虑。但是，如果这种与A国的紧密联系（有效国籍）没有被证明，那么就不能忽视这个人的B国国籍。因为通常情况下，每个国家对其国民的权利主张都是被普遍认可的，而这种普遍认可的原则可以作为一种实际应用的标准，用来解决双重国籍情况下的任何不确定性。
  + 条款草案第7条：国籍国不得针对该人也是其国民的国家对该人行使外交保护，除非在受到损害之日和正式提出求偿之日，前一国家的国籍都是主要国籍。
  + 惯常居所；在每个国籍国度过的时间；入籍日期（在提出要求之前作为保护国国民的时间长度）；教育地点、课程和语言；就业和经济利益；家庭生活地点；在每个国家的家庭关系；参与社会和公共生活；语言的使用；纳税；银行账户；社会保障保险；访问另一国籍国；拥有和使用另一国护照；以及兵役。
* 4. 法人（公司）
  + 巴塞罗那电车公司案：将公司实体的外交保护权归于根据其法律成立并在其领土上设有注册办事处的国家
  + 大多数国家的法律要求根据其法律成立的公司必须在其领土上设立注册办事处，因此，就外交保护而言，公司注册地是最重要的标准。
  + 然而，法院在巴塞罗那电车公司案中并不满足于将注册成立公司的国家作为行使外交保护的唯一标准。
  + 国际法委员会条款草案第9条：为公司外交保护的目的，国籍国是指公司根据其法律成立的国家**（注册地）**。但是，如果公司由另一国或多国国民控制，在公司注册国没有实质性业务活动，且公司的管理机构和财务控制机构均位于另一国，则该国应被视为国籍国。
* 5. 股东
  + 公司受公司国籍国的保护，而不是公司股东国籍国的保护。
    - although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed
  + 在三种情况下可以刺破公司面纱：
    - 1)只要股东的一项直接权利受到侵犯，股东就有独立的诉讼权。
    - 2)只有在公司依法消亡的情况下，股东才被剥夺了通过公司获得补救的可能性；只有在股东被剥夺了所有此类可能性的情况下，他们及其政府才可能拥有独立的诉讼权。
      * 《条款草案》第11(a)条规定，如果公司因与损害无关的原因按照注册国的法律不复存在，股东的国籍国可以行使外交保护。
    - 3)*ILC* Art.第 11(b)条草案：股东的国籍国可以在以下情况下行使外交保护：
      * 如果在受到伤害的时候，该公司具有被指责造成伤害的那个国家（即责任国）的国籍；并且在该责任国注册成为一家公司是作为在该国开展业务的前提条件。
      * 如果一个公司因为特定国家的法律要求而在该国注册，并且在遭受伤害时具有该国国籍，那么公司股东的国籍国可以针对该注册国提出外交保护请求，寻求补救或赔偿。
* 6. 公司以外的法人
* 7. 对非本国国民的外交保护
  + 7.1 无国籍或难民
    - “一国……对没有国籍的个人造成损害并不构成国际不法行为，因此，在损害发生之前或之后，任何国家都无权代表他进行干预或申诉”。
    - 国际法委员会在第8条中：
      * 1. 一国可对在受到损害之日和正式提出求偿之日合法并惯常地居住在该国的无国籍人行使外交保护。
      * 2. 一国可对根据国际公认标准被该国承认为难民的人行使外交保护，条件是该人在受到损害之日和正式提出要求之日是该国的合法和惯常居民。
      * 3. 第2款不适用于难民国籍国的国际不法行为所造成的损害。
  + 7.2 船员
    - 各国实践、司法判决和著作都支持以下立场：船舶国籍国可以为不具有其国籍的船员寻求补救。
    - 国际司法判决支持了此观点，但未能明确这种形式的保护是否等同于外交保护。
    - 1999年“塞加”号商船：船上的一切以及参与或关心其运作的每一个人都被视为与船旗国有联系的实体。这些人的国籍无关紧要（M/V‘Saiga’案 第2号，第106段）
    - 国际法委员会外交保护条款草案第18条
      * 船舶船员的国籍国行使外交保护的权利，不受船舶国籍国在船员因国际不法行为对船舶造成的损害而受到损害时代表这些船员寻求补救的权利的影响，不论船员的国籍为何。
      * The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act.
      * 如果船员在与船舶相关的国际不法行为中受伤，无论他们的国籍如何，他们的国籍国和船舶的国籍国都有权采取行动寻求补救。

#### 条件3：穷尽当地救济

* ICJ Interhandel case: ‘a well-established rule of customary international law’
* ICJ Elettronica Sicula case: ‘an important principle of customary international law’
* 哪些当地救济：司法、行政
* 直接与间接损害：用尽当地补救办法规则仅适用于索赔国“间接”受到伤害的情况，即国民受到伤害的情况。
  + 它不适用于索赔国因另一国的不法行为而“直接”受到损害的情况，例如外交人员受到伤害。
* 德黑兰人质案——受到的是直接损害（既有直接损害，也有间接损害）
* Elettronica Sicula案：“毫无疑问，整个美国索赔的主要内容是对雷神公司和马赫莱特公司造成的损害。[US corporations]”
* 必要条件测试：**如果不是代表受害国民提出索赔，是否会提出包含直接和间接损害要素的索赔**。如果这个问题的答案是否定的（如果不是代表受害国民，就不会提出索赔），则该索赔是间接索赔，必须用尽当地补救措施。
* 穷尽当地救济的例外
  + 当地补救办法完全无效/徒劳：谁来提供证据？谁主张谁举证，双方都要做。

## 七、国际法院：临时保护措施（interim measures of protection）

* 概念：在做出最终决定之前，申请国际法院命令一个国家停止某种行为，以免危任何合法权益
* Vienna Convention on Consular Relations case (Paraguay v. United States of America) (order) (1998)
* LaGrand（德国诉美利坚合众国）(2001)
* 临时保护措施所涉管辖权问题
* Article 41：
* 1. 法院如认为情况需要，有权指明应采取的任何临时措施，以维护任何一方的权利。
* 2. 在做出最终决定之前，应立即将建议采取的措施通知各方和安全理事会。

## 八、国际法院：其它问题

* 赔偿
  + 可以
  + 判决的宣告性
* 缺席审判
  + 即使被申请人缺席，国际法院也可以对案件做出裁决，但必须确保申请人的主张“在事实和法律上有充分根据”（国际法院第 53 条）
* Article 53
  + 1.如果一方当事人不出庭，或未能为自己的案件辩护，另一方当事人可要求法院作出有利于其主张的裁决。
  + 2.法院在这样做之前，不仅必须根据第 36 条和第 37 条确定其具有管辖权，还必须确定申诉具有充分的事实和法律依据。
* 第三方问题
  + Article 59
    - 法院的裁决除在当事方之间并针对该特定案件外，不具有约束力。
  + Article 62
    - l. 如果一国认为其具有法律性质的利益可能受到案件裁决的影响，可向法院提出请求，要求允许其参加诉讼。
    - 2. 法院应就这一请求作出裁决。
  + actio popularis
    - South West Africa cases 1966
  + 如果第三国的合法利益“将构成裁决的主题”，国际法院将不会行使其管辖权
    - “货币黄金”案
  + 在没有明确授予管辖权的情况下，在涉及第三方的情况下，即使适用对一切的义务，也无法赋予法院管辖权
    - East Timor Case

## 九、咨询管辖

* Article 65
  + 1. 本法院可以应任何根据《联合国宪章》授权或依照《宪章》提出请求的机构的请求，就任何法律问题发表咨询意见。
  + 2. 请法院发表咨询意见的问题，应以书面请求的方式向法院提出，请求中应 确切说明需要法院发表意见的问题，并附上可能说明问题的所有文件。
* 咨询管辖的实践
  + Status of Eastern Carelia (1923)
  + Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (1996)
* 咨询意见虽然不具有约束力，但具有很高的权威性
* 由于国际组织不能在司法管辖下起诉或被起诉，咨询意见对于充实国际组织的法律尤其重要，例如 1949 年伤害赔偿（暗含权力原则）
* 咨询意见也一直在处理有争议的问题
  + 比如，国家反对法院管辖的情况下
  + 通过与联合国和平与安全任务建立联系，提供咨询意见
    - opinion the Israeli West Bank wall 2004
    - （以色列强烈反对的 2004 年以色列西岸隔离墙）

# 第九讲 国际法上的使用武力问题

制裁、反措施与集体安全：

* 关于国际法的“惩戒”效力的讨论
* 奥斯丁：国际法是成文的道德，而非法律
* 哈特：国际法是非传统的法律
* 有惩戒才是法律吗？
  + 法律即使有惩戒，人们也会去做；即使没有惩戒，人们也会遵守。
* 国际法上的惩戒/制裁
  + 单方面的制裁：
    - 放弃条约义务
    - 报复行为：例如驱逐外交官
    - 反措施
  + 多边制裁机制：集体安全机制

使用武力问题：

* 联合国宪章下的使用武力问题
  + 自卫
  + 安理会授权：多边制裁机制：集体安全机制
* 人道主义干涉
* 恐怖主义

## 一、引言：法律规范的历史与发展

* Carl Von Clausewitz: war was a mere continuation of politics by other means（战争不过是政治通过其他手段的延续）
  + Jus in bello：战争期间的法律规范，今天所说的国际人道法或武装冲突法
  + Jus ad bellum：诉诸战争的法律规范，例如发动战争的权利
    - 1898年2月15日，美国战舰“缅因号”
    - Drago-Porter Convention：海牙和平会议，以债权为目的的战争是不合法的
    - Convention on the opening of hostilities：发动战争的程序限制，例如最后通牒
      * 国家不将其称为战争，从而逃避程序
      * 通过宣战，来获得物质上的好处（例如征收国民财产）
* 20世纪以来关于使用武力问题的法律尝试
  + 《国联公约》对宣战设定了一些程序限制
    - 冷静期
    - 第10条：尊重和维护其他成员的领土完整性和独立性
    - 第11条：集体安全体系
    - Art.11: Any war or threat of war, whether immediately affecting any of the Members of the League or not, is hereby declared a matter of concern to the whole League, and the League shall take any action that may be deemed wise and effectual to safeguard the peace of nations. In case any such emergency should arise the Secretary General shall on the request of any Member of the League forthwith summon a meeting of the Council.
  + 1928年，法国和美国倡议，《凯洛格-布里安条约》(Kellogg-Briand )
    - “condemned recourse to war as an instrument of national policy”
    - ARTICLE 1. Any Member of the League may, after two years' notice of its intention so to do, withdraw from the League, provided that all its international obligations and all its obligations under this Covenant shall have been fulfilled at the time of its withdrawal.

## 二、使用武力问题：一览

* 《联合国宪章》第2条第4款：禁止使用武力
* 禁止使用武力的两个例外
  + 第42条：集体安全
  + 第51条：自卫
* 有观点认为人道主义干涉也是使用武力的例外，在90年代到本世纪初流行
* 内战？网络战？代理人战争？

## 三、《联合国宪章》第2条第4款：禁止使用武力

### 1. 条款解读

* 所有会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何国家之领土完整或政治独立。
* 范围：广泛且全面
* 习惯法规范（尼加拉瓜案）+ 强行法规范
* Purposes of the United Nations：广泛、模糊（包括维护国际和平与安全、发展友好关系和国际合作）
* 使用武力：
  + 武力的概念：摧毁、损害的武力，不是经济胁迫和政治压力
  + 对force的扩张解释：1949 年的科孚海峡案（英国军舰在科孚海峡被炸）
    - 法院只能将所谓的干预权视为武力政策的表现，这种政策在过去曾引起最严重的滥用，而且无论国际组织目前存在何种缺陷，都无法在国际法中找到一席之地。干预在这里所采取的特殊形式也许更不可接受；因为从事物的性质来看，它将只为最强大的国家保留，并可能很容易导致妨碍国际司法本身的实施。
    - 网络攻击也可以扩张解释为使用武力（侵犯主权）
* 威胁
  + Nuclear Weapons Advisory Opinion国际法院澄清，威胁使用武力只有在非法时，才构成违反2（4）。这意味着，例如，威胁发动侵略战争将构成违法行为。威胁使用武力进行自卫并不构成违法行为。
  + 边境内的军事行动是否被视为使用武力威胁？
  + 威胁的增加使得禁令的实施范围更加广泛。

### 2. 联合国对禁止使用武力问题的进一步澄清

* 1970 年的友好关系Friendly Relations 1970
* 1974 年的侵略定义Definition of Aggression 1974,
* 1987 年禁止使用武力原则的有效性
  + Effectiveness of the Principle prohibiting use of force 1987
* 禁止侵略战争
* 禁止威胁使用武力或使用武力改变现有边界
* 禁止参与在另一国的恐怖主义行为
* 禁止使用武力报复

### 3. 禁止使用武力的现实

* 常见问题1：不适用于国家内部使用武力
  + 例如伊拉克、俄罗斯都说自己是内部战争
* 常见问题2：国家声称采取了自卫行动
  + 受害人话语是强权国家扩张自己权力的话语，例如俄罗斯称自己的国民受到了侵害
* 国际法院实践：仅适用过一次
  + 2005年武装活动判决（刚果民主共和国诉乌干达*DRC v. Uganda*）
  + 法院判决：禁止使用武力是《宪章》的基石，各国只能在51条（自卫）规定的范围内使用武力保护其安全
  + 科孚海峡案、尼加拉瓜案、石油平台案，都没有涉及到2.4的适用，法院无法依照联合国宪章确立管辖权

## 四、禁止使用武力的例外（一）：自卫

### 1. 从卡罗琳号谈起

* 1837年的“卡罗琳”号事件
* Daniel Webster
  + 紧迫性与必要性：It will be for that Government [the British] to show a ‘necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation’.
  + 比例性：since the act, justified by the necessity of self-defense, must be limited by that necessity, and kept clearly within it
* 自卫的传统要求是：
  + 紧迫性
  + 必要性
  + 相称性

### 2. 联合国宪章第51条

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

* inherent right：固有权利，超越宪章的权利
  + 尼加拉瓜案：‘Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a “natural” or “inherent” right of self-defence, and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter. It cannot therefore be held that Article 51 is a provision which “subsumes and supervenes” customary international law.’
* collective self-defence
  + 自卫可以集体行使：请求或同意
  + 北约的防御联盟：Article 5: The Parties agree that an armed attack against one or more of them in Europe or North America shall be considered an attack against them all and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them, in exercise of the right of individual or collective self-defence recognised by Article 51 of the Charter of the United Nations, will assist the Party or Parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force, to restore and maintain the security of the North Atlantic area. Any such armed attack and all measures taken as a result thereof shall immediately be reported to the Security Council. Such measures shall be terminated when the Security Council has taken the measures necessary to restore and maintain international peace and security. （各方同意，在欧洲或北美洲对其中一方或多方的武装攻击应被视为对各方的攻击，因此各方同意，如果发生此类武装攻击，各方将行使《联合国宪章》第五十一条承认的单独或集体自卫权，协助受到攻击的一方或多方，立即单独并与其他各方协同采取其认为必要的行动，包括使用武力，以恢复和维持北大西洋地区的安全。应立即向安全理事会报告任何此类武装袭击以及因此而采取的所有措施。当安全理事会采取了恢复和维持国际和平与安全的必要措施后，上述措施即告终止。）
  + Organization of American States
  + Economic Community of West African States
  + 集体自卫的边界：尼加拉瓜案
* armed attack
  + 武装袭击的性质和规模
    - 必须将武装袭击理解为不仅包括正规武装部队跨越国际边界的行动，还包括“一国派遣或代表一国派遣武装匪帮、团体、非正规军或雇佣军，对另一国实施严重到相当于正规部队实施实际武装袭击的武力行为，或实质上参与其中”
  + 使用武力和武装攻击的区分
    - 使用武力是一个范围更广的概念
  + 武装攻击：
    - 不限于大规模干预
    - 不限于传统武装力量：某种方式造成生命财产损失
    - 网络攻击
  + 什么样的武装攻击触发合法自卫？
    - 传统上：归因于国家的武装攻击
    - 当下：非国家行为者武装攻击带来的问题
    - 通过国家责任规则，将私人当事方的行为归于国家（一般要求有效控制）
    - 尼加拉瓜案：effective control test
    - Tadic案：overall control test
    - 争议：将自卫视为一项固有权利，无需其他国家的必要参与即可触发。
  + 自卫作为一种固有权利：争议
    - 9/11事件发生后，联合国安理会立即通过两项决议，承认各国有权针对恐怖袭击进行单独和集体自卫
    - 被认为意味着允许对窝藏恐怖分子的国家进行自卫——‘unwilling or unable’ doctrine
    - 定点清除（targeted killing）的实践
      * 问题1：国际法肯定不授予license to kill
      * 问题2：没有征得其领土上实施杀戮的国家的同意
      * 问题3：附带损害
      * 问题4：定点清除的对象
    - 总结：根据最广泛接受的自卫法解释，这些先发制人的自卫形式是非法的。
* if an armed attack occurs
  + 通常含义：武装攻击发生时
  + 现实问题：不能期待一个国家面对攻击原地待命
  + 武装攻击与自卫反应之间的时间联系
    - 合法性取决于传统的“紧迫性”要求
    - 不同的观点：
      * 卡罗琳标准：包含了预先正当防卫
      * 9/11袭击事件发生后，美国进一步采取了先发制人的自卫政策
      * 问题：如果将先发制人的自卫视为合法，那么禁止使用武力基本上就变得毫无意义。大多数国家反对这一原则。
      * 2006年的“武装活动案”，国际法院重申，自卫may be justified only within the strict confines laid in art. 51

### 3. 自卫的限制

* 时间联系/紧迫性
* 必要性：防御国必须能够证明，不诉诸武力就无法阻止/击退攻击，且使用武力的程度没有超过为此目的合理需要的程度。（诉诸武力以及程度是必要的）
* 相称性：The proportionality of actions taken in self-defence needs to be assessed by reference to the threat posed by the attack → whether it is required to reverse the effects of the attack.
* 总结：measures taken in self-defense are permissible if proportionate to the armed attack and necessary to respond to it.

### 4. 以营救本国国民为目标的自卫：政治与争议

* 主张：国际法允许使用自卫来实现营救海外国民（对海外国民的攻击进行正当防卫）
* 实践：主要被用来证明西方国家（主要是以色列、英国和美国）政治干预的合理性。
  + 1956年，英国声称反对埃及干预苏伊士危机
  + 美国1965年对多米尼加共和国、1983年对格林纳达和1989年对巴拿马的干预。
* 营救海外侨民也是俄罗斯在2014年克里米亚事件时提出的论据之一
* 西方国家在方便时扩大国际法律规则的限制，但当竞争对手国家也这样做时，他们会感到惊讶和抗议。
* 国际法有没有用？每个国家的行动都要寻求合法性，这就是一种限制。
* 为什么安理会无法作出判断：从事这种做法的国家大多是拥有否决权的安全理事会常任理事国。

## 五、禁止使用武力的例外（二）：安理会授权的集体行动

### 1. 国联的集体安全

* 集体安全背后的理念：将国际法的执行制度化，以便部分集中使用军事力量并依靠数量来惩罚和威慑侵略国。
* 国联集体安全体系的问题：
  + 没有具体说明国联的哪个机构将采取行动
  + 允许退出会员资格
  + 从一开始就存在根本性的政治缺陷

### 2. 安理会与集体安全

* 改进：
* 集体安全管理的核心：安理会
* 全球主要大国将在其中有代表
* 五个常任理事国与其他10个国家一起担任理事会成员
  + 《宪章》第24条：（安理会职权范围）为确保联合国迅速采取有效行动，联合国会员国将维持国际和平与安全之主要责任授予安全理事会，并同意安全理事会于履行此项责任下之职务时，即代表会员国行事
  + 《宪章》第25条：（各国应遵守安理会决议）
  + 《宪章》第103条：（联合国宪章义务优先）联合国会员国依本宪章所负之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其依本宪章所负之义务应居优先。
  + 法律设计背后：五常应当合作

### 3. 《宪章》第39条：集体安全核心条款

第七章：标题为“对和平的威胁、破坏和平和侵略行为采取的行动”

* determine the existence
  + 本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，或要求会员国将此项事件提交本宪章解决；但此项原则不得妨碍第七章所规定强制措施之适用。
  + 安理会根据第七章为维护全球和平安全而采取的措施优先于国家提出的任何国内管辖权主张。
* threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression
  + 威胁和平：最通用的术语。
    - 内部冲突、人道主义危机、侵犯民主权利的行为、恐怖主义行为、海盗行为和军备控制问题。2014年西非爆发的埃博拉病毒视为威胁，过去几年安理会将新冠大流行也称为对和平的威胁。
  + 破坏和平：通常指两国武装部队之间的敌对行为。
  + 侵略行为：一国使用武力侵犯另一国的主权、领土完整或政治独立。一个多世纪以来，国际法一直试图找到侵略的有效定义，但这个术语在政治上过于敏感，无法以普遍令人满意的方式进行定义。

### 4. 安理会可以采取的行动：《宪章》第40、41、42条

#### a. 40条：临时措施

为防止局势恶化，安全理事会在提出第三十九条规定的建议或决定采取第三十九条规定的措施之前，可要求有关各方遵守它认为必要或适宜的临时措施。此类临时措施不得损害有关各方的权利、主张或立场。

安全理事会应适当考虑不遵守这些临时措施的情况。

#### b. 41条：非强制措施

安全理事会可决定采取何种不涉及使用武力的措施来实施其决定，并可要求联合国会员国采取这些措施。

这些措施可包括完全或部分中断经济关系和铁路、海运、空运、邮政、电报、无线电和其他通信手段，以及断绝外交关系。

* 起草者主要考虑的是通用和传统形式的经济和外交制裁
* 清单并不详尽，并且SC充分利用了其提出创造性措施的自由
  + 创造性运用的例子：为前南斯拉夫和卢旺达设立特设国际刑事法庭
  + 安理会诉诸经济制裁，针对的是国家、团体或个人，趋势是采取更精确、更有针对性的制裁措施
  + 针对与违规政权直接相关的个人和公司（尽可能不影响普通人的生活）

#### 区分制裁概念在国际法中所具有的不同含义

* 联合国安理会授权的经济制裁，作为第七章措施
* 听到有关国际经济制裁的新闻报道，而安理会并未参与其中。
* 这些制裁由国家或欧盟等区域组织独立发布，通常被称为单边制裁。
* 语言上的差异：在欧盟的法律行为中，它们称为限制性措施（restrictive measures）。
* 单边制裁的国际法的法律依据是什么
  + 安理会的制裁显然是基于《宪章》
  + 单边制裁却没有如此明确和明确的法律依据。
  + 最被接受的表述是：单方面措施是针对违反国际义务的行为的反措施或报复，例如，在入侵乌克兰的情况下，针对违反禁止使用武力规定的行为。

#### c. 42条：强制措施

42 安全理事会如认为第四十一条所规定之措施为不足或已证明为不足时，得采取必要之海陆空部队行动，以维持或恢复国际和平及安全。此类行动可包括示威、封锁和联合国会员国海陆空部队的其他行动。

43

1. 联合国所有会员国为协助维持国际和平及安全起见，承诺应安全理事会之召唤并依一项或数项特别协定，提供维持国际和平及安全所必需之武装部队、协助及便利，包括通行权在内。

2. 这些协定应规定部队的数量和类型、战备状态和一般位置，以及将提供的设施和援助的性质。

3. 协定应由安全理事会倡议尽快谈判。协定应在安全理事会与会员国之间或安全理事会与会员国集团之间缔结，并应由签署国根据各自的宪法程序予以批准。

* 43条给安理会可以调遣的部队
* 现实：42、43条设想的安理会调遣的军队从未实现。
* 通常，成员国将以国家统一形式提供部队，并且行动由联合指挥部松散地协调。
* 42条下的实践
* 苏联：art 27(3) paragraph 3 of the Charter requires “the concurring vote” of the permanent members for the Council to take decisions.
* 安理会于1950年发布了第83号决议，干预了朝鲜和韩国之间正在进行的内战。 “建议联合国会员国向大韩民国提供必要的援助，以击退武装进攻，恢复该地区的国际和平与安全。”
* 形成了：“一致投票”包括五常成员缺席或弃权的情况。因此，否决权必须以反对票的形式表达。

42条下安理会决定的法律效力

常设委员会确定存在第 39 条所述情况，并据此建议或授权采取行动，但不下达命令。

安理会第 678 号决议授权会员国与科威特政府合作，……使用一切必要手段……恢复该地区的国际和平与安全。

* 安理会决定第39条下的情形存在后：
  + Recommend：推荐采取行动
  + Authorize：
    - 问题：SC授权是否使一项行动成为联合国行动？看联合国有没有参与，有时仅授权而没有参与
    - 问题：安理会授权的时间范围
  + Order：
    - 针对侵略国，要求侵略国停止侵略等
    - 例外：flight ban that SC ordered over Lybia in 2011，因为容易操作

## 六、集体安全之联合国大会：维和

### 1. 联合国维和行动：通过大会发展起来

大会可以讨论向其提出之关于维持国际和平及安全之任何问题，并除第十二条所规定者外，得就任何此种问题向有关国家或安全理事会或向两者提出建议。任何需要采取行动的问题，应由大会在讨论之前或之后提交安全理事会。

安全理事会对于任何争端或情势，正在执行本宪章所授予该会之职务时，大会非经安全理事会请求，对于该项争端或情势，不得提出任何建议。

* 大会介入并依靠《宪章》中的两个要素来发挥作用。
* 要素一：大会与国际和平与安全
  + 《联合国宪章》第 11 条第 2 款
* 要素二：大会的机构地位
  + 《联合国宪章》第24条：安理会是主要机构
* 大会机构地位的进一步明确
  + 重申安全理事会行使其维护国际和平与安全的首要责任的重要性，以及常任理事国在使用否决权时寻求一致意见和力行克制的义务……决议，安全理事会如遇似有威胁和平、破坏和平、或侵略行为发生之情形，因常任理事国未能一致同意，而不能行使其维持国际和平及安全之主要责任时，大会应立即审议此事，俾得向会员国提出集体办法之妥当建议，倘系破坏和平或侵略行为，则于必要时得使用武力，以维持或恢复国际和平及安全。
  + 安理会可以根据第25条作出具有约束力的决定。
  + 大会只能向会员国提出使用武力维护国际和平与安全的建议。
  + 但是，这种区别主要是理论上的，因为安理会在实践中建议采取行动也需要依赖成员国的自愿合作来与其部队。

### 2. Uniting for Peace大会决议

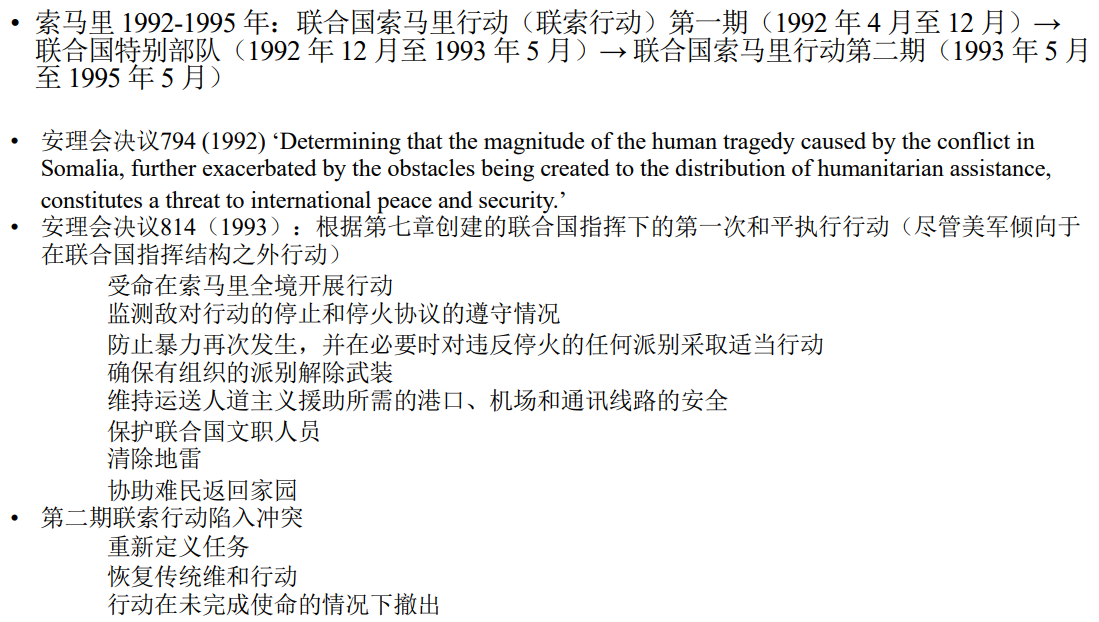
* 目标：作为一支中立的军事力量来分隔交战派系，保证停战和停火等。
* 实际诞生：1956年苏伊士危机和联合国紧急部队 (UNEF) 1956-67的创建
* 产生了“维持和平”行动的基本原则：
  + 在东道国同意的情况下建立
  + 在东道国撤回同意时终止
  + 公正、中立地运作
  + 仅出于自卫而使用武力
  + 明确的任务授权
  + 根据与东道国签订的部队地位协议（Status Of Force Agreement）运作，确定联合国部队的权利和特权

### 3. 联合国大会维和行动的法律基础

* 在刚果独立斗争背景下的第二次维和行动的推动下，国际法院在1962 年的《某些费用咨询意见》中澄清了大会行动的法律依据。
* 国际法院确认，安理会承担主要（而非全部）责任，大会有权决定以大会身份行事。

### 4. 维和行动

* 1948年至1988年间，联合国大会成立了15支维和部队
* 作用主要是在紧张局势升级或公开冲突的国家之间进行干预
* 少数情况下，建立部队是为了在结束国内冲突中发挥作用。
* 虽然维持和平可能按预期防止进一步的暴力，但它最终也可能冻结一场冲突并阻止其解决，在某些情况下甚至保护侵略方的领土收益。
  + 南斯拉夫战争期间1991-1995（-2001）有联合国保护部队（United Nations Protection Force UNPROFOR）1992-95
* 南斯拉夫战争期间1991-1995（-2001）有联合国保护部队（United Nations Protection Force UNPROFOR）1992-95
  + 不仅维和，还负责保护物资运输



### 5. 总结

* 20世纪90年代的波斯尼亚灾难之后，维持和平扩大了其范围，但方向不同
* 不是更积极地干预冲突，而是在战后重建和国际领土管理中发挥作用，并承担包括社会和政治活动在内的多维任务
* 维持和平的整个历史演变被描述为三个阶段：
  + 1.维持和平：可能会导致战争优势方优势的巩固
  + 2.执行和平
  + 3.建设和平。
    - a.东帝汶独立之前的 1999 年至 2002 年联合国行政当局（东
    - 帝汶过渡当局）
    - b.科索沃科索沃特派团（直到 2008 年联合国被欧盟领导的欧
    - 盟驻科法治团特派团取代）

## 七、人道主义干涉和保护的责任

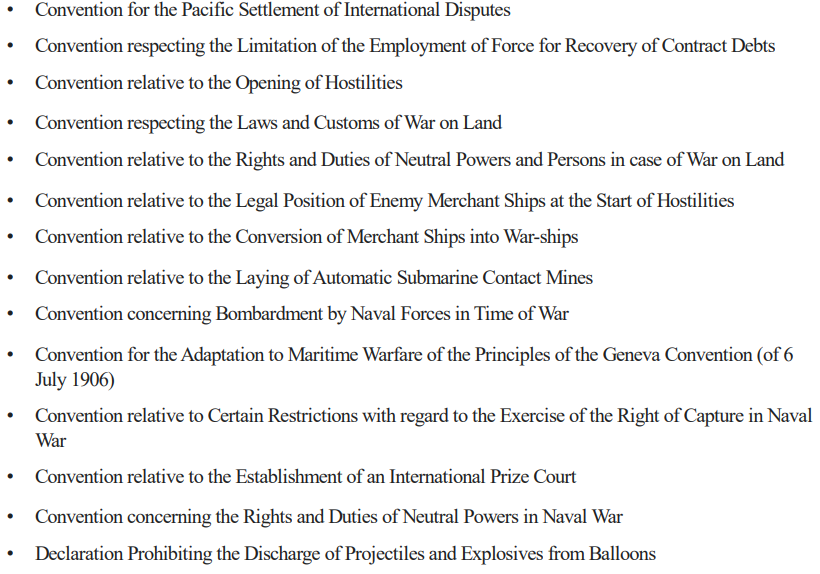
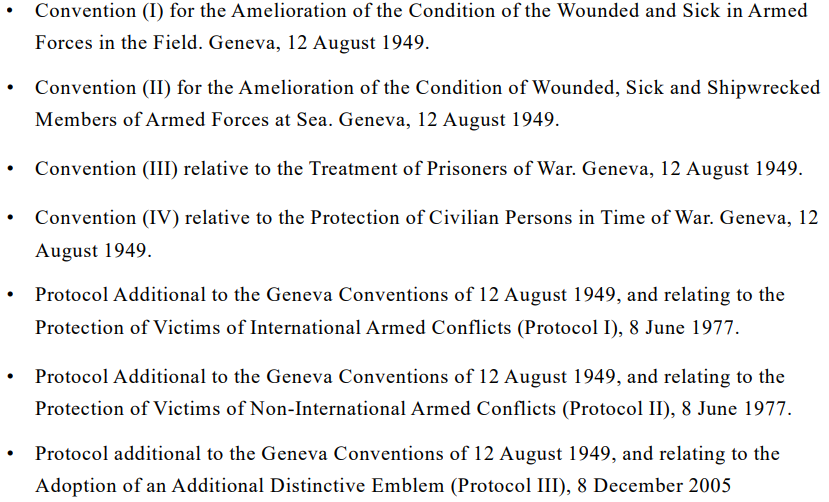
* 1. 从科索沃问题开始
* 2. 人道主义干涉的争议：不合法但合理？
* 3. 保护的责任

# 第十讲 武装冲突法

Jus in bello：战时法

## 一、国际人道法：总概

### 1. 规范系统

* 1) 习惯国际法
  + 例如不能往井里投毒
* 2) 条约法
  + A. Hague Law海牙法：给士兵的法律，限制武装行为
  + B. Geneva Law日内瓦法：关注受害者，保护平民、战俘的法
  + C. 条约的新发展
    - a. 1977年两项议定书（日内瓦法）
    - b. 针对具体问题的公约（海牙法）
* 第一次Hague Law，更关注陆战
  + Convention for the Pacific Settlement of International Disputes
  + Convention with respect to the Laws and Customs of War on Land
  + Convention for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention of 22 August 1864
  + Declaration concerning the Prohibition of the Discharge of Projectiles and Explosives from Balloons or by Other New Analogous Methods
  + Declaration concerning the Prohibition of the Use of Projectiles with the Sole Object to Spread Asphyxiating Poisonous Gases
  + Declaration concerning the Prohibition of the Use of Bullets which can Easily Expand or Change their Form inside the Human Body such as Bullets with a Hard Covering which does not Completely Cover the Core, or containing Indentations
* 第二次Hague Law，更关注海战
  + 
* Geneva Law
  + 
* 条约的发展
  + 根据条约性质，划分为海牙法和日内瓦法
  + The Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons (OPCW) is the implementing body for the Chemical Weapons Convention, which entered into force on 29 April 1997. The OPCW, with its 193 Member States, oversees the global endeavour to permanently and verifiably eliminate chemical weapons.
  + 《关于在战争中放弃使用某些爆炸性弹丸的宣言》

### 2. 回到历史

* 历史上的武装冲突法

### 3. 背后的逻辑：不要增加战争的罪恶

* 战争可能不可避免，但不应造成不必要的痛苦
  + Principle of distinction：区分战斗人员和非战斗人员
  + Principle not to cause unnecessary suffering to combatants
* 日内瓦公约3
  + 第13条 战俘在任何时候均应受到人道待遇。拘留国任何非法行为或不行为，致被拘留之战俘死亡或严重危害其健康者，均应禁止，并应视为严重违反本公约。特别是，不得对任何战俘进行身体残害或任何种类的医学或科学实验，此种实验不得以有关战俘的医疗、牙科或住院治疗为理由，并应为该战俘的利益而进行。同样，战俘在任何时候都必须受到保护，特别是免受暴力或恐吓行为以及侮辱和公众好奇心的影响。禁止对战俘采取报复措施。
  + 第15条 拘留战俘之国家有义务免费提供战俘所需之生活费及医疗费。
* 日内瓦公约4
  + Article 20 - Wounded and sick V. Hospital staff
  + Article 55 - Food and medical supplies for the population
    - 占领国在其力所能及之最大范围内，有责任保证居民之粮食及医疗用品；如占领地之资源不足时，尤应运入必要之粮食、医疗用品及其他物品。
    - 占领国不得征用占领地内现有之粮食、物品或医疗用品，但供占领军及行政人员使用者不在此限，且仅在已考虑到平民居民之需要时方可征用。在不违反其他国际公约规定之条件下，占领国应作出安排，以保证对任何征用物品支付公平的价值。
    - 保护国应可随时核查占领地内粮食及医疗用品之状况，但因紧急军事需要而必须暂时限制者，不在此限。
* 不仅保护平民，还延伸到工程、设施、文物以及环境

### 4. 国际人道法的实施范围（scope）问题

* 1868 年的《圣彼得堡宣言》：只有在两个或两个以上缔约国之间发生战争时，才对缔约国或加入国具有强制力。
* 发展：
  + 1899 年《关于陆上战争法律和惯例的公约（II）》序言的相关部分规定：在公约未包括的情况下……人民和交战方仍受国际法原则的保护和管辖，这些原则源于文明国家间的惯例、人道法和公众良知的要求。
    - 法律无法预知战争会以什么形式出现，因此需要兜底条款
* “范围”问题的应对：日内瓦公约“共同条款”
  + 第1条：缔约国承诺在所有情况下尊重本公约并确保本公约得到尊重。
  + 第2条：即使并非所有冲突方都加入了公约，即使并非所有冲突方都承认战争状态以及占领时期的状态，公约也适用。
  + 第3条：日内瓦公约也适用于非国际性的武装冲突（比如内战）。

## 二、国际和非国际武装冲突

### 1. 区分国际性和非国际性武装冲突的必要性

* 法律上区分引发的问题
* 实际上区分引发的问题：有可能是国内武装冲突发展为国际武装冲突

### 2. 武装冲突法的人道主义追求

* ‘this stupid distinction’: ‘A rape is a rape: a murder is a murder, whether it is committed within the framework of an international armed conflict, a war proper, or a civil war.’
* 这是愚蠢的区分：强奸就是强奸，谋杀就是谋杀，无论它是在国际武装冲突、战争还是内战的框架内实施的。

### 3.日内瓦公约共同条款第3条

* 表明了强烈的人道主义情感，但有局限性
  + 保护范围主要是平民和失去战斗力的人，不保护战斗员（在国际性武装冲突也受到保护）
* 强调内战各方的法律地位不应因其条款的适用而受到影响。换句话说，善待“敌”一方的平民并不意味着给予对方任何认可。
* 1977第二议定书——范围有限
  + 只适用于武装力量占领了一部分领土的情况，不包括小范围武装冲突

## 三、军事必要性与相称性

* 1954 Hague Convention on Cultural Property
  + 第4条 尊重文化财产
  + 1. 各缔约国承诺尊重其本国境内和其他缔约国境内的文化财产，不将该财产及其周围环境或用于保护该财产的设备用于在武装冲突情况下可能使其遭受破坏或损害的目的；不对该财产采取任何敌对行动。只有在军事需要迫切要求放弃本条第1段所述义务的情况下，方可放弃。
* 寻找平衡：军事需要和保护人命
  + 问题：如何寻找平衡？标准应该是什么？
  + 用来判断军事必要性——相称性
  + 相称性：概念灵活，需要具体判断
    - 《第一附加议定书》第 51 条：禁止不分皂白的攻击
    - 相称性无法抽象地定义
      * 行为者最终可能在随后的战争罪诉讼中被事后追究责任
      * 但是：军事行动本身的特性使得，事后判断认为军事力量使用不成比例的结论，仅限于“明显过度”的案件
      * 1虽然目的是保护平民，但也使得一些军事行为合法化；2所谓的军事必要性和相称性都是胜利者的话语。

## 四、武器与军事手段

### 1. 法律规制

* 1868 年圣彼得堡宣言：达姆子弹
* 细菌和化学武器
* 实施：检查机制——Chemical Weapons Convention

### 2. 核武器

* Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict 咨询意见
  + 国际法是否允许在任何情况下威胁使用或使用核武器？
* 联合国大会在1994年12月15日通过的第49/75 K号决议中作出的决定 ，向法院提交以下问题以征求咨询意见
* 法院：
  + 拥有就向其提出的问题发表意见的管辖权，并且没有令人信服的理由行使其自由裁量权不发表意见
  + 根据《宪章》：相称性原则本身并不排除在所有情况下使用核武器进行自卫。但与此同时，根据自卫法适当使用武力，为了合法，必须满足武装冲突中适用的法律的要求，特别包括武装冲突的原则和规则，区分战斗人员和非战斗人员，不给战斗人员造成不必要的伤害。
  + 根据武装冲突法：
  + “generally”，威胁或使用核武器与国际人道主义法的原则相冲突，但是“法院无法明确断定，在关系到一国生死存亡的极端自卫情况下，以核武器相威胁或使用核武器是合法还是非法”。
    - 评论：法院或许本就不应该介入这场没有共识的领域
  + *Shimoda et al. v. The State*

### 3. 无人机

* 在武装冲突期间使用无人机可能是合法的（取决于具体情况和使用方式），但在这种情况之外使用无人机极不可能通过合法性检验

### 4. 网络攻击

## 五、国际组织的国际人道法义务问题

* 国际组织是否有义务尊重国际人道法规则？
* Institut de Droit International
* 1975 年通过一项决议
* 1999年，秘书长科菲·安南发布了一份声明
* 欧盟：OJ, 23 December 2005, C327/4
  + 这些都证明了国际上大多认为国际组织应当遵守国际人道法
* 国际组织与国际人道法：总结
  + 即使国际组织可以被认为受到国际人道法的约束，这些组织及其所执行任务的结构也使得责任归属变得困难。
  + 如果某个维和人员违反了国际人道法规则，问题往往是这是否是他或她自己的责任，是否涉及有关国家，是否涉及北约，是否涉及联合国。
  + Behrami and Saramati 案：欧洲人权法院认为，北约部队的行为最终应归咎于联合国，而由于联合国不是欧洲人权法院的缔约方，法院认定这些主张不可接受的。

## 六、“私有化”与国际人道法

* 雇佣兵和辅助兵既无用又危险……因为雇佣兵不团结，渴求权力，没有纪律，不忠诚……究其原因，除了微薄的报酬外，没有任何忠诚或诱因能让他们留在战场上，而这不足以让他们愿意为你献身。
* 雇佣军不受国际人道法的保护
  + 联合国发起了一项自2001年起生效的《反对招募、使用、资助和训练雇佣军公约》（UN Doc. A/Res/44/34, 4 December 1989. ），该公约基本上将与雇佣军有关的行为定为犯罪。
  + 区分：
    - 将雇佣军与外国志愿者区分开来
    - 法国外籍军团French Foreign Legion
    - British Gurkhas：英国军队公认的一部分
* 私营军事公司
  + Abu Ghraib 监狱
* 可以追究国家责任的情形：
  + 行使政府权力、国家控制下运作、国家没有尽到监管责任（保证不侵犯国际法）

## 七、战后正义与冲突后治理

* 战后法提议的主要内容
  + 和平协定应包括所有利益攸关方才具有合法性
  + 不应因侵略行为而对国家进行巨额赔偿或过于严厉的惩罚
  + 个人责任优先于集体责任
  + 应重视交战派别或国家之间的和解
  + 应承认人权是和平解决的基本基础
* 冲突后治理
  + 核心围绕国家建设
  + 认为应当由国际社会决定
  + 国际组织参与的冲突后治理

## 八、现象战争

* *Hamdan v. Rumsfeld*

## 九、总结

* 个人责任
* 军队统领责任
* 国家责任——履行条约下的义务
* 原则：distinction; proportionality; military necessity; limitation (methods and means of warfare); good faith (in interpreting the law of armed conflict); humane treatment and non-discrimination

# 第十一讲 国际环境法

## 一、国际环境法：介绍

* 一般认为，国际环境法是由基本目的在于保护环境的实体和程序规则构成。
* 什么是“环境”？
  + 学者观点：亚历山大·基斯著《国际环境法》，不用“环境”一词，而用“生物圈”，包括“岩石圈，水圈和气圈”。
  + 条约：
    - 早期条约中使用“动物和植物”（Flora And Fauna），限定条约适用的范围
    - 《关贸总协定》：“人、动物和植物的生命和健康”
    - 《斯德哥尔摩宣言》：“地球上的自然资源，其中包括空气、水、土地、植物和动物、特别自然生态类中具有代表性的标本”
* 存在的问题：为了人而保护环境，还是为了环境而保护环境？

### 国际法环境法的历史

#### 第一阶段：始于19世纪的双边渔业条约，止于联合国的创立

* 工业化进程带来环境影响，需要限制对“动物与植物”资源的滥用
* 双边渔业条约
  + 比如，convention between france and great britain relative to fisheries, art. Xi, paris, 11 november 1867（禁止特定日期之外捕捉生蚝）
  + north sea fisheries (overfishing convention), 1882, un doc. St/leg/ser.b/6, 1957 （保护过渡捕捞）
* 候鸟保护机制
  + 1884，international ornithological committee
  + 1902，the convention to protect birds useful to agriculture （paris）
  + 1916，convention between the united states and great britain for the protection of migratory birds in the united states and canada, washington（第一个双边鸟类保护条约）
  + 1922，international commit- tee (later council) for bird protection (later preservation)
* 区域性野生动物保护：1900 convention destinée àassurer la conservation des diverses espèces animales vivant àl’etat sauvage en afrique qui sont utiles àl’hommeou inoffensive. （保护欧洲国家在非洲殖民地的野生动物，保护对特定动物皮草的出口限制）
* 除了野生动物保护以外，也在一定程度上关注河流和海洋保护：
  + 比如：1909 water boundaries treaty between the united states and canada
* 环境保护的机制化努力：1913, act of foundation of a consultative committee for the international protection of nature（致力于与国际自然保护相关的信息收集和共享，17国签署，一战后停摆）
* 重要的国际仲裁实践：
  + Pacific fur seal arbitration（美国与英国之间就英国在其领土外区域的海豹皮草收集争议。裁决一国无权单方在其领土外以自然资源保护为由对自然资源进行规制和使用）
  + Trail Smelter Case （美国与加拿大之间就加拿大一家冶金厂排放的硫磺烟气对美国华盛顿州损害的争议。）
    - ‘No state has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence’.

#### 第二阶段：始于1945，止于1972联合国人类环境大会

* 个别领域的国际环境法规则兴起：石油污染、核试验、湿地保护、海洋环境和生物、淡水保护、海上
* 核心特征：
  + 在特定区域和全球范围内，国际组织主导环境问题规制
  + 环境保护范围扩大，加入对产生有毒有害废物行为的规制
* 联合国法律框架下的环境保护
  + 联合国宪章：没有关于环境保护的条款/内容
  + 联合国组织框架：没有处理环境问题的特别机构
* 联合国框架下在哪里能找到关于环境保护的内容
  + Food and agriculture organization (fao)
  + The united nations educational, scientific and cultural organization (unesco)
  + 以及与之相关的，general agreement on tariffs and trade 包括了以“保存可耗尽自然资源”为目的的措施作为自由贸易义务的例外
  + 重要的发展：1948年，unesco协助多个国家（18）和非政府组织建立了international union for the protection of nature (now the international union for conservation of nature, or iucn) .
* 1949 United Nations Conference On The Conservation And Utilisation Of Resources（Unccur）
  + 确立了UN有规制国际环境问题的权能，是1972斯德哥尔摩会议的法律基础
  + 讨论的核心问题之一是环境保护和经济发展的关系
* 随之在核试验、海洋生物、石油污染、极地保护等多个领域发展
  + 1958 Geneva Conventions （涉及海洋生物保护）
  + 1963 test ban treaty （核试验）
  + 1954 international maritime organization adoptedthe international convention for the prevention of pollution of the sea by oil （石油污染）
  + 1959 Antarctic Treaty （极地和平，禁止极地核爆炸和处理核废物）
  + 特征：应对性的，针对特定问题
* 5-16JUNE 1972，UN Conference（114国参加）
* 会议产生三个不具有约束力的文件：
  + 关于机构与财务安排的文件
  + 公告（Declaration，包含了26个原则）
  + 行动计划（Action Plan，包含109项建议）
* 法律意义：
  + 行动计划包括了建立新机构和创造既有机构之间合作机制的建议
  + 提出了国际社会共同的行动计划
  + 确立了一系列原则（24:国际合作；21:国内活动不造成跨国和对其它空间影响的责任；22:国家合作）
* 斯德哥尔摩会议文件转化成“国际法”：
  + UNGA 27TH SESSION：将斯德哥尔摩会议报告纳入考虑范围，通过11项决议，其中：
    - Resolution 2994 ：表示对斯德哥尔摩会议报告满意
    - Resolution 2995 ：当一国行为存在潜在的跨境环境负面影响时，应当向所涉它国提供技术信息
    - Resolutions 2997 To 3004 ：肯定了关于国际环境保护的机制和财务安排，建立了united Nations Environmental Programme（UNEP）

#### 第三阶段：始于1972，止于1992联合国环境发展会议

* 现代国际环境法产生：尝试建立一个基于联合国的全球环境规制系统
* Pinrciple21和unep直接推动了国际环境法的发展
  + Unep负责建立和实施区域海域项目（Regional Seas Programme），臭氧层保护、废弃物处理和生物多样性
  + Principle21推动了国际环境法领域责任机制的发展
* 其它主要发展
  + London Convention, 1972（海上废弃物dumpingof Waste At Sea）
  + Marpol 73/781973（船只污染pollutionfromships）
  + Convention On International Trade In Endangered Species Of Wild Fauna And Flora（濒危野生物贸易）
  + 1972 World Heritage Convention （世界文化遗产保护）
  + United Nations Convention On The Law Of The Sea (Unclos) （海洋环境和海洋生物保护）
* 国际法领域的重要发展
  + 1978 Unep ‘Principles Of Conduct In The Field Of The Environment For The Guidance Of States In The Conservation And Harmonious Utilisation Of Natural Resources Shared By Two Or More States’ (The Unep Draft Principles) （Unep Draft Principles，没有法律约束力）
  + 1981 Unep Programme For The Development And Periodic Review Of Environmental Law （指导unep的实践）
  + 1982 World Charter For Nature （象征意义的人与自然关系文本）
  + 1980 World Conservation Strategy/1991 ‘Caring For The Earth’ Strategy （可持续发展理念）
  + The Brundtland Report And The Report Of The Legal Experts Group （为unced会议奠基）
  + 1992unced：Un Conference On Environment And Development（1992年里约环境与发展宣言）
    - 通过了riodeclaration和agenda21
* Rio Declaration
  + 反映了发达和发展中国家就环境问题妥协
  + 原本的earthcharter之名没有落实
  + 内容：
    - Principle 1：人处于可持续发展的核心。人本主义的环境保护。
    - Principle 3: 代际可持续发展（Present Andfuturegenerations）
    - Principle 4：允许环境保护条款被附加到发展相关的其它国际法律机制中
    - Principle 7: Cbdr
    - Principle 11:国内环境立法
* Agenda 21：具化的机制安排

#### 第四阶段：始于1992，发展至今

* + 环境问题融入国际法律系统，尝试确立国际环境问题的司法责任机制
  + 2002 World Summit On Sustainable Development （ 2002年世界可持续发展世界首脑会议，重点关注消除贫困）
  + 2012 Rio+20 Summit（各国政府大都不愿采取积极行动；被视为政府间国际组织推动的环境保护议题的暂停或是终结；非政府组织和私人机构推动环境保护）
  + 2015 United Nations Framework Convention On Climate Change：Paris Agreement
    - 有国际约束力的条约，由196个成员签署，2016年生效
    - 核心目标：与前工业化时期相比，限制全球变暖至2度（1.5度）以下

#### 总结

* 国际环境法的历史：观察
  + 国际环境法的发展过程中，如何处理关于“人与环境”的国际环境法终极目的之争？
  + 可以说，如果曾经有过争议的话，自第三阶段以来，尤其是自环境与发展问题相连接以来，国际环境法的人本本位主义得到确立。
* 国际环境法的历史：发展特点
  + 危机和科学驱动，而非有规划的发展
  + 软性规则（“软法”）
  + 错综复杂的行为者：国家、非政府组织、政府间国际组织
  + 错综复杂的规则系统：国际法与国内法
  + 传统国际法的新领域

## 二、国际环境法的内容与渊源

### 内容

* 海洋环境
  + Pollution From Land-Based Sources
  + Pollution By Dumping
  + Pollution From Vessels
  + Pollution From Seabed Activities
  + Environmental Emergencies
* 气候变化
  + 热点问题，不断变化
    - 1992unfccc, 1997 Kyoto Protocol; 2016 Paris Agreement
  + 涉及碳排放交易机制变化、减排承诺等新问题
* 生物多样性
  + 1992 Convention On Biodiversity
  + 其它国际性和区域性公约
  + 涉及贸易问题（Convention On International Trade In Endangered Species）
  + 涉及具体物种保护：森林、鸟类、荒漠化、北极熊（1973 Polar Bear Agreement）
* 海洋生物多样性
  + 针对不同海洋生物的保护
  + 不同海洋分区的保护（Territorial Waters, Archipelagic Waters, The Continentalshelf, Exclusive Economic Zone, High Seas）
  + 渔业保护（案子多，包括1893年的美国与英国的pacific Fur Seal Arbitration）
* 空气/大气
  + 最早的国际环境法律问题之一：特雷尔冶炼厂仲裁案；核试验案
  + 主要领域包括：
    - 城市和跨境的空气保护、臭氧消耗、外空保护
* 淡水资源
  + 区域性规则众多
  + 习惯法是重要的法律渊源
  + 跨境水问题是我国面临的重要问题
  + 2005年松花江水污染事件（吉林石化公司双苯厂车间爆炸）
  + 澜湄合作机制（三河流域机制、大湄公河次区域经济和恶作、湄公河委员会）
* 有害物质和废弃物
  + 有毒有害物质概念和范围是什么？为什么要在国际法上进行专门管制？
  + 化学品（含农药）、持久有机污染物、汞和危险废弃物等有毒有害物质的国际法律管制体制的特点及其挑战？
  + 放射性物质的国际法律规制的的体系、特点及其挑战？福岛核废水排放国际法律问题以及中国的应对。
* 极地保护
  + 涉及the Arctic Council
  + 专门的保护领域
  + 气候变化带来的极地问题

### 渊源

* 国际条约
  + 包括全球性、区域性和双边条约，尤其是参与国比较多的条约，有造法性质
  + 比如：
    - 1963《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》
    - 1972《保护世界文化遗产公约》
    - 1992《气候变化框架公约》《生物多样性公约》等
* 国际习惯
* 一般法律原则
* 学者论著/司法判例
* 问题：国际环境法中的原则就是一般法律原则吗？是国际习惯法吗？

## 三、国际环境法中的原则（与概念）

* 实体性原则：全人类共同遗产原则、国际合作原则……

### 禁止损害原则（no harm）

* 损害起源国的国家主权与受损害影响国家的领土完整之间的妥协
* 对自然资源的主权与不造成损害的义务之间的平衡
* 禁止造成重大跨境环境损害
  + **实质性义务**，例如：预防损害的发生
  + **程序义务**，例如：磋商、谈判、信息交流、跨界影响评估
  + 强调Due Diligence
* Soft Law Examples
  + 《斯德哥尔摩宣言》原则21和《里约热内卢宣言》原则2 根据《联合国宪章》和国际法原则，各国拥有根据本国的环境政策开发本国资源的主权权利，并有责任确保在其管辖或控制范围内的活动不对**其他国家或本国管辖范围以外地区**的环境造成损害。
* What Kind Of Harm?
  + 不适用于所有伤害：“重大”、“严重”、“实质性”、“明显”（‘Significant’,‘Serious’,‘Substantial’,‘Appreciable’）或类似的限定
  + 不仅仅是微不足道的伤害
  + 如何判断伤害是否满足该条件？
* Due Diligence
  + The Degree Of Care Is That Of Expected Of A Good Government
  + 国际法委员会关于预防危险活动造成的跨界损害的条款草案
  + 强调是一个具体情景下的义务（Contextual Obligation）
  + 如果一个国家尽职尽责，就没有违反无损害原则。
* Case Law – Trail Smelter
  + 自1932年1月的第一天起，华盛顿州的 Trail Smelter 造成的损害是否已经发生，如果是，应该支付什么赔偿？
  + 如果前面问题第一部分的答案是肯定的，那么应该赔偿到什么程度？
  + 鉴于上述问题的答案，Trail Smelter 应采取或维持哪些措施或制度（如有）？
  + 由于仲裁庭根据前两个问题作出的任何一项或多项决定，应支付何种赔偿或补偿（如果有）？
* No harm→习惯国际法规则

### 预防原则（prevention）

* 与禁止损害原则密切相关
* 两个区别：
  + 最大限度地减少环境破坏本身就是预防原则的一个目标
  + 它不仅适用于跨界损害，也适用于该国管辖范围内的损害
    - No harm仅适用于跨界损害
* 勤勉行事的义务
* 预防工作包括
  + 消极义务和积极义务
  + 在执法中保持警惕
  + 行使行政控制权
* 预防原则也是习惯国际法规则

### 污染者承担费用原则

* 含义：
  + 造成环境污染的行为者应当承担污染成本
    - 分配与破坏环境的活动相关的经济义务
    - 传统上设想应用于国内环境
  + 已获得经合组织和欧盟的特别认可
  + 与国内法上确立环境损害民事责任的制度密切相关
* 该原则并非一般国际法的一部分

### 风险预防原则/预先防范原则（precaution）

* “安全总比遗憾好”
  + 当存在科学不确定性时提供指导
  + 在达到完全科学确定性之前可以采取法律行动
  + 但同时也被批评监管过度
  + 国内法律体系中出现后来被纳入国际文书的原则的例子
* 《里约热内卢宣言》原则15 为了保护环境，各国应根据自己的能力广泛采用预防方法。 在有可能造成严重的或不可逆转的损害时，不应以缺乏充分的科学确定性为由，推迟采取具有成本效益的措施来防止环境退化。

### 可持续发展原则

* 布伦特兰委员会报告（1987 年）
  + 可持续发展是既满足当代人的需要，又不损害后代人满足其需要的能力的发展。
* **可持续发展的内涵**
  + **为了子孙后代的利益需要保护自然资源：代际公平**
  + **公平使用自然资源的必要性：代内公平**
  + **以可持续方式利用自然资源的必要性**
  + **需要确保将环境问题与经济及其他发展计划相结合**
* 法律地位
  + 概念？法律原则？
  + 是否有责任以可持续的方式进行发展？如何落实这一责任？
  + 国际法的目标和宗旨？

### 共同但有区别的责任原则（Common But Differentiated Responsibilities）

* 两个元素
  + 共同责任
  + 差别化责任（特别是对具体环境问题的贡献）（还有技术、财务或其他技术援助）
* 《里约热内卢宣言》原则7：鉴于造成全球环境恶化的原因不同，各国负有共同但有区别的责任。发达国家承认，鉴于其社会对全球环境造成的压力以及其掌握的技术和财政资源，它们在国际社会追求可持续发展的过程中负有责任。
* 各国应“根据自身能力”采用预防方法。因此，对发达国家而言，遵守采用预防方法的义务的要求可能比对发展中担保国的要求更严格。
* 国际法环境法上的原则/概念：是什么？
  + 原则多于规范？
    - 指导未来的IEL立法进程
    - 制定应用和解释程序

### 程序性原则

* 环境影响评估
* 公共参与
* 信息告知与磋商

## 四、国际环境造法

* 特点1：国际组织扮演重要角色
* 特点2：强调沟通与谈判
  + 文字尽可能模糊，来把更多国家纳入进来
  + 一揽子交易外交
* 特点3：框架协议framework convention
  + 先签订一个最广泛、最模糊的协议，在涉及到具体规则的时候开缔约方会议，例如UNFCCC订立之后，又有京都议定书、边界协定等，核心是后面这些单独的条约，它们不是对UNFCCC的解释。
  + 形成一个动态的造法过程，给原本的框架协议加上议定书、附录、单独协定等
  + 在国际组织的引导下，最大限度让所有国家参与到环境治理上来。
  + 对应umbrella instrument→放在一块读，而非单独的条约。例如UNCLOS下面的每一个文件都是对它的解释，要放在一起解读，核心是UNCLOS本身。

## 五、国际环境法的实施

### （一）国内实施

#### 1. 国际环境法的国内法（和机制）转化

* 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》第4(4)条 各缔约方应采取适当的法律、行政及其它措施来实施和执行本公约的各项规定，包括采取措施防止和惩罚违反本公约的行为。
* 1988年《南极矿物资源活动管理公约》第7条 遵守本公约：各缔约国应在其职权范围内采取适当措施，确保遵守本公约及根据本公约采取的任何有效措施。
* 国内法转化对于履行义务意味着什么？
  + 意味着可以通过国内法律系统（比如法院）确保条约责任的履行
  + 例外：根据欧盟法，在满足特定条件时（[PPT] EU Treaty, Art.288），即使一个欧盟国家没有将欧盟法转化成为国内法，依然可以在欧盟国家法律系统中确保义务履行。在欧盟法律实践中，一些国家试图论证其国内法没有转化欧盟环境法规的尝试，都在欧洲法院（ECJ）被驳回，比如Case 91/79, Commission V. Italy[1980] Ecr 1099.

#### 2. 确保国内法（和机制）的履行

* 2.1 国家确保履行：条约义务
* 2.2 私人行为体确保履行：国际环境法保障私人行为体的程序性权利
  + 私人诉讼和环境影响评估
  + 环境影响评估
    - 为一国的决策制定者在决定是否授权施行特定项目钱提供关于对环境可能产生的影响的信息。
      * 一国：决策是一个国家作出的（涉及环评的条约绝大多数情况下都不涉及一国政府计划的项目和政策）
      * 提供信息：因此并不能决定（在根本上影响）项目是否施行
      * 因此，主要是一个程序性问题。
  + 问题：在国际环境法下面，国家有没有义务对有跨境影响的项目进行跨境环境影响评估？
    - 2001年关于跨界损害的条款草案，第7条：“关于批准本条款范围内的活动的任何决定，尤其应基于对该活动可能造成的跨界损害的评估，包括任何环境影响评估。”
  + 在何种情况下进行跨境环境影响评估呢？
    - 里约原则17：“环境影响评估，作为一项国家文书，应针对可能对环境产生重大影响的拟议活动进行，并由国家主管当局作出决定。”
  + 如果不做环评，会违反国内法，也会被国际法院要求做环评。尽管环评不通过不能阻止国家实施项目。
* 2.3 共享/共同资源的国内履行：少数领域有明确规则，比如海洋法、月球协议、极地矿产资源领域
  + 1982 UNCLOS: Flag States, Port States, Costal States 之间履约机制的划分
  + 1979 Moon Treaty: 注册国拥有管辖权，对人和设备的控制权等
  + 1988 Cramra：缔约国有义务建立国内法庭救济渠道，且救济渠道需要符合第七条要求。
* 2.4 发展中和发达国家关于国内履约的“博弈/互助”
  + 发展中国家面临的问题：欠缺经济和其它资源
  + 解决方式：条约明确了，如果发展中国家在履约方面做到特定水平，发达国家配套给予（经济）资源上的支持。

#### 3. 确保国家对相关国际组织和机制义务的履行

* 3.1 报告义务：大量国际环境公约和国际组织要求国家履行报告义务
* 3.2 报告内容：取决于具体条约
  + 包括：特定物品的生产、进出口；气体排放的信息；国内实施的具体机制；国内权力机构采取的措施；相关科学信息
  + 要求定期报告，并发现遵守情况有很大差异。一些条约的记录很好:《国际捕鲸公约》所有六个缔约国都提交了关于其1989年捕鲸量的资料681988年NOx的17个缔约方中的16个6到1990年10月，1987年《蒙特利尔议定书》当时的65个缔约方中有52个已对报告1986年受管制物质消费情况的要求作出反应，其中29个国家(占世界消费量的85%) 提交了完整的数据。”然而，在天平的另一端，1972年《伦敦公约》的64个缔约国中只有19个报告了它们在1987年签发的倾倒许可证的数目和类型“在《73/78年防止船污公约》的57个缔约国中，只有13个缔约国(仅占全世界航运总吨位的约27%) 提交了报告，摘要说明它们在1989年的违规行为和施加的处罚。在1973年《濒危物种贸易公约》的104个缔约国中，只有25个缔约国提交了报告，摘要说明其1989年所列濒危物种的进出口证书。这些数字表明，许多国家，特别是发展中国家，满足报告要求的能力有限。嗣后惯例没有显示任何实际或最近的改进，74虽然正在采取措施解决这一问题。这包括环境署聘用国际环境审计员，以便更好地跟踪一系列重要协定的执行进展情况。

### （二）国际环境法在国际/跨国层面的实施

法律问题：哪（些）个国际法律主体能够采取行动，确保国际环境义务的履行。核心问题也就是，提起国际法律诉求的诉权（standing）问题。

#### 1. 国家

* 1.1 国家的诉权问题：国际法委员会2001年关于国家责任的条款，第42和48条。
  + 第42条 受害国援引责任
    - 一国有权作为受害国援引另一国的责任，如果被违背的义务是对以下各方承担的义务：
    - (a) 该国单独承担的义务；或 (b) 包括该国在内的国家集团或整个国际社会承担的义务，而且违背义务行为：(i) 特别影响到该国；或 (ii) 具有根本改变作为义务对象的所有其他国家在进一步履行义务方面的地位的性质。
  + 第 48 条 受害国以外的国家援引责任
    - 1.受害国以外的任何国家有权在下列情况下根据第 2 款援引另一国的责任：
    - (a) 被违背的义务是对包括该国在内的国家集团承担的，并且是为保护该集团的集体利益而确立的；或 (b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的。
* 1.2 国际环境法中关于国家诉权的三种情况
  + （1）一国允许的行为对本国产生污染：理论上他国可以提起诉讼
  + （2）一国允许的行为对他国产生污染：Injured State（受害国）很容易证成
  + （3）一国允许的行为或者直接造成对国家管辖范围以外的地区的污染
    - 核心问题：国家（以及哪个或者哪些国家）对于这一类污染拥有诉求？诉权的基础是什么？
    - 渔业领域相对成熟的规范：1995 Fish Stocks Agreement（关于公海/国家管辖范围外的海域）——适合写OXIO
    - 一般国际法中关于一国能否提起诉讼来阻止或预防国家管辖范围外的环境损害：
      * 首先看是否有特定的条约授权。比如，Basel Convention Art.19.
      * 如果不存在条约授权，一国能否给予一般性的对于国家管辖范围外的环境保护的诉求，代表国际社会提起诉讼？
      * 西南非洲案
      * 巴塞罗那牵引案：一国对整个国际社会的义务与在外交保护领域对另一国的义务应作基本区分。就其本质而言，前者是所有国家都关心的问题。鉴于所涉权利的重要性，可以认为所有国家在保护这些权利方面都有法律利益；它们是普遍义务。
  + 国际（环境）法上的公益诉讼
    - 存在争议。
    - 关贸总协定Dispute Settlement Panel在yellow-Fin Tuna案里面，拒绝了美国提出的美国有权利在公海上保护海豚的主张。
    - 在之后的shrimp/Turtle案里面，WTO上诉委员会又承认了，美国有正当理由保护迁徙的海龟（但也要注意到，此案涉及的海龟品种被认为是在美国有长期逗留，也就是说和美国有属地联系）。

#### 2. 国际组织

* 相较国家实施国际环境法，国际组织实施的权能（AUTHORITY）有限
* 例外：比如以世界银行为代表，通过环境影响评估程序，确保义务履行

#### 3. 非政府组织

* 非政府组织实施的权能（AUTHORITY）有限

## 六、国际环境法上的争端解决

* 1. 司法解决和仲裁(Judicial Settlement And Arbitration)
  + 争端解决平台的问题与优势：
    - 过于零散
    - 分散了国际法院的权能以及作为联合国Principal Judicial Organ的地位
    - 加剧了国际法的碎片化
    - 增强专业性，尤其是环境领域有强烈专业性
    - 所涉争端国家在调解、仲裁等过程中有更强的参与感
  + 谁能参与国际环境争端解决？谁能诉诸国际法院
  + 起诉：整体而言
  + 起诉在一般国际环境法中扮演了较少的角色（尤其相较海洋法）。主要有以下原因：
    - 相关领域的习惯国际法还未确立
    - 即便所涉争端的条约依据较为清晰，往往争端涉及多个条约，条约之间在争议解决平台的选择上可能并不明确
    - 通过起诉确立的司法先例可能创设争端方并无意创设的法律义务，而且这些法律义务可能对非争端方产生约束效果
    - 因此整体而言，包括Chernobyl等在内的环境事件和争端均为涉及诉讼
  + 起诉：第三方参与问题
    - 环境争端往往涉及多方（尤其是第三方）利益，因此能否确保第三方参与是起诉程序中的重要问题。
    - 仲裁程序：一般没有允许第三方介入的情况。
    - 诉讼程序：国际法院规约第63条
    - 一般而言，法院可以决定（存在Discretion）当第三方的法定权利受到所涉案件影响时，允许第三方参与。
    - 但是，不允许一国以协助法院明确法律条款、或引入新的诉求为目的的第三方参与。
    - 也不允许对于一国行为影响所有其他国家的情况下作为第三方介入诉讼。
  + 公益诉讼
    - 另一种可能性：由Ecosoc, Imo, Who, Iaea, Unep向国际法院提请要求出具advisory Opinion。
    - Advisory Opinion的效力：Clarify And Develop The Law; Carry As Much Authority As A Judgment In Interstate Proceedings.
    - 第一个设计公共利益的advisory Opinion：Advisory Opinion On The Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons （尽管不仅仅涉及公共利益问题）
    - Advisory Opinion或许是处理涉及公共环境利益的最好的诉讼途径。
* 2. 国际环境法庭(An International Environmental Court)
* 3. 关于国际环境条约争议的裁定(Adjudication Of Treaty Disputes)
* 4. 条约监督机构的争端解决(Dispute Settlement By Treaty Supervisory Bodies)
* 5. 外交渠道的争端解决(Diplomatic Methods Of Dispute Settlement)

# 第十二讲 国际海洋法

* 特殊之处
  + 渊源：习惯、学者学说
  + 主体：国家
* 联合国海洋公约作为一揽子协议，公约哪些规则和机制确保了缔约国保证其独立和完整的努力？

## 一、国际海洋法的发展与编纂

### 1. 国际海洋法的历史沿革

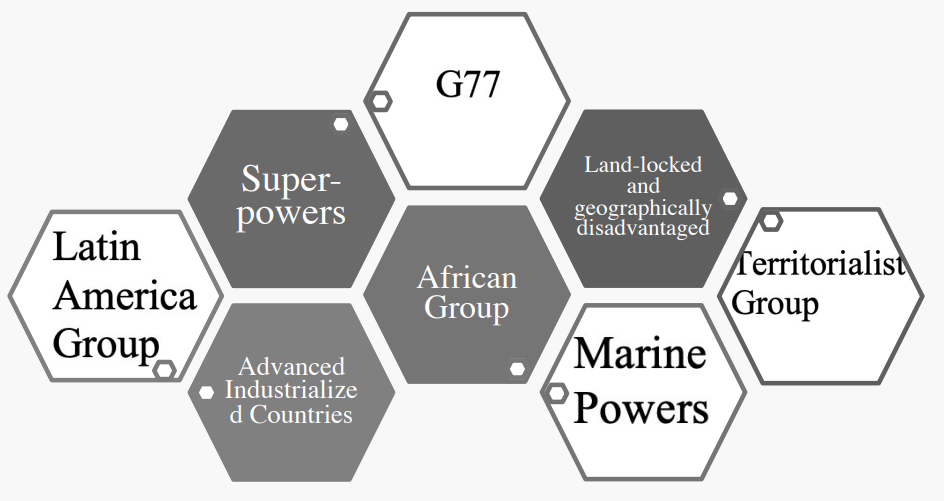
* 国际法最源远流长的分支之一，因国家对海洋的利用、航行、海外贸易而萌芽并发展
  + 1609年荷兰人格老秀斯《海洋自由论》（Mare Liberum）首次出版
  + 1619年英国人约翰·塞尔登《闭海论》（Ownership of the Sea）
* 18世纪起，**领海／公海的二元划分**逐步得到广泛接受
  + 国家对领海享有主权，领海宽度一般为3海里（以国家控制能力为基础）
  + 公海自由
* 1930年海牙国际法编纂会议，未能就领海宽度问题达成一致
  + 领海宽度：各国都希望扩展主权范围
  + 大炮射程理论：3海里

### 2. 20世纪中后期海洋法的重大变革

* 1945年美国总统发布《杜鲁门宣言》，主张对美国沿岸大陆架的油气资源进行专属管辖，非经美国同意其他国家不得到美国的大陆架上进行勘探或开发 ，其他国家纷纷效仿
  + 相当于在公海范围内，拿走了大陆架的权属
  + 十年左右的时间，可以认为已经形成了习惯法
* 1958年第一次海洋法会议缔结了4个公约
  + 《大陆架公约》
  + 《领海和毗连区公约》- 国家未能就领海宽度达成一致，领海宽度依习惯法为3海里，但已有国家主张超过3海里的领海
  + 《公海公约》
  + 《捕鱼及养护公海生物资源公约》
* 1960年第二次海洋法会议没有达成任何协议
* 60年代，去殖民化运动盛行，非洲国家、拉美国家意图增强对沿海渔业及其他生物资源的控制
* 秘鲁、智利等拉美国家，以及肯尼亚等非洲国家，通过国内立法设立专属渔区，禁止他国到本国沿岸海域捕鱼
* 1970年，联合国大会第2749号决议，提出**“人类共同继承财产”**概念
  + 建立国际机制来开发和管理**国家管辖范围以外**的海床地土的矿产资源（例如深海锰结核等），并将收益进行分配
    - 公海自由：只考虑权利，不考虑能力，在实际上把发展中国家排除在外
  + 抵制沿海国大陆架基于“可开发标准”的无限扩张

## 二、《联合国海洋法公约》的缔约过程

### 1. 缔约过程

* 1971－1973 从海底委员会到会议筹备委员会
* 会议议程设置：全面的海洋法公约还是部分海洋法问题公约？
  + 中国参与的第一个多边条约的缔结
* 会议议事规则
  + “一揽子协议”（package-deal）
    - 大家的利益彼此勾连，形成一个网络，同意你的利益的前提是你同意我的利益（利益置换）
    - Nothing is agreed until everything is agreed
    - 不对条款分别投票，而是整体考虑核心利益是否满足
  + “协商一致”（consensus）
    - 不设置投票环节，而是采取**非正式的**、**无人反对即同意**的表决方式
    - 仅达到“不反对”即可，不反对≠同意（我的核心利益得到满足即可）
* 1973-1982，共计11次会议，试图缔结全面的海洋法公约
* **会议组织架构**
  + 第一委员会：国家管辖以外的深海海底区域制度
  + 第二委员会：领海，大陆架，专属经济区，公海，内陆国相关制度
  + 第三委员会：海洋环境保护
  + 所有委员会都要审议讨论与其权限范围相关的争议解决规则
* **非正式缔约小组**（informal negotiating groups）
  + 自发设立或官方设立
  + 以某些个人（国家代表、国际法专家）为核心，向所有国家代表开放
  + 以特定问题或议题为主要讨论对象
* 国家利益的妥协与交换
  + 沿海国专属管辖与公海自由之间的妥协 － 国际海洋法的结构性张力
    - 领海宽度
    - 专属经济区、大陆架制度、岛屿制度、群岛国制度等
    - 用于国际通行的海峡制度
    - 海洋科学研究、海洋环境保护等制度
    - 国家管辖海域以外的海底制度的设计
  + **南北对抗**的主要阵地
* **缔约国家的联盟**
  + 基于**地理区域**的联盟，如拉丁美洲、非洲的区域同盟
  + 基于**特定利益**的联盟，如内陆国和地理不利国联盟、扩大沿海国专属管辖联盟、航行自由联盟等
  + 基于**意识形态**和**南北对抗**的联盟，如G77, 工业化国家联盟等
* 缔约国家联盟之间的制衡与博弈
  + 联盟并非铁板一块，内部利益、立场差异导致联盟不稳定
  + 跨联盟国家的存在，既可能成为促使妥协的中间力量，又可能成为该联盟掣肘
  + 

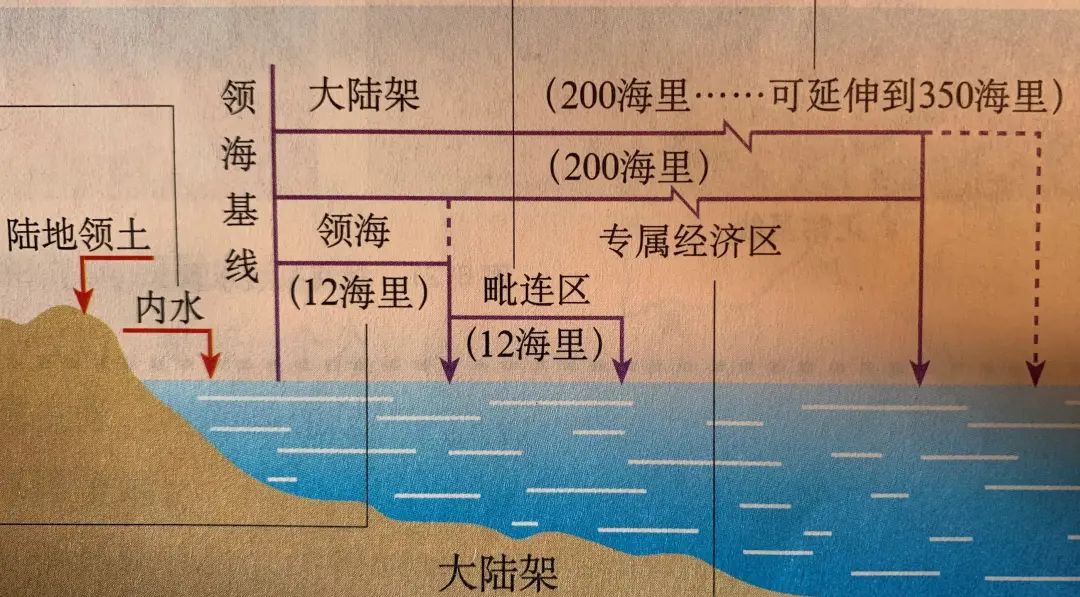
### 2. 《公约》的完整性（integrity）

* **第309条：除非本公约其他条款明示许可，对本公约不得作出保留或例外。**
  + **几乎所有的内容都是妥协的结果，保留会使这种妥协变得无意义**
* **修订规则：（简易程序）（将修正案提交给所有缔约国）如果在从分送通知之日起十二个月内，一个缔约国反对提出的修正案或反对以简化程序通过修正案的提案，该提案应视为未通过。**
* **强制争端解决机制及其例外和限制**
  + **任何加入《公约》的国家，可自行选择强制争端解决方式，若不选择，则默认接受附件七强制仲裁**
  + **《公约》强制程序不适用于领土争端和其他依规定可排除的争端**
    - **很多其他公约的争议解决都是任择性的**
    - **强制争议解决能保障公约解释的一致性**

### 3. 当代国际海洋法的条约体系

* 《联合国海洋法公约》
  + 1994年11月16日生效，168个缔约国（不包括美国、土耳其、委内瑞拉等）
* 1994年《关于执行〈公约〉第十一部分的协定》
  + 改变与替代《公约》第十一部分的内容，实质上是对公约的修订
  + 1996年7月28日生效，150个缔约国
* 1995年 《有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定执行协定》（简称《鱼种协定》）
  + 2001年11月11日生效，90个成员国
* 2023年《联合国海洋法公约关于养护和可持续利用国家管辖范围以外区域海洋生物多样性的协定》（简称BBNJ协定）缔结，尚未生效
  + 公海海地存在深海生物

## 三、《联合国海洋法公约》框架下的海洋区域



* 离海岸越近，主权属性越强；离海岸越远，公海属性越强

### 海洋区域的法律性质

* 国家管辖范围以内的海域
  + 内水与领海（主权）
  + 毗连区（针对特定事项的管辖权）
  + 大陆架和专属经济区（主权权利）
    - 大陆架：资源勘探开发的专属权利，没有完整的主权
    - 专属经济区：海洋生物利用权，不能妨害别的国家船只通过
    - 对资源的专属管辖权
    - 功能性的、有限度的管辖权
* 国家管辖范围以外的海域及海底
  + 公海（自由）
  + “区域”（国际管理和分配机制）

## 四、中国的海洋区域和海洋争端

* 中国的领海基线
  + 采用直线基线方法划定
  + 渤海湾区域基线尚未划定
  + 目前，对于南海四大群岛，只公布了西沙群岛和钓鱼岛的领海基线
* 中国的海洋区域
  + 1958年9月4日《中华人民共和国政府关于领海的声明》
    - 领海宽度为12海里：第一次海洋法会议我国没有参与，但是密切关注
    - 采用直线基线划定领海基线
    - 一切外国飞机和军用船舶，未经中华人民共和国许可，不得进入中国的领海和领海上空
  + 中国于1982年在《联合国海洋法公约》上签字，于1996年批准公约
  + 1992年《中国领海及毗连区法》
  + 1998年《中国专属经济区和大陆架法》
  + 2012年《中国关于钓鱼岛及其附属岛屿领海基线的声明》
  + 2012年向大陆架界限委员会提交东海200海里以外大陆架划界案

### 东海划界案

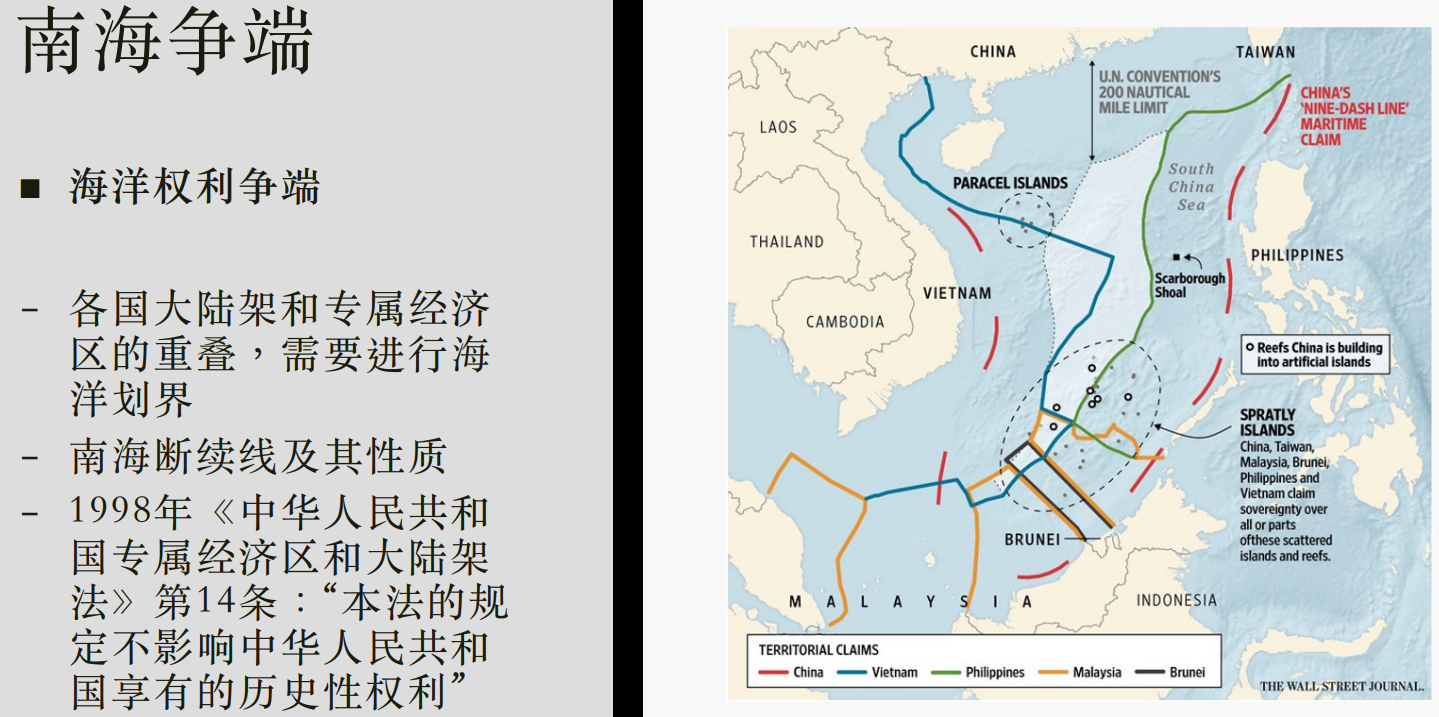
* 中国与日本在东海相距不足400海里
* 中国于2012年向大陆架界限委员会提交划界案，主张350海里大陆架
  + 350海里为公约所允许的大陆架外部界限最大距离之一
* 东海海洋划界问题

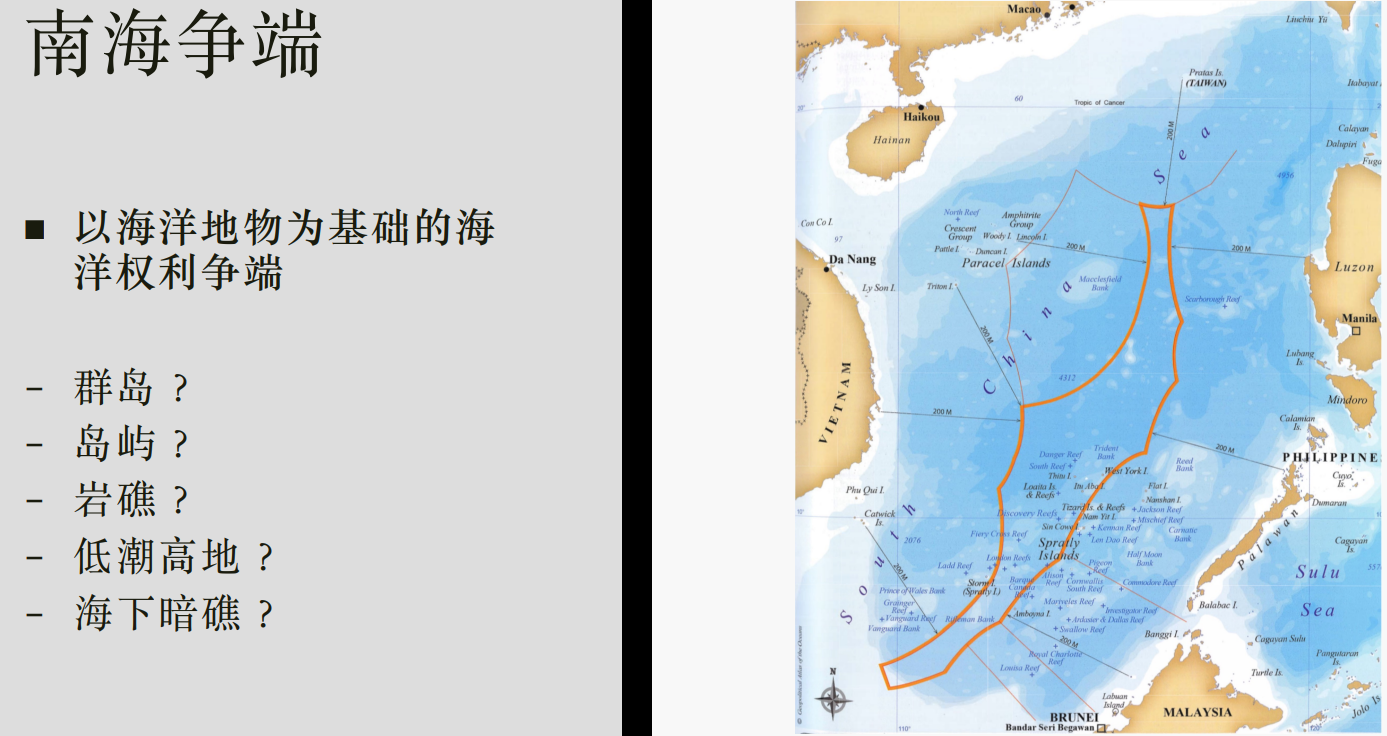
### 中国的海洋划界问题

* 黄海：与朝鲜、韩国的划界问题
* 东海：与日本的钓鱼岛主权争端和划界问题
* 南海：南海诸岛主权争端和海洋划界问题
* 2000年中越北部湾划界是中国首次与邻国缔结海洋边界条约
  + 大陆架、专属经济区边界
  + 渔业合作协议

### 南海争端由来

* 中国对南海诸岛及其附近海域拥有无可争辩的主权
* 20世纪30年代至40年代，日本在侵华战争期间非法侵占中国南海岛礁
* 1948年在官方地图上标绘南海断续线
* 70年代起，越南、菲律宾、马拉西亚开始对南海各岛主张主权
* 2009年，针对越南和马来西亚向大陆架界限委员会提交的南海外大陆架划界案，中国政府予以反对并将南海断续线图作为附件地图提交
* 领土争端
  + 中国：南海诸岛
  + 越南：西沙群岛和南沙群岛
  + 菲律宾：黄岩岛和南沙群岛的部分岛屿（卡拉延）
  + 马来西亚：南沙部分岛屿
  + 文莱：南沙部分岛屿
* 东沙群岛 – 中国台湾实际控制
* 西沙群岛 – 中国实际控制
* 中沙群岛 – 黄岩岛（Scarborough Shoal）
  + 菲律宾自70年代起提出主权主张
  + 2012年5月9日起中国实际控制黄岩岛
* 南沙群岛实际控制情况：
* 越南：24个
* 中国（包括台湾）：10个
* 菲律宾：7个
* 马来西亚：7个





* 海洋争端及其解决
  + 和平解决国际争端的义务
  + 《联合国宪章》第33条规定的和平解决国际争端的方式
  + 《联合国海洋法公约》争端解决方式
    - 以当事国所选择的争端解决方式为优先
    - 导致有拘束力的强制争端解决程序及其限制和例外