

# 论军事活动规制国际法的碎片化与开放性

——从“乌克兰舰船扣押案”切入

江河

**【摘要】**“乌克兰舰船扣押案”有关军事活动的实质界定与管辖权问题的法律意涵,揭示了军事活动规制实体法和程序法的碎片化与规则解释的不确定性。国际法的社会基础和基本特征决定了军事活动规制法律的碎片化,而国际司法裁决应在国际法的碎片化中发挥一定的体系整合作用。战争法和国际人权法的历史发展印证了军事活动在国际法上的可规范性及其必然趋势。然而,开放性的互动与碎片化的冲突,为国际法和大国政治刻画出一幅狮身人面像。军事安全的高政治性使国际法对军事活动的规制开放于国际政治,这与国际法价值体系中国际和平与安全的优先性相悖。军事活动规制法律的碎片化和大国政治对国际法运行机制的影响,皆导致了军事活动司法管辖及其实质裁决的不确定性。“乌克兰舰船扣押案”的经验借鉴,有助于我国在海洋执法体制改革之际制定有效的海洋维权行动路线图。

**【关键词】**国际法;碎片化;开放性;军事活动;国际司法裁决;大国政治

**【作者简介】**江河,中南财经政法大学法学院。

**【原文出处】**《法学》(沪),2020.9.179~191

**【基金项目】**本文系教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“南海地区安全合作机制研究”(15JZD036)的研究成果。

自苏联解体后,俄罗斯与乌克兰两国在领土归属与海洋划界问题上一直存在严重的对立与分歧。尽管两国就刻赤海峡水域的法律地位及其划界已进行过多轮谈判,但双方仍未能有效解决其争端,而2014年初发生的“克里米亚公投事件”更是进一步加剧了两国关系的恶化。2018年11月25日,三艘乌克兰军舰从黑海的乌克兰敖德萨港出发前往亚速海的乌克兰别尔江斯克港,在途径刻赤海峡时遭遇到俄罗斯海岸警卫队的拦截、追捕和扣押,随后俄罗斯以非法跨越国境罪起诉了船上的24名乌克兰海军官兵。2019年4月16日,乌克兰依据《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》)第290条第5款之规定,声称俄罗斯非法行使了管辖权,请求国际海洋法法庭发布临时措施。作为回应,俄罗斯辩称,其行为涉及军事活动,并已依《公约》第298条作出了军事活动强制管辖排除声明,否认法庭对案件的管辖权,并缺席了法

庭有关临时措施的审理。研读案件基本事实和双方主张,不难发现该案的焦点主要聚集在此类争端是否属于军事活动的范围上,而法庭是否具有管辖权则取决于对《公约》第298条第1款军事活动例外的解释及适用。根据相关事实和证据,法庭一方认定《公约》第298条的例外条款不适用于此案,而俄乌双方对争端是否涉及军事活动或适用《公约》第298条则是各执己见。梳理剖析此案,可在一定程度上揭示国际司法实践中军事活动的法律界定及其司法管辖的现实困境,而如何解读军事活动规制国际法的碎片化与开放性有助于我们认识和解决这一困境。

## 一、“军事活动”规制法律体系的碎片化

作为国际法的一个分支,战争法的历史颇为悠久。在国际关系中,国家被视为国际法的原始主体。在原始的“自然状态”中,战争被视为国家的天赋权利。随着人类文明的进步,国家的战争行为逐

渐为国际人道法所规范,军事活动也日益成为国际法的规制对象。然而,国际法的碎片化状态使其无法对军事活动展开有效规制,《公约》争端解决机制的相关程序规则也导致军事活动在强制管辖权上的不确定性。这种实体与程序管辖的双重困境在“乌克兰舰船扣押案”<sup>①</sup>(以下简称“扣押案”)中得到了充分印证。

### (一)“扣押案”中“军事活动”界定之争议

“扣押案”管辖权争议的特殊性表现在国际海洋法法庭对于争端的管辖取决于对《公约》第298条“军事活动”的解释与适用,这归因于俄罗斯与乌克兰就舰船扣押行为是否属于“军事活动”拥有截然相反的主张。根据俄乌双方向法庭提交的相关证据,被扣押的乌克兰舰船包括两艘军舰及一艘辅助性拖船,俄罗斯声称,乌克兰舰船于2018年11月25日通行刻赤海峡的行为违反了俄方2015年10月制定的国内法《刻赤海港强制条例》(Mandatory Regulations for the Seaport of Kerch),在对乌克兰舰船进行封锁并要求停航无效后,俄罗斯海军和海岸警卫队对乌克兰舰船进行了追捕、发射警告并随之开火,造成乌方一艘军舰受损和3名海军士兵受伤。随后,俄罗斯扣押了乌克兰三艘舰船和24名海军官兵,并依其国内法以“非法穿越俄罗斯国家边境罪”对所有官兵提起了刑事诉讼。在此行动过程中,俄罗斯国防部的一架战斗直升机也参与了拦截,其黑海舰队的军舰亦承担了对乌克兰海军行动的监测任务。

《公约》第十五部分是对国际海洋法法庭管辖争端的解释或适用。作为强制争端解决程序的任择性例外,第298条规定了缔约国可通过书面声明排除特定法院或法庭管辖的争端类型和相关程序。<sup>②</sup>根据俄罗斯与乌克兰批准《公约》时所发表的声明,两国都不接受《公约》对有关“军事活动”争端进行强制管辖。<sup>③</sup>所以,《公约》第298条第1款b项中规定的军事活动例外便成了本案各方争论的焦点。在2019年4月30日递交的照会中,俄罗斯驻德大使馆主张,争端涉及军事活动,法庭没有管辖权;乌克兰则声称,该争端源于执法活动,双方声明并未排除对此类活动的管辖权,法庭应该享有管辖权。造成管辖权认识分歧的原因显然是基于两国对“军事活动”的不同解读。

法庭虽最终认定此案不适用《公约》第298条第1款b项的规定,排除了军事活动例外条款的适用,但在所发布的临时措施中并未对军事活动及其具体判断标准给予明确之界定。对此,目前较为普遍的观点认为,尽管《公约》和相关国际司法实践对“军事活动”缺乏准确定义,但基于军事活动的高度政治性,对其作相对广义的解释更容易为各国所接受,也就是说,它不应仅局限于军舰和军用航空器或从事非商业服务的政府船舶和航空器进行的活动。<sup>④</sup>然而,应该看到,广义的解释在客观上容易导致军事活动行为主体的模糊化,无法根本解决“军事活动”的界定难题。事实上,传统的观点多将行为主体作为军事活动的唯一界定标准,强调行为主体必须具有“军事”性质。<sup>⑤</sup>比如,在《专属经济区航行与飞越指南》中,“21世纪专属经济区小组”将军事活动界定为军舰、军用航空器和其他军事设备的行动,包括情报搜集、演习、试验、训练和武器演练等,<sup>⑥</sup>这种主体性界定将海岸警卫队、海关、渔政等政府船舶及航空器的行动绝对排除于军事活动之外。又如,美国学者特里·吉尔和迪特尔·弗莱克将“军事活动”界定为由武装部队从事的具有明确目的的协同行动。<sup>⑦</sup>不同的定义显然也不能完全适应不同情形下“军事活动”的界定要求。其实,除了行为主体的类别外,行为本身的客观表现形式及其主观目的也会对行为性质的界定产生实质影响。例如,非军事行为出于军事目的而使用武力或特定武器的,往往也会被认定为具有军事活动的性质。而类似活动的性质争议在于,军舰和军用航空器有可能基于非军事目的而从事执法行为或经济活动。<sup>⑧</sup>为此,瑞典学者赛义德·马哈茂迪结合行为主体与目的,将“军事活动”界定为由军舰、军用航空器或从事非商业服务的政府船舶和航空器进行的以提高一国战备状态为目的的活动。<sup>⑨</sup>

所以说,就“军事活动”的界定标准而言,行为主体、方式及其主观目的等多重考量因素使得各国难以就其概念界定达成一致意见。而针对和平时期的海上维权活动,各国执法船只开始配备准军事力量装备,也日渐模糊了传统军事主体与行政执法主体之间的界限。同时,军事主体与非军事主体海上协同维权模式应用的逐渐增多也让行为主体难以成为

军事活动的唯一或主要的界定标准。若仅从行为目的出发,则缺乏客观标准的主观判断可能对军事活动作出扩大解释,模糊其与一般意义上的海上安全行动之间的界限;若将战争相关的武力或武器之使用作为军事活动的构成要素,则更加不合理,因为其排除了其他出于军事目的而以非武力手段从事的诸如军事科研之类的活动。

由是可见,仅单一考量行为主体、方式或目的,皆不足以对“军事活动”进行准确的界定。笔者以为,何为“军事活动”的判断应当结合特定案件的具体情势和相关事实,从行为主体、方式和目的等方面进行综合考量,海上军事活动的外延应当涵盖由海上武装力量出于军事目的所进行的系列行动,包括一国军舰、军用航空器或其他军事设备,或者以其为主并有其他海上力量参与的,出于维护本国主权、国民及其财产安全等军事目的,所从事的海上军事演习、军事侦察及测量、武器演练等武力或非武力行为。

## (二)国际法的碎片化与“军事活动”的规制困境

“冷战”结束后,全球和区域层面在各领域的相互依存逐渐深化,然而国际法规则在数量上的剧增并未能使其在性质上形成统一的法律秩序。现有国际法中不同规则和结构的局部体系构成了一种“无组织体系”,<sup>⑩</sup>导致各种国际法规则之间存在相互冲突之可能。国际法的碎片化就是对这种国际法规范不成体系性的描述。<sup>⑪</sup>“扣押案”对“军事活动”的界定及管辖困境正是源于国际法的碎片化。

国际社会的平权结构是造成国际法碎片化的首要原因,缺乏统一的中央立法机构使得具有不同结构的国际法规范难以被协调一致地适用。在国际法语境下,作为国际法基础规范<sup>⑫</sup>的条约必须遵守只有形式之逻辑建构,而无实体之价值规范,导致国际法不同部门法或条约规则缺乏宏观上的体系性及效力位阶,也没有为微观规范冲突的解决确立优先性原则。相较而言,国内法的基础规范体系,既具有效力等级的位阶,<sup>⑬</sup>也具有实体权利义务之含义。在实质上,法律位阶是立法机构立法权限及其位阶的体现,因为公民政治的缺乏,国际社会不存在超国家的统一立法机构,国际法自然也就缺乏宪法性基础规范所具有的效力位阶整合功能。

于军事活动相关的国际法规范而言,这些规则的内在冲突是其碎片化的具体表现。作为最重要的造法性公约和国际法价值的权威表达,《联合国宪章》第1条规定的3项实质性宗旨<sup>⑭</sup>十分清晰明确地界定了“维护国际和平与安全”的首要价值。在此基础上的国际法基本原则则体现为禁止使用武力或以武力威胁而侵害一国之领土完整或政治独立。尽管这类规范并未禁止军事活动,甚至未出现军事活动的表述,但客观上它对军事活动的主要形式,即武力之使用或威胁进行了限制。此外,包括海上武装冲突法、习惯国际人道法等在内的战时国际法,肯定了交战权之合法行使,但平时国际法规范体系,尤以《公约》为例,却排除了对军事活动争端的强制管辖,从而给予了反向规制。在碎片化的国际法律秩序中,由于不同的国际法规范对军事活动进行了直接或间接的规制,所以厘清各类规范的效力位阶,对法律冲突的解决尤其重要。

从国际法本体论出发进行审视,<sup>⑮</sup>国际法价值是指引主体建构国际法体系的正当性基础与环境资源,国际法基本原则以其价值倾向和普遍性主导着具体规则的创设和适用;反之,国际法规则也体现了基本原则。在国际法具体规则的集合中,尽管不存在类似于国内宪法的“基础规范”,但基于联合国的主导地位和重要职责,《联合国宪章》在各种国际法规则中具有优先适用性,<sup>⑯</sup>国际法基本原则的内涵揭示了其具有普遍适用性。<sup>⑰</sup>于一些特定领域或特定情形下适用的国际法规则而言,无论其是否具有自足性,都应当按照一般国际法进行一致性解释。<sup>⑱</sup>只是这类规则之间的效力等级只能通过规则本身的规定加以判定。

国际法的碎片化必然会导致法律适用中的规则冲突,而国际司法裁决在这种冲突中发挥着一定的体系整合作用。尽管基于裁判本身的司法属性,其法律拘束力因仅限于特定事项和当事国而不具普遍性,<sup>⑲</sup>但包括国际法院在内的国际司法机构经常援引前例,对国际法原则、规则进行解释或论证。通过国际司法实践,国际法规范的实质内容得以界定和解释,冲突规范之间的优先性问题在一定程度上得到了解决。作为国际法渊源的权威性说明,<sup>⑳</sup>《国际法院规约》第38条第1款将司法判例作为确定国际法

规则的辅助方法,表明司法判例在确定国际法规则时构成了国际法的辅助性渊源,而抽象意义上的司法裁决则成为国际法渊源体系中的重要组成部分,或者作为国际软法而存在。事实上,国际司法裁决所具有的这种法律作用促进了国际法的发展,就国际法规则的阐明和适用而言,它是国际法体系性得以增强的重要路径。

需要注意的是,国际司法裁决还可能对特定国际习惯的形成和条约规则的解释产生积极或消极的作用,其法律整合作用也会受到大国政治的影响。在解决国际争端的司法实践中,有关争端依托的国际政治背景在一定程度上会影响法官或仲裁员对特定事项的法律判断。通常情况下,具备较强国际实力的大国可能会通过程序霸权影响审判过程,抑或是事实上不执行裁决,损害国际司法裁决的公正与实效。

## 二、国际法的开放性与军事活动的可规范性

国际法的发展离不开其赖以存在的社会基础。欧洲30年战争之后的威斯特伐利亚体系(Westphalian System)促成了近代国际法的形成;20世纪的两次世界大战成为推动现代国际法发展的历史契机;21世纪的全球化则在相互依赖中促进了国内法与国际法的融合及国际关系的法治化。国际法的社会基础和基本特性决定了其法理具有双重性,即功能性合作领域的自然法精神与军事等敏感领域的权力政治。其中,前者代表着人类社会发展的总趋势,后者与大国政治和小国政治的外交博弈相关,两者的互动有赖于国际民主对国际法治的主导性整合。

战争法与国际人权法的历史发展揭示了军事活动不断被禁止或限制的规范化进程。在国际关系中,“高政治”和“低政治”分别对应着国际法双重法理的理论语境,国家主权的双重属性在呼应了双重法理的同时也造就了国际法的开放性。也就是说,国际法的体系性和专业性都是随着“高政治”领域的军事活动被不断规范而增强的,这一切皆源于单个国家的脆弱性及国际和平与安全的价值追求。

### (一)军事活动法律规制的历史逻辑

在社会契约论的自然状态下,国家及其法律规制的缺乏,使人们本能地诉诸于暴力以满足自身追求安全、利益或名誉的天性,此际便导致了“一切人

对一切人的战争”状态。<sup>①</sup>在早期的国家关系中,战争被认为是无政府状态下一种原始的军事活动。换言之,在无序的国际社会中,国家通过战争保障安全,诉诸武力以解决争端,是合乎逻辑的自然行为。因此,战争可被视为国家的一种天赋权利,抑或是国际行为规范的正当性基础。而国家主权观念的形成和近代国际法的发展,则进一步使战争权具有了法律上的意义。

尽管使用武力乃至诉诸战争的权利构成了传统国家主权的一部分,<sup>②</sup>但战争权的滥用不仅无益于保障个人安全,而且也会破坏国际社会的基本秩序。战争的残酷与灾难推动了国际人道法的发展,以军事活动为主要形式的战争或武装冲突逐渐为国际法所禁止。通过国际习惯的编纂和条约造法,以“日内瓦体系”和“海牙体系”为主要内容的国际人道法日益限制了战争和武装冲突,以保护受害者。19世纪末20世纪初,经两次海牙和平国际会议签署及修订的《和平解决国际争端公约》构成了和平解决国际争端原则的历史渊源。随后,《国际联盟盟约》以“冷却制度”限制了诉诸战争的时间与条件,虽然它未禁止以战争作为国际争端解决的手段,但至少让会员国承担了一定的战争节制义务。<sup>③</sup>1928年《巴黎非战公约》首次正式宣布废弃推行战争的外交政策,并强调以和平方法解决国际争端,但该公约依旧未明文禁止在国际关系中使用武力。直至第二次世界大战后,在通过的《联合国宪章》第2条中明确规定了禁止使用武力或以武力威胁而侵害他国领土主权或政治独立,并以此为基础建立了以安理会为核心的集体安全制度,这一法律制度加强了对军事活动的规制。

一方面,出于国际和平与安全的考虑,国家的原始性军事活动日益受到国际法的限制;另一方面,国际法的例外规则又以自保权名义赋予主权国家以军事活动的自由。自保权可以分为自卫权和国防权。自卫权是国家在遭遇外敌入侵的特殊情况下享有的权利,而国防权是国家制定国防政策,进行国防建设,以防备外来侵犯的权利。<sup>④</sup>在国际法中,国家军事活动的外延是由剩余原则决定的,即国际法上没有限制的军事行为都属于国家的军事活动自由。广义的战争法可分为诉诸于战争权的法律(jus ad bel-

lum)与战争状态下的作战法(jus in bello),后者可视为狭义的战争法,它主要分为规范作战方法的海牙公约体系与保护战争受难者的日内瓦公约体系。然而,国内的公民安全和外在的国家安全是国家高政治活动的基本目标,军事活动是国家最为核心的高政治活动。因此,就实证国际法而言,国家的军事活动并未被完全禁止,主权国家不但在其领土范围具有较为宽泛的军事活动自由,而且在国家管辖范围外的国际区域也具有一定的军事活动自由。

## (二)军事安全的“高政治”性与国际法的开放性

国际关系中的“高政治”,是指从国家安全和国际安全的角度对民族国家的生存至关重要的问题,如军事、外交、执法等领域的事务;“低政治”则涵盖了对国家生存并非绝对重要的问题,如经济、社会、文化、环境等领域的事务。<sup>⑤</sup>现实主义学者认为,“高政治”,如军事安全问题,总是支配着“低政治”,如经济和社会事务等。<sup>⑥</sup>从国际法的关联论出发,国际政治是国际法社会基础的重要维度,<sup>⑦</sup>也是导致国际法开放性的关键因素。政治是法律的基础,前者构成后者的合法性渊源。而国内法中政治与法律的关联性为认识国际政治与国际法的相互关系提供了理论逻辑。国际法以国际关系为主要调整对象,其社会基础也必然随国际关系或国际政治的演进而发生变化。在此基础上,国际法开放于国际政治,这种开放性在不同的历史阶段依次体现为对霸权政治、大国政治和公民政治的开放。任何法律的发展史皆为其主体的发展史,国际法的开放性亦体现在其主体与国际关系主体的关联性之上。国家主权的相对性和国际人权的发展,使得国际法主体的外延发生了变化,国际组织和国际人权保护领域内的个人都在一定程度或范围上具有了国际法律人格。基于主体论对价值论的决定作用,国际法的价值也因此显示出特定的发展趋势:和平价值的基本内涵由国家间无战争的消极状态演进到对人类基本人权的尊重和保护,这种发展体现了“天赋人权”在国际社会的逻辑延伸。

基于国际政治和国际法的逻辑互动,国际法的开放性存在双向解读。一方面,国际政治对国际法的开放使其受到国际法的积极规范;另一方面,国际法也因这种开放性而遭到权力政治的消极削弱。前

者对应于法治导向的自然国际法,后者体现为权力主导的实证国际法。作为国际政治的重要因素,对外的军事活动在人类文明进步的过程中不断为国际法所规制。例如,第二次世界大战后兴起的自然国际法为战争类罪行的惩治提供了合法性基础。同时,国际法的创设、适用与实效,包括国际争端的司法解决,都在一定程度上受到了大国政治的影响。与霸权政治不同的是,大国政治在特定的历史阶段对国际法价值的实现具有积极作用。国际联盟与联合国不同的决策制度及其实践皆表明,大国政治的决策机制比小国政治的全体一致更为有效地维护了国际和平与安全。<sup>⑧</sup>

由于军事安全是主权国家“高政治”中的核心内容,所以国际法对军事活动的规制也逐步向国际政治因素开放。国际关系和世界秩序的发展史表明,霸权政治对国际法的发展具有抑制作用,而大国政治与小国政治则在不同的历史阶段促进了国际实体法和程序法的发展,两者之间的博弈也体现于军事活动的国际法规制及其司法管辖上。在国际争端的解决实践中,大国基于自身实力更易控制国际制度的政治规范,因而倾向于以政治方法获取利益,而小国则更多诉诸于体现国家主权平等的国际法机制。<sup>⑨</sup>例如,在前文述及的俄罗斯与乌克兰领土争端中,乌克兰是俄罗斯地缘政治上的重要安全屏障,位于乌克兰之南和俄罗斯之西的克里米亚半岛具有较高的军事战略地位,也是两国领土争端的主要客体。苏联解体后,行政上受乌克兰管辖的克里米亚继续划归其所有,在克里米亚公投之后,实力强大的俄罗斯事实上接管并从军事上控制了该地区。<sup>⑩</sup>针对涉及两国海上划界问题的“扣押案”,俄罗斯否认法庭管辖权并缺席有关临时措施的审理,对不符合其诉求的司法裁决也能在事实上不遵守和不执行,这些均深刻地体现了国际争端解决中的大国政治因素。与俄罗斯相比,乌克兰在国际关系的影响力和政治风险规避能力明显处于劣势。因此,在两国领土与海洋划界争端中,乌克兰倾向于运用小国政治来抗衡大国政治,这种策略在“扣押案”中则体现为将双边争端诉诸于强制性的国际争端解决机制,在克里米亚争端中则以主权国家的立法来否定公投效力。虽然乌克兰与俄罗斯在文化上同源,但两国的

综合实力差异巨大。在小国与大国的对立博弈中,小国政治的优先选择是诉诸于有效的国际机制,包括政治机制和法律机制,而次优的选择是与大国或大国集团结盟。在克里米亚争端中,乌克兰的本能选择是“脱俄入欧”,并加入北约以对抗大国俄罗斯,此举与欧美向东扩张势力以遏制俄罗斯的目标相一致,如此做法无疑导致了地区争端的复杂化和国际化。

由此可见,国际争端司法解决的有效性显然受到了大国政治的影响,军事安全的高政治性与国际法的开放性则是国际司法管辖及裁决执行困境的根源。以国际海洋法为例,《公约》第十五部分规定了争端的强制解决程序,此司法解决路径比和平解决国际争端原则的外交谈判方法更进了一步,从一定程度上体现了国际关系中主权国家的平等性。但是,在《公约》第298条列举的任择性例外中,有关军事活动的争端作为例外而免于强制管辖的规定,又显示出国际法对国家主权和高政治敏感问题的妥协,客观上为大国政治的实践提供了外交空间,事实上削弱了国家之间的实质平等。

除此之外,集体安全制度也是传统国际法向现代国际法发展的标志之一,<sup>⑧</sup>尽管联合国集体安全制度表明了大国政治对维护国际秩序具有积极作用,但国家之间的实质平等才符合国际关系的发展规律。实践中,追求平等权利的小国政治与大国政治的博弈,以及小国政治对大国政治的渐进式超越,皆预示了国际法的发展趋势是国际组织或国际机制的建立和不断完善。

### (三) 国际和平价值与“军事活动”管辖例外的冲突

国际法语境中的和平是指国家间无战争的状态。<sup>⑨</sup>就法律价值而言,国际和平对应着国内法语境中的秩序。秩序的核心是安全,尽管安全带有一定的主观性,但在社会关系的稳定性上,秩序与安全具有同质的基本内涵。

在现代国际法的价值体系中,国际和平与安全为首要价值。而民族文化的多元性,以及由此形成的对国际正义的不同认知,使得国际正义的终极价值难以实现。作为国际法基本价值的权威解读,《联合国宪章》第1条的内在逻辑凸显了国际和平价值的

优先性。由维持国际和平与安全,到发展国家间的友好关系,再到对人权及基本自由的尊重,各项实质性宗旨的排序也从一定程度上说明了国际法的基本价值将会沿着消极和平到积极和平再到永久和平的逻辑轨迹发展。<sup>⑩</sup>

在某种程度上,国际法渊源于无政府状态下的战争规制,传统国际法的发展史也是一部战争法的历史。“一切人对一切人的战争”的自然状态构成了社会契约的逻辑前提,人类对和平与秩序的欲望,为法律的形成提供了内在动因。<sup>⑪</sup>在早期的无政府状态下,国家以其天赋的战争权利解决争端或获取利益都被视为是一种本能行为。国际法语境中“一切国家对一切国家的战争”状态也同样要求通过国家间的“社会契约”来保障国际安全。承前所述,欧洲30年战争和威斯特伐利亚和会促进了近代国际法的形成,20世纪的两次世界大战也客观上推动了现代国际法的迅速发展,国际联盟和联合国及其主导的国际法律制度得以形成。尽管仍不存在一个“超国家”的世界政府,但国际关系的发展史已经表明,国际法的价值取决于它对战争的禁止,在和平时期,则依赖于对军事活动的规制。

在经济全球化的时代背景下,生产力和科学技术的飞速发展,尤其是信息技术、人工智能与现代武器的结合,将使人类面临战争带来的毁灭性灾难。经济全球化的负外部性正在不断蔓延至国际社会的各个领域,气候变化、国际恐怖主义等全球性问题日趋严重,国家的脆弱性在传统安全与非传统安全威胁交织的全球风险社会中日益凸显。<sup>⑫</sup>在某种意义上,人类的生存将取决于高科技战争与国际法规制的竞赛。在国家领土之外的管辖海域、争议海域及国际公域,国际和平与安全显然比国家的军事活动自由更具有价值层级上的优先性。然而,《公约》第298条关于军事活动的任择性例外,事实上鼓励了争端国将相关执法活动升级为威胁和平的武力行为,如此可通过军事活动的例外来规避国际司法机构的强制管辖。依此可以推断,具有强大军事实力的大国,可能会沿着这种现实主义的逻辑,假以国际法之名,罔顾国际和平而追求单方利益,这无疑将威胁国际社会的和平与安全,也与国际法治和人类文明的发展相违背。

### 三、海上军事活动的司法实践与我国的海洋维权

沿海国工业化进程的加速和海洋科学技术的发展,推动了新一轮的“蓝色圈地”运动,各种海洋争端日益尖锐,其中不乏武力之使用或军事活动的重要案例。“扣押案”和“南海仲裁案”均说明,海上军事活动的司法实践具有不确定性,特别是管辖权的确定和对相关规则的解释。基于司法裁决本身对争端方海洋权益的实质影响和对国际法规则形成及发展的重要作用,海上军事活动与执法活动的概念界定及比较分析具有重要的理论价值和现实意义。同时,它还有助于我国对内完善海洋执法体制,对外有效进行海洋维权。

#### (一) 国际司法裁决的不确定性及其法律意涵

国际司法裁决的不确定性源于国际法实体规则的碎片化及国际司法机构管辖权和争端可受理性的不确定性。就海上军事活动相关的司法实践而言,军事活动的法律界定与行为规制都处于国际法的灰色区域,相关原则或规范具有一定的抽象性和模糊性。在这种状态所导致的法律“空隙结构”中,大国政治通过司法能动主义削弱了国际法的实效,小国政治则通过国家主权来维护其国家利益。大国政治与国际法治在全球治理中存在一定程度的良性互动。<sup>⑧</sup>国际司法裁决作为一种较为公正和独立的国际法实践,其在条约规则的解释和国际习惯的证成中都具有重要作用,还能通过国际软实力和国际软法来间接规范大国政治。

无论是《国际法院规则》,还是《公约》附件七设立的仲裁法庭议事规则,管辖权和可受理性均被视为争端方初步反对的依据。在国际实践中,争端方的书面陈述和司法裁决均未对管辖权和可受理性问题予以权威性界分。若以国际司法机构的司法权力为视角,管辖权规则旨在界定法院在争端解决中是否享有司法权力,而可受理性规则旨在界定法院行使这种司法权力的能力范围,<sup>⑨</sup>这表明普遍意义上的管辖权之确立是判断可受理性问题的前提,两者的权能内容有所不同。

由于国际法的碎片化和自行决定管辖权的争端解决机制,所以随着国际司法机构的扩散,它们决定具体国际争端的管辖权及其可受理性问题的规则也

存在差异。海洋法客体的自然属性和社会属性决定了其法律属性,<sup>⑩</sup>如《公约》中大陆架法律制度是以地理意义上的大陆架为法理基础的。与陆上争端客体不同的是,海洋具有特殊的自然属性和社会属性,导致法律权利与规则创设更为复杂。海洋争端(特别是混合型海洋争端)定性的模糊化也使得司法过程中的自由裁量权过大,而具体行为界定的不确定性,则进一步增强了管辖权和可受理性的不确定性。

对《公约》第298条第1款的解释将影响司法机构的管辖权,而对军事活动的外延界定又是决定管辖权依据的关键问题。相关司法实践已经表明,军事活动外延的界定具有不确定性,甚至其实体规则处于未定状态。以“扣押案”为例,法庭的管辖权完全建立在对军事活动条款的解释上。尽管如此,法庭仍未能明确军事活动外延的具体标准,仅主张其行动性质的界定应考虑案件的具体情况,不能仅依据行动的军事或执法性质,抑或争端各方的主观描述进行判断。<sup>⑪</sup>然而,在“南海仲裁案”中,仲裁庭认为,相关行动的准军事力量可与附近的军舰组合而构成一种军事情势,从而排除了对菲方有关仁爱礁若干诉求的管辖权(尽管该军舰并未直接参与行动)。<sup>⑫</sup>此外,仲裁庭在论证涉案行动是否具有军事性质时,还多次援引了中国高层领导人或新闻发言人对有关行动目的的发言及立场,这也充分说明仲裁庭有关“军事活动”解释的司法实践存在前后不一的问题。由于《公约》本身并未能明确界定军事活动的外延,仲裁庭对其的解释又具有极大的自由裁量权,这都为司法能动主义提供了可能性。只是这种司法能动主义能否成为现实并发挥积极作用,一定程度上取决于具体案件中的大国政治及其软实力,因为争端双方的条约解释能力和外交软实力都会影响到国际司法机构的自由裁量。

基于世界民族文化的多元性和法律文化对法律价值的塑造作用,国际法官或仲裁员的法律意识在客观上易受到各自所属法律文化的支配。除了应具备的必要才能外,法官全体应代表世界各大文化及各主要法系。<sup>⑬</sup>以联合国国际法院为例,具有不同法律文化背景的法官对特定法律问题的意见可能不同,并通过反对意见或补充意见的形式在裁决中体现出来。法官的构成等程序规范是司法公正与实体

正义得以实现的基本前提,而法官的自由裁量,抑或说适度的司法能动主义,在一定程度上有利于世界法律文化融合于国际法实践之中,尤其是国际争端的司法解决。但是,全球范围内若不能体现法律文化的代表性,特别是争端当事国的法律文化,则域外大国便可能会借机推动司法能动主义的实践,而过度的司法能动主义无疑将会削弱国际法的实效,进而抑制国际法治的区域性发展。

按照“行动中的法”的观点,<sup>②</sup>国际争端的司法解决构成了国际法运行的重要环节。同时,司法判例对国际法本体的发展也具有一定的法律作用。《国际法院规约》第38条构成国际法渊源的权威界定,司法判例在确定国际法规则时发挥了辅助性功能。详言之,司法判例不仅可视为对国家实践一致性和连续性的权威确认,而且也有可能构成这种实践的法律确信,进而证明相关国际习惯的存在。相较于国内法院的司法判例,国际司法判例往往具有更强的证明力和影响力。此外,尽管国际司法机构并不是当然的条约解释机关,但条约自身设立的争端解决机构一般构成合法的解释主体,因为司法裁决及其法律论证本身可被视为条约解释上的司法实践。除了有助于国际习惯的证成和国际条约的解释外,司法判例还能进一步发展和补充国际法的渊源体系。<sup>③</sup>因此,有关海上军事活动管辖的司法实践,不仅事关争端方的海洋权益,其不确定性在特定情势下也可能危及国际和平与安全。当域外大国推动司法能动主义时,其裁判有可能激化争端,而过度司法能动主义与大国政治的交互影响会造成无法预料的后果。但在另一方面,以软实力为基础,司法判例的研究与借鉴也为各国参与国际规则的建构和海洋权益的维护提供了一定的启示意义。

## (二)海上军事活动司法裁决的经验借鉴与中国海洋维权

在国际海洋争端解决实践中,海上军事活动与执法活动的界分困境导致了相关司法裁决的不确定性,这给沿海国海洋维权执法活动带来了严峻挑战。于此情形,我国新近的海洋执法体制改革所引起的执法主体变化在一定程度上也可能会导致国际海洋维权困境。基于此,借鉴海上军事活动相关司法裁决经验,将有利于我国制定海洋维权的外交路

线图。

领土是国家行使执法权与司法权的空间范围。在一国领土范围内,正常的军事活动和执法活动一般被排除在国际司法机构的管辖之外,尽管两者的区别对外不会产生重要的法律后果,然而,在一些非领土性质的各种海域,特别是争端海域,海上军事活动与执法活动的界定对于管辖权的确立和实质判决具有不同的法律意涵。如前所述,《公约》第298条第1款并未明确军事活动的概念和其与执法活动的区别,这在适用依据上便会导致国际司法实践的不确定性,特别是军事活动的外延变化。

就海上军事活动的语义而言,具有军事性质是其被认定为军事活动的决定性要素。它因涉及对外使用武力而威胁沿海国的安全,但单以行为主体、行为方式及行为目的等不同标准来判断其军事性质,则有可能得出不同的结论。专门机关依法定职权和程序实施法律的行为是执法活动的基本内涵。例如,在“极地曙光号”仲裁案中,国际海洋法法庭首次论及执法活动的解释和适用的限定前提,即《公约》第297条第2款及3款。<sup>④</sup>尽管《公约》例外的执法活动限定于科学研究和与渔业相关的执法活动,但军事活动与执法活动在概念的界定上并非完全排斥,尤其是在其行为涉及使用武力时。基于海洋争端本身的复杂性及地缘政治或域外大国因素的影响,在沿海国对非领土水域管辖权不明确的情况下,军事活动主体和执法行为主体的协同维权,就会使得海上军事活动与执法活动的界限变得更加模糊。从“扣押案”的裁决看,对两者的区分需要结合特定争端的具体情况,综合考量行动主体、行为本身的特征及行为目的等因素才能作出最终决定。

我国海洋执法体制的改革,特别是海洋执法机构的整合,在主体层面对认定海洋维权行动的执法或军事属性造成了影响,“扣押案”和“南海仲裁案”等国际司法实践无疑可为我国海洋维权行动提供一定的镜鉴与启示。2013年国家海洋局重组,将原中国海监、公安部边防海警、农业部渔业渔政管理局、海关总署海上缉私警察的队伍予以整合,由国土资源部管理,并以中国海警局的名义开展海上维权执法活动,接受公安部业务指导,说明整合后的国家海洋局并未被直接授予法定的警察权,其海上维权执

法应属委托执法,国家海洋局在性质上仍为海洋行政主管部门。2018年7月1日,国家海洋局领导管理的海警队伍正式转隶武警部队,并成立中国人民武装警察部队海警总队,称中国海警局,由中央军委直接领导。尽管这并未改变海警职能的属性,但转隶至武警部队则意味着中国海警局具有了“准军事”性质,其执法权限可能由行政扩展到军事领域。

海洋执法机构的整合及其职能改革增强了我国海上维权执法的能力,但也应看到,当相关海洋争端进入司法程序后,尤其是涉及武力使用时,新的执法主体所造成的法律影响便呈现出两面性。“扣押案”的法庭认为,不应仅据参与行动的是军舰还是执法船只来界定行动的性质;“南海仲裁案”的裁决结果显示,出现于现场而未行动的军舰和实际参与行动的准军事力量,都可因主体依据而被认定为军事情势的存在。在我国海洋执法体制改革后,海警局经常推行综合执法模式,部分海警船采用军舰船型建造,或者由海军退役军舰改造而成,这便表明对中国海警局海上维权行动的性质界定不应该只限于其使用的舰船性质,而应更多地依据具体情形下的行动目的与行为特征加以界定,也就是说,需要以是否使用武力及其方式和程度进行权衡及考量。

维护领土主权和海洋权益是我国参与全球海洋秩序构建的基本前提。基于国际法的开放性,国际法的形成、运行及其实效深受大国政治的影响,两者间的良性互动在一定程度上促进了国际法治的发展。不妨以此为基础、以国际软实力为路径,在战略层面运用大国政治,在战术层面积极参与国际法规则的创制,实现战略与战术的互动。可以说,政治与法律的结合,将有利于我国制定有效的海洋维权路线图。具体而言,在海洋执法体制的改革中,应先明确海上执法主体及其主要权责。依据全国人大常委会制定的《关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》,<sup>⑤</sup>尽管中国海警局属于海上武装力量,但其性质不属于军队。海警局行使法律规定的公安机关与相关行政机关的执法职权,这再次强调了其执法权能。就海上维权行动而言,由于相关规则本身及其司法裁决的不确定性,行动性质的界定依赖于法院或仲裁庭针对争端的相关事实和具体情势的认定与考量,而这在一定程度上会受到司法能动主义及

争端当事国外交软实力的影响。换言之,一国可通过外交软实力和国际机制的控制能力影响国际争端的司法解决,甚至通过议题设置的话语权及国际组织的主导能力推动国际法规则的形成。因此,通过外交软实力与国际软法推动国际法渊源体系的发展,将有助于提高我国的海洋维权能力,同时也将促进国际社会的和平与安全。

#### 四、结语

国际法的碎片化与开放性及其关联性对国际争端司法解决产生了重要影响。“扣押案”说明海上军事活动管辖问题的本质是不同国际法规范之间的内在冲突。《公约》有关军事活动管辖的排除条款揭示出国际法对国家“高政治”事项的开放性,而世界文化的多元导致了法律文化多元与法律价值冲突,这决定了国际法本体的碎片化与国际法适用的司法抑制主义。

同时,国际法也向大国政治开放。在一般国际法与国际海洋法的价值冲突中,通过《公约》的法律空隙,大国的外交软实力与软法的创设能力都会促成司法能动主义在国际争端解决中的实践。以新自由主义和霸权政治为动机,西方大国推动的司法能动主义是其干涉主义和例外主义的体现。作为负责任的大国,我国应在人类命运共同体理念的指导下,促进各国民族文化的融合,以《联合国宪章》为基础,增强国际法的体系性。同时,在国际海洋法领域,通过海洋命运共同体的共建来促进国际和平与安全,有效地维护国家的海洋权益。

#### 注释:

① See International Tribunal for the Law of the Sea, Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-26/>, last visit on November 6, 2019.

②《公约》第298条第1款规定的各缔约国可书面声明排除强制管辖的争端主要包括关于划定海洋边界及涉及历史性海湾或所有权的争端、关于军事活动的争端,以及关于安理会履行其职能的争端等三类。

③俄罗斯于1997年3月12日、乌克兰于1999年7月26日批准《公约》时均发表了声明,根据《公约》第298条,对该条款中的特定事项不接受《公约》第十五部分第二节规定的强制程序。See <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=>

TREATY&mdtsg\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mdtsg3&clang=en#EndDec, last visit on March 8, 2020.

④ See Stefan Talmon, *The South China Sea Arbitration: Is There a Case to Answer?* in Stefan Talmon and Bing Bing Jia (eds.), *The South China Sea Arbitration: A Chinese Perspective*, Hart Publishing, 2014, p. 57-58. 美国在审议《公约》的批准事项时曾经主张,根据《公约》第298条第1款b项,缔约国享有确定其活动是否属于军事活动的专属权利,并将其作为加入《公约》的前置条件,可见军事活动的高度政治性。See Senate of the United States, *Resolution of Ratification: Senate Consideration of Treaty Document 103-39*, <https://www.congress.gov/treaty-document/103rd-congress/39/resolution-text>, last visit on March 11, 2020.

⑤ See Wolff Heintschel von Heinegg, *Military Activities in the Exclusive Economic Zone*, *Revue Belge de Droit International/Belgian Review of International Law*, Vol. 47, No. 1, 2014, p. 45-64.

⑥ 该指南以《公约》、国家实践与软法为法理基础,尽管在性质上不具有法律拘束力,但它为专属经济区内军事活动的界定提供了基本原理,并在一定程度上体现了国际社会的共识。See *EEZ Group 21, Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone*, [https://www.spf.org/en/\\_opri\\_media/publication/pdf/200509\\_20051205\\_e.pdf](https://www.spf.org/en/_opri_media/publication/pdf/200509_20051205_e.pdf), last visit on November 7, 2019.

⑦ See Terry D. Gill and Dieter Fleck (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2nd ed., Oxford University Press, 2015, p. 681.

⑧ 如有学者认为,军事主体所从事的活动,既可能涉及武装冲突,也可能涉及执法行动。同上注,第31、63页。

⑨ See Said Mahmoudi, *Foreign Military Activities in the Swedish Economic Zone*, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 11, 1996, p. 375.

⑩ Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-second Session, Annex, A/55/10.

⑪ 在不同程度的法律一体化中,各国缔结的普遍的、区域的甚至是双边的体系、小体系和小小体系充斥着国际法体系。不同体系内部的各种规范和制度之间缺乏结构上的有机联系,“它们相互冲突、彼此矛盾,就像堆积在一起的‘玻璃碎片’。”参见古祖雪:《现代国际法的多样化、碎片化与有序化》,载《法学研究》2007年第1期,第139页。

⑫ 凯尔森认为,法律秩序是一个规范体系,不能从一个更高规范中得来自己效力的规范被称为基础规范(basic norm)。可以从同一个基础规范中追溯自己效力的所有规范,组成一个规范体系,或一个秩序。参见[奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1998年版,第124-126页。

⑬ 在国内法体系中,不同的部门法存在不同的基础规范,在

整个体系中,宪法是国家的根本大法,是民主和法治的结合点,因此,宪法的基础规范在整个国内法中具有最高的效力位阶。

⑭ 《联合国宪章》第1条规定:“联合国之宗旨为:一、维持国际和平及安全;并为此目的:采取有效集体办法,以防止且消除对于和平之威胁,制止侵略行为或其他和平之破坏;并以和平方法且依正义及国际法之原则,调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势。二、发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系,并采取其他适当办法,以增强普遍和平。三、促成国际合作,以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题,且不分种族、性别、语言或宗教,增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重……”

⑮ 一般而言,以国际法的渊源来指代其本体。国际法的本体论实际上是借由国内法意义上本体论的逻辑,与国际法基本范畴的必然发展规律,阐释实证法意义下的法律规范对国际法原则具体外延的确定,以及自然法意义下的法律价值对法律原则内涵的塑造和法律规范制定的指引。参见江河:《国际法的基本范畴与中国的实践传统》,中国政法大学出版社2014年版,第16-20页。

⑯ 《联合国宪章》第103条规定:“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时,在本宪章之义务应居优先。”第2条第6款规定:“本组织在维持国际和平及安全之必要范围内,应保证非联合国会员国遵行上述原则。”

⑰ 国际法基本原则是国际社会公认的、具有普遍约束力的、适用于一切国际法领域的、构成国际法基础的法律原则。参见梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2003年版,第40-41页。

⑱ See Jan B. Mus, *Conflicts Between Treaties in International Law*, *Netherlands International Law Review*, Vol. 45, 1998.

⑲ 国际司法机构的裁决及国际仲裁机构的裁决对当事国具有拘束力,被认为是一项普遍承认的国际法原则。(参见许光建主编:《联合国宪章诠释》,陕西教育出版社1999年版,第602页。)《国际法院规约》第59条也规定:“法院之裁判除对于当事国及本案外,无拘束力。”

⑳ See Malcolm N. Shaw, *International Law*, 8th ed., Cambridge University Press, 2017, p. 340.

㉑ 参见[英]托马斯·霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆2009年版,第94-95页。

㉒ 有观点认为,一国主权特别体现在战争中,而限制国家诉诸战争的权利是与该国主权不相容的。参见[奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2017年版,第470页。

㉓ 《国际联盟盟约》第12条第1款规定:“联盟会员国约定,倘联盟会员国间发生争议,势将决裂者,当将此事提交仲裁或依司法解决,或交行政院审查。联盟会员国并约定无论如何,非俟仲裁员裁决或法庭判决或行政院报告后三个月届

满以前,不得从事战争。”

②④参见周鲠生:《国际法》(上),武汉大学出版社2009年版,第167页。

②⑤See Cecile Brein, Does the Dividing Line between 'High' and 'Low' Politics Mark the Limits of European Integration? The Case of Justice and Home Affairs, European Union Politics, February 2008.

②⑥See Robert O. Keohane and Jr. Joseph S. Nye, Power and Interdependence, 4th ed., Pearson, 2012, p. 19.

②⑦国际法规则的创设和适用与国际政治、全球市场和民族文化融合存在密切联系,其中国际政治发挥着关键作用,而这种关联性也使原始的国际法向其社会基础开放。同前注①⑤,江河书,第26页。

②⑧See Russell S. Sobel, The League of Nations Covenant and the United Nations Charter: An Analysis of Two International Constitutions, Constitutional Political Economy, Vol. 5, 1994.

②⑨参见江河:《南海争端的和平解决:大国政治和小国政治的互动》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2019年第2期。

③⑩俄罗斯与乌克兰的军事实力对比大致为:现役军事人员数量76.6万:16万,坦克装甲战车总数43107辆:10543辆,4代与4代半战机数量630架:116架,作战飞机与直升机总数4055架:493架,海军舰只总数352艘:25艘。参见《图解:俄罗斯与乌克兰经济军事实力对比》,载凤凰网2014年3月3日, [http://news.ifeng.com/world/special/wukelanshiwei/content-3/detail\\_2014\\_03/03/34344196\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/world/special/wukelanshiwei/content-3/detail_2014_03/03/34344196_0.shtml)。

③⑪参见梁西:《梁著国际组织法》,武汉大学出版社2011年版,第181页。

③⑫[法]雷蒙·阿隆:《和平与战争:国际关系理论》,朱孔彦译,中央编译出版社2013年版,第158页。

③⑬《联合国宪章》第1条第1款中的“制止侵略行为或其他和平之破坏”等措辞,显示出这种和平价值取向的消极面向;而第2款中国家间的“友好关系”则表明这种和平状态具有持久性与积极性,预示着从消极和平向积极和平过渡的历史轨迹;第3款中对全体人类之人权的普遍尊重和保护则使国际和平之价值的内涵进一步丰富,这种普遍的友好关系为世界公民权利及永久和平提供了基础。参见[德]康德:《历史理性批判文集》,何兆武译,商务印书馆2009年版,第118页;参见江河:《人类命运共同体与南海安全合作——以国际法价值观的变革为视角》,载《法商研究》2018年第3期。

③⑭参见[美]E.博登海默:《博登海默法理学》,潘汉典译,法律出版社2014年版,第179页。

③⑮相对于传统安全而言的非传统安全则可界定为:一切免于由非军事武力所造成的生存性威胁的自由。简而言之,非传统安全是“非军事武力的安全”,如经济安全、恐怖主义、环境污染、人口爆炸、毒品走私、跨国犯罪、艾滋病传播等。参

见余潇枫、王江丽:《非传统安全维护的“边界”“语境”与“范式”》,载《世界经济与政治》2006年第11期。

③⑯参见江河:《国家主权的双重属性和大国海权的强化》,载《政法论坛》2017年第1期。

③⑰See Yuval Shany, Questions of Jurisdiction and Admissibility Before International Courts, Cambridge University Press, 2016, p. 1.

③⑱参见江河:《海洋法的特性演变与中国的海洋权益——以海洋基本属性为框架的研究与建议》,载《人民论坛·学术前沿》2016年第23期。

③⑲ See [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_26/C26\\_Order\\_25.05.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_26/C26_Order_25.05.pdf), last visit on December 1, 2019.

④⑩针对非方诉求14(a)至(c),仲裁庭主张,尽管中国阻止非方军舰补给和轮换的船舶为非军事船舶,但中国军舰在附近游弋,这使中国军事和准军事力量组合与非方军事力量形成一种军事情势,因而中国在仁爱礁及其附近的行动构成军事活动例外。同时仲裁庭认为没有必要探讨军事活动的具体外延。See <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>, last visit on December 1, 2019.

④⑪参见《国际常设法院规约》第9条、《国际法院规约》第9条、《国际海洋法法庭规约》第2条、《国际刑事法院规约》第36条。

④⑫法理学家罗斯科·庞德提出了“书本上的法”与“行动中的法”的概念,主张法律的生命在于法律的实施,强调法的社会实效。书本上的法,是指由国家立法机关制定的具有强制力的行为规范;行动中的法,是指法律规范在现实社会中的运作,特别体现在法官的司法审判活动中。正如霍姆斯所言:“法律是对法院事实上将做什么的预测。”See Roscoe Pound, Law in Books and Law in Actions, reprinted from the American Law Review, Vol. 44, 1910; Roscoe Pound, The Scope and Purposes of Sociological Jurisprudence, Harvard Law Review, Vol. 25, 1912.

④⑬See Andre da Rocha Ferreira, Formation and Evidence of Custom International Law, UFRGS Model United Nations Journal, Vol. 1, 2013.

④⑭See PCA Case N 2014-02, The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia), Award on Jurisdiction, <https://pcacases.com/web/sendAttach/1325>, last visit on December 1, 2019.

④⑮中国海警局履行海上维权的执法职责包括执行打击海上违法犯罪活动、维护海上治安和安全保卫、海洋资源开发利用、海洋生态环境保护、海洋渔业管理、海上缉私等方面的执法任务,以及协调指导地方海上执法工作。参见《全国人民代表大会常务委员会关于中国海警局行使海上维权执法职权的决定》,载中华人民共和国中央人民政府网2018年6月23日, [http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/23/content\\_5300665.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/23/content_5300665.htm)。