

The Future of International Law

国际法的未来

何志鹏 历咏 孙劼 等著

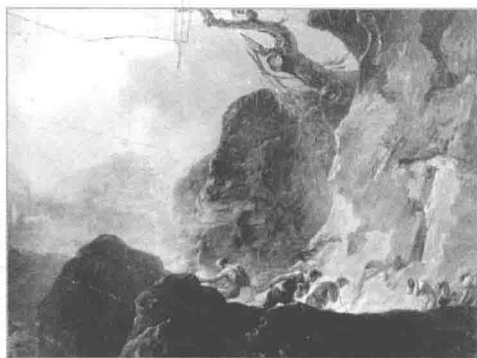


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国际法的未来

The Future of International Law

何志鹏 历咏 孙劼 等著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际法的未来 / 何志鹏, 历咏, 孙劼等著. —北京: 法律出版社, 2017. 2

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0662 - 3

I. ①国… II. ①何…②历…③孙… III. ①国际法 - 研究 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 038079 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/11.5 字数/300 千

版本/2017 年 2 月第 1 版

印次/2017 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0662 - 3

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

缘起与说明

这是一部从宏观建构到具体问题的各个角度探讨国际法的存在方式与发展方向的文集。所有文章的作者都是车丕照教授的弟子。我们用这样一本书来向车老师报告学习的近况,为车老师献上了一份祝福。

车老师自1986年从教于吉林大学,1999年转到清华大学任教,至今在大学讲台上耕耘三十余年了。在这三十多年间,车老师言传身教,以行动的力量、榜样的力量带领学生自强不息、持续前进。

本书的作者,有些是他在吉林大学指导的研究生,有些是他在清华大学指导的研究生。还有他在吉林大学教过的学生,车老师任教清华又追随其继续攻读学位。

车老师留给我们最深的印象是在学术上的认真,锐意进取。他无论是参加学术会议、进行学术报告,还是撰写学术论文、学术著作,都带着这股认真的精神和不敷衍的态度。所以,每次读他的文章,都会感觉到新的观点、新的提法。曾经有一家很有名的出版社约请车老师写一本国际经济法的教材,车老师说,我已经出了几本国际经济法的教材了,最近没有什么新的见解,近期就不再出了吧。从这个小例子就能看出来,车老师在学术上的严于律己,努力求新的精神。对于学术观念和术语的批判审视,对理论判断上的不断思索创新,这种对自身的严格要求始终指引着我们这些在教

学研究岗位的学生们。

车老师在教学上的宽容温厚也为人所称赞。虽然车老师在课堂上并不经常笑,但是和蔼谦逊,对于学生提出学术活动或者其他学生活动的要求,只要时间许可,都尽量答应。车老师很少批评学生(但不是从来不批评),但是他会通过说明什么才是好的学习态度、什么才是好的研究,让学生知道理想是什么,如何能达到。车老师对于学生的进步总是非常关心,努力为学生的的发展提供帮助。这种对学生的无私的爱与帮助也无时不刻地指引着我们讲课的方法和指导学生的态度。

车老师在生活上的淡泊从容也给我们留下了深刻的印象。车老师对于生活的要求并不高,从来没有特别显示生活品味的方面,无论是衣食住行,都是简单随性,随遇而安。车老师从不高调地谈自己,也很少对于其他问题品评指点,不过心中却充满诗意,偶尔展露。这种低调做人的行为方式,也为我们所追随。

2017年,老师星周60载。60岁的车老师,学术上沉淀丰厚,可以更多地阐微发幽;教学中温文尔雅,可以更好地传道解惑。我与几位同门一起商议,共同写成这样一本小书,表达我们对于老师的诚挚谢意和衷心祝福。这个提议很快得到了佟占军教授、高国柱教授、曲波教授、徐红菊教授等老同学的肯定,也得到了历咏、孙劼、徐树等新相识的支持。书稿初就,得到了法律出版社徐蕊编辑的全力亲情支持。

我们谨以此小书一册,共同祝愿老师身体健康,心情愉快,永葆学术青春!

何志鹏

于吉林大学

2017年1月

目 录

外层空间法的过去、现在与未来 / 高国柱 / 1

一、外空活动与外层空间法的源起 / 1

二、从《外空条约》到《月球协定》:一个时代的缩影 / 2

三、围绕有关联大决议的激烈争论:从硬法到软法的过渡时期 / 5

四、国家空间立法浪潮的崛起:外空活动发展的必然产物 / 7

五、“外空软法”的大量出现:理想与现实的妥协 / 9

六、结束语 / 12

追随恩师的脚步 / 高国柱 / 14

国际投资条约保护了谁

——投资者的“条约选购”问题研究 / 徐 树 / 16

一、“条约选购”的途径:转投资与返程投资 / 18

二、“条约选购”的基础:对中间公司、间接股东的条约保护 / 19

三、国际法对“条约选购”的限制:揭开公司面纱与善意原则 / 26

四、国家对“条约选购”的条约控制 / 38

五、结语:“条约选购”问题的务实立场 / 47

恩师二三事 / 徐 树 / 53

论南海 U 形线的合法性 / 曲 波 / 55

一、近年来国外对南海 U 形线的质疑 / 57

二、U 形线的产生具有国际法依据 / 63

三、U 形线不违反《公约》和习惯国际法 / 66

四、他国不知悉不能否认 U 形线的合法性 / 73

五、结论 / 75

我爱我的老师 / 曲 波 / 76

更加公平的国际经济法:贸易和投资领域的新发展

/ 贾海龙 / 78

一、经济实力国际对比变化与公平的国际经济秩序 / 78

二、公平价值导向下贸易法的新发展 / 82

三、公平价值导向下投资法的新发展 / 93

四、结语 / 98

国际投资设业权基本问题研究 / 佟占军 / 100

一、国际投资设业权的观点、规定、案例及其评析 / 101

二、国际投资设业权的性质 / 110

三、国际投资设业权与有关权利的区别 / 117

骄傲与感激 / 佟占军 / 124

国有企业适用国际投资准入阶段国民待遇的特殊问题

研究 / 孙 劼 / 126

一、国际投资准入阶段国民待遇原则的概念及条约实践 / 129

二、国有企业的概念及其特殊性 / 134

三、国有企业作为东道国企业适用准入阶段国民待遇的分析 / 137

四、国有企业作为资本输出国企业适用准入阶段国民待遇的
分析 / 146

五、结语 / 152

不忘初心

——记我与车丕照老师二三事 / 孙 劼 / 156

论绿色发展背景下的新知识产权利益平衡机制

/ 徐红菊 / 161

一、“环境友好技术”知识产权保护困局：激励还是壁垒 / 162

二、绿色发展知识产权保护无力的原因分析 / 166

三、绿色发展知识产权利益平衡机制的新格局 / 170

四、实现绿色发展新知识产权利益平衡机制的具体措施 / 176

五、结语 / 179

君子如玉 / 徐红菊 / 182

国际法何时能发挥作用 / 艾伦·O. 赛克斯 著 历 咏 译 / 184

导论 / 184

一、演变中的观点 / 187

二、具备自我执行力的国际法 / 189

三、能成功自我执行的要素 / 193

四、国际贸易法 / 197

五、国际法的其他领域 / 200

六、国际法的国内承诺理论 / 208

七、结论 / 212

甲子风华今扬帆 / 历 咏 / 214

国际法中的经济“危急情况” / 艾伦·O. 赛克斯 著

历 咏 译 / 216

一、危急情况和其他法律领域的相关概念：潜在的教训 / 219

二、国际习惯法上的危急情况作为抗辩事由 / 235

三、“危急情况”及投资语境下的相关问题 / 239

四、结论 / 258

国际法的未来 / 何志鹏 李若曦 马文飞 都 青 / 260

一、导论 / 261

二、关于国际法未来的不同观点 / 266

三、国际法未来的未定性及可塑性 / 273

四、我们期待的国际法未来 / 283

五、国际关系法治化的实现路径 / 292

六、结论 / 297

不一样的老师 / 何志鹏 / 299

Taking International Standards Seriously: International Standards as Global Public Goods in the Multilateral Trading System / *DU Ming* / 301

I. Introduction / 302

II. International Standards as Global Public Goods / 308

III. The WTO Jurisprudence on International Standards: From *EC-Sardines* To *US-Tuna II* / 319

IV. A Distinctive Pathway for the Development of Global Administrative Law / 347

V. Conclusion / 354

从基础概念开始 / 杜 明 / 356

外层空间法的过去、现在与未来

高国柱*

目前的国际外空法从其发展阶段来看,可以明显划分为三个阶段:一是20世纪70年代的条约法阶段,二是20世纪八九十年代的硬法向软法的过度阶段,三是目前以外空软法为主的阶段。未来的国际外层空间法将出现软硬法并存,软硬法相互转化的发展态势。

从古至今,人类活动的范围已经从陆地扩展到海洋。晚近几十年间,人类更是实现了踏足外空的梦想。随着外空活动规模的扩展,一方面,国际社会意识到需要制定适当的国际法规则来调整和规范国家的空间活动,由此催生了以联合国五大外空条约为框架的当代国际外层空间法体系;另一方面,各国为落实有关条约义务,促进本国空间活动的开展,也在不断强化本国的空间立法工作。因此,如果将外层空间法视为一个学科,它已经越出了国际法的范畴,成为集国际法、国内法规则于一身的新学科。

一、外空活动与外层空间法的源起

1957年10月4日,苏联成功发射了第一颗人造地球卫星“斯普特尼克1号”,宣告了人类正式进入“太空时代”。1958年1月

* 高国柱,法学博士,北京航空航天大学法学院教授。

31日,美国也成功发射了“探险者1号”人造地球卫星。从而拉开了美苏三十余年太空争霸的序幕。美苏两国的外空活动活动引起了国际社会的高度重视,1958年12月23日联合国大会通过第1348(XIII)号决议,决定设立“和平利用外层空间特设委员会”,其任务主要是促进该领域的国际合作,研究这一领域可能出现的法律问题。1959年12月12日,联合国大会第1472(XIV)A号决议确立该委员会为一个常设机构,并重申其任务。1959年12月13日联合国大会通过决议,将特设委员会转为常设委员会,改称“和平利用外层空间委员会”,简称“外空委员会”。1962年3月,外空委员会决定下设科技小组委员会和法律小组委员会,由所有成员国参加。法律小组委员会的职能主要是审议和研究和平利用外空活动中产生的法律问题,拟订有关的法律文件和公约草案。

二、从《外空条约》到《月球协定》:一个时代的缩影

外空委员会成立后,随即就有关外空活动的国际立法提出了建议。在法律小组委员会的协助下,1963年联合国大会第1962(XVIII)号决议正式通过《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》,其中包含了各国在探索和利用外层空间时应遵守的九项原则。在这一宣言的基础上,1966年12月19日联合国大会通过了《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言条约》(以下简称《外空条约》,1967年1月27日开放供签署,同年10月10日生效)。其后,联合国大会相继通过了《营救宇航员、送回宇航员和归还发射到外层空间的物体的协定》(1968)、《空间物体所造成损害的国际责任公约》(1972)、《关于登记射入外层空间物体的公约》(1975,以下简称《登记公约》)、《关于各国在月球和其他天

体上活动的协定》(1979,以下简称《月球协定》)。^[1] 这些条约以1967年《外空条约》为核心,辅之以营救制度、责任制度、登记制度,构成了当代国际外层空间法的基本框架。

尽管前述联合国五项外空条约的通过具有划时代的意义,但我们仍需客观对待,从某种意义上说,这五项条约具有鲜明的时代印记,是多种因素叠加的产物。

首先,冷战时期美苏在外空领域的激烈竞争和相持不下是这些条约产生的重要原因之一。美、苏两国为实现其外空战略,都在积极争夺外空规则的制定权,最终形成了妥协,由此为外空领域国际法的出现扫清了最大的障碍。而其他国家对美苏外空军备竞赛的担忧也促使他们支持建立某些国际法规则,以约束美苏的外空活动。

其次,各国对外空军备竞赛的担忧使得“和平利用外层空间”成为共识,奠定了联合国五项外空条约的基调。自和平利用外层空间委员会成立以来,防止外空军备竞赛和促进和平利用外空的国际合作就成为联合国大会关注的焦点,几乎每年都会通过类似的决议。1963年联合国大会通过的《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》,明确了各国探索和利用外空所应遵守的原则,为1967年《外空条约》的出台提供了直接的内容支持,换言之,后者是前者的“条约版”。

再次,国家主导下的外空活动使得相关的国际立法具有可行性。20世纪六七十年代,具有外空发射能力的国家仅美国、苏联、法国、日本和中国等少数国家,绝大多数国家没有空间能力。巨大的经费投入和技术上的局限性导致国家主导了这一时期的外空活动,私人几乎无法参与此种活动且缺乏话语权。因此,外空活动的

[1] 上述条约的中文版和英文版可参见联合国外空出版物 ST_SPACE_51。

规制是先有国际法后有国内法。

最后,这些条约受限于时代特点,尚有许多不完善之处。比如,由于未能预见私人会在外空活动中具有一席之地,因此,《外空条约》第6条将私人从事外空活动产生的责任视为发射国的责任,要求国家对私人外空活动进行持续的监督和控制。《外空条约》第7条明确了登记国对其发射的空间物体具有管辖权、控制权和所有权,但却没有为私人财产权留下足够的空间。^[1] 由于未能预料“空间碎片”^[2]的大量产生及其危害,1972年《责任公约》中虽然规定了“空间物体”的定义,即空间物体包括其组成部分,运载工具及其零部件,但对于“空间物体”能否包括空间碎片,后世学者颇多争议。而空间碎片造成的损害如果简单套用《责任公约》,就会出现无功能的空间物体(假定空间碎片是无功能的空间物体)与有功能的空间物体相撞仍需适用过失责任,这显然是荒谬的,也绝非1972年《责任公约》起草者的本意。再如,1979年《关于各国在月球和其他天体上活动的协定》(Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies,以下简称《月球协定》)中提及的全体人类共同继承财产(heritage of all mankind)^[3]这一概念引起了学术界的广泛争议,有关“共有

[1] 事实上,1967年《外空条约》仅提及对私人从事外空活动的监管,并未直接明确私人可以对外空资源拥有所有权,也未肯定国家有权通过国内法赋予私人此种权利。

[2] “空间碎片”(space debris)一词最早出现于20世纪80年代后期一些联合国文献中,甚至其中文译词也出现了数次变动。

[3] 这一概念的出现与《联合国海洋法公约》(United Nations Convention on the Law of the Sea)中关于国际海底区域的定性具有相关性。值得注意的是,目前几乎所有的航天大国都没有签署或批准《月球协定》,因此这一概念并非为各国普遍接受。

物”、“公有物”^{〔1〕}的不同认识阻碍了就此概念的内涵达成一致。归根结底,这一术语与其说是法律术语不如说是政治概念。考虑到各国开发外空资源的能力的不同,各国对此持保留态度是可以理解的。在笔者看来,“先到先得”未必是自私自利,“见者有份”未必没有私心。

三、围绕有关联大决议的激烈争论:从硬法到软法的过渡时期

20世纪80年代,国际政治、经济环境发生了巨大的变化,苏联国力急转直下,美国在外空领域逐步占据上风。随着联合国五大外空条约的相继生效,各国关注的目光开展转移到这些条约的実施和落实上,外空领域的国际造法运动高潮逐渐退去。及至90年代,苏联一朝解体,美国在外空领域一枝独秀,此时已不需要新的条约对美国加以钳制。这种局面一直延续到今天也没有太多实质改变。

20世纪80至90年代,仍然通过了数项具有“实质性”内容的联合国大会外空决议。这种实质性是针对一般政治宣传意义上的“阻止外空军备竞赛”和“促进和平利用外空的国际合作”此类决议而言的,相对来说,其内容更具专业性,且在联合国大会通过时面对激烈的争论和表决。

1982年12月10日联合国大会第37/92号决议通过了“各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则”,该决议在法律小组委员会内部即引发极大的争议。争议的焦点在于信息传播自由和国家主权。随着卫星电视广播的普及,收听他国的广播和电视已经成为现实。但考虑各国的政治制度、意识形态

〔1〕 共有物和公有物的不同主张背后隐藏着是否承认“先到先得”的逻辑。

和价值观念的不同,各国对于他国的广播电视节目多存有戒心,在80年代冷战的氛围下,敌对性宣传层出不穷,干扰他国的广播司空见惯。在此背景下,欧美国家高举人权大旗,以“信息传播自由”为名,干涉他国内政的情形日益增多。法律小组委员会在处理这一棘手问题时,各成员国之间也存在激烈的争论。捍卫信息传播自由与捍卫国家主权这两种理念尖锐碰撞的结果是法律小组委员会草拟的决议在很大程度上是妥协的产物,这集中体现于该决议第1条中,即利用卫星进行国际直接电视广播的活动,不得侵犯各国主权,包括不得违反不干涉原则,并且不得侵犯有关联合国文书所载明的人人有寻求、接受和传递信息和思想的权利。虽然决议也规定了协商制度和争端解决制度,但鉴于联合国大会决议的非法律约束性,并考虑各国对此决议的不同态度,实践中往往广播国和收视国各行其是,广播国不会顾及收视国的反对,而收视国则采取技术手段阻止本国国民收听收看相关的广播电视节目(对于广播,在本国境内通过频率干扰并不违反国际电信联盟的有关无线电规则;对于卫星电视节目,落地需要审批,有关国家也会组织非授权用户使用卫星地面接收装置)。

另一项引起争议的联合国大会外空决议是1986年12月3日联合国大会第41/65号决议通过的《关于从外层空间遥感地球的决议》。随着遥感卫星的增多,利用该种卫星侦察和收集他国情报的情形日益普遍,一些国家甚至将他国的地理信息等遥感数据卖给第三国,引起了被感测国的不满。有关国家主权、遥感国和被感测国的权利、遥感数据的取得、使用与分享等成为各方争论的焦点。鉴于遥感活动难以从技术上制止,该决议并未直接支持某些国家的观点,即遥感需要被感测国的同意,仅援引了《联合国宪章》(Charter of the United Nations)、《外空条约》、《登记公约》和国际电信联盟(International Telecommunication Union, ITU)有关

规则,要求遥感活动需要遵守上述规则,强调遥感活动要造福全人类,用于减灾和环境保护等公益用途,相关技术转让由有关国家协商,鼓励合作,被遥感国可以在不受歧视的基础上以合理费用取得遥感数据等。总体来看,该决议事实上承认了遥感国的既得利益,对于贫穷的发展中国家而言,昂贵的遥感数据依然难以获得。

此外,1992年12月14日联合国大会第47/68号决议通过了《关于在外层空间使用核动力源的原则》,1996年12月13日联合国大会第51/122号决议通过了《关于开展探索和利用外层空间的国际合作》,促进所有国家的福利和利益,并特别要考虑到发展中国家的需要的宣言,总体而言,其引发的争议要小得多。

整体来看,20世纪80至90年代,在制定新的国际条约时机不成熟的情况下,国际社会开始逐步利用联合国大会决议的方式对某些外空活动加以规范。虽然联合国大会决议没有法律约束力,但其政治约束力和法律效果可能导致大多数国家遵守其规定,逐步形成公认和法律确信,从而为形成国际习惯奠定基础。值得注意的是,部分联合国大会决议是在面临激烈对抗的情况下,以发展中国家占据联合国大会多数席位的方式强行表决通过的,^[1]因此,国际习惯形成的道路显然不会是一帆风顺的。

四、国家空间立法^[2]浪潮的崛起:外空活动发展的必然产物

早在1958年,美国就制定了《航空航天法》,建立了美国航空航天局(National Aeronautics and Space Administration, NASA),确

[1] 例如,1982年《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》有107国赞同,13国反对,13国弃权。

[2] 以下所述及的各国空间活动法律的相关内容载联合国外空事务厅网站:<http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/nationalspacelaw.html>。